

# العقود

شرح الوجيز  
المعروف بالشرح الكبير

تأليف

الإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الراعي الفزوي الشافعي

المؤلف سنة ٦٢٣ هـ

تحقيق وتعليق

إشيخ علي محمد معوض شيخ عادل أحمد عبد الموجود

الجزء الأول

يحتوي على الكتب التالية:

الطهارة - التيمم - الحيض - الصلاة

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

## جميع الحقوق محفوظة

جميع حقوق الملكية الادبية والفنية محفوظة لحداو الكتب العلمية بيروت - لبنان ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تلصيد الكتاب كاملاً أو جزءاً أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو برمجته على أسطوانات ضوئية إلا بموافقة الناشر خطياً.

Copyright ©  
All rights reserved

Exclusive rights by DAR al-KOTOB al-ILMIYAH Beirut - Lebanon. No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

الطبعة الأولى

١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م

## دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف، شارع البحري، بناية ملكارت  
تلفون وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٢٥ - ٦٠٢١٣٣ (١ ٩٦١) ٠٠  
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

## DAR al-KOTOB al-ILMIYAH

Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif, Bohtory st., Melkart bldg., 1st Floore.  
Tel. & Fax : 00 (961 1) 60.21.33 - 36.61.35 - 36.43.98  
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

[قال الشيخ الأجل الكبير، الإمام العالم العامل الورع الأوحد، حبر الأمة، ملك الأئمة، إمام الدين، علامة الإسلام أبو القاسم عبد الكريم الرافعي، القزويني، قدس الله تعالى روحه] (١).

أحمد الله الحقَّ ذا الجلال والإكرام، وأصلي على رسوله محمد خير الأنام، وأسلم عليه وعلى آله وأصحابه أفضل الصلاة والسلام - وأقول: إن المبتدئين لحفظ (٢) المذهب من أبناء الزمان، قد تولَّعوا بكتاب الوجيز للإمامة العلامة حجة الإسلام، أبي حامد الغزالي، قدس الله تعالى روحه العزيزة وهو كتاب غزير الفوائد، جَمُّ العوائد، وله القدح المُعلَى، والحظ الأوفى، من استيفاء أقسام الحسن والكمال، واستحقاق صرف الهمة إليه (٣) والاعتناء بالإكباب عليه، والإقبال والاختصاص (٤) بصعوبة اللفظ، ودقَّة المعنى؛ لما فيه من حسن النظم، وصغر الحجم، وإنه من هذا الوجه مُحَوَّجٌ إلى أحد أمرين:

إما مراجعة غيره من الكتب. وإما (٥) شرح يُدَلُّ صِعَابُهُ.

ومعلوم أن المراجعة لا تتأتى لكل أحد، وفي كل وقت، وأنها لا تقوم مقام الشرح المغني لإيضاح الكتاب (٦)، فدعاني ذلك إلى عمل شرح يوضح فقه مسائله، فيوجهها (٧)، ويكشف عما انغلق من الألفاظ، ودقَّ من المعاني، ليغتنمه الشارعون في ذلك الكتاب، المخصوصون بالطَّبْع السليم، وبعينهم على بغيتهم، ويتنبه الذين [رأوا] (٨) غيره أولى منه، لما ذهب عليهم (٩) من فقه الكتاب ودقائقه؛ واستصعابه

(١) ما بين القوسين سقط في ط، وفي أ: قال الشيخ الإمام أبو القاسم الرافعي القزويني - رحمه الله - .

(٢) في أ: لتحصيل.

(٣) في ب: إليه الآداب.

(٤) في أ: أو.

(٥) في أ: لاختصاصه.

(٦) في أ: ووجهها.

(٧) في ز: عن الإيضاح للكتاب.

(٨) في أ: عليه.

(٩) سقط في ط.

عليهم؛ فينكشف لهم أنهم حرموا أشياء كثيرة<sup>(١)</sup>، ولقبته بـ«العزير»<sup>(٢)</sup> في شرح «الوجيز»، وهو عزيز على [المتخلفين]<sup>(٣)</sup> بمعنى، وعند المبرزين المنصفين بمعنى، وربما تلبس<sup>(٤)</sup> على المبتدئين والمتبلدين أمور من الكتاب، فيطمعون في اشتغال هذا الشرح على ما يشفيهم، ولا يظفرون به فليعلموا [أن]<sup>(٥)</sup> السبب فيه أن تلك المواضع لا تستحق شرحاً يودع بطون الأوراق، والقصور في أفهامهم فدواؤهم الرجوع إلى من يوقفهم<sup>(٦)</sup> على ما يطلبون، والله وليُّ التيسير وهذا حين افتتح القول [فيه]<sup>(٧)</sup> مستعيناً بالله تعالى، [ومتوخياً]<sup>(٨)</sup> للاختصار ما استطعت، واللَّهُ حَسْبِي ونعم الوكيل.

### بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال الغزالي: أَحْمَدُ اللَّهُ عَلَى نِعْمَةِ السَّابِقَةِ، وَمِنِّهِ السَّائِقَةُ، وَأَتَوَكَّلُ عَلَيْهِ بِمَعْرِفَةِ  
يُسْتَحَقَّرُ فِي ضِيَائِهَا نُورُ الشَّمْسِ الْبَارِزَةِ، وَبِصِيرَةِ تَخَنُّسِ دُونَ بَهَائِهَا وَسَاوِسِ الشَّيَاطِينِ  
النَّازِعَةِ، وَهَدَايَةِ يَنْمَحِقُ فِي رُؤَائِهَا أَبَاطِيلُ الْخَيَالَاتِ الرَّائِعَةِ، وَطَمَأْنِينَةُ تَضْمَحِلُ فِي  
أَرْجَائِهَا تَخَايِيلُ الْمَقَالَاتِ الْفَارِغَةِ، وَأَصْلِي عَلَى الْمُضْطَفَى مُحَمَّدِ الْمَبْعُوثِ بِالْآيَاتِ  
الدَّامِغَةِ، الْمُؤَيَّدِ بِالْحُجَجِ الْبَالِغَةِ، وَعَلَى آلِهِ الطَّيِّبِينَ، وَأَصْحَابِهِ الطَّاهِرِينَ إِزْعَامًا لِأَثُوفِ  
الْمُبْتَدَعَةِ النَّابِغَةِ.

أما بعدُ فَإِنِّي مُتَحَفِّكُ أَيُّهَا السَّائِلُ الْمُتَلَطِّفُ، وَالْحَرِيصُ الْمُتَشَوِّفُ بِهَذَا الْوَجِيزِ الَّذِي  
أَشْتَدَّتْ إِلَيْهِ ضَرُورَتُكَ وَأَفْتِقَارُكَ، وَطَالَ فِي نَيْلِهِ أَنْتِظَارُكَ، بَعْدَ أَنْ مَخَضْتُ لَكَ فِيهِ جُمْلَةَ  
الْفِقْهِ فَاسْتَخْرَجْتُ زُبْدَتَهُ، وَتَصَفَّحْتُ تَفَاصِيلَ الشَّرْحِ فَأَنْتَقَيْتُ صَفْوَتَهُ وَعُمْدَتَهُ، وَأَوْجَزْتُ  
لَكَ الْمَذْهَبَ الْبَسِيطَ الطَّوِيلَ، وَخَفَّفْتُ عَنْ حِفْظِكَ ذَلِكَ الْعِبَاءَ الثَّقِيلَ، وَأَدْمَجْتُ جَمِيعَ  
مَسَائِلِهِ بِأُصُولِهَا وَفُرُوعِهَا بِالْفَافِظِ مُحَرَّرَةٍ لَطِيفَةٍ، فِي أَوْرَاقٍ مَعْدُودَةٍ خَفِيفَةٍ، وَعَبَيْتُ فِيهَا  
الْفُرُوعَ الشَّوَارِدَ، تَحْتَ مَعَاوِدِ الْقَوَاعِدِ، وَبَيَّهْتُ فِيهَا بِالرُّمُوزِ، عَلَى الْكُنُوزِ، وَأَكْتَفَيْتُ عَنْ  
نَقْلِ الْمَذَاهِبِ وَالْوُجُوهِ الْبَعِيدَةِ بِنَقْلِ الظَّاهِرِ مِنْ مَذْهَبِ الْإِمَامِ الشَّافِعِيِّ الْمُطَّلِبِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ،  
ثُمَّ عَرَفْتُكَ مَذْهَبَ مَالِكٍ وَأَبِي حَنِيفَةَ وَالْمَرْزُوقِيَّ وَالْوُجُوهَ الْبَعِيدَةَ لِلأَضْحَابِ بِالْعَلَامَاتِ،

(١) في ط (شيئاً كثيراً).

(٣) في ز (المختلفين).

(٥) سقط في ب.

(٧) سقط في أ.

(٢) في أ: بالعزير.

(٤) في أ: يلبس.

(٦) في ط (يطلبهم).

(٨) في ز (مستوجباً).

وَالرُّقُومَ الْمَرْسُومَةَ بِالْحُمْرَةِ<sup>(١)</sup> فَوْقَ الْكَلِمَاتِ، فَالْمِيمَ عَلَامَةً مَالِكٍ، وَالْحَاءَ عَلَامَةً أَبِي حَنِيفَةَ، وَالزَّايَّ عَلَامَةً الْمُزَنِّيَّ فَاسْتَبَدَّلَ بِإِبْنَاتِ هَذِهِ الْعَلَامَاتِ فَوْقَ الْكَلِمَاتِ عَلَى مُخَالَفَتِهِمْ فِي تِلْكَ الْمَسَائِلِ، وَبِالْوَاوِ بِالْحُمْرَةِ فَوْقَ الْكَلِمَةِ عَلَى وَجْهِ أَوْ قَوْلٍ بَعِيدٍ مُخْرَجٍ لِلأَضْحَابِ، وَبِالتَّقْطُ بَيْنَ الْكَلِمَتَيْنِ، عَلَى الْفَضْلِ بَيْنَ الْمَسْأَلَتَيْنِ، كُلُّ ذَلِكَ حَدْرًا مِنْ الإِطْنَابِ، وَتَنْجِيَةً لِلْقُرْشِ عَنِ اللَّبَابِ، فَتَحَرَّرَ الْكِتَابُ مَعَ صِغَرِ حَجْمِهِ، وَجَزَالَةِ نَظْمِهِ، وَبَدِيعِ تَرْتِيْبِهِ، وَحُسْنِ تَرْصِيْعِهِ وَتَهْذِيْبِهِ، حَاوِيًا لِقَوَاعِدِ الْمَذْهَبِ مَعَ فُرُوعِ غَرِيبَةٍ، خَلَا عَنْ مُعْظَمِهَا الْمَجْمُوعَاتِ الْبَسِيْطَةِ، فَإِنَّ أَنْتَ تَشَمَّرْتَ لِمَطَالَعَتِهَا، وَأَدْمَنْتَ مُرَاجَعَتَهَا، وَتَفَطَّنْتَ لِرُمُوزِهَا وَدَقَائِقِهَا، الْمَرْعِيَّةِ فِي تَرْتِيْبِ مَسَائِلِهَا، أَجْتَرَأْتُ بِهَا عَنْ مُجَلَّدَاتِ ثَقِيْلَةٍ، فَهِيَ عَلَى التَّحْقِيْقِ إِذَا تَأَمَّلْتَهَا قَصِيْرَةً عَنْ طَوِيْلَةٍ، فَكَمْ مِنْ كَلِمٍ كَثِيْرَةٍ فَضَلَّتْهَا كَلِمٌ قَلِيْلَةٌ، فَخَيْرُ الْكَلَامِ مَا قَلَّ وَدَلَّ وَمَا أَمَلَّ، فَتَسْأَلُ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ، أَنْ يَذْفَعَ عَنَّا كَيْدَ الشَّيْطَانِ إِذَا اسْتَهْوَى وَاسْتَزَلَّ، وَأَنْ لَا يَجْعَلَنَا مِنْ زَاغٍ عَنِ الْحَقِّ وَضَلَّ، وَأَنْ يَغْفُوَ عَمَّا طَعَى بِهِ الْقَلَمُ أَوْ زَلَّ، فَهُوَ أَحَقُّ مَنْ أَسَدَى إِلَى عِبَادِهِ سُؤْلَهُمْ وَأَزَلَّ.

قال الرافي: أما ديباجة الكتاب فلا يتعلق بشرحها غرض، ولكن من شرطك أن تطالعها وتعرف منها غاية<sup>(٢)</sup> حجة الإسلام رحمه الله تعالى، بالرموز التي قصد أن يُسَمَّ بها الكلمات<sup>(٣)</sup> إشعاراً بالأقوال والوجوه ومذاهب سائر الأئمة، وتبين أنه ليس للشارح إهمالها على غزارة فائدتها، فإنها لا تعطى إلا معرفة خلاف في المسألة، فإما كفايته<sup>(٤)</sup> وإطلاقه وتفصيله<sup>(٥)</sup> فلا، ولذلك نجد أكثر النسخ عاطلة عنها في معظم المسائل ونحن لا نلتزم الوفاء بها، فإن اختلاف العلماء فن عظيم لا يمكن جعله علاوة كتاب، ولكن نتعرض منها لما هو أهم في عرض الكتاب ويستدعيه لفظه وبالله التوفيق.

(١) ثبت في هامش المتن: قد استبدلنا هذه العلامات الحمراء برسم كل من الميم والحاء والزاي والواو بين قوسين بعد الكلمة لا فوقها فليذكر المطالعون ذلك.

(٢) في أ، ب: عناية.

(٣) في أ: الكتاب.

(٤) في أ: وتفصيله وإطلاقه.



قال (١) رحمه الله :

## كِتَابُ الطَّهَّارَةِ (٢)

وَفِيهِ ثَمَانِيَةُ أَبْوَابٍ

### البَابُ الْأَوَّلُ فِي الْمِيَاهِ الطَّاهِرَةِ

قال الغزالي : وَالْمُطَهَّرُ لِلْحَدِيثِ وَالْخَبِيثِ (ح) هُوَ الْمَاءُ مِنْ بَيْنِ سَائِرِ الْمَائِعَاتِ .

قال الرافعي : أراد بالطهارة بعض أنواع الطهارة، وهو الطهارة بالماء، وإلا فمن شرطه إدراج التيمم في أبواب هذا الكتاب؛ لأنه إحدى الطهارات، ألا ترى إلى قول الشافعي - رضي الله عنه - طَهَارَتَانِ فَكَيْفَ يَفْتَرِقَانِ فلما أفرده بكتاب دل أنه أراد الطهارة بالماء. ثم الأحكام المتعلقة بالطهارة تنقسم إلى ما يَجْرِي مُجْرَى المقدمات، كالقول في المياه وإلى ما يجري مجرى المقاصد كالقول في نفس الوضوء والغسل، فجعل من الأبواب الثمانية أربعة في المُقَدِّمَاتِ، ثم أربعة (٣) في المَقَاصِدِ، ولهذا قال عند تمام الأربعة الأولى هذا تمام قسم المُقَدِّمَاتِ، ثم الماء إما أن يكون مَعْلُومَ الحُكْمِ، أو لا يكون، فإن كان فهو إما طَاهِرٌ، أو نَجِسٌ، فإن (٤) لم يكن فهو الذي يُشْكَلُ ويشتهبه حاله ثم هو على التقدير إما أن يكون في إناء يُحْفَظُ فيه ويستعمل منه، أو لا يكون، فجعل الباب الأول في المياه الطاهرة، والظاهر ينتظم فيه الطهور، وغيره.

والثاني: في المِيَاهِ النَّجِسَةِ .

والثالث: فيما أَشْتَبَهَ حُكْمُهُ .

(١) في أ: قال حجة الإسلام.

(٢) الطهارة لغة النظافة، وفي اصطلاح العلماء رفع حدث وإزالة نجس، أو ما في معناهما وهو تجديد الوضوء والأغسال المسنونة، والغسلة الثانية والثالثة في الوضوء والنجاسة والتيمم وغير ذلك مما لا يرفع حدثاً، ولا نجساً لكنه في معناهما، انظر في معناها اللغوي الصحاح ٧٢٧/٢، ترتيب القاموس ١٠٣/٣، لسان العرب ٢٧١٢/٤، المصباح المنير ٥١٨/٢، والشرعي تحرير التنبيه للإمام النووي (٣٤)، وشرح المهذب ١٢٣/١، الإقناع ٥٨/١، حاشية الباجوري ٢٥/١.

(٣) في أ: وأربعة.

(٤) في أ: وإن.

والرابع: فيما يعتبر من الأحكام باعتبار الظروف، والأواني.

وقوله: «والمُطَهَّرُ لِلْحَدَثِ وَالْحَبْثِ»، هو الماء من بين سائر المائعات.

وفيه كلامان:

أحدهما: أن الحَبْثَ مَرْقُومٌ فيه النسخ بِرَقْمِ أَبِي حَنِيفَةَ<sup>(١)</sup> - رحمه الله تعالى -، دون الحدث بناء على أن المشهور أن الطَهُورِيَّةَ مَخْصُوصَةٌ بالماء في الحدث إجماعاً<sup>(٢)</sup>، ولكنه في الحَبْثِ مختلف فيه بيننا [وبين أبي حنيفة]<sup>(٣)</sup>. ولك أن تقول دعوة الإجماع في الحدث على إطلاقه لا يستقيم، لأن نَبِيذَ التَّمْرِ عنده طَهُورٌ في السفر عند إعواز<sup>(٤)</sup> الماء، وإذا كان كذلك فلو جعل الرقم على قوله هو الماء ليشملها جميعاً لم يضر.

الثاني: لم قال من بين سائر المائعات، ولم يقتصر على قوله، والمُطَهَّرُ للحدث والخبث، هو: الماء.

والجواب أنه لو اقتصر عليه لأشكل بالتراب فإنه مطهر، وليس بماء.

واعلم أنه لو أراد تخصيص الطهورية في الحدث والخبث جميعاً بالماء لما لزم هذا الإشكال، لكنه لم يرد التَّخْصِيسُ في الفصلين جميعاً، وإنما أراد التخصيص في كل واحد منهما، فوجب الاختيَازُ. فإن قلت: ولم اختصت الطهورية بالماء.

قلنا: أما في الحدث، فلقوله تعالى: ﴿فَلَمَّ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا﴾<sup>(٥)</sup> لولا اِخْتِصَاصُ الوضوء بالماء لما نقل إلى التراب إلا بعد فقد ما يشارك الماء في الطهورية من المائعات

(١) الإمام البارع أبو حنيفة النعمان بن ثابت بن زوطى - بضم الزاي وفتح الطاء ابن ماه التيمي الكوفي إمام المذهب الحنفي، وأحد الأئمة الأربعة التي عليها مدار الناس قال الشافعي: (الناس عيال على أبي حنيفة في الفقه) ولد سنة ٨١هـ، وتوفي سنة ١٥٠ عبر ١/٢١٤، تهذيب الأسماء واللغات ٢/٢١٦، الجواهر المضية (١/٢٦ - ٣٢).

(٢) الإجماع في اللغة: العزم المصمم والاتفاق. وعند الأصوليين: اتفاق مجتهدي أمة الإجابة في عصر من العصور على أمر من أمور الدين بعد وفاة النبي ﷺ. انظر: القاموس ٣/١٥، المصباح المنير ١/١٧١، المعتمد ٢/٤٥٧، المستصفى ١/١١٠، الإحكام للأمدي ٢/٢٨٠، منتهى السؤل ١/٤٩، المحصول ٢/١٩، شرح التنقيح ٣٢٢، الإبهاج ٢/٣٨٩، المنتهى لابن الحاجب ٣٧، جمع الجوامع حاشية البانني ٢/٧٧، العضد على المختصر ٢/٢٩، كشف الأسرار ٣/٢٢٧، تيسير التحرير ٣/٢٢٤، شرح الكوكب ٢/٢١٠. انظر سلاسل الذهب ٣٣٧.

(٣) في ط (وبينه).

(٤) عوز الشيء عوزاً من باب تعب عزّ فلم يوجد وعزت الشيء أعوزه من باب قال احتجت إليه فلم أجده وأعوزني المطلوب مثل أعجزني المصباح المنير ٢/٥٩٨.

(٥) سورة النساء (٤٣)، والمائدة (٦).



ليأتي بأكمل الطهارات، وأما في الخبث فلما نستوفي من الخلاف.

قال الغزالي: **ثُمَّ الْمِيَاهُ الطَّاهِرَةُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ:**

**الْقِسْمُ الْأَوَّلُ: الْمَاءُ الْمُطْلَقُ الْبَاقِي عَلَى أَوْصَافِ خِلْقَتِهِ فَهُوَ طَهُورٌ وَمِنْهُ مَاءُ الْبَحْرِ وَمَاءُ الْبِئْرِ وَكُلُّ مَاءٍ نَبَعَ مِنَ الْأَرْضِ أَوْ نَزَلَ مِنَ السَّمَاءِ.**

قال الراعي: قوله: «ثم المياه» يعني المياه الداخلة في هذا الباب - وهي الطاهرة وإنما انقسمت إلى ثلاثة أقسام، لأنها إما أن تبقى على أصل الخِلْقَةِ أو لا تبقى، وإن لم تَبَقْ فإما أن يخرج بما تغير من الصفات عن أن يسمى ماء مُطْلَقاً أو لا يكون كذلك.

الأول الباقي على أوصاف خِلْقَتِهِ، فهو طَهُورٌ لوقوع [مطلق اسم] (١) الماء عليه، واندراجه تحت النصوص الآمرة باستعمال الماء، والمُجَوَّرَةُ له. وقد ورد في ماء البحر قوله ﷺ: «الْبَحْرُ هُوَ الطَّهُورُ مَاؤُهُ» (٢). وفي ماء البئر: «إِنَّهُ تَوَضَّأَ مِنْ بَيْتْرِ بِضَاعَةٍ» (٣).

فإن قلت: لم اعتبر الإطلاق مع البقاء (٤) على أصل الخِلْقَةِ حيث قال: «الماء الْمُطْلَقُ الْبَاقِي عَلَى أَوْصَافِ خِلْقَتِهِ فَهُوَ طَهُورٌ»، ثم إذا اعتبر فكيف عدُّ منه ماء البحر،

(١) في ز تقديم وتأخير.

(٢) رواه مالك والشافعي وأحمد والدارمي والأربعة والدارقطني والبيهقي والحاكم من رواية أبي هريرة قال الترمذي: حسن صحيح قال: وسألت البخاري عنه فقال حديث صحيح وصححه ابن خزيمة وابن حبان ورجح ابن منده صحته قال البيهقي في خلائياته: وإنما لم يخرجها الشيخان في صحيحيهما لأجل اختلاف وقع في اسم سعيد بن سلمة، والمغيرة بن أبي بردة. قال الحاكم ١٤٢/١ مثل هذا الحديث الذي تداوله الفقهاء في عصر الإمام مالك إلى وقتنا هذا لا يرد بجهالة هذين الرجلين. وهي مرفوعة عنهما بمتابعات فذكرها بأسانيد. قلت: وليس بمجهولين. انظر خلاصة البدر المنير ٧/١. وقال ابن حجر في التلخيص تنبيه: وقع في بعض الطرق التي ذكرها الدارقطني أن اسم السائل عبد الله المدلجي، وكذا ساقه ابن بشكوان بإسناده وأورده الطبراني فيمن اسمه عبد، وتبعه أبو موسى فقال: عبد أبو زمعة البلوي الذي سأل النبي ﷺ عن ماء البحر، قال ابن منيع بلغني أن اسمه عبد، وقيل اسمه عبيد بالتصغير، وقال السمعاني في الأنساب: اسمه العركي، وغلط في ذلك، وإنما العركي وصف له، وهو ملاح السفينة قال أبو موسى: وأورده ابن منده فيمن اسمه عركي، والعركي هو الملاح، وليس هو اسماً، والله أعلم. وقال الحميدي: قال الشافعي: هذا الحديث نصف علم الطهارة. انظر التلخيص ١٢/١.

(٣) رواه الشافعي وأحمد والثلاثة والدارقطني، والبيهقي من رواية أبي سعيد الخدري قال الترمذي: حسن. وفي بعض نسخه: صحيح وصححه أحمد ويحيى بن معين وغيرهما. انظر خلاصة البدر المنير ٧/١. وبضاعة بكسر الباء وَضْرِبُهَا، والضم أكثر، وهي بئر قديمة بالمدينة حرسها الله تعالى.

(٤) في ب: بقاته.

وماء البئر، وهذا مُقَيَّدٌ<sup>(١)</sup> لا مُطْلَقٌ<sup>(٢)</sup>.

فالجواب أن وصف الماء بالإطلاق قد تَكَرَّرَ في كلام الأئمة، ثم منهم من يفسر المطلق بالباقي على أوصاف الخِلْقَةِ، ومنهم من يُفَسِّرُهُ بِالْعَارِي عن القِيُود [والأوصاف]<sup>(٣)</sup>.

ونقول: الماء ينقسم إلى مُطْلَقٍ، وإلى مضاف، ثم من المضاف ما هو طهور [كماء الكوز]<sup>(٤)</sup> والبحر، ومنه ما ليس بطهور كماء الزَّعْفَرَانِ وماء الشَّجَرِ: فيجوز أن يقال: أراد بالمطلق الباقي على أوصاف الخلقَة، وبه يشعر ظاهر كلامه في الوَسِيطِ<sup>(٥)</sup>، وعلى هذا يكون تعقيب المطلق بالباقي على أوصاف الخلقَة تفسيراً، وبيانا لِلْمَعْنَى.

ويجوز أن يقال: أراد بالمطلق العَارِي عن القِيُود والإضافات، أي: كل ما يسمى ماء من غير قيد فهو طَهُورٌ، وهذا لا ينافيه وقوع اسم الماء عليه مضافاً، بل تصح الإشارة إلى الماء المُعَيَّن بأنه ماء وبأنه ماء عَيْنٍ، أو نهر وبهذا يظهر فساد تقسيم من قسم الماء إلى مطلق، ومضاف؛ لأن المطلق يجوز أن يكون مضافاً، وبالعكس أيضاً، فيدخل أحد القسمين في الآخر وإذا عرفت ذلك فإن أراد المعنى الأول فهما شيء واحد، فلا معنى لقول القائل: لم اعتبر الإطلاق مع البقاء على أصل الخلقَة، وإن أراد المعنى الثاني فقد ذكرنا أنه لا مُنَافَاةَ بين كونه مطلقاً بهذا المعنى، ومضافاً، ثم ليس ذلك على سبيل اشتراط الإطلاق، لأن كل باق على أصل [خلقته يقع]<sup>(٦)</sup> عليه اسم الماء عرياناً عن الإضافات فهو إذا ملازم للبقاء على أصل الخلقَة، وإنما هو إشارة إلى أن المعنى المقتضي للطَّهُورِيَّةِ إطلاقه والدخول في النصوص على ما سبق، ويتبين مما ذكرناه أنه لو حذف لفظ المطلق لم يضر.

قال الغزالي: وَلَا يَسْتَنْتَى عَنْهُ إِلَّا الْمَاءُ الْمُسْتَعْمَلُ فِي الْحَدِيثِ فَإِنَّهُ طَاهِرٌ (ح) غَيْرُ طَهُورٍ (م) عَلَى الْقَوْلِ الْجَدِيدِ<sup>(٧)</sup> لِتَأْدِي الْعِبَادَةِ بِهِ وَأَنْتِقَالَ الْمَنْعِ إِلَيْهِ، فَالْمُسْتَعْمَلُ فِي الْكِرَّةِ

(١) المقيد هو اللفظ الدال على الماهية الموصوفة بأمر زائد عليها أو هو اللفظ المتناول لمعين أو غير معين موصوف بأمر زائد على الحقيقة الشاملة لعينه.

(٢) المطلق هو اللفظ الدال على الماهية بلا قيد، أو هو اللفظ المتناول لواحد لا بعينه باعتبار حقيقة شاملة لعينه. انظر شرح الكوكب المنير ٢/٣٩٢ - ٣٩٣، العضد على ابن الحاجب ٢/٥٥ كشف الأسرار ٢/٣٨٦ التعريفات للجرجاني ٢١٨، الحدود للباقي ٤٧ - ٤٨، المحصول ١/٥٢١، البرهان ١/٣٥٦، حاشية العطار ٢/٧١.

(٣) في أ (الإضافات). (٤) في ب: كالكوز.

(٥) أحد الكتب الثلاثة للإمام الغزالي - رحمه الله -

(٦) في ط: الخلق يقع.

(٧) وهو ما قاله الشافعي بمصر، وعليه استقرار المذهب، وانظر المقدمة. فإن فيها مزيد تفصيل.

الرَّابِعَةَ طَهُورٌ لَعَدَمِ الْمَعْتَبِرِينَ، وَأَمَّا الْمُسْتَعْمَلُ فِي الثَّانِيَةِ وَالثَّلَاثَةِ أَوْ فِي تَجْدِيدِ الْوُضُوءِ أَوْ فِي غَسْلِ الذَّمِيَّةِ إِذَا اغْتَسَلَتْ مِنَ الْحَيْضِ لِيَحِلَّ لِلزَّوْجِ عَشْيَانَهَا فَبِهِ وَجْهَانِ لِوُجُودِ أَحَدِ الْمَعْتَبِرِينَ دُونَ الثَّانِي.

قال الرافعي: استثناء المستعمل من الباقي على أوصاف الخلقه يبين أنه ليس المراد من الأوصاف كل ما يصح وصف الماء به، حتى الإضافات، والاعتبارات وإلا فإنه قبل الاستعمال موصوف بأنه غير مستعمل، وبعده بأنه مستعمل، فلا يكون باقياً على الأوصاف كلها، حتى يستثنى منه، وإنما المراد الصفات المعنوية، ثم الاعتبار منها باللون، والطعم، والرائحة، وهي المنظور إليها في التغير بالتجاسة كما سيأتي، والصفات المعنوية باقية بحالها في المستعمل ثم هو غير طهور على المذهب فوجب استناؤه.

وفقه الفصل. أن الماء المستعمل في الحديث طاهر، وفي رواية عن أبي حنيفة - رحمه الله - هو نجس، وبه قال أبو يوسف<sup>(١)</sup> - رحمه الله -.

لنا وجهان، أحدهما: قال ﷺ: «خَلَقَ اللَّهُ الْمَاءَ طَهُورًا، لَا يُنَجِّسُهُ شَيْءٌ إِلَّا مَا غَيَّرَ طَعْمَهُ أَوْ رِيحَهُ»<sup>(٢)</sup> ولا تغير هاهنا.

والثاني: أن الصحابة فمن بعدهم كانوا يتوضؤون في ثيابهم، ولا يَحْتَرِزُونَ عما يَتَقَاطَرُ عليهم وعلى ثيابهم، وهل هو طهور أم لا؟ قال في الجديد: لا، لأنهم ما كانوا يجمعون المياه المستعملة للاستعمال، ثانياً، ولو جاز الاستعمال لجمعوها كي لا يحتاجوا إلى التيمم، وحكى عن القديم، أنه طهور، وبه قال مالك<sup>(٣)</sup> - رحمه الله -؛ لأن الطهور ما يتكرر منه الطهارة، كَالْقَتُولِ، وَالسُّتُومِ من يتكرر منه الفعل، ولأنه ماء باقٍ على إطلاقه، فأشبهه غيره.

ومنهم من لم يثبت هذا القول، وجزم بالجديد، وسواء ثبت أم لا فَالْفَتْوَى على الجديد. ثم ذكر الأصحاب في أنه لم سقطت طهورية المستعمل معينين:

(١) يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري، ويكنى بأبي يوسف، ويلقب بالقاضي، وقاضي القضاة، ولد سنة ١١٣هـ وتوفي سنة ١٨٢هـ. ابن خلكان ٢/٤٠٠، طبقات الأصوليين ١/١١٤.

(٢) رواه ابن ماجه والبيهقي هكذا من رواية أبي أمامة. والدارقطني بدون (أو لونه) وهو حديث ضعيف في إسناده رشدين بن سعد المصري. وهو واه قاله يحيى وأبو حاتم الرازي: والصحيح إرساله وأشار أمامنا الشافعي أيضاً إلى ضعفه، واستغنى عنه بالإجماع. انظر خلاصة البدر ٨/١.

(٣) الإمام مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر بن عمرو بن الحارث الأصبحي أبو عبد الله المدني أحد أعلام الإسلام وإمام دار الهجرة، ولد سنة ثلاث وتسعين، وتوفي سنة تسع وسبعين ومائة، ودفن بالبقيع. انظر خلاصة تهذيب الكمال ٣/٣.

أحدهما: تأدى عبادة الطهارة به .

والثاني: تأدى فرض الطهارة به .

فمن قال بالأول: أسقط طهورية المستعمل في الكرة الثانية والثالثة، وتجديد الوضوء، والمضمضة، والاستنشاق، وغسل الجمعة، والعيدن، وسائر مسنونات الطهارة، [والطهارة المسنونة]<sup>(١)</sup> وقال بقاء الطهورية فيما اغتسلت به الذمية عن الخيض لتحل لزوجها المسلم إذ لا تصح منها العبادة. ومن قال: بالآخر عكس الحكم .

واتفقوا على أنهما ليستا عِلَّتَيْنِ مستقلتين، وإلا لما صار بعضهم إلى ثبوت الطهورية في هذه الصور، وعلى أنهما ليستا جزأي علة واحدة، وإلا لما صار بعضهم إلى النفي، وإنما اختلفوا في أن المعنى هذا أو ذلك، وكل واحد منهما ملائم [الآخر]<sup>(٢)</sup>، أما تأدى العبادة [به]<sup>(٣)</sup> فلأن الآلة المستعملة في المقصود الحسي يورثها ضعفاً وكلاً، وكذلك [الآلة]<sup>(٤)</sup> المستعملة في المقصود الشرعي .

وأما تأدى الفرض به فلأن المراد منه رفع الحدث به، أو رفع منعه من الصلاة حيث لا يرتفع هو كما في وضوء صاحب الضرورة، وذلك يقتضي تأثر الماء ألا ترى أن غسالة النجاسة لما أثرت في المجل لم يبق المجل كما كان قبل الغسل تأثرت هي بالاستعمال، حتى لم تبق كما كانت قبل الغسل، يُحكى هذا التقرير عن ابن سريج<sup>(٥)</sup>، ويجوز أن لا يقدر لكل واحد من فريق الأصحاب التعليل بالمعنى الذي أبداه استقلالاً؛ بل يقول هؤلاء: ما ذكرناه من المعنى واقع في موضوع الاتفاق ملائم للحكم، فلا يحذف عن درجّة الاعتبار، ويزعمون أن المعنى الثاني لغو، والآخرون يدعون مثل ذلك في المعنى الثاني، فينتظم الخلاف على هذا التقدير أيضاً .

(١) في ز (الطهارات المسنونات). (٢) سقط في ط .

(٣) سقط في ط . (٤) سقط في ب .

(٥) القاضي أبو العباس أحمد بن عمر بن سريج البغدادي شيخ الشافعية في عصره، وعنه انتشر فقه الشافعي في أكثر الأفاق. قال الشيخ أبو إسحاق: كان ابن سريج يفضل على جميع أصحاب الشافعي حتى المزني، وقال الشيخ أبو حامد: نحن نجري مع ابن سريج في ظواهر الفقه دون دقائقه. بلغت مصنفاته أربعمائة تصنيف. تولى أبو العباس قضاء شيراز، ومات ببغداد لخمس بقين من جمادى الأولى سنة ست وثلثمائة عن سبع وخمسين، وستة أشهر قاله النووي في (تهذيبه) قال الخطيب: ودفن بالجانب الغربي بحجرة لسويقة بن غالب، وكان سريج جده مشهوراً بالصلاح الوافر. انظر ترجمته في الأسنوي ٥٩٣ ابن قاضي شهبة ٨٩/١ طبقات الشيرازي ٨٩ ووفيات الأعيان ٤٩/١، تاريخ بغداد ٢٨٧/٤، الشذرات ٢٤٧/٢، النجوم الزاهرة ٣/١٩٤.

واعلم أن ظاهر المذهب أَعْتَبَارُ أَدَاءِ الْفَرْضِ دُونَ الْمَعْنَى الثَّانِي حَتَّى لَا تَسْقُطَ طَهُورِيَّةُ الْمُسْتَعْمَلِ فِي الْمَرَّةِ الثَّانِيَةِ وَأَخَوَاتِهَا، وَتَسْقُطُ فِي مَسْأَلَةِ الذَّمِّ، وَالْوَجْهَانِ فِي الذَّمِّ مَخْصُوصَانِ بِقَوْلِنَا: إِنْ الذَّمِّ إِذَا أُسْلِمَتْ يَجِبُ عَلَيْهَا إِعَادَةُ ذَلِكَ الْعُسْلِ، وَهُوَ الصَّحِيحُ. أَمَا إِذَا قُلْنَا: لَا تَجِبُ الْإِعَادَةُ عَلَيْهَا فَهُوَ مُسْتَعْمَلٌ عَلَى الْمَعْنَيْنِ، لِأَنَّهُ قَدْ ارْتَفَعَ بِهِ الْمَنْعُ مِنَ الْوَطْءِ، وَأَفَادَ جَوَازَ الْعِبَادَةِ بِهِ لَوْ ارْتَفَعَ مَانِعُ الْكُفْرِ.

وقوله: فِي الْأَصْلِ «لِتَأْدِي الْعِبَادَةَ بِهِ وَانْتِقَالَ الْمَنْعَ» كَذَلِكَ يَوْجَدُ فِي بَعْضِ النُّسخِ؛ بَلْ فِي أَكْثَرِهَا؛ وَفِي بَعْضِ النُّسخِ الْمُخَدَّثَةِ «أَوْ انْتِقَالَ الْمَنْعِ إِلَيْهِ»، وَشَغَفَ بِهِ جَمَاعَةٌ مِنْ مُحَصِّلِي هَذَا الْكِتَابِ لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّ الْعِلَّةَ غَيْرَ مَرْكَبَةٍ مِنَ الْمَعْنَيْنِ، وَإِنَّمَا اخْتَلَفُوا فِي أَنَّ الْعِلَّةَ مَاذَا، وَلَا شَكَّ أَنَّ مَا شَرَحْنَاهُ مِنْ كَلَامِ الْأَصْحَابِ وَاخْتِلَافِهِمْ يَقْتَضِي ذَلِكَ، وَلَكِنْ الْوَاوُ وَأَوْ قَدْ يَسْتَعْمَلُ أَحَدُهُمَا فِي مَوْضِعِ الْآخَرِ، فَالْوَاقِفُ عَلَى حِظِّ الْمَعْنَى قَدْ يَنْزِلُ الْوَاوُ عَلَى أَوْ، وَلَا يَغْيِرُ صُورَةَ الْكِتَابِ، وَنَظِيرُهُ يَكْثُرُ فِي الْمَذْهَبِ، ثُمَّ الْحَدِيثُ لَيْسَ شَيْئاً مُحَقَّقاً يَفْرُضُ انْتِقَالَهُ مِنَ الْبَدَنِ إِلَى الْمَاءِ، لَكِنْ [الْمَعْنَى أَنَّ بِلَا اسْتِعْمَالِ الْمَاءِ] <sup>(١)</sup> يَرْتَفِعُ مَنَعٌ كَانَ بِالْبَدَنِ، وَهُوَ أَنَّهُ كَانَ مَمْنُوعاً مِنَ الصَّلَاةِ وَغَيْرِهَا، وَيَحْدُثُ مَنَعٌ فِي الْمَاءِ لَمْ يَكُنْ، وَهُوَ أَنَّهُ لَا يَسْتَعْمَلُ مَرَّةً أُخْرَى فَعَبَّرَ عَنِ ارْتِفَاعِ مَنَعٍ وَحُدُوثِ مَنَعٍ بِالْانْتِقَالِ تَوْسِعاً.

وينبغي أن تعلم أن انتقال المنع الذي ذكره هو الذي عبر عنه غيره من الأصحاب بأداء الفرض، لأن رفع الحدث فرض، ولا نعني بالفرض في مثل هذا ما يلحق الإثم بتركه بل ما لا بد منه، وكذلك نحكم باستعمال ما توضع به الصبي إلا على وجه لا يعاب به، وباستعمال ما توضع به البالغ لصلاة النفل: وعبرة أداء الفرض أوضح وأولى.

قال الغزالي: فُرُوعٌ ثَلَاثَةٌ: الْأَوَّلُ - الْمَاءُ الْمُسْتَعْمَلُ فِي الْحَدِيثِ لَا يُسْتَعْمَلُ فِي الْحَبْثِ عَلَى أَحْسَنِ الْوَجْهَيْنِ. الثَّانِي - إِذَا جُمِعَ الْمَاءُ الْمُسْتَعْمَلُ حَتَّى بَلَغَ قُلْتَيْنِ <sup>(٢)</sup> عَادَ طَهُوراً عَلَى أَقْيَسِ الْوَجْهَيْنِ كَالْمَاءِ النَّجَسِ. الثَّلَاثُ - إِذَا أَنْغَمَسَ الْجُنُبُ فِي مَاءٍ قَلِيلٍ نَائِباً وَخَرَجَ ارْتَفَعَتْ (و) جَنَابَتُهُ وَصَارَ الْمَاءُ مُسْتَعْمَلاً بَعْدَ الْخُرُوجِ وَالْإِنْفِصَالِ.

قال الرافعي: اعلم أنه يتفرع على القول الجديد مسائل:

إحداها: المستعمل في الحدث هل يستعمل في الخبث؟ فيه وجهان:

(١) بدل ما بين القوسين في ب: بالاستعمال.

(٢) والقلتان بالأرطال: خمسمائة رطل بغدادية، وقيل ستمائة، وقيل: ألف، والصحيح خمسمائة، والقلتان تساوي ١٩٠ كيلو جرام، وهي تقريبية لا تحددية.

قال الأئمّاطي<sup>(١)</sup>، وابن خيران<sup>(٢)</sup>: نعم، لأن للماء قوتَيْن، ولم يستوف إلا إحداهما. وقال الأكثرون وهو الأصح: لا، كما أن المستعمل في الحدث الأصغر لا يستعمل في الأكبر، وبالعكس. ولا يقال: الماء له قوتان ولم يستوف إلا إحداهما؛ ويجري الوجهان في المستعمل في الخبث هل يستعمل في الحدث إذا فرغنا على أن المستعمل في الخبث طاهر غير طهور وهو المذهب على ما سيأتي، إن شاء الله تعالى - ولك أن تقول: إذا كان المستعمل في الخبث بحيث لا نحكم بنجاسته كان باقياً على أوصاف خُلِقَته وهو غير طهور على الظاهر، فيكون مستثنى مع المستعمل في الحدث عن الماء الباقي على أوصاف الخلقة فكيف ساغ للإمام - رضي الله عنه - أن يقول: «ولا يستثنى عنه إلا الماء المستعمل في الحدث».

**المَسْأَلَةُ الثَّانِيَّةُ:** إذا جمع الماء المستعمل حتى بلغ قُوتَيْن، هل يعود طهوراً وجهان أحدهما يعود لأنه لو لم<sup>(٣)</sup> يعد إلى الطهورية لَقَبِلَ النجاسة، وقد، قال ﷺ: «إِذَا بَلَغَ الْمَاءُ قُوتَيْنِ لَمْ يَحْمِلْ خُبْثًا»<sup>(٤)</sup>، ولأن الماء النجس المتفرق إذا جمع ولا تغير يعود

(١) أبو القاسم عثمان بن سعيد بن بشار، بفتح الباء وتشديد الشين المعجمة، الأئمّاطي كذا نسبة الشيخ أبو إسحاق. وقال المطوعي في كتابه: (المذهب في ذكر أئمة المذهب). اسمه عبد الله ابن أحمد بن بشار، قال ابن الصلاح: وقد وقع للعقادي هنا خبط سببه اشتباه هذا بشخص من رواة الحديث، يقال له أيضاً الأئمّاطي، فليعلم ذلك. والأئمّاطي: منسوب إلى الأنماط، وهي البسط التي تفرش، أخذ الفقه عن المزني والربيع وأخذ عنه ابن سريج، قال الشيخ أبو إسحاق: كان الأئمّاطي هو السبب في نشاط الناس بالأخذ بمذهب الشافعي في تلك البلاد. قال: ومات ببغداد سنة ثمان وثمانين ومائتين. زاد ابن الصلاح في (طبقاته) وابن خلكان في تاريخه أنه في شوال. انظر ترجمته في تاريخ بغداد ٢٩٢/١١، انظر طبقات الأسنوي ٢٦، ابن قاضي شهبة ٨٠/١، العبر ٨١/٢، الشذرات ١٩٨/٢، مرآة الجنان ٢١٥.

(٢) أبو علي الحسين بن صالح بن خيران البغدادي كان إماماً جليلاً ورعاً، كان يعقب على ابن سريج في ولايته للقضاء ويقول: هذا الأمر لم يكن في أصحابنا، إنما كان في أصحاب أبي حنيفة، وطلب الوزير ابن الفرات بأمر الخليفة للقضاء، فامتنع فوكل ببابه، وختم عليه بضعة عشر يوماً حتى احتاج إلى الماء فلم يقدر عليه إلا بمناولة بعض الجيران، فبلغ الخبر إلى الوزير فأمر بالإفراج عنه وقال: ما أردنا بالشيخ أبي علي إلا خيراً أردنا أن نعلم أن في مملكتنا رجلاً يعرض عليه قضاء القضاة شرقاً وغرباً وفعل به مثل هذا، وهو لا يقبل. توفي - رحمه الله - يوم الثلاثاء لثلاث عشرة بقيت من ذي الحجة، سنة عشرين وثلثمائة، كذا قال المسكري والشيخ أبو إسحاق. وقال الدارقطني: توفي في حدود العشر وثلثمائة، ومال إليه الخطيب، وقال ابن الصلاح في: (طبقاته) إن الأول أقرب، وقال الذهبي: إنه أصح. انظر ترجمته في الأسنوي ٤١٧، تهذيب الأسماء واللغات ٢/٢٦١، طبقات الشيرازي ١١٠.

(٣) في ط: وجهان أصحهما نعم، لأنه لم.

(٤) رواه الشافعي وأحمد والأربعة والدارقطني، والبيهقي من رواية ابن عمر. وصححه الأئمة كابن =

طهوراً؛ فالمستعمل أولى؛ لأن النجاسة أقوى من الاستعمال، ولأنه صار إلى حالة لو كان عليها في الابتداء لم يتأثر بالاستعمال، فإذا عاد إلى تلك الحالة يسقط حكم الاستعمال.

والثاني: لا يعود طهوراً<sup>(١)</sup>؛ لأن قوته صارت مستوفاة بالاستعمال فالتحق بماء الوُزْدِ وسائر المائعات.

الثالثة: إذا انغمس الجُنْبُ في ماء قليل ونوى، نُظِرَ إن نوى بعد تمام انغماسه فيه واتصال الماء بجميع البدن، فلا خلاف في أنه يرتفع حَدُّهُ ويصير الماء مستعملاً، أما ارتفاع الحدث فلوصول الماء الطهور إلى محل الحدث مع النية<sup>(٢)</sup>، وأما الاستعمال فلأداء العبادة المفروضة به: وهل يحكم باستعماله في حق غيره قبل انفصاله عنه؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، وإنما يثبت حكم الاستعمال بعد الانفصال، ألا ترى أن الماء ما دام متردداً على أعضاء المتطهر لا يحكم باستعماله.

والثاني: وهو الأصح: نعم، وإنما لا يحكم بالاستعمال ما دام الماء مُتَرَدِّداً جَارِياً للحاجة إلى انغسال الباقي ولا ضرورة في حق غيره والماء منفصل عنه. فعلى هذا ليس لغيره أن يرفع به الحدث، وعلى الأول يجوز، ولو خاض جُنْبَانٍ فيه وَتَوَيَّأَ معاً بعد تمام الانغماس ارتفع حَدُّهُمَا على الوجهين، وإن نوى الجنب قبل تمام الانغماس، إما في أول المَلَأَقَةِ أو بعد غَمَسٍ بعض البدن ففيه وجهان:

قال أبو عبد الله الخضري: لا ترتفع الجَنَابَةُ إلا عن أول الجزء المَلَأَقِي مع النية،

= خزيمة، وابن حبان، وابن منده، والطحاوي والحاكم. وزاد أنه على شرط الشيخين، يعني البخاري ومسلماً والبيهقي والخطابي وفي رواية أبي داود وغيره. (إذا بلغ الماء قلتين لم ينجس) قال يحيى بن معين: إسنادهما جيد. والحاكم صحيح، والبيهقي موصول، والزكي لا غبار عليه. وانظر نصب الراية ١٤/١، وما بعده، والتلخيص ١٦/١ وما بعده.

(١) ولو جمع المستعمل ببلغ قلتين، عاد طهوراً في الأصح، كما لو انغمس جنب في قلتين، فإنه طهور بلا خلاف، وقال ابن أبي زهر: لم يذكر الرافعي هذه المسألة، وفي «المهمات» أن الشيخ أبا محمد حكى في «التبصرة» فيها وجهان فقال: لو انغمس في قلتين ولا نجاسة في الماء ولا يبدنه في صحة الغسل خلاف وحكماهما صاحب الشامل ونقله في شرح المهذب ثم نازعه من اقتضاء كلام الشيخ ذلك ولا شك أنهما مخصوصان بالقلتين وإلا لتناول النهر والبحر ولا قائل به، ووجه الخلاف نقصانها لما يقر على البدن عند من يقول بالتحديد فافهمه (تعليقة الفوائد).

(٢) رجع الخضري عن ذلك كما قال النووي في شرح المهذب وحزم الشيخ أبو محمد الجويني في الفروق بمثل ما قاله الخضري. ينظر شرح المهذب ١٦٥/١.

لأن الماء يصير مستعملاً بملاقاته فلا ترتفع الجنابة عن الباقي<sup>(١)</sup> بخلاف ما إذا كان الماء وارداً على البدن، حيث لا يحكم باستعماله بأول الملاقاة لاختصاصه بقوة الوُزُودِ، والأصح: أنه ترتفع الجنابة، ولا يصير الماء مستعملاً بأول الملاقاة، لأننا إنما لم نحكم بالاستعمال عند ورود الماء على البدن للحاجة إلى رفع الحدث، وعسر أفراد كل موضع بماء جديد، وهذا المعنى موجود سواء كان الماء وارداً، أو كان هو وارداً على الماء<sup>(٢)</sup> وإذا عرفت ذلك نشأ لك البحث والنظر في أمور من ألفاظ الكتاب في الفرع الثالث.

**أحدها:** أن مراده ما إذا نوى بعد تمام الانغماس، أو فيما إذا نوى قبله أو كلتا الحالتين؟ أما اللفظ فهو<sup>(٣)</sup> شامل لهما والتنزيل عليهما صحيح لما ذكرنا بأنه لا خلاف في ارتفاع الحدث<sup>(٤)</sup> في الحالة الأولى، وأن الصحيح في الحالة الثانية أيضاً الارتفاع لكنه ما أراد الحالة الأولى وحدها؛ لأن قوله: «ارتفعت جنابته» مُعْلَمٌ بالواو، ولا خلاف في ارتفاع الجنابة في تلك الحالة.

بقي احتمالان إرادة الحالة الثانية وحدها وعلامة الواو إشارة إلى وجه الخصري<sup>(٥)</sup>

- (١) قال النووي: ولو انغمس جنبان ونوى أحدهما قبل صاحبه ارتفعت جنابة الناي و صار مستعملاً بالنسبة إلى الآخر على الصحيح، ولو نويها معاً بعد غمس جزء منهما ارتفع عن جزءيهما، و صار مستعملاً بالنسبة إلى باقيهما على الصحيح. والله أعلم. الروضة ١١٧/١ بتحقيقنا.
- (٢) قال النووي: وإذا جرى الماء من عضو المتوضئ إلى عضو صار مستعملاً حتى لو انتقل من إحدى اليدين إلى الأخرى صار مستعملاً، وفي هذه الصورة وجه شاذ محكى في باب التيمم. عن (البيان) أنه لا يصير، لأن اليدين كعضو. ولو انفصل من بعض أعضاء الجنب إلى بعضها فوجهان، الأصح عند صاحبي (الحاوي) و(البحر): لا يصير. والراجح عند الخراساني يصير، وبه قطع جماعة منهم. وقال إمام الحرمين: إن نقله قصداً صار، وإلا فلا. ولو غمس المتوضئ يده في الإناء قبل الفراغ من غسل الوجه لم يصير مستعملاً، وإن غمسها بعد فراغه من الوجه بنية رفع الحدث صار مستعملاً. وإن نوى الاغتراف لم يصير، وإن لم ينو شيئاً فالصحيح أنه يصير، وقطع البغوي بأنه لا يصير. والجنب بعد النية كمحدث بعد غسل الوجه. وأما الماء الذي يتوضأ به الحنفي وغيره ممن لا يعتقد وجوب نية الوضوء فالأصح أنه يصير. والثاني: لا يصير. والثالث: إن نوى صار، وإلا فلا، ولو غسل رأسه بدل مسحه فالأصح أنه مستعمل كما لو استعمل في طهارته أكثر من قدر حاجته. والله أعلم. الروضة ١١٧/١.
- (٣) في ب: فإنه.
- (٤) في ط: الجنابة.

- (٥) أبو عبد الله محمد بن أحمد الخصري المروزي. كان هو وأبو زيد شيخي عصرهما بمرور، وكثيراً ما يقول القفال: سألت أبا زيد والخصري وممن نقل عنه القاضي الحسين في باب استقبال القبلة في الكلام على تقليد الصبي. توفي - رحمه الله - في عشر الثمانين وثلثمائة. قال ابن خلكان قال: والخصري: نسبة إلى بعض أجداده. انظر ترجمته في طبقات الأسنوي ٤٢١، وطبقات الفقهاء للعبادي ٩٦، ابن قاضي شهبة ٤٦/١، الأنساب ١٥٢/٥، ووفيات الأعيان ٣/٣٥١، تهذيب الأسماء واللغات (٢/٢٧٦).



واحتمال إرادتهما جميعاً ويصح الإعلام بالواو أيضاً؛ لأن الصائر إلى النفي في إحدى صورتين يخالف المثبت في الصورتين، والاحتمال الثاني أقرب إلى إطلاق اللفظ، والأول قضية إيراده في الوسيط.

الثاني: أنه لم قيد صورة الفرع بالخروج فقال: «إذا انغمَسَ الجُنْبُ في ماء قليل وخرج» اعلم أن ارتفاع الجنابة لا يحتاج إلى هذا القيد، بل سواء خرج أو لم يخرج ترتفع الجنابة. وأما صَيُورَةُ الماء مستعملاً في كلام الأصحاب ما يقتضي توقف الحكم بالاستعمال على خروجه منه، وهو مشكل؛ لأن المقتضى للاستعمال أنه رفع الحدث فإذا ارتفع الحدث وجب أن يصير هو مستعملاً، سواء انفصلَ عن البدن أم لا، هذا بالإضافة إليه، وأما بالإضافة إلى غيره ففيه ما حكينا من الوجهين.

وإذا عرفت ذلك فقد رتب على الانغماس والخروج شيئين: ارتفاع الجنابة، وصَيُورَةُ الماء مستعملاً والأول مُسْتَعْنٍ عن شرط الخروج.

والثاني: بتقدير أن يكون محتاجاً إليه، ففي قوله: «بعد الخروج والانفصال» ما يفيد التعرض لهذا الشرط فإذا قوله «وخرج» ضائع.

الثالث: لم جمع بين لفظي الخروج والانفصال، ظني أن هذا مما يجري به القلم لا عن قصد، أو مما يقصد به البسط في العبارة أيضاً، وعلى التقديرين فلا يطلب لكل لفظة فائدة تخصها وإن زعم<sup>(١)</sup> زعم أنه إذا لم يبق في الماء إلا عضو واحد من المنغمس يُسَمَّى خَارِجاً من الماء ولا يسمى منفصلاً، وحكم الاستعمال إنما يثبت بعد الانفصال.

قلت له: هَبْ أنه كذلك لكن هذا وجه الحاجة إلى تعقيب الخروج بالانفصال، فما الجواب عن قول القائل: لم جمع بينهما وهلاً اقتصر على الانفصال.

قال الغزالي: أَلْقِسْمُ الثَّانِي: مَا تَغَيَّرَ عَن وَصْفِ خِلْقَتِهِ تَغْيِيراً يَسِيرًا لَا يَزِيلُهُ أَسْمُ الْمَاءِ الْمُطْلَقِ فَهُوَ طَهُورٌ كَالْمُتَغَيَّرِ (و) بِسَيْرِ الرَّغْفَرَانِ، وَكَذَا الْمُتَغَيَّرُ بِمَا يُجَاوِرُهُ (و) كَالْعُودِ وَالْكَافُورِ الصُّلْبِ، وَكَذَا الْمُتَغَيَّرُ بِمَا لَا يُمْكِنُ صَوْنُ الْمَاءِ عَنْهُ كَالْمُتَغَيَّرِ بِالطَّيْنِ وَالطُّحْلُبِ<sup>(٢)</sup> وَكَالْمُتَغَيَّرِ بِطُولِ الْمُكْتَبِ وَالثَّرَابِ وَالزَّرْنِيخِ<sup>(٣)</sup> وَالثُّورَةِ<sup>(٤)</sup> فَإِنَّ كُلَّ ذَلِكَ لَا

(١) قال الواحدي - رحمه الله -: الزعم والزعم لغتان وأكثر ما يستعمل بمعنى القول فيما لا يتحقق، قال ابن المظفر أهل العربية يقولون زعم فلان إذا شك فيه، ولم يدر لعله كذب أو باطل (الأسماء واللغات ١/١٣٤) (زعم).

(٢) (الطحلب) بضم اللام وفتحها تخفيف شيء أخضر لزج يخلق في الماء ويعلوه. المصباح المنير ٢/٥٠٥.

(٣) فارسي معرب، وهو عنصر شبيه بالفلزات له بريق الصلب ولونه ومركباته سامة يستخدم في الطب وفي قتل الحشرات. انظر المعجم الوسيط ١/٣٩٤، والمصباح المنير ١/٣٤٢.

يُسَلَّبُ اسْمُ الْمَاءِ الْمُطْلَقِ<sup>(١)</sup> وَكَذَا الْمُسَخَّنُ وَالْمُسَمَّسُ، وَفِي الْمُسَمَّسِ كَرَاهِيَةٌ مِنْ جِهَةِ الطَّبِّ إِذَا شَمَسَ فِي الْبِلَادِ الْمُفْرِطَةِ الْحَرَارَةِ فِي الْأَوَانِي الْمُنْطَبِعَةِ.

قال الرافعي: ذكرنا أن المتغير عن أوصاف الخلقة قسمان:

أحدهما: المتغير الذي لا يُسَلَّبُ اسم الماء المطلق عنه. والثاني: ما يسلب.

أما القسم الأول فقد أدرج فيه أنواعاً منها: أن يكون التغير يسيراً، وإن كان المُعَيَّرُ خَلِيطاً مُسْتَعْنَى عَنْهُ كـ«الرُّعْفَرَانِ» وَ«الدَّقِيقِ»، ونحوهما، فظاهر المذهب أنه لا يقدر في الطهورية، لأنه لا يبطل اسم الماء المطلق. وفيه وجه: أنه يقدر كالتغير بالنجاسة يسلب الطهارة، سواء كان يسيراً أو فاحشاً.

ومنها: أن يتغير بشيء يجاور الماء ولا يخالطه كالعود ونحوه. وهل يؤثر في سَلْبِ الطُّهُورِيَّةِ، فيه قولان؟ أحدهما: وهو الذي ذكره في الكتاب أنه لا يؤثر؛ لأن هذا النوع من التغير تروح لا يسلب إطلاق اسم الماء كتغير الماء بِجِيفَةٍ مُلْقَاةٍ عَلَى شَطِّ نَهْرٍ.

والثاني: نعم لأنه تغير بما يلاقي الماء فأشبه التغير بما يخالط: وفي مَعْنَى الْعُودِ الدُّهْنِ، وَالشَّمْعِ، وما لا يختلط بالماء. وَالكَاغُورُ نوعان:

أحدهما: يذوب [في الماء]<sup>(٢)</sup> ويختلط به.

والثاني: لا يَنْمَاحُ فِيهِ، فالأول: كالدَّقِيقِ وَالرُّعْفَرَانِ.

والثاني: كالعود فلذلك قيد الكافور بالصلاية. ومنها: أن يتغير بما لا يمكن صون الماء عنه، كالتغير بالطَّيْنِ، وَالطُّخْلُبِ وَالْكَبْرِيتِ، وَالتُّورَةِ، في مقرّ الماء ومهره، فهذا التغير لا يسلب الطهورية لوجهين:

أحدهما: أن أهل اللسان والعرف لا يمتنعون من إيقاع اسم الماء المطلق عليه.

والثاني: عسر الاحتراز عنه، ومن هذا القبيل المتغير بالتراب الذي يشور وَيَتَبَثُّ فِي الْمَاءِ وَيَخْتَلِطُ بِهِ وَالتَّغْيِيرُ بِالرُّزْنِيخِ.

(٤) = والنورة بضم النون حجر الكلس ثم غليت على أخلاط تضاف إلى الكلس من زرنينخ وغيره، وتستعمل لإزالة الشعر (الشبة) انظر المصباح المنير ١/٨٦٦.

(١) قال النووي: ولا كراهة في استعمال شيء من هذه المتغيرات بما لا يصاب عنه، ولا في ماء البحر، وماء زمزم، ولا في المسخن ولو بالنجاسة. ويكره شديد الحرارة والبرودة. والله أعلم. الروضة ١/١١٩.

(٢) في ب: فيه.

ومنها: المتغير بطول المكث، وهو على طهوريته، لما روى أنه ﷺ «تَوَضَّأَ مِنْ بَيْتْرِ بُضَاعَةٍ، وَكَانَ مَأْوَاهَا كَنْقَاعَةَ الْجِثَاءِ»<sup>(١)</sup>، وذلك التغير لا يمكن أن يكون بالنَّجَاسَةِ وإلا لما تَوَضَّأَ به، فبعد ذلك لا يخلو إما أن يكون بنفسه أو بشيء طاهر آخر، إن كان بنفسه صح المدعي وإن كان بغيره فكذلك، لأن تغيره بنفسه أهون من تغيره بغيره، فإذا لم يقدح الثاني فأولى أن لا يقدح الأول.

ومنها: المسخن، فهو على طهوريته لبقاء إطلاق الاسم؛ ولأنهم تطهروا بين يدي رسول الله ﷺ بالماء المُسَخَّنِ ولم ينكر عليهم<sup>(٢)</sup>.

ومنها: المشمش، وهو على طهوريته كالمسخن، وهل في استعماله كراهية أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، وبه قال مالك وأبو حنيفة، وأحمد<sup>(٣)</sup> - رحمهم الله -، كماء

(١) قال ابن الملقن في خلاصة البدر ٧/١ غريب، وقال الحافظ ابن حجر في التلخيص ١٣/١ وهذا الوصف لهذه البئر لم أجد له أصلاً.

(٢) هذا الخبر قال المحب الطبري: لم أراه في غير الرافعي انتهى، وقد وقع ذلك لبعض الصحابة فيما رواه الطبراني في «الكبير» والحسن بن سفيان في «مسنده»، وأبو نُعَيْمٍ في المعرفة، والبيهقي من طريق الأسلع بن شريك. قال: كنت أرحل ناقة رسول الله ﷺ فأصابنتي جنباً في ليلة باردة، وأراد رسول الله ﷺ الرحلة فكرهت أن أرحل ناقته وأنا جنب، وخشيت أن أغتسل بالماء البارد فأموت أو أمرض فأمرت رجلاً من الأنصار برحليها، ووضعت أحجاراً فأسخت بها ماء فاغتسلت، ثم لحقت برسول الله ﷺ فذكرت ذلك له، فأنزل الله ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى﴾ - إلى - ﴿غَفُوراً﴾ والهيثم بن زريق الراوي له عن أبيه عن الأسلع هو وأبوه مجهولان، والعلاء بن الفضل المنقري رواه عن الهيثم فيه ضعف، وقد قيل: إنه تفرد به، وقد روى عن جماعة من الصحابة فعل ذلك، فمن ذلك عن عمر رواه أبو بكر بن أبي شيبة في مصنفه عن الدراوردي عن زيد بن أسلم عن أبيه: أن عمر كانت له قممعة يسخن فيها الماء، ورواه عبد الرزاق عن معمر بن زيد بن أسلم عن أبيه أن عمر كان يغتسل بالحميم، وعلقه البخاري، ورواه الدارقطني وصححه، وعن ابن عمر، روى عبد الرزاق أيضاً عن معمر، عن أيوب عن نافع أن ابن عمر كان يتوضأ بالماء الحميم، وعن ابن عباس، رواه أبو بكر بن أبي شيبة في مصنفه، عن محمد بن بشر عن محمد بن عمرو ثنا أبو سلمة قال: قال ابن عباس: إنا نتوضأ بالحميم، وقد أغلى على النار، وروى عبد الرزاق بسند صحيح عنه، قال: لا بأس أن يغتسل بالحميم، ويتوضأ منه، وروى ابن أبي شيبة وأبو عبيد عن سلمة ابن الأكوع، أنه كان يسخن الماء يتوضأ به، وإسناده صحيح. انظر التلخيص ٢١/١، ٢٢.

(٣) أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيباني أبو عبد الله المرزوي، أحد أئمة الإسلام، والهداة الأعلام، وأحد الأربعة الذين تدور عليهم الفتاوى والأحكام في بيان الحلال والحرام، وقد أفرد ترجمته بالتصنيف عبد الرحمن بن أبي حاتم، والبيهقي، وابن الجوزي. توفي عليه =

الْحَيَاضِ وَالسَّوَابِغِ إِذَا تَأَثَّرَتْ بِالسَّمْسِ؛ وكما أن التسخين لا يؤثر في الكراهية.

والثاني: وهو الأصح: نعم، لما روي عن عائشة - رضي الله عنها - أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ «نَهَاهَا عَنِ التَّشْمِيسِ وَقَالَ: إِنَّهُ يُورِثُ الْبَرَصَ»<sup>(١)</sup>.

وعن ابن عباس - رضي الله عنهما - أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «مَنْ أَعْتَسَلَ بِمَاءٍ مُشَمَّسٍ فَأَصَابَهُ وَضَحٌ فَلَا يَلُومَنَّ إِلَّا نَفْسَهُ»<sup>(٢)</sup>.

وَكَرِهَ عُمَرُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - الْمُشَمَّسَ وَقَالَ: «إِنَّهُ يُورِثُ الْبَرَصَ»<sup>(٣)</sup>.

= سحائب الرحمة في ربيع الآخر سنة إحدى وأربعين ومائتين. وحضر جنازته ثلاثمائة ألف، وقيل: ثمانمائة ألف، وقيل: ألف ألف، وقيل: أكثر. انظر ابن قاضي شهبة ٥٦/١، حلية الأولياء ١٦١/٩، تاريخ بغداد ٤١٢/٤، البداية والنهاية ٣٢٥/١٠، تذكرة الحفاظ ٤٣١/٢، تهذيب التهذيب ٧٢/١.

(١) أخرجه الدارقطني وابن عدي في الكامل، وأبو نعيم في الطب، والبيهقي من طريق خالد بن إسماعيل عن هشام بن عروة عن أبيه عنها، دخل على رسول الله ﷺ وقد سخنت ماء في الشمس فقال: (لا تفعلني يا حميراء، فإنه يورث البرص)، وخالد قال ابن عدي: كان يضع الحديث، وتابعه وهب بن وهب أبو البخترى عن هشام قال: وهب أشرف من خالد، وتابعهما الهيثم بن عدي عن هشام رواه الدارقطني، والهيثم كذبه يحيى بن معين، وتابعهم محمد بن مروان السدي، وهو متروك، أخرجه الطبراني في الأوسط من طريقه، وقال: لم يروه عن هشام إلا محمد بن مروان كذا قال فوهم، ورواه الدارقطني في غرائب مالك من طريق ابن وهب عن مالك عن هشام وقال: هذا باطل عن ابن وهب، وعن مالك أيضاً، ومن دون ابن وهب ضعفاء، واشتد إنكار البيهقي على الشيخ أبي محمد الجويني في عزوه هذا الحديث لرواية مالك، والعجب من ابن الصباغ كيف أورده في الشامل جازماً به فقال: روى مالك عن هشام وهذا القدر هو الذي أنكره البيهقي على الشيخ أبي محمد، ورواه الدارقطني من طريق عمرو ابن محمد الأعمش عن فليح عن الزهري عن عائشة قالت: نهى رسول الله ﷺ أن نتوضأ بالماء المشمس، أو نغتسل به وقال: (إنه يورث البرص). قال الدارقطني: عمرو بن محمد منكر الحديث، ولا يصح عن الزهري وقال ابن حبان: كان يضع الحديث. انظر التلخيص ٢٠/١، ٢١.

(٢) قال ابن الملقن: غريب جداً. وليس في الكتب المشهورة، وهو في مشيخة قاضي المرستان بسند منقطع وإه. قال الحافظ أبو جعفر العقيلي: لا يصح في الماء المشمس حديث مسند إنما يروى فيه شيء عن عمر بن الخطاب - رضي الله تعالى عنه - قلت: أثر عمر هذا رواه الشافعي في الأم عن إبراهيم بن أبي يحيى عن صدقة بن عبد الله عن أبي الزبير عن جابر عن عمر، وإبراهيم هذا ضعفه الجسم الفقير، ووثقه الشافعي وابن جريج وحمدان بن محمد الأصفهاني، وابن عقدة الحافظ، وقال ابن عدي: لم أجد له حديثاً منكراً. انظر خلاصة البدر المنير ٩/١.

(٣) انظر التخریج السابق.

فإن قلنا: بالكراهية، ففي محلها اختلاف منشؤه إشارة النقل بعد النهي إلى سببه وهو خوف الوضع<sup>(١)</sup>. فقال قائلون من أصحابنا: إنما يكره إذا خيف منه هذا المحذور، وإنما يخاف عند اجتماع شرطين:

أحدهما: أن يجري التشميس في الأواني المنطبعة، كالحديد، والرصاص، والتحاس، لأن الشمس إذا أثرت فيهما استخرجت منها زهومة تعلق الماء ومنها يتولد المَحذُورُ.

والثاني: أن يتفق في البلاد المفردة الحرارة دون الباردة، والمعتدلة، فإن تأثير الشمس فيها ضعيف<sup>(٢)</sup>. ولا فرق عند القائلين بهذه الطريقة بين أن يقع ذلك قصداً أو اتفاقاً؛ فإن المحذور لا يختلف، وأيدوا طريقتهم بالشمس في الحياض، والبرك، فإنه غير مكروه بالاتفاق، وإنما كان ذلك؛ لأنه لا يخلف منه مكروه.

وقال آخرون: لا تتوقف الكراهية على خوف المحذور لإطلاق النهي، والتعرض للمحذور إشارة إلى حكمته، فلا [يشترط حصولها في كل صورة، وهؤلاء طردوا الكراهية في الأواني المنطبعة]<sup>(٣)</sup> وغيرها، كالحزفية، وفي البلاد الحارة وغيرها، واعتذروا عن ماء الحياض، والبرك بتعذر الاحتراز.

والطريقة الأولى أقرب إلى كلام الشافعي - رضي الله عنه - فإنه قال: «ولا أكره الشمس إلا من جهة الطب» [أي: إنما أكرهه شرعاً حيث يقتضي الطب]<sup>(٤)</sup> محذوراً فيه، واستثنى بعضهم من المنطبعات الذهب والفضة، لصفاء جوهرها، وبعد انفصال محذور عنهما. وإذا عرفت ذلك نعد إلى ألفاظ الكتاب.

واعلم أن قوله: «ما تغير عن وصف خلقته تغيراً يسيراً لا يزيله اسم الماء المطلق» [ليس]<sup>(٥)</sup> المراد من اليسير سوى أنه بحيث لا يزيله اسم الماء المطلق وتعقيبه به مذكور تفسيراً لليسير وإن لم يكن كذلك، وجزينا على ظاهر اللفظ لزم اشتراط كون التغير يسيراً لبقاء الطهورية في جميع المسائل المعدودة وليس كذلك، بل التغير بطول

(١) وضع يضح من باب وعد، وضوحاً انكشف وانجلى وأتضح كذلك وهو معدى بالألف والوضوح بفتحين هو البياض والوضوء والدرن المصباح المنير (٩١٣/٢).

(٢) قال النووي: الراجح من حيث الدليل أنه لا يكره مطلقاً، وهو مذهب أكثر العلماء، وليس للكراهة دليل يعتمد، وإذا قلنا بالكراهة فهي كراهة تنزيه لا تمنع صحة الطهارة، وتختص باستعماله في البدن، وتزول بتبريده على أصح الأوجه، وفي الثالث: يراجع الأطباء، والله أعلم. الروضة ١٢٠/١.

(٣) سقط في ط. (٤) سقط في ط. (٥) سقط في ب.

المُكْتَبِ، وما لا يمكن صون الماء عنه، وبالمجاور لا يفترق حكمه بين اليسير والفاحش وقوله: «وكذا المتغير بطول المُكْتَبِ، والترات، والزُّنَيْخِ»، عطفه على المتغير بالطين والطُّحْلِبِ، وأحسن منه على المتغير بما يجاوره والمتغير بما لا يمكن صون الماء عنه ليكون تعذر الصون نوعاً يدخل تحته المتغير بطول المكث، وما لا يخلو الماء عنه في المقر والممر، فمنه الطين، والطحلب، ومنه التراب الذي يثور ويتثر فيه.

وأما الماء الذي يطرح فيه قصداً فقد ذكره من بعد. والاختلافات التي ذكرناها في الشمس تقتضي أن يكون لفظ الكراهية في قوله: «وفي المُشْمَسِ كراهية» معلماً بالواو والحاء والميم والألف وهو علامة أحمد - رضي الله عنه - وأن يكون قوله «من جهة الطب» معلماً بالواو إشارة إلى خلاف من اتبع ظاهر النهي، ولم تقف الكراهية على موضع خوف الوضع، ولا بأس أن يعلم قوله في الأواني المنطبعة بذلك أيضاً إشارة إلى استثناء من استثنى التبرين<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي: الْقِسْمُ الثَّلَاثُ: مَا تَفَاحَشَ تَغْيِرُهُ بِمُخَالَطَةِ مَا يَسْتَغْنِي الْمَاءَ عَنْهُ حَتَّى زَائِلُهُ أَسْمُ الْمَاءِ الْمُطْلَقِ فَلَيْسَ بِطَهُورٍ (ح) وَإِنْ لَمْ يَسْتَجِدْ أَسْمًا آخَرَ كَالْمُتَغَيِّرِ بِالصَّابُونِ وَالزُّعْفَرَانِ الْكَثِيرِ (ح) وَأَجْتَنَسِيهِمَا.

قال الرافي: إذا بلغ تغير الماء حداً يَنْسَلِبُ به اسم الماء المطلق عنه خرج عن كونه طهوراً، ولا فرق بين أن يقع اسم الماء عليه مضافاً إلى الخليط المُغَيِّرِ كَمَاءِ الزُّعْفَرَانِ، والدقيق، أو لا يقع ويحدث له اسم آخر كَالصَّبْنِغِ وَالْمَرَقِ وَالْجَبْرِ خلافاً لأبي حنيفة - رضي الله عنه - في الحالة الأولى. لنا وجهان:

أحدهما: القياس على مَاءِ الْبَاقِلَاءِ ونحوه.

والثاني: أن النصوص الواردة في طهورية الماء متعرضة لاسم الماء عربياً عن القيود والإضافات والكلام فيما انسلب عنه اسم الماء عربياً عن القيود، والإضافات فلا يلحق بمورد النص لظهور الفرق في خاصية الرقة وغيرها. فإن قيل: النصوص متناولة للماء، وماء الزعفران ماء. قلنا: لا نسلمه، بل الماء المضاف على ضربين: منه ما يصح إطلاق اسم الماء عليه كماء البحر، وماء الكوز.

ومنه ما لا يصح كَمَاءِ الْوَزْدِ وماء الباقلاء فلم قلت بأن ماء الزعفران من قبيل الأول لا من قبيل الثاني؛ بل هو من الثاني فإن التغير الفاحش يصح قول القائل: هذا ليس بماء وإنما هو ماء الزعفران؛ ولهذا لو حلف أن لا يشرب ماء فشرّب ماء الزعفران

(١) قال ابن فارس: التبر ما كان من الذهب والفضة غير مصوغ، وقال الزجاج: كل جوهر قبل استعماله كالنحاس والحديد وغيرهما. المصباح المنير ١/٩٩.

لا يحنث وكان اسم الماء عربياً عن القيود والإضافات غير موضوع للحقيقة المشتركة بين الماء وماء الزعفران، بل كما لا يتفاحش تغير صفاته الأصلية والله أعلم.

وهل يعتبر تَغْيِيرُ اللَّوْنِ، وَالطَّعْمِ، وَالرَّائِحَةِ، جميعاً أم يكفي تغير واحد منها؟ ذكر الموفق بن طاهر<sup>(١)</sup> في «شرح مختصر الجويني»<sup>(٢)</sup> أن صاحب «جمع الجوامع» حكى فيه قولين اختار ابن سريج الثاني منهما وهو المشهور المتوجه. وحكى قولاً آخر عن رواية الربيع<sup>(٣)</sup> أن التغير في اللون وحده وفي الطعم والرائحة معاً يمنع الطهورية وفي أحدهما لا يمنع.

وينبغي أن يتنبه من ألفاظ الكتاب للاحتراز عن التغيرات التي لا تقدر: فقوله: «ما تفاحش تغيره» يخرج عنه التغير اليسير، وإن كان بخليط مستغنى عنه. وقوله: «بمخالطة ما يستغني عنه» يخرج عنه التغير بالمجاور وبما لا يمكن صون الماء عنه. قال الغزالي: فُرُوعُ ثَلَاثَةٌ:

الأول - الْمُتَغَيَّرُ بِالثَّرَابِ الْمَطْرُوحِ فِيهِ قَضَاءٌ فِيهِ وَجْهَانِ: أَظْهَرُهُمَا: أَنَّهُ طَهُورٌ وَيَقْرُبُ مِنْهُ الْمَلْحُ إِذْ طُرِحَ (و) فِي الْمَاءِ لِأَنَّهُ أَجْزَاءُ سَبِيحَةٍ مِنَ الْأَرْضِ بِهَا يَصِيرُ مَاءُ الْبَحْرِ مَالِحاً فَيُضَاهِي الثَّرَابَ. الثاني - إِذَا تَفَتَّتِ الْأَوْرَاقُ فِي الْمِيَاهِ وَخَالَطَتْهَا فَيُحِبُّهَا ثَلَاثَةٌ أَوْجِهٍ يَفْرُقُ فِي الثَّلَاثِ بَيْنَ الْحَرِيفِيِّ وَالرَّبِيعِيِّ لِتَعَدُّرِ الْأَخْتِرَازِ عَنِ الْحَرِيفِيِّ. الثالث - إِذْ صُبَّ مَائِعٌ عَلَى مَاءٍ قَلِيلٍ وَلَمْ يُغَيَّرْهُ فَإِنْ كَانَ بِحَيْثُ لَوْ خَالَفَهُ فِي اللَّوْنِ لِتَفَاحُشِ تَغْيِيرِهِ زَالَتْ الطُّهُورِيَّةُ بِهِ، وَإِنْ كَانَ أَقْلٌ مِنْهُ فَهُوَ طَهُورٌ، وَيَجُوزُ اسْتِنْعَامُ الْكُلِّ عَلَى الْأَظْهَرِ، وَقِيلَ: إِذَا بَقِيَ قَدْرُ ذَلِكَ الْمَائِعِ لَمْ يَجْزِ اسْتِنْعَامُهُ.

(١) هو أبو محمد الموفق بن طاهر بن يحيى كان فقيهاً من أهل نيسابور، مات سنة أربع وتسعين وأربعمائة. انظر ترجمته ابن هداية الله ١٨٨، معجم المؤلفين ٥٢/١٣، وتهذيب الأسماء واللغات ١٢٠/٢.

(٢) أبو سهل أحمد بن محمد الزوزني، ويعرف بابن العفريس بالعين والسين المهملتين صاحب جمع الجوامع، ذكره أبو عاصم العبادي في طبقة القفال الشاشي، وأبي زيد، والخفاف ونحوهم. الأسنوي ٣٠٤/١ ابن السبكي ٢٢٧/٢، طبقات العبادي ١٩١، ابن هداية الله ٢٨.

(٣) أبو محمد الربيع بن سليمان بن عبد الجبار المرادي مولاهم المصري المؤذن خادم الشافعي - رضي الله عنه - وراوي «الأم» وغيرها من كتبه، قال الشافعي: إنه أحفظ أصحابي رحلت الناس إليه من أقطار الأرض ليأخذوا عنه علم الشافعي ويرووا عنه كتبه. ولد سنة أربع وسبعين ومائة، وتوفي بمصر حرسها الله يوم الاثنين لعشر بقين من شوال سنة سبعين ومائتين. الأسنوي ١٨، الشيرازي ٧٩، العبادي ١٢، تهذيب التهذيب ٢٤٥/٣، تهذيب الأسماء واللغات ١٨٨/١، الشذرات ١٥٩/٢، وفيات الأعيان ٢٩١/٢.

قال الرافعي: في المتغير بالتراب المطروح فيه قصداً وجهان: وقيل قولان:

أحدهما: أنه ليس بطهور؛ لأنه تغير بمخالطة مستغنى عنه فأشبهه التغير بِالزَّغْرَانِ.

والثاني: وهو الأظهر: أنه على طهوريته، لأن التغير الحاصل بالتراب ليس إلا الكُدُورَة وهي لا تسلب اسم الماء؛ ولأن التراب يوافق الماء في الطُّهُورِيَّةِ؛ ولأن الشرع أمر بالتعفير في وُلُوحِ الكَلْبِ، ولو سلب طرح التراب في الماء الطهورية لما أمر به. وأما المتغير بالمِلْحِ المطروح فيه، فينظر فيه إن كان الملح مائياً، فوجهان: أظهرهما: أنه طهور؛ لأنه منعقد من عين الماء كالجَمْدِ، وَالثَّلْجِ. والثاني: لا، وليس الملح عين الماء، بل المياه نزلت عذبة من السماء، ثم تختلط بها الأجزاء السَّخَاتِ<sup>(١)</sup> فتنعقد ملحاً، ولهذا لا يذوب في الشمس ولو كان منعقداً من الماء لذاب كالجمد، وإن كان جليلاً ترتب على المائي أن سلبن الطهورية ثمة، فهنا أولى؛ وإلا فوجهان: أظهرهما: السلب أيضاً، لأنه خليط مستغنى عنه غير منعقد من الماء، ومن لم يسلب زعم أنه في الأصل كان ماء أيضاً، ولهذا يذوب في الماء، وإذا أطلقت الكلام في الملح فقل في التغير به ثلاثة أوجه: ثالثها: الفرق بين الجَبَلِيِّ وَالْمَائِيِّ تَشْبِيهاً لِلْمَائِيِّ بِالْجَمْدِ، واستبعد الإمام الغزالي ذلك.

وقال: لو كان كالجَمْدِ لذاب في الشمس، ولكن تعليقه التشبيه بالتراب المطروح فيه قصداً؛ لأن ماء البحر ملح وملوحته من أجزاء سبخة في الأرض تنتشر فيه فالمح إذا من أجزاء الأرض فإن حصل التغير به من غير قصد كماء البحر فهو طهور كالتغير بالتراب من غير قصد، وإن كان بقصد فهو على الخلاف كالتغير بالتراب المَطْرُوح فيه قصداً، وهذا معنى قوله في الكتاب: «ويقرب منه الملح» إلى قوله: «فيضاهي التراب».

ولك أن تقول: الملح إما أن يكون فيه ما ينعقد من مَحْضِ الماء أو لا يكون إن كان فتشبيهه بالجمد قوي، ولهذا لو تغير الماء العَذْبُ بذلك الماء المِلْحُ لم يؤثر فكذلك التغير بالمنعقد منه.

والقول بأنه لو كان كالجَمْدِ لذاب في الشمس: ممنوع على هذا التقدير؛ بل من المُتَعَدِّ الماء ما يذوب، ومنه مالا يذوب وإن لم يكن فيه ماء ينعقد من محض الماء بل كان كل ملح من أجزاء الأرض وإنما يتضح تشبيهه بالخلاف فيه بالخلاف في التراب أن لو جرى ذلك الخلاف في جميع أجزاء الأرض وليس كذلك، بل نص الأصحاب على أنه

(١) السَّبْحَةُ: ما يعلو الماء من طحلب ونحوه. ينظر المعجم الوسيط ١/٤١٤.



لا يجري في الجص<sup>(١)</sup> والثورة وغيرهما، واستبعدوا خلاف من خالف فيه.

وإذا كان كذلك فما الفرق بين الجص، والملح وكل واحد منهما ليس بتراب. وقوله: «وبها يصير ماء البحر مالحاً» ربما تجد في بعض النسخ ملحاً، ولا شك في أنه أفصح في اللغة قال الله تعالى: ﴿وَهَذَا مِلْحٌ أُجَاجٌ﴾<sup>(٢)</sup> وورد المالح في لفظ الشافعي - رضي الله عنه - واعترض عليه معترضون، وزعموا أنه لا يصح في اللغة، وأجاب الأصحاب عنه وصححوه<sup>(٣)</sup>، هذا أحد الفروع.

الثاني: الأوراق إذا تناثرت في الماء وتروح الماء بها من غير أن يعرض<sup>(٤)</sup> لها عفونة واختلاط، فهذا ماء متغير بشيء مجاور فيبقى على طهوريته على أظهر القولين كما سبق، وإن تعفنت واختلطت به ففيه ثلاثة أوجه: أظهرهما: أنه لا يسلب الطهورية كالمتغير بالطين، والطخلب وسائر ما يعسر الاحتراز عنه.

الثاني: يسلب كسائر المتغيرات التي تلحق بالماء من خارج.

والثالث: وبه قال أبو زيد المروزي<sup>(٥)</sup> لا يسلب التغير بالخريفي لغلبة التناثر في الخريف بخلاف الربيعي، ولأن الأوراق الخريفية قد امتصت الأشجار رطوبتها وقرب

(١) بكسر الجيم وفتحها معرب، لأن الجيم والصاد لا يجتمعان في كلمة عربية من مواد البناء، ويتخذ من حجر الجير بعد حرقه. تحرير التنبيه ٤٨، المخصص ٦٢/١٠ - ٦٤، المصباح المنير ١/١٤٠، المعجم الوسيط ١/١٢٤.

(٢) سورة الفرقان (٥٣).

(٣) وكيف عائب هذا وقد ورد السماع به فقد قال الشاعر:

ولو أنها للمشركين تعرضت      لاتخذوها بين أصنامهم ربا  
فلو تفلت في البحر والبحر مالح      لأصبح ماء البحر من ريقها عذب

انظر حاشية البجيرمي ١/٦٤.

(٤) في ب: تظهر.

(٥) محمد بن أحمد بن عبد الله الفاشاني بقاء وشين معجمة وبالنون المعروف بالمروزي ذو العلم والعمل، والطريقة التي لا عوج فيها، ولا خلل والقريحة التي هي محل القرائح، ويأتي من المعنى بكل غاد ورائح، شيخ الإسلام علماً وعملاً وورعاً وزهداً جاور بمكة سبع سنين. وأخذ عن أبي إسحاق المروزي، وعنه أخذ القفال المروزي، وكان من أحفظ الناس لمذهب الشافعي، وقال فيه إمام الحرمين في باب التيمم (إنه كان من أزكى الناس قريحة). ولد سنة إحدى وثلاثمائة، وتوفي بمرور سنة إحدى وسبعين. قاله الشيخ أبو إسحاق وتبعه النووي في تهذيبه) زاد ابن خلكان فقال في يوم الخميس الثالث عشر من شهر رجب. انظر الأسنوي ١٠٢٠، وطبقات العبادي ٩٣، طبقات الشيرازي ١١٥، وفيات الأعيان ٤/٢٠٨، تهذيب الأسماء واللغات ٢/٢٣٤.

طَبَعَهَا مِنْ طَبَعِ الخَشَبِ بخلاف الربيعية فإن فيها رُطوبَةٌ وَلزُوجَةٌ تقتضي الامتزاج، وهذه الوجه فيما إذا تناثرت في الماء بنفسها وهو مسألة الكتاب: فلو طرحت فيه قصداً فطريقان:

أحدهما: القطع بسلب الطهورية للاستغناء عنه.

والثاني: طرد الوجوه الثلاثة، والفارق على الوجه الثالث ههنا إنما هو المعنى الثاني لا غير.

الثالث: إذا اختلط بالماء مائع يوافق الماء في الصفات كماءٍ وَزِدٍ مُنْقَطِعِ الرَائِحَةِ وماء الشجر والماء المستعمل ففيه وجهان:

أحدهما: أنه إن كان الخليط أقل من الماء فهو طَهُورٌ وإن كان أكثر أو مثله فلا؛ لأنه تعذر اعتبار الأوصاف فيعدل إلى اعتبار الأجزاء ويجعل الحكم للغالب فإذا استويا أخذنا بالاحتياط.

والثاني: وهو المذكور في الكتاب وهو الأظهر: أنه إن كان الخليط قدراً لو خالف الماء في طَعْمٍ، أو لَوْنٍ، أو رَائِحَةٍ لتغير الماء فهو مَسْلُوبُ الطُّهُورِيَّةِ، وإن كان لا يؤثر مع المخالفة فلا، لأن التغير سالب لِلطُّهُورِيَّةِ، وهذا الخليط بسبب الموافقة في الأوصاف لا يغير، فيعتبر تغيره لاستفادة ما طلبناه كما يفعل في معرفة الحكومات.

ثم إذا اقتضى الحال بقاء الطهورية إمَّا لِقَلَّةِ الخَلِيطِ على الوجه الأول أو لتقاعده عن التغير على الثاني مع تقدير المخالفة، فهل يستعمل (جميعه أم يبقى قدر الخليط؟ وفيه ثلاثة أوجه:

أظهرها: أنه يستعمل<sup>(١)</sup> الجميع لاستهلاك الخليط فيه وانطلاق اسم الماء عليه.

والثاني: أنه يبقى قدر الخليط وإلا كان مستعملاً لغير الماء يقيناً وصار كما لَوَّ حَلَفَ أن لا يأكل تَمْرَةً واخلطها بتمر كثير لا يَحْتَنُّ ما بقيت تمرة وإن استوعب الكل حنث، وأطبقوا على ضعف هذا الوجه.

والثالث: إن كان الماء وحده يكفي لواجب الطهارة فله استعمال الجميع وإلا فلا.

فإن قلنا: يجوز استعمال الجميع ومعه من الماء ما لا يكفي وحده ولو كمله بما يستهلك فيه لكفاه لزمه ذلك.

(١) سقط في ب.

واعلم أن الخلاف في أن الجميع هل يستعمل جارٍ فيما إذا استهلكت النجاسة المائعة في الماء الكثير، (وفيما إذا استهلك الخليل الطاهر في الماء لقلته مع مخالفة الأوصاف لأوصاف الماء، ولو لم يتغير الماء الكثير) لموافقة النجاسة له في الأوصاف فالاعتبار بتقدير المخالفة لا بالأجزاء بلا خلاف، كذلك ذكره لتغليظ أمر النجاسة واعتبروا في النجاسة بالمخالف الذي هو أشد صفة احتياطاً.

وفي الطهارات بالوسط المعتدل، فلا يعتبر في الطعم جدّة الخَلِّ؛ ولا في الرائحة ذكاء المسك وقضية هذا الوجه (أن ينظر إلى صفات الماء عذوبة، ومُلُوحة، ورِقَّة وصَفَاء)<sup>(١)</sup> فإن لها أثراً ظاهراً في حصول التغير وعدمه<sup>(٢)</sup>.

ثم عد إلى ألفاظ الكتاب واعلم أن قوله: «إن كان بحيث لو خالفه في اللون» ليس لاعتبار اللون بعينه، وإنما ذكره مثلاً، وسائر الأوصاف في معناه، وفيه ما قدمناه عن رواية الربيع - رحمه الله - وقوله: «لتفاحش تغيره» إشارة إلى أنه لو كان التغير يسيراً لم يؤثر كما سبق.

قوله: «زالت الطهورية» ينبغي أن يعلم بالواو، وكذا قوله: فهو طهور، لأن الحكم لا يتعلق بتقدير التغير وعدمه عند من يعتبر الإجزاء.

وقوله: في أول هذا الفرع. إذا صبّ مائع على ماء قليل ينبغي إن يعرف أن الصّب لا أثر له؛ بل انصباب المائع عليه واختلاطه به كالصّب، وإنما يفرق بين الوُقوع فيه والطرّح فُضداً فيما يتعذر الاحتراز عنه، وكذلك التعرض للقليل ليس للتقييد؛ بل القليل والكثير في هذا الحكم سواء، ولو حذِف لفظ القليل لَمْ يَضُرَّ. قال:

## الباب الثاني

### في المياه النجسة، وفيه فصول أربعة

قال الغزالي: أَلْفُضْلُ الْأَوَّلِ فِي النَّجَاسَاتِ وَالْجَمَادَاتِ كُلُّهَا عَلَى الطَّهَارَةِ إِلَّا الْخَمْرَ وَكُلَّ نَبِيدٍ (ح) مُسْكِرٍ، وَالْحَيَوَانَاتِ كُلُّهَا عَلَى الطَّهَارَةِ إِلَّا الْكَلْبَ وَالْخَنزِيرَ وَفُرُوعَهُمَا.

(١) سقط في ب.

(٢) قال النووي في نهاية هذا الفصل المتغير بالمني ليس بطهور على الأصح، ولو تطهر بالماء الذي يتعقد منه الملح قبل أن يجمد جاز على المذهب، ولا فرق في جميع مسائل الفصل بين القلتين وفوقهما ودونهما، ولو أغلي الماء فارتفع من غليانه بخار وتولد منه رشح فوجهان. المختار منهما عند صاحب «البحر» أنه طهور. والثاني طاهر ليس بطهور. ولو رشح من مانع آخر فليس بطهور بلا خلاف كالعرق. والله أعلم. الروضة ١/١٢٢.

قال الرافعي: لما كان أصل الماء الطهارة ونجاسته عارضة، تطراً بملاقاة شيء نجس، حسن القول في أن النجس ماذا أولاً، فعقد الفصل الأول في النجاسات، وأداها في تقسيم اقتدى في معظمه بإمام الحَرَمَيْنِ - رحمه الله - وهو أن الأعيان تنقسم إلى جَمَادٍ، وَحَيَوَانٍ، والأصل في الجميع الطَّهَارَةُ؛ لأنها مخلوقة لمنافع العباد، وإنما يحصل الانتفاع أو يكمل بالطهارة، ولا يستثنى عن هذا الأصل من الجمادات إلا الخمر، وما يسكر من الأنبذة، أما الخمر فلو جهين:

أحدهما: أنها مُحَرَّمَةٌ التَّوَالٍ، لا لاحترام وضرر ظاهر، والناس مُشْعُوفُونَ بِهَا، فينبغي أن يكون محكوماً بنجاستها تأكيداً للزجر، ألا ترى أن الشرع حكم بنجاسة الكِلَابِ، لما نهى عن مخالطتها مبالغة في المنع.

الثاني: أن الله - تعالى - سماها رَجَسًا وَرَجَسًا وَالتَّجَسُّسُ عبارتان عن معنى واحد، وأما الأَيْبُدَةُ الْمُسْكِرَةُ فلأنها ملحقة بها في التحريم، فكذلك في النجاسة، وينبغي أن يكون النبيذ مُغْلَمًا بعلامة أبي حنيفة - رحمه الله عليه - فإنه يقول بالطهارة، حيث يقول بِالْحِلِّ:

وبالواو أيضاً، لأن يحيى اليميني<sup>(١)</sup> حكى في البيان وجهاً ضعيفاً: أن النبيذ طاهر لاختلاف الناس فيه بخلاف الخمر؛ بل ينبغي أن يكون لفظ الخمر معلماً بالواو أيضاً، لأمور ثلاثة:

أحدهما: أن الشيخ أبا علي حكى خلافاً في نَجَاسَةِ الْمُثَلَّثِ الْمُسْكِرِ الذي يبيحه أبو حنيفة مع الحكم بالتحريم قَطْعاً.

والثاني: أنه حكى وجهاً في طهارة الخمر المحترمة.

والثالث: أنهم ذكروا وجهاً في أن يواطن حَبَاتِ الْعُنُقُودِ مع استحالتها خمراً لا يحكم بنجاستها، تشبيهاً بما في باطن الحيوان، وكل ذلك ينافي إطلاق القول بالنجاسة.

وأعلم أنه لا يريد بالجماد في هذا التقسيم مطلق ما لا حياة فيه؛ بل وما لم يكن حيواناً من قبل، ولا جزءاً من الحيوان، ولا خارجاً منه، وإلا لدخل في الجَمَادَاتِ

(١) يحيى بن أبي الخير بن سالم بن أسعد بن يحيى أبو الخير العمراني اليماني ولد سنة تسع وثمانين وأربعمائة كان شيخ الشافعية ببلاد اليمن وكان إماماً زاهداً ورعاً عالماً خيراً مشهور الاسم، بعيد الصيت عارفاً بالفقه وأصوله، والكلام والنحو توفي سنة ثمان وخمسين وخمسمائة. والبيان يقع في عشر مجلدات واصطلاحه فيه أن يعبر بالمسألة عما في المذهب، وبالفرع عما زاد عليه. انظر ابن قاضي شهبة ١/٣٢٧ - ٣٢٨، وانظر مرآة الجنان ٣/٣١٨، ابن السبكي ٤/٣٢٤، شذرات الذهب ٤/١٨٥، ابن هداية الله ٧٩، هدية العارفين ٢/٢٥٠.

المَيْتَاتُ، وأجزاء الحيوانات، وما ينفصل من باطن الحيوان، وحينئذ لا ينتظم قصر الاستثناء على الحَمْرِ والتَّيِّدِ، وأما الحيوانات فهي طاهرة، ويستثنى منها ثلاثة:

أحدهما: الكلب لقوله ﷺ في الحديث المشهور: «إِنَّهَا لَيْسَتْ بِنَجَسَةٍ»<sup>(١)</sup> يعني: الهرة ووجه الاستدلال منه مشهور، ولأن سوره نجس بدليل ورود الأمر بالإراقة في خبر الولوغ، ونجاسة السُّورِ تدل على نَجَاسَةِ القَمِّ، وإذا كان فمه نجساً كانت سائر أعضائه نجسة، لأن فمة أطيّب من غيره، ويقال: إنه أطيّب الحيوان نُكْهَةً لكثرة ما يلهث.

والثاني: الخنزيرُ وهو أسوأ حالاً من الكلب، فهو أولى بأن يكون نجساً.

والثالث: المتولد من أحدهما نجس لتولده من أصل نجس. وعن مالك: أن الكَلْبَ، وَالخِنْزِيرَ طَاهِرَانِ وَيُغْسَلُ مِنْ وُلُوعِهِمَا تَعْبُدًا.

ولك أن تعلم قوله: «والحيوانات على الطهارة» بالواو، لأن أبا العباس الجرجاني<sup>(٢)</sup> وآخرين نقلوا وجهاً أن الدودَ المتولد من نفس المَيْتَةِ نجس العين كولد الكلب، فعلى ذلك الوجه لا ينحصر الاستثناء فيما ذكره، لكن هذا الوجه ساقط، ولو صح ذلك لَلَزَمَ أن يحكم بنجاسة الحَيَوَانِ من حكم بنجاسة، العَلَقَةِ، وَالْمُضْغَةِ، وَمَنِي غَيْرِ المَأْكُولِ.

(١) والحديث: أنه عليه الصلاة والسلام دعى إلى دار فأجاب، ودعى إلى دار أخرى فلم يجب. فقيل له في ذلك. فقال: (إن في دار فلان كلباً) فقيل وفي دار فلان هرة فقال: (الهرة ليست بنجسة). رواه أحمد والدراقطني والبيهقي والحاكم من رواية أبي هريرة وصححه. وفيه نظر. لكن لفظهم: السنور سيع بدل الهرة إلى آخره. انظر خلاصة البدر ١١/١. وقال الحافظ قال ابن أبي حاتم في العلل سألت أبا زرعة عنه فقال: لم يرفعه أبو نعيم وهو أصح، وعيسى ليس بالقوي قال العقيلي: لا يتابعه على هذا الحديث إلا من هو مثله أو دونه، وقال ابن حبان: خرج عن حد الاحتجاج به، وقال ابن عدي: هذا لا يرويه غير عيسى، وهو صالح فيما يرويه، ولما ذكره الحاكم قال: هذا الحديث صحيح، تفرد به عيسى عن أبي زرعة، وهو صدوق لم يجرح قط كذا قال، وقد ضعفه أبو حاتم الرازي، وأبو داود وغيرهما، وقال ابن الجوزي: لا يصح، وقال ابن العربي: ليس معناه أن الكلب نجس، بل معناه أن الهر سيع فينتفع به بخلاف الكلب، فلا منفعة فيه كذا قال، وفيه نظر لا يخفى على المتأمل. انظر التلخيص ٢٥/١.

(٢) أبو العباس أحمد بن محمد الجرجاني. كان قاضي البصرة، وشيخ الشافعية بها، ومن أعيان الأدباء في وقته، سمع من جماعات كثيرة، وحدث وتفقه على الشيخ أبي إسحاق وصنف في الفقه: (التحرير والمعاملة) و(البلغة) و(الشافعي) وهو كبير في أربع مجلدات. مات راجعاً من أصبهان إلى البصرة سنة اثنتين وثمانين وأربعمائة. قال ابن الصلاح في (طبقاته). انظر ترجمته في الأسنوي ٣٠٦، ابن السبكي ٣/٣١، ابن هداية الله ٦٣.

قال الغزالي: وَالْمَيْتَاتُ كُلُّهَا عَلَى النَّجَاسَةِ إِلَّا السَّمَكَ وَالْجِرَادَ، وَكَذًا الْأَدْمِيُّ عَلَى الصَّحِيحِ، وَكَذًا دُودُ الطَّعَامِ فَهُوَ طَاهِرٌ عَلَى الْأَصَحِّ، وَلَا يَحْرُمُ أَكْلُهُ مَعَ الطَّعَامِ عَلَى الصَّحِيحِ، وَمَا لَيْسَ لَهُ نَفْسٌ سَائِلَةٌ لَا يَنْجُسُ الْمَاءَ إِذَا مَاتَ فِيهِ عَلَى الْجَدِيدِ، وَقِيلَ: إِنَّهَا نَجَسَتْ (ح م) بِالْمَوْتِ، وَهَذَا عَفْوٌ لِتَعَدُّرِ الْأَخْتِرَازِ عَنْهُ، وَقِيلَ: إِنَّهَا لَا تَنْجُسُ بِالْمَوْتِ إِذْ لَيْسَ فِيهَا دَمٌ مُعَفَّرٌ فَأَشْبَهَتْ النَّبَاتَ.

قال الرافعي: الأصل في الميتات النجاسة، قال الله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةُ﴾<sup>(١)</sup> وتحريم ما ليس بمحترم، ولا فيه ضرر كالسَّم يدل على نجاسته.

ويستثنى منها أنواع:

أحدها: السمك والجراد قال ﷺ: «أَجَلَّتْ لَنَا مَيْتَتَانِ»<sup>(٢)</sup>. تخبر ولو كانا نجسين لكان مُحَرَّمَيْنِ.

الثاني: الأدمي، وفي نجاسته بالموت قولان:

أحدهما: ينجس بالموت؛ لأنه حَيَوَانٌ طَاهِرٌ فِي الْحَيَاةِ غَيْرَ مَأْكُولٍ بَعْدَ الْمَوْتِ فَيَكُونُ نَجَسًا كغیره.

والثاني: وهو الأصح: لا ينجس لقوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾<sup>(٣)</sup> وقضية التكریم أن لا يحكم بنجاسته؛ ولأنه لو نجس بالموت لكان نجس العين كسائر الميتات، ولو كان كذلك لما أمر بغسله كسائر الأَعْيَانِ النَّجِيسَةِ، روى هذا الاستدلال عن أَبِي سُرَيْجٍ قَالَ أَبُو إِسْحَاقَ<sup>(٤)</sup> (عليه) لو كان طاهراً لما أمر بغسله كسائر الأعيان الطاهرة.

(١) سورة المائدة (٣).

(٢) رواه الشافعي وأحمد والدارقطني والبيهقي من حديث عبد الرحمن بن زيد بن أسلم عن أبيه عن ابن عمر مرفوعاً به. ولا بن حاجة منه اللفظة الأولى. قال أحمد: هذا حديث منكر. قلت: سببه أن عبد الرحمن هذا ضعفه الجمهور، قال الدارقطني والبيهقي. روي موقوفاً على عبد الله ابن عمر وهو أصح. قال البيهقي. وهو في معنى المسند. انظر الخلاصة البدر ١١/١.

(٣) سورة الإسراء (٧٠).

(٤) إبراهيم بن أحمد أبو إسحاق المروزي أحد أئمة المذهب أخذ الفقه عن عبدان المروزي، ثم عن ابن سريج والإصطخري وانتهت إليه رئاسة المذهب في زمانه، وصنف كتباً كثيرة، وأقام ببغداد مدة طويلة يفتي ويدرس وانتفع به أهلها وصاروا أئمة كابن أبي هريرة، وأبي زيد المروزي وأبي حامد المروزي قال العبادي: وهو الذي قعد في مجلس الشافعي بمصر سنة القرامطة، واجتمع الناس عليه، وضرّبوا إليه أكباد الإبل، وسار في الآفاق من مجلسه سبعون إماماً من أصحاب الشافعي. وقال الشيخ أبو إسحاق: انتهت إليه الرئاسة في العلم ببغداد، =

أجابوا عنه بأن غسل نجس العين غير معهود، أما غسل الطاهر مَغْهُودٌ فِي حَقِّ الْجُنُبِ، والمحدث، على أن الغرض منه تكريمه وإزالة الأَوْسَاحِ عنه.

وقال أبو حنيفة: يُتَجَسُّسُ بِالمَوْتِ ويَطْهَرُ بالِغَسْلِ، وهو خلاف القولين جميعاً.

الثالث: الحيوانات التي ليست لها نفس سائلة هل تنجس الماء إذا ماتت فيه؟ اختلف فيه قول الشافعي - رضي الله عنه - على قولي:

أحدهما: نعم، لأنها ميتة فتكون نجسة كسائر الميتات وإذا كانت نجسة نجس الماء بها كسائر النجاسات.

الثاني: وهو الأصح: لا، لقوله ﷺ: «إِذَا سَقَطَ الذُّبَابُ فِي إِنَاءٍ أَحَدِكُمْ فَامْقُلُوهُ، فَإِنَّ فِي أَحَدِ جَنَاحَيْهِ شِفَاءً وَفِي الْآخَرِ دَاءٌ، وَإِنَّهُ يُقَدِّمُ الدَّاءَ»<sup>(١)</sup> وقد يفضي المقل<sup>(٢)</sup> إلى الموت سيما إذا كان الطعام حاراً، فلو نجس الماء لما أمر به.

وعن سلمان - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال: «كُلُّ طَعَامٍ وَشَرَابٍ وَقَعَتْ

= وشرح المختصر وصنف الأصول وأخذ عنه الأئمة وانتشر الفقه عن أصحابه في البلاد، وخرج إلى مصر ومات بها في رجب سنة أربعين وثلاثمائة، ودفن عند الشافعي. انظر ط. الشافعية لابن قاضي شهبة ١٠٥/١ - ١٠٦، تاريخ بغداد ١١/٦ والشيرازي ٩٢ والعبادي ٦٨ ووفيات الأعيان ٧/١ وابن هداية الله ١٩، ومعجم المؤلفين ٣/١.

(١) أخرجه البخاري من حديث أبي هريرة بلفظ: إذا وقع الذباب في إناء أحدكم فليغمسه كله، ثم لينزعه، فإن في أحد جناحيه داء والآخر شفاء، ورواه أبو داود وابن خزيمة وابن حبان بلفظه بزيادة (وإنه يتقي بجناحه الذي فيه الداء فليغمسه كله، ثم لينزعه. ورواه ابن ماجه والدارمي أيضاً، ورواه ابن السكن بلفظ (إذا وقع الذباب في إناء أحدكم فليمقله فإن في أحد جناحيه دواء وفي الآخر داء، أو قال سماً، ورواه ابن ماجه وأحمد من حديث سعيد بن خالد عن أبي سلمة عن أبي سعيد الخدري بلفظ (في أحد جناحي الذباب سم، وفي الآخر شفاء)، فإذا وقع في الطعام فامقلوه فيه فإنه يقدم السم ويؤخر الشفاء، ورواه النسائي وابن حبان، والبيهقي أيضاً بنحوه، وروي عن ثمامة عن أنس والصحيح عن ثمامة عن أبي هريرة قاله ابن أبي حاتم عن أبيه وأبي زرعة، وقال الدارقطني: رواه عبد الله بن المثنى عن ثمامة عن أنس، ورواه حماد بن سلمة عن ثمامة عن أبي هريرة، والقولان محتملان قلت: وروي عن قتادة عن أنس عن كعب الأحبار، أخرجه ابن أبي خيثمة في تاريخه الكبير في باب من حدث من الصحابة عن التابعين، وإسناده صحيح، ورواه الدارمي من طريق ثمامة عن أبي هريرة. وقال: الصواب طريق عبيد بن حنين عن أبي هريرة، قلت: وحديث عبد الله بن المثنى رواه البزار والطبراني في الأوسط. انظر التلخيص (١/٢٧ - ٢٨).

(٢) المقل الغمس المصباح المنير ٧٩٢/٢.

فِيهِ دَابَّةٌ لَيْسَ لَهَا دَمٌ فَمَاتَتْ [فِيهِ] فَهُوَ حَلَالٌ أَكَلَهُ وَشَرِبَهُ وَالْوَضُوءُ مِنْهُ»<sup>(١)</sup> ولأن الاحتراز عنها مما يعسر، وهذا الخلاف في غير ما نشؤه في الماء، وأما ما نشؤه فيه وليس له نفس سائلة فلا ينجس الماء بلا خلاف، فلو طرح فيه من خارج عاد الخلاف.

فإن قلنا: إنها تنجس الماء فلا شك في نجاستها. وإن قلنا: لا تنجس، فهل هي نجسة في نفسها؟ قال الأكثرون: نعم، كسائر الميتات، وهو ظاهر المذهب.

وقال الفقهاء: لا؛ لأن هذه الحيوانات لا تستحيل بالموت؛ لأن الاستحالة إنما تأتي من قبل انحصار الدم واختيابه بالموت في العروق واستحالاته وتغيره، وهذه الحيوانات لا دم لها، وما فيها من الرطوبة كزطوبة النبات.

وإذا عرفت ما ذكرناه عرفت أنه لم يرتب الخلاف في النجاسة على الجديد، فقال: قيل: إنها نجست بالموت وعرفت أن هذه الحيوانات على ظاهر المذهب غير مستثناة عن الميتات، وإنما الاستثناء على قول الفقهاء<sup>(٢)</sup>، وأما جعله<sup>(٣)</sup> القول بعدم نجاسة الماء قوله الجديد: فإنما أخذه من إمام الحرمين وروى القاضي أبو المحاسن الروياني خلاف ذلك فسمى هذا القول القديم، والأكثرين أرسلوا ذكر القولين من غير تعيين جديد وقديم.

وأما ما ذكره في دود الطعام فأيراده يشعر بمغايرة حكمه لحكم ما ليس له نفس سائلة إشعاراً بيناً، وليس كذلك؛ بل من قال: بنجاسة ما ليس له نفس سائلة، صرح بأنه لا فرق بين ما يتولد من الطعام، كدود الحل والثفاح وغيرهما، وبين ما لا يتولد منه كالذباب، والخنافس وقالوا: ينجس الكل بالموت لكن لا ينجس الطعام الذي يموت فيه، كما ذكرنا في نجاسة ما نشؤه في الماء.

(١) «أخرجه الدارقطني والبيهقي من حديث علي بن زيد بن جدعان عن سعيد بن المسيب عن سلمان به، وفيه بقية بن الوليد، وقد تفرد به، وحاله معروف، وشيخه سعيد بن أبي سعيد الزبيدي مجهول، وقد ضعف أيضاً، واتفق الحفاظ على أن رواية بقية عن المجهولين واهية وعلي بن زيد بن جدعان ضعيف أيضاً، وقال الحاكم أبو أحمد: هذا الحديث غير محفوظ، وفي «الطهور» لأبي عبيد عن ابن عيينة عن منبوذ عن أمه عن ميمونة زوج النبي ﷺ أنها كانت تمر بالغدير فيه الجعلان وفيه فيستقي لها فتشرب وتتوضأ. انظر التخليص ٢٨/١.

(٢) قال النووي: ولو كثرت الميتة التي لا نفس لها سائلة فغيرت الماء، أو المائع وقلنا: لا تنجسه من غير تغيير فوجهان مشهوران. الأصح تنجسه لأنه متغير بالنجاسة. والثاني: لا تنجسه ويكون الماء طاهراً غير مطهر كالمغفران، وقال إمام الحرمين: وهو كالمغفران بورق الشجر. والله أعلم. الروضة ١/٢٤٤.

(٣) في ب: وقوله.



ومن قال: لا ينجس ما ليس له نفس سائلة بالموت، فلا شك أن يقول به في دود الطعام بطريق الأولى، فإذا قوله: «وكذا دود الطعام طاهر على الصحيح» اختيار لطريقة القائل، والمعنى على الصحيح من القولين ذهاباً إلى أن القول بعدم نجاسة الماء بموت ما ليس له نفس سائلة فيه مَبْنِيٌّ على أنه ليس بنجس.

وأما قوله: «ولا يحرم أكله مع الطعام على الصحيح»<sup>(١)</sup> فاعلم أن التقييد بكونه مع الطعام غير محتاج إليه، لثبوت أصل الخلاف: ويجوز أن يكون محتاجاً إليه: لكن القول بالحل أصح؛ أما الأول؛ فلأنه ذكر في التَّهْيِية<sup>(٢)</sup>: أنه لو جمع جامع من دُودِ الطَّعام شيئاً واعتمد أكله فهل يَحِلُّ؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، لأنه كَالْجُزءِ مِنَ الطَّعامِ طَعْمًا وَطَبْعًا؛ وأصحهما: التحريم فنقل الوجهين في أكله منفرداً، وقد أطلق في الوَسِيطِ الوجهين في الحل من غير تخصيص بالأكل مع الطعام أو منفرداً.

وأما الثاني: فلأن إفراده بالأكل مُسْتَعْنَى عنه، وهو مُسْتَقْدَرٌ مندرج تحت عموم تحريم الميتة، أما التمييز بينه وبين الطعام عند الأكل فمفسر جاز أنه يعفى عنه، وبهذا المعنى قلنا: لا ينجس الطعام بلا خلاف، وإن حكمنا بنجاسته، وربما يخطر بالبال أن الخلاف في حل الأكل مبني على الخلاف في الطهارة والنجاسة، إن قلنا: بالنجاسة يحرم وإلا فيحل، وليس الأمر فيه على هذا الإطلاق، بل الخلاف منتظم مع حكمنا بالطهارة فوجه التحريم الاستِقْدَارُ، وشمول اسم الميتة، وصار كما لا نفس له سائلة مما لا يكون نشؤه في الطعام، فإنه يحرم، وإن حكم بطهارته، ووجه الحل أنه كالجُزءِ من الطعام طَبْعًا وَطَعْمًا، وأما إذا حكمنا بالنجاسة فوجه التحريم بَيِّنٌ، ووجه الحل إذا كان يؤكل مع الطعام عسر الاحتراز والتمييز، وعن الانفراد لا ينقدح شيء - والله أعلم - واعرّف بعد هذا شيئين:

أحدهما: قوله: والميتات على النجاسة، لا يعني الميتة بجميع أجزائها بل ما سوى الشعر وما في معناه، وفيها من الخلاف والتفصيل ما ذكره في باب الأواني.

والثاني: ظاهر كلامه، حصر المستثنى من الميتات في الأنواع المذكورة، وليس كذلك بل الجنين الذي يوجد ميتاً عند ذَبْحِ الأم حلال طاهر أيضاً، وكذا الصَّيْدُ إذا مات بالضغط على أحد القولين.

قال الغزالي: **أَمَّا الْأَجْزَاءُ الْمُتَفَصِّلَةُ عَنْ ظَاهِرِ الْحَيَوَانِ فَكُلُّ مَا أُبِينَ مِنْ حَيٍّ فَهُوَ**

(١) في ط: الأصح.

(٢) نهاية المطلب لإمام الحرمين ولديه منه نسخة.

مَيَّتْ إِلَّا الشُّعُورَ الْمُتَنَفِّعَ بِهَا فِي الْمَفَارِشِ وَالْمَلَابِسِ فَأَتَتْهَا طَاهِرَةً بَعْدَ الْجَزْرِ لِلْحَاجَةِ.

قال الرافعي: عن رسول الله ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «مَا أُبَيِّنُ مِنْ حَيٍّ فَهُوَ مَيَّتٌ»<sup>(١)</sup>.

فالأصل فيما بان من الحي النجاسة، ويستثنى منه شعر المأكول المَجْزُوز في حياته، فهو طاهر للحاجة إليه في الملابس ولو قدر قصر الانتفاع على ما يكون على المُذَكِّي، لضاع معظم الشعور.

وفي معنى الشعور الرِّيشُ، وَلِصُوفُ وَالْوَبْرُ، وقد قيل: في قوله تعالى: ﴿وَمِنْ أَصْوَابِهَا وَأُوبَارِهَا وَأَشْعَارِهَا أَثَانًا وَمَتَاعًا إِلَى حِينٍ﴾<sup>(٢)</sup>: إن المراد إلى حين فَنَائِهَا هذا فيما يبان بطريق الجَزْ، وفي التَّنْفِ والتَّأَثُرِ وجهان: والأصح: إلحاقها بالجز.

وعلى هذا فقوله في الكتاب: «فإنها طاهرة بعد الجز» ليس مذكوراً ليكون قيداً في الطهارة، وعلى الوجه الآخر يمكن جعله قيداً.

واعلم أن ظاهر قوله فكل ما أبين من حي فهو ميت، إلا الشعور المنتفع بها، لا يمكن العمل به لا في طرف المستثنى، (ولا في طرف المستثنى منه؛ أما المستثنى فلا لأنه يتناول جملة الشعور المَجْزُوزة، والطهارة مخصوصة بشعر المأكول، وأيضاً)<sup>(٣)</sup> فلا أنه يتناول الشعر المبان على العضو المبان من الحيوان، وأنه نجس في أصح الوجهين.

(١) أخرجه الحاكم من حديث سليمان بن بلال عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ سئل عن جباب: أسنمة الإبل واليات الغنم فقال: (ما قطع من حي فهو ميت) ذكر الدارقطني علته، ثم قال والمرسل أصح، ورواه الدارمي وأحمد والترمذي وأبو داود والحاكم من حديث عبد الرحمن بن عبد الله بن دينار عن زيد بن أسلم عن أبي واقد الليثي. قال: قدم رسول الله ﷺ المدينة وبها ناس يعمدون إلى أليات الغنم وأسنمة الإبل فقال: (ما قطع من البهيمة وهي حية فهو ميتة) لفظ أحمد ولفظ أبي داود مثله، ولم يذكر القصة، ورواه ابن ماجه والبخاري والطبراني في الأوسط من حديث هشام بن سعد، عن زيد بن أسلم عن ابن عمر فاختلف فيه على زيد بن أسلم قال البخاري بعد أن أخرجه من طريق المسورين الصلت عن زيد عن عطاء عن أبي سعيد: تفرد به الصلت، وخالفه سليمان بن بلال فقال: عن زيد عن عطاء مرسلًا كذا قال، وكذا قال الدارقطني، وقد وصله الحاكم كما تقدم، وروى معمر عن زيد بن أسلم عن النبي ﷺ مرسلًا لم يذكر عطاء ولا غيره، وتابع المسور وغيره عليه خارجة بن مصعب، أخرجه ابن عدي في الكامل وأبو نعيم في الحلية. وقال الدارقطني: المرسل أشبه بالصواب وله طريق أخرى عن ابن عمر أخرجه الطبراني في الأوسط وفيه عاصم ابن عمر وهو ضعيف، ورواه ابن ماجه والطبراني، وابن عدي من طريق تميم الداري، وإسناده ضعيف، ولفظه قيل: يا رسول الله إن ناساً يجيبون أليات الغنم وهي أحياء فقال: (ما أخذ من البهيمة وهي حية فهو ميتة). انظر التلخيص ٢٨/١، ٢٩.

(٢) سقط في ب.

(٣) سورة النحل (٨٠).

أما المستثنى منه فلأنه يدخل فيه العضو المبان من الآدمي، ومن السمك والجراد، ومشيمة الآدمي، وهذه الأشياء طاهرة على المذهب الصحيح، وكذلك يدخل فيها شعر الآدمي، لأنه غير منتفع به حتى يدخل في المستثنى، وإذا لم يتناوله الاستثناء بقي داخلاً في المستثنى منه ومع ذلك فهو طاهر فظهر تعذر العمل بالظاهر ووقوع الحاجة بالتأويل، ومما ينبغي أن يتنبه له معرفة أن تفصيل الشعور المبانة وتقسيمها إلى طاهر ونجس مبني على ظاهر المذهب في نجاسة الشعور بالموت، فإن قلنا: لا ينجس بالموت فلا ينجس بالإبانة أيضاً بحال.

قال الغزالي: **وَأَمَّا الْأَجْرَاءُ الْمُتَفَصِّلَةُ عَنِ بَاطِنِ الْحَيَوَانِ فَكُلُّ مُتَرَشِّحٍ لَيْسَ لَهُ مَقَرٌّ يَسْتَحِيلُ فِيهِ كَالدَّمَغِ وَاللُّعَابِ وَالْعَرَقِ فَهُوَ طَاهِرٌ مِنْ كُلِّ حَيَوَانٍ طَاهِرٍ، وَمَا اسْتَحَالَ فِي الْبَاطِنِ فَأَصْلُهُ عَلَى النَّجَاسَةِ كَالدَّمِ وَالْبَوْلِ وَالْعَذْرَةَ إِلَّا مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِيهِ وَجْهَانِ، وَكَذَا فِي خُرْءِ الْجَرَادِ وَالسَّمَكِ وَمَا لَيْسَ لَهُ نَفْسٌ سَائِلَةٌ وَجْهَانٍ لِشِبْهَاتِ النَّبَاتِ.**

قال الرافعي: المنفصل عن باطن الحيوان قسمان:

أحدهما: ما ليس له اجتماع واستحالة في الباطن، وإنما يرشح رشحاً.

والثاني: ما يستحيل ويجتمع في الباطن ثم يخرج، والأول كاللُعَابِ، والدَّمَغِ، والعَرَقِ فحكمه حكم الحيوان المترشح منه، إن كان نجساً فهم نجس وإن كان طاهر فهو طاهر.

سئل رسول الله ﷺ: «أَتَوْضَأُ بِمَا أَفْضَلَتِ الْحُمْرُ فَقَالَ: نَعَمْ وَبِمَا أَفْضَلَتِ السَّبَاعُ كُلُّهَا»<sup>(١)</sup> حكم بطهارة السُّورِ وذلك يدل على طهارة اللُعَابِ، «وركب رسول الله ﷺ فرساً مغروراً لأبي طلحة وركضه ولم يحترز عن العرق»<sup>(٢)</sup>.

والقسم الثاني: كالدم، والبَوْلِ، والعَذْرَةَ وهذه الأشياء: نجسة من الآدمي، ومن

(١) أخرجه الشافعي وعبد الرزاق عن إبراهيم بن يحيى عن داود بن الحصين عن أبيه عن جابر ورواه الشافعي أيضاً من حديث ابن أبي ذئب عن داود بن الحصين عن جابر من غير ذكر أبيه، ورواه أيضاً عن سعيد بن سالم عن إبراهيم بن أبي حبيبة عن داود بن الحصين عن أبيه عن جابر، أخرجه البيهقي في المعرفة من طريقه قال البيهقي: وفي معناه حديث أبي قتادة والاعتماد عليه، وفي الباب عن أبي سعيد وأبي هريرة، وابن عمر وهي ضعيفة في الدارقطني، وحديث أبي سعيد في ابن ماجه وحديث ابن عمر رواه مالك موقوفاً عن ابن عمر. انظر التلخيص ٢٩/١.

(٢) متفق عليه من حديث أنس وليس فيه لفظ معروراً ولا معرووراً وفي رواية لهما: عرياً أي ليس عليه أداة ولا سرج، وقد وقعت لفظة معرووراً في حديث غير هذا في قصة رجوعه من جنازة أبي الدحداح. انظر التلخيص ٢٩/١.

سائر الحيوانات المأكول منها وغير المأكول، أما في غير المأكول فبالإجماع.

أما في المأكول فبالقياس<sup>(١)</sup> عليه، لأنها متغيرة مستحيلة، وذهب مالك وأحمد - رحمهما الله - إلى طهارة بول ما يؤكل لحمه وروثه وبه قال أبو سعيد الإصطخري<sup>(٢)</sup> من أصحابنا واختاره القاضي الروياني وتمسكوا بأحاديث مشهورة في الباب مع تأويلاتها ومعارضاتها. وهل نحكم بنجاسة هذه الفضلات من رسول الله ﷺ فيه وجهان:

قال أبو جعفر الترمذي<sup>(٣)</sup> لا، لأنَّ أبا طَيِّبَةَ الْحَاجِمِ شَرِبَ دَمَهُ فَلَمْ يُتَّكَزْ عَلَيْهِ<sup>(٤)</sup>.

- (١) القياس في اللغة: التسوية والتقدير. وفي الشرع: حمل معلوم على معلوم، أي: إلحاقه به في حكمه لمساواة بينهما في علة الحكم، أو هو: حمل مجهول الحكم على معلومه لمساواة بينهما في علة الحكم. وانظر تعريفات القياس في: القاموس ٢/٢٤٤، أصول الشاشي ٣٢٥، المعتمد ٢/٦٩٧، ١٠٣١، العدة ١/١٧٤، البرهان ٢/٧٤٥، أصول السرخسي ٢/١٤٣، المستصفي ٥/٢، المحصول ٢/١٨، الإحكام للآمدي ٣/٢٦١، المنتهى لابن الحاجب ١٢٢، الإبهاج ٣/٥، شرح التنقيح ٣٨٣، تيسير التحرير ٣/٢٦٣، فواتح الرحموت ٢/٢٤٦، نبراس العقول ٩، ١٣.
- (٢) الحسن بن أحمد بن يزيد بن عيسى أبو سعيد الإصطخري شيخ الشافعية ببغداد ومحسبها، ومن أكابر أصحاب الجوه في المذهب، وكان ورعاً زاهداً أخذ عن أبي القاسم الأنماطي كما تقدم، قال أبو إسحاق المروزي: لما دخلت بغداد لم يكن لها من يستحق أن يدرس عليه إلا ابن سريج، وأبو سعيد الإصطخري. توفي في ربيع الآخر وقيل في جمادى الآخرة سنة ثمان وعشرين وثلاثمائة، وقد جاوز الثمانين مولده سنة أربع وأربعين قبل ابن سريج. انظر ابن قاضي شعبة ١/١٠٩، انظر تاريخ بغداد ٧/٢٦٨، والشيرازي ٩١، وابن السبكي ٣/١٩٣، وفيات الأعيان ١/٣٧٥، والمنتظم ٦/٣٠٢.
- (٣) محمد بن أحمد بن نصر أبو جعفر الترمذي الإمام الزاهد الورع سكن بغداد وكان شيخ الشافعية بالعراق قبل ابن سريج، وتفقه على الربيع وغيره من أصحاب الشافعي، وكان حنفياً ثم صار شافعيًا لمنام رآه، قال الدارقطني ثقة مأمون ناسك. وقال الشيخ أبو إسحاق: لم يكن للشافعية بالعراق رأس منه، ولا أروع ولا أكثر تقلداً. وله في المقالات كتاب سماه (اختلاف أهل الصلاة). مولده في ذي الحجة سنة مائتين، وتوفي في المحرم سنة خمس وتسعين ومائتين. انظر قاضي شعبة ١/٨٢ - ٨٣. وانظر ط. العبادي ٥٦، ط. والشيرازي ٨٦، وابن السبكي ١/٢٨٨، المنتظم ٨/٦، والشذرات ٢/٢٢٠.
- (٤) قال الحافظ ابن حجر: وفي رواية أنه قال له بعد ما شرب الدم لا تعد الدم حرام كله، أما الرواية الأولى. فلم أر فيها ذكراً لأبي طيبة، بل الظاهر أن صاحبها غيره، لأن أبا طيبة مولى بني بياصة من الأنصار، والذي وقع لي فيه أن صدر من مولى لبعض قریش، ولا يصح أيضاً فروى ابن حبان في الضعفاء من حديث نافع أبي هرمز عن عطاء عن ابن عباس قال: حجج النبي ﷺ غلام لبعض قریش فلما فرغ من حجامة أخذ الدم فذهب به من وراء الحائط فنظر يميناً وشمالاً فلما لم ير أحداً تحسى دمه حتى فرغ، ثم أقبل فنظر النبي ﷺ في وجهه فقال: (ويحك ما صنعت بالدم؟) قلت: غيبته من وراء الحائط قال: أين غيبته؟ قلت: يا رسول الله =

وَرَوَى «أَنَّ أُمَّ أَيْمَنَ شَرِبَتْ بَوْلَهُ فَقَالَ: إِذَا لَا تَلِجُ النَّارَ بَطْنُكَ وَلَمْ يُنْكَرْ عَلَيْهَا»<sup>(١)</sup>.  
وَيُزَوَّى شُرْبُ دَمِهِ عَنْ عَلِيٍّ<sup>(٢)</sup>، وَابْنِ الزُّبَيْرِ<sup>(٣)</sup> أَيْضاً - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - وَقَالَ

=  
نفست على دمك أن أهريقه في الأرض فهو في بطني قال: (أذهب فقد أحرزت نفسك من النار) ونافع قال ابن حبان: روي عن عطاء نسخة موضوعة، وذكر منها هذا الحديث، وقال يحيى بن معين: كذاب وأما الرواية الثانية فلم أر فيها ذكراً لأبي طيبة أيضاً، بل ورد في حق أبي هند رواه أبو نعيم في معرفة الصحابة من حديث سالم أبي هند الحجام، قال: حجمت رسول الله ﷺ فلما فرغت شربته فقلت: يا رسول الله شربته فقال: (ويحك يا سالم أما علمت أن الدم حرام لا تعد) وفي إسناده أبو الحجاج، وفيه مقال، وروى البزار وابن أبي خيثمة والبيهقي في الشعب والسنن من طريق بريد بن عمر بن سفيينة عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ احتجم ثم قال له: خذ هذا الدم فادفنه من الدواب والطيور والناس قال فتغيبت به فشربته، ثم سألتني أو قال فأخبرته فضحك. انظر التخليص ٣٠/١.

(١) أخرجه الحسن بن سفيان في مسنده والحاكم والدارقطني والطبراني وأبو نعيم من حديث أبي مالك النخعي عن الأسود بن قيس عن نبيح العنزري عن أم أيمن قالت: قام رسول الله ﷺ من الليل إلى فخارة في جانب البيت فبال فيها فقمتم من الليل وأنا عطشانه فشربت ما فيها وأنا لا أشعر فلما أصبح النبي ﷺ قال: يا أم أيمن قومي فأهريقي تلك الفخارة قلت: قد والله شربت ما فيها قالت: فضحك النبي ﷺ حتى بدت نواجذه، ثم قال: أما والله إنه لا تبجمعن بطنك أبداً، ورواه أبو أحمد العسكري بلفظ (لن تشنكي بطنك)، وأبو مالك ضعيف، ونبيح لم يلحق أم أيمن، وله طريق أخرى رواها عبد الرزاق عن ابن جريج أخبرني أن النبي ﷺ وكان يبول في قدح من عيدان، ثم يوضع تحت سريره، فجاء فإذا القدح ليس فيه شيء، فقال لامرأة يقال لها بركة، كانت تخدم أم حبيبة جاءت معها من أرض الحبشة: أين البول الذي كان في القدح؟ قالت: شربته قال: صححة يا أم يوسف، وكانت تكنى أم يوسف، فما مرضت قط حتى كان مرضها الذي ماتت فيه، وروى أبو داود عن محمد بن عيسى بن الطباع وتابعه يحيى بن معين كلاهما عن حجاج عن ابن جريج عن حكيمة عن أمها أميمة بنت رقيقة: أنها قالت: (كان لرسول الله ﷺ قدح من عيدان تحت سريره يبول فيه بالليل)، وهكذا رواه ابن حبان والحاكم، ورواه أبو ذر الهروي في مستدركه الذي خرجته على إلتزامات الدارقطني للشيخين، وصحح ابن دحية أنهما قضيتان وقعتا لامرأتين وهو واضح من اختلاف السياق، ووضح أن بركة أم يوسف غير بركة أم أيمن مولاته والله أعلم. انظر التخليص ٣٢/١/٣١.

(٢) وقال الحافظ ابن حجر في التخليص ٣١/١ لم أجده.

(٣) قال الحافظ البزار والطبراني والحاكم والبيهقي وأبو نعيم في الحلية من حديث عامر بن عبد الله ابن الزبير عن أبيه قال: احتجم النبي ﷺ فأعطاني الدم، فقال: (أذهب فغيبه) فذهبت فشربته فأثبت النبي ﷺ فقال: ما صنعت؟ قلت: غيبتة قال: لعلك شربته؟ قلت: شربته، زاد الطبراني فقال: من أمرك أن تشرب الدم؟ ويل لك من الناس، وويل للناس منك، ورواه الطبراني في الكبير والبيهقي في الخصائص من السنن وفي إسناده الهنيد بن القاسم، ولا بأس به، ولكنه ليس بالمشهور بالعلم، ورواه الطبراني والدارقطني من حديث أسماء بنت أبي بكر نحوه، وفيه (لا تمسك النار) وفيه علي بن مجاهد وهو ضعيف، وروينا في جزء الغطريف ثنا أبو خليفة ثنا عبد =

معظم الأصحاب حكمها كحكمها من غيره قياساً، وحملوا الأخبار على التداوي. وَقَدْ رُوِيَ أَنَّهُ قَالَ لِأَبِي طَيِّبَةَ: لَا تَعُدْ، الدَّمُ كُلُّهُ حَرَامٌ<sup>(١)</sup>.

وفي خَزءِ السَّمَكِ وَالْجَرَادِ وبولهما وجهان:

أظهرهما: النجاسة قياساً على غيرها لوجود الاستحالة والتغير، وبه قال أبو حنيفة، وكذا في زرق الطيور الدَّجَاجَةِ.

والثاني: الطهارة لَجَوَازِ أَيْتِلَاحِ السُّمُوكِ حَيَّةً، وميته وإطباق الناس على أكل المملحة منها على ما في بطونها، وكذلك في خرة ما ليس له نفس سائلة وجهان:

أظهرهما: النجاسة.

والثاني: لا؛ لأن الرُّطُوبَةَ المنفصلة منه كالرطوبة المنفصلة من النبات لمشابهة صورته بعد الموت صورته في الحياة، ولهذا لم يحكم بنجاسته بالموت على رأي، ولهذا بنى بعضهم الخلاف في طهارة روثه على الخلاف في نجاسته بالموت.

ونعود بعد هذا إلى ألفاظ الكتاب.

أما قوله: «كل مُتَرَشِّحٌ ليس له مَقَرٌّ يستحيل فيه» فالمراد منه القسم الأول. وقوله: «وما استحال في الباطن» فالمراد منه القسم الثاني، والتعرض للترشح في الأول إنما وقع، لأن الغالب فيه الخروج على هيئة الترشح، لا أنه من خواصه، أو أن الطهارة منوطة به ألا ترى أن الدَّمَّ وَالصُّدِيدَ قد يترشحان من القُرُوحِ وَالتَّقَاطُاتِ، وهما نجسان.

وقوله: ليس له مقر يستحيل فيه لا يلزم من ظاهره ألا يكون مستحيلاً أصلاً لجواز أن يكون مستحيلاً لا في مقر فإن الدمع وسائر ما يقع في هذا القسم لا يستحيل أصلاً فالتعرض لنفي المقر ضرب من التأكيد والبيان، وإن كان يستحيل لا في المقر فالحكم منوط بنفي الاستحالة في المقر لا بمطلق نفي الاستحالة، وحينئذ يكون قوله «وما استحال في الباطن» منصرفاً إليه.

= الرحمن بن المبارك ثنا سعد أبو عاصم مولى سليمان بن علي عن كيسان مولى عبد الله بن الزبير أخبرني سلمان الفارسي أنه دخل على رسول الله ﷺ فإذا عبد الله بن الزبير معه طشت يشرب ما فيه، فقال له رسول الله ﷺ: (ما شأنك يا ابن أخي؟ قال: إني أحببت أن يكون من دم رسول الله ﷺ في جوفي) فقال: (ويل لك من الناس، وويل للناس منك، لا تمسك النار إلا قسم اليمين) ورواه الطبراني وأبو نعيم في الحلية من حديث سعد أبي عاصم به (تنبيه) قال ابن الصلاح في مشكل الوسيط: لم نجد لهذا الحديث أصلاً بالكلية كذا قال وهو متعقب. انظر التلخيص ٣١/٣٠/١.

(١) تقدم تخريجه.

والمعنى وما استحال في مقر في الباطن، وقوله: «كَالْدَّمِ وَالْبَوْلِ وَالْعَذْرَةِ» ينبغي أن يعلم البول والعذرة بالميم والألف والواو إشارة إلى ما حكينا من مذهب مالك وأحمد والإصطخري، بل لا بأس بإعلام الدم أيضاً بالواو؛ لأن في المتحلب من الكبد وَالطَّحَالِ وجهاً أنه طاهر، وكذلك في دَمِ الْمِسْكِ، والله أعلم.

قال الغزالي: وَالْأَبْنَاءُ طَاهِرَةٌ مِنَ الْأَدْمِيِّينَ (ح) وَمِنْ كُلِّ حَيَوَانٍ مَأْكُولٍ، وَإِلَّا نَفَحَةٌ مَعَ اسْتِحَالَتِهَا فِي الْبَاطِنِ قِيلَ بِطَهَارَتِهَا لِحَاجَةِ الْجَبَنِ إِلَيْهَا.

قال الرافعي: اللبن من جملة المستحيلات في الباطن إلا أن الله تعالى منَّ علينا بألبان الحيوانات المأكولة، فقال تعالى: ﴿وَلَأَنَّ لَكُمْ فِي الْأَنْعَامِ لَعِبْرَةً نُسْقِيكُمْ مِمَّا فِي بُطُونِهَا﴾<sup>(١)</sup> الآية، وجعل ذلك رفقا عظيماً بالعباد.

وأما غير المأكول، فإن كان نجساً فلا تخفى نجاسته منه، وإن كان طاهراً فهو إما آدمي، أو غيره أما الآدمي فلبنه طاهر إذ لا يليق بكرامته أن يكون نشؤه على الشيء التَّجْسِ، ولأنه لم ينقل أن النسوة أمرن في عصره بغسل الثياب والأبدان مما يصيبهن من اللبن، وحكى وجه أنه نجس كسائر ما لا يؤكل، وإنما يربى الصبي به للضرورة، وأما غير الآدمي فالمذهب نجاسةً لبنة على قياس المستحيلات، وإنما خالفنا في المأكول تبعاً للحم وفي الآدمي.

لكرامته: وعن أبي سعيد الإصطخري أنه طاهر كالسُّورِ والعَرَقِ. وإذا عرفت ذلك فالمعتبر عنده في طهارة اللبن الحيوان، لا كونه مأكولاً فلا بأس لو أعلمت المأكول في قوله: «ومن كل حيوان مأكول» بالواو. لأنه مذكور قيداً في الطهارة، وكذلك قوله: «من الآدمي» للوجه الذي روينا.

ومما يستثنى من المستحيلات إلا نَفَحَةُ في أصحاب الوجهين. ولم يذكر كثيرون سوى أنها طاهرة لإطباق الناس على أكل الجبن من غير إنكار.

والثاني: أنها نجسة على قياس الاستحالة فإن الإِنْفَحَةَ لبن مستحيل في جوف السَّخْلَةِ، وإنما يجري الوجهان بشرطين أحدهما أن يؤخذ مِنَ السَّخْلَةِ الْمَذْبُوحَةِ، فإن ماتت فهي نجسة بلا خلاف، والثاني: إلا تطعم إلا اللبن وإلا فهي نجسة بلا خلاف.

قال الغزالي: وَأَمَّا الْمَنْعِيُّ فَطَاهِرٌ مِنَ الْأَدْمِيِّ (م)، وَفِي سَائِرِ الْحَيَوَانَاتِ الطَّاهِرَةِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهُ يُخَصَّصُ الطَّاهِرَةُ فِي الثَّلَاثِ بِالْمَأْكُولِ اللَّحْمِ مِنْهَا، لِأَنَّهُ يَشْبَهُ بِنَضِّ الطَّيْرِ، وَفِي بَذْرِ

(١) سورة المؤمنون (٢١).

الْقَرُ وَيَبِضُ مَا لَا يُؤَكَّلُ لَحْمَهُ وَجَهَانٍ، أَمَا دُودُ الْقَرِّ فَطَاهِرٌ، وَالْمِسْكُ طَاهِرٌ، وَقَارَتُهُ كَذَلِكَ عَلَى الْأَظْهَرِ.

قال الرافعي: المنى قسمان: منى الآدمي، ومنى غيره، فأما منى الآدمي فهو طاهر لما روي عن عائشة - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - أَنَّهَا قَالَتْ: «كُنْتُ أَفْرُكُ الْمَنِيَّ مِنْ ثُوبِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ثُمَّ يُصَلِّي فِيهِ». وفي رواية «وَهُوَ فِي الصَّلَاةِ»<sup>(١)</sup> والاستدلال بها أقوى، ولأنه مبدأ خلق الآدمي، فأشبهه التراب. فإن قيل: هذا منقوض بالعَلَقَةِ وَالْمُضْغَةِ. قلنا: أصح الوجهين فيهما الطهارة أيضاً.

وحكى بعضهم عن صاحب التلخيص<sup>(٢)</sup> قولين في منى المرأة.

وحكى آخرون عنه أن منى المرأة نجس، وفي منى الرجل قولان، وهذا أقوى النقلين عنه، ويوجه القول بنجاسة المنى وهو مذهب أبي حنيفة، ومالك بما روى أنه ﷺ قَالَ: «يُغَسَّلُ الثُّوبُ مِنَ الْبَوْلِ وَالْمَنِيِّ وَالْمَنِي»<sup>(٣)</sup>.

(١) متفق عليه من حديثها، واللفظ لمسلم، ولم يخرج البخاري مقصود الباب ولأبي داود ثم يصلي فيه، وللترمذي ربما فكرته من ثوب رسول الله ﷺ بأصابعي وفي رواية لمسلم: وإني لأحكه من ثوب رسول الله ﷺ يابساً بظفري (قوله) وروى (أنها كانت تفركه وهو في الصلاة) ابن خزيمة والدارقطني والبيهقي وابن الجوزي من حديث محارب بن دثار عن عائشة قالت: (ربما حثته من ثوب رسول الله ﷺ وهو يصلي) لفظ الدارقطني، ولفظ ابن خزيمة أنها كانت تحت المنى من ثوب رسول الله ﷺ وهو يصلي) ولابن حبان أيضاً من حديث الأسود بن يزيد عن عائشة قالت: (لقد رأيتني أفرك المنى من ثوب رسول الله ﷺ وهو يصلي)، (تنبه) استغرب النووي هذه الرواية، ولم يعزها لأحد في شرح المذهب. انظر التلخيص ٣٢/١.

(٢) لابن القاسم - رحمه الله - .

(٣) قال الحافظ رواه البزار وأبو يعلى الموصلي في مستديهما، وابن عدي في الكامل والدارقطني والبيهقي والعقيلي في الضعفاء وأبو نعيم في المعرفة من حديث عمار بن ياسر: أن النبي ﷺ مر بعمار فذكر قصة، وفيها إنما تغسل ثوبك من الغائط، والبول والمنى والدم والقيء يا عمار ما نخامتك ودموع عينيك والماء الذي في ركوتك إلا سواء، وفيه ثابت بن حماد عن علي بن زيد بن جدعان وضعفه الجماعة المذكورن كلهم إلا أبا يعلى بثابت بن حماد واتهمه بعضهم بالوضع وقال اللالكائي: أجمعوا على ترك حديثه، وقال البزار: لا نعلم لثابت إلا هذا الحديث، وقال الطبراني: تفرد به ثابت بن حماد، ولا نروي عن عمار إلا بهذا الإسناد. وقال البيهقي: هذا حديث باطل إنما رواه ثابت بن حماد وهو متهم بالوضع قلت رواه البزار والطبراني من طريق إبراهيم بن زكريا العجلي عن حماد بن سلمة عن علي بن زيد، لكن إبراهيم ضعيف، وقد غلط فيه إنما يرويه ثابت بن حماد. (فائدة) روى الدارقطني والبيهقي من طريق إسحاق الأزرق عن شريك عن محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلي عن عطاء عن ابن عباس قال سئل النبي ﷺ عن المنى يصيب الثوب قال: (إنما هو بمنزلة المخاط والبصاق)، =



وبما روى أنه - عليه السلام - قال لعائشة - رضي الله عنها: «اغسليه رطباً وأفرقيه يابساً»<sup>(١)</sup> وإذا نصرنا ظاهر المذهب حملناها على الاستحباب، جمعاً بين الأخبار.

والمذهب الأول وهو طهارة المني من الرجل والمرأة نعم قال الأئمة: إن قلنا: رطوبة فرج المرأة نجسة نجس المني بملاقاتها، ومجاورتها، وليس ذلك لنجاسة المني في أصله؛ بل هو كما لو بال الرجل ولم يغسل ذكره، فإن منيه ينجس بملاقاة المحل النجس. وأما مني غير الآدمي فينظر إن كان ذلك الغير نجساً فهو نجس، وإن كان طاهراً ففيه ثلاثة أوجه:

**أظهرها:** أنه نجس؛ لأنه مستحيل في الباطن كالدم وإنما حكم بطهارته من الآدمي تكريماً له.

**والثاني:** أنه طاهر؛ لأنه أصل حيوان طاهر، فأشبهه مني الآدمي.

**والثالث:** أنه طاهر من المأكول نجس من غيره كاللبن<sup>(٢)</sup>.

وبيض الطائر المأكول طاهر كلبن الأنعام، وفي بيض ما لا يؤكل لحمه وجهان كما في منيه والأظهر: النجاسة. ويجري الوجهان في بزور القر فإنه أصل الدود كالبييض فإنه أصل الطير. وفيه؛ معنى آخر وهو: أن الدود من جملة ما ليس له نفس سائلة وقد ذكرنا في زور ما ليس له نفس سائلة وجهين فإن كان البزور زوراً عاد فيه ذلك الخلاف،

وقال: إنما يكفيك أن تمسحه بخرقة، أو إذخرة، ورواه الطحاوي من حديث حبيب بن أبي عمرة عن سعيد بن جبير عن ابن عباس مرفوعاً، ورواه هو والبيهقي عن طريق عطاء عن ابن عباس موقوفاً. قال البيهقي: الموقوف هو الصحيح. انظر التلخيص ٣٢/١ - ٣٣.

(١) قال ابن الجوزي في التحقيق: هذا الحديث لا يعرف بهذا السياق، وإنما نقل أنها هي كانت تفعل ذلك رواه الدارقطني وأبو عوانة في صحيحه، وأبو بكر البزار كلهم من طريق الأوزاعي عن يحيى بن سعيد عن عمرة عن عائشة قالت: (كنت أفرك المني من ثوب رسول الله إذا كان يابساً وأغسله إذا كان رطباً) وأعله البزار بالإرسال عن عمرة، قلت: وقد ورد الأمر بفركه من طريق صحيحه، رواه ابن الجارود في المنتقى عن محمد بن يحيى عن أبي حذيفة عن سفيان عن منصور عن إبراهيم عن همام بن الحارث قال: كان عند عائشة ضيف فأجنب فجعل يغسل ما أصابه فقالت عائشة: (كان رسول الله ﷺ يأمرنا بحته) وهذا الحديث قد رواه مسلم من هذا الوجه بلفظ: (لقد رأيتني أحكه من ثوب رسول الله ﷺ يابساً بظفري، ولم يذكر الأمر وأما الأمر بغسله فلا أصل له، وقد روى البخاري من حديث سليمان بن يسار عن عائشة أن النبي ﷺ كان يغسل المني ثم يخرج إلى الصلاة في ذلك الثوب، وأنا أنظر إلى أثر الغسل فيه، لكن قال البزار: إنما روي غسل المني عن عائشة من وجه واحد رواه عمرو بن ميمون عن سليمان ابن يسار عنها: ولم يسمع من عائشة كذا قال وفي البخاري التصريح بسماعه له منها.

(٢) قال النووي: الأصح عند المحققين والأكثرين الوجه الثاني والله أعلم.

وإن لم يكن روئاً بل كان بيضاً له، فإذا كان روئاً على الخلاف فَيَبِيضُهُ أُولَى أَنْ يَكُونَ كَذَلِكَ. وأما دود القَرِّ فلا خلاف في طهارته، كسائر الحيوانات. وليس المسك من جملة النجاسات. وإن قيل: إنه دم «لأنَّهُ كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَسْتَعْمِلُهُ وَكَانَ أَحَبَّ الطَّيِّبِ إِلَيْهِ»<sup>(١)</sup>. وفي قَارَتِهِ وجهان:

أحدهما: النجاسة؛ لأنها جزء انفصل من حي.

وأظهرهما: الطهارة؛ لأنه منفصل بالطبع كَالجَيْنَيْنِ؛ لأن المسك فيها طاهر، ولو كانت نجسة لكان المظروف نجساً، وموضع الوجهين ما إذا انفصلت في حياة الطَّبِيَّةِ، أما لو انفصلت منها بعد موتها فهي نجسة، كالجنين، واللَّبَنِ [وَحَكِي] <sup>(٢)</sup> وَجَهٌ آخَرُ: أنها طاهرة كالبيض المتصلب<sup>(٣)</sup>.

وألفاظ الكتاب في هذه المسائل بَيِّنَةٌ، نعم قوله: «في مني غير الأدمي» يخصص الطهارة في الثالث بمأكل اللحم منه؛ لأنه يشبه ببيض الطير يقتضي ظاهره أن تكون الطهارة في البَيِّضِ مَخْصُوصَةً بببيض المأكول وفاقاً، وليس كذلك؛ بل في ببيض غير المأكول وجهان، كما في مني غير المأكول، فالمراد تشبيه مني المأكول بببيض المأكول لِإثْبَاتِ الطهارة فيه، من جهة أن كل واحد منهما أصل الحيوان المأكول لا لتخصيص الطهارة، به، ولا خلاف في طهارة ببيض المأكول وصاحب الوجه الثالث يقول: ينبغي أن يكون المنى كذلك، وأما من غير المأكول فيبقى على قِيَاسِ المُسْتَحِيلَاتِ.

(١) قال الحافظ ابن حجر في التلخيص ٣٤/١ لم أره صريحاً بل روى مسلم والترمذي وابن حبان وأبو داود من طرق عن أبي سعيد الخدري مرفوعاً (أطيب الطيب المسك).

(٢) سقط في ب.

(٣) قال النووي: القيح نجس وكذا ماء القروح إن كان متغيراً، وإلا فلا على المذهب، ودخان النجاسة نجس في الأصح، وهو مذكور في باب: ما يكره لبسه. وليست رطوبة فرج المرأة والعلقة بنجس في الأصح، ولا المضغة على الصحيح، والمره نجسة وكذا جِرَّة البعير. وأما الماء الذي يسيل من فم النائم فقال المتولي: إن كان متغيراً فنجس. وإلا فطاهر. وقال غيره: إن كان من اللهوات فطاهر أو من المعدة فنجس. ويعرف كونه من اللهوات بأن ينقطع إذا طال نومه، وإذا شك فالأصل عدم النجاسة والاحتياط غسله وإذا حكم بنجاسته، وعمت بلوى شخص به لكثرة منه، فالظاهر أنه يلتحق بدم البراغيث، وسلس البول ونظائره. قال القاضي حسين والمتولي والبيهقي وآخرون: لو أكلت بهيمة حياً ثم ألقته صحيحاً فإن كانت صلابته باقية بحيث لو زرع نبت فعينه طاهرة، ويجب غسل ظاهره، لأنه وإن صار غذاء لها فما تغير إلى فساد، فصار كما لو ابتلع نواة. وإن زالت صلابته بحيث لا ينبت فنجس العين. قال المتولي: والوسخ المنفصل من الأدمي في حمام وغيره له حكم ميتته، وكذا الوسخ المنفصل عن سائر الحيوان له حكم ميتته، وفيما قال نظر. وينبغي أن يكون طاهراً قطعاً كالعرق والله أعلم. ينظر الروضة ١٢٨/١.

قال الغزالي: **الْفَضْلُ الثَّانِي فِي الْمَاءِ الرَّائِدِ وَالْقَلِيلِ مِنْهُ يَنْجُسُ بِمَلَاقَةِ النَّجَاسَةِ وَإِنْ لَمْ يَتَغَيَّرْ، وَالكَثِيرُ لَا يَنْجُسُ إِلَّا إِذَا تَغَيَّرَ وَلَوْ تَغَيَّرَ بَسِيْرًا فَإِنْ زَالَ التَّغْيِيرُ بِطُولِ الْمُكْتَبِ عَادَ طَهُورًا، وَإِنْ زَالَ بِطَرْحِ الْمَسْكِ وَالزَّعْفَرَانِ فَلَا، وَإِنْ زَالَ بِطَرْحِ الثَّرَابِ فَقَوْلَانِ لِلتَّرَدُّدِ فِي أَنَّهُ مُزِيلٌ أَوْ سَائِرٌ.**

قال الرافعي: والماء قسمان: راكد وجار وبينهما بعض الاختلافات في كيفية قبول النجاسة وزوالها فلا بد من التمييز بينهما. أما الراكد فينقسم إلى قليل وكثير. وسيأتي معناهما. أما القليل فينجس بملاقاة النجاسة تغير بها أم لا، روى أنه ﷺ قال: «إِذَا بَلَغَ الْمَاءُ قَلْتَيْنِ لَمْ يَحْمِلْ حَبْنًا»<sup>(١)</sup> وَيُرْوَى «نَجَسًا».

والمعنى أنه يدفعه ولا يقبله فدل أن ما دون القلْتَيْنِ يقبله، وقد أستوى حكم القليل والكثير عند التغير فيرجع الفرق إلى النجاسة من غير التغير، وبدل عليه أنه يستحب غسل اليدين للمستيقظ من النوم قبل إدخالهما الأواني، وفي الخبر تعليل ذلك باحتمال النجاسة، وهو قوله ﷺ: «فَإِنَّهُ لَا يَذْرِي أَيْنَ بَاتَتْ يَدُهُ»<sup>(٢)</sup>. ولولا أن نفي النجاسة يؤثر في الماء القليل، لما كان لهذا الاستحباب معنى وقال مالك: لا ينجس القليل إلا بالتغير كالكثير، لقوله ﷺ: «خُلِقَ الْمَاءُ طَهُورًا لَا يَنْجُسُهُ شَيْءٌ إِلَّا مَا غَيَّرَ طَعْمَهُ أَوْ رِيحَهُ»<sup>(٣)</sup> واختاره القاضي الروياني في الحِلْيَةِ، والشافعي - رضي الله عنه - حمل هذا الخبر على الكثير؛ لأنه ورد في بَثْرِ بُضَاعَةٍ وكان ماؤها كثيراً.

(١) تقدم.

(٢) متفق عليه من حديث أبي هريرة، وله طرق منها للبخاري من حديث مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عنه بلفظ: «إِذَا اسْتَيْقَظَ أَحَدُكُمْ مِنْ نَوْمِهِ فَلْيَغْسِلْ يَدَهُ قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَهَا الْإِنَاءَ، فَإِنْ أَحَدُكُمْ لَا يَذْرِي أَيْنَ بَاتَتْ يَدُهُ»، كذا أورده ليس فيه ذكر العدد، وفي رواية للترمذي (إذا استيقظ أحدكم من الليل) والتقييد بالليل يؤيد ما ذهب إليه أحمد بن حنبل أنه مخصوص بنوم الليل، وقال الرافعي في شرح المسند: يمكن أن يقال: الكراهة في الغمس إذا نام ليلاً أشد، لأن احتمال التلوث فيه أظهر، وفي رواية لابن عدي: فليرقه وقال ابن منده: هذه الزيادة رواها ثقات، خزيمة وابن حبان والبيهقي بزيادة (أين باتت يده منه) وقال ابن منده: هذه الزيادة رواها ثقات، ولا أراها محفوظة، وفي الباب عن جابر رواه الدارقطني وابن ماجه وعن عبد الله بن عمر رواه ابن ماجه، وابن خزيمة، والدارقطني، وزاد: فقال رجل: أ رأيت إن كان حوضاً؟ فحصبه عبد الله بن عمر وقال: أخبرك عن رسول الله ﷺ ولفظه (إذا استيقظ أحدكم من نومه فلا يدخل يده الإناء حتى يغسلها ثلاث مرات، فإنه لا يذري أين باتت يده) وعن عائشة رواه ابن أبي حاتم في العلل، وحكى عن أبيه أنه وهم، والصواب حديث أبي هريرة. انظر التلخيص ١/٣٤.

(٣) تقدم.

وأما الكثير فينجس إذا تغير بالنجاسة لقوله ﷺ: «خُلِقَ الْمَاءُ طَهُورًا» الخبير نص على الطَّعْمِ، والريح، وقاس الشافعي - رضي الله عنه - اللون عليهما<sup>(١)</sup>، وإن لم يتغير نُظِرَ إِنْ كَانَ ذَلِكَ لِقِلَّةِ النِّجَاسَةِ واستهلاكها فيه لم ينجس الماء لقوله ﷺ: «لَمْ يَخْتَلِ خَبِيثًا»<sup>(٢)</sup> وهل يستعمل جميع ذلك الماء أم يبقى قدر النجاسة؟ فيه الوجهان المذكوران من قبل، وإن كان عدم التغير لموافقتهما الماء في الأوصاف فيقدر بما يخالف على ما سبق، ثم لو طال مُكُتُّ الماء وزال تغيره بنفسه، عاد طهوراً؛ لأن الأصل في الماء الطهورية، وإنما حكمنا بنجاسة الكثير منه لمكان التغير، فإذا زال سبب النجاسة عمل المقتضى للطهارة عمله، وحكى في التَّيْمَةِ<sup>(٣)</sup> وجها عن الإِضْطِرَّيِّ أَنَّهُ إِذَا زَالَ التَّغْيِيرُ بِنَفْسِهِ لَا يَطْهَرُ وَكَمَا لَمْ يَنْجَسْ إِلَّا بِوَارِدٍ عَلَيْهِ لَا يَطْهَرُ إِلَّا بِوَارِدٍ عَلَيْهِ، ولو طرح فيه المسك (فلم توجد رائحة النجاسة، أو الزعفران)<sup>(٤)</sup>، فلم يوجد لونها، أو الحَلَّ فلم يوجد طعمها، فلا يعود طهوراً، لأننا لا ندري أَنَّ أوصاف النجاسة زالت أم غلب عليها المطروح فيه فسترها؛ بل الظاهر الاستتار ألا ترى أن ذكاء رائحة المسك يغلب الروائح الكريهة بحيث لا يحس بها ثم إذا فترت رائحة المسك حصل الإحساس بها، وإن طرح فيه التراب فلم يكف التغير فهل يعود طهوراً؟ فيه قولان: أحدهما - ويروى عن المزني - نعم؛ لأن التراب لا يغلب عليه شيء من الأوصاف الثلاثة حتى يفرض ستره إياها، فإذا لم يصادف تغييراً أشعر ذلك بالزوال، وأصحهما: أنه لا يعود طهوراً؛ لأنه وإن لم تغلب عليه هذه الأوصاف إلا أنه يكدر الماء، والكُدُورَةُ من أسباب السَّتْرِ، فلا يدري معها أن التغير زائل، أو مَغْلُوبٌ. ووجه بعضهم القول الأول بأن التراب يوافق الماء في الطُّهُورِيَّةِ فيتعاونان في دَفْعِ النَّجَاسَةِ، ولهذا يجمع بينهما في إزالة النجاسة المَعْلُظَةَ.

(١) وهذا مردود إنما ورد من رواية الشافعي - رضي الله عنه - وغيره.

(٢) تقدم.

(٣) عبد الرحمن بن مأمون بن علي بن إبراهيم النيسابوري الشيخ أبو سعد المتولي تفقه بمرور على الفوراني وبنو الروذ على القاضي الحسين وبيخارا على أبي سهل الأبيوردي وبرع في الفقه والأصول والخلاف. قال الذهبي: وكان فقيهاً محققاً وحبراً مدققاً. وقال ابن كثير: أحد أصحاب الوجوه في المذهب، وصنف «التتمة» ولم يكمله، وصل فيه إلى القضاء، وأكماله غير واحد ولم يقع شيء من تكملتهم على نسبه. قال الأذري: ونسخ «التتمة» تختلف كثيراً وصنف كتاباً في أصول الدين، وكتاباً في الخلاف ومختصراً في الفرائض. توفي في شوال سنة ثمان وسبعون وأربعمئة ببغداد ودفن بمقبرة باب أبرز. ومولده بنيسابور سنة ست، وقيل: سبع وعشرين وأربعمئة. قال ابن خلكان ولم أقف على المعنى الذي به سمي المتولي. انظر ط. ابن قاضي شهبة ١/٢٤٧، ٢٤٨، وانظر ط. ابن السبكي ٣/٢٢٣، العبر ٣/٢٩٠، البداية والنهاية ١٢/١٢٨، ووفيات الأعيان ٢/٣١٤، مرآة الجنان ٣/١٢٢.

(٤) سقط في ب.

وهذا التوجيه يليق بمن يزعم اختصاص القولين بالتراب، لكن الطريقة الصحيحة طرد القولين في الجص، والثورة التي لم تُطْبَخْ، وغير ذلك مما لا يكون الوصف المتغير من الماء غالباً عليه. هذا فقه الفصل.

ثم نتكلم فيما يتعلق بألفاظ الكتاب من الفوائد:

أما قوله: «والقليل منه ينجس بملاقاة النجاسة وإن لم يتغير» يدخل فيه النجاسة المُجَاوِزَةُ، وَالْمُخَالَطَةُ، ولا يدخل فيه: ما إذا تَرَوَّحَ الماء بِحَيْفَةٍ مُلْفَاةٍ عَلَى شَطِّ النهر، لأنه لا ملاقاتة. واعلم أنه ليس المراد تأثر الماء القليل بملاقاة كل نجاسة فإن من النجاسات ما لا يؤثر فيه كميته ما لا نفس له سائلة على الجديد كما سبق، والنجاسة التي لا يدركها الطرف، وكما إذا وَلَعَتِ الهِرَّةُ بعد نجاسة فمها في ماء قليل، وفيها خلاف سيأتي، وإنما الغرض بيان كيفية التأثر، وأن التغير غير معتبر فيه، وأما أن النجاسة المؤثرة أية نجاسة، فذلك شيء آخر.

وأما قوله: «والكثير لا ينجس إلا إذا تغير تغيراً يسيراً»، هكذا في أكثر النسخ، ورأيت في بعضها طرح قوله: «تَغْيِراً يَسِيراً»؛ لأنه يوهم التقييد باليسير ومتى كان [التغير]<sup>(١)</sup> اليسير قَادِحاً فالفاحش أولى أن يكون قَادِحاً، فيستحيل التقييد باليسير، فإن طرح فذاك. وقوله «إلا إذا تَغَيَّرَ»، يشمل اليسير والفاحش، وإن لم يطرح فالمراد إلا إذا تغير وإن كان تَغْيِراً يسيراً، لا كالتغير بالطهارات فإنه إنما يَسْلُبُ الطهورية إذا تَفَاحَشَ، ثم نبه لأمور:

أحدها: قوله: «والكثير لا ينجس إلا إذا تغير» لا يمكن العمل بظاهره؛ لأنه يقتضي أن لا ينجس إذا لم يتغير أصلاً؛ وليس كذلك لما ذكرنا أنه لو لم يتغير للموافقة في الأوصاف تعذر كونه مخالفاً، فإن كان بحيث تغير لو كان مخالفاً فالماء نجس وإن لم يتغير، فإذا اللفظ محتاج إلى التَأْوِيلِ.

الثاني: قوله: «إلا إذا تَغَيَّرَ» يعم التغير بالنجاسة المخالطة والمجاورة، والنوعان يسلبان الطهارة على ظاهر المذهب، وفي وجه: التغير بالنجاسة المجاورة لا يسلب الطهارة كما أن التغير بالطاهر المجاور لا يسلب الطهورية، فلو علم قوله: «إلا إذا تغير» بالواو إشارة إلى هذا الوجه لم يكن ممتنعاً.

الثالث: قضية اللفظ أنه لا ينجس إلا إذا تغير كله، أما إذا تغير بعضه فلا؛ لأن قوله: «إذا تغير» صفة الكثير، وذلك يتناول الكل، ألا ترى أنه إذا تغير البعض يصح أن

(١) سقط في ب.

يقال: ما تغير هذا المال وإنما تغير بعضه أو طرف منه، ولكن ظاهر المذهب نجاسة الكل، وإن كان المتغير البعض وهو المذكور في المَهْدَبِ<sup>(١)</sup> وغيره، وخرج وجه أنه لا ينجس إلا القدر المتغير، وهذا يوافق ظاهر اللفظ. وأما قوله: وإن زال بطرح التراب فقولان للتردد في أنه مُزِيلٌ أو سَاتِرٌ، ففيه أستدراك لفظي، وهو أن قوله: «وإن زال» فرض المسألة في الزوال ومع الفرض في الزوال كيف ينتظم التردد في أن الحاصل زوال أم لا، وأشد من هذا قوله في الوَسِيطِ: وإن زال بِطَرَحِ الْمَسْكِ وَالزُّعْفَرَانِ فلا؛ لأنه استتار لا زوال؛ فطريق الجواب التأويل، إما بحمل الزوال الأول على فقد التغير وحمل الثاني على الحقيقة، وإما بإضمار، بأن يقال: المعنى وإن اعتقد الزوال أو ما أشبه ذلك. وذكر بعضهم: أن هذا الخلاف في مسألة التراب مفروض في تغير الرائحة، أما لو تغير اللَوْنُ لم يؤثر طرح التراب فيه بحال، والأصول المعتمدة ساكنة عن هذا التفصيل<sup>(٢)</sup>.

قال الغزالي: وَالْكَثِيرُ قُلَّتَانِ (ح) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: إِذَا بَلَغَ الْمَاءُ قُلَّتَيْنِ لَمْ يَخْمَلِ<sup>(٣)</sup> خَبثًا، وَالْأَشْبَهُ أَنَّهُ ثَلَاثُمِائَةٍ مَنْ تَقْرِيْبًا لَا تَحْدِيدًا.

قال الرافعي: وروينا الخبر الوارد في اعتبار القلتين وفي بعض الروايات «إِذَا بَلَغَ الْمَاءُ قُلَّتَيْنِ بِقِلَالٍ هَجَرَ» ثم روى الشافعي - رضي الله عنه - عن ابن جريج أنه قال: رأيت قلال هجر فالقلة منها تَسْعُ قِرْبَتَيْنِ، أو قِرْبَتَيْنِ وَشَيْئًا، واحتاط الشافعي - رضي الله عنه - فحسب الشيء نصفًا؛ لأنه لو كان فوق النصف لقال: تَسْعُ ثَلَاثَ قِرْبٍ إِلَّا شَيْئًا

(١) للإمام إبراهيم بن علي بن يوسف بن عبد الله الشيخ أبو إسحاق الشيرازي. شيخ الإعلام علماً وعملاً وزهداً وتصنيفاً واشتغالاً وتلمذة. قال الذهبي: لقبه جمال الإسلام. ولد بفيروزآباد قرية من قرى شيراز في سنة ثلاث وتسعين وثلاثمائة، وقيل: في سنة خمس، وقيل: سنة ست ونشأ بها ثم دخل شيراز سنة عشر، وقرأ الفقه على أبي عبد الله البيضاوي، وعلى ابن رامين تلميذي الداركي، ثم دخل البصرة، وقرأ بها على الجزري، ثم دخل بغداد في شوال سنة خمس عشرة وأربعمائة فقرأ الأصول على أبي حاتم القرويني، والفقه على جماعة منهم، أبو علي الزجاجي، والقاضي أبو الطيب إلى أن استخلفه في حلقته سنة ثلاثين. قال أبو بكر الشاشي: الشيخ أبو إسحاق حجة الله تعالى على أئمة العصر. توفي في جمادى الآخرة - وقيل: الأولى - سنة ست وسبعين وأربعمائة، ودفن بباب أبرز. انظر ابن قاضي شهبة ٢٣٨/١ - ٢٣٩ - ٢٤٠. وانظر ط. ابن السبكي ٨٨/٣ وابن خلكان ٩/١، والنووي في التهذيب ٢/ ١٧٢، وابن الجوزي في المنتظم ٧/٩، والذهبي في العبر ٢٨٣/٣.

(٢) قال النووي: بل قد صحح المحاملي والفوراني وآخرون: يجريان الخلاف في التغير بالصفات الثلاث. الروضة ١/١٣١، ١٣٢.

(٣) تقدم.

وهذا عادة أهل اللسان: فإذا جملة أَلْقَلْتَيْنِ خَمْسُ قِرْبٍ واختلفوا في تقدير ذلك بالوزن على ثلاثة أوجه:

أحدها: ذهب أبو عبد الله الزبيري - رحمة الله عليه - إلى القلتين ثلاثمائة من<sup>(١)</sup>؛ لأن القلة ما يقله البعير، ولا يُقَلُّ الواحد من بعران العرب غالباً أكثر من وسق، الوسقُ سِتُونَ<sup>(٢)</sup> صاعاً، وذلك مائة وستون متناً، فالقلتان ثلاثمائة وعشرون يحط منها عشرون للظروف والحبال، يبقى ثلاثمائة وهذا اختيار أَلْقَال، والأشبه عند صاحب الكتاب<sup>(٣)</sup>.

والثاني: أن القلتين أَلْفُ رَطْلٍ؛ لأن القربة قد تسع مائتي رطل، فالاحتياط الأخذ بالأكثر، ويحكى هذا عن أبي زيد.

والثالث: هو المذهب أن القلتين خمسمائة رطل مائتان وخمسون متناً بالبغدادية؛ لأنَّ القِرْبَةَ الْوَاحِدَةَ لا تزيد على مائة رطل في الغالب ويحكى هذا عن نص الشافعي - رضي الله عنه - ثم ذلك معتبر بالتقريب أم بالتحديد؟ فيه وجهان:

أصحهما: وهو الذي ذكره في الكتاب: أنه معتبر بالتقريب؛ لأن ابن جريج رد القلة إلى القرب تقريباً، والشافعي - رضي الله عنه - حمل الشيء على النصف احتياطاً وتقريباً، والقِلَالُ في الأصل تكون متفاوتة أيضاً كما نعهده اليوم في الْحَبَابِ وَالْكِرْيَانِ.

والثاني: أنه معتبر بالتحديد كِنَصَابِ المشرقة<sup>(٤)</sup> ونحو ذلك. فإن قلنا: بهذا، لم نسامح بنقصان شيء. وإن قلنا بالأول فنسامح بالقدر الذي لا يتبين بنقصانه تفاوت في التغيير بالقدر المعين من الأشياء المغيرة، وعند أبي حنيفة وأصحابه لا اعتبار بالقِلَالِ، وإنما الكثير هو الذي إذا حرك جانب منه لم يتحرك الثاني. هذه رواية ولهم روايات سواها<sup>(٥)</sup>.

قال الغزالي: فُرُوعُ خَمْسَةَ: الْأَوَّلُ - مَا لَا يُدْرِكُهُ الطَّرْفُ مِنَ النَّجَاسَةِ أَضْطَرَبَ فِيهِ نَصُّ الشَّافِعِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وَالْأَقْرَبُ أَنَّ مَا أَنْتَهَتْ قُلَّتُهُ إِلَى حَدِّ لَا يُدْرِكُهُ الطَّرْفُ مَعَ

(١) المَنُ: معيار قديم كان يُكَالُ به أو يوزن. ينظر المعجم الوسيط ٨٩٥/٢.

(٢) انظر مقدمتنا على هذا الكتاب.

(٣) حجة الإسلام - رحمه الله - الغزالي.

(٤) وهو ربع دينار أو ما يساوي ذلك.

(٥) قال في الهداية: ثم عن أبي حنيفة أنه يعتبر التحريك بالاعتسال وهو قول أبي يوسف - رحمه الله تعالى - وعنه التحريك باليد، وعن محمد - رحمه الله تعالى - بالتوضيء، ووجه الأول أن الحاجة إلى الاعتسال في الحياض أشد منها إلى التوضأ وبعضهم قدروا بالمساحة عشرأ في عشرٍ بذراع الكرباس توسعة للأمر على الناس وعليه الفتوى، والمعتبر في العمق أن يكون بحال لا ينحسر بالاعتساف هو الصحيح. ينظر الهداية ١٩/١، فتح القدير ٧٠/١.

مُخَالَفَةَ لَوْنِهِ لِلونِ مَا يَتَّصِلُ بِهِ فَلَا يَدْخُلُ تَحْتَ التَّكْلِيفِ لِلتَّحْفُطِ عَنْهُ، وَمَا يَدْرِكُ عِنْدَ اخْتِلَافِ اللَّوْنِ يَنْبَغِي أَنْ لَا يُعْفَى عَنْهُ لَا فِي الثُّوبِ وَلَا فِي الْمَاءِ.

قال الرفاعي: النجاسة التي لا يدركها الطَّرْفُ كَنَقْطَةِ الحَمْرِ وَالْبَوْلِ التي لا تبصر وَالذُّبَابَةَ تقع على النجاسة ثم تطير عنها، هل تؤثر كالتنجاسة المدركة أم يعفى عنها؟ لفظة في المختصر يشعر بأنها لا تؤثر، ونقل عن الأُمُّ أَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ النِّجَاسَةِ المدركة؛ وعن الإملاء التسوية بينهما في الثوب. واختلف الأصحاب فيه على سبعة طرق:

أحدها: أن في تأثيرها في الماء والثوب قولين.

والثاني: أنها تؤثر فيهما بلا خلاف.

والثالث: لا تؤثر فيهما بلا خلاف.

والرابع: تؤثر في الماء وفي الثوب قولان.

والخامس: تؤثر في الثوب وفي الماء قولان.

والسادس: تؤثر في الماء دون الثوب بلا خلاف<sup>(١)</sup>.

السابع: تؤثر في الثوب دون الماء بلا خلاف.

فهذا هو اضطراب النص ومقالات الأصحاب، وأما التوجيه فمن الحق هذه بما يدركه الطرف، قال: الظواهر المقتضية لاحتساب النجاسة عامة تتناول التي يدركها الطرف والتي لا يدركها، ومن سامح بهذه النجاسة، علل بتعذر الاختراز فإن الذباب يقع على النجاسات، ثم يطير ويقع في الماء، وعلى الثياب فأشبه دم البراغيت، وسائر ما يتعذر الاحتراز عنه. ومن قال: تؤثر في الماء دون الثوب، فرق من وجهين:

أحدهما: أن صون الماء بتغطية رأس الإناء ممكن بخلاف الثياب.

والثاني: أن الذبابة إذا ارتفعت عن النجاسة، جف ما نجس منها بالهواء، فلا يؤثر في الثوب ويؤثر في الماء، فلو كان الثوب رطباً، كان كالماء، ومن قال: يؤثر في الثوب دون الماء، قال: الماء أقوى على دفع النجاسات، بدليل الماء الكثير. وأما ما ذكره حجة الإسلام - رحمه الله - من أنه إن انتهت القلّة إلى حد لا يدرك مع مخالفة لونه للون ما يتصل به، فهو معفو عنه في الماء وغيره وإلا فلا. فهذا تفصيل لا نراه لغيره،

(١) قال النووي بعد نقله اختيار الغزالي العفو فيها المختار عند جماعة من المحققين ما اختاره الغزالي وهو الأصح. الروضة ١/١٣٢.



ووجهه في غير الوجيز<sup>(١)</sup>: بأن قال: إذا بلغت القلّة الحُدّ المذكور، كانت هذه النجاسة، كما تحملها الرياح من النجاسات مثل الدُّرّ وتبثها على المياه والياب، ومعلوم أن ذلك مما لا يبالي به فكذلك هاهنا ولك أن تقول: غير هذا التفصيل أجود منه؛ لأن الكلام فيما لا يدركه الطرف، لقلته لا للموافقة في اللون، وما لا يدرك لقلته لا يدرك اختلف اللون أو اتفق. فأحد القسمين، وهو أن يكون بحيث يدرك عند اختلاف اللون، خارج عن صورة المسألة وإنما صورتها القسم الثاني، ثم القول فيه بالعمو اختيار القول المنقول في عدم تأثير هذه النجاسة في الماء والثوب جميعاً. وظاهر المذهب عند المعظم خلافة، ثم في عبارة الكتاب بسط وتطويل، ولا يخفى إيراد العرّض في أقصر منها لمن يتغنى الإيجاز.

قال الغزالي: الثاني - قُلْتَانِ نَجِسَتَانِ غَيْرُ مُتَغَيَّرَتَيْنِ إِذَا جُمِعَتَا لَا تَغْيِيرُ عَادَتَا طَاهِرَتَيْنِ فَإِذَا فُرِقَتَا بَقِيَّتَا عَلَى الطُّهَارَةِ وَلَمْ يَضُرَّ التَّفْرِيقُ إِلَّا إِذَا كَانَتِ النُّجَاسَةُ جَامِدَةً فَبَقِيَّتْ<sup>(٢)</sup> فِي إِحْدَى الْقُلْتَيْنِ<sup>(٣)</sup>.

قال الرافعي: الماء القليل النجس إذا كُوثرَ حتى بلغ قلتين، هل يعود طهوراً؟ نُظِرَ إن كُوثرَ بغير الماء فلا؛ بل لو كمل الماء الناقص عن القلتين بِمَاءٍ وَزِدٍ وصار مستهلكاً فيه، ثم وقعت فيه نجاسة تنجس وإن لم يتغير، وإنما لا تقبل النجاسة قلتان من محض الماء على ما قال عليه السلام: «إِذَا بَلَغَ الْمَاءُ قُلْتَيْنِ لَمْ يَحْمِلْ خَبثًا»<sup>(٤)</sup>، وإن كُوثرَ بالماء نُظِرَ إن كان مستعملاً ففي عَوْدِ الطهورية وجهان:

أحدهما: لا يعود لِأَنْسِلَابِ قُوَّةِ الْمُسْتَعْمَلِ، والتحاقه بسائر المائعات.

وأظهرهما: تعود، لأن الأصل فيه الطهورية، والضعف الذي عرض له ليس بأكثر من أن تعرض له النجاسة.

ولو كُوثرَ الماء النجس بماء نجس ولا تغير، عادت الطهورية، ومأخذ هذا الخلاف كما أخذ الخلاف في أن المستعمل هل يعود بالكثرة طهوراً؟ وإن لم يكن مستعملاً عادت الطهورية، فإن الأصل في الماء الطهورية، والنجاسة عرضت لعلة القلة، فإذا كثر عمل الأصل عمله، ثم التفريق بعد عود الطهورية لا يضر كما لو كان الماء قُلْتَيْنِ عند وقوع النجاسة فيه، ولم يتغير ثم فرق ولا فرق بين أن يقع التَّكْمِيلُ بماء طاهر، أو نجس في عود الطهورية.

(٢) في أ فو قعت.

(١) كالوسيط والبسط.

(٣) تقدم.

وصورة مسألة الكتاب ما إذا كان كل واحد من المُكْمَلِ وَالْمُكْمَلِ نجساً، ثم لا يخفى أن عود الطهورية إنما يكون بشرط عدم التغير في المجموع، وهل يشترط أن لا يكون فيه نجاسة جامدة؟ فيه خلاف التباعد، ولو كوثر الماء القليل بما يغلب عليه ويغمره، ولكن لم يبلغ قُلْتَيْنِ فهل تزول نجاسته؟ فيه وجهان:

أظهرهما: [أنه]<sup>(١)</sup> لا تزول<sup>(٢)</sup>: وإن قلنا: بالزوال، فهو طاهر غير طهور، وذلك بشروط

أحدها: أن يكون التكميل بماء طاهر لا ينجس.

والثاني: أن يورد الطاهر على النجس.

الثالث: أن يكون المُكْمَلِ أكثر من المُكْمَلِ مما لا يكون فيه نجاسة، وكل ذلك فيما إذا بلغ قُلْتَيْنِ بخلافه. ويشترط أيضاً أن لا يكون فيه نَجَاسَةٌ جَامِدَةٌ لا محالة.

وقوله: في الكتاب «جمعنا» عادتا طاهرتين، في لفظ الجمع إشارة إلى ما ذكره الأصحاب أن المعتبر في المُكَاثِرَةِ الضَّمُّ وَالْجَمْعُ دون الخَلْطِ، حتى لو كان أحد البعضين صافياً والآخر كدرأ، وانضمما تزول النجاسة من غير توقف على الاختلاط المانع من التميز، وقوله: «عادتا» معلم بالألف لما روى عن أحمد، وعن أصحابه، أنه لا تعود الطهارة. وليس المراد من قوله «عادتا طاهرتين»، مجرد الطهارة، بل مع الطهورية.

قال الغزالي: **الثَّالِثُ - نَجَاسَةٌ جَامِدَةٌ وَقَعَتْ فِي مَاءٍ رَاكِدٍ كَثِيرٍ يَجُوزُ الاغْتِرَافُ مِنْ جَوَانِبِهَا عَلَى الْقَوْلِ الْقَدِيمِ وَهُوَ الْأَقْبَسُ، وَيَجِبُ التَّبَاعُدُ عَنْهَا بِقَدْرِ الْقُلْتَيْنِ فِي الْقَوْلِ الْجَدِيدِ.**

قال الرافعي: إذا وقع في الماء الكثير الراكد نجاسة جامدة كالمَيْتَةِ، فهل يجوز الاغْتِرَافُ مما حوالى النجاسة، أم يجب التباعد عنها بقدر القلتين؟ فيه قولان: القديم: وهو ظاهر المذهب على خلاف الغالب، أنه يجوز الاغتراف من أي موضع شاء، ولا حاجة إلى التباعد؛ لأنه طاهر كله، فيستعمله المستعمل كيف شاء.

والدليل على أنه طاهر كله، قوله ﷺ: «إِذَا بَلَغَ الْمَاءُ قُلْتَيْنِ»<sup>(٣)</sup> الخبر والجديد: أنه

(١) سقط في ط.

(٢) قال النووي: هذا الذي صححه هو الأصح، وعند الخراسانيين: وهو الأصح والأصح عند العراقيين: الثاني: الروضة ١/١٣٣.

(٣) تقدم.

يبعد عن النجاسة بقدر قلتين، ثم يغترف؛ لأن ما دون القلتين مما يجاور النجاسة، لو كان وحده لكان مجتنباً، فكذلك إذا كان معه غيره، وأثره الكثرة دفع النجاسة عما وراء ذلك القدر، وقال مَنْ نصر المذهب: ذلك القدر المجتنب لو كان وحده محكوم له بالنجاسة في حالة الانفراد، فإما أن يكون محكوماً له بالنجاسة هاهنا أيضاً أو لا يكون، وإن لم يكن فقد تَغَيَّرَ حُكْمُهُ عما كان عليه وحده، وإن كان فلينجس ما يجاوره بمجاورته، كما ينجس هو بمجاورة النجاسة، وهكذا حتى تنتشر النجاسة إلى الكلِّ.

لا يقال: هذا مائع، وذلك جامد، وحكم النجاسة الجامدة أخف، ألا ترى أن النجاسة المائعة لو وقعت في ماء كثير، وانغمرت فيه، جاز استعمال الكل، لأننا نقول: إذا كان حكم النجاسة المائعة ما ذكرتم، فنأخذ حكم الطهارة هاهنا أيضاً؛ لاتصاله بالماء الكثير، وحصوله فيه، وإذا كان ظاهراً واجب أن يجوز الاغتراف والاستعمال.

واعلم أن من أصحابنا العِرَاقِيِّينَ مَنْ حَكَى خلاف التباعد وجهين، ونَقَلَ القولين أثبت؛ فإن فرعنا على وجوب التباعد، فلا يكفي أن يبعد في البحر بقدر شبر على حد العمق في حساب القلتين، بل يتباعد بقدر القُلَّتَيْنِ في أبعاد متماثلة طولاً وعرضاً وعمقاً، فإن كان الماء في موضع لا يتأتى فيه ذلك، كما لو وقف في موضع مُنْبَسِطاً من غير عمق يتباعد في الطُولِ وَالْعَرْضِ قدر ما يبلغ قلتين في ذلك العمق.

وقال الإمام محمد بن يحيى<sup>(١)</sup> - رضي الله عنه - لا يغني التباعد بقدر قلتين في هذه الصورة؛ بل يبعد إلى حيث يعلم أن النجاسة لا تنتشر إليه كما يعتبره أبو حنيفة - رحمة الله عليه - في بعض الروايات في الماء الكثير، ولو كان الماء قُلَّتَيْنِ بلا زيادة فعلى الجديد: لا يجوز الاغتراف منه، وعلى القديم: يجوز ذلك في أصح الوجهين، كما في الحالة الأولى والثانية؛ لا؛ لأن المَأخُوذَ بَعْضُ البَاقِي، والباقي نجس بالانفصال فكذلك المَأخُوذ، وينبغي أن يبحث عن القولين في مسألة التباعد، أهما في جواز الاستعمال وعدمه بعد الاتِّفَاقِ على الطهارة، أم في الطهارة والنجاسة؟

(١) محمد بن يحيى بن منصور العلامة محيي الدين أبو سعد النيسابوري تفقه على أبي حامد الغزالي، وأبي المظفر الخوافي وبرع في الفقه وصنف في المذهب والخلاف، وانتهت إليه رئاسة الفقهاء بنيسابور. رحل الفقهاء من النواحي للأخذ عنه، واشتهر اسمه ودرس بنظامية نيسابور. وقال ابن خلكان: هو أستاذ المتأخرين وأوحدهم علماً وزهداً مولده سنة ست وسبعين بتقديم السين - وأربعمائة، وقتله الغز في شهر رمضان سنة ثمان وأربعين وخمسمائة حين دخلوا نيسابور دسوا في فيه التراب حتى مات. وقال ابن السمعاني: إنه قتل في شوال سنة تسع. قال: ورأيت في المنام فسألته عن حاله فقال: غفر لي انظر ابن قاضي شهبة ٣٢٥/١. وانظر ابن السبكي ١٩٧/٤، وابن خلكان ٣٥٩/٣، وابن العماد ١٥١/٤، ومراة الجنان ٢٩٠/٣، والنجوم الزاهرة ٣٠٥/٥.

وذلك يترتب عليه فإن كان الثاني، فلم يتكلم الأكثرون في الاغتراف والاستعمال نفيًا وإثباتًا؟ واشتهرت المسألة بالتباعد وهَلَا تَكَلَّمُوا فِي الطَّهَارَةِ وَالنَّجَاسَةِ عَلَى الْمَعْهُودِ فِي نَظَائِرِهِ، ثُمَّ يَتَفَرَّعُ عَلَيْهِ جَوَازُ الاسْتِعْمَالِ وَعَدَمُهُ، وَإِنْ كَانَ الْأَوَّلُ فِيمَ يُوْجِهُ الْمَنْعَ مِنَ الاسْتِعْمَالِ مَعَ الْحُكْمِ بِالطَّهَارَةِ؟ وَلَمْ يَتَكَلَّمْ بَعْضُهُمْ فِي النَّجَاسَةِ وَنَفِيهَا، وَفَرَضَ فِيهَا الْخِلَافَ؟ وَهَلْ هُمَا طَرِيقَتَانِ؟ وَهَذَا مَوْضِعُ نَظَرٍ وَتَأْمَلٍ، وَيَدُلُّ عَلَى الْإِحْتِمَالِ الْأَوَّلِ أَخْبَارُ الْقَلْتَيْنِ، فَإِنَّهَا تَنْفِي نَجَاسَةَ الْمَاءِ الْكَثِيرِ، وَأَيْضًا فَقَدْ صَرَحَ بَعْضُ الْمُعَلِّقِينَ عَنِ الشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ، بِأَنَّهُ لَا خِلَافَ فِي الطَّهَارَةِ، وَإِنَّمَا الْخِلَافُ فِي جَوَازِ الاسْتِعْمَالِ<sup>(١)</sup>.

وأما لفظ الكتاب فاعلم أن قضية كلامه في وَجُوبِ اجْتِنَابِ الْحَرِيمِ فِي الْفَصْلِ الثَّلَاثِ يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ مُرَادُهُ مِنْ قَوْلِهِ هَاهُنَا يَجُوزُ الْاِغْتِرَافُ مِنْ جَوَارِهَا عَلَى الْقَوْلِ الْقَدِيمِ مَا وَرَاءَ الْحَرِيمِ، وَإِلَّا أَنْ الْمَذْهَبَ أَنَّ حُكْمَ الْحَرِيمِ حَكْمٌ غَيْرُهُ [كَمَا سَيَأْتِي]<sup>(٢)</sup>.

قال الغزالي: الرَّابِعُ - كُوْزٌ فِيهِ مَاءٌ نَجِسٌ غَيْرٌ مُتَغَيِّرٍ طَرِيقٌ<sup>(٣)</sup> تَطْهِيْرُهُ أَنْ يَغْمَسَ فِي مَاءٍ كَثِيْرٍ فَإِذَا اسْتَوَى عَلَيْهِ الْمَاءُ صَارَ طَهْوْرًا لِلاتِّصَالِ بِهِ.

قال الرافعي: إِذَا غَمَسَ كُوْزٌ فِيهِ مَاءٌ نَجِسٌ فِي مَاءٍ طَاهِرٍ هَلْ يَعُودُ طَهْوْرًا؟ إِنْ كَانَ الْكُوْزُ ضَيْقَ الرَّأْسِ فَوَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا: نَعَمْ، لِحَصُولِ الْكَثْرَةِ وَالِاتِّصَالِ، وَأَصْحَبُهُمَا: لَا؛ لِأَنَّهُ لَا يَحْصُلُ بِهِ اتِّصَالٌ يَفِيْدُ تَأْثِيْرَ أَحَدُهُمَا فِي الْآخَرِ؛ لِأَنَّ مَاءَ الْكُوْزِ كَالْمَوْدَعِ بِطَرْفِيهِ فِيهِ، وَلَيْسَ مَعْدُوْدًا جِزْءًا مِنْهُ، وَإِنْ كَانَ وَاسِعَ الرَّأْسِ، فَعَلَى هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ لَكِنْ الْأَطْرَفُ هَاهُنَا الطَّهَارَةُ، لِتَأْثَرِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْآخَرِ عِنْدَ سَعَةِ رَأْسِ الْإِنَاءِ، وَحَيْثُ يَحْكُمُ بَعُودُ الطَّهَارَةِ فَتَعُودُ عَلَى الْفَوْرِ أَمْ بَعْدَ أَنْ تَمَكَّتْ زَمَانًا؟

فيه وجهان: أظهرهما: لَا تَعُودُ عَلَى الْفَوْرِ؛ بَلْ لَا بَدَّ مِنْ مَضِيِّ زَمَانٍ يَزُولُ فِيهِ التَّغْيِيْرُ، لَوْ كَانَ مُتَغَيِّرًا، وَلَا شَكَّ أَنَّ ذَلِكَ الزَّمَانُ يَكُونُ فِي ضَيْقِ الرَّأْسِ أَطْوَلَ مِنْهُ فِي وَاسِعِهِ<sup>(٤)</sup>. وَإِذَا عَرَفْتَ ذَلِكَ فَعُدْ إِلَى أَلْفَاظِ الْكِتَابِ، وَأَعْلَمْ قَوْلَهُ: «صَارَ طَهْوْرًا» بِالْوَاوِ،

(١) قال النووي: هذا التوقف من الإمام الرافعي عجب، فقد جزم وصرح بالاحتمال الأول جماعات من كبار أصحابنا منهم الشيخ أبو حامد الإسفراييني، والقاضي أبو الطيب وصاحب الحاوي والمحاملي، وصاحبها الشامل والبيان وآخرون من العراقيين والخراسانيين، وقطع جماعة من الخراسانيين على قول التباعد بأن يكون المجتنب نجسًا كذا قال حسين، وإمام الحرمين والبخاري وغيرهم حتى قال هؤلاء الثلاثة: لو كان قلتين فقط ما كان نجسًا على هذا القول، والصواب: الأول والله أعلم. الروضة ١/١٣٤.

(٢) في ط (على ما سيأتي). (٣) في ط (طريق).

(٤) قال النووي: إلا أن يدخل فيه أكثر من الذي فيه فيكون حكمه ما سبق في المكاثرة، قال القاضي حسين صاحب (التتمة): -ولو كان ماء الكوز طاهرًا فغمسه في ماء نجس ينقص عن القلتين بقدر ماء الكوز، فهل يحكم بطهارة النجس؟ فيه الوجهان. والله أعلم. الروضة ١/١٣٥.

للوجه الثاني كعود الطهارة وَالطُّهُورِيَّةَ. وقوله: «فإذا استوى عليه الماء» أيضاً إشارة إلى الوجه الصائر إلى اشتراط المُكْتَبِ، ثم تنبه لأمر:

أحدهما: قوله: «غير متغير» ليس مذكوراً لِلتَّقْيِيدِ، فإنه لو كان متغيراً فزال التغير بِالاتِّصَالِ، عادت الطهورية أيضاً، وكأنه تعرض لهذا الوصف؛ لأنه حُكِمَ بِعَوْدِ الطُّهُورِيَّةِ بمجرد استواء الماء عليه، وبتقدير التغير لا تعود الطهورية بمجرد استواء الماء؛ بل لا بد من زوال التغير.

الثاني: قوله: «فإذا استوى عليه الماء» ينبه على أنه لو لم يَكُنِ الكُوزُ مَلَأَنَ وغمسه فيه فما دام يدخل فيه فلا اتصال، وهو على نجاسته.

الثالث: حكم بالطهورية من غير التعرض للخلاف، فإن كان يختار ذلك سواء ضاق رأسُ الكُوزِ، أم اتسع فهو معمول بظاهره، وإن قال بالمنع عند ضيق الرأس كما حكينا أنه ظاهر المذهب، ففِي الكَلَامِ إِضْمَارُ تَقْدِيرِهِ كُوزٌ وَاسِعٌ الرَّأْسِ فِيهِ مَاءٌ نَجِسٌ والاحتمال الثاني، هو قضية كلامه في سائر كتبه.

قال الغزالي: الخَامِسُ - فَأَرَةٌ وَقَعَتْ فِي بَثْرٍ فَتَمَعَطَ شَعْرُهَا فَالطَّرِيقُ أَنْ يُسْتَقَى المَاءُ المَوْجُودُ فِي البَثْرِ فَمَا يَخْضَلُ بَعْدَ ذَلِكَ إِنْ رُئِيَ فِيهِ شَعْرٌ فَنَجَسَ وَإِلَّا فَطَهُورٌ إِذَا الأَضْلُ طَهَارَتُهُ وَوُقُوعُ الشَّعْرِ فِيهِ مَشْكُوكٌ فِيهِ وَإِخْرَاجُ جَمِيعِهِ هُوَ الغَالِبُ بِاسْتِقَاءِ المَاءِ.

قال الرافعي: ماءُ البَثْرِ في البثر كغيره في قبول النجاسة وزوالها، لكن ضرورة النزع للاستقاء منها قد يخصه لضرب من العسر، فإن كان قليلاً وقد تنجس بوقوع نَجَاسَةٍ فِيهِ فليس من الرأي أن ينزع لينبع بعده الماء الطهور، لأنه وإن نزع فقعر البثر يبقى نجساً، وقد يُفْضِي النَّزْحُ إِلَى تَنْجِيسِ جُذْرَانِ البَثْرِ أيضاً؛ بل ينبغي أن يترك ليزداد فيبلغ حَدَّ الكَثْرَةِ، فإن كانت قليلة الماء لا يتوقع كثرتة، صَبَّ فِيهَا ماءٌ من خارج حتى يكثر ويزول التغير أيضاً لو كان متغيراً، فإن كان ماؤها كثيراً وقد تنجس بالتغير فتكاثرت إلى زوال التغير، أو يترك بحاله حتى يزول التغير بِطُولِ المُكْتَبِ، أو بازدياد الماء فلو تفتت الشيء النجس فيه كالفأرة تمعط شعرها، فقد يبقى على طهوريته لكثرتة وعدم التغير، لكن يتعذر استعماله بسبب أنه لا ينزع منه دلو إلا وفيه شيء من أجزاء النجاسة، فينبغي أن يستقى الماء كله لتخرج الشعور في صحبته، فإن [كانت]<sup>(١)</sup> العَيْنُ فَوَارَةً وتعذر استِقَاءَ الكُلِّ، فينزع بقدر ما يغلب على الظن، إن الشعر قد خرج معه كله، فما يبقى بعد ذلك في البثر وما يحدث فيه فهو طهور، لأنه ماء غير مستيقن النجاسة، ولا مظنون

(١) في ط (كان).

النجاسة، ولا أثر للشك والتردد في بقاء الشعر فيه، ووقوعه فيما حدث لحصول الظن بإخراج الجميع، ثم إن تحقق شيء بعد ذلك على خلاف الغالب اتبعه.

وقيل: لم ينزح إلى الحد المذكور، فإذا غلب على ظنه أنه لا يخلو كل دلو عن شيء من النجاسة، ولكنه لم يره، ولا يقينه فجواز الاستعمال على القولين في الأصل والغالب إذا تعارضا كما سيأتي نظائر ذلك.

واعلم أن فَرَضَ الْمَسْأَلَةِ فِي تَمَعُّطِ الشُّعُورِ مَبْنِيٌّ عَلَى نَجَاسَةِ شُعُورِ الْحَيَوَانَاتِ بِالموت، فإن لم ينجسها، فليقع الفرض في سائر الأجزاء.

### الفصل الثالث في الماء الجاري

قال الغزالي: فَإِنْ وَقَعَتْ فِيهِ نَجَاسَةٌ مَائِعَةٌ لَمْ تُغَيِّرْهُ فَطَاهِرٌ إِذِ الْأَوَّلُونَ لَمْ يَخْتَرُوا مِنَ الْأَنْهَارِ الصَّغِيرَةِ.

قال الرافعي: نشرح مسائل الماء الجاري. على ما ذكرها، ورواها في الأصل ثم [نورد]<sup>(١)</sup> فيها [إن شاء الله تعالى] ما ينبغي.

فقول: الماء الجاري ينقسم إلى: ماء الأنهار المعتدلة، وإلى ماء الأنهار العظيمة.

القسم الأول: ماء الأنهار المعتدلة، والنجاسة الواقعة فيه، إما أن تكون مَائِعَةً، أو جَامِدَةً، فإن كانت مائعة فينظر هل تغير الماء أم لا؟ فإن غيرته فالقدر المتغير نجس، وحكم غيره معه كحكمه مع النجاسة الجامدة، وإن لم تغيره، فينظر إن كان عدم التغير للموافقة في الأوصاف، فالحكم على ما ذكرنا في الراكد، وإن كان لقلّة النجاسة وأتمحاقها فيه لم ينجس الماء، وإن كان قليلاً؛ لأن الأولين كانوا يَسْتَنْجُونَ عَلَى سُطُوطِ الأنهار الصغيرة، ولا يرون ذلك تنجيساً لِمِيَاهِهَا، وهذه الحالة هي المرادة في الكتاب.

قال الغزالي: وَإِنْ كَانَتْ جَامِدَةً تَجْرِي بِجَرِي الْمَاءِ فَمَا فَوْقَ النَّجَاسَةِ وَمَا تَحْتَهَا طَاهِرٌ لِتَفَاصِلِ جَرِيَاتِ الْمَاءِ، وَمَا عَلَى جَانِبَيْهَا فِيهِ طَرِيقَانِ، قِيلَ بِطَهَارَتِهِ، وَقِيلَ بِتَخْرِيجِهِ عَلَى قَوْلِ التَّبَاعِدِ، وَإِنْ كَانَتْ النَّجَاسَةُ وَاقِعَةً فَالْحُكْمُ مَا سَبَقَ إِلَّا أَنَّ مَا يَجْرِي مِنَ الْمَاءِ عَلَى النَّجَاسَةِ وَيَنْفَصِلُ عَنْهَا فَهُوَ نَجِسٌ فِيمَا دُونَ الْقُلْتَيْنِ، فَإِنْ زَادَ عَلَى الْقُلْتَيْنِ أُغْنِي مَا بَيْنَ الْمُغْتَرَفِ وَالنَّجَاسَةِ فَوَجْهَانِ: أَظْهَرُهُمَا: الْمَنْعُ إِلَّا أَنْ يَجْتَمِعَ فِي حَوْضٍ مُتْرَافِئاً فَإِنَّ الْجَارِي لَا تَرَادُّ لَهُ فِيهِ مُتَفَاصِلَةُ الْأَجْزَاءِ.

(١) في ط (نرد).

قال الرافعي: أما إذا كانت النجاسة جامدة كَالْمَيْتَةِ، فإن غيرت شيئاً من الماء فهو نجس، وإن لم تغير فينظر أن تجري مع الماء، أم هي واقفة، والماء يجري عليها؟ فإن كانت تجري مع الماء فما فوقها الذي لم يصل إلى النجاسة وما تحتها الذي لم يصل إليه النجاسة طاهران لتفاضل أجزاء الماء الجاري، فإن كل جَزِيَّةٍ منه طالبة لما أمامها هاربة عما خلفها بخلاف الرَّاكِدِ، فإن أجزاءه مُتْرَاذَةٌ مُتَعَاضِدَةٌ. وأما ما على يمينها، وشمالها، وفي سمتها إلى العمق، أو وجه الماء. فيه طريقان:

أحدهما: القطع بالطهارة، لما ذكرنا من تفاضل الأجزاء.

والثاني: التخريج على قولي التباعد كالراكد، والتَّفَاضُلُ إنما يكون في طول النهر لانحدار الماء فيه لا في العَرَضِ، ومنهم من أجرى خلاف التَّبَاعُدِ فيما تحت النَّجَاسَةِ دون ما فوقها؛ لأن ما تحتها مستمد من موضعها. وفي كلام العراقيين ما يقتضي طرده في جميع الجوانب. فينبغي أن يعلم قوله: «فيما فوق النجاسة، وما تحتها طاهر» بالواو، إشارة إلى الخلاف المذكور، وإن كانت النجاسة واقفة، والماء يجري عليها، فالحكم كما لو كانت جارية مع الماء، ونزيد هاهنا أن ما يجري من الماء على النجاسة، وهو قليل ينجس بملاقاتها، ولا يجوز الاغتراف منها إذا كان بين النجاسة، وموقع الاغترافِ دُونَ الْقُلْتَيْنِ، فإن بلغ قلتين في الطول فوجهان:

أحدهما: وبه قال صَاحِبُ «التَّلْخِيصِ»، وأبو إِسْحَاقَ - رحمهما الله، أنه طاهر يجوز الاغتراف منه لحيلولة قدر القلتين، ودفعه النَّجَاسَةِ، وأصحهما، وبه قال ابن سريج: أنه نجس، وإن امتد الجذولُ فَرَاسِخَ لما سبق أن أجزاء الماء الجاري مُتَفَاصِلَةٌ، فلا يتقوى البعض منها بالبعض، ولا تندفع النجاسة إلا بأن تجتمع في حَوْضٍ، أو حفرة مترادأ، وقد يسأل فيقال: ماء هو ألف قلة، وهو نجس من غير أن يتغير بالنجاسة هذا صورته.

قال الغزالي: هَذَا فِي الْأَنْهَارِ الْمُعْتَدَلَةِ، فَأَمَّا النَّهْرُ الْعَظِيمُ الَّذِي يُمَكِّنُ التَّبَاعُدَ فِيهِ عَنْ جَوَانِبِ النَّجَاسَةِ بِقَدْرِ الْقُلْتَيْنِ فَلَا يُجْتَنَبُ فِيهِ إِلَّا حَرِيمُ النَّجَاسَةِ وَهُوَ الَّذِي تَغَيَّرَ شَكْلُهُ بِسَبَبِ النَّجَاسَةِ، وَهَذَا الْحَرِيمُ مُجْتَنَبٌ أَيْضاً فِي الْمَاءِ الرَّائِدِ.

قال الرافعي: بَيَّنَّا انقسام الماء الجاري إلى ماء الأنهار المعتدلة، وإلى ماء الأنهار العظيمة وذكرنا حكم القسم الأول، أما النَّهْرُ الْعَظِيمُ فلا يجتنب فيه إلا حريم النجاسة، ولا يعود فيه الخلاف الذي ذكرناه في التَّبَاعُدِ عما حَوَالَى النجاسة، وحكى في البَسِيْطِ وجهاً آخر: أنه يجري الخلاف فيه أيضاً، ولا بد من بيان العظيم، والحريم، وقد أشار إلى تفسيرهما في الكتاب. أما العظيم، فقد قال: هو الذي يمكن التباعد فيه عن جوانب

النجاسة كلها بقدر قلتين. والمعتدل ما لا يمكن فيه ذلك، ويدخل فيه الجَدَاوِلُ الصَّغِيرَةُ التي يجري فيها الماء اليسير، والأنهار التي يبلغ ما بين حافتها قدر قلتين، ولكن لا يمكن التباعد فيها بقدر قلتين من كل جانب، وذكر إمام الحرمين - رضي الله عنه - أن النهر المعتدل هو الذي يفرض تغييره بالتَّجَاسَاتِ الْمُعْتَادَةِ، والعظيم ما لا يمكن تَغْيِيرُهُ بها<sup>(١)</sup>. قال: والبصرة في النهر المعتدل كالجيفة في الوادي العظيم، وأما الحريم فقد فسَّرَه بما يتغير شكله بسبب النجاسة، يعني ما ينسب إلى النجاسة بتحريكه إياها، وانعطافه عليها، أو التفافه بها، ولهذا اعتبر التغير في الشَّكْلِ دون الرَّائِحَةِ، وسائر الصفات، وفي وجوب اجتناب الحريم، وجهان حكاهما في البسيط.

أحدهما: أنه لا يجتنب كغيره.

والثاني: وهو الذي ذكره هاهنا أنه يجتنب وإن لم يوجب التباعد [لأنه] في العِيَاةِ وَالْإِسْتِقْدَارِ، كالمُتَغْيِرِ بالنجاسة.

[ثم قال: «وهذا الحريم مجتنب في الماء الراكد» أيضاً<sup>(٢)</sup>] وذكر في «البسيط» أنه لا يجتنب في الماء الراكد، وفرق بينه وبين الجاري على أحد الوجهين، بأن الراكد لا حَرَكَةَ له حتى ينفصل البعض عن البعض في الحكم، فكما يَجُوزُ الاغْتِرَافُ مما بعد من النجاسة يجوز الاغتراف من جوارها، وهذه الاختلافات تقتضي إعلام المُسْتَثْنَى والمُسْتَثْنَى منه، في قوله: «فلا يجتنب فيه إلا حريم النجاسة»؛ لأن منهم من أوجب اجتناب غير الحريم، ومنهم من لم يوجب اجتناب [غير] الحريم أيضاً، وكذلك إعلام قوله: «وهذا الحريم يجتنب أيضاً في الماء الراكد» فهذا شرح ما ذكره، ونعود إلى المَوْعُودِ، ونذكر أموراً من شرط محصل هذا الكتاب أن يعرفها.

أحدهما: حكمه بِطَهُورِيَّةِ القليل من الجاري إذا وقعت فيه نجاسة مائعة، ولم تغيره، كأنه اختيار القول القديم الذي حكاه صاحب التلخيص، وغيره في أن الماء الجاري لا ينجس إلا بالتغير، وذلك القول قد اختاره طَائِفَةٌ من الأصحاب، ووجهه بشيء آخر سوى ما ذكره في الكتاب، وهو أن الماء الجاري وارد على النجاسة، فلا

(١) قال النووي: غير الماء من المائعات ينجس بملاقاة النجاسة، وإن كثر. وإنما لا ينجس الماء لقوته. ولو توضع من بئر، ثم أخرج منها دجاجة متفخة، ولم يلزمه إن يعيد من صلاته إلا ما يتقن أنه صلاها بالماء النجس. ذكره صاحب (العدة) والله أعلم. وصورة المسألة. أن يكون ماء البئر قليلاً، أمّا إذا كان كثيراً ولم يفتت شيء من أجزائها، فالماء الذي ينزعه من البئر ظاهر وصلاته صحيحة، وذكر الدجاجة مثال، وإنما وصفها بالنفخ ليدل على تقادم موتها. ينظر الروضة ١/١٣٧.

(٢) سقط في ب.



ينجس إلا بالتغير، كالماء الذي تزال به النجاسة، لكن المذهب الذي عليه الجمهور، الفرق بين القليل والكثير، كما في الرّائد، ونجاسة القليل بمجرد الملاقاة، وتدل عليه الأخبار الفارقة بين القليل والكثير، فإنها تعمُّ الرّائدَ والجاري.

**والثاني:** لم يتعرض في تفصيل النجاسة الجّامدة للفرق بين القليل من الماء والكثير، ولا بد منه لأنه لا يمكن أن تكون مسائله كلها مفروضة في الكثير وحده، ولا في الكثير والقليل جميعاً، وإلا كان الوجهان في نجاسة الماء الجاري على الميئة جاريين في الكثير الذي تبلغ كل جزية منه قلتين فصاعداً، وهذا محال، ولا يمكن أن تكون كلها مفروضة في القليل وحده، وإلا كان خلاف التباعد جارياً فيما على يمين النجاسة ويسارها مع قلة الماء وهو بعيد؛ بل ألوجه الحُكم بالنجاسة عند القلة وكذلك ذكره صاحب «التهذيب»<sup>(١)</sup> وغيره.

**الثالث:** قضية كلام الأكثرين تصريحاً، وتلويحاً، أنه لا فرق بين الحرّيم وغيره لا في الرّائد ولا في الجّاري على خلاف ما ذكره. لأنه إما أن يكون طاهراً في نفسه، أو نجساً، إن كان طاهراً، فلا معنى لوجوب الاجتناب، وإن كان نجساً، فيلزم نجاسة ما يجاوره بملاقاته حتى يتعدى إلى جميع [الراكد وإلى جميع]<sup>(٢)</sup> ما في عرض النهر في الماء الجاري.

## الفصل الرابع في إزالة النجاسة

قال الغزالي: **فَإِنْ كَانَتْ حُكْمِيَّةً فَيَكْفِي إِجْرَاءُ الْمَاءِ عَلَى مَوْرِدِهَا، وَإِنْ كَانَتْ عَيْنِيَّةً فَلَا بُدَّ مِنْ إِزَالَةِ عَيْنِهَا، فَإِنْ بَقِيَ طَعْمٌ لَمْ يَطْهَرْ لِأَنَّ إِزَالَتَهُ سَهْلٌ، وَإِنْ بَقِيَ لَوْنٌ بَعْدَ الْحَتِّ وَالْقَرْصِ فَمَغْفُوفٌ عَنَّهُ، وَالرَّائِحَةُ كَاللَّوْنِ عَلَى الْأَصَحِّ.**

(١) الحسين بن مسعود بن محمد العلامة محيي السنة أبو محمد البغوي، ويعرف بابن الفراء تارة، وبالفراء أخرى. أحد الأئمة تفقه على القاضي الحسين. وكان ديناً عالماً عاملاً على طريقة السلف، وكان لا يلقى الدرس إلا على طهارة، وكان قائماً باليسير يأكل الخبز وحده، فعدل في ذلك فصار يأكله بالزيت. قال الذهبي: كان إماماً في التفسير، إماماً في الحديث، إماماً في الفقه. يورك له في تصانيفه، ورزق القبول لحسن قصده وصدق نيته. له التهذيب، وشرح السنة وغير ذلك. توفي بمرور الروذ في شوال سنة ست عشرة وخمسائة. انظر ابن قاضي شهبة ١/ ٢٨١. ووفيات الأعيان ١/ ٤٠٢، وتذكرة الحفاظ ٤/ ١٢٥٨، والنجوم الزاهرة ٥/ ٢٢٤، وشذرات الذهب ٤/ ٤٨. وانظر ابن خلكان ١/ ٤٠٢، وابن السبكي ٤/ ٢١٢، البداية والنهاية ١٢/ ١٩٣، والتهذيب لابن عساكر ٤/ ٣٤٥.

(٢) سقط في ط.

قال الرافعي: الشيء النجس يُنْقَسِمُ إِلَى نَجِيسٍ أَلْعَيْنِ وغيره، أما نجس العين فلا يطهر بحال إلا الخمر تطهر بالتَّحْلِيلِ، وجلد الميتة يطهر بالدَّبَاغِ، والعَلَقَةُ والمُضْعَةُ، والدم الذي هو حَشْوُ البيض إذا نجسناها فاستحالت حَيَوَانًا. وأما غيره فالنجاسة تنقسم إلى حُكْمِيَّةٍ وإلى عَيْنِيَّةٍ:

أما الحكمية فهي: التي لا تحس مع تَيَقُّنٍ وجودها، كالبول إذا جَفَّ على المحل ولم توجد له رائحة، ولا أثر فيكفي إجراء الماء على موردها إذ ليس ثم ما يزال ولا يجب في الإجراء عدد خلافاً لأبي حنيفة حيث شرط في إزالة النجاسة الحكمية الغسل ثلاثاً في رواية. وفي رواية الشرط أن يغلب على ظن العَاسِلِ طهارته، ولأحمد حيث قال في إحدى الروايتين: يشترط الغسل سَبْعاً في جميع النجاسات كما في نجاسة الكلب. لنا قوله ﷺ لأسماء - رضي الله عنها - : «حتيه، ثم اقرصيه، ثم اغسله بالماء»<sup>(١)</sup> أمرها بالغسل من غير اعتبار عدد.

وأما العَيْنِيَّةُ فلا يكفي فيها أجزاء الماء؛ بل لا بد من محاولة إزالة أوصافها الثلاثة: الطعم، واللون، والرائحة، أو ما وجد منها، فإن بقي طعم لم يطهر سواء بقي مع غيره من الصفات، أو وحده، لأن الطعم سَهْلُ الإِرْزَالَةِ، ويظهر تصويره فيما إذا دَمِيَتْ لُثَّتُهُ، أو تنجس<sup>(٢)</sup> فوه بنجاسة أخرى، فغسله فهو غير طاهر ما دام يجد طعمه في

(١) قال الحافظ أخرجه الشافعي ثنا سفيان عن هشام عن فاطمة عن أسماء قالت: سألت النبي ﷺ عن دم الحيضة يصيب الثوب فقال: حته ثم اقرصيه بالماء ورشيه وصلي فيه، ورواه عن مالك عن هشام بلفظ: أن امرأة سألت، وهذه الرواية في الصحيحين، وفي الأربعة بهذا اللفظ، وأما بلفظ: ثم اغسله بالماء فذكره الشيخ تقي الدين في الإمام من رواية محمد بن إسحاق بن يسار عن فاطمة بنت المنذر عن أسماء. قالت: سمعت رسول الله ﷺ وسألت امرأة عن دم الحيض يصيب ثوبها فقال: اغسله. قلت: ورواه ابن ماجه بلفظ (اقرصيه، واغسله، وصلي فيه). ولابن أبي شيبة (اقرصيه بالماء واغسله وصلي فيه) وروى أحمد وأبو داود والنسائي وابن ماجه وابن خزيمة وابن حبان من حديث أم قيس بنت محصن (أنها سألت رسول الله ﷺ عن دم الحيض يصيب الثوب فقال: حكيه بصلع واغسله بماء وسدر) قال ابن القطان: إسناده في غاية الصحة، ولا أعلم له علة. قال الحافظ ابن حجر: (تنبيه) زعم النووي في شرح المهذب أن الشافعي روى في الأم أن أسماء هي السائلة بإسناد ضعيف، وهذا خطأ بل إسناده في غاية الصحة، وكان النووي قلد في ذلك ابن الصلاح، وزعم جماعة ممن تكلم على المهذب أنه غلط في قوله أسماء هي السائلة، وهم الغالطون والله أعلم. انظر التلخيص ٣٥/١.

(٢) والقم من الإنسان والحيوان أصله قَوْه بفتح الحاء، ولهذا يجمع على أفواه مثل سبب أسباب، ويشئى على لفظ الواحد فيقال: فمان، وهو من غريب الألفاظ التي لم يطابق مفردا جمعها، وإذا أضيف إلى الياء مثل فيء وإلى غير الياء أعرب بالحروف، فيقال: قَوْه وقَاه وفيه. ويقال: أيضاً قَمُه. المصباح المنير ٦٦٤/٢.

فيه، وإن لم يبق الطعم نظر، إن بقي اللون وَخَدَهُ وكان سهل الإزالة فلا يطهر [حتى يزول]<sup>(١)</sup> وإن كان عسر الإزالة كَدَمَ الْحَيْضِ يُصِيبُ الثَّوْبَ، وربما لا يزول بعد الْمُبَالَغَةِ وَالِاسْتِعَانَةَ بِالْحَتِّ، وَالْقَرْضَ فَيَطْهَرُ، لما روي «أَنَّ نِسْوَةَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ سَأَلَتْهُ عَنْ دَمِ الْحَيْضِ، يُصِيبُ الثَّوْبَ، وَذَكَرْنَ أَنَّ لَوْنَ الدَّمِ يَبْقَى، فَقَالَ أَلْطَخْنَهُ بِزَعْفَرَانٍ»<sup>(٢)</sup>، المعنى: أن اللون الباقي لا أثر له، فإن كرهتن رؤيته فَالطَّخْنَهُ بِزَعْفَرَانٍ. وعن خولة بنت يسار قالت: «سَأَلْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَنْ دَمِ الْحَيْضِ فَقَالَ: «أَغْسِلِيهِ» فقلت: «أَغْسِلُهُ فَيَبْقَى أَثَرُهُ» فَقَالَ ﷺ: [الْمَاءُ] يَكْفِيكَ وَلَا يَضُرُّكَ أَثَرُهُ»<sup>(٣)</sup> وإن بقيت الرائحة وحدها، وهي عَسِيرَةٌ الإزالة كرائحة الخمر، فهل يطهر المحل؟ فيه قولان: وقيل: وجهان:

والأول أصح، أحدهما: لا، لأن بقاء الرائحة يدل على بقاء العين، فصار كَالطَّغْمِ، وهذا هو القياس في اللون، لكن منعنا عنه الأخبار.

والثاني: وهو الأصح أنه يطهر؛ لأننا إنما احتملنا بقاء اللون لمكان المشقة في إزالته، وهذا المعنى موجود في الرائحة، وروى في اللون أيضاً وجه، أنه لا يطهر المحل ما دام باقياً، ذكره في «التتمة» ونسبه إمام الحرمين إلى صاحب التلخيص، فلو أعلمت قوله «فمعفو»، إشارة إلى هذا الوجه لما كان به بأس.

وإن بقي اللَوْنُ وَالرَّائِحَةُ معاً، فلا يطهر المحل لقوة دلالتهما على بقاء العين، وفيه وجه ضعيف، ويتبين لك بما حكيناه أن قوله: «فإن بقي طعم لم يطهر» هذا لا يجري على إطلاقه، لأنه لا فرق بين أن يبقى وحده، أو مع غيره، من الصفات الثلاثة.

وقوله في الرائحة، واللون، غير محمول على إطلاقه؛ بل المراد ما إذا كان كل واحد منهما وحدة. ثم لك في قوله: «وإن بقي لون بعد الحتِّ، والقَرْضِ فمعفو» مبحثان:

إحدهما: الاستِعَانَةُ بِالْحَتِّ وَالْقَرْضِ، وهل هي شرط أم لا؟ ظاهر كلامه يقتضي الاشتراط وبه يشعر نقل بعضهم، لكن الذي نص عليه المعظم خلافه، واحتجوا عليه بحديث خولة واقتصروا على الاستِحْبَابِ.

(١) سقط في ط.

(٢) قال الحافظ ابن حجر: هذا الحديث لا أعلم من أخرجه هكذا. لكن روى موقوفاً فروى الدارمي في مسنده عن معاذة عن عائشة أنها قالت: إذا غسلت الدم فلم يذهب فلتغيره بصفرة، أو زعفران، ورواه أبو داود بلفظ: قلت لعائشة في دم الحائض يصيب الثوب قالت: تغسله، فإن لم يذهب أثره فلتغيره بشيء من صفرة موقوف. انظر التلخيص ٣٦/١.

(٣) أخرجه أبو داود في رواية ابن الأعرابي والبيهقي من طريقين عن خولة، وفيه ابن لهيعة قال إبراهيم الحربي: لم يسمع بخولة بنت يسار إلا في هذا الحديث، ورواه الطبراني في الكبير من حديث خولة بنت حكيم وإسناده أضعف من الأول. انظر التلخيص ٣٦/١.

الثانية: لم قال: فَمَعْفُوٌّ، ولم يقل: فطاهر أهو نجس، لكن يعفى عنه، أم كيف الحال؟ أطلق الأكترون القول بالطهارة، ويجوز أن يقال: إنه نجس لكن يعفى عنه كما في أثر محل الاستنجاء ودم البراغيث وليس في الأخبار تصريح بالطهارة وإنما تقتضي العفو والمسامحة، وقد تعرض في «التممة» لمثل هذا في الرائحة، فقال: إن قلنا: لا يطهر فهو معفو عنه، كدم البراغيث.

قال الغزالي: **ثُمَّ يُسْتَحَبُّ الِاسْتِظْهَارُ بِمَسَلَّةٍ ثَانِيَةٍ وَثَالِثَةٍ وَفِي وَجُوبِ الْعَصْرِ وَجِهَانِ فَإِنْ وَجِبَ الْعَصْرُ فَقِيَّ الْاِكْتِفَاءُ بِالْجَفَافِ وَجِهَانِ.**

قال الرفاعي: قوله: «ثم يستحب الاستظهار» يجوز أن يقرأ بالطاء والظاء - فالاستظهار طلب الطهارة، والاستظهار طلب الاحتياط، وهذا كما قال الشافعي - رضي الله عنه - في المبتدأة المميزة إذا استحيضت «لا يجوز لها أن تستظهر بثلاثة أيام»، فَرِيءٌ بها جميعاً، والغرض أن التثليث مستحب في إزالة النجاسة، كما في رفع الحدث، واحتجوا عليه بأن النبي ﷺ: «أَمَرَ الْمُسْتَيْقِظَ مِنْ نَوْمِهِ بِأَنْ لَا يَغْمَسَ يَدَهُ فِي الْإِنَاءِ حَتَّى يَغْسِلَهَا ثَلَاثًا»<sup>(١)</sup> لتوهم النجاسة، فعند تحققها أولى، وإنما يتأدى الاستحباب إذا وقعت المرة الثانية، والثالثة، بعد زوال النجاسة. أما الْعَسَلَاتُ المحتاج إليها لإزالة النجاسة فلا بد منها واستحباب الاستظهار يشمل النجاسة الْحُكْمِيَّةَ، وَالْعَيْنِيَّةَ، وقد حكينا عن مذهب أحمد أن العدد واجب في إزالة النَّجَاسَاتِ مطلقاً، فينبغي أن يكون قوله: «ثم يستحب» معلماً بالألف، وأما [مسألة]<sup>(٢)</sup> العصر، فقد اختلفوا في حصول الطهارة قبله على وجهين، وينوهما على أن الغسالة طاهرة، أم نجسة؟ إن قلنا: إنها طاهرة فلا حاجة إلى العصر، وهو الأصح، وإلا فَالْغُسَالَةُ باقية فلا تطهر، وعلى هذا هل يكتفي [قبل العصر]<sup>(٣)</sup> بالجفاف؟ فيه وجهان:

أصحهما نعم: لأن زوال الغُسَالَةِ بِالْجَفَافِ أبلغ منه بالعصر.

والثاني: لا، لأنا بالعصر نَتَوَهَّمُ انتقال أجزاء النجاسة [في صحبة الماء، وعند الْجَفَافِ لا يزول إلا بَلَلُ الماء، وتبقى أجزاء النجاسة]، وقد يستدرك على العبارة التي ذكرها في تفریح الوجهين في الجفاف على وجوب العصر، لأن التَّفْرِيعَ على الشيء لا يبغي أن يرفع الأصل. ومن قال: تطهر بالجفاف، لا ينتظر منه القول بوجوب العصر، واشترطه؛ بل الشرط عنده زوال البلل، إما بالعصر، أو بالجفاف فالعبارة السليمة أن يقال: إذا غسل المَجْلُ، ولم يعصر، هل يطهر مع بقاء البلل؟ فيه وجهان: إن قلنا: لا يطهر، فهل يطهر إذا جف؟ فيه وجهان.

(١) تقدم وهذا اللفظ عند الدارقطني من حديث ابن عمر بسند حسن انظر التلخيص ٣٦/١.

(٢) سقط في ط.

قال الغزالي: فُرُوعُ سِنَمَةٍ: الْأَوَّلُ - إِذَا أوردَ الثُّوبُ النَّجِسُ عَلَى مَاءٍ قَلِيلٍ نَجِسَ الْمَاءَ وَلَمْ يَطْهَرْ الثُّوبُ عَلَى الْأَطْهَرِ.

قال الرافعي: ما سبق من طهارة المَجْلُ بالِغسل، إما مع العصر، أو دونه فيما إذا كان الماء وارداً على المحل، إما لورود المحل النجس كالثوب يغمس في إجانة فيها ماء، ويغسل فيه، فهل يطهر؟ فيه وجهان: قال أَبُو سُرَيْجٍ: يطهر كما لو كان الماء وارداً عليه. وقال الأكثرون: وهو الأصح لا يطهر، لأن الملاقة بين الماء القليل، والنجاسة يقتضي نجاسة الماء خالفناه فيما إذا كان الماء وارداً، فإن الوارد عامل، والقوة للعامل، ويدل على الفرق أنه ﷺ منع المُسْتَيَقِظَ من النوم من غَمَسَ اليَدَ في الإِنَاءِ قبل الغسل ثلاثاً، ولولا الفرق بين الوارد، والمورود لما انتظم المنع من الغمس والأمر بالِغسل، والوجه الأول فيما إذا قص بالِغمس إزالة النجاسة، فأما لو ألقته الريح فيه، والماء قليل نجس الماء بلا خلاف، قال الأئمة رحمهم الله: ومن هذا نشأ ظن من نقل عن ابن سريج أن يشترط التَّيَّةَ في إزالة النجاسة.

قال الغزالي: الثَّانِي - إِذَا أَصَابَ الْأَرْضَ بَوْلٌ فَأَفِيضَ عَلَيْهِ الْمَاءَ حَتَّى صَارَ مَغْلُوبًا وَنَضَبَ الْمَاءَ طَهَرَ (ح). وَكَذَا إِذَا لَمْ يَنْضَبْ إِذَا حَكَمْنَا بِطَهَارَةِ الْغُسَالَةِ وَأَنَّ الْعَصْرَ لَا يَجِبُ.

قال الرافعي: إذا أصاب الأرض بَوْلٌ، فصب عليها من الماء ما يغمره، وتستهلك فيه النجاسة، طهرت بعد نُضُوبِ الْمَاءِ وقبله وجهان: إن قلنا: إن الْغُسَالَةَ طاهرة والعصر لا يجب فنعم. وإن قلنا: إنها نجسة، والعصر واجب فلا، وعلى هذا فلا يتوقف الحكم بالطَّهَارَةَ عَلَى الْجَفَافِ؛ بل يكفي أن يفاض الماء كالثوب المعصور لا يشترط فيه الجفاف، والنُّضُوبُ كَالْعَصْرِ. وقال أبو حنيفة: لا تطهر الأرض حتى تحفر إلى الموضع الذي وصلت إليه التُّدَاوَةُ وينقل التراب. لنا ما روى: «أَنَّ أَعْرَابِيًّا بَالَ فِي نَاحِيَةِ الْمَسْجِدِ»، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «صُبُّوا عَلَيْهِ ذُنُوبًا مِنْ مَاءٍ»<sup>(١)</sup>، ولم يأمر بنقل التراب.

وقوله: «حتى صار مَغْلُوبًا» إشارة إلى أن المعتبر أن يكون الماء المَضْبُوبُ عَلَى

(١) أخرجه البخاري ٢٢١، ومسلم ٢٨٥/١٠٠، والنسائي ٤٨/١، والترمذي ١٤٨، والشافعي في المسند بزيادة فيه ٢٥/١ (٥٢) وأما قوله ولم يأمر بنقل التراب. لكن قد ورد أنه أمر بنقله من حديث أنس بإسناد رجاله ثقات. قال الدارقطني ثنا ابن صاعد ثنا عبد الجبار بن العلاء ثنا ابن عيينة عن يحيى بن سعيد عن أنس أن أعرابياً بال في المسجد فقال النبي ﷺ: (احفروا مكانه، ثم صبوا عليه ذنوباً من ماء، وأعله الدارقطني بأن عبد الجبار تفرد به دون أصحاب ابن عيينة الحفاظ، وأنه دخل عليه حديث في حديث، وأن عند ابن عيينة عن عمرو بن دينار عن طاوس مرسلًا وفيه: احفروا مكانه وعن يحيى بن سعيد عن أنس موصولاً وليست فيه الزيادة، وهذا =

الموضع غالباً على النجاسة، غامراً لها، ولا بأس لو أعلمته أو أعلمت قوله «طهر» بالواو، ولوجهين رويًا على خلاف ظاهر المذهب:

أحدهما: يجب أن يكون الماء سبعة أضعاف البول.

الثاني: يجب أن يُصَبَّ على بول الواحد دُنُوبٌ، وعلى بول الاثنين دُنُوبَانِ، وعلى هذا أبدأ، ثم الخمر، وسائر النَّجَاسَاتِ الْمَائِعَةِ، كَالْبَوْلِ تَطْهَرُ الْأَرْضُ عَنْهَا بِالْمُكَائِرَةِ، ولا تقدير على ظاهر المذهب. وقوله: «إذا حكمنا بطهارة الغَسَّالَةِ، وأن العصر لا يجب»، لا ضرورة إلى الجمع بينهما؛ بل لو اقتصر على نفي وجوب العصر لحصل الغرض، فإن الخلاف في العصر مبني على الخلاف في الغَسَّالَةِ.

قال الغزالي: **الثَّالِثُ - اللَّبْنُ الْمَعْجُونُ بِمَاءٍ نَجِسٍ يَطْهَرُ إِذَا صُبَّ عَلَيْهِ الْمَاءُ الطَّهُورُ فَإِنْ طَبِخَ طَهَرَ ظَاهِرُهُ بِإِقَاضَةِ الْمَاءِ دُونَ بَاطِنِهِ.**

قال الرافعي: اللَّبْنُ النَجِسُ ضَرَبَانِ:

أحدهما: أن يختلط بالتراب نجاسة جامدة من روث، أو عظام ميتة<sup>(١)</sup>، أو غيرهما، فيضرب منه لبن، فهو نجس، ولا سبيل إلى تطهيره بحال لما فيه من عين النجاسة. فَلَئِنْ طَبِخَ فَالْمَذْهَبُ الْجَدِيدُ: أنه على نجاسته، وَالتَّارُ لَا تَطْهَرُ شَيْئاً؛ بل الطَّهُورِيَّةُ مَخْصُوصَةٌ بِالْمَاءِ، وفي القديم قول أن الأرض النجسة تطهر إذا زال أثر النجاسة بالشمس، والرَّيْحِ، ومرور الزمان<sup>(٢)</sup>، فخرج أبو زيد، والخضري، وآخرون،

= تحقيق بالغ إلا أن هذه الطريق المرسله مع صحة إسنادها إذا ضمت إلى أحاديث الباب أخذت قوة، وقد أخرجها الطحاوي مفردة من طريق ابن عيينة عن عمرو عن طاوس، وكذا رواه سعيد ابن منصور عن ابن عيينة فمن شواهد هذا المرسل مرسل آخر رواه أبو داود، والدارقطني من حديث عبد الله بن معقل بن مقرن المزني وهو تابعي. قال: قام أعرابي إلى زاوية من زوايا المسجد فبال فيها، فقال النبي ﷺ: (خذوا ما بال عليه من التراب فألقوه، وأهريقوا على مكانه ماء قال أبو داود: روي مرفوعاً يعني موصولاً، ولا يصح. قلت: وله إسنادان موصولان أحدهما عن ابن مسعود رواه الدارمي والدارقطني ولفظه (فأمر بمكانه فاحترف وصب عليه دلو من ماء) وفيه سمعان بن مالك، وليس بالقوي قاله أبو زرعة وقال ابن أبي حاتم في العلل عن أبي زرعة: هو حديث منكر، وكذا قال أحمد، وقال أبو حاتم لا أصل له ثانيهما عن واثلة بن الأسقع رواه أحمد والطبراني وفيه عبيد الله بن حميد الهذلي وهو منكر الحديث، قاله البخاري وأبو حاتم. انظر التلخيص ٣٧/١.

(١) في ب: الميتة.

(٢) وحديث ذكاة الأرض يبسها احتج به الحنفية ولا أصل له في المرفوع، نعم ذكره ابن أبي شيبة موقوفاً عن أبي جعفر محمد بن علي الباقر ورواه عبد الرزاق عن أبي قلابة من قوله بلفظ (جفوف الأرض طهورها).

منه قولاً في تأثير النار، وقالوا: تأثير النار أشد وأقوى من تأثير الشمس. فعلى هذا يطهر ظاهره بالطبخ، لأن النار تحرق ما عليه من النجاسة، وإن قلنا: بالجديد الصحيح، فلو غسل هل يطهر ظاهره؟ المنصوص في الأم أنه لا يطهر لِإِنْتِشَارِ أجزاء النجاسة وَالتَّصَاقِهَا بِالْمَجْلِّ، وزوال الجميع غير معلوم.

وقال أبو الحسن بن المرزبان<sup>(١)</sup>، والقفال: يطهر؛ لأن عين النجاسة قد زالت، فإذا ورد عليه الماء طهر محله النجس، والظاهر الأول.

**الضرب الثاني:** أن لا يختلط به نَجَاسَةٌ جَامِدَةٌ، ولكن يعجن بماء نجس، أو بول، وهو الذي ذكره في الكتاب، فهذا اللبن يمكن تطهيره كسائر الأعيان التي أصابتها نجاسة مائعة، وطريق تطهير ظاهره إفاضة الماء عليه على سبيل غسل سائر الأعيان، وطريق تطهير باطنه أن ينقع في الماء حتى يصل الماء إلى [سائر]<sup>(٢)</sup> أجزائه كالعجين بمائع نجس، إنما يطهر بوصول الماء إلى جميع أجزائه، [هذا]<sup>(٣)</sup> [حكم]<sup>(٤)</sup> ما لم يطبخ فإن طبخ فعلى التخريج الذي سبق يطهر ظاهره، وكذلك باطنه في أظهر القولين، لتأثره بالنار، وعلى الجديد: هو على نجاسته، وإذا غسل طهر ظاهره دون باطنه، لأنه استحجر بالطبخ، فلا يتغلغل الماء فيه، وإنما يطهر الكل إذا دق، حتى صار كالتراب، ثم أفيض الماء عليه، ولو كان رَخْوًا لا يمتنع، نفوذ الماء فيه بعد الطبخ، فهو كما قبل الطبخ<sup>(٥)</sup>، وأما ما يتعلق بلفظ الكتاب، فقوله: «يطهر إذا صب عليه الماء الطهور» ليس

(١) علي بن أحمد البغدادي أبو الحسن ابن المرزبان صاحب أبي الحسين بن القطان أحد أئمة المذهب، وأصحاب الوجه. قال الخطيب البغدادي: كان أحد الشيوخ الأفاضل، قال: ودرس عليه الشيخ أبو حامد أول قدمه بغداد. وقال الشيخ أبو إسحاق. وكان فقيهاً ورعاً حكى عنه أنه قال: ما أعلم أن لأحد عليّ مظلمة. وقد كان فقيهاً. توفي في رجب سنة ست وستين وثلاثمائة بعد شيخه ابن القطان بسبع سنين. والمرزبان معناه كبير الفلاحين. انظر ابن قاضي شهبة ١٤٢/١ - ١٤٣.

(٢) في ط: جميع وهما بمعنى واحد.

(٣) في ط: هكذا.

(٤) في ط: حكمه.

(٥) قال النووي: إذا أصابت النجاسة شيئاً صقيلاً كسيف وسكين ومرآة لم يطهر بالمسح عندنا، بل لا بد من غسلها، ولو سقيت سكين ماء نجساً ثم غسلها طهر ظاهرها، وهل يطهر باطنها بمجرد الغسل أم لا يطهر حتى يسقيها مرة ثانية بماء طهور؟ وجهان. ولو طبخ لحم بماء نجس صار ظاهره وباطنه نجساً، وفي كيفية طهارته وجهان: أحدهما: يغسل ثم يعصر كاليساط. والثاني: يشترط أن يغلي بماء طهور. وقطع القاضي حسين والمتولي في مسألتي السكين واللحم. بأنه يجب سقيها مرة ثانية وإغلاؤه. واختار الشاشي الاكتفاء بالغسل وهو المنصوص. قال الشافعي - رضي الله عنه - في (الأم) في (باب صلاة الخوف) لو أحمى حديدة ثم صب =

المراد منه طَهَارَةُ الظَّاهِرِ وحده، بدليل قوله بعده: «فإن طبخ طهر ظاهره دون باطنه»، فإنه بين إرادة طهارة الكل [بإفاضة الماء]<sup>(١)</sup> في الأول، وحيثذ فمجرد الصَّبِّ لا يكفي؛ بل في الكلام إضمار.

المعنى: إذا صب فيه الماء الطهور حتى ينتقع فيه، ويصل الماء إلى جميع أجزائه. وفي بعض النسخ: إذا نضب، وهو: عبارة الوسيط، وتقييد الماء بالطُّهُورِيَّةِ في هذا الموضع كالمستغنى عنه لوضوح اشتراط الطهورية في الماء الذي تزال به النَجَاسَاتُ مطلقاً، وعدم اختصاصه بهذا الموضع، وقوله: «فإن طبخ طهر ظاهره بإفاضة الماء» جاز أن يعلم قوله بإفاضة الماء بالواو، إشارة إلى التَّخْرِيجِ المذكور، فإن من صار إليه قال بأنه يطهر بالطَّبْخِ، لا بإفاضة الماء عليه؛ وكذلك قوله: «دون باطنه» لما ذكرنا أن أحد القولين على قاعدة القول المُخْرَجِ طهارة الباطن أيضاً.

قال الغزالي: الرَّابِعُ - بَوْلُ الصَّبِيِّ قَبْلَ أَنْ يَطْعَمَ يَكْفِي فِيهِ رَشُّ الْمَاءِ (ح م) وَلَا يَجِبُ الْغُسْلُ بِخِلَافِ الصَّبِيَّةِ لِلْحَدِيثِ.

قال الرافعي: الواجب في إزالة النجاسات الغسل إلا في بول الصبي الذي لم يَطْعَمَ، ولم يشرب سوى اللبن، فيكفي فيه الرُّشُّ، ولا يجب الغُسْلُ<sup>(٢)</sup> خلافاً لأبي حنيفة، ومالك [وأحمد] لنا: ما روى أنه ﷺ قال: «إِنَّمَا يُغْسَلُ مِنْ بَوْلِ الصَّبِيَّةِ وَرُشُّ عَلى بَوْلِ الْغُلَامِ»<sup>(٣)</sup>.

وعن «أُمِّ قَيْسٍ أَنَّهَا أَتَتْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ بِصَبِيِّ لَهَا لَمْ يَأْكُلِ الطَّعَامَ، فَأَجْلَسَتْهُ فِي

= عليها سماً نجساً أو غمسها فيه فشربته، ثم غسلت بالماء طهرت، لأن الطهارات كلها إنما جعلت على ما يظهر ليس على الأجواف هذا نصه بحروفه. قال المتولي وإذا شرطنا سقي السكين جاز أن يقطع بها الأشياء الرطبة قبل السقي كما يقطع اليابسة. ولو أصابت الزئبق نجاسة فإن لم يقطع طهر بصب الماء عليه، وإن تقطع كالدهن لا يمكن تطهيره على الأصح ذكره المحاملي والبغوي. وإزالة النجاسة التي لم يعص بالتلطخ بها في بدنه ليست على الفور، وإنما يجب عند إرادة الصلاة ونحوها. ويستحب المبادرة بها. قال المتولي وغيره: للماء قوة عند الورد على النجاسة فلا ينجس بملاقاتها، بل يبقى مطهراً فلو صبه على موضع النجاسة من ثوب فانتشرت الرطوبة في الثوب لا يحكم بنجاسة موضع الرطوبة، ولو صب الماء في إناء نجس ولم يتغير بالنجاسة فهو طهور. فإذا أداره على جوانبه طهرت الجوانب كلها. قال: ولو غسل ثوب عن نجاسة فوقعت عليه نجاسة عقب عصره. هل يجب غسل جميع الثوب أم يكفي غسل موضع النجاسة؟ وجهان: الصحيح: الثاني والله أعلم. الروضة ١/١٣٩ - ١٤٠.

(١) سقط من ط.

(٢) قال النووي: وفي (التتمة) وجه شاذ: أن الصبي كالصبية فيجب الغسل. قال البغوي: وبول الخنثى كالأنثى من أي فرجية خرج. والله أعلم. الروضة ١/١٤١.

(٣) هكذا في الأصل هنا وفي ط: «من بول الصبية»، ولم يقع هذا اللفظ في الحديث فقط رواه أبو=



حَجْرِهِ قَبَالَ عَلَى ثَوْبِهِ، قَدَعَا بِمَاءٍ فَتَضَحَّهُ وَلَمْ يَغْسِلَهُ<sup>(١)</sup>. واعلم أنه لا بد من أن يصيب

داود والبخاري والنسائي وابن ماجه وابن خزيمة والحاكم من حديث أبي السمع قال: كنت أخدم رسول الله ﷺ فأتني بحسن أو حسين فبال على صدره، فجئت أغسله فقال: (يغسل من بول الجارية، ويرش من بول الغلام، قال البخاري وأبو زرعة ليس لأبي السمع غيره، ولا أعراف اسمه، وقال غيره يقال اسمه إباد؛ وقال البخاري: حديث حسن ورواه أحمد وأبو داود وابن ماجه والحاكم من حديث لبابة بنت الحارث قالت: كان الحسين بن علي في حجر رسول الله ﷺ فبال عليه فقلت: البس ثوباً جديداً وأعطني إزارك حتى أغسله فقال: (إنما يغسل من بول الأثني، وينضح من بول الذكر) ورواه الطبراني من حديثها مطولاً، ورواه أحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجه وابن خزيمة وابن حبان والحاكم من حديث قتادة عن أبي حرب بن أبي الأسود عن أبيه عن علي بن أبي طالب أن رسول الله ﷺ قال في بول الرضيع: (ينضح بول الغلام، ويغسل بول الجارية)، قال قتادة: هذا ما لم يطعم، فإذا طعمنا غسلنا لفظ الترمذي، وقال: حسن، رفعه هشام ووقفه سعيد. قلت: إسناده صحيح إلا أنه اختلف في رفعه ووقفه، وفي وصله وإرساله، وقد رجح البخاري صحته وكذا الدارقطني، وقال البخاري: تفرد برفعه معاذ ابن هشام عن أبيه، وقد روى هذا الفعل من حديث جماعة من الصحابة، وأحسنها إسناداً حديث علي، وروى أحمد وابن ماجه والطبراني من حديث عمرو بن شعيب عن أم كرز قالت: أتني النبي ﷺ بصبي فبال عليه، فأمر به فنضح، وأتي بجارية فبال عليه فأمر به فغسل وفيه انقطاع، وقد اختلف فيه علي عمرو بن شعيب فقبل عنه عن أبيه عن جده كالجادة أخرجه الطبراني في الأوسط، وفي الباب عن أم سلمة رواه الطبراني وإسناده ضعيف، فيه إسماعيل بن مسلم المكي لكن رواه أبو داود من طريق الحسن عن أمه أنها أبصرت أم سلمة تصب على بول الغلام ما لم يطعم، فإذا طعم غسلته، وكانت تغسل بول الجارية وسنده صحيح، ورواه البيهقي من وجه آخر عنها موقوفاً أيضاً وصححه، وعن أنس وفي إسناده نافع أبو هرمز وهو متروك، وعن زينب بنت جحش رواه عبد الرزاق، وفيه ليث بن أبي سليم، وهو ضعيف، وعن امرأة من أهل البيت رواه أحمد بن منيع في مسنده. قال: حدثنا ابن علية ثنا عمارة بن أبي حفصة عن أبي مجلز عن حسين بن علي أو ابن حسين بن علي حدثنا امرأة من أهلنا، وعن ابن عمر وابن عباس نحو ذلك، وفي أحاديث أكثر هؤلاء أن صاحب القصة حسن أو حسين بن علي، وروى الدارقطني من حديث عائشة قالت: بال ابن الزبير على رسول الله ﷺ فأخذته أخذاً عتيفاً فقال: (إنه لم يأكل الطعام فلا يضر بوله)، وإسناده ضعيف، وأصله في البخاري بلفظ (أتي رسول الله ﷺ بصبي فبال على ثوبه فدعا بماء فنضحه ولم يغسل)، وروى الطبراني في الأوسط من حديث الحسن البصري عن أمه أن الحسن أو الحسين بال على بطن رسول الله ﷺ فذهبوا ليأخذوه فقال: (لا تزرموا ابني) الحديث، وفي المصنف وصحيح ابن حبان عن ابن شهاب مضت السنة أنه يرش على بول من لم يأكل الطعام من الصبيان. قال البيهقي: الأحاديث المسندة في الفرق بين بول الغلام والجارية إذا ضم بعضها إلى بعض قوية، وكأنها لم تثبت عند الشافعي حتى قال: ولا يتبين لي في بول الصبي والجارية فرق من السنة الثابتة، قلت: قد نقل ابن ماجه عن الشافعي فرقاً من حيث المعنى، وأشار في الأم إلى نحوه. انظر التلخيص ٣٧/١، ٣٨، ٣٩.

(١) متفق عليه وأم قيس اسمها آمنة قاله السهيلي وقيل: جذامة.

الماء جميع موضع البول، ثم لا يراده ثلاث درجات :  
إحداها: التَّضْحُ الْمُجَرَّدُ.

الثانية: التَّضْحُ مع الغَلْبَةِ والمُكَاثَرَةِ.

الثالثة: أن ينضم إلى ذلك الجَزَيَانُ، والسَّيْلَانُ، ولا حاجة في الرش إلى الدرجة الثالثة، وهل يحتاج إلى الثانية؟ فيه وجهان:

أظهرهما: نعم، [والرش، والغُسْلُ يفترقان في أمر السَّيْلَانِ، والتَّقَاطُرِ، وهل يلحق بول الصبية ببول الصبي؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم] <sup>(١)</sup>، كما يستوي بول الرجل والمرأة في الحكم.

وأصحهما: وهو المذكور في الكتاب أنه لا يلحق به، للخبر، ويفرق بينهما من جهة المعنى، بأن بول الصبي، كالماء، وبول الصبية أصفَرُ نَجِسٌ، وأيضاً بأن طبعها أحرُّ فبولها أَلْصَقُ بِالْمَجْلِ.

قال الغزالي: العَامِسُ - وُلُوعُ الكَلْبِ يُغَسَّلُ سَبْعاً إِحْدَاهُنَّ بِالتُّرَابِ وَعَرَقُهُ وَسَائِرُ أَجْزَائِهِ كَاللُّعَابِ وَفِي إِحْقَاقِ (م) الخَنْزِيرِ بِهِ قَوْلَانِ: وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ لَا يَقُومُ الصَّابُونَ وَالْأَسْتَانُ (ز) مَقَامَ التُّرَابِ وَلَا الْعَسَلَةُ الثَّامِتَةُ وَلَوْ كَانَ التُّرَابُ نَجِساً أَوْ مَرَجَ بِالْحَلِّ فَوَجْهَانِ وَلَوْ ذَرَّ التُّرَابُ عَلَى الْمَحَلِّ لَمْ يَكْفِ بَلْ لَا بُدَّ مِنْ مَائِعٍ يُعَقَّرُ بِهِ فَيُوصِلُهُ إِلَيْهِ.

قال الرافعي: وُلُوعُ الكَلْبِ ما وُلغ فيه، والولوع: المصدر، وقاعدة الفرع: أنه يغسل من ولوع الكلب سَبْعاً، إحداهن بالتراب خلافاً لأبي حنيفة، حيث قال: حكمه حكم سائر النجاسات وأحمد حيث قال في رواية: يغسل ثَمَانِي مَرَّاتٍ. لنا ما روى أبو هريرة - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «إِذَا وَلَغَ الكَلْبُ فِي إِنَاءٍ أَحَدِكُمْ فَلْيُرِفْهُ، وَيُغَسِّلْهُ سَبْعاً أَوْ لَاهُنَّ، أَوْ إِحْدَاهُنَّ بِالتُّرَابِ» <sup>(٢)</sup>. ثم فيه مسائل:

إحداها: عَرَقُهُ، وسائر أجزائه، وَفَضْلَاتُهُ كَاللُّعَابِ، إذا تنجس الشيء بها، وجب العدد والتَّغْفِيرُ؛ لأن فمه أنظف من غيره كما سبق، فإذا ورد التَّغْلِيظُ فيه، ففي غيره أولى، وفي وجه أن غير اللعاب كسائر النجاسات، قياساً، وعند مالك - رحمه الله - لا يغسل من غير الولوع؛ لأن الكلب طاهر عنده، والغُسْلُ من الوُلُوعِ تعبد.

الثانية: في إحقاق الخنزير بالكلب في هذا التَّغْلِيظِ قولان: الجديد: أنه يلحق به؛

(١) سقط في ب.

(٢) أخرجه مسلم ٢٧٩/٩١ وأبو داود (٧١)، والترمذي (٩١).

لأنه حيوان نجس العين، والسور كالكلب، فهو أولى بالتغليظ؛ لأنه لا يجوز اقتناؤه بحال، والقديم: أنه لا يلحق به؛ لأن القياس يقتضي الاقتصار على المرة الواحدة، وإنما ورد التغليظ في الكلاب فطماً لهم عن عادة مخالطتها، ومنهم من قطع بالحق الخنزير بالكلب، ولم يثبت القول القديم فلك أن تعلم قوله «قولان» بالواو، وتشير إلى هذه الطريقة الثانية.

**الثالثة:** هل يقوم الصابون والأشنان مقام التراب؟ فيه ثلاثة أقوال:

**أظهرها:** لا لظاهر الخبر؛ ولأنها طهارة متعلقة [بالتراب]<sup>(١)</sup>، فلا يقوم غيره مقامه كالتييم.

**والثاني:** نعم كالدَّبَاغِ يقوم فيه غَيْرُ الشَّبِّ وَالْقَرِظِ<sup>(٢)</sup> مقامهما، وكالاستنجاء يقوم فيه غير الحجارة مقامها.

**الثالث:** إن وجد التراب لم يعدل إلى غيره، وإن لم يجده جاز إقامة غيره مقامه للضرورة، ومنهم من قال: يجوز إقامة غير التراب مقامه فيما يفسد باستعمال التراب فيه، كالثياب، ولا يجوز فيما لا يفسد كالأواني.

**الرابعة:** لو اقتصر على الماء، وزاد في عدد الغسلات على السبع، هل يطهر؟ فيه وجهان:

**أصحهما:** لا. لظاهر الخبر؛ ولأنه غلظ أمر هذه النجاسة بالجمع فيه بين جنسين، فلا يجوز الاقتصار على أحدهما، كَرِزْنَا الْبِكْرَ لَمَّا غَلِظَ أَمْرُهُ بِالْجَمْعِ بَيْنَ الْجِلْدِ وَالتَّغْرِيبِ، لا يقتصر على أحدهما.

**والثاني:** نعم؛ لأن المقصود التطهير، والماء أبلغ في التطهير من التراب، ثم منهم من رتب هذا الخلاف على أن الصابون والأشنان ونحوهما، هل تقوم مقام التراب أم لا؟ إن قلنا: لا، فذلك الغسلة الثامنة، وإن قلنا: نعم، فهانئ وجهان؛ لأن ثم استعان بشيء آخر سوى الماء، ومنهم من بَنَاهُ على الخلاف فيما إذا غمس الإناء الذي ولغ فيه الكلب في ماء كثير، هل يطهر أم لا يعتد بذلك إلا غسلة واحدة؟ ويجب غسله ستاً إحداهن بالتراب، فإن قلنا بالأول طهر بالغسلة الثامنة، وإن قلنا بالثاني فلا، وحكى القاضي الروياني في المسألة وجهاً ثالثاً: أن الغسلة الثامنة تقوم مقام التراب عند عدمه، ولا تقوم مقامه عند وجوده، وزهو نظير القول الثالث في المسألة السابقة.

(١) سقط في ط.

(٢) حب يخرج في غلف كالعدس من شجر العضاة، وبعضهم يقول القرظ ورق السلم يدبغ به الأديم، وهو تسماع فإن الورق لا يدبغ به، وإنما يدبغ بالحب المصباح ٦٨٤/٢.

الخامسة: لو كان التراب نجساً ففيه وجهان:

أحدهما: يُجْزَى كالدَّبْعِ بالشيء النجس فإن المقصود الاستِئْثَانَةُ على القلع بشيء آخر، وأصحهما: لا، كما لو تيمم بالتراب النجس وهذه المسألة تناظر مسألة أخرى وهي: أن الأرض الترابية لو تنجست بإصابة الكلب إياها، هل يحتاج في تطهيرها إلى التراب؟ أم يكفي مَحْضُ الماء، إن قلنا: يجوز التطهير بالتراب النجس، فلا حاجة إلى تراب آخر، وإن قلنا: لا يجوز، فلا بد من استعمال ترابٍ آخر، والأظهر في هذه المسألة أنه لا حاجة إلى استعمال التراب؛ لأنه لا معنى للتغفير في التراب.

السادسة: لا يكفي دَرُّ التراب على المحل وإن غسله سبعاً؛ بل لا بد من مائع يمزجه به، ليصل التراب بوساطته إلى جميع أجزاء المحل، ثم ذلك المائع إن كان ماءً حصل الغرض، وإن كان غيره كَالْحَلِّ وَمَاءِ الْوَرْدِ وغسله ستاً بالماء، فوجهان:

أحدهما: يكفي؛ لأن المقصود من تلك الغَسَلَةِ التراب، وأصحهما: لا، لقوله ﷺ: «فَلْيَغْسِلْهُ سَبْعًا إِخْدَاهُنَّ بِالتُّرَابِ».

المعنى: فليغسله بالماء سبعاً، وإلا لجاز الغسل [سبعاً]<sup>(١)</sup> بغير الماء وبني طبقة من الأئمة، ومنهم صاحب الكتاب الخلاف في المسائل [الأربعة]<sup>(٢)</sup> الأخيرة على النظر في أن التغفير لماذا روعي؟ فمنهم من قال: هو تَعَبُدٌ يتبع فيه ظاهر النقل وقيل: سببه الاستظهار بغير الماء، وقيل: سببه الجمع بين نوعي الطهور فعلى الأول: لا يغني استعمال غير التراب [وعلى الثاني يجوز استعمال غير التراب]<sup>(٣)</sup> والتراب النجس، والممزوج بسائر المائعات، لكن لا تجزى الغسلة الثامنة. وعلى الثالث يمنع الكل إلا المزج بسائر المائعات، وقد يتوقف المتأمل في بعض هذه التفاريع.

وقوله: في الأصل «بل لا بد من مائع يغيره ليوصله إليه» يجوز أن يقرأ بالياء من التغيير، أي: يغير التراب ذلك المائع، فيوصل المائع التراب إليه، ويمكن أن يجعل الفعل للمائع على معنى أنه يغير التراب عن هيئته فيتهيأ للنفوذ، والوصول إلى جميع الأجزاء، وفي بعض النسخ «يغير به» وكل جائز<sup>(٤)</sup>.

(١) سقط في ط.

(٢) في ط الأربع.

(٣) سقط في ط، وفي ط غير التراب، ولا الغسلة الثامنة.

(٤) قال النووي: لو ولغ في الإناء كلاب أو كلب مرات فثلاثة أوجه: الصحيح يكفيه للجميع سبع، والثاني: يجب لكل ولغة سبع، والثالث: يكفي لولغات الكلب الواحد سبع، ويجب لكل كلب سبع، ولو وقعت نجاسة أخرى في الإناء الذي ولغ فيه الكلب كفى سبع، ولو كانت نجاسة الكلب عينية كدمه فلم تزل إلا بست غسلات مثلاً فهل يحسب ذلك ستاً أم واحدة أم لا =

قال الغزالي: السَّادِسُ - سُورُ الْهَرَّةِ طَاهِرٌ فَإِنْ أَكَلَتْ فَأَرَةً ثُمَّ وَلَعَتْ فِي مَاءٍ قَلِيلٍ فَفِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجِهٌ يَفْرُقُ فِي الثَّالِثِ بَيْنَ أَنْ تَلْعَ فِي الْحَالِ أَوْ بَعْدَ غَيْبَةِ مُخْتَمَلَةٍ لِلْوَلُوعِ فِي الْمَاءِ الْكَثِيرِ وَالْأَخْسَنُ<sup>(١)</sup> تَغْيِيمُ الْعَفْوِ لِلْحَاجَةِ.

قال الرافعي: سُورُ الْهَرَّةِ طَاهِرٌ؛ لأنها طاهرة العين، وما هو طاهر العين، فهو طاهر السُّورِ، ولذلك لما تعجبوا من إصغاء رسول الله ﷺ الإناء للهرة قال: «أَنَّهُا لَيْسَتْ بِنَجَسَةٍ، إِنَّهَا مِنَ الطَّوَافِينِ عَلَيْكُمْ»<sup>(٢)</sup>.

= يحسب شيئاً؟ فيه ثلاثة أوجه: أصحابها: واحدة، ويستحب أن يكون التراب في غير السابعة، والأولى أولى. ولو ولغ في ماء لم ينقص بولوغه عن قلتين فهو باق على طهوريته، ولا يجب غسل الإناء. ولو ولغ في شيء نجسه فأصاب ذلك الشيء آخر وجب غسله سبعاً. ولو ولغ في طعام جامد، ألقى ما أصابه وما حوله وبقي الباقي على طهارته وإذا لم يرد استعمال الإناء الذي ولغ فيه لا يجب إراقتة على الصحيح الذي قطع به الجمهور. وفي (الحاوي) وجه أنه يجب إراقتة على الفور للحديث الصحيح بالأمر بإراقتة، ولو ولغ في ماء كثير متغير بالنجاسة ثم أصاب ذلك الماء ثوباً قال الروياني: قال القاضي حسين: يجب غسله سبعاً إحداهن بالتراب، لأن الماء المتغير بالنجاسة كخل تنجس، ولو ولغ حيوان تولد من كلب أو خنزير وغيره أو من كلب وخنزير فقد نقل فيه صاحب (العدة) الخلاف في الخنزير، لأنه ليس كلباً. والله أعلم. الروضة ١٤٣/١.

(١) في ط: والأقرب.

(٢) قال الحافظ أخرجه مالك والشافعي وأحمد والأربعة وابن خزيمة وابن حبان والحاكم والدارقطني والبيهقي من حديث أبي قتادة قال مالك عن إسحاق بن أبي طلحة عن حميدة بنت عبيدة عن خالتها كبشة بنت كعب بن مالك، وكانت تحت ابن أبي قتادة أنها أخبرتها أن أبا قتادة دخل عليها فسكبت له وضوءاً، فجاءت هرة لتشرب منه، فأصغى لها الإناء حتى شربت، قالت كبشة: فرأني انظر إليه فقال أتعجبين يا ابنة أخي؟ قالت: قلت نعم، فقال: إن رسول الله ﷺ قال: ليست بنجس إنما هي من الطوافين عليكم أو الطوفات. ورواه الباقر من حديث مالك، ورواه الشافعي عن الثقة عن يحيى بن أبي كثير، عن عبد الله بن أبي قتادة عن أبيه، ورواه أبو يعلى من طريق حسين المعلم عن إسحاق بن أبي طلحة عن أم يحيى امرأته، عن خالتها ابنة كعب بن مالك، فذكره تابعه همام عن إسحاق، أخرجه البيهقي قال ابن أبي حاتم: سألت أبي وأبا زرعة عنه فقالا: هي حميدة تكنى أم يحيى، وصححه البخاري والترمذي والعقيلي، والدارقطني وساق له في الأفراد طريقاً غير طريق إسحاق فروى من طريق الدراوردي عن أسيد بن أبي أسيد عن أبيه أن أبا قتادة كان يصغي الإناء للهرة فتشرب منه، ثم يتوضأ بفضلهما فقيل له: أنتوضأ بفضلهما؟ فقال: إن رسول الله ﷺ قال: (إنها ليست بنجس، إنما هي من الطوافين عليكم) وأعله ابن منده بأن حميدة وخالتها كبشة محلها محل الجهالة، ولا يعرف لهما إلا هذا الحديث انتهى. فأما قوله إنهما لا يعرف لهما إلا هذا الحديث فمتعقب بأن لحميدة حديثاً آخر في تسميت العاطس رواه أبو داود، ولها ثالث رواه أبو نعيم في «المعرفة»، =

جعل طهارة العين علة طهارة السور، فلو أكلت فأرة، أو تنجس فيها بسبب آخر، ثم ولغت في ماء قليل، ونحن نتيقن نجاسة فيها بعد، فهل ينجس؟ فيها وجهان:

أحدهما: لا، لكثرة اختلاطها وعسر الاحتراز، «وَلَأَنَّهُ ﷺ كَانَ يُضْغِي لِلِهَرَّةِ لَهَا الْإِنَاءَ» ولا شك أنه تعتري النجاسة لفيها، ولم يكن يقرب جحر رسول الله ﷺ ماء كثير ترده الهرة.

وأصحهما: نعم، كسائر النجاسات، والاحتراز وإن عسر، فإنما يعسر عن مطلق الولوغ فأما عن الوُلُوغِ بعد تيقن نجاسة الفم فممنوع.

وأما حالهما فحميدة روى عنها مع إسحاق ابنه يحيى وهو ثقة عند ابن معين وأما كبشة فقيل: إنها صحابية فإن ثبت فلا يضر الجهل بحالها. والله أعلم. وقال ابن دقيق العيد: لعل من صححه اعتمد على تخريج مالك، وإن كل من خرج له فهو ثقة عند ابن معين، وأما كما صح عنه فإن سلكت هذه الطريقة في تصحيحه أعني تخريج مالك وإلا فالقول ما قال ابن منده. جعل الرافعي تبعاً للمتولي: الذي أصغى الإناء للهرة هو النبي ﷺ لأنه قال: لما تعجبوا من إصغاء الرسول الإناء للهرة قال: (إنها ليست بنجسة) انتهى. والمعروف في الروايات ما تقدم نعم روى البيهقي من حديث عبد الله بن أبي قتادة قال: كان أبو قتادة يصغي الإناء للهرة فتشرب، ثم يتوضأ به، فقيل له في ذلك فقال: ما صنعت إلا ما رأيت رسول الله ﷺ يصنع، وروى ابن شاهين في الناسخ والمنسوخ من طريق محمد بن إسحاق عن صالح عن جابر قال: كان رسول الله ﷺ يضع الإناء للسور فيبلغ فيه، ثم يتوضأ من فضله. ورواه الدارقطني من طريق أبي يوسف القاضي عن عبد ربه بن سعيد المقبري عن أبيه عن عروة عن عائشة قالت: كان رسول الله ﷺ تمر به الهرة فتصغي لها الإناء فتشرب، ثم يتوضأ بفضله، وعبد ربه هو عبد الله متفق على ضعفه، واختلف عليه فيه فقيل عنه هكذا، وقيل عنه عن أبيه عن أبي سلمة عن عائشة، ورواه الدارقطني من وجه آخر عن عروة عن عائشة، وفيه الواقدي، وقد روى عن النبي ﷺ من وجه آخر رواه أبو داود من طريق الدراودي عن داود بن صالح بن دينار التمار عن أمه أن مولاتها أرسلتها بهريسة إلى عائشة قالت: فوجدتها تصلي فأشارت إلي أن ضعها فجاءت هرة فأكلت منها، فلما انصرفت أكلت من حيث أكلت الهرة، وقالت: إن رسول الله ﷺ قال: (إنها ليست بنجس إنما هي من الطوافين عليكم) ورواه الدارقطني، وقال: تفرد برفعة داود بن صالح، وكذا قال الطبراني والبخاري وقال: لا يثبت ورواه الدارقطني والعقيلي من حديث سليمان بن مسافع عن منصور ابن صفية عن أمه عن عائشة، ومن طريق أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم عن الشعبي عن عائشة، وفيه انقطاع، ورواه الدارقطني، وابن ماجه من طريق أخرى عن عمرة عن عائشة قالت: كنت أتوضأ أنا ورسول الله ﷺ من إناء واحد، قد أصابت منه الهرة قبل ذلك، وفيها حارثة بن محمد، وهو ضعيف قال الدارقطني تفرد به عن مصعب، بل ماهان عن الثوري ورواه الخطيب من وجه آخر وفيه سلم بن المغيرة وهو ضعيف. قال الدارقطني: تفرد به عن مصعب بن عاهان عن الثوري عن هشام عن أبيه عن عائشة والمحفوظ عن الثوري عن حارثة. انظر التلخيص ٤١/١ - ٤٢ - ٤٣.

وتغطية رأس الإناء هينة، وإصغاء النبي ﷺ يحتمل أنه كان عند العلم بالطهارة، أو عدم العلم بالنجاسة، وإن لم يتيقن عند الولوغ أن فيها نجس، بعد، فإن غابت، واحتمل ولوغها في ماء كثير، أو ماء جارٍ<sup>(١)</sup> فهل ينجس؟ وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه ماء معلوم الطهارة، فلا يحكم بنجاسته بالشك.

والثاني: نعم استصحاباً لنجاسة الفم، إذ لم تتيقن طهارته، والأول: أظهر، وصاحب الكتاب قد جمع بين الحالتين، وجعل المسألة على ثلاثة أوجه، وهو حسن لكن اختار تعميم العفو هو خلاف ما صححه معظم الأصحاب والله أعلم.

### فَضْلٌ فِي غَسَالَةِ النَّجَاسَةِ

قال الغزالي: السَّابِعُ - غَسَالَةُ النَّجَاسَةِ إِنْ تَغَيَّرَتْ فَتَجَسَّتْ وَإِنْ لَمْ تَتَغَيَّرْ فَحُكْمُهَا حُكْمُ الْمَحَلِّ بَعْدَ الْغَسْلِ إِنْ طَهَّرَ فَطَاهِرٌ (ح) وَفِي الْقَدِيمِ: هِيَ طَاهِرَةٌ بِكُلِّ حَالٍ مَا لَمْ تَتَغَيَّرْ وَقِيلَ حُكْمُ حُكْمِ الْمَحَلِّ قَبْلَ الْغَسْلِ وَتَظْهَرُ فَايْدَتُهُ فِي رَشَاشِ الْغَسْلَةِ الثَّانِيَةِ مِنْ وُلُوغِ الْكَلْبِ.

قال الرافعي: الماء المستعمل في إزالة النجاسة وهو الغُسالَةُ، إما أن يتغير بعض أوصافه بالنجاسة فهو نجس، لقوله ﷺ: «إِلَّا مَا غَيَّرَ طَعْمَهُ أَوْ رِيحَهُ»، أو لا يتغير ففيه ثلاثة أقوال:

الجديد: أن حكمه حكم المحل بعد الغسل إن كان نجساً بعد فهو نجس، وإلا فطاهر غير طهور؛ لأن البلب الباقي في المحل بعضه، والماء الواحد القليل لا يتبعض في الطهارة، والنجاسة، وإنما حكمنا بسقوط الطهورية لما سبق في المستعمل في الحدث.

والثاني: وهو مخرج على الجديد، أنه نجس؛ لأنه ماء قليل أصابته نجاسة، والعبارة عن هذا القول أن حكم الغُسالَةِ حكم المحل قبل استعمالها فيه، كما في المستعمل في الحدث، ومنه خرج.

والثالث: وهو القول القديم: أنه طاهر طهور بكل حال، لما سبق في توجيه [القول]<sup>(٢)</sup> القديم في المستعمل في الحدث، والعبارة عنه أن حكم الغُسالَةِ حكمها قبل الوُزُودِ على المَحَلِّ، ومنهم من يعبر عن هذا الخلاف بالوجه؛ لأنها غير منصوطة ويخرج على هذا الخلاف: غسالات الماء المستعمل في إزالة نجاسة الكلب فلو تطاير

(١) قال النووي: وغير الماء من المائعات كالماء. والله أعلم. الروضة ١٤٤/١.

(٢) سقط في ط.

منها شيء في المرة الأولى إلى ثوب أو غيره غسل ذلك الموضوع على الأول ست مرات؛ لأنه حكم المحل المغسول بعد تلك الغسلة وعلى الثاني يغسل سبباً؛ لأنه حكم المحل قبل تلك الغسلة، وعلى الثالث لا حاجة إلى غسله أصلاً، وعلى هذا لو تطاير من السابعة غسل على القول الثاني مرة ولا يغسل منها أصلاً، فقس المرة الثانية وما بعدها حتى تنتهي إلى المرة السابعة، فيغسل منهما على القول الثاني مرة، ولا يغسل منها أصلاً على الأول والثالث ومتى وجب الغسل عنها نظر هل سبق التعفير المرة المضاف منها أم لا؟ فإن لم يسبق لزم رعايته، وفي وجهه: لكل غسلة سبع حكم المحل؛ لأنها تزيل سبع النجاسة فيغسل منها مرة، وهذا الوجه يتضمن التسوية بين الغسلة المشتملة على التعفير، وبين سائر الغسلات، وهو إسقاط لأثر التعفير، ولا يخفى عليك بعد هذا أن قوله: «حكمه حكم المحل قبل الغسل»، أي: قبل ذلك لا قبل مطلق الغسل وإن ذكر الغسلة الثانية جرى على سبيل المثال والكناية في قوله: «وتظهر فائدته» تجوز أن يعود القول الثالث، وتجاوز أن يعود إلى الخلاف، واستخراج العبارات الثلاث، والأول أحسن وأولى، فهذا شرح ما في الكتاب على النظم، وينبغي أن يتنبه فيه لمسائل:

إحداها: أن ما ذكره من الخلاف مخصوص بالماء القليل إذا غسل به النجاسة، وإن أطلق اللفظ وإلا فلا خلاف في أن الكثير لا ينجس إلا بالتغير.

الثانية: أطلق الخلاف فيما إذا لم يتغير، ولو لم يتغير ولكن ازداد وزنه عند الانفصال على ما كان فهو نجس بمثابه ما لو تغير على أصح الوجهين.

الثالثة: الخلاف المذكور في المستعمل [إزالة النجاسة<sup>(١)</sup> الواجبة]، أما المستعمل في مندوبها ففيه وجهان:

أظهرهما: أنه طاهر ظهور بلا خلاف.

والثاني: أنه كالمستعمل في واجبها فيعود فيه القول الأول، والثالث دون الثاني.

## الاجتهاد في الماء المشتبه

### البَابُ الثَّالِثُ فِي الْأَجْتِهَادِ

قال الغزالي: مَهْمَا أَشْتَبَهَ إِنَاءٌ تَيَقَّنَ نَجَاسَتَهُ بِمُشَاهِدَةٍ أَوْ سَمَاعٍ عَنِ عَدَلٍ بِإِنَاءٍ طَاهِرٍ لَمْ يَجْزُ (و) أَخَذَ أَحَدَ الْإِنَاءَيْنِ إِلَّا بِأَجْتِهَادٍ (ز) وَطَلَبَ عَلَامَةً تَغْلِبُ ظَنَّ الطَّهَارَةِ.

(١) في ط: (في واجب الإزالة).



قال الرافعي: إذا اشتبه عليه إناء طاهر بإناء نجس، واحتاج إلى الطهارة فماذا يفعل؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: يستعمل ما شاء من غير اجتهاد ونظر؛ لأن الذي يقصده بالاستعمال غير معلوم النجاسة، والأصل فيه الطهارة.

والثاني: إنما يأخذ أحدهما إذا ظن طهارته، ولكن لا يشترط استناده إلى أجهاد، وأمارة؛ بل له أن يأخذ بما سبق وهمه إليه، وكفى ذلك مرجحاً لأصل الطهارة.

والثالثة: وهو المذهب ولم يذكر في الكتاب سواه أنه لا يجوز أخذ أحدهما إلا بالاجتهاد، وطلب علامة تغلب ظن طهارة المأخوذ، ونجاسة المتروك، لأن أصل الطهارة عارضة يقين النجاسة، وعرفنا أن ذلك الأصل، صار متروكاً إما في هذا، أو في ذلك، فيجب النظر في التعيين. وقال المزني: يتيمم ولا يجتهد، وإن كان الاشتباه في ثوبين صلى فيهما صلاتين، وبه قال أحمد. وقال أبو حنيفة: يجتهد في الثياب، ولا يجتهد في الأواني إلا إذا كان عدد الطاهر أكثر. لنا قياس الأواني على الثياب، وقد أعلموا لفظ الكتاب بالعلامات المشعرة بهذه الاختلافات. فقوله: «لم يَجْزُ» معلم بالواو، ولفظ «الإثنين» معلم بالحاء. وقوله: «إلا باجتهاد» بالألف والزاي، ولو كان سبب الاشتباه إخبار عدلٍ إياه عن نجاسة أحدهما على الإبهام، وجب الاجتهاد كما لو عرفه بنفسه، وكذلك لو أخبره عن نجاسة أحدهما بعينه، ثم اشتبه عليه، وسبيله سبيل الرواية، وكل من تقبل روايته من ذَكَرٍ وَأُنثَى وعبد وحر يقبل قوله في ذلك، بشرط العدالة، وهل يقبل قول الصبي المميز؟ فيه وجهان<sup>(١)</sup> ويشترط أن يعلم من حال المخبر أنه لا يخبر إلا عن حقيقة؛ لأن المذاهب مختلفة في أسباب النجاسات، فقد يظن ما ليس بنجس منجساً، ولعلك تقول لفظ الكتاب يقتضي أن يكون إخبار العدل مفيداً لليقين؛ لأنه قال: «تيقن نجاسته، بمشاهدة، أو سماع من عدل» وقول الواحد لا يفيد اليقين، فاعلم أن الفقهاء كثيراً ما يعبرون بلفظ المعرفة واليقين عن الاعتقاد القوي علماً كان أو ظناً مؤكداً، أو يجري ذلك في لسان أهل العرف أيضاً، وهذا على ذلك المذهب، ولك أن تستفيد من قوله: «لم يَجْزُ أخذ أحد الإثنين إلا بالاجتهاد».

فائدة وهي: النظر فيما لو خرج أحد الإثنين عن أن يستعمل إما بالانصباب أو بتقاطر شيء من الآخر فيه، هل يحتاج إلى الاجتهاد في الثاني؟ الذي يقتضيه لفظ الكتاب أنه يحتاج إليه، وهو الظاهر، وفيه وجهان آخران:

(١) قال النووي: الأصح عند الجمهور لا يقبل قول المميز، ويقبل الأعمى بلا خوف، والله أعلم.  
الروضة ١٤٥/١.

أحدهما: يتوضأ به من غير تحر.

والثاني: لا يتوضأ به أصلاً، بل يتيمم. وقوله: إلا بالاجتهاد وطلب علامة تغلب ظن الطهارة ليس فه إلا الإيضاح، ولو اقتصر على قوله لم يجر أخذ أحد الإنائين إلا بالاجتهاد. أو قال: إلا بطلب علامة لحصل به الغرض.

قال الغزالي: فَإِنْ غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ نَجَاسَةُ أَحَدِ الْإِنَائَيْنِ بِكَوْنِهِ مِنْ مِيَاهِ مُدْمِنِي الْخَمْرِ وَالْكَفَّارِ الْمُتَدَيِّنِينَ بِاسْتِعْمَالِ النَّجَاسَةِ فَهُوَ كَأَسْتَيْقَانَ النَّجَاسَةِ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ وَعَلَيْهِ تَمْتَنِعُ الصَّلَاةُ فِي الْمَقَابِرِ الْمَتْبُوشَةِ وَمَعَ طِينِ الشُّوَارِعِ وَكُلِّ مَا الْغَالِبُ نَجَاسَتُهُ.

قال الرافعي: الشيء الذي لم يتيقن نجاسته، ولكن الغالب في مثله النجاسة يستصحب طهارته، أم يؤخذ بنجاسته، قولان:

أحدهما: يستصحب طهارته تمسكاً بالأصل المتيقن إلى أن يزول بيقين بعده كما في الإحداث.

والثاني: يؤخذ [بنجاسته]<sup>(١)</sup> عملاً بالظن المستفاد من الغلبة بخلاف الإحداث، فإن عروضها أكثر فخفف الأمر فيها بطرح الظن كالشك، ويشهد هذان القولان لقولي تعارض الأصل والظاهر<sup>(٢)</sup>، وللمسألة نظائر كثيرة منها ثياب مدمني الخمر وأوانيهم، وثياب القصابين<sup>(٣)</sup>، والصبيان الذين لا أحتراز لهم عن النجاسات وطين الشوارع، حيث لا تتيقن نجاسته، والمقابر المتبوشة، حيث لا تتيقن النجاسة، ومنها أواني الكفار الذين يتدينون باستعمال النجاسات كالمجوس، يغتسلون ببؤل البقر، ويتقربون بذلك، ولا يلحق بهم الكفار الذين لا يتدينون باستعمالها، كاليهود والنصارى، نعم المنهمكون منهم في الخمر والتلوث بالخنزير. يجري في ثيابهم وأوانيهم القولان لا محالة كمدمني الخمر من المسلمين، وربما أطلقوا نقل القولين فيما إذا غلب على الظن النجاسة ولم يستيقن، ولكن له ما شرط، وهو أن تكون غلبه الظن مستندة إلى أن الغالب في مثله النجاسة، أما لو كان سبب الظن غير ذلك لم يلزم طرد القولين، حتى لو رأى ظبية تبول في ماء كثير، وكان بعيداً عن الماء، فأنتهى إليه ووجدته متغيراً، وشك في أن تغيره بالبول، أم بغيره فهو نجس، نص عليه الشافعي - رضي الله عنه - وأصحابه - رضوان الله

(١) سقط في ط.

(٢) ويعبر الأصحاب تارة بالأصل والظاهر، وتارة بالأصل والغالب وفهم بعضهم التغاير وأن المراد بالغالب ما يغلب على الظن من غير مشاهدة، قال ابن السبكي في الأشباه والنظائر ١٤/١ بتحقيقنا، فإن عارض الأصل ظاهر فقيل قولان دائماً وقيل: غالباً، وقيل: أصحهما اعتماد الأصل دائماً، وقيل: غالب والتحقيق الأخذ بأقوى الظنين.

(٣) وهي حرفة معلومة انظر المعجم الوسيط ٧٤٤/٢.

عليهم أجمعين - ثم الظاهر من القولين استصحاب الأصل فإنه أصدق وأضبط من الغالب الذي يختلف باختلاف الزمان، والأحوال، والنقل يعضد ذلك، مثل ما روى «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ حَمَلَ أَمَامَةً بَنَتْ أَبِي الْعَاصِي فِي صَلَاتِهِ»<sup>(١)</sup>، وكانت هي بحيث لا تحترز عن النجاسات. إذا تقرر هذا الأصل. فنقول: إن أَلْحَقْنَا عَلَيْهِ الظن باليقين، فلو اشتبه عليه إناء طاهر بإناء الغالب في مثله النَّجَاسَةِ كان كما لو اشتبه بإناء مُسْتَيْقِنِ النجاسة، فيحتاج إلى الاجتهاد كما سبق. وإن لم نلحقها باليقين فلا حاجة إلى الاجتهاد، ويستعمل أيهما شاء وكليهما أيضاً. وقوله: «وعليه يخرج امتناع الصلاة في المقابر المَنْبُوشَةِ»، وفي بعض النسخ «وعليه تمتنع الصلاة» أي: على قول إلحاق الغلبة باليقين تمتنع الصلاة في المقابر المنبوشة وكذلك حكم التيمم بترابها، وامتناع الصلاة مع طِينِ الشوارع<sup>(٢)</sup> ونحوه ويجوز أن يرجع الكناية<sup>(٣)</sup> في قوله: «وعليه يخرج» إلى الخلاف.

قال الغزالي: ثُمَّ لِلْاجْتِهَادِ شَرَايِطُ: الْأَوَّلُ - أَنْ يَكُونَ لِلْعَلَامَاتِ مَجَالٌ فِي الْمُجْتَهَدِ فِيهِ فَيَجُوزُ (ز) الْأَجْتِهَادُ فِي الثِّيَابِ وَالْأَوَانِي وَلَا يَجُوزُ فِي تَمْيِيزِ الْمُحَرَّمِ وَالْمَيْتَةِ عَنِ الْمَذْكَاةِ وَالْأَجْنِبِيَّةِ.

قال الرافعي: الشرائط<sup>(٤)</sup> جمع شريطة، وحقها أن يقال: الأولى والثانية، فقوله:

(١) متفق عليه وفي رواية لمسلم (يصلي بالناس) وفي رواية له (يوم الناس) وفي رواية لأبي داود (أن ذلك كان في الظهر أو العصر) وفي رواية للطبراني (أنه كان في الصبح). ادعى بعضهم أن هذا الحديث منسوخ ورد للجهل بالناسخ وتاريخهما، بل جزم ابن دقيق العيد بأن هذا الفعل متأخر عن قوله (إن في الصلاة لشغلاً) وادعى بعضهم أن ذلك كان في النافلة، ورواية مسلم ترد عليه، ولفظ أبي داود (بينما نحن ننتظر رسول الله ﷺ في الظهر أو العصر) إذ خرج إلينا وأمامة بنت أبي العاص على عنقه، فقام في مصلاه وقمنا خلفه، وهي في مكانها حتى إذا أراد أن يركع أخذها فوضعها، ثم ركع وسجد، حتى إذا فرغ من سجوده أخذها فردها في مكانها ثم قال، فما زال يصنع بها ذلك في كل ركعة حتى فرغ من صلاته، والعجب من الخطابي مع هذا السياق كيف يقول: ولا يتوهم أنه حملها ووضعها مرة بعد أخرى عمداً، لأنه عمل يشغل القلب، وإذا كان علم الخميصة يشغله فكيف لا يشغله هذا، وقد أشبع النووي الرد عليه، وادعى آخرون خصوصية ذلك برسول الله ﷺ إذ لا يؤمن من الطفل البول، وفيه نظر فأبي دليل على الخصوصية، وفي الباب عن أنس رواه ابن عدي من طريق أشعث بن عبد الملك عن الحسن عن أنس قال: رأيت رسول الله ﷺ يصلي، والحسن على ظهره، فإذا سجد نحاه إنساده حسن. انظر التلخيص ٤٥/١.

(٢) سقط في ب.

(٣) أي الضمير فالضمير عبارة البصريين، والكناية عبارة الكوفيين ينظر مع الهوامع ٥٦/١.

(٤) وهو في اللغة العلامة، ومنه أشراف الساعة لعلاماتها اللازمة لها، ومنه الشروط للصكوك لأنها =

«الأول» والثاني محمول على المعنى. التقدير الشرط الأول والثاني، إذا عرفت ذلك فمن شرائط الاجتهاد: أن يكون للعلامات مجال في المجتهد فيه، فيجوز في الثياب والأواني إذا اشتبه بعضها ببعض؛ لأنها مجال العلامات على ما سيأتي، أما إذا كان الاشتباه فيما لا يتوقع ظهور الحال فيه بالعلامات لفقدها، فلا يجوز الاجتهاد كما لو اختلط محرم له بنسب أو رضاع بأجنبية، أو أجنبيات محصورات، فلا يجوز له نكاح واحدة بالاجتهاد إذ لا علامة تمتاز [بها المحرم عن الأجنبية.

ولو اشتبه عليه مَيْتَةٌ وَمُدْكَاةٌ، أَوْ لَبْنٌ بِقَرِّ بِلَبْنٍ أَتَانٍ<sup>(١)</sup> فوجهان:

أصحهما: لا يجتهد أيضاً إذ لا علامة<sup>(٢)</sup>.

والثاني: يجتهد إذ الميته تطفو على الماء.

واعلم أنه لو منع مانع فقد الأمارات في المحرم والأجنبية وادعى إمكان الامتياز بالأمر الخلقية والأخلاق وغيرها لم يبعد، وكذلك في الصورة الثانية؛ ثم إنما ينتظم التعليل لفقد الأمارات إذا اعتبرنا في الاجتهاد النظر في الأمارات أما إذا قلنا: يأخذ بما سبق وهمه إليه فليست العلة هذا، وإنما العلة فيه أن سبق الوهم إنما يؤخذ به اعتماداً على أن الأصل في الماء الطهارة، وهانها الأصل في الأبخاخ الحرمة، وليست اللحوم على الإباحة أيضاً ألا ترى أنه لو ذبح المشرف على الموت وشك في أن حركته عند الذبح كانت حركة المذبوح، أو حياة مستقرة يغلب التحريم، ولك أن تقول في توجيه المنع على قاعدة اعتبار العلامات: [إن فقدت العلامات هانها، فقد تعذر الاجتهاد، وإن وجدت فالعلامات]<sup>(٣)</sup> إنما تعتمد عند تأييدها بالأصل لما سيأتي، ولم توجد هانها.

قال الغزالي: الثاني - أن يتأيد الاجتهاد بأستصحاب الحال فلا يجوز الاجتهاد عند أشباه البول أو ماء الورد (ح) بالماء على أظهر الوجهين.

= علامات لازمة دالة على الصحة والتوثق، وفي اصطلاح أهل العلم هو الوصف الظاهر المنضبط الذي يلزم من عدم الحكم أو عدم السبب لحكمه في عدمه تنافي حكمه الحكم أو السبب أو هو: ما يتعلق به الوجود دون الوجوب، ويكون خارجاً عن ماهيته، فشرط الشيء ما يتفق عليه ثبوته، وحصوله له، لا وجوبه، انظر تفصيل الشرط في فتح الغفار ٣/٧٣، أصول السرخسي ٣٠٢/٢، روضة الناظر ٣١، مسلم الوصول ٦١/١، شرح الكوكب المنير ٤٥١/١. وشرح مختصر المنتهى ٧/٢، شرح جمع الجوامع ٢٠/٢، غاية الوصول ١٣.

(١) الأتان الأثنى من الحمير قال ابن السكيت: ولا يقال: أتان، وجمع القلة أتن مثل عناق وأعنت، وجمع الكثرة أتن بضمين، والأتون وزان رسول المصباح المنير ٤/١.

(٢) سقط في ب.

قال الرافعي: إذا اشتبه عليه ماءٌ وَيَوَّلُ، أو ماءٌ وَمَاءٌ وَزِدُ، فهل يجتهد؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم اعتماداً على الأمارات كما في الماء النجس.

وأصحهما: لا؛ لأن الاجتهاد وهم أو رجم ظن لا يعتمد إلا إذا اعتضد بأصل الطهارة والظهورية، فعلى هذا يعرض هاهنا في الصورة الأولى ويتيمم، وفي الثانية: يتوضأ بهذا مرة، وبهذا مرة. وإن قلنا: بالأول فلا شك أن هاهنا لا يكفي بسبق الوهم لفقد الأصل، فلا بد من الأمارات، وبني بعضهم الخلاف في الصورتين جميعاً على الخلاف في أننا هل نكتفي في الاجتهاد بسبق الوهم أم يعتبر النظر في الأمارات؟ إن قلنا بالأول فلا يجتهد، وإن قلنا بالثاني فيجتهد.

قال الغزالي: **الثالث** - أَنْ يَغْجَرَ عَنِ الْوُضُوءِ إِلَى الْيَقِينِ، فَإِنْ كَانَ عَلَى شَطِّ نَهْرٍ امْتَنَعَ الْأَجْتِهَادَ فِي الْأَوَانِي وَالثِّيَابِ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ.

قال الرافعي: هل يجتهد مع إمكان الطهارة فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن الاجتهاد إنما يصار إليه عند العجز عن درك اليقين، ألا ترى أن في الحوادث لا يجوز الاجتهاد مع وجود النص؟

وأظهرهما: نعم؛ لأن تركه التطهير بالماء المقطوع بطهارته، والعدول إلى المشكوك في طهارته جائز، وهذا أصل يتخرج عليه مسائل. منها: ما إذا كان على شَطِّ نَهْرٍ أمكنه التطهر به، والإعراض عن المائتين المشتهبين جميعاً، وأمکن غسل الثياب المشتهبة به، وهذه الصورة هي المذكورة في الكتاب. ومنها: أن يكون عنده قُلْتًا ماء، إحداهما نجسة من غير تغير ولو جمعهما لبلغ المجموع قلتين. ومنها: أن يشتبه عليه ماء طهور وماء مستعمل. ومنها: أن يشتبه عليه ماء، وَمَاءٌ وَزِدُ، فيجري الوجهان في جميع هذه الصورة إلا أن الظاهر في الصورة الأخيرة منع الاجتهاد، لا من جهة هذا الأصل؛ بل للمعنى الذي سبق.

قال الغزالي: **الرابع** - أَنْ تَلُوحَ عَلَامَةُ النَّجَاسَةِ كَحَرَكَةِ الْمَاءِ أَوْ نُفْصَانِهِ أَوْ أَنْصَابِهِ أَوْ ابْتِلَالِ طَرَفِ الْإِنَاءِ إِذَا كَانَتْ النَّجَاسَةُ بِوَلُوحِ الْكَلْبِ وَيَشْتَرِكُ فِي ذِكْرِ الْأَعْمَى (و) وَالْبَصِيرِ فَإِنْ لَمْ تَلُوحْ عَلَامَةُ صَبِّ الْمَاءِ وَتَيَمَّمْ فَإِنَّ تَيَمُّمَ الصَّبِّ وَجَبَ الْقَضَاءُ لِأَنَّ مَعَهُ مَاءً طَاهِراً يَتَّقِينَ.

قال الرافعي: إن قلنا يأخذه ويستعمله من غير اجتهاد، أو قلنا ما سبق وهمه إلى طهارته أخذ به فلا يحتاج إلى العلامات، وإن اعتبرنا الأمارات والعلامات، وهو

الصحيح، وعليه بنى صاحب الكتاب الكلام، فلا بد من أن تلوح علامة النجاسة ليمتاز عنده النجس عن الطاهر.

مثال ذلك: أن يعرف أن سبب النجاسة وُلُوعُ الكلب، ثم يرى ثَقْصَانَ ماء أحد الإنائين، أو حركته أو ابتلال طرف الإناء، أو قرب أثر الكلب من أحدهما، فهذه الأمور مُشْعِرَةٌ بكونه نجساً، وقد تدل حركة الماء وابتلال طرف الإناء على النجاسة في غير وُلُوعِ الكلب أيضاً، فإن لم تُلْحَ له علامة، وتَحَيَّرَ تَيَمَّمَ لعجزه عن الوضوء، ثم إن كان تيممه بعد صبِّ الماء في الإنائين فلا قضاء عليه، ويعذر في صبه لدفع القضاء بخلاف ما إذا صب ما [عنده]<sup>(١)</sup> من الماء الطاهر عَثْبًا وتيمم يقضي على أحد الوجهين، وفي معنى الصَّبِّ ما لو جمع بينهما لتنجِّسًا، وإن تيمم قبل ذلك قضى؛ لأن معه ماء طاهراً يقيين. وهل يجتهد الأعمى في الأواني؟ فيه قوله:

أحدهما: لا، كما لا يجتهد في القبلة؛ بل يقلد فيهما.

وأصحهما: نعم، وهو الذي ذكره في الكتاب؛ لأنه يعرف باللمس أعوجاج الإناء، واضطراب الغطاء، وسائر العلامات، فصار كالاجتهد في الوقت. فعلى الأول من شرائط الاجتهاد كونه بصيراً. وعلى الثاني لا فرق.

ثم إن عَجَزَ الأعمى ولم يغلب على ظنه شيء، فوجهان:

أظهرهما: أن له أن يقلد<sup>(٢)</sup> بخلاف البصير إذا تَحَيَّرَ فيه هذا آخر الشروط، وإذا تأملتها عرفت أن اشتراط الكل مختلف فيه.

أما الثاني والثالث فظاهر، وأما الأول والرابع فهما مَبْنِيَانِ على اعتبار العلامات، ولعلك تقول: الاجتهاد هو البحث، والنظر<sup>(٣)</sup>، وثمرته ظهور العلامات وثمره الشيء متأخر عنه، والشرط يتقدم، فكيف جعل ظهور العلامات شرطاً، فالجواب: أن قوله: «ثم للاجتهد شرائط»، أي: للعمل بالاجتهاد، أو لكونه مفيداً، وما أشبه ذلك.

قال الغزالي: فَرَعَ: لَوْ أَدَّى اجْتِهَادُهُ إِلَى إِنَاءٍ وَصَلَّى بِهِ الصُّبْحَ ثُمَّ أَدَّى عِنْدَ الظُّهْرِ اجْتِهَادُهُ إِلَى الثَّانِي تَيَمَّمَ وَلَا يَسْتَعْمِلُ لِأَنَّ الاجْتِهَادَ لَا يَنْقُضُ بِالاجْتِهَادِ، وَخَرَجَ ابْنُ سُرَيْجٍ

(١) في أ في الإناء.

(٢) قال النووي: فإن قلنا: لا يقلد أو لم يجد من يقلده فوجهان، الصحيح أنه يتيمم ويصلي ويحب الإعادة، والثاني: يخمن ويتوضأ على أكثر ما يقدر عليه، وهو ظاهر نص الشافعي - رضي الله عنه - واختاره القاضي أبو الطيب، قال: ويعيد. الروضة ١/١٤٦.

(٣) انظر المصباح المنير ١/١٧٦، القاموس المحيط ١/١٨٦.

أَنَّهُ يَسْتَعْمَلُ وَتُورِدُهُ عَلَى جَمِيعِ مَوَارِدِ الْأَوَّلِ لِأَنَّ هَذِهِ قَضِيَّةٌ أُخْرَى. وَعَلَى النَّصِّ هَلْ يَقْضِي الصَّلَاةَ الثَّانِيَةَ لِأَنَّ مَعَهُ مَاءً طَاهِراً بِحُكْمِ الْأَجْتِهَادِ فِيهِ وَجِهَانِ.

قال الرافعي: إذا غلب على ظنّه طهارة أحد الإنائين، فالمستحب أن يُريقَ الثاني لثلا يتغير أجهاده [فيشكل [الأمر عليه]]<sup>(١)</sup>، فلو لم يفعل وقد صلى الصبح مثلاً بما ظنّ طهارته، ثم تغير<sup>(٢)</sup> أجهاده عند الظهر إلى طهارة الثاني فلا يخلو إما ألا يبقى من الأول شيء، أو بقي، فهما حالتان:

إحدهما: ألا يبقى من الأول شيء، وهذه الحالة هي التي تكلم فيها في الكتاب. فنقول: أولاً لا يجب عليه إعادة الاجتهاد هاهنا إذا حضرته الصلاة الثانية لكن لو أعاد وتغير أجهاده فظن طهارة الثاني ففيه قولان:

أحدهما: وهو المنصوص أنه لا يستعمله، بل يتيمم، لو استعمله فإما أن يغسل ما أصابه الماء الأول من بدنه، وثيابه فيلزم نقض الاجتهاد بالاجتهاد، أو لا يغسل ذلك فيكون مصلياً مع يقين النجاسة، والثاني خرجه ابن سريج من تغير الاجتهاد في القبلة أنه يتوضأ بالثاني، ولا يتيمم؛ لأن هذه قضية مستأنفة، فلا يؤثر فيها الاجتهاد الماضي، لكن لا بد من إيراد الماء على جميع المواضع التي أصابها الماء الأول، وغسلها لإزالة النجاسة، ثم يتوضأ بعد ذلك لأن من على بدنه نجاسة وأراد أن يتوضأ، أو يغتسل لم تكفهِ الغسلة الواحدة عنهما جميعاً، ثم على النص هل تقتضي الصلاة الثانية المؤداة بالتيمم؟ فيه وجهان:

أصحهما: لا، إذ ليس معه ماء طاهر بيقين.

والثاني: نعم؛ لأن معه ماء طاهر بحكم الاجتهاد، وأما الصلاة الأولى فلا حاجة إلى قضائها لا على النص ولا على التخريج.

الحالة الثانية: أن يبقى من الأول شيء، فإن كانت البقية كافية لطهارته، فالحكم على ما ذكرناه في الحالة الأولى إلا في شيئين:

أحدهما: أنه يجب إعادة الاجتهاد للصلاة الثانية؛ لأن معه ماء مستيقن الطهارة.

والثاني: أن الصلاة الثانية المؤداة بالتيمم يجب قضاؤها؛ لأن معه ماء طاهراً بيقين، إما هذا أو ذاك. هذا هو النص، وفيه وجه: أنه لا يجب؛ لأن ما معه من الماء ممنوع من استعماله شرعاً، فأشبهه الذي حال بينه وبينه سبع. وإن لم تكن البقية كافية زاد

(١) في ط: تقديم وتأخير.

(٢) سقط في ب.

النظر في أن ما لا يكفيه من الماء هل يجب استعماله أم لا؟ إن قلنا: فكما لو لم يبق شيء من الأول، وإلا فكما لو بقي، ولو صبَّ الماء الثاني في الحالة الأولى أو صبهما جميعاً في الحالة الثانية، ثم تيمم سقط القضاء بلا خلاف<sup>(١)</sup>.

(١) قال النووي: واعلم أن الإمام الرافعي اختصر هذا الباب جداً، وترك أكثر مسائله وأنا إن شاء الله أشير إلى معظم ما تركه. قال أصحابنا: يجوز الاجتهاد في المشتبهين من الطعامين والدهنين ونحوهما في الجنس والجنسين كلبن وخل تنجس أحدهما، وثوب وتراب وطعام وماء، ولنا وجه منكر أنه لا يجوز في الجنسين، حكاه الشيخ أبو حامد وغلطه، ولو اشتبه لبنان ومعه ثالث متيقن الطهارة إن لم يكن مضطراً إلى شربه جاز الاجتهاد فيهما، وإن اضطر فعلى الوجهين في الماءين ومعه ثالث. ولو أخبره بنجاسة أحد المشتبهين بعينه من يقبل خبره عمل به، ولم يجز الاجتهاد، فإن كان معه إناءان فقال عدل: ولوغ الكلب في هذا دون ذلك، وقال آخر: في ذلك دون هذا، حكم بنجاستهما لاحتمال اللوغ في وقتين، فإن عينا وقتاً بعينة عمل بقول أوثقهما عنده على المختار الذي قطع به إمام الحرمين. فإن استويا فالمذهب أنه يسقط خبرهما، وتجوز الطهارة بهما، وفيه طرق للأصحاب، وتفريعات طويلة أوضحتها في شرحي (المهذب) و(التنبيه). ولو قال عدل: ولغ في هذا الإناء هذا الكلب في وقت كذا فقال آخر: كان هذا الكلب في ذلك الوقت بيلد آخر فالأصح طهارة الإناء للتعارض. والثاني: النجاسة لاشتبه الكلاب، ولو أدخل الكلب رأسه في الإناء وأخرجه ولم يعلم ولوغه فإن كان فمه يابساً فالماء على طهارته، وإن كان رطباً فالأصح الطهارة للأصل. والثاني: النجاسة للظاهر، وإذا توضأ بالمظنون طهارته ثم يتقن أنه كان نجساً أو أخبره عدل لزمه إعادة الصلاة، وغسل ما أصابه الماء من بدنه وثوبه. وكفيه الغسلة الواحدة عن النجاسة والحدث جميعاً إذا نوى الحدث على أصح الوجهين عند العراقيين، وهو المختار خلاف ما جزم به الرافعي وجماعة من الخراسانيين: أنه لا بد من غسلتين. ولنا قول شاذ في (الوسيط) وغيره: أنه لا تجب إعادة هذه الصلاة كتنظيره من القبلة، وله توضأ بأحد المشتبهين من غير اجتهاد، وصلى، وقلنا بالصحيح أنه لا يجوز فبان أن الذي توضأ به هو الطاهر، لم تصح صلاته قطعاً، ولا وضوؤه على الأصح؛ لتلاعبه وكنظيره في القبلة والوقت. ولو اشتبه الإناءان على رجلين فظن كل واحد طهارة إناء باجتهاده لم يقتد أحدهما بالآخر. فلو كانت الآنية ثلاثة نجس وطاهران فاجتهد فيها ثلاثة رجال وتوضأ كل بإناء وأمهما واحد في الصبح وآخر في الظهر وآخر في العصر فثلاثة أوجه، الصحيح الأشهر: قول ابن الحداد: يصح لكل واحد التي أم فيها والافتداء الأول، ويتعين الثاني للبطلان. والثاني قول ابن القاص: لا يصح له إلا التي أم فيها. والثالث: قول أبي إسحاق المروري: تصح التي أم فيها، والافتداء الأول إن اقتصر عليه، فإن اقتدى ثانياً بطلا جميعاً، وإن زادت الآنية والمجتهدون أو سمع من الرجال صوت حدث فتناكروه فحكم كله خارج على ما ذكرته. وقد ذكر الرافعي - رحمه الله - المسألة في باب (صفة الأئمة). وهذا الموضع أنسب. ولو وجده قطعة لحم ملقاه فإن كان في البلد مجوس ومسلمون فنجسه فإن تمحض المسلمون فإن كانت في خرقة أو مكنتل مظاهرة وإن كانت ملقاة مكشوفة فنجسة، ولو اشتبهت ميتة بمذكيات بلد أو إناء بول بأواني بلد، فله أخذ بعضها بالاجتهاد بلا خلاف، وإلى أي حد ينتهي؟ فيه وجهان المذكوران في (البحر) أصحابهما إلى أن يبقى واحد. والثاني: إلى أن =



## أَلْبَابُ الرَّابِعِ فِي الْأَوَانِي

قال الغزالي: وَهِيَ ثَلَاثَةٌ أَقْسَامٌ:

الْقِسْمُ الْأَوَّلُ - الْمُتَّخَذُ مِنَ الْجُلُودِ، وَأَسْتِعْمَالُهُ جَائِزٌ بِشَرْطِ أَنْ يَكُونَ الْجِلْدُ طَاهِرًا وَطَهَارَتُهُ بِالذَّكَاءِ فِيمَا يُؤْكَلُ (ح) لَحْمُهُ أَوْ بِالذَّبَاغِ فِي الْجَمِيعِ إِلَّا الْكَلْبَ (ح) وَالخِنْزِيرَ .

قال الرافعي: جعل الأواني على ثلاثة أقسام؛ لأنها إما أن تُتَّخَذَ مِنَ الْجُلُودِ، أَوْ الْعِظَامِ، أَوْ مِنْ غَيْرِهِمَا، وَعَلَى الْأَحْوَالِ فَالْأَعْيَانِ الْمُتَّخَذُ مِنْهَا إِذَا أَنْ تَكُونَ نَجِسَةً، فَلَا يَجُوزُ اسْتِعْمَالُهَا فِي الشَّرْبِ، وَالطَّهَارَةِ، وَسَائِرِ وَجُوهِ الِاسْتِعْمَالِ، أَوْ طَاهِرَةً فَيَجُوزُ وَيَسْتَثْنِي الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ عَلَى مَا سَيَأْتِي، وَهَذِهِ الْجَمْلَةُ طَاهِرَةٌ. نَعَمَ الْحَاجَةُ تَمَسُّ إِلَى بَيَانِ الطَّاهِرِ، وَالنَّجَسِ مِنَ الْجُلُودِ وَالْعِظَامِ، وَتَمَيِّيزُ أَحَدَهُمَا عَنِ الْآخَرِ، وَإِلَى حُكْمِ الْمُتَّخَذِ مِنَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ فَحَصَرَ كَلَامُ الْأَقْسَامِ الثَّلَاثَةِ فِي هَذِهِ الْأُمُورِ، وَإِنَّمَا يَكُونُ الْجِلْدُ الْمُتَّخَذُ مِنْهُ الْإِنَاءَ طَاهِرًا فِي حَالَتَيْنِ:

إِحْدَاهُمَا: أَنْ يَكُونَ جِلْدَ الْمَأْكُولِ الْمُذَكِّي فَهُوَ عَلَى طَهَارَتِهِ كَاللَّحْمِ، وَسَائِرِ الْأَجْزَاءِ، وَقَدْ يُؤْكَلُ الْجِلْدُ الرُّؤُوسِ، وَالْمَسْمُوطِ وَلَا يَلْحَقُ غَيْرَ الْمَأْكُولِ بِالْمَأْكُولِ فِي ذَلِكَ؛ بَلْ جِلْدُ غَيْرِ الْمَأْكُولِ نَجِسٌ وَإِنْ ذَكِّيَ كَلَحْمِهِ<sup>(١)</sup> خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللَّهُ - .

الثَّانِيَةُ: أَنْ يَكُونَ مَذْبُوعًا، فَالذَّبَاغُ يَفِيدُ طَهَارَةَ الْجِلْدِ مِنَ الْمَأْكُولِ وَغَيْرِهِ خِلَافًا لِأَحْمَدَ . لَنَا مَا رُوِيَ أَنَّهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ مَرَّ بِشَاةٍ لَمِيمُونَ، فَقَالَ: «هَلَّا اتَّخَذْتُمْ إِهَابَهَا فَدَبَّغْتُمُوهُ فَانْتَفَعْتُمْ بِهِ قَلِيلٌ: إِنَّهَا مَيْتَةٌ، فَقَالَ: أَيَّمَا إِهَابٍ دُبِغَ فَقَدْ طَهَّرَ»<sup>(٢)</sup> .

= يبقى قدر لو كان الاختلاط به ابتداء منع الجواز، ولو كان له دئان فيهما مائع فاغترف منهما في إناء فرأى فيه فأرة لا يدري من أيهما هي تحزّي، فإن ظهر له أنها من أحدهما بعينه فإن كان اغترف بمغرفتين فالآخر طاهر، وإن كان بمغرفة فإن ظهر بالاجتهاد أن الفأرة في الثاني فالأول على طهارته، وإلا فهما نجسان، وقد أكثرت الزيادة في هذا الباب لمسيس الحاجة إليها فبقيت منه بقايا حذفها كراهة كثرة الإطالة. والله أعلم. الروضة ١٤٨/١ - ١٥٠.

(١) قال النووي: لو ذبح حماراً زمناً أو غير مما لا يؤكل للتوصل إلى ديبغ جلده لم يجز عندنا، والله أعلم. الروضة ١٥١/١.

(٢) هذا الحديث بهذا السياق لا يوجد، بل هو ملفق من حديثين ففي الصحيحين من حديث ابن عباس قال: تصدق على مولاة لميمونة بشاة فماتت فمر بها رسول الله ﷺ فذكر مثل ما هنا إلى قوله ميتة فقال: (إنما حرم أكلها) لفظ مسلم، ولم يقل البخاري في شيء من طرقه فدبغتموه ولأجل هذا عزاه بعض الحفاظ كالبيهقي والضياء وعبد الحق إلى انفراد مسلم به، نعم رواه البخاري عن وجه آخر عن ابن عباس عن سودة قالت: ماتت شاة لنا فدبغنا مسكها الحديث، وأنكر النووي في شرح المذهب على من لم يجعله من المتفق عليه، وفي إنكاره نظر، ورواه =

ويستثنى جلد الحيوان النجس في الحياة، وهو: الكلب والخنزير، وفروعهما خلافاً لأبي حنيفة في الكلب.

لنا أن جلدهما لم ينجس بالموت، لما بينا أنهما نجسان في الحياة، والدَّبَاغُ إنما يظهر جليداً نجس بالموت، لأن غاية الدَّبَاغِ نَزْعُ الْفَضَلَاتِ، ودفع الاستحالات، ومعلوم أن الحياة [أبلغ في ذلك]<sup>(١)</sup> من الدَّبَاغِ، فإذا لم تفد الحياة الطهارة حتى كان نجساً قبل الموت، فأولى أن لا يفيدها الدَّبَاغُ. ونعود إلى ما يتعلق بلفظ الكتاب.

أما قوله: «المتخذ من الجلد فاستعماله جائز بشرط أن يكون الجلد طاهراً»، فاعلم أن هذا كما هو شرط في الْمُتَّخَذِ من الجلد فهو شرط في الْمُتَّخَذِ من سائر الأعيان، وإن لم يذكره في سائر الأقسام. وقوله: «وطهارته بالذكاة» ليس على معنى أن الذكاة تطهر، فإن التطهير يستدعي سبق النجاسة، وهو طاهر في الحياة وبعد الزكاة<sup>(٢)</sup> وإنما المواد أن الجلد الذي يتخذ منه الإناء لا يكون طاهراً، إلا إذا وجد فيه أحد المعنيين، إما الذكاة في المأكول أو الدَّبَاغِ. وقوله: «فيما يؤكل لحمه» ينبغي أن يكون معلماً بالحاء؛ لأن عنده لا حاجة إلى هذا القيد، وموضع باقي العلامات ظاهر بعد ما نقلنا من الخلاف. وقوله: «إلا الكلب والخنزير» يوجب حصر الاستثناء فيهما، وهو ظاهر المذهب بعد إلحاق فروعهما بهما. ولنا قول أن الآدمي ينجس بالموت على ما تقدم ذكره، فعلى ذلك القول، هل يطهر جلده بالدَّبَاغِ؟ فيه وجهان:

أظهرهما: نعم، لعموم الخبر؛ ولأنه طاهر في الحياة، فأشبه جلده سائر الجلود.

والثاني: وهو مذهب أبي حنيفة، أنه لا يطهر لما فيه من الامتهان، فعلى هذا يلحق جلد الآدمي بالمستثنى، ولك أن تعلم قوله «بالدَّبَاغِ» مع الألف المشيرة إلى

= النسائي وأحمد بلفظ: مر بشاة ليمونة ورواه البزار بلفظ (ماتت شاة ليمونة)، فقال النبي ﷺ: (ألا استمتعتم بإهابها؟ فإن دباغ الأديم طهوره). وفي الباب عن أم سلمة رواه الطبراني في الأوسط والدارقطني في إسناده فرج بن فضالة وهو ضعيف، وفي تاريخ نيسابور للحاكم من طريق مغيرة عن الشعبي عن ابن عباس: مر النبي ﷺ بشاة ميتة لأم سلمة أو لسودة فذكر الحديث، وأما حديث: (أيما إهاب دبغ فقد طهر) فرواه الشافعي عن ابن عيينة عن زيد بن أسلم عن ابن وعله عن ابن عباس سمعت رسول الله ﷺ يقول: بهذا، وكذا رواه الترمذي في جامعه عن قتيبة عن سفيان، وقال حسن صحيح، ورواه مسلم عن أبي بكر بن أبي شيبة، وعمرو الناقد عن سفيان بلفظ (إذا دبغ الإهاب فقد طهر)، ورواه ابن حبان بلفظ قتيبة وفي سياقه عن ابن عيينة حدثني زيد بن أسلم سمعت ابن وعله سمعت ابن عباس وله شاهد عن ابن عمر رواه الدارقطني بإسناد على شرط الصحة، وقال إنه حسن وآخر من حديث جابر رواه الخطيب في تلخيص المتشابه. انظر التلخيص ٤٦/١.

(١) في ط: في ذلك أبلغ. (٢) سقط في ط.

مذهب أحمد بالواو، لا لمصير بعض الأصحاب إلى المنع من الدبّاغ، فليس منهم من يقول به، لكن لأن صاحب «التمة» حكى وجهاً عن رواية ابن القطان<sup>(١)</sup>: أن جلد الميتة لا ينجس، وإنما أمر بالدبّغ لإزالة الزُهومة، فإذا كان طاهراً قبل الدبّاغ لم تكن طهارته بالدبّاغ.

قال الغزالي: وَكَيْفِيَّةُ الدَّبَّاعِ نَزْعُ الْفَضَلَاتِ بِالْأَشْيَاءِ الْحَرِيفَةِ وَلَا يَكْفِي التَّزْيِينُ (ح) وَالتَّشْمِيسُ (ح) وَلَا يَجِبُ اسْتِعْمَالُ الْمَاءِ فِي أَثْنَاءِ الدَّبَّاعِ عَلَى أَقْبَسِ الْوَجْهَيْنِ، وَيَجِبُ إِفَاضَةُ الْمَاءِ الْمُطْلَقِ عَلَى الْجِلْدِ الْمَذْبُوعِ عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ.

قال الرافعي: ولك في قوله: «وكيفية الدبّاغ نزع الفضلات»، مباحثان:

إحدهما: أن تقول: ما الذي أراد بكيفية الدبّاغ أراد به حقيقته أم غير ذلك؟ وكيف يجوز إرادة الحقيقة، وقد اشتهر في كلام الفقهاء أن مقصود الدبّاغ نزع الفضلات وعد ذلك كلاماً صحيحاً منتظماً، ومقصود الشيء غير حقيقته، وإن أراد غير ذلك فما هو؟

والجواب: يجوز أن يكون المعنى والكيفية المعبرة في الدبّاغ نزع الفضلات، ويجوز أن يريد بكيفية حقيقته، لكن الدبّاغ، يطلق بمعنيين يطلق لمعنى الفعل المخصوص في الجلد على الهيئة التي يتغى بها إصلاح الجلد، ويطلق بمعنى الفعل المصلح، ولهذا يقال: يحصل الدبّاغ بكذا، ولا يحصل بكذا، مع وجود الدلّك والاستعمال على الهيئة التي يتغى بها الصلاح، فبالمعنى الأول ينتظم أن يقال: مقصود الدبّاغ نزع الفضلات، والمعنى الثاني: ينتظم أن يقال: حقيقة الدبّاغ نزع الفضلات.

الثانية: أن يقول كيف اعتبر مجرد النزع؟ والأصحاب يقولون يعتبر عند الشافعي - رضي الله عنه - في الدبّاغ ثلاثة أشياء نزع الفُصول، وتطبيب الجلد، وصيرورته بحيث لو نقع في الماء لم يعد الفساد والتتن.

والجواب أنه لا فرق في المعنى، فإنه إذا نزعت الفضلات طاب الجلد وصار إلى

(١) أحمد بن محمد بن أحمد أبو الحسين بن القطان البغدادي آخر أصحاب ابن سريج وفاة على ما قاله الشيخ أبو إسحاق. قال: ودرس ببغداد وأخذ عنه العلماء، وقال الخطيب البغدادي: هو من كبراء الشافعيين، وله مصنفات في أصول الفقه وفروعه مات في جمادى الأولى سنة تسع وخمسين وثلاثمائة قال الذهبي: عمّر وشاخ. قال ابن باطيش: أخذ عن ابن سريج، ثم عن أبي إسحاق ثم عن ابن أبي هريرة. انظر ابن قاضي شهبة ١/١٢٤ - ١٢٥. وانظر العبادي ١٠٧، والشيرازي ٩٢، تاريخ بغداد ٤/٣٦٥، ابن هداية الله ٢٧، والشذرات ٣/٢٨، البداية والنهاية ١١/٢٦٩.

الحالة المذكورة. وإذا اعتبرنا أحد الأمور المتلازمة فقد اعتبرناها جميعاً، وقوله: «بالأشياء الحريفة» يجوز أن يكون معلماً بالواو لشيئين:

أحدهما: أن هذا اللفظ يعم الشب والقَرظ الواردين في خبر الدبغ وغيرهما، كالعَفَصِ وَقُشُورِ الرُّمَّانِ، وحكى بعضهم وجهاً: أن يختص الدَّبَاغُ بالشب والقَرظ كما يختص تطهير ولوغ الكلب بالتراب على الأظهر، والمذهب أنه لا فرق بينهما وبين غيرهما مما يصلح للدبغ، والشب بالثاء كذلك ذكره الأزهري<sup>(١)</sup>، وفي الصحاح<sup>(٢)</sup> أن الشَّب بالباء شيء يشبه الزَّاجَ، والشُّبُّ بالثاء نَبْتُ يدبغ به.

الثاني: أنه يعم الطاهر والنجس من آلات الدبغ سواء كان نجس العين كذرق الطائر وغيره، وفيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز الدبغ بالنجس؛ لأن النجس لا يصلح للتطهير.

وأظهرهما: وهو ظاهر ما ذكره الجواز؛ لأن الغرض إخراج الجلد عن التعرض للعفونة والاستحالة، وهذا يحصل بالطاهر والنجس جميعاً، وهذا في طهارة العين. ويجب غسله بعد ذلك لا محالة بخلاف المدبوغ بالشيء الطاهر، ففي وجوب غسله [قولان]<sup>(٣)</sup> يأتي [ذكرهما]<sup>(٤)</sup>. وإذا عرفت ذلك فاعلم أن النزاع إنما اعتبر ليصير الجلد نظيفاً مصنوعاً عن الاستحالات والتغيرات فيطهر، كما كان في حال الحياة، ويترتب عليه أن التجميد بالإلقاء في التراب والشمس لا يكفي؛ لأن الفضلات لا تزول؛ ألا ترى أنه إذا نقع في الماء عاد الفساد. وعن أبي حنيفة: أنه يكفي ذلك، وبه قال: بعض الأصحاب لحصول الجفاف، وطيب الرائحة، ثم في الفصل مسألتان:

إحدهما: هل يجب استعمال الماء في أثناء الدبغ مع الأدوية؟ فيه وجهان:

إحدهما: نعم؛ لأن معنى الإزالة في الدبغ [أبلغ]<sup>(٥)</sup> والماء متعين لإزالة النجاسات، وأيضاً فقد روى أنه ﷺ قال: «أَلَيْسَ فِي الشَّبِّ وَالْقَرْظِ وَالْمَاءِ مَا يُطَهِّرُهُ»<sup>(٦)</sup>.

(١) الزاهر ص ٥٩ ولسان العرب ٢١٨٢/٤ (شب).

(٢) الصحاح للجوهري ١٥١/١.

(٣) في ط: خلاف وهما بمعنى واحد.

(٤) في ط: ذكره أي عائد على كلمة خلاف.

(٥) في ط: أغلب.

(٦) قال النووي في الخلاصة: هذا بهذا اللفظ باطل لا أصل له، وقال في شرح المذهب: ليس للشب ذكر في الحديث، وإنما هو من كلام الشافعي. وروى في الخير يطهرها الماء والقَرظ أبو داود (٤١٢٦) والنسائي ١٧٤/٧ والدارقطني ٤٥/١ (١١) والطحاوي في معاني الآثار ١/٤٧١ وأحمد ٦/٣٣٤، والبيهقي ١/١٩، وابن حبان كذا في الموارد ١٢٢.

وأظهرهما: لا، لقوله ﷺ: «أَيُّمَا إِهَابٍ دُبِغٌ فَقَدْ طَهَّرَ»<sup>(١)</sup> والغالب في الدبغ الإحالة دون الإزالة، ومعناه أن الجلد بنزع الفضلات يستحيل إلى الطهارة، كالخمر يَسْتَحِيلُ خَلًا.

الثانية: إذا دبغ الجلد بشيء طاهر فهل يجب. غسله بعد الدبغ؟ فيه وجهان:

أظهرهما: نعم، لإزالة أجزاء الأدوية فإنها نجست بملاقة الجلد، وبقيت ملتصقة به.

والثاني: لا، لظاهر قوله ﷺ: «فَقَدْ طَهَّرَ» فإن قلنا: يجب فالجلد بعد الدبغ طاهر العين كالشوب النجس بخلاف ما إذا أوجبنا استعمال الماء في أثناء الدبغ، ولم يستعمل، فإنه يكون نجس العين، وهل يطهر بمجرد نقهه في الماء أم لا بد من استعمال الأدوية ثانياً؟ فيه وجهان. وإذا أوجبنا الغسل بعد الدبغ لم يَجُزْ أن يكون الماء متغيراً بالأدوية وإذا أوجبنا الاستعمال في أثناء الدبغ لم يضر كونه متغيراً بها؛ بل لا بد منه فلهذا وصف الماء في المسألة الثانية بكونه مُطْلَقاً، ولم يتعرض لذلك في الأولى.

قال الغزالي: **ثُمَّ الْجِلْدُ الْمَدْبُوعُ طَاهِرٌ ظَاهِرُهُ وَبَاطِنُهُ (و م) يَجُوزُ بَيْنَهُ (و م) وَيَجِلُّ أَكُلُهُ عَلَى أَقْيَسِ الْقَوْلَيْنِ.**

قال الرافعي: هل يطهر بالدبغ، باطن الجلد كظاهره أم لا يطهر إلا ظاهره؟ فيه قولان:

الجديد: أنه يطهر الباطن، والظاهر حتى يصلى فيه وعليه ويباع ويستعمل في الأشياء الرطبة، واليابسة لما روى أنه ﷺ قال: «أَيُّمَا إِهَابٍ دُبِغٌ فَقَدْ طَهَّرَ» ولقوله: «هَلَأَ أَخَذْتُمْ إِهَابَهَا فَدَبَّغْتُمُوهُ فَانْتَفَعْتُمْ بِهِ». أطلق ولم يفصل بين الانتفاع في الرطب، واليابس؛ ولأن الدبغ يؤثر في الظاهر والباطن جميعاً.

والقديم: وهو مذهب مالك أنه: لا يطهر باطنه حتى يصلى عليه، ولا يصلى فيه ولا يباع ولا يستعمل في الأشياء الرطبة<sup>(٢)</sup> لقوله ﷺ: «لَا تَنْتَفِعُوا مِنَ الْمَيْتَةِ بِإِهَابٍ، وَلَا عَصَبٍ»<sup>(٣)</sup>. ظاهره المنع مطلقاً خالفنا في ظاهر الجلد جمعاً بينه وبين الأخبار المجوزة للدبغ، وأما الأكل منه، فإن كان جِلْدَ مَأْكُولٍ فقولان:

(١) قال النووي: أصحها الثاني - أي أنه لا بد من استعمال الأدوية ثانياً بعد الماء، وبه قطع الشيخ أبو محمد والآخر: احتمال لإمام الحرمين، والمراد نقهه في ماء كثير. الروضة ١/١٥٢.

(٢) قال النووي: أنكر جماهير العراقيين، وكثيرون من الخراسانيين هذا القديم، وقطعوا بطهارة الباطن وما يترتب عليه، وهذا هو الصواب. الروضة ١/١٥٢.

(٣) قال الحافظ أخرجه الشافعي في حرملة وأحمد والبخاري في تاريخه والأربعة والدارقطني والبيهقي وابن حبان عن عبد الله بن عكيم (أنا كتاب رسول الله ﷺ قبل موته ألا تنتفعوا من =

الجديد: الجواز لقوله ﷺ: «دَبَاغُ الْأَدِيمِ ذَكَاتُهُ»<sup>(١)</sup>.

= الميته بإهاب ولا عصب) وفي رواية الشافعي وأحمد وأبي داود قبل موته بشهر، وفي رواية لأحمد بشهر أو شهرين قال الترمذي: حسن، وكان أحمد يذهب إليه ويقول: هذا آخر الأمر، ثم تركه لما اضطربوا في إسناده حيث روى بعضهم فقال: عن ابن عكيم عن أشياخ من جهينة وقال الخلال لما رأى أبو عبد الله تزلزل الرواة فيه توقف فيه، وقال ابن حبان: بعد أن أخرجها هذه اللفظة أو همت عالماً من الناس أن هذا الخبر ليس بمتصل وليس كذلك، بل عبد الله بن عكيم شهد كتاب رسول الله ﷺ حيث قرئ عليهم في جهينة وسمع مشائخ جهينة يقولون ذلك، وقال البيهقي والخطابي: هذا الخبر مرسل، وقال ابن أبي حاتم في العلل عن أبيه ليست لعبد الله بن عكيم صحبة، وإنما روايته كتابة، وأغرب الماوردي فزعم أنه نقل عن علي بن المديني أن رسول الله ﷺ مات ولعبد الله بن عكيم سنة، وقال صاحب الإمام تضعيف من ضعفه ليس من قبل الرجال، فإنهم كلهم ثقات، وإنما ينبغي أن يحمل الضعف على الاضطراب كما نقل عن أحمد، ومن الاضطراب فيه ما رواه ابن عدي والطبراني من حديث شبيب بن سعيد عن الحكم عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عنه، ولفظه جاءنا كتاب رسول الله ﷺ ونحن بأرض جهينة إني كنت رخصت لكم في إهاب الميته وعصبها فلا تنتفعوا بإهاب ولا عصب، إسناده ثقات، وتابعه فضالة بن المفضل عند الطبراني في الأوسط، ورواه أبو داود من حديث خالد بن الحكم عن عبد الرحمن أنه انطلق هو وأناس معه إلى عبد الله بن عكيم فدخلوا، وقعدت على الباب فخرجوا إلي وأخبروني أن عبد الله بن عكيم أخبرهم فهذا يدل على أن عبد الرحمن ما سمعه من ابن عكيم لكن إن وجد التصريح بسماع عبد الرحمن منه حمل على أنه سمعه منه بعد ذلك، وفي الباب عن ابن عمر رواه ابن شاهين في النسخ والمنسوخ، وفيه عدي بن الفضل، وهو ضعيف، وعن جابر رواه ابن وهب في مستندة عن زمعة بن صالح عن أبي الزبير عن جابر، وزمعه ضعيف، ورواه أبو بكر الشافعي في فوائده من طريق أخرى قال الشيخ الموفق إسناده حسن، وقد تكلم الحازمي في النسخ والمنسوخ على هذا الحديث فشفى، ومحصل ما أجاب به الشافعية وغيرهم عنه التعليل بالإرسال، وهو أن عبد الله بن عكيم لم يسمعه من النبي ﷺ والانقطاع بأن عبد الرحمن بن أبي ليلى لم يسمعه من عبد الله بن عكيم، والاضطراب في سنده فإنه تارة قال عن كتاب النبي ﷺ وتارة عن مشيخة من جهينة، وتارة عن من قرأ الكتاب، والاضطراب في المتن فرواه الأكثر من غير تقييد، ومنهم من رواه بقيد شهر أو شهرين، أو أربعين يوماً أو ثلاثة أيام، والترجيح بالمعارضة بأن الأحاديث الدالة على الدباغ أصح والقول بموجبه بأن الإهاب اسم الجلد قبل الدباغ، وأما بعد الدباغ فيسمى شناً وقرية، حملة على ذلك ابن عبد البر والبيهقي وهو منقول عن النضر بن شميل، والجوهري قد جزم به، وقال ابن شاهين لما احتمل الأمرين وجاء قوله: (أيما إهاب دبغ فقد طهر) فحملناه على الأول جمعاً بين الحديثين، والجمع بينهما بالتخصيص بأن المنهى عنه جلد الكلب والخنزير، فإنهما لا يدبغان، وقيل: محمول على باطن الجلد في النهي، وعلى ظاهره في الإباحة والله أعلم. انظر التلخيص ٤٧/١، ٤٨.

(١) أخرجه أحمد وأبو داود والنسائي والبيهقي وابن حبان من حديث الجون بن قتادة عن سلمة بن المحبق به، وفيه قصة، وفي لفظ (دباغها ذكاتها) وفي لفظ (دباغها طهورها) وفي لفظ (ذكاتها دباغها) وفي لفظ (ذكاة الأديم دباغة) وإسناده صحيح، وقال أحمد: الجون لا أعرفه، وقد =

والقديم: المنع؛ لقوله - عليه السلام -: «إِنَّمَا حُرِّمَ مِنَ الْمَيْتَةِ أَكْلُهَا»<sup>(١)</sup>، وإن كان من غير مأكول، فطريقان: أحدهما: طرد القولين.

وأظهرهما: القطع بالمنع كما في الذكاة<sup>(٢)</sup>، وقد أطلق في الكتاب ذكر القولين في الأكل فيجوز أن يريد من المأكول، ويجوز أن يريد المأكول وغيره، على طريقة طرد القولين فيهما، وبها قال القفال، ثم الخلاف في الأكل يجوز أن يجعل من فروع

= عرفه غيره، عرفه علي ابن المدني، وروى عنه الحسن وقتادة، وصحح ابن سعد وابن حزم وغير واحد أن له صحبة، وتعقب أبو بكر بن مفوز ذلك على ابن حزم كما أوضحته في كتابي في الصحابة، وفي الباب عن ابن عباس رواه الدارقطني، وابن شاهين من طريق فليح عن زيد ابن أسلم عن ابن وعله عنه بلفظ: (دباغ كل إهاب طهوره) وأصله في مسلم من حديث أبي الخير عن ابن وعله بلفظ: (دباغه طهوره) وفيه قصة لابن وعله مع ابن عباس في سؤاله عن الأسقية التي تأتيهم بها المجوس، ورواه الدولابي في الكنى من حديث إسحاق بن عبد الله بن الحارث قال: قلت لابن عباس الفراء تصنع من جلود الميتة؟ فقال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: (ذكاة كل مسك دباغه)، ورواه البزار والطبراني والبيهقي من حديث يعقوب بن عطاء عن أبيه عن ابن عباس قال: ماتت شاة لميمونة فقال رسول الله ﷺ: (ألا استمتعتم بإهابها فإن دباغ الأديم طهوره؟! ) وابن عطاء ضعفه يحيى بن معين وأبو زرعة وابن عباس حديث آخر رواه أحمد، وابن خزيمة والحاكم والبيهقي من طريق سالم بن أبي الجعد عن أخيه عنه (أن رسول الله ﷺ أراد أن يتوضأ من سقاء فليل له: إنه ميتة. فقال: دباغه يزيل خبثه، أو نجسه أو رجسه) وإسناده صحيح، قاله الحاكم والبيهقي، ورواه النسائي وابن حبان والطبراني والدارقطني، والبيهقي من حديث عائشة فلفظ النسائي: (دباغها طهورها) وفي لفظ ابن حبان (دباغ جلود الميتة طهورها) وفي الباب أيضاً عن المغيرة بن شعبة، وزيد بن ثابت، وأبي أمامة وابن عمر وهي في الطبراني، وحديث ابن عمر عند ابن شاهين بلفظ: (جلود الميتة دباغها طهورها) وحديث زيد بن ثابت في تاريخ نيسابور، وفي الكنى للحاكم أبي أحمد في ترجمة أبي سهل وعن هزيل بن شرحبيل عن بعض أزواج النبي ﷺ أم سلمة أو غيرها وهو عند البيهقي، ولأم سلمة حديث آخر رواه الدارقطني بلفظ: (إن دباغها يحل كما يحل خل الخمر). وفيه الفرج بن فضالة وهو ضعيف، وعن أنس وجابر وابن مسعود ذكرها أبو القاسم بن منده في مستخرجه. انظر التلخيص ٤٩/١، ٥٠.

(١) رواه الدارقطني من طريق الوليد بن مسلم عن أخيه عبد الجبار بن مسلم عن الزهري عن عبيد الله عن ابن عباس قال إنما حرم رسول الله ﷺ من الميتة لحمها، فأما الجلد والشعر والصوف فلا بأس به، قال البيهقي: تابعة أبو بكر الهذلي عن الزهري. انظر التلخيص ٤٨/١.

(٢) قال النووي: الأظهر عند الأكثرين تحريم أكل جلد المأكول، وقد بقي من هذا القسم مسائل منها: الدباغ بالملح. نص الشافعي - رحمه الله -: أنه لا يحصل، وبه قطع أبو علي الطبري، وصاحب الشامل، وقطع إمام الحرمين بالحصول، ولا يفتقر الدباغ إلى فعل فلو ألفت الريح الجلد في مذبغة فاندبغ طهر، ويجوز استعمال جلد الميتة قبل الدباغ في اليابسات، لكن يكره، ويجوز هبته كما تجوز الوصية به، وإذا قلنا: لا يجوز بيعه بعد الدباغ ففي إجازته وجهان الصحيح: المنع والله أعلم. الروضة ١٥٢/١، ١٥٣.

الخلاف في طهارة الباطن، وهو قضية إيراده في الأصل، ويجوز أن يجعل خلافاً مستقلاً ويوجه بما سبق، وكذلك جعله بعضهم وجهاً لا قولاً وكذلك، حكاها في الوسيط.

قال الغزالي: الْقِسْمُ الثَّانِي: الْمُتَّخِذُ مِنَ الْعِظَامِ، وَالْعَظْمُ يَنْجُسُ (ح) بِالْمَوْتِ عَلَى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ وَقِيلَ قَوْلَانِ كَمَا فِي الشُّعْرِ، وَلَا يَنْجُسُ (و) شَعْرُ الْآدَمِيِّ بِالْمَوْتِ وَالْإِبَانَةِ وَلَا شَعْرُ الْحَيَوَانِ الْمَأْكُولِ بِالْجَزْءِ قَوْلًا وَاحِدًا فَإِنْ حُكِمَ بِأَنَّ شَعْرًا مَا لَا يَنْجُسُ بِالْمَوْتِ فَالْأَصْحَحُ أَنَّ شَعْرَ الْكَلْبِ وَالْخَنْزِيرِ نَجِسٌ لِتَجَاسَةِ الْمَنْبُتِ.

قال الرافعي: الشُّعُورُ هل تنجس بالموت والإبانة؟ فيه قولان:

أحدهما: لا؛ لأنه لا تحلها الحياة، بدليل أنها لا تحس ولا تألم، وإنما يتأثر بالموت ما تحله الحياة.

وأظهرهما: نعم؛ لأنه إن حلها الحياة كانت كسائر الأجزاء، وإلا فهي حادثة من الجملة، فتكون تابعة لها في الطهارة والنجاسة، كما تجعل تابعة لها في حكم الجنابة وغيره، ويجري القولان في الصُّوفِ، وَالْوَبْرِ، وَالرَّيْشِ، وأما العظام ففيها طريقتان:

أظهرهما: القطع بالنجاسة، لأنها تحس وتألم.

والثاني: طرد القولين كما فيها؛ لأن الظفرَ يقلم ولا يألم، والظلف<sup>(١)</sup> تبرد بالمبرد، ولا يحس به الحيوان.

فإن قلنا: الشعر والعظم ينجان بالموت والإبانة وجعلنا حكمهما حكم سائر الأجزاء. فيستثنى عنهما موضعان:

أحدهما: شعر المأكول إذا أبين في حياته كما سبق.

والثاني: شعر آدمي وفيه قولان أو وجهان مَبْنِيَّانِ على نجاسته بالموت إن قلنا: لا ينجس وهو الأصح، فلا ينجس شعره بالموت والإبانة.

وإن قلنا: ينجس شعره أيضاً بالموت والإبانة، وعلى هذا القول إذا سقطت منه شعرة أو شعرتان وصلّى فيها، فلا بأس للقلّة وتعذر الاحتراز، فإن كثرت لم يحتمل<sup>(٢)</sup>

(١) والظلف من الشاه والبقر ونحوه كالظفر من الإنسان، وتجمع على أظلاف مثل حمل وأحمال. المصباح المنير ٥٢٦/٢.

(٢) قال النووي: قال أصحابنا: يعفى عن اليسير من الشعر النجس في الماء، والثوب الذي يصلي فيه، وضبط اليسير: العرف. وقال إمام الحرمين: لعل القليل ما يغلب انتتافه مع اعتدال الحال. واختلف أصحابنا في هذا العفو هل يختص بشعر آدمي أم يعم الجميع، والأصح: التعميم والله أعلم. الروضة ١٥٣/١.



كدم البراغيث، وإن قلنا: ينجس شعره بالموت والإبانة فهل يستثنى شعر الرسول ﷺ؟ فيه وجهان:-

وجه الاستثناء: «أَنَّهُ لَمَّا خَلَقَ شَعْرَهُ نَاوَلَهُ أَبَا طَلْحَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - لِيُفَرِّقَهُ عَلَى أَصْحَابِهِ، وَلَمْ يَمْنَعُهُمْ مِنْ اسْتِصْحَابِهِ»<sup>(١)</sup>. وإذا كان الصحيح في شعر غيره الطهارة، فما ظنك بشعره ﷺ. وجلد الميتة إذا دبغ وعليه شعر فهل يطهر على هذا القول؟ فيه قولان:

أظهرهما: لا؛ لأن الشعر لا تتأثر بالدباغ؛ بل هي قبله وبعده على هيئة واحدة، بخلاف الجلد.

والثاني: أنها تطهر تبعاً لطهارة الجلد، كما نجست بالموت تبعاً، وإذا فرعنا على أن الشعور لا تنجس بالموت، فهي مُلْحَقَةٌ بِالْجِمَادَاتِ، وجميعها طاهر إلا شعر الكلب والخنزير، ففيه وجهان:

أصحهما: أنه نجس، ويستثنى هو من الجمادات، كما استثنى صاحبه من الحيوانات.

والثاني: أنه طاهر كشعر غيره والوجهان يشملان حالتي الموت والحياة جميعاً، فهذا فقه هذه المسائل. وحظ الباب منه أن العَظْمَ إذا كان طاهراً، فاستعمال الإناء المتخذ منه جائز وإلا فلا. وإنما يكون طاهراً إذا كان من المُدَكِّي المأكول، أو فرعنا على القول الضعيف أن العظام لا تنجس أصلاً<sup>(٢)</sup>. وأعلم أن القطع في قوله: «ولا ينجس شعر آدمي بالموت والإبانة ولا شعر المأكول لحمه بالجزء قولاً واحداً»، لا يرجع إلى المسألتين، وإنما يرجع إلى المسألة الأخيرة، وفي شعر آدمي هل ينجس بالموت والإبانة ما سبق من الخلاف؟ وشعر المأكول قد سبق في الكتاب في فصل النجاسات، وإنما أعاده هاهنا ليتبين أنه ليس موضع القولين.

(١) متفق عليه من حديث أنس بلفظ ناول الحائق شقه الأيمن فأعطاه أبا طلحة، ثم ناول شقه الأيسر فحلقة فقال اقسمه بين الناس.

(٢) قال النووي: قال أصحابنا: ويجوز استعمال الإناء في من العظم النجس في الأشياء اليابسة، لكن يكره كما قلنا في جلد الميتة قبل الدباغ، ويجوز إيقاد عظام الميتة ولو رأى شعراً لم يعلم طهارته، فإن علم أنه من مأكول اللحم فطاهر، أو من غير فنجس، أو لم يعلم فوجهان أصحهما الطهارة، ولو باع جلد ميتة بعد دباغه وعليه شعر وقلنا: يجوز بيع الجلد ولا يطهر الشعر بالدباغ فإن قال: بعثك الجلد دون شعره: صح، ولو قال: الجلد مع شعره ففي صحة بيع الجلد القولان في تفریق الصفقة، وإن قال بعثك هذا وأطلق صح، وقيل: وجهان والله أعلم. الروضة ١/١٥٤.

وقوله: «فإن حكمنا بأن الشعر لا ينجس بالموت» هكذا الصواب، وربما نجد في بعض النسخ، «فإن حكمنا بأن شعر الأدمي لا ينجس بالموت».

وقوله: «فالأصح أن شعر الكلب والخنزير نجس» ليس المعنى أنه نجس بالموت؛ لأنه نجس في الحياة، والموت جميعاً على الأصح. وظاهر فيهما على الثاني، وعلى التقديرين، فلا يكون نجساً بالموت، وإنما المعنى التعرض لنفس النجاسة.

وقوله: «لنجاسة المُنْبِتِ» قد يعترض عليه بأن هذا التعليل يقتضي نَجَاسَةَ الزرع النبات على السَّرْقِين<sup>(١)</sup>، وقد نصوا على أنه ليس بنجس العين، لكنه نجس بمَلَاقَاةِ النجاسة، فإذا غسل طهر وإذا تَسَنَّبَلْ فالحبات الخارجة منه طاهرة، ويجوز، أو يجاب عنه بأنه أراد بالمُنْبِتِ ما منه النبات، والذي ينبت منه الشعر نجس، أما الزرع فإنه ينبت من الحبات المُنْبِتَةِ في السَّرْقِين، لا من نفس السَّرْقِين.

قال الغزالي: الْقِسْمُ الثَّالِثُ - الْمُتَّخَذُ مِنَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَهُوَ مُحَرَّمٌ لِاسْتِعْمَالِ عَلَى الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ، وَلَا يَجُوزُ تَرْبِيبُ الْحَوَائِثِ بِهَا عَلَى الْأَصَحِّ وَلَا يَجُوزُ اتِّخَاذُهُ (و) وَلَا قِيمَةً عَلَى كَاسِرِهِ (و) وَلَا يَتَعَدَّى التَّحْرِيمُ إِلَى الْفَيْرُورِجِ وَالْيَأْقُوتِ عَلَى الْأَصَحِّ لِأَنَّ نَفَاسَتَهُمَا لَا يُدْرِكُهَا إِلَّا الْخَوَاصُّ.

قال الرافعي: عن حذيفة عن النبي ﷺ قال: «لَا تَشْرَبُوا فِي آيَةِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَلَا تَأْكُلُوا فِي صِحَافِهِمَا»<sup>(٢)</sup>.

يكره استعمال الأواني المتخذة من الذهب والفضة<sup>(٣)</sup> وهل ذلك على سبيل التحريم أو هو على سبيل التنزيه؟ فيه قولان: قال: في القديم أنه على التنزيه؛ لأن جهة المنع ما فيه من السَّرْفِ وَالْخِيَلَاءِ وانكسار قلوب المساكين، ومثل هذا لا يقتضي التحريم. وقال في الجديد: إنه على التحريم - وهو الصحيح، وبه قطع بعضهم، لما روى أن رسول الله ﷺ قال: «الَّذِي يَشْرَبُ فِي آيَةِ الْفِضَّةِ، إِنَّمَا يُجْرَجُ فِي جَوْفِهِ نَارَ جَهَنَّمَ»<sup>(٤)</sup>.

(١) السرقين هو السرجين وهو الزبل كلمة أعجمية وأصلها سركين بالكاف فعربت إلى الجيم والقاف فيقال: سرقين. ينظر المصباح المنير ١/٣٧١، المعجم الوسيط ١/٤٣٠.

(٢) أخرجه البخاري ٥٤٢٦، ٥٦٣٣، ومسلم ٤/٢٠٦٧، ٥/٢٠٦٧، والنسائي ٨/١٩٨، ١٩٩، وقوله: وصحافهما أي صحاف آية الذهب والفضة، وهي بكسر الصاد جمع صحفة بفتحها، وهي دون القصعة. الصحاح ٤/١٣٨٤، لسان العرب ٤/٢٤٠٤، المصباح ١/٤٥٥.

(٣) سقط في ب.

(٤) متفق عليه من حديث أم سلمة بلفظ في بطنه، وليس فيه الذهب، ورواه مسلم بلفظ إن الذي يأكل ويشرب في آية الذهب والفضة، رواه مسلم عن أبي بكر بن أبي شيبة، والوليد بن شجاع عن علي بن سهر عن عبيد الله بن عمر. انظر التلخيص ١/٥١.

رتب الوعيد بالنار عليه ويستوي في المنع الرجال والنساء لشمول معنى الخِيَلَاءِ وإن جاز للنساء التَّحْلِي بالذهب والفضة تزيينا كما أن افتراض الحرير يحرم عليهن، كما يحرم على الرجال، ولا يحرم اللبس عليهن، ثم الخبر وإن ورد في الأكل والشرب منهما، فسائر وجوه الاستعمال في معانها، كالتوضي والأكل بملقعة الفضة، والتَّطْيِبُ بِمَاءِ الْوَرْدِ مِنْ قَارُورَةِ الْفِضَّةِ، وَالتَّجْمُرُ بِمِجْمَرَةِ الْفِضَّةِ، إذا احتوى عليها، ولا حرج في إتيان الرائحة من بعد، وهل يجوز اتخاذ الأواني الذهبية والفضية؟ إن قلنا: لا يحرم استعمالها على القديم فيجوز، وإن قلنا: يحرم فوجهان:

أحدهما: يجوز لجمع المال وإحرازه كيلا يتفرق.

والثاني: وهو الأصح والمذكور في الكتاب أنه لا يجوز، لأن ما حرم استعماله حرم اتخاذه كآلات الملاهي فإن قيل آلات الملاهي تتشوف النفس إلى استعمالها، بخلاف الأواني.

قيل: لا نسلم أن الأواني لا تتشوف النفس إلى استعمالها، بل الواجد لها يَلْتَمِذُ باستعمالها واحتجوا لهذا الوجه أيضاً: بأنه لا خلاف في وجوب الزكاة فيها ولو كان اتخاذاً مُبَاحاً؛ لكان وجوب الزكاة فيها على القولين في التحلي المباح، وعلى الوجيهين يبني جواز الاستئجار على اتخاذاها، وغرامة الصنعة على من كسرها، إن قلنا: يجوز اتخاذاها جاز الاستئجار ووجب الغرم وإلا فلا وفي جواز تزيين البيوت، والحوانيت، والمجالس بها وجهان؛ لأنه ليس باستعمال، لكن السَّرَفُ وَالْخِيَلَاءُ يكاد يكون أبلغ، ثم في كلام بعضهم بناء الخلاف في الاتخاذ على هذا الخلاف ان حرمانه فلا منفعة فيها بحال، فلا يجوز اتخاذاها، وإلا فيجوز، ويجوز أن يعكس هذا البناء، فيقال: إن حرمانه الاتخاذ حرم التزيين؛ لأن ما حرم اتخاذه يجب إتلافه، والتزيين يتضمن الإمساك، وإن أبخنا الاتخاذ فلا منع إلا من الاستعمال.

وقال إمام الحرمين - رحمة الله عليه - الوجه عندي تحريم التزيين بها للسرف، مع الخلاف في حرمة الصنعة. وأما الأواني المتخذة من سائر الجواهر النفيسة كالفينروزج والياقوت والكربزجيد وغيرها، فهل هي في معنى المتخذ من الذهب والفضة؟ فيه قولان، بناهما الأئمة على أن تحريم إناء الذهب والفضة لعينهما، أو لمعنى فيهما؟

قالوا: وفيه قولان: الجديد: أن لعينهما؛ اختصاصهما بتقويم الأشياء بهما، ووجوب حق المعدن فيهما وجعلهما رأس مال القراض ونحو ذلك.

والثاني: أنه لمعنى فيهما، وهو السرف والخيلاء، فعلى الأول لا يحرم ما اتخذ من غيرهما من الجواهر النفيسة وعلى الثاني يحرم، واعتبر العراقيون والإمام معنى السرف والخيلاء لا محالة، وقالوا: حسم باب المعنى مع ظهوره بعيد، لكن وجه

الجواز أن التزين بالتبرين يظهر لكافة الناس، والجواهر النفيسة يختص بمعرفتها بعضهم، فيكون السرف والخيلاء في التبرين أكثر، وهذا قضية قول صاحب الكتاب؛ لأن نفاستها لا يدركها إلا الخواص، وكيف ما كان؟ فالأصح أنها ليست في معنى الذهب والفضة ولا خلاف في أن تكون نفاسته بسبب الصنعة لا يحرم استعماله، ولا يكره كلبس الكتان النقيس.

قال الغزالي: وَالْمُمُوءُ لَا يَحْرُمُ عَلَى أَظْهَرِ الْمَذْهَبِينَ، وَالْمُضَبَّبُ فِي مَحَلِّ يَلْقَى فَمَ الشَّارِبِ مَحْظُورٌ عَلَى الْأَظْهَرِ وَإِنْ لَمْ يَلْقَ فَإِنْ كَانَ صَغِيرًا لَا يَلُوحُ مِنَ الْبُغْدِ أَوْ عَلَى قَدْرِ حَاجَةِ الْكَسْرِ فَجَائِزٌ (و) فَإِنْ اتَّفَقَ الْمَعْنِيَانِ فَحَرَامٌ (ح) وَإِنْ وُجِدَ أَحَدُهُمَا فَوَجْهَانِ، وَفِي الْمُكْحَلَةِ الصَّغِيرَةِ تَرَدُّدٌ.

قال الرافعي: لو اتخذ إناء من حديد، أو غيره، وموهه بالذهب، أو الفضة، نُظِرَ إن كان يحصل منها شيء بالعرض على النار، منع من استعماله، وليس هذا موضع الخلاف؛ وإن لم يحصل شيء فهل يمنع من الاستعمال؟ فيه وجهان مبنيان على مثل ما ذكرنا في الجواهر النفيسة.

قال قائلون: إن قلنا: إن التحريم لعين الذهب والفضة فلا منع، وإن قلنا: إنه لمعنى الخيلاء منع منه، وقال آخرون: معنى الخيلاء مُعْتَبَرٌ، لكن من جوز قال: المُمُوءُ لا يكاد يخفى، ولا يلتبس بالتبر، ولو اتُخِذَ إناء من ذهب أو فضة وموهه بنحاس أو غيره، جرى الخلاف، إن قلنا: التحريم لعين الذهب والفضة يحرم، وإن قلنا: لمعنى الخيلاء فلا. ولو غشى ظاهره وباطنه جميعاً بالنحاس.

قال الإمام: الذي أراه القطع بجواز استعماله والذي يجيء على قول: من يقول التحريم لعين الذهب والفضة، أن يقول بالتحريم هاهنا أيضاً. وقوله: في الأصل «على أظهر المذهبين» - بمعنى - الوجهين اللذين ذكرناهما<sup>(١)</sup> وأما المُضَبَّبُ، فينظر إن كانت الضبة على شفة الإناء، بحيث تلقى فم الشارب، فوجهان:

أحدهما: التحريم، وبه قال مالك قدس الله روحه سواء كانت صغيرة أو كبيرة على قدر الحاجة، أو فوقها لكونها في موضع الاستعمال.

والثاني: أنها كما لو كانت في موضع آخر، وصاحب الكتاب في آخرين جعلوا الوجه الأول أظهر، ولعل الذي دعاهم إليه أنه أشبه بكلام الشافعي - رضي الله عنه - في المختصر، لكن معظم العراقيين على أنه لا فرق بين أن تكون الضبة على موضع الشرب

(١) قال النووي: الأصح من الوجهين لا يحرم. والله أعلم.

أو غيره، وهو أوفق للمعنى، لأن التحريم إن كان لعين الذهب والفضة، فلا فرق، وإن كان لمعنى الخَيْلَاءِ فكَذَلِكَ، وقد تكون الزينة في غير موضع الشرب أكثر، وليس لقائل أن يقول: إذا كان شارباً على فضة كان متناولاً بالنص؛ لأن لفظ الخبير المنع من الشرب في آية الفضة، لا على الفضة، والمضيب ليس بآية الفضة. ثم من نصر الوجه الأول فمن شرطه أن يقول: لو كان الاستعمال في غير الشرب، وكانت الضَّبَّةُ على الموضع الذي يمسه المستعمل، ولا يلاقيه يحرم أيضاً، ولا ينسأغ غير ذلك، وإن كانت الضَّبَّةُ على غير موضع الشرب، نظر إن كانت صغيرة وكانت على قدر الحاجة فلا تحريم، ولا كراهة روي: «أَنَّ حَلْقَةَ قَضَعَةِ النَّبِيِّ ﷺ كَانَتْ مِنْ فِضَّةٍ»<sup>(١)</sup>. وكذلك قبيلة<sup>(٢)</sup> سيفه<sup>(٣)</sup> وإن كانت كبيرة وفوق الحاجة حرم الاستعمال لظهور الزينة، ووجود عين الذهب والفضة وإن كانت صغيرة، لكنها فوق قدر الحاجة، أو كبيرة، لكنها بقدر الحاجة فوجهان:

أحدهما: التحريم لظهور معنى الخَيْلَاءِ. أما في الصورة الأولى؛ فلأنه للزينة دون الحاجة. وأما في الثانية (فَلِكَبْرِ الضَّبَّةِ)<sup>(٤)</sup> وافتتان الناظرين بها، كأصل الإناء، وأصحهما: وهو الذي ذكره الشيخ أبو حامد، والعِرَاقِيُّونَ أنه يكره، ولا يحرم أما في الصورة الأولى، فَلِضَغْرَهَا وَقَدْرَةَ مَعْظَمِ النَّاسِ عَلَى مِثْلِهَا. وأما في الثانية، فلظهور قصد الحاجة دون الزينة، وبني بعضهم الوجهين على الأصل الذي سبق إن قلنا: التحريم لعين الذهب والفضة حرم، وإن قلنا: لمعنى الخَيْلَاءِ فلا. وفي أصل المسألة وجهان آخران:

أحدهما: أن المضيب يكره استعماله ولا يحرم بحال، وبه قال أبو حنيفة.

والثاني: أنه يحرم مطلقاً، حكاها الشيخ أبو محمد<sup>(٥)</sup> تخريجاً على اعتبار العين،

(١) انظر التلخيص ٥٢/١.

(٢) القبيلة هي التي تكون على رأس قائم السيف، وطرف مقبضه من فضة أو حديد وقيل: ما تحت شاربي السيف مما يكون فوق الغمد، وقيل: هي التي فوق المقبض قاله الحافظ ابن حجر في التلخيص (٥٢/١).

(٣) انظر التلخيص ٥٢/١.

(٤) في ب: فكرة الصنعة.

(٥) عبد الله بن يوسف بن عبد الله بن يوسف بن محمد بن حيوية - يباين مثنائين من تحت الأولى مضمومة مشددة، والثانية مفتوحة، الشيخ أبو محمد الجويني، وكان يلقب بركن الإسلام أصله من قبيلة من العرب. قرأ الأدب بناحية (جوين) على والده والفقهاء على أبي يعقوب الأبيوردي، ثم خرج إلى نيسابور فلأزم أبا الطيب الصعلوكي، ثم رحل إلى مرو لقصد القفال فلأزمه حتى برع عليه مذهباً وخلافاً. وكان إماماً في التفسير والفقهاء والأدب مجتهداً في العبادة ورعاً مهيباً صاحب جد ووقار. قال شيخ الإسلام أبو عثمان الصابوني: لو كان الشيخ أبو محمد في بني =

وإذا عرفت ذلك، فليكن قوله: «على قدر حاجة الكسر فجانز» معلماً بالواو للوجه الثاني. وقوله: «وإن انتفى المعنيان فحرام» بالحاء، والواو، للوجه الأول، ثم هنا مباحثات.

إحداها: هل هذا الخلاف والتفصيل في المَضْبَب بالفضة خاصة أو يعم المضرب بالفضة والذهب جميعاً؟ ذكر الشيخ أبو إسحاق الشيرازي - رحمة الله عليه - أنه يحرم التضييب بالذهب مطلقاً، وهذا الخلاف والتفصيل في المضرب بالفضة ووجهه قوله ﷺ في الذهب والحري: «هَذَا حَرَامٌ عَلَى ذُكُورِ أُمَّتِي»<sup>(١)</sup>.

وأيضاً: فقد روى أنه ﷺ قال: «مَنْ شَرِبَ فِي آيَةِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ أَوْ فِي إِنَاءٍ فِيهِ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ فَإِنَّمَا يُعْزِرُ فِي جَوْفِهِ نَارَ جَهَنَّمَ»<sup>(٢)</sup>.

قضية هذا الخبر تحريم المضرب بهما مطلقاً، خالفنا في النضة؛ لما ورد من خبر القبيعة، والحلقة، فبقي في الذهب على ظاهره، والذي نص عليه الجمهور التسوية بين ضبة الذهب وضبة الفضة كأصل الإناء.

الثانية: ما حد الصغير والكبير؟ قال بعضهم: الكبير ما يستوعب جزءاً من الإناء كأسفله، أو جانباً من جوانبه أو تكون عروته، أو شفتاه أو غيرهما من الأجزاء كله من ذهب أو فضة. والصغير ما دون ذلك واستبعد إمام الحرمين هذا.

وقال: لعل الوجه أن يقال: ما يلحم على البعد للناظر فهو كبير، وما لا فهو صغير فيكون مأخذ ذلك مدانياً للقليل والكثير من طين الشوارع، وهذا ما أشار إليه في الأصل، حيث قال: «فإن كان صغيراً لا يلوح من البعد» - أراد تفسير الصغير بما لا يلوح من البعد - ولو بحث باحث عن حد البعد فلا يجد مرجعاً فيه إلا العرف والعادة، وإذا كان كذلك، فلو رجعنا في الفرق بين الصغير والكبير إلى العرف والعادة وطرحنا الوسطة لما كان به بأس، وقد فعل بعض الأصحاب ذلك، وقال: المرجع في الفرق بين الصغير والكبير إلى العرف والعادة<sup>(٣)</sup>.

الثالثة: هل يُسَوَّى بين الذهب والفضة في الصغير والكبير؟ لم يتعرض الأكثرون

= إسرائيل لنقلت إلينا أوصافه وافتخروا به. توفي بنيسابور في ذي القعدة سنة ثمان وثلاثين وأربعمائة قال الحافظ أبو صالح المؤذن: غسلته فلما لففته في الأكفان رأيت يده اليمنى إلى الإبط منيرة كلون القمر، فتحيرت وقلت: هذه بركة فتاويه. انظر ابن قاضي شهبة ٢٠٩/١، ٢١٠ وانظر ابن خلكان ٢٥٠/٢، وابن السبكي ٢٠٨/٣، وإبناه الرواة للقفطي ١٥٢/٢، البداية والنهاية ٥٥/١٢، والنجوم الزاهرة ٤٢/٥.

(١) انظر التلخيص ٥٣/١، ٥٤. (٢) انظر التلخيص ٥٤/١.

(٣) قال النووي: إنه الأصح وعن الأول قال الأشهر. الروضة ١٥٦/١.

لذلك، وعن الشيخ أبي محمد: أنه لا ينبغي أن يسوى بينهما، فإن الخَيْلَاءَ في قليل الذهب كالخَيْلَاءَ في كثير الفضة، وأقرب معتبر فيه، أن ينظر إلى قيمة ضبة الذهب إذا قومت بالفضة، وهذا الكلام يقرب مأخذه مما حكيناه عن الشيخ أبي إسحاق، وقياس الباب أن لا فرق<sup>(١)</sup>.

الرابعة: ما معنى الحاجة التي أطلقناها في المسألة<sup>(٢)</sup>، والجواب يعني - بها الأغراض المتعلقة بالتضبيب سوى التزئين، كإصلاح موضع الكسر، وكالشد، والتوثيق، فإذا كان على قدر ما يستدعيه الكسر، فهد بقدر الحاجة.

وقوله: في الأصل «على قدر حاجة الكسر» إشارة إلى هذا، ولا يعتبر العجز عن التضبيب بغير الذهب والفضة، فإن الاضطرار يبيح استعمال أصل الإناء من الذهب والفضة.

الخامسة: قدر الضبة المجوزة، لو اتخذ منه إناء صغير، كالمكحلة وطرف الغالية، هل يجوز؟ حكى فيه وجهان للشيخ أبي محمد:  
أحدهما: نعم؛ كما لو ضبب به غيره.

وأظهرهما: لا، لأنه الآن يقع علين اسم الآنية، فيندرج تحته النهي، وخصوا هذا التردد بالفضة، وقياس ما سبق التسوية بين الذهب والفضة. وذكر في «التهذيب» أنه لو اتخذ للإناء حَلَقَةً من فضة، أو سِلْسِلَةً، أو رأساً يجوز؛ لأنه منفصل عن الإناء لا يستعمله، ولك أن تقول: لا نسلم أنه لا يستعمله؛ بل هو مستعمل بحسبه تبعاً للإناء<sup>(٣)</sup> هب أنه لا يستعمله؛ لكن في اتخاذ الأواني من غير استعمال خلاف سبق، فليكن هذا على ذلك الخلاف أيضاً، ويجوز أن يوجه التجويز بالمضبيب، أو تجعل هذه الأشياء كالظروف الصغيرة، كما سبق والله أعلم.

(١) قال النووي: قد قطع بتحريم المضبيب بالذهب - بكل حال - جماعات غير الشيخ أبي إسحاق منهم صاحب (الحاوي) وأبو العباس الجرجاني والشيخ أبو الفتح نصر المقدسي، والعبدي ونقله صاحب (التهذيب) عن العراقيين مطلقاً. وهذا هو الصحيح. والله أعلم. الروضة ١/١٥٦.

(٢) في ب: العلة.

(٣) قال النووي: قد وافق صاحب (التهذيب) جماعة، ولا نعلم فيه خلافاً. قال أصحابنا: لو شرب بكفيه وفي أصبعه خاتم، أو في فمه دراهم، أو في الإناء الذي شرب منه لم يكره، ولو أثبت الدراهم في الإناء بالمسامير فهو كالضبة. وقطع القاضي حسين بجوازه. ولو باع إناء الذهب أو الفضة صح بيعه، ولو توضع منه صح وضوؤه، وعصى بالفعل. ولو أكل أو شرب عصى بالفعل وكان الطعام والشراب حلالاً، وطريقه في اجتناب المعصية، أن يصب الطعام وغيره في إناء آخر ويستعمل المصبوب فيه. والله أعلم. الروضة ١/١٥٧.

قال الغزالي: هَذَا قِسْمُ الْمُقَدَّمَاتِ أَمَّا الْمَقَاصِدُ فَفِيهَا أَرْبَعَةُ أَبْوَابٍ:

## البَابُ الْأَوَّلُ فِي صِفَةِ الْوُضُوءِ

وَفَرَائِضُهُ سِتَّةٌ: الْأَوَّلُ: النِّيَّةُ فَهِيَ شَرْطٌ فِي كُلِّ طَهَارَةٍ عَنِ حَدِيثِ (ح و) وَلَا تَجِبُ (و) فِي إِزَالَةِ النَّجَاسَةِ وَلَا يَصِحُّ (و) وَضُوءُ الْكَافِرِ وَغُسْلُهُ إِذْ لَا عِبْرَةَ بِنِيَّتِهِ إِلَّا الذُّمِّيَّةُ تَحْتَ الْمُسْلِمِ تَغْتَسِلُ عَنِ الْحَيْضِ لِحَقِّ الزَّوْجِ فَلَا يَلْزَمُهَا الإِعَادَةُ بَعْدَ الإِسْلَامِ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَالرَّدَّةُ بَعْدَ الْوُضُوءِ لَا تُبْطِلُهُ (و) وَبَعْدَ التَّيْمُمِ تُبْطِلُهُ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ لِيُضَغَفَ التَّيْمُمِ.

قال الرافعي: ذكرنا في أول الكتاب أن أحكام الطهارة على قسمين مقدمات ومقاصد. وجعل قسم المقاصد على أربعة أبواب:

أحدهما: في صفة الوضوء، وله فرائض وسنن، أما الفرائض فهي ست:

الفرص الأول منها النية، فهي واجبة في طهارات الأحداث، خلافاً لأبي حنيفة، إلا في التيمم. لنا قوله ﷺ: «إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ»<sup>(١)</sup>.

واعتبار ما عدا التيمم بالتيمم وأما إزالة النجاسة، فلا يعتبر فيها النية، لأنها من قبيل المتروك، والمقصود، هجران النجاسة، والمتروك لا تعتبر فيها النية، كترك الشرب، والزنا وغيرهما. وطهارات الأحداث عبادات، فأشبهت سائر العبادات، ويحكى عن ابن سريج اشتراط النية فيها، وبه قال أبو سهل الصعلوكي<sup>(٢)</sup>، فيما حكاه صاحب «التتمة»، وإذا عرفت ذلك فاعلم أنه بنى على اعتبار النية في الطهارات امتناع صحتها من الكافر، فلو اغتسل الكافر في كفره، أو توضأ، ثم أسلم - لم يعتد بما فعله في الكفر؛ لأنه ليس أهلاً للنية، فيلزم الإعادة بعد الإسلام، ولأن الطهارة عبادة،

(١) أخرجه البخاري (١) ومسلم ١٥٥/١٩٠٧، وانظر تعليقنا على الأشياء والنظائر لابن السبكي ٥٤/١.

(٢) محمد بن سليمان بن محمد بن سليمان بن هارون الإمام، أبو سهل الصعلوكي الحنفي نسباً ثم العجلي، النيسابوري، الفقيه المفسر، الأديب اللغوي، النحوي، الشاعر، المفتي، الصوفي، حبر زمانه، وبقية أقرانه - هذا قول الحاكم. فيه ولد سنة ست وتسعين ومائتين. وأخذ عن ابن خزيمة ثم عن أبي علي الثقفي وأفتى ودرس بنيسابور نيفاً وثلاثين سنة. توفي في ذي القعدة سنة تسع وستين وثلاثمائة. انظر ابن قاضي شهبة ١٥٠/١، ١٥١. والعبادي ٩٩، والشيرازي ٩٥، وابن السبكي ١٦١/٢، وابن خلكان ٣٤٢/٣، والوافي بالوفيات ١٢٤/٣، النجوم الزاهرة ١٣٦/٤.



والكافر ليس أهلاً للعبادات، ولهذا لا يصح منه الصلاة والصوم. ولعل هذا أولى من التعليل، بأنه لا يصح منه النية؛ لأن النية المعتبرة في الوضوء نية رفع الحدث، وهي متصورة من الكافر. وقال أبو بكر الفارسي<sup>(١)</sup>: لا يجب إعادة الغسل ويجب إعادة الوضوء؛ لأن الغسل يصح من الكافر في بعض الأحيان، بدليل غسل الذميمة عن الحيض لزوجها المسلم، والوضوء لا يصح منه بحال.

وحكى وجه آخر: أنه لا يجب إعادة الغسل ولا الوضوء وبه قال أبو حنيفة.

وأما مسألة الذميمة، فإنها إذا طهرت من الحيض والنفاس فلا يحل لزوجها المسلم غشيئتها حتى تغتسل، كالمسلمة المجنونة تطهر من الحيض، ثم لو أسلمت الذميمة بعد ذلك الغسل، أو أفاقت المجنونة، فهل يلزمها الإعادة؟ فيه وجهان:

أحدهما: وبه قال أبو بكر الفارسي لا يلزم، لأنه غسل صح في حق حل الوطء، فيصح في حكم الصلاة وغيره. وأصحهما: أنه يلزم الإعادة، لأنه ليس للكافر والمجنون أهلية العبادة، وإنما صح في حل الوطء لضرورة حق الزوج. ولهذا تُجْبَرُ الزوجة على الغسل من الحيض - مسلمة كانت أو ذميمة - لحقه هذا حكم الكافر الأصلي.

أما المرتد فلا تصح منه الطهارة بحال ولم يجروا فيه الخلاف المذكور في الكافر الأصلي؛ لأن من قال: ثم لا حاجة إلى الإعادة أخذ ذلك من غسل الذميمة يحل الوطء، أو من التخفيف والعفو عند الإسلام، ولا يفرض واحد منهما في المرتد.

ولو توضع المسلم ثم ارتد، هل يبطل وضوءه؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم لأن ابتداء الوضوء لا يصح مع الردة، فإذا طرأت في دوامه أبطله، كالصلاة لا يصح ابتداءها مع الردة، وتبطل إذا طرأت في دوامها.

وأصحهما: وهو المذكور في الكتاب أنه لا يبطل، حتى لا تجب الإعادة، إذا عاد إلى الإسلام؛ لأنه بعد الفراغ من الوضوء، مستديم حكمه لا فعله، وإذا كان كذلك لم يتأثر ما سبق بالردة. ألا ترى أنه إذا ارتد لم يبطل ما معنى من صومه وصلاته، حتى لا تجب إعادته بعد الإسلام! وهل يجزى هذا الخلاف في الغسل؟

(١) أحمد بن الحسين بن سهل، أبو بكر الفارسي صاحب عيون المسائل في نصوص الشافعي، وهو كتاب جليل على ما شهد به الأئمة الذين وقفوا عليه، تفقه على ابن سريج. مات في حدود سنة خمسين وثلاثمائة. وفي موته خلاف انظر ابن قاضي شهبة ١/١٢٣، وانظر العبادي ٤٥، وهدية العارفين ١/٦٥.

المشهور: إنه لا يجري، لأن الغسل بجامع الكفر، بدليل مسألة الذميمة، والوضوء بخلافة، ومنهم من أجرى الخلاف فيه أيضاً، والتوجيه ما ذكرنا في الوضوء.

وأما التيمم ففي بطلانه بعروض الردة وجهان أيضاً: لكن الأصح فيه البطلان؛ لأن التيمم لاستباحة الصلاة، وإذا ارتد خرج عن أهلية الاستباحة، فلا يفيد تيممه الإباحة بعد ذلك؛ كما إذا تيمم قبل الوقت، لا يستبيح به الصلاة بعد دخول الوقت ومنهم من يرتب فيقول: إن بطل الوضوء بالردة فالتيمم أولى، وإن لم يبطل، ففي التيمم وجهان، والفرق ضعف [التيمم]<sup>(١)</sup> وتقاعده عن إفادة الإباحة بعد تَعَدُّرِ الاستِباحَةِ.

قال الغزالي: **ثُمَّ وَقَّتْ النِّيَّةُ حَالَةَ غَسْلِ الوَجْهِ وَلَا يَضُرُّ الغُرُوبُ بَعْدَهُ، وَلَوْ اقْتَرَنَتْ بِأَوَّلِ سُنَنِ الوُضُوءِ وَعَزَبَتْ قَبْلَ غَسْلِ الوَجْهِ فَوَجْهَانِ.**

قال الرافعي: لا يجوز أن تتأخر النية عن أول غسل الوجه؛ لأنها لو تأخرت لخلا أول الفرض عن النية، وصار كالصلاة، يشترط فيها المقارنة بأولها بخلاف الصوم، يحتمل فيه التقدم تارة والتأخر أخرى، لعسر مراقبة طلوع الفجر وتطبيق النية عليه، ثم إذا لم تتأخر، فيما أن يحدث مقارنة لأول غسل الوجه أو يتقدم عليه، فإن حدثت مقارنة لأول غسل الوجه صح الوضوء ولا يجب الاستصحاب إلى آخر الوضوء، لما فيه من العسر، ولكن لا يحصل له ثواب ما قبله من السنن، إذ ليس للمؤمن من عمله إلا ما نوى<sup>(٢)</sup> وإن تقدمت عليه، نظر إن استصحابها إلى أن ابتداء بغسل الوجه صح الوضوء. وحصل ثواب السنن المَنَوِيَّةِ قبله، وإن قارنت ما قبله من السنن، وعزبت قبل غسل الوجه، ففي الوضوء وجهان:

أحدهما: الصحة؛ لأن تلك السنن من جملة الوضوء فإذا اقترنت النية بها، فقد اقترنت بأول العبادة. وإن لم تكن فرضاً وأصحهما: المنع، لأن المقصود من العبادة واجباتها والمندوبات وتوابع وتزيينات، فلا يكفي اقتران النية بها، ولأنها أمور سابقة على فرض الوضوء، فلا يكفي اقتران النية بها، كالاتنجاء ثم لا خلاف في أن المضمضة، والاستنشاق من سنن الوضوء، واختلفوا فيما قبل ذلك، كغسل اليدين، والسواك، والتَّسْمِيَّةِ، فلم يعدها كثيرون من سننه. وإن كانت مندوبة في ابتدائه، وعدها آخرون من سننه، وهو الوجه، ولهذا تقع معتداً بها مثاباً عليها إذا نوى مطلق الوضوء، ولو لم تكن معدودة من أفعاله لما اعتد بها بنية الوضوء. وفي لفظ الكتاب أشياء، ينبغي أن يتنبه لمثلها.

(١) سقط في ط.

(٢) قال النووي: وفي الحاوي وجه أنه يثاب عليها. والله أعلم. الروضة ١٥٨/١.

**الأول:** إن قوله: «وقت النية حالة غسل الوجه» مؤول، لأن إطلاق غسل الوجه يتناول جميعه والجميع ليس بوقت النية، لا بمعنى أنه يجب اقتران النية بالكل، كقولنا: وقت الصوم النهار؛ لأنه يجوز أن يغسل الوجه على التدرج، ولا تقترن النيّة بما سوى الجزء الأول، ولا بمعنى أنه تجزى النية في أي بعض من أبعاضه اتفقت، كقولنا: وقت الصلاة كذا؛ لأن اقترانها بما سوى الجزء الأول لا يعني فإذا المراد أول غسل الوجه.

**والثاني:** أن قوله: لا يضر العزوب بعده ليس على إطلاقه. لأن الذي لا يضر ليس مطلق العزوب؛ بل العزوب بشرط أن لا تحدث نية أخرى، حتى لو عزبت نيته المعتبرة، وحدثت له نية تبرد، أو تنظف، لم يصح وضوءه في أصح الوجهين؛ لأن النية الأولى غير باقية حقيقة، والثانية حاصلة حقيقة، فتكون أقوى.

**والثالث:** قوله: «ولو اقترنت بأول سنن الوضوء»، ليس من شرط هذه الصورة أن يكون الاقتران بالسنة الأولى؛ بل سواء اقترنت النية بالأولى أو بغيرها وعزبت قبل الشروع في غسل الوجه - حصل الوجهان وبالله التوفيق.

قال الغزالي: وَكَيْفِيَّتُهَا أَنْ يَنْوِي رَفَعَ الْحَدِيثَ أَوْ اسْتَبَاحَةَ الصَّلَاةِ أَوْ مَا لَا يَبَاحُ إِلَّا بِالطَّهَارَةِ أَوْ آدَاءِ فَرَضِ الْوُضُوءِ، فَإِنْ نَوَى رَفَعَ بَعْضَ الْحَدِيثِ دُونَ الْبَعْضِ فَسَدَتْ نِيَّتُهُ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَإِنْ نَوَى اسْتَبَاحَةَ صَلَاةٍ لَا بِعَيْنِهَا صَحَّتْ نِيَّتُهُ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَقِيلَ تَفْسُدُ فِي الْكُلِّ، وَقِيلَ يَبَاحُ لَهُ مَا نَوَى، وَلَوْ نَوَى مَا يُسْتَحَبُّ لَهُ الْوُضُوءُ كَقِرَاءَةِ الْقُرْآنِ لِلْمُحَدِّثِ فَوَجْهَانِ، وَلَوْ شَكَّ فِي الْحَدِيثِ بَعْدَ تَيْقِنِ الطَّهَارَةِ فَتَوَضَّأَ أَحْتِياطًا ثُمَّ تَبَيَّنَ الْحَدِيثَ فَفِي وَجُوبِ الإِعَادَةِ وَجْهَانِ لِلتَّرَدُّدِ فِي النِّيَّةِ، وَإِنْ نَوَى بِوَضُوءِهِ رَفَعَ الْحَدِيثَ وَالتَّبَرُّدَ لَمْ يَضُرَّ عَلَى الْأَظْهَرِ وَكَذَا إِنْ نَوَى غُسْلَ الْجَنَابَةِ مَعَ غُسْلِ الْجُمُعَةِ حَصَلًا مَعًا.

قال الرافعي: الوضوء نوعان، وضوء رفاهية، ووضوء ضرورة، أما وضوء الرِّفَاهِيَةِ فعلى صاحبه أن ينوي أحد أمور ثلاثة:

**أولها:** رفع الحدث، أو الطهارة عنه، فإن أطلق كفاه؛ لأن المقصود من الوضوء رفع مانع الصلاة ونحوها، فإذا نواه فقد تعرض لما هو المطلوب بالفعل. وحكى وجه: أنه إن كان يمسح على الخف لم يجزه نية رفع الحدث؛ بل ينوي استباحة الصلاة، كالمتميم، ولو نوى رفع بعض الأحداث دون بعض، بأن كان قد نام وبال ومس، فنوى رفع حدث منها، ففيه وجوه أصحها: أنه يصح وضوءه؛ لأنه نوى رفع البعض، فوجب أن يرتفع، والحدث لا يتجزأ، فإذا ارتفع البعض ارتفع الكل.

**والثاني:** لا يصح؛ لأن ما لم يَنْوِ رفعه يبقى، والأحداث لا تتجزأ، فإذا بقي البعض بقي الكل، ويكاد هذان الكلامان يتقاومان، لكن من نصر الأول قال: نفس النوم

والبول لا يرفع، وإنما يرفع حكمهما، وهو شيء واحد تعددت أسبابه، والتعرض لها ليس بشرط، فإذا تعرض له مضافاً إلى سبب واحد - لغت الإضافة إلى السبب، وارتفع.

**والثالث:** إن لم ينف رفع ما عداه صح وضوءه، وإن نفاه فلا، لأن نيته حينئذ تتضمن رفع الحدث وإبقائه فصار، كما لو قال: أرفع الحدث لا أرفع الحدث.

**والرابع:** إن نوى رفع الحدث الأول صح وضوءه، وإن نوى غيره فلا؛ لأن الأول هو الذي أثر في المنع ونقض الطهارة.

**والخامس:** إن نوى رفع الحدث الأخير صح، وإن نوى غيره فلا، لأن الأخير أقرب، وذكر بعضهم: أن الخلاف فيما إذا نواه، ونفى غيره، فإن لم ينف صح بلا خلاف، وهذا إذا كان الحدث الذي خصه بالرفع واقعاً له، فإن لم يكن، كما إذا نوى رفع حدث النوم ولم ينم، وإنما بال، نظر إن كان غاططاً صح وضوءه؛ لأن التعرض لها ليس بشرط، فلا يضر الغلط فيها، وإن كان عامداً لم يصح في أصح الوجهين، لأنه متلاعب بطهارته.

**الثاني:** استباحة الصلاة أو غيرها، مما لا يباح إلا بالطهارة، كالطواف، وسجدة التلاوة، والشكر، ومس المصحف، فإذا نواها وأطلق أجزأه، لأن رفع الحدث إنما يطلب لهذه الأشياء، فإذا نواها فقد نوى غاية المقصد، وروى وجه: أنه لا يصح الوضوء بنية الاستباحة، لأن الصلاة ونحوها قد تستباح مع بقاء الحدث بدليل التميم وإن نوى استباحة صلاة معينة، فإن لم يتعرض لما عداها بالنفي والإثبات صح أيضاً وإن نفى غيرها فثلاثة أوجه:

**أصحها:** الصحة؛ لأن المنوية ينبغي أن تباح، ولا تباح إلا إذا ارتفع الحدث، والحدث لا يتبعض.

**والثاني:** المنع، لأن نيته تضمنت رفع الحدث، وإبقائه كما سبق.

**والثالث:** يباح له المنوي دون غيره، لظاهر قوله - صلى الله عليه وآله وسلم: «وَلِكُلِّ أَمْرٍ مَّا نَوَى». وإن نوى ما يستحب له الوضوء كقراءة القرآن للمحدث، وسماع الحديث وروايته، والقعود في المسجد وغيرها، فوجهان:

**أظهرهما:** لا يصح وضوءه؛ لأن هذه الأفعال مباحة مع الحدث، فلا يتضمن قصدهما قصد رفع الحدث.

**والثاني:** يصح؛ لأنه قصد أن يكون ذلك [الفعل على أكمل أحواله، ولن يكون كذلك إلا إذا ارتفع الحدث]:

والوجهان جاريان فيما إذا كان<sup>(١)</sup> الوضوء مستحباً في ذلك الفعل لمكان الحدث، كما ذكرنا من الأمثلة، وفيما إذا كان الاستحباب لا باعتبار الحدّث كتجديد الوضوء، فإن المقصد منه زيادة النُظَافَةِ، لكن المنع في القسم الثاني أظهر منه في الأول، ولذلك قطع بعضهم بنفي الصحة فيه. ولو شك في الحدث بعد يقين الطهارة، فتوضأ احتياطاً، ثم تَبَيَّنَ أنه كان محدثاً، فهل يعتد بهذا الوضوء؟ فيه هذان الوجهان؛ لأن الوضوء والحالة هذه محبوب للاحتياط لا للحدث؛ وفي المسألة معنى آخر، وهو أنه الوضوء متردد في الحدث، فيكون متردداً في نِيَّةِ رفع الحدث، وإذا كان كذلك وجب أن لا يعتد بوضوئه لاخْتِلَالِ النية، وهذا بخلاف ما إذا شك في الطهارة بعد يَقِينِ الحدث، حيث يُؤمَرُ بالوضوء، ويحكم بصحته مع التردد، لأن الأصل بقاء الحدث، والتردد الذي يعتضد أحد طرفيه بالأصل لا يضر لحصول الرُّجْحَانِ والظهور. وهذا المعنى على العكس هاهنا، أما إذا كان الفعل، بحيث لا يتوقف على الوضوء، ولا يستحب الوضوء له كدخول السوق، فتوضأ له لم يصح.

الثالث: أداء فرض الوضوء، فيصح الوضوء بهذه النية؛ كما إذا نوى المصلّي أداء فرض الصلاة، وهذا لأن النية معتبرة في الوضوء لجهة كونه قُرْبَةً، فأشبهه سائر القربات، ولهذا ذكروا وجهين في اشتراط الإضافة إلى الله تعالى كما في الصوم، والصلاة وسائر العبادات.

والأولى: أن لا يجعل اعتبار النية في الوضوء على سبيل القربات بل يعتبرها للتمييز ولو كان الاعتبار على وجه القرية لما جاز الاقتصار على أداء الوضوء وحذف الفرضية، لأن الصحيح أنه يشترط التعرض للفرضية في الصلاة وسائر العبادات، وقد نُصِّوا على أنه لو نوى أداء الوضوء كفاه، بل يلزم أن يجب التعرض للفرضية ولو نوى رفع الحدث أو الاستِباحة والله أعلم. فإن قيل: إذا لم يدخل وقت الصلاة، فليس عليه وضوء ولا صلاة، فكيف ينوي فرض الوضوء؟

فالجواب أن الشيخ أبا على ذكر أن الموجب للطهارة هو الحدث، وقد وجد، إلا أن وقتها لا يتضيّق عليه، ما لم يدخل وقت الصلاة، فلذلك صح الوضوء بنية الفرضية قبل دخول الوقت، لكن هذا الجواب مبني على أن الموجب للطهارة هو الحدث، وقد صار بعض الأصحاب: إلى أن الموجب هو دخول الوقت أو أحدهما بشرط الآخر، ويجوز أن يقال: لا تعنى بالفرضية<sup>(٢)</sup> أنه يلزمه الإتيان به، وإلا لامتنع أن يتوضأ الصبي المميز بهذه النية، ولكن المراد أنه ينوي إقامة طهارة الحدث المشروطة في الصلاة،

(٢) في ب: بالفريضة.

(١) سقط في ب.

وشروط الشيء تسمى فروضه، وربما نذكر في معنى فرضية الصلاة التي ينوبها المصلي ما يقارب هذا، ونبين ما فيه من الإشكال في كتاب الصلاة إن شاء الله تعالى.

ثم إذا نوى بوضوئه أحد الأمور الثلاثة، وقصد معه شيئاً آخر يحصل ذلك الشيء من غير قصد ونية، كما لو نوى بوضوئه رفع الحدث والتبرّد أو استباحة الصلاة والتبرّد، ففي صحة الوضوء وجهان:

أحدهما: ويحكى عن ابن سريج: أنه لا يصح؛ لأن الاشتراك في النية بين القرية وغيرها مما لا يخل بالإخلاص، وأصحهما: أنه يصح، لأن التبرّد حاصل وإن لم ينو فنيته لاغية؛ وصار كما لو كبر الإمام وقصد مع التحريم إغلام القوم لا يضر، ولو اغتسل بنية رفع الجنابة والتبرّد فعلى هذين الوجهين. ولو كان يغتسل ضحوّة الجمعة، فنوى رفع الجنابة وغسل الجمعة، فهذا يُبنى على أنه لو اقتصر على نية رفع الجنابة، هل يتأدى به سنّة غسل الجمعة أم لا؟ فيه قولان: إن قلنا: لا، فقضيته أنه لا يصح الغسل أصلاً؛ كما لو نوى بصلاته الفرض والنفل جميعاً.

وإن قلنا: يتأدى به وهو الأصح فوجهان، كالوجهين في ضمّ نية التبرّد إلى رفع الحدث، أحدهما: أنه لا يضر، كما لو صلى الفرض عند دخول المسجد، ونوى التحيّة أيضاً لا يضر، لأن التحية تحصل، وإن ينوبها ولا فرق في جريان الوجهين - في مسألة التبرّد - بين أن يضم قصد التبرّد إلى النية المعتمدة في الابتداء، وبين أن يحدثها في الأثناء وهو ذاكر للنية المعتمدة، أما إذا كان غافلاً عنها لم يصح ما أتى به بعد ذلك في أصح الوجهين، وقد قدمنا هذا.

هذا شرح مسائل الفصل على الاختصار، ونعود إلى ما يتعلق بخصوص الكتاب.

قوله: «وكيفيته أن ينوي رفع الحدث»، يجوز أن يعلم رفع الحدث بالواو، إشارة إلى الوجه الذي ذكرنا، في حق الماسح على الخُف، فإن ذلك القائل لا يصح الوضوء بنية رفع الحدث على الإطلاق؛ بل في حق غير الماسح. وقوله: «أو استباحة الصلاة» ينبغي أن يعلم أيضاً بالواو، للوجه الذي روينا. وقوله: «أو أداء فرض الوضوء» ليس ذكر الفرضية على سبيل الاعتبار والاشتراط كما سبق، وقد أوضح ذلك في «الوسيط». فقال: ينوي أداء الوضوء أو فريضة الوضوء. وقوله: «ولو نوى رفع بعض الحدث دون البعض»، يشمل ما إذا لم يتعرض للباقي أصلاً، وما إذا نفى رفع الباقي والخلاف جارٍ في الحالتين على أظهر الطريقتين كما سبق - فهو مجرى على إطلاقه، لكن قوله: «وإن نوى استباحة صلاة بعينها» - المراد منه: ما إذا عيّنها؛ ونفى غيرها، لأنه لا خلاف فيما إذا لم يتعرض لما سواها. وقوله: في مسألة الشك «للتبرّد في النية» إشارة إلى المعنى الثاني، لوجه عدم الإجزاء، لكن المناسب لا يراد المسألة

مقرونة بما إذا نوى بوضوئه الأفعال المستحبة المعنى الأول. وقوله: «كذا لو نوى غسل الجنابة والجمعة حصلاً»، يجوز أن يريد به العطف على الأظهر في مسألة التبرد، بناء على أنه يحصل غسل الجمعة وإن اقتصر على رفع الجنابة، وعلى هذا فاللفظ يشعر بالخلاف في المسألة ولا حاجة إلى إعلامه بالواو، ويجوز أن يحمل على الابتداء، وعلى هذا يحتاج إلى العلامة بالواو، وعلى التقديرين وهو مُعَلَّمٌ بالميم، لأن صاحب «البيان» حكى عن مالك أنه لا يجزئه الغسل الواحد عنهما.

قال الغزالي: وَالْمُسْتَحَاضَةُ لَا يَكْفِيهَا نِيَّةُ رَفْعِ الْحَدَثِ بَلْ تَنْوِي أَسْتِبَاحَةَ الصَّلَاةِ وَرَفْعِ الْحَدَثِ وَلَوْ أَقْتَصَرْتَ عَلَى نِيَّةِ الْأَسْتِبَاحَةِ جَازَ عَلَى الْأَصَحِّ.

قال الرافعي: تكلمنا في كَيْفِيَّةِ النِّيَّةِ في وضوء الرِّفَاهِيَّةِ، أما النوع الثاني في وضوء الضرورة وهو وضوء من به حَدَثٌ دائم، كَالْمُسْتَحَاضَةِ، وَسَلَسِ الْبَوْلَ ونحوهما. فنقول: لو اقتصر المستحاضة على نية رفع الحدث، فهل يصح وضوءها؟ فيه وجهان:

أصحهما: وهو المذكور في الكتاب، أنه لا يصح؛ لأن حدثها لا يرتفع بالوضوء، وكيف يرتفع؟ ومنه ما يقارن وضوءها ويتأخر عنه.

والثاني: يصح؛ لأن رفع الحدث يتضمن استباحة الصلاة، فقصد رفع الحدث يؤثر بمتضمنه وإن لم يؤثر بخصوصه، ولو اقتصر على نية الاستباحة فوجهان:

أصحهما: أنه يصح وضوءها، كما يصح التيمم بهذه النية.

والثاني: لا يصح يُحَكِّي ذلك عن أبي بكر الفارسي، والخضري؛ لأن لها أحداثاً سابقة وأخرى لاحقة، فتنوي الرفع لما تقدم، والاستباحة لما تأخر، وإن جمعت بينهما، فهو الغاية، لم لو نوت استباحة فريضة واحدة لا غير جاز بلا خلاف، بخلاف ما إذا فعل ذلك صاحب طهارة الرفاهية، لأن طهارتها لا تفيد إلا فريضة واحدة. ولو نوت استباحة نافلة بعينها، عاد ذلك الخلاف، ثم النظر في كون المُسْتَبَاحِ فرضاً أو نفلًا أو مطلق الصلاة، وفيما يباح لها إذا نوت النفل، كما سيأتي في التيمم.

قال الغزالي: وَلَوْ أَغْفَلَ لُمَعَةً فِي الْأُولَى فَأَنْعَسَلَتْ فِي الْكُرَّةِ الثَّانِيَةِ عَلَى قَصْدِ التَّنْفِيلِ فَفِي أَرْتِفَاعِ الْحَدَثِ وَجْهَانِ، وَلَوْ فَرَّقَ النَّيَّةَ عَلَى أَعْضَاءِ الْوُضُوءِ لَمْ يَجْزُ عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ.

قال الرافعي: في الفصل مسألتان:

إحدهما: لو كان يتوضأ ثلاثاً كما هو السُّنَّةُ وترك لُمَعَةً في المرة الأولى غافلاً،

وانغسلت في الغسلة الثانية أو الثالثة، وهو يقصد التنفل بهما، فهل يعتد بغسل تلك اللُّمعة أم يحتاج إلى إعادته؟ فيه وجهان مخرجان على أصليين سبق ذكرهما.

أحدهما: أنه إذا لم تبق نيته الأولى، وحدثت نيَّةٌ أخرى؛ كما إذا عزبت نية رفع الحدث، وقصد التبريد أو التنظف، فقد حكينا فيه وجهين، وهاتنا كذلك لأنه لم يبق له في المرة الثانية والثالثة نية رفع الحدث ضرورة اعتقاده ارتفاع الحدث بالمرة الأولى.

**والثاني:** أن تلك اللُّمعة ما صارت مغسولة بنية رفع الحدث، وما في معناها؛ بل على قصد التنفل، فيكون كما لو نوى بوضوئه ما يستحب له الطهارة<sup>(١)</sup> ولو أغفل لمعة في وضوئه، وانغسلت في تجديد الوضوء بعد ذلك، فعلى هذين الوجهين، لكن الأصح الاعتداد بالمُنغسل في المرة الثانية والثالثة، وعدم الاعتداد بالمنغسل في التجديد، والفرق أن الغسلات في المرات الثلاث طهارة واحدة، وقضية نية الأولى أن تحصل الغسلة الثانية بعد الأولى، مما لم ينغسل عن الأولى لا يقع عن الثانية، وتوهمه الغسل عن الثانية لا يمنع الوقوع عن الأولى، كما لو ترك سجدة من الأولى ناسياً وسجد في الثانية تتم بها الأولى، وإن كان تَوَهَّم خلاف ذلك، وأما التجديد فهو طهارة مستقلة منفردة بنية لم تتوجه إلى رفع الحدث أصلاً.

**المسألة الثانية:** إذا فرَّق النية على أعضاء الوضوء، فنوى عند غسل الوجه رفع الحدث عنه، وعند غسل اليدين رفع الحدث عنهما، وهكذا، ففي صحة وضوئه وجهان:

**أظهرهما:** عند صاحب الكتاب المنع؛ لأن الوضوء عِبَادَةٌ واحدة، فلا يجوز تفريق النية على أعضائها كالصوم، والصلاة.

**والثاني:** وهو الأصح عند المعظم، أنه يصح؛ لأنه يجوز تفريق أفعاله على الصحيح ولا يشترط فيه الموالاة وإن كان عبادة واحدة، فكذلك يجوز تفريق النية على أفعاله بخلاف الصلاة وغيرها لا يجوز التفريق في أعضائها، ثم من الأصحاب من يبني تفريق النية على تفريق الأفعال إن جوزنا تفريق الأفعال جوزنا تفريق النية وإلا فلا، ومنهم من رَتَّبَ، فيقول: إن لم يَجْزِ التفريق في الأفعال ففي النية أولى، وإن جوزنا ذلك ففي هذا وجهان.

والفرق أنه وإن فرق أفعاله، فهو عبادة واحدة يرتبط بعضها ببعض، ألا ترى أنه لو أراد مَسَّ المصحف بوجهه المغسول قبل غسل باقي الأعضاء لا يجوز، وإذا كان كذلك

(١) قال النووي: لو نسي اللمعة في وضوئه أو غسله. ثم نسي أنه توضأ أو اغتسل فأعاد الوضوء أو الغسل بنية الحدث أجزاءه، وتكمل طهارته بلا خلاف. والله أعلم. الروضة ١/١٦٠.



فليشملها نية واحدة، بخلاف الأفعال فإنها لا تتأتى إلا متفرقة، ثم الخلاف في مطلق تفريق النية أم فيما إذا نوى رفع الحدث عن العضو المغسول، ونفى غسل سائر الأعضاء دون ما إذا اقتصر على رفع الحدث عنه، والمشهور الأول، وحكى عن بعض الأصحاب الثاني، وإذا قلنا في المسألة الأولى: إنه لا يُعْتَدُ بغسل المُعْمَةِ في الكَرَّةِ الثانية والثالثة، فهل يبطل ما مضى من طهارته، أم يجوز البناء؟ فيه وجهان تفريق النية: إن قلنا: لا يجوز التفريق يمتنع البناء؛ لأنه محتاج عند البناء إلى تجديد النية للباقي، وإن قلنا: يجوز البناء ويبقى النظر في طول الفصل وعدمه، فإن اعتبرنا الموالاة لم يُحْتَمَلْ طول الفصل.

قال الغزالي: **الْفَرَضُ الثَّانِي: أَسْتَيْعَابُ غَسْلِ الْوَجْهِ مِنْ مُبْتَدَأِ تَسْطِيحِ الْجَبْهَةِ إِلَى مُنْتَهَى الدَّفَنِ وَمِنَ الْأُذُنِ إِلَى الْأُذُنِ وَاجِبٌ، وَلَا تَدْخُلُ التَّرْعَتَانِ وَلَا مَوْضِعُ الصَّلَعِ فِي التَّحْدِيدِ، وَمَوْضِعُ التَّحْدِيدِ (٣) مِنَ الْوَجْهِ عَلَى الْأَظْهَرِ، وَالْعَمَمُ إِنْ اسْتَوْعَبَ جَمِيعَ الْجَبْهَةِ وَجَبَ إِصَالُ الْمَاءِ إِلَيْهِ فَإِنْ لَمْ يَسْتَوْعَبْ فَوَجْهَانِ.**

قال الرافعي: غسل الوجه أول الأركان الظاهرة في الوضوء، قال الله تعالى: ﴿فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ﴾<sup>(١)</sup>، وَحَدُّ الْوَجْهِ عَلَى مَا اخْتَارَهُ صَاحِبُ الْكِتَابِ مِنْ مُبْتَدَأِ تَسْطِيحِ الْجَبْهَةِ إِلَى مُنْتَهَى الدَّفَنِ فِي الطُّوْلِ، وَمِنَ الْأُذُنِ إِلَى الْأُذُنِ فِي الْعَرْضِ، وَمَعْنَى ذَلِكَ: أَنْ يَمِيلَ الرَّأْسُ إِلَى التَّدْوِيرِ، وَمِنْ أَوَّلِ الْجَبْهَةِ يَأْخُذُ الْمَوْضِعَ فِي التَّسْطِيحِ، وَتَقَعُ بِهِ الْمُحَادَاةُ وَالْمُوَاجَهَةُ، فَحَدُّ الْوَجْهِ فِي الطُّوْلِ مِنْ حَيْثُ يَبْتَدِئُ التَّسْطِيحَ، وَمَا فَوْقَ ذَلِكَ مِنَ الرَّأْسِ. وَإِذَا عُرِفَ ذَلِكَ فَمِمَّا يَخْرُجُ عَنِ الْحَدِّ التَّرْعَتَانِ، وَهُمَا الْبَيَاضَانِ الْمُكْتَنَفَانِ لِلنَّاصِيَةِ أَعْلَى الْجَبْهَتَيْنِ، لِأَنَّهُمَا فِي سَمْتِ النَّاصِيَةِ، وَهُمَا جَمِيعاً فِي حَدِّ التَّدْوِيرِ، وَمِمَّا يَخْرُجُ عَنْهُ مَوْضِعُ الصَّلَعِ، لِأَنَّهُ فَوْقَ ابْتِدَاءِ التَّسْطِيحِ، وَلَا عِبْرَةَ بَانْحِسَارِ الشَّعْرِ عَنْهُ، نَظَرًا إِلَى الْأَعْمِ الْأَغْلَبِ، وَمِمَّا يَخْرُجُ عَنْهُ مَوْضِعَا الصُّدْعَيْنِ، وَهُمَا فِي جَانِبِي الْأُذُنِ يَتَصَلَّانِ بِالْعِدَارَيْنِ مِنْ فَوْقٍ؛ لِأَنَّهُمَا خَارِجَانِ عَمَّا بَيْنَ الْأُذُنَيْنِ<sup>(٢)</sup> لِكُونِهِمَا فَوْقَ الْأُذُنَيْنِ، وَحَكَى فِي الصُّدْعَيْنِ وَجْهًا: أَنَّهُمَا مِنَ الْوَجْهِ، وَمِمَّا يَدْخُلُ فِي الْحَدِّ مَوْضِعُ الْعَمَمِ<sup>(٣)</sup>؛ لِأَنَّهُ فِي تَسْطِيحِ الْجَبْهَةِ، وَلَا عِبْرَةَ بِنَبَاتِ الشَّعْرِ عَلَى خِلَافِ الْغَالِبِ، كَمَا لَا عِبْرَةَ بَانْحِسَارِهِ عَنْ مَوْضِعِ الصَّلَعِ عَلَى خِلَافِ الْغَالِبِ، هَذَا إِذَا اسْتَوْعَبَ الْعَمَمُ جَمِيعَ الْجَبْهَةِ، وَإِلَّا فَوَجْهَانِ:

**أصحهما: أن الأمر لا يختلف، وهو من الوجه لما ذكرنا.**

(١) سورة المائدة آية (٦).

(٢) في ب: الأذنين.

(٣) غم الشخص غمماً من باب تعب سال شعر رأسه حتى ضاقت جبهته وقفاه. المصباح المنير ٢/ ٦٢٢.

**والثاني:** أنه من الرأس؛ لأنه على هيئته، والباقي المكشوف هو من الجبهة، بخلاف ما إذا أخذ الغمغمة جميع الجبهة، فإن العادة لم تَجْر بأن لا يكون للإنسان جبهة أصلاً، وربما وجه أحد هذين الوجهين، أنه مقبل في صَفْحَةِ الوجه.

والثاني بأنه في تدوير الرأس، ومعناه أن الأَعْمَّ ينتأ من أوائل جبهته شيء، ولا ينقطع شكل تدوير رأسه حيث ينقطع من غيره، فذلك الموضع متصل بتدوير الرأس، لكنه مقبل في صفحة الوجه. وأما موضع التَّخْذِيفِ؛ وهو الذي ينبت عليه الشعر الخفيف بين ابتداء العِدَارِ والتَّرْعَةِ، وربما يقال: بين الصَّدْعِ والتَّرْعَةِ؛ والمعنى لا يختلف لأن الصدغ والعذار متلاصقان، وهل هو من الوجه، أو الرأس؟ فيه وجهان. قال ابن سريج وغيره: هو من الوجه لمحاذاته بِيَاضِ الوجه، ولذلك تعاد النساء والأشرف إزالة الشعر عنه ولهذا سُمي موضع التَّخْذِيفِ. وقال أبو إسحاق وغيره: هو من الرأس لنبات الشعر عليه متصلاً بسائر شعر الرأس، والأول: هو الأظهر عند المصنف، والذي عليه الأكثرون.

الثاني وهو الذي يوافق نص الشافعي - رضي الله عنه - في حَدِّ الوجه، وحاول إمام الحرمين تقدير موضع التحذيف، فقال: إذا وضع طرف خيط على رأس الأذن، والطرف الثاني على زاوية الجبين فما يقع منه في جانب الوجه فهو من الوجه، ولك أن تقول بتوجيه من يجعله من الوجه لا يقتضي التقدير بهذا المقدار، فإن من يحذف قد يحذف أكثر من ذلك، أو أقل، ولا يراعى هذا الضبط فلا بد للتقدير من دليل.

وأما لفظ الكتاب فقوله: «استيعاب غسل الوجه». كان الأحسن أن يقول: استيعاب الوجه بالغسل. وقوله: «من مبتدأ تَسْطِيحِ الجبهة» إلى آخره، تحديد للوجه، وكلمتا «من» و«إلى» إذا دخلتا في مثل هذا الكلام قَدْ يُرَادُ بهما دخول ما وردتا عليه في الحَدِّ، وقد يُرَادُ خروجه.

**نظير الأول:** حضر القوم من فلان إلى فلان.

**ونظير الثاني:** من هذه الشجرة إلى هذه الشجرة كذا ذراعاً، وهما في قوله: «من مبتدأ تَسْطِيحِ الجبهة إلى منتهى الذَّقْنِ مستعملتان بالمعنى الأول، إذ لا يراد بمتبداً التسطيح إلا أوله، وبمنتهى الذقن إلا آخره، ومعلوم أنهما داخلان في الوجه، وفي قوله: من الأذن إلى الأذن مستعملتان بالمعنى الثاني، لأن الأذنين خارجتان من الوجه.

واعلم قوله: «من الأذن إلى الأذن» بالميم؛ لأن مالكا يعتبر من العِدَارِ إلى العِدَارِ، ويخرج البِيَاضُ الذي بين العذار والأذن عن حد الوجه، فإن قيل: يدخل في

هذا الحد ما ليس من الوجه ويخرج منه ما هو من الوجه أما الأول فلأنه يدخل فيه داخل الفم، والأنف فإنه بين تسطیح الجبهة ومنتهى الذقن، وليس من الوجه، وأما الثاني؛ فلأنه تخرج عنه اللحية المُسترسلة وهي من الوجه، لما روى أنه ﷺ رأى رجلاً غطى لحيته، وهو في الصلاة فقال: «أَكْشِفْ لِحْيَتَكَ، فَإِنَّهَا مِنْ أَلْوَجِهِ»<sup>(١)</sup>.

قلنا: أما الأول فَلِلْكَلام تأويل. المعنى ظاهر ما بين تَسْطِیح الجبهة ومنتهى الذقن؛ ولهذا لو بطن جزء بالالتحام وظهر جزء خرج الظاهر عن أن يكون من الوجه وصار الباطن من الوجه نقيم الشَّعْرَ مقام البَشْرَةَ من صاحب النحية الكثة، وأما الثاني فتسمية اللحية وجهاً على سبيل التبعية والمجاز؛ لأمرين:

أحدهما: أنه لولا ذلك لكانت وجوه المُرْدِ والنسوان ناقصة، ولصح أن يقال: لمن حلقت لحيته: قطع بعض وجهه، معلوم أنه ليس كذلك.

والثاني: أنه يصح قول القائل اللحية من الشعور النابتة على الوجه وفي المسترسلة: أنها نازلة عن حد الوجه، وذلك يدل على ما ذكرنا.

قال الغزالي: وَيَجِبُ إِیْصَالُ الْمَاءِ إِلَى مَنَابِتِ الشُّعُورِ الْخَفِيفَةِ غَالِباً كَالْحَاجِبِينَ وَالْأَهْدَابِ وَالشَّارِبِينَ وَالْعِدَارِينَ، فَأَمَّا شَعْرُ الذَّقْنِ فَإِنْ كَثُفَ بِحَيْثُ لَا تَتَرَاءَى الْبَشْرَةُ لِلنَّاطِرِ لَمْ يَجِبْ إِیْصَالُ الْمَاءِ إِلَى مَنَابِتِهَا إِلَّا الْمَرْأَةَ فَإِنَّ لِحْيَتَهَا نَادِرَةٌ، وَفِي الْعَنْقَقَةِ وَجْهَانِ لِأَنَّ كَثَافَتَهَا قَدْ تَعَدَّتْ نَادِرًا، وَيَجِبُ إِفَاضَةُ الْمَاءِ عَلَى ظَاهِرِ اللُّحْيَةِ الْخَارِجَةِ عَنِ حُدِّ الْوَجْهِ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ.

قال الرافعي: لما تكلم في حد الوجه عاد إلى الشعور النابتة عليه، وهي: قسمان حاصلة في حد الوجه، وخارجة عنه.

والقسم الأول على ضربين:

أحدهما: ما يندر فيه الكثافة كالحاجبين والأهداب، والشاربين والعدارين.

والعدار: هو القدر المحاذي للأذن يتصل من الأعلى بالصدغ ومن الأسفل بالعارض، فهذه الشعور يجب غسلها ظاهراً وباطناً، كالسَّلْعَةِ<sup>(٢)</sup> النابتة على محل الفرض، ويجب غسل البَشْرَةَ تحتها؛ لأنها من الوجه ولا عبرة بحيلولة الشعر لأمرين:

أظهرهما: أن الغالب في هذه الشعور الخفة، فيسهل إيصال الماء إلى منابيتها فإن

(١) انظر التلخيص ٥٦/١.

(٢) حُرْج كهيئة الغدة تتحرك بالتحريك وهي ورم غليظ غير ملتزق باللحم يتحرك عند تحريكه، وتقبل التزايد لأنها خارجة عن اللحم. المصباح المنير ٣٨٨/١.

فرضت فيها الكثافة على سبيل التذرة، فالنادر ملحق بالغالب.

**والثاني:** أن بياض الوجه محيط بها إما من جميع الجوانب<sup>(١)</sup> كالحاجبين والأهداب، أو من جانبيين كالعذارين والشاربين، فيجعل موضعها تبعاً لما يُحيطُ به، ويعطى حكمه، وفي كلام بعض الأئمة حكاية وجه أنها: إذا كثفت لا يجب غسل مَنَابِتِهَا كَاللَّحْيَةِ، فلك أن تعلم قوله: «ويجب إيصال الماء إلى منابت الشعور الخفيفة غالباً» [بالواو]<sup>(٢)</sup> إشارة إلى هذا الوجه، واقتضاه على ذكر المنابت ليس لأن الشعور لا تغسل؛ بل إذا وجب غسل المنابت وجب غسل الشعور بطريق الأولى، ففي ذكر المنابت تنبيه عليها.

**والضرب الثاني:** ما لا يندر فيه الكثافة وهو شعر الذقن والعارضين، والعارض ما ينحط عن القدر المحاذي للأذن، فينظر فيه إن كان خفيفاً وجب غسله مع البشرة تحته كالشعور الخفيفة غالباً، وإن كان كثيفاً وجب غسل ظاهره، ولم يجب غسل البشرة تحته. لما روى أن النبي ﷺ «تَوَضَّأَ فَعَرَفَ عَرَفَةَ عَسَلَ بِهَا وَجْهَهُ، وَكَانَ ﷺ كَتَّ اللَّحْيَةَ»<sup>(٣)</sup> ولا يبلغ ماء الغرفة الواحدة أصول الشعر مع الكثافة، والمعنى فيه: عسر إيصال الماء إلى المنابت مع الكثافة غير النادرة، وحكى فيه قول قديم: أنه يجب غسل البشرة تحته؛ لأنها الوجه وهذا شعر نابت عليه ومنهم من يحكيه وجهاً وهو قول المزني - رحمه الله - .

وليكن قوله: «لم يجب إيصال الماء إلى منابتها»، معلماً بالزاي والواو لهذا الخلاف والمذهب الأول. ويستثنى عن اللحية الكثيفة ما إذا خرجت للمرأة لحية كثيفة، فيجب إيصال الماء إلى منابتها؛ لأن أصل اللحية لها نادر فكيف بصفة الكثافة، وكذلك لحية الخنثى المشكل إذا لم يكن نبات اللحية مزياً للإشكال، وفيه خلاف يأتي ذكره فإذا اللحية في حقها من الضرب الأول، وعنفقة الرجل من الضرب الأول، أو من الضرب الثاني؟ فيه وجهان مبنيان على المعنيين المذكورين في الحاجتين ونحوهما، إن عللنا بالمعنى الأول وهو ندرة الكثافة في تلك الشعور، فالعنفقة ملحقة بها. وإن عللنا بإحاطة البياض فلا، بل هي كاللحية، والمعنى الأول أظهر، لأنهم حكوا عن نص الشافعي - رضي الله عنه - التعليل بأن هذه الشعور لا تستر ما تحتها غالباً، ويدل عليه لحية المرأة والله أعلم. ثم هاهنا سؤالان:

أحدهما: ما الفرق بين الخفيف والكثيف؟ والجواب عبارة أكثر الأصحاب أن

(٢) سقط في ب.

(١) سقط في ط.

(٣) انظر التلخيص ٥٦/١.

الخفيف ما تترأى: البشرة من خلاله في مجلس التُّخَاطَبِ، والكثيف ما يستر ويمنع الرؤية، وهذا ما شعر به لفظ الشافعي - رضي الله عنه - وهو الذي حكاه المصنف، وقال بعض الأصحاب الخفيف ما يصل الماء إلى منبته من غير مبالغة واستقصاء والكثيف ما يفتقر إليه، ورأيت الشيخ أبا محمد، والمسعودي<sup>(١)</sup> وطبقة المحققين يقربون كل واحدة من العبارتين من الأخرى<sup>(٢)</sup>، ويقولون: إنهما يرجعان إلى معنى واحد لكن بينهما تفاوت مع التقارب الذي ذكروه، لأن لهيئة النبات وكيفية الشعر في السُّبُوطَةِ وَالْجُعُودَةِ تأثيراً في السُّتْرِ وفي وصول الماء إلى المُنْبَتِ، وقد يؤثر شعره في أحد الأمرين دون الآخر، وإذا ظهر الاختلاف فلك أن ترجح العبارة الثانية وتقول: الشارب معدود من الشعور الخفيفة، وليس كونه مانعاً من رؤية البشرة تحته بأمر نادر.

الثاني: لو كان بعضه خفيفاً وبعضه كثيفاً ما حكمه؟ الجواب فيه وجهان: أحدهما: أن للخفيف حكم الخفيف وللثيف حكم الكثيف توفيراً لمقتضى كل واحد منهما عليه.

والثاني: لكل حكم الخفيف وهو الذي ذكره في التهذيب، وعلمه بأن كثافة البعض مع خفة البعض نادر فصار كشعر الذَّرَاعِ إذا كثف، ولك أن تمنع ما ذكره وتدعي أن الكثافة في البعض والخفة في البعض أغلب من كثافة الكل، وهذه المسألة يحتاج الناظر في الكتاب إلى معرفتها، لأنه قال: «أما شعر الذُّقْنِ فَإِنْ كَثَفَ» إلى آخره فظاهره يتناول ما إذا كثفت اللحية كلها ولم يبين حكم ما إذا لم تكثف كلها، ويفرض ذلك على وجهين: أحدهما: أن تخف كلها ولا يخفى حكمه.

والثاني: أن يخف البعض ويكثف البعض، وهو هذه المسألة. هذا كله في الشعور الحاصلة في حد الوجه. القسم الثاني: الخارجة عن حد الوجه ففيما خرج عن حد الوجه من اللحية طولاً وعرضاً قولان: أحدهما: لا يجب غسله، وبه قال أبو حنيفة والمُزَنِّيُّ، لأن الشعر النازل عن حد الرأس لا يثبت له حكم الرأس حتى لا يجوز المَسْحُ عليه، وكذلك الشعر النازل عن حد الوجه لا يثبت له حكم الوجه.

(١) محمد بن عبد الملك بن مسعود بن أحمد الإمام أبو عبد الله المسعودي المروزي. صاحب أبي بكر القفال المروزي أحد أصحاب الوجوه قال ابن السمعاني: كان إماماً مبرزاً عالمياً زاهداً ورعاً حسن السيرة، شرح مختصر المزني فأحسن فيه، وسمع الحديث من أستاذه القفال. توفي سنة نيف وعشرين وأربعمائة بمرو. انظر ابن قاضي شهبة ١/٢١٦، ٢١٧، انظر ابن السبكي ٣/٧٢، ومراة الجنان ٣/٤٠، ووفيات الأعيان ١/٥٨٥، تهذيب الأسماء ٢/٢٨٦، والوافي ٣/٣٢١.

(٢) في ب: الأولى.

وأصحهما: يجب، لأنه من الوجه بحكم التَّبَعِيَّةِ لما سبق من الخَبَرِ؛ ولأن الوجه ما تقع به الْمُخَاطَبَةُ والمواجهة، ولأن متدلاً من محل الفرض فأشبهه الجِلْدَةُ المتدلّية، وهذا الخلاف يجري أيضاً في الخارج عن حد الوجه من الشعور الخفيفة كالعِدَارِ والسُّبَالِ إذا طال ولا فرق، وذكر بعضهم في السُّبَالِ: أنه يجب غسله قولاً واحداً والظاهر الأول فإن قلت: قد عرفت المسألة فلماذا اشتهرت بالإفاضة؟ فالناقلون يقولون: تجب الإفاضة في قول ولا تجب في قول، وكذلك ذكر المصنف ولم يتكلموا في الغسل، فاعلم أن لفظ الإفاضة في أَصْطِلَاحِ الأئمة المتقدمين إذا استعمل في الشعر لإمرار الماء على الظاهر، ولفظ الغسل للإمرار على الظاهر مع الإِدْخَالِ في الباطن، ولذلك اعترضوا على أبي عبد الله الزبيرى<sup>(١)</sup> - رضي الله عنه - لما قال في هذه المسألة: يجب الغسل في قول، والإفاضة في قول، وقالوا: الغسل غير واجب قولاً واحداً وإنما الخلاف في الإفاضة، وإذا تبين ذلك فقصدتهم بهذه اللفظة بيان أن داخل المسترسل لا يجب غسله قولاً واحداً كالشعور الثابتة تحت الدُّقْنِ، لكن المصنف تعرض لظاهر اللحية في لفظه، والإفاضة على هذا الاصطلاح مغنية عن التقييد بالظاهر، ثم مع هذا كله فقد حُكِيَ وَجْهٌ: إنه يجب غسل الوجه الباطن من الطَّبَقَةِ العُلْيَا من المسترسل، إذا أوجبنا غسل الوجه الباطن منه وهو بعيد عند علماء المذهب<sup>(٢)</sup>.

قال الغزالي: الفَرَضُ الثَّالِثُ: غَسَلَ اليَدَيْنِ مَعَ المِرْفَقَيْنِ فَلَوْ قُطِعَ يَدُهُ مِنَ السَّاعِدِ غَسَلَ البَاقِي، وَإِنْ قُطِعَ مِنَ العَضُدِ اسْتُحِبَّ غَسْلُ البَاقِي لِتَطْوِيلِ الفِرَّةِ، وَإِنْ كَانَ مِنَ المَفْصِلِ يَجِبُ غَسْلُ رَأْسِ العَظْمِ البَاقِي عَلَى أَصَحِّ القَوْلَيْنِ لِأَنَّهُ مِنَ المِرْفَقِ، وَلَوْ نَبَتَتْ يَدٌ رَائِدَةٌ مِنَ سَاعِدِهِ وَجِبَ غَسْلُهَا، وَإِنْ لَمْ يَتَمَيَّزِ الرَّائِدُ عَنِ الأَصْلِيِّ وَجِبَ غَسْلُهُمَا، وَإِنْ خَرَجَتْ مِنَ العَضُدِ لَا تُغْسَلُ إِلاَّ إِذَا حَادَتْ مَحَلَّ الفَرَضِ فَيُغْسَلُ القَدْرُ المُحَادِي هَذَا نَصُّهُ.

(١) الزبير بن أحمد بن سليمان بن عبد الله بن عاصم بن المنذر بن الزبير بن العوام الأسدي أبو عبد الله الزبيرى البصري. أحد أئمة الشافعية. قال الشيخ أبو إسحاق: وكان أعمى، وله مصنفات كثيرة مليحة منها: (الكافي) وقال المارودي في زكاة الحلي: كان شيخ أصحابنا في عصره. قال الشيخ أبو إسحاق: مات قبل العشرين وثلاثمائة. وأرخ الذهبي وفاته سنة سبع عشرة. انظر ابن قاضي شهبة ١/٩٣/٩٤، وانظر تاريخ بغداد ٨/٤٧١ والشيرازي ٨٨، ووفيات الأعيان ٢/٦٩، وابن السبكي ٢/٢٢٤.

(٢) قال النووي: قال أصحابنا: يجب غسل جزء من رأسه ورقبته، وما تحت ذقنه مع الوجه؛ ليتحقق استيعابه، ولو قطع أنفه أو شفته لزمه غسل ما ظهر بالقطع في الوضوء، والغسل على الأصح، ولو خرج من وجهه سلعه، ونزلت عن حد الوجه لزمه غسل جميعها على المذهب. وقيل: في النازل قولان. ويجب غسل ما ظهر من حمرة الشفتين، ويستحب غسل النزعتين، ولو خلق له وجهان وجب غسلهما، ويستحب أن يأخذ الماء بيديه جميعاً. والله أعلم. الروضة ١/١٦٣.

قال الرافعي: قال الله تعالى: ﴿وَأَيَّدِيكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ﴾<sup>(١)</sup> وكلمة إلى قد تستعمل بمعنى مع كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَى أَمْوَالِكُمْ﴾<sup>(٢)</sup>، وقوله عز اسمه: ﴿مَنْ أَنْصَارِي إِلَى اللَّهِ﴾<sup>(٣)</sup>، وهو المراد هاهنا، لما روى «أَنَّهُ ﷺ: كَانَ إِذَا تَوَضَّأَ أَمْرَ الْمَاءِ عَلَى مِرْفَقَيْهِ»<sup>(٤)</sup>. وروى: «أَنَّهُ أَمْرَ الْمَاءِ عَلَى مِرْفَقَيْهِ ثُمَّ قَالَ: هَذَا وَضُوءٌ لَا يَقْبَلُ اللَّهُ الصَّلَاةَ إِلَّا بِهِ». ثم اليد إن كانت واحدة من كل جانب على ما هو الغالب، وكانت كاملة فذاك، وإن قطع بعضها فله ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون القطع مما تحت المِرْفَقِ كَالْكُوعِ وَالذَّرَاعِ فغسل الباقي واجب فالْمَيْسُورُ لا يسقط بِالْمَعْسُورِ.

والثانية: لا يكون مما فوق المِرْفَقِ، فلا فرض لسقوط محله ولكن الباقي من العَضُدِ يستحب غسله لتطويل الغِرَّةِ؛ كما لو كان سليم اليد يستحب له غسل ذلك الموضوع لهذا المعنى. فإن قيل: غسل ذلك الموضوع مستحب تبعاً، فإذا سقط المتبوع فهلا سقط التابع كمن فاتته صلوات في أيام الجُنُونِ لما سقط قضاء الأصل سقط قضاء الرَوَاتِبِ التي هي اتباع. قلنا: سقوط القضاء ثم مسامحة ورخصة، وإلا فهو ممكن والتبع أولى بالمسامحة، وسقوط الأصل هاهنا ليس على سبيل الترخُّص؛ بل هو متعذر في نفسه فحسن الإتيان بالتبع محافظة على العبادة بقدر الإمكان، كالمحرم إذا لم يكن على رأسه شعر يستحب له إمرار المُوَسَى على الرأس وقت الحَلْقِ.

فإن قيل: تطويل الغِرَّةِ إنما يفرض في الوجه، والذي في اليد تطويل التَّحْجِيلِ فكيف قال: يغسل الباقي لتطويل الغِرَّةِ، قلنا: تطويل الغرة والتحجيل نوع واحد من السنن، فيجوز أن يكون قوله: «لتطويل الغرة» إشارة إلى النوع على أن أكثرهم لا يفرق بينهما، ويطلق تطويل الغرة في اليد، ورأيت بعضهم احتج عليه بقوله ﷺ: «مَنْ أَرَادَ مِنْكُمْ أَنْ يُطِيلَ غِرَّتَهُ فَلْيَفْعَلْ»<sup>(٥)</sup> قال: وإنما يمكن الإطالة في اليد؛ لأن استيعاب الوجه بالغسل واجب وليس هذا الاحتجاج بشيء؛ لأن لِلْمُعْتَرِضِ أن يقول: الإطالة في الوجه أن يغسل إلى الليث وَصَفْحَةَ العُنُقِ، وهو مستحب نص عليه الأئمة.

والثالثة: أن يكون القطع من مِفْصَلِ المِرْفَقِ، فهل يجب غسل رأس العظم الباقي؟ فيه طريقتان:

أحدهما: القطع بالوجوب؛ لأنه من محل الرِفْصِ وقد بقي فأشبهه الساعد إذا كان القطع من الكُوعِ.

(٢) سورة النساء آية (٢).

(٤) انظر التلخيص ٥٧/١.

(١) سورة المائدة آية (٦).

(٣) سورة آل عمران آية (٥٢).

(٥) البخاري ١٣٦، ومسلم ٢٤٦/٣٥.

**والثاني:** وهو الذي ذكره في الكتاب فيه قولان: القديم: ومنقول المزماني أنه لا يجب، والأصح: وهو منقول الربيع. أنه يجب، واختلفوا في مأخذ القولين، منهم من قال: مأخذهما أن المرفق في اليَدِ السَّليمة يغسل تبعاً أم مقصوداً. فمن قائل تبعاً وضرورة لاستيعاب غسل اليدين إلى المرافق كما يغسل شيء من الرأس تبعاً، وضرورة لاستيعاب الوجه بالغسل. ومن قائل يغسل مقصوداً كسائر أجزاء محل الفرض وكأطراف الوجه، بالإضافة إلى وسط ومنهم من قال: بل مأخذهما الخلاف في حقيقة المرفق.

فمن قائل المرفق عبارة عن: طرف عظم السَّاعِدِ ولم يَبَيِّنْ، ومن قائل المرفق: مجموع العظمين وقد بقي أحدهما فيغسل، وهذا ما أشار إليه بقوله لأنه من المرفق هذا كله في اليد الواحدة. أما إذا خلقت لشخص واحد من جانب واحد يَدَانِ، فلا يَخْلُو إما أن تتميز الزائدة منهما عن الأصلية أو تشبَّه<sup>(١)</sup> الحال، فإن تميزت الزائدة عن الأصلية نظر إن خرجت الزائدة [من محل الفرض كالسَّاعِدِ والمرفق، وجب غسلها، مع الأصلية كالأصْبُعِ الزائدة]<sup>(٢)</sup>، والسَّلْعَةُ النابتة، ولا فرق بين أن يجاوز طولها الأصلية أو لا يجاوز، وإن خرجت مما فوق محل الفرض فإن لم تبلغ إلى مُحَاذَةِ محل الفرض لم يجب غسل شيء منها، وإن بلغت إلى مُحَاذَةِ محل الفرض فالمنقول عن نصه في «الأم»: أنه يجب غسل القدر المُحَاذِي دون ما فوقه، لوقوع اسم اليد عليها، وحصول ذلك القدر في محل الفرض، بخلاف الجِلْدَةُ المنكشطة من العَضْدِ لا يغسل منها لا المحاذي ولا غيره؛ لأن اسم اليد لا يقع عليها، وفيه وجه صار إليه كثير من المعترين وقرروه: إنه لا يجب غسل المحاذي ولا غيره؛ لأن هذه الزائدة ليست على محل الفرض، فتجعل تبعاً ولا هي أصلية حتى تكون مقصودة بالخطاب، وحملوا نصه في الأم على ما إذا التصق شيء منها بمحل الفرض، أما إذا لم تتميز الزائدة عن الأصلية، وجب غسلها جميعاً سواء خرجت من المنكب، أو من المِرْفَقِ، أو الكُوعِ، لكن إذا خرجت من المنكب يغسلان ضرورة أداء الواجب منهما، وإذا خرجت من المرفق والكوع غسلتا حتماً، ومن الأَمَارَاتِ المميزة للزائدة عن الأصلية أن تكون إحداها قصيرة فاحشة القصر، والأخرى في حد الاعتدال فالزائدة القصيرة، ومنها: نقصان الأصابع.

ومنها: فقد البَطْشُ وضعفه<sup>(٣)</sup>.

(١) في ب: مخفية.

(٢) سقط في ب.

(٣) قال النووي: ولو طالت أظفاره وخرجت عن رؤوس الأصابع، وجب غسل الخارج على المذهب. وقيل: قولان: كالشعر النازل من اللحية. ولو نبت على ذراعه أو رجله شعر كثيف وجب غسل ظاهره وباطنه مع البشرة تحته لندوره، ولو توضع ثم قطعت يده أو رجله أو حلق رأسه لم يلزمه تطهير ما انكشف. فإن توضع لزمه غسل ما ظهر. وإن حصل في يده ثقب لزمه =



قال الغزالي: **الْفَرْضُ الرَّابِعُ: مَسْحُ الرَّأْسِ وَأَقْلُهُ مَا يُسَمَّى (ح) مَسْحاً (م ز) وَلَوْ عَلَى شَعْرَةٍ وَاحِدَةٍ (و) بِشَرْطِ أَنْ لَا يَخْرُجَ مَحَلُّ الْمَسْحِ عَنِ حَدِّ الرَّأْسِ، وَلَا يُسْتَحَبُّ الْغَسْلُ، وَلَا يُكْرَهُ عَلَى الْأَظْهَرِ وَفِي الْإِبْلَالِ دُونَ الْمُدِّ وَجْهَانِ.**

قال الرافعي: قال الله تعالى: ﴿وَأَمْسَحُوا بِرُؤُوسِكُمْ﴾<sup>(١)</sup>، وليس من الواجب استيعاب الرأس بالمسح، بل الواجب ما ينطلق عليه الاسم، لأن من أمرَّ يده على هامة اليتيم صحَّ أن يقال: مسح رأسه، ولأن النبي ﷺ «مَسَحَ فِي وَضُوئِهِ بِنَاصِيَّتِهِ وَعَلَى عِمَامَتِهِ»<sup>(٢)</sup>، ولم يستوعب. وقال مالك: يجب الاستيعاب، وهو اختيار المُرْتَبِي وإحدى الروایتين عن أحمد والثانية: إنه يجب مسح أكثر الرأس.

وقال أبو حنيفة: يتقدر بالربع، ثم إن كان يمسخ على بَشْرَةِ الرَّأْسِ فذاك، ولا يضر كونها تحت الشعر.

وقال الروياني: في التجربة لا يجوز لانتقال الفرض إلى الشعر، وإن كان يمسخ على الشَّعْرِ، فكذلك يجوز، وإن اقتصر على مسح شعرة واحدة أو بعضها، ولا تقدير.

وعن ابن القاص: إنه لا أقل من ثلاث شعرات كما يعتبر إزالتها في التحلل عن النسك، وفي إيجاب الدَّم على المحرم، وهل يختص هذا الوجه بما إذا كان يمسخ على الشعر أم يجري في مسح البشرة؟ ويشترط المسح على موضع ثلاث شعرات، في كلام النقلة ما يشعر بالاحتمالين جميعاً، والأول أظهر، ثم شرط الشعر الممسوح أن لا يخرج عن حدِّ الرأس، فلو كان مسترسلاً خارجاً عن حده وكان جعداً كائناً في حدِّ الرأس لكنه بحيث لو مدَّ لخرج عن حده لم يَجْزِ المسح عليه؛ لأن الماسح عليه غير ماسح على الرأس، واعلم أن كل شعر مد في جهة النبات يكون خارجاً عن حد الرأس، وإن كان في غاية القِصْرِ، وكان المراد المد في جهة الرقبة والمُنْكَبَيْنِ وهي جهة النزول، ثم بعد حصول هذا الشرط هل يشترط أن لا يجاوز منبته؟ فيه وجهان:

أحدهما: يشترط ذلك فلا يجوز المَسْحُ على ما جاور منبته وإن كان في حدِّ الرأس فإنه كالغِطَاءِ لما تحته كالعِمَامَةِ.

= غسل باطنه، لأنه صار ظاهراً، وإن لم يقدر الأقطع والمريض على الوضوء لزمه تحصيل من يوضئه، إما متبرعاً وإما بأجرة المثل إذا وجدها. فإن لم يجد من يوضئه أو وجده، ولم يجد الأجرة أو وجدها فطلب أكثر من أجرة المثل لزمه أن يصلي بالتيتم، ويعيد لندوره، فإن لم يقدر على التيمم، صلى على حاله وأعاد. والله أعلم. الروضة ١/١٦٤.

(١) سورة المائدة آية (٦).

(٢) أخرجه مسلم من رواية المغيرة بن شعبة - رضي الله عنه - (٢٧٤)، وانظر التلخيص ١/٥٨.

وأصحهما: أنه لا يشترط لوقوع اسم الرأس عليه. ولو غسل الرأس بدلاً عن المسح، ففي إجزائه وجهان:

أحدهما: لا يجزئه؛ لأنه مأمور بالمسح، والغسل ليس بمسح.

وأصحهما: أنه يجزئه؛ لأن الغسل مسح وزيادة وهو أبلغ من المسح؛ فكان مجزئاً بطريق الأولى، وهذا قضية ما ذكره في الكتاب، لأنه نفى الاستحباب والكراهية عنه، وهو مشعر بالإجزاء، وهل يكره الغسل بدلاً عن المسح وإن أجزأ؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنه سرف كغسل الخف بدلاً عن مسحه، وكالغسلة الرابعة.

وأظهرهما: لا يكره؛ لأن الأصل هو الغسل إذ به تحصل النظافة والمسح تخفيف من الشرع نازل منزلة الرخص، فإذا عدل إلى الأصل لم يكن مكروهاً؛ لكن لا يستحب ذلك لما أشار إليه الثبي رضي الله عنه في باب الرخص بقوله: «إِنَّ اللَّهَ قَدْ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ فَأَقْبَلُوا صَدَقَتَهُ»<sup>(١)</sup>.

وقوله: «لا يستحب الغسل ولا يكره على الأظهر» ربما أوهم عود الخلاف إليهما، وليس كذلك وإنما الخلاف في الكراهية وحدها، ولو بل رأسه ولم يعد اليد أو غيرها ما يمسح به على الموضوع، فهل يجزئه ذلك؟ فيه وجهان:

أصحهما: نعم؛ لأن المقصود وصول الماء فلا ينظر إلى كيفية الإيصال كما في الغسل لا يفترق الحال بين أن يجري الماء على الأَعْضَاءِ أو يخوض ببدنه في الماء.

والثاني: وهو اختيار القائل: لا يجزئ؛ لأنه لا يسمى مسحاً، وهو مأمور بالمسح، ولو قطر على رأسه قطرة ولم تَجْرِ هي على الموضوع، فعلى الخلاف فإن جرت كفى، وهذا يدل على أن المقصود الوصول ولا عبرة باسم المسح هذا إن سلم أن الإمساس والوضع ليس بمسح<sup>(٢)</sup>.

قال الغزالي: الْفَرْضُ الْخَامِسُ: غَسَلُ الرَّجُلَيْنِ مَعَ الْكَعْبَيْنِ.

قال الرافي: قال الله تعالى: ﴿وَأَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ﴾<sup>(٣)</sup>، وحكم الرجل على

(١) رواه مسلم من رواية يعلى بن أمية عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - (٦٨٦)، وانظر التلخيص ٥٨/١، ٥٩.

(٢) قال النووي: ولا تتعين اليد بالمسح، بل يجوز بأصبع أو خشبة أو خرقة أو غيرها، ويجزئه مسح غيره له، والمرأة كالرجل في المسح. ولو كان له رأسان أجزأه مسح أحدهما. وقيل: يجب مسح جزء من كل رأس. والله أعلم. الروضة ١/١٦٤، ١٦٥.

(٣) سورة المائدة آية (٦).

انقسامها إلى الكاملة والناقصة كما سبق في اليد.

والكُعبَانِ: هما العَظْمَانِ الثَّائِتَانِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ عِنْدَ مَفْصَلِ السَّاقِ وَالْقَدَمِ، وَرَوَى الْقَاضِي ابْنُ كَيْجٍ وَغَيْرُهُ عَنِ بَعْضِ الْأَصْحَابِ: أَنَّ الْكُعْبَ هُوَ الَّذِي فَوْقَ مُشْطِ الْقَدَمِ<sup>(١)</sup>.

وجه الأول: ما روى الثُّغْمَانُ بْنُ بَشِيرٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - قَالَ: «أَمَرْنَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِإِقَامَةِ الصُّفُوفِ، فَرَأَيْتُ الرَّجُلَ يَلْزُقُ مَنْكِبَهُ بِمَنْكِبِ أَخِيهِ وَكَعْبَهُ بِكَعْبِهِ»<sup>(٢)</sup>.

والذي يتصور فيه التزاق القائمين في الصف ما ذكرنا دون ظهر القدم، وقد يمتحن فيسأل عن وضوء ليس فيه غسل الرجلين وصورته: ما إذا غسل الجنب جميع بدنه إلا رجليه، ثم أحدث والأصل في المسألة على الاختصار أن من اجتمع في حق الحدث الأكبر والأصغر، هل يكفي الغسل أم يحتاج معه إلى الوضوء؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يكفي؛ لأن الطَّهَارَتَيْنِ عِبَادَتَانِ مُخْتَلِفَتَانِ، فَلَا تَتَدَاخَلَانِ كَالصَّلَاتَيْنِ، وَلِأَنَّهُمَا مُخْتَلِفَتَا السَّبَبِ وَالْأَثَرِ وَالْفِعْلِ، وَهَذِهِ الْأَخْتِلَافَاتُ تَمْنَعُ التَّدَاخُلَ.

وأصحهما: أنه يكفي الغسل لظاهر الأخبار، نحو ما روى أنه ﷺ قَالَ: «أَمَّا أَنَا فَأَخْبِي عَلَى رَأْسِي ثَلَاثَ حَيَاتٍ فَإِذَا أَنَا قَدْ طَهَّرْتُ»<sup>(٣)</sup>.

ولم يفصل بين الجنابة المجردة والجنابة مع الحدث، مع أن الغالب أن الجنابة لا تتجرد، فعلى الأول يجب الوضوء والغسل ولا ترتيب بينهما، وعلى الثاني وهو الأصح: هل من شرط الغسل ليكفي مراعاة الترتيب في أعضاء الوضوء، فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن الترتيب خاصية الوضوء، والتداخل إنما يجري فيما يشترك المتداخلان فيه من الأفعال دون خواصهما، فعلى هذا يكفي غسل البدن مرة واحدة، ولكن يشترط أن تكون أعضاء الوضوء مغسولة على الترتيب، وزاد بعضهم على هذا الوجه شرطاً آخر: وهو أن يمسح الرأس؛ لأنه من خاصية الوضوء أيضاً بناءً على أن الغسل لا يقوم مقام المسح.

والثاني: وهو الأصح، لا يشترط رعاية الترتيب لما أشرنا إليه من الظواهر، ولا

(١) قال النووي: هذا الوجه شاذ منكر، بل غلط. والله أعلم. الروضة ١/١٦٥.

(٢) أخرجه أبو داود ٦٦٢، والبيهقي ٢/٢١، وابن خزيمة وابن حبان ٢١٦٧، وذكره البخاري في صحيحه تعليقاً بصيغة الجزم ٢/٢١١، وانظر تعليق التعليق ٢/٣٠٢، ٣٠٣، والتخليص ١/٥٩.

(٣) رواه ابن ماجة ولفظه (أما أنا فأحسوا على رأسي ثلاثاً) ومسلم ولفظه (وأما أنا فأفيض على رأسي ثلاث أكف) والبخاري ولفظه (أما أنا فأفيض على رأسي ثلاثاً) وأشار بيديه كليهما. وأحمد ولفظه (أما أنا فأخذ ملء كفي (ثلاثاً) فأصب على رأسي ثم أفيض بعده على سائر جسدي) روه كلهم عن (من) رواية جبير بن مطعم. انظر خلاصة البدر ١/٢٨.

يعد أن يدخل الأصغر في الأكبر فلا تبقى خاصيته، ألا ترى أن العُمرة تفوت بما يفوت به الحج إذا دخلت تحته بِالْقِرَانِ ولو انفردت لا تفوت.

فقد بطلت خاصيتها حين ما دخلت في الأكبر، فعلى هذا هل يحتاج إلى أن ينويهما جميعاً بغسله أم يكفي نية الأكبر؟ فيه وجهان:

أحدهما: يحتاج إلى الجمع، كالحج والعمرة يتداخلان في الأفعال دون النيّة.

وأصحهما: لا حاجة إليه؛ لأن الطهارات موضوعة على التداخل فعلاً ونية، ألا ترى أنه إذا اجتمعت الأحداث كفى فعل واحد ونية واحدة، هذا كله إذا اتفق وقوع الأكبر والأصغر معاً، أو سبق الأصغر الأكبر. أما إذا سبق الأكبر الأصغر فطريقان:

أظهرهما: طرد الخلاف.

والثاني: الاكتفاء بالغسل بلا خلاف؛ لأن الأكبر إذا تقدم تأثر به جميع البدن، فلا يؤثر فيه الأصغر بعد ذلك، والأصغر إذا تقدم جاز أن يؤثر الأكبر فيه بعده لعظمه وزيادة آثاره. إذا عرفت هذا الأصل فنعود إلى الصورة المذكورة، ونقول: إن قلنا: يجب وضوء وغسل عند اجتماع حدثين، وجب غسل الرجلين عن الجنابة ووضوء كامل عن الحدث يقدم منهما ما شاء ويؤخر ما شاء، وتكون الرجل مغسولة مرتين، وإن قلنا: يكفي الغسل، ثم يشترط الترتيب في أعضاء الوضوء، وجب غسل الرجلين مؤخراً عن سائر أعضاء الوضوء، ويكون غسلهما واقعاً عن الجهتين: الجنابة والحدث جميعاً.

وإن قلنا: يكفي الغسل من غير اشتراط الترتيب، فعلى غسل الرجلين عن جهة الجنابة، إما قبل سائر أعضاء الوضوء أو بعدها أو في خلالها، ويغسل سائر الأعضاء عن الحدّث على الترتيب، وهذا هو الأصح واختيار ابن سريج وابن الحدّاد<sup>(١)</sup>، وعلى هذا الوجه يكون المأثريّ به وضوءاً خالياً عن غسل الرجلين؛ لأن الرجلين قد اجتمع فيهما الحدّثان ونحن على هذا الوجه نحكم بأضحلال الأصغر في جنب الأكبر،

(١) محمد بن أحمد بن محمد بن جعفر أبو بكر بن الحداد الكنتاني المصري. شيخ الشافعية بالديار المصرية. ولد يوم موت المزنّي في رمضان سنة أربع وستين. وأخذ الفقه عن أبي سعيد محمد ابن عقيل الفريابي ومنصور الفقيه وغيرهما، وجالس أبا إسحاق المروزي، ودخل بغداد سنة عشر وأخذ عن ابن جرير وشاهد الإصطخري، والصيرفي وفاته ابن سريج واشتد أسفه على ذلك، وكان كثير العبادة. له كتاب أدب القضاء في أربعين جزءاً، وكتاب الباهر في الفقه في نحو مائة جزء، وكتاب جامع الفقه والمولدات وهو كتاب الفروع، وهو صغير الحجم شرحه الأئمة واعتنوا به. وقد ولي قضاء مصر نيابة. توفي في المحرم سنة أربع وقيل خمس وأربعين وثلاثمائة. انظر ابن قاضي شهبة ١/١٣٠، ١٣١. وانظر العبادي ٦٥، والشيرازي ٩٣، ووفيات الأعيان ٣/٣٣٦، وتذكرة الحفاظ ٣/٨٩٩.

فليست الرجلان مغسولتين عن جهة الوضوء، فهذه هي صورة الامتحان، وَيَنْبَغِي أَنْ يَعْلَمَ أَنَّ هَذَا لَا يَخْتَصُّ بِغَسْلِ الرَّجْلَيْنِ بَلْ لَوْ غَسَلَ الْجَنْبَ مِنْ بَدَنِهِ مَا سَوَى الرَّأْسِ وَالرَّجْلَيْنِ، ثُمَّ أَحْدَثَ كَانَ الْكَلَامُ فِي الرَّأْسِ وَالرَّجْلَيْنِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي الرَّجْلَيْنِ، وَلَزِمَ أَنْ نَقُولَ عَلَى الْوَجْهِ الصَّحِيحِ هَذَا وَضُوءٌ خَالٍ عَنِ مَسْحِ الرَّأْسِ وَالرَّجْلَيْنِ، وَعَلَى هَذَا الْقِيَاسِ لَوْ غَسَلَ جَمِيعَ بَدَنِهِ سِوَى الْيَدَيْنِ وَالرَّأْسِ وَالرَّجْلَيْنِ<sup>(١)</sup> فَلِهَذَا لَا نَتِيحُ الْمَحْصَلُ بِأَمْثَالِ هَذِهِ الْأَمْتِحَانَاتِ.

فائدة: عدوا غسل الرجلين أحد فروض الوضوء وأركانه لكن المتوضىء غير مكلف بغسل الرجلين بعينه، بل الذي يلزمه أحد أمرين إما غسل الرجلين أو المسح على الخفين بشرطه، فلو عبر معبر عن هذا الركن هكذا لكان مصيباً، والمراد عند الإطلاق ما إذا كان لا يمسح أو أن الأصل الغسل والمسح بدل.

قال الغزالي: الْفَرْضُ السَّادِسُ: التَّرْتِيبُ (ح م ز) إِلَّا إِذَا اغْتَسَلَ سَقَطَ التَّرْتِيبُ فِي أَظْهَرِ الْوُجْهَيْنِ فَإِنَّهُ يَكْفِي لِلْجَنَابَةِ فَلِلْأَضْعَرِّ أَوْلَى، وَالنَّسْيَانُ لَيْسَ بِعُذْرٍ فِي تَرْكِ التَّرْتِيبِ (ح) عَلَى الْجَدِيدِ، وَإِذَا خَرَجَ مِنْهُ بَلَلٌ وَأَخْتَمَلَ الْجَنَابَةَ وَالْحَدَثَ فَإِنْ شَاءَ اغْتَسَلَ وَلَمْ يَغْسِلِ الثُّوبَ وَإِنْ شَاءَ تَوَضَّأَ وَضُوءاً مُرْتَباً وَغَسَلَ الثُّوبَ.

قال الرافعي: روى أَنَّهُ ﷺ قَالَ: «لَا يَقْبَلُ اللَّهُ صَلَاةَ أَمْرِيءٍ حَتَّى يَضَعَ الطُّهُورَ مَوَاضِعَهُ»<sup>(٢)</sup>، فَيَغْسِلُ وَجْهَهُ، ثُمَّ يُغْسِلُ يَدَيْهِ، ثُمَّ يَمْسَحُ بِرَأْسِهِ، ثُمَّ يَغْسِلُ رِجْلَيْهِ وَهَذَا وَنَحْوَهُ ظَاهِرٌ فِي اعْتِبَارِ التَّرْتِيبِ، وَخِلَافُ أَبِي حَنِيفَةَ، وَمَالِكٍ فِيهِ مَشْهُورٌ وَقَدْ تَكَلَّمَ فِي هَذَا الرُّكْنِ فِي أُمُورٍ:

أحدها: لو اغتسل المحدث بدلاً عن الوضوء هل يجزئه ذلك: نظر إن أتى بالغسل بحيث يتأتى فيه تقدير الترتيب في لحظات متعاقبة كما إذا انغمس في الماء ومكث فيه زماناً، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجزئه؛ لأن الترتيب من واجبات الوضوء، والواجب لا يسقط بفعل ما ليس بواجب، وأصحهما: يجزئه لمعنيين:

(١) قال النووي: الصحيح في الصورة المذكورة أنه يجب الترتيب في أعضاء الوضوء الثلاثة. وهو مخير في الرجلين كما ذكرنا، وقيل: مخير في الجميع وقيل: يجب الترتيب في الجميع فيجب غسل الرجلين بعد الأعضاء الثلاثة. والله أعلم. الروضة ١٦٦/١.

(٢) رواه الدارقطني من حديث رفاعة لكن لفظه: (لا تتم صلاة أحدكم حتى يسبغ الوضوء كما أمره الله تعالى، فيغسل وجهه ويديه إلى المرفقين، ويمسح برأسه ورجليه إلى الكعبين) وللثلاثة منه: (توضأ كما أمرك الله). انظر خلاصة البدر المنير ٢٩/١.

**أحدهما:** أن الغسل أكمل من الوضوء، فإنه يكفي لرفع أعلى الحدين فللأصغر أولى، كيف والأصل هو الغسل وإنما حط تخفيفاً.

**والثاني:** أن الترتيب حاصل في الحالة المفروضة، فإنه إذا لاقى الماء وجهه؛ وقد نوى يرتفع الحدث عن وجهه وبعده عن اليدين لدخول وقت غسلهما وهكذا إلى آخر الأعضاء، فعلى المعنى الأول وهو الذي ذكره في الكتاب إثبات الغسل على الوضوء يسقط الترتيب.

**وعلى الثاني:** الترتيب حاصل والرافع للحدث هو الوضوء المندرج تحت الغسل، كما لو اغتسل مراعيًا للترتيب في أعضاء الوضوء حقيقة يرتفع حدثه بلا خلاف، وإن يتأتى فيه تقدير الترتيب بأن انغمس وخرج على الفور أو غسل الأسافل قبل الأعالي ففيه وجهان مبنيان على الوجهين في الحالة الأولى: إن قلنا: لا يجزئى ثم فهنا أولى، وإن قلنا: يجزئى فيبنى على المعنيين إن قلنا: الترتيب ساقط والرافع للحدث هو الغسل أجزاء هاهنا أيضاً، وإن قلنا: بالمعنى الثاني فلا والمعنى الثاني أصح، فلا جرم الأصح في هذه الحالة أنه لا يجزئه، ولا خلاف في الاعتداد بغسل الوجه في الحالتين جميعاً إذا قارنته النية، والكلام فيما عداه، ومنهم من قال: في الحالة الأولى يجزئه ما أتى به بلا خلاف، والخلاف في الحالة الثانية وهذا إذا نوى رفع الحدث، فإن نوى رفع الجنابة إن قلنا: لا يجزئه إذا نوى رفع الحدث فهنا أولى، وإن قلنا: يجزئه فوجهان هاهنا:

**أحدهما:** لا يجزئه لأنه إذا نوى رفع الجنابة نوى طهارة غير مرتبة.

**وأصحهما:** الجواز، والنية لا تتعلق بخصوص الترتيب نفيًا وإثباتًا، وهذا كله في المحدث المَحْضُ يغتسل. إما إذا أجنب وأحدث فالظاهر أنه يكفي الغسل كما تقدم، والأصغر يتلاشى في جنب الأكبر وإذا عرفت ما ذكرناه، ونظرت في لفظ الكتاب، وجدته يعم الحالتين ما إذا اغتسل بحيث يتأتى فيه تقدير الترتيب، وما إذا اغتسل بحيث لا يتأتى فيه ذلك، فإن أرادهما جميعاً فالخلاف شامل، لكن الأظهر عند الجمهور أنه لا يجزئه الغسل في الحالة الثانية على خلاف ما ذكره. وإن أراد الحالة الأولى فالنقل والاختيار كما ذكره غيره.

**الثاني:** لو ترك الترتيب عامداً لم يجزئه وضوءه لكن يعتد بغسل الوجه وبما بعده على الانتظام فلو استعان بأربعة غسلوا أعضاء دفعة واحدة لم يجزئه الوضوء، كما لو نكس لأن المعية تنافي الترتيب أيضاً، وفيه وجه: أن الشرط عدم التثكيس، ويجزئه الوضوء هاهنا، وإن ترك الترتيب ناسياً فقولان:

**الجديد:** أنه كما لو ترك عامداً كما لو ترك سائر الأركان ناسياً، وفي القديم قول: أنه يعذر بالنسيان، وذكر الأئمة أنه مخرج من القول القديم في ترك الفاتحة ناسياً، ووجه

الشبه أن قراءة الفاتحة وإن كانت ركناً لكنها ليست قائمة بنفسها كالرُكُوع والقيام ونحوهما وإنما هي زينة وتتمة للقيام. كذلك الترتيب زينة وهيئة في سائر الأركان.

الثالث: الوضوء نوعان:

أحدهما: وضوء من يتقن أن حدثه الأصغر، فيعتبر فيه الترتيب.

والثاني: وضوء من يجوز أن يكون حدثه الأكبر، ونظيره ما إذا خرج منه بلل واحتمل أن يكون مَئِيًّا، واحتمل أن يكون مَذِيًّا فقيماً يلزمه وجوه:

أحدها: أنه يجب عليه الوضوء؛ لأن غسل ما زاد على الأعضاء الأربعة مشكوك فيه، والمستيقن هذا القدر؛ وعلى هذا الوجه لو عدل إلى الغسل كان كالمحدث يغتسل بدلاً عن الوضوء.

والثاني: يجب عليه الوضوء وغسل سائر البدن وغسل ما أصابه ذلك البلل؛ لأن شغل ذمته بإحدى الطهارتين معلوم وصلاته موقوفة على الطهارة التي لزمته فعليه الإتيان بهما ليخرج عن العهدة بيقين.

والثالث: وهو الأصح أنه يتخير بين أن يغتسل أخذاً بأنه مني، أو يتوضأ أخذاً بأنه مَذِيٌّ؛ لأن كل واحد منهما محتمل، فإذا أتى بموجب أحدهما وجب أن تصح صلاته؛ لأن لزوم الآخر مشكوك فيه، والأصل العدم، وهذا الوجه هو الذي ذكره في الكتاب.

وليكن قوله: «فإن شاء» «وإن شاء» مُغْلَمَيْنِ بالواو؛ إشارة إلى ما روينا من الوجهين، ثم على الوجه الأظهر لو توضأ وجب أن يغسل ما أصابه ذلك البلل من ثوب وغيره؛ لأنه على التقدير الذي يجب الوضوء، يكون ذلك الخارج نجساً، وفيه وجه: أنه لا يجب غسل الثوب، وهو ضعيف، ولا بد أن يكون الوضوء المأْتِيُّ به مرتباً.

وفيه وجه: أنه لا يجب الترتيب؛ لأنه إذا شك في كونه مئياً، أو غيره فقد شك في أن الواجب الطهارة الصغرى أو الكبرى، والترتيب من خاصية الطهارة الصغرى، فلا يجب بالشك؛ كما لا يجب ما يختص بالطهارة الكبرى، وإنما يجب المشترك بينهما، ويقال: كان القفال يقول بهذا الوجه، ثم رجع إلى الأول، وهو المذهب؛ لأنه إما مئِيٌّ، فموجبه الغسل، أو غيره فموجبه الوضوء بأركانه، فإذا لم يرتب الوضوء، ولا اغتسل، فقد صلى مع أحد المحدثين يقيناً. ويجري هذا الخلاف فيما إذا أُولِجَ خُنْثَى مشكل في دبر رجل، فهما بتقدير ذكورة الخنثى جنبان، وإلا فمحدثان، فالجَنَابَةُ محتملة غير مُسْتَيْقِنَةٍ، فإذا توضأ وجب عليهما المحافظة على الترتيب في ظاهر المذهب.

وفي وجه: لا يجب؛ لأن لزوم الترتيب مشكوك فيه، وهذا الوجه هو الذي دعا إلى إيراد مسألة البلل هاهنا وإن لم يذكره في لفظ الكتاب، والله أعلم.

## الْقَوْلُ فِي سُنَنِ الْوُضُوءِ وَهِيَ ثَمَانِي عَشْرَةَ

قال الغزالي: **أَنْ يَسْتَاكَ بِقُضْبَانِ الْأَشْجَارِ عَرَضاً، وَيَسْتَحَبُّ ذَلِكَ عِنْدَ كُلِّ صَلَاةٍ وَعِنْدَ تَغْيِيرِ التَّكْهَةِ، وَلَا يَكْرَهُ إِلَّا بَعْدَ الزَّوَالِ (ح م) لِلصَّائِمِ.**

قال الرافعي: عن رسول الله ﷺ أنه قال: «السُّوَاكُ مَطْهَرَةٌ لِلنِّفْسِ مَرْضَاةٌ لِلرَّبِّ»<sup>(١)</sup> إلى أخبار كثيرة فيستحب الاستياك مطلقاً ولا يكره إلا بعد الزوال للصائم خلافاً لأبي حنيفة ومالك وأحمد - رحمهم الله - وسنذكر تفصيل مذاهبهم في الصوم إن شاء الله تعالى. لنا أنه يزيل أثر العبادة وهو خُلُوفُ الفَمِ، وأنه مشهود له بِالطَّيِّبِ قَالَ ﷺ: «لَخُلُوفُ فَمِ الصَّائِمِ أَطْيَبُ عِنْدَ اللَّهِ مِنْ رِيحِ الْمِسْكِ»<sup>(٢)</sup>. وإذا كان كذلك فيكره إزالته كَدَمِ الشَّهَادَةِ وإنما خص بما بعد الزوال؛ لأنه تغير الفم بسبب الصوم، وحينئذ يطهر، وفي غير هذه الحالة يطرد الاستحباب، لكنه آكَدُ في مواضع:

**منها:** عند الصلاة، وإن كان على الطهارة، سواء كان متغير الفم، أو لم يكن لقوله ﷺ: «لَوْلَا أَنْ أَشَقُّ عَلَى أُمَّتِي لَأَمَرْتُهُمْ بِالسُّوَاكِ عِنْدَ كُلِّ صَلَاةٍ»<sup>(٣)</sup>. **ومنها:** عند تغيير التَّكْهَةِ، وذلك قد يكون للنوم، فيستحب عند الاستيقاظ الاستياك، كان النبي ﷺ: «إِذَا اسْتَيْقَظَ اسْتَاكَ»<sup>(٤)</sup> وروى «أَنَّهُ كَانَ يَشُوصُ فَاةً بِالسُّوَاكِ»<sup>(٥)</sup> وقد يكون لطول السكوت، وقد يكون لتترك الأكل، وقد يكون لأكل ماله رائحة كريهة، فَيَسْتَحَبُّ الاستياك عندها جميعاً؛ لأنها أسباب تغير الفم، فتشبه النوم. **ومنها:** أَصْفِرَازُ الْأَسْنَانِ، وقد يفرض ذلك من غير تغير التَّكْهَةِ. **ومنها:** قراءة القرآن، تعظيماً؛ وتطهيراً له.

**ومنها:** عند الوضوء، وإن لم يصل في الحال: روي في بعض الروايات أنه ﷺ: «لَوْلَا أَنْ أَشَقُّ عَلَى أُمَّتِي لَأَمَرْتُهُمْ بِتَأْخِيرِ الْعِشَاءِ، وَالسُّوَاكِ عِنْدَ كُلِّ وُضُوءٍ»<sup>(٦)</sup>.

(١) أخرجه أحمد ٤٧/٦، والشافعي ٦٣، والنسائي ١٠/١، وابن خزيمة ١٣٥، وابن حبان ١٠٥٣، والبيهقي ٣٤/١، وانظر التلخيص ٦٠/١، ٦١.

(٢) أخرجه البخاري ١٩٠٤، ومسلم ١١٥١/١٦٤، (١١٥١/١٦٣) والخُلُوفُ بضم الخاء لا يفتحها تغير رائحة الفم.

(٣) متفق عليه من رواية أبي هريرة.

(٤) انظر التلخيص ٦٣/١، ٦٤. (٥) انظر التخرج السابق.

(٦) رواه الحاكم والبيهقي من رواية أبي هريرة ولفظهما: (لولا أن أشق على أمتي لفرضت عليهم السواك مع الوضوء، ولأخرت صلاة العشاء إلى نصف الليل). قال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين، وليس له علة وقال صاحب الإمام هو في جميع طرقه: أسانيد جيدة، وإنكار ابن الصلاح، ثم النووي على الغزالي حيث روى: (ولأخرت العشاء إلى نصف الليل) مردود. انظر خلاصة البدر المنير ٣٠/١.



وقد حَكَيْنَا فيما تقدم عن بعض الأصحاب: أن السواك لا يعد من سنن الوضوء فلك أن تعلم قوله: «إن يستاك» بالواو، وإشارة إلى ذلك الوجه.

وقوله: «بقضبان الأشجار» ليس على سبيل الاشتراط، لكنها أولى من غيرها، والأولى منها الأراك، والأحب أن يكون يابساً، لين بالماء دون ما لم يلين، فإنه يقرح اللثة، ودون الرطب فإنه لا ينقى اللزوجة، وأصل السنة تتأدى بكل خشن، يصلح لإزالة القلح، كالخزقة الخشنة ونحوها، نعم لو كان جزءاً منه كأصبعه الخشنة، ففيه ثلاثة أوجه: أظهرها: لا يجزىء؛ لأنه لا يسمى استيآكاً.

والثاني: يجزىء لحصول مقصود الاستيآك به.

والثالث: إن قدر على العود ونحوه فلا يجزىء، وإلا فيجزىء؛ لمكان العُذْر.

وأما قوله: «عرضاً» فقد ذكر إمام الحرمين: أنه يمد السواك على طول الأسنان وعرضها، فإن اقتصر على إحدى الجهتين، فالعرض أولى؛ لما روى أنه ﷺ قال: «أَسْتَاكُوا عَرْضاً»<sup>(١)</sup> وهكذا أورده المصنف في الوسيط، وذكر آخرون منهم صاحب «التتمة»: أن يستاك في عرض الأسنان لا في طولها. ورووا في الخبر: «أنه قال: «أَسْتَاكُوا عَرْضاً، لَا طُولاً» فعلى الأول قوله: «عرضاً» ليس لأنه متعين في إقامة هذه السنة، بل خصه بالذكر لأنه أولى، وعلى الثاني هو تعين<sup>(٢)</sup>.

قال الغزالي: وَأَنْ يَقُولَ: بِسْمِ اللَّهِ فِي الْإِبْتِدَاءِ، وَأَنْ يَغْسِلَ يَدَيْهِ ثَلَاثًا قَبْلَ إِدْخَالِهِمَا

الْإِنَاءِ.

قال الرافعي: ومن سنن الوضوء أن يقول في أبتدائه: بسم الله على سبيل التبرُّك والتَّيْمُن، وذهب أحمد إلى أن التسمية واجبة؛ لقوله ﷺ: «لَا وُضُوءَ لِمَنْ لَمْ يُسَمِّ اللَّهَ عَلَيْهِ»<sup>(٣)</sup>.

(١) انظر التلخيص ٦٥/١، ٦٦.

(٢) قال النووي: كره جماعة من أصحابنا الاستيآك طولاً. ولنا قول غريب: إنه لا يكره السواك لصانم بعد الزوال. ويستحب أن يبدأ بجانب فمه الأيمن وأن يعود الصبي السواك لآلئه. ولا بأس أن يستاك بسواك غيره بإذنه، ويستحب أن يمر السواك على سقف حلقه إمراراً لطيفاً، وعلى كراسي أضراسه. وينوي بالسواك السنة. ويسن السواك أيضاً عند دخوله بيته، واستيقاظه من نوم للحديث الصحيح فيهما. والله أعلم. الروضة ١٦٧/١.

(٣) رواه أبو داود وابن ماجه من رواية أبي هريرة وصححه الحاكم وغلطه غير واحد في ذلك، ورواه الترمذي من رواية سعيد بن زيد، ونقل عن البخاري أنه قال فيه: إنه أحسن شيء في هذا الباب. وقال أحمد: لا أعلم حديثاً في هذا الباب له إسناده جيد. انظر خلاصة بدر ٣١/١.

قلنا: المعنى لا وضوء كاملاً، كذلك روى في بعض الروايات، ويدل عليه قوله ﷺ: «مَنْ تَوَضَّأَ وَذَكَرَ اسْمَ اللَّهِ كَانَ طَهُورًا لِيَجْمَعَ بَدَنِهِ، وَمَنْ تَوَضَّأَ وَلَمْ يَذْكُرِ اسْمَ اللَّهِ، كَانَ طَهُورًا لِأَغْضَاءِ وَضُوءِهِ»<sup>(١)</sup>.

ولو كانت التسمية واجبة لما طَهَّرَ شيء، ثم لو نسي التسمية في الابتداء، وتذكرها في أثناء الوضوء أتى بها؛ كما لو نسي التسمية في ابتداء الأكل يأتي بها إذا تذكر في الأثناء، ولو تركها في الابتداء عمداً، فهل يشرع له التدارك في الأثناء؟ هذا محتمل<sup>(٢)</sup>.

ولك أن تعلم قوله: «وَأَنْ يَقُولَ بِسْمِ اللَّهِ» بالألف، والواو، «فالألف»؛ لأن أحمد عدها من الواجبات. «والواو»؛ لأن بعض الأصحاب لم يعدها من سنن الوضوء، وقال: هي محبوبة في كل أمر ذي بال، فلا اختصاص لها بالوضوء.

ومن سننه غسل اليدين إلى الكوعين قبل غسل الوجه: «كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَفْعَلُ ذَلِكَ فِي وَضُوءِهِ»<sup>(٣)</sup> ولا فرق في استحبابه بين القائم من النوم، وغيره، ولا بين أن يتردد في طهارة يديه، أو يتيقنها، ولا بين من يدخل يديه في الإناء من توضحته وبين من لا يفعل ذلك ولفظ الكتاب لا يقتضي إلا الاستحباب في حق من يدخل يديه في الإناء ثم من يدخل يديه في الإناء، ولم يتيقن طهارة يديه بأن قام من النوم، واحتمل تنجس يديه في طوافهما، وهو نائم يختص بشيء، وهو أنه يكره له ذلك قبل الغسل، قال رسول الله ﷺ: «إِذَا اسْتَيْقَظَ أَحَدُكُمْ مِنْ نَوْمِهِ، فَلَا يَغْسِمُ يَدَهُ فِي الْإِنَاءِ حَتَّى يَغْسِلَهَا ثَلَاثًا، فَإِنَّهُ لَا يَذْرِي أُيُنَّ بَاتَتْ يَدُهُ»<sup>(٤)</sup> وكذلك لو كان مستيقظاً ولم يستيقن طهارة اليدين، وإن يقن طهارة يديه، فهل يكره له الغمس قبل الغسل؟ فيه وجهان:

**أظهرها:** لا، بل بتخير بين تقديم الغمس وتأخيرها؛ لأن سبب المنع ثم الاحتياط للماء؛ لاحتمال نجاسة اليد. وهذا مفقود هاهنا.

(١) أخرجه الدارقطني والبيهقي من رواية ابن مسعود، وابن عمر، وضعفهما البيهقي ورواه الدارقطني من رواية أبي هريرة بإسناد ضعيف أيضاً، انظر خلاصة البدر ٣١/١، والتلخيص ١/٧٦.

(٢) قال النووي: قول الإمام الرافعي فيه احتمال عجيب، فقد صرح أصحابنا بأنه يتدارك في العمدة، وممن صرح به المحاملي في (المجموع)، والجزجاني في (التحجير) وغيرهما، قال أصحابنا: ويستحب التسمية في ابتداء كل أمر ذي بال من العبادات وغيرها، حتى عند الجماع. والله أعلم. الروضة ١/١٦٨.

(٣) متفق عليه من رواية عثمان وعبد الله بن زيد وغيرهما.

(٤) تقدم.

**والثاني:** يكره، لأن المتيقن والمتردد يستويان في أصل استحباب الغسل، فكَذَلِكَ فِي اسْتِحْبَابِ تَقْدِيمِ الْغَسْلِ عَلَى الْغَمْسِ<sup>(١)</sup>. وليكن قوله: «وَأَنْ يَغْسَلَ يَدَيْهِ» مُعْلَمًا بِالْأَلْفِ وَالْوَاوِ أَيْضًا، أَمَا «الْأَلْفُ» فَلَأَنَّ عِنْدَ أَحْمَدَ إِنْ قَامَ مِنْ نَوْمِ اللَّيْلِ يَجِبُ غَسْلُ الْيَدَيْنِ قَبْلَ إِدْخَالِهِمَا الْإِنَاءَ، وَإِنْ قَامَ مِنْ نَوْمِ النَّهَارِ لَا يَجِبُ. وَأَمَا «الْوَاوُ» فَلَأَنَّ بَعْضَهُمْ لَا يَعِدُهُ مِنْ سُنَنِ الْوُضُوءِ عَلَى مَا سَبَقَ. وَأَمَا قَوْلُهُ: «ثَلَاثًا»، فَلَيْسَ ذَلِكَ مِنْ خَاصِيَةِ هَذِهِ السَّنَةِ، بَلِ التَّثْلِيثُ مُسْتَحَبٌّ فِي جَمِيعِ أَفْعَالِ الْوُضُوءِ، كَمَا سَيَأْتِي.

قال الغزالي: وَأَنْ يَتَمَضَّمَضَ ثُمَّ يَسْتَنْشِقُ فَيَأْخُذُ غَرْفَةً لِفِيهِ وَغَرْفَةً لِأَنْفِهِ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ، وَفِي الثَّانِي يَأْخُذُ غَرْفَةً لِهَمَا ثُمَّ يَخْلِطُ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ إِذَا كَانَتِ الْغَرْفَةُ وَاحِدَةً وَيَقْدُمُ الْمَضْمَضَةَ فِي الْوَجْهِ الثَّانِي وَأَنْ يُبَالِغَ فِيهِمَا إِلَّا أَنْ يَكُونَ صَائِمًا فَيَزْفُقُ.

قال الرافعي: «كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَتَمَضَّمَضُ وَيَسْتَنْشِقُ فِي وَضُوئِهِ»<sup>(٢)</sup> فهما مستحبان فيه، خلافاً لأحمد حيث قال بوجوبهما. لنا: ما روى أن رسول الله ﷺ قال: «عَشْرٌ مِنَ السُّنَّةِ»<sup>(٣)</sup>. وَعَدَّ مِنْهَا الْمَضْمَضَةَ، وَالاسْتِنْشَاقَ ثُمَّ أَصْلَ الاسْتِحْبَابِ يَتَأَدَّى بِإِصْبَالِ الْمَاءِ إِلَى الْفَمِ وَالْأَنْفِ، سَوَاءَ كَانَ بِغَرْفَةٍ وَاحِدَةٍ، أَوْ أَكْثَرَ، لَكِنْ اخْتَلَفُوا فِي الْكَيْفِيَةِ الَّتِي هِيَ أَفْضَلُ عَلَى طَرِيقَيْنِ:

**أصحهما:** أن فيه قولين.

**أصحهما:** أن الفصل بين المضمضة والاستنشاق أفضل لما روى عن طلحة بن مصرف، عن أبيه، عن جده قال: «رَأَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَفْصِلُ بَيْنَ الْمَضْمَضَةِ وَالْاسْتِنْشَاقِ»<sup>(٤)</sup>. ويقال: إن عثمان وعلياً - رضي الله عنهما - كذلك رواه<sup>(٥)</sup>؛ ولأنه أقرب إلى النظافة.

**والثاني:** أن الجمع بينهما أفضل؛ لما روى عن علي - رضي الله عنه - في وصف

(١) قال النووي: ولا تزول الكراهة إلا بغسلهما ثلاثاً قبل الغمس. نص عليه البويطي. وصرح به الأصحاب للحديث الصحيح، وقال أصحابنا: إذا كان الماء في إناء كبير، أو صخرة مجوفة بحيث لا يمكن أن يصب منه على يده، وليس معه ما يغترف به استعان بغيره، أو أخذ الماء بضمه أو طرف ثوب نظيف ونحوه، والله أعلم. الروضة ١/١٦٨، ١٦٩.

(٢) متفق عليه من رواية عثمان، وعبد الله بن زيد، وغيرهما.

(٣) أخرجه مسلم (٢٦١). أخرجه أبو داود (٥٤)، وابن ماجه (٢٩٤).

(٤) أخرجه أبو داود في السنن، وسكت عنه، وهو ضعيف في إسناده ليث بن أبي سليم، وهو ضعيف عند الجمهور.

(٥) أخرجه ابن السكن في سننه، وقال روى عنهما في وجوه انظر التلخيص ١/٧٨.

وضوء رسول الله ﷺ: «أَنَّهُ يَتَمَضَّمُضُ مَعَ الْإِسْتِنْشَاقِ بِمَاءٍ وَاحِدٍ»<sup>(١)</sup>، ونقل مثله عن وصف عبد الله بن زيد<sup>(٢)</sup>، والرواية عنه وعن عثمان وعلي - رضي الله عنهم - في الباب مختلفة.

والطريق الثاني: أن الفصل أفضل بلا خلاف، وحيث ذكر الجمع أراد بيان الجواز. فإن قلنا: بالفصل ففي كفيته وجهان:

أصحهما: «أَنَّهُ يَأْخُذُ عَرَفَةً يَتَمَضَّمُضُ مِنْهَا ثَلَاثًا وَعَرَفَةً أُخْرَى يَسْتَنْشِقُ مِنْهَا ثَلَاثًا؛ لِأَنَّ عَلِيًّا - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - كَذَلِكَ رَوَاهُ»<sup>(٣)</sup>.

والثاني: أنه يأخذ ثلاث عَرَقاتٍ لِلْمَضْمَضَةِ، وثلاثاً للاستنشاق؛ لأنه أقرب إلى النظافة، وأيسر ثم على هذا القول يقدم المضمضة على الاستنشاق، وهذا التقديم مستحق على أظهر الوجهين؛ لأنهما عضوان فَيَتَعَيَّنُ الترتيب بينهما، كما في سائر الأعضاء.

والثاني: أنه مُسْتَحَبٌّ؛ لأنهما لتقاربهما بمنزلة العضو الواحد كاليمين مع اليسار.

وإن قلنا: بالجمع، ففي كفيته وجهان أيضاً:

أظهرهما: أنه يأخذ غرفة يتمضمض منها، ثم يستنشق، ثم يأخذ غرفة أخرى يتمضمض منها، ثم يستنشق، ثم يأخذ ثالثة؛ فيفعل بها مثل ذلك، كذلك روى عن وصف عبد الله بن زيد<sup>(٤)</sup>.

والثاني: أنه يأخذ عَرَفَةً واحدة، يتمضمض منها ثلاثاً، ويستنشق ثلاثاً، روى ذلك في بعض الروايات أيضاً.

ثم على هذا الوجه، وهو اتِّخَاذُ الغرفة هل يخلط المضمضة بالاستنشاق؟ أم يقدم المضمضة؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه يخلط، فيتضمض ويستنشق مرة بما معه، ثم يفعل ذلك ثانية، وثالثة، لأن اتحاد الغرفة يدل على أنهما في حكم عضو واحد.

والثاني: يقدم المضمضة على الاستنشاق، فإن ذلك أقرب إلى النَّظَافَةِ<sup>(٥)</sup>. ولنبين

(١) أخرجه أبو داود والنسائي بإسناد صحيح، ولابن حبان والحاكم مثله من رواية ابن عباس، وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين، انظر خلاصة البدر ٣٢/١ والتلخيص ٧٨/١.

(٢) متفق عليه انظر التلخيص ٧٨/١ - ٨١، وخلاصة البدر ٣٣/١.

(٣) أخرجه البزار ١٣١/١. (٤) متفق عليه انظر التلخيص ٧٨/١ - ٨١.

(٥) قال النووي: المذهب من هذا الخلاف أن الجمع بثلاث أفضل، كذا قاله جماعة من المحققين، والأحاديث الصحيحة مصرحة به. الروضة ١٦٩/١.

ما يشتمل عليه الكتاب من هذه الاختلافات. أما قوله: «فياخذ عَرْقَةَ لفيه، وغرفة لأنفه على أحد القولين»، فهو قول الفصل بالكَيْفِيَّة المذكورة في الوجه الأول من الوجهين المذكورين على هذا القول. وأما قوله: «وفي الثاني يأخذ عَرْقَةَ لهما» فهو قول الجمع بالكَيْفِيَّة المذكورة في الوجه الثاني على هذا القول. وقوله: «ثم يخلط على أحد الوجهين» إلى آخره هما الوجهان المذكوران أخيراً. ومن سنن الوضوء: المبالغة في المَضْمُضَة والاستنشاق، ففي المضمضة يبلغ الماء أقصى الحَنَكِ، وَوَجْهِي الأسنان واللِّثَام مع إمرار الإصبع عليها، وفي الاستنشاق يصعد الماء بالنفس إلى الخَيْشُوم مع إدخال الإصبع، وإزالة ما فيه من الأذى، لكن لو كان صائماً لا يباليغ فيهما، كيلا يصل الماء إلى الدماغ، أو البطن، وقد روى «عَنْ لَقِيْطِ بْنِ صَبْرَةَ قَالَ: قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ: أَخْبِرْنِي عَنِ الْوُضُوءِ. قَالَ ﷺ: «أَسْبِغِ الْوُضُوءَ، وَخَلَّلْ بَيْنَ الْأَصَابِعِ، وَبَالَغْ فِي الْأَسْتِنْشَاقِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ صَائِماً»<sup>(١)</sup>»<sup>(٢)</sup>.

قال الغزالي: وَأَنْ يُكْرَرَ الْغَسْلَ وَالْمَسْحَ (ح م و) فِي الْجَمِيعِ وَإِنْ شَكَّ أَخَذَ بِالْأَقْلِ.

قال الرافعي: «تَوَضَّأَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ثَلَاثًا ثَلَاثًا، ثُمَّ قَالَ: هَذَا وَضُوءِي، وَوُضُوءُ الْأَنْبِيَاءِ قَبْلِي، وَوُضُوءُ خَلِيلِي إِبْرَاهِيمَ»<sup>(٣)</sup>. وروى: «أَنَّهُ تَوَضَّأَ ثَلَاثًا ثَلَاثًا، وَقَالَ: مَنْ زَادَ عَلَيَّ هَذَا فَقَدْ أَسَاءَ وَظَلَمَ»<sup>(٤)</sup>. ولا فرق بين المَغْسُولِ من الأعضاء والممسوح المفروض منهما، وغير المفروض؛ لأن لفظ الخبر مطلق يتناول المغسول والممسوح.

(١) أخرجه أحمد في المسند ٣٣/٤، وأبو داود ١٤٢، والترمذي ٧٨٨، وقال حسن صحيح، والنسائي ٦٦/١، وفي ٨٩/١ وفي ١٥٣/١، والهيثمي في الموارد ١٥٩، والحاكم في المستدرک ١٤٧/١، ١٤٨، والشافعي ٧٤.

(٢) قال النووي: ولو جعل الماء في فيه، ولم يدره حصلت المضمضة على الصحيح والله أعلم. الروضة ١٦٩/١.

(٣) أخرجه مسلم في الصحيح ٢٠٧/١، عن عثمان - رضي الله عنه -: أنه تَوَضَّأَ ثَلَاثًا ثَلَاثًا (٩/٢٣٠)، هكذا في وصف وضوء النبي ﷺ والحديث الذي ذكره المصنف - رحمه الله - أخرجه ابن ماجه، وابن أبي حاتم، والدارقطني والطبراني من رواية ابن عمر وهو ضعيف، لأنه من رواية عبد الرحيم بن زيد العمي، تركه البخاري وقال أبو حاتم الرازي هذا حديث لا يصح، وقال أبو زرعة: واه وقال العقيلي: فيه نظر، انظر التلخيص ٨٢/١ - ٨٣، نصب الراية ١/٢٨، ٢٩.

(٤) أخرجه أبو داود من رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وينحوه عند النسائي وابن ماجه، وقال صاحب الإمام إسنادة صحيح إلى عمرو، فمن يحتج بنسخة عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده فهو عنده صحيح، والأكثرون من المصنفين على الاحتجاج بها. انظر التلخيص ٨٣/١.

وقال مالك وأبو حنيفة وأحمد - رحمهم الله -: لا يستحب التكرار في مسح الرأس وحكاه أبو عيسى الترمذي في جامعة عن الشافعي - رضي الله عنه - ونقله أبو عبد الله الحنطلي وجهاً للأصحاب فيه، وفي مسح الأذنين.

واحتجوا عليه بما روى: «أَنَّهُ ﷺ مَسَحَ رَأْسَهُ مَرَّةً وَاحِدَةً»<sup>(١)</sup> وعن علي وعثمان - رضي الله عنهما - أنهما في وَصْفِ وضوء رسول الله ﷺ «مَسَحَا رُؤُوسَهُمَا مَرَّةً وَاحِدَةً».

قلنا: ورد في رواية الرَّبِيعِ بنت معوذ: «أَنَّهُ مَسَحَ رَأْسَهُ مَرَّتَيْنِ»<sup>(٢)</sup>، وعن عثمان «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ تَوَضَّأَ، فَمَسَحَ رَأْسَهُ ثَلَاثًا»<sup>(٣)</sup>، على أن ما روئتموه يَجُوزُ أن يكون فعله في بعض الأحوال؛ لبيان الجواز. وهذا لبيان الفضيلة، فلو شك في أنه غسل، أو مسح مرة، أو مرتين، أو شك في أنه فعل ذلك مرتين، أو ثلاثاً؛ فوجهان:

أصحهما: وهو المذكور في الكتاب: أنه يأخذ بالأقل؛ كما لو شك في عدد رَكَعَاتِ الصلاة.

والثاني: ذكره الشيخ أبو محمد: أنه يأخذ بالأكثر؛ حذراً من أن يزيد غسلة رابعة، فإنها بَدْعَةٌ وترك السنة أهون من اقتحام البدعة، لكن من قال بالأول لا يسلم أن الرابعة بدعة على الإطلاق؛ بل البدعة: إتيانه بالرابعة عن علم منه بحقيقة الحال<sup>(٤)</sup>.

قال الغزالي: «وَأَنَّ يُخَلَّلَ اللَّحْيَةَ إِذَا كَانَتْ كَثِيفَةً». قال الرافعي: ما لا يجب إيصال الماء إلى باطنه ومنابته من شعر الوجه، يستحب تَخْلِيلُهُ بالأصابع، روى عن عثمان - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ كان يَخَلِّلُ لِحْيَتَهُ<sup>(٥)</sup> وروى: أنه كان يُخَلِّلُ لِحْيَتَهُ، وَيَذَلُّكَ

(١) أخرجه مسلم من رواية عبد الله بن زيد، والدارقطني من رواية عثمان والترمذي من رواية علي، وانظر كلام الحافظ في التلخيص ٨٣/١ - ٨٤، والزيلعي في نصب الراية ٣١/١.

(٢) أخرجه أبو داود، وابن ماجه والترمذي وحسنه، وفي إسناده عبد الله بن محمد بن عقيل - احتج به الأكثرون - انظر التلخيص ٨٤/١.

(٣) أخرجه أبو داود من رواية عامر بن شقيق بن سلمة عنه، قال البيهقي في خلافياته إسناده قد احتجا بجميع روائه غير عامر، قال الحاكم: لا أعلم في عامر طعناً بوجه من الوجه. انظر التلخيص ٨٤/١ - ٨٥.

(٤) قال النووي: تكره الزيادة على ثلاث، وقيل: تحرم، وقيل: هي خلاف الأولى والصحيح: الأول. وإنما تجب الغسلة مرة إذا استوعبت العضو. الروضة ١٧٠/١.

(٥) أخرجه أحمد والدارمي والبخاري، ونقل الترمذي عنه أنه قال: إنه أصح شيء في الباب، وقال الحاكم إسناده صحيح وقد احتجا بجميع روائه غير عامر ولا أعلم فيه طعناً قال: وله شواهد. انظر التلخيص ٨٥/١ - ٨٧ خلاصة البدر ٣٥/١ - ٣٦.

عَارِضِيهِ بَعْضُ الدَّلِكِ . وَعَنْ المَزْنِيِّ : أَنَّ التَّخْلِيلَ وَاجِبٌ <sup>(١)</sup> وَرواه القاضي ابن كنج عن بعض الأصحاب، فإن أراد المزنني فتفرداته لا تعد من المذهب إذا لم يخرجها على أصل الشافعي - رضي الله عنه - وإن أراد غيره حصل وجه موافق لما ذهب إليه المزنني .

قال الغزالي : وَأَنْ يُقَدَّمَ الِيَمْنَى عَلَى الِيسْرَى .

قال الرافعي : كان رسول الله ﷺ يحب التيامن في كل شيء، حتى في وضوئه وانتعاله <sup>(٢)</sup> . وعن أبي هريرة - رضي الله عنه - أنه ﷺ قال : «إِذَا تَوَضَّأْتُمْ فَأَبْدُوا بِيَمَائِمِكُمْ» <sup>(٣)</sup> وزعم المرتضى <sup>(٤)</sup> من الشيعة أن الشافعي - رضي الله عنه - في القديم كان يوجب تقديم اليمنى على اليسرى، وليس لهذا ذكر في كتب أصحابنا، ولا اعتماد عليه، ويدل على نفي الوجوب ما روى عن علي - رضي الله عنه - أنه قال : ما أبالي بيمينتي بدأت، أو بشمالي إذا أكملت الوضوء <sup>(٥)</sup> .

ثم استحباب تقديم اليمنى على اليسرى في كل عضوين يعتبر إيراد الماء عليهما دفعة واحدة، كاليدين والرجلين، أما الأذنان فلا يستحب البداية باليمنى منهما؛ لأن مسحهما معاً أهون، وكذلك الخدان يغسلان معاً: نعم الأقطع يعجز عن غسل الخدين، ومسح الأذنين دفعة واحدة فيراعى التَّيَامُنُ، هكذا ذكر القاضي أبو المحاسن <sup>(٦)</sup> وليكن قوله : «وأن يقدم اليمنى» مرقوماً بالألف؛ لأن أحمد صار إلى وجوبه .

قال الغزالي : وَأَنْ يُطَوَّلَ الغُرَّةُ .

قال الرافعي : وروى أنه ﷺ قال : «أُمَّتِي يَوْمَ الْقِيَامَةِ غُرٌّ مُحَجَّلُونَ مِنْ آثَارِ الوُضُوءِ» <sup>(٧)</sup> . قال أبو هريرة : «فَكُنَّا بَعْدَ ذَلِكَ نَغْسِلُ أَيْدِيَنَا إِلَى الْأَبَاطِ» <sup>(٨)</sup> .

- (١) قال النووي: مراد قائله وجوب إيصال الماء إلى المنبت، وليس بشيء، وقد نقلوا الإجماع على خلافه. والله أعلم. الروضة ١/١٧٠.
- (٢) أخرجه البخاري ٤٢٦، ومسلم ٦٧/٢٦٨.
- (٣) أخرجه ٢/٣٥٤، وأبو داود ٤١٤١، وابن ماجه ٤٠٢، والهيثمي في الموارد ١٤٧، وقال صاحب الإمام: وهو حقيق بأن يصحح، انظر التلخيص ١/٨٨.
- (٤) محمد بن يحيى بن الحسين بن القاسم بن إبراهيم العلوي الطالباني الملقب بالمرتضى، إمام زيدي فقيه عالم بالأصول، توفي سنة ٣١٠هـ. الأعلام ٧/١٣٥.
- (٥) أخرجه البيهقي، وقال منقطع التلخيص ١/١٠٠.
- (٦) قال النووي: والكفَّان كالأذنين، وفي (البحر) وجه شاذ: أنه يستحب تقديم الأذن اليمنى، ولو قدم مسح الأذن على مسح الرأس لم يحصل على الصحيح. والله أعلم. الروضة ١/١٧٠.
- (٧) أخرجه ١٣٦، ومسلم ٣٥/٢٤٦.
- (٨) انظر التلخيص ١/٨٨.

واختلف الأصحاب في التفسير، ففرق بعضهم بين تطويل العُرَّة وتطويل التَّحْجِيل فقالوا: تطويل العُرَّة غَسْلُ مُقَدِّمَاتِ الرَّأْسِ مع الوجه، وكذلك غسل صَفْحَةِ العُنُقِ، والتَّحْجِيلُ غسل بعض العَضُدِ عند غسل اليد وغسل بعض الساق عند غسل الرجل، وغاية ذلك استيعاب العضد، والساق وفسر كثيرون تطويل العُرَّة بغسل شيء من العضد والساق، وأعرضوا عن ذكر ما حوالى الوجه، والأول أولى وأوفق لظاهر الخبر.

قال الغزالي: وَأَنْ يَسْتَوْعِبَ الرَّأْسَ بِالْمَسْحِ فَإِنْ عَسَرَ تَنْحِيَةَ الْعِمَامَةِ كَمَلَّ بِالْمَسْحِ عَلَى الْعِمَامَةِ.

قال الرافعي: من سنن الوضوء أَسْتَيْعَابُ الرَّأْسِ بِالْمَسْحِ، والأحْبُ في كيفية أن يضع يده على مقدم رأسه، وكل واحدة من سَبَابَتَيْهِ مُنْصَقَةً بالأخرى، وإبهاماه على صُدْغَيْهِ ثم يذهب بهما إلى قَفَاهُ، ثم يردهما إلى المكان الذي بدأ منه، روى عن عبد الله ابن زيد في صفة وضوء رسول الله ﷺ «ثُمَّ مَسَحَ رَأْسَهُ بِيَدَيْهِ، أَقْبَلَ بِهِمَا، وَأَذْبَرَ بَدَأَ بِمَقْدِمِ رَأْسِهِ، ثُمَّ ذَهَبَ بِهِمَا إِلَى قَفَاهُ، ثُمَّ رَدَّهُمَا إِلَى الْمَوْضِعِ الَّذِي بَدَأَ مِنْهُ»<sup>(١)</sup>.

وهل الذَّهَابُ باليد والرد مَسْحَةٌ واحدة؟ أم الذهاب وحده مسحة؟ إن لم يكن على رأسه شعر، أو كان عليه شعر لا ينقلب بذهابه باليد؟ وردها لكونه صَفِيرَةً معقودة، أو لطولها فأمرار اليد من المقدم إلى المؤخر مَسْحَةٌ واحدة.

قال في التهذيب: ولا يحسب الرد، والحالة هذه مسحة أخرى؛ لِصَيْرُورَةِ البَلَلِ مستعملاً بحصول مسح جميع الرأس، وإن كان على رأسه شعر ينقلب بالذهاب باليد، وردها فهما جميعاً مسحة واحدة؛ ليستوعب البلل جميع الرأس، فإن مَنَابِتَ الشعور مختلفة، منها ما يكون وجهه إلى مقدم الرأس، ومنها ما يكون وجهه إلى مؤخره، فبالذهاب يبتل بواطن القسم الأول، وظواهر الثاني وبالرد يبتل ظواهر الأول، وبواطن الثاني، والأول أن يمسح من الرأس النَّاصِيَةِ، «مَسَحَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِنَاصِيَتِهِ وَعَلَى عِمَامَتِهِ»<sup>(٢)</sup> ولا يجوز الاقتصار على مسح العِمَامَةِ؛ لأنَّ المأمور به مسح الرأس، والمسح على العمامة ليس بماسح على الرأس، ولو عسر عليه تنحية ما على رأسه من عمامة، وغيرها ومسح من الرأس قدر ما يجب كمل بالمسح على العمامة، بدلاً من الاستيعاب وتشبها به.

قال الغزالي: وَأَنْ يَمْسَحَ أُذُنَيْهِ بِمَاءٍ جَدِيدٍ ظَاهِرُهُمَا وَبَاطِنُهُمَا.

(١) متفق عليه، وقال الترمذي: هو أحسن شيء في الباب، وأصح، انظر التلخيص ٨٨/١، ٨٩.

(٢) أخرجه مسلم من رواية المغيرة بن شعبة، وقد تقدم.



قال الرافي: يستحب مَسْحُ الْأُذُنَيْنِ؛ لما روى: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ مَسَحَ فِي وُضُوئِهِ بِرَأْسِهِ وَأُذُنَيْهِ، ظَاهِرُهُمَا وَبَاطِنُهُمَا، وَأَدْخَلَ إِصْبَعَيْهِ فِي صِمَاحِي أُذُنَيْهِ»<sup>(١)</sup>.

وينبغي أن يمسحهما بماء جديد؛ لما روى عن عبد الله بن زيد، في صفة وضوء رسول الله ﷺ «أَنَّهُ تَوَضَّأَ فَمَسَحَ أُذُنَيْهِ بِمَاءٍ غَيْرِ الْمَاءِ الَّذِي مَسَحَ بِهِ الرَّأْسَ»<sup>(٢)</sup>.

وليس من الشرط أن يأخذ ماءً جديداً حيثذ؛ بل لو أمسك بعض أصابعه من البلبل المأخوذ لمسح الرأس، ومسح به الأذنين تأدت هذه السنة؛ روى «أَنَّهُ ﷺ «أَمْسَكَ بِسَبَابَتَيْهِ، وَإِبْهَامَيْهِ عَنِ الرَّأْسِ؛ لِمَسْحِ الْأُذُنَيْنِ، فَمَسَحَ بِسَبَابَتَيْهِ بِاطْنَهُمَا، وَإِبْهَامَيْهِ ظَاهِرَهُمَا»<sup>(٣)</sup>، ويمسح الصِّمَاحَيْنِ بماء جديد أيضاً نص عليه؛ لأنه من الأذن، كالقلم والأنف من الوجه، وحكى قول آخر: أنه يكفي مَسْحُهُ ببقية بلبل الأذن؛ لأن الصِّمَاحَ من الأذن، والأحْبُ في إقامة هذه السنة أن يدخل مسبتيه في صِمَاحَيْهِ، ويديرهما على المَعَاطِفِ، ويمر إبهاميه على ظهورهما، ثم يلصق كفيه، وهما مبلولتان بالأذنين استظهاراً. ولك أن تعلم قوله: «وَأَنْ يَمْسَحَ أُذُنَيْهِ» بالألف؛ لأن أحمد قال بوجوبه، وبالميم؛ لأن مالكا قال في رواية: هما من الوجه يُغْسَلَانِ معه، ولا يُمَسَّحَانِ.

وقوله: «بماء جديد» بالحاء لأن أبا حنيفة يقول: هما من الرأس يمسحان بالبلبل المأخوذ للرأس<sup>(٤)</sup>، وبالميم، لأن مالكا: يقول في رواية هما من الوجه يمسحان بالبلل الباقي عن غسل الوجه<sup>(٥)</sup> وبالألف، لأن أحمد مع قوله «بالوجوب» يجوزه بالمأخوذ لمسح الرأس، وعن مالك روايتان، أخريان أحدهما: مثل مذهبننا، والأخرى مثل مذهب أبي حنيفة.

قال الغزالي: وَأَنْ يَمَسَّحَ الرَّقَبَةَ.

- (١) أخرجه أبو داود من رواية المقدم بن معديكرب بإسناد حسن أو صحيح، انظر التلخيص ٨٩/١.
- (٢) أخرجه الحاكم والبيهقي وقالوا: إسناده صحيح وزاد الحاكم: وأنه على شرط مسلم، انظر التلخيص ٨٩/١، ٩٠.
- (٣) أنكره ابن الصلاح، وضعفه النووي، وروى ابن أبي شيبة والبيهقي وابن خزيمة وابن منده من حديث ابن عباس ما ظاهره كما ذكره المصنف، قال ابن منده: لا يعرف مسح الأذنين من وجه يثبت إلا من هذا الطريق. انظر خلاصة البدر المنير ٣٨/١.
- (٤) في ب: للأذنين.
- (٥) قال النووي: ويمسح الصماخين ثلاثاً ونقلوا: أن ابن سريج - رحمه الله - كان يغسل أذنيه مع وجهه، ويمسحهما مع رأسه ومنفردتين احتياطاً في العمل بمذاهب العلماء فيهما، وفعله هذا حسن. وقد غلط من غلطة فيه زاعماً أن الجمع بينهما لم يقل به أحد. ودليل ابن سريج نص الشافعي والأصحاب على استحباب غسل التزعتين مع الوجه مع أنهما يمسحان في الرأس. والله أعلم. الروضة ١٧١/١، ١٧٢.

قال الرافعي: روى أن النبي ﷺ قال: «مَسَحُ الرُّقْبَةِ أَمَانٌ مِنَ الْغُلِّ»<sup>(١)</sup> وعن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ قال: «مَنْ تَوَضَّأَ وَمَسَحَ عَلَى عُنُقِهِ وَقَبِي الْغُلِّ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»<sup>(٢)</sup> [٣].

وهل يمسح بماء جديد، أم بما يبقى من بلل مسح الرأس، أو الأذن؟ بناه بعضهم على وجهين في أن مسح العنق سنة أم أدب، إن قلنا: سنة مسح بماء جديد وإن قلنا: أدب مسح بالبلل الباقي. واعلم أن السنة والأدب يشتركان في أصل الندبية، والاستحباب، لكن السنة ما يتأكد شأنها، والأدب دون ذلك، ثم اختيار القاضي الروياني: أنه ينبغي أن يمسحه بماء جديد، وميل الأكثرين إلى أنه يكفي مسحه بالبلل الباقي، وهو قضية كلام المسعودي، وصاحب «التهذيب»؛ لأن المسعودي قال: إنه غير مقصود في نفسه، بل هو تابع للفقأ في المسح والفقأ تابع للرأس؛ لتطويل الغرة. وقال صاحب «التهذيب»: يستحب مسحه؛ تبعاً للرأس، أو الأذن إطالة للغرة، وإذا كان استحبابه لتطويل الغرة، كفى فيه البلل الباقي<sup>(٤)</sup> - والله أعلم -.

قال الغزالي: وَأَنْ يُخَلَّلَ أَصَابِعَ الرَّجُلَيْنِ بِخُنْصِرِ الْيَدِ الْيُسْرَى مِنْ أَسْفَلِ أَصَابِعِ الرَّجُلِ الْيُمْنَى وَيَبْتَدِئُ بِخُنْصِرِ الْيُمْنَى وَيَخْتُمُ بِخُنْصِرِ الْيُسْرَى.

قال الرافعي: من سنن الوضوء: تخليل أصابع الرجلين في غسلهما؛ لما روى أنه ﷺ قال للقيظ بن صبرة: «إِذَا تَوَضَّأْتَ فَخَلِّلِ الْأَصَابِعَ».

وهذا إذا كان الماء يصل إليها من غير تخليل، فلو كانت الأصابع ملتفة لا يصل الماء إليها إلا بالتخليل، فحينئذ يجب التخليل، لا لذاته، لكن الأداء فرض الغسل، وإن كانت ملتحمة لم يجب الفتق، ولا يستحب أيضاً، والأحب في كيفية التخليل: أن يخلل بخنصر اليد اليسرى من أسفل الأصابع، مبتدئاً بخنصر الرجل اليمنى، ومختتماً بخنصر اليسرى، ورَدَ الخبر<sup>(٥)</sup> بذلك عن رسول الله ﷺ كذلك ذكره الأئمة، وعن أبي طاهر

(١) غريب قال ابن الصلاح: لا يعرف مرفوعاً، هكذا في شرحه على الوسيط، وإنما هو قول بعض السلف، وقال النووي موضوع. التلخيص ٩٢/١، وخلاصة الدر المنير ٣٨/١.

(٢) قال ابن الملقن في الخلاصة ٣٨/١: غريب لا أعرفه إلا من كلام موسى بن طلحة، كذلك رواه أبو عبيد في غريبه، قال النووي: لا يصح في مسح الرقبة شيء، انظر التلخيص ٩٢/١، ٩٣.

(٣) سقط في ب.

(٤) قال النووي: وذهب كثيرون من أصحابنا إلى أنها لا تمسح، لأنه لم يثبت فيها شيء أصلاً، ولهذا لم يذكره الشافعي ومقدموا الأصحاب، وهذا هو الصواب. والله أعلم. الروضة ١٧٢/١.

(٥) أخرجه أبو داود وابن ماجة والترمذي وقال: غريب لا نعرفه إلا من حديث ابن لهيعة وقال ابن =

الزيادي<sup>(١)</sup>؛ أنه يخلل ما بين كل إصبعين من أصابع رجله بإصبع من أصابع يده؛ ليكون بماء جديد، ويفصل الإبهامان، فلا يخلل بهما؛ لما فيه من العسر، وهل التخليل من خاصية أصابع الرجلين؟ أم هو مستحب في أصابع اليدين أيضاً؟ معظم أئمة المذهب ذكروه في أصابع الرجلين، وَسَكَنُوا عَنْهُ فِي الْيَدَيْنِ، لكن القاضي أبا القاسم بن كج قال: إنه مستحب فيهما، واستدل بخبر لقيط بن صبرة، فإن لفظ الأصابع ينظمها، وفي جامع أبي عيسى الترمذي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أن رسول الله ﷺ قال: «إِذَا تَوَضَّأْتَ فَخَلَّلْ أَصَابِعَ يَدَيْكَ وَرِجْلَيْكَ»<sup>(٢)</sup>.

وعلى هذا فالذي يقرب من الفهم هاهنا أن يشبك بين الأصابع، ولا تعود فيه الكيفية المذكورة في الرجلين، ولك أن تعلم قوله: «بخنصر اليد اليسرى» بالواو، إشارة إلى ما حكينا عن الأستاذ أبي طاهر.

قال الغزالي: وَأَنْ يُوَالِيَ بَيْنَ الْأَفْعَالِ فَهِيَ سُنَّةٌ عَلَى الْجَدِيدِ.

قال الرافعي: اختلف قول الشافعي - رضي الله عنه - في الموالاة. فقال في القديم: هي واجبة، وبه قال مالك، وأحمد في رواية؛ لأن النبي ﷺ تَوَضَّأَ عَلَى سَبِيلِ الْمَوَالَاةِ، وقال: «هَذَا وَضُوءٌ لَا يَقْبَلُ اللَّهُ الصَّلَاةَ إِلَّا بِهِ»<sup>(٣)</sup>؛ ولأنها عبادة ينقضها الحدث، فيعتبر فيها الموالاة، كالصلاة، وقال في الجديد: هي سنة؛ لما روى «أَنَّ رَجُلًا تَوَضَّأَ وَتَرَكَ لَمَعَةً فِي عَقِبِهِ فَلَمَّا كَانَ بَعْدَ ذَلِكَ أَمَرَهُ النَّبِيُّ ﷺ بِغَسْلِ ذَلِكَ الْمَوْضِعِ، وَلَمْ يَأْمُرْهُ بِالِاسْتِثْنَاءِ»<sup>(٤)</sup> ولم يبحث عن قدر المدة الفاصلة، وعن ابن عمر - رضي الله

= الملقن في الخلاصة (٣٨/١): وقد أجمع المحدثون على ضعفه كما قاله البيهقي لكن نقل الدارقطني والبيهقي عن مالك أنه قال هذا حديث حسن، ولم ينفرد به ابن لهيعة فقد روى من طريقه أخرى ليس هو فيها وصححها ابن القطان وقال الحافظ: هذه الكيفية لا أصل لها، وساق ما سقناه.

(١) أبو طاهر محمد بن محمد محمش بميم مفتوحة وحاء مهملة ساكنة بعدها ميم مكسورة ثم سين معجمة المعروف بالزيادي. كان إمام المحدثين والفقهاء بنيسابور في زمانه وإماماً في العربية والأدب. ولد سنة سبع عشرة وثلاثمائة، وسمع الحديث سنة خمس وعشرين وتفقه سنة ثمان وعشرين وتوفي سنة أربعمائة. انظر العبر ١٠٣/٣، طبقات العبادي ١٠١.

(٢) أخرجه الترمذي ٣٩، وقال: حسن غريب، وبنحوه عند ابن ماجه (٤٤٤٧) وفي إسناده صالح مولى التوأمة، وفيه مقال أبو حاتم وغيره ليس بالقوي، وقال أحمد صالح الحديث. انظر التلخيص ٩٤/١، وخلاصة البدر ٣٩/١.

(٣) تقدم انظر التلخيص ٩٤/١، وخلاصة البدر ٣٩/١.

(٤) أخرجه أحمد وأبو داود وابن ماجه والدارقطني من رواية أنس، وقال البيهقي في خلافياته: رواه كلهم ثقات، مجمع على عدالتهم، انظر التلخيص ٩٤/١ - ٩٦، وخلاصة البدر ٣٩/١.

عنهما -: أنه كان يتوضأ في سوق المدينة، فدُعِيَ إلى جنازة، وقد بَقِيَ من وضوئه فرض الرجلين، فذهب معها إلى المَصَلَّى، ثم مسح خفيه وكان لابساً ولأن أفعال الوضوء يجوز أن يتخلَّلها الزمان اليسير، فكذلك الزمان الكثير بخلاف الصلاة. ثم لجريان القولين شرطان، وإن أُطلق في الكتاب.

أحدهما: أن يهمل الموالاة بتفريق كثير، أما التفريق اليسير فلا يقدر بلا خلاف، سواء كان بعدر، أو بغير عذر، والتفريق الكثير أن يمضي من الزمان ما يَجِبُ فيه المَغْسُولُ مع اعتدال الهواء ومزاج الشخص، ولا عبرة بحال المَحْمُومِ، ولا بتباطؤ الجفاف؛ بسبب بُرُودَةِ الهواء، ولا بِتَسَارُعِهِ بسبب الحرارة.

وقيل: يؤخذ الكثير والقليل من العادة.

وقيل: إذا مضى قدر ما يمكن فيه إتمام الطهارة فقد كثر التفريق، واعتبار مدة التفريق من آخر الفعل المأتي من أفعال الوضوء، حتى لو غسل وجهه ويديه، ووقع فصل، ثم مسح رأسه، قبل جفاف ماء اليدين لم يضر، وإن جف الماء على وجهه.

وإذا غسل ثلاثاً، فالاعتبار من الغسلة الأخيرة.

الشَّرْطُ الثاني: أن يكون التفريق الكثيرة بغير عذر، أما إذا كان بعدر فلا يضر، ولا يعود فيه القول القديم.

قال المسعودي: لأن الشافعي - رضي الله عنه - جوز في القديم تفريق الصلاة بالعذر، فإنه إذا سبقه الحدث يتطهر، ويبنى، ففي الطهارة أولى، والعذر كما إذا نفذ ماؤه، فذهب لطلبه، أو خاف من شيء فهرب، وهل النسيان من الأعذار؟ فيه وجهان، للشيخ أبي محمد:

والأظهر: أنه من الأعذار، ومنهم من طرد القولين في التفريق بالعذر أيضاً، والأكثر على الأول، وَحُكِيَ عن نص الشافعي - رضي الله عنه - ما يدل عليه وإذا عرفت موضع القولين، فنقول: إذا فرعنا على القديم وفرق وجب عليه الاستئناف.

وإن فرعنا على الجديد، فله البناء، ثم إن كان مستديماً للنية فذاك، وإن لم يكن فهل يحتاج إلى تجديد النية؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن استيفاء النية حكماً خلاف الحقيقة، إنما يصار إليه عند تواصل الأفعال.

وأظهرهما: لا؛ لأن التفريق إذا كان جائزاً كانت النية الأولى كافية، ألا ترى أن الحج إذا جاز فيه التفريق كَمَّتِ النية الأولى فيه.

قال الغزالي: وَأَنْ لَا يَسْتَعِينِ فِي الْوُضُوءِ بِغَيْرِهِ، وَأَنْ لَا يَنْشَفَ الْأَعْضَاءَ فِيهِ سُنَّةٌ

عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ، وَأَنْ لَا يَنْقُضَ يَدَيْهِ لِلنَّهْيِ عَنْهُ، وَأَنْ يَدْعُو بِالذَّعَوَاتِ الْمَأْثُورَةِ الْمَشْهُورَةِ عِنْدَ غَسْلِ الْأَعْضَاءِ.

قال الرافعي: هذه البقية تشتمل على أربع سنن:

إحدهما: أن لا يستعين في وضوئه بغيره.

روى: أنه ﷺ قال: «أَنَا لَا أَسْتَعِينُ عَلَى وَضُوءِي بِأَحَدٍ»<sup>(١)</sup> قاله لعمر - رضي الله عنه - وقد بادر لِيَصْبَ الماء على يديه؛ ولأنه نوع من التنعيم والتكبير، وذلك لا يليق بحال المتعبد، والأجر على قدر النصب. وهل تكره الاستعانة؟ فيه وجهان: أحدهما: نعم، لما ذكرناه.

وأظهرهما: لا؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَدْ اسْتَعَانَ أَحْيَانًا<sup>(٢)</sup> مِنْهَا: مَا رُوِيَ «أَنَّ أُسَامَةَ<sup>(٣)</sup> وَالرَّبِيعَ بَنْتَ مُعَوِّذٍ صَبَا الْمَاءَ عَلَى يَدَيْهِ»<sup>(٤)</sup>.

ومنها ما روى «أَنَّهُ اسْتَعَانَ بِالْمُغِيرَةِ بْنِ شُعْبَةَ لِمَكَانِ جَبَّةِ ضَيْقَةَ الْكُمَيْنِ كَانَ قَدْ لَبَسَهَا فَعَسَرَ عَلَيْهِ الْإِسْبَاطُ مُتَفَرِّدًا»<sup>(٥)</sup> ولا يستبعدن الخلاف في أن الاستعانة هل تكره؟ مع الجزم بأن تركها محبوب فإن الشيء قد يكون أولى، ولا يوصف ضده بالكرهية كأستغراق الأوقات بالعبادة وتركه.

الثانية: هل يستحب ترك تشييف الأعضاء فيه وجهان:

أظهرهما: نعم، لما روى عن أنس «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ لَا يَنْشِفُ أَعْضَاءَهُ»<sup>(٦)</sup>.

(١) أخرجه الرافعي في أماليه بإسناد، والبزار في مسنده، وقال: لا يروى إلا من هذا الوجه بهذا الإسناد وقال ابن الملقن: إسناد ضعيف، وقال النووي: باطل لا أصل له، وفي ذلك. انظر التلخيص ٢٩/١، وخلاصة البدر ٤٠/١.

(٢) قال النووي: الوجهان فيما إذا استعان بمن يصب عليه الماء، وأصحهما: لا يكره أما إذا استعان بمن يغسل له الأعضاء فمكروه قطعاً، وإن استعان به في إحضار الماء فلا بأس به، ولا يقال: إنه خلاف الأولى، وحيث كان له عذر فلا بأس بالاستعانة مطلقاً. والله أعلم. الروضة ١٧٣/١.

(٣) متفق عليه في قصة فيها دفعة مع النبي ﷺ من عرفة في حجة الوداع، ولفظ مسلم ثم جاء فصبيت عليه والوضوء، وليس في رواية البخاري ذكر الصب.

(٤) أخرجه ابن ماجة (٣٩٠)، وأبو داود (١٢٦)، والدارمي (٦٩٦)، والطبراني في الكبير (٢٤٤) (٦٧٥)، (٦٧٦)، وانظر التلخيص ٩٧/١.

(٥) أخرجه البخاري (٣٩٣)، ومسلم (٢٧٤).

(٦) أخرجه ابن شاهين في ناسخه ومنسوخه، وانظر الناسخ والمنسوخ لابن شاهين بتحقيقنا، وإسناده ضعيف. انظر التلخيص ٩٨/١.

وعن عائشة - رضي الله عنها - قالت: «كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يُصْبِحُ جُنْبًا، فَيَغْتَسِلُ، ثُمَّ يَخْرُجُ إِلَى الصَّلَاةِ، وَرَأْسُهُ يَقْطُرُ مَاءً»<sup>(١)</sup>.

**والثاني:** لا يستحب ذلك. وعلى هذا اختلفوا. منهم من قال: لا يستحب التَّنشِيفُ أيضاً، وقد روي من فعل رسول الله ﷺ التَّنشِيفُ، وتركه، وكل حسن، ولا ترجيح، ومنهم من قال: يستحب التَّنشِيفُ؛ لما فيه من الاحتراز عن التصاق الغبار، وإذا فرغنا على الأظهر، وهو استحباب الترك، فهل نقول التَّنشِيفُ مَكْرُوهٌ؟ أم لا؟ فيه ثلاثة أوجه:

**أظهرها:** لا؛ «لَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ اغْتَسَلَ، فَأَتَى بِمَلْحَفَةٍ وَرَسِيَّةٍ، فَالْتَحَفَ بِهَا حَتَّى رُؤِيَ أَثَرُ الْوَرَسِ فِي عُنُقِهِ»<sup>(٢)</sup>. ولو كان مكروهاً لما فعل.

**والثاني:** نعم؛ لأنه إزالة لأثر العبادة، فأشبهه إزالة خُلوْفٍ فَمِ الصائم.

**والثالث:** حُكِيَّ عن القاضي الحسين: أنه إن كان في الصيف كره، وإن كان في الشتاء لم يكره؛ لعذر البرد.

**الثالثة:** أن لا ينفض يديه، فهو مكروه<sup>(٣)</sup> لما روى: أنه ﷺ قال: «إِذَا تَوَضَّأْتُمْ فَلَا تَنْفُضُوا أَيْدِيَكُمْ، فَإِنَّهَا مَرَاوِخُ الشَّيْطَانِ»<sup>(٤)</sup>.

**الرابعة:** أن يحافظ على الدعوات<sup>(٥)</sup> الواردة في الوضوء، فيقول في غسل الوجه: اللهم بيض وجهي يوم تبيض وجوه وتسود وجوه»، وعند غسل اليد اليمنى: «اللهم أعطني كتابي يميني وحاسبني حساباً يسيراً»، وعند غسل اليسرى: «اللهم لا تعطني

(١) قال الحافظ ابن حجر ٩٨/١، أخرجه النسائي في الصوم من طريق الشعبي عنها، وفي الصحيحين نحوه من حديث أبي هريرة.

(٢) أخرجه أحمد ٦/٦، ٧، وأبو داود ٥١٨٥، والنسائي في عمل اليوم والليلة ٣٢٤، ٣٢٥، ٣٢٦، وابن ماجه ٤٦٦، ٣٦٠٤ وقال الحازمي: مختلف في إسناده، انظر التلخيص ٩٩/١ وخلاصة البدر ٤١/١.

(٣) قال النووي: في النفض الأرجح: أنه مباح تركه وفعله سواء، والثاني مكروه، والثالث تركه أولى. والله أعلم. الروضة ١٧٣/١.

(٤) أخرجه ابن أبي حاتم في العلل ٣٦/١، وقال: قال أبي: هذا حديث منكر والبخاري ضعيف الحديث، وأبو مجهول، ورواه ابن حبان في المجروحين (٢٠٣/١) وقال البخاري: يروى عن أبيه عن أبي هريرة نسخة فيها عجائب لا يحل الاحتجاج به إذا انفرد لمخالفته الأثبات في الروايات مع عدم تقدم عدالته، وانظر التلخيص ٩٩/١، ١٠٠.

(٥) قال النووي: هذا الدعاء لا أصل له ولم يذكره الشافعي والجمهور. والله أعلم. الروضة ١٧٣/١.

كتابي بشمالي ولا من وراء ظهري»، وعند مسح الرأس: «اللهم خَرِّمْ شعري وبشري على النار» وروى: «اللهم أَحْفَظْ رأسي وما حوى، وبطني وما وعى»، وعند مسح الأذنين: «اللَّهُم اجعلني من الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه»، وعند غسل الرجلين: «اللَّهُم ثبت قدمي على الصراط يوم تزل فيه الأقدام»، ورد بها الأثر عن السلف الصالحين<sup>(١)</sup> خاتمتان:

إحداهما: السنن التي أوردتها، يعود يصفها في الغسل، التسمية، وغسل اليدين، والمضمضة والاستنشاق، والمبالغة فيهما، والتكرار، والمُوالاة، وترك الاستعانة، والتنشيف، والنفض. وفي التسمية وجه: أنها لا تستحب في الغسل، وفي الموالاة طريق: أنها لا تجب في الغسل بلا خلاف.

الثانية: ظاهر لفظ الكتاب حصر السنن في العدد المذكور، لكن للوضوء مَنذُوباتٍ آخر. منها: أن يقول بعد التسمية: الحمد لله الذي جعل الماء طهوراً. وأن يستصحب النية في جميع الأفعال. وأن يجمع في النية بين اللسان القلب. وأن يتعهد الماقين<sup>(٢)</sup> بالسبابتين، وما تحت الحَاثِم بتحرك الخاتم، وكذلك المواضع التي يحتاج فيها إلى الاحتياط. وأن يبدأ في غسل الوجه بأعلاه، وفي مسح الرأس بمقدمه وفي اليد والرجل بأطراف الأصابع، ويختم بالمرافق، والكعب إن كان يصب الماء عليهما بنفسه، وإن صبه عليه غيره بدأ بالمرْفَقِ، والكَعْبِ. وأن لا ينقص الماء المتوضأ به عن مد. وأن لا يسرف في صب الماء. وأن لا يزيد على ثلاث مرات. وأن لا يتكلم في أثناءه. ولا يَلْطُم الوجه بالماء. وأن يتوضأ في مكان لا يرجع رشاش الماء إليه. وأن يُبْرِ اليدَ على الأعضاء المغسولة. وأن يقول بعد الوضوء مستقبلاً للقبلة: أشهد أن لا إله إلا الله، وحده لا شريك له، وأن محمداً عبده ورسوله، اللهم اجعلني من التَّوَابِينَ، واجعلني من المتطهرين، سبحانه اللهم وبحمدك، أشهد أن لا إله إلا أنت، أستغفرك وأتوب إليك، وليس لك أن تقول: هذا من الأذكار والأدعية، وقد أشار إليها في الكتاب، فلا يكون وراء ما ذكره؛ لأن الأدعية التي أشار إليها في الكتاب، هي المأثورة عند غسل الأعضاء، وهذا متأخر عن غَسْلِهَا.

(١) انظر التلخيص ١/١٠٠.

(٢) الموق: طرف العين الذي يلي الأنف وفيه ثلاث لغات ماق، وماق، وموق قاله الخطابي في المعالم ١/١٠١.

## الْبَابُ الثَّانِي فِي الْأَسْتِنْجَاءِ

### وَهُوَ وَاجِبٌ، وَفِيهِ فُضُولٌ أَرْبَعَةٌ

قال الغزالي: **الأول** في آداب قضاء الحاجة: وهي أن يستتر عورته ولا يحاذي بها الشمس والقمر والقبلة واستقبالا واستديارا إلا إذا كان في بناء، وأن لا يجلس في محدث الناس ولا على الشوارع.

قال الرافي: الاستنجاء واجب عندنا، خلافاً لأبي حنيفة.

لنا ظاهر قوله - عليه الصلاة والسلام: «وَلَيْسَتْجُ أَحَدِكُمْ بِثَلَاثَةِ أَحْجَارٍ»<sup>(١)</sup> ونحوه، ثم المحوج إلى الاستنجاء إنما هو قضاء الحاجة؛ فلذلك قدم فصلاً أولاً في آدابه، وذكر منها أموراً:

**أحدها:** أن يستتر عورته عن العيون بشجرة، أو بقية جدار، ونحوهما؛ لما روى عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «مَنْ أَتَى الْعَائِطَ فَلَيْسَتْجِرَ فَإِنْ لَمْ يَجِدْ إِلَّا أَنْ يَجْمَعَ كَثِيباً مِنْ رَمْلٍ فَلْيُفْعَلْ»<sup>(٢)</sup>، وهذا إذا لم يكن في بناء ساتر، وهو أن يكون مسقفاً، أو محوطاً يمكن تسقيفه، فلو كان في بُسْتَانٍ مَحْوِطٍ، وجلس بعيداً عن الجدار أو جلس في عَرَصَةِ دَارٍ فَيُنْحَأَ، فهو كما لو جلس في الصحراء، فينبغي أن يستتر بشيء، ثم ليكن الساتر قريباً من مؤخرة الرجل، وليكن بينه وبين الساتر قدر ثلاثة أذرع، فما دونها، ولو أناخ راحلته وتستر بها، أو جلس في وَهْدَةٍ، أو نهر، أو أرخى ذَيْلَهُ حصل الغرض.

**الثاني:** أَنْ لَا يَسْتَقْبِلَ الشَّمْسَ وَالْقَمَرَ بِفَرْجِهِ، فَقَدْ وَرَدَ النَّهْيُ عَنْهُ<sup>(٣)</sup>، ويشترك فيه الصحراء، والبنيان، كذلك ذكره المحاملي.

**الثالث:** إذا كان في بناء، أو بين يديه ساتر، فالأدب أن لا يستقبل القبلة، ولا يستديرها، وإذا كان في الصحراء، ولم يستتر بشيء، حرم عليه استقبال القبلة. واستديارها؛ لما روى: أنه ﷺ قال: «إِذَا ذَهَبَ أَحَدُكُمْ الْعَائِطَ، فَلَا يَسْتَقْبِلُ الْقِبْلَةَ، وَلَا يَسْتَدِيرُهَا بِعَائِطٍ وَلَا بَوْلٍ»<sup>(٤)</sup> وروى: أنه - عليه الصلاة والسلام - قال: «لَا تَسْتَقْبِلُوا

(١) أخرجه الشافعي ٥٣، والنسائي ٣٨/١، وابن ماجه ٣١٣، وأبو داود ٨، والدارمي ٦٨٠، وابن خزيمة ٨٠، وابن حبان ١٤١٨، وأبو عوانة ٢٠٠/١، قال الشافعي هو حديث ثابت.

(٢) أخرجه أبو داود ٣٥، وابن ماجه ٣٣٧، وابن حبان ١٣٩٧، والبيهقي ٩٤/١، والمستدرک ١/١٥٨ وانظر التلخيص ١/١٠٣.

(٣) انظر التلخيص ١/١٠٣.

(٤) أخرجه الشافعي هكذا، ومسلم دون قوله لعائط ولا بول كلاهما من رواية أبي هريرة انظر صحيح مسلم ٢٦٥.



الْقِبْلَةَ بِغَائِطٍ، وَلَا بَوْلٍ، وَلَكِنْ شَرَّفُوا، أَوْ عَزَّبُوا»<sup>(١)</sup>. ولا يحرم ذلك في البناء، وإن كان الخبر مطلقاً، خلافاً لأبي حنيفة؛ وذلك لما روى عن ابن عمر - رضي الله عنهما - قال: «رَقِيتُ السَّطْحَ مَرَّةً فَرَأَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ جَالِساً عَلَى لَبَتَيْنِ، مُسْتَقْبِلاً بَيْتَ الْمَقْدِسِ»<sup>(٢)</sup> ومن استقبل بيت المقدس بالمدينة، فقد استدبر الكعبة<sup>(٣)</sup> وعن جابر قال: «نَهَانَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ نَسْتَقْبِلَ الْقِبْلَةَ بِفُرُوجِنَا»، ثم رأته قبل موته بعام مستقبل القبلة»<sup>(٤)</sup>.

وسبب المنع في الصحراء، فيما ذكر الأصحاب أن الصحراء لا تخلو عن مُصَلٍّ من ملك، أو جني، أو إنسي، فربما وقع بصره على عورته، فأما في الأبنية، فالحشوش لا يحضرها إلا الشياطين، ومن يصلي يكون خارجاً عنها، فيحول البناء بينه وبين المصلي، وليس السبب مُجَرَّدَ احترام الكعبة، وقد نقل ما ذكره عن ابن عمر، وعن الشعبي - رضي الله عنهما -.

**الرابع:** أن لا يجلس في متحدث الناس؛ كيلا يفسد عليهم مجلسهم، فيلعنوه، وقد قال ﷺ: «اتَّقُوا الْمَلَاعِينَ»<sup>(٥)</sup>. ثم في لفظ الكتاب في الأدب الثاني، والثالث كلامان:

(١) متفق عليه من رواية أبي أيوب الأنصاري - رضي الله عنه - بزيادة ولا تستدبروها البخاري ١٤٤، ٣٩٤، ومسلم ٢٦٤.

(٢) متفق عليه، وله طرق ووقع في رواية لابن حبان مستقبل القبلة مستدبر الشام وهو خطأ تعد من قسم المقلوب في المتن، انظر التلخيص ١٠٤/١.

(٣) قال النووي: يكره استقبال بيت المقدس واستدباره ببول أو غائط، ولا يحرم، ولا يكره الجماع مستقبل القبلة ولا مستدبرها، لا في بناء ولا في صحراء عندنا. واستصحاب ما عليه ذكر الله تعالى على الخلاء مكروه لا حرام، والسنة أن يقول عند دخول الخلاء: (باسم الله اللهم إني أعوذ بك من الإخبث والخبائث) ويقول إذا خرج: (غفرانك، الحمد لله الذي أذهب عني الأذى وعافاني) وسواء في هذا البنيان، والصحراء، ولا يرفع ثوبه حتى يدنو من الأرض ويسبله عليه إذا قام قبل انتصابه. ويكره أن يذكر الله تعالى أو يتكلم بشيء قبل خروجه إلا لضرورة، فإن عطس حمد الله تعالى بقلبه، ولا يحرك لسانه، وكذا يقول في حال الجماع، والسنة أن يبعد عن الناس وأن يبول في مكان لئلا يرتد عليه فيه بوله، ويكره في قارعة الطريق، وعند القبور، ويحرم البول على القبر. وفي المسجد فهو حرام على الأصح. ويستحب أن لا يدخل الخلاء حافياً. ولا مكشوف الرأس، وأن لا ينظر إلى ما يخرج منه، ولا إلى فرجه ولا إلى السماء ولا يعبث بيده، ولا يكره البول في الإناء، ويكره قائماً بلا عذر، ويكره إطالة القعود على الخلاء. الروضة ١٧٧/١.

(٤) أخرجه أحمد، والبخاري، وأبو داود، والترمذي، وابن ماجه، وابن الجارود، والدارقطني، والبيهقي، والحاكم، وقال البخاري: حديث صحيح، وقال الترمذي: حسن غريب وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم. انظر التلخيص ١٠٤/١.

(٥) أخرجه أبو داود، وابن ماجه، والحاكم من رواية أبي سعيد الحميري عن معاذ مرفوعاً، وقال الحاكم: صحيح الإسناد، وقال ابن الملقن في الخلاصة (٤٤/١): فيه نظر لأن أبا سعيد هذا، =

أحدهما: قوله: «ولا يُحَاذِي بِهَا الشَّمْسُ، والقَمَرُ، والقِبْلَةُ، اسْتِقْبَالًا، واستِدْبَارًا، يقتضي المنع من استقبال الشمس والقمر، واستدبارهما جميعاً، كالقِبْلَةَ سواء رجع قوله «استقبالاً واستدباراً» إلى الشمس والقمر، والقِبْلَةَ، أو إلى القِبْلَةَ وحدها، أما على التقدير الأول فظاهر، وأما على الثاني فلأن لفظة المحاذاة، وهي تشمل الاستقبال والاستدبار. وأكثر الكتب ساكتة عن استدبارهما، وإن كان المنع عن استقبالهما مشهوراً، لكنه صحيح حكاه في البيان عن الضميري ورأيته في الشافعي، لأبي العباس الجرجاني، وفي الخبر ما يدل عليه.

الثاني: ظاهر كلامه يقتضي عَوْدَ الاستثناء في قوله: «إلا إذا كان في بناء» إلى الشمس، والقمر، والقِبْلَةَ جميعاً؛ ولا شك أنه ليس كذلك؛ بل هو مخصوصٌ بِالقِبْلَةِ، ثم الاحتراز عن استقبال الثَّيْرَيْنِ واستدبارها ليس بواجب بحال، وإنما هو أدَبٌ، والاحتراز عن استقبال الكعبة واستدبارها أدب في حال، وواجب في حال، كما سبق بيانه. وإذا عرفت ذلك فيتوجه للناظر أن يقول: إن أراد الإمام بالمنع حالة التحريم لم يحسن درجة في جملة الآداب، ولا الجمع بين القِبْلَةَ والشمس والقمر في جملة واحدة، وإن أراد حالة الكراهة، فلم استثني ما إذا كان في بناء، والأدب الاحتراز في البناء أيضاً؟

قال الغزالي: وَلَا يَبُولُ فِي الْمَاءِ الرَّائِدِ وَلَا فِي الْجُحْرَةِ وَلَا تَحْتَ الْأَشْجَارِ الْمُثْمِرَةِ وَلَا فِي مَهَابِّ الرِّيَّاحِ اسْتِنْتِزَاهَا مِنَ الْبَوْلِ.

قال الراجعي: ومن الآداب: أن لا يبول في الماء الرَّائِدِ؛ لما روى: أنه ﷺ قال: «لَا يَبُولُ أَحَدُكُمْ فِي الْمَاءِ الدَّائِمِ»<sup>(١)</sup> وروى: «فِي الرَّائِدِ». وهذا المنع يَشْمَلُ القليل والكثير؛ لما فيه من الاستفْذَارِ، ثم إن كان قليلاً ففيه شيء آخر، وهو أنه تنجيس للماء، وتعطيل لفوائده فإن كان بالليل زاد شيء آخر، وهو ما قيل: أن الماء بالليل للجن، فلا ينبغي أن يبال فيه، ولا يغتسل؛ خوفاً من آفة تصيب من جهتهم.

ومنها: أن لا يبول في الجُحْرَةِ؛ لما روى قتادة عن عبد الله بن سرجس، «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْهُ. قِيلَ لِقَتَادَةَ: مَا بَالُ الْجُحْرَةِ؟ قَالَ: يُقَالُ: إِنَّهَا مَسَاكِنُ الْجِنِّ»<sup>(٢)</sup>.

= لم يدرك معاذاً، كما قاله المزي وغيره وهو في نفسه مجهول كما قاله ابن القطان، وانظر التلخيص ١٠٥/١.

(١) متفق عليه، والرواية الآتية عند ابن ماجه.

(٢) أخرجه أحمد وأبو داود والنسائي والبيهقي والحاكم، وقال: صحيح على شرط الشيخين، وقال علي بن المديني: سمع قتادة من عبد الله انظر الخلاصة لابن الملقن ٤٥/١.

ومنها: أن لا يجلس تحت الأشجار المثمرة؛ صيانة لها عن التلويث والتنجيس، وهذا في البول والغائط جميعاً، وإن كان نظم الكتاب يخص البول.

ومنها: أن لا يبول في مَهَابِّ الرياح؛ استنزاهاً من البول، وحادراً من رَشَاشِهِ، قال ﷺ: «اسْتَنْزَهُوا مِنَ الْبَوْلِ، فَإِنَّ عَامَّةَ عَذَابِ الْقَبْرِ مِنْهُ»<sup>(١)</sup> وروى «أَنَّ ﷺ كَانَ يَتَمَخَّرُ الرِّيحَ»<sup>(٢)</sup>، أي: ينظر أي مجراها، فلا يستقبلها؛ لئلا يُرْدُّ عليه البول، لكن يَسْتَدْبِرُهَا.

قال الغزالي: وَيَعْتَمِدُ فِي الْجُلُوسِ عَلَى الرَّجْلِ الْيُسْرَى، وَيَعُدُّ التُّبْلَ وَلَا يَسْتَنْجِي بِالمَاءِ فِي مَوْضِعِ قِضَاءِ الْحَاجَةِ، وَلَا يَسْتَضَجِبُ شَيْئاً عَلَيْهِ أَسْمُ اللَّهِ تَعَالَى وَرَسُولِهِ، وَيُقَدِّمُ الرَّجْلَ الْيُسْرَى فِي دُخُولِهِ الْخَلَاءَ وَالْيَمْنَى فِي الْخُرُوجِ، وَأَنْ يَسْتَبْرِيءَ مِنَ الْبَوْلِ بِالتَّنْحِيحِ وَالتَّشْرِ.

قال الرافعي: ومنها: أن يعتمد إذا جَلَسَ على الرجل اليسرى؛ لما روى عن سُرَاقَةَ بن مالك، قال: «عَلَّمَنَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِذَا أَتَيْتَا الْخَلَاءَ أَنْ تَتَوَكَّأَ عَلَى الْيُسْرَى»<sup>(٣)</sup>.

ومنها: أن يعد التُّبْلَ إن كان يستنجي بالأحجار، ثم يشتغل بعد ذلك بقضاء الحاجة؛ لما روى: أنه ﷺ قال: «اتَّقُوا الْمَلَاعِينَ، وَأَعِدُّوا التُّبْلَ»<sup>(٤)</sup>.

والمعنى: فيه خوف الانتشار لو طالبها بعد قضاء الحاجة، والتُّبْلُ: أحجار الاستنجاء، جمع تَبْلَةٍ، وأصلها الحَصَاةُ الصغيرة.

ومنها: أن لا يستنجي بالماء في موضع قضاء الحاجة؛ بل ينتقل عنه، ثم يستنجي تحرُّزاً من عَوْدِ الرِّشَاشِ إليه<sup>(٥)</sup> إذا أصاب الماء النجاسة، وأما إذا كان يستنجي بالحجر، فلا يقوم عن الموضوع؛ كيلا تنتشر النُّجَاسَةُ.

(١) أخرجه الدارقطني من رواية أبي هريرة هكذا، والحاكم بنحوه، وقال: صحيح على شرط الشيخين. انظر التلخيص ١٠٦/١.

(٢) غريب نعم لابن عدي، والبيهقي من رواية أبي هريرة مرفوعاً أنه كان يكره البول في الهواء، قال ابن عدي: هو موضوع، وفي علل ابن أبي حاتم عن سراقه مرفوعاً: استمخروا الريح، ثم قال: إنما يروي موقوفاً، وأسند عبد الرزاق بآخره. خلاصة البدر ٤٥/١.

(٣) أخرجه الطبراني بإسناد ضعيف ٦٦٠٥، والبيهقي ٩٦/١، وقال الحازمي لا يعلم في الباب غيره مع ضعف إسناده وانقطاعه وغرابته.

(٤) أخرجه ابن أبي حاتم في العلل من رواية سراقه، فقال: وقال أبي إنما يروونه موقوفاً، وقد أسند عبد الرزاق بآخره، وقال الخطابي: أكثر المحدثين يروون التُّبْلَ بفتح النون، والأجود الضم، وهي حجارة الاستنجاء. انظر خلاصة البدر ٤٦/١، والتلخيص ١٠٧/١.

(٥) قال النووي: هذا في غير الأخلية المتخذة لذلك أما الأخلية فلا ينتقل منها للمشفة، ولأنه لا يناله رشاش. والله أعلم. الروضة ١٧٦/١.

ومنها: أن لا يستصحب شيئاً عليه اسم الله تعالى، كالخاتم والدرهم التي عليها اسم الله تعالى، «كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِذَا دَخَلَ الْخَلَاءَ وَضَعَ خَاتَمَهُ»<sup>(١)</sup>؛ لَأَنَّهُ كَانَ عَلَيْهِ مُحَمَّدٌ رَسُولُ اللَّهِ<sup>(٢)</sup>، وألحق باسم الله تعالى اسم رسوله ﷺ، تعظيماً؛ وتوقيراً له كذلك يحترز عن أَسْتِصْحَابِ ما عليه شيءٌ من القرآن، وهل يختص هذا [الأدب]<sup>(٣)</sup> بالبنيان، أم يعم البُنْيَانِ وَالصَّحَّارِي؟ فيه اختلاف للأصحاب، والأظهر التعميم. ورأيت للصيمري: أنه إذا كان على فص الخاتم ذكر الله تعالى، خلعه قبل دخول الخلاء، أو ضم كفه عليه فخير بينهما، وكلام غيره يشعر بأنه لا بد من النَّزْعِ، نعم قيل: إنه لو غفل عن النزع حتى اشتغل بقضاء الحاجة، ضم كفه عليه حتى لا يظهر.

ومنها: أن يُقَدِّمَ رجله اليُسْرَى في دخول الخلاء، واليمنى في الخروج على العكس من دخول المسجد، والخروج منه؛ لأن اليسار للأذى، واليمنى لغيره، وهل يختص ذلك بالبنيان، أم لا؟ اختلف فيه كلام الأصحاب، والذي ذكره في «الوسيط» يقتضي الاختصاص، لكن الأكثرين على أنه لا يختص، حتى يقدم رجله اليسرى إذا بلغ مَوْضِعَ جُلُوسِهِ فِي الصَّحْرَاءِ، أيضاً، وإذا فرغ قدم اليمنى.

ومنها: أن يستبرئ من البول بالتَّخْنُجِ عند انقطاعه، وبالنَّثْرِ ثلاثاً بأن يمر بعض أصابعه على أسفل الذَّكْرِ ويدلكه لإخراج ما هنالك من البقايا؛ وهذا للاستنزاه من البول أيضاً، ويروى: أَنَّهُ ﷺ قَالَ: «فَلْيَنْتِزْ ذَكَرَهُ»<sup>(٤)</sup> ولو استبرأ بالمشي عُقِبَ البول فلا بأس، وأكثره فيما قيل: سبعون خطوة، ويكره حشو الإخليل بِالْقُطْطَةِ ونحوها.

قال الغزالي: أَلْفُضْلُ الثَّانِي فِيمَا يُسْتَنْجَى عَنْهُ: وَهِيَ كُلُّ نَجَاسَةٍ مُلَوَّنَةٍ خَارِجَةٍ عَنِ الْمَخْرَجِ الْمُعْتَادِ نَادِرَةٌ كَانَتْ أَوْ مُعْتَادَةً جَازَ الْأَقْتِصَارُ فِيهَا عَلَى الْحَجَرِ مَا لَمْ تَنْتَشِرْ إِلَّا مَا يَنْتَشِرُ مِنَ الْعَامَّةِ وَلَا يُقْتَصَرُ عَلَى الْحَجَرِ فِي دَمِ الْحَيْضِ، وَفِي النَّجَاسَاتِ النَّادِرَةِ قَوْلُ أَنَّهُ يَتَعَيَّنُ الْمَاءُ وَقِيلَ: الْمَذْيُ نَادِرٌ، وَإِذَا خَرَجَتْ دُودَةٌ لَمْ تَلُوثْ فِيهِ وَجُوبُ الْأَسْتِنْجَاءِ وَجَهَانِ.

(١) أخرجه أبو داود ١٩، وقال: هذا حديث منكر، والترمذي ١٧٤٦ وقال: حسن غريب، وللنسائي ١٨٧/٨، وابن ماجه ١١٠/١ (٣٠٣)، وابن حبان ١٤٠٠، والحاكم ١٨٧/١، وقال ابن حبان: ولا يقبل قول من ضعفه.

(٢) ورد هذا في الحديث السابق. (٣) سقط في ب.

(٤) أخرجه أحمد وأبو داود في مراسيله، وابن ماجه والبيهقي من رواية يزداد ويقال: ازداد ابن فساة الفارسي مولى بجير بن ريسان اليماني، قال العقيلي: لا يصح، وقال ابن أبي حاتم: يزداد مجهول وولده عيسى مثله. انظر خلاصة البدر ٤٧/١، والتلخيص ١٠٨/١.

قال الرافعي: الخارج من البدن إما ريحٌ فلا استنجاءَ منها، أو عين، فإن وجبت بخروجها الطهارة الكبرى كالمنيِّ والحَيْضِ، فيجب العَسْلُ، ولا يمكن الاقتصار على الحِجَارَةِ<sup>(١)</sup> وإن لم تجب به الطهارة الكبرى نظر، إن لم تجب به الصغرى فإن كان طاهراً فذاك، وإن كان نجساً كدم الفُصْدِ والحِجَامَةِ فيزال، كما تزال سائر النجاسات، ولا مدخل للحجر فيه، وإن وجبت به الطهارة الصغرى، فإن خرج من الثقبه التي تفتح، ويحكم بانتفاض الطهارة بالخارج منها على ما سيأتي، فتزال كسائر النجاسات، أم للحجارة فيه مدخل. فهي وجوه ثلاثة قد ذكرها في الكتاب في باب الأحداث، ونذكرها في موضعها إن شاء الله - تعالى - وإن خرج من السَّبِيلَيْنِ نظر، إن لم يكن مُلَوَّثاً كالذوذة والحَصَاة التي لا رطوبة معها، ففي وجوب الاستنجاء منه قولان:

**أصحها:** لا يجب. لا بالماء، ولا بالحجر؛ لأن المقصود من الاستنجاء إزالة النجاسة، أو تخفيفها عن المحل، فإذا لم يتلوث المحل، ولم يتنجس فلا معنى للإزالة، ولا للتخفيف.

**والثاني:** يجب؛ لأنه لا يخلو عن رطوبة<sup>(٢)</sup> وإن قلت: وخفيت، وإن كان ملوثاً فينظر إن كان نادراً كالدم والقَيْحِ، ففيه قولان:

**أحدهما:** أنه يتعين إزالته بالماء، رواه الربيع حيث حُكِيَ عن نسه: أنه إن كان في جوف مَفْعَدَتِهِ بَوَاسِيرٍ يخرج منها الدَّمُ والقَيْحُ يجب غسله بالماء، ووجهه أن الاقتصار على الحجر تخفيف على خلاف القياس، ورد فيما يعم به البلوى، فلا يلحق به غيره.

**والثاني:** رواه المزني، وحرملة، وهو الأصح: أنه يجوز فيه الاقتصار على الحجر؛ نظراً إلى المخرج المعتاد، فإن خروج النجاسات منه على الانقسام إلى الغالبة والنادرة مما يتكرر ويعسر البحث عنها، والوقوف على كیفياتها، فيناط الحكم بالمَخْرَجِ، ومنهم من قطع بهذا، وحمل ما رواه الربيع على ما إذا كان بين الإلْتِيَيْنِ لا في الداخل.

ومن جملة النجاسات النادرة المذني، فيجيء فيه هذا الاختلاف، وحكى عن القفال تفصيل في النجاسات النادرة، وهو: أن ما يخرج منها مَشُوباً بالمعتاد كفى الحجر

(١) قال النووي: قد صرح صاحب (الحاوي) وغيره: بجواز الاستنجاء بالحجر من دم الحيض. وفائدته فيمن انقطع حيضها واستنجت بالحجر، ثم تيممت لسفر أو مرض صلت ولا إعادة. والله أعلم. الروضة ١/١٧٨.

(٢) قال النووي: والبعرة اليابسة كالحصاة وصرح به صاحب الشامل وآخرون. والله أعلم. الروضة ١/١٧٨.

فيه، وإن تمحض النادر فلا بد من الماء، هذا في الخارج النادر: أما المعتاد فإن لم يعد المخرج فعليه أحد الأمرين، إما إزالته بالماء كسائر النجاسات، وإما التخفيف بجماد على الشرط المذكور في الفصل الثالث، وذلك أن الأصل في النجاسات الإزالة بالماء بحيث لا يبقى عَيْنٌ ولا أَثَرٌ، فإن جرى على الأصل فذاك، وإلا أجزأه الاقتصار على الأحجار؛ تخفيفاً. روى عن عائشة - رضي الله عنها - أن النبي ﷺ قال: «إِذَا ذَهَبَ أَحَدُكُمْ إِلَى الْغَائِطِ فَلْيُذْهِبْ مَعَهُ بِلَاثَةِ أَحْجَارٍ، يَسْتَطِبُّ بِهَا، فَإِنَّهَا تُجْزِي<sup>(١)</sup> عَنْهُ».

وإن عدا المخرج نظر، إن لم ينتشر أكثر من القدر المعتاد، فكذلك يتخير بين الأمرين، وذلك القدر من الانتشار يتعذر، أو يتعسر الاحتراز عنه، ونقل المزمي - رحمه الله - أنه إذا عدا المخرج لا يجزي فيه إلا الماء، فمنهم من أثبتة قولاً آخر، وزعم أن الضرورة تختص بالمخرج، فلا تسامح فيما عداه بالاعتصار على الأحجار، والأكثرين امتنعوا من إثباته قولاً، وانقسموا إلى مغلط ومؤول، وإن انتشر أكثر من القدر المعتاد، وهو أن يعدو المخرج وما حواليه، فينظر، إن لم يجاوز الغائط الأليتين ففي جواز الاقتصار فيه على الأحجار قولان:

**أظهرهما:** الجواز رواه الربيع، واحتج الشافعي - رضي الله عنه - لهذا القول بأن قال: «لم يزل في زمان رسول الله ﷺ وإلى اليوم رقة البطون». وكان أكثر أقواتهم التمر، وهو مما يرقق البطن، ومن رق بطنه انتشر خلاؤه عن الموضع، وما حواليه، ومع ذلك أمروا بالاستنجار.

**والثاني:** ذكره في القديم: أنه لا يجوز؛ لأنه انتشار لا يعم ولا يغلب، فإذا اتفق وجب غسله كسائر النجاسات، وفيه طريقتان أخريان:

**إحدهما:** القطع بالقول الأول، رواها الشيخ أبو محمد، والمسعودي.

**والثانية:** القطع بالقول الثاني، حكاه كثير من الأئمة. وأما البول فالحسفة فيه بمثابة الإليتين في الغائط، والأمر فيه على هذا الاختلاف، وعن أبي إسحاق المروزي أنه قال: إذا جاوز البول الثقب لم يجز فيه الحجر قولاً واحداً، والخلاف والتفصيل في الغائط. والفرق أن البول ينفصل على سبيل الترقيق، فيبعد فيه الانتشار، وإن جاوز الغائط الإليتين، والبول الحسفة، تعينت الإزالة بالماء كسائر النجاسات؛ لأنه نادر نحوه؛ ولا فرق بين القدر المجاوز وغيره، ومنهم من جعل ما لم يجاوز على الخلاف، ثم حيث يجوز الاقتصار على الحجر فذاك، بشرط أن لا تنتقل النجاسة عن الموضع

(١) أخرجه أحمد ١٠٨/٦، ١٣٣، والدارمي ٦٧٦، وأبو داود ٤٠، ٤١، والنسائي ٤١/١، ٤٢، والدارقطني ٥٤/١، وفيه وإسناده صحيح والبيهقي ١٠٣/١، وابن ماجه ٣١٥.

الذي أصابته عند الخروج، فلو قام وانضمت إلتياه عند الخطو، وانتقلت النجاسة تعين الماء، ويشترط أن لا يصيب موضع الثَّجْوِ نجاسة من خارج حتى لو عاد إليه رَشَاش، ما أصاب الأرض تعين الماء، ويشترط في النادر أن لا يَجْفَ الخارج على الموضع، فإن جف تَعَيَّن الماء، وحكى القاضي الروياني: أنه إن كان يُقْلِعُهُ الحجر يجزي فيه الحجر، وإلا فلا، وأختار هذا الوجه - والله أعلم - . هذا فقه مَسَائِل [الفصل .

وألفاظ الكتاب في بعض المواضع من الفصل تفتقر إلى مزيد بيان، فنقول: أما قوله<sup>(١)</sup>: الفصل الثاني فيما يستنجى عنه، فلفظ الاستنجاء يشمل الإزالة بالماء، والتَّخْفِيف بالأحجار؛ لأنه مشتق من الثَّجْوِ وهو القَلْع، إلا أن المراد هاهنا إنما هو الاستنجاء بالحجر لا مطلق الاستنجاء، وإلا فلا يشترط في مطلق الاستنجاء كونه خارجاً من المَخْرَج المعتاد، ولا كونه غير مُنْتَشِرٍ، لكن قوله: في آخر الفصل: فإذا خرجت دُوْدَةٌ لم تلوث ففي وجوب الاستنجاء وجهان، ليس المراد منه الاستنجاء بالحجر؛ بل مطلق الاستنجاء على ما بينا المسألة من قبل، وقد عبر عن الخلاف في المسألة بالوجهين، وكذلك نقل الشيخ أبو محمد، والصيدلاني، والإمام، والأكثرون نقلوا قولين، ومنهم من حكاها عن الجامع الكبير، والله أعلم. وأما قوله: كل نجاسة، يخرج عنه الأشياء الطاهرة، وقوله: مُلَوَّنَةٌ، يخرج عنه ما لا يلوث، واشترط هذا القيد على الخلاف المذكور. وقوله: خارجة عن المخرج عن دَمِ الفُضْدِ والحِجَامَةِ، وكذا الخارج عن الثقبه المنفتحة، وإن حكمنا بانتفاض الطهر بالخارج منها، وفيه الخلاف الذي أشرنا إليه من قبل، لكن الأظهر أنه لا يقتصر فيه على الحجر، فلا بأس بخروجه عن الضابط. وقوله: نادرة كانت أو معتادة، جرى على أصح القولين في التَّجَاسَاتِ النَّادِرَةِ، وهو: أنه يقتصر فيها على الحجر، وقد ذكر القول الثاني بعد ذلك.

وقوله: ما لم ينتشر إلا ما ينتشر من العامة، يَنْبَغِي أن تكون كلمة الاستثناء منه مرقوم بالواو؛ إشارة إلى مَذْهَبٍ من جعل منقول المذني قولاً، فإن عدم الانتشار شرط عنده من غير استثناء، وكذلك قوله: ما ينتشر من العامة؛ إشارة إلى القول الذي رواه الربيع: أنه وإن زاد على ذلك جاز الأفتيصار فيه على الحَجَرِ ما لم يجاوز الإلَيْتَيْنِ، والذي ذكره جواب على القول المنسوب إلى القديم، واختيار له، وقد رجَّحه إمام الحرمين وكثيرون، لكن منقول الربيع أظهر كما سبق، وكذلك ذكره المسعودي، والقاضي الروياني وآخرون، وبه أجاب المحاملي في المقنع.

وأما قوله: المَذْيُ نادرٌ فيقتضي إثبات خلاف في أنه هل يعد من النجاسات

النادرة؟ ولكلامه في «الوسيط» إشعار به أيضاً، لكن الذي يشتمل عليه كتب الأصحاب قديمها وحديثها عده من النجاسات النادرة من غير التعرض لخلاف فيه، وطرح بعضهم لهذا السبب لفظة قيل: من الكتاب، وقد أحسن، ولك أن تستدرك فنقول ما ذكره في الضَّابِط لا يحوي جملة الشرائط المعتبرة في جواز الاقتصار على الحجر؛ لأن منها أن لا تَجِفَّ النجاسة على الموضع ولا تنتقل عنه، ولا تصيبه نجاسة أخرى كما سبق، وقد سكت عنها.

قال الغزالي: **الْفَضْلُ الثَّالِثُ فِيمَا يُسْتَنْجَى بِهِ: وَهُوَ كُلُّ عَيْنٍ طَاهِرَةٍ مُنْشَفَةٍ غَيْرِ مُحْتَرَمَةٍ فَلَا يَجُوزُ بِالرُّوْثِ وَالرُّجَاجِ الْأَمْلَسِ وَالْمَطْعُومِ وَفِي سُقُوطِ الْفَرْضِ بِالْمَطْعُومِ وَجِهَانٍ، وَالْعَظْمِ مَطْعُومٍ، وَالْجِلْدِ الطَّاهِرِ يَجُوزُ الِاسْتِنْجَاءُ بِهِ عَلَى أَصْحَ الْأَقْوَالِ.**

قال الرافعي: قوله: فيما يستنجى به أي: من الجامدات، وله شروط:

أحدها: أن يكون طاهراً خلافاً لأبي حنيفة.

لنا ما روى: أنه ﷺ «نَهَى عَنِ الِاسْتِنْجَاءِ بِالرُّوْثِ<sup>(١)</sup>، وَالرَّمَّةِ، وَلِأَنَّ النِّجَاسَةَ لَا تَزَالُ بِالنَّجَسِ، كَمَا لَا تَزَالُ بِالْمَاءِ النَّجَسِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ نَجَسِ الْعَيْنِ كَالرُّوْثِ، وَمَا تَنْجَسُ بِعَارِضٍ، أَلَا تَرَى أَنَّ الشَّافِعِيَّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - قَالَ: وَلَا يُسْتَنْجَى بِحَجَرٍ قَدْ مَسَحَ بِهِ مَرَّةً إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْ طَهَرَ بِالْمَاءِ، فَلَوْ اسْتَنْجَى بِنَجَسٍ هَلْ يَتَعَيَّنُ اسْتِعْمَالُ الْمَاءِ بَعْدَ ذَلِكَ؟ أَمْ لَهُ الْاِقْتِصَارُ عَلَى الْحَجَرِ؟ كَمَا قَبْلَ اسْتِعْمَالِهِ؟ فِيهِ وَجْهَانٌ:

أحدهما: له الاقتصار على الحجر؛ لأن النجس لا يتأثر بالنجاسة، فيبقى حكمه كما كان، وأظهرهما أنه يتعين الماء؛ لأن المحل قد أصابته نجاسة أجنبية باستعماله فيه، والاقْتِصَارُ عَلَى الْحَجَرِ تَخْفِيفٌ فِيمَا تَعَمُّ بِهِ الْبَلْوَى، فَلَا يَلْحَقُ بِهِ.

**والثاني:** أن يكون منشفاً قالماً للنجاسة، فما لا يقلع لملاسته كالرَّجَاجِ الْأَمْلَسِ وَالْقَصَبِ، والحديد المملس لا يجوز الاستنجاء به؛ لأنه لا يزيل النجاسة، وينقلها عن موضعها، وكذلك ما لا يقلع لِلزُّوجِيَّةِ، أو لِتَنَائُرِ أَجْزَائِهِ كَالْحَمَّةِ الرَّخْوَةِ، والتراب لا يجوز الاستنجاء به، وقد نقل عن الشافعي - رضي الله عنه - جواز الاستنجاء بالمقابس، ونقل أنه لا يجوز بالحمة فمنهم من أثبت قولين، والأصح: تنزيلهما على حالين إن بقيت فيه صلابة، إما لضعف تأثير النار فيه، أو لقوة في جوهره كالعُضَا، فيجوز الاستنجاء به، وهو المراد بالمقابس، وإن كان يَتَنَائُرُ عند الاعتماد فلا يجوز، وهو المراد بالحمة، وكذلك نقل اختلاف النص في التراب، وأثبت بعضهم فيه قولين، وإن

(١) الرمة قطعة من الجبل. المصباح المنير ٣٢٧/١ وتقدم.



كان يتناثر، والأصح أنه حيث جوز أراد المَدَرَ المتماسك، وحيث منع أراد المتناثر؛ لأنه يلتصق بالنجاسة، ولا يتأتى التحامل عليه ولو تحامل لتعدت النجاسة موضعها، وانتشرت، ثم لو استنجى بما لا يقلع لم يسقط الفرض به، وإن انقى، ويتعين بعده الإزالة بالماء إن نقل النجاسة من موضع إلى موضع، وإن لم ينقل جاز الاقتصار على الحَجْر، وخرجوا على الشرط الأول.

**والثاني:** امتناع الاستنجاء بالحجر الرطب، ونحوه؛ لأن البَلَل الذي عليه ينجس بإصابة النجاسة إياه، ويعود شيء منه إلى مَجَلِّ النَّجْوِ، فيحصل عليه نجاسة أجنبية، ويكون كاستعمال الحجر النجس؛ ولأن الشيء الرطب لا يزيل النجاسة، بل يزيد التلوث والانتشار. وحكى القاضي ابن كج وغيره وجهاً آخر، أنه يجوز الاستنجاء بالشيء الرطب، ولمن نصره أن يقول لا نسلم أن البلل الذي عليه ينجس بإصابة النجاسة إياه، وإنما ينجس عندي بالانفصال كالماء الذي يغسل به النجاسات، وأما قوله: إنه لا يزيل النجاسة ممنوع، نعم لو كان عليه شيء محسوس من الماء فربما كان كذلك، أما مجرد البلل فلا.

**والثالث:** أن لا يكون محترماً فلا يجوز الاستنجاء بالمطعمومات لحرمتها، والعَظْمُ معدود من المَطْعُومَاتِ، لأن النبي ﷺ «نَهَى عَنِ الْإِسْتِنْجَاءِ بِالْعَظْمِ، وَقَالَ: إِنَّهُ زَادَ إِخْوَانَكُمْ مِنَ الْجِنِّ»<sup>(١)</sup>. وليس له حكم طعامنا من تحريم الربا، فيه وغيره، وعند مالك لا منع من الاستنجاء بالعَظْمِ الطاهر، والخبر حُجَّةٌ عليه، ومن الأشياء المحترمة ما كتب عليه شيء من العلم، كالحديث والفقه، وفي جزء الحيوان المتصل به كَالْيَدِ وَالْعَقَبِ مِنَ الْمَسْتَنْجَى وغيره كَذَنْبِ الْحَمَارِ وَجِهَانِ:

**أصحهما:** أنه لا يجوز الاستنجاء به؛ لحرمته، ومنهم من فرق بين أن يستنجى بيد نفسه [أو يد غيره، فقال: لا يجوز أن يستنجى بيد نفسه]<sup>(٢)</sup> ويجوز أن يستنجى بيد غيره، كما يجوز أن يسجد على يد غيره دون يد نفسه، وعكس إمام الحرمين ذلك، فقال: له أن يستنجى بيد نفسه دون يد غيره، لأنه لا حرج على المرء في تعاطي النجاسات، ومهما جرى الخلاف في جزء الحيوان، ففي جملة الحيوان أولى، وصورته: أن يستنجى بعصفورة حية، وما في معناها، ولا يلحق بالمحترمات في هذا الحكم للذهب، والفضة في أظهر الوجهين فيجوز الاستنجاء بالقطعة الخَشِيشَةِ من الذهب، والجواهر النفيسة، كما يجوز أن يستنجى بالقطعة من الدُّبْيَاجِ، ثم إذا استنجى

(١) أخرجه البخاري ١٥٥، ٣٨٦٠ من حديث أبي هريرة، مسلم ٢٦٢ من حديث سلمان ٢٦٣، ومن حديث جابر عند أبي داود ٣٦، والنسائي ٨/١٣٥، ١٣٦، وأحمد ٤/١٠٨، ١٠٩.  
(٢) سقط في ب.

بشيء محترم من مَطْمُومٍ وغيره عصى، وهل يجزئه ذلك عن الفرض؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن المقصود، قلع النجاسة، وقد حصل فصار كالاستنجاء باليمين.

وأظهرهما: أنه لا يجزئه، لأن الاقتصار على الأحجار [من قبيل الرُخَصِ، والرخص لا تُنَاطُ بالمعاصي؛ وعلى هذا فله أن يقتصر على الأحجار]<sup>(١)</sup>، كما لو لم يستعمل شيئاً إلا إذا نقل النجاسة عن موضعها، كما في الأملس، ويلتحق بهذا الشرط القول في الجلد، والطاهر منه ضَرَبَانِ غير المدبوغ، وهو جلد المأكول المُذَكِّي، والمدبوغ من المأكول وغيره، أما غير المدبوغ ففي جواز الاستنجاء به قولان:

أحدهما: الجواز كالثياب وسائر الأعيان، وإن كان فيه حرمة فليست هي، بحيث تمنع الاستعمال في سائر النجاسات فكذلك في هذه النجاسة.

وأصحهما: المنع لأمرين:

أحدهما: أن فيه دُسُومَةً تمنع التثييف.

والثاني: أنه مأكول ألا ترى أنه يؤكل على الرؤوس والأكارع، فصار كسائر المَطْمُومَاتِ، ومنهم من قال: لا يجوز بلا خلاف، وإليه مال الشيخ أبو حامد، وكثيرون، وحملوا ما نقل من تجويز الاستنجاء على ما بعد الدُّبَاغِ.

وأما الضرب الثاني: وهو المدبوغ، ففيه قولان أيضاً:

أصحهما: الجواز؛ لأن الدُّبَاغَ يزِيل ما فيه من الدُسُومَةِ، ويقلبه عن طَبْعِ اللحوم إلى طبع الثياب والثاني لا يجوز؛ لأنه من جنس ما يؤكل، ويجوز أكله إذا دبغ، وإن كان جلد ميتة على اختلاف فيه قد قدمناه، ومنهم من قال: يجوز هاهنا بلا خلاف، وما نقل من المنع محمول على ما قبل الدُّبَاغِ، وإذا جرينا على الطريقة الظاهرة، وهي إجراء القولين في الصورتين، واعتبرنا مُطْلَقَ الجلد انتظم ثلاثة أقوال، كما ذكر في الكتاب المنع مطلقاً، والتجويز مطلقاً؛ والفرق بين المدبوغ وغيره، وهو الأصح في المذهب، وإن جعل صاحب الكتاب الثاني أصح، وليس من شرط المستنجى به أن لا يكون قد أستنجى به مرة أخرى، بل إن تلوث وتنجس جاز استعماله مرة أخرى إذا طهر وَجَفَّ، وإن لم ينجس كالحجر الثاني.

والثالث: إذا لم يبق على الموضع شيءٌ جاز استعماله في الحال، وفيه وجه: أنه لا يجوز كالتراب المستعمل، ولو كان كذلك لما جاز أيضاً بعد غسله، ولم يختلفوا في جواز استعماله بعد الغسل.

(١) سقط في ب.

قال الغزالي: الفضل الرابع، في كيفية الاستنجاء: فيستنحي بثلاثة أحجار والعدد واجب (ح م ز). فإن لم يحصل الإنقاء استعمل رابعاً حصل أوتر بخامسة، ويمر كل حجر على جميع الموضع على أحسن الوجهين، وقيل: إن واحدة للصفحة اليمنى وواحدة للصفحة اليسرى وواحدة للوسط، وينبغي أن يضع الحجر على موضع طاهر حتى لا يلقى جزءاً من النجاسة ثم يدير ليختطف النجاسة ولا يمر فينقلها، فإن أمر ولم ينقل كفى على أصح الوجهين ويستنجي بيده اليسرى، والأفضل أن يجمع بين الماء والحجر.

قال الرافعي: وفي الفصل مسائل:

إحداها: إذا كان يستنجي بالجامد وجب أن يستوفي ثلاث مسحات، إما بأحرف حجر واحد وما في معناه، أو بأحجار؛ لما روى أنه ﷺ قال: «إِذَا جَلَسَ أَحَدُكُمْ لِحَاجَتِهِ فَلْيَمْسَحْ ثَلَاثَ مَسْحَاتٍ»<sup>(١)</sup>. وعن سلمان - رضي الله عنه - قال: «أَمَرَنَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ لَا نَجْتَزِيءَ بِأَقْلٍ مِنْ ثَلَاثَةِ أَحْجَارٍ». وظاهر الأمر للوجوب<sup>(٢)</sup> فيجب رعاية العدد.

وعند أبي حنيفة الاستنجاء مستحب من أصله، والعدد فيه غير مستحب، وإنما الاعتبار للإنقاء. وقال مالك: إذا حصل الإنقاء بما دون الثلاث كفى، ولأصحابنا وجه يوافقه حكاه أبو عبد الله الحنطاطي وغيره، ويحتج له بما روى: أنه ﷺ قال: «مَنْ اسْتَجَمَرَ فَلْيُوتِزْ [مَنْ فَعَلَ فَقَدْ أَحْسَنَ] وَمَنْ لَا فَلَا حَرَجَ»<sup>(٣)</sup>. ومن أوجب العدد حمله على ما بعد الثلاث؟ جمعاً بين الأخبار، وحينئذ لا حرج في ترك الإيتار، ثم قوله: وليستنحج بثلاثة أحجار ليس لتخصيص الحكم بها؛ لأن غير الحجر بالشرائط المذكورة مشارك للحجر في تحصيل مقصود الاستنجاء، وقد روى أنه ﷺ قال: «وَلْيُسْتَنْجَجْ بِثَلَاثَةِ أَحْجَارٍ، لَيْسَ فِيهَا رَجِيعٌ وَلَا عَظْمٌ»<sup>(٤)</sup>.

(١) أخرجه أحمد في المسند ٣/٣٣٦، وفي إسناده ابن لهيعة.

(٢) وهذا هو الذي ذهب إليه الجمهور من العلماء؛ وهو الذي يلزم أن يكون قاعدة في فهم الأوامر الواردة في كتاب الله تعالى، وسنة رسوله ﷺ لو فرض أن الأوامر فيها جاءت مجردة من القرائن التي تبين المراد فيها، لأن من يتبع الأدلة يجد أن وضع الأمر في اللغة إنما هو لطلب الإتيان بالمأمور به على وجه الحتم واللزوم، فإذا كان للطلب سيادة على من توجه إليه الأمر وأتى بالمأمور به كان مستحقاً للرضاء والثواب، وإن لم يأت بالمأمور به كان مستحقاً للذم والعقاب، وهذا هو معنى الوجوب في اصطلاح العلماء، وانظر تفصيل ذلك في تحقيقنا على كتاب المعالم للرازي في أصول الفقه.

(٤) تقدم.

(٣) تقدم.

هذا يشعر بأن الحكم غير مخصوص بالحجر، وإلا فلا فرق بين الرّجيع والعظم وسائر ما ليس بحجر، ولعل ذكر الأحجار جرى لغلبتها والقدرة عليها في عامة الأماكن، ثم إذا استنجى بثلاثة أحجار ونحوها واستوفى العدد، لكنه لم يتق وجب عليه أن يزيد، حتى ينقى. فإنه المقصود الأصلي من شرع الاستنجاء، فلو حصل الإنقاء بالرابعة استحَب أن يوترَ بخامسة؛ لما روى أنه ﷺ قال: «إِذَا اسْتَجَمَرَ أَحَدُكُمْ فَلْيَسْتَجْمِرْ وَتَرًا»<sup>(١)</sup>. وإذا عرفت ذلك لم يخف عليك أن قوله: فيستنجي بثلاثة أحجار مسوق على موافقة الخبر، وإلا فالحكم غير مخصوص بالأحجار، وقوله: استعمل رابعة. أي: وجوباً وقوله: أوتر بخامسة، أي: استحباباً.

### المسألة الثانية: في كيفية الاستنجاء، وجهان:

**أظهرهما:** وبه قال ابن أبي هريرة وأبو زيد المرزوي: أنه يمسح بكل حجر جميع المَجْل، بأن يضع واحداً على مقدم الصفحة اليمنى فيمسحها إبه إلى مؤخرها، ويديرها إلى الصفحة اليسرى فيمسحها<sup>(٢)</sup> به من مؤخرها إلى مَقْدِمِهَا، فيرجع إلى الموضع الذي بدأ منه، ويضع الثاني على مقدم الصفحة اليسرى، ويفعل به مثل ذلك، ويمسح بالثالث الصفحتين والمسربة. وتوجيهه ما روى: أنه ﷺ قال: «وَلْيَسْتَنْجِ بِثَلَاثَةِ أَحْجَارٍ، يُقْبِلُ بِوَاحِدَةٍ وَيُدْبِرُ بِأُخْرَى، وَيُحَلِّقُ بِالثَّالِثِ»<sup>(٣)</sup>.

**وَالثَّانِي:** قاله أبو إسحاق، إن حجراً للصفحة اليمنى، وحجراً لليسرى، وحجراً للوسط؛ لما روى: أنه ﷺ قال: «حَجَرٌ لِلصَّفْحَةِ اليُمْنَى، وَحَجَرٌ لِلصَّفْحَةِ اليُسْرَى، وَحَجَرٌ لِّلْوَسْطِ»<sup>(٤)</sup> وحكى في «التهديب» وجهاً ثالثاً، وهو أنه يأخذ واحداً؛ فيضعه على مقدم المسربة، ويديره إلى مؤخرها، ويضع الثاني على مؤخرها، ويديره إلى مقدمها، ويحلق بالثالث، كأن المراد بالمسربة جميع الموضع، وعلى هذا الوجه يمسح بالحجر الأول، والثاني جميع الموضع، كأنه صَفْحَةٌ واحدة، ويدير الحجر الثالث على المنفذ بهذا يفارق هذا الوجه الأول، فإنه على ذلك الوجه يُطِيفُ الحجريْنِ الأولين، ويمسح بالثالث جميع الموضع، وهذا الخلاف في الاستحقات، أم في الأولوية، والاستحباب فيه وجهان عن الشيخ أبي محمد: أن الوجهين موضوعان على التنافي، فصاحب الوجه

(١) أخرجه مسلم ٢٣٧، والبخاري بلفظ: «من استجمر فليوتر» ١٦١، ١٦٢.

(٢) سقط في ب.

(٣) غريب قال النووي في شرح المهذب ضعيف منكر لا أصل له. انظر الشرح ١١٥/٢.

(٤) أخرجه الدارقطني ٥٦/١، والبيهقي ١١٤/١، ومن رواية سهل بن سعيد الساعدي، وقال:

إسناده حسن، وضعفه العقيلي. انظر الضعفاء للعقيلي ١٦/١، وانظر التلخيص ١١١/١.

الأول لا يجيز الثاني، لأن تخصيص [كل حجر بموضع مما يمنع رعاية العدد الواجب، ولا يحصل في كل موضع إلا مَسْحَةٌ واحدة، وصاحب الوجه الثاني لا يجيز الأول؛ للخبر المصرح بالتخصيص]<sup>(١)</sup> ويقول العدد معتبر بالإضافة إلى جملة الموضع، دون كل جزء منه، وقال المعظم: الخلاف في الأولوية، والاستحباب لثبوت الروايتين جميعاً، وكل منهما جائز.

وقوله في هذه المسألة: ويمر كل حجر على جميع الموضع - يعني - به المسح المشترك بين الإمرار، والإذارة، دون خصوص الإمرار، ألا تراه يقول بعد ذلك: يدير الحجر ولا يمره.

المسألة الثالثة: ينبغي أن يضع الحجر على موضع طاهر بالقرب من النجاسة؛ لأنه لو وضع على النجاسة ل بقي شيء منها، ونشرها، وحينئذ يتعين الغسل بالماء، ثم إذا انتهى إلى النجاسة أدار الحجر قليلاً قليلاً حتى يرفع كل جزء منه جزءاً من النجاسة، ولو أمره من غير إدارة لنقل النجاسة من الموضع إلى الموضع وتعين الماء، ولو أمر ولم يتقل هل يجزئه ذلك؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن الجزء الثاني من المحل فيلقى ما تنجس من الحجر، والاستنجاء بالنجس لا يجوز.

وأظهرهما: أنه يجزئه؛ لأن الاقتصار على الحجر رخصة، وتكليف الإدارة يضيق باب الرخصة، وقد يعبر عن هذا الخلاف بأن الإذارة هل تجب أم لا؟

المسألة الرابعة: الأدب للاستنجاء باليسار دون اليمين؛ لما روى عن عائشة - رضي الله عنها - قالت: «كَانَتْ يَدُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ الْيُمْنَى لِيَطْهُرَهُ وَطَعَامِهِ، وَكَانَتْ الْيُسْرَى لِيَخْلَأِيهِ وَمَا كَانَ مِنْ أَدَى»<sup>(٢)</sup>، فإن كان يستنجي بالماء صبّه بيمينه ومسح بيساره، وإن كان يستنجي بالجمامد ففي الغائط يأخذ الحجر بيساره ويمسح به الموضع، ولا يستعين باليمنى، بخلاف ما في الماء، وكذلك تفعل المرأة في الاستنجاء من البول، وأما الرجل إذا كان يستنجي من البول فينظر إن استنجى بما لا يحتاج إلى ضبطه كالصخرة العظيمة والجدار أخذ ذكره باليسار ومسحه عليه ثلاثاً في مواضع<sup>(٣)</sup>، وإن كان

(١) سقط في ب.

(٢) أخرجه أحمد وأبو داود من رواية إبراهيم النخعي عن عائشة وهو منقطع، قال يحيى بن معين: لم يسمع إبراهيم من عائشة، ومراسيله صحيحة إلا حديث تاجر البحرين، وفي الصحيح معناه. انظر الخلاصة ٤٩/١، والتلخيص ١١١/١.

(٣) سقط في ط.

يحتاج إلى ضبطه كالحجر الصغير فيمسكه بين إبهامي الرجلين، أو بين العقين، ويأخذ ذكره بيساره، ويمسحه عليه فإن احتاج إلى الاستعانة باليمين أخذ الحجر باليمين والذكر باليسار ويحرك اليسار دون اليمين فلو حركها جميعاً أو خص اليمين بالحركة كان مستنجياً باليمين، ومنهم من قال: الأولى أن يأخذ الحجر بيساره والذكر بيمينه، ويمر الحجر على الذكر، لأن الاستنجاء يقع بالحجر فإمساكه باليسار أولى، والأول أظهر وأشهر؛ لأن مس الذكر باليمين مكروه، روى أبو قتادة أنه ﷺ قال: «إِذَا بَالَ أَحَدُكُمْ فَلَا يَمَسُّ ذَكَرَهُ بِيَمِينِهِ»<sup>(١)</sup>. وذكر بعضهم أنه لا طريق للاحتراز عن هذه الكراهية إلا الإمساك بين العقين، أو الإبهامين أما إذا استعمل اليمين فيه كان مرتكباً للنهي كيف فعل.

**الخامسة:** الأفضل أن يجمع بين الماء والحجر، أو ما في معناه «قَدْ أَتَى اللَّهُ تَعَالَى عَلَى أَهْلِ قُبَاءَ، بِذَلِكَ، وَأَنْزَلَ فِيهِ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فِيهِ رِجَالٌ يُحِبُّونَ أَنْ يَتَطَهَّرُوا﴾»<sup>(٢)</sup> الآية. وفيه من طريق المعنى أن العين تزول بالحجر والأثر بالماء، فلا يحتاج إلى مُحَامَرَةِ عَيْنِ النجاسة، وهي محبوبة، فإن اقتصر على أحدهما، فالماء أولى؛ لأنه يزيل العين والأثر، والحجر لا يزيل إلا العين، والله أعلم.

ونختم الباب بمسألة في حال المستنجين باعتبار الذكورة والأنوثة.

فنقول: لا فرق بين الخنثى المشكل وبين واضح الحال في الاستنجاء، من الغائط وأما في البول فليس للمشكل أن يقتصر على الحجر إذا بال من مسلكيه أو أحدهما؛ لأن كل واحد منهما إذا أفرد بالنظر احتمال أن يكون زائداً، فسيبيل النجاسة الخارجة منه سبيل دم الفصد والجحامة، نعم يجيء في مسلكيه الخلاف الذي نذكره في جواز الاقتصار على الحجر في الثقبه المنفتحة مع انفتاح المسلك المعتاد، إذا قلنا: تنتفض الطهارة بالخارج منها، وأما واضح الحال فالرجل مُحَيَّرٌ، إن شاء اقتصر على الماء، وإن شاء استعمل الأحجار، أو ما في معناها، وكذلك البكر؛ لأن البكارة تمنع من نزول البول في الفرج، وأما الثيب فالغالب أنها إذا بالت تعدى البول إلى فرجها الذي هو مَدْخُلُ الذكر، ومخرج الولد؛ لأن ثقبه البول فوقه، فسيبيل إليه، فإن تحققت أن الأمر كذلك لم يجزئها إلا الماء، وإن لم تتحقق جاز لها الاقتصار على الحجر؛ لأن موضع خروج البول لا يختلف بالثيابة والبكارة، وانتشار البول إلى غيره، غير معلوم، وحكى وجه: أنه لا يجوز لها الاقتصار على الحجر بحال، ثُمَّ القدر المَغْسُول من الرجل ظاهر، وهو من المرأة ما يظهر إذا

(١) البخاري ١٥٤، ومسلم ٢٦٧.

(٢) أخرجه البزار كما في الكشف ٢٤٧، وانظر التلخيص ١١٢/١، ١١٣.

جلست على القدمين، وفي وجهه: تغسل الشيب باطن فروجها، كما تخلل أصابع رجليها؛ لأنه صار ظاهراً بالثَّيَابَةِ<sup>(١)</sup>.

(١) قال النووي: ينبغي أن يستنجي قبل الوضوء والتيمم، فإن قدمهما على الاستنجاء؛ صح الوضوء، دون التيمم، على أظهر الأقوال. والثاني: يصحان. والثالث: لا يصحان. ولو تيمم وعلى يديه نجاسة فهو كالتيمم قبل الاستنجاء، وقيل: يصح قطعاً، كما لو تيمم مكشوف العورة. وإذا أوجبناه في الدودة، والحصاة، والبعرة، أجزاء الحجر على المذهب. وقيل: فيه القولان في الدم وغيره من النادر، وهذا أشهر، وقول الجمهور، ولكن الصواب: الأول. ولو وقع الخارج من الإنسان على الأرض ثم ترشش منه شيء فارتفع إلى المحل، أو أصابته نجاسة أخرى، تعين الماء، لخروجه عما يعم به البلوى. ويستحب أن يبدأ المستنجي بالماء بقبله ويدلك يده بعد غسل الدبر، وينضح فرجه أو سراويله بعد الاستنجاء دفعاً للوسواس، ويعتمد في غسل الدبر على أصبعه الوسطى، ويستعمل من الماء ما يغلب على الظن زوال النجاسة به، ولا يتعرض للباطن، ولو غلب على ظنه زوال النجاسة، ثم شَمَّ من يده ريحها فهل يدل على بقاء النجاسة في المحل كما هي في اليد، أم لا؟ فيه وجهان: أصحهما: لا. والله أعلم. الروضة ١/١٨٢.

## الباب الثالث

### في الأخداث، وفيه فصلان

الفصل الأول، في أسبابها ولا تنتقض الطهارة بالفضد<sup>(١)</sup> (ح) والحجامة<sup>(٢)</sup> (ح) والفقهة (ح) في الصلاة وغيرها وأكل ما مسته النار (و).

قال الرافعي: الحدث: يقع على الحالة الموجبة للوضوء، والحالة الموجبة للغسل، ألا ترى أنه يُقال: هذا حدث أصغر، وذا حدث أكبر، لكن إذا أطلق مجرداً عن الوصف بالصغر والكبر كان المراد منه الأصغر غالباً، وهو الذي أراه في هذا الموضع، ثم له سبب وأثر، فجعل كلام الباب في فصلين: أحدهما: في الأسباب.

والثاني: في الآثار، وتكلم أولاً فيما ليس من أسباب الحدث عندنا، واشتهر خلاف العلماء أيانا فيه، فمن ذلك الفُضدُ والحجامةُ، وكل خارج من غير السيلين، لا ينقض الطهارة، خلافاً لأبي حنيفة حيث قال: كل نجاسة خارجة من البدن تنقض الوضوء، كالدُم إذا سال، والقيء إذا ملأ الفم، وبه قال أحمد، إلا أنه لا يقول بالانتقاض إذا كان الدم قطرة أو قطرتين. لنا ما روى أنس: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ اِخْتَجَمَ وَصَلَّى وَلَمْ يَتَوَضَّأْ وَلَمْ يَزِدْ عَلَى غَسَلِ مَحَاجِمِهِ<sup>(٣)</sup>».

(١) الفصد: شق العزق، فصدّه يفصده فصدأ وفصاداً، فهو مفصود وفصيد. وفصد الناقة: شق عزقها ليستخرج دمه فيشربه. وقال الليث: الفصد قطع العروق. انظر لسان العرب (٥/٣٤٢٠).

(٢) الحجّم: المص، والحجّام: المصاص. قال الأزهري: يقال للحاجم حجّام لامتناعه فم المبخجة. وقد حجّم يحجّم حجماً وحاجّم حجوم ومخجّم رقيق. والمخجّم والمخجمة: ما يُحجّم به. انظر لسان العرب (٢/٧٩٠).

(٣) أخرجه الدارقطني (١/١٥١ - ١٥٢) والبيهقي في السنن (١٠/١٤١) وقال الحافظ في التلخيص (١/١١٣) وفي إسناده صالح ابن مقاتل وهو ضعيف، وادعى ابن العربي أن الدارقطني صححه وليس كذلك بل قال عقبه في السنن صالح ابن مقاتل ليس بالقوي وذكره النووي في فصل الضعيف قال النووي في الخلاصة: وليس في النقض بالقيء والدم والضحك في الصلاة ولا عدمه حديث صحيح.



وروى مثل مذهبتنا عن عبد الله بن عمر، وعبد الله بن عباس، وعبد الله بن أبي أوفى، وأبي هريرة، وجابر بن عبد الله، وعائشة - رضي الله عنهم - .

ومنها: القَهْقَهَةُ، فلا تنقض الوضوء، سواء وجدت في الصلاة أو في غيرها.

وعند أبي حنيفة القهقهة في الصلاة تنقض الوضوء، إلا في صلاة الجَنَازَةِ، لنا ما روي عن جابر - رضي الله عنه - أنه ﷺ قال: «الضَّحِكُ يَنْقُضُ الصَّلَاةَ وَلَا يَنْقُضُ الوُضُوءَ»<sup>(١)</sup>. ومنها أكل ما مَسَّتْهُ النار، فلا يؤثر في انتقاض الطهارة.

وقال أحمد: تَنْقُضُ الطهارة بأكل لحم الجَزُورِ، وحكى ابن القاص عن القديم قولاً مثله<sup>(٢)</sup> لما روى أنه ﷺ قال: «تَوَضَّؤُوا مِنْ لَحُومِ الإِبِلِ وَلَا تَتَوَضَّؤُوا مِنْ لَحُومِ الغَنَمِ»<sup>(٣)</sup>، لنا ما روي عن جابر قال: «كَانَ آخِرَ الأَمْرَيْنِ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ تَرْكُ الوُضُوءِ مِمَّا مَسَّتْهُ النَّارُ»<sup>(٤)</sup>.

(١) أخرجه الدارقطني (١٧٢/١) والبيهقي (١٤٤/١ - ١٤٥) وقال الحافظ نقل الدارقطني عن أبي بكر النيسابوري أنه قال: هو حديث منكر وخطأ الدارقطني رفعه، وقال الصحيح عن جابر من قوله: وقال ابن الجوزي قال أحمد ليس في الضحك حديث صحيح، وكذلك قال الذهبي: لم يثبت عن النبي ﷺ في الضحك في الصلاة خبر، وأبو شيبَةَ المذكور في إسناد حديث جابر هو الواسطي جد أبي بكر ابن أبي شيبَةَ، وهم ابن الجوزي، فسماه عبد الرحمن بن إسحاق، وروى ابن عدي عن أحمد بن حنبل، قال: ليس في الضحك حديث صحيح، وحديث الأعمى الذي وقع في البئر مداره على أبي عاليه، وقد اضطرب عليه فيه انظر المجموع (٤/٢).

(٢) قال النووي: هذا القديم وإن كان شاذاً في المذهب فهو قوي في الدليل، فإن فيه حديثين صحيحين ليس عنهما جواب شاف، وقد اختاره جماعة من محققي أصحابنا المحدثين، وهذا القديم مما أعتقد رجحانه - والله أعلم - الروضة (١٨٣/١).

(٣) أخرجه ابن ماجة (٤٩٧) من رواية ابن عمر، وقال أبو حاتم: إنما شبه وقفه عليه ورواه بمعناه من رواية البراء بن عازب أبو داود والترمذي، وابن ماجة، وصححه الأئمة كابن خزيمة، وابن حبان، وأحمد، وابن راهويه. انظر التلخيص (١٥٤/١) خلاصة البدر المنير (٥١/١).

(٤) أخرجه أبو داود (١٩٢) والنسائي (١٠٨/١) وابن خزيمة (٤٣) أخرجه ابن حبان (١١٢٠) قال الحافظ قال ابن خزيمة في صحيحه لم أر خلافاً بين علماء الحديث أن هذا الخبر صحيح من جهة النقل لعدالة ناقله، وذكر الترمذي الخلاف فيه علي ابن أبي ليلى، هل هو عن البراء أو عن ذي الغرة أو عن أسيد بن حضير، وصحيح أنه عن البراء، وكذا ذكره ابن أبي حاتم في العلل عن أبيه: قلت: وقد قيل إن ذا الغرة لقب البراء بن عازب، والصحيح أنه غيره، وأن اسمه يعيش. وحديث جابر بن سمرة رواه مسلم: وروى ابن ماجة نحوه من حديث محارب بن دثار عن ابن عمر، وذكر ابن أبي حاتم في العلل عن أبيه أنه منكر، وأن له أصلاً من هذا الوجه عن ابن عمر لكنه موقوف: (فائدة) قال البيهقي: حكى بعض أصحابنا عن الشافعي، قال: إن صح الحديث في لحوم الإبل قلت به، قال البيهقي: قد صح فيه حديثان، حديث جابر بن سمرة وحديث البراء، قال أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه. انظر التلخيص (١٥٤/١).

قال الغزالي: **وَإِنَّمَا تَنْتَقِضُ بِأُمُورٍ أَرْبَعَةٍ (الأوَّل) خُرُوجِ الْخَارِجِ مِنْ أَحَدِ السَّبِيلَيْنِ رِيحاً كَانَ أَوْ عَيْناً نَادِراً كَانَ أَوْ مُعْتَاداً طَاهِراً أَوْ نَجْساً.**

قال الرافي: نواقض الوضوء عندنا أربعة:

**أحدها:** خروج الخارج من أحد السبيلين، يدل عليه الإجماع والنصوص، كقوله تعالى: **﴿أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُم مِّنَ الْغَائِطِ﴾**<sup>(١)</sup> وقوله ﷺ في المذي: **«يَنْضَحُ فَرَجَهُ بِالْمَاءِ وَيَتَوَضَّأُ وَضُوءَهُ لِلصَّلَاةِ»**<sup>(٢)</sup>. ولا فرق بين العين والريح قال ﷺ: **«لَا وَضُوءَ إِلَّا مِنْ صَوْتٍ (٣) أَوْ رِيحٍ»** وقد يفرض خروج الريح من القُبُلِ في النساء، ومن الإحليل أيضاً؛ لأدرة وغيرها فينقض الطهارة أيضاً خلافاً لأبي حنيفة، لنا القياس على الدُّبْرِ، ولك أن تعلم قوله: (ريحاً) بالحاء إشارة إلى هذا الخلاف، وإذا كان الخارج عيناً فلا فرق بين أن يكون معتاداً أو نادراً كالذُّود والحصا خلافاً لمالك في النادر إلا في دم الاستِحَاضة.

لنا القياس على المعتاد بعلّة أنه خارج من السبيلين، وظاهر ما روى أنه ﷺ قال: **«الْوَضُوءُ مِمَّا خَرَجَ»**<sup>(٤)</sup>. ونحو ذلك.

وأما قوله طاهراً أو نجساً فقد يتوهم أن المراد من الطاهر المنيّ، وليس كذلك، بل المراد منه الذود والحصا وسائر ما هو طاهر العين.

وأما المني فلا يوجب خروجه الحدث وإنما يوجب الجنابة، ولا يُغْتَرُّ بتعميم الأئمة القول في أن الخارج من السبيلين ناقض للطهارة، فإن هذا ظاهر يعارضه نصهم في تصوير الجنابة المجردة عن الحدّث، على أن من أنزل بمجرد النظر أو بالاحتلام

(١) سورة المائدة، الآية ٦.

(٢) أخرجه البخاري (٢٦٩) ومسلم (٣٠٣) من رواية علي - كرم الله وجهه.

(٣) أخرجه أحمد في المسند (٤١٠/٢، ٤٣٥، ٤٧١) والترمذي (٧٤، ٧٥) وقال: حسن صحيح وابن ماجه (٥١٥) والبيهقي (١١٧/١) وقال صاحب الإمام: إسناده على شرط مسلم، وقال الحافظ قال البيهقي: هذا حديث ثابت قد اتفق الشيخان على إخراج معناه من حديث عبد الله بن زيد، وقال ابن أبي حاتم سمعت أبي وذكر حديث شعبة عن سهل عن أبيه، عن أبي هريرة مرفوعاً: لا وضوء إلا من صوت أو ريح، فقال أبي: هذا وهم اختصر شعبة متن هذا الحديث، فقال: لا وضوء إلا من صوت أو ريح، ورواه أصحاب سهيل بلفظ: إذا كان أحدكم في الصلاة فوجد ريحاً من نفسه فلا يخرج حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً، ورواه أحمد والطبراني من حديث السائب بن خباب بلفظ: لا وضوء إلا من ريح أو سماع. انظر التلخيص (١١٧/١).

(٤) أخرجه الدارقطني (١٥١/١) والبيهقي (١١٦/١) من رواية ابن عباس بإسناد ضعيف، والأصح وقفه عليه، قاله الأزدي والبيهقي وغيرهما.

قاعداً فهو جنب غير محدث، وَحُكِيَ فِي «البيان» عن القاضي أبي الطيب<sup>(١)</sup> أن خروج المني يوجب الحدّين جميعاً، الأصغر، لأنه خارج من أحد السبيلين، والأكبر؛ لأنه مني، والمذهب المشهور هو الأول، فالشيء مهما أوجب أعظم الأثرين بخصوصه لا يوجب أهونها بعمومه، كزنى المُخَصَّن، لما أوجب أعظم الحَدَّين؛ لأنه زنى المحصن، لا يوجب أدناهما لأنه زنى، ولا يخفى أن المراد من قوله: «خروج الخارج من السبيلين»، هو الخروج من أيهما كان، ولا يشترط في الانتقاض الخروج من كليهما، وكل ما ذكرناه فيمن هو واضح الحال في أمر الذكورة والأنوثة، أما المشكل<sup>(٢)</sup> فإن خرج<sup>(٣)</sup> الخارج من فرجيه جميعاً فهو حدث؛ لأن أحدهما أصلي، وإن خرج من أحدهما، فالحكم كما لو خرج من واضح الحال خارج من ثقبه انفتحت تحت المعدة مع انفتاح السبيل المعتاد، وسيأتي حكمه.

قال الغزالي: وَفِي مَعْنَاهُ تُقْبَةُ انْفَتَحَتْ تَحْتَ الْمِعْدَةِ مَعَ انْسِدَادِ الْمَسْلِكِ الْمُعْتَادِ، فَإِنْ كَانَ فَوْقَ الْمِعْدَةِ أَوْ تَحْتَهَا وَلَكِنْ مَعَ انْفِتَاحِ الْمَسْلِكِ الْمُعْتَادِ فَقَوْلَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَنْتَقِضُ فَلَوْ كَانَ الْخَارِجُ نَادِرًا فَقَوْلَانِ، وَفِي جَوَازِ الْإِقْتِصَارِ فِيهِ عَلَى الْحَجْرِ ثَلَاثَةٌ أَوْجِهٌ يَفْرُقُ فِي الثَّلَاثِ بَيْنَ الْمُعْتَادِ وَغَيْرِهِ، وَكَذَا فِي انْتِقَاضِ الطُّهْرِ بِمَسِّهِ وَوُجُوبِ الْغُسْلِ بِالْإِبْلَاجِ فِيهِ وَجَلَّ النَّظَرُ إِلَيْهِ تَرَدُّدًا.

قال الرافعي: لو انسد السبيل المعتاد وانفتحت ثقبه تحت المعدة، نُظِرَ إِنْ خَرَجَ مِنْهَا النَجَاسَةُ الْمُعْتَادَةُ وَهِيَ الْبَوْلُ وَالْعُدْرَةُ<sup>(٤)</sup> انتقض الطهر؛ لأن الإنسان لا بد له في مُطَرِّدِ الْعَادَةِ مِنْ مَقْعَدٍ يَخْرُجُ مِنْهُ الْفَضْلَاتُ الَّتِي تَدْفَعُهَا الطَّبِيعَةُ، فَإِذَا انْسَدَّ ذَلِكَ قَامَ مَا

(١) القاضي أبو الطيب، طاهر بن عبد الله بن طاهر الطبري. قال الشيخ أبو إسحاق: هو شيخنا وأستاذنا لم أر من رأيت أكمل اجتهاداً وأشدّ تحقيقاً وأجود نظراً منه. صنف التصانيف المشهورة في أنواع من العلوم ولازمت مجلسه بضعة عشرة سنة، وسألني أن أجلس في مجلسه للتدريس ففعلت في سنة ثلاثين وأربعمائة، وتوفي عن مائة سنة وستين، لم يخل عقله ولا تغير فهمه، يفتي ويقضي، ويحضر المواكب إلى أن مات. وقال الخطيب في (تاريخه): كان ورعاً حسن الخلق، ولد بأمل طبرستان سنة ثمان وأربعين وثلثمائة، وتوفي ببغداد. قال ابن الصلاح: عصر يوم السبت، ودفن يوم الأحد لعشر خلت من شهر ربيع الأول من سنة خمسين وأربعمائة، ودفن بباب حرب. انظر ترجمته في طبقات الشيرازي (١٢٧)، طبقات العبادي (١١٤) تاريخ بغداد (٣٥٨/٩).

(٢) الخشي المشكل ضربان: أشهرهما من له فرج امرأة وذكر رجل، والثاني: له ثقب لا يشبه واحداً منهما، انظر تحرير التنبيه للنووي (٢٧٤).

(٣) في ب: خروج.

(٤) العذرة: الخرة. انظر المصباح المنير (٥٤٥/٢).

انفتح مقامه، وإن خرج غيرها كالذود والحصا والدم والريح، ففيه قولان:

**أحدهما:** لا ينتقض به الوضوء؛ لأن غير الفرج إنما يقام مقامه لضرورة أن الإنسان لا بد له من منفذ تفصل فيه الفضلات المعتادة التي تخرج لا محالة ولا ضرورة في خروج غير المعتاد.

وأظهرهما: أنه ينتقض؛ لأنه منفذ تنتقض الطهارة بالمعتاد إذا خرج منه، فكذلك بغيره كالفرج الأصلي. ولو انفتحت الثقبه فوق المعدة، وقد انسد السبيل المعتاد، أو تحت المعدة والمعتاد منفتح، فهل تنتقض الطهارة بالخارج المعتاد منها في صورتين؟ فيه قولان: أصحهما: لا. أما في الصورة الأولى فلأن ما يخرج من فوق المعدة، أو من حيث يُحاذيها لا يكون مما أحالته الطبيعة، لأن ما تحيله تلقيه إلى الأسفل، فهو إذاً بالقيء أشبه، وما في الثانية فلأن غير الفرج إنما يعطي حكمة، لضرورة أن الإنسان لا بد له من مسلك، فيقام المنفتح عند انسداد المعتاد مقامه، ولا انسداد. والثاني: ينتقض؛ لأن الخارج النجاسة المعتادة، ولا يضر في أن تتحول الثقبه التي تفصل فيها الفضلات إلى مكان أعلى أو أسفل.

وهاتان الصورتان هما المجموعتان في قوله: «فإن كان فوق المعدة أو تحتها ولكن مع انفتاح المسلك المعتاد» المعنى: فإن كان فوق المعدة<sup>(١)</sup> مع الانسداد أو تحتها ولكن مع الانفتاح، فإن قلنا: لا تنتقض الطهارة بخروج المعتاد في صورتين فلا كلام، وإن قلنا: تنتقض، فهل تنتقض بخروج النادر، فيه القولان المذكوران في خروج النادر من ثقبه تحت المعدة مع انسداد السبيل المعتاد، وإن اتفق المعنيان، فلم يكن المعتاد منسداً، ولا المنفتح تحت المعدة، فلا انتقاض<sup>(٢)</sup> كالقيء والرغاف ونحوهما، ومتى حكمنا بالانتقاض فيتفرع عليه فروع: أحدها: هل يجوز الاقتصار في الخارج منه على الأحجار وما في معناها أم تتعين الإزالة بالماء؟ حكى صاحب الكتاب فيه ثلاثة أوجه:

**أظهرها:** أنه يتعين الماء؛ لأنه نادر والاقتصار على الحجبر خارج عن القياس، فلا يكون في معنى السبيلين.

**وثانيها:** يجوز الاقتصار عليه؛ لأنه منفذ ألحق بالسبيلين في كون الخارج منه ناقضاً للطهارة، وكذلك في جواز الاقتصار على الحجبر.

(١) في ط: المعتاد.

(٢) قال النووي: ذهب كثيرون من الأصحاب إلى أن فيه طريقين الثاني: على قولين، والمذهب: أن الريح من الخارج المعتاد، ومرادهم بتحت المعدة: ما تحت السرة وبفوقها: السرة ومحاذاتها وما فوقها - والله أعلم - الروضة (١/١٨٤).

**وثالثها:** يفرق بين أن يكون الخارج النجاسة المعتادة فيجوز، وبين أن تكون غيرها فلا، لانضمام ندرة الخارج إلى ندرة المَخْرَج، وحكى إمام الحرمين بدل الوجوه أقوالاً، وهو والإمام الغزالي - قدس الله روحيهما - مسبقان بهذا الاختلاف، لأن القاضي أبا القاسم ابن كج<sup>(١)</sup> حكى في المسألة قولين وهما: الأول والثاني وحكاهما أبو علي صاحب الإفصاح<sup>(٢)</sup>: وجهين، وكذلك روى الصيدلاني<sup>(٣)</sup>.

**الثاني:** هل تنتقض الطهارة بمسه؟ فيه وجهان:

**أحدهما:** نعم؛ لأنه التحق بالفرج في اتِّقَاضِ الطهارة بالخارج منه فكذلك في حكم الانتقاض بمسه وأصحهما لا؛ لأنه لا يقع مسه في مَطْلَةِ الشَّهْوَةِ؛ ولأنه ليس بفرج حقيقة، فلا يتناوله النصوص [الواردة في مس الفرج، وحينئذٍ وجب أن يحكم ببقاء الطهارة].

**الثالث:** إذا أُوْلِجَ فيه هل يجب الغُسل؟ فيه وجهان<sup>(٤)</sup> لا يخفى توجيههما مما

ذكرنا.

(١) القاضي أبو القاسم، يوسف بن أحمد بن كج الدينوري، تفقه على ابن القطان، وجمع بين رئاسة الدين والدنيا، وكان يضرب به المثل في حفظ المذهب، وارتحل الناس إليه من الآفاق رغبة في علمه وجوده. قتله الغبارون بالدينور ليلة السابع والعشرين من شهر رمضان سنة خمس وأربعمائة، قال الشيخ أبو إسحاق قال ابن خلكان: وكانت له نعمة كبيرة قال: وحكى السمعاني أن الشيخ أبا علي السنجي لما انصرف من عند الشيخ أبي حامد، اجتاز به فرأى علمه وفضله، فقال له: يا أستاذ الاسم لأبي حامد، والعلم لك، فقال: رفعت بغداد وحطنتي الدينور. راجع ترجمته في: طبقات العبادي ص(١٠٧)، طبقات الشيرازي (١١٨) وفيات الأعيان (٦٥/٧) الأنساب (٣٦٠/١٠).

(٢) أبو علي الحسين بن القاسم الطبري، مصنف (الإفصاح) تفقه ببغداد على ابن أبي هريرة ودرس بها بعده، وصنف في الأصول والجدل والخلاف، وهو أول من صنف في الخلاف المجرد، وكتابه فيه يسمى: «المحرر»، وكتابه (الإفصاح) الذي يعرف به أيضاً سكن ببغداد ومات بها سنة خمسين وثلاثمائة، قاله الشيخ في طبقاته، وابن الصلاح، والطبري نسبة إلى طبرستان بفتح الباء الموحدة، وهو إقليم متسع مجاور لخراسان، ومدينته أمل بهمة ممدودة وميم مضمومة بعدها لام، وأما الطبراني فنسبه إلى طبرية الشام. راجع ترجمته في: طبقات الشيرازي (١١٥) طبقات العبادي (٨٤). طبقات الأسنوي (٧٥٥) الأعلام (٢٢٧/٢) تاريخ بغداد (٨٧/٨) وفيات الأعيان (٣٥٨/١) شذرات الذهب (٢/٣) النجوم الزاهرة (٣/٣٢٨).

(٣) أبو بكر محمد بن داود بن محمد المروزي، المعروف بالصيدلاني نسبة إلى بيع العطر، وبالداودي نسبة إلى أبيه داود من أهل مرو، وله شرح على (المختصر) في جزئين ضخمين، ظفر به ابن الرفعة حال شرحه (للوسيط) ونقل فيه غالب ما تضمنه. انظر ترجمته في الأنساب (٥/٢٦٤) طبقات الأسنوي (٧٢٥) طبقات الشافعية السبكي (٣/٦٢٠) الطبقات لابن قاضي شهبة (٢١٤/١) طبقات ابن هداية الله (٥٢).

(٤) سقط في ب.

الرابع: هل يَحُلُّ النظر إليه؟ فيه هذان الوجهان، وموضع الوجهين ما إذا كان فوق السرة، أما إذا كان تحتها فلا يحل النظر إليه لا مَحَالَةً، ولو كان بحيث يُحَاذِي السَّرَّةَ جرى الوجهان، كما لو كان فوقها؛ لأن الصحيح أن السَّرَّةَ لَيْسَتْ مِنَ الْعَوْرَةِ والظاهر أنه لا يثبت شيء من الأحكام.

قال إمام الحرمين: والتردد في هذه الأحكام على بعده لا يتعدى أحكام الأحداث، فلا يثبت في الإيلاج فيه شيء من أحكام الوطء سوى ما ذكرناه في وجوب الغسل، نعم كان شيخي يتردد في حل النظر وهو قريب هذا كلامه. ورأيت لأبي عبد الله الحناطي<sup>(١)</sup> طرد التردد في إيجاب المَهْرِ وسائر أحكام الوطء والله أعلم.

قال الغزالي: (الثاني) زَوَالَ الْعَقْلِ بِإِغْمَاءٍ أَوْ جُنُونٍ أَوْ سُكْرِ أَوْ نَوْمٍ، كُلُّ ذَلِكَ يَنْقُضُ الطُّهْرَ إِلَّا النَّوْمَ قَاعِدًا (م و ز) مُمَكَّنًا مَقْعَدَهُ مِنَ الْأَرْضِ.

قال الرافعي: زوال العقل يفرض بطرقين:

أحدهما: غير النوم كالجنون والإغماء والسكر، فينتقض الوضوء بكل حال، لأن النوم ناقض على ما سيأتي، وإنما كان كذلك، لأنه قد يخرج منه الخارج من غير شعوره به، ومعلوم أن الذُّهُولَ عند هذه الأسباب أبلغ، والسُّكْرُ الذي ينقض الوضوء هو الذي لا يبقى معه الشعور دون أوائل النَّشْوَةِ، وحكى في «التُّمَّة» وجهاً ضعيفاً: أن السكر لا ينقض الوضوء أصلاً.

والثاني: النوم وإنما تحصل حقيقته إذا استرخى البدن، وزال الاستشعار، وخفى عليه كلام من يتكلم عنده، وليس في معناه التَّعَاسُ<sup>٢</sup> وحديث النفس وهو من نواقض الوضوء في الجملة لما روي أنه ﷺ قال: «الْعَيْنَانِ وَكَأءِ السِّهِّ<sup>(٣)</sup>، فَإِذَا نَامَ الْعَيْنَانِ اسْتَطَلَقَ الْوِكَاءَ، فَمَنْ نَامَ فَلْيَتَوَضَّأْ».

(١) أبو عبد الله الحناطي، وهو: الحسين بن أبي جعفر محمد الطبري. قدم بغداد في الشيخ أبي حامد، وروى عنه القاضي أبو الطيب، وذكره الشيخ أبو إسحاق ولم يؤرخ وفاته عنه والحناطي: بالحاء المهملة، والنون، معناه الحنات كالخباز والبقال، ولكن العجم يزيدون عليه إلى ياء النسب أيضاً فيعبون مثلاً عن الذي يقصر الثياب بالقصار مرة، وبالقصاري أخرى. انظر ترجمته في طبقات الشافعية للأسنوي رقم (٣٦٢) طبقات الشافعية للسبكي (١٦٠/٣) تاريخ بغداد (١٠٣/٨) طبقات الفقهاء للشيرازي (١٠٥).

(٢) أخرجه أحمد في المسند (٩٧/٤) والدارمي (١٨٤/١) والبيهقي في السنن (١١٨/١) من رواية معاوية، وأشار البيهقي إلى وقفة عليه، ورواه أبو داود وابن ماجه من رواية عبد الرحمن بن عائذ، وادعى ابن القطان جهالته، وهو غلط فقد وثقه النسائي وغيره، بل اختلفوا في صحته، كما قال =

وروي أنه ﷺ قال: «مَنِ اسْتَجَمَعَ نَوْمًا فَعَلَيْهِ الْوُضُوءُ»<sup>(١)</sup>.

وتفصيله بأن يقال: النوم إما أن يكون في غير الصلاة أو في الصلاة، إن كان في غير الصلاة نظر إن نام قاعداً ممكناً مقعده من مَقَرِّهِ فلا ينتقض وضوءه، لأنه يأمن استطلاق الوكء إذا نام على هذه الحالة، وقد روي أن أصحاب رسول الله ﷺ: «كانوا يَنْتَظِرُونَ الْعِشَاءَ، فَيَنَامُونَ قُعُودًا، ثُمَّ يُصَلُّونَ وَلَا يَتَوَضَّئُونَ»<sup>(٢)</sup>. وروي أنه ﷺ قال: «لَا وَضُوءَ عَلَى مَنْ نَامَ قَاعِدًا، إِنَّمَا الْوُضُوءُ عَلَى مَنْ نَامَ مُضْطَجِعًا، فَإِنْ مَنْ نَامَ مُضْطَجِعًا اسْتَرْخَتْ مَفَاصِلُهُ»<sup>(٣)</sup> ولا فرق بين أن يكون مستنداً أو غير مستند، بعد أن يكون المَفْعَدُ متمكناً من الأرض، ولا بين أن يكون السُّنَادُ بحيث لو سل لسقط، وبين أن لا يكون كذلك، وعن الشيخ أبي محمد أنه إن كان بحيث لو سل لسقط بطل الوضوء، وإن نام على غير هيئة القعود بالصفة المذكورة بطل الوضوء، سواء كان مضطجعاً أو مُسْتَلْقِيًا أو قائماً أو على هيئة الساجدين أو الراكعين، (وفي قول لا ينتقض الوضوء بالنوم قائماً مستويًا)<sup>(٤)</sup>، وفي قول: لا ينتقض الوضوء بالنوم على أي هيئة كانت من هيئات المصلين عند الاختيار، وإن لم يكن في الصلاة وبه قال أبو حنيفة لما روي أنه ﷺ قال:

= أبو نعيم عن علي بن أبي طالب - كرم الله وجهه -، وحسنه ابن الصلاح والنوي والذكي، وفيه نظر: لأنه منقطع. قال أبو زرعة عبد الرحمن بن علي مرسل، وكذا قاله عبد الحق، وابن القطان، وصاحب الإمام: لا جرم، قال ابن عبد البر في الاستذكار فيهما: ضعيفان لا حجة فيهما من جهة النقل، وأما ابن السكن فذكرهما في سننه الصحاح المأثورة. قاله ابن الملقن، المذكور في هذا الحديث بفتح السين المهملة، وكسر الهاء المخففة، الدبر والوكء بكسر الواو الخيط الذي تربط به الخريطة والمعنى: اليقظة وكاء الدبر أي حافظة ما فيه من الخروج لأنه ما دام مستيقظاً أحس بما يخرج منه. انظر خلاصة البدر (١/٥٢ - ٥٣) التلخيص (١/١١٨).

(١) أخرجه البيهقي في السنن (١/١١٩) من رواية أبي هريرة ولفظه من استحق النوم وجب عليه الوضوء، ثم قال: لا يصح رفعه، ووقفه على أبي هريرة صحيح، وكذلك قال الدارقطني في علله. انظر الخلاصة (١/١١٨) انظر التلخيص (١/١١٨).

(٢) أخرجه الشافعي (٨٦) ومسلم بنحوه (٣٧٦) من رواية أنس وأبو داود (٢٠٠).

(٣) أخرجه أحمد في المسند (٢٣١٥) وأبو داود (٢٠٢) والترمذي (٧٧) والدارقطني (١/١٥٩ - ١٦٠) قال الحافظ بن حجر في التلخيص: ومداره على يزيد أبي خالد الدالاني وعليه اختلف في ألفاظه، وضعف الحديث من أصله أحمد والبخاري فيما نقله الترمذي في العلل المفرد. وأبو داود في السنن. والترمذي وإبراهيم الحربي في علله. وغيرهم. وقال البيهقي في الخلافيات تفرد به أبو خالد الدالاني، وأنكر عليه جميع أئمة الحديث، وقال في السنن: أنكره عليه جميع الحفاظ، وأنكروا سماعه من قتادة. وقال الترمذي: رواه سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن ابن عباس قوله ولم يذكر فيه أبا العالية ولم يرفعه. انظر التلخيص (١/١٢٠).

(٤) سقط في ط.

«لَا وَضُوءَ عَلَى مَنْ نَامَ قَائِماً أَوْ رَاكِعاً أَوْ سَاجِداً»<sup>(١)</sup> لكن أئمة الحديث ضعفوه، فعلى هذين القولين لا يَنْحَصِرُ الاستثناء في حالة القعود، على خلاف ما ذكره صاحب الكتاب، وعن الشافعي - رضي الله عنه - قول آخر أن تلك الحالة أيضاً لا تستثنى بل النوم في عينه حدث، لإطلاق ما سبق من الأخبار، وكما في سائر الأحداث لا فرق فيها بين حالتي القعود وغيرها، وإلى هذا القول صار المزني.

وعن مالك أنه إن نام جالساً قليلاً لم ينتقض [وضوءه وإن نام كثيراً انتقض] <sup>(٢)</sup> هذا كله إذا كان في غير الصلاة، [أما إذا كان في الصلاة] <sup>(٣)</sup> فقولان:

القديم: أنه لا ينتقض وضوءه، لما روي أنه ﷺ قال: «إِذَا نَامَ الْعَبْدُ فِي صَلَاتِهِ بَاهَى اللَّهُ بِهِ مَلَائِكَتَهُ يَقُولُ: انظُرُوا إِلَى عَبْدِي رُوْحَهُ عِنْدِي وَجَسَدُهُ سَاجِدٌ بَيْنَ يَدَيَّ»<sup>(٤)</sup>.

والجديد: أن حكمه كما لو كان خارج الصلاة، لما سبق من الأخبار وللقياس على سائر الأحداث، ولأن النوم إنما أثر؛ لأنه قد يخرج منه الشيء من غير شعوره به، وهذا المعنى لا يختلف بين أن يكون في الصلاة أو خارج الصلاة<sup>(٥)</sup>.

وإذا عرفت ما ذكرنا عرفت أن قوله: «أو سكر» ينبغي أن يكون مُعْلِماً بالواو، وكلمة الاستثناء من قوله: «إلا النوم قاعداً» بالقاف والزاي إشارة إلى القول الذي حكينا أن عين النوم حَدَثٌ، وإليه ذهب المزني<sup>(٦)</sup> فإنه لا استثناء على ذلك القول وقوله:

(١) انظر التخريج السابق وهذا لفظ البيهقي، كذا ذكره الحافظ في التلخيص (١/١٢٠).

(٢) سقط في ب.

(٣) أخرجه البيهقي من رواية أنس، وقال: ليس بالقوي والدارقطني في علله من رواية الحسن عن أبي هريرة، وقال: لا يثبت سماع الحسن من أبي هريرة وابن شاهين من رواية عطية، عن أبي سعيد وعطية تالف. انظر خلاصة البدر المنير (١/٥٤) التلخيص (١/١٢٠).

(٤) قال النووي: لا فرق عندنا بين قليل النوم وكثيره. ولو نام محتياً فثلاثة أوجه أحدها: لا ينتقض. أصحابها: مقعدته، والثالث: ينتقض وضوء نحيف الألبين دون غيره، ولو نام ممكناً فزال إحدى ألبتيه عن الأرض. فإن كان قبل الانتباه انتقض، وإن كان بعده أو معه أو شك لم ينتقض، ولو شك هل نام أم نعلس؟ أو هل نام ممكناً أم لا؟ لم ينتقض، ولو نام على قفاه ملصقاً مقعده بالأرض انتقض، ولو كان مستغفراً بشيء انتقض أيضاً على المذهب، قال الشافعي والأصحاب: يستحب الوضوء من النوم ممكناً للخروج من الخلاف - والله أعلم -.

(٥) إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل بن عمرو بن إسحاق، أبو إبراهيم المزني المصري، الفقه الإمام، صاحب التصانيف، أخذ عن الشافعي، وكان يقول: أنا خلق من أخلاق الشافعي، وقال عنه الشافعي: المزني ناصر مذهبي، توفي في رمضان، وقيل في ربيع الأول سنة أربع وستين ومائتين، انظر ترجمته في طبقات السبكي (١/١٣٨) وفيات الأعيان (١/١٩٦) شذرات الذهب (٢/١٤٨) النجوم الزاهرة (٢/٣٩) مروج الذهب (٨/٥٦) طبقات لابن قاضي شهبه (١/٥٨) معجم المؤلفين (٢/٣٠٠).



«وكذا النوم قاعداً بالميم لما ذكرنا من مذهب مالك، وكذلك ينبغي أن يكون قوله: «كل ذلك ينقض الطهر» معلماً بالقاف إشارة إلى القول المنقول في النوم قائماً أنه لا ينقض، وفي النوم على هيئات المصلين، وكذلك في النوم في الصلاة، فإنها مُستثناة أيضاً على هذه الأقوال.

قال الغزالي: (الثالث) لَمَسُ بَشْرَةِ الْمَرْأَةِ الْكَبِيرَةِ الْأَجْنَبِيَّةِ نَاقِضٌ لِلطَّهَارَةِ (م ح) فَإِنْ كَانَتْ مَحْرَمًا أَوْ صَغِيرَةً أَوْ مَيِّتَةً أَوْ مَسَّ شَعْرَهَا أَوْ ظَفْرَهَا أَوْ عَضُوا مَبَانًا مِنْهَا فَفِي الْكُلِّ خِلَافٌ، وَفِي الْمَلْمُوسِ قَوْلَانِ، وَاللَّمْسُ سَهْوًا أَوْ عَمْدًا سَوَاءً (و م).

قال الرافعي: اللَّمْسُ من نواقض الوضوء خلافاً لأبي حنيفة، إلا في المباشرة الفاحشة، وهي أن يضع الفرج على الفرج مع الانتشار، ولمالك وأحمد فإنهما اعتبرا الشهوة في كونه ناقضاً، هذه رواية عن أحمد وعنه روايتان أخريان:

إحدهما: مثل مذهبنا، والأخرى: مثل مذهب أبي حنيفة. لنا قوله تعالى: ﴿أَوْ لَمَسْتُمُ النِّسَاءَ﴾<sup>(١)</sup> عطف اللمس على المجيء من الغائط، ورتب عليهما الأمر بالتميم عند فقدان الماء، فدل على كونه حدثاً كالمجيء من الغائط، والمراد من اللمس الجسُّ باليد، كذلك روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - وغيره ثم ينظر إن وجد اللمس من الرجل بالصفات المذكورة في الكتاب، وهي أن يلمس بشرة المرأة الكبيرة الأجنبية فَتَنْقُضُ طَهَارَتَهُ.

فإن قيل: الشرط في الانتقاض أن لا يكون بينهما حائل ولم يتعرض له.

قلنا: في قوله: «لمس بشرة المرأة» ما يفيد ذلك؛ لأنه إذا كان بينهما حائل فلا يقال: لمس ولا مس، ولهذا لو حلف أن لا يمس امرأة فمسها من وراء حائل، قال الأصحاب: لا يَحْتُثُ، وإن فقد شيء من الصفات التي ذكرها نظر إن لمس غير البشرة، كالشعر والظفر والسن ففيه وجهان:

أحدهما: ينتقض وضوءه كسائر أجزاء البدن، ولهذا يسوى بين الكل في الجلِّ والحرمة وإضافة الطلاق، وأصحهما: لا ينتقض، لأن الألتذاذ بهذه الأشياء إنما يكون بالنظر دون اللمس، أو معظم الألتذاذ فيها بالنظر.

وإن كان الملموس عضواً مباناً منها ففيه وجهان:

أحدهما: أنه كالمتمصل ألا ترى أن مس الذكر المقطوع كمس الذكر المتمصل على الصحيح.

(١) سورة المائدة، الآية ٦.

وأصحهما: أنه لا ينتقض، لأن المس حدث لظاهر الآية، وفهم من جهة المعنى اعتبار الوقوع في مَطْنَةَ الشهوة<sup>(١)</sup> ولمس المَبَانِ ليس في مظنة الشهوة، ولا يقال لمن لمسه: لمس امرأة، بخلاف من مس الذكر المبان فإنه قد مس الذكر.

وإن لمس صغيرة، والمراد التي لم تبلغ حَدَّ الشهوة، ففيه وجهان:

أحدهما: نعم، لظاهر الآية، وأصحهما: لا، لأنه ليس في مظنة الشهوة، فصار كلمس الرجل الرجل.

ومنهم من يقول في المسألة قولان كما في المحرم، وإن لمس محرماً فقولان:

أحدهما: أن حكمها حكم الأجنبية في اللمس لعموم الآية، وأصحهما: لا، لأنها ليست في مظنة الشهوة بالإضافة إليه، ولا فرق بين محرمة النسب والرَضَاع والمُصَاهِرَة في أطراد القولين وإن لمس ميتة ففيه وجهان أيضاً، ينظر في أحدهما إلى عموم اللفظ وفي الثاني إلى أن لمسها ليس في مظنة الشهوة، والظاهر الأول، كما يجب الغُسْلُ بالإيلاج فيها، ولم يذكر مسألة الميتة في «الوسيط»، وإذا عرفت ما ذكرناه تبين لك أن الخلاف الذي أبهمه في قوله: «ففي الكل خلاف»، قولان في مسألة المحرم، ووجهان في سائر المسائل، وهذا مما ينبغي أن يعتني به محصل هذا الكتاب، فإنه كثيراً ما يرسل ذكر الخلاف والتردد في مسائل يعطف بعضها على بعض، وهو قول في بعضها ووجه في البعض، فينبغي أن يُضَبَّطَ.

ثم كما ينتقض وضوء الرجل إذا لمس بهذه الشرائط، ينتقض وضوء المرأة إذا لَمَسَتْ بهذه الشرائط، وفي الملموس قولان:

أصحهما: أنه ينتقض وضوءه أيضاً لاستوائهما في اللذة، كما أن الفاعل والمفعول يستويان في حكم الجماع.

والثاني: لا ينتقض، لما روى عن عائشة - رضي الله عنها - قالت: أصابت يدي أحمص قدم رسول الله ﷺ في الصلاة، فلما فرغ من صلاته قال: «أَتَاكَ شَيْطَانُكَ»<sup>(٢)</sup> ولو انتقض طهر الملموس لما أتم الصلاة، ثم حكى قولان في أن الملموس من هو:

أحدهما: أن الملموسة هي المرأة، وإن وجد فعل اللمس منها، والرجل لا مس.

والثاني: وهو الأصح المشهور، أن اللامس من وجد منه فعل اللمس رجلاً كان أو امرأة، والملموس الآخر، ويخرج مما ذكرناه قول أن المرأة لا ينتقض وضوءها وإن

(١) في ب: وإن لم تعتبر لمس الشهوة.

(٢) أخرجه مسلم (٤٨٦) والحاكم في المستدرک على شرط الشيخين، الخلاصة (١/٥٤).

لمست وإن نفى المصنّف في «الوسيط» أن يكون في الانتقاض خلاف، ثم لا فرق بين أن يتفق للمس عمداً أو سهواً كسائر الأحداث، ولا بين أن يكون بشهوة أو بغير شهوة.

وحكي وجه أن للمس إنما ينقض الوضوء إذا وقع قصداً<sup>(١)</sup>، وكان تخصيصُ للمس بالذكر في الكتاب إنما كان لمكان هذا الوجه، وإلا فسائر الأحداث أيضاً عمدها وسهوها سواء، لكن أبا عبد الله الحناطي روى في مس الذكر ناسياً وجهين أيضاً، وحكى في اللّمس أن ابن سريج ذهب إلى اعتبار الشهوة، كما صار إليه مالك قال: وحكى ذلك عن الشافعي - رضي الله عنه - أيضاً ولمس العجوز كغيرها، ولمس العضو الأشلّ والزائد كلمس الصحيح والأصلي، وفي الصور الثلاث وجه آخر.

قال الغزالي: (الرابع) مس الذكر يبطن الكف ناقض (ح ز) للوضوء وكذا مس فرج المرأة وكذا مس حلقة الدبر (م) على الجديد وكذا فرج البهيمية على القديم وكذا فرج الميت (و) والصغير (م) وكذا محل الجب (و)، وفي الذكر المبان وجهان، وفي المس برأس الأصابع وجهان، وبما بين الأصابع لا ينتقض على الصحيح.

قال الرافعي: مس الذكر ناقض للوضوء خلافاً لأبي حنيفة ومالك، فإن حكم المس عندهما على ما ذكرنا في اللّمس: لنا حديث بسرة بنت صفوان أن النبي ﷺ قال: «من مس ذكره فليتوضأ»<sup>(٢)</sup> وإنما ينتقض الوضوء إذا مس بالكف، والمراد بالكف الراحة ويطون الأصابع، وقال أحمد: تنتقض الطهارة سواء مس يظهر الكف أو يبطنها:

لنا أن الأخبار الواردة في الباب جرى في بعضها لفظ اللّمس، وفي بعضها لفظ الإفضاء، ومعلوم أن المراد منهما واحد، والإفضاء في اللغة: اللّمس يبطن الكف<sup>(٣)</sup>.

(١) قال النووي: ولو التقت بشرتا رجل وامرأة بحركة منهما، انتقضتا قطعاً وليس فيهما ملموس، ولو لمس الشيخ الفاقد للشهوة شابة، أو لمست الفاقدة للشهوة شاباً، أو الشابة شيخاً لا يشتبه، انتقض على الأصح، والمراهق والخصي والعين ينقضون وينتقضون، ولو لمس الرجل أمرد حسن الصورة بشهوة، لم ينتقض على الصحيح، ولو شك هل هو لامس أو ملموس فهو ملموس، أو هل لمس محرماً أو أجنبية فمحرّم، ولو لمس محرماً بشهوة فكان لمسها بغير شهوة. ولمس اللسان، ولحم الأسنان، واللّمس به، ينتقض قطعاً - والله أعلم - الروضة (١/١٨٦).

(٢) أخرجه مالك في الموطأ (٤٢/١) والشافعي في الأم (١٩/١) وأحمد في المسند (٤٠٦/٦ - ٤٠٧) والدارمي (١٨٤/١ - ١٨٥) وأبو داود (١٨١) والترمذي (٨٢) وقال: هذا حديث حسن صحيح، والنسائي (١٠٠/١) وابن ماجه (٤٧٩) قال ابن الملقن: روي بأسانيد صحيحة لا مطعن لأحد في اتصالها وثقات رجالها وصححه الأئمة أحمد والترمذي وابن حبان والحاكم، وأنه على شرط الشيخين. والدارقطني، وعبد الحق، والحازمي، وابن صلاح، وابن الأثير، وابن الجوزي. وقال الترمذي: قال البخاري: إنه أصح شيء في الباب. انظر الخلاصة (١/٥٤).

(٣) انظر المصباح المنير (٢/٦٥٢).

ولو مس يَبْطِنِ أصبع زائدة نظر إن كانت على استواء الأصابع فهي كالأصلية على أصح الوجهين، وإن لم تكن على استواء الأصابع فلا في أصح الوجهين، ولو كانت له كَفَّانَ فإن كانتا عاملتين فبأيتهما مس انتقض الوضوء، وإن كانت إحداهما عاملة دون الأخرى انتقض بالمس بالعاملة دون الأخرى، ذكره القاضي الروياني<sup>(١)</sup> وصاحب «التهذيب»، وحكى بعضهم خلافاً في اليد الزائدة مطلقاً، واليد الشلاء كالصحيحة في أصح الوجهين، وكذا الذكر الأشل كالصحيح.

وحكم فرج المرأة في المس حكم الذكر، لما روى عن عائشة - رضي الله عنها - أن النبي ﷺ قال: «وَيْلٌ لِلَّذِينَ يَمْسُونَ فُرُوجَهُمْ ثُمَّ يُصَلُّونَ وَلَا يَتَوَضَّئُونَ» قالت عائشة: «أبى وأمي هذا للرجال أفرايت النساء، قال: «إِذَا مَسَّتْ إِحْدَاكُنَّ فَرْجَهَا فَلْتَوَضَّأْ»<sup>(٢)</sup>. وفي حلقة الدُّبْرِ وهي ملتقى المنفذ قولان:

في القديم: لا ينتقض الوضوء بمسه، وبه قال مالك؛ لأن الأخبار وردت في القُبْل وهو الذي يفضي بمسه إذا كان على سبيل الشهوة إلى خروج المذي وغيره، فأقيم مسه مقام خروج الخارج، بخلاف الدبر.

وقال في الجديد: ينتقض؛ لأنه فرج فينتقض الوضوء بمسه؛ لقوله ﷺ: «وَيْلٌ لِلَّذِينَ يَمْسُونَ فُرُوجَهُمْ وَلَا يَتَوَضَّئُونَ»<sup>(٣)</sup> وبالقياس على القُبْل، ومن الأصحاب من جزم بما قاله في الجديد، ونفى الخلاف فيه، وعن أحمد روايتان كالقولين، وفي فرج البهيمة قولان حكى عن القديم أن مسه كمس فرج الآدمي؛ لظاهر قوله: «مِنْ مَسِّ الْفَرْجِ الْوُضُوءُ»<sup>(٤)</sup>؛ ولأن فرج البهيمة كفرج الآدمي في الإيلاج، فكذلك في حكم المس وهذا القول في القبل دون الدبر، فإن دبر الآدمي لا يلحق على القديم بالقبل، فمن غيره

(١) قاضي القضاة عبد الواحد بن إسماعيل المذكور قبله، الملقب فخر الإسلام، صاحب (البحر) وغيره من الأصول النفيسة، كانت له الوجاهة والرئاسة، والقبول التام عند الملوك فمن دونها أخذ عن والده، وتفقه على جده، وعلى محمد بن بيان الكازروني، بميفارقين وبرع في المذهب حتى كان يقول: لو احترقت كتب الشافعي لأمليتها من حفظي، ولهذا كان يقال له شافعي زمانه، وصنف التصانيف المشهورة، ولد في ذي الحجة سنة خمس عشرة وأربعمائة، واستشهد بجوامع أمل عند ارتفاع النهار بعد فراغه من الإملاء يوم الجمعة، حادي عشر المحرم، انظر ترجمته في: وفيات الأعيان (١٩٨/٣) طبقات الشافعية (٢٦٨/٤) العبر (٤/٤).

(٢) أخرجه الدارقطني (١٤٧/١ - ١٤٨) بإسناد ضعيف، وقال ابن الملقن: وصح موقوفاً عليها كما قاله الحاكم، انظر خلاصة البدر المنير (٥٥/١).

(٣) انظر التخريج السابق.

(٤) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٤١١) والنسائي (٢١٦/١) والطحاوي (١٧/١) والطبراني في الكبير (٤٨٥) قال ابن الملقن: وسنده لا غبار عليه، انظر خلاصة البدر المنير (٥٥/١).

أولى<sup>(١)</sup>. وقال في الجديد: لا أثر لمسه كما لا يجب ستره، ولا يحرم النظر إليه، ولا يتعلق به خِتَانٌ ولا أَسْتِنْجَاءٌ، ولأن لمس إناث البهائم ليس بحدث، فكذلك مس فروجها، وقطع بعضهم بما قاله في الجديد. وفي مَسِّ فرج الميت ذكراً كان أو أنثى وجهان:

**أصحهما:** وهو المذكور في الكتاب: أنه كفرج الحَيِّ لشمول الاسم وبقاء الحُرْمَةِ.

**والثاني:** لا أثر لمسه لزوال الحياة وخروج لمسه عن مظنة الشهوة.

وفي فرج الصغيرة وجهان:

**أصحهما:** أنه كفرج الكبير لما ذكرنا.

**والثاني:** لا، لما روي: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ مَسَّ رَيْبِيَّةَ الْحَسَنِ أَوْ الْحُسَيْنِ، وَلَمْ يُزَوَّأْ أَنَّهُ تَوَضَّأً»<sup>(٢)</sup>: ومس محل الجَبِّ من المَجْبُوب هل يؤثر فيه، وجهان:

**أصحهما:** نعم، لأن مسه مظنة خروج الخارج منه فأشبهه شاخص.

**والثاني:** لا؛ لأنه مس محل الذكر دون الذكر وقد حكى عن القفال أن الموجهين مركبان على أحد أصليين: إما مس حلقة الدبر. فإن قلنا: إنه لا يؤثر فهذا أولى.

وإن قلنا: يؤثر فهانها وجهان؛ لأن الحلقة طاهرة بأصل الخلقة، وهذا قد طهر بعارض، وأما مس الثقبه المنفتحة مع أَسِيدَادِ الْمَسَلِّكَ المعتاد فيه وجهان سبق ذكرهما، وعلى هذا فالانتقاض هانها أولى؛ لأنه أصلي، والوجهان في المسألة فيما إذا لم يبق شيء شاخص أصلاً، فإن بقي شيء فلا خلاف في أن مسه ناقض، وفي الذكر المبان وجهان:

**أصحهما:** أنه كالمتمصل بشمول الاسم له.

**والثاني:** لا؛ لخروج لمسه عن مظنة الشهوة ولعلك تقول: رجح الأئمة من

(١) قال النووي: أطلق الأصحاب الخلاف في فرج البهيمة، ولم يخصوا به القبيل. فإن قلنا: لا يتقض مسه فأدخل يده في فرجها لم يتقض على الأصح - والله أعلم - الروضة (١/١٨٦).

(٢) قال ابن الملقن: رواه البيهقي من رواية أبي ليلي الأنصاري قال: «كنا عند رسول الله ﷺ فجاء الحسن فأقبل يتمرغ عليه فرفع عن قميصه، وقبل زبيته» ثم قال: إسناده ليس بالقوي، قال: وليس فيه أنه مسه بيده، ثم صلى ولم يتوضأ، ورواه الطبراني في أكبر معاجمه من حديث ابن عباس، قال: رأيت رسول الله ﷺ فرج ما بين فخذي الحسين وقبل زبيته، وفي إسناده قابوس بن أبي ظبيان، قال النسائي وغيره: ليس بالقوي انظر الخلاصة (١/٥٥ - ٥٦).

الخلاف في مسائل اللمس الوجه الناظر إلى وقوعه في محل الشهوة ومظنتها، حتى قالوا لا تنقض الطهارة بلمس المحرم والصغيرة على الأصح وهاهنا عكسوا ذلك فقالوا: الأصح الانتقاض بلمس فرج الميت والصغير، ولم يعتبروا الشهوة فما الفرق. فالجواب: أن اللمس والمسّ متقاربان في أمر الشهوة، وحصول الخلاف إذا وقعا في غير مظنة الشهوة، إلا أن الشافعي - رضي الله عنه - نظر في اللمس إلى شيء آخر، إذا كان الممسوس فرج الغير، وهو أنه باللمس هاتك حرمة الممسوس فرجه، فحكم بانتقاض وضوئه، منعاً له عن ذلك، ولهذا لم يحكم بانتقاض طهارة الممسوس فرجه؛ لأنه لا هتك منه، بخلاف الملموس حيث انتقض طهره على أظهر القولين، لشمول معنى الشهوة، وكان الهتك أرجح المعنيين عند الشافعي - رضي الله عنه - والنظر إليه أولى، ألا تراه علل في مس فرج البهيمة لا يوجب حدثاً، فقال: لأنه لا حرمة لها، ولا تعبد عليها - والله أعلم -.

وهذه المسائل كلها في المس ببطن الكف، أما لو مس برءوس الأصابع، ففيه وجهان:

أحدهما: أن المسّ بها كاللمس بالراحة؛ لأنها من جنس بشرة الكف، ويُعتاد المس بها بالشهوة وغيرها وأظهرهما: أنه لا يؤثر المس بها؛ لأنها خارجة عن سمت الكف، ولا يعتمد على المس بها وحدها من أراد معرفة ما يعرف باللمس من اللين والخشونة وغيرها، وفيما بين الأصابع أيضاً وجهان، وعدم الانتقاض فيه أظهر، وقد نقلوه عن نص الشافعي - رضي الله عنه - وأطبقوا على ترجيحه، وأما في رءوس الأصابع، فمنهم من رجح القول بالانتقاض، وكأنه لهذا التفاوت صرح بأن الصحيح عدم الانتقاض في المسألة الثانية، وسكت عن الترجيح والتصحيح في الأولى، والمعنى برأس الإصبع موضع الاستواء بعد المنحرف الذي يلي الكف، فإنه من الكف بلا خلاف، ثم من يقول: بأن المس برأس الإصبع ناقض يقول: باطن الكف ما بين الأظفار، والزند<sup>(١)</sup>، أي: في الطول، ومن يقول: إنه غير ناقض يقول: باطن الكف هو القدر المنطبق إذا وضعت إحدى اليدين على الأخرى، مع تحامل يسير والتقييد بقولنا: مع تحامل يسير؛ ليدخل فيه المنحرف الذي ذكرناه، وطرف الكف وهو حرف اليد على الوجهين في رءوس الأصابع.

قال الغزالي: وَإِذَا مَسَّ الْحُنْتَى مِنْ نَفْسِهِ أَحَدٌ فَرَجِيهِ لَمْ يَنْتَقِضْ لَاحْتِمَالِ أَنَّهُ زَائِدٌ،

(١) الزندان: الساعد الذراع والأعلى منهما هو الساعد، والأسفل منهما هو الزراع انظر المعجم الوسيط (١/٤٠٤).

وَأِنْ مَسَّ رَجُلٌ ذَكَرَهُ أَوْ امْرَأَةً فَزَجَّهُ أَنْتَقَضَ إِذْ لَا يَخْلُو عَنْ مَسِّ وَلَمَسٍ، وَإِنْ مَسَّ رَجُلٌ فَزَجَّهُ أَوْ امْرَأَةً ذَكَرَهُ لَمْ يَنْتَقِضْ لِاحْتِمَالِ أَنْ الْمَلْمُوسَ زَائِدٌ، وَلَوْ أَنَّ خُنْثِيَيْنِ مَسَّ أَحَدَهُمَا مِنْ صَاحِبِهِ الْفَرْجِ وَمَسَّ الْآخَرَ الذَّكَرَ، فَقَدْ أَنْتَقَضَ طَهَارَةُ أَحَدِهِمَا لَا بِعَيْنِهِ، وَلَكِنْ يَصِحُّ صَلَاةُ كُلِّ وَاحِدٍ وَخَدَهُ، لِأَنَّ بَقَاءَ طَهَارَتِهِ مُمَكِّنٌ.

قال الرافعي: ما سبق من المسائل فيما إذا اتفق المس، ولم يكن في الماس ولا في الممسوس إشكال في حكم الذكورة والأنوثة، فإن كان ففيه مسائل:

إحداها: إن مس الخنثى المشكل فرجاً واضحاً فالحكم على ما سبق، وإن مس فرج نفسه نُظِرَ، إن مس فرجيه جميعاً انتقض وضوءه، لأنه إن كان رجلاً فقد مس ذكره، وإن كانت امرأة فقد مست فرجها، وإن مس أحدهما لم ينتقض وضوءه، لأنه إن مس الذكر فيجوز أن يكون أنثى، وهو سلعة زائدة، وإن مس الآخر فيجوز أن يكون رجلاً وهو ثقبه زائدة، وإن مس أحدهما وصلى الصبح مثلاً ثم توضأ، ومس الآخر وصلى الظهر ففي المسألة وجهان:

أحدهما: أنه يقضيها جميعاً؛ لأن إحدى صلاتيه واقعة مع الحدث.

وأظهرهما: أنه لا يقضي واحدة منهما؛ لأن كل صلاة مُفَرَّدٌ بحكمها، وقد بنى كل واحدة على ظن صحيح فصار كما لو صلى صلاتين إلى جهتين باجتهادين، وإن مس أحدهما وصلى الصبح، ثم مس الآخر وصلى الظهر من غير وضوء بينهما أعاد الظهر؛ لأنه محدث عندها، ومضت الصبح على الصحة.

الثانية: لو مس الواضح فرج مشكل نُظِرَ، إن مس رجل ذكره انتقض وضوءه؛ لأنه إن كان رجلاً فقد مس الذكر، وإن كانت امرأة فقد لمس امرأة، وإن مست امرأة فرجه انتقض وضوءها أيضاً لمثل هذا المعنى، وهذا إذا لم يكن بين الخنثى والماس محرمة وغيرها، مما يمنع لمسه على أنه ينتقض به الوضوء، فإن كان فلا انتقاض، وإن مس الرجل فرجه لم ينتقض وضوءه؛ لاحتimal أن يكون رجلاً، والممسوس ثقبه زائدة، وإن مست المرأة ذكره فكذلك لا ينتقض وضوءها؛ لاحتimal أن يكون الخنثى امرأة، والممسوس سلعة زائدة.

والضابط أن الواضح إذا مس منه ما له انتقض وضوءه، فإن مس ما ليس له فلا. ثم إذا حكمنا بآنتقاض طهارة الواضح فلا نقول: الخنثى ملموس حتى يعود في انتقاض طهارته القولان، بل هو ممسوس حتى لا تنتقض طهارته؛ طرحاً للشك؛ واستصحاباً للطهارة.

والثالثة: لو مس مشكل فرج مشكل آخر نظر، إن مس فرجيه جميعاً انتقض

وضوؤه كما لو مسهما من نفسه، وكذلك لو مس ذكر مُشكّل وفرج مشكّل آخر ينتقض وضوؤه أيضاً، لكن هاهنا ينتقض لعلّة المس، أو اللمس، وإن مس أحد فرجيه لا غير لم ينتقض وضوؤه؛ لاحتمال كونه عضواً زائداً، ولو مس أحد المشكّلين فرج الآخر، ومس الآخر ذكر الأول انتقض طهارة أحدهما، لا بعينه؛ لأنهما إن كانا رجلين فقد أحدث ماس الذكر، وإن كانتا امرأتين فقد أحدثت ماسة الفرج، وإن كان أحدهما رجل والآخر امرأة فقد أحدثا جميعاً بسبب اللمس، فإذا طهارة أحدهما باطلة لا محالة، لكنه غير متعين، وما من واحد منهما أفردناه بالتَّنظر، إلا والحدث في حقه مشكوك فيه، فنستصحب يقين الطهارة، ولا نمنع واحداً منهما عن الصلاة، ونظائر ذلك لا تخفى.

وأما قوله في الكتاب في هذه المسألة: «ولكن تصح صلاة كل واحد منهما وحده» ففي كلمة «وحده» إشكال؛ لأن المفهوم منه أن لكل واحد منهما أن يصلي مفرداً، ويمتنع أن يقتدى بالآخر، كما نقول: إذا اختلف اجتهاد اثنين في إثنتينِ مشتبهين، صلى كل واحد منهما وحده، يريد به ما ذكرنا، لكن اقتداء الخُنثى بالخُنثى ممتنع على الإطلاق، فإن معنى التقييد في هذه المسألة: أن كلمة وَحْدَهُ يشبه أن يكون من سَبَقِ القلم، لا عن قَصْدٍ وَتَعَمُّدٍ؛ لأنه في «الوسيط» لم يتعرض لذلك، وإنما قال: «لكن تصح صلاتهما، ويأخذ كل واحد منهما باحتمال الصّحة»، وإن أتى بها عن قصد، فقد ذكر بعضهم أن فائدة التقييد أنه لا تجزىء صلاة واحد منهما خلف الآخر قطعاً، وإن بان بعد الفراغ كون الإمام رجلاً، بخلاف ما إذا اقتدى الخُنثى بالخُنثى في غير هذه الصورة، ثم بان بعد الفراغ كون الإمام رجلاً، فإن في وجوب القضاء قولين - والله أعلم -.

قال الغزالي: وَالْيَقِينُ لَا يُزْفَعُ بِالشُّكِّ (م) لَا فِي الطَّهَارَةِ وَلَا فِي الْحَدِيثِ، وَلَوْ تَيَقَّنَ أَنَّهُ بَعْدَ طُلُوعِ الشَّمْسِ تَوَضَّأَ وَأَخَذَتْ وَلَمْ يَدْرِ أَيُّهُمَا سَبَقَ أَسَنَّدَ الْوَهْمَ إِلَى مَا قَبْلَهُ، فَإِنْ أَنْتَهَى إِلَى الْحَدِيثِ فَهُوَ الْآنَ مُنْطَهَرٌ لِأَنَّهُ تَيَقَّنَ طَهْرًا بَعْدَهُ وَشَكَّ فِي الْحَدِيثِ بَعْدَ الطُّهْرِ، وَإِنْ أَنْتَهَى إِلَى الطُّهْرِ فَهُوَ الْآنَ مُخَدِّثٌ، وَقِيلَ: إِنَّهُ يَسْتَضْحِبُ مَا قَبْلَ الْحَالَتَيْنِ وَيَتَعَارَضُ الظَّنَّانِ.

قال الرافعي: من القواعد التي يَنْبِي عليها كثير من الأحكام الشرعية استصحاب اليقين، والإعراض عن الشُّكِّ، والأصل فيما روي عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «إِذَا وَجَدَ أَحَدُكُمْ فِي بَطْنِهِ شَيْئًا فَاشْكَلْ عَلَيْهِ أَخْرَجْ مِنْهُ شَيْءًا، أَمْ لَا؟ فَلَا يَخْرُجَنَّ مِنَ الْمَسْجِدِ حَتَّى يَسْمَعَ صَوْتًا، أَوْ يَجِدَ رِيحًا»<sup>(١)</sup>. وروي أنه ﷺ قال: «إِنَّ

(١) أخرجه مسلم (٣٦٢).



الشَّيْطَانُ لِيَأْتِي أَحَدَكُمْ فَيَنْفُخُ بَيْنَ إِيْتِيهِ، وَيَقُولُ: أَحَدْتُمْ، أَحَدْتُمْ، فَلَا يَنْصَرِفَنَّ حَتَّى يَسْمَعَ صَوْتًا، أَوْ يَجِدَ رِيحًا»<sup>(١)</sup> ولا فرق عندنا بين أن يَتَيَقَّنَ الطهارة، ويشك في الحدث بعده، أَوْ يَتَيَقَّنَ الحدث ويشك في الطهارة بعده، بل يستصحب اليقين في الحالتين، خلافاً لمالك حيث قال: إذا استيقن الطهارة، وشك في الحدث، أخذ بالحدث احتياطاً، وتوضأ إذا كان خارج الصلاة وإن كان في الصلاة فله أن يمضي في صلاته، وما روينا من الخبر حجة عليه، لأنه مطلق، وحكى في «التتمة» وجهاً عن بعض الأصحاب يوافق مذهب مالك. ومن نظائر الشك في عروض الحدث ما إذا نام قاعداً، ثم تمايل وانتبه، ولم يدر أيهما سبق، فلا ينتقض وضوءه، بخلاف ما إذا عرض الانتباه وكان بعد التَّمَايَلِ يلزمه الوضوء. ومنها ما إذا شك في أنه لمس الشعر، أو البشرة إذا قلنا: إنه لا أثر للمس الشعر. ومنها ما إذا مس الخنثى فرجه مرتين، وشك في أن الممسوس ثانياً هو الممسوس أولاً، أو الفرج الآخر. ومنها ما لو شك في أن ما عرض له رؤيا، أو حديث نفس فلا يلزمه الوضوء في شيء منها، وكذلك القول في الشك في الحدث الأكبر، وهذا كله إذا عرف سبق الطهارة، أما إذا لم يعرف ذلك بأن تيقن أنه بعد طلوع الشمس توضأ وأحدث، ولم يَدْرِ أيهما سبق، أنه الآن على ماذا؟ ففي المسألة وجهان:

أصحهما: قال صاحب التلخيص: والأكثر أن يؤمر بإسناد الوهم إلى ما قبل طلوع الشمس وتذكّر ما كان عليه من الطهارة والحدث، فإن تذكر أنه كان محدثاً فهو الآن على الطهارة؛ لأنه تيقن الطهارة بعد ذلك الحدث، وشك في تأخّر الحدث المعلوم بعد الطلوع عن تلك الطهارة، وإن تذكر أنه كان متطهراً فهو الآن محدث؛ لأنه تيقن حدثاً بعد تلك الطهارة، وشك في تأخر الطهارة عن ذلك الحدث، ومن الجائز سبقها على الحدث، وتوالي الطهارتين، وهذا إذا كان الشخص ممن يعتاد تجديد الطهارة، فإن لم يكن التجديد من عادته فالظاهر أن طهارته بعد الحدث، فيكون الآن متطهراً، وإن لم يتذكر ما قبلها فلا بد من الوضوء؟ لتعارض الاحتمالين من غير ترجيح، ولا سبيل إلى الصلاة مع التردد المَحْضِ في الطهارة؛ ومنهم من قال: يؤمر بالتذكّر، لكنه إن تذكر الحدث قبل الطلوع فهو الآن محدث أيضاً، وإن تذكر الطهارة فهو الآن متطهر، لأن ما يذكره من قبل معلوم، فيستصحب ويتعارض الظن الطارئان بعده، لتقابل الاحتمالين، والوجه الثاني، أنه لا نظر إلى ما قبل الطلوع، ويؤمر بالوضوء بكل حال؛ أخذاً بالاحتياط. ثم نتكلم في قوله: «واليقين لا يرفع بالشك» في ابتداء هذا الفصل، من ثلاثة أوجه:

(١) أخرجه البخاري (٢٣٧/١) ومسلم (٣٦١) من حديث عبد الله بن زيد بن عاصم - رضي الله عنه - .

أحدها: قد يتوهم أن هذا الكلام متصل بآخر مسألة الخنثيين، وهو قوله: «لأن بقاء طهارته ممكن»، ولا شك أنه صالح لذلك، لكنه لم يقصد تذييب المسألة به، وإنما أراد افتتاح قاعدة مقصودة في نفسها، وإيراده في «الوسيط» يوضح ذلك، ثم لا يخفى تخريج مسألة الخنثيين على هذه القاعدة.

الثاني: لا نعني بقولنا: اليقين لا يرفع ولا يترك بالشك يقيناً حاضراً، فإن الطهارة والحدث نقيضان، ومهما شككنا في أحد النقيضين فمحال أن نَتَيَقَّنَ الآخر، ولكن المراد أن اليقين الذي كان لا يترك حكمه بالشك، بل يستصحب؛ لأن الأصل في الشيء الدوام والاستمرار، فهو في الحقيقة عمل بالظن وطرح للشك.

الثالث: المشهور من معنى الشك التردد في طرفي وجود الشيء وعدمه بصفة التساوي، فإذا حدث له هذا التردد في الحدث بعد تيقن الطهارة، أو في الطهارة بعد تيقن الحدث لم يلتفت إليه واستصحب ما كان، وهذا الحكم لا يختص بالشك في طرف الحدث، بل لو كان الحادث ظن الحدث بعد تيقن الطهارة فهو كالشك في أنه يجوز له الصلاة؛ استصحاباً ليقين الطهارة، لكن لو ظنَّ الطهارة بعد الحدث لم يستصحب حكم الحدث [بل له أن يصلي بالظن، فإذا حكم الشك واحد في الطرفين، وحكم الظن في الحدث]<sup>(١)</sup> خلاف حكمه في الطهارة.

قال الغزالي: قَاعِدَةٌ تَنكشِفُ حَالُ الخُنْثَى بِثَلَاثِ طُرُقٍ: (الأولى): خُرُوجُ خَارِجٍ مِنَ الفَرْجَيْنِ فَإِنْ بَالَ بِفَرْجِ الرِّجَالِ أَوْ أَمْنَى فَرَجُلٌ وَإِنْ بَالَ بِفَرْجِ النِّسَاءِ أَوْ حَاضَ فَاَمْرَأَةٌ فَإِنْ بَالَ بِفَرْجِ الرِّجَالِ وَحَاضَ بِفَرْجِ النِّسَاءِ قَبِلَ: التَّغْوِيلُ عَلَى المَبَالِ؛ لِأَنَّهُ أَدْوَمٌ وَقَبِيلٌ: مُشْكِلٌ (الثانية): نَبَاتُ اللَّحْيَةِ وَنَهْوُ الثَّدْيِ فِيهِ خِلَافٌ، وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ لَا عِبْرَةَ بِهِمَا كَمَا لَا عِبْرَةَ بِتَأَخُّرِ الثَّبَاتِ وَالثُّهُودِ عَنِ أَوَانِهِمَا (الثالثة): أَنْ يُرَاجَعَ الشَّخْصُ لِيُحْكَمَ بِمَيْلِهِ فَإِذَا أَخْبَرَ لَا يُقْبَلُ رُجُوعُهُ إِلَّا أَنْ يَكْذِبَهُ الحِسُّ بِأَنْ يَقُولَ: أَنَا رَجُلٌ ثُمَّ وُلِدْتُ وَلَدًا.

قال الرافعي: لما تكلم في صور مس الخنثى أراد أن يبين ما ينكشف به حال الخنثى، فذكر له طرقاً.

منها: خروج الخارج من أحد الفرجين، وذلك على قسمين:

أحدها: خارج لا يوجب الغسل، وهو البول، فإذا بال بفرج الرجال فَرَجُلٌ، وإن بَالَ بِفَرْجِ النِّسَاءِ فَاَمْرَأَةٌ، لما روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ قال:

(١) سقط في ب.

في الذي له ما للرجال وما للنساء: «يُورَثُ مِنْ حَيْثُ يَبُولُ»<sup>(١)</sup>. وهذا بشرط أن يكون له ما يشبه آلة الرجال، وما يشبه آلة النساء، ويكون بوله من أحدهما.

فأما إذا لم يكونا له، وهو يبول من ثقبه، أو كان له، لكنه لا يبول بهما، فلا دلالة في بوله. ولو بال بهما جميعاً، ففيه وجهان:  
أحدهما: أن دلالة البول قد سقطت.

وأصحهما: أن ما يختص بسبق الخروج، أو تأخر الانقطاع، فالحكم له، فإن وجد أحد المعنيين في أحدهما، والآخر في الثاني، فالأخذ بسبق الخروج أولى، وإن فقد المعينان فيهما سقطت دلالة البول، ولا حكم للكثرة، ولا للتزريق والتزيشيش في أصح الوجهين. والثاني بأن الحكم للأكثر، وأنه إن زرق بهما فرجل، وإن رشش فامرأة، وإن زرق بهذا ورشش بذلك فحيثن ذلك تسقط دلالة البول.

والقسم الثاني: خارج موجب للغسل، كالخَيْضِ، والمَنِيِّ، فإذا أمنى بفرج الرجال فرجل، وإن أمنى بفرج النساء، أو حاض فامرأة، وذلك بشرطين:

أحدهما: أن يفصل في وقت إمكان خروج المني والحيض.

والثاني: أن يتكرر خروجه، ليتأكد الظن. ولا يتوهم كونه اتفاقياً، ولو أمنى من الفرجين جميعاً فوجهان:

أحدهما: أنه تسقط هذه الدلالة، ويستمر الإشكال.

وأصحهما: أنه لو أمنى منهما على صفة مني الرجال يكون رجلاً، ولو أمنى منهما على صفة مني النساء يكون امرأة؛ لأن الظاهر أن المني الموصوف بصفة مني الرجال يفصل من الرجال، وكذلك ما هو بصفة مني النساء يفصل من النساء، نعم لو أمنى من فرج الرجال على صفة مني النساء، أو من فرج النساء على صفة مني الرجال، أو أمنى من فرج الرجال على صفة منيهم، ومن فرج النساء على صفة منيهم يستمر الإشكال.

ومن هذا القسم خروج الولد، فيفيد القطع بالأثوثة حتى يترجح على ما يعارضه من الأمازات، أما لو تعارض البول مع الخَيْضِ، أو مع المني، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يحكم بمقتضى البول؛ لأنه دائم متكرر، فيكون أقوى دلالة، وأصحهما: أنه يستمر الإشكال ويتساقطان.

ومنها نبات اللحية ونهود الثدي، وفيهما وجهان:

(١) أخرجه البيهقي بإسناد ضعيف بالإتقان حتى ذكره ابن الجوزي في الموضوعات، انظر خلاصة البدر المنير (٥٦/١).

أحدهما: أن نَبَات اللحية يدل على الذُكُورَة، ونهود الثدي على الأنوثة؛ لأن اللُحَى إنما تكون للرجال غالباً، وتدلي الثديين للنساء غالباً؛ فيستدل بهما على الذكورة، والأنوثة، وأظهرهما أنه لا عبرة بهما؛ لأنه لا خلاف أن عدم نَبَات اللحية في وقته لا يقتضي الأنوثة، وعدم تدلي الثديين في وقته لا يقتضي الذكورة، ولو جاز الاستدلال بنبات اللحية على الذكورة لجاز الاستدلال بعدمه على الأنوثة؛ لأن الغالب من حال من لا يلتحي في وقته الأنوثة، كما أن الغالب من حال من يَلْتَحِي الذكورة.

وأجرى بعضهم الوجهين في نزول اللبن، أيضاً، وذهب بعض الأصحاب إلى أنه تعد أضرار الخنثى من جانبيه، فإن نقص عددها من الجانب الأيسر فهو دليل الذكورة، وإن تساوى عددها من الجانبين فهو دليل الأنوثة، وظاهر المذهب أنه لا عبرة بذلك، والتفاوت بين الرجل والمرأة في عدد الأضلاع غير معلوم، ولا مُسَلَّم.

ومنها: أن يراجع الخنثى، فإن قال أميل إلى الرجال استدللنا على الأنوثة، وإن قال أميل إلى النساء استدللنا به على الذكورة؛ لأن الله تعالى أجرى العادة بميل الرجال إلى النساء، والنساء إلى الرجال بالطبع، وهذا إذا عجزنا عن الأمارات السابقة، وإلا فالحكم لها؛ لأنها محسوسة معلومة الوجود، وقيام الميل غير معلوم، فإنه ربما يكذب في إخباره، ومن شرط الاعتماد على إخباره وقوعه بعد العَقْل والبلوغ، كسائر الروايات والأخبار، ومن الأصحاب من قال: يكفي وقوعه في سنّ التمييز، كالحَضَانَة يخير فيها الصبي بين الأبوين في سن التَّمْيِيز، والمذهب الأول، لأن اختيار الخنثى لازم، فلا حكم له قبل البلوغ، كالمولود إذا تداعاه اثنان لا يصح أُنْتِسَابُهُ قبل البلوغ، والاختيار في الحَضَانَة ليس بلازم، ثم يتعلق بفصل الاختيار فروع:

أحدها: إذا بلغ وهو يجد من نفسه أحد الميلين يجب عليه أن يخبر عنه، فإن آخر عصى.

الثاني: لا يخبر بالتَّشْهِي فإنه غير مخير، ولكن يخبر عما يجده من ميله الجِبَلِي.

الثالث: لو زعم أنه لا يميل إلى الرجال ولا إلى النساء، أو أنه يميل إليهما جميعاً استمر الإشكال.

الرابع: إذا أخبر عن أحد الميلين لزمه، ولا يقبل رجوعه بعد ذلك؛ لاعترافه بموجبه، نعم لو وجدت الدلالة القاطعة بعد إخباره عن الذكورة، وهي الولادة غَيْرَنَا الحكم؛ لأننا تيقنا خلاف ما ظنناه، وكذا لو ظهر حمل بعده تبين بطلان إخباره، كما لو حكمنا بشيء من الدلائل الظاهرة، ثم ظهر به حمل بطل ذلك، وقد ذكر هذا الفرع في

الكتاب، لكن للمتأمل وقفة عند قوله: «فإذا أخبر لا يقبل رجوعه إلا إذا كذبه الحس» لأن ظاهر الاستثناء يقتضي قبول الرجوع عند الولادة، وإذا ولدت فلا عبرة بالرجوع، ولا معنى له، بل يبطل الحكم السابق سواء، وجد الرجوع أم لا، وكأنه أراد أن لا يقبل رجوعه، ويجري عليه حكم قوله الأول، إلا أن يكذبه الحس بالولادة، فالاستثناء يرجع إلى أجزاء حكم القول الأول عليه، لا إلى عدم قبول الرجوع، وكذلك أورد إمام الحرمين - رحمه الله - هذه اللفظة.

**الخامس:** ذكرنا أن الاختيار إنما يرجع إليه عند فقد الأمارات الظاهرة، فلو رجعنا إليه لفقدنا، ثم وجد بعض تلك الأمارات يجوز أن يقال: لا نبالي به ونستصحب الحكم الأول، إلا أن توجد دلالة قاطعة<sup>(١)</sup> وهذا قضية قوله: (إلا أن يكذبه الحس) إذا قدرنا عود الاستثناء إلى ما بيناه، ويجوز أن يقال: يعدل إلى الأمانة الظاهرة، ويحكم بها كما إذا تداعى اثنان مؤلوداً، ولم يكن قافئاً<sup>(٢)</sup> فانسب بعد البلوغ، واختار ثم وجدنا القائف تقدم القيافة على اختياره - والله أعلم -.

قال الغزالي: **الفضل الثاني في حكم الحديث وهو المنع من الصلاة ومس المصحف وحمله ويستوي (ح) في المس الجلد والحواشي ومحل الكتابة، وفي مس الخريطة والصندوق (ح) والعلاقة وتقليب الأوراق بقضيب وحمل صندوق فيه أمتعة سوى المصحف خلاف، ولا يخرم مس كتاب الفقه والتفسير والدراهم المنقوشة، إلا ما كتب للدراسة كلوح الصبيان (و) والأصح أنه لا يجب على المعلم تكليف الصبي المميز الطهارة لمس اللوح والمصحف.**

قال الرافعي: المحدث ممنوع من الصلاة، قال ﷺ: «لا صلاة إلا بطهارة»<sup>(٣)</sup> وكذلك من الطواف، قال ﷺ: «الطواف بالبيت صلاة إلا أن الله سبحانه وتعالى أباح فيه الكلام»<sup>(٤)</sup>. وسجدة الشكر والتلاوة كالصلاة في أن المحدث ممنوع منهما، ويحرم عليه

(١) قال النووي: لو حكمنا بقوله ثم ظهرت علامة غير الحمل، فيحتمل أن يرجع إليها، ويحتمل أن يبقى على قوله. وقال: الاحتمال الثاني هو الصواب، وظاهر كلام الأصحاب، قال أصحابنا: وإذا أخبر بميله عملنا به فيما له وعليه ولا نرده لتهمة، كما لو أخبر صبي ببلوغه للإمكان - والله أعلم - الروضة (١/١٩٠).

(٢) القائف: هو متبوع الآثار والأشياء، والجمع قافة كبائع وباعة انظر تحرير التنبيه (٣٠٣).

(٣) أخرجه مسلم من رواية ابن عمر مرفوعاً (٢٢٤) بلفظ (لا تقبل صلاة بغير طهور) والترمذي (١) بلفظ (لا بطهور) انظر التلخيص (١/١٢٩).

(٤) أخرجه الدارمي (٤٤/٢) والترمذي (٩٦٠) وقال: قد روي هذا الحديث عن ابن طاموس وغيره، عن طاموس عن ابن عباس موقوفاً، وابن خزيمة (٢٧٣٩) وابن حبان (٢٤٧) والحاكم في =

أيضاً مس المصحف، وحمله، قال الله تعالى: ﴿لَا يَمَسُّهُ إِلَّا الْمُطَهَّرُونَ﴾<sup>(١)</sup> وروي أنه ﷺ قال لحكيم بن حزام: «لَا تَمَسُّ الْمُصْحَفَ إِلَّا طَاهِرًا»<sup>(٢)</sup> وروي أنه قال: «لَا تَحْمِلِ الْمُصْحَفَ، وَلَا تَمَسَّهُ إِلَّا طَاهِرًا»<sup>(٣)</sup> ثم فيه مسائل:

إحداها: إذا كان المصحف مجلداً، فهل يحرم مس الجلد؟ كمس الموضع المكتوب؟ فيه وجهان:

أصحهما<sup>(٤)</sup>: [وهو الذي ذكره في الكتاب]<sup>(٥)</sup> نعم؛ لأنه كالجزة من المصحف، ألا ترى أنه لو باعه دخل الجلد فيه.

والثاني: لا؛ لأنه ظرف ووعاء لما كتب عليه القرآن، فصار كالكِيسِ والجراب الذي فيه المصحف.

الثانية: لا فرق في حكم المس بين موضع الكتابة وبين الحَوَاشِي، والبياض في خلال السطور، لأن اسم المصحف يقع على جميع ذلك وقوعاً واحداً.

الثالثة: في مس الخريطة والصُّنْدُوقِ والعِلاَقَةِ<sup>(٦)</sup> وجهان إذا كان المصحف فيها:

أظهرهما: أنه يحرم؛ لأنها متخذة للقرآن منسوبة إليه، فإذا اشتملت على القرآن اقتضى التعظيم أن لا يمس إلا على الطهارة.

والثاني: لا، لأن الظواهر واردة في المصحف وهذه الأشياء غير المصحف، وهذا الخلاف قريب من الخلاف من الجِلْدِ، ولذلك جمع بعض الأصحاب بينهما جميعاً، وحكى فيهما الوجهين، ومنهم من جزم بالجواز في غير الجِلْدِ وخصص الخلاف بالجلد، ومنهم من جزم بالمنع في الجلد، وخصص الخلاف بما سواه، وكلامه في الكتاب أوفق لهذه الطريقة، أو هو هي، وفي كتب أصحابنا عن أبي حنيفة:

= المستدرک (٤٥٩/١) وقال صحيح الإسناد، وقد أوقفه جماعة، وأقره الذهبي، وأخرجه البيهقي في السنن مرفوعاً وموقوفاً (٨٧/٥) وقال ابن الملقن: بعد غزوه للحاكم من رواية ابن عباس: وهذا من طريق غريب عزيز لم يعثر به أحد من مصنفي الأحكام، وإنما ذكره الناس من/ الطريق المشهور في جامع الترمذي، وقد أكثر الناس القول فيها وإن كان أمرها آكل إلى الصحة فهذه ليس فيها مقال. انظر الخلاصة (٥٧/١).

(١) سورة الواقعة، الآية ٧٩.

(٢) قال الحافظ في التلخيص (١٣١/١) أخرجه الدارقطني.

(٣) قال الحافظ في التلخيص (١١٢/١) هذا اللفظ لا يعرف في شيء من كتب الحديث، ولا يوجد ذكر حمل المصحف في شيء من الروايات.

(٤) في ب: أحدهما. (٥) سقط في ب.

(٦) العِلاَقَةُ: ما يعلق به السيف ونحوه انظر المعجم الوسيط (٦٢٨/٢).

أنه يجوز للمحدث مس غير المكتوب من الحَوَاشِي، وظهر المصحف، وغيرهما: نعم لا يجوز ذلك للجنب والحائض. وعنه أيضاً: أنه يجوز للمُخَدِّث الحمل، والمس مطلقاً، ولا يجوز للجنب والحائض. وعنه أيضاً: أنه يجوز له حمل المصحف بعِلاقته، وبه قال أحمد، وحكى بعضهم عن مالك أنه يجوز له حمل المصحف ومسه من غير طهارة، والمشهور أن هذا قول داود، ولا يخفى موضع العلاقة من هذه الاختلافات.

الرابعة: لو وضع المصحف بين يديه وهو يقلب أوراقه بقضيب وغيره، ويقرأ منه، هل يجوز فيه؟ وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنه لم يحمل المصحف ولا مسه، فقد حافظ على شرط التعظيم.

وأصحهما: أنه لا يجوز، لأنه حمل بعض المصحف مقصوداً، فإن الورقة بحمله تنتقل من جانب إلى جانب<sup>(١)</sup>.

الخامسة: المَنعُ من الحَمَلِ حيث كان المصحف هو المقصود بالحمل، فأما إذا حمل صندوقاً فيه ثياب وأمتعة سواه ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يجوز؛ لأنه حامل للمصحف. وحكم الحمل لا يختلف بين أن يكون هو المحمول، أو يكون محمولاً مع غيره، ألا ترى أنه لو حمل نجاسة في صلاته لم تصح صلاته، سواء حملها وحدها، أو مع غيرها.

وأصحهما: الجواز؛ لأن المنع من الحمل المُخَلِّ بالتعظيم والإجلال، ويفارق حمل الصندوق والخريطة، فإن ذلك تبع للمصحف، وهنا بخلافه:

السادسة: المصحف مكتوب لدراسة القرآن منه، فحكمه في المس والحمل ما ذكرنا. وفي لوح الصبيان وجهان:

أصحهما: هو الذي ذكره في الكتاب أنه في معنى المصحف؛ لأنه أثبت فيه القرآن للتعلم منه ولدراسته.

والثاني: لا؛ لأنه لا يقصد بإثباته الدوام، بل هو كالمِسْوَدَةِ التي تتخذ وسيلة، ولا يُعْتَنَى بها، وأما ما أثبت فيه شيئاً من القرآن لا للدراسة، كالدراهم الأحديّة والعِمَامَةِ المُطَرَّرَةِ بآيات القرآن، والحيطان المُنقُوشَةِ به وكتب الفقه والأصول والتفسير ففيه وجهان:

(١) قال النووي: قطع العراقيون بالجواز وهو: الراجح، فإنه غير حامل ولا ماس، ولو لف كمه على يده، وقلب به الورق، حرم عند الجمهور وهو الصواب، وقيل: وجهان. الروضة (١/١٩٠) - والله أعلم -.

أحدهما: أنها كالمصحف في حرمة المس والحمل؛ تعظيماً للقرآن.

وأصحهما: أنه لا مانع، لما روي: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَتَبَ كِتَاباً إِلَى هِرَقْلَ وَكَانَ فِيهِ ﴿تَعَالَوْا إِلَى كَلِمَةٍ سَوَاءٍ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ﴾» الآية<sup>(١)</sup> ولم يأمر الحامل بالمحافظة على الطهارة، ولأن هذه الأشياء لا يقصد بإثبات القرآن فيها قراءته، فلا تجري عليها أحكام القرآن، ولهذا يجوز هَذُمُ الْجِدَارِ الْمَنْقُوشِ عَلَيْهِ، وأكل الطعام، وهذا الوجه هو المذكور في الكتاب<sup>(٢)</sup> وذهب بعض الأصحاب إلى تفصيل في الكتب.

فقال: إن كان القرآن أكثر حرم المس والحمل، وإلا فوجهان ذكروا ذلك في كتاب التفسير، ولا شك في أن غيره في معناه، ومنهم من قال: إن كتب القرآن بخط غليظ والتفسير بخط دقيق وميز بينهما حَرَمَ الْحَمْلِ، وإن كان الكل بخط واحد فوجهان:

السابعة: كل ما ذكرناه في العاقل البالغ، أما الصبي المميز هل يجب على الولي والمعلم منعه من مس المصحف وحمله إذا كان محدثاً؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن البالغ إنما يمنع منه تعظيماً للقرآن، والصبي أنقص حالاً منه، فأولى أن يمنع، وأصحهما لا، لأن تكليفهم استصحاب الطهارة مما يعظم فيه المشقة، والوجهان جاريان في اللوح أيضاً وفيه تكلم في الكتاب، وهو بناء على أن اللوح حكمه حكم المصحف كما تقدم هذه مسائل الكتاب ونختمها بفروع:

الأول: كتابة القرآن على الشيء الموضوع بين يديه من غير مس ولا حمل جائز للمحدث في أصح الوجهين.

الثاني: لا يحرم مس التوراة والإنجيل وحملهما في أصح الوجهين، وكذا حكم ما نسخ قراءته من القرآن.

الثالث: حديث رسول الله ﷺ، لا يلحق بالقرآن فيما نحن فيه، لكن الأولى أن يكون على الضوء إذا مسه.

قال الغزالي:

(١) أخرجه البخاري (٧) ومسلم (١٧٧٣) من حديث أبي سفيان بن صخر بن حرب.

(٢) قال النووي: ويكره إحراق الخشبية المنقوشة به. ويكره كتابته على الحيطان، سواء المسجد وغيره، وعلى الثياب، ويحرم كتابته بشيء نجس، ولو كان على بعض بدن المتطهر نجاسة حرم مس المصحف بموضعها، ولا يحرم بغيره على المذهب، ومن لم يجد ماء ولا تراباً يصلي لحرمة الوقت، ويحرم عليه مس المصحف وحمله، ولو خاف على المصحف من غرق أو حرق أو نجاسة كافر، ولم يتمكن من الطهارة، أخذه مع الحدث للضرورة. الروضة (١/١٩٢).



## البَابُ الرَّابِعُ

### فِي الْغُسْلِ

وَمُوجِبُهُ الْحَيْضُ وَالنَّفَاسُ وَالْمَوْتُ وَالْوِلَادَةُ، وَإِنْ كَانَتْ ذَاتَ جَفَافٍ عَلَى الْأَظْهَرِ. قال الرافعي: عندنا موجبات الغسل أربعة: يشتمل هذا الفصل على ثلاثة منها: أحدها: الحيض قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ﴾<sup>(١)</sup> ثم وجوبه بخروج الدم، أو بانقطاعه فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: بخروجه كما يجب الوضوء بخروج البول، والغسل بخروج المني. وثانيها: بالانقطاع لقوله ﷺ لفاطمة بنت أبي حبيش: «إِذَا أَقْبَلَتْ الْحَيْضَةَ فَدَعِي الصَّلَاةَ، وَإِذَا أَذْبَرَتْ فَأَغْتَسِلِي وَصَلِّي»<sup>(٢)</sup> علق الاغتسال بإدبار الدم:

وثالثها: وهو الأظهر أن الخروج يوجب الغسل عند الانقطاع<sup>(٣)</sup> كما يقال: الوطء يوجب العدة عند الطلاق، والنكاح: يوجب الإرث عند الموت، وكذلك نقول في البول والمني خروجهما يوجب الغسل والوضوء عند الانقطاع، بل عند القيام إلى الصلاة، والنفاس كالحيض في الغسل، ومعظم الأحكام.

الثاني: الموت يوجب غسل التي على ما سيأتي في الجنائز، ولك أن تقول: إن الغسل إما أن يكون مفسراً بما سوى النية، وهو غسل الأعضاء، أو يكون مفسراً به مع النية، والأول ضعيف، فإن النية عندنا من جملة الغسل، ولولا ذلك لعد نجاسة جميع

(١) سورة البقرة، الآية ٢٢٢.

(٢) أخرجه البخاري (٢٢٨، ٣٠٦، ٣٢٠) ومسلم (٣٣٣) من رواية عائشة - رضي الله عنها - وفي رواية البخاري (ثم اغتسلي وصللي).

(٣) صحح في شرح المهذب وجوبه بالانقطاع قال في «المهمات» للخلاف فائدتان ذكرهما في شرح «المهذب»: إحداهما، ونقلها عن صاحب البحر وهي الحائض إذا استشهدت. فإن قلنا: لا يجب بالخروج فلا تغسل وإلا فوجهان، وهذه الفائدة نقلها عنه في الروضة في باب غسل الميت. الفائدة الثانية: وقد نقلها عن صاحب «العدة» وهو أبو المكارم ابن أخت صاحب «البحر» وهي إذا قلنا: إن الحائض لا تمنع القراءة فأجبت. فإن قلنا: إن غسل الحيض لا يجب بالخروج اغتسلت عن الجنابة، وإلا فلا، لأن عليها غسلين، وغسل الحيض لا يمكن صحته مع جريان الدم فلا يصح الآخر ثم قال: وله فائدة ثالثة لا تختص بهذا الخلاف وذلك في التعليق كأن قال: إن وجب عليك غسل فأتت طالق. انتهى. وهذه الأخيرة ذكرها صاحب الوافي، وأضاف إليها أخرى من ولدت ولم تر بلاء هل يجب عليها الغسل؟ فيه وجهان يظهر بناؤهما على هذا الخلاف إن قلنا بالانقطاع فلا يجب لأن الصورة إنها عادته. قال في «الخادم»: ومما لم يذكره جواز اللبث في المسجد إن أوجبناه بالانقطاع أو بهما، فإن أوجبناه بالخروج حرم عليها اللبث، ثم ذكر صوراً أخرى فيها نظر. قاله البكري.

البدن، ونجاسة موضع منه أشبه بالباقي من موجبات الغسل، وقد امتنع صاحب الكتاب، ومعظم الأئمة منه، فتعين الثاني، وحينئذ، إما أن يكون المعبر مطلق النية، أو النية من صاحب الأعضاء المغسولة، فإن كان الثاني لم ينتظم عد الموت من موجبات الغسل، وكان إطلاق الغسل في الميت بمعنى آخر، وإن كان الأول فغسل الميت إنما يكون من هذه الجملة، إذا كانت النية معتبرة فيه من جهة الغاسل، ولنا في ذلك وجهان. سيأتي ذكرهما في باب الجنائز:

الثالث: الولادة فلو ولدت ولدًا ولم تر بللاً ولا دمًا، ففي وجوب الغسل عليها وجهان:

أحدهما: لا يجب لظاهر قوله ﷺ: «الْمَاءُ مِنَ الْمَاءِ»<sup>(١)</sup> فإنه ينفي وجوب الغسل بغير الإنزال خالفنا في الأسباب المتفق عليها، فيتمسك به فيما عداها، وأظهرهما: الوجوب لأنه لا يخلو عن بلل وإن قل غالباً، فيقام الولد مقامه كالنوم يقام مقام الخروج لمقارنته إياه غالباً، ولأنه يجب الغسل بخروج الماء الذي يُخْلَقُ الولد منه، فبخروج الولد أولى ويجري الوجهان في إلقاء العلقه والمضغة.

قال الغزالي: وَالْجَنَابَةُ، وَحُضُولُهَا بِالتَّقَاءِ الْخِتَانَيْنِ أَوْ بِإِبْلَاجِ قَدْرِ الْحَشْفَةِ مِنْ مَقْطُوعِ الْحَشْفَةِ فِي أَيِّ فَرْجٍ كَانَ مِنْ غَيْرِ الْمَاتِي أَوْ مَيِّتٍ (ح) أَوْ بِهِيمَةٍ (ح)، وَبِخُرُوجِ الْمَنِيِّ، وَخَوَاصُّ صِفَاتِهِ ثَلَاثَةٌ: رَائِحَةُ الطَّلَعِ، وَالتَّدْفُقُ بِدَفْعَاتٍ، وَالتَّلْدُذُ بِخُرُوجِهِ، فَلَوْ خَرَجَ عَلَى لَوْنِ الدَّمِ لاسْتِكْنَارِ الْوِقَاعِ وَجَبَ الْغُسْلُ لِبَقِيَّةِ الصَّفَاتِ، وَكَذَلِكَ لَوْ خَرَجَ (ح) بِغَيْرِ شَهْوَةٍ لِمَرَضٍ أَوْ خَرَجَ بِقِيَّتِهِ بَعْدَ الْغُسْلِ حَصَلَتْ (م) الْجَنَابَةُ إِذَا بَقِيَتْ رَائِحَةُ الطَّلَعِ، وَلَوْ أَنْتَبَهَ وَلَمْ يَرَ إِلَّا التُّخَانَةَ وَالْبَيَاضَ فَيَحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ وَدِيًّا فَلَا يَلْزَمُهُ الْغُسْلُ، وَالْمَرْأَةُ إِذَا تَلْدَذَتْ بِخُرُوجِ مَاءٍ مِنْهَا لَزِمَهَا الْغُسْلُ، وَكَذَا إِذَا أَغْتَسَلَتْ وَخَرَجَ مِنْهَا مَنِيُّ الرَّجُلِ بَعْدَهُ فَإِنَّهُ لَا يَنْفَكُ عَنْ مَائِهَا.

قال الرافعي: السبب الرابع: الجنابة ولها طريقتان: إحداهما إلقاء الختانيين: قالت عائشة - رضي الله عنها -: «إِذَا التَّقَى الْخِتَانَانِ فَقَدْ وَجَبَ الْغُسْلُ»<sup>(٢)</sup> فَعَلَّتُهُ أَنَا وَرَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَاعْتَسَلْنَا»، وفسر الشافعي - رضي الله عنه - التقاء الختانيين فقال: المراد منه

(١) أخرجه مسلم (٨٠ - ٨١ - ٣٤٣) وأبو داود (٢١٧) وابن حبان (١١٥٤) كلهم من رواية أبي سعيد الخدري - رضي الله عنه -.

(٢) أخرجه الشافعي في الأم (٣٦/١) وأحمد في المسند (١٦١/٦) والترمذي (١٠٨ - ١٠٩) وقال: حديث عائشة حديث حسن صحيح، وابن ماجه (٦٠٨) وابن حبان (١١٦٣ - ١١٦٩) وصححه.

تحاذيهما لا انضمامهما فإن التضام غير ممكن لأن مدخل الذكر في أسفل الفرج، وهو مخرج الولد، والحيض، وموضع الختان في أعلاه وبينهما ثقبه البول، وشفرا المرأة يحيطان بها جميعاً، وإذا كان كذلك كان التضام متعذراً لما بينهما من الفاصل.

وها هنا شبهة وهي أن يقال إن كان موضع ختان المرأة في حيز الداخل بحيث لا يصل إليه شيء من الحشفة فالقول بتعذر التضام واضح، لكن لو كان بحيث إذا أحاط الشفران بأول الحشفة لاقى<sup>(١)</sup> شيء من الحشفة ذلك الموضع كان التضام ممكناً، فلعل المراد من الخبر ذلك، والله أعلم.

ثم موضع الختان غير معتبر بعينه لا في الذكر ولا في المحل، أما في الذكر فمقطوع الحشفة إذا غيَّب مقدار الحشفة لزمه الغسل، فإنه في معنى<sup>(٢)</sup> الحشفة ومعلوم أن ما أسفل الحشفة ليس موضع ختان، ولكن تغيب قدر الحشفة معتبر فلو غيب البعض لم يجب الغسل، لأن التحاذي لا يحصل به غالباً، وحكى القاضي ابن كج أن تغيب بعض الحشفة كتغيب الكل، وروى وجه أن تغيب قدر الحشفة من<sup>(٣)</sup> مقطوع الحشفة لا يوجب الغسل<sup>(٤)</sup> وإنما الموجب تغيب جميع الباقي إذا كان مثل الحشفة، أو أكثر وأما في المحل فلأن المحل الذي هو موضع الختان قبل المرأة، كما يجب الغسل بالإيلاج فيه يجب الغسل بالإيلاج في غيره كالإتيان في غير المأتى، وهو الدبر<sup>(٥)</sup> يجب الغسل به على الفاعل، والمفعول، وكذا فرج البهيمة خلافاً لأبي حنيفة لنا أنه جماع في الفرج، فأشبهه فرج الأدمي بل إيجاب الغسل هاهنا أولى لأنه أحق بالتغليظ، ولا فرق بين الإيلاج في فرج الميت، والإيلاج في فرج الحي، وخالف أبو حنيفة في فرج الميت وكذا قال: في الصغيرة التي لا تستهي.

لنا أنه قد التقى الختانان فيجب الغسل، ثم كما يجب الغسل بالإيلاج في فرج الميت، والبهيمة يجب على من غاب في فرجه فرجها ولا يجب إعادة غسل الميت بسبب الإيلاج فيه على أظهر القولين<sup>(٦)</sup> وإذا عرفت ما ذكرناه فانظر في لفظ الكتاب واعلم أنه إنما عقب قوله: (بالتقاء الختانين) بقوله أو (إيلاج قدر الحشفة) في أي فرج

(١) في أ لالتقى.

(٢) في ط في.

(٣) في ب: الذي.

(٤) في ط الوجهين.

(٧) قال النووي: ويصير الصبي والمجنون المولجان، أو المولج فيهما، جنبيين بلا خلاف، فإن اغتسل الصبي وهو مميز، صح غسله، ولا يجب إعادته إذا بلغ، ومن كل منهما قبل الاغتسال، وجب عليه الغسل، وعلى الولي أن يأمر الصبي المميز بالغسل في الحال، كما يأمره بالوضوء - والله أعلم - الروضة (١/١٩٤).

كان لما بينا أن إلتقاء الختانيين غير معتبر<sup>(١)</sup> بعينه، والإيلاج في كل فرج في معناه، ولو اقتصر على قوله: «والجنابة وحصولها بإيلاج قدر الحشفة» في أي فرج كان حصل الغرض، ودخل فيه التقاء الختانيين إلا أن التقاء الختانيين هو الأصل الذي ورد فيه الخبر، فقدمه ثم بين أن كل جماع في معناه وفي قوله: «قدر الحشفة» إشارة إلى ما سبق أن المرعي مقدار الحشفة لا عينها: وليكن معلماً بالواو للخلاف الذي حكيناه، ثم قوله: «أو إيلاج قدر الحشفة» يتناول ظاهره ما إذا لف خرقة على ذكره وأولج، وكذلك التقاء الختانيين، لأن المراد منه التحاذي، فهل هو كذلك أم لا تحصل الجنابة حينئذ فيه ثلاثة أوجه:

**أظهرها:** أنه تحصل الجنابة لما سبق من حديث عائشة - رضي الله عنها -، وروى أنها قالت قال: رسول الله ﷺ: «إِذَا تَقَى الْخِتَانَانِ فَقَدْ وَجَبَ الْغُسْلُ»<sup>(٢)</sup> والالتقاء ينتظم بهذه الصورة، ولا يخلو عن قضاء شهوة أيضاً.

**والثاني:** لا يحصل، لأن اللذة إنما تكمل عند ارتفاع الحجاب.

**والثالث:** أنه إن كانت الخرقة لينة حصلت الجنابة، وإلا فلا لأن اللينة لا تمنع [من]<sup>(٣)</sup> حصول اللذة بخلاف الخشنة، والخشنة هي التي تمنع وصول بلل الفرج للذكر ووصول الحرارة من أحدهما إلى الآخر، واللينة ما لا تمنع<sup>(٤)</sup> وكل هذا فيما إذا جرى الإيلاج، وهما واضحا الحال أما إذا كان مشككين وأولج<sup>(٥)</sup> أحدهما في فرج الآخر فلا جنابة، ولا حدث لجواز كونهما امرأتين أو رجلين وكذا لو أولج كل واحد منهما في فرج الآخر، وإن أولج كل واحد منهما في دبر الآخر، فلا جنابة أيضاً لجواز كونهما امرأتين، ولكن بالنزع يحدثان لأن خروج الخارج من السبيلين ينقض الوضوء<sup>(٦)</sup> وإن أولج أحدهما في دبر الآخر انتقض وضوء المولج في دبره لهذا المعنى، وإن أولج أحدهما في فرج الآخر وأولج الآخر في دبر الأول فلا جنابة أيضاً لاحتمال كونهما امرأتين، لكنهما على هذا التقدير يحدثان بالنزع لخروج الخارج من قبل أحدهما ودبر الثاني، وعلى غير هذا التقدير هما جنبان، فيحكم بشبوت أدنى الحدتين، ولو كان

(١) في ط: معنى.

(٢) تقدم.

(٣) سقط في ط.

(٤) قال النووي: قال صاحب (البحر): وتجري هذه الأوجه في إفساد الحج به، وينبغي أن تجري في

جميع الأحكام - والله أعلم - الروضة (١/١٩٤).

(٥) في ط: فأولج.

(٦) قال النووي: وكذا إذا نزع من قبله، وقلنا المنفتح تحت المعدة ينتقض الخارج منه مع انفتاح

الأصلي - والله أعلم - الروضة (١/١٩٤).

الإشكال في الفاعل وحده، فلا جنابة أيضاً سواء أُولج في فرج بهيمة أو امرأة لجواز كونه امرأة، وينتقض وضوء المرأة بالنزع، وإن أُولج في دبر رجل فلا جنابة أيضاً لكن يحدثان، لأن بتقدير الذكورة هما جنبان، وبتقدير الأنوثة قد لمس الخنثى وخرج من دبر الرجل شيء وهما من نواقض الوضوء، فيثبت أدنى الحداثين، ولو كان الإشكال في المفعول وحده فالإيلاج في دبره كهو في دبر غيره، والإيلاج في فرجه لا يوجب جنابة ولا حدثاً لجواز كونه رجلاً، ولو أُولج رجل في فرج مشكل، والمشكل في فرج امرأة، فالمشكل جنب، لأنه جامع أو جومع، والرجل والمرأة لا يجنبان لكن ينتقض وضوء المرأة بالنزع.

الطريق الثاني للجنابة خروج المنى فهو موجب للغسل للإجماع ولقوله ﷺ: «الْمَاءُ مِنَ الْمَاءِ»<sup>(١)</sup> ولا فرق بين أن يخرج [منه]<sup>(٢)</sup> من الطريق المعتاد، أو من غيره مثل أن يخرج من ثقبه في الصلب، أو في الخصية كذلك ذكره صاحب التهذيب وغيره، وهو ظاهر ما ذكره في الكتاب، وقال في التتمة حكمه في الجنابة حكم النجاسة المعتادة، إذا خرجت من منفذ غير السبيلين فيعود فيه التفصيل، والخلاف المذكور، ويجوز أن يكون الصلب هاهنا بمثابة المعدة، ثم [قال]<sup>(٣)</sup> يخرج المنى من الصلب ثم للمني خواص ثلاث:

أحدها: الرائحة الشبيهة برائحة العجين، والطلع ما دام رطباً فإذا جفت اشتبهت رائحته برائحة بياض البيض.

والثانية: التدفق بدفعات قال الله تعالى: ﴿مِنْ مَاءٍ دَافِقٍ﴾<sup>(٤)</sup>.

والثالثة: التلذذ بخروجه، واستعقابه فتور الذكر، وانكسار الشهوة، وله صفات أخر نحو الشخانة والبياض في مني الرجل، والرقعة، والإصفرار في مني المرأة في حال اعتدال الطبع، لكن هذه الصفات ليست من خواصه بل الودي أيضاً أبيض ثخين كمني الرجل، والمذي رقيق كمني المرأة، وإذا عرفت هذا فنقول: ما ليس من خواصه لا ينفي عدمه كونه منياً ولا يقتضي وجوده كونه منياً ويوضح الطريقين بالمثال.

أما الأول: فلو زالت الشخانة والبياض لمرض وجب الغسل عند وجود شيء من خواصه، ولو خرج على لون الدم لاستكثار الوقاع وجب الغسل أيضاً اعتماداً على الصفات الخاصة به، وحكى وجه أنه لا يجب الغسل هاهنا لأن المنى دم في الأصل فإذا خرج على لون الدم لم يقتض غسلاً كسائر الدماء.

وأما الثاني: فلو تنبه ولم ير إلا الشخانة، والبياض فلا غسل عليه، لأن الودي

(١) تقدم.

(٢) في ط منه.

(٣) في ط فقد قيل.

(٤) سورة الطارق، الآية ٦.

يشارك المني في هاتين الصفتين فيحتمل أن يكون الخارج (ودياً)، فلا يجب الغسل بالشك بل يتخير بين أن يتوضأ ويغسل المحل الذي أصابه ذلك الخارج، وبين أن يغتسل، ولا يغسله على ما ذكرناه في فصل الترتيب هذا ظاهر المذهب، وقد حكينا وجهاً أنه يلزمه الغسل فلذلك أعلم. قوله: في الكتاب «فلا يلزمه الغسل» بالواو.

فإن قلنا بظاهر المذهب، وغلب على الظن أنه مني لأن الودي لا يليق بصاحب<sup>(١)</sup> الواقعة، أو لتذكر وقاع [قبله]<sup>(٢)</sup> تخيله: قال إمام الحرمين يجوز أن يقال: يستصحب يقين الطهارة، ويجوز أن يحمل الأمر على غالب الظن تخريجاً على غلبة الظن في النجاسة، والاحتمال الأول أوفق لكلام المعظم هذا حكم غير الخواص.

فأما خواص المني فلا يشترط اجتماعها بل الخاصة الواحدة كافية في معرفة أن الخارج مني، فلو خرج بغير دفق وشهوة لمرض أو لحمل شيء ثقيل وجب الغسل خلافاً لأبي حنيفة، وكذلك لمالك وأحمد - رحمهما الله - فيما حكاه أصحابنا.

لنا أن الخارج مني لوجود خاصية الرائحة فيه فيوجب الغسل لقوله ﷺ: «إِنَّمَا الْمَاءُ مِنَ الْمَاءِ»<sup>(٣)</sup>. [ولو اغتسل عن الإنزال ثم خرجت منه بقية وجب الغسل لوجود الرائحة] سواء خرجت بعد ما بال، أو قبله خلافاً لمالك حيث قال: في إحدى الروايتين لا غسل عليه في الحاليتين وفي رواية أنه خرج قبل البول فهو من بقية المني الأول، فلا يجب الغسل ثانياً وإن خرج بعده فهو مني جديد فيلزمه الغسل، وخلافاً لأحمد حيث قال: إن خرج قبل البول وجب الغسل ثانياً، وإن خرج بعده فلا.

وحكى عن أبي حنيفة مثله وجعل ذلك بناء على المسألة الأولى وهي اعتبار التدفق والشهوة، لأن ما خرج قبل البول بقية ما خرج لشهوة، وما خرج بعد البول خرج بغير شهوة لنا ما سبق وقياس إحدى الحاليتين على الأخرى، وقول من قال الخارج بعد البول<sup>(٤)</sup> مني جديد ممنوع بل هو بقية الأول بكل حال - والله أعلم -.

ولا فرق في خروج المني بين الرجال وبين النساء في حكم الغسل: روي أن أم سليم جاءت إلى رسول الله ﷺ: «فَقَالَتْ: إِنَّ اللَّهَ لَا يَسْتَجِي مِنْ الْحَقِّ هَلْ عَلَى الْمَرْأَةِ مِنْ غُسْلِ إِذَا هِيَ اخْتَلَمَتْ قَالَ: نَعَمْ إِذَا رَأَتْ الْمَاءَ»<sup>(٥)</sup>.

وقوله في الأصل: «والمراة إذا تلذذت بخروج ماء منها لزمها الغسل» يشعر بأن طريقة معرفة المني في حقها الشهوة والتلذذ لا غير.

(١) في ط بحال صاحب الواقعة.

(٢) سقط في ط.

(٣) تقدم.

(٤) في أ المعنى.

(٥) أخرجه مسلم (٣١ - ٣٣١).

وقد صرح به في الوسيط فقال: ولا يعرف في حقها إلا من الشهوة وكذلك ذكره إمام الحرمين لكن ما ذكره الأكثرون تصريحاً وتعريضاً التسوية بين مني الرجل والمرأة في طرد الخواص الثلاث.

وقد قال في التهذيب: أن مني المرأة إذا خرج بشهوة أو بغير شهوة وجب الغسل كمني الرجل، فإذا وجب الغسل مع انتفاء الشهوة كان الاعتماد على سائر الخواص ولو اغتسلت المرأة من الجماع، ثم خرج منها المنى لزمها الغسل بشرطين:

أحدهما: أن تكون ذات شهوة دون الصغيرة التي لا شهوة لها.

والثاني: أن تقضي شهوتها بذلك الجماع لا كالنائمة والمكرهة.

وإنما وجب الغسل عند اجتماع هذين الشرطين، لأنه حينئذ يغلب على الظن اختلاط منيها بمنيه، وإذا خرج منها ذلك المختلط فقد خرج منها منيها.

أما في الصغيرة والمكرهة والنائمة إذا خرج المنى بعد الغسل لم يلزم إعادة الغسل لأن الخارج مني الرجل، وخروج مني الغير من الإنسان لا يقتضي جنابته.

وصورة المسألة في الكتاب، وإن كانت مطلقة لكن في قوله: «فإنه لا ينفك عن مائها» ما يبين اشتراط ما ذكرنا: وحكى وجه آخر أنه لا يشترط إعادة الغسل بحال لأنه لا يتيقن خروج منيها، نعم الاحتياط لإعادة هذا تمام الكلام في طريقي الجنابة ولفظ الكتاب ظاهر في الحصر فيهما، وهو الصحيح وزاد بعض الأصحاب طريفاً آخر للجنابة، وهو استدخال المنى قالوا: إذا استدخلت المرأة منياً لزمها الغسل كما يجب به العدة إذا كان الماء محترماً: وينسب هذا إلى أبي زيد المروزي وعلى هذا لا يفترق الحال بين القبل والدبر، والمذهب الأول لأن الاستدخال غير متناول بالنصوص الواردة في الباب، ولا هو في معنى المنصوص عليه.

خاتمة قوله في أول الباب «وموجبه الحيض والنفاس» إلى آخره يقتضي حصر موجبات الغسل في الأربعة المذكورة لكن إلقاء المضغة، والعلقة موجب على الصحيح كما سبق، وهو لا يدخل في لفظ الولادة، فيكون خارجاً عما ذكره واختلفوا في شيئين آخرين:

أحدهما: غسل الميت [فإن منهم] من قال: في القديم يجب به الغسل على الغاسل وإليه ذهب أحمد لما روي: أنه ﷺ قال: «مَنْ غَسَلَ مَيِّتًا فَلْيَغْتَسِلْ، وَمَنْ مَسَّهُ فَلْيَتَوَضَّأْ»<sup>(١)</sup>، والجديد أنه ليس من موجبات الغسل، والحديث إن ثبت محمول على الاستحباب.

(١) أخرجه أحمد في المسند (٢/٢٧٧) وأبو داود (٣١٦١ - ٣١٦٢) والترمذي (٩٩٣) وقال: حديث حسن، وابن ماجه، (١٤٦٣) وقال ابن الملقن: اختلف في تصحيحه، فحسنته الترمذي، وصححه ابن حبان، ومال إلى ذلك ابن حزم وصاحب الإمام، وقال الماوردي خرج بعضهم لصحته مئة =

**والثاني:** زوال العقل بالجنون والإغماء حكى بعضهم عن أبي هريرة أن زواله بالجنون يوجب الغسل، وروى آخرون وجهين: في الجنون والإغماء جميعاً: ووجه وجوبه أن زوال العقل يفضي إلى الإنزال غالباً، فأقيم مقامه كالنوم أقيم مقام خروج الخارج، والمذهب المشهور أنه لا يجب به الغسل ويستصحب يقين الطهارة إلى أن يستيقن الإنزال، والقول بأن الغالب منه الإنزال ممنوع<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي: **ثُمَّ حُكِمَ الْجَنَابَةِ حُكْمُ الْحَدِيثِ مَعَ زِيَادَةِ تَحْرِيمِ قِرَاءَةِ الْقُرْآنِ وَالْمُكْتِ فِي الْمَسْجِدِ (ز)، أَمَّا الْعُبُورُ فَلَا (م ح) ثُمَّ لَا فَرْقَ فِي الْقِرَاءَةِ بَيْنَ آيَةٍ (م) أَوْ بَعْضِهَا (ح) إِلَّا أَنْ يَقُولَ بِسْمِ اللَّهِ عَلَى قَصْدِ الذِّكْرِ، وَلَا يَحِلُّ لِلْحَائِضِ قِرَاءَةَ لِحَاجَةِ التَّعْلِيمِ (م) وَخَوْفِ النَّسْيَانِ عَلَى الْأَصْح.**

قال الرافعي: لما فرغ من بيان موجب الجنابة ذكر حكمها، وأما حكم الحيض والنفاس فيأتي في بابهما ولا يفرض في الموت مثل هذه الأحكام فيقول: كل ما يحرم بالحدث الأصغر يحرم بالجنابة بطريق الأولى لأنها أغلظ ويزداد تحريم شيئين:

أحدهما: قراءة القرآن فيحرم على الجنب أن يقرأ شيئاً من القرآن قاصداً به القرآن سواء كان آية، أو بعض آية خلافاً لمالك حيث جوز قراءة الآيات اليسيرة للجنب، ولأبي حنيفة حيث جوز له قراءة بعض الآيات وبه قال أحمد في أصح الروايتين: لنا ما روي أنه **ﷺ** قال: «لَا يَقْرَأُ الْجُنُبُ وَلَا الْحَائِضُ شَيْئاً مِنَ الْقُرْآنِ»<sup>(٢)</sup> وعن علي - رضي الله

= وعشرين طريقاً، وقال علي بن المديني وأحمد ومحمد بن يحيى الذهلي: لا يصح في الباب شيء وقال البخاري: الأشبه وقفه على أبي هريرة، وقال البيهقي: إنه الصحيح، وقال الرافعي في شرح المسند: إنه الذي صححه الأئمة. انظر الخلاصة (٦٠/١).

(١) قال النووي: لو رأى المنى في ثوبه أو فراش لا ينام فيه غيره، ولم يذكر احتلاماً، لزمه الغسل على الصحيح المنصوص، وبه قطع الجمهور، قال أصحابنا: ويجب إعادة كل صلاة لا يحتمل حدوث المنى بعدها، ويستحب إعادة كل صلاة يحتمل كونه فيها، ثم إن الشافعي والأصحاب أطلقوا المسألة، وقال الماوردي: هذا إذا رأى المنى في باطن الثوب، فإن رآه في ظاهره فلا غسل؛ لاحتمال إصابته من غيره، وإن كان ينام معه في الفراش من يجوز كون المنى منه، لم يلزمه الغسل، ويستحب أن يغتسلا، ولو أحس بانتقال المنى ونزوله فأمسك ذكره، فلم يخرج منه شيء في الحال ولا علم خروجه بعده، فلا غسل عندنا - والله أعلم - الروضة (١٩٧/١).

(٢) أخرجه ابن ماجه (٥٩٥) والترمذي (١٣١) والبيهقي (٣٠٩/١) والدارقطني (١١٧/١) من رواية ابن عمر بإسناد فيه لين، قال الضياء المقدسي: في إسناده إسماعيل بن عياش تكلم فيه غير واحد غير أن بعض الحفاظ قال: قد روي من غير طريقه بإسناد لا بأس به. انظر الخلاصة (٦٠/١).



عنه - قال: لم يكن يحجب النبي ﷺ عن القرآن شيء سوى الجنابة<sup>(١)</sup>، ويروى (يحجز)، ولا يستثنى عندنا شيء من الصور إلا إذا لم يجد الجنب ماء، ولا تراباً وصلّى على حسب الحال، ففي جواز قراءة الفاتحة له وجهان:

أحدهما: يجوز، والترخيص في الصلاة ترخيص في قراءة الفاتحة إذ لا صلاة إلا بفاتحة الكتاب، فعلى هذا الوجه تستثنى هذه الصورة.

أصحهما: وهو الأظهر أنه لا يجوز قراءتها كقراءة غيرها ويأتي بالذكر والتسبيح بدلاً كالعاجز عن القراءة<sup>(٢)</sup> حقيقة، أما إذا قرأ شيئاً منه لا على قصد القرآن فيجوز كما لو قال: باسم الله الرحمن الرحيم على قصد التبرك والابتداء، أو الحمد لله في خاتمة الأمر، أو قال: «سُبْحَانَ اللَّهِ الَّذِي سَخَّرَ لَنَا هَذَا وَمَا كُنَّا لَهُ مُقْرِنِينَ»<sup>(٣)</sup> على قصد إقامة سنة الركوب، لأنه إذا لم يقصد القرآن لم يكن فيه إخلال بالتعظيم ولو جرى على لسانه ولم يقصد هذا ولا ذاك فلا يحرم أيضاً.

وكما تحرم القراءة على الجنب تحرم على الحائض لما سبق من الخبر، ولأن حدثها أغلظ فيكون الحكم في التحريم أولى.

وعن مالك أنه يجوز لها قراءة القرآن، ورواه أبو ثور عن أبي عبد الله فمن الأصحاب من قال أراد به مالكا، ونفى أن يكون الجواز قولاً للشافعي ومنهم من قال أراد الشافعي - رضي الله عنه -، وهو قول له في القديم<sup>(٤)</sup> وهذا ما ذكره في الكتاب فقال: ولا يحل للحائض القراءة لحاجة التعليم وخوف النسيان على الأصح أي من القولين وهذه الطريقة أظهر لأن الشيخ أبا محمد قال: وجدت أبا ثور جمع بينهما في بعض المواضع فقال: قال: أبو عبد الله ومالك فثبت نقل قول الجواز وتوجيهه ما أشار إليه، وهو أنها قد تكون معلمة، فلو منعناها عن القراءة والحيض مما يعرض في كل شهر غالباً لانقطعت عن حرفتها، ولأن ترك القراءة يؤدي إلى النسيان لامتداد زمان

(١) أخرجه أبو داود (٢٢٩) والترمذي (١٤٦) والنسائي (١٤٤/١) وابن ماجه (٥٩٤) وابن حبان، كذا في الموارد (١٩٢) وصححه ابن حبان والحاكم، وقال الترمذي: حسن صحيح، انظر خلاصة البدر المنير (٦١/١).

(٢) قال النووي: الأصح الذي قطع به جماهير العراقيين: أنه يجب عليه قراءة الفاتحة، لأنه مضطر إليها - والله أعلم - الروضة (١٩٧/١).

(٣) سورة الزخرف، الآية ١٣.

(٤) قال النووي: ولو كان فم غير الجنب والحائض نجساً، ففي تحريم القراءة عليه وجهان، الأصح يكره ولا يحرم، ولا تكره القراءة في الحمام، ويجوز للحائض والجنب قراءة ما يستحب تلاوته - والله أعلم - (الروضة (١٩٨/١)).

الحيض بخلاف الجنابة فإنه يمكن إزالتها في الحال، وهذا القول يجري في النساء أيضاً.

**الثاني:** المكث في المسجد وهو حرام على الجنب، روي أنه ﷺ قال: «لَا أُحِلُّ الْمَسْجِدَ لِحَائِضٍ وَلَا جُنْبٍ»<sup>(١)</sup>، ولا يحرم العبور قال الله تعالى: «وَلَا جُنْبًا إِلَّا عَابِرِي سَبِيلٍ»<sup>(٢)</sup> والمعنى الفارق بين المكث والعبور أن العبور في المسجد لا قرينة فيه، وفي المكث قرينة الاعتكاف فمنع منه الجنب، ثم قد يعذر في المكث عند الضرورة كما لو نام في المسجد فاحتلم، ولم يمكن الخروج لإغلاق الباب أو الخوف من العسس، أو غيره على النفس أو المال وليتيم في هذه الحالة تطهيراً وتخفيفاً للحدث بقدر الإمكان، وهكذا إذا وجد تراباً غير تراب المسجد، ولا يتيمم بترابه [لكن لو تيمم به صحح والعبور وإن لم يكن حراماً [فمكروه]<sup>(٣)</sup> إلا لغرض كما إذا كان المسجد طريقه إلى مقصده، أو كان أقرب الطريقين إليه ولا فرق في الجواز بين أن يكون له سبيل آخر إلى مقصده، وبين أن لا يكون في وجهه إنما يجوز إذا لم يجد طريقاً سواه، وليس له أن يتردد في أكتاف المسجد فإن التردد في غير جهة الخروج كالمكث<sup>(٤)</sup> وليكن قوله: «والمكث في المسجد» معلماً بالألف، لأن عند أحمد يجوز للجنب المكث إذا توضأ، وبالزاي، لأن عند المزني في الرواية المشهورة يجوز له المكث مطلقاً، وقوله: «أما العبور فلا» معلماً بالحاء والميم؛ لأن عندهما لا يجوز له العبور أيضاً إلا أن يحتلم في المسجد فله أن يعبر في الخروج، ولا يكلف قصد الباب الأقرب.

قال الغزالي: وَقَفَّضْ مَاءَ الْجُنْبِ وَالْحَائِضِ طَهُورًا، وَلَا بَأْسَ لِلْجُنْبِ أَنْ يُجَامِعَ وَيَأْكُلَ وَيَشْرَبَ، وَلَكِنْ يُسْتَحَبُّ لَهُ أَنْ يَتَوَضَّأَ وَضُوءَهُ لِلصَّلَاةِ، وَيَغْسِلَ فَرْجَهُ عِنْدَ الْجَمَاعِ.

قال الرافعي: في الفصل مسألتان:

(١) أخرجه أبو داود (٢٣٢) والبخاري في التاريخ (٦٢/٢/١) من حديث عائشة وابن ماجه (٦٤٥) والطبراني في الكبير ج ٢٤ رقم (٨٨٣) وقال ابن الملتن (٦١/١) ضعفه البيهقي وغيره، وحسنه ابن القطان من الطريقة الأولى.

(٢) سورة النساء، الآية ٤٣. (٣) في ط فهو مكروه.

(٤) قال النووي: يجوز للجنب والحائض النوم في المسجد، نص عليه الشافعي في (الأم) والأصحاب - رحمهم الله - ولو احتلم في مسجد له بابان، أحدهما أقرب فالأولى أن يخرج منه، فإن عدل إلى آخر لغرض لم يكره، وإن لم يكن غرض لم يكره على الأصح - والله أعلم - الروضة (١٩٨/١).

إحدهما: فضل ماء الجنب والحائض طهور ولا كراهية في استعماله وقال: أحمد لا يجوز للرجل أن يتوضأ بفضله ما استعملته المرأة إذا خلت بالماء، واستعملت بعضه، لنا ما روي عن عائشة - رضي الله عنها - قالت: «كُنْتُ أَغْتَسِلُ أَنَا وَرَسُولُ اللَّهِ ﷺ مِنْ الْجَنَابَةِ مِنْ إِنَاءٍ وَاحِدٍ»<sup>(١)</sup> تختلف أيدينا فيه قال إمام الحرمين: لو فسر فضل ماء الحائض والجنب بما لم يمسه من الماء فلا يتخيل امتناع استعماله، والذي يتوهم فيه الخلاف ما مسه بدن الجنب والحائض على وجه لا يصير الماء به مستعملاً ولهذا استدل الشافعي - رضي الله عنه - في الباب بأخبار تدل على طهارة بدنهما.

الثانية: يجوز للجنب أن يجامع ثانياً، وأن ينام ويأكل ويشرب لكن يستحب أن لا يفعل شيئاً من ذلك إلا بعد غسل الفرج، والوضوء كما [يتوضأ]<sup>(٢)</sup> به للصلاة، عن عائشة - رضي الله عنها - قالت: «كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِذَا آزَادَ أَنْ يَأْكُلَ أَوْ يَنَامَ وَهُوَ جُنْبٌ تَوَضَّأَ لِلصَّلَاةِ»<sup>(٣)</sup> وروي أنه قال: «إِذَا أَتَى أَحَدُكُمْ أَهْلُهُ ثُمَّ بَدَأَ لَهُ أَنْ يُعَاوِدَ فَلْيَتَوَضَّأْ بَيْنَهُمَا وَضُوءاً»<sup>(٤)</sup>، والمقصود منه التنظيف ودفع الأذى.

وأعلم أن كلامه في الكتاب يشعر بتخصيص الوضوء وغسل الفرج بالجماع أو تخصيص غسل الفرج به، واستحباب الوضوء بغير الجماع؛ لأنه قال: «لا بأس للجنب أن يجامع ويأكل ويشرب لكن يستحب له أن يتوضأ وضوءه للصلاة ويغسل فرجه عند الجماع»، فإن كان قوله: «عند الجماع» راجعاً إلى جميع ما وصفه بالاستحباب فهو تخصيص للوضوء، وغسل الفرج معاً بالجماع، وإلا فهو راجع إلى غسل الفرج المذكور أخيراً.

وفيه تخصيص لغسل الفرج بالجماع لكن ليسا ولا واحداً منهما مما يختص استحبابه بالجماع، بل هما مستحبان في الأكل والشرب والنوم أيضاً، كذلك ذكره في التهذيب وغيره، وقد روي عن عمر - رضي الله عنه - أنه قال: يا رسول الله أيرقد أحدنا وهو جنب قال: «نَعَمْ إِذَا تَوَضَّأَ أَحَدُكُمْ فَلْيَرُقْدْ»<sup>(٥)</sup> ويروى عنه أنه قال: «اغْسِلْ ذَكَرَكَ وَتَوَضَّأَ ثُمَّ نَمْ»<sup>(٦)</sup>.

(١) أخرجه البخاري (٢٥٠ - ٢٦١) ومسلم (٣١٩).

(٢) في ط يوتى.

(٣) أخرجه البخاري (٢٨٨) ومسلم (٣٠٥ - ٣٠٧).

(٤) أخرجه مسلم (٣٠٨) من رواية أبي سعيد الخدري، والبيهقي في السنن (٢٠٣/١).

(٥) أخرجه البخاري (٢٨٧ - ٢٨٩) ومسلم (٣٠٦) من حديث عبد الله بن عمر، انظر التلخيص (١).

(٦) ١٤١ - ١٤٢.

(٦) أخرجه البخاري ومسلم، انظر التلخيص (١٤٢/١).

قال الغزالي: (أَمَّا كَيْفِيَّةُ الْغُسْلِ) فَأَقْلَهُ النَّيَّةُ وَأَسْتَيْعَابُ الْبَدَنِ بِالْغُسْلِ، وَلَا يَجِبُ الْمُضْمَضَةُ وَالاسْتِنْشَاقُ (ح)، وَيَجِبُ إِصَالُ الْمَاءِ إِلَى مَنَابِتِ الشُّعُورِ وَإِنْ كَثُفَتْ وَيَجِبُ (م) تَقْضُ الضَّفَائِرَ إِنْ كَانَ لَا يَصِلُ الْمَاءُ إِلَى بَاطِنِهَا.

قال الرافعي: لما فرغ من الكلام في موجبات الجنابة وأحكامها، تكلم في كيفية الغسل والقول في كفيته يتعلق بالأقل والأكمل، أما الأقل فهو شيئان:

أحدهما: النية فهي واجبة عندنا خلافاً لأبي حنيفة، كما في الوضوء وقد ذكرنا مسائل النية في الوضوء ونظائرها في الغسل تقاس بها فلا يجوز أن تتأخر النية عن أول الغسل المفروض، كما لا يجوز أن تتأخر في الوضوء عن أول غسل الوجه، وإن حدثت مقارنة لأول الغسل المفروض صح الغسل لكنه لا ينال ثواب ما قبله من السنن على ما سيأتي بيانها، وإن تقدمت على أول غسل مفروض وعزيت قبله فوجهان كما سبق في الوضوء، ثم إن نوى رفع الجنابة أو رفع الحدث عن جميع البدن أو نوت الحائض رفع حدث الحيض صح الغسل، وإن نوى رفع الحدث مطلقاً، ولم يتعرض للجنابة ولا غيرها صح غسله أيضاً على أظهر الوجهين. [لأن الحدث عبارة عن المانع من الصلاة وغيرها على أي وجه فرض.

ولو نوى رفع الحدث الأصغر فإن تعمد لم يصح غسله على أظهر الوجهين<sup>(١)</sup> وإن غلط فظن أن حدثه الأصغر لم ترتفع الجنابة عن غير أعضاء الوضوء وفي أعضاء الوضوء وجهان:

أحدهما: لا ترتفع عنها أيضاً، لأن الجنابة أغلظ ولم يقصد رفعها.

وأظهرهما: أنها ترتفع عن الوجه واليدين والرجلين، لأن غسل هذه الأعضاء واجب في الحدثين، فإذا غسلها بنية غسل واجب كفى، ولا يرتفع عن الرأس في أصح الوجهين، لأن فرض الرأس في الوضوء المسح فالذي نواه إنما هو المسح، والمسح لا يغنى عن الغسل أما إذا نوى المغتسل استباحة فعل نظر إن كان مما يتوقف على الغسل كالصلاة والطواف وقراءة القرآن فالحكم على ما سبق في الوضوء، ومن هذا القبيل ما إذا نوت الحائض استباحة الوطء في أصح الوجهين:

والثاني: أن غسلها بهذه النية لا يصح للصلاة، وما في معناها كغسل الذميمة عن الحيض لتحل للزوج، وإن لم يتوقف الفعل المنوي على الغسل [نظر، إن لم يستحب له الغسل لم تصح نية استباحته: وإن كان يستحب له الغسل]<sup>(٢)</sup> كالعبور في المسجد،

(١) سقط في ب.

والأذان وكذا إذا اغتسل للجمعة<sup>(١)</sup> والعيد، فالحكم على ما ذكرنا في الوضوء، وإن نوى الغسل المفروض أو فريضة الغسل صح غسله، الثاني استيعاب جميع البدن بالغسل، قال ﷺ: «تَحْتَ كُلِّ شَعْرَةٍ جَنَابَةٌ، فَبُلُّوا الشَّعْرَ وَأَنْقُوا البَشْرَةَ»<sup>(٢)</sup> ومن جملة البشرة ما يظهر من صماخي الأذنين وما يبدو من الشقوق، وكذا ما تحت القلفة من الألف، وما ظهر من أنف المجدوع في أظهر الوجهين، وكذا ما ظهر من الشيب بالافتضاض قدر ما يبدو عند القعود لقضاء الحاجة دون ما وراء ذلك في أظهر الوجوه، لأنه صار ذلك في حكم الظاهر كالشقوق.

**والثاني:** أنه لا يجب غسل ما وراء ملتقى الشفرين كما لا يجب غسل باطن الفم والأنف.

**والثالث:** يجب عليها غسل باطن الفرج في غسل الحيض والنفاس خاصة، لإزالة دمها ولا يدخل فيها باطن الأنف والفم، فلا تجب المضمضة والاستنشاق في الغسل عندنا خلافاً لأبي حنيفة ذكر إمام الحرمين أن بعض تعاليق شيخه حكاية وجه موافق لمذهب أبي حنيفة: لنا أنهما لا يجبان في غسل الميت ولو وجب في غسل الحي لوجبا في غسل الميت وأيضاً فلو وجب غسل باطن الفم والأنف في الغسل لكانا من الوجه.

ولو كانا من الوجه لوجب غسلهما في الوضوء. وأما الشعور فيجب إيصال الماء إلى منابتها خفت أو كثفت بخلاف الوضوء لأنه يتكرر في اليوم والليلة مراراً فلو كلف إيصال الماء فيه إلى المنابت لعظمت المشقة. ويجب نقض الضفائر إن كان لا يصل الماء إلى باطنها إلا بالنقض: أما الأحكام الشد أو للتبند ولغيرهما فإن وصل الماء إليها بدون النقض فلا حاجة إليه. وعن مالك أنه لا يجب نقض الضفائر [ولا إيصال الماء إلى باطن الشعور الكثيفة وما تحتها. وعن أبي حنيفة أنه إذا بلغ الماء أصول الشعر فليس على المرأة نقض الضفائر]<sup>(٣)</sup>: وعن أحمد أن الحائض تنقض شعرها دون الجنب.

لنا الخبر الذي قدمناه، ويستثنى من الشعور ما ينبت في العين، فإن إدخال الماء في العين لا يجب وكذلك باطن العقد التي تقع على الشعرات يسامح به وحكى القاضي

(١) في ط وغسل الجمعة.

(٢) أخرجه أبو داود (٢٤٨) وقال: الحارث بن وجيه (الراوي) حديثه منكر وهو ضعيف والترمذي (١٠٦) وقال: حديث الحارث بن وجيه حديث غريب لا نعرفه إلا من حديثه، وهو شيخ ليس بذاك وابن ماجه (٥٩٧) والبيهقي في السنن (١٧٥/١) وقال: تفرد به موصولاً الحارث بن وجيه، وقال ابن الملقن في خلاصة البدر المنير (٦٢/١) إسناده ضعيف، ضعفه الأئمة كالبخاري ونحوه، انظر التلخيص (١٤٢/١).

(٣) سقط في ب.

الروائي وجهاً آخر أنه يلزم قطعها<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي: وَالْأَكْمَلُ أَنْ يَغْسِلَ مَا عَلَى بَدَنِهِ مِنْ أَدَى أَوْلَى ثُمَّ يَتَوَضَّأُ لِلصَّلَاةِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُخْبِئاً وَيُوَخَّرَ غَسْلَ الرَّجْلَيْنِ إِلَى آخِرِ الْغُسْلِ فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ، ثُمَّ يَتَعَهَّدَ مَعَاطِفَ بَدَنِهِ ثُمَّ يَفِيضُ الْمَاءَ عَلَى رَأْسِهِ ثُمَّ يَكْرُرُ ثَلَاثًا ثُمَّ يَذُكُّ، وَإِنْ كَانَتْ حَائِضًا تَسْتَعْمِلُ فُرْصَةً مِنْ مِسْكٍ أَوْ مَا يَقُومُ مَقَامَهَا، وَمَاءَ الْغُسْلِ وَالْوُضُوءِ غَيْرُ مُقَدَّرٍ (ح) وَقَدْ يُزْفَقُ بِالْقَلِيلِ فَيَكْفِي وَيُخْرَقُ بِالْكَثِيرِ فَلَا يَكْفِي وَالرَّفْقُ أَوْلَى وَأَحَبُّ.

قال الرافعي: كمال الغسل [يحصل] بأمر ذكر منها ثمانية:

أحدها: أن يغسل ما على بدنه من أذى أولاً: فإن اعترض معترض فقال: الأذى المذكور إما أن يكون المراد منه الشيء القذر، أو النجاسة، وكيف يجوز الأول وقد فسر الشارحون قول الشافعي - رضي الله عنه - «ثم يغسل ما به من أذى» بموضع الاستنجاء إذا كان قد استنجى بالحجر، وهذا تفسير له بالنجاسة وكذلك فسروا لفظ الأذى في الخبر.

وإن كان الثاني فكيف عطف النجاسة على الأذى في الوسيط، والعطف يقتضي المغايرة، ثم من على بدنه نجاسة لا بد له من إزالة النجاسة أولاً ليعتد بغسله ووضوئه، وإذا كان كذلك كان غسل الموضع عن النجاسة من الواجبات لا من صفات الكمال.

الجواب قلنا: من على بدنه نجاسة لو اقتصر على الاغتسال أو الوضوء، وزالت تلك النجاسة طهر المحل، وهل يرتفع الحدث [فيه]<sup>(٢)</sup>، وجهان: حكاها في المعتمد وغيره. فإن قلنا: بارتفاع الحدث أمكن عدّ إزالة النجاسة من جملة صفات الكمال ولعل من عدّه منها صار إلى ذلك الوجه. وإن قلنا: لا يرتفع الحدث وهو الظاهر من المذهب فالأذى المحدود إزالته من جملة صفات الكمال، إنما هو الشيء المستقدر.

وأعلم أنا إذا جرينا على ظاهر المذهب وهو أنه لا يرتفع الحدث إذا كان على بدنه نجاسة حتى يغسل النجاسة أولاً ثم يغسل الموضع عن الحدث، فكما لا يصح عدّ إزالة النجاسة من كمال الغسل لا يصح عدّها من أركانها أيضاً، خلافاً لكثير من أصحابنا حيث قالوا: واجبات الغسل ثلاثة: غسل النجاسة إن كانت على البدن، والنية، وإيصال الماء إلى الشعر والبشرة.

(١) قال النووي: هذا الذي صححه هو الذي صححه صاحب (البحر)، والصحيح: أنه لا يعنى عنه لأنه يمكن قطعها بلا خلاف، وهو ظاهر نص الشافعي والجمهور، وقد أوضحت في شرح (المهذب) - والله أعلم - الروضة (١/٢٠٠).

(٢) سقط في ط.

(٢) في ط يجب.

لنا أنه لو كان من واجبات نفس الغسل لكان الترتيب معتبراً في أركان الغسل لاشتراط تقديم إزالة النجاسة، وقد اتفقوا على أنه لا ترتيب في الغسل، ولأن الأمر في الوضوء والغُسل واحد، ولم يعده أحد من أركان الوضوء فإذاً تقديم إزالة النجاسة شرط فيهما، وشرط الشيء لا يعد من نفس ذلك الشيء كالطهارة وستر العورة لا يعدان من أفعال الصلاة وأركانها: وأما من جمع بين الأذى والنجاسة وعدّ إزالتهما من كمال الغُسل لم ينتظم ما فعله في النجاسة إلا على قولنا إن الغسلة الواحدة كافية عن الخبث والحدث جميعاً. ولم يتفق المفسرون لكلام الشافعي - رضي الله عنه - على أن المراد من الأذى النجاسة، بل اختلفوا منهم من فسره بها.

ومنهم من فسره بالمني، ونحوه، مما يستقدر: حكى هذا الخلاف القاضي أبو القاسم بن كعب وغيره ولعل ذلك بحسب الاختلاف في المسئلة المذكورة - والله أعلم -.

**الثاني:** أن يتوضأ كما يتوضأ للصلاة، روت عائشة - رضي الله عنها - أنه ﷺ كان إذا اغتسل من الجنابة بدأ فغسل يديه، ثم يتوضأ كما يتوضأ للصلاة، ثم يدخل أصابعه في الماء فيخلل بها أصول شعره، ثم يفيض الماء على جلده كله<sup>(١)</sup>.

وأعلم أن قوله في الأصل: «ويتوضأ وضوءه للصلاة وإن لم يكن مُحدثاً» يشعر بأطراد الاستحباب فيما إذا كان يغتسل من الجنابة المجردة، وفيما إذا انضم الحدث إلى الجنابة، وإنما يتضح ذلك بتصوير الجنابة المجردة أولاً فنقول من صور ذلك: إتيان الغلام والبهيمة يوجب الجنابة دون الحدث لفقد أسبابه الأربعة.

ومنها: ما إذا لف خرقة على ذكره وأولج في فرج امرأة تحصل الجنابة على قولنا أن الخرقة الحائلة لا تمنع حصول الجنابة، وقد قدمنا الخلاف فيه ولا يحصل الحدث، لأن اللمس إنما يوجب الحدث إذا لم يكن بين البشريين حائل.

ومنها: إذا أنزل بفكر ونظر أو احتلم قاعداً ممكناً مقعده من الأرض تحصل الجنابة دون الحدث على ما سبق في باب الأحداث، وألحق المسعودي بهذه الصور الجماع مطلقاً، وقال: إنه يوجب الجنابة لا غير، واللمس الذي يتضمنه مغموراً به كما أن خروج الخارج الذي يتضمنه الإنزال يصير مغموراً به، واستشهد على ما ذكره<sup>(٢)</sup> بأن من جامع في الحج يلزمه بدنه، وإن كان متضمناً للمس، ومجرد اللمس يوجب شاة وعند الأكثرين بالجماع يحصل الحدثان جميعاً، ولا يندفع أثر اللمس الذي يتضمنه

(١) أخرجه مالك (٥٠/١) والبخاري (٢٤٨ - ٢٦٢) ومسلم (٣١٦).

(٢) في ب: ذكرناه.

الجماع بخلاف اندفاع أثر خروج الخارج الذي يتضمنه الإنزال، لأن اللمس يسبق حصول حقيقة الجماع، فيجب ترتيب حكمه عليه، وإذا تم حقيقة الجماع وجب حصول الجنابة أيضاً، وفي الإنزال لا يسبق خروج الخارج الإنزال، بل إذا نزل حصل خروج الخارج، وخروج المني وموجب خروج المني أعظم الحدّين فيدفع حلوله حلول الأصغر معه كما سبق.

وأما مسألة المحرم فممنوع على وجه، وعلى التسليم ففي الفدية معنى الزجر والمؤاخظة، وسبيل الجنابات اندراج المقدمات في المقاصد، ألا يرى أن مقدمات الزنا لو تجردت أوجبت التعذير، وإذا أفضت إلى الزنا لم يجب التعزير مع الحد، وأما هاهنا فالحكم منوط بصورة اللمس، ولهذا لا يفرق فيه بين العمد والتسيان: وإذا عرفت ذلك فنقول: إن تجردت الجنابة فالوضوء محبوب في الغسل عنها، وإن اجتمع الحدث والجنابة فقد حكينا في باب صفة الوضوء الخلاف في أنه هل يكفيه الغسل أم يجب معه الوضوء؟ فإن اكتفينا بالغسل فالوضوء فيه محبوب كما لو كان يغتسل عن مجرد جنابة، وعلى هذا ينتظم القول باستحباب الوضوء على الأطراد أما إذا أوجبنا معه الوضوء امتنع القول باستحبابه في الغسل، ولا صائر إلى أنه يأتي بوضوء مفرد وبوضوء آخر، لرعاية كمال الغسل، ولا ترتيب على هذا الوجه بين الوضوء والغسل، بل يقدم منهما ما شاء، ولا بد من أفراد الوضوء بالثنية، لأنها عبادة مستقلة على هذا الخلاف أما إذا كان من محبوبات الغسل فإنه لا يحتاج إلى إفراده بنية: ثم الوضوء المخبوب في الغسل هل يتمه في ابتداء الغسل أم يؤخر غسل الرجلين إلى آخر الغسل؟ فيه قولان:

أظهرهما: أنه يتمه ويقدم غسل الرجلين مع سائر أعضاء الوضوء، لما سبق من حديث عائشة فإنها قدمت الوضوء على إفاضة الماء، والوضوء ينتظم غسل الرجلين.

وثانيهما: أنه يؤخره إلى آخر الغسل، وبه قال أبو حنيفة: لأن ميمونة وصفت غسل رسول الله ﷺ فقالت: «ثُمَّ تَمَضَّمَصَّ، وَاسْتَنْشَقَّ وَعَسَلَ وَجْهَهُ وَذَرَاعَيْهِ، ثُمَّ أَفَاضَ عَلَى سَائِرِ جَسَدِهِ، ثُمَّ تَنَحَّى فَعَسَلَ رِجْلَيْهِ»<sup>(١)</sup>. ولا كلام في أن أصل السنة يتأدى بكل واحد من الطريقتين، إنما الكلام في الأولى.

الثالث: يتعهد من بدنه الموضع الذي فيه انعطاف والتواء، كالأذنين فيأخذ كفاً من الماء، ويضع الأذن برفق عليه ليصل إلى معاطفه، وزواياه كغضون البطن إذا كان سميناً، وكذلك بفعل بمَنَابِتِ الشعر، فيخلل أصول الشعر ومنابته، وكل ذلك قبل إفاضة

(١) أخرجه البخاري (٢٤٩ - ٢٥٧) ومسلم (٣١٧).



الماء على الرأس، وإنما بفعل ذلك ليكون أبعد عن الإنسراف في الماء، وأقرب إلى الثقة بوصول الماء.

الرابع: يفيض الماء على رأسه ثم على الشق الأيمن، ثم على الشق الأيسر، ويروى ذلك في صفة غسل رسول الله ﷺ<sup>(١)</sup>.

الخامس: يكرر غسل البدن ثلاثاً كما في الوضوء، بل أولى، لأن الوضوء مبني على التخفيف، فإن كان ينغمس في الماء انغمس ثلاث مرات، وهل يستحب تجديد الغسل؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، كالوضوء.

وأظهرهما: لا، لأن الترخيب في التجديد إنما ورد في الوضوء، والغسل ليس في معناه؛ لأن موجب الوضوء أغلب وقوعاً واحتمال عدم الشعور به أقرب فيكون الاحتياط فيه أتم.

السادس: يدلك ما وصل إليه يده من بدنه، يتبع بها الماء، والفائدة ما ذكرناه في التعهد.

وقال مالك: يجب الدلك، لنا قوله ﷺ: «أما أنا فأخشي على رأسي ثلاث حَيَاتٍ مِنَ الْمَاءِ، فَإِذَا أَنَا قَدْ طَهَّرْتُ»<sup>(٢)</sup>. رتب الطهارة على إفاضة الماء، ولم يتعرض للدلك.

السابع: إذا اغتسلت الحائض تتعهد أثر الدم بمسك أو طيب آخر، بأن تجعله على قطنة وتدخلها في فرجها، روى عن عائشة أن امرأة جاءت إلى رسول الله ﷺ تسأله عن الغسل من الحيض، فقال: «خذي فُرْصَةً مِنْ مِسْكِ فَتَطَهَّرِي بِهَا»، فلم تعرف ما أراد فاجتذبتها، وقال: تتبعي بها آثار الدم<sup>(٣)</sup>، والفرصة: القطعة من كل شيء، ذكره ثعلب، ويروى: «خذي فُرْصَةً مُمْسِكَةً».

(١) قال الحافظ: أخرجه البخاري من حديث القاسم عن عائشة بلفظ فبدأ بشق رأسه الأيمن ثم الأيسر، ورواه مسلم أيضاً بنحوه، ورواه الإسماعيلي في صحيحه بلفظ فبدأ بشقه الأيمن ثم الأيسر.

(٢) تقدم.

(٣) أخرجه البخاري (٣١٤ - ٣١٥) ومسلم (٣٣٢) وقوله: (الفرصة) القطعة من كل شيء، وهو بكسر الفاء، وإسكان الراء، حكاة ثعلب، وقال ابن سيده: الفرصة من القطن أو الصوف مثلثة الفاء، والمسك هو الطيب المعروف، وقال عياض: رواية الأكثرين بفتح الميم وهو الجلد، وفيه نظر لقوله في بعض الروايات فإن لم تجد فطيباً غيره، كذا أجاب به الرافعي في شرح المسند، وهو متعقب، فإن هذا لفظ الشافعي في الأم، نعم في رواية عبد الرزاق: يعني بالفرصة المسك أو الذريرة. انظر التلخيص (١/١٤٤).

قال العراقيين<sup>(١)</sup>: الْفُرْصَةُ الْقِطْعَةُ مِنَ الصَّوْفِ أَوْ الْقَطْنِ، فَالْأُولَى الْمِسْكُ، فَإِنْ لَمْ تَجِدْهُ اسْتَعْمَلْتَ طَبِيباً آخَرَ، فَإِنْ لَمْ تَجِدْ قَطِيناً لِقَطْعِ الرَّائِحَةِ الْكَرِيهَةِ، فَإِنْ لَمْ تَجِدْ كَفَى الْمَاءَ، وَالنَّفْسَاءَ كَالْحَائِضِ فِي ذَلِكَ.

الثامن: ماء الوضوء والغسل غير مقدر.

قال الشافعي - رضي الله عنه -: «وقد يخرق بالكثير فلا يكفي، ويرفق بالقليل فيكفي».

وَالْأَحَبُّ أَنْ لَا يَنْقُصَ مَاءُ الْوُضُوءِ عَنْ مُدٍّ، وَمَاءُ الْغَسْلِ عَنْ صَاعٍ، لَمَا رَوَى: «أَنَّهُ ﷺ أَنَّهُ كَانَ يَتَوَضَّأُ بِالْمُدِّ، وَيَغْتَسِلُ بِالصَّاعِ»<sup>(٢)</sup> وروى أنه قال: «سَيَاتِي أَقْوَامٌ يَسْتَقِيلُونَ هَذَا فَمَنْ رَغِبَ فِي سُنَّتِي وَتَمَسَّكَ بِهَا بُعِثَ مَعِيَ فِي حَضِيرَةِ الْقُدْسِ»<sup>(٣)</sup>.

وَالصَّاعُ وَالْمُدُّ مَعْتَبِرَانِ عَلَى التَّقْرِيبِ، دُونَ التَّحْدِيدِ، - وَاللَّهُ أَعْلَمُ - وَحَكَى بَعْضُ مَشَايِخِنَا عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَتَقَدَّرُ مَاءُ الْغَسْلِ بِصَاعٍ فَلَا يَجُوزُ أَقْلُ مِنْهُ، وَمَاءُ الْوُضُوءِ بِمُدٍّ، وَرَبِمَا حَكَى ذَلِكَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ، لَنَا أَنَّ ثَبِتَ الرَّوَايَةَ عَنْهُمَا مَا رَوَى: «أَنَّهُ ﷺ تَوَضَّأَ بِنِصْفِ مُدٍّ»<sup>(٤)</sup> وَرَوَى أَيْضاً: «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ تَوَضَّأَ بِثُلُثِ مُدٍّ»<sup>(٥)</sup>.

ونختم الباب بكلامين:

أحدهما: إن أدخل كلمة «ثم» في معظم هذه الآداب، وهي على حقيقتها في الترتيب إلا في قوله: «ثم يدلك» بعد قوله: «ثم يُكْرَرُ ثلاثاً»، فإن الدلك لا يكون متأخراً عن التكرار ثلاثاً، بل الدلك في كل غسلة معها.

(١) في ط: العريين.

(٢) أخرجه مسلم (٣٢٦) من رواية سفينة - رضي الله عنه -.

(٣) قال الحافظ أبو المظفر السمعاني في أثناء الجزء الثاني من كتابه الانتصار لأصحاب الحديث، من حديث أم سعد بلفظ (الوضوء مد، والغسل صاع، وسيأتي أقوام يستقلون ذلك، أولئك خلاف أهل سنتي، والآنخذ بسنتي معي في حظيرة القدس، وفيه عنبة بن عبد الرحمن وهو متروك. انظر التلخيص (١/١٤٤).

(٤) أخرجه الطبراني في الكبير (٨٠٧١) والبيهقي في السنن (١/١٩٦) من رواية أبي أمامة بإسناد ضعيف.

(٥) أخرجه أبو داود (٩٤) والنسائي (٥٨/١) من حديث أم عمارة وابن خزيمة (١١٨) وابن حبان (١٠٦٩) من حديث عبد الله بن زيد، والحاكم في المستدرک (١/١٤٤) وقال: صحح على شرط الشيخين، وصححه أبو زرعة كما في العلل لابن أبي حاتم، انظر التلخيص (١/١٤٥).

الثاني: أن كَمَالَ الْغُسْلِ لا ينحصر فيما ذكره بل له مندوبات آخر. منها: ما بيناه في فضل سنن الوضوء. ومنها: أن يستصحب النية إلى آخر الغسل. ومنها: أن لا يغتسل في الماء الراكد، ومنها أن يقول في آخره: أَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ، وَأَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ<sup>(١)</sup>.

(١) قال النووي: لا يجوز الغسل بحضرة الناس إلا مستور العورة، ويجوز في الخلوة مكتوفها، والستر أفضل، ولو ترك المغتسل المضمضة والاستنشاق أو الوضوء، قال الشافعي والأصحاب - رحمهم الله -: فقد أساء، ويستحب أن يتدارك ذلك، ولا يجب ترتيب في أعضاء المغتسل لكن يستحب البداء بأعضاء الوضوء، ثم بالرأس وأعالي البدن، ولو أحدث في أثناء غسله جاز أن يتمه، ولا يمنع الحدث صحته، لكن لا يصلي حتى يتوضأ. ويجوز الغسل من إنزال المني قبل البول والأفضل بعده، لثلا يخرج بعده مني، ولا يجب غسل داخل العين، وحكم استحبابه على ما سبق في الوضوء، ولو غسل بدنه إلا شعرة أو شعرات ثم نتفها، قال الماوردي: إن كان الماء وصل أصلها أجزاء، وإلا لزمه إيصاله إليه، وفي فتاوى ابن الصباغ: يجب غسل ما ظهر وهو الأصح، وفي (البيان) وجهان أحدهما: يجب، والثاني: لا، لفوات ما يجب غسله، كمن توضأ وترك رجله فقطعت - والله أعلم - الروضة (١/٢٠٣).

## كِتَابُ التَّيْمَمِ وَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَبْوَابٍ الْبَابُ الْأَوَّلُ

فِيمَا يُبِيحُ التَّيْمَمَ، وَهُوَ الْعَجْزُ عَنِ اسْتِعْمَالِ الْمَاءِ، وَلِلْعَجْزِ أَسْبَابٌ سَبْعَةٌ (الْأَوَّلُ) فَقْدَانُ الْمَاءِ  
وَلِلْمُسَافِرِ أَرْبَعَةٌ أَحْوَالٍ، الْأُولَى أَنْ يَتَحَقَّقَ عَدَمُ الْمَاءِ حَوْلَيْهِ فَيَتَيَمَّمُ مِنْ غَيْرِ طَلَبٍ (و).

قال الرافعي: لا بُدَّ مِنَ النَّظَرِ فِي أَنَّهُ مَتَى يَتَيَمَّمُ، وَكَيْفَ يَتَيَمَّمُ، وَلَمْ يَتَيَمَّمْ فَجَعَلَ  
الباب الأول فيما يبيح التيمم فحينئذ يتيمم والثاني في كيفية، والثالث: في حكمه،  
ليعرف ما يستفاد به [وما لا يُسْتَفَادُ]<sup>(١)</sup> فإنه إنَّما يتيمم لفائدته.

الباب الأول في المُبِيحِ، وهو شيء واحد وهو العَجْزُ عن استعمال الماء، والمراد  
منه أَنْ يَتَعَدَّرَ اسْتِعْمَالُ الْمَاءِ عَلَيْهِ أَوْ يَنْغَمَسَ لِلْحُقُوقِ ضَرَرُ ظَاهِرٍ، وَأَسْبَابُ الْعَجْزِ فِيمَا  
ذَكَرَهُ سَبْعَةٌ:

أحدها: فَقْدُ الْمَاءِ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿فَإِنْ لَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا﴾<sup>(٢)</sup>  
وللمسافر أربع أحوال، لأنه إما أَنْ يَتَيَقَّنَ وجود الماء حوالیه، أَوْ لَا يَتَيَقَّنُهُ، فَإِنْ لَمْ يَتَيَقَّنْهُ  
فإِذَا أَنْ يَتَيَقَّنَ عَدَمَهُ، وَهُوَ الْحَالَةُ الْأُولَى، أَوْ لَا يَتَيَقَّنُ عَدَمَهُ أَيْضًا، بَلْ يَتَرَدَّدُ، وَهُوَ  
الثَّانِيَةُ، فَإِنْ تَيَقَّنَهُ فإِذَا أَنْ لَا يَزَاحِمُهُ غَيْرُهُ عَلَى الْأَخْذِ وَالِاسْتِيفَاءِ، وَهُوَ الْحَالَةُ الثَّالِثَةُ، أَوْ  
يَزَاحِمُهُ غَيْرُهُ عَلَيْهِ، وَهُوَ الرَّابِعَةُ.

الحالة الأولى: أَنْ يَتَحَقَّقَ عَدَمُ الْمَاءِ حَوْلَيْهِ مِثْلُ أَنْ يَكُونَ فِي بَعْضِ رِمَالِ الْبَوَادِي،  
فَتَيَمَّمُ، وَهَلْ يَفْتَقِرُ إِلَى تَقْدِيمِ الطَّلَبِ عَلَيْهِ؟ فِيهِ وَجْهَانُ:

أحدهما: نَعَمْ، لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ: ﴿فَإِنْ لَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا﴾ وَإِنَّمَا يُقَالُ لَمْ  
يَجِدْ إِذَا فَقَدَ بَعْدَ الطَّلَبِ.

وأظهرهما: وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ أَنَّهُ لَا حَاجَةَ إِلَى الطَّلَبِ، لِأَنَّ الطَّلَبَ مَعَ  
يَقِينِ الْعَدَمِ عَيْثُ: وَأَمَّا ذِكْرُ الْأَوَّلِ فِي الْاسْتِدْلَالِ بِالْآيَةِ مَمْنُوعٌ.

(٢) سورة المائدة، الآية ٦.

(١) سقط في ب.

قال الغزالي: **الثَّانِيَةُ أَنْ يَتَوَهَّمُ وَجُودَ الْمَاءِ حَوْلَيْهِ فَلْيَتَرَدَّدْ (ح) الرَّجُلُ إِلَى حَدِّ يَلْحَقَهُ غَوْتُ الرَّفَاقِ، فَلَوْ دَخَلَ عَلَيْهِ وَقْتُ صَلَاةٍ أُخْرَى فَبِي وَجُوبِ إِعَادَةِ الطَّلَبِ وَجَهَانِ.**

قال الرافعي: إذا لم يتيقن عدم الماء حوالیه، بل جَوَّز وجوده تَجْوِيزاً قَرِيباً أَوْ بَعِيداً وَجِبَ تَقْدِيمُ الطَّلَبِ عَلَى التَّيْمَمِ؛ لِأَنَّ التَّيْمَمَ طَهَارَةٌ ضَرُورَةٌ وَلَا ضَرُورَةَ مَعَ إِمْكَانِ الطَّهَارَةِ بِالْمَاءِ، وَيَشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ الطَّلَبُ بَعْدَ دُخُولِ الْوَقْتِ، فَحِينَئِذٍ تَحْصُلُ الضَّرُورَةُ، وَهَلْ يَجِبُ أَنْ يَطْلُبَ بِنَفْسِهِ أَوْ يَجُوزُ أَنْ يَنْبِيبَ غَيْرَهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

**أظهرهما: أنه يجوز الإنابة حتى لو بعث النَّازِلُونَ واحداً ليطلب الماء أجزاء طلبه عن الكل ولا خلاف أنه لا يسقط بطلبه الطَّلَبُ عن لم يأمره، ولم يأذن له فيه.**

وكيفية الطَّلَبِ أن يبحث عن رحله إن كان وحده، ثم ينظر يمينا وشمالاً وَخَلْفاً وَقُدَّاماً إِذَا كَانَ فِي مُسْتَوَى مِنَ الْأَرْضِ، وَيَخْصُ مَوَاضِعَ الْخُضْرَةِ، وَاجْتِمَاعَ الطُّيُورِ بِمَزِيدِ الْإِحْتِيَاظِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُسْتَوِيًّا، وَاحْتِيَاجَ إِلَى التَّرَدُّدِ نَظْرًا. فَإِنْ كَانَ يَخَافُ عَلَى نَفْسِهِ وَمَالِهِ فَلَا يَجِبُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْخَوْفَ يَبِيحُ لَهُ الْإِعْرَاضَ عِنْدَ تَيَقُّنِ الْمَاءِ، فَعِنْدَ التَّوَهُّمِ أَوْلَى وَإِنْ لَمْ يَخَفْ، وَهَذِهِ الْحَالَةُ هِيَ الْمَحْكُومُ فِيهَا بِقَوْلِهِ فِي الْكِتَابِ «فَعَلَيْهِ أَنْ يَتَرَدَّدَ إِلَى حَدِّ يَلْحَقَهُ غَوْتُ الرَّفَاقِ» وَهَذَا الضَّابِطُ مُسْتَفَادٌ مِنْ إِمَامِ الْحَرَمِيِّينَ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - .

قال: لا نكلفه البعد عن مُخَيِّمِ الرَّفْقَةِ فَرَسَخًا، أَوْ فَرَسَخَيْنِ وَإِنْ كَانَتْ الطَّرِيقُ أَمِنَةً: وَلَا نَقُولُ لَا يَفَارِقُ طُنْبُ<sup>(١)</sup> الْخِيَامِ، فَالْوَجْهُ الْقَصْدُ أَنْ يَتَرَدَّدَ، وَيَطْلُبُ إِلَى حَيْثُ لَوْ اسْتَعَاثَ بِالرَّفْقَةِ لِأَعَاثُوهُ مَعَ مَا هُمْ عَلَيْهِ مِنَ التَّشَاغُلِ بِالشَّغَالِ وَالتَّفَاوُضِ<sup>(٢)</sup> فِي الْأَقْوَالِ، وَهَذَا يَخْتَلِفُ بِاسْتِوَاءِ الْأَرْضِ وَاسْتِخْلَافِهَا صُعُودًا وَهَبُوطًا، وَهَذَا الضَّبْطُ لَا يَكْفِي فِي كَلَامِ غَيْرِهِ لَكِنِ الْأَثْمَةُ مِنْ بَعْدِهِ تَابِعُوهُ عَلَيْهِ، وَلَيْسَ فِي الطَّرِيقِ مَا يَخَالِفُهُ: هَذَا إِذَا كَانَ وَحْدَهُ فَإِنْ كَانَ فِي رَفْقَةٍ وَجِبَ الْبَحْثُ عَنْهُمْ أَيْضًا، إِلَى أَنْ يَسْتَوْعِبَهُمْ أَوْ يَضِيقُ الْوَقْتَ فَلَا يَبْقَى إِلَّا مَا يَسَعُ لِتِلْكَ الصَّلَاةِ، وَفِي وَجْهِهِ إِلَى أَنْ يَسْتَوْعِبَهُمْ أَوْ لَا يَبْقَى مِنَ الْوَقْتِ إِلَّا مَا يَسَعُ رَكْعَةً. وَفِي وَجْهِهِ إِلَى أَنْ يَسْتَوْعِبَهُمْ وَإِنْ خَرَجَ وَقْتُ الصَّلَاةِ<sup>(٣)</sup> وَإِذَا عَرَفَ أَنَّ مَعَهُمْ مَاءٌ فَهَلْ يَجِبُ اسْتِيْهَابُهُ مِنْ صَاحِبِهِ فِيهِ وَجْهَانِ:

**أحدهما: لا، لصعوبة السؤال على أهل المروعة.**

(١) الطنب: حبل يشد به الخباء، والسرادق ونحوهما، انظر المعجم الوسيط (٢/٥٧٣).

(٢) في ب: التعارض.

(٣) قال النووي: قال أصحابنا: ولا يجب أن يطلب من كل واحد من الرفقة بعينه، بل ينادي فيهم: من معه ماء؟ من يجود بالماء؟ ونحوه حتى قال البغوي وغيره: لو قلت الرفقة لم يطلب من كل واحد بعينه، ولو بعث النازلون ثقة يطلب لهم، كفاهم كلهم - والله أعلم - الروضة ١/٢٠٦.

والثاني: وهو الأظهر نعم، لأنه ليس في هبة الماء كثير مئة.

وهذان الوجهان يخرجان على ظاهر المذهب في أنه إذا وهب منه الماء وجب عليه قبوله، وفيه وجه نذكره من بعد: وكل ما ذكرناه إذا لم يسبق تيممه تيمم آخر، وطلب للماء، فإن سبق ذلك واحتاج إلى التيمم مرة أخرى إما لبطلان الأول بحدث، أو لفريضة أخرى فائتية، أو مؤداة، فهل يفترق إلى إعادة الطلب فيه نظر إن انتقل من ذلك المكان إلى مكان آخر، أو أطبقت غمامه أو طلع ركب، وما أشبه ذلك مما يظن عنده حصول الماء، وجب الطلب كما في التيمم الأول نعم كل موضع تيقن بالطلب الأول أنه لا ماء فيه، ولما لم يجوز بالسبب الذي حدث حصوله فيه لم يحتج إلى البحث والطلب في ذلك الموضع على ظاهر المذهب كما سبق. وإن لم ينتقل عن ذلك الموضع ولم يحدث شيء يوهم حصول الماء فإن تيقن بالطلب الأول أن لا ماء ثم، فعلى ما ذكرنا في حالة يقين العدم: وإن لم يتيقنه، بل غلب على ظنه العدم فوجهان:

أحدهما: أنه لا يحتاج إلى إعادة الطلب، لأنه لو كان ثم ماء لظفر به بالطلب الأول ظاهراً.

وأظهرهما: أنه يجب الطلب ثانياً، لأنه قد يطلع على بثر خفيث<sup>(١)</sup> عليه، أو يجد من يده على الماء، لكن يجعل الطلب الثاني أخف من الأول.

وإذا عرفت ما ذكرناه، وتاملت قوله: «فإن دخل عليه وقت صلاة أخرى، ففي وجوب إعادة الطلب وجهان»: فينبغي أن لا يخفى عليك منه شيان:

أحدهما: أن هذا الخلاف غير مخصوص بما إذا دخل عليه وقت صلاة أخرى، بل معهما احتاج إلى إعادة التيمم، إما لهذا السبب أو لأن تيممه الأول قد بطل بعروض حدث أو طلوع ركب جرى الوجهان سواء تخلل بين التيممين زمان، أو لم يتخلل.

والثاني: أن كلامه وإن كان مطلقاً لكن الشرط في صورة الخلاف أن لا يحدث سبب يوهم حدوث الماء من الانتقال إلى مكان آخر، أو طلوع ركب ونحوهما، وإلا وجب إعادة الطلب بلا خلاف، وأن لا يكون العدم مستيقناً بمقتضى الطلب الأول، وإلا فإذا استيقن العدم ولم يحدث ما يوهم حصول الماء كان اليقين الأول مستمراً، ولا معنى للطلب مع تيقن العدم كما تقدم، ولك أن تعلم قوله: «فليتردد الرجل» بالحاء لأمرين:

أحدهما: أن عند أبي حنيفة ليس على المتيمم طلب إلا إذا غلب على ظنه أن بقربه ماء.

(١) في ب: شيء خفي.

والثاني: أن عنده صلاة العيد، وصلاة الجنازة يجوز أن يتيمم لهما إذا خاف الفوات لو اشتغل بالوضوء، وإن كان الماء موجوداً عنده، وكلام الكتاب مطلق.

قال الغزالي: **الثالثة أن يتيمم وجود الماء في حد القرب فيلزمه (ح) أن يسعى إليه، وحد القرب إلى حيث يتردد إليه المسافر للرعي والأخطاب وهو فوق حد الغوث، فإن انتهى البعد إلى حيث لا يجد الماء في الوقت فلا يلزمه، وإن كان بين الرئبتين فقد نص أنه يلزمه إذا كان على يمين المنزل أو يساره، ونص فيما إذا كان على صوب مقصده أنه لا يلزمه قبيل قولان وقيل بتقرير النصين، لأن جوايب المنزل منسوبة إليه دون صوب الطريق.**

قال الرافعي: إذا تيقن وجمود الماء حوالبه فله ثلاث مراتب:

إحداها: أن يكون على مسافة ينتشر إليها التازلون في الأخطاب والاختشاش، وتنتهي البهائم إليها في الرعي، فيجب السعي إليه، والوضوء به، لأنه إذا كان يسعى لأشغاله إلى هذا الحد، فليته (١) للعبادة أولى وهذا فوق حد الغوث الذي يسعى إليه عند التوهم. قال الإمام محمد بن يحيى ولعله يقرب من نصف فرسخ.

**الثانية:** أن يكون بعيداً عنه بحيث لو سعى إليه لفاته فرض الوقت فيتيمم ولا يسعى إليه لأنه فاقد في الحال، ولو وجب انتظار الماء مع خروج الوقت لما ساغ التيمم أصلاً، بخلاف ما لو كان واجداً للماء، وخاف فوات الوقت لو توضأ حيث لا يجوز له التيمم؛ لأنه ليس بفاقد، على أن صاحب التهذيب حكى في هذه الصورة وجهاً أنه يتيمم، ويصلي لحرمة الوقت، ثم يتوضأ ويعيد: وقد يقول الناظر أيعتبر كونه بحيث لو سعى إليه لفاته فرض الوقت من حين نزوله في ذلك المنزل، أو من أول وقت الصلاة لو كان نازلاً فيه. فإن كان الأول فقد يكون الماء في حد القرب، ولو سعى إليه لفاته فرض الوقت لنزوله في آخر الوقت، فإذا لم نوجب السعي إليه بطل إطلاق قولنا: «إنه إذا كان الماء في حد القرب لزم السعي إليه، وإن اعتبرنا من أول وقت الصلاة فمواقيت الصلاة مختلفة في الطول والقصر، فما الذي يفعل أنعتبر الوسط منها كما يفعل في حد القرب؟ فإن القدر الذي ينتشر إليه المسافر لحاجته مختلفة صيفاً وشتاء، ويؤثر فيه وعورة المكان وسهولته، وما أشبه ذلك، والمعتاد في نظائر ذلك الأخذ بالوسط المعتدل أم نعتبر في كل صلاة وقتها، فتختلف المسافة التي يحتاج إلى قطعها، أم كيف الحال، ولو كان يتيمم لفاته فكيف يقدر فوات وقتها لو سعى إلى الماء؟ أيقال وقتها أول حالة

(١) في ط: فالمهم.

التذكر؟ فيلزم أن لا يسعى إلى الماء في حد القُرْب، لأنه زمان يسير أو لا يقال هذا وحيث لا يفرض لها وقت آخر يُقوت بالسَّغْيِ إلى الماء، ولو كان يتيمم للنوافل وجوزنا ذلك فكيف نعتبر الوقت فيها، وهل نجعل مواقيت الفرائض الخمس مِغْيَاراً للفوائت والنَوَافِلِ أم لا؟.

والجواب الأشبه بكلام الأئمة أن الاعتبار من أوّل وقت الصلاة، لو كان نازلاً في ذلك المنزل، ولا بأس باختلاف المواقيت والمسافات، فإن الغرض صيانة وظيفة الوَقْتِ عَنِ الْقَوَاتِ وعلى هذا إذا انتهى إلى المنزل في آخر الوقت، وكان الماء في حد القُرْبِ لزم السَّغْيُ إليه والوضوء به، وإن كان يفوته فرض الوقت كما لو كان الماء في رحله وفاته الوقت<sup>(١)</sup> لو توضأ، والأشبه أن تجعل وقت الحاضرة مِغْيَاراً في الفوائت والنوافل، فإنها الأصل والمقصد بالتيمم غالباً - والله أعلم -.

الثالثة: أن يكون بين الرُّتْبَتَيْنِ وتزيد المسافة على التي يتردد المسافر إليها لحاجاته، ولا ينتهي إلى حَدِّ خروج الوقت فهل يلزمه السَّعْيُ إليه أم يجوز له التيمم؟ نص الشافعي على أنه إذا كان على يمين المنزل، أو يساره يلزمه السَّعْيُ إليه، ولا يجوز له التيمم، وفيما إذا كان على صَوْبٍ مَقْصِدِهِ أنه لا يجب السَّعْيُ إليه، وله التيمم، فاختلف الأصحاب فيه على طريقتين.

إحدهما: تقرير النَّصِّينِ.

والثانية: جعل المسألتين على قولين نقلاً وتخريجاً، ولنبيين أولاً معنى قول المذهبين في المسألتين قولان بالنقل<sup>(٢)</sup>، والتخريج، فنقول إذا ورد نَصَانٌ عن صاحب المذهب مختلفان في صورتين متشابهتين، ولم يظهر بينهما ما يصلح فارقاً فالأصحاب يخرجون نصه في كل واحدة من الصورتين في الصُورَةِ الأخرى لاشتراكهما في المعنى، فيحصل في كل واحدة من الصورتين قولان<sup>(٣)</sup>: منصوص وهو مخرج.

المنصوص في هذه هو المُخْرَجُ في تلك، والمنصوص في تلك هو المُخْرَجُ في هذه، فيقولون: فيهما قولان بالنقل والتخريج، أي نقل المنصوص في هذه الصُورَةِ إلى

(١) في ط «الفرض».

(٢) قال النووي: هذا الذي ذكره الإمام الرافعي، ونقله عن مقتضى كلام الأصحاب من اعتبار أول الوقت ليس كما قاله، بل الظاهر من عباراتهم أن الاعتبار بوقت الطلب، هذا هو المفهوم من كتبهم المشهورة والمهجورة، وهو ظاهر نص الشافعي - رحمه الله - في (الأم) وغيره، فإن عبارته وعبارتهم: وإن دل على ماء ولم يخف فوت الوقت ولا ضرراً، لزمه طلبه، هذا نصه ونصهم، وهو صريح أو كالصريح فيما قلته، وقد تتبع ذلك وأتقنته - والله أعلم - الروضة (١/٢٠٨).

(٣) سقط في «ب».

(٤) في «ب» قول.



تلك، وخرج منها وكذلك بالعكس، ويجوز أن يُرَادَ بالنقل الرواية، ويكون المعنى في كل واحدة من الصورتين قول منقول، أي: مروى عنه، وآخر مخرج: ثم الغالب في مثل ذلك عدم إطباق الأصحاب على هذا التصرف؛ بل ينقسمون إلى فريقين:

منهم من يقول به، ومنهم من يأبى، ويستخرج فارقاً بين الصورتين يستند إليه افتراق النصين، وإنما ذكرنا هذا الكلام في هذا الموضوع، لأنه أول موضع ذكر فيه المصنف النقل والتخريج، وإذا عرفت ذلك فنقول. أما من قرر النصين، فرق بأن المسافر قد يَتَيَّأَمَنُ وَيَتَيَّأَسِرُ في حَوَائِجِهِ، ولا يمضي في صَوْبٍ مقصده، ثم يرجع فَهَقَرَى، وجوانب المنزل منسوبة إليه دون ما بين يديه: وأما من جعل الصورتين على قولين، وَجَّهَ تجويز التيمم بأنه فاقد للماء في الحال، وَالْمَنْعُ بأنه قادر على الوصول إلى الماء، والتيمم إنما يعدل إليه عند الضرورة، وهذه الطريقة أَظْهَرَ من الأولى؛ لأن لأصحابنا أن يقولوا للأولين: المسافر ما دام سائراً لا يعتاد المضي يَمِيناً وَشَمَالاً، كما لا يرجع فَهَقَرَى. وإذا كان في المنزل انتشر في<sup>(١)</sup> الجوانب كُلِّهَا يعود إلى منزله، فالفرق ممنوع، وما ذكرناه من الطريقتين نقل صاحب الكتاب، وإمام الحرمين في آخرين.

وقال في التهذيب: إذا كان الماء على طريقه، وهو يتيقن الوصول إليه قبل خروج الوقت، وصلّى في [أول]<sup>(٢)</sup> الوقت بالتيمم جاز. وقال في الإملاء لا يجوز، بل يؤخر حتى يأتي الماء والمذهب الأول. وإن كان الماء على يمينه أو يساره أو ورائه لم يلزمه إتيانه، وإن أمكن في الوقت؛ لأن في زيادة الطريق مشقة عليه كما لو وجد الماء يباع بأكثر من ثمن المثل لا يلزمه الشراء.

وقيل: لا فرق، بل متى أمكنه أن يأتي الماء في الوقت من غير خوف، فلا فرق بين أن يكون على يمينه أو يساره أو أمامه، في جواز التيمم قولان، هذا ما رواه وبينه وبين الكلام الأول بعض المباينة توجيهاً وحكماً.

أما التوجيه فظاهر، وأما الحكم فلأن هذا الكلام إنما يستمر في حق السائر، وقضيته نفي الفرق بين الجوانب في حق النازل في المنزل؛ لأنه يحتاج إلى الرجوع إلى المنزل من أي جانب مضى إلى الماء، وفي زيادة الطريق مَشَقَّة، وأما الكلام الأول فقضيته الفرق بين الجوانب في حق المنازل أيضاً؛ إلا أن ذلك الفرق ممنوع كما تقدم، وأيضاً فإن منقول صاحب الكتاب يقتضي كون السَّعْيِ إلى ما يكون على اليمين واليسار أولى بالإيجاب، وما ذكره في التَّهْذِيبِ يقتضي كون الإيجاب فيما على صوب القصد أولى؛ لأنه جعل فيه قولين، وفيما على اليمين واليسار طريقتين، وجزم في أحدهما ينفي

(٢) في ط آخر.

(١) في ط ينتشر في.

الوجوب، واعلم أن ظاهر المذهب جواز التيمم، وإن علم الوصول إلى الماء في آخر الوقت، روى أن ابن عمر - رضي الله عنه -، أقبل من الجرف، حتى إذا كان بالمريد العصر، وصلى العصر، فقيل له: أتتيمم وجدران المدينة تنظر إليك؟ فقال: أو أختى حتى أدخلها؟ ثم دخل المدينة والشمس حية مرتفعة فلم يُعِد الصلاة<sup>(١)</sup>.

وإذا جاز التيمم في حق من يعلم الانتهاء إلى الماء في صوب سفره، فأولى أن يجوز للتأزل في بعض المراحل إذا كان الماء على يمينه أو يساره، لزيادة مشقة السير لو سعى إليه، وإذا جاز التيمم للتأزل فهو للسائر أجوز، وهذا في حق المسافر.

أما المقيم فدمته مشغولة بالقضاء، وإن صلى بالتيمم فليس له أن يصلي بالتيمم، وإن خاف فوات الوقت لو سعى إلى الماء وتوضأ، وإذا كان ممنوعاً من الصلاة بالتيمم مع فوات الوقت فأولى أن يكون ممنوعاً عنها في أول الوقت.

قال الغزالي: **ثُمَّ إِنْ تَيَقَّنَ وَجُودَ الْمَاءِ قَبْلَ مُضِيِّ الْوَقْتِ، فَالْأَوْلَى التَّأْخِيرُ قَوْلًا وَاحِدًا، فَإِنْ تَوَقَّعَهُ بَطْنٌ غَالِبٍ فَقَوْلَانٍ لِتَقَابُلِ نَفْسٍ فَضِيلَةَ أَوَّلِ الْوَقْتِ مَعَ ظَنِّ إِذْرَاكِ الْوُضُوءِ.**

قال الرافعي: هذا تفریع على جواز التيمم، وإن أمكن الوصول إلى الماء قبل مضي الوقت وقد ذكرنا الخلاف فيه، فإن جوزناه وهو المذهب.

فنقول الأولى أن يؤخر إلى أن يصلي<sup>(٢)</sup> بالوضوء، لأن فضيلة الصلاة بالوضوء أولى من تعجيل الصلاة أو أن يعجل الصلاة<sup>(٣)</sup> بالتيمم نظر إن تيقن وجود الماء في آخر الوقت، فالأولى أن يؤخر ليصلي بالوضوء، لأن فضيلة الصلاة بالوضوء وإن كان في آخر الوقت، أبلغ من فضيلة الصلاة بالتيمم في أوله، ألا ترى أن تأخير الصلاة إلى آخر الوقت جائز مع القدرة على أدائها في أوله، ولا يجوز التيمم مع القدرة على الوضوء هذا ما قطع به الأكثرون، وبه قال صاحب الكتاب، حيث قال: «قولاً واحداً» وحكى

(١) قال الحافظ في التلخيص (١٤٥/١) هذا الأثر أصله عند الشافعي عن ابن عيينة عن ابن عجلان عن نافع عن ابن عمر: أنه أقبل من الجرف حتى إذا كان بالمريد تيمم فمسح وجهه ويديه وصلى العصر، ثم دخل المدينة والشمس مرتفعة فلم يعد الصلاة، قال الشافعي: الجرف قريب من المدينة انتهى، ورواه الدارقطني من طريق فضيل بن عياض عن ابن عجلان بلفظ: أن ابن عمر تيمم بمرید النعم وصلى، وهو على ثلاثة أميال من المدينة، ثم دخل المدينة والشمس مرتفعة فلم يعد، ورواه الدارقطني والحاكم والبيهقي من طريق هشام بن حسان، عن عبيد الله، عن نافع، عن ابن عمر مرفوعاً، قال الدارقطني في العلل: الصواب ما رواه غيره عن عبد الله موقوفاً، وكذا رواه أيوب ويحيى بن سعيد الأنصاري، وابن إسحاق، وابن عجلان موقوفاً، وذكره البخاري في صحيحه تعليقاً. انظر التلخيص (١٤٥/١).

(٢) سقط في «ط».

(٣) سقط في «ط».

في التيمم خلافاً في الأولى التقديم، أو التأخير على ما سنحكي نظيره في الحالة الثانية، فلك أن تعلم قوله: «قولاً واحداً» بالواو إشارة إلى هذا الخلاف.

وإن لم يتيقن وجود الماء في آخر الوقت، ولكن رجاه فقولان:

أصحهما: التعجيل في أول الوقت بالتيمم أفضل<sup>(١)</sup> لأنه سُئِلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ أَفْضَلِ الْأَعْمَالِ فَقَالَ: «الصَّلَاةُ فِي أَوَّلِ وَقْتِهَا»<sup>(٢)</sup>، ولم يفرق بين أن يكون بالوضوء، أو بالتيمم؛ ولأن فضيلة الأولوية ناجزة، وهي تفوت بالتأخير يقيناً، وَفَضِيلَةُ الْوَضُوءِ غَيْرُ مَعْلُومَةِ الْحَصُولِ، فَصَيَانَةُ النَّاجِزِ<sup>(٣)</sup> عَنْ يَقِينِ الْفَوَاتِ أَوْلَى مِنَ الْمُحَافَظَةِ عَلَى أَمْرٍ مُوَهُومٍ.

والثاني: وبه قال أبو حنيفة أن التأخير أفضل؛ لأن الإيراد بالظهر، وتأخيرها عند شدة الحرّ مأمور به، كي لا يختل معنى الخشوع، فالتأخير لإدراك الوضوء أولى أن يؤمر به. واحتج في «الوسيط» للقول الأول بأن تَعَجُّيلَ الصَّلَاةِ مَنْفَرِداً أَفْضَلُ مِنْ تَأْخِيرِهِ لِحَيَاةِ الْجَمَاعَةِ، وَكَذَلِكَ فَعَلَ إِمَامُ الْحَرَمَيْنِ، لَكِنْ أَبَا عَلِيٍّ الطَّبْرِيِّ ذَكَرَ فِي «الْإِفْصَاحِ» أَنَّ التَّأْخِيرَ لِحَيَاةِ الْجَمَاعَةِ أَفْضَلُ، وَاحْتَجَّ بِهِ لِلْقَوْلِ الثَّانِي، وَتَوَسَّطَ آخَرُونَ فَجَعَلُوا الْمَسْأَلَةَ عَلَى وَجْهَيْنِ مَبْنِيَيْنِ عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِي الْمَسْأَلَةِ الَّتِي نَحْنُ فِيهَا<sup>(٤)</sup> ثُمَّ لَا يَخْفَى أَنَّ مَوْضِعَ الْقَوْلَيْنِ مَا إِذَا اقْتَصَرَ عَلَى صَلَاةٍ وَاحِدَةٍ، أَمَا إِذَا صَلَّى بِالتَّيْمَمِ فِي أَوَّلِ الْوَقْتِ وَبِالْوَضُوءِ فِي آخِرِهِ فَهُوَ النِّهَايَةُ فِي إِخْرَازِ الْفَضِيلَةِ.

(١) سقط في «ط».

(٢) أخرجه بلفظه الدارقطني (٢٤٦/١) وابن خزيمة (٣٢٧) وابن حبان (١٤٦٦) والحاكم (١٨٨/١) والبيهقي (٤٣٤/١) من رواية عبد الله بن مسعود، وقال الحاكم والبيهقي في خلافاته صحيح على شرط الشيخين، قال ابن الملقن: قلت هو في الصحيحين، لكن بلفظ سألت النبي ﷺ أي الأعمال أحب إلى الله؟ قال الصلاة لوقتها، البخاري (٥٢٧) ومسلم (٨٥) انظر خلاصة البدر المنير (٦٧/١).

(٣) في «ب» التأخير.

(٤) قال النووي: قطع معظم العراقيين بأن التأخير للجماعة أفضل، ومعظم الخراسانيين بأن التقديم منفرداً أفضل، وقال جماعة: هو كالتيمم فإن تيقن الجماعة آخر الوقت فالتأخير أفضل، وإن ظن عدمها فالتقديم أفضل، وإن رجاهما فقولان، وينبغي أن يتوسط فيقال إن فحش التأخير فالتقديم أفضل، وإن خف فالتأخير أفضل، وموضع الخلاف إذا اقتصر على صلاة، فأما إذا صلى أول الوقت منفرداً وآخره مع الجماعة فهو النهاية في الفضيلة، وقد جاء به الحديث في صحيح مسلم وغيره. قال صاحب «البيان»: قال أصحابنا: والقولان في التيمم يجريان في مريض عجز عن القيام، ورجاه آخر الوقت، أو رجا العريان السترة آخره، هل الأفضل تقديم الصلاة على حالهما أم التأخير؟ قال ولا يترك الترخيص بالقصر في السفر، وإن علم إقامته آخر الوقت بلا خلاف، قال: قال صاحب (الفروع) إن خاف فوت الجماعة لو أكمل الوضوء فإدراكها أولى من الانحباس لإكمالها، وفي هذا نظر - والله أعلم - الروضة (٢٠٩/١).

ولك أن تبحث عن قوله: «وإن توقعه بظن غالب» فنقول: لِمَ قيده بالظن الغالب، ولم يقتصر على مجرد التوقع فاعلم أن التَّوَقُّع يشمل الظَّنَّ، ومجرد التجويز، فلو لم يقل بظن غالب، لدخل فيه ما إذا تساوى الطرفان عنده، فلم يظن الوجود في آخر الوقت، ولا العدم، وما إذا ظن العدم، وجواز الوجود، ولا جريان للقولين في هاتين<sup>(١)</sup> الحالتين، بل الحكم فيهما أولوية التَّعْجِيلِ لا محالة، وموضع القولين ما إذا تَرَجَّحَ عنده الوجود على العدم، وإن لم يتيقنه، فكذلك قال بظن غالب، وربما وقع في كلام بعضهم نقل القولين فيما إذا لم يظن الوجود، ولا العدم ولا وثوق به، وكأن ذلك القائل أراد بالظن اليقين.

قال الغزالي: الرَّابِعَةُ أَنْ يَكُونَ الْمَاءَ حَاضِرًا كَمَا الْبِشْرُ يَتَنَازَعُ عَلَيْهَا الْوَارِدُونَ، وَعَلِمَ أَنَّ النَّوْبَةَ لَا تَنْتَهِي إِلَيْهِ إِلَّا بَعْدَ الْوَقْتِ، فَقَدْ نَصَّ فِيهِ وَفِي مِثْلِهِ فِي الثَّوْبِ الْوَاحِدِ أَنَّهُ يَصْبِرُ، وَنَصَّ فِي السَّفِينَةِ أَنَّهُ يَصْلِي قَاعِدًا إِذَا ضَاقَ مَحَلُّ الْقِيَامِ وَلَا يَصْبِرُ فَقِيلَ: سَبَبُهُ أَنَّ الْفَعْوَدَ أَهْوَنَ وَلِذَلِكَ جَازَ فِي الثَّقَلِ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى الْقِيَامِ، وَقِيلَ قَوْلَانِ بِالثَّقَلِ وَالتَّخْرِيجِ.

قال الرافعي: إذا زاحمه غيره على الاستيقاء كما إذا انتهوا إلى بشر ولم يمكن الاستيقاء إلا بالمُتَاوَبَةِ إما لاتحاد آلة الاستقاء أو لضيق موضع النَّازِحِ، فإن توقع وصول النوبة إليه قبل خروج الوقت لم يتيمم، فلعله يجد فرصة الوضوء.

وإن علم أنه لا تنتهي النوبة إليه إلا بعد الوقت، فقد حكى عن نص الشافعي - رضي الله عنه - أنه يَصْبِرُ إِلَى أَنْ يَتَوَضَّأَ، وَلَا يَبَالِي بِخُرُوجِ الْوَقْتِ، وَإِنْ حَضَرَ جَمْعٌ مِنَ الْعُرَاةِ، وَلَيْسَ ثَمَّ إِلَّا ثَوْبٌ وَاحِدٌ، يَصْلُونَ فِيهِ عَلَى التَّنَاوُبِ، وَعَلِمَ أَنَّ النَّوْبَةَ لَا تَنْتَهِي إِلَيْهِ إِلَّا بَعْدَ الْوَقْتِ، نَصَّ أَنَّهُ يَصْبِرُ أَيْضًا، وَلَا يَصْلِي عَارِيًّا فِي الْوَقْتِ، وَلَوْ اجْتَمَعُوا فِي سَفِينَةٍ، أَوْ بَيْتِ ضَيْقٍ، وَهَنَّاكَ مَوْضِعٌ وَاحِدٌ يُمْكِنُ فِيهِ الصَّلَاةُ قَائِمًا، نَصَّ أَنَّهُ يَصْلِي فِي الْوَقْتِ قَاعِدًا، وَلَا يَصْبِرُ إِلَى انْتِهَاءِ النَّوْبَةِ إِلَيْهِ بَعْدَ الْوَقْتِ، وَهَذَا يَخَالِفُ النَّصَّ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ الْأُولَيَيْنِ، فَاخْتَلَفَ الْأَصْحَابُ عَلَى طَرِيقَيْنِ:

أظهرهما: وبها قال أبو زيد المرزوي: لا فرق، والمسائل كلها على قولين بالنقل والتخريج.

أظهرهما: أنه يصلي في الوقت بالتيمم، وعارياً وقاعداً، لأن حرمة الوقت لا بد من رِعَايَتِهَا، والقدرة بعد الوقت لا تأثير لها في صلاة الوقت.

والثاني: أنه يصبر لوجود القدرة على الوضوء واللبس والقيام.

(١) في «ب» قياس.

والطريقة الثانية: تقرير النصين، والفرق أن تقرير أمر القعود أسهل من أمر الوضوء واللبس، ولهذا جاز تركه في الثقل مع القدرة على القيام بخلاف التيمم، وكشف العورة لا يحتمل في النقل كما في الفرض، وهذا الفرق حكاه الشيخ أبو محمد عن القفال، قال إمام الحرمين: هذا ضعيف، لأن القيام رُكِّن في صلاة الفرض فمن أين ينفع حظه في صلاة أخرى؟.

وللفارق أن يقول الواجب في نوعي الفرض والنقل أهم من الواجب في أحدهما: فيكون أبعد عن قبول المسامحة، ويتنظم الفرق.

وقال كثيرون من الأصحاب: لا نصّ للشافعي في مسألة البثر لكن نص في المسألتين الأخريين على ما سبق، فمنهم من نقل وخرج، ومنهم من قرر النصين، وفرق بوجهين:

أحدهما: ما سبق.

والثاني: أن للقيام بدلاً ينتقل إليه، وهو القعود، ألا ترى أن قعود المريض كقيام الصحيح، وستر العورة لا بدّل له فوجب الصبر إلى القدرة عليه، وهؤلاء ألحقوا مسألة البثر بمسألة السفينة، وقالوا: لا يصبر، لأن للوضوء بدلاً وهو التيمم، ولك أن تعلم قوله: «فقد نص فيه وفي الثوب» بالواو؛ لأن هؤلاء نفوا أن يكون للشافعي نص في مسألة البثر، وخالفوا ما رواه.

وأعلم أن إمام الحرمين أجرى الخلاف المذكور في هذه المسألة فيما إذا ضاق الوقت ولاح للمسافر<sup>(١)</sup>، ولا عائق، لكن علم أنه لو اشتغل به لفاتته الصلاة، وذكر في «الوسيط» ذلك أيضاً، وهو يقتضي إثبات الخلاف في المرتبة الثانية من مراتب الحالة الثالثة وإن لم يذكر، ثم<sup>(٢)</sup>.

قال الغزالي: قرعان، أحدهما، لو وجد ماء لا يكفي لوضوئه يلزمه (ح) استعمله قبل التيمم على أظهر القولين.

قال الرافعي: إذا وجد الجنب من الماء ما لا يكفي لغسله، أو المحدث ما لا يكفي لوضوئه ففيه قولان:

(١) في ب: للمسافر الماء.

(٢) قال النووي: الأصح من الطريقتين إجراء القولين في الجميع، وأظهرهما يصلي في الوقت بالتيمم وعارياً وقاعداً، ولا إعادة على المذهب، وفي (التهذيب) في وجوب الإعادة قولان - والله أعلم - الروضة (١/٢١٠).

أحدهما: وبه قال أبو حنيفة ومالك واختاره المزني لا يجب استعماله، بل يتيمم كما لو وجد بعض الرُّقْبَةِ لا يجب إعتاقه عن الكفارة، بل يعدل إلى الصوم، وأصحهما أنه يجب استعماله<sup>(١)</sup>، ويتيمم للباقي؛ لأنه قد قدر على غسل بعض أعضائه، فلا يسقط بالعجز عن الباقي فصار كما إذا كان بعض أعضائه جريحاً، والبعض صحيحاً يجب غسل الصحيح، وهذا الثاني قوله الجديد، والأول القديم.

وذكر الشيخ أبو علي<sup>(٢)</sup>، والمسعودي أن له في الجديد قولين:

أحدهما: مثل القديم، ورواية المزني في «المختصر» تدل على ما قاله بأن فرعنا على القول الثاني، وجب استعمال الماء أولاً ليصير فاقداً، ولهذا قال في الأصل يلزمه استعماله قبل التيمم، ثم إن كان محدثاً غسل به وجهه، ثم يديه على الترتيب، إلى أن ينفذ، وإن كان جنباً غسل أي عضو شاء، إذ لا ترتيب في الغسل، والأولى أن يستعمله في أعضاء الوضوء، وفي الرأس، وإنما يجب تقديم استعماله على التيمم إذا وقع الغسل، والتيمم عن طهارة واحدة: أما لو أحدث وأجنب ووجد ما يكفي الوضوء به دون الغسل، وقلنا: الحدث الأصغر لا يدخل في الأكبر، بل يجب الوضوء مع الغسل، فإنه يتوضأ به ويتيمم عن الجنابة ويتخير في التقديم والتأخير.

وإن قلنا: يدخل الأصغر في الأكبر سقط حكمه، وواجهه الغسل، فيجب تقديم استعماله على التيمم على هذا القول، وكل ما ذكرناه فيما إذا كان الموجود يصلح للغسل، فأما إذا كان الشخص محدثاً، ولم يجد إلا ما يصلح للمسح دون الغسل كثلج وبرد لا يدوب، ففيه طريقتان:

أظهرهما: أنه يكفي التيمم هاهنا، لأننا حيث نوجب استعمال الموجود من الماء على المحدث نأمره بتقديمه على التيمم، ولا يمكن تقديم مسح الرأس مع بقاء فرض الوجه، واليدين عليه.

والثاني: أنه على القولين فإن قلنا يجب استعمال الماء الناقص فقد ذكر أبو العباس الجرجاني من أصحابنا أنه يتيمم على الوجه واليدين، ثم يمسح رأسه ببئيل<sup>(٣)</sup> الثلج، ثم يتيمم للرجلين، وهذا كله إذا وجد تراباً يتيمم به، أما إذا وجد المحدث أو الجنب الماء الناقص، ولم يجد ما يتيمم به ففيه طريقتان:

أحدهما: طرد القولين:

(٢) في أبو محمد.

(١) في ب: يجب إعتاقه.

(٣) في ب: بذلك.

وأظهرهما: أنه يجب استعماله لا محالة، لأنه لا بدل ينتقل إليه فصار كالعريان يجد ما يستر به بعض عورته، يلزمه ستر ما يمكن به، بخلاف ما إذا وجد بعض الرقبة في الكفارة ولم يقدر على الصوم والإطعام، لا يؤمر بالإغتاق لأن الكفارات على التراخي، وقد تطرأ القدرة بعد ذلك، فافهم هذه المسائل، واعرف موضع القولين اللذين أطلقهما في الكتاب<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي: **الثاني لو صب الماء في الوقت فتيمم ففي القضاء وجهان: وجهه وجوبه أنه عصى بصبه بخلاف الصب قبل الوقت وبخلاف ما لو تجاوز نهرًا ولم يتوضأ في الوقت.**

قال الرافعي: إذا فوت الماء الذي عنده بالإراقة أو الشرب أو غيرهما، واحتاج لذلك في التيمم، فلا خلاف في أنه يتيمم؛ لأنه فاقد في الحال، وكذلك لو نجسه، ثم ننظر، إن فعل ذلك قبل دخول الوقت وتيمم في الوقت فلا قضاء عليه، سواء فعل ذلك لغرض أو سقها؛ لأنه لا فرض عليه ما لم يدخل الوقت، وإن فعله بعد دخول الوقت، فإن كان له فيه غرض، فكذلك لا قضاء عليه، وذلك مثل أن يتبرّد به، أو يشربه لحاجة العطش، أو يغسل به ثوبه تنظيفاً، وكذلك إذا اشتبه عليه الإناءان، واجتهد ولم يغلب على ظنه شيء فأراقهما، أو جمع بينهما وتيمم، فهو معذور، لأن فيه غرضاً وهو أن لا يكون مصلياً بالتيمم، وعنده ماء طاهر بيقين، وإن فوته لغير غرض، وفائدة تيمم وصلى، فهل يجب عليه القضاء؟ فيه وجهان:

أظهرهما: لا، لأنه فاقد حين يتيمم فيكفيه البدل، كما لو قتل عبده أو أعتقه، وكفر<sup>(٢)</sup> بالصوم يجزئه.

والثاني: نعم؛ لأنه عصى بالصّب، والحالة هذه وسقوط الفرض بالتيمم من قبيل

(١) قال النووي: ولو لم يجد إلا تراباً لا يكفي للوجه واليدين، وجب استعماله على المذهب، وقيل: فيه قولان: ولو لم يجد ماء ووجد ما يشتري به بعض ما يكفي من الماء، ففي وجوبه القولان، فإن لم يجد ماء ولا تراب ففي وجوب شراء بعض ما يكفي من الماء الطريقتان، ولو تيمم ثم رأى مالاً يكفي، فإن احتمل عنده أنه يكفي بطل تيممه، وإن علم بمجرد رؤيته أنه لا يكفي، فعلى القولين في استعماله إن أوجبناه بطل، وإلا فلا، ولو كان عليه نجاسات ووجد ما يغسل بعضها وجب على المذهب، ولو كان جنباً أو محدثاً أو حائضاً، وعلى بدنه نجاسة ووجد ما يكفي أحدهما، تعين للنجاسة فيغسلها، ثم يتيمم فلو تيمم ثم غسلها جاز على الأصح وبقيت لهذه المسألة فروع استقصيتها في شرحي (المهذب) و(التنبيه) - والله أعلم - الروضة (١/٢١٠)، (٢١١).

(٢) في ب: فلم يعتقه.

الرَّخِصِ فلا يُنَاطُ بالمعاصي بخلاف ما إذا كان الصب قبل الوقت، فإنه لا يقضي، وبخلاف ما إذا كان الصب لغرض، فإنه معذور، ولو اجتاز بماء في الوقت ولم يتوضأ، ثم بعد عنه وصلى بالتيمم، فالذي ذكره في الكتاب يشعر بالقطع، بأنه لا قضاء عليه، وكذلك أوردته صاحب «التهديب» وغيره: والفرق أنه لم يصنع شيئاً هاهنا، وإنما امتنع من التَّخْصِيلِ والتَّقْصِيرِ في تفويت الحاصل أشد منه في الامتناع من تحصيل ما ليس بحاصل، ورأيت في كلام الشيخ أبي محمد طرد الوجهين في صورة الاجتياز وهو غريب. ولو وهب الماء في الوقت من غير حاجة ولا<sup>(١)</sup> عطش [للمتعب]<sup>(٢)</sup> أو باعه من غير حاجة إلى ثمنه، ففي صحة البيع والهبة وجهان:

أشبههما: المنع؛ لأن البدل حرام عليه فهو غير مقدور على تسليمه شرعاً.

وثانيهما: الجواز، لأنه مالك نافذ التصرف، والمنع لا يرجع إلى سبب يختص بالعقد فلا يؤثر في فساد العقد. فإن قلنا بصحة البيع والهبة، فحكم قضاء الصلاة على البائع والواهب ما ذكرنا في الصَّب؛ لأنه فوته بإزالة الملك عنه.

وإن قلنا بعدم الصحة فلا يصح تيممه ما دام الماء في يد المُبْتَاعِ، أو الموهوب منه، وعليه الاستزاد إن قدر، فإن لم يقدر وتيمم، قضى وإن تَلَفَ في يده وتيمم ففي القضاء الخلاف المذكور في الإراقة، لأنه إذا تلف بالماء صار فاقداً عند التيمم، ثم إذا أوجبنا القضاء في هذه الصُّورة ففي القدر المقنضي ثلاثة أوجه:

أصحها: أنه يقضي تلك الصلاة الواحدة التي فوت الماء في وقتها.

والثاني: يقضي أغلب ما يؤديه بوضوء واحد.

والثالث: كل صلاة صَلاًها بالتيمم<sup>(٣)</sup> - والله أعلم -.

قال الغزالي: (السَّبَبُ الثَّانِي) أَنْ يَخَافَ عَلَى نَفْسِهِ أَوْ مَالِهِ مِنْ سَبْعٍ أَوْ سَارِقٍ فَلَهُ التَّيْمُمُ وَلَوْ وَهَبَ مِنْهُ الْمَاءُ أَوْ أُعِيرَ مِنْهُ الدَّلْوُ يَلْزَمُهُ الْقَبُولُ بِخِلَافِ مَا إِذَا وَهَبَ (ز) تَمَنَّى الْمَاءَ أَوْ الدَّلْوَ فَإِنَّ الْمَنَّةَ فِيهِ تَثْقُلُ، وَلَوْ بِيَعٍ بَغِينٍ لَمْ يَلْزَمْهُ شِرَاؤُهُ وَيَتَمَنَّى الْمِثْلَ يَلْزَمُ إِلَّا إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ مُسْتَعْرِقٌ أَوْ أَحْتَاجَ إِلَيْهِ لِتَفَقُّةٍ سَفَرِهِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّ تَمَنَّى الْمِثْلَ يُعْرِفُ بِقَدْرِ أُجْرَةِ الثَّقَلِ.

(١) سقط من ط.

(٢) سقط من «ب».

(٣) قال النووي: وإذا وجب القضاء لا يصح في الوقت بالتيمم، بل يؤخره إلى وجود الماء، أو حالة يسقط الفرض فيها بالتيمم. قال أصحابنا وإذا قلنا: لا يصح هبة هذا الماء وتلف في يد الموهوب له، فلا ضمان عليه على المذهب - والله أعلم - الروضة (١/٢١٢).



قال الرافعي: إذا كان لقرنيه ماء، لكنه يخاف من السعي إليه علي نفسه من سبغ، أو عدو أو على ماله المخلف في المنزل، أو الذي معه من غاصب، أو سارق فله التيمم، وهذا الماء كالمعدوم، وكذلك الحكم لو كان في السفينة، ولا ماء معه وخاف على نفسه لو استقى من البحر، والخوف على بعض الأعضاء كالخوف على النفس، ولو خاف الوحدة والانقطاع عن الرقعة لو سعى إلى الماء، فإن كان عليه ضرر وخوف في الانقطاع لم يلزمه السعي إليه ويتيمم، وإن لم يكن ضرر فكذلك على أظهر الوجهين، وإن كان الماء لغيره فوهبه منه، فهل عليه قبوله؟ فيه وجهان المذهب أنه يجب، وهو الذي ذكره في الكتاب؛ لأنه والحالة هذه يعد واجداً للماء، والمسامحة غالباً في الماء فلا تعظم منه في قبوله بخلاف ما لو وهب منه الرقبة لا يلزمه قبول، لأنها ليست في محل المسامحة غالباً.

والثاني: أنه لا يلزمه<sup>(١)</sup> القبول؛ لأنه نوع يكسب للطهارة، فلا يلزمه كما لا يلزمه اكتساب ثمن الماء، ولو أغير منه الدلو، أو الرشاء وجب قبوله؛ لأن الإعارة لا يعظم فيها المنة، والقادر على قبولها لا يعد فاقداً للماء هكذا أطلقه الأكثرون، ومنهم صاحب الكتاب، وفصل بعضهم.

فقال: إن لم تزد قيمة المستعار على ثمن مثل الماء وجب القبول، وإن زادت فلا؛ لأن العارية مضمونة، وقد يتلف فيحتاج إلى غرامة ما فوق ثمن الماء، ولو اقترض الماء وجب قبوله في أصح الوجهين؛ لأنه إنما يطالب عند الوجدان، وحينئذ يهون الخروج عن العهدة، ولو بيع منه الماء وهو لا يملك الثمن، لكنه وهب منه فقد أطلق القول في الكتاب بأنه لا يلزمه قبوله، لأن المنة تثقل فيه كما لا يلزم على العماري قبول الثوب. وحكى بعض الأصحاب فيما إذا وهب الأب من الابن، أو العكس وجهين، كالوجهين فيما إذا بذل الابن لأبيه، أو بالعكس، المال في الحج، هل يلزمه وهل يصير مستطعاً به؟ وهذا حسن لكن الأظهر ثم إنه لا يجب القبول، فيجوز أن يكون إطلاق الجواب ها هنا جرياً على الأظهر، واقتصاراً عليه وهبة آلات الاستقاء، كالذلو والرشاء، كهبة ثمن الماء في الحكم، ولو اقترض منه الثمن فإن كان معسراً لم يلزمه الاستقراض، وإن كان موسراً لكن المال غائب عنه فكذلك في أظهر الوجهين، بخلاف ما إذا استقرض منه الماء، لأن الماء في محل المسامحة، والقدرة عليه عند توجه المطالبة أظهر وأغلب.

ولو بيع منه الماء نسيئةً، وهو موسر، لزمه الشراء على أظهر الوجهين؛ لأن

(١) في أيجب.

الأجل لازم ما هنا، فلا مطالبة قبل الحلول بخلاف صورة الإقراض، ولو ملك الثمن فكان حاضراً عنده، لكنه كان محتاجاً إليه لدين مستغرق في ذمته أو لنفقته أو نفقة رقيقه، أو حيوان محترم معه، أو لسائر مؤنات سفره في ذهابه، وإيابه، فلا يجب عليه الشراء، ويعذر في الصّرف إلى هذه الوجوه، وإن فضل عن حاجته لزمه الشراء، إن بيع بثمن المثل، لأنه قادر على استعمال الماء، ويصرف إليه أي نوع من المال كان معه، وإن بيع بغيره لا يلزمه الشراء، كما لو كان يتلف شيء من ماله لو سعى إلى الماء المباح، وظاهر كلامه في الكتاب وعليه الأكثر أن لا فرق بين أن يكون الغبن بقدر قليل، أو كثير. ومنهم من قال: إن بيع بزيادة يتعابن الناس بمثلها وجب الشراء، ولا عبرة بتلك الزيادة، وإذا كان البيع نسيئةً وزيد بسبب التأجيل ما يليق به فهو بيع بثمن المثل على أظهر الوجهين، وإن زاد المبلغ على ثمن مثله نقداً فيجب الشراء على قولنا: يجب الشراء بالنسيئة. وكيف يعتبر ثمن مثل الماء وما معناه؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: ثمن مثله قدر أجرة ثقله إلى الموضع الذي فيه الشخص، لأنه لا يرغب في الماء بأكثر منه، وعلى هذا فالأجرة تختلف باختلاف المسافة طولاً وقصراً، فيجوز أن يعتبر الوسط المقصد، ويجوز أن يعتبر الحد الذي يسعى إليه المسافر عند تيقن الماء، فإن ذلك الحد لو لم يقدر على السعي إليه بنفسه، واحتاج إلى بذل الأجرة لم ينقل الماء منه إليه، يلزمه البذل إذا كان واجداً لها.

وثانيها: أنه يعتبر ثمن مثله في ذلك الموضع في غالب الأوقات، ولا يعتبر ذلك الوقت بخصوصه، فإن الشربة الواحدة عند العزة يرغب فيها بدنانير كثيرة.

وثالثها: أنه يعتبر ثمن مثله في ذلك الموضع في تلك الحالة، فإن لكل شيء سوقاً يرتفع وينخفض، وثمر مثل الشيء ما يليق به في تلك الحالة، ألا ترى أن الرقبة وإن كانت غالية بالإضافة إلى عموم الأحوال يجب شراؤها بما يرغب فيها في تلك الحالة، وهذا الوجه هو الأظهر عند الأكثرين من الأصحاب.

والوجه الثاني: منقول عن أبي إسحاق، واختاره القاضي الزوياني، ولم أر أحداً اختار الوجه الأول سوى صاحب الكتاب، ومن تابعه. وقد ذكر إمام الحرمين إن ذلك الوجه مبني على أن الماء لا يملك، فإنه إذا لم يملك لم يكن له ثمن، فاعتبر أجرة النقل. وأشار المسعودي إلى هذا البناء أيضاً، ومعلوم أن القول بأن الماء لا يملك وجه ضعيف في المذهب، فليكن كذلك ما هو مبني عليه.

وإدعى في «الوسيط» أن الوجه الذي اختاره غير مبني على ذلك الوجه، حيث قال: أحدها أن ثمن مثله أجرة نقل الماء فيه تعرف الرغبة في الماء، وإن كان مملوكاً

على الأصح يعني: أنه وإن كان مملوكاً فالقدر الذي يرغب به فيه أجره النقل.

وللاكثرين: أن يقولوا إن ادعت أن هذا القدر هو الذي يرغب به في الماء حيث يكثر الماء في البلاد، وغيرها، فهذا مسلم، لكن الماء والحالة هذه لا يشتري إنما ينقل وإن ادعت أنه القدر الذي يرغب به في الماء حيث يحتاج إلى الشراء فممنوع، ولو بيع منه آلات الاستيقاء كالدلو والرشاء بثمان المثل وجب شراؤهما، إذا كان فاقداً لها، وكذلك لو أوجرت بأجرة مثلها، فإن باعها مالکها أو أجرها بزيادة لم يجب تحصيلها، هكذا ذكره ولو قال قائل: يجب التحصيل ما لم تتجاوز الزيادة ثمن مثل الماء لكان محسناً؛ لأن الآلة المشتراة تبقى له، وقدر ثمن الماء محتمل التلف في هذه الجهة ولو لم يجد إلا ثوباً وقدر على شده في الدلو ليستقى لزمه ذلك: ولو لم يكن دلو وأمكن إدلاؤه في البئر لبيتل ويعصر منه ما يتوضأ به لزمه ذلك، ولو لم يصل إلى الماء وأمكن شقه وشد البعض في البعض ليصل وجب: وهذا كله إذا لم يدخل نقصان أو لم يزد نقصاً به على أكثر الأمرين من ثمن مثل الماء وأجرة مثل الحبل.

قال الغزالي: (الثالث) أن يحتاج إلى الماء لعطشه في الحال أو توقعه في المال أو لعطش رقيقه أو عطش حيوانٍ محترم، فله التيمم وإن مات صاحب الماء ورفقاؤه عطشوا يعموه وعزموا للورثة الثمن فإن المثل لا يكون له قيمة غالباً، ولو أوصى بمائة لأولى الناس به فحضر جنب وحائض وميت فالميت أولى لأنه آخر عهديه ومن عليه نجاسة أولى من الجنب إذ لا بدل له، وفيه مع الميت وجهان، والجنب أولى من المحدث إلا إذا كان الماء قدر الوضوء فقط، فإن انتهى هؤلاء إلى ماء مباح واستوتوا في إثبات اليد فالمملك لهم، وكل واحد أولى بمملك نفسه وإن كان حدث غيره أغلظ.

قال الرافعي: في الفصل مسائل:

إحداها: لو قدر على ماء مملوك أو غير مملوك لكنه احتاج إليه لعطشه فله التيمم، دفعا لما يلحقه من الضرر، ولو توضأ والقول فيما يلحقه لو توضأ ولم يشرب يقاس بما سيأتي في المرض المبيح للتيمم.

ولو احتاج إليه رقيق له أو حيوان آخر محترم للعطش دفعه إليه، إما مجاناً أو بعوض، وتيمم، وللعطشان أخذه منه قهراً لو لم يبذله له، وغير المحترم من الحيوان هو الحزبي والمرتد والخنزير والكلب العقور وسائر الفواسق الخمس وما في معناها، وكان والدي - رحمه الله - يقول: ينبغي أن يقال: لو قدر على التطهر وجمعه في ظرفٍ ليشربه لزم ذلك، ولم يجز التيمم، وما ذكره يجيء وجهاً في المذهب، لأن أبا علي الزجاجي، وأقضى القضاة المارودي، وآخرين، ذكروا في كتبهم أن من معه ماء طاهر

وآخر نجس وهو عطشان يشرب التُّجس، ويتوضأ بالطاهر<sup>(١)</sup> وإذا أمر بشرب التُّجس ليتوضأ بالطاهر فأولى أن يؤمر بالوضوء وشرب المستعمل، وهل يفترق الحال بين أن تكون هذه الحالة<sup>(٢)</sup> ناجزة، أو متوقعة في المآل؟.

أما في عطش نفسه فلا فرق، بل توقعه مآلاً لإعواز غير ذلك الماء طاهراً لحصوله حالاً. وأما في عطش الزفيق والبهيمة فقد أبدى فيه إمام الحرمين تردداً فيه، وتابعه عليه في «الوسيط»، والظاهر الذي اتفق عليه المعظم بأنه يتزود لرفيقه ويتيمم، كما يفعل ذلك لنفسه، إذ لا فرق بين الزوجين في الحرمة.

**الثانية:** قال الشافعي - رضي الله عنه -: «إذا مات رجل له ماء ورفاقه يخافون العطش شربوه، ويئموه وأدوا ثمنه في ميراثه، وإنما جاز لهم شربه وإن كان فيه تفويت غسل الميت عليه، لأنهم يخافون على مهجهم، وليس للشرب بدل، وللطهارة بدل وهو التيمم وأما قوله: «وأدوا ثمنه في ميراثه» فقد تكلموا في المراد بالثمن، منهم من قال: أراد بالثمن المثل؛ لأن الماء مثل، والمثليات تُضْمَنُ بالمثل دون القيمة، ومنهم من قال: أراد به القيمة، وإنما وجبت القيمة هاهنا؛ لأن المسألة مفروضة فيما إذا كانوا في مَفَازَةٍ عند الشرب، ثم رجعوا إلى بلدهم<sup>(٣)</sup>، ولا قيمة للماء بها، فلو أدوا الماء<sup>(٤)</sup> لكان ذلك إحباطاً لحقوق الوَرَثة، فيغرمون قيمة يوم الإلتلاف في موضعه: وهذا الثاني هو الذي ذكره في الكتاب، وينبغي أن يعلم لفظ الثمن. في قوله: «وغرموا للورثة الثمن» بالواو؛ لأنه أراد به القيمة، حيث علل فقال: «فإن المثل لا يَكُونُ له قيمة غالباً»، ولو أنه لم يعلل لما انتظم إعلامه بالواو؛ لأن من أوجب المثل جوز تسميته بالثمن أيضاً، ألا تراهم اختلفوا في مراد الشافعي - رضي الله عنه - بلفظ الثمن.

**الثالثة:** إذا أوصى بمائة لأولى الناس به، أو لكل<sup>(٥)</sup> رجلاً يصرف مائه إلى أولى الناس به، وحضر محتاجون إلى ذلك الماء كالجُنُبِ والحائض والميت ومن على بَدَنِهِ نَجَاسَةٌ فمن يقدم منهم؟ أعلم أن الميت ومن على بدنه نجاسة أولى من غيرهما. أما الميت فلمعنيين.

(١) قال النووي: ذكر الشاشي كلام الماوردي هذا ثم أنكروه واختار أنه يشرب الطاهر ويتيمم، وهذا هو الصحيح، وهذا الخلاف فيما بعد دخول الوقت، أما قبله فيشرب الطاهر بلا خلاف، صرح به الماوردي وغيره، قال المتولي: ولولا كان يرجو وجود الماء في غد، ولا يتحققه، فهل له التزود؟ وجهان الأصح: جوازه - والله أعلم - الروضة (١/٢١٤).

(٢) في ب: الحالة.

(٣) في ب: بلدانهم.

(٤) في ب: فلو ردوا قبل الماء.

(٥) في ب: أو وكل.

أحدهما: قال الشافعي - رضي الله عنه - إن أمره يفوت فليختم بأكمل الطهارتين، والأحياء يقدرون عليه في ثاني الحال.

والثاني: قال بعض الأصحاب: المقصد من غسل الميت تنظيفه وتكميل حاله، والتراب لا يفيد ذلك، وغرض الحي استحابة الصلاة وإسقاط الفرض عن الذمّة، وهذا الغرض يحصل بالتيمم حصوله بالغسل: وأما من على بدنه نجاسة فلأن إزالة النجاسة لا بدل لها، وللطهارات بدل وهو التيمم، وإذا اجتمعا فمن المقدم منهما؟ فيه وجهان:

أصحهما: أن الميت أولى.

قال المحاملي<sup>(١)</sup> من أئمة العراق والصيدلاني من غيرهم، الوجهان مبنيان على المعنيين في الميّت، إن قلنا بالتعليل الأول فالميت أولى، وإن قلنا بالتعليل الثاني فالنجس أولى، لأن فرضه لا يسقط بالتيمم، بخلاف غسل الميت ولا خلاف أنه إذا كان على بدن الميت نجاسة فهو أولى، ولا يشترط في استحقات الميت أن يكون له ثم وارث يقبل عنه، كما لو تطوّع إنسان بتكفين ميت ولا حاجة إلى قابل، وفي المسألة وجه ضعيف. وإن اجتمع ميتان والماء لا يكفي إلا لأحدهما، فإن كان الماء موجوداً قبل موتها وماتا على الترتيب فالأول أولى، وإن ماتا معاً أو وجد الماء بعد موتها فأفضلهما أولى، فإن استويا أقرع بينهما هذا كلامنا في الميّت ومن عليه نجاسة. أما غيرهما ففي الحائض مع الجنب ثلاثة أوجه:

أصحها: الحائض أولى؛ لأن حدثها أغلظ ألا يرى أن الحيض يحرم الوطء ويسقط إيجاب الصلاة.

والثاني: الجنب أولى؛ لأنه أحق بالاعتسال، فإن الصّحابة اختلفوا في تيمم الجنب، ولم يختلفوا في تيمم الحائض.

والثالث: هما سواء لتعارض المعنيين، وعلى هذا إن طلب أحدهما القسمة، والآخر القرعة فالقرعة أولى في أظهر الوجهين، والقسمة في الثاني، هذا إن أوجبنا

(١) أبو الحسن أحمد بن محمد بن أحمد بن القاسم بن إسماعيل الضبي بضاد معجمة، البغدادي، المعروف بالمحاملي، ويعرف أيضاً بابن المحاملي، وكذلك أباه وأجداده يعرفون بالمحاملين، وبأولاد المحاملي، لأن بعض أجدادهم كان ببغداد يبيع المحامل التي يركب فيها في الأسفار، تفقه على الشيخ أبي حامد، ويرع حتى قال في حقه (إنه اليوم أحفظ مني للفقّه) توفي يوم الأربعاء لتسع بقين من شهر ربيع الآخر سنة خمس عشرة وأربعمائة، عن نحو سبع وأربعين سنة، فإن ولايته في سنة ثمان وستين وثلثمائة راجع ترجمته في: العبر (١١٩/٣) تاريخ بغداد (٣٧٢/٤) طبقات الأسنوي (١٠٢٣).

استعمال الماء الناقص، وإلا تعيّنت القُرْعَة وإن اتفقا على القِسْمَة جاز إن قلنا: يجب استعمال الماء الناقص، وإلا لم يجز فإنه تضييع، وإذا حضر جنب ومحدث نظر، إن كان ذلك الماء كافياً للوضوء دون الغسل، فالمحدث أولى إن لم توجب استعمال الماء الناقص، وإن أوجبناه فثلاثة أوجه:

أصحها: أن المحدث أولى أيضاً؛ لأنه يرتفع حده بكماله.

والثاني: الجنب أولى لغلظ حده.

والثالث: يتساويان وتفرّعه على ما سبق، وإن لم يكن ذلك كافياً لواحد منهما فالجنب أولى إن أوجبنا استعمال الماء الناقص لغلظ حده، وإلا فهو كالمعلوم وإن كان كافياً لكل واحد منهما، فننظر إن فضل شيء من الوضوء به ولم يفضل من الغسل فالجنب أولى إن لم توجب استعمال الناقص، لأنه لو استعمله المحدث لضاع الباقي<sup>(١)</sup>، وإن أوجبنا استعمال الناقص فثلاثة أوجه:

أصحها: أن الجنب أولى أيضاً؛ لغلظ حده.

والثاني: المحدث أولى بقدر الوضوء، والباقي للجنب مراعاة الجانبين.

والثالث: أنهما سواء، وإن فضل من كل واحد منهما شيء، أو لم يفضل من واحد منهما، فالجنب أولى لا محالة، وإن كان الماء الموجود كافياً للغسل دون الوضوء، ويتصور ذلك بأن يكون الجنب نضواً لخلقه، فقيد الأعضاء والمحدث صخماً عظيم الأعضاء، فالجنب أولى أيضاً؛ لأننا إن لم نوجب استعمال الماء الناقص فالمحدث لا ينتفع به، وإن أوجبناه فحدث الجنب أغلظ: وإذا عرفت ما ذكرنا تبين لك أن أحوال المسألة أربع:

أن يكون الماء كافياً للوضوء دون الغسل؛ وأن يكون كافياً لكل واحد منهما؛ وأن لا يكون كافياً لواحد منهما؛ وأن يكون كافياً للغسل دون الوضوء، والظاهر تقديم المحدث في الحالة الأولى وتقديم الجنب فيما عداها، فلذلك قال: والجنب أولى من المحدث إلا أن يكون الماء قدر الوضوء فقط، وليكن المستثنى والمستثنى منه من هذا اللفظ معلماً بالواو، لما حكيناه من التفصيل والخلاف.

وقوله: «قدر الوضوء فقط» إن كان المراد أنه قدر الوضوء دون الغسل فحسن، وإن كان المراد أنه لا يزيد على قدر الوضوء فهذا ليس بشرط في تصوير الحالة الأولى، بل إذا لم يكن كافياً للغسل وكان كافياً للوضوء فالمحدث أولى، سواء زاد

(١) في ب: الثاني.

على قدر الوضوء أو لم يزد عليه، فهذا شرح مسألة الوصية .

واعلم أنه إن عَيَّن المكان فقال: اصرفوا هذا الماء إلى أولى الناس به في هذه المَفَاذَةِ، فالحكم على ما ذكرنا، ولو لم يعين بل قال: اصرفوا إلى أولى الناس به واقتصر عليه، فينبغي أن يبحث عن المُخْتَاَجِينَ في غير ذلك المكان، ألا يرى أنه لو أوصى لأعلم الناس لا يختص بأهل ذلك الموضوع إلا أن حفظ الماء ونقله إلى مفازة أخرى، كالمستبعد والله أعلم .

ولو انتهى هؤلاء المُخْتَاَجُونَ إلى مَاءٍ مُبَاحٍ واستووا في إِحْرَازِهِ وإِثْبَاتِ اليد عليه ملكوه على السَّوَاءِ لاستوائهم في سبب المَلِكِ، وكل واحد أَحَقُّ بملك نفسه من غيره، وإن كان ذلك الغير أحوج إلى الماء، وكان حدثه أغلظ، بل لا يجوز لكل واحد أن يبذل ما ملكه لغيره، وإن كان ناقصاً إلا إذا قلنا: لا يجب استعمال الماء الناقص عن قدر الكفاية . هذا ما أورده صاحب الكتاب، وذكره إمام الحرمين، وأورد أكثر الأصحاب هذه الصورة، وقالوا: يقدم فيها الأوج فالأوج كما في مسألة الوصية، ولا مُنَافَاة بين الكلامين؛ لأن هؤلاء أرادوا التقديم على سبيل الاستحباب، وكأنهم يقولون: مجرد الانتهاء إلى الماء المباح لا يقتضي المَلِكِ، وإنما يثبت<sup>(١)</sup> الملك بالاستيلاء، والإحراز فيستحب لغير الأوج ترك الإحراز والاستيلاء إيثاراً للأوج، وهؤلاء [لا]<sup>(٢)</sup> يسلمون أنهم لو لم يفعلوا ذلك واستولوا عليه وازدحموا كان الأمر على ما ذكره إمام الحرمين، لكن يمكن أن ينازع هو فيما ذكره من الأَسْتِحْبَابِ، ويقول: إنه متمكن من الطهارة بالماء، فلا يجوز له العدول إلى التيمم كما لو ملكه لا يجوز له بذله لغيره .

قال الغزالي: (الرابع) العَجْزُ بِسَبَبِ الجَهْلِ كَمَا إِذَا نَسِيَ المَاءَ فِي رَحْلِهِ فَتَيَمَّمَ (ح) قَضَى الصَّلَاةَ عَلَى الجَدِيدِ، وَلَوْ أَدْرَجَ فِي رَحْلِهِ وَلَمْ يَشْعُرْ بِهِ لَمْ يَقْضِ عَلَى الصَّحِيحِ إِذْ لَا تَفْرِيطَ، وَلَوْ أَضَلَّ المَاءَ فِي رَحْلِهِ فَلَمْ يَجِدْهُ مَعَ الإِنْعَانِ فِي الطَّلَبِ فَبِي القَضَاءِ قَوْلَانِ كَمَنْ أَخْطَأَ القِبْلَةَ، وَلَوْ أَضَلَّ رَحْلَهُ فِي الرِّحَالِ فَقَوْلَانِ، وَالأَوَّلَى سَقُوطُ القَضَاءِ؛ لِأَنَّ المُخَيَّمَ أَوْسَعُ مِنَ الرَّحْلِ .

قال الرافعي: لك أن تقول: الكلام هاهنا في أسباب العَجْزِ المبيح للتيمم، والسبب المبيح هاهنا إنما هو أَلْفَقْدُ في ظَنِّهِ إِلاَّ أَنَّهُ تَبَيَّنَ بَعْدَ ذَلِكَ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ فاقداً، ولا شك في أن الأسباب المبيحة يكفي فيها الظن، ولا يعتبر التَّعَيُّنُ، وإذا كان كذلك فليس

(١) سقط في ب .

(٢) سقط في ط .

هذا سبباً خارجاً عما تقدم، وأما الكلام في أنه هل يقضي الصلاة إذا تبين أنه غير فاقده ذلك شيء آخر وراء جواز التيمم، واللائقُ ذكره في أحد موضعين، إما آخر سبب الفقد، وإما الفصل المعقود فيما يقضى من الصلوات المختلفة<sup>(١)</sup> ثم ذكر في هذا الفصل مسائل:

**إحداها:** لو نسي الماء في رَحْلِهِ، فتيمم على ظن أنه لا ماء عنده، ثم تبين الحال فهل يلزمه قضاء الصلاة التي أداها به؟ نص في «المختصر» على وجوب الإعادة.

وعن أبي ثور قال: سألت أبا عبد الله عنها، فقال: لا إعادة عليه.

واختلف الأصحاب على طريقتين:

**أظهرهما:** وهو المذكور في الكتاب أن في المسألة قولين:

**الجديد الصحيح:** وجوب الإعادة، وبه قال أحمد؛ لأن مثل هذا الشخص إما أن يكون واجداً للماء، أو لا يكون، إن كان واجداً فقد فات شرط التيمم، وهو أن لا يجد، وإن لم يكن واجداً فسيبه تقصيره، فتجب الإعادة كما لو نسي ستر العورة، أو غسل بعض أعضاء الطهارة.

**والقديم:** أنه لا تجب الإعادة؛ لأن النسيان عذر حال بينه وبين الماء، فيسقط فرضه بالتيمم، كما لو حال بينهما سَبْعٌ وشبهوا هذا القول القديم في نسيان الترتيب في الوضوء ونسيان الفاتحة، وعن مالك روايتان كالقولين، وعند أبي حنيفة لا إعادة.

**والطريقة الثانية:** القطع بوجوب الإعادة، وتأويل ما نقله أبو ثور يحمل أبي عبد الله على مالك، أو تنزيل ما نقله على المسألة الثانية التي نذكرها.

ولو علم المسافر أن في موضع نزوله بئراً فنسيها، وتيمم، وصلى، ثم تذكر، فعلى الطريقتين: ولو كان الماء يباع فنسي الثمن، وتيمم وصلى، ثم تذكر قال القاضي أبو قاسم بن كج: يحتمل أن يكون مثل نسيان الماء، ويحتمل غيره، والأول أظهر.

**المسألة الثانية:** لو أدرج الماء في رَحْلِهِ من غير شعوره به، فتيمم على اعتقاد أن لا ماء عنده، وصلى ثم تبين الحال، ففي المسألة طريقتان:

**إحداهما:** طرد قول النسيان<sup>(٢)</sup> فيه، لكن الأصح هاهنا نفي الإعادة.

(١) قال النووي: بل له هنا وجه ظاهر، فإن من جملة صورته، إذا أضل راحلته أو ماءه، فهذا من وجه كالواجد، فيتوهم أنه لا يجوز له التيمم، ومن وجه عادم، فلهذا ذكره الغزالي في (الأسباب المبيحة) للإقدام على التيمم - والله أعلم - الروضة (١/٢١٦).

(٢) في ب: طريقتان هاهنا بخلاف صورة النسيان.



والثانية: القَطْعُ بنفي الإعادة لعدم التقصير هاهنا بخلاف صورة النسيان، فإنه كان عالماً بالماء ثم ذهل عنه.

ولو تبين أن بقره بترأ، ولم يكن علم بها أصلاً فهو نظير هذه الصورة.

وقوله في الكتاب: «لم يقض على الصحيح» يجوز أن يكون اختياراً للطريقة الثانية، والمعنى على الصحيح من الطّريقين، ويجوز أن<sup>(١)</sup> يكون جواباً على الطريقة الأولى، والمعنى الصحيح من القولين، وطريقة القولين أظهر عند علماء الأصحاب.

الثالثة: لو كان في رَحْلِهِ ماء فاضله: فتميم ثم وجده نظر، إن لم يمعن في الطلب فعليه القضاء لتقصيره، وإن أمعن حتّى غلب على ظنه فقد الماء فقولان:

أحدهما: أنه لا إعادة عليه، لأنه لم يفرط في البحث، والطلب، فيعذر.

وأظهرهما: تجب الإعادة؛ لأنه عذر نادر لا يدوم، وإنما يسقط القضاء بالأعذار العامة، والنادرة التي تتصل وتدوم.

قال الأئمة: والقولان مُخَرَّجَانِ على القولين فيمن اجتهد في القِبْلَةِ، وصلّى ثم تيقن الخطأ، ولذلك يقول بعضهم في المسألة وجهان.

الرابعة: لو أضلّ رحله في الرحال بسبب ظلمة أو غيرها، فإن لم يمعن في الطّلب وجبت الإعادة ولا محالة، وإن أمعن فطريقان:

أحدهما: أنه على القولين في إضلال الماء في الرحل.

والثاني: القَطْعُ بنفي الإعادة والفرق من وجهين<sup>(٢)</sup>:

أحدهما: ما ذكر في الكتاب أن مُخَيِّمَ الرِّفْقَةِ أوسع من الرُّحْلِ ورحله أضبط للماء من المخيم للرحل، وإذا كان كذلك كان أبعد عن التقصير هاهنا.

والثاني: أن من صلّى في رحله وفيه ماء فقد صلى بالتيمّم على الماء، ومن صلّى وقد أضلّ رحله فقد صلّى وليس معه ماء. ومنهم من يحكي في المسألة وجهين كما ذكرنا في الصورة السابقة. وعن الحلّيمي<sup>(٣)</sup> وجه ثالث أنه لو وجده قريباً منه فيعيد، ولو وجده بعيداً فلا.

(١) سقط في (ب).

(٢) سقط في ب.

(٣) أبو عبد الله، الحسين بن الحسن بن محمد بن حليم، بحاء مهملة مفتوحة ولام المعروف (بالحلّيمي). أستاذه: القفال الشاشي والأودني، وقال في (النهاية) كان الحلّيمي عظيم القدر، لا يحيط بكنهه علمه إلا غواص، ولد ببخارى، وقيل بجرجان سنة ثمان وثلاثين وثلاثمائة، ومات سنة ثلاث وأربعمائة، وقيل بجمادى، وقيل في ربيع الأول. ومن مصنفاته (شعب الإيمان) كتاب جليل جمع أحكاماً كثيرة ومعاني غريبة، راجع ترجمته في: طبقات العبادي ص/١٠٥ انظر طبقات الأسنوي (٣٦٤).

وظاهر المذهب نفي الإعادة مطلقاً، ولا ينبغي أن يفهم ذلك من قوله في الكتاب: «وأولى بسقوط القضاء» فإنهم إذا رتبوا صورة على صورة في الخلاف ثم قالوا: وأولى بكذا، لا يغيثون به سوى رُجْحَان ما وصفوه بالأولوية بالإضافة إليه في الصورة المرتب عليها، ولا يلزم من كون التفي أو الإثباب في صورة أرجح منه في صورة أخرى كونه أرجح على مقابله، نعم إذا قيل أولى الوجهين كذا فقضيته رجحان ذلك الوجه كما إذا قيل الأظهر أو الأصح كذا.

قال الغزالي: (الْحَامِسُ) الْمَرَضُ الَّذِي يَخَافُ مِنَ الْوُضُوءِ مَعَهُ قُوَّةُ الرُّوحِ أَوْ قُوَّةُ عَضْوٍ أَوْ مَنَفَعَةٍ أَوْ مَرَضاً مَخَوْفاً، وَكَذَا إِنْ لَمْ يَخَفْ إِلَّا شِدَّةَ الضَّنَى وَيَطْءُ الْبُرِّءِ أَوْ بَقَاءَ شَيْنٍ عَلَى عَضْوٍ ظَاهِرٍ عَلَى أَقْيَسِ الْوَجْهَيْنِ، فَإِنَّ كُلَّ ذَلِكَ صَرَرٌ ظَاهِرٌ، وَإِنْ كَانَ يَتَأَلَّمُ فِي الْحَالِ وَلَا يَخَافُ عَاقِبَةَ لَزَمَهُ الْوُضُوءُ.

قال الرافعي: المرض مبيح للتيمم في الجملة، قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضَى أَوْ عَلَى سَفَرٍ...﴾ إلى قوله: ﴿فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا﴾<sup>(١)</sup> نقل عن ابن عباس أن المعنى وإن كنتم مرضى فتيمّموا<sup>(٢)</sup>، وإن كنتم على سفر فلم تجدوا ماء فتيمّموا<sup>(٣)</sup>. ثم هو على ثلاثة أقسام:

**أولها:** المرض الذي يخاف من الوضوء معه قُوَّةُ الرُّوحِ، أو قُوَّةُ عَضْوٍ أو قُوَّةُ منفعة عضو فيبيح التيمم نقل عن ابن عباس في تفسير الآية إذا كان بالرجل جراحة في سبيل الله، أو قُروح أو جُدري فيُجَنَّب ويخاف أن يغتسل فيموت يتيمم بالصَّعِيدِ<sup>(٤)</sup> وألحق بهذا النوع ما إذا خاف مرضاً مخوفاً، وكذا لو كان به مرض لا يخاف من استِعْمَالِ الماء معه التَّلَفُ، لكن يخاف من استعمال الماء معه حدوث المرض المخوف. وينبغي أن يعلم قوله: «أو مرضاً مخوفاً» بالواو؛ لأن إمام الحرمين حكى فيه عن العراقيين طريقتين:

(١) سورة المائدة، الآية ٦.

(٢) قال الحافظ ابن حجر: لم أجده هكذا، وروى الدارقطني من طريق عطاء بن السائب عن سعيد عن ابن عباس: رخص للمريض التيمم بالصعيد قال: ورواه علي بن عاصم عن عطاء مرفوعاً، والصواب وقفه، وقال أبو زرعة وأبو حاتم: أخطأ فيه علي بن عاصم انظر التلخيص (١/١٤٦).

(٣) سقط في «ب».

(٤) قال الحافظ أخرجه الدارقطني أيضاً من طريق عطاء بن السائب عن سعيد، عن ابن عباس في قوله: «وإن كنتم مرضى أو على سفر» قال: إذا كانت بالرجل الجراحة في سبيل الله والقروح والجُدري فيجنب فيخاف أن يموت إن اغتسل تيمم، وأخرجه البزار، وابن خزيمة، والحاكم والبيهقي من طريقه مرفوعاً، وقال البزار: لا نعلم رفعه عن عطاء بن الثقات إلا جريئاً، وذكر ابن عدي عن ابن معين. أن جريئاً سمع من عطاء بعد الاختلاط. انظر التلخيص (١/١٤٦).

أحدهما: القَطْعُ بجواز التيمم.

والثاني: أن فيه قولين، وقد توجه المنع بالقدرة على استعمال الماء، وقصور الضرر فيه عما تقدم من المضار، فظاهر المذهب القطع بالجواز، لأنه إذا خاف المريض الذي يخاف منه التلّف فقد خاف التلّف، وهذا قضية كلامه في «المختصر»، وهو الذي ذكره المسعودي وغيره في الشروح: على أن في تشبيه الإمام الطريقتين في هذه الصورة شبهة قوية فإن الذي يلغي في كتبهم حكاية الطريقتين في صورة بَطْءِ البُرءِ وأخواتها كما سيأتي، لا في هذه الصورة بل الذي يدل عليه كلامهم تجويز التيمم هاهنا من غير تردّد، والله أعلم.

وثانيها: المرض الذي يخاف من استعمال الماء معه شدة الضنى أو زيادة العلة أو بطء البرء وبقاء الشين القبيح، ولنفصل هذه الصور وأحكامها: أما زيادة العلة وبطء البرء فقد حكوا فيهما ثلاثة طرق:

أظهرها: أن في جواز التيمم للخوف منها قولين:

أحدهما: المنع؛ لأن إباحة التيمم لمريض مأخوذة من الآية وقد روينا عن تفسير ابن عباس اعتبار خوف التلّف فيه.

وأظهرهما: الجواز، وبه قال مالك وأبو حنيفة، لأننا لا نوجب شراء الماء بأكثر من ثَمَنِ المِثْل لما فيه من الضرر، ومعلوم أن الضرر هاهنا أشد؛ ولأن ترك الصوم وترك القيام في الصلاة لا يعتبر فيه خوف التلّف، بل يلغى فيه هذا النوع من المرض فكذلك هاهنا.

والطريق الثاني: القطع بالجواز وتأويل قول المنع على ما إذا لم يلحقه إلا مُجَرَّد الألم والمشقة.

والثالث: القطع بالمنع وتأويل الجواز على ما إذا كان المخوف التلّف.

فإن قلت: وما الفرق بين زيادة العلة وبطء البرء؟

فالجواب أن المراد من زيادة العلة إفراط الألم وكثرة المقدار وإن لم تمتد المدة، ومن بَطْءِ البرء امتداد المدة وإن لم يزد القدر ثم قد يجتمع الأمران، وأما شدة الضنى ففي جواز التيمم بها الطريقتان الأوليان، والظاهر عود الطريقة الثالثة أيضاً، والمراد من الضنى المرض المُدْنَف الذي يجعله ضمناً، وكأنه نوع من المرض خاص.

وأما إذا خاف من استعمال الماء بقاء الشين على بدنه فننظر إن خاف شيئاً قبيحاً على عضو ظاهر كالسواد الكثير في الوجه ففيه ثلاث طرق أيضاً:

أحدها: الجزم بالجواز، لأنه يشوّه الخلقة ويدوم ضرره فأشبهه تلف العضو ويحكى ذلك عن ابن سريج والإصطخري.

والثاني: الجزم بالمنع إذ ليس فيه بطلان عضو ولا منفعته وإنما هو فوات جمال،

والثالث: أنه على القولين المقدمين، وإن خاف شيئاً يسيراً كأثر الجُدري والسَّوَادِ القليل فلا عبرة به، وكذلك لو خاف شيئاً قبيحاً على غير الأعضاء الظاهرة، والمراد من الظاهر ما يبدو عند المهنة غالباً كالوجه واليدين.

وأما تعبيره عن الخلاف في هذه المسائل بالوجهين فإنما أتبع فيه إمام الحرمين، والمشهور في طرق الأصحاب أن فيها قولين على طريقة إثبات الخلاف كما حكيناه.

وثالثها: المرض الذي لا يخاف من استعمال الماء معه محظوراً في العاقبة، فلا يرخص في التيمم وإن كان يتألم في الحال لجراحة أو حرّاً أو بَرِّد، لأنه واجد للماء، قادر على استعماله من غير ضرر شديد.

واعلم أن المرض المرخص لا يفترق الحال فيه بين أن يعرف كونه بحيث يرخص بنفسه، وبين أن يخبره طبيب حاذق بشرط كونه مسلماً بالغاً عدلاً، وفي وجه يقبل في ذلك خبر الصبي المراهق والفاستق أيضاً، ولا فرق بين الحرِّ والعَبْد، والذكر والأنثى؛ لأن طريقة الخبر وأخبارهم مقبولة ولا يشترط فيه العدد. وحكى أبو عاصم العبادي<sup>(١)</sup> فيه وجهين، وهذا كله فيما إذا منعت العلة استعمال الماء أصلاً لعموم العذر جميع موضع الطهارة وضوءاً كان أو غسلًا، فإن تمكّنت العلة من بعض أعضاء الطهارة دون بعض غسل الصحيح بقدر الإمكان، وما الذي يفعل العليل؟ نذكره بعد هذا<sup>(٢)</sup> واللّه أعلم.

قال الغزالي: (السَّادِسُ) إِلْقَاءُ الْجَبِيْرَةِ بِأَنْخِلَاجِ الْعَضْوِ فَيَجِبُ غُسْلُ مَا صَحَّ مِنْ الْأَعْضَاءِ وَالْمَسْحُ عَلَى الْجَبِيْرَةِ بِالْمَاءِ، وَفِي نَزْوِلِهِ مَنْزِلَةٌ مَسْحُ الْخُفِّ فِي تَقْدِيرِ مُدَّتِهِ وَسُقُوطِ الْأَسْتِيْعَابِ وَجَهَانِ، ثُمَّ يَتَيَمَّمُ مَعَ الْغُسْلِ وَالْمَسْحِ عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَا

(١) القاضي أبو عاصم محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله بن عباد، بتشديد الباء الموحدة، الهروي المعروف بالعبادي، قال السمعاني في الأنساب: كان إماماً مفنناً مناظراً دقيق النظر، سمع الكثير وتفقه وصنف. انتهى. ومن تصانيفه (المبسوط) والهادي) وكتاب (المياه) وكتاب (الأطعمة) و(الزيادات) و(زيادات الزيادات) و(الزيادات على زيادات الزيادات) و(طبقات الفقهاء) مات - رحمه الله - في شوال سنة ثمان وخمسين وأربعمائة عن ثلاث وثمانين سنة، نقله النووي في تهذيبه، وابن خلكان في تاريخه، راجع ترجمته في وفيات الأعيان (٤/٢١٤) تهذيب الأسماء واللغات (٢/٢٤٩) طبقات الأسنوي (٨٠٩).

(٢) قال النووي: وإذا لم يوجد طبيب بشرطه؟ قال أبو علي السنحي: لا يتيمم، ولا فرق في هذا السبب بين الحاضر والمسافر، والحدث الأصغر والأكبر ولا إعادة فيه. الروضة (١/٢١٨).

يَمْسَحُ الْجَبِيْرَةَ بِالثَّرَابِ عَلَى الْأَصْحَحِ لِأَنَّ الثَّرَابَ ضَعِيْفٌ، وَفِي تَقْدِيمِ الْغُسْلِ عَلَى التَّيْمُمِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهٌ: الْأَعْدَلُ هُوَ الثَّالِثُ، وَهُوَ أَنَّهُ لَا يَنْتَقِلُ عَنِ عَضْوٍ مَا لَمْ يَتِمَّ تَطْهِيرُ ذَلِكَ الْعَضْوِ، فَلَوْ كَانَتْ الْجِرَاحَةُ عَلَى يَدِهِ تَيَمَّمَ قَبْلَ مَسْحِ الرَّأْسِ.

قال الرافعي: لو جعل المرض سبباً واحداً من أسباب العجز ثم قسمه إلى ما لا يحوج إلى إلقاء الجبيرة ولا لصوق عليه، وإلى ما يحوج إليه وحذف السبب السادس والسابع لكان أحسن وأولى، فإن الانخلاع والجراحة نوعان خاصان من العليل والأمراض، ولو عدنا كل مرض سبباً على حده لطال الأمر وكثرت الأسباب.

فإن قلت: اسم المرض لا يقع على انخلاع العضو والجراحة.

قلنا: نحن لا نعني بالمرض سوى العلة العارضة التي يخاف معها من استعمال الماء على أن ابن عباس - رضي الله عنه - فسر المريض بالجريح كما تقدم، فدل على أن اسم المرض يقع على الجراحة، ثم الكسر والانخلاع له حالتان:

إحدهما: أن يحوج إلى إلقاء الجبائر على موضعه وهي الألواح التي تهبأ لذلك.

والثانية: أن لا يحوج إليه، والمعتبر في حاجة الإلقاء أن يخاف شيئاً من المضار السابقة لو لم يلحقها عليه.

**الحالة الأولى:** أن يحتاج إلى إلقائها عليه، والغالب في مثلها أن يكون ذلك الموضع بحيث لا يخاف من إيصال الماء إليه، وإنما يقصد بإلقائها الأنجبار، فإذا ألقاها على موضع فلا يخلو إما أن يقدر على نزاعها عند الطهارة من غير أن يخاف شيئاً من المصاير السابقة، أو لا يقدر عليه، فإن لم يقدر لم يكلف النزاع، ويراعي في الطهارة أموراً:

أحدها: غسل الصحيح، وفي وجوبه عليه طريقتان:

أحدهما: أن فيه قولين، في قول: يجب، وفي قول: لا، بل يكفي التيمم، وهما عند أصحاب هذا الطريق مخرجان من القولين فيما إذا وجد من الماء ما يكفي لبعض الأعضاء، هل يقتصر على التيمم أم يستعمله مع التيمم؟ ووجه الشبه أنه في الصورتين تمكن من غسل بعض الأعضاء دون بعض، وغسل البعض لا يكفي مطهراً، والتيمم يكفي مطهراً.

**والطريق الثاني** - وهو الأصح -: القَطْعُ بوجوب غسل الصحيح، لأن اعتلال بعض الأعضاء لا يزيد على فقدانه، ولو كان مقطوع بعض الأطراف لم يسقط عنه غسل الباقي فهنا أولى بخلاف ما إذا وجد بعض الماء، فإن الخلل ثم في الآلة التي تتأذى بها

العبادة، فأشبهه ما إذا وجد بعض الرقبة، فإن قلنا بالصحيح وهو وجوب غسل الصحيح فيجب ذلك بحسب الإمكان حتى لو قدر على غسل ما تحت أطراف الجبيرة من الصحيح الذي أخذته الجبيرة، وجب ذلك بأن يضع خزقة مبلولة عليه ويعصرها؛ لتغسل تلك المواضع بالتقاطر منها.

والثاني: يجب المسح على الجبيرة بالماء لما روي «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ عَلِيًّا - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنْ يَمْسَحَ عَلَى الْجَبَائِرِ»<sup>(١)</sup> وحكى أبو عبد الله الحنطلي قولاً: أنه لا يمسخ ويكفيه التيمم.

وعن القاضي أبي الطيب أنه قال: عندي يكفيه التيمم وغسل الصحيح، والأول هو الصحيح المشهور، وعليه تتفرع مسائل:

إحداها: إن كان جنباً مسح الجبيرة متى شاء، وإن كان محدثاً والجبيرة على بعض أعضاء الوضوء مسحها إذا وصل إلى غسل العضو الذي عليه الجبيرة، فإن الترتيب ركن في الوضوء.

الثانية: هل تتقدر مدة هذا المسح فيه وجهان:

أحدهما: نعم، لأنه مسح على حائل فأشبهه المسح على الخف، فيتقدر في حق المقيم بيوم وليلة وفي حق المسافر بثلاثة أيام ولياليهن.

وأصحهما: وبه قطع الصيدلاني. لا؛ لأن التقدير إنما يعرف بنقل أو توقيف، ولم يرد، بل له الاستدامة إلى الاندمال.

قال إمام الحرمين: وهذا الاختلاف فيما إذا كان<sup>(٢)</sup> يتأني الرفع بعد انقضاء كل يوم وليلة من غير ضرر، فإن لم يمكن فلا خلاف في جواز استدامته، وإن كان يتأني ذلك في كل طهارة لم يجز المسح ووجب النزع والغسل<sup>(٣)</sup> لا محالة.

الثالثة: هل يجب تعميم الجبيرة بالمسح؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، بل يكفيه<sup>(٤)</sup> ما يقع عليه الإسم؛ لأنه مسح بالماء فأشبهه مسح الرأس والخف.

(١) أخرجه ابن ماجة (٦٥٧) والبيهقي (٢٢٨/١) والدارقطني (٢٢٦/١ - ٢٢٧) وقال ابن الملقن: إسناده ضعيف، قال الشافعي: لو عرفت إسناده بالصحة قلت به، وهو مما استخبر الله فيه، وقال ابن أبي حاتم: سألت أبي عنه، فقال: حديث باطل لا أصل له، انظر الخلاصة (٦٧/١).

(٢) سقط في ط. فيه بل الخلاف.

(٤) في ب يكفيه.

(٣) سقط في ط.

وأصحهما: أنه يجب؛ لأنه مسح أبيض لضرورة العجز عن الأصل، فيجب فيه التعميم كالمسح في التيمّم، بخلاف مسح الخُفِّ، فإنه بني على التّخفيف والترخّص، وهاتان المسألتان هما اللتان أشار إليهما بقوله: «وفي نزوله منزلة المسح على الخف في تقدير مدة وسقوط الاستيعاب وجهان»، وينبغي أن يكون قوله: «فيجب غسل ما صح من الأعضاء والمسح على الجبيرة» معلماً بالواو؛ لما سبق حكايته في الغسل والمسح جميعاً.

والثالث: التيمّم على الوجه واليدين، وفي وجوبه مع الغسل والمسح طريقتان:

أظهرهما: أن فيه قولين:

أحدهما: لا يجب؛ لأن المسح على الجبيرة ناب عما تحتها فلا حاجة إلى بدل آخر كالمسح على الخُفِّ.

وأصحهما: أنه يجب؛ لحديث جابر - رضي الله عنه - في المشجوج الذي احتلم واغتسل فدخل الماء شجته ومات أن النبي ﷺ قال: «إِنَّمَا كَانَ يَكْفِيهِ أَنْ يَتَيَّمَمَ وَيَعْصَبَ عَلَى رَأْسِهِ خِزْقَةً، ثُمَّ يَمْسَحَ عَلَيْهَا، وَيَغْسِلَ سَائِرَ جَسَدِهِ»<sup>(١)</sup>.

والطريق الثاني: أن ما تحت الجبيرة إن كان معلوماً بحيث لا يمكن غسله وإن كان بادياً وجب التيمّم، كالجريح الذي ليس على جرحه شيء، فإنه يتيمّم وإن كان يمكن غسله لو كان بادياً فلا حاجة إلى التيمّم كالمسح على الخُفِّ، واعلم أن المشهور عند أصحاب الطريقة الأولى أن المسألة على قولين وحكوهما جميعاً عن البويطي، ورووا عن «الأم» أنه يتيمّم، وعن القديم أنه لا يتيمّم، وصاحب الكتاب عبر عن الخلاف بوجهين تقليداً بإمام الحرمين، فإنه كذلك روي فإن قلنا: يتيمّم تفرع عليه مسألتان:

إحدهما: لو كانت الجبيرة على موضع التيمّم فهل يمسح بالتراب في تيممه؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم محاولة لإتمام التيمّم بالمسح<sup>(٢)</sup> بالتراب كما يحاول إتمام الوضوء بالمسح بالماء.

وأصحهما: لا، لأن التراب ضعيف فلا يؤثر من وراء حائل، بخلاف الماء فإن تأثيره من وراء الحائل معهود في المسح على الخُفِّ.

(١) أخرجه أبو داود (٣٣٦) والدارقطني (١/١٨٩ - ١٩٠) بإسناد كل رجاله ثقات.

(٢) سقط في ب.

**الثانية:** هل يجب تقديم غسل الصحيح على التيمم أم لا؟ أما في حق الجنب فوجهان:

**أحدهما:** أنه يجب، لأن الغسل أصل والتيمم بَدَلٌ فيقدم الأصل كما إذا وجد من الماء ما لا يكفيه يستعمله ثم يتيمم، وأصحهما أنه يتخير إن شاء قدم، وإن شاء آخر؛ لأنه إنما يتيمم لما به من العلة، وهي مستمرة بخلاف تلك المسألة، فإنه إنما يتيمم لعدم الماء، فلا بد من استعمال الموجود أولاً ليصير عادماً، وأما المحدث ففيه ثلاثة أوجه أشار إليها في الكتاب:

**أحدها:** يجب تقديم غسل المقدور عليه من أعضاء الوضوء كلها كما ذكرنا في الجنب.

**والثاني:** أنه يتخير إن شاء قدم الغسل، وإن شاء أخره عن التيمم، وإن شاء أدخله في خلال المغسول، ولا نظر إلى أن الترتيب مرعي في الوضوء؛ لأن التيمم فرض مستقل بنفسه، والترتيب إنما يراعى في العبادة الواحدة، وهذا اختيار الشيخ أبي علي.

**والثالث:** وهو الصحيح عند المعظم أن التيمم بدل عن موضع العذر فلا يجوز أن ينتقل عن العضو الملعول قبل أن يتيمم ولا يجوز أن يقدمه عليه إذا لم يكن الملعول أول أعضاء الوضوء، وذلك لأن الترتيب شرط في الوضوء، فلا يعدل من عضو إلى عضو، ما لم يتم تطهير الأول أصلاً، وبدلاً وقول الأول: إن التيمم فرض مستقل بنفسه ممنوع، بل هو وصف تابع في طهارة الملعول، وكونه مستقلاً في بعض الموانع لا ينافي كونه تابعاً هاهنا، فعلى هذا لو كانت الجبيرة على الوجه وجب تقديم التيمم على غسل اليدين، ويتخير في تقديمه على غسل الصحيح من الوجه، وتأخيره عنه فإن العضو الواحد لا ترتيب فيه، وإن كانت على اليدين وجب أن يكون التيمم مؤخراً عن غسل الوجه، مقدماً على مسح الرأس، وعلى هذا القياس، ولو كان له على عضوين فصاعداً جبائر، فلا بُدُّ من تعديد التيمم على هذا الوجه الثالث.

نظيره كانت على الوجه جبيرة، وعلى اليد أخرى يغسل الصحيح من وجهه، ويتيمم للملعول منه ثم يغسل الصحيح من يديه، ويتيمم للملعول منهما، ثم يمسح برأسه، ويغسل رجليه.

وعلى الوجه الأول والثاني يكفي التيمم الواحد، وإن تعددت الجراحات. وإنما يجوز الاقتصار على غسل الصحيح، والمسح على الجبائر مع التيمم أو دونه على الخلاف المتقدم<sup>(١)</sup> بشرطين:

(١) قال النووي: ولو عمت الجراحات أعضاه الأربعة، قال القاضي أبو الطيب والأصحاب: يكفي =



أحدهما: ألا يأخذ من الصحيح تحت الجَبِيْرَةِ إِلَّا القدر الذي لا بد منه للاستيمسك.

والثاني: أن يضع الجَبِيْرَةَ على طهر، كالحُفِّ لا بُدَّ وأن يلبس على الطهارة، ليجوز المسح عليه، هذا ظاهر المذهب، وفي وجه لا يشترط الوضع على الطهارة، ثم ليس معنى اشتراط الطهارة تَعَدُّرُ المسح أصلاً، ورأساً لو وضع الجبيرة على الحَدَثِ، ولكنَّ المراد أنه يلزم النَّزْعُ وتقديم الطهارة إن أمكن النَّزْعُ، وإلا فيجب القضاء بعد البُرء، وفي سقوط الفرض بالتيمم بإلقاء الجَبِيْرَةِ خلاف يأتي ذكره في الباب الثالث من الكتاب إن شاء الله تعالى.

فهذا إذا لم يقدر على نَزْعِ الجَبِيْرَةِ عند الطهارة، فإن قدر على النَّزْعِ وأحل من غير ضرر فعليه النَّزْعُ عند الطهارة، وغسل ذلك الموضع إن أمكن، والمسح بالتراب إن كان على موضع التيمم، ولم يمكن الغسل<sup>(١)</sup>.

هذا كمال الحالة الأولى، وهي أن يحوجه الكَسْرُ إلى إلقاء الجبيرة عليه.

الحالة الثانية: ألا يحتاج إليه، ويخاف من إيصال الماء إليه، فيغسل الصحيح بقدر الإمكان، ويتلطف إذا خاف سَيْلَانَ الماء إلى موضع العِلَّةِ بوضع خِرْقَةٍ مبلولة بالقرب منه، ويتحامل عليها لينغسل بالمتقاطر منها ما حَوَّالِيَهُ من غير أن يسيل إليه، ويلزمه ذلك، سواء قدر عليه بنفسه، أو بغيره، فإن لم يطعه الغير إلا بأجره لزمته، كالأقْطَعِ الذي يحتاج إلى من يوضئه، وهل يحتاج إلى ضم التيمم إليه.

فيه الخلاف الذي قَدَّمناه في الحالة الأولى، ولا يجب مسح موضع العِلَّةِ بالماء، وإن كان لا يخاف من المسح، فإن الواجب الغسل، فإذا تَعَدَّرَ ذلك فلا فائدة في المسح بخلاف المَسْحِ على الجَبِيْرَةِ، فإنه مسح على حائل كالحُفِّ، وقد ورد الخبر به، هكذا ذكره الأئمة - رضي الله عنهم -، وللشافعي - رضي الله عنه - نص [مساقه]<sup>(٢)</sup> وجوب

= تيمم واحد عن الجميع، لأنه سقط الترتيب لسقوط الغسل، قالوا: ولو عمت الرأس ولم تعم الأعضاء الثلاثة، وجب غسل صحيح الأعضاء، وأربعة تيممات على ما ذكرنا، قال صاحب (البحر) فإذا تيمم في هذه الصورة أربع تيممات وصلى ثم حضرت فريضة أخرى، أعاد التيممات الأربعة فلا يلزمه غسل صحيح الوجه، ويعيد ما بعده، وهذا الذي ذكره في الغسل، فيه خلاف سياأتي قريباً - إن شاء الله - . قال صاحب البيان: وإذا كانت الجراحة في يديه استحَبَّ أن تجعل كل يد كعضو فيغسل وجهه، ثم صحيح اليمنى، وتيمم عن جريحها، ثم يظهر اليسرى غسلًا وتيممًا، وكذا الرجلان وهذا حسن، لأن تقديم اليمنى سنة، فإذا اقتصر على تيمم فقد طهرهما دفعة - والله أعلم - الروضة (١/٢١٩ - ٢٢٠).

(١) سقط في ب. (٢) سقط في ب.

المسح، وليس هذا موضع ذكره، وإذا فرعنا على أنه يتيمم، فلو كانت العلة على محل التيمم، أمر التراب على موضعها، فإنه لا ضرر، ولا خوف في إمرار التراب عليه، بخلاف إمرار الماء، وكذا لو كانت للجراحة أفواه مفتحة، وأمكن إمرار التراب عليها لزم؛ لأنها صارت ظاهرة<sup>(١)</sup> فهذا شرح هذا الفصل.

وينبغي أن يعلم قوله: «ثم يتيمم مع الغسل، والمسح» بالحاء، لأن أبا حنيفة - رحمه الله - لا يقول بوجود الغسل على الإطلاق، ولا بوجود التيمم على الإطلاق، بل قال: إن كان أكثر بدنه صحيحاً اقتصر على غسل الصحيح، وإن كان الأكثر جريحاً اقتصر على التيمم.

قال الغزالي: (السابع) الجراحة إن لم يكن عليها لُصُوقٌ فلا يمسح على محل الجرح وإن كان فهي كالجبيزة، وفي لزوم إلقاء اللُصُوقِ عند إمكانه تردّد كالتردّد في لزوم لبس الخُفِّ على مَنْ وَجَدَ مِنَ الْمَاءِ مَا يَكْفِيهِ لَوْ مَسَحَ عَلَى الْخُفِّ.

قال الرافعي: الجراحة قد تحتاج في معالجتها إلى إلصاق لُصُوقِهَا بها من خِرْقَةٍ، وقطنَةٍ، ونحوهما، كما يحتاج في معالجته الأَنْخِلَاعَ والأَنْكِسَارَ إلى إلقاء الْجَبَائِرِ، وحكم الجراحة وما عليها من اللُصُوقِ حكم الانكسار، وما على موضعه من الجبائر فيعود فيه جميع ما سبق، وإذا لم يكن على الجراحة لُصُوقٌ فلا يجب المسح على محل الجرح كما ذكرنا في الانكسار إذا لم يكن عليه جبيزة، وهل يجب إلقاء اللُصُوقِ عليه عند إمكانه، وكذا إلقاء الجبيزة؟ فيه وجهان:

قال الشيخ أبو محمد: يجب؛ لأنه لو ألقى الحائل لمسح عليه بدلاً عن الغسل، فليستسبب إليه تكميلاً للطهارة بقدر الإمكان، واستبعد إمام الحرمين ذلك، وقال: إنه لا نظير له في الرُخْصِ، وليس للقياس مجال فيها، ولو أتبع القياس لكان أقرب شيء أن يمسح على محل الجرح عند الإمكان، فإذا لم يجب ذلك فهذا أولى.

قال: ولم أر القول بالوجوب لأحد من الأصحاب، ثم رتب عليه ما إذا كان الشخص على طهارة كاملة، وقد أرقه حدث، ووجد من الماء ما يكفي لوجهه ويديه ورأسه، ويقصر عن رجليه، ولو لبس الخُفِّ لأمكنه أن يمسح على خفيه، فهل يجب عليه أن يلبس الخُفِّ، ثم يمسح بعد الحدث عليه؟ قال: قياس ما ذكره شيخي إيجاب ذلك، وهو بعيد عندي والله أعلم.

(١) قال النووي: هذا الذي ذكره الرافعي من ثبوت خلاف في وجوب التيمم غلط، ولم أره لأحد من أصحابنا، فكأنه اشتبه عليه، فالصواب الجزم بوجود التيمم في هذه الصورة، لثلا يبقى موضع الكسر بلا طهارة - والله أعلم - الروضة (١/٢٢٠).

وإذا عرفت ذلك لم يَخْفَ عليك أن المراد من التردّد في قول صاحب الكتاب، وفي لزوم إلقاء اللصوق عند إمكانه تردد، وهو الوجهان اللذان حكيناهما، ما صار إليه الشيخ أبو محمد، وما عليه الأكثرون.

وأما ما أشار إليه من التردّد في مسألة وجوب اللبس، فسياق كلامه يشعر بإثبات وجهين في المسألة، لكن إمام الحرمين لم يذكرهما ثقلاً عن شيخه، وإنما قال: قياس ما ذكره وجوب اللبس، ولا يصح إثبات الخلاف إذا لم يكن نقل إلا إذا انتفى الفارق، وقد وجد الفرق بين المسألتين، وبينه الإمام فقال: لشيخي أن ينفصل عما ذكرته في المسح على الخف، بأنه رخصة مَحْضَة، فلا يليق بها إيجاب لبس الخف، وما نحن فيه من مسالك الضروريات، فيجب فيه الإثبات بالممكن، وإلقاء خِزْقة يمسح عليها ممكن.

واعلم أن ظاهر المذهب اشتراط الطهارة عند إلقاء الجبيرة، واللصوق ليجوز المسح عليه، كما يشترط ذلك عند لبس الخف، وقد بيناه من قبل، وإذا كان كذلك فمن يقول بوجوب الإلقاء عند الإمكان، يأمر به قبل الحدث ليمسح عليه إذا تطهر بعد الحدث كما في مسألة اللبس، ويضعف المصير إلى الوجوب في الصورتين بشيء، وهو أن الشخص إذا كان متطهراً، فلا يخلو إما أن يكون أدى وظيفة الوقت، أو لم يؤدها، فإن لم يؤدها فهو متمكن من أدائها بهذه الطهارة، فلا يكلف، والحالة هذه بطهارة أخرى، والطهارة التي لا يكلف بها لا يكلف بإعداد أسبابها، ألا ترى أنه لا يؤمر بامسك الماء ليتوضأ به للصلاة التي لم يدخل وقتها، ولو صبه هزلاً واحتاج إلى الصلاة بالتيمم لم يلزمه القضاء، وإن أدى وظيفة الوقت فليس عليه طهارة أخرى حتى يدخل وقت الصلاة الأخرى، ولا يكلف بإعداد أسباب الطهارة التي لم يلزم بعد.

قال الغزالي: ثُمَّ مَهْمَا تَيَمَّمَ لِمَرَضٍ أَوْ جِرَاحَةٍ أَعَادَهُ لِكُلِّ صَلَاةٍ وَلَمْ يَعِدِ الْوُضُوءَ وَلَا الْمَسْحَ.

قال الرافعي: الأصل في المسألة أن التيمم لا يؤدي به فريضان، بل تفتقر كل فريضة إلى تيمم، وكذلك وضوء المُسْتَحَاضَةِ، وسنذكره في موضعه.

وإذا عرفت ذلك فنقول: من غسل الصحيح، وتيمم لمكان عذر المريض، أو الأَنْخِلَاعِ، أو الجراحة، إما مع المسح على الحائل، أو دونه إذا لم يكن حائل وصلّى فريضة بطهارته فله أن يصلي بها من الثوافل ما شاء، ولا بد من إعادة التيمم للفريضة الأخرى، وإن لم يحدث، وهل يحتاج إلى إعادة الوضوء مع التيمم المعاد؟ فيه طريقان:

أحدهما: أن فيه قولين، كما لو نزع الماسح على الخُفِّ أو انقضت مدة المسح،

هل يستأنف الوضوء أم يقتصر على غسل الرجلين؟ فيه قولان، ووجه الشبه أن الطهارة في صورتين كملت من جنسين أصل وبدل، فإذا بطل حكم البدل، هل يبطل الأصل حتى يؤمر بالاستئناف فيه خلافه.

**والطريق الثاني: القَطْعُ بنفي الاستئناف؛** لأن التيمم طهارة مستقلة في الجملة، فلا يلزم بارتفاع حكمها انتقاض طهارة أخرى، وإن كانت بعضاً منها كما في هذه الصورة، كما لو اغتسل الجُنْب، ثم أحدث يلزمه الوضوء، ولا ينتقض غسله، وإن كان أعضاء الوضوء بعض المغسول في الجَنَابَةِ، لأن الوضوء طَهَارَةٌ مستقلة في الجملة، ويخرج عليه<sup>(١)</sup> المسح على الخُفِّ، فإنه غير مستقل أصلاً، وهذا الخلاف جار في الجنب إذا غسل الصحيح من بدنه، وتيمم للعليل، وصلى، هل يفتر للفريضة الثانية إلى استئناف الغسل مع التيمم؟ وإذا فرعنا على الصحيح، وهو أنه لا يجب استئناف الوضوء والغسل، فهل يجب إعادة شيء منهما مع التيمم؟ أما في العُسل فلا، وأما في الوضوء فوجهان:

**أحدهما:** وبه قال ابن الحداد: لا، لأن الوضوء الكامل لا يجب إعادته لكل فريضة، فكذلك غسل الصحيح الذي هو بعضه، وإنما التيمم هو الذي يعاد لكل فريضة.

**وأظهرهما:** أنه يجب أن يعيد مع التيمم غسل كل عضو يترتب على العضو المجروح رعاية للترتيب، فإنه إذا تيمم بدلاً عن محل العذر، فإذا وجب إعادته خرج ذلك العضو عن أن يكون طهارته تامة، فإذا أتمها<sup>(٢)</sup>، وجب إعادة غسل ما بعد ذلك العضو، كما لو أغفل لُمعةً من وَجْهِهِ وتنبّه له بعد الفراغ من الوضوء يغسلها، وما بعد الوجه من الأعضاء.

ثم نعود إلى لفظه في الكتاب ونقول، لا يخفى أن قوله: «لم يعد الوضوء»<sup>(٣)</sup> لكل صلاة» أراد الفريضة لا مطلق الصلاة، وهكذا هو في بعض النسخ، وينبغي أن يعلم قوله: «لم يعد الوضوء» بالواو لما حكينا من الخلاف، ثم لك أن تقول قوله: «ولم يعد الوضوء»؟ إما أن يعني به أنه لا يعيد الوضوء بكماله، أي لا يستأنف، أو يعني به أنه لا يعيد شيئاً منه.

والأول صحيح، وجواب على الطريقة الثانية، إلا أن كلامه في «الوسيط» يبين أنه ما أراد، وإنما أراد المعنى الثاني؛ لأنه قال يجب إعادة التيمم عند كل صلاة، ولا

(٢) في ب: لم يتمها.

(١) في ب عنه.

(٣) سقط في ب.

يجب إعادة الغسل، ولا إعادة مسح الجبيرة، فنفي إعادة مطلق الغسل، لكن إرادة المعنى الثاني لا تحسن من وجهين:

أحدهما: أن يكون جواباً بالوجه الأول، الذي ذهب إليه ابن الحداد، وظاهر المذهب إنما هو الثاني.

**والثاني:** أن الشيخ أبا علي، والمعتبرين، قالوا: الخلاف في أنه هل يعيد شيئاً من الوضوء، أم لا؟ مبني على الخلاف الذي سبق في أن التيمم المضموم إلى الوضوء، هل يعتبر فيه الترتيب أم لا؟ فإن أوجبنا الترتيب أعاد هاهنا مع التيمم، غسل الأعضاء المترتبة على العضو المعلول، وإلا فلا، وإذا كان كذلك فصاحب الكتاب قد اختار، ثم وجه اعتبار الترتيب، وعبر عنه بالأعدل فلا يلائمه أن يقول هاهنا لا يعيد شيئاً من الوضوء أصلاً. والله أعلم.

ولو تطهر المعلول كما ذكرنا، ثم برأ، وهو على طهارته غسل موضع العذر جنباً كان، أو محدثاً، ويغسل المحدث ما بعد العضو المعلول، أيضاً بلا خلاف رعاية للترتيب، وهل يجب استئناف الوضوء والغسل؟ فيه القولان كما في نزع الخف، فلو تحقق الأندمال والبزء بعد الطهارة هو كما لو وجد العادم الماء بعد التيمم، فيبطل تيممه، وغسل ذلك الموضع والاستئناف على ما ذكرنا، ولو توهّم الأندمال فرجع اللصوق فإذا هو لم يندمل، لم يبطل تيممه على أصح الوجهين بخلاف ما إذا توهّم وجود الماء، يبطل تيممه، وإن بان خلاف ما توهّمه، لأن توهّم الماء يوجب الطلب، وتوهّم الأندمال لا يوجب<sup>(١)</sup> البحث والطلب عنه، وإذا وجب الطلب بطل التيمم، لأن التيمم طهارة ضرورة، فلا صحة له إلا حيث يتمكن من الصلاة وإذا وجب الطلب لم يتمكن من الصلاة، وتوقف إمام الحرمين في قول الأصحاب لا يجب الطلب عند توهّم الأندمال.

قال الغزالي:

## الباب الثاني

### في كيفية التيمم

وَلَهُ سَبْعَةُ أَرْكَانٍ: (الرُّكْنُ الْأَوَّلُ) نَقْلُ التُّرَابِ إِلَى الْوَجْهِ وَالْيَدَيْنِ فَلَا يَكْفِي ضَرْبُ (ح) الْيَدِ عَلَى حَجَرٍ صَلْدٍ، ثُمَّ لِيَكُنَ الْمَنْقُولُ تُرَاباً طَاهِراً خَالِصاً مُطْلَقاً فَيَجُوزُ التَّيْمُمُ

(١) سقط في ط.

بِالْأَعْفَرِ وَالْأَسْوَدِ وَالْأَصْفَرِ وَالْأَخْمَرِ وَالْأَبْيَضِ وَهُوَ الْمَأْكُولُ وَالسَّبْخُ وَالْبَطْحَاءُ فَإِنَّ كُلَّ ذَلِكَ تُرَابٌ، وَلَا يَجُوزُ الزُّرْنِيخُ (ح) وَالْجِصُّ (ح) وَالثُّورَةُ (ح) وَالْمَعَادِنُ إِذْ لَا يُسَمَّى تُرَاباً وَلَا يَجُوزُ التُّرَابُ النَّجِسُ وَالْمَشُوبُ بِالرُّغْفَرَانِ وَإِنْ كَانَ قَلِيلاً وَلَا التُّرَابُ الْمُسْتَعْمَلُ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَا يَجُوزُ سَحَاقَةُ الْحَزَبِ، وَفِي الطِّينِ الْمَشْوِيِّ الْمَأْكُولِ تَرَدُّدٌ، وَيَجُوزُ بِالرَّمْلِ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ غُبَارٌ.

قال الرافعي: جعل للتيمم سبعة أركان:

أحدها: نقل التراب إلى الوجه واليدين، وغرضه في هذا الفصل الكلام في التراب وما يعتبر فيه من الأوصاف، فأما الكلام في النقل وفي الوجه، واليدين، فهو مذكور فيما بعد من الأركان، وجملة ما اعتبره فيما تيمم به أربعة أمور أن يكون تراباً طاهراً خالصاً مطلقاً، أما كونه تراباً فلا بد منه، وبه قال أبو يوسف وأحمد؛ فلا يكفي ضرب اليد على حجر صلد، لا غبار عليه، خلافاً لأبي حنيفة، ومحمد، حيث قالوا: يجوز بكل ما هو من جنس الأرض، كالتراب، والرمل، والحجر، والزُّرْنِيخِ، والكُخْلِ، ولا يشترط أن يكون على الحجر المضروب عليه غبار، ولمالك حيث قال: بمثل قولهما، وزاد يجوز بكل متصل بالأرض أيضاً، كالأشجار والزرع لنا قوله تعالى: ﴿فَتَيَمَّمُوا صَعِيداً طَيِّباً﴾<sup>(١)</sup> عن ابن عمر، وابن عباس - رضي الله عنهما -: «أي تراباً طاهراً» وعن حذيفة - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «فُضِّلْنَا عَلَى النَّاسِ بِثَلَاثٍ، جُعِلَتْ لَنَا الْأَرْضُ مَسْجِداً، وَجُعِلَ تُرَابُهَا طَهُوراً»<sup>(٢)</sup> عدل إلى ذكر التراب بعد ذكر الأرض، ولولا أخصاص الطهورية بالتراب لقال: جعلت لنا الأرض مسجداً وطهوراً، ثم اسم التراب لا يختص ببعض الألوان، والأنواع، ويدخل فيه الأصفر وهو ما لا يخلص بياضه، والأصفر والأسود، ومنه طينُ الدَّوَاةِ والأحمر، ومنه طين الأزمني الذي يؤكل تداوياً، والأبيض ومنه الذي يؤكل سفهاً، ويقال: إنه الخراساني، والسَّبْخُ وهو الذي لا ينبت دون الذي يعلوه مِلْحٌ، فإن المِلْحَ ليس بتراب، والبَطْحَاءُ وهو التُّرَابُ اللّيل في سيل الماء، وكل ذلك يقع عليه اسم التراب كما يقع اسم الماء على المِلْحِ،

(١) سورة النساء، الآية ٤٣.

(٢) قال الحافظ في التلخيص: لم أجدهما فأما تفسير ابن عمر: فلم أر عنه في ذلك شيئاً: وأما تفسير ابن عباس: فروى البيهقي من طريق قابوس ابن أبي ظبيان، عن أبيه عن ابن عباس قال: أطيب الصعيد حرث الأرض، ورواه ابن أبي حاتم في تفسيره بلفظ: أطيب الصعيد تراب الحرث، وأورده ابن مردويه في تفسيره من حديث ابن عباس، وليس مطابقاً لما ذكره الرافعي، بل قال ابن عبد البر في «الاستذكار»: إنه يدل على أن الصعيد يكون غير أرض الحرث. انظر التلخيص (١/١٤٨).

وَالْعَذْبُ، وَالكَدْرُ، وَالصَّفِيُّ، وَسَائِرُ الْأَنْوَاعِ، «وَقَدْ تَيَمَّمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِتُرَابِ الْمَدِينَةِ، وَأَرْضُهَا سَبْخَةٌ»<sup>(١)</sup>.

وقد روي أن الشافعي - رضي الله عنه - قال في بعض المواضع في بيان ما لا يتيمم به: «ولا السَّبْخُ ولا البَطْحَاءُ»، وليس ذلك باختلاف قول منه باتفاق الأصحاب، وإنما أراد به ما إذا كانا صَلْبَيْنِ لا عُبَارَ عليهما، فهما إذا كالحجر الصلب، ولو ضرب اليد على ثوب أو جدار، ونحوهما وارتفع غبار كفى فإنه تيمم بالتراب.

وسئل القَاضِي الحُسَيْنُ<sup>(٢)</sup> عن تراب الأرضة<sup>(٣)</sup>، فقال: «ما أخرجته من الخَشَبِ لم يَجُزْ التيمم به، فإنه ليس بتراب، وإن أشبهه، وإن أخرجته من مَدْرٍ جاز، ولا بأس باختلاطه بلعابها كالتراب المَعْجُونِ بِالْحَلِّ إِذَا جَفَّ تَيَمَّمَ بِهِ، ولا يدخل تحت اسم التراب الزَّرْنِيخُ، والثَّوْرَةُ، والجَصَصُ، وسائر المعادن، فلا يجوز التيمم بها، وأغرب أبو

(١) قال الحافظ: أخرجه مسلم (٥٢٢) من حديث أبي مالك الأشجعي عن ربعي بن حراش عن حذيفة بلفظ (فضلنا على الناس بثلاث، جعلت صفوفنا كصفوف الملائكة، وجعلت لنا الأرض مسجداً، وجعلت تربتها لنا طهوراً إذا لم نجد الماء، وذكر خصلة أخرى كذا لفظ مسلم، والخصلة التي أبعدها أبو بكر بن أبي شيبة وهو شيخه في مسنده، ورواها ابن خزيمة. وابن حبان في صحيحهما من هذا الوجه، وفيه وأعطيت هؤلاء الآيات من آخر سورة البقرة، من كنز تحت العرش، لم يعطه أحد قبلي ولا يعطى أحد بعدي، فهذه هي الخصلة التي لم يذكرها مسلم، ولم أره في شيء من طرق حديث حذيفة بلفظ: جعل ترابها، وإنما عند جميع من أخرجه: تربتها قلت: كذا في الأصل، وقد رواه أبو داود الطيالسي في مسنده عن أبي عوانة عن أبي مالك بلفظ: وترابها طهوراً، وكذا أخرجه أبو عوانة في صحيحة، والدارقطني من طريق سعيد بن مسleme عن أبي مالك والبيهقي من طريق عفان، وأبي كامل كلاهما عن أبي عوانة كذلك، وهذا اللفظ ثابت أيضاً من رواية علي، أخرجه أحمد والبيهقي، ولفظه عندهما: أعطيت ما لم يعط أحداً من الأنبياء، فقلنا ما هو يا رسول الله؟ قال: نصرت بالرعب، وأعطيت مفاتيح الأرض، وسميت أحمد، وجعل لي التراب طهوراً، وجعلت أمي خير الأمم، وأصل حديث الباب في الصحيحين من حديث جابر. انظر التلخيص (١/١٤٨).

(٢) سبخة الأرض سبخاً كانت ذات نرّ وملح، فهي سبخة، انظر المعجم الوسيط (١/٤١٤).

(٣) القاضي الحسين، وهو الإمام المحقق المدقق أبو علي بن محمد بن أحمد المروزي، من أكبر أصحاب القفال. قال عبد الغافر: كان فقيه خراسان، وكان عصره تاريخاً به، وقال الرافعي في التدوين: إنه كان كبيراً غواصاً في الدقائق من الأصحاب الغر الميامين، وكان يلقب بحبر الأمة انتهى. وذكره النووي في (تهذيبه) فقال: وله (التعليق الكبير) وما أجزل فوائده وأكثر فروع المستفادة، ولكن يقع في نسخه اختلاف، وكذلك في تعليق الشيخ أبي حامد توفى - رحمه الله - بعد صلاة العشاء ليلة الأربعاء، الثالث والعشرين من شهر الله المحرم، سنة اثنتين وستين وأربعمائة، وسمع وحدث، راجع ترجمته في طبقات العبادي ص (١١٢) تهذيب الأسماء واللغات (١/١٦٤) طبقات الأسنوي (٣٦٦).

(٤) الأرضة: دودة بيضاء تشبه النملة تظهر في أيام الربيع، انظر لسان العرب (١/٦٢) (أرض).

عبد الله الحنطلي من أصحابنا، فحكى في جواز التيمم بالذريعة، والثورة، والزرنبيخ، قولين: وكذا في الأخبار المدفوقة، والقوارير المسحوقة، وأشباهها، وأما الرَّمْل، فقد حكى عن نصه في «القديم» و«الإملاء» جواز التيمم به، وعن «الأم»، المنع واختلفوا فيه على طريقتين:

أحدهما: قال صاحب «التلخيص»، أنه على قولين:

أحدهما: المنع كالحجارة المدفوقة<sup>(١)</sup>.

والثاني: الجواز، لأنه من جنس التراب، وعلى طبعه.

والثانية: هي الصحيحة، أنه ليس فيه اختلاف قول، والنصان محمولان على حالتين إن كان حَشِينًا لا يرتفع منه غبار، لم يكف ضرب اليد عليه، وهو المراد بالمنع، وإن كان يرتفع منه غبار يَعْلَقُ باليد، يجوز التيمم به، فإن ذلك المرتفع غبار، وهو المراد بالجواز، وأما كون المتيمم به طاهراً، فلا بد منه فلا يجوز التيمم بالتراب النجس، كما لا يجوز الوضوء بالماء النجس، والتراب النجس هو الذي أصابه مائع نجس، أما إذا اختلط به جامد نجس كأجزاء الرُّوثِ، فلا مؤثر في أجزائه بالنجاسة، لكن لا يجوز التيمم به أيضاً، لأنه إذا استعمله كان الواصل إلى بعض أجزائه تراباً، وإلى بعضها روثاً، والنجس لا يطهر، ولو تيمم بتراب المقابر التي عم فيها التُّبْسُ، وغلب اختلاط صديد الموتى به، ففي جوازه قولاً<sup>(٢)</sup> تقابل الأصل، والغالب والظاهر<sup>(٣)</sup> كما تقدم.

وإن ضرب يده على ظهر كلب عليه تراب، فإن عرف إلتصاقه به في حالة الجفاف جاز، وإن عرف إلتصاقه به في حال الرطوبة، أو علم أنه أصابه عرق<sup>(٤)</sup>، فلا، وإن تردد فيه فعلى القولين<sup>(٥)</sup>، وأما كونه خالصاً، فيخرج عن المشوب بالزغفران، والدقيق، ونحوهما، فإن كان الخليط كثيراً، لم يجز التيمم به، بلا خلاف، فإن الخليط الكثير يسلب طهورية الماء، مع قوته، فأولى أن يسلب هاهنا، وإن كان قليلاً فوجهان عن أبي إسحاق، وصاحب «التقريب» أنه لا يضر، كما في الماء، إلحاقاً<sup>(٦)</sup> بالمعدوم، وقال الأكثرون أنه يسلب طهوريته كالكثير بخلاف الماء، فإنه لطيف<sup>(٧)</sup> لا يمنعه الخليط عن السيلان، فيزيل جزء الدقيق في صوب جريانه، ويجري على موضعه، وليس للتراب

(١) في المدفونة.

(٢) في ز: قولان.

(٣) في ز: والظاهر.

(٤) في ز: عرقه.

(٥) في اجتماع الأصل والظاهر، قال النووي: كذا قاله جماعة من أصحابنا، فيما إذا لم يعلم أنه على

القولين وهو مشكل، وينبغي أن يقطع بجواز التيمم به عملاً بالأصل، وليس هنا ظاهر بعارضة -

والله أعلم - انظر الروضة (١/٢٢٣).

(٧) سقط في «ز».

(٦) في ز: للمعمور.



هذه القوّة لكثافته، فالموضع الذي علق به الدقيق لا يصل إليه التراب، ثم بماذا نعتبر القلة والكثرة [ذكر إمام الحرمين أن المرعى أن يطهر الشيء الخليط ويرى فإن طهر لم يجز التيمّم به، وإلا فيه الوجهان، ولم أر لغيره تعرضاً لذلك، بل اقتصروا على ذكر القلة والكثرة]<sup>(١)</sup> ولو اعتبرت الأوصاف الثلاثة كما في الماء لكان مسلماً وأما كونه مطلقاً فقد قال إمام الحرمين: يتعلق به شيان.

أحدهما: الكلام في التراب المستعمل، ونحن نذكر حكم المستعمل، ثم تعود إلى ما ذكر من التعلّق بوصف الإطلاق واختلفوا في أن التراب المستعمل في التيمّم، هل يجوز استعماله فيه ثانياً وثالثاً؟ على وجهين:

أصحهما: لا كما في الماء؛ لأنه تأدت به العبادة، واستيح به الصلاة.

والثاني: نعم بخلاف الماء؛ لأنه يرفع الحدث، والتراب لا يرفع، فلا يتأثر بالاستعمال، ثم الكلام في أن الملتصق من التراب بالوجه واليدين مستعمل حتى لا يجوز على الأصح أن يضرب الإنسان يده على وجه التيمّم ويده ليتيمّم بالغبار المأخوذ منه، وأما المتناثر فهل هو مستعمل حتى يعود فيه الخلاف المذكور؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، لأن التراب كثيف إذا علقت منه صفحة بالمحل، منعت التصاق غيرها به، وإذا لم يلتصق بالمحل فلا يؤثر، ولا يتأثر، بخلاف الماء، فإن صفحاته رقيقة لطيفة، فيلاقي المحل بجميعها.

وأصحهما: أنه مستعمل، كالمُتَقَاطِرِ من الماء، لأن الملتصق والسائر<sup>(٢)</sup> ما دام يمسح بتردد من الموضع إلى الموضع، والفرض يسقط بالجميع، فهذا هو حكم المستعمل، والذي ذكره الإمام من تعلّقه بوصف الإطلاق، فليس له وجه بين، لأن التراب المستعمل موصوف بوصف الإطلاق، كما أنه موصوف بوصف الخلوّص، وسائر الأوصاف التي هي معتبرة في التيمّم به، ألا ترى أن الإمام الغزالي - قدس الله روحه - استثنى الماء المستعمل من الماء المطلق في أول الكتاب، ولولا كون المستعمل مطلقاً لما انتظم الاستثناء، نعم من قال: لا يجوز التيمّم بالمستعمل، اعتبر سوى الأوصاف الأربعة شرطاً آخر، وهو ألا يكون مستعملاً، ومن جوز التيمّم به اكتفى بالأوصاف الأربعة، ومعلوم أن هذا الكلام لا اختصاص له بقيد الإطلاق.

الثاني: قال: إن سحاقه الخزف أصلها تراب، ولكنها لا تسمى تراباً مطلقاً، فلا يجوز التيمّم بها، وتابعه صاحب الكتاب، فجعل وصف الإطلاق احترازاً عن السحاقه، وذكره في «الوسيط» ولك أن تقول التراب المطلق وغير المطلق يشتركان في مسمى

(١) سقط في ط.

(٢) في ز: والمتناثر.

التراب، وسحاقه الخَزَف لا تسمى تراباً أصلاً، لا مطلقاً، ولا غير مطلق، فهي خارجة عن اسم التراب، ولا حاجة إلى هذا القيد، يوضح ذلك أنه حكى عن نص الشافعي - رضي الله عنه - في الأم أنه قال: إن دق الخزف ناعماً، لم يُجْزِ التيمم به، لأن الطبخ أحاله عن أن يقع عليه أسم التراب، ولو أحرق التراب حتى صار رماداً، فكذلك لا يجوز التيمم ولو شوى الطين المأكول، وسحقه، ففي جواز التيمم به وجهان:

أحدهما: لا يجوز كالخزف والآجر المسحوقين.

والثاني: يجوز [وهو الأظهر]<sup>(١)</sup> لأن اسم التراب لا يبطل بمجرد الشيء، بخلاف طبخ الخَزَف والآجر، فإنه يسلب اسم التراب، ويجعله جنساً آخر، ولو أصاب التراب ناراً، فاسود ولم يحرق، بحيث يسمى رماداً، فعلى هذين الوجهين.

ونختم الفصل بالتخصيص على المواضع المستحقة من لفظ الكتاب المرقوم المشيرة إلى ما حكينا من الاختلافات.

فنقول ينبغي أن يعلم قوله: «فلا يكفي ضرب اليدين على حجر صلدٍ بالحاء والميم، وكذا لفظ: «التراب» في قوله: «ليكن المنقول تراباً طاهراً» أو قوله: «ولا يجوز الزرنينخ» إلى آخره بهما بالواو، لما رواه الحناطي، وقوله: «وإن كان قليلاً» بالواو [وكذا «سحاقه الخزف» لما رواه الحناطي، وقوله: «ويجوز بالرمل» بالواو.

قال الغزالي: (الثاني) القصد إلى الصعبد فلو تعرض لمهب الرياح لم يكف، ولو يممه غيره بإذنه وهو عاجز جاز، وإن كان قادراً فوجهان.

قال الرافعي: القصد إلى التراب معتبر، واحتجوا عليه بقوله تعالى: ﴿فَتَيَمَّمُوا صَعِيداً طَيِّباً فَامْسَحُوا﴾<sup>(٢)</sup> أمرنا بالتيمم، والمسح، والتيمم هو القصد، فلو وقف في مهبّ الريح فسفت عليه التراب فأمر اليد عليه، نظر إن وقف غيرنا، وثم لما حصل التراب عليه نوى التيمم لم يصح تيممه، وإن وقف قاصداً بوقوفه التيمم حتى أصابه التراب فمسحه بيده، فظاهر نص الشافعي - رضي الله عنه -، وقول أكثر الأصحاب أنه لا يصح تيممه؛ لأنه لم يقصد التراب، وإنما التراب أتاه.

وعن أبي حامد المرورودي<sup>(٣)</sup> - قدس الله روحه - أنه لا يصح، كما لو جلس في

(٢) سورة المائدة، الآية ٦.

(١) سقط في ب.

(٣) أحمد بن بشر بن عامر العامري، المرورودي، أبو حامد، أخذ عن أبي إسحاق المروزي، ونزل بالبصرة وأخذ عن فقهاءها، وكان إماماً لا يشق له غبارة، شرح (مختصر) المزني، وصنف (الجامع) في المذهب وهو كتاب جليل، وصنف في أصول الفقه، ومات سنة اثنتين وستين =

الوضوء تحت الميزاب، أو برز للمطر، وذكره صاحب «التقريب»، وبه قال الحلبي، والقاضي أبو الطيب، وحكاه القاضي أبو القاسم بن كج، عن نص الشافعي - رضي الله عنه -، وإذا عرفت ذلك فاعلم أن لفظ الكتاب في المسألة يجوز أن يراد به الصورة الأولى ويجوز أن يراد به الثانية، أو المشترك بينهما، وعلى هذا يكون نفي الجواز جواباً على أظهر الوجهين، والظاهر الاحتمال الثاني؛ لأنه حكى الخلاف في «الوسيط»، ولا خلاف في الصورة الأولى، وإذا كان كذلك فليكن قوله: «لم يكف» مُعلماً بالواو.

ولو يممه<sup>(١)</sup> غيره نظر إن كان بغير إذنه فهو كالتعرض لمهب الريح، وإن كان بإذنه نظر إن كان عاجزاً عن المباشرة بنفسه لقطع أو مرض جاز، بل يجب عليه ذلك، إذا وجد غيره، وإن كان قادراً فوجهان:

قال صاحب «التلخيص»: لا يجوز كما في مسألة الريح؛ لأنه مأمور بقصد التراب، ولم يقصد.

والأظهر الجواز إقامة لفعل نائبه مقام فعله، ويحكى ذلك عن نصه في الأم.

قال الغزالي: (الثالث) الثقل فلو كان على وجهه تراب فرده بالمسح لم يجز إذ لا نقل فإن نقل من سائر أعضائه إلى وجهه جاز، وإن نقل من يده إلى وجهه جاز على الأصح، ولو معك وجهه في التراب جاز على الصحيح.

قال الرافعي: نقل التراب الممسوح به إلى العضو ركن في التيمم، واحتجوا عليه بأن الله تعالى أمر بالتيمم، وهو القصد، وإنما يكون قاصداً إذا نقل التراب إلى المحل الممسوح، وغير هذا الاستدلال أوضح منه، وجملة المذهب في النقل أن التراب المسوح به<sup>(٢)</sup> إما أن [يكون على العضو]<sup>(٣)</sup> الممسوح، أو يُنقل إليه من غيره، فإن كان عليه بأن كانت الريح قد سفتته عليه من غير قصد منه إلى التيمم، أو بسبب آخر فرده عليه من جانب إلى جانب، ومسحه لم يجز؛ لأنه لم ينقل، ولو أخذ<sup>(٤)</sup> منه ورده إليه ومسحه به جاز على أصح الوجهين؛ لأنه بالانفصال انقطع حكم ذلك العضو عنه، وإن

= وثلاثمائة. ذكره الشيخ في طبقاته، والنووي في (تهذيبه) وكذلك ابن الصلاح، إلا أنه لم يؤرخ وفاته، ونبه على أن الشيخ أبا إسحاق جعل عامراً أباه وبشراً جده، قال: والصواب العكس، راجع ترجمته في: طبقات العبادي (٧٦) طبقات الشيرازي (١١٤) العبر (٣٢٦/٢) تهذيب الأسماء واللغات (٢١١/٢) طبقات الأسنوي (١٠/٨).

(١) في ز: ولو يممه.

(٢) في ط يكون على العضو الممسوح به.

(٤) في ب: أخذه.

(٣) في ط أما أن التراب.

نقله إلى العضو الممسوح من غيره، نظر إن نقله من عضو ليس هو محل التيمم<sup>(١)</sup>، فيجوز، كما لو نقله من الأرض، أو من بدن غيره، وهذا ما أراد بقوله: «وإن نقله من سائر أعضائه» وإن نقله من يده إلى وجهه أو بالعكس، فوجهان:

أحدهما: لا يجوز، لأنه منقول من محل الفرض فأشبهه ما لو نقل من أعلى الوجه إلى أسفله، أو من الساعد إلى الكتف.

وأظهرهما: يجوز<sup>(٢)</sup>، لأنه منقول من غير العضو الممسوح به فصار كالمنقول من الرأس والظهر، وهذا في غير تراب التيمم، فأما لو مسح وجهه بتراب كثير، ثم أخذه ليمسح به اليد زاد النظر في استعمال المستعمل وقد سبق ذلك، ولو تمسك في التراب، فوصل إلى وجهه ويديه بهذا الطريق، نظر إن كان معذوراً جاز نص عليه، وإلا فوجهان:

أحدهما: لا يجوز؛ لأنه لم ينقل التراب إلى أعضاء التيمم إنما نقل العضو إليه، وادعى المسعودي أن هذا ظاهر المذهب.

وأصحهما: عند الأكثرين الجواز، لأن القصد إلى التراب قد تحقق بهذا الطريق، وهو المطلوب، ولو سقت الريح تراباً على كفه، فمسح به وجهه جاز على أصح الوجهين، وكذا لو أخذ التراب من الهواء للمسح<sup>(٣)</sup> حالة إثارة الريح إياه.

قال الغزالي: (الرابع) أن ينوي استباحة الصلاة فلَوْ نَوَى رَفَعَ الْحَدِيثَ لَمْ يَجُزْ، وَأَكْمَلَهُ أَنْ يَنْوِيَ اسْتِبَاحَةَ الْفَرْضِ وَالنُّفْلِ جَمِيعاً أَوْ اسْتِبَاحَةَ الصَّلَاةِ مُطْلَقاً فَتَكْفِيهِ (و) فَلَوْ نَوَى اسْتِبَاحَةَ الْفَرْضِ جَازَ النَّفْلَ أَيْضاً بِالتَّبَعِيَّةِ عَلَى الصَّحِيحِ، وَلَكِنْ فِي جَوَازِهِ غَدَ وَفَتْ تِلْكَ الْقَرِيبَةُ أَوْ قَبْلَ فِعْلِهَا خِلَافَ مَشْهُورٍ، وَلَوْ نَوَى النَّفْلَ فَفِي جَوَازِ الْفَرْضِ بِهِ قَوْلَانِ، فَإِنْ مَنَعَ فَفِي جَوَازِ النَّفْلِ وَجْهَانِ مِنْ حَيْثُ إِنَّ النَّفْلَ كَالتَّابِعِ فَلَا يَفْرُدُ، وَلَوْ نَوَى اسْتِبَاحَةَ فَرْضَيْنِ صَحَّ تَيْمُمُهُ لِفَرْضٍ وَاحِدٍ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ.

قال الرافعي: النية واجبة في التيمم، قال ﷺ: «لَيْسَ لِلْمَرْءِ مِنْ عَمَلِهِ إِلَّا مَا نَوَاهُ»<sup>(٤)</sup>، وقد ذكرناه في صحة الوضوء إذا نوى أحد أمور ثلاثه، فبين في التيمم حكمها الأول رفع الحدث، وهل يجوز التيمم بهذه النية؟ فيه وجهان:

(١) في ب: محلاً للتيمم.

(٢) في ب: وأظهرهما الجواز.

(٣) في ب: للمسح به.

(٤) أخرجه البيهقي في السنن (٤١/١) من رواية أنس، انظر خلاصة البدر المنير (٦٨/١).

أحدهما: نعم؛ لأن التيمم يرفع الحدث في حق الفريضة الواحدة، والنوافل؛ لأنها مستباحة به، وقد قال ﷺ: «لَا صَلَاةَ إِلَّا بِطَهَارَةٍ»<sup>(١)</sup> ولأن رفع الحدث يتضمن أَسْتَبَاحَةَ الصَّلَاةِ، فقصد رفع الحدث يتضمن قصد الاستباحة، ويحكي هذا الوجه عن ابن سريج، وجعله ابن خيران قولاً للشافعي - رضي الله عنه -، وأصحهما وهو المذكور في الكتاب، أنه لا يجوز؛ لأن التيمم لا يرفع الحدث، ألا ترى أنه ﷺ قال لعمر بن العاص وقد تيمم للجنابة من شدة البرد: «يَا عَمْرُو صَلِّتْ بِأَصْحَابِكَ، وَأَنْتَ جُنُبٌ، فَقَالَ عَمْرُو: إِنِّي سَمِعْتُ اللَّهَ تَعَالَى يَقُولُ: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾<sup>(٢)</sup> ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ﴾<sup>(٣)</sup> فَضَحِكَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، وَلَمْ يُتَكَبَّرْ عَلَيْهِ شَيْئاً»<sup>(٤)</sup> سَمَاءُ جَنَاباً بَعْدَ التَّيْمُمِ؛ ولأنه لو رفع الحدث<sup>(٥)</sup> لما بطل، إلا بعروض الحدث، ولما تأثر برؤية الماء، وإذا لم يرفع الحدث لم يجز التيمم بصحة بنية رفعه، كما لو قصد شيئاً آخر لا يفيد التيمم، ولو تيمم الجنب بنية رفع الجنابة، فهو على هذا الخلاف.

الثاني: استباحة الصلاة وغيرها مما لا يباح إلا بالطهارة، وإذا تيمم بنية استباحة الصلاة مثلاً، فله أربعة أحوال:

أحدها: أن يقصد استباحة نوعيها الفرض والنفل، وأخطرها بالبال فيصح تيممه، لأنه قد تعرض لمقصود التيمم، وتباح له الفريضة بهذا التيمم، وكذلك النافلة قبل الفريضة وبعدها، حكى عن نصه في رواية البويطي، وفي وجه ليس له التنفل بعد خروج وقت الفريضة، وإنما يخرج هذا الوجه إذا كانت الفريضة المَنَوِيَّةَ معينة، وهل يشترط تعيينها بصفاتهما أم يكفي نية مطلق الفريضة؟ فيه وجهان:

أحدهما: يشترط، ويروى ذلك عن أبي إسحاق وابن أبي هريرة<sup>(٦)</sup>، وبه قال أبو القاسم الصيمري، واختاره الشيخ أبو علي؛ لأنه لا بد من نية الفريضة ليستبيحها، فلا بد من تعيينها، ألا ترى أن في نية الصلاة لما وجب التَّعَرُّضُ للفريضة وجب تعيينها.

(١) تقدم.

(٢) سورة النساء، الآية ٢٩.

(٣) أخرجه أبو داود (٣٣٥) وابن حبان (١٣٠٥) والحاكم (١٧٧/١) وقال: صحيح على شرط الشيخين.

(٤) في ط سقط: ولو أنه لو رفع الحدث.

(٥) القاضي أبو علي، الحسن بن الحسين البغدادي، المعروف بابن أبي هريرة، أحد أئمة الشافعية. تفقه بابن سريج، ثم بأبي إسحاق المروزي، وصحبه إلى مصر، ثم عاد إلى بغداد ومات بها سنة خمس وأربعين وثلثمائة، قاله الشيخ أبو إسحاق، زاد ابن خلكان في رجب وكان معظماً عند السلاطين فمن دونها، راجع ترجمته في طبقات الشيرازي (١١٢) طبقات العبادي (٧٧) وفيات الأعيان (٧٥/٢) طبقات الأسنوي رقم (١٢١٤).

وأصحهما: عند الأكثرين أنه لا يشترط؛ لأنه لا يحتاج (في الطهارة) إلى تعيين الحدث الذي ينوي رفعه فكذلك لا يحتاج إلى تعيين ما ينوي استباحته، وعلى هذا إذا أطلق صلى أية فريضة شاء، ولو عين واحدة جاز له أن يصلي غيرها.

الحالة الثانية: أن ينوي الفريضة، ولا تخطر له النافلة فتباح الفريضة له بشرط التعيين، أو دونه كما سبق، لأنه نَوَاهَا، وللمرء من عمله ما نواه، وحكم المندورة حكم المكتوبات الخمس، وإذا استباح الفريضة بهذا التيمم فهل له أن يتنفل به قبل فعل الفريضة، فيه قولان:

أصحهما: نعم؛ لأن التوافل تبع الفرائض، فإذا صلحت طهارته للفريضة التي هي الأصل فللتوافل أولى.

والثاني: لا يجوز، وبه قال مالك؛ لأن النوافل تؤدي بالتيمم تبعاً للفرائض، فإنها طهارة ضرورة، ولا ضرورة في الإتيان بالتوافل، والتابع لا يتقدم على المتبوع، وهل ينتفل بعد الفريضة؟ فيه طريقتان:

أصحهما: القطع أنه ينتفل، لأنه إذا قدم الفريضة فقد حافظ على قضية التبعية، وهي تقديم المتبوع وتأخير التابع.

والثاني: وهو اختيار القفال، وفيما حكاه الشيخ أبو محمد طرد القولين، ووجه المنع أنه لم يَنْوِ غير الفريضة، فلا يباح له غيرها، فإن جَوَزْنَا له التَّنْفُلَ بعد الفريضة بذلك ما دام وقت الفريضة باقياً إن عينها، فإذا خرج فهل يَجُوزُ له أن يَتَنَفَّلَ بذلك التيمم، فيه وجهان:

أظهرهما: نعم، لأنه إذا جاز له التنفل وجب ألا يفترق الحال فيه بين ما قبل انقضاء الوقت، وما بعده، كما في الوضوء.

والثاني: لأنقطاع التبعية بانقضاء الوقت ومن قال بالطريقة الثانية في أنه هل ينتفل بعد الفريضة وطرد القولين انتظم منه أن يقول إذا تيمم للفرض، فهل له أن ينتفل؟ فيه قولان، إن قلنا: نعم، فذلك بعد فعل الفريضة، وقبل خروج وقته، أما قبل فعله، فهل له ذلك؟ قولان وبعد خروج الوقت وجهان، وكلام صاحب الكتاب إلى هذا الإيراد أقرب، فقوله: «جاز النفل أيضاً بالتبعية على الصحيح» أي من القولين وقوله: «خلاف مشهور» يعني به قولين فيما قبل فعل الفريضة، ووجهين فيما بعد وقتها، وهذا كله فيما إذا لم يقصد عدداً من الفرض، بل قصد نوع الفرض أو فريضة واحدة، أما إذا تيمم لفائتين، أو مندورتين، فهل يصح تيممه، فيه وجهان:

أصحهما: نعم، لأنه نوى للواحدة وزاد فلغت الزيادة وعمل الأصل.

**والثاني:** لا، لأنه نوى ما لا يباح بالتيمّم الواحد ففسدت نيته، وصار كما لو لم ينو أصلاً، وقرب إمام الحرمين الوجهين ههنا من الوجهين فيما إذا نوى المتوضّء استحابة صلاة دون غيرها، لأنه يقتصر النية على الصلاة الواحدة مخالف حكم الوضوء، كما أن التيمّم بنية الزيادة مخالف حكمه، وإذا عين فريضة فيشترط أن تكون عليه حتى لو تيمّم لفائته ظنها عليه، ولم تكن عليه فائته أصلاً، أو تيمّم لفائته ظهر ثم بان أن التي عليه عصر، لم يصح تيمّمه، لأن استحابة الفريضة لازمة، وإن لم يجب التعيين وإن عين وأخطأ لم يصح كما إذا عين الإمام في الصلاة وأخطأ بخلاف مثله في الوضوء، لأن نية الاستحابة غير لازمة في الوضوء من أصلها، فلا يضر الخطأ فيها كما لو عين المصلي اليوم وأخطأ<sup>(١)</sup>.

**الحالة الثالثة:** أن ينوي النفل، ولم يخطر له الفرض، فهل يباح له الفرض بهذا التيمّم؟ فيه قولان:

**أصحهما:** لا، لأن الفرض هو الأصل، والنفل تبع فلا يجعل المتبوع تابعاً.  
**والثاني:** نعم، لأنه نوى بطهارته ما يفتقر إلى الطهارة، فأشبهه ما لو توضأ للنافلة، وعن أبي الحسين بن القطان أنه لا يختلف القول في أنه لا يباح الفرض به، فهذا طريق آخر جازم، فإن قلنا: يباح له الفريضة فالنافلة أولى، وإن قلنا: لا تباح الفريضة ففي النافلة وجهان:

**أصحهما:** أنها تباح، لأنه نواها بطهارته، والتيمّم صالح للفرض إذا نواه فللنفل أولى.

**والثاني:** لا يباح، لأن النفل تابع، والتيمّم طهارة ضرورة، فلا يجعل مقصداً به، ومن قال بهذا الوجه فقد قال بأن هذا التيمّم لا يصح أصلاً، ولو نوى بتيمّمه حمل المصحف، أو سجود التلاوة، أو الشكر، أو نوى الجنب الاعتكاف، وقراءة القرآن، فهو كما لو نوى بتيمّمه صلاة النفل، ففي جواز الفريضة له قولان، وإذا منعنا ففي جواز ما نواه وجهان، ولو تيمّم لصلاة الجنّازة فهو كما لو تيمّم للنافلة على أظهر الوجهين؛ لأنها وإن تعيّن عليه فهي كالنافلة<sup>(٢)</sup> من حيث إنها لا تنحصر، وهي غير متوجّهة نحوه على التّعيين، ويتصور سقوطها بفعل الغير بخلاف المكتوبات، ولو نوت الحائض استحابة الوطء، صح تيمّمها على أصح الوجهين؛ لأنه مما يفتقر إلى الطهارة لكنه يكون كالتيّم للنافلة.

(١) قال النووي: فلو ظن عليه فائته، ولم يجزم بها فتيمّم لها ثم ذكرها، قال المتولي والبخاري والروائي: لا يصح، وصححه الشاشي، وهو ضعيف - والله أعلم - انظر الروضة (١/٢٢٤).

(٢) في ب: كالنوافل.

الحالة الرابعة: أن يقصد نفس الصلاة من غير تعرض للفرض والنفل، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه كما لو نوى الفرض، والنفل جميعاً، وهذا هو الذي ذكره في الكتاب، حيث قال: أو استباحة الصلاة مطلقاً فيكفيه، وهو قياس قول الحلبي فيما حكاه أبو الحسن العبادي، وقطع به إمام الحرمين - رحمهم الله -؛ لأن الصلاة اسم جنس يتناول الفرض والنفل جميعاً، فأشبه ما لو تعرض لهما في نيته.

والثاني: أنه كما لو نوى النفل وحده؛ لأن مطلق اسم الصلاة محمول عليه، والفرض يحتاج إلى تخصيصه بالنية، ألا ترى أنه لو لم تحرم الصلاة مطلقاً انعقدت صلاته نفلًا، وهذا الوجه أظهر، ولم يذكر أصحابنا العراقيون غيره، وهو المنقول عن الفقهاء، فهذا تمام الأحوال الأربع، وهي بأسرها مذكورة في الكتاب<sup>(١)</sup>.

الأمر الثالث: لو نوى فريضة التيمم، أو إقامة التيمم المفروض، ففيه وجهان:

أحدهما: يصح تيممه كما يصح الوضوء بهذه النية.

وأصحهما: أنه لا يصح؛ لأن التيمم ليس مقصوداً في نفسه، وإنما يؤتى به عن ضرورة، فلا يصلح مقصداً بخلاف الوضوء، ولهذا يستحب تجديد الوضوء دون التيمم.

واعلم أنه كما لا يجوز أن تتأخر النية في الوضوء عن أول فعل مفروض كذلك لا يجوز في التيمم<sup>(٢)</sup>. وأول أفعاله المفروضة نقل التراب، ولو قارنته النية، وعزبت قبل مسح شيء من الوجه، فهل يجوز؟ وجهان:

أحدهما: نعم، كما لو قارنت أول غسل الوجه في الوضوء، وعزبت بعده.

وأظهرهما: وهو الذي ذكره في التهذيب، أنه لا يجوز، لأن النفل وإن كان واجباً إلا أنه ليس بزكناً مقصود في نفسه، بخلاف غسل الوجه في الوضوء، ولو تقدمت النية على أول فعل مفروض فهو كمثلته في الوضوء.

قال الغزالي: (الخامس) أن يستوعب (ح) وجهه بالمنح ولا يلزمه إيصال التراب

إلى منابت الشُعور وإن خُفَّت.

قال الرافي: [قال الله تعالى: ﴿فَأَمْسَحُوا بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ مِنْهُ﴾]<sup>(٣)(٤)</sup> يجب

استيعاب الوجه بالمسح بالتراب خلافاً لأبي حنيفة، حيث قال: يجوز أن يترك من ظاهر الوجه دون الرُبع، حكاه الصيقلاني من أصحابنا وعن أبي الحسن بن زياد عن أبي حنيفة، أنه إذا مسح أكثر وجهه أجزاءً.

(١) في ط سقط «كتاب الأم».

(٢) سقط في ب.

(٣) سورة المائدة، الآية ٦.

(٤) سقط في ب.



لنا ما روي أنه ﷺ: «تَيَمَّمَ فَمَسَحَ وَجْهَهُ وَيَدَيْهِ»<sup>(١)</sup>، ومن لم يستوعب صح أن يقال ما مسح وجهه، إنما مسح بعض الوجه، وأيضاً فإنه عضو وهو محل الفرض في الطهارة يجب استيعابه في الوضوء، فيجب في التيمم، ولا يجب إيصال التراب إلى مَنَابِتِ الشُّعُورِ خفيفة كانت، أو كثيفة، عامة كانت أو نادرة، كِلِحِيَةِ الْمَرْأَةِ؛ لأن النَّبِيَّ ﷺ: «تَيَمَّمَ بِضَرْبَتَيْنِ مَسَحَ بِإِحْدَاهُمَا وَجْهَهُ»<sup>(٢)</sup>، وبالصُّرْبَةِ الْوَاحِدَةِ لا يصل التراب إلى مَنَابِتِ الشُّعُورِ.

وفيه وجه أنه يجب إيصال التراب إلى ما تحت الشعور [التي يجب إيصال الماء إليها، إعطاء للبدل حكم الأصل، والفرق ظاهر لِعُسْرِ إيصال التراب إلى منابت الشعور]<sup>(٣)</sup> وهل يجب مسح ظاهر المسترسل من اللحية الخارج عن حد الوجه؟ فيه قولان، كما في الوضوء.

قال الغزالي: (السَّادِسُ) مَسَحُ الْيَدَيْنِ إِلَى الْمِرْفَقَيْنِ (م) فَيَضْرِبُ ضَرْبَةً وَاحِدَةً لَوَجْهِهِ وَلَا يَنْزِعُ خَاتَمَهُ وَلَا يَفْرُجُ أَصَابِعَهُ وَيَنْزِعُ وَيَفْرُجُ فِي الضَّرْبَةِ الثَّانِيَةِ وَيَمْسَحُ إِلَى الْمِرْفَقَيْنِ وَلَا يَغْفُلُ شَيْئاً.

قال الرافعي: يجب أستيعاب اليدين إلى المِرْفَقَيْنِ وبالمسح في التيمم، كما يجب الاستيعاب بال غسل في الوضوء لما روى أنه ﷺ: «تَيَمَّمَ فَمَسَحَ وَجْهَهُ وَذِرَاعَيْهِ»<sup>(٤)</sup> والذراع اسم للساعد إلى المرفق وروى أنه ﷺ قال: «التَيَمُّمُ ضَرْبَتَانِ، ضَرْبَةٌ لِلْوَجْهِ،

(١) تقدم.

(٢) هذا والحديث الآتي من حديث ابن عمر، رواه أبو داود بسند ضعيف، ولفظه: مر رجل على النبي ﷺ في سكة من السكك، وقد خرج من غائط أو بول، فسلم عليه فلم يرد عليه حتى كاد الرجل يتوارى في السكك، فضرب بيده على الحائط ومسح بها وجهه، ثم ضرب ضربة أخرى فمسح ذراعيه، ثم رد على الرجل السلام، الحديث. زاد أحمد بن عبيد الصفار في مسنده من هذا الوجه، فمسح ذراعيه إلى المرفقين، ومداره على محمد بن ثابت، وقد ضعفه ابن معين وأبو حاتم والبخاري وأحمد، وقال أحمد والبخاري: ينكر عليه حديث التيمم، يعني هذا، زاد البخاري: خالفه أيوب وعبيد الله والناس، فقالوا: عن نافع عن ابن عمر فعله. وقال أبو داود: لم يتابع أحد محمد بن ثابت في هذه القصة على ضربتين عن رسول الله ﷺ ورواه عن فعل ابن عمر، وقال الخطابي: لا يصح لأن محمد بن ثابت ضعيف جداً، قلت: لو كان محمد بن ثابت حافظاً ما ضره وقف من وقفه على طريقة أهل الفقه - والله أعلم - . وقد قال البيهقي: رفع هذا الحديث غير منكر؛ لأنه رواه الضحاك بن عثمان، عن نافع عن ابن عمر مرفوعاً إلا أنه لم يذكر التيمم، ورواه ابن الهاد عن نافع فذكره بتمامه، إلا أنه قال: مسح وجهه ويديه، والذي تفرد به محمد بن ثابت في هذا، ذكر الذراعين. انظر التلخيص (١/١٥١).

(٣) سقط في ب. (٤) انظر التخريج السابق.

وَضَرْبَةً لِلْيَدَيْنِ إِلَى الْمِرْفَقَيْنِ»<sup>(١)</sup>.

وقال مالك وأحمد: يمسح يده إلى الكوعين، لما روى أنه ﷺ قال لعمار: «يَكْفِيكَ ضَرْبَةٌ لِلْوَجْهِ وَضَرْبَةٌ لِلْكَفَّيْنِ»<sup>(٢)</sup>. ونقل مثل هذا عن «القديم» للشافعي - رضي الله عنه - وأنكر الشيخ أبو حامد<sup>(٣)</sup> وطائفة، ذلك، وسواء ثبت أم لا، فالمذهب الأول، واعلم أنه قد تكرر لفظ الضَرْبَتَيْنِ في الأخبار، فجرى طائفة من الأصحاب على الظاهر وقالوا: لا يجوز أن ينقص منهما، ويجوز أن يزيد فقد لا يتأتى له الاستيعاب بالضربتين.

وقال آخرون: الواجب إيصال التراب إلى الوجه واليدين، سواء كان بضربة، أو أكثر، وهذا أصح، نعم يستحب ألا يزيد، ولا ينقص، وحكى القاضي ابن كج عن بعض أصحابنا أنه يستحب أن يضرب ضربة للوجه، وأخرى لليد اليمنى، وأخرى لليسرى، والمشهور الأول<sup>(٤)</sup> وصورة الضرب غير معينة، بل لو كان التراب ناعماً فوضع اليد عليه وعلق الثُّبَار بيده كفى، ثم إذا أخذ التراب بدأ في مسح الوجه بأعلاه، ومسح اليدين بأن يضع أصابع يده اليسرى سوى الإبهام على ظهور الأصابع<sup>(٥)</sup> اليمنى سوى الإبهام، بحيث لا تخرج أَنَامِلُ اليَمْنَى عَن مَسْبَحَةِ اليُسْرَى، ويمررها على ظهر كفه اليمنى، فإذا بلغت الكُوعَ ضم أطراف أصابعه إلى حرف الذراع، ويمررها إلى المرفق، ثم يدير بطن كفه إلى بَطْنِ الذَّرَاعِ، فيمرها عليه، وإبهامه منصوبة، فإذا بلغ الكوع مسح إبهامه ببطنها ظهر إبهامه اليمنى، ثم يضع أصابع اليمنى على اليسرى، فيمسحها كذلك، وهذه الكيفية محبوبة على المشهور، وقد زعم بعضهم أنها منقولة من فعل رسول الله ﷺ، وقال الصيدلاني: إنها غير واجبة، ولا سنة، وهو قضية كلام أكثر الشارحين للمختصر. قالوا: إنما ذكر الشافعي - رضي الله عنه - هذه الكيفية رداً على مالك - رضي الله عنه -، حيث قال: بالضربة الواحدة لا يتأتى المسح إلى المرفقين، وهذا يشعر بأنها غير محبوبة، ولا مقصودة في نفسها، وهل يفرق أصابعه في الضربتين؟

أما في الثانية فنعم، وأما في الأولى فقد روى المازني التفريق أيضاً، واختلف

(١) أخرجه الدارقطني (١٨٠/١ - ١٨١) من رواية ابن عمر مرفوعاً وموقوفاً، وقال: الموقوف هو الصواب، وأثنى الحاكم على رواية الرفع.

(٢) أخرجه الطبراني في الأوسط بإسناد ضعيف، قال ابن الملتن، انظر الخلاصة (٧٠/١).

(٣) في أم محمد.

(٤) قال النووي: الأصح: وجوب الضربتين: نص عليه وقطع به العراقيون، وجماعة من الخراسانيين، وصورة الاقتصار على ضربة بخرقه ونحوها - والله أعلم - انظر الروضة (٢٢٦/١).

(٥) في ب: على ظهور كفه.

الأصحاب فيه، فغلطه قوم، منهم القفال. وقالوا: لا يفرق في الضربة الأولى؛ لأنها لمسح الوجه، ولا يمسح الوجه بما بين الأصابع، وما لم يمسح الوجه لا يدخل وقت مسح اليدين، حتى يقدر الاحتساب به على اليدين، فلا فائدة في التفريق.

وأما في الضربة الثانية دخل وقت مسح اليدين فيفرق حتى يستغنى عن إيصال التراب إليها مما على الكف، وصوبه آخرون، وقالوا: فائدته زيادة تأثير الضرب في إثارة الغبار لاختلاف موضع الأصابع إذا كانت مفرقة، وهذا أصح، أما القائلون بالأول اختلفوا في أنه هل يجوز أن يفرق في الضربة الأولى؟.

فقال الأكثرون: نعم إذ ليس فيه إلا حصول تراب غير مستعمل بين أصابعه فإن لم يفرق في الضربة الثانية كفاه هذا التراب لها، وإن فرق حصل فوقه تراب آخر غير مستعمل بين أصابعه فيقع المجموع عن الفرض، وقال الأقلون، ومنهم القفال: لا يجوز ذلك، ولا يصح تيممه لو فعل؛ لأن فرض ما بين الأصابع لا يتأتى بالضربة الأولى، لوجوب الترتيب، وحصول ذلك الغبار، ولمنع وصول الثاني ولصوقه بالمحل.

ومن قال بالأول قال: الغبار الأول لا يمنع وصول الثاني، أو لا يمنع الوصول المعتبر، ولهذا لو غشيه غبار في ثقله في السفر، ثم تيمم، يصح تيممه، ولا يكلف نفض التراب أولاً، ثم إذا فرق في الضربتين وجوزنا ذلك، أو فرق في الضربة الثانية وحدها، فيستحب تخليل الأصابع بعد مسح اليدين على الهيئة المذكورة احتياطاً، ولو لم يفرق فيهما، أو فرق في الأولى وحدها، وجب التخليل [آخرأ؛ لأن<sup>(١)</sup>] ما وصل إليه قبل مسح الوجه غير معتد به، ثم يمسح بعد ذلك إحدى الراحلتين بالأخرى، وهو واجب، أو مُستحب فيه خلاف مبني على أن فرض الكفين هل يتأتى بضرهما على التراب، أم لا؟ وفيه وجهان:

منهم من قال لا؛ لأنه لو تأدى فرضهما حينئذ لما صلح الغبار الحاصل عليهما لموضع آخر؛ لأنه يصير بالانفصال عنه مستعملاً، ومنهم من قال وهو الأصح: نعم؛ لأنه وصل الظهور إلى محل الطهارة بعد النية، ودخول وقت طهارة ذلك المحل، فعلى هذا المسح آخرأ مستحب وعلى الأول<sup>(٢)</sup> هو واجب، هذا ما يتعلق بهذه الهيئة.

والقدر الواجب إيصال التراب إلى الوجه واليدين، كيف ما كان، ولا يشترط أن يكون المسح باليد؛ بل لو مسح وجهه بخزقة أو خشبة عليها تراب جاز، ولا يشترط الإمرار على أصح الوجهين كما ذكرنا في مسح الرأس، ولا يشترط أيضاً ألا يرفع عن العضو الممسوح حتى يستوعبه في أصح الوجهين:

(١) في ب: إلا أن ما وصل إليه. (٢) في ب: الثاني.

والثاني: يشترط؛ لأن التراب الباقي بالفصل يصير مستعملاً، فلا يصح تيممه بالمردود حتى يأخذ تراباً جديداً، ومن قال بالأول أجاب بأننا إذا قلنا: إن المستعمل هو اللاصق بالعضو، والباقي غير مستعمل بحال.

وإن قلنا: إن المتنافر مستعمل قائماً يثبت حكم الاستعمال إذا انفصل بالكلية، وأعرض التيمم عنه؛ لأن في إيصال التراب إلى الأعضاء عسراً سيمماً مع رعاية الأقتصار على الضربتين، فيعذر في رفع اليد وردها، كما يعذر في التقاذف الذي يغلب في الماء، ولا يحكم باستعمال المتقاذف - والله أعلم -.

ونعود إلى لفظ الكتاب في نزع الخاتم، وتفرج الأصابع.

قال: «فيضرب ضربة واحدة لوجهه، ولا ينزع خاتمه، ولا يفرج أصابعه»، وقد يوجد في بعض النسخ: «وينزع خاتمه، ولا يفرج أصابعه»، فعلى الأول المراد أنه لا يجب نزع الخاتم؛ لأن المقصود من الضربة الأولى مسح الوجه دون اليدين، وقد ذكرنا أن المسح لو كان بخرقه، ونحوها، جاز فعليه مسح بعض الوجه بما على الخاتم، وليس المراد أنه لا يجوز النزع<sup>(١)</sup>، فإنه لا صائر إليه ولا وجه له بل يستحب النزع ليكون مسح جميع الوجه باليد اتباعاً للسنّة.

وقوله: «ولا يفرج أصابعه»، يمكن أن يراد به أنه لا يجوز التفرج ذهاباً إلى ما صار إليه القفال، ومن وافقه، لكنه لم يرد ذلك، لأنه نقل كلام القفال في «الوسيط» واستبعده، وإنما أراد أنه لا يجب التفرج، وأنه لا يستحب، أو أنه يستحب ألا يفرج، فإن أراد الاحتمال الأول فلا كلام فيه، وإن أراد غيره فليكن معلماً بالواو لما ذكرنا من رواية المازني، وتصحيح الأصحاب لها، وبيننا أنه ظاهر المذهب، وأما من روى في الكتاب «وينزع خاتمه»، فذلك ظاهر، والمراد الاستحباب على ما سبق.

قال الغزالي: (السابع) الترتيب كما في الوضوء.

قال الرافعي: الترتيب معتبر بين الوجه واليدين، كما في الوضوء، وتركه ناسياً حكمه على ما سبق في الوضوء، ولا يشترط الترتيب في أخذ التراب للعضوين على أصح الوجهين، حتى لو ضرب يديه على الأرض معاً وتمكن من مسح الوجه بيمينه، ومن مسح يمينه بيساره جاز؛ لأن الركن الأصلي هو المسح، وأخذ التراب ونقله وسيلة إليه، فلا يعتبر فيه ترتيب.

«خاتمتان»:

(١) في ب: نزع الخاتم.

إحدهما: قال جماعة من الأصحاب: أركان التيمم وفروضة خمسة، وحذفوا الركن الأول والثاني من السبعة التي عدّها في الكتاب، والذي فعلوه أولى.

أما الركن الأول، فلأنه ما ساقه إلا للكلام في التراب المتيمم به، ولو حسن عد التراب ركناً في التيمم؛ لحسن عد الماء ركناً في الوضوء، والغسل.

وأما الركن الثاني، فلأن القصد داخل في النفل، فإنه إذا نقل التراب على الوجه الذي سبق، وقد نوى التيمم كان قاصداً إلى التراب لا محالة، وحذف بعضهم النفل أيضاً فاقترصر على أربعة والأكثر عدوه ركناً، وبنوا عليه أنه لو أحدث بعد أخذ التراب، وقبل أن يمسح به الوجه يبطل ما فعله، وعليه الأخذ ثانياً، كما لو غسل في الوضوء وجهه، ثم أحدث، بخلاف ما إذا أخذ كفاً من الماء، ليغسل بها وجهه، فأحدث، ثم غسل الوجه، جاز؛ لأن القصد إلى الماء، ونقله لا يجب، وقياس ذلك أنه لا يضر عذوب النية بعد اقترانها بأخذ التراب، وهو وجه قدمناه.

لكن الأصح أنه لا بد من الاستصحاب إلى مسح بعض الوجه لما سبق، وإذا يممه غيره بإذنه، وهو عاجز أو قادر، وجوزناه، وأحدث أحدهما بعد الضرب، وأخذ التراب، وقبل المسح، فقد ذكر القاضي في فتاويه أنه لا يضر ذلك؛ لأن الأذن لا يأخذ<sup>(١)</sup> حتى يبطل بحدته، وحدث المأذون لا يؤثر في طهارة غيره، وهذا مشكل، بل ينبغي أن يبطل الأخذ بحدث الإذن، كما لو كان يتيمم بنفسه، ولهذا لو أحدث بعد مسح الوجه يبطل، ولا نقول إنه لم يمسح حتى يبطل بحدته، ولو ضرب يده على بشرة امرأة أجنبية عليها تراب، فإن كان كثيراً يمنع تلاقي البشريتين فلا بأس، وإن كان قليلاً لا يجوز، لأن اللمس حدث، والحدث إذا قارن فعل الطهارة منع الاعتداد به، وفرق في التئمة بين أن يضرب اليد عليها في الضربة الأولى، أو في الثانية، وقال: الأخذ للوجه صحيح، فإذا ضرب اليد عليها في المرة الثانية بطل مسح الوجه، لأنه حدث طراً في أثناء التيمم، والأول هو الوجه، فإن النفل من الأركان، فمقارنة الحدث له، كمقارنته لغسل الوجه في الوضوء، وهكذا أطلق القاضي في الفتاوى، وزاد بعضهم في الأركان طلب الماء وليس ذلك من نفس التيمم، فإن المريض يتيمم كالمسافر، والطلب مخصوص بالمسافر، وما يختص به بعض المتيممين لا يكون من نفس مطلق التيمم.

الثانية: لم يفرد في الكتاب السنن بالذكر كما فعل في الوضوء وللتيمم سنن منها ما صار مذكوراً في كيفية مسح الوجه واليدين، ومنها التسمية، وتقديم اليمنى على اليسرى، ومنها إمرار التراب على العضد، ذكره في التهذيب وغيره أنه مستحب، ونازع

(١) في ب: لم يؤخذ.

بعضهم فيه، ومنها الموالاة، وفيها قولان، كما في الوضوء، ويعتبر هاهنا مدة الجفاف لو كان المستعمل ماء، هذا إذا اعتبرنا، ثم الجفاف.

وحكى أبو عبد الله الحناطي هاهنا طريقة أخرى جازمة بأنها لا تشترط في التيمم.

وذكر القاضي ابن كج طريقة ثالثة جازمة بالاشتراط.

ومنها تخفيف الثراب المأخوذ إذا كان كثيراً بنفض اليدين.

ومنها ألا يرفع اليد عن العضو الممسوح حتى يتم مسحه، ومنها ألا يكرّر المسح، وفيه وجه ضعيف<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي:

### الباب الثالث

#### في أحكام التيمم

وهي ثلاثة: (الأول) أنه يبطل برؤية الماء قبل الشروع في الصلاة ولا تبطل الصلاة (ح ز) بعد الشروع فيها وتبطل بظن وجود الماء قبل الشروع ولكن المصلي إذا رأى الماء، فالأولى له أن يقلب فرضه نفلاً على وجهه، وأن يستمر على وجهه، وأن يخرج من الصلاة على وجهه لينذر فضيلة الوضوء، وفي وجه يلزمه المضي ولا يجوز الخروج، وعلى هذا لو كان في نافلة بطلت؛ لأنها غير مانعة من الخروج وهو بعيد، نعم لو أراد أن يزيد في ركعات النافلة ففي جوازه وجهان.

قال الرافعي: ذكرنا أن هذا الباب مسوق لبيان فائدة التيمم، وهي التي تباح به، فتكلم في ثلاثة أمور: في أنه إلى ما أبيح؟ وفي أنه ماذا يبيح؟ وفي أن ما يبيحه إذا أتى به هل يستغني عن القضاء، أم لا؟.

(١) ذكر النووي من السنة نزع خاتمه في الضربة الأولى، ثم قال: وأما الضربة الثانية فيجب نزعه فيها، ولا يكفي تحريكه بخلاف الوضوء، لأن التراب لا يدخل تحته، ذكره صاحب (العدة) وغيره، ومن مندوباته استقبال القبلة، وينبغي استحباب الشهادتين بعده كالوضوء والغسل، ولو كانت يده نجسة وضرب بها على تراب ومسح وجهه، جاز في الأصح، ولا يجوز مسح النجسة قطعاً، كما لا يصح غسلها عن الوضوء مع بقاء النجاسة، ولو تيمم ثم وقع عليه نجاسة، لم يبطل على المذهب، وبه قطع الإمام، وقال المتولي: هو كردة التيمم، ولو تيمم قبل الاجتهاد في القبلة، ففي صحته وجهان حكاهما الروياني، كما لو كان عليه نجاسة - والله أعلم - الروضة (١/ ٢٢٧).

أما الأولُ فَلَا شَكَّ في أن التيمم يبطل بعروض الحدث، كالوضوء، ويختصُّ هو بالبطلان بعروض القدرة على استعمال الماء، فجعل كلام الحكم الأول فيه. واعلم أن التيمم على قسمين:

أحدهما: ما يرخص فيه مع وجدان الماء، كتيمم المريض.

والثاني: ما يكون بسبب إغواز الماء، أو الحاجة إليه أو الخوف من الاستيقاء، وما أشبه ذلك.

فالأول لا يتأثر برؤية الماء، وطلوع الركب بحال.

وأما الثاني: فيتأثر بذلك، وجملته أن ننظر إن رأى الماء خارج الصلاة، يبطل تيممه لما روى أنه ﷺ قال لأبي ذرٍّ - رضي الله عنه -: «إِذَا وَجَدْتَ الْمَاءَ فَأَمْسِسْهُ جِلْدَكَ»<sup>(١)</sup>، وكذا لو لم يتيقن الظفر بالماء، لكن ظنه كما لو طلع عليه ركب، أو أطبقت بالقرب منه غمامة أو توهمه كما إذا تخيل سراباً ماء؛ لأنه يجب عليه الطلب عند حدوث هذه العوارض، وقد ذكرنا أنه إذا وجب الطلب بطل التيمم، وإنما يبطل التيمم في هذه الصور، بشرط أن لا يقارن هذه العوارض مانع آخر من استعمال الماء، فلو قارنها مانع لم يبطل التيمم، [لأنه يجوز التيمم]<sup>(٢)</sup> ابتداء، فأولى أن يدفع البطلان دواماً، وذلك كما إذا وجد ماء، وهو محتاج إليه لسقيه أو وجده في قعر بئر، وهو عند العثور عليه عالم بتعذر الاستيقاء، أو قال إنسان أودعني فلان ماء، وهو حين يسمع يعرف غيبة المودع، وما أشبه ذلك، وإن أرى الماء في الصلاة فلا يخلو إما أن تكون الصلاة مغنية عن القضاء، أو لا تكون فإن لم تكن مغنية عن القضاء كما إذا تيمم الحاضر لعدم الماء، وشرع في الصلاة، ثم رأى الماء في صلاته، فهل تبطل صلاته وتيممه؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، لأنه شرع في الصلاة بطهور أمر باستعماله، فبتمها محافظة على حرمتها، ثم يتوضأ ويعيد.

وأصحهما: نعم، لأن الحاضر تلزمه الإعادة إذا وجد الماء بعد الفراغ، فإذا وجده في أثناء الصلاة فليشتغل بالإعادة، وإن كانت مغنية عن القضاء، فظاهر المذهب المنصوص أنه لا يبطل تيممه، ولا صلاته وأشار المزني إلى تخريج قول أنهما يبطلان، وبه قال أبو حنيفة، وأحمد في رواية، وساعد بن سريج المزني على التخريج.

(١) أخرجه النسائي (١٧١/١) وأبو داود (٣٣٢) والترمذي (١٢٤) وابن حبان (١٣٠١ - ١٣٠٢) والحاكم في المستدرک (١٧٦/١ - ١٧٧) وصححه ابن حبان، والحاكم، وخالف ابن القطان فضعه، انظر الخلاصة (٧٠/١).

(٢) سقط في ب.

وقال: «المُسْتَحَاضَةُ إِذَا انْقَطَعَ دَمُهَا فِي الصَّلَاةِ تَبْطُلُ»<sup>(١)</sup> «صلاتها»، فليكن التيمم برؤية الماء كذلك؛ لأن الضرورة قد ارتفعت في الصورتين، وجعل المسألتين<sup>(٢)</sup> على قولين بالتفيل والتخريج، وجه الأول أنه لو طلع عليه ركب لا يبطل تيممه، فكذلك إذا رأى الماء وتيقن وجوده، لأنهما متلازمان، ألا ترى أنه قبل الشروع يبطل بهما، وبعد الفراغ لا يبطل، لا بهذا ولا بذلك، وأيضاً لما شرع في الصلاة فقد تلبس بالمقصود، ووجدان الأضلي بعد التلبس بمقصود البطل لا يبطل حكم البطل، كما لو شرع في الصيام، ثم وجد الرقبة، وأيضاً فإن إيجاب الصلاة عليه أشد ضرراً من تكليفه شراء الماء بالزيادة على ثمن المثل، بقدر يسير، فإذا لم يجب ذلك، فاستعمال الماء ها هنا أولى، ألا يجب لحرمة الصلاة.

ووجه الثاني ظاهر قوله ﷺ: «فَأَمْسِسُهُ جِلْدَكَ»<sup>(٣)</sup> وأيضاً فإن المعتدة بالشهور لو حاضت في أثنائها تنتقل إلى الإقراء، فكذلك ها هنا والفرق بين التيمم والمستحاضة نذكره في أحكام المستحاضة إن شاء الله تعالى، ويتعلق بالمذهب المنصوص، ويتفرع عليه أمور:

أحدها: أنه يستثنى عنه ما لو شرع في الصلاة، وهو مسافر، ثم نوى الإقامة فيها بعد وجدان الماء، ففي بطلان صلاته وجهان:

أصحهما: البطلان تغليباً لحكم الإقامة، وهما كالوجهين فيما إذا كان مقيماً، ورأى الماء في صلاته، ولو شرع المسافر في الصلاة بالتيمم، ونوى القصر، ثم وجد الماء في الصلاة، ونوى الإتمام بعده بطلت صلاته أيضاً في أصح الوجهين، لأن تيممه صح لهذه الصلاة المقصورة، وقد التزم الآن زيادة ركعتين.

والثاني: لو كان في صلاة فريضة فهل يجوز له أن يخرج منها ليتوضأ؟ فيه ثلاثة أوجه:

أظهرهما: نعم، وهل هو أولى؟ فيه وجهان:

أظهرهما: نعم، ليخرج من الخلاف فإن من العلماء من حرم عليه الاستمرار، ولأنه لو وجد الرقبة في أثناء الصيام، فالأفضل أن يعدل إلى التخريج، فكذلك ها هنا.

والثاني: الأولى الاستمرار؛ لأن الخروج إبطال للعمل، وقد قال الله تعالى: ﴿وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ﴾<sup>(٤)</sup> حكى الوجهين هكذا الشيخ أو حامد، وطبقته وعن الشيخ أبي محمد، والقاضي الحسين أن الخروج المطلق ليس بأولى لا محالة، لكن الخلاف في

(٢) في ب: المسألة.

(٤) سورة محمد، الآية ٣٣.

(١) في ب: بطلت.

(٣) تقدم.



أن الأولى أن يقلب فرضه نفلًا، ويسلم عن ركعتين أو الأولى أن يتم الفريضة، فمن صائر إلى الأون صيانة للعبادة عن الإبطال، وأداء الفريضة بأكمل الطهارتين، ومن صائر إلى الثاني محافظة على حرمة الفريضة.

**والوجه الثاني:** في أصل المسألة أنه لا يجوز الإعراض عن الفريضة بحال؛ لأن الإعراض عن الفريضة إبطال للفريضة.

**والثالث:** ذكره إمام الحرمين أنه يفرق بين أن يضيق الوقت فلا يجوز الخروج؛ لأنه إن لم يكن في الصلاة تعيين عليه البدار حينئذ، فإذا كان فيها يمتنع الخروج، وإن لم يضيق الوقت فله الخروج؛ لأن الوجوب في أول الوقت موسع والشروع لا يلزم شيئاً، وهذا التفصيل عنده لا يختص بالتيمم، بل مطرد في كل مصل<sup>(١)</sup>.

**الثالث:** إذا لم يخرج منها، وأتم الفريضة فكما تمت بطل تيممه وإن كان الماء الذي ظفر به باقياً بحاله، حتى حكى القاضي الروياني عن والده أنه لا يسلم التسليمة الثانية<sup>(٢)</sup>. لأن التسليمة الأولى تمت الصلاة وبطل التيمم، وإن لم يكن ذلك الماء باقياً، ولم يعرفه المصلي حتى فرغ، فكذلك وإن عرف فواته وهو بعد في الصلاة، فهل يبطل تيممه إذا فرغ؟ وجهان: قال صاحب «التلخيص»: يبطل<sup>(٣)</sup> وبه قال الشيخ أبو حامد؛ لأن التيمم يبطل بوجود الماء، إلا في الصلاة التي هو فيها لحرمتها.

وقال آخرون، منهم القفال: لا يبطل، حتى يجوز له التنفل به؛ لأنه حين الفراغ غير واجد للماء، ولا متوهم للوجدان<sup>(٤)</sup>.

**الرابع:** لو رأى الماء وهو في صلاة نافلة، ففي بطلانها وجهان:

أصحهما: لا تبطل كالفريضة.

**والثاني:** أنها تبطل؛ لأن حرمتها قاصرة عن حرمة الفريضة؛ ألا يرى أنها لا تلزم

(١) قال النووي: هذا الذي حكاه إمام الحرمين، اختيار له لم يتقدمه به أحد، واعترف إمام الحرمين بهذا، وهو خلاف المذهب، وخلاف نص الشافعي - رحمه الله - فقد نص في الأم، ونقله صاحب «التممة» والغزالي في «البيسط» عن الأصحاب: أنه يحرم على من تلبس بالفريضة في أول وقتها قطعها بغير عذر، وقد أوضحت نقله ودلائله في شرح (المهذب) - والله أعلم - انظر الروضة (٢٢٩/١).

(٢) قال النووي: وفيما حكاه الروياني نظر، وينبغي أن يسلم الثانية، لأنها من جملة الصلاة - والله أعلم - الروضة (٢٢٩/١).

(٣) في ط نعم.

(٤) قال النووي: الأصح: منعه النافلة، وبه قطع العراقيون وجماعة من الخراسانيين - والله أعلم - الروضة (٢٢٩/١).

بالشروع، والفريضة تلزم، وهذا الوجه حكاه إمام الحرمين - قدّس الله روحه - عن ابن سريج - رحمه الله - فعلى الأولى الأصح، لو كان قد شرع فيها من غير تعيين عدد في نيته لم يزد على ركعتين نص عليه؛ لأن الأولى في التوافل أن تكون مثنى مثنى، فليسلم عن ركعتين، وليصل بالوضوء.

وعن القاضي الحسين أن له أن يزيد ما شاء، وإن كان قد نوى ركعة أو ركعتين فلا يزيد على ما نوى؛ لأنّ الزيادة كافتتاح نافلة بعد وجود الماء، ألا ترى أنه يفتقر الزيادة إلى قصد جديد.

وعن القفال: أنه يجوز أن يزيد ما شاء؛ لأن حرمة تلك الصلاة باقية ما لم يسلم، بخلاف ما لو سلم، وأراد أفتتاح نافلة أخرى، ولو نوى عدداً فوق الركعتين، ثم رأى الماء، فهل يستوفي ما نواه أم يجب الاقتصار على ركعتين؟ فيه وجهان:

أظهرهما: أن له أن يستوفي ما نواه؛ لأن إحرامه انعقد لذلك العدد، فأشبهه المكتوبة المقدرة، وعلى هذا ففي جواز الزيادة على المنوي الوجهان المذكوران، في جواز الزيادة على الركعتين إذا نواهما، وأصل هذه المسألة<sup>(١)</sup> أن المصلي مستقل من زيادة الركعات، ونقصانها في التوافل المطلقة كيف شاء، وسيأتي ذلك في موضعه إن شاء الله تعالى. فإذا وقفت على ما ذكرنا فعد إلى ألفاظ الكتاب واعلم أن قوله: «أنه يبطل برؤية الماء قبل الشروع في الصلاة»<sup>(٢)</sup>، وإن كان مطلقاً مشروط بشرطين: أحدهما: أن يكون ذلك التيمم غير تيمم المريض، ونحوه.

والثاني: ألا يقارن رؤية الماء مانع، يرخص في ابتداء التيمم على ما بينهما.

وقوله: «ولا تبطل برؤية الماء بعد الشروع فيها»، مقيد بما إذا كانت الصلاة مغنية عن القضاء، وإلا فهي باطلة على الأصح، ولا بد من استثناء الصورتين المذكورتين من قبل<sup>(٣)</sup> أيضاً.

وقوله: «ولكن المصلي إذا رأى الماء» لا يتعلق بقوله: «ويبطل بظن وجود الماء قبل الشروع» وإن كان مذكوراً عقيب؛ بل بقوله: «لا تبطل بعد الشروع فيها»، والوجه الثلاثة التي ذكرها في أن الأولى ماذا، كلها مبنية على أنه يجوز له الخروج، وترك الفريضة، والذي يقابله قوله: «وفي وجه يلزمه المضي، ولا يجوز الخروج»، وليس في الجمع بين هاتين العبارتين سوى الإيضاح، وقوله: «وعلى هذا لو كان في نافلة بطلت»، لأنها غير مانعة، يعني به أننا إذا قلنا بوجوب المضي في الفريضة، إنما نقول به لحرمة الفريضة، وليس للنافلة حرمة ما نعمة من الخروج، فتبطل.

(١) في ب: المسائل.

(٢) في ب: في فصل.

وقوله: «وهو بعيد» يجوز أن يريد به هذا البناء، ووجه البعد فيه أن قضية وجوب المضي لحرمة الفريضة أن يقول بعدم الوجوب، إذا فقدنا تلك الحرمة فأما أن نقول بالبطلان فلم؟ وطريق توجيه البطلان أن يقال: رؤية الماء تقتضي البطلان مطلقاً، خالفناه في الفريضة لزيادة حرمتها كما أشرنا إليه، لكن صاحب الكتاب لم يرد استبعاد البناء، وإنما أراد استبعاد أصل الوجه، وهو بين من كلامه في «الوسيط»، واستقرب بالإضافة إليه التردد في زيادة الركعات.

قال الغزالي: (الثاني) أن لا يجمع بين فرضين يتيمم واحد ويجمع بين فرضين وتوافل وبين فرض ومنذورة إن قلنا: يسئلك بها مسئلك جائز الشرح لا مسئلك واجبه، وبين فرض وركعتي الطواف إلا إذا قلنا: إنهما فريضة ويجمع بينهما وبين الطواف يتيمم واحد على أحد الوجهين؛ لأنهما كالتابع له، ويجمع بين فريضة وصلاة جنازة، ولا يقعد في صلاة الجنازة مع القذرة على القيام، هذا نصه وقيل قولان بالثقل والتخريج، وقيل: إن تعينت عليه فلها حكم الفرض، وقيل: لها حكم الثقل ولكن القعود لا يحتمل مع القذرة لأن القيام أظهر أركانها.

قال الرافعي: لا يؤدي بالتيمم الواحد، مما يتوقف على الطهارة إلا فريضة واحدة، خلافاً لأبي حنيفة، حيث قال: يؤدي به ما شاء.

وكذلك قال أحمد في رواية، وفي رواية أخرى يتيمم لوقت كل صلاة.

لنا ما روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أنه قال: «من السنة ألا يصلي بالتيمم إلا مكتوبة واحدة، ثم يتيمم للأخرى»<sup>(١)</sup>. والسنة في كلام الصحابي تنصرف إلى سنة رسول الله ﷺ<sup>(٢)</sup>؛ لأن التيمم طهارة ضرورية، فلا تؤدي به فريضتان، ولا فرق

(١) قال الحافظ: أخرجه الدارقطني والبيهقي من طريق الحسن بن عمارة، عن الحكم عن مجاهد عنه، والحسن ضعيف جداً، وفي الباب موقوفاً عن علي وابن عمر، وعمرو بن العاص: أما علي: فرواه الدارقطني وفيه حجاج بن أرطاة، والحارث الأعور، وأما ابن عمر: فرواه البيهقي عن الحاكم من طريق عامر الأحول، عن نافع عن ابن عمر قال: يتيمم لكل صلاة وإن لم يحدث، قال البيهقي: هو أصح ما في الباب، قال: ولا نعلم له مخالفاً من الصحابة، وأما عمرو بن العاص: فرواه الدارقطني من طريق عبد الرزاق عن معمر عن قتادة، أن عمرو بن العاص كان يتيمم لكل صلاة، وبه كان يفتي قتادة، وهذا فيه إرسال شديد بين قتادة وعمرو. انظر التلخيص (١٥٥/١).

(٢) قول الصحابي: من السنة كذا، أو أمرنا بكذا، أو نهينا عن كذا، وما أشبه كله مرفوع على الصحيح الذي قاله الجمهور، لأن مطلق ذلك يتصرف بظاهره إلى من له الأمر والنهي، ومن يجب اتباع سنته وهو رسول الله ﷺ واحتمال أن يكون الأمر غيره، وأن يريد سنة غيره بعيد، وإن =

بين أن يتَّجَدَّ الجنس كصلاتين، أو طوافين، أو يختلف كصلاة، وطواف، ولا فرق في ذلك بين البالغ والصَّبي، وحكى القاضي الروياني في الصَّبي هل يجمع بين فريضتين بتيمم واحد؟ وجهين: والصحيح: أنه لا يجمع؛ لأنه وإن لم يكن مكلفاً لكن ما يؤدِّيه حكمه حكم الفرائض، ألا ترى أنه ينوي بصلاته المفروضة، ولا فرق في المكتوبة بين

= كنا لا ننكر أن إطلاق ذلك يصدق مع الوساطة، ولكن العادة أن من له رئيساً معظماً: أمرنا بكذا فإنما يريد أمر رئيسه، ولا يفهم عنه إلا ذلك، ورسول الله ﷺ هو عظيم الصحابة ومرجعهم، والمشار إليه في أقوالهم وأفعالهم، فتصرف إطلاقاتهم إليه ﷺ وما قيل إن الفاعل إذا حذف احتمل النبي ﷺ وغيره، فلا تثبت شرعاً بالشك، فجوابه أن ظاهر الحال صارف ﷺ كما تقدم تقديره. وكذلك السنة أصلها في اللغة: الطريقة، ومنه سنن الطريق الذي يمشي فيه، غير أنها في عرف الاستعمال صارت موضوعاً لطريقته ﷺ في الشريعة. كذا قال القرافي في التنقيح، ومما يؤيد أن ذلك في حكم الرفع في السنة، ما رواه البخاري في صحيحه في حديث ابن شهاب، عن سالم بن عبد الله بن عمر، عن أبيه، في قصته مع الحجاج حين قال له: (إن كنت تريد السنة فهجر بالصلاة) قال ابن شهاب: قلت لسالم: أفعلة رسول الله ﷺ؟ فقال: وهل يعنون بذلك إلا سنته ﷺ؟ فنقل سالم وهو أحد الفقهاء السبعة من أهل المدينة، وأحد الحفاظ من التابعين عن الصحابة - أنهم إذا أطلقوا السنة، لا يريدون بذلك إلا سنة النبي ﷺ ومما يؤيد الرفع في (كنا نؤمر) ما رواه الشيخان عن أبي موسى في قصة استئذانه على عمر، ولفظ البخاري: عن أبي موسى قال: استأذنت على عمر ثلاثاً، فلم يؤذن لي، وكأنه كان مشغولاً فرجعت، ففرغ عمر فقال: ألم أسمع صوت عبد الله بن قيس؟ إيدنوا له! قيل: قد رجع! فدعاني، فقلت: (كنا نؤمر بذلك) فقال: تأتيني على ذلك بالبيئة، فانطلقت إلى مجلس الأنصار فسألتهم، فقالوا: لا يشهد لك على هذا إلا أصغرنا أبو سعيد الخدري، فذهبت بأبي سعيد الخدري فقال عمر: أضفي على هذا من أمر رسول الله ﷺ؟ الهاني الصفق بالأسواق؟ يعني الخروج إلى التجارة - زاد مالك في الموطأ (فقال عمر لأبي موسى: أما إنني لم أنهمك، ولكن خشيت أن يتقول الناس على رسول الله ﷺ قال الشراح: وحينئذ فلا دلالة في طلبه البيئة، على أنه لا يحتج بخبر الواحد، بل أراد سد الباب خوفاً من غير أبي موسى، أن يختلق كذباً على رسول الله ﷺ عند الرغبة والرهبة، وقالوا في الحديث: إن قول الصحابي (كنا نؤمر بكذا) له حكم الرفع. قال الحافظ في شرح النخبة: وأما قول بعضهم: إن كان مرفوعاً فلم لا يقولن فيه: قال رسول الله؟ فجوابه: أنهم تركوا الجزم بذلك تورعاً واحتياطاً. ومن هذا قول أبي قلابة عن أنس: من السنة إذا تزوج البكر على الشيب، أقام عندها سبعاً، أخرجاه. قال أبو قلابة: لو شئت لقلت: إن أنسا رفعه إلى النبي ﷺ أي لو قلت: لم أكذب، لأن قوله: من السنة هذا معناه، لكن إيراد الصيغة التي ذكرها الصحابي أولى. انتهى. أقول: قوله: تورعاً واحتياطاً، هذا يظهر في بعض الوجوه، ومنه ما ذكره وأحسن منه أن يقال: إن قولهم من السنة، أو كنا نؤمر، ونحوهما، هو من التفتن في تبليغ الهدى النبوي، لا سيما وقد يكون الحكم الذي قيل فيه: أمرنا، أو من السنة من سنن الأفعال لا الأقوال، وقد يقولون ذلك إيجازاً، أو لضيق المقام، وكثيراً ما يجيب العالم عن المسائل التي يعلم حديثها المرفوع، ويحفظه بحروفه بقوله: من السنة كذا، لما ذكرنا من الوجوه ولغيرها، وهو ظاهر. انظر قواعد التحديث (١٤٤ - ١٤٦).

الفائتة والمؤداة. وأغرب أبو عبد الله الحناطي فحكى وجهاً أنه يجوز الجمع بين الفرائض، وبين المؤداة، ويجوز أن يجمع التيمم بين فريضة ونوافل، لأن النوافل مما لا يمكن المنع منها، وفي تجديد التيمم لكل واحدة منها حرج عظيم؛ لأنها لا تنضب، وأيضاً فهي إتيان للفرائض بخلاف الفرائض بعضها مع بعض، ثم في الفصل مسائل:

إحداها: هل يجمع بين مكتوبة ومنذورة؟ فيه وجهان، وربما قيل قولان:

أصحهما: لا؛ لأنها مفروضة متعينة<sup>(١)</sup> على الناذر فأشبهت المكتوبة.

والثاني: نعم؛ لأنها وجبت بعارض، فلا يلحق بالمفروض الأصلي، وهذا الخلاف مبني على أصل [في النذر، وهو أنه يسلك بالمنذور]<sup>(٢)</sup> مسلك واجب الشرع، أو مسلك جائزه وهو أقل ما يتقرب به، وفيه وجهان: فإذا نذر هدياً حمل في قول على شيء من التيمم؛ لأنه الهدى الواجب شرعاً، وعلى قول له أن يقتصر على ذباجة وقطعة لحم؛ لأن ذلك مما يتقرب به، وإذا قلنا بهذا القول فيعطى المنذور حكم القربات التي لا تجب حتى يجوز القعود في الصلاة مع القدرة على القيام، ويجوز أداؤها على الراحلة، وإذا قلنا: بالأول لا يجوز، وقول الأصحاب يسلك به مسلك جائز الشرع أي في الأحكام مع وجوب الأصل، وعنوا بجائز الشرع هاهنا القربات التي جوز تركها، ويجري الخلاف فيما لو جمع بين منذورين.

الثانية: في وجوب ركعتي الطواف، قولان يذكران في موضعهما: فإن لم نوجبهما فلا يخفى جواز الجمع بينهما، وبين الطواف، وبينهما وبين مكتوبة، وإن أوجبناهما ففي الجمع بينهما وبين الطواف، وجهان:

أحدهما: ويحكى عن ابن سريج: أنه يجوز؛ لأنهما تابعتان للطواف، أو كالجزم منه، بمثابة بعض الأشواط.

وأصحهما: أنه لا يجوز؛ لأن ركعتي الطواف عبادة مستقلة، ولهذا تحتاج إلى نية مفردة بخلاف بعض الأشواط، والخلاف في الوجوب مخصوص بركعتي طواف الفرض، أما ركعتا طواف التطوع فتطوع، ومنهم من أجرى القولين في ركعتي طواف التطوع أيضاً.

وقال: اتفاق الفرض والنفل في الشرائط لا ينكر، ألا ترى أن صلاة الفرض والنفل يستويان في اعتبار الطهارة وستر العورة، فعلى هذا لو صلى فريضة بتيمم، وطاف تطوعاً، هل له أن يصلي به ركعتي الطواف؟ فيه وجهان؛ وفي جواز الجمع بين

(٢) في ب: أن المنذور هل يسلك به.

(١) في ب: مفروضة معينة.

الخطبة وصلاة الجمعة بالتيمم الواحد وجهان، كالوجهين في الجمع بين الطواف الواجب وركعتيه إذا أوجباهما؛ لأن الخطبة تابعة للصلاة، كالركعتين للطواف، وهذا على قولنا تشترط طهارة الحدث في الخطبة الثالثة، نص في المختصر أنه يجمع بين فريضة وصلاة جنازة، وفي موضع آخر أنه لا يقعد فيها مع القُدرة على القيام، وأنها لا تؤدي على الرّاحلة، فهذا يقتضي إلحاقها بالفرائض، والأول يقتضي إلحاقها بالتوافل، واختلفوا فيه على ثلاثة طرق:

أحدها: أن المسألتين على قولين نقلاً وتخريباً.

أحدهما: أنها مُلحقة بالفرائض، فلا يجوز الجمع، ولا القعود ولا على الرّاحلة؛ لأنها فرض في الجملة، والفرض بالفرض أشبه منه بالنقل، وإن اختلفت كيفية الافتراض.

والثاني: أنها ملحقة بالتوافل، فيجوز فعلها على الرّاحلة، والجمع والقعود؛ لأن فروض<sup>(١)</sup> الكفایات كالتوافل في جواز الترك، وعدم الانحصار.

والطريق الثاني: تنزيل التّصنّين على حالتين حيث قال: «يجمع» أراد ما إذا لم يتعيّن عليه، وفي هذه الحالة [له أن يقعد ويؤديها على الرّاحلة، وحيث قاتل: لا يقعد أراد ما إذا تعيّن عليه بأن لم يحضر غيره، وفي هذه الحالة]<sup>(٢)</sup> لا يجمع.

والثالث: أن حكمها حكم النّقل على الإطلاق إلا أنه لا يسمع بالقعود فيها؛ لأن قوامها بالقيام، إذ ليس فيها ركوع ولا سجود، فإذا قعد فيها بطلت صورتها بالكلية، فلا تلحق في هذا الحكم بالتوافل، وهذا تقرير النصين.

وظاهر المذهب جواز الجمع بكل حال، ولو جمع بين صلاتي جنازة بتيمم واحد ففيه هذا الخلاف، ولو أراد أن يصلي على جنازتين صلاة واحدة، فقد قال بعضهم يبنى ذلك على الخلاف، إن اعتبرنا لكل صلاة تيمماً لم يجز ذلك، وإلا فيجوز.

وقال صاحب «المعتمد»: ينبغي أن يجوز ذلك بكل حال؛ لأنه إذا جاز سقوط الفرضين بصلاة واحدة، جاز الاقتصار على التيمم الواحد.

قال الغزالي: وَمَنْ نَسِيَ صَلَاةً مِنْ خَمْسِ صَلَوَاتٍ يُصَلِّيَ خَمْسَ صَلَوَاتٍ بِتَيْمُمٍ وَاحِدٍ، وَإِنْ نَسِيَ صَلَاتَيْنِ، فَإِنْ شَاءَ صَلَّى خَمْسَ صَلَوَاتٍ بِخَمْسِ تَيْمُمَاتٍ، وَإِنْ شَاءَ أَقْتَصَرَ عَلَى تَيْمُمَيْنِ وَأَدَّى بِالتَّيْمُمِ الْأَوَّلِ الْأَرْبَعَةَ الْأُولَى مِنَ الْخَمْسَةِ وَبِالثَّانِي الْأَرْبَعَةَ الْأَخِيرَةَ مِنَ الْخَمْسَةِ.

(١) في ب: فرائض.

(٢) سقط في ب.

قال الرافعي: إذا نسي صلاة من صلوات نظر إن كانت متفقة كما إذا نسي ظهراً من إسبوع فلا يلزمه إلا ظهر واحدة، ولا أثر للتردد في اليوم الذي فاتت منه، ولا يخفى أن يفردها بتيمم، وإن لم تكن متفقة كما إذا نسي صلاة من الصلوات الخمس فيلزمه أن يأتي بالخمس ليخرج عن العهدة بيقين، وعن المزني: أنه يكفيه أربع ركعات، ينوي فيها فاتتته، ويجلس في الثلاث الأخيرة، ويسجد للسهو ويسلم.

وهل يكفيه تيمم [واحد للجميع أم يفتقر لكل واحدة إلى تيمم<sup>(١)</sup>]؟ فيه وجهان:

أحدهما: ويحكي أن ابن<sup>(٢)</sup> سريج: أنه يفتقر لكل صلاة إلى تيمم؛ لأن كل واحدة منها واجبة عليه بعينها فأشبهت الفأيتتين، وهذا اختيار الخضري وأصحهما، وهو المذكور في الكتاب، وبه قال ابن القاص<sup>(٣)</sup>، وابن الحداد أنه يكفيه تيمم واحد للجميع، لأنها وإن كانت واجبة الفعل، فالمقصود منها واحدة، وما عداها كالوسيلة إليها.

قال الشيخ أبو علي: الوجهان مبنيان على أنه لا يجب تعيين الفريضة المقصودة بالتيمم، فإن أوجبنا التعيين، وجب لكل واحدة تيمم لا محالة<sup>(٤)</sup> ولك أن تقول إنمّا يجب التعيين إذا كانت الفريضة معينة معلومة فأما إذا لم تكن، فيجوز أن يقال: ينوي بتيممه ما عليه، ويحتمل منه التردد والإبهام، كما يحتمل في كل واحدة من الصلوات، ينوي أنها فاتتته، وهو متردد في ذلك، ويجوز أن يعلم قوله: «يصلّي خمس صلوات» بالزاي؛ لأن عنده يكفيه صلاة واحدة بالصفة التي تقدمت. وإن نسي صلاتين من صلوات، نظر إن كانتا مختلفتين، وهي الحالة المرادة في مسألة الكتاب، كما إذا نسي صلاتين من الوظائف الخمس، فيجب الإتيان بالخمس لا محالة، وحكم التيمم يبني

(١) سقط في ب.

(٢) في ب: عن ابن سريج.

(٣) أبو العباس، أحمد بن أبي أحمد الطبري، المعروف بابن القاص، بالقاف والصاد المهملة، تفقه على ابن سريج، و - عليه أهل طبرستان. توفي بطرسوس سنة خمس وثلاثين وثلثمائة. قال ابن السمعاني والقاص: هو الذي يعظ ويذكر القصص، وعرف أبوه بالقاص؛ لأنه دخل بلاد الديلم وقص على الناس الأخبار المرغبة في الجهاد، ثم دخل بلاد الروم غازياً، فبينما هو يقص لحقه وجد وغشيه فمات - رحمه الله - قاله النووي في تهذيبه، وله تصانيف هي: (التلخيص) و(المفتاح) و(أدب القضاء) وكتاب (دلائل القبلة) وأكثره تاريخ وحكايات عن أحوال الأرض وعجائبها، وتصنيفه في إحرام المرأة، وتصنيفه في الكلام على قوله عليه الصلاة والسلام: يا أبا عمير: ما فعل الثغير. انظر وفيات الأعيان (٦٨/١) الأنساب (٢٤/١٠) طبقات الشيرازي (١١) طبقات العبادي (٧٣) طبقات الأسنوي (٩١٦).

(٤) قال النووي: هذا المحكي عن أبي علي قد حكاه الدارمي عن ابن المرزبان، واختار الدارمي طرد الخلاف، وإن أوجبنا التعيين. وهذا أصح - والله أعلم - انظر الروضة (١/٢٣٠، ٢٣١).

على ما إذا كانت المنسيَّة واحدة. فإن قلنا: يجب ثم خمس تيممات فكذلك ها هنا.

وإن قلنا: ثم يكفي تيمم واحد، فما الذي يفعل ها هنا. قال ابن القاص: يتيمم لكل واحدة منها، ويقتصر عليها.

وقال ابن الحداد: يقتصر على تيممين ويزيد في عدد الصلوات فيصلح بالتيمم الأول الفجر والظهر والعصر والمغرب، وبالثاني الظهر والعصر والمغرب والعشاء، فيخرج عن العهدة بيقين؛ لأنه صلى الظهر والعصر والمغرب مرتين بتيممين، فإن كانت الفائتتان من هذه الثلاث فقد تأدت كل واحدة بتيمم، وإن كانت الفائتتان الفجر والعشاء، فقد تأدت الفجر بالتيمم الأول، والعشاء بالثاني، وإن كانت الفائتتين إحدى الثلاث، وأخرى الفجر والعشاء، فكذلك ولا شك أن ما ذكره ابن القاص جائز عند ابن الحداد، فيخرج عن العهدة. والذي ذكره ابن الحداد هل يجوز عند ابن القاص، ظاهر كلامه في «التلخيص» أنه لا يجوز.

وقال الصيدلاني وغيره من الأئمة: لا خلاف بينهما، وكل واحد منهما يجيز ما قاله الآخر، فإن كان الأول التقى كلام ابن القاص، والخضري في هذه الصورة ونظائرها، وإذا كان الثاني انتظم أن يقال: هو مُخَيَّرٌ إن شاء فعل ذلك، وإن شاء فعل هذا، كما ذكره في الكتاب، ويجوز أن يعلم قوله: «إن شاء»، «وإن شاء» بالواو، لظاهر كلامه في التلخيص، وبالزاي؛ لأن قياس قوله: «أن لا يلزمه واحد من الأمرين، بل يكفيه صلاتان كما ذكرنا بتيممين، وحكى وجه آخر أنه يتيمم مرتين، ويصلي بكل واحد منهم الصلوات الخمس؛ لأنه للفائتة الواحدة يقضي الخمس بتيمم فَلِلْفَائِتَتَيْنِ يلزمه ضعف ذلك، وهذا أبعد الوجوه عند مشايخ الأصحاب من جهة أنه إذا صلى الأربع بالتيمم الأول، فقد علم سقوط إحدى الفَائِتَتَيْنِ عنه، ففعل الخامسة عبث لأنه لا يتأدى فريضان بتيمم واحد، والمستحسن عندهم ما ذكره ابن الحداد، ولا بد فيه من زيادة في عدد الصلوات، فيجب معرفة ضابط القدر الزائد، وما يشترط في كيفية أدائها ليخرج عن العهدة، أما الضابط فهو أن يزيد في عدد المنسي فيه عدداً لا ينقص عما يبقى من المنسي فيه بعد إسقاط المنسي، وينقسم المجموع صحيحاً على المنسي بيانه في الصُورَة المذكورة المنسي صلاتان، والمنسي فيه خمس يزيد عليه ثلاثة؛ لأنها لا تنقص عما يبقى من الخمسة بعد إسقاط الاثنين، بل يساويه، والمجموع هو ثمانية، ينقسم على الاثنين صحيحاً، ولو أنه أتى بعشر صلوات يجزئه عما ذكرنا في الوجه الآخر، لأنه زاد ما لا ينقص عن الباقي من المنسي فيه بعد إسقاط المنسي، وينقسم مع الأصل صحيحاً عليه، وأول عدد يزيد عليه ووجد فيه الوصفان المذكوران حصل به الفرض، فإن تكلف عليه زيادة، فأولى أن يجزئه، وأما ما يشترط في كيفية الأداء، فإنه يبتدىء من المنسي



فيه بأية صلاة شاء، ويصلي بكل تيمم ما تقتضيه القسمة، لكن شرط خروجه عن العهدة بالعدد المذكور أن يترك في كل مرة ما ابتدأ به في المرة التي قبلها، ويأتي في المرة الأخيرة بما بقي من الصلوات، فلو صلى في المثال الذي سبق بالتيمم الأول الظهر، والعصر، والمغرب، والعشاء، وبالثاني الصبح، والظهر، والعصر، والمغرب، فقد أخل بهذا الشرط إذا لم يترك في المرة الثانية ما ابتدأ به في المرة الأولى، وإنما ترك ما ختم به في المرة الأولى فلا يخرج عن العهدة، لجواز أن يكون ما عليه الظهر، أو العصر، أو المغرب مع العشاء، فبالتيمم الأول صحّت تلك الصلاة، ولم تصح العشاء، وبالتيمم الثاني لم يصلّ العشاء، فلو صلى العشاء بعد ذلك بالتيمم الثاني، خرج عن العهدة، وقد أشار إلى هذا الشرط في الكتاب بقوله: «وأدى بالأول الأربع الأولى من الخمس، وبالثاني الأربع الأخيرة».

ولو نسي ثلاث صلوات من صلوات يوم وليلة، ولم يعرف عينها فعلى طريقة صاحب «التلخيص» يتيمم خمس تيمّمات، ويصلي الخمس، وعلى الوجه الآخر يتيمم ثلاث مرات، ويصلي بكل واحدة منها الخمس، وعلى قول ابن الحداد يقتصر على ثلاث تيمّمات، ويزيد في عدد الصلوات فيضم إلى الخمس أربعاً؛ لأن الأربعة لا تنقص عما يبقى من الخمسة بعد إسقاط الثلاثة، بل يزيد عليه، وينقسم المجموع، وهو تسعة صحيحاً على الثلاثة، ولو ضمنا إلى الخمسة اثنين، أو ثلاثة، لما انقسم، ثم يصلي بالتيمم الأول الصبح، والظهر، والعصر، وبالثاني الظهر، والعصر، والمغرب، وبالثالث العصر، والمغرب، والعشاء، وله غير هذا الترتيب إذا حافظ على الشرط المذكور، فلو أخلّ به كما إذا صلى بالتيمم الأول العصر، ثم الظهر، ثم الصبح، وبالثاني المغرب، ثم العصر، ثم الظهر، وبالثالث العشاء، ثم المغرب، ثم العصر، لم يخرج عن العهدة، لجواز أن يكون التي عليه الصبح، والعشاء، وثالثهما الظهر، أو العصر، فيتأدى بالتيمم الأول الظهر، أو العصر، ويتأدى بالثالث العشاء، ويبقى الصبح عليه فيحتاج إلى تيمم رابع للصبح، وقس على هذا نظائره، هذا كله فيما إذا نسي صلاتين مختلفتين، أو أكثر.

أما إذا نسي صلاتين متفقتين من صلوات يومين فصاعداً، فعليه أن يأتي بعشر صلوات صبحين، وظهريين، وعصرين، ومغربيين، وعشائين، ليخرج عن العهدة بيقين، ويجب لها عشر تيمّمات على الوجه المنسوب إلى الخضري، وعند معظم الأصحاب يكفيه تيممان يصلي بكل واحد منهما الصلوات الخمس، ولا يكفي هاهنا ثمان صلوات بتيممين، بخلاف ما إذا كانتا مختلفتين؛ لأنه إذا فعل ذلك لم يأت بالصبح إلا مرة واحدة بالتيمم الأول، ولا بالعشاء إلا مرة واحدة بالتيمم الثاني، ويجوز أن يكون ما عليه صبحين أو عشائين، ولو لم يعلم أن فائتتیه متفقتان، أو مختلفتان أخذ بالأسوأ، وهو أن تكونا متفقتين، فيحتاج إلى عشر صلوات بتيممين، ولا يكفيه الاقتصار على

الثمان، والوجه الذي هو اختيار الخصري لا يخفى - والله أعلم -.

وإن اشتبه الحال على حاج، فلم يدر أترك صلاة فرض أم طواف فرض، أتى بالطواف وبالصلوات الخمس بتيمم واحد، وعلى وجه الخصري يحتاج إلى ستة تيممات، ولو صلى منفرداً بتيمم، ثم أدرك جماعة، وأراد إعادتها معهم فإن قلنا: المعادة سنة له أن يعيدها بذلك التيمم، وإن قلنا: الفرض أحدهما لا بعينه، فهل يجوز فعله بذلك التيمم؟ فيه وجهان، كالوجهين فيما إذا نسي صلاة من الخمس، هل يكفيها لها تيمم واحد؟ والصحيح أنه يكفي ولو صلى الفرض بالتيمم على وجه يحتاج إلى قضائه، كالمربوط على الخشبة، ونحوه، وأراد القضاء بالتيمم فينبني على أن الفرض المعاد، أو الأول أو كلاهما أو أحدهما لا بعينه إن قلنا: الفرض المعاد أو كلاهما افتقر إلى تيمم آخر، وإن قلنا: الفرض الأول، فلا حاجة إلى إعادة التيمم، وإن قلنا: الفرض أحدهما لا بعينه، فهو على الوجهين السابقين.

قال الغزالي: وَكَذَلِكَ لَا يَتَيَّمُ لِفَرِيضَةٍ قَبْلَ دُخُولِ (ح) وَفَتْهَا، وَوَقْتُ صَلَاةِ الْخُسُوفِ بِالْخُسُوفِ، وَوَقْتُ الْاسْتِسْقَاءِ بِاجْتِمَاعِ النَّاسِ فِي الصُّخْرَاءِ، وَوَقْتُ صَلَاةِ الْمَيْتِ بِغَسْلِ الْمَيْتِ وَالْفَائِتَةِ بِتَذَكُّرِهَا، وَالنَّوَافِلُ الرَّوَاطِبُ لَا يَتَأَقَّتُ تَيَّمُّهَا عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ تَيَّمَّ لِفَائِتَةٍ ضَخْوَةَ النَّهَارِ فَلَمْ يُؤَدِّ بِهِ إِلَّا ظَهْرًا بَعْدَ الزُّوَالِ فَهُوَ جَائِزٌ عَلَى الْأَصَحِّ، وَكَذَا لَوْ تَيَّمَّ لِلظَّهْرِ ثُمَّ تَذَكَّرَ فَائِتَةً فَأَدَّاهَا بِهِ جَارَ عَلَى الْأَصَحِّ، وَلَوْ تَيَّمَّ لِنَافِلَةٍ ضَخْوَةَ وَقَلْنَا: يُسْتَبَاحُ بِهِ الْفَرِيضَةُ فَأَدَّى الظَّهْرَ بِهِ فَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ.

قال الرافعي: لا يتيمم لصلاة قبل دخول وقتها خلافاً لأبي حنيفة، لنا أنه طهارة ضرورة، ولا ضرورة قبل دخول الوقت، فلو تيمم لفريضة قبل دخول وقتها لم يصح للفرض، وهل يصح للنفل؟ حكى بعضهم فيه وجهين بناء على أن من أحرم بالظهر قبل الزوال، هل تنعقد صلاته نفلًا؟

وظاهر المذهب أنه لا يصح تيممه لا للفرض ولا للنفل، وهذا الأصل يطلق إطلاقاً، إلا أنه لا بد من استثناء صورة عنه، وهي ما إذا كان يجمع بين صلاتي الجمع بالتيمم، فإن ظاهر المذهب أن الجمع بين الصَّلَاتَيْنِ [بتيممين] <sup>(١)</sup>، جائز وحيث إذا قدم الأخيرة فقد تيمم لها قبل وقتها الأصلي، ولو تيمم وصلى الظهر، ثم تيمم فيضم إليها العصر، فدخل وقت العصر قبل أن يشرع فيها فيبطل الجمع، ولا يصلي بذلك التيمم العصر لوقوعه قبل وقتها، وانحلال رابطة الجمع، وكما لا يقدم التيمم للمؤداة على

(١) سقط في ب.

وقتها، لا يقدم التيمم للفائتة على وقتها، وقتها يدخل بتذكرها.

قال ﷺ: «فَلْيُصَلِّهَا إِذَا ذَكَرَهَا، فَإِنَّ ذَلِكَ وَفُتُّهَا»<sup>(١)</sup>. وإذا تيمم للفريضة في أول الوقت وأخرها [إلى آخر الوقت]<sup>(٢)</sup> جاز، نص عليه؛ لأنه تيمم في وقت الحاجة، ولو تيمم لفائتة ضحوة النهار، ولم يؤدها حتى زالت الشمس، فأراد أن يصلي به الظهر، هل يجوز؟ فيه وجهان:

أصحهما: وبه قال ابن الحداد: يجوز؛ لأن التيمم قد صبح لما قصده وإذا صحح التيمم لفريضة، جاز له أن يعدل عنها إلى غيرها، كما إذا كانت عليه فائتان فتيمم لإحداهما، له أن يصلي الأخرى به دون التي تيمم لها.

والثاني: لا يجوز، وبه قال أبو زيد، والخضري، لأنه يقدم على وقت الظهر، فلا يؤدي به كما إذا تيمم لها قبل وقتها، ولو تيمم للظهر في وقتها، ثم تذكر فائتة<sup>(٣)</sup> فأراد أداءها به، فيه طريقان:

أحدهما: طرد الوجهين.

والثاني: القطع بالجواز، والفرق أنه إذا تيمم لقضاء الفائتة ضحوة فقد تيمم، والظهر غير واجبة عليه، فلا يصلح تيممه لها، وها هنا تيمم للظهر والفائتة واجبة عليه، لكنه لم يكن عارفاً بوجودها، وقد سلم الجواز هنا أبو زيد، والخضري.

وقوله في الكتاب في الصورة الأولى: «على الأصح» يعني من الوجهين، وفي الصورة الثانية يجوز أن يريد الأصح من الوجهين جرياً على طريقة طرد الوجهين، وسكوتاً عن الأخرى، ويجوز أن يريد الأصح من الطريقتين، وهو قضية كلامه في «الوسيط»، لكن طريقة طرد الخلاف أظهر من جهة النقل، وكل هذا تفريع على أن تعيين الفريضة التي يتيمم لها ليس بشرط، فإن شرطناه لم يصلح التيمم لغير ما عينه، وجملة ما ذكرناه فيما إذا كانت الصلاة التي يتيمم لها فريضة، أما النافلة فتتنقسم إلى مؤقتة، وإلى غيرها، أما المؤقتة فكالرؤاتب التابعة للفرائض، وصلاتي العيد، والكسوف، وأوقاتها مذكورة في مواضعها، ومنها صلاة الأستسقاء، ووقتها اجتماع الناس لها في الصحراء، ومنها صلاة الجأزة، وبم يدخل وقتها؟ فيه وجهان:

أظهرهما: وهو المذكور في الكتاب، أنه يدخل بغسل الميت، فإنها حينئذ تباح، وتجزىء.

(١) أخرجه البخاري (٥٩٧) ومسلم (٦٨٤) من رواية أنس إلقوله: فإن ذلك وقتها، فإنها للبيهي في خلافاه، من رواية أبي هريرة بإسناد ضعيف وضعفه، انظر الخلاصة (٧٠/١).

(٢) في ب فائتة.

(٣) سقط من ب.

والثاني: وبه أجاب صاحب الكتاب في الفتاوى: أن يدخل بالموت، فإنه السبب المحجوج إلى الصلاة، فإن قدم التيمم لهذه النوافل على أوقاتها فالمشهور أنه لا يصح كما في الفرائض؛ لأنه مستغن عن التيمم لها قبل وقتها، وحكى إمام الحرمين فيه وجهين، والفرق أن أمر النوافل أوسع، ولهذا جاز أداء نوافل كثيرة بتيمم واحد، فصاحب الكتاب ذكر هذا الخلاف في الرواتب، وهو غير مخصوص بها، وإن تيمم لهذه النوافل في أوقاتها جاز له أن يصلي النافلة التي تيمم لها، وغيرها، وهل تجوز الفريضة؟ يبنى على القولين اللذين قدمناهما في أنه إذا تيمم للنافلة هل يصلي به الفريضة؟. إن قلنا: لا، فلا يجوز، وإن قلنا: نعم، فله ذلك، إن تيمم للنافلة في وقت تلك الفريضة، ولو تيمم لنافلة ضحوة، ثم دخل وقت الظهر فهل له أن يصلي الظهر به على هذا القول.

فيه الوجهان المذكوران، فيما إذا تيمم لفاتحة قبل الزوال، هل يصلي الظهر به.

وقوله: «فيه هذا الخلاف» يعني الوجهين المذكورين دون الطريقتين، وإن كان مذكوراً بعد مسألة الطريقتين، وما ذكرنا من المسائل فيما إذا تيمم للنافلة وحدها، مبني على ظاهر المذهب، وهو أن التيمم لمجرد النافلة صحيح، وفيه وجه قدمناه، وأما غير المؤقتة من النوافل فيتيمم لها متى شاء، إلا في أوقات الكراهية في أظهر الوجهين<sup>(١)</sup> وأعلم أن الشرح قد يقتضي تغيير مسائل الكتاب عن نظمها، وترتيبها وهذا الفصل من ذلك.

قال الغزالي: (الحكم الثالث) فيما يفتى من الصلوات المختلة، والضابط فيه أن ما كان بعذر (ح) إذا وقع دام فلا قضاء فيه كصلاة المستحاضة وسلس البول وصلاة المريض قاعداً ومضطجعاً وصلاة المسافر بتيمم، وإذا لم يكن العذر فيه دائماً نظراً فإن لم يكن له بدل وجب (و) القضاء كمن لا يجد ماء ولا تراباً فصلى على حسب حاله، والمضلوب إذا صلى بالإيماء أو من على جزجه أو ثوبه نجاسة ويستثنى عنه صلاة شدة الخوف، فإنها رخصة وإن كان لها بدل كتيمم المقيم (و) أو التيمم لإلقاء الجبيرة أو تيمم المسافر لشدة (ح) البرد ففي القضاء قولان.

(١) قال النووي: ولو تيمم لنافلة لا سبب لها قبل وقت الكراهية، لم تبطل بدخول وقت الكراهية، بل يستبحبها بعده بلا خلاف، ولو أخذ التراب قبل وقت الفريضة، ثم مسح الوجه في الوقت، لم يصح، لأن أخذ التراب من واجبات التيمم، فلا يصح قبل الوقت، ولو تيمم شاكاً في الوقت، وصادفه لم يصح، وكذا لو طلب شاكاً في دخول الوقت، لم يصح الطلب - والله أعلم - الروضة (٢٣٣/١).

قال الرافعي: التيمم قد يكون بحيث يغنى الصلاة المؤداة به عن القضاء، وقد يكون بحيث لا يغنى، والغرض الأعظم في هذا الموضوع بيان ذلك، ثم اختلط به القول في الصلوات المشتملة على غير ذلك من وجوه الخلل ما أتت تقضى وما التي لا تقضى لاندراج الكل تحت ضابط واحد، قال الأصحاب الأعذار ضربان: عام، ونادر.

فأما العام: فيسقط القضاء، لأن إيجابه مع عموم العذر يفضي إلى عموم المسئلة. وقال تعالى: ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾<sup>(١)</sup>، ولهذا المعنى جعلنا الخيض مسقطاً للقضاء، وعدوا في هذا القسم صوراً.

منها: صلاة المسافر بالتيمم لعدم الماء، فلا إعادة عليه إذا وجد الماء في الوقت، ولا قضاء إذا وجده بعده «روي أن رجلين خرّجا في سفر، فحضرّت الصلاة ولينس معهما ماء فتيمّما صعيداً طيباً وصلّيا، ثم وجدوا الماء في الوقت، وأعاد أحدهما الوضوء والصلاة ولم يعد الآخر، ثم أتيا رسول الله ﷺ، فذكرا له ذلك فقال للذي أعاد: لك الأجر مرتين، وللذي لم يعد أصبت السنة وأجزأتك صلاتك»<sup>(٢)</sup>.

والمعنى فيه أن فقد الماء في الأسفار عذر عام، وسنين من بعد أن الحكم غير منوط بالسفر، بل الموضوع الذي يغلب فيه فقد الماء، وإنما لا يقضي المسافر بشرط ألا يكون سفره سفر معصية، أمّا لو كان سفر معصية وتيمم وصلّى، ففي القضاء وجهان:

أحدهما: لا يقضي، لأننا إذا أوجبنا عليه التيمم، فقد صار عزيمة في حقه بخلاف القصر، والفطر، ونحوهما، فإنها لا تجب.

وأظهرهما: أنه يجب، لأنه وإن كان واجباً فسقوط الفرض به رخصة، فلا يناط بسفر المعصية.

وحكى الحناطي مع هذا الخلاف وجهاً آخر، أنه لا يتيمم أصلاً، وهل يشترط لعدم القضاء أن يكون السفر طويلاً، فيه قولان:

أصحهما: لا، والقصير كالطويل في هذا الحكم.

لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضَىٰ أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ﴾<sup>(٣)</sup> الآية، واسم السفر يقع على

(١) سورة المائدة، الآية ٦.

(٢) أخرجه أبو داود (٣٣٨) والنسائي (٢١٣/١) والحاكم (١٧٨/١ - ١٧٩) وفي أبو داود من رواية عطاء عن أبي سعيد الخدري، ومن رواية عطاء مرسلًا، وأخرجه النسائي منهما، وقال أبو داود: المحفوظ الإرسال، وقال الحاكم: رواية الاتصال صحيحة على شرط الشيخين. انظر الخلاصة (٧٠/١).

(٣) سورة المائدة، الآية ٦.

الطويل والقصير، وعن ابن عمر - رضي الله عنهما - : «أَنَّهُ رَجَعَ مِنَ الْجَزْفِ<sup>(١)</sup> : فَلَمَّا بَلَغَ الْمَزْبَدَ تَيَمَّمَ، ثُمَّ دَخَلَ الْمَدِينَةَ فَلَمْ يُعِدْ مَعَ بَقَاءِ الْوَقْتِ» .

**والثاني:** أنه يقضي في السفر القصير، لأنه يلحق بالحضر، في امتناع القصر والفطر، فكذلك في حكم القضاء، ومنهم من قطع بالأول، ولم يثبت الثاني قولاً للشافعي - رضي الله عنه - قال إمام الحرمين - رضي الله عنه - : وفي هذه الصورة مزيد مع عموم العذر، وهو أنه وإن اختل الوضوء فقد أثبت الشرع عنه بدلاً، وهو التيمم فقام مقام المبدل وهذا المعنى يسقط القضاء على قول، وإن كان العذر نادراً على ما سنذكره من بعد، ولا فرق في نفي القضاء بين أن يكون تيممه عن جنابة، أو عن حدث، ولو كان مع المسافر ماء، لكنه يحتاج إليه للشرب، أو عجز عن تناول الماء للخوف من سبغ، أو ظالم، أو لفقدان آلة الاستيقاء، فتيمم وصلى، فكذلك لا إعادة عليه. ومنها: ما إذا تيمم لمرض مانع من استعمال الماء. ومنها: المرض المخرج إلى القعود، أو الاضطجاع في الصلاة، فإن المرض على الجملة من الأعذار العامة، فيسقط القضاء.

وأما العذر التادر فعلى ضربين: نادر إذا وقع دام غالباً، ونادر إذا وقع لم يدم غالباً. أما الذي يدوم غالباً، فيسقط القضاء أيضاً لما يلحق صاحبه من المشقة الشديدة، وذلك كالأستحاضة، وسلس البول، والمذي، والجرح السائل، واسترخاء المفاصل، ودوام خروج الحدث منه، ولا فرق في هذا القسم بين أن يكون عن الصفة لفائتة بدل، أو لا يكون، فإن المستحاضة وإن كانت تتوضأ لكل صلاة فريضة، لكن ليس للنجاسات الدائمة إزالة، ولا بدل عنها. وأما الذي لا يدوم غالباً، فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون مع الخلل الحاصل بدل مشروع عن الفائت.

**والثاني:** ألا يكون معه بدل، فإن لم يكن معه بدل، وجب القضاء لئلا يذوق العذر، وفوات الصفة المطلوبة، لا إلى بدل، وذكر في الكتاب لهذا القسم صوراً.

منها: ما إذا لم يجد ماء، ولا تراباً، فصلى، وقد يفرض فقدهما جميعاً في حق المحبوس في موضع لا يجد واحداً منهما، أو في موضع لا يجد إلا تراباً نجساً، أو فيما إذا كانت الأرض متوحلة، ولم يقدر على تخفيف الطين، فإذا<sup>(٢)</sup> اتفق ذلك ببعض هذه الأسباب، أو غيرها، فهل يجب عليه الصلاة؟.

قال في القديم: لا تجب، لأنه لا يجب عليه الإعادة، وإن صلى فلو أوجبناه

(١) تقدم.

(٢) في (ب): فأما إذا.

لازمناه ظهريين. وقد روى أنه ﷺ قال: «لَا ظَهْرَانِ فِي يَوْمٍ»<sup>(١)</sup> نعم، يستحب ذلك لحرمة الوقت، والجديد: الصحيح أنه تجب عليه الصلاة في الوقت، لأنه استطاع الإتيان بأفعال الصلوة، وإن عجز عن الطهارة. وقد قال ﷺ: «إِذَا أَمَرْتُمْ بِأَمْرٍ فَأَتُوا مِنْهُ مَا اسْتَطَعْتُمْ»<sup>(٢)</sup>، وصار كما إذا عجز عن ستر العورة، لا يترك الصلوة بسببه.

ومنهم من نقل القول القديم في الحرمة. وقال: يحرم عليه أن يصلي كالحائض، وبه قال أبو حنيفة، وإذا صلى في الوقت أمثلاً لما أمرناه به وجوباً، أو ندياً فظاهر المذهب وجوب الإعادة؛ لأن هذا عذر نادر لا دوام له.

وحكى بعض الأصحاب فيه قولين، وهذا العادم وإن أمر بالصلاة، والحالة هذه لا يجوز له حمل المصحف، وقراءة القرآن إن كان جنباً، وإن كانت حائضاً فليس للزوج غشياًئها، ولو قدر على أحد الطهورين في خلال الصلوة بطلت صلاته.

ومنها المربوط على الخشبة، ومن شد وثاقه على الأرض يُصلي على حسب حاله بالإيماء، ثم يعيد لأنه عذر نادر، بخلاف المريض يصلي بالإيماء، ولا يعيد؛ لأن عذر المرض يعم. وقال الصيدلاني: إن كان مستقبل القبلة فلا إعادة عليه، كالمريض يصلي بالإيماء وعلى جنب، وإن لم يكن يلزمه الإعادة قال: وكذا الغريق يتعلق بعود، ويصلي بالإيماء، ويعيد إذا كان إلى غير القبلة، وذكر في «التهديب» نحواً من هذا في مسألة الغريق<sup>(٣)</sup> فقال: لا يعيد ما صلى إلى القبلة بالإيماء، وما صلى إلى غير القبلة فيه قولان:

أحدهما: لا يعيد أيضاً، كما لو صلى بالإيماء إلى القبلة.

وأصحهما: أنه يعيد بخلاف ما لو صلى بالإيماء، لأن حكم الإيماء أخف، من ترك القبلة، ألا ترى أن المريض يصلي بالإيماء ولا يعيد، وإذا لم يجد من يُحوّله إلى القبلة يصلي إلى غيرها ويعيد. أما مسألة المربوط فلم يذكر فيها هذا التفصيل، وحكم بوجوب الإعادة، وبه قال إمام الحرمين - قدس الله روحه - ومنها: إذا كان على بدنه

(١) أخرجه أبو داود (٥٧٩) والنسائي (١١٤/٢) وأحمد في المسند (٤٦٨٩) وابن خزيمة (١٦٤١) وابن حبان في الموارد (٤٣٢) قال الحافظ: لم أره بهذا اللفظ، لكن روى الدارقطني من حديث ابن عمر رفعه: لا تصلوا صلاة في يوم مرتين، وأصله عند أحمد وأبو داود، والنسائي، وابن خزيمة، وابن حبان، وصححه ابن السكن، وهو محمول على إعادتها منفرداً، أما إن كان صلى منفرداً، ثم أدرك جماعة، فإنه يعيد معهم، وكذا إذا كان إمام قوم فصلى مع قوم آخرين، ثم جاء فصلى بقومه، كقصة معاذ. انظر التلخيص (١٥٦/١).

(٣) في (ط) المريض.

(٢) أخرجه البخاري (٧٢٨٨) ومسلم (١٣٣٧).

جراحة عليها دم، وخاف من غسله التلّف، صلى وأعاد، وإن كانت على أعضاء الوضوء تيمم، وصلى وأعاد، فإن هذا الحَلَل ليس له بدل، والعذر نادر غير دائم.

وفي القديم: قول أنه لا يعيد، وبه قال أبو حنيفة، والمزني، وكذلك الخلاف فيما إذا كان محبوساً في مكان نجس، وصلى على النجاسة، هل يعيد أم لا؟ والقول القديم مطرد في كل صلاة، وجبت في الوقت، وإن كانت مختلة وهو اختيار المزني.

والضرب الثاني أن يكون مع الخلل الحاصل بدل مشروع يعدل إليه، ففي وجوب القضاء خلاف نفسه في صور هذا القسم. منها المقيم إذا تيمم لعدم الماء فصلى<sup>(١)</sup>، فظاهر المذهب أنه يجب عليه القضاء؛ لأن عدم الماء في موضع الإقامة<sup>(٢)</sup> نادر، وإذا اتفق لا يدوم غالباً، فإن أهل ذلك الموضع يتبادرون إلى الإصلاح، والإثباط، فلا يصلح عذراً دافعاً للقضاء، والبدل المعدول إليه يقام مقام الأصل في جواز الإتيان بالصلاة، حتى لا يخلو الوقت عن وظيفته.

وفي القديم، وهو اختيار المزني، أنه لا إعادة عليه؛ لأنه بالمقدور عليه.

واعلم أن وجوب القضاء على المقيم إذا قلنا: بظاهر المذهب ليس لعللة الإقامة، بل لأن فقد الماء في موضع الإقامة نادر، وكذلك عدم الوجوب في السفر ليس لأنه مسافر، بل لأن الفقد في السفر مما يعم، ويغلب حتى لو أقام الرجل في مَفَازَةٍ، أو موضع يعدم فيه الماء غالباً، وطالت إقامته فيه يتيمم، ويصلي، ولا يعيد.

وفي مثله قال رسول الله ﷺ لأبي ذر، وكان يقيم بالرَبْدَةِ<sup>(٣)</sup>، ويفقد الماء أياماً: فسأل رسول الله ﷺ<sup>(٤)</sup> فقال: التُّرَابُ كَأَيْفِكَ وَلَوْ لَمْ تَجِدِ الْمَاءَ عَشْرَ حِجَجٍ<sup>(٥)</sup>.

ولو دخل المسافر في طريقه بلد، أو قرية، وعدم الماء، وتيمم، وصلى أعاد على أظهر الوجهين، فإن كان حكم السفر باقياً، نظر إلى ندرة العدم في ذلك الموضع، وإذا عرفت ذلك فقول الأصحاب: المقيم يقضي، والمسافر لا يقضي، جار على الغالب من حال السفر، والإقامة، والحقيقة وما بينا. ومنها: التيمم لإلقاء الجبيرة، وجملته أنه إذا كان به عذر يمنع من استعمال الماء في بعض محل الطهارة دون بعض فغسل المقدور عليه، وتيمم وصلى، هل يجزئه ذلك أم يلزمه القضاء عند زوال العذر؟ ننظر إن لم يكن على محل العذر ساتر من جبيرة، أو لصوق فيجزئه، ولا قضاء عليه؛ لأنه لو وجد

(١) سقط في (ط).

(٢) في (ط): الإمامة.

(٣) الرَبْدَةُ بفتح أوله وثانيه، وذال معجمة مفتوحة أيضاً، هي من قرى المدينة، قريبة من ذات عرق على طريق الحجاز. انظر معجم البلدان (٢٧/٣).

(٤) في (ط): فسأل عن ذلك فقال: التراب. (٥) تقدم.



تجرّد التيمم لشيء من العلل، والأمراض لما كان عليه إعادة، فإذا انضمّ إلى التيمم غسل بعض الأعضاء كان أولى، أن لا تجبل عليه إعادة، وإن كان على محل الأعضاء ساتر، فنظر إن ألقاه على الطهارة، ففي القضاء قولان:

أحدهما: يجب لأنه عذر نادر غير دائم.

وأظهرهما: أنه لا يجب، لحديث جابر في الشجوج، كما تقدم، ولم يأمره النبي ﷺ بالإعادة مع الحاجة إلى البيان؛ ولأن المسح على الخف يغني عن الإعادة مع أنه لا ضرورة إليه، فالمسح على الجبيرة أولى لمكان الضرورة، وإن ألقاه لا على غير الطهارة، فعليه النزع، إن أمكن، ولا يجوز المسح عليه كما سبق، وإن تعذر النزع، مسح وصلى للضرورة، وهل يعيد؟ فيه طريقتان:

أظهرهما: نعم، لفوات شرط الوضع على الطهارة.

والثاني: طرد القولين فيه، وذكر بعضهم أنه إن وضع على الطهارة فلا يعيد في القديم قولاً واحداً، وفي الجديد: قولان: وإن لم يضع على الطهارة فيعيد في الجديد قولاً واحداً، وفي القديم: قولان، ولا فرق في جزيان الخلاف في الإعادة بين أن نقول بوجود التيمم مع غسل المقدور عليه، وبين أن لا نوجب التيمم، ويجوز الافتصاح على الغسل، وقد بينا الخلاف فيه في موضعه. وعن أبي حفص ابن الوكيل<sup>(١)</sup> أن الخلاف في الإعادة على قولنا: إنه لا يتيمم، أما إذا قلنا: بوجود التيمم فلا إعادة بلا خلاف، وهذا كله فيما إذا كانت الجبيرة، أو اللصوق على غير محل التيمم، فأما إذا كان على محل التيمم وجبت الإعادة لا محالة، لنقصان البدل والمبدل جميعاً كذلك ذكره ابن الصباغ في «الشامل»، وأبو سعيد المتولي في «التتمة».

ومنها التيمم لشدة البرد، فإن اتفق ذلك في السفر، ففي إعادة الصلاة المؤداة به قولان:

أحدهما: لا يجب، وبه قال أبو حنيفة؛ لأن عمرو بن العاص تيمم بسبب البرد في غزوة «ذات السلاسل»، وصلى وحكى ذلك لرسول الله ﷺ فلم يأمره بالإعادة.

وأصحهما: أنها تجب؛ لأن البرد وإن لم يكن شيئاً نادراً، لكن العجز عما يسخن به الماء، وعن ثياب يدفأ بها مع ذلك نادر، وإن اتفق فإنه لا يدوم، فلا يسقط الإعادة وإن اتفق في الحضر، فالمشهور وجوب الإعادة.

(١) عمر بن عبد الله بن موسى، أبو حفص ابن الوكيل الباب شامي، فقيه جليل الرتبة، من نظراء أبي العباس، وأصحاب الأنماطي، ومن كبار المحدثين والرواة وأعيان النقلة. انظر تهذيب الأسماء واللغات (٢/٢١٥) طبقات العبادي (٤٣) طبقات ابن قاضي شهبة (١/٩٧).

وعن أبي الحسن بن القطان أنه يبني ذلك على السفر، إن قلنا: يعيد في السفر في الحضر أولى، وإن قلنا: لا يعيد، ثم ففي الحضر قولان، ونعود إلى ما يتعلق من هذه المسائل بالفاظ الكتاب، ونظمه خاصة.

اعلم أنه أهمل التقسيم الأول الذي حكيناه عن الأصحاب، حيث قالوا: «العذر ينقسم إلى عام ونادر»، ثم قالوا: النادر ينقسم إلى دائم، وغير دائم، واقتصر على تقسيم العذر إلى دائم إذا وقع، وإلى غير دائم، ويدخل العام، والنادر في كل واحد من هذين القسمين، إلا أن دوام الوقوع ليس بشرط في قسم العام، بل هو مسقط للقضاء دام، أو لم يدم، ألا ترى أن حاجة المسافر إلى ما عنده من الماء للشرب مُسْقِطٌ للقضاء؛ لأنه يعم، ولا يظهر فيها الدوام، والاستمرار بل عدم الماء في السفر ممّا لا يدوم أيضاً غالباً، فإنه إن فقد الماء في مرحلة وجده في المرحلة الأخرى، وإذا كان كذلك فليُمضَيق أن يضايق في عدة صلاة المسافر بالتيمم على موجب التقسيم الذي ذكره من القسم الأول، وللمضايقة وجوه آخر، لا نطول بذكرها.

وأما قوله: «فإن لم يكن لها بدل، وجب القضاء»، ينبغي أن يعلم بالواو والزاي، لما ذكرنا من القول الذي اختاره المزني. وقوله: «فصلى فيمن لم يجد ماء، ولا تراباً» بالحاء والواو لمذهب أبي حنيفة، والقول الموافق له كما سبق. وقوله: «والمصلوب إذا صلى بالإيماء» المراد منه المربوط على الخشبة، وليعلم بالواو لما ذكرنا في شرح المسألة. بقي أن يقال: لم عدّها من قسم ما لا بدل له؟ وهلا جعل الإيماء بدلاً عن الركوع، والسجود؟. والجواب أن المعنى بالبدل في هذا المقام الشيء المضبوط الذي يعدل إليه العاجزون كلهم، كالتييمم مع الوضوء، والإيماء ليس كذلك، بل يختلف بالأحوال، والأشخاص، وله درجات متفاوتة ينتقل المعذور من كل واحدة إلى ما يليها، بحسب الإمكان.

وأما قوله: «ويستثنى عنه صلاة شدة الخوف» فليس المراد الاستثناء من الصورة الأخيرة، هي ما إذا صلى، وعلى جرحه نجاسة وجدها، بل المراد الاستثناء من أصل هذا القسم، وهو ندور العذر، وعدم البدل، وذلك في الصلاة حالة المسابقة اختلافاً ظاهراً في الأفعال، والأركان، ويحتمل أيضاً كثرة الأفعال، وتلطّخ السلاح بالدم، على تفصيل يأتي في موضعه، وليس لها بدل، وإنما احتل ذلك رخصة بالنص.

قال الله تعالى: ﴿فَإِنْ خُفْتُمْ فِرْجَالاً أَوْ رُكْبَاناً﴾<sup>(١)</sup>، ونازع إمام الحرمين - قدس الله روحه - في كون القتال والنجاسة من الأعذار النادرة، وقال: هو كثير الوقوع في حق

(١) سورة البقرة، الآية ٢٣٩.

المقاتلة، فعلى هذا صلاة شدة الخوف غير مستثناة عن هذا القسم.

وقوله: «أو التيمم لإلقاء الجبيرة» مطلق لم يفرق بين أن يكون الوضع، والإلقاء على الطهارة، أولاً [فإن كان على الطهارة فهو]<sup>(١)</sup> جواب على طريقة ترك القولين في الحاليتين، وفي عده مسألة الجبيرة من الأعذار التي لا تدوم كلام.

فإن القاضي أبا المحاسن الروياني قال: هي ملحقة بالنادر الذي يدوم، وذكر كثرون من الأصحاب أن الكثير من جملة الأعذار العامة، وعلى هذا فلا اعتبار بكونه دائماً، أو غير دائم، ولا يستبعدن قولهم: إنه عام فإنه لا يعني بالعموم في هذا الباب، سوى الكثرة، والكسْر؟ والانخلاع كثير ليس بنادر.

وأما قوله: أو تيمم المسافر لشدة البرد» فالتخصيص بالمسافر يشير إلى أنه لو كان مقيماً وتيمم لشدة البرد قضى بلا خلاف، وهو الظاهر كما تقدم.

قال الغزالي: وَالْعَاجِزُ عَنِ السُّتْرَةِ فِي كَيْفِيَّةِ صَلَاتِهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهُ، فِي وَجْهِ لَا يَتِمُّ الرُّكُوعَ وَالسُّجُودَ بَلْ يُؤِمُّ حَذْرًا مِنْ كَشْفِ الْعَوْرَةِ، وَفِي وَجْهِ يَتِمُّ، وَفِي وَجْهِ يَتَخَيَّرُ، فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَتِمُّ فَيَقْضِي لِنُدُورِ الْعُدْرِ وَعَدَمِ الْبَدَلِ وَإِنْ قُلْنَا: يَتِمُّ فَلَاظْهَرُ أَنَّهُ لَا يَقْضِي؛ لِأَنَّ وُجُوبَ السُّتْرِ لَيْسَ مِنْ خِصَائِصِ الصَّلَاةِ.

قال الرافعي: العاجز عن ستر العورة إذا صلى عارياً، هل يقضي؟ بينى ذلك على أنه كيف يصلي، وفيه قولان:

أحدهما: وهو اختيار المزني: أنه يصلى قاعداً ليكون أقرب إلى التستر، وأبعد عن الهيئة المستنكرة في الصلاة، وعلى هذا هل يتم الركوع والسجود أم يقتصر على الإيماء وإدنا الجبهة من الأرض؟ فيه قولان:

وأصحهما: أنه يصلي قائماً، ويتم الركوع والسجود، فإن المقدور عليه لا يسقط بالمعجوز عنه، كيف والقيام والركوع والسجود أركان للصلاة، وستر العورة من الشرائط، وإنما اعتبرت الشرائط زينة وكمالاً للأركان، فلا يجوز ترك الأركان لها، هذا نقل المعظم، وهو الظاهر.

وحكى إمام الحرمين بدل القولين، وجهين، ووجهاً ثالثاً، أنه يتخير لتعارض الأمرين، ولزوم أحد الاختلاطين، وصاحب الكتاب تابع الإمام فحكى في المسألة ثلاثة أوجه، والمزوي عن أبي حنيفة، وأحمد التخيير، كما ذكر في الوجه الثالث، فليكن

(١) سقط من (ط).

الوجهان الأولان معلمين بعلامتهما، والخلاف في هذه المسألة يجري في صور.

منها: إذا كان محبوساً في موضع نجس، ولو سجد لسجد على نجاسة، هل يتم السجود أم يقتصر على الإيماء؟ وإذا وجد ثوباً طاهراً لو فرشته لبقّي عارياً، ولو لبسه لصلّى على نجاسة، ماذا يفعل؟ فيه الخلاف، وإذا وجد العريان ثوباً نجساً، هل يصلي فيه أم يصلي عارياً؟ فيه الخلاف، وإذا عرف ذلك فإن قلنا، في مسألة العاري: إنه لا تتم الأركان، فيقضي على ظاهر المذهب، لندور العذر، وعدم البدل، كمن لم يجد ماء ولا تراباً، فصلّى، وفيه الخلاف المذكور في تلك الصورة ونظائرها.

وإن قلنا: تتم الأركان، فهل يقضي؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن العذر نادر، وليس له دوام ولا بدل.

وأظهرهما: لا، ووجهوه بشيئين:

أحدهما: أن وجوب السُّتر لا يختص بالصلاة، فاختلاله لا يقتضي وجوب الإعادة، لكن سياق هذا أن لا يجب القضاء، وإن ترك السُّتر مع القدرة كالاختراز عن المكث في العرصة<sup>(١)</sup> المَغْضُوبَة لما لم تكن من خاصية الصلاة لم يقتضِ اختلاله وجوب القضاء، وإن صلى فيه عمداً، وهذا مذهب مالك.

والثاني: أن العري عذر عام، أو نادر إذا اتفق دام فلا توجب القضاء، والطبع لا ينقاد لكونه العري بهذه الصفة، وأطلق قوم من شيوخ الأصحاب كصاحب «التقريب» القول ينفي الإعادة، وهو جواب منهم على ظاهر المذهب، ولا فرق في نفي الإعادة بين أن يكون العاري في الحضر، أو في السفر، بخلاف التيمّم، لعدم الماء، والفرق أن الثوب في مظنة الضّنة<sup>(٢)</sup> فقد لا يبذل، وإن كان في الحضر والماء بخلافه، وكل ما ذكرناه فيما إذا اتفق العري في ناحية لا يعتاد أهلها العري، فأما إذا صلى عارياً في قوم يعتادون العري، فلا قضاء عليه إذا تحول واكتسى، لعموم العذر، وشيوعه عندهم، لذلك فصل الشيخ أبو محمد.

وذكر إمام الحرمين أنه ساعده عليه كثير من الأصحاب، وهو الذي أورده صاحب الكتاب في «الوسيط» قال إمام الحرمين: والوجه اقطع بأن الذين يعتادون العري يتمون الركوع والسجود، فإنهم يتصرفون في أمورهم عراة، فيصلون كذلك، ولا يقضون وجهاً

(١) عرصة الدار: ساحتها، وهي البقعة الواسعة التي ليس فيها بناء، والجمع عراض، مثل كلبة، وكلاب، وعرضات مثل سجدة وسجدات، وقال أبو منصور الثعالبي في كتاب فقه اللغة: كل بقعة ليس فيها بناء فهي عرصة. انظر المصباح المنير (٢/٥٥٠).

(٢) ضنّ بالشيء يضمن: بخل، انظر المصباح المنير (٢/٤٩٨).

واحدًا، واعلم أن هذا التفصيل إنما ينتظم على قول من يعدّ العُزَي من الأعدار النادرة، ليصير باعتبارهم ذلك عامًا، فأما من عدّه من الأعدار العامة على الإطلاق يتجه أن لا يفرق بينهم، وبين غيرهم، - والله أعلم -<sup>(١)</sup>.

## بَابُ الْمَسْحِ عَلَى الْخَفَيْنِ

قال الغزالي: (وَالنَّظْرُ فِي شُرُوطِهِ وَكَيْفِيَّتِهِ وَحُكْمِهِ)، وَلَهُ شَرْطَانِ: (الأوّل) أَنْ يَلْبَسَ الْخُفَّ عَلَى طَهَارَةٍ مَائِيَّةٍ كَامِلَةٍ قَوِيَّةٍ، فَلَوْ غَسَلَ إِحْدَى رِجْلَيْهِ وَأَدْخَلَهَا الْخُفَّ لَمْ يَصِحَّ لُبْسُهُ حَتَّى يَغْسِلَ الثَّانِيَةَ ثُمَّ يَبْتَدِيءَ اللَّبْسَ، وَكَذَا لَوْ صَبَّ الْمَاءُ فِي الْخُفِّ (ح) بَعْدَ لُبْسِهِ عَلَى الْحَدَثِ.

(١) قال النووي: ولو لم يجد المريض من يجوله للقبلة، لزمه الصلاة بحسب حاله، وتجب الإعادة على المذهب، قال الروياني: وقيل قولان وهو شاذ، قال إمام الحرمين وغيره: ثم ما حكمنا من الأعدار: بأنه دائم، وأسقطنا به الفرض فزال بسرعة فهو كدائم، وما حكمنا بأنه لا يدوم فدام، فله حكم ما لم يدوم إلحاقاً لشاذ الجنس بالجنس، ثم كل صلاة أوجبناها في الوقت وأوجبنا إعادتها، فهل الفرض الأولى أم الثانية، أم كلاهما، أم إحداهما لا بعينها؟ فيه أربعة أقوال أظهرها: عند الجمهور: الثانية، وعند القفال والفوراني وابن الصباغ: كلاهما وهو أفقه، فإنه مكلف بهما - وهذه مسائل مثورة لا يستحب (فيها) تجديد التيمم على المذهب - وبه قطع الجمهور، وفي المستظهري وجهان، ويتصور في مريض وجريح ونحوهما ممن تيمم مع وجود الماء، إذا تيمم وصلى فرضاً ثم أراد نفلًا، ويتصور في متيمم لعدم الماء إذا صلى فرضاً ولم يفارق موضعه، ولم نوجب طلباً لتحقيقه لعدم أو لم نوجبه ثانياً، وحكم اليد المقطوعة كهو في الوضوء، حتى إذا لم يبق شيء من محل الفرض استحب مسح العضد، قال الدارمي: وإذا لم يكن مرفق استظهر حتى يعلم، ولو وجد المسافر على الطريق خابية ماء مسيلة تيمم، ولا يجوز الوضوء منها؛ لأنها إنما توضع للشرب، ذكره المتولي ونقله الروياني عن الأصحاب، ولو منع الوضوء إلا منكوساً فهل له الاقتصار على التيمم، أم عليه غسل الوجه لتمكته منه؟ فيه القولان فيمن وجد بعض ما يكفيه، حكاه الروياني عن والده قال: ولا يلزمه قضاء الصلاة إذا امتثل المأمور على القولين، وفي القضاء نظر لندوره، لكن الراجح ما ذكره لأنه في معنى من غضب ماؤه ولا قضاء، قال: «صاحب الحاوي» و«البحر»: لو مات رجل معه ماء لنفسه لا يكفيه لبدنه، فإن أوجبنا استعمال الناقص، لزم رفقته غسله به، وإلا يمموه، فإن غسلوه به، ضمنوا قيمته لو ارثه، ولو تيمم لمرض فبرأ في أثناء الصلاة، فكرؤية الماء في صلاة المسافر، ولو تيمم عن جنابة أو حيض ثم أحدث، حرم ما يحرم على محدث، ولا يحرم قراءة القرآن واللبث في المسجد، ولو تيمم جنب فرأى ماء، حرمت القراءة، وكل ما كان حراماً حتى يغتسل، قال الجرجاني: ليس أحد يصح إحرامه بصلاة فرض دون نفل، إلا من عدم ماء وتراباً، أو ستره طاهرة، أو كان على بدنه نجاسة، عجز عن إزالتها - والله أعلم - انظر الروضة (١/ ٢٣٦ - ٢٣٧).

قال الرافعي: عن أبي بكره أَنَّ رسول الله ﷺ رَخَّصَ للمسافر ثلاثة أيام ولياليهن، وللمقيم يوماً وليلة، إذا تطَهَّرَ فلبس خُفَّيْهِ أن يمَسحَ عليهما<sup>(١)</sup>.

وعن صفوان بن عَسَّال قال: أمرنا رسول الله ﷺ إذا كنا مسافرين أو سفراً، ألا ننزع خُفَّانَا ثلاثة أيام ولياليهن، إلا من جَنَابَةٍ لكن من غَائِطٍ أو بَوْلٍ أو نَوْمٍ<sup>(٢)</sup>، والأحاديث في باب المسح كثيرة، ومن شرط المسح على الخف أن يلبسه، وهو متطَهَّرٌ، وعند أبي حنيفة لا يشترط تقديم الطَّهارة على اللبس، وإنما المعتبر أن يطرأ الحدث بعد اللبس على طهارة كاملة.

لنا حديث أبي بكره، وعن المغيرة بن شعبة قال: «سَكَبْتُ الوضوء لرسول الله ﷺ فلما انتهيت إلى رجليه أهويت إلى الخفين لأنزعهما، فقال: دَعِ الْخُفَّيْنِ، فَإِنِّي أَدْخَلْتُهُمَا وَهُمَا طَاهِرَتَانِ»<sup>(٣)</sup>، علل جواز المسح بطهارتهما عند اللبس، وإذا كانتا طاهرتين كانت سائر الأعضاء طاهرة؛ لأن الترتيب واجب، وغسل الرجل آخر الأركان، ويترتب على هذا الأصل، ما لو غسل إحدى الرجلين، وأدخلها الخف، ثم غسل الأخرى، وأدخلها الخف، لم يجز المسح عليهما، إذا أحدث؛ لأن أول اللبس تقدم على تمام الطَّهارة، وإذا كانت الطَّهارة شرطاً للبس، يجب تقدمها بكمالها على اللبس، كما يشترط تقدمها على الصلاة، فلو نزع ما لبسه أولاً، وأعاد اللبس، وهو على طهارته جاز المسح إذا أحدث لكمال الطهارة حين اللبس المعاد، والآخِر ملبوس على كمال الطَّهارة، فقد تحقَّق الشَّرْطُ فيهما جميعاً.

وعن ابن سريج أنه إذا نزع الأول، وجب نزع الثاني أيضاً، ويستأنف لبسهما ليجوز له المسح؛ لأن حكم كل واحد منهما مرتبط بالآخر، ألا ترى أن نزع أحدهما بعد الحدث يوجب نزع الثاني، ولو لبس الخُفَّين قبل أن يغسل رجليه، ثم صبَّ فيهما الماء حتى انغسلتا، لم يجز له المسح، وإن تم وضوءه بما فعل؛ لأنه لبسهما قبل كمال الطَّهارة فإن نزعهما ثم لبسهما فله المسح، إذا أحدث، وعند أبي حنيفة، والمزني له المسح في الصورتين، ولا حاجة إلى النَّزْعِ.

(١) أخرجه الشافعي في مختصر المزني (٩) وابن ماجه (٥٥٦) وابن خزيمة (١٩٢) والدارقطني (١/١٩٤) والبيهقي في السنن (١/٢٧٦) قال الحافظ صححه الخطابي، ونقل البيهقي أن الشافعي صححه في سنن حرمله انظر التلخيص (١/١٥٧).

(٢) أخرجه الشافعي في الأم (١/٣٤ - ٣٥) وأحمد في المسند (٤/٢٢٩) والترمذي (٩٦) وقال: حديث حسن صحيح، والنسائي في السنن (١/٨٤) وابن ماجه (٤٧٨) والدارقطني (١/١٩٧) (١٥) وابن خزيمة، وابن حبان (١٩٦) قال ابن الملقن: قال البخاري: إنه أصح حديث في التوقيت، وصححه ابن خزيمة، وابن حبان، والخطابي. انظر الخلاصة (١/٧٣).

(٣) متفق عليه، أخرجه البخاري (٢٠٣ - ٢٠٦) ومسلم (٢٧٤).

واعلم أن الاعتبار فيما ذكرنا بحالة استقرار القدمين في مفرهما من الخف، حتى لو أدخل الرجلين في ساق الخف قبل أن يغسلهما، وغسلهما في الساق، ثم أدخلهما موضع القدم جاز له المسح؛ لأنه حين استقرتا في مفرهما على كمال الطهارة، ولو ابتداء اللبس، وهو متطهر، ثم أحدث قبل أن وصلت الرجل إلى قدم الخف، لم يجز المسح، نص عليه في الأم، وذكر فيه أنه إذا مسح على الخفين بشرطه، ثم أزال قدمه من مفرها، ولم يظهر من محل الفرض شيء، فلا يبطل المسح، وقياس الأول أن يبطل، لكن الفرق إن الأصل عدم المسح، فلا يباح إلا باللبس التام، وإذا مسح فالأصل استمرار الجواز، ولا يبطل إلا بالتزاع التام.

ونقل القاضي أبو حامد، أنه يبطل المسح في الصورة الثانية، واختاره القاضي أبو الطيب الطبري، كما أنه في الابتداء لا يمسخ، وفي الصورة الأولى إيضاحه، أنه يجوز المسح إذا ابتداء اللبس على طهارة، ثم أحدث قبل أن تستقر الرجلان في موضعهما.

وفرض القاضي حسين المسألة، فيما إذا أحدث وقد أدخل بعض قدمه في مفرها، والباقي في ساق الخف. وقال: اختلفوا في صورتَي الابتداء والانتها، في أن حكم البعض هل هو حكم الكل أم لا. وقوله في الكتاب: «على طهارة تامة قوية» لفظ التامة معلم بالحاء والزاي، لما حكيناه، واحترز به عما إذا غسل إحدى رجليه، وأدخلها الخف، ثم الثانية، وأدخلها الخف، وعما إذا لبسهما ثم صب الماء في الخف حتى انغسلتا ويمكن أن يقال: لا حاجة إلى قيد التمام، لأن من لم يغسل رجليه، أو إحداهما ينتظم أن يقال: إنه ليس على الطهارة، وأما قيد «القوة» فالغرض منه الاحتراز عن طهارة المستحاضة، وما في معناها.

قال الغزالي: وَالْمُسْتَحَاضَةُ إِذَا لَبَسَتْ عَلَى وَضُوءِهَا لَمْ تَمْسَحْ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ لِضَعْفِ طَهَارَتِهَا، وَوَضُوءِ الْمَجْرُوحِ إِذَا تَيَمَّمَ لِأَجْلِ الْجِرَاحَةِ كَوَضُوءِ الْمُسْتَحَاضَةِ ثُمَّ إِنَّ جَوْرَتَنَا فَلَا تَسْتَفِيدُ بِطَهَارَةِ الْمَسْحِ إِلَّا مَا كَانَ يَحِلُّ لَهَا لَوْ بَقِيَتْ طَهَارَتُهَا الْأُولَى، وَهُوَ فَرِيضَةٌ وَاحِدَةٌ وَتَوَافُلٌ.

قال الرافعي: إذا تَوَضَّأَتِ الْمُسْتَحَاضَةُ، وَلَبَسَتْ الْخَفَيْنِ، ثُمَّ أَحْدَثَتْ حَدَثًا غَيْرَ حَدَثِ الْاسْتِحَاضَةِ، فَهَلْ لَهَا أَنْ تَمْسَحَ عَلَى الْخَفِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، نَسَبَهُمَا الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ إِلَى تَخْرِيجِ ابْنِ سَرِيحٍ:

أحدهما: لا، لأن وضوءها ضعيف ناقص<sup>(١)</sup>، وإنما يجوز المسح بعد طهارة

(١) في طهارةها ضعيفة ناقصة.

قوية؛ لأنه ضعيف، فلا يحتمل انضمام ضعف إلى ضعف.

وأصحهما: الجواز، ويروى أن أبا بكر الفارسي حكاه عن نص الشافعي - رضي الله عنه - في عيون المسائل، ووجهه أنها تحتاج إلى اللبس والارتفاق<sup>(١)</sup> به كغيرها، وأيضاً فإنها تستفيد الصلاة بطهارتها، وتستفيد المسح أيضاً، وموضع الوجهين ما إذا لم يقطع دمها قبل أن تمسح، فأما إذا انقطع دمها قبل المسح، وشفيت نزعت، وأتت بطهارة كاملة بلا خلاف؛ لأن الطهارة التي ترتب المسح عليها قد زالت بالشفاء الطارئ، فيمتنع ترتيب المسح عليها، وطرده بعضهم الوجهين هاهنا أيضاً، وجعل انقطاع دمها بمثابة الحدث الطارئ، والمشهور الأول، ثم إذا جوزنا المسح، نظر إن أحدثت قبل أن تصلّي فريضة بطهارتها، مسحت وصلت فريضة، ونوافل، وإن أحدثت بعد ما صلّت فريضة مسحت، ولم تصل به إلاّ النوافل، لأن ما تستفيد بطهارتها فريضة ونوافل، فلا تستفيد بالمسح المترتب عليها أكثر من ذلك، ولا يجوز لها استيفاء مدة المسح، بل إذا مسحت وصلّت فريضة ونوافل، أو نوافل على اختلاف الحالتين، ثم أرادت قضاء فاتته، أو دخل وقت فريضة أخرى، وجب نزع الخف، والوضوء الكامل لتلك الفريضة، وكذلك لو أحدثت حدثاً غير حدث الاستحاضة بعد أن صلّت فريضة ونوافل بالمسح. وحكى عن تعليق أبي حامد أن لها أن تستوفي مدة المسح، إما يوماً وليلة، وإما ثلاثة أيام ولياليهن، لكن عند كل صلاة فريضة تعيد الطهارة، وتمسح على الخف. وقال إمام الحرمين في كلامه إلى هذا من جهة المعنى، وقطع بنفيه نقلاً، وفي معنى طهارة المستحاضة، طهارة سلس البول، وكل من به حدث دائم، وكذلك الوضوء المضموم إليه التيمم بسبب جراحة، أو انكسار، فيجري فيها الخلاف المذكور في المستحاضة بالاتفاق<sup>(٢)</sup>، وإما محض التيمم، فهل يستفاد به جواز المسح؟ ننظر إن كان سببه إغواز الماء [فلا، بل إذا وجد الماء]<sup>(٣)</sup> لزمه النزاع والوضوء الكامل.

وعن ابن سريج أنه يجوز المسح لفريضة ونوافل، كما ذكرنا في المُسْتَحَاضَةِ؛ لأن التيمم يبيح الصلاة أيضاً فيبيح المسح.

والصحيح: الأول بخلاف طهارة المُسْتَحَاضَةِ؛ لأن التيمم طهارة تفيد وتبيح عند الضرورة، ولا ضرورة بعد وجدان الماء، فلا سبيل إلى ترتيب المسح عليه، وطهارة المستحاضة لا تتأثر بوجدان الماء، كطهارة غيرها، وإن كان سبب التيمم شيئاً آخر سوى إغواز الماء، فهو كطهارة المُسْتَحَاضَةِ في جواز ترتيب المسح عليه، فإنه لا يتأثر بوجدان

(٢) في أ بلا فرق.

(١) في (ب): الارتفاق.

(٣) سقط في (ب).



الماء، لكنه ضعيف لا يرفع الحدث كطهارتها، ولا يخفى بعد هذا الشرح معنى قوله: «إن جوزنا فلا تستفيد بالمسح إلا ما كان يحل لها» إلى آخره، لكن ظاهر لفظه لا يتناول إلا ما إذا أحدثت قبل أن تصلي الفريضة بطهارتها، فإنها حينئذ تجل لها فريضة ونوافل، لو بقيت طهارتها الأولى، أما إذا أحدثت بعد أن تصلي الفريضة، فلا يحل لها، لو بقيت تلك الطهارة إلا التوافل، والوافي بحكم الحاليتين على النظم الذي ذكره أن يقال في آخره، وهو فريضة واحدة، ونوافل أو نوافل.

قال الغزالي: (الشُرْطُ الثَّانِي) أَنْ يَكُونَ الْمَلْبُوسُ سَاتِرًا قَوِيًّا حَلَالًا فَإِنْ تَحَرَّقَ أَوْ كَانَ دُونَ الْكَغْبَيْنِ لَمْ يَكُنْ سَاتِرًا وَالْمَشْقُوقُ الْقَدَمِ الَّذِي يَشُدُّ مَحَلَّ الشَّقِّ مِنْهُ بِشَرَجٍ فِيهِ خِلَافٌ، وَالْقَوِيُّ مَا يَتَرَدَّدُ عَلَيْهِ فِي الْمَنَازِلِ، لَا كَالْجَوْرِبِ وَاللِّقَافِ وَجَوْرِبِ الصُّوفِيَّةِ، وَالْمَغْضُوبُ (و) لَا يَجُوزُ الْمَسْحُ عَلَيْهِ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ لِأَنَّ الْمَسْحَ لِحَاجَةِ الْاسْتِدَامَةِ وَهُوَ مَأْمُورٌ بِالْتَرَعِ.

قال الرافعي: اعتبر في الملبوس ثلاثة أمور:

أحدها: أن يكون ساتراً لمحل فرض الغسل من الرجلين، فلو كان دون الكعبين لم يجز المسح عليه؛ لأن فرض الظاهر الغسل، وفرض المستور المسح، ولا صائر إلى الجمع بينهما، فيغلب حكم الغسل، فإنه الأصل، ولهذا لو لبس أحد الخفين لم يجز المسح له، ولو كان الخف متخرقاً. ففيه قولان:

القديم وبه قال مالك: إنه يجوز المسح عليه ما لم يتفاحش الخرق، لأنه مما يغلب في الأسفار، حيث يتعذر الإصلاح، والخرز فالقول بامتناع المسح يضيّق باب الرخصة، فوجب أن يسامح، وعلى هذا فما حد الفاحش منه.

قال الأكثرون: ما دام يتماسك في الرجل، ويتأتى المشي عليه، فهو ليس بفاحش، وقال في «الإفصاح»: حده ألا يبطل اسم الخف، والقول الجديد: أنه لا يجوز المسح عليه قليلاً كان التخرق، أو كثيراً، لأن بعض محل الفرض غير مستور، ومواضع الخرز التي تنسد بالخيوط أو ينضم لا عبرة بها، فإن لم تكن كذلك، وظهر منها شيء لم يجز المسح أيضاً، ولو تخرقت الظهارة<sup>(١)</sup> وحدها، أو البطانة وحدها جاز المسح؛ إن كان ما بقي صفيقاً، وإلا فلا يجوز في أظهر الوجهين، وعلى هذا يقاس ما إذا تخرق من الظهارة موضع، ومن البطانة موضع لا يحاذيه، والخف المشقوق القدم إذا شد منه محل الشق بالشرح إن كان يظهر منه شيء، مع الشد فلا يجوز المسح عليه، وإن لم يظهر منه شيء فوجهان:

(١) الظهارة بالكسر ما يظهر للعين، وهي خلاف البطانة، انظر المصباح المنير (٢/٥٣٠).

أحدهما: لا يجوز أيضاً، كما لو لف قطعة آدم على القدم وشدّها، لا يجوز المسح عليها.

وأظهرهما: ونقله الشيخ أبو محمد عن نصّه، أنه يجوز لحصول الستر به، وارتفاق المشي فيه، فلو فتح الشرح بطل المسح، وإن لم يظهر شيء؛ لأنه إذا مشى فيه ظهر. وليكن قوله في الكتاب: «فلو تخزّق» معلماً بالواو والميم، لما ذكرنا، وبالحاء أيضاً؛ لأن عند أبي حنيفة إن كان الخرق بحيث يبين منه قدر ثلاث أصابع من أصابع الرجل، لم يَجْزِ المسح عليه، وإن كان أقل جاز.

الثاني: أن يكون قوياً، والمراد منه كونه بحيث يمكن متابعة المشي عليه، لا فرسخاً ولا مرحلة؛ بل قدر ما يحتاج المسافر إليه من التردّد في حوائجِه، عند الحطّ والتّرحال، فلا يجوز المسح على اللّفائف، والجوّارب المتّخذة من الصّوف، واللّبّد<sup>(١)</sup>؛ لأنه لا يمكن المشي عليها، ويسهل نزعها، ولبسها بلا حاجة إلى إدامتها في الرّجل؛ ولأنها لا تمنع نفوذ الماء إلى الرّجل، ولا بُدّ من شيء مانع على الأصح، كما سيأتي، وكذلك الجوارب المتّخذة من الجلد التي تلبس مع الكعب، وهي جورب الصّوفية، لا يجوز المسح عليها، حتى تكون بحيث يمكن متابعة المشي عليها، وتمنع نفوذ الماء، إن اعتبرنا ذلك، إما لصفاقتها، أو لتجليد القدمين، والنعل على الأسفل أو الإلصاق بالكعب، وحكى بعضهم أنها وإن كانت صفيقة ففي اشتراط تجليد القدمين قولان:

وعند أبي حنيفة لا يجوز المسح على الجوربين، وإن كانا صفيقين حتى يكونا مجلدين أو متعلين وخالفه صاحبه فهذا إذا تَعَدَّرَ المَشْيُ فيه لضعف الملبوس في نفسه. ولو تعذر المشي فيه لِسَعَتِهِ المَفْرَطَةِ أو لثقله أو لِضَيْقِهِ ففي جواز المسح عليه وجهان:

أحدهما: يجوز لأنه في نفسه صالح للمشي عليه ألا ترى أنه لو لبسه غيره لارتفق

به.

وأصحهما: لا يجوز، لأنه لا حاجة له في إِدَامَةِ مثل هذا الخف في الرّجل ولا فائدة له فيه، ولو تَعَدَّرَ المشي فيه لثقله أو غلظه كما إذا اتخذ خفّاً من خَشَبٍ أو حديد وهو بحيث لا يمكن المشي عليه، فلا يجوز المسح عليه، كما لو تَعَدَّرَ المشي فيه لضعفه وكذلك لو كان المتخذ من الخشب محدد الرأس لا يثبت مستقراً على الأرض ولو كان المتخذ من الحديد لطيفاً يتأتى المشي فيه جاز المسح عليه.

(١) اللبّد هو ما يتلبد من شعر أو صوف، انظر المصباح المنير (٧٥١/٢).

هذا قضية ما ذكره الجمهور تصريحاً وتلويحاً.

وذكر إمام الحرمين وصاحب الكتاب في «الوسيط»: أنه يجوز المسح على الخف من الحديد وإن عسر المشي فيه، فإن ذلك ليس لضعف الملبوس وإنما هو لضعف اللابس ولا نظر إلى أحوال اللابس فإنه لا ينضب.

الثالث: أن يكون حلالاً فالخف المغصوب والمسروق في جواز المسح عليه وجهان:

قال صاحب «التلخيص»: لا يجوز، لأن المسح عليه لحاجة الاستدامة وهو مأمور بالتزج والرّفص ولأن لبسه معصية والمسح رخصة والرّفص لا تتأط بالمعاصي.

وقال أبو علي الطبري: والأكثر أن يجوز كالوضوء بالماء المغصوب والصلاة في الثوب المغصوب. ولو اتخذ من الذهب أو الفضة خفاً فجواز المسح عليه على أحد<sup>(١)</sup> الوجهين، وإيراد صاحب «التهديب» يشعر بالمنع جزماً والأول أقرب ولعلك تقول أول كلام صاحب الكتاب يقتضي اشتراط الحل جزماً حيث. قال: الشرط الثاني أن يكون الملبوس ساتراً قوياً حلالاً وبالأخرة<sup>(٢)</sup> ذكر وجهين في المسح على الخف المغصوب ثم أظهر منهما في المذهب جواز المسح عليه فينحذف القيد الثالث عن درجة الاعتبار ولا يلائم آخر الكلام أوله، فاعلم أن الضوابط في المذهب تذكر كالتراجم لما قيل باعتباره وفاقاً أو خلافاً، والاعتماد على ما يذكر من التفصيل آخراً وكثيراً ما ينحذف بعض القيود على الأظهر إلا أنه يذكر لمعرفة الخلاف، لكن هاهنا صورة أخرى تقتضي التعرض لهذا القيد واعتباره، وإن جوّزنا المسح على الخف المغصوب والمسروق وهي ما إذا اتخذ خفاً من جلد الكلب أو جلد الميتة قبل الدبّاغ فهذا الجلد لنجاسة عينه لا يحل استعماله في البدن باللبس وغيره على أصحّ القولين، وقد نص في الأمّ على أنه لا يجوز المسح عليه، لأنه لا يمكن الصلاة فيه، وفائدة المسح وإن لم تنحصر في الصلاة إلا أن المقصود الأصلي الصلاة وما عداها فالتابع لها وأيضاً فإن الخف بدل عن الرجل ولو كانت الرجل نجسة لم تغسل عن الوضوء ما لم تطهر عن النجاسة فكيف يمسح على البذل وهو نجس العين ولا يعود الخلاف في هذه الصورة.

واعلم أنه يعتبر في الملبوس وراء الصفات الثلاث المذكورة في الكتاب صفات أخرى:

إحداها: أن لا يتعدّر المشي عليه بسبب السعة المفرطة أو الضيق المفرط أو بسبب الثقل أو الاحتداد كما سبق.

(٢) في (ط): ولاخرة.

(١) سقط في (ط).

والثانية: ذكر الشيخ أبو محمد أنه ينبغي أن يقع عليه اسم الخف حتى لو لف على قدمه قطعة آدم وشده بالرباط لم يجز المسح عليه؛ لأن اللّف لا يقوى، ولا يتأتى التردّد ومتابعة المشي عليه فإن فُرِضَ ربط قوى فمثل ذلك يعسر إزالته وإعادته على هيئته مع استيفاز المسافر فلا يحصل الازتفّاق المقصود بالمسح، فيتبع مورد النّص وهو الخُفّ.

الثالثة: أن يمنع نَشْفُ الماء ووصوله إلى الرّجل فلو لم يمنع الخف المَنسُوخ والذي لا صَفَاقَة له فهل يجوز المسح عليه؟ فيه وجهان:

أظهرهما: لا، لأن الغالب من الخفاف أن تمنع النفوذ فينصرف إليها نصوص المسح ويبقى الغسل واجباً فيما عداها.

والثاني: يجوز كما لو تخرّقت ظهارة الخف وبطانته من موضعين غير متوازيين يجوز المسح عليه مع نفوذ الماء واختار إمام الحرمين هذا الوجه وتابعه صاحب الكتاب في «الوسيط» ولذلك حذف هذا الشرط من أصله هاهنا لكن ظاهر المذهب الأول<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي: فَرَعَ الْجُزْمُوقُ الضَّعِيفُ فَوْقَ الخُفِّ لَا يُمْسَحُ عَلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ قَوِيًّا لَمْ يَجُزِ (م ح) الْمَسْحُ عَلَيْهِ أَيْضاً فِي الْجَدِيدِ بَلْ عَلَيْهِ أَنْ يَدْخَلَ الْيَدَ بَيْنَهُمَا فَيُمْسَحَ عَلَى الْأَسْفَلِ.

قال الرافعي: الجُزْمُوقُ هو الذي يلبس فوق الخف وإنما يلبس غالباً لشدة البرد فإذا لبس جرموقين فوق الخُفِّين أو خفين فوق الخفين<sup>(٢)</sup> فلا يخلو من أربع أحوال:

إحداها: أن يكون الأسفل بحيث لا يمسح عليه [الضعف أو تخرق أو الأعلى بحيث يمرح عليه]<sup>(٣)</sup> فالمسح على الأعلى والأسفل والحالة هذه كالجُزْمُوقِ واللفافة.

والثانية: أن يكون الأمر بالعكس من ذلك فيمسح على الأسفل القوي وما فوقه كخرقة تُلْفُ على الخف فلو مسح على الأعلى فوصل البلل إلى الأسفل فإن قصد المسح على الأسفل جاز وكذا لو قصد المسح عليهما جاز، وبلغوا قصد المسح على الأعلى. وفيه وجه أنه إذا قصدهما لم يعتد بالمسح، وإن قصد المسح على الأعلى الضّعيف لم يجزه، وإن لم يقصد شيئاً بل كان على نيّته الأولى وقصد المسح في الجملة ففيه وجهان:

أظهرهما: الجواز؛ لأنه قصد إسقاط فرض الرجل بالمسح، وقد وصل الماء إليه فكفى.

(١) قال النووي: ولو لبس واسع الرأس يرى من رأسه القدم، جاز المسح عليه على الصبح، ويجوز على خف زجاج قطعاً، إذا أمكن متابعة المشي عليه - والله أعلم - انظر الروضة (١/٢٤٠).

(٢) سقط في (ط).

(٣) في أ الجرموقين.

الحالة الثالثة: ألا يكون واحد منهما بحيث يمسح عليه فلا يخفى تعذر المسح.

الرابعة: أن يكون كل واحد منهما بحيث يمسح عليه، فهل يجوز المسح على الأعلى؟ فيه قولان:

قال: في «القديم» و«الإملاء» يجوز وبه قال أبو حنيفة وأحمد والمزني؛ لأن المسح على الخُفِّ جوز رفقاً وتخفيفاً، وهذا المعنى موجود في الجرموق فإن الحاجة تدعو إلى لبسه وتلحق المشقة في نزعه عند كل وضوء. وقال في الجديد: لا يجوز<sup>(١)</sup> وهو أشهر الروايتين عن مالك؛ لأن الأصل غسل الرجلين والمسح رخصة وردت في الخُفِّ والحاجة إلى لبسه أهم وأعم فلا يلحق به الجرموق، فإن فرعنا على القديم وجوزنا المسح على الجرموق فكيف السبيل في ذلك: ذكر ابن سريج فيه ثلاثة معان:

أظهرها: أن الجُزْمُوق بدل عن الخف والخف بدل عن الرجل؛ لأنه يستر الخف ستر الخف للرجل ويشق نزعه كما يشق نزع الخف فأقيم مقامه.

وثانيها: أن الأسفل كاللِّفَافَة والخف هو الأعلى. لأننا إذا جوزنا المسح عليه فقد جعلناه أصلاً في رخصة المسح.

وثالثها: أن الأعلى والأسفل معاً بمثابة خف واحد فالأعلى كالظَّهارة والأسفل كالبطانة ويتفرع على هذه المعاني مسائل.

منها: لو لبسهما جميعاً وهو على كمال الطَّهارة، له أن يمسح على الأعلى على هذا القول، وهل له أن يمسح على الأسفل<sup>(٢)</sup> بأن يخل اليد بينهما؟ فيه وجهان:

إن قلنا: الأعلى بدل الأسفل، يجوز، كما لو غسل الرجل في الخف، وإن قلنا: الأسفل كاللِّفَافَة، أو هما كطائفتي خف واحد، فلا. ومنها: لو لبس الأسفل على كمال الطَّهارة، ولبس الأعلى على الحدث، ففي جواز المسح على الأعلى وجهان:

إن قلنا: بالمعنى الأول، أو الثاني، فلا، يجوز؛ لأنه مقصود بالمسح، وقد لبسه محدثاً، فلا يمسح عليه كالخف الواحد. وإن قلنا: بالمعنى الثالث، فيجوز، كما لو لبس الخف على الطهارة، ثم أحدث وألصق به طاقة أخرى.

وفي المسألة طريقة أخرى: أنه لا يجوز المسح عليه جزماً، ولو لبس الأسفل كذلك وأحدث ومسح عليه، ثم لبس الجُزْمُوق، فهل يمسح عليه؟ منهم من بناه على

(١) قال النووي: الأظهر عند الجمهور الجديد، وصحح القاضي أبو الطيب في شرح «الفروع» القديم - والله أعلم - ينظر الروضة (١/٢٤٠).

(٢) في (ط): على الأقل.

المعاني. إن قلنا: الجرموق بدل الخف، أو قلنا: إنه كالظهارة، فيجوز. وإن قلنا: إنه الخف، والأسفل كاللِّفَافَة فلا. وقيل: يبني الجواز على هذا المعنى الثالث، على أن المسح على الخُفِّ هل يرفع الحدث أم لا؟. إن قلنا: يرفع، فيجوز، وإلا فلا؛ لأنه لم يلبس على طهارة قوية. ومنهم من بنى المسألة على هذا الأصل، وقطع النظر عن المعاني الثلاثة، وإذا جوزنا المسح في هذه المسألة على الأعلى، فقد ذكر الشيخ أبو علي: أن ابتداء المدة يكون من حين أحدث أول ما لبس، لا من وقت الحدث بعد لبس الجُزْمُوقين، لأن كله كاللبس الواحد، يبني البعض على البعض، وفي جواز المسح على الأسفل الخلاف الذي سبق. ومنها: لو لبس الأسفل على الحدث، وغسله فيه، ثم لبس الأعلى وهو على طهارة كاملة، فلا يجوز المسح على الأسفل لا محالة، وهل يجوز على الأعلى؟ يبني على المعاني. إن قلنا: الأعلى بدل البدل، فلا يجوز؛ لأن الأسفل ليس ممسوحاً عليه، إذا كان ملبوساً على الحدث فلا يصلح للبدلية، وإن قلنا: إنهما كالظهارة والبطانة فكذلك لا يجوز، كما إذا لبس الخف [على الحدث]<sup>(١)</sup> ثم ألصق به طاقة أخرى، وهو متطهر، وإن قلنا: الأسفل كاللِّفَافَة، فله المسح على الأعلى. ومنها: لو تخرق الأعلى من الرجلين جميعاً، أو نزعهما بعد ما مسح عليه، وبقي الأسفل بحاله. فإن قلنا: الأعلى بدل البدل، لم يجب نزع الأسفل؛ لأنَّ حكم الأصل لا يبطل بسقوط البدل؛ لكن لا بد من المسح على الخفين، كما إذا نزع الخف لا بد من غسل الرجلين، وهل يكفي ذلك؟ أم يفترق إلى استثناف الوضوء؟ فيه قولان، كما سنذكره في نزع الخف. وإن قلنا: إنهما كالظهارة والبطانة، فلا شيء عليه.

وإن قلنا: الأسفل كاللِّفَافَة فينزع الأسفل أيضاً، ويغسل الرجلين، وفي لزوم الاستثناف قولان، فيحصل من مجموع الاختلافات في المسألة خمسة أقوال، لا يلزمه شيء، يلزم المسح على الأسفل، لا غير، يلزم المسح مع استثناف الوضوء [يلزم نزع الخفين وغسل الرجلين، يلزم ذلك مع استثناف الوضوء]<sup>(٢)</sup>. ومنها: لو تخرق الأعلى من إحدى الرجلين، أو نزعه، فإن قلنا: الأعلى بدل البدل، فهل يلزمه نزع من الرجل الأخرى؟ فيه وجهان:

أصحهما: نعم، كما لو نزع أحد الخُفَّين يلزمه نزع الثاني، ثم إذا نزع عاد القولان في أنه يكفي المسح على الأسفلين، أم يحتاج<sup>(٣)</sup> إلى إعادة الوضوء؟

(١) سقط في (ط).

(٢) من قوله: غسل الرجلين إلى قوله: المسح على الأسفلين، أم يحتاج جاءت في ط بعد قوله: يجوز المسح عليه جزءاً السابق، وهذا خطأ.

والثاني: لا يلزم نزع الآخر؛ لأن كل واحدة من الرجلين دونها حائل، والفرض فيهما المسح، بخلاف ما إذا نزع أحد الخفين، فإن فرض الرجل المكشوفة حينئذ الغسل، وعلى هذا فيما يلزمه قولان:

أحدهما: المسح على الخف الذي خلع الأعلى من فوقه.

والثاني: استئناف الوضوء، والمسح على ذلك الخف، وعلى الأعلى من الرجل الأخرى. وإن قلنا: الأعلى والأسفل كطائفتي خف واحد، لم يلزمه شيء.

وإن قلنا: بالمعنى الثالث نزع الأسفل من الرجل التي نزع منها الأعلى، أو تخرق، ونزعها من الثانية، ويغسل الرجلين، وفي لزوم الاستئناف قولان:

ومنها: لو تخرق الأسفل من الرجلين جميعاً لم يضر على المعاني كلها، وإن تخرق من إحداهما، فإن قلنا: الأعلى بدل البديل نزع واحدة من الرجل الأخرى أيضاً؟ كيلا يكون جامعاً بين البديل والمبديل، كذلك ذكره في التهذيب وغيره، ولك أن تقول هذا المعنى موجود فيما إذا تخرق الأعلى من إحدى الرجلين. وقد حكوا وجهين في لزوم النزع من الرجل الأخرى، فليحكم بطردهما هاهنا ثم إذا نزع<sup>(١)</sup> فما يلزمه؟ قولان: أحدهما: الأعلى من فوقه.

والثاني: استئناف الوضوء والمسح عليه وعلى الأعلى الذي تخرق الأسفل تحته، وإن قلنا بالمعنى الثاني، أو الثالث فلا شيء عليه. ومنها: لو تخرق الأعلى والأسفل من الرجلين جميعاً أو من إحداهما لزم نزع الكل على المعاني كلها.

نعم. إن قلناهما كطائفتي خف واحد وكان الخرق في موضعين غير متجازيين لم يضر على ما تقدم. ومنها: لو تخرق الأعلى من رجل والأسفل من الثانية فإن قلنا: إنه بدل البديل نزع الأعلى المتخرق وأعاد المسح على ما تحته وهل يكفي ذلك أم يحتاج إلى استئناف الوضوء ماسحاً عليه وعلى الأعلى من الرجل الأخرى.

فيه قولان، وإن قلنا: هما كطائفتي خف واحد لم يضر. وإن قلنا: الأسفل كاللِّفَافَة وجب نزع الكل كما لو تخرق أحد الخفين ثم إذا نزع غسل الرجلين، وفي استئناف الوضوء قولان: هذا كله تفريع على القديم، وإن فرعنا على الجديد ومنعنا المسح على الجُزْمُوق والخف الأعلى، فإن نزع الأعلى ومسح على الأسفل فذاك، وإن أدخل اليد بينهما ومسح على الأسفل فهل يجوز؟ فيه وجهان:

أصحهما: وهو المذكور في الكتاب نعم، كما لو غسل رجليه وهما في الخف يجوز.

(١) سقط في (ط).

**والثاني:** لا يجوز؛ لأن المسح ضعيف فلا يجوز إذا كان هناك حائل؛ لانضمام ضعف إلى ضعف، وعلى هذا القول لو تَخَرَّقَ الخفان تحت الجرموقين نظر، إن كان عند التخرُّق على طهارة لبس الأسفل مسح على الأعلى؛ لأنه صار أصلاً بخروج ما تحته عن أن يمسح عليه، وإن كان محدثاً في تلك الحالة لم يمسح على الأعلى كما لو ابتدأ اللبس على الحدث؛ وإن كان على طهارة المسح، وذلك إذا جوزنا إدخال اليد بينهما، والمسح على الأسفل منهما ففي جواز المسح على الأعلى وجهان، كما ذكرنا في التفريع على القديم - والله أعلم -.

ولو لبس الجُزْمُوق في إحدى الرِّجْلين، واقتصر في الأخرى على الخف وأراد المسح على جرموق وخف، فلا شك أنه يمتنع ذلك على الجديد، وعلى القديم يبنى على المعاني الثلاثة إن قلنا: الجرموق بدل البَدَل لم يجز ذلك؛ لأن إثبات البديل في إحدى الرجلين يمتنع كما يمتنع المسح في إحدى الرجلين والغسل في الأخرى، وقد ذكرنا أنه لو مسح على الجُزْمُوقين ثم نزع أحدهما لا يلزمه شيء على رأى، ويستدام حكم المسح على جُزْمُوقٍ وخف، والفرق على هذا أن الأمر في الاستدامة أقوى ألا يرى أن اعتراض العدة والردّ في دوام التَّكَّاح لا تبطله، بخلاف ما في الابتداء.

وإن قلنا: هما كطائفي خف يجوز له المسح على الجرموق والخف الآخر، كما لو لبس خُفَيْنِ لأحدهما طاقة وللآخر طائفتان. فإن قلنا: الأسفل كاللِّفَافَة فوجهان:

أحدهما: لا يجوز كما لو لبس خُفًا ولف على الرجل الثانية لفاقة.

وأصحهما: الجواز، لأنه إنما ينزل منزلة اللِّفَافَة إذا كان مستوراً، فأما إذا كان بادياً فهو مستقل بنفسه بدل عن الرجل بخلاف ما لو نزع أحد الجرموقين يجب نزع الكل على ذلك التقدير؛ لأنه يلبس الجرموق، والمسح عليه صار الأسفل لفاقة - والله أعلم -.

قال الغزالي: النَّظَرُ الثَّانِي فِي كَيْفِيَّةِ الْمَسْحِ وَأَقْلُهُ مَا يَنْطَلِقُ عَلَيْهِ الْاسْمُ مِمَّا يُؤَاوِي مَحَلَّ الْفَرْضِ، فَلَوْ أَقْتَصَرَ عَلَى الْأَسْفَلِ فَظَاهِرُ النَّصِّ مَنْعُهُ، وَأَمَّا الْأَكْمَلُ فَأَنْ يَمْسَحَ عَلَى أَعْلَى الْخُفِّ وَأَسْفَلِهِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ عَلَى أَسْفَلِهِ نَجَاسَةٌ، وَأَمَّا الْغُسْلُ وَالتَّكْرَارُ فَمَكْرُوهَانِ، وَأَسْتَبْعَابُ الْجَمِيعِ لَيْسَ بِسُنَّةٍ.

قال الراجعي: الكلام في كيفية المسح يتعلّق بالأقل والأكمل، فأما الأقل فيكفي في قدره ما ينطلق عليه اسم المسح خلافاً لأبي حنيفة، حيث قدر الأقل بثلاثة أصابع من أصابع اليد. ولأحمد حيث أوجب مسح أكثر الخف.

لنا أن النصوص متعرضة لمطلق المسح، وإذا أتى بما وقع عليه اسم المسح فقد



مسح، وهذا كما ذكرنا في مسح الرأس، ثم لا بد وأن يكون محل المسح ما يوازي محل الفرض من الرجل، إذ المسح بدل عن الغسل، وهل جميع ذلك محل المسح؟ أم لا؟ لا كلام في أن ما يحازي غير الأخمصين والعقبين محل له، وأما ما يحازي الأخمصين وهو أسفل الخف ففي جواز الإقتصار على مسحه ثلاثة طرق:

أظهرها: أن فيه قولين:

أظهرهما: أنه لا يجوز؛ لأن الرخص يجب فيها الاتباع، ولم يؤثر الإقتصار على الأسفل. قال أصحاب هذه الطريقة: وهذا هو المراد فيما رواه المزني في «المختصر»؛ أنه إن مسح باطن الخف وترك الظاهر، وأعاد.

والثاني: وهو مخرج أنه يجوز؛ لأنه محاذ لمحل الفرض كالأعلى، وعبر بعضهم عن هذا الخلاف بالوجهين:

والطريق الثاني: القَطْعُ بالجواز، ثم من الصّائرين إليه من غلط المزني، وزعم أن ما رواه لا يعرف الشافعي في شيء من كتبه. ومنهم من قال: أراد بالباطن الداخل، لا الأسفل.

والطريق الثالث: القطع بالمنع، وأما عقب الخف ففيه وجهان أنه ثم منهم من رتب العقب على الأسفل، وقال: العقب أولى بالجواز لأنه ظاهر يرى والأسفل لا يرى في أغلب الأحوال فأشبهه الداخل. ومنهم من قال العقب أولى بالمنع إذ لم يرد له ذكر أصلاً ومسح الأسفل مع الأعلى منقول: وإن لم ينقل الإقتصار عليه.

وتنبه بعد هذا الأمور على ألفاظ الكتاب:

أحدها: قوله: «فإن اقتصر على الأسفل» بعد قوله: «مما يوازي محل الفرض» كالمنقطع عنه، ولو قال، لكن لو اقتصر أو نعم لو اقتصر، وما أشبه ذلك كان أولى ليشعر باستثنائه مما يوازي محل الفرض.

الثاني: قوله: «فظاهر النص منعه» جواب على طريقة القولين؛ لأن هذا الكلام إنما يطلق غالباً حيث يكون، ثم قول آخر، مخرج الثالث، ظاهر كلامه يقتضي تجويز المسح على عقب الخف؛ لأنه قال: أقله ما ينطلق عليه الاسم مما يوازي محل الفرض، ولم يخرج عنه إلا أسفل الخف وموضع العقب مما يوازي محل الفرض وليس هو من أسفل الخف لكن الأظهر عند الأكثرين أنه لا يجوز الإقتصار عليه، كالأسفل، وأما الأكمل فهو أن يمسح أعلى الخف وأسفله، خلافاً لأبي حنيفة، وأحمد حيث قال: لا يمسح الأسفل. لنا ما روي عن المغيرة بن شعبة - رضي الله عنه -: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ

مَسَحَ أَعْلَى الْخُفِّ وَأَسْفَلَهُ<sup>(١)</sup>. والأولى أن يضع كفه اليسرى تحت العقب، واليمنى على ظهور الأصابع، ويمر اليسرى إلى أطراف الأصابع من أسفل، واليمنى إلى الساق، تروى هذه الكيفية ابن عمر - رضي الله عنهما -<sup>(٢)</sup>.

وقوله: «إلا أن يكون على أسفله نجاسة» استثناء لم يذكره في «الوسيط»، ولا تعرض له الأكثرون، وفيه إشعار بالعمو عن النجاسة التي تكون على الخف، ولا شك أنه إن كان عند المسح على أسفل خفه نجاسة فلا يمسح عليه؛ لأن المسح يزيد فيها، وأما إشعاره بالعمو والقول في أنه كيف يصلي فيه، أيتمين إزالة النجاسة عنه بالماء كما في سائر المواضع؟ أم يكفي ذلك بالأرض فسيأتي في كتاب الصلاة إن شاء الله تعالى، وهل يستحب مسح عقب الخف؟ فيه قولان: وقيل وجهان:

أصحهما: نعم، كسائر أجزاء الخف من الأعلى والأسفل.

**والثاني:** لا؛ لأن السنة ما جاءت به؛ ولأنه موضع ثقيل، وبه قوام الخف، فإدامة المسح عليه تفسده، ومنهم من قطع بالاستحباب، ونفى الخلاف فيه، ثم مسح الأعلى والأسفل وإن كان محبوباً، لكن استيعاب الكل ليس بسنة مَسَحَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَلَى خُفِّهِ خُطُوطاً مِنَ الْمَاءِ<sup>(٣)</sup>.

(١) أخرجه أحمد (٢٥١/٤) وأبو داود (١٦٤) والترمذي (٩٧) وابن ماجه (٥٥٠) والدارقطني (١/١٩٥) (٦) والطبراني في الكبير (٩٣٩/٢٠) وابن الجارود (٨٤) والبيهقي (٢٩٠/١ - ٢٩١) قال ابن الملقن: ضعفه أحمد، والترمذي، والبخاري، وأبو زرعة، وأبو داود، وغيرهم، انظر الخلاصة (٧٤/١).

(٢) قال الحافظ: كذا قال، والمحفوظ عن ابن عمر أنه كان يمسح أعلى الخف وأسفله، كذا رواه الشافعي والبيهقي، انظر التلخيص (١٥٩/١) السنن الكبرى للبيهقي (٢٩١/١).

(٣) قال الحافظ: قال ابن الصلاح تبع الرافعي فيه الإمام، فإنه قال في «النهاية»: إنه صحيح، فكذا جزم به الرافعي وليس بصحيح، وليس له أصل في كتب الحديث انتهى. وفيما قال نظر، ففي الطبراني الأوسط من طريق جرير بن يزيد عن محمد بن المنكدر عن جابر قال: مر رسول الله ﷺ برجل يتوضأ فغسل خفيه، فنخسه برجليه، وقال: ليس هكذا السنة، أمرنا بالمسح هكذا، وأمر بيديه على خفيه، وفي لفظ له: ثم أراه بيده من مقدم الخفين إلى أصل الساق مرة، وفرج بين أصابعه، قال الطبراني: لا يروى عن جابر إلا بهذا الإسناد، وعزه ابن الجوزي في التحقق إلى رواية ابن ماجه، عن محمد بن مصفى، عن بقية، عن جرير بن يزيد، عن منذر، عن المنكدر. عن جابر نحوه، ولم أره في سنن ابن ماجه، قلت: هو في بعض النسخ دون بعض، وقد استدركه المزي على ابن عساكر في الأطراف، وإسناده ضعيف جداً، وأما قول إمام الحرمين المذكور، فكانه تبع القاضي الحسين، فإنه قال: روى حديث علي: كنت أرى أن باطن القدمين أحق بالمسح من ظاهرهما، قال فحكى عنه أنه قال: ولكني رأيت رسول الله ﷺ يمسح على ظهور الخف خطوطاً بالأصابع، وتبع الغزالي في «الوسيط» إمامه، وقال النووي في «شرح =

وحكى عن تعليق القاضي: أنه يستحب الاستيعاب كما في مسح الرأس، وأما قوله: «الغسل والتكرار مكروهان» فإنما يكره الغسل؛ لأنه تعيب للخف بلا فائدة، وكذلك التكرار يوجب ضعف الخف وفساده وهذا المسح رخصة مبنية على التخفيف.

ولك أن تعلم قوله: «فمكروهان» بالواو، وأما في الغسل، فلأن القول بالكراهة مبني على أن الغسل جائز قائم مقام المسح في صحة الوضوء، وفيه وجه: أن الغسل لا يجزئ كما ذكرنا في مسح الرأس إلا أنه مكروه، وأما في التكرار فلأن القاضي أبا القاسم بن كج حكى وجهاً أنه يستحب فيه التكرار ثلاثاً، كما في مسح الرأس<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي: النَّظَرُ الثَّلَاثُ فِي حُكْمِهِ وَهُوَ إِبَاحَةُ الصَّلَاةِ إِلَى أَنْقِضَاءِ مُدَّتِهِ أَوْ نَزْعِ الْخُفِّ، وَمُدَّتُهُ لِلْمُقِيمِ يَوْمٌ وَلَيْلَةٌ (م و) وَلِلْمُسَافِرِ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ مِنْ وَقْتِ الْحَدِيثِ فَلَوْ لَبَسَ الْمُقِيمُ ثُمَّ سَافَرَ قَبْلَ الْحَدِيثِ أَتَمَّ مَدَّةَ الْمُسَافِرِينَ، وَكَذَا لَوْ أَخَذْتَ فِي الْحَضَرِ، فَإِنْ مَسَحَ فِي الْحَضَرِ (ح ز) ثُمَّ سَافَرَ أَتَمَّ مَسْحَ الْمُقِيمِينَ (ح) تَغْلِيْبًا لِلْإِقَامَةِ، وَلَوْ مَسَحَ فِي السَّفَرِ ثُمَّ أَقَامَ لَمْ يَزِدْ (ز) عَلَى مَدَّةِ الْمُقِيمِينَ وَلَوْ شَكَّ فَلَمْ يَذَرِ أَنْقِضَتِ الْمُدَّةُ أَوْ مَسَحَ فِي الْحَضَرِ، فَالْأَضَلُّ وَجُوبُ الْغَسْلِ وَلَا يَتْرَكَ مَعَ الشُّكِّ.

قال الراجعي: يباح بالوضوء الذي مسح فيه على الخفين الصلاة وسائر ما يفتقر إلى الطهارة ومد صاحب الكتاب ذلك إلى إحدى غائتين إما قضاء مدة المسح وإما نزع الخف وفي معناه تفرقه فأما الغاية الأولى وهي مضي المدة فتعرف بمعرفة مدته، وهل يتقدر المسح بمدة أم لا؟ فيه قولان قال: في القديم: لا.

وبه قال مالك لما روى عن خزيمة قال: «رَخَّصَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِلْمُسَافِرِ أَنْ

= المهذب: هذا الحديث ضعيف، روى عن علي مرفوعاً، وعن الحسن - يعني البصري - قال: من السنة أن يمسح على الخفين خطوطاً، وقال في «التنقيح»: قول إمام الحرمين: إنه صحيح، غلط فاحش، لم نجده من حديث علي، لكن روى ابن أبي شيبة أثر الحسن المذكور. وروى أيضاً من حديث المغيرة بن شعبة: رأيت رسول الله ﷺ بال ثم جاء حتى توضأ، ومسح على خفيه، ووضع يده اليمنى على خفه الأيمن، ويده اليسرى على خفه الأيسر، ثم مسح أعلاهما مسحة واحدة، حتى كأني أنظر إلى أصابعه ﷺ على الخفين، ورواه البيهقي من طريق الحسن عن المغيرة بنحوه، وهو منقطع. انظر التلخيص (١/١٦٠ - ١٦١).

(١) قال النووي: قال أصحابنا: لا تتعين اليد للمسح، بل يجوز بخرقه وخشبة وغيرها، ولو وضع يده المبتلة ولم يمرها، أو قطر الماء عليه، أجزاء على الصحيح، كما تقدم في الرأس. والله أعلم. انظر الروضة (١/٢٤٣).

يمسح ثلاثة أيام ولياليهنَّ لَوِ اسْتَرَدَّاهُ<sup>(١)</sup> لَزَادَنَا<sup>(٢)</sup> وعن أبي بن عمارة وكان ممن صَلَّى إلى القبلتين قال: «قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ أَمْسَحُ عَلَى الْخُفِّ؟ قَالَ: نَعَمْ قُلْتُ: يَوْمًا، قَالَ: وَيَوْمَيْنِ، قُلْتُ: وَثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، قَالَ: نَعَمْ وَمَا شِئْتَ<sup>(٣)</sup>».

وقال في الجديد: وهو المذكور في الكتاب يتقدر في حق المقيم بيوم وليلة وفي حق المسافر بثلاثة أيام ولياليهنَّ، لحديث صفوان بن عَسَّال كما سبق، وعن علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ: «جَعَلَ الْمَسْحَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ وَلَيَالِيَهُنَّ لِلْمُسَافِرِ وَيَوْمًا وَلَيْلَةً لِلْمَقِيمِ<sup>(٤)</sup>». ويتفرع على الجديد مسائل:

إحدهما: يعتبر ابتداء المدة في حق المسافر والمقيم جميعاً من وقت الحدث بعد اللَّبَثِ خِلافاً لِأَحْمَدَ حَيْثُ قَالَ: فِي مَا رَوَاهُ أَصْحَابُنَا: يُعْتَبَرُ مِنْ وَقْتِ الْمَسْحِ وَالَّذِي رَأَيْتَهُ لِأَصْحَابِهِ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ مِنْ وَقْتِ الْحَدِيثِ كَمَا ذَكَرْنَا وَنَسَبُوا الْإِعْتِبَارَ مِنْ وَقْتِ الْمَسْحِ إِلَى دَاوُدَ.

لنا أن وقت جواز المسح يدخل بالحدث ولا معنى لوقت العبادة سوى الزمان الذي يجوز فعلها فيه كوقت الصَّلَاةِ وَغَيْرِهِ وَغَايَةُ مَا يُمْكِنُ فَعَلَهُ بِالْمَسْحِ مِنَ الصَّلَوَاتِ الْمُؤَدَّاةِ عَلَى التَّوَالِي سِتْ عَشْرَةَ إِذَا لَمْ يَجْمَعْ وَإِنْ جَمَعَ فَيَتَصَوَّرُ أَنْ يُؤَدِّي بِهِ سَبْعَ عَشْرَةَ صَلَاةً وَذَلِكَ فِي حَالَةٍ عَدَمِ الْجَمْعِ مِثْلُ أَنْ يَحْدُثَ بَعْدَ طُلُوعِ الْفَجْرِ بِقَدْرِ مَا يَسَعُ صَلَاةَ الْفَجْرِ وَقَدْ بَقِيَ إِلَى طُلُوعِ الشَّمْسِ مَا يَسَعُهَا أَيْضاً فَيَتَوَضَّأُ وَيَمْسَحُ عَلَى خُفَيْهِ وَيَصَلِّي الْفَجْرَ، وَيَصَلِّي بَاقِيَ صَلَوَاتِ الْيَوْمِ وَاللَّيْلَةَ بِالْمَسْحِ، وَكَذَلِكَ صَلَوَاتِ الْيَوْمِ الثَّانِي وَالثَّلَاثِ وَيَصَلِّي الْفَجْرَ فِي الْيَوْمِ الرَّابِعِ قَبْلَ الْإِنْتِهَاءِ إِلَى وَقْتِ الْحَدِيثِ فِي الْيَوْمِ الْأَوَّلِ

(١) أخرجه أبو داود (١٥٧) وابن ماجه (١٥٣) وابن حبان (١٣١٩ - ١٣٢٢). قال ابن حجر: قال الترمذي قال البخاري: لا يصح عندي، لأنه لا يعرف للجدلي سماع من خزيمه، وذكر عن يحيى بن معين أنه قال: صحيح، وقال ابن دقيق العيد: الروايات متظافرة متكاثرة برواية التيمي له، عن عمرو بن ميمون، عن الجدلي عن خزيمه، وقال ابن أبي حاتم في العلل: قال أبو زرعة: الصحيح من حديث التيمي عن عمرو بن ميمون، عن الجدلي، عن خزيمه مرفوعاً، والصحيح عن النخعي، عن الجدلي بلا واسطه، وادعى النووي في «شرح المهذب» الاتفاق على ضعف هذا الحديث، وتصحيح ابن حبان له يرد عليه، مع نقل الترمذي عن ابن معين أنه صحيح أيضاً. انظر التلخيص (١/١٦١)

(٢) في (ط): استندناه.

(٣) أخرجه أبو داود (١٥٨) وابن ماجه (٥٥٧) والدارقطني (١/١٩٨) قال ابن الملقن: ضعفه الأئمة أحمد، والبخاري، وأبو داود والدارقطني، وابن القطان، والحازمي، وابن الجوزي، وابن الصلاح، ونقل الاتفاق على ضعفه واضطرابه، وأنه لا يجوز الاحتجاج به النووي في «شرح المهذب»، وخالف الحاكم فصححه.

(٤) أخرجه مسلم (٢٧٦).

فتلك ست عشرة وفي حالة الجمع مثل أن يحدث بعد الزوال بقدر ما يسع صلاة الظهر والعصر، وقد بقي من وقت الظهر ما يسعهما، أيضاً فصلاًهما بالمسح وكذا ما بعدهما من الصلوات إلى أن يدخل وقت الزوال في اليوم الرابع فيصلّي بالجمع الظهر والعصر قبل الانتهاء إلى وقت الحدث في اليوم الأول فيكون قد صَلَّى أربع صلوات من صلوات اليوم الأول وعشراً من صلوات اليوم الثاني والثالث ثلاث صلوات من صلوات اليوم الرابع فجملتها سبع عشرة، وغاية ما يصلّي المقيم بالمسح من صلوات الوقت ست صلوات إن لم يجمع وسبع إن جمع، بعذر مطر ولا يخفى تصويره مما ذكرنا في المسافر.

الثانية: إنما يمسح المسافر ثلاثة أيام ولياليهن بشرطين:

أحدهما: أن يكون سَفَرُهُ طويلاً، أما السفر القصير فهو كالإقامة.

والثاني: ألا يكون سفر معصية فإن كان سفر معية لم يمسح ثلاثة أيام ولياليهن كما لا يترخّص بالقصر والإفطار، وهل يمسح يوماً وليلة؟ فيه وجهان المذكوران في باب صلاة المسافرين في الكتاب وسنشرحهما ثم ويجريان في أن العاصي بالإقامة كالعَبْدِ المأمور بالسفر إذا أقام على يمسح يوماً وليلة أم لا.

الثالثة: لو لبس الخف في الحضر ثم سافر وأحدث في السَّفَرِ فله أن يمسح مسح المسافرين وكذلك لو أحدث في الحضر ثم سافر وابتدأ المسح في السفر خلافاً للمزني حيث قال في هذه الصورة: يمسح مسح المقيمين، لأن ابتداء المدة وقع في الحضر.

لنا أن أول المسح أول العبادة، فإذا وقع في السَّفَرِ أقيمت العبادة كما تقدم في السفر ولا نظر إلى دخول الوقت في الحضر ألا ترى أنه لو سافر بعد دخول وقت الصلاة كان له القصر على الصَّحِيح ولا فرق بين أن يخرج وقت الصلاة بعد ما أحدث في الحضر وبين ألا يكون كذلك.

قال أبو إسحاق المروزي: إذا مضى الوقت في الحضر ولم يصل ثم سافر مسح مسح المقيمين، لأنه عاص بإخراج الصلاة عن الوقت ولا رخصة للعاصي.

والأول: أصح، كما لو فاتته صلاة في الحضر له أن يقضيها بالتيمم في السفر.

وليكن قوله في الكتاب: «وكذا لو أحدث في الحضر» معلماً بالزَّاي لمذهب المزني وبالواو للتفصيل الذي روينا عن أبي إسحاق.

ولو ابتدأ المسح في الحضر ثم سافر أتم مسح المقيمين ولا يزيد عليه، خلافاً لأبي حنيفة حيث قال: يمسح مسح المسافرين إلا أن يتم اليوم واليلة قبل مفارقة العمران. وعن أحمد روايتان:

إحدهما: مثل مذهبنا.

والثانية: أنه يمسخ مسح المسافر.

لنا أنه عبادة اجتمع فيها الحضر والسفر فيغلب حكم الحضر كما لو كان مقيماً في أحد طرفي صلاته لا يجوز له القصر.

وأعلم أن الاعتبار في المسح بتمامه حتى لو تَوَضَّأ في الحَضْر، ومسح على أحد الخفين ثم سافر ومسح على الآخر، كان له أن يمسخ مسح المُسَافِرِينَ؛ لأنه لم يتم المسح في الحضر<sup>(١)</sup> ولو ابتداء المسح في السَّفَرِ ثم صار مقيماً نظر إن أقام بعد تمام يوم وليلة لم يمسخ، بل ينزع ويستأنف اللبس ويجزئه ما مضى، وإن زاد على يوم وليلة وإن أقام قبل تمام يوم وليلة فله أن يتم يوماً وليلة مسح المقيمين.

وقال المزني كل يوم وليلة في السفر مقابل بثلاث يوم وليلة في الحضر، فإن مسح يوماً وليلة في السفر ثم أقام، فله ثلاثا يوم وليلة. وإن مسح يومين وليلتين ثم أقام فله ثلاثا يوم وليلة. لنا تغليب جانب الحَضْر كما تقدم.

الرابعة: لو شك في انقضاء مدة المسح: أما المقيم في مدة المقيمين أو المسافر في مدة المسافرين وجب عليه غسل الرجلين وتعذر المسح.

قال صاحب «التلخيص»: هذا مما يستثنى عن قولنا: اليقين لا يترك بالشك؟ لأن جواز المسح يقين وانقضاء المدة مشكوك فيه، أجاب الأصحاب بأن قالوا: لا بل هذا أخذ باليقين، لأن الأصل وجوب غسل الرجلين والمسح رخصة منوطة بشروط فإذا شك في المدة فقد شك في بعض الشرائط فيعود، إلى الأصل وهذا كما لو تَوَضَّأ المستحاضة ثم شككت في انقطاع دمها.

قال الشافعي - رضي الله عنه -: لا تُصَلِّي حتى تتوضأ ولا نقول: الأصل سَيَلَانُ الدم بل نقول: الأصل أن من أحدث توضأ وإنما جَوَّزَ لها الصلاة للضرورة فإذا شككت في بقاء الضرورة عادت إلى الأصل.

وكذلك لو دخل المسافر بعض البلاد، ولم يدر أنه البلد الذي قصده، أم غيره فلا يقصر؛ لأن الأصل وجوب الأربع وقد شك في شرط القصر وهو السَّفَر.

(١) قال النووي: هذا الذي جزم به الإمام الرافعي - رحمه الله - في مسألة المسح على أحد الخفين في الحضر، هو الذي ذكره القاضي حسين وصاحب (التهذيب)، لكن الصحيح المختار ما جزم به صاحب «التتمة»، واختاره الشاشي: أنه يمسخ مسح مقيم لتلبسه بالعبادة في الحضر. والله أعلم. انظر الروضة (١/٢٤٤).

ولو شك المسافر في أن ابتداء مسحه كان في الحضر أو في السفر لا يزيد على مدة المقيمين أخذاً بالأصل المقتضي لوجوب الغسل فلو مسح في اليوم الثاني على الشك وصلى ثم زال الشك في اليوم الثالث وعلم أنه ابتداء المسح في السفر فعليه إعادة صلوات اليوم الثاني؛ لأنه صلاها على الشك ويجوز أن يصلي بالمسح في اليوم الثالث ثم إن كان على مسح اليوم الأول ولم يحدث في اليوم الثاني له أن يصلي في اليوم الثالث بذلك المسح، وإن كان قد أحدث في اليوم الثاني لكنه مسح على الشك وجب عليه إعادة المسح لصلوات اليوم الثاني، وفي وجوب استئناف الوضوء قولان<sup>(١)</sup> ويجوز له أن يعيد صلوات اليوم الثاني بالمسح في اليوم الثالث، ذكر كل ذلك في «التهديب» وقال ابن الصباغ في الشامل: يجب إعادة الصلوات لكن يجزئه المسح مع الشك، والأول أظهر هذا تمام الكلام في إحدى الغائتين.

قال الغزالي: وَمَهْمَا نَزَعَ الْخُفَيْنِ أَوْ أَحَدَهُمَا فَيَجِبُ غَسْلُ الْقَدَمَيْنِ، وَأَمَّا الْأَسْتِنْفَاءُ فَلَا يَجِبُ إِنْ قُلْنَا: إِنَّ الْمَسْحَ لَا يَزْفَعُ الْحَدَثَ وَإِنْ قُلْنَا: يَزْفَعُ وَجِبَ لِأَنَّهُ فِي عَوْدِهِ لَا يَتَجَرَّأُ.

قال الرافعي: الغاية الثانية نزع الخفين أو أحدهما، ومهما اتفق ذلك وهو على طهارة لزم غسل الرجلين سواء كان عند انقضاء المدة أو قبلها، وهل يجب استئناف الوضوء؟ فيه قولان:

أحدهما: يجب وبه قال أحمد:

وأصحهما: لا، وبه قال مالك وأبو حنيفة والمزني، واختلف الأصحاب في أن القولين مستقلان بنفسهما أو هما مبنيان على أصل آخر: منهم من قال: هما مستقلان ووجه قول الاكتفاء بغسل الرجلين بأن المسح بدل زال حكمه بظهور محل مبدله فيرجع إلى المبدل وهو الغسل كالمتميم يرى الماء. ووجه قول الاستئناف بأن قال: عبادة بطل بعضها فيبطل كلها كالصلاة. ومنهم من قال: هما مبنيان على أصل واختلفوا فيه على ثلاثة طرق.

أحدهما: أنهما مبنيان على القولين في تفريق الوضوء إن جوزنا كفى غسلهما وإلا وجب الاستئناف، ويحكى هذا عن ابن سريج وأبي إسحاق لكن زيفه الجمهور، من وجوه منها أنه لا خلاف في جواز التفريق في الوضوء على الجديد ونص في مواضع من الجديد على وجوب الاستئناف هاهنا، ومنها: أن قولي التفريق يَخْتَصُّانِ فالتفريق الكثير

فأما اليسير منه فهو جائز بلا خلاف ولا صائر إلى الفرق فيما نحن فيه، ومنها أن التفريق بالعدر جائز والعدر موجود ها هنا.

**والثاني:** أنهما مبنيان على أن بعض الطهارة هل يختص بالانتقاض أم يتداعى انتقاض البعض إلى انتقاض الكل؟ فيه قولان:

**أحدهما:** يختص البعض بالانتقاض؛ لأنه لو غسل بعض أعضائه طهارته يرتفع الحدث عنه، وإن لم يرتفع عن الباقي، وإذا جاز أن يتبعص ارتفاعاً جاز أن يتبعص ثبوتاً فعلى هذا لا يجب الاستئناف.

**والثاني:** لا يختص البعض بالانتقاض كالصلوات وسائر العبادات فعلى هذا يجب الاستئناف والثالث وهو المذكور في الكتاب، وبه قال القفال والشيخ أبو حامد وأصحابهما أنهما مبنيان على أن المسح على الخفين، هل يرفع الحدث عن الرجلين أم لا؟ فيه قولان:

**أحدهما:** يرفع؛ لأنه مسح بالماء فأشبهه مسح الرأس، ولأنه يجوز الجمع به بين فرضين ولو لم يرفع الحدث لما جاز كالتييمم.

**والثاني:** لا يرفع لأنه لو رفع الحدث لما تقدر بمدة ولا يمتد أثره إلى وجود الحدث فإن قلنا: إنه لا يرفع الحدث عن الرجل فلا يجب استئناف الوضوء؛ لأن الحدث قد ارتفع عن سائر الأجزاء إلا عن الرجلين فإذا غسلهما ارتفع عنهما أيضاً، وكفى. قال في «النتمة»: وهذا إذا لم يقع تفريق كثير وإن وقع ففيه خلاف التفريق، وإن قلنا: إن المسح يرفع الحدث عن الرجل فيجب استئناف الوضوء؛ لأن وجوب غسل الرجلين عند النزاع يدل على عود الحدث فيهما والحدث، لا يتجزأ في عوده<sup>(١)</sup>.

واعلم أن هذه الطريقة والتي قبلها متقاربتان، ومن يجوز انتقاض بعض الطهارة دون بعض لا يبعد أن يقول بأن الحدث يتجزأ عند العود، ولا يسلم لزوم الاستئناف - والله أعلم - هذا تمام الكلام في الغائتين ولك أن تقول غاية فائدة المسح لا تنحصر في الأمرين المذكورين بل تنتهي بأمرين آخرين.

(١) قال النووي: الأصح عند الأصحاب أن مسح الخف يرفع الحدث عن الرجل كمسح الرأس، ولو خرج الخف عن صلاحية المسح لضعفه أو تخرقه أو غير ذلك، فهو كترعه، ولو انقضت المدة أو ظهرت الرجل وهو في صلاة، بطلت، فلو لم يبق من المدة إلا ما يسع ركعة، فافتتح ركعتين، فهل يصح الافتتاح وتبطل صلاته عند انقضاء المدة أم لا تنعقد؟ وجهان في «البحر» أصحابهما: الانعقاد، وفائدتهما: أنه لو اقتدى به إنسان عالم بحاله ثم فارقه عند انقضاء المدة، هل تصح صلاته أم لا تنعقد؟ فيه الوجهان، وفيما لو أراد الاقتصار على ركعة. والله أعلم. ينظر الروضة (١/ ٢٤٥ - ٢٤٦).



أحدهما: أن يلزم الماسح غسل جنابة أو كانت امرأة فلزمها غسل خَيْضٍ أو نَفَاسٍ فيجب غسل الرجلين، واستئناف اللبس بعد ذلك إن أراد المسح.

قال صفوان: كان يأمرنا أن لا ننزع خِفَافًا ثلاثة أيام ولياليهن إلا من جَنَابَةٍ والمعنى فيه أن الجنابة لا تتكرر فلا يشق نزع الخف لها.

الثاني: إذا دَمِيَتْ رجله في الخف ولم يمكن غسلها فيه وجب النزع وغسل الدَّم ولا يكون المسح بدلاً عنه وإن أمكن غسلها فيه فغسلها لم يبطل المسح.

قال الغزالي: فَرَعَ لَوْ لَيْسَ فَرْدٌ حُفَّهُ لَمْ يَجْزِ الْمَسْحُ إِلَّا أَنْ تَكُونَ الرَّجُلُ الْأُخْرَى سَاقِطَةً مِنَ الْكَفِّبِ.

قال الرافعي: سليم الرجلين إذا لبس أحد الخفين دون الآخر لم يجز المسح عليه لوجهين:

أحدهما: أن المسح إنما جوز للازْتِفَاقِ بلبس الخف لغرض المشي، أو دفع الحرِّ والبرد وغيرهما، والمعهود في تحصيل هذه الأغراض لبسهما جميعاً، فإذا لم يفعل لزمه الغسل الذي هو الأصل.

والثاني: أن الرجلين بمثابة العضو الواحد وهو مخير فيهما بين الغسل وبين المسح على الخفين، وإذا تخير بين خصلتين في العبادة الواحدة، لم يَجْزِ له التَّوْزِيعُ كما في خِصَالِ الكفارة ولو لم يكن له إلا رجل واحدة إما بأصل الخِلْقَةِ أو بسبب عارض فهي وحدها كالرجلين إن شاء غسلها وإن شاء مسح على سائرهما بالشَّرَاطِطِ السَّابِقَةِ؛ لأنه قد يحتاج إلى اللبس أيضاً للمشي عليه مع عصا يتخذها، أو لدفع الحر والبرد ولو بقيت من الرجل الأخرى بقية لم يَجْزِ المسح حتى يواربها بساتر مستجمع لشرائط المسح<sup>(١)</sup>.

(١) قال النووي: لو كان إحدى رجليه عليلة، بحيث لا يجب غسلها، فلبس الخف في الصحيحة، قطع الدارمي بصحة المسح عليه، وصاحب البيان بالمنع، وهو الأصح، لأنه يجب التيمم عن الرجل العليلة، فهي كالصحيحة. والله أعلم. ينظر الروضة (١/٢٤٦).

## كِتَابُ الْحَيْضِ وَفِيهِ خَمْسَةُ أَبْوَابٍ

### الأوّل في حُكْمِ الْحَيْضِ وَالِاسْتِحَاضَةِ

قال الغزالي: **أَمَّا الْحَيْضُ فَأَوَّلُ وَقْتِ إِنْكَائِهِ أَوَّلُ السَّنَةِ التَّاسِعَةِ فِي وَجْهِهِ، وَإِذَا مَضَى سِتَّةُ أَشْهُرٍ مِنْهَا فِي وَجْهِهِ، وَأَوَّلُ الْعَاشِرَةِ فِي وَجْهِهِ، فَمَا قَبْلَ ذَلِكَ دَمٌ فَسَادٌ، وَأَقْلُ مُدَّةِ الْحَيْضِ يَوْمٌ (ح م) وَلَيْلَةٌ (و) وَأَكْثَرُهَا خَمْسَةَ عَشَرَ يَوْمًا، وَأَقْلُ الطُّهْرِ خَمْسَةَ عَشَرَ يَوْمًا (ح) وَأَكْثَرُهُ لَا حَدَّ لَهُ، وَأَغْلَبُ الْحَيْضِ سِتُّ أَوْ سَبْعٌ، وَأَغْلَبُ الطُّهْرِ بَقِيَّةُ الشَّهْرِ، وَمُسْتَتَدٌ هَذِهِ التَّقْدِيرَاتِ الْوُجُوبُ الْمَعْلُومُ بِالِاسْتِقْرَاءِ فَلَوْ وَجَدْنَا أَمْرًا تَحْيِضُ أَقْلٌ مِنْ ذَلِكَ عَلَى الْأَطْرَادِ فَبِي اتِّبَاعِ ذَلِكَ خِلَافٌ لِأَنَّ بَحْثَ الْأَوَّلِينَ أَوْفَى.**

قال الرافعي: **الدم الذي تراه النساء ينقسم إلى غير النفاس، وإلى النفاس، وغير النفاس ينقسم إلى حَيْضٍ، وَاسْتِحَاضَةٍ وهما مختلفا الحكم، ثم قد تكون المرأة بحيث تعرف حيضها من استحاضتها، وقد يختلط أحدهما بالآخر، فلا تعرف هذا من ذلك، وعلى الأحوال فالدم قد يطبق وقد ينقطع فترى مثلاً يوماً دماً، ويوماً نقاء فجعل كلام هذه الأمور في خمسة أبواب.**

**أولها:** في خواصّ الدم الذي هو حيض في أحكام الحيض، والاستحاضة.

**وثانيها:** في معرفة المستحاضات. **وثالثها:** في المتحيرة المشتبهة الحال.

**ورابعها:** في التقطع. **وخامسها:** في النفاس.

**أما الباب الأول:** ففيما يحتاج إليه لمعرفة الحَيْضِ بيان السن المحتمل للحَيْضِ، وفيه ثلاثة أوجه:

**أصحها:** أن أقل سن تحيض فيه المرأة تسع سنين، فإن رأت الصببية دماً قبل استكمال التسع فهو دم فساد قال: الشافعي - رضي الله عنه - وأعجل من سمعت من النساء نساء تَهَامَةٌ يَحْضُنَّ لتسع سنين وهذا هو الذي عبر عنه صاحب الكتاب بقوله: «وأول العاشرة في وجهه».

والثاني: أن أول وقت الإمكان يدخل بالطعن في السنة التاسعة، وقد تسمى حينئذ بنت تسع.

والثالث: يدخل بمضي ستة أشهر من السنة التاسعة. قال: الأصحاب في وقت الحيض وقدره الوجود فنرجع فيه إلى العرف؛ لأن كل ما ورد به الشرع مطلقاً، ولم يكن له ضابط في الشرع واللغة يرجع فيه إلى العرف كالقبوض والإحراز ثم كل واحد من أصحاب الوجوه الثلاثة يزعم أن ما ذكره قد عُهد، والاعتبار على الوجوه بالسنين القمرية دون غيرها، وهل يعتبر بالتقريب أم بالتحديد فيه وجهان:

أظهرهما: بالتقريب، وعلى هذا لو كان بين رؤية الدم وبين استكمال التسع على الوجه الأصح ما لا يسع لحيض، وطهر يكون ذلك الدم حيضاً وإلا فلا، ولا فرق في سن الحيض بين البلاد الحارة وغيرها، وعن الشيخ أبي محمد أن الأمر في البلاد الحارة على ما ذكرناه وفي البلاد الباردة وجهان:

وأما أقل مدة الحيض فقد نص في «المختصر» على أن أقل الحيض يوم وليلة، وقال فيه في العدة: «وأقل ما علمناه من الحيض يوم» فاختلّفوا فيه على طرق: أحدها: أن فيه قولين:

أظهرهما: أن أقله يوم وليلة، لما روى عن عليّ - رضي الله عنه - أن أقل الحيض يوم وليلة؛ ولأن المتبع فيه الوجود المعتاد، وقد قال الشافعي - رضي الله عنه - رأيت امرأة لم تنزل تحيض يوماً وليلة، وروى مثله عن عطاء، وعن أبي عبد الله الزبيري - رضي الله عنهما -.

والثاني: أقله يوم لما روي عن الأوزاعي قال: كانت عندنا امرأة تحيض بالعدّة وتطهر بالعشي.

والطريق الثاني: القطع بأن أقله يوم وحيث قال أقله يوم وليلة، إنما قال ذلك؛ لأنه لم يجد في النساء من تجيئ أقل من ذلك. ثم وجد وعرف فرجع إليه.

والثالث: وهو أظهر القطع بأن أقله يوم وليلة، وحيث قال يوماً أراد بليته، والعرب كثيراً ما تفعل ذلك. وهذا هو المذكور في الكتاب وعليه تفاريج الحيض، وبه قال أحمد. وقال أبو حنيفة: أقله ثلاثة أيام، وعند مالك لا حد لأقله.

وأما أكثر الحيض فهو خمسة عشر يوماً وليلة خلافاً لأبي حنيفة حيث قال: أكثره عشرة أيام.

لنا ما ذكرنا أن الرجوع إلى ما وجد من عادات النساء وأقصاها ما ذكرنا. روي عن علي - رضي الله عنه - أنه قال ما زاد على خمسة عشر فهو استحاضة. وعن عطاء:

رأيت من تَحِيضُ يوماً ومن تحيض خمسة عشر يوماً، وعن أبي عبد الله الزبيرى مثل ذلك وأما الطهر فأكثره لا حد له، فقد لا ترى المرأة الدم في عمرها إلا مرة، وأقله خمسة عشر يوماً، خلافاً لأحمد حيث قال: أقله ثلاثة عشر.

وعن مالك قال: ما أعلم بين الحَيَضَتَيْنِ وقتاً يعتمد عليه، وعن بعض أصحابه أن أقله عشرة أيام. لنا الرجوع إلى الوجود، وقد ثبت ذلك من عادات النساء.

وروى أنه ﷺ قال: «تَمَكُّتْ إِخْدَاكُنَّ شَطْرَ دَهْرِهَا لَا تُصَلِّي»<sup>(١)</sup> أشعر ذلك بأقل الطهر وأكثر الحَيْضِ وغالب عادات النساء في الحيض ست أو سبع، وفي الطهر باقي الشهر، وقد ورد به الحديث. قال ﷺ: «تَحِيضِي فِي عِلْمِ اللَّهِ سِتًّا أَوْ سَبْعًا كَمَا تَحِيضُ النِّسَاءُ وَيَطْهُرْنَ»<sup>(٢)</sup>، وسيأتي ذلك من بعد.

وقوله: ومستند هذه التقديرات الوجود المعلوم بالاستقراء يعني ما ذكرنا أن المتبع في الحيض والأقل والأكثر ما وجد من عادات النساء بعد البحث الشافي فاعتمدنا ذلك واتبعناه، ولو وجدنا امرأة تحيض أقل من يوم وليلة على الأطراد، أو أكثر من خمسة عشر، وتظهر أقل من خمسة عشر فهل تتبع ذلك؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: نعم وذهب إليه الأستاذ أبو إسحاق الاسفرايني في جواب له، والقاضي حسين فيما حكى. ووجهه أنا بينا أن المتبع في هذه المقادير الوجود. فإذا وجدنا الأمر على خلاف ما عهدنا وجب اتباعه وقد تختلف العادات باختلاف الأهوية والأعصار.

والثاني: وهو الأظهر أنه لا عبرة به؛ لأن الأولين قد أعطوا البحث حقه، ولم ينقلوا زيادة ولا نقصاناً، وبحسبهم أوفى واحتمال عروض دم فساد للمرأة أقرب من أنْجِرَاقِ العادات المستمرة.

والثالث: أنه إن وافق ذلك مذهب واحد من السلف صرنا إليه، وإلا فلا؛ لأنه تبين لنا بذلك أن ما وجدناه قد وجد قبل هذا، لكنه لم يبلغ الشافعي - رضي الله عنه -، والمذهب المعتمد هو الوجه الثاني، وعليه يفرع مسائل الحيض ويدل عليه الإجماع

(١) أخرجه البخاري (٣٠٤، ١٤٦٢) ومسلم (٧٩).

(٢) أخرجه الشافعي في «الأم» (٦٠/١) وأحمد في المسند ٤٣٩/٦ وأبو داود (٢١٨٧) والترمذي (١٢٨) وقال: حديث حسن صحيح، وابن ماجه (٦٢٢) والدارقطني (٢١٤/١) (٤٨ - ٥٢) والبيهقي في السنن (٢٣٨/١) قال ابن الملقن: قال البخاري: حديث حسن، وقال الحاكم: له شواهد وخالف ابن مندة وابن حزم فضعفناه، وقال البيهقي: تفرد به عبد الله بن محمد بن عظيم، وهو مختلف في الاحتجاج به، قلت: لا يضره؛ لأن الأكثرين احتجوا به. انظر الخلاصة (١/٧٧).

على أنها لو كانت تحيض يوماً وتطهر يوماً - على الاستمرار - لا يجعل كل ذلك النقاء طهراً كاملاً.

قال الغزالي: وَحُكْمُ الْحَيْضِ تَحْرِيمُ أَرْبَعَةِ أُمُورٍ (الأوَّل) مَا يَفْتَقِرُ إِلَى الطَّهَارَةِ كَسُجُودِ التَّلَاوَةِ وَالطَّوَافِ وَالصَّلَاةِ ثُمَّ لَا يَجِبُ قَضَاءُ الصَّلَاةِ عَلَيْهَا.

قال الرافعي: يحرم على الحائض ما يحرم على الجنب، فليس لها أن تصلي لقوله ﷺ: «إِذَا أَقْبَلَتِ الْحَيْضَةُ قَدَعِي الصَّلَاةِ»<sup>(١)</sup> وإذا أدبرت فاغتسلي وصلي.

ولا أن تطوف لما روى أنه ﷺ قال لعائشة - رضي الله عنها - وقد حاضت وهي محرمة: «اضنعي ما يصنع الحاج غير أن لا تطوفي بالبيت»<sup>(٢)</sup>. ولا أن تمس المصحف لقوله تعالى: «لَا يَمَسُّهُ إِلَّا الْمُطَهَّرُونَ»<sup>(٣)</sup>.

ولا أن تلبث في المسجد لما روى أن النبي ﷺ قال: «لَا أَجِلُّ الْمَسْجِدَ لِجُنْبٍ وَلَا حَائِضٍ»<sup>(٤)</sup> ولا أن تقرأ القرآن لما روى أنه ﷺ قال: «لَا يَفْرَأُ الْجُنْبُ وَلَا الْحَائِضُ شَيْئاً مِنَ الْقُرْآنِ»<sup>(٥)</sup>. وفي قراءة القرآن قول قدمناه، وفي معنى الصلاة سُجُودِ التَّلَاوَةِ والشكر، ولا يجب عليها قضاء الصلاة.

قالت عائشة - رضي الله عنها -: «كُنَّا نُؤْمَرُ بِقَضَاءِ الصُّومِ وَلَا نُؤْمَرُ بِقَضَاءِ الصَّلَاةِ»<sup>(٦)</sup>. وسيأتي المعنى فيه على الأثر، وقوله: «ما يفتقر إلى الطهارة» - إن كان المراد منه الطهارة الكبرى - فالمكث في المسجد داخل فيه [فلا] حاجة إلى تكراره في الأمر الثاني، حيث قال: فالمكث محرم وإن كان المراد الطهارة الصغرى لم يكن الكلام حاوياً لقراءة القرآن وهي مما تُمنع على الحائض أيضاً.

قال الغزالي: (الثاني) العبور في المسجد، فإن أمنت التلويت فالمكث محرم وفي العبور وجهان.

قال الرافعي: الحائض إن خافت تلويت المسجد - لو عبرت، إما لأنها لم تستوثق، أو لغلبة الدم - فليس لها العبور فيه صيانةً للمسجد عن التلويت بالنجاسة، وليس هذا من خاصية الحائض بل المستحاضة وسلس البول ومن به جراحة نضاعة بالدم - يخشى من المرور التلويت - ليس لهم العبور، وإن أمنت التلويت ففي جواز العبور لها وجهان:

(١) أخرجه البخاري (٣٢٠) ومسلم (٣٣٤).

(٢) أخرجه البخاري (٢٩٤) ومسلم (١٢١١).

(٣) سورة الواقعة، الآية ٧٩.

(٤) تقدم.

(٥) أخرجه البخاري (٣٢١) ومسلم (٣٣٥).

(٦) تقدم.

أحدهما: لا يجوز لإطلاق الخبر: «لَا أَجْلُ الْمَسْجِدِ لِجُنُبٍ وَلَا لِحَائِضٍ».

وأصحهما: الجواز كالجنب، ومن على بدنه نجاسة لا يخاف معها التلوين وقوله في الكتاب: «فإن أمنت التلوين فالمكث محرم» ترتيب تحريم المكث على حالة الأمن ليس على سبيل التخصيص بها، بل هو في حالة الخوف أولى بالتحريم، لكن (الفرض) أنه لا خلاف في تحريمه في هذه الحالة، وإن كان العبور مختلفاً فيه، وفي ذكره الوجهين في العبور حالة (الأمن) ما يبين أنه أراد بقوله:

أولاً: العبور في المسجد حالة الخوف، أو أراد أنه ممتنع في الجملة إلى أن يبين

التفصيل.

قال الغزالي: (الثالث) الصَّوْمُ، فَلَا يَصِحُّ مِنْهَا وَيَجِبُ الْقَضَاءُ بِخِلَافِ الصَّلَاةِ.

قال الرافعي: ليس للحائض أن تصوم، لما روي عن أبي سعيد الخدري أن النبي ﷺ قال: «إِذَا حَاضَتِ الْمَرْأَةُ لَمْ تُصَلِّ وَلَمْ تُصُمْ»<sup>(١)</sup>.

وهذا التحريم يبقى ما دامت ترى الدم فإذا انقطع وارتفع وإن لم تغتسل بعد بخلاف الاستيمتاع وما يفتقر إلى الطهارة فإن التحريم فيه مستمر إلى أن تغتسل ومما يرتفع تحريمه بانقطاع الدَّم الطلاق، وسقوط قضاء الصلاة أيضاً ينتهي بانقطاع الدم، ثم يجب على الحائض قضاء الصَّوْم وإن لم يجب قضاء الصلاة.

روي أن معاذة العدوية قالت لعائشة - رضي الله عنها -: «مَا بَالُ الْحَائِضِ تَقْضِي الصَّوْمَ وَلَا تَقْضِي الصَّلَاةَ فَقَالَتْ: أَحْزُورِيَّةٌ أَنْتِ، كُنَّا نَدْعُ الصَّوْمَ وَالصَّلَاةَ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَتَقْضِي الصَّوْمَ وَلَا تَقْضِي الصَّلَاةَ»<sup>(٢)</sup>. وذكروا في الفرق معنيين:

أحدهما: أن قضاء الصوم لا يشق مشقة قضاء الصلاة؛ لأن غاية ما يفوتها بعض شهر رمضان ويهون قضاؤه في السنة بخلاف الصلاة فإنها تكثر وتكرر.

والثاني: أن أمر الصلاة لم يبين على أن تؤخر ثم تقضي بل إما ألا تجب أصلاً، أو تجب بحيث لا تؤخر بالأعذار والصوم قد بترك بعذر السفر والمرض ثم يقضي فكذلك يترك بالحَيْض ويقضي، فهل يقال بوجوب الصوم على الْحَائِضِ في حال الْحَيْضِ؟ فيه وجهان:

فمن قائل: نعم، ولولاه لما وجب القضاء كالصلاة ومن قائل لا فإنها ممنوعة منه والمنع والوجوب لا يَجْتَمِعَانِ.

(١) متفق عليه، وقد تقدم.

(٢) أخرجه البخاري (٣٢١) ومسلم (٣٣٥) وقد تقدم.

قال الغزالي: (الرَّابِعُ) الْجَمَاعُ وَلَا يَحْرُمُ الْأَسْتِمْتَاعُ بِمَا فَوْقَ السَّرَّةِ وَمَا تَحْتَ الرُّكْبَةِ، وَبِمَا تَحْتَ الْإِرَارِ (م) وَجَهَانٍ، ثُمَّ إِنَّ جَامِعَهَا وَالِدَمُ عَيْبٌ<sup>(١)</sup> تَصَدَّقَ بِدَيْنَارٍ، وَفِي أَوَاخِرِ الدَّمِ يَنْصِفُ دِينَارٍ أَسِيحِيَابًا، أَمَا الْإِسْتِحَاضَةُ فَكَسَلَسِ الْبَوْلِ لَا تَمْنَعُ الصَّلَاةَ، وَلَكِنْ تَتَوَضَّأُ لِكُلِّ صَلَاةٍ فِي وَفَيْهَا وَتَتَلَجَّمُ وَتَسْتَنْفِرُ وَتَبَادِرُ إِلَى الصَّلَاةِ فَإِنْ أَخْرَتْ فَوَجْهَانَ، وَوَجْهَ الْمَنَعِ تَكَرَّرُ الْحَدِيثُ عَلَيْهَا مَعَ الْأَسْتِغْنَاءِ، وَفِي وُجُوبِ تَجْدِيدِ الْعِصَابَةِ لِكُلِّ قَرِيضَةٍ وَجْهَانَ، فَإِنْ ظَهَرَ الدَّمُ عَلَى الْعِصَابَةِ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّجْدِيدِ، وَمَهْمَا شُفِيَتْ قَبْلَ الصَّلَاةِ أَسْتَأْنَفْتُ الْوُضُوءَ، وَإِنْ كَانَتْ فِي الصَّلَاةِ فَوَجْهَانَ: أَحَدُهُمَا: أَنَّهَا كَالْمُتَيْمِمِ إِذَا رَأَى الْمَاءَ. وَالثَّانِي: أَنَّهَا تَتَوَضَّأُ وَتَسْتَأْنِفُ، لِأَنَّ الْحَدِيثَ مُتَجَدِّدٌ فَإِنْ انْقَطَعَ قَبْلَ الصَّلَاةِ وَلَمْ يَبْعُدْ مِنْ عَادَتِهَا الْعَوْدَ فَلَهَا الشَّرُوعُ فِي الصَّلَاةِ مِنْ غَيْرِ اسْتِثْنَاءِ الْوُضُوءِ، وَلَكِنْ إِنْ دَامَ الْأَنْقِطَاعُ فَعَلَيْهَا الْقَضَاءُ، وَإِنْ بَعُدَ ذَلِكَ مِنْ عَادَتِهَا فَعَلَيْهَا اسْتِثْنَاءُ الْوُضُوءِ فِي الْحَالِ.

قال الرافعي: الاستمتاع ضربان:

أحدهما: الجماع في الفرج فيحرم في الحيض، لقوله تعالى: ﴿فَاعْتَرَلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ﴾<sup>(٢)</sup>. قال ﷺ في تفسيره: «افعلوا كلَّ شيءٍ إِلَّا الْجَمَاعَ فِي الْفَرْجِ»<sup>(٣)</sup>.

ويستمر هذا التحريم وإن انقطع الدم إلى أن تتطهر بالماء أو التراب عند العجز عن استعمال الماء، خلافاً لأبي حنيفة حيث قال: إذا انقطع الدم لأكثر الحيض حل الجماع، وإن لم تغتسل.

لنا قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ﴾<sup>(٤)</sup> بالتشديد أي يغتسلن، وأما على التخفيف، فقد قال: «فَإِذَا تَطْهُرْنَ فَأَتْوَهُنَّ» أي: اغتسلن، فلم يجز الإتيان إلا بعد الاغتسال، ولو لم تجد ماء، ولا تراباً لم يجز وطؤها على أصح الوجهين بخلاف الصلاة فإنها تأتي بها تشبهاً لحرمة الوقت، ومهما جامع في الحيض عمداً وهو عالم بالتحريم ففيه قولان:

الجديد: أنه لا عزم عليه لكنه يستغفر ويتوب مما فعل؛ لأنه وطء محرم لا لحرمة عبادة، فلا يجب به كفارة كوطء الجارية المَجْبُوسِيَّةِ، وكالإتيان في الموضع المكروه لكننا

(١) دم عيب: أي طري، انظر المعجم الوسيط (٥٨٧/٢).

(٢) أخرجه مسلم (٣٠٢) وأبو داود (٢١٦٥).

(٣) قال الحافظ في التلخيص: هو مختصر من حديث طويل رواه مسلم من حديث أنس التلخيص (١٦٤/١).

(٤) سورة البقرة، الآية ٢٢٢.

نستحب له أن يتصدق بدينار إن جامع في إقبال الدم، وينصف دينار إن جامع في إداره، لورود الخبر بذلك. وهذا القول هو المذكور في الكتاب.

والقديم: أنه يلزمه غرامة كفارة لما فعل، ثم فيها قولان:

أحدهما: يلزمه تحرير رقبة بكل حال لمذهب عمر - رضي الله عنه -.

وأشهرهما: أنه إن وطئ في إقبال الدم فعليه أن يتصدق بدينار وإن كان في إداره فعليه أن يتصدق بنصف دينار لما روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ قال: «مَنْ أَتَى امْرَأَتَهُ حَائِضًا فَلْيَتَصَدَّقْ بِدِينَارٍ وَمَنْ أَتَاهَا وَقَدْ أَذْبَرَ الدَّمَ فَلْيَتَصَدَّقْ بِنُصْفِ دِينَارٍ»<sup>(١)</sup>. ثم الدينار الواجب أو المستحب مئقال الإسلام من الذهب الخالص يصرف إلى الفقراء والمساكين، ويجوز أن يصرف إلى واحد، وعلى قول الوجوب إنما يجب ذلك على الزوج دون الزوجة وما المراد بإقبال الدم وبإداره؟ فيه وجهان:

أحدهما: وبه قال الأستاذ أبو إسحاق الإسفرايني: أنه ما لم ينقطع الدم فهو مقبل، وإداره أن ينقطع ولم تغتسل بعد، يدل عليه ما روي أنه ﷺ قال: «إِذَا وَطَّئَهَا فِي إِقْبَالِ الدَّمِ فِدِينَارٌ وَإِنْ وَطَّئَهَا فِي إِدْبَارِ الدَّمِ بَعْدَ انْقِطَاعِهِ وَقَبْلَ الْغَسْلِ فَعَلَيْهِ نِصْفُ دِينَارٍ»<sup>(٢)</sup>.

وأشهرهما: أن إقباله أوله وشدته وإداره ضعفه وقربه من الانقطاع، وهذا هو الذي ذكره في الكتاب، حيث قال ثم إن جامعها والدم غيبط تصدق بدينار إلى آخره، ويدل عليه ما روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ قال: «إِذَا وَقَعَ الرَّجُلُ بِأَهْلِهِ وَهِيَ حَائِضٌ إِنْ كَانَ دَمًا أَحْمَرَ فَلْيَتَصَدَّقْ بِدِينَارٍ، وَإِنْ كَانَ أَصْفَرَ فَلْيَتَصَدَّقْ بِنُصْفِ دِينَارٍ» وليكن قوله: «أَسْتَحْبَابًا» معلماً للقول الذي حكيناه وبالألف؛ لأن عند أحمد يجب عليه دينار أو نصف دينار؛ لأنه روي في بعض الروايات «فَلْيَتَصَدَّقْ بِدِينَارٍ أَوْ نِصْفِ دِينَارٍ» وهذه الرواية مما يستدل بها على أن هذا الأمر للاستحباب؛ لأن التخيير بين القدر المعين وبعضه في الإيجاب لا معنى له فهذا إذا وطئ عامداً عالماً بالتحريم، وإن وطئها ناسياً أو جاهلاً بتحريم وطء الحائض، أو بأنها حائض فلا شيء عليه.

(١) أخرجه أحمد (٢٣٠/١، ٢٧٢) وأبو داود (٢٦٤) والنسائي (١٥٣/١) وابن ماجه (٦٤٠) والدارمي (١١١٧) وابن الجارود (١١١) والحاكم (١٧١/١) والبيهقي (٣١٤/١) قال ابن الملقن قال الحاكم: صحيح على شرط البخاري، وهو كما قال: لا كما رد عليه ابن الصلاح، ثم النووي لا جرم، صححه ابن القطان وهو الإمام المدقق، وله طرق غير هذا ضعيفة، انظر الخلاصة (٧٩/١).

(٢) انظر التلخيص (١٦٤/١ - ١٦٥).



وقال بعض الأصحاب: يجيء على قوله القديم وجه آخر، أنه يجب عليه الكفارة أيضاً.

**الضرب الثاني:** من الاستمتاع غير الجماع، وهو ضربان:

أحدهما: الاستمتاع بما بين السرة والركبة، وهو المراد بما تحت الإزار، فهل يحرم في الحيض؟ فيه ثلاثة أوجه:

**أظهرها:** نعم، ويحكى ذلك عن نضه في الأم؛ لظاهر قوله تعالى: ﴿فَاغْتَرَلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ﴾<sup>(١)</sup> وعن معاذ قال: «سَأَلْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَمَّا يَحِلُّ لِلرَّجُلِ مِنْ أَمْرَاتِهِ وَهِيَ حَائِضٌ فَقَالَ مَا فَوْقَ الْإِزَارِ»<sup>(٢)</sup>؛ ولأن الاستمتاع بما تحت الإزار يدعو إلى الاستمتاع بالفرج قال ﷺ: «مَنْ رَتَعَ حَوْلَ الْحِمَى يُوشِكُ أَنْ يُوقِعَهُ»<sup>(٣)</sup>، فوجب أن يمنع منه، وبهذا قال أبو حنيفة.

**والثاني:** أنه لا يحرم به قال أبو إسحاق وهو مذهب أحمد لما روى أنه ﷺ قال: «افْعَلُوا كُلَّ شَيْءٍ إِلَّا الْجِمَاعَ»<sup>(٤)</sup>؛ ولأن الجماع في الفرج، إنما يحرم بسبب الأذى فلا يحرم الاستمتاع بما حواليه كالموضع المكروه.

**والثالث:** أنه إن أمن على نفسه التعدي إلى الفرج - لورع أو قلة شهوة - لم يحرم، وإلا حرم، ويروى هذا عن أبي الفياض.

ونقل بعضهم في المسألة قولين، وقالوا: الجديد، التحريم، والقديم: الإباحة. (الضرب الثالث): الاستمتاع بما فوق السرة وتحت الركبة كالتقبيل والمضاجعة، وهو جائز؛ لما روينا من حديث معاذ عن عائشة - رضي الله عنها - قالت: «كُنْتُ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي الْحَمِيلَةِ فَحِضْتُ فَأَنْسَلْتُ، فَقَالَ: أَنْفَسْتِ، فَقُلْتُ: نَعَمْ، فَقَالَ: خُذِي ثِيَابَ حَيْضَتِكَ وَعُودِي إِلَى مَضْجَعِكَ وَنَالَ مِنِّي مَا يَنَالُ الرَّجُلُ مِنْ أَمْرَاتِهِ إِلَّا تَحْتَ

(١) سورة البقرة، الآية ٢٢٢.

(٢) أخرجه أبو داود (٢١٣) وقال: وليس بالقوي، وفي إسناده بقية عن سعيد بن عبد الله الأغطش، ورواه الطبراني من رواية إسماعيل بن عياش، عن سعيد بن عبد الله الخزازي، فإن كان هو الأغطش فقد توبع بقية، وبيئته جهالة حال سعيد فإننا لا نعرف أحداً وثقه، وأيضاً فعبد الرحمن بن عائذ رواية عن معاذ، قال أبو حاتم: روايته عن علي مرسله، فإذا كان كذلك فعن معاذ أشد إرسالاً، وفي الباب عن حرام بن حكيم عن عمه: أنه سأل رسول الله ﷺ ما يحل لي من امرأتي وهي حائض؟ قال: لك ما فوق الإزار، رواه أبو داود. انظر التلخيص (١٦٦/١).

(٣) أخرجه البخاري (٥٢ - ٢٠٥١) ومسلم (١٥٩٩) وأبو داود (٣٣٢٩) والترمذي (١٢١٨) والنسائي (٢٤١/٧) وابن ماجه (٢٩٨٤).

(٤) أخرجه مسلم من رواية أنس - رضي الله عنه - (٣٠٢) وأبو داود (٢١٦٥).

الإِزَارِ»<sup>(١)</sup>. ويروى مثله عن أم سلمة - رضي الله عنها<sup>(٢)</sup>

ولا فرق بين أن يصيب دم الحيض موضعاً منه وبين ألا يصيبه وفي وجه: لا يجوز الاستمتاع بالموضع المتلَطَّخ به؛ لأنه لو استمتع به لأصابه أذى الحيض وإنما منع من وطء الحائض للأذى.

والأول هو الظاهر لإطلاق الأخبار (ولك) أن تعلم قوله: «ولا يحرم الاستمتاع بما فوق الشرة وبما وتحت الرُّكْبَة»؛ لهذا الوجه الذاهب إلى التَّفْصِيل، فهذا شرح الأمور الأربعة الممتنعة بِالْحَيْض. واعلم أن قوله: «وحكم الحيض امتناع أربعة أمور» يشعر بانحصار حكمه فيه، لكن له أحكام أخرى. منها: أنه يجب العُغْلُ، أو التَّيْمَم عند انقطاعه - على ما سبق بيان ذلك في مَوْجِبَاتِ العُغْل. ومنها: أنه تمتنع صحة الطَّهارة ما دام الدم مستمراً إلا الأغسال المشروعة لما لا يفتقر إلى الطَّهارة كالإحرام والوقوف بعرفة، فإنها تستحب للحائض؛ لأن المقصود من تلك الأغسال التَّنْظِيف، وإذا فرغنا على أن الحائض تقرأ القرآن، فلها أن تغتسل إذا أجنبت لتقرأ، ويستثنى هذا الغسل أيضاً على القول المشار إليه عن سائر الطَّهارات. ومنها: أنه يجب البلوغ. ومنها: أنه يتعلق به العُدَّة والاسْتِبْرَاء. ومنها: أنه يكون الطَّلَاق فيه بدعياً، وهذه الأحكام تذكر في مواضعها وحكم النَّفَاس، حكم الْحَيْض إلا في إيجاب البُلُوغ وما بعده<sup>(٣)</sup>.

[قال الغزالي: أَمَّا أَلَا اسْتِحَاضَةً فَكَسَلَسِ الْبَوْلَ لَا تَمْنَعُ الصَّلَاةَ، وَلَكِنْ تَتَوَضَّأُ لِكُلِّ صَلَاةٍ فِي وَفَّيْهَا وَتَلْبَجُمُ وَتَسْتَنْفِرُ وَتُبَادِرُ إِلَى الصَّلَاةِ، فَإِنْ أُخْرَتْ فَوَجْهَانِ: وَوَجْهُ الْمَنْعِ تَكَرُّرُ الْحَدِيثِ عَلَيْهَا مَعَ الْاسْتِغْنَاءِ وَفِي وَجُوبِ تَجْدِيدِ الْعِصَابَةِ لِكُلِّ فَرِيضَةٍ وَجْهَانِ، فَإِنْ ظَهَرَ الدَّمُ عَلَى الْعِصَابَةِ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّجْدِيدِ].

(١) أخرجه مالك في الموطأ (٥٩/١) والبيهقي من حديث عائشة بمعناه، وإسناده عن البيهقي صحيح، وليس فيه قوله: ونال مني ما ينال الرجل من امرأته، وقد أنكر ذلك النووي في شرح «المهذب» على الغزالي، حيث أوردها في وسيطه، وهو في ذلك تابع لإمامه في النهاية، قال النووي: وهذه الزيادة غير معروفة في كتب الحديث، انظر التلخيص (١٦٧/١) وهو بنحوه عند البخاري (٣٠٠) ومسلم (٣٠٢).

(٢) هو متفق عليه، من حديث أم سلمة دون الزيادة المنكرة، البخاري (٢٩٨) ومسلم (٢٩٦).

(٣) قال النووي: ومن أحكامه منع وجوب طواف الوداع، ومنع قطع التتابع في صوم الكفارة، وقول الرافعي: وحكم النفاس حكم الحيض إلا في إيجاب البلوغ، وما بعده يقتضي أن لا يكون الطلاق فيه بدعياً وليس كذلك، بل هو بدعي لأن المعنى المقتضي بدعيته في الحيض موجود فيه، وقد صرح الرافعي أيضاً في كتاب الطلاق بكونه بدعياً. والله أعلم. انظر الروضة (١/٢٥٠).

قال الرافعي: الاستِحاضَةُ قد يعبر بها عن كل دم تراه المرأة غير دمي الحيض والنَّفَاس، سواء كان مُتَّصِلاً بدم الحَيْضِ كالمجاوز لأكثر الحيض، أو لم يكن مُتَّصِلاً به كالذي تراه المرأة قبل تسع سنين. وقد يعبر بها عن الدم المتَّصل بدم الحيض وحده، وبهذا المعنى تنوع المستحاضة إلى معتادة ومبتدأة ثم إلى مميزة وغيرها، ويسمى ما عدا ذلك دم فساد، لكن الأحكام المذكورة في جميع ذلك لا تختلف، والدم الخارج حدث دائم كَسَلْسِ البول والمذي، فلا يمنع الصوم والصَّلَاة؛ للأخبار التي نروها في المُسْتَحَاضَاتِ، ولذلك يجوز للزوج<sup>(١)</sup> وطؤها وإنما أثر الأحداث الدائمة الاحتياط في إزالة النَّجَاسَةِ وفي الطَّهَارَةِ، فتغسل المستحاضة فَرْجَهَا قبل الوضوء أو التيمم إن كانت تميم، وتحشوه بِقُطْنٍ أو خِرْقَةٍ دَفْعاً لِلنَّجَاسَةِ وتقليلًا لها.

فإن كان الدم قليلاً يندفع به فذاك وإلا شُدَّت مع ذلك وتلجَّمت، بأن تشد على وسطها خِرْقَةً كالتُّكَّة<sup>(٢)</sup>، وتأخذ خرقة أخرى مشقوقة الرأسين، وتجعل إحداها قُدَّامها، والأخرى من ورائها، وتشدها بتلك الخرقة. وذلك كله واجب إلا في موضعين:

أحدهما: أن تتأذى بالشدِّ ويحرقها اجتماع الدم فلا يلزمها لما فيه من الضَّرر.

والثاني: أن تكون صائمة فترك الحَشْوُ نهاراً وتقتصر على الشدِّ. وسلس البول أيضاً يدخل قُطْنَةً في إَحْلِيلِهِ، فإن انقطع وإلا عصب مع ذلك رأس الذَّكْرِ بخرقة. ثم تتوضأ المستحاضة بعد الاحتياط الذي ذكرناه، ويلزمها الوضوء لكل فريضة، ولا تصل فريضتين بطَّهارة واحدة، لقوله ﷺ لفاطمة بنت أبي حبيش: «تَوَضَّأِي لِكُلِّ صَلَاةٍ»<sup>(٣)</sup> ولا بد أن تكون طهارتها لِلصَّلَاةِ بعد دخول وقتها، كما ذكرنا في التيمم. وحكى الشيخ أبو محمد وجهاً، أنه يجوز أن تَقَعَ طهارتها قبل الوقت بحيث ينطبق آخرها على أول الوقت وتصل به الصَّلَاة والمذهب الأول، وينبغي أن تبادر إلى الصَّلَاة عُقْبَ احتياطها وطهارتها، فلو أخرت بأن توضأت في أول الوقت، وصلَّت في آخره أو بعد خروج الوقت، نُظِرَ إن كان التَّأخُرُ للاشتغال بسبب من أسباب الصَّلَاة، كستر العورة والاجتهاد في القِبْلَةِ والأذان والإقامة، وانتظار الجماعة والجمعة ونحوها فيجوز، وإلا فثلاثة أوجه:

أصحها: المنع؛ لأن الحدث متكرر عليها وهي مستغنية عن احتمال ذلك قادرة على المبادرة.

(١) سقط في (ط).

(٢) التكة: رباط السراويل، انظر المعجم الوسيط ٨٦/١.

(٣) أخرجه البخاري (٥٢ - ٢٠٥١) ومسلم (١٥٩٩) وأبو داود (٣٣٢٩) والترمذي (١٢١٨) وابن ماجه (٩٨٤) والنسائي (٢٤١/٧).

الثاني: الجواز كما في التيمم، ولأنها لو أمرت بالمبادرة لأمرت بتخفيف الصلاة والاقتصار على الأقل.

والثالث: أن لها التأخر ما لم يخرج وقت الصلاة، فإذا خرج، فليس لها أن تصلي بتلك الطهارة. وذلك لأن جميع الوقت في حق تلك الصلاة كالشيء الواحد والوجوب فيه موسع. وهل يلزمها تجديد غسل الفرج وحشوه وشده لكل فريضة؟ ننظر إن زالت العصابة عن موضعها زوالاً له وقع أو ظهر الدم على جوانب العصابة فلا بد من التجديد، لأن النجاسة قد كثرت وأمكن تقليلها فلا يحتمل، ولا بأس بالزوال اليسير كما يعنى عن الانتشار اليسير في الاستنجاء وإن لم تزل العصابة عن موضعها ولا ظهر الدم فوجهان:

أصحهما: وجوب التجديد كما يجب تجديد الوضوء.

والثاني: لا يجب إذ لا معنى للأمر بإزالة النجاسة مع استمرارها لكن الأمر بطهارة الحدث مع استمراره معهود. ونقل المسعودي الخلاف في المسألة قولين، وهذا الخلاف جارٍ فيما إذا انتقض وضوء المستحاضة واحتاجت إلى وضوء آخر بسبب ذلك كما لو خرج منها ريح قبل إن صلت فيلزمها الوضوء وفي تجديد الاحتياط الخلاف.

ولو انتقض وضؤها بأن بالت وجب التجديد لا محالة لظهور النجاسة كيف وهي غير ما ابتليت به. واعلم أنه إذا خرج منها الدم بعد الشد فإن كان ذلك لغلبة الدم لم يبطل وضؤها وإن كان لتقصيرها في الشد بطل، وكذا لو زالت العصابة عن موضعها لضعف الشد وزاد خروج الدم بسببه فإن انفق ذلك في الصلاة بطلت الصلاة وإن انفق بعد الفريضة لم يكن لها أن تنتقل. ولنعد إلى ألفاظ الكتاب أما قوله: «ولكن تتوضأ لكل صلاة» يعني به كل صلاة الفرض وينبغي أن يعلم بالحاء والألف؛ لأن عند أبي حنيفة وأحمد تتوضأ لوقت كل صلاة لا لكل صلاة ولها أن تجمع بين فرائض بوضوء واحد ما دام الوقت باقياً وبخروج الوقت يبطل طهارتها. قال أبو حنيفة: «وإن توضأت قبل الوقت لصلاة، لا يمكنها أن تصلي تلك الصلاة بذلك الوضوء؛ لأن دخول وقت كل صلاة يكون بخروج وقت التي قبلها، وخروج الوقت مبطل، إلا صلاة الظهر، فإنها إذا توضأت قبل الزوال، ثم زالت الشمس، لها أن تصلي الظهر».

وأما قوله: «وتتأجّم وتستنفر فقد ورد اللفظان في خبر حمئة بنت جحش».

قال: صاحب الصحاح<sup>(١)</sup>: «اللجّام فارسي مُعَرَّبٌ، واللجّام ما تشده الحائض،

(١) انظر الصحاح (٥/٢٠٢٧).

وقوله: «تلجمي» أي شدي عليك اللجام. قال: وهو شبهه بقوله أَسْتَفْرِي، وأما الاستيفاز فقد قال «الغريبين» اللغويون: يحتمل أن يكون مأخوذاً من ثفر الدابة أي تشد الخرقة عليها كما يشد الثفر تحت الذئب ويحتمل أن يكون مأخوذاً من الثفر أريد به فرجها وإن كان أصله للسباع ثم استعير، يقال استنفر الكلب إذا أدخل ذنبه بين رجله، واستنفر الرجل إذا أدخل ذيله بين رجله من خلفه، هذا بيان اللفظين، والمراد بهما شيء واحد، وهو ما سبق وصفه، وسماه الشافعي - رضي الله عنه - التَّغْصِيبَ أيضاً، ويجب تقديم ذلك على الوضوء كما سبق، وإن أخره صاحب الكتاب في اللفظ عن الوضوء.

وقوله: «فإن أخرت فوجهان» ظاهره يقتضي طرد الوجهين في مطلق التأخير، لكن لو كان التأخير، بسبب من أسباب الصلاة فقد نفى معظم الثقلة لخلاف فيه، وخصوه بما إذا لم يكن لعذر. فليحمل مطلق لفظه عليه - والله أعلم -.

قال الغزالي: وَمَهْمَا سُفِيَتْ قَبْلَ الشُّرُوعِ فِي الصَّلَاةِ اسْتَأْنَفَتْ الوُضُوءَ وَإِنْ كَانَتْ فِي الصَّلَاةِ فَوَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّهَا كَالْمُتِمِّمِ إِذَا رَأَى المَاءَ. وَالثَّانِي: أَنَّهَا تَتَوَضَّأُ وَتَسْتَأْنَفُ؛ لِأَنَّ الحَدِيثَ مُتَجَدِّدٌ فَإِنْ انْقَطَعَ قَبْلَ الصَّلَاةِ، وَلَمْ يَبْعُدْ مِنْ عَادَتِهَا العَوْدُ، فَلَهَا الشُّرُوعُ فِي الصَّلَاةِ مِنْ غَيْرِ اسْتِئْثَانِ الوُضُوءِ، وَلَكِنْ إِنْ دَامَ الانْقِطَاعُ فَعَلَيْهَا القَضَاءُ، وَإِنْ بَعُدَ ذَلِكَ مِنْ عَادَتِهَا، فَعَلَيْهَا اسْتِئْثَانُ الوُضُوءِ فِي الحَالِ].

قال الرافعي: طهارة المُسْتَحَاضَةِ تبطل بحصول الشفاء أو زوال العذر والضرورة، ويجب عليها استئناؤها وفيه وجه ضعيف، أنه لو اتصل الشفاء بأخر الوضوء لم تبطل، هذا إن اتفق خارج الصلاة فإن وقع في الصلاة، فظاهر المذهب أنه يبطل الصلاة وتتوضأ وتستأنف؛ لأنها قدرت على أن تتطهر وتصلّي، مع الاحتراز عن الحدّ واستصحاب النجاسة، وارتفعت الضرورة.

وخرج ابن سريج من المتيمم يرى الماء في أثناء الصلاة قولاً هاهنا، إن طهارتها لا تبطل، وتمضي في الصلاة. لكن الفرق ظاهر من وجهين:

أحدهما: إن حدث المتيمم؛ وإن لم يرتفع لم يزد ولم يتجدد، والمُسْتَحَاضَةُ قد تجدد حدثها بعد الوضوء.

والثاني: أن المستحاضة مستصحبة للنجاسة وسُمِحَتْ به للضرورة، فإذا زالت الضرورة زالت الرخصة، والمتيمم لا نجاسة عليه، حتى لو كان على بدنه نجاسة غير مَعْفُوعِهَا، ووجد الماء في أثناء الصلاة تبطل صلاته. ولا يجوز له البناء، وقد ذكرنا في التيمم أن ابن سريج كما خرج من ثم إلى هاهنا خرج من هاهنا إلى ثم وجعل المسألتين على قولين بالثقل والتخريج.

ومنهم من عبر عن الخلاف هاهنا بالوجهين وكذلك فعل صاحب الكتاب، وإذا لم يكن القولان منصوصين، فكثيراً ما يعبر عنهما بالوجهين. وعن الشيخ أبي محمد: أن أبا بكر الفارسي حكى قولاً عن الربيع عن الشافعي - رضي الله عنه - أن المُسْتَحَاضَةَ تخرج من الصلاة وتتوضأ وتزيل النجاسة وتبني على صلاتيها، ويمكن أن يكون هذا بناء على القول القديم في سبق الحدث، وهو يوافق تخريج ابن سريج في أنه لا يبطل ما سبق من صلاتها، ويخالفه في الأمر بالوضوء وإزالة النجاسة، فهذا حكم الانقطاع الكلي وهو الشفاء. وإذا عرفت ذلك فنقول مهما انقطع دمها، وهي تعتاد الانقطاع والعود أولاً تعتاده، ولكن أخبرها عنه من تعتمد من أهل البصيرة، فينظر إن كانت مدة الانقطاع يسيرة لا تسع الطهارة والصلاة التي تطهرت لها، فلها الشروع في الصلاة، ولا عبرة بهذا النوع من الانقطاع؛ لأن الظاهر أنه لا يدوم، بل يعود على القرب، ولا يمكن من الطهارة والصلاة من غير حدث، فلو أنه امتد على خلاف عاداتها، أو خلاف ما أخبرت عنه بأن بطلان الطهارة ووجب قضاء الصلاة، وإن كانت مدة الانقطاع كبيرة تسع الطهارة والصلاة، فعليها إعادة الوضوء بعد الانقطاع، فلو عاد الدم على خلاف عاداتها قبل الإمكان، ففي وجوب إعادة الوضوء وجهان:

**أظهرهما:** أنها لا تجب، لكن لو شرعت في الصلاة بعد هذا الانقطاع من غير إعادة الوضوء ثم عاد الدم قبل الفراغ وجب القضاء على أصح الوجهين؛ لأنها حين [الشروع]<sup>(١)</sup> كانت شاكّة في بقاء الطهارة الأولى، وإن انقطع دمها، وهي لا تعتاد الانقطاع والعود، ولم يخبرها أهل البصيرة عن العود - فتؤمر بإعادة الوضوء في الحال، ولا يجوز لها أن تصلي بالوضوء السابق؛ لأن هذا الانقطاع يحتمل أن يكون شفاء - وهو الظاهر، فإن الأصل بعد الانقطاع عدم العود فلو عاد قبل إمكان فعل الطهارة والصلاة، ففيه وجهان:

**أصحهما:** أن وضوءها بحاله، لأنه لم يوجد الانقطاع المغني عن الصلاة مع الحدث.

**والثاني:** يجب الوضوء، وإن عاد الدم، نظراً إلى أول الانقطاع، ولو خالفت أمرنا وشرعت في الصلاة من غير إعادة الوضوء بعد الانقطاع، فإن لم يعد الدم لم تصح صلاتها؛ لظهور الشفاء، وكذلك إن عاد بعد مضي إمكان الطهارة والصلاة؛ لتمكينها من الصلاة من غير حدث، وإن عاد قبل الإمكان فهل يجب قضاء الصلاة؟ فيه وجهان كما في إعادة الوضوء، لكن الأصح الوجوب، لأنها شرعت فيه على تردد، وعلى هذا لو

(١) في (ط): الوضوء.

توضّأت بعد انقطاع الدم، وشرعت في الصلّاة، ثم عاد الدم فهو حدث جديد يجب عليها أن تتوضأ وتستأنف الصلاة. واعلم أن المُسْتَحَاضَةَ في غالب الأمر لا تدري عند انقطاع دمها أنه شفاء أم لا، وسبيلها أن تنظر هل تعتاد الانقطاع أم لا؟ وتجري على مقتضى الحاليتين كما بينا. وحكم الشفاء الكلي إذا عرف هو المذكور أولاً، وهذا الذي روينا، وهو إيراد معظم أئمة أصحابنا العراقيين وغيرهم، وبينه وبين كلام صاحب الكتاب بعض الاختلافات، لأنه قسم حال الانقطاع إلى قسمين:

أحدهما: ألا يبعد من عاداتها العود.

والثاني: أن يبعد، وهما جميعاً يفرضان في التي لها حالة عود، وما حكيناها يقتضي جواز الشروع في الصلّاة متى كان العود معتاداً بعد أم قرب، وإنما يمتنع الشروع من غير استئناف الوضوء إذا لم يكن العود معتاداً أصلاً، ويجوز أن يؤول كلامه على ما ذكره المعظم ولا يبعد أن يلحق نُذْرَةُ العود، وبعده في عاداتها بعدم اعتياد العود - والله أعلم - . ثم قوله: «فلها الشروع في الصلاة في الحالة الأولى» محمول على ما إذا كانت مدة الانقطاع يسيرة، وإن كان اللفظ مطلقاً أما لو كانت مديدة، فلا بد من إعادة الوضوء كما سبق، ثم عروض الانقطاع في أثناء الصلاة كعروضه قبل الصلّاة، بناء على ظاهر المذهب في أن الشفاء في الصلاة كهو قبلها، فإذا لم يكن معتاداً لها، أو جرت على عاداتها بالانقطاع قدر ما تتمكن فيه من فعل الطهارة، والصلاة بطلت طهارتها وصلاتها، وإن كان الانقطاع معتاداً لها ومدته دون ذلك، لم يؤثر.

وقوله: «فإن انقطع قبل الصلاة» إنما قيد بما قبل الصلاة؛ لأنه أراد ترتيب الشروع عليه لا ترتيب حكم يتنظم الحاليتين<sup>(١)</sup>.

(١) قال النووي: ولنا وجه شاذ: أن المستحاضة لا تستبجح النفل بحال، وإنما استباححت الفريضة مع الحدث الدائم للضرورة. والصواب المعروف أنها تستبجح النوافل مستقلة وتبعاً للفريضة، ما دام الوقت باقياً، وبعده أيضاً على الأصح، والمذهب: أن طهارتها تبيح الصلاة ولا ترفع الحدث. والثاني: ترفعه. والثالث: ترفع الماضي دون المقارن والمستقبل، وإذا كان دمها ينقطع في وقت وسيل في وقت، لم يجز أن تصلي وقت سيلانه، بل عليها أن تتوضأ وتصلي في وقت انقطاعه، إلا أن تخاف فوت الوقت فتتوضأ وتصلي في سيلانه، فإن كانت ترجو انقطاعه في آخر الوقت، فهل الأفضل أن تعجل الصلاة في أول الوقت أم تؤخرها إلى آخره؟ فيه وجهان مذكوران في «التنمية»، بناء على القولين في مثله في التيمم. قال صاحب (التهذيب): لو كان سلس البول، بحيث لو صلى قائماً سال بوله، ولو صلى قاعداً استمسك، فهل يصلي قائماً أم قاعداً؟ وجهان: الأصح قاعداً، حفظاً للطهارة ولا إعادة عليه على الوجهين. والله أعلم - الروضة (١/٢٥٣).

## الباب الثاني

### في المُسْتَحَاضَاتِ وَهُنَّ أَرْبَعَةٌ

قال الغزالي: «المُسْتَحَاضَةُ الْأُولَى» مُبْتَدَأَةٌ مُمَيَّزَةٌ تَرَى الدَّمَ الْقَوِيَّ (ح) أَوْلَا فَتَحِيضُ فِي الدَّمِ الْقَوِيِّ بِشَرْطِ أَنْ لَا يَزِيدَ عَلَى خَمْسَةِ عَشَرَ يَوْمًا وَلَا يَنْقُصَ عَنْ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ، وَتَسْتَحِيضُ فِي الضَّعِيفِ بِشَرْطِ أَنْ لَا يَنْقُصَ عَنْ خَمْسَةِ عَشَرَ يَوْمًا، وَالْقَوِيُّ هُوَ الْأَسْوَدُ أَوْ الْأَحْمَرُ بِالإِضَافَةِ إِلَى لَوْنِ ضَعِيفٍ بَعْدَهُ، وَلَوْ رَأَتْ خَمْسَةَ سَوَادًا ثُمَّ خَمْسَةَ حُمْرَةٍ ثُمَّ أَطْبَقَتِ الصُّفْرَةَ فَالْحُمْرَةُ مُتَرَدِّدَةٌ بَيْنَ الْقُوَّةِ وَالضَّعْفِ، فِيهِ وَجْهٌ: تُلْحَقُ بِالسَّوَادِ إِذَا أُنْكَرَ الْجَمْعُ إِلَّا أَنْ تَصِيرَ الْحُمْرَةُ أَحَدَ عَشَرَ، وَفِي وَجْهِ: تُلْحَقُ الْحُمْرَةُ أَبَدًا بِالصُّفْرَةِ.

قال الرافعي: المُسْتَحَاضَاتُ أَرْبَعٌ؛ لِأَنَّ الَّتِي جَاوَزَ دَمُهَا أَكْثَرَ الْحَيْضِ، إِمَّا أَنْ تَكُونَ مُبْتَدَأَةً، وَهِيَ الَّتِي لَمْ يَسْبِقْ لَهَا حَيْضٌ وَطَهَرَ، أَوْ مَعْتَادَةٌ وَهِيَ الَّتِي سَبَقَ لَهَا ذَلِكَ، وَعَلَى التَّقْدِيرَيْنِ فِيمَا أَنْ تَكُونَ مُمَيَّزَةٌ أَوْ لَا تَكُونَ، فَالْأَصْنَافُ إِذَا أَرْبَعَةٌ مُبْتَدَأَةٌ مُمَيَّزَةٌ، وَمُبْتَدَأَةٌ غَيْرَ مُمَيَّزَةٌ، مَعْتَادَةٌ-مُمَيَّزَةٌ، مَعْتَادَةٌ غَيْرَ مُمَيَّزَةٌ، وَهَذِهِ أَصْنَافُ اللَّوَاتِي يَتَمَيَّزُ وَقْتُ حَيْضِهِنَّ عَنِ اسْتِحَاضَتِهِنَّ. أَمَّا النَّاسِيَةُ فَلَا يُمْكِنُ التَّمْيِيزُ فِي حَقِّهَا بَيْنَ الْحَيْضِ وَالِاسْتِحَاضَةِ، وَتَخْتَصُ لِذَلِكَ بِأَحْكَامٍ، فَأَفْرَدَ لَهَا بَابًا بَعْدَ هَذَا. (المُسْتَحَاضَةُ الْأُولَى) الْمُبْتَدَأَةُ الْمُمَيَّزَةُ هِيَ الَّتِي تَرَى الدَّمَ عَلَى نَوْعَيْنِ، أَحَدُهُمَا أَقْوَى أَوْ عَلَى ثَلَاثَةِ أَنْوَاعٍ، أَحَدُهَا أَقْوَى، فَتَرُدُّ إِلَى التَّمْيِيزِ عَلَى مَعْنَى أَنَّهَا تَكُونُ حَائِضًا فِي أَيَّامِ الْقَوِيِّ، مُسْتَحَاضَةً فِي أَيَّامِ الضَّعِيفِ، خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ حَيْثُ قَالَ: تَرُدُّ إِلَى أَكْثَرِ الْحَيْضِ وَهُوَ عَشْرَةُ أَيَّامٍ (عِنْدَهُ) وَتَطَهَّرُ بَاقِي الشَّهْرِ، لَنَا مَا رَوَى فِي الصَّحِيحِينَ عَنْ عَائِشَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - قَالَتْ: «جَاءَتْ فَاطِمَةُ بِنْتُ أَبِي حَبِيشٍ، فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي أَمْرَأَةٌ اسْتَحَاضُ فَلَا أَظْهَرُ أَفَادَعُ الصَّلَاةِ؟ قَالَ: لَا؛ إِنَّمَا ذَلِكَ عِرْقٌ وَلَيْسَتْ بِالْحَيْضَةِ، فَإِذَا أَقْبَلَتِ الْحَيْضَةَ، فَدَعِي الصَّلَاةَ، وَإِذَا أَذْبَرَتْ فَاغْسِلِي عَنكَ الدَّمَ وَصَلِّي»<sup>(١)</sup>.

وَيُرَوَّى أَنَّهُ قَالَ: «دَمُ الْحَيْضِ أَسْوَدٌ وَأَنْ لَهُ رَائِحَةٌ، فَإِذَا كَانَ ذَلِكَ فَدَعِي الصَّلَاةَ، وَإِذَا كَانَ الْآخَرَ فَاغْسِلِي وَصَلِّي»<sup>(٢)</sup>.

(١) أخرجه البخاري (٢٢٨) ومسلم (٦٢ - ٣٣٣).

(٢) أخرجه أبو داود (٢٨٦) والنسائي (١٨٥/١) والدارقطني (٢٠٧/١) والحاكم (١٧٤/١) وصححه على شرط مسلم وأقره الذهبي.



ورود في صفته: «أَنَّهُ أَسْوَدٌ مُخْتَدِمٌ بَحْرَانِيٌّ ذُو دَفْعَاتٍ، وَفِي دَمِ الْاسْتِحَاضَةِ أَنَّهُ أَحْمَرٌ رَقِيقٌ مُشْرِقٌ»<sup>(١)</sup>.

والأسود هو الذي تعلوه حمرة متراكمة، فيضرب من ذلك إلى السواد، والمُخْتَدِمُ هو الجاري الذي يَلْدَعُ البَشْرَةَ ويحرقها بحدِّته ويختصُّ برائحة كريهة.

ودم الاستِحاضَةِ رقيق لا أختِدَامَ فيه يضرب إلى الشقرة أو الصفرة، ولذلك يسمى مشرقاً. وقيل: المحتدم هو الضارب إلى السواد، والبحراني هو الشديد الحمرة.

قال صاحب «الغريبين»: «يقال أحمر باجرٍ وبخراي، أي: شديد الحمرة، ثم إنما يحكم بالتمييز بثلاثة شروط، شرطان منها في القوى وهما: ألا يزيد على خمسة عشر يوماً، ولا ينقص عن يوم وليلة، وإلا كان زائداً على أكثر الحيض أو ناقصاً عن أقله فلا يمكن تحيضاها فيه.

والثالث: في الضعيف: وهو ألا ينقص عن خمسة عشر يوماً، وذلك لأننا نريد أن نجعل الضعيف طهراً، والقوي بعده خِيْضَةٌ أخرى، وإنما يمكن جعله طهراً إذا بلغ أقل الطهر، فلو رأت ستة عشر دماً أسود ثم أحمر - فقد فقد الشرط الأول ولو رأت يوماً أو نصف يوم أسود ثم أحمر - فقد الشرط الثاني، ولو رأت يوماً وليلة دماً أسود وأربعة عشر أحمر، ثم عاد الأسود - فقد فقد الشرط الثالث - وهو ألا ينقص الضعيف عن خمسة عشر. وقول الأصحاب ينبغي ألا ينقص الضعيف عن خمسة عشر يوماً أرادوا خمسة عشر على الاتصال، وإلا فلو رأت يوماً أسود ويومين أحمر وهكذا أبداً فجملة الضعيف في الشهر لم ينقص عن خمسة عشر يوماً لكن لما لم يكن على الاتصال، لم يكن ذلك تمييزاً معتبراً. ثم بماذا نعتبر القوة والضعف؟ فيه وجهان:

أحدهما: وهو الذي ذكره في الكتاب أن الاعتبار في القوة والضعف بمجرد اللون فالأسود قوي بالإضافة إلى الأحمر، والأحمر قوي بالإضافة إلى الأشقر، والأشقر أقوى من الأصفر والأكدر إذا جعلناهما حيضاً.

وإدعى إمام الحرمين - قدس الله روحه - كون هذا الوجه متفقاً عليه، وقال: لو رأت خمسة سواداً مع الرائحة المنعوتة في الخبر حيث قال: «لَهُ رَائِحَةٌ تُعْرَفُ»<sup>(٢)</sup> وخمسة سواداً بلا رائحة فهما دم واحد وفاقاً.

(١) قال الحافظ: تبع في ذلك الغزالي وهو تبع للإمام، وفي تاريخ العقيلي عن عائشة نحوه، قالت: دم الحيض أحمر بحراني، ودم الاستحاضة كغسالة اللحم وضعفه، والصفة المذكورة وقعت في كلام الشافعي في «الأم» انظر التلخيص (١/١٦٩).

(٢) انظر الخلاصة (١/٨١) وسيأتي.

والوجه الثاني: وهو الذي ذكره أصحابنا العراقيون وغيرهم: أن القوة تحصل بإحدى خصال ثلاث اللون، كما ذكرنا في الوجه الأول والرائحة، فالذي له رائحة كريهة أقوى مما [لا] (١) له رائحة والثخن، فالثخين أقوى من الرقيق فيجب أن يكون قوله: «والقوي هو الأسود أو الأحمر بالإضافة إلى لون ضعيف بعده» معلماً بالواو، لهذا الوجه، على أن الأصح هذا الوجه، على خلاف ما ذكره صاحب الكتاب، ألا ترى أن الشافعي - رضي الله عنه - ذكر في صفة الحيض أنه مُحْتَدِمٌ ثَخِينٌ له رائحة، وورد في الخبر التَّعْرُضُ لِغَيْرِ اللَّوْنِ، كما ورد التَّعْرُضُ لِلْوْنِ، وعلى هذا، فلا يشترط اجتماع الصفات كلها، بل كل واحدة منها تقتضي القوة وحدها، ولو كان بعض دمها موصوفاً بصفة من الصفات الثلاث والبعض خالياً عن جميعها - فالقوي هو الموصوف بها، وإن كان للبعض صفة وللبعض صفتان فالقوي الثاني، وإن كان للبعض صفتان وللبعض الصفات الثلاث فالقوي الثاني، وإن وجد في البعض صفة وفي البعض أخرى، فالحكم للسابق منهما، كذلك ذكره في «الثمة»، وهو موضوع التأمل. ثم إذا وجدت الشروط الثلاث - للتمييز - فلا يخلو إما أن يتقدم القوي أو يتقدم الضعيف، فإن تقدم القوي نظر إن استمر بعده ضعيف واحد، كما إذا رأت خمسة سواداً ثم خمسة حمرة مستمرة، فأيام القوي حيض وأيام الضعيف استِحاضة، لما سبق من الخبر، ولا فرق بين أن يَتَمَادَى زمان الضعيف وبين أن يقصر على ظاهر المذهب، وفيه وجهان آخران:

أحدهما: أن الضعيف إن كان مع القوي قبل تسعين يوماً فما دون ذلك، عملنا بالتمييز، وقلنا: هي مستحاضة في أيام الضعيف، وإن جاوزت بدأت بعد التسعين حيضة أخرى، وجعلنا كل دور تسعين. ذكره إمام الحرمين، بناء على ما قاله القفال في حَدِّ العادة المردود إليها، وسنذكر ذلك في باب النَّقَاسِ.

والوجه الثاني: ذكر في «الثمة» أن من شرط اعتبار التمييز ألا يزيد مجموع القوي والضعيف على ثلاثين يوماً فإن زاد سقط حكم التمييز، لأن الثلاثين لا تخلو عن حَيْضَةٍ وطهر في الغالب. وليس بعض المقادير بعد مجاوزة الثلاثين أولى بأن يجعل دوراً من بعض، فعلى هذا ينضم شرط رابع إلى الشروط الثلاثة المشهورة.

والأصح الأول؛ لأن إخبار التمييز مطلقة، وهو الذي يوافق كلام الشافعي - رضي الله عنه - فإنه قال: فإذا ذهب ذلك الدَّم يعني القوي، وجاءها الدم الأحمر الرقيق المشرق، فهو عِزْقٌ وليست بالحَيْضَةِ، فعليها أن تَغْتَسِلَ أطلق الكلام إطلاقاً هذا إذا استمر بعد القوي ضعيف واحد. أما إذا وجد بعده ضعيفان، كما إذا رأت خمسة

(١) سقط في (ط).

سواداً، ثم خمسة حمرة، ثم صفرة مطبقة، فالحمرة المتوسطة تلحق بالقوي قبلها أم بالضعيف بعدها؟ حكى صاحب الكتاب فيه وجهين:

أحدهما: أنها تلحق بالسواد إن أمكن وذلك بأن لا يزيد المجموع على خمسة عشر؛ لأنهما قويتان بالإضافة إلى ما بعدهما، وقد أمكن جعلهما حيضاً فصار كما لو كان كل ذلك سواداً أو حمرة، فإن لم يمكن الجمع حينئذ تلحق الحمرة بالصفرة.

والثاني: أنها تُلْحَقُ بالصفرة بكل حال؛ لأنها إذا دارت بين أن تلحق بالقوي قبلها، وبين أن تلحق بالضعيف بعدها، والاحتياط هو الثاني، فيصار إليه ويحصل من هذا السياق إثبات وجهين في حالة إمكان الجمع والجزم بالإلحاق بالصفرة في حالة عدم الإمكان، وفي كل واحدة من الحالتين طريقة أخرى سوى ذلك.

أما في حالة إمكان الجمع فقد قطع بعضهم بضم الحُمرة إلى السواد ونفي الخلاف فيه. وأما في حالة عدم الإمكان فقد أثبت بعضهم وجهين:

أحدهما: أن حكم الحمرة حكم السواد لقوتها، ولو زاد السواد على خمسة عشر، لكانت فاقدة للتمييز. فكذلك إذا زادت مجموعهما.

وأظهرهما: أن حيضها أيام السواد لا غير لاختصاصها بزيادة القوي بالأولية أيضاً.

فإن قلت: إنما يكون ما ذكره جزماً بالإلحاق بالصفرة عند عدم الإمكان إذا كان حكم المستثنى في قوله: «إلا أن تكون الحُمرة أحد عشر» الإلحاق بالصفرة ويحتمل أنه أراد إلا أن تكون الحُمرة أحد عشر فتكون فاقدة للتمييز وهو أحد الوجهين المحكيين في الحالة الثانية، وعلى هذا التقدير فيكون ما ذكره إثباتاً للخلاف في الحالتين، فنقول: نعم هذا محتمل لكن إيراده في «الوسيط» يبين أنه أراد ما ذكرناه.

ثم اعلم أن قوله: «إذا أمكن الجمع إلا أن تصير الحمرة [أحد عشر] ليس بجيد من جهة اللفظ؛ لأنه يستحيل أن يكون ذلك استثناء من قوله: «إذا أمكن الجمع»<sup>(١)</sup> فإن حالة عدم الإمكان لا تستثنى من الإمكان وإنما هو استثناء من قوله: «يلحق بالسواد» وحينئذ في قوله: «إذا أمكن الجمع» ما يغني عن هذا الاستثناء وفي الاستثناء ما يفهم المقصود ويغني عن قوله: «إذا أمكن الجمع» فأحدهما غير محتاج إليه فإن أراد التمثيل فالسبيل أن نقول، إذا أمكن الجمع بأن لا تزيد الحمرة على أحد عشر، ولو تقدم الأضعف من الضعيفين، وتأخر الأقوى منهما كما إذا رأت سواداً، ثم صفرة، ثم حمرة فهذه الصورة تترتب على ما إذا كانت الحمرة متوسطة، فإن ألحقناها بالسواد، فالحكم

(١) سقط في (ب).

كما إذا رأت سواداً ثم حمرة ثم عاد السواد، ولا يخفى مما ذكرنا من شرائط التمييز، وإن ألحقناها عند الوسط بالصفرة، فالصفرة المتوسطة هاهنا أولى إن تلحق بما بعدها - والله أعلم -.

قال الغزالي: هَذَا إِذَا تَقَدَّمَ الْقَوِيُّ، فَلَوْ رَأَتْ خَمْسَةَ حُمْرَةٍ ثُمَّ خَمْسَةَ سَوَادٍ ثُمَّ اسْتَمَرَّتِ الْحُمْرَةُ فَالصَّحِيحُ أَنَّ النَّظَرَ إِلَى لَوْنِ الدَّمِ لِأَيِّ الْأَوَّلِيَّةِ، وَقِيلَ يُجْمَعَانِ إِذَا أَمَكَنَّ الْجَمْعُ بِأَنْ لَمْ يَزِدِ الْمَجْمُوعُ عَلَى خَمْسَةِ عَشَرَ.

قال الرافعي: ذكرنا أن بعد شرائط التمييز لا يخلو الحال إما أن يتقدم الدَّم القوي، وقد بيناه أو يتقدم الضَّعيف كما إذا رأت خمسة حمرة ثم سواداً ثم عادت الحمرة وأستمرت فإن أمكن الجمع بين الحمرة والسواد مثل أن ترى خمسة حمرة وخمسة سواداً ففيه ثلاثة أوجه محكية عن ابن سريج:

أظهرها: أن النظر إلى لون الدم دون الأولى، فتكون حائضاً في خمسة السواد ومُسْتَحَاضَةً قبلها وبعدها، ووجهه ظاهر قوله ﷺ: «إِنَّ دَمَ الْحَيْضِ أَسْوَدٌ يُعْرَفُ»<sup>(١)</sup> وأيضاً فإن ما سوى السواد ضعيف فلا يجعل حَيْضاً، كما لو كان متأخراً عن السواد.

والثاني: أنه يجمع بين السواد الحمرة قبله، فتحيض فيهما؛ لأن للحمرة قوة السبق، وللسواد قوة اللون وقد أمكن الجمع.

والثالث: أنه يسقط التمييز؛ لأن العدول عن أول الدَّم مع حدوثه في زمان الإمكان بعيد، والجمع بين السواد والحمرة يخالف عادة التمييز، فلا يبقى إلا أن يحكم بسقوط التمييز، وإن لم يكن الجمع بين الحمرة والسواد، كما إذا كانت الحُمْرَةُ السابقة خمسة والسواد أحد عشر ترتب على الحالة الأولى إن قلنا: ثم حيضها الدم القوي، فكذلك هاهنا. وإن قلنا: هي فاقدة للتمييز فهاهنا أولى.

فإن قلنا: يجمع بينهما فقد تعذر الجمع هاهنا. فهي فاقدة للتمييز وسنبيِّنُ حكم المبتدأة التي لا تمييز لها. وفيه وجه آخر أن حَيْضُهَا هاهنا الدَّم المتقدم على السواد نظراً إلى الأولى فلو صار السواد ستة عشر فَقَدْ فَقَدَ أَحَدَ شُرُوطِ التَّمْيِيزِ فَهِيَ كَمَبْتَدَأَةٍ لَا تَمْيِيزُ لَهَا وَيَعُودُ الْوَجْهَ الصَّائِرُ إِلَى رِعَايَةِ الْأَوَّلِيَّةِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ الْآنَ وَهُوَ ضَعِيفٌ. وسنعيد هذه الصُّورَةَ لغرض آخر إن شاء الله تعالى وإذا فَرَّغْنَا عَلَى الْأَصَحِّ وَهُوَ أَنَّ حَيْضُهَا السَّوَادُ فَلَوْ رَأَتْ الْمَبْتَدَأَةَ خَمْسَ عَشْرَةَ حُمْرَةً أَوَّلًا ثُمَّ خَمْسَةَ عَشَرَ سَوَادًا تَرَكْتَ الصُّومَ وَالصَّلَاةَ فِي جَمِيعِ هَذِهِ الْمُدَّةِ.

(١) أخرجه أبو داود (٢٨٦) وابن حبان (١٣٣٨) قال ابن الملقن: ما ذكره الرافعي فيه بعد أسود يعرف، وأن له رائحة فغريب، انظر الخلاصة (٨١/١).

أما في الخمسة عشر الأولى؛ فلأنها ترجو الانقطاع وأما في الثانية فلأن السواد بين ان ما قبله استحاضة وأنه هو الحيض أن اجتمع شرائط التمييز ويجوز أن يكون كذلك. قال الأئمة - رحمهم الله - ولا يتصور مستحاضة تدع الصلاة شهراً كاملاً إلا هذه على هذا الوجه، وزاد أبو سعيد المتولي فقال: ولو زاد السواد على الخمسة عشر والصورة هذه فقد فات شرط التمييز وحكمها أن ترد من أول الأحمر إلى يوم وليلة أو إلى ست أو سبع على اختلاف قولين نذكرهما من بعد فيكون ابتداء دورها الثاني الحادي والثلاثون فإن حيضها فيه يوماً وليلة فهذه امرأة تؤمر بترك الصلاة أحداً وثلاثين يوماً وإن حيضها ستاً أو سبعا فهذه امرأة تؤمر بتركها ستاً وثلاثين أو سبعاً وثلاثين.

قال الغزالي: **ثُمَّ الْمُبْتَدَأَةُ إِذَا انْقَلَبَ دَمُهَا إِلَى الضَّعِيفِ فِي الدَّوْرِ الْأَوَّلِ فَلَا تُصَلِّي فَلَعَلَّ الضَّعِيفَ يَنْقَطِعَ دُونَ الْخَمْسَةِ عَشَرَ يَوْمًا فَيَكُونُ الْكُلُّ حَيْضًا، فَإِنْ جَاوَزَ ذَلِكَ نَأْمَرُهَا بِتَدَارُكِ مَا فَاتَ فِي أَيَّامِ الضَّعِيفِ نَعْمَ فِي الشَّهْرِ الثَّانِي كَمَا ضَعَفَ (م) الدَّمُ فَتَغْتَسِلُ إِذْ بَانَ اسْتِحَاضَتُهَا، وَمَهْمَا شَفِيتَ قَبْلَ خَمْسَةِ عَشَرَ يَوْمًا فَالضَّعِيفُ حَيْضٌ مَعَ الْقَوِيِّ.**

قال الرافعي: إذا بلغت الأثنى سنّ الحيض فبدأ بها الدم لزمها أن تترك الصلاة والصوم كما ظهر الدم ولا يأتيها الزوج ثم لو انقطعت لما دون أقل الحيض بأن أنه لم يكن حيضاً، فتقضي الصلاة والصوم هذا هو المذهب.

وفيه وجه آخر أنها لا تترك الصوم والصلاة حتى تمضي مدة أقل الحيض من أول ظهور الدم؛ لأن وجوبها مستيقن وكونه حيضاً مشكوك فيه فلا يترك اليقين بالشك وهذا ما ذكره الشيخ أبو علي في شرح الفروع حيث قال: «إذا ابتداء الدم بها في رمضان وهي بنت خمس عشرة سنة فليس لها أن تفطر، حتى يدوم قدر أقل الحيض، فإنها حينئذ تعلم أنه حيض. والظاهر من المذهب الأول؛ لأن الدم الخارج من مخرج الحيض في وقت الحيض يكون حيضاً غالباً وظاهراً.

وإذا عرف ذلك فنقول: إذا كانت المبتدأة مميزة، فلا تشتغل بالصوم والصلاة بانقلاب دمها من القوي إلى الضعيف، فإنها لا تدري أنه تجاوز الخمسة عشر أم لا، ويتقدير ألا يجاوز يكون الضعيف حيضاً مع القوي فلا بد لها من التريص لتبين الحال، فإذا تریصت وجاوز الخمسة عشر عرفت أنها مستحاضة وإن حيضها منحصر في أيام القوي على ما سبق فتتدارك ما فات من الصوم والصلاة في أيام الضعيف هذا حكم الشهر الأول، وأما في الشهر الثاني وما بعده فإذا انقلب الدم إلى الضعيف اغتسلت وصامت، وصلت ولم تترىص ولا مخرج ذلك على أن العادة هل ثبتت بمرة أم لا؟ لأن الاستحاضة علة مؤمنة، والظاهر دوامها ثم لو اتفق الانقطاع قبل الخمسة عشر، وشفيت

في بعض الأدوار فالضعيف حيض مع القوي كما في الشهر الأول.  
واعلم أنه لا فرق في كون الكل حيضاً مهماً انقطع الدم قبل مجاوزة الخمسة عشر  
بين أن يتقدم القوي على الضعيف أو يتقدم الضعيف، هذا هو المشهور المقطوع به.

وحكى في «التهذيب» وجهين:

فيما إذا تقدم الضعيف على القوي ولم يزد على الخمسة عشر، كما إذا رأت  
خمسة حمرة وخمسة سواداً وانقطع دمها، أحد الوجهين ما ذكرنا.

والآخر أن حيضها أيام السواد؛ لأنه أقوى وما قبله لا يتقوى به، بخلاف ما بعده  
فإنه يتبعه وحكى وجهين أيضاً فيما إذا رأت خمسة حمرة وخمسة سواداً وخمسة حمرة.

أصحهما: أن الكُل حَيْضٌ<sup>(١)</sup>.

والثاني: حيضها السواد وما بعده لا، ثم المفهوم من إطلاقهم انقلاب الدَّم إلى  
الضعيف أن يتمخض ضعيفاً حتى لو بقيت خطوط من السواد وظهرت خطوط من  
الحمرة لا ينقطع حكم الحيض، وإنما ينقطع إذا لم يبق السواد أصلاً. وصرح إمام  
الحرمين بهذا المفهوم. وقوله في الكتاب: «كما ضعف الدم» معلم بالميم؛ لأن مالكا  
قال المُمَيَّزة بعد الدم القوي تتحيز ثلاثة أيام من الدم الضعيف أيضاً احتياطاً.

لنا قوله ﷺ: «وَإِذَا أَذْبَرَتِ الْحَيْضَةَ فَاغْتَسِلِي وَصَلِّي»<sup>(٢)</sup>.

وأيضاً فإننا لا نجعل شيئاً من الدم القوي طهراً احتياطاً فكذا لا نجعل شيئاً من  
الدَّم الضعيف<sup>(٣)</sup> حيضاً.

ولك أن تعلم قوله في آخر الفصل: «فالضعيف حيض مع القوي» بالواو؛ لأنه  
يشمل ما إذا تقدم الضعيف وما إذا تقدم القوي، وفي حالة تقدم الضعيف الوجه الذي  
حكيناه عن «التهذيب» - والله أعلم -.

قال الغزالي: المُسْتَحَاضَةُ الثَّانِيَةُ مُبْتَدَأَةٌ لَا تَمَيِّزُ لَهَا أَوْ فَقَدَتْ شَرْطَ التَّمْيِيزِ فِيهَا  
قَوْلَانِ: أَحَدُهُمَا: أَنْ تَرُدَّ إِلَى عَادَةِ نِسَاءِ بِلْدَانِهَا عَلَى وَجْهِ، أَوْ نِسَاءِ عَشِيرَتِهَا عَلَى وَجْهِ  
بِشْرَطِ أَنْ لَا يَنْقُصَ عَنْ سِتِّ وَلَا يَزِيدَ عَلَى سَبْعِ لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ: «تَحِيضِي فِي عِلْمِ  
اللَّهِ سِتًّا أَوْ سَبْعًا كَمَا تَحِيضُ النِّسَاءُ وَيَطْهُرْنَ»، وَالْقَوْلُ الثَّانِي: أَنَّهَا تَرُدُّ إِلَى أَقَلِّ مُدَّةِ  
الْحَيْضِ أَحْتِيَاظًا لِلْعِبَادَةِ، وَأَمَّا فِي الطَّهْرِ فَتَرُدُّ إِلَى أَغْلَبِ الْعَادَاتِ وَهِيَ أَرْبَعٌ وَعِشْرُونَ لِأَنَّهُ

(٢) أخرجه أبو داود (٢٨٦) وتقدم.

(١) سقط في (ب).

(٤) سقط في (ب).

(٣) سقط في (ط).

أغلبُ في الاختِيَاطِ وَقِيلَ: إِلَى تِسْعِ وَعِشْرِينَ لِأَنَّهُ تَبِعَهُ الدَّوْرُ.

قال الرافعي: [المبتدأة] التي لا تُمَيِّزُ لها وهي التي يكون جميع دَمِهَا من نوع واحد ينظر في حالها إن لم تعرف وقت ابتداء دمها فحكمها حكم المتحيرة؛ لأن مردها على ما سيأتي يترتب في كل شهر على أول مُفَاتِحَةِ الدم، فإذا كان ذلك مجهولاً لزم التحير، وإن عرفت وقت الابتداء وهي الحالة المرادة في الكتاب، ففي القدر الذي تحيض فيه قولان:

أصحهما: أنها تحيض أقل الحيض وهو يوم وليلة؛ لأن سقوط الصلاة عنها في هذا القدر مستيقن، وفيما عداه مشكوك فيه، فلا تترك اليقين، إلا بيقين أو أمانة ظاهرة كالتمييز والعادة.

والثاني: ترد إلى غالب عادات النساء، وهو ست أو سبع، لأن الظاهر اندراجها في جملة الغالب.

وقد روى أن حمنة بنت جحش قالت: «كُنْتُ أَسْتَحَاضُ حَيْضَةً شَدِيدَةً فَاسْتَفْتَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: تَحْيِضِي فِي عِلْمِ اللَّهِ سِتَّةَ أَيَّامٍ أَوْ سَبْعَةَ أَيَّامٍ ثُمَّ اغْتَسِلِي فَإِذَا رَأَيْتِ أَنَّكَ قَدْ تَطَهَّرْتَ فَصَلِّي أَرْبَعًا وَعِشْرِينَ لَيْلَةً أَوْ ثَلَاثًا وَعِشْرِينَ لَيْلَةً وَأَيَّامَهَا وَصُومِي وَصَلِّي فَإِنَّ ذَلِكَ يُجْزِيكَ».

وروى أنه ﷺ قَالَ: «تَحْيِضِي فِي عِلْمِ اللَّهِ سِتًّا، أَوْ سَبْعًا كَمَا تَحْيِضُ النِّسَاءُ وَيَطْهُرُنَّ مِيقَاتِ حَيْضِهِنَّ وَطَهْرَهُنَّ».

فقال جماعة من الأصحاب: منشأ القولين الذين ذكرناهما تردُّدُ الشافعي - رضي الله عنه - في أن حمنة كانت مبتدأة أو معتادة، إن قلنا: كانت معتادة رددنا المبتدأة إلى الأقل أخذاً باليقين، ومن قال بهذا قال: لعلمه عرف من عاداتها أنها أحد العديدين الغالبين، إما الست أو السبع، لكن لم يعرف عينه فلذلك قال: تحيضي ستاً أو سبعم.

وإن قلنا: كانت مبتدأة رددنا المبتدأة إلى الغالب.

وقوله: «في علم الله» أي: فيما علمك الله من عاداتك، إن قلنا: كانت معتادة ومن غالب عادات النساء، إن قلنا: كانت مبتدأة فإن فرعنا على القول الثاني فهل الرد إلى الست أو السبع على سبيل التخيير بينهما أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه على التخيير لظاهر الخبر فتحيض إن شاءت ستاً، وإن شاءت سبعم، ويحكى هذا عن شرح أبي إسحاق المروزي. وزعم الحنطي أنه أصح الوجهين:

والثاني: وهو الصحيح عند الجمهور، أنه ليس على التخيير ولكن تنظر في عادات النساء أهن يحضن ستاً أو سبعم، ومن النسوة المنظور إليهن فيه ثلاثة أوجه:

**أظهرها:** أن الاعتبار بنسوة عشيرتها من الأبوين جميعاً؛ لأن طبعها إلى طباعهن أقرب، فإن لم يكن لها عشيرة فاعتبار بنساء بلدها.

**والثاني:** أن الاعتبار بنساء العصابات خاصة.

**والثالث:** يعتبر نساء بلدها وناحيتها ولا تخصص بنساء العصابة ولا نساء العشيرة.

وإذا عرفت ذلك فعليها أن تجتهد وتنظر في أمر النسوة المعتبر بهن، فإن كنّ يحضن جميعاً ستاً أو سبعاً، أخذت بذلك، وعلى هذا حملوا على قوله ﷺ: «تَحْيِضِي فِي عِلْمِ اللَّهِ سِتًّا أَوْ سَبْعًا».

وقالوا: إنه على التّنوع أي إن كنّ يحضن ستاً فتحضي ستاً، وإن كنّ يحضن سبعاً فتحضي سبعاً، وإن كانت عاداتهن جميعاً أقل من ست أو أكثر من سبع ففيه وجهان:

**أظهرهما:** أنها ترد إلى الستّ في الصورة الأولى وإلى السبع في الأخرى أخذاً بالأقرب إلى عاداتهن والخبر عين العديدين وغالب عادات النساء لا تجاوزهما، فلا عدول عنهما.

**والثاني:** أنها ترد إلى عاداتهن إلحاقاً لها بالنسوة والمعتبر بهن.

والوجه الأول هو الذي ذكره في الكتاب حيث قال: «بشرط ألا ينقص عن ست ولا يزيد عن سبع» وإن اختلفت عاداتهن فحاضت بعضهن ستاً وبعضهن سبعاً، ردت إلى الأغلب فإن استوى البعضان ردت إلى الستّ احتياطاً للعبادة، وكذلك الحكم لو حاضت بعضهن دون الستّ وبعضهن فوق السبع، هذا بيان مردها في الحيض.

وأما في الطهر فإن قلنا: إنها مردودة في الحيض إلى الغالب، فكذلك في الطهر فترد إلى ثلاث وعشرين أو أربع وعشرين كما نطق به الخبر.

وإن قلنا: أنها مردودة إلى الأقل ففي طهرها قولان:

أحدهما: أنها ترد إلى أقل الطهر أيضاً فيكون دورها ستة عشر يوماً وإذا جاء السابع عشر استأنفت حيضة أخرى.

وأصحهما: أنها لا ترد في الطهر إلى الأقل؛ لأن الرد في الحيض إلى الأقل إنما كان للاحتياط، ولو رددنا في الطهر إلى الأقل لكثير حيضها لعوده على قرب، وذلك نقيض قضية الاحتياط، وعلى هذا فوجهان:

أحدهما: أنها ترد إلى الغالب، وهو ثلاث وعشرون أو أربع وعشرون.

وأظهرهما: أنها ترد إلى تسع وعشرين ليمّ الدور ثلاثين مراعاة لغالب الدور، وإنما لم نحمل الحيض على الغالب احتياطاً للعبادة.



ثم نعود إلى ما يتعلق بألفاظ الكتاب، وخاصة أما قوله: مبتدأة لا تمييز لها أو فقدت شرط التمييز فأعلم أن التي لا تميّز لها هي التي ترى الدّم كلها نوعاً واحداً، والتي فقدت شرط التمييز أن ترى الدّم على نوعين لكن القوي يكون دون يوم وليلة أو أكثر من خمسة عشر يوماً، أو يكون الضّعيف دون الخمسة عشر وحكهما واحد في جريان القولين.

أحدهما: الرد إلى الأقل.

والثاني: إلى الغالب وابتداؤه على القولين من أول ظهور الدّم، وعن ابن سريج: «أنه لو ابتدأ الدّم الضّعيف وجاوز القوي بعده أكثر الحيض، فالضّعيف أستحاضة وابتداء حيضها على اختلاف القولين من أول القوي والمعنى العمل بالتمييز بقدر الإمكان» ونظيره ما إذا رأت خمسة حمرة ثم اسودّ دمها وعبر الخمسة عشر، وهذه هي الصورة التي وعدنا من قبل أن نعيدها.

ولك أن تعلم قوله: «إلى عادة نساء بلدها على وجه أو نساء عشيرتها على وجه» بالحاء والميم والألف، لأن أبا حنيفة لا يردها إلى هذا ولا إلى ذلك، إنما يردها إلى أكثر الحيض وهو عشرة عنده، وبه قال مالك وأحمد في إحدى الروايات عنهما إلا أن أكثر الحيض عندهما خمسة عشر يوماً، وعن مالك روايتان أخريان<sup>(١)</sup>:

إحدهما: أنها ترد إلى عادة لدائتها<sup>(٢)</sup>، وتستظهر بعد ذلك بثلاثة أيام، بشرط ألا تجاوز خمسة عشر يوماً.

والثانية: أنها ترد إلى عادة نساها [والاستظهار]<sup>(٣)</sup> كما ذكرنا، وعن أحمد روايتان أخريان مثل قولينا.

وقوله: «وأما في الطهر فترد إلى أغلب العادات إلى آخره» يجوز أن يكون مبنياً على قول الرد إلى الأقل فإن في طهرها على هذا القول اختلافاً كما بيّناه، وهذا قضية إيرادها في «الوسيط»، ويجوز أن يجعل كلاماً مبتدأ غير مبني على أحد القولين، فإن قدر الطهر إذا أفردناه بالتظر مختلف فيه ثم الرد على الغالب يخرج على القولين جميعاً، وما عداه يختص بقول الرد إلى الأقل، وليكن قوله: «إلى أغلب العادات» معلماً مما ذكرنا من العلامات، فإن من رد إلى أكثر الحيض لا يرد في الطهر إلى أغلب العادات، وإنما يرد إلى الباقي من الثلاثين.

(١) سقط من (ط).

(٢) اللدة: من وُلِدَ مَعَكَ في وَقْتٍ واحد، جمعها لدات، انظر المعجم الوسيط (٢/٨٢٨).

(٣) في ط: والانتظار.

وقوله: «وهي أربع وعشرون» يقتضي كون الأربع والعشرين أغلب من ثلاث وعشرين وهو ممنوع، ومن قال بهذا الوجه لا يرد لعين الأربع والعشرين، بل يقول بردها إلى الطهر الغالب وهو بين ثلاث وعشرين وبين أربع وعشرين حكاه إمام الحرمين هكذا، ثم قال: «وكان شيخني يرى على هذا الوجه أن ترد إلى أربع وعشرين فإن الاحتياط فيه أبلغ منه في ثلاث وعشرين، فإذا ذكره صاحب الكتاب مصير إلى كلام الشيخ أبي مُحَمَّد، وقضية خبر حمئة أن نعتبر طهرها بعادة النساء المنظور إليهن كما في الحيض، فليكن قوله: «وهو أربع وعشرون» معلماً بالواو لما روينا ثم إيراده يقتضي الميل إلى الرُّدِّ إلى غالب الطهر، وتصحيح هذا الوجه، وعلى هذا التقدير يكون دورها خمسة وعشرين إذا ردت إلى أربع وعشرين في الطهر وإلى الأقل في الحيض، لكن ما اتفقت طرق الأصحاب عليه أن ظاهر المذهب اشتمال كل شهر على حيض وطهر لها، سواء ردت إلى الأقل أو الغالب وذلك يقتضي ترجيح الوجه الصائر إلى تسع وعشرين وبالله التوفيق.

قال الغزالي: ثُمَّ فِي مُدَّةِ الطَّهْرِ تَخْتَاطُ كَالْمُتَحَيِّرَةِ أَوْ هِيَ كَالْمُسْتَحَاضَاتِ فِيهِ قَوْلَانِ.

قال الرافعي: في ترك الصَّوم والصلاة في الشهر الأول إلى تمام الخمسة عشر، فإذا جاوز الدم الخمسة عشر تبينت الاستِحَاضَةُ وعرفنا أن مردها الأقل، والغالب على اختلاف القولين فإن رددناها إلى الأقل قضت صلوات أربعة عشر يوماً، وإن رددناها إلى السُّتِّ أو السَّبْعِ، قضت صلوات تسعة أيام أو ثمانية وأما في الشهر الثاني وما بعده، فينظر إن وجدت تمييزاً بالشروط السابقة قبل تمام المرد أو بعده، فلا نظر إلى ما تقدم وهي في ذلك الدور كمبتدأة مميزة.

مثاله: مبتدأة رأت أولاً دماً أحمر، ثم في الشهر الثاني رأت خمساً دماً أسود والباقي أحمر فحيضها في الشهر الأول الأقل أو الغالب، وفي الشهر الثاني خمسة السواد أخذاً بالتمييز فإنه شاهد في صفة الدَّم فالنظر إليه أولى، وإن استمر فقد التمييز فيما بعد الشهر الأول، وهذا مقصود الفصل، ومحل القولين فكما جاوز دمها المرد وهو الأقل أو الغالب فتغتسل وتصوم وتصلِّي؛ لأن الظاهر دوام الاستِحَاضَةِ، ثم لو شفيت في بعض الشهور قبل الخمسة عشر بان أنها غير مستحاضة فيه، وأن جميع الدَّم حيض فتقتضي ما تركته من الصَّوم في المرد، وما صامته فيما وراءه أيضاً لتبين الحيض فيه، وتبين أن غسلها لم يصح عقب انقضاء المرد، ولا تأثم بفعل الصوم والصلاة والوطء فيما وراء المرد، لأنها معذورة في بناء الأمر على الظاهر، وهل يلزمها الاحتياط فيما وراء المرد إلى تمام الخمسة عشر؟ فيه قولان:

أحدهما: أنها تحتاط كالمتحيرة، لأن احتمال الحيض والطهر والانقطاع قائم إلى تمام الخمسة عشر وإنما تحتاط المتحيرة لقيام هذه الاحتمالات، فكذلك هذه.

وأصحهما: أنها لا تحتاط كسائر المُسْتَحَاضَاتِ، لأننا قد جعلنا لها مرداً في الحيض فلا عبرة بما بعده، كما في المعتادة والمميزة فإن قلنا: تحتاط فلا تحل للزوج إلى تمام الخمسة عشر ولا تقضي في هذه المدة فوائت الصوم والصلاة والطواف؛ لاحتمال أنها حائض ويلزمها الصوم والصلاة؛ لاحتمال أنها طاهر، وتغتسل لكل صلاة لاحتمال الانقطاع، وتقضي صوم جميع الخمسة عشر، أما في المرد فلأنها لم تصم، وأما فيما وراءه فَلَا يُحْتَمَلُ الْحَيْضُ.

وإن قلنا: لا تحتاط فتصوم وتصلي ولا تقضي شيئاً، ويأتيها زوجها، ولا غسل عليها، وتقضي الفوائت، وعلى القولين لا تقضي الصلوات المأتي بها بين المرد والخمسة عشر؛ لأنها إن كانت طاهرة فقد صلّت وإن كانت حائضاً فليس عليها قضاء الصلوات، وحكى في «المُهَذَّبِ» هذا الخلاف وجهين، والأشهر الأثبت القولان ولا يخفى عليك بعد ما ذكرناه شيئان:

أحدهما: أن قوله: «ثم في مدة الطهر» يعني به مدة الطهر إلى تمام الخمسة عشر لا إلى آخر الشهر فإن ما بعد الخمسة عشر طهر بيقين.

والثاني: أن في وجوب قضاء الصلاة على المتحيرة خلافاً نذكره في موضعه وهاهنا لا يجب قضاء الصلاة بحال، وإن أمرنا بالاحتياط فإذا قلنا: إنها تحتاط كالمتحيرة في قول وجب أن يستثنى قضاء الصلاة، وصاحب الكتاب لا يحتاج إلى هذا الاستثناء؛ لأنه نفى وجوب القضاء على المتحيرة على ما سيأتي.

قال الغزالي: المُسْتَحَاضَةُ الثَّلَاثَةُ الْمُعْتَادَةُ وَهِيَ الَّتِي سَبَقَتْ لَهَا عَادَةٌ فَتُرَدُّ إِلَى عَادَتِهَا فِي وَقْتِ الْحَيْضِ وَقَدْرِهِ، فَإِنْ كَانَتْ تَحِيضُ خَمْسًا وَتَطْهَرُ خَمْسًا وَعِشْرِينَ فَجَاءَهَا دَوْرٌ فَحَاضَتْ سِتًّا ثُمَّ اسْتَحِيضَتْ بَعْدَ ذَلِكَ رَدَدْنَاهَا إِلَى السُّتِّ، لِأَنَّ الصَّحِيحَ ثُبُوتُ الْعَادَةِ بِمَرَّةٍ وَاحِدَةٍ.

قال الرافعي: المعتادة تنقسم إلى ذاكرة لعادتها وإلى ناسية، والذي بقي من هذا الباب يشتمل على قسم الذاكرة، وأما الناسية فقد أفرد لها الباب التالي لهذا الباب والذاكرة تنقسم إلى فاقدة للتمييز وإلى واجدة، أما الفاقدة وهي المقصود بهذا الفصل فهي مردودة إلى عادتها القديمة خلافاً لمالك حيث قال: لا اعتبار بالعادة.

لنا ما روى عن أم سلمة أن امرأة كانت تهريق الدماء على عهد رسول الله ﷺ فاستفتيت لها فقال: «لِتَنْظُرْ عَدَدَ الْأَيَّامِ وَاللَّيَالِي الَّتِي كَانَتْ تَحِيضُهُنَّ مِنَ الشَّهْرِ قَبْلَ أَنْ

يُصِيبُهَا الَّذِي أَصَابَهَا فَلْتَتْرُكُ الصَّلَاةَ قَدَرٌ ذَلِكَ مِنَ الشَّهْرِ فَإِذَا خَلَقْتَ ذَلِكَ فَلْتَغْتَسِلْ ثُمَّ لْتَسْتَفِزْ بِتَوْبٍ ثُمَّ لْتَصَلْ»<sup>(١)</sup>.

وتفصيل القول فيها أن يقال: عاداتها السابقة إما ألا يكون فيها اختلاف لا في القدر ولا في الوقت أو يكون فيها اختلاف فهما حالتان، فأما في الحالة الأولى فننظر إن تكررت عادة حيضها وطهرها مراراً، ردت إلى عاداتها في قدر الحيض ووقته، وفي الطهر أيضاً. وظاهر المذهب أنه لا فرق بين أن تكون عاداتها أن تحيض أياماً من كل شهر أو من كل شهرين أو من كل سنة. وقيل: بخلاف ذلك وهو الذي حكاه صاحب الكتاب في باب «التفاسيس» ونذكره ثم إن شاء الله تعالى، وإن لم يتكرر ما سبق من عادة الحيض والطهر ففيه خلاف مبني على أن العادة بماذا تثبت؟ وفيه وجهان مشهوران:

أصحهما: وبه قال ابن سريج وأبو إسحاق: إنها تثبت بمرّة واحدة واحتجوا عليه بقوله ﷺ في حديث أم سلمة: «فَلْتَنْظُرْ عَدَدَ الْأَيَّامِ وَاللَّيَالِي الَّتِي كَانَتْ تَحِيضُهُنَّ مِنَ الشَّهْرِ قَبْلَ أَنْ يُصِيبَهَا الَّذِي أَصَابَهَا»<sup>(٢)</sup>. اعتبر الشهر الذي قبل الاستحاضة.

والثاني: ويحكى عن ابن خيران أنه لا تثبت العادة إلا بمرتين؛ لأن العادة مشتقة من العود، وإذا لم يوجد إلا مرّة واحدة فلا عود.

وَحَكَى أَبُو الْحَسَنِ الْعِبَادِي وَجْهًا ثَالِثًا أَنَّهَا لَا تَثْبُتُ إِلَّا بِثَلَاثِ مَرَّاتٍ لِقَوْلِهِ ﷺ: «دَعِيَ الصَّلَاةَ أَيَّامَ أَفْرَائِكِ»<sup>(٣)</sup>.

وأقل الجمع ثلاثة، وضرب في الكتاب مثلاً لهذه القاعدة، فقال: لو كانت تحيض خمساً وتطهر خمساً وعشرين، فجاءها دور فحاضت فيه ستاً، ثم استحاضت بعد ذلك فإن قلنا: العادة لا تثبت إلا بمرّة واحدة رددناها إلى الخمس، وإن قلنا: أنها تثبت بمرّة رددناها إلى الست، وقلنا: ردها إلى ما قرب ونسخ ما قبله أولى ثم المعتادة في الشهر الأوّل من شهور الاستحاضة تتربّص كالمبتدأة لجواز أن ينقطع دون الخمسة عشر، وإن جاوز عاداتها فإن عبر الخمسة عشر قضت صلوات ما وراء أيام العادة ثم في الدّور الثّاني وما بعده إذا مضت أيام العادة اغتسلت وصامت وصلّت، لظهور الاستحاضة، ولا يتأتى هاهنا قول الاحتياط الذي ذكرناه في المبتدأة لقول العادة.

- (١) أخرجه مالك في الموطأ (١/٦١ - ٦٢) والشافعي (١١٤) وأبو داود (٢٧٤) وابن ماجه (٦٢٣) والنسائي (١/١٨٢) والبيهقي (١/٣٣٢) والدارقطني (١/٢٠٧) بأسانيد صحيحة على شرط الصحيح، وأعله البيهقي وغيره بلا انقطاع وظهر اتصاله، قاله ابن الملقن. انظر الخلاصة (١/٨١).
- (٢) أخرجه مالك (١/٦٢) والشافعي في الأم (١/٦٠) وأبو داود (٢٧٤) والنسائي (١/١١٩).
- (٣) أخرجه أبو داود (٢٩٧) والترمذي (١٢٦) وابن ماجه (٦٢٥).

**الحالة الثانية:** أن يكون في عاداتها السابقة اختلاف فمن صورها: أن يكون لها عادة دائرة وقد ذكره في آخر الباب الثالث في فروع وكان ذكره في هذا الموضع أليق؛ لأنها نوع من العادات. ومنها: أن يكون في عاداتها المتقدمة على الأستِحاضة اختلاف في القدر، أو في الوقت وسمى متقدمو الأصحاب التي انتقلت عاداتها وتغيّرت عما كانت ثم استحيضت متقلّة ونحن نذكر من مسائلها صوراً ترشد إلى غيرها.

منها: لو كانت تحيض خمساً من أوّل كل شهر، وتطهر بآقيه فحاضت في دور أربعاً من الخمس المعتادة، ثم استحيضت بعد ذلك فهذه قد انتقل حيضها من الكثرة إلى القلّة، ولو حاضت في دور ستاً، ثم استحيضت فقد انتقل من القلّة إلى الكثرة، والحكم في الصورتين مبني على الخلاف الذي سبق في العادة، إن أثبتناها بمرة رددناها إلى ما قبل الاستحاضة، وإلا فالعادة القديمة، ولو كانت المسألة بحالها فرأت في دور ستة أيام دماً، وفي دور عَقْبِيه سبعة، ثم استحيضت فإن أثبتنا العادة بمرة رددناها إلى السبعة، وإلا فوجهان:

أحدهما: أنها ترد إلى الخمسة ويتساقط العددان في الدّورين الأخيرين، لأن واحداً منهما لم يتكرر على حياله.

وأظهرهما: أنها ترد إلى الستّة، لأن التّكرّر قد حصل فيها فإنها وجدت مرة وحدها ومرة مندرجة في السبعة، وإذا فرعنا على الوجه الثالث فلا شك في ردها إلى الخمسة ولو كانت المسألة بحالها فحاضت في دور الخمسة الثانية من الشهر فهذه قد تغير وقت حيضها، وصار دورها المتقدم على هذه الخمسة بتأخر الحيض خمسة وثلاثين، خمسة منها حيض والباقي طهر، فينظر إن تكرر هذا الدّور عليها بأن رأت الخمسة الثانية دماً، وطهرت ثلاثين، ثم عاد الدم في الخمسة الثالثة من الشهر الآخر وعلى هذا مراراً ثم استحيضت - فهي مردودة إليه فتحيض من أوّل الدم الدائم خمسة، وتطهر ثلاثين وعلى هذا أبداً، وإن لم يتكرّر هذا الدور كما إذا استمرّ الدم المتأخر المبتدأ من الخمسة الثانية، وصارت مُسْتَحَاضَةً فهل تحيضه من أوله؟ أم لا؟ فيه وجهان عن أبي إسحاق: أنه لا حيض لها في هذا الشهر والذي بدأ استحاضة كله إلى آخر الشهر فإذا جاء أول الشهر ابتدأت منه دورها القديم حيضاً وطهراً.

وقال الجمهور: حَيْضُهَا خمسة من الدم الذي ابتدأ من الخمسة الثانية، ثم إن قلنا: بشبوت العادة بمرة حكمنا لها بالطهر ثلاثين يوماً، وأقمنا عليها الدّور الأخير أبداً، وإن لم نقل بذلك فوجهان:

أظهرهما: أن خمسة وعشرين بعدها طهر، لأنه المتكرر من إظهارها.

والثّاني: أن باقي الشهر طهر لا غير، وتحيض الخمسة الأولى من الشهر الآخر،

وتراعي عاداتها القديمة قدراً ووقتاً، وإن رأت الخمسة الثانية دمًا، وانقطع وطهرت بقية الشهر، ثم عاد الدَّم، فقد صار دورها خمسة وعشرين فإن تكرر ذلك بأن رأت الخمسة الأولى من الشَّهر بعده دمًا وطهرت عشرين وهكذا مراراً، ثم استحيضت فترد إليه، وإن لم يتكرر كما إذا عاد في الخمسة الأولى واستمر، فلا خلاف في أن الخمسة الأولى حيض، ويبنى حكم الطهر على الخلاف في العادة إن أثبتناها بمرّة فطهرها عشرون، وإلا فخمسة وعشرون، ولو كانت المسألة بحالها فَطَهُرَتْ بعد خمستها المعهودة عشرين، وعاد الدَّم في الخمسة الأخيرة فهذه قد تغيّر وقت حيضها بالتقدّم، وصار دورها خمسة وعشرين، فإن تكرر هذا الدور بأن رأت الخمسة الأخيرة دمًا، وانقطع وطهرت عشرين، وهكذا مراراً، ثم استحيضت فتردّ إليه، ولو لم يتكرّر كما إذا استمر الدَّم العائد، فمحصول ما تخرج من طرق الأصحاب في هذه المسألة ونظائرها أربعة أوجه:

أظهرها: أنها تحيض خمسة من أوله وتطهر عشرين وهكذا أبداً.

والثاني: تحيض خمسة وتطهر خمسة وعشرين.

والثالث: تحيض عشرة منه وتطهر خمسة وعشرين، ثم تحافظ على الدَّور القديم.

والرابع: أن الخمسة الأخيرة استحاضة وتحيض من أول الدور خمسة وتطهر خمسة وعشرين على عاداتها القديمة، وقد ذكرنا في صورة التَّأخّر ما حكى عن أبي إسحاق من المحافظة على أول الدور، والحكم بالاستحاضة فيما قبله، واختلفوا في قياس مذهبه هاهنا منهم من قال: قياسه الوجه الثالث، ومنهم من قال: لا بل هو الرابع، ولو كانت المسألة بحالها حاضت خمستها وطهرت أربعة عشر يوماً ثم عاد الدَّم استمر، فالتخلل بين خمستها وبين الدم العائد هاهنا ناقص عن أقل الطهر، فحاصل ما قيل فيه أربعة أوجه أيضاً:

أظهرها: أن يوماً من الدم العائد استحاضة تكميلاً للطهر، وخمسة بعده حيض وخمسة عشر طهر ودورها بما اتفق عشرين.

والثاني: أن اليوم الأول استحاضة، والباقي من الشهر وخمسة من الشهر الذي بعده حيض، ومجموع ذلك خمسة عشر، ثم تطهر خمسة وعشرين، وتحافظ على دورها القديم.

والثالث: أن اليوم الأول استحاضة وي بعده خمسة حيضاً وخمسة وعشرون طهراً وهكذا أبداً.

والرابع: أن جميع الدم العائد إلى أوّل الشهر استحاضة وتفتح منه دورها القديم،

وقد ذكرت كيفية هذه الوجوه ومآخذها في غير هذا الموضع فلا أطول هاهنا، ولك أن تُعلم قوله في آخر هذا الفصل «تُبوت العادة بمرة واحدة» بالحاء والألف، إشارة إلى أنهما يقولان: لا تثبت العادة بأقل من مرتين.

قال الغزالي: **المُسْتَحَاضَةُ الرَّابِعَةُ الْمُعْتَادَةُ الْمُمَيَّزَةُ فَإِنْ رَأَتْ السَّوَادَ مُطَابِقاً لِأَيَّامِ الْعَادَةِ فَهِيَ الْمُرَادُ، وَإِنْ اخْتَلَفَتْ بِأَنْ كَانَتْ عَادَتُهَا خَمْسَةً فَرَأَتْ عَشْرَةَ سَوَاداً ثُمَّ أَطْبَقَتْ الْحُمْرَةَ، فَهَلِ الْحُكْمُ لِلْعَادَةِ أَمْ لِلتَّمْيِيزِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ، فَعَلَى هَذَا إِنْ رَأَتْ فِي أَيَّامِ الْعَادَةِ خَمْسَةَ حُمْرَةٍ ثُمَّ عَشْرَةَ سَوَاداً ثُمَّ أَطْبَقَتْ الْحُمْرَةَ فَفِي وَجْهِ: الْحُكْمُ لِلْعَادَةِ (م) وَفِي وَجْهِ لِلتَّمْيِيزِ فَتَحْيِضُ فِي الْعَشْرِ السَّوَادِ، وَفِي وَجْهِ (ح م) يُجْمَعُ بَيْنَهُمَا إِلَّا أَنْ يَزِيدَ الْمَجْمُوعُ عَلَى خَمْسَةِ عَشْرٍ فَيَتَعَيَّنُ الْأَقْصَارُ عَلَى الْعَادَةِ أَوْ عَلَى التَّمْيِيزِ.**

قال الرافعي: المعتادة الذّاكرة لعادتها إذا كانت واجدة للتمييز نظر إن توافق مقتضى العادة والتمييز كما إذا كانت تحيض خمسة من أول كل شهر، وتطهر الباقي فاستحيضت، ورأت خمستها سواداً وباقي الشهر حمرة فحيضتها تلك الخمسة واعتضدت كل واحدة من الدّالّتين بصاحبتهما، وإن لم يتوافق مقتضاهما نظر إن لم يتخلل بين العادة والتمييز قدر أقل الطهر كما إذا كانت تحيض خمسة كما ذكرنا فرأت في دور عشرة سواداً، ثم حمرة واستحيضت ففيه ثلاثة أوجه:

أصحها: وبه قال ابن سريج [وأبو إسحاق] <sup>(١)</sup> أنها ترد إلى التمييز فتحيض في العشرة كلها لقوله ﷺ: «دَمُ الْحَيْضِ أَسْوَدٌ يُعْرَفُ».

ظاهره ينفي كون غيره حيضاً؛ لأنّ التّمييز صفة موجودة، والعادة دلالة قد مضت، والرد إلى الدّلالة الموجودة أولى.

والثاني: وبه قال ابن خَيْرَانَ والإِصْطَخْرِيُّ: إنها ترد إلى العادة فترد إلى الخمسة القديمة ﷺ: «فَلْتَنْظُرْ عَدَدَ الْأَيَّامِ وَاللَّيَالِي الَّتِي كَانَتْ تَحْيِضُهُنَّ» ولم يفصل؛ ولأن العادة قد ثبتت واستقرت وصفة الدم بعرض البطلان ألا ترى أنه لو زاد الدّم القوي على خمسة عشر يوماً بطلت دلالة قوته.

والثالث: إن أمكن الجمع بينهما يجمع عملاً بالدالّتين، وإلا فيتساقطان؛ فتكون كمبتدأة لا تمييز لها، وفيها ما قدمناه من القولين:

مثال: إمكان الجمع أن ترى عشرة سواداً كما ذكرناه، ومثال عدم الإمكان أن ترى

(١) سقط في (ب).

خمسيتها المعهودة حمرة وأحد عشر عقيها سواداً، وأن يتخلل بينهما أقل الطهر، كما إذا رأت عشرين فصاعداً دماً ضعيفاً ثم خمسة قوياً ثم ضعيفاً وعادتها القديمة خمسة من أول الشهر، كما سبق فقدر العادة حيض بحكم العادة، والقوي حيض آخر، لأنه تخلل بينهما زمان طهر كامل. ومنهم من قال: تبنى هذه الحالة على الحالة الأولى إن قلنا: يقدم التمييز فحيضها خمسة السواد، وطهرها المتقدم عليه خمسة وأربعون، وقد صار دورها خمسين. وإن قلنا: تقدم العادة فحيضها خمسة من أول الشهر وخمسة وعشرون من بعدها طهر. وإن قلنا: يجمع بينهما حيضت الخمسة الأولى بالعادة، وخمسة السواد بالتمييز؛ لإمكان الجمع يتخلل طهر كامل بينهما. هذا فقه الفصل، ولك أن تعلم قوله: «الحكم للعادة» بالميم؛ لما ذكرنا أنه لا اعتبار للعادة عنده، فضلاً عن أن تقدم على التمييز. وقوله: «الحكم للتمييز» بالالف؛ لأن عند أحمد تقدم العادة عند اجتماع المعنيين وبالحاء أيضاً؛ لأن عند أبي حنيفة لا اعتبار للتمييز. واعلم أنه تحصل مما حكيناه في كل واحدة من حالتها إمكان الجمع بين العادة والتمييز وعدم الإمكان، ثلاثة أوجه:

أحدها: الحكم بالعادة.

والثاني: الحكم بالتمييز، وهما يشملان الحالتين والثالث في إحدى الحالتين الجمع، وفي الثانية: التساقط ولفظ الكتاب يفيد الوجوه الثلاثة عند إمكان الجمع، والوجهين الشاملين عند عدم الإمكان دون الثالث، وقوله: «فيتعين الاختصار على العادة أو على التمييز» أي: على العادة في وجه وعلى التمييز في وجه.

قال الغزالي: فَرَعَانَ الْأَوَّلِ مُبْتَدَأَةً رَأَتْ خَمْسَةَ سَوَادًا ثُمَّ أَطْبَقَ الدَّمُ عَلَى لَوْنٍ وَاحِدٍ، فَبِئْسَ الشَّهْرُ الثَّانِي نَحِيضُهَا خَمْسًا لِأَنَّ التَّمْيِيزَ أُثْبِتَ (ح م) لَهَا عَادَةً.

قال الرافعي: العادة التي ترد إليها المستحاضة المعتادة ليس من شرطها أن تكون عادة حيض وطهر صحيحين بلا استحاضة بل قد تكون كذلك وقد تكون تلك العادة هي التي استفادتها من التمييز، وهي مستحاضة، كما إذا رأت المبتدأة خمسة سواداً، وخمسة وعشرين حمرة، وهكذا مراراً، ثم استمر السواد، أو الحمرة في بعض الشهر، فقد عرفنا بما سبق من التمييز أن حيضها خمسة من أول كل شهر، وصار ذلك عادة لها فتحيضها، الآن خمسة من أول كل شهر، ونحكم بالاستحاضة في الباقي.

هذا هو الصحيح، وحكى إمام الحرمين وجهاً آخر، أنه إذا انحرم التمييز فلا نظر إلى ما سبق، وهي كمبتدأة غير مميزة، ولو كانت المسألة بحالها فرأت في بعض الأدوار عشرة سواداً، وباقي الشهر حمرة، ثم استمر السواد في الدور الذي بعده.



فقد قال الأئمة: حَيْضُهَا عشرة السواد في ذلك الدور؛ لأن الاعتماد على صفة الدم ثم مردها بعد ذلك العشرة، ولو كانت المسألة بحالها وعاد السواد خمسة ثم استمر الدم ثم رأت في بعض الأدوار عشرة، فترد في ذلك الدور إلى العشرة؛ [وفي هاتين الصورتين إشكالان:

أحدهما: ردها إلى العشرة<sup>(١)</sup> في الصورة الأولى ظاهر إذا قلنا: العادة تَثْبُتُ بمرة واحدة، أما إذا قلنا: لا تثبت، فينبغي ألا نكتفي بسبق العشرة مرة.

قال صاحب الكتاب في «الوسيط»: هذه عادة تمييزية فمنسخها واحدة، ولا يجري فيها ذلك الخلاف كغير المستحاضة إذا تغيرت عاداتها القديمة مرة فإننا نحكم بالحالة المتأخرة ولا يشفى الغليل، وللمعترض أن يقول: لم يختص الخلاف بغير التمييزية تشبهه العادة التمييزية بالصورة المذكورة دون غير التمييزية وأما الفارق.

الثاني: إذا أفاد التمييز عادة للمستحاضة ثم تغير مقدار القوى بعد انخرام التمييز أو قبله وجب أن يخرم بالرد إليه، بل ينبغي أن يخرج على الخلاف فيما إذا اجتمع العادة والتمييز كما تقدم ولم يزد إمام الحرمين في هذا الموضع على دعوى اختصاص ذلك الخلاف بالعادات الجارية من غير استحاضة، ولم يبد معنى فارقاً ولمقرر الإشكال أن يمنع اختصاص الخلاف بتلك العادات ألا ترى أنها لو كانت ترى خمسة سواداً من أول كل شهر، وباقيه حمرة ثم جاءها شهر رأت فيه الخمسة الأولى حمرة، والخمسة الثانية سواداً، ثم عادت الحمرة واستمرت يجري فيها ذلك الخلاف مع أن هذه عادة مستفادة من التمييز، أورد هذه الصور صاحب «التَهْذِيبِ» وغيره فعلى الوجه المغلَّب للتمييز حيضها الخمسة الثانية وعلى الوجه المغلَّب للعادة حيضها الخمسة الأولى، وعلى وجه الجمع تحيض فيهما، - والله أعلم -.

جئنا إلى ما يتعلق بلفظ الكتاب قوله: «مبتدأة رأت خمسة سواداً ثم أطبق الدم على لون واحد». المفهوم من ظاهرة إطباق غير لون السواد، من انقضاء خمسة السواد، واستمراره على الإطلاق، لكن بتقدير أن يكون كذلك، فالضعيف على امتداده استحاضة، وليس لها شهر ثانٍ حتى نحكم بأنها تحيض خمسة من أوله، فإذا المعنى رأت خمسة سواداً وخمسة وعشرين حمرة، أو نحوها ثم أطبق السواد في الشهر الثاني، ثم قوله: «ففي الشهر الثاني تحيضها خمساً بناء على عدم اشتراط في العادة التمييزية، واكتفاء بوقوعها مرة واحدة» وقد ذكرنا ما فيه من الإشكال، ويؤيده أن ما عدا الخمسة لو كان طهراً محسوساً، واستحيضت في الشهر الثاني لم نردها إلى الخمسة على قولنا:

(١) سقط في (ب).

«العادة لا تثبت بمرة» ومعلوم أن التمييز لا يزيد عليه، وليكن قوله: «حيضها خمساً» معلماً بالواو؛ إشارة إلى الوجه الذي تقدم.

قال الغزالي: **الثاني** قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: **الصُّفْرَةُ وَالْكَذْرَةُ** (م) فِي أَيَّامِ الْحَيْضِ حَيْضٌ (ح) وَهُوَ كَذَلِكَ فِي أَيَّامِ الْعَادَةِ، وَفِيمَا وَرَاءَهَا إِلَى تَمَامِ الْخَمْسَةِ عَشَرَ ثَلَاثَةَ أَوْجِهٍ، أَحَدُهَا: أَنَّهُ حَيْضٌ كَأَيَّامِ الْعَادَةِ، وَالثَّانِي: لَا لِضَعْفِ اللَّوْنِ، وَالثَّلَاثُ: إِنْ كَانَ مَسْبُوقاً بِدَمٍ قَوِيٍّ وَلَوْ لَطَخَةً فَيَكُونُ حَيْضاً وَإِلَّا فَلَا، وَمَرَدُّ الْمُبْتَدَأَةِ كَأَيَّامِ الْعَادَةِ أَوْ كَمَا وَرَاءَهَا فِيهِ وَجْهَانِ.

قال الرافعي: هذا الفرع لا اختصاص له بل معظم فائدته فيما إذا لم يعبر الدم الأكثر كما سيأتي، والصفرة: شيء كالصديد يعلوه اصفرار، والكدرة: شيء كدر [وليساً] على ألوان الدماء، ولا خلاف في كونهما حيضاً في أيام العادة؛ لأن الوقوع في أيام العادة يغلب على الظن بكون الأذى الموجود فيه الحيض المعهود، وفيما وراء أيام العادة أربعة أوجه:

أظهرها: أَنْ لهما حكم الحيض أيضاً، لقوله تعالى: ﴿قُلْ هُوَ أَدْنَىٰ فَاغْتَبِرُوا لِلنِّسَاءِ فِي الْمَحِيضِ﴾<sup>(١)</sup>. والصفرة والكدرة أذى، ولما روي عن عائشة - [رضي الله عنها] - قالت: «كُنَّا نَعُدُّ الصُّفْرَةَ وَالْكَذْرَةَ حَيْضاً»<sup>(٢)</sup>. وهذا إخبار عما عهدته في زمان الرسول ﷺ. والثاني: ليس لهما حكم الحيض لقوله ﷺ: «دَمُ الْحَيْضِ أَسْوَدٌ يُعْرَفُ»<sup>(٣)</sup>.

وعن أم عطية، وكانت قد بايعت النبي ﷺ قالت: «كُنَّا لَا نَعُدُّ الصُّفْرَةَ وَالْكَذْرَةَ شَيْئاً»<sup>(٤)</sup>.

وبهذا الوجه قال الإصطخري، وينسب إلى صاحب «التلخيص» أيضاً، وبالأول قال ابن سريج وأبو إسحاق.

والوجه الثالث: وبه قال أبو علي الطبري: إن سبق دم قوي من سواد أو حمرة، فالصفرة والكدرة بعده حيض، وإلا فلا.

والفرق أن الدم يبدو قوياً ثم يرق ويضعف على التدرج. ألا ترى أن الجراحة تصب دماً قوياً، ثم يرق ويختلط بالزطوبات، فإذا سبق دم قوي استتبع ما بعده.

(١) سورة البقرة، الآية ٢٢٢.

(٢) أخرجه البيهقي (٣٣٦/١) بنحوه، وقال: غريباً.

(٣) تقدم.

(٤) أخرجه البخاري (٣٢٦) وأبو داود (٣٠٧) وابن ماجه (٦٤٧) والنسائي (١٨٦/١).

والرابع: حكاه القاضي ابن كج: أنه إنما يحكم بكون الصفرة والكدره حيضاً، بشرط أن يسبقها دم قوي، ويلحقها دم قوي لينسحب الحكم على المتخلل [وإلا كما ليس على هيئة الدماء لا يعطي له حكمها]، وأما المبتدأ، فقد حكى إمام الحرمين عن بعض الأصحاب: أنها إذا رأت صفرة أو كدره ثم طهرت، فحكم مردها على اختلاف القولين وهما الأقل، والغالب كأيام العادة في حق المعتادة.

قال أبو الصحيح أنه كما وراء أيام العادة فحصل وجهان، كما روى صاحب الكتاب إن قلنا: إنه كأيام العادة فالصفرة والكدره فيها حيض بلا خلاف، وإن قلنا: كما وراء أيام العادة عاد فيه الأوجه وهذا هو الذي ذكره الجمهور. ولنوضح هذه المسألة بالأمثلة: امرأة عادت أن تحيض من كل شهر خمسة وتطهر الباقي، فرأت خمستها صفرة، أو كدره، وطهرت فهي حائض في تلك الخمسة بلا خلاف.

ولو رأت خمستها سواداً ثم خمسة صفرة أو كدره وانقطع ما بها، فعلى الوجه الأول: الكل حيض وعلى الثاني حيضها بالسواد وعلى الثالث: الكل حيض لتقدم السواد وعلى الرابع: حيضها السواد؛ لعدم لحوق القوي.

ولو رأت مبتدأة خمسة عشر فما دونها صفرة أو كدره فالذي رآته حيض على الوجه الأول دون الثاني؛ لخروجه عن أيام العادة وكذلك على الوجه الثالث؛ لأنه لم يتقدمه سواد ولا حمرة وكذا على الرابع، لعدم التقدم والتأخر، هذا على طريقة طرد الخلاف، وفي مردها الوجه الذي سبق. وإذا اعتبرنا تقدم [الدم] القوي أو تأخره ففي المقدار المشروط وجهان:

أصحهما: أنه لا يشترط له قدر معين، لأن المعنى فيه ما ذكرنا من هيئة التدرج وإذا سبق الدم القوي، وقد يتسارع إليه الضعف، وقد لا يتسارع، ولا ينضب وهذا هو الذي ذكره في الكتاب حيث قال: «ولو لحظة».

والثاني: أنه يشترط أن يكون قدر يوم وليلة ليكون حيضاً بنفسه، حتى يقوي على امتناع غيره، وأما ما حكاه من لفظ الشافعي - رضي الله عنه - في أول الفرع فقد نص عليه في «المختصر»، واختلفوا في المراد بأيام الحيض بحسب ما حكيناه من الخلاف.

فمن قال: الصفرة والكدره في أيام العادة حيض لا غير قال: المراد بأيام الحيض أيام العادة ومن قال: حيض فيما وراء أيام العادة وفي المبتدأة، قال: أراد بأيام الحيض زمان إمكان الحيض.

ولفظ الكتاب بعد رواية هذا النص يختلف في النسخ، فقد تجد في بعض النسخ: «وذلك في أيام العادة» وهذا لفظه في «الوسيط»، وقد تجد: «وهو كذلك في أيام العادة»

وهما صحيحان وقد تجد: «وكذلك في أيام العادة» وهو فاسد، ولا يخفى عليك ذلك إذا عرفت ما قدمناه، وليكن قوله: «إنه حيض كأيام العادة» معلماً بالألف؛ لأن الحكاية عن أحمد، أنه ليس بحيض قوله: «لا لضعف اللون» معلماً بالحاء؛ لأن عند أبي حنيفة هو حيض كما هو الأصح عندنا، - والله أعلم -.

## الباب الثالث

### في التي نسيت عاداتها

قال الغزالي: وَلَهَا أَحْوَالٌ: الْأُولَى الَّتِي نَسِيَتْ الْعَادَةَ قَدْرًا وَوَقْتًا وَهِيَ الْمُتَحَيِّرَةُ وَهِيَ مَرْدُودَةٌ إِلَى الْمُبْتَدَأَةِ فِي قَدْرِ الْحَيْضِ، وَإِلَى أَوَّلِ الْأَهْلَةِ فِي قَوْلِ ضَعِيفٍ وَالصَّحِيحِ أَنَّهُ لَا يُعَيَّنُ أَوَّلُ الْأَهْلَةِ فَإِنَّهُ تَحَكُّمٌ بَلْ تُؤَمَّرُ بِالْأَخْتِيَابِ أَخْذًا بِأَشَقِّ الْأَخْتِمَالَاتِ فِي أُمُورِ سِتَّةٍ.

قال الرافعي: الناسية لعاداتها إما أن تكون مميزة بشرط التمييز، وإما ألا تكون كذلك، فإن كان الأول فهي مردودة إلى التمييز؛ لأن الرجوع إلى العادة فقد تعذر، فنأخذ بدلالة التمييز كيف [اتفق] ولو أمكن الرجوع إلى العادة أيضاً، لكننا نأخذ بالتمييز على الأصح، وفي هذه الحالة لا تحير، ولا إشكال، وعن الإضطخري وابن خيران أنها لا ترد إلى التمييز، ولا فرق بين أن تكون مميزة أو لا تكون، وهذا لائق بمصيرهما إلى تقديم العادة عند اجتماع المعنيين، لكن المشهور الأصح [هو] الأول، وإن لم تكن مميزة بشرطه، وهذه الحالة هي المقصود بهذا الباب، فلها ثلاثة أحوال؛ لأنها: إما أن تكون ناسية لقدر الحيض ووقته جميعاً، وإما أن تكون ناسية لقدر [الحيض] دون الوقت وإما أن تكون بالعكس من ذلك الحالة الأولى: أن تكون ناسية لهما جميعاً وتعرف بالمتحيرة لتحيرها في شأنها، وقد تسمى محيرة أيضاً، لأنها تحير الفقيه في أمرها، وبعضهم يضع اسم المتحيرة موضع الناسية فتسمى ناسية الوقت وناسية القدر أيضاً متحيرة، وكذلك فعل صاحب الكتاب في «الوسيط» والأول أحسن والنسيان المطلق قد يعرض لغفلة وعلّة عارضة، وقد [تُجَنَّب] صغيرة وتستمر لها عادة في الحيض ثم تفيق وهي مستحاضة فلا تعرف مما سبق شيئاً، وفي حكمها في هذه الحالة قولان:

أحدهما: أنها مردودة إلى المبتدأة؛ لأن العادة المنسية لا يمكن استفادة الحكم منها فيكون كالمعدومة ألا ترى أن التمييز لما لم يمكن استفادة الحكم منه لفوات بعض الشروط الحق بالعدم؛ ولأن المصير إلى القول الثاني يلزمها حرجاً عظيماً على ما سيأتي، ولا حرج في الدين.

وأصحهما: أنها مأمورة بالاحتياط، غير مردودة إلى المبتدأة إذ ما من زمان يمرّ عليها إلا ويحتمل الحيض والطهر والانقطاع، فيجب الأخذ بالاحتياط وقد (نقل) أن سهلة بنت سهيل استحيضت فأنت النبي ﷺ فَأَمَرَهَا أَنْ تَغْتَسِلَ عِنْدَ كُلِّ صَلَاةٍ<sup>(١)</sup>.

فحملة حاملون على أنها كانت ناسية فأمرها به احتياطاً، ومنهم من يثبت سوى القول الثاني، لكن طريقة إثبات القولين أظهر، وهي التي ذكرها في الكتاب. فإن قلنا بالرد إلى المبتدأة، فقد اختلفوا، منهم من طرد فيها القولين في الرد إلى الأقل والغالب، ومنهم من اقتصر على الرد إلى الأقل.

والأول أظهر وهو قضية إطلاقه في الكتاب، حيث قال: «فهي مردودة إلى المبتدأة في قدر الحيض» ويجوز أن يعلم بالواو، إشارة إلى الوجه الثاني، وأما وقت ابتداء حيضها فلا يمكن أخذه من المبتدأة، لأن ابتداء دورها معلوم بظهور الدم بخلاف الناسية، والمشهور تفرعاً على هذا القول - أن ابتداء حيضها أول الهلال حتى لو أفاقت المجنونة في أثناء الشهر الهلالي - عدت باقي الشهر استحاضة واحتجوا له بأن الغالب أن الحيض يبدأ مع استهلال الشهر، وهذه دعوى يخالفها الحس والوجود.

وعن القفال: أنها إذا أفاقت، فابتداء حيضها من وقت الإفاقة؛ لأن التكليف حينئذ يتوجه عليها.

قال الأئمة: وهذا بعيد أيضاً، فإنها قد تفيق في أثناء الحيض، وأقوى ما زيفوا به أصل القول الذي يفرع عليه ما في ابتداء الحيض من الإشكال، أما الرد إلى الأقل أو الغالب كما في المبتدأة فغير بعيد، ولهذا قال صاحب الكتاب: والصحيح أنه لا يتعين أول الأهلة، فإنه تحكم محض التحكم، بتعيين أول الأهلة دون تعيين القدر، وإن كان ذلك متروكاً على قول الاحتياط أيضاً، ومتى أطلقنا الشهر في مسائل المستحاضات عنيينا به ثلاثين يوماً، سواء كان ابتداءه من أول الهلال أم لا، ولا نعني به الشهر الهلالي، إلا في هذا الموضع على هذا القول. وليكن قوله: «إلى أول الأهلة في وقته» معلماً بالواو لما حكيناه عن القفال، ثم على هذا القول، هل تؤمر بالاحتياط من انقضاء وقت الرد إلى آخر الخمسة عشر؟ فيه القولان المذكوران في المبتدأة، وأما التفرع على قول الاحتياط فقد حصره في ستة أمور ونحن نشرحها على النسق.

قال الغزالي: (الأول) أن لا يجامعها زوجها أصلاً لأختمال الحيض.

قال الرافعي: ليس لزوج المتحيرة وسيدها أن يجامعها أصلاً إذ ما من زمان

(١) أخرجه أبو داود (٢٩٥) وفيه عن عنة ابن إسحاق.

يفرض إلا وهو محتمل للحيض فلا بد من الاحتياط، وعن أفضى القضاة الماوردي، وجه آخر: أنه لا بأس بوطئها ورأيته لبعض المتأخرين أيضاً، ووجهه أن الاستحاضة علة مزمنة فالتحريم توريط لها في الفساد، وإذا قلنا بالصحيح، فلو فعل عصى ولزمها الغسل من الجنابة، ولا يعود هاهنا، فالقول المذكور في وجوب الكفارة بوطء الحائض؛ لأننا لا نتيقن وقوعه في الحيض، فتسقط الكفارة بالشبهة كما يثبت التحريم بالشبهة، وهل يجوز الاستمتاع بما تحت الإزار منها؟ فيه الخلاف الذي سبق في الحائض.

قال الغزالي: (الثاني) أن لا تدخل المسجد، ولا تقرأ القرآن.

قال الرافعي: المتحيرة لا تقرأ القرآن لاحتمال الحيض في كل زمان، وقد ذكرنا في الحائض قولاً: إنها تقرأ، فهذه أولى، إذ لا نهاية لعذرها، هذا في القراءة خارج الصلاة، وأما في الصلاة فهل تزيد على الفاتحة؟ فيه وجهان:

أظهرهما: نعم، ولا حجر وحكمها في دخول المسجد حكم الحائض، فلا تمكث بحال ولا تعبر عند خوف التلوين وعند الأمن وجهان، ولا يخفى بعد هذا أنه ينبغي أن يعلم قوله: «ولا تقرأ القرآن ولا تدخل المسجد» كلاهما بالواو.

قال الغزالي: (الثالث) أنها تصلي وظائف الأوقات لإحتمال الطهر، وتغتسل لكل صلاة لإحتمال انقطاع الدم.

قال الرافعي: يجب على المتحيرة أن تصلي الخمس أبداً؛ لأن كل وقت أفرد بالنظر فمن الجائز كونها طاهرة فيه فناخذ بالاحتياط، وهل لها أن تتنفل؟ فيه وجهان: أحدهما: لا؛ لأنه لا ضرورة في التنفل مع احتمال الحيض فصار كقراءة القرآن في غير الصلاة، وحمل المصحف.

وأصحهما: نعم، كالمتميم يتنفل مع بقاء حدثه، ولأن النوافل من مهمات الدين فلا وجه لحرمانها عنها.

ومنهم من جوز السنن الراتبية دون غيرها وهذا الخلاف يجري في نوافل الصوم والطواف ثم يلزمها أن تغتسل لكل فريضة لاحتمال الانقطاع قبلها ويجب أن يقع غسلها في الوقت؛ لأنه طهارة ضرورة فصار كالمتميم وفي وجه: لو وقع غسلها قبل الوقت وانطبق أول الصلاة على أول الوقت وآخر الغسل جاز، وقد ذكرنا نظيره في طهارة المستحاضة، وهل تلزمها المبادرة إلى الصلاة عقيب الغسل؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، كما ذكرنا في وضوء المستحاضة.

وأصحهما: عند إمام الحرمين وصاحب الكتاب: لا، لأننا إنما نوجب المبادرة

إلى الصلاة بعد الوضوء؛ تقيلاً للحدث والغسل إنما تؤمر به لاحتمال الانقطاع ولا يمكن تكرار الانقطاع بين الغسل والصلاة، ولو بادرت أيضاً فمن المحتمل أن غسلها وقع في الحيض وانقطع بعده، فإذا لا حيلة في دفع هذا الاحتمال، وإن قرب الزمان.

وللأول: أن يقول: نعم، دفع أصل الاحتمال لا يمكن، لكن الاحتمال في الزمان الطويل أظهر منه في الزمان القصير فبالمبادرة تقل الاحتمال.

فعلى الوجه الثاني إذا أخرت لزمها لتلك الصلاة وضوء آخر، إذا لم تجوز للمستحاضة تأخير الصلاة عن الطهارة.

قال الغزالي: (الرابع) يَلْزَمُهَا أَنْ تَصُومَ جَمِيعَ شَهْرِ رَمَضَانَ لِأَخْتِمَالِ دَوَامِ الطُّهْرِ. ثُمَّ عَلَيْهَا أَنْ تَقْضِيَ سِتَّةَ عَشَرَ يَوْمًا لِأَخْتِمَالِ دَوَامِ الْحَيْضِ خَمْسَةَ عَشَرَ يَوْمًا وَأَنْطِبَاقَهَا إِلَى سِتَّةَ عَشَرَ بِطَرَيَانِهَا فِي وَسْطِ النَّهَارِ، وَقَضَاءِ الصَّلَوَاتِ لَا يَجِبُ (و) لِمَا فِيهِ مِنَ الْحَرَجِ.

قال الرافعي: مقصود الفصل مسألتان:

إحدهما: أن المتحيرة تصوم على قول الاحتياط جميع شهر رمضان؛ لاحتمال أنها طاهرة في الكل ثم كم يجزئها؟ من ذلك المنقول عن الشافعي - رضي الله عنه - أنه يجزئها خمسة عشر يوماً [إذ لا بد وأن يكون لها في الشهر طهر صحيح، وغاية ما يمكن امتداد الحيض إليه خمسة عشر يوماً]<sup>(١)</sup> فيقع صوم خمسة عشر يوماً في الطهر، وهذا ما ذكره قوم من أصحابنا كصاحب «الإفصاح» والشيخ أبي حامد.

وقال أبو زيد وأكثر الأصحاب على اختلاف الطبقات: لا يجزئها إلا أربعة عشر يوماً لاحتمال أن يتبدىء حيضها في أثنائها، ويمتد خمسة عشر يوماً، فينقطع في أثنائها أيضاً، فتنبسط الخمسة عشر يوماً على ستة عشر، ويفسد صومها، وأثبت إمام الحرمين في المسألة طريقتين:

إحدهما: القطع بما ذكره الأكثرون وحمل كلام الشافعي - رضي الله عنه - على ما إذا حفظت أن دمها كان ينقطع بالليل.

والثانية: جعل المنقول عن الشافعي - رضي الله عنه - من المذهب أيضاً، فليكن قوله: «ثم عليها أن تقضي ستة عشر يوماً معلماً بالواو لهذا المعنى، وهذا إذا كان الشهر كاملاً وهو المراد من مسألة الكتاب، فأما إذا كان ناقصاً فالمحسوب على قياس المنقول عن الشافعي - رضي الله عنه - لا يختلف وتقضي هاهنا أربعة عشر يوماً، وعلى قول الأكثرين المقضي لا يختلف ويحسب لها ثلاثة عشر يوماً. وقال الشيخ أبو إسحاق

(١) في: يومين.

الشيرازي في «المهذب»: يحسب لها أربعة عشر يوماً، وهذا مع موافقته للأكثرين في صورة الكمال. واحتج له يحيى اليميني بأن قال: أجرى الله تعالى العادة بأن الشهر لا يخلو عن طهر صحيح كاملاً كان أو ناقصاً، وإذا كان كذلك فغاية الممكن أن يكون حيضها من الشهر الناقص أربعة عشر يوماً ثم يجوز أن يفسد به صوم خمسة عشر يوماً فيصح أربعة عشر يوماً. ولك أن تقول: لا نسلم أن الله تعالى أجرى العادة بما ادعيت ثم هب أنه كذلك لنا على قول الاحتياط لا نكتفى بالغالب، ولو اكتفينا به لجعلنا الفاسد صوم سبعة أيام أو ثمانية؛ لأن الغالب من الحيض ستة أو سبعة فإذا ما ذكره الشيخ ساقط.

**المسألة الثانية:** إذا أدت الصلوات الخمس فهل يجزئها ذلك؟ أم يجب القضاء مع الأداء كما في الصوم؟ فيه وجهان:

**أحدهما:** وهو المذكور في الكتاب أنه لا يجب، ولهذا سكت الشافعي - رضي الله عنه - عن قضاء الصلاة مع حكمه بوجوب قضاء الصوم، والمعنى فيه أن قضاء صلوات أيام الحيض لا يجب، فإن كانت طاهرة وقت الصلاة المؤداة أجزأها ما فعلت وإلا فلا صلاة عليها وأيضاً فإن قضاء الصلاة يفرض إلى حرج شديد.

**والثاني:** أنه يجب القضاء لجواز أن ينقطع الحيض في خلال الصلاة، أو في آخر الوقت، ويجوز أن ينقطع قبل غروب الشمس فيلزمها الظهر والعصر، أو قبل طلوع الفجر فيلزمها المغرب والعشاء، وإذا سلكنا طريق الاحتياط وجب سلوكه في جميع جهات الاحتمال. ويحكى هذا عن ابن سريج ويشهر بأبي زيد، وهو ظاهر المذهب عند الجمهور، ولم يورد صاحباً «التّهذيب» و«التتمة» سوى ذلك ومنهم من قطع به، وقال الشافعي - رضي الله عنه - كما لم يذكر وجوب القضاء لم ينهه أيضاً.

وقضية مذهبه الوجوب فعلى هذا تغتسل في أول وقت الصبح وتصليها، ثم إذا طلعت الشمس اغتسلت مرة أخرى، وأعادتها لاحتمال أن المرة الأولى [وقعت في الحيض وانقطع بعده؛ فلزمها الصبح، وبالمرتين تخرج عن العهدة يقيناً: لأنها إذا كانت طاهراً في المرة الأولى]<sup>(١)</sup> فهي صحيحة وإلا فإن انقطع في الوقت أجزأتها المرة الثانية [وإن لم ينقطع فلا شيء عليها، ولا يشترط البدار إلى المرة الثانية]<sup>(٢)</sup> بعد خروج الوقت بل متى قضتها قبل انقضاء خمسة عشر يوماً [من أول وقت الصبح خرجت من العهدة أيضاً؛ لأن الحيض لو انقطع في الوقت لم يعد إلى خمسة عشر يوماً]<sup>(٣)</sup>. قال إمام الحرمين ولا يشترط تأخر جميع الصلاة المرة الثانية عن الوقت، بل لو وقع بعضها في

(١) و(٢) و(٣) سقط في (ب).



آخر الوقت جاز بشرط أن يكون دون تكبيرة إذا قلنا: تلزم الصلاة بإدراك تكبيرة، أو دون ركعة فإذا قلنا: لا تلزم إلا بإدراك ركعة، وفيه قولان المذكوران في كتاب الصلاة وإنما يجوز ذلك؛ لأنه (إذا) فرض الانقطاع قبل المرة الثانية فقد اغتسلت وصلت، والانقطاع لا يتكرر، وإن فرض في أثنائها فلا شيء عليه في التصوير المذكور، ولك أن تقول إشكالاً المرة الثانية يتقدمها الغسل، فإذا وقع بعضها في الوقت والغسل سابق جاز أن يقع الانقطاع في أثناء الغسل، ويكون الباقي من وقت الصلاة [من] حينئذ قدر ركعة أو تكبيرة، فيجب أن ننظر إلى زمان الغسل سوى الجزء الأول منه، وإلى الجزء الواقع من الصلاة في الوقت فيقال: إن كان ذلك دون ما يلزم به الصلاة جاز وإلا فلا، ولا نقصر النظر على جزء الصلاة، ثم من المعلوم أنه لا يمكن أن يكون ذلك دون التكبيرة، ويبعد أن يكون دون الركعة فهذا في الصباح، وأما في العصر والعشاء فيصليهما مرتين كذلك، وأما الظهر فلا يكفي وقوعها المرة الثانية في أول وقت العصر، ولا وقوع المغرب في أول وقت العشاء؛ لأنها لو أدركت قدر ركعة أو خمس ركعات على اختلاف القولين نذكرهما من وقت العصر يلزمها الظهر والعصر، وكذلك لو أدركته في وقت العشاء يلزمها المغرب [والعشاء] ومن الجائز انقطاع حيضها في الوقت المفروض؛ فيجب أن تعيد الظهر في الوقت الذي يجوز إعادة العصر فيه، وذلك بعد [١] وقت العصر وتعيد المغرب في الوقت الذي يجوز إعادة العشاء فيه، وذلك بعد وقت العشاء ثم إذا أعادت الظهر والعصر بعد الغروب فينظر إن قدمتها على أداء المغرب فعليها أن تغتسل للظهر وتتوضأ للعصر وتغتسل للمغرب، وإنما كفى لهما غسل واحد؛ لأن دمها إن انقطع قبل الغروب فقد اغتسلت بعده، وإن انقطع بعد الغروب فليس عليها ظهر ولا عصر، وإنما لزم إعادة الغسل للمغرب، لاحتمال الانقطاع في خلال الظهر أو العصر أو عقيبهما، وهكذا الحكم فيما إذا قضت المغرب والعشاء قبل أداء الصبح بعد طلوع الفجر، وحينئذ تكون مصلية الوظائف الخمس مرتين بثمانية أغسال ووضوءين، وإن أخرت الظهر والعصر عن أداء المغرب اغتسلت للمغرب، وكفاها ذلك عن الظهر والعصر أيضاً؛ لأنه إن انقطع حيضها قبل الغروب فلا تعود إلى تمام مدة الظهر، وإن انقطع بعده لم يكن عليها ظهر ولا عصر، ولكن تتوضأ لكل واحدة من الظهر والعصر كما هو شأن المستحاضات، وهكذا القول في المغرب والعشاء إذا أخرتهما عن الصبح، وحينئذ تكون مصلية الوظائف الخمس مرتين بالغسل ست مرات وبالوضوء أربعاً.

وبالطريق الثاني تخرج عن عهدة الصلوات الخمس، وأما بالطريق الأول فقد أخرت المغرب والصبح عن أول وقتها؛ لتقديمها القضاء عليهما فتخرج عن عهدة ما

(١) سقط في (ب).

عداهما، وأما هما فقد قال في «النَّهْيَاة»: إذا أخرت الصلاة عن أول الوقت حتى مضى ما يسع الغسل، وتلك الصلاة فلا يكفي فعلها مرة أخرى في آخر الوقت أو بعده على التصوير الذي سبق لجواز أن تكون طاهراً في أول الوقت، ثم يطراً الحيض فتلزمها الصلاة وتكون المرّتان واقعتين في الحيض بل يحتاج إلى فعلهما مرتين أخريين بغسلين، ويشترط أن تكون إحداهما بعد انقضاء وقت الرّفاهية والضرورة، وقبل تمام خمسة عشر يوماً من افتتاح الصلاة المرة الأولى. والثانية في أول السادس عشر من آخر الصلاة الأولى، فحينئذ تخرج عن العهدة بيقين؛ لأن الخامسة عشر المتخللة إما أن تكون كلها طهراً؛ فتصح المرة الثانية، أو كلها حيضاً فتصح المرة [الأولى أو الثالثة أو] يكون آخرها طهراً؛ فيكون قدر ما بعدها طهراً أيضاً فإن انتهى إلى آخر المرة الثالثة فهي واقعة في الطهر وإلا فالثانية واقعة فيه أو يكون أولها طهراً؛ فيكون شيء مما قبلها طهراً أيضاً؛ وإن كان افتتاحه قبل المرة الأولى فهي في الطهر، وإن كان في أثناء الأولى كانت الثانية في الطهر، ومع هذا كله فلو اقتصر على أداء الصلوات في أوائل أوقاتها، ولم تقض شيئاً حتى مضت خمسة عشر يوماً أو مضى شهر، فلا يجب عليها لكل خمسة عشر يوماً إلا قضاء صلوات يوم وليلة؛ لأن القضاء إنما يجب لاحتمال الانقطاع، ولا يتصور الانقطاع في الخامسة عشر إلا مرة ويجوز أن يجب به تدارك صلاتي جمع، وهما الظهر والعصر المغرب والعشاء، فإذا أشكل الحال أوجبنا قضاء صلوات يوم وليلة كمن نسي صلاة أو صلاتين من خمس ولو كانت تصلي في أوساط الأوقات لزمها أن تقضي للخمسة عشر صلوات يومين وليلتين لجواز أن يطراً الحيض في وسط صلاة فتبطل، وتنقطع في وسطه أخرى فيجب، ويجوز أن يكونا مثلين ومن فاته صلاتان مُتَمَاتِلَتان ولم يعرف عينهما فعليه صلوات يومين وليلتين، بخلاف ما إذا كانت تصلي في أول الوقت فإنه لو فرض ابتداء الحيض في أثناء الصلاة لما وجبت؛ لأنها لم تدرك من الوقت ما يسعها - والله أعلم -.

قال الغزالي: (الْحَامِسُ) إِذَا كَانَ عَلَيْهَا قَضَاءُ يَوْمٍ وَاحِدٍ فَلَا تَبْرَأُ ذِمَّتُهَا إِلَّا بِقَضَاءِ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، وَسَبِيلُهُ أَنْ تَصُومَ يَوْماً وَتُفْطِرَ يَوْماً ثُمَّ تَصُومَ يَوْماً ثُمَّ تَصُومَ السَّابِعَ عَشَرَ مِنْ صَوْمِهَا الْأَوَّلِ فَتَخْرُجَ مِمَّا عَلَيْهَا بِبِقِينٍ؛ لِأَنَّ الْحَيْضَ كَيْفَمَا قُدِّرَ مُقَدِّمًا أَوْ مُؤَخَّرًا فَيَخْرُجُ يَوْمَ عَنِ الْحَيْضِ، وَعِلَّةُ هَذَا التَّقْدِيرِ ذِكْرُنَا فِي كِتَابِ الْبَسِيطِ.

قال الرافعي: تكلم في أن المتحيرة إذا أرادت قضاء صوم يوم لم تبرأ ذمتها، ولم يذكر ما إذا أرادت أن تقضي أكثر من يوم، ولا قضاء الصلوات الفائتة والمندورة ونحن نذكرها على الاختصار، فأما صوم يوم واحد فإنما تخرج من عهده بصوم ثلاثة أيام بأن تصوم يوماً متى شاءت وتفطر يوماً وتصوم اليوم الثالث ثم اليوم السابع عشر، وإنما

خرجت عن العهدة بذلك؛ لأنها إما طاهرة في اليوم الأول فتحصل به الفرض أو غير طاهر، وحيثنذ إما أن تكون حائضاً في جميعه فينقطع حيضها قبل السابع عشر لا محالة، ويقع الثالث أو السابع عشر في الطهر، وإما أن تكون حائضاً في بعضه، فإن كانت حائضاً في أوله وانقطع فيه، فهي طاهر في اليوم الثالث، وإن كانت حائضاً في آخره وابتدأ فيه فغاية الانتهاء إلى السادس عشر، ويقع السابع عشر في الطهر، فعلى أي تقدير قدر يقع يوم في الطهر، واعلم أن ذكر اليوم الثالث والسابع عشر للصوم الثاني والثالث إنما جرى في كلام الأئمة لبيان أن السبعة عشر أقل مدة، ويمكن فيها قضاء اليوم الواحد، وإلا فلا يتعين اليوم الثالث للصوم الثاني، ولا السابع عشر للصوم الثالث، بل لها أن تصوم بدل الثالث يوماً بعده إلى آخر الخامس عشر وبدل السابع عشر<sup>(١)</sup> يوماً بعده إلى آخر تسعة وعشرين يوماً، ولكن الشرط أن يكون المخلف من أول السادس عشر، مثل ما بين صومها الأول والثاني، أو أقل منه. فلو صامت الأول والثالث والثامن عشر، لم يجز؛ لأن المخلف من أول السادس عشر يومان، وليس بين الصومين الأولين، إلا يوم وإنما امتنع ذلك، لجواز أن ينقطع الحيض في اليوم الثالث، ويعود في الثامن عشر، فيكون الكل في الحيض.

ولو صامت الأول والرابع والثامن عشر جاز؛ لأن المخلف مثل ما بين الصومين.

ولو صامت السابع عشر والحالة هذه جاز؛ لأن المخلف أقل مما بين الصومين، ولو صامت الأول والخامس عشر فقد تخلل بين الصومين ثلاثة عشر يوماً، فلها أن تصوم التاسع والعشرين؛ لأن المخلف حيثنذ مثل ما بين الصومين، ولها أن تصوم يوماً قبله؛ لأن المخلف يكون أقل. نعم، لا يجوز أن تصوم السادس عشر، فإنها لو فعلت ذلك لم تخلف شيئاً، ولا بد من تخليف. ثم بشرط ما ذكرنا فهذا شرح ما أورده.

ثم لك أن تعلم قوله: «فلا تبرأ ذمتها إلا بقضاء ثلاثة أيام» بالواو؛ لأن من الأصحاب من قال: يكفيها يومان بينهما أربعة عشر يوماً.

وحكى ذلك عن نص الشافعي - رضي الله عنه - وهذا قول من قال نحسب لها من رمضان خمسة عشر يوماً، والأكثرون قطعوا بأنه لا يكفي اليومان لجواز أن يبتدىء الحيض في اليوم الأول، وينقطع في السادس عشر<sup>(٢)</sup> وأولوا كلام الشافعي - رضي الله عنه -، على ما إذا عرفت، أن دمها كان يبتدىء وينقطع ليلاً، وربما قالوا: إنه مهد القاعدة ولم يخطر له حيثنذ تقدير ببعض اليوم، فما يقتضيه الاحتياط عين مذهبه ولو قال

(١) سقط في (ب).

(٢) الخامس عشر.

صاحب الكتاب: «إلا بصوم ثلاثة أيام» [بدل قوله: بقضاء ثلاثة أيام]<sup>(١)</sup> لكان أحسن؛ لأن الأيام الثلاثة لا تقع قضاء فائتها يوم، وإنما الواقع قضاء واحد من الثلاثة، وأما إذا قضت أكثر من يوم فتضعف ما عليها وتزيد يومين ثم تصوم نصف المجموع ولاءً متى شاءت، وتصوم مثل ذلك من أول السادس عشر [فتخرج عن العهدة] مثاله: إذا أرادت أن تقضي يومين تضعف وتزيد يومين تكون ستة، تصوم ثلاثة متى شاءت ثم ثلاثة من أول السادس عشر<sup>(٢)</sup> فيكفيها لأن الثلاثة الأولى إما أن تكون في الطهر فذاك أو لا تكون، فإن كان كلها في الحيض، فغايبته الانتهاء إلى السادس عشر بتقدير أن يكون الابتداء من اليوم الأول فيقع اليومان الأخيران في الطهر، وإن كان بعضها في الحيض دون البعض، فإن كان اليوم الأول في الطهر صبح من الثامن عشر، وإن كان اليومان الأولان في الطهر صبحاً وإن كان اليوم الأخير في [الطهر صبح]<sup>(٣)</sup> السادس عشر، وإذا كانت تقضي ثلاثة أيام صامت أربعة ولاءً ثم أربعة من أول السادس عشر، وعلى هذا القياس حتى إذا كانت تقضي أربعة عشر يوماً تضعف وتزيد يومين فتستوعب الشهر، وهو غاية ما يمكن قضاؤه في الشهر الواحد، ولذلك لم يحسب من رمضان إلا هذا القدر، ولو أنها صامت ما عليها على الولاء متى شاءت من غير زيادة - وأعادته من أول السَّابع عشر وصامت بينهما يومين، إما مجتمعين أو غير مجتمعين متصلين بالصوم الأول أو الثاني أو غير متصلين - لخرجت عن العهدة أيضاً، وكل واحد من هذين الطريقتين يطرد في قضاء اليوم الواحد، لكن الطريق المذكور فيه أخف، للقتناع بصوم ثلاثة أيام، وعلى هذين الطريقتين تصير أربعة، وهذا كله في قضاء الصوم الذي لا تتابع فيه. أما إذا قضت صوماً متتابعاً بنذر أو غيره، فإن كان قدر ما يقع في شهر - صامته على الولاء ثم مرة أخرى قبل السابع عشر ثم مرة أخرى من السابع عشر.

مثاله: عليها يومان متتابعان، تصوم يومين وتصوم السابع عشر والثامن عشر، وتصوم بينهما يومين متتابعين، وإذا كان عليها شهران متتابعان صامت مائة وأربعين يوماً على التوالي أربعة أشهر لسته وخمسين يوماً وعشرين يوماً لأربعة أيام فإن دام طهرها شهرين فذاك وإلا فقد شهرين من هذه المدة صحيح لا محالة، وتخلل الحيض لا يقطع التتابع، وأما إذا كانت تقضي فائتة صلاة أو تريد الخروج عن عهدة مندورة نظر إن كانت واحدة صلَّتها بغسل متى شاءت، ثم تمهل زماناً يسع الغسل. وتلك الصلاة وتعيدها بغسل آخر بحيث يقع في خمسة عشر يوماً من أول الصلاة المرة الأولى وتمهل من أول السادس عشر قدر الإمهال الأول، ثم تعيدها بغسل آخر قبل تمام الشهر من المرة الأولى، ويشترط أن لا تؤخر الثالثة من أول السادس عشر أكثر من الزمان المتخلل

(١) و(٢) و(٣) سقط في (ب).

بين آخر المرة الأولى، وأول الثانية. وهذا كله كما ذكرنا في الصوم والإمهال الأول كإفطار اليوم الثاني، والإمهال الثاني كالإفطار السادس عشر، وإن كانت الصلوات التي تريدها أكثر من واحدة، فلها طريقان:

أحدهما: أن ننزلها منزلة الصلاة الواحدة، فتصليها على الولاة ثلاث مرات، كما ذكرنا في الواحدة، وتغتسل في كل مرة للصلاة الأولى، وتتوضأ لكل واحدة بعدها. ولا فرق على هذا بين أن تكون الصلوات متفقة أو مختلفة، والثاني أن تنظر فيما عليها من العدد إن لم يكن فيه اختلاف فتضعفه وتزيد عليه صلاتين أبداً، وتصلّي نصف الجملة ولاء ثم النصف الآخر في أول السادس عشر من أول الشروع في النصف الأول. مثاله: عليها خمس صلوات صبح تضعفها وتزيد صلاتين<sup>(١)</sup> تكون اثنتي عشرة، تصلّي نصفها، وستة متى شاءت ثم ستة في أول السادس عشر، وإن كان في العدد الذي عليها اختلاف فتصلي ما عليها بأنواعه على الولاة متى شاءت، ثم تصلي صلاتين من كل نوع مما عليها بشرط أن يقعا في خمسة عشر يوماً من أول الشروع، وتمهل من أول السادس عشر زماناً يسع الصلاة المفتتح بها، ثم تعيد ما عليها على ترتيب فعلها في المرة الأولى.

مثاله: عليها ثلاث صلوات صبح وظهران، تصلي الخمس متى شاءت ثم تصلي بعدها في الخمسة عشر صبحين وظهريين وتمهل من السادس عشر ما يسع لصبح، وتعيد الخمس كما فعلت أولاً، وفي هذا الطريق تفتقر لكل صلاة إلى غسل بخلاف ما ذكرنا في الطريق الأول، والطواف بمثابة الصلاة واحداً كان أو عدداً، وتصلي مع كل طواف ركعتيه، ويكفي غسل واحد للطواف مع الركعتين [إن لم توجب الركعتين]<sup>(٢)</sup> وإن أوجباهما فثلاثة أوجه:

أصحها: أنه يجب وضوء للركعتين بعد الطواف.

والثاني: يجب غسل آخر لهما.

والثالث: لا يجب لا هذا ولا ذاك، ولو بسطنا القول في جميع ذلك لطال، وقد فعلته في غير هذا الكتاب.

قال الغزالي: (السَّادِسُ) إِذَا طَلَّقَتْ أَنْقَضَتْ عِدَّتَهَا بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ، وَلَا تُقَدَّرُ تَبَاعُدَ حَيْضِهَا إِلَى سِنِّ الْيَأْسِ لِأَنَّهُ تَشْدِيدٌ عَظِيمٌ.

قال الرافعي: المتحيرة إذا طلقها زوجها بماذا تعتد؟ نقلوا عن صاحب «التقريب»

(١) (٢) سقط في (ب).

وجهاً، أنها تصبر إلى سن اليأس ثم تعتد بالأشهر؛ لأن من المحتمل تباعد الحيض ونحن نفرع عى قول الاحتياط فنأخذ في كل حكم بالأسوأ، والذي صار إليه المعظم ورواه صاحب الكتاب أن عدتها تنقضي بثلاثة أشهر؛ لأن الغالب أن يكون للمرأة في كل شهر حيضة، وحمل أمرها على تباعد الحيض وتكليفها الصبر إلى سن اليأس فيه مشقة عظيمة وضرر بين، فلا وجه لاحتماله بتجوير مجرد على خلاف الغالب بخلاف العبادات فإن المشقة فيها أهون، ثم في كيفية اعتدادها بالأشهر كلام ذكره في كتاب «العدة». واعلم أن إمام الحرمين - قدس الله روحه - مال إلى رد المتحيرة إلى المبتدأة في قدر الحيض، وإن لم يجعل أول الهلال ابتداء دورها، ومما استشهد به هذه المسألة. فقال: اتفاق معظم الأصحاب على أنها تعتد بثلاثة أشهر يدل على تقريب أمرها من المبتدأة في عدد الحيض والطهر، والمعنى القاضي برد المبتدأة إلى الأقل، والغالب يقضي بمثل ذلك في المتحيرة، فوجب القول به وهذا توسط بين القول الضعيف، وبين الاحتياط التام، وفيه تخفيف الأمر عليها في المحسوب من رمضان، فإن غاية حيضها على هذا التقدير يكون سبعة، وأقصى ما يفرض انبساطه على ثمانية أيام، فيصبح لها من الشهر الكامل اثنان وعشرون يوماً، وكذلك في قضاء الصوم والصلاة فيكفيها على هذا التقدير إذا كانت تقضي صوم يوم أن تصوم يومين بينهما سبعة أيام، لكن الذي عليه جمهور الأصحاب ما تقدم، وبالله التوفيق.

قال الغزالي: **الحَالَةُ الثَّانِيَةُ** أَنْ تَحْفَظَ شَيْئاً كَمَا لَوْ حَفِظْتَ أَنْ أِبْتِدَاءَ الدَّمِ كَانَ أَوَّلَ كُلِّ شَهْرٍ، فَيَوْمٌ وَلَيْلَةٌ مِنْ أَوَّلِ كُلِّ شَهْرٍ حَيْضٌ بَيِّقِينَ، وَبَعْدَهُ يَحْتَمِلُ الْأَنْقِطَاعَ إِلَى أَنْقِضَاءِ الْخَامِسِ عَشْرٍ وَتَغْتَسِلُ لِكُلِّ صَلَاةٍ، وَبَعْدَهُ إِلَى آخِرِ الشَّهْرِ طَهْرٌ بَيِّقِينَ فَتَتَوَضَّأُ لِكُلِّ صَلَاةٍ، وَلَوْ حَفِظْتَ أَنَّ الدَّمَ كَانَ يَنْقَطِعُ عِنْدَ آخِرِ كُلِّ شَهْرٍ، فَأَوَّلُ الشَّهْرِ إِلَى النُّصْفِ طَهْرٌ بَيِّقِينَ، ثُمَّ بَعْدَهُ يَتَعَارِضُ الْأَخْتِمَالُ وَلَا يَحْتَمِلُ الْأَنْقِطَاعَ؛ لِأَنَّ فِي آخِرِهِ حَيْضاً بَيِّقِينَ فَتَتَوَضَّأُ وَتُصَلِّيَ إِلَى أَنْقِضَاءِ الثَّاسِعِ وَالْعِشْرِينَ، وَالْيَوْمَ الْأَخِيرَ بِلَيْلَتِهِ حَيْضٌ بَيِّقِينَ.

قال الرافعي: إذا حفظت الناسية من عاداتها شيئاً ونسيت شيئاً، فالقول الجملي فيها أن الزمان الذي تتيقن فيه الحيض ثبت فيه أحكام الحيض، وكل زمان، تتيقن فيه الطهر ثبت فيه أحكام الطهر، نعم، لها حدث دائم، وكل زمان يحتمل الحيض والطهر فهي في الاستمتاع كالحائض، وفي لزوم العبادات كالطاهر، ثم إن كان ذلك الزمان محتملاً للانقطاع أيضاً فعليها أن تغتسل لكل فريضة، ويجب الاحتياط على ما يقتضيه الحال. وإذا عرفت هذه المقدمة فنقول: ذكرنا أن الناسية إذا لم تنس القدر والوقت جميعاً وحفظت شيئاً، فمحفوظها إما أن يكون الوقت، وإما أن يكون القدر. أو شيء منه فجعل الحالة الأولى من الحالتين الآخرين في القسم الأول، والثانية منهما في القسم الثاني.

وقوله: «أن تحفظ شيئاً» أي: من الوقت وإلا دخل فيه الحالة الأخيرة، واقتصر هاهنا على ذكر مثالين:

**أحدهما:** لو عينت ثلاثين يوماً، وذكرت أنها كانت يبتدىء بها الدم لأول هذه المدة، وكذلك في كل ثلاثين بعدها ولم تعرف شيئاً غير ذلك فيوم وليلة من أول الثلاثين حيض بيقين؛ فإنه أقل الحيض وبعده يحتمل الحيض والطهر والانقطاع إلى آخر الخامس عشر، وبعده إلى آخر الشهر طهر بيقين، وكذلك الحكم في كل ثلاثين بعدها، والمراد من الشهر في هذه المسائل الأيام التي تعينها هي لا الشهر الهلالي.

**والثاني:** إذا عينت ثلاثين يوماً بلياليها، وقالت: أحفظ أن الدم كان ينقطع آخر كل شهر، فالأول إلى انقضاء النصف طهر بيقين؛ لأن غاية الممكن افتتاح الحيض من (أول) ليلة السادس عشر وبعده يحتمل الحيض والطهر دون الانقطاع واليوم الثلاثون واللييلة قبله حيض بيقين، ويتعلق بهذه الحالة مسائل تشتهر بمسائل الخلط، نذكر منها صورتين.

**إحدهما:** الخلط المطلق، وهو أن تقول (كنت) أخلط شهراً بشهر حيضاً، أي: كنت في آخر كل شهر وأول ما بعده حائضاً، فلحظة من أول كل شهر ولحظة من آخره حيض بيقين ولحظة من آخر الخامس عشر ولحظة من ليلة السادس عشر طهر بيقين، وما بين اللحظة من أول الشهر واللحظة من آخر الخامس عشر يحتمل الحيض والطهر والانقطاع، وما بين اللحظة من أول ليلة السادس عشر واللحظة من آخر الشهر يحتملها ولا يحتمل الانقطاع، ولو قالت: كنت أخلط شهراً بشهر طهراً فليس لها حيض بيقين، لكن لها ساعتان، طهر بيقين، ساعة من آخر كل شهر وساعة من أوله، ثم قدر أقل الحيض بعد مضي اللحظتين لا يمكن فيه الانقطاع وبعده يمكن:

**الثانية:** لو قالت: كنت أخلط الشهر بالشهر وكنت اليوم الخامس حائضاً، فلحظة من آخر الشهر إلى آخر خمسة أيام من الشهر الثاني حيض بيقين، ولحظة من آخر الخامس عشر إلى آخر العشرين طهر بيقين، وما بينهما كما سبق.

قال الغزالي: **الحالة الثالثة إذا قالت:** أضلكت عَشْرَةَ فِي عِشْرِينَ مِنْ أَوَّلِ الشَّهْرِ فَأَعْمَشُ الْأَخِيرُ طَهْرٌ بَيِّقِينَ، وَجَمِيعُ الْعِشْرِينَ مِنْ أَوَّلِ الشَّهْرِ يَحْتَمِلُ الْحَيْضَ وَالطُّهْرَ، نَعَمْ لَا يَحْتَمِلُ الْأَنْقِطَاعَ فِي الْعَشْرِ الْأَوَّلِ فَتَتَوَضَّأُ لِكُلِّ صَلَاةٍ وَيَحْتَمِلُ فِي الْعَشْرِ الثَّانِي فَتَغْتَسِلُ لِكُلِّ صَلَاةٍ، وَلَوْ قَالَتْ: أضللت خَمْسَةَ عَشَرَ فِي عِشْرِينَ مِنْ أَوَّلِ الشَّهْرِ فَأَلْخَمْسَةُ الثَّانِيَةِ وَالثَّلَاثَةُ مِنْ أَوَّلِ الشَّهْرِ حَيْضٌ بَيِّقِينَ؛ لِأَنَّهَا تَنْدَرُجُ تَحْتَ تَقْدِيرِ التَّقْدِيمِ وَالتَّأخِيرِ جَمِيعاً.

قال الرافعي: الحافظة لقدر الحيض إنما تخرج عن التحير المطلق، إذا حفظت مع

ذلك قدر الدور وابتداءه؛ إذ لو قالت: كان حيضي خمسة وأضللت في دوري ولا أعرف سوى ذلك، فلا فائدة فيما ذكرت لاحتمال الحيض والطهر والانقطاع في كل زمان، وكذا لو قالت: حيضي خمسة، ودوري ثلاثون ولا أعرف [ابتداءه وكذلك لو قالت: حيضي خمسة وابتداء دوري يوم كذا، ولا أعرف قدره<sup>(١)</sup>] وإذا حفظتهما جميعاً مع قدر الحيض فأشكال الحال بعد ذلك إنما يكون لإضلال الحيض والإضلال قد يكون في جميع الدور وقد يكون في بعضه، فإن كان الإضلال في كله يحتمل الحيض والطهر، وقدر الحيض من أول الدور لا يحتمل الانقطاع وبعده يحتمل الانقطاع أيضاً.

مثاله: قالت دوري ثلاثون ابتداءه كذا، وحيضي عشرة أضللتها في الثلاثين، فعشرة من أولها لا تحتمل الانقطاع، والباقي يحتمله والكل يحتمل الحيض والطهر. هذا إذا لم تعرف مع ذلك شيئاً آخر فإن عرفت شيئاً آخر فعليها الاحتياط كما يقتضيه الحال:

مثاله: قالت: حيضي إحدى عشرات الشهر وقد نسيت عينها، فهذا يفارق الصورة السابقة في احتمال الانقطاع بعد العشرة الأولى قائم إلى آخر الشهر، وهاهنا لا يحتمل الانقطاع إلا في آخر كل عشرة من العشرات، وإن كان الإضلال في بعض الدور فقد ذكر في الكتاب منه صورتين:

إحدهما: إذا قالت: أضللت عشرة في عشرين من أول الشهر، فالعشرة الأخيرة طهر بيقين، والعشرون من أوله يحتمل الحيض والطهر، ولا يمكن الانقطاع في العشرة الأولى ويمكن في الثانية.

والثانية: قالت: أضللت خمسة عشرة في عشرين من أول الشهر، فالعشرة الأخيرة طهر بيقين، والخمسة الثانية والثالثة حيض بيقين، لاندرجاهما تحت تقدير تقديم الحيض وتأخيره جميعاً، والخمسة الأولى تحتمل الحيض والطهر دون الانقطاع، والرابعة تحتملها جميعاً، والطهر المستيقن في هاتين الصورتين وقع في الطرف الآخر من الدور وقد يقع في الطرف الأول كما إذا قالت: أضللت العشرة أو الخمسة عشر في العشرين من آخر الشهر، وقد يقع في الوسط كما إذا قالت: كان حيضي خمسة والدور ثلاثون، وكنت اليوم الثالث عشر طاهراً فخمسة من أول الدور تحتمل الحيض، والطهر دون الانقطاع، وما بعدها يحتملها جميعاً إلى آخر الثاني عشر والثالث عشر والرابع عشر والخامس عشر طهر بيقين، ومن أول السادس عشر إلى آخر العشرين يحتمل الحيض والطهر دون الانقطاع، ومنهم إلى آخر الشهر يحتملها جميعاً، ومتى كان القدر

(١) سقط في (ب).



الذي أضلته زائداً على نصف محل الضلال كان لها حيض بيقين من وسطه، وقدره ضعف القدر الزائد من الحيض على نصف محل الضلال، وإن شئت قلت ما يزيد من ضعف قدر الحيض من كل محل الضلال، ففي الأولى من صورتني الكتاب لم يكن قدر الحيض زائداً على نصف محل الضلال، فلم يكن لها حيض بيقين، وفي الثانية كان زائداً فلا جرم لها حيض بيقين، ومقداره عشرة لأن الزائد من قدر الحيض على نصف محل الضلال خمسة وضعف الخمسة عشرة، وبالعبرة الثانية نقول: ضعف قدر الحيض ثلاثون ومحل الضلال عشرون، والثلاثون تزيد على العشرين بعشرة.

قال الغزالي: فَرَعُ إِذَا أَسَقَّتْ عَادَتُهَا وَكَانَتْ تَحِيضُ فِي شَهْرٍ ثَلَاثًا ثُمَّ فِي شَهْرٍ خَمْسًا ثُمَّ فِي شَهْرٍ سَبْعًا ثُمَّ تَعُودُ إِلَى الثَّلَاثِ عَلَى هَذَا التَّرْتِيبِ ثُمَّ اسْتَحِيضَتْ فِي رَدِّهَا إِلَى هَذِهِ الْعَادَةِ الدَّائِرَةِ وَجِهَانٍ: فَإِنْ قُلْنَا: لَا تُرَدُّ إِلَيْهَا فَقَدْ قِيلَ: إِنَّهَا كَالْمُبْتَدَأَةِ، وَقِيلَ: إِنَّهَا تُرَدُّ إِلَى الْقَدْرِ الْأَخِيرِ قَبْلَ الْأَسْتِحَاضَةِ، وَقِيلَ: تُرَدُّ إِلَى الثَّلَاثَةِ إِنْ اسْتَحِيضَتْ بَعْدَ الْخَمْسَةِ لِأَنَّهَا مُتَكَرِّرَةٌ فِي الْخَمْسَةِ، وَلَوْ كَانَتْ الْأَقْدَارُ مَا سَبَقَ مِنْ ثَلَاثٍ وَخَمْسٍ وَسَبْعٍ وَلَكِنْ لَا عَلَى سَبِيلِ الْأَتْسَاقِ، فَإِنْ قُلْنَا: تُرَدُّ إِلَى الْعَادَةِ الدَّائِرَةِ فَهَذِهِ كَالَّتِي نَسَبَتْ الثُّونَةَ الْمُتَقَدِّمَةَ فِي الْعَادَةِ الدَّائِرَةِ بَعْدَ الْأَسْتِحَاضَةِ، وَحُكْمُهَا الْأَخْتِيَاطُ، فَعَلَيْهَا أَنْ تَغْتَسِلَ بَعْدَ الثَّلَاثِ لِأَنَّ الثَّلَاثَ حِيضٌ بَيِّقِينَ ثُمَّ تَتَوَضَّأُ لِكُلِّ صَلَاةٍ إِلَى أَنْقِضَاءِ الْخَامِسِ. ثُمَّ تَغْتَسِلَ مَرَّةً أُخْرَى، ثُمَّ تَتَوَضَّأُ إِلَى أَنْقِضَاءِ السَّابِعِ، ثُمَّ تَغْتَسِلَ، ثُمَّ هِيَ طَاهِرَةٌ إِلَى آخِرِ الشَّهْرِ.

قال الراجعي: إذا استمرت للمرأة عادات حيض مختلفة المقادير، ثم استحيضت فلا تخلو إما أن تكون مُسَقَّةً منتظمة أو لا تكون كذلك، فهما حالتان:

إحدهما: أن تكون منتظمة لا تختلف كما إذا كانت تحيض في شهر ثلاثة ثم في شهر خمسة ثم في شهر سبعة ثم في الشهر الرابع ثلاثة ثم خمسة ثم سبعة وهكذا فهل ترد بعد الاستحاضة إلى هذه العادة؟ وجهان:

أظهرهما: نعم؛ لأن تعاقب الأقدار المختلفة قد صار عادة لها فصار كالوقت والقدر المعتادين.

والثاني: لا ترد إلى العادة الدائرة؛ لأن كل واحد من المقادير ينسخ ما قبله ويخرجه عن الاعتبار، ولا فرق على الوجهين بين أن يكون نظم عاداتها، على ترتيب العدد على ما ذكرنا، أو لا يكون كما إذا كانت ترى في شهر خمسة ثم ثلاثة ثم سبعة ثم تعود إلى الخمسة ولا فرق أيضاً بين أن ترى كل واحدة من العادات مرة، كما ذكرنا أو مرتين كما إذا كانت ترى في شهرين ثلاثة ثلاثة، وفي شهرين بعدهما خمسة خمسة،

وفي شهرين بعدهما سبعة سبعة، وقوله في صورة المسألة: ثم تعود إلى الثلاث على هذا الترتيب إنما ذكر ذلك؛ لأنه لو ابتدء الحيض بها ورأت الأقدار الثلاثة في ثلاثة أدوار واستحيضت في الرابع فلا خلاف في أنها لا ترد إلى تلك الأقدار في أدوارها، أما إذا أثبتنا العادة بمرة فلأن القدر الأخير ينسخ ما قبله وأما إذا لم تثبت، فلأنه لم يثبت كون العادات المختلفة عادة لها هكذا قاله في «النهاية».

ولهذا قال الأئمة: أقل ما تستقيم فيه العادة في المثال المذكور في الكتاب ستة أشهر، فإن كانت ترى هذه الأقدار مرتين مرتين فسنة فإذا محل الوجهين ما إذا تكررت العادة الدائرة.

فإن قلنا: ترد إليها فاستحيضت عقيب شهر الثلاثة ردت في أول شهر الاستحاضة إلى الخمسة وفي الثاني إلى السبعة وفي الثالث إلى الثلاثة، وإن استحيضت عقيب شهر الخمسة ردت إلى السبعة، ثم إلى الثلاثة ثم إلى الخمسة وإن استحيضت عقيب شهر السبعة ردت إلى الثلاثة ثم إلى الخمسة ثم إلى السبعة.

وإن قلنا: لا ترد إليها فقد نقل صاحب الكتاب ثلاثة أوجه:

أحدها: أنها ترد إلى القدر الأخير قبل الاستحاضة أبداً، وهذا مبني على أن العادة تثبت بمرة وتنتقل بمرة.

والثاني: ترد إلى القدر المشترك بين الحيضتين المتقدمتين على الاستحاضة [فإن استحيضت]<sup>(١)</sup> بعد شهر الخمسة ردت إلى الثلاثة، وكذا لو استحيضت بعد شهر الثلاثة، وإن استحيضت بعد شهر السبعة ردت إلى الخمسة، وهذا والذي بعده خارجان على قولنا: إن العادة لا تثبت بمرة.

والثالث: أنها كالمبتدأة؛ لأن شيئاً من الأقدار لم يصر عادة لها أما إذا لم يتكرر على حياله، ولا عبرة بالتكرار في ضمن عدد أكثر منه، فإنه حينئذ ليس بحيضة لها، ولم أر بعد البحث نقل هذه الوجوه متفرعة على الوجه الثاني لغير صاحب الكتاب، حتى لشيخه إمام الحرمين - رحمه الله - فإنه وإن ذكر هذه الوجوه فإنما ذكرها فيما إذا لم تكرر العادة الدائرة.

وقد حكينا أن محل الوجهين ما إذا تكررت فإذا صاحب الكتاب متفرد [ينقل]<sup>(٢)</sup> هذه الوجوه تفريعاً على أحد الوجهين، والذي ذكره غيره تفريعاً عليه الرّد إلى القدر المتقدم على الاستحاضة لا غير ثم إذا رددناها إلى القدر المتقدم على الاستحاضة فهل يجب عليها الاحتياط فيما بين أقل العادات وأكثرها؟ فيه وجهان:

(١) سقط في (ب).

أصحهما: لا، كذات العادة الواحدة لا تحتاط بعد الرد.

**والثاني:** نعم، لجواز امتداد الحيض إليه فعلى هذا يجتنبها الزوج في المثال المذكور إلى آخر السبعة، ثم إن استحيضت عقيب شهر الثلاثة تحيضت، من كل شهر ثلاثة، ثم تغتسل وتصوم وتصلي [وتغتسل]<sup>(١)</sup> مرة أخرى لآخر الخامس، ومرة أخرى لآخر السابع، وتقضي صوم السبعة جميعاً؛ لأنها لم تصم الثلاثة، وفيما وراءهما احتمال الحيض قائم وإن صامت ولا تقضي الصلاة أيضاً؛ لأنها حائض في الثلاثة وليس على الحائض قضاء الصلاة، وفيما وراءها إن كانت حائضاً فلا شيء عليها؛ وإن كانت طاهراً فقد صلت وإن استحيضت عقيب شهر الخمسة تحضيت من كل شهر خمسة ثم تغتسل وتصوم وتصلي وتغتسل مرة أخرى لآخر السابع وتقضي صوم الكل وصلوات اليوم [الرابع]<sup>(٢)</sup> والخامس لاحتمال أنها كانت طاهراً فيهما، ولم تصل وإن استحيضت عقيب شهر السبعة تحيضت من كل شهر سبعة واغتسلت عند انقضاء السابع وتقضي يوم السبعة وصلوات ما وراء الثلاثة المستيقنة من السبعة، - والله أعلم ..

هذا كله إذا ذكرت العادة المتقدمة على الاستحاضة، فإن نسيتها تحيضت من كل شهر ثلاثة، فإنها أقل المقادير التي عهدتها وهي تحيض بيقين، ثم تغتسل وتصوم وتصلي وتغتسل أيضاً لآخر الخامس والسابع وتتوضأ فيما بينهما لكل فريضة كما تفعل المستحاضات ثم هي طاهر بيقين إلى آخر الشهر وهل يختص هذا الجواب بقولنا: إنها ترد إلى العادة الدائرة أو هو مستمر على الوجهين جميعاً قضية كلام الأكثرين أنه مستمر على الوجهين جميعاً وكثيراً ما يستوي التفريع على وجهين مختلفين، وإطلاق صاحب الكتاب يوافق كلامهم، وقال إمام الحرمين، هو مخصوص بقولنا: ترد إلى العادة الدائرة، أما إذا قلنا: ترد إلى القدر المتقدم على الاستحاضة فمنهم من قال هاهنا: ترد إلى أقل العادات ومنهم من قال: هي كالمبتدأة وقد ذكرنا قولين في المبتدأة أنها هل تؤمر بالاحتياط إلى آخر الخمسة عشر فهما جاريان هاهنا فيحصل من هذا خلاف في أنها هل تحتاط؟ وإذا احتاطت فلا يختص الاحتياط على هذا بأخر أكثر الأعداد.

**الحالة الثانية:**<sup>(٣)</sup> أن لا تكون تلك العادات منتظمة بل كانت تأتيا مختلفة مرة تتقدم هذه وأخرى هذه.

ذكر إمام الحرمين وصاحب الكتاب: أن حكم هذه الحالة يبني على حالة الانتظام إن قلنا: ثم لا ترد إلى العادة الدائرة فهاهنا أولى، وترد إلى القدر المتقدم على الاستحاضة على هذا.

(٢) في (ط): الثالثة.

(١) سقط في.

وإن قلنا: ترد إلى العادة الدائرة فعدم الانتظام بمثابة نسيان النوبة المتقدمة على الاستحاضة، فتحتاط كما سبق، وقد ذكر غيرهما طرقتاً في هذه الحالة (محصول الخارج) منها ثلاثة أوجه:

أصحها: الرد إلى القدر المتقدم على الاستحاضة، وهذا مبني على أن العادة تثبت بمرة.

والثاني: أن القدر المتقدم عليها إن تكرر مرتين، أو ثلاثاً ردت إليها، وإلا فترد إلى الأقل من عاداتها لأنه متكرر ومستيقن.

والثالث: أنها كالمبتدأة ولا نظر إلى شيء من تلك العادات.

ثم قالوا: [إن قلنا: ترد إلى القدر المتقدم على الاستحاضة أو إلى أقل العادات، فتحتاط إلى آخر أكثر العادات]<sup>(١)</sup> وإن قلنا: هي كالمبتدأة ففي الاحتياط إلى آخر الخمسة عشر الخلاف المذكور في المبتدأة، هذا إذا عرفت القدر المتقدم على الاستحاضة فإن نسيته، والعادات غير متسقة فهانها وجهان الذي ذكره الأكترون الرد إلى أقل العادات. والثاني: أنها كالمبتدأة فعلى الثاني في الاحتياط الخلاف المذكور في المبتدأة، وعلى الأول يجب الاحتياط إلى آخر أكثر العادات.

وحكى بعضهم أنه يستحب، ولا يجب وإذا تأملت ما حكينا حصل عندك جوابان في أنها هل تحتاط في الحالة الثانية سواء عرفت القدر المتقدم على الاستحاضة أو نسيته، إن قلنا: تحتاط فذلك إلى آخر أكثر المقادير أو إلى الخمسة عشر، فيه جوابان، ويحصل مثل هذا الخلاف عند النسيان في الحالة الأولى، بل عند العلم أيضاً لأننا روينا فيه الوجهين في الاحتياط آخر أكثر المقادير، وذكر في الكتاب وجهاً: أنها كالمبتدأة فيجيء فيه الخلاف المذكور في احتياط المبتدأة أيضاً، وعند هذا لك أن تعلم قوله: «وحكمها الاحتياط» بالواو للوجه الصائر إلى أنه لا يلزمها الاحتياط، وقوله في آخر الباب: ثم هي طاهرة إلى آخر الشهر أيضاً للوجه الصائر إلى أنها تحتاط إلى آخر الخمسة عشر.

وقوله: «فعلينا أن تغتسل بعد الثلاث»؛ لأن الثلاث حيض بيقين أيضاً؛ لأن من قال بأنها كالمبتدأة يحيضها يوماً وليلة، أو ستاً أو سبعاً ولا يعتبر الثلاث.

وقوله: «ثم تتوضأ إلى آخر الخامس، وإلى آخر السابع أيضاً» للوجه الذاهب إلى أنها تحتاط في جميع الخمسة عشر.

(١) سقط في (ب).

وأعلم أن الصحيح من هذا الخلاف عند العلم في حالة انتظام العادات أنها لا تحتاط، والصحيح عند النسيان وفي حالة عدم الانتظام أنها تحتاط لكن إلى آخر أكثر الأقدار، لا إلى تمام الخمسة عشر، ولهذا خلط في الكتاب الحالة الثانية بصورة النسيان من حال الانتظام، والله أعلم.

قال الغزالي:

### البَابُ الرَّابِعُ فِي التَّلْفِيقِ

فَإِذَا انْقَطَعَ دَمُهَا يَوْمًا يَوْمًا وَانْقَطَعَ عَلَى الْخَمْسَةِ عَشَرَ، فَبِي قَوْلٍ: تُلْتَقِطُ أَيَّامَ النَّقَاءِ وَتُلْتَفِقُ (ح) وَيَحْكُمُ بِالطَّهْرِ فِيهِ، وَالْقَوْلُ الْأَصْحَحُ أَنَا نَسَحَبُ (م) حُكْمَ الْحَيْضِ عَلَى أَيَّامِ النَّقَاءِ وَنَجْمَلُ ذَلِكَ كَالْفَتْرَاتِ بَيْنَ دَفْعَاتِ الدَّمِ، لِأَنَّ الطَّهْرَ النَّاقِصَ فَاسِدٌ كَالدَّمِ النَّاقِصِ.

قال الرافعي: إذا انقطع دم المرأة وكانت ترى يوماً دماً، ويوماً نقاء أو يومين ويومين، فلا يخلو إما أن ينقطع قبل مجاوزة الخمسة عشر أو يجاوزها، فهما قسمان:

الأول: أن ينقطع ولا يجاوز فيه قولان:

أحدهما وبه قال مالك وأحمد: أنها تلتقط أيام النقاء، وتلفق ونحكم بالطهر فيها وحيضها أزمته الدم لا غير، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ﴾<sup>(١)</sup> أي: ينقطع دمه، وقد انقطع فوجب أن يجوز القربان، ولأنه لا يحكم في أيام الدم حقيقة بالطهر، فكذلك لا يحكم في أيام النقاء حقيقة بالحيض؛ توفيراً لحكم كل واحدة من الحالتين عليها، ولا شك أن أزمته النقاء لا تجعل أطهاراً في حق انقضاء العدة بها، والطلاق فيها لا يخرج عن كونه بدعيّاً، فقولنا: نحكم بالطهر فيها على هذا القول أي: في الصوم والصلاة والاعتسال ونحوها.

والثاني وبه قال أبو حنيفة: إن حكم الحيض ينسحب على أيام النقاء فتحيض فيها جميعاً؛ لأن زمان النقاء ناقص عن أقل الطهر فيكون حيضاً كساعات الفترة بين دفعات الدم؛ ولأن أزمته النقاء لو كانت طهراً واحداً فإما أن يكون كل واحد منها طهراً وحده أو مجموعها طهراً واحداً، فإن كان الأول وجب انقضاء العدة بثلاثة منها، وإن كان الثاني على جميع الشهر حتى لا تكون مُسْتَحَاضَةً مع مجاوزة الدّم بصفة التَّقَطُّعِ وليس كذلك، والقول الأول أصح عند الشيخ أبي حامد، وطائفة من أصحابنا العراقيين، لكن ما عليه المعظم أن الثاني أصح على ما ذكره في الكتاب، وبه قال القاضي أبو الطيب

(١) سورة البقرة، الآية ٢٢٢.

الطَّبْرِي، وموضع القولين ما إذا كانت مدة الانقطاع زائدة على الفترات المعتادة بين دفعات الدم، فإنه لا يسيل دائماً في الغالب، فإن لم يزد عليها فلا خلاف في كون الكُلّ حياً، وهذا بين من إلحاقه أيام النقاء على قول السحب بها.

وقد قال إمام الحرمين في الفرق بينهما: إن دم الحيض يجتمع في الرحم ثم الرحم يقتره شيئاً فشيئاً، فالفترة ما بين ظهور دفعة وانتهاء دفعة أخرى من الرحم إلى المنفذ فما زاد على ذلك فهو النقاء الذي فيه القولان، وربما يتردد الناظر في أن مطلق الزائد على المدة المذكورة هل تخرج عن حد الفترات المعتادة؟ لأن تلك المدة يسيرة والله أعلم بالصواب.

ولا فرق على القولين بين أن يكون قدر الدم أكثر من قدر النقاء، أو قدر النقاء أكثر، أو يكونا متساويين، وإذا رأت صفرة أو كدرة بين سوادين، فإن قلنا: الصفرة في غير أيام العادة ليست حياً فهو من صور التقطع.

قال الغزالي: وَلَكِنْ نَسَحَبَ حُكْمَ الْحَيْضِ عَلَى النَّقَاءِ بِشَرْطَيْنِ: (أَحَدُهُمَا): أَنْ يَكُونَ النَّقَاءُ مُخْتَوِشاً بِدَمَيْنِ فِي الْخَمْسَةِ عَشَرَ حَتَّى لَوْ رَأَتْ يَوْماً وَلَيْلَةً دَماً وَأَرْبَعَةَ عَشَرَ نَقَاءً وَرَأَتْ فِي السَّادِسِ عَشَرَ دَماً فَالنَّقَاءُ مَعَ مَا بَعْدَهُ مِنَ الدَّمِ طَهَرَ لِأَنَّهُ لَيْسَ مُخْتَوِشاً بِالْحَيْضِ فِي الْمُدَّةِ. (والثاني) أن يكون قَدْرُ الْحَيْضِ فِي الْمُدَّةِ الْخَمْسَةِ عَشَرَ تَمَامَ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ وَإِنْ تَفَرَّقَ بِالسَّاعَاتِ، وَقِيلَ: إِنَّ كُلَّ دَمٍ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ يَوْماً وَلَيْلَةً، وَقِيلَ: لَا يَشْتَرَطُ ذَلِكَ بَلْ لَوْ كَانَ الْمَجْمُوعُ قَدْرٍ نَضَفَ يَوْمٍ صَارَ الْبَاقِي حَيًّا.

قال الرافعي: غرض الفصل بيان قاعدتين يشرطان على قول السحب.

إحدهما: لا بد من كون النقاء مُخْتَوِشاً بِدَمَيْنِ فِي الْخَمْسَةِ عَشَرَ لِيُثَبِّتَ لِهَمَا حُكْمَ الْحَيْضِ، ثُمَّ يَنْسَحَبُ عَلَى مَا بَيْنَهُمَا، أَمَا النَّقَاءُ الَّذِي لَا يَقَعُ بَيْنَ دَمَيْنِ، فَهُوَ طَهَرَ لَا مُحَالَةَ، وَضُرِبَ لَهُ فِي الْكِتَابِ مَثَالاً، وَهُوَ مَا إِذَا رَأَتْ يَوْماً وَلَيْلَةً دَماً وَأَرْبَعَةَ عَشَرَ نَقَاءً، وَرَأَتْ فِي السَّادِسِ عَشَرَ دَماً، فَالْأَرْبَعَةَ عَشَرَ طَهَرَ، إِذْ لَيْسَ بَعْدَهَا دَمٌ مُحَكَّمٌ لَهُ بِالْحَيْضِ، حَتَّى يَنْسَحَبَ حُكْمُهُ عَلَى النَّقَاءِ، وَإِنَّمَا شَرَطَ فِي هَذَا الْمَثَالِ أَنْ تَرَى اللَّيْلَةَ دَماً مَعَ الْيَوْمِ، لِأَنَّهُ لَا دَمَ فِي الْخَمْسَةِ عَشَرَ سِوَى مَا رَأَتْهُ أَوَّلًا، فَلَوْ كَانَ فِي الْيَوْمِ وَحْدَهُ لَمَا كَانَ لَهَا حَيْضٌ أَصْلًا، وَحِينَئِذٍ لَا يَقْتَصِرُ الطَّهْرُ عَلَى الْأَرْبَعَةِ عَشَرَ وَمَا بَعْدَهَا، بَلْ يَعْمُ الْكُلُّ، وَلَا يَخْفَى أَنَّ الْغُرْضَ مِنْ قَوْلِهِ: «فَالنَّقَاءُ مَعَ مَا بَعْدَهُ مِنَ الدَّمِ طَهَرَ» التَّسْوِيَةَ بَيْنَهُمَا فِي نَفْيِ الْحَيْضِ لَا فِي أَحْكَامِ الطَّهَارَةِ مُطْلَقًا، فَإِنَّهَا مُسْتَحَاضَةٌ فِي زَمَانِ الدَّمِ دُونَ أَيَّامِ النَّقَاءِ، وَلَكِنْ أَلَا تَسْتَحْسِنُ هَذَا الْمَثَالَ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ؛ لِأَنَّهُ الْآنَ يَتَكَلَّمُ فِيهَا إِذَا لَمْ يَجَاوِزِ الدَّمُ الْخَمْسَةَ عَشَرَ، وَفِي هَذِهِ الصُّورَةِ قَدْ جَاوَزَ وَاللَّائِقُ غَيْرَ هَذَا الْمَثَالِ، نَحْوَمَا

إذا رأت يوماً دماً، ويوماً نقاء إلى الثالث عشر، ولم يعد الدم طهر؛ لأن النقاء فيهما غير مُختَوِّش بدمين في الخمسة عشر.

الثانية: الدماء المتفرقة إما أن يبلغ مجموعها أقل الحيض، أو لا يبلغ، فإن بلغ مجموعها أقل الحيض نظر إن بلغ الأول والآخر كل واحد منهما أقل الحيض، ففيه القولان.

وحكى أبو عبد الله الحناطي طريقاً آخر أن أزمنة النقاء في هذه الحالة حيض بلا خلاف<sup>(١)</sup> والقولان فيما إذا لم يبلغ كل واحد من الطرفين الأقل، وإن لم يبلغ واحد منها أقل الحيض، كما إذا رأت نصف يوم دماً ومثله نقاء، وهكذا إلى آخر الخمسة عشر، ففيه ثلاث طرق:

أصحها: طرد القولين، فعلى قول التلفيق، حيضها أنصاف الدم سبعة ونصف، وعلى قول السحب حيضها أربعة عشر ونصف؛ لأن النصف الأخير لم يتخلل بين دمين في المدة.

والثاني: لا حيض لها وكل ذلك دم فساد؛ لأن جعل النقاء حياً خلاف الحقيقة إنما يصار إليه إذا تقدم أقل الحيض أو تأخر أقله أو وجد أحدهما حتى استتبع النقاء.

والثالث: إن توسطهما قدر أقل الحيض على الاتصال، كفى ذلك لحصول القولين، وإلا فكلهما دم فساد، وإن بلغ أحدهما أقل الحيض دون الآخر، فثلاثة طرق أيضاً:

أصحها: طرد القولين.

والثاني: أن الدم الذي بلغه حيض وما عداه دم فساد.

والثالث: إن بلغ الأول أقل الحيض، فهو وما سواه حيض، وإن بلغ الآخر الأقل، فهو حيض دون ما عداه، والفرق أن الحيض في الابتداء أقوى وأدوم. هذا كله إذا بلغ مجموع الدماء أقل الحيض، أما إذا لم يبلغ فطريقان:

أظهرهما: أنه على القولين، إن قلنا بالتلفيق فلا حيض لها، بل هو دم فساد، وإن قلنا: بالسحب فكذلك على أظهر الوجهين.

والثاني: أن الدماء وما بينها حيض. والثاني: القطع بأن لا حيض لها، وإذا تأملت ما ذكرناه حصل عندك في القدر المعبر من الدمين ليجعل ما بينهما حياً على قول السحب ثلاثة أوجه كما ذكر في الكتاب.

(١) في ط: إلى خلاف.

**أظهرها** وبه قال أبو بكر المحمودي: إنه يشترط أن يكون مجموع الدماء قدر أقل الحيض، ولا بأس بتفرقتها، ونقصان كل واحد منها، وقوله: «أن يكون قدر الحيض في المدة الخامسة عشرة تمام يوم وليلة عبارة عن هذا الوجه، وأراد بالحيض الدم، وإلا فالتقاء حيض أيضاً» على قول السحب.

**والثاني:** أنه يشترط مع ذلك أن يكون كل واحد من الدمين قدر أقل الحيض، حتى لو رأت دمأ ناقصاً على الأقل ودمين آخرين غير ناقصين. فالأول دم فساد والآخران وما بينهما من النقاء حيض. وقوله: «إن كل دم ينبغي أن يكون يوماً وليلة»، لا نعني به كل دم في الخمسة عشر، إذ لا يشترط في الدماء المتوسطة ذلك. وإنما المراد كل دم من الأول والآخر.

**والثالث** وبه قال الأئمّاطي: أنه لا يشترط شيء من ذلك، بل لو كان مجموع الدماء نصف يوم أو أقل، فهي وما بينها من التقاء حيض على القول الذي نتكلم فيه.

وقوله: «صار الباقي حيضاً» أي: الباقي من الخمسة عشر بشرط أن يكون متخللاً بين الدمين، ويحصل مما سبق وجه رابع وهو أنه لا يشترط أن يكون أحدهما<sup>(١)</sup> أقل الحيض [لكن يشترط بلوغ أولهما هذا الحد]<sup>(٢)</sup> ووجه خامس وهو أنه يشترط أن يكون أحدهما أقل الحيض إما الأول أو الآخر.

ووجه سادس، وهو أنه يشترط ذلك إما في الأول أو الآخر أو الوسط.

قال الغزالي: **فَرَعَ الْمُبْتَدَأَةُ إِذَا تَقَطَّعَ دَمُهَا فَتُؤَمَّرُ بِالْعِبَادَةِ فِي الْحَالِ، وَإِذَا أَسْتَمَرَّ النَّقْطُ فِي الدَّوْرِ الثَّلَاثِ لَا تُؤَمَّرُ بِالْعِبَادَةِ، وَفِي الثَّانِي تُبْنَى عَلَى أَنَّ الْعَادَةَ هَلْ تَثْبُتُ بِمَرَّةٍ وَاحِدَةٍ؟**

قال الرافعي: **المبتدأة** إذا انقطع دمها فكما انقطع وهو بالغ أقل الحيض، لزمها أن تغتسل وتصوم وتصلي، ولها أن تطوف، وللزوج أن يغشاها ولا فرق في كل ذلك بين القولين؛ لأنها لا تدري هل يعود الدم أم لا؟ والظاهر استمرار العدم. وفي الغشيان وجه أنه لا يجوز، ثم إذا عاد الدم تركت الصوم والصلاة، وامتنعت عن الوطء، وتبين على قول السحب وقول الوطاء. والعبادات في الحيض، لكن لا يائمه بالوطء وتقضي الصوم والطواف دون الصلاة.

وعلى قول اللقط - والتلفيق ما مضى صحيح - ولا قضاء، وهذا الحكم في الانقطاع الثاني والثالث وسائر الانقطاعات في الخمسة عشر.

(٢) سقط في (ب).

(١) سقط في (ب).



وفيه وجه: أن في سائر الانقطاعات يبني الأمر على أن العادة بماذا تثبت، فإذا ثبتت توقفنا في الغسل، وسائر العبادات ارتقاباً للعود، وأما في الدور الثاني، وما بعده من الأدوار، فعلى قول التلفيق لا يختلف الحكم، وعلى قول السحب في الدور الثاني طريقان:

أصحهما: أنه يبني على الخلاف في العادة، إن أثبتناها بمرة. وقد عرفنا التقطع بالدور الأول فلا تغتسل ولا تصلي ولا تصوم، حملاً على عود الدم، فإن لم يعد بان أنها كانت طاهراً، فتقضي الصوم والصلاة جميعاً، وإن لم تثبتها بمرة، فالحكم كما سبق في الشهر الأول، وفي الدور الثالث وما بعده تثبت العادة بمرتين سابقتين، فلا تغتسل إذا انقطع الدم، ولا تصلي ولا تصوم.

وقد حكينا وجهاً من قبل أن العادة لا تثبت إلا بثلاث مرات، ولا يخفى قياسه، والطريق الثاني، ويحكي عن أبي زيد أن التقطع وإن تكرر مرات كثيرة، فالحكم في المرة الأخيرة كما في الأولى؛ لأن الدم إذا انقطع فبناء الحكم على عوده وترك العبادات بعيد.

وقوله في الكتاب: «المبتدأة إذا انقطع دمها فتؤمر بالعبادة» يجوز أن يراد به الانقطاع الأول وحده، ويجوز أن يراد به كل انقطاع يتفق في الدور الأول، وعلى التقدير الثاني ينبغي أن يُعَلَّم قوله: «فتؤمر بالعبادة» بالواو للوجه الصائر إلى بنائه على الخلاف في العادة.

وقوله: «ففي الدور الثالث لا تؤمر بالعبادة» ينبغي أن يُعَلَّم بالواو لشيئين:

أحدهما: الوجه الذهاب إلى أن العادة تثبت بثلاث مرات.

والثاني: الطريقة المنسوبة إلى أبي زيد.

وكذلك قوله: «وفي الثاني يبني على أن العادة هل تثبت بمرة لطريقة أبي زيد؟»

هذا كله إذا كان الانقطاع بعد بلوغ الدم أقل الحيض. أما إذا رأت المبتدأة نصف يوم دمًا وانقطع، وقلنا بطرد القولين، فعلى قول السحب لا غسل عليها عند الانقطاع الأول، لأنه إن عاد الدم في الخمسة عشر، فالنقاء الذي رآته بعد ذلك الدم حيض أيضاً وإن لم يعد فهو دم فساد، ولكن تتوضأ، وتصلي، وفي سائر الانقطاعات، إذا بلغ مجموع ما سبق دمًا ونقاء أقل الحيض، يصير الحكم على ما سبق في الحالة الأولى، وعلى قول التلفيق لا يلزمها الغسل أيضاً في الانقطاع الأول على أظهر الوجهين، لأننا لا ندري هل هو حيض أم لا؟

والثاني: يجب احتياطاً كما يجب على الناسية احتياطاً، وفي سائر الانقطاعات،

إذا بلغ ما سبق من الدم وحده أقل الحيض يلزمها الغسل وقضاء الصوم والصلاة، وحكم الدور الثاني والثالث على القولين جميعاً، كما ذكرنا في الحالة الأولى، هذا تمام القسم الأول وهو أن لا يجاوز الدم المتقطع خمسة عشر يوماً.

قال الغزالي: **أما إذا جاوزَ الدَّمُ الخَمْسَةَ عَشَرَ صَارَتْ مُسْتَحَاضَةً، فَلَهَا أَرْبَعَةُ أَحْوَالٍ: (الأولى المُعْتَادَةُ) فَإِنْ كَانَتْ تَحِيضُ خَمْسًا وَتَطَهَّرُ خَمْسًا وَعِشْرِينَ، فَجَاءَهَا دَوْرٌ وَأَطْبَقَ الدَّمُ مَعَ التَّقَطُّعِ وَكَانَتْ تَرَى الدَّمَّ يَوْمًا وَلَيْلَةً وَالتَّقَاءَ كَذَلِكَ، فَعَلَى قَوْلِ السَّخْبِ نَحِيضُهَا خَمْسَةٌ مِنْ أَوَّلِ الدَّوْرِ؛ لِأَنَّ النَّقَاءَ فِيهِ مُخْتَوِشٌ بِالدَّمِ، وَلَوْ كَانَتْ عَادَتْهَا يَوْمًا وَلَيْلَةً فَاسْتُحِيضَتْ وَكَانَتْ تَرَى يَوْمًا دَمًا وَلَيْلَةً نَقَاءً وَهَكَذَا، فَفِيهِ إِشْكَالٌ لِأَنَّ إِتِمَامَ الدَّمِ بِالنَّقَاءِ عَسِيرٌ، إِذْ لَيْسَ مُخْتَوِشًا بِدَمَيْنِ فِي وَقْتِ الْعَادَةِ فَلَا يُمَكِّنُ تَكْمِيلَ الْيَوْمِ بِاللَّيْلَةِ، فَقَدْ قِيلَ هَهُنَا: تَعُودُ إِلَى قَوْلِ التَّلْفِيحِ فَتَلْتَقِطُ النَّقَاءَ مِنَ الْحَيْضِ، وَقِيلَ: لَا حَيْضَ لَهَا أَضْلًا، وَقِيلَ: يُسْحَبُ حُكْمُ الْحَيْضِ عَلَى لَيْلَةِ النَّقَاءِ وَيُضْمُ الْيَوْمُ الثَّانِي إِلَيْهِ، فَيَكُونُ قَدِ أَرْدَادَ حَيْضُهَا.**

قال الرافعي: إذا جاوز الدم بصفة التلقيح الخمسة عشر فقد صارت مستحاضة كغير ذات التلقيح إذا جاوز دمه هذه المدة. ولا صائر إلى الالتقاط من جميع الشهر، وإن لم يزد مبلغ الدم على أكثر الحيض، وإذا صارت مستحاضة ووقعت الحاجة إلى الفرق بين حيضتها واستحاضتها. فالمرجع إلى العادة أو التمييز، كما في غير ذات التلقيح.

وقال محمد ابن بنت الشافعي<sup>(١)</sup>: إن اتصل الدم المجاوز بالدم في آخر الخمسة عشر، فالأمر كذلك، وإن انفصل عنه ببقاء متخلل، فالمجاوز استحاضة، وجميع ما في الخمسة عشر من الدماء إما وحدها أو مع النقاء المتخلل على اختلاف القولين حيض.

مثال: ما إذا اتصل رأَت ستة دماً وستة نقاء، وجاوز فالدم متصل هاهنا من آخر الخمس عشر بأول السادس عشر<sup>(٢)</sup>.

(١) أحمد بن محمد بن عبد الله، بن محمد بن العباس، بن عثمان بن شافع، المعروف بابن بنت الشافعي، فهو سبطه، وابن ابن عمه. قال أبو الحسين الرازي: كنيته أبو محمد، قال: وكان واسع العلم، جليلاً فاضلاً، لم يكن في آل شافع بعد الإمام أجل منه. انظر طبقات العبادي (٢٦) تهذيب الأسماء واللغات (٧٨٥/١). طبقات الأسنوي (٦٦٧) طبقات السبكي (٢٨٧/١) طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة (٧٥/١).

(٢) سقط في (ب).

ومثال: ما إذا انفصل، رأت يوماً دماً، ويوماً نقاءً وجاوز، فهذه ترى الدم في الخامس عشر، وتكون نقية في السادس عشر، فعنده جميع الخمسة عشر حيض - على قول السحب، وما فيها من الدماء على قول اللقط، وما جاوز الخمسة عشر استحاضة. وبه قال أبو بكر المحمودي، وغيره والمذهب الأول.

ثم جعل صاحب الكتاب المستحاضات في هذا الباب أربعاً:

إحدها: الناسية، وفي غير ذات التلفيق ذكر أربعاً دون الناسية، وليس ذلك لاختلاف عددهن بالتقطع وعدم التقطع، لكن حذف ذكر المعتادة المميزة هاهنا، لأن الوقوف على حكمها سهل المأخذ من حيث إن الكلام في أن أي المعنيين، يرجع من العادة والتمييز. وقد سبق في غير ذات التلفيق، ولا فرق فيه بين حالة التقطع، وعدم التقطع، وإذا رجحنا أحد المعنيين، فهي كالمنفردة بتلك الصفة.

المستحاضة الأولى المعتادة الحافظة لعادتها، وعادتها السابقة على ضربين:

أحدهما: وهو الذي ذكر مثاله في الكتاب العادة التي لا تقطع فيها، فكل عادة تود إليها عند الإطباق والمجاورة تردّ إليها عند التقطع والمجاورة، ثم على قول السحب كل دم يقع في أيام العادة، وكل نقاء يتخلل بين دمين فيها حيض، وأما النقاء الذي لا يتخلل بين دمين فيها لا يكون حيضاً، وأيام العادة هاهنا بمثابة الخمسة عشر عند عدم المجاورة، فلا معدل عنها وعلى قول التلفيق أزمنة النقاء طهر، وفيما يجعل حيضاً لها وجهان:

أظهرهما: أن قدر عادتها [من الدماء الواقعة في الخمسة عشر حيض لها، فإن لم تبلغ الدماء في الخمسة عشر قدر عادتها]<sup>(١)</sup> جعل الموجود حيضاً ووجهه أن المعتادة عند الإطباق مردودة إلى قدر عادتها، وقد أمكن ردها هنا إلى قدر العادة فيصير إليه.

والثاني: أن حيضها ما يقع من الدماء في أيام العادة لا غير، لأن حكم الحيض عند الإطباق إنما يثبت للدماء الموجودة في أيام العادة، فكذلك هاهنا.

مثاله: كانت تحيض خمسة على التوالي من كل ثلاثين؛ فجاءها دور تقطع فيه الدم والنقاء يوماً ويوماً وجاوز الخمسة عشر، فعلى قول السحب نحيضها خمسة من أول الدور، وما فيها من النقاء مُخْتَوِشٌ بالدم في أيام العادة فينسحب عليه حكم الحيض، وعلى قول التلفيق وجهان:

أظهرهما: أن حيضها الأول والثالث والخامس والسابع والتاسع وتجاوز أيام العادة محافظة على القدر.

(١) سقط في (ب).

**والثاني:** أن حيضها الأول والثالث والخامس لا غير، ولو كانت تحيض ستة على التوالي ثم استحيضت والدم منقطع كما وصفنا، فعلى قول السحب لا تردها إلى الستة؛ لأن النقاء في اليوم السادس غير محتوش بدمين في أيام العادة.

وعلى قول التلقيح حيضها على الوجه الأول الأيام الخمسة والحادي عشر أيضاً. وعلى الوجه الثاني الأول والثالث والخامس لا غير، ولو انقلبت عاداتها بتقدم أو تأخر، ثم استحيضت عاد الخلاف كما ذكرنا في حالة الإطباق، وكذا الخلاف فيما يثبت به العادة.

مثال التقدُّم: كانت عاداتها خمسة من ثلاثين كما ذكرنا، فرأت في بعض الشهور اليوم الثلاثين دماً واليوم الذي بعده نقاء، وهكذا إلى أن انقطع دمها وجاوز الخمسة عشر، فعن أبي إسحاق أنها تراعي أيامها المتقدمة وما قبلها استحاضة، فعلى قول السحب حيضها اليوم الثاني والثالث والرابع، وعلى قول اللقط حيضها اليوم الثاني والرابع لا غير، وظاهر المذهب أن العادة تنتقل بمرة واحدة واليوم الثلاثون حيض، فعلى قول السحب حيضها خمسة متوالية من الثلاثين، وعلى قول اللقط [حيضها اليوم الثلاثون والثاني والرابع]<sup>(١)</sup> إن لم يجاوز أيام العادة، وإن جاوز ضممننا إليها السادس والثامن.

مثال التأخر: ما إذا رأت في المثال المذكور اليوم الأول في بعض الأدوار نقاء ثم تقطع عليها الدم والنقاء من اليوم الثاني، وجاوز فعند أبي إسحاق الحكم على ما ذكرنا في الصورة السابقة، وعلى ظاهر المذهب أن فرعنا على قول السحب فحيضها خمسة على التوالي من اليوم الثاني، وإن فرعنا على قول اللقط فإن لم يجاوز أيام العادة فحيضها الثاني، والرابع، والسادس، وإن كان خارجاً عن أيام العادة القديمة، لكن بالتأخر قد انتقلت عاداتها، وصار أول الخمسة الثاني وآخرها السادس، وإن جاوزنا أيام العادة فحيضها هذه الأيام مع الثامن والعاشر، ولا يخفى أن قدر طهرها السابق على الاستحاضة في هذه الصورة قد صار ستة وعشرين، وفي صورة التقدم أربعة وعشرين، ولو لم يتقدم الدم في المثال المذكور ولا تأخر، لكن تقطع الدم والنقاء عليها يومين يومين، فلا يعود خلاف أبي إسحاق، ويبنى الحكم على قول التلقيح إن سحبتنا فحيضها خمسة أيام ولاء واليوم السادس استحاضة كالدماء التي بعده، وإن لفقنا فإن لم يجاوز أيام العادة فحيضها اليوم الأول والثاني والخامس لا غير، وإن جاوز ضممننا إليها السادس والتاسع، وحكى وجه: أن الخامس لا يجعل حيضاً على قولنا بعدم المجاوزة،

(١) سقط في (ب).

ولا التاسع على قولنا بالمجازة، لأنهما متصلان بدم الاستحاضة فيضعفان بضعفه، ويجري هذا الوجه في كل نوبة دم يخرج بعضها عن أيام العادة - إن اقتصرنا على أيام العادة أو عن الخمسة عشر إن جاوزنا أيام العادة، وإذا عرفنا قدر حيض هذه المستحاضة على اختلاف الأحوال، فكم مدة طهرها بعد الحيض إلى استئناف حيضة أخرى؟ ينظر إن كان التقطع بحيث ينطبق الدّم على أول الدور فهو ابتداء الحيضة الأخرى، وإن لم ينطبق فابتداء حيضها أقرب نوب الدماء إلى أول الدور، تقدمت أو تأخرت، فإن أستويا في التقدم والتأخر فابتداء حيضها النوبة المتأخرة، ثم قد يتفق التقدم، أو التأخر في بعض أدوار الاستحاضة دون بعض.

وإذا أردت أن تعرف هل ينطبق الدم على أول الدور أم لا؟ فخذ نوبة دم ونوبة نقاء، واطلب عدداً صحيحاً يحصل من ضرب مجموع النوبتين فيه مقدار دورها، فإن وجدته فاعرف انطباق الدم على أول الدور وإلا فاضربه في عدد يكون مردوده أقرب إلى دورها زائداً كان أو ناقصاً، واجعل حيضها الثاني أقرب الدماء إلى أول الدور، فإن استوى طرفا الزيادة والنقصان فالاعتبار بالزائد، ولنوضح ذلك بأمثلة.

عادتها خمسة من ثلاثين، وتقطع الدم يوماً ويوماً في بعض الأدوار وجاوز فنوبة الدم يوم ونوبة النقاء مثله، وأنت تجد عدداً لو ضربت الاثنين فيه كان الحاصل ثلاثين وهو خمسة عشر، فاعرف أن الدم ينطبق على أول دورها أبداً ما دام التقطع بهذه الصفة، ولو كانت المسألة بحالها وتقطع الدّم والنقاء يومين يومين، فلا تجد عدداً يحصل من ضرب أربعة ففيه ثلاثون، فاطلب ما يقرب الحاصل من الضرب فيه من ثلاثين هاهنا عدداً سبعة وثمانية إن ضربت الأربعة في سبعة رد ثمانية وعشرين، وإن ضربتها في ثمانية رد اثنين وثلاثين، والتفاوت في طرفي الزيادة والنقصان واحد، فخذ بالزيادة واجعل أول الحيضة الأخرى الثالث والثلاثين وحينئذ يعود ما سبق نقله من خلاف أبي إسحاق لتأخر الحيض عن أول الدور فحيضها عنده في [أول] الدور الثاني هو اليوم الثالث والرابع لا غير على قولي التلقيح جميعاً، وأما قول السحب، فلأن ما قبلهما وما بعدهما نقاء، لم يتخلل بين دمين في أيام العادة، وأما على قول اللقط، فلأنه ليس لها في أيام العادة دم إلا في هذين اليومين، وأما على ظاهر المذهب، فإن فرعنا على السحب حيضناها من اليوم الثالث خمسة على التوالي، وإن فرعنا على اللقط فإن جاوزنا أيام العادة [فحيضها الثالث والرابع والسابع والثامن والحادي عشر] وإن لم يجاوزها [فحيضها الثالث والرابع والسابع لا غير ثم في الدور [الثالث] ينطبق الدم على أول الدور فلا يبقى خلافاً لأبي إسحاق، ويكون الحكم كما ذكرنا في الدور الأول، وفي الدور الرابع يتأخر الحيض، ويعود الخلاف على هذا أبداً ولم نر أحداً يقول: إذا تأخر الدم في الدور الثاني بيومين فقد صار أول أدوار المجاوزة اثنين وثلاثين؛ فنجعل

هذا العدد دوراً لها تفريراً على أن العادة تثبت بمرة وحيث ينطبق الدم على أول الدور أبدأ؛ لأننا نجد عدداً يحصل من ضرب الأربعة فيه هذا العدد، وهو ثمانية، ولو قال به قائل لما كان به بأس، فإن قلت: هذا الدور حدث في زمان الاستحاضة فلا عبرة به، قلنا: لا نسلم فإننا قد ثبتت عادة المستحاضة مع دوام العلة ألا ترى أن المستحاضة المميزة يثبت لها بالتمييز عادة معمول بها، ولو كانت المسألة بحالها ورأت ثلاثة دمًا وأربعة نقاء، فمجموع النوبتين سبعة فلا نجد عدداً إذا ضربت السبعة فيه رد ثلاثين، فاضربه في أربعة ليرد ثمانية وعشرين، واجعل أول الحيضة الثانية التاسع والعشرين، ولا تضربه في خمسة فإنه يرد خمسة وثلاثين، وذلك أبعد من الدور وعند ذلك يتقدم الحيض على أول الدور، فعلى قياس أبي إسحاق ما قبل الدور استحاضة، وحيضها اليوم الأول على قولي التلفيق جميعاً، وقياس ظاهر المذهب لا يخفى، ولو كانت عاداتها قديماً ستة من ثلاثين، وتقطع الدم في بعض الأدوار ستة ستة، وجاوز ففي الدور الأول حيضها الستة الأولى بلا خلاف، وأما في الدور الثاني فإنها ترى ستة من أوله نقاء وهي أيام عاداتها، فعند أبي إسحاق لا حيض لها في هذا الدور أضلاً.

وأما سائر الأصحاب فقد حكى إمام الحرمين في هذه الصورة عنهم وجهين:

**أظهرهما:** أنا نحيضها الستة الثانية على قولي السحب، واللقط جميعاً.

**والثاني:** أن حيضها الستة الأخيرة من الدور الأول؛ لأن الحيضة إذا فارقت محلها فقد تقدم وقد تأخر والستة الأخيرة قد تخلل بينها وبين الحيضة التي قبلها طهر كامل، فتحيض فيها وتحكم بنقصان طهرها السابق، ويجيء هذا الوجه حيث خلا جميع أيام العادة عن الحيض، هذا كله إذا لم ينقص الدم الموجود في زمان العادة عن أقل الحيض، أما إذا نقص، كما إذا كانت عاداتها يوماً وليلة نقاء واستحيضت.

قال صاحب الكتاب: فهذا فيه إشكال يعني على قول السحب، لأن إتمام الدم بالنقاء عسير؛ لأنه غير مختوش بالدم في وقت العادة، ولا يمكن الأقتصار على اليوم الواحد، ولا تكميله باليوم الثاني، فإن مجاوزة العادة على قول السحب مما لا يجوز، فبماذا تحكم؟ فيه ثلاثة أوجه:

**أظهرها:** أنه لا حيض لها في هذه الصورة؛ لتعذر الأقسام وبه قال أبو إسحاق.

**والثاني:** أنها تعود في هذه الصورة إلى قول التلفيق.

وتستنيها عن قول السحب؛ لأنه يبعد أن يقال: لا حيض لها، وهي ترى الدم شطراً ذهراً على صفة الحيض، وبهذا قال أبو بكر المحمودي.

**والثالث:** أنا نحيضها اليوم الأول والثاني والليلتين بينهما وليس فيه إلا زيادة حيضها

وهو أقرب الأقسام والأحوال، وهذا الوجه ذكره الشيخ أبو محمد.

وأما على قول التلفيق فلا حيض لها إن لم تجاوز أيام العادة، وإن جاوزناها حيضناها في اليوم الأول والثاني، وقلنا: الليلة بينهما طهر.

**الضرب الثاني:** العادة المتقطعة فإذا استمرت لها عادة متقطعة قبل الاستحاضة، ثم استحيضت مع التقطع فننظر إن كان التقطع بعد الأستحاضة كالتقطع قبل الاستحاضة فمردها قدر حيضها على اختلاف القولين:

مثاله: كانت ترى ثلاثة دمًا وأربعة نقاء وثلاثة دمًا وتطهر عشرين ثم استحيضت والتقطع بهذه الصفة فعلى قول السحب كان حيضها عشرة قبل الاستحاضة فكذلك بعدها، وعلى قول اللقط كان حيضها ستة يتوسط بين نصفها أربعة فكذلك الآن وإن اختلفت كيفية التقطع كما إذا انقطع الدم عليها في المثال المذكور في بعض الأدوار يوماً يوماً واستحيضت، فعلى قول السحب حيضها الآن تسعة أيام؛ لأنها جملة الدماء الموجودة في أيام العادة وما بينها من النقاء واليوم العاشر نقاء لم يتخلل بين دمين، في وقت العادة وعلى قول اللقط، إن لم يجاوز أيام العادة فحيضها اليوم الأول والثالث والتاسع إذ ليس لها في أيام حيضها القديم على هذا القول دم إلا في هذه الثلاثة، وإن جاوزناها ضمنا إليها الخامس والسابع والحادي عشر تكميلاً لقدر حيضها.

قال الغزالي: (الثانية المبتدأة) فإذا رأت النقاء في اليوم الثاني صامتت وصلت، وهكذا تفعل مهما رأت النقاء إلى خمسة عشر، فإذا جاوزت ذلك تبين أنها أستحاضة، ثم مردها إما يوم وليلة وإما أغلب عادات النساء في حق المعتادة.

قال الرافعي: ذكرنا أن المبتدأة إذا تقطع عليها الدم تصوم وتصلّي عند الانقطاع الأول، وهكذا في سائر الانقطاعات الواقعة في الخمسة عشر، وقد اشتمل الفرع المذكور قبل تقسيم المستحاضات على ما ذكره في هذا الموضوع أو على بعضه؛ لأن قوله: «ثم إذا انقطع دمها تؤمر بالعبادة في الحال» إن أراد به كل الانقطاع فهو والمذكور في هذا الموضوع شيء واحد، وإن أراد به الانقطاع الأول فهو قوله هاهنا: «وإذا رأت النقاء في اليوم الثاني صامتت وصلت».

وليكن قوله: «وهكذا تفعل مهما رأت النقاء» معلماً بالواو لما بيناه في شرح ذلك الفرع، ثم إذا جاوز دمها بصفة التقطع الخمسة عشر تبين أنها مستحاضة، فإن قلنا: المبتدأة ترد إلى يوم وليلة وهو الأصح، وكان تقطع الدم والنقاء عليها يوماً يوماً فحيضها يوم وليلة والباقي طهر، وإن قلنا: إنها ترد إلى ست أو سبع فعلى قول السحب أن رددناه إلى ست فحيضها خمسة على التوالي؛ لأن اليوم السادس نقاء لم يحتوشه دمان

في المراد، وإن رددناه إلى سبع فحيضها سبع على التوالي<sup>(١)</sup> وعلى قول اللقط إن لم يجاوز أيام العادة.

وردناها إلى ست فحيضها اليوم الأول، والثالث والخامس وإن رددناها إلى سبع ضمننا اليوم السابع إلى هذه الأيام وإن جاوزنا أيام العادة ورددناها إلى ست فحيضها ست من أيام الدماء، وإن رددناها إلى سبع فحيضها سبعة منها، وكل هذا على ما تقدم في المعتاد.

فلذلك قال: «ومردها في حقها كالعادة في حق المعتادة» وابتداء الحيضة الثانية طريقة ما ذكرنا في المعتادة.

ثم إذا كانت تصلي وتصوم في أيام النقاء حتى جاوز الدم الخمسة عشر وتركها في أيام الدّم كما أمرناها به فلا خلاف في أنها تقضي صيام أيام الدم بعد المرد وصلواتها؛ لأنها تركتهما رجاء الانقطاع قبل الخمسة عشر فإذا جاوزها الدم وتبين الطهر في تلك الأيام، فلا بد من قضاء العبادات المتروكة، وأما صلوات أيام النقاء وصيامها فعلى قول اللقط لا حاجة إلى قضائها أصلاً، وأما على السحب فلا حاجة أيضاً إلى قضاء الصلوات؛ لأنها إن كانت طاهراً فقد صلّت وإن كانت حائضاً فلا صلاة عليها وفي صومها قولان:

أظهرهما: أنها لا تقضي أيضاً، كما في الصلاة.

والثاني: تقضي لأنها صامت على تردد في صحته وفساده، فلا يجزئها بخلاف الصلاة فإن الصلاة إن لم تصح لم يجب قضاؤها إذ لا يجب قضاء الصلاة على الحائض ثم منهم من بنى القولين على القولين فيما إذا صلى خنثى خلف امرأة وأمرناه بالقضاء فلم يقض حتى بان كونه امرأة هل يلزمه القضاء؟ لأن العبادات في صورتين مؤداة على التردد في صحتها وفسادها.

وقال الأكثرون: هما مبنيان على القولين المذكورين في أن المبتدأة هل تحتاط بعد المرد إلى آخر الخمسة عشر أم لا؟ إن قلنا: تحتاط وجب القضاء مع الأداء، وإلا فلا.

قالوا: ولو كان الخلاف مبنيًا على مسألة الخنثى لكان مخصوصاً بالشهر الأول من شهور الاستحاضة، لثبوت الاستحاضة بعد ذلك الشهر، وارتفاع التردد والخلاف مطرد في الأدوار كلها خرج من هذا أنا إن حكمنا باللقط لم تقض من الخمسة عشر إلا صلوات سبعة أيام وصيامها إن رددنا المبتدأة إلى يوم وليلة وهي أيام الدّم سوى اليوم

(١) ما بين قوله: «وعلى قول اللفظ» إلى قوله: «سبع على التوالي» سقط في (ب).



الأول، وإن رددناها إلى ست أو سبع فإن لم تجاوز أيام العادة وكان الرد إلى ست قضتها من خمسة أيام، وإن ردت إلى سبع فمن أربعة أيام، وإن جاوزناها ورددت إلى ست قضتها من يومين، وإن ردت إلى سبع فمن يوم واحد، وأما إن حكمنا بالسحب، فإن رددناها إلى يوم واحد قضت صلوات سبعة أيام، وهي أيام الدم سوى اليوم الأول ولا تقضي غير ذلك وفي الصوم قولان:

**أظهرهما: لا تقضي إلا صيام ثمانية أيام، وهي أيام الدم كلها.**

**والثاني: تقضي صيام الخمسة عشر،** ولفظ «الوسيط» يعبر عن القول الأول: إنه لا يلزمها إلا قضاء تسعة أيام في رمضان؛ لأنها صامت سبعة في أيام النقاء من الشطر الأول، ولولا ذلك النقاء لما لزمها إلا ستة عشر فإذا حسبنا سبعة بقى تسعة والصواب ما قلناه وهو المذكور في «التهذيب» وغيره، ولولا النقاء لما لزمها إلا خمسة عشر، وإنما تلزم الستة عشر إذا أمكن انبساط أكثر الحيض على الستة عشر، وهو غير ممكن في المثال الذي نتكلم فيه وإن رددناها إلى ست، أو سبع فإن ردت إلى ست قضت صلوات خمسة أيام، وهي أيام الدماء التي لم تصل فيها بعد المرد؛ لأن جملتها ثمانية ويقع منها في المرّة ثلاثة، وإن ردت إلى سبع قضت صلوات أربعة أيام وأما الصوم فعلى أحد القولين تقضي صيام الخمسة عشر جميعاً، وعلى أظهرهما: إن ردت إلى ست قضت صيام عشرة أيام ثمانية منها أيام الدم في الخمسة عشر، ويومان نقاء وقعا في المردّ لتبين الحيض فيهما، وإن ردت إلى سبع قضت صيام أحد عشر يوماً، هذا تمام الكلام في المبتدأة التي لا تمييز لها.

قال الغزالي: (الثالِثَةُ الْمُمَيِّزَةُ) وَهِيَ الَّتِي تَرَى يَوْمًا دَمًا قَوِيًّا وَيَوْمًا دَمًا ضَعِيفًا، فَإِنْ أَطْبَقَ الضَّعِيفُ بَعْدَ الْخَمْسَةِ عَشَرَ حَيْضَتَهَا خَمْسَةَ عَشَرَ يَوْمًا لِإِحَاطَةِ السَّوَادِ بِالضَّعِيفِ الْمُتَخَلَّلِ، وَكُلُّ ذَلِكَ تَفْرِيعٌ عَلَى تَرْكِ التَّلْفِيقِ، وَأَمَّا إِذَا اسْتَمَرَّ تَعَاقُبُ السَّوَادِ وَالْحُمْرَةِ فِي جَمِيعِ الشَّهْرِ فَهِيَ فَاقِدَةُ التَّمْيِيزِ لِفَوَاتِ شَرْطِهِ.

قال الرافعي: المبتدأة إذا كانت مميزة ننظر إن كانت فاقدة لشرط التمييز فهي كالفاقدة لأصل التمييز، وحكمها ما سبق نظيره لو رأت يوماً سواداً ويوماً حمرة إلى آخر الشهر فهي فاقدة لأحد شروط التمييز، وهو أن لا يجاوز القوي الخمسة عشر.

وقوله: في هذا المثال فهي فاقدة للتمييز لفوات شرطه أي: للتمييز المعبر، وإلا فهي واجدة لأصله، وإن كانت واجدة لشرط التمييز، فعلى قول السحب حيضها الدماء القوية في الخمسة عشر مع النقاء المتخلل والضعيف المتخلل، وعلى قول اللقط حيضها القوي دون ما يتخلله مثاله رأت يوماً سواداً ويوماً حمرة إلى آخر الخمسة عشر ثم

استمرت الحمرة بعد الخمسة عشر أما بصفة التقطع فحيضها على قول السحب جميع الخمسة عشر، وعلى قول اللقط أيام السواد، وهي ثمانية:

وقوله: «المميّزة وهي التي ترى يوماً دماً قوياً ويوماً دماً ضعيفاً» يوهم اشتراط التقطع بين القوي والضعيف ليثبت التمييز فإنه كالتفسير للمميّزة ولا يشترط ذلك بل يثبت التمييز المعبر، وإن كان التقطع بين القوي والنقاء، والشرط أن لا ترى القوي إلا في الخمسة عشر، ويكون المجاوز هو الضعيف، ولا فرق في الضعيف المجاوز بين أن يكون دائماً أو متقطعاً.

وقوله: «وكل ذلك تفريع على ترك التلفيق» أي: قول السحب وإنما كان يحسن قوله: وكل ذلك إذا جرى تفريع طويل، ولم يجر هاهنا كثير شيء.

قال الغزالي: (الرابعة الثاسية)، فإن أمرناها بالاحتياط على الصحيح فحكمها حكم من أطبق الدم عليها على قول السحب إذ ما من نقاء إلا ويحتمل أن يكون حيضاً، وإنما تفرقتها في أننا لا نأمرها بتجديد الوضوء في وقت النقاء؛ لأن الحدت في صورته غير متجدد ولا بتجديد الغسل إذ الانقطاع مستحيل في حالة انتفاء الدم، وعلى قول التلفيق يغشاها الزوج في أيام النقاء وهي طاهرة فيها في كل حكم.

قال الرافعي: الثاسية لعادتها قد تنساها من كل وجه وهي المتحيرة وقد تنساها من وجه دون وجه كما في حالة الإطباق، فأما المتحيرة فيعود فيها القولان المذكوران عند الإطباق، إن قلنا: هي كالمبتدأة فحكمها ما تقدم، وإن أمرناها بالاحتياط وهو الصحيح بنينا أمرها على قول التلفيق، إن قلنا بالسحب فتحتاط في أزمنة الدم من الوجوه التي ذكرناها في حالة الإطباق بلا فرق لاحتمال الحيض والطهر والانقطاع وتحتاط في أزمنة النقاء أيضاً إذا ما من نقاء إلا ويحتمل أن يكون حيضاً نعم لا تؤمر بالغسل في وقت النقاء؛ لأن الغسل إنما يجب لاحتمال الانقطاع ولا انقطاع في حالة انتفاء الدم وكما لا تؤمر بتجديد الغسل لا تؤمر بتجديد الوضوء أيضاً؛ لأن ذلك إنما يجب لتجدد الحدت ولا تجدد في وقت النقاء، فإذا يكفيها لزمان النقاء الغسل عند انقطاع كل نوبة من نوب الدماء، وإن قلنا باللقط فعليها أن تحتاط في أيام الدم وعند كل انقطاع وأما في أزمنة النقاء فهي طاهر في الغشيان وسائر الأحكام ولك أن تستدرك من جملة اللفظ على قوله، وإنما تفرقتها في أننا لا نأمرها بتجديد الوضوء في أيام النقاء ونقول: إنما ينتظم هذا الكلام أن لو كانت المتحيرة عند الإطباق مأمورة بتجديد الوضوء لتكون هذه مفارقة لها ومعلوم أنها لا تؤمر بتجديد الوضوء وإنما تؤمر بتجديد الغسل فكان الأحسن أن يقول: وإنما تفرقتها في أننا لا نأمرها بتجديد الغسل وكذلك بتجديد الوضوء.

وأما النَّاسِيَةُ التي نسيت عاداتها من وجه دون وجه، فتحتاط على مقتضى قولي التلفيق، مع رعاية ما نذكره.

مثاله: قالت: أضللت خمسة في العشرة الأولى من الشهر وقد تقطع الدم والنقاء عليها يوماً يوماً واستحيضت فإن قلنا بالسحب فالיום العاشر طهر؛ لأنه نقاء لم يتخلل بين دمي حيض ولا غسل عليها في الخمسة الأولى لتعذر الانقطاع فإذا انقضت اغتسلت وبعدها لا تغتسل في أيام النقاء وتغتسل في آخر السابع والتاسع لجواز الابتداء في أول الثالث والخامس، وهل تغتسل في أثناء السابع والتاسع؟ منهم من قال: نعم، لإمكان الانقطاع في الوسط وغلطهم المعظم لأن الانقطاع في الوسط لو فرض هاهنا لفرض ابتداء في أثناء الثاني أو الرابع، وهي نقية فيهما فإن قلت إذا خرج اليوم العاشر انحصر الضلال في التسعة والخمسة التي هي قدر الحيض زائدة على نصف التسعة فهلاً كان لها حيض بيقين كما كان في حالة الإطباق فالجواب: أن إضلال الخمسة في التسعة المتقطعة يوجب التردد في مقدار الحيض؛ لأن بتقدير تأخر الحيض إلى الخمسة الأخيرة لا تكون الآن حائضاً إلا في ثلاثة أيام منها؛ لأن السادس نقاء لم يتخلل بين دمي حيض، وكذلك العاشر وفي حالة الإطباق، لا تردد في قدر الحيض؛ فهذا افتراقاً في تيقن الحيض، وأما إذا قلنا باللقط، فإن لم يجاوز أيام العادة، فالحكم كما ذكرنا في قول السحب، إلا أنها طاهر في أيام النقاء في كل حكم وأنها تغتسل عقيب كل نوبة من نوب الدم في جميع المدة؛ لأن المتقطع حيض: وإن جاوزنا أيام العادة حيضناها خمسة أيام وهي الأول والثالث والخامس والسابع والتاسع وبتقدير انطباق الحيض على الحيضة الأولى بتقدير تأخرها إلى الخمسة الثانية فليس لها في الخمسة الثانية إلا يوماً دم وهما السابع والتاسع فتضم إليهما الحادي عشر والثالث عشر والخامس عشر، فهي إذاً حائض في السابع والتاسع بيقين لدخولهما في كل تقدير - والله أعلم -.

## البَابُ الخَامِسُ

### فِي النَّفَاسِ (١)

قال الغزالي: وَأَكْثَرُهُ سِتُونَ يَوْماً، وَأَغْلَبُهُ أَرْبَعُونَ يَوْماً، وَأَقَلُّهُ لِحِظَّةٍ (ز) وَالتَّغْوِيلُ فِيهِ عَلَى الْوُجُودِ.

(١) النفاس بكسر النون: الدم الخارج بعد الولد، مأخوذ من النفَس وهو الدم، وهو يخرج عقب النفس، يقال: نفست المرأة بضم النون وفتحها، والفاء مكسورة فيهما: إذا ولدت، انظر تحرير التنبيه (٥٢).

قال الرافعي: أكثر النفاس ستون يوماً، خلافاً لأبي حنيفة وأحمد، حيث قالوا: أكثره أربعون يوماً، ورووا عن مالك فيه روايتين:

أحدهما: مثل مذهبنا، والأخرى: أنه لا حد له، ويرجع إلى أهل الخبرة من النساء فتجلس أقصى ما يجلس النساء<sup>(١)</sup>.

لنا الرجوع إلى ما وجدَ وعُهِدَ كما ذكرنا في الحيض، وقد روى عن الأوزاعي أنه قال: عندنا امرأة ترى النفاس شهرين، وعن ربيعة: أدركت النساء يقلن أكثر ما تنفس المرأة ستون يوماً.

ولك أن تعلم المسألة مع الحاء والألف والميم بالقاف؛ لأن أبا عيسى الترمذي روى في جامعه عن الشافعي - رضي الله عنه - أن دم النفاس إذا جاوز الأربعين، لم تدع الصلاة بعد ذلك<sup>(٢)</sup>، فحصل قول على موافقتهم ووجهه ما روي عن أم سلمة - رضي الله عنها - قالت: «كَانَتِ النَّفْسَاءُ تَجْلِسُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَرْبَعِينَ يَوْمًا»<sup>(٣)</sup>.

وهذا على ظاهر المذهب محمول على الغالب ولا شك في أن غالب النفاس أربعون يوماً.

وأما أقله فلا حد له. ويثبت حكم النفاس لما وجدته قل أو كثر، والمعنى فيه الرجوع إلى الوجود كما ذكرنا.

ولك أن تعلم المسألة بالحاء، لأنه روى عن أبي حنيفة في أقل النفاس ثلاث روايات:

إحداها: مثل مذهبنا وهي الأظهر.

والثانية: أنه أحد عشر يوماً.

والثالثة: خمسة وعشرون يوماً، وبالزاي لأن المُرَازِيَّ قال أقله أربعة أيام؛ لأن أكثر النفاس، مثل أكثر الحيض أربع مرات فليكن أقله مع أقله كذلك.

واعلم أنه لا فرق في حكم النفاس وبين أن يكون الولد حياً أو ميتاً كامل الخلق أو ناقصها. ولو ألفت علقة أو مُضغَّةً، وقالت القوابل: إنه ابتداء خلق الأدمي، فالدم الذي تجده بعده نفاس ذكره في «التتمة».

(٢) انظر الجامع للترمذي (٢٥٨/١).

(١) سقط في (ط).

(٣) قال ابن الملقن: رواه أحمد، والدارمي، وأبو داود، والترمذي، وابن ماجه، والدارقطني، والبيهقي، والحاكم، وقال: صحيح الإسناد، وكذا صححه ابن السكن، وخالف ابن حزم، وابن القطان، وضعفاه والحق صحته، فقال الخطابي: أثنى البخاري على هذا الحديث. انظر الخلاصة (٨٣/١) التلخيص (١٧١/١).

قال الغزالي: فَإِنْ رَأَتْ قَبْلَ الْوِلَادَةِ دَمًا عَلَى أَدْوَارِ الْحَيْضِ، فَلَهُ حُكْمُ الْحَيْضِ فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ، إِلَّا فِي أَنْقِضَاءِ الْعِدَّةِ بِهِ، فَلَوْ كَانَتْ تَحِيضُ خَمْسًا وَتَطَهَّرُ خَمْسًا وَعَشْرِينَ فَحَاضَتْ خَمْسًا وَوَلَدَتْ قَبْلَ مُضِيِّ خَمْسَةِ عَشَرَ مِنَ الطَّهْرِ فَمَا بَعْدَ الْوَلَدِ نِفَاسٌ، وَنَقْضَانُ الطَّهْرِ قَبْلَهُ لَا يَقْدَحُ فِي إِفْسَادِهِ وَلَا فِي إِفْسَادِ الْحَيْضِ الْمَاضِي؛ لِأَنَّ تَحَلُّلَ الْوِلَادَةِ أَعْظَمُ مِنْ طُولِ الْمُدَّةِ، وَلَوْ اتَّصَلَتِ الْوِلَادَةُ بِأَخْرِ الْخَمْسَةِ وَجَعَلْنَاهَا حَيْضًا فَلَا نَعُدُّهَا مِنْ النِّفَاسِ، وَلَا نَقُولُ: هُوَ نِفَاسٌ سَبَقَ، وَكَذَلِكَ مَا يَظْهَرُ مِنَ الدَّمِ فِي حَالِ ظَهْوَرِ مَخَائِلِ الطَّلُقِ.

قال الرافعي: ما تراه الحامل من الدم على ترتيب أدوار الحيض هل هو حيض أم لا؟ قال في القديم: لا، بل هو دم فساد، وبه قال أبو حنيفة وأحمد؛ لقوله ﷺ: «لَا تُوطَأُ حَامِلٌ حَتَّى تَضَعَ وَلَا حَائِلٌ حَتَّى تَحِيضَ»<sup>(١)</sup>.

جعل الحيض دليلاً على براءة الرحم، فلو قلنا: الحامل تحيض لبطلت دلالاته، ولأن فم الرحم ينسد بالحمل فيمتنع خروج دم الحيض، فإن الحيض يخرج من أقصى الرحم.

وقال في الجديد: هو حيض، وبه قال مالك لقوله ﷺ: «دَمُ الْحَيْضِ أَسْوَدُ يُعْرَفُ»<sup>(٢)</sup>.

أطلق ولم يفصل بين الحامل والحائِل، ولأنه دم في أيّام العادة بصفة الحيض على قدره فجاز أن يكون حيضاً كدم الحامل والمرضع ولا فرق على القولين بين ما تراه قبل حركة الحمل وما تراه بعدها، ومنهم من قال القولان فيما بعد حركة الحمل أما من وقت العلوق إلى الحركة، فهو كحال الحيات.

فإن قلنا: إنه ليس بحيض فهو حدث دائم كسلس البول. وإن قلنا: إنه حيض حرم فيه الصلاة والصوم والوطء، ويثبت جميع أحكام الحيض، إلا أنه لا يحرم فيه الطلاق، ولا تنقضي به العدة.

قال الله تعالى: «وَأُولَاتِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ»<sup>(٣)</sup>.

ثم إن هذا القول في الدّم من التي ولدت بعد خمسة عشر فصاعداً من وقت

(١) أخرجه أبو داود (٢١٥٧) وأحمد في المسند (٦٢/٣) أعله عبد الحق، وابن القطان، انظر الخلاصة (٨٣/١).

(٢) سورة الطلاق، الآية ٤.

(٣) تقدم.

انقطاعه، أما إذا ولدت قبل تمام خمسة عشر من انقطاعه، فهل يكون حيضاً؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه لم يتخلل بينه وبين النفاس طهر كامل.

وأصحهما: أنه حيض أيضاً على هذا القول؛ لأنه قد تقدمه طهر كامل ونقصان الطهر إنما يؤثر فيما بعده لا فيما قبله وهاهنا لم يؤثر فيما بعده؛ لأن ما بعد الولد نفاس بلا خلاف، فأولى أن لا يؤثر فيما قبله، وعند هذا لا نسلم اشتراط تخلل الطهر الكامل بين الدمين مطلقاً، وإنما يشترط ذلك إذا كان كل واحد منهما حيضاً وهاهنا أحدهما نفاس.

ولو رأت الحامل الدم على عاداتها وولدت على الاتصال بآخره ولم يتخلل طهر أصلاً ففيه هذان الوجهان، ولا خلاف في أن ذلك الدم لا يعد من النفاس؛ لأن النفاس لا يسبق الولادة، بل هو عند الفقهاء عبارة عن الدم الذي يخرج عقب الولادة، ولهذا قطع معظم الأصحاب، بأن ما يبدو عند الطلق ليس بنفاس أيضاً، وقالوا: ابتداء النفاس يحسب من وقت انفصال الولد.

وحكى صاحب «الإفصاح» وجهاً فيما يبدو عند الطلق: أنه نفاس لأنه من آثار الولادة، ثم على طريقة المعظم، كما لا نجعل ذلك الدم نفاساً لا نجعله حيضاً كذلك، ذكره القاضي أبو المكارم<sup>(١)</sup> في العدة، ورأيته لأبي عبد الله الحنطلي أيضاً.

وحكى مع ذلك وجهاً آخر أنه حيض على قولنا: الحامل تحيض وإذا كان الظاهر في هذه الصورة أنه ليس بحيض أيضاً وجب أن يستثنى هذا الدم عن صورة القولين في دم الحامل، فإنها حامل بعد في تلك الحالة.

وأما الدم الخارج مع الولد فهل هو نفاس أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، وبه قال ابن القاص وأبو إسحاق؛ لأنه خارج بسبب الولادة فصار كالخارج بعدها.

وأصحهما: لما ذكرنا أنه لم يخرج عقب الولادة. وقول الأول يشكل بالبادي عند الطلق، فإن كلا من الأصحاب استبعد عده من النفاس. ثم على الوجه الثاني ما حكم ذلك الدم.

(١) أبو المكارم الروياني، ابن أخت صاحب البحر، وصاحب «العدة»، وقف عليها الرافعي ولم يذكروا وقت وفاته، انظر طبقات الأسنوي (٥٢٠) طبقات الشافعي لابن هداية (٧٨) طبقات الشافعي لابن قاضي شهبة (٣١٥/١).

حكى صاحب «التّهذيب» فيه وجهين:

أشهرهما: أنه كالخارج قبل الولادة لأنها قبل انفصال كل الولد في حكم الحامل، ألا ترى أنه يجوز للزوج مراجعتها.

والثاني: أنه كالخارج بين الولدين لخروج بعض الحمل فإذا قلنا: إنه نفاس وجب به الغسل، وإن لم تر بعد الولادة دمًا، وقلنا: لا غسل على ذات الجفّاف وتبطل صومها.

وعلى الوجه الثاني: لا يجب الغسل به، ولا يبطل صومها إذا لم تر بعد الولادة دمًا، أو كان ما بعد الولادة بعد انقضاء النهار، ويحصل من الخلاف المذكور في هذه المسائل وجوه في أن ابتداء مدة النفاس من أي وقت يحسب:

أحدها: يحسب من وقت الدّم البادي عند الطلق.

والثاني: من الدم الخارج مع ظهور الولد.

والثالث: وهو الأظهر من وقت انفصال الولد وحكى إمام الحرمين وجهًا: أنها لو ولدت ولم تر الدم أيامًا، ثم ظهر الدم فابتداء مدة النفاس من وقت خروج الدم بحسب لا من وقت الولادة فهذا وجه رابع وموضعه ما إذا كانت الأيام المتخللة دون أقل الظهر، وإذا عرفت ما ذكرناه فلا يخفى عليك أن قوله: «فلو كانت تحيض خمسة وتظهر خمسة وعشرين» إلى آخر المسألة تفريع على قولنا: إن الحامل تحيض، ولذلك حسن في التصوير تسمية ما رآته حيضًا، وإلا فهو على القول الآخر ليس بحيض ثم جريان عاداتها بما ذكرناه ليس بشرط بل مهما رأت دمًا في زمان الإمكان وولدت قبل مضي خمسة عشر من وقت انقطاعه فهو صورة المسألة سواء كان ذلك الدم معتادًا لها أم لا وليعلم قوله: «ولا في إفساد الحيض» بالواو لما سبق.

وقوله: «لأن تخلّل الولادة أعظم من طول المدة» أي في التأثير وفصل أحد الدّمين عن الآخر ولقوة تأثيرها قامت في العدة مقام المدة الطويلة.

وقوله في الصورة الأخرى: «وجعلناها حيضًا» أي إذا فرعنا على أن ما تراه الحامل حيض، ولك أن تقول لا حاجة إلى هذا التقييد في الحكم الذي رتبته عليه؛ لأن الذي على هذه الصّورة أنا لا نعدّها من النفاس ولا نقول هو نفاس سبق والأمر كذلك، وإن لم نجعل تلك الخمسة حيضًا على ما سبق بيانه.

وقوله: «ما يظهر من الدم في حال ظهور مخايل الطلق» ينبغي أن يعلم أيضًا بالواو للوجه الذي روينا.

قال الغزالي: فَأَمَّا الدَّمُ بَيْنَ التَّوَهُّمَيْنِ فَنِفَاسٌ عَلَى أَصَحِّ الوَجْهَيْنِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ كَدَمٍ

الْحَامِلِ، فَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ نَفَاسٌ فَمَا بَعْدَ الثَّانِي مَعَهُ نَفَاسَانِ عَلَى وَجْهِهِ، وَنَفَاسٌ وَاحِدٌ عَلَى وَجْهِهِ، وَقِيلَ: إِنْ تَمَادَى الْأَوَّلُ سِتِّينَ يَوْمًا فَنَفَاسَانِ، وَإِلَّا فَنَفَاسٌ وَاحِدٌ.

قال الرافعي: في الدم الذي تراه المرأة بين التّوأمين وجهان:

أحدهما: أنه ليس بنفاس، لأنه دم خرج قبل فراغ الرحم، فأشبهه دم الحامل.

والثاني: ويحكى عن صاحب «التَّلْخِيصِ» أنه نفاس، لأنه خرج عَقِيْبَ خروج نفس وجعل صاحب الكتاب هذا الوجه أصح اقتداءً بإمام الحرمين، لكن الأصح عن الشيخ أبي حامد وأصحابنا العراقيين، إنما هو الأول، وتابعهم عليه صاحب «التَّهْذِيبِ»، فإن قلنا: ليس بنفاس، فقال الأكثرون: إنه ينبني على دم الحامل إن جعلناه حيضاً - فهو أولى، وإلا ففيه قولان، والفرق أنها إذا وضعت إحدى التّوأمين كان استرخاء الدم قريباً، بخلاف ما قبل الولادة، فإن فم الرحم منسدٌ حينئذ، وهذا هو الذي ذكره في الكتاب حيث قال «وقيل: إنه كدم الحامل» وهو الوجه الثاني من قوله: «على أصح الوجهين»، وليعلم بالحاء والألف، لأن عندهما هو نفاس.

ويحكى مثل ذلك عن مالك وفي كلام بعض الأصحاب ما يقتضي كونه دم فساد. وإن قلنا: الحامل تحيض كالدم الذي يظهر عند الطلق، وأما إذا فرغنا على أنه نفاس، فهل بعد الثاني معه نفاس واحد أو نفاسان؟ فيه وجهان:

أظهرهما: نفاسان لانفصال كل واحدة من الولادتين عن الأخرى، وعلى هذا لا يبالي بمجاوزة الدم السّتين من الولادة الأولى.

والثاني: هما نفاس واحد؛ لأنهما في حكم الولد الواحد، ألا ترى أن العدة لا تنقضي بوضع أحدهما فعلى هذا إذا زاد الدم على ستين من الولادة الأولى فهي مستحاضة، واختلفوا في موضع هذين الوجهين.

قال الصيدلاني: موضعهما ما إذا كانت المدة المتخللة بين الدّمين دون السّتين، أما لو بلغت السّتين، فهو نفاس آخر لا محالة، وهذا ما أشار إليه بقوله: «وقيل: إن تمادي الأول ستين يوماً» إلى آخره.

وعن الشيخ أبي محمد: أنه لا فرق. وإذا ولدت الثاني بعد السّتين وفرغنا على اتّحاد النّفاس فما بعده استحاضة، ولو سقط عضو من الولد، والباقي مجبن<sup>(١)</sup> ورأت في تلك الحالة دمًا، فهل هو نفاس؟ ذكر في «التتمة» أنه على الوجهين في الدم الخارج

(١) التجبن في اصطلاح الأطباء: تحول الأنسجة النخرة إلى كتلة متلبكة متعجّنة، لونها أسمر أو أصفر صفرة خفيفة تشبه الجبن، انظر المعجم الوسيط (١٠٦/١).



بين الولدين والله أعلم، هذا إذا لم يجاوز دم النفاس الستين.

قال الغزالي: **أما المُسْتَحَاضَاتُ فِي النَّفَاسِ فَهِنَّ أَرْبَعٌ: (الأولى) الْمُعْتَادَةُ فَتَرُدُّ إِلَى عَادَتِهَا مِنَ الْأَرْبَعِينَ مَثَلًا ثُمَّ يُحْكَمُ بِالطَّهْرِ بَعْدَ الْأَرْبَعِينَ عَلَى قَدْرِ عَادَتِهَا ثُمَّ تَبْتَدِئُ حَيْضَهَا، وَلَوْ وُلِدَتْ مِرَارًا وَهِيَ ذَاتُ جَفَافٍ ثُمَّ وُلِدَتْ وَأَسْتَحِيضَتْ فِيهَا كَالْمُبْتَدَأَةِ، وَعَدَمُ النَّفَاسِ لَا يُنْبِئُ لَهَا عَادَةً، كَمَا أَنَّهَا لَوْ حَاضَتْ خَمْسَةَ وَطَهَّرَتْ سِتَّةً وَهَكَذَا مِرَارًا ثُمَّ أَسْتَحِيضَتْ فَلَا تُقِيمُ الدَّوْرَ سِتَّةَ بَلْ أَقْصَى مَا يَرْتَقِي الدَّوْرَ إِلَيْهِ تَسْعُونَ يَوْمًا، وَهِيَ مَا تَنْقُضِي بِهِ عِدَّةَ الْإِسَةِ فَمَا فَوْقَهُ لَا تُؤَثِّرُ الْعَادَةُ فِيهِ.**

قال الرافعي: إذا جاوز الستين فقد دخلت الأستحاضة في النفاس، وطريق التمييز بينهما ما تقدم في الحيض، هذا ظاهر المذهب وعليه يبنى تقسيم حالها إلى المعتادة والمبتدأة كما ذكر في الكتاب، وفيه وجهان آخران:

أحدهما: أن جميع الستين نفاس، والزائد عليه استحاضة بخلاف ما في الحيض، لأن الحيض محكوم به ظاهراً لا قطعاً، فجاز أن ينتقل عنه إلى ظاهر آخر والنفاس مقطوع به إذ الولادة معلومة والنفاس هو الخارج بعد الولادة، فلا ينتقل عنه إلى غيره إلا بيقين - وهو مجاوزة الأكثر وعلى هذا يجعل الزائد أستحاضة إلى تمام طهرها المعتاد أو المردود إليه في المبتدأة ثم ما بعده حيض.

**والوجه الثاني:** أن الستين نفاس والذي بعده حيض على الاتصال به، لأنهما دمان مختلفان فيجوز أن يتعقب كل واحد منهما الآخر، وأطبق الجمهور على ضعف هذين الوجهين، وقالوا: نظروا إن كانت معتادة ذاكرة لعاداتها مثل إن كانت تنفس فيما سبق أربعين، ثم ولدت مرة وجاوز دمها الستين فترد إلى الأربعين، كما ترد في الحيض إلى عاداتها، ثم لها في الحيض حالتان ذكر أولهما في الكتاب دون الثانية.

**الأولى:** أن تكون معتادة في الحيض أيضاً، فنحكم لها بالطهر بعد الأربعين على قدر عاداتها في الطهر، ثم تحيض قدر عاداتها في الحيض.

**والثانية:** أن تكون مبتدأة في الحيض فنجعل القدر الذي إليه ترد المبتدأة في الطهر استحاضة، والذي ترد إليه في الحيض حيضاً، والخلاف المذكور فيما ثبت به العادة وفي أنه إذا اجتمعت العادة والتمييز أيهما يقدم يجري هاهنا كما في الحيض، ولو ولدت المرأة مراراً، وهي ذات جفاف، ثم ولدت مرة ونفست واستحيضت، فلا نقول عدم النفاس عادة لها، وإنما هي مبتدأة في النفاس كالتي لم تلد أصلاً، وسنذكر حكم المبتدأة، وشبه صاحب الكتاب هذه المسألة بمسألة في الحيض، وهي أن المعتادة في الحيض لو كانت تحيض خمسة وتطهر سنة أو سنتين، واستمر بها ذلك - ثم إنها

استحيضت - فهل نجعل المدة الطويلة طهراً لها؟ قال القفال: لا، إذ يبعد أن لا نحكم بحيضها سنة أو سنتين، والحدّ الفاصل بين ما يكون طهراً بين حيضتين، ويثبت عادة وبين ما لا يكون كذلك تسعون يوماً، خمسة عشر فما دونها حيض والباقي طهر، لأنّ عدة الآيسة تنقضي بهذا القدر، والعدة وجبت لبراءة الرحم، والدور الواحد مظنة البراءة بدليل الاستبراء، فلو تصور أن يزيد الدور على هذا القدر لما اكتفى به، وهذا هو الذي أورده في الكتاب - وعلى هذا لو زاد الطهر المتقدم على الاستحاضة على القدر المذكور نظر فيما قبل ذلك، إن كان لها طهر على الحد المعتمد - جعل طهرها بعد الاستحاضة ذلك القدر، وإلا فحكمها في الطهر حكم المبتدأة، ووجه تشبيه مسألة النفاس بهذه المسألة أننا لا نجعل عدم الحيض في المدة الطويلة عادة لها، فكذلك عدم النفاس لا يصير عادة، والذي يوافق إطلاق أكثر الأصحاب الرّد إلى عاداتها في الطهر، طالت المدة أو قصرت، وقد نص عليه الشيخ أبو حامد والمقتدون به، ويدل عليه ظاهر خبر المعتادة التي استفتت لها أم سلمة كما سبق فإنه مطلق فوجب إعلام قوله: «فلا نقيم الدور سنة» بالواو لهذا المعنى.

قال الغزالي: (الثانية) المبتدأة إذا استحيضت تُردُّ إلى لحظة على قول، وإلى أربعين على قول، (الثالثة) المميّزة فحكمها حكم الحائض في شرط التمييز إلا أنّ السنين ههنا بمائة خمسة عشر ثم لا ينبغي أن يزيد الدّم القوي عليه.

قال الرافعي: إذا استحيضت في النفاس وهي مبتدأة، فنظر هل هي مميزة بشرط التمييز أم لا؟ فإن لم تكن، ففيها قولان:

أصحهما: الرد إلى الأقل، وهو لحظة.

والثاني: الرد إلى الغالب، وهو أربعون يوماً، وفي المسألة طريقة أخرى عن ابن سريج وأبي إسحاق، وهي الجزم بالرد إلى الأقل، والمشهور إثبات القولين كما في الحيض، وهو الذي ذكره في الكتاب.

وحكى في «العدة» قولاً ثالثاً، وهو الرّد إلى أكثر النفاس، ونقله قولاً عن الشافعي غريب نعم هو مشهور بالمزني وينبغي أن يعلم قوله: «إلى لحظة» و«إلى الأربعين» كلاهما بالزاي، لذلك ثم منهم من خصص ذهابه إليه بالمبتدأة ومنهم من طرده في المعتادة أيضاً، وحينئذ يكون مذهبه مثل الوجه الأول من الوجهين اللذين حكيناها في المعتادة على خلاف ظاهر المذهب، ثم ننظر في حال هذه النفاس إن كانت معتادة في الحيض حيث تعد مرد النفاس قدر طهرها استحاضة ثم تبتدىء الحيض على عاداتها، وإن كانت مبتدأة في الحيض أيضاً أقمنا لها الطهر والحيض كما يقتضيه حال المبتدأة،

وأما إذا كانت مميزة بشرط التمييز، فترد إلى التمييز كما في الحيض.

وقوله في الكتاب: «فحكما حكم الحائض في شرط التمييز» غير مجرى على إطلاقه، لأننا نعتبر في الحيض ثلاثة أمور، ألا ينقص القوي عن يوم وليلة، وأن لا يزيد على خمسة عشر، وأن لا ينقص الضعيف عن خمسة عشر، والذي يعتبر من ذلك هاهنا ألا يزيد القوي على أكثر النفاس، وهو ستون يوماً، وهي بمثابة الخمسة عشر في الحيض، أما في طرف القلة، فلا ضبط، وكذلك لا يعتبر للضعيف حد معين.

قال الغزالي: (الرابعة) الْمُتَحَيِّرَةُ إِذَا نَسِيَتْ عَادَتَهَا فِي النَّفَاسِ فَبِي قَوْلٍ تُرَدُّ إِلَى الْأَحْتِيَاظِ، وَعَلَى قَوْلٍ إِلَى الْمُبْتَدَأِ، وَالرَّدُّ هَهُنَا إِلَى الْمُبْتَدَأِ أَوْلَى، لِأَنَّ أَوَّلَ وَقْتِهَا مَعْلُومٌ بِالْوِلَادَةِ.

قال الرافعي: في النَّاسِيَةِ لِعَادَةِ نَفَاسِهَا قَوْلَانِ كَمَا فِي النَّاسِيَةِ لِعَادَةِ الْحَيْضِ.

فعلى قول: ترد إلى ما ترد إليه المبتدأة.

وعلى قول تؤمر بالاحتياط، وعلى هذا فلو كانت مبتدأة في الحيض، وجب الاحتياط أبداً؛ لأن أول حيضها لا يعلم، وقد بينا أن المبتدأة إذا لم تعرف وقت ابتداء الدم كانت كالمتحيرة، وإن كانت معتادة في الحيض ناسية لعادتها، فكذلك تستمر على الاحتياط، وإن كانت ذاكرة لعادة الحيض، فهذه يلتبس عليها الدور لالتباس معترض النفاس، وهي بمثابة ناسية لوقت الحيض عارفة بقدره، وقد سبق القول فيها.

وقوله: «والرد هاهنا إلى المبتدأة أولى» لا يقتضي ترجيح هذا القول على قول الاحتياط، بل المراد أن هذا القول أظهر منه في الحيض؛ لأن وقت النفاس معلوم بالولادة، وتعيين أول الهلال للحيض تحكّم على أن إمام الحرمين رجح قول الرد إلى المبتدأة هاهنا على قول الاحتياط، فيجوز أن يكون ما ذكره في الكتاب جرياً على موافقته.

وقوله: «المتحيرة إذا نسيت عادتها» في اللفظ زيادة مستغنى عنها، لأنها لا تكون متحيرة إلا إذا نسيت عادتها وقد تجعل المتحيرة مع الناسية اسمين مترادفين - كما سبق - فلو اقتصر على قوله المتحيرة في النفاس لما ضر.

قال الغزالي: (فَرْعٌ) إِذَا أُنْقَطَعَ الدَّمُّ عَلَى النَّفْسَاءِ عَادَ الْخِلَافُ فِي التَّلْفِيحِ، وَلَوْ طَهَّرَتْ خَمْسَةَ عَشَرَ يَوْماً ثُمَّ عَادَ الدَّمُّ فَالْعَائِدُ نَفَاسٌ عَلَى وَجْهِ لَوْقُوعِهِ فِي السَّيِّئِ، وَهُوَ حَيْضٌ (ح) عَلَى وَجْهِ لِقَدَمِ طَهْرٍ كَامِلٍ عَلَيْهِ، فَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ نَفَاسٌ فَعَلَى قَوْلِ السَّحْبِ مَدَّةُ النَّقَاءِ أَيْضاً نَفَاسٌ، وَقِيلَ: نُسْتَنَى هَذِهِ الصُّورَةُ أَيْضاً عَلَى قَوْلِ السَّحْبِ إِذْ يَبْعُدُ تَقْدِيرُ مَدَّةِ

كَامِلَةٌ فِي الطُّهْرِ حَيْضًا وَعَلَيْهِ يُخْرَجُ مَا إِذَا وَلَدَتْ وَلَمْ تَرَ الدَّمَ إِلَى خَمْسَةِ عَشَرَ فِي أَنَّ الدَّمَ الْوَاقِعَ فِي السُّتَيْنِ هَلْ هُوَ نَفَاسٌ أَمْ لَا؟ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قال الرافعي: ما ذكرناه من أول الباب إلى هذا الموضع فيما إذا كان الدم مستمراً لا ينقطع، أمّا إذا انقطع دم النفاس فله حالتان:

إحدهما: أنه لا يجاوز الستين فننظر إن لم تبلغ مدة التقاء بين الدمين أقل الطهر كما لو رأت يوماً دماً ويوماً نقاء فأزمنة الدم نفاس لا محالة، وفي أزمنة النقاء القولان المذكوران في الحيض، وإن بلغ أقل الطهر كما لو رأت الدم أياماً عُقِبَ الولادة ثم وطهرت خمسة عشر يوماً فصاعداً ثم عاد الدم فالعائد حيض أم نفاس؟ فيه وجهان:

أصحهما: أنه حيض لأنه نقاء قبله، دمان تخللها طهر صحيح فلا يضم أحدهما إلى الآخر كدمي الحيض ولأننا لو جعلناه نفاساً لجعلنا الطهر الصحيح نفاساً أيضاً تفريراً على الصحيح، وهو قول السحب ولا ضرورة بناء إلى ذلك.

والثاني: أنه نفاس لوقوعه في زمان إمكان النفاس كما لو كان المتخلل دون أقل الطهر، وعلى هذا الخلاف يخرج ما إذا ولدت ولم تر الدم خمسة عشر فصاعداً، ثم رأت الدم هل هو حيض أم نفاس؟ التفریع إن قلنا: العائد حيض فلا نفاس لها في هذه الصورة الأخيرة أصلاً ولو نقص العائد عن أقل الحيض، ففيه وجهان:

أظهرهما: أنه دم فساد؛ لأن الطهر الكامل قطع حكم النفاس.

والثاني: أنه نفاس؛ لأنه تعذر جعله حياً وأمكن جعله نفاس فيصار إليه، وإن جاوز العائد أكثر الحيض فهي مُسْتَحَاضَةٌ فننظر أهي معتادة أم مبتدأة؟ ونحكم بما يقتضيه الحال.

وإن قلنا: العائد نفاس فمدة التقاء على قول التلفيق إن قلنا بالسحب فهو نفاس وإن قلنا باللقط فهو طهر، كما لو كانت المدة دون أقل الطهر هذا أشهر الطريقتين، ومنهم من قال: هو طهر على القولين وتستثنى هذه الصورة على قول السحب، إذ يعد أن تجعل المدة الكاملة في الطهر نفاساً، ولا نعطي لها حكم الطهر بخلاف ما إذا كانت المدة ناقصة فإنها لا تصلح طهراً وحدها فيستعقبها الدم.

الحالة الثانية: أن يتجاوز الستين فننظر إن بلغ زمان التقاء في الستين أقل الطهر، ثم جاوز العائد فالعائد حيض ولا يجيء فيه الخلاف المذكور في الحالة الأولى، وبهذا تبين أن صاحب الكتاب أراد بكلامه المطلق الحالة الأولى وإن لم يبلغ زمان التقاء أقل الطهر فننظر إن كانت مبتدأة مميزة ردت إلى التمييز، وإن لم تكن مميزة فعلى القولين السابقين في المبتدأة، وإن كانت معتادة ردت إلى عاداتها وفي الأحوال تراعى قضية

التلفيق إن سحبتنا فالدم في أيام المرد والنقاء بينهما نفاس، وإن لفقتنا فنلحق أيام المرد أو من جميع الستين فيه الخلاف المذكور في الحيض، والله أعلم<sup>(١)</sup>.

ولك أن تعلم قوله في الكتاب: «وهو حيض على وجه» بالحاء، لأن عند أبي حنيفة العائد نفاس وأن تعلم قوله: «فالعائد نفاس» بالألف، وقوله أيضاً قبله: «وعاد الخلاف في التلفيق» بالألف، لأن عند أحمد الدم العائد مشكوك فيه تصوم وتصلّي فيه، وتقضي الصوم ولا يأتيها الزوج؛ لأنه يحتمل أن يكون نفاساً، ويحتمل أنه دم فساد ولا فرق عنده بين أن يبلغ مدة النقاء أقل الطهر وبين أن لا يبلغه، والله أعلم<sup>(٢)</sup>.

(١) قال النووي: والصفرة، والكدرة، في النفاس كهي في الحيض، وفاقاً وخلافاً هذا هو المذهب، وبه صرح الفوراني، والبغوي، وصاحب «العدة»، وغيرهم، وقطع الماوردي: بأنها نفاس قطعاً؛ لأن الولادة شاهد للنفاس بخلاف الحيض، وإذا انقطع دم النفساء واغتسلت أو تيممت حيث يجوز، فلزوج وطؤها في الحال بلا كراهة، حتى قال صاحب «الشامل» و«البحر»: لو رأت الدم بعد الولادة ساعة وانقطع، لزمها الغسل، وحل الوطء. فإن خافت عود الدم، استحب له التوقف احتياطاً. والله أعلم. ينظر الروضة (١/٢٨٧).

(٢) وقع في أ قوله كمل من أول الكتاب إلى آخر الطهارة - بحمد الله وعونه، وحسن توفيقه، وبمنه - ويتلوه في الثاني - إن شاء الله تعالى - كتاب الصلاة، ونسأل الله الإعانة على الكمال - ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم -.

كِتَابُ الصَّلَاةِ  
وَفِيهِ سَبْعَةُ أَبْوَابٍ  
الْبَابُ الْأَوَّلُ فِي الْمَوَاقِيْتِ  
وَفِيهِ ثَلَاثَةُ فُصُولٍ

قال الغزالي: الأَوَّلُ في وَقْتِ الرَّفَاهِيَّةِ، أَمَّا الظُّهْرُ فَيَدْخُلُ وَقْتُهُ بِالزَّوَالِ، وَهُوَ عِبَارَةٌ عَنْ ظُهُورِ زِيَادَةِ الظِّلِّ لِكُلِّ شَخْصٍ فِي جَانِبِ الْمَشْرِقِ، وَيَتِمَادِي وَقْتُ الْأَخْتِيَارِ إِلَى أَنْ يَصِيرَ ظِلُّ الشَّخْصِ (م ز ح) مِثْلَهُ مِنْ مَوْضِعِ الزِّيَادَةِ.

قال الرافعي: الكلام في الصلاة حواه في سبعة أبواب:

أولها في المواقيت، وصدر الشافعي كتاب الصلاة بهذا الباب؛ لأن أهم الصلوات الوظائف الخمس، وأهم ما يعرف منها مواقيتها، لأنها بدخول الوقت تجب ويخروجه تفوت. وفي الباب ثلاثة فصول:

أولها: في وقت الرفاهية.

والثاني: في وقت العذر، وفي كلام الشافعي - رضي الله عنه - أن الوقت وقتان: وقت مقام ورفاهية، ووقت عذر وضرورة.

قال شارحون: المقام: الإقامة، والرفاهية: الفسحة والدعة، يقال: فلان رَافَهُ إذا كان حاضراً غير ظاعن، وفلان في رَفَاهِيَّةٍ من عَيْشِهِ أي خفض ودَعَةٍ، واتفقوا على أن الغرض بهما في كلامه شيء واحد، وهو وقت المترفة الذي ليس به عذر ولا ضرورة، وهو الوقت الأصلي للصلوات، واختلفوا في العذر والضرورة، فمنهم من قال: وقت العذر غير وقت الضرورة، فالعذر ما يرخص في التقديم والتأخير من غير إلباء إليه وهو السفر والمطر، والضرورة ما تدفع وتلجىء إليه وذلك في، الصبي يبلغ والمجنون يفيق، والكافر يسلم، والحائض والنفساء يتقطع دمهما.

وعلى هذا قالوا: الأوقات ثلاثة، لكن الشافعي - رضي الله عنه - جعلهما على قسمين، وجعل وقتاً في حيز، ووقتتين في حيز؛ لما بينهما من التناسب، ومنهم من

قال: العذر والضرورة وَاجِدٌ، وأراد به وقت الصبي يبلغ ومن في معناه.

وإذا عرفت ذلك فاعلم أن صاحب الكتاب جعل الفصل الأول في وقت الرفاهية، والثاني في وقت الضرورة، وسماها وقت العذر، كأنه وافق الفرقة الصائرة إلى أن المراد بالعذر والضرورة واحد.

فأما الفصل الأول فالأصل فيه ما روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - عن النبي ﷺ قال: «أَمْنِي جِبْرِيلُ عِنْدَ بَابِ النَّبِيِّ مَرَّتَيْنِ فَصَلَّى بِي الظُّهْرَ حِينَ رَأَتْ الشَّمْسُ»<sup>(١)</sup>، وروي «حِينَ كَانَ الْقَيْءُ مِثْلَ الشَّرَاكِ، وَصَلَّى بِي الْعَصْرَ حِينَ كَانَ كُلُّ شَيْءٍ بِقَدْرِ ظِلِّهِ، وَصَلَّى بِي الْمَغْرِبَ حِينَ أَفْطَرَ الصَّائِمُ، وَصَلَّى بِي الْعِشَاءَ حِينَ غَابَ الشَّفَقُ، وَصَلَّى بِي الْفَجْرَ حِينَ حَزَمَ الطَّعَامَ وَالشَّرَابَ عَلَى الصَّائِمِ، فَلَمَّا كَانَ الْغَدُ صَلَّى بِي الظُّهْرَ حِينَ كَانَ كُلُّ شَيْءٍ بِقَدْرِ ظِلِّهِ، وَصَلَّى بِي الْعَصْرَ حِينَ صَارَ ظِلُّ كُلِّ شَيْءٍ مِثْلِيهِ، وَصَلَّى بِي الْمَغْرِبَ لِلْقَدْرِ الْأَوَّلِ لَمْ يُؤْخِزْهَا، وَصَلَّى بِي الْعِشَاءَ حِينَ ذَهَبَ ثُلُثُ اللَّيْلِ، وَصَلَّى بِي الْفَجْرَ حِينَ أَسْفَرَ، ثُمَّ التَّفَتَ فَقَالَ يَا مُحَمَّدُ: هَذَا وَقْتُ الْأَنْبِيَاءِ مِنْ قَبْلِكَ، وَالْوَقْتُ فِيمَا بَيْنَ هَذَيْنِ الْوَقْتَيْنِ»، ويروى مثل ذلك عن ابن عمر - رضي الله عنهما - وأبي هريرة وأبي موسى وجابر وأنس وغيرهم - رضي الله عنهم -<sup>(٢)</sup>.

ولهذا الحديث بدأ الأئمة بصلاة الظهر.

### القول في وقت صلاة الظهر:

ووقتها يدخل بالزَّوَالِ، وبيانه: أن الشمس إذا طلعت وقع ظل كل شخص في جانب المغرب طويلاً، ثم ما دامت الشمس ترتفع فالظل ينقص حتى إذا بلغت كبد السماء وهي حالة الاستواء انتهى نقصانه، وقد لا يبقى له ظل أصلاً، وذلك في بعض البلاد «كمكة» و«صنعاء اليمن» في أطول أيام السنة، وإذا بقي فهو مختلف المقدار

(١) أخرجه الشافعي (١٢٧) أبو داود (٣٩٢) والترمذي (١٤٩) وأحمد في المسند (٣٠٨١ - ٣٠٨٢) والدارقطني (٢٥٨/١) وابن الجارود (١٤٩ - ١٥٠) والحاكم (١٩٣/١) والبيهقي في السنن (١/٣٦٤) وابن خزيمة (٣٢٥) قال الترمذي حسن وقال الحاكم: صحيح الإسناد وقال ابن عبد البر في تهذيبه رواه كلهم معروفون بالنسب ومشهورون في العلم وصححه ابن خزيمة أيضاً انظر الخلاصة (٨٥/١).

(٢) أخرجه الدارقطني (٢٥٩/١) عن ابن عمر بإسناد حسن، لكن فيه عن ابن إسحاق وعن أبي هريرة أخرجه النسائي (٢٤٩/١) والحاكم (١٩٤/١) وقال صحيح على شرط مسلم وعن أبي موسى أخرجه مسلم (٦١٤) وعن جابر - رضي الله عنه - أخرجه الترمذي (١٥٠) والنسائي (١/٢٥١) وأحمد (٣/٣٣٠) والدارقطني (٢٥٦/١) وابن حبان (١٤٦٣)، والحاكم (١٩٥/١) وعن أنس أخرجه الدارقطني (٢٦٠/١) بإسناد ضعيف.

باختلاف البلاد والفصول، ثم إذا مالت الشمس إلى جانب المغرب فإن لم يبق ظل عند الاستواء حدث الآن في جانب المشرق، وإن بقي شيء زاد الآن وتحول إلى المشرق. فحدوثة أو زيادته هو الزوال، ثم إذا صار ظل الشاخص مثله من أصل الشاخص إن لم يبق شيء من الظل عند الاستواء أو من نهاية القدر الباقي في حالة الاستواء إن بقي شيء فقد خرج وقت الظهر.

وقوله في الكتاب: «وهو عبارة عن ظهور زيادة الظل» يريد به أغلب الأحوال وهو بقاء الظل في حالة الاستواء وإن قل.

فأما إذا لم يبق شيء عند الاستواء فالزوال بظهور الظل، ولا معنى للزيادة، لكنه نادر لا يكون إلا في يوم واحد من السنة في بعض البلدان.

وقوله: «ويتمادى وقت الاختيار إلى أن يصير ظل الشخص مثله من موضع الزيادة» جار على الغالب أيضاً كما بيناه، فإذا كان الشاخص ذراعين مثلاً والباقي من ظله عند الاستواء ربع ذراع فإنما يخرج الوقت إذا صار الظل ذراعين وربع ذراع.

وأراد بوقت الاختيار ما اشتمل عليه بيان جبريل عليه السلام بعد وقت الفضيلة ألا تراه يقول: في «وقت العصر ووقت الفضيلة في الأول ما بعده وقت الاختيار» وفسر بعضهم وقت الاختيار بما يشتمل عليه بيان جبريل من غير التقييد بكونه بعد وقت الفضيلة، وعلى هذا فوقت الاختيار ينقسم إلى وقت الفضيلة وإلى ما بعده، وليكون قوله: «إلى أن يصير ظل الشخص مثله» معلماً بالحاء؛ لأن عند أبي حنيفة - رحمه الله - يبقى وقت الظهر إلى أن يصير ظل الشيء مثله ثم يدخل وقت العصر، وبالميم أيضاً؛ لأن عند مالك يبقى وقت الظهر إلى أن يصير ظل الشخص مثله، ولكن إذا صار ظل الشيء مثليه دخل وقت العصر، وفي مصير الظل مثله إلى مصيره مثليه وقت لكل واحدة من الصلاتين، هكذا روى مذهبه طائفة من أصحابنا.

وروى آخرون أنه قال: يدخل وقت العصر بمصير الظل مثليه، ولا يخرج وقت الظهر حتى يمضي قدر أربع ركعات، وهذا القدر هو المشترك بين الصلاتين، ويروى هذا عن المزني أيضاً، فليضف الزاي إلى الحاء والميم.

قال الغزالي: **وَبِهِ يَدْخُلُ وَقْتُ الْعَصْرِ (ح ز) وَيَتِمَادَى (م) إِلَى غُرُوبِ الشَّمْسِ، وَوَقْتُ الْفَضِيلَةِ فِي الْأَوَّلِ وَمَا بَعْدَهُ وَقْتُ الْأَخْتِيَارِ إِلَى مَصِيرِ الظِّلِّ مِثْلِيهِ، وَبَعْدَهُ وَقْتُ الْجَوَازِ إِلَى الْأَضْفِرَارِ، وَوَقْتُ الْكِرَاهِيَةِ عِنْدَ الْأَضْفِرَارِ.**

### القول في وقت صلاة العصر:

قال الرافعي: إذا صار ظل الشيء مثليه فقد دخل وقت العصر، لما روينا من



حديث ابن عباس، وقد يوهم الخبر اشتراكاً بين الظهر والعصر في قدر من الوقت كما حكيناه عن مالك؛ لأنه قال: صَلَّى الظهر في اليوم الثاني حين صار ظل كل شيء مثليه، [وصلى العصر في اليوم الأول حين صار ظل كل شيء مثليه] (١) وأوله الشافعي - رضي الله عنه - على أنه ابتداء العصر من اليوم الأول حين صار ظل الشيء مثليه، وفرغ من الظهر في اليوم الثاني حين صار ظل الشيء مثليه.

ودليل التأويل ما روي عن ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «وَقْتُ الظُّهْرِ مَا لَمْ يَدْخُلْ وَقْتُ العَصْرِ» (٢). ثم يمتد وقت العصر إلى غروب الشمس؛ لما روي أنه ﷺ قال: «مَنْ أَدْرَكَ رَكْعَةً مِنَ الصُّبْحِ قَبْلَ أَنْ تَطْلُعَ الشَّمْسُ فَقَدْ أَدْرَكَ الصُّبْحَ، وَمَنْ أَدْرَكَ رَكْعَةً مِنَ العَصْرِ قَبْلَ أَنْ تَغْرُبَ الشَّمْسُ فَقَدْ أَدْرَكَ العَصْرَ» (٣). وفيه وجه آخر، وإليه ذهب أبو سعيد الإصطخري: أنه لا يمتد إلى غروب الشمس، بل آخر وقت العصر إذا صار ظل الشيء مثليه، لأنه لو زاد عليه لبيته جبريل عليه السلام، وعلى ظاهر المذهب وقت الاختيار إلى مصير الظل مثليه، وبعده وقت الجواز بلا كراهية إلى اصفرار الشمس، ومن اصفرار الشمس إلى الغروب، وقت الكراهية، ومعناه أنه يكره تأخيرها إليه.

روي عن النبي ﷺ قال: «تِلْكَ صَلَاةُ المُنَافِقِ يَجْلِسُ يَرْقُبُ الشَّمْسَ، حَتَّى إِذَا كَانَتْ بَيْنَ قَرْنَيْ الشَّيْطَانِ قَامَ فَتَقَرَّ أَرْبَعًا، لَا يَذْكُرُ اللَّهَ فِيهَا إِلَّا قَلِيلًا» (٤).

وأما ما يتعلق بألفاظ الكتاب، فقوله: «وبه يدخل وقت العصر» ينبغي أن يعلم بالحاء؛ لما قدمناه، وقوله: «ويمتد إلى غروب الشمس» بالواو للوجه المنسوب إلى الإصطخري. فإن قلت: قال الشافعي - رضي الله عنه - في «المختصر»: «ثم لا يزال وقت الظهر قائماً حتى يصير ظل كل شيء مثله، فإذا جاوز ذلك بأقل زيادة، فقد دخل وقت العصر ظاهراً»، هذا يقتضي اعتبار زيادة على مصير الظل مثله، ليدخل وقت العصر، وذلك ينافي قوله: «وبه يدخل وقت العصر» فهل في ذلك اختلاف قول أم وجه أم كيف الحال؟ فالجواب أنه لا خلاف في دخول وقت العصر حتى يخرج وقت الظهر عندنا. وكلام الشافعي محمول على أن خروج وقت الظهر لا يكاد يعرف إلا بزيادة الظل على المثل وإلا فتلك الزيادة من وقت العصر. وقوله: ووقت الفضيلة في الأول لا يختص به العصر، بل وقت فضيلة جميع الصلوات أول أوقاتها على ما سيأتي، لكن اجتماع الأوقات الأربعة الفضيلة، والاختيار، والجواز، والكراهية من خاصية وقت العصر والصبح وما عدهما.

(١) سقط في ب.

(٢) أخرجه البخاري (٥٥٦ - ٥٧٩ - ٥٨٠) ومسلم (٦٠٨).

(٤) أخرجه مسلم (٦٢٢) من رواية أنس - رضي الله عنه - .

أما ذات وقتين: الفضيلة والاختيار كالظهر، وأما ذات ثلاث أوقات الفضيلة، والاختيار، والجواز، كالعشاء، والعصر أول الصلاتين المخصوصتين بالأوقات الأربعة في الترتيب المذكور، فهذا هو الداعي إلى تقسيم وقت العصر إلى الفضيلة وغيرها.

قال الغزالي: وَوَقْتُ الْمَغْرِبِ يَدْخُلُ بِغُرُوبِ الشَّمْسِ وَيَمْتَدُّ (م) إِلَى غُرُوبِ الشَّفَقِ فِي قَوْلٍ، وَعَلَى قَوْلٍ: إِذَا مَضَى بَعْدَ الْغُرُوبِ وَقْتُ وُضُوءٍ وَأَذَانٍ وَإِقَامَةٍ وَقَدْرٍ خَمْسٍ (و) رَكَعَاتٍ فَقَدْ انْقَضَى (ح) الْوَقْتُ، لِأَنَّ جَبْرِيلَ عَلَيْهِ السَّلَامُ صَلَّى صَلَاتَهَا فِي الْيَوْمَيْنِ فِي وَقْتٍ وَاحِدٍ، وَعَلَى هَذَا فَلَوْ شَرَعَ فِي الصَّلَاةِ فَمَدَّ آخِرَ الصَّلَاةِ إِلَى وَقْتِ غُرُوبِ الشَّفَقِ فَفِيهِ وَجْهَانِ.

قال الرافعي: لا خلاف في أن وقت المغرب يدخل بغروب الشمس، والاعتبار بسقوط قرصها، وهو ظاهر في الصحارى.

وأما في العمران، وقلل الجبال، فالاعتبار بأن لا يرى من شعاعها شيء على أطراف الجدران وقلل الجبال، ويُقبل<sup>(٢)</sup> الظلام من المشرق، وروي أنه صَلَّى قَالَ: «إِذَا أَقْبَلَ الظَّلَامُ مِنْ هَاهُنَا - وَأَشَارَ إِلَى الْمَشْرِقِ، وَأَذْبَرَ النَّهَارَ مِنْ هَاهُنَا - وَأَشَارَ إِلَى الْمَغْرِبِ - فَقَدْ أَطْفَرَ الصَّائِمُ»<sup>(٣)</sup>. وإلى متى يمتد وقت المغرب؟ فيه [قولان]<sup>(٤)</sup> القديم: أنه يدوم وقتها إلى غيبوبة الشفق، لما روي عن بريدة «أَنَّ رَجُلًا سَأَلَ النَّبِيَّ صَلَّى عَنْ وَقْتِ الصَّلَاةِ فَقَالَ: صَلِّ مَعَنَا هَذَيْنِ»، يَعْنِي الْيَوْمَيْنِ إِلَى أَنْ قَالَ: «وَصَلَّى بِي الْمَغْرِبَ فِي الْيَوْمِ الثَّانِي قَبْلَ أَنْ يَغِيبَ الشَّفَقُ»<sup>(٥)</sup>.

وروي في الصحيح أن النبي صَلَّى قَالَ: «وَوَقْتُ صَلَاةِ الْمَغْرِبِ مَا لَمْ يَغِيبِ الشَّفَقُ»<sup>(٦)</sup>.

ويعبر عن هذا القول بأن للمغرب وقتين كسائر الصلوات، وفي «الجديد» إذا مضى قدر وضوء وستر عورة وأذان وإقامة وخمس ركعات فقد انقضى الوقت؛ لأن جبريل عَلَيْهِ السَّلَامُ صلاها في اليومين في وقت واحد، ولو كان لها وقتان لبين كما في سائر الصلوات؛ ثم معلوم أن ما لا بد منه من شرائط الصلاة لا يجب تقديمه على الوقت،

(١) جمع قلة، بضم القاف: أعلى الرأس والسنام والجبل. وبكسرهما: الرعدة، والخوف، وبفتحتها النهضة من علة أو فقر.

(٢) في ز: ويظهر.

(٣) أخرجه البخاري (١٩٥٤) ومسلم (١١٠٠) من حديث عمر والبخاري (١٩٥٥) ومسلم (١١٠١) من حديث عبد الله بن أبي أوفى.

(٤) في أ وجهان. (٥) أخرجه مسلم (٦١٣) وابن خزيمة (٣٢٣).

(٦) أخرجه مسلم (٦١٢) وأبو داود (٣٩٦) والنسائي (٢٦٠/١) وأحمد في المسند (٦٩٦٦ - ٦٩٩٣) في السنن (٣٦٤/١).

فيحتمل التأخير بعد الغروب قدر ما يشتغل بها، والاعتبار في جميع ذلك بالوسط المعتدل<sup>(١)</sup>، ويحتمل أيضاً أكل لقم يكسر بها سورة الجوع<sup>(٢)</sup>.

وفي وجه: ما يمكن تقديمه على الوقت كالطهارة، وستر العورة يسقط من الاعتبار.

وفي وجه: لا يعتبر خمس ركعات، وإنما يعتبر ثلاث ركعات، ويعبر عن هذا القول بأن للمغرب وقتاً واحداً يعتبر تقديره بالفعل، وعلى هذا القول لو شرع في المغرب في الوقت المضبوط فهل يجوز أن يستديم صلاته إلى أن ينقضي هذا الوقت؟ إن قلنا: إن الصلاة التي وقع بعضها في الوقت وبعضها بعد الوقت أداء، وأنه<sup>(٣)</sup> يجوز تأخيرها إلى أن يخرج عن الوقت بعضها - فله ذلك لا محالة، وإن قلنا: لا يجوز ذلك في سائر الصلوات، ففي المغرب وجهان: أحدهما: المنع كسائر الصلوات.

وأصحهما: أنه يجوز مدها إلى غروب الشفق، لما روي أنه ﷺ «قرأ سورة الأعراف في المغرب»<sup>(٤)</sup> فظاهر المذهب القول الجديد.

واختار طائفة من الأصحاب القول الأول، ورجحوه، وعندهم أن المسألة مما يفتى فيها على القديم<sup>(٥)</sup>.

وإذا عرفت ذلك فعد إلى ألفاظ الكتاب وعلم قوله: (ويمتد إلى غروب الشفق) بالميم، لأن مذهب مالك مثل القول الجديد في أظهر الروايتين، وقوله: (فقد انقضى الوقت) بالحاء والألف؛ لأن مذهبهما مثل القول القديم، ولفظ (الوضوء) بالواو، وكذا قوله: (وقدر خمس ركعات) لما حكينا من الوجهين، وادعى القاضى الروياني أن المذهب: اعتبار الثلاث دون الخمس، وقوله (وعلى هذا، فلو مد آخر الصلاة إلى غروب الشفق، فوجهان) فيه، إشارة إلى أن الوجهين مبنيان على قولنا أن من سائر الصلوات لا يجوز الإتيان بها، بحيث يقع بعضها بعد الوقت، لا ما إذا جوزنا ذلك، فلا اختصاص للامتداد بغروب الشفق، مهما كان الشروع في الوقت المضبوط.

(١) قال في شرح المذهب: كذا أطلق الجمهور، وقال القفال: يعتبر في حق كل إنسان الوسط من قبل نفسه لاختلافهم في هذا، فبعضهم خفيف الحركات والقراءة وبعضهم عكسه واستحسنه في التوسط.

(٢) قال في شرحي المذهب والوسيط: الصحيح بل الصواب أن من حضره الطعام يأكل حتى يشبع للحديث الصحيح.

(٣) في ب: إذا فاته.

(٤) أخرجه البخاري (٧٦٤) من رواية زيد بن ثابت وفي رواية الحاكم (٢٣٧/١) وفرقها في ركعتين وقال: صحيح على شرط الشيخين إن لم يكن فيه إرسال.

(٥) قال النووي: الأحاديث الصحيحة، مصرحة بما قاله من القديم، وتأويل بعضها متعذر، فهو الصواب. ومن اختاره من أصحابنا، ابن خزيمة والخطابي، والبيهقي، والغزالي في «الأحياء» والبخاري في «التهديب» وغيرهم - والله أعلم - روضة الطالبين (٢٩٢/١).

قال الغزالي: وَوَقْتُ الْعِشَاءِ يَدْخُلُ بِغَيْبِوَبَةِ الشَّفَقِ، وَهُوَ الْحُمْرَةُ (ح) الَّتِي تَلِي الشَّمْسَ دُونَ الْبَيَاضِ وَالصُّفْرَةِ، ثُمَّ يَمْتَدُّ وَقْتُ الْأَخْتِيَارِ إِلَى ثُلُثِ اللَّيْلِ عَلَى قَوْلٍ، وَإِلَى النُّصْفِ عَلَى قَوْلٍ، وَوَقْتُ الْجَوَازِ إِلَى طُلُوعِ الْفَجْرِ.

### القول في وقت صلاة العشاء:

قال الرافعي: إذا غاب الشفق دخل وقت العشاء، لما روينا من [خبراً]<sup>(١)</sup> جبريل عليه السلام: «وَالشَّفَقُ هُوَ الْحُمْرَةُ»<sup>(٢)</sup> وبه قال مالك وأحمد خلافاً لأبي حنيفة والمزني، حيث قال: هو البياض الذي يعقب الحمرة، ويروى عن أحمد أن الاعتبار في الصحراء بالحمرة، وفي البنيان بالبياض.

لنا: ما روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - عن النبي ﷺ أنه قال: «الشَّفَقُ الْحُمْرَةُ فَإِذَا غَابَ الشَّفَقُ وَجَبَتِ الصَّلَاةُ». وإلى متى يمتد وقت الاختيار؟ فيه قولان.

أصحهما: إلى ثلث الليل لبيان جبريل عليه السلام.

والثاني: إلى نصف الليل.

وبه قال أبو حنيفة، لقوله ﷺ: «لَوْلَا أَنْ أَشَقُّ عَلَى أُمَّتِي لَأَمَرْتُهُمْ بِالسَّوَاكِ عِنْدَ كُلِّ صَلَاةٍ، وَلَا أُخْرِزْتُ الْعِشَاءَ إِلَّا بِنُصْفِ اللَّيْلِ»<sup>(٣)</sup>. وعن أحمد روايتان، كالقولين ثم يستمر وقت الجواز إلى طلوع الفجر الثاني. وفيه وجه آخر: أنه إذا ذهب وقت الاختيار على اختلاف القولين فقد ذهب وقت الجواز أيضاً، أما على قول: «الثلث» فلحديث جبريل عليه السلام حيث قال: «الْوَقْتُ مَا بَيْنَ هَذَيْنِ الْوَقْتَيْنِ».

وأما على قول النصف فلما روي أنه ﷺ قال: «وَقْتُ الْعِشَاءِ مَا بَيْنَكَ وَبَيْنَ نِصْفِ اللَّيْلِ»<sup>(٤)</sup>، وإلى هذا الوجه ذهب الإصطخري، وكذلك أبو بكر الفارسي فيما حكى المعلق عن الشيخ أبي محمد، والمذهب الأول.

واحتجوا له بما روي أنه ﷺ قال: «صَلَاةُ اللَّيْلِ مَثْنَى مَثْنَى فَإِذَا حَشِي أَحَدُكُمْ الصُّبْحَ فَلْيُوتِرْ بِرُكْعَةٍ»<sup>(٥)</sup>.

(١) في أحديث.

(٢) قال ابن الملقن: رواه الدارقطني، وقال في غرائب حديث مالك هذا حديث غريب، وكل من رواه ثقات، وقال الحاكم والبيهقي: الصحيح وقفه على ابن عمر انظر الخلاصة (٨٨/٢).

(٣) تقدم.

(٤) أخرجه مسلم (٦١٢) من رواية عبد الله بن عمر.

(٥) أخرجه البخاري (٤٧٣ - ٩٩٠) ومسلم (٧٤٩).

وبما روي أنه ﷺ قال: «لَيْسَ التَّفْرِيطُ فِي النَّوْمِ، وَإِنَّمَا التَّفْرِيطُ فِي الْيَقَظَةِ، أَنْ تُوَخَّرَ صَلَاةٌ حَتَّى يَدْخُلَ وَقْتُ صَلَاةٍ أُخْرَى»<sup>(١)</sup>.

ظاهره يقتضي امتداد وقت كل صلاة إلى دخول وقت الأخرى، ولا يخفى عليك مما ذكرناه المواضع المستحقة للعلامات من ألفاظ الكتاب، وأن قوله: «ووقت الجواز إلى طلوع الفجر المراد منه الفجر الثاني» وقوله: في تفسير الشفق «دون البياض والصفرة» لا كلام في أن البياض خارج عن تفسير الشفق عندنا، وأنه لا يعتبر غروبه.

وأما الصفرة فقد ذكر إمام الحرمين في «النهاية»: أن أول وقت العشاء يدخل بزوال الحمرة والصفرة، والشمس إذا غربت تعقبها حمرة ثم ترق إلى أن تنقلب صفرة ثم يبقى بياض. قال: وبين غيبوبة الشمس إلى زوال الصفرة كما بين الصبح الصادق إلى طلوع قرن الشمس، وبين زوال الصفرة إلى انمحاق البياض يقرب مما بين الصبح الصادق والكاذب، ونقل صاحب الكتاب في «البيسط» هذا الكلام، لكن الذي يوافق إطلاق المعظم ما ذكره في هذا الموضع، وهو الاكتفاء بغيبوبة الحمرة.

ولفظ الشافعي - رضي الله عنه - دال عليه، ألا تراه يقول في «المختصر»: وإذا غاب الشفق وهو الحمرة فهو أول وقت العشاء، ثم غروب الشفق ظاهر في معظم النواحي. أما الساكنون بناحية تقصر لياليهم ولا يغيب عنهم الشفق فيصلون العشاء، إذا مضى من الزمان قدر ما يغيب فيه الشفق في أقرب البلدان إليهم، ذكره القاضي حسين في «فتاويه».

قال الغزالي: «وَوَقْتُ الصُّبْحِ يَدْخُلُ بِطُلُوعِ الْفَجْرِ الصَّادِقِ الْمُسْتَطِيرِ ضَوْؤُهُ لَا بِالْفَجْرِ الْكَاذِبِ الَّذِي يَبْدُو مُسْتَطِيلًا كَذَنْبِ السَّرْحَانِ، ثُمَّ يَنْمَحِقُ أَثَرُهُ ثُمَّ يَتِمَادَى وَقْتُ الْأَخْتِيَارِ إِلَى الْإِسْفَارِ، وَقْتُ الْجَوَازِ إِلَى الطُّلُوعِ.»

### القول في صلاة الصبح:

قال الرافعي: يدخل وقت الصبح بطلوع الفجر الصادق ولا عبرة بالفجر الكاذب.

والصادق هو المستطير الذي لا يزال ضؤوه يزداد ويعترض في الأفق، سمي مستطيراً لانتشاره قال الله تعالى: «كَانَ شَرُّهُ مُسْتَطِيرًا»<sup>(٢)</sup> والكاذب يبدو مستطيلاً ذاهباً في السماء، ثم يتمحق وتصير الدنيا أظلم مما كانت والعرب تشبهه بذنب السرحان، لمعنيين:

(١) أخرجه مسلم (٦٨١) وأبو داود (٤٣٧) والترمذي (١٧٧).

(٢) سورة الإنسان، آية ٧.

أحدهما: طوله.

والثاني: أن الضوء يكون في الأعلى دون الأسفل كما أن الشعر يكثر على أعلى ذنب الذئب دون أسفله وروي أنه ﷺ قال: «لَا يَغْرُنْكُمْ الْفَجْرُ الْمُسْتَطِيلُ فَكُلُّوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَطْلُعَ الْفَجْرُ الْمُسْتَطِيرُ»<sup>(١)</sup>. ويتمادى وقت الاختيار إلى الإسفار، لحديث جبريل ﷺ. وهل يزيد الوقت عليه؟ قال أبو سعيد الإصطخري: لا، والمذهب أنه يبقى وقت الجواز إلى طلوع الشمس لقوله ﷺ: «وَمَنْ أَدْرَكَ رَكْعَةً مِنَ الصُّبْحِ قَبْلَ أَنْ تَطْلُعَ الشَّمْسُ فَقَدْ أَدْرَكَ الصُّبْحَ»<sup>(٢)</sup> ثم من الإسفار إلى طلوع الحمرة جواز بلا كراهية، ووقت طلوع الحمرة وقت الكراهية فيكره تأخير الصلاة إليها من غير عذر، ذَكَرَهُ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ، وكذلك [أورده]<sup>(٣)</sup> في «التهديب» فيحصل للصباح أربعة أوقات كما للعصر.

وقوله: «وقت الجواز إلى الطلوع» إن كان المراد منه ما تشترك فيه حالة الكراهية وحالة عدمها فلا مخالفة بينه وبين ما حكيناه، ولكنه خص اسم الجواز بما لا كراهية معه في فصل العصر، ألا تراه يقول: «وبعدده وقت الجواز إلى الاصفرار ووقت الكراهية عند الاصفرار» فيشبه أن يريد بالجواز هاهنا مثل ذلك أيضاً، وحينئذ يكون ما ذكره مخالفاً لما حكيناه والله أعلم.

قال الغزالي: ثُمَّ يُقَدَّمُ (وَح) أَذَانُ هَذِهِ الصَّلَاةِ عَلَى الْوَقْتِ فِي الشِّتَاءِ لِسَبْعِ بَقِيْنَ مِنَ اللَّيْلِ، وَفِي الصَّيْفِ بِنَضْفِ سَبْعِ، وَقِيلَ: يَدْخُلُ وَقْتُ أَذَانِهِ بِخُرُوجِ وَقْتِ اخْتِيَارِ الْعِشَاءِ، ثُمَّ لَيْكُنْ لِلْمَسْجِدِ مُؤَذِّنَانِ يُؤَدِّنُ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الصُّبْحِ وَالْآخَرُ بَعْدَهُ.

قال الرافعي: صلاة الصبح تختص في حكم الأذان بأمور، ذكر منها هاهنا شيئين:

أحدهما: أنه يجوز تقديم أذانها على دخول الوقت خلافاً لأبي حنيفة.

لنا ما روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن رسول الله ﷺ قال: «إِنَّ بِلَالَ يُؤَدِّنُ بِلَيْلٍ فَكُلُّوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يُنَادِيَ ابْنُ أُمِّ مَكْتُومٍ»<sup>(٤)</sup> والمعنى فيه إيقاظ النائم، فإن الوقت وقت النوم والغفلة ليتأهبوا للصلاة.

(١) أخرجه مسلم (١٠٩٤) من رواية سمرة ولفظه: «لا يغرن أحدكم نداء بلال من السحور ولا هذا البياض، حتى يستطير» وفي رواية: «لا يغرنكم أذان بلال ولا هذا البياض - لعمود الصبح - حتى يستطير» ورواه الترمذي ولفظه: «لا يغرنكم من سحوركم أذان بلال ولا الفجر المستطيل، ولكن الفجر المستطير في الأفق» وقال: حسن. قال ابن الملقن انظر الخلاصة (١/٨٨ - ٨٩).

(٢) تقدم.

(٣) في أذكاره.

(٤) أخرجه البخاري (٦١٧ - ٦٢٠ - ٦٢٣ - ١٩١٨) ومسلم (١٠٩٢).

وقال الشيخ يحيى اليميني في «البيان»: ذكر بعض أصحابنا أنه إذا جرت عادة أهل بلد بالأذان بعد طلوع الفجر لم يقدم فيها الأذان على الوقت كيلا يشتبه عليهم الأمر، وهذا التفصيل غريب، وليكن قوله: «ثم يقدم» معلماً بالواو مع الحاء لذلك، ثم في القدر الذي يجوز به التقديم وجوه، ذكر منها في الكتاب وجهين:

أحدهما: أنه يقدم في الشتاء لِسُبُع بقي من الليل، وفي الصيف لِنُصْف سُبُع [بقي من الليل، وروي عن سعد القرظي<sup>(١)</sup> قال: «كَانَ الْأَذَانُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي الشِّتَاءِ لِسُبُعٍ بَقِيَ مِنَ اللَّيْلِ وَفِي الصَّيْفِ لِنُصْفِ سُبُعٍ»] <sup>(٢)</sup><sup>(٣)</sup> وهذا القدر لا يعتبر تحديداً، وإنما يعتبر تقريباً، والغرض أن يتأهب الغافلون لأسباب الصلاة وفي التنبيه قريباً من السحر ما يحصل هذا المقصود.

والثاني: أنه إذا خرج وقت اختيار العشاء إما الثلث وإما النصف على اختلاف القولين فقد دخل وقت أذان الصبح؛ لأنه لا يخاف اشتباه أحد الأذنين بالآخر فإن الظاهر أن العشاء لا تؤخر عن وقت الاختيار.

والوجه الثالث: أن وقته النصف الأخير من الليل، ولا يجوز قبل ذلك، وإن قلنا: إن وقت اختيار العشاء لا يجاوز ثلث الليل وشبه ذلك بالدفع من «المزدلفة» والمعنى فيه ذهاب معظم الليل.

والرابع: حكاه القاضي أبو القاسم بن كج وآخرون: أن جميع الليل وقت له كما أنه وقت لنية صوم الغد. واحتج له بإطلاق قوله ﷺ: «إِنْ بَلَغَ الْيَوْمَ الْبَلَاءُ يُؤَدُّنُ بِلَيْلٍ» وأظهر الوجوه أنما هو الأول، ولم يفصل في «التهذيب» بين الصيف والشتاء، واعتبر السبع على الإطلاق تقريباً، وكل هذا في الأذان. أما الإقامة فلا تقدم على الوقت بلا خلاف.

وهذا الفصل ليس من أحكام الأذان إلا أن الشافعي - رضي الله عنه - ذكره في هذا الموضع لتعلقه بالمواقيت وتأسى به الأصحاب.

(١) سعد بن عائد مولى عمار بن ياسر، المعروف بسعد القرظ، صحابي مشهور أذن بقاء على عهد النبي ﷺ، ثم نقله عمر إلى المدينة. انظر الخلاصة (١/٣٦٩). وقع في الرافعي والوسيط، سعد القرظي بياء النسب، وتعقبه ابن الصلاح وقال: إن كثيراً من الفقهاء صحفوه اعتقاداً منهم أنه من بني قريظة، وإنما هو سعد القرظ، مضاف إلى القرظ بفتح القاف وهو الذي يدبغ به، وعرف بذلك لأنه اتجر في القرظ فريح، فيه فلزمه فأضيف إليه.

(٢) قال الحافظ هذا السياق، كما قال ابن الصلاح: والنووي، مخالف لما أورده الرافعي تبعاً للغزالي، وكذا ذكره قبلهما إمام الحرمين وصاحب التقریب، قال النووي: وهذا الحديث مع ضعفه إسناده محرف، والمنقول مع ضعفه مخالف لما استدلل به.

(٣) سقط من ب.

**الثاني:** يستحب أن يكون للمسجد مؤذنان يؤذن أحدهما قبل الصبح والآخر بعده كما كان لمسجد رسول الله ﷺ، والأول أولى بالإقامة، وإن لم يكن إلا مؤذن واحد فيؤذن مرتين، مرة قبل الصبح، وأخرى بعده، ويجوز أن يقتصر على مرة واحدة، إما قبل الصبح أو بعده، أو بعض الكلمات قبل الصبح وبعضها بعده، فإذا اقتصر على مرة فالأولى أن تكون بعد الصبح على المعهود في سائر الصلوات<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي: **قَاعِدَةٌ، تَجِبُ الصَّلَاةُ بِأَوَّلِ (ح) الْوَقْتِ وَجُوبًا مُوسَعًا (ح)، فَلَوْ مَاتَ فِي وَسْطِ الْوَقْتِ قَبْلَ الْأَدَاءِ عَصَى عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ أَخَّرَ حَتَّى خَرَجَ بَعْضُ الصَّلَاةِ عَنِ الْوَقْتِ فَفِي كَوْنِهِ آدَاءٌ ثَلَاثَةٌ أَوْجِبُهُ، وَفِي الثَّلَاثِ يُجْعَلُ الْقَدْرُ الْحَارِجُ قَضَاءً (ح).**

قال الرافعي: الصلاة تجب بأول الوقت وجوباً موسعاً، ومعنى كونه موسعاً أن له أن يؤخرها إلى آخر الوقت ولا يأنم. وعند أبي حنيفة تجب بأخر الوقت، لكن لو صلى في أول الوقت سقط الفرض. لنا قوله تعالى: ﴿أَقِمِ الصَّلَاةَ لِذُلُوكِ الشَّمْسِ﴾<sup>(٢)</sup> والأمر للوجوب. ولو أخر من غير عذر ومات في أثناء الوقت فهل يعصى؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنه ترك الواجب.

وأصحهما: لا (لأنه أبيح له التأخير)<sup>(٣)</sup>، بخلاف ما لو أخر الحج بعد الوجوب فمات بعد إمكان الأداء يعصى؛ لأن آخر الوقت غير معلوم، وأبيح له التأخير بشرط أن يبادر الموت، فإذا مات قبل الفعل أشعر الحال بتقصيره وتوانيه وفي الصلاة آخر الوقت معلوم فلا ينسب إلى التقصير ما لم يؤخر عن الوقت.

ولو وقع بعض الصلاة في الوقت وبعضها بعد خروج الوقت، فقد حكى صاحب الكتاب فيه ثلاثة أوجه ولم يفرق بين أن يكون الواقع في الوقت ركعة أو دونها.

أحدها: أن الكل أداء اعتباراً بأول الصلاة.

**والثاني:** أن الكل قضاء اعتباراً بالآخر، فإنه وقت سقوط الفرض بما فعل.

(١) قال النووي في زيادته: مذهبا ومذهب جماهير العلماء، أن صلاة الصبح من صلوات النهار، ويكره أن يقال للمغرب: عشاء، وأن يقال للعشاء: عتمة والاختيار أن يقال للصبح: الفجر، أو الصبح. وهما أولى من الغداة ولا تقول: الغداة مكروه ويكره النوم قبل العشاء، والحديث بعدها لغير عذر، إلا في خير. واختلف العلماء في الصلاة الوسطى. فنص الشافعي - رضي الله عنه - والأصحاب أنها الصبح، وقال صاحب «الحاوي» نص الشافعي أنها الصبح. وصحت الأحاديث أنها العصر، ومذهبه اتباع الحديث فصار مذهبه: أنها العصر، قال: ولا يكون في المسألة قولان. كما وهم بعض أصحابنا، - والله أعلم -.

(٢) سقط في ب.

(٣) سورة: آية



والثالث: أن الواقع في الوقت أداء وفي الخارج قضاء كما أنه لو وقع الكل في الوقت كان أداء وإذا وقع خارجه كان قضاء. والذي ذكره معظم الأصحاب الفرق بين أن يكون الواقع في الوقت ركعة فصاعداً أو دونها واقتصروا على وجهين:

أصحهما: أنه إن وقع في الوقت ركعة فالكل أداء، وإلا فالكل قضاء، وبه قال ابن خيران؛ لقوله ﷺ: «مَنْ أَدْرَكَ رَكْعَةً مِنَ الصُّبْحِ قَبْلَ أَنْ تَطْلُعَ الشَّمْسُ فَقَدْ أَدْرَكَ الصُّبْحَ»<sup>(١)</sup>.

وأيضاً فإن للركعة من التأثير ما ليس بغيرها. ألا ترى أنه تدرك الجمعة بركعة، ولا تدرك بما دونها.

والوجه الثاني: أن ما وقع في الوقت أداء والخارج عنه قضاء، وأورد إمام الحرمين الأوجه الثلاثة المذكورة في الكتاب ولكن بعد الفرض في الركعة، ثم قال: إن الأئمة ذكروا الركعة فيما يقع في الوقت، وكان شيعي يرد ذلك إلى تفصيل المذهب فيما يدرك به أصحاب الضرورات الفرض. قال: والذي ذكره غير بعيد.

وإذا عرفت ذلك، فإن كان صاحب الكتاب أراد بالبعض الذي [أطلقه]<sup>(٢)</sup> الركعة، فذاك وإلا فهو جري على المنقول عن الشيخ أبي محمد. ثم فيما يدرك به أصحاب الضرورة الفرض قولان: أحدهما: ركعة. والثاني: تكبيرة.

ففرض الخلاف في مطلق البعض تكون جواباً على هذا القول الثاني، وليكن قوله: «يجعل القدر الخارج قضاء» معلماً بالألف؛ لأن القاضي الروياني روى أن عند أحمد إذا وقعت ركعة من الصلاة في الوقت فالكل أداء، كما هو الصحيح عندنا، ولا بأس بإعلامه بالحاء أيضاً؛ لأن عند أبي حنيفة لو طلعت الشمس - في خلال صلاة الصبح - بطلت، ولا يعتد بها لا قضاء ولا أداء، وسلم أنه لو غربت الشمس في خلال الصلاة من عصر يومه لا تبطل الصلاة.

لنا: ما روي أنه ﷺ قال: «إِذَا أَدْرَكَ أَحَدُكُمْ سَجْدَةً مِنْ صَلَاةِ الْعَصْرِ قَبْلَ أَنْ تَغْرُبَ الشَّمْسُ فَلْيَتِمَّ صَلَاتَهُ وَإِذَا أَدْرَكَ أَحَدُكُمْ سَجْدَةً مِنْ صَلَاةِ الْعَصْرِ قَبْلَ أَنْ تَغْرُبَ الشَّمْسُ فَلْيَتِمَّ صَلَاتَهُ»<sup>(٣)</sup>. ومتى قلنا الخارج عن الوقت قضاء، أو قلنا الكل قضاء لم يجز للمسافر قصر تلك الصلاة على قولنا أن القصر لا مدخل له في القضاء، وهل يجوز تأخير الصلاة إلى حد يخرج بعضه عن الوقت؟ إن قلنا إنها مقضية، أو أن بعضها مقضي

(٢) في أدركه.

(١) تقدم.

(٣) أخرجه البخاري (٥٥٦) من رواية أبي هريرة - رضي الله عنه -.

فلا، وإن قلنا مؤداة فقد حكى إمام الحرمين عن أبيه ترديد الجواب في ذلك، ومال إلى أنه لا يجوز، وهذا هو الذي أورده في «التهذيب» من غير ترديد وبناء على خلاف، ولو شرع فيها وقد بقي من الوقت ما يسع الجميع لكن مدها بطول القراءة حتى خرج الوقت. لم يَأْثَم، ولا يكره أيضاً في أظهر الوجهين.

قال الغزالي: **ثُمَّ تَعَجِيلُ الصَّلَوَاتِ أَفْضَلُ (ح) عِنْدَنَا، وَفَضِيلَةُ الْأَوْلِيَّةِ بِأَنْ يَشْتَغَلَ بِأَسْبَابِ الصَّلَاةِ كَمَا دَخَلَ الْوَقْتُ، وَقِيلَ: تَتِمَادَى الْفَضِيلَةُ إِلَى نِصْفِ وَقْتِ الْأَخْتِيَارِ، وَيُسْتَحَبُّ تَأْخِيرُ الْعِشَاءِ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ، وَيُسْتَحَبُّ الْإِبْرَادُ بِالظُّهْرِ فِي شِدَّةِ الْحَرِّ إِلَى وَقُوعِ الظِّلِّ الَّذِي يَمُشِي فِيهِ السَّاعِي إِلَى الْجَمَاعَةِ، وَفِي الْإِبْرَادِ بِالْجُمُعَةِ وَجَهَانِ لِشِدَّةِ الْحَطَرِ فِي قَوَاتِهَا.**

قال الرافعي: روي عن النبي ﷺ أنه قال: «أَوَّلُ الْوَقْتِ رِضْوَانُ اللَّهِ، وَآخِرُ الْوَقْتِ عَفْوُ اللَّهِ»<sup>(١)</sup> قال الشافعي - رضي الله عنه -: «رضوان الله إنما يكون للمحسنين «والعفو» يشبه أن يكون للمقصرين. وروي أن النبي ﷺ قال: «أَفْضَلُ الْأَعْمَالِ الصَّلَاةُ لِأَوَّلِ وَقْتِهَا»<sup>(٢)</sup>. وبم تحصل فضيلة الأولية؟ حكى الإمام فيه ثلاثة أوجه:

**أقربها:** عنده وهو الذي ذكره صاحب «التقريب» أنها تحصل بأن يشتغل بأسباب الصلاة كالطهارة والأذان فإن دخل الوقت، فإنه لا يعد حينئذ متوانياً ولا مؤخراً.

**والثاني:** يبقى وقت الفضيلة إلى نصف الوقت؛ لأن معظم الوقت باقٍ ما لم يمض النصف، فيكون موقعاً للصلاة في حد الأول، وإلى هذا مال الشيخ أبو محمد واعتبر نصف وقت اختيار.

**والثالث:** لا تحصل الفضيلة إلا إذا قدم [قبل الوقت] ما يمكن تقديمه من الأسباب لتتطبق الصلاة على أول دخول الوقت، وعلى هذا قيل: لا ينال المتيمم فضيلة الأولية<sup>(٣)</sup>، وعلى الأول: لا يشترط تقديم ستر العورة كالطهارة، وعن الشيخ أبي محمد اشتراطه؛ لأن ستر العورة لا تختص بالصلاة، والشغل الخفيف كأكل لقمة وكلام قصير لا يمنع إدراك الفضيلة، ولا يكلف العجلة على خلاف العادة<sup>(٤)</sup>. ولنتكلم في الصلاة

(١) أخرجه الترمذي (١٧١) والدارقطني (٢٤٩/١) والبيهقي (٤٣٥/١) من حديث ابن عمر والدارقطني ٢٤٩/١ والبيهقي ٤٣٥/١ من حديث أبي محذورة.

(٢) تقدم.

(٣) قال النووي: هذا الوجه الثالث، غلط صريح، مخالف للسنة المستفيضة عن رسول الله ﷺ والصواب. الأول - والله أعلم -.

(٤) سقط في ط.

واحدة واحدة. أما الظُّهُرُ فيستحب فيها التعجيل، إلا إذا اشتد الحر، وظاهر المذهب، أنه يستحب الإبراد به، لقوله ﷺ: «إِذَا اشْتَدَّ الْحَرُّ، فَأَبْرِدُوا بِالصَّلَاةِ، فَإِنَّ شِدَّةَ الْحَرِّ مِنْ فَيْحِ جَهَنَّمَ»<sup>(١)</sup>. ومن الأصحاب من قال الإبراد رخصة<sup>(٢)</sup>، فلو تحمل القوم المشقة،

(١) أخرجه البخاري (٥٣٦) ومسلم (٦١٥) من رواية أبي هريرة - رضي الله تعالى عنه - .

(٢) الرخصة لغة التيسير والسهولة، فرخصه الله تسهيلة على عباده، والرخصة في الأمر التخفيف، أما عن الإصطلاح فقد اختلف الأصوليون فيها من حيث اللفظ، فعرفها البيضاوي فقال: «هي الحكم الثابت على خلاف الدليل لعذر» وعرفها ابن الهمام: «ما شرع تخفيفاً لحكم مع اعتبار دليله قائم الحكم لعذر» وقد قسم الشافعي - رضي الله عنهم - الرخص إلى أربعة أقسام:

الأول: أن تكون الرخصة واجبة كحل أكل الميتة للمضطر.

الثاني: أن الرخصة مندوبة كالقصر في الصلاة لمن كان سفره يبلغ ثلاثة أيام فصاعداً.

الثالث: أن تكون الرخصة مكروهة - أي خلاف الأولى - كالقصر في حق المسافر إذا لم يجهد الصوم.

الرابع: أن تكون الرخصة مباحة، تشمل كل ما رخص فيه من المعاملات كالسلم والمساقاة والقراض والعرايا أما الحنفية فقد حصروا الرخص في أربعة أنواع:

نوعان: يطلق عليهما لفظ الرخصة حقيقة، لقيام دليل العزيمة فيه، وقيام حكمه من غير دليل دال على تراخيه عنه. غير أن أحدهما أحق من الآخر.

ونوعان: يطلق عليهما لفظ الرخصة «مجازاً» لا حقيقة، وأحدهما أتم من الآخر في كونه مجازاً. فالرخصة الحقيقية: هي التي تبقى عزميتها معمولاً بها، فكلما كانت العزيمة ثابتة، كانت الرخصة أيضاً في مقابلتها ثابتة، معمولاً بها في الشريعة. وهذا بيان أنواعها:

١ - النوع الأول: ما استبيح من المحظورات عند الضرورة، أو عند الحاجة، مع قيام السبب المحرم، وقيام حكمها: كإباحة التلفظ بكلمة الكفر، فإنه يرخص لمن أكره، بإجراء قول الكفر على لسانه بعذر الإكراه، وقلبه مطمئن بالإيمان، لأن حرمة الكفر قائمة لضرورة وجوب حق الله تعالى في الإيمان. وإنما رخص لمن خاف التلف على نفسه - عند الإكراه - إجراء الكلمة، لأن في الامتناع حتى يقتل، تلف نفسه صورة ومعنى. والامتناع من إجراء كلمة الكفر عزيمة، فلو صبر حتى قتل كان مأجوراً؛ لأن حرمة الكفر ثابتة أبداً لقيام السبب المحرم، وهو الدلائل الدالة على أن حق الله تعالى في وجوب الإيمان به قائم لا يحتمل السقوط، لأن الموجب، وهو وحدانية الله تعالى وحقيقة صفاته، وجميع ما أوجب الإيمان به، لا يحتمل التغيير، ولكن رخص للعبد أجزاؤها عند الإكراه، لأن حقه في نفسه يفوت عند الامتناع صورة بتخريب البنية، ومعنى بزهاق الروح، وحق الله لا يفوت معنى، لأن التصديق بالقلب باق، والإقرار الذي سبق منه مه التصديق صح إيمانه به، واستدامة الإقرار في كل وقت ليست بركن، إلا أن في إجراء كلمة الشرك هتك حرمة حق الله تعالى صورة. فإذا أقدم عليها يكون ساعياً في بقاء حياته، مؤثراً حقه على حق مولاه، وإذا امتنع يكون باذلاً حياته مؤثراً حق مولاه على نفسه وهواه. فلهذا كان تقديم حق نفسه بإجراء كلمة الكفر على اللسان ترخيصاً يسقط المؤاخذه. ولا يلزم من سقوط المؤاخذه ثبوت الإباحة وسقوط الحرمة. كمن ارتكب كبيرة فعفى عنه، فإن العفو لا يصير الكبير مباحة. والمرخص بإجراء الكلمة، يعمل لنفسه من حيث السعي في دفع سبب الهلاك عنها، فهذه رخصة =

وصلوا في أول الوقت، فهو أفضل. والأول المذهب، ثم الإبراد المحبوب أن يؤخر إقامة الجماعة عن أول الوقت في المسجد<sup>(١)</sup> الذي يأتيه الناس من بُعد بقدر ما يقع للحيطان ظل يمشي فيه الساعون إلى الجماعة.

فلا ينبغي أن يؤخر عن النصف الأول من الوقت ولو كانت منازل القوم قريبة من

= له، وإن أقدم عليها لم يأنم، وإن أخذ بالعزيمة وبذل نفسه حيسة في دينه، فامتنع عن إجراء كلمة الكفر مراعاة لحقه تعالى صورة ومعنى، لأن الممتنع مطيع لربه مظهر الصلابة في الدين، فهو جهاد، فيكون أفضل وأولى.

١ - النوع الثاني: ما شرع تخفيفاً لحكم آخر، فأباح ترك الواجب، وتأخير أدائه عن وقته، إذا وجد عذر يجعل أداءه في وقته شاقاً على المكلف. مع قيام المسبب المحرم الموجب لحكمه. ومثال ذلك: إفطار المسافر والمريض في رمضان، فقد رخص لهما الفطر مع قيام السبب الموجب للصوم، المحرم للفطر - وهو شهود شهر رمضان - الثابت بقوله تعالى: ﴿فمن شهد منكم الشهر فليصمه ومن كان مريضاً أو على سفر فعلة من أيام أخر﴾ وترخى حكمها - هو وجوب أداء الصوم - عن محل الرخصة - وهو السفر والمرض - لقوله تعالى: ﴿فعلة من أيام أخر﴾ فحرمة الإفطار في حقهما غير قائمة إلى إدراك الأيام الأخر، ولهذا لو ماتا قبل الإدراك لم يلزمهما شيء، ولو كان الوجوب ثابتاً للزمهما الأمر بالفدية عنهما، لأن ترك الواجب بعذر يرفع الإثم، ولكن لا يسقط الخلف، وهو القضاء أو الفدية. ولقيام السبب الموجب للصوم، صح أداءهما لو صاما ولتراخي الحكم لم يلزمهما الأمر بالفدية. وحكم هذا النوع: أن الأخذ بالعزيمة - وهي الصوم - أولى عند الحنفية لقيام السبب الموجب فكان المؤدي للصوم عاملاً لله تعالى في أداء الفرض، والمترخص بالفطر عاملاً لنفسه فيما يرجع إلى الترفة، فقد ورد في الصحيحين عن أنس «كنا نساfer مع رسول الله ﷺ فمننا الصائم، ومننا المفطر، فلم يعب الصائم على المفطر، ولا المفطر على الصائم.

١ - النوع الثالث: ما لم يوجهه الله علينا من أصر وأغللال كان واجباً على من قبلنا. وهي التكاليف الشاقة، مما كان في الشرائع السالفة: كقتل النفي في صحة توبتهم وقطع الأعضاء الخاطئة. ولما كانت الأشياء أوجبت على غيرنا ولم يشرعها الله علينا أصلاً فقد وضعها عنا تخفيفاً وتيسيراً وتوسعة رحمة بنا وتكريماً لنبينا ﷺ لم تكن هذه رخصة حقيقية؛ لأنها غير مشروعة في حقنا أصلاً، فلذا شابته الرخصة. وحكم هذا النوع: أننا إذا عملنا به أحياناً أئمتنا وعوقبنا.

١ - النوع الرابع: وهو ما يستباح تيسيراً لخروج السبت من أن يكون موجباً للحكم، مع بقاء مشروعة في الجملة. فإنه من حيث انعدام السبب الموجب للحكم، كانت الرخصة مجازاً لأن العزيمة لم تكن في مقابلتها، ومن حيث إنه بقي المسبب مشروعة في الجملة كان شبيهاً بحقيقة الرخصة. مثال ذلك: سقوط إتمام الصلاة الرباعية في السفر، فسقوط الركعتين منها رخصة إسقاط - عند الحنفية - لا يجوز العمل بعزيمتها فليس له أن يصلحها أربعاً.

(١) تعبيره بالمسجد خرج على الغالب، والمراد موضع الاجتماع للصلاة، نبه على ذلك الأذرعى والأسنوي وغيرهما.

المسجد، أو حضر جمع في موضع، ولا يأتيهم غيرهم: فلا يبردون بالظهر.

وفيه قول آخر: أنهم يبردون بها، ولو أمكنهم المشي إلى المسجد في ركن، أو في ظل، أو كان يصلي منفرداً في بيته، فلا إبراد أيضاً. وفي وجه يستحب الإبراد، فمن قال الإبراد - في هذه الصور - احتج بإطلاق الخبر، ومن منع قال: المعنى المقتضي للإبراد دفع المشقة، والتأذي بسبب الحر، وليس في هذه الصور كبير مشقة، وهذا هو الأظهر. وهل يختص الاستحباب بالبلاد الحارة أم لا؟ فيه وجهان:

منهم من قال: لا، وبه قال الشيخ أبو محمد؛ لأن التأذي في إشراق الشمس حاصل في البلاد المعتدلة أيضاً، وهذا بخلاف النهي عن استعمال الشمس يختص بالبلاد الحارة على الظاهر؛ لأن المحذور الظني لا يتوقع مما يشمس في البلاد المعتدلة. ومنهم من قال: باختصاصه بالبلاد الحارة، وبه قال الشيخ أبو علي؛ لأن الأمر هَيِّنٌ في غيرها، وهذا أظهر وحكاه القاضي ابن كج عن نص الشافعي - رضي الله عنه - . وهل يلحق صلاة الجمعة بالظهر في إبراد؟. فيه وجهان:

أحدهما: نعم، كالظهر في سائر الأيام.

والثاني: لا، لشدة الخطر في فواتها، فإنها إذا أخرت ربما تكاسلوا فيها، وإذا حضروا فلا بد من تقديم الخطبة، ولأن الناس يبكرون إليها فلا يتأذون بالحر، وهذا أظهر. وأما العصر والمغرب، فالأفضل أن يعجلهما في جميع الأحوال. وأما العشاء، ففيها قولان:

أظهرهما: أن تعجيلها أفضل كسائر الصلوات، لعموم الأخبار.

والثاني: أن تأخيرها أفضل ما لم يجاوز وقت الاختيار لقوله ﷺ: «لَوْلَا أَنْ أَشُقُّ عَلَى أُمَّتِي لَأَمَرْتُهُمْ بِتَأْخِيرِ الْعِشَاءِ إِلَى ثُلُثِ اللَّيْلِ أَوْ نِصْفِهِ»<sup>(١)</sup>.

وأما الصبح، فيستحب فيها التعجيل أيضاً مطلقاً؛ لما روي عن عائشة - رضي الله عنها - قالت: «كَانَ النِّسَاءُ يَنْصَرِفْنَ مِنْ صَلَاةِ الصُّبْحِ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَهُنَّ مُتَلَفَعَاتٌ بِمُرُوطِهِنَّ لَا يُعْرِفْنَ مِنَ الْعَلْسِ»<sup>(٢)</sup>. وينبغي أن يعرف مما يتعلق بنظم الكتاب سببين<sup>(٣)</sup>:

أحدهما: أن كلمة «عندنا» في قوله: «ثم تعجيل الصلاة أفضل عندنا» على خلاف عادة الكتاب، ثم ليس فيه كبير فائدة، فإننا إذا أطلقنا الكلام أطلقناه بما عندنا لا بما عند

(١) أخرجه أحمد في المسند (٢/٢٥٠) والترمذي (١٦٧) وقال حديث حسن صحيح، وابن ماجه (١٩١) والحاكم في المستدرک (١٤٦/١) وقال صحيح على شرطهما، وأقره الذهبي.

(٢) أخرجه البخاري (٥٧٨) ومسلم (٦٤٥). (٣) في ح و ط: سببين.

غيرنا، وغايته الإشارة إلى خلاف في المسألة، لكن لا يعرف به المخالف من هو، وأنه ماذا يقول، ولا نعني عن الرموز التي هي عادة الكتاب، فليكن قوله: «هو أفضل» معلماً بالحاء؛ لأن عند أبي حنيفة الأفضل في صلاة الصبح الإسفار بها، وفي العصر التأخير ما لم تتغير الشمس، وفي العشاء التأخير ما لم يجاوز ثلث الليل، وساعدنا في المغرب على استحباب التعجيل، وكذلك في الظهر إذا لم يشتد الحر، وليكن معلماً بالميم أيضاً، لما روي عن مالك، أنه يستحب تأخير الظهر إلى أن يصير الفيء قدر ذراع، وفي العصر أيضاً يستحب التأخير قليلاً.

والثاني: أن قوله: «تعجيل الصلاة أفضل» يشمل الصلاة كلها.

وقوله بعد ذلك: «يستحب تأخير العشاء على قول، ويستحب الإبراد» استثناء في الحقيقة عما أطلقه أولاً وإن لم يكن لفظه لفظ الاستثناء. وينبغي أن يعلم قوله: «يستحب الإبراد» بالواو للوجه الصائر إلى أنه رخصة.

قال الغزالي: فَرَزَ مَنْ أَشْتَبَهَ عَلَيْهِ الْوَقْتُ يَجْتَهِدُ وَيَسْتَدِلُّ بِالْأَوْرَادِ وَغَيْرِهَا فَإِنْ وَقَعَتْ صَلَاتُهُ فِي الْوَقْتِ أَوْ مَا بَعْدَهُ فَلَا قَضَاءَ عَلَيْهِ، وَإِنْ وَقَعَتْ قَبْلُ قَضَى عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ، وَكَذَا فِي طَلَبِ شَهْرِ رَمَضَانَ، وَالْقَادِرُ عَلَى دَرْكِ الْيَقِينِ بِالصَّبْرِ هَلْ لَهُ الْمُبَادَرَةُ بِالْأَجْتِهَادِ فِي أَوَّلِ الْوَقْتِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

قال الرافعي: إذا اشتبه عليه وقت الصلاة بغيم، أو حبس في موضع مظلم، أو غيرهما اجتهد، واستدل عليه بالدرس والأعمال والأوراد وما أشبهها.

ومن جملة الأمارات صياح الديك المجرب إصابة صياحه الوقت، وكذلك أذان المؤذنين في يوم الغيم، إذا كثروا، وغلب على الظن لكثرتهم أنهم لا يخطئون.

والأعمى يجتهد في الوقت كالبصير. وإنما يجتهدان إذا لم يخبرهما عدل عن دخول الوقت عن مشاهدة. فلو قال رأيت الفجر طالعاً والشفق غارباً، فلا مساغ للاجتهد ووجب قبول قوله. ولو أخبر عن اجتهاد فليس للبصير القادر على الاجتهاد تقليده، والأخذ بقوله، وهل للأعمى ذلك؟ فيه وجهان:

أصحهما: نعم، ويسوغ له الاجتهاد، والتقليد جميعاً، ويترتب على هذا الاعتماد على أذان المؤذن، فإن كان بصيراً لم يعتمد عليه في يوم الغيم، لأنه يؤذن عن اجتهاد، ويعتمد عليه في يوم الصحو، إذا كان المؤذن عدلاً عالماً بالمواقيت، لأنه يؤذن عن مشاهدة، وإن كان أعمى فهل يعتمد عليه؟ فيه الوجهان المذكوران في جواز التقليد له وحكى في «التهذيب» وجهين في تقليد المؤذن من غير فرق بين الأعمى والبصير.

وقال: الأصح الجواز، واحتج عليه بقوله ﷺ: «الْمُؤَدُّونَ أَمَنَاءُ النَّاسِ عَلَى

صَلَّوَاتِهِمْ»<sup>(١)</sup>. ويحكى: أن ابن سريج ذهب إليه والتفصيل أقرب، وهو اختيار القاضي الروياني وغيره<sup>(٢)</sup>. وإذا لزم الاجتهاد فصلى - من غير اجتهاد - لزمه الإعادة وإن وقعت صلاته في الوقت، وإن لم يكن دلالة أو كانت ولم يغلب على ظنه شيء أُخِّرَ إلى أن يغلب على ظنه دخول الوقت.

والاحتياط أن يؤخر إن لم يغلب على ظنه أنه لو أخر عنه خرج الوقت. وعند أبي حنيفة - رحمه الله - في يوم الغيم يؤخر الظهر، ويعجل العصر، ويؤخر المغرب، ويعجل العشاء وحكم الفجر - كما ذكر في يوم غير يوم الغيم، وهل يجتهد إذا قدر على الصبر إلى استيقان دخول الوقت؟ فيه وجهان:

أحدهما: وهو اختيار الأستاذ أبي إسحاق الإسفراييني أنه لا يجتهد؛ للقدرة على الإيقاع في الوقت يقيناً.

وأظهرهما: أنه يجتهد؛ إذ لا قدرة على اليقين في حالة الاشتباه، وهذا كالخلاف فيما إذا اشتبه عليه إثناءه ومعه ماء طاهر يقيين.

فإن قلت: وما من حالة إلا ويمكن الصبر فيها إلى درك اليقين، فإن الأوقات في الماضي والاشتباه إنما يقع في أوائلها، فإذا صبر زال الاشتباه.

قلنا: يجوز أن يكون محبوساً في مطمورة<sup>(٣)</sup>، لا يعرف شيئاً من الأوقات أصلاً، ولا يدري أن الساعة التي هو فيها ليل أو نهار ويجوز في حق غيره أيضاً ألا يحصل له يقين أصلاً، بأن لا يعرف في يوم إطباق الغيم هل دخل وقت الظهر أم لا؟ ولا يعرف أنه إن دخل هل بقي أم لا؟.

ثم إذا اجتهد وصلى، فإن لم يتبين الحال فذاك، وإن تبين نظر: إن وقعت صلاته في الوقت أو بعده فلا قضاء عليه، وما فعله بعد الوقت قضاء، أو أداء فيه جهان:

أصحهما: أنه قضاء، حتى لو كان مسافر يجب عليه إعادة الصلاة تامة إذا قلنا لا

(١) أخرجه البيهقي (٤٢٦/١) قال الحافظ في التلخيص في إسناده يحيى الحماني مختلف فيه، وقال ابن عدي لم أر في مسنده حديث منكر ورواه وابن ماجه (٧١٢) بلفظ: «خصلتان معلقتان في أعناق المؤذنين للمسلمين صلاتهم وصيامهم» وفي إسناده رواية بن سالم الجزري وهو ضعيف، ورواه الشافعي في «الأم» عن عبد الوهاب عن يونس عن الحسن عن النبي ﷺ، قال الدارقطني في العلل: هذا هو الصحيح مرسل، انظر التلخيص (١٨٣/١).

(٢) قال النووي: الأصح: ما صححه صاحب «التهذيب» وقد نقله عن نص الشافعي، وبه قال الشيخ أبو حامد. وصححه البندنجي وصاحب «العدة» وغيرهم - والله أعلم - روضة الطالبين: (٢٩٧/١).

(٣) المطمورة السجن انظر المعجم الوسيط (٥٧١/٢).

يجوز قصر القضاء، فإن وقعت صلاته قبل الوقت نظر: إن أدرك الوقت، أعاد، وإلا فقولان، وكل ذلك خلافاً ووفقاً يجري فيما إذا اشتبه شهر رمضان على الأسير فاجتهد وأخطأ، وأصح القولين وجوب الإعادة، وهما مبنيان على أن المفعول بعد الوقت قضاء كما في غير حالة الاشتباه، أو أداء قائم مقام الواقع في الوقت؛ لمكان العذر، فإن قلنا بالأول لم يعتد بما تقدم على الوقت، وإن قلنا: بالثاني اعتد به.

## الفصل الثاني

### في وقت المعذورين

قال الغزالي: وَتَعْنِي بِالْمُذْرِ مَا يُسْقِطُ الْقَضَاءَ كَالْجُنُونِ وَالصَّبَا وَالْحَيْضِ وَالْكَفْرِ، وَلَهَا ثَلَاثَةٌ أَحْوَالٍ: الْأُولَى أَنْ يَخْلُوَ عَنْهَا آخِرَ الْوَقْتِ بِقَدْرِ رَكْعَةٍ كَمَا لَوْ طَهَّرَتِ الْحَائِضُ قَبْلَ الْغُرُوبِ بِرَكْعَةٍ يَلْزِمُهَا الْعَصْرُ (ز) وَكَذَا بِقَدْرِ تَكْبِيرَةٍ (م ز) عَلَى أَقْيَسِ الْقَوْلَيْنِ.

### القول في وقت أصحاب الأسباب المانعة من وجوب الصلاة:

قال الرافعي: ذكرنا في أول الباب أن الغرض من هذا الفصل هو الكلام في الوقت الذي سماه الشافعي - رضي الله عنه - وقت الضرورة، سواء قلنا إنه ووقت العذر شيء واحد أم لا، والمراد من وقت الضرورة الوقت الذي يصير فيه الشخص من أهل لزوم الصلاة عليه بزوال الأسباب المانعة من اللزوم، وهي الصبا، والجنون، والكفر، والحيض، وفي معنى الجنون الإغماء، وفي معنى الحيض النفاس.

ثم لهذه الأسباب أحوال ثلاثة، لأنها إما ألا تستغرق وقت الصلاة، أو تستغرقه، وإن لم تستغرقه، فإما أن يوجد في أول الوقت ويخلو عنها في آخره، أو يكون بالعكس من ذلك:

**الحالة الأولى:** أن يوجد في أول الوقت، ويخلو عنها آخره، كما لو طهرت عن الحيض أو النفاس في آخر الوقت، فننظر إن بقي من الوقت قدر ركعة فصاعداً لزمها فرض الوقت. واحتجوا عليه بقوله ﷺ «مَنْ أَدْرَكَ رَكْعَةً مِنَ الصُّبْحِ قَبْلَ أَنْ تَطْلُعَ الشَّمْسُ فَقَدْ أَدْرَكَ الصُّبْحَ، وَمَنْ أَدْرَكَ رَكْعَةً مِنَ الْعَصْرِ قَبْلَ أَنْ تَغْرُبَ الشَّمْسُ فَقَدْ أَدْرَكَ الْعَصْرَ».

والمعتبر في الركعة أخف ما يقدر عليه أحد، وإنما يلزم فرض الوقت بإدراك قدر ركعة بشرط وهو أن تمتد السلامة عن الموانع، قدر إمكان فعل الطهارة وتلك الصلاة، أما لو عاد مانع قبل ذلك فلا.

مثاله: إذا بلغ الصبي في آخر وقت العصر، ثم جن، أو فاق المجنون ثم عاد



جنونه، أو طهرت حائض ثم جنت، أو أفاقت مجنونة ثم حاضت، فإن مضى في حال السلامة، قدر ما يسع أربع ركعات بعد الطهارة لزم العصر، وإلا فلا، هذا إذا كان الباقي من الوقت مقدار ركعة، أما إذا كان الباقي مقدار تكبيرة، أو فوقها ودون ركعة، ففي لزوم فرض الوقت به قولان في الجديد:

أصحهما: وبه قال أبو حنيفة، نعم؛ لأنه أدرك جزءاً من الوقت، فصار كما لو أدرك قدر ركعة؛ ولأن الإدراك الذي تعلق به الإيجاب - تستوي فيه الركعة وما دونها.

ألا ترى أن المسافر إذا اقتدى بمقيم في جزء يسير من الصلاة لزمه الإتمام كما لو اقتدى به في ركعة ثم اللزوم على هذا القول، إنما يكون بالشرط الذي ذكرناه فيما إذا بقي قدر ركعة.

والقول الثاني: وبه قال المزني أنه لا يلزم به فرض الوقت، لأن الإدراك في الخبر منوط بمقدار ركعة، وصار كما إذا أدرك من الجمعة ما دون ركعة، لا يكون مدركاً لها، هذا مذهبه في القديم. ويحكي عن مالك مثل ذلك، وقد نقل الناقلون عن الجديد اللزوم، والقديم منعه اقتصاراً من قولي الجديد، على ما يقابل القديم.

وقوله في الكتاب: «ونعني بالعدر ما يسقط القضاء» أي: إذا استغرق الوقت، واستبشع بعضهم عد الكفر من الأعذار، وقال: الكافر غير معذور بكفره ولا معنى للاستبشاع بعد العناية، وتفسير العذر بما يسقط القضاء، ولا شك أن القضاء ساقط عن الكافر، ويجوز أن يعد عذراً بعد الإسلام؛ لأنه غير مؤاخذ بما تركه في حال الكفر.

وقوله: (وكذا بقدر تكبيرة) معلم بالميم والزاي.

قال الغزالي: وَهَلْ يَلْزَمُهَا (ح) الظُّهْرُ بِمَا يَلْزَمُ بِهِ الْعَصْرُ؟ فِيهِ قَوْلَانِ: فَعَلَى قَوْلِ يَلْزَمُ (م ح)، وَعَلَى الثَّانِي لَا بُدَّ مِنْ زِيَادَةِ أَرْبَعِ رَكَعَاتٍ عَلَى ذَلِكَ حَتَّى يَتَصَوَّرَ الْفَرَاغَ مِنَ الظُّهْرِ فِعْلًا ثُمَّ يُفْرَضُ لَزُومُ الْعَصْرِ بَعْدَهُ، وَهَذِهِ الْأَرْبَعَةُ فِي مُقَابَلَةِ الظُّهْرِ أَوْ الْعَصْرِ فِيهِ قَوْلَانِ، وَتَظْهَرُ فَايِدَتُهُ فِي الْمَغْرِبِ وَالْمِشَاءِ.

قال الرافعي: ما ذكرناه من لزوم فرض الوقت، بإدراك ركعة، أو بما دونها على أحد القولين - يشمل الصلوات كلها، ثم الصلوات التي يتفق في آخر وقتها زوال العذر إما أن تكون صلاة لا يجمع بينها وبين ما قبلها، أو صلاة يجمع بينها وبين ما قبلها - على ما سيأتي كيفية الجمع في بابه -.

فالقسم الأول: هو الصبح والظهر والمغرب، فلا يلزم بزوال العذر في آخر وقت الواحدة من هذه الصلوات سوى تلك الصلاة.

**والقسم الثاني:** هو العصر والعشاء، فيجب على الجملة بإدراك وقت العصر الظهر، وإدراك وقت العشاء المغرب، خلافاً لأبي حنيفة والمزني. قال صاحب «المعتمد» وقول مالك يشبه ذلك. لنا ما روي عن عبد الرحمن بن عوف وابن عباس - رضي الله عنهما - أنهما قالوا: في الحائض تطهر قبل طلوع الفجر بِرُكْعَةٍ يَلْزُمُهَا الْمَغْرِبُ وَالْعِشَاءُ<sup>(١)</sup>. وأيضاً فإن وقت العصر وقت الظهر في حالة العذر، ففي حالة الضرورة - وهي فوق العذر - أولى. وإذا عرفت ذلك، فينبغي أن يعرف أن صاحب الكتاب إنما فرض الكلام في وقت العصر حيث قال في الفصل السابق: «كما لو طهرت الحائض قبل الغروب» لأن العصر من القسم الثاني، فأراد أن يرتب لزوم الظهر عليه بعد بيان حكم العصر، فقال: «وهل يلزمها الظهر بما يلزم به العصر...» إلى آخره.

وشرح ذلك أن الشافعي - رضي الله عنه - بعد الجزم بأن الظهر قد يلزم إدراك وقت العصر اختلف قوله: في أنه بماذا يلزم فأصح قوله: أنه يلزم بما يلزم به العصر، وذلك ركعة على قول، وتكبيرة على قول:

**ووجهه:** أنا جعلنا وقت العصر وقتاً للظهر، ومعلوم أنه لو أدرك من وقت الظهر ركعة أو تحريمة يلزمه الظهر، فكذلك إذا أدرك من وقت العصر، لأننا لا نعتبر إمكان فعل الصلاتين، فيكفي إدراك وقت مشترك.

**والقول الثاني:** أنه لا يلزم بل لا بد من زيادة أربع ركعات بعد ذلك القدر؛ لأننا إنما نجعلها مدركة للصلاتين حملاً على الجمع، وإنما يتحقق صورة الجمع، إذا تمت إحدى الصلاتين وبعض الأخرى في الوقت.

ثم الأربع الزائدة تقع في مقابلة الظهر أو العصر؟ فيه قولان: وليساً بمنصوصين لكنهما مخرجان، ولذلك عبر الصيدلاني وغيره عنهما بوجهين:

**أصحهما:** أن الأربع في مقابلة الظهر؛ لأنها السابقة، وعند الجمع لا بد من تقديمها وجوباً أو استحباباً على ما سيأتي في موضعه؛ ولأنه لو لم يدرك إلا قدر ركعة أو تحريمة - لما لزمه الظهر - على هذا القول الذي عليه تفرع وإذا زال قدر الأربع لزم الظهر، فدل على أن هذه الزيادة في مقابلة الظهر.

**والثاني:** أنها في مقابلة العصر لأن الظهر هاهنا تابعة للعصر في الوقت واللزوم،

(١) قال الحافظ في التلخيص (١/١٩٢)، رواه الأثرم والبيهقي في المعرفة من رواية محمد بن عثمان بن عبد الرحمن بن سعيد بن يربوع عن جده، عن مولى لعبد الرحمن بن عوف عنه بهذا وزاد: وإذا طهرت قبل أن تغرب الشمس، صلت الظهر والعصر جميعاً، ومحمد بن عثمان وثقه أحمد ومولى عبد الرحمن لم يعرف حاله.

فإذا اقتضى الحال الحكم بإدراك الصلاتين وجب أن يكون الأكثر في مقابلة المتبوع، والأقل في مقابلة التابع. وفائدة هذا الخلاف الأخير لا يظهر في هذه الصورة، وإنما يظهر في المغرب والعشاء، وذلك أن في لزوم المغرب بما يلزم به العشاء قولين، كما في لزوم الظهر بما يلزم به العصر، أصح القولين: أنه يلزم به.

والثاني: لا بد من زيادة على ذلك.

فإن قلنا في الصورة الأولى: الأربع في مقابلة الظهر كفى هاهنا قدر ثلاث ركعات للمغرب، زيادة على ما يلزم به العشاء، وإن قلنا إنها في مقابلة العصر وجب أن يزيد قدر أربع ركعات. وقوله في الكتاب: «حتى يتصور الفراغ من الظهر فعلاً، ثم يفرض لزوم العصر بعده». المراد منه ما قدمناه أن صورة الجمع، إنما يتحقق إذا تمت إحدى الصلاتين، وبعض الأخرى (في الوقت) وتعيين الظهر ولزوم العصر بعده<sup>(١)</sup>، كأنه مبني على أن الظهر لا بد من تقديمه عند الجمع.

قال الغزالي: وَهَلْ تُعْتَبَرُ مُدَّةُ الْوُضُوءِ مَعَ الْوَقْتِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ فَعَلَى قَوْلَيْنِ.

قال الرافعي: وهل يعتبر مع القدر المذكور للزوم الصلاة الواحدة أو صلاتي الجمع إدراك زمان الطهارة؟ فيه قولان:

أحدهما: نعم؛ لأن الصلاة إنما تمكن بعد تقديم الطهارة.

وأصحهما: لا، لأن الطهارة لا تختص بالوقت، ولا تشترط في الإلزام، وإنما تشترط في الصحة ألا ترى أن الصلاة تلزم على المحدث ويعاقب على تركها.

وإذا جمعت بين الأقوال التي حكيناها حصل عندك في القدر الذي تلزم به كل صلاة من إدراك آخر وقتها أربعة أقوال:

أصحها: قدر تكبيرة. وثانيها: هذا مع زمان طهارة. وثالثها: قدر ركعة.

ورابعها: هذا مع زمان طهارة، وفيما يلزم به الظهر مع العصر؟ ثمانية أقوال، هذه الأربعة. وخامسها: قدر أربع ركعات مع تكبيرة. وسادسها: هذا مع زمان طهارة.

وسابعها: قدر خمس ركعات. وثامنها: هذا مع زمان طهارة.

وفيما يلزم به العشاء مع المغرب - مع هذه الثمانية - أربعة أخرى.

أحدها: ثلاث ركعات وتكبيرة. والثاني: هذا مع زمان طهارة.

والثالث: أربع ركعات. والرابع: هذا مع زمان طهارة - والله أعلم -.

قال الغزالي: **وَإِنْ رَأَى الصَّبَا بَعْدَ آدَاءِ وَظِيْفَةِ الْوَقْتِ فَلَا يَجِبُ (ح و ز) إِعَادَتُهَا، وَكَذَا يَوْمُ الْجُمُعَةِ وَإِنْ أَدْرَكَ الْجُمُعَةَ بَعْدَ الْفَرَاغِ مِنَ الظُّهْرِ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَكَذَا لَوْ بَلَغَ الصَّبِيُّ بِالسَّنِّ فِي أَثْنَاءِ الصَّلَاةِ وَأَسْتَمَرَ عَلَيْهَا وَقَعَ عَنِ الْفَرْضِ.**

قال الرافعي: جميع ما ذكرنا فيما إذا كان زوال العذر قبل أداء وظيفة الوقت؟ وهكذا يكون حال ما سوى الصبا من الأعدار، فإنها كما تمنع الوجوب تمنع الصحة.

فأما الصبا فيجوز أن يزول بعد أداء وظيفة الوقت، أو في أثنائها، لأنها لا تمنع الصحة وإن منع الوجوب، فإذا صلى الصبي وظيفة الوقت ثم بلغ وقد بقي شيء من الوقت إما بالسنة أو بالاحتلام، فيستحب له أن يعيد وهل يجب عليه الإعادة؟ ظاهر المذهب - وهو المذكور في الكتاب - أنه لا يجب، لأنه أدى وظيفة الوقت وصححت منه فلا تلزمه الإعادة، كالأمة إذا صلت مكشوفة الرأس ثم عتقت والوقت باق - لا تعيد، وخرج ابن سريج أنه يجب الإعادة لأن ما أداه في حال الصغر واقع في حال النقصان، فلا يجزئ عن الفرض بعد حصول الكمال في الوقت، والمفعول مع النقصان كغير المفعول، وهذا مذهب أبي حنيفة والمزني، ورواه القاضي الروياني - عن مالك.

قال: وعن أحمد روايتان، ولا فرق عند ابن سريج، بين أن يكون الباقي من الوقت حين بلغ قليلاً أو كثيراً. وعن الإصطخري أنه إن بلغ، والباقي من الوقت ما يسع لتلك الصلاة لزمته الإعادة، وإلا فلا. ولو بلغ في أثناء الصلاة - وإنما يكون ذلك بالسنة - فقد قال الشافعي - رضي الله عنه - «أحببت أن يتم ويعيد، ولا يتبين لي أن عليه الإعادة». واختلفوا في معناه بحسب الاختلاف فيما إذا بلغ بعض الصلاة.

فقال جمهور الأصحاب: يجب الإتمام وتستحب الإعادة، أما وجوب الإتمام فلأن صلاته صحيحة وقد أدركه الوجوب فيها فيلزمه إتمامها، وقد تكون العبادة تطوعاً في الابتداء ثم يجب إتمامها كحج التطوع، وكما إذا ابتداء الصوم وهو مريض، ثم شفي، وكما لو شرع في صوم التطوع ثم نذر إتمامه يجب عليه الإتمام.

وأما استحباب الإعادة فليؤدى الصلاة في حال الكمال، ومعنى قوله: «أحببت أن يتم ويعيد» عند هؤلاء، هو استحباب الجمع بينهما، وهذا الوجه هو الذي ذكره في الكتاب، حيث قال: «وقع عن الفرض».

وقال أبو سُرَيْج: الإتمام يستحب والإعادة واجبة وهذا خلاف قوله، ولا يبين لي أن عليه الإعادة، والإصطخري جرى على التفصيل الذي سبق.

وقال: إذا كان الباقي قدرأ لا يسع للصلاة أشبه ما إذا بلغ في أثناء صوم يوم من رمضان لا يجب عليه القضاء؛ لأن الباقي لا يسع صوم يوم.

واعلم أن مسألة الصوم قد سلم فيها أبو حنيفة . والمزني نفى القضاء، تعليلاً بما ذكره الإصطخري، واختلف سائر أصحابنا في تعليله، منهم من ساعدهم على هذا التعليل، وقال: بقية اليوم لا يسع الصوم ولا يمكن إيقاع بعضه في الليل بخلاف الصلاة يمكن إيقاع بعضها بعد خروج الوقت، ومنهم من علل بأن الصوم المأتي به صحيح واقع عن الفرض، وينبني على هاتين العلتين ما إذا بلغ وهو مفطر، فعلى التعليل الأول: لا قضاء عليه، وعلى الثاني: يجب.

وعن أبْن سريج: أنه يجب القضاء في الصوم كما في الصلاة بلغ مفطراً أو صائماً، هذا في غير الجمعة من الصلوات، أما إذا صلى الظهر يوم الجمعة، ثم بلغ - والجمعة غير فائتة بعد - هل يلزمه حضورها؟ من قال في سائر الصلوات تلزم الإعادة أولى أن يقول باللزوم هاهنا، ومن نفى الإعادة في سائر الصلوات، اختلفوا هاهنا على وجهين:

أحدهما -: وبه قال أبْن الحداد -: أنه يجب عليه الجمعة لأنه لم يكن من أهل الفرض حين صلى الظهر، وقد كمل حاله بالبلوغ بخلاف سائر الصلوات؛ لأنه بالبلوغ لا ينتقل إلى فرض أكمل مما فعل هاهنا ينتقل إلى الجمعة وهو أكمل من الظهر، ألا ترى أنها تتعلق بأهل الكمال، وبخلاف المسافر والعبد إذا صليا الظهر ثم أقام المسافر، وعتق العبد، وأدركا الجمعة لا تلزمهما جمعة، لأنهما حين صليا الظهر، كانا من أهل الفرض.

والوجه الثاني: وهو الأصح أنها لا تلزم كسائر الصلوات، ومنعوا قوله: «إنه ليس من أهل الفرض»؛ لأنه مأمور بالصلاة مضروب على تركها، ولا يعاقب أحد على ترك التطوع. وعن الشيخ أبي زيد يُخْرَج هذا الخلاف على الخلاف في أن المتعدي بترك الجمعة، هل يعتد بظهره قبل فوات الجمعة (لأن الصبي مأمور بحضور الجمعة، فإذا بلغ، ولم يصل الجمعة كان مؤدياً للظهر قبل فوات الجمعة)<sup>(١)</sup>. ولا يخفى بعد حكاية هذه المذاهب، الحاجة إلى إعلام قوله: (فلا يجب إعادتها) بالحاء والميم والألف والزاي وبالواو أيضاً لما ذكره أبْن سريج، والإصطخري، وكذا إعلام قوله: «وقع عن الفرض» بهذه العلامات، وكذا إعلام قوله: «وكذا يوم الجمعة» ما سوى الواو من العلامات.

قال الغزالي: **الْحَالَّةُ الثَّانِيَةُ أَنْ يَخْلُوَ أَوَّلُ الْوَقْتِ، فَإِذَا طَرَأَ الْحَيْضُ وَقَدْ مَضَى مِنَ الْوَقْتِ مِقْدَارُ مَا يَسَعُ الصَّلَاةَ لَزِمَتْهَا وَلَا يَلْزَمُ بِأَقَلِّ مِنْ ذَلِكَ، وَقِيلَ: لَا يَلْزَمُ مَا لَمْ تُدْرِكْ جَمِيعَ الْوَقْتِ فِي صُورَةِ الطَّرِيَانِ، وَأَمَّا الْعَضْرُ فَلَا يَلْزَمُ بِإِدْرَاكِ أَوَّلِ الظُّهْرِ، لِأَنَّ وَقْتِ الظُّهْرِ لَا يَصْلُحُ لِلْعَضْرِ فِي حَقِّ الْمَعْذُورِ مَا لَمْ يَفْرُغْ مِنْ فِعْلِ الظُّهْرِ.**

(١) سقط في ب.

قال الرافعي: هذه الحالة الثانية عكس الأولى، وهي: أن يخلو أول الوقت عن الأعدار المذكورة، ثم يطرأ منها في آخر الوقت ما يمكن أن يطرأ منها - وهو الحيض، والنفاس، والجنون والإغماء، فأما الصُّبا فلا يتصور عروضه (والكفر)<sup>(١)</sup> وإن تصور عروضه، لكنه ردة<sup>(٢)</sup> لا تسقط القضاء - كما سيأتي، فإذا حاضت في أثناء الوقت، نظر في القدر الماضي من الوقت إن كان قدر ما يسع لتلك الصلاة استقرت في ذمتها وعليها القضاء إذا طهرت، لأنها أدركت من الوقت ما يمكن فيه فعل الفرض، فلا يسقط بما يطرأ بعده، كما لو هلك النصاب بعد الحول وأمكن الأداء فلا تسقط الزكاة.

وعن مالك أنه لا تلزمها تلك الصلاة ما لم تدرك آخر الوقت، وبه قال أبو حنيفة.

قال الكرخي في «مختصره»: وإن كانت طاهرة فحاضت في آخر الوقت، فلا قضاء عليها. وخرج ابن سريج مثل ذلك على أصل الشافعي - رضي الله عنه - وقال: لا يلزم القضاء ما لم تدرك جميع الوقت، أخذاً مما لو سافر الرجل في أثناء الوقت، يجوز له القصر، وإن مضى من الوقت ما يسع الصلاة الثانية.

واعلم أن في تلك المسألة أيضاً تخريجاً مما نحن فيه، لأنه لا يقصر، وقد ذكر الاختلاف في المسألتين جميعاً في الكتاب في «باب صلاة المسافرين» نشرحه في موضعه - إن شاء الله تعالى - ثم على ظاهر المذهب المعتبر أخف ما يمكن من الصلاة، حتى لو طولت في صلاتها، فحاضت في أثنائها والماضي من الوقت يسع تلك الصلاة لو خفت لزومها القضاء، ولو كان الرجل مسافراً فطراً عليه جنون أو إغماء بعد ما مضى من وقت الصلاة المقصورة ما يسع ركعتين - لزمه قضاؤها، لأنه لو قصر لأمكنه أداؤها، ولا يعتبر مع إمكان فعل الصلاة زمان إمكان الطهارة من الوقت؛ لأن الطهارة يمكن تقديمها على الوقت إلا إذا لم يجز تقديم طهارة صاحب الواقعة على الوقت كالتيتم، وطهارة المستحاضة وإن كان الماضي من الوقت دون ما يسع لتلك الصلاة - لم تلزم تلك الصلاة. وقال أبو يحيى البلخي<sup>(٣)</sup> من أصحابنا: إذا أدرك من أول الوقت قدر ركعة أو تكبيرة على اختلاف القولين المذكورين في آخر الوقت لزمه القضاء، اعتباراً لأول

(١) سقط في ب.

(٢) سقط في ط.

(٣) أبو يحيى زكريا بن أحمد بن يحيى البلخي، قال ابن باطيش: ذكره المطوعي في كتابه «المذهب» فقال: فاروق وطنه لأجل الدين، ومسح عرض الأرض، وسافر إلى أقاصي الدنيا في طلب الفقه، وكان حسن البيان في النظر، عذب اللسان في الجدل، وذكره ابن عساكر في (تاريخ الشام) فقال: كان أبوه وجده عالمين، وولاه المقتدر في ربيع الآخر، وقال في (العبر) توفي سنة ثلاثين ولم يزد عليه. طبقات العبادي ص ٥٠، العبر (٢/٢٢٢)، تهذيب ابن عساكر (٥/٣٨١) طبقات الأسنوي (١٦٥).

الوقت بآخره، حكاه أبو علي صاحب «الإفصاح» فمن بعده عنه، وخطأه فيما قال؛ لأنه لم يدرك من الوقت ما يتمكن فيه من فعل الفرض، فأشبهه ما لو هلك النصاب بعد الحول، وقبل إمكان الأداء، ويخالف آخر الوقت؛ لأنه إذا أدرك جزءاً من الوقت أمكن البناء على ما أوقعه فيه بعد خروج الوقت، ثم ذكرنا في الحالة الأولى أن من الصلوات ما إذا أدرك صاحب العذر آخر وقتها لزمه التي قبلها معها، كالظهر يلزم بإدراك آخر وقت العصر، والمغرب يلزم بإدراك آخر وقت العشاء، وأما هاهنا فالعصر لا يلزم بإدراك وقت الظهر، ولا العشاء بإدراك وقت المغرب خلافاً لأبي يحيى البلخي، حيث قال: «إذا أدرك من وقت الظهر ثماني ركعات، ثم طرأ العذر لزمه الظهر والعصر، كما لو أدرك ذلك من وقت العصر، لزمه الصلاتان معا».

والفرق على ظاهر المذهب أن الحكم بلزوم الصلاتين إذا أدرك وقت العصر مأخوذ من الجمع بينهما عند قيام سببه، ولأن كل واحدة منهما مؤداة في وقت الأخرى، ومعلوم أن وقت الظهر إنما يكون وقتاً للعصر على سبيل تبعية العصر للظهر، ألا ترى أنه إذا جمع بالتقديم لم يجز له تقديم العصر على الظهر، فإذا لم يفعل الظهر فليس وقتها بوقت العصر، وأما وقت العصر فليس وقتاً للظهر على سبيل تبعية الظهر للعصر. ألا ترى أنه إذا جمع بالتأخير جاز له تقديم الظهر على العصر، بل هو أولى على وجه، ومتعين على وجه كما سيأتي في «باب الجمع» وكان وقت العصر وقتاً للظهر من غير التوقف على فعل العصر، فلهذا المعنى افترق الطرفان. جئنا إلى ما يتعلق بلفظ الكتاب.

أما قوله: «فإذا طرأ الحيض، وقد مضى من الوقت مقدار ما يسع للصلاة» وليس المراد منه مطلق الصلاة، بل المراد أخف ما يمكن من الصلاة بصفة العصر، إن وجد المعنى المجوز للقصر على ما بيناه.

قوله: (لزمها) معلم بالحاء والميم، لما قدمناه، ولا حاجة إلى إعلامه بالواو إشارة إلى تخريج ابن سريج؛ لأن قوله بعد ذلك، وقيل: لا يلزم ما لم يدرك جميع الوقت في صورة الطريان، وهو ذلك التخريج.

ثم اعلم أن الحكم بلزوم الصلاة إذا أدرك من الوقت ما يسعها لا يختص بما إذا كان المدرك من أول الوقت، بل لو كان المدرك من وسطه لزمته الصلاة أيضاً.

ونظيره ما إذا أفاق مجنون في أثناء الوقت، وعاد جنونه في الوقت، أو بلغ صبي ثم جن أو أفات مجنونة، ثم حاضت.

وقوله: «لا يلزم بأقل من ذلك» معلم بالواو للوجه المشهور عن البلخي. وقد حكاه القاضي ابن كج عن غيره من الأصحاب أيضاً، وكذلك قوله: «فأما العصر فلا يلزم بإدراك أول الظهر» وليس لفظ الأول في قوله: «بإدراك أول الظهر» لتخصيص

الحكم به، فإن العصر لا يلزم بإدراك آخر وقت الظهر أيضاً؛ بل بإدراك جميعه، وإنما جرى لفظ الأول في مقابلة الآخر في الحالة الأولى.

وقوله: «لأن وقت الظهر لا يصلح للعصر...» إلى آخره المراد منه ما شرحناه في الفرق بين الأول والآخر، وأراد بالمعذور هاهنا الذي يجمع لسفر أو مطر، بخلاف ما في أول الفصل، فإنه أراد بالمعذور، ثم صاحب الضرورة على ما سبق إيضاحه.

واعلم أن الأخيرة من صلاتي الجمع، وإن لم يلزم بإدراك وقت الأولى، لكن الأولى منهما قد يلزم بإدراك وقت الأخيرة، كما أنها تلزم بإدراك آخر وقتها.

مثاله: إذا أفاق المغمى عليه في أول وقت العصر قدر ما يسع للعصر، والظهر جميعاً لزمته، فإن كان مقيماً، فالمعتبر قدر ثماني ركعات، وإن كان مسافراً يقصر كفى قدر أربع ركعات، ويقاس المغرب والعشاء في جميع ما ذكرناه بالظهر والعصر والله الموفق.

قال الغزالي: **الْحَالَةُ الثَّلَاثَةُ، أَنْ يَعْمَ الْعُذْرُ جَمِيعَ الْوَقْتِ فَيَسْقُطَ الْقَضَاءُ، وَلَا تَلْتَحِقُ الرُّدَّةُ بِالْكَفْرِ بَلْ يَجِبُ (م ح) الْقَضَاءُ عَلَى الْمُرْتَدِّ (م ح)، وَالصَّبِيُّ يُؤْمَرُ بِالصَّلَاةِ بَعْدَ سِنْعِ سِنِينٍ، وَيُضْرَبُ عَلَى تَرْكِهَا بَعْدَ الْعَشْرِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ قَضَاءٌ، وَالْإِغْمَاءُ فِي مَعْنَى الْجُنُونِ (ح) قَلٌّ أَوْ كَثْرٌ، وَزَوَالُ الْعَقْلِ بِسُكْرِ أَوْ بِسَبَبٍ مُحَرَّمٍ لَا يُسْقِطُ الْقَضَاءَ، وَلَوْ سَكِرَ ثُمَّ جُنَّ فَلَا يَقْضِي أَيَّامَ الْجُنُونِ، وَلَوْ أَرْتَدَّ ثُمَّ جُنَّ قَضَى أَيَّامَ الْجُنُونِ، وَلَوْ أَرْتَدَّتْ أَوْ سَكِرَتْ ثُمَّ حَاصَّتْ لَا يَلْزِمُهَا قَضَاءُ أَيَّامِ الْحَيْضِ، لِأَنَّ سُقُوطَ الْقَضَاءِ عَنِ الْمَجْنُونِ رُخْصَةٌ وَعَنِ الْحَائِضِ عَزِيمَةٌ.**

قال الرافعي: قوله: أن يعم العذر جميع الوقت فيه شيان:

أحدهما: أنه فسر العذر قبل بما يسقط القضاء، والمراد ما إذا استغرق جميع الوقت كما تقدم فكأنه قال: إن يعم ما يسقط القضاء فيسقط، وغير هذا أجود منه، وليس في قولنا إذا وجد ما يسقط القضاء يسقط القضاء [وليس] في مثل هذا المقام كثير فائدة.

والثاني: أن قوله: «جميع الوقت» ليس المراد منه الأوقات المخصوصة بالصلوات وكيف وقد ذكرنا أنه إذا زالت الضرورة في آخر وقت العصر لزم الظهر أيضاً مع أنه عم العذر جميع وقت الظهر، فإذا المراد منه وقت الرفاهية والضرورة جميعاً.

وغرض الفصل أن الأسباب المانعة من لزوم الصلاة - وقد عددناها من قبل - مسقطه للقضاء. أما الحيض فإنه يمنع وجوب الصلاة وجوازها، ويسقط القضاء على ما سبق في «كتاب الحيض».



وأما الكافر الأصلي مخاطب بالشرائع على أشهر وجهي أصحابنا في الأصول، لكن إذا أسلم لا يجب عليه قضاء صلوات أيام الكفر لقوله تعالى: ﴿قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ﴾<sup>(١)</sup> المعنى فيه أن إيجاب القضاء ينفره عن الإسلام، والردة لا تلحق بالكفر بل يجب على المرتد قضاء صلوات أيام الردة خلافاً لأبي حنيفة حيث قال: الردة تسقط قضاء الصلوات أيام الردة والصلوات المتروكة قبلها أيضاً.

لنا أنه التزم الفرائض بالإسلام فلا يسقط عنه بالردة كحقوق الأدميين.

فأما الصبي فلا تجب عليه الصلوات قال ﷺ: «رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَبْلُغَ، وَعَنْ الثَّائِمِ حَتَّى يَسْتَقِظَ وَعَنْ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَفِيقَ»<sup>(٢)</sup> فلا يؤمر أحد ممن لا تجب عليه الصلاة بفعلها سوى الصبي فإنه يؤمر بها إذا بلغ سبع سنين، ويضرب على تركها إذا بلغ عشرًا لما روي أنه ﷺ قال: «مُرُوا أَوْلَادَكُمْ بِالصَّلَاةِ وَهُمْ أَبْنَاءُ سَبْعِ وَاضْرِبُوهُمْ عَلَيْهَا وَهُمْ أَبْنَاءُ عَشْرِ وَفَرِّقُوا بَيْنَهُمْ فِي الْمَضَاجِعِ»<sup>(٣)</sup>.

قال الأئمة: فيجب على الآباء والأمهات تعليم الأولاد الطهارة والصلاة والشرائع بعد السبع، والضرب على تركها بعد العشر، وذكروا في اختصاص الضرب بالعشر معنيين:

أحدهما: أنه زمان احتمال البلوغ بالاحتلام فرُبَّمَا بلغ ولا يصدق.

والثاني: أنه حينئذ يقوى ويحتمل الضرب.

واحتج بعض أصحابنا بهذا على أنه لا يجوز أن يختن الصبي قبل العشر؛ لأن ألم الختان فوق ألم الضرب، ويؤمر بالصوم أيضاً إن أطاقه كما يؤمر بالصلاة، وأجرة تعليم الفرائض من مال الطفل، فإن لم يكن له مال فعلى الأب، وإن لم يكن فعلى الأم.

(١) سورة الأنفال، الآية ٣٨.

(٢) أخرجه أبو داود (٤٣٩٩ - ٤٤٠٠) والترمذي (١٤٤٣) وابن ماجه (٢٠٤٢) وأحمد (١١٦/١) - ١١٨ (١٤٠ - ١١٨) وابن خزيمة (١٠٠٣) وابن حبان (١٤٩٧) والحاكم (٥٩/٢) من طرق من حديث علي - كرم الله وجهه -، قال ابن الملقن: أخرجه البخاري موقوفاً معلقاً بصيغة جزم، ورواه أبو داود، والنسائي، وابن ماجه، وابن حبان، والحاكم، من رواية عائشة قال الحاكم على شرط مسلم قال صاحب الإمام: هو أقوى إسناداً من رواية علي، انظر خلاصة البدر المنير (٩١/١) تغليق التعليق (٤٥٧/٤).

(٣) أخرجه أبو داود (٤٩٥) والحاكم (١٩٧/١) من حديث عبد الله بن عمرو أبو داود (٤٩٤) والترمذي (٤٠٥) وأحمد في المسند (٤٠٤/٣) والطبراني في الكبير (٦٥٤٦ - ٦٥٤٧ - ٦٥٤٨) والبيهقي (٢، ١٤، ٨٣/٣، ٨٤) وقال الحاكم والبيهقي صحيح على شرط مسلم، انظر خلاصة البدر المنير (٩٢/١).

وهل يجوز أن تعطى الأجرة من مال الطفل على تعليم ما سوى الفاتحة والفرائض من القرآن والأدب؟ فيه وجهان<sup>(١)</sup>.

وأما المجنون فلا صلاة عليه أيضاً؛ للخبر، والأصل أن من لا تجب عليه العبادة لا يجب قضاؤها، وإنما خالفنا ذلك في حق النائم والناسي؛ لما روي أنه ﷺ قال: «إِذَا نَسِيَ أَحَدُكُمْ صَلَاةً أَوْ نَامَ عَنْهَا فَلْيُصَلِّهَا إِذَا ذَكَرَهَا»<sup>(٢)</sup>، والإغماء في معنى الجنون يستوي قليله وكثيره في إسقاط القضاء إذا استغرق وقت العذر والضرورة، خلافاً لأبي حنيفة حيث قال: لا تسقط الصلاة بالإغماء ما لم يزد على يوم وليلة، ولأحد حيث قال: إنه لا يسقط القضاء قُلَّ أو كَثُرَ.

لنا القياس على الجنون، ولا يلحق بالجنون زوال العقل بسبب محرم كشرب مسكر، أو دواء مزيل للعقل، بل يجب عليه القضاء؛ لأنه غير معذور وهذا إذا تناول الدواء وهو عالم بأنه مزيل للعقل من غير حاجة كما إذا شرب المسكر وهو عالم<sup>(٣)</sup> أنه مسكر، أما إذا لم يعلم أن الدواء مزيل للعقل، وأن الشراب مسكر فلا قضاء عليه كما في الإغماء، ولو عرف أن جنسه مسكر لكن ظن أن ذلك القدر لا يسكر لقلته فليس ذلك بعذر. ولو وثب من موضع لحاجة فزال عقله فلا قضاء عليه، وإن فعله عبثاً قضى، ثم في الفصل فرعان:

أحدهما: لو ارتد ثم جن قضى أيام الجنون وما قبلها إذا أفاق وأسلم تغليظاً على المرتد. ولو سكر ثم جن قضى بعد الإفاقة صلوات المدة التي ينتهي إليها السكر لا محالة. وهل يقضي صلوات أيام الجنون؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، لأن السكران يغلظ عليه أمر الصلاة كما يغلظ على المرتد، وأصحهما: وهو المذكور في الكتاب: أنه لا يقضي أيام الجنون.

والفرق أن من جن في رده مرتد في جنونه حكماً، ومن جن في سكره ليس بسكران في دوام جنونه قطعاً.

الثاني: لو ارتدت المرأة ثم حاضت أو سكرت فلا تقضي أيام الحيض، ولا فرق بين اتصالها بالردة واتصالها بالسكر، بخلاف الجنون، حيث افترق الحال بين اتصاله بالردة وبين اتصاله بالسكر.

(١) قال النووي: الأصح، من مال الصبي، وهذا كله إذا كان الصبي، والصبيبة مميزين - والله أعلم - روضة الطالبين (٣٠١/١).

(٢) أخرجه ابن ماجة (٦٩٨) من حديث أبي قتادة ومسلم (٦٨٤) من حديث أنس بلفظ «من نسي صلاة أو نام عنها فكفارتها أن يصليها إذا ذكرها».

(٣) في ط (يعلم).

والفرق أن سقوط القضاء عن الحائض ليس من باب الرخص والتخفيفات بل هو عزيمة، فإنها مكلفة بترك الصلاة، والمجنون ليس مخاطباً بترك الصلاة، كما ليس مخاطباً بفعلها، وإنما أسقط القضاء عنه تخفيفاً، فإذا كان مرتداً لم يستحق التخفيف، ومما يوضح الفرق أنها لو شربت دواء حتى حاضت لا يلزمها القضاء، بخلاف ما لو شربت دواء يزيل العقل، وكذلك لو شربت دواء حتى ألفت الجنين ونفست، لا يجب عليها قضاء الصلوات على المذهب الصحيح؛ لأن سقوط الصلاة عن الحائض والنفساء عزيمة. فالحاصل أن من لم يؤمر بالترك لا يستحيل أن يؤمر بالقضاء، فإذا لم يؤمر كان تخفيفاً. ومن أمر بالترك فامتثل الأمر، لا يتوجه أن يؤمر بالقضاء<sup>(١)</sup>، وهذا يشكل لفصل الصوم، فإن الحائض مأمورة بترك الصوم ثم تؤمر بالقضاء؛ إلا أن ذلك معدول به عن القياس اتباعاً للنص. والمواضع المستحقة للعلامات من الفصل بينة، والذي لا بأس بذكره قوله: «ولو ارتد ثم جن قضى أيام الجنون» ينبغي أن يعلم: قوله: «قضى» بالحاء؛ لأن عند أبي حنيفة لا قضاء في الردة فكيف يؤثر في إيجاب قضاء أيام الجنون؟

## الفصل الثالث

### في الأوقات المكروهة

قال الغزالي: وهي خمسة، بعد صلاة الصبح حتى تطلع الشمس، وبعد صلاة العصر حتى تغرب الشمس، ووقت الطلوع إلى أن يرتفع قرص الشمس، ووقت الاستواء إلى أن تزول الشمس، ووقت اضفرار الشمس إلى وقت تمام الغروب.

قال الرافعي: الأوقات المكروهة خمسة: وقتان: تعلق النهي فيهما بالفعل، وهي بعد صلاة الصبح حتى تطلع الشمس، وبعد صلاة العصر حتى تغرب الشمس.

روي عن رسول الله ﷺ قال: «لا صلاة بعد الصبح حتى تطلع الشمس، ولا صلاة بعد العصر حتى تغرب الشمس»<sup>(٢)</sup> ووجه تعلق النهي فيهما بالفعل أن صلاة التطوع فيهما مكروهة لمن صلى الصبح<sup>(٣)</sup> والعصر دون من لم يصلهما، ومن صلاهما، فإن عجلهما في أول الوقت طال في حقه وقت الكراهية، وإن أخرهما قصر.

وثلاثة أوقات: يتعلق النهي فيهما بالزمان:

(١) سقط في ب.

(٢) أخرجه البخاري (٥٨٦) ومسلم (٨٢٧).

(٣) في ط: الظهر.

[الأول]: وهي عند طلوع الشمس حتى ترتفع قدر رمح ويستولي سلطانها بظهور شعاعها، فإن الشعاع يكون ضعيفاً في الإبتداء.

[الثاني]: وعند استواء الشمس حتى تزول.

[الثالث]: عند اصفرار الشمس حتى يتم غروبها؛ لما روي: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «إِنَّ الشَّمْسَ تَطْلُعُ وَمَعَهَا قَرْنُ الشَّيْطَانِ، فَإِذَا ازْتَفَعَتْ فَارَقَهَا، ثُمَّ اسْتَوَتْ فَارْتَهَا، فَإِذَا زَالَتْ فَارَقَهَا، فَإِذَا ذُنْتُ لِلْغُرُوبِ فَارْتَهَا، فَإِذَا غَرُبَتْ فَارَقَهَا وَنَهَى عَنِ الصَّلَاةِ فِي هَذِهِ الْأَوْقَاتِ». وقوله: «ومعها قرن الشيطان»، قيل: معناه قوم الشيطان وهم عبدة الشمس يسجدون لها في هذه الأوقات، نهى عن الصلاة فيها لذلك.

وقيل: معناه أن الشيطان يقرب رأسه من الشمس في هذه الأوقات؛ ليكون الساجد للشمس ساجداً له، ولك أن تعلم قول المصنف «إلى أن يرتفع قرص الشمس» بالواو؛ لأن من الأصحاب من قال: يخرج وقت الكراهية بطلوع القرصة بتمامها، ولم يعتبر الارتفاع. وإيراده في «الوسيط» يشعر بترجيح هذا الوجه، وظاهر المذهب الوجه الأول، ويدل عليه قوله ﷺ: «فَإِذَا ازْتَفَعَتْ فَارَقَهَا»<sup>(١)</sup>.

واعلم أن حالة الاصفرار داخلة في الوقت الثاني، وهو ما بعد العصر حتى تغرب الشمس، لكن في حق من صَلَّى العصر - وحالة الطلوع إلى الارتفاع - متصلة بما بعد الصبح في حق من صلى الصبح، وذكر بعضهم في العبارة عن الوقت الأول من أوقات الكراهية أنه ما بعد صلاة الصبح حتى ترتفع الشمس قيد رمح، وعلى هذا فتتقص أوقات الكراهية عن الخمسة، وربما انقسم الواحد منها إلى متعلق بالفعل، وإلى متعلق بالزمان.

قال الغزالي: وَذَلِكَ فِي كُلِّ صَلَاةٍ لَا سَبَبَ لَهَا بِخِلَافِ الْفَائِتَةِ وَصَلَاةِ الْجَنَازَةِ وَسُجُودِ التَّلَاوَةِ وَتَحِيَّةِ الْمَسْجِدِ وَرُكْعَتِي الطَّوَافِ، وَفِي الْأَسْتِسْقَاءِ تَرَدُّدًا، وَرُكْعَتَا الْإِحْرَامِ مَكْرُوهَةٌ لِأَنَّ سَبَبَهَا مُتَأَخَّرٌ.

قال الرافعي: الأوقات المكروهة لا ينهى فيها عن الصلاة على الإطلاق، بل عن بعض أنواعها، وما ورد فيها من النهي المطلق محمول على ذلك البعض، فالغرض من هذا الفصل بيان ما ينهى عنه من الصلوات في هذه الأوقات وما لا ينهى عنه. وقوله: «وذلك في كل صلاة لا سبب لها» أي النهي والكراهة.

وقول الأصحاب في هذا المقام: صلاة لا سبب لها، وصلاة لها سبب، ما أرادوا

(١) أخرجه مالك في الموطأ (١/١٧٠) وابن ماجه (١٢٥٣) والنسائي (١/٢٧٥) والشافعي (١٤٤)، من حديث عبد الله الصنابحي، وفي الصحيح معناه من رواية عمرو بن عبسة، أخرجه مسلم (٨٣٢).

به مطلق السبب. إذ ما من صلاة إلا ولها سبب، ولكن أرادوا بقولهم: «صلاة لها سبب» أن لها سبباً متقدماً على هذه الأوقات أو مقارناً لها، وبقولهم: صلاة لا سبب لها أي ليس لها سبب متقدم ولا مقارن، فعبروا بالمُطْلَقِ عن المُقَيَّدِ، وقد يفسر قولهم: «لا سبب لها» بأن الشارع لم يخصها بوضع وشرعية، بل هي التي يأتي بها الإنسان ابتداء وهي النوافل المطلقة، وعلى هذا التفسير فكل ما لا سبب له مكروه ولكن كل ما له سبب ليس بجائز. ألا ترى أن ركعتي الإحرام لهما سبب بهذا التفسير. وهما مكروهتان كما سنذكر إن شاء الله، ولفظ الكتاب يوافق التفسير الأول؛ لأنه خص النهي والكرهية بما لا سبب له من الصلوات، ثم إنه عد أنواعاً من الصلوات التي لها سبب، فمنها الفاتية فلا تكره في هذه الأوقات، لعموم قوله ﷺ: «مَنْ نَامَ عَنِ صَلَاةٍ، أَوْ نَسِيَهَا، فَلْيُصَلِّهَا إِذَا ذَكَرَهَا، فَإِنَّ ذَلِكَ وَقْتُهَا لَا وَقْتُ لَهَا غَيْرُهُ»<sup>(١)</sup>.

ويستوي في الجواز قضاء الفرائض والسُنَنِ والنوافل التي اتخذها وزداً له.

ومنها صلاة الجنائز. روي أنه ﷺ قال: «يَا عَلِيُّ لَا تُؤَخِّرْ أَرْبَعًا»<sup>(٢)</sup>. وذكر منها: الجنائز إذا حضرت. ومنها: سجود التلاوة. فلا يكره في هذه الأوقات؛ لأن سبب سجدة التلاوة قراءة القرآن، وهي مقارنة لهذه الأوقات، فلا يؤخر عن وقتها، وفي معناه سجود الشكر، فإن سببه السرور الحادث فليس ذكرهما في هذا الموضع، لكونهما من أنواع الصلاة، لكن لأنهما كالصلاة في الشرائط والأحكام. ومنها تحية المسجد، فإن اتفق دخوله في هذه الأوقات - لغرض في الدخول - كاعتكاف، ودرس علم، وقراءة فيه لم تكره التحية بما روي أنه ﷺ قال: «إِذَا دَخَلَ أَحَدُكُمْ فَلَا يَجْلِسُ حَتَّى يُصَلِّيَ رَكَعَتَيْنِ»<sup>(٣)</sup>، ولأن سبب التحية هو الدخول في المسجد، وقد اقترن بهذه الأوقات، ولو دخل في هذه الأوقات ليصلي التحية لا حاجة في الدخول فهل يكره؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، لما سبق، وأقيسهما نعم، كما لو أجزأ الفاتية ليقضيها في هذه الأوقات، ويدل عليه ما روي أنه ﷺ قال: «لَا يَتَخَرَّى أَحَدُكُمْ الصَّلَاةَ قَبْلَ طُلُوعِ الشَّمْسِ

(١) تقدم.

(٢) لفظ حديث علي - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ قال له: «لا تؤخر ثلاثاً: الصلاة إذا أتت، والجنائز إذا حضرت، والأيم إذا وجدت لها كفواً» وقد ذكره المصنف - رحمه الله - في النكاح، هكذا والحديث أخرجه أحمد في المسند (٨٢٨) والترمذي (١٧٢ - ١٠٨١) وقال غريب، وليس إسناده بمتصل، وهو من رواية ابن وهب عن سعد بن عبد الله الجهني، عن محمد بن عمر بن علي عن أبيه، عن علي وسعيد مجهول ذكره ابن حبان في الضعفاء، انظر التلخيص (١٨٦/١).

(٣) أخرجه البخاري (٤٤٤) ومسلم (٧١٤).

وَعَرُوبَهَا»<sup>(١)</sup>، ومنهم من لا يفصل ويجعل في التحية وجهين على الإطلاق، وينسب القول بالكراهية إلى عبد الله الزبيري - رضي الله عنه - وليكن «قوله: وتحية المسجد» معلماً بالواو، لما حكيناه. ومنها: ركعتا الطواف فلا يكرهان في هذه الأوقات؛ لأنهما يؤديان بعد الطواف، فسببهما موجود في هذه الأوقات. ومنها صلاة الاستسقاء وفيها وجهان: عبر عنهما المصنف بالتردد.

أحدهما: إنما يكره؛ لأن الغرض منها الدعاء والسؤال وهو لا يفوت بالتأخير، فأشبهت صلاة الاستخارة، وهذا هو الذي ذكره صاحب «التهذيب» وآخرون.

وأظهرهما: لا تكره؛ لأن الحاجة الداعية إليها موجودة في الوقت، ومن قال بهذا قد يمنع الكراهة في صلاة الاستخارة أيضاً، ومن هذه الصلوات صلاة الخسوف فإنها لو أخرجت عن هذه الأوقات فربما انجلت الشمس، وفاتت الصلاة.

ومنها: إذا تطهر في هذه الأوقات جاز له أن يصلي ركعتين، لما روي أنه ﷺ قال لبلال: «حَدَّثَنِي بِأَرْجَى عَمَلٍ عَمِلْتَهُ فِي الْإِسْلَامِ، فَإِنِّي سَمِعْتُ ذَكَرَ نَعْلِكَ بَيْنَ يَدَيَّ فِي الْجَنَّةِ، قَالَ: مَا عَمِلْتُ عَمَلًا أَرْجَى عِنْدِي إِلَّا أَنِّي لَمْ أَتَطَهَّرْ طَهُورًا فِي سَاعَةٍ مِنْ لَيْلٍ أَوْ نَهَارٍ إِلَّا صَلَّيْتُ بِذَلِكَ الطُّهُورِ مَا كُتِبَ لِي أَنْ أَصَلِّيَ»<sup>(٢)</sup>. وهل يلحق ركعتا الإحرام بهذه الصلوات؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، لحاجته إلى الإحرام في هذه الأوقات بالحج أو العمرة.

وأصحهما: وهو المذكور في الكتاب: لا؛ لأن سببهما الإحرام وهو متأخر عنهما، وقد يتفق بعدهما، وقد يعوق دونه عائق؛ ولك أن تعلم قوله: «وذلك في كل صلاة لا سبب لها»، بالحاء؛ لأنه يقتضي حصر النهي في الصلاة التي لا سبب لها في الأوقات الخمسة جميعاً.

وعند أبي حنيفة: الوقتان اللذان يتعلق النهي فيهما بالفعل يكره فيهما التطوع ولا يكره فيهما الفرض، ولا بأس بأن يصلي فيهما على الجنائز، ويقضي فوائت الفرائض، ويسجد للتلاوة والسهو، ولكن لا يصلي المنذورة ولا ركعتي الطواف والتطوعات.

وأما في الأوقات الثلاثة فلا تجوز صلاة ما إلا عصر اليوم عند غروب الشمس، فلو دخل في تطوع قال: يقطعه ويقضيه في الوقت المأمور به، فلو مضى فيه أساء وأجزأه، وإن صلى فيها فرضاً أو واجباً أعاد إلا عصر يومه، وصلاة الجنائز، وسجدة

(١) أخرجه البخاري (٥٨٥) ومسلم (٨٢٨).

(٢) أخرجه البخاري (١١٤٩) ومسلم (٢٤٥٨).

التلاوة، ولك أن تعلمه بالميم والألف أيضاً؛ لأنه روي عن مالك: أنه يقضي الفرائض في الأوقات الخمسة، ولا يصلي فيها النافلة، سواء كان لها سبب أو لم يكن، وبه قال أحمد، واستثنى على مذهبه ركعتا الطواف وصلاة الجماعة مع إمام الحي، وأبو حنيفة يكره إعادتها في الجماعة.

لنا ما تقدم، وأيضاً ما روي أنه ﷺ «دَخَلَ بَيْتَ أُمِّ سَلَمَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - بَعْدَ صَلَاةِ الْعَصْرِ، وَصَلَّى رَكَعَتَيْنِ فَسَأَلَتْهُ عَنْهُمَا فَقَالَ أَتَانِي نَاسٌ مِنْ عَبْدِ الْقَيْسِ فَسَعَلُونِي عَنِ الرَّكَعَتَيْنِ اللَّتَيْنِ بَعْدَ الظُّهْرِ فَهَمَا هَاتَانِ»<sup>(١)</sup>.

وروي أنه ﷺ «رَأَى قَيْسَ بْنِ فَهْدٍ يُصَلِّي رَكَعَتَيْنِ بَعْدَ الصُّبْحِ فَقَالَ: مَا هَاتَانِ الرَّكَعَتَانِ فَقَالَ: إِنِّي لَمْ أَكُنْ صَلَّيْتُ رَكَعَتِي الْفَجْرِ فَسَكَتَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَلَمْ يُنْكِرْ عَلَيْهِ»<sup>(٢)</sup> ويتبين مما نقلناه أنه لو علم الفاتحة وما بعدها بالحاء لجاز.

قال الغزالي: وَقَدْ وَرَدَ الْحَبْرُ بِأَسْتِثْنَاءِ يَوْمِ الْجُمُعَةِ عَنِ الْكَرَاهِيَةِ، وَقِيلَ: يَخْتَصُّ ذَلِكَ بِمَنْ يَغْشَاهُ النَّعَاسُ عِنْدَ حُضُورِ الْجُمُعَةِ، وَوَرَدَ أَيْضاً بِأَسْتِثْنَاءِ مَكَّةَ فَلَا يُكْرَهُ فِيهَا صَلَاةٌ وَلَا طَوَافٌ فِي وَقْتِ مِنَ الْأَوْقَاتِ. فَرَزَعٌ: لَوْ تَخَرَّمَ بِالصَّلَاةِ فِي وَقْتِ الْكَرَاهِيَةِ اتَّعَقَدَتْ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ كَالصَّلَاةِ فِي الْحَمَامِ.

قال الرافعي: الصلاة المنهى عنها في الأوقات الخمسة على التفصيل الذي وضع، لا ينهى عنها على الإطلاق عندنا بل يستثنى عنها زمان ومكان.

أما الزمان فهو يوم الجمعة، فيستثنى وقت الاستواء يوم الجمعة، ولا تكره فيها التطوعات خلافاً لأبي حنيفة ومالك وأحمد..

لنا ما روي أنه ﷺ «نَهَى عَنِ صَلَاةِ نِصْفِ النَّهَارِ حَتَّى تَزُولَ الشَّمْسُ إِلَّا يَوْمَ الْجُمُعَةِ» وهل يستثنى باقي الأوقات الخمسة يوم الجمعة فيه وجهان:

أحدهما: نعم كوقت الاستواء، تخصيصاً للجمعة وتفضيلاً وقد روي: «إِنَّ جَهَنَّمَ لَا تُسَجَّرُ<sup>(٣)</sup> يَوْمَ الْجُمُعَةِ».

(١) أخرجه البخاري (١٢٣٣) ومسلم (٨٣٤).

(٢) أخرجه الشافعي (٤٧) وأبو داود (١٢٦٧) والترمذي (٤٢٠) وابن ماجه (١١٥٤)، والبيهقي (٢/٤٨٣) وابن حبان، كذا في الموارد (٣٢٤) والحاكم (٢٧٤/١) والبيهقي (٢/٤٨٣). وأعله الترمذي، وعبد الحق بلا انقطاع، رواه الحاكم وابن حبان بطريق ليس فيها انقطاع، وقال الحاكم صحيح على شرط الشيخين، انظر التلخيص (١/١٨٨).

(٣) في ط: تسعر.

وأصحهما: لا؛ لأن الرخصة قد وردت في وقت الاستواء فيبقى الباقي على عموم النهي. فإن قلنا بالوجه الأول جاز التنقل في وقت الاستواء وغيره، وإن قلنا بالثاني فهل يجوز ذلك لكل واحد. فيه وجهان:

أحدهما: نعم لمطلق قوله: «إِلَّا يَوْمَ الْجُمُعَةِ» وإيراد المصنف يقتضي ترجيح هذا الوجه، لأنه حكم بالاستثناء.

ثم روي عن بعضهم تخصيص الاستثناء بمن يغشاه النعاس، وبترجيحه قال صاحب «التهذيب» وغيره.

واحتجوا عليه أيضاً بما روي أنه ﷺ «كَرِهَ الصَّلَاةَ نِصْفَ النَّهَارِ إِلَّا يَوْمَ الْجُمُعَةِ وَقَالَ: «إِنَّ جَهَنَّمَ تُسَجَّرُ إِلَّا يَوْمَ الْجُمُعَةِ»<sup>(١)</sup>.

والوجه الثاني: أنه لا يجوز التنقل لكل أحد؛ لأن المعنى المرخص لا يشمل الكل، وذكروا في الترخيص معنيين.

أحدهما: أن الناس عند الاجتماع يوم الجمعة يشق عليهم مراعاة الشمس والتميز بين حالة الاستواء وما قبلها وما بعدها، فخفف الأمر عليهم بتعميم الترخيص.

والثاني: أن الناس يبتكرون إليها فيغلبهم النوم فيحتاجون إلى طرد النعاس بالتنقل كيلا يبطل وضوءهم فيفتقرون في إعادة الوضوء إلى تخطي رقاب الناس، فعلى هذين المعنيين جميعاً المتخلف القاعد في بيته وقت الاستواء لعذر أو غير عذر ليس له التنقل فيه، وأما الذي حضر الجمعة، فقضية المعنى الأول تجوز التنقل له مطلقاً، وقضية المعنى الثاني تخصيص الجواز بالذي يبتكر إليها ثم يغلبه النعاس، أما الذي لم يبتكر ولم يُؤذِهِ النعاس فلا يجوز له ذلك، وقول صاحب الكتاب: «وقيل: يختص ذلك بمن يغشاه النعاس عند حضور الجمعة» يوافق المعنى الثاني من جهة اعتبار غشيان النعاس، ولكن قضية تجوز التنقل بمن يغشاه النعاس وإن لم يبتكر إليها، وفي كلام غيره ما يقتضي اعتبار التبكير وكون غلبة النعاس لطول الانتظار.

واعلم أن قوله: «وقد ورد الخبر باستثناء يوم الجمعة عن الكراهية» ظاهره يقتضي استثناء جميع الأوقات الخمسة كما حكيناه وجهاً عن بعض الأصحاب، ولكن قوله: «وهل يختص ذلك بمن يغشاه النعاس؟» يبين أنه أراد بالأول وقت الاستواء لا غير، وفيه اشتهر الخبر وهو الأصح في المذهب، وأما المكان فقد روي عن أبي ذر أن رسول الله ﷺ قال: «لَا صَلَاةَ بَعْدَ الْعَصْرِ حَتَّى تَغْرُبَ الشَّمْسُ وَلَا صَلَاةَ بَعْدَ صَلَاةِ

(١) أخرجه أبو داود (١٠٨٣) من رواية أبي قتادة بإسناد ضعيف ومرسل والبيهقي (٤٦٤/٢).



الصُّبْحِ حَتَّى تَطْلُعَ الشَّمْسُ إِلَّا بِمَكَّةَ»<sup>(١)</sup>.

واختلف الأصحاب في هذا الاستثناء ومنهم من قال: مكة كسائر البلاد في أوقات الكراهة والاستثناء لركعتي الطواف، فإن له أن يطوف متى شاء وإذا طاف بالبيت يصلي ركعتي الطواف؛ لأنها صلاة لها سبب، والأصح وهو المذكور في الكتاب أن مكة، تخالف سائر البلاد لشرف البقعة وزيادة لفضيلة الصلاة فلا يحرم فيها عن استكثار الفضيلة بحال ويدل عليه ما روي أنه ﷺ قال: «يَا بَنِي عَبْدِ مَنَافٍ مَنْ وَلِيَ مِنْكُمْ مِنْ أُمُورِ النَّاسِ شَيْئًا فَلَا يَمْنَعَنَّ أَحَدًا طَافَ بِهَذَا الْبَيْتِ أَوْ صَلَّى آيَةً سَاعَةً شَاءَ مِنْ لَيْلٍ أَوْ نَهَارٍ»<sup>(٢)</sup>. وليكن قوله: «فلا يكره فيها صلاة» معلماً بالواو للوجه الأول وبالحاء والميم، لأن عندهما لا فرق بين مكة وسائر البلاد، ثم ليس المراد من مكة نفس البلد بل جميع الحرم للإستواء في الفضيلة.

وفي وجه: يختص بالاستثناء المسجد الحرام، وما عداه كسائر البلاد، والمشهور الصحيح الأول، ومتى ثبت النهي والكراهة فلو تحرم بالصلاة في الأوقات<sup>(٣)</sup> المنهية هل ينعقد، أم لا؟ هذا هو الذي رسمه فرعاً في الكتاب، وفيه وجهان:

أحدهما: نعم كالصلاة في الحمام، لا خلاف في انعقادها مع ورود النهي.

وأظهرهما: لا كما لو صام يوم العيد لا يصح، وعلى هذين الوجهين يخرج ما لو نذر أن يصلي في الأوقات المنهية، إن قلنا: تصح الصلاة فيها، يصح النذر، وإن قلنا: لا تصح فلا يصح النذر كما لو نذر صوم يوم العيد: فإن صححنا النذر فالأولى أن يصلي في وقت آخر، كمن نذر أن يضحي شاة بسكين مغصوب يصح نذره ويذبحها بسكين غير مغصوب. وأما إذا نذر صلاة مطلقاً فله أن يفعلها في الأوقات المكروهة فإنها من الصلوات التي لها سبب كالفائتة، وتختم الفصل بشيئين:

أحدهما: أن قوله في أول الفصل: «في الأوقات المكروهة وهي خمسة» يقتضي الحصر في الخمسة المذكورة، وهو المشهور، والحصر في الخمسة حكم بإثبات الخمسة ونفي الزائد لكن في كلام الأصحاب حكاية وجهين في أن بعد طلوع الفجر هل يكره ما سوى ركعتي الفجر من النوافل أم لا؟

(١) قال ابن الملقن: رواه الشافعي، والدارقطني، والبيهقي بإسناد ضعيف ومنقطع. انظر خلاصة البدر المنير (١/٩٥ - ٩٦).

(٢) أخرجه أحمد في المسند (٤/٨١ - ٨٤) والشافعي في السنن (١/٥٧) والدارمي (٢/٧٠)، وأبو داود (١٨٩٤) والترمذي (٨٦٨) والنسائي (١/٢٨٤) وابن ماجه (١٢٥٤) وابن حبان (١٥٤٥) والحاكم في المستدرک (١/٤٤٨) وقال صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه، وأقره الذهبي.

(٣) سقط في ط.

أحدهما: نعم، وبه قال أبو حنيفة، لما روي أنه ﷺ قال: «لَا صَلَاةَ بَعْدَ طُلُوعِ الْفَجْرِ، إِلَّا رَكَعَتَا الْفَجْرِ»<sup>(١)</sup>.

والثاني: لا، وبه قال مالك؛ لقوله ﷺ: «لَا صَلَاةَ بَعْدَ صَلَاةِ الصُّبْحِ، حَتَّى تَطْلُعَ الشَّمْسُ»<sup>(٢)</sup>. والمفهوم من صلاة الصبح هو الفريضة، فال تخصيص بالفريضة يدل على عدم الكراهة قبلها.

والوجه الثاني: هو الذي يوافق كلام معظم الأصحاب حيث قالوا بأن النهي في الوقتين يتعلق بالفعل، وإلا فإذا ثبتت الكراهة من طلوع الفجر لم يختلف زمان الكراهة بتقديم الصبح وتأخيرها طولاً وقصراً، وهذا استدلال بين على ترجيح هذا الوجه، وصرح به الشيخ أبو محمد وغيره. لكن ذكر صاحب «الشامل» أن ظاهر المذهب هو الوجه الأول، ولم يورد في «التتمة» سواه، وإن قلنا: به دخل وقت الكراهية بطلوع الفجر، فإن عد ما قبل صلاة الصبح وقتاً بانفراده - زاد الأوقات المكروهة على خمسة، وإن جعل من طلوع الفجر إلى طلوع الشمس وقتاً واحداً، وأدرجنا وقت الاصفرار فيما بعد صلاة العصر - كما سبق، عادت الأوقات المكروهة إلى أربعة وأن نضم حالة الطلوع إليه فتعود الأوقات المكروهة إلى ثلاثة، والشيخ أبو إسحاق الشيرازي في آخرين ما أطلقوا الوجهين في الكراهة، من حين طلوع الفجر لكن نقلوا الوجهين في كراهة التنفل بعد ركعتي الفجر، وذلك يقتضي الجزم بنفي الكراهة قبل أن يصلي ركعتي الفجر. وما يتعلق بالحصر على بيته، لا يختلف بالطريقتين:

الثاني: إذا فاتته راتبة أو نافلة اتخذها وزداً فقد ذكرنا أنه يجوز أن يقضيها في أوقات الكراهة ويدل عليه ما سبق من حديث أم سلمة.

ثم إذا فعل ذلك، فهل له أن يداوم على تلك الصلاة في وقت الكراهة فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن في حديث أم سلمة - رضي الله عنها - أن النبي ﷺ: «دَاوِمٌ عَلَيَّ رَكَعَتَيْنِ بَعْدَ ذَلِكَ»<sup>(٣)</sup>. وعليه حمل ما روي عن عائشة - رضي الله عنها - قالت:

(١) أخرجه أبو داود (١٢٧٨) والترمذي (٤١٧) والدارقطني من رواية عبد الله بن عمر بن الخطاب، قال الترمذي: حديث غريب، وأعله ابن القطان بما بان أنه ليس بعله، قاله ابن الملقن، انظر خلاصة البدر المنير (٩٦/١).

(٢) تقدم.

(٣) قال الحافظ حديث أم سلمة في الصحيحين، وغيرها لم يصرح فيه بالمداومة، بل عند النسائي عنها أنها قالت: ما صلاحها قبل ولا بعد، وسنده قوي، وهو عند أحمد وابن شاهين في الناسخ من وجه آخر، وعند النسائي أيضاً: عنها أنه صلى في بيته بعد العصر ركعتين مرة واحدة، ورواه =

«مَا كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَأْتِينِي فِي يَوْمٍ بَعْدَ الْعَصْرِ إِلَّا صَلَّى رَكَعَتَيْنِ»<sup>(١)</sup>.

وأصحهما: أنه لا يجوز لعموم الأخبار الناهية وما فعله رسول الله ﷺ كان مخصوصاً به فإنه كان يداوم على عمل، وقد روي عن عائشة - رضي الله عنها - أن النبي ﷺ: «كَانَ يُصَلِّي بَعْدَ الْعَصْرِ، وَيُنْهِي عَنْهَا»<sup>(٢)</sup>.

فإن قلنا: بالأول فهذه الحالة، مما تستثنى عن عموم إخبار النهي.

## البَابُ الثَّانِي

### فِي الْأَذَانِ

#### وَفِيهِ ثَلَاثَةُ فُصُولٍ

قال الغزالي: **الأوّل** فِي مَحَلِّهِ وَهُوَ مَشْرُوعٌ سُنَّةٌ عَلَى أَظْهَرِ الرَّأْيَيْنِ فِي الْجَمَاعَةِ الأُولَى مِنْ صَلَوَاتِ الرِّجَالِ فِي كُلِّ مَفْرُوضَةٍ مُؤَدَّاةٍ، وَفِي الْجَمَاعَةِ الثَّانِيَةِ فِي الْمَسْجِدِ الْمَطْرُوقِ قَوْلَانِ، وَفِي جَمَاعَةِ النِّسَاءِ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ، وَفِي الثَّالِثِ أَنَّهَا تُقِيمُ وَلَا تُؤَدُّنُ وَلَا تَرْفَعُ الصَّوْتِ بِحَالٍ، وَفِي الْمُنْفَرِدِ فِي بَيْنِهِ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ، وَفِي الثَّالِثِ إِنَّمَا يُؤَدُّنُ إِذَا أُنْتَضَرَ حُضُورَ جَمْعٍ، فَإِنْ قُلْنَا: لَا يُؤَدُّنُ فَنُفِي إِقَامَتِهِ خِلَافٌ، وَإِنْ قُلْنَا: يُؤَدُّنُ فَيَسْتَحَبُّ رَفْعُ الصَّوْتِ، وَلَا أَذَانَ فِي غَيْرِ مَفْرُوضَةٍ كَصَلَاةِ الخُسُوفِ وَالْأَسْتِسْقَاءِ وَصَلَاةِ الْجَنَازَةِ وَالْعِيدَيْنِ، بَلْ يُنَادِي لَهَا الصَّلَاةَ جَامِعَةً، وَفِي الصَّلَاةِ الْفَائِتَةِ الْمَفْرُوضَةِ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ، وَفِي الثَّالِثِ يُقِيمُ وَلَا يُؤَدُّنُ (ح) وَلَوْ قَدَّمَ الْعَصْرَ إِلَى وَقْتِ الظُّهْرِ يُؤَدُّنُ لِلظُّهْرِ وَيُقِيمُ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ، وَلَوْ أَخَّرَ الظُّهْرَ إِلَى الْعَصْرِ يُؤَدِّيهِمَا بِإِقَامَتَيْنِ (ح) بِإِلَّا أَذَانَ (و) بِنَاءٍ عَلَى أَنَّ الظُّهْرَ كَالْفَائِتَةِ فَلَا يُؤَدُّنُ لَهَا.

قال الرافعي: لا شك أن الأذان دعاء إلى الصلاة إعلام للوقت، ولكن لا يدعى به

= الترمذي وابن حبان من حديث ابن عباس وفيه: ثم لم يعد لهما، وهو من رواية جرير عن عطاء بن السائب، وإنما سمع منه بعد الاختلاط، نعم في البخاري ومسلم من حديث عائشة «ما تركهما قط عندها» وفي رواية «ما تركهما حتى لقي الله».

(١) أخرجه البخاري ومسلم، وقال الحافظ روى أحمد عن أم سلمة قالت: صلى رسول الله ﷺ العصر، ثم دخل بيتي فصلى ركعتين، الحديث وفيه قلت: يا رسول الله أفنقضها إذا فاتتنا قال: لا انظر التلخيص (١٩١/١).

(٢) أخرجه أبو داود من حديث ابن إسحاق، وفيه عن عنة ابن إسحاق، انظر التلخيص (١٩٢/١).

إلى كل صلاة، بل إلى بعض الصلوات، وليس دعاء على أي وجه اتفق بل له كيفية مخصوصة، ولا يدعو به كل أحد بل بعض الناس، فتمس الحاجة إلى بيان الصلاة التي هي محلّ الأذان، وبيان كيفية الأذان وصفات المؤذن؛ فتكلم في هذه الأمور في ثلاثة فصولها وافتتح القول في الأول يذكر الخلاف في أنه سنة أم فرض كفاية؟ ولو قدم هذه المسألة على الفصول أجمع، وقصر كلام الفصل الأول على بيان الصلوات التي تشرع فيها الأذان سنة كان أم فرضاً كان أليق بترجمة الفصل، وكذلك فعل في «الوسيط»؛ واختلفوا في الأذان والإقامة أهما سنتان أم فرضاً كفاية؟ على ثلاثة أوجه:

**أصحهما:** أنهما سنتان لأنهما للإعلام، والدعاء إلى الصلاة، فصار كقوله: «الصلاة جامعة» في العيدين ونحوهما، ولأنه ﷺ: «جَمَعَ بَيْنَ الصَّلَاتَيْنِ وَأَسْقَطَ الْأَذَانَ مِنَ الثَّانِيَةِ»<sup>(١)</sup>. والجمع سنة، فلو كان الأذان واجباً لما تركه لسنة.

**والوجه الثاني:** أنهما فرضاً كفاية لما روي أنه ﷺ قال: «صَلُّوا كَمَا رَأَيْتُمُونِي أُصَلِّي، فَإِذَا حَضَرَتِ الصَّلَاةُ فَلْيُؤَذِّنْ لَكُمْ أَحَدُكُمْ»<sup>(٢)</sup>.

وظاهر الأمر للوجوب، ولأنه من شعائر الإسلام فليؤكد بالفرضية، وهذان الوجهان هما اللذان أرادهما المصنف بالرأيين.

**والثالث:** أنهما مسنونتان في غير الجمعة، وفرضاً كفاية في الجمعة؛ لأنها اختصت بوجوب الجماعة فيها فاخصت بوجوب الدعاء إليها، وبالوجه الثالث قال ابن خيران، ونسبه القاضي ابن كج والشيخ أبو حامد إلى أبي سعيد الإصطخري، ونسب آخرون إلى أبي سعيد الوجه الثاني دون الثالث، فإن قلنا: هما سنة فلو اتفق أهل بلد على تركها، هل يقاتلون عليه فيه وجهان:

**أصحهما:** لا، كسائر السنن.

**والثاني:** نعم ينسب إلى أبي إسحاق المروزي، لأنه من شعائر الإسلام فلا يمكن من تركه، وإن قلنا: هما فرضاً كفاية فإنما يسقط الحرج بإظهارهما في البلدة أو القرية بحيث يعلم جميع أهلها أنه قد أذن فيها لو أصغوا؛ ففي القرية الصغيرة يؤذن في موضع واحد، والبلدة الكبيرة لا بد منه في مواضع ومحال، فلو امتنع قوم منها قوتلوا، ومن قال: بافترضهما في صلاة بالجمعة خاصة فقد اختلفوا؛ منهم من قال: الأذان الواجب هو الذي يقام بين يدي الخطيب فإنه الذي يختص الجمعة فلا يبعد إيجابه كالجماعة والخطبة وغيرهما، وهذا ما حكاه الشيخ أبو محمد عن أحمد بن سيار من

(١) أخرجه مسلم من رواية جابر، انظر الخلاصة (٩٩/١).

(٢) أخرجه البخاري (٦٣١ - ٦٢٨ - ٦٣٠) ومسلم (٦٧٤).

أصحابنا<sup>(١)</sup>؛ قال الشيخ: ووجدت لفظ الوجوب في هذا الأذان لفظا للشافعي - رضي الله عنه - فلعله أراد تأكيد أمره. ومنهم من قال: يسقط الوجوب بالأذان الذي يؤتى به لصلاة الجمعة وإن لم يكن بين يدي الخطيب. ولك أن تعلم قوله: «مشروع سنة» بالألف؛ لأن بعض أصحاب أحمد ذكر: أن الأذان والإقامة فرضان على الكفاية عندهم وبالميم؛ لأن في تعاليق الشيخ أبي حامد أن مالكا يقول بوجوب الأذان، ويلزم الإعادة ما بقي من الوقت، فإن ذهب الوقت وصلى من غير أذان جاز.

ونعود بعد هذا إلى بيان محل الأذان وقد ضبطه المصنف فقال: «محل الجماعة الأولى من صلاة الرجال في كل مفروضة مؤداة» وفيه خمسة قيود: أولها الجماعة فالمنفرد في الصحراء أو في العصر هل يؤذن؟ الجديد: أنه يؤذن لما روي أن رسول الله ﷺ قال لأبي سعيد الخدري - رضي الله عنه -: «إِنَّكَ رَجُلٌ تُحِبُّ الْعَنَمَ وَالْبَادِيَةَ فَيَاذَا دَخَلَ عَلَيْكَ وَقْتُ الصَّلَاةِ فَأَذِّنْ وَأَزْفَعْ صَوْتَكَ فَإِنَّهُ لَا يَسْمَعُ صَوْتَكَ حَجْرٌ وَلَا شَجَرٌ وَلَا مَدْرٌ إِلَّا شَهِدَ لَكَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»<sup>(٢)</sup>.

وحكى عن القديم: أنه لا يؤذن، لأن المقصود من الأذان الإيلاج والإعلام، وهذا لا ينتظم في المنفرد، وقال بعض أصحابنا: إن كان يرجو حضور جمع أذن وإلا فلا، وحمل حديث أبي سعيد على أنه كان ينتظر حضور غلमानه ومن معه في البادية.

هذا إذا لم يبلغ المنفرد أذان المؤذنين، فأما إذا بلغه بالخلاف فيه مرتب على هذا فالخلاف، وأولى بأن لا يؤذن كأحد الجمع، فإن قلنا: لا يؤذن المنفرد فهل يقيم فيه وجهان:

أحدهما: لا كالأذان، وأصحهما نعم؛ لأنها للحاضرين فيقيم لنفسه، وإذا قلنا: يؤذن فهل يرفع الصوت؟ فيه وجهان:

أصحهما: نعم؛ لحديث أبي سعيد.

والثاني: إن انتظر حضور جمع رَفَع، وإلا فلا، ولا شك في أنه إذا أذن يقيم.

واعلم أن هذا الترتيب يشتمل عليه كلام إمام الحرمين وهذا الذي اقتبس منه

(١) أبو الحسن أحمد بن سيار، بسين مهملة مفتوحة وباء مشددة بنقطتين من تحت، ابن أيوب السيارى المروزي الحافظ الأديب، الزاهد، كان يقاس بابن المبارك في زمانه. رحل إلى العراق والشام ومصر، وسمع إسحاق بن راهوية، وروى عن النسائي وابن خزيمة. توفي سنة ثمان وستين ومائتين، نقله النووي في تهذيبه وطبقاته. راجع ترجمته في: تهذيب الأسماء واللغات (١/٤٦٦)، تاريخ بغداد (٤/١٨٧)، طبقات الأستوي رقم (٥٩٢).

(٢) أخرجه البخاري (٦٠٩).

المصنف إلا أنه جعل الفرق بين أن ينتظر حضور جمع أو لا ينتظر قولاً، وأطلق في المسألة ثلاثة أقوال، والإمام لم يروه إلا عن بعض الأصحاب، والجمهور اقتصروا على ذكر المذهب المنسوب إلى الجديد ولم يتعرضوا لخلاف، نعم حكى القول القديم في «التتمة» ولكن إذا كان المنفرد يصلي في العصر خاصة ولم يطرده في المنفرد في الصحراء. وقوله في الكتاب: (وفي المنفرد في بيته) تخصيص البيت بالذكر يمكن أن يحمل على موافقة ما رواه في «التتمة» ولكنه لم يرد ذلك بل طرد الخلاف في السفر والحضر، وفي «الوسيط». وأما الفرق بين أن يرجو حضور جمع أو لا يرجو فسنبتين في الأذان للفائتة أنه من أين أخذ، وليكن قوله: (وإن قلنا: يؤذن فيستحب رفع الصوت) مَزُ قُوماً بالواو لما قدمناه.

ويدل على استحباب الأذان للمنفرد وعلى أن الإقامة أولى بالرعاية ما روي أن النبي ﷺ قال: «إِذَا كَانَ أَحَدُكُمْ بِأَرْضٍ فَلَاةٍ فَدَخَلَ عَلَيْهِ وَقَتُ صَلَاةٍ فَإِنْ صَلَّى بِغَيْرِ أَذَانٍ وَلَا إِقَامَةٍ صَلَّى وَخَذَهُ فَإِنْ صَلَّى بِإِقَامَةٍ صَلَّى بِصَلَاتِهِ مَلَكًا وَإِنْ صَلَّى بِأَذَانٍ وَإِقَامَةٍ صَلَّى خَلَفَهُ صَفٌّ مِنَ الْمَلَائِكَةِ أَوْلَهُمْ بِالْمَشْرِقِ وَأَخْرَجُهُمْ بِالْمَغْرِبِ»<sup>(١)</sup>.

ويستثنى مما ذكرنا من أن المنفرد يرفع صوته بالأذان صورة وهي: ما إذا صلى في مسجد أقيمت الجماعة فيه وانصرفوا، فها هنا لا يرفع الصوت لثلاثتهم السامعون دخول وقت صلاة أخرى سيما في يوم الغيم.

وثانيهما: كونها جماعة أولى ومهما أقيمت الجماعة في مسجد ثم حضر قوم فإن لم يكن له إمام راتب لم يكره لهم إقامة الجماعة فيه، وإن كان ففيه وجهان: أصحهما: أنه يكره، وبه قال أبو حنيفة.

وإذا أقاموا جماعة ثانية مكروهة كانت أو غير مكروهة فهل يُسن لهم الأذان؟ حكى إمام الحرمين عن رواية صاحب «التقريب» فيه قولين: أحدهما: لا؛ لأن كل واحد منهم مدعو بالأذان الأول وقد أجاب بالحضور، فصاروا كالحاضرين في الجماعة الأولى بعد الأذان.

والثاني: نعم؛ لأن الأذان الأول قد انتهى حكمه بإقامة الجماعة الأولى، لكن الأذان الثاني لا يرفع فيه الصوت كيلا يلتبس الأمر على الناس، وهذا أظهر، والأول مذهب أبي حنيفة. قال الكرخي في «مختصره»، ولا يؤذن في مسجد له إمام معروف

(١) أخرجه مالك (٧٢/١) من مرسى سعيد بن المسيب، وابن أبي شيبة في المصنف (٢١٩/١)، والبيهقي في السنن (٤٠٥/١) وعبد الرزاق (١٩٥٥) والطبراني في الكبير (٦١٢٠) من حديث سلمان مرفوعاً.

مرتين. وأما ذكر المصنف للمطروق في صورة المسألة فليس للتقييد؛ لأن رواية صاحب «التقريب» مطلقة ولعله إنما ذكره؛ لأن إقامة الجماعة بعد الجماعة إنما تتفق غالباً في المساجد المطروقة - والله أعلم -.

وفالثهما: صلاة الرجال، ففي جماعة النساء ثلاثة أقوال حكاهما في النهاية.

أصحها: وهو نصّه في «الأم» و«المختصر»: أنه يستحب لهن الإقامة دون الأذان، أما أن الأذان لا يستحب، فلأن الأذان للإبلاغ والإعلام، ولا يحصل ذلك إلا برفع الصوت، وفي رفع النساء الصوت خوف الافتتان، وقد روى عن ابن عمر - رضي الله عنهما -، أنه قال: «لَيْسَ عَلَى النِّسَاءِ أَذَانٌ»<sup>(١)</sup> وأما أن الإقامة تستحب فلأنها لاستفتاح الصلاة واستنهاض الحاضرين فيستوي فيها الرجال والنساء، فلو أذنت على هذا القول من غير رفع الصوت لم يكره، وكان ذكراً لله تعالى.

والثاني: أنه لا أذان ولا إقامة، أما الأذان، فلما سبق، وأما الإقامة فلأنها تبع الأذان.

والثالث: أنه يستحب الأذان والإقامة؛ لما روى عن عائشة - رضي الله عنها -:

«أَنْهَا كَانَتْ تُؤَذِّنُ وَتُقِيمُ»<sup>(٢)</sup>.

ثم لا يختص هذا الخلاف بما إذا صَلَّيْنَ جماعة بل هو جار في المرأة المنفردة، ولكن بالترتيب على الرجل، إن قلنا: لا يؤذن الرجل المنفرد فالمرأة أولى، وإن قلنا يؤذن ففي المرأة هذا الخلاف.

وقوله: «ولا يرفع الصوت بحال» أي: لا ترفع المؤذنة صوتها فوق ما تسمع صواحبها، ويحرم عليها أن تزيد على ذلك.

قال: «في النهاية» وحيث قلنا: في أذان الجماعة الثانية في المسجد الذي أقيم فيه الجماعة الأولى والأذان الراتب: إنه لا يرفع الصوت فلا يعني به [أنه يحرم الرفع، بل يعني به الأولى أن لا يرفع، وإذا قلنا إن المنفرد لا يرفع صوته به ولا يعني به]<sup>(٣)</sup> أن الأولى أن لا يرفع فإن الرفع أولى في حقه، ولكن يعني به أنه يعتد بأذانه دون الرفع.

ورابعهما: المفروضة، فليس في غير المفروضة أذان ولا إقامة، سواء فيه الصلاة

(١) أخرجه البيهقي (٤٠٨/١) بإسناد صحيح، ورواه مرفوعاً بإسناد ضعيف.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٤٠٨/١) وابن المنذر، والحاكم في المستدرک، انظر الخلاصة (١٠٦/١).

(٣) سقط في أ.

التي يسن له الجماعة كالعيدين والكسوفين والاستسقاء، والتي لا يسن كصلاة الضحى، لأنه لم ينقل الأمر به عن الرسول ﷺ ولا عن خلفائه الراشدين - رضي الله عنهم - ولكن ينادي لصلاة العيدين والكسوفين والاستسقاء «الصلاة جامعة»<sup>(١)</sup> وكذلك لصلاة التراويح إذا أقيمت جماعة، واختلف الناقلون في صلاة الجنائز فعدّها المصنف من جملة ما يستحب فيه هذا النداء، وكذلك نقله القاضي ابن كج وآخرون.

وقال الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ وَطَبَقْتَهُ: لا يستحب لها الأذان والإقامة ولا هذا النداء، ووافقهم صاحب «التهذيب» فلا بأس بإعلام قوله: «بل ينادي لها «الصلاة جامعة» لهذا السبب.

وخامسها: المؤداة، ففي الفاتحة ثلاثة أقوال:

**الجديد:** أنه لا يؤذن لها؛ لما روي عن أبي سعيد الخدري - رضي الله عنه - قال: «حُسِنَتْ عَنِ الصَّلَاةِ يَوْمَ الْخَنْدَقِ حَتَّى كَانَ بَعْدَ الْمَغْرِبِ هَوِيًا مِنَ اللَّيْلِ فَدَعَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِبَلَالٍ فَأَقَامَ لِلظُّهْرِ فَصَلَّاهَا ثُمَّ أَقَامَ لِلْعَصْرِ فَصَلَّاهَا ثُمَّ أَقَامَ لِلْمَغْرِبِ فَصَلَّاهَا ثُمَّ أَقَامَ لِلْعِشَاءِ فَصَلَّاهَا وَلَمْ يُؤْذَنْ لَهَا مَعَ الْإِقَامَةِ»<sup>(٢)</sup>.

**والقديم:** أنه يؤذن لها، وبه قال مالك، وأبو حنيفة وأحمد لما روي أنه ﷺ كان في سفر فقال: «اخْفَظُوا عَلَيْنَا صَلَاتَنَا»<sup>(٣)</sup> يعني ركعتي الفجر فضرب على أذانهم فما أيقظهم إلا حر الشمس فقاموا فساروا هيبة، ثم نزلوا فتوضأوا، وأذن بلال فصلوا ركعتي الفجر، وركبوا. وقال في «الإملاء»: إن أمل اجتماع قوم يصلون معه أذن، وإلا فلا.

قال الأئمة: الأذان في «الجديد» حق الوقت، وفي «القديم» حق الفريضة، وفي «الإملاء» حق الجماعة. وهذا الخلاف في الأذان.

أما الإقامة فنأتي بها على الأقوال كلها، ثم استفيد من هذا الخلاف شيان:

**أحدهما:** أن الفرق في المنفردين أن ينتظر حضور جمع أو لا ينتظر مخرج من قول «الإملاء» مصيراً إلى أن الأذان حق الجماعة، حكى تخريجه منه عن أبي إسحاق المزوزي.

**والثاني:** ظهور القول بأن المنفرد في المؤداة [يؤذن، ولولاه لما خض الفاتحة في هذه الأقوال بالتنصيص عليها، ومتى استثنى الخلاف في المنفرد بالمؤداة هل] <sup>(٤)</sup> يؤذن

(١) أخرجه الشافعي (١٥٤) والنسائي (١٧/٢) وأحمد في المسند (٢٥/٣) وأبو يعلى (١٢٩٦) والبيهقي في السنن (٢٥١/٣) وقال البيهقي في خلياته: رواه كلهم ثقات انظر الخلاصة (١٠٠/١).

(٢) قال الحافظ أخرجه الشافعي، التلخيص (١٩٤/١ - ١٩٥).

(٣) أخرجه البخاري (٥٩٥) ومسلم (٦٨١) من رواية أبي قتادة.

(٤) سقط في ط.



لها؟ وجب أن يرتب فنقول: إن قلنا: المؤداة لا يؤذن لها فالفائتة أولى، وإن قلنا: يؤذن ففي الفائتة خلاف. ولو أقيمت الفائتة جماعة فلا جريان للقول الثالث.

واعلم بعد هذا أن قول المصنف: (في صلاة الفائتة المفروضة ثلاثة أقوال) لفظ (المفروضة) مستغني عنها فإننا عرفنا بالتقييد سابقاً أن غير المفروضة لا أذان لها إذا كانت مؤداة فكيف يتوهم لها الأذان إذا كانت مؤداة فائتة ثم قوله: (فيه ثلاثة أقوال: في الثالث يقيم ولا يؤذن) يقتضي أن يكون أحد الأقوال أنه يؤذن لها.

والثاني: أنه لا يؤذن لها ولا يقيم.

والثالث: ما ذكره، وتكون هذه الأقوال حينئذ على مثال ما قدمته في جماعة النساء لكنه سهو هاهنا بلا شك، فقد أطبقت النقلة على أن الفائتة يقيم لها وإنما الأقوال في الأذان، وأن ثالثها الفرق بين أن ينتظر حضور جمع أو لا ينتظره، وقد نقلها المصنف على الصحة في «الوسيط» فقال في «الجديد»: يقيم ولا يؤذن، وفي «القديم»: يقيم ويؤذن، وفي «الإملاء» إن انتظر حضور جمع أذن، وإلا اقتصر على الإقامة، وهي متفقة على أنه يقيم لها، وهذا كله في الفائتة الواحدة، فإن كانت عليه فوائت وقضاها على التوالي ففي الأذان للأولى هذه الأقوال، ولا يؤذن لما عداها بلا خلاف، ويقيم لكل واحدة منها الأولى وغيرها. وعند أبي حنيفة: يتخير فيما بعد الأولى إن شاء أذن وأقام، وإن شاء اقتصر على الإقامة. ولو والى بين فريضة وقت وفائتة فإن قدم فريضة الوقت أذن وأقام لها واقتصر على الإقامة للفائتة، وإن قدم الفائتة أقام لها، وفي الأذان الأقوال. وأما فريضة الوقت فقد قال في «النهاية»: إن قلنا: يؤذن للفائتة فلا يؤذن للمؤداة بعدها كيلا يتوالى الأذانان، وإن قلنا: يقتصر للفائتة على الإقامة فيؤذن للأداء بعدها ويقيم.

والأظهر: أنه يقتصر لصلاة الوقت بعد الفائتة على الإقامة بكل حال؛ لحديث أبي سعيد الخدري، فإنه لم يأمر للعشاء بالأذان، وإن جمع بين صلاتي جمع لسفر أو مطر فإن قدم الأخيرة إلى وقت الأولى كتقديم العصر إلى الظهر فيؤذن ويقيم للأولى، ويقتصر للثانية على الإقامة، لما روى أنه ﷺ: «جَمَعَ بَيْنَ الظُّهْرِ وَالْعَصْرِ بِعَرَفَةَ فِي وَقتِ الظُّهْرِ بِأَذَانٍ وَإِقَامَتَيْنِ»<sup>(١)</sup>، وأيضاً فإنه لو أذن للثانية<sup>(٢)</sup> لأخل بالموالاة وهي مرعية عند التقديم لا محالة، وإن أخر الأولى إلى وقت الثانية كتأخير الظهر إلى العصر أقام لكل واحدة منهما، ولم يؤذن للعصر محافظة على الموالاة.

(١) قال في الخلاصة (١/١٠٠) أخرجه مسلم من رواية جابر - رضي الله عنه - في حديثه الطويل.

(٢) في ط للفائتة.

وأما الظهر فتجري فيه أقوال الفاتئة؛ لأنها تشبهها من جهة أنها خارجة عن وقتها الأصلي، والأصح: أنه لا يؤذن لها أيضاً؛ لأن النبي ﷺ: «جَمَعَ بَيْنَ الْمَغْرِبِ وَالْعِشَاءِ بِالْمُزْدَلِفَةِ فِي وَقْتِ الْعِشَاءِ بِإِقَامَتَيْنِ مِنْ غَيْرِ أَذَانٍ».

قال إمام الحرمين - قدس الله روحه - وينقدح أن يقول: يؤذن قبل الظهر<sup>(١)</sup>، وإن قلنا الفاتئة لا يؤذن لها إما لأنها مؤداة ووقت الثانية وقت الأولى عند العذر، وإما لأن إخلاء صلاة العصر عن (الأذان وهي واقعة في وقتها فيعيد)<sup>(٢)</sup> الأذان الواقع قبل صلاة الظهر للعصر، وقد يؤذن الإنسان لصلاة ويأتي بعده بتطوع وغيرها إلى أن تتفق الإقامة وتخلله لا يقدر في كون الأذان لتلك الصلاة.

وعند أبي حنيفة يصلي للمغرب والعشاء بالمزدلفة بأذان وإقامة، ولا يقيم للعشاء ويجوز أن يعلم بالواو قوله: «بلا أذان» وكذا قوله في حالة التقديم: «فيؤذن للظهر» لأنه لتخصيص الأذان بالظهر، وقد حكى القاضي أبو القاسم بن كج أن أبا الحسن بن القطان خرج وجهاً أنه يؤذن لكل واحدة من صلاتي الجمعة قدم أو آخر وقوله: (بناء على أن الظهر كالفاتئة فلا يؤذن لها) هذا وحده لا يوجب نفي الأذان فيهما لكنه يفيد نفي الأذان للظهر، وأما العصر فإنما لا يؤذن لها لمعنى الموالاة، ويلزم من مجموع الأمرين أن يكون أداؤهما بلا أذان، وقد نجد في بعض النسخ التعرض بسبب نفي الأذان للعصر أيضاً - والله أعلم -.

وإذا عرفت ما ذكرناه فلا يخفى عليك أن القيود الخمسة مختلف فيها كلها سوى القيد الرابع؛ فإن الظاهر عدم اعتبار الأول والثاني واعتبار الثالث والخامس. فرع: لا يشرع الأذان في الصلاة المنذورة كذلك رواه صاحب التهذيب وغيره، ويخرج عن الضابط بقيد الجماعة فإن الجماعة لا يشرع فيها.

## الفصل الثاني

### في صفة الأذان

قال الغزالي: وَهُوَ مَثْنَى مَثْنَى، وَالْإِقَامَةُ فُرَادَى (ح) مَعَ الْإِذْرَاجِ، وَالْتَرْجِيحُ (ح).

(١) قال النووي: بل الأظهر أن يؤذن، ففي «صحيح مسلم» عن جابر - رضي الله عنه -، أن رسول الله ﷺ جمع بين المغرب والعشاء بالمزدلفة في وقت الثانية بأذان، وإقامتين، وهو مقدم عند العلماء على رواية أسامة وابن عمر، أن صلاهما بإقامتين، لأنه زيادة ثقة حفظ ما لم يحفظ غيره. والله أعلم. روضة الطالبين (١/٣٠٨ - ٣٠٩).

(٢) سقط في ب.

مَأْمُورٌ بِهِ وَكَذَا التَّنْوِيبُ (ح) فِي أَذَانِ الصُّبْحِ عَلَى الْقَدِيمِ وَهُوَ الصَّحِيحُ، وَالْقِيَامُ وَالْأَسْتِغْبَالُ شَرْطٌ لِلصَّحَةِ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، ثُمَّ يُسْتَحَبُّ أَنْ يَلْتَقِيَ فِي الْحَيْمَعَتَيْنِ يَمِيناً وَشِمَالاً، وَالْأَيْحُولُ (م ح) صَدْرُهُ عَنِ الْقِبْلَةِ.

### القول في صفة الأذان:

قال الرافعي: الفصل ينتظم مسائل:

أحدها: الأذان مثنى والإقامة فرادى خلافاً لأبي حنيفة حيث قال: «والإقامة كالأذان، إلا أنه يزداد فيها كلمة الإقامة».

لنا: ما روى عن ابن عمر - رضي الله عنه - قال: «كَانَ الْأَذَانُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ مَثْنَى وَالْإِقَامَةُ فُرَادَى إِلَّا أَنَّ الْمُؤَذَّنَ كَانَ يَقُولُ: قَدْ قَامَتِ الصَّلَاةُ مَرَّتَيْنِ»<sup>(١)</sup>.

ثم قولنا: (الأذان مثنى) ليس المراد منه أن جميع كلماته مثناه؛ لأن كلمة: «لا إله إلا الله» في آخره لا يؤتى بها إلا مرة واحدة فكلمة التكبير يؤتى بها في أوله أربع مرات خلافاً لمالك حيث قال: «لا يؤتى بالتكبير في أوله إلا مرتين».

لنا: «أَنَّ أَبَا مَخْذُومَةَ<sup>(٢)</sup> كَذَلِكَ حَكَاهُ عَنْ تَلْقِينِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ إِيَّاهُ» وكذلك هو في قصة رؤيا عبد الله بن زيد في الأذان، وهي مشهورة<sup>(٣)</sup>.

وقولنا: (الإقامة فرادى) لا نعني به أن جميع كلماتها موحدة، بل كلمة التكبير مثناه في الابتداء والانتهاء، وكذلك كلمة الإقامة، هذا قوله في «الجديد» وفي «القديم» لا يقول هذه الكلمات أيضاً إلا مرة، وبه قال مالك: لما روى: «أَنَّ أَمْرَ بِلَالٍ أَنْ يَشْفَعَ الْأَذَانَ وَيُوتِرَ الْإِقَامَةَ»<sup>(٤)</sup>. وهذا يقتضي إيتار جميع الكلمات، وحجة الجديد ما قدمنا من خبر ابن عمر - رضي الله عنهما - ومنهم من يقتصر في حكاية القديم على أفراد كلمة الإقامة دون التكبير، ويجوز أن يعلم قوله: (والإقامة فرادى) مع الحاء بالواو؛ لأن

(١) أخرجه أحمد في المسند (٥٥٦٩) وأبو داود (٥١٠) والنسائي (٣/٢) والدارمي (١١٩٥) وابن حبان (١٦٦٩) والدارقطني (٢٣٩/١) وابن خزيمة (٣٧٤) والحاكم (١٩٧/١) وابن الجارود (١٦٤) وقال الحاكم صحيح الإسناد. وقال الحافظ: أخرجه ابن خزيمة، وابن حبان، والحاكم من حديث شعبة عن أبي جعفر المؤذن عن مسلم ابن المغني عنه قال شعبة لا يحفظ لأبي جعفر غير هذا الحديث، انظر التلخيص (١٩٦/١).

(٢) أخرجه مسلم (٣٧٩) وأبو داود (٥٠٥) (١٥٩) والنسائي (٤/٢ - ٥).

(٣) أخرجه أبو داود (٤٩٩) والترمذي (١٨٩) وابن ماجه (٧٠٦) وابن حبان (١٦٧١).

(٤) أخرجه البخاري (٦٠٣ - ٦٠٥) ومسلم (٣٧٨) والنسائي (٣/٢) وابن حبان (١٦٦٧).

محمد بن إسحاق بن خزيمة من أصحابنا قال: إن رجع في الأذان ثنى الإقامة وإلا أفردها جمعاً بين الأخبار في الباب، وذكر في «التهذيب» أنه قول الشافعي - رضي الله عنه -، لما روي عن أبي محذورة أن النبي ﷺ: «عَلَّمَهُ الْأَذَانَ تِسْعَ عَشْرَةَ كَلِمَةً وَالْإِقَامَةَ سِتِّعَ عَشْرَ كَلِمَةً»<sup>(١)</sup>.

**الثانية:** المستحب أن يرتل الأذان ويدرج الإقامة، والترتيل: أن يأتي بكلماتها مبينة من غير تمطيط يجاوز الحد. والإدراج أن يأتي بالكلمات حدرأ من غير فصل، لما روى عن جابر - رضي الله عنه - عن رسول الله ﷺ قال لبلال: «إِذَا أذُنْتَ فَتَرَسَّلْ وَإِذَا أَقَمْتَ فَأَخِذْ»<sup>(٢)</sup>، والترسل: هو الترتيل.

**الثالثة:** ينبغي أن يرجع في أذانه خلافاً لأبي حنيفة وأحمد، والترجيع هو أن يأتي بالشهادة مرتين مرتين بصوت خفيق ثم يمد صوته فيأتي بكل واحدة منهما مرتين آخرين بالصوت الذي افتتح الأذان به.

لنا: ما روي عن أبي محذورة قال: «أَلْقَى عَلَيَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ التَّأْذِينَ بِنَفْسِهِ فَقَالَ: قُلْ: اللَّهُ أَكْبَرُ اللَّهُ أَكْبَرُ اللَّهُ أَكْبَرُ اللَّهُ أَكْبَرُ، أَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ أَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ، أَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا رَسُولُ اللَّهِ أَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا رَسُولُ اللَّهِ، ثُمَّ قَالَ: ازْجِعْ فَمُدَّ صَوْتَكَ أَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ أَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ أَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا رَسُولُ اللَّهِ، أَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا رَسُولُ اللَّهِ» وذكر باقي الأذان<sup>(٣)</sup> ووافقنا مالك على أنه يرجع، لكن الصيدلاني روى من مذهبه: أنه لا يزيد في كلمات الأذان بل الترجيع أن يقول مرة: أشهد أن لا إله إلا الله، ثم مرة أشهد أن محمداً رسول الله ثم يرجع فيمد صوته ويعيد الكلمتين مرة مرة بصوت عالٍ، ثم إن المصنف لم يزد في الكتاب على كون الترجيع مأموراً به، والأمر به يشمل المستحق والمستحب فمن أي القسمين هو؟ الأصح أنه مستحب، ولو تركه لم يضر كالتثويب، ولأن المقصود الإعلام والإبلاغ والذي يأتي به بصوت خفيض لا يسمعه إلا من حوله فلا يتعلق به إبلاغ. وفيه وجه آخر: أنه مستحق

(١) أخرجه أحمد في المسند (٤٠٩/٣) والدارمي (٢٧١/١) وأبو داود (٥٠٢) والترمذي (١٩٢) وقال: حديث حسن صحيح، والنسائي (٤/٢) وابن ماجه (٧٠٩) وابن حبان، كذا في الموارد (٢٨٨) والدارقطني (٢٣٨/١) (٧) وقال الحافظ وتكلم البيهقي عليه بأوجه من التضعيف، وردها ابن دقيق العيد في الإمام وصحح الحديث، انظر التلخيص (٢٠٠/١).

(٢) أخرجه الترمذي (١٩٥ - ١٩٦) والبيهقي ضعفه (٤٢٨/١). والحاكم (٢٠٤/١) ومال إلى تصحيحه. قال الحافظ: الترسل التأتي والحدر بالحاء والبدال المهملتين الإسراع، ويجوز في قوله (فاصدر) ضم الدال وكسرها وروي فاحدم بالميم، وهو الإسراع أيضاً، والأول أشهر.

(٣) أخرجه مسلم (٣٧٩).

فيه كسائر الكلمات المأمور بها، ومنهم من يحكيه قولاً:

الرابعة: «التَّثْوِيبُ فِي أَذَانِ الصُّبْحِ وَرَدَّ الْخَبْرُ بِهِ<sup>(١)</sup>، وَهُوَ أَنْ يَقُولَ: بَعْدَ الْحَيْعَلَتَيْنِ: الصَّلَاةُ خَيْرٌ مِنَ النَّوْمِ مَرَّتَيْنِ ثُمَّ يَأْتِي بِبَاقِي الْأَذَانِ».

وسمى تثويباً من قولهم ثاب إلى الشيء أي عاد، والمؤذن يعود به إلى الدعاء إلى الصلاة بعد ما دعى إليها بالحيعلتين. وفيه طريقان:

أحدهما: وهو المذكور في الكتاب: أن فيه قولين:

القديم: أنه يثوب. والجديد: أنه لا يثوب.

والثاني: القطع بأنه يثوب، وبه قال مالك وأحمد؛ لما روي عن بلال - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: «لَا تُثَوِّبَنَّ فِي شَيْءٍ مِنَ الصَّلَوَاتِ إِلَّا فِي صَلَاةِ الْفَجْرِ<sup>(٢)</sup>». وبهذه الطريقة قال أبو علي الطبري والشيخ أبو حامد والقاضي ابن كج، وحكاها الصيدلاني واعتمدها، قال هؤلاء: وإنما كرهه في الجديد معللاً بأن أبا محذورة لم يحكه، وقد ثبت عن أبي محذورة أنه قال: «عَلَّمَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الْأَذَانَ وَقَالَ: وَإِذَا كُنْتَ فِي أَذَانِ الصُّبْحِ فَقُلْتَ حَيَّ عَلَى الْفَلَاحِ فَقُلِ الصَّلَاةُ خَيْرٌ مِنَ النَّوْمِ مَرَّتَيْنِ<sup>(٣)</sup>». فيحتمل: أنه لم يبلغه عن أبي محذورة، وبنى التثويب في القديم على رواية غيره، ويحتمل أنه بلغه في «القديم» ونسبه في «الجديد»، وعلى كل حال فاعتماده في الجديد على خبر أبي محذورة وروايته فكأنه قال: مذهبي ما ثبت في حديثه، ومن أثبت القولين قال المسألة مما يفتى فيها على «القديم». وأما أبو حنيفة فقد روي عنه مثل مذهبنا، وروي أنه يمكث بعد الأذان بقدر عشرين آية ثم يقول: حي على الصلاة حي على الفلاح مرتين، وقال: إنه التثويب، ثم المشهور في التثويب القطع بأنه ليس بركن في الأذان. وقال إمام الحرمين: فيه احتمال عندي من جهة أنه يضاهاى كلمات الأذان في شرع<sup>(٤)</sup>. رفع الصوت به فكان أولى بالخلاف من الترجيع.

(١) أخرجه ابن خزيمة (٣٨٦) والدارقطني (٢٤٣/١) والبيهقي (٤٢٣/١) من حديث أنس وابن ماجه

(٧١٥ - ٧١٦) من حديث بلال والنسائي (١٣/٢ - ١٤) من حديث أبي محذورة.

(٢) أخرجه الترمذي (١٩٨) وضعه أحمد في المسند (١٤/٦). ومال ابن الجوزي إلى تصحيحه، انظر الخلاصة (١٠٣/١).

(٣) أخرجه أبو داود (٥٠٤) وابن حبان (١٦٧٤) وصححه، وضعفه ابن القطان، قال ابن الملقن:

وادعى الرافي ثبوته. قال الحافظ فيه محمد بن عبد الملك بن أبي محذورة، وهو غير معروف الحال، والحاتر بن عبيد، وفيه مقال، وذكره أبو داود من طريق أخرى عن أبي محذورة. انظر

التلخيص (٢٠٢/١).

(٤) سقط في ب.

وقوله: «وكذا التثويب في أذان الصبح» مطلق يشمل الأذان الأول والثاني للصبح لكن ذكر في «التهذيب» أنه إذا أذن مرتين وتُوب في الأول لا يثوب في الثاني على أصح الوجهين:

**الخامسة:** ينبغي أن يؤذن ويقيم قائماً: «لَأَنَّ الْمَلَكَ الَّذِي رَأَى عَبْدَ اللَّهِ بْنِ زَيْدٍ فِي الْمَنَامِ أَذَّنَ قَائِماً»<sup>(١)</sup> وَكَذَلِكَ كَانَ يَفْعَلُ بِرَأْسِهِ وَغَيْرُهُ مِنْ مُؤَذِّنِي رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ولأنه أبلغ في الإعلام، فلو ترك القيام مع القدرة ففيه وجهان:

**أصحهما:** أن الأذان والإقامة صحيحان لحصول أصل الإبلاغ والإعلام؛ ولأنه يجوز ترك القيام في صلاة النفل ففي الأذان أولى إلا أنه يكره ذلك إلا إذا كان مسافراً فلا بأس بأن يؤذن راكباً قاعداً.

**والثاني:** أنه لا يعتد بأذانه وإقامته كما لو ترك القيام في الخطبة، وهذا لأن شرائط الشعار تتلقى من استمرار الخلق واتفاقهم، وهذا مما استمروا عليه، وينبغي أن يستقبل فيهما القبلة بمثل ما قدمنا، ولو تركه وأذن مستديراً ففيه الخلاف المذكور في ترك القيام<sup>(٢)</sup>. ويستحب الالتفات في الحَيْعَلَتَيْنِ يميناً وشمالاً وذلك بأن يلوي رأسه وعنقه من غير أن يحول صدره عن القبلة أو يزيل قدميه عن مكانهما، لما روي عن أبي جحيفة قال: «رَأَيْتُ بِلَالاً خَرَجَ إِلَى الْأَبْطَحِ فَأَذَّنَ فَلَمَّا بَلَغَ حَيَّ عَلَى الصَّلَاةِ حَيَّ عَلَى الْفَلَاحِ لَوَى عُنُقَهُ يَمِيناً وَشِمَالاً وَلَمْ يَسْتَدْبِرْ»<sup>(٣)</sup>.

وكيفيته: أن يلتفت يميناً فيقول: حي على الصَّلَاة مرتين، ثم يلتفت شمالاً فيقول: حي على الفلاح مرتين، وهذا هو الأصح وعليه العمل، وبه قال أبو حنيفة.

وعن القفال، أنه يقسم كل حيلة على الجهتين فيقول: حي على الصلاة مرة عن يمينه ومرة عن يساره، وكذلك قوله: حي على الفلاح، ولفظ الكتاب يصلح لهذا الوجه بأن يكون المعنى أن يلتفت في كل حيلة يميناً وشمالاً ولكنه لم يرد ذلك، وإنما أراد الهيئة المشهورة، والمعنى مستحب أن يلتفت في الحيعلتين يميناً في الأولى وشمالاً في الثانية، ثم حكى صاحب «البيان» على الوجه الأول وجهين. فيما يفعل إلى إتمام كل واحدة من الحَيْعَلَتَيْنِ.

**أحدهما:** أنه يلتفت يميناً ويقول: حي على الصَّلَاة مرتين، ثم يرد وجهه إلى

(١) أخرجه أبو داود (٥٠٦) والبيهقي (٤٢٠/١).

(٢) قال النووي: أذان المضطجع، كالقاعد. إلا أنه أشد كراهة وفي وجه شاذ: لا يصح وإن صح أذان القاعد - والله أعلم - روضة الطالبين (٣١٠/١).

(٣) أخرجه أبو داود (٥٢٠) إلا أنه قال: لم يستدر، وهو متفق عليه بنحوه، انظر التلخيص (٢٠٤/١).

القبلة ثم يلتفت شمالاً ويقول: حي على الفلاح مرتين، وهذا ما عليه العمل.

**والثاني:** يلتفت يميناً ويقول: حي على الصلاة مرة، ثم يرد وجهه إلى القبلة ثم يلتفت يميناً، ويقول: حي على الصلاة مرة أخرى وكذلك يفعل بالجهة الثانية، وإنما اختصت الحيعلتان بالالتفات دون سائر الأذان؛ لأن سائر الأذان ذكر الله تعالى وهنا خطاب الأدمي فلا يعدل عن القبلة فيما ليس بخطاب الأدمي، وهذا كالسلام في الصلاة يلتفت فيه، ولا يلتفت في سائر الأذكار، وإنما لم يستحب في الخطبة أن يلتفت يميناً وشمالاً، لأن ألفاظها تختلف، والغرض منها الوعظ والإفهام فلا يخص بعض الناس بشيء منها كيلاً يختل الفهم بذهاب بعض الكلام عن السماع، وهاهنا الغرض الإعلام بالصوت، وذلك يحصل بكل حال، وفي الالتفات إسماع النواحي، وهل يستحب الالتفات في الإقامة؟ فيه وجهان:

**أشهرهما:** نعم كما في الأذان.

**والثاني:** لا، لأن المقصود منها إعلام الحاضرين فلا حاجة إلى الالتفات إلا أن يكبر المسجد، ويحتاج إليه وليكن قوله: «ولا يحول صدره عن القبلة» معلماً بالحاء والألف؛ لأن عند أبي حنيفة وأحمد إن أذن على المنارة دار عليها، وإن أذن على وجه الأرض أقصر على الالتفات.

**قال الغزالي:** وَرَفَعِ الصَّوْتِ فِي الْأَذَانِ رُكْنَ.

**قال الرافعي:** ينبغي للمؤذن أن يرفع الصوت بالأذان وأن يبالغ فيه ما لم يجهده، وروي أنه ﷺ قال: «يُغْفَرُ لِلْمُؤَذِّنِ مَدَى صَوْتِهِ»<sup>(١)</sup>.

ثم الأذان ينقسم إلى ما يأتي به الإنسان لنفسه وإلى ما يأتي به للجماعة.

**أما الأول:** فيكفي فيه أن يسمع نفسه على المشهور؛ لأن الغرض منه الذكر، دون الإعلام. وقال الإمام: الاقتصار على إسماع النفس يمنع كون المأتي به أذاناً وإقامة، فليزد عليه قدر ما يسمع من عنده لو حضر، ثم يقر، بخلاف الذي قدمناه في أن المنفرد إذا أذن هل يرفع صوته؟ مفروض على المشهور في أنه هل يستحب الرفع؟ وعلى ما ذكره الإمام في أنه هل يعتد به دون الرفع؟ وأما الأذان للجماعة فقد ثقل عن نصه أنه لو جهر بشيء من الأذان وخافت بشيء لم يكن عليه إعادة ما خافت به كما لو أسر بالقراءة في موضع بالجهر، وللأصحاب فيه ثلاثة أوجه:

(١) أخرجه أبو داود (٥١٥) وابن ماجه (٧٢٤) والنسائي (١٢/٢) وابن حبان (١٦٥٨) وصححه ابن خزيمة وابن حبان.

أحدها: أنه لا بأس بالإسرار جرياً على ظاهر النص .

وثانيها: أنه لا يجوز الإسرار بالكل، ولو أسر بكلمة أو بكلمتين فلا بأس، والنص محمول على هذه الحالة .

وأصحها: وبه قال صاحب «الإفصاح» أنه لا يجوز الإسرار بشيء منه؛ لأن ذلك مما يبطل مقصود الأذان، وهو الإبلاغ والإعلام، والنص محمول على أذان المنفرد، وقد عرفت بما ذكرنا أن لفظ الكتاب محمول على أذان الجماعة، ثم هو معلم بالواو للوجهين الآخرين، وأما الإقامة فلا يكفي فيها الاقتصار على إسماع النفس كما في الأذان على الأصح، ولكن الرفع فيها دون الرفع في الأذان لأنها للحاضرين .

قال الغزالي: **وَالتَّرْتِيبُ فِي كَلِمَاتِ الأَذَانِ شَرْطٌ فَلَوْ عَكَسَهَا لَا يُعْتَدُ بِهَا، وَإِنْ طَوَّلَ السُّكُوتَ فِي أَثْنَائِهَا فَقَوْلَانٍ، وَلَوْ بَنَى عَلَيْهِ غَيْرَهُ فَقَوْلَانٍ مُرْتَبَانٍ وَأَوْلَى بِالْبُطْلَانِ، وَلَوْ أَرْتَدَّ فِي أَثْنَاءِ الأَذَانِ بَطُلٌ وَإِنْ قَصَرَ الزَّمَانُ عَلَى أَحَدِ القَوْلَيْنِ؛ لِأَنَّ الرُّدَّةَ تُخِطُّ العِبَادَةَ.**

قال الرافعي: لعلك تقول لم عد رفع الصوت ركناً والترتيب شرطاً فأعلم أنه ليس في هذا كبير شيء، وكلاهما مما لا بد منه، ولو عد الترتيب ركناً في الأذان كما فعل في الوضوء لم يبعد، لكن يمكن أن يقال: ركن الشيء ما يفوت بفواته المقصود من ذلك الشيء، والشرط زينة الشيء وتمتمته، وإذا كان كذلك فرفع الصوت مما يفوت بفواته المقصود من الأذان وهو الإعلام، والترتيب زينة وهيئة للكلمات، وبهذا فرقنا بين الترتيب وسائر الأركان في الوضوء، فجعلنا النسيان عذراً فيه دون غيره على قول: إن الظن إنه ما قصد تحقيق فرق بينهما، وفي سياق كلامه في «الوسيط» ما يفهم ذلك وغرض الفصل: أنه يعتبر في الأذان شيان:

أحدهما: الترتيب بين كلماته؛ لأن النبي ﷺ «علمه مرتباً» فيتبع، ولأنه لو لم يكن لها ترتيب خاص لأورث ذلك اختلال الإعلام والإبلاغ، فلو عكس الكلمات لم يعتد بها معكوسة، ويبني على القدر المنتظم، ولو نزل بعض الكلمات من خلاله أتى به وأعاد ما بعده .

الثاني: الموالاتة؛ لأن غرض الإعلام يبطل إذا تخلل الفصل الطويل ويظن السامعون أنه لعب أو تعليم. ويتعلق بهذا الشرط مسائل:

إحداها: لو سكت في أثناء الأذان يسيراً لم يضر؛ لأن مثله يقع للنفس والاستراحة ولا ينقطع به الولاء، وإن طول السكوت فقد حكى في الكتاب فيه قولين، وبناهما الإمام على القولين في الطهارة، وهذا أولى باعتبار الموالاتة فيه كيلا يلتبس الأمر على السامعين ولا يبطل غرض الإعلام، فإن أعتبرنا الموالاتة بطل المأتي به بالسكوت



الطويل ووجب الاستئناف، وإلا فله البناء على المأتي به، وبني بعض الأصحاب القولين على القولين في جواز البناء على الصلاة، إذا سبقه الحدث.

الثانية: الكلام في خلال الأذان بمطلقه لا يبطله؛ لأنه ليس بآكد من الخطبة، وهي لا تبطل به، ولكن ينظر إن كان يسيراً لم يضر كما في الخطبة وكما في السكوت اليسير، هذا هو المشهور، وعن الشيخ أبي محمد تردد في تنزيل الكلام اليسير إذا رفع الصوت به منزلة السكوت الطويل، لأن الكلام أيقع وأشد جراً للبس من السكوت، وإن تكلم بكلام كثير ففيه قولان مرتبان على السكوت الطويل وهو أولى بإبطال الولاء لما ذكرنا، وإذا خرج عن أهلية الأذان بغير الردة كما إذا أغمي عليه أو نام في خلال الأذان، فهو على هذا التفصيل: إن كان يسيراً أو زال على قرب لم يضر وجاز البناء عليه، وإن طال ففيه القولان، وإن خرج عن أهلية الأذان بالردة فسيأتي. وأعلم أن صاحب «الإفصاح» والعراقيين قالوا: يجوز البناء في هذه الصور وإن طال الفصل، وحكوه عن نص الشافعي - رضي الله عنه -، لكن الأشبه وجوب الاستئناف عند تخلل الفصل الطويل؛ لأنهم اتفقوا على اشتراط الترتيب في الأذان، وما يقتضي اشتراط الترتيب فيه هو بعينه يقتضي اشتراط الموالة، وهذا هو الذي أورده الصيدلاني والشيخ أبو علي وتابعهما صاحب «التهذيب» وغيره، وحملوا كلام الشافعي - رضي الله عنه - على الفصل اليسير، ثم في الإغماء والنوم يستحب الاستئناف وإن لم يجب إما لقصر الزمان أو على قولنا أنه لا يضر وإن طال الزمان، وكذلك يستحب الاستئناف في الكلام والسكوت الكثيرين وإن قلنا: إنهما لا يبطلان ولا يستحب الاستئناف إذا كانا يسيرين.

الثالثة: المستحب أن لا يتكلم في أذانه بشيء، فلو عطس حمد الله تعالى في نفسه وبني، ولو سلم عليه إنسان أو عطس لم يجب ولم يشمت حتى يفرغ، ولو أجاب أو شمت أو تكلم بما فيه مصلحة لم يكره، وإن ترك المستحب، وإن رأى أعمى يكاد يقع في بئر فلا بد من إنذاره.

الرابعة: إذا لم يحكم بطلان الأذان بالفصل المتخلل فله أن يبني على أذانه، وهل لغيره البناء عليه؟ فيه [قولان]<sup>(١)</sup> بناهما بعضهم على جواز الاستخلاف في الصلاة.

وقال: إن جوزنا صلاة واحدة بإمامين ففي الأذان أولى، وإن لم نجوز ففي الأذان قولان.

والفرق أن الأذان لا يتأثر بالكلام اليسير والإغماء بخلاف الصلاة، ومنهم من بناهما على جواز البناء على خطبة الخطيب إذا أغمي عليه في أثنائها، وهما قريان، لأن

الخلافة في الخطبة أيضاً مبني على قول الاستخلاف في الصلاة، ولذلك إذا جوزنا البناء شرطنا أن يكون الذي يبني ممن سمع الخطبة من أولها، ومنهم: من رتب بناء غيره على بنائه على أذان نفسه عند طول الفصل وهو أولى بالبطلان؛ لأن صدور الأذان من رجلين أبلغ في إثارة اللبس، وهذا الترتيب هو المذكور في الكتاب، وظاهر المذهب المنع من بناء الغير عليه.

**الخامسة:** لو أرتد بعد الفراغ عن أذانه ثم أسلم وأقام جاز، لكن المستحب أن لا يصلي بأذانه وإقامته بل يعيد غيره الأذان ويقيم؛ لأن رده تورث شبهة في حاله، ولو أرتد في خلال الأذان لم يجز البناء عليه في الردة بحال، لأن أذان الكافر لا يعتد به كما سيأتي، ولو عاد إلى الإسلام فهل يجوز البناء عليه؟ منهم من يحكي فيه قولين، وكذلك فعل المصنف، ومنهم من رواهما وجهين، وهم الأكثرون، وإنما كان كذلك لأنهما ليس بمنصوصين، لكن روي عن نصح في الأذان أنه لا يبني، وفي المعتكف إذا أرتد ثم أسلم أنه يبني فخرجهما على قولين:

**أحدهما:** وبه قال أبو حنيفة: أنه لا يجوز البناء؛ لأنه عبادة واحدة فتحبط بعروض الردة فيها كالصلاة وغيرها، وأصحهما الجواز، والردة إنما تمنع العبادة في الحال فلا تبطل ما مضى إلا إذا اقترن بها الموت، وتخرج عليه الصلاة ونحوها من العبادات؛ لأنها لا تقبل الفصل بحال، وقطع بعضهم بهذا الوجه الثاني، وحمل كلام الشافعي - رضي الله عنه - على ما إذا أطال زمان الردة، فالحاصل في الردة طريقتان:

**إحدهما:** طرد الخلافة في مطلق الارتداد، طال زمانه أم قصر، وعلى هذا فللبطلان عند طول الزمان مأخذان طول الفصل، وكون الردة مبطل للعبادة.

**والطريقة الثانية:** تخصيص الخلافة بما إذا طال زمان الارتداد، وتجوز البناء إذا قصر جزماً، وعلى هذا فالردة بمثابة الإغماء والكلام وغيرهما، وهل لغير المرتد البناء على أذانه؟ فيه الخلاف الذي سبق، وكذا لو مات في خلال الأذان.

وقوله: «ولو أرتد في أثناء الأذان بطل وإن قصر الزمان على أحد القولين» جرى على الطريقة الأولى وإثبات للخلاف في طول الزمان وقصره تعليلاً بأن الردة مبطل للعبادة.

## أَفْضَلُ الثَّالِثِ

### فِي صِفَةِ الْمُؤَذِّنِ

قال الغزالي: **وَيُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ مُسْلِمًا عَاقِلًا ذَكَرًا، فَلَا يَصِحُّ أَذَانُ كَافِرٍ وَأَمْرَأَةٍ وَمَجْنُونٍ وَسَكْرَانَ مُخَبِّطٍ، وَيَصِحُّ أَذَانُ الصَّبِيِّ الْمُمَيِّزِ.**

قال الرافعي: الصفات المعتبرة في المؤذن تنقسم إلى مستحقة ومستحبة، فبدأ بالمستحقة وهي الإسلام، والعقل، والذكورة. أما الإسلام فلا يصح أذان الكافر؛ لأنه ليس من أهل العبادة، ولأنه لا يعتقد مضمون الكلمات، ولا الصلاة التي هي دعاء إليها فإتيانه به ضرب من الاستهزاء، ثم الكفار ضربان:

أحدهما: الذين يستمر كفرهم مع الإتيان بالأذان وهم العيسوية فرقة من اليهود، ويقولون: محمد رسول الله إلى العرب خاصة، فلا ينافي لفظ الأذان مقاتلتهم.

والثاني: سائر الكفار، وفي الحكم بإسلامهم بكلمتي الشهادة في الأذان وجهان نقلهما صاحب «البيان»:

أحدهما: لا تحكم؛ لأنه يأتي به على سبيل الحكاية.

وأصحهما: وهو المشهور في الكتب: أنه يحكم بالإسلام، كما لو تكلم بالشهادتين باستدعاء غيره، فعلى هذا لا يستمر كفر هؤلاء مع الإتيان بالأذان، ولكنه لا يعتد بأذانهم؛ لوقوع أوله في الكفر.

وأما العقل: فهو شرط، فلا يصح أذان المجنون، لأنه ليس أهلاً للعبادة، وفي أذان السكران وجهان مبنيان على الخلاف في تصرفاته واعتبار قصده.

وأصحهما: وهو المذكور في الكتاب: أنه يلحق بالمجنون تغليظاً للأمر عليه، وإنما شرط كونه مخبطاً إشارة إلى أن الذي هو في أول النشو ومبادئ النشاط يصح أذانه كسائر تصرفاته لانتظام قوله وفعله.

وأما الذكورة فلا يصح من المرأة أن تؤذّن للرجال كما لا يجوز أن تؤمهم، وكذلك لا يعتد بأذان الخنثى المشكل، للرجال، وأما أذان المرأة لنفسها ولجماعة النساء فقد سبق حكمه.

وقوله: «ولا يصح أذان كافر وامرأة» المراد منه ما إذا أذنت للرجال، وإن كان الكلام مطلقاً، ويصح الأذان من الصبي المميز، لوجود الشرائط الثلاث وصار كإمامته للبالغين وليكن قوله: «ذكرأ» وقوله: «وامرأة» مرقوماً بالحاء؛ لأن المحكي عن أبي حنيفة أنه يعتد بأذانها للرجال، وبالواو لأن صاحب التتمة روي وجهان مثل ذلك وليكن قوله: «ويصح أذان الصبي المميز» معلماً بالواو أيضاً لأن صاحب التتمة روى أنه لا يعتد بأذانه. وما أخذ الوجهين الغريبيين تنزيل الأذان منزلة الإخبار، لأنه بناء عن دخول الوقت وخبر المرأة مقبول، وخبر الصبي غير مقبول.

قال الغزالي: وَتُسْتَحَبُّ الطَّهَارَةُ فِي الْأَذَانِ، وَيَصِحُّ بِدُونِهَا، وَالكَرَاهِيَةُ فِي الْجَنْبِ أَشَدُّ، وَفِي الْإِقَامَةِ أَشَدُّ.

قال الرافعي: يستحب الطهارة في الأذان ولا تجب خلافاً لأحمد وبعض أصحابه. لنا: ما روي أن النبي ﷺ قال: «حَقُّ وَسَنَةٌ أَنْ لَا يُؤذَّنَ الرَّجُلُ إِلَّا وَهُوَ طَاهِرٌ»<sup>(١)</sup>. وهذا يقتضي الاستحباب وينفي الوجوب، وروي أنه ﷺ قال: «لَا يُؤذَّنُ إِلَّا مُتَوَضِّئًا»<sup>(٢)</sup>.

وأيضاً: فإنه يدعو إلى الصلاة فينبغي أن يكون هو بصفة تمكنه أن يصلي، وإلا فهو واعظ غير متعظ، فلو أذن، أو أقام جنباً، أو محدثاً فقد فعل مكروهاً، ولكن يحسب أذانه؛ لحصول مقصوده وكونه أهلاً، وأذان الجنب أشد كراهةً من أذان المحدث؛ لأن الجنابة أغلظ، وما يحتاج إليه الجنب لتمكنه الصلاة فوق ما يحتاج إليه المحدث، والإقامة مع أي واحد من الحداثين اتفقت أشد كراهة من الأذان مع ذلك الحدث؛ لأن الإقامة يتعقبها الصلاة، وتكون بعد حضور القوم فإن انتظروه ليتطهروا ويعود شق عليهم، وإلا ساءت الظنون فيه واتهم بالكسل في الصلاة.

قال الغزالي: وَلْيَكُنِ الْمُؤذَّنُ صَيِّتًا حَسَنَ الصَّوْتِ لِيَكُونَ أَرْقَ لِسَامِعِيهِ، وَلْيَكُنْ عَدْلًا ثِقَّةً لِيَتَّقِلَهُ عَهْدَةَ الْمَوَاقِيْتِ.

قال الرافعي: مما يستحب في المؤذن أن يكون صيِّتاً لبقوله ﷺ، في قصة عبد الله بن زيد: «أَلْقِهِ عَلَى بِلَالٍ، فَإِنَّهُ أُنْدَى مِنْكَ صَوْتًا»<sup>(٣)</sup>.

والمعنى فيه: زيادة الإبلاغ والإسماع؛ ولهذا يستحب أن يضع أصبعيه في صماخي أذنيه لتتسد خروق الأذنين فيكون أجمع للصوت، وأن يؤذن على موضع عالٍ من منارة وسطح ونحوهما، ومما يستحب فيه أن يكون حسن الصوت «لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ اخْتَارَ أَبَا مَخْدُورَةَ لِحُسْنِ صَوْتِهِ»<sup>(٤)</sup> ولأن الدعاء إلى العبادة جذب للنفوس إلى خلاف ما تقتضيه طباعها، فإذا كان الداعي حلو المقال رقت قلوب السامعين فيكون ميلهم إلى الإجابة أكثر، ومما يستحب فيه أن يكون عدلاً لمعنيين:

أحدهما: أن السنة أن يؤذن على موضع عالٍ، وحينئذ يشرف على العورات، فإذا كان عدلاً غرض البصر وأمين منه.

والثاني: أنه يتقلد عهدة المواقيت، فإذا كان فاسقاً لم يؤمن أن يؤذن قبل الوقت، وهذا المعنى الثاني هو الذي ذكره في الكتاب، فإن قلت: قد قَدَّمْتُمْ فيما سبق خلافاً في

(١) أخرجه البيهقي في السنن (٣٩٧/١) من قول وائل بإسناد منقطع.

(٢) أخرجه الترمذي (٢٠٠ - ٢٠١) من رواية أبي هريرة مرفوعاً ومرسلاً، وقال المرسل أصح، والبيهقي في السنن (٣٩٧/١).

(٣) وهو حديث عبد الله بن زيد المتقدم تخريجه.

(٤) أخرجه الدارمي (١١٩٩)، وابن خزيمة (٣٧٧) وصححه.

أنه هل يجوز الاعتماد على أذان المؤذن أم لا؟ فإن جاز فربما يؤذن قبل الوقت فيفطر الصائم ويصلي المبادر، فيلزم المحذور، أما إذا لم يجز فكل يعمل بعمله واجتهاده فلا يستمر هذا المعنى، قلنا الأذان قبل الوقت غير محسوب ولا يؤمن أن تقدمه على الوقت فيكون القوم مصليين بغير أذان، وكل أحد وإن اجتهد للصلاة فلا يجتهد للأذان فظهر المحذور على التقدير الثاني أيضاً.

وأما قوله: «عدلاً ثقة» فلعلك تقول: لم جمع بين اللفظين؟ فأعلم أنهما جميعاً موجودان في كلام الشافعي - رضي الله عنه -، واختلف الأصحاب منهم من قال: إنه تأكيد في الكلام، ومنهم من قال: أراد عدلاً في دينه ثقة في العلم بالمواقيت، ومنهم من قال: أراد عدلاً إن كان حراً، ثقة إن كان عبداً؛ لأن العبد لا يوصف بالعدالة لكن يوصف بالثقة والأمانة.

قال الغزالي: والإمامة أفضل من التأذين على الأصح لمواظبة رسول الله ﷺ عليهما. قال الرافعي: كل واحد من الأذان والإمامة عمل فيه فضيلة، ثم لا يخلو إما أن تكون الإمامة أفضل من الأذان أو بالعكس أو لا يكون واحد منهما أفضل من الآخر، ورابع هذه الأقسام محال.

فأما القسم الثالث: وهو التسوية بينهما فهو وجه غريب لبعض الأصحاب حكاه صاحب «البيان» وغيره، وأما القسم الأولان ففيهما وجهان مشهوران: أحدهما: أن الإمامة أفضل؛ لأن الرسول ﷺ واظب عليها دون الأذان، وكذا الخلفاء بعده.

والثاني: أن الأذان أفضل لقوله ﷺ: «الْأَيْمَةُ ضَمَنَاءُ وَالْمُؤَدُّونَ أَمَنَاءُ فَأَرْشِدِ اللَّهُمَّ الْأَيْمَةَ وَاغْفِرْ لِلْمُؤَدِّينَ»<sup>(١)</sup>، والأمين أحسن حالاً من الضمين، والدعاء بالمغفرة خير من الدعاء بالإرشاد، واعتذر الصائرون إلى هذا الوجه عن ترك الرسول ﷺ الأذان بوجوه: أحدها: أنه إذا قال: حي على الصلاة لزم أن يتحتم حضور الجماعة؛ لأنه أمر ودعاء وإجابة النبي ﷺ واجبة، فتركه شفقة على أمته.

والثاني: إنه لو أذن لكان إما أن يقول أشهد أن محمداً رسول الله وليس ذلك يجزئ والقائل محمد الرسول ﷺ، وإما أن يقول أشهد أني رسول الله وهو تغيير لنظم الآذان.

(١) أخرجه الشافعي (١٥٧) وأبو داود (٥١٧) والترمذي (٢٠٧) وأحمد في المسند (٤١٩/٢) قال ابن الملقن: قال أحمد ليس له أصل، وقال ابن المديني طرقة معلولة، وصححه ابن حبان والعقيلي، انظر الخلاصة (١٠٤/١ - ١٠٥).

والثالث: أنه ما كان يفرغ للمحافظة على الآذان لاشتغاله بسائر مهمات الدين، وغيره والصلاة لا بد من إقامتها بكل حال فأثر الإمامة فيها، وإلى هذا الوجه أشار عمر رضي الله عنه بقوله: «لَوْلَا الْجَلِينِيُّ لَأَدْنْتُ»<sup>(١)</sup> ولمن نصر الوجه الأول أن يقول: لا أسلم أنه لو أذن لتحتم الحضور وإنما يبلغ ذلك أن لو كان الأمر والدعاء في هذا الموضع للإيجاب، ومعلوم أن الأوامر منقسمة إلى ما يكون للإيجاب، وإلى ما يكون للاستحباب<sup>(٢)</sup>.

وأما الثاني فلم قلت: أنه لو قال أشهد أن محمداً رسول الله لاختلت الجزالة ألا ترى أن الله تعالى يقول: ﴿إِنَّمَا تُنذِرُ مَنِ اتَّبَعَ الذِّكْرَ وَخَشِيَ الرَّحْمَنَ الْغَيْبَ﴾<sup>(٣)</sup> ونظائر ذلك<sup>(٤)</sup> لا تحصي، ثم ما قولكم في كلمة الشهادة في التشهد أكان يقول أشهد أن محمداً رسول الله أو يقول أشهد أني رسول الله، فإن كان الأول فلا اختلال، وإن كان الثاني هو المنقول فلم احتمل تغيير النظم فيه، ولا يحتمل هاهنا.

وأما الثالث فلا نسلم أن الاشتغال بسائر المهمات يمنع من الآذان مع حضور الجماعة وإقامة الصلوات في أول الوقت بتقدير التسليم فلا شك أنه كان له أوقات فراغ فينبغي أن يؤذن في تلك الأوقات.

وإذا عرفت ذلك فاعلم أن الذي اختاره كثيرون من أصحابنا منهم الشيخ أبو حامد وأتباعه أن الآذان أفضل وغلطوا من صار إلى تفضيل الإمامة وبالغوا فيه وتابعهم صاحب «التهذيب» وعكس المصنف ذلك فجعل تفضيل الإمامة أصح، والذي فعله أولى وإليه ذهب صاحب «التقريب» والقفال، والشيخ أبو محمد وغيرهم. ورجحه القاضي الزوياني أيضاً، وحكاه عن نص الشافعي - رضي الله عنه - في كتاب «الإمامة» وعلل بأن الإمامة أشق فيكون الفضل فيها أكثر، وتوسط بعض علمائنا بين المذهبين، منهم أبو علي الطبري والقاضي ابن كج، والمسعودي، والقاضي الحسين، فقالوا: إن علم من نفسه القيام بحقوق الإمامة وما ينوب فيهما واستجمع خصالها فالإمامة أفضل له، وإلا فالآذان

(١) أخرجه البيهقي (٤٢٦/١) بإسناد جيد.

(٢) الوجوب في اللغة، السقوط والثبوت والاستقرار، ومنه قوله تعالى: ﴿فَإِذَا وَجِبَتْ جَنُوبُهَا﴾ أي سقطت ثابتة على الأرض لازمة محلها، والواجب: الساقط والثابت والمستقر. واصطلاحاً ما لزم تاركه شرعاً على بعض الوجوه، وقيل الفعل الذي طلبه الشارع طلباً جازماً سواء كان ذلك بدليل قطعي، أو بدليل ظني خلافاً للأصناف والاستحباب اصطلاحاً: ما طلبه الشارع طلباً غير جازم، انظر القاموس المحيط (٣٣٩/٢)، المحصول (١١٧/١) الإبهاج (١٥٥/١) منتهى الوصول لابن الحاجب بن المستصفي (٤٢/١)، الأحكام للطومدي (١٣٨/١).

(٤) فقط في ب.

(٣) سورة يس: الآية ١١.

أفضل، وأما الجمع بين الأذان والإمامة فلا يستحب [لأنه] لم يفعله الرسول ﷺ، ولا أمر به، ولا السلف الصالح بعده<sup>(١)</sup>، وأغرب القاضي ابن كج فقال: الأفضل لمن يصلح لهما أن يجمع بينهما، ولعله أراد الأذان لقوم الإمامة لآخرين والله أعلم.

قال الغزالي: **وَلِلْإِمَامِ أَنْ يَسْتَأْجِرَ عَلَى الْأَذَانِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ، وَهَلْ لِأَحَادِ النَّاسِ ذَلِكَ؟ فِيهِ خِلَافٌ.**

قال الرافعي: المؤذن يستحب له التطوع بالأذان، لما روي أنه ﷺ قال: «مَنْ أَدَّنَ سَنَعَ سِنِينَ مُخْتَسِبًا كُتِبَتْ لَهُ بَرَاءَةٌ مِنَ النَّارِ»<sup>(٢)</sup>.

فإن لم يتطوع وطمع في شيء ففيما يصرف إليه؟ طريقان:  
أحدهما: إدرار رزق عليه.

والثاني: أن يعطي أجرة في إجاره، والمذكور في الكتاب هو الثاني، فأما الطريق الأول فللإمام أن يرزق المؤذن من مال المصالح وهو خمس خمس الفيء، والغنيمة المضاف إلى الله تعالى ورسوله، ولا يرزقه من أربعة أخماس خمسها؛ لأنها لأقوام مخصوصين كالزكاة، وكذا لا يرزقه من أربعة أخماس الغنيمة؛ لأنها للغنمين، وفي أربعة أخماس الفيء قولان يأتي ذكرهما في موضعهما إن شاء الله تعالى، إن جعلناها للمصالح جاز أن يرزقه منها، وإلا فلا، ثم إنما يرزق عند الحاجة وعلى قدر الحاجة، فلو وجد فاسقاً يتطوع بالأذان [وأميناً لا يتطوع] فله أن يرزق أميناً لا يتطوع.

وفيه وجه: بعيد، ولو وُجد أميناً يتطوع وثُمَّ آخر حسن صوتاً منه فهل يجوز أن يرزقه؟ فيه وجهان:

أحدهما: ينسب إلى ابن سريج: نعم.

(١) قال الحافظ: كذا قال وقد روي قوله: وأما الجمع بين الأذان والإقامة فلا يستحب، لأنه لم يفعله رسول الله ﷺ ولا أمر به، ولا السلف الصالح بعده، كذا قال وقد روى الترمذي وأحمد. والدارقطني من حديث يعلى بن مرة: أن النبي ﷺ أذن وهو على راحلته، وأقام وهو على راحلته، ولفظ الترمذي: أنهم كانوا مع النبي ﷺ في مسير فانتهاوا إلى مضيق، وحضرت الصلاة فمطروا، فإذن رسول الله ﷺ وأقام، فتقدم على راحلته فصلى بهم، يومئذ إيماء وقال: تفرد به عمر بن الرماح وقال عبد الحق: إسناده صحيح، والنووي: إسناده حسن، وضعفه البيهقي وابن العربي وابن القطان، لحال عمر بن عثمان، وقد رواه الدارقطني من هذا الوجه بلفظ: فأمر المؤذن فأذن وأقام، أو أقام بغير أذان ثم تقدم فصلى بنا على راحلته، ورجح السهيلي هذه الرواية لأنها بينت ما أجمل في رواية الترمذي: وإن كان الراوي له عن عمر بن الرماح عنده شديد الضعف.

(٢) أخرجه الترمذي (٢٠٦) وابن ماجه (٧٢٧) من رواية ابن عباس، وقال الترمذي غريب وجابر الجعفي ضعفه.

**والثاني:** ويحكى عن القفال: لا، وإذا كان في البلد مساجد: فإن لم يمكن جمع الناس في مسجد واحد رزق عدداً من المؤذنين تحصل بهم الكفاية ويتأدى الشعار، وإن أمكن فوجهان.

**أحدهما:** يجمع ويقتصر على رزق واحد نظراً لبيت المال.

**والثاني:** يرزق الكل حتى لا تتعطل المساجد ولو لم يكن في بيت المال سعة بدأ بالأهم وهو رزق مؤذن الجامع، وأذان صلاة الجمعة أهم من غيره، وكما يجوز الرزق من بيت المال يجوز للإمام أن يرزق من مال نفسه، وكذلك للواحد من الرعايا وحينئذ لا حرج، يرزق كما شاء ومتى شاء.

**وأما الطريق الثاني:** وهو أن يستأجر على الأذان ويعطي أجرة عليه فهل يجوز ذلك؟ فيه وجهان:

**أحدهما:** وبه قال أبو حنيفة وأحمد: أنه لا يجوز، لأنه عمل يعود نفعه إلى الأجير، فلا يصح الاستئجار عليه كالأستئجار على القضاء لا يجوز وإن جاز أن يرزق القاضي من بيت المال، وهذا اختيار الشيخ أبي حامد، ويقال: إن ابن المنذر نقله عن الشافعي - رضي الله عنه - .

**وأصحهما:** أنه يجوز، وبه قال مالك؛ لأنه عمل معلوم يجوز أخذ الرزق عليه، فيجوز أخذ الأجرة عليه ككتابة المصاحف، وعلى هذا فهل يختص الجواز بالإمام أم يجوز لكل واحد؟ فيه وجهان:

**أحدهما:** أنه يختص بالإمام، أو من أذن له الإمام؛ لأنه من الشعائر والمصالح العامة، والإمام هو القوام بها فيصرف مال بيت المال إلى هذه الجهة.

**وأظهرهما:** إنه يجوز لأحد الناس من أهل المحلقة وغيرهم الاستئجار عليه من مالهم، كالأستئجار على الخج، وتعليم القرآن، ويحصل من هذا الترتيب ثلاثة أوجه:

المنع المطلق، والجواز المطلق والفرق بين الإمام وغيره، وقد ذكرها المصنف جميعاً في باب «الإجارة» من الكتاب وإن لم يذكر في الإمام خلافاً في هذا الموضع، فلو أعلمت قوله: «وللإمام أن يستأجر» بالواو مع الحاء والألف لكان صحيحاً، والمذكور في الإجارة يشتمل على القدر المذكور هاهنا مع زيادة، فلو طرحه لما ضر، وإذا فرعنا على جواز الاستئجار فإنما يجوز للإمام الاستئجار من بيت المال حيث يجوز له الرزق منه خلافاً ووفقاً، وذكر في «التهذيب» أنه لا يحتاج إلى بيان المدة إذا استأجر من بيت المال؛ بل يكفي أن يقول: استأجرتك لتؤذن في هذا المسجد في أوقات الصلاة كل شهر بكذا، وإن استأجر من مال نفسه أو استأجر واحد من عرض الناس ففي



اشتراط بيان المدة وجهان. قال: والإقامة تدخل في الاستئجار للأذان، فلا يجوز الاستئجار على الإقامة إذ لا كلفة فيها، وفي الأذان كلفة لمراعاة الوقت، وليست هذه الصورة بصافية عن الإشكال.

قال الغزالي: فَرَضَ: إِذَا كَثُرَ الْمُؤَذِّنُونَ فَلَا يُسْتَحَبُّ أَنْ يَتْرَاسَلُوا بَلْ إِنْ اتَّسَعَ الْوَقْتُ تَرْتَّبُوا، ثُمَّ مَنْ أَدَّنَ أَوْلاً فَهُوَ يُقِيمُ فَإِنْ تَسَاوَا أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ، وَوَقْتُ الْإِقَامَةِ مَنُوطٌ بِنَظَرِ الْإِمَامِ، وَوَقْتُ الْأَذَانِ بِنَظَرِ الْمُؤَذِّنِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قال الراجعي: الفرع يشتمل على قاعدتين:

أحدهما يستحب أن يكون للمسجد مؤذنان كما «كَانَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ بِلَالٌ وَابْنُ أُمِّ مَكْتُومٍ». ومن الفوائد فيه: أن يؤذن أحدهما لصلاة الصبح قبل الفجر والآخر بعده كما تقدم، وتجوز الزيادة لكن الأحب أن لا يزداد على أربعة، فقد اتخذ عثمان - رضي الله عنه - أربعة من المؤذنين، ولم يزد الخلفاء الراشدون على هذا العدد<sup>(١)</sup>، وإذا ترشح للأذان اثنان فصاعداً فلا يستحب أن يتراسلوا بالأذان إذ لم يفعله مؤذنا رسول الله ﷺ ولكن ينظر إن وسع الوقت ترتبوا فإن تنازعا في البداية أقرع بينهم، وإن ضاق الوقت فإن كان المسجد كبيراً أذنوا متفرقين في أقطار المسجد فإنه أبلغ في الإسماع، وإن كان صغيراً وقفوا معاً وأذنوا، وهذا إذا لم يؤدَّ اختلاف الأصوات إلى تشويش، فإن أدى لم يؤذن إلا واحد، فإن تنازعا أقرع بينهم، روي أنه ﷺ قال: «لَوْ يَعْلَمُ النَّاسُ مَا فِي النَّدَاءِ وَالصَّفِّ الْأَوَّلِ، ثُمَّ لَمْ يَجِدُوا إِلَّا أَنْ يَسْتَهْمُوا عَلَيْهِ لَأَسْتَهْمُوا عَلَيْهِ»<sup>(٢)</sup>.

وإذا انتهى الأمر إلى الإقامة فإن أذنوا على الترتيب فالأول أولى بالإقامة لما روى عن زياد الصدائي قال: «أَمَرَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ أُوذِّنَ فِي صَلَاةِ الْفَجْرِ فَأَذَّنْتُ فَأَرَادَ بِلَالٌ أَنْ يُقِيمَ فَقَالَ ﷺ: إِنَّ أَحَا صَدَاءٍ قَدْ أَدَّنَ وَمَنْ أَدَّنَ فَهُوَ يُقِيمُ»<sup>(٣)</sup>.

وهذا إذا لم يكن مؤذناً راتباً أو كان السابق هو المؤذن الراتب، فأما إذا سبق غير المؤذن الراتب فأذن فهل يستحق ولاية الإقامة؟ فيه وجهان:

(١) قال الحافظ في التلخيص (٢١٢/١) هذا الأثر ذكره جماعة من فقهاء أصحابنا، منهم صاحب المهذب وبييض له المنذري والنوري، ولا يعرف له أصل.

(٢) أخرجه البخاري (٦١٥) ومسلم (٤٣٧).

(٣) أخرجه أبو داود (٥٢٤) والترمذي (١٩٩)، وابن ماجه (٧١٧) وقال الترمذي: إنما نعرفه من حديث الإفريقي وهو ضعيف عند أهل الحديث، وحسنه الحازمي وقواه العقيلي وابن الجوزي، وفي رواية الطبراني وابن شاهين ما ظاهرها أن بلالاً كان غائباً، وكان أذان زيادة في صلاة الصبح كما روياه أيضاً، قال ابن الملقن في الخلاصة (١٠٥/١ - ١٠٦).

أحدهما: نعم لإطلاق الخير.

وأظهرهما: لا؛ لأنه مسيء بالتقدم، وفي القصة المروية كان بلال غائباً وزيد أذن بإذن رسول الله ﷺ.

وإذا قلنا: ولاية الإقامة لمن أذن أو لا فليس ذلك على سبيل الاستحقاق، بل لو أذن واحد، وأقام غيره اعتد به روي أن عبد الله بن زيد: «لَمَّا أَلْقَى الْأَذَانَ عَلَى بِلَالٍ فَأَذَّنَ قَالَ عَبْدُ اللَّهِ أَنَا رَأَيْتُهُ وَأَنَا كُنْتُ أُرِيدُهُ يَا رَسُولَ اللَّهِ قَالَ فَأَقِمِ أَنْتَ»<sup>(١)</sup>.

وحكى صاحب «التتمة» وغيره وجهاً أنه لا يعتد به تخريجاً من قول الشافعي - رضي الله عنه - أنه لا يجوز أن يخطب واحد ويصلي آخر، فهذا إذا أذنوا على الترتيب.

أما إذا أذنوا معاً فإن اتفقوا على إقامة واحد فذاك، وإلا أقرع بينهم، ولا يقيم في المسجد الواحد إلا واحد، فإنها لاستنهاض الحاضرين، إلا إذا لم تحصل الكفاية بواحد.

وقيل: لا بأس، وبأن يقيموا معاً أيضاً إن لم يؤد إلى التشويش.

ونعود إلى لفظ الكتاب قوله: (فلا يستحب أن يتراسلوا بل إن وسع الوقت ترتبوا) نفي لاستحباب التراسل مطلقاً وبيان لما يتسحب على أحد التقديرين، وهو سعة الوقت، وكان اللائق أن يبين معه حكم التقدير الثاني، فالتعرض لأحدهما والسكوت عن الثاني ترك غير مستحسن لا إيجاز. فإن قلت: تقدير للترتيب بما إذا وسع الوقت يفيد أن الحكم بخلافه فيما إذا لم يسع الوقت. قلنا: نعم، لكن لا يفيد إلا أنهم يترتبون، ولا يعرف من ذلك أنهم يؤذنون جميعاً؛ لأن هاهنا قسماً آخر وهو: أنه لا يؤذن إلا أحدهم، وبتقدير أنه يفيد أنهم يؤذنون جميعاً إما وحده أو بقرينة قوله بعد ذلك: «فإن استوا أقرع بينهم» لكنه لا يفيد أنهم يؤذنون مجتمعين أو متفرقين في نواحي المسجد، فإذا القدر المذكور لا يفيد معرفة الحكم المطلوب، وأما الإقامة فقد بين حكمها على التقديرين. وأما إذا أذنوا مرتباً فحيث قال: «ثم من أذن أو لا فهو يقيم» وأما إذا أذنوا معاً فحيث قال: «فإن استوا أقرع بينهم» والمعنى فإن استوا في الأذان وتنازعا في الإقامة وإلا فلو سلموها لواحد فلا حاجة إلى القرعة.

وقوله: «من أذن أو لا فهو يقيم» وإن كان مطلقاً لكنه محمول على ما إذا لم يكن السابق مسيئاً بمبادرة [المؤذن]<sup>(٢)</sup> الراتب كما قدمناه، ثم الحكم بأنه يقيم استحقاق أو استحباب قد ذكرناه.

(١) أخرجه أبو داود (٥١٢) والحازمي في الاعتبار (٩٥ - ٩٦) قال ابن الملقن: وهو حسن وفي إسناده مقال. انظر الخلاصة (١٠٦/١).

(٢) في ط الإمام.

الثانية: وقت الأذان منوط بنظر المؤذن لا يحتاج فيه إلى مراجعة الإمام، ووقت الإقامة منوط بنظر الإمام، فإنما يقيم المؤذن عند إشارته لما: روى أنه ﷺ قال: «الْمُؤَذِّنُ أَمَلَّكَ بِالْأَذَانِ وَالْإِمَامُ أَمَلَّكَ بِالْإِقَامَةِ»<sup>(١)</sup>. والمعنى فيه أن الإقامة سببها أن تعقبها الصلاة على الاتصال، والصلاة إلى الإمام فينبغي أن يكون عازماً على الشروع عند تمامها ولهذا لم يقولوا بترتيب الإقامة عند كثرة المؤذنين، لأن ما سوى الإقامة الأخيرة لا يتصل بها الصلاة. ونختم الباب بذكر محبوبات مما يتعلق بالأذان، أهملها المصنف.

منها: أن يكون المؤذن ممن جعل رسول الله ﷺ، أو بعض صحابته الأذان في آبائهم إذا وجد وكان عدلاً صالحاً له، وأن يصلي المؤذن ومن يسمح الأذان على رسول الله ﷺ بعد الأذان، ويقول: «اللَّهُمَّ رَبِّ هَذِهِ الدَّعْوَةُ التَّامَّةُ وَالصَّلَاةُ الْقَائِمَةُ آتِ مُحَمَّدًا الْوَسِيلَةَ وَالْفَضِيلَةَ، وَالدرَجَةَ الرَّفِيعَةَ، وَأَبْعَثْهُ الْمَقَامَ الْمَحْمُودَ الَّذِي وَعَدْتَهُ»<sup>(٢)</sup>.

وأن يجيب من يسمح الأذان المؤذن فيقول مثل ما يقول. وإن كان السامع جنباً أو محدثاً، إلا في الحَيْعَلَتَيْنِ فإنه يقول: لا حول ولا قوة إلا بالله، وإلا في كلمة الإقامة فإنه يقول أقامها الله وأدامها وجعلني من صالحها أهلها، وإلا في التثويب، فإنه يقول: «صَدَقَتْ وَبَرَزَتْ»<sup>(٣)</sup> وفي وجهه يقول: «صَدَقَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الصَّلَاةَ خَيْرَ مِنَ النَّوْمِ» فإن كان في قراءة أو ذكر، فيستحب أن يقطعهما ويجيب، فإن ذلك لا يفوت، ولو كان في الصلاة فالمستحب لا يجيب حتى يفرغ منها، بل يكره أن يجيب في أظهر القولين، لكن لو أجاب بما استحبه لم تبطل صلاته، لأنها أذكاء، نعم لو قال حي على الصلاة، أو تكلم بكلمة التثويب بطلت صلاته؛ لأنه كلام، ولو أجاب في خلال الفاتحة استأنفها، فإن الإجابة في الصلاة غير محبوبة، ويستحب أن يقول من سمع أذان المغرب: «اللهم هذا إقبال ليلك وإدبار نهارك فاغفر لي»<sup>(٤)</sup>.

(١) أخرجه ابن عدي في الكامل (١٣٢٧/٤) من رواية أبي هريرة، وأشار إلى تفرد شريك بن عبد الله القاضي به، وقال صاحب الإمام: من يحتج به لا ينبغي أن يقدح هذا عنده. قلت: أخرجه له الأربعة ومسلم متابعة، ووثقه ابن معين وغيره، وقال النسائي لا بأس به، وقال الدارقطني وغيره: ليس بالقوي. قاله ابن الملحق، انظر الخلاصة (١٠٦/١).

(٢) أخرجه البخاري (٦١٤).

(٣) أخرجه أبو داود من حديث أبي أمامة، أن بلاً أخذ في الإقامة، فلما بلغ «قد قامت الصلاة» قال النبي ﷺ، أقامها الله وأدامها، وضعفه الحافظ في التلخيص، وقال الزيادة فيه لا أصل لها، وكذا لا أصل لما ذكره في «الصلاة خير من النوم» انظر التلخيص (٢١١/١).

(٤) أخرجه أبو داود (٥٣٠) والترمذي (٣٥٨٩)، والحاكم في المستدرک (١٩٩/١) وصححه وأقره الذهبي من حديث أم سلمة - رضي الله عنها - قالت: علمني رسول الله ﷺ أن أقول عند أذان المغرب اللهم هذا... الخ.

ويستحب الدعاء بين الأذان والإقامة، وأن يتحول المؤذن، إلى موضع آخر للإقامة.

## البَابُ الثَّالِثُ

### فِي الْأَسْتِقْبَالِ

قال الغزالي: وَالنَّظَرُ فِيهِ فِي أَرْكَانٍ ثَلَاثَةٍ: الْأَوَّلُ الصَّلَاةُ وَيَتَعَيَّنُ الْأَسْتِقْبَالُ فِي فَرَائِضِهَا (و) إِلَّا فِي الْقِتَالِ، فَلَا تُؤَدَّى فَرِيضَةٌ عَلَى الرَّاحِلَةِ وَلَا مَنْذُورَةٌ إِنْ قُلْنَا: يَسْلُكُ بِهَا مَسْلُكٌ وَاجِبٌ الشَّرْعِ وَلَا صَلَاةَ جَنَازَةٍ، (ح) لِأَنَّ الرُّكْنَ الْأَظْهَرَ فِيهَا الْقِيَامُ.

قال الرافعي: قال الله تعالى: ﴿قَدْ نَرَى تَقَلُّبَ وَجْهِكَ فِي السَّمَاءِ﴾<sup>(١)</sup> الآية.

وروي أنه ﷺ: «دَخَلَ النَّبِيُّ وَدَعَا فِي نَوَاحِيهِ، ثُمَّ خَرَجَ وَرَكَعَ رَكَعَتَيْنِ فِي قَبْلِ الْكَعْبَةِ، وَقَالَ: هَذِهِ الْقِبْلَةُ»<sup>(٢)</sup>.

واعلم أن الاستقبال يفتقر إلى مُسْتَقْبِلٍ، ومُسْتَقْبَلٍ وهو المسمى قبله، ولا بد من حالة يقع فيها الاستقبال، ومعلوم أن الاستقبال لا يجب في غير حالة الصلاة والحاجة تمس إلى الكلام في الأمور الثلاثة، فلذلك قال: «والنظر فيه في ثلاثة أركان، وهي الصلاة، والقبلة والمستقبل».

أولها: الصلاة، وتنقسم إلى فرائض ونوافل:

أما الفرائض: فيتعين الاستقبال فيها إلا في حالة واحدة وهي حالة شدة الخوف في القتال، فإنه يأتي بها بحسب الإمكان، قال الله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ فَرِجَالًا أَوْ رُكْبَانًا﴾<sup>(٣)</sup>. قال: ابن عمر - رضي الله عنهما -: «مُسْتَقْبَلِي الْقِبْلَةِ، وَغَيْرِ مُسْتَقْبَلِيهَا».

قال نافع: لا أراه ذكر ذلك إلا عن رسول الله ﷺ<sup>(٤)</sup> وقوله في الكتاب: (إلا في القتال) يعني به حالة شدة الخوف لا مطلق القتال، ثم الشرط أن يكون القتال مباحاً على ما سيأتي في «صلاة الخوف» إن شاء الله تعالى، ويلتحق بهذا الخوف ما إذا انكسرت السفينة فبقي على لوح منها وخاف الغرق لو ثبت على وجه القبلة، وكذلك سائر وجوه الخوف، فليس القتال معنياً لعينه، وإنما المعبر الخوف.

(١) سورة البقرة، آية ١٤٤.

(٢) أخرجه البخاري (٣٩٨) ومسلم (٣٩٥ - ١٣٣٠).

(٣) سورة البقرة، الآية ٢٣٩.

(٤) أخرجه البخاري (٤٥٣٥) وقال البيهقي: هو ثابت من جهة موسى بن عتبة عن نافع عن ابن عمر عن النبي ﷺ. انظر الخلاصة (١/١٠٩).

وأما النوافل فكذلك يجب الاستقبال فيها إلا في حالة الخوف وفي السفر على ما سيأتي، فالمستثنى في قسم الفرائض حالة واحدة، وفي قسم النوافل حالتان، والشافعي - رضي الله عنه - عبر عن الفرض بعبارة أخرى من غير تقسيم الصلوات إلى الفرائض، والنوافل فقال: لا تجوز الصلاة من غير الاستقبال إلا في حالتين:

إحدهما: النافلة في السفر.

والثانية: شدة الخوف، فإن قيل: الاستثناء لا ينحصر في هاتين الحالتين ألا ترى أن المريض الذي لا يجد من يوجهه إلى القبلة ولا يطيق التوجه معذور، وكذلك المربوط على الخشبة؟ قلنا: الكلام في القادر على أن يصلي متوجهاً، فأما العاجز فلا يكلف بما ليس في وسعه، ولا حاجة إلى استثناءه من موارد إمكان التكليف.

وإذا عرفت هذه المقدمة فيتفرع عليها أنه لا يجوز فعل الفريضة على الراحلة لاختلال أمر الاستقبال، وينبغي أن تعرف من قوله: فلا يؤدي فريضة على الراحلة شيئين: أحدهما: أنه ليس المراد منه الأداء الذي هو ضد القضاء، فإن الفريضة كما لا تؤدي على الراحلة لا تقضى أيضاً، وإنما المراد منه الفعل.

والثاني: أنه وإن كان مطلقاً لكن الفرض ما إذا لم يلحقه خوف فأما إذا خاف الانقطاع عن الرفقة لو نزل لأداء الفريضة، أو خاف على نفسه، أو ماله من وجه آخر فله أن يصلي على الدابة؟ لكنه يعيد إذا نزل، وهل يجوز فعل المنذورة على الراحلة؟ يبني على أصل سبق ذكره، وهو أن المنذورة من العبادة عند الإطلاق يحمل على أقل واجب، ويعطي أحكام الواجبات أم لا؛ إن قلنا: لا، جاز ذلك، وإن قلنا: نعم. لم يجز، وهو الصحيح، والمحكي عن نصه في «الأم» ولك أن تعلم قوله: (ولا منذورة) بالحاء لأن أبا الحسن الكرخي حكى في مختصره أنه لا يصلي على الراحلة صلاة نذر أوجبها، وهو بالأرض فإن أوجب صلاة وهو راكب أجزاء فعلها على الدابة، وأما صلاة الجنائز ففي جواز فعلها على الراحلة ثلاث طرق، بينها في «التيتم»، والظاهر: ما ذكره في الكتاب وهو المنع؛ لأن الركن الأظهر فيها القيام، وفعلها على الراحلة يحو صورة القيام، وذكر بعضهم للمنع معنى آخر سنذكره من بعد، ويجب أن يكون قوله: (ولا صلاة جنازة) مرقوماً بالواو لما تقدم.

قال الغزالي: وَلَا تَصِحُّ فَرِيضَةٌ عَلَى بَعِيرٍ مَعْقُولٍ، وَفِي أَرْجُوْحَةٍ مُعَلَّقَةٍ بِالْحَبَالِ، لِأَنَّهَا لَيْسَتْ لِلْقَرَارِ بِخِلَافِ السَّفِينَةِ الْجَارِيَةِ لِأَنَّ الْمُسَافِرَ مُخْتِاجٌ إِلَيْهَا، وَبِخِلَافِ الزُّورِقِ الْمَشْدُودِ عَلَى السَّاحِلِ؛ لِأَنَّهُ كَالسَّرِيرِ وَالْمَاءِ كَالأَرْضِ.

قال الرافعي: فعل الفريضة على الراحلة كما يشتمل على الإخلال بأمر القيام،

والاستقبال فيه شيء آخر، وهو إقامة الفريضة على ما لا يصلح للقرار، وفي اشتراط إقامتها على ما يصلح للقرار كلام، فأراد المصنف أن (يبين أن)<sup>(١)</sup> امتناع فعل الفريضة على الراحلة ليس لاختلال أمر الاستقبال فحسب، بل من شرط الفريضة فعلها على ما هو للقرار، وهذا الشرط فائت إذا أقيمت على الراحلة.

وفقه الفصل أن استقرار المصلي في نفسه شرط، فليس له أن يصلي الفريضة وهو سائر ماش؛ لأن المشي يشتمل على الحركات والأصل أنه لا يحتمل أصلاً فخالفنا في النوافل في السفر لما سيأتي، وهل يجوز فعلها على الدابة؟ نظر إن أحل فعلها بالقيام، أو الاستقبال فلا يجوز، وإن أمكنه إتمام أركان الصلاة بأن كان في هودج، أو على سرير موضوع على الدابة، فالذي ذكره المصنف أن الفريضة لا تصح، وإن كانت الدابة واقفة معقولة، واتبع فيه إمام الحرمين حيث فقال: لا تقام الفريضة على الراحلة وإن كان المصلي قادراً على المحافظة على الأركان كلها مستقبلاً، وكان البعير معقولاً، لأنه مأمور بأداء الفرائض متمكناً على الأرض، أو ما في معناها، وليست الدابة للاستقرار عليها، وكذلك القول في الأرجوحة المشدودة بالحبال فإنها لا تعد في العرف مكان التمكّن، وهو مأمور بالتمكّن والاستقرار، وهذا بخلاف السفينة حيث تصح الصلاة فيها وإن كانت تجري وتتحرك بمن فيها، كالدواب تتحرك بالراكبين؛ لأن ذلك إنما يجوز لمسيس الحاجة إلى ركوب البحر، وتعذر العدول في أوقات الصلاة عنه، فجعل الماء على الأرض كالأرض، وجعلت السفينة كالصفائح المبطوحة على الأرض، وألحق بالسفينة الجارية الزورق المشدود على الساحل، تنزيلاً له منزلة السرير، والماء منزلة الأرض، وتحركه تسفلاً وتصعداً كتتحرك السرير ونحوه على وجه الأرض فلا يمنع صحة الفريضة.

وأما الزورق الجاري، فهل للمقيم في «بغداد» وغيره إقامة الفريضة فيه مع تمام الأركان والأفعال.

قال إمام الحرمين: فيه احتمال وتردد ظاهر، فإن الأفعال تكثر بجريان الزوارق، وهو قادر على دخول الشط وإقامة الصلاة قال: وإن احتمل رجال سريراً وعليه إنسان لم يصح عليه الفرض فإن محمول الناس كمحمول البهائم، هذا كلامهما، ولا يخفى أن من حكم بالمنع والدابة معقولة فلأن يحكم به وهي سائرة أولى، وأورد أكثر أصحابنا - منهم صاحب «المعتمد» والحسين الفراء، وأبو سعيد المتولي، والقاضي الروياني، وغيرهم - أنه يجوز فعل الفريضة على الدابة مع إتمام الأفعال والأركان بأن كان في

هودج أو على سرير ونحوهما إذا كانت الدابة واقفة ولم يذكروا خلافاً فيه، وإن كانت سائرة ففيه وجهان:

أحدهما: الجواز، كما لو صلى في سفينة جارية، ومنهم من قاسه على ما لو صلى على سرير يحمله جماعة كلنهم اتخذوا هذه الصورة متفقاً عليها.

وأصحهما: وهو المحكي عن نصه في «الإملاء» أنه لا يجوز؛ لأن سير الدابة منسوب إليه، ولهذا يجوز الطواف عليها، وسير السفينة بخلافه فإنها بمثابة الدار في البر، وأيضاً فإن البهيمة لها اختيار في السير، فلا يكاد تثبت على حالة<sup>(١)</sup> واحدة، والسفينة كما يسير تسير، إذ لا اختيار لها.

وإذا وقفت على ما حكته تبين لك أنه يجب أن يكون قوله: (ولا تصح الفريضة على بعير) معلماً بالواو، بل الظاهر الجواز، إذا كانت الدابة واقفة على خلاف ما في الكتاب نقلاً عن المذهب في معنى. أما النقل فقد بيناه. وأما المعنى فلأن المصنف وإمام الحرمين لم يريدوا في التوجيه على أن المصلي في الفريضة مأمور بالاستقرار على الأرض، أو غيرها. مما يصلح للقرار، وهذا لا يسلمه أصحاب الطريقة الأخرى، إنما المسلم عندهم أنه مأمور بالاستقرار في نفسه، ثم هو مشكل بالزورق المشدود على الشط، فإنه لا تتعلق به الحاجة المفروضة في السفينة والزورق الجارين وهو قادر على الخروج إلى الساحل، والاستقرار على الأرض، فلم كان الزورق المشدود كالسرير على الأرض، ولم تكن الدابة المعقولة كعدل أو متاع ساقط على الأرض؟ فإن حاولت رفع الخلاف، وقلت: الفارقون بين أن تكون الدابة واقفة أو سائرة صوروا المسألة فيما إذا كان في هودج، أو سرير على الدابة، وليس في الكتاب تعرض لذلك، فلعل مسألة الكتاب فيما إذا وقف على ظهر الدابة من غير سرير ونحوه، وحيث لا يتنافى الكلامان؛ لتغاير صورتين، نعم. يجب طلب الفرق فالجواب أن هذا فاسد من وجوه ثلاثة:

أحدها: أن الدابة الواقفة إذا لم تصلح للقرار فالمحمول عليها من السرير ونحوه أولى ألا يصلح للقرار، فمحال أن يمنع من الوقوف عليها، ولا يمنع من الوقوف على ما عليها.

والثاني: أن الفارقين بأسرهم ما صوروا المسألة في الهودج، والسرير، بل منهم من تعرض لذلك إيضاحاً؛ لأن إتمام الأركان والأفعال حينئذ يتيسر، ومنهم من فصل بين وقوف الدابة وسيرها من غير تعرض للسرير، هذا الشيخ إبراهيم المروزي ذكره فيما علق عنه إن أمكنه القيام والاستقبال في جميع الفريضة على الدابة نظر، إن كانت واقفة

(١) في ط هيئة.

جاز، وإن كانت تسير فيه فوجهان، ولم يشترط أن يكون عليها سرير ونحوه.

والثالث: أنا حكينا عن إمام الحرمين أنه ألحق ما إذا احتتمل السرير رجال فصلى عليه بما إذا صلى على ظهر الدابة، وذلك يوضح أنه لا فرق بين أن يكون على الدابة سرير أم لا - والله أعلم -.

قال الغزالي: **أَمَّا النَّوَافِلُ فَيَجُوزُ إِقَامَتُهَا فِي السَّفَرِ الطَّوِيلِ رَاكِبًا وَمَاشِيًا، وَفِي السَّفَرِ الْقَصِيرِ قَوْلَانٍ، وَلَا يَجُوزُ (و) فِي الْحَضَرِ.**

قال الرافعي: تكلمنا في حكم إقامة الفرائض على الرواحل.

وأما النوافل فيجوز إقامتها في السفر الطويل عند السير راكباً، أو ماشياً، متوجهاً طريقه؛ لما روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يُصَلِّي فِي السَّفَرِ عَلَى رَاكِبَتِهِ حَيْثُ تَوَجَّهَتْ بِهِ»<sup>(١)</sup>. وخالف أبو حنيفة في الماشي، ويحكي مثله عن أحمد، فليكن قوله: (وماشياً) معلماً برقميهما.

لنا أن الإنسان قد يكون له أورد، ووظائف، ويحتاج إلى السفر لمعاشه، فلو منع من التنقل في سيره لفاته أحد أمرين، إما أوراده، أو مصالح معاشه، ولا فرق في ذلك بين الراكب والماشي. وهل يختص ذلك بالسفر الطويل؟ فيه قولان:

أحدهما: - وبه قال مالك - : نعم، كالقصر والفطر.

وأصحهما: لا؛ لإطلاق الخبر الذي روينا، وروي مثله عن جابر<sup>(٢)</sup>، ولأن الحاجة كما تمس إلى الأسفار الطويلة تمس إلى الأسفار القصيرة، أو هي أغلب، ومنهم من قطع بالجواز في السفر القصير وامتنع من إثبات خلاف فيه [فيجوز]<sup>(٣)</sup> لك أن تعلم بالواو لفظ القولين من قوله: (وفي السفر القصير قولان) وأما في الحضر فظاهر المذهب أنه لا يجوز ترك استقبال القبلة في النوافل، وهي والفرائض سواء في أمر القيام، وذلك لأن الغالب من حال المقيم اللبث والاستقرار.

وقال أبو سعيد الإضطخري: يجوز للحاضر ترك الاستقبال فيها، والتنقل متوجهاً إلى مقصده في الترددات؛ لأن المقيم أيضاً محتاج إلى التردد في دار إقامته، وعلى هذا فالراكب والراجل سواء، وذكر في «التممة» أن هذا اختيار القفال، ولم يحكه غيره عن اختياره على هذا الإطلاق، لكن الشيخ أباً محمد ذكر أنه اختار الجواز بشرط أن يكون

(١) أخرجه البخاري (١٠٠٠ - ١٠٩٦) ومسلم (٠٧٠٠).

(٢) أخرجه البخاري (٤٠٠ - ١٠٩٤) ومسلم (٥٤٠).

(٣) سقط في ط.



مستقبلاً في جميع صلاته. فليكن قوله: (ولا يجوز في الحضر) معلماً بالواو لمكان هذا الوجه. ثم يتعلق بلفظ الكتاب في الفصل مباحثان:

إحدهما: أنه قال: (أما النوافل فيجوز إقامتها في السفر الطويل) ولفظ النوافل تدخل فيه الرواتب وغيرها، فما ليس بفرض، فهل يشمل الجواز الكل أم لا، والجواب أن طائفة من أصحابنا منهم القاضي ابن كج ذكروا أنه لا تقام صلاة العيدين والكسوفين والاستسقاء على الراحلة، وإنما تقام الرواتب وصلاة الضحى، وما يكثر ويتكرر، وأما هذه الصلوات فهي نادرة فأشبهت صلاة الجنائز، وبهذه العلة منع بعضهم صلاة الجنائز على الراحلة، وهذه العلة والتي قدمناها من نحو صورة القيام ينبغي أن تختلفا في التفريع إذا صلاهما على الراحلة قائماً.

وقضية هذه العلة المنع، وقضية تلك العلة الجواز، وبه أجاب إمام الحرمين - رحمه الله -، وقضية لفظ الكتاب توافق إطلاق القول في النوافل بالجواز، وهو الظاهر عند الأكثرين، ولذلك قالوا في ركعتي الطواف، إن قلنا: بالافتراض فلا تؤدي على الراحلة، وإلا فتؤدي، ولم يبالوا بالندرة وقال في «التهذيب» يستوي فيه الرواتب وغيرها مما ليس بفرض.

والثانية: أنه قال: (راكباً وماشياً) والركوب كما يستعمل في الدابة يستعمل في السفينة، فيقال: ركب السفينة أو الدابة وركب البحر، فهل يجوز أن يتنفل في السفينة حيث ما توجهت كما يجوز على الدابة؟ والجواب لا؛ حكى ذلك عن نص الشافعي - رضي الله عنه - ذلك، لأنه متمكن من الاستقبال، ولهذا تقول لو كان في هودج على الدابة يتمكن فيه من الاستقبال يلزمه ذلك على الصحيح كما سيأتي، واستثنى في العدة عن راكبي السفينة الملاح الذي يسيرها فله أن يتنفل إلى حيث توجه؛ لأن تكليفه الاستقبال يقطعه عن النافلة أو عن عمله وسيره.

قال الغزالي: وَلَا يَضُرُّ أَنْ حَرَفَ الدَّابَّةِ عَنِ الْقِبْلَةِ، وَقِيلَ: يَجِبُ الْأَسْتِقْبَالُ عِنْدَ التَّحَرُّمِ (و)، وَقِيلَ: لَا يَجِبُ إِلَّا إِذَا كَانَ الْعِنَانُ بِيَدِهِ، ثُمَّ صَوَّبَ الطَّرِيقَ بَدَلًا عَنِ الْقِبْلَةِ فِي دَوَامِ الصَّلَاةِ، وَلَا يُصَلِّي رَاكِبٌ التَّعَاسِيفِ إِذْ لَيْسَ لَهُ صَوْبٌ مُعَيَّنٌ، وَإِنْ حَرَفَ الدَّابَّةَ عَمْدًا عَنِ صَوْبِ الطَّرِيقِ بَطَلَتْ صَلَاتُهُ، وَإِنْ كَانَ نَاسِيًا لَمْ تَبْطُلْ إِنْ قَصَرَ الزَّمَانَ لَكِنْ يَسْجُدُ لِلسُّهُوِّ، وَإِنْ طَالَ فِي الْبُطْلَانِ خِلَافَ يَجْرِي مِثْلُهُ فِي الْأَسْتِدْبَارِ نَاسِيًا، وَإِنْ كَانَ بِجِمَاحِ الدَّابَّةِ بَطُلَ إِنْ طَالَ الزَّمَانُ، وَإِنْ قَصَرَ فَوَجَّهَانَ، ثُمَّ عَلَى الرَّاكِبِ أَنْ يُؤْمِيَءَ بِالرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ، وَيَجْعَلُ السُّجُودَ (ح) أَخْفَضَ مِنَ الرُّكُوعِ، وَإِنْ كَانَ فِي مَرْقِدِ أُمَّ السُّجُودِ وَالرُّكُوعِ.

قال الرافعي: المتنفل في سيره إما راكب أو ماشٍ، ولا بد في الحالتين من النظر في الاستقبال وكيفية الأفعال، فبدأ بالكلام في الراكب ثم تكلم في الماشي، [أما الراكب] (١) فإما أن يكون على سرج ونحوه، ولا يمكنه إتمام السجود والركوع والاستقبال في جميع صلاته، وإما أن يكون في مرقد يمكنه ذلك، فأما في الحالة الأولى فلا يمنع من الصلاة بتعذر الاستقبال في جميعها، ولكن هل يجب عليه أن يستقبل القبلة عند التحرم؟ فيه وجوه:

أحدها: لا كما في دوام الصلاة؛ لأن تكليف الاستقبال يشق عليه ويشوش عليه

سيره.

والثاني: نعم ليكون ابتداء الصلاة على صفة الكمال، ثم يخفف الأمر في الدوام كما أن النية يشترط اقترانها بالتكبير، ولا يشترط في دوام الصلاة فعلى، هذا الوجه لو تعذر الاستقبال في تلك الحالة لم تصح الصلاة أصلاً.

والثالث: أنه إن سهل عليه الاستقبال عند التحرم وجب وإلا فلا، فلو كانت الدابة واقفة وأمكنه الانحراف عليها إلى القبلة لو أدارها إليها أو كانت سائرة والزماد في يده ولا حران بها، فالاستقبال سهل، وإن كانت مقطرة أو صعبة الإدارة لحرانها فهو عسير.

أما الاشتراط عند السهولة، فلما روي عن أنس - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ: «كَانَ إِذَا سَافَرَ وَأَرَادَ أَنْ يَتَطَوَّعَ اسْتَقْبَلَ الْقِبْلَةَ بِنَاقَتِهِ، وَكَبَّرَ ثُمَّ صَلَّى حَيْثُ وَجَّهَهُ رِكَابُهُ» (٢).

وأما عدم الاشتراط عند الصعوبة، فلدفع المشقة واختلال أمر السير عليه، ولهذا رخصنا في ترك الاستقبال في دوام الصلاة، وهذه الوجوه الثلاثة هي التي أوردها في الكتاب. وأعلم أن الأكثرين سكتوا عن الوجه الثاني، واقتصروا على إيراد الأول والثالث، لكن حكاة الصيدلاني وتابعه إمام الحرمين، والمصنف على نقله، ثم إيراد الكتاب يقتضي أن يكون عدم الاشتراط مطلقاً أظهر؛ لأنه قال: «ولا يضر أنحراف الدابة عن القبلة» ثم ذكر الوجهين الآخرين، والمذهبيون إذا أطلقوا الحكم، ثم قالوا: وقيل: كذا كأنه إشارة منهم إلى ترجيح الأول إلا إذا نصوا على خلافه، لكن الذي رجحه معظم الأئمة إنما هو الوجه الثالث، وفيه جمع بين الخير والمعنى كما تقدم، ثم ظاهر لفظه في حكاية الوجه الثالث يقتضي الإيجاب فيما إذا كان العنان بيده ونفيه في غير هذه

(١) سقط في ب.

(٢) أخرجه أبو داود (١٢٢٥) بإسناد صحيح. وصححه ابن السكن. انظر الخلاصة (١/١١٠).

الحالة، لكن لو كانت الدابة واقفة وسهل الانحراف عليها يلزمه ذلك على هذا الوجه وإن لم يكن العنان بيده فكأنه جعل هذا مثلاً لصورة سهولة الاستقبال، ليلحق به ما هو في معناه، ويمكن أن يكون الذي حكاه ثانياً وجهاً مغايراً للوجه الثالث الذي قدمنا روايته، فإن الصيدلاني وغيره نقلوه كما نقله المصنف لكن الأول أقرب، فإن الفرق بين ما إذا كان العنان بيده وبين سائر صور السهولة بعيد.

وفي لفظ الكتاب شيء آخر يحتاج إلى تأويله وذلك أنه قال: «ولا يضر أنحراف الدابة عن القبلة» ومعلوم أنه لا اعتبار بأنحراف الدابة واستقبالها، وإنما الاعتبار بحال الراكب، حتى لو استقبل الركب عند التحرم حصل الغرض وارتفع الخلاف وإن كانت الدابة منحرفة واقفة كانت أو سائرة فإذا المعنى ولا يضر انحرافه على الدابة أو لانحراف الدابة وما أشبه ذلك. وفي المسألة وجه رابع: وهو: أنه لو كانت الدابة متوجهة به عند افتتاح الصلاة، إما إلى القبلة أو إلى طريقه تحرم بالصلاة كما هو، ولو كانت منحرفة به إلى غيرها لم يجز التحرم إلا إلى القبلة، لأن تكليف صرف الدابة عن صوب الطريق إذا كانت متوجهة إليه قد يعسر، أما عند الانحراف إلى غير القبلة والطريق فلا بد من صرفها فليصرفها لهم القبلة أولاً ثم إلى الطريق فليس فيه كثير عسر، وإذا شرطنا الاستقبال عند التحرم ففي اشتراطه عند السلام وجهان:

أحدهما: يشترط: لأنه أحد طرفي الصلاة، ولهذا اعتبرنا نية الخروج على رأي اعتباراً بالطرف الأول.

وأصحهما: لا يشترط كما في سائر الأركان وهذا قضية نظم الكتاب، لأنه قال: «لا يضر الأنحراف» ولم يستثن على بعض الوجوه سوى حالة التحرم.

وإذا عرفت الخلاف في التحرم والتحليل، فأعرف أن فيما عداهما من أركان الصلاة يجعل صوب الطريق بدلاً عن القبلة، وكذلك عند التحرم والتحليل إذا لم يشترط فيهما الاستقبال، وإنما كان كذلك؛ لأن المصلي لا بد وأن يستمر على جهة واحدة ليجتمع همه ولا يتوزع فكره، وجعلت تلك الجهة جهة الكعبة لشرفها، فإذا عدل عنها لحاجة السير فليلزم الجهة التي قصدتها؛ محافظةً على المعنى المقتضي للاستمرار على الجهة الواحدة، ثم الطريق في الغالب لا يستد؛ بل يشتمل على معاطف يلقاها السالك يمناً ويسرة، فيتبعه كيف ما كان لحاجة السير، وإنما قال: «صوب الطريق» لأنه لا يشترط أن يكون سلوكه في نفس الطريق المعبد، فقد يعدل المسافر عنه لزحمه ودفع غبار أو نحوهما، فالمعتبر الصوب دون نفس الطريق. ويتعلق بهذه القاعدة مسائل:

إحداها: ليس لراكب التعاسيف<sup>(١)</sup> ترك الاستقبال في شيء من صلاته، وهو الهائم الذي يستقبل تارة ويستدبر أخرى، إذ ليس له صوب ومقصد معين.

وقوله: «ولا يصلي راكب التعاسيف» معناه أنه لا يتنفل متوجهاً إلى حيث تسير دابته كما يفعله غيره، لا أنه لا يتنفل أصلاً، فإن هذا الرجل لو تنفل مسقبلاً في جميع صلاته أجزاءه، ولو كان له مقصد معلوم، لكن لم يسر في طريق معين، فهل يتنفل مستقبلاً صوبه، فيه قولان:

أظهرهما: نعم؛ لأن له مقصداً معلوماً.

والثاني: لا: إذ لم يسلك طريقاً مضبوطاً، وقد لا يؤدي سيره إلى مقصده.

الثانية: لو انحرف [المصلي]<sup>(٢)</sup> عن صوب الطريق أو انحرفت الدابة عنه، فيبني ذلك على ما لو انحرف المصلي على الأرض عن القبلة، وينظر فيه إن استدبر القبلة في صلاته أو تحول إلى جهة أخرى عمداً بطلت صلاته، وإن فعله ناسياً للصلاة فإن تذكر على القرب وعاد إلى الاستقبال لم تبطل صلاته؛ كما لو تكلم في صلاته ناسياً بكلام قليل، وإن طال الفصل ففي البطلان وجهان - كما لو تكلم ناسياً بكلام كثير -:

أصحهما: البطلان وهو الذي ذكره الصيدلاني، وصاحب «التهذيب»، لأن الصلاة لا تحتمل الفصل الطويل، ولأن ذلك مما يندر.

والثاني: الصحة كما لو قصر الزمان للعدر، وهو الذي ذكره أبو حامد وطبقته، ولو أماله إنسان عن جهة القبلة قهراً وطال الزمان بطلت صلاته، فإن عاد إلى الاستقبال على قرب فوجهان: أحصحهما: البطلان.

والفرق بين النسيان وقهر الغير إياه أن النسيان مما يكثر ويعم، والإكراه في مثل ذلك يندر، ولهذا المعنى نقول: لو أكره على الكلام في صلاته تبطل صلاته على الصحيح، بخلاف النسيان.

جئنا إلى الانحراف عن صوب الطريق، أو تحريف الدابة عنه، فلو فعل ذلك عمداً فقد قال في الكتاب: بطلت صلاته، وهذا غير مجرى على إطلاقه، لأنه لو

(١) مقتضاه أن لراكب التعاسيف أن يتنفل على الدابة مستقبلاً القبلة في جميع صلاته قال الشيخ أبو عمرو بن الصلاح في مشكل الوسيط: التنفل على الراحلة رخصة من رخص السفر على ما تقرر وراكب التعاسيف لا يترخص برخص السفر فهو إذن كالمقيم وقال النووي: في شرح المهذب: إذا كان المسافر راكب تعاسيف وهو الهائم الذي يستقبل تارة ويستدبر أخرى وليس له مقصد معلوم فليس له التنفل على الراحلة ولا ماشياً كما ليس له الترخيص بشيء من رخص السفر.

(٢) سقط في ط.

انحرف إلى جهة القبلة لا تبطل صلاته، وكيف تبطل وقد توجه إلى الجهة التي هي الأصل، فإذا المراد ما إذا حرف الدابة عن صوب الطريق إلى غير جهة القبلة، أو انحرف عليها وهكذا قيده سائر الأئمة، وإنما حكمنا بالبطلان لما ذكرنا من كون هذه الجهة قائمة مقام جهة القبلة، وإن حرف الدابة أو انحرف عليها إلى غير القبلة ناسياً؛ فإن تذكر وعاد على قرب لم تبطل صلاته، وإن طال الزمان فوجهان كما ذكرنا في استدبار المصلي على وجه الأرض ناسياً، والأصح البطلان.

ولو أخطأ وظن أن الذي توجه إليه طريقه فهو كما لو انحرف ناسياً للصلاة، ولو انحرف إلى غير القبلة لجماع الدابة فهذه الصورة تشبه ما لو أماله غيره قهراً، فإن طال الزمان بطلت صلاته، وذكر الشيخ أبو حامد، أنها لا تبطل، كما ذكر في النسيان: فقوله: (بطل) معلم بالواو كذلك (وإن قصر) فقد حكى في الكتاب: فيه وجهين، كما روينا في صورة الإمالة ولم يأت إمام الحرمين بحكاية الخلاف في الجماع، لكن قال: قد ذكرنا في مثل هذه الصورة خلافاً فيمن يصرف عن القبلة، والظاهر هاهنا أن الصلاة لا تبطل؛ لأن جماع الدابة مما يعم به البلوى، بخلاف صرف الرجل فهو نادر لا يعهد، وإن أراد أن الظاهر القطع بهذا والامتناع من تخريجه على الخلاف في صورة الصرف؛ لأنه قال - بعد الفرق بين صورتين -: ولهذا قطع الأئمة بأن جماع الدابة في زمن قريب لا يبطل الصلاة، ولم أر ما يخالف هذا للأصحاب فالأمر على ما ذكرناه، فإذا بحثت وجدت كتب الأصحاب متفقة على أن الصلاة، لا تبطل في صورة جماع الدابة، إذا ردها على القرب، على أن الأكثرين سواها بين صورة النسيان وصورة الجماع، سواء منهم الحاكم بالصحة عند طول الزمان والحاكم بالبطلان، ويتبين من هذا أن المصنف كالمنفرد برواية الوجهين في بطلان الصلاة عند قصر المدة في صورة الجماع، فأعلم ذلك.

الثالثة: إذا لم يحكم بالبطلان في النسيان والجماع فهل يسجد للسهو؟ أما عند النسيان فقد ذكر في الكتاب أنه يسجد للسهو عند قصر الزمان، وهكذا حكى الصيدلاني، والإمام وصاحب «التهذيب» ووجهه: أن [الانحراف]<sup>(١)</sup> عمداً مبطل للصلاة، فإذا اتفق سهواً اقتضى سجود السهو، لكن الشيخ أبا حامد في طائفة حكوا عن نص الشافعي - رضي الله عنه - أنه لا يسجد للسهو إذا عاد عن قريب، فإن طال الزمان فحينئذ يسجد، فليكن قوله: (يسجد للسهو) معلماً بالواو، لذلك، وأما عند الجماع فمنهم من قال: لا يسجد إذا لم نحكم ببطلان الصلاة، لأنه لم يوجد منه ترك مأمور ولا فعل منهي، والذي وجد فعل الدابة، ومنهم من قال: - وهو الأظهر - يسجد، وفعل الدابة كفعله، وطريقة الشيخ

(١) في ط التحريف.

أبي حامد هاهنا كما في النسيان، فالحاصل في الجراح ثلاثة أوجه:

الأول: يسجد. الثاني: لا يسجد.

الثالث: يفرق بين أن يطول الزمان أو يقصر، وفي النسيان لا يحصل إلا وجهان، وهذا كله متفرع على ظاهر المذهب وهو أن السهو في النافلة يقتضي السجود كما في الفريضة، وحكى قول: أنه لا مدخل لسجود السهو في النافلة بحال، هذا تمام الكلام في استقبال الراكب على السرج ونحوه.

وأما كيفية إقامة الأركان فليس عليه وضع الجبهة على عُرف الدابة، ولا على السرج، والإكاف لما فيه من المشقة وخوف الضرر من نزقات الدابة، ولكن ينحني للركوع والسجود إلى الطريق، ويجعل السجود أخفض من الركوع.

قال إمام الحرمين: والفصل بينهما عند التمكن محتوم، والظاهر أنه لا يجب مع ذلك أن تبلغ غاية وسعه في الانحناء، وأما كيفية سائر الأركان، فبينة.

الحالة الثانية: أن يكون الراكب في مرقد ونحوه يسهل عليه الاستقبال وإتمام الأركان، فعليه الاستقبال في جميع الصلاة كراكب السفينة، إذ لا مشقة عليه في ذلك، وينبغي أن يتم الركوع والسجود أيضاً، فلو اقتصر على الإيماء كان بمثابة المتمكن على الأرض إذا تنفل مضطجعاً مقتصرأ على الإيماء، وفي جوازه وجهان مذكوران في موضعهما، وحكى القاضي ابن كج عن نص الشافعي - رضي الله عنه - أنه لا يلزم الاستقبال ولا إتمام الركوع والسجود في المحمل الواسع، كما لا يجب على ركب السرج ذلك، وفرق بينه وبين ركب السفينة، بأن حركة ركب السفينة لا تؤثر فيها، وحركة ركب الدابة تؤثر في المحمل فيخاف الضرر، فإذا قوله: (أتم الركوع والسجود) ينبغي أن يعلم بالواو لما رواه ابن كج أو للوجه الصائر إلى تجويز التنفل مومياً مضطجعاً، ألا يريد بقوله: (أتم) أنه يلزم ذلك؛ بل يريد أنه الأحسن والأولى، والظاهر إرادة اللزوم.

قال الغزالي: **وَأَمَّا الْمَاشِي فَاسْتَقْبَالُهُ كَمَنْ بِيَدِهِ زِمَامٌ نَاقَتِهِ وَيَرْكَعُ وَيَسْجُدُ وَيَقْعُدُ لَأَبْنًا فِي هَذِهِ الْأَرْكَانِ، وَلَا يَمْشِي إِلَّا فِي حَالِ الْقِيَامِ، وَفِيهِ قَوْلٌ أَنَّهُ يُؤْمِيءُ بِذَلِكَ كُلِّهِ.**

قال الرافعي: لما فرغ من الكلام في استقبال الراكب وكيفية إقامته الأركان، اشتغل بالكلام فيهما في حق الماشي، وقد حكى الأصحاب على طبقاتهم عن نص الشافعي - رضي الله عنه - أن الماشي يركع ويسجد على الأرض ولا يقتصر على الإيماء، لسهولة الأمر عليه، بخلاف الراكب فإن إتمامهما عسير عليه، أو متعذر، والنزول لهما أيسر وأشق، وزاد الشيخ أبو محمد فحكي ذلك عن نصح أنه يقعد في موضع التشهد أيضاً، ويسلم، ولا يمشي إلا في حال القيام، وتابعه إمام الحرمين

والمصنف، فقال: ويركع ويسجد ويقعد لابثاً في هذه الأركان إلى آخره، ونفى الشيخ أبو حامد والعراقيون من أصحابنا هذه الزيادة، وقالوا: لا يجب القعود، بل يمشي في حال التشهد كما في حال القيام، وهو ظاهر المذهب، لطول زمان التشهد كالقيام، وهذا ما أورده الشيخ الحسين وأبو سعيد المتولي، ثم ذكر إمام الحرمين أن ابن سريج خرج قولاً [ثالثاً]<sup>(١)</sup> أنه لا يلبث ولا يضع جبهته على الأرض بل يوميء راعياً وساجداً كالراكب، لأن كثرة اللبث قد يفضي إلى الانقطاع عن الرفقة ويشوش عليه أمر السفر، وعلى هذا فيجعل السجود أخفض من الركوع كالراكب، ولا يقعد في التشهد، وحكى الشيخ أبو محمد هذا القول المنسوب إلى ابن سريج عن القفال، وأنه أول نص الشافعي - رضي الله عنه - على الاستحباب.

قال الشيخ: ثم وجدت ما ذكره القفال منصوصاً للشافعي - رضي الله عنه - فحصل في الأركان المذكورة، هل يتمها الماشي لابثاً أم لا؟ قولان منصوص ومخرج على ما ذكره في الكتاب، أو منصوصان على ما رواه الشيخ، ويترتب على ما ذكرناه القول في استقبال القبلة، أما إذا قلنا: إنه يركع ويسجد ويقعد لابثاً فيها فلا شك في أنه يستقبل القبلة فيها، ويتحلل عن صلاته وهو مستقبل، وإذا لزم الاستقبال في هذه الأحوال فهو عند التحريم ألزم، فإن الراكب يستقبل عند التحريم على الأظهر، وإن لم يستقبل في سائر الأفعال والأركان، وإن استثنينا حالة التشهد عن النص وقلنا: لا يقعد فيها بل يمشي، ففي وجوب الاستقبال عند السلام وجهان، كما قدمناهما في الراكب، وأما إذا قلنا: بالاعتصار على الإيماء فلا يجب الاستقبال في الركوع والسجود ولا في التشهد، وحكمه التحريم حكم الراكب الذي بيده زمام دابته.

والمحصل من الخلاف الذي سبق في هذا الراكب وجهان:

أظهرهما: لزوم الاستقبال، فكذلك في الماشي.

وإذا عرفت هذا فلك في عبارة الكتاب - أعني - قوله: (أما الماشي فاستقباله كمن بيده زمام دابته) نظران:

أحدهما: أنه أطلق الكلام إطلاقاً ولم يقيد بحالة التحريم، ومعلوم أن استقبال الماشي ليس كأستقبال من بيده زمام دابته على الإطلاق، فإن الراكب لا يؤمر بالاستقبال في الركوع والسجود وإن كان بيده زمام دابته، والماشي يؤمر به على الأظهر.

والثاني: أنه قيد بحالة التحريم، لكن هذا الكلام إما أن يكون موصولاً بما بعده،

(١) سقط في ط.

أو يكون منقطعاً عنه مستقلاً بنفسه، فإن كان موصولاً بما بعده على معنى أنه مقول على قولنا: أنه يركع ويسجد ويقعد لابثاً، فيكون هذا إثباتاً للخلاف في الاستقبال مع الحكم بإتمام هذه الأركان، لأن استقبال [هذا]<sup>(١)</sup> الراكب الذي بيده زمام دابته مختلف في وجوبه، ولا خلاف في وجوب الاستقبال عند التحرم على هذا المذهب، كذلك ذكره إمام الحرمين وغيره، وهو المعقول. وإن كان مستقلاً بنفسه منقطعاً عما بعده كان هذا إثباتاً للخلاف في أنه، هل يلزمه الاستقبال عند التحرم على الإطلاق؟ والظاهر القطع، بأنه يلزمه ذلك؛ لأن الظاهر أنه يتم الركوع والسجود، وحينئذ لا خلاف فيه على ما ذكرناه، وإنما الخلاف فيه على القول المخرج، فكان ينبغي أن يرتب قوله: (استقبال الماشي كمن بيده زمام دابته) على القول المخرج كما نقله الإمام.

وقوله في حكاية القول المخرج: أنه يوميء في ذلك كله ويرجع إلى الركوع والسجود دون القعود، وإن عمم اللفظ فإنه لا إيماء إلى القعود، بل يعتدل قائماً بعد الإيماء بالسجود ويتشهد فيقع قيامه بدلاً عن القعود كما يقع القعود بدلاً عن القيام في حق العاجز عن القيام ثم صوب الطريق، حيث لا يجب استقبال القبلة، يكون بدلاً عن القبلة في حق الماشي كما ذكرناه في الراكب ويعود فيه إلى المسائل السابقة.

قال الغزالي: فَرَعَ: لَوْ مَشَى فِي نَجَاسَةٍ قَصْدًا بَطَلَتْ صَلَاتُهُ بِخِلَافِ مَا لَوْ وَطِئَ فَرَسُهُ نَجَاسَةً، وَلَا يَلْزَمُهُ الْمُبَالَغَةُ فِي التَّحْفُظِ عِنْدَ كَثْرَةِ النَّجَاسَةِ فِي الطَّرِيقِ.

قال الرافعي: يجب أن يكون ما يلاقي الراكب وثيابه طاهراً من السرج وغيره.

ولو بالثوب الدابة أو وطئت نجاسة لم يضر، لأن تلك النجاسة لا تلاقي بدنه وثيابه، ولا هو حامل لها، بل لو كان السرج نجساً فألقى عليه ثوباً طاهراً وصلّى عليه جاز، أما لو أوطأ الدابة نجاسة فالذي ذكره في الكتاب أن ذلك لا يضر، كما لو وطئت بنفسها، وكذلك أورده صاحب «النهاية» لكن قال في «التتمة»: لو سيرها على النجاسة عمداً بطلت صلاته لإمكان التحرز عنها، فليكن قوله: (بخلاف ما لو أوطئ فرسه نجاسة) معلماً بالواو، وأما الماشي فلا كلام في أنه لو مشى على نجاسة قصداً فسدت صلاته؛ لأنه يصير ملاقياً لها بخفة الملبوس، ولا يجب عليه التحفظ والاحتياط في المشي؛ لأن النجاسات تكثر في الطرق وتكليفه التحفظ يشوش عليه غرض السير، ولو انتهى إلى نجاسة ولم يجد معدلاً عنها فقد قال إمام الحرمين: وهذا فيه احتمال:

قال: ولا شك أنها لو كانت رطبة فمشى عليها بطلت صلاته وإن كان عن غير



قصد؛ لأنه يصير حاملاً للنجاسة وما سبق في النجاسة اليابسة.

وأعلم أنه يشترط في جواز التنفل راكباً وماشياً دوام السفر والسير؛ فلو بلغ المنزل في خلال الصلاة وجب إتمام الصلاة متمكناً متوجهاً إلى القبلة، وينزل إن كان راكباً.

ولو دخل بلد إقامته فعليه النزول أول ما دخل البنيان وإتمام الصلاة مستقبلاً إلا إذا جوزنا للمقيم التنفل على الراحلة، وكذلك لو نوى الإقامة ببلدة أو قرية.

ولو مر ببلدة مجتازاً فله إتمام الصلاة راكباً، وإن كان له بها أهل فهل يصير مقيماً بدخولها؟ قولان:

إن قلنا: نعم وجب النزول والإتمام، وحيث أمرناه بالنزول فذلك عند تعذر البناء على الدابة، فلو لم يتعذر بأن أمكنه الاستقبال وإتمام الأفعال عليها وهي واقفة جاز، ويشترط أيضاً الاحتراز عن الأفعال التي لا يحتاج إليها، فلو ركض الدابة للحاجة إليه فلا بأس، ولو أعارها بغير عذر أو كان ماشياً فعداً قصداً بغير عذر بطلت صلاته في أصح الوجهين.

قال الغزالي: الرُّكْنُ الثَّانِي الْقِبْلَةُ: وَمَوَاقِفُ الْمُسْتَقْبِلِ مُخْتَلِفَةٌ، فَالْمُصَلِّي فِي جَوْفِ الْكَعْبَةِ يَسْتَقْبِلُ أَيَّ جِدَارٍ شَاءَ، وَيَسْتَقْبِلُ الْبَابَ وَهُوَ مَزْدُودٌ، وَإِنْ كَانَ مَفْتُوحاً وَالْعَتَبَةُ مُرْتَفِعَةً قَدَّرَ مُؤَخَّرَةَ الرَّجْلِ جَارَ، وَلَوْ أَنَّهُدَمَتِ الْكَعْبَةُ وَالْعِيَاذُ بِاللَّهِ صَحَّحَتْ صَلَاتُهُ خَارِجَ الْعَرْضَةِ مُتَوَجِّهاً إِلَيْهَا كَمَنْ صَلَّى عَلَى أَبِي قُبَيْسٍ وَالْكَعْبَةُ تَحْتَهُ، وَإِنْ صَلَّى فِيهَا لَمْ يَجْزُ (ح م) إِلَّا أَنْ يَكُونَ بَيْنَ يَدَيْهِ شَجَرَةٌ أَوْ بَقِيَّةٌ حَائِطٍ، وَالْوَاقِفُ عَلَى السَّطْحِ كَالْوَاقِفِ فِي الْعَرْضَةِ، فَلَوْ وَضَعَ بَيْنَ يَدَيْهِ شَيْئاً لَا يَكْفِيهِ، وَلَوْ غَرَزَ خَشَبَةً فَوَجَّهَانَ.

### القول في استقبال القبلة على الأرض:

قال الرافعي: مسائل الركن مبنية على النظر في موقف المصلي، وهو إما أن لا يكون وراء الكعبة، أو يكون وراءها وإن كان وراءها فإما أن يكون في المسجد الحرام أو وراءه، وإن كان وراءه فإما أن يكون بمكة أو المدينة أو غيرهما، والفصل يشتمل على القسم الأول وهو أن لا يكون وراء الكعبة وحينئذ له ثلاثة أحوال؛ لأنها إما أن تكون على هيئتها مبنية، أو تنهدم - والعياذ بالله - فيقف في عرصتها؛ وإذا كانت على هيئتها مبنية فإما أن يقف في جوفها أو على سطحها.

الحالة الأولى: أن يقف في جوفها فتصح صلاته فريضة كانت أو نافلة خلافاً لمالك وأحمد في الفريضة.

لنا أنه صلى متوجهاً إلى بعض أجزاء الكعبة فتصح صلاته كالنافلة، وكما لو توجه

إليها من خارج، ثم يتخير في استقبال أي جدارٍ شاء؛ لأنها أجزاء البيت، ويجوز أن يستقبل الباب أيضاً إن كان مردوداً، فإن باب البناء معدود من أجزائه، ألا ترى أنه يدخل في بيعه، وإن كان مفتوحاً نظراً في العتبة إن كانت قدر مؤخرة الرحل صحت صلاته، وإن كانت دونها فلا، ومؤخرة الرحل ثلثا ذراع إلى ذراع تقريباً<sup>(١)</sup>.

قال إمام الحرمين: وكان الأئمة راعوا في اعتبار هذا القدر أن يكون في جلوسه يسامت بمعظم بدنه الشاخص ولكنه يكون في القيام خارجاً بمعظم بدنه عن المسامطة، فليخرج على الخلاف فيما إذا وقف على طرف ونصف بدنه في محاذة ركن من الكعبة، وليكون قوله: (والعتبة مرتفعة قدر مؤخرة الرحل) معلماً بالواو؛ لأنه مذكور قيماً في الجواز وقد حكى في «البيان» عن الشيخ أبي حامد، وأبن الصباغ: أنه يكفي للجواز أن تكون العتبة شاخصة بأي قدر كان وإن قل؛ لأنه استقبل جزءاً من البيت، وكذا قوله (جاء) لأن إمام الحرمين حكى وجهاً آخر أنه لا يكفي أن يكون الشاخص قدر المؤخرة بل يجب أن يكون بقدر قامة المصلي طويلاً وعرضاً ليكون مستقبلاً بجميع بدنه الكعبة، والعتبة لا تبلغ هذا الحد غالباً فلا تصح الصلاة إليها على الوجه.

**الحالة الثانية:** أن تهدم الكعبة - حاشاها - ويبقى وضعها عرصه فإن وقف خارجها وصلى إليها جاز؛ لأن المتوجه إلى هواء البيت والحالة هذه يسمى مستقبلاً، وصار كمن صلى على جبل أبي<sup>(٢)</sup> قبيس والكعبة تحته يجوز لتوجهه إلى هواء البيت، ولو صلى فيها فالحكم فيه كالحكم في الحالة الثالثة وهو: أن يقف على سطحها، فينظر إن لم يكن بين يديه شيء شاخص من نفس الكعبة ففيه وجهان:

**أحدهما:** - وبه قال أبو حنيفة وأبن سريج - يجوز كما لو وقف خارج العرصه متوجهاً إلى هواء البيت.

**وأصحهما:** وهو المذكور في الكتاب أنه لا يجزئه، لما روي أنه ﷺ «نَهَى عَنِ الصَّلَاةِ عَلَى ظَهْرِ الْكُعْبَةِ»<sup>(٣)</sup>، ولأنه والحالة هذه مصل على البيت لا إلى البيت وخص بعضهم نقل الجواز عن ابن سريج بصورة العرصه دون السطح، لكن قال إمام الحرمين: لا شك أنه يجزئه في ظهر الكعبة وصرح في «التهذيب» بنقل الجواز عنه في الواقف

(٢) في ط بنى.

(١) في أ الطرق.

(٣) أخرجه الترمذي (٣٤٦) وابن ماجه (٧٤٦) من حديث ابن عمر وأخرجه ابن ماجه (٧٤٧) من حديث عمر ليس إسناده بذلك القوي، قال وهو أشبه من حديث عمر، وقال أبو حاتم: هما جميعاً واهيان، وقال ابن الجوزي في علله: حديث ابن عمر لا يصح، وخالف في تحقيقه فمال إلى تصحيحه، قاله ابن الملقن في الخلاصة (١/١١٠).

على ظهر الكعبة فلا فرق، وإن كان بين يديه شاخص من نفس الكعبة فإن كان قدر مؤخرة الرُّخْل جاز، وإلا فلا كما ذكرناه في العتبة، ويجري الوجهان الآخران المذكوران في العتبة فيما نحن فيه.

أحدهما: اشتراط كون الشاخص بقدر قامة المصلي.

والثاني: الاكتفاء بأي قدر كان.

ولذا عرفت ذلك فلو وضع بين يديه متاعاً لم يكفه، وإن أستقبل بقية حائط أو شجرة نبتت في العرصه جاز، وكذا لو جمع ترابها واستقبله، أو حفر حفرة ووقف فيها، وكذا لو وقف في آخر السطح، أو العرصه وتوجه إلى الجانب الآخر وكان الجانب الذي وقف فيه أخفض من الجانب الذي استقبله يجوز، ولو نبتت حشيشة وعلت قال في «النهاية»: لا حكم لها في الاستقبال، وألحق صاحب «التهذيب» الزرع بالشجرة، وما ذكره الإمام أظهر، ولو غرز عصا أو خشبة فوجهان:

أحدهما: يكفي لحصول الاتصال بالغرز، ولذلك تعد الأوتاد المغروزة من الدار وتدخل في البيح.

وأصحهما: لا كما لو وضع متاعاً بين يديه، ومطلق الغرز لا يوجب كون المغروز من البناء، والأوتاد جرت العادة بغرزها لما فيها من المصالح فقد تعد من البناء لذلك، والوجهان في الغرز المجرد، أما لو كانت مثبتة أو مسمرة كفت للأستقبال، نعم قال إمام الحرمين: الخشبة وإن كانت مثبتة فبدن الواقف خارج عن محاذاتها من الطرفين فيكون على الخلاف الذي يأتي ذكره فيمن وقف على طرف ونصف بدنه في محاذاة ركن من الكعبة.

قال الغزالي: وَالْوَاقِفُ فِي الْمَسْجِدِ لَوْ وَقَفَ عَلَى طَرَفٍ وَنُصِفَ بَدَنِهِ فِي مُحَاذَاةِ رُكْنٍ، فَفِي صِحَّةِ صَلَاتِهِ وَجِهَانٍ، وَلَوْ أَمْتَدَّ صَفًّا مُسْتَطِيلًا قَرِيبًا مِنَ الْبَيْتِ، فَالْحَارِجُ عَنِ سَمْتِ الْبَيْتِ لَا صَلَاةَ لَهُ، وَهَؤُلَاءِ قَدْ يُفْرَضُ تَرَاحِيهِمْ عَنِ أُخْرِيَاتِ الْمَسْجِدِ، فَتَصِحُّ صَلَاتُهُمْ لِحُصُولِ أَسْمِ الْأَسْتِقْبَالِ.

قال الرافعي: سنذكر اختلاف قول في أن المطلوب في الاستقبال عين الكعبة أو جهتها، وذلك الخلاف في حق البعيد عن الكعبة، أما الحاضر في المسجد الحرام فيجب عليه لا محالة استقبال عين الكعبة؛ لأنه قادر عليه، وقد روينا أنه ﷺ «دَخَلَ الْبَيْتَ ثُمَّ خَرَجَ فَاسْتَقْبَلَهُ وَصَلَّى رُكْعَتَيْنِ ثُمَّ قَالَ: هَذِهِ الْقِبْلَةُ»<sup>(١)</sup> أشار إلى عين الكعبة

وحصر القبلة فيها. وإذا عرفت ذلك ففي الفصل ثلاث صور:

أحداها: لو وقف على طرف من أطراف البيت وبعض بدنه في محاذاة ركن والباقي خارج ففي صحة صلاته وجهان:

أحدهما: تصح؛ لأنه توجه إلى الكعبة بوجه وحصل أصل الاستقبال، وأصحهما لا تصح؛ لأنه يصدق أن يقال ما استقبل الكعبة إنما استقبلها بعضه.

الثانية: الإمام يقف خلف المقام والقوم يقفون مستدبرين بالبيت، فلو استطال الصف خلفه ولم يستديروا فصلاة الخارجين عن محاذاة الكعبة باطلة؛ لأنهم لا يسمون مستقبلين، وذكر صاحب «التهذيب» وغيره من أصحابنا أن أبا حنيفة يصحح صلاة الخارجين عن محاذاة الكعبة، لأن الجهة كافية عندها وعلم لهذا قوله في الكتاب: (والخارج عن سمت البيت لا صلاة له) بالحاء، لكن أبا الحسن الكرخي وغيره من أصحاب أبي حنيفة فُصِّلُوا وقالوا: الفرض على المصلي استقبال القبلة وإصابة عينها إذا قدر عليها، أو الجهة إذا لم يقدر على عينها وهذا يدل على أنه إنما يكفي بالجهة حق البعيد الذي لا يقدر على إصابة العين لا مطلقاً.

الثالثة: لو تراخى الصف الطويل ووقفوا في آخر باب المسجد صحت صلاتهم؛ لأن المتبع اسم الاستقبال وهو يختلف بالقرب والبعد، ولهذا يزول اسم الاستقبال عن القريب بأنحراف يسير، ولا يزول عن البعيد بمثلة، والمعنى فيه أن الحرم الصغير كلما ازداد القوم عنه بعداً ازدادوا له محاذاة كغرض الرماة وغيره.

قال الغزالي: وَالْوَاقِفُ بِمَكَّةَ خَارِجَ الْمَسْجِدِ يَتَّبِعِي أَنْ يُسَوِّيَ مِحْرَابَهُ بِنَاءً عَلَى عِيَانِ الْكَعْبَةِ، فَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ أَسْتَدَلَّ عَلَيْهَا بِمَا يَدُلُّ عَلَيْهَا.

قال الرافعي: المصلي بمكة خارج المسجد إن كان يعاين الكعبة كمن هو على جبل «أبي قبيس» صلى إليها بالمعانية، ولو سوى محرابه بناء على العيان صلى إليه أبدأ؛ لأنه يستيقن الإصابة، ولا حاجة في كل صلاة إلى معانية الكعبة، وفي معنى المعانين المكي الذي نشأ بمكة وتيقن إصابة الكعبة وإن لم يشاهدها حين يصلي، وأما إذا لم يعاين الكعبة ولا تيقن الإصابة فيستدل بما أمكنه ويسوي محرابه بناء على الأدلة، هذا ما ذكره في الكتاب، وحكاها في «النهاية» عن العراقيين، وأنهم قالوا: لا يكلف الرقي إلى سطح الدار مع إمكان العيان، واعتمدوا فيه ما صادفوا أهل مكة عليه في جميع الأعصار.

قال: وفيه نظر عندي فإن اعتماد الاجتهاد بمكة مع إمكان البناء على العيان بعيد، وسنذكر في الركن الثالث - إن شاء الله تعالى - ما يزداد به هذا الفصل وضوحاً.

قال الغزالي: وَالْوَاقِفُ بِالْمَدِينَةِ يُنَزِّلُ مِحْرَابَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي حَقِّهِ مَنَزَلَةَ الْكَعْبَةِ

فَلَيْسَ لَهُ الْأَجْتِهَادُ فِيهِ بِالتَّيْمَانِ وَالتِّيَاسِرِ، وَهَلْ لَهُ ذَلِكَ فِي سَائِرِ الْبِلَادِ؟ فَعَلَى وَجْهَيْنِ .

قال الرافعي : محراب الرسول ﷺ بالمدينة نازل منزلة الكعبة ؛ لأنه لا يقر على الخطأ فهو صواب قطعاً، وإذا كان كذلك فمن يعاينه يستقبله، ويسوي محرابه عليه، إما بناء على العيان أو استدلالاً كما ذكرنا في الكعبة، ولا يجوز العدول عنه إلى جهة أخرى بالاجتهاد بحال، وفي معنى المدينة سائر البقاع التي صلى فيها رسول الله ﷺ إذا ضبط المحراب، وكذلك المحارِب المنصوبة في بلاد المسلمين، وفي الطرق التي هي جادتهم يتعين التوجه إليها، ولا يجوز الاجتهاد معها، وكذلك في القرية الصغيرة إذا نشأ فيها قرون من المسلمين، ولا اعتماد على العلامة المنصوبة في الطريق الذي يندر مرور الناس بها، أو يستوي فيه مرور المسلمين والكفار، وفي القرية الخربة التي لا يدري أنها من بناء المسلمين أو الكفار، ولا بد من الاجتهاد في هذه المواضع، وإذا منعنا من الاجتهاد في الجهة فهل يجوز الاجتهاد في التيمان والتياسر؟ أما في محراب الرسول ﷺ فلا، ولو تخيل عارف بأدلة القبلة أن الصواب فيه يتبامن أو يتياسر فليس له ذلك، وخياله باطل .

وأما في سائر البلاد فعلى وجهين أصحهما : - ولم يذكر الأكثرون - سواء أنه يجوز؛ لأن الخطأ في الجهة مع استمرار الخلق واتفاقهم ممتنع، لكن الخطأ في الانحراف يمته ويسرة مما لا يبعد، ويقال إن عبد الله بن المبارك كان يقول بعد رجوعه من الحج : «تياسروا يا أهل مرو» .

والثاني : أنه لا يجوز احتمال إصابة الخلق الكثير أقرب وأظهر من احتمال إصابة الواحد، وهذا يستوي فيه الجهة والانحراف يمته ويسرة، وفصل القاضي الروياني وغيره بين البلاد بعد المدينة، فجعلوا قبلة «الكوفة» صواباً يقيناً كقبلة المدينة؛ لأنه صلى إليها الصحابة، ولم يجعلوا قبلة البصرة يقيناً، وقضية هذا الكلام جواز الاجتهاد في التيمان والتياسر في قبلة البصرة دون الكوفة، وفيما علق عن ابن يونس القزويني<sup>(١)</sup> مثل هذا الفرق فإنه قال : قبلة الكوفة قد صلى إليها عليٌّ - كرم الله وجهه - مع عامة الصحابة - رضوان الله عليهم أجمعين -، ولا اجتهاد مع إجماع الصحابة - رضي الله عنهم - . قال : واختلف أصحابنا : في قبلة البصرة، فمنهم من قال : هي صواب أيضاً كقبلة الكوفة ومنهم من جوز فيها الاجتهاد وفرق بأن قبلة الكوفة نصبها علي - رضي الله عنه - وقبلة البصرة نصبها عتبة بن غزوان، والصواب في فعل علي - رضي الله عنه - أقرب، ثم حكى في قبلة سائر البلاد وجهين، وجعل أصحهما جواز الاجتهاد فيها، وهذا إن عني به الاجتهاد في الجهة من أصلها فهو بعيد بمرة، بل الذي قطع به معظم الأصحاب منع

ذلك في جميع البلاد في المحاريب المتفق عليها بين أهلها، وإن عني به الاجتهاد في التيامن والتياسر فالفرق بين الكوفة والبصرة كما نقله الروياني وهو بعيد أيضاً؛ لأن كل واحدة منهما قد دخلها الصحابة وسكنوها وصلّوا إليها، فإن كان ذلك مما يفيد اليقين وجب استواؤهما فيه، وإن لم يفد اليقين فكذلك والله أعلم.

قال الغزالي: الرُّكْنُ الثَّالِثُ فِي الْمُسْتَقْبَلِ: فَالْقَادِرُ عَلَى مَعْرِفَةِ الْقِبْلَةِ لَا يَجُوزُ لَهُ الْأَجْتِهَادُ، وَالْقَادِرُ عَلَى الْأَجْتِهَادِ لَا يَجُوزُ لَهُ التَّقْلِيدُ، وَالْأَعْمَى الْعَاجِزُ يُقَلَّدُ شَخْصاً مُكَلِّفاً مُسْلِماً عَارِفاً بِأَدَلَّةِ الْقِبْلَةِ، وَلَيْسَ لِلْمُجْتَهِدِ أَنْ يُقَلَّدَ غَيْرَهُ، وَإِنْ تَحَيَّرَ فِي الْحَالِ فِي نَظَرِهِ صَلَّى عَلَى حَسَبِ حَالِهِ وَقَضَى، وَقِيلَ: يُقَلَّدُ وَيَقْضَى، وَقِيلَ: إِنَّهُ يُقَلَّدُ وَلَا يَقْضَى، أَمَا الْبَصِيرُ الْجَاهِلُ بِالْأَدَلَّةِ إِنْ قَلَّدَ يَلْزَمُهُ الْقَضَاءُ إِلَّا إِذَا قُلْنَا: لَا يَجِبُ تَعَلُّمُ أَدَلَّةِ الْقِبْلَةِ عَلَى كُلِّ بَصِيرٍ، فَعِنْدَ ذَلِكَ يَتْرُكُ مَنْزِلَةَ الْأَعْمَى.

قال الرافعي: المصلي إما أن يقدر على معرفة القبلة يقيناً أو لا يقدر عليها، فإن قدر على اليقين فليس له الاجتهاد كالقادر على العمل بالنص لا يجوز له الاجتهاد، وحكى القاضي الروياني وجهين فيما إذا استقبل المصلي حجر الكعبة وحده بناء على هذا الأصل.

وقال: الأصح المنع؛ لأن كونه من البيت غير مقطوع به، وإنما هو مجتهد فيه، فلا يجوز العدول عن اليقين إليه. ثم المعرفة يقيناً قد تحصل بالمعاينة، وقد تحصل بغير المعاينة كالناشيء بمكة يعرف القبلة بأمارات تفيده اليقين وإن لم يعاين كما سبق، وكما لا يجوز للقادر على اليقين الاجتهاد لا يجوز له الرجوع إلى قول الغير أيضاً، وإن لم يقدر على درك اليقين فلا يخلو: إما أن يجد من يخبره عن القبلة عن علم وكان المخبر ممن يعتمد قوله أو لا يجد فإن وجد رجع إلى قوله ولم يجتهد أيضاً كما في الوقت إذا أخبره عدل عن طلوع الفجر يأخذ بقوله ولا يجتهد، وكذلك في الحوادث إذا روى العدل خبراً يؤخذ به، وكل ذلك قبول الخبر من أهل الرواية وليس من التقليد في شيء، ويشترط في المخبر أن يكون عدلاً يستوي فيه الرجل والمرأة، والحر والعبد.

وفي وجه لا تشترط العدالة بل يقبل خبر الفاسق؛ لأنه لا يتهم في مثل ذلك، والمذهب الأول، ولا يقبل خبر الكافر بحال، وفي الصبي بعد التمييز وجهان كما في رواية إخبار الرسول ﷺ. والأكثر على أنه لا يقبل. ثم الإخبار عن القبلة قد يكون صريحاً وقد يكون دلالة. أما الصريح فلا يخفى.

وأما الدلالة فنصب المحاريب في المواضع التي يعتمد عليها كما سبق في التفصيل، ولا فرق في لزوم الرجوع إلى الخبر بين أن يكون الشخص من أهل الاجتهاد

وبين أن لا يكون، حتى إن الأعمى يعتمد بالمحراب إذا عرفه باللمس حيث يعتمد البصير بالرؤية، وكذا البصير إذا دخل المسجد في ظلمة الليل اعتمد المحراب باللمس، هكذا ذكر صاحب «التهذيب» وغيره، وقال في «العد» إنما يعتمد الأعمى على المس إذا شاهد محراب المسجد قبل العمى، أما لو<sup>(١)</sup> لم يشاهد فلا يعتمد عليه.

ولو اشتبهت عليه طيقان المسجد فلا شك أنه يصبر حتى يخبره غيره صريحاً، وإن خاف فوات الوقت صلى على حسب الحال وأعاد، هذا إذا وجد من يخبره عن علم وكان ممن يعتمد قوله، أما إذا لم يجد فلا يخلو: إما أن يكون قادراً على الاجتهاد أو لا يكون، فإن قدر على الاجتهاد لزمه الاجتهاد والتوجه إلى الجهة التي يظنها جهة القبلة، ولا تحصل القدرة على الاجتهاد إلا بمعرفة أدلة القبلة وهي كثيرة صنّفوا لذكرها كتباً مفردة، وأضعفها الرياح، لأنها تختلف وأقواها القطب وهو نجم صغير في نبات نعش الصغرى بين الفرقدين والجددي إذا جعله الواقف خلف أذنه اليمنى كان مسقبلاً للقبلة، هكذا يكون بناحية الكوفة وبغداد وهمذان<sup>(٢)</sup> وقزوين<sup>(٣)</sup> والري<sup>(٤)</sup> وطبرستان وجرجان<sup>(٥)</sup>، وما والاها إلى نهر الشاش، وليس على القادر على الاجتهاد أن يقلد غيره فيعمل باجتهاده كما في الأحكام الشرعية، ولو فعل يلزمه القضاء، ولا فرق بين أن يخاف فوت الوقت لو اشتغل بالاجتهاد أو أتمه وبين أن لا يخاف في أنه لا يقلد، لكن عند ضيق الوقت يصلي لِحَقِّ الوقت كيفما كان ثم يجتهد ويقضي.

وقال ابن سريج: يقلد عند خوف الفوات.

وقال في «النهاية»: لو كان في نظره وعلمه أن وقت الصلاة ينتهي قبل انتهاء نظره فيقلد ويصلي في الوقت أم يتمادى إلى إتمام الاجتهاد في نظره؟ وهذا كما لو تناوب جمع على بئر وعلم أن النوبة لا تنتهي إليه إلا بعد الوقت، وقد ذكرنا خلافاً في أنه هل يصبر أو يتيمم ويصلي في الوقت؟ فتحصل من هذا الكلام وجه ثالث أنه يصبر إلى إتمام

(١) في ط إذا.

(٢) هَذَان: بالتحريك والذال معجمة، وآخره هَوْن، مدينة من الجبال أعذبها ماء وأطيبها هواء انظر معجم البلدان (٤٧١/٥).

(٣) قزوين بالفتح ثم السكون وكسر الواو وياء مثناة من تحت ساكنة ونون، وهي مدينة مشهورة. انظر مراصد الاطلاع (١٠٨٩/٣).

(٤) الرِّي بفتح أوله وتشديد ثانية، مدينة مشهورة من أمهات البلاد، وأعلام المدن كثيرة الخيرات قسبة بلاد الجبال. انظر مراصد الاطلاع (٦٥١/٢).

(٥) جُرجان بالضم وآخره نون مدينة مشهورة عظيمة بين طبرستان وخراسان، وهي قطعتان إحداهما المدينة، والأخرى بكر أباذ، وبينها نهر كبير انظر مراصد الاطلاع (٣٢٣/١).

الاجتهاد ولا يصلي وإن فات الوقت لا كيفما كان ولا بالتقليد.

وما ذكرناه من الاجتهاد يتصور في حق الغائب عن مكة، فأما الحاضر بمكة إذا لم يعاين الكعبة لحائل بينه وبين الكعبة نظر: إن كان الحائل أصلياً كالجبل فله الاجتهاد والاستقبال بالاستدلال، ولا يكلف صعود الجبل أو دخول المسجد لما فيه من المشقة، وإن كان الحائل حادثاً كالأبنية فوجهان:

أحدهما: لا يجوز لأن الفرض في مثل هذا الموضع قبل حدوث البناء إنما هو المعاينة دون الاجتهاد فلا يتغير بما طرأ من البناء.

وأصحهما: الجواز كما في الحائل الأصلي لما في تكليف المعاينة من المشقة، وما ذكره في الكتاب قبل هذا الفصل أن الواقف بمكة خارج المسجد إذا لم يعاين الكعبة يستدل عليها بما يدل عليها كأنه جواب على هذا الوجه، ولو خفيت الدلائل على المجتهد إما لتغيم اليوم أو لكونه محبوساً في ظلمة فتحير لذلك أو لتعارض الدلائل عنده ففي المسألة ثلاثة طرق:

أظهرها: أن فيها قولين:

أصحهما: عند الأكثرين: أنه لا يقلد لأنه قادر على الاجتهاد والتحير عارض وقد يزول عن قريب.

والثاني: - وهو اختيار ابن الصباغ -: أنه يقلد؛ لأنه عاجز عن استبانة الصواب بنظره فأشبه الأعمى.

والطريق الثاني: القطع بالقول الأول.

والثالث: القطع بالثاني، فإذا قلنا: لا يقلد فيصلح كيف اتفق ويقضي كالأعمى لا يجد من يقلده يصلي لحق الوقت ويقضي، وإن قلنا: إنه يقلد فهل يقضي؟ ذكر في «النهاية» أنه على وجهين مبنيين على القولين في لزوم القضاء إذا صلى بالتيمم لعذر نادر، لا يدوم كما سيأتي نظائره.

وقضية هذا الكلام: أن يكون الأظهر وجوب القضاء على قولنا: إنه يقلد، كما أن الأظهر لزوم القضاء على من تيمم في الحضر لفقد الماء، ولكن الذي أورده الجمهور تفريراً على قولنا: أنه يقلد أنه لا قضاء عليه كالأعمى إذا صلى بالتقليد، ثم قال إمام الحرمين - قدس الله روحه -: الخلاف المذكور في تحير المجتهد موضعه ما إذا ضاق الوقت وخشي الفوات، فأما في أول الوقت ووسطه يمتنع التقليد لا محالة إذ لا حاجة إليه، ثم قال: وفي المسألة نوع احتمال وسببه الإلحاق بالتيمم في أول الوقت مع العلم بأنه ينتهي إلى الماء في آخر الوقت، وهذا آخر الكلام في القادر على الاجتهاد؛ أما



العاجز عنه فينقسم إلى عاجز لا يمكنه تعلم الأدلة كالأعمى وإلى عاجز يمكنه التعلم.

أما الأول فالأعمى لا سبيل له إلى معرفة أدلة القبلة، لأنها تتعلق بالبصير فالواجب عليه التقليد كالأعمى في الأحكام، وإنما يجوز تقليد المكلف المسلم العدل العارف بأدلة القبلة، يستوي فيه الرجل والمرأة، والحر والعبد، وتقليد الغير هو قبول قوله المستند إلى الاجتهاد، حتى إن الأعمى لو أخبره بصير بمحل القطب منه وهو عالم بدلالته، أو قال: رأيت الخلق الكثير من المسلمين يصلون إلى هذه الجهة كان الأخذ بمقتضاه قبول خبر لا تقليد، ولو وجد مجتهدين واختلفت اجتهادهما قلد من شاء منهما، والأحب أن يقلد الأوثق والأعلم عنده. وقيل: يجب ذلك فإن تساوى قول اثنين عنده تخير.

وقيل: يصلي مرتين إلى الجهتين، وفي معنى الأعمى البصير الذي لا يعرف الأدلة وليس له أهلية معرفتها، فيقلد كالأعمى؛ لأن عدم البصيرة أشد من عدم البصر.

القسم الثاني: العاجز الذي يمكنه التعلم فيبني أمره على أن تعلم أدلة القبلة هل هو من فروض الأعيان أم لا، فيه وجهان:

أحدهما: لا بل، هو من فروض الكفايات كالعلم بأحكام الشريعة، ولأن الحاجة إلى استعمالها نادرة فإن الاشتباه مما يندر وأصحهما أنه من فروض الأعيان كأركان الصلاة وشرائطها بخلاف تعلم الأحكام فإنه يحتاج<sup>(١)</sup> إلى زمن طويل وتحمل مشقة كبيرة. فإن قلنا لا يجب التعلم فله أن يصلي بالتقليد ولا يقضي كالأعمى. وإن قلنا: يتعين فليس له التقليد، فإن قلد قضى لتقصيره، وإذا ضاق الوقت عن التعلم فهو كالعالم إذا تحير في اجتهاده وقد قدمنا الخلاف فيه. وأرجع بعد هذا إلى ما يتعلق بلفظ الكتاب خاصة فأقول.

أما قوله: (فالقادر على معرفة القبلة لا يجوز له الاجتهاد) فأعلم: أن القادر على معرفتها وإن كان يمتنع عليه الاجتهاد لكن امتناع الاجتهاد لا يختص به، لأن من وجد عدلاً يخبره عن القبلة إخباراً يستند إلى علم في زعم المخبر يمتنع عليه الاجتهاد، ومع أن قوله لا يحصل المعرفة فإن قلت: قوله: يحصل الظن وإن لم تحصل المعرفة، والفقهاء كثيراً ما يعبرون بلفظ العلم والمعرفة عن الظن، وعن المشترك بين العلم والظن بالعلم في كونه معمولاً به في الشرعيات، فلعله أراد بالمعرفة ذلك، والجواب: أن لفظ المعرفة وإن كان يستعمل فيما ذكرت لكنه ما أراد به في هذا الموضع إلا العلم اليقيني، ألا تراه يقول في «الوسيط»: فإن كان قادراً على معرفة جهة القبلة يقيناً، لم يجز له الاجتهاد على أنه لا يمكن إرادة المشترك بين العلم والظن في هذا السياق؛ لأن الاجتهاد

(١) في أيفقتر.

يفيد ضرباً من الظن، فإذا كان المراد من المعرفة المشترك دخل القادر على الاجتهاد في قوله: (فالقادر على معرفة القبلة) وحينئذ لا ينتظم الحكم بأنه لا يجوز له الاجتهاد.

وأما قوله: (والقادر على الاجتهاد، لا يجوز له التقليد فإنه يفيد بما يفيد).

قوله بعد ذلك: (وليس للمجتهد أن يقلد غيره) فالثاني تكرر والغالب (على الظن أنه)<sup>(١)</sup> إنما أعاده تمهيداً لبناء مسألة التحير عليه، لكن المحوج إلى الإعادة لهذا الغرض توسط حكم الأعمى بين الكلامين، فلو عقب الكلام الأول بمسألة التحير وأخر حكم الأعمى لأستغنى عن ذلك.

وأما قوله: «والأعمى العاجز يقلد شخصاً مكلفاً...» إلى آخره، فليعلم المكلف بالواو؛ لأن في كلام الأصحاب وجهاً أنه يجوز تقليد الصبي، وهو كالخلاف المذكور في الرجوع إلى إخباره، ثم الصفات المذكورة غير كافية في المقلد، بل يشترط فيه شيء آخر وهو العدالة وليس لفظ العاجز للتقيد، فإن كل أعمى عاجز وإنما هو وصف له، وتنبه على المعنى المجوز للتقليد، ومسألة التحير قد أطلق الخلاف فيها، وهو محمول على ما إذا ضاق الوقت كما حكيناه من قبل.

وقوله: (أما البصير الجاهل بالأدلة إن قلد يلزمه القضاء) ليس مجرى على إطلاقه أيضاً؛ لأن البصير الجاهل إذا كان بحيث لا يمكنه التعلم فهو كالأعمى يقلد ولا يقضي كما تقدم.

قال الغزالي: **ثُمَّ مَهْمَا صَلَّى بِالْاجْتِهَادِ فَتَيَقَّنَ الْخَطَأَ وَبَانَ جِهَةُ الصَّوَابِ وَجَبَ ح (م) عَلَيْهِ الْقَضَاءُ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ، فَإِنْ تَيَقَّنَ الْخَطَأَ وَلَمْ يَظْهَرِ الصَّوَابُ إِلَّا بِالْاجْتِهَادِ، فَفِي الْقَضَاءِ قَوْلَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوْلَى بِأَنْ لَا يَجِبَ، وَمَنْ صَلَّى أَرْبَعَ صَلَوَاتٍ إِلَى أَرْبَعِ جِهَاتٍ بِأَرْبَعِ اجْتِهَادَاتٍ وَلَمْ يَتَمَيَّنْ لَهُ الْخَطَأُ فَلَا قَضَاءَ (و) عَلَيْهِ.**

قال الرافعي: المصلي بالاجتهاد إذا ظهر له الخطأ في اجتهاده فله ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يظهر له الخطأ قبل الشروع في الصلاة.

والثانية: أن يظهر بعد الفراغ منها.

والثالثة: أن يظهر في أثناءها.

أما الحالة الأولى فهي غير مذكورة في الكتاب وحكمها أن ننظر: إن تيقن الخطأ في اجتهاده أعرض عن مقتضاه وتوجه إلى الجهة التي يعلمها أو يظنها جهة الكعبة، وإن

ظن الخطأ في اجتهاده وظن أن الصواب<sup>(١)</sup> جهة أخرى إن كان دليل الاجتهاد الثاني أوضح عنده من الأول أعرض عن مقتضى الأول، وإن كان دليل الأول أوضح عنده جرى على مقتضاه، وإن تساوىا تخير. وقيل: يصلي إلى الجهتين مرتين.

وأما الحالة الثانية وهي: أن يظهر الخطأ بعد الفراغ من الصلاة، فهذا الفصل مسوق لها، ولا يخلو، إما أن يظهر الخطأ يقيناً، أو ظناً، والقسمان المذكوران في الكتاب. أما القسم الأول: وهو أن يظهر الخطأ يقيناً ففي وجوب القضاء قولان:

أصحهما: الوجوب، لأنه تعين له الخطأ فيما يأمن مثله في القضاء، فلا يعتد بما فعله كالحاكم إذا حكم ثم وجد النص بخلافه، واحترزوا بقولهم: فيما يأمن مثله في القضاء عن الخطأ في الوقوف بعرفة حيث لا يجب القضاء، لأن مثله غير مأمون في القضاء، ويمكن أن يقال في قولنا: تعين الخطأ ما يفيد هذا الاحتراز؛ لأن الأمر ثم مبني على رؤية الهلال ولا يقين يكون الرائيين مصيبين أو على استكمال العدد، وهو مبني على الرؤية في الشهور المتقدمة والإصابة فيها مظنونة، والمبني على المظنون مظنون.

والقول الثاني: أنه لا يجب القضاء؛ لأنه ترك القبلة بعذر فأشبهه تركها في حالة المسايقة. قال الصيدلاني: ومعنى القولين أنه كلف الاجتهاد لا غير، أو كلف التوجه إلى القبلة، فإن قلنا بالأول فلا قضاء، وإن قلنا بالثاني وجب القضاء، وبالقول الثاني قال أبو حنيفة ومالك وأحمد والمزني.

وقوله في الكتاب: (وجب القضاء) معلم برقمهم جميعاً. وللمسألة نظائر:

منها ما إذا اجتهد في وقت الصلاة فتبين بعد انقضاء الوقت أنه أخطأ بالتقديم، أو أجتهد المحبوس في الصيام فوافق اجتهاده شعبان وتبين الحال بعد انقضاء رمضان، ففي وجوب القضاء قولان:

قال إمام الحرمين: وهذا إذا لم يتأت الوصول إلى اليقين، فإن تأتى ذلك فالوجه القطع بوجوب القضاء، وإن اجتهاده إنما يعني بشرط الإصابة.

ومنها ما إذا رأوا سواداً فظنوه عدواً فصلوا صلاة شدة الخوف ثم بان الخطأ ففي القضاء قولان:

ومنها ما إذا دفع الزكاة إلى رجل ظنه فقيراً فَبَانَ غنياً ففي الضمان قولان؛ ثم اختلفوا في موضع القولين فيما نحن فيه على طريقين.

(١) في ط الجواب.

قال الأكثرون: القولان جاريان فيما إذا تبين الصواب يقيناً مع يقين الخطأ وفيما إذا لم يتبين الصواب يقيناً مع يقين الخطأ ولا فرق، ومنهم من قال: القولان فيما إذا بَانَ يقين الخطأ مع يقين الصواب.

أما إذا تيقن الخطأ دون الصواب فلا يجب القضاء بحال؛ لأنه لا يأمن الخطأ في القضاء أيضاً فأشبهه خطأ الحجيج في الوقوف بعرفة، فإنهم لما لم يأمنوا مثله في القضاء لم يلزمهم القضاء، وهذا معنى قوله في الكتاب: (فإن تيقن الخطأ ولم يظهر الصواب إلا باجتهاد ففي القضاء قولان مرتبان، وأولى بأن لا يجب) ومتى رتب المذهبيون صورة على صورة في الخلاف وجعلوا الثانية أولى بالنفي أو الإثبات حصل في الصورة المرتبة طريقتان: أحدهما: طرد الخلاف.

والثاني: القطع بما في الصورة الأخيرة أولى به من النفي أو الإثبات. وقد يعبر عن هذا الغرض بعبارة أخرى مثل أن يقال: فيما نحن فيه هل يجب القضاء عند تيقن الخطأ؟ فيه ثلاثة أقوال:

الأول: يجب. الثاني: لا يجب.

الثالث: يفرق بين أن يتيقن معه الصواب فيجب وبين أن لا يتيقن فلا يجب، والأظهر طريقة طرد القولين، واعترض إمام الحرمين على التشبيه بخطأ الحجيج بأن قال: الخطأ ثم غير مأمون في السنين المستقبلية بحال، وهانئا إن لم يأمن الخطأ في حالة الاشتباه فيمكنه الصبر حتى ينتهي إلى بقعة يستيقن فيها الصواب وما ذكرناه من الخلاف في أن المجتهد إذا بَانَ له يقين الخطأ هل يقضي بجري بعينه في حق الأعمى الذي قلده.

القسم الثاني: أن يظهر الخطأ بعد الفراغ من الصلاة ظناً وذلك لا يوجب القضاء؛ لأن الاجتهاد لا ينقص بالاجتهاد، ألا ترى أن القاضي لو قضى باجتهاده ثم تغير اجتهاده لا ينقص قضاؤه الأول، وينبني على هذا ما لو صلى أربع صلوات إلى أربع جهات بأربعة اجتهادات فلا يجب عليه قضاء واحدة منها؛ لأن كل واحدة منها مؤداة باجتهاد لم يتعين فيه الخطأ، هذا ظاهر المذهب وهو الذي ذكره في الكتاب وعن صاحب «التقريب» وجهان آخران:

أحدهما: إنه يجب عليه قضاء الكل؛ لأن الخطأ مستيقن في ثلاث صلوات منها، وإن لم يتعين فأشبهه ما إذا فسدت عليه صلاة من صلوات، وحكي في «التتمة» هذا الوجه عن الأستاذ أبي إسحاق الإسفراييني.

والثاني: أنه يجب قضاء ما سوى الصلاة الأخيرة، ويجعل الاجتهاد الأخير ناسخاً

لما قبله، وعلى هذا الخلاف لو صلى صلاتين إلى جهتين باجتهادين أو ثلاثاً إلى ثلاث جهات باجتهادات، فعلى ظاهر المذهب لا قضاء عليه، وعلى الوجه الثاني يقضي الكل، وعلى الثالث يقضي ما سوى الأخيرة وأعلم أنا سنذكر خلافاً في أنه إذا صلى بالاجتهاد هل يجب عليه تجديد الاجتهاد للصلاة الثانية، وحكم هذه الصورة لا يختلف بين أن نوجب تجديد الاجتهاد فيجدد وبين ألا نوجب لكن اتفق له ذلك.

قال الغزالي: **وَإِنْ تَيَقَّنَ أَنَّهُ اسْتَدْبَرَ وَهُوَ فِي أَثْنَاءِ الصَّلَاةِ تَحَوَّلَ وَبَنَى إِذَا قُلْنَا: يَجِبُ الْقَضَاءُ عِنْدَ الْخَطِّ، فَهَهُنَا أَوْلَى بِالْإِبْطَالِ كَيْلًا يَجْمَعُ فِي صَلَاةٍ وَاحِدَةٍ بَيْنَ جِهَتَيْنِ، أَمَا إِذَا ظَهَرَ الْخَطُّ يَقِينًا أَوْ ظَنًّا وَلَكِنْ لَمْ يَظْهَرَ جِهَةُ الصَّوَابِ، فَإِنْ عَجَزَ عَنِ الدُّرُكِ بِالْاجْتِهَادِ بَطَلَتْ صَلَاتُهُ، وَإِنْ قَدَرَ عَلَى ذَلِكَ عَلَى الْقُرْبِ، فَفِي الْبُطْلَانِ قَوْلَانِ مُرْتَبَانِ عَلَى تَيَقُّنِ الصَّوَابِ، وَأَوْلَى بِالْبُطْلَانِ لِأَجْلِ التَّحْيِيرِ فِي الْحَالِ.**

قال الرافعي: هذا الفصل لبيان الحالة الثالثة وهي أن يظهر الخطأ في الاجتهاد في أثناء الصلاة ولا يخلو إما أن يظهر (له الصواب مقترناً بظهور الخطأ)<sup>(١)</sup> وإما أن لا يكون كذلك. فهما ضربان:

**الضرب الأول:** أن يظهر له الصواب مقترناً بظهور الخطأ فننظر: إن كان الخطأ مستيقناً فبنينا ذلك على القولين في وجوب القضاء عند ظهور يقين الخطأ بعد الصلاة إن قلنا: يجب بطلت صلاته هاهنا ولزمه الاستئناف، وإن قلنا: لا يجب فهاهنا وجهان، وربما قيل: قولان:

أحدهما: أنه يستأنف؛ لأن الصلاة الواحدة لا تؤدي إلى جهتين، كالحادثة الواحدة لا يتصور إمضاؤها بحكمين مختلفين.

وأصحهما: أنه ينحرف إلى جهة الصواب، ويبني على صلاته احتساباً لما مضى من صلاته، كما يحتسب بجميع صلاته على هذا القول إذا بان يقين الخطأ بعد الصلاة، ولا ننكر إقامة الصلاة الواحدة إلى جهتين، ألا ترى أن أهل قباء كذلك فعلوا، وإن كان الخطأ ظاهراً بالاجتهاد، فقد ذكرنا أنه إذا وقع ذلك بعد الصلاة لم يؤثر، فإذا اتفق في أثنائها فهو على هذين الوجهين أو القولين.

وأصحهما: أنه ينحرف ويبني، لأن الأمر بالاستئناف نقض لما أدى من الصلاة، والاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد.

(١) في ط الخطأ في الاجتهاد.

**والثاني:** أنه يستأنف كيلاً يجمع في صلاة واحدة بين جهتين، فعلى الوجه الأول لو صلى أربع ركعات إلى أربع جهات بأربعة اجتهادات فلا إعادة عليه كما ذكرنا في الصلاة، وخص في «التهديب» رواية الوجهين بما إذا تغير اجتهاده وكان الدليل الثاني أوضح من الأول.

فأما إذا كان الدليل الثاني مثل الأول أو دونه قال: لا يتحول بل يتم صلاته إلى تلك الجهة ولا إعادة عليه، ولك أن تقول: إن كان الدليل الثاني دون الأول فلا يتغير الاجتهاد ولا يظهر الخطأ، لأن أقوى الظنين لا يترك بأضعفهما، وإنا كنا مثلين فقضيته التوقف والتحير، وحينئذ لا يكون الصواب ظاهراً، فتكون الصورة من الضرب الثاني وسنذكر حكمه.

**الضرب الثاني:** أن لا يظهر الصواب مع ظهور الخطأ، فإن عجز عن درك الصواب بالاجتهاد على القرب بطلت صلاته إذ لا سبيل إلى الاستمرار على الخطأ، ولا وقوف على جهة الصواب لينحرف وإن قدر على ذلك على القرب، فهل يبني وينحرف أم يستأنف؟ فيعود فيه الخلاف الذي ذكرناه في الضرب الأول بالترتيب، وهاهنا أولى بأن يستأنف؛ لأن ثم يمكن من الانحراف إلى الصواب كما ظهر الخطأ وهاهنا بخلافه، فإنه متحير في الحال.

مثال هذا الضرب: عرف أن قبلته يسار المشرق [والسما متغيمة فتوجه إلى جهة على ظن أنها يسار المشرق]<sup>(١)</sup> فانقشع الغيم بحذائه وظهر كوكب قريب من الأفق فقد علم الخطأ يقيناً إذ تبين له أنه مشرق أو مغرب، ثم قد يعرف الصواب على القرب بأن يرتفع الكوكب فيعلم أنه مشرق أو ينحط فيعلم أنه مغرب، وترتب على ذلك معرفة القبلة، وقد يعجز عن ذلك بأن يطبق الغيم، ويستمر الألباس. ولنبيين ما يشتمل عليه الكتاب مما ذكرناه. وأعلم: أنا قسمنا الضرب الأول قسمين:

أحدهما: أن يستيقن الخطأ.

**والثاني:** أنه لا يستيقنه فقله: «وإن تيقن أنه استدبر» هو القسم الأول من هذا الضرب، فإن المستيقن للأستدبار عارف بالخطأ يقيناً وعارف بالصواب أيضاً مع معرفة الخطأ يقيناً، ولا فرق بعد تيقن الخطأ بين أن يظهر الصواب يقيناً أو ظناً وإن كانت الصورة المذكورة في الكتاب هو يقين الصواب مع يقين الخطأ.

وقوله: (تحول وبني) جواب على قولنا أنه إذا بان يقين الخطأ بعد الصلاة لا يجب

(١) سقط في ب.

عليه القضاء، وقد روينا وجهين على هذا القول فما ذكره جواب على أصحهما، ثم أشار إلى التفريع على القول الثاني بقوله: (إلا إذا قلنا يجب القضاء عند الخطأ) أي إذا أوجبنا القضاء عند ظهور الخطأ يقيناً بعد الصلاة فنحكم ببطلان الصلاة عند ظهوره في أثنائها، ولا يعتد بما أتى به بل البطلان هاهنا أولى كيلا يجمع في صلاة واحدة بين جهتين:

وأما القسم الثاني من هذا الضرب فهو غير مذكور في الكتاب، وحكمه قريب من حكم القسم الأول؛ إنا وإن رتبنا الحكم ثم على القولين في أن تعين الخطأ بعد الصلاة هل يوجب القضاء كما سبق فلا يحصل إلا وجهان:

أحدهما: أنه يبيني.

والثاني: أنه يستأنف، وهما جاريان في القسم الثاني على ما بينا، ولهذا قال في «الوسيط»: وإن تبين بالأجتهاد أنه مستدبر فحكمه حكم المتيقن نعم يختلف التوجيه بحسب القسمين كما قدمناه. وأما قوله: «إذا ظهر الخطأ يقيناً أو ظناً...» إلى آخره، فهو الضرب الثاني، وهاهنا صرح بالتسوية بين تيقن الخطأ وظنه.

وقوله: (ففي البطلان قولان مرتبان على يقين الصواب) أي يقين الصواب مع الخطأ وهو صورة الاستدبار، وقد ذكر فيها قولين: أنه تبطل صلاته: أو يبيني، وهذه مرتبة عليها والله أعلم.

قال الغزالي: وَلَوْ بَانَ لَهُ الْخَطَأُ فِي التِّيَامِنِ وَالتِّيَاسِرِ، فَهَلْ هُوَ كَالْخَطَأِ فِي الْجِهَةِ؟ فَعَلَى وَجْهَيْنِ يَرْجَعُ حَاصِلُهُمَا إِلَى أَنَّ بَيْنَ الْمُشْتَدِّ فِي الْأَسْتِقْبَالِ وَبَيْنَ الْأَشَدِّ تَفَاوُتًا عِنْدَ الْحَاقِقِ، فَهَلْ يَجِبُ طَلَبُ الْأَشَدِّ أَمْ يَكْفِي حُصُولُ أَضَلِّ الْأَسْتِدَادِ؟ فَعَلَى وَجْهَيْنِ.

قال الرافعي: جميع ما ذكرنا من الأحوال الثلاث فيما إذا بان له الخطأ في الجهة، فأما إذا كانت الجهة واحدة وبان له الخطأ في التيامن والتياسر فهذا يستدعي تقديم أصل وهو أن المطلوب بالاجتهاد عين الكعبة أم جهتها؛ وفيه قولان:

أظهرهما: أن المطلوب عين الكعبة لظاهر قوله تعالى: ﴿قُولُوا وُجُوهَكُمْ سُطْرَةٌ﴾<sup>(١)</sup>. وقوله ﷺ في الخبر الذي تقدم ذكره مشيراً إلى العين: «هَذِهِ الْقِبْلَةُ»<sup>(٢)</sup> وهما مطلقان ليس فيهما فصل بين القريب والبعيد.

والثاني: أن المطلوب جهة الكعبة، لأن حرم الكعبة صغير يستحيل أن يتوجه إليه أهل الدنيا فيكتفي بالجهة، ولهذا تصح صلاة الصف الطويل إذا بعدوا عن الكعبة ومعلوم أن بعضهم خارجون عن محاذاة العين، وهذا القول يوافق المنقول عن أبي

(١) سورة البقرة، الآية ١٤٤.

(٢) تقدم.

حنيفة وهو: أن المشرق قبله أهل المغرب، والمغرب قبله أهل المشرق، والجنوب قبله أهل الشمال، [والشمال قبله أهل الجنوب]<sup>(١)</sup>. وعن مالك أن الكعبة قبله أهل المسجد، والمسجد قبله أهل مكة، ومكة قبله أهل الحرم، والحرم قبله أهل الدنيا.

وإذا ثبت هذا الأصل فنقول: الخطأ في التيامن والتياسر إن ظهر بالاجتهاد وكان ذلك بعد الفراغ من الصلاة فلا يقتضي وجوب الإعادة؛ لأن الخطأ في الجهة والحالة هذه لا يؤثر في التيامن، والتياسر أولى، وإن كان في أثناء الصلاة فينحرف ويبنى، ولا يعود فيه الخلاف المذكور في نظيره من الخطأ في الجهة؛ لأننا استبعدنا الصلاة الواحدة إلى جهتين مختلفتين. فأما الالتفات اليسير فإنه لا يبطل الصلاة وإن كان عمداً.

أما إذا ظهر الخطأ في التيامن والتياسر يقيناً، فيبنى على أن الفرض إصابة عين الكعبة، أما إصابة جهتها فإن قلنا: الفرض إصابة الجهة فلا أثر لهذا الخطأ في وجوب الإعادة إن ظهر بعد الصلاة ولا في وجوب الاستئناف إن ظهر في أثناءها.

وإن قلنا: الفرض إصابة العين ففي الإعادة والاستئناف القولان المذكوران في الخطأ في الجهة؛ ثم قال صاحب «التهذيب» وغيره: لا يستيقن الخطأ في الانحراف مع بعد المسافة عن مكة وإنما يظن.

أما إذا قربت المسافة فكل منهما ممكن، وهذا كالتوسط بين اختلاف أطلقه أصحابنا العراقيون في أنه هل يتيقن الخطأ في الانحراف من غير معاينة الكعبة بلا فرق بين قرب المسافة وبعدها. فقالوا: قال الشافعي - رضي الله عنه - لا يتصور ذلك، إلا بالمعاينة. وقال بعض الأصحاب يتصور - والله أعلم - هذا شرح المسألة.

وأما قوله: (يرجع حاصلهما إلى أن بين المشتد في الاستقبال... إلى آخره، فهو كلام نحاه فيه نحو إمام الحرمين - رحمة الله عليه -، وذلك أنهما حكيا أن الأصحاب بنوا الخلاف في خطأ التيامن والتياسر على الخلاف في أن مطلوب المجتهد عين الكعبة أو جهتها، واعتراضاً على هذه العبارة فقالوا: محاذاة الجهة غير كافية؛ لأن القريب من الكعبة إذا خرج عن محاذاة العين لا تصح صلاته، وإن كان مستقبلاً للجهة ومحاذاة العين لا يمكن اعتبارها، فإن البعيد عن الكعبة على مسافة شاسعة لا يمكنه إصابة العين ومسامتها، والمحال لا يطلب.

وأيضاً فالصف الطويل في آخر المسجد تصح صلاته جميعهم مع خروج بعضهم عن محاذاة العين، وإذا بطل ذلك فما موضع الخلاف؟ وما معنى العين والجهة؟ ذكرنا

(١) سقط في ب.



أن الانحراف اليسير لا يسلب اسم الاستقبال عن البعيد عن الكعبة في المسجد وإن كان يسلبه عن القريب من الكعبة، وإذا لم يسلبه عن البعيد الواقف في المسجد [كان أولى] (١) أن لا يسلبه عن الواقف في أقصى المشرق والمغرب، ثم البصير بأدلة القبلة يجعل التفاوت البعيد وانحرافه على درجتين:

إحدهما: الانحراف السالب لاسم الاستقبال، وهو الكثير منه وإن لم ينته إلى أن يولي الكعبة يمينه أو يساره.

والثاني: الانحراف الذي لا يسلب اسم الاستقبال، وفي هذه الدرجة مواقف يظن الماهر في الأدلة أن بعضها أشد من بعض، وإن شملها أصل الشداد، فهل يجب طلب الأشد أم لا؟ فيه الخلاف، وربما أشعر كلام إمام الحرمين بإثبات ثلاثة درجات: ألتفات بقطع البصير بأنه يسلب اسم الاستقبال، وألتفات يقطع بأنه لا يسلبه، وألتفات يظن أنه لا يسلب لكنه لا يقطع به، فهل تجوز القناعة بالشداد المظنون أم يجب طلب المقطوع به؟ فيه الخلاف، هذا ما ذكره، والجمهور على التعبير عن الخلاف بالعين والجهة، واتفق العراقيون والقفال على ترجيح القول الصائر إلى أن المطلوب العين، ولهم أن يقولوا: لا نسلم أن البعيد لا يمكنه إصابة عين الكعبة بل عليه ربط الفكر في أجهاده بالعين دون الجهة، وأما الصف الطويل فلا نسلم خروج بعضهم عن محاذاة العين؛ وذلك لأن التباعد من الحرم الصغير يوجب زيادة محاذاة العين كما تقدم.

قال الغزالي: فَرُوعٌ أَرْبَعَةٌ: الْأَوَّلُ إِذَا صَلَّى الظُّهْرَ بِأَجْتِهَادٍ، فَهَلْ يَلْزَمُهُ الْأَسْتِثْنَاءُ لِلْعَضْرِ؟ فَعَلَى وَجْهَيْنِ، وَلَوْ أَدَّى اجْتِهَادَ رَجُلَيْنِ إِلَى جِهَتَيْنِ فَلَا يَفْتَدِي أَحَدُهُمَا بِالْآخِرِ، وَإِذَا تَحَرَّمَ الْمُقْلَدُ فِي الصَّلَاةِ، فَقَالَ لَهُ مَنْ هُوَ دُونَ مُقْلِدِهِ أَوْ مِثْلُهُ: أَخْطَأَ بِكَ فَلَا نَمَّ يَلْزَمُهُ قَبُولُهُ وَإِنْ كَانَ أَعْلَمَ فَهَوَ كَتَفَعِيرٍ اجْتِهَادِ الْبَصِيرِ فِي أَثْنَاءِ صَلَاتِهِ فِي نَفْسِهِ، وَلَوْ قَطَعَ بِخَطِيئِهِ وَهُوَ عَدَلٌ لَزِمَهُ الْقَبُولُ؛ لِأَنَّ قِطْعَةَ أَرْجَحَ مِنْ ظَنِّ غَيْرِهِ، وَلَوْ قَالَ الْبَصِيرُ لِلْأَعْمَى: الشَّمْسُ وَرَأَاكَ وَهُوَ عَدَلٌ فَعَلَى الْأَعْمَى قَبُولُهُ؛ لِأَنَّهُ إِخْبَارٌ عَنِ مَحْسُوسٍ لَا عَنِ اجْتِهَادٍ.

قال الرافعي: خَتَمَ الْبَابَ بِفُرُوعٍ:

أحدها: إذا صلى إلى جهة بالاجتهاد، ثم دخل عليه وقت صلاة أخرى، أو أراد قضاء فاتته فهل يحتاج إلى تجديد الاجتهاد للفريضة الثانية؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن الأصل استمرار الظن الأول، فيجري عليه إلى أن يتبين خلافه.

(١) في ط فأولى.

وأظهرهما: نعم سعيًا في إصابة الحق؛ لأن الاجتهاد الثاني إن وافق الأول تأكد الظن، وإن خالفه فكذلك، لأن تغيير الاجتهاد لا يكون إلا لأمانة أقوى من الأمانة الأولى، وأكد الظنين أقرب إلى اليقين، وهذان الوجهان كالوجهين في طلب الماء في التيمم، وكالوجهين في المفتي إذا استفتى عن واقعة واجتهد وأجاب فاستفتى مرة أخرى عن تلك الواقعة هل يحتاج إلى تجديد الاجتهاد؟ وأما النوافل فلا يحتاج إلى تجديد الاجتهاد لها [كما لا يحتاج إلى تجديد التيمم لها]<sup>(١)</sup> ذكره صاحب «التهذيب» وغيره فإن قلت: ذكرت أن الوجهين في وجوب تجديد الطلب مخصوصان بما إذا لم يبرح عن مكانه، فهل الأمر كذلك هاهنا؟ قلنا: في كلام بعض الأصحاب ما يقتضي تخصيص الوجهين بما إذا كان في ذلك المكان هاهنا أيضاً، لكن الفرق ظاهر؛ لأن الطلب في موضع لا يفيد معرفة العدم في موضع آخر، والأدلة المعروفة لكون الجهة جهة القبلة قد لا تختلف بالمكانين فإن أكثرها سماوية، ولا تختلف دلالتها بالمسافات القريبة.

الثاني: لو أدى اجتهاد رجلين إلى جهتين فكل واحد منهما يعمل باجتهاده، ولا يقتدي أحدهما بالآخر، فإن كل واحد منهما مخطيء عند الثاني، فصار كما لو اختلف اجتهادهما في الإناءين والثوبين، ولو اجتهد جماعة وتوافق اجتهادهم فأهم واحد منهم، ثم تغير اجتهاد واحد من المأمومين فعليه أن يفارقه، وينحرف إلى الجهة الثانية، وهل عليه أن يستأنف أم له البناء؟ فيه الخلاف الذي قدمناه في تغيير الاجتهاد في أثناء الصلاة، وللخلاف هاهنا مأخذ آخر، وهو أنا سنذكر خلافاً في أن المأموم هل له أن يفارق الإمام أم لا، وهل يفترق الحال بين أن يفارق بعذر أو غير عذر؟ ثم منهم من قال: هذه المفارقة بعذر، ومنهم من قال: هو مقصر بترك إمعان البحث والنظر، ولو عذر ولو تغير اجتهاد الإمام فينحرف إلى الجهة الأخرى، إما بانياً أو مستأنفاً على الخلاف الذي سبق، وهم يفارقونه فلو اختلف اجتهاد رجلين في التيامن والتياسر والجهة واحدة [فإن أوجينا على المجتهد رعاية ذلك فهو الاختلاف في الجهة فلا يقتدي أحدهما بالآخر]<sup>(٢)</sup>، وإلا فلا بأس.

الثالث: إذا شرع المقلد في الصلاة بالتقليد ثم قال: له عدل أخطأ بك من قلدته، فلا يخلو إما أن يقول ذلك عن اجتهاد أيضاً أو عن علم ومعينة، فهما حالتان:

فأما في الحالة الأولى فننظر: إن كان قول الأول أرجح عنده وأولى بالاتباع إما لزيادة عدالته وهديته إلى الأدلة فلا اعتبار بقول الثاني إذ أقوى لا يرفع بالأضعف، وإن كان قول الثاني مثل قول الأول، أو لم يعرف أنهما مثلان أو أحدهما أقوى من

(٢) سقط في ب.

(١) سقط في ب.

الآخر فكذلك لا أثر لقول لثاني، وإن كان قول الثاني أرجح عنده فهو كتغيير أجتهد البصير المجتهد في نفسه فيعود فيه الخلاف المقدم في أنه يبني أو يستأنف كذا هو في «التهذيب» وغيره، ولو اجتهد المجتهد الثاني بعد الفراغ من الصلاة لم يلزمه الإعادة، وإن كان قول الثاني أرجح، كما لو تغير اجتهد المجتهد بعد الفراغ.

وقوله: (فقال له من هو دون مقلده أو مثله) أراد به هذه الحالة الأولى أي قال ذلك عن أجتهد.

وأما قوله: (لم يلزمه قبوله) فلعلك تقول قد عرفت أنه لا يلزمه فهل يجوز قبوله فالجواب أن هذا يرتب على أن المقلد إذا وجد مجتهدين قبل الشروع في الصلاة أحدهما أعلم من الآخر فهل يجب عليه أن يأخذ بقول الأعمى أم يتخير؟ فإن قلنا بالأول فلا يجوز قبوله، وإن قلنا بالثاني ففيه خلاف؛ لأنه إن بنى كان مصلياً للصلاة الواحدة إلى جهتين وإن استأنف كان مبطلاً للفرض من غير ضرورة، وفي نظائر كل واحد منهما خلاف.

الحالة الثانية: أن يخبره عن علم ومعاينة فيجب الرجوع إلى قوله لاستناده إلى اليقين واعتماد الأولى على الاجتهاد، ولا فرق هاهنا بين أن يكن قول الثاني أصدق عنده أو لا يكون، ومن هذا القبيل أن يقول للأعمى: أنت مستقبل للشمس أو مستدير، والأعمى يعرف أن قبلته ليست في صوب المشرق ولا المغرب فيجب قبول قوله، ويكون هذا بمثابة ما لو تيقن المجتهد الخطأ في أثناء الصلاة، فيلزمه الاستئناف على الصحيح، ولو قال الثاني: إنك على الخطأ قطعاً فكذلك يجب قبوله، فإن قطعه أرجح من ظن الأول، فينزل قطعه منزلة الإخبار عن محسوس، ثم القاطع بالخطأ قد يخبر عن الصواب قاطعاً به وقد يخبر عنه مجتهداً ويجب قبوله على التقديرين لبطلان تقليد الأول بقطعه، ولا يمكن أن يكون قطعه بالخطأ عن اجتهاد فإن الاجتهاد لا يفيد القطع، فلا عبرة بالعبرة بالفارغة عن المعنى، وكل ما ذكرناه مفروض فيما إذا أخبره الثاني عن الصواب والخطأ جميعاً، فأما إذا أخبره عن الخطأ على وجه يجب قبوله ولم يخبره هو ولا غيره عن الصواب فهو كتغيير اجتهاد المجتهد في أثناء الصلاة وقد سبق حكمه - والله أعلم -.

فإن قلت: وعد في الكتاب بأربعة فروع ولم يذكر إلا ثلاثة قلت: المسائل المذكورة في هذا الفصل لم يعدها في «الوسيط» إلا ثلاثة فروع وجعل في أولها فرعاً آخر، هاهنا عدها أربعة من غير ذلك المضموم فيجوز أن يقال جعل حالي الفرع الأخير فرعين ويجوز غير ذلك والأمر فيه هين.

## الباب الرابع

### في كيفية الصلاة

قال الغزالي: وَأَزْكَائِهَا أَحَدَ عَشَرَ: التَّكْبِيرُ وَالْقِرَاءَةُ وَالْقِيَامُ وَالرُّكُوعُ وَالْأَعْتِدَالُ عَنْهُ وَالسُّجُودُ، وَالْقَعْدَةُ بَيْنَ السُّجُودَيْنِ مَعَ الطَّمَأِينَةِ فِي الْجَمِيعِ، وَالتَّشَهُدُ الْأَخِيرُ، وَالْقُعُودُ فِيهِ، وَالصَّلَاةُ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ، وَالسَّلَامُ (ح)، وَالتَّيَّةُ بِالشَّرْطِ أَشْبَهُ.

قال الرافعي: الصلاة في الشريعة عبارة عن الأفعال المفتتحة بالتكبير المختمة بالتسليم، ولا بد من رعاية أمور آخر ليقع الاعتداد بتلك الأفعال وتسمى هذه الأمور شروطاً وتلك الأفعال أركاناً فجعل هذا الباب في الأركان والذي يليه في الشروط، ولا بد من معرفة الفرق بينهما. واعلم أن الركن والشروط يشتركان في أنه لا بد منهما وكيف يفترقان؟ منهم من قال: يفترقان افتراق العام والخاص، ولا معنى للشروط إلا ما لا بد منه، فعلى هذا كل ركن شرط ولا ينعكس.

وقال الأكثرون: يفترقان افتراق الخاصين ثم فسر قوم الشرط بما يتقدم على الصلاة كالطهارة وستر العورة<sup>(١)</sup>، والأركان بما تشتمل عليه الصلاة، ويرد على هذا ترك الكلام والفعل الكثير وسائر المفسدات فإنها لا تتقدم على الصلاة وهي معدودة من الشروط دون الأركان، ولك أن تفرق بينهما بعبارتين:

إحدهما: أن تقول يعني بالأركان المفروضات المتلاحقة النبي أولها التكبير وآخرها التسليم، ولا يلزم التروك فإنها دائمة لا تَلْحَقُ وَلَا تُلْحَقُ، ونعني بالشروط ما عداها من المفروضات.

والثانية: أن نقول يعني بالشرط ما يعتبر في الصلاة بحيث يقارن كل معتبر سواه، وبالركن ما يعتبر لا على هذا الوجه.

مثاله: الطهارة تعتبر مقارنتها للركوع والسجود وكل أمر معتبر ركناً كان أو شرطاً، والركوع معتبر لا على هذا الوجه.

إذا تبين ذلك فحقيقة الصلاة تتركب من هذه الأفعال المسماة أركاناً وما لم يشرع فيها لا يسمى شارعاً في الصلاة وإن تطهر وستر العورة واستقبل القبلة، وهذا واضح في عرف الشرع وإطلاقاته ثم إن المصنف عد الأركان أحد عشر يعني أجناسها، ثم منها ما لا يتكرر كالسلام ومنها ما يتكرر إما في الركعة الواحدة كالسجود، أو بحسب عدد

(١) في ط (وغيرها).

الركعات كالركوع، ولم يعد الطمأنينة في الركوع وغيره أركاناً، بل جعلها في كل ركن كالجُزء منه والهيئة التابعة له، وبه يشعر قوله ﷺ للأعرابي: «ثُمَّ اذْكَغْ حَتَّى تَطْمَئِنَّ رَاكِعاً»<sup>(١)</sup> [ومنهم من جعلها أركاناً مستقلة]<sup>(٢)</sup> وضم صاحب «التلخيص» إلى الأركان المذكورة استقبال القبلة، واستحسنه القفال وصوبه، ومن فرض نية الخروج والمواولة والصلاة على آل النبي ﷺ ألحقها بالأركان، ومنهم من ضم إلى الأحد عشر التي ذكرها الترتيب في الأفعال، وهكذا أورد صاحب «التهديب»، ويظهر عده من الأركان على العبارة الثانية (في تفسير الركن، وأما النية)<sup>(٣)</sup> فقد حكى الشيخ أبو حامد وغيره وجهين في أنها من قبيل الشرائط أو من الأركان.

أحدهما: وهو الأشبه عند صاحب الكتاب: أنها من الشرائط؛ لأن النية تتعلق بالصلاة فتكون خارجة عن الصلاة وإلا لكانت متعلقة بنفسها ولا اقترن إلى نية أخرى.

وأظهرهما: عند الأكثرين: أنها من الأركان لاقترانها بالتكبير وانتظامها مع سائر الأركان، ولا يبعد أن تكون من الصلاة وتتعلق بسائر الأركان ويكون قول النابوي أصلي عبارة بلفظ الصلاة عن سائر الأركان تعبيراً باسم الشيء عن معظمه، وبهذا الطريق سماها المصنف في الصوم ركناً، وإلا فما الفرق؟ ولك أن تعلم قوله: (وأركانها أحد عشر) بالواو لما حكينا من الاختلاف على أن أكثره يرجع إلى التعبيرات وكيفية العد وحظ المعنى لا يختلف، وأبو حنيفة وسائر العلماء - رحمة الله عليهم - يخالفون في بعض الأركان المذكورة، وسنذكر مذهبهم عند تفصيل القول فيها فإن الغرض الآن تراحم جملته، وإذا ذكرنا مذهبهم تبينت المواضع المحتاجة إلى العلامات من هذا الفصل.

قال الغزالي: وَالْأَبْعَاضُ أَرْبَعَةٌ: الْقُنُوتُ وَالتَّشَهُدُ الْأَوَّلُ وَالْقُعُودُ فِيهِ وَالصَّلَاةُ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ فِي التَّشَهُدِ الْأَوَّلِ وَعَلَى الْأَلِ فِي التَّشَهُدِ الْأَخِيرِ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ، وَهَذِهِ الْأَرْبَعُ تُجْبَرُ بِالسُّجُودِ وَمَا عَدَاهَا فَسُنَنٌ لَا تُجْبَرُ بِالسُّجُودِ.

قال الرافعي: للصلاة مفروضات ومندوبات. أما المفروضات فهي الأركان والشروط.

وأما المندوبات فقسمان: مندوبات يشرع في تركها سجود السهو، ومندوبات لا يشرع فيها ذلك، والتي تقع في القسم الأول تسمى أبعاضاً، ومنهم من يخصها باسم

(١) أخرجه البخاري (٧٥٧ - ٧٩٣) ومسلم (٣٩٧).

(٢) سقط في ب.

المسنونات، وتسمى التي تقع في القسم الثاني هيئات.

قال إمام الحرمين: وليس في تسميتها أبعاضاً توقيف ولعل معناها أن الفقهاء قالوا: يتعلق السجود ببعض السنن دون البعض، والتي يتعلق بها السجود أقل مما لا يتعلق، ولفظ البعض في أقل قسمي الشيء أغلب إطلاقاً، فلذلك سميت هذه الأبعاض، وذكر بعضهم أن السنن المجبورة بالسجود وقد تأكد أمرها وجاوز حد سائر السنن، وبذلك القدر من التأكيد شاركت الأركان فسميت أبعاضاً تشبيهاً بالأركان التي هي أبعاض وأجزاء حقيقة، وسيأتي وجه شرعية سجود السهو فيها في باب السجودات، وقد ذكرها المصنف في ذلك الباب، ولو لم يتعرض لها في هذا الموضع لما مر، لكنه لما ترجم الباب بكيفية الصلاة وعدت هذه السنن<sup>(١)</sup> من أبعاضها أستحسن ذكرها في هذا الموضع أيضاً، ثم أنه عددها أربعة:

أحدها: القنوت . وثانيها: التشهد الأول . وثالثها: القعود فيه .

ورابعها: الصلاة على النبي ﷺ فيه، وفي استحبابها قولان يذكران من بعد، فإن قلنا بالاستحباب فهو من الأبعاض، وألحق بهذه الأربعة شيان:

أحدهما: الصلاة على الآل في التشهد الثاني إن قلنا إنها مستحبة لا واجبة، وكذلك في التشهد الأول إن استحبابها تفرعاً على استحباب الصلاة على الرسول ﷺ فيه، وهذا الخامس قد ذكره في الكتاب في باب السجودات، ونشرح الخلاف فيه من بعد إن شاء الله تعالى.

والثاني: القيام للقنوت<sup>(٢)</sup> عد بعضاً برأسه، وقراءة القنوت بعضاً آخر، حتى لو وقف ولم يقرأ سجد للسهو، وهذا هو الوجه إذا عدنا التشهد بعضاً والقعود له بعضاً آخر، وقد أشار إلى هذا التفصيل في القنوت إمام الحرمين - قدس الله روحه - وصرح به في «التهذيب» ثم كون القنوت بعضاً لا يختص بصلاة الصبح بل هو بعض في الوتر أيضاً في النصف الأخير من رمضان، وقوله: (وما عداها فسنن لا تجبر بالسجود) ينبغي أن يعلم بالحاء والميم والألف لما سيأتي في باب «سجود السهو».

قال الغزالي: الرُّحْنُ الْأَوَّلُ التَّكْبِيرُ، وَلَتُكْنِ النِّيَّةُ مَقْرُونَةً بِهِ بِحَيْثُ تُخَضَّرُ فِي الْعِلْمِ صِفَاتُ الصَّلَاةِ، وَيَقْتَرِنُ الْقَضْدُ إِلَى هَذَا الْمَعْلُومِ بِأَوَّلِ التَّكْبِيرِ، وَيَبْقَى مُسْتَدِيمًا لِلْقَضْدِ وَالْعِلْمِ إِلَى آخِرِ التَّكْبِيرِ، فَلَمْ عَزَبَتْ بَعْدَ التَّكْبِيرِ لَمْ يَضُرَّ، وَلَوْ عَزَبَتْ قَبْلَ تَمَامِ التَّكْبِيرِ فَوَجَّهَانِ.

(٢) في ط والقعود.

(١) في ط الصلاة.

قال الرافي: لما لم يعد النية ركناً خلط مسائلها بمسائل التكبير؛ لأن وقت النية هو التكبير، ويجب أن تكون النية مقارنة للتكبير خلافاً لأبي حنيفة وأحمد حيث قالوا: لو تقدمت النية على التكبير بزمان يسير ولم يعرض شاغل عن الصلاة جاز الدخول في الصلاة بتلك النية.

لنا أن التكبير أول أفعال العبادة فيجب مقارنة النية له كالحج وغيره؛ ولهذا لو تقدمت بزمانٍ طويل لم يجز بخلاف الصوم لما في اعتبار المقارنة ثم من عسر مراقبة طلوع الفجر، ولهذا يحتمل فيه التقدم بالزمان الطويل، ثم في كيفية المقارنة وجهان: أحدهما: أنه يجب أن يتبدى النية بالقلب مع ابتداء التكبير باللسان، ويفرغ منها مع الفراغ من التكبير.

وأصحهما: أنه لا يجب ذلك بل لا يجوز لأن التكبير من الصلاة فلا يجوز الإتيان بشيء منه قبل تمام النية، وعلى تقدير التوزيع يكون أول التكبير خالياً عن تمام النية المعتبرة، وهذا هو الذي ذكره في الكتاب حيث قال: (ويقترن القصد إلى هذا المعلوم بأول التكبير) ثم اختلفوا على هذا الوجه، فقال قوم منهم أبو منصور بن مهران شيخ الأودني: يجب أن تتقدم النية على التكبير ولو بشيء يسير ليأمن من تأخر أولها عن أول التكبير، واستشهد عليه بالصوم.

وقال الأكثرون: لا يجب ذلك، ولو قدم فالاعتبار للنية المقارنة بخلاف الصوم، فإن التقدم كان لورود الشرع بالتبیت، ثم سواء قدم، أو لم يقدم فهل يجب استصحاب النية إلى أن يفرغ من التكبير فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن ما بعد أول التكبير في حكم الاستدامة، واستصحاب النية في دوام الصلاة لا يجب.

وأصحهما: نعم؛ لأن النية مشروطة في الانعقاد، والانعقاد لا يحصل إلا بتمام التكبير، ألا ترى أنه لو رأى المتيّم الماء قبل تمام التكبير يبطل تيممه، وأما بعد التكبير فلا يشترط استصحاب النية، ولا يضر عزوبها لما في تكليف استصحابها من العسر.

وأما قوله: «بحيث تحضر في العلم صفات الصلاة...» إلى آخره، فهو بيان لحقيقة النية وما تنفقر إليه، وذلك أن النية قصد، والقصد يتعلق بمقصد، ولا بد وأن يكون المقصد معلوماً، فالناوي يحضر في ذهنه أولاً ذات الصلاة وما يجب التعرض لها من صفات كالظهيرية والعصرية وغيرهما كما سيأتي، ثم يقصد إلى هذا المعلوم ويجعل قصده مقارناً لأول التكبير، ولا يغفل عن تذكره حتى يتم التكبير.

وقوله: (ويبقى مستديماً للقصد والعلم إلى آخر التكبير) ينبغي أن يتنبه فيه لشيئين:

أحدهما: أنه لو لم يتعرض في مثل هذا الموضوع للعلم لكان الفرض حاصلًا؛ لأن المستدام هو القصد إلى الصلاة بصفاتهما المعتبرة ولا يمكن استدامة هذا القصد إلا باستدامة حضور المقصود في الذهن وهو العلم.

والثاني: أن هذا الكلام بيان لما ينبغي أن يفعله المصلي، ثم هو واجب أو مسنون قد نبه آخر بقوله: (وإن عَزُبَتْ قبل تمام التكبير فوجهان) وإن قلنا يجوز فالاستدامة مسنونة وإلا فواجبة.

قال الغزالي: وَلَوْ طَرَأَ فِي دَوَامِ الصَّلَاةِ مَا يَتَنَاقَضُ جَزْمَ النِّيَّةِ بَطْلًا، كَمَا لَوْ نَوَى الْخُرُوجَ فِي الْحَالِ أَوْ فِي الرَّكْعَةِ الثَّانِيَةِ أَوْ تَرَدَّدَ فِي الْخُرُوجِ، وَلَوْ عَلِقَ نِيَّةَ الْخُرُوجِ بِدُخُولِ شَخْصٍ إِنْ دَخَلَ فِيهِ الْبُطْلَانِ وَجْهَانِ.

قال الرافعي: استدامة النية وإن لم يكن شرطاً في دوام الصلاة، إلا أن الامتناع عما يناقض جزم النية شرط، فإن هذا هين وإن كان الأول عسيراً وهذا كالإيمان لا يشترط فيه استحضار العقد الصحيح على الدوام، ولكن يستدام حكمه ويشترط الامتناع عما يناقضه.

إذا تبين ذلك فنقول: لو نوى الخروج من الصلاة في أثنائها بطلت صلاته، فإن هذه النية تتناقض قصده الأول، ولو تردد في أنه يخرج أو يستمر فلذلك تبطل صلاته، لما بين التردد والجزم من التنافي.

قال إمام الحرمين: والمراد من هذا التردد أن يطرأ له الشك المناقض للجزم واليقين، ولا عبرة بما يجري في الفكر أنه لو تردد في الصلاة<sup>(١)</sup>، كيف يكون الحال فإن ذلك مما يبتلي به الموسوس، وقد يقع له ذلك في الإيمان بالله تعالى أيضاً فلا مبالاة به. ولو نوى الخروج من صلاته في الركعة الثانية أو علق الخروج بشيء آخر يقع<sup>(٢)</sup> في صلاته لا محالة بطلت صلاته في الحال؛ لأنه قطع موجب النية، فإن موجبها الاستمرار على الصلاة إلى انتهائها وهذا يناقضه، وحكى في «النهاية» عن كلام الشيخ أبي علي: أنه لا تبطل صلاته في الحال. ولو رفض هذا التردد قبل الانتهاء إلى الغاية المضروبة صحت صلاته فلا بأس بإعلام قوله: (أو في الركعة الثانية) بالواو لهذا الكلام وإن كان غريباً، ولو علق نية الخروج بدخول الشخص ونحوه مما يجوز عروضة في الصلاة وعدمه فهل تبطل صلاته في الحال؟ فيه وجهان:

أصحهما: نعم، كما لو قال: إن دخل فلان تركت الإسلام، فإنه يكفر في

(٢) في ط يقع.

(١) سقط في ط.



الحال، وكما لو شرع في الصلاة على هذه النية لا تتعقد صلاته بلا خلاف.

**والثاني:** لا تبطل في الحال فإن ذلك المعلق عليه ربما لا يوجد فتبقى النية على استمرارها، فعلى هذا لو دخل الشخص ووجدت الصفة المعلق عليها فهل تبطل الصلاة حينئذ؟ وجهان عن الشيخ أبي محمد: أنها لا تبطل إذ لو بطلت لبطلت في الحال لقيام التردد، فإذا لم تبطل لم يكن لهذا التردد وقع، وكان وجوده وعدمه بمثابة واحدة، وقطع الأكثرون بأنها تبطل عند وجود الصفة فإنه مقتضى تعليقه.

قال إمام الحرمين: ويظهر على هذا أن يقال: يتبين عند وجود الصفة أن الصلاة بطلت من وقت التعليق لا بوجود الصفة يعلم أن التعليق خالف مقتضى النية المعتبرة في الصلاة، وموضع الوجهين المفرعين على الوجه الثاني ما إذا وجدت الصفة وهو ذاهل عن التعليق المقدم. أما إذا لم يكن ذاهلاً فلا خلاف في بطلان صلاته؛ وليكن قوله: (ولو طرأ في دوام الصلاة ما يناقض جزم النية بطل) معلماً بالحاء؛ لأن عنده لا أثر لنية الخروج لا في الحال ولا في المآل، ولا للتردد في الخروج. وليس قوله: (ما يناقض جزم النية) مجرى على إطلاقه؛ لأن الغفلة عن جزم النية يناقضه، وهي غير قاذحة<sup>(١)</sup> كما سبق والمراد ما عدا الغفلة.

واعلم أنه لو لم ينو الخروج مطلقاً ولكن نوى الخروج من الصلاة التي شرع فيها وصرفها إلى غيرها كأن قصد الخروج المطلق في أن الصلاة المشروع فيها تبطل، ثم ينظر إن صرف فرضاً إلى فرض كما لو شرع في الظهر ثم صرفها إلى العصر لا يصير عسراً، وإن صرف فرضاً إلى سنة راتبة أو بالعكس فكذلك، وفي بقاء صلاته نفلاً في هذه الصورة قولان نذكرهما من بعد:

قال الغزالي: **وَلَوْ شَكَّ فِي أَضَلِّ النَّيَّةِ وَمَضَى مَعَ الشُّكِّ رُكُنٌ لَا يَزَادُ مِثْلُهُ فِي الصَّلَاةِ كَرْكُوعٍ بَطُلٌ، وَإِنْ لَمْ يَمْضِ وَقَصُرَ الزَّمَانُ لَمْ يَبْطُلْ، وَلَوْ طَالَ فَوَجْهَانِ، وَالصَّوْمُ يَبْطُلُ بِالتَّرُدِّ فِي العُرُوجِ عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ عَقْدٌ وَتَحْرِيمٌ يُؤَثِّرُ القَضْدُ فِيهِ.**

قال الرافعي: الفصل يشتمل على مسألتين وثانيتها في نظام الكتاب أولاهما بالتقديم لمضاهاتها المسائل المتقدمة على هذا الفصل فتقدمها، ونقول: لو تردد الصائم في أنه هل يخرج من صومه أم لا أو علق نية الخروج بدخول شخص فقد ذكر المعظم أن صومه لا يبطل، وأشعر كلامهم بنفي الخلاف فيه، وذكر ابن الصباغ في «كتاب الصوم» أن أبا حامد حكى فيه وجهين كما سنذكره في الصورة الآتية، ولو جزم نية الخروج ففيه وجهان:

(١) في ط على ما.

أحدهما: تبطل كما في الصلاة.

وأظهرهما: وبه قال أبو حنيفة: لا كما في الحج.

والفرق بين الصوم والصلاة أن الصلاة يتعلق تحريمها وتحللها بقصد الشخص وأختياره، والصوم بخلافه، فإن الثاوي ليلاً يصير شارعاً في الصوم بطلوع الفجر وخارجاً منه بغروب الشمس، وإن لم يكن له شعور بهما، وإذا كان كذلك كان تأثر الصلاة بضعف النية فوق تأثر الصوم، ولهذا يجوز تقديم النية على أول الصوم وتأخيرها في الجملة عن أوله، ولا يجوز ذلك في الصلاة، والمعنى فيه أن الصلاة أفعال وأقوال، والصوم ترك وإمسك والأفعال إلى النية أخرج من الترك.

إذا تقرّر ذلك فقله في الكتاب: (وكذا يحرم الخروج) مقطوع عما قبله على ما أشعر به كلام المعظم، ولا جريان للوجهين في صورة التردد، وعلى ما رواه ابن الصباغ: يجوز صرف الوجهين إلى الصورتين، والأول هو قضية إيراده في «الوسيط».

**المسألة الأخرى:** لو شك في صلاته في أنه هل أتى بالنية المعتبرة في ابتدائها، سواء شك في أصلها أو في بعض شروطها، فينظر: إن أحدث على الشك ركناً فعلياً كالركوع والسجود بطلت صلاته، وإن أحدث ركناً قولياً كالقراءة والتشهد فهل هو كالفعلي حتى تبطل الصلاة بمضيه على الشك أيضاً؟ اختلف الناقلون فيه: فمنهم من قال: لا فرق بأن المأتي به على التردد غير محسوب فلا بد من إعادته والأركان الفعلية إذا زيدت عمداً بطلت الصلاة، ولئن عد معذوراً في الإعادة فهو غير معذور في الإنشاء على الشك، بل كان من حقه التوقف، وأما الأركان القولية فزيادتها عمداً لا تبطل الصلاة فلا يضر إحداثها على التردد، وهذه الطريقة هي المذكورة في الكتاب فإنه قال: (ومضى مع الشك ركن لا يزداد مثله في الصلاة) وقصد به الاحتراز عن القراءة والتشهد ومد الطمأنينة، وهذا مبني على ظاهر المذهب في أنه لا تبطل الصلاة بتكرير الفاتحة والتشهد عمداً بخلاف تكرير الركوع والسجود.

وفيه وجه منقول عن أبي الوليد النيسابوري وغيره، أن تكرير الفاتحة كتكرار الركوع، فلا فرق على ذلك الوجه، ومنهم من سوى بين الأركان القولية والفعلية وعللوا البطلان بأن المأتي به على الشك إذا لم يكن محسوباً فالاشتغال به تلاعب بالصلاة، فليمتنع مما ليس من الصلاة ولا فائدة فيه، وليتوقف إلى التذكر، وهذه الطريقة أظهر، وبها قال العراقيون ورووها عن نص الشافعي - رضي الله عنه - وليكن قوله: (لا يزداد مثله في الصلاة) معلماً بالواو لأنه مذكور للتقييد، ولا تقييد على هذه الطريقة الأخيرة وإن لم يحدث شيئاً من فروض الصلاة على التردد حتى يذكر النية نظر: إن قصر الزمان لم يضر أيضاً؛ لأنه معذور في عروضه وكثيراً ما يعرض الشك ويزول فيعفى عنه، وإن طال فوجهان:

أحدهما: أنه لا يضر أيضاً؛ لأنه قد أتى بما يليق بالحال حيث لم يحدث على الشك قولاً ولا تقصير منه في عروضه.

وأظهرهما: البطلان لانقطاع نظم الصلاة وندرة مثل هذا الشك، وشبهوا الوجهين بالوجهين فيما إذا كثر الكلام ناسياً.

والفرق بين طول الزمان وقصره سيأتي في نظائر المسألة.

قال الغزالي: **ثُمَّ كَيْفِيَّةُ النِّيَّةِ أَنْ يَنْوِيَ الْأَدَاءَ أَوْ الظُّهْرَ، وَهَلْ يَجِبُ التَّعَرُّضُ لِلْفَرْضِيَّةِ وَالْإِضَافَةِ إِلَى اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ؟ فَوَجْهَانِ، وَالثَّنِيَّةُ بِالْقَلْبِ لَا بِاللِّسَانِ، وَأَمَّا التَّوَافُلُ فَلَا بُدَّ مِنْ تَعْيِينِ الرُّوَاتِبِ بِالْإِضَافَةِ، وَغَيْرِ الرُّوَاتِبِ يَكْفِي فِيهَا نِيَّةُ الصَّلَاةِ مُطْلَقَةً.**

قال الرافعي: الصلاة قسمان: فرائض ونوافل، أما الفرائض فيتعين فيها قصد أمرين بلا خلاف.

أحدهما: فعل الصلاة لتمتاز عن سائر الأفعال، فلا يكفي إخطار نفس الصلاة بالبال مع الغفلة عن الفعل.

الثاني: تعيين الصلاة المأتي بها من ظهر وعصر وجمعة لتمتاز عن سائر الصلوات، ولا يجزئه نية فريضة الوقت عن نية الظهر والعصر في أصح الوجهين؛ لأنه لو تذكر فائتة غير الظهر في وقت الظهر كان الإتيان بها فيه إتياناً في الوقت. قال عليه السلام: «فَلْيُصَلِّهَا إِذَا دَكَرَهَا فَإِنَّ ذَلِكَ وَقْتُهَا»<sup>(١)</sup>. وليست هذه بظهر، ولا يصح الظهر بنية الجمعة.

وفيه وجه ضعيف، وتصح الجمعة بنية الظهر المقصورة إن قلنا: إنها ظهر مقصورة، وإن قلنا: هي صلاة على حيالها لم تصح، ولا تصح بنية مطلق الظهر على التقديرين، واختلفوا في اعتبار أمور سوى هذين الأمرين منها التعرض للفريضة في اشتراطه وجهان أداء كانت الفريضة أو قضاء.

أحدهما: وبه قال ابن أبي هريرة: لا يشترط؛ لأن الشافعي قال في الصبي يصلي ثم يبلغ في آخر الوقت: يجزئه، ولو كانت نية الفرض مشروطة لما أجزأه ذلك؛ لأنه لم ينو الفريضة.

وأظهرهما عند الأكثرين: وبه قال أبو إسحاق: تشترط بأن الظهر قد يوجد من الصبي وممن صلى منفرداً ثم أعادها في الجماعة ولا يكون فرضاً فوجب التمييز.

ولك أن تقول قولنا: المصلي ينوي الفريضة إما أن يعني بالفريضة في هذا المقام

كونها لازمة على المصلي لعينه، أو كونها من الصلوات اللازمة على أهل الكمال، أو شيئاً آخر.

إن عيننا به شيئاً آخر فلنلخصه أولاً ثم لنبحث عن لزومه، وإن عيننا الأول واجب أن لا ينوي الصبي الفريضة بلا خلاف، ولم يفرق الأئمة بين الصبي والبالغ بل أطلقوا الوجهين، وأيضاً فإنهم قالوا - فيمن صلى منفرداً ثم أدرك جماعة -: الصحيح أنه ينوي الفرض بالثاني، وهو غير لازم عليه.

وإن عيننا الثاني فمن تعرض للظهر والعصر فقد تعرض لإحدى الصلوات اللازمة على أهل الكمال، وكونها ظهراً أخص من كونها صلاة لازمة عليهم، والتعرض للأخص يغني عن التعرض للأعم؛ ولهذا كان التعرض للصلاة مغنياً عن التعرض للعبادة ونحوها من الأوصاف، وبهذا البحث يضعف ما ذكر في توجيه الوجهين، ومنها الإضافة إلى الله تعالى بأن يقول: لله أو فريضة الله، فيها وجهان:

أحدهما: وبه قال ابن القاصي: يشترط ليتحقق معنى الإخلاص.

وأصحهما: عند الأكثرين: لا يشترط؛ لأن العبادة لا تكون إلا لله تعالى.

ومنها التعرض لكون المأتي به قضاء أو أداء في أشراطه وجهان:

أحدهما: يشترط أنه ليمتاز كل واحد منهما عن الآخر، كما يشترط التعرض للظهر والعصر.

والثاني: - وهو الأصح عند الأكثرين - أنه لا يشترط بل يصح الأداء بنية القضاء وبالعكس؛ لأن القضاء والأداء كل واحد منهما يستعمل بمعنى الآخر قال الله تعالى: ﴿فَإِذَا قَضَيْتُمْ مَنَاسِكَكُمْ﴾<sup>(١)</sup> أي: أدبتم. ويقال: قضيت الدين وأديته بمعنى، واستشهدوا لهذا الوجه بنص الشافعي - رضي الله عنه - على أنه لو صلى يوم الغيم بالاجتهاد ثم بان أنه صلى بعد الوقت يحكم بوقوعه عن القضاء مع أنه نوى الأداء، ولك أن تقول القول بأن نية الأداء هل تشترط في الأداء ونية القضاء هل تشترط في القضاء، وفرض الخلاف فيه منقذ، لكن قولنا: هل يصح الأداء بنية القضاء وبالعكس إما أن يعني به أن يتعرض في الأداء لحقيقته ولكن ما يجري في قلبه أو على لسانه لفظ القضاء، وكذلك في عكسه، أو يعني به أنه يتعرض في الأداء لحقيقة القضاء وفي القضاء لحقيقة الأداء أو شيئاً آخر إن عيننا به شيئاً آخر فلا بد من معرفته، وإن عيننا الأول فلا ينبغي أن يقع النزاع في جوازه؛ لأن الاعتبار في النية بما في الضمائر، ولا

(١) سورة البقرة، الآية ٢٠٠.

عبرة بالعبارات، وإن عيننا الثاني فلا ينبغي أن يقع نزاع في المنع؛ لأن قصد الأداء مع العلم بخروج الوقت والقضاء مع العلم ببقاء الوقت هزء<sup>(١)</sup> وعبث، فوجب أن لا ينعقد به الصلاة كما لو نوى الظهر ثلاث ركعات أو خمسا<sup>(٢)</sup>.

ومنها التعرض لأستقبال القبلة شرطه بعض أصحابنا، واستبعده الجمهور؛ لأنه إما شرط أو ركن، وليس على الناوي التعرض لتفاصيل الأركان والشرائط.

ومنها التعرض لعدد الركعات شرطه بعضهم، والصحيح خلافه؛ لأن الظهر إذ لم يكن قصراً لا يكون إلا أربعاً.

القسم الثاني: النوافل وهي ضربان:

أحدهما: النوافل المتعلقة بوقت أو سبب فيشترط فيها أيضاً نية فعل الصلاة والتعيين فينوي سنة الاستسقاء، والخسوف، وسنة عيد الفطر، والتراويح، والضحي، وغيرها، وفي الرواتب يعين الإضافة فيقول أصلي ركعتي الفجر أو راتبة الظهر أو سنة العشاء.

وفي الرواتب وجه: أن ركعتي الفجر لا بد فيهما من التعيين بالإضافة وفيما عداهما يكفي نية أصل الصلاة إلحاقاً لركعتي الفجر بالفرائض لتأكيدهما وإلحاقاً لسائر الرواتب بالنوافل المطلقة، وفي الوتر ينوي سنة الوتر ولا يضيفها إلى العشاء فإنها مستقلة بنفسها، وإذا زاد على واحدة ينوي بالجميع الوتر كما ينوي في جميع ركعات التراويح، وحكى القاضي الروياني وجوهاً أخرى:

أحدها: أنه ينوي بما قبل الواحدة صلاة الليل.

والثاني: ينوي سنة الوتر.

والثالث: مقدمة الوتر، ويشبه أن تكون هذه الوجوه في الأولوية دون الاشتراط، وهل يشترط التعرض للنفلية في هذا الضرب؟ اختلف كلام الناقلين فيه وهو قريب من الخلاف في اشتراط التعرض للفرضية في الفرائض والخلاف في التعرض للقضاء والأداء والإضافة إلى الله تعالى يعود هاهنا أيضاً.

الضرب الثاني: النوافل المطلقة فيكفي فيها نية فعل الصلاة؛ لأنها أدنى درجات الصلاة، فإذا قصد الصلاة وجب أن يحصل له، ولم يذكروا هاهنا خلافاً في التعرض للنفلية، ويمكن أن يقال: قضية اشتراط قصد الفرضية لتمييز الفرائض عن غيرها أشترط التعرض للنفلية هاهنا بل التعرض لخاصيتها وهي الإطلاق والانفكاك عن الأسباب والأوقات كالتعرض لخاصية الضرب الأول من النوافل، ثم النية في جميع العبارات

(١) في ط جزء.

(٢) في ط خمس ركعات.

معتبرة بالقلب فلا يكفي النطق مع غفلة القلب ولا يضر عدم النطق ولا النطق بخلاف ما في القلب، كما إذا قصد الظهر وسبق لسانه إلى العصر، وحكى صاحب «الإفصاح» وغيره عن بعض أصحابنا أنه لا بد من التلفظ باللسان؛ لأن الشافعي - رضي الله عنه - قال في الحج: ولا يلزمه «إذا أحرم ونوى بقلبه أن يذكره بلسانه، وليس كالصلاة التي لا تصح إلا بالنطق». قال الجمهور: لم يرد الشافعي - رضي الله عنه - اعتبار التلفظ بالنية، وإنما أراد التكبير، فإن الصلاة تنعقد به، وفي الحج يصير محرماً من غير لفظ وإن عقب النية بقوله إن شاء الله بالقلب أو باللسان فإن قصد التبرك أو وقوع الفعل بمشيئة الله تعالى لم يضره، وإن قصد الشك لم تصح صلاته. وأعود إلى ما يتعلق بلفظ الكتاب فأقول: قوله: (أن ينوي الأداء والظهر) قصد بلفظ الأداء التعرض لشيئين: أحدهما: أصل الفعل وهذا لا بد منه.

والثاني: أوصف المقابل للقضاء وهو الوقوع في الوقت، وهذا فيه خلاف بين الأصحاب كما سبق ذكره<sup>(١)</sup>، وما ذكره جواب على وجه اشتراط نية الأداء في الأداء فليكن [كلمة (الأداء) معلمة بالواو، وقوله: (والنية بالقلب لا باللسان)]<sup>(٢)</sup> معلم بالواو للوجه الذي حكيناه فيه، وهذه المسألة لا تختص بنية الفرائض ولا بنية النوافل بل تعمهما فلو ذكرها في أول مسائل النية أو آخرها لكان أحسن من ذكرها بين قسم الفرائض والنوافل.

وقوله: (فلا بد من تعيين الرواتب بالإضافة) معلم بالواو أيضاً للوجه المنقول فيهما سوى ركعتي الفجر، ثم أهم<sup>(٣)</sup> الرواتب في المشهور للنوافل التابعة للفرائض وهي التي أَرادها بلفظ الرواتب في باب صلاة التطوع لكن لا يمكن حمل اللفظ في هذا الموضع عليها وحدها؛ لأنه قال: وغير الرواتب يكفي فيه نية الصلاة مطلقة، وهذه النية غير كافية في صلاة العيد، وأخواتها مع أنها غير النوافل التابعة للفرائض.

قال الغزالي: وَلَوْ نَوَى الْفَرَضَ قَاعِدًا وَهُوَ قَادِرٌ عَلَى الْقِيَامِ لَمْ يَنْعَقِدْ فَرَضُهُ، وَهَلْ يَنْعَقِدُ نَفْلًا فِيهِ قَوْلَانِ، وَكَذَا الْخِلَافُ فِي التَّحَرُّمِ بِالظُّهْرِ قَبْلَ الرُّوَالِ، وَكُلُّ حَالَةٍ تُنَافِي الْفَرَضِيَّةَ دُونَ التَّفْطِيلِيَّةِ، هَذَا حُكْمُ النَّيَّةِ.

قال الرافعي: الأصل الجامع لهذه المسائل: أن من أتى بما ينافي الفرضية دون النافلة إما في أول صلاته أو في أثنائها وبطل فرضه، فهل تبقى صلاته نافلة أم تبطل مطلقاً؟ فيه قولان، ذكر الأئمة إنهما مأخوذان بالنقل والتخريج من نصوص مختلفة

(٢) سقط في ب.

(١) سقط في ط.

(٣) في ط أشهر.

للسافعي - رضي الله عنه - في صور هذا الأصل فمنها لو دخل في الظهر قبل الزوال لا يصح ظهرًا، ونص أنه يتعقد نفلًا، كذلك رواه الصيدلاني وتابعه صاحب «التهذيب».

ولو تحرم بالفرض منفرداً وجاء الإمام وتقدم ليصلي بالناس قال: أحببت أن يسلم عن ركعتين تكونان نافلة له، ويصلي الفرض في الجماعة فقد صحح النفل مع إبطال الفرض، ونص فيما إذا وجد القاعد خفه في أثناء الصلاة فلم يقم أنه تبطل الصلاة رأساً.

ولو قلب فرضه نفلًا بلا سبب يدعو إليه فقد حكى ابن كج في نضه أن صلاته تبطل، فجعل الأئمة في هذه الصور وأخواتها كلها قولين:

أحدهما: أن صلاته لا تبطل بالكلية وتكون نفلًا؛ لأن الاختلال إنما وقع في شرط الفرض لا في شرط الصلاة بمطلقها، وقد نوى صلاة بصفة الفرضية، فإن بطلت الصفة بقي فرض الصلاة وهذا القصد مصروف إلى النافلة.

والثاني: أنها تبطل؛ لأن المنوي هو الفرض والنفل غير منوي فإذا لم يحصل المنوي فلأن لا يحصل غير المنوي كان أولى.

وهذان القولان كالقولين فيما إذا أحرم بالحج قبل أشهر الحج هل يتعقد عمرة أم لا؟ ولتوجيههما شبه بتوجيه القولين فيما إذا قال لفلان: علي ألف من ثمن الخمر هل يلغو جميع كلامه أم تلغو الإضافة ويلزمه، الألف.

ومن صور هذا الأصل ما إذا نوى الفرض قاعداً وهو قادر على القيام، والمسبوق إذا وجد الإمام في الركوع فيبادر إلى الركوع وأتى ببعض تكبيرة الإحرام بعد مجاوزة حد القيام فلا يصح الفرض فيهما، وهل يكون نفلًا؟ فيه القولان، وأما الأصح من القولين فقد ذكر الأصحاب أنه مختلف باختلاف الصور، ففي إذا تحرم الظهر قبل الزوال إن كان عالماً بحقيقة الحال فالأصح البطلان؛ لأنه متلاعب بصلاته، وإن كان يظن دخول الوقت بالاجتهاد فتبين خلافه فالأصح أنها تكون نفلًا؛ لأنه نوى التقرب إلى الله تعالى وبنى قصد الفرض على اجتهاد، فإذا ظهر الخطأ حسن أن لا يضيع سعيه، وفيما إذا تحرم بالفرض منفرداً، ثم أقيمت الجماعة فانفرد بركعتين وسلم، الأصح أن صلاته تبقى نفلًا؛ لأنه قصد النفل بعد الإعراض عن الفرض، وإنما فعل ذلك لأمر محبوب وهو استئناف الصلاة بالجماعة، وفيما إذا وجد القاعد خفة فلم يقم أو قلب فرضه إلى النفل لا لسبب وعذر الأظهر البطلان؛ لأن الخروج عن الفرض بغير عذر وإبطاله مما لا يجوز، وفيما إذا نوى الفرض قاعداً وهو قادر على القيام الأظهر البطلان أيضاً؛ لتلاعبه بالصلاة، وأما مسألة المسبوق فإن كان عالماً بأنه لا يجوز إيقاع التكبيرة فيما بعد مجاوزة حد القيام فالأظهر البطلان، وإن كان جاهلاً فالأظهر أنها تتعقد نفلًا كما ذكرنا في التحرم بالظهر قبل الزوال.

قال الغزالي: **أما حُكْمُ التَّكْبِيرِ فَتَنْتَعَيْنُ كَلِمَتَهُ عَلَى الْقَادِرِ، فَلَا تُجْزِيءُ (ح) تَرْجَمَتُهُ، وَلَوْ قَالَ: اللَّهُ الْأَكْبَرُ فَلَا بَأْسَ، لِأَنَّهُ لَمْ يُغَيِّرِ النَّظْمَ وَالْمَعْنَى، وَلَوْ قَالَ: اللَّهُ الْجَلِيلُ أَكْبَرُ فَوَجْهَانِ لِتَغْيِيرِ النَّظْمِ، وَلَوْ قَالَ: الْأَكْبَرُ اللَّهُ نَصٌّ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ، وَنَصٌّ فِي قَوْلِهِ: عَلَيْكُمْ السَّلَامُ أَنَّهُ يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ يُسَمَّى تَسْلِيمًا وَذَلِكَ لَا يُسَمَّى تَكْبِيرًا، وَقِيلَ قَوْلَانِ بِالنُّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ.**

قال الرافعي: عن النبي ﷺ أنه قال: «مِفْتَاحُ الصَّلَاةِ الوُضُوءُ وَتَخْرِيمُهَا التَّكْبِيرُ وَتَحْلِيلُهَا التَّسْلِيمُ»<sup>(١)</sup>. والكلام في التكبير في القادر والعاجز.

أما القادر فيتعين عليه كلمة التكبير<sup>(٢)</sup> فلا يجوز له العدول إلى ذكر آخر وإن قرب منها كقوله: «الرحمن أجل»، و«الرب أعظم» بل لا يجزئه قوله: الرحمن أو الرحيم أكبر أيضاً، ولا يجزئه ترجمة التكبير بلسان آخر.

وخالفنا أبو حنيفة في الفصلين جميعاً فحكم بإجزاء الترجمة وإجزاء التسبيح والتهليل وسائر الأذكار والأدعية إلا أن يذكر اسماً على سبيل النداء كقوله: يا الله أو يقول: اللهم اغفر لي ونحوه من الأدعية.

لنا أنه ﷺ: «كَانَ يَتَدَيءُ الصَّلَاةَ بِقَوْلِهِ: اللَّهُ أَكْبَرُ»<sup>(٣)</sup> هكذا روته عائشة - رضي الله عنها - وقد قال ﷺ: «صَلُّوا كَمَا رَأَيْتُمُونِي أُصَلِّي»<sup>(٤)</sup>.

وروي أنه ﷺ قال: «لَا يَقْبَلُ اللَّهُ صَلَاةَ أَحَدِكُمْ حَتَّى يَضَعَ الطُّهُورَ مَوَاضِعَهُ وَيَسْتَقْبِلَ الْقِبْلَةَ فَيَقُولُ: اللَّهُ أَكْبَرُ»<sup>(٥)</sup>، وحكى القاضي ابن كج وجهاً لأصحابنا أنه تنعقد الصلاة بقوله الرحمن أكبر والرحيم أكبر كأنه<sup>(٦)</sup> اعتبر لفظ الكبرياء على ذلك، ولم يعتبر اسماً من أسماء الله تعالى يعني بخصوصه.

(١) أخرجه الشافعي (١٩٣) وأحمد في المسند (١٢٣/١) وأبو داود (٦١) والترمذي (٣) وابن ماجه (٢٧٥) والدارمي (٦٩٣) والدارقطني (٣٦٠/١) والبخاري (١١٧/١ - ١١٨) من رواية علي - كرم الله وجهه - وقال الترمذي: هذا الحديث أصح شيء في الباب وأحسن، وقال الحاكم: حديث مشهور، وحسنه البغوي، وقال الرافعي في شرح المسند: حديث ثابت انظر الخلاصة (١/١١١).

(٢) في ط: كلمته. (٣) أخرجه مسلم (٤٩٨) من حديث عائشة.

(٤) تقدم.

(٥) أخرجه أبو داود (٨٥٧) والنسائي (١٩٣/٢) والترمذي (٣٠١) من حديث رفاعة بن رافع الزرقي، وفي صحيح مسلم من رواية أبي هريرة (٣٩٧) «إذا قمت إلى الصلاة فأسبغ الوضوء، ثم استقبل القبلة وكبر».

(٦) سقط في ط.



ولو قال: الله الأكبر أجزاءه؛ لأن زيادة الألف واللام لا تبطل لفظة التكبير ولا المعنى بل قول القائل: الله الأكبر يشتمل على ما يشتمل عليه قول، الله أكبر مع زيادة مبالغة في التعظيم للإشعار بالاختصاص، وزيادة التي لا تغير النظم ولا المعنى لا تقدر كزيادة المد حيث يحتمله، وكقوله: الله أكبر من كل شيء أو أكبر، أو أجل وأعظم.

وقال مالك وأحمد: لا يجزئه قول: الله الأكبر لظاهر الخبر السابق، وحكى قول عن «القديم» مثل مذهبهما، وممن حكاه القاضي أبو الطيب الطبري، ذكر، أن أبا محمد الكرابيسي نقل عن الأستاذ أبي الوليد روايته فليكن قوله: (فلا بأس) مرقوماً بالميم والألف والقاف، ولو قال: الله الجليل أكبر ففي انعقاد الصلاة به وجهان:

أظهرهما: الأنعقاد؛ لأن هذه الزيادة لا تبطل اسم التكبير ومعناه فأشبهت الزيادة في قوله: الله الأكبر.

والثاني: المنع لتغيير النظم بها بخلاف قوله: الله الأكبر فإن الزائد ثم غير مستقل ولا مفيد، ويجري هذا الخلاف فيما إذا أدخل بين كلمتي التكبير شيئاً آخر من نعوت الله تعالى، بشرط أن يكون قليلاً كقوله: الله عز وجل أكبر وما أشبهه ذلك، فأما إذا كثر الداخل بينهما كقوله: الله الذي لا إله إلا هو الرحمن الرحيم الملك القدوس أكبر فلا يجزئه؛ لأن هذه الزيادة تخرج المأتي به عن أن يسمى تكبيراً في اللغة ولهذا السبب لا يجوز أن يقف بين كلمتيه وقفة متفاحشة، ولو عكس فقال: الأكبر الله فظاهر كلامه في «الأم» و«المختصر» أنه لا يجوز، ونص في «الأم» على أنه لو قال في آخر الصلاة عليكم السلام يجزئه، وإن كان مكروهاً فاختلف الأصحاب على طريقتين: أظهرهما: تقرير النصين.

والفرق أنه مأمور بالتكبير، وقول القائل الأكبر الله يسمى تكبيراً وعند السلام هو مأمور بالتسليم وقوله: عليكم السلام، يسمى تسليماً، ولأصحاب الطريق الثاني أن ينازعوا في تحقيق هذا الفرق فيقولوا: ذلك يسمى تكبيراً إن كان هذا يسمى تسليماً.

والثاني: أن المسألتين على القولين نقلاً وتخريجاً.

أحدهما: الجواز؛ لأن المعنى واحد قدم أو آخر فصار كما لو ترك الترتيب في التشهد.

وأظهرهما: المنع؛ لما سبق من الظواهر، ويتأيد بترك الترتيب في الفاتحة، وأصحابنا العراقيون حكوا في عكس التكبير وجهين بدل القولين بالنقل والتخريج وهما متقاربان، والخلاف في قوله: الأكبر الله يجري في قوله أكبر الله أيضاً، وقيل: لا يجزئ أكبر الله بلا خلاف، ويجب على المصلي أن يحترز في لفظ التكبير عن زيادة تغير المعنى

بأن يقول الله أكبر؟ فينقلب الكلام استفهاماً أو يقول: الله أكبر فالأكبار جمع كبر وهو الطبل، ولو زاد واواً بين الكلمتين إما سكانية أو متحركة فقد عطل المعنى فلا يجزئه أيضاً، ويجب أن يكبر بحيث يسمع نفسه، ويجب أن يكبر قائماً حيث يلزمه القيام.

قال الغزالي: **أَمَّا الْعَاجِزُ فَيَلْزِمُهُ تَرْجَمَتُهُ وَلَا يُجْزِيهِ ذِكْرُ آخِرِ لَا يُؤَدِّي مَعْنَاهُ، وَالْبَدَوِيُّ يَلْزِمُهُ قَصْدُ الْبَلَدَةِ لِتَعَلُّمِ كَلِمَةِ التَّكْبِيرِ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَا يَكْفِيهِ التَّرْجَمَةُ بَدَلًا بِخِلَافِ التِّيْمِمِ.**

قال الرافعي: العاجز عن جميع كلمة التكبير أو بعضها له حالتان:

إحدهما: أنه لا يمكنه كسب القدرة عليها، فإن كان لخرس ونحوه حرك لسانه أو شفثيه ولهاته بالتكبير بحسب ما يمكنه، وإن كان ناطقاً لكن لم يطاوعه لسانه على هذه الكلمة فيأتي بترجمتها؛ لأنه ركن عجز عنه فلا بد له من بدل، وترجمته أولى ما يجعل بدلاً عنه لأدائها معناها، ولا يعدل إلى سائر الأذكار بخلاف ما لو عجز عن الفاتحة لا يعدل إلى الترجمة، [لأن القرآن معجز، وسائر السور تشتمل أيضاً على النظم المعجز<sup>(١)</sup>]، وينبغي<sup>(٢)</sup> أن يعلم قوله: (ولا يجزئه ذكر آخر) بالحاء؛ لأن أبا حنيفة يجوز سائر الأذكار في حال القدرة ففي حال العجز أولى وإنما قال: لا يؤدي معناه؛ لأنه لو أدى معناه كان كالترجمة بلغة أخرى وترجمة التكبير بالفارسية «خدای بزر کتر» ذكره الشيخ أبو حامد والقاضي الروياني، فلو قال: «خدای بزرک» وترك صيغة التفضيل لم يجز كقوله: الله الكبير. وجميع اللغات في الترجمة سواء فيتخير بينهما.

وقيل: السريانية والعبرانية قد أنزل الله بهما كتاباً فإن أحسنهما لم يعدل عنهما، والفارسية بعدهما أولى من التركية والهندية.

والحالة الثانية: أن يمكنه كسب القدرة عليها إما بالتعلم من إنسان أو مراجعة موضع كتبت هذه الصيغة عليه فيلزمه ذلك، فلو كان بدوياً لا يجد في موضعه من يعلمه الكلمة فهل يلزمه المسير إلى بلدة أو قرية لتعلمها فيه وجهان:

أحدهما: لا بل له الاقتصار على الترجمة بدلاً كما لا يلزمه الانتقال ليتطهر بالماء ويجزئه التيمم بدلاً.

وأصحهما: نعم، لأنه قادر على السير والتعلم إذا تعلم عاد إلى موضعه، وانتفع بالكلمة طول عمره بخلاف التيمم فإن استصحاب الماء للمستقبل لا يمكن، ومفارقة الموضع بالكلية قد يشق عليه، ويدل على الفرق بين الفصلين أن العادم في أول الوقت

(١) في ط لخلاف ترجمة.

(٢) سقط في ب.

يجوز له أن يتيمم ولا يلزمه التأخير ليصلي بالوضوء كما سبق، والجاهل بالكلمة لا يجوز له الاقتصار على الترجمة في أول الوقت إذا أمكنه التعلم والإتيان بها في آخر الوقت. فإن قلت: وهل على العاجز قضاء الصلوات التي أتى بها بتكبير؟ فالجواب أما في الحالة الأولى فلا، لأن العبادة المختلة إذا قضيت فإنما تقضي بعد ارتفاع الخلل، وثم لا يتوقع ارتفاعه. وأما في الحالة الثانية فإن ضاق الوقت أو كان بليداً لا يمكنه التعلم إلا في يوم فصاعداً، لم يلزمه قضاء الصلوات المؤداة بالترجمة في الحال؛ لأنه معذور ولا تقصير منه. ولو أخر التعلم مع القدرة فإذا ضاق وقت الصلاة فلا بد من أن يصلي بالترجمة لحرمة الوقت، وهاهنا يلزمه القضاء لتفريطه بالتأخير. وفيه وجه آخر ضعيف.

قال الغزالي: **وَسَنُّ التَّكْبِيرِ ثَلَاثٌ: أَنْ يَرْفَعَ يَدَيْهِ مَعَ التَّكْبِيرِ إِلَى حَذْوِ الْمَنْكِبَيْنِ فِي قَوْلٍ، وَإِلَى أَنْ تُحَاذِيَ رُؤُوسَ الْأَصَابِعِ أُذُنَيْهِ فِي قَوْلٍ، وَإِلَى أَنْ تُحَاذِيَ أَطْرَافَ أَصَابِعِهِ أُذُنَيْهِ، وَإِنْهَا مَهُ شَحْمَةُ أُذُنَيْهِ، وَكَفَاهُ مَنْكِبَيْهِ فِي قَوْلٍ، ثُمَّ قِيلَ: يَرْفَعُ عَزِيرَ مُكْبِرٍ، ثُمَّ يَبْتَدِيءُ التَّكْبِيرَ عِنْدَ إِزْسَالِ الْيَدِ، وَقِيلَ: يَبْتَدِيءُ الرَّفْعَ مَعَ التَّكْبِيرِ، وَقِيلَ يُكَبِّرُ وَيَدَاهُ قَارَتَانِ بَعْدَ الرَّفْعِ وَقَبْلَ الْإِزْسَالِ، ثُمَّ إِذَا أَرْسَلَ يَدَيْهِ وَضَعَ الْيَمْنَى عَلَى كُوعِ (ح) الْيَسْرَى تَحْتِ صَدْرِهِ.**  
قال الرافعي: لما فرغ من ذكر ما يجب رعايته في التكبير عدل إلى بيان السنن وذكر منها ثلاثاً:

أحدها: رفع اليدين عند التكبير، وقد حكى في بعض نسخ الكتاب في قدر الرفع ثلاثة أقوال:

أحدها: أن يرفع يديه إلى حذو المنكبين.

والثاني: أن يرفعهما إلى أن تحاذي رؤوس أصابعه أذنيه.

والثالث: إلى أن تحاذي أطراف أصابعه أعلى أذنيه وإبهامه شحمتي أذنيه، وكفاه منكبیه، وليس في بعض النسخ إلا ذكر القول الأول والثاني، ويمكن أن يحتج للقول الأول بما روي عن ابن عمر - رضي الله عنه - أنه ﷺ «كَانَ يَرْفَعُ يَدَيْهِ حَذْوَ مَنْكِبَيْهِ إِذَا افْتَتَحَ الصَّلَاةَ»<sup>(١)</sup> وللقول الثاني، بما روي عن وائل بن حجر أنه ﷺ «لَمَّا كَبَّرَ رَفَعَ يَدَيْهِ حَذْوَ أُذُنَيْهِ»<sup>(٢)</sup> وللثالث لاستعمال هذين الخبرين، ولما روي أنه ﷺ «رَفَعَ يَدَيْهِ إِلَى شَحْمَةِ أُذُنَيْهِ»<sup>(٣)</sup> وأعرف في ما نقله شيئين:

(١) أخرجه البخاري (٧٣٥ - ٧٣٦ - ٧٣٨ - ٧٣٩) ومسلم (٣٩٠) وأبو داود (٧٢١).

(٢) أخرجه الشافعي (٢٠٠) وأحمد في المسند (٣١٨/٤) ومسلم بنحوه (٤٠١).

(٣) أخرجه أبو داود (٧٣٧) وأحمد في المسند (٣١٦/٤) والنسائي (١٢٣/٢) والطبراني في الكبير (٧٢) / رقم (٧٢).

أحدهما: أن المراد من القول الأول وهو الرفع إلى حذو المنكبين أن لا يجاوز بأصابعه منكبيه، هذا قد صرح به إمام الحرمين .

وقوله في حكاية القول الثاني: وإلى أن تحاذي برءوس أصابعه أذنيه كأنه يريد شحمة الأذنين وأسافلهما، وإلا فلو حاذت برءوس أصابعه أعلى الأذنين حصلت الهيئة المذكورة في القول الثالث وارتفع الفرق .

**والثاني:** أنه كالمفرد بنقل الأقوال الثلاثة في المسألة أو بنقل القولين؛ لأن معظم الأصحاب لم ينقلوا فيه اختلاف قول بل اقتصر بعضهم على ما ذكره في المختصر أنه يرفع يديه إذا كبر حذو منكبيه، واقتصر آخرون على الكيفية المذكورة في القول الثالث، وبعضهم جعلها تفسيراً لكلامه في «المختصر» وللشافعي - رضي الله عنه - فيها حكاية مشهورة مع أبي ثور<sup>(١)</sup> والكرابيسي<sup>(٢)</sup>، حين قدم بغداد، ولم أر حكاية الخلاف في المسألة إلا للقاضي ابن كج وإمام الحرمين لكنهما لم يذكرها إلا القول الأول والثالث، فظهر تفرد بهما نقل من القولين أو الثلاثة وكلامه في «الوسيط» لا يصرح بهذا جميعاً، وكيف ما كان فظاهر المذهب الكيفية المذكورة في القول الثالث .

وأما أبو حنيفة فالذي رواه الطحاوي والكرخي<sup>(٣)</sup>: أنه يرفع يديه حذو أذنيه .

وقال القدوري: يرفع بحيث يحاذي إبهامه شحمة أذنيه، وهذا يخالف القول الأول وذكر بعض أصحابنا منهم صاحب «التهذيب»: أن مذهبه رفع اليدين بحيث تحاذي الكفان الأذنين، وهذا بخلاف القول الثالث، فلك أن تعلمهما معاً بالحاء للروايتين، ولو كان المصلي مقطوع اليدين أو إحداهما من المعصم رفع الساعد، وإن كان القطع من المرفق رفع عظم العضد في أصح الوجهين تشبيهاً بالرافعين، ولو لم يقدر على رفعهما أو رفع إحداهما القدر المسنون، بل كان إذا رفع زاد أو نقص أتى بالممكن، فإن قدر عليهما جميعاً فالزيادة أولى:

(١) أبو ثور هو إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان الكلبي البغدادي، أخذ الفقه عن الشافعي مات سنة أربعين ومائتين، وقال أحمد: أعرفه بالسنة منذ خمسين سنة، هو عندي في سلاخ سفيان الثوري، انظر طبقات الفقهاء للشيرازي (٩٢).

(٢) أبو علي الحسن بن علي بن يزيد البغدادي الكرابيسي، كان من الأئمة الجامعيين بين الفقه والحديث، توفي سنة خمس وأربعين ومائتين، وسمي بكرابيس لأنه كان يبيع الكرابيس، وهي الثياب الغليظة. انظر طبقات الأسنوي (٢٦/١) رقم (١١).

(٣) عبيد الله بن الحسن الكرخي أبو الحسن فقيه انتهت إليه رئاسة الحنيفة بالعراق، مولده في الكرخ ووفاته ببغداد من «تصانيفه» رسالة في الأصول التي عليها مدار فروع الحنفية «وشرح الجامع الكبير» توفي سنة ٣٤٠هـ انظر الفوائد البهية (١٠٧) الأعلام (٤/١٩٣).

الثانية: في وقت الرفع وجوه.

أحدها: أنه يرفع غير مكبر، ثم يبتدىء التكبير مع ابتداء الإرسال، وينتهي مع انتهائه: «رُويَ ذَلِكَ عَنْ أَبِي حُمَيْدِ السَّاعِدِيِّ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ»<sup>(١)</sup>.

وثانيها: أن يبتدىء الرفع مع ابتداء التكبير، ويروي ذلك عن وائل بن حُجْرٍ عن النبي ﷺ<sup>(٢)</sup>.

وثالثهما: أن يرفع ثم يكبر ويده قارَّتان ثم يرسلهما فيكون التكبير بين الرفع والإرسال، ويروي ذلك عن ابن عمر عن النبي ﷺ<sup>(٣)</sup>؛ وذكر في «التهذيب» أن هذا أصح لكن الأكثرين على ترجيح الوجه الثاني المنسوب إلى رواية وائل وهو أنه يبتدىء الرفع مع ابتداء التكبير واختلفوا على هذا في انتهائه، فمنهم من قال: يجعل انتهاء الرفع والتكبير معاً كما جعل ابتداؤهما معاً، ومنهم من قال: يجعل انتهاء التكبير والإرسال معاً وقال الأكثرون: الاستحباب في الانتهاء، فإن فرغ من التكبير قبل تمام الرفع أو بالعكس أتم الباقي، وإن فرغ منهما حط يديه ولم يستدم الرفع، ولو ترك رفع اليدين حتى أتى ببعض التكبير رفعهما في الباقي، وإن أتمه لم يرفع بعد ذلك.

الثالثة: يسن بعد التكبير وحط اليدين من رفعهما أن يضع اليمنى على اليسرى، خلافاً لمالك في إحدى الروايتين عنه حيث قال: يرسلهما.

لنا ما روي أنه ﷺ قال: «ثَلَاثٌ مِنْ سُنَنِ الْمُزْسَلِينَ، تَعْجِيلُ الْفِطْرِ، وَتَأْخِيرُ السُّحُورِ، وَوَضْعُ الْيُمْنَى عَلَى الشَّمَالِ فِي الصَّلَاةِ»<sup>(٤)</sup>. ثم المستحب أن يأخذ بيمينه على

(١) أخرجه أبو داود (٧٣٠) وذكره الحافظ وزاد نسبه للترمذي وابن ماجه وابن حبان وقال: أعلاه الطحاوي بأن محمد بن عمرو لم يدرك أبا قتادة. قال: ويزيد ذلك بياناً أن عطاء بن خالد، رواه عن محمد بن عمرو قال: حدثني رجل أنه وجد عشرة من أصحاب رسول الله ﷺ جلوساً، وقال ابن حبان: سمع هذا الحديث محمد بن عمرو من أبي حميد، وسمعه من عباس بن سهل بن سعد عن أبيه بالطريقان محفوظان. قلت: السياق يأبى ذلك كل الإباء والتحقيق عندي: أن محمد بن عمرو الذي رواه عطاء بن خالد عنه، هو محمد بن عمر بن علقمة بن وقاص الليثي المدني، وهو لم يلتق أبا قتادة ولا قارب ذلك، إنما يروي عن أبي سلمة بن عبد الرحمن وغيره من كبار التابعين. وأما محمد بن عمر الذي رواه عبد الحميد بن جعفر عنه فهو محمد بن عمرو بن عطاء تابعي كبير. جزم البخاري بأنه سمع من أبي حميد وغيره، وأخرج الحديث من طريقه.

(٢) تقدم.

(٣) تقدم.

(٤) أخرجه ابن حبان (١٧٦١) وأبو داود الطيالسي (٣٩٣) والطبراني في الكبير (١٠٨٥١) والدارقطني (٢٨٤/١) والبيهقي في السنن (٢٣٨/٤) قال البيهقي: يعرف بطلحة بن عمرو واختلف عليه فيه، فقيل عن عطاء عن ابن عباس، وقيل عن أبي هريرة ورواه الدارقطني والبيهقي من حديث محمد بن أبان عن عائشة موقوفاً، قال البيهقي: إسناده صحيح إلا أن محمد بن أبان لا يعرف سماعه عن عائشة قاله البخاري انظر التلخيص (٢٢٣/١ - ٢٢٤).

شماله بأن يقبض بكفه اليمنى كوع اليسرى وبعض الرسغ والساعد، خلافاً لأبي حنيفة حيث قال: يضع كفه اليمنى على ظهر كفه اليسرى من غير أخذ كذلك رواه أصحابنا. لَنَا مَا رُوِيَ عَنْ وَائِلٍ أَنَّهُ ﷺ: «كَبُرَ ثَمَّ أَخَذَ شِمَالَهُ بِيَمِينِهِ»<sup>(١)</sup>.

ويروى عنه: «ثُمَّ وَضَعَ يَدَهُ الْيُمْنَى عَلَى ظَهْرِ كَفِّهِ الْيُسْرَى وَالرُّشْغِ وَالسَّاعِدِ»<sup>(٢)</sup>.

ويتخير بين بسط أصابع اليمنى في عرض المفصل وبين نشرها في صوب الساعد، ذكره الفقهاء؛ لأن القبض باليمنى على اليسرى حاصل في الحالتين ثم يضع يده كما ذكرنا تحت صدره وفوق سرتة خلافاً لأبي حنيفة حيث قال: يجعلهما تحت سرتة، وبه قال أحمد في إحدى الروايتين، ويحكي عن أبي إسحاق المروزي من أصحابنا.

لنا: ما روي عن علي - رضي الله عنه - أنه فسر قوله تعالى: ﴿فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَأَنْحَرْ﴾<sup>(٣)</sup> بوضع اليمين على الشمال تحت النحر. ويروى: أن جبريل عليه السلام كذلك فسرهُ للنبي ﷺ. إذا عرفت ذلك فأعلم قوله: (وضع اليمنى) بالميم وقوله: (على كوع اليسرى) بالحاء؛ لأنه يقول: يضع على ظهر كفه اليسرى دون الكوع.

وقوله: (تحت صدره) بالحاء والألف والواو، ولك أن تبحث عن لفظ الإرسال الذي أطلقه في هذه السنة والتي قبلها وتقول: كيف يفعل المصلي بعد رفع اليدين عند التكبير أيد لي يديه كما يفعله الشيعة في دوام القيام ثم يضمها إلى الصدر أم يحطها ويضمها إلى الصدر من غير أن يدلها.

والجواب: أن المصنف ذكر في «الإحياء» أنه لا ينفض يديه يمينا وشمالاً إذا فرغ من التكبير، لكن يرسلهما إرسالاً خفيفاً رقيقاً ثم يستأنف وضع اليمين على الشمال.

قال: وفي بعض الأخبار أنه كان يرسل يديه إذا كبر فإذا أراد أن يقرأ وضع اليمنى على اليسرى فهذا ظاهر في أنه يدل يديه ثم يضمها إلى الصدر. قال: صاحب «التهديب» وغيره: المصلي بعد الفراغ من التكبير يجمع بين يديه، وهذا يشعر بالاحتمال الثاني، ونختم الفصل بكلامين:

أحدهما: أن لمضايق أن ينازع في عد هذا المندوب الثالث من سنن التكبير، ويقول: إنه واقع بعد التكبير مقارن لحال القيام، فكان عده من سنن القيام أولى، وكذلك فعل أبو سعد المتولي.

(١) أخرجه أبو داود (٧٢٣) وابن حبان (١٩٣٦).

(٢) أخرجه أبو داود (٧٢٧) عن وائل بن حجر، وصححه ابن حبان انظر الخلاصة (١/١٤٤).

(٣) سورة الكوثر، الآية ٣.

والثاني: أن ظاهر قوله: (وسنن التكبير ثلاث) حصر سننه فيها، وله مندوبات آخر. منها: أن يكشف يديه عند الرفع للتكبير. وأن يفرق بين أصابعه تفرقاً وسطاً.

وأن لا يقصر التكبير بحيث لا يفهم ولا يمطه، وهو أن يبالغ في مده بل يأتي به مبيئاً، والأولى فيه الحذف لما روي أنه ﷺ قال: «التَّكْبِيرُ جَزْمٌ وَالتَّسْلِيمُ جَزْمٌ»<sup>(١)</sup>؛ أي: لا يمد. فيه وجه: أنه يستحب فيه المد، والأول هو ظاهر المذهب بخلاف تكبيرات الانتقالات، فإنه لو حذفها على باقي انتقاله عن الذكر إلى أن يصل إلى الركن الثاني، وهاهنا الأذكار مشروعة على الاتصال بالتكبير.

قال الغزالي: الرُّكْنُ الثَّانِي، الْقِيَامُ وَحَدُّهُ الْإِنْتِصَابُ مَعَ الْإِقْلَالِ، فَإِنْ عَجَزَ عَنِ الْإِقْلَالِ أَنْتَصَبَ مُتَكَبِّئاً، فَإِنْ عَجَزَ عَنِ الْإِنْتِصَابِ قَامَ مُنْحَنِيّاً، فَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ إِلَّا عَلَى حَدِّ الرَّكْعَيْنِ قَعَدَ، فَإِنْ عَجَزَ عَنِ الرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ دُونَ الْقِيَامِ قَامَ (ح) وَأَوْماً بِهِمَا.

قال الرافعي: القيام بعينه ليس ركناً في مطلق الصلاة بخلاف التكبير والقراءة؛ لأن القعود في النقل جائز مع القدرة على القيام فإذا الركن هو القيام أو ما يقوم مقامه فيحسن أن لا يعد القيام بعينه ركناً بل يقال: الركن هو القيام أو ما في معناه.

وإذا عرفت ذلك فنقول: أعتبر في حد القيام أمرين: الانتصاب والإقلال؛ أما الإقلال: فالمراد منه أن يكون مستقلاً غير مستند ولا متكئ على جدار وغيره، وهذا الوصف قد اعتبره إمام الحرمين، وأبطل صلاة من أتكا في صلاته من غير حاجة وضرورة، وإن كان منتصباً وتابعه المصنف عليه، وحكى صاحب «التهذيب» وغيره: أنه لو استند في قيامه إلى جدار أو إنسان صحت صلاته مع الكراهة.

قالوا: ولا فرق بين أن يكون استناده بحيث لو رفع السناد لسقط [وبين أثلا يكون كذلك مهما كان منتصباً. وفي بعض «التعليق»: أنه إن كان بحيث لو رفع السناد]<sup>(٢)</sup>

(١) قال الحافظ في التلخيص (١/٢٢٥) لا أصل له بهذا اللفظ، وإنما هو قول إبراهيم النخعي حكاه الترمذي عنه، ومعناه عند الترمذي وأبي داود والحاكم من حديث أبي هريرة بلفظ «حذف السلام سنة» وقال الدارقطني في العلل: الصواب موقوف، وهو من رواية قرة بن عبد الرحمن وهو ضعيف اختلف فيه، وقوله حذف السلام الإسراع به، وهو المراد من قوله جزم. وأما ابن الأثير في النهاية فقال: معناه أن التكبير والسلام لا يمدان ولا يعرب التكبير. بل يسكن آخره وتبعه المحب الطبري، وهو مقتضى كلام الرافعي في الاستدلال به على أن التكبير جزم لا يمد قلت: وفيه نظر لأن استعمال لفظ الجزم في مقابل الإعراب اصطلاح حادث لأهل العربية، فكيف تحمل عليه الألفاظ النبوية.

(٢) سقط في ب.

لسقط لم تجزه صلاته فيحصل من مجموع ذلك ثلاثة أوجه :

أحدها - وهو المذكور في الكتاب :- أنه لا يجوز الاتكاء عند القدرة بحال .

والثاني : الجواز ولعله أظهر ؛ لأن المأمور به القيام ومن انتصب متكئاً فهو قائم .

والثالث : الفرق بين الحالتين ، وهذا الكلام في الاتكاء الذي لا يسلب اسم القيام ، أما لو اتكأ بحيث لو رفع قدميه عن الأرض لأمكنه فهذا معلق نفسه بشيء ، وليس بقائم ، ولو لم يقدر على الإقلال انتصب متكئاً فإن الانتصاب ميسور له إن كان الإقلال معسوراً ، والميسور لا يسقط بالمعسور ، وحكى في «التهذيب» : وجهاً آخر ، أنه لا يلزمه<sup>(١)</sup> القيام والحالة هذه بل له أن يصلي قاعداً فليكن قوله : ( انتصب متكئاً ) مرقوماً بالواو لهذا الوجه ، أما الانتصاب فلا يخل به إطراق الرأس وإنما يعتبر نصب الفقار ، فليس للقادر عليه أن يقف مائلاً إلى اليمين أو اليسار زائلاً عن سنن القيام ، ولا أن يقف منحنيًا في حد الراكعين ؛ لأنه مأمور بالقيام ، ويصدق أن يقال ؛ هذا راعٍ لا قائم ، وإن لم يبلغ انحناؤه حد الركوع لكن كان أقرب إليه منه إلى الانتصاب فوجهان :

أظهرهما : أنه لا يجوز أيضاً هذا عند القدرة على الانتصاب ، فأما إذا لم يقدر عليه بل تقوس ظهره لكبر أو زمانة وصار في حد الراكعين ، فقد قال في الكتاب : إنه يقعد ؛ لأن حد الركوع يفارق حد القيام ، فلا يتأدى هذا بذلك ، وذكر إمام الحرمين مثل ما ذكره استنباطاً عن كلام الأئمة فقال : الذي دل عليه كلامهم أنه يقعد ولا يجزئه غيره ، لكن الذي ذكره العراقيون من أصحابنا وتابعهم صاحب «التهذيب» و«التتمة» : أنه لا يجوز له القعود ، بل يجب عليه أن يقوم ، فإذا أراد أن يركع زاد في الانحناء إن قدر عليه ليفارق الركوع القيام في الصورة ، وهذا هو المذهب ، فإن الواقف راعياً أقرب إلى القيام من القعود فلا ينزل عن الدرجة القريبى إلى البعدى ، وقد حكى القاضي ابن كج : ذلك عن نص الشافعي - رضي الله عنه -<sup>(٢)</sup> فيجب إعلام قوله : (قعد) بالواو ، ومعرفة ما فيه ولو عجز عن الركوع والسجود دون القيام [لعله بظهوره تمنعه من الانحناء لزمه القيام خلافاً لأبي حنيفة . لنا أنه مستطيع للقيام]<sup>(٣)</sup> فيلزمه لما روي أنه ﷺ قال : لعمران بن الحصين : «صَلُّ قَائِماً فَإِنْ لَمْ تَسْتَطِعْ فَقَاعِداً فَإِنْ لَمْ تَسْتَطِعْ فَعَلَى جَنْبٍ»<sup>(٤)</sup> ، ولأنه عجز

(١) في ط يلزم .

(٢) قال النووي : ولو لم يقدر على النهوض للقيام إلا بمعين ، ثم لا يتأذى بالقيام ، لزمه أن يستعين بمن يقيم . فإن لم يجد متبرعاً ، لزمه الاستئجار بأجرة المثل إن وجدها . والله أعلم . روضة الطالبين (١/٣٣٩ - ٣٤٠) .

(٤) أخرجه البخاري (١١١٧) .

(٣) سقط في ب .



عن ركن فلا يسقط عنه غيره كما لو عجز عن القيام لا تسقط عنه القراءة، ثم إذا انتهى إلى الركوع والسجود يأتي بهما على حسب الطاقة فيحني صلبه بقدر الإمكان فإن لم يطق حنى رقبته ورأسه فإن احتاج فيه إلى الاعتماد على شيء أو إلى أن يميل على جنبه لزمه ذلك، فإن لم يطق الانحناء أصلاً أو ما بهما.

قال الغزالي: وَلَوْ عَجَزَ عَنِ الْقِيَامِ قَعَدَ كَيْفَ شَاءَ، لَكِنَّ الْإِقْعَاءَ مَكْرُوهٌ، وَهُوَ أَنْ يَجْلِسَ عَلَى وَرْكَئِهِ وَيَنْصِبَ رُكْبَتَيْهِ، وَالْأَفْتِرَاشُ أَفْضَلُ فِي قَوْلٍ، وَالتَّرْبُوعُ فِي قَوْلٍ، وَقِيلَ: يَنْصِبُ رُكْبَتَهُ الْيَمْنَى كَالْقَارِيءِ يَجْلِسُ بَيْنَ يَدَيْ الْمُقْرِئِ لِيَفَارِقَ جَلْسَةَ التَّشْهُدِ.

قال الرافعي: إذا عجز عن القيام في صلاة الفرض عدل إلى القعود لما سبق في خبر عمران، ولا ينتقص ثوابه لمكان العذر، ولا يعني بالعجز عدم التأتي فحسب بل خوف الهلاك، وزيادة المرض، ولحوق المشقة الشديدة في معناه، ومن ذلك خوف الغرق، ودوران الرأس في حق راكب السفينة.

ولو جلس الغازون في مكنم فأدركتهم الصلاة، ولو قاموا لرأهم العدو وفسد التدبير فلهم أن يصلوا قعوداً لكن يلزمهم القضاء فإن هذا سبب نادر، وإذا قعد المعذور فلا يتعين للقعود هيئة بل يجزئه جميع هيئات القعود لإطلاق الخبر الذي تقدم لكن يكره الإقعاء، هذا في القعود وفي جميع قعدات الصلاة، لما روي أنه ﷺ: «نَهَى أَنْ يُقْعِيَ الرَّجُلُ فِي صَلَاتِهِ»<sup>(١)</sup> ويروى أنه قال: «لَا تَقْعُوا إِقْعَاءَ الْكِلَابِ»<sup>(٢)</sup> واختلفوا في تفسيره على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن الإقعاء أن يفترش رجله ويضع أليته على عقيبه.

والثاني: أن يجعل يديه على الأرض ويقعد على أطراف أصابعه.

والثالث: وهو الذي ذكره في الكتاب أن الإقعاء: هو الجلوس على الوركين ونصب الفخذين والركبتين، وهذا أظهر؛ لأن الكلب هكذا يقعد، وبهذا فسره أبو عبيد لكن زاد فيه شيء آخر وهو وضع اليدين على الأرض، وما الأولى من هيئات القعود فيه قولان: ووجهان أحد القولين: أن يقعد متربعا لما روي أنه ﷺ: «لَمَّا صَلَّى جَالِساً

(١) أخرجه مسلم من رواية عائشة - رضي الله عنها - (٤٩٨) والحاكم من رواية الحسن عن سمرة (١) (٢٧٢) وقال صحيح على شرط البخاري والبيهقي في السنن (١٢٠/٢).

(٢) أخرجه أحمد من رواية أبي هريرة (٣١١/٢) وابن ماجه من رواية أنس (٨٩٦) بإسناد ضعيف. ونقل النووي في الخلاصة عن الحفاظ، أنهم قالوا: «ليس في النهي عن الإقعاء» حديث صحيح إلا حديث عائشة. قلت: وحديث الحسن عن سمرة المذكور قال ابن الملقن: انظر الخلاصة (١١٥/١ - ١١٦).

تَرَبُّعٌ<sup>(١)</sup>. ويروى هذا عن مالك وأحمد وأبي حنيفة ثم يركع متربعا أو مفترشا إذا أراد الركوع عن أبي حنيفة وأصحابه فيه اختلاف رواية.

وأصحهما: أنه يقعد مفترشا؛ لأنه قعود لا يعقبه سلام فأشبهه التشهد الأولي، وسيأتي معنى الافتراش في موضعه وتأويل الخبر: أنه ربما لم يمكنه الجلوس على هيئة الافتراش أو أراد تعليم الجواز وإلا فالتربع ضرب من التنعم لا يليق بحال العبادة، ويجري القولان فيما إذا قعد في النافلة. وأما الوجهان:

فأحدهما: وقد ذكره في الكتاب: أنه ينصب ركبته اليمنى ويجلس على رجله اليسرى كالقاريء يجلس بين يدي المقرئ ولا يتربع لما ذكرنا، ولا يفترش لتفاوت هيئة الجلوس هاهنا هيئة الجلوس في التشهد، وهذا يحكى عن القاضي الحسين.

والوجه الثاني: حكى في «النهاية» أن بعض المصنفين ذكر أنه يتورك في هذا القعود، ويمكن أن يوجه هذا بأن مدة القيام طويلة وهذا القعود بدل عنه فاللائق به التورك كما في آخر الصلاة، وأما الافتراش فإنه يؤمر به عند الاستيفاز.

وإذا عرفت ما ذكرناه فلا يخفى عليك أن تفسير الإقعاء من لفظ الكتاب ينبغي أن يعلم بالواو، وقوله: (الافتراش أفضل) بالميم والألف والحاء، وكذلك ينصب ركبته اليمنى وقوله: «ليفارق جلسة التشهد» بعض التوجيه معناه لا يفترش لهذا المعنى ولا يتربع؛ لأنه هيئة تنعم، وأما هذه فهي لائقة بالتعظيم.

قال الغزالي: **ثُمَّ إِنَّ قَدَرَ الْقَاعِدِ عَلَى الْإِرْتِفَاعِ إِلَى حَدِّ الرُّكُوعِ يَلْزَمُهُ ذَلِكَ فِي الرُّكُوعِ، فَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ فَيَزَكُّعُ قَاعِدًا إِلَى حَدِّ تَكُونِ النَّسْبَةِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ السُّجُودِ كَالنَّسْبَةِ بَيْنَهُمَا فِي حَالِ الْقِيَامِ، فَإِنْ عَجَزَ عَنِ وَضْعِ الْجَنْبَةِ أُنْحَى لِلْسُّجُودِ، وَلَيْكُنِ السُّجُودُ أَخْفَضَ مِنْهُ لِلرُّكُوعِ.**

قال الرافعي: حكم المصنف بأن القاعد لو قدر على الارتفاع عند الركوع إلى حد الراكعين عن القيام لزمه ذلك، ذكره إمام الحرمين، ووجهه، بأن الركوع مقدور عليه فلا يسقط بالمعجوز عنه، وهذا الكلام تفرع منهما على أن من بلغ انحناؤه حد الركوع يقعد، فأما إذا فرعنا على أنه يقف كذلك وهو الأظهر على ما تقدم، فلا تجيء هذه المسألة إلا أن يفرض لحوق ضرر في الوقوف قدر القيام دون الوقوف قدر الركوع، فحينئذ يقعد لخوف الضرر لا بسبب الانحناء، ويرتفع عند الركوع وأما من لا يقدر على الارتفاع، فتتكلم في

(١) أخرجه النسائي (٢٢٤/٣) والدارقطني (٣٩٧/١) وابن خزيمة (٩٧٨) والحاكم (٢٥٨/١)، وقال

صحيح على شرط الشيخين.

ركوعه قاعداً ثم في سجوده، فأما في ركوعه فقد ذكر الأئمة فيه عبارتين:

إحدهما: أنه ينحني حتى يصير بالإضافة إلى القاعد المنتصب كالرافع قائماً بالإضافة إلى القائم المنتصب فيعرف النسبة بين حالة الانتصاب وبين الركوع قائماً، ويقدر كأن المائل من شخصه عند القعود هو قدر قامته فينحني بمثل تلك النسبة.

والثانية - وهي المذكورة في الكتاب -: أنه ينحني إلى حد تكون النسبة بينه وبين السجود كالنسبة بينهما في حال القيام ومعناه أن أكمل الركوع عند القيام أن ينحني بحيث يستوي ظهره ورقبته ويمدهما، وحينئذ يحاذي جبهته موضع سجوده، وأقله: أن ينحني بحيث تنال راحته ركبتيه، وحينئذ يقابل وجهه أو بعض وجهه ما وراء ركبته من الأرض، ويبقى بين الموضع المقابل وبين موضع السجود مسافة، فيراعى هذه النسبة في حال القعود، فأقل ركوع القاعد أن ينحني قدر ما يحاذي وجهه وراء ركبته من الأرض، والأكمل أن ينحني بحيث تحاذي جبهته موضع سجوده ولا يخفى أنه لا منافاة بين العبارتين، وكل واحدة منهما مؤدية للغرض.

وأما السجود: فلا فرق فيه بينه وبين القادر على القيام، هذا إذا قدر القاعد على الركوع والسجود، فإن عجز لعله بظهره أو غيرها أتى بالقدر الممكن من الانحناء.

ولو قدر على الركوع وعجز عن وضع الجبهة على الأرض للسجود فقد قال في الكتاب: إنه ينحني للسجود أخفض منه للركوع، ويجب هاهنا معرفة شيئين:

أحدهما: أن هذا الكلام غير مجرى على إطلاقه، ولكن للمسألة ثلاث صور أوردها صاحب «النهاية»:

إحداها: أن يقدر على الانحناء إلى حد أقل الركوع، أعني ركوع القاعدين، ولا يقدر على الزيادة عليه، فلا يجوز تقسيم المقدور عليه من الانحناء إلى الركوع والسجود بأن يصرف بعضه إلى الركوع وتماهه إلى السجود حتى يكون الانحناء للسجود أخفض، وذلك لأنه يتضمن ترك الركوع مع القدرة عليه، بل يأتي بالمقدور عليه مرة للركوع ومرة للسجود وإن أستويا.

الثانية: أن يقدر على أكمل ركوع القاعدين من غير زيادة فله أن يأتي به مرتين، ولا يلزمه الاقتصاد للركوع على حد الأقل حتى يظهر التفاوت بينه وبين السجود، فإن المنع من إتمام الركوع في حالة الركوع بعيد.

الثالثة: أن يقدر على أكمل الركوع وزيادة، فيجب هاهنا أن يقتصر على حد الكمال للركوع ويأتي بالزيادة للسجود؛ لأن الفرق بين الركوع والسجود واجب عند الإمكان وهو ممكن هاهنا. قال إمام الحرمين: وليس هذا عرياً عن احتمال فليتأمل.

إذا عرفت ذلك تبين أنه لا يجب أن يكون الانحناء للسجود أخفض منه للركوع في الصورة الأولى ولا الثانية بل لو وجب إيماء وجب في الصورة الثالثة.

والثاني: أن ظاهر كلامه يقتضي الاكتفاء بجعله الانحناء للسجود أخفض منه للركوع [لقوله في الراكب المتفلل يومئ للركوع والسجود ويجعل السجود أخفض منه للركوع]<sup>(١)</sup> فإنه يكفيه ارتفاع التفاوت بينهما على ما تقدم، وليس الأمر على الظاهر هاهنا بل يلزمه مع جعل الانحناء للسجود، أخفض أن يقرب جبهته من الأرض أقصى ما يقدر عليه حتى قال الأصحاب: لو أمكنه أن يسجد على صدغه أو عظم رأسه الذي فوق الجبهة وعلم أنه إذا فعل ذلك كانت جبهته أقرب إلى الأرض يلزمه أن يسجد عليه، فإذا كان الأحسن أن يقول: يجعل السجود أخفض من الركوع ويقرب جبهته من الأرض بقدر الإمكان فيجمع بينهما وكذلك فعله في «الوسيط».

قال الغزالي: فَإِنْ عَجَزَ عَنِ الْقُعُودِ صَلَّى (ح) عَلَى جَنْبِهِ الْأَيْمَنِ (و) مُسْتَقْبِلاً بِمَقَادِيمِ (ح) بَدَنِهِ إِلَى الْقِبْلَةِ كَالْمَوْضُوعِ (و) فِي اللَّخْدِ، فَإِنْ عَجَزَ فَيَوْمِيءُ (ح) بِالطَّرْفِ أَوْ يُجْرِي الْأَفْعَالَ عَلَى قَلْبِهِ لِقَوْلِهِ ﷺ إِذَا أَمَرْتُمْ بِأَمْرٍ فَأَتُوا مِنْهُ مَا اسْتَطَعْتُمْ<sup>(٢)</sup>.

قال الرفاعي: ذكرنا أن العجز عن القيام يتحقق بتعذره وفي معناه ما إذا لحقه خوف ومشقة شديدة، وأما العجز عن القعود فهو معتبر به، ولم يفرق الجمهور بينهما.

وقال في «النهاية»: لا أكتفي في ترك القعود بما اكتفى به في ترك القيام بل يشترط فيه عدم تصور القعود أو خيفة الهلاك أو المرض الطويل؛ إلحاقاً له بالمرض الذي يعدل بسببه إلى التيمم. إذا عرف ذلك فنقول: العاجز عن القعود كيف يصلي؟ فيه وجهان، ومنهم من قال: قولان:

أصحهما: أنه يضطجع على جنبه الأيمن مستقبلاً بوجهه مقدم بدنه القبلة كما يضجع الميت في اللحد وبهذا قال أحمد، وهو المذكور في الكتاب، ووجهه قوله ﷺ في حديث عمران: «فَإِنْ لَمْ تَسْتَطِعْ فَعَلَى جَنْبِ»<sup>(٣)</sup> وعلى هذا لو أضطجع على جنبه الأيسر مستقبلاً جاز إلا أنه ترك سنة التيامن.

والثاني: أنه يستلقي على ظهره، ويجعل رجله إلى القبلة، فإنه إذا رفع وسادته قليلاً كان وجهه إلى القبلة، وإذا أوماً بالركوع والسجود، كان إيماءه في صوب القبلة، والمضطجع على الجنب إذا أوماً لا يكون إيماءه في صوب القبلة، وبهذا قال أبو

(٢) تقدم.

(١) سقط في ب.

(٣) أخرجه البخاري (١١١٧).

حنيفة، وهذا الخلاف فيمن قدر على الاضطجاع والاستلقاء، أما إذا لم يقدر إلا على إحدى الهيئتين أتى بها، وذكر إمام الحرمين أن هذا الخلاف ليس راجعاً إلى الأول بخلاف ما سبق من الكلام في هيئة القاعد، وإنما هو خلاف فيما يجب؛ لأن أمر الاستقبال يختلف به، وفي المسألة وجه ثالث ضعيف، أنه يضطجع على جنبه الأيمن وأخصاه إلى القبلة، وإذا صلى على هذه الهيئة المذكورة؛ فإن قدر على الركوع والسجود أتى بهما، وإلا أوماً بهما منحنيًا، وقرب جبهته من الأرض بحسب الإمكان، وجعل السجود أخفض من الركوع، فإن عجز عن الإشارة بالرأس أوماً بطرفه، فإن لم يقدر على تحريك الأجنان أجرى أفعال الصلاة على قلبه، وإن اعتقل لسانه، أجرى القرآن والأذكار على قلبه، وما دام عاقلاً لا تسقط عنه الصلاة خلافاً لأبي حنيفة حيث قال، إذا عجز عن الإيماء بالرأس لا يصلي ولا يوميء بعينه ولا بقلبه، ثم يقضي بعد البرء، ولمالك حيث قال: لا يصلي ولا يقضي. لنا ما روي عن علي - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «يُصَلِّي الْمَرِيضُ قَائِمًا فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ صَلَّى جَالِسًا فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ السُّجُودَ أَوْمًا، وَجَعَلَ السُّجُودَ أَخْفَضَ مِنَ الرُّكُوعِ فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ صَلَّى عَلَى جَنْبِهِ الْأَيْمَنِ مُسْتَقْبِلَ الْقِبْلَةِ فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ صَلَّى عَلَى قَفَاهُ مُسْتَلْقِيًا وَجَعَلَ رِجْلَيْهِ مُسْتَقْبِلَ الْقِبْلَةِ»<sup>(١)</sup>.

وجه الاستدلال أنه قال: «أَوْمًا بِطَرَفِهِ»، وفيه: دليل على أن العاجز عن القعود يصلي على جنبه الأيمن، فإن عجز حينئذ يستلقي، واحتج في الكتاب للترتيب المذكور لما روي أنه ﷺ قال: «إِذَا أَمَرْتُكُمْ بِأَمْرٍ فَأْتُوا مِنْهُ مَا اسْتَطَعْتُمْ»؛ ولا يتضح الاحتجاج به في هذا المقام، لأن هذا الخير أمر بالإتيان بما يشتمل عليه الأمور عند العجز عن ذلك الأمور فإنه قال: «فَأْتُوا مِنْهُ مَا اسْتَطَعْتُمْ» والقعود المعدول إليه عند العجز لا يشتمل عليه القيام الأمور به حتى يكون مستطاعاً من الأمور به، وكذلك الاضطجاع لا يشتمل عليه القعود وإجراء الأفعال على القلب لا تشتمل عليه الأفعال الأمور بها، ألا ترى أنه إذا أتى بالأفعال ولم يحضرها في ذهنه حين ما يأتي بها أجزأته صلاته، فلا تكون هذه المسائل متناولة بالخبر. ولنعد إلى أمور تتعلق بلفظ الكتاب قوله: (فإن عجز عن القعود صلى على جنبه الأيمن) كلمة (صلى) قد أعلم في النسخ بالخاء؛ لأن المصنف روى في «الوسيط»: أن أبا حنيفة - رحمة الله عليه - قال: إذا عجز عن القعود سقطت الصلاة، لكن هذا النقل لا يكاد يلقى في كتبهم ولا في كتب أصحابنا، وإنما الثابت عن أبي حنيفة إسقاط الصلاة إذا عجز عن الإيماء بالرأس فإذا موضع العلامة بالحاء.

قوله: (فيوميء بالطرف) وليعلم بالميم أيضاً لما قدمنا حكايته وبالواو أيضاً؛ لأن

صاحب «البيان» حكى عن بعض أصحابنا وجهاً مثل مذهب أبي حنيفة .

وقوله : (على جنبه الأيمن) ينبغي أن يرقم بالحاء ؛ لأنه عند ذلك يستلقي على ظهره، وكذلك بالواو إشارة إلى الوجه الصائر إلى مثل مذهبه، وكذلك قوله : (مستقبلاً بمقادير بدنه القبلة) بالواو إشارة إلى الوجه الثالث .

وقوله : (أو يجري الأفعال على قلبه) ليست كلمة (أو) للتخيير بل للترتيب .

واعلم : أن جميع ما ذكر من أول الركن إلى هذه الغاية من ترتيب المنازل والهيئات مفروض من الفرائض ، فأما النوافل فنسذكر حكمها في الفرع الثالث .

قال الغزالي : **فُرُوعٌ ثَلَاثَةٌ : الْأَوَّلُ مَنْ بِهِ رَمَدٌ لَا يَبْرَأُ إِلَّا بِالْأَضْطِجَاعِ ، فَلَا قَيْسُ أَنْ يُصَلِّيَ مُضْطَجِعاً وَإِنْ قَدَرَ عَلَى الْقِيَامِ ، وَلَمْ تُرَخَّصْ عَائِشَةُ وَأَبُو هُرَيْرَةَ لِأَنَّ عَبَّاسَ فِيهِ .**

قال الرافعي : القادر على القيام إذا أصابه رمد وقال له طبيب يوثق بقوله : إن صليت مستلقياً أو مضطجعاً أمكن مداواتك وإلا خفت عليك العمى فهل له أن يستلقي أو يضطجع بهذا العذر؟ فيه وجهان :

أحدهما : وبه قال الشيخ أبو حامد : لا ؛ لما روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - لما وقع الماء في عينيه قال له الأطباء إن مكثت سبعا لا تصلي إلا مستلقياً عالجنك ، فسأل عائشة وأم سلمة وأبا هريرة وغيرهم من الصحابة - رضي الله عنهم - فلم يرخصوا له في ذلك فترك المعالجة ، وكف بصره ، ويروى هذا الوجه عن مالك .

وأظهرهما : وبه قال أبو حنيفة وأحمد : له ذلك كما يجوز له الإفطار في رمضان بهذا العذر ، وكما يجوز ترك الوضوء والعدول إلى التيمم به كما يجوز ترك القيام لما فيه من المشقة الشديدة والمرض المضجر فلأن يجوز تركه لذهاب البصر كان أولى ، ولو كانت المسألة بحالها وأمره الطبيب بالعود فقد قال إمام الحرمين : الذي أراه أنه يجوز القعود بلا خلاف ، وبنى هذا على ما حكيناه عنه في أنه يجوز ترك القيام بما لا يجوز به ترك القعود ، قال : ولهذا فرض شيوخ الأصول الخلاف في المسألة في صورة الاضطجاع ، وسكتوا عن صورة القعود والمفهوم من كلام غيره أنه لا فرق - والله أعلم .

قال الغزالي : **الثاني : مَهْمَا وَجَدَ الْقَاعِدُ حِفَّةً فِي أَثْنَاءِ الْفَاتِحَةِ فَلْيَبْدِزْ إِلَى الْقِيَامِ ، وَلْيَتْرِكِ الْقِرَاءَةَ فِي النَّهْوِ إِلَى أَنْ يَتَعَدَّلَ ، وَلَوْ مَرَضَ فِي قِيَامِهِ فَلْيَقْرَأْ فِي هَوْنِهِ ، وَإِنْ خَفَّ بَعْدَ الْفَاتِحَةِ لَزِمَ الْقِيَامَ دُونَ الطَّمَأْنِينَةِ لِيَهْوِيَ إِلَى الرُّكُوعِ ، فَإِنْ خَفَّ فِي الرُّكُوعِ قَبْلَ الطَّمَأْنِينَةِ كَفَاهُ أَنْ يَرْتَفِعَ مُنْحَبِياً إِلَى حَدِّ الرَّكْعَيْنِ .**

قال الرافعي: إذا عجز المصلي [في أثناء صلاته]<sup>(١)</sup> عن القيام قعد وبني، وكذا لو كان يصلي قاعداً [فعجز عن القعود في أثناء صلاته يضطجع ويبني، ولو كان يصلي قاعداً]<sup>(٢)</sup> فقد روى على القيام في صلاته يقوم ويبني، وكذا لو كان يصلي مضطجعا فقد روى على القيام أو القعود يأتي بالمقدور عليه ويبني خلافاً لأبي حنيفة في هذه الصورة الأخيرة حيث قال: يستأنف. لنا أنه قدر على الركن المعجوز عنه في صلاته فيعدل إليه ويبني كما لو صلى قاعداً فقد روى على القيام. إذا عرف ذلك فنقول تبدل الحال، إما أن يكون من النقصان إلى الكمال أو بالعكس.

**القسم الأول:** كما إذا وجد القاعد قدرة على القيام لخفه المرض ينظر فيه إن اتفق ذلك قبل القراءة قام وقرأ قائماً، فإن كان في أثناء القراءة فكذلك يقوم ويقرأ بقية الفاتحة في القيام، ويجب أن يترك القراءة في النهوض إلى أن ينتصب ويعتدل، فلو قرأ بعض الفاتحة في نهوضه لم يحسب، وعليه أن يعيده؛ لأن حالة النهوض دون حالة القيام وقد قدر على أن يقرأ في أكمل الحالتين، وإن قدر بعد القراءة وقبل الركوع فيلزمه القيام أيضاً ليهوي منه إلى الركوع، ولا يلزمه الطمأنينة في هذا القيام فإنه غير مقصود لنفسه وإنما الغرض منه الهوي إلى الركوع لا غير، ويستحب في هذه الأحوال إذا قام أن يعيد الفاتحة لتقع في حالة الكمال، ولو وجد المريض الخفة في ركوعه قاعداً نظر إن وجدها قبل الطمأنينة لزمه الارتفاع إلى حد الراكعين عن قيام، ولا يجوز له أن ينتصب قائماً ثم يركع؛ لأنه لو فعل ذلك لكان قد زاد ركوعاً وإن وجدها بعد الطمأنينة فقد تم ركوعه، ولا يلزمه الانتقال إلى ركوع القائمين؛ وفي لفظ الكتاب ما ينبه على افتراق هاتين الحالتين في وجوب الارتفاع إلى حد الراكعين عن قيام وإن لم يصرح بذكرهما؛ لأنه قيد الخفة في الركوع بما قبل الطمأنينة فيشعر بأنه لو خف بعد الطمأنينة كان الأمر بخلافه. وقوله: (كفاه أن يرتفع) يفهم أن هذا الكافي لا بد منه وأنه يجب عليه الارتفاع منحنياً إلى حد الراكعين عن قيام، وهذا التفصيل ذكره إمام الحرمين هكذا بعد ما حكى عن الأصحاب أنهم قالوا: لا يجوز أن يرتفع راعياً ولم ينصوا على أنه يجب ذلك.

وأعلم: أنهم لم يفرقوا في جواز الارتفاع إلى حد الراكعين بين أن يخف قبل الطمأنينة وبعدها؛ لأنه لا بد له من القيام للاعتدال إما مستوياً أو منحنياً، فإذا ارتفع منحنياً فقد أتى بصورة ركوع القائمين في ارتفاعه الذي لا بد له منه فلم يمنع منه، بخلاف ما لو انتصب قائماً ثم ركع فإنه زاد ما هو مستغن عنه فقلنا: بطلان صلاته.

ولو خف المريض في الاعتدال عن الركوع قاعداً فإن كان قبل أن يطمئن لزمه أن

(٢) سقط في ب.

(١) سقط في ب.

يقوم للاعتدال ويطمئن فيه، بخلاف ما إذا خف بعد القراءة فقام ليهوي منه إلى الركوع حيث لا تجب الطمأنينة فيه لما سبق، وإن كان بعد الطمأنينة فهل يلزمه أن يقوم ليسجد عن قيام؟ حكى في «التهذيب» فيه وجهين: أحدهما: نعم كما يلزمه إذا خف بعد القراءة ليركع عن قيام.

**وأظهرهما: لا؛** لأن الاعتدال ركن قصير فلا يعد زمانه، نعم لو اتفق ذلك في الركعة الثانية من صلاة الصبح قبل القنوت فليس له أن يقنت قاعداً، ولو فعل بطلت صلاته بل يقوم ويقنت.

**وأما القسم الثاني:** وهو أن يتبدل حاله من الكمال إلى النقصان كما إذا مرض في صلاته فعجز عن القيام فيعدل فيه إلى المقدور عليه بحسب الإمكان، فإن اتفق في أثناء الفاتحة فيجب عليه إدامة القراءة في هويته؛ لأن حالة الهوي أعلى من حالة القعود.

قال الغزالي: **الثالث: القَادِرُ عَلَى الْقُعُودِ لَا يَتَنَقَّلُ مُضْطَجِعاً عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ إِذْ لَيْسَ الْأَضْطِجَاعُ كَالْقُعُودِ فَإِنَّهُ يَمْنَحُو صُورَةَ الصَّلَاةِ.**

قال الرافعي: النوافل، يجوز فعلها قاعداً، مع القدرة على القيام، لكن الثواب يكون على النصف من ثواب القائم؛ لما روي عن عمران بن الحصين - رضي الله عنه - قال: «سَأَلْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَنْ صَلَاةِ الرَّجُلِ وَهُوَ قَاعِدٌ فَقَالَ: مَنْ صَلَّى قَائِماً، فَهُوَ أَفْضَلُ وَمَنْ صَلَّى قَاعِداً فَلَهُ نِصْفُ أَجْرِ الْقَائِمِ، وَمَنْ صَلَّى نَائِماً فَلَهُ نِصْفُ أَجْرِ الْقَاعِدِ»<sup>(١)</sup>، ويروي «صلاة النائم على النصف من صلاة القاعد»<sup>(٢)</sup> ولو تنفل مضطجعا مع القدرة على القيام والقعود فهل يجوز؟ فيه وجهان:

**أحدهما: لا،** لأن قوام الصلاة بالأفعال، فإذا اضطجع فقد ترك معظمها وانمحت صورتها بخلاف القعود، فإن صورة الصلاة تبقى منظومة معه.

**وأصحهما: الجواز؛** لما روينا من الخبر، ثم المضطجع في صلاة الفرض إن قدر على الركوع والسجود يأتي بهما كما تقدم، وهاهنا الخلاف في جواز الاضطجاع جار في جواز الاقتصار على الإيماء؛ لكن الأظهر منع الاقتصار على الإيماء ثم قال الإمام: ما عندي أن من يجوز الاضطجاع يجوز الاقتصار في الأركان الذكرية كالشهاد والتكبير وغيرهما على ذكر القلب، وبهذا يضعف الوجه الثاني من أصله، وإن ارتكبه من صار إليه كان طارداً للقياس لكنه يكون خارجاً عن الضبط مقتحماً، ولمن جوز الاضطجاع أن يقول: ما روينا من الخبر صريح في جواز الاضطجاع فليجز، ثم المضطجع وإن جوزنا

(١) تقدم.

(٢) سقط في ط.



له الاقتصار على الإيماء في الركوع والسجود فلا يلزم من جواز الاقتصار على الإيماء في الأفعال جواز الاقتصار على ذكر القلب في الأذكار، فإن الأفعال أشق من الأذكار، فهي أولى بالمسامحة، ولا فرق في النوافل بين الرواتب وصلاة العيدين وغيرهما.

وقال القاضي ابن كج في «شرح» : صلاة العيدين والاستسقاء والخسوف لا يجوز فعلها عن قعود كصلاة الجنائز.

قال الغزالي: الرُّكْنُ الثَّلَاثُ الْقِرَاءَةُ: وَدَعَاءُ الْأَسْتِفْتَاكِ بَعْدَ التَّكْبِيرِ مُسْتَحَبٌّ (م ح)، ثُمَّ التَّعَوُّذُ (م) بَعْدَهُ مِنْ غَيْرِ جَهْرٍ (و)، وَفِي اسْتِخْبَابِ التَّعَوُّذِ فِي كُلِّ رَكْعَةٍ وَجَهَانٍ.

قال الرافعي: لركن القراءة سنتان سابقتان وأخريان لاحقتان، أما السابقتان فأولاهما: دعاء الاستفتاح، فيستحب للمصلي إذا كبر أن يستفتح بقوله: «وَجَّهْتُ وَجْهِي لِلَّذِي فَطَرَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ حَنِيفًا مُسْلِمًا وَمَا أَنَا مِنَ الْمُشْرِكِينَ إِنَّ صَلَاتِي وَنُسُكِي وَمَحْيَايَ وَمَمَاتِي لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ لَا شَرِيكَ لَهُ وَبِذَلِكَ أُمِرْتُ وَأَنَا أَوَّلُ الْمُسْلِمِينَ» خلافاً لمالك حيث قال: لا يستفتح بعد التكبير إلا بالفاتحة والدعاء، والتعوذ يقدمهما على التكبير، ولأبي حنيفة وأحمد حيث قال: يستفتح بقوله: «سبحانك اللهم وبحمدك وتبارك اسمك وتعالى جدك ولا إله غيرك».

لنا ما روي عن علي - رضي الله عنه - عن رسول الله ﷺ «أَنَّهُ كَانَ إِذَا اسْتَفْتَحَ الصَّلَاةَ كَبَّرَ ثُمَّ قَالَ: وَجَّهْتُ وَجْهِي إِلَى آخِرِهِ»<sup>(١)</sup> وقال في آخِرِهِ: «وَأَنَا أَوَّلُ الْمُسْلِمِينَ» لأنه ﷺ، أول مسلمي هذه الأمة.

وروي أنه كان يقول بعده: «اللَّهُمَّ أَنْتَ الْمَلِكُ لَا إِلَهَ إِلَّا أَنْتَ، سُبْحَانَكَ وَبِحَمْدِكَ، أَنْتَ رَبِّي وَأَنَا عَبْدُكَ ظَلَمْتُ نَفْسِي، وَاعْتَرَفْتُ بِذُنُوبِي، فَاعْفِرْ لِي ذُنُوبِي جَمِيعًا، إِنَّهُ لَا يَغْفِرُ الذُّنُوبَ إِلَّا أَنْتَ، وَاهْدِنِي لِأَحْسَنِ الْأَخْلَاقِ، لَا يَهْدِي لِأَحْسَنِهَا إِلَّا أَنْتَ وَاصْرِفْ عَنِّي سَيِّئَهَا، لَا يَصْرِفُ عَنِّي سَيِّئَهَا إِلَّا أَنْتَ، لَبَّيْكَ وَسَعْدَيْكَ، وَالْخَيْرُ كُلُّهُ فِي يَدَيْكَ، وَالْمَهْدِيُّ مَنْ هَدَيْتَ، أَنَا بِكَ وَإِلَيْكَ، لَا مَلْجَأَ وَلَا مَنْجَى مِنْكَ إِلَّا إِلَيْكَ، تَبَارَكْتَ وَتَعَالَيْتَ، اسْتَغْفِرُكَ وَأَتُوبُ إِلَيْكَ»<sup>(٢)</sup>. وروي بعد قوله: «وَالْخَيْرُ كُلُّهُ فِي يَدَيْكَ، وَالشَّرُّ لَيْسَ إِلَيْكَ»<sup>(٢)</sup>. قال المزني: أي لا يضاف إليك على انفراد.

وقيل: أي لا يتقرب به إليك، والزيادة على ما ذكرنا أولاً نستحبها للمنفرد، والإمام إذا علم رضا المأمومين بالتطويل.

(١) أخرجه الشافعي (٢٠٢) ومسلم (٧٧١) وأبو داود (٧٦٠) وابن خزيمة (٤٦٢).

(٢) أخرجه أبو داود (٧٧٦) والحاكم (٢٣٥/١) وقال صحيح على شرط البخاري ومسلم.

إذا عرفت ذلك فأعلم قوله: (ودعاء الاستفتاح بعد التكبير مستحب) بالميم، واللفظ لا يقتضي الإعلام بالحاء والألف، لأنهما يساعدان على أنه يستفتح قبل القراءة بشيء، وإنما يخالفان في أنه بم يستفتح وكل واحد من الذكرين، أعني «وجهت» و«سبحانك اللهم» يسمى دعاء الاستفتاح وثناءه، وليس في لفظ الكتاب تعرض للأول بعينه إلا أنه هو الذي أراده؛ فلذلك أعلم بهما أيضاً، ومن ترك دعاء الاستفتاح عمداً أو سهواً حتى تعوذ أو شرع في الفاتحة لم يعد إليه ولم يتداركه في سائر الركعات، وفرغ عليه ما لو أدرك الإمام المسبوق في التشهد الأخير فكبر وقعد فسلم الإمام كما يقعد يقوم، ولا يقرأ دعاء الاستفتاح؛ لفوات وقته بالقعود، ولو سلم الإمام قبل عودته يقعد ويقرأ دعاء الاستفتاح، ولا فرق في دعاء الاستفتاح بين الفريضة وغيرها، وحكى بعض الأصحاب أن السنة في دعاء الاستفتاح أن يقول: «سبحانك اللهم ويحمدك...» إلى آخره، ثم يقول: «وجهت وجهي...» إلى آخره، جمعاً بين الأخبار، ويحكى هذا عن أبي إسحاق المزوزي وأبي حامد وغيرهما.

**الثانية:** يستحب بعد دعاء الاستفتاح أن يتعوذ؛ خلافاً لمالك إلا في قيام رمضان. لنا ما روي عن جُبَيْرِ بْنِ مُطْعِمٍ وَغَيْرِهِ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يَتَعَوَّذُ فِي صَلَاتِهِ قَبْلَ الْقِرَاءَةِ». وصيغة التعوذ: «أَعُوذُ بِاللَّهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ» ذكره الشافعي - رضي الله عنه - وورد في لفظ الخبر، وحكى القاضي الروياني عن بعض أصحابنا: أن الأحسن أن يقول: «أَعُوذُ بِاللَّهِ السَّمِيعِ الْعَلِيمِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ»، ولا شك أن كلاهما جائز مؤيد للغرض، وكذا كل ما يشتمل على الاستعاذة بالله من الشيطان، وهل يجهر به؟ فيه قولان: أحدهما: أنه يستحب الجهرية في الصلاة الجهرية كالتسمية والتأمين.

وأصحهما: وهو المذكور في الكتاب: أن المستحب فيه الإسرار في كل حال؛ لأنه ذكر مشروع بين التكبير والقراءة فيسن فيه الإسرار كدعاء الاستفتاح، وذكر الصيدلاني وطائفة من الأصحاب: أن الأول قول «القديم»، والثاني «الجديد»، وحكى في «البيان»: القولين على وجه آخر، فقال أحد القولين: إنه يتخير بين الجهر والإسرار ولا يرجح.

**والثاني:** أنه يستحب فيه الجهر، ثم نقل عن أبي علي الطبري أنه يستحب الإسرار به، فيحصل في المسألة ثلاثة مذاهب. ثم استحباب التعوذ يختص بالركعة الأولى أم لا؟ منهم من قال: لا، بل يسن في كل ركعة، إلا أنه في الركعة الأولى أكد، وحكوا ذلك عن نص الشافعي - رضي الله عنه -، أما أنه يستحب في كل ركعة، فلظاهر قوله تعالى: «فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللَّهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ»<sup>(١)</sup> وقد وقع الفصل بين القراءتين، فأشبه ما لو قطع القراءة خارج الصلاة بشغل ثم عاد إليها يستحب له التعوذ.

وأما أن الاستحباب في الركعة الأولى أكد فلأن افتتاح قراءته في صلاته إنما يكون في الركعة الأولى، وقد اشتهر ذلك من فعل رسول الله ﷺ، ولم يشتهر في سائر الركعات، ومنهم من قال: فيه قولان: أحدهما: الاستحباب، لما ذكرنا.

والثاني: لا يستحب في سائر الركعات، ويروى ذلك عن أبي حنيفة؛ كما لو سجد للتلاوة في قراءته ثم عاد إلى القراءة لا يعيد التعوذ، فكأن رابطة الصلاة تجعل الكل قراءة واحدة، وعلى هذا فلو تركه في الركعة الأولى عمداً أو سهواً تدارك في الثانية بخلاف دعاء الاستفتاح، وسواء أثبتنا الخلاف في المسألة أم لا؟ فالأظهر أنه يستحب في كل ركعة، وبه قال القاضي أبو الطيب الطبري وإمام الحرمين والروائي وغيرهم، وبعضهم يروي في المسألة وجهين بدل القولين ومنهم إمام الحرمين والمصنف.

قال الغزالي: **ثُمَّ الْفَاتِحَةُ بَعْدَهُ مُتَعَيِّنَةٌ (ح) لَا يَقُومُ (ح) تَرْجَمَتْهَا مَقَامَهَا، وَيَسْتَوِي فِيهِ الْإِمَامُ وَالْمَأْمُومُ (ح) فِي السَّرِيَّةِ وَالْجَهْرِيَّةِ (ح) إِلَّا فِي رَكْعَةِ الْمَسْبُوقِ، وَنَقَلَ الْمُزْنِي سُقُوطَهَا عَنِ الْمَأْمُومِ فِي الْجَهْرِيَّةِ.** قال الراجزي: للمصلي حالتان: إحداهما: أن يقدر على قراءة الفاتحة.

والثانية: أن لا يقدر عليها، فأما في الحالة الأولى، فيتعين عليه قراءتها في القيام أو ما يقع بدلاً عنه، ولا يقوم مقامها شيء آخر من القرآن ولا ترجمتها، وبه قال مالك وأحمد، خلافاً لأبي حنيفة حيث قال: الفرض من القراءة آية من القرآن سواء كانت طويلة أو قصيرة، وبأي لسان قرأ جاز، وإن كان ترك الفاتحة مكروهاً والعدول إلى لسان آخر إساءة. لنا ما روي عن عبادة بن الصامت أنه ﷺ قال: «لَا صَلَاةَ لِمَنْ لَمْ يَقْرَأْ فِيهَا بِفَاتِحَةِ الْكِتَابِ»<sup>(١)</sup>. ولا فرق في تعيين الفاتحة بين الإمام والمأموم في الصلاة السرية. وفي الجهرية قولان:

أحدهما: إنها لا تجب على المأموم، وبه قال مالك وأحمد لما روي أنه ﷺ «انصرفت من صلاة جهر فيها بالقراءة فقال: هل قرأ معي أحد منكم فقال رجل: نعم يا رسول الله. فقال: ما لي أنزع بالقرآن فائتهى الناس عن القراءة فيما يجهر فيه بالقراءة»<sup>(٢)</sup>.

(١) أخرجه البخاري (٧٥٦) ومسلم (٣٩٤) من حديث عبادة بن الصامت.

(٢) أخرجه الشافعي (٤٠٦) ومالك (٨٢/١) وأبو داود (٨٢٦) والترمذي (٣١٢) والنسائي (١٤١/٢) وابن ماجه (٨٤٨) وابن حبان (١٨٤٠) وقال الترمذي: حسن، وصححه ابن حبان (وضعه =

وأصحهما: أنه تجب عليه أيضاً؛ لما روي عن عبادة بن الصامت - رضي الله عنه - قال: «كُنَّا خَلْفَ رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَصَحْبِهِ وَسَلَّمَ - فِي صَلَاةِ الْفَجْرِ فَتَقَلَّتْ عَلَيْهِ الْقِرَاءَةُ، فَلَمَّا فَرَغَ قَالَ: لَعَلَّكُمْ تَقْرَوْنَ خَلْفِي، فَلْنَا: نَعَمْ، قَالَ: لَا تَفْعَلُوا ذَلِكَ إِلَّا بِفَاتِحَةِ الْكِتَابِ»<sup>(١)</sup>.

وهذا القول يعرف «بالجديد»، ولم يسمعه المزي من الشافعي - رضي الله عنه - فنقله عن بعض أصحابنا عنه، يقال: إنه أراد الربيع، وأما القول الأول فقد نقله سماعاً عن الشافعي - رضي الله عنه - وقال أبو حنيفة: لا يقرأ المأموم لا في السرية ولا في الجهرية، وحكى القاضي ابن كج أن بعض أصحابنا قال به، وغلط فيه.

التفريع إن قلنا: لا يقرأ المأموم في الجهرية فلو كان أصم أو كان بعيداً لا يسمع قراءة الإمام فهل يقرأ؟ فيه وجهان:

أصحهما: نعم، ولو جهر الإمام في صلاة السر أو بالعكس، فالاعتبار بالكيفية المشروعة في الصلاة أم بفعل الإمام؟ فيه وجهان:

قال صاحب «التهذيب»: أصحهما: أن الاعتبار بصفة الصلاة، وهذا ظاهر لفظ المصنف حيث قال: (سقوطها عن المأموم في الجهرية) والصلاة الجهرية إن أسر الإمام بها والذي ذكره المحاملي حكاية عن نص الشافعي - رضي الله عنه - يقتضي الاعتبار بفعل الإمام وهو الموافق للوجه الأصح في المسألة المتقدمة، وهل يسن للمأموم على هذا القول أن يتعوذ؟ روى في «البيان» فيه وجهين:

— أحدهما: لا، وبه قال أبو حنيفة؛ لأنه لا يقرأ.

والثاني: نعم؛ لأنه ذكر سوى فيشارك الإمام فيه، كما لو أسر بالفاتحة، وإذا قلنا: المأموم يقرأ فلا يجهر بحيث يغلب جاره ولكن يأتي بها سرّاً بحيث يسمع نفسه لو كان سميعاً، فإن ذلك أدنى القراءة، ويستحب للإمام على هذا القول أن يسكت بعد قراءة الفاتحة قدر ما يقرأ المأموم الفاتحة، ذكره في «التهذيب».

وإذا عدت إلى ألفاظ الكتاب عرفت أن قوله: (متعينة) وقوله: (لا تقوم ترجمتها مقامها) لم أعلم كل واحد منهما بالحاء.

= الحميدي والبيهقي وقوله: فانتهى الناس.. إلى آخره هو من كلام الزهري موقوفاً، قاله البخاري والذهبي وابن فارس وأبو داود والخطابي وابن حبان وغيرهم.

(١) أخرجه أبو داود (٨٢٣) والترمذي (٢٤٧) والدارقطني (١٧/١ - ٣٨) وابن حبان (١٧٨٣) والحاكم (٢٣٨/١) والبيهقي في السنن (١٦٤/٢) وقال الخطابي إسناده جيد لا مطعن فيه، وقال الحاكم: إسناده مستقيم، وقال البيهقي: صحيح وما ذكره الرافي في سبب وروده غريب.

وقوله: (يستوي فيه الإمام والمأموم) ينبغي أن يعلم بالحاء، ثم إن كان المراد استواءهما في معنى الفاتحة فالحاء عليه، فهو على قوله: (متعينة) فإن أبا حنيفة لا يقول بتعينها على الإمام ولا على المأموم، فقلوه يخالف قول القائل باستوائهما في تعينها عليهما؛ لأنه يقول باستوائهما في عدم تعينها عليهما، وأن المراد استواءهما في أصل ركن القراءة، فتكون الحاء إشارة إلى أن القراءة غير واجبة على المأموم أصلاً بخلاف الإمام، وليعلم هذا الموضوع بالواو أيضاً للوجه الذي نقله القاضي ابن كنج.

وقوله: (والجهرية) بالميم والألف، لما روينا من مذهبهما. وقوله: (إلا في ركعة المسبوق) إنما استثناهما؛ لأن من أدرك الإمام في الركوع كان مدركاً للركعة على ما سيأتي وإن لم يقرأ الفاتحة في تلك الركعة، ثم كيف يقول: أيتحمل الإمام عنه الفاتحة أم لا يجب عليه أصلاً؟ فيه مأخذان للأصحاب، وفي هذا الاستثناء إشارة إلى أن اشتمال الصلاة على القراءة في الجملة غير كافٍ، بل هي واجبة في كل ركعة من ركعات الصلاة خلافاً لأبي حنيفة، حيث قال: لا تجب القراءة في الفرائض إلا في ركعتين، فإن كانت الصلاة ذات ركعتين فذاك، وإن كانت أكثر من ركعتين فالواجب القراءة في ركعتين وفيما سواهما يتخير بين أن يقرأ أو يسبح أو يسكت، ولمالك حيث قال: تجب القراءة في معظم الركعات، ففي الثلاثية يقرأ في ركعتين، وفي الرباعية في ثلاث ركعات، ويروى هذا عن أحمد، والمشهور عنه مثل مذهبنا.

لنا ما روي عن أبي سعيد الخدري أنه قال: «أَمَرَنَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ نَقْرَأَ فَاتِحَةَ الْكِتَابِ فِي كُلِّ رَكْعَةٍ»<sup>(١)</sup>.

وقوله: (ونقل المزني) أي سماعاً عن الشافعي - رضي الله عنه - وإلا فقد نقل القول الأول أيضاً عن غيره عن الشافعي كما ذكرنا، وهم جميعاً مذكوران في «المختصر».

قال الغزالي: ثُمَّ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ آيَةٌ (ح م) مِنْهَا، وَهِيَ آيَةٌ مِنْ كُلِّ سُورَةٍ إِذَا مَعَ الْآيَةِ الْأُولَى أَوْ مُسْتَقَلَّةً بِنَفْسِهَا عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ.

قال الرافعي: التسمية آية من الفاتحة لما روي أنه ﷺ «قَرَأَ فَاتِحَةَ الْكِتَابِ فَقَرَأَ بِسْمِ

(١) قال الحافظ هذا الحديث ذكره ابن الجوزي في التحقيق فقال: روى أصحابنا من حديث عبادة وأبي سعيد قالاً فذكره قال: وما عرفت هذا الحديث، وعزاها غيره إلى رواية إسماعيل بن سعيد الشالنجي، قال ابن عبد الهادي في التنقيح: رواه إسماعيل هذا وهو صاحب الإمام أحمد من حديثهما بهذا اللفظ، وفي سنن ابن ماجه معناه من حديث أبي سعيد، ولفظه «لا صلاة لمن لم يقرأ في كل ركعة بالحمد وسورة في فريضة أو غيرها» وإسناده ضعيف.

اللَّهُ الرَّحْمَنُ الرَّحِيمِ وَعَدَّهَا آيَةً مِنْهَا»<sup>(١)</sup>.

وروي أنه قال: «إِذَا قَرَأْتُمْ فَاتِحَةَ الْكِتَابِ فَاقْرَأُوا بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ فَإِنَّهَا أُمُّ الْقُرْآنِ، وَالسَّبْعُ الْمَثَانِي، وَإِنَّ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ آيَةً مِنْهَا»<sup>(٢)</sup>.

وأما حكم التسمية في سائر السور سوى سورة «براءة» لأصحابنا فيه طريقان:

أحدهما: أن في كونها من القرآن في أول السور قولين:

أصحهما: أنها من القرآن؛ لأنها مثبتة في أوائلها بخط المصحف فتكون من القرآن كما في الفاتحة، ولو لم تكن كذلك لما أثبتوها بخط القرآن.

والثاني: أنها ليست من القرآن وإنما كتبت للفصل بين السورتين، لما روي عن ابن عباس قال: «كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لَا يَعْرِفُ فَضْلَ السُّورَتَيْنِ حَتَّى يَنْزِلَ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ»<sup>(٣)</sup>.

والطريقة الثانية: وهي الأصح: أنها من القرآن في أول سائر السور أيضاً بلا خلاف، وإنما الخلاف في أنها آية مستقلة منها أم هي مع صدر السورة آية، ولا يستبعد التردد في كونها آية أو بعض آية في أول سائر السور مع القطع بأنها آية من أول الفاتحة، ألا ترى أنهم اتفقوا على أنها بعض آية من «سورة التَّمْلِ» وأن «الحمد لله رب العالمين» آية تامة من الفاتحة، وهو بعض آية في قوله تعالى: «وَآخِرُ دَعْوَاهُمْ أَنْ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ»<sup>(٤)</sup> فأحد القولين: أنها بعض الآية من سائر السور؛ لما روي أنه ﷺ قال: «سُورَةٌ تَشْفَعُ لِقَارِبِهَا وَهِيَ ثَلَاثُونَ آيَةً وَهِيَ الْمَلِكُ»<sup>(٥)</sup>.

وتلك السورة ثلاثون آية سوى التسمية؛ وأصحهما: أنها آية تامة كما في أول الفاتحة. وأعلم: أن جمهور أصحابنا لم ينقلوا الطريقتين جميعاً، بل اقتصر بعضهم على نقل الثانية، والأكثر على نقل الأولى، لكن جمع بينهما الصيدلاني، وتابعه إمام الحرمين وغيره، هذا مذهبنا. وقال مالك: ليست التسمية من القرآن إلا من سورة

(١) أخرجه الدارقطني (٣٠٧/١) وقال إسناده صحيح كلهم ثقات، والحاكم (٢٣١/١) وقال: على

شرط الشيخين وابن خزيمة (٤٩٣) وصححه وله طرق انظر التلخيص (٢٣٢/١).

(٢) أخرجه الدارقطني (٣١٢/١) من رواية أبي هريرة بإسناد صحيح، وعنه أن رجاله كلهم ثقات وذكره ابن السكن في صحاحه، قاله ابن الملقن. انظر الخلاصة (١١٩/١ - ١٢٠).

(٣) أخرجه أبو داود (٧٨٨) والحاكم (٢٣١/١) وقال صحيح على شرطهما.

(٤) سورة يونس، الآية ١٠.

(٥) أخرجه أبو داود (١٤٤٠) والترمذي (٣٠٥٣) والنسائي في عمل اليوم والليلة (٧١٠) وابن ماجه

(٣٧٨٦) وابن حبان كذا في الموارد (١٧٦٦).

التَّمْلِ، وهي أشهر الروایتين عن أبي حنيفة. وقال بعض أصحابه: مذهبه: أنها آية في كل موضع أثبتت فيه، لكنها ليست من السورة.

وإذا عرفت ذلك فعندنا يجهر المصلي بالتسمية في الصلاة الجهرية في الفاتحة وفي السورة بعدها، خلافاً لمالك حيث قال: لا يقرأها أصلاً لا في الجهرية ولا في السرية، ولأبي حنيفة حيث قال: يسر بها، وبه قال أحمد، إلا أنه يوجب ذلك في كل ركعة؛ لأن التسمية عنده من الفاتحة، وأبو حنيفة لا يأمر بها إلا استحباباً، ويقال: إنه لا يأمر بها إلا في الركعة الأولى كالتعوذ.

لنا ما روي عن ابن عمر أنه قال: «صَلَّيْتُ خَلْفَ النَّبِيِّ ﷺ وَأَبِي بَكْرٍ وَعَمَرَ فَكَانُوا يَجْهَرُونَ بِالتَّسْمِيَةِ»<sup>(١)</sup>.

وعن علي وأبن عباس أن النبي ﷺ «كَانَ يَجْهَرُ بِهَا فِي الصَّلَاةِ بَيْنَ السُّورَتَيْنِ»<sup>(٢)</sup>.

وأما ما يتعلق بلفظ الكتاب، فقولُه: (آية منها) معلم بالميم والحاء، وكذا قوله: (في كل سورة) ولا يخفى أن المراد ما سوى براءة.

ويروي عن أحمد: أن التسمية حيث أثبتت آية وليست من السورة، ورأيت في «رءوس المسائل» لبعض أصحابه أنها ليست من الفاتحة، ولا من سائر السور، والمشهور عنه في كتب أصحابنا أنه يوافقنا في كونها من القرآن، وإنما يخالف في الجهر، فعلى المشهور لتكن الكلمتان معلمتين بالألف أيضاً.

وقوله: «وهي آية من كل سورة...» [إلى آخره، فيه كلامان:

أحدهما: أن ظاهر قوله: (وهي آية من كل سورة) أنها آية<sup>(٣)</sup> مستقلة، لأنها إذا كانت مع صدر السورة آية، فلا تكون آية وإنما تكون بعض آية، وإذا كان كذلك فلا يحسن أن يرتب عليه التردد في أنها مستقلة أم لا، فإن الشيء الذي أثبتناه لا ينتظم من التردد فيه؛ ومعنى الكلام أنها من جملة السور معدودة من القرآن، وهل هي آية مستقلة؟ فيه الخلاف.

والثاني: أن لفظ الكتاب يمكن تنزيله على الطريقة الثانية بأن يجعل جازماً بأنها

(١) أخرجه الدارقطني (٣٠٥/١) والحاكم مستشهداً به ولا يقوى. قاله ابن الملقن.

(٢) حديث علي أخرجه الدارقطني (٣٠٥/١) بإسناد ضعيف وابن عباس أخرجه الترمذي بنحوه، وقال إسناده ليس بذلك، قال ابن الملقن: فيه نظر بل هو حسن لا جرم أن الحاكم رواه، وقال إسناده صحيح وليس له عليه، والدارقطني وقال: إسناده صحيح ليس في رواه مجروح. انظر الخلاصة (١٢٠/١ - ١٢١).

(٣) سقط في ب.

من السورة وتردد الخلاف إلى أنها مستقلة أم لا؟ ويكون تقدير الكلام إما مع الآية الأولى على أحد القولين أو مستقلة بنفسها على أحد القولين، وهذا هو الذي أراده، ويمكن تنزيهه على ذكر الخلاف الذي أشتمل عليه الطريقتان جميعاً بأن يصرف قوله على أحد القولين إلى أول الكلام وهو قوله: (وهي آية من كل سورة).

والقول المقابل له أنها ليست من السور، ويجعل التردد في قوله: «إما مع الآية الأولى أو مستقلة بنفسها» إشارة إلى الخلاف المذكور في الطريقة الثانية، تفریباً على أنها من القرآن، وإذا انتظم التردد في أنها آية على أستقلالها أم لا بعد القطع بأنها من القرآن ينتظم التردد بعد إثبات الخلاف تفریباً على أنها من القرآن.

قال الغزالي: **ثُمَّ كُلُّ حَرْفٍ وَتَشْدِيدِ رُكْنٍ، وَفِي إِبْدَالِ الضَّادِ بِالظَّاءِ تَرَدُّدٌ.**

قال الرافعي: لا شك أن فاتحة الكتاب عبارة عن هذه الكلمات، الكلمات المنظومة، والكلمات المنظومة مركبة من الحروف المعلومة، وإذا قال الشارع ﷺ «لَا صَلَاةَ إِلَّا بِفَاتِحَةِ الْكِتَابِ»<sup>(١)</sup> فقد وقف الصلاة على جملتها، والموقوف على أشياء مفقود عند فقد بعضها كما هو مفقود عند فقد كلها، فلو أدخل بحرف منها لم تصح صلاته، ولو خفف حرفاً مشدداً فقد أدخل بحرف؛ لأن المشدد حرفان مثلاً، أولهما ساكن، فإذا خفف فقد أسقط أحدهما، ولو أبدل حرفاً بحرف فقد ترك الواجب، وهل يستثنى إبدال الضاد في قوله: **«غَيْرِ الْمَغْضُوبِ عَلَيْهِمْ وَلَا الضَّالِّينَ»** بالظاء؟ ذكروا فيه وجهين<sup>(٢)</sup>.

(١) اعترض أبو حيان في باب الإدغام من شرح التسهيل على تعبير الفقهاء إبدال ضاد بظاء وقال الصواب العكس لأن الباء من لغة العرب إنما تدخل على المتروك قال: ويقع في عبارة كثير من المصنفين ومنهم ابن مالك في التسهيل وهو غفلة عن ذلك وجري على هذا الاعتراض جماعة من شراح المنهاج وغيرهم قال الأذري: هذا هو المشهور لكن نقل الواحد عند قوله تعالى: **«بَدَلْنَاهُمْ جُلُودًا غَيْرَهَا»** عن ثعلب عن الفراء بدلت الخاتم بالحلقة إذا أدبته وسويته حلقة وبدلت الحلقة بالخاتم إذا أدبتها وجعلتها خاتماً، واللغويون يقولون: الإبدال الإزالة فيكون المعنى أزاله الضاد بالظاء. وفي شعر الطفيل بن عمرو الدوسي لما أسلم يمدح النبي ﷺ:

فألهمني هداي الله عنه  
ويدل طالعي نحسي بسعد

(٢) قال في شرح المذهب: قال أصحابنا وغيرهم لا تجوز القراءة في الصلاة ولا في غيرها بالقراءة الشاذة لأنها ليست قرآناً لأن القرآن لا يثبت إلا بالتواتر وكل واحدة من السبع متواترة. هذا هو الصواب الذي لا يعدل عنه ومن قال غيره فغالط أو جاهل. وأما الشاذة فليست متواترة، فلو خالف وقرأ بالشاذة أنكر عليه قراءتها في الصلاة أو غيرها، وقد اتفق فقهاء بغداد على استتابة من قرأ بالشواذ ونقل الإمام الحافظ بن عبد البر إجماع المسلمين على أنه لا تجوز القراءة بالشاذ وأنه لا يصلي خلف من يقرأ بها. قال العلماء: فمن قرأ بالشاذ إن كان جاهلاً به أو بتحريمه عرف =



أحدهما: نعم، فيحتمل ذلك لقرب المخرج، وعسر التمييز بينهما.

وأصحهما: لا يستثنى، ولو أبدل كان كإبدال غيرها من الحروف، وكما لا يحتمل [الإخلال بالحروف لا يحتمل]<sup>(١)</sup> اللحن المخل للمعنى كقوله: (أنعمت عليهم) (وإياك نعبد)، بل تبطل صلاته إن تعمد، ويعيد على الاستقامة إن لم يتعمد، ويسوغ القراءات السبع، وكذا القراءة الشاذة<sup>(٢)</sup> إن لم يكن فيها تغيير معنى ولا زيادة حرف ولا نقصانه.

وقوله: (ثم كل حرف وتشديد ركن) يجوز أن يريد به أنه ركن [من الفاتحة، لأن ركن الشيء أحد الأمور التي يلتزم منها ذلك الشيء، ويجوز أن يريد به أنه ركن]<sup>(٣)</sup> من الصلاة؛ لأن الفاتحة من أركان الصلاة وجزء الجزء جزء، والأول أصوب، لثلاث تخرج أركان الصلاة عن الضبط.

قال الغزالي: ثُمَّ التَّرْتِيبُ فِيهَا شَرْطٌ، فَلَوْ قَرَأَ النُّصْفَ الْأَخِيرَ أَوَّلًا لَمْ يُجْزِهِ، وَلَوْ قَدَّمَ آخِرَ التَّشْهُدِ فَهُوَ كَقَوْلِهِ: عَلَيْنَا السَّلَامُ، وَالْمَوْلَاةُ أَيْضًا شَرْطٌ بَيْنَ كَلِمَاتِهَا، فَلَوْ قَطَعَهَا بِسُكُوتٍ طَوِيلٍ وَجَبَ الْأَسْتِثْنَاءُ (و) وَكَذَا بِتَسْبِيحِ يَسِيرٍ، إِلَّا مَا لَهُ سَبَبٌ فِي الصَّلَاةِ كَالثَّامِينَ لِقِرَاءَةِ الْإِمَامِ، وَالسُّؤَالِ وَالْأَسْتِغَاةِ أَوْ سُجُودِ الثَّلَاوَةِ عِنْدَ قِرَاءَةِ الْإِمَامِ آيَةَ سَجْدَةٍ أَوْ رَحْمَةً أَوْ عَذَابٍ، فَإِنَّ الْوَلَاءَ لَا يَنْقَطِعُ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ تَرَكَ الْمَوْلَاةَ نَاسِيًا فِيهِ تَرَدُّدٌ، وَلَوْ طَوَّلَ رُكْنَآ قَصِيرًا نَاسِيًا لَمْ يَضُرَّ.

قال الرافعي: الفصل يشتمل على جملتين مشروطتين في الفاتحة:

إحدهما: الترتيب فيجب رعايتها؛ لأن الإتيان بالنظم المعجز مقصود، والنظم والترتيب هو مناط البلاغة والإعجاز، فلو قدم مؤخراً على متقدم نظر إن كان عامداً بطلت قراءته، وعليه الاستثناء، وإن كان ساهياً عاد إلى الموضوع الذي أدخل منه بالترتيب فقرأ منه.

قال الصيدلاني: إلا أن يطول فيستأنف، وعلى كل حال لا يعتد بالمؤخر الذي قدمه، وينبغي أن يحمل قوله: «فلو قدم النصف الأخير قبل الأول لم يجزه» على هذا؛

= ذلك فإن عاد إليه بعد ذلك أو كان عالماً به عزر تعزيراً فظيماً إلى أن ينتهي عن ذلك ويجب على كل مكلف قادر على الإنكار أن ينكر عليه فإن قرأ الفاتحة في الصلاة بالشاذ وذكر عبارة الروضة. قال: وإذا قرأ بقراءة من السبع استحب أن يتم القراءة بها فهو قرأ بعض الآيات بها وبعضها بغيرها من السبع جاز بشرط أن لا يكون ما قرأه بالثانية مرتبطاً بالأول.

(١) سقط في ب.

(٢) تقدم.

(٣) سقط في ب.

أي: لا يجزئه النصف الأخير، فأما النصف الأول فهل يجزئه ويبني عليه أم يلزمه الاستئناف؟ فيه التفصيل الذي ذكرناه.

ولو أخل بترتيب التشهد نظر إن غير تغييراً مبطلاً للمعنى، فليس ما جاء به محسوباً، وإن تعمدته بطلت صلاته؛ لأنه أتى بكلام غير منظوم قصداً، وإن لم يبطل المعنى وكان كل واحد من المقدم والمؤخر مفيداً مفهوماً ففيه الطريقتان المذكوران فيما إذا عكس لفظ السلام فقال: عليكم السلام، والأظهر الجواز؛ لأنه لا يتعلق بنظمة إعجاز.

وقوله: (ولو قدم آخر التشهد) يعني به هذه.

الحالة الثانية: وهي أن لا يغير المعنى، وإن كان اللفظ مطلقاً.

واعلم أن تغيير الترتيب على وجه يبطل المعنى كما يفرض في التشهد، يفرض في الفاتحة، فوجب أن يقال: ثم أيضاً إذا غير تغييراً مبطلاً للمعنى عمداً تبطل صلاته.

والثانية: الموالاة بين كلماتها، والإخلال بها على ضربين:

أحدهما: أن يكون الشخص عامداً فيه، فإن سكت في أثنائها نظر؛ إن طالت مدة السكوت وذلك بأن يشعر مثل ذلك السكوت بقطعه القراءة وإعراضه عنها، إما اختياراً أو لعائق فتبطل قراءته، ويلزمه الاستئناف، لأنه ﷺ «كَانَ يُوَالِي فِي قِرَاءَتِهِ، وَقَدْ قَالَ: صَلُّوا كَمَا رَأَيْتُمُونِي أُصَلِّي»<sup>(١)</sup>.

وروى إمام الحرمين والمصنف في «الوسيط» وجهاً آخر عن العراقيين: إن ترك الموالاة بالسكوت الطويل عمداً لا يبطل القراءة؛ وأعلم لهذا الوجه قوله: (وجب الاستئناف) بالواو، وإن قصرت مدة السكوت فلا يؤثر؛ لأن السكوت [اليسير]<sup>(٢)</sup> قد يكون لتنفس وسعال ونحوهما، فلا يشعر بقطع القراءة، ونظيره التفريق اليسير في الضوء لا يؤثر وإن أوجبت الموالاة فيه، وهذا إذا لم ينو مع السكوت قطع القراءة، فإن نواه والسكوت يسير ففيه وجهان - حكيا عن الحاروي -:

أحدهما: أنه لا تبطل القراءة أيضاً؛ لأن السكوت اليسير لا أثر له بمجرد، ولا للنية بمجرد، فلا يضر أنضمام أحدهما إلى الآخر.

وأصحهما: - وهو الذي ذكره المعظم -: أنها تبطل، ويجب الاستئناف لأقتران الفعل بنية القطع، وقد تؤثر النية مع الفعل فيما لا يؤثر فيه أحدهما؛ ألا ترى أن نية التعدي من المودع لا توجب كون الوديعة مضمونة عليه، وكذلك مجرد النقل من موضع إلى موضع، وإذا اقترنا صارت مضمونة عليه، وإنما لم تؤثر مجرد النية هاهنا بخلاف نية قطع

(٢) في ط القصير.

(١) تقدم.

الصلاة فإنها تؤثر فيها؛ لأن النية ركن في الصلاة تجب إدامتها حكماً إن لم تجب إدامتها حقيقة، ولا يمكن إدامتها حكماً مع نية القطع، فتبقى الأفعال بلا نية، [وقراءة الفاتحة لا تفتقر إلى نية خاصة فلا يؤثر فيها نية القطع]<sup>(١)</sup> فلو أتى بتسييح أو تهليل في أثنائها، أو قرأ آية أخرى فيها بطلت الموالاتة، قل ذلك أم كثر؛ لأن الاشتغال بغيرها يغير النظم، ويوهم الإعراض عنها، وهذا فيما لا يؤمر به في الصلاة، أما ما يؤمر به وتعلق به مصلحة الصلاة، كما إذا أمّن الإمام والمأموم في خلال الفاتحة فأمن معه، أو قرأ الإمام آية رحمة فسألها المأموم، أو آية عذاب فاستعاذ منه، أو آية سجدة فسجد المأموم معه، أو فتح على الإمام قراءته، ففي بطلان الموالاتة في جميع ذلك وجهان:

أحدهما، وبه قال الشيخ أبو حامد: تبطل، كما لو فتح على غير إمامه أو أجاب المؤذن، أو عطس فحمد الله تعالى.

وأصحهما، وبه قال صاحب «الإفصاح» والقاضي أبو الطيب والقفال: لا تبطل صلاته، لأنه ندب إلى هذه الأمور في الصلاة لمصلحتها، فلاشتغال بها عند عروض أسبابها لا يجعل قادحاً، وهذا مفرع على استحباب هذه الأمور للمأموم وهو المشهور.

وفيه وجه آخر: لم يجرؤوا هذا الخلاف في كل مندوب إليه، فإن الحمد عند العطاس مندوب إليه، وإن كان في الصلاة فهو قاطع للموالاتة، ولكن في المندوبات التي تختص بالصلاة، وتعد من صلاحها.

وقوله: «إلا ما له سبب في الصلاة» محمول على هذا، ولما كان السكوت مبطلاً للموالاتة بشرط أن يكون طويلاً، وكان التسييح ونحوه مبطلاً من غير هذا الشرط، قيد في لفظ الكتاب السكوت بالطويل، وجعل التسييح يوصف كونه يسيراً مبطلاً للموالاتة؛ تنبيهاً على الفرق بينهما، ثم لا يخفى أن ما يبطل قليلة فكثيره أولى أن يبطل.

الضرب الثاني: أن يخل بالموالاتة ناسياً، ونذكر أولاً مسألة وهي: أنه لو ترك الفاتحة ناسياً هل تجزئه صلاته؟ الجديد - وهو المذهب - أنه لا يعتد بتلك الركعة، بل إن تذكر بعدما ركع عاد إلى القيام وقرأ، وإن تذكر بعد القيام إلى الركعة الثانية صارت هذه الركعة أولاه ويلغي ما سبق، ووجهة الأخبار الدالة على اعتبار الفاتحة، والإلحاق بسائر الأركان.

وقال في «القديم» تجزئه صلاته تقليداً لعمر - رضي الله عنه - «فإنه نسي القراءة في صلاة المغرب فقبل له في ذلك فقال: كيف كان الركوع والسجود قالوا: كان حسناً»

قَالَ: فَلَا بَأْسَ<sup>(١)</sup> وقد ذكرت ما قيل في الفرق بين الفاتحة وسائر الأركان، في فصل الترتيب في الوضوء.

إذا عرف ذلك فنقول: إن ترك الموالة ناسياً، فالذي ذكره الجمهور ونقلوه عن نص الشافعي - رضي الله عنه -: إنه لا تنقطع الموالة، وله أن يبيّن، وليس هذا تفريراً على القول القديم في ترك الفاتحة ناسياً بل نقلوا ذلك مع القول بأنه إذا ترك الفاتحة ناسياً لم يعتد بالركعة، ومال إمام الحرمين، إلى أنه ينقطع الولاء بالنسيان إذا قلنا: النسيان ليس بعذر في ترك الفاتحة، حتى لا يجزئه ما أتى به، كما لو ترك الترتيب ناسياً، وتابعه الإمام الغزالي - رحمه الله - فجعل المسألة على التردد، واعترض إمام الحرمين - قدس الله روحه - على كلام الجمهور فقال: ترك الولاء إذا كان مما تختل به القراءة؛ فجرئانه النسيان يجب أن يكون بمثابة ترك القراءة ناسياً حتى لا يعذر به، وللجمهور أن يقولوا: سلمت في هذا الاعتراض مقدمة مطلقة وهي أن ترك الولاء مما تختل به القراءة، وعندنا لا تختل به القراءة إلا عند التعمد، فإن قال: إذا اختلت به عند التعمد وجب أن تختل به عند النسيان، كما أن ترك القراءة من أصلها لا يفترق حكمه في الحالتين، فلهم أن يقولوا في الفرق: الموالة هيئة من الكلمات تابعة لها، فإذا ترك القراءة فقد ترك التابع والمتبوع، وإذا ترك الموالة فقد ترك التابع دون المتبوع، فلا يبعد أن يجعل النسيان عذراً هاهنا ولا يجعل عذراً ثم، ونظيره غسل الأعضاء في الوضوء، لا يحتمل تركها عمداً ولا سهواً، وترك الموالة سهواً يحتمل على الأظهر إن أوجبنا فيه الموالة، وأما ما ذكره من ترك الترتيب ناسياً، فقد فرق الشيخ أبو محمد بينه وبين الموالة؛ بأن أمر الموالة أهون؛ ألا ترى أنه لو أخل المصلي بترتيب الأركان ناسياً فقدم السجود على الركوع لم يعتد بالسجود المقدم، ولو أخل بالموالة بأن طَوَّلَ ركناً قصيراً من الصلاة ناسياً لم يضر، واعتد بما أتى به، وكذلك لو ترك سجدة من الركعة الأولى أقيمت السجدة المأتي بها في الركعة الثانية مقامها وإن اختلت الموالة؛ ولهذا يحتمل غير أفعال الصلاة في خلالها إذا كانت يسيرة كالخطوة وقتل الحية ونظائرها، مع أنها تخل بصورة الموالة، فلا يلزم من جعل النسيان عذراً في أضعف المعترين جعله عذراً في أقواهما، وقد حكى الإمام بعض هذا الفرق عن الشيخ، ولم يعترض عليه بأزيد مما سبق، وربما وجه النص المنقول في أن ترك الموالة لا يضر بمسائل الموالة ناسياً في الصلاة لتطويل الركن القصير ونحوه والله أعلم.

وينكشف لك من هذا الشرح ما هو السبب الداعي إلى إيراد المصنف مسألة

(١) أخرجه الشافعي من رواية أبي سلمة بن عبد الرحمن وهو منقطع، وأبو سلمة لم يدرك عمر. انظر

تطويل الركن القصير في خلال مسائل القراءة؟ ومن لم يعرف هذا السبب، ولم تكن فيه غباوة فإنه يتعجب من ذلك، وليس في لفظ الكتاب ما ينه عليه، وأما تسميته كل واحد من الترتيب والموالاة شرطاً، والحروف والتشديدات أركاناً، فقد تقدّم في باب الأذان ما يناظر ذلك والقول فيهما قريب.

قال الغزالي: **أَمَّا الْعَاجِزُ فَلَا يُجْزِئُهُ تَرْجَمَتُهُ (ح) بِخِلَافِ التَّكْبِيرِ بَلْ يَأْتِي بِسَبْعِ آيَاتٍ مِنَ الْقُرْآنِ مُتَوَالِيَةً لَا تَنْقُصُ حُرُوفُهَا عَنْ حُرُوفِ الْفَاتِحَةِ، فَإِنْ لَمْ يُحْسِنْ فَمُتَّفَرِّقَةً، فَإِنَّ لَمْ يُحْسِنْ فَيَأْتِي بِسَبْعٍ وَتَهْلِيلٍ لَا تَنْقُصُ حُرُوفَهُ عَنْ حُرُوفِ الْفَاتِحَةِ.**

قال الرافي: ذكرنا أن للمصلي حالتين:

إحدهما: أن يقدر على قراءة الفاتحة، وما ذكرناه إلى الآن كلام فيها.

والثانية: أنه لا يقدر فيلزمه كسب القدرة عليها، إما بالتعلم أو التوصل إلى مصحف يقرأها منه، سواء قدر عليه بالشراء، أو الاستئجار، أو الاستعارة<sup>(١)</sup>، فإن كان بالليل، أو كان في ظلمة فعليه تحصيل السراج أيضاً عند الإمكان، فلو امتنع من ذلك مع الإمكان فعليه إعادة كل صلاة صلاها إلى أن قدر على قراءتها.

وإذا تعذر التعلم عليه أو تأخر لضيق الوقت، أو بلادته وتعذرت القراءة من المصحف أيضاً. فكيف يصلي؟ هذا غرض الفصل؛ وجملته أنه لا تجزئه الترجمة، وخلاف أبي حنيفة يعود هاهنا بطريق الأولى، ويخالف التكبير حيث يعدل العاجز إلى ترجمته لما قدمناه: إن نظم القرآن معجز وهو المقصود، فإراعي ما هو أقرب منه، وأما لفظ التكبير فليس بمعجز، ومعظم الفرض معناه فالترجمة أقرب إليه.

وإذا عرفت ذلك فينظر إن أحسن غير الفاتحة من القرآن فيجب عليه أن يقرأ سبع

(١) قال في التوسط: يفهم أنه لو كان هناك مصحف وصاحبه غائب أنه كالمعدوم وحكى الروياني عن والده أنه يحتمل جوازه بل يلزمه ذلك للضرورة كالمضطر وكما يجب التعليم على صاحبه لو كان حاضراً أو يمكنه من المصحف ثم هل يلزمه أجره المثل وهل يضمن حكي والده عن بعض الأصحاب أن الحكم فيه كالعارية فيضمن العين دون المنفعة قال الروياني: ويحتمل عدم لزوم الضمان أيضاً؛ لأنه أخذه باستحقاق فإنه لو حذر لزمه دفعه إليه، وليس له استرجاعه قبل استيفاء منفعته. قال الأذرعى: وفيه نظر، وأقل درجاته أن يخرج ذلك على الخلاف في وجوب تعليم الفاتحة مجاناً. إذا تعين للتعليم والراجع المنع، وكما في إطعام المضطر، ثم ما قدمه عن والده النازع فيه قول القاضي حسين في الفتاوي لو لم يكن في البلد إلا مصحف واحد لم يجب على صاحبه إعارته، بل يصلي هذا من غير قراءة، وكذا لو لم يكن في البلد إلا معلم واحد لم يلزمه التعليم في ظاهر المذهب، ويكره أن يمنع منه.

آياتٍ من غيرها، ولا يجوز له العدول إلى الذكر؛ لأن القرآن بالقرآن أشبه، ولا يجوز أن ينقص عدد الآيات المأتي بها عن السبع وإن كانت طويلة؛ لأن عدد الآي مَزْعِيٌّ فيها، قال الله تعالى: ﴿سَبْعًا مِنَ الْمَثَانِي﴾<sup>(١)</sup> «وَعَدَّهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ سَبْعَ آيَاتٍ» فيراعي هذا العدد في بدلها، وهل يشترط مع ذلك أثلاثا تنقص حروفها عن حروف الفاتحة؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، ويكفي اعتبار الآيات كما لو فاته صوم يوم طويل يجوز قضاؤه في يوم قصير، ولا ينظر إلى الساعات.

وأصحهما: وهو المذكور في الكتاب: أنه يشترط؛ لأنها معتبرة في الفاتحة، وقد أمكن اعتبارها في البديل فأشبهت الآيات. وهذان الوجهان في جملة الفاتحة مع جملة البديل، فلا يمتنع أن يجعل آيتين بدلاً عن آية.

وفي وجه: يجب أن تعدل حروف كل آية بآية من الفاتحة على الترتيب، وينبغي أن تكون مثلها، أو أطول منها، ويحكي هذا عن الشيخ أبي محمد، ثم إن أحسن سبع آيات متوالية بالشرط المذكور لم يجز العدول إلى المتفرقة، فإن المتوالية أشبه بالفاتحة، وإن لم يحسنها أتى بها متفرقة.

واستدرك إمام الحرمين فقال: لو كانت الآيات المفردة لا تفيد معنى منظوماً إذا قرأت وحدها، كقوله: «ثُمَّ نَظَرَ»<sup>(٢)</sup> فيظهر أن لا نأمره بقراءة هذه الآيات المتفرقة، ونجعلها كمن لا يحسن شيئاً من القرآن أصلاً [وإن]<sup>(٣)</sup> كان ما يحسنه من القرآن دون السبع كآية أو آيتين، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يجب عليه أن يكرر حتى يبلغ قدر الفاتحة.

وأصحهما: أنه يقرأ ما يحسنه، ويأتي بالذكر للباقي، هذا كله إذا أحسن شيئاً من القرآن<sup>(٤)</sup>. أما إذا لم يحسن، فيجب عليه أن يأتي بالذكر كالتسبيح والتهليل، خلافاً لأبي حنيفة حيث قال: لا يلزمه الذكر ويقف ساكناً بقدر القراءة، ولمالك حيث قال: لا يلزمه الذكر، ولا الوقوف بقدر القراءة.

لنا ما روي أنه ﷺ قال: «إِذَا قَامَ أَحَدُكُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَلْيَتَوَضَّأْ كَمَا أَمَرَهُ اللَّهُ فَإِنْ كَانَ لَا يُحْسِنُ شَيْئاً مِنَ الْقُرْآنِ فَلْيُحْمَدِ اللَّهَ وَلْيُكَبِّرْهُ».

(١) سورة الحجر، الآية ٨٧.

(٢) سورة المدثر، الآية ٢١.

(٣) في ط: ولو.

(٤) قال النووي: قط قطع جماعة بأنه تجزئه الآيات المتفرقة وإن كان يحسن المتوالية، سواء فرقتها من سورة، أو سور. منهم القاضي أبو الطيب، وأبو علي البندنجي، وصاحب «البيان» وهو المنصوص في «الأم» وهو الأصح. والله أعلم. ينظر الروضة (٣٥١/١).

وروي أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ فقال: «إني لا أستطيع أن آخذ شيئاً من القرآن، فعلمني ما يجزيني في صلاتي، فقال: قل: سُبْحَانَ اللَّهِ، وَالْحَمْدُ لِلَّهِ، وَلَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ، وَاللَّهُ أَكْبَرُ، وَلَا حَوْلَ وَلَا قُوَّةَ إِلَّا بِاللَّهِ»<sup>(١)</sup> ثم هل يتعين شيء من الأذكار أم يتخير فيها؟ فيه وجهان:

أحدهما: أن الكلمات المذكورة في الخبر الثاني متعينة لظاهر الأمر، وعلى هذا اختلفوا: منهم من قال: تكفيه هذه الكلمات الخمس؛ لأنه قال: «علمني ما يجزيني في صلاتي» والنبي ﷺ علمه هذه الكلمات، وبهذا قال أبو علي الطبري والقاضي أبو الطيب، ومنهم من قال: يضم إليها كلمتين أخرتين حتى تصير سبعة أنواع، فيكون كل نوع بدلاً عن آية. والمراد بالكلمات هاهنا أنواع: الذكر لا الألفاظ المفردة.

وأصحهما: أنه لا يتعين شيء من الأذكار، وبه قال أبو إسحاق المرؤزي، وهذا هو الذي ذكره في الكتاب؛ لأنه أطلق فقال: يأتي بتسييح وتهليل، وعلى هذا فتعرض الخبر للكلمات الخمس جرى على سبيل التمثيل، وهل يشترط أن لا تنقص حروف ما يأتي به عن حروف الفاتحة؟ فيه وجهان: كما ذكرنا فيما إذا أحسن غير الفاتحة من القرآن.

أصحهما - وهو المذكور في الكتاب - أنه يشترط، ثم قال إمام الحرمين: لا يرى هاهنا إلا الحروف بخلاف ما إذا أحسن غير الفاتحة من القرآن، فإنه يراعي عدد الآيات، وفي الحروف الخلاف.

وقال في «التهذيب»: يجب أن يأتي بسبعة أنواع من الذكر، ويقام كل نوع مقام آية، وهذا أقرب تشبيهاً لمقاطع الأنواع بغايات الآيات، وهل الأدعية المحضة كالأثنية؟ فيه تردد للشيخ أبي محمد.

قال إمام الحرمين: والأشبه أن ما يتعلق بأمر الآخر، يقوم دون ما يتعلق بالدنيا، ويشترط أن لا يقصد بالذكر المأتي به شيئاً آخر سوى البلدية، كما إذا استفتح أو تعوذ على قصد إقامة سنتهما، ولكن لا يشترط قصد البلدية فيهما ولا في غيرهما من الأذكار في أظهر الوجهين، وإن لم يحسن شيئاً من القرآن والأذكار فعليه أن يقوم بقدر الفاتحة، ثم يركع، وكل ما ذكرناه فيما إذا لم يحسن الفاتحة أصلاً.

قال الغزالي: فَإِنْ لَمْ يُحْسِنِ النُّصْفَ الْأَوَّلَ مِنْهَا أَتَى بِالذِّكْرِ بَدَلًا عَنْهُ، ثُمَّ يَأْتِي بِالنُّصْفِ الْأَخِيرِ.

(١) أخرجه أبوداود (٨٣٢) والنسائي (١٤٣/٢)، وابن حبان (١٧٩٩) والحاكم (٢٤١/١) والدارقطني (٣١٣/١). قال ابن المقن قال الحاكم: صحيح على شرط البخاري وهو كما قال.

قال الرافعي: أصل المسألة: أن من يحسن بعض الفاتحة دون بعض يكرره، أو يأتي به ويبدل الباقي؟ فيه وجهان: وقيل: قولان:

أحدهما: أنه يكرر ما يحسنه قدر الفاتحة، ولا يعدل إلى غيره؛ لأن بعضها أقرب إلى الباق من غيرها، فصار كما إذا أحسن غيرها من القرآن لا يعدل إلى الذكر.

وأصحهما: أنه يأتي به، ويبدل الباقي؛ لأن الشيء الواحد لا يكون أصلاً وبدلاً، ويدل عليه «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ ذَلِكَ السَّائِلَ بِالْكَلِمَاتِ الْخَمْسِ»، ومنها: «الْحَمْدُ لِلَّهِ»، وهذه الكلمة من جملة الفاتحة، ولم يأمره بتكريرها، وهذا الخلاف فيما إذا كان يحسن للباقي بدلاً أما إذا لم يحسن إلا ذلك البعض فيكرره بلا خلاف.

إذا تقرر ذلك فلو أحسن النصف الثاني دون الأول فقد قال في الكتاب: يأتي بالذكر بدلاً عن النصف الأول، ثم يأتي بالنصف الثاني، وهذا جواب على الوجه الأصح، ويجب أن يقدم البديل للنصف الأول على قراءة النصف الثاني رعاية للترتيب، كما يجب الترتيب في أركان الصلاة وفي كلمات الفاتحة. وحكى في «التهديب» وجهاً أنه لا يشترط الترتيب بين البديل والأصل، وكيف ما قرأ جاز.

وأما إذا فرعنا على الوجه الأول وهو أنه يكرر القدر الذي يحسنه، فلا يأتي في هذه الصورة للنصف الأول ببديل، بل يكرر النصف الأخير، وليعلم هذا الوجه قوله: (أتى بالذكر بدلاً عنه) بالواو، وكذا قوله: (ثم يأتي بالنصف الأخير)؛ لأن كلمة ثم للترتيب، وقد ذكرنا وجهاً أنه لا يجب الترتيب، ولو كان الأمر بالعكس فكأن يحسن النصف الأول دون الثاني، فعلى الوجه الأول: يكرره، وعلى الأصح، يأتي بالنصف الأول، ثم [يأتي]<sup>(١)</sup> بالذكر بدلاً عن الثاني.

قال الغزالي: فَإِنْ تَعَلَّمَ قَبْلَ قِرَاءَةِ الْبَدْلِ لَزِمَتْهُ قِرَاءَتُهَا، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الرُّكُوعِ فَلَا، وَإِنْ كَانَ قَبْلَ الرُّكُوعِ وَبَعْدَ الْفَرَاعِ فَوَجْهَانِ.

قال الرافعي: جميع ما سبق فيما إذا استمر العجز عن القراءة في الصلاة، فأما إذا تعلم الفاتحة في أثنائها، أو لقنه إنسان، أو أحضر مصحف، وتمكن من القراءة منه فينظر، إن اتفق ذلك قبل الشروع في قراءة البديل، فعليه أن يقرأ الفاتحة، وإن كان في خلال قراءة البديل مثل أن أتى بنصف الأذكار ثم قدر على قراءة الفاتحة فعليه قراءة النصف الأخير، وفي الأول وجهان:

أحدهما: لا يجب، كما إذا شرع في صوم الشهرين، ثم قدر على الإعتاق، لا يلزمه العدول إلى الإعتاق.

(١) سقط في ط.



وأظهرهما: يجب كما إذا وجد الماء قبل تمام التيمم يبطل تيممه وإن كان ذلك بعد قراءة البدل، وبعد الركوع فلا يجوز الركوع، وقد مضت تلك الركعة على الصحة، وإن كان بعد القراءة وقبل الركوع فوجهان:

أحدهما: عليه قراءة الفاتحة؛ لأن محل القراءة باقٍ، وقد قدر عليها.

وأظهرهما: لا يجب؛ لأن البدل قد تم، وتأدى الفرض به، وأشبه ما لو أتى المكفر بالبدل ثم قدر على الأصل، أو صلى بالتيمم، ثم قدر على الوضوء، ويجوز أن يعلم قوله: «لزمه قراءتها» بالواو؛ لأن قوله: «قبل قراءة البدل» يتناول ما إذا لم يشرع في البدل أصلاً ما إذا شرع، لكن لم يتمه حتى تعلم الفاتحة، وقد ذكرنا في الصورة الثانية وجهين، ويجوز أن يعلم قوله: (فوجهان) في الصورة الأخيرة أيضاً؛ لأن صاحب «البيان» ذكر طريقاً آخر أنه لا يجب قراءة الفاتحة وجهاً واحداً.

قال الغزالي: ثُمَّ بَعْدَ الْفَاتِحَةِ سُنَّتَانِ: (إِحْدَاهُمَا): التَّامِينَ مَعَ تَخْفِيفِ الْمِيمِ مَمْدُودَةً أَوْ مَقْصُورَةً، وَفِي جَهْرِ الْإِمَامِ بِهِ خِلَافٌ، وَالْأَظْهَرُ الْجَهْرُ، وَلِيُؤْمِنَ الْمَأْمُومُ مَعَ تَأْمِينِ الْإِمَامِ لَا قَبْلَهُ وَلَا بَعْدَهُ.

قال الرافعي: بينا أن لركن القراءة سنتين لاحقتين، فأشتغل بذكرهما حين فرغ من أحكام الفاتحة.

إحدهما: التأمين، فيستحب لكل من قرأ الفاتحة خارج الصلاة، أو في الصلاة، أن يقول عقيب الفراغ منها: «آمين». ثبت ذلك عن رسول الله ﷺ ومعنى الكلمة، ليكون كذلك، وفيها لغتان: القصير، والمد، والميم مخففة في الحالتين، وينبغي أن يفصل بينها وبين قوله: «وَلَا الضَّالِّينَ» بسكتة لطيفة؛ تمييزاً بين القرآن وغيره، ويستوي في استحبابها الإمام والمأموم والمنفرد، ويجهر بها الإمام والمنفرد في صلاة الجهر تبعاً للقراءة، وقد روي عن وائل بن حُجر قال: «صَلَّيْتُ خَلْفَ النَّبِيِّ ﷺ فَلَمَّا قَالَ: «وَلَا الضَّالِّينَ». قَالَ: آمِينَ وَمَدَّ بِهَا صَوْتَهُ»<sup>(١)</sup>.

وأما المأموم فقد نقل عن القديم أنه يؤمن جهراً أيضاً، وعن الجديد أنه لا يجهر، واختلف الأصحاب فقال الأكثرون في المسألة قولان:

أحدهما: أنه لا يجهر [كما لا يجهر بالتكبيرات وإن كان الإمام يجهر بها].

وأصحهما: وبه قال أحمد: أنه يجهر<sup>(٢)</sup> لما روي عن عطاء قال: «كُنْتُ أَسْمَعُ

(١) أخرجه أبو داود (٩٣٢) والترمذي (٢٤٨) وابن ماجه (٨٥٥) وابن حبان (١٧٩٦)، والدارقطني (٣٣٤/١).

(٢) سقط في ب.

الْأَيْمَّةَ، وَذَكَرَ ابْنَ الزُّبَيْرِ، وَمَنْ بَعْدَهُ يَقُولُونَ: آمِينَ، وَيَقُولُ مِنْ خَلْفِهِمْ: آمِينَ حَتَّى إِذَا  
لِلْمَسْجِدِ لَصُجَّةً»<sup>(١)</sup>.

ويروى عن أبي هريرة قال: «كَانَ إِذَا أَمَّنَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَمَّنَ مَنْ خَلْفَهُ حَتَّى كَانَ  
لِلْمَسْجِدِ صُجَّةً»<sup>(٢)</sup> ولأن المقتدي متابع للإمام في التأمين، فإنه إنما يؤمن لقراءته، فيتبعه  
في الجهر كما يتبعه في التأمين، ومنهم من أثبت قولين في المسألة ولكن لا على  
الإطلاق، بل فيما إذا لم يجهر الإمام، فيجهر المأموم ليتنبه الإمام وغيره، ومنهم من  
حمل النصين على حالين، فحيث قال: «لا يجهر المأمومون» أراد: ما إذا قل  
المقتدون، أو صغر المسجد وبلغ صوت الإمام القوم فيكفي إسماعه إياهم التأمين،  
كأصل القراءة، وإن كثر القوم يجهرون حتى يبلغ الصوت الكل، والأحب أن يكون  
تأمين المأموم مع تأمين الإمام، لا قبله ولا بعده؛ لما روي عن أبي هريرة - رضي الله  
عنه - أن النبي ﷺ قال: «إِذَا أَمَّنَ الْإِمَامُ أَمَّنَتِ الْمَلَائِكَةُ، فَأَمُّنُوا فَإِنَّ كُلَّ مَنْ وَاقَعَ تَأْمِينُهُ  
تَأْمِينَ الْمَلَائِكَةِ، عُفِرَ لَهُ مَا تَقَدَّمَ مِنْ ذَنْبِهِ»<sup>(٣)</sup>. فإن لم يتفق ذلك أمن عقيب تأمينه.

وأما لفظ الكتاب: فلك أن تعلم قوله: (التأمين) بالميم؛ لأنه روي عن مالك أنه  
لا يسن التأمين للمصلي أصلاً. وعنه رواية أخرى أن الإمام لا يؤمن في الجهرية.

ورواية أخرى أن الإمام والمأموم يؤمنان، لكن يسران وهو مذهب أبي حنيفة،  
ولذلك أعلم قوله: (والأظهر الجهر) بعلامتهما، وقوله: (ممدودة، أو مقصورة) التأنيث  
على تقدير الكلمة، وقوله: (وفي جهر المأموم به خلاف) أي [في]<sup>(٤)</sup> الصلاة الجهرية،  
وأما في السرية فالمحبوب الإسرار للمأموم وغيره بلا خلاف، ثم قوله: «يجوز أن يريد  
به قولين» جواباً على الطريقة المشهورة، ويجوز أن يريد به طريقتين: وهما الأول  
والثالث، فقد ذكرهما في «الوسيط»، فإن كان الأول فقوله: (الأظهر الجهر) أي: من

(١) أخرجه الشافعي (٢١٧) مسنداً والبخاري تعليقاً انظر فتح الباري (٢/٢٦٢).

(٢) أخرجه أبو داود (٩٣٤) وابن ماجه (٨٥٣) والدارقطني (١/٣٣٥)، وابن حبان كذا في الموارد  
(٤٦٢) والحاكم (١/٢٢٣)، قال ابن الملقن: قال ابن الصلاح: رفعه غير صحيح، وإنما رواه  
الشافعي عن عطاء، وقال النووي: غلط وصوابه كما رواه الشافعي انتهى. وقد أخرجه ابن ماجه  
من حديث أبي هريرة بلفظ كان رسول الله ﷺ إذا قال: «غَيْرِ الْمَغْضُوبِ عَلَيْهِمْ وَلَا الضَّالِّينَ»  
قال «أمين» حتى سمعها أهل الصف الأول فيرتج بها المسجد، وأخرجه بنحوه من طريق حديث  
أبي هريرة أيضاً مرفوعاً، أبو داود والدارقطني وابن حبان والحاكم قال الدارقطني: إسناده حسن  
وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين انظر خلاصة البدر المنير (١/١٢٢).

(٣) أخرجه البخاري (٧٨٠) ومسلم (٤١٠).

(٤) سقط في ط.

القولين، وإن كان الثاني، فالمعنى والأظهر مما قيل في المسألة أنه يجهر.

قال الغزالي: (الثانية): السورة وهي مُسْتَحَبَّةٌ لِلْإِمَامِ وَالْمُنْفَرِدِ فِي رَكْعَتِي الصُّبْحِ وَالْأُولَيَيْنِ مِنْ غَيْرِهِمَا، وَفِي الثَّلَاثَةِ وَالرَّابِعَةِ قَوْلَانِ مَنْصُوصَانِ الْجَدِيدُ: أَنَّهَا تُسْتَحَبُّ (ح) وَإِنْ كَانَ الْعَمَلُ عَلَى الْقَدِيمِ، وَالْمَأْمُومُ لَا يَقْرَأُ السُّورَةَ فِي الْجَهْرِيَّةِ بَلْ يَسْتَمِعُ، فَإِنْ لَمْ يَبْلُغْهُ الصَّوْتُ فِي قِرَاءَتِهِ وَجْهَانِ.

قال الرافعي: يسن للإمام والمنفرد قراءة سورة بعد الفاتحة في ركعتي الصبح، والأوليين من سائر الصلوات لما سيأتي، وأصل الاستحباب يتأدى بقراءة شيء من القرآن، لكن السورة أحب، حتى إن السورة القصيرة أولى من بعض سورة طويلة، وروى القاضي الروياني عن أحمد: أنه يجب عنده قراءة شيء من القرآن، وهل يسن قراءة السورة [في] (١) الثالثة من المغرب، وفي الثالثة والرابعة من الرباعيات فيه قولان: «الجديد»: أنها تسن، لكن تجعل السورة فيهما أقصر؛ لما روي عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه - أن النبي ﷺ «كَانَ يَقْرَأُ فِي صَلَاةِ الظُّهْرِ فِي الرُّكْعَتَيْنِ الْأُولَيَيْنِ فِي كُلِّ رَكْعَةٍ قَدْرَ ثَلَاثِينَ آيَةً وَفِي الْأُخْرَيَيْنِ قَدْرَ خَمْسِ عَشْرَةِ آيَةٍ، وَفِي الْعَصْرِ فِي الرُّكْعَتَيْنِ الْأُولَيَيْنِ فِي كُلِّ رَكْعَةٍ قَدْرَ خَمْسِ عَشْرَةِ آيَةٍ، وَفِي الْأُخْرَيَيْنِ قَدْرَ نِصْفِ ذَلِكَ» (٢) والقديم: به قال أبو حنيفة ومالك وأحمد: أنها لا تسن؛ لما روي عن أبي قتادة أن النبي ﷺ «كَانَ يَقْرَأُ فِي الظُّهْرِ فِي الْأُولَيَيْنِ بِأَمِّ الْكِتَابِ وَسُورَتَيْنِ، وَفِي الرُّكْعَتَيْنِ الْأُخْرَيَيْنِ بِأَمِّ الْكِتَابِ، وَيُسْمِعُنَا الْآيَةَ، وَيَطْوِلُ فِي الرُّكْعَةِ الْأُولَى مَا لَا يَطْوِلُ فِي الثَّانِيَةِ» (٣).

وهل يفضل الركعة الأولى على الثانية؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، ويدل عليه حديث أبي سعيد.

والثاني: وبه قال الإمام السرخسي: نعم، ويدل عليه حديث أبي قتادة، ويجري الوجهان في الركعتين الأخريين إن قلنا: تستحب فيهما السورة.

وقال أبو حنيفة: يستحب تفضيل الأولى على الثانية في الفجر خاصة، ويستحب أن يقرأ في الصبح بطوال المفصل «الحجرات»، نعم في الركعة الأولى من صبح يوم الجمعة يستحب قراءة «الم» السجدة، وفي الثانية «هل أتى»، ويقرأ في الظهر بما يقرب من القراءة في الصبح، وفي العصر والعشاء بأوساط المفصل، وفي المغرب بقصاره، وأما المأموم فلا يقرأ السورة في الصلاة التي يجهر بها الإمام وهو يسمع صوته بل ينبغي

(٢) أخرجه مسلم (٤٥٢).

(١) سقط في ط.

(٣) أخرجه البخاري (٧٥٩) ومسلم (٤٥١).

أن ينصت ويستمع، قال الله تعالى: ﴿وَإِذَا قُرِئَ الْقُرْآنُ فَاسْتَمِعُوا لَهُ وَأَنْصِتُوا﴾<sup>(١)</sup> ولهذا يستحب للإمام أن يسكت بعد الفاتحة قدر ما يقرأ فيه المأموم الفاتحة كيلا يفوته استماع الفاتحة ولا أستمع السورة، وإن كانت الصلاة سرية أو جهرية والمأموم لا يسمع لبعده، أو صم، فوجهان:

أحدهما: أنه لا يقرأ؛ لما روي أنه ﷺ قال: «إِذَا كُنْتُمْ خَلْفِي فَلَا تَقْرَؤُوا إِلَّا بِفَاتِحَةِ الْكِتَابِ»<sup>(٢)</sup>.

وأصحهما: يقرأ كالمفرد، وإنما لا يؤمر بالقراءة حيث يستمع؛ ليستمع، وأما الحديث فله سبب، «وهو أن أغرابياً راسل رسول الله ﷺ في قراءة الشمس وضحاها فتعسرت القراءة على رسول الله ﷺ فلما تحلل عن صلاته قال ذلك»، ويستحب للقارئ في الصلاة وخارج الصلاة أن يسأل الرحمة إذا مر بآية رحمة، وأن يتعوذ إذا مر بآية عذاب، وأن يسبح إذا مر بآية تسييح، وأن يتفكر إذا مر بآية مثل ذلك، وأن يقول: بلى، وأنا على ذلك من الشاهدين إذا قرأ: ﴿أَلَيْسَ اللَّهُ بِأَحْكَمَ الْحَاكِمِينَ﴾<sup>(٣)</sup>، ويقول: «أما بالله» إذا قرأ: ﴿فَبِأَيِّ حَدِيثٍ بَعْدَهُ يُؤْمِنُونَ﴾<sup>(٤)</sup> والمأموم يفعل ذلك لقراءة الإمام.

وقوله في الكتاب: (فقولان: منصوصان) التصريح بكونهما منصوصين يعرف أنهما ليسا ولا واحد منهما مخرج، ولا يتوهم من ذلك أنه إذا أرسل ذكر القولين كان ثم تخريج، كما أن التعرض «للقديم» و«الجديد» يعرف تاريخ القولين، ولا يلزم من إرسال القولين أن يكون أحدهما قديماً والآخر جديداً.

وقوله: (وإن كان العمل على القديم) إشارة إلى ترجيح القول القديم، وبه أفتى الأكثرون، وجعلوا المسألة من المسائل التي يفتى فيها على القديم، ونازع الشيخ أبو حامد وطائفة فيه ورجحوا الجديد.

واعلم أن مسألة جهر المأموم بالتأمين في جملة تلك المسائل، إذا أثبتنا الخلاف فيها، كما تبين في الفصل السابق.

وقوله: (والمأموم لا يقرأ السورة في الجهرية...) إلى آخره التعرض لحكم قراءته في الجهرية، وإهماله في السرية، فيه إشعار بأنه يقرأ في السرية، وهو الأظهر، كما بيناه، وإن لم يكن متفقاً عليه.

قال الغزالي: الرُّكْنُ الرَّابِعُ: الرُّكُوعُ وَأَقْلَهُ أَنْ يَنْحَنِي بِحَيْثُ تَنَالُ رَاحَتَاهُ رُكْبَتَيْهِ

(٢) تقدم.

(١) سورة الأعراف، الآية ٢٠٤.

(٤) سورة المرسلات، الآية ٥٠.

(٣) سورة التين، الآية ٨.

وَيَطْمِئِنُّ (ح) بِحَيْثُ يَنْفَصِلُ هَوِيُّهُ عَنِ ارْتِفَاعِهِ، وَلَا يَجِبُ الذُّكْرُ.

قال الرافعي: تكلم في أقل الركوع، ثم في أكمله، أما أقله فقد ذكر فيه شيئين لا بد منهما:

أحدهما: أن ينحني بحيث تنال راحته ركبتيه، يقال إنه ورد في لفظ الخبر، ومعناه: أنه يصير بحيث لو أراد أن يضع راحته على ركبتيه لتمكن، وهذا عند اعتدال الخلق وسلامة اليدين والركبتين، وفي لفظ الكتاب الانحناء إشارة إلى أنه لو انحنس وأخرج ركبتيه، وهو مائل منتصب لم يكن ذلك ركوعاً، وإن صار بحيث لو مد يديه لنالت راحته ركبتيه؛ لأن نيلهما ركبتيه لم يكن بالانحناء.

قال إمام الحرمين: ولو مزج الانحناء بهذه الهيئة، وكان التمكن من وضع الراحتين على الركبتين بهما جميعاً لم يعتد بما جاء به ركوعاً أيضاً، ثم إن لم يقدر على أن ينحني إلى الحد المذكور إلا بمعين، أو الاعتماد على شيء، أو بأن ينحني على شق لزمه ذلك، وإن لم يقدر أنحنى القدر المقدور عليه، وإن عجز أوماً بطرفه عن قيام.

واعلم أن الذي ذكره في هذا الوضع هو حد ركوع القائمين، فإما إذا كان يصلي قاعداً صار حد أقل ركوعه وأكماله المذكوراً في فصل القيام.

والثاني: أن يطمئن، خلافاً لأبي حنيفة حيث قال: لا تجب الطمأنينة.

لنا ما روي عن أبي هريرة - رضي الله عنه -: «أَنَّ رَجُلًا دَخَلَ الْمَسْجِدَ وَرَسُولُ اللَّهِ ﷺ جَالِسٌ فِي نَاحِيَةِ الْمَسْجِدِ، فَصَلَّى، ثُمَّ جَاءَ، فَسَلَّمَ عَلَيْهِ، فَقَالَ ﷺ: وَعَلَيْكَ السَّلَامُ، ازْجِعْ فَصَلِّ فَإِنَّكَ لَمْ تُصَلِّ. فَرَجَعَ فَصَلَّى، ثُمَّ جَاءَ؟ فَقَالَ لَهُ مِثْلَ ذَلِكَ، فَقَالَ: عَلَّمَنِي يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَقَالَ: إِذَا قُمْتَ إِلَى الصَّلَاةِ فَأَسْبِغِ الوُضُوءَ، ثُمَّ اسْتَقْبِلِ الْقِبْلَةَ، فَكَبِّرْ، ثُمَّ اقْرَأْ بِمَا تيسَّرَ مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ، ثُمَّ ازْجِعْ حَتَّى تَطْمِئِنَّ رَاكِعاً»<sup>(١)</sup>.

ومعنى الطمأنينة في الركوع: أن يصير حتى تستقر أعضاؤه في هيئة الركوع، وينفصل هويُّه عن ارتفاعه منه، فلو جاوز حد أقل الركوع وزاد في الهوي، ثم ارتفع والحركات متصلة فلا طمأنينة، وزيادة الهوى لا تقوم مقام الطمأنينة، فهذا بيان الأمرين اللذين لا بد منهما.

وأما قوله: (ولا يجب الذكر) فالغرض من ذكره هاهنا بيان خروجه عن حد الأقل، خلافاً لأحمد، فإنه يحكى عنه إيجاب التسييح في الركوع والسجود مرة واحدة، وكذلك إيجاب التكبير للركوع والسجود.

(١) أخرجه البخاري (٧٥٧) ومسلم (٣٩٧).

لنا: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمْ يَأْمُرِ الْمُسِيءَ صَلَاتَهُ بِالذِّكْرِ فِيهِمَا»<sup>(١)</sup> ويجوز أن يعد في حد الأقل<sup>(٢)</sup>، شيء آخر وهو أن لا يقصد بهويه غير الركوع. لأن صاحب «التهديب» وغيره ذكروا أنه لو قرأ في صلاته آية سجدة، فهوى ليسجد للتلاوة ثم بدا له بعد ما بلغ حد الراكعين أن يركع لم يعتد بذلك عن الركوع. لأنه لم يقطع القيام لقصده الركوع. بل يجب عليه أن يعود إلى القيام، ثم يركع وسيأتي لهذا نظائر.

ولك أن تعلم قوله: (بحيث تنال راحتاه ركبتيه) [بالحاء؛ لأن]<sup>(٣)</sup> القاضي ابن كج حكى عن أبي حنيفة أنه لا يعتبر ذلك ويكتفي بأصل الانحناء.

قال الغزالي: وَأَكْمَلُهُ أَنْ يَنْحَنِي بِحَيْثُ يَسْتَوِي ظَهْرُهُ وَعُنُقُهُ، وَيَنْصِبُ رُكْبَتَيْهِ وَيَضَعُ كَفَيْهِ عَلَيْهِمَا، وَيَجَافِي الرَّجُلُ مِرْقَيْهِ عَنِ جَنْبَيْهِ، وَلَا يُجَاوِزُ فِي الْأَنْحِنَاءِ الْأَسْتِوَاءَ، وَيَقُولُ: اللَّهُ أَكْبَرُ رَافِعًا يَدَيْهِ عِنْدَ الْهَوِيِّ مَمْدُودًا عَلَى قَوْلٍ، وَمَخْذُوفًا عَلَى قَوْلٍ كَثِيرًا يُغَيِّرُ الْمَعْنَى بِالْمَدِّ، وَيَقُولُ: سُبْحَانَ رَبِّي الْعَظِيمِ ثَلَاثًا، وَلَا يَزِيدُ الْإِمَامَ عَلَى الثَّلَاثِ.

قال الرافعي: الكلام في أكمل الركوع يقع في جملتين:

إحدهما: في هيئته، وهي أن ينحني بحيث يستوي ظهره وعنقه، ويمدهما كالصفحة الواحدة، فلا تكون رأسه ورقبته أخفض من ظهره، ولا أعلى، يروى أن رسول الله ﷺ: «كَانَ يُسَوِّي ظَهْرَهُ فِي الرُّكُوعِ بِحَيْثُ لَوْ صُبَّ الْمَاءُ عَلَى ظَهْرِهِ لَأَسْتَمْسَكَ»<sup>(٤)</sup>.

وروى أنه ﷺ: «نَهَى عَنِ التَّذْبِيحِ فِي الصَّلَاةِ»<sup>(٥)</sup>. وفي رواية: «نَهَى أَنْ يُذْبَحَ الرَّجُلُ فِي الرُّكُوعِ كَمَا يُذْبَحُ الْحِمَارُ».

والتَّذْبِيحُ: أن يبسط ظهره ويطأ رأسه، فتكون رأسه أشد انحطاطاً من إيتيه، وهذا اللفظ يذكر بالدال، والذال. والأول أشهر، وينبغي للراكم أن ينصب ساقيه إلى الحقو، ولا يثني ركبتيه وهذا هو الذي أراد بقلوه: (وينصب ركبتيه) ويستحب له وضع اليدين على الركبتين وأخذهما بهما، ويفرق بين أصابعه حينئذ ويوجههما نحو القبلة، روى أنه ﷺ: «كَانَ يُمَسِّكُ رَاكِبَتَيْهِ عَلَى رُكْبَتَيْهِ فِي الرُّكُوعِ كَالْقَابِضِ عَلَيْهِمَا».

(١) تقدم.

(٢) أخرجه ابن ماجة (٨٧٢) من رواية وابصة بن صعيد بن مالك الأسدي بإسناد ضعيف.

(٣) قال ابن الملقن: أخرجه الدارقطني من رواية علي وأبي موسى بإسناد ضعيف انظر الخلاصة (١).

(٤) (١٢٤).

(٥) أخرجه أبو داود (٧٣٠).

ويفرج بين أصابعه، فإن كان أقطع أو كانت إحدى يديه عليّة، فعل بالأخرى ما ذكرنا، فإن لم يمكنه وضعهما على الركبتين أرسلهما.

وَيُجَافِي الرَّجُلُ مِرْقَانِيَهُ عَنِ جَنْبَيْهِ، فَقَدْ رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يَفْعَلُ ذَلِكَ<sup>(١)</sup>.  
والمرأة لا تجافي فإنه أستر لها، والخشى كالمرأة.

وأما قوله: (ولا يجاوز في الانحناء حد الاستواء) فالمراد منه استواء الظهر والرقبة، وفي قوله: أولاً: (وأكمّله أن ينحني بحيث يستوي ظهره وعنقه) ما يفيد هذا الغرض، فإننا إذا عرفنا استحباب استواء الظهر والعنق، نعرف أنه لا ينبغي أن لا يجاوز الاستواء فإعادته ثانياً، إما أن تكون تأكيداً، أو يكون الغرض الإشارة إلى أن المجاوزة مكروهة، قضيته، النهي عن التذبيح، وعلى هذا فالإعادة لا تكون [إلا] لمحض التأكيد، إذ لا يلزم من استحباب الشيء أن يكون تركه منهياً عنه مكروهاً، وعلى كل حال، فلو ذكر قوله: (ولا يجاوز) متصلاً بالكلام الأول، لكان أحسن.

الجملة الثانية في الذكر المستحب.

ويستحب أن يكبر للركوع؛ لما روي عن ابن مسعود - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ: «كَانَ يُكَبِّرُ فِي كُلِّ حَفْضٍ، وَرَفَعٍ، وَقِيَامٍ، وَقُعُودٍ»<sup>(٢)</sup> وابتدىء به في ابتداء الهوي، وهل يمد؟ فيه قولان:

و«القديم»: وبه قال أبو حنيفة: لا يمد بل يحذف؛ لما روي أنه ﷺ قال: «التَّكْبِيرُ جَزْمٌ»<sup>(٣)</sup> أي: لا يمد؛ ولأنه لو حاول المد لم يأمن أن يجعل المد على غير موضعه؛ فيغير المعنى مثل أن يجعله على الهمزة فيصير أستفهماً.

و«الجديد»: أنه يمد إلى تمام الهوي حتى لا يخلو جزء من صلاته عن الذكر، والقولان جاريان في جميع تكبيرات الانتقالات، هل يمدها من الركن المنتقل عنه إلى أن يحصل في المنتقل إليه ويرفع يديه إذا ابتدأ التكبير؟ خلافاً لأبي حنيفة.

لنا ما روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ: «كَانَ يَرْفَعُ يَدَيْهِ حَذْوَ مَنْكَبَيْهِ، إِذَا كَبَّرَ، وَإِذَا رَكَعَ، وَإِذَا رَفَعَ رَأْسَهُ مِنَ الرُّكُوعِ»<sup>(٤)</sup>.

ويستحب أن يقول في ركوعه: سبحان ربي العظيم ثلاثاً [وذلك أدنى درجات

(١) أخرجه البخاري (٨٢٨) بنحوه.

(٢) أخرجه أحمد (٣٦٦٠) والترمذي (٢٩٤) وقال حسن صحيح والنسائي (٦٢/٣).

(٣) تقدم.

(٤) أخرجه البخاري (٧٣٥) ومسلم (٣٩٠).

الكمال، لما روي أنه ﷺ قال: «إِذَا رَكَعَ أَحَدُكُمْ فَقَالَ: سُبْحَانَ رَبِّيَ الْعَظِيمِ ثَلَاثًا»<sup>(١)</sup> فَقَدْ تَمَّ رُكُوعُهُ وَذَلِكَ أَذْنَاهُ، فَإِذَا سَجَدَ فَقَالَ فِي سُجُودِهِ: سُبْحَانَ رَبِّيَ الْأَعْلَى ثَلَاثًا فَقَدْ تَمَّ سُجُودُهُ، وَذَلِكَ أَذْنَاهُ»<sup>(٢)</sup>.

واستحب بعضهم أن يضيف إليه «وبحمده» قال: إنه ورد في بعض الأخبار.

والأفضل أن يضيف إليه: «اللَّهُمَّ لَكَ رَكَعْتُ، وَلَكَ خَشَعْتُ، وَبِكَ آمَنْتُ، وَلَكَ أَسْلَمْتُ، خَشَعَ لَكَ سَمْعِي وَبَصَرِي، وَمُخِي وَعَظْمِي وَعَصْبِي وَشَعْرِي وَبَشْرِي، وَمَا اسْتَقَلَّتْ بِهِ قَدَمِي لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ»<sup>(٣)</sup> فقد روى ذلك في الخبر، وهو أتم الكمال، وحكى عن «الحاوي» أن أتم الكمال. من سبع تسيحات إلى إحدى عشرة، وأوسطه: ثم الزائد على أدنى الكمال من سبع تسيحات إلى إحدى عشرة، وأوسطه خمس.

أدنى الكمال إنما يستحب للمنفرد، أما الإمام فلا يزيد على التسيحات الثلاث؛ كيلا يطول على القوم.

وقال القاضي الروياني في «الحلية»: لا يزيد على خمس تسيحات، وذكره غيره أيضاً. فليكن قوله: (ولا يزيد الإمام على الثلاث) معلماً بالواو، واستحباب التخفيف للإمام فيما إذا لم يرض القوم بالتطويل، أما إذا كان الحاضرون لا يزيدون، ورضوا بالتطويل، فيستوفى أتم الكمال، ويكره قراءة القرآن في الركوع والسجود.

قال الغزالي: ثُمَّ يَغْتَدِلُ عَنِ رُكُوعِهِ، وَيَطْمَئِنُّ (ح) وَيَسْتَحَبُّ رَفْعَ الْيَدَيْنِ إِلَى الْمَثْكَبَيْنِ، ثُمَّ يَخْفِضُ يَدَيْهِ بَعْدَ الْأَعْتِدَالِ، وَيَقُولُ عِنْدَ رَفْعِهِ: سَمِعَ اللَّهُ لِمَنْ حَمِدَهُ رَبَّنَا لَكَ الْحَمْدُ، يَسْتَوِي (ح) فِيهِ الْإِمَامُ وَالْمُنْفَرِدُ.

قال الرافعي: الاعتدال ركن في الصلاة لكنه غير مقصود في نفسه ولذلك عد ركناً قصيراً، فمن حيث إنه ركن عده في ترجمة الأركان في أول الباب، ومن حيث إنه ليس مقصوداً في نفسه جعله هاهنا تابعاً للركوع، وأوردهما في فصل واحد، وهكذا فعل، بالجلسة بين السجديتين. وقال أبو حنيفة: لا يجب الاعتدال، وله أن ينحط من الركوع ساجداً. وعن مالك روايتان:

(١) سقط في ب.

(٢) أخرجه الشافعي (٢٤٣) وأبو داود (٨٨٦) والترمذي (٢٦١). وابن ماجه (٨٩٠) من رواية إسحاق بن يزيد الهزلي وهو مجهول العين.

(٣) أخرجه الشافعي (٢٤٤) من حديث علي (٢٤٥) من حديث أبي هريرة ومسلم (٧٧١) من حديث علي، والنسائي (١٩٢/٢) من حديث جابر، و(١٩٢/٢) من حديث محمد بن مسلمة.



إحدهما: كمنهنا. والأخرى كمنهنا أبي حنيفة.

لنا ما روي أنه ﷺ قال للمسيء صلاته: «ثُمَّ اِرْفَعْ حَتَّى تَعْتَدِلَ قَائِمًا»<sup>(١)</sup>.

ولو كان يصلي قاعداً لمرض فيعود إلى القعود بعد الركوع وبالجملة، فالاعتدال الواجب أن يعود بعد الركوع إلى الهيئة التي كان عليها قبل الركوع، فلو ركع عن قيام وسقط في ركوعه نظر، إن لم يطمئن في ركوعه فعليه أن يعود إلى الركوع، ويعتدل منه، وإن اطمأن فيعتدل قائماً، ويسجد منه.

ولو رفع الراكع رأسه، ثم سجد، وشك في أنه هل أتم اعتداله؟ وجب عليه أن يعتدل قائماً، ويعيد السجود، وتجب الطمأنينة في الاعتدال كما تجب في الركوع.

وقال في «النهاية»: في قلبي من الطمأنينة في الاعتدال شيء؛ فإن النبي ﷺ في حديث المسيء صلاته ذكر الطمأنينة في الركوع، والسجود، ولم يذكرها في الاعتدال والقعدة بين السجدين، فقال: «ثُمَّ اِرْفَعْ رَأْسَكَ حَتَّى تَعْتَدِلَ قَائِمًا، ثُمَّ اسْجُدْ حَتَّى تَطْمَئِنَّ سَاجِدًا، ثُمَّ اِرْفَعْ رَأْسَكَ حَتَّى تَعْتَدِلَ جَالِسًا»<sup>(٢)</sup>.

قال: وفي كلام الأصحاب ما يقتضي التردد فيها، والمنقول هو الأول ويستحب عند الاعتدال رفع اليدين إلى حدو المنكبين، فإذا اعتدل قائماً حطهما. وقال أبو حنيفة: لا يرفع.

لنا ما روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ «كَانَ يَرْفَعُ يَدَيْهِ حَذْوَ مَنْكَبَيْهِ إِذَا افْتَتَحَ الصَّلَاةَ، وَإِذَا كَبَّرَ لِلرُّكُوعِ، وَإِذَا رَفَعَ رَأْسَهُ مِنَ الرُّكُوعِ رَفَعَهُمَا كَذَلِكَ، وَقَالَ: سَمِعَ اللَّهُ لِمَنْ حَمَدَهُ، رَبَّنَا وَلَكَ الْحَمْدُ»<sup>(٣)</sup>.

ويستحب أن يقول عند الارتفاع: «سمع الله لمن حمده» ويكون ابتداءه برفع الرأس من الركوع، ورفع اليدين، والتسميع دفعة واحدة، فإذا استوى قائماً، قال: رَبَّنَا وَلَكَ الْحَمْدُ، وروينا في خبر ابن عمر: «وَلَكَ الْحَمْدُ»<sup>(٤)</sup>.

والروايتان معاً صحيحتان ويستوي في الذكرين الإمام والمأموم والمنفرد، خلافاً لمالك وأبي حنيفة، حيث قالوا: «لا يزيد الإمام على سمع الله لمن حمده، ولا المأموم على ربنا ولك الحمد». وأما المنفرد فقد روى صاحب «التهذيب» عنهما: أنه يجمع بين الذكرين، ثم روى مثل مذهبهما عن أحمد.

والأشهر عن أحمد: أنه يجمع الإمام والمنفرد بينهما، ولا يزيد المأموم على:

(٢) تقدم.

(١) متفق عليه وقد تقدم.

(٤) سقط في ب.

(٣) تقدم.

ربنا ولك الحمد، ويستحب أن يزداد فيه ما روي عن عبد الله بن أبي أوفى قال: «كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِذَا رَفَعَ رَأْسَهُ مِنَ الرُّكُوعِ قَالَ: سَمِعَ اللَّهُ لِمَنْ حَمِدَهُ، رَبَّنَا لَكَ الْحَمْدُ مِلءَ السَّمَوَاتِ، وَمِلءَ الْأَرْضِ، وَمِلءَ مَا شِئْتَ مِنْ شَيْءٍ بَعْدُ»<sup>(١)</sup>. وعن علي - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ كان يقول مع ذلك: «أَهْلَ الثَّنَاءِ وَالْمَجْدِ أَحَقُّ مَا قَالَ الْعَبْدُ، كُنَّا لَكَ عَبْدًا، لَا مَانِعَ لِمَا أُعْطِيتَ، وَلَا مُعْطِي لِمَا مَنَعْتَ، وَلَا يَنْفَعُ ذَا الْجَدِّ مِنْكَ الْجَدُّ»<sup>(٢)</sup>.

والإمام لا يأتي بهذه الزيارة الأخيرة<sup>(٣)</sup>.

ولتتكلم فيما يتعلق بلفظ الكتاب، قوله: (ثم يعتدل عن ركوعه ويطمئن، إشارة منه إلى واجب الاعتدال، ولذلك قال عقيبة: (ويستحب رفع اليدين) ليمتاز واجبه عن مسنونه. واعلم أن واجب الاعتدال لا ينحصر في الأمرين المذكورين، بل له واجب ثالث: وهو أن لا يقصد بالارتفاع شيئاً آخر، حتى لو رأى حية في ركوعه فاعتدل؛ فزاعاً منها، لم يعتد به، وواجب رابع: وهو أن لا يطوله، فلو طوله عمداً بذكر أو قراءة بطلت صلاته على الأصح؛ لأنه ركن قصير، وسيأتي الكلام فيه من بعد في باب سجود السهو. إن شاء الله تعالى.

وقوله: (ويستحب رفع اليدين إلى المنكبين ويجوز أن يعلم لفظ (إلى المنكبين) بالواو؛ لأن رفع اليدين في الاعتدال، وفي الركوع مثل رفعهما في حالة التحرم، وقد سبق، ثم ذكر الخلاف في أنه يرفع إلى المنكبين، أو يزيد، فيعود ذلك الخلاف هاهنا، وقوله: (ويقول عند رفعه: سمع الله لمن حمده) ويجوز أن يكون المعنى عند رفعه رأسه من الركوع، ويجوز أن يكون المعنى عند رفع اليدين؛ لأن المستحب في الرفعين المقارنة، فما يقارن هذا يقارن ذلك، أيضاً، وظاهر الكلام يوهم أن يكون قوله: «سمع الله لمن حمده»، وقوله: «ربنا لك الحمد» عند الرفع، لكن المستحب أن يكون الأول في حال الرفع، والثاني بعد أن يعتدل قائماً، كما بيناه، ولك أن تعلم قوله: (عند الرفع)

(١) أخرجه مسلم (٤٧٦).

(٢) أخرجه مسلم (٤٧٧) من حديث أبي سعيد الخدري، ومن حديث ابن عباس في (٤٧٨) قال ابن الملتن: ذكره الرافعي من رواية علي وهو غريب، واللفظ الذي ذكره المصنف هو لفظ النسائي. أعني إسقاط الألف من أحق والواو في وكلنا - ونفى النووي ورووه كذلك غريب. انظر الخلاصة (١٢٧/١).

(٣) قال النووي: هكذا يقوله أصحابنا في كتب المذهب: حق ما قال العبد، كلنا لك عبد. والذي في «صحيح مسلم» وغيره من كتب الحديث، أن رسول الله ﷺ كان يقول: أحق ما قال العبد، وكلنا لك عبد. بزيادة ألف في «أحق» وواو في «وكلنا» وكلاهما حسن. لكن ما ثبت في الحديث. أولى. ينظر الروضة (١/٣٥٧).

بالواو؛ ولأن القاضي ابن كح ذكر أنه يتبدىء بقوله: سمع الله لمن حمده وهو راكم، ثم إذا ابتداً به أخذ في رفع الرأس واليدين.

وقوله: (يستوي فيه الإمام والمنفرد) معلم بالحاء والميم، وعلى رواية صاحب «التهذيب» بالألف أيضاً.

قال الغزالي: **وَسُتَحَبُّ (ح) الْقُنُوتُ فِي الصُّبْحِ، وَإِنْ نَزَلَ بِالْمُسْلِمِينَ نَازِلَةً وَرَأَى**  
**الإِمَامَ الْقُنُوتَ فِي سَائِرِ الصَّلَوَاتِ فَقَوْلَانِ، ثُمَّ الْجَهْرُ بِالْقُنُوتِ مَشْرُوعٌ عَلَى الظَّاهِرِ،**  
**وَالْمَأْمُومُ يُؤْمَنُ فَإِنْ لَمْ يَسْمَعْ صَوْتَهُ قَنَتَ عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ.**

قال الرافعي: لما كان القنوت مشروعاً في حال الاعتدال ذكره متصلاً بالكلام في الاعتدال وأذكاره. وأعلم أن القنوت يشرع في صلاتين.

إحدهما: من النوافل، وهي الوتر في النصف الأخير من رمضان، وسيأتي في «باب النوافل».

والثانية: من الفرائض؛ وهي الصبح، فيستحب القنوت فيها في الركعة الثانية، خلافاً لأبي حنيفة حيث قال: لا يستحب. وعن أحمد: أن القنوت للأئمة يدعون للجيوش، فإن ذهب إليه ذاهب فلا بأس.

لنا ما روي أن النبي ﷺ: **«قَنَتَ شَهْرًا، يَدْعُو عَلَى قَاتِلِي أَصْحَابِهِ بِبِئْرِ مَعُونَةٍ، ثُمَّ تَرَكَهُ»** (١). **«فَأَمَّا فِي الصُّبْحِ فَلَمْ يَزَلْ يَقْنُتُ حَتَّى فَارَقَ الدُّنْيَا»**، **وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ خُلَفَائِهِ الأَزْبَعَةِ.** - رضوان الله عليهم - أجمعين (٢). ومحلّه بعد الرفع من الركوع، خلافاً لمالك

(١) أخرجه أحمد في المسند (١٦٢/٣)، والدارقطني (٢٣٩/٢)، والبيهقي (٢٠١/١) من رواية أنس وصححه الحافظ أبو عبد الله محمد بن علي البلخي والبيهقي وأبو عبد الله الحاكم في أربعينه، لا في مستدركه كما وهم فيه النووي في خلاصته، قال الحاكم. هذا إسناد صحيح سنده رواه ثقات، وقال صاحب الإلمام في إسناده أبو جعفر الرازي، وقد وثقه غير واحد، وقال النسائي: ليس بالبخوي، وخالفهم ابن الجوزي فضعه ولا يقبل لتفرده فيما أعلم.

(٢) هو صحيح ورواه البيهقي من طريق العوام بن حمزة قال: سألت أبا عثمان عن القنوت في الصبح فقال: بعد الركوع قلت... عن من؟ فقال عن أبي بكر وعمر وعثمان، ومن طريق قتادة عن الحسن عن أبي رافع؟ أن عمر كان يقنت في الصبح، ومن طريق حماد عن إبراهيم عن الأسود قال صليت خلف عمر في السفر فما كان يقنت إلا في صلاة الفجر، وروى أيضاً بسند صحيح عن عبد الله بن معقل بن مقرن قال: قنت على في الفجر، ورواه الشافعي أيضاً، وبعارض الأول ما روى الترمذي والنسائي وابن ماجه من حديث أبي مالك الأشجعي عن أبيه قال: صليت خلف النبي ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان وعلي، فلم يقنت أحد منهم وهو بدعة، إسناده حسن.

حيث قال: يقنت قبل الركوع. لنا ما روي عن ابن عباس، وأبي هريرة وأنس - رضي الله عنهم -: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَنَتَ بَعْدَ رَفْعِ رَأْسِهِ مِنَ الرَّكُوعِ فِي الرَّكْعَةِ الْأَخِيرَةِ» والقنوت أن يقول: «اللَّهُمَّ اهْدِنِي فِيمَنْ هَدَيْتَ، وَعَافِنِي فِيمَنْ عَافَيْتَ، وَتَوَلَّنِي فِيمَنْ تَوَلَّيْتَ، وَبَارِكْ لِي فِيمَا أَعْطَيْتَ، وَقِنِي شَرَّ مَا قَضَيْتَ، إِنَّكَ تَقْضِي وَلَا يَقْضِي عَلَيْكَ، إِنَّهُ لَا يَدُلُّ مَنْ وَالَيْتَ، تَبَارَكْتَ رَبَّنَا وَتَعَالَيْتَ»<sup>(١)</sup> هذا القدر يروي عن الحسن بن علي - رضي الله عنهما - أن رسول الله ﷺ علمه<sup>(٢)</sup>، والإمام لا يخص نفسه، بل يذكر بلفظ الجمع، وزاد العلماء: «وَلَا يَعْزُ مَنْ عَادَيْتَ»<sup>(٣)</sup> قبل: «تَبَارَكْتَ رَبَّنَا وَتَعَالَيْتَ» وبعده: «فَلَكَ الْحَمْدُ عَلَى مَا قَضَيْتَ، أَسْتَغْفِرُكَ وَأَتُوبُ إِلَيْكَ»<sup>(٤)</sup> ولم يستحسن القاضي أبو الطيب كلمة: «وَلَا يَعْزُ مَنْ عَادَيْتَ»، وقال: لا تضاف العداوة إلى الله تعالى.

قال سائر الأصحاب: ليس ذلك ببعيد، قال الله تعالى: ﴿فَإِنَّ اللَّهَ عَدُوٌّ لِلْكَافِرِينَ﴾<sup>(٥)</sup>. وهل يسن فيه الصلاة على النبي ﷺ؟ فيه وجهان:  
أحدهما: لا؛ لأن أخبار القنوت لم ترد بها.

وأظهرهما: وبه قال الشيخ أبو محمد: نعم؛ لأنه روي في حديث الحسن: أنه قال ﷺ: «تَبَارَكْتَ رَبَّنَا وَتَعَالَيْتَ، وَصَلَّى اللَّهُ عَلَى النَّبِيِّ وَسَلَّمَ»<sup>(٦)</sup>، وأيضاً، فقد قال الله

(١) أخرجه أحمد (٢٧٤٦) وأبو داود (١٤٤٣) والحاكم (١/٢٢٥).

(٢) أخرجه أحمد في المسند (١/١٩٩) وأبو داود (١٤٢٥) والترمذي (٤٦٤) والنسائي (٣/٢٤٨) وابن ماجه (١١٧٨) والحاكم (٣/١٧٢).

(٣) قال الحافظ: هذه الزيادة وهو قوله: «ولا يعز من عاديت» رواها الطبراني أيضاً من حديث شريك وزهير بن معاوية، عن أبي إسحاق، ومن حديث أبي الأحوص عن أبي إسحاق وقد وقع لنا عالياً جداً متصلاً بالسمع، قرأته على أبي الفرج بن حماد، أن علي بن إسماعيل بن عبد القوي أنبا فاطمة بنت سعد الخير، أنبا فاطمة بنت عبد الله أنا محمد بن عبد الله ثنا سليمان بن أحمد ثنا الحسن بن المتوكل البغدادي ثنا عفان بن مسلم، ثنا أبو الأحوص، عن أبي إسحاق، عن يزيد بن أبي مريم، عن أبي الحوراء عن الحسن بن علي قال: علمني رسول الله ﷺ كلمات أقولهن في قنوت الوتر: «اللهم اهْدِنِي فِيمَنْ هَدَيْتَ» فذكر الحديث مثل ما ساقه الرافعي وزاد: «ولا يعز من عاديت».

(٤) قال النووي: قال جمهور أصحابنا: لا بأس بهذه الزيادة، وقال أبو حامد، والبندنجي وآخرون: مستحبة، واتفقوا على تغليب القاضي أبي الطيب في إنكار «لا يعز من عاديت» وقد جاءت في رواية البيهقي (٢/٢٠٩) - والله أعلم - انظر الروضة (١/٣٥٨).

(٥) سورة البقرة، الآية ٩٨.

(٦) قال الحافظ: أخرجه النسائي من حديث ابن وهب عن يحيى بن عبد الله بن سالم عن موسى بن عقبة عن عبد الله بن علي عن الحسن بن علي قال: علمني رسول الله ﷺ في الوتر قال قل: «اللهم اهْدِنِي فِيمَنْ هَدَيْتَ الْحَدِيثَ»، وفي آخره وصلى الله على النبي ليس في السنن غير هذا، ولا فيه وسلم ولا وآله، ووهم المحب الطبري في الإحكام فعزاه إلى النسائي بلفظ وصلى الله =

تعالى: «وَرَفَعْنَا لَكَ ذِكْرَكَ»<sup>(١)</sup>. قال المفسرون: أي: لا أذكر إلا وتذكر معي<sup>(٢)</sup>.

إذا عرفت ذلك فقله: (ويستحب القنوت في الصبح) ينبغي أن يعلم بالحاء والألف؛ لما ذكرناه، ويجوز أن يعلم بالواو أيضاً؛ لأن أبا الفضل ابن عبدان، حكى عن أبي علي بن أبي هريرة أنه قال: المستحب ترك القنوت في صلاة الصبح إذ صار شعار قوم من المبتدعة، إذا الاشتغال به تعريض النفس للتهمة، وهذا غريب وضعيف. وهل تتعين كلمات القنوت؟ فيه وجهان:

أحدهما: وهو الذي ذكره المصنف في «الوسيط»؛ نعم كالشاهد.

وأظهرهما: عند الأكثرين: لا. بخلاف التشهد؛ لأنه فرض، أو من جنس الفرض، وعلى هذا قالوا: لو قنت بما روي عن عمر - رضي الله عنه - كان حسناً، وسنذكره في باب النوافل - إن شاء الله تعالى -، وأما ما عدا الصبح من الفرائض، فقال: معظم الأصحاب: إن نزلت بالمسلمين نازلة من وباء، أو قحط، فيقت فيها أيضاً، في الاعتدال عن ركوع الركعة الأخيرة، كما فعل النبي ﷺ في حديث بئر معونة على ما سبق، وإن لم تنزل نازلة، ففيه قولان:

أصحها: لا يفت؛ لأن النبي ﷺ ترك القنوت فيها.

والثاني: أنه يتخير إن شاء قنت، وإلا فلا.

وعن الشيخ أبي محمد: أنه قلب هذا الترتيب، فقال: إن لم تكن نازلة فلا قنوت إلا في الصبح، وإن كانت نازلة فعلى قولين: وجه المنع القياس على سائر أركان

على النبي محمد، وقال النووي في شرح المذهب إنها زيادة بسند صحيح أو حسن قلت: وليس كذلك فإنه منقطع، فإن عبد الله بن علي وهو ابن الحسين بن علي لم يلحق الحسن بن علي، وقد اختلف على موسى بن عقبة في إسناده، فروى عنه شيخ ابن وهب هكذا، ورواه محمد بن أبي جعفر بن أبي كثير عن موسى بن عقبة عن أبي إسحاق عن بريد عن بن أبي مريم بسنده، رواه الطبراني والحاكم ورواه أيضاً الحاكم من حديث إسماعيل بن إبراهيم بن عقبة عن عمه موسى بن عقبة عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة عن الحسن بن علي قال: علمني رسول الله ﷺ في وتري إذا رفعت رأسي ولم يبق إلا السجود فقال: اختلف فيه على موسى بن عقبة كما ترى، وتفرّد يحيى بن عبد الله بن سالم عنه بقوله عن عبد الله بن علي ويزيادة الصلاة فيه.

(١) سورة الشرح، الآية ٤.

(٢) هذا التفسير حكاه الشافعي وغيره عن مجاهد، ورواه ابن حبان من حديث أبي سعيد الخدري مرفوعاً، وهو من رواية دراج عن أبي الهيثم عنه قلت في الاستدلال به نظر، فإنه لا يسن في أذكار الركوع والسجود، ولا مع القراءة في القيام، فدل على أنه عام مخصوص انظر التلخيص.

الصلاة، وركعاتها، لا يراد فيها الدعاء بنزول النوازل، وهذه الطريقة الثانية هي التي أوردها في الكتاب، فإنه خص القولين بما إذا نزلت نازلة إشعاراً بأنها إذا لم تنزل فلا قنوت في غير الصبح بحال. وينبغي أن يعلم قوله: (فقولان) بالواو؛ لأن أصحاب الطريقة الأولى قالوا: يقنت عند نزول النازلة، ونفوا الخلاف فيه.

وأما قوله: «ورأى الإمام القنوت في سائر الصلوات» فليس على معنى إن جواز القنوت فيها للناس موقوف على رأي الإمام وإذنه، بل من أراد القنوت جاز له ذلك، وكأنه أراد إمام القوم إذا صلّوا جماعة، فقال: إن رأى قنت: والقوم يتبعونه كما في الصبح، وإن أراد ترك، ولا بد للمقتدين من الترك أيضاً. وفيه إشارة إلى أنه لا يستحب القنوت في غير الصبح بحال، وإنما الكلام في الجواز، فحيث يجوز فالأمر فيه إلى اختيار المصلي، وهذا قضية كلام أكثر الأئمة، ومنهم من يشعر بإيراده بالاستحباب، - والله أعلم - ثم الإمام في صلاة الصبح هل يجهر بالقنوت؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا كالشهد، وسائر الدعوات المشروعة في الصلاة.

وأظهرهما: أنه يجهر؛ «لأنه رُوِيَ الْجَهْرُ بِهِ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ»<sup>(١)</sup>.

وقوله: (على الظاهر) أي: من هذين الوجهين:

وقوله: (مشروع) أي: بصفة الاستحباب، وليس المراد مجرد الجواز، ولفظ الكتاب وإن كان مطلقاً فالوجهان في الإمام.

أما المنفرد فيسر به كسائر الأذكار والدعوات، وذكره في «التهذيب»، وأما المأموم فالقول فيه مبني على الوجهين في الإمام إن قلنا لا يجهر الإمام به فيقنت المأموم، كما يقنت الإمام قياساً على سائر الأذكار، وإن قلنا: يجهر الإمام به، فإن كان المأموم يسمع صوته فوجهان:

أصحهما: وهو المذكور في الكتاب: أنه يؤمن، ولا يقنت، لما روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ: «كَانَ يَقْنُتُ، وَنَحْنُ نُؤْمِنُ خَلْفَهُ».

والثاني: ذكره ابن الصباغ: أنه يتخير بين أن يؤمن، وبين أن يقنت معه، فعلى الأول فيما إذا يؤمن فيه وجهان، حكاهما القاضي الروياني وغيره، أوقفهما لظاهر لفظ الكتاب أنه يُؤْمِنُ في الكل.

(١) الجهر بالقنوت رواه البخاري من حديث أبي هريرة (٤٥٦٠) أن النبي ﷺ كان إذا أراد أن يدعو على أحد أو يدعو لأحد قنت بعد الركوع، فربما قال إذا قال: «سمع الله لمن حمدته اللهم ربنا لك الحمد اللهم انج فلاناً» الحديث وفي آخره يجهر بذلك. انظر التلخيص (٢٥٠/١).

وأظهرهما: أنه يُؤمَّن في القدر الذي هو دعاء، أما في الثناء فيشاركه، أو يسكت وإن كان لا يسمع صوت الإمام؛ لبعده؛ وغيره. وقلنا: إنه لو سمح لأمن، فهاهنا وجهان: أحدهما: يقنت.

والثاني: يُؤمَّن كالوجهين في قراءة السورة، إذا كان لا يسمع صوت الإمام، وإنما لم يجز الخلاف على قولنا الإمام يسر بالقنوت مع جريانه في قراءة السورة في الصلاة السرية؛ لأن السورة على الجملة مجهور بها، والقنوت إذا لم ير الجهرية ينزل منزلة سائر الأذكار، فيشارك المأموم الإمام فيه لا محالة، فهذا حكم الجهر بالقنوت في الصباح، وأما في سائر الصلوات إذا قنت فيها فإيراده في «الوسيط» يشعر بأنه يسر في السريبات، وفي الجهريات الخلاف المذكور في الصباح، وإطلاق غيره يقتضي طرد الخلاف في الكل، وحديث (بئر معونة) يدل على أنه كان يجهر به في جميع الصلوات<sup>(١)</sup>، وهل يسن رفع اليدين في القنوت؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لما روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ قال: «إِذَا دَعَوْتَ فَادْعُ بِطَوْنِ كَفِّكَ، فَإِذَا فَرَعْتَ فَأَمْسَحْ رَاخَتَيْكَ عَلَى وَجْهِكَ»<sup>(٢)</sup>.

وقد روى الرفع في القنوت عن ابن مسعود، بل عن عمر وعثمان - رضي الله عنهم - وهو اختيار أبي زيد، والشيخ أبي محمد، وابن الصباغ، وهو الذي ذكره في «الوسيط».

وأظهرهما: عند صاحبي «المهذب» و«التهذيب»: أنه لا يرفع لما روي عن أنس - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ: «لَمْ يَكُنْ يَرْفَعُ الْيَدَ إِلَّا فِي ثَلَاثَةِ مَوَاطِنَ، الْإِسْتِسْقَاءَ، وَالْإِسْتِنْصَارَ، وَعَشِيَّةَ عَرَفَةَ»<sup>(٣)</sup> وهذا اختيار القفال، وإليه ميل إمام الحرمين، فإن قلنا: لا

(١) قال الحافظ: ويمكن الفرق بين القنوت الذي في النوازل فيستجب الجهر فيه كما ورد، وبين الذي هو راتب إن صح، فليس في شيء من الأخبار ما يدل على أنه جهر به، بل القياس أنه يسن به كباقي الأذكار التي تقال في الأركان.

(٢) أخرجه أبو داود (١٤٨٥) وابن ماجه (١١٨١) قال أبو حاتم: حديث منكر، وقال أبو داود: روى من أوجه كلها واهية، قال الإمام أحمد: لا يعرف هذا أنه كان يمسح وجهه بعد الدعاء إلا عن الحسن، انظر الخلاصة (٢٢٩/١).

(٣) قال الحافظ: لا أصل له من حديث أنس بل في الصحيحين عن أنس: كان رسول الله ﷺ لا يرفع يديه في كل دعائه إلا في الاستسقاء، فإنه يرفع يديه حتى يرى بياض إبطيه وروى البيهقي عن أنس أنه رفع يديه في القنوت، وعن عائشة أنه رفع يديه في دعائه لأهل البقيع رواه مسلم، وعنده عن عمر: أنه رفع يده ﷺ في دعائه يوم بدر، وللبخاري عن ابن عمر: أنه رفعها في دعائه عند الجمره الوسطي، وعن أنس: أنه رفعها لما صبح خيبره واتفقا على رفع يديه في دعائه لأبي موسى الأشعري، وروى البخاري في جزء رفع اليدين رفع يديه في مواطن من حديث عائشة وأبي هريرة وجابر، وعليه وقال: هي صحيحة فيتعين حينئذ تأويل حديث أنس أنه أراد الرفع البلغ، بدليل قوله: حتى يرى بياض إبطيه.

يرفع فذاك، وإن قلنا: يرفع فوجهان. في أنه هل يمسح بهما وجهه؟ قال في «التهذيب».  
أصحهما: أنه لا يمسح.

قال الغزالي: الرُّكْنُ الحَامِسُ: السُّجُودُ وَأَقْلَهُ وَضَعُ الجَبْهَةِ عَلَى الأَرْضِ مَكْشُوفَةً بِقَدْرِ مَا يَنْطَلِقُ عَلَيْهِ الأَسْمُ، وَفِي وَضْعِ اليَدَيْنِ وَالرُّكْبَتَيْنِ وَالقَدَمَيْنِ قَوْلَانِ، فَإِنْ أُوجِبْنَا وَضْعَ اليَدَيْنِ فِيهِ كَشْفُهُمَا قَوْلَانِ، وَكَشْفُ الجَبْهَةِ وَاجِبٌ وَلَوْ سَجَدَ عَلَى طَرْتِهِ (ح) أَوْ كُورِ عِمَامَتِهِ (ح) أَوْ طَرَفِ كُمِهِ الْمُتَحَرِّكَ بِحَرَكَتِهِ لَمْ يَجْزُ (ح)، وَالتَّنَكُّسُ وَاجِبٌ فِي السُّجُودِ، وَهُوَ اسْتِعْلَاءُ الأَسَافِلِ، وَلَوْ تَعَدَّرَ التَّنَكُّسُ لِمَرَضٍ وَجَبَ ضَعُ وَسَادَةٌ لِيُوضَعَ الجَبْهَةُ عَلَيْهِا فِي أَظْهَرِ الوَجْهَيْنِ.

قال الرافعي: الكلام في السجود في الأقل والأكمل. أما الأقل فهذا الفصل يتكفل ببيانه، وفيه مسائل:

أحدها: فيما يجب وضعه على مكان السجود، ولا بد من وضع الجبهة؛ خلافاً لأبي حنيفة حيث قال: الجبهة والأنف يجزىء وضع كل واحد منهما عن الآخر، ولا تتعين الجبهة. لنا ما روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ قال: «إِذَا سَجَدْتَ فَمَكَّنْ جَبْهَتَكَ مِنَ الأَرْضِ، وَلَا تَنْقُرْ نَقْرًا»<sup>(١)</sup>.

ولا يجب وضع جميع الجبهة على الأرض، بل يكفي<sup>(٢)</sup> ما يقع عليه الاسم منها. وذكر القاضي ابن كج: أن أبا الحسين بن القطان حكى وجهاً أنه لا يكفي وضع البعض لظاهر خبر ابن عمر، والمذهب الأول؛ لما روى عن جابر - رضي الله عنه - قال: «رَأَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ سَجَدَ بِأَعْلَى جَبْهَتِهِ عَلَى قِصَاصِ الشُّعْرِ»<sup>(٣)</sup>.

ولا يجزىء وضع الجبين عن وضع الجبهة، وهما جانباً الجبهة، وهل يجب وضع اليدين والركبتين والقدمين على مكان السجود؟ فيه قولان:

أحدهما: وبه قال أحمد: يجب، وهو اختيار الشيخ أبي علي؛ لما روي عن ابن عباس - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: «أَمِرْتُ أَنْ أَسْجُدَ عَلَى سَبْعَةِ أعْظَمِ

(١) أخرجه ابن حبان (١٨٧٨) من حديث طلحة بن مصرف عن مجاهد عنه في حديث طويل قال النووي: لا يعرف، وذكره في الخلاصة في فصل الضعيف، قاله الحافظ: انظر التلخيص (١/٢٥١).

(٢) في ط (يكون وضع).

(٣) أخرجه الدارقطني (٣٤٩/١) وقال: تفرد به عبد العزيز بن عبد الله عن وهب، وليس بالقوي قال ابن الملقن: بل هو واه بمره، أما ابن السكن فإنه ذكره في سننه الصحاح: انظر الخلاصة (١/١٣٠).



عَلَى الْجِبْهَةِ، وَالْيَدَيْنِ، وَالرُّكْبَتَيْنِ، وَأَطْرَافِ الْقَدَمَيْنِ»<sup>(١)</sup> ويروى: «عَلَى سَبْعَةِ آرَابٍ»<sup>(٢)</sup>.  
وأظهرهما: لا يجب، وبه قال أبو حنيفة، ويروى عن مالك أيضاً؛ لأنه لو وجب وضعها لوجب الإيماء بها عند العجز، وتقريبها من الأرض كالجبهة، فإن قلنا: يجب فيكفي وضع جزء من كل واحد منها، والاعتبار في اليدين بباطن الكف، وفي الرجلين ببطون الأصابع، وإن قلنا: لا يجب فيعتمد على ما شاء منها، فيرفع ما شاء، ولا يمكنه أن يسجد مع رفع الجميع<sup>(٣)</sup>، هذا هو الغالب، أو المقطوع به، ولا يجب وضع الأنف على الأرض في السجود، خلافاً لأحمد، في إحدى الروايتين، حيث قال: يجب وضعه مع الجبهة. لنا ما سبق من حديث جابر - رضي الله عنه -، ومعلوم أن من سجد بأعلى الجبهة لا يكون أنفه على الأرض.

الثانية: يجب كشف الجبهة في السجود؛ لما روي عن خباب قال: «شَكَّوْنَا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ حَرَّ الرَّفْضَاءِ فِي جِبَاهِنَا، وَأَكْفُنَا فَلَمْ يُشَكِّنَا»<sup>(٤)</sup> - أي: لَمْ يُزَلْ شَكْوَانَا..

ولا يجب كشف الجميع، بل يكفي ما يقع عليه الاسم كما في الوضع، ويجب أن يكون المكشوف من الموضوع على الأرض، فلو كشف شيئاً، ووضع غيره لم يجز، وإنما يحصل الكشف إذا لم يكن بينه وبين موضع السجود حائل متصل به يرتفع بارتفاعه، فلو سجد على طرته، أو كور عمامته لم يجز؛ لأنه لم يباشر بجبهته موضع السجود.

وقال أبو حنيفة: يجوز السجود على كور العمامة وعلى الناصية، والكُم، وعلى اليد أيضاً إذا لم تكن مرفوعة عن الأرض بحيث لا يبقى اسم السجود، وعن أحمد روايتان، كالمذهبيين. واختلف نقل أصحابنا عن مالك.

لنا حديث خباب، وأيضاً فقد روي أنه ﷺ قال: «الزُّقُ جِبْهَتَكَ بِالْأَرْضِ».

ولو سجد على طرف كُمه، أو ذيله نظر: إن كان يتحرك بحركته قياماً وقعوداً لم يجز ككور العمامة، وإن طال وكان لا يتحرك بحركته فلا بأس؛ لأنه في حكم المنفصل عنه، فأشبه ما لو سجد على ذيل غيره، وإذا أوجبتنا وضع الركبتين والقدمين فلا نوجب كشفهما، أما الركبتان فلأنهما من العورة أو متصلان بالعورة، فلا يليق بتعظيم الصلاة كشفهما، وأما القدمان فلأنه قد يكون ماسحاً على الخف، وفي كشفهما إبطال لطهارة

(١) أخرجه البخاري (٨٠٩) ومسلم (٤٩٠).

(٢) أخرجه مسلم (٤٩١) بلفظ: «إذا سجد العبد سجد معه سبعة آراب وجهه وكفاه وركبته وقدماه».

(٣) في ط الجبهة.

(٤) أخرجه الطبراني في الكبير (٣٧٠٤) والبيهقي (١٠٤/٢). وصححه في خلافاته وأصله عند مسلم (٦١٩) بدون لفظ (جباهنا وأكفنا).

المسح، وتفويت تلك الرخصة، وأما اليدان إذا أوجبنا وضعهما. ففي كشفهما قولان:  
أحدهما: يجب لحديث خباب.

وأصحهما: لا يجب؛ لأن المقصود من السجود إظهار هيئة الخضوع، وغاية التواضع، وقد حصل ذلك بكشف الجبهة، وأيضاً فلأنه قد يشق ذلك عند شدة الحر والبرد، بخلاف الجبهة فإنها بارزة بكل حال، فإن أوجبنا الكشف، كفى كشف البعض من كل واحد منهما، كما ذكرنا في الجبهة.

الثالثة: إذا هوى من الاعتدال ووضع الجبهة وسائر أعضائه على الأرض، فليؤضع أعالي أعضائه مع الأسافل. ثلاث هيئات:

حداها: أن تكون الأعالي أعلى، كما لو وضع رأسه على شيء مرتفع، وكان رأسه أعلى من حقوه فلا يجزئه ذلك؛ لأن اسم السجود لا يقع على هذه الهيئة، فصار كما لو أكب، ومد رجله.

والثانية: أن تكون الأسافل أعلى، فهذه هيئة التنكس وهي المطلوبة، ومهما كان المكان مستوياً، فيكون الحقو أعلى لا محالة، وإن كان موضع الرأس مرتفعاً قليلاً فقد ترتفع أسافله، وتحصل هذه الهيئة أيضاً.

والثالثة: أن يتساوى الأعالي والأسافل؛ لارتفاع موضع الجبهة، وعدم رفعة الأسافل ففيها تردد للشيخ أبي محمد وغيره.

والأظهر: أنها غير مجزئة أيضاً؛ وهذا هو المذكور في الكتاب؛ وكذلك أورد صاحب «التهديب» حيث قال: وحد السجود أن تكون أسافل بدنه أعلى من أعاليه، فلو تعذرت هذه الهيئة لمرض أو غيره فهل يجب وضع وسادة ونحوها ليضع الجبهة عليها؟ أم يكفي إنهاء الرأس إلى الحد الممكن من غير وضع الجبهة على شيء؟ فيه وجهان. وحكماهما في «النهاية».

أظهرهما: عند صاحب الكتاب: أنه يجب وضع شيء؛ ليضع الجبهة عليه؛ لأن الساجد يلزمه هيئة التنكس، ووضع الجبهة، فإذا تعذر أحد الأمرين يأتي بالثاني؛ محافظةً على الواجب بقدر الإمكان.

والثاني: أنه لا يجب ذلك؛ لأن هيئة السجود فاتته، وإن وضع الجبهة على شيء فيكفيه الأنحاء بالقدر الممكن، وهذا أشبه بكلام الأكثرين، ولا خلاف أنه لو عجز عن وضع الجبهة على الأرض، وقدر على وضعها على وسادة مع رعاية هيئة التنكس يلزمه ذلك، وإن عجز عن الأنحاء أشار بالرأس، ثم بالطرف كما تقدم نظيره؛ هذا شرح مسائل الكتاب: أما ما يتعلق بألفاظه.

فقوله: (وأقله وضع الجبهة) يجوز أن يعلم بالحاء؛ لأن عنده الجبهة غير متعينة، كما سبق. وقوله: (مكشوفة) كذلك؛ لأن عنده يجوز أن يسجد على كور العمامة.

وقوله: (بقدر ما ينطلق عليه الاسم) يجوز أن يرجع إلى القدر الموضوع منها، ويجوز أن يرجع إلى المكشوف، وعلى التقديرين فليعلم بالواو؛ إشارة إلى الوجه الذي حكاه ابن القطان. وقوله: (فإن أوجبنا وضع اليدين، ففي كشفهما قولان) بعد ذكر القولين فيهما. وفي الركبتين والقدمين جميعاً، ففيه تنبيه على أن كشف الركبتين والقدمين لا يجب بلا خلاف. وقوله: (وكشف الجبهة واجب) لا حاجة إليه بعد قوله: أولاً (مكشوفة). واعلم أنه يعتبر في أقل السجود وراء ما ذكره أمور.

أحدها: الطمأنينة كما في الركوع، خلافاً لأبي حنيفة. وكأنه ترك ذكرها هاهنا اكتفاء بما سبق.

والثاني: لا يكفي في وضع الجبهة لإمساس، بل يجب أن يتحامل على موضع سجوده بثقل رأسه وعنقه، حتى تستقر جبهته وتثبت، قال ﷺ: «مَكُنْ جَبْهَتَكَ مِنَ الْأَرْضِ»<sup>(١)</sup>. فلو كان يسجد على قطن أو حشيش، أو على شيء محشو بهما، فعن الشيخ أبي محمد، أنه ينبغي أن يتحامل قدر ما يظهر أثره على يده لو فرضت تحته.

وقال في «التهذيب»: ينبغي أن يتحامل عليه حتى ينكس وتثبت جبهته عليه، فإن لم يفعل لم يجز، والكلامان متقاربان.

وقال إمام الحرمين: بل يكفي عندي أن يرجي رأسه ولا يقله، ولا حاجة إلى التحامل، كيفما فرض موضع السجود؛ لأن الغرض إبداء هيئة التواضع<sup>(٢)</sup>، وذلك لا يحصل بمجرد الإمساس، فإنه ما دام يقل رأسه كان كالضنين بوضعه، فإذا أرخى حصل الغرض، بل هو أقرب إلى هيئة التواضع من تكلف التحامل، وإليه الإشارة بقول عائشة - رضي الله عنها -: «رَأَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فِي سُجُودِهِ كَالْخِرْقَةِ الْبَالِيَةِ»<sup>(٣)</sup>.

وهذا ما أورده المصنف في «الوسيط».

الثالثة: ينبغي أن لا يقصد بهويه غير السجود، فلو سقط على الأرض من الاعتدال قبل قصد الهوي للسجود لم يحسب، بل يعود إلى الاعتدال ويسجد منه، ولو

(١) قال ابن الملقن: غريب وهو حديث ابن عمر وقد تقدم.

(٢) في ط وهذا.

(٣) ذكره ابن الجوزي في العلل المتناهية (٦٧/٢)، إلا أنه قال كالثوب الساقط وهو معلول ضعيف، ويلفظ المصنف قال الحافظ: لم أجده هكذا، وقال التقي بن الصلاح: لم أجده له بعد البحث صحة، وتبعه النووي فقال في التنقيح منكر لا أصل له. انظر التلخيص (٢٥٤/١).

هَوَى لَيْسَجِدُ فَسَقَطَ عَلَى الْأَرْضِ بِجِبْهَتِهِ نَظْرًا، إِنْ وَضَعَ جِبْهَتَهُ عَلَى الْأَرْضِ بِنِيَّةِ الْإِعْتِمَادِ لَمْ يَحْسَبْ عَنِ السُّجُودِ، وَإِنْ لَمْ تَحْدُثْ هَذِهِ النِّيَّةَ يَحْسَبُ لَوْ هَوَى لَيْسَجِدُ فَسَقَطَ عَلَى جَنْبِهِ فَانْقَلَبَ وَأَتَى بِصُورَةِ السُّجُودِ عَلَى قَصْدِ الْإِسْتِقَامَةِ وَالِاسْتِدَادِ لَمْ يَعْتَدِ بِهِ، وَإِنْ قَصَدَ السُّجُودَ اعْتَدَ بِهِ - وَاللَّهُ أَعْلَمُ - .

قال الغزالي: وَأَمَّا أَكْمَلُ السُّجُودِ، فَلْيَكُنْ أَوَّلُ مَا يَقَعُ مِنْهُ عَلَى الْأَرْضِ رُكْبَتَاهُ (ح م)، وَلْيَكْبُرْ عِنْدَ الْهَوِيِّ، وَلَا يَزْفَعُ الْيَدَ، وَيَقُولُ: سُبْحَانَ رَبِّي الْأَعْلَى ثَلَاثَ مَرَّاتٍ، وَيَضَعُ الْأَنْفَ (ح) مَعَ الْجَبْهَةِ مَكْشُوفًا، وَيَفْرُقُ بَيْنَ رُكْبَتَيْهِ، وَيَجَافِي مِرْفَقَيْهِ عَنِ جَنْبَيْهِ، وَيَقْبُلُ بَطْنَهُ عَنِ فَخْذَيْهِ وَهُوَ التَّخْوِيَةُ، وَالْمِرْأَةُ لَا تَخْوِي، وَيَضَعُ يَدَيْهِ بِإِزَاءِ مَنْكِبَيْهِ مَنْشُورَةً الْأَصَابِعَ وَمَضْمُومَتَهَا.

قال الرفاعي: السنة أن تكون أول ما يقع من الساجد على الأرض ركبتاه، ثم يدها، ثم أنفه، وجبهته خلافاً لمالك، حيث قال: يضع يديه قبل ركبته، وربما خير فيه .

لنا ما روي وائل بن حُجْر - رضي الله عنه - قال: «كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِذَا سَجَدَ وَضَعَ رُكْبَتَيْهِ قَبْلَ يَدَيْهِ، وَإِذَا نَهَضَ رَفَعَ يَدَيْهِ قَبْلَ رُكْبَتَيْهِ»<sup>(١)</sup>.

ويبتدئ التكبير مع ابتداء الهوي، وهل يمد أو يحذف؟ فيه ما سبق من القولين؛ ولا يرفع اليد مع التكبير هاهنا؛ لما روي عن ابن عمر - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ «كَانَ لَا يَزْفَعُ يَدَيْهِ فِي السُّجُودِ»<sup>(٢)</sup>.

ويقول في سجوده: «سُبْحَانَ رَبِّي الْأَعْلَى ثَلَاثًا»؛ لما روينا من الخبر في فصل الركوع. وذلك أدناه.

والأفضل: أن يضيف إليه ما روي عن علي - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ «أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ فِي سُجُودِهِ: اللَّهُمَّ لَكَ سَجَدْتُ، وَبِكَ آمَنْتُ وَلَكَ أَسْلَمْتُ، سَجَدَ وَجْهِي لِلَّذِي خَلَقَهُ، وَصَوَّرَهُ، وَشَقَّ سَمْعَهُ وَبَصَرَهُ، فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ»<sup>(٣)</sup>.

وهذا أتم الكمال، وما ذكرناه في فصل الركوع، أن المستحب للإمام ماذا،

(١) أخرجه أبو داود (٨٣٨) والترمذي (٢٦٨) وابن ماجه (٨٨٢) والنسائي (٢٠٧/٢)، وابن حبان (١٩٠٣) والحاكم (٢٢٦/٢)، قال الحافظ: قال البخاري والترمذي وابن أبي داود والدارقطني والبيهقي تفرد به شريك، قال البيهقي: وإنما تابعه همام عن عاصم عن أبيه مرسلًا. وقال الترمذي: رواه همام عن عاصم مرسلًا، وقال الحازمي: رواية من أرسل أصح انظر التلخيص (٢٥٤/١).

(٣) أخرجه مسلم (٧٧١).

(٢) أخرجه البخاري (٧٣٥).

وللمنفرد ماذا؟ يعود كله هاهنا، ويستحب للمنفرد أن يجتهد في الدعاء في سجوده، ويضع الساجد الأنف مع الجبهة مكشوفاً؛ لما روي عن أبي حميد قال: «كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِذَا سَجَدَ مَكَنَ أَنْفَهُ وَجَبْهَتَهُ مِنَ الْأَرْضِ، وَنَحَى يَدَيْهِ عَنِ جَنْبَيْهِ، وَوَضَعَ كَفَّيْهِ حَذْوَ مَنْكِبَيْهِ».

ويجوز أن يعلم قوله: (ويضع الأنف) بالألف؛ لأنه معدود من السنن، وقد قدمنا<sup>(١)</sup> أن إحدى الروایتين عن أحمد أن الجمع بين وضع الأنف والجبهة واجب، ويستحب له أن يفرق بين ركبتيه وبين مرفقيه وجنبه، وبين بطنه وفخذه.

أما التفريق بين الركبتين فمنقول عن فعل رسول الله ﷺ في بعض الأخبار، وأما بين المرفقين والجنبين، فقد رواه أبو حميد كما سبق، وأما بين البطن والفخذين فقد روي عن البراء - رضي الله عنه - عن رسول الله ﷺ، وهذه الجملة يعبر عنها بالتخوية<sup>(٢)</sup> وهو ترك الخواء بين الأعضاء، لما روي أنه ﷺ «كَانَ إِذَا سَجَدَ خَوَى فِي سُجُودِهِ»<sup>(٣)</sup>. والمرأة لا تفعل ذلك، بل تضم بعضها إلى بعض فإنه أستر لها، ويضع يديه بإزاء منكبيه؛ لما سبق من حديث أبي حميد، ولتكن الأصابع منشورة، ومضمومة مستطيلة في جهة القبلة؛ لما روي عن وائل بن حجر - رضي الله عنه -، أن النبي ﷺ «كَانَ إِذَا سَجَدَ ضَمَّ أَصَابِعَهُ تَجَاهَ الْقِبْلَةِ»<sup>(٤)</sup>.

قال الأئمة: وسنة أصابع اليدين إذا كانت منشورة في جميع الصلاة التفريح، المقتصد، إلا في حالة السجود، وينبغي أن لا يفرش زراعيه، بل يرفعهما، وأما أصابع القدمين فيوجهها إلى القبلة، وينصب قدميه، وتوجيهها إلى القبلة إنما يحصل بالتحامل عليها، والاعتماد على بطونها.

وقال في «النهاية»: الذي صححه الأئمة، أنه يضع أطراف الأصابع على الأرض من غير تحامل، والأول أظهر، والله أعلم.

قال الغزالي: «ثُمَّ يَجْلِسُ مُفْتَرِشاً (ح) بَيْنَ السُّجْدَتَيْنِ حَتَّى يَطْمِئِنَّ، وَيَضَعُ يَدَيْهِ قَرِيباً مِنْ رُكْبَتَيْهِ مَنشُورَةً الْأَصَابِعِ، وَيَقُولُ: اللَّهُمَّ أَغْفِرْ لِي وَأَجْبِرْني وَعَافِني وَأَرْزُقْني وَأَهْدِني».

قال الرافعي: يجب أن يعتدل جالساً بين السجديتين، خلافاً لأبي حنيفة، ومالك

(١) في ط بينا.

(٢) أخرجه أحمد (٣٠٣/٤)، وأبو داود (٨٩٦) والنسائي (٢١٢/٢)، وخوى يعني جنح.

(٣) أخرجه مسلم (٤٩٦) من رواية ميمونة.

(٤) أخرجه ابن خزيمة (٦٤٢) وابن حبان (١٩١١) والبيهقي (٢١٢/٢)، والحاكم (٢٢٧/١)، وقال

صحيح على شرط مسلم.

حيث قال: لا يجب، بل يكفي أن يصير إلى الجلوس أقرب، وربما قال أصحاب أبي حنيفة: يكفي أن يصير إلى الجلوس أقرب، وربما قال أصحاب أبي حنيفة<sup>(١)</sup>: يكفي أن يرفع رأسه قدر ما يمر السيف عرضاً، بين جبهته وبين الأرض.

لنا قوله ﷺ في خبر المسيء صلاته. «ثُمَّ اسْجُدْ حَتَّى تَطْمَئِنَّ سَاجِدًا، ثُمَّ اذْفَعْ رَأْسَكَ حَتَّى تَغْتَدِلَ جَالِسًا، ثُمَّ اسْجُدْ حَتَّى تَطْمَئِنَّ سَاجِدًا»<sup>(٢)</sup>.

ويجب فيه الطمأنينة؛ لأنه قد روي في بعض الروايات: «ثُمَّ اذْفَعْ حَتَّى تَطْمَئِنَّ جَالِسًا».

وينبغي ألا يقصد بالارتفاع شيئاً آخر، وأن لا يطول الجلوس كما ذكرنا في الاعتدال عن الركوع، والسنة أن يرفع رأسه مكبراً؛ لما تقدم من الخبر، وكيف يجلس؟ المشهور، وهو الذي ذكره في الكتاب أنه يجلس مفترشاً؛ لما روي عن أبي حميد الساعدي - رضي الله عنه - في وصفه صلاة النبي ﷺ «فَلَمَّا رَفَعَ رَأْسَهُ مِنَ السَّجْدَةِ الْأُولَى ثَنَى رِجْلَهُ الْيُسْرَى، وَقَعَدَ عَلَيْهَا»<sup>(٣)</sup>، وحكى قول آخر أنه يضع قدميه، ويجلس على صدرهما، ويروي ذلك عن ابن عباس - رضي الله عنهما - فليعلم قوله: (مفترشاً) بالواو<sup>(٤)</sup> لذلك؛ وبالميم أيضاً؛ لأن أصحابنا حكوا عن مالك: أنه أمر بالتورك في جميع جلسات الصلاة، ويضع يديه على فخذه قريباً من ركبته منشورة الأصابع.

قال في «النهاية»: ولو انعطف أطرافها على الركبة فلا بأس؛ ولو تركها على الأرض من جانبي فخذه كان كإرسالها في القيام، ويقول في جلوسه: «اللَّهُمَّ اغْفِرْ لِي، وَاجْبُرْنِي، وَعَافِنِي، وَأَزْرِفْنِي، وَاهْدِنِي». وقال أبو حنيفة: لا يسن فيه ذكر.

لنا ما روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ كان يقول ذلك، ويروي: «وَأَزْحَمْنِي» بدل قوله: «وَاجْبُرْنِي».

قال الغزالي: «ثُمَّ يَسْجُدُ سَجْدَةً أُخْرَى مِثْلَهَا، ثُمَّ يَجْلِسُ جَلْسَةً خَفِيفَةً لِالِاسْتِرَاحَةِ، ثُمَّ يَقُومُ مُكْبِرًا وَاضِعًا يَدَيْهِ عَلَى الْأَرْضِ كَمَا يَضَعُ الْعَاجِزُ». مضمون الفصل مسألان:

إحدهما: أنه يسجد السجدة الثانية بعد الجلسة السجدة الأولى، في واجباتها، ومندوباتها بلا فرق.

(١) سقط في ب.

(٢) متفق عليه من رواية أبي هريرة، وقد تقدم.

(٣) أخرجه أبو داود (٧٣٠) والترمذي (٣٠٣) وقال: حسن صحيح.

(٤) في أ بالقاف.

الثانية: إذا رفع رأسه من السجدة الثانية في ركعة لا يعقبها تشهد، فما الذي يفعل؟ نص في «المختصر»: أنه يستوي قاعداً، ثم ينهض، وفي «الأم»: أنه يقوم من السجدة وللأصحاب فيه طريقتان:

أحدهما: أن فيه قولين:

أحدهما: أنه يقوم من السجدة الثانية، ولا يجلس؛ وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد؛ لما روي عن وائل - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ «كَانَ إِذَا رَفَعَ رَأْسَهُ مِنَ السُّجْدَتَيْنِ اسْتَوَى قَائِماً»<sup>(١)</sup>.

وأصحهما: وهو المذكور في الكتاب أنه يجلس جلسة خفيفة ثم يقوم، وتسمى هذه الجلسة جلسة الاستراحة، ووجهة ما روي عن مالك بن الحويرث «أَنَّهُ رَأَى النَّبِيَّ ﷺ يُصَلِّي، فَإِذَا كَانَ فِي وَثْرٍ مِنْ صَلَاتِهِ لَمْ يَنْهَضْ حَتَّى يَسْتَوِيَ قَاعِداً»<sup>(٢)</sup>، وَوَصَفَ أَبُو حَمِيد السَّاعِدِيُّ فِي عَشْرَةِ مِنَ الصُّحَابَةِ - رِضْوَانُ اللَّهِ عَلَيْهِمْ - أَجْمَعِينَ صَلَاةَ النَّبِيِّ ﷺ فَذَكَرَ هَذِهِ الْجَلْسَةَ.

والطريق الثاني: قال أبو إسحاق: المسألة على حالتين: إن كان بالمصلي ضعف لكبر، وغيره جلس للاستراحة، وإلا فلا. فإن قلنا: لا يجلس المصلي للاستراحة فيبتدىء التكبير مع ابتداء الرفع، وينتهي مع استوائه قائماً، ويعود قول الحذف<sup>(٣)</sup> كما تقدم. فإن قلنا: يجلس فمتى يبتدىء التكبير؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه يرفع رأسه غير مكبر، ويبتدىء التكبير جالساً، ويمدحه إلى أن يقوم؛ لأن الجلسة للفصل بين الركبتين<sup>(٤)</sup>، فإذا قام منها وجب أن يقوم بتكبير، كما إذا قام إلى الركعة الثالثة<sup>(٥)</sup>، ويحكى هذا عن اختيار الفقهاء.

وأصحهما: أنه يرفع رأسه مكبراً؛ لما روي أنه ﷺ «كَانَ يُكَبِّرُ فِي كُلِّ خَفْضٍ وَرَفَعٍ»<sup>(٦)</sup>، فعلى هذا، فمتى يقطع؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه إذا جلس يقطعه، ويقوم غير مكبر؛ لأنه لو مد إلى أن يقوم لطلال،

(١) قال الحافظ: هذا الحديث بيض له المنذري في الكلام على المذهب، وذكره النووي في الخلاصة في فصل الضعيف، وذكره في شرح المذهب فقال: غريب ولم يخرج، ظفرت به في سنة أربعين في مسند البزار في أثناء حديث طويل في صفة الوضوء والصلاة انظر التلخيص (١/ ٢٥٨ - ٢٥٩).

(٢) أخرجه البخاري (٨٢٣).

(٣) في ط الحبس.

(٤) في ط الثالثة.

(٥) في أ الركعتين.

(٦) تقدم.

ويتغير النظم، ويهذا قال أبو إسحاق والقاضي الطبري .

وأصحهما: أنه يمدّه إلى أن يقوم، ويخفف الجلسة حتى لا يخلو شيء من صلاته عن الذكر؛ وهذان الوجهان الأخيران كأنهما مفرعان على أن التكبير يمد ولا يحذف، وإذا لم يميز الابتداء عن الانتهاء حصل في وقت التكبير ثلاثة أوجه، وصاحب الكتاب أورد منها في «الوسيط»:

الأول: الذي اختاره الفقهاء. والثاني: الذي قال به أبو إسحاق، ولم يورد.

الثالث: الذي هو الأظهر عند جمهور الأصحاب، وكذلك فعل إمام الحرمين والصيدلاني. وقوله هاهنا: (ثم يقوم مكبراً) بعد، قوله: (ثم يجلس) جواباً على اختيار الفقهاء وهو أبعد الوجوه عند الأكثرين، ويجب أن يعلم قوله: (مكبراً) بالواو، إشارة إلى الوجه الثاني، وهو أنه يقوم عن الجلسة غير مكبر، وإلى الوجه الثالث أيضاً، فإنه عند القائلين به لا يقوم مكبراً، إنما يقوم متمماً للتكبير، ولا خلاف في أنه لا يكبر تكبيرتين.

والسنة في هيئة جلسة الاستراحة الافتراش، كذلك رواه أبو حميد<sup>(١)</sup>، ثم سواء قام من جلسة الأسترحة أو من السجدة، فإنه يقوم معتمداً على الأرض بيديه، خلافاً لأبي حنيفة حيث قال: يقوم معتمداً على صدور قدميه، ولا يعتمد بيديه على الأرض.

لنا ما روي عن مالك بن الحويرث - رضي الله عنه - في صفة صلاة رسول الله ﷺ «فَلَمَّا رَفَعَ رَأْسَهُ مِنَ السُّجْدَةِ الْأَخِيرَةِ فِي الرُّكْعَةِ الْأُولَى، وَاسْتَوَى قَاعِدًا قَامَ وَاعْتَمَدَ عَلَى الْأَرْضِ بِيَدَيْهِ»<sup>(٢)</sup>. وعن ابن عباس - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ «كَانَ إِذَا قَامَ فِي صَلَاتِهِ، وَضَعَ يَدَيْهِ عَلَى الْأَرْضِ، كَمَا يَضَعُ الْعَاجِنُ»<sup>(٣)</sup>. قال صاحب «المجمل» (العاجن)<sup>(٤)</sup> هو الذي إذا نهض اعتمد على يديه كأنه يعجن أي الخمير، ويجوز أن يكون معنى الخبر كما يضع عاجن الخمير، وهما متقاربان.

قال الغزالي: الرُّكْنُ السَّادِسُ: التَّشَهُدُ وَالتَّشَهُدُ الْأَوَّلُ سُنَّةٌ، وَالْقُعُودُ فِيهِ عَلَى هَيْئَةِ الْأَفْتِرَاشِ (م) لِأَنَّهُ مُسْتَوْفِزٌ لِلْحَرَكَةِ، وَالْمَسْبُوقُ يَفْتَرِشُ فِي التَّشَهُدِ الْأَخِيرِ لِاسْتِيفَارِهِ، وَمَنْ عَلَيْهِ سُجُودٌ السُّهُوِّ هَلْ يَفْتَرِشُ؟ فِيهِ خِلَافٌ، وَالْأَفْتِرَاشُ أَنْ يَضَعَ الرَّجُلُ الْبِئْسَرَى وَيَجْلِسَ عَلَيْهَا وَيَنْصِبَ الْقَدَمَ الْيُمْنَى؛ وَيَضَعُ أَطْرَافَ الْأَصَابِعِ عَلَى الْأَرْضِ، وَالتَّوَرُّكُ سُنَّةٌ فِي

(٢) أخرجه البخاري (٨٢٤).

(١) أخرجه البخاري (٨٢٨).

(٣) قال ابن الملقن: غريب لا يعرف ولا يصح، ولا يجوز الاحتجاج به كما قال ابن الصلاح وقال النووي: ضعيف باطل لا أصل له. انظر الخلاصة (١/١٣٧).

(٤) سقط في ب.



التَّشَهُدِ الْأَخِيرِ، (ح) وَهُوَ أَنْ يَضَعَ رِجْلَيْهِ كَذَلِكَ ثُمَّ يُخْرِجُهُمَا مِنْ جِهَةِ يَمِينِهِ، وَيُمْكِنُ وَرَكَةً مِنَ الْأَرْضِ.

قال الرافعي: أدرج في هذا الركن أركاناً ثلاثة: القعود، والتشهد، والصلاة على النبي ﷺ، ولو فصل القعود والتشهد، والصلاة على النبي ﷺ عنهما لجاز، كما فصل القيام عن القراءة، فإن القيام للقراءة كالقعود لهما، وهكذا فعل في ترجمة الأركان، وعدها ثلاثة:

وفقه الفصل: أن التشهد والقعود ينقسمان إلى واقعين في آخر الصلاة، كتشهد الصبح، وتشهد الركعة الرابعة من الظهر إلى واقعين لا في آخر الصلاة، كالتشهد بعد الثانية من الظهر.

فالأول: من القسمين مفروض.

والثاني: مسنون، ثم لا يتعين للقعود هيئة متعينة فيما يرجع إلى الأجزاء، بل يجزئه القعود على أي وجه كان، لكن السنة في القعود في آخر الصلاة التورك، وفي القعود الذي لا يقع في آخرها الافتراش، وقال أحمد: إن كانت الصلاة ذات تشهدين تَوَرَّكَ في الأخير وإن كانت ذات تشهد واحد افترش فيه، والافتراش أن يضع الرجل اليسرى، بحيث يلي ظهرها الأرض، ويجلس عليها، وينصب اليمنى، ويضع أطراف أصابعها على الأرض متوجهة إلى القبلة. والتورك: أن يخرج رجله وهما على هياتهما في الافتراش من جهة يمينه، ويمكّن الورك من الأرض. وقال أبو حنيفة: السنة في القعودين الافتراش. وقال مالك: السنة فيهما التورك.

لنا ما روي عن أبي حميد الساعدي أنه وصف صلاة رسول الله ﷺ فقال: «فَإِذَا جَلَسَ فِي الرُّكْعَتَيْنِ جَلَسَ عَلَى رِجْلِهِ الْيُسْرَى، وَنَصَبَ الْيُمْنَى، فَإِذَا جَلَسَ فِي الرُّكْعَةِ الْأَخِيرَةِ، قَدَّمَ رِجْلَهُ الْيُسْرَى وَنَصَبَ الْأُخْرَى وَقَعَدَ عَلَى مِقْعَدَتِهِ»<sup>(١)</sup>.

والفرق من جهة المعنى أن المصلي في التشهد الأول مستوفز<sup>(٢)</sup> للحركة، يبادر إلى القيام عند تمامه، وذلك عن هيئة الافتراش أهون، وأما الجلسة الأخيرة فليس بعدها عمل فيناسبها التورك الذي هو هيئة السكون والاستقرار، ويترتب على هذه القاعدة مسألتان:

إحدهما: المسبوق إذا جلس مع الإمام في التشهد الأخير يفتersh ولا يتورك، نص عليه؛ لأنه مستوفز يحتاج إلى القيام عند سلام الإمام، ولأنه ليس آخر صلاته،

(١) أخرجه البخاري (٨٢٨) وقد تقدم.

(٢) في ط مستوفز.

والتورك إنما ورد في آخر الصلاة. وحكى الشيخ أبو محمد وجهاً عن بعض الأصحاب أنه يتورك متابعة للإمام. وذكر أبو الفرج البزاز: أن أبا طاهر الزيادي، حكى في المسألة هذين الوجهين، ووجهاً ثالثاً أنه إن كان محل تشهد المسبوق كأن أدرك ركعتين من صلاة الإمام جلس منتصباً وإلا جلس متوركاً؛ لأن أصل الجلوس لمحض المتابعة، فيتابعه في هيئته أيضاً، والأكثر على الوجه الأول.

الثانية: إذا قعد في التشهد الأخير وعليه سجود سهو فهل يفتersh أم يتورك؟ فيه وجهان:

أحدهما: يتورك؛ لأنه يعود آخر الصلاة.

قاله الروياني في «التلخيص» وهو ظاهر المذهب.

والثاني: أنه يفتersh، ذكره القفال، وساعده الأكثرون؛ لأنه يحتاج بعد هذا القعود، إلى عمل وهو السجود، فأشبهه التشهد الأول، بل السجود عن هيئة التورك أعسر من القيام عنها، فكان أولى بأن لا يتورك، وأيضاً فلأنه جلوس يعقبه سجود، فأشبهه الجلوس بين السجدين، وينبغي أن يعلم قوله: (والتشهد الأول مسنون) بالألف، لأن أحمد يقول بوجوبه.

لنا أنه ﷺ «قَامَ مِنْ اثْنَيْنِ مِنَ الظُّهْرِ أَوْ العَصْرِ، وَلَمْ يَجْلِسْ، فَسَبَّحَ النَّاسُ لَهُ، فَلَمْ يُعِدْ، فَلَمَّا كَانَ آخِرَ صَلَاتِهِ سَجَدَ سَجْدَتَيْنِ، ثُمَّ سَلَّمَ». ولو كان واجباً لعاد إليه، ولما جبره السجود، ولا تخفى سائر المواضع المستحقة للعلامات.

وقوله: (ويضع أطراف الأصابع على الأرض) كذلك، أي منتصبه.

وقوله في التورك: (أن يضع رجليه كذلك) أي على هيئتهما في الأفتراش، فاليمنى منصوبة مرفوعة العقب، واليسرى مضجعة.

قال الغزالي: ثُمَّ يَضَعُ اليَدَ اليُسْرَى عَلَى طَرَفِ الرُّكْبَةِ مَنْشُورَةً مَعَ التَّفْرِيجِ الْمُفْتَصِدِ، وَاليَدَ اليُمْنَى يَضَعُهَا كَذَلِكَ لَكِنْ يَقْبِضُ اليَخْنَصَرَ وَاليَبْنَصَرَ وَاليُوسْطَى وَيُرْسِلُ اليُسْبَحَةَ، وَفِي اليَبْنَصَرَ أَوْجُهُ قِيلَ يُرْسِلُهَا وَقِيلَ: يُحَلِّقُ اليَبْنَصَرَ وَاليُوسْطَى، وَقِيلَ يَضْمُهَا إِلَى اليُوسْطَى المَقْبُوضَةِ كَالقَابِضِ ثَلَاثًا وَعِشْرِينَ، ثُمَّ يَرْفَعُ مُسَبِّحَتَهُ فِي الشَّهَادَةِ عِنْدَ قَوْلِهِ: إِلَّا اللّهُ، وَفِي تَخْرِيكِهَا عِنْدَ الرُّفْعِ خِلَافٌ.

قال الرافي: السنة في التشهدين جميعاً، أن يضع يده اليسرى على فخذه اليسرى؛ لما روي أنه ﷺ «كَانَ إِذَا جَلَسَ فِي الصَّلَاةِ، وَضَعَ كَفَّهُ اليُسْرَى عَلَى فَخْذِهِ اليُسْرَى»<sup>(١)</sup>.

وينبغي أن ينشر أصابعه، ويجعلها قريبة من طرف الركبة، بحيث تسامت رؤوسها الركبة، وهل يفرج بين أصابع اليسرى أو يضمها؟ الذي ذكره في الكتاب أنه يفرج تفرجاً مقتصداً، وهذا هو الأشهر، ألا تراهم قالوا: لا يؤمر بضم الأصابع مع نشرها إلا في السجود على ما قدمناه، وحكى الكرخي وغيره من أصحاب الشيخ أبي حامد أنه يضم بعضها إلى بعض حتى الإبهام؛ ليتوجه جميعها إلى القبلة، وهكذا ذكر القاضي الروياني، فليكن قوله: (مع التفرج) معلماً بالواو، وأما كونه مقتصداً فليس من خاصية هذا الموضوع، بل لا يؤمر بالتفرج المتفاحش في موضع ما.

وأما اليد اليمنى فيضعها على طرف الركبة اليمنى كما ذكرنا في اليسرى، وهو المراد من قوله: (فيضعها كذلك) ولكن لا ينشر جميع أصابعه، بل يقبض الخنصر والبنصر ويرسل المسبحة، وفيما يفعل بالإبهام والوسطى، وثلاثة أقاويل:

أحدها: «أَنَّهُ يُقَبِّضُ الْوَسْطَى مَعَ الْخَنْصَرِ وَالْبَنْصَرِ وَيُرْسِلُ الْإِبْهَامَ مَعَ الْمُسْبِحَةِ، لِمَا رَوَى أَنَّ أَبَا حَمِيدٍ السَّاعِدِي، وَصَفَ صَلَاةَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَذَكَرَ، أَنَّهُ كَانَ يَفْعَلُ هَكَذَا»<sup>(١)</sup>.

والثاني: «أَنَّهُ يُحَلِّقُ بَيْنَ الْإِبْهَامِ وَالْوَسْطَى، لِمَا رَوَى عَنْ وَائِلِ بْنِ حُجْرٍ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ فَعَلَ هَكَذَا»<sup>(٢)</sup>. وفي كيفية التحليق وجهان:

أحدهما: أنه يضع أنملة الوسطى بين عقدتي الإبهام.

وأصحهما: أنه يحلق بينهما برأسيهما.

والقول الثالث، وهو الأصح: أنه يقصهما لما روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما -، أن النبي ﷺ «كَانَ إِذَا جَلَسَ فِي الصَّلَاةِ وَضَعَ كَفَّهُ الْيُمْنَى عَلَى فَخِذِهِ الْيُمْنَى، وَقَبَضَ أَصَابِعَهُ كُلَّهَا وَأَشَارَ بِالْأُصْبُعِ الَّتِي تَلِي الْإِبْهَامَ»<sup>(٣)</sup>.

وفي كيفية وضع الإبهام على هذا القول وجهان:

أحدهما: أنه يضعهما على أصبعه الوسطى، كأنه عاقد ثلاثة وعشرين، لما روي

عن ابن الزبير - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ «كَانَ يَضَعُ إِبْهَامَهُ عِنْدَ الْوَسْطَى»<sup>(٤)</sup>.

وأظهرهما: أنه يضعها بجانب المسبحة كأنه عاقد ثلاثة وخمسين، لما روي عن

(١) قال الحافظ: لا أصل له في حديث أبي حميد، ويغني عنه حديث ابن عمر عند مسلم ووضع يده اليمنى على ركبته اليمنى وعقد ثلاثاً وخمسين. انظر التلخيص (١/٢٦١).

(٢) أخرجه أبو داود (٩٥٧) وابن ماجه (٩٢٢) والنسائي (١٢٦/٢)، والدارقطني (١/٢٩٠) والبيهقي (١/١٣١)، وابن حبان (١٨٥١) وصححه.

(٤) أخرجه مسلم (٥٧٩).

(٣) أخرجه مسلم (٥٨٠).

أبن عمر - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ «كَانَ إِذَا قَعَدَ فِي التَّشَهُدِ، وَضَعَ يَدَهُ الْيُمْنَى عَلَى رُكْبَتِهِ الْيُمْنَى وَعَقَدَ ثَلَاثَةَ وَخَمْسِينَ، وَأَشَارَ بِالسَّبَابَةِ»<sup>(١)</sup>.

ثم قال ابن الصباغ وغيره: وكيفما فعل من هذه الهيئات، فقد أتى بالسنة؛ لأن الأخبار قد وردت بها جميعاً، وكأنه ﷺ كان يضع مرة هكذا، ومرة هكذا، وعلى الأقوال كلها فيستحب له أن يرفع مسبحته في كلمة الشهادة إذا بلغ همزة: «إلا الله»، خلافاً لأبي حنيفة حيث قال: لا يرفعها.

لنا ما سبق، أنه كان يشير بالسبابة، وهل يحركها عند الرفع؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، لما روي عن وائل - رضي الله عنه - قال: «ثُمَّ رَفَعَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَصْبَعَهُ، فَرَأَيْتُهُ يُحَرِّكُهَا»<sup>(٢)</sup>.

وأصحهما: لا؛ لما روي عن ابن الزبير - رضي الله عنه - «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يُشِيرُ بِالسَّبَابَةِ وَلَا يُحَرِّكُهَا، وَلَا يُجَاوِزُ بَصَرَهُ إِشَارَتَهُ»<sup>(٣)</sup>.

وقوله في الكتاب: (ويقبض الخنصر، والبنصر والوسطى) إن أراد بالقبض هاهنا القدر الذي يشارك فيه الوسطى الخنصر، والبنصر، وهو ترك البسط والإرسال، فهذا لا خلاف فيه؛ وإن أراد أن يصنع بالوسطى ما يصنع بالخنصر، والبنصر فهذا، تنازع فيه قول التحليق فأعرفه.

وأما التعبير عن الخلاف المذكور بالأوجه فإنما اقتدى فيه بإمام الحرمين، وعمامة الأصحاب حكوه أقوالاً منصوطة للشافعي - رضي الله عنه -، معزية إلى كتبه.

وقوله: «أيرسلها» هو القول الأول، و«التحليق» الثاني، والذي ذكره آخراً أحد الوجهين على القول الثالث. وقوله: (ثم يرفع) معلم بالحاء.

وقوله: (عند قوله إلا الله) يجوز أن يعلم بالواو؛ لأن أبا القاسم الكرخي حكى وجهين في كيفية الإشارة بالمسبحة:

أصحهما: أنه يشير بها وقت التَّشَهُدِ، وهو الذي ذكره الجمهور.

والثاني: أنه يُشِيرُ بها في جميع التَّشَهُدِ.

(١) أخرجه مسلم (٥٨٠).

(٢) أخرجه ابن خزيمة (٧١٤) وابن الجارود (٢٠٨) وابن حبان (١٨٥١) والنسائي (١٢٦/٢) وأحمد (٣١٨/٤)، والدارمي (١٣٦٣). والبيهقي (١٣٢/٢) بإسناد صحيح.

(٣) أخرجه أبو داود (٩٧٤) وأحمد والنسائي وابن حبان في صحيحه، وأصله في مسلم دون قوله: «ولا يجاوز بصره إشارته» انظر التلخيص (٢٦٢/١).

قال الغزالي: **أَمَّا التَّشَهُدُ الْأَخِيرُ فَوَاجِبٌ (ح م) وَالصَّلَاةُ عَلَى الرَّسُولِ عَلَيْهِ السَّلَامُ وَاجِبَةٌ مَعَهُ (ح م) وَعَلَى الْآلِ قَوْلَانِ، وَهَلْ تُسَنُّ الصَّلَاةُ عَلَى الرَّسُولِ فِي الْأَوَّلِ؟ قَوْلَانِ:**  
قال الرافعي: القعود للتشهد الأخير، والتشهد فيه واجبان خلافاً لأبي حنيفة، حيث قال: القعود بقدر التشهد واجب، ولا يجب قراءة التشهد فيه، ولمالك حيث قال: لا يجب لا هذا ولا ذلك.

لنا أن ابن مسعود - رضي الله عنه - قال: «كُنَّا نَقُولُ قَبْلَ أَنْ يُفْرَضَ عَلَيْنَا التَّشَهُدُ: السَّلَامُ عَلَى اللَّهِ قَبْلَ عِبَادِهِ، السَّلَامُ عَلَى جِبْرِيلَ» إلى آخره<sup>(١)</sup>، دل على أنه قد فرض، ثم التشهد الأخير، إنما يكون لصلاة لها تشهد أول، وقد تكون الصلاة بحيث لا يشرع فيها إلا تشهد واحد كالصبح والجمعة، فحكمه حكم التشهد الأخير، في ذات الشاهدين، والعبارة الجامعة أن يقال: التشهد الذي يعقبه التحلل عن الصلاة واجب. وتجب الصلاة على النبي ﷺ في التشهد الواجب، خلافاً لأبي حنيفة ومالك.

لنا ما روي عن عائشة - رضي الله عنها - أن النبي ﷺ قال: «لَا يَقْبَلُ اللَّهُ صَلَاةً إِلَّا بِطُهُورٍ وَالصَّلَاةُ عَلَيَّ»<sup>(٢)</sup>.

وهل تجب الصلاة على الآل؟ فيه قولان وبعضهم يقول: وجهان:

أحدهما: تجب لظاهر ما روي أنه قيل: يا رسول كيف نصلي عليك؟ فقال: «قُولُوا اللَّهُمَّ صَلِّ عَلَى مُحَمَّدٍ، وَعَلَى آلِ مُحَمَّدٍ»<sup>(٣)</sup>.

وأصحهما: لا؛ وإنما هي سنة تابعة للصلاة على النبي ﷺ وهل يسن الصلاة على الرسول في التشهد الأول؟ فيه قولان:

أحدهما -: وبه قال أبو حنيفة وأحمد - لا؛ لأنها مبنية على التخفيف؛ روى أن النبي ﷺ «كان في التشهد الأول»<sup>(٤)</sup> كمن يجلس على الرضف<sup>(٥)</sup> وهي الحجارة المحممة، وذلك يشعر بأنه ما كان يطول بالصلاة والدعاء.

(١) أخرجه الدارقطني (٣٥٠/١)، والبيهقي (١٣٨/٢) وقال إسناده صحيح.

(٢) أخرجه الدارقطني (٣٥٥/١) والبيهقي وضعفاً.

(٣) أخرجه البخاري (٣٣٧٠) ومسلم (٤٠٦) من حديث كعب بن عجرة والبخاري (٣٣٦٩) ومسلم (٤٠٧) ومن حديث أبي حميد.

(٤) سقط في ب.

(٥) أخرجه الشافعي (٢٦١) وأبو داود (٩٩٥) والترمذي (٣٦٦) والنسائي (٢٤٣/٢)، قال ابن الملقن: ذكره ابن السكن في صحاحه، وفي ذلك وقفة؛ لأن أبا عبيدة إذا لم يسمع من أبيه يكون الحديث منقطعاً.

وأصحهما: ويروى عن مالك: أنها تسن؛ لأنها ذكرت، يجب في الجلسة الأخيرة، فيسن في الأولى كالشاهد، وأما الصلاة فيه على الآل، فتبنى على إيجابها في التشهد الأخير، إن أوجبناها ففي استحبابها في الأول الخلاف المذكور في الصلاة على النبي ﷺ، وإن لم نوجبها - وهو الأصح - فلا نستحبها في الأول، وإذا قلنا: لا تسن الصلاة على النبي ﷺ في الأول فصلى عليه كان ناقلاً للركن إلى غير موضعه، وفي بطلان الصلاة به كلام يأتي في «باب سجود السهو» وكذا إذا قلنا: لا يصلي على النبي ﷺ في القنوت، وهكذا الحكم إذا أوجبنا الصلاة على الآل في الأخير، ولم نستحبها في الأول فأتى بها. وآل النبي ﷺ بنوا هاشم، وبنوا المطلب، نص عليه الشافعي - رضي الله عنه - وفيه وجه: أن كل مسلم آله.

قال الغزالي: ثُمَّ أَكْمَلَ التَّشْهِيدَ مَشْهُورًا، وَأَقْلَهُ التَّحِيَّاتِ لِلَّهِ سَلَامٌ عَلَيْكَ أَيُّهَا النَّبِيُّ وَرَحْمَةُ اللَّهِ سَلَامٌ عَلَيْنَا وَعَلَى عِبَادِ اللَّهِ الصَّالِحِينَ أَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَأَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا رَسُولُ اللَّهِ، وَهُوَ الْقَدْرُ الْمُتَكَرِّرُ فِي جَمِيعِ الرُّوَايَاتِ، وَأَوْجَزُ ابْنِ سُرَيْجٍ بِالْمَعْنَى، وَقَالَ: التَّحِيَّاتُ لِلَّهِ سَلَامٌ عَلَيْكَ أَيُّهَا النَّبِيُّ سَلَامٌ عَلَيْنَا وَعَلَى عِبَادِ اللَّهِ الصَّالِحِينَ أَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَأَنَّ مُحَمَّدًا رَسُولُهُ.

قال الرافعي: الكلام في أكمل التشهد، ثم في أقله: أما أكمله، فاختار الشافعي - رضي الله عنه - ما رواه ابن عباس - رضي الله عنهما - وهو: «التَّحِيَّاتُ الْمُبَارَكَاتُ الصَّلَوَاتُ الطَّيِّبَاتُ لِلَّهِ، سَلَامٌ عَلَيْكَ أَيُّهَا النَّبِيُّ، وَرَحْمَةُ اللَّهِ، وَبَرَكَاتُهُ، سَلَامٌ عَلَيْنَا، وَعَلَى عِبَادِ اللَّهِ الصَّالِحِينَ، أَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ، وَأَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا رَسُولُ اللَّهِ» هكذا روى الشافعي - رضي الله عنه - (١).

وروى غيره: «السَّلَامُ عَلَيْكَ»، «السَّلَامُ عَلَيْنَا»، بإثبات الألف واللام، وهما صحيحان، ولا فرق وحكى في «النهاية» عن بعضهم؛ أن الأصل إثبات الألف واللام.

وقال أبو حنيفة وأحمد: والأفضل ما رواه ابن مسعود - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ وهو: «التَّحِيَّاتُ لِلَّهِ، وَالصَّلَوَاتُ، وَالطَّيِّبَاتُ، السَّلَامُ عَلَيْكَ أَيُّهَا النَّبِيُّ، وَرَحْمَةُ اللَّهِ وَبَرَكَاتُهُ، السَّلَامُ عَلَيْنَا، وَعَلَى عِبَادِ اللَّهِ الصَّالِحِينَ، أَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَأَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ» (٢).

وقال مالك: الأفضل أن يتشهد بما علمه عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - الناس على المنبر وهو: «التَّحِيَّاتُ لِلَّهِ، الزَّكَايَاتُ لِلَّهِ، الطَّيِّبَاتُ لِلَّهِ، الصَّلَوَاتُ لِلَّهِ، السَّلَامُ

(١) أخرجه مسلم (٤٠٣).

(٢) أخرجه البخاري (٨٣١) ومسلم (٤٠٢).

عَلَيْكَ أَيُّهَا النَّبِيُّ وَرَحْمَةُ اللَّهِ وَبَرَكَاتُهُ» إِلَى آخِرِهِ<sup>(١)</sup>. كما رواه ابن مسعود - رضي الله عنه -، ووجه اختيار الشافعي - رضي الله عنه -، يستوي في الخلاف على أن الأمر فيه قريب، فإن الفضيلة تتأدى بجميع ذلك، ثم جمهور الأصحاب على أنه لا يقدم التسمية، لما روي أنه ﷺ كان أول ما يتكلم به عند القعدة: «التَّحِيَّاتِ لِلَّهِ»<sup>(٢)</sup> وعن أبي على الطبري، وغيره من أصحابنا، أن الأفضل أن يقول: «بِسْمِ اللَّهِ، وَبِاللَّهِ التَّحِيَّاتِ» ويروى: «بِسْمِ اللَّهِ خَيْرِ الْأَسْمَاءِ»<sup>(٣)</sup>، نقل عن جابر - رضي الله عنه -، عن رسول الله ﷺ، وعن بعض أصحابنا أن الأفضل: أن يقول: «التَّحِيَّاتِ الْمُبَارَكَاتِ، الرَّائِيَاتِ، وَالصَّلَوَاتِ، وَالطَّيِّبَاتِ لِلَّهِ»<sup>(٤)</sup>؛ ليكون آتيا بما أشتملت عليه الروايات كلها.

وأما الأقل: فالمنقول عن نص الشافعي - رضي الله عنه - أن أقل التشهد: «التَّحِيَّاتِ لِلَّهِ، سَلَامٌ عَلَيْكَ أَيُّهَا النَّبِيُّ، وَرَحْمَةُ اللَّهِ وَبَرَكَاتُهُ، سَلَامٌ عَلَيْنَا وَعَلَى عِبَادِ اللَّهِ الصَّالِحِينَ، أَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ، وَأَنَّ مُحَمَّدًا رَسُولُ اللَّهِ» هكذا روى أصحابنا العراقيون، وتابعهم القاضي الروياني، وكذا صاحب «التهذيب» إلا أنه نقل: «وَأَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا رَسُولُهُ»، وأسقط الصيدلاني في نقل نصه كلمة وبركاته، وجعل صيغة الشهادة الثانية: «وَأَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا رَسُولُ اللَّهِ» وهذا هو الذي أورده في الكتاب وحكاية القاضي ابن كج؛ فإذا حصل الخلاف في المنقول عن الشافعي - رضي الله عنه - في ثلاثة مواضع:

أحدها: في كلمة «وبركاته».

والثاني: في كلمة «وأشهد» في الكرة الثانية.

والثالث: في لفظ «الله» في الشهادة الثانية، فمنهم من اكتفى بقوله: (رسوله) ثم نقلوا عن ابن سريج في الأقل، طريقة أخرى، وهي: «التَّحِيَّاتِ لِلَّهِ، سَلَامٌ عَلَيْكَ أَيُّهَا النَّبِيُّ، سَلَامٌ عَلَى عِبَادِ اللَّهِ الصَّالِحِينَ، [أَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَأَنَّ مُحَمَّدًا رَسُولُهُ]».

هذا ما ذكره في الكتاب، ورواه طائفة، وأسقط بعضهم لفظ السلام الثاني واكتفى بأن يقول: «أيها النبي وعلى عباد الله الصالحين»<sup>(٥)</sup>، وأسقط بعضهم لفظ «الصالحين»

(١) أخرجه مالك في الموطأ (١/٨٦)، والحاكم (١/٢٦٦)، وقال صحيح على شرط مسلم.

(٢) أخرجه البيهقي (٢/١٤٤) من رواية عائشة بإسناد جيد.

(٣) قال ابن الملقن: رواه الطبراني من رواية ابن الزبير، وقال لا يروى عنه إلا بهذا الإسناد وتفرد به ابن لهيعة. انظر الخلاصة (١/١٤١).

(٤) أخرجه النسائي (٢/٢٤٣)، والبيهقي في السنن (٢/١٤١)، وابن ماجه (٩٠٢).

(٥) سقط في ب.

ويحكى هذا عن الحليمي، ووجه ذلك بأن لفظ العباد، مع الإضافة ينصرف غالباً إلى «الصالحين»، كقوله تعالى: «عَيْنَا يَشْرَبُ بِهَا عِبَادُ اللَّهِ»<sup>(١)</sup> ونظائره، فاستغنى بالإضافة عنه ثم قال الأئمة: كأن الشافعي - رضي الله عنه - اعتبر في حد الأقل ما رآه مكرراً في جميع الروايات، ولم يكن تابعاً لغيره، وما انفردت به الروايات، أو كان تابعاً لغيره جوز حذفه<sup>(٢)</sup>، وأبن سريج نظر إلى المعنى، وجوز حذف ما [لا] يتغير به المعنى، واكتفى بذكر السَّلام عن الرحمة والبركة، وقال بدخولهما فيه.

وقوله في الكتاب: «وهو القدر المتكرر في جميع الروايات، وأوجز ابن سريج بالمعنى» (إشارة إلى هذا الكلام، لكن لم يتعرض إلا للتكرار في جميع الروايات)<sup>(٣)</sup> ولا بد من التعرض للوصف الأخير، وهو أن يكون تابعاً للغير، وإلا فالصلوات والطيبات متكررة في جميع الروايات، وقد جوز حذفها.

وأعلم أن ما ذكره الأصحاب من اعتبار التكرار وعدم التبعية أن جعلوه ضابطاً لحد الأقل فذاك، وإن عللوا حد الأقل به ففيه إشكال؛ لأن التكرار في الروايات، يشعر بأنه لا بد من القدر المتكرر، فأما إنه مجزئ فلا، ومن الجائز أن يكون المجزئ هذا القدر مع ما تفردت به كل رواية.

ولك أن تعلم قوله في طريقة الشافعي - رضي الله عنه - «وأشهد» في الكرة الثانية بالواو<sup>(٤)</sup> وكذا كلمة «السَّلام» الثاني، و«الصالحين»، في طريقة ابن سريج إشارة إلى ما سبق من الخلاف.

قال الغزالي: وَيَقُولُ بَعْدَهُ اللَّهُمَّ صَلِّ عَلَى مُحَمَّدٍ وَعَلَى آلِ مُحَمَّدٍ، ثُمَّ مَا بَعْدَهُ مَسْنُونٌ إِلَى قَوْلِهِ: إِنَّكَ حَمِيدٌ مَجِيدٌ، ثُمَّ الدُّعَاءُ بَعْدَهُ مَسْنُونٌ، وَلِيُخْتَرُ كُلُّ مِنَ الدُّعَاءِ أَعْجَبَهُ إِلَيْهِ.

قال الرافعي: أقل الصلاة على النبي ﷺ أن يقول: اللهم صل على محمد، ولو قال: صَلَّى اللهُ عَلَى مُحَمَّدٍ، أَوْ صَلَّى اللهُ عَلَى رَسُولِهِ جاز.

وفي وجه: يجوز أن يقتصر على قوله: «ﷺ» والكناية ترجع إلى ذكر محمد ﷺ في كلمة الشهادة، وهذا نظر إلى المعنى، وأقل الصلاة على الآل أن يقول: «وآله»، ولفظ الكتاب يشعر بأنه يجب أن يقول: وعلى آل محمد؛ لأنه ذكر ذلك، ثم حكم بأن ما بعده مسنون:

(١) سورة الإنسان، الآية ٦.

(٢) سقط في ط.

(٣) سقط في ب.

(٤) سقط في ب.



والأول: هو الذي ذكره صاحب «التهذيب»، وغيره.

والأولى أن يقول: «اللَّهُمَّ صَلِّ عَلَى مُحَمَّدٍ، وَعَلَى آلِ مُحَمَّدٍ، كَمَا صَلَّيْتَ عَلَى إِبْرَاهِيمَ، وَعَلَى آلِ إِبْرَاهِيمَ، وَبَارِكْ عَلَى مُحَمَّدٍ، وَعَلَى آلِ مُحَمَّدٍ، كَمَا بَارَكْتَ عَلَى إِبْرَاهِيمَ، وَعَلَى آلِ إِبْرَاهِيمَ، إِنَّكَ حَمِيدٌ مَجِيدٌ».

روى كعب بن عجرة أن النبي ﷺ سئل عن كيفية الصلاة عليه، فأمرهم بذلك<sup>(١)</sup>.

قال الصيدلاني: ومن الناس من يزيد: «وارحم محمداً وآل محمد، كما رحمت على آل إبراهيم» وربما يقول: كما ترحمت على إبراهيم، قال: وهذا لم يرد في الخبر، وهو غير فصيح، فإنه لا يقال: ترحمت عليه، وإنما يقال: رحمته، وأما الترحم، ففيه معنى التكلف والتصنع، فلا يحسن إطلاقه في حق الله تعالى.

ثم يستحب الدعاء في التشهد الأخير، بعد الصلاة على النبي ﷺ وعلى آله وله أن يدعو بما شاء من أمر الدنيا والآخرة، خلافاً لأبي حنيفة حيث قال: لا يدعو إلا بما يشبه ألفاظ القرآن، وبالأدعية المأثورة عن النبي ﷺ، ولا يدعو بما يشبه كلام الناس، ومن أصحابه من قال: يجزئ الدعاء بما لا يطلب إلا من الله تعالى، فأما إذا دعا بما يمكن أن يطلب من الآدميين بطلت صلاته.

وقال أحمد: إذا قال: «اللهم ارزقني جارية حسناء ونحو ذلك» فسدت صلاته؛ لما روي عن ابن مسعود - رضي الله عنه - في آخر حديث التشهد أن النبي ﷺ قال: «ثُمَّ لِيَسْتَحْيِرْ مِنَ الدُّعَاءِ أَعْجَبُهُ إِلَيْهِ فَيَدْعُو»<sup>(٢)</sup>. وروي أنه قال: «وَلْيَدْعُ بَعْدَ ذَلِكَ بِمَا شَاءَ»<sup>(٣)</sup>.

والأفضل أن يكون دعاؤه لأمر الآخرة، وما ورد في الخبر أحب من غيره.

ومن ذلك: «اللَّهُمَّ اغْفِرْ لِي مَا قَدَّمْتُ، وَمَا أَخَّرْتُ وَمَا أَعْلَنْتُ، وَمَا أَسْرَرْتُ، وَمَا أَسْرَفْتُ، وَمَا أَنْتَ أَعْلَمُ بِهِ مِنِّي، أَنْتَ الْمُقَدِّمُ، وَأَنْتَ الْمُؤَخِّرُ، لَا إِلَهَ إِلَّا أَنْتَ. أَيْضاً: «اللَّهُمَّ إِنِّي أَعُوذُ بِكَ مِنْ عَذَابِ النَّارِ، وَعَذَابِ الْقَبْرِ، وَفِتْنَةِ الْمَحْيَا وَالْمَمَاتِ، وَفِتْنَةِ الْمَسِيحِ الدَّجَالِ»<sup>(٤)</sup>.

أيضاً: «اللَّهُمَّ إِنِّي أَعُوذُ بِكَ مِنَ الْمَأْتَمِ وَالْمَغْرَمِ»<sup>(٥)</sup>، «اللَّهُمَّ إِنِّي ظَلَمْتُ نَفْسِي ظُلماً كَثِيراً، وَلَا يَغْفِرُ الذُّنُوبَ إِلَّا أَنْتَ، فَاعْفِرْ لِي مَغْفِرةً مِنْ عِنْدِكَ، إِنَّكَ أَنْتَ الْغَفُورُ الرَّحِيمُ»<sup>(٦)</sup> وقوله: (ثم الدعاء بعده مسنون) أي في التشهد الأخير، فأما في الأول

(١) متفق عليه وقد تقدم.

(٢) أخرجه البخاري (٨٣٥) ومسلم (٤٠٢).

(٣) تقدم.

(٤) أخرجه مسلم (٥٨٨).

(٥) أخرجه البخاري (٨٣٢) ومسلم (٥٨٩).

(٦) أخرجه البخاري (٨٣٤) ومسلم (٢٧٠٥).

فيكره، بل لا يصلي على الآل أيضاً على الصحيح، كما سبق، ويجوز أن يعلم قوله: (مسنون) بالواو لأنه يقتضي الاستحباب مطلقاً، وقد ذكر الصيدلاني في طريقته: أن المستحب للإمام أن يقتصر على التشهد والصلاة على النبي ﷺ ليخفف على من خلفه، فإن دعا جعل دعاؤه دون قدر التشهد، ولا يطول. وأما المنفرد: فلا بأس له بالتطويل، هذا ما ذكره، والظاهر الذي نقله الجمهور: أنه يستحب للإمام الدعاء، كما يستحب لغيره، ثم الأحب أن يكون الدعاء أقل من التشهد، والصلاة على النبي ﷺ لأنه تبع لهما فإن زاد لم يضر، إلا أن يكون إماماً فيكره له التطويل. وقوله: (وليتخير) مُعَلِّمٌ بالحاء والألف؛ لما روينا، ويجوز أن يعلم بالواو أيضاً، لأن إمام الحرمين حكى في «النهاية» عن شيخه: أنه كان يتردد في مثل قوله: اللهم ارزقني جارية صفتها<sup>(١)</sup> كذا، ويميل إلى المنع منه وأنه يبطل الصلاة.

قال الغزالي: **فَرَعَ الْعَاجِزُ عَنِ التَّشْهَدِ يَأْتِي بِتَرْجَمَتِهِ كَتَكْبِيرَةِ التَّحَرُّمِ، وَالْعَاجِزُ عَنِ الدُّعَاءِ بِالْعَرَبِيَّةِ لَا يَدْعُو بِالْعَجْمِيَّةِ بِحَالٍ، وَفِي سَائِرِ الْأَذْكَارِ هَلْ يَأْتِي بِتَرْجَمَتِهَا بِالْعَجْمِيَّةِ؟ فِيهِ خِلَافٌ.**

قال الرافعي: لا يجوز لمن أحسن التشهد بالعربية أن يعدل إلى ترجمته كالتكبير، وقراءة الفاتحة، فإن عجز أتى بترجمته كتكبيرة الإحرام بخلاف القرآن، لا يأتي بترجمته؛ لأن نظمه معجز كما سبق، والصلاة على النبي ﷺ وعلى الآل إن أوجبناها كالتشهد، وأما ما عدا الواجبات من الألفاظ المشروعة في الصلوة إذا عجز عنها بالعربية، فقد قَسَمَهَا الْمُصَنِّفُ قَسَمِينَ:

**أحدهما: الدعاء، فمنعه من أن يدعو بالعجمية مطلقاً.**

**والثاني: سائر الأذكار كثناء الاستفتاح، والقنوت، وتكبيرات الانتقالات، وتسيحات الزكوع، والسجود، فقد روي منها في «الوسيط» ثلاثة أوجه:**

**أحدها: ليس له أن يأتي بترجمتها، لأنها مسنونة لا ضرورة إلى الإتيان بها.**

**والثاني: أنه يأتي بمعانيها، وقيمتها مقام العربية، كالتكبير والتشهد.**

**والثالث: ما يجيز تركه بالسجود يأتي بترجمته، وما لا فلا.**

وقضية هذه الطريقة المنع من أن يأتي بالترجمة عند القدرة على العربية بطريق الأولى، ولم يجعل إمام الحرمين الدعاء قسماً على إطلاقه لكن قال: ليس للمصلي أن يخترع دعوة بالعجمية ويدعو بها في صلاته، وإن كان له أن يدعو بغير الدعوات

(١) في أحسناء.

المأثورة بالعربية، ثم حكى الوجوه الثلاثة في «الأذكار المسنونة»، وإيراده يشعر بالمنع من الذكر المخترع، كالدعاء المخترع، وتطرد الوجوه في الدعاء المسنون كما في سائر الأذكار المسنونة، ولا فرق، وصرح سائر الأصحاب بهذا الذي أشعر به كلامه، فقالوا: إذا عجز عن الأذكار العربية والأدعية المَسْنُونَة، هل يأتي بترجمتها؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه لا ضرورة إليها بخلاف الواجبات.

وأصحهما: نعم. ليجوز فضلها، ولو أحسن العربية فهل يجوز له أن يأتي بالترجمة؟ فيه وجهان:

أصحهما: لا يجوز، كما في التكبير، والتشهد، ولو فعل تبطل الصلاة وذكر في «التهديب» هذين الوجهين فيما إذا دعا بالعجمية مع القدرة على العربية، وأطلقها في بعض التعليقات في جميع الأذكار.

إذا عرفت ذلك فقوله: (والعاجز عن الدعاء لا يدعو بالعجمية بحال) إن أراد به الدعاء المخترع الذي لم يؤثر - كما ذكره إمام الحرمين - فلا يلزم منه المنع من أن يأتي العاجز بترجمة الدعاء المسنون بعد التشهد جزماً؛ بل يجري فيه الخلاف المذكور في سائر الأذكار، وإن أراد به مطلق الدعاء فما الفرق بين الدعاء المسنون، وبين التسبيح المسنون، ولم يمنع من ترجمة أحدهما جزماً، ويجعل ترجمة الآخر على الخلاف، ويلزم على ذلك أن لا يأتي بترجمة: «اللهم اغفر لي وارحمني». في الجلوس بين السجدين، وظاهر لفظه الاحتمال الثاني، ولذلك أعلم بالواو؛ إشارة إلى الوجه المجوز للترجمة مع القدرة على العربية، فإنه أولى بتجويزها عند العجز، ويجوز أن يعلم بالحاء أيضاً؛ لأن أبا حنيفة يجوز ترجمة القرآن، وإن كان قادراً على نظمه، فترجمة الدعاء عند العجز أولى، بأن يجوزها، وأعلم أنه إذا حمل كلامه على المحمل الثاني أشبه أن يكون هو منفرداً بنقل الفرق بين الدعاء وغيره، - والله أعلم -.

قال الغزالي: الرُّكْنُ السَّابِعُ السَّلَامُ وَهُوَ وَاجِبٌ، وَلَا يَقُومُ (ح) مَقَامُهُ أَضْدَادُ الصَّلَاةِ، وَأَقْلَهُ أَنْ يَقُولَ، السَّلَامُ عَلَيْكُمْ، وَلَوْ قَالَ: سَلَامٌ عَلَيْكُمْ فَوْجَهَانِ، وَفِي اشْتِرَاطِ نِيَّةِ الْخُرُوجِ وَجَهَانِ، وَأَكْمَلُهُ السَّلَامُ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَةُ اللَّهِ مَرَّتَيْنِ (ح م) فِي الْجَدِيدِ مَعَ الْأَلْتِفَاتِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ بِحَيْثُ تُرَى خَدَاهُ وَمَعَ نِيَّةِ السَّلَامِ عَلَى مَنْ عَلَى جَانِبَيْهِ مِنَ الْجِنِّ وَالْإِنْسِ وَالْمَلَائِكَةِ، وَالْمُقْتَدِي يَنْوِي الرُّدَّ عَلَى إِمَامِهِ بِسَلَامِهِ.

قال الرافعي: لما وصف السلام بكونه ركناً، فلو لم يقل - وهو واجب - لما ضره؛ لأن ركن الصلاة لا بد وأن يكون واجباً، وإذا ذكرهما، فينبغي أن يعلما بالحاء، وكذلك قوله: (ولا يقوم مقامه أضداد الصلاة). لأن عند أبي حنيفة لو أتى بما ينافي

الصلاة اختياراً من حدث، أو كلام خرج به عن الصلوة، وقام مقام السلام.

قال: ولو كان ناسياً فلا يخرج به من الصلاة، ولا تبطل صلاته، لكي يتوضأ ويبنى، ولو وقع ذلك من غير اختياره كانقضاء مدة المسح، ورؤية المتييم الماء في الصلاة، تبطل صلاته.

لنا قوله ﷺ: «وَتَخْلِيلُهَا لِلتَّسْلِيمِ»<sup>(١)</sup> جعل التحليل بالتسليم<sup>(٢)</sup> فوجب ألا يحصل بغيره، ثم القول في أقل السلام وأكمه.

أما الأقل: فهو أن يقول: «السَّلَامُ عَلَيْكُمْ»، ولا بد من هذا التظم؛ لأن النبي ﷺ كذلك كان يسلم، وهو كاف؛ لأنه تسليم، وقد قال ﷺ: «وَتَخْلِيلُهَا التَّسْلِيمُ». ولو قال: سلام عليكم، فوجهان:

أحدهما: أنه لا يجزئه؛ لأنه نقص الألف واللام، فأشبهه ما لو قال: سلام عليكم من غير تنوين.

وأظهرهما: أنه يجزئه، ويقوم التنوين مقام الألف واللام كما في التشهد يجزئه السلام، وسلام، ولو قال عليكم السلام فقد سبق حكمه في فصل التكبير، ولا يجزئه قوله: السلام عليك، ولا سلامي عليكم، ولا سلام الله عليكم، ولا: السلام عليهم، وما لا يجزئ فيبطل الصلاة إذا قاله عمداً، سوى قوله: السلام عليهم، فإنه دعاء لا على وجه الخطاب، وهل يجب أن ينوي الخروج عن الصلاة بسلامه فيه وجهان:

أحدهما: نعم، وبه قال ابن سريج، وابن القاص، ويحكى عن ظاهر نصه في البويطي؛ لأنه ذكر واجب في إحدى طرفي الصلاة، فتجب فيه النية، كالتكبير ولأن نظم السلام يناقض الصلاة في وصفه، من حيث هو خطاب آدميين، ولهذا لو سلم قصداً في الصلاة بطلت صلاته، فإذا لم يقترن به نية صارفة إلى قصد التحلل كان مناقضاً.

والثاني: لا<sup>(٣)</sup> يجب ذلك وبه قال أبو حفص بن الوكيل، وأبو الحسين بن القطان، ووجهه القياس على سائر العبادات لا يجب فيها نية الخروج؛ لأن النية تليق بالإقدام دون التزك، وهذا هو الأصح عند القفال. واختيار معظم المتأخرين، وحملوا نصه على الاستحباب.

(١) تقدم.

(٢) في تحليلها بالسلام.

(٣) قياساً على سائر العبادات، ولأن النية السابقة منسحبة على جميع الصلاة، ولكن تسن خروجاً من الخلاف. قاله في «المغني» ويستثنى من هذا مسألة واحدة استثنائها الإمام وهي ما إذا سلم المتطوع في أثناء صلاته قصداً، فإن قصد التحلل يفيد الاقتصار على بعض ما نوى، وإن سلم عمداً ولم يقصد التحلل كان كلاماً عمداً مبطلاً، وحينئذ فلا بُد من قصد التحلل في حق المتنفل الذي يريد الاقتصار على بعض ما نواه.

فإن قلنا: تجب نية الخروج فلا تحتاج إلى تعيين الصلاة عند الخروج، بخلاف حالة الشُّروع، فإن الخروج لا يكون إلا عن المشروع فيه، ولو عين غير ما هو فيه عمداً لبطلت صلاته على هذا الوجه، ولو سها سجد للسهو وسلم ثانياً مع النية، بخلاف ما إذا قلنا: لا تجب نية الخروج، فإنه لا يضر الخطأ في التعيين، وعلى وجه الوجوب ينبغي أن ينوي الخروج مقترناً بالتسليمة الأولى، فلو سلم ولم ينو بطلت صلاته، ولو نوى الخروج - قبل السلام - بطلت صلاته أيضاً.

ولو نوى قبله الخروج عنده، فقد قال في «النهاية»: لا تبطل صلاته بهذا ولكنه لا يكفيه، بل يأتي بالنية مع السلام، ويجب على المصلي أن يوقع السلام في حال القعود إذا قدر عليه. وأما الأكمل فهو أن يقول: السَّلَامُ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَةُ اللَّهِ. وهل يزيد على مرة واحدة؟ الجديد: أنه يستحب أن يقوله المصلي مرتين، لما روي عن ابن مسعود - رضي الله عنه - «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يُسَلِّمُ عَنْ يَمِينِهِ، السَّلَامُ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَةُ اللَّهِ، وَعَنْ يَسَارِهِ، السَّلَامُ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَةُ اللَّهِ»<sup>(١)</sup>. ويحكى عن القديم قولان:

أحدهما: أن المستحب تسليمة واحدة؛ لما روي عن عائشة - رضي الله عنها - أن النبي ﷺ «كَانَ يُسَلِّمُ تَسْلِيمَةً وَاحِدَةً، تَلْقَاءَ وَجْهِهِ»<sup>(٢)</sup>.

والثاني: أن غير الإمام يسلم تسليمة واحدة، ويفرق في حق الإمام بين أن يكون في القوم كثرة، أو كان حول المسجد لغط، فيستحب أن يسلم تسليمتين؛ ليحصل الإبلاغ، وإن قلوا: ولا لغط ثم فيقتصر على تسليمة واحدة؟ فإن قلنا: يقتصر على تسليمة واحدة<sup>(٣)</sup> فتجعل تلقاء وجهه، كما روي عن عائشة - رضي الله عنها - وإن قلنا بالصحيح - وهو أنه يسلم تسليمتين، فالمستحب أن يلتفت [في الأولى عن يمينه، وفي الأخرى عن شماله، وينبغي أن يبتدىء بها مستقبل القبلة، ثم يلتفت]<sup>(٤)</sup> بحيث يكون أنقضاًؤها مع تمام الألتفات، وكيف يلتفت؟ قال الشافعي - رضي الله عنه - في «المختصر» حتى يرى<sup>(٥)</sup> خداه، وحكى الشارحون أن الأصحاب اختلفوا في معناه.

(١) أخرجه الترمذي (٢٩٥) وأبو داود (٩٩٦) والنسائي (٦٣/٣)، وابن ماجه (٩١٤) والدارقطني (٣٥٦/١)، وابن حبان (١٩٨١) وأصله في الصحيحين.

(٢) أخرجه الترمذي (٢٩٦) وابن ماجه (٩١٩) والدارقطني (٣٥٧/١)، والحاكم (٢٣٠/١)، وابن حبان (١٩٨٦) والبيهقي (١٧٩/٢)، وضعفه الترمذي والبيهقي وأبو حاتم الرازي وابن عبد البر والدارقطني والبخاري، وصححه ابن حبان والحاكم على شرط الشيخين. انظر الخلاصة (١٤٣/١ - ١٤٤).

(٣) سقط في ط.

(٤) سقط في ب.

(٥) في ط تدل.

منهم من قال: معناه حتى يرى خداه من كل جانب.

ومنهم من قال: حتى يرى من كل جانب خده، وهو الصحيح؛ لما روي أن النبي ﷺ «كَانَ يُسَلِّمُ عَنْ يَمِينِهِ: السَّلَامَ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَةَ اللَّهِ، حَتَّى يَرَى بَيَاضَ خَدِّهِ الْأَيْمَنِ، وَعَنْ يَسَارِهِ السَّلَامَ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَةَ اللَّهِ، حَتَّى يَرَى بَيَاضَ خَدِّهِ الْأَيْسَرِ»<sup>(١)</sup>.

ثم المصلي إن كان إماماً فيستحب له أن ينوي بالتسليمة الأولى السلام على من على يمينه من الملائكة، وعلى [ومسلمي] الجن والإنس، وبالثانية السلام على من على يساره منهم، والمأموم ينوي مثل ذلك.

ويختص بشيء آخر: وهو أنه إن كان على يمين الإمام ينوي بالتسليمة الثانية الرد على الإمام، وإن كان على يساره ينويه بالتسليمة الأولى، وإن كان في محاذاته ينويه بأيهما شاء، وهو في التسليمة الأولى أحب، ويحسن أن ينوي بعض المأمومين الرد على البعض، وروي عن سمرة قال: «أَمَرَنَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ نُسَلِّمَ عَلَى أَنْفُسِنَا، وَأَنْ يَنْوِيَ بَعْضُنَا عَلَى بَعْضٍ»<sup>(٢)</sup>، وقال علي - رضي الله عنه -: «كَانَ النَّبِيُّ ﷺ يُصَلِّي قَبْلَ الظُّهْرِ أَرْبَعًا، وَيَعْدُهَا أَرْبَعًا، وَقَبْلَ الْعَصْرِ أَرْبَعًا، يَفْصِلُ بَيْنَ كُلِّ رَكَعَتَيْنِ بِالسَّلَامِ عَلَى الْمَلَائِكَةِ الْمُقَرَّبِينَ وَالنَّبِيِّينَ وَمَنْ تَبِعَهُمْ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ»<sup>(٣)</sup>. وأما المنفرد فينوي بهما السلام على من على جانبيه من الملائكة، وكل منهم ينوي بالتسليمة الأولى الخروج من الصلاة أيضاً إن لم نوجبهما. فقله في الكتاب: (مرتين) ينبغي أن يعلم بالميم؛ لأن المنقول عن مالك أن الاختيار للإمام والمنفرد الاقتصار على تسليمة واحدة، وأما المأموم فيسلم تسليمتين، ويروي عنه استحباب الاقتصار على التسليمة الواحدة مطلقاً.

وقال أحمد في أصح الروايتين: التسليمتان جميعاً واجبتان مطلقاً، فيجوز أن يعلم قوله: (مرتين) بالألف؛ لأن عنده ليس ذلك من حد الكمال، ويجوز أن يعلم به قوله: (وأقله السلام عليكم) أيضاً.

(١) أخرجه النسائي (٦٣/٣)، والدارقطني (٣٥٦/١) وقد تقدم.

(٢) أخرجه أبو داود (١٠٠١) وابن ماجه (٩٢٢) والحاكم، وقال صحيح الإسناد وهو من رواية الحسن عن سمرة واختلف في سماعه منه فقال قوم: نعم مطلقاً، وهم علي بن المديني، والبخاري، والترمذي. وقوم قالوا: لا مطلقاً، وهم يحيى بن معين، ويحيى بن سعيد القطان/ وابن حبان والبريدي. وقوم قالوا: لم يسمع منه إلا حديث الحقيقة قاله النسائي، وابن عساکر، وادعى عبد الحق أن هذا هو الصحيح.

(٣) أخرجه الترمذي (٥٩٨) والنسائي (٥٩٨) والنسائي (١١٩/٢)، وابن ماجه (١١٦١) وقال الترمذي: حسن وقال إسحاق بن إبراهيم: إنه أحسن شيء روى في تطوع النبي ﷺ بالنهار، انظر الخلاصة (١٤٤/١ - ١٤٥).

وقوله: (بحيث يرى خداه) أراد به المعنى الثاني الصحيح على ما صرح به في «الوسيط»، فليكن مرقوماً بالواو للوجه الأول.

قال الغزالي: حَاطِمَةٌ: لَا تَرْتِيبَ فِي قَضَاءِ الْفَوَائِتِ، لَكِنَّ الْأَحَبَّ تَقْدِيمُ الْفَاتَةِ عَلَى الْمُؤَدَّةِ إِلَّا إِذَا ضَاقَ وَقْتُ الْأَدَاءِ، فَإِنْ تَذَكَّرَ فَاتِنَةً وَهُوَ فِي الْمُؤَدَّةِ أَتَمَّ الَّتِي هُوَ فِيهَا ثُمَّ اسْتَعْلَلَ بِالْقَضَاءِ.

قال الرافعي: إذا فاتت الفريضة وجب قضاؤها، قال رسول الله ﷺ: «مَنْ نَامَ عَن صَلَاةٍ أَوْ نَسِيَهَا فَلْيُصَلِّهَا إِذَا ذَكَرَهَا»<sup>(١)</sup>.

أمر المعذور بالقضاء، ويلزم مثله في حق غير المعذور بطريق الأولى، وينبغي أن يقضي على الفور؛ محافظةً على الصلاة وتبرئة الذمة، وهل يجب ذلك؟ فيه كلام أخرناه إلى كتاب الحج؛ لأن صاحب الكتاب أورد المسألة ثم. وإذا قضى فاتتة الليل بالليل جهر فيها، وإن قضى فاتتة النهار بالنهار لم يجهر فيها، وإن قضى فاتتة الليل بالنهار أو بالعكس؟ فالاعتبار بوقت القضاء في أصح الوجهين، وبوقت الأداء في الثاني، وإذا فاتتة صلاة فالمستحب في قضائها الترتيب؛ لأن النبي ﷺ فاتتة أربع صلوات يوم الخندق، فقضاها على الترتيب<sup>(٢)</sup>، ولا يستحق في قضائها الترتيب، وكذا لا يستحق الترتيب بين الفاتتة وصلاة الوقت، خلافاً لمالك وأبي حنيفة وأحمد:

لنا أنها عبادات مستقلة، والترتيب فيها من توابع الوقت وضروراته، فلا يبقى معتبراً في القضاء، كصيام أيام رمضان، ولنفضل المذاهب فيه:

أما عندنا: فيجوز تقديم الفاتتة المؤخرة على المقدمة، وتأخير المقدمة، ولو دخل عليه وقت فريضة، وتذكر فاتتة نظر، إن كان وقت الحاضرة واسعاً فالمستحب له أن يبدأ بالفاتتة، ولو عكس صحنا. وإن كان الوقت ضيقاً - بحيث لو بدأ بالفاتتة لفاتتة الحاضرة -، فيجب أن يبدأ بالحاضرة كيلا تفوت، ولو عكس صحنا أيضاً، وإن أساء ولو أنه تذكر الفاتتة بعد شروعه في صلاة الوقت - أتمها، سواء كان الوقت واسعاً أو ضيقاً، ثم يقضي الفاتتة، ويستحب أن يعيد صلاة الوقت بعدها، ولا تبطل بتذكر الفاتتة الصلاة التي هو فيها، وروي أن النبي ﷺ قال: «إِذَا نَسِيَ أَحَدُكُمْ صَلَاةً فَذَكَرَهَا، وَهُوَ فِي صَلَاةٍ مَكْتُوبَةٍ، فَلْيَبْدَأْ بِالَّتِي هُوَ فِيهَا، فَإِذَا فَرَغَ مِنْهَا صَلَّى الَّتِي نَسِيَ»<sup>(٣)</sup>.

وقال أبو حنيفة: يجب الترتيب في قضاء الفواتت ما لم يدخل في حد التكرار،

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

(٣) أخرجه الدارقطني (١/٤٢١)، والبيهقي (٢/٢٢٢)، وابن عدي في الكامل (٥/١٦٨٢) وضعفه.

[بأن لا يزيد على صلوات يوم وليلة]<sup>(١)</sup>، فإن زادت جاز التنكيث، [وكذا لو كان عليه فائتة ودخل وقت الحاضرة، إن دخلنا مع ما بينهما في حد التكرار]<sup>(٢)</sup> لم يجب إعادة الترتيب، وإلا وجب الترتيب ولم يجز تقديم الحاضرة مع تذكّر الفائتة، إلا أن يخشى فوات الحاضرة، فله تقديمها، وإن تذكرها في خلال صلاة الوقت بطلت إن وسع الوقت، فيقضي الفائتة ثم يعيد صلاة الوقت، وإن كان الوقت ضيقاً فلا تبطل، وإن تذكرها بعد ما فرغ من صلاة الوقت، فقد مضت على الصحة، ويشغل بضاء الفائتة.

ومذهب مالك يقرب من هذا، لكن نقل عنه أنه يستحب إذا تذكر الفائتة في خلال الحاضرة، أن يتمها، ثم يقضي الفائتة، ثم يعيد الحاضرة؛ ونقل أيضاً أنه إذا تذكرها بعد الفراغ من الحاضرة، فعليه قضاء الفائتة، وإعادة الحاضرة، ولا يجعل النسيان عذراً في سقوط الترتيب. وقال أحمد: يجب الترتيب في قضاء الفوائت وإن كثرت، حتى لو تذكر فائتة، ولم يعدها حتى طالت المدة، وهو يأتي بصلاة الوقت، فعليه قضاء تلك الفائتة، وإعادة جميع ما صلى بعدها. قال: ولو تذكر فائتة، وهو في الحاضرة، يجب عليه إتمامها، وقضاء الفائتة، وإعادة الحاضرة. إذا عرفت ذلك لم يخف عليك إعلام قوله: (لا ترتب في قضاء الفوائت) بعلامتهم جميعاً، وكذا إعلام قوله: (أتم التي هو فيها) بالحاء؛ لأنها تبطل عنده؛ وبالميم؛ لأنها نعني بقولنا: (أتم)، أنه يجب عليه الإتمام، ومالك لا يوجبه، ولا حاجة إلى إعلامه بالألف. وقوله: (لكن الأحب تقديم الفائتة على المؤداة، إلا إذا ضاق وقت الأداء) أي فيجب تقديم المؤداة، ولا يجوز تقديم الفائتة، وليس الغرض مجرد سلب الأحيية.

وأعلم أن هذه المسائل لا اختصاص لها بباب صفة الصلاة، لكن طرفاً منها المذكور في «المختصر» في أواخر هذا الباب، فتبرك المصنف بترتيب المزني - رحمه الله - أو الشافعي - رضي الله عنه - وجعلها خاتمة الباب.

### تم الجزء الأول

ويليه الجزء الثاني، وأوله:

الباب الخامس من كتاب الصلاة: «في شرائط الصلاة»

(١) سقط في ب.



فهرس محتويات  
الجزء الأول  
من  
العزیز شرح الوجیز



## الفهرس

٣	خطبة الكتاب
<b>كتاب الطهارة</b>	
٧	الباب الأول: في المياه الطاهرة
٢٧	الباب الثاني: في المياه النجسة وفيه فصول أربعة
٢٧	الفصل الأول: في النجاسات والجمادات
٤٣	الفصل الثاني: في الماء الراكد
٥٤	الفصل الثالث: في الماء الجاري
٥٧	الفصل الرابع: في إزالة النجاسة
٧١	فصل في غسالة النجاسة
٧٢	الاجتهاد في الماء المشتبه
٧٢	الباب الثالث: في الاجتهاد
٧٥	شرائط الاجتهاد
٧٥	الشرط الأول: أن يكون للعلامات مجال للمجتهد فيه
٧٦	الشرط الثاني: أن يتأيد الاجتهاد باستصحاب الحال
٨١	الباب الرابع: في الأواني
٨١	القسم الأول: المتخذ من الجلود
٨٨	القسم الثاني: المتخذ من العظام
٩٠	القسم الثالث: المتخذ من الذهب والفضة
٩٦	المقاصد

٩٦	الباب الأول: في صفة الوضوء
١٢٠	القول في سنن الوضوء
١٣٦	الباب الثاني: في الاستنجاء وفيه أربعة فصول
١٣٦	الفصل الأول: في آداب قضاء الحاجة
١٤٠	الفصل الثاني: فيما يستنجى عنه
١٤٤	الفصل الثالث: فيما يستنجى به
١٤٧	الفصل الرابع: في كيفية الاستنجاء
١٥٢	الباب الثالث: في الأحداث وفيه فصلان
١٥٢	الفصل الأول: في أسبابها
١٧٣	الفصل الثاني: في حكم الحدث
١٧٧	الباب الرابع: في الغسل

### كتاب التيمم وفيه ثلاثة أبواب

١٩٦	الباب الأول: فيما يبيح التيمم
١٩٦	أسباب العجز سبعة
١٩٦	السبب الأول: فقدان الماء
٢٠٨	السبب الثاني: أن يخاف على نفسه أو ماله من سبع أو سارق
٢١١	السبب الثالث: أن يحتاج إلى الماء لعطشه
٢١٥	السبب الرابع: العجز بسبب الجهل
٢١٨	السبب الخامس: المرض الذي يخاف من الوضوء معه
٢٢٠	السبب السادس: إلقاء الجبيرة بانخلاع العضو
٢٢٦	السبب السابع: الجراحة
٢٢٩	الباب الثاني: في كيفية التيمم وله سبعة أركان
٢٢٩	الركن الأول: نقل التراب إلى الوجه واليدين
٢٣٤	الركن الثاني: القصد إلى الصعيد
٢٣٥	الركن الثالث: النقل

- الركن الرابع: أن ينوي استباحة الصلاة ..... ٢٣٦
- الركن الخامس: أن يستوعب ..... ٢٤٠
- الركن السادس: مسح اليدين إلى المرفقين ..... ٢٤١
- الركن السابع: الترتيب كما في الوضوء ..... ٢٤٤
- الباب الثالث: في أحكام التيمم وهي ثلاثة ..... ٢٤٦
- الحكم الأول: أنه يبطل برؤية الماء قبل الشروع بالصلاة ..... ٢٤٦
- الحكم الثاني: أن لا يجمع بين فرضين بتيمم واحد ..... ٢٥١
- الحكم الثالث: فيما يقضى من الصلوات المختلة ..... ٢٦٠
- باب المسح على الخفين له شرطان ..... ٢٦٩
- الشرط الأول: أن يلبس الخف على طهارة مائية كاملة ..... ٢٦٩
- الشرط الثاني: أن يكون الملبوس ساتراً قوياً ..... ٢٧٣

### كتاب الحيض وفيه خمسة أبواب

- الباب الأول: في حكم الحيض والاستحاضة ..... ٢٩٠
- حكم الحيض تحريم أربعة أمور ..... ٢٩٣
- الأول: ما يفتقر إلى الطهارة ..... ٢٩٣
- الثاني: العبور في المسجد ..... ٢٩٣
- الثالث: الصوم ..... ٢٩٤
- الرابع: الجماع ..... ٢٩٥
- الباب الثاني: في المستحاضات وهي أربعة ..... ٣٠٤
- المستحاضة الأولى: مبتدأة مميزة ترى الدم القوي ..... ٣٠٤
- المستحاضة الثانية: مبتدأة لا تميز لها ..... ٣١٠
- المستحاضة الثالثة: المعتادة ..... ٣١٥
- المستحاضة الرابعة: المعتادة المميزة ..... ٣١٩
- الباب الثالث: في التي نسيت عاداتها ولها أحوال ..... ٣٢٤
- الحالة الأولى: التي نسيت العادة قدرأ أو وقتاً ..... ٣٢٤

الحالة الثانية: أن تحفظ شيئاً كما لو حفظت أن ابتداء الدم كان أول	
كل شهر	٣٣٤
الحالة الثالثة: إذا قالت أضللت عشرة في عشرين في أول الشهر	٣٣٥
الباب الرابع: في التليفق	٣٤١
الباب الخامس: في النفاس	٣٥٥

### كتاب الصلاة وفيه سبعة أبواب

الباب الأول: في المواقيت وفيه ثلاثة فصول	٣٦٦
الفصل الأول: في وقت الرفاهية	٣٦٦
القول في وقت صلاة الظهر	٣٦٧
القول في وقت صلاة العصر	٣٦٨
القول في وقت صلاة العشاء	٣٧٢
القول في وقت صلاة الصبح	٣٧٣
الفصل الثاني: في وقت المعذورين	٣٨٤
القول في وقت أصحاب الأسباب المانعة من وجوب الصلاة	٣٨٤
الفصل الثالث: في الأوقات المكروهة	٣٩٥
الباب الثاني: في الأذان وفيه ثلاثة فصول	٤٠٣
الفصل الأول: في محله	٤٠٣
الفصل الثاني: في صفة الأذان	٤١٠
القول في صفة الأذان	٤١١
الفصل الثالث: في صفة المؤذن	٤١٨
الباب الثالث: في الاستقبال وأركانه ثلاثة	٤٢٨
الركن الأول: الصلاة	٤٢٨
الركن الثاني: القبلة	٤٤١
القول في استقبال القبلة على الأرض	٤٤١
الركن الثالث: في المستقبل	٤٤٦

٤٦٠	.....	الباب الرابع: في كيفية الصلاة وأركانها
٤٦٢	.....	الركن الأول: التكبير
٤٧٩	.....	الركن الثاني: القيام
٤٨٩	.....	الركن الثالث: القراءة
٥٠٨	.....	الركن الرابع: الركوع
٥٢٠	.....	الركن الخامس: السجود
٥٢٨	.....	الركن السادس: التشهد
٥٣٩	.....	الركن السابع: السلام

# العقود

شرح الوجيز  
المعروف بالشرح الكبير

تأليف

الإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرازي الفروي الشافعي

المؤلف سنة ٦٢٣ هـ

تحقيق وتعليق

شيخ علي محمد معوض شيخ عادل أحمد عبد الموهوب

الجزء الثاني

يحتوي على الكتب التالية:

صلاة الصلاة - صلاة الجماعة - صلاة المسافرين - صلاة الجمعة  
صلاة الخوف - صلاة العيدين - صلاة الخسوف - صلاة الاستسقاء  
صلاة الجنائز - الزكاة

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان



## جميع الحقوق محفوظة

جميع حقوق الملكية الادبية والفنية محفوظة لدار الكتب العلمية بيروت - لبنان ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تنضيد الكتاب كاملاً أو مجزأً أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو برمجته على اسطوانات ضوئية إلا بموافقة الناشر خطياً.

Copyright ©  
All rights reserved

Exclusive rights by DAR al-KOTOB al-ILMIYAH Beirut - Lebanon. No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

الطبعة الأولى

١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت  
تلفون وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٢٥ - ٦٠٢١٣٣ (١ ٩٦١) ٠٠  
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH

Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif, Bohatory st., Melkart bldg., 1st Floore.  
Tel. & Fax : 00 (961 1) 60.21.33 - 36.61.35 - 36.43.98  
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

### الْبَابُ الْخَامِسُ

#### فِي شَرَائِطِ الصَّلَاةِ

قال الغزالي: وَهِيَ سِتَّةٌ: الْأَوَّلُ الطَّهَارَةُ، عَنِ الْحَدِيثِ فَلَوْ أَحْدَثَ عَمْدًا أَوْ سَهْوًا بَطَلَتْ صَلَاتُهُ، وَلَوْ سَبَقَهُ الْحَدِيثُ بَطَلَتْ (ح) عَلَى الْجَدِيدِ، وَعَلَى الْقَدِيمِ يَتَوَضَّأُ وَيَبْنِي بِشَرْطِ أَنْ لَا يَتَكَلَّمَ وَلَا يُحَدِّثَ عَمْدًا.

قال الرافعي: ترجم الباب بشروط الصلاة، ولم يرد جميع شروطها؛ لأن منها<sup>(١)</sup> الاستقبال، وقد سبق له باب منفرد.

ومنها: إيقاع الصَّلَاةِ بعد العَلْمِ بدخول وقتها، أو بعد غلبة الظن به، وقد صار ذلك مذكوراً في باب المواقيت، ولكن الغرض هاهنا الكلام في ستة شروط سوى ما سبق.

أحدها: طهارة الحدث، وقد تبين في كتاب الطهارة أنها كيف تحصل، فلو لم يكن عند الشروع في الصلاة متطهراً لم تنعقد صلاته بحال، سواء كان عامداً أو ساهياً، ولو شرع فيها وهو متطهر، ثم أحدث، نظر إن أحدث بأختياره بطلت صلاته، لأنه قد بطلت طهارته، وقد قال رسول الله ﷺ: «لَا صَلَاةَ إِلَّا بِطَهَارَةٍ»<sup>(٢)</sup> ولا فرق بين أن يكون ذاكراً للصلاة، أو ناسياً لها، وهو المراد من قوله في الكتاب: (فلو أحدث عمداً أو سهواً بطلت صلاته) وإن أحدث بغير اختياره؛ كما لو سبقه الحدث فلا خلاف في بطلان طهارته، وهل تبطل صلاته؟ فيه قولان:

الجديد: أنها تبطل؛ لأنه لا صلاة إلا بطهارة، ولما روي عن علي بن أبي طالب، قال: «قال رسول الله ﷺ: «إِذَا فَسَأَ أَحَدُكُمْ فِي الصَّلَاةِ فَلْيَنْصِرْفْ، وَلْيَتَوَضَّأْ،

(٢) تقدم.

(١) في ب: فيها.

وَأْتِيَدُ الصَّلَاةَ»<sup>(١)</sup> وبهذا قال أَحْمَدُ، ويروى عن مالك أيضاً.

والقديم: وبه قال أبو حنيفة، أنها لا تبطل؛ بل يتوضأ، ويبني على صلاته، وهو أشهر الروایتين عن مالك، لِمَا رُوِيَ أَنَّهُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: «مَنْ قَاءَ أَوْ رَعَفَ أَوْ أَمْدَى فِي صَلَاتِهِ فَلْيُنْصِرْ، وَلْيَتَوَضَّأْ، وَلْيَبْنِ عَلَى صَلَاتِهِ مَا لَمْ يَتَكَلَّمْ»<sup>(٢)</sup>، وليس المراد ما إذا فعل ذلك بأختياره بالإجماع، فيتعين السبق مراداً [فإذا] <sup>(٣)</sup> فرعنا على القديم، فلا فرق بين الحدث الأصغر والأكبر، كما إذا غلب عليه النوم في صلاته فأحتلم، فإنه يغتسل ويبني.

وقال أبو حنيفة: تبطل صلاته هاهنا، وكيف يبني؟ أيعود إلى الركن الذي سبقه الحدث فيه أم يشتغل بما بعده؟ قال الصيدلاني: لو سبقه الحدث في الركوع فيعود إلى الركوع لا يجزئه غيره.

قال: ووافقنا أبو حنيفة فيه، وفصل إمام الحرمين فقال: إن سبقه الحدث قبل أن يطمئن في ركوعه فلا بد من العود إليه، وإن كان بعد أن يطمئن فالظاهر أنه لا يعود إليه؛ لأن ركوعه قد تم في الطهارة، وهذا التفصيل هو الذي أورده المصنف في «الوسيط»؛ فيجوز أن يجري كلام الصيدلاني على إطلاقه، ويقال: لا بد من العود إليه، وإن أطمأن قبل الحدث لينتقل منه إلى الركن الذي بعده فإن الانتقال من الركن إلى الركن واجب، وقد قدمنا له نظائر.

ويجب على المصلي إذا سبقه الحدث وأراد أن يتوضأ ويبني أن يسعى في تقريب الزمان، وتقليل الأفعال بحسب الإمكان، فليس له أن يعود إلى الموضع الذي كان يصلي فيه بعد ما تطهر إن كان يقدر على الصلاة في موضع أقرب منه إلا إذا كان إماماً لم يستخلف، أو مأموماً يبغي فضيلة الجماعة، فهما معذوران في العود إليه، ذكره في «التتمة» وما لا يستغنى عنه من السعي إلى الماء والاستسقاء وما أشبه ذلك، فلا بأس به، ولا يؤمر بالعود والبدار الخارج عن الاقتصاد، ويشترط أن لا يتكلم على ما ورد في الخبر إلا إذا احتاج إليه في تحصيل الماء، وهل يشترط أن يمتنع عن أسباب الحدث عمداً إلى أن يتوضأ؟ حكى أصحابنا العراقيون وغيرهم عن نص الشافعي - رضي الله عنه

(١) هكذا نسبة الرافي لعلي بن أبي طالب وهو خطأ، والصواب على ابن طلق اليمامي، كذا رواه من طريقه أحمد وأصحاب السنن والدارقطني فهو عند أبي داود (٢٠٥)، والترمذي (١١٦٤)، والنسائي في عشرة النساء من الكبرى، وذكره الهيثمي في الموارد (١٣٠١) وأخرجه ابن السكن، وقال روي من وجوه ينظر خلاصة البدر (١٤٩/١).

(٢) أخرجه ابن ماجه (١٢٢١)، والدارقطني بنحوه (١٥٣/١ - ١٥٥)، وهو من رواية السيدة عائشة - رضي الله عنها -، وقال الصواب مرسل. انظر التلخيص (١/٢٧٤ - ٢٧٥).

(٣) في ط (فإن).

- تفریعاً على القديم أنه لو سَبَقَهُ البَوْلُ فخرج واستتَمَّ الباقي لم يضر ذلك: لأن طهارته [فيها]<sup>(١)</sup> قد بطلت بما سبق، ولم تتأثر الصَّلَاةُ به، فالبول بعده يَطْرَأُ على طهارة باطلّة فلا يؤثر.

وقال إمام الحرمين: تبطل صلاته بما فعله إذا أمكنه التماسك؛ لأن الفعل الكثير يبطل صلاته إذا كان مستغنى عنه، فكذلك الحدث إذا كان مختاراً فيه، وهذا هو الذي أورده في الكتاب، فقال: ولا يحدث عمداً، والذي أورده الجمهور هو الأول، ونقل صاحب «البيان» هذه الصورة وحكمهما عن النص، قال: واختلفوا في المعنى، فمنهم من علل بحاجته إلى إخراج البقية، ومنهم من علل بأن الطهارة قد بطلت بالقدر الذي سبقه فلا أثر لما بعده، فعلى الأول لا يجوز أن يحدث حدثاً آخر مستأنفاً، وعلى الثاني يجوز، ولا يخفى أن جميع ما ذكرناه في «طهارة الرفاهية» فأما صاحب طهارة الضرورة كالمستحاضة فلا أثر لحدثه المتجدد، لا عند الشروع، ولا في أثناء الصلاة.

قال الغزالي: وَيَجْرِي هَذَا الْقَوْلُ فِي دَفْعِ كُلِّ مُنَاقِضٍ لَا تَقْصِيرَ مِنْهُ فِيهِ كَمَا إِذَا أَنْحَلَّ إِزَارَهُ فَرَدَّهُ، وَكَمَا لَوْ وَقَعَ عَلَيْهِ نَجَاسَةٌ يَابِسَةٌ فَدَفَعَهَا فِي الْحَالِ، وَأَنْقَضَاءَ مُدَّةِ الْمَسْحِ مَشُوبٌ إِلَى تَقْصِيرِهِ، وَفِي تَخْرُقِ الْخُفِّ تَرُدُّدٌ، لِتَقْصِيرِهِ بِالذُّهُولِ عَنْهُ.

قال الرافعي: ما سوى الحدث من الأسباب المناقضة للصلاة إذا طرأت في الصلاة بأختياره بطلت صلاته، كما لو أحدث بأختياره، وكل ما يبطل الصَّلَاةَ إذا طَرَأَ بأختياره يبطلها أيضاً إذا طَرَأَ لا بأختياره، لكن إذا كان منتسباً فيه إلى تقصير؛ كما لو كان ماسحاً على الخف، فأنقضت مدة مسحه في أثناء الصلاة، وأحتاج في ذلك إلى غسل القدمين، أو أستئناف الوضوء فتبطل صلاته، ولا يخرج على قول سبق الحدث، لأنه مُقْصَرٌ بإيقاع الصَّلَاةِ في الوقت الذي تنقضي مدة المَسْحِ في أثنائها، فأشبهه المَخْتَارُ في الحدث.

وقضية هذا أن يقال: لو شرع في الصَّلَاةِ على مُدَافَعَةِ الْأَخْبَيْنِ وهو يعلم أنه لا تبقى له قوة التماسك في أثنائها، ووقع ما علمه تبطل صلاته لا محالة، ولا يخرج على القولين، ولو تَخْرَقَ خُفٌّ الْمَاسِحِ في صلاته، وظهر شيء من محل الفرض، فوجهان: أحدهما: أنه تبطل الصَّلَاةُ بلا خلاف، لأنه مقصر من حيث ذَهَلَ عن الْخُفِّ، ولم يتعهده ليعرف قوته وضعفه، فأشبهه أنقضاء المدة.

وأظهرهما: أنه على قَوْلِي سَبَقِ الْوَلِيُّ؛ لأن الإنسان لا يتعهد الخف كل ساعة،

فلا يعد مقصراً بترك البَحْثِ عنه، وقد يفجأ الخرق لبعض العوارض أيضاً؛ أما إذا حدث مناقضٌ في الصلاة لا بأختياره ولا تقصير منه فإن أمكن إزالته على الاتصال بحدوثه؛ كما لو انكشفت عورته فرد الثوب في الحال، أو وقعت عليه نجاسة يابسة فنفض ثوبه وسقطت في الحال، فلا يقدح في صحة الصلاة، وكذا لو ألقى الثوب الذي وقعت عليه النجاسة في الحال صحت صَلَاتُهُ، ولا يجوز أن ينحيا بيده أو كفه، هكذا نقل صاحب «التهديب» وغيره، وإن أحتاج في الدفع إلى زمان يتخلل بين عروضه وأندفاعه، ففيه القولان المذكوران في سبق الحدث.

وقوله: (يجري هذا القول في دفع كل مناقض لا تقصير منه فيه) - يعني - به هذه الحالة، وإن كان اللفظ مطلقاً، فأما إذا دفعه في الحال، فالصلاة صحيحة بلا خلاف.

ومثال ما يحتاج في دفعه إلى زمان: ما إذا تنجس ثوبه، أو بدنه وأحتاج إلى الغسل، أو طيرت الريح ثوبه وأبعدته.

ولو أصاب المصلي جرح، وخرج منه دم على سبيل الدَّقِيقِ، ولم يلوث البَشْرَةَ فقد قال في «التتمة»: لا تبطل صلاته بحال، لأن المنفصل منه غير مضاف إليه، ولعل هذا فيما إذا لم يمكن غسل موضع الأنفثاق، أو كان ما أصابه قليلاً، وقلنا: القليل من الدم معفو عنه كما سيأتي، وإلا فقد صار ذلك من الطَّاهِرِ فيجب غسله.

قال الغزالي: الشَّرْطُ الثَّانِي: طَهَارَةُ الْحَبِثِ وَهِيَ وَاجِبَةٌ فِي الثُّوبِ وَالْبَدَنِ وَالْمَكَانِ (وَأَمَّا الثُّوبُ) فَإِنْ أَصَابَ أَحَدَ كُمَيْهِ نَجَاسَةٌ فَأَدَى اجْتِهَادَهُ إِلَى أَحَدِهِمَا فَعَسَلَهُ لَمْ تَصِحَّ صَلَاتُهُ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّهُ اسْتَيْقَنَ نَجَاسَةَ الثُّوبِ وَلَمْ يَسْتَيْقِنَ طَهَارَتَهُ.

قال الرافعي: النجاسة قسمان:

أحدهما: النجاسة التي تقع في مظنة العذر والعفو.

والثاني: التي تقع فيها.

أما الأول: فيجب الاحتراز عنه في ثلاثة أشياء: في الثوب، والبدن، والمكان، ويجوز أن يعلم قوله: (فهي واجبة) بالميم؛ لأن أصحابنا نقلوا عن مالك أن إزالة النجاسة عنده لا تجب للصلاة، وإنما تستحب، ويدل على وجوب طهارة الثوب قوله تعالى: ﴿وَتِيَابِكُمْ فَطَهِّرْ﴾<sup>(١)</sup>. وقد قال النَّبِيُّ ﷺ لأسماء - رضي الله عنها - «حِثِّيهِ، ثُمَّ أَفْرِضِيهِ»<sup>(٢)</sup> ثُمَّ اغْسِلِيهِ بِالْمَاءِ، ثُمَّ صَلِّي فِيهِ»<sup>(٣)</sup> فإن أصابه نجاسة، وعرف موضعها منه،

(٢) في (أ) اقرصيه وهما بمعنى واحد.

(١) سورة المدثر، الآية ٤.

(٣) سبق تخريجه.

فطريق إزالتها بالغسل كما سبق، ولو قطع موضع النجاسة حصل الغرض، ويلزمه ذلك إذا تعذر الغسل، وأمکن ستر العورة بالطاهر منه، ولم ينقص من قيمته بالقطع أكثر من أجرة مثل الثوب لو أستأجره، وإن لم يعرف موضع النجاسة من الثوب، وكان يجوز في كل جزء منه، وجب غسل جميعه وكذلك في البدن، ولا يجوز الأقتصار على غسل البعض لا بالتحرّي، ولا دونه، وإن أفاد ذلك الشك في نجاسة الباقي؛ لأن حصول النجاسة في هذا الثوب متيقن، واليقين لا يدفع بالشك.

ولو شكّه نصفين لم يجز التّحرّي فيهما؛ لجواز أن يكون الشكّ في موضع النجاسة فيكونا نجسين، ولو أصاب شيء رطب طرفاً من هذا الثوب لا نحكم بنجاسته؛ لأننا لا نتيقن نجاسة موضع الإصابة، ولو غسل أحد نصفيه، ثم غسل النصف الثاني، فهو كما لو تيقن نجاسة الكل، وغسله هكذا، وفيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يظهر حتى يغسل الكل دفعة واحدة.

وأظهرهما: أنه إن غسل مع النصف الثاني القدر الذي يجاوره من الأول طهر الكل، وإن لم يغسل إلا النصف في الدفعة الثانية طهر الطرفان، وبقي المنتصف نجساً في صورة اليقين، ونجساً في الصورة الأولى.

ولو نجس واحد من موضعين منحصرين، أو مواضع وأشكل عليه؛ كما لو تنجس أحد الكُمّين فأدى أجهاده إلى نجاسة أحدهما فغسله وصلّى فيه، فهذه مسألة الكتاب، وفي صحة صلاته وجهان:

أحدهما: وينسب إلى ابن سريج؛ أنها تصحّ، لحصول غلبة الطنّ بالطهارة.

وأصحهما عند معظم الأصحاب: أنها لا تصح؛ لأن الثوب واحد، وقد تيقن نجاسته، ولم يتيقن الطهارة، فيستصحب اليقين، وصار كما لو خفي موضع النجاسة ولم تنحصر في بعض المواضع، فلو فصل أحد الكُمّين عن الثوب وأجتهد فيهما فهما كالثوبين إن غسل ما ظنه نجساً وصلّى فيه جاز، وإن صلّى فيما ظنه طاهراً جاز أيضاً؛ لأنه لم يستيقن نجاسته أصلاً، فأجتهاده متأيّد بأستصحاب أصل الطهارة، بخلاف ما قبل الفصل.

ويجري الوجهان فيما إذا نجس إحدى يديه، أو إحدى أصابعه، وغسل النجس عنده وصلّى؛ وكذلك فيما لو أجتهد في ثوبين، وغسل النجس عنده، وصلّى فيهما معاً؛ لأنه أستيقن النجاسة في المجموع ولم يستيقن الطهارة، لكن الأظهر هاهنا الجواز، وفرقوا بأن محل الأجهاد الأشباه بين الشيتين، فأما إذا أشتبه عليه أجزاء الشيء الواحد، فلا يؤمر فيه بالاجتهاد، ولهذا لا يجتهد إذا خفي عليه موضع النجاسة، ولم ينحصر في

موضعين، أو مواضع مخصوصة، وإذا كان كذلك، فتأثير الاجتهاد فيه أضعف.

ولو غسل إحدى الكُمَيْن بالاجتهاد وفصله عن الباقي فجواز الصلاة فيما لم يغسله وحده على الخلاف [وإذا غسل أحد الثوبين بالاجتهاد تجوز الصلاة في كُلِّ واحدٍ منهما وحده بلا خلاف] (١).

ولو أشتبه عليه ثوبان طاهر ونجس، أو أثواب بعضها طاهر وبعضها نجس، فيجتهد كما سبق في الأواني، فإن لم يغلب على ظنه شيء، وأمكنه غسل واحد ليستصحبه في صلاته لزمه ذلك، وإلا فهو كما لو لم يجد إلا ثوباً نجساً، وسيأتي حكمه في الشُرْطِ الثَّالِثِ (٢)، ولو غلب على ظنه طهارة أحد الثَّوْبَيْنِ، واستصحبه، ثم تغير اجتهاده عمل بمقتضى الاجتهاد الثاني في أظهر الوجهين، كما في القبلة (٣)، بخلاف الأواني، حيث لا يعمل فيها بالاجتهاد الثاني على النص لما سبق أنه يلزم منه نقض الاجتهاد بالاجتهاد.

قال الغزالي: **وَلَوْ أَلْقَى طَرْفَ عِمَامَتِهِ عَلَى نَجَاسَةٍ بَطَلَتْ صَلَاتُهُ وَإِنْ كَانَ لَا يَتَحَرَّكُ بِحَرَكَتِهِ، وَلَوْ قَبِضَ طَرْفَ حَبْلِ مُلْقَى عَلَى نَجَاسَةٍ بَطَلَتْ صَلَاتُهُ إِنْ كَانَ الْمُلَاقِي يَتَحَرَّكُ بِحَرَكَتِهِ وَإِلَّا فَوَجْهَانِ، وَلَوْ كَانَ عَلَى سَاجُورٍ كَلْبٌ أَوْ عُتْقٍ حِمَارٌ عَلَيْهِ نَجَاسَةٌ فَوَجْهَانِ مُرْتَبَانٍ وَأَوْلَى بِالْجَوَازِ، وَلَوْ كَانَ رَأْسُ الْحَبْلِ تَحْتَ رِجْلِهِ فَلَا بَأْسَ، لِأَنَّهُ لَيْسَ حَامِلاً.**

قال الرافعي: ما لبسه المصلي يجب أن يكون طاهراً، سواء كان يتحرك بحركته في قيامه وعوده، أو كان لا يتحرك بعض أطرافه كذنابة العمامة، وكما لا يجوز أن يكون شيء من ملبوسه نجساً لا يجوز أن يكون ملاقياً للنجاسة، فلو ألقى طرف عمامته على أرض نجسة، أو عين نجسة بطلت صلاته، وإن لم يتحرك بحركته؛ لأنها ملبوسة له أو معدودة من ثيابه، فصار كما لو لبس قميصاً طويلاً لا يرتفع زيله بأرتفاعه، وكان نجساً لا تصح صلاته، وذكر الصيدلاني وآخرون أن عند أبي حنيفة: إن لم يتحرك طرف العمامة الملقى على النجاسة بحركته جازت صلاته، فليكن قوله: (وإن كان لا يتحرك بحركته) معلماً بالحاء لذلك، ولو قبض على طرف حبل، أو ثوب وطرفه الآخر

(١) سقط في ب.

(٢) قال النووي: ولنا وجه، أن يصلي الصلاة تلك من كل ثوب مرة. والصحيح المعروف: أنه يترك الثياب، ويصلي عرباناً. وتجب الإعادة - والله أعلم - روضة الطالبين (١/٣٧٩).

(٣) قال النووي في زيادته: ولا يجب إعادة واحدة من الصلاتين، وكذا لو كثرت الثياب والصلوات بالاجتهاد المختلف كما قلنا في القبلة، ولو تلف أحد الثوبين المشتبهين قبل الاجتهاد لم يصل في الآخر على الأصح، - والله أعلم - الروضة (١/٣٧٩).

نجس، أو ملقى على نجاسة، فإن كان يتحرك ذلك الطرف بارتفاعه وأنخفاضه بطلت صلاته؛ لأنه حامل للشيء النجس، أو لما هو متصل بالنجاسة [وإن كان لا يتحرك فوجهان:

أحدهما: تبطل صلاته كما في العَمَامَة، لأنه حامل لشيء متصل بالنجاسة<sup>(١)</sup>.

والثاني: أنها لا تبطل، لأن الطرف الملاقي للنجاسة ليس محمولاً له، فإنه لا يرتفع بارتفاعه، بخلاف العمامة فإنها منسوبة إليه لبساً، والمصلي مأخوذ بطهارة ثيابه، وكلام الأكثرين يدل على أن الوجه الأول أرجح عندهم، ولو كان طرف الحبل ملقى على ساجور<sup>(٢)</sup> كلب، أو مشدوداً به، فوجهان مرتبان على الصورة السابقة، وهذه الصورة أولى بصحة الصلاة، لأن بين الكلب وطرف الحبل واسطة، وهي الساجور، فيكون أبعد عن النجاسة.

ولو كان طرف الحبل على الكلب فهو والصورة السابقة سواء.

ولو كان طرف الحبل على موضع طاهر من حمار، وعليه نجاسة في موضع آخر، فالخلاف فيه مرتب، وهذه الصورة أولى بالصحة من صورة السَّاجُور؛ لأن الساجور قد يعد من توابع الحبل وأجزائه، بخلاف الحمار، هكذا رتب السائل إمام الحرمين وصاحب الكتاب في «الوسيط» وأشار هاهنا إلى معظم الغرض وإذا تركت الترتيب، وقلت: أخذ بطرف حبل طرفه الآخر نجس، أو متصل بنجاسة حصل في الجواب ثلاثة أوجه:

أحدها: تصح.

والثاني: لا.

والثالث: إن كان الطرف الآخر نجساً أو متصلاً بعين النجاسة كما لو كان في عنق كلب فلا تصح، وإن كان متصلاً بشيء طاهر، وذلك الطاهر متصل بنجاسة، كما لو كان مشدوداً في ساجور، أو خرقة وهما في عنق كلب أو عنق حمار وعليه جُمِلَ نَجْسٌ فلا بأس، وهكذا أورد الخلاف الصيدلاني، وتابعه صاحب «التهذيب».

ثم اعرف هاهنا أموراً.

أحدها: أن فرض صاحب الكتاب الصورة فيما إذا قبض بيده على طرف الحبل، ليس لتخصيص الحكم بالقبض، بل لو شده في يده، أو رجله، أو في وسطه كان كما

(١) سقط في ب.

(٢) القلادة التي توضع في عنق الكلب المعجم الوسيط (١/٤١٨).



لو قبض عليه، على أن صاحب «التهذيب» جعل صورة الشد أولى بالمنع، حيث ألحقها بمسألة العمامة، ولم يحك فيها خلافاً، وفي القبض باليد روى الوجه الثلاثة.

الثاني: الفرق بين أن يكون الطرف الملقى على النجاسة يتحرك بحركته، وبين أن لا يتحرك في الجزم بالمنع في الحالة الأولى، وتخصيص الخلاف بالحالة الثانية لم أره إلا للمصنف، وإمام الحرمين، ومن تابعهما، وعامة الأصحاب أرسلوا الكلام إرسالاً، سواء منهم من جزم بالمنع، ومن أثبت الخلاف.

الثالث: أطلق الكلام في الكلب، وهكذا فعل الشيخ أبو محمد، والصيدلاني، وأبن الصباغ، وفصل الأكثرون وقالوا: إن كان الكلب صغيراً، أو ميتاً؛ وطرف الحبل مشدود عليه بطلت صلاته بلا خلاف؛ لأنه حامل للنجاسة، ويعنون به أنه لو مشى لجره، وإن كان الكلب كبيراً حياً، فأصح الوجهين: أنها تبطل أيضاً؛ لأنه حامل لشيء متصل بالنجاسة.

والثاني: لا؛ لأنه يمشي بأختياره، وله قوة الأمتناع، وإذا كان مشدوداً في سفينة وموضع الشد طاهر، وفي السفينة نجاسة فإن كانت صغيرة تنجر بالجر فهي كالكلب، وإن كانت كبيرة فلا بأس، كما لو كان مشدوداً في باب دار فيها نجاسة، وحكوا وجهاً بعيداً في السفينة الكبيرة أيضاً، ويعرف من هذا الفصل صحة قولنا من قبل. إن قضية كلام الأكثرين ترجيح وجه البطلان.

الرابع: قوله: (على ساجور كلب، أو عنق حمار عليه نجاسة) يفهم أن الشد ليس بشرط، بل يجري الخلاف عند حصول الأتصال والالتقاء والعراقيون من أصحابنا أطبقوا على التصوير في الشد، ولعل السبب فيه أنهم ينظرون إلى الأنجرار عند الجر، ولا يكون ذلك إلا بتقدير الشد، ثم أتفتت الطوائف على أنه لو جعل رأس الحبل تحت رجله صحت صلاته في الصور جميعها؛ لأنه ليس حاملاً للنجاسة، ولا لما هو متصل بنجاسة، وما تحت قدمه طاهر، فأشبه ما لو صلى على بساط طرفه الآخر نجس.

قال الغزالي: وَأَمَّا الْبَدَنُ: فَيَجِبُ تَطْهِيرُهُ كَمَا سَبَقَ فِي الطَّهَارَةِ، وَفِيهِ مَسْأَلَتَانِ: إِحْدَاهُمَا: إِذَا وَصَلَ عَظْمَهُ بِعَظْمٍ نَجِسٍ وَجَبَ (ح و) نَزْعُهُ وَإِنْ كَانَ يَخَافُ الْهَلَاكَ عَلَى الْمَنْصُوصِ، وَلَكِنْ إِذَا كَانَ مُتَعَدِّياً فِي الْجَبْرِ بَأَنِ وَجَدَ عَظْمًا طَاهِرًا وَإِذَا لَمْ يَكْتَسِبِ الْعَظْمُ بِاللَّحْمِ فَإِنْ أَسْتَرَّ سَقَطَ حُكْمُ النَّجَاسَةِ عَنْهُ، وَإِنْ مَاتَ قَبْلَ النَّزْعِ لَمْ يَنْزَعْ عَلَى النَّصِّ لِأَنَّهُ مَيِّتٌ كُلُّهُ، وَفِيهِ قَوْلٌ مُخْرَجٌ أَنَّهُ لَا يَنْزَعُ عِنْدَ خَوْفِ الْهَلَاكِ.

قال الرافعي: «فيجب تطهيره كما سبق في الطهارة» لا اختصاص له بالبدن، بل حكم إزالة النجاسة فيه، وفي الثوب والمكان واحد، فلو ذكر هذا الكلام عند قوله:

(وهي واجبة في الثوب والبدن والمكان) لكان أحسن، إلا أن يريد به الإشارة إلى الأستنجاء أيضاً، فإن النجاسة التي تصيب البدن تنقسم إلى: ما يزال بالماء لا غير، وإلى ما يخفف بالحجر ونحوه، وهذا من خاصية البدن، ثم تكلم هاهنا في مسألتين:

### إحدهما: وَصَل العَظْم.

ومن أنكسر عظم من عظامه فجبهره بعظم طاهر<sup>(١)</sup> فلا بأس، وإن جبهره بعظم نجس ينبغي أن يتذكر أولاً: إن هذا يتفرع على ظاهر المذهب في نجاسة العظام، فينظر إن احتاج إلى الجبر ولم يجد عظماً طاهراً يقوم مقامه فهو معذور للضرورة، وليس عليه نزعه، وإن لم يحتج إليه، أو وجد طاهراً يقوم مقامه، فيجب عليه النزع إن كان لا يخاف الهلاك، ولا تلف عضو من أعضائه، ولا شيئاً من المحذورات المذكورة في التيمم، فإن لم يفعل أجبره السلطان عليه، ولم تصح صلاته معه؛ لأنه حامل لنجاسة يمكنه إزالتها، وقد تعدى بحملها، ولا عبرة بالألم الذي يلحقه، ولا يخاف منه، ولا فرق بين أن يكتسي باللحم، وبين ألا يكتسي خلافاً لأبي حنيفة، حيث قال: إذا اكتسى باللحم لم يجب النزع، وإن كان لا يخاف الهلاك.

لنا: أنه حامل لنجاسة أصابته من خارج، ولم تحصل في معدن النجاسة، فيلزمه الإزالة عند القدرة، كما لو كانت على ظاهر البدن، ومال إمام الحرمين إلى ما ذكره أبو حنيفة، وذكر القاضي ابن كج: أن أبا الحسين حكاه عن بعض الأصحاب، وإن خاف من النزع الهلاك أو ما في معناه ففي وجوب النزع وجهان:

أحدهما: يجب؛ لتفريطه، ولو لم ينزع لكان مصلياً عمره مع النجاسة، ونحن نحتمل سفك الدم في ترك صلاة واحدة.

والثاني: وهو المذهب الذي لا يجب إبقاء للروح، كما لو كان عليه نجاسة يخاف من غسلها ألتلف لا يجب عليه غسلها، بل يحرم وهذا في حالة الحياة، أما لو مات قبل النزع، فهل ينزع منه العظم الذي يجب نزعه في الحياة؟ فيه وجهان:

أظهرهما: وهو الذي نص عليه في «المختصر»، وغيره: أنه لا ينزع؛ لأن فيه مثله، وهتكاً لحرمة الميت، ولأن النزع في حالة الحياة إنما أمر به، محافظةً على شرائط الصلاة، فإذا مات زال التكليف، وسقط التعبد.

والثاني: أنه ينزع؛ لثلاثا يلقي الله - تعالى - حاملاً للنجاسة، ومنهم من خصص هذا

(١) قال الأزرعي: ينبغي أن يقول طاهر غير محترم ليخرج العظم الطاهر من الأدمين المحترمين وقيدت بالمحترم لأخرج عظم الحربي ونحوه فالظاهر أنه يجوز استعماله ولم أر فيه نصاً.

الوجه بما إذا لم يستتر باللحم، وقطع بنفي النزع بعد الموت عند أستتاره، ولنعد إلى ما يتعلق بلفظ الكتاب.

قوله: (وجب نزعه، وإن كان يخاف الهلاك على المنصوص)، الخلاف في وجوب النزع يرجع إلى حالة خوف الهلاك، وليس هو مختلفاً فيه على الإطلاق.

وقوله: (ولكن إذا كان متعدياً في الجبر) لا يختص بقولنا: يوجب النزع عند خوف الهلاك، بل حيث وجب النزع، إما وفاقاً وهو [في]<sup>(١)</sup> حالة عدم الخوف، أو على أحد المذهبين في حالة الخوف، فشرطه أن يكون متعدياً في الجبر.

وقوله في آخر المسألة: (فيه قول مخرج أنه لا ينزع عند خوف الهلاك) هو المقابل لقوله: هاهنا؛ (إن كان يخاف الهلاك على المنصوص) ولا تعلق له بقوله: (لم ينزع على النص)، لأنه ميت كله، وتعبيره عن الخلاف في وجوب النزع بالقولين المنصوص، والمخرج من تفرداته، وسائر الأصحاب لم يطلقوا في المسألة إلا وجهين، كما قدمنا، ورجحوا القول بعدم الوجوب، وإيراده يشعر بترجيح الوجوب، ويجوز أن يقال: إنما عبر عن وجوب النزع بالمنصوص؛ لأن الشافعي - رضي الله عنه - قال في «المختصر»: «ولا يصل ما أنكسر من عظمه إلا بعظم ما يؤكل لحمه ذكياً، وإن رقعته بعظم ميتة، أجبره السلطان على قلعه» وهذا مطلق يتناول حالة الخوف وعدمه، ولك أن تعلم قوله: (وإن كان يخاف الهلاك) بالحاء؛ لأن الصيدلاني روى عن أبي حنيفة، أنه لا ينزع عند خوف الهلاك، سواء ألتحم، أو لم يلتحم، وعند الألتحام لا ينزع خيف الهلاك، أم لم يخف.

وقوله: (بأن وجد عظماً طاهراً) معناه عظماً طاهراً يقوم مقام العظم النجس عند الحاجة إلى الجبر، وإلا فالتعدي لا يحصل بمجرد وجدان العظم الطاهر.

وقوله: «وإذا لم يستتر العظم باللحم، فإن أستتر سقط حكم نجاسته» جواب عن الوجه [الأول]<sup>(٢)</sup> الذي ذكرنا، أن إمام الحرمين مال إليه، والظاهر عند الجمهور أنه لا فرق بين أن يستتر، أو لا يستتر، حيث أوجبنا النزع فليكن، قوله: (وإذا لم يستتر) معلماً بالواو؛ لأنه جعله مشروطاً، وكذا قوله: (سقط حكم نجاسته) وقوله: (فإن مات قبل النزع لم ينزع على النص، لعلك تقول: ما معنى قوله: (لم ينزع) معناه أنه لا يجوز النزع، أم أنه لا يجب؟).

والجواب أن قضية التعليل بهتك الحرمة، أنه لا يجوز، وقضية التعليل الثاني، أنه

(١) سقط في ط.

(٢) سقط في ط.

لا يجب، وقد اختلف كلام الناقلين في الوجه المقابل له، وهو أنه ينزع، منهم من روى الوجوب، ومنهم من قال: الأولى النزع.

وقوله: (لأنه ميت كله)، لفظ الشافعي - رضي الله عنه - قال في «المختصر»: «فإن مات صار ميتاً كله، والله حسيبه» أي: محاسبه، فإن شاء عفا عنه، وإن شاء عذبه، وأختلفوا في معنى قوله: (صار ميتاً) منهم من قال: أراد أنه صار نجساً كله، مثل ذلك العظم، فلا معنى لقلعه، وأستخرجوا من هذا اللفظ أن له قولاً في نجاسة الآدمي بالموت [ومنهم من قال: أراد أنه سقط عنه حكم التكليف بالموت]<sup>(١)</sup> وكنا نأمره بالقلع لحق الصلاة، فلا حاجة إلى النزع الآن، وأعلم أن مداواة الجرح بالدواء النجس، والخيط النجس كالوصل بالعظم النجس، فيجب النزع، حيث يجب نزع العظم النجس، وكذا لو شق موضعاً من بدنه، وجعل فيه دمًا، وكذا لو وشم يده بالنؤورة، أو العظم<sup>(٢)</sup> فإنه ينجس عند الغرز، وحكى عن «تعليق» الفراء أنه يزال الوشم بالعلاج، فإن لم يمكن إلا بالجرح لا يجرح، ولا إثم عليه بعد التوبة.

قال الغزالي: الثَّانِيَةُ: قَالَ ﷺ: لَعَنَ اللَّهُ الْوَاصِلَةَ وَالْمُسْتَوْصِلَةَ وَالْوَاشِمَةَ وَالْمُسْتَوْشِمَةَ وَالْوَاشِرَةَ وَالْمُسْتَوْشِرَةَ<sup>(٣)</sup>، وَعِلَّةُ تَحْرِيمِ الْوَضْلِ أَنَّ الشَّعْرَ إِذَا كَانَ يُكُونُ نَجِسًا أَوْ شَعْرَ أَجَنَّبِيٍّ لَا يَجِلُّ النَّظَرُ إِلَيْهِ وَإِنْ كَانَ مَبَانًا عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، فَإِنْ كَانَ شَعْرَ بَيْهَمَةٍ وَلَمْ تَكُنِ الْمَرْأَةُ ذَاتَ زَوْجٍ فَهِيَ مُتَعَرِّضَةٌ لِلثَّهْمَةِ، وَإِنْ كَانَتْ ذَاتَ زَوْجٍ فَهِيَ مُلْبَسَةٌ عَلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ بِإِذْنِ الزَّوْجِ لَمْ يَحْرُمَ عَلَى أَقْبَسِ الْوَجْهَيْنِ، وَفِي تَخْمِيرِ الْوَجْهِ تَرَدُّدٌ فِي إِحْقَاقِهِ بِالْوَضْلِ.

قال الرافعي: المسألة الثانية: «وصل الشعر» والأصل فيه ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لَعَنَ اللَّهُ الْوَاصِلَةَ وَالْمُسْتَوْصِلَةَ، وَالْوَاشِمَةَ وَالْمُسْتَوْشِمَةَ، وَالْوَاشِرَةَ وَالْمُسْتَوْشِرَةَ».

قال علماء العرب: الْوَاصِلَةُ: هي التي تَصِلُ الشَّعْرَ بِشَعْرٍ آخَرَ.

والمستوصلة: هي التي تسأل أن يفعل بها ذلك.

(١) سقط في أ. (٢) نبت يصبغ به المعجم الوسيط (١/٦١٦).

(٣) متفق على اللفظين الأولين من رواية ابن عمر البخاري (٥٩٣٧، ٥٩٤٠، ٥٩٤٢) أبو عبيد من غير إسناده، وفي سنن أبي داود (٤٠٤٩)، ومسلم (٢١٢٤). والنسائي (١٤٣/٨) عن أبي ربحانة الأزدي عبد الله بن مطر مرفوعاً أنه نهى عن الوشم والوشر، وفي مسند أحمد عن ابن مسعود (٤١٥/١) قال: سمعت رسول الله ﷺ نهى عن النامصة والواشرة.

والوَشْم: غرز ظهر الكف ونحوه بالإبرة، وأشباهه بالعِظْمِ<sup>(١)</sup> ونحوه حتى يخضر. والواشِمةُ: هي التي تفعل ذلك.  
والمُسْتَوْشِمةُ [هي]<sup>(٢)</sup> التي يفعل بها.

والواشِرة التي تثير الأسنان حتى يكون لها أَشْرٌ، وهو التحدد، والرَّقَّة في طرف الأسنان، تفعله الكبيرة تشبهاً بالصغائر، ويروى [بدل]<sup>(٣)</sup> «المستوشمة والمستوشرة» «المستوشمة والمستوشرة» والمعنى واحد. وإذا عرفت ذلك فأعلم أن وصل الشَّعْرِ حَرَامٌ وفاقاً في بعض الأحوال، وخلافاً في بعضها. ثم قد يحرم لمعنى واحد، وقد يجتمع له معان، وتفصيله أن الشَّعْرَ إما نجس، وإما طاهر، وهذا التقسيم مفرع على ظاهر المذهب، وهو أن الشعر قد ينجس بالموت، فأما الشعر النجس فيحرم وصله؛ لأنه لا يجوز استصحابه في الصلاة، وفي غير الصلاة يكون مستعملاً للشيء النجس العين في بدنه استعمال اتصال، وذلك حرام في أصح القولين، ومكروه في الثاني إلا عند ضرورة أو حاجة حاقة، ونظيره الادهان بالدهن النجس، ولبس جلد الميتة والكلب والخنزير، والامتشاط بمشط عاج، كل ذلك حرام على الأصح.

وأما غير النجس فينقسم إلى شعر الآدمي وغيره، وهذا التقسيم مفرع على ظاهر المذهب، وهو أن شعر الآدمي لا ينجس بالموت والإبانة، فأما شعر الآدمي فيحرم وَضَلُهُ؛ لأن من كرامته أن لا ينتفع بشيء منه بعد مَوْتِهِ وَأَنْفِصَالِهِ عَنْهُ، بل يدفن؛ وأيضاً فلأنه إن كان شعر رجل فيحرم على المرأة استصحابه والنظر إليه، وإن كان شعر امرأة فيحرم على زوجها، أو سيدها النظر إليه، وهذا بتقدير أن يكون شعر رجل أجنبي عنها، أو شعر امرأة أجنبية عن زوجها أو سيدها، وبتقدير أن يتفرع على أن العضو المبان يحرم النظر إليه، ومسه، وفيه وجهان، فإن كان شعر رجل من محارمها، أو شعر امرأة من محارم زوجها، أو لم يكن لها زوج، أو فرعنا على جواز النظر إلي العضو المبان، فلا تكاد تطرد هذه العلة الأخيرة. ويثبت التحريم بظاهر الخبر، وبالمعنى الأول، ولا فرق في تحريم الوَضَلِ بالشعر النجس، وشعر الآدمي، بين أن تكون المرأة حَلِيَّةً، أو ذات زوج.

وأما شعر غير الآدمي فينظر فيه إلى حال المرأة، إن لم يكن لها زوج ولا سيد فلا يجوز لها وصله للخبر، ولأنها تعرض نفسها للثُمَّمة، ولأنها تغر الطَّالِبَ، وذكر الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ، وطائفة: أنه يكره، ولا يحرم.

الأول: أظهر، وبه قال القاضي أَبْنُ كَعْبٍ والأكثر، فإن كان لها زوج، أو سيد

(٢) و(٣) سقط في «ب».

(١) تقدم بيانه.

فلا يجوز لها الوصل بغير إذنه، لأنه تغرير له، وتلبيس عليه، وإن وصلت بإذنه فوجهان:

أحدهما: المنع أيضاً؛ العموم الخبر.

وأقسهما وأظهرهما: الجواز كسائر وجوه الزينة المحببة إلى الزوج.

وقال الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ ومُتَبِعُوهُ: لا يحرم، ولا يكره إذا كان لها زوج، ولم يفرقوا بين أن يأذن، أو لا يأذن، وسوى ابن كج بين حالتي الإذن وعدمه، وحكى في الجواز وجهين فيهما، هذا حاصل المسألة. وقوله: (وعلة تحريم الوصل) يوهم الجزم بالتحريم على الإطلاق، ورد الكلام إلى العلة؛ لكنه لم يرد ذلك؛ ألا تراه يقول آخراً: (لم يحرم على أقيس الوجهين). وإنما أراد أن يبين مواضع التحريم؛ خلافاً ووفقاً مع التعرض للمعاني الموجبة للتحريم، فقوله: (إما أن يكون نجساً)، أي: فيحرم. وهو إشارة إلى قسم النَّجْسِ مِنَ الشُّعُورِ، وغير النجس على ما ذكرناه في شعر الآدمي.

وقوله: (أو شعر أجنبي) إشارة إليه، وأما شعر غيره، وهو قوله: (أو شعر بهيمة) وإنما قال: (أو شعر أجنبي)، لأنه أراد التعليل بالمعنى الثاني على ما سبق، دون المعنى الأول، وهو كرامة الآدمي، والشَّعْرُ الموصول مبان فبين أن في تحريم النظر إلى العضو المبان وجهين؛ ليعرف أن التحريم معللاً بهذا المعنى إنما يستمر على قولنا بتحريم النظر.

وأعلم أنه نص في هذا الموضع على وجهين في تحريم النظر، والذي أجاب به في أول كتاب النكاح، إنما هو التحريم، حيث قال: (والعضو المبان كالمتمصل)، وسنشرح المسألة ثم - إن شاء الله تعالى -.

وقوله: (فهي متعرضة للتهمة)، أي: فيحرم عليها، وكذا قوله: (فهي ملبسة عليه)، وكأنه حذف ذكر التحريم أكتفاء بقوله أولاً: (وعلة تحريم الوصل) ولا بأس لو أعلمت قوله: (إما أن يكون نجساً) بالحاء، والواو؛ لأن عنده الشَّعْرُ لا يكون نجساً أصلاً، وهو قول لنا، وأما قوله: (وفي تحمير الوجنة<sup>(١)</sup> تردد) فأعلم أن الصيدلاني، والقاضي الحسين ذكرا في طريقتهما أن تحمير الوجنة كوصل الشَّعْرِ الطاهر، فلا يجوز إن كانت المرأة خلية، ولا إذا كانت ذات زوج ولم يأذن لها، وإن فعلته بإذنه ففيه وجهان، وأستبعد إمام الحرمين - قدس الله روحه - الخلاف فيما إذا كان بإذن الزَّوْجِ، وخصه بالوَضْلِ؛ لأنه ورد فيه النَّهْيُ، وفيه تغيير للخَلْقَةِ، وليس في التَّخْمِيرِ نَهْيٌ، ولا

(١) ما ارتفع من الخدين، المعجم الوسيط (١٠٢٦/٢).

تغيير ظاهر، إذا الوجنة قد تحمر لعارض غضب، أو فرح، فعلى هذا لا يلتحق تحمير<sup>(١)</sup> الوجنة بوصل الشَّعْرِ الطاهر على الإطلاق، بل هو جائز عند الإذن بلا خلاف، وعلى الأول يلتحق به مطلقاً، فهذا تنزيل التردد المذكور في الكتاب ومعناه؛ ونسب في «الوسيط» التردد في المسألة إلى الصيدلاني، وليس في كلامه ما يقتضي ذلك، ولا حكاة إمام الحرمين عنه، والخضاب بالسواد، وتطريف الأصابع الحقوه بالتحمير.

قال في «النهاية»: ويقرب منه تجعيد الشَّعْرِ، ولا بأس بتصنيف الطرة<sup>(٢)</sup> وتسوية الأصداع، وأطلقوا القول بأستحباب الخضاب بالحناء لها بكل حال، وقد تنازع معنى التعرض للتهمة في بعض هذه الأحوال<sup>(٣)</sup> إذا كانت خَلِيَّةً، فليكن الأمر على تفصيل سنحكيه في فصل سُنَنِ الإِحْرَامِ - إن شاء الله تعالى - .

وأما الوشم المذكور في الخبر فلا يجوز بحال، والوشر كوصل الشعر الظاهر.

قال الغزالي: (وَأَمَّا الْمَكَانُ) فَلْيَكُنْ كُلُّ مَا يُمَاسُّ بَدَنَهُ طَاهِراً (ح) وَمَا لَا يُمَاسُّ فَلَا بَأْسَ بِتَجَاسُّتِهِ إِلَّا مَا يُحَازِي صَدْرَهُ فِي السُّجُودِ، فَفِيهِ وَجْهَانِ لِأَنَّهُ كَالْمَنْسُوبِ إِلَيْهِ.

قال الرافعي: يجب أن يكون ما يلاقي بدن المصلي وثيابه من موضع الصلاة طاهراً، خلافاً لأبي حنيفة حيث قال: لا يشترط إلا طهارة موضع القدمين، وفي رواية: طهارة موضع القدمين والجبهة، ولا يضر نجاسة ما عداه إلا أن يتحرك بحركته.

لنا النهي عن الصلاة في المزبلة والمجزرة، كما سيأتي، ولا سبب له إلا نجاستهما، وكما يعتبر ذلك في جهة السفلى، يعتبر في جهة العلو والجوانب المحيطة به، حتى لو وقف بحيث يحتك في صلاته بجدار نجس [أو سقف نجس]<sup>(٤)</sup> بطلت صلاته، ولو صلى على بساطٍ تحته نجاسة، أو على طرف آخر منه نجاسة، أو على سرير قوائمه على نجاسة لم يضر، خلافاً لأبي حنيفة حيث قال [إذا كان]<sup>(٥)</sup> يتحرك ذلك الموضع بحركته لم يجز، وإذا نجس أحد البيتين تحرى كما في الثياب والأواني، وإذا أشبهه مكان من بيت أو بساط فوجهان:

أصحهما: أنه لا يجزىء؛ كما لو خفي موضع النجاسة من الثوب الواحد.

(١) في «ب» يلحق تحمر.

(٢) وهو ما نظرت المرأة من الشعر الموفى على جبهتها وتصنفه وهي الفضة.

(٣) في «ب» الأمور.

(٤) سقط في ط.

(٥) في ط (إن).

والثاني: نعم، كما لو أشبه ذلك في الصحراء يتحرى ويصلي، ولو كان ما يلاقي بدنه وثيابه من موضع الصلاة طاهراً، لكن كان ما يحاذي صدره، أو بطنه، أو شيئاً من بدنه في السجود نجساً فهل تصح صلاته؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن القدر الذي يوازيه منسوب إليه بكونه مكان صلاته، فيعتبر طهارته كتميصة الفوقاني الذي لا يلاقي بدنه، لما كان منسوباً إليه نعتير طهارته.

وأصحهما: أن صلاته صحيحة؛ لأنه ليس حاملاً للنجاسة، ولا ملاقياً لها، فصار كما لو صَلَّى على بُسَاطٍ أحد طرفيه نجس تصح صلاته، وإن عد ذلك مصلاة ونسب إليه.

وقوله: (فليكن كل ما يماس بدنه طاهراً) ينبغي أن يعلم بالحاء، وكذا قوله: (فلا بأس بنجاسته) لما ذكرناه، والمراد ما يماس بدنه وثيابه.

وقوله: (وما لا يماس) أي: لا يماسهما، وفي لفظ المماس إشارة إلى أنه لو كان تحت البساط الذي يصلي عليه نجاسة لم يضر، وإن كان يصلي على نجاسة؛ لأنه لا مماسة، ولو بسط على النجاسة ثوباً مهلهل النسيج وصلّى عليه فإن كان يحصل المماس والالتقاء في الفُرَج لم تصح الصلاة، وإن كان لا يحصل الالتقاء لكن النجاسة تحاذي من الفُرَج يده الموضوعه عليه في السجود أو سائر بدنه، فهذا على الوجهين السابقين في نجاسة ما يحاذي صدره.

قال الغزالي: وَقَدْ نَهَى عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنِ الصَّلَاةِ فِي سَبْعَةِ مَوَاطِنَ: الْمَزْبَلَةَ وَالْمَجْزَرَةَ وَقَارِعَةَ الطَّرِيقِ وَبَطْنَ الْوَادِي وَالْحَمَامَ وَظَهْرَ الْكَعْبَةِ وَأَعْطَانَ الْإِبِلِ<sup>(١)</sup>، أَمَا مَسَلُخُ الْحَمَامِ فَفِيهِ تَرُدُّدٌ، وَأَعْطَانُ الْإِبِلِ مُجْتَمِعُهَا عِنْدَ الصَّدْرِ عَنِ الْمَنْهَلِ إِذْ لَا يُؤْمَنُ بِفَارِهَا، هَذَا حُكْمُ النَّجَاسَاتِ الَّتِي لَا عُذْرَ فِي اسْتِضْحَابِهَا.

قال الرافعي: مما يتعلق بمكان الصلاة الكلام في الأماكن التي ورد النهي عن الصلاة فيها، وقد روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ نهى عن الصلاة في سبعة مواطن: المَزْبَلَةَ والمَجْزَرَةَ، وَقَارِعَةَ الطَّرِيقِ، وَبَطْنَ الْوَادِي، وَالْحَمَامِ، وَمَعَاظِنَ الْإِبِلِ، وفوق ظهر بيت الله تعالى ويروى بدل بطن الوادي: الْمُقْبِرَةُ<sup>(٢)</sup>.

فأما المزبلة والمجزرة، فالنهي فيهما لنجاسة المكان، فلو فرش<sup>(٣)</sup> عليه ثوباً أو

(١) تقدم.

(٢) في ١٠٠ فرشنا.

(٣) تقدم.



بساطاً طاهراً صحت الصلاة، وتبقى الكراهية لكونه مصلياً على النجاسة، وإن كان بينه وبينها حائل.

وأما قارعة الطريق فللنهي فيها معنيان:

أحدهما: غلبة النجاسة في الطرق.

والثاني: أن مرور الناس يشغله عن الصلاة.

قال في «التتمة»: اختلفوا في أن العلة ماذا؟ وبنى عليه الصلاة في جوار الطرق في البراري، إن قلنا: النهي للمعنى الأول يثبت فيها أيضاً، وإن قلنا: للمعنى الثاني فلا، وفي صحة الصلاة في الشوارع مع غلبة النجاسات فيها القولان اللذان ذكرناهما في باب الاجتهاد؛ لتعارض الأصل والغالب، فإن صححناها فالنهي للتنزيه، وإلا فللتحريم، فلو بسط شيئاً طاهراً صحت لا محالة، وتبقى الكراهة بسبب الشغل.

وأما بطن الوادي فسبب النهي فيه خوف السيل السالب للخشوع، فإن لم يتوقع السيل ثم فيجوز أن يقال: لا كراهة، ويجوز أن يتبع ظاهر النهي<sup>(١)</sup>.

وأما الحَمَام فقد اختلفوا في سبب النهي فيه، منهم من قال سببه أنه يكثر فيه النجاسات والقاذورات، فيخاف إصابة الرشاش إياه، ومنهم من قال: بل سببه أنه مأوى الشيطان، فلا يصلى فيه، وفي المسلخ وجهان مبنيان على هذين المعنيين، إن قلنا: بالأول فلا تكره الصلاة فيه، وإن قلنا: بالثاني فتكرهه، وأيضاً فإن دخول الناس يشغله، وهذا الوجه أظهر، وتصح الصلاة بكل حال في المسلخ وغيره إذا علم طهارة الموضع؛ خلافاً لأحمد.

وأما ظهر الكعبة، فحكمه ما سبق في باب الاستقبال.

وأما أعطان الإبل فقد فسرها الشافعي - رضي الله عنه - بالمواضع التي تنحى إليها الإبل الشَّارِبَة، ليشرب غيرها، فإذا اجتمعت استبقت، وهو المراد من قوله: (مجتمعها عند الصدر من المنهل)، وليس النهي فيها لمكان النجاسة، فإنه لا كراهة في مراح الغنم، وأمر النجاسة لا يختلف، روي أنه ﷺ قال: «إِذَا أَدْرَكْتُكُمْ الصَّلَاةَ، وَأَنْتُمْ فِي

(١) قال النووي: اتبع الإمام الرافعي الغزالي، وإمام الحرمين، في إثبات النهي عن الصلاة في بطون الأودية مطلقاً. ولم يجيء في هذا نهى أصلاً، والحديث الذي جاء فيه: ذكر المواطن السبعة ليس فيه الوادي، بل فيها المقبرة بدلاً منه، ولم يصب من ذكر الوادي وحذف المقبرة، والحديث من أصله ضعيف، ضعفه الترمذي وغيره وإنما الصواب ما ذكره الشافعي - رحمه الله -، فإنه يكره الصلاة في وادٍ خاص، وهو الذي نام فيه رسول الله ﷺ ومن معه عن الصبح حتى فاتت وقال: «أخرجوا بنا من هذا الوادي» وصلى خارجه. قاله النووي.

مَرَّاحِ الْغَنَمِ، فَصَلُّوا فِيهَا، فَإِنَّهَا سَكِينَةٌ وَبَرَكَةٌ، وَإِذَا أذْرَكْتُمْكُمْ، وَأَنْتُمْ فِي أَعْطَانِ الْإِبْلِ؛ فَأَخْرَجُوا مِنْهَا، وَصَلُّوا، فَإِنَّهَا جِنٌّ خُلِقَتْ مِنْ جِنٍّ، [أَلَا تَرَى إِذَا نَفَرْتَ كَيْفَ تَشْمَخُ بِأَنْفِهَا] <sup>(١)</sup>.

والفرق من وجهين:

أحدهما: قال الشافعي - رضي الله عنه - يبين الخبر أنها خلقت من جن <sup>(٢)</sup>،  
والصلاة تكره في مأوى الجن والشياطين، ولهذا قال عليه السلام: «أَخْرَجُوا مِنْ هَذَا الْوَادِي، فَإِنَّ فِيهِ شَيْطَانًا» <sup>(٣)</sup>.

والثاني: أنه يخاف من نفارها، وذلك يبطل الخشوع، وهذا المعنى لا يوجد في الغنم، ومراح الغنم هو مأواها لئلاً، وقد يُصَوَّرُ في الغنم مثل ما صَوَّرَ في أعطان الإبل، وحكهماً واحداً، ومأوى الإبل لئلاً كالموضع المعبر عنه بالعطن، نظراً إلى أنها مخلوقة من الجن، ويخاف منها أيضاً، نعم التفار في الموضع الذي تقف فيه صادرة من المنهل أقرب لاجتماعها، وازدحامها جائية وذاهبة، فتكون الكراهة فيه أشد، وكل واحد من العطن والمراح إذا كان نجساً بالأبوال والأبعار لم تجز الصلاة فيه، وإن كانا طاهرين صحت مع افتراقهما في الكراهة.

وقال أحمد: لا تصح الصلاة في العطن بحال.

وأما المقبرة فالصلاة فيها مكروهة بكل حال، روي أنه عليه السلام قال: «الْأَرْضُ كُلُّهَا مَسْجِدٌ، إِلَّا الْمَقْبَرَةَ وَالْحِمَامَ» <sup>(٤)</sup>. ثم إن كانت جديدة لم تنبش، أو فرش على نبشها ثوباً طاهراً، وصلى صحت صلاته، خلافاً لأحمد، وإن صلى في مقبرة يعلم أن موضع الصلاة منها منبوش لم تصح الصلاة؛ لاختلاط صديد الموتى به، وإن شك في نبشه فقولان سبقاً في نظائر المسألة.

أظهرهما: الجواز؛ لأن الأصل الطهارة، وبه قال [مالك، وابن أبي هريرة] <sup>(٥)</sup>.

(١) أخرجه الشافعي (١٧٣) ومن طريقه البيهقي (٤٤٩/٢) وبنحوه عن أحمد (٨٦/٤)، ٥٤/٥، ٥٥، ٥٧، والنسائي (٥٦/٢)، وابن ماجه (٧٦٩)، وابن حبان (١٦٩٤).

(٢) سقط في «ب».

(٣) أخرجه مسلم (٦٨٠) من رواية أبي هريرة.

(٤) أخرجه الشافعي (١٧١)، وأبو داود (٤٩٢)، والترمذي (٣١٧)، وابن ماجه (٧٤٥)، وأحمد (٣/٨٣، ٩٦)، والحاكم (٢٥١/١) والبيهقي (٤٣٤/٢، ٤٣٥)، وابن حبان (١٦٩١)، ومال إلى

تصحيحه صاحب الإمام: انظر الخلاصة البدر (١٥١/١).

(٥) في «ب» وبه قال أبو حنيفة.

والثاني: المنع؛ لأن الغالب في المقابر النباش، وبه قال أبو إسحاق، ويكره استقبال القبور في الصلاة؛ لما روي أنه ﷺ: «نَهَى أَنْ تُتَّخَذَ الْقُبُورُ مَحَارِيبَ»<sup>(١)</sup>. هذا تمام الكلام في النجاسات التي ليست هي مظنة العفو والعدر.

قال الغزالي: «أَمَّا مَظَانُّ الْأَعْدَارِ فَخَمْسَةٌ: (الأولى) الأثر على محلّ النجوى، ولو حمل المصلي من أستجمر لم يجز على أصح الوجهين، لأن العفو في محلّ نجوى المصلي للحاجة ولو حمل طيراً جازاً، وما في البطن ليس له حكم النجاسة قبل الخروج لأنها مستترة خلقه، وما على منفذه لا مبالاة به على الأظهر، وفي إلحاق البيضة المدرة بالحيوان تردّد، لأن النجاسة مستترة خلقه، والقارورة المصممة الرأس ليست كالبيضة (و).

قال الرافعي: القسم الثاني من النجاسات: النجاسات الواقعة مظنة العذر والعفو، وقد جعل مظان العذر خمساً:

إحداها: الأثر على محلّ النجوى إذا استنجى بالحجر، فهو معفو عنه، وإن كان ذلك المحل نجساً، أما كونه معفو عنه؛ فلما سبق من جواز الاقتصار على الحجر، وأما كونه نجساً، فلأن المطهر هو الماء، فلو خاض في ماء قليل نجس الماء؛ لأن العفو رخصة، وتخفيف الخوض في الماء مما تندر الحاجة إليه، ولو حمل المصلي من استنجى بالحجر ففي صحة صلاته وجهان:

أحدهما: تصح؛ لأن ذلك الأثر واقع في محلّ العفو، فلا عبرة به، كما لو صلى المحمول معه، وكما يعفى عنه من الحامل.

وأصحهما: أنها لا تصح؛ لأن العفو عنه من المستجمر إنما كان للحاجة، ولا حاجة به إلى حمل الغير، فصار كما لو حمل شيئاً آخر نجساً، وينسب الوجه الأول إلى الشيخ أبي علي، والثاني إلى القفال.

ويجزي الوجهان فيما إذا حمل المصلي من على ثوبه نجاسة معفو عنها<sup>(٢)</sup>، ويقرب منهما الوجهان فيما لو عرق وتلوث بمحلّ النجوى غيره، لكن الأصح هاهنا العفو لتعذر الاحتراز<sup>(٣)</sup> بخلاف حمل الغير ولو حمل طيراً، أو حيواناً آخر لا نجاسة عليه

(١) أخرجه مسلم دون لفظ المحاريب (٥٣٢).

(٢) قضية كلامه أنه لا يصح مطلقاً، وفي التحقيق للإمام النووي لو حمل ثوباً به دم براغيث أو صلى عليه إن كثر دمه ضرر وإلا فلا على الأصح.

(٣) في شرح المهذب جعل الخلاف فيما إذا لم يجاوز محله: قال: فإن سال العرق منه وجاوزه، وجب غسل ما سال إليه.

صحت صلاته، ولا نظر إلى ما في بطنه من النجاسة؛ لأنها في معدنها الخلقي، فلا يعطى لها حكم النجاسة، كما في جوف المصلي، وما قدمناه من الفرق بين المصلي والمحمول ينقدح هاهنا، لكن روي: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ حَمَلَ أَمَامَةَ بِنْتَ أَبِي الْعَاصِ فِي صَلَاتِهِ، وَهِيَ بِنْتُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ زَيْنَبُ»<sup>(١)</sup>؛ فلذلك قلنا بالصحة، وهذا إذا كان الحيوان المحمول طاهر المنفذ، فإن لم يكن فهو جزء طاهر تنجس بما يخرج من النجاسة، فهل تصح الصلاة؟ فيه وجهان:

أظهرهما: عند المصنف: أنها تصح، ولا مبالة بذلك القدر اليسير.

والثاني: لا تصح، كما لو كان جزء آخر منه نجساً، وهذا أظهر عند إمام الحرمين، ولم يورد في «التتمة» سواه.

والوجهان جاريان فيما لو وقع هذا الحيوان في ماء قليل، أو مائع آخر، وخرج حياً هل يحكم بنجاسته؛ لنجاسة المنفذ؟ لكن الظاهر ثم العفو، لأن الحمل لا تعرض الحاجة إليه إلا على سبيل الندور، وصيانة الماء وسائر المائعات عنها مما يشق، وأيضاً فإن الطيور لم تزل تَعُوصُ في المياه الكثيرة والقليلة، وكان الأولون لا يحترزون عنها.

ولو حمل بيضة صار حشوها دماً، وظاهرها طاهراً، ففي صلاته وجهان، حكاها القفال، وغيره:

أحدهما: تصح صلاته، كما لو حمل حيواناً طاهراً؛ لأن النجاسة في صورتين مستترَةٌ خلقه.

وأظهرهما: أنها لا تصح، كالنجاسات الطاهرة إذا حملها، بخلاف باطن الحيوان؛ لأن للحيوان أثراً في درء النجاسات، ألا ترى أنها إذا زالت نجس جميع الأجزاء، وأما البيضة فهي جماد، ويجري هذا الخلاف فيما إذا حمل عنقود أستحال باطن حياته خمراً، ولا رشح على ظاهرها، وكذلك في كل أستار خلقي.

ولو حمل قارورة مصممة الرأس بصفر ونحوها، وفيها نجاسة، فظاهر المذهب - وهو المذكور في الكتاب -، أن صلاته تبطل؛ لأن استتار النجاسة هاهنا ليس بخلقي، بخلاف البيضة والحيوان، وعن أبي علي بن أبي هريرة أنها تصح؛ لأن النجاسة باطنة لا يخرج منها شيء فأشبهت ما في البيضة، وباطن الحيوان.

ولو حمل حيواناً مذبوحاً بعد غسل الدم عن موضع الذبح، فالذي قاله الأئمة أن الصلاة باطلة، بخلاف الحمل في حال الحياة، ولم يذكرها هاهنا الخلاف المذكور في

البيضة ونحوها، وذلك جواب منهم على ظاهر المذهب، وإلا فالنجاسة مستترة هاهنا أيضاً خَلْقَةً، ويجوز أن يجعل منافذ الحيوان فارقاً - والله أعلم -.

وقوله: في مسألة حمل الطير: (لأنها مستترة خلقة) ظاهر اللفظ إنما هو التعليل بمجرد الاستتار خلقة، ولو كان كذلك لوجب أن لا يقع التردد في البيضة لوجود العلة، لكن في الحيوان وجد أمران الاستتار الخَلْقِي، وكونه [في] <sup>(١)</sup> باطن الحيوان، فكان بعضهم جعل العلة مجموع الأمرين، ومنع من حمل البيضة، وبعضهم أكتفى بالوصف الأول، وجوز حمل البيضة، فإذا قوله: (لأنها مستترة خلقة) إشارة إلى الوصف الذي لا بد منه، ثم يبقى الكلام في أنه مؤثر وحده، أو مع شيء آخر، وأراد بالبيضة المذكورة التي صار حشوها دماً، وإلا فهي كالملاح الممتن، وهو طاهر.

وقوله: القارورة المصممة الرأس، يعني بالصفير والنحاس وما أشبه ذلك، أما التصميم بالخرقة ونحوها فلا يغني كَلْفُ النجاسة في الخرقة، والشمع عند بعضهم كالخرقة، وألحقه القاضي ابن كج بالرصاص.

قال الغزالي: (الثَّانِيَةُ) يُعْذَرُ مِنْ طِينِ الشُّوَارِعِ فِيمَا يَتَعَدَّرُ الْأَخْتِرَازُ عَنْهُ غَالِباً، وَكَذَا مَا عَلَى الْخُفِّ فِي حَقِّ مَنْ يُصَلِّي مَعَهُ.

قال الرافعي: طين الشوارع ينقسم إلى ما يغلب على الظن اختلاطه بالنجاسات، وإلى ما يستيقن، وإلى غيرهما، فأما غيرهما فلا بأس به، وأما ما يغلب على الظن اختلاطه بالنجاسات، ففيه قولان: سبق ذكرهما في باب الاجتهاد، وأما ما تستيقن نجاسته فيعفى عن القليل منه؛ لأن الناس لا بد لهم من الانتشار في حوائجهم، وكثير منهم لا يملك إلا ثوباً واحداً، فلو أمروا بالغسل لَعَظَمَ العناء والمشقة، وأما الكثير فلا يعفى عنه كسائر النجاسات، والقليل هو الذي يتعذر الاحتراز عنه، والرجوع في الفرق بينه، وبين الكثير إلى العادة، ويختلف الأمر فيه بالوقت وبموضعه من البدن، وذكر الأئمة له تقريباً. فقالوا القليل المعفو عنه؛ هو الذي لا ينسب صاحبه إلى سقطة، أو نكبة، أو قلة تَحْفَظُ، فإن نسب إلى شيء من ذلك فهو كثير.

وقوله: (ويتعذر من طين الشوارع) أراد به القسم الثالث: وهو المستيقن النجاسة على ما صرح به في «الوسيط»، ثم الذي يغلب على الظن نجاسته في معناه إن فرعنا على العمل بالغالب.

وأما قوله: (وكذا ما على الخف في حق من يصلي معه) فأعلم أولاً أن أصحابنا

(١) سقط في «ب».

حكوا عن الشافعي - رضي الله عنه - قولين في أنه إذا أصابت أسفل خفه أو نعله نجاسة فدلكه بالأرض حتى ذهب أجزاءها، هل تجوز صلاته فيه؟ قالوا: وهما مبنيان<sup>(١)</sup> على أنه لا يطهر، والكلام في العفو.

أحدهما - وهو القديم -: أنه تجوز صلاته فيه، وبه قال أبو حنيفة، لما روي أنه ﷺ قال: «إِذَا أَصَابَ خُفٌّ أَحَدِكُمْ أَدَى فَلْيَذَلِكُهُ بِالْأَرْضِ»<sup>(٢)</sup>.

ولأن النجاسة تكثر في الطرق، وغسله كل مرّة مما يشق، فعفى عنه، فأكتفى بالمسح كمحل النجو.

والثاني - وهو الجديد -: أنه لا يجوز الصلاة فيه ما لم يغسل كالثوب إذا أصابه نجاسة، والأذى في الخبر محمول على المستقذرات، وذكروا للقولين شروطاً:

أحدهما: أن يكون تنجسه بنجاسة لها جُزْمٌ يلتصق به، أما البول ونحوه فلا يكفي فيه ذلك بحال.

والثاني: أن يقع الدلك في حال الجفاف، فأما ما دام رطباً فلا يغني الدلك بلا خلاف.

والثالث: حكى عن الشيخ أبي محمد بأن الخلاف فيما إذا كان يمشي في الطريق فأصابته النجاسة من غير تعمد منه، فأما إذا تعمد تلطix الخف بها وجب الغسل لا محالة، ثم قال الأصحاب: الفتوى على الجديد، ولم يفرقوا في حكاية القولين بين القليل والكثير من طين الشوارع المستيقن نجاسته وبين سائر النجاسات الغالبة في الطرق.

وأعلم ثانياً أن قوله: (وكذا ما على الخف) يعني: من طين الشوارع، وسائر النجاسات الغالبة في الطرق، كالروث وغيره، لأن لفظه في «الوسيط» (وكذا ما على الخف من نجاسة، لا يخلو الطريق عن مثلها) وإذا عرفت ذلك فلك أن تقول: إن قلنا بالقديم فيحتمل نجاسة الخف، ويكتفي بانتشار جرم النجاسة عنه بالدلك بعد الجفاف، وإن قلنا بالجديد فلا يحتمل ذلك، فما معنى قوله: (وكذا ما على الخف) أهو جواب على القديم أم كيف الحال؟ والجواب: أن خروجه على القديم واضح لا ينكر ووراءه احتمالان أقربهما أن يكون القولان مفروضين في الكثير الذي يعفى عنه من النجاسات، وهل يجب غسله إذا أصاب الخف أم يكتفي فيه بالدلك؟ ويكون المراد مما ذكره في

(١) في «ب» متفتتان.

(٢) أخرجه أبو داود (٣٨٥، ٣٨٦) وابن خزيمة (٢٩٢) وانظر التلخيص (١/ ٢٧٧ - ٢٧٨).

الكتاب القليل من الطين المستيقن نجاسته، ومن الروث وغيره، فيعفى عنه في الخف كما في الثوب والبدن من غير غسل ولا ذلك؛ بل العفو فيه؛ لأن الاحتراز أشق، وكذلك يكتفي فيه بالذلك على قول، ولا يكتفي به في الثوب والبدن بحال، فعلى هذا لا يتعين كلام الكتاب جواباً على القديم، بل القليل معفو عنه بلا خلاف، والأثر الباقي على القديم أيضاً فيتنظم فيهما الحكم بالعفو مما على الخف.

**والاحتمال الثاني هو:** أن يؤخذ بإطلاق القولين، ويترد في القليل والكثير من هذه النجاسات، ويجوز أن يفرق على هذا بين الخف والثوب بأن الحاصل على الخف قدر كبير، وأيضاً فإن الخف ينزع في الغالب، ولا يحتاج إلى أستصحابه بخلاف الثياب، فعلى هذا يتعين كلام الكتاب جواباً على القديم، ومتى وقع التفرغ على القديم مراداً سواء كان ذلك كل المراد، أو من المراد، فيجب أن يريد بقوله: (وكذا ما على الخف) أثر النجاسات المذكورة بعد الجفاف دون عينها، فإنه لو بقي العين فلا يحتمل على القديم أيضاً، كما لا يحتمل على الجديد، وعلى الاحتمال الأول ينبغي أن يعفى عن اللوث الحاصل على جميع أسفل الخف وأطرافه، وبعد ذلك قليلاً بخلاف ما لو كان على الثوب والبدن، وكذا يعفى عن اللوث في حال الرطوبة كما في الثوب البدن، بخلاف ما إذا فرعنا على القديم، فإن العفو يختص بالأثر الباقي بعد الجفاف والدلك، ثم العفو بكل حال فيما يحصل من غير قصد منه، أما لو تعمد التلطيف فلا، وهكذا يكون الحكم في الثوب والبدن، ولهذا قال في باب الاستقبال: الماشي المتنفل لو مشى على نجاسة قصداً بطلت صلاته، ولا تجب المبالغة في التحفظ عند كثرة النجاسات في الطرق فإن قلت حكيتم ثم عن إمام الحرمين أنه لو مشى على نجاسة رطبة بطلت صلاته، سواء كان قاصداً إليها، أو لم يكن، وهذا يخالف ما ذكرتم الآن قلنا: ذاك إذا جرىنا على الاحتمال الأول، الأقرب محمول على ما إذا حصل تلويث كثير لا يقع في حد العفو.

واعلم أن قوله في باب المسح على الخفين: (يمسح أعلى الخف، وأسفله إلا أن يكون على أسفله نجاسة) إن كان تجويزاً للصلاة معه، وعفواً فتنزله على قضية القولين كما ذكرنا في قوله: (وكذا ما على الخف) ويمكن أن يقال: ليس الغرض ثم، سوى أنه لا يصح على الأسفل إذا كان عليه نجاسة كما قدمناه.

قال الغزالي: **الثالثة:** دَمُ الْبِرَاغِيثِ مَغْفُورٌ عَنْهُ إِلَّا إِذَا كَثُرَ كَثْرَةً يَنْدُرُ وَقَوْعَهُ وَيَخْتَلِفُ ذَلِكَ بِالْأَوْقَاتِ وَالْأَمَاكِينِ، فَإِنْ وَقَعَ كَثْرَتُهُ فِي مَحَلِّ الشُّكِّ فَأَلَاخِيْبَاتُ أَحْسَنُ، وَالتَّرْخُصُ بِهِ جَائِزٌ أَيْضاً.

قال الرافعي: دم البراغيث ينقسم إلى قليل وكثير، فالقليل مغفور عنه في الثوب

والبدن جميعاً، لأنه مما تعم [البلوى به] <sup>(١)</sup> ويشق الأحتراز عنه، فعفى عنه نفياً للحرَج، وأما الكثير ففيه وجهان:

أصحهما عند العراقيين، والقاضي الروياني وغيرهم، أنه يعفى <sup>(٢)</sup> عنه أيضاً، لأنه من جنس ما يتعذر الأحتراز عنه، والغالب في هذا الجنس عسر الأحتراز، فيلحق غير الغالب منه بالغالب كما أن المسافر يترخص، وإن لم يلحقه في سفره مشقة اعتباراً بالغالب، ويأن الحاجة إلى الفرق والتمييز بين القليل والكثير مما توجب المشقة.

**والوجه الثاني:** أنه لا يعفى عنه؛ لأن الأصل أجتنب النجاسات، وإنما خالفنا في القليل لعدم البلوى به، وهذا أصح عند إمام الحرمين، وهو المذكور في الكتاب، وفي معنى دم البراغيث دم القمل، والباعوض وما أشبه ذلك، وكذا ونيم <sup>(٣)</sup> الذباب، وبول الخفاش، ولو كان قليلاً فعرق وأنتشر اللطخ بسببه، ففيه الوجهان المذكوران في الكثير، وأختيار القاضي الحسين أنه لا يعفى عنه لمجاوزته محله، وأختيار أبي عاصم العبادي <sup>(٤)</sup> العفو، لتعذر الأحتراز، ثم بماذا يفرق بين القليل والكثير في دم البراغيث وغيره؟ حكى فيه قولان قديمان:

(١) في أ تقديم وتأخير.

(٢) قال الأذرعي: حيث قلنا به أي بالعفو عن الكثير فلا بد من شروط:

أحدها: أن لا يتفاحش بإهماله غسله، وقد قال الإمام مفرغاً على ما رجحه ثم الذي قطع به أن الناس عادة من غسل الثياب من كل حين ولا بد من اعتبارها فإن من لا يغسل ثوبه الذي يصلي فيه عما يصيبه من لطخ سنة مثلاً متفاحش مواقع النجاسة من هذه الجهات عليه. وهذا لا شك في وجوب اعتباره وهذا فرعه على رأيه في عدم العفو عن الكثير لكن في كون الإمام فرع ذلك على عدم العفو عن الكثير. فيه توقف والظاهر أن الإمام إنما فرعه على العفو عن الكثير فليتأمل.

ثانيها: أن لا يكون بفعله فإن كان بفعله لم يعف عنه وجهاً واحداً: «قاله في التتمة والتحقيق».

ثالثها: أن يحتاج إليه للبسه فلو حمل ثوباً فيه دم براغيث بعض عن مثله حال لبسه فيه الوجهان فيما لو حمل مستجماً حتى لا تصح من الأصح. ذكر ذلك الرافي من حمل المستجمر. قال القاضي الحسين: لو كان الثوب الملبوس زائداً على تمام لباس بدنه لم تصح صلاته لأنه غير مضطر إليه.

رابعها: أن يكون البدن جافاً فلو لبث الثوب الذي فيه دم البراغيث وبدنه رطب فإنه لا يجوز. (قاله الشيخ أبو علي في التلخيص). قال: لأنه لا ضرورة إن تلوث بدنه وبه جزم المحب الطبري تفقهاً. وقال صاحب التتمة: يفض عنه بكل حال.

خامسها: أن العفو بالنسبة للصلاة فأما لو وقع ثوب فيه دم البراغيث في ماء قليل. قال في التتمة يحكم بتنجسه.

(٣) جزء الذباب المعجم الوسيط (٢/١٠٧١).

(٤) تقدم ترجمته.



أحدهما: أن القليل قدر دينار فما دونه وإن زاد عليه فهو كثير.

والثاني: أن القليل ما دون قدر الكف، والجديد: أنه لا عبرة بذلك، وأختلفوا فيما يضبط به على قياسه في الجديد على وجهين:

أحدهما: أنه إذا بلغ حداً يظهر للنظر من غير تأمل وإمعان طلباً فهو كثير، وإن كان دونه فهو قليل؛ لأن المقصود من الاحتراز عن النجاسات تعظيم أمر الصلاة وأداؤها على الهيئة الحسنی، وإذا صارت النجاسة بحيث تظهر للنظرين فقد أختل معنى التعظيم.

وأظهرهما: أن الرجوع فيه إلى العادة مما يقع التلطيخ به غالباً، ويعسر الاحتراز عنه، فهو قليل، وإن زاد عليه فهو كثير، وذلك لأن أصل العفو إنما أثبتناه لتعذر الاحتراز عن هذه النجاسة، فينظر في الفرق بين القليل والكثير إليه أيضاً، فعلى الوجه الأول لا يختلف الحال بالأماكن والأوقات، وعلى الوجه الثاني هل يختلف؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، بل يعتبر الوسط المعتدل، ولا ينظر في الأزمنة والأمكنة إلى ما يندر فيه ذلك، ولا إلى ما يتفاحش فيه.

وأظهرهما: أنه يختلف الأمر باختلاف الأوقات والأماكن؛ لأن لها تأثيراً ظاهراً في سهولة الاحتراز وعسره، فعلى هذا يجتهد المصلي فيه وينظر؛ أهو قليل أم كثير؟ وإذا فرعنا على ما ذكره في الكتاب، وهو أن الكثير لا يعفى عنه؛ فلو شك في أن ما أصابه قليل أو كثير فقد ذكر إمام الحرمين فيه احتمالين:

أحدهما: أنه لا يعفى عنه؛ لأن الأصل اجتناب النجاسة، والرخصة إنما تثبت في القليل، فإذا شككنا في أنه قَلِيلٌ أم لا، فقد شككنا في المرخص.

والثاني: أنه يعفى: لأن الأصل في هذه النجاسة العفو إلا إذا تيقنا الكثرة، وهذا هو الذي رجحه وذكره في الكتاب، حيث قال: (والترخص جائز أيضاً) والأول هو الاحتياط. ولنبين المواضع المستحقة للعلامات من هذا الفصل.

قوله: (إلا إذا كثر) ينبغي أن يعلم بالواو للوجه الصائر إلى العفو في الكثير والقليل، وكذلك بالحاء والألف؛ لأن الحكاية عن أبي حنيفة أن دم البراغيث طاهر، وبه قال أحمد في أصح الروايتين، فلا فرق بين القليل والكثير، وهذا مذهبهما في الرطوبة المنفصلة عن كل ما ليس له نفس سائلة كونهم الذباب، ونحوه.

وقوله: (كثرة يندر وقوعها) بالواو، إشارة إلى القولين القديمين، فإنهما لا ينظران إلى غلبة الوقوع وندرته، ولا يعتبران الكثرة بندرة الوقوع.

وقوله: (ويختلف ذلك بالأوقات والأماكن) للوجه الصائر إلى مراعاة الظهور، والوجه المعبر للوسط أيضاً.

وقوله: (والترخيص جائز أيضاً) ينبغي أن يعلم (أيضاً) للاحتمال الأول على ما سبق.

قال الغزالي: (الرابعة) دَمُ الْبَثَرَاتِ وَقَيْحُهَا وَصَدِيدُهَا مَعْفُوٌّ عَنْهُ، وَإِنْ أَصَابَهُ مِنْ بَدَنِ غَيْرِهِ فَوَجْهَانِ، وَلَطَخَاتُ الدَّمَامِيلِ وَالْفِضْدَانِ دَامَ غَالِبًا فَكَدِمَ الْأَسْتِحَاضَةَ، وَإِنْ لَمْ يَدْمَ فَفِي إِحْقَاقِهَا بِالْبَثَرَاتِ تَرَدُّدٌ.

قال الرافعي: دم البثرات كدم البراغيث، لأن الإنسان قلما يخلو عن بشرة يترشح منها شيء، فلو وجب الغسل كل مرة لشق، بل ليس دم البراغيث إلا رشحات تمصها البراغيث من بدن الإنسان، ثم تمجها، وإلا فليس لها دماء في نفسها، ذكره إمام الحرمين، ولذلك عدت البراغيث مما ليس له نفس سائلة.

إذا تمهد ذلك، فالقليل منه معفو عنه بلا خلاف، وفي الكثير وجهان كما في دم البراغيث، ولفظ الكتاب هاهنا وإن كان مطلقاً إلا أنه أراد به القليل لوجهين: أحدهما: أنه أجاز بعدم العفو في دم البراغيث إذا كان كثيراً والخلاف في الدمين واحد، فلا ينتظم أن نحكم هاهنا بالعفو في الكثير.

والثاني: أنه قال: متصلاً به (وإن أصابه من بدن الغير فوجهان) والخلاف فيما يصيبه من بدن الغير في القليل دون الكثير على ما سيأتي، وإذا كان مراده القليل فلا حاجة إلى إعلامه بالواو من حيث إن اللفظ يتناول الكثير، وهو مختلف فيه؛ لأن القلة مضمرة فيه، لكن يجوز أن يعلم بالواو من جهة أنه يشمل ما إذا عصر البثرة قصداً، وأخرج ما فيها، وقد نقل صاحب «التتمة» في هذه الصورة وجهين، لأنه مستغنى عنه، وإلا ظهر العفو على ما يقتضيه إطلاق الكتاب، لما روي أن ابن عمر - رضي الله عنه - عصر بشرة على وجهه، وذلك بين أصابعه بما خرج منها، وصلى، ولم يغسله<sup>(١)</sup>، ولو أصابه دم من بدن غيره، من آدمي، أو بهيمة، أو غيرها، نظر إن كان كثيراً فلا عفو عنه؛ لأنه قدر فاحش، والأحتراز عنه سهل، وإن كان قليلاً وهو المراد من لفظ الكتاب، فقد حكى فيه وجهين، وكذلك فعل الصيدلاني، وجماعة من الجمهور حكوهما قولين:

أحدهما: وهو نصه في «الإملاء»: أنه لا يعفى عنه، لأنه لا يشق الأحتراز عنه، فأشبهه القليل من الخمر وسائر النجاسات.

(١) ذكره البخاري بلا إسناد، وأسند البيهقي وصححه صاحب الإمام (١/١٤١).

**والثاني:** وهو نصه في «القديم» وفي «الأم»: أنه يعفى عنه، لأن جنس الدم يتطرق إليه العفو، فيقع القليل منه في محل السامحة.

والأصح منهما عند العراقيين، إنما هو العفو، وتابعهم صاحب «التهذيب»، وعند إمام الحرمين وجماعة عدم العفو، وهو الأحسن، ولو أصابه شيء من دم نفسه، ولكن لا من البثرات، بل من الدماميل [والقروح، ومن موضع الفصد والحجامة. ففيه وجهان:

**أحدهما:** ويحكى عن ابن سريج: أنه كدم البثرات؛ لأنها وإن لم تكن غالبية فليست بنادرة أيضاً، وإذا وجدت دامت وعسر الأحتراز عن لطخها، [ولأن الفرق بين البثرات والدماميل<sup>(١)</sup> الصغار قد يعسر.

**والثاني:** أنها لا تلحق بدم البثرات؛ لأن البثرات لا يخلو معظم الناس عنها في معظم الأحوال، بخلاف الدماميل والجراحات، وعلى هذا فينظر إن كان مثلها مما يدوم غالباً فهي كدم الاستحاضة، وحكمه ما سبق في «الحيض» وإن كان مما لا يدوم غالباً فيلحق بدم الأجنبي، حتى لا يعفى عن كثيره بحال، وفي قليلة الخلاف الذي سبق.

**والوجه الأول:** هو قضية كلام الأكثرين، حيث لم يفرقوا في الدّم الخارج من البدن بين أن يخرج من البثرات، أو غيرها.

**والوجه الثاني:** هو اختيار القاضي ابن كنج، والشيخ أبي محمد، وإمام الحرمين - رحمهم الله - وهو الأولى.

وإذا أردت تلخيص حكم الدماء بعد دم البراغيث فطريقه على قضية الوجه الأول أن نقول: ما سوى دم البراغيث ينقسم إلى الخارج من بدنه، فهو كدم البراغيث، وإلى غيره فلا يعفى عن كثيره، وفي قليلة الخلاف، وعلى قضية الوجه الثاني أن نقول: ما سوى دم البراغيث ينقسم إلى الخارج من بدنه على وجه يعم، وهو دم البثرات فهو كدم البراغيث، وإلى غيره ويدخل فيه ما يخرج من بدنه وعلى وجه لا يعم، وما يخرج عن غيره فلا يعفى عنه كثيره، وفي قليلة الخلاف.

وحكم القيح والصدید حكم الدم في جميع ما ذكرناه؛ لأنهما دمان مستحيلان إلى نتن وفساد، وأما ماء القروح والنفطات فإن كان له رائحة كريهة فهو نجس كالقيح، والصدید، وإلا ففيه طريقان:

**أحدهما:** القطع بطهارته تشبيهاً له بالعرق.

(١) قال النووي: المذهب طهارته.

والثاني: فيه قولان:

أحدهما: هذا.

وأظهرهما: النجاسة كالصديد الذي لا رائحة له ويحكي هذا عن الشيخين أبي محمد، وأبي علي.

وأما ما يتعلق بلفظ الكتاب فمنه ما اندرج في أثناء الكلام، ومنه أن قوله: (وإن أصابه من بدن الغير) راجع إلى أول كلامه، وهو دم البثرات<sup>(١)</sup>، لكن الخلاف في دم الغير لا يختص بالخارج من بثراته، بل يستوي فيه الخارج من البثرات وغير البثرات، وقوله: (ولطخات الدماميل والفصد)، وقد يقرأ بعضهم بدل الفصد العقد، ولا بأس به، فموضع الفصد والحجامة والدماميل كلها في الحكم سواء.

وقوله: (وإن دام غالباً) أي: إن دام مثلها غالباً، وكذا قوله: (إن لم يدم) أي: مثلها، وما أشبه ذلك، وإلا فلا يمكن أن يكون قوله دام، ولم يدم صفة الدماميل، ولا صفة اللطخات، لأن منها ما هو دائم، ومنها ما هو غير دائم، فلا يجوز وصف كلها لا بالدوام، ولا بعدم الدوام، ثم لك أن تستدرك فتقول: نظم الكتاب يقضي أن يكون التردد في إلحاقها بدم البثرات مخصوصاً بلطخات الدماميل التي لا تدوم، وأن تكون لطخات الدماميل الدائمة ملحقة بدم الأستحاضة من غير تردد، وليس الأمر كذلك، بل حكى إمام الحرمين وغيره في إلحاقها بدم البثرات وجهين مطلقاً كما قدمنا، ثم يفصل على وجه عدم الإلحاق فيقال: ما يدوم منها كدم الأستحاضة، وما لا يدوم كدم الأجنبي، وإيراده في «الوسيط» محتمل لما ذكره في «الوجيز»، ولما هو الحق.

قال الغزالي: الخَامِسَةُ: الْجَاهِلُ بِنَجَاسَةِ ثَوْبِهِ فِيهِ قَوْلَانِ: الْجَدِيدُ: وَجُوبُ الْقَضَاءِ فَإِنْ كَانَ عَالِمًا ثُمَّ نَسِيَ فَقَوْلَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوْلَى بِالْوَجُوبِ (م)، وَمَثَارُ التَّرَدُّدِ أَنَّهُ مِنْ قَبِيلِ الْمَتَاهِي فَيَكُونُ النَّسْيَانُ عُذْرًا فِيهِ أَوْ مِنْ قَبِيلِ الشَّرُوطِ كَطَهَارَةِ الْحَدِيثِ.

قال الرافعي: إذا صلى وعلى ثوبه أو بدنه أو موضع صلاته نجاسة غير معفو عنهما، وهو لا يدري نظر إن لم يعلم بها أصلاً ثم تبين الأمر له، ففي وجوب القضاء قولان:

الجديد وبه قال أبو حنيفة: أنه يجب؛ كما لو بان له بعد الفراغ من الصلاة أنه كان محدثاً، والقديم: أنه لا يجب لما روي أنه ﷺ «خَلَعَ نَعْلَهُ فِي الصَّلَاةِ، فَخَلَعَ النَّاسُ نِعَالَهُمْ، فَلَمَّا قَضَى صَلَاتَهُ قَالَ: مَا حَمَلَكُمْ عَلَى مَا صَنَعْتُمْ، قَالُوا: رَأَيْنَاكَ أَلْقَيْتَ نَعْلَكَ

(٢) في «ب» البراغيث.

(١) سقط في «ب».

فَأَلْقَيْنَا نِعَالَنَا، فَقَالَ: إِنَّ جِبْرِيلَ أَتَانِي وَأَخْبَرَنِي أَنَّ فِيهَا قَدْرًا<sup>(١)</sup>.

والاستدلال أنه بعد تبين الحال مضى في صلاته، ولم يستأنف، ولو علم بالنجاسة، ثم نسي فصلي، ثم تذكر فطريقان: أحدهما: القطع بوجوب القضاء، لتفريطه.

والثاني: أنه على القولين، لأن النسيان عذر كالجهل ويقال: إن القول بعدم وجوب الإعادة مخرج من القول القديم في نسيان الماء في الرحل ولا يمكن اعتبارها بالحدث، فإن العفو إلى النجاسات أسرع منه إلى الحدث، فيجوز أن يعد الجهل والنسيان فيها من الأعذار، ثم إذا أوجبنا الإعادة فيجب إعادة كل صلاة تيقن أنه صلاها مع تلك النجاسة، وإن احتمل أنها حدثت بعد ما صلى، فلا شيء عليه.

وعن أبي حنيفة: إن كانت النجاسة رطبة أعاد صلاة واحدة، وإن كانت يابسة وكان في الصيف فكذلك، وإن كان في الشتاء أعاد صلاة يوم وليلة.

إذا عرفت ذلك، فأعلم أن قوله: (الجاهل بنجاسة ثوبه) - المراد منه النجاسة التي لا يعفى عنها؛ والخلاف لا يختص بالثوب بل البدن والمكان في معناه، وإنما ذكر الثوب مثلاً.

قوله: (الجديد وجوب القضاء) اعلم لفظ (الوجوب) بالميم، لأن المنقول عن مالك إن كان الوقت باقياً بعيد، وإلا فلا.

قال الشيخ أبو حامد: ومهما قال مالك ذلك فلا يوجب الإعادة، ولكن يستحبها في الوقت، وحكى إمام الحرمين مثل ذلك عن أئمة مذهبه، ويجوز أن يعلم بالألف أيضاً؛ لأنه روي عن أحمد روايتان في المسألة كالقولين، وقوله: فقولان مرتبان في الصورة الثانية يشير إلى أن فيها طريقين<sup>(٢)</sup> كما رويناها.

وقوله: (وأولى بالوجوب) يجوز أن يعلم لفظ «الوجوب» بالميم والألف؛ إشارة إلى مذهبهما، والحكم عندهما واحد في الصورتين.

وقوله: «ومثار التردد...» إلى آخره، شرحه أن خطاب الشارع قسمان:

أحدهما: خطاب التكليف بالأمر، أو النهي، والنسيان يؤثر في هذا القسم ألا ترى أن الناسي لا يأثم بترك المأمور، ولا بفعل المنهي، لأنه لم يبق مكلفاً عند النسيان، بل ألتحق بالمجنون وبسائر من لا يخاطب.

(١) أخرجه أبو داود (٦٥٠) وابن خزيمة (٧٨٦، ١٠١٧) وابن حبان (٢١٧٦). والحاكم (١/٢٦٠)، وقال صحيح على شرط مسلم.

(٢) في «ب» طريقة.

والقسم الثاني: خطاب الأخبار<sup>(١)</sup> وهو ربط الأحكام بالأسباب، وجعل الشيء شرطاً من هذا القبيل، فإن معناه أن يقول: إذا لم يوجب كذا في كذا فهو غير معتد به، والنسيان لا يؤثر في هذا القسم، ولهذا يجب الضمان على من أتلف مال الغير ناسياً، لأنه مأخوذ من قوله: (من أتلف ضمن) وأختلاف القولين مستند إلى أن استصحاب النجاسة من قبيل المناهي في الصلاة، حتى إذا كان ناسياً يعذر، ولا يعد مقصراً مخالفاً، أو الطهارة عنها من قبيل الشروط، فلا يؤثر الجهل والنسيان كما في طهارة الحدث، وقد ورد في الباب ألفاظ ناهية، نحو قوله ﷺ: «تَنَزَّهُوا مِنَ الْبَوْلِ»<sup>(٢)</sup>.

وقوله تعالى: ﴿وَالرُّجْزَ فَاهْجُزْ﴾<sup>(٣)</sup>.

وألفاظ شارطة نحو ما روي أنه ﷺ قال: «تُعَادُ الصَّلَاةَ مِنْ قَدْرِ الدَّزْهِمِ مِنَ الدَّمِّ»<sup>(٤)</sup> فهذا بيان ما ذكره.

وأعلم أن هذا الكلام يوجب أن يكون قوله من قبيل الشرط.

الثاني: طهارة الحدث بناء على قوله الجديد، وأن يكون القوم القديم منازعاً فيه، ثم لك أن تقول: إنه عد ترك الكلام من الشروط، ومعلوم أن الكلام ناسياً لا يضر بلا خلاف بيننا، فإن كانت الشروط لا تتأثر بالنسيان فمن الواجب أن لا يعده شرطاً، وحيث أدرجه في الشروط، فكأنه أراد بالشروط عند عد الأشياء الستة ما لا بد منه في الصلاة عند العلم، وأراد بالشروط في قوله هاهنا: ومن قبيل الشروط ما لا بد منه مطلقاً، وما لا بد منه عند العلم قد يكون بحيث لا بد منه على الإطلاق، وقد لا يكون كذلك، ثم بتقدير أن يكون استصحاب النجاسة من المناهي في الصلاة، فلم تبطل الصلاة إذا استصحابها عالمياً، أيلزم ذلك من نفس النهي أم يؤخذ من دليل زائد؟ فيه كلام أصولي لا أطول منها بذكره.

خاتمة لهذا الشرط: قوله في أول القسم الثاني: (أما مظان الأعذار فخمس) يشعر بأنحصارها في الخمس المذكورة، لكن للعذر مظاناً آخر.

(١) انظر الكلام على ما يتعلق بالحكم الوضعي في المستصفي (١/٩٣)، والغيث الهامع في شرح جمع الجوامع (١/٤٣)، وروضة الناظر ص (٣٠)، ومسلم الوصول (٣٣)، وشرح الكوكب المنير (١/٤٣٤).

(٢) تقدم. (٣) سورة المدثر، الآية ٥.

(٤) أخرجه الدارقطني والبيهقي من رواية أبي هريرة وضعفاه، قال البخاري: باطل، وقال ابن حبان: موضوع أشك فيه، اخترعه أهل الكوفة في الإسلام، انظر خلاصة البدر (١/١٥٢)، التلخيص (١/٢٧٨).

منها: النجاسة التي تستصحابها المستحاضة، وسلس البول في صلاته.

ومنها ما إذا كان على جرحه دمٌ كثير يخاف من إزالته.

ومنها: تلطخ سلاحه بالدم في صلاة شدة الخوف.

ومنها الشُّغْرُ الذي يتنف ولا يخلو عنه ثوبه وبدنه، وحكمه حكم دم البراغيث.

ومنها القدر الذي لا يدركه الطرف من البول، والخمر، وغير الدم من النجاسات، ففيه خلاف ذكرناه في الطهارة.

وقال أبو حنيفة: النجاسة قسمان: مُعَلِّطَةٌ، ومخففة [فالمغلظة]<sup>(١)</sup> كالخمر، وللعذرة، وبول ما لا يؤكل لحمه، فيعفى عنها في الثوب والبدن والمكان بقدر الدرهم البلغي<sup>(٢)</sup> فما دونه، فإن زاد لم يجز، والمخففة كبول ما يؤكل لحمه، فتجوز الصلاة معه ما لم يتفاحش، وهو أن لا يبلغ ربع الثوب، ومنهم من قال: التفاحش الشبر في الشبر<sup>(٣)</sup>.

قال الغزالي: الشُّرْطُ الثَّالِثُ: سَتْرُ الْعَوْرَةِ، وَهُوَ وَاجِبٌ فِي غَيْرِ الصَّلَاةِ، وَفِي وُجُوبِهِ فِي الْخَلْوَةِ تَرَدُّدٌ، وَالْمُصَلِّي فِي خَلْوَةٍ يَلْزَمُهُ السُّتْرُ فِي الصَّلَاةِ.

### القول في ستر العورة:

قال الرافعي: وجوب ستر العورة عند القدرة لا يختص بحالة الصلاة، بل يجب في غير حالة الصلاة أيضاً، لما روي أنه ﷺ قال: «لَا تَكْشِفْ فَنَحْكَ، وَلَا تَنْظُرْ إِلَى فَنَحْذِ حَيٍّ، وَلَا مَيِّتٍ»<sup>(٤)</sup>.

وروي: «لَا تُبْرِزْ فَنَحْكَ».

وهذا إذا كان معه غيره، فأما إذا كان في الخلوة فوجهان:

أحدهما، وبه قال الشيخ أبو محمد: لا يجب إذ ليس ثم من ينظر إليه، وروي هذا عن أبي حنيفة، وأحمد.

وأصحهما، وبه قال الشيخ أبو علي: يجب لظاهر الخبر، وللتستر عن الجن والملائكة، وأيضاً فإن الله تعالى أحق أن يُسْتَحَى منه.

(١) في «ب» فالمغلظة.

(٢) الدرهم البلغي بنسبة إلى ملك يقال له رأس البغل، انظر المصباح المنير (١/٢٦٢).

(٣) في «ب» شبر في شبر.

(٤) أخرجه أبو داود (٣١٤٠، ٤٠١٥) وابن ماجه (١٤٦٠)، والحاكم (٤/١٨٠ - ١٨١)، والبيهقي

(٢/٢٢٨) وفيه نكارة، انظر خلاصة البدر المنير (١/١٥٢).

وأما في حالة الصلاة فهو شرط للصحة، فلو تركه مع القدرة بطلت صلاته، سواء كان في خلوة، أو معه غيره<sup>(١)</sup> خلافاً لمالك، حيث قال: إنه ليس بشرط؛ لكنه واجب في الصلاة وغيرها، وروى بعضهم عن مذهبه أن الستر شرط عند الذكر، ولا يشترط حالة النسيان.

لنا قوله تعالى: ﴿خُذُوا زِينَتَكُمْ عِنْدَ كُلِّ مَسْجِدٍ﴾<sup>(٢)</sup>.

عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أنه قال: يعني الثياب عند الصلاة.

وروي أنه عليه السلام قال: «لَا يَقْبَلُ اللَّهُ صَلَاةَ حَائِضٍ إِلَّا بِخِمَارٍ»<sup>(٣)</sup>.

والمراد بالحائض البالغة<sup>(٤)</sup>، فلك أن تعلم قوله: (الشرط الثالث ستر العورة)

بالميم لما حكينا عن مذهب مالك.

وقوله: (يلزمه الستر في الخلوة) إن كان المراد منه الاشتراط، فكذلك ينبغي أن

يعلم بالميم، وإن كان المراد منه الوجوب فلا يجوز أن يعلم قوله: (ستر العورة) بألحاء، والألف أيضاً؛ لأنه يشير إلى أن ستر الكل شرط، فإنه لو كان البعض مكشوفاً

صح أن يقال: ما ستر عورته، ستر بعضها.

وعند أبي حنيفة: لو ظهر من العورة الْمُعَلَّظَةُ قدر درهم بطلت صلاته، ولا بأس

بظهور ما دونه، ولو ظهر من العورة المخففة قدر ريع عضو بطلت الصلاة، ولا بأس

بظهور ما دونه.

قال: والمغلظة السواتان، والمخففة ما سواهما على تفاوته بين الرجل والمرأة كما

سيأتي.

وعند أحمد لو ظهر اليسير من العورة، لم يضر، ولم يقدر كما فعله أبو حنيفة -

رحمه الله -.

قال الغزالي: وَعَوْرَةُ الرَّجُلِ مَا بَيْنَ السُّرَّةِ وَالرُّكْبَةِ، وَعَوْرَةُ الْحُرَّةِ جَمِيعُ بَدْنِهَا إِلَّا الْوَجْهَ

(١) قال النووي: ولو صلى في ستر ثم علم بعد الفراغ، أنه كان فيها خرق تبين منه العورة، وجبت

إعادة الصلاة على المذهب، سواء كان علمها، ثم نسيها، أم لم يكن علمها، وهو شبيه بمن علم

النجاسة بعد الفراغ. ولو احتمل حدوث الخرق بعد السلام فلا إعادة قطعاً، ويجوز كشف العورة في الخلوة في غير صلاة للحاجة. الروضة (١/٣٨٨).

(٢) سورة الأعراف، الآية ٣١.

(٣) أخرجه أبو داود (٦٤١)، والترمذي (٣٧٧)، وابن ماجه (٦٥٥)، وابن حبان (١٧٠٣)، والبيهقي

(٢/٢٣٣)، وأحمد (٦/١٥٠، ٢١٨، ٢٥٩).

(٤) انظر خلاصة البدر المنير (١/١٥٢).



وَالْيَدَيْنِ إِلَى الْكُوعَيْنِ، وَظُهُورُ الْقَدَمَيْنِ عَوْرَةً فِي الصَّلَاةِ، وَفِي أَخْمَصِهَا وَجْهَانِ، وَأَمَّا الْأُمَّةُ فَمَا يَبْدُو مِنْهَا فِي حَالِ الْمَهْنَةِ لَيْسَ بِعَوْرَةٍ، وَمَا بَيْنَهُ إِلَى مَحَلِّ عَوْرَةِ الرَّجُلِ فِيهِ وَجْهَانِ:

قال الرافعي: ترجمة هذا الشرط الثالث إنما هي ستر العورة، فيجب بيان العورة، وبيان كيفية السُّتْرِ، وأنه بم يحصل؟ وهذا الفصل لبيان حد العورة، وهي من الرجل حراً كان أو عبداً: ما بين السُّرَّةِ والرُّكْبَةِ، وليست السرة من العورة ولا الركبة على ظاهر المذهب؛ لما روي عن أبي أيوب الأنصاري - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «مَا فَوْقَ الرُّكْبَةِ وَدُونَ السُّرَّةِ عَوْرَةٌ»<sup>(١)</sup>.

وروي أنه قال: «عَوْرَةُ الرَّجُلِ مَا بَيْنَ سُرَّتِهِ وَرُكْبَتِهِ»<sup>(٢)</sup>.

وليكن قوله: (ما بين السرة والركبة) معلماً بالحاء؛ لأن عند أبي حنيفة الركبة غير خارجة عن حد العورة، وإن كانت السرة خارجة، وبالميم؛ لأن عن مالك الفخذ ليس بعورة، وبالواو لأمر ثلاثة:

أحدها: أنهم حكوا وجهاً عن بعض الأصحاب أنهما جميعاً من العورة.

والثاني: أن أبا عبد الله الحناطي حكى عن الإصطخري أن عورة الرجل هي القبل والدبر فقط.

والثالث: أن أبا عاصم العبادي حكى عن بعضهم أن الركبة من العورة دون السرة، وليكن معلماً بالألف أيضاً؛ لأن عن أحمد رواية أن عورة الرجل القبل والدبر لا غير، وعنه رواية أخرى مثل مذهبنا، وهي أظهر عندهم، وأيضاً فإن المراد من العورة هاهنا ما يجب ستره في الصلاة، وعنده يجب ستر المنكب في الصلاة المفروضة، وهو خارج عما بين السرة والركبة.

أما المرأة فإن كانت حرة فجميع بدنها عورة، إلا الوجه واليدين<sup>(٣)</sup> لقوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾<sup>(٤)</sup>.

(١) أخرجه الدارقطني في السنن (٢٣١/١)، وضعفه البيهقي، وانظر التلخيص (٢٧٩/١).

(٢) أخرجه الحارث بن أبي أسامة بهذا اللفظ إلا أنه قال: (المؤمن) بدل الرجل من رواية أبي سعيد الخدري بإسناد ضعيف، وانظر التلخيص (٢٧٩/١)، وخلاصة البدر (١٥٣/١).

(٣) أي في الصلاة، أما عورتها خارج الصلاة بالنسبة لنظر الأجنبي إليها فهي جميع بدنها حتى الوجه والكفين، ولو عند أمن الفتنة وهذه معروفة عند أهل العلم بمسألة نقاب المرأة، والأمر فيها دائرة بين الوجوب والاستحباب ولم أجد من استحدث حكماً ثالثاً إلا من كان من قلبه هوى متبعاً ودنيا مؤثرة وإعجاباً برأيه.

(٤) سورة النور، الآية ٣١.

قال المفسرون: هو الوجه والكفان، وليس المراد الراحة وحدها، بل اليدين ظهراً وبطناً إلى الكوعين خارجتان عن حد العورة، ولا يكاد يفرض ظهور باطن اليدين دون ظاهرهما، ولا يستثنى ظهور قدميها خلافاً لأبي حنيفة، حيث قال: ليست القدمان من العورة، وبه قال المزني.

لنا ما روي أنه ﷺ: «سُئِلَ عَنِ الْمَرَأَةِ تُصَلِّي فِي دِرْعٍ وَخِمَارٍ مِنْ غَيْرِ إِزَارٍ فَقَالَ: لَا بَأْسَ إِذَا كَانَ الدَّرْعُ سَابِغاً يُعْطَى ظُهُورَ قَدَمَيْهَا»<sup>(١)</sup>.

وهل يستثنى أخمصا القدمين؟ حكى صاحب الكتاب وطائفة فيه وجهين، وجعلهما<sup>(٢)</sup> آخرون قولين، منهم القفال.

أحدهما: أنهما ليستا من العورة، لأن النبي ﷺ خص ظهور القدمين بالذكر، فأشعر ذلك بأن تغطية باطن القدمين لا تجب.

وأصحهما: أنها من العورة تسوية بين ظاهرهما وباطنهما، كما يسوى بين ظاهر اليدين وباطنهما في الخروج عن حد العورة، ولك أن تعلم قوله: (واليدين) بالألف لأن أصحابنا حكوا عن أحمد أنه لا يستثنى إلا الوجه، ويدها عورة.

وقوله: (وظهر القدمين عورة في الصلاة) كالمستغنى عنه، ولو أقتصرت على قوله: (إلا الوجه واليدين، وفي أخمصي قدميها وجهان) لحصل الغرض، لأنه إذا لم يستثن إلا الوجه واليدين بقي ظهر القدمين داخلًا في المستثنى منه، وإذا ذكره فاليعلم بالأحباء وألزاي لما قدمناه.

وقوله: (عورة في الصلاة) أشار به إلى أن العورة قد تطلق لمعنى آخر، وهو ما يحرم [النظر إليه، وكلامنا الآن فيما يجب ستره]<sup>(٣)</sup> في الصلاة، فأما ما يجوز النظر إليه، وما لا يجوز فيذكر في أول كتاب النكاح، هذا ما قصده، لكن هذه الإشارة لا اختصاص لها بظهر القدم، فلو تعرض لها في أول ما ذكر العورة لكان أحسن.

وأما الأمة فقد جعل بدنها على ثلاث مراتب:

أحدها: ما هو عورة من الرجل فلا شك في كونه عورة منها.

والثانية: ما يبدو وينكشف في حال المهنة، فليس بعورة منها، وهو الرأس والرقبة والساعد وطرف الساق، لأنها تحتاج إلى كشفه، ويعسر عليها ستره.

(١) أخرجه أبو داود (٦٤٠)، والحاكم (٢٥٠/١)، وقال صحيح على شرط البخاري، ورواه مالك موقوفاً عليها، وادعى عبد الحق أنه الصحيح، وفي ذلك نظر، انظر خلاصة البدر (١٥٣/١).

(٢) سقط في «ب».

(٣) في «ب» جعلها.

وفيه وجه أن جميع ذلك عورة كما في حق الحرة، سوى الرأس، لأنَّ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ رَأَى أُمَّةً سَتَرَتْ رَأْسَهَا فَمَنَعَهَا عَنْ ذَلِكَ، وَقَالَ: أَتَشَبَّهِينَ بِالْحَرَائِرِ؟! فليكن قوله: (مما يبدو منها في حالة المهنة) معلماً بالواو لهذا الوجه.

والثالثة: ما عدهما كالصدر والظهر، وفيه وجهان:

أحدهما: إنه عورة كما في حق الحرة، وإنما أحتملنا الكشف فيما يظهر عند المهنة، لأن الحاجة تدعو إليه.

وأصحهما: أنه ليس بعورة، لما روي أنه ﷺ قال في الرجل يشتري الأمة. «لَا بَأْسَ أَنْ يَنْظُرَ إِلَيْهَا إِلَّا إِلَى الْعَوْرَةِ، وَعَوْرَتُهَا بَيْنَ مَعْقِدِ إِزَارِهَا إِلَى رُكْبَتَيْهَا»<sup>(١)</sup>.

وحكم المكاتب والمديرة والمستولدة ومن بعضها رقيق حكم الأمة، وحكم الخنثى المشكل إن كان رقيقاً، وقلنا بظاهر المذهب وهو أن عورة الأمة كعورة الرجل، فلا يلزمه أن يستر في صلاته إلا ما بين السرة والركبة، وإن كان حراً أو رقيقاً وقلنا: إن عورة الأمة أكثر من عورة الرجل، وجب عليه ستر الزيادة على عورة الرجل أيضاً؛ لجواز الأنوثة، فلو خالف ولم يستر إلا ما بين السرة والركبة، فهل تجزئه صلاته؟ فيه وجهان نقلهما في «البيان»:

أحدهما: نعم، لأن كون الزيادة عورة مشكوك فيه.

والثاني: لا؛ لاشتغال ذمته بفرض الصلاة، والشك في براءتها<sup>(٢)</sup>.

قال الغزالي: وَأَمَّا السَّاتِرُ فَكُلُّ مَا يَحُولُ بَيْنَ النَّاطِرِ وَبَيْنَ الْبَشْرَةِ، فَلَا يَكْفِي الثُّوبُ السَّخِيفُ وَلَا الْمَاءُ الصَّافِي، وَيَكْفِي الْمَاءَ الْكَدِرَ وَالطَّيْنَ، وَفِي وُجُوبِ التَّطْيِينِ عِنْدَ فَقْدِ الثُّوبِ وَجِهَانٍ، وَإِذَا كَانَ الْقَمِيصُ مُتَّسِعًا لِذَيْلِ فَلَا بَأْسَ، وَإِنْ كَانَ مُتَّسِعًا الْأَرْزَارِ لَمْ يَجْزُ إِلَّا إِذَا كَانَتْ كَثَافَةً لِحَيْبِهِ تَمْنَعُ مِنَ الرُّؤْيَةِ عِنْدَ الرُّكُوعِ فَيَجُوزُ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَكَذَا لَوْ سَتَرَ بِالْيَدِ بَعْضَ عَوْرَتِهِ.

قال الرافعي: في الفصل مسألتان:

إحدهما: في صفة الساتر، ويجب أن يستر عورته بما يحول بين الناظر ولون

(١) أخرجه البيهقي (٢/٢٢٧) من رواية ابن عباس، وقال إسناده لا تقوم بمثله الحجة، ومن رواية محمد بن كعب، وقال: تفرد بمحفض بن عمر قاض حلب وهو ضعيف، وقال ابن حبان لا يحل الاحتجاج به، انظر خلاصة البدر المنير (١/١٥٣).

(٢) قال النووي: لا تصح لأن الستر شرط وشككتنا في حصوله الروضة (١/٣٨٩).

البشرة، فلا يكفي الثوب الرقيق الذي يشاهد من ورائه سواد البشرة وبياضها، وكذا الغليظ المهلهل النسج الذي تظهر بعض العورة من فُرْجِهِ، فإن مقصود السُّتْرِ لا يحصل بذلك، أما لو<sup>(١)</sup> ستر اللون ووصف حجم الأعضاء فلا بأس كما لو لبس سروالاً ضيقاً، أو ثوباً صفيقاً، ووقف في الشمس، وكان حجم أعضائه يبدو من ورائه، ولو وقف في ماءٍ صافٍ لم تصح صلاته، لأنه لا يحول بين الناظر وبين لون البشرة إلا إذا غلبت الخضرة لتراكم الماء، فإن خاض فيه إلى عنقه ومنعت الخضرة من رؤية لون البشرة فحينئذ يجوز، وقوله: (ولا الماء الصافي) المراد منه غير هذه الحالة وإن كان اللفظ مطلقاً.

ولو وقف في ماء كدر وصلّى، فهل يجزئه؟ فيه وجهان:

أصحهما: وهو المذكور في الكتاب، أنه يجزئه؛ لأنه يمنع مشاهدة اللون، فأشبهه ورق الشَّجَرِ، والجلد، وغيرها.

والثاني: لا يجزئه؛ لأنه لا يعد ساتراً، حكى هذا عن «الحاوي»<sup>(٢)</sup> ونقله أبو أَحْسَنِ الْعَبَّادِيّ عن القفال أيضاً، وإنما تفرض الصلاة في الماء إذا قدر على الركوع والسجود [على الأرض، أو كان في صلاة الجنابة حتى لا يحتاج إلى الركوع، والسجود]<sup>(٣)</sup> ولو طين عورته وأستر اللون أجزأه، وإن قدر على الستر بالثياب لحصول مقصود الستر هذا هو المشهور، وذكر إمام الحرمين أنه متفق عليه بين الأصحاب، لكن صاحب «العدة» قال فيه وجه آخر: أنه لا يجوز؛ لأنه إذا جف تشقق فلا يحصل به السُّتْر، وهذا قريب من [الوجه]<sup>(٤)</sup> المحكى في الماء الكدر، فإن السُّتْرَ بهما مما لا يعتاد بحال، فليكن كل واحد من اللفظين (الماء الكدر والطين) معلماً بالواو.

وإذا فرعنا على الظاهر فلو لم يجد ثوباً ونحوه وأمكته التطين، فهل يجب عليه ذلك؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، وبه قال أبو إسحاق لما فيه من المشقة والتلويث.

وأصحهما: نعم؛ لحصول السُّتْرِ، وإذا طين فإن كان الطين ثخيناً، وأمکن الاحتراز عن مس الفرج بشخه فذاك، وإن كان رقيقاً فيلف خرقة على اليد إن وجدها، وله أن يستعين فيه بغيره، وكل هذا إذا عجز عن تقديم التطين على الوضوء.

(٢) للإمام الماوردي ونحن بصدد تحقيقه.

(١) سقط في «ب».

(٤) في «ب» المعنى.

(٣) سقط في «ب».

## القول في صفة الستر:

المسألة الثانية: في كيفية الستر، قال الأصحاب: الستر يرعى من الجوانب، ومن فوق ولا يرعى من أسفل الإزار والذيل، حتى لو صلى في قميص متسع الذيل جاز، وإن كان على طرف سطح يرى عورته من نظر من الأسفل؛ [لأن الستر إنما يلزم من الجهة التي جرت العادة بالنظر منها، والعادة لم تجر بالنظر من أسفل]<sup>(١)</sup> وتوقف إمام الحرمين، وصاحب «المعتمد» في صورة الواقف على طرف السطح؛ [لأن الستر من الأسفل إنما لا يراعى إذا كان على وجه الأرض، فإن التطلع من تحت الإزار لا يمكن إلا بحيلة وتعب، أما إذا كان على طرف السطح]<sup>(٢)</sup> [فالأعين]<sup>(٣)</sup> تبتدر إدراك السوءة، فليمتنع ذلك، ولو صلى في قميص واسع الجيب ترى عورته من الأعلى في حال من أحوال الصلاة إما في الركوع والسجود، أو غيرهما، لم تصح الصلاة لما زوي عن سلمة بن الأكوع قال: «قلت يا رسول الله إني رجل أصيد أفأصلي في القميص الواحد؟ قال: «نَعَمْ، وَأَزْرَهُ وَلَوْ بِشَوْكَةٍ»<sup>(٤)</sup>.

وطريقه عند سعة الجيب أن يزره كما أرشد إليه النبي ﷺ أو يشد وسطه بخيط، أو يشتد موضع الجيب بشيء يلقيه على عاتقه، أو ما أشبه ذلك، وكذا لو لم يكن واسع الجيب، لكن كان على صدر القميص، أو ظهره خرق تبدو منها العورة، فلا بد من شيء مما ذكرناه، ولو كان القميص بحيث يرى من سعة جيبه شيئاً من العورة عند الركوع والسجود لكن منع منها لحيته، أو شعر رأسه، ففيه وجهان:

أحدهما: لا تجزئه صلاته؛ لأن الساتر لا بد وأن يكون غير المستتر، فلا يجوز أن يكون بعضه لباساً له، وهذا ما ذكره القاضي ابن كنج، والرويانى.

وأصحهما: أنه يجوز لحصول مقصود الستر كما لو ستره بمنديل، وكما لو كان على إزاره ثقبه فجمع عليها الثوب بيده، ولو ستر باليد الثقبه ففيه الوجهان، ولا يخفى أن الكلام فيما إذا لم تمس السوءة، ولو كان القميص بحيث تظهر منه العورة عند الركوع، ولا مانع وكان لا يظهر شيء منها في القيام فهل تنعقد صلاته ثم إذا أحنى بطل، أو لا تنعقد أصلاً؟ قال إمام الحرمين: فيه هذان الوجهان؛ لأن سبب عدم التكشف التصاق صدره في القيام بموضع إزاره.

وتظهر فائدة الخلاف فيما لو أقتدى به غيره قبل الركوع، وفيما لو ألقى ثوباً على

(١) سقط في «ب».

(٢) في «ب» فالعين.

(٣) أخرجه الشافعي (١٧٠)، وأبو داود (٦٣٢)، والنسائي (٧٠/٢)، وأحمد (٤٩/٤، ٥٤)، وابن خزيمة (٧٧٧) (٧٧٨)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٣٨٠/١)، والطبراني في الكبير (٦٢٧٩)، والحاكم (٢٥٠/١)، وأخرجه البخاري معلقاً، انظر تعليق التعليق (٧/٢).

عائقه قبله، ويتبين بما ذكرناه أن قوله: (إلا إذا كانت كثافة لحيته مانعة من الرؤية) ليس لحصر الاستثناء في هذه الصورة، بل لو صلى في قميص متسع الجيب وشد وسطه، أو أتى بطريق آخر يمنع الرؤية كما سبق جاز [وقوله]<sup>(١)</sup> (وكذا لو ستر باليد بعض عورته) في جريان الوجهين، والأصح منهما.

وأعلم: أنه يشترط في الستر أن يكون الساتر شيئاً يشتمل المستور عليه إما باللبس كالثوب والجلد، أو بغير اللبس كما في سورة التطيين، فأما الفسطاق الضيق ونحوه فلا عبرة به؛ لأنه لا يعد مشتملاً عليه، وإنما يقال: هو داخل فيه.

ولو وقف في جب وصلى على جنازة، فإن كان واسع الرأس تظهر منه العورة لم يجز، وإن كان ضيق الرأس فقد قال في «التتمة»: يجوز ذلك، ومنهم من قال: لا يجوز؛ لأنه لا يعد ذلك سترًا<sup>(٢)</sup>.

قال الغزالي: وَلَوْ وَجَدَ حِرْقَةً لَا تَكْفِي إِلَّا لِإِخْدَى سَوْءَتَيْهِ لَمْ يَسْتَرْ بِهَا الْفَخْدَ، وَيُخَيَّرُ بَيْنَ السَّوْءَتَيْنِ عَلَى أَعْدَلِ الْوُجُوهِ إِذْ لَا تَرْجِيحَ، وَلَوْ عُنِقَتِ الْأُمَّةُ فِي أَثْنَاءِ الصَّلَاةِ تَسْتَرَتْ وَأَسْتَمَرَّتْ فَلَوْ كَانَ الْخِمَارُ بَعِيداً فَعَلَى قَوْلِي سَبَقَ الْحَدِيثُ.

قال الرافعي: في الفصل مسألتان نذكرهما، وما يليق بهما في قاعدتين:

أحدهما: إذا لم يجد المصلي ما يستر به العورة صلى عارياً، والقول في إنه كيف يصلي؟ وإذا صلى هل يقضي؟ قد سبق في آخر كتاب التيمم، ولو حضر جمع من العراة؛ فلهم أن يصلوا جماعة، وينبغي<sup>(٣)</sup> أن يقف إمامهم وسطهم كالنساء إذا عقدن الجماعة، وهل يسن لهم إقامة الجماعة أم الأولى أن ينفردوا؟ فيه قولان: «القديم» أن الانفراد أولى<sup>(٤)</sup>، ويحكي عن ابن حنيفة، ولو كان فيهم لأبسن فليؤمهم، وليقفوا صفاً واحداً خلفه فإن خالفوا فأم عارٍ وأقتدى به اللابس جاز خلافاً لأبي حنيفة، حيث قال: لا يجوز اقتداء اللابس بالعاري، ولو اجتمع رجال ونساء فلا يصلون معاً، لا في صف واحد ولا في صفين، بل يصلي الرجال أولاً، والنساء جالسات خلفهم مستدبرات

(١) سقط في ط.

(٢) قال النووي: الأصح الجواز، ولو حفر في الأرض حفرة، ووقعت فيها لصلاة الجنازة إن رد التراب بحيث ستر العورة جاز، وإلا فليجب، ولو ستر بزجاج يرى منه لون البشرة لم يصح. الروضة (١/٣٩١).

(٣) في «ب» ويجب.

(٤) الجديد الجماعة أفضل وقال النووي: هكذا حكى جماعة عن الجديد، والمختار ما حكاه المحققون عن الجديد، أن الجماعة والانفراد ساء، وصورة المسألة إذا كانوا بحيث يتأتى نظر بعضهم إلى بعض، فلو كانوا عيباً أو في ظلمة، استحبت لهم الجماعة بلا خلاف. الروضة (١/٣٩١).

للقبلة، ثم يصلي الرجال والنساء جالسون خلفهن، كذلك ولو وجد المصلي ما يستر به بعض العورة، فعليه أن يستر به القدر الممكن بلا خلاف، لا كمن يجد من الماء ما لا يكفيه لطهارته، فإن فيه خلافاً قدمناه؛ لأن للماء بدلاً ينتقل إليه، والستر بخلافه، ثم إن كان ما وجده يكفي للسوءتين بدأ بهما، ولو كان لا يكفي إلا إحداهما لم يعدل إلى ستر غيرهما كالفخذ؛ لأن ما سوى السوءتين كالتابع والحريم لهما، فسترهما أهم وأولى، وفيهما ثلاثة أوجه:

**أصحها:** عند جمهور الأصحاب، وحكوه عن نص الشافعي - رضي الله عنه - أنه يستر القبل رجلاً: كان أو امرأة؛ لأنه لا حائل دون القبل، ودون الدبر حائل وهو الألتان.

**والثاني:** أنه يستر الدبر؛ لأنه أفحش عند الركوع والسجود.

**والثالث:** أنه يتخير لتعارض هذين المعنيين، حكى هذا الوجه القاضي أبن كج وغيره، وهو أرجح عند المصنف، وأعدل لتقابل الأمرين وأنتفاء الترجيح، لكن من صار إلى الوجه الأول ذكر شيء آخر وهو أنه يستقبل بالقبل القبلة، فيكون ستره أهم تعظيماً لها، وهذا كله في واضح الذكورة والأنوثة.

أما الخنثى المشكل إن وجد ما يستر به قبله ودبره قدم سترهما، فإن لم يف الموجد بهما وفرعنا على أنه يقدم القبل فيستر قبليه، فإن كان لا يكفي إلا لأحدهما سترَ أيهما شاء، والأولى أن يستر آلة الرجال إن كان ثم امرأة، وآلة النساء إن كان ثم رجل، ثم ما ذكرناه من تقديم السوءتين أو أحدهما على الفخذ وغيره، ومن تقديم إحدى السوءتين على الأخرى على الخلاف الذي فيه كلام في الاستحقاق، أو في الأولوية والاستحباب.

قال إمام الحرمين: لا يمتنع أن يقال: الكلام في الأولوية، وله ستر ما شاء؛ لأن الفخذ وما دون السرة من العورة، ولا فرق عندنا بين السوءة وغيرها في وجوب الستر. وأبو حنيفة - رحمه الله - هو الذي يفصل ويقسم العورة إلى مُعَلِّطَة ومُخَفَّفَة.

قال: وفي كلام الأصحاب ما يدل على أنه في التحتم نظر إلى عرف الناس، فإن من ستر فخذ وترك السوءة بادية يعد منكشفاً.

وأعلم: أن الأول من هذين الاحتمالين هو الذي أورده طائفة منهم القاضي والرويانى، وردوا<sup>(١)</sup> الكلام إلى الأولوية صريحاً.

**والثاني:** قضية كلام الأكثرين وهو الأولى.

(١) في «ب» وردا.

وقوله في الكتاب: (لم يستر بها الفخذ) إن كان المراد منه أحد الاحتمالين، فليعلم بالواو لمكان الثاني، وإن كان المراد المشترك بينهما وهو الظاهر فذاك.

الثانية: لو كانت الأمة: تصلي مكشوفة الرأس فعتقت في خلال الصلاة، نظر إن لم تقدر على السترة مضت في صلاتها كالعاجز يأتي بجميع الصلاة في العرى، وإن كانت قادرة على الستر لكنها لم تشعر بقدرتها عليه، أو لم تشعر بالعتق حتى فرغت من الصلاة، ففي وجوب القضاء عليها القولان المذكوران فيما إذا صلى جاهلاً بنجاسة ثوبه، ومنهم من قطع بالوجوب هاهنا، لأنها كانت متمكنة من الستر قبل الشروع في الصلاة، وإن شعرت بهما فإن كان الخمار قريباً منها فطرحته على رأسها، أو طرحه غيرها عليها مضت في صلاتها، وكان ذلك بمثابة ما لو كشف الريح عورته فرد الثوب في الحال، وإن كان بعيداً، أو احتاجت<sup>(١)</sup> في التستر إلى أفعال كثيرة، ومضى مدة في التكشف فيه القولان المذكوران في سبق الحدث، فإن فرغنا على القديم فلها أن تسعى في طلب الساتر، كما يسعى في طلب الماء، وإن وقفت حتى أتيت به نظر، إن وصل إليها في المدة التي كانت تصل إليه لو سعت فلا بأس، وإن زادت المدة فوجهان:

أحدهما: يجوز ذلك، لما فيه من ترك المشي والأفعال.

وأظهرهما: لا يجوز وتبطل صلاتها لزيادة المدة، وكثرة الأفعال لا بأس بها على القول الذي يفرع عليه، وينبغي أن يطرد هذا التفصيل، والخلاف في طلب الماء عند سبق الحدث، وإن لم تذكره ثم هو لو شرع العاري في الصلاة ثم وجد السترة في أثنائها، فحكمه على ما ذكرناه في الأمة تعتق وهي واجدة السترة<sup>(٢)</sup>.

وتختم الكلام في هذا الشرط بفروع مهمة:

منها: أنه ليس للعاري أخذ الثوب من مالكه قهراً<sup>(٣)</sup> ولو وهبه منه لم يلزمه قبوله<sup>(٤)</sup>، وحكي فيه وجهان آخران:

(١) في «ب» فاحتاجت.

(٢) قال النووي: إذا كانت السترة قريبة؛ إلا أنه لا يمكن تناولها إلا باستدبار القبلة، بطلت صلاتها، إذا لم يناولها غيرها قاله في الشامل، ولو قال لأتمته: إن صليت صلاة صحيحة فأنت حرة قبلها فصلت كاشفة الرأس عاجزة، صحت وعتقت أو قادرة، صحت ولا عتق للدور.

(٣) قال الأذرعى: أي لحاجة الستر فقط، أما لضرورة دفع الحر والبرد. فيجوز كالمضطر وحينئذ يصلي فيه. قال: وقد يستثنى من إطلاقه ما لو كان المالك يلزمه كسوة العاري شرعاً لأبوة أو بنوة وكان ذلك من نوع ما يجب له صاحبه غني به.

(٤) قال الأذرعى: الظاهر أن العاري لو خشي الهلاك من حر وبرد لزمه قبول الهبة قطعاً ولو لم يفعل وصلى عارياً لزمه الإعادة من هذه الصورة.



أحدهما: أنه يلزمه القبول والصلاة فيه، ثم له الرد.

والثاني: عليه القبول، وليس له الرد، ولو أعاره منه فعليه القبول، فلو لم يقبل وصلى عُزَيَانًا لم تصح صلاته<sup>(١)</sup>.

ولو باعه أو أجره منه فهو كما لو بيع الماء منه، وقد ذكرناه في «التيمم» وإقراض الثوب كإقراض الثمن.

ولو احتاج إلى شراء الثوب والماء، ولم يقدر على شرائهما يقدم شراء الثوب.

ومنها: لو أوصى بثوبه لأولى الناس به في ذلك الموضع فالمرأة أولى من الرجل والنخشي أولى من الرجل.

ومنها: لو لم يجد إلا ثوباً نجساً، ولم يجد ما يغسله به فقولان:

أحدهما: يصلي فيه تستراً عن أعين الناس كما أنه يجب التستر به خارج الصلاة، وعلى هذا تجب الإعادة.

وأصحهما: أنه يصلي عارياً ولا يلبسه، فإن لم يجد إلا ثوب حرير فأصح الوجهين أنه يصلي فيه؛ لأن لبس الحرير يباح للحاجة<sup>(٢)</sup>.

ومنها: يستحب أن يصلي الرجل في أحسن ما يجده من ثيابه يتعمّم، ويتقمّص ويرتدي، فإن اقتصر على ثوبين فالأفضل قميص ورداء، أو قميص وسراويل؛ فإن اقتصر على واحد فالقميص أولى، ثم الإزار ثم السراويل، وإنما كان الإزار أولى؛ لأنه يتجافى، ثم في الثوب الواحد، إن كان واسعاً التحف به وخالف بين طرفيه، كما يفعل القصار في الماء، وإن كان ضيقاً عقده فوق سرتة، ويجعل على عاتقه شيئاً. ويستحب أن تصلي المرأة في قميص سابغ وخمار وتتخذ جلباباً كثيفاً فوق ثيابها ليتجافى عنها، ولا يبين حجم أعضائها<sup>(٣)</sup>.

(١) قال النووي: ولنا وجه شاذ أنه لا يجب قبول العارية. (الروضة (١/٣٩٣)).

(٢) قال النووي: ويجب لبسه لستر العورة عن الأبصار بلا خلاف، وكذلك يجب لبس الثوب النجس للستر عنها، وفي الخلوة إذا أوجبت الستر فيها. (الروضة (١/٣٩٣)).

(٣) قال النووي: لو لم يجد العاري إلا ثوباً لغيره حرم عليه لبسه، بل يصلي عارياً ولا يعيد، ولو لم يجد سترة ووجد حشيشاً يمكنه عمل سترة منه، لزمه ذلك، ولو كان محبوباً في موضع نجس، ومعه ثوب لا يكفي العورة، وستر النجاسة فقولان:

أظهرهما: يسطه على النجاسة، ويصلي عارياً ولا إعادة.

والثاني: يصلي فيه على النجاسة ويعيد، ولو كان معه ثوب فأتلفه أو خرقة بعد دخول الوقت لغير حاجة، عصى ويصلي عارياً وفي الإعادة الوجهان فيمن أراق الماء في الوقت منها، وصلى =

قال الغزالي: أَلَشَّرَطُ الرَّابِعُ تَرْكُ الْكَلَامِ، وَالْعَمْدُ مِنْهُ مَعَ الْعِلْمِ بِتَخْرِيمِهِ مُبْطِلٌ لِلصَّلَاةِ قَلٌّ أَوْ كَثْرٌ فَتُبْطَلُ الصَّلَاةُ بِالْحَرْفِ الْوَاحِدِ إِنْ كَانَ مُفْهِمًا، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُفْهِمًا فَلَا تُبْطَلُ إِلَّا بِتَوَالِي حَرْفَيْنِ، وَفِي حَرْفٍ بَعْدَهُ مَدَّةٌ تَرَدُّدٌ، وَالتَّنْخِطُ لِغَيْرِ ضَرُورَةٍ مُبْطَلٌ فِي أَصَحِّ الْوُجُوهِ، فَإِنْ تَعَدَّرَتِ الْقِرَاءَةُ إِلَّا بِهِ لَمْ يَضُرَّ، وَإِنْ تَعَدَّرَ الْجَهْرُ فَوَجْهَانِ.

### القول في الكلام في الصلاة

قال الرافعي: عن رسول الله ﷺ قال: «إِنَّ صَلَاتَنَا هَذِهِ لَا يَضْلُحُ فِيهَا شَيْءٌ مِنْ كَلَامِ الْأَدْمِيِّينَ، إِنَّمَا هِيَ التَّنْسِيحُ وَالتَّكْبِيرُ وَتِلَاوَةُ الْقُرْآنِ»<sup>(١)</sup>.  
وروي أن ﷺ قال: «إِنَّ اللَّهَ يُحَدِّثُ مَنْ أَمَرَهُ مَا يَشَاءُ وَإِنْ مِمَّا أَخَذْتَ أَنْ لَا تَتَكَلَّمُوا فِي الصَّلَاةِ»<sup>(٢)</sup>.

للمتكلم في الصلاة حالتان:

إحدهما: أن لا يكون معذوراً فيه.

والثانية: أن يكون معذوراً، وهذا الفصل مسوق لبيان الحالة الأولى فينظر إن نطق بحرف واحد لم تبطل صلاته، إلا إذا كان مفهماً أما أنه لا تبطل إذا لم يكن مفهماً، فلأن أقل ما بنى عليه الكلام حرفان، والحرف الواحد ليس من جنس الكلام، وأما أنه تبطل إذا كان مفهماً فلاشتماله على مقصود الكلام، والإعراض به عن الصلاة، ومثال الحرف الواحد المفهم «ق» و«ش» و«من» و«قي» و«وشي» وما أشبه ذلك، فإنه يفهم وإن كان ينبغي أن يسكت عليها بالأهاء، وإن نطق بحرفين، بطلت صلاته، سواء أفهما أم لا؛ لأن ذلك من جنس الكلام، والكلام ينقسم إلى مفيد وغير مفيد، ولو أتى بحرف ومدة بعده، فهل هما كالحرفين؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنها قد تتفق لإشباع الحركة ولا يعد حرفاً.

= بالتيمم ويكره أن يصلي في ثوب فيه صور، ويكره أن يصلي الرجل ملثماً؛ والمرأة منتقبة، وأن يغطي فاه إلا أن يتشاءب فإن السنة حيثئذ أن يضع يده على فمه، ويكره أن يشتمل الصماء، وأن يشتمل اشتمال اليهود، فالصماء: أن يجلل بدنه بالشوب ثم يرفع طرفيه على عاتقه الأيسر، واشتمال اليهود كذلك إلا أنه لا يرفع طرفيه، وقيل: هما بمعنى، والمراد بهما الثاني. الروضة (٣٩٤، ٣٩٣/١).

(١) أخرجه مسلم (٥٣٧) من رواية معاوية بن الحكم السلمي - رضي الله عنه -.

(٢) أخرجه أبو داود (٩٢٤) من رواية ابن مسعود، وصححه ابن حبان، انظر خلاصة البدر المنير (١/١٥٤).

وأظهرهما: نعم؛ لأن المدة ألف أو ياء أو واو، وهي حروف مخصوصة فضمها إلى الحرف كضم حرف آخر إليه؛ ومال إمام الحرمين إلى رفع هذا الخلاف، بحمل الوجه الأول على ما إذا اتبعه بصوت غفل لا يقع على صورة المدات، والجزم بالمنع إذا أتبعه بحقيقة المد، وفي التنحج ثلاثة أوجه:

أظهرها: أنه إن لم يبين منه حرفان فلا تبطل الصلاة، وإلا فيبطلها، كما لو أتى بحرفين على وجه آخر.

والثاني: أنه لا تبطل، وإن بَانَ منه حرفان؛ لأنه ليس من جنس الكلام، ولا يكاد يتبين منه حرف محقق فأشبه الصوت الغفل، وحكي هذا عن نص الشافعي - رضي الله عنه -

والثالث: ذكره القفال أنه إن كان مطبقاً [فمه]<sup>(١)</sup> لم يضر، وإن كان فاتحاً فمه ننظر حينئذ: هل يبين منه حرفان أم لا؟.

والفرق أنه إن كان مطبقاً شفتيه كان التنحج كقرقرة في التجايف، فإذا فرعنا على الأول وهو الذي قطع به الجمهور، فذلك إذا أتى به قصداً من غير حاجة، فأما إذا كان مغلوباً فلا بأس، ولو تعذرت القراءة إلا به تنحج، وهو معذور، وإن أمكنه القراءة لكن تعذر عليه الجهر لو لم يتنحج ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يعذر به إقامة لشعار الجهر، ولأن التنحج في أثناء القراءة لا يعد منقطعاً عن القراءة، بل يعد من توابعها.

وأظهرهما: أنه ليس بعذر؛ لأن الجهر أدب وسنة، ولا ضرورة إلى احتمال التنحج له، ولو تنحج الإمام وظهر منه حرفان؛ فهل للمأموم أن يدوم على متابعتة؟ فيه وجهان ذكرهما القاضي الحسين:

أحدهما: لا، بل يفارقه؛ لأن الأصل سلامته، وصدور أفعاله عن اختياره.

وأظهرهما: أن له أن يدوم على متابعتة؛ لأن الأصل بقاء العبادة، والظاهر من حالة الاحتراز عن مبطلات الصلاة، فيحمل على كونه مغلوباً، والضحك والبكاء والنفخ والأنين كالتنحج، إن بَانَ منها حرفان بطلت صلاته، وإلا فلا؛ ولا فرق بين أن يكون بكاءه لأمر الدنيا أو الآخرة.

وعند أبي حنيفة إن كان الأنين والبكاء لأمر الجنة والثار لم يضر، وإن كان لمرض ونحوه بطلت صلاته بكل حال.

(١) في أستين وهما بمعنى واحد.

إذا عرفت ذلك فعد إلى ألفاظ الكتاب: وأعلم أن قوله: (والعمد منه مبطل للصلاة) الغرض منه بيان حكم الكلام في غير المعذور لإدارة الحكم على وصف العمدية، فإنه قد يتكلم عامداً ولا تبطل صلاته على ما سيأتي في الأعذار، لكن الوصف المقابل للعمدية وهو النسيان أشهر الأعذار، فكنى بالعامد من غير المعذور.

وقوله: (فتبطل الصلاة بالحرف الواحد...) إلى آخره، إشارة إلى حد القليل، معناه: ما قُلَّ، هو الحرف الواحد، إن كان مفهماً أو حرفان كيفما كانا.

وقوله: (والتنحج لغير ضرورة مبطل في أصح الوجوه) مطلق، والمراد منه ما إذا ظهر منه حرفان، فإن قُلَّتْ: لو لم يظهر إلا حرف واحد لم يقع عليه أسم التنحج، وقد تعرض في الكتاب للتنحج، فلا حاجة إلى التقييد المذكور.

فالجواب أن أنتفاء ظهور الحرفين قد يكون لانحصار<sup>(١)</sup> ما ظهر في الحرف الواحد، وقد يكون لاسترسال سعال، لا يبين منه حرف أصلاً فلا بد من التقييد.

قوله: «لغير ضرورة» كأن المراد بالضرورة الحاجة، وإلا فيدخل في قوله: (والتنحج لغير ضرورة مبطل) ما إذا تعذرت القراءة إلا به؛ لأنه يمكنه الصبر، فلعلها تتيسر على قرب، وحينئذ يكون ما ذكره حكماً بالبطلان في تلك الصورة، ومعلوم أنه ليس كذلك.

قال الغزالي: وَلَا تَبْطُلُ الصَّلَاةُ بِسَبْقِ اللِّسَانِ وَلَا بِكَلَامِ النَّاسِي (ح)، وَلَا بِكَلَامِ الْجَاهِلِ (ح) بِتَخْرِيمِ الكَلَامِ إِنْ كَانَ قَرِيبَ الْعَهْدِ بِالإِسْلَامِ، وَهَلْ تَبْطُلُ بِكَلَامِ الْمُكْرَه؟ فِيهِ قَوْلَانِ، وَمَصْلَحَةُ الصَّلَاةِ لَيْسَتْ عُذْرًا (م) فِي الكَلَامِ.

قال الرافعي: غرض هذا الفصل القول في أعذار الكلام.

فمنها: سباق اللسان إلى الكلام عن غير قصد منه، لا يقدر في الصلاة بحال؛ لأننا سنبين أن الناسي معذور، فهذا أولى؛ لأن الناسي يتكلم قاصداً إليه وإنما غفل عن الصلاة، وهذا غير قاصد إلى الكلام، وكذلك لو غلبه الضحك أو السعال لم يضر وإن بَانَ منه حرفان، ومنها النسيان، فلا تبطل الصلاة بكلام الناسي للصلاة خلافاً لأبي حنيفة حيث قال: كلام الناسي ككلام العاهد، وسلم أبو حنيفة أن كلام الناسي لا يبطلها، وعن أحمد روايتان:

أحدهما: مثل مذهبه، والأشهر مثل مذهبتنا.

(١) في «ب» بانحصار.

لنا ما روي عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: «صَلَّى بِنَا رَسُولِ اللَّهِ ﷺ الْعَصْرَ وَسَلَّمَ فِي رَكَعَتَيْنِ، فَقَامَ ذُو الْيَدَيْنِ فَقَالَ: أَقْصِرَتِ الصَّلَاةُ أَمْ نَسِيتَ، فَقَالَ: كُلُّ ذَلِكَ لَمْ يَكُنْ. [فَقَالَ: قَدْ كَانَ بَعْضُ ذَلِكَ فَأَقْبَلَ عَلَى النَّاسِ]»<sup>(١)</sup> فَقَالَ: أَصَدَقَ ذُو الْيَدَيْنِ فَقِيلَ: نَعَمْ فَأَتَمَّ مَا بَقِيَ مِنَ الصَّلَاةِ، وَسَجَدَ لِلسُّهُوِ»<sup>(٢)</sup>.

ووجه الاستدلال: أنه تكلم معتقداً أنه ليس في الصلاة، ثم بنى عليها.

وأيضاً القياس على السلام ناسياً، وعلى الأكل في الصوم ناسياً.

ومنها: الجهل بتحريم الكلام على المصلي، لما روي عن معاوية بن الحكم قال: «لَمَّا رَجَعْتُ مِنَ الْحَبَشَةِ، صَلَّيْتُ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَعَطَسَ بَعْضُ الْقَوْمِ، فَقُلْتُ: يَزْحَمُكَ اللَّهُ فَحَدَّقَنِي النَّاسُ بِأَبْصَارِهِمْ، فَقُلْتُ: مَا شَأْنُكُمْ تَنْظُرُونَ إِلَيَّ، فَضَرَبُوا بِأَيْدِيهِمْ عَلَى أَفْخَادِهِمْ يُسَكِّتُونَنِي، فَسَكَتَ، فَلَمَّا فَرَغَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ قَالَ: يَا مُعَاوِيَةُ إِنَّ صَلَاتَنَا هَذِهِ لَا يَضْلُحُ فِيهَا شَيْءٌ مِنْ كَلَامِ النَّاسِ، إِنَّمَا هِيَ التَّسْبِيحُ وَالتَّكْبِيرُ وَقِرَاءَةُ الْقُرْآنِ»<sup>(٣)</sup>.

وهذا عذر في حق قريب العهد بالإسلام، فإن كان بعيد العهد به بطلت صلاته، لأنه مقصر بترك التعلم، ولو علم أن الكلام حرام «في الصلاة» ولكن لم يعلم أنه مبطل لها لم يكن ذلك عذراً، كما لو علم أن شرب الخمر حرام ولم يعلم أنه يوجب الحد، بخلاف ما لو لم يعلم التحريم، والسبب فيه أنه بعد ما عرف التحريم حقه الامتناع.

وقال في «الوسيط» عقيب هذه المسألة: الجهل بكون التنحج أو ما يجري مجراه مبطلاً فيه تردد - يعني - وجهين، والأصح أنه عذر، ويبعد أن يكون التصوير فيما إذا جهل كون التنحج مبطلاً بعد العلم بتحريمه، فإنما أكتفينا في المسألة السابقة بالعلم بالتحريم من حيث إنه إذا علم التحريم فينبغي أن يمتنع عن الحرام، ولا حاجة إلى العلم بكونه مبطلاً، وهذا موجود في التنحج فلا يظهر بينهما فرق مع التسوية في الحرمة، والقول<sup>(٤)</sup> بكونهما مبطلين، ولكن الأقرب شيثان:

أحدهما: أن يكون هذا التردد في الجاهل، لكون التنحج مبطلاً بعد العلم بكون الكلام مبطلاً، أو حراماً؛ لأن التنحج وإن بَانَ منه حرفان لا يعد كلاماً، فلا يلزم من العلم بالمنع عن الكلام العلم بالمنع منه، والتردد على هذا التنزيل قريب من التردد فيما إذا علم أن جنس الكلام محرم ولم يعلم أن ما أتى به، هل هو

(١) سقط في «ب».

(٢) من رواية أبي هريرة - رضي الله عنه - أخرجه البخاري (٤٨٢)، ٧١٤، ٧١٥، ١٢٢٧، ١٢٢٨، ١٢٢٩، ٦٠٥١، ٧٢٥٠، ومسلم (٥٧٣).

(٣) في «ب» والجهل.

(٤) تقدم.

[محرم]<sup>(١)</sup> أم لا؟ والظاهر في صورتين أنه معذور.

والثاني: أن يكون التردد في حق بعيد العهد بالإسلام، إذا جهل كون التنحج مبطلاً هل يعذر أم لا؟ فعلى رأي لا، كما إذا جهل كون الكلام مبطلاً، وعلى رأي: نعم؛ لأن ذلك مشهور لا يكاد يجهله مُسَلِّمٌ، وهذا ما يختص بمعرفته الفقيه - والله أعلم -.

ومنها: الإكراه فلو أكره حتى تكلم، هل تبطل صلاته؟ فيه قولان، كالقولين فيما لو أكره الصائم على الأكل.

أحدهما: لا تبطل صلاته إلحاقاً للإكراه بالنسيان.

وفي الخبر: «رَفِعَ عَن أُمَّتِي الْخَطَأَ وَالنَّسْيَانَ وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ»<sup>(٢)</sup>.

وأصحهما: ولم يذكر في «التهذيب» سواه: أنها تبطل؛ لأنه أمر نادر بخلاف النسيان، وصار كما لو أكره على أن يصلي بلا وضوء أو قاعداً تجب عليه الإعادة، ولا يكون عذراً، ثم جميع هذه الأعذار في الكلام اليسير، فأما إذا كثر ففي صورة النسيان وجهان مشهوران:

أحدهما: أنها لا تبطل الصلاة؛ لأنه لو أبطلها<sup>(٣)</sup>، لأبطلها القليل، كما في حالة التعمد، وبهذا قال أبو إسحاق.

وأظهرهما: عند الجمهور: أنها تبطل، وعليه يدل كلام الشافعي - رضي الله عنه - في «المختصر» وذكروا له معنيين:

أحدهما: أن الاحتراز عن الكثير سهل غالباً؛ لأن النسيان فيه يبعد ويندر، وما يقع نادراً لا يعتد به.

والثاني: أنه يقطع نَظْمَ الصَّلَاةِ وهيئتها، والقليل يحتمل لقلته، ورتبوا على هذه المسألة بطلان الصوم بالأكل الكثير ناسياً، إن قلنا: لا تبطل الصلاة فالصوم أولى بالأبطل، وإن قلنا: يبطلان الصلاة، ففي الصوم وجهان مبنيان على المعنيين، إن قلنا: بالمعنى الأول يبطل وإن قلنا: بالثاني فلا إذ ليس في الصوم أفعال منظومة حتى يفرض أنقطاعها، وإنما هو أنكفاف مجرد، وأجرى صاحب «المهذب» وغيره هذا الخلاف في

(١) في أحرام ولا فرق بينهما هنا.

(٢) أخرجه ابن ماجة بلفظ (إن الله وضع إلى آخره) (٢٠٤٥)، وذكره الهيثمي في الموارد (١٤٩٨)، والحاكم (١٩٨/٢)، وانظر التلخيص (٢٨١/١) وما بعدها.

(٣) في «ب» لو أبطل الصلاة.

حالة الجهل أيضاً، وكذلك في سبق اللسان، وما الحد الفارق بين القليل والكثير؟ حكي في «البيان» عن الشيخ أبي حامد أن الكلام اليسير حده الكلمة والكلمتان والثلاث ونحوها<sup>(١)</sup>، [وعن] ابن الصباغ أن اليسير هو: القدر الذي تكلم به النبي ﷺ في حديث ذي اليمين وكل واحد منهما للتمثيل أصلح منه للتحديد، والأظهر فيه وفي نظائره الرجوع إلى العادة على ما سيأتي.

إذا عرفت ذلك عرفت أن قوله: (ولا تبطل لسبق اللسان، ولا بكلام الناسي...) إلى آخره المراد منه الكلام اليسير وإن كان اللفظ مطلقاً إلا أن يريد الجواب على الوجه المنسوب إلى أبي إسحاق، فحينئذ لا حاجة إلى التقييد، ويحتاج إلى الإعلام بالواو والظاهر أنه ما أراد إلا اليسير.

وقوله: (ولا بكلام الناسي) معلم بالحاء والألف لما قدمناه، ولك أن تعلم قوله: (ولا بكلام الجاهل) بالحاء أيضاً لأن في كلام أصحابنا حكاية الخلاف عن أبي حنيفة في صورة الجهل أيضاً.

وقوله: (بأن كان قريب العهد بالإسلام) في بعض النسخ إن كان قريب العهد، وهو أولى؛ لأن الغرض تقييد الجاهل، وإنما يقال: بأن يكون كذا في موضع التفسير والبيان.

وقوله: (ومصلحة الصلاة ليست عذراً في الكلام) الغرض منه بيان أنه لا فرق بين أن يتكلم لمصلحة الصلاة مثل أن يقول: لإمامه الساهي بالقيام: أقعد، أو بالقعود: قم، أو تكلم لا لمصلحتها، وكونه لمصلحتها ليس من جملة الأعذار، خلافاً لمالك - رضي الله عنه - وهو رواية عن أحمد في حق الإمام خاصة.

لنا ما روي أنه ﷺ قال: «الْكَلَامُ يَنْقُضُ الصَّلَاةَ وَلَا يَنْقُضُ الوُضُوءَ»<sup>(٢)</sup>.

وهذا مطلق.

وأحتج الأصحاب أيضاً بأن المأموم إذا أراد تنبيه الإمام على سهوه فالسنة له أن يسبح إن كان رجلاً، وإن تصفق إن كانت امرأة فلو جاز أن ينبه بالكلام لما أمر بالعدول إلى التسبيح، وغيره.

وأعرف هاهنا شيئين:

(١) في أوحى.

(٢) أخرجه الدارقطني (١/١٧٢ - ١٧٣) بإسناد ضعيف، انظر الخلاصة (١/١٥٤) من رواية سهل بن سعد الساعدي - رضي الله عنه -.

أحدهما: أن التسييح والتصفيق لا اختصاص لهما بحالة تنبيه الإمام، بل متى ناب الرجل شيء في صلاته كما إذا رأى أعمى يقع في بئر وأحتاج إلى تنبيهه أو استأذنه إنسان في الدخول، وأراد إعلام غيره أمراً فالسُّنة له أن يسبح، والمرأة تصفق، في جميع ذلك لما روي أنه ﷺ قال: «إِذَا نَابَ أَحَدُكُمْ شَيْءٌ فِي صَلَاتِهِ، فَلْيُسَبِّحْ، فَإِنَّمَا التَّسْبِيحُ لِلرِّجَالِ وَالتَّصْفِيقُ لِلنِّسَاءِ»<sup>(١)</sup>.

والثاني: أن المراد من التصفيق أن تضرب بطن كفها الأيمن على ظهر كفها الأيسر.

وقيل: أن تضرب أكثر أصابعها اليمنى على ظهر أصابعها اليسرى.

وقيل: هو ضرب أصبعين على ظهر الكف، والمعاني متقاربة، والأول أشهر، ولا ينبغي أن تضرب بطن الكف على بطن الكف، فإن ذلك لعب، ولو فعلت ذلك على وجه اللعب بطلت صلاتها، وإن كان ذلك قليلاً، لأن اللعب ينافي الصلاة، فهذا شرح مسائل الكتاب، وينخرط في سلك الأعذار سوى ما ذكره أمور:

منها: ما يقع جواباً للرسول ﷺ فإذا خاطب مصلياً في عصره وجب عليه الجواب، ولم تبطل بذلك صلاته.

ومنها: لو أشرف إنسان على الهلاك، فأراد إنذاره وتنبيهه ولم يحصل ذلك إلا بالكلام فلا بد له من أن يتكلم، وهل تبطل صلاته؟ فيه وجهان:

أحدهما - وبه قال أبو إسحاق واختاره جماعة من الأصحاب -: لا كإجابة النبي ﷺ.

وأصحهما: عند الأكثرين، نعم للنصوص المطلقة، ويستثنى جواب رسول الله ﷺ لشرفه، ولهذا أمر المصلي بأن يقول: سلام عليك أيها النبي ﷺ ولا يجوز أن يقول ذلك لغيره.

ومنها: ما حكى المحاملي وغيره: أنه لو قال: آه من خوف النار لم تبطل صلاته، والمشهور خلافه.

قال الغزالي: وَلَوْ قَالَ: أَدْخَلُوهَا بِسَلَامٍ عَلَى قَصِدِ الْقِرَاءَةِ لَمْ يَضُرَّ وَإِنْ قَصَدَ التَّفْهِيمَ، فَإِنْ لَمْ يَقْصِدْ إِلَّا التَّفْهِيمَ بَطُلَتْ، وَفِي السُّكُوتِ الطَّوِيلِ فِي أَثْنَاءِ الصَّلَاةِ وَجْهَانِ.

(١) أخرجه البخاري (١٨٤، ١٢٠١، ١٢٠٤، ١٢١٨، ١٢٣٤، ٢٦٩٠، ٢٦٩٣، ٧١٩٠).



قال الرافعي: الكلام الذي يقدر في الصلاة عند عدم الأعدار هو ما عدا القرآن والأذكار، وما في معناها فأما القرآن: فإذا أتى بشيء من نظمه قاصداً به القراءة لم يضر، وإن قصد مع القراءة شيئاً آخر كتبنيه الإمام أو غيره والفتح على من أرتج عليه، وتفهم أمر من الأمور مثل أن يقول لجماعة يستأذنون في الدخول (ادْخُلُوهَا بِسَلَامٍ آمِينِينَ) أو يقول: (يَا يَحْيَى خُذِ الْكِتَابَ بِقُوَّةٍ) وما أشبه ذلك ولا فرق بين أن يكون متنهاً في قراءته إلى تلك الآية أو ينشئ قراءتها حينئذ.

وقال أبو حنيفة: إذا قصد شيئاً آخر سوى القراءة بطلت صلاته، إلا أن يريد تنبيه الإمام أو المارِّ بَيْنَ يَدَيْهِ، وكذا لو أتى بذكر وتسيح في الصلاة، وقصد به مع الذكر شيئاً آخر ففيه مثل هذا الخلاف، وذلك مثل أن يحمده الله تعالى على عطاس، أو بشاره يبشر بها، أو يخبر بما يسوءه فيقول: «إنا لله وإنا إليه راجعون».

لنا: ما روي عن علي - رضي الله عنه - قال: «كَانَتْ لِي سَاعَةٌ أَدْخُلُ فِيهَا عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَإِنْ كَانَ فِي الصَّلَاةِ سَبَّحَ، وَذَلِكَ إِذْنُهُ وَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِ الصَّلَاةِ أَذِنَ»<sup>(١)</sup> ولأنه قصد الإفهام والإعلام بشيء مشروع في الصلاة فلا يضر؛ كما لو قصد تنبيه الإمام والمار بين يديه، ونقل صاحب «البيان» وغيره وجهاً عن بعض أصحابنا أيضاً، أنه إذا قصد مع التلاوة شيئاً آخر بطلت صلاته، فليكن قوله: (وإن قصد التفهيم) معلماً بالحاء والواو كذلك، وإن لم يقصد إلا الإفهام والإعلام فلا خلاف في بطلان الصلاة، كما لو أفهم بعبارة أخرى، ولو أتى بكلمات لا توجد في القرآن على نظمها وتوجد مفرداتها، مثل أن يقول: (يا إبراهيم)، (سلام) (كن) بطلت صلاته ولم يكن لها حكم القرآن بحال.

وأما الأذكار والتسبيحات والأدعية بالعربية فلا تقدر أيضاً، سواء المسنون وغير المسنون منها، نعم ما فيه خطاب مخلوق غير رسول الله ﷺ يجب الاحتراز منه فلا يجوز أن يقول للعاطس: يرحمك الله.

وعن يونس بن عبد الأعلى<sup>(٢)</sup> عن الشافعي - رضي الله عنه - أنه لا يضر ذلك، وصحح القاضي الرَوَّانِي هذا القول، والمشهور الأول، ويدل عليه ما قدمنا من حديث

(١) أخرجه النسائي (١٢/٣)، والبيهقي وقال مختلف في إسناده ومنته، فقيل سبح، وقيل نتحج، ومداره على عبد الله بن نجي الحضرمي، قال البخاري: فيه نظر، انظر خلاصة البدر المنير (١٥٥/١).

(٢) يونس بن عبد الأعلى بن ميسرة بن حفص بن حيان الصدفي أبو موسى المصري أحد أصحاب الشافعي وأئمة الحديث روى عنه مسلم والنسائي وابن ماجه، ولد في ذي الحجة سنة سبعين ومائة ومات في ربيع الآخر سنة أربع وستين ومائتين، ابن قاضي شعبة (٧٣ - ٧٢/١) العبادي ١٨ الشيرازي ٨٠، ابن حجر في التهذيب (٤٤٠/١١)، العبر (٢٩/٢)، وفيات الأعيان (٢٤٧/٦).

معاوية بن الحكم، ولم ينقل خلاف في أنه لا يجوز أن يسلم، ولا أن يرد السلام لفظاً ويرده إشارة بيده أو برأسه، خلافاً لأبي حنيفة.

ولو قال: يرحمه الله، أو عليه السلام لم يضر، هذا هو الكلام في إحدى مسألتني الغسل وما يتعلق بها.

والثانية: السكوت اليسير في الصلوة لا يضر بحال، وفي السكوت الطويل إذا تعمدته وجهان:

أحدهما: أنه يبطل الصلاة؛ لأنه كالإضراب عن وظائفها، إذ اللائق بالمصلي الذكر والقراءة والدعاء، ومن رآه في سكتة طويلة سبق إلى اعتقاده أنه ليس في الصلاة كما إذا رآه يتكلم.

وأصحهما: لا تبطل؛ لأن السكوت لا [يحرم]<sup>(١)</sup> هيئة الصلاة وما يجب فيها من رعاية الخضوع والاستكانة، وخص في «التهذيب» الوجهين بما إذا سكت لغير غرض، فأما لو سكت طويلاً لغرض بأن نسي شيئاً فتوقف لتذكر: فلا تبطل صلاته ولا محالة، ولو سكت سكوتاً طويلاً ناسياً، وقلنا: إن عمدته مبطل فطريقان:

أحدهما: التخريج على الخلاف المذكور في الكلام الكثير ناسياً.

والثاني: أنه لا يضر جزءاً تنزيلاً له منزلة الكلام اليسير، ولهذا عند التعمد جعل طويل السكوت كقليل الكلام، وسومح بقليل السكوت.

قال في «الوسيط»: وهذا أصح.

وأعلم: أن الإشارة المفهومة من الأخرس نازلة منزلة عبارة الناطق في العقود، وهل تبطل الصلاة بها؟ أجاب الإمام الغزالي - رحمه الله - في «الفتاوى» بأنها لا تبطل ورأيت بخط والدي - رحمه الله - حكاية وجه آخر أنها تبطل ككلام الناطق.

قال الغزالي: الشُّرْطُ الْخَامِسُ: تَرْكُ الْأَفْعَالِ الْكَثِيرَةِ، وَالْكَثِيرُ مَا يُخَيَّلُ لِلنَّاطِقِ الْإِغْرَاصَ عَنِ الصَّلَاةِ كَثَلَاتِ خُطَوَاتٍ أَوْ ثَلَاثِ ضَرْبَاتٍ مُتَوَالِيَاتٍ، وَلَا تَبْطُلُ بِمَا دُونَهُ، وَلَا بِمُطَالَمَةِ الْقُرْآنِ، وَلَا بِتَخْرِيكِ الْأَصَابِعِ فِي سُبْحَةٍ أَوْ حَكَاةٍ عَلَى الْأَطْهَرِ.

قال الرافعي: ما ليس من أفعال الصلاة ضربان:

أحدهما: ما هو من جنسها، فإن فعله ناسياً عُذْرٌ، ولم تبطل صلاته، لما روي أنه ﷺ «صَلَّى الظُّهْرَ خَمْسًا، فَلَمَّا تَبَيَّنَ لَهُ الْحَالُ سَجَدَ لِلسُّهُوِّ وَلَمْ يُعِدِ

(١) في أي بطل.

الصَّلَاةِ<sup>(١)</sup>، وَإِنْ كَانَ عَامِداً بَطَلَتْ سِوَاءَ كَثْرٍ أَوْ قَلِّ كِرْكُوعٍ وَسُجُودٍ وَنَحْوَهُمَا؛ لِأَنَّهُ تَلَاعَبَ فِي الصَّلَاةِ، وَإِعْرَاضَ عَنِ نِظَامِ أَرْكَانِهَا.

وقال أبو حنيفة: لا تبطل صلاته بزيادة الركوع والسجود عمداً، وإنما تبطل بزيادة ركعة.

والضرب الثاني: ما ليس من جنس أفعال الصلاة، وهو المقصود في الكتاب، فلا خلاف أنه يفرق فيه بين القليل والكثير؛ لما روي «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى وَهُوَ حَامِلٌ أُمَامَةً بِنْتُ أَبِي الْعَاصِ فَكَانَ إِذَا سَجَدَ وَضَعَهَا وَإِذَا قَامَ رَفَعَهَا».

وروي أنه ﷺ قال: «افْتُلُوا الْأَسْوَدَيْنِ فِي الصَّلَاةِ الْحَيَةِ وَالْعَقْرَبِ»<sup>(٢)</sup>.

وروي أنه ﷺ «أَخَذَ بِأُذُنِ ابْنِ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - وَهُوَ فِي الصَّلَاةِ فَأَدَارَهُ مِنْ يَسَارِهِ إِلَى يَمِينِهِ»<sup>(٣)</sup>.

ودخل أبو بكر المسجد والنبي ﷺ في الركوع فركع خيفة أن يفوته الركوع ثم خطا خطوة ودخل الصف، فلما فرغ قال له النبي ﷺ: «زَادَكَ اللَّهُ جِرْصاً، وَلَا تَعُدْ»<sup>(٤)</sup> ولم يأمره بالإعادة.

وروي «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى وَسَلَّمَ عَلَيْهِ نَفَرٌ مِنَ الْأَنْصَارِ، فَرَدَّ عَلَيْهِمْ بِالْإِشَارَةِ»<sup>(٥)</sup>.

دلت هذه الأخبار ونحوها، على احتمال الفعل القليل في الصلاة، وإلى هذا أشار المصنف حيث قال في ترجمة الشرط «ترك الأفعال الكثيرة» وفي الكلام لما أستوى قليله وكثيره في الإبطال، أطلق فقال: (ترك الكلام).

والمعنى فيه: أنه يعسر على الإنسان أو يتعذر الكون على هيئة واحدة في زمان طويل، بل لا يخلو عن حركة وأضطراب، ولا بد للمصلي من رعاية التعظيم والخشوع، [فعضى عن القدر الذي لا يحمل على الاستهانة بهيئة الخشوع]<sup>(٦)</sup> وأما في

(١) أخرجه البخاري من رواية ابن مسعود (٤٠٤)، ومسلم (٥٧٢).

(٢) أخرجه الدارمي (١٥١٢)، وأبو داود (٩٢١)، والترمذي (٣٩٠) وقال: حسن صحيح والنسائي (١٠/٣)، وابن ماجه (١٢٤٥)، والهيثمي في الموارد (٥٢٨)، والحاكم في المستدرک (٢٥٦/١).

(٣) أخرجه البخاري (١١٧، ١٣٨، ١٨٣، ٦٩٧، ٦٩٨، ٦٩٩، ٧٢٦، ٧٢٨، ٨٥٩، ٩٩٢، ١١٩٨، ٤٥٦٩، ٤٥٧٠، ٥٩١٩، ٦٢١٥، ٦٣١٦، ٧٤٥٢)، ومسلم (٧٦٣).

(٤) أخرجه البخاري (٧٨٣)، وأبو داود (٦٨٣، ٦٨٤).

(٥) أخرجه أبو داود (٩٢٧) والترمذي (٣٦٨) وقال حسن صحيح والنسائي (٦٠٥/٣) وأخرجه ابن ماجه (١٠١٧) وذكره الهيثمي في الموارد (٥٣٢).

(٦) سقط في «ب».

الكلام فالأحتراز عن قليله وكثيره هين، ثم بماذا يفرق بين القليل والكثير؟ للأصحاب فيه عبارتان غريبتان، وعبارتان مشهورتان، فأحدى الغريبتين أن القليل: ما لا يسع زمانه لفعل ركعة من الصلاة فإن وسع فهو كثير، حكاها صاحب «العدة».

الثانية: أن كل عمل لا يحتاج فيه إلى كلتا اليدين فهو قليل، وما يحتاج فيه إليهما فهو كثير.

فالأول: كرفع العمامة وحل أشرطة السراويل.

والثاني: كتكوير العمامة وعقد الإزرار والسراويل.

وأما المشهورتان:

فإحدهما: ما حكي عن القفال وغيره أن القليل هو القدر الذي لا يظن الناظر إليه أن فاعله ليس في الصلاة، والكثير الذي يظن أن فاعله ليس في الصلاة، وهذا هو الذي ذكره في الكتاب، فقال: «والكثير ما يخيل إلى الناظر الإعراض عن الصلاة» وأعرضوا عليها بأن هذا الظن والتخيل إما أن ينشأ من أنه غير محتمل في الصلاة شرعاً، أو أن غالب عادة المصلين الاحتراز عنه من غير أن ينظر إلى محتمل، أم لا، فإن كان الأول فإنما يحصل هذا الظن أو الخيال لمن عرف حد الكثير المبطل، ونحن عنه نبحت، فكأننا قلنا: الكثير هو الذي يحكم ببطلان الصلاة به من عرف أنه مبطل، ومعلوم أن هذا لا يفيد شيئاً، وإن كان الثاني فهو يشكل بما إذا رآه يحمل صيباً، أو يقتل حية، أو عقرباً، فإنه محتمل مع أن الناظر إليه يتخيل أنه ليس في الصلاة؛ لأنه على خلاف عادة المصلين غالباً.

والثانية: أن الرجوع [في الفرق بينهما]<sup>(١)</sup> إلى العادة فلا يضر ما يعده الناس قليلاً، كالإشارة برد السلام، وخلع النعل، ولبس الثوب الخفيف ونزعه، وما أشبه ذلك، وهذه العبارة هي التي أختارها الأكثرون ومنهم الشيخ أبو حامد ومن تابعه، ولم يذكر صاحب «التهديب» سواها، وأوردها الصيدلاني مع الأولى، وأشعر إيراده بترجيح هذه الثانية أيضاً، وعند هذا لا يخفى عليك أن قوله: (والكثير ما يخيل إلى الناظر) ينبغي أن يعلم بالواو إشارة إلى العبارات الأخر، ثم أطبق أصحاب العبارتين المشهورتين على أن الفعلة الواحدة معدودة من القليل<sup>(٢)</sup>، كالخطوة الواحدة والضربة الواحدة، وقد

(١) سقط في «ب».

(٢) ومحلّه حيث لم يقارنهما عزم على عمل كثير أما لو قارنهما عزم على عمل كثير بأن نوى أن يضرب ثلاث ضربات متوالية وضرب واحدة بطلت صلاته كما نص عليه الشافعي كما نقله عنه في الشامل والبيان وغيرهما ومحل عدم البطلان من الفعلة الواحدة ما إذا لم يفعلها على وجه اللعب فإن فعلها على وجه اللعب بطلت. روضة الطالبين (١/٣٩٧).

نص عليه الشافعي - رضي الله عنه - وعلى أن الثلاث فصاعداً من الكثير، وفي الفعلتين وجهان محكيان عن رواية القاضي أبي الطيب وغيره.  
أحدهما: أنهما من حد الكثير لمكان التكرار، وكالثلاث.

وأصحهما: أنهما من القليل لما روي أنه ﷺ: «خَلَعَ نَعْلَيْهِ فِي الصَّلَاةِ» وهما فعلتان، ورأيت في كثير من نسخ الكتاب قوله: (ولا تبطل بما دونه) معلماً بالواو، كأنهم أشاروا به إلى الوجه الأول لكن إنما ينتظم ذلك لو رجعت الكناية في قوله: (بما دونه) إلى الخطوات والضربات ورجوعها إلى قوله: (والكثير أظهر) من رجوعها إلى الخطوات، ألا ترى أنه ذكر الكناية ولم يؤنثها، ثم أجمعوا على أن الكثير إنما يبطل بشرط أن يوجد على التوالي، وإليه أشار بقوله: (متوالية) أما لو تفرقت كما لو خطأ خطوة، ثم بعد زمانٍ خطأً خطوة أخرى، وهكذا مراراً لم تبطل صلاته، وكذلك لو خطأ خطوتين، ثم بعد زمانٍ خطوتين أخريين إذا قلنا: إن الفعلتين من حد القليل.

وأحتجوا عليه بحديث حمل أمامة، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يَحْمِلُهَا وَيَضَعُهَا، ولم يضر ذلك لتفريق الأفعال، والتفريق بأن يعد الثاني منقطعاً عن الأول في العادة.

وقال في «التهذيب»: فيما إذا ضرب ضربتين، ثم بعد زمانٍ ضربتين أخرتين.

وحد التفريق عندي أن يكون بين الأوليتين والأخرتين قدر ركعة لحديث أمامة، ثم ما ذكره الأئمة أن الفعلة الواحدة تعد من القليل أرادوا به نحو الطعنة والضربة والخطوة، فأما إذا أفرطت كالوثبة الفاحشة، فإنها تبطل الصلاة، ذكره صاحب [التهذيب] (١) وغيره، وهو قضية العبارتين المشهورتين، وكذلك قولهم: (الثلاث المتوالية من الكثير المبطل) أرادوا من الخطوة وما يشبهها، وأما الحركات الخفيفة، كتحرريك الأصابع في سبحة، أو حكة، أو عقد حل، ففيها وجهان:

أحدهما: أنها إذا كثرت وتوالت أبطلت؛ لأنها أفعال متعددة فأشبهت الخطوات.

وأظهرهما: أنها لا تؤثر؛ لأنها لا تخل بهيئة الخشوع، فهي مع كثرة العدد بمثابة الفعل القليل، وقد حكى عن نص الشافعي - رضي الله عنه - أنه لو كان يعد الآي في صلاته عقداً باليد، لم تبطل صلاته، وإن كان الأولى أن لا يفعله، وبه قال أبو حنيفة، وجميع ما ذكرناه في ما إذا تعدد الفعل الكثير، فأما إذا أتى به ناسياً فقد حكى في «النهاية» فيه طريقين:

أحدهما: أنه على الوجهين في الكلام الكثير ناسياً.

**والثاني:** أن أول حد الكثرة لا يؤثر كالكلام اليسير من الناسي، فإن أول حد الكثرة هو الذي يبطل عند التعمد، كالكلام الكثير عند التعمد، وما جاوز أول حد الكثرة وأنتهى إلى السرف، فهو على الخلاف في الكلام الكثير ناسياً، والذي حكاه الجمهور من هذا الخلاف أنه لا فرق في الفعل الكثير بين العمد والسهو، وهو الذي يوافق ظاهر قوله: (الشرط الخامس ترك الأفعال الكثيرة) وفرقوا بينه وبين الكلام، بأن الفعل أقوى من القول، ولهذا ينفذ إقبال المجنون دون إعتاقه، قالوا: ولا يعارض هذا بأن القليل من الفعل محتمل، والقليل من الكلام غير محتمل؛ لأن القليل من الفعل لا يتأتى الاحتراز عنه، والكلام مما يتأتى الاحتراز عنه من النوعين، - والله أعلم -. وأعلم أنه يستثنى عن إبطال العمل الكثير الصلاة حال شدة الخوف، فيحتمل فيها الركض والعدو عند الحاجة، وهل يحتمل عند عدم الحاجة؟ فيه كلام مذكور في الكتاب في صلاة الخوف على ما سيأتي - إن شاء الله تعالى -.

وأما قوله: (ولا بمطالعة القرآن) فأعلم أنه لو قرأ القرآن من المصحف لم يضر، بل يجب ذلك إذا لم يحفظ الفاتحة على ما سبق، ولو قلب الأوراق أحياناً لم يضر؛ لأنه عمل يسير.

وعن أبي حنيفة أنه لو قرأ القرآن من المصحف بطلت صلاته؛ لأن النظر عمل دائم، وعندنا لو كان ينظر في غير القرآن، ويردد في نفسه ما فيه لا تبطل صلاته أيضاً؛ لأن النظر لا يشعر بالإعراض عن الصلاة، وحديث النفس معفو عنه، وحكى القاضي ابن كج وجهاً أن حديث النفس إذا كثر أبطل الصلاة، وقوله بعد: (مطالعة القرآن): (ولا بتحريك الأصابع في سُبْحَةٍ، أو حَكَّة على الأظهر) الوجهان المخصوصان بالتحريك، لا جريان لهما في مطالعة القرآن، فلا يتوهم من العطف غير ذلك.

قال الغزالي: وَإِذَا مَرَّ الْمَارُّ بَيْنَ يَدَيْهِ فَلْيَدْفَعْهُ فَإِنْ أَبَى فَلْيَقَاتِلْهُ فَإِنَّهُ شَيْطَانٌ هَذَا لَفْظُ الْخَبِيرِ، وَهُوَ تَأْكِيدٌ لِكِرَاهِيَةِ الْمُرُورِ وَأَسْتِحْبَابِ الدَّفْعِ، فَإِنْ لَمْ يَنْصَبِ الْمُصَلِّي بَيْنَ يَدَيْهِ خَشْبَةً أَوْ لَمْ يَسْتَقْبَلِ جِدَاراً أَوْ عَلَامَةً لَمْ يَكُنْ لَهُ الدَّفْعُ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ لِتَقْصِيرِهِ، وَلَا يَكْفِيهِ أَنْ يَخُطَّ عَلَى الْأَرْضِ بَلْ لَا بُدَّ مِنْ شَيْءٍ مُرْتَفِعٍ أَوْ مُصَلَّى طَاهِرٍ، فَإِذَا لَمْ يَجِدِ الْمَارَّ سَبِيلاً سِوَاهُ فَلَا دَفْعَ لَهُ بِحَالٍ.

قال الرافعي: السبب الداعي إلى إيراد هذا الفصل هاهنا الاستدلال بالأمر بالدفع على أن الفعل القليل لا بأس به في الصلاة، ثم يتعلق به مسائل مقصودة فجرت العادة بذكرها في هذا الموضع، والخبر المشار إليه ما روي أنه ﷺ قال: «إِذَا مَرَّ الْمَارُّ بَيْنَ يَدَيْ أَحَدِكُمْ، وَهُوَ فِي الصَّلَاةِ فَلْيَدْفَعْهُ فَإِنْ أَبَى فَلْيَدْفَعْهُ، فَإِنْ أَبَى فَلْيَقَاتِلْهُ فَإِنَّهُ

شَيْطَانٌ»<sup>(١)</sup> وروى البخاري في «الصحيح» عن أبي سعيد الخدري - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «إِذَا صَلَّى أَحَدُكُمْ إِلَى شَيْءٍ يَسْتُرُهُ مِنَ النَّاسِ فَأَرَادَ أَحَدًا أَنْ يَجْتَازَ بَيْنَ يَدَيْهِ فَلْيَدْفَعْهُ، فَإِنْ أَبَى فَلْيُقَاتِلْهُ فَإِنَّمَا هُوَ شَيْطَانٌ»<sup>(٢)</sup>.

قيل: معناه شيطان الإنس.

وقيل: معناه فإن معه شيطانا، فإن الشيطان لا يجسر أن يمر بين يدي المصلي وحده، فإذا مر إنسي رافقه.

والمستحب للمصلي أن يكون بين يديه ستره من جدار، أو سارية أو غيرهما، ويدنو منها بحيث لا يزيد ما بينه وبينها على ثلاثة أذرع، وإن كان في الصحراء فينبغي أن يغرز عصا ونحوها، أو يجمع شيئا من رحله ومتاعه، وليكن قدر مؤخرة الرحل، فإن لم يجد شيئا شاخصاً خط بين يديه خطأ، أو بسط مصلى؛ لما روي عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «إِذَا صَلَّى أَحَدُكُمْ فَلْيَجْعَلْ تَلْقَاءَ وَجْهِهِ شَيْئًا؛ فَإِنْ لَمْ يَجِدْ فَلْيَنْصِبْ عَصًا، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ عَصًا فَلْيُحِطْ خَطًّا؛ ثُمَّ لَا يَضُرُّهُ مَا مَرَّ بَيْنَ يَدَيْهِ»<sup>(٣)</sup> ثم إذا صلى إلى سترة كره لغيره أن يمر بينه وبين السترة، وهل هذه الكراهة للتحريم أو للتنزيه؟ الذي ذكره في «التهذيب» أنه لا يجوز المرور، وصاحب الكتاب أراد بقوله وهو تأكيد لكراهية المرور التنزيه؛ لأنه صرح في «الوسيط» بأن المرور ليس بمحذور، وإنما هو مكروه، وكذلك ذكره إمام الحرمين، والأول أظهر؛ لأنه صح عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لَوْ يَغْلُمُ الْمَاءُ بَيْنَ يَدَيْ الْمُصَلِّي مَاذَا عَلَيْهِ مِنَ الْإِثْمِ، لَكَانَ أَنْ يَقِفَ أَرْبَعِينَ حَيْزًا لَهُ مِنْ أَنْ يَمُرَّ بَيْنَ يَدَيْهِ»<sup>(٤)</sup>.

والإثم إنما يلحق بالحرام، وليكن قوله: (بكراهية المرور) معلماً بالواو، لما ذكرناه، وذكر القاضي الروياني في «الكافي» أن للمصلي أن يدفعه، وله أن يضربه على ذلك، وإن أدى إلى قتله، وكل ذلك لا يكون إلا إذا حرم المرور، ولو لم يجعل بين يديه ستره؛ فهل له دفع المار؟ فيه وجهان حكاهما صاحب «النهاية» وغيره.

(١) متفق عليه من رواية أبي سعيد الخدري - رضي الله عنه - البخاري (٥٠٩، ٣٢٧٤) ومسلم (٥٠٥).

(٢) انظر التخريج السابق.

(٣) أخرجه أبو داود (٦٨٩)، وابن ماجه (٩٤٣) والهيتمي في الموارد (٤٠٧، ٤٠٨)، والبيهقي في السنن الكبرى (٢٧٠/٢ - ٢٧١) واختلف فيه فصحه أحمد، وعلي بن المدني والدارقطني في علله، وابن حبان وضعفه سفيان بن عيينه والبعثي وأشار إلى ذلك الشافعي وقال البيهقي: ولا بأس بالعمل به في الحكم المذكور إن شاء الله تعالى.

(٤) متفق عليه من رواية أبي الجهم الأنصاري البخاري (٥١٠) ومسلم (٥٠٧).

أحدهما: نعم، لعموم الخبر المذكور في الكتاب.

وأصحهما: وهو الذي أورده في «التهذيب»: لا؛ لتقصيره وتضييعه خط نفسه، ورواية الصحيح مقيدة بما إذا صلى إلى السترة، والمطلق محمول على المقيد.

ولو وقف بعيداً من السترة فهو كما لو صلى لا إلى سترة.

ولو وجد الداخل فُرْجَةً في الصف الأول فله أن يمر بين يدي الصف الثاني ويقف فيها؛ لتقصير أصحاب الصف الثاني بإهمالها، ذكره الشيخ أبو محمد.

وأما قوله: (فلا يكفي أن يخط على الأرض) فأعلم أن إمام الحرمين نقل أن الشافعي - رضي الله عنه - مال إلى الاكتفاء بالخط في القديم، وروى في الجديد ذلك أيضاً، وحض عليه.

قال: وما أستقر عليه الأمر أن الخط لا يكفي إذ الغرض الإعلام<sup>(١)</sup> وذلك لا يحصل بالخط، وهذا هو الذي ذكره في الكتاب، وقال: لا بد من شيء مرتفع، أو مصلى ظاهر ليقف المار عليه ليعدل عن حريم صلاته، وقد تعرض لما نقله عن «الجديد» متعرضون، لكن لم يثبتوه قولاً، وأتفتت كلمة الجمهور على الاكتفاء بالخط [وقالوا<sup>(٢)</sup>] إذا خط فليس لغيره أن يمر بينه وبين الخط كما إذا استقبل شيئاً شاخصاً<sup>(٣)</sup>، فليكن قوله: (ولا يكفي أن يخط) معلماً بالواو، لذلك فإن توهمت الجمع بين كلام الكتاب، وما ذكره الأكثرون، وقلت، إنهم وإن ذكروا استحباب الخط لم يذكروا أنه يمتنع به المرور، ويثبت للمصلي ولاية الدفع، فلعله وإن كان مستحباً لا يفيد جواز الدفع، وحينئذ لا يكون بين قوله: (ولا يكفي أن يخط) وبين ما ذكره منافاة، وبتقدير أن يكون هذان الحكمان متلازمين، فإنما ذكروا الاستحباب فيما إذا لم يجد شيئاً شاخصاً فليحمل ما ذكره إمام الحرمين، والمصنف على ما إذا وجد فالجواب؛ أما الأول فممتنع نقلاً وحجاجاً، أما النقل فلأن صاحب «البيان» حكى عن المسعودي أمتناع المرور، وولاية الدفع فيما إذا خط حسب ثبوتهما فيما إذا صلى إلى سترة، أو عصا.

(١) وقال جماعة: في الاكتفاء بالخط قولان للشافعي. قال في القديم «وسنن» حرمة يستحب ونفاه في البويطي لإضطراب الحديث الوارد فيه وضعفه. واختلف في صفة الخط فقيل: يجعل مثل الهلال، وقيل: يمد طولاً إلى جهة القبلة. وقيل: يمد يميناً وشمالاً، والمختار استحباب الخط وأن يكون طولاً قاله النووي. الروضة (١/٣٩٨، ٣٩٩).

(٢) سقط في ط.

(٣) قال النووي: وقال جماعة: من الاكتفاء بالخط، قولان للشافعي. قال في «القديم» و«سنن» حرمة: يستحب. ونفاه في «البويطي» لإضطراب الحديث الوارد فيه وضعفه. روضة الطالبين (١/٣٩٨).



وأما الحجاج فمن وجهين:

أحدهما: أنه ﷺ قال في آخر خبر أبي هريرة - رضي الله عنه -: «ثُمَّ لَا يَضُرُّهُ مَا مَرَّ بَيْنَ يَدَيْهِ» أي: من وراء العلامات المذكورة، ومنها الخط.

والثاني: أن المقصود من أمر المصلي بنصب السترة وغيرها أن يظهر حريم صلاته، ليضطرب فيه في حركاته وانتقالاته، ولا يزحمه غيره ويشغله عن صلاته.

وأما الثاني: فلو أنهما أرادا إحالة وجدان الشاخص لسويا بينه وبين بسط المصلي، كما أن الذين قالوا بأستحباب الخط عند فقدان الشاخص سووا بينه وبين بسط المصلي، ذكره صاحب «التهذيب» وغيره، ولم يفعل ذلك، بل ألحقا بسط المصلي بنصب الخشبة، ويدل عليه ظاهر لفظ الكتاب في موضعين من الفصل، وبالجملة فليس في لفظه هاهنا، ولا في «الوسيط» ما يشعر بهذا التأويل، بل فيه ما يدل على أنه لا عبرة بالخط بحال.

وقوله: (فإن لم ينصب المصلي بين يديه خشبة، أو لم يستقبل جداراً، أو علامة) عنى بالعلامة بسط المصلي، وقضية ما سبق نقله حمل، أو في قوله: (أو علامة) على الترتيب، وكذا في قوله: أو مصلى ظاهر دون التخيير والتسوية.

وأما قوله: (وإذا لم يجد المار سبيلاً سواه، فلا يدفع بحال)، فقد ذكره إمام الحرميين أيضاً.

وقال: النهي عن المرور، والدفع إذا وجد سواه سبيلاً أما إذا لم يجد، وأزدحم الناس فلا نهى عن المرور، ولا يشرع الدفع، وهذا فيه إشكال؛ لأن البخاري روى في «الصحيح» عن أبي صالح السمان قال: رأيت أبا سعيد الخدري - رضي الله عنه - في يوم جمعة يصلي إلى سترة، فأراد شاب أن يمر بين يديه فدفع أبو سعيد - رضي الله عنه - في صدره، فنظر الشاب فلم يجد مساعاً إلا بين يديه، فعاد ليجتاز، ودفعه أبو سعيد أشد من الأولى، فلما عوتب في ذلك روى الحديث الذي قدمناه<sup>(١)</sup>.

وأكثر الكتب ساكتة عن تقييد المنع بما إذا وجد سواه سبيلاً<sup>(٢)</sup> - والله أعلم..

(١) تقدم.

(٢) قال النووي: الصواب أنه لا فرق بين وجود السبيل وعدمه، فحديث البخاري صريح في المنع، ولم يرد شيء يخالفه ولا في كتب المذهب لغير الإمام ما يخالفه. وقال أصحابنا: ولا تبطل الصلاة بمرور شيء بين يدي المصلي، سواء مر رجل أو امرأة أو كلب، أو حمار، أو غير ذلك. وإذا صلى إلى سترة فالسنة أن يجعلها مقابلة ليمينه أو شماله، ولا يصمد لها. الروضة (١/٤٠٢).

قال الغزالي: **الْشُرْطُ السَّادِسُ تَرْكُ الْأَكْلِ، وَقَلِيلُهُ مُبْطِلٌ لِأَنَّهُ إِعْرَاضٌ، وَهَلْ تَبْطُلُ بِوُضُوءِ شَيْءٍ إِلَى جَوْفِهِ كَأَمْتِصَاصِ سُكَّرَةٍ مِنْ غَيْرِ مَضْغٍ فِيهِ وَجْهَانٍ**  
 قال الرافعي: الأكل نوع من الأفعال فإفراده بالذكر يبين أنه أراد بترك الأفعال في الشرط الخامس ما عدا الأكل من الأفعال.

والفرق بينه وبين سائر الأفعال أن قليلها لا يبطل كما سبق، وقليل الأكل يبطل؛ لأنه ينافي هيئة الخشوع، ويشعر بالإعراض عن الصلاة، فلو كان بين أسنانه شيء، أو نزلت نخامة من رأسه فابتلعها عمداً بطلت صلاته، هذا ظاهر المذهب، وهو الذي ذكره في الكتاب، فقال: (فقليله مبطل) وليكن معلماً بالواو؛ لأن صاحب «التتمة» حكى في القليل وجهاً: أنه لا يبطل كالقليل من سائر الأفعال، ثم الحكم بالبطلان فيما إذا أكل عمداً، أما [إذا]<sup>(١)</sup> كان مغلوباً كما لو جرى الريق بياقي الطعام، أو نزلت النخامة ولم يمكنه إمساكها لم تبطل صلاته، ولو أكل [ناسياً، أو]<sup>(٢)</sup> جاهلاً بالتحريم، فإن كان قليلاً لم تبطل، وإن كان كثيراً فوجهان:

**أصحهما: البطلان،** هكذا ذكره الأئمة، وجعلوه كالكلام في الصلاة ناسياً والأكل في الصوم ناسياً، ولم يجعلوه كسائر الأفعال في الصلاة، إذ الجمهور على أن الفعل لا فرق فيه بين العمد والسهو على ما تقدم.

وأعلم أنه لا يعني بالقليل هاهنا ما يقابل الكثير بالمعنى الذي ذكره في الأفعال؛ لأن تفسير الكثير ثم ما يخيل إلى الناظر الإعراض عن الصلاة، فالقليل المقابل له ما لا يخيل، والأكل أي قَدْرٍ كان يخيل الإعراض، فيكون كثيراً بذلك التفسير بكل حال، وإنما المراد من القليل والكثير هاهنا ما يعده أهل العرف قليلاً وكثيراً، ولو وصل شيء إلى جوفه من غير أن يفعل فعلاً من أبتلاع ومضغ كما لو وضع في فمه سكرة كانت تذوب وتوسع، ففي بطلان صلاته وجهان:

**أحدهما: وبه قال الشيخ أبو حامد: لا تبطل صلاته؛ لأنه لم يوجد منه مضغ وازدراد، وهذا ذهاب إلى أن الأكل إنما يبطل لما فيه من العمل.**  
 وقضيته: أن لا يبطل القليل منه، كما حكاه صاحب «التتمة».

**وأظهرهما: أنها تبطل،** ويعبر عنه بأن الإمساك شرط في الصلاة، كما يشترط الانكفاف عن الأفعال، وعن مخاطبة الأدميين ليكون حاضر الذهن راجعاً إلى الله تعالى وحده، تاركاً للعادات، فعلى هذا تبطل الصلاة بكل ما يبطل به الصوم.

(٢) سقط في «ب».

(١) في ط لو.

وقوله: «كأمتصاص سكرة من غير مضغ» ينبغي أن يعرف أن الامتصاص لا أثر له، بل متى كانت في فمه وهي تذوب وتصل إلى جوفه يحصل الخلاف، وإن لم يكن أمتصاص، وإنما قال: من غير مضغ، لأن المضغ فعل من الأفعال يبطل الكثير منه، وإن لم يصل شيء إلى الجوف حتى لو كان يمضغ علماً في فمه بطلت صلاته، [وإن لم يمضغه وكان جديداً فهو كالسكرة، وإن كان مستعملاً لم تبطل صلاته]<sup>(١)</sup> كما لو أمسك في فمه أجاصة<sup>(٢)</sup> ونحوها.

قال الغزالي: خاتمة للمُخْدِثِ الْمُكْتِ فِي الْمَسْجِدِ، وَلِلْجُنْبِ الْعُبُورِ دُونَ الْمَكْتِ، وَلَيْسَ لِلْحَائِضِ الْعُبُورُ عِنْدَ خَوْفِ التَّلْوِثِ، وَعِنْدَ الْأَمْنِ وَجْهَانِ، وَالْكَافِرُ يَدْخُلُ الْمَسْجِدَ بِإِذْنِ الْمُسْلِمِ وَلَا يَدْخُلُ بِغَيْرِ إِذْنٍ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، فَإِنْ كَانَ جُنْبًا مَنَعَ كَالْمُسْلِمِ وَقِيلَ: لَا لِأَنَّهُ لَمْ يَلْتَزِمَ تَفْصِيلَ شَرْعِنَا.

قال الرافعي: مسائل: (الخاتمة) إلى قوله: (فوجهان) مكررة إما أن المحدث له المكث<sup>(٣)</sup> فقد صار معلوماً بقوله في باب الغسل؛ (ثم حكم الجنابة حكم الحدث مع زيادة تحريمه قراءة القرآن، والمكث في المسجد) وفيه تصريح بتحريم المكث وجواز العبور للجنب.

أما حكم الحائض فقد ذكره في «كتاب الحيض» وشرحنا المسائل في الموضوعين، ثم جميع ذلك في حق المسلم.

أما الكافر فلا يمكن من دخول حرم مكة بحال، يستوي فيه مساجده وغيرها، قال الله تعالى: ﴿فَلَا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَذَا﴾<sup>(٤)</sup>.

وأما مساجد غير الحرم فله أن يدخلها بإذن المسلم خلافاً لمالك، ووافقه أحمد في أظهر الروايتين.

لنا أن النبي ﷺ: «رَبَطَ ثُمَامَةَ بِنَ أُنَالٍ فِي الْمَسْجِدِ قَبْلَ إِسْلَامِهِ»<sup>(٥)</sup>.

(١) سقط في «ب».

(٢) الذي في النسخ التي تحت يدي «اجاسته» ولكن حكى بعض الأئمة أن النسخ الصحيحة من الرافعي «حصاة» وهي عبارة البغوي وقد يوجه ما هنا بأن الإجاصة لها قشرة كالصوان يمنع من انحلال الأجزاء التي في جوفها.

(٣) قال النووي: وكذا النوم بلا كراهة. (٤) سورة التوبة، الآية ٢٨.

(٥) متفق عليه من رواية أبي هريرة - رضي الله عنه - أخرجه البخاري (٤٦٢، ٤٦٩، ٤٦٢٢، ٢٤٢٢، ٤٣٧٢، ٢٤٢٣) ومسلم (١٧٦٤) وأبو داود (٢٦٧٩) والنسائي (٤٦/٢).

«وَقَدِمَ عَلَيْهِ قَوْمٌ مِنْ تَقِيفٍ فَأَنْزَلَهُمْ فِي الْمَسْجِدِ، وَلَمْ يُسَلِّمُوا بَعْدُ»<sup>(١)</sup>.

وهل يدخلها بغير إذن أحد من المسلمين؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنه ببذل الجزية فصار من أهل دار الإسلام، والمسجد من المواضع العامة فيها فصار كالشوارع، وهذا أظهر عند القاضي الروياني، وجماعة.

والثاني: وهو الأصح عند الأكثرين ولم يذكر صاحب «التهذيب» و«التتمة» سواه؛ أنه ليس له ذلك ولو فعله عزز، ووجهه: أنه لا يؤمن أن يدخل على غفلة من المسلمين فيلوته، ويستهيئ به، ولأنه ليس من أهل [ما]<sup>(٢)</sup> بنى المسجد له «وكان المسجد مختصاً بالمسلمين» اختصاص دار الرجل به، وذكر في «التهذيب»: أنه لو جلس الحاكم في المسجد يحكم فللذمي الدخول للمحاكمة، ويتنزل جلوسه فيه منزلة التصريح بالإذن، وإذا استأذن في الدخول بعض المسلمين لنوم، أو أكل ينبغي أن لا يأذن له، وإن استأذن لسماع القرآن، أو علم؛ أذن له رجاء أن يسلم، هذا كله إذا لم يكن جنباً، فإن كان جنباً فهل يمكن من المكث في المسجد أم يجب منعه؟ فيه وجهان:

أحدهما: يمنع؛ لأن المسلم ممنوع عند الجنابة لحرمة المسجد، فالكافر أولى بأن يمنع.

وأصحهما: أنه لا يمنع: «لَأَنَّ الْكُفَّارَ كَانُوا يَدْخُلُونَ مَسْجِدَ النَّبِيِّ ﷺ وَيُطِيلُونَ الْجُلُوسَ، وَلَا شَكَّ بِأَنَّهُمْ كَانُوا يُجَنَّبُونَ»<sup>(٣)</sup>، ويخالف المسلم، فإنه يعتقد حرمة المسجد، فيؤخذ بموجب اعتقاده، والكافر لا يعتقد حرمة، ولا يلتزم تفاصيل التكليف، فجاز أن لا يؤخذ به، وهذا كما أن الكافر لا يحده على شرب الخمر؛ لأنه لا يعتقد تحريمه والمسلم يحده، وأما الكافرة الحائض فتمنع حيث تمنع المسلمة؛ لأن المنع تم لخوف التلوين ولهذا يمنع من به جرح يخاف منه التلوين، وكذا الصبيان والمجانين يمنعون من دخوله<sup>(٤)</sup>.

(١) أخرجه أحمد في المسند (٢١٨/٤) وأبو داود (٣٠٢٦) والبيهقي (٤٤٤/٢ - ٤٤٥)، والطبراني في الكبير (٨٣٧٢).

(٢) في ط (من).

(٣) أخرجه أبو داود من رواية أبي هريرة - رضي الله عنه - (٤٨٨، ٣٦٢٤، ٤٤٥٠، ٤٤٥١) والشافعي من رواية عثمان بن أبي سليمان (١٦٦)، والبيهقي من رواية جبير بن مطعم (٤٤٤/٢).

(٤) قال النووي في زيادته: ولا يمنع الجنب والحائض من دخول المصلى الذي ليس بمسجد على المذهب، وذكر الدارمي في باب صلاة العيد في تحريمه وجهين: وأجدهما في منع الكافر منه: بغير إذن، وقد ذكرت جملاً من الفوائد المتعلقة بالمسجد في باب ما يوجب الغسل من شرح المذهب، وأنا أشير إلى أحرف من بعضها، فيكره نقش المسجد واتخاذ الشرفات له، ولا بأس

وقوله: (والكافر يدخل المسجد) يعني به غير مساجد الحرم وإن كان اللفظ مطلقاً، وقوله: (فإن كان جنباً منع) أي: من المكث، فإنه الذي يمنع منه المسلم دون أصل الدخول ثم إيراده يشعر بترجيح هذا الوجه، لكن الوجه الثاني أرجح على قضية كلام أكثر الأصحاب، وأوفق لكلام الشافعي - رضي الله عنه - وصرح بترجيحه الشيخ أبو محمد، والقاضي الروياني - والله أعلم -.

## البَابُ السَّادِسُ

### في السَّجَدَاتِ

قال الغزالي: وَهِيَ ثَلَاثَةٌ: الْأُولَى سَجْدَةُ السَّهْوِ، وَهِيَ سُنَّةٌ (ح م) عِنْدَ تَرْكِ التَّشْهِيدِ الْأَوَّلِ أَوْ الْجُلُوسِ فِيهِ أَوْ الْقُتُوبِ أَوْ الصَّلَاةِ عَلَى الرَّسُولِ فِي التَّشْهِيدِ الْأَوَّلِ أَوْ عَلَى الْآلِ فِي التَّشْهِيدِ الثَّانِي إِنْ رَأَيْنَاهُمَا سُنَّتَيْنِ، وَسَائِرُ السُّنَنِ تُجَبَّرُ بِالسُّجُودِ، وَأَمَّا الْأَرْكَانُ فَجَبَرُهَا بِالتَّذَارُكِ، فَإِنْ تَعَمَّدَ تَرَكَ هَذِهِ الْأَبْغَاضِ لَمْ يَسْجُدْ عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ.

### القول في سجود السهو:

قال الرافعي: السجادات ضربان:

أحدهما: سجادات طلب الصلاة، ولا يخفى أمرها.

والثاني: غيرها وهي ثلاث:

إحداها: سجدة السهو، وليست بواجبة، وإنما هي سنة خلافاً لأبي حنيفة، حيث قال بوجوبها مع تسليم أن الصلاة لا تبطل بتركها، وبعض أصحابنا يرويه عن الكرخي، وعن مالك أنه إن كان السهو لنقصان يجب السجود، ويروى عن أحمد وأصحابه الوجوب مطلقاً.

لنا أن الصلاة لا تبطل بتركها، فلا تجب كالتشهد الأول، وأيضاً فإن سجود السهو

بإغلاقه في غير وقت الصلاة، والبصاق في المسجد خطيئة فإن خالف فبصق، فقد ارتكب النهي، فكفارتها دفنه في رمل المسجد. وترايه ولو مسحه بيده، أو غيرها كان أفضل، ويكره لمن أكل ثوماً، أو بصلاً أو غيرهما، مما له رائحة كريهة دخول المسجد بلا ضرورة ما لم يذهب ريحه، ويكره غرس الشجر فيه فإن غرس قطعه الإمام قال الصيمري: ويكره حفر البئر فيه، ويكره عمل الصنائع. ولا بأس بالأكل والشرب فيه والوضوء، إذا لم يتأذ به الناس، ويقدم في دخول المسجد رجله اليمنى، وفي الخروج اليسرى، ويدعو بالدعوات المشهورة. ولحائظ المسجد من خارجه حرمة المسجد في كل شيء. الروضة (١/٤٠٣، ٤٠٤).

مشروع لترك ما ليس بواجب، ويدل ما ليس بواجب لا يكون واجباً، ثم إنه جعل الكلام في سجود السهو قسمين:

أحدهما: فيما يقتضيه.

والثاني: في محله وكيفيته.

أما مقتضيه فشيئان ترك مأمور، وأرتكاب منهى.

أما ترك المأمور: فأعلم أن المأمورات تنقسم إلى أركان وغيرها، أما الأركان فلا تنجبر بالسجود؛ بل لا بد من التدارك، ثم قد يقتضي الحال بعد التدارك السجود على ما سيأتي.

وأما غير الأركان فتتقسم إلى الأبعاض وهي التي عدناها في أول صفة الصلاة، وإلى غيرها، فالأبعاض مجبورة بالسجود، أما التشهد الأول فلما روي أن النبي ﷺ: «صَلَّى الظُّهْرَ بِهِمْ، فَقَامَ فِي الرَّكْعَتَيْنِ الْأُولَيَيْنِ لَمْ يَجْلِسْ، فَقَامَ النَّاسُ مَعَهُ حَتَّى إِذَا قَضَى الصَّلَاةَ، وَانْتَهَرَ النَّاسُ تَسْلِيمَهُ كَبُرَ، وَهُوَ جَالِسٌ، فَسَجَدَ سَجْدَتَيْنِ قَبْلَ أَنْ يُسَلَّمَ، ثُمَّ سَلَّمَ»<sup>(١)</sup>.

ولو قعد ولم يقرأ يسجد أيضاً، فإن القعود مقصود للذكر، وأما الصلاة على النبي ﷺ في التشهد الأول إذا استخبنها وهو الصحيح؛ فلأنه لو تركها في التشهد الأخير عامداً بطلت صلاته، فيسجد لها في التشهد الأول كالتشهد، وأما الصلاة على الآل في التشهد الثاني فإن قلنا بوجوبها فهي من الأركان يجب تداركها، وإن قلنا: إنها سنة فهي من الأبعاض وتجب بالسجود، وكذلك الحكم لو جعلناها سنة في التشهد الأول، وقد سبق بيان الخلاف فيه، وأما القنوت فلأنه ذكر مقصود في نفسه فيشرع لتركه سجود السهو كالتشهد الأول.

ومعنى قولنا: «مقصود في نفسه» أنه شرع له محل مخصوص به، ويخرج عن سائر الأذكار، فإنها كالمقدمة لبعض [الأذكار]<sup>(٢)</sup> كدعاء الاستفتاح، أو كالتابع كالسورة، وأذكار الركوع، والسجود، وأما موضع القنوت فإنما شرع فيه التطويل للقنوت، وحيث لا يقنت يمنع من تطويله، فهذا حكم الأبعاض إذا تركت سهواً، وإن تركت عمداً فهل يشرع لها السجود؟ فيه: فيه وجهان:

(١) متفق عليه من حديث عبد الله ابن بحينة أخرجه البخاري (٨٢٩، ٨٣٠، ١٢٢٤، ١٢٢٥)، (١٢٣٠، ٦٦٧٠) ومسلم (٥٧٠).

(٢) في ط الأركان.

أحدهما: لا، وبه قال أبو حنيفة، وأحمد؛ لأن الساهي معذور، فيشرع له سبيل الاستدراك ومن تعمد الترك فقد ألتزم النقصان، وفوت الفضيلة على نفسه.

وأصحهما: نعم؛ لأن الخلل عند تعمد الترك أكثر، فيكون الجبر أهم، وصار كالحلق في الإحرام لا فرق فيه بين العمد والسهو.

وأما الأبعاض من السنن فلا يجبر بالسجود، خلافاً لأبي حنيفة، حيث قال: يسجد لترك تكبيرات العيد، وترك السورة، وكذلك لو أسر في موضع الجهر، أو جهر بثلاث آيات في موضع الإسرار.

ولمالك حيث قال: يسجد لترك كل مسنون ذكراً كان أو عملاً، وعن أبي إسحاق أن للشافعي - رضي الله عنه - في القديم قولاً مثل ذلك، حكاه ابن الصباغ، قال: وهو مرجوع عنه، وحكى ابن يونس القزويني<sup>(١)</sup> عن عبد الباقي<sup>(٢)</sup> أن الداركي<sup>(٣)</sup> ذكر وجهاً فيمن نسي التسبيح في الركوع والسجود أنه يسجد للسهو.

وعند أحمد: لا يسجد لترك تكبيرات العيد والسورة، وعنه في تبديل الجهر بالإسرار وعكسه روايتان:

أصحهما: أنه لا يسجد، وقال في تكبيرات الانتقالات، وتسبيح الركوع، والسجود، والتسميع، والتحميد: يسجد لتركها.

لنا ظاهر ما روي أنه ﷺ قال: «لَا سَهْوٌ إِلَّا فِي قِيَامٍ عَنِ الْجُلُوسِ، أَوْ جُلُوسٍ عَنِ قِيَامٍ»<sup>(٤)</sup>.

(١) قال الأسنوي في طبقاته (٩٢٦) لم أقف للمذكور على ترجمة.

(٢) أبو محمد عبد الله بن محمد الباقي الخوارزمي، صحاب الداركي قال الشيخ أبو إسحاق «كان فقيهاً» أديباً شاعراً مترسلاً كريماً درس ببغداد بعد الداركي، ومات بها سنة ثمان وتسعين وثلاثمائة انتهى. زاد ابن الصلاح في طبقاته، أن وفاته كانت في المحرم وأن الشيخ أبا حامد صلى عليه، والباقي منسوب إلى باب بالياء الموحدة إحدى قرى خوارزم، الأنساب (٤٧/٢)، طبقات الشيرازي ص ١٢٣، اللباب (٩٠/١).

(٣) أبو القاسم، عبد العزيز عبد الله بن محمد الداركي. درس بنيسابور سنين، ثم سكن بغداد وانتهت إليه رئاسة العلم بها، وتفقه على أبي إسحاق المروزي، وقال الشيخ أبو حامد: ما رأيت أفقه منه، وكان أبوه محدث أصبهان في وقته. توفي ببغداد يوم الجمعة لثلاث عشرة ليلة خلت من شوال وقيل: من ذي القعدة سنة خمس وسبعين وثلاثمائة، ودفن يوم الجمعة بالشونيزية وهم ابن نيف وسبعين سنة. ودارك: بفتح الراء من قرى أصبهان، طبقات الشيرازي ص ١١٧، طبقات العبادي ص ١٠٠، تهذيب الأسماء واللغات (٢٨٣/٢).

(٤) أخرجه الدارقطني (٣٧٧/١) والحاكم (٣٢٤/١) والبيهقي (٢٤٤/٢ - ٣٤٥) وقال البيهقي تفرد به أبو بكر العنسي وهو مجهول.

وعلى أبي حنيفة القياس على دعاء الاستفتاح، وسائر المسنونات، وكذلك عن أحمد.

وعلى مالك ما روي: «أَنَّ أَنَسًا جَهَرَ فِي الْعَصْرِ، فَلَمْ يُعِدْهَا، وَلَمْ يَسْجُدْ لِلسَّهْوِ، وَلَمْ يُنْكَرْ عَلَيْهِ أَحَدٌ»<sup>(١)</sup>.

فهذا هو الكلام في ترك المأمورات، ونعود إلى ما يتعلق بلفظ الكتاب. قوله: (وهي سنة) ينبغي أن يعلم بالحاء والميم والألف، وكذا قوله: (وسائر السنن لا تجبر بالسجود) ولا بأس بإعلامه بالواو أيضاً؛ لما سبق حكايته، وليس المراد من قوله: (سنة) عند ترك التشهد الأول... إلى آخرها تخصيص الاستحباب بترك هذه الأمور؛ لا بمعنى أنها لا تشرع إلا عند تركها، ولا بمعنى أن في سائر الأسباب تجب، بل حيث تشرع سنة، وأراد في هذا الفصل ذكر شيئين: أحدهما: أن سجدة السهو سنة.

والثاني: أن الكلام فيما يقتضيها من ترك المأمورات، ثم وصل أحدهما بالآخر فقال: هي سنة عند كذا وكذا، وهذا يبيّن من كلامه في «الوسيط».

وقوله: «عند ترك التشهد» إلى قوله: (لا يجبر بالسجود) مذكورة في أول الباب الرابع؛ نعم زاد هاهنا ذكر الصلاة على الآل وما عداها مكرر، وأحق الموضوعين بذكره هذا الباب.

وقوله: (إن رأيناها سنتين) المقابل لهذا الرأي في الصلاة على النبي ﷺ في التشهد الأول عدم الشرعية إيجاباً واستحباباً، وفي الصلاة على الآل في التشهد الثاني الإيجاب دون عدم الشرعية.

وقوله: (وأما الأركان فجبرها بالتدارك) فمعناه أنه لا بد من جبرها من التدارك؛ لأن كل الجبر يحصل به؛ لأنه قد يؤمر مع التدارك بسجود السهو على ما سيأتي بيانه.

وقوله: (لم يسجد على أظهر الوجهين) خلاف ما ذكره جمهور الأئمة، فإنهم حكوا أن الأظهر في المذهب أنه يسجد، منهم أصحابنا العراقيون، وصاحب «التهذيب»، وغيرهم، ومن الأئمة من لم يذكره سواء كالشيخ أبي حامد، والصيدلاني، وعبر بعضهم عن الخلاف في المسألة بالقولين، وجعل المنصوص أنه يسجد، والثاني من تخريج أبي إسحاق المروزي.

قال الغزالي: وَلَوْ أُرْتَكِبَ مِنْهَا تَبَطُّلُ الصَّلَاةِ بِعَمْدِهِ كَالْأَكْلِ وَالْأَنْعَامِ الْكَثِيرَةِ

(١) أخرجه البيهقي معلقاً وأسند الطبراني (٦٨٩) لكن قال في الظهر أو العصر.



فَلْيَسْجُدْ عِنْدَ أَرْكَابِهِ سَهْوًا، وَمَوَاضِعَ السُّجُودِ سِتَّةَ: (الأول) إِذَا قَرَأَ التَّشَهُدَ أَوْ الْفَاتِحَةَ فِي الْاِعْتِدَالِ مِنَ الرُّكُوعِ عَمْدًا بَطَلَتْ صَلَاتُهُ وَإِنْ سَهَا سَجَدَ؛ لِأَنَّهُ جَمَعَ بَيْنَ تَطْوِيلِ رُكْنِ قَصِيرٍ وَتَقْلٍ رُكْنٍ، وَلَوْ وَجَدَ أَحَدَ الْمَعْنِيِّينَ دُونَ الثَّانِي، فِي الْبُطْلَانِ بِعَمْدِهِ وَجَهَانٍ، فَإِنْ قُلْنَا: لَا تَبْطُلُ فِي السُّجُودِ بِسَهْوِهِ وَجَهَانٍ، وَالْأَطْهَرُ أَنْ الْجَلْسَةَ بَيْنَ السُّجُودَتَيْنِ رُكْنٌ طَوِيلٌ.

قال الرافعي: المقتضى الثاني لسجود السهو أرتكاب المنهي والمنهيات قسمان:

أحدهما: ما لا تبطل الصلاة بعمره، كالاتفات والخطوة والخطوتين.

والثاني: ما تبطل بعمره نحو الكلام، والركوع الزائد، وما أشبه ذلك، فقال الأصحاب: ما لا تبطل الصلاة بعمره لا يقتضي السهو به السجود، وما تبطل الصلاة بعمره يقتضي سهوه السجود، أما الأول فلأن النبي ﷺ: «فَعَلَ الْفِعْلَ الْيَسِيرَ فِي الصَّلَاةِ، وَرَخَّصَ فِيهِ، وَلَمْ يَسْجُدْ لِلْسَهْوِ، وَلَا أَمَرَ بِهِ»<sup>(١)</sup>.

وأما الثاني فلما روي أنه ﷺ: «صَلَّى الظُّهْرَ حَمْسًا، ثُمَّ سَجَدَ لِلْسَهْوِ»<sup>(٢)</sup> وقد ذكر الطرف الثاني في الكتاب صريحاً، وأشار به إلى الأول، ولا شك في جريان هذا الضابط من الطرفين في أغلب الصور، ومنهم من وفى بطرده على الإطلاق كما سنفصله.

والطرف الثاني المذكور في الكتاب، وهو أن ما تَبْطُلُ الصَّلَاةُ بعمره يسجد عند أرتكابه سهواً يرد عليه شيان:

أحدهما: أن الفعل الكثير سوى الأكثرين بين عمدته، وسهوه في إبطال الصلاة كما سبق، فعلى ما ذكره الفعل الكثير منهي عنه تبطل الصلاة بعمره، ولا يسجد عند سهوه، بل تبطل الصلاة أيضاً، وكذلك الأكل والكلام الكثير عمدتهما يبطل الصلاة، وكذلك سهوهما في أصح الوجهين كما قدمنا.

والثاني: أنه لو أحدث عمداً بطلت صلاته، ولو أحدث سهواً فكذلك تبطل، ولا يسجد للسهو، فأدرج صاحب «التهديب» في هذا الضابط ما يخرج عنه الثاني فقال: ما يوجب عمدته بطلان الصلاة يوجب سهوه سجود السهو إن لم تبطل الطهارة، وإذا أحدث فعمده وسهوه يستوي في إبطال الطهارة، وأما الأول فما أحترز عنه، بل أدخل العمل في أمثلة، هذا الضابط، ولم يحسن فيه مع تسويته في فصل العمل بين العمد والسهو من كثيره، ولو قيل: ما تبطل الصَّلَاةُ بعمره يسجد عند أرتكابه سهواً إذا لم

(١) متفق عليه البخاري (٥١٦، ٥٩٩٦) ومسلم (٥٤٣) وهو حديث أبي قتادة في حمله ﷺ أمامة.

(٢) متفق عليه من رواية ابن مسعود - رضي الله عنه - البخاري (٤٠١)، ومسلم (٥٧٢/٨٩).

تبطل الصلاة لخرجت المسائل كلها، وقد ذكر أبو سعيد المتولي هذه اللفظة، وقيداً آخر، وبذلك القيد قصد الاحتراز، لكن فيها غُنيّة عنه، ثم تكلم في الكتاب في ستة من مواضع السهو منها ما يتعلق بترك المأمور.

ومنها ما يقع في قسم ارتكاب المنهي، وهذا الفصل يشتمل على أولها، وهو يتضمن مسائل يقتضي الشرح أن فصلها أولاً، ثم نطبق نظم الكتاب عليها.

أحدها: الاعتدال عن الركوع ركن قصير، أمر المصلى فيه بالتخفيف، ولهذا لا يسن تكرير الذكر المشروع فيه بخلاف التسبيح في الركوع والسجود، وكأنه ليس مقصوداً لنفسه وإن كان فرضاً، وإنما الغرض منه الفصل بين الركوع والسجود، ولو كان مقصوداً لنفسه لشرع فيه ذكر واجب؛ لأن القيام هيئة معتادة فلا بد من ذكر يصرفها عن العادة إلى العبادة كالقيام قبل الركوع، والجلوس في آخر الصلاة، لما كان كل واحد منهما هيئة تشترك فيه العادة والعبادة وجب فيها شيء من الذكر، وبهذا الفقه أجاب أصحابنا أحمد بن حنبل - رحمه الله - حيث قال: بوجوب التسبيح في الركوع والسجود كالقراءة في القيام والتشهد في القعود، فقالوا: الركوع والسجود لا تشترك فيهما العادة والعبادة؛ بل هما محض عبادة فلا حاجة إلى ذكر مميز بخلاف القيام والقعود، فإن قيل<sup>(١)</sup>: لو كان الغرض الفصل لما وجبت الطمأنينة فيه، فالجواب أن الطمأنينة إنما وجبت ليكون على سكون وثبات، فإن تناهى الحركات في السرعة يخل بهيئة<sup>(٢)</sup> الخشوع والتعظيم، ويخرم الأبهة.

إذا عرف ذلك، فلو أطاله عمداً بالسكوت أو بالقنوت أو بذكر آخر ليس بركن فهل تبطل صلاته؟ فيه وجهان حكاهما صاحب: «النهاية» وغيره.

أحدهما: لا؛ لما روي عن حذيفة قال: «صَلَّيْتُ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ لَيْلَةً فَقَرَأَ الْبَقْرَةَ وَالنِّسَاءَ وَالْأَمْرَانَ فِي [رُكُوعَةٍ]<sup>(٣)</sup> ثُمَّ رَكَعَ فَكَانَ رُكُوعُهُ نَحْوًا مِنْ قِيَامِهِ، ثُمَّ رَفَعَ رَأْسَهُ وَقَامَ قَرِيبًا مِنْ رُكُوعِهِ، ثُمَّ سَجَدَ»<sup>(٤)</sup>.

والثاني: أنها تبطل إلا حيث ورد الشرع بالتطويل بالقنوت، أو في صلاة التسبيح؛ لأن تطويله يعتبر لموضوعه، فأوجب عمده بطلان الصلاة، كما لو قصر الأركان الطويلة ونقص بعضها، وهذا الوجه هو الذي أورده في «التهذيب»، وذكر إمام الحرمين أنه ظاهر المذهب أيضاً، وحكي وجهاً ثالثاً عن القفال أنه إن قنت عامداً في اعتداله بطلت صلاته، وإن طوّل بذكر آخر لا يقصد القنوت لم تبطل، ويقرب من هذا كلام الشيخ أبي

(٢) في «ب» بشرعية الخشوع.

(٤) أخرجه مسلم (٧٧٢).

(١) في «ب» قلت.

(٣) في أ قيامه.

إسحاق في «المهذب»، فإنه عد من المبطلات تطويل القيام بنية القنوت في غير موضع القنوت، وأحتج إمام الحرمين للوجه الأظهر بأنه لو جاز تطويله لبطل معنى الموالة فإن سائر الأركان قابلة للتطويل، فإذا طوله أيضاً لم تبق الموالة، ولا بد من الموالة في الصلاة، ولمن ذهب إلى الوجه الأول أن يقول: إن كان معنى الموالة أن لا يتخلل فصل طويل بين أركان الصلاة بما ليس منها، فلا يلزم من تطويله وتطويل سائر الأركان فوات الموالة، وإلا فلا أسلم أشترط الموالة بمعنى آخر.

المسألة الثانية: لو نقل ركناً ذكراً عن موضعه إلى ركن آخر طويل، كما لو قرأ الفاتحة أو بعضها في الركوع أو الجلوس آخر الصلاة، أو قرأ التشهد أو بعضه في القيام عمداً، فهل تبطل صلاته؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، كما لو نقل الأركان الفعلية إلى غير موضعها.

وأصحهما: لا، لأن نقل الأركان الذكرية لا يغير هيئة الصلاة؛ ولهذا قلنا: لو كرر الفاتحة أو التشهد عمداً لا تبطل صلاته على الصحيح، بخلاف الركوع والسجود، وقطع قاطعون بهذا الوجه الثاني، ويجري الخلاف فيما لو نقله إلى الاعتدال ولم يطل بأن قرأ بعض الفاتحة، أو التشهد.

الثالثة: لو اجتمع المعنيان فطول الاعتدال بالفاتحة، أو التشهد، فقد ذكر في «النهاية» ما يخرج منه طريقتان:

أظهرهما: طرد الوجهين فيه، ولا يخفى أن الأصح بطلان الصلاة لما ذكرنا.

والثاني: القطع بالبطلان؛ لانضمام نقل الركن إلى التطويل.

الرابعة: الجلوس بين السجدين ركن طويل أم قصير؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه طويل حكاه إمام الحرمين عن ابن سريج، والجمهور؛ تشبيهاً بالجلوس بين السجدين.

والثاني: أنه قصير، حكاه عن الشيخ أبي علي، وهذا هو الذي ذكره الشيخ أبو محمد في «الفروق» وتابعه صاحب «التهذيب» وغيره وهو الأصح لمثل ما ذكرناه في الاعتدال؛ فإن قلنا بالأول فلا بأس بتطويله، وإن قلنا بالثاني ففي تطويله عمداً الخلاف المذكور في الاعتدال.

الخامسة: إذا قلنا: في هذه الصور يبطلان الصلاة؛ فلو فرضنا السهو بذلك الشيء سجد سهواً، وحصل الوفاء بما سبق أن ما يبطل عمده يسجد لسهوه إذا لم يبطل، وإذا قلنا بعدم البطلان فهل يسجد عن الارتكاب سهواً؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، كالاتفات، والخطوة، والخطوتين، وسائر ما لا يبطل عمده

الصلاة، وعلى هذا يحصل الوفاء بالطرف الثاني أيضاً، وهو أن ما لا يبطل عمده الصلاة، لا يقتضي سهوه السجود.

وأصحهما: نعم، أما في تطويل الركن القصير فكما لو قصر الركن الطويل فلم يتم الواجب، وعدل إلى غيره سهواً؛ وأما في نقل الركن فكما لو نقل الركوع إلى غير محله سهواً، وهذا لأن المصلي مأمور بالتحفظ وإحضار الذهن حتى لا يتكلم، ولا يزيد في صلاته ما ليس منها، وهذا الأمر مؤكد عليه تأكيد التشهد الأول، فإذا غفل فطول الركن القصير أو نقل الركن، فقد ترك الأمر المؤكد، وغير شعار فأقتضى الحال الجبر بالسجود، وكترك التشهد الأول، والقنوت، وعلى هذا الوجه تستثنى هذه الصورة<sup>(١)</sup> على قولنا: ما لا تبطل الصلاة بعمده لا يقتضي سهوه السجود، فهذه هي المسائل أما ما يتعلق بلفظ الكتاب.

فقوله: (إذا قرأ التشهد، أو الفاتحة في الاعتدال من الركوع عمداً) هو صورة المسألة الثالثة.

وقوله: (بطلت صلاته) يجوز أن يكون جواباً على الطريقة القاطعة بالبطلان، ويجوز أن يكون جواباً على الأصح مع إثبات الخلاف، وعلى التقديرين فليكن معلماً بالواو.

(١) يضاف لذلك صور: منها، إذا قنت قبل الركوع فإن عمده لا يبطل الصلاة مع أن سهوه يقتضي السجود على الأصح.

ثانيها: إذا قلنا بالصحيح أن القنوت للوتر مختص بالنصف الأخير من شهر رمضان فلو قنت من غيره يسجد للسهو ولم يعمده لم يبطل لكنه مكروه كما ذكره الرافعي من صلاة الجماعة.

ثالثها: إذا نوى المسافر القصر ثم قام إلى ركعتين عامداً بنية الإتمام لم تبطل صلاته ولو قام ساهياً سجد للسهو. كذا ذكره الرافعي في بابيه وابن الصباغ في الشامل والرويانى في البحر ونقله عن النص.

رابعها: إذا فرقتهم في الخوف أربع فرق وصلى بكل فرقة ركعة أو فرقتهم فرقتين وصلى بفرقة ثلاثاً وبأخرى ركعة فإنه يجوز ويسجد. قال في الروضة: ويسجد سجود السهو للمخالفة للانتظار في غير موضعه كما ذكره الشيخ في باب صلاة الخوف عن الأصحاب.

خامسها: إذا طول ركناً قصيراً ساهياً وقلنا إن تعمد لا يضر فإنه يسجد للسهو على الأصح. سادسها: ترك التشهد الأول وتذكره ناسياً بعد ما صار إلى القيام أقرب فعلة فله أن يعود إليه ثم إن عاد سجد على الصحيح في الشرح الصغير والمنهاج مع أنه لو تعمد لم تبطل لأنه يجوز له ترك التشهد ويتصّب.

سابعها: إذا قعد قعوداً قصيراً بأن هوى للسجود فقعد قبل السجود عامداً فإنه يسجد للسهو. روضة الطالبين (٤٠٦/١ - ٤٠٧).

وأعلم أن الحكم بالبطلان في هذه الصورة قد نقل عن الشافعي - رضي الله عنه - ، وذكر الشيخ أبو محمد وغيره أن الأصحاب اختلفوا في معناه، منهم من قال: إنما بطلت الصلاة لتطويل الركن القصير، فلم يحكم بالبطلان إذا قرأ الفاتحة في القيام، أو الركوع، ومنهم من قال: إنما بطلت لنقل الركن، فحكم بالبطلان [حيث وجد النقل].

وقوله: «ولو وجد أحد المعنيين دون الثاني» [إن وجد التطويل]<sup>(١)</sup> وحده، فهو صورة المسألة الأولى، والأظهر فيها البطلان، وإن وجد النقل وحده فهو صورة المسألة الثانية، والأظهر فيها عدم البطلان، ويجوز أن يعلم قوله: (وجهان) بالواو إشارة إلى طريقة القاطعين بعدم البطلان في الصورة الثانية وقوله: (فإن قلنا: لا تبطل) هو المسألة الأخيرة.

وقوله: (والأظهر...) إلى آخره هو المسألة الرابعة، لكن الحكم بأنها قصيرة أظهر على ما سبق، ولا يتضح فرق بين الاعتدال والجلسة.

قال الغزالي: (الثاني) مَنْ تَرَكَ أَزْبَعَ سَجْدَاتٍ مِنْ أَزْبَعَ رَكَعَاتٍ سَهْوًا لَمْ يَكْفِهِ أَنْ يَفْضِيهَا فِي آخِرِ صَلَاتِهِ بَلْ لَا يَخْتَسِبُ لَهُ مِنَ الْأَزْبَعِ إِلَّا رَكَعَتَانِ، وَلَوْ تَرَكَ مِنَ الْأَوْلَى وَاحِدَةً وَمِنَ الثَّانِيَةِ اثْنَتَيْنِ وَمِنَ الرَّابِعَةِ وَاحِدَةً فَلْيَسْجُدْ سَجْدَةً وَاحِدَةً ثُمَّ لِيَصِلْ رَكَعَتَيْنِ، فَإِنْ تَرَكَ أَزْبَعَ سَجْدَاتٍ مِنْ أَزْبَعَ رَكَعَاتٍ وَلَمْ يَذَرِ مِنْ أَيْنِ تَرَكَهَا فَعَلَيْهِ سَجْدَةٌ وَاحِدَةٌ وَرَكَعَتَانِ أَخْذًا بِأَشَقِّ التَّقْدِيرَيْنِ الْمَذْكُورَيْنِ، فَرُغَ: لَوْ تَذَكَّرَ فِي قِيَامِ الثَّانِيَةِ أَنَّهُ نَسِيَ سَجْدَةً وَاحِدَةً وَلَمْ يَكُنْ قَدْ جَلَسَ بَعْدَ السَّجْدَةِ الْأُولَى فَلْيَجْلِسْ ثُمَّ لِيَسْجُدْ، وَالْقِيَامُ لَا يَقُومُ مَقَامَ الْجَلْسَةِ، وَإِنْ كَانَ قَدْ جَلَسَ بَعْدَ السَّجْدَةِ الْأُولَى فَيَكْفِيهِ أَنْ يَسْجُدَ عَنْ قِيَامِهِ، فَإِنْ كَانَ قَصَدَ بِتِلْكَ الْجَلْسَةِ الْأَسْتِرَاحَةَ، فَفِي تَأْدِي الْفَرْضِ بِنَيْةِ التَّنْفُلِ وَجِهَانِ، ثُمَّ لَا يَخْفَى أَنَّهُ يَسْجُدُ لِلْسَهْوِ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ.

قال الرافعي: قاعدة الفصل أن الترتيب في أركان الصلاة واجب الرعاية، وإن النبي ﷺ كان يرتب، وقد قال ﷺ: «صَلُّوا كَمَا رَأَيْتُمُونِي أَصْلِي»<sup>(٢)</sup> فلو ترك الترتيب عمداً بطلت صلاته، ولو تركه سهواً لم يعتد بما فعله بعد الركن المتروك حتى يأتي بما تركه، فإن تذكر الحال قبل فعل مثله في ركعة بعدها فكما تذكر يشتغل به، وإن تذكر بعد فعل مثله في ركعة أخرى تمت الركعة الأولى به، ولغى ما بينهما، هذا إذا عرف عين المتروك وموضعه إن لم يعرف أخذ بأدنى الممكن، وأتى بالباقي وفي الأحوال كلها

(١) ما بين المعكوفتين سقط من أ.

(٢) تقدم أخرجه البخاري من حديث مالك بن الحويرث - رضي الله عنه - .

يسجد للسهو إلا إذا وجب الاستئناف بأن ترك ركناً، وأشكل عينه عليه، وجوز أن يكون ذلك الركن هو النية، أو التكبير، وإلا إذا كان المتروك هو السلام فإنه إذا تذكر ولم يطل الفصل يسلم، ولا حاجة إلى سجود السهو، وقد ذكر في الكتاب مسألتين مما يترتب على هذه القاعدة.

**إحدهما:** لو تذكر في الركعة الثانية أنه ترك سجدة من الأولى، فلا يخلو: إما أن يتذكر قبل أن يسجد في الثانية، أو بعد أن يسجد فيها، فأما الحالة الأولى فيشتمل عليها الفرع المرسوم في الكتاب آخرأً ولا بأس أن تقدمه، فنقول: إذا تذكر في قيام الثانية أنه ترك سجدة من الأولى، فلا بد من الإتيان بها كما تذكر، ثم ننظر إن لم يجلس عقيب السجدة المفعولة، فهل يكفي أن يسجد عن قيام أم يجلس مطمئناً ثم يسجد؟ فيه وجهان:

**أحدهما:** أنه يخبر ساجداً، والقيام يقوم مقام الجلسة بين السجدين؛ لأن الغرض منها الفصل بينهما، وقد حصل ذلك بالقيام.

**وأصحهما:** وهو المذكور في الكتاب أنه يجب أن يجلس مطمئناً، ثم يسجد؛ لأنه وإن كان المقصود الفصل، فالفصل واجب بهيئة الجلوس، فلا يقوم القيام مقامها كما لا يقوم مقام الجلوس للشهد، وإن جلس عقيب السجدة المفعولة نظر إن قصد به الجلسة بين السجدين ثم غفل ولم يسجد الثانية فمن قال، في الصورة الأولى: يكفي أن يسجد عن قيامه فهانئاً أولى، ومن قال: ثم يجلس ثم يسجد أختلفوا هانئاً فقال أبو إسحاق وغيره: يجب أن يجلس هانئاً أيضاً لينتقل منه إلى السجود؛ كما لو قدر المريض على القيام بعد القراءة يجب عليه أن يقوم ليركع عن قيام، وظاهر المذهب وهو المذكور في الكتاب أنه يكفي أن يسجد عن القيام، كما لو ترك أربع سجعات من أربع ركعات ثم تذكر تحتسب له ركعتان، كما سيأتي، وإن كانت السجدة التي في الثانية والتي في الرابعة واقعتين عن قيام، وإن قصد بتلك الجلسة الأسترحة لظنه أنه أتى بالسجدين جميعاً فوجهان مذكوران في الكتاب.

**أحدهما:** لا يحسب ذلك الجلوس، ويجب أن يجلس ثم يسجد؛ لأنه قصد بتلك الجلسة السنة، فلا تنوب عن الفرض كما في سجدة التلاوة لا تقوم مقام سجود الفرض، وبهذا قال ابن سريج وبه يقول أبو إسحاق أيضاً لينتقل من الجلوس إلى السجود.

**والثاني:** أنه يكفي أن يسجد عن قيام، ولا يضر اعتقاده أنه يجلس للأسترحة كما لو جلس في التشهد الأخير وهو يظن أنه الأول ثم تذكر يجزئه ذلك، وما الأظهر من هذين الوجهين؟ قال في «التهذيب»: المذهب هو الأول؛ لكن الأكثرين منهم العراقيون والقاضي الروياني رجحوا الوجه الثاني.

والوجهان في المسألة كالوجهين فيما إذا أغفل المتوضىء لمعة في المرة الأولى، وأنغسلت في الثانية، أو الثالثة، هل يجزئه؟ وقد ذكرنا في «باب الوضوء» أن الأصح عند المعترضين الإجزاء بخلاف ما إذا أنغسلت في تجديد الوضوء، لأن قضية نيته في ابتداء الوضوء أن لا يقع شيء عن السنة حتى يرتفع الحدث، كذلك هاهنا قضية نيته السابقة أن لا يكون الجلوس عن الأسترحة إلا بعد الفراغ من السجدين، ولو تردد في أنه جلس بعد السجدة المفعولة أم لا؟ فالحكم كما إذا علم أنه لم يجلس.

وقوله في الكتاب: (فليجلس ثم ليسجد) ينبغي أنه يعلم بالميم؛ لأن عند مالك أن ذكر الحال بعد أن ركع في الثانية وأطمأن فلا يعود إلى السجود، بل تلغى الأولى وتصير الثانية أولاه، وإنما يعود للسجود إذا تذكر قبل الركوع وبالآلف أيضاً؛ لأن عند أحمد إن ذكر بعد الشروع في القراءة لا يعود إلى السجود، بل تلغى الأولى ويعتد بالثانية، وإنما يعود إذا ذكر قبل الشروع في القراءة.

لنا أن ما أتى به من الأولى وقع صحيحاً فلا يبطل بترك ما بعده كما إذا تذكر قبل الركوع عند مالك، وقبل القراءة عند أحمد، ويجوز أن يعلم بالحاء أيضاً؛ لأن عند أبي حنيفة - رحمة الله عليه - يكفيه أن يسجد في آخر صلاته سجدة فتلحق بموضعها، ولا يرجع إلى السجود، وكذلك الحكم عنده لو ترك سجدة عمداً، حكاه القاضي الروياني، وغيره، وليعلم قوله: (فليجلس) بالواو أيضاً، وكذلك قوله: (والقيام لا يقوم مقام الجلسة) إشارة إلى الوجه الذي ذكرناه أنه يسجد عن قيام ولا يجلس.

وفي قوله: (فليجلس ثم ليسجد) ما يفيد أصل الفرض<sup>(١)</sup>، ويبين أن القيام لا يقوم مقام الجلسة، لكن عقبه به إيضاحاً وتنبهياً على ما يتمسك به صاحب الوجه البعيد.

وقوله: (بعد السجدة الأولى) في موضعين من الفرع إنما سماها أولى بالنسبة إلى ما سيفعله من بعد، وإلا فليس قبل التذكر إلا سجدة واحدة.

**الحالة الثانية:** أن يتذكر الحال بعد أن يسجد في الثانية، فينظر إن تذكر بعد السجدين معاً، أو في الأخرى منهما فقد تم بما فعل ركعته الأولى، ولغى ما بينهما، ثم إن كان قد جلس في الأولى على قصد الجلسة بين السجدين فتمامها بالسجدة الأولى، وكذا إن كان قد جلس على قصد الاستراحة وأقمنها مقام الجلسة بين السجدين، وإن لم يجلس أصلاً، أو جلس على قصد الأسترحة ولم يكتف بها، فإن قلنا: إذا تذكر في القيام والحالة هذه يجلس ثم يسجد، وهو الأصح، فتمام الركعة الأولى هاهنا بالسجدة الثانية، وإن قلنا: ثم يسجد عن قيام فتمامها بالسجدة الأولى،

(١) في «ب» الغرض.

وينبني على هذا الخلاف ما إذا تذكر بعد السجدة الأولى، فإن قلنا: بالأول فركعته غير تامة فيسجد سجدة ثم يقوم إلى ركعة ثانية، وإن قلنا بالثاني فركعته تامة، فيقوم إلى أخرى هذه مسألة.

**والثانية:** إن تذكر في جلوس الركعة الرابعة أنه ترك من صلاته الرباعية أربع سجعات، فلا يكفيه أن يقضيها فيأتي بأربع سجعات ولاء ويسلم؛ لأن الترتيب يقتضي أن لا يعتد بشيء بعد الركن المتروك حتى يأتي به في ركعة أخرى، ثم ترك السجعات الأربع من الصلاة الرباعية قد يقتضي الاحتساب بثلاث ركعات إلا سجعتين، وقد يقتضي الاحتساب بركعتين ناقصتين بسجدة، فهذه ثلاثة أوجه، والثالث أسوأها، والمصنف ذكر لكل واحد من الوجهين الأخيرين مثلاً دون الوجه الأول، ونحن نذكرها جميعاً على الاختصار، فلو ترك ثنتين من الثالثة، وثنيتين من الرابعة صحت له الركعتان الأوليان، وصحت الركعة الثالثة أيضاً، لكن لا سجدة فيها وفيما بعدها حتى يتم بها فيسجد سجعتين ويقوم إلى ركعة رابعة، فهذه الصورة من صور الوجه الأول؛ وكذلك لو ترك واحدة من الأولى وواحدة من الثانية وثنيتين من الرابعة، وكذا ترك واحدة من الثانية، وواحدة من الثالثة، وثنيتين من الرابعة.

وأما الوجه الثاني فمن صوره أن يترك من كل ركعة سجدة، فيحصل له ركعتان؛ لأن الأولى تتم بالسجدة التي في الثانية، ويلغى ما بينهما، وكذلك تتم الركعة الثالثة بالسجدة التي في الرابعة.

ومنها ترك ثنتين من الثانية وثنيتين إما من الأولى أو الثالثة، ومنها: ترك ثنتين من الثانية وواحدة من الأولى وأخرى من الثالثة، ومنها ترك ثنتين من الثانية، وواحدة من الثالثة، وأخرى من الرابعة، ومنها ترك ثنتين من الأولى، وأثنيتين من ركعتين بعدها متواليين، ومنها ترك واحدة من الأولى، وواحدة من الثانية، وأثنيتين من الثالثة، ومنها ترك واحدة من الثانية، وأثنيتين من الثالثة، وواحدة من الرابعة، فيحصل في هذه الصور كلها ركعتان، ويقوم إلى ركعتين آخرين.

وأما الوجه الثالث: فمن صوره: أن يترك من الأولى واحدة ومن الثانية ثنتين، ومن الرابعة واحدة، فالحاصل ركعتان إلا سجدة، وذلك لأن ما بعد السجدة في الركعة الأولى غير محسوب حتى تتم هي، وليس في الثانية ما يتمها فتتم بسجدة من الثالثة، وتلغى سجعتها الأخرى؛ لأن الركعة إذا تمت فالواجب بعدها القيام، وتحتسب ركعته الرابعة، وليس فيها إلا سجدة فيسجد أخرى ليتمها، ويقوم إلى ركعتين آخرين، ومنها لو ترك من الأولى ثنتين، وواحدة من الثانية، وأخرى من الرابعة، وكذلك كل صورة ترك فيها ثنتين من ركعة، وثنيتين من ركعتين آخرين غير متواليين.



إذا عرفت ذلك فإن عرف السَّاهِي موضع الأربع المتروكة، فالحكم ما بيننا، وإن لم يعرف أخذ بالأسوأ ليخرج عن العهدة بيقين، والأسوأ أن يأتي بسجدة وركعتين، وحكى إمام الحرمين عن أبيه أنه كان يقول: يلزمه في صورة الإشكال أن يسجد سجدتين، ثم يقوم إلى ركعتين آخرين لاحتمال أنه ترك ثنتين من الثالثة، وثنتين من الرابعة، أو على صورة أخرى من صور الوجه الأول، ولو كان كذلك لكان عليه أن يسجد سجدتين، ثم يقوم إلى ركعة أخرى فيجب أن يسجد سجدتين لجواز أن يكون الترك على وجه يقتضي ذلك، ثم لا يجزئه إلا ركعتان لجواز أن يكون الترك على وجه آخر فيصلي ركعتين آخرين ليكون آتياً بكل ما تعذر وجوبه، وأعرض عليه بأن السجدة الثانية غير معتد بها، فإنه إذا سجد سجدة واحدة والإشكال مستمر حصل له مما فعل ركعتان قطعاً، ولا شك أنا نأمره بركعتين أخريين فالزيادة لغو والله أعلم.

ثم جميع ما ذكرناه فيما إذا كان قد جلس عقيب السجدة كلها على قصد الجلسة بين السجدتين، أو على قصد الأسترحة، وأقمنها مقام الجلسة المفروضة، وإذا فرعنا على أن القيام يقوم مقام الجلسة، فأما إذا لم يجلس في بعض الركعات، أو في شيء منها إلا في الرابعة وفرعنا على الصَّحِيح، وهو أن القيام لا يقوم مقام الجلسة لم يحسب ما بعد السجدة المفعولة إلى أن يجلس حتى لو تذكر أنه ترك من كل ركعة سجدة، ولم يجلس إلا في الأخيرة، أو جلس بنية الأسترحة، أو جلس في الثانية على قصد التشهد الأول، وقلنا: الفرض لا يتأدى بالنفل فلا يحصل له مما فعل إلا ركعة ناقصة بسجدة؛ لأنه لم يأت بعدها بجلوس على قصد الفرضية، ثم هذا الجلوس الذي نذكر الحال فيه يقوم مقام الجلسة بين السجدتين، فيسجد سجدة، ويقوم إلى ثلاث ركعات، فهذا ما يتعلق بترك أربع سجدة من صلاة رباعية.

ولو تذكر أنه ترك منها سجدة واحدة فإن علم أنه نسيها من الأخيرة سجدها، وأستأنف التشهد إن كان قد تشهد، وإن علم أنه تركها من غير الأخيرة فعليه أن يقوم إلى ركعة أخرى، وإن أشكل أخذ بالاحتمال الأخير، وإن تذكر ترك سجدتين منها فإن كانتا من الركعة الأخيرة كفاه أن يأتي بسجدتين، وإن كانتا من غير الأخيرة فإن كانتا من ركعة واحدة فعليه أن يقوم إلى ركعة، وإن كانتا من ركعتين فقد يكفيهما أن يقوم إلى ركعة، وقد يلزمه أن يقوم إلى ركعتين؛ لأنه ترك واحدة من الأولى وواحدة من الثالثة، وإن أشكل أخذ بهذا الأسوأ، وإن تذكر ترك ثلاث سجدة فقد يقتضي ذلك حصول ثلاث ركعات إلا سجدة فيسجد سجدة، ويقوم إلى ركعة، وذلك مثل أن يكون اثنتان من الأولى أو الثانية أو الثالثة وواحدة من الرابعة، وقد يكون بحيث يحصل له ثلاث ركعات إلا سجدتان مثل أن تكون واحدة من الأولى واثنتان من الرابعة، وقد يكون بحيث لا يحصل له إلا ركعتان، مثل أن يكون الثلاث من الثلاث الأوليات فإن أشكل

أخذ بهذا الأسوأ<sup>(١)</sup>، وإن تذكر ترك خمس، فقد يحصل ركعتان سوى سجديتين بأن تكون واحدة من الأولى، وثنان من الثانية، وثنان [من الرابعة، وقد لا يحصل إلا ركعة، مثل أن تكون واحدة من الأولى، وثنان من الثانية، وثنان]<sup>(٢)</sup> من الثالثة، فإن أشكل الحال فقد قال في «المهذب» يلزمه سجدتان وركعتان.

وقال غيره: لا؛ بل ثلاث ركعات وهو الصحيح، ولا وجه للأول، ولو ترك ست سجديات فلا يحصل له إلا ركعة، ولو ترك سبعا فلا يحصل إلا ركعة ناقصة بسجدة، وحكم الثمان لا يخفى، ونعود إلى ما يتعلق بألفاظ الكتاب سوى ما تقدم.

قوله: (من ترك أربع سجديات من أربع ركعات) عنى به ما إذا ترك كل سجدة من ركعة، وإن كان اللفظ مطلقاً، وقد صرح به في «الوسيط» وهذه الصورة من جملة الصور التي تقتضي ترك السجديات الأربع فيها الاحتساب بركعتين على ما سبق ذكرها، ولو أقتصر في الحكم على قوله: (لم يكفه أن يقضيها في آخر صلاته) لأمكن إجراؤه على إطلاقه، فإنه لا يكتفي قضاء السجديات في آخر الصلاة بحال، ولكن لما عقبه

(١) قال الأسنوي: الصواب أنه يلزمه ركعتان وسجدة فإن أسوأ الأحوال أن يكون المتروك هو السجدة الأولى من الركعة الأولى والسجدة الثانية من الركعة الثانية وواحدة من الرابعة، ويتصور ترك الأولى وغيرها. أما السجود فيها على كور عمامته أو لتزول عصابة على جبهته أو غير ذلك من الطرق التي نذكرها. وإنما قلنا إنه الأسوأ لأنه لما قدرنا أنه ترك السجدة الأولى من الركعة الأولى لم يحسب الجلوس الذي بعدها لأنه ليس قبله سجدة ولكن بعده سجدة محسوبة فيبقى عليه من الركعة الأولى في الجلوس بين السجديتين والسجدة الثانية ولما قدرنا أنه ترك السجدة الثانية من الركعة الثانية لم يمكن أن يكمل بسجديتها الأولى الركعة الأولى لفقدان الجلوس بين السجديتين قبلها نعم بعدها جلوس محسوب فيحصل له من الركعتين ركعة إلا سجدة فيكملها بسجدة من الثالثة وحينئذ يفسد الثالثة لأن القيام إليها كان قبل كمال التي قبلها ثم ترك واحدة من الرابعة فيبقى عليه ركعتان وسجدة فيسجد ثم يأتي بركعتين وهذا العمل كله واضح وهو أمر عقلي لا شك فيه، وهذا الذي قاله في المهمات تبع فيه الأصفوني في مختصر الروضة وأجاب الشيخ تقي الدين السبكي عن هذا بأن الأصحاب فرضوا المسألة فيما إذا ترك ثلاث سجديات فقط. والذي ذكره في المهمات فرضها بزيادة ترك جلسة. قال الشيخ السبكي: من جملة أبيات نظمها: -

وإنما السجدة للجلوس وذلك مثل الواضح المحسوس

ووافقه الأذري في التوسط. قال: ولذلك قال الدارمي بعد ما سبق عن الأصحاب وهذا إذا لم يترك من كل ركعة إلا سجدة فإن كان قد ترك الجلوس بين السجديات فمنهم من قال هو كما مضى وهو على الوجه القائل ليس الجلوس مقصوداً ومنهم من قال: لا يصح إلا ركعة، الأولى بسجدة لأنه لم يجلس في شيء من الركعات. انتهى. ولما استشعر صاحب المهمات الجواب الذي ذكره الشيخ السبكي أجاب عنه. (قاله البكري). روضة الطالبين (١/٤٠٩ - ٤١٠).

(٢) سقط في «ب».

بقوله: «بل لا يحتسب له من الأربع إلا ركعتان» تعذر إجراؤه على الإطلاق، ثم شرط الاحتساب بالركعتين أن يجلس عقيب السجدة كما سبق، وإن لم يتعرض له لفظ الكتاب.

وقوله: (لم يكفه) معلم بالحاء، لأن أبا حنيفة يقول في الصورة المرادة: يكفيه أن يسجد أربع سجدة، ولا يسلم، وليس ذلك؛ لأن الترتيب في أفعال الصلاة ليس بشرط عنده، فإنه سلم أنه لو ترك ثماني سجدة لم يكفه الإتيان بها في آخر الصلاة، بل لا يحتسب له إلا ركعة بلا سجدة، كما هو مذهبنا، لكنه أكتفى هاهنا بالسجدة؛ لأن عنده إذا تقيدت الركعة بسجدة وأعتد بها، حتى لو ترك من كل ركعة سجدة قصداً كفاه فعلها في آخر الصلاة أيضاً.

لنا أنه لو وقع الأعتداد بالركعة المقيدة بسجدة لما وجب فعل السجدة في آخر الصلاة كركعة المسبوق لما أعتد بها لم يجب تدارك القيام والقراءة منها.

وقوله «في آخر صلاته» إنما [سماها] <sup>(١)</sup> آخر الصلاة على تقدير أنا لو كان قضاؤها كافياً أو بالإضافة إلى ظن المصلي أولاً؛ وإلا فليس الجلوس الذي فرضنا فيه التذکر آخر صلاته في الحقيقة، ثم هذه اللفظة إشعار بأنه أراد تصوير الكلام فيما إذا تذكر سهوه قبل أن يسلم من صلاته، وإلا فالسجدة لو قضيت لا تكون في آخر صلاته، بل بعد آخرها، وأما الحكم لو تذكر في السهو في المسائل المذكورة بعد السلام إن لم يطل الفصل فهو كما لو تذكر قبل السلام بلا فرق، وإن طال وجب الاستئناف، ومعنى طول الفصل سيأتي.

وقوله: (إلا ركعتان) يجوز أن يعلم بالميم والألف؛ لأنهما لا يصححان إلا الركعة الأخيرة، وهي ناقصة بسجدة، فيسجد سجدة ويقوم إلى ثلاث ركعات.

وروي عن مالك: أن صلاته تبطل.

فأما قوله: «ولو ترك من الأولى واحدة...» إلى آخره فهي من الصور التي يقتضي ترك السجدة الأربع فيها الاحتساب بركعتين إلا سجدة.

وقوله في الصورة الثالثة: (ولم يدر من أين تركها) يوضح أنه أراد بالصورة الأولى ما إذا دري من أين ترك، وهو ما بيّناه.

وقوله: (فعلية سجدة واحدة)، يجوز أن يُعلم بالواو ولما حكّيتاه عن الشيخ أبي محمد - رحمه الله -.

(١) في ط منها.

وقوله: (أخذ بأسوأ التقديرين المذكورين وأسوأ التقديرين)<sup>(١)</sup> ما إذا ترك سجدة من الأولى، وثنتين من الثانية، وواحدة من الرابعة، ولا يجب عند الإشكال الحمل على هذه الصورة بعينها، فإن لها أخوات في معناها كما بيّنا، وإنما الواجب الحمل عليها، أو على شيء منها.

وقوله في آخر الفصل: (ثم لا يخفى أنه يسجد للسهو في جميع ذلك) أي: في جميع مسائل الفصل، ويمكن عدّها من قسم ترك المأمور؛ لأن الترتيب مأمور به، وتركه عمداً مبطل، فإذا سها سجد، ومن قسم ارتكاب المنهي أيضاً؛ لأنه إذا ترك الترتيب فقد زاد في الأفعال والأركان.

قال الغزالي: الثالث: إذا قام إلى الثالثة ناسياً فإن أنتصب لم يعد إلى التشهد، لأن الفرض لا يقطع بالسنة، فإن عاد عالماً بطلت صلاته، وإن عاد جاهلاً لم تبطل لكن يسجد للسهو، وإن كان مأموماً وقعد إمامه جاز الرجوع على أحد الوجهين؛ لأن القذوة في الجملة واجبة وإن لم يكن التقدّم بهذا القدر مبطلاً، وإن تذكر قبل الانتصاب فيزجج ثم يسجد للسهو إن كان قد انتهى إلى حد الرّاكعين لأنه زاد رُكوعاً.

قال الرافعي: قد سبق أن فوات التشهد الأول يقتضي سجود السهو، وفي هذا الفصل يتبين أنه متى يفوت، وإلى متى يجوز تداركه بالعود إليه، وإذا عاد إليه هل يحتاج إلى سجود السهو أم لا؟ فنقول: إذا نهض من الركعة الثانية ناسياً للتشهد، أو جلس ولم يقرأ التشهد، ونهض منه ناسياً، ثم تذكر فلا يخلو إما أن يتذكر بعد الانتصاب أو قبله.

الحالة الأولى: أن يتذكر بعد الانتصاب، فلا يجوز له العود إلى التشهد خلافاً لأحمد، حيث قال: يجوز ما لم يشرع في القراءة، والأولى أن لا يعود، وحكى القاضي ابن كج عن أبي الحسين [عن بعض<sup>(٢)</sup> الأصحاب] مثل ذلك.

لنا ما روي عن المغيرة بن شعبة - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «إذَا قَامَ أَحَدُكُمْ مِنَ الرُّكْعَتَيْنِ فَلَمْ يَسْتَتِمَّ قَائِماً، فَلْيَجْلِسْ، وَإِذَا اسْتَتَمَّ قَائِماً فَلَا يَجْلِسْ وَيَسْجُدْ سَجْدَةَ السُّهُوِ»<sup>(٣)</sup> ولأن القيام فرض، والتشهد الأول سنة لما سبق، والفرض لا يقطع بالسنة، فلو خالف وعاد؛ نظر إن تعمد وهو عالم بأنه لا يجوز العود بطلت صلاته،

(١) سقط في «ب».

(٢) سقط في ط.

(٣) أخرجه أبو داود (١٠٣٦) وابن ماجه (١٢٠٨) والدارقطني (٣٧٨/١، ٣٧٩) والبيهقي (٣٤٣/٢)

وقال البيهقي في المعرفة: لا يحتج به غير أنه روي من وجهين آخرين واشتهر بين الفقهاء.

وإن عاد ناسياً لم تبطل، وعليه أن يقوم كما تذكر، وإن عاد جاهلاً بعدم الجواز؟ ففيه وجهان منقولان في «التهذيب» وغيره.

أحدهما: أنه لا يعذر وتبطل صلاته لتقصيره بترك التعلم.

وأصحهما: وهو المذكور في الكتاب: يعذر ولا تبطل صلاته كالناسي، لأنه مما يخفى على العوام، ولا يمكن تكليف كل واحد تعلمه، وعلى هذا يسجد للسهو لما زاد في صلاته سهواً، وكذلك في صورة النسيان، وهذا الذي ذكرناه في المنفرد والإمام في معناه، فلا يرجع بعد الأنتصاب إلى التشهد، ولا يجوز للمأموم أن يشتغل به، ولو فعل بطلت صلاته، نعم لو نوى مفارقتها ليتشهد جاز، وكان مفارقاً بالعدر، ولو أنتصب مع الإمام، ثم عاد الإتمام لم يجز للمأموم أن يعود؛ بل يخرج عن متابعتها، لأنه إما مخطيء بالعود فلا يوافق في الخطأ، أو عامداً فصلاته باطلة، وهل يجوز أن ينتظره قائماً حملاً على أنه عاد ناسياً، حكى في «التهذيب» فيه وجهين، وقد سبق في التنحج نظيره، ولو قعد الإمام للتشهد الأول، وقام المأموم ساهياً، أو نهضاً، ثم تذكر الإمام فعاد قبل الأنتصاب، والمأموم قد أنتصب: هل يعود المأموم في صورتين؟ فيه وجهان:

أصحهما: نعم؛ لأن متابعة الإمام فرض بخلاف متابعة الإمام والمنفرد فإنهما لو رجعا لرجعا من فرض إلى سنة.

والثاني: أنه لا يعود، بل يصبر إلى أن يلحقه الإمام، لأنه حصل في ركن القيام، وليس فيما فعله إلا تقدم الإمام بركن، وأنه غير مبطل، وإن كان عمداً فلا حاجة إلى الرجوع، وقوله في الكتاب: (لأن القدوة في الجملة واجبة، وإن لم يكن التقدم بهذا القدر مبطلاً) إشارة إلى توجيه الوجهين، وفي بعض النسخ: «لأن القدوة في الكملة واجبة».

الثاني: لا، لأن سبق الإمام بركن لا يبطل، وهما قريبان، ويجوز أن يعلم قوله: (وإن لم يكن التقدم مبطلاً) بالواو؛ لأن في وجه التقدم على الإمام يبطل الصلاة ولو بركن واحد، وقد أوردته في الكتاب في الصلاة بالجماعة، والذي ذكره هاهنا مفرع على ظاهر المذهب، وصاحب «النهاية» قد صرح بذلك، ثم ذكر أن الخلاف في المسألة في جواز الرجوع وعدم الجواز، ولا خلاف في أنه لا يجب الرجوع، لأنه لو قام قصداً لم يقض ببطلان صلاته، ووافقه المصنف فقال: (جاز الرجوع على أحد<sup>(١)</sup> الوجهين) ففرض الخلاف في الجواز، لكن الشيخ أبو محمد<sup>(٢)</sup> ومن تابعه نقلوا الوجهين في أنه هل يجب الرجوع؟ وقالوا:

(١) في «ب» على أظهر.

(٢) في «ب» أبو حامد.

أصحهما: الوجوب، ولو لم يرجع بطلت صلاته؛ لأن متابعة الإمام فرض، ولم يورد صاحب «التهذيب» الأوجه الوجوب، ثم قطع إمام الحرمين بأن في صورة قصد القيام ليس له أن يعود، كما لو ركع قبل الإمام، أو رفع رأسه قبله عمداً لا يجوز أن يعود، ولو عاد بطلت صلاته؛ لأنه زاد ركناً عمداً، ولو فعل ذلك سهواً كما لو سمع حساً فظن أن الإمام ركع فركع، ثم تبين أنه لم يركع بعد، أو ظن أنه أعتدل عن الركوع فأعتدل، ثم بان أنه لم يعتدل بعد، فقد ذكر في «النهاية» وجهين في أنه هل يجوز له أن يرجع؛ لأنه غالط فيما فعل، وصاحب «التهذيب» وآخرون حكوا الوجهين في هذه المسألة في وجوب الرجوع أيضاً، وقالوا في وجه: تبطل صلاته لو لم يرجع، وفي وجه: يتخير بين أن يرجع أو لا يرجع وهو الأصح، وللنزاع في صورة قصد القيام أيضاً مجال ظاهر؛ لأن أصحابنا العراقيين أطبقوا على أنه لو ركع قبل الإمام عمداً فينبغي أن يرجع ليركع مع الإمام فاستحبوا الرجوع فضلاً عن الجواز، وربما تعود المسألة في باب الجماعة.

وقوله: (لم يعد إلى التشهد) معلم بالألف والواو لما قدمنا، وكذا قوله: (بطلت صلاته) وقوله في الجاهل: (لم تبطل) معلم بالواو.

الحالة الثانية: أن يتذكر قبل الانتصاب، فقد نص الشافعي - رضي الله عنه - على أنه يرجع إلى التشهد، وحكى الروياني خلافاً للأصحاب في أنه ما الذي أراد بالانتصاب؟ فمنهم من قال: أراد الاعتدال والأستواء، ومنهم من قال: أراد به أن يصير إلى حالة هي أرفع من حد أقل الركوع، والأول ظاهر اللفظ وهو الذي ذكره الجمهور، ويدل عليه حديث المغيرة بن شعبة - رضي الله عنه -، وبالثاني فسر المسعودي كلام الشافعي - رضي الله عنه - وبه قال الشيخ أبو محمد، وهذا الاختلاف يرجع إلى شيء وهو أن من قام في صلاته منحنياً فوق حد أقل الركوع هل يجزئه ذلك أم لا؟ وفيه وجهان حكيناها في ركن القيام، فمن قال: لا يجزئه وهو الأصح قال، هاهنا: له أن يعود، ومن قال: يجزئه قال: إذا صار في ارتفاعه إلى هذا الحد لا يعود؛ لأنه حصل في حد الفرض.

وقوله في الكتاب: (فيرجع) معلم بالميم؛ لأن عند مالك إن كان إلى الانتصاب أقرب لم يرجع، وعن ابن المنذر عنه أنه إذا فارقت إلياته الأرض لم يرجع، وبالحاء؛ لأن عند أبي حنيفة إن كان إلى القيام أقرب لم يعد، ذكره القدوري<sup>(١)</sup>، ويجوز أن يعلم بالواو أيضاً؛ لأن مراده من الانتصاب الأستواء، ومن ذهب إلى التفسير الثاني لا يطلق

الرجوع إذا لم يستو، ثم إذا عاد قبل الانتصاب فهل يسجد للسهو؟ حكى الشيخ أبو حامد وأصحابنا العراقيون فيه قولين:

أظهرهما: عندهم أنه لا يسجد؛ لأنه روي في حديث المغيرة أنه ﷺ قال: «وإن ذَكَرَ قَبْلَ أَنْ يَسْتَتِمَّ قَائِمًا جَلَسَ، وَلَا سَهْوًا»<sup>(١)</sup>، ولأنه عمل قليل، فلا يقتضي سجود السهو.

والثاني: وبه قال أحمد وأخاذه القاضي أبو الطيب أنه يسجد، لما روي أن أنساً - رضي الله عنه - «تَحَرَّكَ لِلْقِيَامِ فِي الرُّكْعَتَيْنِ مِنَ الْعَصْرِ فَسَبَّحُوا بِهِ فَجَلَسَ، ثُمَّ سَجَدَ لِلْسَهْوِ»<sup>(٢)</sup> ولأن ما أتى به زيادة من جنس الصلاة، فأشبه ما إذا زاد ركوعاً، وقال كثير من الأصحاب: إن صار أقرب إلى القيام منه إلى القعود ثم عاد سجد السهو، وإن كان يعد أقرب إلى القعود، لم يسجد، ويحكى هذا عن القفال أيضاً، ووجهه: أنه إذا صار إلى القيام أقرب فقد أتى بفعل يغير نظم الصلاة، ولو أتى به عمداً في غير موضعه لبطلت صلاته، فيقتضي سهوه السجود، وهذا كالتوسط بين القولين، وحمل للقولين على الحاليين، وذكر في «النهاية» هذه العبارة، وزاد أنه لو عاد من حد يكون نسبته إلى القعود كنسبته إلى القيام لا يسجد أيضاً، وذكر عبارة أخرى عن الشيخ أبي محمد وآخرين وهي: أنه لو عاد قبل أن ينتهي إلى حد الراكعين فلا يسجد، وإن عاد بعد أن ينتهي إلى حد الراكعين يسجد؛ لأنه زاد ركوعاً سهواً، وهذه العبارة هي التي ذكرها في الكتاب، وليس المراد من حد الركوع هاهنا أقل الركوع؛ فإن المرتفع إذا انتهى إلى حد أقل الركوع فقد جاوز أكمله، وزاد ركوعاً، ولم يبلغه فهو في حد الراكعين أيضاً، نص عليه في «النهاية»، وهذا الخلاف في الوجه الذي حكيناه عن بعضهم في تفسير الانتصاب، حيث يعتبر أقل الركوع؛ لأن النظر ثم إلى الحصول في حد فرض القيام والعبارة الأولى أوفى بالغرض، فإن الثانية لا تجزى إلا إذا أنتهض منحنيًا، ومن الجائز أن لا ينحني في أنتهاضه فيحتاج إلى الرجوع إلى العبارة الأولى، وهما متقاربتان، وليستا على التنافي، بل من قال بالأولى قال: بأنه إذا أنتهى إلى حد الراكعين وعاد يسجد للسهو، ومن قال بالثانية سلم بأنه إذا عاد بعد ما صار أقرب إلى القيام من غير أنتهاض يسجد، وليكن قوله: (ثم يسجد [للسهو]<sup>(٣)</sup>) معلماً بالواو لمكان طريقة القولين المطلقين في العود قبل الانتصاب، والظاهر التفصيل، وبه أجاب صاحب «التهذيب» والرويان في «الحلية» وجميع ما ذكرناه من الحالتين في ما إذا ترك التشهد الأول، ونهض ناسياً، فأما إذا فعل ذلك عمداً، ثم عاد قبل الانتصاب والأعتدال فإن عاد بعدما

(١) أخرجه البيهقي (٢/٣٤٣).

(٢) سقط في «ب».

(٣) قط في «ب».

صار إلى القيام أقرب بطلت صلاته، وإن عاد قبله لم تبطل، ذكره في «التهذيب»، ولو كان يصلي قاعداً فافتتح القراءة بعد الركعتين فإن كان على ظن أنه فرغ من التشهد وجاء وقت الثالثة لم يعد بعد ذلك إلى قراءة التشهد في أصح الوجهين، وإن سبق لسانه إلى القراءة وهو عالم بأنه لم يتشهد فله أن يعود إلى قراءة التشهد، وترك القنوت يقاس بما ذكرنا في التشهد، فإذا نسيه ثم تذكر بعد وضع الجبهة [على الأرض]<sup>(١)</sup> لم يجز العود، وإن كان قبله فله العود، ثم إن عاد بعد بلوغه حد الراكعين يسجد للسهو، وإن كان قبله فلا.

قال الغزالي: (الرابع) إِذَا تَشَهَّدَ فِي الْأَخِيرِ قَبْلَ السُّجُودِ تَدَارَكَ السُّجُودَ وَأَعَادَ التَّشَهُدَ وَسَجَدَ لِلسَّهْوِ؛ لِأَنَّهُ زَادَ قَعُوداً طَوِيلًا، وَلَوْ تَرَكَ السُّجُودَ الثَّانِيَةَ وَتَشَهَّدَ ثُمَّ تَذَكَّرَ لَمْ يَسْجُدْ لِهَذَا السَّهْوِ، لِأَنَّهُ زَكَّنَ طَوِيلًا فَلَمْ يُوجَدِ إِلَّا نَقْلَ التَّشَهُدِ وَهُوَ غَيْرُ مُبْطِلٍ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَإِنْ جَلَسَ عَنِ قِيَامٍ وَلَمْ يَتَشَهَّدْ لَكِنْ طَوَّلَ سَجْدَ لِلسَّهْوِ، وَإِنْ تَذَكَّرَ عَلَى الْقُرْبِ فَلَا لِأَنَّ قَدْرَ جَلْسَةِ الْأَسْتِرَاحَةِ فِي مِثْلِ هَذَا الْوَقْتِ عَمْدًا لَا يُبْطِلُ الصَّلَاةَ.

قال الرافعي: صورة المسألة الأولى أن يجلس في الركعة الأخيرة عن قيامه ظاناً أنه إذا أتى بالسجدتين فتشهد، ثم تذكر الحال بعد التشهد، فيجب عليه تدارك السجدتين وإعادة التشهد؛ مراعاة لترتيب الصلاة، ويسجد للسهو والحالة هذه؛ لمعنيين:

أحدهما: وهو المذكور في الكتاب: أنه زاد قعوداً طويلاً في الصلاة، ولو فعل ذلك عمداً لبطلت صلاته، فإذا فعله سهواً سجد.

والثاني: أنه نقل ركن التشهد عن موضعه إلى غير موضعه، وذلك يقتضي سجود السهو على أظهر الوجهين، كما تقدم، ويتفرع على هذا ما لو جلس بعد السجدتين في الركعة الأولى، أو الثالثة وقرأ التشهد، أو بعضه، ثم تذكر سجد للسهو، نص عليه الشافعي - رضي الله عنه - لأنه نقل ركن التشهد إلى غير موضعه ولو لم يقرأ شيئاً، فإن طول سجد للسهو، لأنه زاد قعوداً طويلاً، وإن لم يطول فلا لانتفاء المعنيين، والتطويل بأن يزيد على قدر جلسة الأسترحة.

وأعلم أن الحكم المذكور لا يختص بالركعة الأخيرة، بل لو أتفق له ذلك في الركعة الثانية من صلاة رباعية أو ثلاثية فكذلك يتدارك السجود ويعيد التشهد، ويسجد للسهو إلا أن إعادة التشهد هاهنا تكون مسنونة، ولو أتفق ذلك في ركعة لا يعقبها تشهد فإذا تذكر تدارك.

(١) سقط في «ب».



**المسألة الثانية:** لو سجد في الركعة الأخيرة سجدة وتشهد على ظن أنه فرغ من السجدين، ثم تذكر فلا شك في أنه يتدارك السجدة الثانية، ويعيد التشهد، وهل يسجد للسهو؟ قال في الكتاب: [لا يسجد]<sup>(١)</sup> بناء على شيئين:

**أحدهما:** أن الجلوس بين السجدين ركن طويل، فلم يوجد منه زيادة قعود طويل.

**والثاني:** أن نقل الركن الذكري عن موضعه لا يقتضي السجود، فتكون قراءة التشهد هاهنا بمثابة ما لو أتى بذكر آخر، ويحكى هذا عن ابن سريج، لكن كل واحد من هذين الأصلين مختلف فيه، والظاهر أن الجلسة بين السجدين ركن قصير وأن نقل الركن الذكري عن موضعه يقتضي السجود على ما بيناه من قبل، فإذا الظاهر في المسألة أنه يسجد للسهو، وبه قال الشيخ أبو علي وغيره، وذكر في «التهذيب» أنه المذهب، ولو كانت المسألة بحالها وطول لا بالتشهد فهاهنا لا نقل، لكن الظاهر أنه يسجد للسهو أيضاً تفریباً على قولنا: إن الجلسة بين السجدين ركن قصير.

وأعرف من لفظ الكتاب [في المسألة]<sup>(٢)</sup> أموراً ثلاثة.

**أحدهما:** قوله: (لم يسجد لهذا السهو) ليس جواباً ينفي السجود [جزماً؛ لأنه ذكر الخلاف فيما جعله علة لنفي السجود حيث قال]<sup>(٣)</sup> (لأنه ركن طويل) ولم يوجد إلا نقل التشهد، وهو غير مبطل، يعني إذا كان عمداً على أحد الوجهين، والخلاف في العلة يوجب الخلاف في المعلول، فتبين بذلك أنا إذا قلنا: إن عمده مبطل يسجد للسهو، فإذا لا حاجة إلى إعلام قوله: (لم يسجد) بالواو؛ لأنه بمثابة قوله: «لم يسجد على أحد الوجهين».

**الثاني:** قوله: (أحد الوجهين) يجوز أن يرجع إلى النقل وحده، ويجوز أن يرجع إليه، وإلى قوله قبله: «ركن طويل» فإن الخلاف ثابت فيهما، فإن كان الأول فليعلم قوله: (ركن طويل) بالواو.

**الثالث:** لفظ الكتاب يشعر بأن الحكم بأن عمده غير مبطل مع قولنا: الجلسة ركن طويل يقتضي نفي السجود هاهنا، لكنه قد ذكر من قبل إنا وإن لم نجعل عمد النقل مبطلاً ففي السجود لسهوه وجهان، فإذا القول بنفي السجود هاهنا بناء على الأصلين جواب على أنه إذ ما لم يبطل عمده لا يسجد لسهوه، فالأظهر أنه وإن لم يبطل عمده يسجد لسهوه كما تقدم.

(١) سقط في «ب».

(٢) سقط في «ب».

**المسألة الثالثة:** لو جلس عن قيام ولم يتشهد، ثم تذكر أشغل بالسجدين، وبما بعدهما على ما يقتضيه ترتيب صلاته، ثم إن طال جلوسه سجد للسهو لما سبق أن زيادة القعود الطويل عمداً مبطله، وإن لم يطل بل كان في حد جلسة الأسترحة لا يسجد للسهو؛ لأن العمد منه في غير موضعه لا يبطل الصلاة بخلاف الركوع والسجود والقيام يبطل عمدها الصلاة وإن قصر زمانه، وذلك لأن الجلوس معهود في نفس الصلاة من غير أن يكون ركناً كجلوس التشهد الأول، وجلسة الأسترحة، وهي لا تقع في نفس الصلاة إلا أركاناً، فيكون تأثيرها في تغيير نظم الصلاة أشد، والمسألان الأخيرتان لا اختصاص لهما بالركعة الأخيرة كما ذكرنا في المسألة الأولى، لكن هذا السهو حيث يكون بين يديه تشهد أقرب وقوعاً وإذا كان التشهد فرضاً يجب عليه إعادته بعد تبين الحال، فلذلك كانت مسائل الكتاب مصورة في الركعة الأخيرة.

قال الغزالي: (الخامس) إذا قام إلى الخامسة ناسياً بعد التشهد فإن تذكر جلس وسلم، والقياس أنه لا يعيد التشهد، والنص أنه يتشهد لرعاية الولاء بين التشهد والسلام وكفي لا يبقى السلام قرذاً غير متصل بركن من أحد الجانبين.

قال الرافعي: إذا قام إلى الخامسة في صلاة رابعة، ثم تذكر قبل أن يسلم فعليه أن يعود إلى الجلوس ويسجد للسهو، سواء تذكر في قيام الخامسة، أو ركوعها، أو سجودها، وإن تذكر بعد الجلوس فيها سجد للسهو ويسلم.

وقال أبو حنيفة: إن تذكر قبل أن يسجد في الخامسة يعود إلى الجلوس، وإن تذكر بعد ما سجد فيها فإن لم يكن قعد في الرابعة بطل فرضه وتحولت صلاته نفلاً، وعليه أن يضم إليها ركعة سادسة، وإن كان قد قعد في الرابعة ضم إليها ركعة أخرى، وتكون أربع ركعات من صلاته فرضاً، وركعتان نفلاً.

لنا ما روي أنه ﷺ «صلى الظهر خمساً. فقل له أتزيد في الصلاة، قال: «وما ذاك» قالوا: صليت خمساً، فسجد سجدين بعدما سلم»<sup>(١)</sup>.

والأستدلال أنه لا يخلو إما أن كان قد قعد في الرابعة، أو لم يقعد، فإن قعد فيها لم يضم إلى صلاته ركعة أخرى، وإن لم يقعد فيها لم يعد الصلاة.

وقوله في الكتاب: (جلس وسلم) بعد سجود السهو، وهل يتشهد بعدما تذكر الحال؟ نظر إن تذكر بعد الجلوس والتشهد في الخامسة فلا حاجة إلى إعادته بحال، وإن تذكر قبل الجلوس فيها فجلس، أو بعد الجلوس فيها، وقبل التشهد، فإن لم يكن

(١) سقط في «ب».

تشهد في الرابعة فلا بد وأن يتشهد الآن، وإن كان قد تشهد فيها وهذه الحالة هي المذكورة في الكتاب، فهل يحتاج إلى إعادة التشهد؟ فيه وجهان:

**أصحهما:** وبه قال معظم الأصحاب: لا؛ لأنه أتى به في موضعه، فأشبهه ما إذا قام إلى الخامسة من السجود ثم تذكر فإنه يقعد ويتشهد، ولا يحتاج إلى العود إلى السجود.

**والثاني:** وبه قال ابن سريج: أنه يجب إعادته، وينسب هذا إلى نَصِّ الشافعي - رضي الله عنه - لأنه قال في «المختصر»: وإن ذكر أنه في الخامسة سجد، وإن لم يسجد قعد في الرابعة، أو لم يقعد فإنه يجلس للرابعة، ويتشهد، ويسجد للسهو، حكم بأنه يجلس ويتشهد سواء قعد في الرابعة، أو لم يقعد، وذكر ابن سريج لهذا الوجه الثاني معنيين:

**أحدهما:** رعاية الموالة بين التشهد والسلام، فإن تشهده في الرابعة قد أنقطع بالركعة الزائدة فلا بد من إعادته ليليه السلام.

**والثاني:** أنه لو لم يعد التشهد لبقِيَ السلام فرداً غير متصل بركن قبله ولا بعده، والكتاب يشتمل على هذين المعنيين معاً، وفرع ابن سريج عليهما ما إذا ترك الركوع ثم تذكره في السجود [فإن] <sup>(١)</sup> قلنا بالمعنى الأول، يجب أن يعود إلى القيام ويركع منه، وإن قلنا بالمعنى الثاني كفاه أن يقوم راکعاً، فإنه لا يبقى فرداً لاتصاله بالسجود وما بعده، والأول مثل ما حكيناه عن أبي إسحاق فيما إذا تذكر في قيام الثانية أنه ترك سجدة من الأولى، وكان قد جلس بعد السجدة المفعولة أنه يجلس ثم يسجد.

قال أصحاب الوجه الأول: أما لفظ الشافعي - رضي الله عنه - وإنما يتعرض للقعود، ولم يقل تشهد أو لم يتشهد، فالمراد ما إذا قعد ولم يتشهد.

أما المعنيان فضعيفان، أما الأول فلأن الفصل بالنسيان لا يقدح في الموالة، لأنه إذا أعاد التشهد فإما أن يكون المعتد به تشهده الأول، أو يكون هو الثاني، فإن كان المعتد به الأول فلا معنى للأمر بالثاني، ثم المحذور هو أنقطاع الموالة بين التشهد والسلام يبقى بحالة، وإن كان المعتد به الثاني فلا موالة بينه وبين ما قبله من الأركان، فلم يحتمل أنقطاع الموالة بين التشهد وما قبله، ولا يحتمل بين التشهد والسلام.

وأما المعنى الثاني فهو مفرع على أنقطاع الموالة، وإلا فالسلام ليس فرداً؛ بل هو متصل بما قبله.

وهذا كله إذا كان قد تشهد على قصد التشهد الأخير، وهو المراد من مسألة الكتاب، فأما إذا تشهد على ظن أنه التشهد الأول عاد الوجهان في تأدي الفرض بنية النفل<sup>(١)</sup> إن قلنا: يتأدى فيه الخلاف المذكور، وإن قلنا: لا يتأدى فيجب إعادة التشهد بلا خلاف.

وإذا عرفت ما ذكرناه تبين لك أنه لم قال: القياس أنه لا يتشهد، والنص أنه يتشهد لكن في اللفظ شيئين:

أحدهما: أنه سلم أن النص أنه يتشهد، وأصحاب الوجه الأول لم يسلموا ذلك بل منهم من يمنع دلالة عليه، ومنهم من أوله.

والثاني: أن قوله في مقابلته القياس: أنه لا يتشهد إنما يذكر مثله في إبداء الشيء على سبيل الاحتمال، وهو منقول منصوص عليه من جهة معظم الأصحاب، والله أعلم.

قال الغزالي: (السادس) إِذَا شَكَ فِي أَثْنَاءِ الصَّلَاةِ أَخَذَ بِالْأَقْلِ (ح) وَسَجَدَ لِلسَّهْوِ، وَلَوْ شَكَ بَعْدَ السَّلَامِ فَقَوْلَانِ: أَحَدُهُمَا أَنْ يَقُومَ إِلَى التَّدَارُكِ وَكَأَنَّهُ لَمْ يُسَلِّمْ، وَالثَّانِي: أَنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ بَعْدَ الْفَرَاغِ لِمَا فِيهِ مِنَ الْعُسْرِ، وَإِنْ لَمْ يَشْكُ إِلَّا بَعْدَ طَوْلِ الزَّمَانِ، فَالْقِيَاسُ<sup>(٢)</sup> أَنَّهُ لَا يَتَلَفَّتْ إِلَيْهِ.

قال الرافعي: ليس في هذا الموضع السادس سهو محقق، فكأنه أراد بقوله أولاً: (ومواضع السهو ستة مواضع سجود السهو) ثم ليس ذلك على سبيل الحصر، بل الصور المفردة التي يشرع فيها السجود تزيد على أضعاف هذا العدد، ويمكن التقسيم الجملي على وجه ينتقص عنه.

وقوله: (إذا شك في أثناء الصلاة) يعني في عدد الركعات، وسبب الأخذ بالأقل وسجود السهو قد ذكره في الكتاب بعد هذا، وأعاد المسألة كما سنشرحها، وليعلم قوله: (أخذ بالأقل) بالحاء والألف لما سيأتي، وإن وقع الشك في عدد الركعات، أو في ترك ركن من الأركان بعد السلام، فينظر إن لم يطل الزمان فيه قولان:

أحدهما: أنه يشتغل بالتدارك ويسجد للسهو كما لو وقع الشك في أثناء الصلاة؛ لأن الأصل أنه لم يفعله، وأيضاً فلاه لو تيقن بعد السلام ترك ركن، أو ركعة ولم يطل

(١) قال النووي: الأصح: أنه لا يحتاج إلى إعادته، وبه قطع كثيرون، أو الأكثرون - والله أعلم - روضة الطالبين (١/٤١٣).

(٢) في ط فالصحيح.

الفصل يتدارك كما لو كان ذلك قبل السلام، فكذلك يتساويان في حكم الشك؛ وأظهر هما أنه لا عبرة بهذا الشك، لأن الظاهر أن ختم الصلاة كان على تمام الركعات والأركان، ولو أعتبر الشك الطارئ بعد الفراغ لعسر الأمر على الناس، وفي المسألة طريق آخر وهو القطع بهذا القول الثاني، فليكن قوله: (فقولان) معلماً بالواو لذلك، ولفظ الكتاب وإن لم يصرح بوضع القولين فيما إذا لم يطل الزمان لكنه أشتمل على ما يبين ذلك. ألا ترى أنه قال بعد القولين: (فإن لم يشك إلا بعد طول الزمان) فأفهم أنهما فيما إذا لم يطل، وإن طال الزمان ثم شك ففيه طريقان حكاهما في «النهاية».

أحدهما: طرد القولين.

وأصحهما: القطع بأنه لا عبرة بالشك بعده؛ لأن الإنسان بعد طول المدة تكثر تردداته وشكوكه فيما مضى من أفعاله، ولو أعتبر ذلك لكان الطريق أن يؤمر بالقضاء، ومثل هذا الشك غير مأمون في القضاء أيضاً.

وقوله: «على الصحيح» أي: من الطريقين، وبه قال الشيخ أبو محمد، ويجوز أن يريد من القولين جواباً على الطريقة الأولى، وإذا لم يفصل بين طول الزمان وقصره، قلت: في الشك الطارئ بعد الفراغ طريقان:

أحدهما: أنه لا يعتبر بحال.

والثاني: وهو المذكور في «الوسيط» فيه ثلاثة أقوال:

أصحها: الفرق بين أن يطول الزمان فلا يعتبر، وبين أن لا يطول فيعتبر.

فإن قلت: وبم يضبط الزمان الطويل، ويميز عن غير الطويل؟ وهذا البحث يحتاج إليه هاهنا، وفيما إذا تيقن أنه ترك [ركعة]<sup>(١)</sup> أو ركناً بعد السلام؛ فإن الحكم فيه يختلف بطول الزمان وقصره على ما سبق؟

فالجواب: أنه حكى عن البويطي أن الطويل ما يزيد على قدر ركعة، وبه قال أبو إسحاق المزروعي. وعن ابن أبي هريرة أن الطويل قدر الصلاة التي كان فيها، والأظهر أن الاعتبار فيه بالعرف والعادة، ويحكى ذلك عن [الأم]<sup>(٢)</sup> وإذا جوزنا البناء فلا فرق بين أن يتكلم بعد السلام ويخرج من المسجد ويستدبر القبلة، وبين أن لا يفعل ذلك.

وقيل: القدر الذي نقل عن رسول الله ﷺ في الفصل محتمل فإن زاد فلا، والمنقول أنه قام ومضى إلى ناحية المسجد، وراجع ذا اليمين، وسأل الصحابة فأجابوا.

(١) في أسجده.

(٢) في الإمام.

قال الغزالي: قَوَاعِدُ أَرْبَعٍ، الْأُولَى: مَنْ شَكَ فِي تَرْكِ مَأْمُورٍ سَجَدَ لِلسَّهْوِ إِذِ الْأَصْلُ أَنَّهُ لَمْ يَفْعَلْهُ، وَإِنْ شَكَ فِي أَرْتِكَابٍ مِنْهَيٍّ لَمْ يَسْجُدْ لِأَنَّ الْأَصْلَ الْعَدَمَ، وَلَوْ شَكَ فِي أَنَّهُ سَجَدَ لِلسَّهْوِ أَوْ فِي أَنَّهُ سَجَدَ وَاحِدَةً أَوْ ثِنْتَيْنِ لِلسَّهْوِ، فَالْأَصْلُ الْعَدَمُ إِلَّا فِي مَسْأَلَةٍ، وَهُوَ أَنَّهُ لَوْ شَكَ أَنَّهُ صَلَّى ثَلَاثًا أَوْ أَرْبَعًا أَخَذَ بِالْأَقْلِ قِيَاسًا وَسَجَدَ لِلسَّهْوِ جَبْرًا وَإِنْ كَانَ الْأَصْلُ أَنَّهُ لَمْ يَزِدْ، وَقِيلَ: إِنَّ عِلَّتَهُ أَنَّهُ آدَى الرَّابِعَةَ عَلَى تَرَدُّدٍ حَتَّى لَوْ تَيَقَّنَ قَبْلَ السَّلَامِ أَنَّهَا رَابِعَةٌ سَجَدَ أَيْضًا، وَقِيلَ لَا يَسْجُدُ عِنْدَ زَوَالِ التَّرَدُّدِ.

قال الرافعي: هذه القواعد أصول في الباب لا بد من معرفتها، والأولى منها مبنية على أصل كثير الولوج في أبواب الفقه، وهو أنا إذا تيقنا وجود شيء، أو عدمه ثم شككنا في تغييره، وزواله عما كان فإننا نستصحب اليقين الذي كان، ونطرح الشك، إذا تذكرت ذلك.

فلو شك في ترك مأمور ينجر تركه بالسجود وهو الأبعاض، فالأصل أنه لم يفعله فيسجد للسهو.

قال في «التهذيب»: هذا إذا كان الشك في ترك مأمور مفصل، فأما إذا شك في الجملة في أنه هل ترك مأموراً أم لا؟ فلا يسجد كما لو شك هل سها أم لا؟ ولو شك في ارتكاب منهي مثل شكه في أنه تكلم ناسياً أم لا، أو سلم ناسياً أم لا، فالأصل أنه لم يفعل، ولا سجود عليه، ولو تيقن السهو وشك في أنه هل سجد للسهو أم لا فيسجد؟ لأن الأصل أنه لم يسجد، ولو شك في أنه سجد للسهو سجدة أو سجدتين فيأخذ بأنه لم يسجد إلا واحدة ويسجد أخرى، لأن الأصل في الثانية العدم<sup>(١)</sup>.

ولو شك في صلاته فلم يدر أثلاثاً صلى أم أربعاً أخذ بالأقل، وأتى بالمشكوك فيه، وسجد للسهو، خلافاً لأبي حنيفة - رحمه الله - حيث قال: إن كان هذا الشك أول ما عرض له بطلت صلاته، وإن كان يعرض له كثيراً تحرى وبنى على غالب ظنه، فإن لم يغلب على ظنه شيء بنى على اليقين.

وعن أحمد رواية أن الإمام يتحرى خاصة، ويعمل بغالب ظنه، والظاهر عنه مثل مذهبننا.

لنا ما روى أبو سعيد الخدري - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «إِذَا شَكَ أَحَدُكُمْ فِي صَلَاتِهِ فَلَمْ يَدْرِ كَمْ صَلَّى ثَلَاثًا أَمْ أَرْبَعًا؟ فَلْيَطْرَحِ الشُّكَّ وَلْيَبْنِ عَلَى مَا

(١) قال النووي: ولو يتيقن السهو، وشك هل هو ترك مأمور، أه ارتكاب منهي؟ سجد - والله أعلم - روضة الطالبين (٤١٣/١).

اسْتَيْقَنَ، وَيَسْجُدُ سَجْدَتَيْنِ، فَإِنْ كَانَتْ صَلَاتُهُ تَامَةً كَانَتْ الرُّكْعَةُ وَالسَّجْدَتَيْنِ نَافِلَةً، وَإِنْ كَانَتْ صَلَاتُهُ نَاقِصَةً كَانَتْ الرُّكْعَةُ تَمَامًا، وَالسَّجْدَتَانِ تَرْغِيمًا لِلشَّيْطَانِ<sup>(١)</sup>.

وعن عبد الرحمن بن عوف - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «إِذَا شَكَ أَحَدُكُمْ فَلَمْ يَذِرْ أَوْاحِدَةً صَلَّى أَمْ اثْنَتَيْنِ، فَلْيَبْنِ عَلَى وَاحِدَةٍ، وَإِنْ لَمْ يَذِرْ اثْنَتَيْنِ صَلَّى أَوْ ثَلَاثًا، فَلْيَبْنِ عَلَى اثْنَتَيْنِ، فَإِنْ لَمْ يَذِرْ ثَلَاثًا صَلَّى أَمْ أَرْبَعًا؟ فَلْيَبْنِ عَلَى ثَلَاثٍ، وَيَسْجُدْ سَجْدَتَيْنِ قَبْلَ أَنْ يُسَلِّمَ»<sup>(٢)</sup>.

وعندنا لا مجال للاجتهاد في هذا الباب، ولا يجوز العمل بقول الغير أيضاً.

وفيه وجه: أنه يجوز الرجوع إلى قول جمع كثيرين كانوا يرقبون صلاته، وكذلك إذا قام الإمام إلى ركعة يظنها رابعته، وعند القوم أنها خامسة، فنبهوه لا يرجع إلى قولهم.

وفي وجه: وإن كثر عددهم رجع إلى قولهم، والمشهور الأول لأنه تردد في فعل نفسه، فلا يرجع إلى قول غيره فيه، كالحاكم إذا نسي حكمه لا يأخذ بقول الشهود عليه.

إذا عرف ذلك، فالبناء على الأصل مستمر على الأصل الذي تقدم؛ لأن الأقل فيما سوى القدر المستيقن العدم، وأما الأمر بسجود السهو فمخالف لذلك الأصل؛ لأنه إذا بنى على اليقين، وأتى بركعة أخرى فقد تمت صلاته خالية عن السهو بالزيادة ظاهراً، فلماذا يسجد؟ حكى إمام الحرمين خلافاً في تنزيله قال: قال شيخي، وطائفة: المعتمد فيه ما روينا من الخبر، ولا اتجاه له من جهة المعنى.

وقال الشيخ أبو علي: المقتضى للسجود ترده في أمر الركعة الأخيرة، فإن كانت زائدة فزيادتها تقتضي السجود، وإلا فالتردد فيها أهي أصلية مفروضة، أم زائدة يوجب ضعف النية، ويحوج إلى الجبر بالسجود، قال: ويتفرع على هذا الخلاف ما لو زال ترده قبل السلام، وعرف أن الركعة الأخيرة هي الرابعة حقاً، وأنه ما زاد شيئاً، هل يسجد للسهو؟ قطع الشيخ أبو محمد بأنه لا يسجد، فإن المتبع الحديث، والحديث ورد في دوام الشك والتردد.

وقال الشيخ أبو علي: يسجد؛ لأن تلك الركعة تأدت على التردد، وضعف النية فيها، فزوال التردد بعد ذلك لا يغني عن الجبر الذي مال إليه إمام الحرمين كلام شيخه وأنه لا يسجد عند زوال التردد، وأعترض على كلام الشيخ أبي علي، وقال إنه منقوض

(١) أخرجه مسلم (٥٧١).

(٢) أخرجه الترمذي (٣٩٨) وقال حسن صحيح وابن ماجه (١٢٠٩).

بما إذا لم يدر الرجل أقصى الفائتة التي كانت عليه أم لا؟ فإننا نأمره بقضائها، ولا يسجد للسهو إذا قضاها، وإن كان هو متردداً في أنها هل هي مفروضة عليه من أول الصلاة إلى آخرها أم لا؟ وفي لفظ الكتاب ما يشعر بموافقته الإمام على اختياره، فإنه أسند سجود السهو في المسألة إلى الخبر، ثم قال: وقيل: إن عليه كذا، وقد بيّنا أن هذا السياق يشعر بترجيح الأول، لكن المنقول عن القفال يوافق ما نسب في المسألة إلى الشيخ أبي علي، ولم يورد صاحب «التهذيب» وكثيرون سواه، وضبطوا صور عروض الشك وزواله، فقالوا: إن كان ما فعله من وقت عروض الشك إلى زواله ما لا بد منه على كل احتمال فلا يسجد للسهو، فإن كان زائداً على بعض الاحتمالات سجد للسهو.

مثاله: لو شك في قيام من صلاة الظهر أن تلك الركعة الثالثة أو رابعة فركع وسجد على هذا الشك، وهو على عزم القيام إلى ركعة أخرى أخذاً باليقين، ثم تذكر قبل القيام إلى الأخرى أنها ثلثته، أو رابعته فلا يسجد للسهو؛ لأن ما فعله في زمان الشك لا بد منه على التقديرين جميعاً، وإن لم يتذكر حتى قام إلى الأخرى سجد للسهو، وإن تذكر أنها كانت ثلثته، وهذه رابعة لأنه كان احتمال الزيادة، وكونها خامسة ثابت حين قام<sup>(١)</sup>.

وقوله في الكتاب: (فالأصل العدم إلا في مسألة) - يعني - أنه يعمل بقضية هذا الأصل إلا في هذه المسألة، فلا يعمل به، لأن هذه المسألة تغاير ما قبلها في نفس الأصل حتى لا يكون الأصل فيها العدم، وليس الغرض أستثناء هذه الصورة الفردة؛ بل نظائرها في معناها كما إذا شك في ترك ركن سوى النية والتكبير يبنى على اليقين، ويسجد للسهو، وتترك الأصل في هذه الصورة ليس في الأخذ بالأقل، ولكنه في الأمر بسجود كما بيّنا، ولذلك قال: (أخذ بالأقل قياساً، ومسجد للسهو جبراً)، والصورة المستثناة قد ذكرها وحكمها في الفصل السابق على هذا الفصل فهي معادة هاهنا، لكن هذا الموضوع أحق بذكرها، ولذلك زاد هاهنا الكلام في سبب سجود السهو، وفرع عليه وكأنه قصد بذكرها في الفصل السابق التدرج منعاً إلى الشك بعد السلام، ولو اقتصر على ذكرها في هذا الموضوع وعقبها بمسألة الشك بعد السلام لم يكن به بأس.

وقوله آخراً: (وقيل: لا يسجد عند زوال التردد) تفريع على إسناد سجود السهو إلى الجبر، وليس شيئاً مستأنفاً، ولو قال: وعلى الأول لا يسجد عند زوال التردد لكان أوضح.

(١) قال النووي: ولو شك المسبوق، هل أدرك ركوع الإمام، أم لا؟ فسيأتي في باب إن شاء الله تعالى، لأنه لا تحسب له هذه الركعة. قال الغزالي في «الفتاوى» فعلى هذا يسجد للسهو، كما لو شك، هل صلى ثلاثاً، أم أربعاً؟ هذا الذي قاله الغزالي ظاهر ولا يقال: يتحملة عنه الإمام، لأن هذا الشخص بعد سلام الإمام شك في عدد ركعاته، - والله أعلم - روضة الطالبين (١/٤١٤).



قال الغزالي: **الثانية:** إِذَا تَكَرَّرَ مِنْهُ <sup>(١)</sup> السُّهُوُ فَيَكْفِيهِ سَجْدَتَانِ فِي آخِرِ الصَّلَاةِ، وَإِنَّمَا يَتَعَدَّدُ سُجُودُ السُّهُوِ فِي حَقِّ الْمَسْبُوقِ إِذَا سَجَدَ لِلسُّهُوِ الْإِمَامُ فَإِنَّهُ يُعِيدُ فِي آخِرِ صَلَاةِ نَفْسِهِ، وَكَذَا إِذَا صَلَّى صَلَاةَ الْجُمُعَةِ ثُمَّ بَانَ لَهُمْ بَعْدَ سُجُودِ السُّهُوِ أَنَّ الْوَقْتَ خَارِجٌ تَمَّمُوهَا ظَهْرًا وَأَعَادُوا السُّجُودَ، وَلَوْ ظَنَّ الْإِمَامُ سَهْوًا فَسَجَدَ ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّ لَاسُهُ فَقَدْ زَادَ سَجْدَتَيْنِ فَيَسْجُدُ لِهَذَا السُّهُوِ سَجْدَتَيْنِ أُخْرَيْنِ، وَقِيلَ: هُمَا جَابِرَتَانِ لِأَنَّفُسِهِمَا كَشَاةٍ مِنْ أَرْبَعِينَ شَاةً تُزَكِّي نَفْسَهَا وَغَيْرَهَا.

قال الرافي: لا يتكرر سجود السهو بتكرر السهو وتعدده، بل يكفي سجدتان في آخر الصلاة، سواء تكرر نوع واحد، أو وجد نوعان فصاعداً، ووجه الخبر والمعنى.

أما الخبر فهو حديث ذي اليمينين فإن النبي ﷺ: «سَلِّمْ وَتَكَلَّمْ، وَاسْتَدْبَرَ الْقِبْلَةَ، وَمَشَى، وَلَمْ يَزِدْ عَلَى سَجْدَتَيْنِ» <sup>(٢)</sup>.

وأما المعنى: أن سجود السهو مؤخر إلى آخر الصلاة، ولولا أنه يتداخل لأمر به عند السهو، كسجود التلاوة يأتي عند التلاوة.

قال الأئمة: «ولا يتعدد سجود السهو إلا في مواضع» قالوا: ونعني بذلك صورة السجود، وإلا فالمعتمد به سجدتان بلا استثناء، فمنها المسبوق إذا سجد مع الإمام لسهوه يعيد في آخر صلاة نفسه على اختلاف يأتي من بعد، والغرض هاهنا الإشارة إلى أنه من المستثنيات، وأقتصر على ذكر الأصح، وهو أنه يعيد في آخر صلاة نفسه، ويجوز أن يعلم قوله: (يعيد) بالواو للخلاف الذي يأتي ذكره، ومنها: لو سها الإمام في صلاة الجمعة، فسجدوا للسهو، ثم تبين لهم قبل أن يسلموا خروج وقت الظهر، فعليهم إتمامها ظهراً، ويعيدون سجود السهو؛ لأن محل السجود في آخر الصلاة، وقد تبين أن الأول لم يقع في آخر الصلاة، وهذا تفريع على ظاهر المذهب، وفي المسألة قول آخر يأتي ذكره في الجمعة أنهم لا يتمونها ظهراً؛ بل يستأنفون، فعلى ذلك القول لا تستمر المسألة، ولا بأس لو أعلمت قوله: (تمموها ظهراً) بالواو؛ لمكان ذلك القول.

ومنها لو ظن أنه سها في صلاته فسجد للسهو، ثم بان قبل أن يسلم أنه لم يسه، فهل يسجد؟ فيه وجهان:

أصحهما: أنه يسجد؛ لأنه زاد سجدتين سهواً، فيجبر هذا الخلل بالسجود.

والثاني: وبه قال الشيخ أبو محمد: لا يسجد؛ لأن سجود السهو يجبر كل خلل في الصلاة، فيجبر نفسه كما يجبر غيره، وهذا كوجوب شاة في أربعين إذا أخرج واحدة تزكي نفسها وغيرها، فإنها من جملة الأربعين، فهذه الصور الثلاث هي المذكورة في الكتاب.

وقوله: (وإنما يتعدد سجود السهو) يشعر بالحصر فيها، ولكن وراءها صوراً أخرى منها: لو شرع المسافر في الصلاة بنية القصر فسجد للسهو، ثم نوى الإتمام قبل أن يسلم، أو صار مقيماً بأنتهاء السفينة إلى دار الإقامة يجب عليه أن يتم الصلاة ويعيد السجود في آخر صلاته؛ لأن محله آخر الصلاة.

ومنها: لو سجد للسهو، ثم سَهَا قبل أن يسلم بكلام، أو غيره هل يسجد للسهو؟ فيه وجهان:

أحدهما: وبه قال ابن القاص: نعم؛ لأنه وإن جبر ما قبله وما فيه فلا يجبر ما يقع بعده.

وأصحهما: لا يسجد، كما لو تكلم في سجود السهو أو سلم بينهما.

والمعنى فيه أنه لا يؤمن من وقوع مثله في السجود ثانياً أو بعده فيتسلسل، ولو سجد للسهو ثلاثاً سهواً لا يسجد لهذا السهو، وكذلك لو شك في أنه سجد للسهو سجدة، أو سجدين فأخذ بالأقل، وسجد أخرى كما أمرناه به، ثم تحقق أنه كان قد سجد سجدين لا يسجد ثانياً للمعنى الذي ذكرناه، وعبروا عن هذا الوجه بالأصح وعن الأصح في الثالثة من صور الكتاب بأن قالوا: السهو في سجود السهو لا يقتضي السجود، والسهو بسجود السهو يقتضي السجود.

ومنها لو ظن أن سهوه ترك القنوت، فسجد للسهو، ثم بان له قبل أن يسلم أن سهوه شيء آخر. هل يسجد ثانياً؟ فيه جوابان للقاضي الحسين:

أحدهما: نعم؛ لأنه قصد بالأول جبر ما لا حاجة إلى جبره وبقي الخلل بحاله.

وأظهرهما: لا؛ لأنه قصد جبر الخلل، وأنه يجبر كل خلل.

قال الغزالي: الثالثة إذا سَهَا المأموم لم يسجد بل الإمام يتحمل عنه كما يتحمل عنه سجود التلاوة ودعاء القنوت والجهر والقراءة عن المسبوق والشهد الأول عن المسبوق بركعة، ولو سَهَا بعد سلام الإمام لم يتحمله، ولو ظن أن الإمام سلم فقام ليتدارك ثم جلس قبل سلام الإمام، فكل ما جاء به سهو ولا سجود عليه، فإذا سلم الإمام فليتدارك الآن، وإن تذكر في القيام أن الإمام لم يتخلل فليزجج إلى القعود أو

لِيَتَنَظَّرَ قَائِمًا سَلَامَةً ثُمَّ لِيَسْتَعِزَّ بِقِرَاءَةِ الْفَاتِحَةِ بَعْدَهُ.

قال الرافعي: إذا سهأ المأموم خلف الإمام لم يسجد، ويتحمل الإمام سهوه؛ لما روى أن النبي ﷺ قال: «لَيْسَ عَلَى مَنْ خَلْفَ الْإِمَامِ سَهْوٌ، وَإِنْ سَهَا الْإِمَامُ فَعَلَيْهِ وَعَلَى مَنْ خَلْفَهُ»<sup>(١)</sup>.

ولحديث معاوية بن الحكم الذي روينا في فصل الكلام، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمْ يَأْمُرْهُ بِالسُّجُودِ مَعَ أَنَّهُ تَكَلَّمَ خَلْفَهُ»<sup>(٢)</sup>.

وشبه في الكتاب تحمله سهو المأموم بأمر آخر يتحملها.

أحدها: سجود التلاوة؛ فإن المأموم لو قرأ آية سجدة لا يسجد على ما سيأتي.

والثاني: دعاء القنوت على ما سبق.

والثالث: الجهر، فإن المأموم لا يجهر في الصلاة الجهرية ولو كان منفرداً لجهر، ويجوز أن يعلم هذا بالحاء، لأن عند أبي حنيفة لا يجهر المنفرد، وإذا كان كذلك فلا معنى للتحمل.

والرابع: القراءة يتحملها عن المسبوق الذي أدركه في الركوع، وكذلك يتحمل عنه اللبث في القيام، لا يتحمل عنه أصل القيام فإنه لا بد له من إيقاع التكبيرة في حد القيام.

والخامس: التشهد الأول يتحمل عن المسبوق الذي لحقه في الركعة الثانية، فإنه إذا قعد الإمام للتشهد الأول يتابعه، وهو غير محسوب للمسبوق من صلاته، وموضع تشهده الأول آخر الركعة الثالثة للإمام وهو لا يقعد فيه، بل يقوم مع الإمام، فهذه الخمسة هي المذكورة في الكتاب.

ومنها: القنوت في صلاة الصبح إذا لحق المسبوق في الركعة الثانية، على ما ذكرنا في التشهد الأول<sup>(٣)</sup>.

ومنها قراءة السورة على التفصيل المتقدم.

ومنها قراءة الفاتحة في الجهرية على القول القديم.

ولو سهأ المأموم بعد سلام الإمام لم يتحملة الإمام، لانقطاع رابطة الاقتداء، وذلك في المسبوق إذا سهأ فيما يتفرد بتداركه، وكذلك المأموم الموافق لو تكلم ساهياً

(١) أخرجه الدارقطني (٣٧٧/١) والبيهقي (٣٥٢/٢) وضعفه.

(٢) تقدم. (٣) سقط في «ب».

عقيب سلام الإمام والمنفرد إذا سها في صلاته، ثم دخل في جماعة وجوزنا ذلك على ما سيأتي، فلا يتحمل الإمام سهوه ذلك، ولو ظن المأموم أن الإمام قد سلم فسلم، ثم بان له أنه لم يسلم بعد فيسلم معه، ولا يسجد عليه فإنه سهو في حالة الاقتداء، ولو تيقن في التشهد أنه ترك الفاتحة أو الركوع من ركعة سهواً فإذا سلم الإمام فعليه أن يقوم إلى ركعة أخرى، ثم لا يسجد للسهو؛ لأن سهوه كان خلف الإمام، ولو سلم الإمام فسلم المسبوق سهواً، ثم تذكر بنى على صلاته وسجد للسهو؛ لأن سلامه وقع بعد أنفراده، ولو ظن المسبوق أن الإمام سلم بأن سمع صوتاً خَيَّلَ إليه ذلك، فقام ليتدارك ما عليه وكان ما عليه ركعة مثلاً فأتى بها، وجلس ثم علم أن الإمام بعد لم يسلم وأن ظنه كان خطأ فهذه الركعة غير معتد بها؛ لأنها مفعولة في غير موضعها، فإن وقت التدارك ما بعد أنقطاع القدوة إما لخروج الإمام عن الصلاة أو لقطع المأموم القدوة حيث يجوز ذلك ولم يوجد واحد من الأمرين، وإنما ظن زوال القدوة فتبين خلافه، فإذا سلم الإمام يقوم إلى التدارك، ثم لا يسجد للركعة التي سها بها لبقاء حكم القدوة، وهذه المسألة منقولة عن نص الشافعي - رضي الله عنه -، والعبارة عنها في الكتاب تحتاج إلى إضمارات، فقله: (ولو ظن أن الإمام سلم) يعني المسبوق، وقوله: (فقام ليتدارك ثم جلس...) إلى آخره أي وتدارك ثم جلس قبل سلام الإمام، وعلم أن الإمام لم يسلم بعد، وكل ما جاء به سهو، ولو كانت المسألة بحالها فسلم الإمام وهو قائم، فهل يجوز له أن يمضي في صلاته، أم يجب عليه أن يعود إلى القعود ثم يقوم؟ حكى صاحب «التهديب» وغيره فيه وجهين، إن جوزنا المضي فلا بد من أستئناف القراءة، وفرعوا على الوجهين ما لو سلم الإمام في قيامه، لكنه لم ينتبه لذلك حتى أتم الركعة، إن جوزنا المضي فركعته محسوبة، ولا يسجد للسهو، وإن قلنا: عليه القعود، لم يحسب ويسجد للسهو لزيادته في الصلاة بعد تسليم الإمام، ولو كانت المسألة بحالها وتبين له في القيام أن الإمام لم يسلم بعد، فقد خيره في الكتاب بين أن يرجع إلى القعود، وبين أن ينتظر قائماً سلام الإمام وذكر إمام الحرمين - قدس الله روحه - في هذه المسألة أنه إن آثر أن يرجع، وهو الوجه، وإن بدا له أن يتمادى ويقصد الانفراد قبل أن يتحلل الإمام، فهو مبنى على أن المقتدي إذا أراد الانفراد ببقية الصلاة، وقطع القدوة، هل له ذلك؟ إن منعناه تعين عليه الرجوع، وإن جوزنا الانفراد فوجهان:

أحدهما: يجب الرجوع، لأن نهوضه غير معتد به فليرجع ثم ليقطع القدوة إن شاء.

والثاني: لا يجب؛ لأن الانتهاض ليس مقصوداً لعينه، وإنما المقصود نفس القيام، وما بعده فصار كما لو قصد عنه ابتداء النهوض إذا عرفت ذلك فالمفروض في المسألة إذا لم يرجع إلى القعود حالتان:

أحدهما: أن يقطع القدوة.

والثانية: أن لا يقطعها؛ بل ينتظر قائماً إلى أن يسلم الإمام، والذي نقلناه عن الإمام كلام في الحالة الأولى، وفيه ما يقتضي وجوب الرجوع في الحالة الثانية، وأمتناع الانتظار، وما في الكتاب كلام في الحالة الثانية؛ لأنه إذا قطع القدوة، وجوزناه فلا ينتظر سلام الإمام، بل يشتغل بتدارك ما عليه، وليس تجوز الانتظار قائماً إلى سلام الإمام صافياً عن الإشكال لما فيه من المخالفة الظاهرة بخلاف سبقه الإمام بركن، فإن المسبق اليسير إلى ما سينتهي الإمام إليه لا يعد مخالفة محضة، وبتقدير أن يكون قيام المسبوق كالمسبق بركن، فقد ذكرنا من قبل وجهين فيما إذا غلط المأموم فسبق الإمام بركن هل يجب عليه العود أم يجوز له أن ينتظر فيه؟ فليكن قوله: (ولينتظر قائماً) معلماً بالواو، وعلى كل حال فلو كان قد قرأ قبل تبين الحال لم يعتد بقراءته، بل عليه الاستئناف فلذلك قال: (ثم ليشغل بقراءة الفاتحة بعده).

قال الغزالي: الرَّابِعَةُ يَسْجُدُ الْمَأْمُومُ مَعَ الْإِمَامِ إِذَا سَجَدَ لِسَهْوِهِ (ح) فَإِنْ تَرَكَ الْإِمَامُ سَجَدَ الْمَأْمُومُ عَلَى النَّصِّ لِأَجْلِ سَهْوِ (ز) الْإِمَامِ، وَلَوْ سَجَدَ الْمَسْبُوقُ مَعَ الْإِمَامِ، فَهَلْ يُعِيدُ فِي آخِرِ صَلَاةٍ نَفْسِهِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ يَلْتَفِتَانِ إِلَى أَنَّهُ يَسْجُدُ لِسَهْوِهِ أَوْ لِمُتَابَعَتِهِ، فَإِنْ لَمْ يَسْجُدِ الْإِمَامُ سَجَدَ فِي آخِرِ صَلَاةٍ نَفْسِهِ عَلَى النَّصِّ، وَسَهْوُ الْإِمَامِ قَبْلَ أَقْدَائِهِ يَلْحَقُهُ عَلَى الْأَظْهَرِ كَمَا بَعْدَ أَقْدَائِهِ.

قال الرافعي: إذا سها الإمام في صلاته لحق سهوه المأموم، لما روي في الخبر الذي تقدّم، وإن سها الإمام فعلية وعلى من خلفه، ولأنه لما تحمل سهو المأموم لزمه سهو نفسه، ويستثنى صورتان:

إحدهما: أن يتبين له كون الإمام جنباً، فلا يسجد لسهوه، ولا يتحمل هو عن المأموم أيضاً.

والثانية: أن يعرف سبب سهو الإمام، ويتيقن أنه مخطيء في ظنه، كما إذا ظن ترك بعض الأبعاض، والمأموم يعلم أنه لم يترك فلا يوافق الإمام إذا سجد.

إذا ثبت هذا الأصل، فينظر إن سجد الإمام وافقه المأموم فيه، ولو تركه عمداً بطلت صلاته، قال ﷺ: «إِنَّمَا جُعِلَ الْإِمَامُ لِيُؤْتَمَّ بِهِ»<sup>(١)</sup>، وسواء عرف المأموم سهوه أو لم يعرفه، فإذا سجد سجديتين في آخر صلاته، وجب على المأموم متابعتة؛ حملاً على

(١) متفق عليه من رواية أبي هريرة - رضي الله عنه - أخرجه البخاري (٧٢٢، ٧٣٤) ومسلم (٤١٤).

أنه سها وإن لم يطلع على سهوه، بخلاف ما لو قام إلى ركعة خامسة لا يتابعه حملاً على أنه ترك ركناً من ركعة؛ لأنه وإن تحقق الحال ثم لم يكن له متابعتها لإتمامه الصلاة يقيناً<sup>(١)</sup>.

ولو لم يسجد إلا سجدة واحدة سجد المأموم أخرى حملاً على أنه نسي، وإن ترك الإمام السجود لسهوه وسلم، فهل يسجد المأموم؟ نص الشافعي - رضي الله عنه - على أنه يسجد؛ لأن صلاة المأموم كملت بسبب اقتدائه بالإمام، فإذا تطرق نقص إلى صلاة الإمام، تعدى إلى صلاة المأموم وخرج بعض أصحابنا على أصول الشافعي - رضي الله عنه -، منهم أبو حفص ابن الوكيل: أنه لا يسجد؛ بل يتابعه في السلام، كما لو ترك الإمام التشهد الأول، أو سجود التلاوة، لا ينفرد المأموم بهما وبهذا قال أبو حنيفة - رحمه الله -، وكذلك أحمد - رحمه الله - في إحدى الروايتين والمزني، وقد أشار في «المختصر» إلى تخريجه على أصل الشافعي - رضي الله عنه -؛ لأنه ينفرد به مذهباً، وظاهر المذهب هو الأول، وأجابوا عن التشهد الأول وسجدة التلاوة بأنهما يقعان في خلال الصلاة، فلو أنفرد بهما لخالف الإمام، وهاهنا سجود السهو يقع بعد سلام الإمام وخروجه من الصلاة.

قال في «النهاية»: وعبر عن هذا الخلاف؛ بأن المقتدي يسجد لسهو الإمام أو لمتابعته، إن قلنا: لسهوه يسجد، وإن لم يسجد الإمام، وإن قلنا: لمتابعته فلا، ولو سلم الإمام ثم عاد إلى السجود نظر إن سلم المأموم معه ناسياً يوافقه في السجود، فلو لم يفعل هل تبطل صلاته؟ فيه وجهان مبنيان على أن من سلم ناسياً قبل السجود ثم عاد إلى السجود هل يعود إلى حكم صلاته أم لا؟ وسيأتي ذلك، وإن سلم المأموم عمداً مع ذكر السهو فلا يلزمه متابعتها، وإن لم يسلم المأموم وعاد الإمام ليسجد فإن عاد بعد أن سجد المأموم للسهو لم يتابعه؛ لأنه قطع صلاته عن صلاة الإمام بالسجود، وإن عاد قبل أن يسجد المأموم فأصح الوجهين أنه لا يجوز أن يتابعه، بل يسجد منفرداً.

والثاني: أنه يلزمه متابعتها، وتبطل صلاته لو لم يفعل، ولو سبق الإمام حدث بعد ما سها أتم المأموم صلاته، وسجد لذلك السهو، تفرغاً على ظاهر المذهب<sup>(٢)</sup> وإن كان الإمام حَتْفِيًّا فسلم قبل أن يسجد للسهو لم يسلم معه المأموم بل يسجد قبل السلام ولا ينتظر سجود الإمام؛ لأنه فارقه بسلامه، وهذا تفرغ على أن اقتداء الشافعي بالحنفي

(١) قال النووي ولو كان المأموم مسبقاً بركعة أو شاكاً في ترك ركن كالفاتحة فقام الإمام إلى الخامسة لم يجز للمأموم متابعتها فيها. الروضة (٤١٧/١).

(٢) تقدم.

جائز وسيأتي، ولو كان المأموم مسبقاً وسها الإمام بعد ما لحقه وسجد في آخر صلاته فيجب على المسبوق أن يسجد معه رعايةً للمتابعة، كما يوافق في سائر الأفعال التي لا تحتسب له، ويدل عليه قوله ﷺ: «إِنَّمَا جُعِلَ الْإِمَامُ لِيُؤْتَمَّ بِهِ»<sup>(١)</sup>.

وحكى الصيّدلاني عن بعض أصحابنا أنه لا يسجد معه؛ لأن موضع سجود السهو آخر الصلاة، والصحيح المنصوص هو الأول، وعليه فرع في الكتاب قوله: (ولو سجد المسبوق مع الإمام فهل يعيد في آخر صلاة نفسه؟) فيه قولان:

**أصحهما:** نعم؛ لأن سهو الإمام أقتضى خلافاً في صلاته فيحتاج إلى جبره بالسجود ومحل الجبر بالسجود آخر الصلاة وما أتى به كان لمتابعة الإمام.

**والثاني:** لا وهو اختيار المزني - رحمه الله -؛ لأنه إنما يسجد لمتابعة الإمام؛ وإلا فليس من جهته سهو وقد ارتفعت المتابعة بسلام الإمام، فهذا إذا ما سجد الإمام وسجد المسبوق معه، فإذا لم يسجد الإمام فلا شك في أن المسبوق لا يسجد في آخر صلاة الإمام إذ لا متابعة، وليس هو محل السجود بالإضافة إلى المسبوق، وهل يسجد في آخر صلاة نفسه؟ فيه الخلاف الذي قدمناه في المأموم الموافق هل يسجد إذا لم يسجد الإمام فليكن قوله: (سجد في آخر صلاة نفسه) معلماً بالحاء والألف والزاي أيضاً، وكل هذا في سهو الإمام بعد اقتدائه، فإذا سها قبل اقتداء المسبوق به فهل يلحقه حكمه؟ فيه وجهان:

**أحدهما:** لا، لأنه لم يكن بينهما رابطة الاقتداء<sup>(٢)</sup> حينئذ كما لو في تداركه بعد سلام الإمام لا يتحملة الإمام، فعلى هذا قال في «النهاية» إن لم يسجد الإمام فلا يسجد هو أصلاً، وإن سجد فالظاهر أنه لا يسجد معه.

وقال بعضهم: يسجد متابعةً لكن لا يسجد في آخر صلاته.

**والوجه الثاني - وهو الأظهر -:** أنه يلحقه حكمه؛ لأنه دخل في صلاة ناقصة، فعلى هذا إن سجد الإمام سجد معه، وهل يعيد في آخر صلاة نفسه؟<sup>(٣)</sup> فيه القولان، وإن لم يسجد الإمام سجد هو في آخر صلاته على النص، وإذا قلنا: إن المسبوق يعيد السجود في آخر صلاته فلو اقتدى بالمسبوق بعد ما أنفرد مسبقاً وآخر وبذلك المسبوق بعد ما أنفرد مسبقاً ثالث، فكل واحد منهم يسجد لمتابعة إمامه ثم يسجد في آخر

(١) قال في زيادته: ولو سها المأموم ثم سبق الإمام حدث، لم يسجد المأموم لأن الإمام حملة، وإن قام الإمام إلى الخامسة ساهياً، فنوى المأموم مفارقتها بعد بلوغ الإمام في ارتفاعه حد الراكعين سجد المأموم للسهو وإن نواها قبله فلا سجود. الروضة (١/٤١٨).

(٢) سقط في ط. (٣) في «ب» في آخر صلاته.

صلاة نفسه، ولو سها المسبوق في تداركه فإن قلنا لا يسجد لسهو الإمام في آخر صلاته فليسجد لسهوه سجديتين، وإن قلنا: يسجد لسهو الإمام في آخر صلاته فكم يسجد؟ فيه وجهان:

أحدهما: أربع سجديات لتغاير الجهتين.

وأصحهما: سجديتان كما لو سها سهوين، ولو أنفرد المصلي بركعة من صلاة رباعية وسها فيها ثم أقتدى بمسافرٍ وجوزنا الاقتداء في أثناء الصلاة وسها إمامه ثم قام إلى ركعته الرابعة وسها فيها فكم يسجد في آخر صلاته؟ فيه ثلاثة أوجه:

أصحها: سجديتان.

والثاني: أربع نظراً إلى سهوه في حالتي الجماعة والانفراد.

والثالث: ستُّ باعتبار الأحوال، فإن كان قد سجد الإمام فلا بُدَّ وأن يسجد معه، ويكون قد أتى على الوجه الثالث بثمان سجديات، وكذا المسبوق بركعة إذا أقتدى بمسافرٍ وسها الإمام وسجد، وسجد معه المسبوق ثم صار الإمام مقيماً قبل أن يسلم فأتى وأعاد سجود السهو وأعاد معه المسبوق ثم قام إلى الركعة الرابعة وسها فيها؛ وقلنا: إنه يسجد أربع سجديات فقد أتى بثمان سجديات، فإن سها بعدها بكلام ونحوه وفرغنا على قول صاحب «التلخيص» صارت السجديات عشرًا، وقد يزيد عدد السجود على هذا تفرعاً على الوجوه الضعيفة<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي: **أَمَّا مَحَلُّ السُّجُودِ وَكَيْفِيَّتُهُ فَهُمَا سَجْدَتَانِ (ح م) قَبْلَ السَّلَامِ عَلَى الْقَوْلِ الْجَدِيدِ، فَإِنْ سَلَّمَ عَامِداً قَبْلَ السُّجُودِ فَقَدْ فَوَّتَ عَلَى نَفْسِهِ، وَإِنْ سَلَّمَ نَاسِياً<sup>(٢)</sup> فَطَالَ الزَّمَانُ فَقَدْ فَاتَ، وَإِنْ تَذَكَّرَ عَلَى الْقُرْبِ فَإِنَّ عَنَّهُ أَنْ لَا يَسْجُدَ فَقَدْ جَرَى السَّلَامُ مُحَلَّلاً، وَإِنْ عَنَّهُ لَهُ أَنْ يَسْجُدَ عَادَ إِلَى الصَّلَاةِ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَبَانَ أَنَّ السَّلَامَ لَمْ يَكُنْ مُحَلَّلاً.**

قال الرافعي: ذكرنا أن الكلام في سجود السهو يقع في قسمين:

أحدهما: في مقتضيه وقد تم.

(١) قال النووي: إذا قلنا: يسجد سجديتين للجميع، فهل هما عن سهوه في انفراده وسهو إمامه، أم عن سهو إمامه فقط، أم عن سهوه فقط؟ فيه ثلاثة أوجه حكاهما صاحب البيان، الصحيح المشهور: الأول؛ فإن قلنا: عن أحدهما فقط، فنوى الآخر عالماً بطلت صلاته وإن قلنا: عنهما فنوى أحدهما لم تبطل، لكنه تارك لسجود الأخير. الروضة (١/٤١٩).

(٢) سقط في ط.



**والثاني:** في محله وكيفيته، وهما سجدتان بينهما جلسة يُسَنُّ في هيتها الافتراض، وبعدهما إلى أن يسلم يتورَّك، وكتب الأصحاب سَاكِنَةً عن الذِّكْرِ فيهما، وذلك يُشْعِرُ بأن المحبوب فيهما هو المحبوب في سجدات صلب الصلاة كَسَائِرِ ما سكتوا عنه من واجبات السُّجود ومحوباته، وسمعت بعض الأئمة يحكي أنه يستحب أن يقول فيهما: «سُبْحَانَ مَنْ لَا يَنَامُ وَلَا يَسْهُو»<sup>(١)</sup> وهو لائق بالحال<sup>(٢)</sup>.

وفي محلها ثلاثة أقوال:

**أصحها:** أنه قبل السلام.

روي عن عبد الله ابن بَحِيْنَةَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ صَلَّى بِهِمُ الظُّهْرَ فَقَامَ إِلَى الرُّكْعَتَيْنِ الْأُولَتَيْنِ لَمْ يَجْلِسْ فَقَامَ النَّاسُ مَعَهُ حَتَّى إِذَا قَضَى الصَّلَاةَ وَأَنْتَظَرَ النَّاسَ تَسْلِيمَهُ كَبَّرَ وَهُوَ جَالِسٌ فَسَجَدَ سَجْدَتَيْنِ قَبْلَ أَنْ يُسَلِّمَ ثُمَّ سَلَّمَ<sup>(٣)</sup>، ولحديث أبي سعيد وعبد الرَّحْمَنِ - رضي الله عنهما - المذكورين في الشُّكِّ في عدد الركعات.

**والثاني:** وبه قال مالك والمزني - رحمهما الله -: أنه إن سَهَا بزيادةٍ فَعَلَّ سَجَدَ بَعْدَ السَّلَامِ، وإن كان بنقصان سجد قبل السَّلَامِ، أما أنه يسجد في الزيادة بعد السلام فلقصة ذي اليدين فإن النبي ﷺ: «سَلِّمْ وَتَكَلَّمْ وَمَشِيْ فَلَمَّا بَنَى عَلَى صَلَاتِهِ سَلِّمْ ثُمَّ سَجَدَ لِلْسُّهُو».

وأما أنه يسجد في النقصان قبل السلام فلحديث عبد الله ابن بَحِيْنَةَ.

**والثالث:** أنه مخير إن شاء قدم، وإن شاء آخر؛ لثبوت الأمرين عن رسول الله ﷺ، وهذان القولان الأخيران منقولان عن القديم، والأول هو الجديد الصحيح، وقد نقل عن الزُّهْرِيِّ: «أَنَّ آخِرَ الْأَمْرَيْنِ مِنْ فِعْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ السُّجُودُ قَبْلَ السَّلَامِ»<sup>(٤)</sup>.

ثم هذا الاختلاف في الإجزاء على المشهور بين الأصحاب وحكى القاضي أَبُو

(١) قال الحافظ ابن حجر في التلخيص (٦/٢) لم أجد له أصلاً.

(٢) قال في المهمات: قد صرح المتولي في التتمة بالمسألة فقال: ويسبح فيهما كما ذكرنا في سجدات الصلاة. وقال الأذرعي: سكتوا عن الذكر بينهما والظاهر أنه كالذكر بين سجدتي صلب الصلاة. روضة الطالبين (٤١٩/١).

(٣) تقدم.

(٤) أخرجه الشافعي هكذا قال البيهقي هو منقطع، لأن الزهري لم يسنده إلى الصحابي، وفي إسناده ضعف أيضاً، وقال هو مشهور عن الزهري من فتواه، انظر خلاصة البدر (١/١٦٤)، التلخيص (٦/٢ - ٧).

كَيْحَ وَإِمَامُ الْحَرَمَيْنِ طريقة أخرى أنه ما الأفضل، وفي قول: الأفضل التقديم، وفي قول: الأفضل التأخير، ففي قول: هما سواء.

وقال أبو حنيفة: السجود بعد السلام بكل حال، وأختلفت الرواية عن أحمد، فروي عنه مثل القول الثاني، وروي مثل القول الأول، وروي أنه قبل السلام إلا في موضعين:

أحدهما: أن يسلم ساهياً وقد بقي عليه شيء من صلاته كالركعة ونحوها.  
والثاني: أن يكون إماماً ويشك في عدد صلاته ويتحرى على أحد الروایتين لهم فإنه يسجد بعد السلام.

والرواية الثالثة: أظهر عند أصحابه.

وقد عرفت من هذه الاختلافات الحاجة إلى إعلام قوله: (قبل السلام) بالحاء والميم والألف والزاي.

التفريع إن قلنا يسجد قبل السلام، فلو سلم قبل أن يسجد لم يخل: إما أن يسلم عامداً ذاكراً للسهو أو يسلم ناسياً، فإن سلم عامداً ففيه وجهان:

أصحهما - وهو المذكور في الكتاب -: أنه فوت السجود على نفسه؛ لأن محل السجود قبل السلام وقد قطع الصلاة بالسلام.

والثاني: أنه كما لو سلم ناسياً إن طال الفضل ولم يسجد وإلا سجد كالنوافل التي تقضي لا فرق فيها بين العمد [والنسيان]<sup>(١)</sup> ولا خلاف في أنه وإن سجد لا يكون عائداً إلى الصلاة بخلاف ما لو سلم ناسياً وسجد ففيه خلاف سيأتي، فإن سلم ناسياً فينظر إن طال الزمان ففيه قولان:

«الجديد»: وهو الذي ذكره في الكتاب؛ أنه لا يسجد؛ لفوات محله وتعذر البناء بطول الفصل كما لو ترك ركناً وتذكر بعد طول الفصل لا يبنى.

«والقديم»: أنه يسجد؛ لأنه جبرانٌ عبادةً فيجوز أن يتراخى عنها كجبرانات الحج.

وعن مالك: أنه إذا ترك السجود ناسياً سجد متى تذكر ولو كان بعد شهر، ولهذا أعلم قوله: (فقد فات) بالميم مع ألقاف، وإن لم يطل الزمان بل تذكر على القرب فإن بدا له أن لا يسجد فذاك، والصلاة ماضية على الصحة وحصل التحلل بالسلام؛ لأنه لما لم يكن له رغبة في السجود عرفنا أنه وإن لم يعتره نسيان لكان يسلم ولا يسجد.

(١) في السهو.

وقال في «النهاية»: ورأيت في أدراج كلام الأئمة تردداً في ذلك، والظاهر أنه إذا أراد أن يسجد، قلنا: له سَلَّمَ مرة أخرى؛ لأن ذلك السلام غير معتد به، فإنك لو أردت أن تسجد لحكمنا بأنك في الصلاة، وهذا يوجب أن يكون قوله: (فقد جرى السلام محللاً) معلماً بالواو، وإن أراد أن يسجد فقد حكى إمام الحرمين فيه وجهين:

أحدهما: لا يسجد؛ لأن السلام ركن جرى في محله، والسجود يجوز تركه قصداً، فلو قلنا: يسجد لاحتجنا إلى إخراج السلام عن الاعتداد به، فإننا نفرع على أن محل السجود قبل السلام، وذلك مما لا وجه له، وإلى هذا الوجه مال الإمام وصاحب الكتاب في «الفتاوى».

والثاني: أنه يسجد، وبه قطع الجمهور، ونَصَّ عليه الشافعي - رضي الله عنه - لأن النبي ﷺ: «صَلَّى الظُّهْرَ خَمْساً وَسَلَّم، فَيَقِيلُ لَهُ فِي ذَلِكَ فَسَجَدَ لِلسَّهْوِ»، وإذا قلنا: إنه يسجد هاهنا - وهو الصحيح - أو قلنا: يسجد إذا طال الفصل تفرعاً على القديم فقد اختلفوا في أنه هل يعود إلى حكم الصلاة على وجهين:

أحدهما: لا؛ لأن التحلل قد حصل بالسلام بدليل أنه لا يجب إعادة السلام والعود إلى الصلاة، وهذا أرجح عند صاحب «التهذيب».

والثاني: أنه يعود إلى حُكْمِ الصَّلَاةِ، وبه قال أبو زيد، وذكر القفال أنه الصحيح، وتابعهما إمام الحرمين، والمصنف قطع في «الفتاوى» بذلك إذا قلنا: إنه يسجد، وهكذا ذكر القاضي الروياني وغيره، ووجهه أنه سلم ناسياً لسهوه ولو كان ذاكراً لما سلم لرغبته في السجود، وعلمه بأن محل السجود قبل السلام؛ فالنسيان يخرج عن كونه محللاً كما يخرج عن كونه محللاً إذا سلم ناسياً لركن ثم تذكر، ويتفرع على الوجهين مسائل: منها: لو تكلم عامداً، أو أحدث في السجود بطلت صلاته على الوجه الثاني؛ وعلى الأول لا تبطل.

ومنها: لو كان السَّهْوُ فِي صَلَاةِ جُمُعَةٍ وخرج وقت الظهر في السجود فاتت الجمعة على الوجه الثاني، وعلى الأول: لا.

ومنها: لو كان مسافراً يقصر ونوى الإتمام في السجود لزمه الإتمام على الثاني، وعلى الأول: لا.

ومنها: هل يكبر للافتتاح؟ وهل يتشهد؟<sup>(١)</sup> إن قلنا بالوجه الثاني فلا يفعل ذلك،

(١) اختلف العلماء في سجود السهو هل يتعقبه تشهد وسلام أم لا؟ أم أحدهما؟ وهل يحتاج السجود إذا وقع بعد التسليم إلى تكبيرة إحرار أم لا؟ قال القاضي عياض - رحمه الله -: مذهب مالك - رحمه الله - أنه إذا كانتا يعني السجودتين بعد السلام فيتشهد ثم يسلم. ثم اختلف عنه هل يجهر

وإن قلنا: بالأول يكبر<sup>(١)</sup>، وفي التشهد وجهان:

أصحهما: أنه لا يتشهد، قال في «التهذيب»: والصحيح أنه يسلم سواء قلنا: يتشهد أو لا يتشهد، بقي هاهنا كلامان:

أحدهما: البحث عن حد<sup>(٢)</sup> طول الزمان، وفيه الخلاف الذي ذكرناه فيما إذا ترك ركناً ناسياً ثم تذكر بعد السلام أو شك فيه، والأصح الرجوع إلى العرف والعادة، وحاول إمام الحرمين ضبط العرف فقال: إذا مضى من الزمان قدر يغلب على الظن أنه أضرب عن السجود قصداً أو نسياناً فهذا فصل طويل، وإلا فليس ذلك بفصل.

قال: وهذا إذا لم يفارق المجلس فإن فارق ثم تذكر على قرب من الزمان فهذا محتمل عندي؛ لأن الزمان قريب لكن إذا نظرنا إلى العرف فمفارقة المجلس تغلب على الظن الإضراب عن السجود كطول الزمن، قال: ولو سلم وأحدث ثم أنغمس في ماء على قرب الزمان فالظاهر أن الحدث فاصل وإن لم يطل الزمان.

وأعلم: أنه قد نقل قول عن الشافعي - رضي الله عنه - أن الاعتبار بالمجلس فإن لم يفارقه سجد وإن طال الزمان، وإن فارقه لم يسجد وإن قرب الزمان، لكن الذي أعتمده الأصحاب الرجوع إلى العرف كما سبق وقالوا: لا تضر مفارقة المجلس واستدبار القبلة - والله أعلم -.

والثاني: أن لفظ الكتاب في المسألة وهو قوله: (وإن عن له أن يسجد عاد إلى الصلاة على أحد الوجهين) يمكن حمله على طريقة الجمهور بأن يقال: إنه يسجد ثم في عوده إلى الصلاة الوجهان، ولكنه لم يرد ذلك، وإنما أراد نقل الوجهين في أنه هل يسجد جرياً على طريقة الإمام كما قدمناها؟ إن قلنا: يسجد فهو عائد إلى الصلاة وإلا فلا، وقد صرح بذلك في «الوسيط» وغيره هذا كله تفريع على قولنا إن السجود قبل

بسلامها الإمام كسائر الصلوات أم يسر ولا يجهر؟ واختلف عنه هل لهما تكبيرة إجماع أم لا؟ واختلف عنه هل يتشهد لهما إذا كانتا قبل السلام أم لا؟ وأشار القرطبي إلى ترجيح القول بأشراط تكبيرة الإجماع إذا كانتا بعد السلام لكن قول مالك لم يختلف في وجوب السلام وما يتحلل منه بسلام لا بد من تكبير يتحرم به كسائر الصلوات. ومذهب أبي حنيفة أنه يتشهد بعد سجدي السهو ثم يسلم، ولا يحتاج عندهم إلى تكبيرة إجماع. وقال أحمد - رحمه الله -: متى سجد قبل السلام لم يحتج إلى تشهد وكان سلامه بعد السجود هو الذي يتحلل به من الصلاة ليس معلقاً بسجود السهو: وأما إذا سجد بعد السلام فإنه يتشهد بعده ثم يسلم ولم يذكر تكبيرة إجماع وأما أصحابنا فقالوا: إذا فرعنا على الصحيح المنصوص أن السجود مطلقاً قبل السلام فلا تشهد ولا تسليم قطعاً. قاله في نظم الفرائد، (٥٣٦ - ٥٤٠).

(١) في «ب» فيكبر.

(٢) سقط في «ب».

السلام، أما إذا قلنا: إنه بعد السلام إما في السهو بالزيادة أو على الإطلاق فينبغي أن يسجد على القرب، فإن طال الفصل عاد الخلاف، وإذا سجد فلا يحكم بالعود إلى الصلاة جزماً.

وقال أبو حنيفة: يعود إليها، وهل يتحرم للسجدين ويتشهد ويتحلل؟ قال في «النهاية»: الحكم فيها كحكمها في سجدة التلاوة وسيأتي ذلك، ثم إذا رأينا التشهد فالمشهور أنه يتشهد بعهد السجدين كما في سجود التلاوة يتشهد بعده وعن الأستاذ أبي إسحاق الإسفراييني<sup>(١)</sup> - رحمة الله عليه - : أنه يتشهد قبل السجدين ليليهما السلام، وحكى الحنطي - رحمة الله عليه - على هذين المذهبين قولين، وروي في «البيان» الوجهين في التفرغ على القول الأول إذا قلنا: إنه يتشهد<sup>(٢)</sup>.

قال الغزالي: السجدة الثانية: سجدة التلاوة وهي مستحبة في أربع عشرة آية (م و)

(١) أبو إسحاق ركن الدين. إبراهيم بن محمد الإسفراييني، سبح في بحار العلوم معانداً أمواجه، وسرى ليالي الفهم مكابد إدلاجها. صاحب العلوم الشرعية، والعقلية، واللغوية، والاجتهاد في العبادة والورع. أقام بالعراق مدة، ثم اختار وطنه، فرجع إلى إسفرين، فدخل عليه أهل نيسابور في الانتقال إليهم، فأجابهم، وبنوا له مدرسة عظيمة، لم يبق قبلها بنيسابور مثلها، فلزمها إلى أن توفي يوم عاشوراء سنة ثمان عشرة وأربعمائة، الأسنوي (٣٩)، انظر طبقات العبادي ص ١٠٤، الشيرازي ص ١٠٦.

(٢) قال النووي هذه مسائل متثورة من الباب. منها أن السهو في صلاة النفل كالفرض على المذهب. وقيل: طريقان. الجديد كذلك في القديم قولان أحدهما: كذلك، والثاني: لا يسجد، حكاه القاضي أبو الطيب، وصاحب «الشامل»، «المهذب» ولو سلم من صلاة وأحرم بأخرى، ثم يتقن أنه ترك ركناً من الأولى، لم تتعد الثانية، وأما الأولى فإن قصر الفصل بنى عليها، وإن طال وجب استئنافها، ولو جلس للتشهد في الرابعة، وشك: هل هو التشهد الأول أم الثاني فتشهد شاكاً، ثم قام فبان الحال لسجد للسهو، سواء بان أنه الأول أو الآخر، لأنه وإن بان الأول فقد قام شاكاً في زيادة هذا القيام، وإن بان الحال وهو بعد في التشهد الأول فلا يسجد. ولو نوى المسافر القصر، وصلى أربع ركعات ناسياً، ونسى في كل ركعة سجدة حصلت له الركعتان، ويسجد للسهو وقد تمت صلاته فيسلم، ولا يلزمه الإتمام، لأنه لم ينو، وكذا لو صلى الجمعة أرباعاً ناسياً، ونسى من كل ركعة سجدة لسجد للسهو وسلم. ولو سها سهوين أحدهما بزيادة والآخر بنقص، وقلنا: يسجد للزيادة بعد السلام وللنقص قبله، سجد هنا قبله على الأصح وبه قطع المتولي. والثاني بعده وبه قطع البندنجي قال: وكذا الزيادة المتوهمه، كمن شك في عدد الركعات ولو أراد القنوت في غير الصبح لنازلة والعياذ بالله تعالى، وقلنا به فنيه لم يسجد للسهو على الأصح. ذكره في «البحر» ولو دخل في صلاة ثم ظن أنه ما كبر للإحرام فاستأنف التكبير، والصلاة، ثم علم أنه كان كبير أولاً، فإن علم بعد فراغه من الصلاة الثانية لم يفسد الأولى وتمت بالثانية. وإن علم قبل فراغ الثانية عاد إلى الأولى، فأكملها، وسجد للسهو في الحالين، نقله في البحر عن نص الشافعي وغيره.

وَلَا سَجْدَةً فِي ص (ح م)، وَفِي الْحَجِّ سَجْدَتَانِ (م) ثُمَّ هِيَ عَلَى الْقَارِئِ وَالْمُسْتَمِعِ جَمِيعاً، فَإِنْ سَجَدَ الْقَارِئُ تَأَكَّدَ الْأَسْتِخْبَابُ عَلَى الْمُسْتَمِعِ، وَإِنْ كَانَ فِي الصَّلَاةِ سَجْدَةً لِقِرَاءَةِ نَفْسِهِ إِنْ كَانَ مُنْفَرِداً أَوْ لِقِرَاءَةِ إِمَامِهِ إِنْ سَجَدَ إِمَامُهُ، وَلَا يَسْجُدُ (ح) لِقِرَاءَةِ غَيْرِ الْإِمَامِ، وَمَنْ قَرَأَ آيَةً فِي مَجْلِسٍ مَرَّتَيْنِ هَلْ تُشْرَعُ السَّجْدَةُ الثَّانِيَّةُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

## القول في سجود التلاوة

قال الرافعي: الفصل يشتمل على مسائل:

إحداها: سُجُودُ التَّلَاوَةِ سُنَّةٌ، خِلَافاً لِأَبِي حَنِيفَةَ حَيْثُ قَالَ بِوَجُوبِهَا.

لنا: ما روي عن زيد بن ثابت - رضي الله عنه - «أَنَّهُ قَرَأَ عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ سُورَةَ النَّجْمِ فَلَمْ يَسْجُدْ فِيهَا وَلَا أَمَرَهُ بِالسُّجُودِ»<sup>(١)</sup>.

وعن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - «أَنَّهُ قَرَأَ عَلَى الْمِنْبَرِ سُورَةَ السَّجْدَةِ فَتَنَزَلَ وَسَجَدَ وَسَجَدَ النَّاسُ مَعَهُ فَلَمَّا كَانَ فِي الْجُمُعَةِ الْأُخْرَى قَرَأَهَا فَتَهَيَّأَ النَّاسُ لِلْسُّجُودِ فَقَالَ عَلَى رَسُولِكُمْ إِنَّ اللَّهَ لَمْ يَكْتُبْهَا عَلَيْنَا إِلَّا أَنْ نَشَاءَ»<sup>(٢)</sup>

الثانية: في عدد آيات السجدة قولان:

«الجديد»: أنها أربع عشرة آية، وفي القديم أسقط سجدة المفصل وردها إلى إحدى عشرة؛ لما روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ «لَمْ يَسْجُدْ فِي شَيْءٍ مِنَ الْمُفْصَلِ مُنْذُ تَحَوَّلَ إِلَى الْمَدِينَةِ»<sup>(٣)</sup> وأحتج في الجديد بما روي عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: «سَجَدْنَا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي «إِذَا السَّمَاءُ انشَقَّتْ» و«أَقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ»<sup>(٤)</sup> وكان إسلام أبي هريرة - رضي الله عنه - بعد الهجرة بسنين فرأى إثباته أولى من النفي.

وأبو حنيفة - رحمه الله - يوافق الجديد في العدد ومالك القديم إلا أنهما أثبتا سجدة لا نعتها ونفيا بدلها أخرى نحن نثبتها، أما الأولى فسجدة «ص» عندنا ليست من عزائم السجود، وإنما هي سجدة شكر خلافاً لهما.

(١) أخرجه البخاري (١٠٧٢، ١٠٧٣) ومسلم (٥٧٧).

(٢) أخرجه البخاري (١٠٧٧) إلا إنه قال في سورة النحل بدل السجدة وانظر تغليق التعليق (٢/٤١٣).

(٣) أبو داود (١٤٠٣) وإسناده ضعيف.

(٤) أخرجه البخاري (٧٦٦، ٧٦٨، ١٠٧٤، ١٠٧٨) ومسلم (٥٧٨).

لنا: ما روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أن رسول الله ﷺ «سَجَدَ فِي (ص)»<sup>(١)</sup> وَقَالَ: سَجَدَهَا دَاوُدُ تَوْبَةً وَسَجَدْتُهَا شُكْرًا»<sup>(٢)</sup>.

أي: على النعمة التي أتاها الله تعالى داود وهي قبول توبته.

وعن ابن مسعود - رضي الله عنه -: «أَنَّ كَانَ لَا يَسْجُدُ فِي (ص)، إِذَا ثَبِتَ هَذَا فَلَوْ سَجَدَ فِيهَا خَارِجَ الصَّلَاةِ فَهُوَ حَسَنٌ»<sup>(٣)</sup>، ولو سجد في الصلاة جاهلاً أو ناسياً لم يضر وإن كان عالماً فوجهان:

أحدهما: وبه قال ابن كنج: لا تبطل طلّاته؛ لأن سببه التلاوة.

وأصحهما: تبطل كسجود الشكر، ولو سجد إمامه في «ص» لأنه ممن يراها فلا يتابعه المأموم فيها بل يفارقه أو ينتظره قائماً، وإذا أنتظره قائماً هل يسجد للسُّهُرِ؟ فيه وجهان<sup>(٤)</sup>:

وأما الثاني: ففي الحج عندنا سجدتان خلافاً لهما في الثانية.

لنا: ما روي عن عقبة بن عامر - رضي الله عنه - قال: «قُلْتُ يَا رَسُولَ اللَّهِ فُضِّلْتَ سُورَةُ الْحَجِّ بِأَنَّ فِيهَا سَجْدَتَيْنِ قَالَ نَعَمْ وَمَنْ لَمْ يَسْجُدْهُمَا فَلَا يَفْرَأُهُمَا»<sup>(٥)</sup>، وسار ابن سريج إلى إثبات سجدة «ص» والثانية في الحج معاً وجعل آيات السجود خمس عشرة.

لما روي عن عمرو بن العاص أن النبي ﷺ «أَقْرَأَهُ خَمْسَ عَشْرَةَ سَجْدَةً فِي الْقُرْآنِ مِنْهَا ثَلَاثٌ فِي الْمُقْضَلِ وَفِي الْحَجِّ سَجْدَتَانِ»<sup>(٦)</sup> وعن أحمد روايتان.

إحدهما: مثل مذهب ابن سريج.

وأصحهما: مثل القول الجديد، وإذا وقفت على هذه الاختلافات علمت قوله:

(١) أخرجه النسائي (١٥٩/٢) والدارقطني في السنن (٤٠٧/١) والبيهقي (٣١٨/٢، ٣١٩).

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٣١٩/٢).

(٣) قال النووي: قال أصحابنا: يستحب أن يسجد في (ص) خارج الصلاة وهو مراد الرافعي بقوله: حسن. الروضة (٤٠١/١).

(٤) قال في زيادته: الأصح لا يسجد، لأن المأموم لا يسجد لسهوه، ووجه السجود أنه يعتقد أن إمامه زاد في صلاته جاهلاً، وحكى صاحب «البحر» وجهاً أنه يتابع الإمام في سجود (ص).

(٥) أخرجه أحمد (١٥١/٤، ١٥٥)، وأبو داود (١٤٠٢) والترمذي (٥٧٨) والدارقطني (٤٠٨/١) والحاكم (٢٢٢/١)، وقال ابن الملقن في الخلاصة، ومال إلى تصحيحه ابن الجوزي، وضعفه الترمذي والبيهقي.

(٦) أخرجه أبو داود (١٤٠١) وابن ماجه (١٠٥٧) والحاكم (٢٢٣/١) وضعفه ابن القطان وابن الجوزي.

«وهي مستحبة» بالحاء، وقوله في «أربع عشرة آية» بالواو للقول القديم ولمذهب ابن سريج، وقوله: «ولا سجدة في ص» بالميم والحاء والألف والواو، وقوله: «في الحج سجدتان» بالميم والحاء، ثم مواضع السجود من الآيات بينة لا خلاف فيها إلا في «حم» السجدة ففي موضع السجود فيها وجهان:

أحدهما: أنه عند قوله: ﴿إِيَّاهُ تَعْبُدُونَ﴾<sup>(١)</sup> ويروى هذا عن أبي حنيفة وأحمد.

وأصحهما: أنه عند قوله: ﴿وَهُمْ لَا يَسْتَوُونَ﴾، لأن عنده يتم الكلام.

الثالثة: كما يسن السجود للقارئ يسن للمستمع إليه.

لما: روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - «قَالَ: «كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَقْرَأُ عَلَيْنَا الْقُرْآنَ فَإِذَا مَرَّ بِسُجْدَةٍ كَبَّرَ وَسَجَدَ وَسَجَدْنَا مَعَهُ».

ولا فرق بين أن يكون القارئ في الصلاة أو لا يكون كذلك، ذكره في «التهذيب» وبه قال أبو حنيفة، وحكى في «البيان» أنه لا يسجد المستمع بقراءة من في الصلاة وأقام هذه المسألة خلافية بيننا وبين أبي حنيفة والأول أظهر وأوفق لإطلاق لفظ الكتاب، وكذلك ظاهر اللفظ يشتمل قراءة الصبي والمحدث<sup>(٢)</sup> والكافر ويقتضي شرعية السجود للمستمع إلى قراءتهم وبه قال أبو حنيفة.

وقال في «البيان» لا اعتبار بقراءتهم خلافاً له، وأما الذي لا يستمع قصداً ولكنه سمع ما رأى فقد حكى عن «مختصر البويطي» أن الشافعي - رضي الله عنه - قال: لا أؤكد عليه كما أؤكد على المستمع وإن سجد فحسن.

وعند أبي حنيفة: لا فرق بينه وبين المستمع والقارئ، ونقل مثله عن بعض أصحابنا لكنه يقول باللزوم ونحن بالاستحباب.

ودليل الفرق ما روي عن عثمان - رضي الله عنه - «أَنَّهُ مَرَّ بِقَاصِ فَقَرَأَ آيَةَ السُّجْدَةِ لَيْسُجُدَ عُثْمَانُ - رضي الله عنه - مَعَهُ فَلَمْ يَسْجُدْ وَقَالَ: مَا اسْتَمَعْنَا لَهَا»<sup>(٣)</sup> وعن ابن عباس - رضي الله عنهما - أنه قال: «السُّجْدَةُ لِمَنْ جَلَسَ لَهَا»<sup>(٤)</sup>.

وذكر في «النهاية» أن السامع لا يسجد؛ لأنه لم يقرأ ولا قصد الاستماع، فلو

(١) سورة البقرة، الآية ١٧٢.

(٢) لا لقراءة حبلَى وسكران لأنها غير مشروعة لهما. قال الأسنوي: ولا لناثم وساه لعدم قصدهما التلاوة. قال الزركشي: وينبغي تقيده لقراءة ملك وجني لا لقراءة دُرَّة ونحوها لعدم القصد.

(٣) أخرجه البخاري بنحوه تعليقاً (٥٥٧/٢) وانظر تغليق التعليق (٤١٢/٢) وسنن البيهقي (٢/٣٢٤).

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٢/٣٢٤).



سجد لكانت سجده منقطعة عن سبب ينشئه<sup>(١)</sup> فحصل في السامع ثلاثة أوجه كما يرى، وإذا سجد القارئ فيكون الأستحباب في حق المستمع أكد وإن كان أصل الأستحباب لا يتوقف على سجوده، هذا ما ذكره أكثر الأئمة من العراقيين وغيرهم، وحكاه إمام الحرمين عن نصه في البويطي، ونقل الصيدلاني؛ أنه لا يسن له السجود إلا أن يسجد القارئ، ورجح الإمام هذا الوجه واستشهد عليه بما روي «أَنَّ رَجُلًا قَرَأَ عِنْدَ النَّبِيِّ ﷺ السُّجْدَةَ فَسَجَدَ النَّبِيُّ ﷺ ثُمَّ قَرَأَ آخَرَ عِنْدَهُ السُّجْدَةَ فَلَمْ يَسْجُدِ النَّبِيُّ ﷺ فَقَالَ: سَجَدْتُ لِقِرَاءَةِ فَلَانٍ وَلَمْ تَسْجُدْ لِقِرَاءَتِي فَقَالَ: كُنْتُ إِمَامًا فَلَوْ سَجَدْتُ لَسَجَدْنَا»<sup>(٢)</sup>.

وحمل الأول<sup>(٣)</sup> ذلك على تفاوت الأستحباب، وحث الثاني على السجود وهذا في غير الصلاة، أما المصلي فإن كان منفرداً سجد لقراءة نفسه، فلو لم يسجد وركع ثم بدا له أن يسجد لم يجز؛ لأنه أشتغل بالفرض فإن كان قبل بلوغه حد الراكعين فيجوز، ولو هوى بسجود التلاوة ثم بدا له فرجع جاز؛ لأنه مسنون فله ألا يتمه كما له أن لا يشرع فيه، وهكذا لو قعد للتشهد الأول وقرأ بعضه ولم يتم جاز، ولو أصغى المنفرد إلى قراءة قارئ في الصلاة أو في غير الصلاة فلا يسجد؛ لأنه ممنوع من الإصغاء، ولو فعل بطلت صلاته، هذا قضية كلام الأصحاب، وإن كان المصلي في جماعة نظر إن كان إماماً فهو كالمنفرد فيما ذكرنا، ولا يكره له قراءة آية السجدة في الصلاة خلافاً لمالك حيث قال: يكره.

ولأبي حنيفة وأحمد حيث قالوا: يكره في السرية دون الجهرية.

لنا ما روي أنه ﷺ «سَجَدَ فِي الظَّهِيرِ فَرَأَى أَصْحَابَهُ أَنَّهُ قَرَأَ آيَةَ سَجْدَةٍ فَسَجَدُوا»<sup>(٤)</sup>.

وإذا سجد الإمام سجد المأموم فلو لم يفعل بطلت صلاته، ولو لم يسجد الإمام لم يسجد المأموم، ولو فعل بطلت صلاته، ويحسن القضاء إذا فرغ ولا يتأكد، ولو سجد الإمام ولم ينتبه المأموم حتى رفع الإمام رأسه من السجود لم يسجد، وإن علم وهو بعد في السجود سجد، وإن كان في الهوي ورفع الإمام رأسه رجع معه ولم يسجد، وكذا الضعيف الذي أهوى مع الإمام لسجود التلاوة فرفع الإمام رأسه قبل أنتهائه إلى الأرض لبطء حركته يرجع معه ولا يسجد، وإن كان المصلي مأموماً لم

(١) في «ب» عن سبب ينشئها.

(٢) أخرجه الشافعي وأبو داود مرسلًا، قال البيهقي وروي موصولاً بإسناد ضعيف، انظر الخلاصة (١٦٨/١) والتلخيص (٩/٢ - ١٠).

(٣) في «ب» الأولون.

(٤) أخرجه أبو داود (٨٠٧) والحاكم (٢٢١/١) وقال صحيح على شرط الشيخين.

يسجد لقراءة نفسه، بل يكره له قراءة آية السجدة، ولا يسجد لقراءة غير الإمام بل يكره له الإصغاء إليها، ولو سجد لقراءة نفسه أو لقراءة غيره بطلت صلاته.

وقوله في الكتاب: (هي على القارئ والمستمع) ليس (على) هاهنا للإيجاب، وإنما المراد تأكيد الاستحباب وكثيراً ما يتكرر ذلك في كلام الأصحاب في هذه السجدة وسجدة السهو، والمراد ما ذكرنا، وقد يستعملون لفظ الوجوب وال لزوم أيضاً.

وقوله: (فإن سجد القارئ تأكد الاستحباب على المستمع) إشارة إلى أن أصل الاستحباب ثابت وإن لم يسجد القارئ جواباً على الأظهر المنصوص، ويجوز أن يعلم بالواو؛ لأن من قال: لا يسن للمستمع السجود إلا إذا سجد القارئ لا يقول بتأكد الاستحباب عند عدم سجوده، وإنما يثبتته عنده.

وقوله: (ولا يسجد لقراءة نفسه ولا لقراءة غير الإمام) هكذا هو في بعض النسخ، وهو عبارة «الوسيط» وعلى هذا فالمراد ولا يسجد المأموم وهو متعلق بقوله: (أو لقراءة إمامه إن سجد إمامه) ولفظ الكتاب على هذا التقدير ساكت عن حكم الإمام، ولا بأس به للعلم بأن الإمام كالمنفرد في هذا الباب وأمثاله، وفي بعض النسخ: «ولا يسجد لقراءة غير الإمام» وطرح ما سواه، وعلى هذا فالمفهوم من سياق الكلام رجوعه إلى المأموم أيضاً، وسبب الطرح أننا إذا قلنا: ولا يسجد لقراءة غير الإمام دخل فيه نفسه أيضاً، وذكر بعضهم أن المصنف أراد: ولا يسجد المصلي لقراءة غير الإمام.

واعلم قوله: (ولا يسجد) بالحاء على هذا التأويل؛ لأننا نعني بقولنا: لا يسجد: أنه لا يجوز له السجود ولو فعله بطلت صلاته.

وعند أبي حنيفة: لو سجد الإمام والمقتدون لقراءة غيرهم لم تبطل صلاتهم وإن كان لا يجزئهم ذلك، ويسجدون بعد الصلاة، ذكره القدوري وغيره.

الرابعة: لو قرأ آيات السجدة في مكان واحد سجد لكل واحدة سجدة، ولو كرر الآية الواحدة في المجلس الواحد فينظر إن لم يسجد للمرة الأولى فيكفيه سجود واحد، وإن سجد للأولى فوجهان:

أحدهما: لا يسجد مرة أخرى، وتكفيه الأولى كما في الصورة السابقة، وبه قال أبو حنيفة وأبن سريج.

وأظهرهما: أنه يستحب مرة أخرى لتجدد السبب بعد توفية حكم الأول، وفي المسألة وجه ثالث أنه إن طال الفصل سجد مرة أخرى، وإلا فتكفيه السجدة الأولى.

قال في «العدة» وعليه الفتوى.

ولو كرر الآية الواحدة في الصلاة فإن كان في الركعة الواحدة فهي كالمجلس

الواحد، وإن كان في ركعتين فهما كالمجلسين فيعيد السجود، ذكره الصيدلاني وغيره .  
ولو قرأ مرة في الصلاة ومرة خارج الصلاة في المجلس الواحد وسجد في الأولى فهذا لم أره منصوصاً عليه في كتب الأصحاب وإطلاقها لخلاف التكرار يقتضي طرده هاهنا، وعند أبي حنيفة: إذا سجد خارج الصلاة<sup>(١)</sup> لقراءة آية ثم أعادها في الصلاة أعاد السجدة ولم تجزئه الأولى بخلاف ما لو لم يسجد حتى دخل في الصلاة وأعادها فإنه يسجد وتجزئه عن التلاوتين .

وأعلم أن في قوله: (هل تشرع السجدة الثانية؟) إشارة إلى أن صورة الوجهين ما إذا كان قد سبق في المرة الأولى، وإلا لم تكن سجده سجدة ثانية والله أعلم .

قال الغزالي: **ثُمَّ الصَّحِيحُ أَنَّ هَذِهِ سَجْدَةٌ فَرْدَةٌ وَإِنْ كَانَتْ تَفْتَقِرُ إِلَى سَائِرِ شَرَايِطِ الصَّلَاةِ، وَيُسْتَحَبُّ قَبْلَهَا تَكْبِيرَةٌ مَعَ رَفْعِ اليَدَيْنِ إِنْ كَانَ فِي غَيْرِ الصَّلَاةِ وَدُونَ الرُّفْعِ إِنْ كَانَ فِي الصَّلَاةِ، وَقِيلَ: يَجِبُ التَّحَرُّمُ وَالتَّحَلُّلُ وَالتَّشَهُدُ، وَقِيلَ يَجِبُ التَّحَرُّمُ وَالتَّحَلُّلُ دُونَ التَّشَهُدِ، وَقِيلَ: لَا يَجِبُ إِلَّا التَّحَرُّمُ.**

قال الرافعي: الكلام في كيفية سجود التلاوة، وشرايطه، ولا خلاف في افتقاره إلى شروط الصلاة كطهارة الحدث، والخبث، وستر العورة، وأستقبال القبلة، وغيرها كما في الصلاة .

وأما الكيفية فهو: إما أن يكون في الصلاة أو خارج الصلاة، فإن كان خارج الصلاة فينوي ويكبر للافتتاح لما روي أنه ﷺ «كَانَ إِذَا مَرَّ فِي قِرَاءَتِهِ بِالسُّجُودِ كَبَّرَ وَسَجَدَ» ويرفع يديه حذو منكبيه في هذه التكبيرة كما يفعل ذلك في تكبيرة الافتتاح في الصلاة، ثم يكبر تكبيرة أخرى لِلْهُوِيِّ من غير رفع اليدين كما في الْهُوِيِّ إلى السُّجُودِ الذي هو من صُلْبِ الصلاة ثم تكبير الهوي مستحب وليس بشرط، وفي تكبير الافتتاح وجهان:

أحدهما: وهو الذي ذكره الشيخ أبو محمد وأختره صاحب الكتاب أنه مستحب أيضاً وليس بشرط .

والثاني: أنه شرط وهو قضية كلام الأكثرين فإنهم أطبقوا على الاحتجاج لأحد القولين في السلام بأن السجود يفتقر إلى الإحرام يفتقر إلى السلام، وسيأتي ذلك، وحكى الشيخ أبو حامد وغيره عن أبي جعفر الترمذي من أصحابنا: أنه لا يكبر تكبيرة

(١) سقط من ط .

الأفتتاح لا وجوباً ولا أستحباً؛ لأن سجود التلاوة ليس صلاةً بآنفراد حتى يكون له تحرم، والمستحب أن يقوم ويكبر وينوي قائماً ثم يهوي من قيام، وروي ذلك عن فعل الشيخ أبي محمد وعن القاضي الحسين وغيرهما<sup>(١)</sup>.

ويستحب أن يقول في سجوده «سَجَدَ وَجْهِي لِلَّذِي خَلَقَهُ وَصَوَّرَهُ وَشَقَّ سَمْعَهُ وَبَصَرَهُ بِحَوْلِهِ وَقُوَّتِهِ» لما روي عن عائشة - رضي الله عنها - أن النبي ﷺ «كَانَ يَقُولُ ذَلِكَ فِي سُجُودِ الْقُرْآنِ»<sup>(٢)</sup> ويستحب أيضاً أن يقول: «اللَّهُمَّ اكْتُبْ لِي بِهَا عِنْدَكَ أَجْرًا وَاجْعَلْهَا لِي عِنْدَكَ دُخْرًا وَضَعْ عَنِّي بِهَا وَزْرًا وَأَقْبِلْهَا مِنِّي كَمَا قَبِلْتَ مِن عَبْدِكَ دَاوُدَ»؛ لما روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ «قَالَ ذَلِكَ فِي سُجُودِ الْقُرْآنِ»<sup>(٣)</sup>.

ولو قال ما يقوله في سجود صلاته جاز.

ثم يرفع رأسه مكبراً كما يرفع عن سجود صُلْبِ الصَّلَاةِ، وهل يفتقر إلى السَّلَام؟ فيه قولان:

أحدهما: لا، كما لو سجد في الصَّلَاةِ.

وأظهرهما: نعم؛ لأنه يفتقر إلى الإحرام فيفتقر إلى التحلل كالصلاة، وعلى هذا هل يفتقر إلى التشهد؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنه سجود يفتقر إلى الإحرام والسلام فيفتقر إلى التشهد كسجود الصلاة.

وأصحهما: لا؛ لأن التشهد في مقابلة القيام، ولا قيام فيه بل القيام أولى بالرعاية بدليل صلاة الجنائز فكما لم يشترط ذلك فأولى أن لا يشترط التشهد، ومن الأصحاب من يجمع بين التشهد والسلام ويقول: فيهما ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه لا حاجة إليهما، وهو ظاهر ما نقل عن البويطي.

وثانيها: أنه لا بد منهما.

وثالثها، - وهو الأظهر - أنه لا بد من السَّلَام دون التشهد، وبهذا قال ابن سريج

(١) قد قاله أيضاً صاحب «التهذيب» و«التتمة» وأنكره إمام الحرمين وغيره، قال الإمام: ولم أر لهذا ذكراً، ولا أصلاً، وهذا الذي قاله الإمام هو الصواب فلم يذكر جمهور أصحابنا هذا القيام، ولا ثبت فيه شيء مما يحتج به فلا اختيار تركه.

(٢) أخرجه أبو داود (٤١٤) والترمذي (٥٨٠) والنسائي (٢٢٢/٢) والحاكم (٢٢٠/١) وقال صحيح على شرط الشيخين.

(٣) أخرجه الترمذي (٥٧٩) وابن ماجه (١٠٥٣) وذكره الهيثمي في الموارد (٦٩١) والحاكم (١/٢٠٢) وقال صحيح على شرط الصحيح.

وأبو إسحاق، وإذا قلنا: إن التشهد ليس بشرط فهل يستحب؟ ذكر في «النهاية» أن للأصحاب خلافاً فيه هذا كيفية السجود خارج الصلاة، وأما في الصلاة فلا يكبر للافتتاح، ولكن يستحب له التكبير للهوي إلى السجود من غير رفع اليدين، وكذلك يكبر عند رفع الرأس كما يفعل في سجودات الصلاة، وعن أبي علي بن أبي هريرة أنه لا يكبر لا عند الهوي ولا عند رفع الرأس كيلا تشبهه هذه السجدة بسجودات الصلاة، ولا فرق في الذكر بين ما لو سجد في الصلاة أو خارجها، وإذا رفع الرأس يقوم منها ولا يجلس للأستراحة ويسن أن يقرأ شيئاً ثم يركع ولا بد من أن ينتصب ثم يرفع فإن الهوي من القيام واجب كما تقدم.

ولنعد إلى ما يتعلق بلفظ الكتاب.

قوله: «والصحيح أن هذه سجدة فردة» يريد بالفردة أنها لا تفتقر إلى تحرم وتحلل، ولا يريد أنها واحدة لا كسجدي السهو لأنه قال: «والصحيح» ولا خلاف في أنها واحدة، وعن أحمد أنه يكبر للهوي والرفع ويسلم؛ فإن أراد به الأستراط فليكن قوله: (فردة) معلماً بالألف.

وقوله: (وإن كانت تفتقر إلى سائر شرائط الصلاة) تشتمل على بيان مسألة مقصودة وهي أن شرائط الصلاة مرعية في سجدة التلاوة، وأشار بالإيراد الذي ذكره إلى أنها وإن كانت كالصلاة في اعتبار الشروط لكنها تفارقها في الحاجة إلى التحلل والتحرم على هذا الوجه، ثم الذي يوجد في معظم النسخ وإن كانت تفتقر إلى سائر شرائط الصلاة، وحذف لفظ (سائر) وكأنه حمله عليه أشتهار لفظ السائر في البعض الباقي من الشيء وشرائط الصلاة بأسرها معتبرة في سجدة التلاوة ولم يجز ذكر البعض حتى يضم الباقي إليه بلفظ السائر إلا أن إطلاق السائر بمعنى الجميع صحيح، قال صاحب «الصحاح»: وسائر الناس جميعهم فإذا المعنى: وإن كانت تفتقر إلى جميع شرائط الصلاة ولا حاجة إلى الحذف.

وأعلم أن النية عند صاحب الكتاب معدودة من شرائط الصلاة كما سبق، والتكبير وحده يقع عليه أسم التحريم، والتحريم قال ﷺ: «وَتَحْرِيْمُهَا التَّكْبِيرُ» وإذا كان كذلك فظاهر اللفظ يفتضي اشتراط النية على الوجه الذي عبر عنه بالصحيح وإن لم يشترط التكبير لكنه في «الوسيط» أخرج النية عن الاعتبار في هذا الوجه وعلى هذا فالنية تكون مستثناة عن قوله: (وإن كانت تفتقر إلى سائر الشرائط)، ويكون التحريم مفسراً بالنية والتكبير معاً إذ بهما تشرع في الصلاة.

وأما قوله: «ويستحب قبلها تكبيرة...» إلى آخره فهو تفريع على هذا الوجه الذي

يقول إنها سجدة فردة لا يشترط فيها التكبير ولا غيره، وقوله: (تكبيرة) يؤهم قصر الأستحباب على تكبيرة واحدة، لكننا ذكرنا أستحباب تكبيرتين وإن قلنا بعدم الأستحباب إحداهما للأفتتاح والأخرى للهوي، وهكذا ذكر جمهور الأصحاب فلا يتوهم قصر الأستحباب على واحدة إذا كان يسجد خارج الصلاة، وأعلم عند هذا أنه لا يمكن حمل التكبيرة التي جرت في لفظ الكتاب على تكبيرة الأفتتاح بخصوصها؛ لأنه لا تكبيرة للأفتتاح إذا كان يسجد في الصلاة، وهو قد جعلها شاملة حيث قال: «ودون الرفع إن كان في الصلاة» ولا يمكن حملها على تكبيرة الهوي بخصوصها؛ لأنه قد أستحب الرفع معها، ولا يستحب رفع اليد مع تكبيرة الهوي بحال، الوجه أن يحمل كلامه على تكبيرة مطلقة، ويقال بأن تكبيرة مستحبة في الصلاة وغير الصلاة ثم في غير الصلاة الأهم تكبيرة الأفتتاح، ويستحب معها رفع اليدين، وفي الصلاة لا يفرض إلا تكبيرة الهوي وليس معها رفع اليد، فهذا تنزيل لفظ الكتاب مع التكلف الذي فيه على ما ذكره الجمهور منهم أصحابنا العراقيون، والصيدلاني وصاحب «التهديب»، والقاضي الروياني - رحمهم الله - وغيرهم، والمفهوم من كلامه هاهنا وفي «الوسيط» أنه ليس إلا تكبيرة واحدة، وهي للتحريم خارج الصلاة، وللهوي في الصلاة، وبه يشعر كلام إمام الحرمين - قدس الله روحه - وعلى هذا فليكن قوله: (ويستحب قبلها تكبيرة) معلماً بالواو للوجه الذي تقدم عن الترمذي، وفي «الوسيط» إشارة إليه.

وقوله: (مع رفع اليدين) معلّم بالحاء، لأن عنده لا يرفع يديه.

واعلم قوله: (ودون الرفع إن كان في الصلاة) بالواو؛ لأنه قال في «الوسيط»: ولا يستحب رفع اليدين في الصلاة.

وقال العراقيون: يستحب رفع اليدين؛ لأنه يكبر للتحريم، لكن هذا شيء بدع حكم وعله ولا يكاد يوجد نقله لغيره، ولا ذكر له في كتبهم.

وقوله: «قيل يجب التحريم والتحليل...» إلى رأس الفرع، هذه الوجوه هي المقابلة للصحيح المذكور أولاً كأنه قال: في أقل سجدة التلاوة أربعة أوجه:

أحدها: أن الأقل سجدة واجباتها في صلب الصلاة لا غير.

والثاني: سجدة مع التحريم والتحليل والتشهد.

والثالث: مع التحريم والتحليل لا غيره.

والرابع: مع التحريم لا غير وجعل أولها الأصح، وهو متأيد بما حكى عن الشافعي - رضي الله عنه - أنه قال: وأقله سجدة بلا شروع ولا سلام، والظاهر عند الأكثرين اعتبار التحريم والتحليل كما سبق وهو الوجه الثالث، ثم الخلاف في السلام

قولان عند أكثر الناقلين وفي التشهد [قولان]<sup>(١)</sup> فقوله: (قيل) في هذا الموضع محمول على القول تارة وعلى الوجه أخرى، وتعجب بعض الشارحين من لفظ الوجوب في هذه الوجوه، وأستحسن إبداله بالأشترط والأعتبار؛ لأن أصل السجدة لا تجب فكيف يقول: يجب فيها كذا وكذا، ولا شك أن المراد الأشترط لكن لا حاجة إلى تغيير اللفظ؛ لأن الوجوب في مثل هذا الموضع معهود بمعنى أن الشيء لا بد منه، يقال الوضوء وستر العورة واجبان في صلاة النفل أي لا بد منهما.

قال الغزالي: فَرَعَ: الْأَصْحَحُ أَنَّ هَذِهِ السَّجْدَةَ إِذَا فَاتَتْ وَطَالَ الْفَضْلُ لَا تُقْضَى، لِأَنَّهُ لَا يَنْتَقِرُ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى بِسَجْدَةٍ أَيْتَاءَ كَصَلَاةِ الْكُصُوفِ وَالْإِسْتِسْقَاءِ بِخِلَافِ النَّوَافِلِ الرَّوَاطِبِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ يَنْتَقِرُ إِلَى اللَّهِ سُبْحَانَهُ بِهَا أَيْتَاءً.

قال الرافعي: سجدة التلاوة ينبغي أن تقع عقيب قراءة الآية أو أستماعها، فلو تأخر نظر إن لم يطل الفصل سجد، وإن طال فلا، وضبط الفرق بين أن يطول الفصل أو لا يطول يؤخذ مما ذكرناه في سجود السهو، ولم يجعل إمام الحرمين لمفارقة المجلس أثراً هاهنا مع التردد في تأثيره في باب سجود السهو كما حكيناه عنه ولا يتضح فرق بينهما.

إذا عرفت ذلك فلو فاتت السجدة لطول الفصل هل تقضى؟ ذكر في «النهاية»: أن صاحب التقريب حكى فيه قولين وقربهما من الخلاف في أن نوافل الصلاة هل تقضى على ما سيأتي؟ لكن الأصح أن السجدة لا تقضى ولم يذكر الصيدلاني وآخرون سواه؛ لأن النوافل المقضية هي التي تتعلق بالأوقات، أما التي تتعلق بأسباب عارضة كصلاة الخسوف والأستسقاء فلا تقضى والسجود كذلك، ولو كان القارئ والمستمع محدثاً عند التلاوة فإن تطهر على القرب سجد وإلا فالقضاء على الخلاف، [وعن صاحب «التقريب»: أنه لو كان يصلي فقرأ قارئ آية السجدة فإذا فرغ هل يقضى؟ فيه هذا الخلاف]<sup>(٢)</sup>.

قال الإمام: وهذا فيه نظر؛ لأن قراءة غير إمامه في الصلاة لا تقضى سجوده وإذا لم يجر ما يقتضي السجود أداء فالقضاء بعيد، وقطع صاحب «المعتمد» وغيره بأنه لا يسجد كما ذكره إمام الحرمين، وجعلوا هذه المسألة خلافية بيننا وبين أبي حنيفة، وذكر في «التهذيب» أنه يحسن أن يقضى ولا يتأكد كما يجب المؤذن إذا فرغ من الصلاة<sup>(٣)</sup> وكذا إذا

(١) في أوجهان وانظر الفرق بين القولين والوجهين.

(٢) سقط من «ب».

(٣) قال النووي: إذا قرأ السجدة في الصلاة قبل الفاتحة سجد، بخلاف ما لو قرأها في الركوع أو السجود فإنه لا يسجد، ولو قرأ السجدة فهوى ليسجد فشك، هل قرأ الفاتحة؟ فإنه يسجد للتلاوة ثم يعود إلى القيام فيقرأ الفاتحة ولو قرأ خارج الصلاة السجدة بالفارسية لا يسجد عندنا. وإذا

قرأ الإمام ولم يسجد فإذا فرغ المأموم من الصلاة يحسن أن يقضي ولا يتأكد. والله أعلم.

وفي الفصل مسألة أخرى وهي: أنه لو خضع الرجل لله تعالى فتقرب إليه بسجدة أبتداء من غير سبب هل يجوز ذلك؟ فيه وجهان عن صاحب «التقريب»: أنه يجوز ذلك، وعن الشيخ أبي محمد أنه لا يجوز، كما لا يجوز التقرب بركوع مفرد ونحوه، والعبادات يتبع فيها الورد، وهذا هو الصحيح عند إمام الحرمين والمصنف وغيرهما، وقوله في الكتاب: (إذا فاتت وطال الفصل) ليس على معنى طول الفصل شيء مضموم إلى الفوات وقيد فيه (وإنما هو سبب الفوات) والمراد إذا فاتت لطول الفصل.

وقوله: (لا يقضي) معلم بالحاء؛ لأن عند أبي حنيفة يجب على القارئ المحدث والمستمع القضاء بعد الطهارة، وسلم أن الحائض إذا استمعت لا قضاء عليها، وأن المصلي إذا قرأ السجدة ولم يسجد حتى سلم لا يقضي.

وقوله: (لأنه لا يتقرب إلى الله تعالى بسجدة أبتداء) لعلك تقول: لم علل منع القضاء بأنه لا يتقرب بها إلى الله تعالى فأعلم أنه حكى عن صاحب «التقريب» أنه جعل ذلك ضابطاً لما لا يقضي جزماً، ولما يجري الخلاف في قضائه فقال: ما لا يجوز التطوع به أبتداء لا يجوز فرض قضائه كصلاة الخسوف والأستسقاء، وما يجوز التطوع به أبتداء كالنوافل والرواتب ففي قضائه خلاف، ثم إنه جوز التقرب إلى الله تعالى بسجدة أبتداء كما سبق فأجرى الخلاف في قضائها؛ لذلك إذا عرفت هذا فالمصنف بين أن هذه السجدة لا يتقرب بها إلى الله تعالى أبتداء، ورتب عليه المنع من القضاء

سجد المستمع مع القارئ لا يرتبط به ولا ينوي الاقتداء به وله الرفع من السجود قبله، ولو أراد أن يقرأ آية أو آيتين فيهما سجدة ليسجد، فلم أر فيه كلاماً لأصحابنا. وفي كراهته خلاف للسلف أوضحت في كتاب «آداب القرآن» ومقتضى مذهبتنا: أنه إن كان في غير الوقت المنهي عن الصلاة فيه في غير الصلاة لم يكره، وإن كان في الصلاة أو في وقت كراهتها ففيه الوجهان، فيمن دخل المسجد في هذه الأوقات لا لغرض سوى صلاة التحية، والأصح: أنه يكره له الصلاة. هذا إذا لم يتعلق بالقراءة المذكورة لغرض سوى السجود، فإن تعلق، فلا كراهة مطلقاً، قطعاً ولو قرأ آية سجدة في الصلاة فلم يسجد وسَلَّم يستحب أن يسجد ما لم يطل الفصل، فإن طال ففيه الخلاف المتقدم، ولو سجد للتلاوة قبل بلوغ السجدة ولو بحرف، لم يصح سجوده. ولو قرأ بعد السجد آيات، ثم سجد، جاز ما لم يطل الفصل. ولو قرأ سجدة، فسجد فقرأ في سجوده سجدة أخرى لا يسجد. قال صاحب «البحر»: إذا قرأ الإمام السجدة في صلاة سرية استحب تأخير السجود إلى فراغه من الصلاة، قال: وقد استحب أصحابنا للخطيب إذا قرأ سجدة أن يترك السجود لما فيه من النزول عن المنبر والصعود قال: ولو قرأ السجدة في صلاة الجنائز لم يسجد فيها. وهل يسجد بعد الفراغ؟ وجهان. أصحهما: لا يسجد. وأصلهما أن القراءة التي لا تشرع هل يسجد لتلاوتها؟ وجهان. الروضة (١/٤٢٥، ٤٢٦).



كصلاة الخسوف؛ لأنه لو قضى من غير تلاوة كان المأتي به على صورة سجدة لا سبب لها والأشبه بإيراده إثبات طريقة جازمة بأن هذه السجدة لا تقضى كصلاة الخسوف والاستسقاء بخلاف الرواتب في قضائها قولان؛ لأنه يتقرب بها إلى الله تعالى ابتداء ولا يتقرب بهذه، وعلى هذا قوله: (الأصح أن هذه السجدة) أي من الطريقتين، وقوله: (وقيل يتقرب بها إلى الله تعالى) ابتداء إشارة إلى الطريق الثاني، أي إذا كانت كذلك جرى فيها الخلاف كما في الرواتب.

قال الغزالي: السَّجْدَةُ الثَّلَاثَةُ: سَجْدَةُ (ح) الشُّكْرِ وَهِيَ سُنَّةٌ عِنْدَ هُجُومِ نِعْمَةٍ أَوْ أَنْدِفَاعِ بَلِيَّةٍ لَا عِنْدَ اسْتِمْرَارِ نِعْمَةٍ، وَيُسْتَحَبُّ السُّجُودُ بَيْنَ يَدَيِ الْفَاسِقِ شُكْرًا عَلَى دَفْعِ الْمَعْصِيَةِ وَتَنْبِيهًا لَهُ، وَإِنْ سَجَدَ إِذَا رَأَى الْمُبْتَلَى فَلْيَكْتُمْنَهُ كَيْلًا يَتَأَذَى.

### القول في سجود الشكر:

قال الرافعي: سجدة الشكر سنة خلافاً لمالك حيث قال: هي مكروهة، وبه قال أبو حنيفة في رواية وقال في رواية: لا أعرفها.

لنا ما روي أن النبي ﷺ «رَأَى رَجُلًا تُعَاشِيًا فَسَجَدَ شُكْرًا لِلَّهِ تَعَالَى»<sup>(١)</sup>.

وعن عبد الرحمن بن عوف - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ «سَجَدَ فَأَطَالَ فَلَمَّا رَفَعَ قِيلَ لَهُ فِي ذَلِكَ فَقَالَ: أَخْبَرَنِي جِبْرِيلُ أَنَّ مَنْ صَلَّى عَلَيَّ مَرَّةً صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ عَشْرًا فَسَجَدْتُ شُكْرًا لِلَّهِ تَعَالَى»<sup>(٢)</sup>.

وليس تسن سجدة الشكر عند استمرار النعم، وإنما تسن عند مفاجأة نعمة أو أندفاع بليئة من حيث لا يحتسب، وكذا إذا رأى مبتلي ببليئة أو بمعصية<sup>(٣)</sup> فيستحب أن يسجد شكراً لله تعالى، ثم إذا سجد لنعمة أصابته أو بليئة أندفعت عنه لا تعلق لها بالغير أظهر السجود، وإن كان لبلاء في غيره نظر إن لم يكن ذلك المغير معذوراً فيه كالفاسق

(١) أخرجه البيهقي (٣٧١/٢) وقال وهنا منقطع ورواية جابر الجعفي لكن له شاهد من وجه آخر، وانظر التلخيص (١١/٢) والنغاشي القصير جداً الضعيف الحركة الناقص الخلق.

(٢) أخرجه العقيلي (٤٦٧/٣ - ٤٦٨) وأخرجه أحمد (١٦٦٢، ١٦٦٣، ١٦٦٤) والبزار كما في كشف الأستار (٤٧٩) والحاكم في المستدرک (٢٢٢/١ - ٢٢٣) وقال صحيح على شرط الشيخين. وقال لا أعلم في سجدة الشكر أصح منه.

(٣) مجاهراً بها كما نقله في الكفاية عن الأصحاب ويفسق بها كما نقله الولي العراقي عن الحاوي، لأن المعصية في الدين أشد منها في الدنيا وعند رؤية الكافر أولى ولو حضر المبتلي أو العاصي من أو عند أعمى أو سمع صوتهما سامع ولم يحضرا فالتوجه كما قال في المهمات استحبابها أيضاً.

فيظهر السجود بين يديه تعبيراً له فربما ينزجر ويتوب، وإن كان معذوراً كمن به زمانة ونحوها فيخفى كيلاً يتأذى، وكيلاً يتخاصما.

وسجود الشكر يفترق إلى شرائط الصلاة كسجود التلاوة، وكيفية ككيفية سجود التلاوة خارج الصلاة، ولا يجوز سجود الشكر في الصلاة بخلاف سجود التلاوة فإنه يتبع التلاوة، والتلاوة تتعلق بالصلاة<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي: وَهَلْ يُؤَدِّي سُجُودَ التَّلَاوَةِ وَالشُّكْرِ عَلَى الرَّاحِلَةِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

قال الرافعي: سجود الشكر هل يقام على الراحلة: حكى في «النهاية» فيه وجهين وشبههما بالخلاف في أن صلاة الجنائز هل تقام على الراحلة؟ من حيث أن إقامة السجود على الراحلة بالإيماء يبطل ركنه الأظهر وهو تمكين الجبهة من موضع السجود كما إن إقامة صلاة الجنائز عليها يبطل ركنها الأظهر وهو القيام.

قال: والخلاف فيهما كالخلاف في أن القادر على القيام والقعود هل يتنفل مضطجماً مومياً أم لا، وسجود التلاوة في النافلة المقامة على الراحلة يجوز بلا خلاف تبعاً للنافلة كسجود السهو فيها، وأما خارج الصلاة ففيه الوجهان المذكوران في سجود الشكر، ولفظ الكتاب وإن كان مطلقاً لكن المراد ما إذا كان خارج الصلاة، ثم الأظهر من الوجهين عند الأئمة أنه يجوز أداؤها على الراحلة بالإيماء وليس في «التهديب» و«العدة» ذكر لغيره.

فإن قلت: ذكرتم في صلاة الجنائز أن الأظهر المنع من أدائها على الراحلة فلم كان الأظهر الجواز هاهنا إن كان الخلاف كالخلاف؟ قلنا: يجوز أن يفرق بينهما بأن صلاة الجنائز تندر فلا يشق فيها تكليف النزول وأيضاً فأحترام الميت يقتضي ذلك، وسجدة التلاوة والشكر يكثران، فلو كلفناه النزول لشق، والخلاف فيما إذا كان يقتصر على الإيماء، فلو كان في مرقد وأتم السجود جاز، وأما الماشي فيسجد على الأرض على الظاهر، كما سبق في السجود الذي هو من صلب الصلاة.

قال الغزالي: الْبَابُ السَّابِعُ فِيهِ صَلَاةُ التَّطَوُّعِ وَفِيهِ فَضْلَانِ الْأَوَّلُ فِي الرُّوَاتِبِ وَهِيَ إِحْدَى عَشْرَةَ رُكْعَةً، رُكْعَتَانِ قَبْلَ الصُّبْحِ، وَرُكْعَتَانِ قَبْلَ الظُّهْرِ، وَرُكْعَتَانِ بَعْدَهُ، وَرُكْعَتَانِ بَعْدَ الْمَغْرِبِ، وَرُكْعَتَانِ بَعْدَ الْعِشَاءِ، وَالْوَأْتَرُ رُكْعَةٌ، وَزَادَ بَعْضُهُمْ أَرْبَعَ رُكْعَاتٍ قَبْلَ الْعَصْرِ، وَرُكْعَتَيْنِ بَعْدَ الظُّهْرِ فَصَارَ سَبْعَ عَشْرَةَ.

(١) قال النووي: قال أصحابنا: لو سجد في الصلاة للشكر بطلت صلاته فلو قرأ آية سجدة ليسجد بها للشكر ففي جواز السجود وجهان: في الشامل، والبيان، أصحابنا: يحرم وتبطل صلاته وهما الوجهين فيمن دخل المسجد في وقت النهي ليصلي التحية. الروضة (١/٤٢٧).

## القول في صلاة التطوع

قال الرافعي: اختلف أصحاب الأصحاب في تطوع الصلاة فمنهم من يفسره بما لم يرد فيه مخصوص نقل وينشئه الإنسان باختياره، وهؤلاء قالوا: ما عدا الفرائض ثلاثة أقسام:

سنن وهي التي واظب عليها رسول الله ﷺ.

ومستحبات: وهي التي فعلها أحياناً ولم يواظب عليها.

وتطوعات وهي التي ذكرنا، ومنهم من يرادف بين لفظتي النافلة والتطوع، ويطلقهما على جميع ما سوى الفرائض<sup>(١)</sup>، وبهذا الاصطلاح ترجم صاحب الكتاب الباب، وأختلف أصحابهم في الرواتب أيضاً، فمنهم من قال: هي النوافل المؤقتة بوقت مخصوص، وعد منها التراويح، وصلاة العيدين، وصلاة الضحى، ومنهم من قال: هي السنن التابعة للفرائض، وبهذا الاصطلاح يتكلم صاحب الكتاب.

إذا عرفت هذه المقدمة فأعلم أن ما سوى الفرائض من الصلوات قسمان: ما تسن فيه الجماعة كصلاة العيدين، والكسوفين، والاستسقاء ولها أبواب مفردة مذكورة بعد هذا، وما لا تسن فيه الجماعة، وينقسم إلى الرواتب وغيرها، وغرض الفصل الأول من الباب: الكلام [في الرواتب، وغرض الثاني: الكلام]<sup>(٢)</sup> في مراتب النوافل، وبعض أحكامها:

أما الأول فالرواتب ضربان: الوتر، وعَيْرُ الوتر.

أما غير الوتر فقد اختلف الأصحاب في عدده.

قال الأكثرون: عشر ركعات: ركعتان قبل الصبح، وركعتان قبل الظهر، وركعتان بعده، وركعتان بعد المغرب، وركعتان بعد العشاء؛ لما روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - قال: «صليت مع رسول الله ﷺ ركعتين قبل الظهر، وركعتين بعدها، وركعتين بعد المغرب في بيته، وركعتان بعد العشاء في بيته، وحدثني حفصة - رضي الله عنها - أنه ﷺ: «كَانَ يُصَلِّي رَكْعَتَيْنِ حَفِيفَتَيْنِ حِينَ يَطْلُعُ الْفَجْرُ»<sup>(٣)</sup>.

(١) وخالف في ذلك القاضي حسين فجعل السنة ما واظب عليه الرسول ﷺ والمستحب ما فعله مرة أو مرتين، والتطوع ما ينشئه الإنسان باختياره ولم ير فيه بنقل، انظر شرح جمع الجوامع (١/٩٠) نهاية السؤل (٤٦/١).

(٢) سقط في «ب».

(٣) أخرجه البخاري (٩٣٧، ١١٦٥، ١١٧٢، ١١٨٠).

قال في «العدة» وهذا ظاهر المذهب، ومنهم من نقص ركعتي العشاء، يحكى هذا عن نصه في البويطي، وبه قال الخُضْرِيُّ فيما حكاه صاحب «النهاية» وغيره.

ومنهم من زاد على العشر ركعتين قبل الظهر مضمومتين إلى الركعتين اللتين سبق ذكرهما؛ لما روي عن عائشة - رضي الله عنها - قالت: إن النبي ﷺ قال: «مَنْ ثَابَرَ عَلَى اثْنَتَيْ عَشْرَةَ رَكْعَةً مِنَ السُّنَّةِ بَنَى اللَّهُ لَهُ بَيْتًا فِي الْجَنَّةِ»<sup>(١)</sup> «أَزْبَعَ رَكَعَاتِ قَبْلِ الظُّهْرِ»، والباقي كما في حديث ابن عمر - رضي الله عنهما -.

ومنهم من زاد على هذا العدد أربع ركعات قبل العصر؛ لما روي ﷺ قال: «رَجِمَ اللَّهُ امْرَأً صَلَّى قَبْلَ الْعَصْرِ أَرْبَعًا»<sup>(٢)</sup>.

وعن علي - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ: «كَانَ يَصَلِّي قَبْلَ الْعَصْرِ أَرْبَعًا، يَفْصِلُ بَيْنَ كُلِّ رَكَعَتَيْنِ بِالتَّسْلِيمِ»<sup>(٣)</sup>.

ومنهم من زاد على هذا العدد ركعتين آخرين بعد الظهر؛ لما روي عن أم حبيبة - رضي الله عنها - أن رسول الله ﷺ قال: «مَنْ حَافَظَ عَلَى أَرْبَعِ رَكَعَاتِ قَبْلِ الظُّهْرِ، وَأَرْبَعِ بَعْدَهَا حَرَمَهُ اللَّهُ عَلَى النَّارِ»<sup>(٤)</sup>.

فهذه خمسة أوجه للأصحاب، وليس الخلاف في أصل الاستحباب، وإنما الخلاف في أن المؤكد الرواتب ماذا وإن شمل الاستحباب الكل؛ ولهذا قال صاحب «المهذب» وجماعة: «أدنى الكمال عشر ركعات» وهو الوجه الأول، وأتم الكمال ثماني عشرة ركعة، وهو الوجه الأخير.

وعند أبي حنيفة السُّنَّةُ: ركعتان قبل الصبح، وأربع قبل الظهر، وركعتان بعده، وأربع قبل العصر.

وفي رواية: ركعتان بعد المغرب، وأربع قبل العشاء، وأربع بعده، وإن شاء صَلَّى ركعتين، وكل أربع من ذلك فهو بتسليمة واحدة، وفي استحباب ركعتين قبل المغرب وجهان لأصحابنا، منهم من قال بأستحبابها، وإن لم يكونا من الرواتب المؤكدة؛ لما روي عن أنس - رضي الله عنه - قال: «صَلَّيْتُ الرُّكْعَتَيْنِ قَبْلَ الْمَغْرِبِ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ

(١) أخرجه الترمذي وضعفه (٤١٤) والنسائي (٢٦٠/٣) وابن ماجه (١١٤٠) وانظر التلخيص (٢/١٢).

(٢) أخرجه أبو داود (١٢٧١) والترمذي (٤٣٠) وقال حسن غريب وابن خزيمة (١١٩٣)، والهيتمي في الموارد (٦١٦).

(٣) أخرجه أحمد (٦٥٠) والترمذي (٤٢٩) وقال حسن.

(٤) أخرجه أبو داود (١٢٦٩) والترمذي (٤٢٧، ٤٢٨) والنسائي (٣/٢٦٤ - ٢٦٥، ٢٦٦) وابن ماجه (١١٦٠) والحاكم (٣١٢/١) وصححه.

اللَّهُ ﷺ قِيلَ: لَهُ رَأَيْتُمْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: نَعَمْ، فَلَمْ يَأْمُرْنَا، وَلَمْ يَنْهَنَا»<sup>(١)</sup>.

وروى عبد الله المزني - رضي الله عنه -، أن النبي ﷺ قال: «صَلُّوا قَبْلَ الْمَغْرِبِ رَكَعَتَيْنِ، ثُمَّ قَالَ: صَلُّوا قَبْلَ الْمَغْرِبِ رَكَعَتَيْنِ، ثُمَّ قَالَ فِي الثَّالِثَةِ لِمَنْ شَاءَ كَرَاهِيَةً أَنْ يَتَّخِذَهَا النَّاسُ سُنَّةً»<sup>(٢)</sup> وبهذا الوجه قال أبو إسحاق الطوسي<sup>(٣)</sup>، وكذلك أبو زكريا السكري<sup>(٤)</sup>.

قيل<sup>(٥)</sup>: إنه ذكره في «شرح الغنية» لابن سريج، ومنهم من قال: لا يستحبان؟ لما روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أنه سئل عنها فقال: «مَا رَأَيْتُ أَحَدًا عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ يُصَلِّيهِمَا»<sup>(٦)</sup>. وعن عمر - رضي الله عنه -: «أَنَّهُ كَانَ يَضْرِبُ عَلَيْهِمَا»<sup>(٧)</sup>. وبهذا قال أبو حنيفة.

وأما لفظ الكتاب فقد ذكر من الأوجه الخمسة وجهين، وهما الأول والرابع، لكنه ضم إليها أقل الوتر، وهو ركعة، فصارت على الوجه الأول إحدى عشرة، وعلى الوجه الثاني سبع عشرة، وهي عدد الفرائض، وهكذا عد ابن القاص الرواتب في «المفتاح» لكنه حسب الوتر ثلاث ركعات، ولم يحسب قبل الظهر إلا ركعتين وقوله: (ركعتين بعد العشاء) معلم بالواو؛ للوجه الذي اختاره الخضري.

(١) أخرجه مسلم (٨٣٦). (٢) سقط في «ب».

(٣) أخرجه البخاري (١١٨٣) و(٧٣٦٨).

(٤) أبو إسحاق، إبراهيم بن محمد بن إبراهيم الطوسي. أحد الأكابر النظارين، كانت له مروءة زائدة وجاه وافر، تفقه على أبي الوليد النيسابوري، ومات في رجب سنة إحدى عشرة وأربعمائة، وقال العبادي: «إنه تفقه على أبي سهل». قال السمعاني: طوس اسم ناحية بخراسان، تشتمل على مدينتين، أحدهما الطابران، بطاء مهملة، وباء موحدة مفتوحة وراء مهملة، والثانية: نوقان بنون مضمومة وبالقاف والنون. قال: وإنها أكثر من ألف قرية، وكان فتحها في خلافة عثمان - رضي الله عنه - سنة تسع وعشرين، وذكر أيضاً ابن الصلاح: أن نون (نوقان) مضمومة. وقال ابن خلكان: «إنها مفتوحة» (الأسنوي ٧٥٦). في طبقات العبادي ص ١٠٠.

(٥) أبو زكريا، يحيى بن أبي طاهر أحمد السكري. قال الحاكم: كان من صالح أهل العلم والمناظرين على مذهب الشافعي، تفقه على أبي الوليد النيسابوري، ودرس نيماً وثلاثين سنة. توفي في الثالث والعشرين من شهر ربيع الأول سنة ثمان وثمانين وثلثمائة. انظر الأسنوي (٥٩٩) ابن قاضي شهبة (١٦٧/١).

(٦) قال النووي: الصحيح استحبابها، ففي مواضع في صحيح البخاري عن عبد الله بن مغفل - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ قال: «صَلُّوا قَبْلَ صَلَاةِ الْمَغْرِبِ» قال في الثالثة لمن شاء. الروضة (٤٣٠/١).

(٧) أخرجه أبو داود (١٢٨٤) بإسناد حسن عنه.

(٨) قال ابن الملقن في الخلاصة (١٨٣/١) غريب، والمعروف ما في صحيح مسلم عن أنس أن عمر كان يضرب الأيدي على صلاة بعد صلاة العصر وانظر التلخيص (٢٣/٢).

وقوله: (والوتر ركعة) بالحاء والميم؛ لما سيأتي - والله أعلم -.

قال الغزالي: **أما الوترُ فُسنةٌ (ح) وَعَدَدُهُ مِنَ الْوَاحِدَةِ إِلَى إِحْدَى عَشْرَةَ بِالْأُوتَارِ، وَفِي جَوَازِ الزِّيَادَةِ عَلَيْهِ تَرَدُّدٌ<sup>(١)</sup> لِأَنَّهُ لَمْ يُنْقَلْ، وَإِذَا زَادَ عَلَى الْوَاحِدَةِ فَيَتَشَهَّدُ تَشَهُّدَيْنِ فِي الْأَخِيرَتَيْنِ عَلَى وَجْهِ، وَتَشَهَّدًا وَاحِدًا فِي الْأَخِيرَةِ عَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي، وَهَمَّا مَنْقُولَانِ، وَالْكَلَامُ فِي الْأُولَى، وَالْأَظْهَرُ أَنَّ ثَلَاثَةَ مَفْضُولَةٍ أَفْضَلُ مِنْ ثَلَاثَةِ مَوْضُولَةٍ، وَأَنَّ الثَّلَاثَةَ الْمَوْضُولَةَ أَفْضَلُ مِنْ رَكْعَةٍ فَرْدَةٍ.**

### القول في أحكام الوتر

قال الرافعي: قد سبق من نظم الكتاب ما يعرف كون الوتر سنة، وهو إدراجه في الرواتب، وعد الرواتب بأسرها من صلاة التطوع، والغرض من التنصيص على كونه سنة هاهنا التدرج إلى بيان أحكامه، والتعرض لمذهب أبي حنيفة حيث قال: وهو واجب.

قال الكرخي: وروي عنه أنه فرض. لنا ما روي أن النبي ﷺ قال: «الْوُتْرُ حَقٌّ مَسْنُونٌ، فَمَنْ أَحَبَّ أَنْ يُوتَرَ بِثَلَاثٍ فَلْيَفْعَلْ»<sup>(٢)</sup> وروي أنه قال: «حَقٌّ وَلَيْسَ بِوَاجِبٍ»<sup>(٣)</sup>.

ثم في الفصل ثلاث مسائل:

إحداها: يجوز أن يوتر بواحدة، وثلاث، وخمس، وسبع، وتسع، وإحدى عشرة، أما الواحدة والثلاث والخمس؛ فلما روي عن أبي أيوب - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «مَنْ أَحَبَّ أَنْ يُوتَرَ بِخَمْسٍ فَلْيَفْعَلْ، وَمَنْ أَحَبَّ أَنْ يُوتَرَ بِثَلَاثٍ فَلْيَفْعَلْ، وَمَنْ أَحَبَّ أَنْ يُوتَرَ بِوَاحِدَةٍ فَلْيَفْعَلْ»<sup>(٤)</sup> وأما السبع؛ فلما روي عن أبي أمامة: أن النبي ﷺ قال: «كَانَ يُوتَرُ بِسَبْعِ رَكَعَاتٍ»<sup>(٥)</sup>.

وأما التسع والإحدى عشرة؛ فلما روي عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «أُوتِرُوا بِخَمْسٍ، أَوْ سَبْعٍ، أَوْ تِسْعٍ، أَوْ إِحْدَى عَشْرَةَ»<sup>(٦)</sup>.

(١) في أوجهان.

(٢) أخرجه أبو داود (١٤٢٢) والنسائي (٢٣٨/٣) وابن ماجه (١١٩٠) وابن حبان ذكره الهيثمي في الموارد (٦٧٠) والحاكم (٣٠٢/١ - ٣٠٣) والدارقطني (٢٢/٢ - ٢٣).

(٣) انظر التخريج السابق.

(٤) أخرجه أحمد (٢٥٥/٥) والطبراني في الكبير (٨٠٦٤، ٨٠٦٥، ٨٠٦٦) وانظر الخلاصة (١/١٧٥).

(٥) تقدم.

(٦) أخرجه الدارقطني (٢٤/٢ - ٢٥) والحاكم (٣٠٤/١) وقال صحيح على شرط الشيخين، والبيهقي (٣١/٣) وقال الدارقطني رجاله ثقات.

وأما الإيتار<sup>(١)</sup> بثلاث عشرة، فقد حكي في «النهاية» تردداً في ثبوت النقل فيه، والمذكور في الكتاب. أن غاية ما نقل إحدى عشرة، وهو الذي ذكره الشيخ أبو حامد، والقاضي ابن كج، ومن تابعهما، قالوا: أكثر الوتر إحدى عشرة، وذكر صاحب «التهذيب»، وآخرون أن الغاية ثلاث عشرة ركعة، ورووا عن عائشة - رضي الله عنها - أنها قالت: «لَمْ يَكُنْ يُوتَرُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِأَكْثَرَ مِنْ ثَلَاثِ عَشْرَةَ»<sup>(٢)</sup>. وعن أم سلمة - رضي الله عنها - قالت: «كَانَ النَّبِيُّ ﷺ يُوتَرُ بِثَلَاثِ عَشْرَةَ، فَلَمَّا كَبُرَ وَضَعَفَ أُوْتَرُ بِسَبْعِ»<sup>(٣)</sup>.

وهل يجوز الزيادة على الغاية المنقولة، أما الإحدى عشرة، أو الثلاث عشرة في وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن اختلاف فعل النبي ﷺ في هذه السنة يشعر بتفويض الأمر إلى [خيرة]<sup>(٤)</sup> المصلي، وأن له أن يزيد ما أمكنه.

وأظهرهما: أنه لا تجوز الزيادة، ولو فعل لم يصح وتره؛ اقتصاراً على ما ورد النقل به، كما لا تجوز الزيادة في ركعتي الفجر وسائر الرواتب<sup>(٥)</sup>.

وقال أبو حنيفة: الوتر ثلاث ركعات، بلا زيادة ولا نقصان.

وقال مالك: أقل الوتر ثلاث ركعات، لكن أبا حنيفة يقول: هي بتسليمة واحدة كالمغرب، إلا أنه يجهر فيها جميعاً.

وقال مالك: هي بتسليمتين لكن لا يتكلم بعد السلام لولا يحتاج إلى تجديد النية للثالثة، وسلم أنه لو أحدث في الثالثة لم تبطل الركعتان.

قال: ولو كان مع الإمام أوتر بوتره، ولا يخالفه، وحكي في «البيان» عنه أن أقل

(١) في «ب» الإيتان.

(٢) أخرجه أبو داود (١٣٦٢) بإسناد صحيح.

(٣) أخرجه الترمذي (٤٥٧) وقال حسن، والنسائي (٢٣٧/٣) والحاكم (٣٠٦/١).

(٤) سقط من «ب».

(٥) قال الأسنوي: إذا لم تصح وتره فهل تبطل الصلاة من أصلها أم لا. والقياس أنه إن علم المنع وتعمد الفعل بطلت وإلا انعقدت نافلة نظراً إلى عموم الصلاة كما قلنا في الإحرام بالظهر قبل الزوال ونحو ذلك إلى آخر ما ذكره في أصل الروضة أنه لو صلى العشاء ثم أوتر بركعة قبل أن ينتفلح وتره على الصحيح وقيل لا يصح حتى يتقدمه نافلة فإذا لم يصح وترأ كان تطوعاً كذا قاله إمام الحرمين، وينبغي أن يكون على الخلاف فيمن صلى الظهر قبل الزوال غلطاً هل تبطل صلاته أم تكون نافلاً.

الوتر ركعة، وأقل الشفع ركعتان، وفي هذا المعنى كالأول، ونقل عنه أنه ليس للأكثر حد، وذكر بعضهم: أن الأكثر عنده ثلاث عشرة.

إذا عرفت ذلك فأعلم قوله: (من الواحدة) بالحاء والميم، وقوله: (إلى إحدى عشرة) بهما وبالواو، ثم في قوله: (وعده من الواحدة إلى إحدى عشرة) أستدراك لفظي من جهة الحساب، وهو أنه جعل الواحد من العدد، والحساب يمتنعون عن ذلك، ويجعلون الواحد أم العدد، ويقولون: العدد نصف حاشيته اللتين بعدهما منه سواء، وليس للواحد حاشيتان.

**المسألة الثانية:** إذا زاد على ركعة واحدة وأوتر بثلاث فصاعداً، فظاهر المذهب: أن له أن يتشهد في الركعة الأخيرة لا غير. وله أن يتشهد في الركعتين الأخيرتين؛ لأن كل منهما منقول، وروي عن عائشة - رضي الله عنها - أن النبي ﷺ: «كَانَ يُوتِرُ بِخَمْسٍ، وَلَا يَجْلِسُ إِلَّا فِي أُخْرَاهُنَّ»<sup>(١)</sup>.

وروي عنها أيضاً: «أَنَّهُ أَوْتَرَ بِتِسْعٍ، لَمْ يَجْلِسْ إِلَّا فِي الثَّامِنَةِ وَالتَّاسِعَةِ، وَبِسَبْعٍ، لَمْ يَجْلِسْ بِهَا إِلَّا فِي السَّادِسَةِ وَالتَّاسِعَةِ»<sup>(٢)</sup>.

وحكي في «النهاية» عن بعض التصانيف: أن من أصحابنا من لم ير الاقتصار في التشهد على الواحد مجزئاً، وحمل ما روي من التشهدين على ما إذا فصل بين الركعة الأخيرة وما قبلها بالسَّلَام، ونقل بعضهم عن «طريقة» القاضي الحُسَيْن، أن الوتر بثلاث كصلاة المَغْرِب بتشهدين وتسليمة لا يجوز، وربما يقول: تبطل صلاته؛ لما روي أنه ﷺ: «كَانَ يُوتِرُ بِثَلَاثٍ لَا يَجْلِسُ إِلَّا فِي أُخْرَاهُنَّ»<sup>(٣)</sup> وروي أنه قال: «لَا تُوتِرُوا بِثَلَاثٍ فَتَشْبَهُوا بِالمَغْرِبِ»<sup>(٤)</sup>.

والظاهر الأول؛ وهو أنهما سائغان وهو الذي ذكره في الكتاب، ورد الخلاف إلى الأولى، ففي وجه الاقتصار على تشهد واحد أولى؛ فَرَقاً بين صلاة المغرب والوتر إذا أوتر بثلاث، وهذا ما أختره القاضي الروياني في الحلية، وفي وجه الإتيان بتشهدين أولى كيلا يخرج عن وضع سائر الصلوات، وقد أطلق كثيرون منهم صاحب «التهذيب»: أنه إن شاء فعل هكذا، وإن شاء هكذا، ومطلق التخيير يقتضي التسوية بينهما.

وقوله في الكتاب: (وإذا زاد على واحدة) أي: ووصل وقوله: (والكلام في الأولى) ينبغي أن يعلم بالواو، لما حكينا من الوجهين، ولو زاد على تشهدين فجلس

(٢) أخرجه النسائي (٣/٢٤٠).

(٤) انظر التخريج السابق.

(١) أخرجه مسلم (٧٣٧).

(٣) تقدم وهو بعض الحديث.



في كل ركعتين، ولم يتحلل وجلس في الأخيرة أيضاً، لم يكن له ذلك، فإنه خلاف المنقول، وذكر في «التهذيب» وجهاً آخر: أن له ذلك، كما في النافلة الكثيرة الركعات:

**المسألة الثالثة:** الإيتار بثلاث مفصولة أفضل أم بثلاث موصولة؟ ففيه وجوه:

أظهرها - وهو الذي ذكره أصحابنا العراقيون والصيدلاني -: أن المفصولة أفضل، لما روي عن ابن عمر، وأبن عباس - رضي الله عنهم - أن النبي ﷺ قال: «الْوَتْرُ رَكْعَةٌ مِنْ آخِرِ اللَّيْلِ»<sup>(١)</sup>.

وعن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ: «كَانَ يَفْضِلُ بَيْنَ الشُّعْبِ وَالْوَتْرِ»<sup>(٢)</sup>، وَكَانَ ابْنُ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - يُسَلِّمُ، وَيَأْمُرُ بَيْنَهُمَا بِحَوَائِجِهِ»<sup>(٣)</sup>.

**والثاني:** وبه قال أبو زيد، [ويحكي عن نصه في القديم -: أن الثلاث الموصولة أفضل، لأن العلماء اتفقوا على جوازها وأختلفوا في إفراد الواحدة فالاحتراز عن الخلاف أولى.

**والثالث** -<sup>(٤)</sup> ونسبه الموفق ابن طاهر إلى الخضري، والشريف ناصر العمري<sup>(٥)</sup> - رضي الله عنه - أن الثلاثة الموصولة أفضل؛ لأن العلماء اتفقوا على جوازها، وأختلفوا في إفراد الواحدة، فكان الوصل أولى.

**والثالث:** ويحكي عن الشافعي، ونصه في القديم -: أنه إن كان منفرداً، فالفصل أفضل، وإن كان يصلي بقوم فالوصل أفضل؛ لأن الجماعة تنظم أصحاب المذاهب المختلفة، فالإيتار<sup>(٦)</sup> بالمجمع عليه أولى، وعكس القاضي الروياني هذا فقال: أنا أصل إذا كنت منفرداً، وإذا كنت في الجماعة أفضل؛ كيلا يتوهم خلل فيما صار إليه الشافعي

(١) أخرجه من حديث ابن عمر مسلم (٧٥٢) ومن حديث ابن عباس (٧٥٣).

(٢) أخرجه أحمد (٥٤٨١) وابن حبان أورده الهيثمي في الموارد (٦٧٨، ٦٧٩).

(٣) أخرجه البخاري (٩٩١). (٤) سقط من «ب».

(٥) أبو الفتح، ناصر بن الحسين بن محمد المعروف بالشريف العمري، من ولد عمر بن الخطاب - رضي الله عنه -. تفقه بمرؤ على القفال، ونيسابور على الزيادي وأبي الطيب الصعلوكي، ودرس في حياتهما، وتفقه به خلق كثير وصار عليه مدار الفتوى والتدريس والمناظرة وصنف كتباً كثيرة، وكان فقيراً، قانعاً باليسير متواضعاً، خيراً. توفي بنيسابور في ذي القعدة سنة أربع وأربعين وأربعمائة، ذكره عبد الغافر في «الذيل» وذكر في «العبر» نحوه، وذكره النووي فيما زاده على «طبقات ابن الصلاح» ولد سنة سبع عشرة وأربعمائة، وتوفي يوم الجمعة بعد الصلاة، سنة سبع وسبعين وأربعمائة. الأسنوي (٨٠٣). راجع ترجمته في طبقات العبادي ص ١١٢، العبد (٣/٢٠٨).

(٦) في «ب» الإتيان.

- رضي الله عنه - وهو صحيح ثابت بلا شك، وهل الثلاث الموصولة أفضل من ركعة فردة لا شيء قبلها أم هي أفضل؟ فيه وجوه أيضاً:

أصحها - وبه قال القفال -: أن الثلاث أفضل؛ لزيادة العبادة.

والثاني: أن الركعة الفردة أفضل؛ لِمُوَاطَئَةِ الرَّسُولِ ﷺ عَلَى الْإِيتَارِ<sup>(١)</sup> بِوَاحِدَةٍ، قال في «النهاية»: وغلا هذا القائل فجعل الركعة الفردة أفضل من إحدى عشرة ركعة موصولة.

والثالث: الفرق بين المنفرد والإمام كما سبق.

قال الغزالي: وَمِنْ شَرْطِ الْوَتْرِ أَنْ يُوتَرَ مَا قَبْلَهُ وَلَا يَصِيحُ (ح) قَبْلَ الْفَرَضِ، وَفِي صِحَّتِهِ بَعْدَ الْفَرَضِ وَقَبْلَ النَّفْلِ وَجَهَانٍ، وَالْمُسْتَحَبُّ أَنْ يَكُونَ الْوَتْرُ آخِرَ تَهَجُّدِهِ بِاللَّيْلِ، وَيُشْبِهُ أَنْ يَكُونَ الْوَتْرُ هُوَ التَّهَجُّدُ.

قال الرافعي: ما سبق من المسائل في كيفية الوتر، وغرض هذا الفصل بيان وقته، وهو من حين يصلي العشاء إلى طلوع الفجر، لما روي أنه ﷺ قال: «إِنَّ اللَّهَ قَدْ أَمَدَّكُمْ بِصَلَاةٍ هِيَ خَيْرٌ لَكُمْ مِنْ حُفْرِ النَّعَمِ، الْوَتْرُ جَعَلَهُ اللَّهُ تَعَالَى لَكُمْ فِيمَا بَيْنَ صَلَاةِ الْعِشَاءِ إِلَى أَنْ يَطْلُعَ الْفَجْرُ»<sup>(٢)</sup>.

فلو أوتر قبل صلاة العشاء لم يعتد به، سواء كان عامداً أو ساهياً، بأن ظن أنه صلى العشاء، أو صلى العشاء على ظن أنه متطهر، ثم أحدث وتوضأ وأوتر، ثم بان له أنه كان محدثاً في فرض العشاء.

وعند أبي حنيفة: لو أوتر قبل العشاء سهواً اعتد به.

لنا: القياس على ما لو ظن دخول وقت الفريضة فصلّى، ثم تبين أنه لم يدخل، وحكي في «النهاية» عن بعض أصحابنا: أنه يعتد بالوتر قبل العشاء، سواء كان عامداً، أو ساهياً. وعند هذا القائل يدخل وقت الوتر بدخول وقت العشاء لا بفعل العشاء، وظاهر المذهب ما تقدم، ولو صلّى العشاء وأوتر بعدها بركعة فردة قبل أن ينتقل، ففيه وجهان حكاهما الشيخ أبو محمد وغيره.

أحدهما: لا يعتد به؛ لأن صفة الوتر أن يوتر ما تقدم عليه من السنن الواقعة بعد العشاء، فإذا لم يوجد غيره لم يكن موترأ.

(١) في «ب» الإيتان.

(٢) أخرجه أبو داود (١٤١٨)، والترمذي (٤٥٢) وقال غريب لا نعرفه إلا من حديث يزيد بن أبي حبيب، وضعفه البخاري وعبد الحق وصححه الحاكم (٣٠٦/١)، وأخرجه الدارقطني (٣٠/٢ - ٣١).

وأظهرهما: أنه يعتد به؛ لما تقدم من الخبر، وما ادعاه الأول فلا نسلم أن صفة الوتر ذلك، بل يكفي كونه وترأ في نفسه، وعلى التسليم فإنه يوتر ما قبله من فريضة العشاء، فإذا قلنا: لا يعتد به وترأ فقد ذكر إمام الحرمين أنه تَطَوُّعٌ، وإن لم يكن الوتر المشروع، وهذا ينبغي أن يكون على الخلاف فيما إذا نوى الظهر قبل الزوال، هل يكون تطوعاً، أم يبطل من أصله.

وأعلم أن المصنف قيد المسألتين في «الوسيط» أعني الإيتار قبل فرض العشاء وبعده بما إذا أوتر بركعة، وهذا القيد لا حاجة إليه في المسألة الأولى بل أطلق الأئمة المنع، وعليه يدل الخبر، وأما في المسألة الثانية فهو محتاج إليه؛ لأن الناقلين للوجهين إنما نقلوهما فيما إذا أوتر بركعة واحدة وليس بينهما وبين فرض العشاء شيء.

وقوله في الكتاب: (وفي صحته بركعة<sup>(١)</sup> بعد الفرض وقبل النقل وجهان) يحتاج إلى التقييد والإضمار. معناه: وفي صحة الإيتار بركعة بعد الفرض وقبل أن يتنفل بشيء سواء كان راتبة العشاء، أو الشفع، أو صلاة الليل، والذي يسبق إلى الفهم من ظاهر اللفظ راتبة العشاء، ومطلق الوتر دون الإيتار بركعة.

وقوله: (من شروط الوتر أن يوتر ما قبله) يبين أنه لا بد من تقدم صلاة عليه، ثم هل يكفي تقدم الفرض؟ فيه الخلاف وقوله: (فلا يصح قبل الفرض) معلم بالحاء والواو؛ لما روينا.

وأما قوله: (ويستحب أن يكون الوتر آخر تهجده بالليل) ففي لفظ (التهجد) ما يغني عن قوله: (بالليل)؛ لأن صلاة النهار لا تسمى تهجداً بحال، ثم فيه مباحثة، وهي أن التهجد يقع على الصلاة بعد الهجود -، وهو النوم - يقال تهجد: إذا ترك الهجود وأما الصلاة قبل النوم فلا تسمى تهجداً<sup>(٢)</sup>، وإذا كان كذلك فاللفظ لا يتعرض إلا لمن تهجد، فمتى يوتر من لا تهجد له، ثم لفظ الكتاب يقتضي تأخير المتهجد الوتر إلى أن يقوم ويصلي، فهل هو كذلك أم لا؟ إن قلتم: لا. فكيف يفعل أيوتر مرة قبل النوم، ومرة بعد ما نام وتهجد، وهذا خلاف ما روي أنه ﷺ قال: «لَا وَتْرَانَ فِي لَيْلَةٍ»<sup>(٣)</sup>، أم يقتصر على ما قبل النَّوْمِ وحينئذ لا يكون الوتر آخر التهجد.

(١) سقط من «ب».

(٢) أخرجه ابن أبي خيثمة من طريق الأعرج عن كثير بن العباس عن الحجاج بن عمرو قال الحافظ ابن حجر في التلخيص بإسناده حسن (١٦/١).

(٣) أخرجه أبو داود (١٤٣٩) والترمذي (٤٧٠) وقال حسن غريب والترمذي (٤٧٠) والنسائي (٣/ ٢٢٩ - ٢٣٠) وابن حبان ذكره الهيثمي في الموارد (٦٧١).

وإن قلت: إنه يؤخر الوتر إلى أن يقوم ويصلي، كما يقتضي لفظ الكتاب، فهذا خلاف ما نقله في «الوسيط»؛ لأنه نقل الخبر المشهور أن أبا بكر - رضي الله عنه -: «كَانَ يُؤْتِرُ ثُمَّ يَنَامُ، ثُمَّ يَقُومُ وَيَتَهَجَّدُ، وَأَنْ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - كَانَ يَنَامُ قَبْلَ أَنْ يُؤْتِرَ، ثُمَّ يَقُومُ، وَيُصَلِّي، وَيُؤْتِرُ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِأَبِي بَكْرٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّهُ أَخَذَ بِالْحَزْمِ، وَقَالَ لِعُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّهُ أَخَذَ بِالْقُوَّةِ»<sup>(١)</sup>.

ثم ذكر أن الشافعي - رضي الله عنه - اختار فعل أبي بكر - رضي الله عنه - وكذلك نقل صاحب «النهاية»، والجواب أنه يستحب أن يكون الوتر آخر الصلاة بالليل، روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ قال: «أَجْعَلُوا آخِرَ صَلَاتِكُمْ بِاللَّيْلِ وَتَرَا»<sup>(٢)</sup>.

فإن كان الرجل ممن لا تهجد له فينبغي أن يوتر بعد فريضة العشاء وراتبتها، ويكون وتره آخر صلاته بالليل، وأما من له تهجد فقد ذكر أصحابنا العراقيون أن الأفضل له أن يؤخر الوتر، كما نقل عن فعل عمر - رضي الله عنه -، واحتجوا له بما روي عن جابر - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «مَنْ خَافَ مِنْكُمْ أَنْ لَا يَسْتَيْقِظَ مِنْ آخِرِ اللَّيْلِ، فَلْيُؤْتِرْ مِنْ أَوَّلِ اللَّيْلِ، وَمَنْ طَمِعَ مِنْكُمْ أَنْ يَسْتَيْقِظَ فَلْيُؤْتِرْ آخِرَ اللَّيْلِ، فَإِنَّ صَلَاةَ آخِرِ اللَّيْلِ مَشْهُودَةٌ، وَذَلِكَ أَفْضَلُ»<sup>(٣)</sup>. وهذا هو الموافق للفظ الكتاب، وأما ما نقله في «الوسيط» فيجوز أن يجمع بينهما بحمله على من لا يعتاد قيام الليل، فيقال: إن الأفضل له أن يقدم؛ لأنه من الانتباه على خطر ظاهر، ويجوز أن يقدر فيه اختلاف وجه أو قول، وبالجملة فالأمر فيه قريب، وكل سائغ، روي عن عائشة - رضي الله عنها - أنها قالت: «مِنْ كُلِّ اللَّيْلِ قَدْ أُوتِرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مِنْ أَوَّلِ اللَّيْلِ، وَأَوْسَطِهِ، وَآخِرِهِ، وَإِذَا أُوتِرَ قَبْلَ أَنْ يَنَامَ، ثُمَّ قَامَ، وَتَهَجَّدَ لَمْ يُعِدِ الْوُتْرَ»<sup>(٤)</sup>. وكذلك روي عن فعل أبي بكر - رضي الله عنه -، ومن أصحابنا من قال: يصلي ركعة حتى يصير وتره شفعا، ثم يتهجد ما شاء، ثم يوتر ثانيا، ويروي ذلك عن ابن عمر - رضي الله عنهما - يسمى ذلك نقض الوتر.

وأما قوله: (ويشبه أن يكون [الوتر هو التهجد])<sup>(٥)</sup> فهذا قريب من لفظ الشافعي - رضي الله عنه - في «المختصر» و«الأم» قال الشارحون: معناه أن الله تعالى أمر نبيه ﷺ بالتهجد، وأوجبه عليه فقال: (وَمِنْ اللَّيْلِ فَتَهَجَّدْ بِهِ<sup>(٦)</sup> نَافِلَةً لَكَ) وقوله: (نَافِلَةٌ لَكَ)<sup>(٧)</sup>:

(١) أخرجه أبو داود (١٤٣٤) والحاكم (٣٠١/١) وقال صحيح على شرط مسلم.

(٢) أخرجه البخاري (٩٩٨) ومسلم (٧٥١).

(٣) أخرجه مسلم (٩٦٩).

(٤) أخرجه البخاري (٩٩٦) ومسلم (٧٤٥).

(٥) في «ب» أن يكون هذا التهجد.

(٦) سورة الإسراء، الآية ٧٩.

(٧) سورة الإسراء، الآية ٧٩.

أي: زيادة لك وفضيلة لك، ويشبه أن يكون المراد من هذا الأمر الوتر؛ لأن النبي ﷺ كان يحيي الليل بوتره، وكان الوتر واجباً عليه، روي أنه ﷺ قال: «كُتِبَ عَلَيَّ الْوَتْرُ، وَهُوَ لَكُمْ سُنَّةٌ، وَكُتِبَ عَلَيَّ رَكْعَتَا الضُّحَى، وَهُمَا لَكُمْ سُنَّةٌ»<sup>(١)</sup>.

وهذا الذي ذكره يبين أنه ليس قوله: (ويشبه أن يكون الوتر هو التهجد) لحصر التهجد في الوتر، حتى يكون كل تهجد وترأ، وإنما الذي يلزم منه أن يكون كل وتر تهجداً مأموراً به، ويجوز أن يعلم ذلك بالواو؛ لأن القاضي الروياني حكى أن بعضهم قال: الوتر غير التهجد وأول كلام الشافعي - رضي الله عنه -.

وأعلم أن حمل التهجد في الآية على الوتر مع ما سبق أن التهجد إنما يقع على الصلاة بعد النوم مقدمتان يلزم منهما اشتراط كون الوتر بعد النوم، ومعلوم أنه ليس كذلك، فليترك إحدى الدعوتين في الآية.

قال الغزالي: وَيُسْتَحَبُّ الْقُنُوتُ فِي النَّصْفِ الْأَخِيرِ مِنْ رَمَضَانَ.

### القول في قنوت رمضان

قال الرافعي: يعني: في الوتر، فإن أوتر بركة قننت فيها، وإن زاد قننت في الركعة الأخيرة، وفي استحباب القنوت في الوتر فيما عدا النصف الأخير من رمضان وجهان:

أحدهما: أن الاستحباب يعم جميع السنة، وبه قال أبو عبد الله الزبيرى - رضي الله عنه - وأبو الفضل بن عبدان<sup>(٢)</sup>، وأبو منصور بن مهران<sup>(٣)</sup>، وأبو الوليد النسابوري<sup>(٤)</sup> من أصحابنا - رحمهم الله -؛ لما روي: أنه ﷺ: «كَانَ إِذَا أَوْتَرَ قَنَّتْ فِي الرُّكْعَةِ الْأَخِيرَةِ»<sup>(٥)</sup>.

(١) أخرجه أحمد (٢٠٥٠) والدارقطني (٢١/٢) والحاكم (٣٠٠/١) والبيهقي (٤٦٨/٢).

(٢) أبو الفضل، عبد الله بن عبدان ثنية عبد كان شيخ همدان وعالمها ومفتيها، أخذ عن ابن لآل وغيره، وصنف كتاباً في الفقه سماه (شرائط الأحكام) ومات - رحمه الله - في صفر سنة ثلاث وثلاثين وأربعمائة. الأسنوي (٨٠٢).

(٣) قال الأسنوي شيخ الأزدي، انظر طبقات الأسنوي (١٠١٧).

(٤) أبو الوليد النيسابوري من ولد سعيد بن العاص بن أمية بن عبد شمس. الحاكم: «كان إمام أهل الحديث بخراسان، وأزهد من رأيت من العلماء وأعبدهم، وأكثرهم تقشفاً ولزوماً لمدرسته وبيته. درس على ابن سريج». وشرح «رسالة» الشافعي شرحاً حسناً توفي ليلة الجمعة الخامس من شهر ربيع الأول، سنة تسع وأربعين وثلثمائة عن اثنتين وسبعين سنة. طبقات الأسنوي (١١٥٥)، تهذيب الأسماء واللغات (٢٧١/٢).

(٥) أخرجه الدارقطني (٣٢/٢) وفي إسناده عمرو بن شمر كذاب.

وهذا مطلق، وبهذا قال أبو حنيفة وأحمد.

وأظهرهما: وبه قال جمهور الأصحاب: أن الاستحباب يختص بالنصف الأخير من رمضان؛ «لأنَّ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - جَمَعَ النَّاسَ عَلَى أَبِي بِنِ كَعْبٍ فِي صَلَاةِ التَّرَاوِيحِ، فَلَمْ يَقْنُتْ إِلَّا فِي النُّصْفِ الثَّانِي، وَلَمْ يَبْدُ مِنْ أَحَدٍ إِتْكَارَ عَلَيْهِ فَكَانَ ذَلِكَ إِجْمَاعًا».

وعن عمر - رضي الله عنه - قال: «السُّنَّةُ إِذَا انْتَصَفَ شَهْرُ رَمَضَانَ أَنْ يُلْعَنَ الْكُفْرَةَ فِي الْوَتْرِ بَعْدَمَا يَقُولُ: سَمِعَ اللَّهُ لِمَنْ حَمِدَهُ»<sup>(١)</sup>. فعلى الوجه الأول، لو ترك القنوت سجد للسهو، كما في الصباح، وعلى الوجه الثاني المشهور لو تركه في النصف الأخير سجد للسهو ولو قنت من غير النصف الأخير سهواً سجد للسهو<sup>(٢)</sup> وذكر القاضي الروياني: أن كلام الشافعي - رضي الله عنه - يدل على كراهية القنوت في غير النصف الأخير، فضلاً عن نفي الاستحباب، ثم حكي عن بعض الأصحاب وجهاً متوسطاً، وهو أنه يجوز أن يقنت في جميع السنّة من غير كراهية، لكن لو ترك لا يسجد للسهو، بخلاف ما لو تركه في النصف الأخير يسجد.

قال: وهذا اختيار مشايخ طبرستان، وأستحسنه، وأثبت ما روي عن مالك موافقة ظاهر مذهبنا، وروي عنه أنه يقنت في جميع شهر رمضان، وروي في جميع السنّة، وقد أعلم قوله: (في النصف الأخير) بالحاء والميم والألف؛ إشارة إلى مذاهبهم ثم لنا في موضع القنوت من الركعة وجهان:

أصحهما: ويحكى عن نصح في حرمله أنه بعد الركوع؛ لما روينا من حديث عمر - رضي الله عنه - وكما في الصباح، فإن ما قبل الركوع محل القراءة، والقنوت دعاء، فهو في موضع الدعاء، حيث يقول: سمع الله لمن حمده: أليق.

الثاني - وبه قال ابن سريج - : أنه يقنت قبل الركوع؛ لما روي عن أبي - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ: «كَانَ يَقْنُتُ قَبْلَ الرُّكُوعِ»<sup>(٣)</sup>.

وأيضاً فإن الفرق بين الفرض والنفل مقصود، كما أن خطبة الجمعة قبل الصلاة، وخطبة العيدين بعدها، وبهذا الوجه قال مالك وأبو حنيفة، وبالأول قال أحمد، وحكي في «البيان» عن بعض متأخري الأصحاب: أنه يتخير بين التقديم والتأخير، وأنه إذا قدم

(١) غريب وذكره ابن المنذر بإسناده وقال في آخره صحيح، رواه البخاري ومسلم وهو غلط منه. انظر خلاصة البدر المنير (١٨٤/١) والتخليص (٢٤/٢).

(٢) سقط في «ط».

(٣) أخرجه السنائي (٢٢٥/٢) وابن ماجه (١١٨٢) والبيهقي (٤٠/٢).

كبر بعد القراءة، ثم قنت، وبه قال أبو حنيفة، وقال في «التتمة»: إذا قلنا يقنت قبل الركوع، يتدّى به بعد الفراغ من القراءة من غير تكبير، وبه قال مالك.

والقنوت: هو الدعاء الذي ذكرناه عن رواية الحسن بن علي - رضي الله عنهما - في «باب صفة الصلاة» وأستحب الأئمة، منهم صاحب «التلخيص» أن يضيف إليه ما روي عن عمر - رضي الله عنه - أنه قنت به وهو: «اللَّهُمَّ إِنَّا نَسْتَعِينُكَ وَنَسْتَغْفِرُكَ، وَنَسْتَهْدِيكَ وَنُؤْمِنُ بِكَ، وَنَتَوَكَّلُ عَلَيْكَ، وَنُثْنِي عَلَيْكَ الْحَيْرَ كُلَّهُ، نَشْكُرُكَ وَلَا نَكْفُرُكَ، وَنَخْلَعُ وَنَتْرُكُ مَنْ يَفْجُرُكَ اللَّهُمَّ إِنَّا كَتَبْنَا عَلَيْكَ النَّعْمَ وَالنَّحْمَةَ، وَنَرْجُو رَحْمَتَكَ، وَنَخْشَى عَذَابَكَ، إِنَّ عَذَابَكَ الْجَدُّ بِالْكَفَّارِ مَلْحَقٌ» ثُمَّ يَقُولُ: «اللَّهُمَّ اهْدِنَا» إلى آخره، هكذا ذكره القاضي الروياني، وعليه العمل، ونقل في «البيان» عن القاضي أبو الطيب أنه قال: كان شيوخنا يدعون بقنوت عمر - رضي الله عنه - بعد الكلمات التي رواها الحسن - رضي الله عنه -، فعكس الترتيب وزاد هو وغيره في المنقول عن عمر - رضي الله عنه - «اللَّهُمَّ عَذِّبْ كَفَرَةَ أَهْلِ الْكِتَابِ، الَّذِينَ يَصُدُّونَ عَن سَبِيلِكَ، وَيُكَذِّبُونَ رُسُلَكَ، وَيُقَاتِلُونَ أَوْلِيَاءَكَ، اللَّهُمَّ اغْفِرْ لِلْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ، وَالْمُسْلِمِينَ وَالْمُسْلِمَاتِ، وَاصْلِحْ ذَاتَ بَيْنِهِمْ، وَأَلْفَ بَيْنَ قُلُوبِهِمْ، وَاجْعَلْ فِي قُلُوبِهِمُ الْإِيمَانَ وَالْحِكْمَةَ، وَتَبَتَّهُمْ عَلَى مِلَّةِ رَسُولِكَ، وَأَوْزِعُهُمْ أَنْ يُوفُوا بِعَهْدِكَ الَّذِي عَاهَدْتَهُمْ عَلَيْهِ، وَأَنْصُرْهُمْ عَلَى عَدُوِّكَ، وَعَدُوَّهُمْ إِلَى الْحَقِّ، وَاجْعَلْنَا مِنْهُمْ»، ونقل القاضي الروياني عن ابن القاص: أنه يزيد في آخر القنوت: «رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا» إلى آخر السورة وأستحسنه<sup>(١)</sup> ثم حكمه في الجهر، ورفع اليدين، وغيرهما على ما سبق في الصُّبْحِ.

ويستحب إذا أوتر بثلاث أن يقرأ بعد الفاتحة في الركعة الأولى: «سَبِّحْ» وفي الثانية: «قُلْ يَا أَيُّهَا الْكَافِرُونَ» وفي الثالثة: «قُلْ هُوَ اللَّهُ أَحَدٌ» وَالْمُعَوِّذَتَيْنِ، رَوَى ذَلِكَ عَنْ عَائِشَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ<sup>(٢)</sup> وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ.

وعن أبي حنيفة وأحمد أنه يقتصر على «الإخلاص» في الثالثة.

وقال الكرخي في «مختصره»: ليس في الوتر قراءة سورة معلومة، ولكن يقرأ في الأولى بقدر: «سَبِّحْ»، وفي الثانية بقدر: «قُلْ يَا أَيُّهَا الْكَافِرُونَ» وفي الثالثة بقدر: «قُلْ هُوَ اللَّهُ أَحَدٌ».

قال الغزالي: أَلْفُضْلُ الثَّانِي، فِي غَيْرِ الرُّوَاتِبِ وَمَا شَرِعَتْ الْجَمَاعَةُ فِيهَا كَالْعِيدَيْنِ وَالْحُسُوفَيْنِ وَالْأَسْتِسْقَاءِ فَهِيَ أَفْضَلُ مِنَ الرُّوَاتِبِ وَمِنْ صَلَاةِ الصُّحَى وَرَكَعَتَيِ التَّحِيَّةِ

(١) ضعفه النووي في شرح المهذب لأن المشهور كراهة القراءة من غير القيام.

(٢) أخرجه أبو داود (١٤٢٤) والترمذي (٤٦٣) وابن ماجه (١١٧٣) والحاكم (٣٠٥/١).

وَرَكْعَتِي الطُّوَافِ، ثُمَّ أَفْضَلُهَا صَلَاةُ الْعِيدَيْنِ، ثُمَّ الخُسُوفَيْنِ، وَأَفْضَلُ الرُّوَاتِبِ الْوَتْرُ  
وَرَكْعَتَا النَّجْرِ، وَفِيهِمَا قَوْلَانِ.

### القول في النوافل التي تسن فيها الجماعة

قال الرافعي: النوافل، على ما قدمناه قسمان:

نوافل: تسن فيها الجماعة، ونوافل: لا تسن فيها الجماعة.

والتي تسن فيها الجماعة أفضل؛ لأن استحباب الجماعة فيها وتشبيها فيها بالفرائض يدل على تأكد أمرها، وصلاة العيدين والكسوفين والأستسقاء كلها من هذا القسم، وأفضلها صلاة العيدين؛ لأن لها وقتاً زمانياً كالفرائض وتليها صلاة الكسوفين؛ لأنه يخاف فوتها كما يخاف فوت المؤقتات بالزمان؛ ولأن النبي ﷺ «رُبَّمَا اسْتَسْقَى وَرُبَّمَا تَرَكَ، وَلَمْ يَتْرِكِ الصَّلَاةَ عِنْدَ الخُسُوفِ بِحَالٍ»<sup>(١)</sup>.

ثم كلام الأئمة يشعر بحصر ما تسن فيه الجماعة في هذه الصلوات الخمس، وربما صرحوا بذلك، ولفظ الكتاب وهو قوله: (كالعيدين والكسوفين) لا يوجب الحصر، وإنما يفيد التمثيل، وهذا أولى؛ لأن التراويح خارجة عن الخمس، والجماعة مستحبة فيها على الأصح، كما سيأتي ولك أن تبحث هاهنا، فنقول: لفظ الكتاب يقتضي أن تكون التراويح أفضل من الرواتب؛ لأن الجماعة مَشْرُوعَةٌ في التراويح، وقد حكم بأن ما شرع فيه الجماعة أفضل، فهل هو كذلك؟ أما لا؟

والجواب: أن إمام الحرمين قال: من أئمتنا من سبب تفضيلها على الرواتب إذا قلنا باستحباب الجماعة فيها؛ لأن الجماعة أقوى معتبر في التفضيل، قال: والأصح أن الرواتب أفضل منها، وإن شرعنا فيها الجماعة، وهذا هو الذي ذكره في «العدة» ووجهه بأن النبي ﷺ «لم يداوم على التراويح، وداوم على السُّنَنِ الرَّائِيَةِ»، وعلى هذا، فالقول بأن ما شرع فيه الجماعة أفضل غير مجرى على إطلاقه، بل صلاة التراويح مستثناة منه.

وأما القسم الثاني: وهو ما لا تشرع فيه الجماعة، فينقسم إلى ما يتعلق بوقت أو فعل، وإلى التطوع المطلق.

والأول أنواع:

منها الرواتب، كما عددناها، ومنها: صلاة الضحى: عن أبي الدرداء قال: «أَوْصَانِي خَلِيلِي ﷺ بِثَلَاثٍ لَا أَدْعُهُنَّ بِشَيْءٍ، أَوْصَانِي بِصِيَامِ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ مِنْ كُلِّ شَهْرٍ، وَلَا

(١) سيأتي.



أَنَامَ إِلَّا عَلَى وَثْرٍ، وَسُبْحَةَ الضُّحَى، فِي الْحَضَرِ وَالسَّفَرِ»<sup>(١)</sup>.

وأقلها ركعتان، والأفضل أن يصلي ثمانين ركعات، وأكثرها أثنتي عشرة، ذكره القاضي الروياني، وورد في الأخبار، ويسلم من كل ركعتين، روي عن أم هانئ - رضي الله عنها - أن النبي ﷺ «صَلَّى يَوْمَ الْفَتْحِ سُبْحَةَ الضُّحَى، ثَمَانِي رَكَعَاتٍ، يُسَلِّمُ مِنْ كُلِّ رَكَعَتَيْنِ»<sup>(٢)</sup> ووقتها: من حين ترتفع الشمس إلى وقت الاستسواء<sup>(٣)</sup>.

ومنها: تحية المسجد، روي أنه ﷺ قال: «إِذَا دَخَلَ أَحَدُكُمْ الْمَسْجِدَ، فَلَا يَجْلِسُ حَتَّى يُصَلِّيَ رَكَعَتَيْنِ»<sup>(٤)</sup> ولو صلى الداخل فريضة، أو وزداً، أو سنة، ونوى التحية أيضاً حصلاً، كما لو كبر وقصد إعلام الناس، ولو لم ينو التحية حصلت أيضاً، كذلك ذكره صاحب «التهذيب»، وغيره، ويجوز أن يطرد فيه الخلاف المذكور فيما إذا نوى غسل الجنابة هل يجزئه عن العيد والجمعة إذ لم ينوهما؟ ولو صَلَّى الدَاخِلُ عَلَى جَنَازَةٍ أَوْ سَجَدَ لِتِلَاوَةِ، أَوْ شَكَرَ لَمْ تَحْصُلْ تَحِيَّةُ الْمَسْجِدِ<sup>(٥)</sup> قاله في «التهذيب» ويدل عليه الخبر الذي سبق، فإنه لم يركع ركعتين.

وقضية الخبر أن لا تحصل التحية بركعة واحدة أيضاً، وفيها جميعاً وجه آخر.

ومنها: ركعتا الإحرام.

- (١) أخرجه مسلم (٧٢٢) وأبو داود (١٤٣٣).
  - (٢) أخرجه أبو داود (١٢٩٠)، وابن حبان ذكرها الهيثمي في الموارد (٦٣١)، والحاكم في المستدرک (٥٥٣/٤).
  - (٣) قال النووي: قال أصحابنا: وقت الضحى من طلوع الشمس ويستحب تأخيرها إلى ارتفاعها. قال الماوردي: ووقتها المختار إذا مضى ريع النهار. الروضة (٤٣٤/١).
  - (٤) تقدم وهو عند البخاري ومسلم من رواية أبي قتادة.
  - (٥) قال النووي: ومن تكرر دخوله المسجد في الساعة الواحدة مراراً قال المحاملي في كتابه «اللباب»: أرجو أن يجزئه التحية مرة وقال صاحب «التتمة» لو تكرر دخوله يستحب التحية كل مرة وهو الأصح، قال المحاملي: وتكره التحية في حالين: أحدهما: إذا دخل والإمام في المكتوبة.
- والثاني: إذا دخل المسجد الحرام، فلا يشتغل بها عن الطواف، ومما يحتاج إلى معرفته، أنه لو جلس في المسجد قبل التحية، وطال الفصل لم يأت بها كما سيأتي: أنه لا يشترط قضاؤها، وإن لم يطل، فالذي قاله الأصحاب: أنها تفوت بالجلوس. فلا يفعلها وذكر الإمام أبو الفضل بن عبدان في كتابه المصنف في العبادات: أنه لو نسي التحية وجلس، فذكر بعد ساعة، صلاها، وهذا غريب، وفي صحيح البخاري ومسلم ما يؤيده في حديث الداخل يوم الجمعة. الروضة (٤٣٥/١).

ومنها: ركعتا<sup>(١)</sup> الطواف إذا لم توجبهما، وسيأتي ذكرهما في موضعهما.

إذا عرفت ذلك فأؤكد ما لا تسن له الجماعة السنن الرواتب؛ لمداومة الرسول ﷺ عليها، وكثرة الترغيبات فيها، وأفضل الرواتب الوتر وركعتا الفجر؛ لأن الأخبار فيهما أكثر، وأيهما أفضل فيه؟ قولان:

القديم: أن ركعتي الفجر أفضل، وبه قال أحمد؛ لما روي عن عائشة - رضي الله عنها - قالت: «لَمْ يَكُنْ النَّبِيُّ ﷺ عَلَى شَيْءٍ مِنَ النَّوَافِلِ [أَكْثَرَ]<sup>(٢)</sup> تَعَاهُداً مِنْهُ عَلَى رَكَعَتِي الْفَجْرِ»<sup>(٣)</sup>.

وروي أنه قال: «رَكَعَتَا الْفَجْرِ خَيْرٌ مِنَ الدُّنْيَا وَمَا فِيهَا»<sup>(٤)</sup> وعلى هذا فيلبيها في الفضيلة الوتر.

والجديد: الأصح أن الوتر أكد، وبه قال مالك؛ لما روي أنه ﷺ قال: «مَنْ لَمْ يُوتِرْ فَلَيْسَ مِنَّا»<sup>(٥)</sup>.

ولأن الوتر مختلف في وجوبه، ولا خلاف في أن ركعتي الفجر سنة<sup>(٦)</sup> وعلى هذا فما الذي يلي الوتر في الفضيلة؟

(١) وفي ركعتان عقب الوضوء ينوي بهما سنة الوضوء، ومنه سنة الجمعة قبلها أربع ركعات، وبعدها أربع كذا قاله ابن القاضي في «المفتاح» وآخرون ويحصل أيضاً بركعتين قبلها وركعتين بعدها والعمدة فيما بعدها حديث «صحيح مسلم» وإذا صليت الجمعة فصلوا بعدها أربعاً «وفي الصحيحين» أن النبي ﷺ كان يصلي بعدها ركعتين وأما قبلها فالعمدة فيه، القياس على الظهر ويستأنس فيه بحديث «سنن ابن ماجه» أن النبي ﷺ كان يصلي قبلها أربعاً وإسناده ضعيف جداً، ومنه ركعتا الاستخارة ثبت في صحيح البخاري ومنه ركعتا صلاة الحاجة قاله النووي. الروضة (٤٣٥/١، ٤٣٦).

(٢) في أ (أشد) وكلاهما واحد.

(٣) أخرجه البخاري (١١٦٩) ومسلم (٧٢٤).

(٤) أخرجه مسلم (٧٢٥).

(٥) أخرجه أحمد (٣٥٧/٥) وأبو داود (١٤١٩) والحاكم (٣٠٥/١) وخالف ابن الجوزي فقال: لا يصح وهو مردود وله شواهد.

(٦) دعواه أنه لا خلاف في سنة الفجر ممنوع فقد ذهب الحسن البصري إلى وجوبهما لكن خلاف أبي حنيفة أقوى فرعيناه أولى وخلاف الحسن نقله في شرح المهذب عن حكاية القاضي عياض ولم يتعرض لتصوير محل الخلاف وتعرض له في الكفاية فقال: واعلم أن الأصحاب أطلقوا الخلاف ولم يشبوا ما أرادوه في الوتر هل هو أقله أو أكمله أو أدنى كماله والذي يظهر من كلامهم أنهم أرادوا مقابلة الجنس بالجنس قال وكان يقع لي أنه يختص بأدنى الكمال لأنهم جعلوا عليه ترجيح

قال جمهور الأصحاب: يليه ركعتا الفجر.

وعن أبي إسحاق «أن صلاة الليل تتقدم عليهما» ونقل في «البيان» عن بعض الأصحاب أن الوتر وركعتي الفجر يستويان في الفضيلة.

ثم بعد السنن الرواتب الأفضل من الصلوات المذكورة صلاة الضحى، ثم ما يتعلق بفعل [ركعتي الطواف]<sup>(١)</sup>، وركعتي الإحرام، وركعتي التحية.

وقوله في الكتاب: (وركعتي الطواف) معلم بالواو؛ للقول الصائر إلى وجوبها، فإن شيئاً من النوافل على ذلك القول لا يكون أفضل منهما.

وقوله: (ثم أفضلها صلاة العيدين) يجوز أن ترجع الكناية إلى النوافل التي شرعت فيها الجماعة، ويجوز أن ترجع إلى النوافل المذكورة كلها، والقول في أن أفضل الرواتب ماذا؟ وأن ركعتي الفجر أفضل أم الوتر؟ كالدخيل في هذا الفصل؛ لأنه ترجمة بغير الرواتب، ولو ذكره في الفصل الأول لكان أحسن، ولعلك تقول: نظم الكتاب يقتضي ألا تكون الجماعة مشروعة في الوتر أيضاً؛ لأنه حكم بأن ما شرع فيه الجماعة أفضل من الرواتب، فيلزم أن لا تكون الجماعة مشروعة في الرواتب، والوتر معدود من الرواتب، فهل هو كذلك أم لا؟ فالجواب: أننا إذا أستحبنا الجماعة في التراويح نستحبها في الوتر أيضاً، وأما في غير رمضان فالمشهور أنه لا تستحب فيه الجماعة؟ وبه قال أبو حنيفة؛ وأطلق أبو الفضل بن عبدان حكاية وجهين في أستحباب الجماعة في الوتر.

إذا عرفت ذلك فكلام الكتاب مبني على الأكثر، وهو ما سوى رمضان - والله أعلم -.

قال الغزالي: وَيُسْتَحَبُّ الْجَمَاعَةُ فِي التَّرَاوِيحِ تَأْسِياً بِعَمَرِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: وَقِيلَ: الْأَنْفِرَادُ بِهِ أَوْلَى لِيُعْجِزَهُ عَنِ الرِّيَاءِ.

الوتر كما اختلف في وجوبه، والذي اختلف في وجوبه ليس هو الأقل ولا الأكثر فإن أبا حنيفة هو القائل بوجوبه وهو عنده ثلاث ركعات لا يجوز الزيادة عليها ولا النقصان عنها ثم رفع لي أنه لو كان الأمر كذلك لاختص محله بالثلاثة الموصولة كما صار إليه أبو حنيفة وهو لا يختص فيظهر من ذلك أن المراد من ذلك مقابلة الجنس بالجنس ولا يبعد أن يجعل الشرع العدد القليل أفضل من العدد الكثير مع اتحاد النوع دليله القصر في السفر.

(١) سقط من «ب».

## القول في أحكام صلاة التراويح

قال الرافعي: صلاة التراويح عشرون ركعة بعشر تسليمات.

وبه قال أبو حنيفة، وأحمد؛ لما روي أن النبي ﷺ «صَلَّى بِالنَّاسِ عِشْرِينَ رَكْعَةً لَيْلَتَيْنِ، فَلَمَّا كَانَ فِي اللَّيْلَةِ الثَّلَاثَةِ اجْتَمَعَ النَّاسُ، فَلَمْ يَخْرُجْ إِلَيْهِمْ، ثُمَّ قَالَ مِنَ الْعَدِي: «خَشِيتُ أَنْ تُفْرَضَ عَلَيْكُمْ فَلَا تَطِيقُونَهَا»<sup>(١)</sup>.

وعن مالك: أنها ست وثلاثون ركعة لفعل أهل المدينة.

قال العلماء: وسبب فعلهم أن الركعات العشرين خمس ترويحيات، كل ترويحة أربع ركعات، وكان أهل مكة يطوفون بين كل ترويحتين سبعة أشواط، ويصلون ركعتي الطواف أفراداً، وكانوا لا يفعلون ذلك بين الفريضة والتراويح، ولا بين التراويح والوتر، فأراد أهل المدينة أن يساورهم في الفضيلة، فجعلوا مكان كل أسبوع من الطواف ترويحة، فحصل أربع ترويحيات وهي ست عشرة ركعة تنضم إلى العشرين، والوتر ثلاث ركعات، تكون الجملة تسعاً وثلاثين؛ فلذلك قال الشافعي - رضي الله عنه -: ورأيتهم بالمدينة يقولون: بتسع وثلاثين.

قال أصحابنا: لغير أهل المدينة ذلك؟ لشرفهم بمهاجرة الرسول ﷺ وقبره، ثم الأفضل في التراويح الجماعة أو الأفراد؟ فيه وجهان، ومنهم من يقول قولان.

أحدهما: أن الأفراد بها أفضل، ويروى هذا عن مالك - رضي الله عنه - لأن النبي ﷺ «خَرَجَ لَيْلِي مِنْ رَمَضَانَ، وَصَلَّى فِي الْمَسْجِدِ، ثُمَّ لَمْ يَخْرُجْ بَاقِيَ الشَّهْرِ، وَقَالَ: صَلُّوا فِي بُيُوتِكُمْ، فَإِنَّ أَفْضَلَ صَلَاةِ الْمَرْءِ فِي بَيْتِهِ إِلَّا الْمَكْتُوبَةَ»<sup>(٢)</sup>. ولأن الاستخلاء بالنوافل أبعد عن الرياء.

وأصحهما: أن الجماعة أفضل؛ لِأَنَّ عَمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ - رضي الله عنه - جَمَعَ النَّاسَ عَلَى أَبِي بِنِ كَعْبٍ - رضي الله عنه -<sup>(٣)</sup> وَوَأَقَمَهُ الصَّحَابَةَ عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا تَرَكَ النَّبِيُّ ﷺ الْخُرُوجَ؟ خَشْيَةَ الْاِفْتِرَاضِ»، وبهذا قال ابن سريج، وأبو إسحاق والأكثر، ثم ذكر أصحابنا العراقيون، والصيدلاني وغيرهم؛ أن الخلاف فيما إذا كان الرجل يحفظ القرآن ولا يخاف النوم والكسل، ولا تختل الجماعة في المسجد بتخلفه، فأما إذا لم يحفظ أو خاف ذلك فالجماعة أولى لا محالة.

(١) أخرجه البخاري (٩٢٤، ١١٢٩) ومسلم (٧٦١).

(٢) أخرجه البخاري (٧٣١، ٦١١٣، ٧٢٩٠) ومسلم (٧٨١) من رواية زيد بن ثابت - رضي الله عنه -.

(٣) أخرجه أبو داود (١٤٢٨، ١٤٢٩) وقال ابن الملقن بعد عزوه لأبي داود أخرجه بإسنادين، أحدهما، منقطع والآخر فيه مجهول، انظر الخلاصة (١٨٣) التلخيص (٢٤/٢).

وأطلق آخرون ثلاثة أوجه في المسألة، منهم القاضي ابن كج وإمام الحرمين .

أحدها: أن الأنفراد أفضل على الإطلاق .

والثاني: أن الجماعة أفضل .

والثالث: إن كان حافظاً للقرآن آمناً من الكل ولم تختل الجماعة لتخلفه، فالأفضل أن ينفرد، وإلا فلا، ويحكى هذا عن ابن أبي هريرة، وإنما يدخل وقت التراويح بالفراغ من صلاة العشاء، كما ذكرنا في التوتير .

قال الغزالي: **ثُمَّ التَّطَوُّعَاتُ لَا حَضَرَ لَهَا، فَإِنْ تَحَرَّمَ بِرُكْعَةٍ وَاحِدَةٍ جَازَ لَهُ أَنْ يَتِمَّهَا شَرْعاً فَصَاعِداً، وَإِنْ تَحَرَّمَ بِعَشْرِ جَازَ لَهُ الْأَقْتِصَارُ عَلَى وَاحِدَةٍ، وَلَهُ أَنْ يَتَشَهَّدَ بَيْنَ كُلِّ رُكْعَتَيْنِ أَوْ فِي كُلِّ رُكْعَةٍ إِنْ شَاءَ، وَالْأَحَبُّ مَثَى مَثَى.**

قال الرافعي: التطوعات التي لا تتعلق بسبب، ولا وقت، لا حصر لأعدادها، ولا الركعات الواحدة منها. «وَالصَّلَاةُ خَيْرُ مَوْضُوعٍ، فَمَنْ شَاءَ اسْتَقَلَّ وَمَنْ شَاءَ اسْتَكَثَّرَ»، هذا لفظ الخبر المشهور عن رسول الله ﷺ<sup>(١)</sup>، ثم إذا شرع في تطوع فإن لم ينو شيئاً، فله أن يسلم من ركعة، وله أن يسلم من ركعتين فصاعداً، روي أن عمر - رضي الله عنه - «مَرَّ بِالمَسْجِدِ فَصَلَّى رُكْعَةً، فَقِيلَ لَهُ: إِنَّمَا صَلَّيْتَ وَاحِدَةً فَقَالَ: إِنَّمَا هِيَ تَطَوُّعٌ، وَمَنْ شَاءَ زَادَ، وَمَنْ شَاءَ نَقَصَ»<sup>(٢)</sup>.

وحكى الأصحاب عن نصفه في «الإملاء»: أنه لو صلى من غير إحصاء، ثم سلم وهو لا يدري كما صلى أجزاءه .

وقال بعض السلف الذي صليت له يعلم كم صليت؟ وإن نوى ركعة، أو عدداً قليلاً، أو كثيراً، فله ذلك، هذا هو المشهور، وحكي في «البيان» عن المسعودي: أن له أن يصلي ثلاث عشرة ركعة بتسليمة واحدة، وهل له أن يزيد؟ فيه وجهان؛ ثم إذا نوى عدداً فله أن يزيد وله أن ينقص حتى لو تحرم بركعة، فله أن يجعلها عشرة فصاعداً، أو بعشر فله أن يقتصر على واحدة ولكن بشرط أن يغير النية قبل الزيادة والنقصان، فلو زاد أو نقص قبل تغيير النية بطلت صلاته .

مثاله: نوى أن يصلي ركعتين ثم قام إلى الثالثة بعد ما نوى الزيادة جاز، ولو قام قبلها عمداً بطلت صلاته، ولو قام سهواً عاد، وسجد للسهو وسلم، فلو بدا له بعد

(١) أخرجه ابن حبان ذكره الهيثمي في الموارد (٩٤)، والحاكم من رواية أبي ذر في المستدرک (٢/٥٩٧) من حديث طويل .

(٢) أخرجه البيهقي بإسناد ضعيف (٤/٣) .

القيام أن يزيد فهل يجب العود إلى القعود ثم القيام منه أم له المضي؟ فيه وجهان:  
أصحهما: أولهما، ثم يسجد للسهو في آخر صلاته.

ولو زاد ركعتين سهواً، ثم نوى إكمال أربع صلى ركعتين آخرين، وما سها به لا يحسب.

ولو نوى أن يصلي أربعاً، ثم غير نيته وسلم عن ركعتين جاز، ولو سلم قبل تغيير النية عمدًا بطلت صلاته، ولو سلم ساهياً أتم أربعاً، وسجد للسهو، فلو زاد أربعاً وأراد بعد السلام ساهياً أن يقتصر سجد للسهو، وسلم ثانياً، فإن سلامه الأول غير محسوب، ثم إن تطوع بركعة فلا بد من التَّشَهُدِ فيها، وإن زاد فله أن يقتصر على تشهد واحد في آخر الصلاة، وهو تشهد الركن، وله أن يتشهد في كل اثنتين، كما في الفرائض الرباعية، فلو كان العدد وترًا فلا بد من التشهد في الأخيرة أيضاً، وهل له أن يتشهد في كل ركعة؟ قال إمام الحرمين: فيه احتمال؛ لأننا لا نجد في الفرائض صلاة على هذه الصورة، لكن الأظهر الجواز؛ لأن له أن يصلي ركعة فردة، ويتحلل عنها، وإذا جاز له ذلك جاز له القيام منها إلى أخرى، وهذا ما ذكره المصنف، وسوغ له الأمور الثلاثة في «الوسيط» وأقتصر هاهنا في الأمر الثاني والثالث.

وأعلم أن تجوز التشهد في كل ركعة لم يرد له ذكر إلا في «النهاية» وفي كتب المصنف، وأما الأقتصار على تشهد واحد في آخر الصلاة فلا يكون فيه خلاف؛ لأنه لو اقتصر في الفرائض عليه لجاز أيضاً، وأما التشهد في كل اثنتين، وقد ذكره العراقيون من أصحابنا، وغيرهم وقالوا: إنه الأولى وإن جاز الأقتصار على واحد، وذكر في [النهاية]<sup>(١)</sup> شيئاً آخر، وهو أنه لا تجوز الزيادة على تشهدين بحال، ثم إن كان العدد شفعاً فلا يجوز أن يجعل بين التشهدين أكثر من ركعتين وإن كان وترًا فلا يجوز أن يجعل بينهما أكثر من ركعة تشبعاً في القسمين بالفرائض.

مثاله: إذا صلى سناً يتشهد في الركعة الرابعة والسادسة، وإذا صلى سبعاً يتشهد في السادسة والسابعة، وإلى هذا مال المستمدون من كلام المزائفة، ومنهم صاحب «التهذيب» وظاهر «المذهب» الزيادة على تشهدين، ثم قال في «التهذيب»: إن صلى بتشهد واحد قرأ السورة بعد الفاتحة في الركعات كلها، وإن صلى بتشهدين هل يقرأ على القولين المذكورين في الفرائض؟ والأحب أن يسلم المتطوع من كل ركعتين على مثال الرواتب، سواء كان بالليل أو بالنهار، لما روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما -

أن النبي ﷺ قال: «صَلَاةُ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ مَثْنَى مَثْنَى»<sup>(١)</sup>، وبهذا قال مَالِكٌ وَأَحْمَدُ - رحمهما الله - ونعود بعد هذا إلى ما يتعلق بلفظ الكتاب وبيان موضع العلامات.

قوله: (ثم التطوعات لا حصر لها)، أراد بالتطوع هاهنا ما ينشئه الإنسان بأختياره، ولا يتعلق بوقت ولا سبب، لأنه أراد بقوله: (لا حصر لها) أنه لا حصر لركعاتها على ما صرح به في «الوسيط»، والظاهر أن هذا حكم منه على كل واحد منها، وفي أول الباب أراد بالتطوع مطلق النافلة، كما سبق بيانه.

وينبغي أن يعلم قوله: (لا حصر لها) بالحاء، لأن عند أبي حنيفة يكره في نوافل النهار أن تزداد على أربعة ركعات بتسليمة واحدة، وفي نوافل الليل أن تزداد على ثمان ركعات، وذكر صاحب «البيان» أنه يحكم بالبطلان لو زاد على العديدين، والأحب عنده في نوافل النهار أن تكون أربعاً، حتى في الرواتب سوى ركعتي الفجر، وفي نوافل الليل يصلي بتسليمة واحدة ثمان ركعات، أو ستاً أو أربعاً، أو ركعتين، ولا فضل لبعضها على بعض، ويجوز أن يعلم بالواو أيضاً لما سبق حكايته عن المسعودي، ويجوز أن يعلم قوله: (أن يتمها عشرًا) بالحاء أيضاً، إذ لا مزيد عنده على ثمان ركعات.

وقوله: (جاز له الاقتصار على واحدة) معلّم بالميم؛ لأن عنده الشروع في التطوع ملزم، إلا أن يكون هناك عذر، وبالحاء لأمرين:

أحدهما: أن الشروع يلزم عليه ركعتين.

والثاني: أن الركعة الفردة ليست بصلاة عنده، وعندنا هي صلاة؛ لما سبق، ولو نوى صلاة تطوع ولم ينو واحدة ولا عدداً، فهل يجوز الاقتصار على واحدة؟ حكى في «التتمة» فيه وجهين مبنيين على ما لو نذر صلاة مطلقة، هل يخرج عن العهدة بركعة أم لا بد من ركعتين؟ وينبغي أن يقطع بجواز الاقتصار على واحدة<sup>(٢)</sup>؛ لأنه وإن نوى ركعتين فصاعداً لا يجوز له الاقتصار على واحدة، فعند الإطلاق أولى أن يجوز.

وقوله: (وله أن يتشهد بين كل ركعتين) ينبغي أن يعلم بالواو، لأمرين:

أحدهما: أن صاحب «البيان» حكى وجهاً: أنه لا يجلس إلا في الأخيرة.

والثاني: أنا حكينا عن بعض الأصحاب أنه لا يزيد على تشهدين وإن كثرت الركعات، وذلك القائل لا يُجَوِّزُ الشَّهْدَ بَيْنَ كُلِّ رَكَعَتَيْنِ.

(١) أخرجه أبو داود (١٢٩٥)، والترمذي (٥٩٧)، والنسائي (٢٧٧/٣)، وابن ماجه (١٣٢٢)، وابن حبان ذكره الهيثمي في الموارد (٦٣٦)، وقال البيهقي في خلافاته صحيح رواه ثقات، وصححه الخطابي وقال الحاكم: رواه ثقات ولا أعرف له علة.

(٢) قال النووي: إنما ذكر صاحب «التتمة» الوجهين في أنه: هل يكره الاقتصار على ركعة، أم لا يكره؟ وجزم بالجواز، كما جزم به سائر الأصحاب. والله أعلم. روضة الطالبين (٤٣٩/١).

وقوله: (أو في كل ركعة) اعلم بالحاء، لأنه يقول: بتشهد بين كل ركعتين وبالواو لأن كثيراً من الأصحاب قالوا: إنه بالخيار بين أن يصلي بتشهد واحد وبين أن يتشهد بين كل ركعتين<sup>(١)</sup> والتخيير بين الشيتين ينفي التمكّن من شيء ثالث.

وقوله: (والأحب مثني مثني) معلّم بالحاء لما سبق.

قال الغزالي: وَأَظْهَرَ الْأَقْوَالِ أَنَّ النَّوَافِلَ الْمُؤَقَّتَةَ تُقْضَى (ح م) كَمَا تُقْضَى الْفَرَائِضُ، وَرَكَعَتَا الصُّبْحِ بَعْدَ فَرَضِ الصُّبْحِ آدَاءً بِقَضَاءِ.

قال الرفاعي: غرض الفصل يتضح برسم مسألتين.

أحدهما: في وقت الرواتب وهي ضربان:

أحدهما: الرواتب التي تسبق الفرائض ويبقى وقت جوازها ما بقي وقت الفريضة، ووقت اختيارها ما قبل الفريضة.

مثاله: ركعتا الفجر يدخل وقتهما بطلوع الفجر، ويبقى إلى طلوع الشمس، والأختيار تقديمها على صلاة الفجر، وحكى جماعة منهم صاحب «البيان» أن وقت ركعتي الفجر يبقى إلى الزوال ويكون أداء، وإن خرج وقت الفريضة.

والضرب الثاني: الرواتب المتأخرة عن الفرائض فيدخل وقتها بفعل الفرائض، لا بدخول وقتها كما ذكرنا في الوتر، وآخر وقتها يخرج بخروج وقت الفرائض، كما في الضرب الأول؛ لأنها تابعة للفرائض، وحكي في «التتمة» في الوتر قولاً آخر: أن وقت الوتر يبقى إلى أن يصلي الصبح، ولا يخرج بطلوع الفجر؛ لظاهر ما روي أنه ﷺ قال: «صَلُّوْهَا مَا بَيَّنَّ الْعِشَاءُ إِلَى صَلَاةِ الصُّبْحِ»<sup>(٢)</sup>.

وهذا يشبه خلافاً سيأتي ذكره في المسألة الأخرى.

المسألة الثانية: النوافل تنقسم إلى ما لا يتأقت، وإنما يفعل لسبب عارض - وإلى

ما يتأقت.

والأول: لا مدخل للقضاء فيه، وهو كصلاتي «الخشوف» و«الأستسقاء» وتحية

المسجد.

والثاني: «كصلاتي العيد» و«صلاتي الضحى»، والرواتب التابعة للفرائض في

قضائها إذا فاتت قولان مشهوران:

(١) سقط في «ط».

(٢) أخرجه أحمد (٧/٦، ٣٩٧) والحاكم (٣/٥٩٣) والطبراني في الكبير (٢١٦٧) وفي إسناده ابن لهيعة.



أصحهما، وبه قال أحمد: أنها تقضى لمطلق قوله ﷺ: «مَنْ نَامَ عَنْ صَلَاةٍ أَوْ نَسِيَهَا فَلْيَصَلْهَا إِذَا ذَكَرَهَا»<sup>(١)</sup> ولأنها صلاة راتبة بوقت فتستدرك إذا فاتت كالفرائض.

والثاني، وبه قال مالك: أنها لا تقضى كصلاة الخسوف ونحوها، وهذا لأن الأصل أن لا تقضى وظيفة مؤقتة أصلاً لاقتضاء صيغة التأقيت أشترط الوقت في الاعتداد بها، لكن خالفنا في الفرض لأوامر مجردة وردت فيها لتأكيداها.

وعن أبي حنيفة: إن فاتت الرواتب مع الفرائض قضيت معها، وإن فاتت وحدها فلا تقضى، ونقل بعض أصحابنا عن مذهب: أنه لا يقضى منها إلا ركعتا الفجر، إذا فاتت مع الفرض، وحكي في «النهاية» قولاً ثالثاً: وهو أن ما أستقل منها، ولم يتبع غيره «كصلاة العيدين» وصلاة «الضحى» يقضى لمشابتها الفرائض في الاستقلال، وما كان تابعاً لغيره كالرواتب لا يقضى، فهذه هي الأقوال التي ذكرها في الكتاب وإنما قيد «بالمؤقتة» ليخرج القسم الأول، فإنها لا تقضى بلا خلاف.

التفريع: إن قلنا: إنها لا تقضى فلا كلام، وإن قلنا: تقضى فهل تقضى أبداً؟ فيه قولان:

أصحهما: وهو اختيار المزني - رحمه الله عليه - نعم كالفرائض لما قضيت جاز قضاؤها أبداً.

وقوله في الكتاب: (كما تقضى الفرائض) يمكن حمله على التشبيه في كيفية القضاء، أي كما تقضى الفرائض أبداً، كذلك هذه، لكنه ما أراد ذلك، وإنما أراد قياس أصل القضاء على الفرائض، وذلك بيّن في عبارة «الوسيط».

والقول الثاني: أنها لا تقضى أبداً، وعلى هذا إلى متى تقضى؟ أما صلاة العيد ففيها تفصيل وخلاف مذكور في الكتاب، في باب صلاة العيدين، وأما الرواتب ففيها قولان:

أحدها: أنه لا تقضى كالوتر بعد صلاة الصبح، ولا ركعتا الفجر بعد صلاة الظهر.

قال إمام الحرمين: وعلى هذا النسق سائر التوايح؛ لأنه إذا أفتتح فريضة أخرى، أنقطع حكم التبعية عن الصلاة السابقة، وحكي على هذا القول وجهاً آخر أن الاعتبار بدخول وقت الصلاة المستقبلة لا بفعالها، فعلى هذا تقضى ركعتا الفجر ما لم تنزل الشمس، فإن زالت فلا.

والقول الثاني - وقد نقله المسعودي عن القديم -: أنه ما كان من صلاة النهار يقضى ما لم تغرب الشمس، وما كان من صلاة الليل يقضى ما لم يطلع الفجر، فعلى هذا تقضى ركعتا الفجر ما دام النَّهَارُ باقياً. وقوله في الكتاب: (وركعتا الصبح بعد فرض الصبح أداء وليس بقضاء)، قصد به بيان أن تأخير ركعتي الصبح إلى ما بعد الفريضة لا يوجب فواتهما [فلا يجري]<sup>(١)</sup> فيه الخلاف المذكور في القضاء، وتقديمها مستحب لا مستحق، وقد يؤمر بالتأخير بسبب يعرض كمن دخل المسجد والإمام يصلي الصبح، فينبغي أن يقتدي به، ثم بعد الفراغ [يشغل بركعتي السنّة].

وعن أبي حنيفة أنه لو علم أنه يدرك ركعة من الفريضة بعد الفراغ<sup>(٢)</sup> من السنّة تُقدّم السنّة.

لنا ما روي أنه ﷺ قال: «إِذَا أُقِيمَتِ الصَّلَاةُ فَلَا صَلَاةَ إِلَّا الْمَكْتُوبَةُ»<sup>(٣)</sup> ثم في معنى ركعتي الصبح سائر التّوابع المقدّمة على الفرائض، وذكرهما جرى على سبيل ضرب المثال، وأراد بقوله: (بعد فرض الصبح) ما لم تطلع الشمس، وقد حكينا من قبل وجهاً أن وقتها يمتد إلى الزوال لكنه ما أراد بذلك، فإن المذهب الظاهر خلافه<sup>(٤)</sup>.

(١) سقط من «ب».

(٢) سقط من «ب».

(٣) أخرجه مسلم من رواية أبي هريرة - رضي الله عنه - (٧١٠).

(٤) قال النووي: يستحب عندنا فعل الرواتب، في السفر كالحضر، والسنة أن يضطجع بعد سنة الفجر قبل الفريضة، فإن لم يفعل، فصل بينهما، الحديث عن عائشة - رضي الله عنها - «أن النبي ﷺ كان إذا صلى سنة الفجر فإن كنت مستيقظة حدثني وإلا اضطجع حتى يؤذن بالصلاة» رواه البخاري. والسنة: أن يخفف السورة فيهما. ففي «صحيح مسلم» أن النبي ﷺ كان يقرأ في الأولى بعد الفاتحة «قولوا آمنا بالله» الآية، [سورة البقرة، الآية ١٣٦]، وفي الثانية: «قل يا أهل الكتاب تعالوا» [سورة آل عمران، الآية ٦٤]. وفي رواية أنه قرأ في الأولى: «قل يا أيها الكافرون»، وفي الثانية: «قل هو الله أحد» فكلاهما سنة، ونص في البويطي على الثانية في سنة المغرب «قل يا أيها الكافرون» «وقل هو الله أحد» وكذا في ركعتي الاستخارة وتحية المسجد وتطوع الليل أفضل من تطوع النهار، فإن أراد أحد نصف الليل، فالنصف الثاني أفضل وإن أراد أحد ثلاثة فالأوسط، وأفضل منه السدس الرابع والخامس. ثبت ذلك في الصحيحين ويكره قيام الليل كله دائماً، وينبغي أن لا يخل بصلاة في الليل وإن قلت والنقل في البيت أفضل من المسجد كما قدمناه. ويستحب لمن قام لتهدج أن يوقظ له من يطعمه بتهجده إذا لم يخف ضرراً ويستحب المحافظة على الركعتين في المسجد إذا قدم من سفر للأحاديث الصحيحة في كل ذلك.

## كِتَابُ الصَّلَاةِ بِالْجَمَاعَةِ

### وَفِيهِ ثَلَاثَةُ فُصُولٍ

قال الغزالي: **الأوّل** في فضلها، وهي **مُسْتَحَبَّةٌ** وَلَيْسَتْ بِوَاجِبَةٍ إِلَّا فِي الْجُمُعَةِ، وَلَا فَرَضَ كِفَايَةٍ عَلَى الْأَظْهَرِ، وَتُسْتَحَبُّ لِلنِّسَاءِ (ح)، وَالْفِعْلُ فِي الْجَمْعِ الْكَثِيرِ أَفْضَلُ إِلَّا إِذَا تَعَطَّلَ فِي جَوَارِهِ مَسْجِدٌ فَإِخْيَاؤُهُ أَفْضَلُ.

### القول في أحكام صلاة الجماعة:

قال الرافعي: أركان الصلاة وشروطها لا تختلف بين أن تؤدي على سبيل الأفراد، أو بالجماعة، لكن الأداء بالجماعة أفضل، وهي تختص باعتبار أمور تنقسم إلى معتبرة في نفس الإمام، وإلى غيرها، فأدرج لذلك مسائل هذا الكتاب في ثلاثة فصول.

أحدها: فيما يتعلق بفضلها.

وثانيها: في الأمور المعتمدة في نفس الإمام، إما اعتبار اشتراط أو استحباب.

وثالثها: في سائر المعتمرات.

فأما الفصل الأول.

فأعلم أن الأصل في فضلها الإجماع والأخبار، نحو ما روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ قال: «صَلَاةُ الْجَمَاعَةِ تَفْضَلُ صَلَاةَ [الْفَرْدِ]»<sup>(١)</sup> بِسَبْعٍ وَعِشْرِينَ دَرَجَةً<sup>(٢)</sup>.

والفرائض الخمس تنقسم إلى صلاة الجمعة وغيرها فأما في صلاة الجمعة، فالجماعة فرض عين، كما سيأتي في بابها، وأما في غيرها فليست بفرض عين خلافاً لأحمد حيث قال: بأنها فرض عين، وبه قال ابن المنذر، ومحمد بن إسحاق بن

(١) في الفذ.

(٢) أخرجه البخاري (٦٤٥، ٦٤٩) ومسلم (٦٥٠).

خزيمة<sup>(١)</sup> من أصحابنا، وفي بعض التعليقات أن أبا سليمان الخطابي<sup>(٢)</sup> ذكر أنه قول للشافعي - رضي الله عنه - .

لنا: حديث ابن عمر - رضي الله عنهما - وأيضاً روي أنه ﷺ قال: «صَلَاةُ الرَّجُلِ مَعَ الْوَاحِدِ أَفْضَلُ مِنْ صَلَاتِهِ وَخَدَّهُ، وَصَلَاتُهُ مَعَ الرَّجُلَيْنِ أَفْضَلُ مِنْ صَلَاتِهِ مَعَ الْوَاحِدِ، وَحَيْثُمَا كَثُرَتِ الْجَمَاعَةُ فَهُوَ أَفْضَلُ»<sup>(٣)</sup>.

والاستدلال أنه لا يحسن أن يقال: الإتيان بالواجب أفضل من تركه، وتفضيل أحد الفعلين على الآخر يشعر بتجويزهما جميعاً، وهل هي فرض كفاية أم سنة؟ وجهان:

أظهرهما: عند المصنف، وصاحب «التهذيب»: أنها سنة؛ لأن الجماعة خصلة مشروعة في الصلاة، لا تبطل الصلاة بتركها، فلا تكون مفروضة كسائر السنن المشروعة في الصلاة، وفي ما سبق من الأخبار ما يشعر بأن سبيلها سبيل الفضائل، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة، والثاني وبه قال ابن سريج وأبو إسحاق إنها فرض كفاية، لما روي أنه ﷺ قال: «مَا مِنْ ثَلَاثَةٍ فِي قَرْيَةٍ لَا تُقَامُ فِيهِمُ الْجَمَاعَةُ إِلَّا اسْتَحْوَذَ عَلَيْهِمُ الشَّيْطَانُ»<sup>(٤)</sup>: وذكر المحاملي وجماعة أن هذا ظاهر المذهب، فإن قلنا: إنها فرض، على الكفاية، فلو امتنع أهل بلدة، أو قرية عن إقامتها، قاتلهم الإمام عليها ولا يسقط الحرج، إلا إذا

(١) أبو بكر محمد بن إسحاق بن خزيمة، الملق بإمام الأئمة، تفقه على الربيع والمزني، وصار إمام زمانه بخراسان. رحلت إليه الطلبة من الآفاق. قال شيخه الربيع: استفدنا من ابن خزيمة أكثر ما استفدنا منا، وكان مثقلاً، له قميص واحد دائماً، فإذا جدد آخر وهب ما كان عليه. ولد في صفر سنة ثلاث وعشرين ومائتين، وتوفي في ثاني ذي القعدة سنة إحدى عشرة وثلاثمائة، قاله الذهبي في «العبرة» وغيره. طبقات الشيرازي ص ١٥٠، طبقات العبادي ص ٤٤٥.

(٢) أبو سليمان حمد بفتح الحاء، وسكون الميم، بن محمد بن إبراهيم بن خطاب، البستي، المعروف بالخطابي. كان فقيهاً، رأساً في علم العربية والأدب، وغير ذلك، أخذ الفقه عن القفال الشاشي، وابن أبي هريرة وغيرهما. وصنف التصانيف النافعة المشهورة، توفي ببلدة بُست سنة ثمان وثمانين وثلاثمائة. قاله النووي في «طبقاته» وزاد غيره في ربيع الآخر. وبُست: بياء موحدة مضمومة، ثم سين مهملة ساكنة، بعدها تاء مثناة. والخطابي نسبة إلى جده المذكور، وقيل: إنه كان من ذرية زيد بن الخطاب، أخي عمر - رضي الله عنه - . طبقات العبادي ص ٩٤، وفيات الأعيان (٢/٢١٤)، العبر (٣/٣٩).

(٣) أخرجه أحمد (٥/١٤٠ - ١٤١) وأبو داود (٥٥٤) والنسائي (٢/١٠٤ - ١٠٥) وابن حبان (٢٠٤٧، ٢٠٤٨) والحاكم في المستدرک (١/٢٤٧ - ٢٥٠) وصححه يحيى بن سفيان وابن المديني، والذهلي، والعقيلي.

(٤) أخرجه أبو داود (٥٤٧) وأحمد (٥/١٩٦) والنسائي (٢/١٠٦ - ١٠٧) وابن حبان (٢٠٩٢) والحاكم في المستدرک (١/٢٤٦) وقال: صحيح الإسناد.

أقاموها، بحيث يظهر هذا الشعار فيما بينهم ففي القرية الصغيرة يكفي إقامتها في موضع واحد، وفي القرى الكبيرة والبلاد تقام في محلها، ولو أطبقوا على إقامة الجماعة في البيوت، فعن أبي إسحاق المروزي: أنه لا يسقط الفرض بذلك، لأن الشعار في البلد لا يظهر به، ونازعه فيه بعضهم، إذا ظهر ذلك في الأصوات وأما إذا قلنا: إنها سنة، فهل يقاتلون على تركها؟ فيه وجهان كما ذكرناهما في الأذان:

وأصحهما: لا<sup>(١)</sup> وكل ما ذكرناه في حق الرجال.

أما النساء فلا تفرض عليهن الجماعة، لا فرض عين ولا فرض كفاية، وتستحب لهن ولكن فيه وجهان ذكرهما القاضي الروياني:

أحدهما: أن [أستحبها لهن]<sup>(٢)</sup> كأستحبها للرجال؛ لعموم الأخبار.

وأظهرهما - الذي ذكره المعظم -: أنه لا يتأكد تأكده في حق الرجال فلا يكره لهن تركها ويكره للرجال ذلك.

وقال أبو حنيفة ومالك: يكره لهن أن يصلين جماعة، وبه قال أحمد في رواية، والأصح عنه مثل مذهبننا. لنا ما روي أن النبي ﷺ: «أَمَرَ أُمَّ وَرَقَةَ أَنْ تَوُمَّ أَهْلَ دَارِهَا»<sup>(٣)</sup> ثم إذا صلين جماعة، فالمستحب أن تقف التي تَوُمُّهُنَّ وسطهن، كَذَلِكَ فَعَلَتْ عَائِشَةُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - وَأُمُّ سَلَمَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - لَمَّا أُمَّتَا»<sup>(٤)</sup>.

وجماعتهم في البيوت أفضل، فإن أردن حضور المسجد في جماعة الرجال كره ذلك للشَوَابِّ لخوف الفتنة ولم يكره للعَجَائِزِ، روي أنه ﷺ: «نَهَى النِّسَاءَ عَنِ الخُرُوجِ

(١) قال في زيادته: قول أبي إسحاق أصح، لو أقام الجماعة طائفة يسيرة من أهل البلد، وأظهرها في كل البلد، ولم يحضرها جمهور المقيمين بالبلد حصلت الجماعة، ولا إثم على المتخلفين، كما إذا صلى على الجنائز طائفة يسيرة، وأما أهل البوادي فقال إمام الحرمين: عندي فيهم نظر، فيجوز أن يقال: لا يتعرضون لهذا الغرض، ويجوز أن يقال: يتعرضون له إذا كانوا ساكنين. قال: ولا شك أن المسافرين لا يتعرضون لهذا الغرض، وكذا إذا قل عدد ساكني قرية، هذا كلام الإمام، والمختار أن أهل البوادي الساكنين كأهل القرية، للحديث الصحيح ما من ثلاثة في قرية أو بدو، لا تقام فيهم الصلاة، إلا قد استحوذ عليهم الشيطان. الروضة (٤٤٤/١).

(٢) سقط في «ب».

(٣) أخرجه أبو داود (٥٩١ - ٥٩٢) والدارقطني (٤٠٣/١) والحاكم في المستدرک (٢٠٣/١) والبيهقي (١٣٠/٣) وقال الحاكم: قد احتج مسلم بالوليد بن جميع، وهذه ستة غريبة، لا أعرف في الباب حديثاً مسنداً غيره.

(٤) أما أثر عائشة - رضي الله عنها - أخرجه الدارقطني (٢٠٤/١) والبيهقي (١٣١/٣) وأثر أم سلمة - رضي الله عنها - أخرجه الشافعي (٣٧٩) والدارقطني (٤٠٥/١) والبيهقي (١٣١/٣).

إِلَى الْمَسَاجِدِ فِي جَمَاعَةِ الرَّجَالِ إِلَّا عَجُزاً فِي مَنْقَلِهَا» والمنقل الخف<sup>(١)</sup>.

وإمامة الرجال لهن أولى من إمامة النساء، لكن لا يجوز أن يخلو بهن من غير ذي محرم<sup>(٢)</sup> ثم لو صَلَّى الرجل في بيته برقيقه أو زوجته وولده نال أصل فضيلة الجماعة، لكنها في المسجد أفضل؛ لما روي أنه ﷺ قال: «صَلَاةُ الرَّجُلِ فِي بَيْتِهِ أَفْضَلُ إِلَّا الْمَكْتُوبَةَ».

وحيث كان الجمع أكثر من المساجد فالفضل أكثر لما سبق، فلو كان بالقرب منه مسجد قليل الجمع وبالبعد مسجد كثير الجمع، فالأفضل أن يذهب إلى المسجد البعيد إلا في حالتين:

أحدهما: أن تتعطل الجماعة في المسجد القريب بعدوله عنه إما لكونه إماماً، أو لأن الناس يحضرون بحضوره، فإقامة الجماعة في المسجد القريب أفضل.

الثانية: أن يكون إمام المسجد البعيد مبتدعاً كالمعتزلي وغيره<sup>(٣)</sup>، وإمام المسجد القريب بريئاً عن البدعة، فالصلاة في المسجد القريب أولى. قال الْمُحَامِلِيُّ وغيره: وكذا لو كان إمام المسجد البعيد<sup>(٤)</sup> حنفياً، لأنه لا يعتقد وجوب بعض الأركان، بل

(١) غريب وفي سنن البيهقي (٣/٣١) عن ابن مسعود - رضي الله عنه - أنه قال: والله الذي لا إله غيره، ما صلت امرأة صلاة أفضل من صلاة في بيتها، إلا مسجد مكة والمدينة، إلا عجزوز في منقلها. وانظر التلخيص (٢/٢٧).

(٢) قال النووي: الخلاف في كون الجماعة فرض كفاية أم عين أم سنة، هو في المكتوبات المؤديات، أما المنذورة فلا يشرع فيها الجماعة، وقد ذكره الرافعي في أثناء كلامه في باب الأذان، في مسألة لا يؤذن لمنذوره، وأما المقضية فليست الجماعة فيها فرض عين ولا كفاية قطعاً، ولكنها سنة قطعاً، وفي الصحيح أن رسول الله ﷺ صلى بأصحابه الصبح جماعة حين فاتتهم بالوادي، وأما القضاء خلف الأداء وعكسه؛ فجاز عندنا كما سيأتي - إن شاء الله تعالى - لكن الأولى الانفراد للخروج من خلاف العلماء، وأما النوافل فقد سبق في باب صلاة التطوع ما يشرع فيها الجماعة وما لا يشرع، وبعض قولهم لا يشرع لا تستحب، فلو صلى هذا النوع جماعة، جاز ولا يقال مكروه. فقد تظاهرت الأحاديث الصحيحة على ذلك. الروضة (١/٤٤٥).

(٣) وهو المنسوب إلى طائفة المعتزلة، أصحاب واصل بن عطاء وعمر بن عبيد.

(٤) هذا التعليل يقتضي طرد الحكم في المالكي وغيره من المخالفين وصرح به في شرح المهذب وبيان الفاسق كالمبتدع لأنه يكره إمامته وادعى في الكفاية الاتفاق على استثناء المبتدع والحنض وسواء في المسجد الكبير البعيد والقريب. وقيل: مسجد الجواز مع قلة الجماعة أولى وقال البغوي: يصلي فيه ثم يلحق الأكثر جماعة ليحرز الفضيلتين. وقال في التنبيه: وإن كان في جواره مسجد ليس فيه جماعة فإن فعلها من مسجد الجواز أفضل لكن قال في شرحه لا خلاف أن الذهاب لمسجد الجماعة أولى بل الجماعة في بيته أولى من الانفراد في المسجد واستثنى الأستاذ ما لو كان أحد الإمامين أولى بالإمامة فالحضور عنده أولى وهو أولى من الانفراد وما سبق

حكوا عن أبي إسحاق المروري أن الصلاة منفرداً أولى من الصلاة خلف الحنفي، وهذا مبني على جواز الصلاة خلفه، وفيه خلاف يأتي من بعد، وفي المسألة وجه آخر حكاه في «النهاية» أن رعاية حق الجوار أولى على الإطلاق، لأننا لو جوزنا العدول عن المسجد القريب، ولا شك أن يعدل عنه واحد بعد واحد، فيفضي إلى تعطيله.

وأما لفظ الكتاب فقوله: (وليست بواجبة) يعني به الوجوب على الأعيان، وهو معلم بالألف والواو وقوله: (تستحب للنساء) معلم بالحاء والميم وبالألف أيضاً لإحدى الروائيتين عن أحمد، والمراد أصل الاستحباب [ثم في كيفية الاستحباب] <sup>(١)</sup> ما سبق من الخلاف.

وقوله: (إلا إذا تعطل في جواره مسجد) ليس فيه إلا استثناء الحالة الأولى، وقد أستثنى كثير من الأصحاب الحالة الثانية أيضاً كما ذكرنا، ويجوز أن يعلم قوله: (في الجمع الكثير أفضل) بالواو، لأنه يدخل فيه ما إذ كان في جواره مسجد ولم يتعطل إذا لم يستثن إلا إذا تعطل، وقد ذكرنا وجهاً أن الأفضل رعاية حق الجوار، وإن لم يتعطل.

قال الغزالي: وَقَضِيْلَةُ الْجَمَاعَةِ لَا تَحْضُلُ إِلَّا بِإِدْرَاكِ رَكْعَةٍ مَعَ الْإِمَامِ، وَقَضِيْلَةُ التَّكْبِيْرَةِ الْأَوْلَى لَا تَحْضُلُ إِلَّا بِشُهُودِ تَحْرِيْمَةِ الْإِمَامِ وَأَتْبَاعِهِ عَلَى الْأَصْحَحِ.

قال الرافعي: في الفصل مسألتان:

إحدهما: فيما يحصل للمأموم به فضيلة الجماعة، الذي ذكره في الكتاب أنها لا تحصل إلا بإدراك ركعة مع الإمام، ووجهه في «الوسيط» بأن إدراك ما دون الركعة ليس محسوباً من صلاته، فلا ينال بها الفضيلة، والذي ذكره أصحابنا العراقيون وغيرهم وتابعهم صاحباً «المهذب» و«التهذيب» أن من أدرك الإمام في التشهد الأخير حصل له فضيلة الجماعة، وقد يوجه ذلك بأن هذه البقية إذا لم تكن محسوبة من صلاته، فلو لم ينل بها الفضيلة لمنع من الاقتداء والحالة هذه؛ لكونها زيادةً في الصلاة لا فائدة فيها، وبالجملة فظاهر المذهب الذي ذكره الجمهور خلاف ما في الكتاب.

المسألة الثانية: وردت أخبار في إدراك التكبيرة الأولى مع الإمام نحو ما روي أنه ﷺ قال: «مَنْ صَلَّى أَرْبَعِينَ يَوْماً فِي جَمَاعَةٍ يُدْرِكُ التَّكْبِيْرَةَ الْأَوْلَى كُتِبَ لَهُ بَرَاءَتَانِ،

استثناءه في المبتدع الفاسق والمخالف فإن الانفراد أولى من الصلاة خلفه. صرحوا به في الأوليين وأبو إسحاق في الثالثة، وقال السبكي، إن لم تحصل الجماعة إلا مع هذه الأحوال فكلامهم يشعر بأنه أفضل من الانفراد. قال: وقد صرحوا به في تفضيل المسجد القريب وما قدمناه أقرب إلى كلامهم وتصريحهم بكراهة الاقتداء بالفاسق ونحوه.

بِرَاءَةٌ مِنَ النَّارِ، وَبِرَاءَةٌ مِنَ النَّفَاقِ»<sup>(١)</sup> ولما في إدراكها من الفضل صار أبو إسحاق المروزي إلى أن الساعي إلى الجماعة يسرع إذا خاف فواتها؛ لكن الصحيح عند الأكثرين أن لا يسرع بحال لقوله ﷺ: «إِذَا أَقِيَمَتِ الصَّلَاةُ فَلَا تَأْتَوْهَا وَأَنْتُمْ تَسْعَوْنَ، وَأَتَوْهَا وَأَنْتُمْ تَمْسُونَ، وَعَلَيْكُمْ السَّكِينَةُ وَالْوَقَارُ»<sup>(٢)</sup>.

ثم بماذا يكون مدركاً للتكبير الأولى؟ فيه وجوه:

أظهرها: أن من شهد تكبيرة الإمام وأشتغل عقيبها بعقد الصلاة كان مدركاً لفضيلة التكبيرة الأولى، وإلا لم يكن مدركاً لها؛ لأنه إذا أجرى التكبير في غيبته لم يسم مدركاً.

والثاني: أن تلك الفضيلة تدرك بإدراك الركوع الأول.

والثالث: أن إدراك الركوع لا يكفي، بل يشترط إدراك شيء من القيام أيضاً.

والرابع: إن شغله أمر دنيوي لم يكن بإدراك الركوع مدركاً للفضيلة، وإن منعه عذر وأشتغال بأسباب الصلاة كالطهارة وغيرها كفاه إدراك الركوع.

قال الغزالي: وَمَهْمَا أَحَسَّ الْإِمَامُ بِدَاخِلٍ فِيهِ أَسْتَجَابَ الْأَنْتِظَارَ لِيُذَكِّرَ الدَّاخِلُ الرُّكُوعَ قَوْلَانِ، وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يُطَوَّلَ وَلَا أَنْ يُمَيَّزَ بَيْنَ دَاخِلٍ وَدَاخِلٍ.

قال الرافعي: مما يحتاج إلى معرفته في المسألة أن المستحب للإمام تخفيف الصلاة من غير ترك الأبعاض والهيئات، لما روي عن أنس - رضي الله عنه - قال: «مَا صَلَّيْتُ وَرَاءَ إِمَامٍ قَطُّ أَحْفَ صَلَاةً وَلَا أَتَمُّ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ»<sup>(٣)</sup>.

فإن رضي القوم بالتطويل، وكانوا منحصرين لا يدخل عليهم غيرهم فلا بأس حينئذ بالتطويل، ثم قال الأئمة: أنتظار الإمام في الصلاة وتطويله بها يفرض على وجوه:

منها: أن يصلي في مسجد سوق، أو محله، فيطول الصلاة ليلحق قوم آخر وتكثر الجماعة، فهذا مكروه لما فيه من سقوط الخشوع، وشغل القلب، ومخالفة قوله ﷺ: «إِذَا أُمَّ أَحَدُكُمْ فَلْيُخَفِّفْ»<sup>(٤)</sup>.

(١) أخرجه الترمذي (٢٤١) وانظر التلخيص (٢٧/١ - ٢٨).

(٢) أخرجه البخاري (٦٣٦) (٩٠٨) ومسلم (٦٠٢).

(٣) البخاري (٧٠٨) ومسلم (٤٦٩، ٤٧٠، ٤٧٣).

(٤) أخرجه مسلم (٤٦٨).



ومنها: أن يؤم في مسجد بحضرة رجل شريف فيطول الصلاة على الحاضرين ليلحق ذلك الرجل، فهذا مكروه أيضاً؛ لأنه ينفر الحاضرين ويُسَوِّشُ عليهم.

ومنها: أن يجس في صلاته بمجيء رجل يريد الاقتداء به، فله أحوال: أحدها: أن يكون في الركوع، وهي مسألة الكتاب فهل ينتظر ليدرك الركوع؟ فيه قولان:

أصحهما - عند إمام الحرمين وآخرين - : أنه لا ينتظره؛ لمطلق قوله ﷺ: «إِذَا أَمَّ أَحَدُكُمْ بِقَوْمٍ فَلْيُخَفِّفْ» ولأن أنتظاره يطول الصلاة على الحاضرين، والتطويل على الحاضرين لمسيوق وقد يكون مقصراً بتخلفه لا وجه له<sup>(١)</sup>.

والثاني: ينتظره؛ لما روي أنه ﷺ: «كَانَ يَنْتَظِرُ فِي صَلَاتِهِ مَا سَمِعَ وَقَعَ نَعْلٍ» وهذا كما أنه ينتظر في صلاة الخوف ذهاب قوم ومجيء قوم لينالوا فضيلة الجماعة، ثم ذكر الأئمة للقولين شرطين:

أحدهما: أن يكون الرجل الجائي حين ينتظر داخل المسجد، أما لو كان بعد خارجه فلا ينتظر قولاً واحداً.

والثاني: أن يقصد به الاحتساب والتقرب إلى الله تعالى، فأما لو قصد التودد إليه وأستمالته فلا ينتظر قولاً واحداً، ثم اختلفوا في أن القولين فيما إذا؟ على طرق قال معظم الأصحاب: ليس الخلاف في أستحباب الانتظار، ولا في أنه لو أنتظر هل تبطل صلاته أم لا؟ وإنما الاختلاف<sup>(٢)</sup> في الكراهة، فأحد القولين: إنه يكره وبه قال أبو حنيفة، ومالك، وأختاره المزني.

والثاني: لا يكره، وبه قال أحمد، وهو أصح القولين عند القاضي الروياني. وقال بعض الأصحاب: القولان في أنه هل يستحب الانتظار، ويحكى هذا عن القاضي أبي الطيب، وقال آخرون: في المسألة قولان:

أحدهما: أنه يكره.

والثاني: أنه يستحب، وهذا ما أورده صاحب «المهذب»، وقال: الأصح الثاني، وهذه الطريقة كالمركبة من الطريقتين الآخرين، ثم إذا قلنا: لا ينتظر فلو فعل هل تبطل صلاته؟ منهم من قال: فيه قولان كما لو زاد في صلاة الخوف على أنتظارين، وقطع المعظم بأنها لا تبطل، وركب في «الوسيط» من القول بالبطلان، ومما تقدم ثلاثة أقوال:

(١) أخرجه أحمد في المسند (٣٥٦/٤) وأبو داود (٨٠٢) وفي إسناده مجهول، انظر خلاصة البدر المنير (١٨٧/١).

(٢) في «ب» الخلاف.

أحدها: أنه يستحب الانتظار.

والثاني: أنه يكره.

والثالث: أنه لا يجوز، وتبطل الصلاة.

إذا عرفت ذلك فأنظر في لفظ الكتاب. وأعلم أن في لفظ «الداخل» من قوله: (وإذا أحس الإمام بداخل) ما ينبه على الشرط الأول، وهو تقييد الخلاف بانتظار من دخل المسجد، أو الموضع الذي تقام فيه الصلاة، فأما من لم يدخل بعد فلا ينتظر.

وأما الشرط الثاني وهو أن يكون قصده التقرب إلى الله تعالى فليس في لفظ الكتاب تعرض له، لكن الواقف على مقاصد الكلام يفهمه من قوله: (ولا أن يميز بين داخل وداخل) كما سيأتي.

وقوله: (ففي أستحياب الانتظار لدرك الداخل الركوع قولان) جواب على طريقة فرض الخلاف في الاستحياب، ثم المقابل لقول الاستحياب إنما هو عدم الاستحياب، ويمكن إدراج الحاصل من باقي الاختلافات فيه بأن يقال: إذا قلنا: لا يستحب، فهل يكره؟ فيه قولان: إن قلنا: يكره فهل يبطل الصلاة؟ فيه قولان، ويجوز أنه يعلم قوله: (قولان) بالواو، لأن القاضي أبى كج حكى طريقة عن بعض الأصحاب أن موضع القولين هو الانتظار في القيام، أما في الركوع فلا ينتظر قولاً واحداً، وعلل بأن القيام موضع تطويل، والركوع ليس موضع تطويل.

وأما قوله: (ولا ينبغي أن يطول) فهذا إشارة إلى أن الخلاف مفروض فيما إذا لم يطول الانتظار، فأما التطويل فيجتنبه، وهذا قد ذكره الصيدلاني وغيره وهو شرط ثالث مضموم إلى الشرطين السابقين.

قال إمام الحرمين: وليس المراد أصل التطويل، فإن الانتظار لا يوجد صورته إلا إذا طول وزاد على القدر المعتاد، ولكن ضبطه أن يقال: إن طول تطويلاً لو وزع على جميع الصلاة لظهر له أثر محسوس في الكل، فهذا ممنوع مه لإفراطه، وإن كان بحيث يظهر في الركوع، ولكن لا يظهر في كل الصلاة لو وزع، فهذا موضع الاختلاف، ويجوز أن يعلم قوله: (ولا ينبغي أن يطول) بالواو، لأن أبا علي قال في «الإفصاح»<sup>(١)</sup>: إن كان الانتظار لا يضر بالمأمومين، ولا يدخل عليهم مشقة، جاز كأنتظار النبي ﷺ في حَمَلِ أُمَامَةٍ، وَوَضَعِهَا فِي الصَّلَاةِ<sup>(٢)</sup>، وإن كان ذلك مما يطول ففيه الخلاف.

وقوله: (ولا أن يميز بين داخل، وداخل) المراد منه أن يعم أنتظاره الداخلين، فلا

(١) وهو شرح على المختصر وهو متوسط، انظر ابن قاضي شعبة (٢٨/١).

(٢) تقدم.

يخص به بعض القوم لصداقة، أو سيادة، وإذا عم فلا يقصد أستمالة قلوب الناس، والتودد إليهم، بل التقرب إلى الله تعالى كما تقدم، ويجوز الوسم بالواو هاهنا أيضاً لأمرين:

أحدهما: لأن أبا سعيد المتولي حكى عن بعض الأصحاب: أنه إن عرف الداخل بعينه لم ينتظره إذ لا يخلو عن تقرب إليه، وإن لم يعرفه بعينه أنتظره.

والثاني: أن صاحب «البيان» حكى عن بعضهم أنه إن كان الداخل ممن يلزم الجماعة وعرفه انتظره، وإن كان غريباً لم ينتظره، وكلا الوجهين يوجب التمييز بين الداخل والداخل.

الحالة الثانية: أن تكون الإمام حين أحس بالداخل في التشهد الأخير، فهل يؤخر السلام أنتظراً له بما سبق من الشرائط؟ ذكر معظم الأصحاب أن الخلاف يطرد فيه، لأن هذا الانتظار يفيد أيضاً من حيث إنه ينال من فضيلة الجماعة، وإن لم يدرك باللحوق فيه شيئاً من الركعات، وقياس قول من يقول: إنه لا يدرك فضيلة الجماعة إلا بإدراك ركعة مع الإمام أن يكون حكم الانتظار هاهنا حكمه في القيام ونحوه.

الحالة الثالثة: أن يكون في سائر الأركان من القيام والسجود وغيرهما، قطع الأكثرون بأنه لا ينتظره، لأنه لا فائدة للداخل في أنتظاره، فإنه بسبيل من إدراك الركعة، أو فضيلة الجماعة، وإن لم ينتظره، وذلك لأنه إن كان قبل الركوع فهو بإدراك الركوع يدرك الركعة، وإن كان بعد الركوع فبإدراكه في التشهد ينال فضيلة الجماعة، وحكى إمام الحرمين عن بعضهم طرد الخلاف في سائر الأركان لإفادة الداخل بركة الجماعة، وروينا عن ابن كج أن بعضهم خصص الخلاف بحالة القيام، وحيث قلنا: لا ينتظر، فلو أنتظر ففي البطلان ما سبق من الطريقتين.

قال الغزالي: وَمَنْ صَلَّى مُنْفَرِدًا فَأَدْرَكَ جَمَاعَةً يُسْتَحَبُّ لَهُ إِعَادَتُهَا ثُمَّ يَحْتَسِبُ اللَّهُ تَعَالَى أَيُّهُمَا شَاءَ.

قال الرافعي: من أنفرد بصلاة من الصلوات الخمس، ثم أدرك: جماعة يصلونها، فالمستحب له أن يعيدها معهم؛ لينال فضيلة الجماعة، وقد روي أن النبي ﷺ: «صَلَّى الصُّبْحَ فَلَمَّا فَرَغَ رَأَى رَجُلَيْنِ فِي آخِرِ الْقَوْمِ لَمْ يُصَلِّيَا مَعَهُ، فَقَالَ عَلِيٌّ بِهِمَا، فَجِيءَ بِهِمَا فَقَالَ: مَا مَنَعَكُمَا أَنْ تُصَلِّيَا مَعَنَا، فَقَالَا كُنَّا صَلَّيْنَا فِي رِحَالِنَا قَالَ: فَلَا تَفْعَلَا إِذَا صَلَّيْتُمَا فِي رِحَالِكُمَا، ثُمَّ أَتَيْتُمَا مَسْجِدَ جَمَاعَةٍ فَصَلِّيَا مَعَهُمْ فَإِنَّهَا لَكُمْ نَافِلَةٌ»<sup>(١)</sup>.

(١) أخرجه أبو داود (٥٧٥، ٥٧٦) والترمذي (٢١٩) والنسائي (١١٢/٢ - ١١٣) والدارقطني (١/١٣) وابن حبان، وأورده الهيثمي في الموارد (٤٣٤، ٤٣٥) والحاكم (١/٣٤٥ - ٢٤٦) وقال: إسناده صحيح.

وعند أبي حنيفة: يعيد الظهر والعشاء، ولا يعيد الصبح والعصر والمغرب، وذكر في «النهاية» أن شيخه حكى مثل ذلك وجهاً لبعض أصحابنا.

ووجهه: أن الصبح والعصر يستعقبان الوقت المكروه، فلا يصلي بعدهما، والمغرب وتر النهار، فلو أعيدت لصارت شفعاً، ونقل العراقيون وجه أنه يعيد ما سوى الصبح والعصر، وظاهر المذهب الأول والوجهان ضعيفان، وعند مالك يعيد كلها إلا المغرب، وبه قال أحمد وفي رواية يعيد المغرب أيضاً، لكن إذا سلم الإمام قام إلى ركعة أخرى فجعلها شفعاً، وإذا وقفت على ما ذكرناه علمت أنه لم أعلم قوله: (يستحب له إعادتها) بالحاء والميم والألف والواو، ولو صلى إحدى الخمس في جماعة، ثم أدرك جماعة أخرى، فهل يعيدها معهم؟ فيه وجوه:

أصحها: عند عامة الأصحاب أنه يعيد كما لو كان منفرداً؛ لإطلاق الخبر.

والثاني: وهو الأصح عند الصنيدلاني، وبه قال المصنف في «الوسيط»: أنه لا يستحب الإعادة؛ لأن فضيلة الجماعة حصلت، فلا معنى للإعادة بخلاف المنفرد.

قال الصنيدلاني: وعلى هذا يكره إعادة الصبح والعصر، دون غيرهما؛ لأنهما وقتا كراهة، والصلاة المعادة تطوع محض، على هذا الوجه قال، وعلى هذا فلو أعاد المغرب فينبغي أن يضم إليها ركعة أخرى، لأن ما أتى به تطوع محض، فليكن شفعاً، وأعلم أن المعاد إن كان تطوعاً محضاً، فقياس المذهب أن تمتنع الإعادة بنية المغرب، وسائر الوظائف الخمس، ولو فعل يكون صحة التطوع على الخلاف المذكور في التطوع بنية الظهر قبل الزوال.

والوجه الثالث: أنه إن كان في الجماعة الثانية زيادة فضيلة لكون الإمام أعلم أو وأورع، أو لكون الجمع أكثر، أو لكون المكان أفضل، فيستحب الإعادة، وإلا فلا.

والرابع: أنه يستحب إعادة الظهر والمغرب والعشاء، ولا يستحب إعادة الصبح والعصر، وقد سبق في المنفرد مثله، ثم إذا أستحبنا الإعادة في هذه المسألة وفيما إذا صلى منفرداً فأعاد، فالفرض منهما ماذا؟ فيه قولان:

الجديد - وبه قال أبو حنيفة<sup>(٧)</sup> وأحمد: أن الفريضة هي الأولى لما سبق من الحديث.

والقديم: أن الفريضة أحدهما لا بعينها، والله تعالى يحتسب بما شاء منهما، وربما قيل: يحتسب بأكملهما، ويروى هذا القول عن «الإمام»، وبه قال مالك.

ووجهه، بأنه لو كانت الثانية نفلًا على التعيين لما ندب إلى إقامتها بالجماعة، والذي ذكره في الكتاب هذا القول القديم، لكن الأكثرين قالوا بأن المذهب الجديد،

وحكي في «التتمة»: أن بعض الأصحاب صار إلى أنهما جميعاً يقعان عن الفرض.

وعن الشيخ أبي محمد: أن بعضهم؛ قال: فيما إذا صلى منفرداً؛ إن الفريضة هي الثانية لجمالها بالجماعة، فتبين بالآخرة أن الأولى نفل، فحاصل ما في المسألة قولان، ووجهان:

التفريع إن فرعنا على غير الجديد نوى الفرض في المرة الثانية، ولو كانت الصلاة مغرباً أعادها مثل المرة الأولى، وإن فرعنا على الجديد فهل ينوي الفرض؟ فيه وجهان: قال الصيّدلانيّ الصحيح أنه ينوي الفرض، وبه قال الأكثرون وأستبعده إمام الحرمين، وقال: كيف ينوي الفرض مع القطع بأن الثانية ليست بفريضة<sup>(١)</sup>، بل الوجه أن ينوي الظهر والعصر ولا يتعرض للفريضة، ويكون ظهره نفلاً كظهر الصبيّ، وهذا ما ذكره في «الوسيط» وفيه مباحثة قدمتها في أول «صفة الصلاة» وإذا كانت الصلاة مغرباً ففيه وجهان:

أظهرهما: أنه يعيدها كما فعل في المرّة الأولى<sup>(٢)</sup>.

والثاني: أن المستحب أن يقوم إلى ركعة أخرى إذا سلم الإمام حتى لا يصير وتره شفعا<sup>(٣)</sup>.

قال الغزالي: وَلَا رُخْصَةَ لَهُ فِي تَرْكِ الْجَمَاعَةِ إِلَّا بِعُذْرٍ عَامٍّ كَالْمَطَرِ وَالرِّيحِ الْعَاصِفَةِ بِاللَّيْلِ، أَوْ عُذْرٍ خَاصٍّ مِثْلِ أَنْ يَكُونَ مَرِيضاً أَوْ مُرَضّاً أَوْ خَائِفاً مِنَ السُّلْطَانِ أَوْ مِنَ الْغَرِيمِ وَهُوَ مُغْسِرٌ أَوْ كَانَ عَلَيْهِ قِصَاصٌ يَرْجُو الْعَفْوَ عَنْهُ أَوْ كَانَ حَاقِناً أَوْ جَائِعاً أَوْ عَارِياً.

قال الرافعي: لا رخصة للمتدين في ترك الجماعة، سواء جعلناها سنة، أو فرض كفاية إلا إذا كان ثمّ عُذْر، لما روي أنه ﷺ قال: «مَنْ سَمِعَ النَّدَاءَ فَلَمْ يَأْتِهِ فَلَا صَلَاةَ لَهُ إِلَّا مِنْ عُذْرٍ»<sup>(٤)</sup> ثمّ الأعذار قسمان: عامة وخاصة.

(١) في «ب» بفريضة.

(٢) قال في المهمات عن هذا الوجه قد نقله الترمذي في جامعة عن الشافعي وما نقله الترمذي بعضه رواه البويطي وبعضه رواه أبو الوليد المكي وأما غير ذلك فنقله أبو ثور وحينئذ فيكون الشافعي - رضي الله عنه - نصّ عليه في الجديد لأنه المكي صحب الشافعي بمصر ثم عاد إلى مكة، وتوفي بها واسمه عبد الله بن الزبير وعلل الغزالي في الوسيط هذه المقالة بعد تعليل الرافعي فقال: وقيل إن كان في المغرب يزيل رفعه حتى لا يبقى وترأ فإن أحب في النوافل الشفع والتعليلان صحيحان.

(٣) قال النووي: الراجح: اختيار إمام الحرمين. ويستحب لمن صلى إذا رأى من يصلي تلك الفريضة وحده، أن يصلحها معه ليحصل له فضيلة الجماعة. والله أعلم. روضة الطالبين (١/٤٤٩).

(٤) أخرجه أبو داود (٥٥١) وإسناده ضعيف، وابن ماجه (٧٩٣) وابن حبان (٢٠٥٥) والحاكم (١/٢٤٥ - ٢٤٦) وقال: صحيح على شرط الشيخين، انظر التلخيص (٢/٣٠ - ٣١).

فمن الأعدار العامة المطر ليلاً كان أو نهاراً؛ لما روي أنه ﷺ قال: «إِذَا ابْتَلَّتِ النَّعَالَ فَالصَّلَاةُ فِي الرَّحَالِ»<sup>(١)</sup>.

ومنها الريح العاصفة بالليل دون النهار، روى أنه ﷺ: «كَانَ يَأْمُرُ مُنَادِيَهُ فِي اللَّيْلَةِ الْمُطِيرَةَ، وَاللَّيْلَةَ ذَاتَ الرِّيحِ أَلَّا صَلُّوا فِي رِحَالِكُمْ»<sup>(٢)</sup>.

والمعنى فيه أن المشقة التي تلحق بها في الليل أكثر، وبعض الأصحاب يقول: الريح العاصفة في الليلة المظلمة، وليس ذلك على سبيل اشتراط الظلمة - والله أعلم -.

ويتبين بما ذكرنا أن قوله: (بالليل) في نظم الكتاب يرجع إلى الريح وحدها، ولا يرجع إلى المطر المعطوف عليه، ومن الأعدار الخاصة المرض «قِيلَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ مَا الْعُزْرُ؟ فِي الْخَبْرِ الَّذِي سَبَقَ فَقَالَ: «خَوْفٌ أَوْ مَرَضٌ».

ولا يشترط أن يبلغ مبلغاً يجوز القعود في الفريضة، لكن المعتبر أن تلحقه مشقة مثل ما يلقاه الماشي<sup>(٣)</sup> في المطر، قاله في «النهاية» ومنها: أن يكون ممرضاً، وللتمريض تفصيل يذكر في «كتاب الجمعة».

ومنها: أن يخاف على نفسه أو ماله أو على من يلزمه الذب عنه من سلطان أو غير سلطان يظلمه، أو يخاف من غريم يلازمه، أو يحبسه إن رآه، وهو معسر ولا يجد وفاء لدينه فله التخلف، ولا عبرة بالخوف ممن يطالبه بحق هو ظالم في منعه، بل عليه الحضور، وتوفية ذلك الحق، ويدخل في صور الخوف على المال ما إذا كان خبره في التنور، وقدره على الثَّارِ، وليس ثَمَّ من يَتَعَهَّدُهَا لو سعى إلى الجماعة. ومنها: أن يكون عليه قصاص، ولو ظفر به المستحق لقتله وكان يرجو العفو مجاناً، أو على مال لو غيب الوجه أياماً وسكن الغليل فله التخلف بذلك، وفي معناه حد القذف دون حد الزنا، وما لا يقبل العفو.

قال إمام الحرمين: وفي هذا العذر إشكال عندي؛ لأن موجب القصاص من الكبائر، فكيف يستحق صاحبه التخفيف، وكيف يجوز تغييب الوجه عن المستحق.

ومنها: أن يدافع أخبثيه، أو يدافع الريح بل الصلاة مكروهة في تلك الحالة، والمستحب أن يفرغ نفسه، ثم يصلي [وإن]<sup>(٤)</sup> فاتت الجماعة فلا بأس، روي أنه ﷺ

(١) غريب بهذا اللفظ، نعم في مستدرک الحاكم (١/٢٩٢ - ٢٩٣) عن أبي سعيد مرفوعاً (إذا كان مطر وابل فصلوا في رحالكم) وصححه، وفيه نظر.

(٢) متفق عليه أخرجه البخاري (٦٦٦) ومسلم (٤٩٧).

(٣) في «ط» المنشء. (٤) في أفان.

قال: «لَا يُصَلِّيَنَّ أَحَدُكُمْ وَهُوَ يُدَافِعُ الْأَخْبَثِينَ»<sup>(١)</sup>. وروي أيضاً: «إِذَا أُقِيمَتِ الصَّلَاةُ فَوَجَدَ أَحَدُكُمْ الْغَائِطَ فَلْيَبْدَأْ بِالْغَائِطِ»<sup>(٢)</sup>.

وهذا إذا كان في الوقت سعة، فإن كان يخرج الوقت لو قضى حاجته ففي «التهذيب» حكاية وجهين:

أظهرهما: أنه يبدأ بالصلاة.

والثاني: أنه يقضي حاجته وإن فات الوقت ثم يقضي، كما لو خاف فوت الوقت لو أشتغل بالوضوء يلزمه الوضوء، ويشبه أن يكون هذا الوجه ذهاباً من صاحبه إلى أنه لا تصح الصلاة إذا ضاق الأمر عليه لانسلاخ الخشوع، وقد حكى إمام الحرمين الذهاب إلى البطلان عن القاضي الحسين، وصاحب «البيان» عن أبي زيد المروزي، لكن أبا سعيد المتولي جعل الخلاف في أن الأولى أن يفرغ نفسه، أو أن يصلي لا في بطلان الصلاة على المدافعة.

وقوله في الكتاب: (أو كان حاقناً) يجوز أن يقرأ بالباء، ويجوز أن يقرأ بالنون فالحاقب هو الذي أحتاج إلى الخلاء، فلم يبرز حتى حضر غائطه، والحاقد في البول كالحاقب في الغائط، قاله في الغريين<sup>(٣)</sup>.

ومنها: أن يكون به جوع شديد، أو عطش شديد، وقد حضر الطعام والشراب ونفسه تتوق إليه فيبدأ بالأكل والشرب، لما روي أنه ﷺ قال: «إِذَا حَضَرَ الْعَشَاءُ وَأُقِيمَتِ الصَّلَاةُ فَابْدَأُوا بِالْعَشَاءِ»<sup>(٤)</sup>.

قال الأئمة: وليس المراد منه أن يستوفي ما يشبع لكن يأكل لقمًا يكسر سورة جوعه، ويؤخر الباقي إلا أن يكون الطعام مما يؤتى عليه دفعة واحدة كالسويق واللبن أستثناه المحاملي وغيره، فإن خاف فوات الوقت لو أشتغل بالأكل حكى في «التممة»<sup>(٥)</sup> [فيه] وجهين في أن الأولى ماذا كما في مدافعة الأخبثين.

(١) أخرجه ابن حبان (٢٦٠٤، ٢٦٠٥).

(٢) أخرجه أبو داود (٨٨) والترمذي (١٤٢) والنسائي (١١٠/٢) وابن ماجه (٦١٦) وابن حبان (٢٠٦٢) والحاكم ٦٨/١ وقال: صحيح على شرط الشيخين.

(٣) للهروي.

(٤) أخرجه البخاري من حديث ابن عمر (٦٧٣) (٦٧٤، ٥٤٦٤) ومسلم (٥٥٩) ومن حديث عائشة عند البخاري (٦٧١، ٥٦٥) ومسلم (٥٥٨) ومن حديث أنس عند البخاري (٦٧٢، ٥٤٦٣) ومسلم (٥٥٧).

(٥) سقط في «ط».

ومنها: أن يكون عارياً لا لباس له<sup>(١)</sup> فيعذر في التخلف، سواء وجد قدر ما يستر به العورة، أو لم يجد، هذه هي الأعذار المذكورة في الكتاب، ويلتحق<sup>(٢)</sup> بها أعذار أخرى.

فمن العامة الوحل، وسيأتي في «كتاب الجمعة» ومنها: السموم وشدة الحر في وقت الظهر فإن الإبراد بها محبوب كما سبق، فلو أقاموا الجماعة ولم يبردوا كان له أن يتخلف.

ومنها: شدة البرد.

قال في «التهذيب»: إنها عذر، ولم يفرق بين الليل والنهار، وعلى هذا فشدّة الحر في معناها، وربما يبقى العذر وإن أبردوا، ومن الأعذار الخاصة أن يريد السفر وترتحل الرفقة، فله أن يتخلف عن الجماعة ولا يتخلف عنهم.

ومنها: أن يكون مُنْشِدَ ضَالَّةٍ يَرجو الظفر بها لو ترك الجماعة، أو وجد من غصب ماله وأراد أسترداده منه.

ومنها: أن يكون قد أكل بصلاً أو كراثاً<sup>(٣)</sup> ونحوهما ولم يمكن إزالة الرائحة بغسل، ومعالجة، فهو عذر في التخلف عن الجماعة، فإن كان مَطْبُوحاً فلا، وذلك القدر محتمل.

ومنها: غلبة النوم عدها صاحب «العدة» وغيره من الأعذار.

(١) علله النووي في شرح المذهب بأن عليه مشقة في مشيه بغير ثوب يليق به ويؤخذ من هذا التعليل أمران:

أحدهما: إن المعتبر في هذا اللباس هو عادته التي يشق عليها تركها.

الثاني: إن ما لا يليق به كالبقاء في حق الفقيه يكون كالمعدم وقد صرح به بعضهم.

قال الزركشي: حكاه في البحر عن بعض الأصحاب.

(٢) في «ب» ويلحق.

(٣) عدها صاحب العدة وغيره من الأعذار قد أوضح ذلك في شرح المذهب فقال: من الأعذار غلبة النعاس والنوم إن انتظر الجماعة ومن الأعذار الزلزلة نقله النووي في الروضة وشرح المذهب عن الماوردي والسمن المفرط الذي يمنع الشخص من حضور الجماعة كذا ذكره ابن حبان في صحيحه ثم روى بإسناد صحيح إلى أنس بن مالك أن رجلاً من الأنصار كان رجلاً ضخماً فقال لرسول الله ﷺ إني لا أستطيع الصلاة معك فلو أتيت منزلي نصلي فيه فاقتدي بك فصنع الرجل له طعاماً ودعاه إلى بيته فبسط له طرف حصير لهم فصلى عليه ركعتين.



## الفصل الثاني

### في صفات الأئمة

قال الغزالي: وَكُلُّ مَنْ لَا تَصِيحُ صَلَاتُهُ صِحَّةً تُغْنِيهِ عَنِ الْقَضَاءِ فَلَا يَصِيحُ أَقْتِدَاءَ بِهِ، وَمَنْ صَحَّتْ صَلَاتُهُ صَحَّ أَقْتِدَاءُ بِهِ، إِلَّا أَقْتِدَاءَ الْقَارِيءِ بِالْأَمِيِّ عَلَى الْقَوْلِ الْجَدِيدِ، وَمَنْ لَا يُحْسِنُ حَرْفًا مِنَ الْفَاتِحَةِ، وَالْمَأْمُومُ يُحْسِنُهُ فَهُوَ أَمِيٌّ فِي حَقِّهِ، وَيَجُوزُ أَقْتِدَاءُ الْأَمِيِّ بِمِثْلِهِ، وَلَا يَصِيحُ أَقْتِدَاءَ الرَّجُلِ بِالْمَرْأَةِ وَلَا بِالْحُنْثَى وَلَا أَقْتِدَاءَ الْحُنْثَى بِالْحُنْثَى، وَيَصِيحُ أَقْتِدَاءَ الْمَرْأَةِ بِالْحُنْثَى وَبِالرَّجُلِ.

### القول في صفة الأئمة:

قال الرافعي: صفات الأئمة ضربان: مشروطة، ومحبوبة، وقد ضمن الفصل ما أراد إيراده.

فأما المشروطة فنأتي منها بما ذكره في الكتاب، وما أهمله في تقسيم نرسمه، ونقول: الإنسان لا يخلو إما أن لا تكون صلواته صحيحة عنده، وعند المأموم معاً، وإما أن تكون صحيحة.

القسم الأول: أن لا تكون صحيحة عندهما معاً فينظر إن توافق اعتقاد الإمام والمأموم على أنه لا صحة لها، ولا اعتبار كصلاة من به حدث أو جنابة، وصلاة من بثوبه نجاسة ونحو ذلك، فلا يجوز لمن علم حاله الأقتداء به؛ لأنه ليس من أهل الصلاة، وكذلك الكافر لا يجوز الأقتداء به، وإذا صلى الكافر لم يجعل بذلك مسلماً خلافاً لأبي حنيفة، حيث جعله مسلماً بذلك في بعض الأحوال، ولأحمد حيث جعله مسلماً بكل حال، وعن القاضي أبي الطيب: أنه إذا صلى الحربي في دار الحرب حكم بإسلامه، ويحكي ذلك عن نص الشافعي - رضي الله عنه -، والمذهب المشهور هو الأول، ثم إذا لم تسمع منه كلمتا الشهادة، فإن سمعنا منه في التشهد، ففي الحكم بإسلامه ما قدمنا فيما إذا أذن<sup>(١)</sup>، وإن كانت صحيحة في اعتقاد الإمام دون المأموم، أو بالعكس فهذا يفرض على وجهين:

أحدهما: أن يكون ذلك لاختلافهما في الفروع الأجهادية كما إذا مس الحنفي فرجه وصلى ولم يتوضأ، أو ترك الاعتدال في الركوع والسجود، أو قرأ غير الفاتحة في

(١) التفصيل بين العسوي وغيره فإن كان غير عسوي حكم بإسلامه على الصحيح وإن كان عسويًا لم يحكم بإسلامه وهذا ظاهر جلي لا خفاء فيه.

صلاته ففي صحة اقتداء الشافعي به وجهان:

أحدهما - وبه قال القفال -: تصح؛ لأن صلته صحيحة عنده، وخطؤه غير مقطوع به، فلعل الحق ما ذهب إليه.

والثاني - وبه قال الشيخ أبو حامد -: لا تصح؛ لأن صلاة الإمام فاسدة في اعتقاد المأموم، فأشبهه ما لو اختلف أجتهد رجلين في القبلة لا يقتدي أحدهما بالآخر، وهذا أظهر عند الأكثرين، ولم يذكر الروياني في «الحلية» سواه، وبه أجاب صاحب الكتاب في «الفتاوى»، لكن بشرائط ليس من غرضنا ذكرها، ولو أن الحنفي صلى على وجه لا يعتقده صحيحاً، وأقتدى الشافعي به وهو يعتقده صحيحاً انعكس الوجهان، فعلى ما ذكره القفال لا يصح الاقتداء اعتباراً بحال الإمام، وعلى ما ذكره أبو حامد يصح اعتباراً بأعتقاد المأموم.

وحكى أبو الحسن العبادي أن الأودني<sup>(١)</sup>، والحلي قالوا: إذا أمّ الوالي، أو نائبه بالناس ولم يقرأ التسمية والمأموم يراها واجبة فصلاته خلفه صحيحة عالماً كان أو عامياً، وليس له المفارقة لما فيها من الفتنة، وهذا حسن.

وقضيته: الفرق بين الإمام وخلفائه، وبين غيرهم، أما إذا حافظ الحنفي على جميع واجبات الطهارة والصلاة عند الشافعي فأقتداؤه به صحيح عند الجمهور، وعن الأستاذ أبي إسحاق الإسفراييني أنه لا تصح؛ لأنه لا يأتي بها [على اعتقاد]<sup>(٢)</sup> الوجوب، وعلى الأول لو شك في أنه هل أتى بها أم لا؟ فقد ذكر صاحب الكتاب في «الفتاوى» أنه يجوز الاقتداء به، كما لو علم أنه حافظ عليها، لأن الظاهر إتيانه بها إقامة لما يعتقده سنة، وتوقياً عن شبهة الخلاف.

(١) أبو بكر، محمد بن عبد الله بن محمد بن بصير الأودني، قال فيه الحاكم: كان شيخ الشافعية بما وراء النهر، وكان من أزهد الفقهاء، وإنابة، وأورعهم، وأعبدهم، وأبكاهم على تقصيره، وأشدهم تواضعاً، قال: وتوفي ببخارى، سنة خمس وثمانين وثلثمائة، ونقله عنه النووي في تهذيبه. قال: ودفن بمحلة من بخارى، يقال لها: كلاباذ بكاف مفتوحة، وباء موحدة، أخذ عن أبي منصور بن مهران، قال الإمام في النهاية: وكان من دأبه أن يمن بالفقه على من لا يستحقه، وإن ظهر بسببه أثر الانقطاع عليه في المناظرة. وأودنة: قرية من قرى بخارى، وهي بفتح الهمزة، كما نقله ابن الصلاح، عن كمال لابن ماکولا، وعن خط ابن السمعاني في الأنساب، واقتصر عليه وذكر ابن خلكان أن ابن السمعاني قال: إنه بالضم، وإن الفتح من خطأ الفقهاء ولم يذكر غيره، أعني ابن خلكان الأسنوي (٢٣٥) انظر طبقات العبادي ص ٩٢ تهذيب الأسماء واللغات (١٩١/٢).

(٢) في «ط» اعتقاداً.

وحكى أبو الفرج البراز عن الشيخ أبي علي أنه لا يصح الأقتداء به كما لو [عرف] أنه لم يأت بها، وحكي عن الشيخ أبي حامد الصّحة، كما قاله صاحب الكتاب في «الفتاوى»، وإذا عرفت ذلك وسئلت عن أقتداء الشافعي بالحنفي مطلقاً فقل: فيه ثلاثة أوجه:

ثالثها - وهو الأظهر - : الفرق بين أن يحافظ على الواجبات، وبين أن يتركها، ولك أن تضم إليها وجهاً فارقاً على ما قدمناه، ولو أقتدى الحنفي بالشافعي، وصلى الشافعي على وجه لا يراه الحنفي، كما لو أقتصد وصلى، ففيه الخلاف، وإذا جوزنا أقتداء أحدهما بالآخر فلو صلى الشافعي الصبح خلف حنفي، ومكث الحنفي بعد الركوع قليلاً وأمكته أن يقنت فيه فعل، وإلا تابعه، وهل يسجد للسهو؟ إن أعتبرنا اعتقاد المأموم: نعم فإن أعتبرنا أعتقاد الإمام فلا، ولو صلى الحنفي الصبح خلف الشافعي وترك الإمام القنوت ساهياً، وسجد للشهر تابعه المأموم، وإن ترك الإمام سجود السهود سجد المأموم إن أعتبرنا أعتقاد، وإلا فلا.

والثاني: أن لا يكون ذلك لأختلافهما في الفروع، فلا يجوز لمن أعتقد بطلان صلاة غيره أن يقتدى به، وذلك كما إذا أجتهد أثنان فصاعداً في القبلة وأختلف أجتهداهم، لم يجز لبعضهم الأقتداء ببعض؛ لأن صلاة كل واحد منهم باطلة عند أصحابه، وكذا لو أشتبه إناء إن طاهر ونجس، وأختلف فيهما أجتهد رجلين، ولو كثرت الأواني والمجتهدون وأختلف أجتهداهم فحيث تعين عند المأموم بطلان صلاة الإمام أمتنع الأقتداء، وحيث لا يتعين جاز الأقتداء، وفيه وجه أنه لا يجوز أيضاً، وهذا هو الكلام الجملي فيه، ونوضحه بصورتين:

إحدهما: لو أشتبه ثلاثة أو أن، وأجتهد فيها ثلاثة، وأستعمل كل واحد منهم واحداً لأداء أجتهداه إلى طهارته، فإن كان الطاهر منها واحداً لم يجز أقتداء بعضهم ببعض، وإن كان النجس منها واحداً وأراد أحدهم أن يقتدي بآخر فإن ظن طهارة إناء أحد صاحبين كما ظن طهارة إناء نفسه، فلا خلاف في جواز أقتدائه به، وأمتنع أقتدائه بالثالث، وإن لم يظن إلا طهارة إناءه، ففي المسألة وجهان: قال صاحب «التلخيص»: لا يجوز لواحد منهم الأقتداء بواحد من صاحبيه، لأنه يتردد في أن المحدث المستعمل للنجاسة هذا أم ذلك، وليس أحد الاحتمالين بأولى من الآخر، فيمتنع الأقتداء، كما يمتنع الأقتداء بالخنثى لتعارض احتمالي الذكورة والأنوثة، وقال ابنُ الحَدَّادِ - وهو الأصح -: يجوز لكل واحد منهم أن يقتدي بواحد من صاحبيه، ولا يجوز أن يقتدي بهما جميعاً في صلاتيه، أما الأول فلأنه لا يدري نجاسة إناء من يقتدي به، وبقاء حديثه، وإذا لم يعلم المأموم من حال الإمام ذلك سومح، وجوز الأقتداء على ما

سيأتي، وأما الثاني فلأنه إذا أقتدى بأحدهما تعين إناء الثالث للنجاسة فأمتنع الأقتداء به، وبهذا قال أبو إسحاق المروزي إلا أنه قال: لو أقتدى بهما جميعاً وجب إعادة الصلاتين؛ لأن إحداهما باطلة لا بعينها، فيلزمه قضاؤهما، وعند ابن الحداد والأكثرين: لا يجب إلا قضاء الثانية فإنه لو أقتصر على الأقتداء الأول لما كان عليه قضاء الثانية، ولو كانت الأواني خمسة، والنجس منها واحد، وظن كل واحد بعد الاجتهاد طهارة أحدهما، ولم يظن شيئاً من حال الأربعة الباقية، وأم كل واحد منهم أصحابه في واحدة من الصلوات الخمس، وبدؤوا بالصُّبْح فعند صاحب «التلخيص» على كل واحد منهم إعادة الصلوات الأربع التي كان مأموماً فيها، وعند ابن الحداد والأكثرين: يعيد كل واحد منهم آخر صلاة كان مأموماً فيها، ويلزم من ذلك أن يعيد كلهم العشاء إلا إمام العشاء، فإنه يعيد المغرب، وإنما أعادوا العشاء؛ لأن بزعمهم تتعين النجاسة في حق إمام العشاء، وإنما أعاد إمام العشاء المغرب؛ لأنه صحت له الصبح والظهر والعصر عند أئمتها، وهو متطهر عنده، فيتعين بزعمه النجاسة في حق إمام المغرب.

وعند أبي [حنيفة]<sup>(١)</sup> يعيد كل واحد منهم جميع الأربع التي كان مأموماً فيها؛ لأنه أقتدى في واحدة منها بمن توضع بماء نجس، وهي غير متعينة، فصار كما لو نسي واحدة من أربع، وحكي عن بعض الأصحاب: طريقة أخرى، وهي أن هذه الوجوه فيما إذا سمع من بين خمسة نفر صوت حدث، ونفاه كل واحد عن نفسه، وأموا على ما ذكرنا، فأما في مسألة الأواني: فكل واحد يعيد آخر صلاة كان مأموماً فيها بلا خلاف.

والفرق أن الاجتهاد في الأواني جائز، فكان لك واحد أجتهد في إناءه وإناء إمامه إلى أن تعينت النجاسة في الآخر، ولا مجال للاجتهاد في مسألة الصوت، ولو كانت المسألة بحالها لكن النجس من الأواني الخمس أثنان صحت صلاة كل واحد منهم خلف اثنين، وبطلت خلف اثنين، ولو كان النجس ثلاثة صحت صلاة كل واحد منهم خلف واحد، ولو كان أربعة أمتنع الأقتداء بينهم على الإطلاق.

القسم الثاني: أن تكون صلاته صحيحة عنده وعند المأموم معاً، فلا يخلو؛ إما أن تصح صحة غير مغنية عن القضاء، وإما أن تصح صحة مغنية عن القضاء، فإن لم تكن مغنية عن القضاء كصلاة من لم يجد ماء ولا تراباً، فلا يجوز الأقتداء به للمتوضىء والمتميم الذي لا يقضي؛ لأن تلك الصلاة إنما يؤتى بها لحق الوقت، وليست هي معتداً بها، فأشبهت الفاسدة، ولو أقتدى به من هو في مثل حاله ففيه وجهان للشيخ أبي محمد:

(١) سقط في ط.

أحدهما: يجوز، لأن الصلاتين متماثلتان، فيجزىء الأقتداء فيهما، ثم يقضيان.  
والثاني: لا؛ لأن ربط الأقتداء بما لا يعتد به كربط الأقتضاء بالصلاة الفاسدة، وهذا أوفق لإطلاق الأكثرين حيث منعوا الأقتداء به، ولم يفصلوا في معنى صلاة من لم يجد ماء، ولا تراباً صلاة المقيم المتميم لعدم الماء، وصلاة من أمكنه أن يتعلم الفاتحة، فلم يتعلم ثم صلى لحق الوقت، وصلاة العاري، وصلاة المربوط على الخشبة إذا ألزمناه الإعادة على هؤلاء، وقد سبق بيان الخلاف فيه، أما إذا صحَّت الصلاة صحة مغنية عن القضاء فلا يخلو الحال، إما أن يكون المصلي مأموماً أو لا يكون، فإن كان مأموماً لم يجز الأقتداء به؛ لأنه تابع لغيره، ويلحقه سهو ذلك الغير، ومنصب الإمام يقتضي الاستقلال وتحمل سهو الغير فلا يجتمعان، ولو رأى رجلين واقفين أحدهما بجنب الآخر يصليان جماعة، وتردد في أن الإمام هذا أم ذاك لم يجز الأقتداء بواحد منهما حتى يتبين له الإمام، ولو ألتبس على الواقفين فأعتقد كل واحد منهما أنه المأموم فصلاتهما باطلة؛ لأن كل واحد منهما مقتد بمن يقصد الأتتمام، وكذلك لو كان كل واحد منهما شاكاً. لا يدري أنه إمام أو مأموم فصلاتهما باطلة، وإن اعتقد كل واحد منهما أنه إمام صحت صلاتهما، وإن شك أحدهما في حالة دون الآخر بطلت صلاة الشاك، وغير الشاك إن ظن أنه إمام صحت صلاته، وإن ظن أنه مأموم فلا، وإن لم يكن المصلي مأموماً فلا يخلو إما أن يُخْلَ بالقراءة أو لا يُخْلَ، فإن أخل بأن كان أمياً ففي صحة أقتداء القارئ به قولان:

الجديد: أنه لا يصح، وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد؛ لأن الإمام يصدر لحمل القراءة عن المأموم بحق الإمامة بدليل المسبوق، فإذا لم يحسنها لم يصلح للتحمل.

والقديم: أنه إن كانت الصلاة سرية صح الأقتداء، وإلا فلا؛ بناء على القول القديم في أن المأموم لا يقرأ في الجهرية بل يتحمل عنه الإمام، فإذا لم يحسن القراءة لم يصلح للتحمل، وفي السرية يقرأ المأموم لنفسه، فيجزئه ذلك، هذا نقل جمهور الأصحاب، منهم الشيخ أبو حامد، والقاضي ابن كج والصيدلاني، والمسعودي، وذكر معظمهم أن أبا إسحاق خرج قولاً ثالثاً على الجديد: أن الأقتداء [به] صحيح، سواء كانت الصلاة سرية أو جهرية؛ لأن المأموم تلزمه القراءة في الحالتين فيجزئه ذلك، كما قال بإجزائه في السرية في القديم، ومنهم من لم يثبت هذا القول الثالث، ومأخذ الطريقتين على ما ذكره الصيدلاني أن أصحابنا اختلفوا في نصين للشافعي - رضي الله عنه - خالف الآخر الأول هل يكون الآخر رجوعاً عن الأول أم لا؟ منهم من قال: نعم، فعلى هذا لا يأتي في الجديد إلا قول واحد أنه لا يصح أقتداء<sup>(١)</sup> القاري بالأمي، ومنهم

من قال: لا يكون رجوعاً؛ لأنه قد ينص في موضع واحد على قولين، فيجوز أن يذكرهما متعاقبين، فعلى هذا يخرج قول آخر في الجديد كما سبق، وإذا أثبتنا القول الثالث فأبو إسحاق مسبوق به؛ لأنه قد ذهب إليه المزني، وخرجه على أصول الشافعي - رضي الله عنه - وعكس صاحب الكتاب في «الوسيط» ما ذكره الجمهور في القول الثاني، والثالث فجعل الثاني قولاً مخرجاً، والثالث منصوصه في القديم، ثم الأمي على أصلنا هو الذي لا يحسن بعض الفاتحة أو كلها؛ لِحَرْسٍ ونحوه، ويدخل في هذا التفسير الأرت وهو الذي يدغم حرفاً في غير موضع الإدغام.

وقال في «التهذيب»: هو الذي يبذل الراء بالثناء، والألثغ: وهو الذي يبذل حرفاً بحرف كالتسِين بالثناء، فيقول: «المتتقيم» أو الراء بالغين فيقول: «غِيغ المغضوب» ويدخل الذي في لسانه رخاوة تمنع أصل التشديدات، والخلاف الذي ذكرناه في اقتداء القارئ بالأمي فيما إذا لم يطاوعه لسان، أو طاوعه لكن لم يمض عليه من الزمان ما يمكنه التعلُّم فيه، فإذا مضى وقَصَّرَ بترك التعلم فلا يقتدي به بلا خلاف؛ لأن صلاته حينئذ مقضية يؤتى بها لِحَقِّ الوقت كصلاة من لم يقدر على الماء والتراب، ويجوز اقتداء الأمي بأمي مثله لاستوائهما في النقصان كأقتضاء المرأة بالمرأة، [ولو] حضر رجلان كل واحد منهما يحسن بعض الفاتحة، إن كان ما يحسنه هذا يحسنه ذلك جاز اقتداء كل واحد منهما بالآخر، وإن أحسن أحدهما غير ما يحسنه الآخر فأقتداء أحدهما بالآخر كأقتداء القارئ بالأمي، ففي الخلاف الذي سبق، وعليه يخرج اقتداء الأرت بالألثغ، وبالعكس؛ لأن كل واحد منهما قارئ ما ليس صاحبه فيه بقارئ.

وتكره إمامة التمام والفأفاء<sup>(١)</sup>، ويجوز الاقتداء بهما؛ لأنهما لا ينقصان شيئاً ويزيدان زيادة هما معذوران فيها، وتكره إمامة من يلحن في القراءة، ثم ننظر إن كان لحناً لا يغير المعنى ولا يبطله كرفع الحاء من الحمد لله فتجوز صلاته، وصلاة من اقتدى به، وإن كان بغير المعنى كقوله: أنعمت عليهم أو يبطله كقوله: بالمستقين، فإن كان يطاوعه لسانه ويمكنه التعلم فيلزمه ذلك، فلو قَصَّرَ وضاق الوقت صَلَّى وقَصَّى، ولا يجوز الاقتداء به، وإن لم يطاوعه لسانه أو لم يمض ما يمكن التعلم به، فإن كان في الفاتحة فصلاة مثله خلفه صحيحة، وصلاة صحيح اللسان خلفه كأقتداء القارئ بالأمي، وإن كان في غير الفاتحة صحت صلاته وصلاة من خلفه.

(١) قال النووي: التمام، من يكرر التاء والفأفاء، من يكرر الفاء، ويتردد فيها وهو بهمزتين بعد الفأفين، بالحد من آخره - والله أعلم - . قال في البيان وكذا من يكرر الواو وقال الأسنوي في مهماته وكذا تكرير سائر الحروف للتطويل. روضة الطالبين (١/٤٥٥).

قال إمام الحرمين: ولو قيل: ليس لهذا الذي يلحن في غير الفاتحة [أن] <sup>(١)</sup> يقرأ ما يلحن فيه؛ لأنه يتكلم في صلاته بما ليس من القرآن، ولا ضرورة إليه لما كان بعيداً - والله أعلم -.

هذا تمام قسم الإخلال، وإن لم يخل بالقراءة فلا يخلو إما أن يكون رجلاً، أو امرأة، أو خنثى مشكل، فأما الرجل فيصح أقتداء الرجال والنساء به، وأما المرأة فيصح أقتداء النساء بها، ولا يصح أقتداء الرجل بها؛ لما روي: أنه ﷺ قال: «أَلَا لَا تُؤْمِنَنَّ امْرَأَةٌ رَجُلًا، وَلَا أَعْرَابِيٌّ مُهَاجِرًا» <sup>(٢)</sup>.

ولا يجوز أقتداء الخنثى بها أيضاً؛ لجواز أن يكون رجلاً، وأما الخنثى فيجوز أقتداء المرأة به؛ لأنه إما رجل، أو امرأة، واقتداؤهما بالصنفين جائز، ولا يجوز أقتداء الرجل به؛ لإحتمال أنه امرأة، ولا أقتداء مشكل آخر؛ لإحتمال أن يكون الإمام امرأة والمأموم رجلاً، وحيث حكمنا بصحة الأقتداء فلا بأس بكون الإمام متممماً أو ماسحاً على الخف، وكون المأموم متوضئاً أو غاسلاً، ويجوز أيضاً أقتداء السليم بسلس البول، والطاهرة بالمستحاضة التي ليست بمتحيرة في أصح الوجهين، كما يجوز الأقتداء بمن أستجمر، وبمن على ثوبه أو بدنه نجاسة معفو عنها.

والثاني - وبه قال أبو حنيفة -: لا يجوز؛ لأن صلاتهما صلاة ضرورة، ولا بأس بصلاة القائم خلف القاعد، خلافاً لمالك حيث قال: لا يجوز ذلك، ولأحمد حيث قال: إذا قعد الإمام قعد القوم خلفه، لنا ما روي: أنه ﷺ «صَلَّى قَاعِدًا، وَأَبُو بَكْرٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَالنَّاسُ خَلْفَهُ قِيَامًا» <sup>(٣)</sup>. ويجوز أقتداء القائم والقاعد بالمضطجع، خلافاً لأبي حنيفة.

لنا: القياس على الصورة السابقة، فإنه سلمها: هذا آخر التقسيم، وقد تبين به الأوصاف المشروطة في الإمام.

ونعود الآن إلى ما يتعلق بلفظ الكتاب.

وقوله: (وكل من لا تصح صلاته صحة تغنيه عن القضاء) يدخل فيه من لا تصح صلاته أصلاً، ومن تصح صلاته صحة غير مغنية عن القضاء؛ لأن كل صلاة ليس لها نفس الصحة ليس لها الصحة الخاصة، وحكم الضربين ما ذكره.

وقوله: «فلا يصح الأقتداء به» مطلق، وظاهره يقتضي أن لا يصح أقتداء من لم

(١) في أكن. (٢) أخرجه ابن ماجه (١٠٨١) وإسناده ضعيف.

(٣) أخرجه البخاري (٦٦٤، ٦٨٧، ٧١٢، ٧١٣) ومسلم (٤١٨) وهذه الصلاة كانت صلاة الظهر يوم السبت أو الأحد، وتوفي ﷺ يوم الاثنين، انظر سنن البيهقي (٨٣/٣).

يجد ماء ولا تراباً بمثله، كما لا يصح أقتداء غيره به، وهو الوجه الذي ذكرنا: أنه الموافق لإطلاق الأكثرين.

وقوله: «ومن صحت صلاته صح الأقتداء به» يعني: صحت صلاته الصحة المبنية في القسم الأول، وهي المغنية عن القضاء.

وقوله: «إلا أقتداء القارىء» معلم بالزاي؛ لأن عند المزني هذه الصورة غير مستثناة كما سبق، ثم نظم الكتاب لا يصرح إلا باستثناء أقتداء القارىء بالأمي عن هذا الضابط، لكن أقتداء الرجل بالمرأة مستثنى عنه أيضاً، والمراد: إلا أقتداء الرجل بالمرأة، وقد حصر إمام الحرمين الاستثناء في هذين الموضوعين، وضم إليهما في «الوسيط» ثالثاً، وهو: الأقتداء بالمقتدي ولك أن تقول: قولنا من صحت صلاته صح الأقتداء به، إما أن يريد به صحة أقتداء كل واحد به أو يعني صحة الأقتداء به في الجملة، فإن عيننا الأول فالاستثناء غير منحصر في الموضوعين، ولا في الثلاثة؛ بل من صور الاستثناء الأقتداء بمن يتعين في زعم المأموم كونه محدثاً، وغير هذه الصورة على ما تقدم، وإن عيننا الثاني فلا حاجة إلى استثناء الأمي إذ يصح أقتداء مثله به، ولا استثناء المرأة، إذ يصح أقتداء المرأة بها.

وقوله: (ومن لا يحسن حرفاً من الفاتحة، والمأموم يحسنه فهو أمي في حقه) أي فيحصل فيه الخلاف المذكور في أقتداء القارىء بالأمي.

قال الغزالي: فَإِنِ اقْتَدَى الرَّجُلُ بِخُنْثَى بَنَانٍ بَعْدَ الْفَرَاغِ كَوْنُهُ رَجُلًا وَجَبَ الْقَضَاءُ عَلَى أَظْهَرِ الْقَوْلَيْنِ لُجُودِ التَّرَدُّدِ فِي نَفْسِ الصَّلَاةِ، وَلَوْ بَانَ بَعْدَ الْفَرَاغِ كَوْنُهُ أُمِّيًّا أَوْ مُخَدِّثًا أَوْ جُنْبًا فَلَا قَضَاءَ (ح)، وَلَوْ بَانَ كَوْنُهُ أَمْرًا أَوْ كَافِرًا وَجَبَ الْقَضَاءُ لِأَنَّ لَهُمَا عَلَامَةً، وَلَوْ بَانَ كَوْنُهُ زَنْدِيقًا فَوَجْهَانِ.

قال الرافعي: جميع ما سبق فيما إذا عرف المأموم حال الإمام في الصفات المشروطة وجوداً وعدمًا، وغرض هذا الفصل الكلام فيما إذا ظن شيئاً وتبين خلافه، فمن صورته:

ما لو اقتدى رجل بخنثى، وبان بعد الصلاة كونه رجلاً، وقد قدمنا أن هذا الأقتداء غير صحيح، وإذا لم يصح فلا يخفى وجوب القضاء، فلو لم يقض حتى بان كون الإمام رجلاً، فهل يسقط القضاء؟ فيه قولان:

أحدهما: نعم؛ لأنه قد تبين كون الإمام رجلاً.

وأظهرهما: لا يسقط، لأنه كان ممنوعاً من الأقتداء به للتردد في حاله، وهذا التردد يمنع من صحة الصلاة، وإذا لم تصح فلا بد من القضاء.



وقوله في الكتاب: (وجب القضاء على أظهر القولين) ليس المراد منه أستفتاح الوجوب، وإنما المراد أستمراره على ما بيئنا، ويجري القولان فيما لو أقتدى خنثى بأمرأة، ولم يقض الصلاة حتى بان كونه امرأة، وفيما إذا أقتدى خنثى بخنثى، ولم يقض المأموم حتى بان رجلين أو امرأتين، أو بان كون الإمام رجلاً<sup>(١)</sup> أو كون المأموم امرأة، وذكر الأئمة لهذه الصور نظائر.

منها: لو باع مال أبيه على ظن أنه حي، فبان أنه كان ميتاً، ففي صحة البيع قولان<sup>(٢)</sup>.

ومنها: لو وكل وكيلاً بشراء شيء، وباع ذلك الشيء من إنسان على ظن أنه ما اشتراه وكيله بعد، وكان قد اشتراه ففي صحة البيع قولان.

ومن مسائل الفصل: ما لو أقتدى برجل ظنه متطهراً، ثم بان بعد ما صلى أنه كان جنباً، أو محدثاً، فلا قضاء عليه، خلافاً لأبي حنيفة، حيث قال: يجب، ولمالك وأحمد حيث قالوا: إن كان الإمام عالماً بحدثه وأم مع ذلك وجب على المأموم القضاء، وإن لم يكن عالماً لم يجب، وحكى صاحب «التلخيص» مثل ذلك قولاً للشافعي - رضي الله عنه - منصوصاً.

لنا: ما روي أنه ﷺ: «دَخَلَ فِي صَلَاتِهِ، وَأَخْرَمَ النَّاسُ خَلْفَهُ، ثُمَّ ذَكَرَ أَنَّهُ جُنِبَ فَأَشَارَ إِلَيْهِمْ كَمَا أَنْتُمْ، ثُمَّ خَرَجَ، وَاعْتَسَلَ، وَرَجَعَ وَرَأْسُهُ يَقْطُرُ مَاءً»<sup>(٣)</sup> وَلَمْ يَأْمُرْهُمْ بِالْإِعَادَةِ.

وروي أنه ﷺ قال: «إِذَا صَلَّى الْإِمَامُ بِقَوْمٍ، وَهُوَ عَلَى غَيْرِ وُضوءٍ أَجْزَأَتْهُمْ وَيُعِيدُهُ»<sup>(٤)</sup>.

(١) ولا فرق في ذلك بين أن يظهر الحال بعد الصلاة أو وقتها وصور الماوردي وغيره المسألة فيمن لم يعلم حالة ثم علم بعد الصلاة خنثوته ثم بان رجلاً، وعبرة الماوردي لو أتم رجل بخنثى وهو يعلم بحالته حتى فرغ ثم علم فعليه الإعادة فلو لم يعد حتى بان رجلاً أعاد من الأصح لأنه لو أتم به عالماً بالخنثوة فلم يعد حتى بان رجلاً لم تسقط الإعادة فكذا إذا علم بحاله بعد فراغه وخرج فيها قولاً أنه لا إعادة فما لو ظنوا سواء أعدوا. وهذا يقتضي أن الخلاف فيما إذا لم يعلم بخنثوته إلا بعد الفراغ ثم علم بذكوره وأنه إذا كان عالماً بخنثوته فلا خلاف في وجوب الإعادة وهو مشكل أيضاً من جهة أنه كيف يجوز له أن يتمادى في الصلاة بعد علمه وكيف تنقعد وهو عالم على أنهما أطلقا حكاية الخلاف ولعله محمول على ما إذا علم بخنثوته وجهل بطلان الاقتداء به.

(٢) وهذه تدور تحت قاعدة، لا عبرة بالظن البين خطوة.

(٣) أخرجه الدارقطني (١/٣٦١، ٣٦٢) ومن طريق آخر عند أبي داود (٢٣٣) وابن حبان، ذكره الهيثمي في الموارد (٣٧٢).

(٤) أخرجه الدارقطني (١/٢٦٣) من رواية البراء بن عازب، والبيهقي (٢/٤٤٠) وقال: غير قوي وقال ابن الجوزي: لا يصح.

وأيضاً: فإنه غير مأمور بالبحث عن حدث الإمام وطهارته؛ لأنه لا علامة للمحدث والمتطهر يعرفان بها، فليس منه تقصير في الاقتداء به، وكل مصطلح لنفسه ففساد صلاة الإمام لا توجب فساد صلاة المأموم، والمسألة فيما إذا لم يعرف المأموم حدثه أصلاً، فإن علم حدثه، ولم يتفرقا، ولم يتطهر، ثم اقتدى به ناسياً وجبت الإعادة، وهي مفروضة في غير الجمعة، فأما إذا اتفق ذلك في الجمعة فسيأتي الكلام في بابها.

ومنها: لو اقتدى بمن ظنه قارئاً فبان أنه أمي.

قال في «التهذيب»: تجب الإعادة على قولنا: إن الصلاة خلف الأمي لا تصح، والذي ذكره في الكتاب أنه لا قضاء عليه؛ كما لو بان جنبا، ووجهه إمام الحرمين بأن البحث عن كون الإمام قارئاً لا يجب، بل يجوز حمل الأمر على الغالب، وهو أنه لا يؤم إلا قارئاً، كما يجوز حمل الأمر على أنه متطهر، فإذا بان خلاف الغالب فهو كما لو بان الجنابة، قال: وإذا كانت الصلاة جهريةً فيظهر فيها أنه قارئ، أو أمي، فإن لم يجهر فيها فحينئذ اختلف الأصحاب في أنه هل يجب البحث، وما حكاه صاحب «التهذيب» في المسألة أقرب إلى سياق الأكثرين، ويجوز أن يفرق بينه وبين ما إذا بان جنبا بأن الحدث ليس بنقص في الشخص، وهذا نقص، فصار كما لو بان كون الإمام كافراً، أو امرأة، وأيضاً فإن الوقوف على كونه قارئاً أسهل من الوقوف على كونه متطهراً؛ لأن عروض الحدث وإن عرف أنه تطهر قريب، وصيرورته أمياً بعد ما سمعه يقرأ في غاية البعد، وأما إذا اقتدى بمن لا يعرف حالة في صلاة جهرية ثم لم يجهر فحكاية العراقيين فيه عن نصه في «الأم» أنه يلزمه الإعادة؛ لأن الظاهر أنه لو كان قارئاً لجهر، فلو سلم وقال: أسررت ونسيت الجهر لم تجب الإعادة، وتستحب.

وإذا وقفت على ما ذكرنا أعلمت قوله: (فلا قضاء) بالحاء والميم والألف، وكذلك بالواو ولأمرين:

أحدهما: القول الذي حكاه صاحب «التلخيص».

والثاني: الخلاف الذي نقلناه في مسألة الأمي.

فإن قلت: ولم قيد هذه الصور بما إذا بان الحال بعد الفراغ من الصلاة، وكذلك قيد ما إذا اقتدى بخشى، وبأن كونه رجلاً بما بعد الفراغ، وما الحكم لو بان ذلك قبل الفراغ من الصلاة.

فالجواب: أما في صورة الخشى: فالقولان جاريان في الحالتين، وحكى القاضي ابن كج القولين فيما إذا اقتدى خشى بأمراً، ثم لم يخرج من الصلاة حتى بان للمأموم

أنه أنثى، وقد سبق أن هذه الصورة وصورة الكتاب يستويان في طرد القولين، فإذا قوله: (بعد الفراغ): في مسألة الخنثى ليس للتقييد.

وأما إذا بَانَ في الصلاة كونه جنباً، أو محدثاً، فلا قضاء أيضاً إذا أتم، ويجب أن ينوي المفارقة كما علم الحال، وكذلك الحكم فيما إذا بَانَ في الصلاة كونه أمياً على ما ذكره في الكتاب، وإذا أقتدى بمن ظنه رجلاً فَبَانَ كونه امرأة وجب القضاء؛ لأن المرأة تمتاز عن الرجل بالصوت والهيئة، وسائر العلامات، فالمقتدي منتسب إلى التقصير بترك البحث، وكذلك الحكم لو بَانَ خنثى عند أكثر الأصحاب؛ لأن أمر الخنثى ينتشر في الغالب، ولا يخفى إذ النفوس مجبولة على التحديث بالأعاجيب وإشاعتها، وعن صاحب «التلخيص»: أنه لا تجب الإعادة إذا بَانَ خنثى، ولو أقتدى بمن ظنه مسلماً فَبَانَ كافراً ينظر إن كان كافراً يتظاهر بكفره كاليهودي والنصراني وجب القضاء لمعنيين:

أحدهما: ذكره الشافعي - رضي الله عنه -: وهو أن الكافر لا يجوز أن يكون إماماً [بحال النقص فيه بخلاف الجنب فإنه لا يجوز أن يكون إماماً]<sup>(١)</sup> لحالة عارضة لا لصفة نقصان، وأيضاً فالجنب إذا تَيَمَّم يجوز أن يؤم مع أن حدثه باق.

والثاني: ذكره الأصحاب<sup>(٢)</sup> وهو الذي أورده في الكتاب: أن للكافر أمارات يعرف بها من الغيار وغيره، فالمقتدي مقصر بترك البحث، وإن كان كافراً يظهر الإسلام ويسر الكفر كالزنديق والداهري والمرتد الذي يخفي رِدَّتَهُ خوفاً من القتل، ففي وجوب القضاء وجهان بناهما العراقيون على المعنيين: إن قلنا بالأول وجب القضاء؛ لأنه لا يجوز أن يكون إماماً بحال النقصان فيه، وإن قلنا بالثاني: لا يجب، وهذا الثاني أصح عند صاحب «التهذيب» وجماعة<sup>(٣)</sup>.

ولو أقتدى برجل ثم بَانَ أنه كان على بدنه أو ثوبه نجاسة<sup>(٤)</sup>، فإن كانت خفيفة فهو كما لو بَانَ الحدث، وإن كانت ظاهرة فقد قال إمام الحرمين فيه احتمال عندي، لأنه من جنس ما يخفى.

(١) سقط في (ط).

(٢) في (ط): ذكره في الكتاب.

(٣) قال النووي: هذا الذي صححه هو الأقوى دليلاً. لكن الذي صححه الجمهور، وجوب القضاء. وممن صححه الشيخ أبو حامد، والمحاملي، والقاضي أبو الطيب، والشيخ نصر المقدسي، وصاحب «الحاوي» و«العدة» وغيرهم ونقله الشيخ أبو حامد عن نص الشافعي - رضي الله عنه - قال صاحب «الحاوي» وهو مذهب الشافعي وعمامة أصحابه - والله أعلم - روضة الطالبين (١/٤٥٧).

(٤) أي فيكون من الإعادة وجهان أشار النووي في التحقيق إلى ضعفه فقال لو بان على الإمام نجاسة فكمحدث وإن كانت ظاهرة قيل وجهان لكن في شرح المهذب أنه أقوى وجري في المنهاج على التفضيل بين الخفية والظاهرة.

وقوله في الكتاب: (ولو بَانَ كونه امرأة أو كافراً) [يعني كافراً<sup>(١)</sup>] لا يستسر بكفره، ومسألة الزنديق بعده توضحه، وليكن قوله: (وجب القضاء) معلماً بالزاي لأن عند المزني لا يجب القضاء لا فيما إذا بَانَ امرأة، ولا فيما إذا بَانَ كافراً.

قال الغزالي: وَيَصِحُّ الْأَقْتِدَاءُ بِالصَّبِيِّ وَالْعَبْدِ وَالْأَعْمَى وَهُوَ أَوْلَى (ح) مِنْ الْبَصِيرِ؛ لِأَنَّهُ أَخْشَعُ.

قال الرافعي: في الفصل صور:

إحداها: الاقتداء بالصبي المميز صحيح، خلافاً لأبي حنيفة ومالك، وأحمد - رحمهم الله - حيث قالوا: لا يصح الاقتداء به في الفرض، وأختلفت الرواية عنهم في النفل.

لنا: ما روي أن عمرو بن سلمة: «كَانَ يَوْمُ قَوْمِهِ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَهُوَ ابْنُ سَبْعِ سِنِينَ»<sup>(٢)</sup>.  
ولا خلاف في أن البالغ أولى منه.

والثانية: الاقتداء بالعبد صحيح من غير كراهة، لكن الحر أولى منه، وعند أبي حنيفة أنه تكره إمامته.

لنا ما روي أن عائشة - رضي الله عنها - كان يؤمها عَبْدٌ لَهَا لم يعتق يُكْنَى أبا عمرو.

وروي أنه ﷺ قال: «أَسْمَعُوا وَأَطِيعُوا، وَلَوْ أَمَرَ عَلَيْكُمْ عَبْدٌ أَجْدَعُ مَا أَقَامَ فِيكُمْ الصَّلَاةَ»<sup>(٣)</sup>.

وأعلم أن صورتين فيما إذا أَمَا في غير الجمعة، فأما في الجمعة فسيأتي.

الثالثة: إمامة الأعمى صحيحة؛ لما روي أن النبي ﷺ: «اسْتَخْلَفَ ابْنَ أُمِّ مَكْتُومٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فِي بَعْضِ غَزَوَاتِهِ يَوْمَ النَّاسِ»<sup>(٤)</sup>.

وهل هو أولى من البصير أم كيف الحال؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها - وهو الذي ذكره في الكتاب، ويحكي عن أبي إسحاق المروزي -: أن

(١) سقط من (ط). (٢) أخرجه البخاري (٤٣٠٢).

(٣) أخرجه البخاري (٦٩٣، ٦٩٦، ٧١٤٢) وأحمد (١١٤/٣ - ١٧١) وابن ماجه (٢٨٦٠).

(٤) أخرجه أبو داود (٥٩٥) من حديث أنس، وابن حبان من حديث عائشة - رضي الله عنها - أورده الهيثمي في الموارد (٣٧٠).

الأعمى أولى؛ لأنه لا ينظر إلى ما يلهيه ويشغله، فيكون أبعد عن تفرق القلب، وأخشع.

والثاني - وبه قال أبو حنيفة: أن البصير أولى؛ لأنه أحفظ لبدنه وثيابه عن النجاسات؛ ولأنه مستقل بنفسه في الاستقبال [وهذا]<sup>(١)</sup> اختيار الشيخ أبي إسحاق الشيرازي.

والثالث - وهو: المنقول عن نصه في «الأم» وغيره: أنهما سواء لتعرض المعنيين، وهذا هو المذهب عند عامة الأصحاب، ولم يورد الصيدلاني والإمام وصاحب «التهذيب» [شيئاً]<sup>(٢)</sup> سواه.

قال الغزالي: وَالْأَفْقَهُ الصَّالِحُ الَّذِي يُحْسِنُ الْفَاتِحَةَ أَوْلَى مِنَ الْأَقْرَأِ وَالْأَوْزَعِ وَالْأَسَنِّ وَالنَّسِيبِ، وَفِي الْأَسَنِّ وَالنَّسِيبِ قَوْلَانِ لِتَقَابُلِ الْفَضِيلَةِ، وَإِذَا تَسَاوَتِ الصِّفَاتُ قُدِّمَ بِحُسْنِ الْوَجْهِ وَنَظَافَةِ الثُّوبِ<sup>(٣)</sup>.

قال الرافعي: ما ذكره في أول الفصل الثاني إلى هذا الموضوع كلام فيمن يجوز الاقتداء به، ومن لا يجوز، ومن هاهنا إلى آخر الفصل كلام فيمن هو أولى بالإمامة إذا اجتمع قوم يصلحون لها والأصل في التقديم بالفضائل ما روي أنه ﷺ قال: «يَوْمَ الْقَوْمِ أَقْرَأُهُمْ لِكِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى، فَإِنْ كَانُوا فِي الْقِرَاءَةِ سَوَاءً فَأَعْلَمُهُمْ بِالسُّنَّةِ، وَإِنْ كَانُوا فِي السُّنَّةِ سَوَاءً فَأَقْدَمُهُمْ فِي الْهِجْرَةِ، فَإِنْ كَانُوا فِي الْهِجْرَةِ سَوَاءً فَأَكْبَرَهُمْ سِنًا»<sup>(٤)</sup>.

وقد تعرض في الكتاب لخمس خصال من أصول خصال التقديم، وهي: الفقه، والقراءة، والورع، والسُنن والنسب، وأبدل كثير من الأصحاب الورع بالهجرة، وقالوا: صفات التقديم خمس، وجمع بينهما في «التهذيب» وضم إليهما الأربع البواقى فجعلها ستاً.

أما الفقه والقراءة فالمراد منهما ظاهر.

وأما الورع فليس المراد منه مجرد العدالة<sup>(٥)</sup>، بل ما يزيد عليه من العفة وحسن السيرة، وهو أيضاً بين.

(٢) سقط في ط.

(١) في أ وهو.

(٤) أخرجه مسلم من رواية أبي مسعود الأنصاري (٦٧٣).

(٣) في أ الثانية.

(٥) الصواب في تفسيره ما ذكره القشيري في رسالته وتابعه في التحقيق وشرح المذهب أنه عبارة عن اجتناب الشبهات أي خوفاً من الله كما ذكره القاضي عياض في المشارق ولم يذكر الزهد وهو أعلى رتبة في الورع واختيار رجحانه ظاهر حتى إذا اشتركا في الورع وامتاذا أحدهما بالزهد قدمناه.

وأما السن فقد قال الأصحاب: المعتبر أن يمضي عليه في الإسلام فلا يقدم شيخ أسلم اليوم على شاب نشأ في الإسلام، ولا على شاب أسلم أمس، والظاهر أنه لا تعتبر الشيخوخة، وإنما النظر إلى تفاوت السن على ما يشعر به قوله ﷺ: «فَأَكْبَرُهُمْ سِنًا» وأشار بعضهم إلى أن النظر إلى الشيخوخة.

وأما النسب فلا خلاف أن نسب قريش معتبر، وهل يعتبر غيره؟.

قال في «النهاية» رأيت في كلام الأئمة تردداً فيه، والظاهر: أنه لا يختص بالانتساب إلى قريش، بل تراعى كل نسب يعتبر في الكفاءة في «باب النكاح»، كالانتساب إلى العلماء والصلحاء؛ وعلى هذا فالهاشمي والمطلبي يقدمان على سائر قريش، وسائر قريش يقدمون على غيرهم، ثم يقدم العرب على العجم، وأما الهجرة فمن هاجر إلى رسول الله ﷺ يقدم على من لم يهاجر، ومن تقدمت هجرته يقدم على من تأخرت هجرته، وكذلك الهجرة بعد الرسول ﷺ من دار الحرب إلى دار الإسلام<sup>(١)</sup> معتبرة، وأولاد من هاجر، أو تقدمت هجرته يقدمون على أولاد غيرهم، وهذا التقديم في الأولاد يندرج تحت شرف النسب، هذه مقدمة الفصل، ويتلوها مسائل:

إحداها: لو اجتمع عدل وفاسق، فالعدل أولى بالإمامة، وإن أختص الفاسق بزيادة الفقه والقراءة وسائر الأفضال؛ لأن الفاسق يخاف منه أن لا يحافظ على الشرائط، وفي لفظ الكتاب إشارة إلى هذا حيث قال: «والأفقه الصالح...» إلى آخره فشرط الصلاح في تقديم الأفقه على غيره، وبالغ مالك فممنع الاقتداء بالفاسق بغير تأويل، كشارب الخمر، والزاني، وعنه روايتان في الفاسق بالتأويل، كمن يسب السلف الصالح.

وعن أحمد روايتان في جواز الاقتداء بالفاسق مطلقاً:

أصحهما: المنع، ونحن اقتصرنا على الكراهة، وجوزناه؛ لما روي أنه ﷺ قال: «صَلُّوا خَلْفَ كُلِّ بَرٍّ وَفَاجِرٍ»<sup>(٢)</sup>. ويمكنك أن تستدل بكراهة الاقتداء بالفاسق على كراهة الاقتداء بالمبتدع بطريق الأولى؛ لأن فسق الفاسق يفارقه في الصلاة، وأعتقاد المبتدع لا يفارقه، وهذا فيمن لا يكفر ببدعته، أما من يكفر فلا يجوز الاقتداء به، كما سبق، وعند صاحب «الإفصاح» من يقول بخلق القرآن<sup>(٣)</sup>، أو بنفي شيء من صفات الله تعالى ممن

(١) في (ط): إلى دار السلام.

(٢) أخرجه أبو داود (٥٩٤) والدارقطني (٧٥٦/٢)، وضعفه، وقال البيهقي، قد روى في الصلاة على كل بر وفاجر، والصلاة على من قال لا إله إلا الله أحاديث كلها ضعيفة غاية الضعف، وأصح ما روى في هذا الباب، حديث مكحول عن أبي هريرة، وهو الحديث الذي ساقه المصنف - رحمه الله -.

(٣) انظر ما كتبه على كتاب التنبيه للحافظ السيوطي.

يكفر، وكذلك جعل الشيخ أبو حامد ومتابعوه المعتزلة ممن يكفر، والخوارج<sup>(١)</sup> ممن لا يكفر، ويحكي تكفير القائل بخلق القرآن عن الشافعي - رضي الله عنه -، وأطلق كثير من الأصحاب منهم القفال القول بجواز الاقتداء بأهل البدع، وأنهم لا يكفرون، قال في «العدة»: وهو ظاهر مذهب الشافعي - رضي الله عنه -<sup>(٢)</sup> لقوله ﷺ: «صَلُّوا عَلَيَّ مَنْ قَالَ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ، وَخَلَفَ مَنْ قَالَ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ»<sup>(٣)</sup>.

الثانية: قال صاحب «التهديب» و«التتمة»: الأورع أولى من الأفقه، ومن الأقرأ؛ لأن الإمامة سفارة بين الله تعالى، وبين الخلق، فأولاهم بها أكرمهم على الله تعالى، ورؤي مثله عن الشيخ أبي محمد، وهذا خلاف ما ذكره في الكتاب، فإنه قدم الأفقه على الأقرأ والأورع، وهو أظهر وأوفق لإطلاق الأكثرين، ووجهه ما سيأتي في تقديم الأفقه على الأقرأ.

وينبغي أن يعلم لفظ (الأورع) بالواو لذلك.

الثالثة: إذا اجتمع شخصان: أحدهما لا يقرأ إلا ما يكفي في الصلاة لكنه صاحب فقه كثير، والآخر يحسن القرآن كله وهو قليل الفقه فظاهر المذهب وهو المذكور في الكتاب أن الأفقه أولى خلافاً لأبي حنيفة وأحمد حيث قالوا: الأقرأ أولى احتياجاً بالخبر الذي تقدم، فإنه قدم الأقرأ على الأعلم بالسنة وهو الأفقه.

لنا أن الواجب [من القراءة]<sup>(٤)</sup> في الصلاة محصور، والوقائع الحادثة في الصلاة غير محصورة، فالحاجة إلى الفقه أهم، وأجاب الشافعي - رضي الله عنه - عن الاحتجاج بالخبر بأن أهل العصر الأول كانوا يتفقهون قبل أن يقرأوا، وما كان يوجد منهم قارئ إلا وهو فقيه، وإذا كان كذلك فالذي يقتضيه الخبر تقديم القارئ على الفقيه الذي ليس بقارئ، وذلك مما لا نزاع فيه، وكذلك تقديم الجامع لهما على

(١) وسما بذلك لخروجهم على سيدنا علي - رضي الله عنه -.

(٢) قال النووي: هذا الذي قاله القفال، وصاحب العدة هو الصحيح أو الصواب، فقد قال الشافعي - رحمه الله -: أقبل شهادة أهل الأهوال إلا الخطابية لأنهم يرون الشهادة بالزور لموافقهم، ولم يزل السلف والخلف على الصلاة خلف المعتزلة وغيرهم، ومناكحتهم، وموارثتهم، وإجراء أحكام المسلمين عليهم، وقد تأول الإمام الحافظ الفقيه أبو بكر البيهقي وغيره من أصحابنا المحققين، ما جاء عن الشافعي وغيره من العلماء، من تكفير القائل بخلق القرآن، على كفران النعمة، لا كفر الخروج عن الملة، وحملهم على هذا التأويل ما ذكرته من إجراء أحكام المسلمين عليهم. الروضة (١/٤٦٠).

(٣) أخرجه الدارقطني (٥٦/٢) وقال: ليس فيها شيء يثبت.

(٤) سقط من (ط).

القارئ الذي ليس بفقيه، وحكى القاضي الروياني وغيره وجهاً آخر أن الأقرأ والأفقه يستويان لتقابل الفضيلتين، فليكن قوله: (أولى من الأقرأ) معلماً بالواو مع الحاء والألف؛ وإنما قال الذي يحسن الفاتحة، إشارة إلى أن الأفقه لو لم يحسن الواجب من القراءة لا يكون أولى من الأقرأ، وإنما الأولوية بشرط أن يقرأ ما يجب.

**الرابعة:** تقدم كل واحدة من خصلتي الفقه والقراءة على السُنِّ والنسب والهجرة، ونص في صلاة الجنازة على تقديم الأسن على الأفقه كما سيأتي في موضعه، فحكى صاحب «النهاية» أن العراقيين حكوا عن بعض الأصحاب جعل المسألتين على قولين نقلاً وتخريجاً، فيجوز أن يعلم بالواو لذلك لفظ: (الأسن) أيضاً، وإذا أستويا فيهما فبماذا يقع التقديم، أما المتعرضون للهجرة فقد اختلفت طرقهم، قال الشيخ أبو حامد وجماعة؛ لا خلاف في تقدم السُنِّ والنسب جميعاً على الهجرة، وفي السُنِّ وفي النسب إذا تعارضا فأجتمع شاب قرشي وشيخ غير قرشي قولان:

**الجديد:** أن الشيخ أولى؛ لما روي أنه عليه السلام قال: «وَلْيُؤَمِّكُمْ أَكْبَرُكُمْ»<sup>(١)</sup> ولأن النسب فضيلة في الآباء، والسُنُّ فضيلة في ذات الشخص، وأعتبر الفضيلة التي في ذاته أولى.

**والقديم:** أن الشاب النسيب أولى لقوله عليه السلام: «قَدُّمُوا قَرِيْشاً»<sup>(٢)</sup> ولأن شرف النسب بفضيلة أكتسبها الآباء، والسُنُّ ماضي زَمَانٍ لا أكتساب فيه، وأعتبر الفضيلة المكتسبة أولى، وعكس صاحب «التهديب» و«التتمة» الترتيب، فقال: الهجرة مقدمة على السُنِّ والنسب، وفيهما القولان، وأدرج آخرون منهم صاحب «المهذب» الهجرة في حكاية القولين فقالوا في الجديد: يقدم بالسن [ثم بالنسب]<sup>(٣)</sup>، ثم بالهجرة، ثم في «القديم» يقدم بالنسب، ثم بالهجرة، ثم بالسن، وأما صاحب الكتاب ومن لم يتعرض للهجرة أقتصروا على ذكر القولين في السُنِّ والنسب، وطريقتهم توافق ما ذكره الشيخ أبو حامد، فإنهم يرجحون بالهجرة بعد السن والنسب لا محالة، وإن لم يعدوها من أصول الخصال، ورَجَّحَ جماعة من الأصحاب القول القديم في المسألة على خلاف الغالب.

**الخامسة:** إذا تساويا في جميع الصفات المذكورة؛ قدم بنظافة الثوب والبدن عن الأوساخ، وطيب الصنعة وحسن الصوت، وما أشبهها من الفضائل؛ لأنها تفضي إلى

(١) أخرجه البخاري (٦٢٨، ٦٣٠، ٦٣١، ٦٥٨، ٦٨٥، ٨١٩، ٢٨٤٨، ٦٠٠٨، ٧٢٤٦). ومسلم (٦٧٤).

(٢) أخرجه الشافعي (١٨٤١) ومن طريقه البيهقي في المعرفة (٦٩/١) وفي مناقب الشافعي (٢١/١) وقال: وهو مرسل جيد.

(٣) سقط من (ط).



استمالة القلوب، وكثرة الجمع، وحكى الأصحاب عن بعض متقدمي العلماء أنهم قالوا: يقدم أحسنهم، وأختلفوا في معناه، منهم من قال: أحسنهم وجهاً، وجعلوا له اعتباراً في التقديم، ومنهم من قال: المراد منه حسن الذكر بين الناس، والأول هو المذكور في الكتاب، ويجوز أن يعلم بالواو، ثم ليس في لفظ الكتاب ما يوجب تقديم حسن الوجه على نظافة الثوب ولا عكسه، وفي «التتمة»: أنه تقدم النظافة، ثم حسن الصوت، ثم حسن الصورة<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي: **وَأَمَّا بِإِعْتِبَارِ الْمَكَانِ فَالْوَالِي أَوْلَى مِنَ الْمَالِكِ، وَالْمَالِكُ أَوْلَى مِنْ غَيْرِهِ، وَالْمُكْتَرِي أَوْلَى مِنَ الْمُكْرَى، وَالْمُعِيرُ أَوْلَى مِنَ الْمُسْتَعِيرِ (ح م)، وَالسَّيِّدُ أَوْلَى مِنَ الْعَبْدِ السَّاكِنِ.**

قال الرافعي: ما ذكرنا من الأسباب المقدمة صفات في الشخص، وقد يكون التقدم باعتبار اقتضاء المكان التقديم، لا باعتبار صفة فيه، فالوالي في محل ولايته أولى من غيره وإن اختلف ذلك الغير بالخصال التي سبقت، روي أنه ﷺ قال: «لَا يُؤْمَنُ الرَّجُلُ الرَّجُلَ فِي سُلْطَانِهِ»<sup>(٢)</sup> وكان ابن عمر - رضي الله عنهما - يصلي خلف الحجاج، ويتقدم على الإمام الراتب في المسجد<sup>(٣)</sup>، وكذلك يتقدم على مالك الدار ونحوها إذا اجتمعوا في موضع مملوك، ورضي المالك بإقامة الجماعة فيه؛ لأن تقدم غيره بحضرته لا يليق ببذل الطاعة، فإن أذن فلا بأس، ثم يراعى في الولاية تفاوت الدرجة، فالإمام الأعظم أولى من غيره، ثم الأعلى، فالأعلى من الولاية والحكام، وحكى القاضي ابن كعب وآخرون؛ قولاً آخر، أن في المواضع المملوكة المالك أولى من الوالي، فليكن قوله: (أولى من المالك) معلّم بالواو، لذلك ولو اجتمع قوم في موضع مملوك وليس فيهم الوالي، فساكن الموضع بالاستحقاق أولى بالتقديم والتقدم من الأجانب، عن ذلك الموضع، فإن لم يكن أهلاً للتقدم فهو أولى بالتقديم، روي عن ابن مسعود - رضي الله عنه - أنه قال: «مِنَ السُّنَّةِ أَنْ لَا يُؤْمَهُمْ إِلَّا صَاحِبُ الْبَيْتِ»<sup>(٤)</sup>، ولا فرق بين أن يكون السّاكن عبداً أسكنه سيده فيه، أو حراً مالكاً كان أو مستعيراً، أو مستأجراً، ولو كانت

(١) وفي التحقيق للنووي: فإن استويا قدم بحسن الذكر ثم بنظافة الثوب والبدن وطيب الصنعة وحسن الصوت ثم الوجه. وفي المجموع: تقديم أحسنهم ذكراً ثم صوتاً ثم هيئة، فإن استويا وتشاحا أقرع بينهما، والمراد بطيب الصنعة: الكسب الفاضل وقال المصنف - رحمه الله - من نكتة: هذا كله إذا كانوا من موات أو مسجد ليس له إمام راتب أوله وأسقط حقه وجعله لأولى الحاضرين.

(٢) أخرجه مسلم من رواية أبي مسعود الأنصاري (٦٧٣).

(٣) البيهقي في السنن الكبرى (٣/ ١٢١ - ١٢٢).

(٤) أخرجه الشافعي (٣٧٥).

الدار مشتركة بين شخصين، وهما حاضران، أو أحدهما، والمستعير من الآخر فلا يتقدم غيرهما إلا بإذنهما، ولا أحدهما إلا بإذن الآخر، وإن لم يحضر إلا أحدهما فهو الأخرى، ولو اجتمع مالك الدار والمكتري فأيهما أولى؟ فيه وجهان نقلهما القاضي الروياني وغيره:

أصحهما - وهو المذكور في الكتاب -: أن المكتري أولى؛ لأن استحقاق المنافع له، وهذا أستيفاء للمنافع.

والثاني: أن المكري أولى؛ لأنه المالك للرقبة، ولو أجمع المعير والمستعير، فقد نقل عن القفال اختلاف الجواب فيه، قال مرة: المعير أولى؛ لأنه يملك الرقبة ويملك الرجوع في المنفعة، وقال مرة: المستعير أولى؛ لأنه صاحب السكنى، إلى أن يمنع وهذا ما ذكره آخراً، ورجع إليه، ولم يورد صاحب «التهذيب» سواه، لكن الأظهر، عند الأئمة الأول، وهو الذي ذكره في الكتاب، وأما إذا أجمع السيد والعبد الساكن فالسيد أولى، ولا يجيء في الخلاف المذكور في المعير والمستعير؛ لأن فائدة السكن، لم ترجع إلى المستعير فيجوز أن يدام له الحق، ما لم يرجع المعير، وفائدة سكن العبد في الدار ترجع إلى السيد أيضاً؛ لأنه ملكه فإذا حضر وهو المالك والمنتفع بالسكن كان أولى، ولا فرق بين المأذون في التجارة وغيره، ولو حضر السيد والمكاتب في دار المكاتب فالمكاتب أولى، ولو حضر قوم في مسجد له إمام راتب فهو أولى من غيره، فإن لم يحضر بعد، يستحب أن يبعث إليه ليحضر، فإن خيف فوات أول الوقت استحب أن يتقدم غيره.

## الفصل الثالث

### في شرائط القدوة

قال الغزالي: وَيَرْجِعُ ذَلِكَ إِلَى شُرُوطِ سِتَّةٍ: الْأَوَّلُ أَنْ لَا يَتَقَدَّمَ فِي الْمَوْقِفِ عَلَى الْإِمَامِ، فَإِنْ فَعَلَ لَمْ تَنْعَقِدْ (م) وَصَلَاتُهُ، وَالْأَحْبَبُ أَنْ يَتَخَلَّفَ، وَلَوْ سَاوَاهُ فَلَا بَأْسَ، ثُمَّ إِنْ أُمَّ بِأَيْتَيْنِ أَضْطَقًا خَلْفَهُ، وَإِنْ أُمَّ بِوَاحِدٍ وَقَفَ عَلَى يَمِينِهِ، وَالْخُنْثَى يَقِفُ خَلْفَ الرَّجُلِ، وَالْمَرْأَةُ خَلْفَ الْخُنْثَى، وَيُكْرَهُ أَنْ يَقِفَ الْمُقْتَدِي مُنْفَرِدًا بَلْ يُسْتَحَبُّ أَنْ يَدْخُلَ الصَّفَّ أَوْ يَجُزَّ إِلَى نَفْسِهِ وَاجِدًا، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ صَحَّتْ صَلَاتُهُ مَعَ الْكِرَاهِيَةِ، وَإِنْ تَقَابَلَ الْإِمَامُ وَالْمَأْمُومُ دَاخِلَ الْكَعْبَةِ فَلَا بَأْسَ، وَإِنْ كَانَ الْمَأْمُومُ أَقْرَبَ إِلَى الْجِدَارِ فِي جِهَةِ مَنْهُ الْإِمَامُ فَفِيهِ وَجْهٌ: أَنَّهُ لَا يَصِحُّ.

قال الرافي: غرض الفصل الكلام في شروط الاقتداء، ويتضمنها أمور مستحبة ويعقبها فروع:

فأما الشروط فقد عددها ستة:

أحدها: أن لا يتقدم المأموم على الإمام في جهة القبلة<sup>(١)</sup>، فإن تقدم فيه قولان:

الجديد: أن صلاته لا تنعقد، كما لو كان متقدماً عند التحرم، وتبطل لو تقدم في خلالها، وبهذا قال أبو حنيفة وأحمد: لأن المخالفة في الأفعال مبطلّة على ما سيأتي، وهذه المخالفة أفحش من المخالفة في الأفعال، وهذا هو الذي أورده في الكتاب.

والقديم وبه قال مالك: أنه لا يخل بالصلاة؛ لأنه خطأ في الموقف فأشبهه الخطأ بالوقوف على اليسار.

إذا عرفت حكم التقدم عرفت أن هذا الشرط مختلف فيه، وإدراجه في الشروط جواب على الجديد، والأدب للمأموم أن يتخلف عن موقف الإمام قليلاً إذا كان واحداً، فإن أم به أثنان فصاعداً فيصطفون خلفه، ويكون بينهم وبين الإمام قدر من التخلف صالح كما سيأتي، ولو ساوى الإمام المأموم فلم يتخلف ولا تقدم صحت صلاته.

قال في «النهاية» و«التهذيب» وغيرهما: والاعتبار في المساواة والتقدم بالعقب، فإن المأموم قد يكون أطول فيتقدم رأسه عند السجود، والقدم والأصابع قد تكون أطول أيضاً، فلذلك وقع الاعتبار بالعقب فإن تحاذى عقب الإمام وعقب المأموم، أو تقدم عقب الإمام جاز، وإن كانت أصابع المأموم متقدمة، ولو تقدم عقب المأموم فهو موضع القولين وإن كانت أصابعه متأخرة أو محاذية، وذكر في «التتمة» وجهاً آخر: أنه تصح صلاته نظراً إلى الأصابع، وفي «الوسيط» ذكر الكعب بدل العقب، والوجه الأول.

هذا فيمن بعد عن البيت، أما إذا صلوا جماعة في المسجد الحرام، فالمستحب أن يقف الإمام خلف المقام، ويقف الناس مستدبرين بالكعبة، فإن كان بعضهم أقرب إليها، نظر إن كان متوجهاً إلى الجبهة التي توجه إليها الإمام ففيه القولان؛ القديم والجديد، وإن كان متوجهاً إلى غيرها فطريقان، عن أبي إسحاق المروزي أنه على القولين.

(١) ولا من مكان القعود أو الاضطجاع، لأن المقتدين بالنبي ﷺ وبالحلفاء الراشدين لم ينقل عن أحد منهم ذلك. ولقوله ﷺ. إنما جعل الإمام ليؤتم به. والالتزام الاتباع والمتقدم غير تابع وأما حكم الرؤيا الآن فتدخل من باب الضرورة.

وقال أكثر الأصحاب: يجوز قولاً واحداً؛ لأن رعاية القرب والبعد من غير جهة الإمام مما يشق، وبهذا قال أبو حنيفة، ولو وقف الإمام والمأموم داخل الكعبة، فهذه المسألة هي التي [أوردتها]<sup>(١)</sup> في آخر الفصل، وحكمها أنه يجوز الاقتداء فيها، مع اتحاد جهة الإمام والمأموم، ومع اختلاف الجهتين، فإنَّ الكُلَّ قبلة، ثم إن أتحدت الجهة وَوَلَّى المأموم ظهره وجه الإمام، عاد القولان؛ لأنه أقرب إلى الجدار الذي توجهها إليه، وإن اختلفت الجهة وكان المأموم أقرب إلى الجدار الذي توجه إليه من الإمام إلى ما توجه إليه، وفرعنا على الجديد فوجهان:

[أحدهما]<sup>(٢)</sup>: أنه لا يجوز، كما لو أتحدت الجهة وكان أقرب.

وأظهرهما: أنه يجوز؛ لأن اختلاف الجهة أعظم من تفاوت المسافة، فإذا احتملنا ذلك، فلا يبقى معه معنى النظر إلى القرب والبعد.

وقوله: (فإن كان المأموم أقرب إلى الجدار في جهته من الإمام) ففيه وجه: أنه يصح ما يشعر بترجيح الوجه الثاني؛ لأنه بين أنه لا بأس بتقابل الإمام والمأموم، وهذا مُطْلَقٌ يتناول ما إذا كان المأموم أقرب إلى الجدار، وما إذا لم يكن، ثم بين أن للأصحاب وجهاً آخر في الحالة الأولى لك أن تقرأه على وجه آخر، فتقول: وإن كان المأموم أقرب وتعلقه بقوله: (فلا بأس) ثم تقول وفيه وجه أنه لا يصح.

ولو وقف الإمام في الكعبة والمأموم خارجاً يجوز، وله التوجه إلى أي جهة شاء، ولو وقف بالعكس جاز أيضاً، لكن لو توجه إلى الجهة التي توجه إليها الإمام عاد القولان؛ لأنه حينئذ يكون سابقاً على الإمام، ثم الفصل يشتمل على مسألتين سوى ما ذكرنا:

إحدهما: لو لم يحضر مع الإمام إلا ذكر، فإن كان واحداً وقف على يمين الإمام، بالغاً كان أو صبيّاً، ولو وقف على يساره أو خلفه لم تبطل صلاته. وَوَقَّفَ ابْنُ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - عَلَى يَسَارِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَأَدَارَهُ إِلَى يَمِينِهِ<sup>(٣)</sup>.

فإن جاء مأموم آخر، على يساره وأحرم، ثم إن أمكن تَقَدُّمَ الإمام وتأخر المأمومين لسعة المكان من الجانبين تقدم أو تأخر أو أيهما أولى؟ فيه وجهان:

أحدهما: وبه قال القفال -: أن تقدمه أولى -؛ لأنه يبصر ما بين يديه، فيعرف كيف يتقدم.

(٢) في ر (أظهرها).

(١) في أ (ذكرها).

(٣) تقدم.

وأصحهما: ولم يذكر الأكثرون سواه: أن تأخرهما أولى؛ لما روي عن جابر - رضي الله عنه - قال: «صَلَّيْتُ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقُمْتُ عَنْ يَمِينِهِ، ثُمَّ جَاءَ آخِرُ فَقَامَ عَنْ يَسَارِهِ فَدَفَعَنَا جَمِيعاً حَتَّى أَقَامَنَا مِنْ خَلْفِهِ»<sup>(١)</sup>.

وإن لم يمكن إلا التقدم أو التأخر لضيق المكان من أحد الجانبين، حافظوا على الممكن، وهذا في القيام، أما [إذا]<sup>(٢)</sup> لحق الثاني في التشهد أو في السجود فلا تقدم ولا تأخر حتى يقوموا، وإن حضر معه في الابتداء رجلان أو رجل وصبي قاما خلفه صفاً واحداً، وإن لم يحضر معه إلا الإناث يصفهن خلفه سواء الواحدة والاثنتان والثلاث فصاعداً، وإن حضر مع الإمام رَجُلٌ وامرأة قام الرجل عن يمينه، وقامت المرأة خلف الرجل، وإن حضرت امرأة مع رجلين، أو مع رجل وصبي قام الرجلان، أو الرجل والصبي خلف الإمام صفاً وقامت المرأة خلفهما.

روي عن أنس - رضي الله عنه - أنه قال: «صَلَّيْتُ أَنَا وَيَتِيمٌ خَلَفَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي بَيْتِنَا، وَأُمُّ سُلَيْمٍ خَلَفْنَا»<sup>(٣)</sup>.

وإن كان معه رجل وامرأة وخنثى، وقف الرجل عن يمينه، والخنثى خلفهما لاحتمال أنه امرأة، والمرأة خلف الخنثى لاحتمال أنه رجل، وإن حضر رجال وصبيان، وقف الرجال خلف الإمام في صف، أو صفوف، والصبيان خلفهم، وعن بعض الأصحاب أنه يوقف بين كل رجلين صبياً ليتعلموا منهم أفعال الصلاة، ولو حضر معهم نساء آخر صف النساء عن صف الصبيان، وأما النساء الخالص إذا أقمن الجماعة فقد ذكرنا أنهن كيف يقفن؟ وكل هذا أستحباب، ومخالفته لا تؤثر في بطلان الصلاة بحال.

وقال أبو حنيفة: إذا وقفت المرأة بجانب رجل، وهما في صلاة واحدة بطلت صلاته إذا أجمعا في الركوع، وقبله لا يؤثر، بل لو وقفت بجانبه وتقدم بخطوة قبل أن يركع لم يضر.

والمعنى بقوله: (في صلاة واحدة) أن يكونا مقتدين بإمام واحد، أو تكون مقتدية به، ثم إن كانا مقتدين بإمام واحد بطلت صلاة من وقفت بجانبه دون صلاتها، وإن اقتدت به بطلت صلاته وصلاتها، وصلاة جميع القوم.

قال: فلو وقفت امرأة في خلال الصفوف بطلت صلاة رجل عن يمينها، ورجل

(١) أخرجه مسلم (٣٠١٠) وآخر هو جيار بن صخر.

(٢) في ط (إن).

(٣) أخرجه البخاري (٣٨٠)، ٧٢٧، ٨٦٠، ١٧١، ٨٧٤، ١١٦٤) ومسلم (٦٠٨) واليتم ضميره بن سعد الحميري له ولأبيه صجة.

عن يسارها، ورجل يحاذيها من خلفها، ولو كان خلف صف النساء صف الرجال أو صفوف بطلت صلاتهم إلا إذا كان صفهم أطول من صف النساء، فيصح صلاة الخارجين عن محاذاة النساء، وتصح صلاة الصفوف الأخر خلف ذلك الصف الطويل، وساعدنا في صلاة الجنازة أنه قال: لا تبطل صلاة أحد، ولا يخفى عليك بعد التفصيل الذي ذكرناه في أداب الموقف أن قوله في الكتاب: (ثم إن أمّ بائنين أصطفا خلفه، وإن أمّ بواحد، وقف على يمينه) يعني به من الذكور، وإلا فقد يختلف الحكم.

وأعلم أن التفصيل المذكور في أدب وقوف الرجال مفروض فيما إذا لم يكونوا عراة، فأما العراة: فيقفون صفاً واحداً، ويقف إمامهم وسطهم، وسببه ظاهر.

**المسألة الثانية:** إذا دخل رجل والقوم في الصلاة فيكره أن يقف منفرداً خلف الصف، بل إن وجد فرجة<sup>(١)</sup> أو سعة<sup>(٢)</sup> في الصف دخل الصف، وله أن يخرق الصف الآخر إن لم يجد فرجة فيه ووجدها في صف قبله؛ لأنهم قصرُوا حيث لم يتموه، ولو لم يجد فرجة أو سعة في الصف فماذا<sup>(٣)</sup> يفعل؟ حكى عن نصح في «البويطي» أنه يقف منفرداً، ولا يجذب إلى نفسه أحداً، لأنه لو جذب واحداً إلى نفسه لفوت عليه فضيلة الصف الأول، ولأوقع الخلل في الصف، وبهذا قال القاضي أبو الطيب، ونقله في «البيان» عن مالك - رضي الله عنه - .

وقال أكثر الأصحاب: إنه يجر إلى نفسه واحداً؛ لما روي: أنه ﷺ قال لرجل صلى خلف الصف: «أَيُّهَا الْمُصَلِّي هَلَّا دَخَلْتِي الصَّفَّ، أَوْ جَرَزْتَ رَجُلًا مِّنَ الصَّفِّ فَيُصَلِّي مَعَكَ، أَعِدَّ صَلَاتَكَ»<sup>(٤)</sup> قالوا: إنما يجره بعد أن يتحرم بالصلاة، ويستحب للمجرور أن يساعده، وذلك مما يدل على أن العمل القليل لا يبطل الصلاة، والمذكور في الكتاب هذا الذي قاله الأكثرون، فإنه قال يدخل الصف، أو يجر إلى نفسه واحداً، وليكن قوله: (أو يجر) معلماً بالميم والواو لما ذكرناه، وعلى كل حال فلو وقف منفرداً، وصلى صحت صلاته خلافاً لأحمد - رضي الله عنه - لظاهر الخبر الذي نقلناه، ونحن حملناه على الاستحباب: «لِأَنَّ أَبَا بَكْرَةَ دَخَلَ، وَالنَّبِيُّ ﷺ

(١) خلاء طاهر.

(٢) والسعة ألا يكون خلاء ويكون بحيث لو دخل بينهما لو سعه.

(٣) ونسب إلى أبي إسحاق المروزي. وقال الماوردي إنه غلط، فعلى الأول لا تضر زيادة ثلاثة أذرع كما في تهذيب البغوي وغيره لأن هذا التقدير مأخوذ من عرف الناس وهم يعدونهما في ذلك مجتمعين.

(٤) أخرجه البيهقي (١٠٥/٣) ومن رواية وابصة بن معبد بن مالك الأسدي، وقال: إسناده ضعيف، تفرد به السري بن إسماعيل وهو ضعيف، بل متروك، انظر التلخيص (٣٧/٢).

رَأَيْتُ فَرَكَعَ قَبْلَ أَنْ يَصِلَ إِلَى الصَّفِّ، ثُمَّ دَخَلَ الصَّفَّ فَذَكَّرَ ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ ﷺ فَقَالَ  
زَادَكَ اللَّهُ حِرْصاً وَلَا تُعَدُّ<sup>(١)</sup> ولم يأمره بالإعادة مع أنه أتى ببعض الصلاة منفرداً  
خلف الصَّفِّ.

ولفظ الكتاب في المسألة يشمل الداخل في أثناء الصلاة، والحاضر في الابتداء،  
وإجراؤه على ظاهره جائزٌ صَحِيحٌ، لكن الظاهر أنه أراد الداخل على ما ذكره في  
«الوسيط».

قال الغزالي: الشَّرْطُ الثَّانِي الْأَجْتِمَاعُ فِي الْمَوْقِفِ بَيْنَ الْإِمَامِ وَالْمَأْمُومِ إِمَّا بِمَكَانٍ  
جَامِعٍ كَالْمَسْجِدِ فَلَا يَضُرُّ فِيهِ التَّبَاعُدُ وَأَخْتِلَافُ الْبِنَاءِ أَوْ بِالتَّقَارُبِ كَقَدْرِ غَلْوَةِ سَهْمٍ يُسْمَعُ  
فِيهَا صَوْتُ الْإِمَامِ فِي السَّاحَاتِ الْمُتَبَسِّطَةِ مَلْكَاً كَانَ أَوْ وَقفاً أَوْ مَوَاتاً مَبْنِيّاً أَوْ غَيْرَ مَبْنِيٍّ،  
وَأَمَّا بِاتِّصَالِ مَحْسُوسٍ عِنْدَ اخْتِلَافِ الْبِنَاءِ كَمَا إِذَا وَقَفَ فِي بَيْتِ آخَرَ عَلَى يَمِينِ الْإِمَامِ فَلَا  
بُدَّ مِنْ اتِّصَالِ الصَّفِّ بِتَوَاصُلِ الْمَنَاقِبِ، وَلَوْ وَقَفَ فِي غَلْوِ الْإِمَامِ فِي سَفْلِ قَالَتْصَالٍ  
بِمُوازاةِ رَأْسِ أَحَدِهِمَا رُكْبَةَ الْآخَرَ، وَإِنْ وَقَفَ فِي بَيْتِ آخَرَ خَلْفَ الْإِمَامِ قَالَتْصَالٍ بِتَلَاخِ  
الصُّفُوفِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَذْرُعٍ وَذَلِكَ كَافٍ عَلَى أَصْحَ الْوَجْهَيْنِ، فَإِنْ زَادَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَذْرُعٍ لَمْ  
تَصِحَّ الْقُدُوءُ عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ فَرَعَ لَوْ كَانَ الْإِمَامُ فِي الْمَسْجِدِ، وَالْمَأْمُومُ فِي مَوَاتٍ فَإِنْ  
لَمْ يَكُنْ حَائِلٌ صَحَّ عَلَى غَلْوَةِ<sup>(٢)</sup> سَهْمٍ، وَلَوْ كَانَ بَيْنَهُمَا حَائِلٌ أَوْ جِدَارٌ لَمْ يَصِحَّ، وَإِنْ  
كَانَ مُشْبِكٌ أَوْ بَابٌ مَرْدُودٌ غَيْرٌ مُغْلَقٍ فَوَجْهَانِ، وَلَوْ كَانَ بَيْنَهُمَا شَارِعٌ مَطْرُوقٌ أَوْ نَهْرٌ لَا  
يَخُوضُهُ إِلَّا السَّابِحُ فَوَجْهَانِ.

قال الرافعي: مما يجب معرفته في الفصل أن العلم بالأفعال الظاهرة من صلاة  
الإمام مما لا بد منه، أتفق عليه الأصحاب، وحكوه عن نص الشافعي - رضي الله عنه  
-؛ ووجهه؛ بأنه لو لم يعلمها لكانت صلاته موقوفة على صلاة من لا يتمكن من  
متابعته، ثم العلم قد يكون بمشاهدة الإمام، أو بمشاهدة بعض الصفوف، وقد يكون  
بسماع صوت الإمام، أو صوت المترجم في حق الأعمى والبصير الذي لا يشاهد  
لظلمة، أو غيرها، وقد يكون بهداية غيره إن كان أعمى أو كان أصم، وهو في ظلمة،  
وهذا في الحقيقة شرط من شروط القدوة زائد على ما ذكره في الكتاب، وحيث نحكم  
بجواز الاقتداء في الفصل بعد المسافة، أو قربها مع الحائل، أو دونه، فذلك بعد  
حصول هذا الشرط إذا عرفت ذلك فنقول: الإمام والمأموم إما أن يكونا جميعاً في

المسجد، أو لا يكون واحد منهما في المسجد، أو يكون أحدهما في المسجد، والآخر خارجه، فهذه ثلاثة أقسام، ومتن الكتاب يشتمل عليها جميعاً.

أما الأول: فمتى كان الإمام والمأموم في مسجد واحد صح الأقتداء، قربت المسافة بينهما أو بعدت لكبر المسجد، أتحد البناء الذي وقفا به أو اختلف كصفة المسجد وصحته، وإنما كان كذلك؛ لأن المسجد كله مبني للصلاة وإقامة الجماعة فيه، فالمجتمعون فيه مجتمعون لإقامة الجماعة مؤدون لشعارها، فلا يضرهم بعد المسافة، واختلف الأبنية، فلو كان أحدهما على المنارة المبنية في المسجد، والآخر في سرداب فيه صحت الصلاة، وكذا لو كان الإمام في المسجد، والمأموم على السطح يجوز إذا تأخر موقف المأموم عن موقف الإمام، أو حازه، فإن تقدم ففيه القولان السابقان في تقدم المأموم على الإمام، وقد روي «أن أبا هريرة - رضي الله عنه - صَلَّى عَلَى ظَهْرِ الْمَسْجِدِ بِصَلَاةِ الْإِمَامِ فِي الْمَسْجِدِ»<sup>(١)</sup>. ثم لا يخفى أن المسألة مفروضة فيما إذا كان السطح من المسجد، أما لو كان السقف مملوكاً فليست المسألة من هذا القسم، وإنما هي بمثابة ملك متصل بالمسجد، وقف أحدهما فيه والبناء من المسجد الواحد، لا بد وأن يكون باب أحدهما نافذاً إلى الثاني، وإلا فلا يعدان مسجداً واحداً، وإذا كان كذلك فلا فرق بين أن يكون الباب بينهما مفتوحاً، أو مردوداً مغلقاً، أو غير مغلق، وحكي في «النهاية» جهأ آخر: أنه لو كان الباب بينهما مغلقاً لم يجز الأقتداء؛ لأن الإمام والمأموم حيثئذ لا يعدان مجتمعين، ونقل القاضي ابن كج عن أبي الحسين بن القطان مثل ذلك، فيما إذا كان أحدهما على السطح وكان باب المرقى مغلقاً، وكل واحد منها زيف ما حكاه.

وقوله في الكتاب: (إما بمكان جامع) إلى أن قال: (واختلاف البناء) هذا كلام القسم الأول، وأراد بكونه جامعاً، أنه لا بد وأن يكون الإمام والمأموم مجتمعين في الموقف على ما ترجم هذا الشرط به، ومن أسباب الأجماع أن يكون الموضع مبنياً للصلاة، فيكون جامعاً لهما وإن اختلف البناء وبعدت المسافة، ولعله لو قال: وهو المسجد بدل قوله: «كالمسجد» لكان أحسن؛ لأن الكاف للتشبيه والتمثيل ولا مكان سوى المسجد يكون جامعاً، ثم لك مباحثة في قوله: (كالمسجد) وهي أن تقول: اللفظ يشمل المسجد الواحد والمسجدين فما قولكم فيما إذا وقف هذا في مسجد وذاك في مسجد آخر متصل به أو غير متصل أيكون الحكم كالحكم فيما لو وقفنا في مسجد واحد أو لا يكون كذلك؟ وظاهر اللفظ متروك.

(١) رواه البيهقي بإسناد فيه صالح مولى التوأمة، وأخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٢/٢٢٣) وانظر

الفتح (٤٨٦/١) وتعليق التعليق (٢/٢١٥ - ٢١٦).



والجواب أن أبا سعيد المتولي - رحمه الله - ذكر فيما إذا كان بين مسجدين طريق فاصل أن ظاهر المذهب أنه ليس حكمهما حكم المسجد الواحد، وفي «التهذيب»: أنه لو كان بين الإمام والمأموم الواقفين في المسجد نهر إن حفر بعد بناء المسجد فالنهر مسجد أيضاً فلا يضرب، وإن حفر قبله فهما مسجدان غير متصلين، فلا بد من اتصال الصف من أحدهما إلى الآخر، فأفاد ما ذكرناه أن الطريق والنهر يوجبان تغيير حكم المسجد وتمايزها، وإذا كان كذلك فالجدار الحائل بين مسجدين لا ينفذ باب أحدهما إلى الآخر أولى أن يكون موجباً لتغيير الحكم، وفي كلام الشيخ أبي محمد: أنه لو كان في جوار المسجد مسجد آخر ينفرد بإمام ومؤذن وجماعة فيكون حكم كل واحد منهما بالإضافة إلى الثاني كالملك المتصل بالمسجد، وهذا كالضابط الفارق بين المسجد الواحد والمسجدين، وظاهره يقتضي تغيير الحكم إذا انفرد بالأمر المذكورة، وإن كان باب أحدهما لأفضلاً إلى الثاني - والله أعلم -<sup>(١)</sup>.

وأما رحبة المسجد فقد عدها الأكثرون منه، ولم يذكروا فرقاً بين أن يكون بينها وبين المسجد طريق أو لا يكون، ونزلها القاضي ابن كج إذا كانت منفصلة منزلة مسجد آخر، وقوله: (واختلاف البناء) يجوز أن يعلم بالواو؛ لأنه يشمل ما إذا كان بينهما باب مغلق وقد حكينا فيه خلافاً.

القسم الثاني: أن لا يكون واحد منهما في المسجد فلهما حالتان:

إحدهما: أن يكونا في فضاء واحد، ويشتمل عليها قوله: (أو بالتقارب) إلى قوله (غير مبني) وحكمها: أنه يجوز الاقتداء بشرط القرب، وهو: أن لا يزيد بين الإمام والمأموم الذي يليه على ثلاثمائة ذراع<sup>(٢)</sup> ومم أخذ هذا التقدير؟ اختلفوا فيه، فعن ابن خيران، وأبن الوكيل وبه قال الأكثرون: أنه أخذ من عُرْفِ النَّاسِ وعادتهم؛ لأن المكان إذا اتسع ولا حائل يعده المتباعدان ضرباً من البعد مجتمعين.

وعن ابن سريج، وأبي إسحاق: «أَنَّهُ أَخَذَ مِنْ صَلَاةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بِذَاتِ الرَّقَاعِ فَإِنَّهُ تَنَحَّى بِطَائِفَةٍ إِلَى حَيْثُ لَا تُصِيبُهُمْ سِهَامُ الْعَدُوِّ، وَصَلَّى بِهِمْ رُكْعَةً، وَأَنْصَرَفَتْ الطَّائِفَةُ إِلَى وَجْهِ الْعَدُوِّ، وَهُمْ فِي الصَّلَاةِ عَلَى حُكْمِ الْاِقْتِدَاءِ، وَسِهَامُ الْعَرَبِ لَا تَبْلُغُ أَكْثَرَ مِنْ الْقَدْرِ الْمَذْكُورِ».

(١) قال النووي: الذي صرح به كثيرون، منهم الشيخ أبو حامد، وصاحب «الشامل» و«التتمة» وغيرهم: إن المساجد التي يفتح بعضها إلى بعض، لها حكم مسجد واحد. وهو الصواب - والله أعلم - ينظر الروضة (١/٤٦٥).

(٢) ونسب إلى أبي إسحاق المروزي. وقال الماوردي إنه غلط، فعلى الأول لا تضر زيادة ثلاثة أذرع كما في تهذيب البغوي وغيره، لأن هذا التقدير مأخوذ من عرف الناس وهو يعدونهما في ذلك مجتمعين.

وأعلم أن هذه الكيفية في صلاة ذات الرقاع، رواها ابن عمر - رضي الله عنهما - والذي ذكرها المصنف في صلاة الخوف غير هذه، وسنذكرها - إن شاء الله تعالى -، ثم القدر المذكور من أي شيء أخذ معتبراً بالتقريب على أصح الوجهين لا بالتحديد، ولو وقف شخصان أو صفان خلف الإمام فالمسافة المذكورة تعتبر بين الصف الأخير وبين الصف الأول، ويجوز أن تكثر الصفوف ويبلغ ما بين الإمام والصف الأخير فرسخاً، وحكى وجهاً أنها تعتبر بين الإمام والصف الأخير إذا لم تكن الصفوف القريبة من الإمام متصلة على العادة، ولا بأس بأن يكون بين الإمام والمأموم، أو بين الصفين نهر يمكن العبور من أحد طرفيه إلى الآخر من غير سباحة، إما بالوثوب فوقه، أو المشي فيه أو على جسر ممدود على متنه وإن كان يحتاج فيه إلى السباحة، أو كان بينهما شارع مطروق فوجهان:

أصحهما: أن ذلك لا يضر أيضاً، كما لو كانا في سفينتين على ما سيأتي، ولا فرق في الحكم الذي ذكرناه بين أن يكون الفضاء موأناً كله، أو وقفاً كله، أو ملكاً كله، أو بعضه موأناً وبعضه وقفاً أو ملكاً.

قال في «النهاية»: وذكر شيخي وغيره وجهاً آخر: أن في السّاحة المملوكة يشترط اتصال الصفوف، كما سيأتي بخلاف الموات؛ لأنه يشبه المسجد من حيث إنه مشترك بين المسلمين<sup>(١)</sup> وليس الملك كذلك، وإذا قلنا بظاهر المذهب فلا فرق بين أن تكون السّاحة ملكاً لشخص واحد وبين أن تكون لشخصين، ونقل الصّيدلاني وغيره وجهاً آخر: أنه لو وقف أحدهما في ملك زيد، والآخر في ملك عمرو يشترط اتصال الصف من أحد الملكين بالثاني.

وقوله في الكتاب: (أو بالتقارب كقدر غلوة سهم يسمع فيها صوت الإمام في الساحات المنبسطة) فيه تقديم وتأخير، والمعنى: أو بالتقارب في الساحات المنبسطة كقدر غلوة السهم، ويجوز أنه يعلم قوله: (بالتقارب) بالميم؛ لأن الغرض من اعتبار القرب في السّاحات، وأنه لا يكفي بوقوف المأموم على حركات الإمام وانتقالاته، وقد قال إمام الحرمين: بلغت عن مالك - رضي الله عنه - أنه ذهب في الباب إلى مذهب عطاء<sup>(٢)</sup>، وأشتهر عن عطاء - رحمه الله - أنه يكتفي بالعلم بحركات الإمام في جميع الأماكن.

(١) سيأتي في صلاة الخوف.

(٢) في (ب): بين المسلمين.

(٣) عطاء بن رباح القرشي نزيل مكة وأحد الفقهاء والأئمة توفي سنة أربع وعشرة ومائة. انظر الخلاصة (٢/٢٣٠).

ونقل عن مالك أنه يستثني الجمعة فلا يكتفي فيها بذلك .

وقوله: (كقدر غلوة سهم) ليس للتمثيل المحض، وإنما المراد تقدير القرب كما سبق .

وقوله: (يسمع فيها صوت الإمام) ليس اشتراط ذلك في الغلوة، وإنما هو إشارة إلى أن القدر المذكور يبلغ فيه صوت الإمام إذا جهر لتبليغ المأموم الجهر المعتاد في مثله، وإذا كان كذلك كانا مجتمعين متواصلين، فلذلك قدر القرب به .

وقوله: (ملكاً) معلم بالواو لما تقدم .

وقوله: (مبنىاً أو غير مبني) أي: محوطاً أو غير محوط، ويجوز أن يريد المسقف وغير المسقف، فإن الصفة الكبيرة والبيوت الواسعة داخلة في هذه .

الحالة الثانية: أن لا يكون في فضاء واحد .

وقوله: «وإما بأتصال محسوس...» إلى رأس الفرع كلام في هذه الحالة فنقول: إذا وقف الإمام في صحن الدار أو في صفتها والمأموم في بيت أو بالعكس، فموقف المأموم قد يكون على يمين موقف الإمام أو يساره، وقد يكون خلفه، وفيهما طريقتان للأصحاب:

أحدهما: أن في الصورة الأولى يشترط في جواز الاقتداء أن يكون الصفُّ مُتَّصِلاً مِنْ أَلْبِنَاءِ الَّذِي فِيهِ الْإِمَامُ إِلَى أَلْبِنَاءِ الَّذِي فِيهِ الْمَأْمُومُ، بحيث لا تبقى فرجة تسع واقفاً؛ لأن أختلاف البناء يوجب كونهما مفترقين، فلا بد من رابطة يحصل بها الاتصال، فإن بقيت فرجة لا تسع واقفاً فوجهان:

أصحهما: أنه لا يضر؛ لأنه معدود صفّاً واحداً، فلو كان بينهما عتبة عريضة يمكن أن يقف عليها رجل وجب أن يقف عليها واحد وأثنان من جانبيها، وإن كانت بحيث لا يمكن الوقوف عليها فعلى الوجهين في الفرجة اليسيرة .

وأما في الصورة الثانية ففي جواز الاقتداء وجهان:

أحدهما: المنع؛ لما ذكرنا أن أختلاف البناء يوجب أفتراقهما، وإنما جوزنا في اليمين واليسار؛ لأن الأختلال المحسوس بتواصل المناكب فيه ممكن .

وأظهرهما: الجواز إذا اتصلت الصفوف، وتلاحقت؛ لأن هذا هو القدر الممكن فيه، وكما تمس الحاجة إلى الاقتداء في بناء آخر على اليمين واليسار، تمس إليه في بناء آخر خَلْفَهُ، فيكتفي فيه بالممكن، ومعنى اتصال الصفوف: أن يقف رجل أو صف في آخر البناء الذي فيه الإمام، ورجل أو صف في أول البناء الذي فيه المأموم، بحيث لا يكون بينهما أكثر من ثلاثة أذرع، وهذا القدر هو المشروع بين الصفين، وإذا وجد هذا

الشرط فلو كان في بناء المأموم بيت على اليمين، أو اليسار أعتبر الاتصال بتواصل المناكب، فهذه طريقة، وبها قال القفال وأصحابه، وكلام القاضي ابن كنج يوافقها، وقد حكى أصلها أبو علي صاحب «الإفصاح» عن بعض الأصحاب، لكنه أختار الثانية التي نذكرها.

**والثالثة:** أنه لا يشترط اتصال الصّف الواحد، ولا اتصال الصفوف في الصورة الثانية؛ بل المعتبر القرب والبعد على الضبط المذكور في الصحراء، وهذا إذا كان بين البنائين باب نافذ، فوقف بحذائه صف أو رجل، أو لم يكن جداراً أصلاً، كالصفة مع الصحن، ولو كان بينهما حائل يمنع الاستطراق دون المشاهدة [كالمشيكات فقد ذكروا فيه وجهين، وإن كان يمنع الاستطراق والمشاهدة]<sup>(١)</sup> جميعاً لم يجز الأقتداء باتفاق الطريقتين؛ نعم، إذا صح أقتداء الواقف في البناء الآخر، إما بشرط الاتصال، أو دونه، فتصح صلاة الصفوف خلفه، وإن كان بينهم وبين البناء الذي فيه الإمام جدار تبعاً له وهم معه كالمأمومين مع الإمام، حتى لا يجوز الصلاة من بين يديه، وإن كان متأخراً عن سمت موقوف الإمام إذا لم نجوز التقدم على الإمام، وهو الصحيح، وعن القاضي الحسين تفریباً على هذا الأصل: أنه لا يجوز أن يتقدم تكبيرهم على تكبيره، وهذه الطريقة الثانية حكاها الشيخ أبو محمد عن أصحاب أبي إسحاق المزوزي، وهي التي يوافقها كلام معظم أصحابنا العراقيين.

ولو وقف الإمام في صحن الدار والمأموم في مكان عالٍ من سطح، أو طرف صفة مرتفعة، أو بالعكس منه، فبماذا يحصل الاتصال؟ ذكر الشيخ أبو محمد: أنه إن كان رأس الواقف في السفلى يحاذي ركة الواقف في العلو جاز الأقتداء، وإن زاد عليه أمتنع.

وقال الأكثرون: إن حاذى رأس من في السفلى قدم على من على العلو حصل الغرض، وجاز الأقتداء، قال إمام الحرمين: وهذا هو المقطوع به، ولست أرى لذكر الركبة وجهاً؛ أما أعتبر محاذاة شيء من بدن هذا شيئاً من بدن ذلك فمعقول، وإذا كان الانخفاض والارتفاع قدر ما لا يمنع القدور، فلو كان بعض الذين يحصل بهم الاتصال عند اختلاف البنائين على سرير أو متاع، وبعضهم على الأرض لم يضر، ولو كانوا في البحر والمأموم في سفينة والإمام في أخرى، وهما مكشوفتان فظاهر المذهب: أنه يصح الأقتداء إذا لم يزد ما بين الإمام والمأموم على ثلاثمائة ذراع، كما في الصّخرَاء، والسفيتين كدكتين في الصّخرَاء، يقف الإمام على إحدهما، والمأموم على الأخرى.

(١) سقط من (ب).

وقال الإصطخري: يشترط أن تكون سفينة المأموم مشدودة بسفينة الإمام، ليؤمن من تقدمها عليه، وإن كانت السفينتان مسقوفتين فهما كالدارين، والسفينة التي فيها بيوت كالدار التي فيها بيوت، وحكم المدارس والخانات والرباطات حكم الدور والسرادات في الصحراء، كالسفن المكشوفة، والخيام كاليوت.

إذا عرفت ذلك فأعلم أن قوله: (فيما إذا وقف على يمين الإمام فلا بد من تواصل المناكب).

جواب: على الطريقة الأولى، وينبغي أن يعلم بالواو لمكان الثانية، وبالميم لما سبق حكايته عن مالك، وبالحاء؛ لأنه عند أبي حنيفة فيما حكى الشيخ أبو محمد وغيره: لا يشترط اتصال الصفوف.

وقوله: «فيما إذا وقف أحدهما في علو، والآخر في سفلى» الاتصال بموازاة رأس المتسفل ركبة العالي.

جواب على ما سبق نقله عن الشيخ أبي محمد، وقد عزاه الشيخ إلى نص الشافعي - رضي الله عنه - ويجب إعلامه بالواو، لما تقدم، وزيد في بعض النسخ: «لو قدر لكل واحد منهما قامة معتدلة» وهذه إشارة إلى أنه لو كان قصيراً أو قاعداً؛ لكن لو قام فيه رجل معتدل القامة تحصل المحاذاة كفى ذلك، وأعتبر القامة المعتدلة لكل واحد منهما إنما ينتظم على الوجه الناظر إلى الركبة، فأما إذا نظرنا إلى القدم فلا يعتبر ذلك في حق العالي.

وقوله: فالأصل بهذا ليس على معنى أن كل الاتصال المطلوب يحصل بهذا القدر، وإنما المراد أن هذا لا بد منه حتى لو وقف المأموم على صفة مرتفعة والإمام في الصحن، فلا بد على الطريقة المذكورة في الكتاب من وقوف رجل على طرف الصفة، ووقوف آخر في الصحن متصلاً به.

وقوله: «فالاتصال بتلاحق الصفوف» يعني: أن القدر الممكن فيما إذا كان البيت خلف الإمام، هذا النوع من الاتصال وهل هو كافٍ أم لا ويمتنع الاقتداء رأساً؟ فيه الوجهان؛ والأذرع الثلاثة معتبرة بالتقريب، فلو زاد شيء لا يبين في الحس ما لم يدرع فلا بأس به.

وقوله: (وإن زاد على ثلاثة أذرع لم تصح القدوة على أظهر الوجهين).

الوجه الثاني: هو الطريقة الثانية التي شرحناها، وقد تعرض لها في هذه الصورة، ولم يتعرض لها فيما إذا كان البيت على يمين الإمام، فأعرف ذلك.

القسم الثالث: أن يكون أحدهما في المسجد، والآخر خارجه، والفرع الباقي من

الفصل يشتمل على بعض صورته، وهو ما لو وقف الإمام في مسجد والمأموم في موات متصل به فينظر، إن لم يكن بين الإمام والمأموم حائل فلا يشترط اتصال الصف لصحة الأقتداء، ولكن يجب أن يقف في حد القرب، وهو ما دون ثلاثمائة ذراع على ما سبق في الصحراء، ومن أين تعتبر المسافة؟ فيه وجهان:

أحدهما - وبه قال صاحب «التلخيص»: إنها تعتبر من آخر صف في المسجد، فإن لم يكن فيه إلا الإمام فمن موقف الإمام؛ لأن الاتصال مرعي بينه وبين الإمام (لا بينه وبين المسجد).

وأظهرهما: أنها معتبرة من آخر المسجد؛ لأن المسجد مبني للصلاة، فلا يدخل في الحد الفاصل؛ ولهذا لو بُعد موقف المأموم فيه لم يضر.

وفيه وجه ثالث: أنه لو كان للمسجد حريم، والموات وراءه، فالمسافة تعتبر من الحريم، وحريم المسجد هو الموضع المتصل به المهيأ لمصلحته، كأنصباب الماء إليه، وطرح الثلج والقمامات فيه.

وقوله: (فإن لم يكن الحائل) يدخل فيه ما إذا لم يكن بين المسجد والموات جدار أصلاً، وما إذا كان بينهما جدار، لكن الباب النافذ بينهما مفتوح، فوقف بحذائه، والحكم في الحالتين واحد، ثم لو اتصل الصف بمن وقف في المحاذاة وخرجوا عن المحاذاة جاز، ولو لم يكن في الجدار باب نافذ، أو كان ولم يقف بحذائه؛ بل عدل عنه ففيه وجهان عن الشيخ أبي إسحاق المروزي: أنه لا يمتنع الأقتداء، فإنه من جملة أجزاء المسجد.

وقال الجُنهُورُ: يمنع؛ لأفتراقهما بسبب الحائل، والوجهان في جدار المسجد، فأما غيره فيمنع الأقتداء بلا خلاف.

وقوله: (وإن كان بينهما جدار لم يصح) يجوز أن يريد بين المسجد والموات، ويجب تقييده بما إذا لم يكن بينهما باب نافذ، ويجوز أن يريد بين الإمام والمأموم، وحينئذ يجب تقييده بما إذا لم يكن باب نافذ، أو كان ولم يقف بحذائه أحد، وإلاً فالأقتداء صحيح، وعلى التقديرين فقوله: (لم يصح) معلم بالواو؛ لما نقل عن أبي إسحاق وبالميم؛ لما سبق عن مالك، ولو كان بينهما باب مردود مغلق فهو كالجدار؛ لأنه يمنع الاستطراق والمشاهدة، ولو كان غير مغلق فهو مانع من المشاهدة دون الاستطراق، ولو كان بينهما مشبك فهو مانع من الاستطراق دون المشاهدة، ففي صورتين وجهان:

أحدهما: أنه لا يمنع الأقتداء لحصول الاتصال من وجه، وهذا أصح عند إمام الحرمين.

وأظهرهما عند صاحب «التهذيب» والرؤياني، والأكثرين: أنه يمنع لحصول الحائل من وجه، وجانب المنع أولى بالتغليب، هذا كله في الموات المتصل بالمسجد. ولو وقف في شارع متصل بالمسجد فهو كالموات، كذلك ذكره الشيخ أبو محمد.

وفيه وجه [آخر] أنه يشترط اتصال الصف بين المسجد والطريق، ولو وقف في حريم المسجد فقد ذكر في «التهذيب»: أنه كالموات؛ لأنه ليس بمسجد، وذكر أيضاً أن الفضاء المتصل بالمسجد لو كان مملوكاً فوقف المأموم فيه لم يجز الأقتداء به، حتى يتصل الصف من المسجد بالفضاء، وكذلك يشترط اتصال الصف من سطح المسجد بالسطح المملوك، وكذا لو وقف في دار مملوكة متصلة بجنب المسجد يشترط اتصال الصف بأن يقف رجل في آخر المسجد متصلاً بعتبة الدار، وآخر في الدار متصلاً بالعتبة بحيث لا يكون بينهما موقف رجل، وهذا الذي ذكره في الفضاء غير صافي عن الإشكال؛ لأن حكم الفضاء المملوك والموات واحد في ظاهر المذهب كما سبق، فليكن الفضاء المملوك المتصل بالمسجد كالموات.

وأما في الدور فالذي ذكره مثل الطريقة المذكورة في الكتاب في البنائين المملوكين، وحكى العراقيون عن أبي إسحاق: أنه إذا صلى الرجل في بيته وبينه وبين المسجد جدار المسجد صح، كما سبق في الموات.

وقال أبو علي الطبري في «الإفصاح»: لا يشترط اتصال الصفوف إذا لم يكن حائل، ويجوز الأقتداء إذا وقف في حد القرب.

وأما قوله في الكتاب: (ولو كان بينهما شارع إلى آخره) فهذه المسألة لا تختص بما إذا وقف الإمام في المسجد، والمأموم في الموات، بل يجري فيه، وفيما إذا كان في الصحراء وغيرها ما لم يكونا في المسجد على ما تقدم، والمحكى عن مالك أنهما لا يمنعان الأقتداء، وعن أبي حنيفة وأحمد: أنهما يمنعان، وصورة الوجهين فيما إذا كان الإمام في المسجد والمأموم في الموات أن يكون النهر في الموات. أما إذا كان في المسجد فقد سبق بيانه والله أعلم.

قال الغزالي: (الثالث) نِيَّةُ الْأَقْتِدَاءِ فَلَوْ تَابَعَ مِنْ غَيْرِ نِيَّةٍ بَطَلَتْ صَلَاتُهُ، وَلَا يَجِبُ تَعْيِينُ الْإِمَامِ، وَلَكِنْ لَوْ عَيَّنَ فَأَخْطَأَ بَطَلَتْ صَلَاتُهُ، وَلَا يَجِبُ مُوَافَقَةُ نِيَّةِ الْإِمَامِ وَالْمَأْمُومِ بَلْ يَفْتَدِي (ح م و) فِي الْفَرْضِ بِالثَّقَلِ، وَفِي الْأَدَاءِ بِالْقَضَاءِ وَعَكْسِهِمَا، وَلَا تَجِبُ نِيَّةُ الْإِمَامَةِ عَلَى الْإِمَامِ وَإِنْ أَقْتَدَى (ح) بِهِ النِّسَاءُ، فَلَوْ أَخْطَأَ فِي تَعْيِينِ الْمُقْتَدِي لَمْ يَضُرْ، لِأَنَّ أَضْلَ الثَّنِيَّةِ غَيْرُ وَاجِبٍ عَلَيْهِ.

قال الرفاعي: في الفصل ثلاث مسائل:

أحدها: أن من شروط الأقتداء أن ينوي المأموم الجماعة أو الأقتداء<sup>(١)</sup>، وإلا فلا تكون صلاته صلاة جماعة، إذ ليس للمرء من عمله إلا ما نواه، وينبغي أن تكون مقرونةً بالتكبير، كسائر ما ينويه من صفات الصلاة، وإذا ترك نيّة الأقتداء أنعدت صلاته منفرداً، ثم لو تابع الإمام في أفعاله فهل تبطل صلاته؟ فيه وجهان، نقلهما صاحب «التتمة» وغيره.

أحدهما: لا؛ لأنه أتى بواجبات الصلاة، وليس فيه إلا أنه قارن فعله فعل غيره.

وأصحهما - وهو المذكور في الكتاب -: نعم: لأنه وقف صلاته على صلاة غيره، لا لأكتساب فضيلة الجماعة، وفيه ما يشغل القلب، وما يسلب الخشوع فيمنع منه، وإذا فرعنا على هذا الوجه فلو شك في نية الأقتداء في أثناء الصلاة نظر، إن تذكر قبل إن أحدث فعلاً على متابعة الإمام لم يضر، وإن تذكر بعد ما أحدث فعلاً على متابعته بطلت صلاته؛ لأنه في حالة الشك في حكم المنفرد، وليس للمنفرد أن يتابع غيره في الأفعال، حتى لو عرض هذا الشك في التشهد الأخير، لا يجوز أن يقف سلامه على سلام الإمام، هكذا نقل صاحب «التهذيب» وغيره، وهو مقيس بما إذا شك في أصل النية، وقياس ما ذكره في الكتاب في تلك المسألة أن يفرق بين أن يمضي مع هذا الشك ركن لا يزداد مثله في الصلاة، وبين أن يمضي غيره ويمكنك أن تستفيد من لفظ الكتاب في المسألة فائدتان:

أحدهما: أن تبحث فتقول: اللفظ مطلق يشمل صلاة الجمعة وغيرها، فهل تجب فيها نية الجماعة أيضاً جرياً على إطلاق اللفظ أم لا؟ والجواب: أنهم حكوا فيه وجهين:

أحدهما: لا؛ لأن صلاة الجمعة لا تصح إلا بالجماعة، فلا حاجة إلى التعرض لها.

وأصحهما: نعم؛ لتعلق صلاته بصلاة الإمام، فعلى هذا الأصح اللفظ مجرى على إطلاقه.

(١) بالإمام الحاضر إماماً موتاً أو مؤتماً به لأن التبعية عمل فافتقرت إلى نية، إذ ليس للمرء إلا ما نوى ولا يكفي كما قال الأذري إطلاق نية الأقتداء من غير إضافة إلى الإمام، واعتبر اقترانها بالتكبير كسائر ما يجب التعرض له من صفات صلاته، وهذا من غير أن يحرم منفرداً ثم إذا نوى متابعة الإمام فإنه جائز، فإن قيل الاكتفاء. نية الجماعة مشكل إذ ليس فيها ربط فعله بفعل غيره لأنها مشتركة بين الإمام والمأموم أوجب بأنها تتعين بالقرينة الحالية للأقتداء وللإمامة.



الثانية: في قوله: «فلو تابع من غير نية» ما ينه على أن الحكم بالبطلان فيما إذا أنتظره ليركع عند ركوعه، ويسجد عند سجوده، فأما إذا أتفق أنقضاء أفعاله مع أنقضاء أفعال الإمام، ولم ينتظره فهذا لا يسمى<sup>(١)</sup> متابعة، وهو غير مبطل للصلاة، ذكره في «العدة» وشيئاً آخر وهو أن الوجهين في البطلان فيما إذا طال الأنتظار، فأما الأنتظار اليسير فلا يؤثر، ثم لا يجب على المأموم أن يعين في نيته الإمام<sup>(٢)</sup>، بل يكفي نية الأقتداء بالإمام الحاضر<sup>(٣)</sup>، فإن مقصود الجماعة لا يختلف، ولو عين وأخطأ بأن نوى الأقتداء بزید، فبان أنه عمرو بطلت صلاته، كما لو عين الميت في صلاة الجنائز وأخطأ لا تصح صلاته، ولو نوى الأقتداء بالحاضر وأعتقده زیداً فكان غيره، رأى إمام الحرمين تخريجه على الوجهين فيما إذا قال: بعثك هذا الفرس، وأشار إلى الحمار.

الثانية: اختلاف نية الإمام والمأموم فيما يأتيان به من الصلاة لا يمنع صحة الأقتداء؛ بل يجوز للمؤدي أن يقتدي بالقاضي، وبالعكس، وللمفترض أن يقتدي بالمتنفل وبالعكس، خلافاً لأبي حنيفة حيث قال: لا يجوز أقتداء المتنفل بالمفترض، وبه قال أحمد في أصح الروايتين، وكذلك مالك ويروى عنه المنع مطلقاً.

وأحتج الشافعي - رضي الله عنه - بما روي عن جابر - رضي الله عنه - قال: «كَانَ مَعَاذَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - يُصَلِّي مَعَ النَّبِيِّ ﷺ الْعِشَاءَ؛ ثُمَّ يَنْطَلِقُ إِلَى قَوْمِهِ، فَيُصَلِّيهِمْ بِهَمْ، هِيَ لَهُ تَطَوُّعٌ وَلَهُمْ مَكْتُوبَةٌ»<sup>(٤)</sup>.

(١) في ط لا يسمى.

(٢) لأن مقصود الجماعة لا يختلف بالتعيين وعدمه، بل قال الإمام وغيره: الأولى أن لا يعينه من نيته لأنه ربما عينه فبان خلافه.

(٣) أي لم تتعد لربطه صلاته بمن لم ينو الأقتداء به كمن عين الميت من صلاة أو نوى العتق من كفارة ظهار وأخطأ فيهما، وقول الأسنوي بطلانها بمجرد الأقتداء غير مستقيم، بل تصح صلاته منفرداً لأنه لا إمام له، ثم إن تابعه المتابعة المبطله بطلت مردود بأن فساد النية مفسد للصلاة كما لو اقتدى بمن شك في أنه مأموم وبأن ما يجب التعرض له فيها إذا عينه وأخطأ، بطل. فإن علق القدوة بشخصه سواء عبر عنه بمن من المحراب أم يزيد هذا أم بهذا الحاضر أم بهذا أم بالخاضر وظنه زیداً فبان عمراً، لم يضر لأن الخطأ لم يقع في الشخص لعدم تأتبه فيه بل من الظن ولا عبرة بالظن البين خطؤه بخلاف ما لو نوى القدوة بالحاضر مثلاً ولم يعلقها بشخصه لأن الحاضر صفة لزيد الذي ظنه وأخطأ فيه، والخطأ في الموصوف يستلزم الخطأ من الصفة فبان أنه اقتدى بغير الحاضر.

(٤) في ط مكتوبة العشاء، والحديث أخرجه الشافعي (٤١٢، ٤١٣) والدارقطني (١/٢٧٤، ٢٧٥) وقال الشافعي: لا أعلم حديثاً يروى من طريقه واحد أثبت منه، ولا أوثق - يعني رجلاً - وأصله في الصحيحين البخاري (٧٠٠ - ٧٠١ - ٧٠٥ - ٧١١ - ٦١٠٦) ومسلم (٤٦٥).

وأحتج المزني بأنه إذا جاز النفل خلف من يصلي الفرض جاز الفرض خلف من يصلي النفل، قال الأصحاب: والجامع أنهما صلاتان متفتتان في الأفعال الظاهرة.

**الثالثة:** لا يشترط لصحة الاقتداء أن ينوي الإمام الإمامة، سواء اقتدى به الرجال أو النساء، خلافاً لأحمد حيث اشترط ذلك، ولأبي حنيفة حيث قال: إن أم نساء لا تصح صلاتهن ما لم ينو إمامتهن، وإنما قصد حجة الإسلام بقوله: وإن اقتدت به النساء التعرض لمذهبه.

لنا على أحمد ما روي عن أنس - رضي الله عنه - قال: «أَتَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ وَهُوَ يُصَلِّي فَوَقَفْتُ خَلْفَهُ، ثُمَّ جَاءَ آخِرُ حَتَّى صِرْنَا رَهْطًا كَثِيرًا، فَلَمَّا أَحَسَّ النَّبِيُّ ﷺ بِنَا أَوْجَرَ فِي صَلَاتِهِ، ثُمَّ قَالَ: إِنَّمَا فَعَلْتُ هَذَا لَكُمْ»<sup>(١)</sup>.

ويروي: أن عمرَ كانَ يَدْخُلُ فَيْرِي أَبَا بَكْرٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فِي الصَّلَاةِ فَيَقْتَدِي بِهِ، وَكَانَ أَبُو بَكْرٍ يَفْعَلُ مِثْلَ ذَلِكَ إِذَا رَأَى عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - يُصَلِّي<sup>(٢)</sup> وَعَلَى أَبِي حَنِيفَةَ: الْقِيَاسُ عَلَى مَا إِذَا أُمَّ رَجُلًا، وَإِذَا لَمْ يَنْوِ الْإِمَامَةَ صَحَّتْ صَلَاتُهُ، بِخِلَافِ الْمَأْمُومِ، فَإِنَّ صَلَاتَهُ إِنَّمَا تَبْطَلُ بِتَوْقِيفِهِ إِيَّاهَا عَلَى أَعْمَالٍ مِنْ لَيْسَ إِمَامًا لَهُ، وَهَاهُنَا أَعْمَالُ الْإِمَامِ غَيْرِ مَرْبُوطَةٍ بِغَيْرِهِ، وَهَلْ تَكُونُ صَلَاتُهُ جَمَاعَةً حَتَّى يَنْالَ بِهَا فَضِيلَةَ الْجَمَاعَةِ، فِيهِ وَجْهَانِ:

أحدهما: نعم لتأدي شعار الجماعة<sup>(٣)</sup> بما جرى، وإن لم يكن عن قصد منه.

وأصحهما: لا، إذ ليس للمرء من عمله إلا ما نوى، ويقال: إن القفال سئل عن من كان يصلي منفرداً فأقتدى به قوم وهو لا يدري، هل ينال فضيلة الجماعة فقال: الذي يجاب به على فضل الله تعالى: أنه ينالها؛ لأنهم بسببه تألوهَا، وهذا كالتوسط بين الوجهين، ومن فوائد الوجهين: أنه إذا لم ينو الإمامة في صلاة الجمعة هل تصح جماعته؛ والأصح أنهما لا تصح، وبه قال القاضي الحسين، وعلى هذا فقوله في الكتاب: (ولا تجب نية الإمامة على الإمام) غير مجرى على إطلاقه، بل الجمعة مستثناه عنه وأعلم أن أبا الحسن العبادي حكى عن أبي حفص، وعن القفال: أنه تجب نية الإمامة على الإمام، وأشعر كلامه بأنهما يشترطانها في صحة الاقتداء، فإن كان كذلك فليكن قوله: (ولا تجب نية الإمام [على الإمام] [مع الألف]<sup>(٤)</sup>) معلماً بالواو، ولو نوى الإمام الإمامة، وعين في نيته المقتدي فبان خلافه لم يضر، لأن غلظه في النية لا يزيد

(١) أخرجه مسلم (١١٠٤).

(٢) غريب انظر خلاصة البدر المنير (١٩٩/١) والتلخيص (٤٣/٢).

(٣) سقط في ط. (٤) سقط من (ط).

على تركها أصلاً، ورأساً، ولو تركها لم يقدح على ما سبق، بخلاف ما إذا أخطأ المأموم في تعيين الإمام، فإن أصل النية واجب عليه.

قال الغزالي: (الرابع) تَوَافَقُ نَظْمُ الصَّلَاتَيْنِ فَلَا يَفْتَدِي فِي الظُّهْرِ بِصَلَاةِ الْجَنَازَةِ وَصَلَاةِ الخُسُوفِ وَيَفْتَدِي فِي الظُّهْرِ بِالصُّبْحِ، ثُمَّ يَقُومُ عِنْدَ سَلَامِ الإِمَامِ كَالْمَسْبُوقِ، فَإِنْ أَقْتَدَى فِي الصُّبْحِ بِالظُّهْرِ صَحَّ عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، ثُمَّ يَتَخَيَّرُ عِنْدَ قِيَامِ الإِمَامِ إِلَى الثَّالِثَةِ بَيْنَ أَنْ يُسَلِّمَ أَوْ يَنْتَظِرَ الإِمَامَ إِلَى الآخِرِ.

قال الرافعي: لو اختلف صلاتا الإمام والمأموم في الأفعال الظاهرة، كما لو اقتدى في فريضة بمن يصلي الجنازة، أو الخسوف هل يجوز؟ فيه وجهان:

أصحهما - وهو المذكور في الكتاب -: أنه لا يجوز لتعذر المتابعة مع المخالفة في الأفعال.

والثاني - ويحكى عن القفال -: أنه يجوز؛ لأن المقصود من الاقتداء اكتساب الفضيلة، وكل يراعي واجبات صلاته، فعلى هذا إذا اقتدى بمن يصلي الجنازة لا يتابعه في التكبيرات والأذكار بينها؟ بل إذا كبر الإمام الثانية، يخير بين أن يخرج نفسه عن المتابعة، وبين أن ينتظر سلام الإمام، وإذا اقتدى بمن يصلي صلاة الخسوف يتابعه في الركوع الأول، ثم إن شاء رفع رأسه معه [وفارقه]<sup>(١)</sup> وإن شاء أنتظره.

قال إمام الحرمين: وإنما ينتظره في الركوع إلى أن يعود إليه الإمام (ثم يعتدل معه عن الركوع الثاني، ولا ينتظره بعد الرفع؟ لما فيه من تطويل الركن القصير، وإن أتفتت الصلاتان في الأفعال نظر إن توافقت عدد الركعات كالاقتداء في الظهر بالعصر أو بالعشاء جاز وإن كان عدد ركعات الإمام أقل، كما لو اقتدى في الظهر بالصبح جاز أيضاً؛ لأن متابعة الإمام فيما يأتي به متيسرة، ثم إذا تمت صلاة الإمام قام المأموم وأتم صلاته، كما يفعله المسبوق، ويتابع الإمام القنوت كما لو أدرك الإمام في الصُّبْحِ في الركعة الثانية يتابعه في القنوت، ولو أراد أن يفارقه إذا اشتغل بالقنوت فله ذلك، ولو اقتدى في الظهر بالمغرب، فإذا أنتهى الإمام إلى الجلسة الأخيرة يخير المأموم بين المتابعة والمفارقة، كما في القنوت، وإن كان عدد ركعات الإمام أكثر كالاقتداء في الصبح بالظهر، ففي المسألة طريقان:

أحدهما: وهو المذكور في الكتاب أن فيها قولين:

(١) سقط من (ط).

أحدهما: أنه لا يصح الاقتداء؛ لأنه يحتاج إلى الخروج عن صلاة الإمام قبل فراغه، بخلاف ما إذا كانت صلاته أطول، فإنه لا يفارق الإمام ما دام في صلاته.

وأصحهما: أنه يصح كما في الصورة السابقة، والجامع أنهما صلاتان متفتتان في النَّظْمِ، والطريق الثاني القطع بهذا القول الثاني.

قال في «التهديب»، وهو الأصح -: وإذا فرعنا عليه فإذا قام الإمام إلى الركعة الثالثة فهو بالخيار، إن شاء فارقه وسلّم، وإن شاء أنتظره حتى يسلم معه، وإن أمكنه أن يقنت في الركعة الثانية فإن وقف الإمام يسيراً فذاك، وإلا تركه ولا شيء عليه وله أن يخرج عن متابعته ويقنت، ولو أقتدى في المغرب بالظهر، فإذا قام الإمام إلى الرابعة لم يتابعه المأموم، بل يجلس للتشهد ويفارقه، فإذا تشهد سلّم، وهل له أن ينتظره؟.

قال في «النهاية»: ظاهر المذهب أنه ليس له ذلك، لأنه أحدث تشهداً لم يفعله الإمام بخلاف الصورة السابقة، فإنه وافق الإمام في تشهده ثم استدامه، ومنهم من أطلق وجوب الانتظار في الصورتين، ولو صلّى العشاء خلف من يصلي التراويح جاز، كما في أقتداء الظهر بالصبح، وقد نقله الشافعي - رضي الله عنه - عن فعل عطاء بن أبي رباح - رضي الله عنه -، ثم إذا سلم الإمام قام إلى باقي صلاته، والأولى أن يتم منفرداً، فلو قام الإمام إلى ركعتين أخريين من التراويح فأقتدى به مرة أخرى هل يجوز؟ فيه القولان اللذان نذكرهما فيمن أحرم منفرداً بالصلاة؟ ثم أقتدى في أثنائها.

وقوله في الكتاب: (توافق نظم الصلاتين) أراد في الأفعال والأركان لا في عدد الركعات، على ما تبين، وصلاة العيدين والاستسقاء كصلاة الخسوف والجنائز أم لا؟ أختلف الأصحاب فيه.

وقوله: (يقنتدى في الظهر بالصبح) معلّم بالحاء والميم والألف، وكذا قوله: (صبح) في المسألة التي بعدها؛ لأنه لا بد وأن يكون أحدهما قضاء، وهم يمنعون من الاقتداء في أنقضاء بالأداء، وبالعكس كما سبق، وقوله: (على أحد القولين): معلّم بالواو للطريق الأخرى، وفي نسخ «الوسيط» ذكر وجهين بدل القولين، والأول أشهر، ولا يخفى أن قوله: (ثم يتخير) تفريع على صحة الاقتداء.

قال الغزالي: (الخامس) المُوَافَقَةُ وَهُوَ أَنْ لَا يَسْتَعْلِلَ بِمَا تَرَكَهُ الْإِمَامُ مِنْ سُجُودِ الثَّلَاوَةِ أَوْ التَّشَهُدِ الْأَوَّلِ، وَلَا بَأْسَ بِأَنْفِرَادِهِ بِجَلْسَةِ الْأَسْتِرَاحَةِ وَالْقُنُوتِ إِنْ لَحِقَ الْإِمَامُ فِي السُّجُودِ.

قال الرافعي: إذا ترك الإمام شيئاً من أفعال الصلاة نظر، إن كان فرضاً كما إذا قام في موضع القعود، أو بالعكس، ولم يرجع بعد ما سبّح به المأموم، فليس للمأموم أن

يتابعه؛ لأنه إما عامداً فصلاته باطله أو ساهٍ فذلك الفعل غير معدود من الصلوة وإن لم يكن مبطلاً، وإنما يتابعه في أفعال الصلوة، لا في غيرها وإن ترك سنة نظر، إن كان في الاشتغال بها تخلف فاحش، كسجود التلاوة والتشهد الأول، فلا يأتي بهما المأموم قال ﷺ: «إِنَّمَا جُعِلَ الْإِمَامُ لِيُؤْتَمَّ بِهِ»<sup>(١)</sup> ولو أشتغل بهما بطلت صلاته؛ لعدوله من فرض المتابعة إلى السنة، ويخرج عن هذا سجود السهو، يأتي به وإن تركه الإمام؛ لأنه يفعل بعد خروج الإمام من الصلاة فلا مخالفة، وكذا يسلم التسليمة الثانية إذا تركها الإمام، وإن لم يكن فيه إلا تخلف يسير كجلسة الاستراحة فلا بأس بأنفراده بها كما لا بأس بزيادتها في غير موضعها، وكذلك لا بأس بأنفراده بالقنوت إذا لحقه على القرب.

وقوله: (إن لحق الإمام في السجود) يعني في السجدة الأولى، فأما إذا كان للحق في الثانية فيكثر التخلف وسيأتي بيان التخلف المبطل في الفصل التالي لهذا.

قال الغزالي: (السادس) المتابعة فلا يتقدمه ولا بأس بالمساواة إلا في التكبير فإنه لا بد فيه من التأخير، والأحب التخلف في الكل مع سرعة الحقوق، فإن تخلف برك لم ينطل وإن تخلف بركتين من غير عذر بطل (ز). والأصح بأنه إذا ركع قبل أن يبتدئ الإمام الهوي إلى السجود لم ينطل، وإن ابتدأ الهوي لم ينطل أيضاً على وجه؛ لأن الاعتدال ليس ركناً مقصوداً، فإن لابس الإمام السجود قبل ركوعه بطل، والتقدم كالتخلف، وقيل: ينطل وإن كان بركن واحد.

قال الرافعي: يجب على المأموم أن يتابع الإمام، ولا يتقدم عليه في الأفعال؛ لما روي أنه ﷺ قال: «لا تبادروا الإمام، إذا كبر فكبروا، وإذا ركع فاركعوا، وإذا قال: سمع الله لمن حمده فقولوا: ربنا ولك الحمد، وإذا سجد فاسجدوا»<sup>(٢)</sup>.

وروي أنه ﷺ قال: «أما يخشى الذي يرفع رأسه والإمام ساجد أن يحول الله رأسه رأس حمار»<sup>(٣)</sup> والمراد من المتابعة أن يجري على أثر الإمام، بحيث يكون ابتداؤه بكل واحد منها متأخراً، عن ابتداء الإمام، ومتقدماً على فراغه.

روي عن البراء بن عازب قال: «كنا نصلي مع النبي ﷺ فإذا قال: سمع الله لمن حمده لم يخن أحد منا ظهره، حتى يضع النبي ﷺ جنبته على الأرض»<sup>(٤)</sup> فلو خالف

(١) أخرجه البخاري (٧٢٢ - ٧٣٤) ومسلم (٤١٤).

(٢) أخرجه مسلم (٤١٥) وأبو داود (٦٠٣ - ٦٠٤).

(٣) أخرجه البخاري (٦٩١) ومسلم (٤٢٧) وأبو داود (٦٢٣).

(٤) أخرجه البخاري (٦٩٠، ٧٤٧، ٨١١) ومسلم (٤٧٤).

وترك المتابعة على التفسير المذكور لم يخل إما أن يساوق فعله فعل الإمام، وإما أن يتخلف عنه، أو يتقدم عليه.

**الحالة الأولى:** أن يساوق فعله فعل الإمام، أما التكبير فالمساوقة فيه تمنع انعقاد صلاة المأموم، خلافاً لأبي حنيفة.

لنا ظاهر قوله: «فَإِذَا كَبَّرَ فَكَبِّرُوا»، ويخالف الركوع وسائر الأركان، حيث تحتل المساوقة فيها؛ لأن الإمام حينئذٍ في الصلوة فينتظم الاقتداء به ولو شك في أن تكبيره هل وقع مساوقاً لم تنعقد صلاته أيضاً، ولو ظن أنه لاحق فبان خلافه فلا صلاة له، ويشترط تأخير جميع التكبير عن جميع تكبيرات الإمام، ويستحب للإمام أن لا يكبر حتى تستوي الصفوف، ويأمرهم بذلك مُتَلَفِّتًا يَمِينًا وشمالاً، وإذا فرغ المؤذن من الإقامة قام النَّاسَ واشتغلوا بتسوية الصفوف.

وقال أبو حنيفة: يشتغلون به عند قوله: حَيَّ عَلَى الصَّلَاةِ، وأما ما عدا التكبير، فغير السَّلام يجوز فيه المساوقة، وفي السَّلام وجهان:

أحدهما: أنه لا يجوز فيه المساوقة اعتباراً للتحلل بالتحريم.

**والثاني:** يجوز كسائر الأركان، وذكر بعضهم أن الوجهين مبنيان على أن نية الخروج هل تشترط؟ إن قلنا: نعم، فالسَّلام كالتكبير وإن قلنا: لا، فهو كسائر الأركان، والأصح من الوجهين أن المساوقة لا تضر، وهو المذكور في الكتاب.

وقوله: (لا بأس بالمساوقة إلا في التكبير) معلم بالواو؛ للوجه الصائر إلى إلحاق السلام بالتكبير، وليس المراد من قوله: (لا بأس) التسوية المطلق، فإن صاحب «التهذيب» وغيره ذكروا أنه يكره الإتيان بالأفعال مع الإمام، وتفوت به فضيلة الجماعة، وإنما المراد: أنها لا تفسد الصلاة.

وقوله: (فإنه لا بد فيه من التأخير) معلم بالحاء.

وقوله: (والأحب التخلف في الكل مع سرعة اللحوق) المراد منه ما ذكرنا في تفسير المتابعة.

**الحالة الثانية:** أن يتخلف عن الإمام، وذلك إما أن يكون بغير عذر، أو بعذر، فإن تخلف من غير عذرٍ نظر، إن تخلف بركن واحد فقد حكى صاحب «النهاية» فيه وجهين:

أحدهما: أنه مبطل للصلوة؛ لما فيه من مخالفة الإمام.

وأظهرهما - وهو المذكور في الكتاب -: أنه غير مُبْطِل. وأحتج له بعضهم بما روي أنه ﷺ قال: «لَا تَبَادِرُونِي بِالرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ، فَمَهْمَا أَسْبَقَكُمْ بِهِ إِذَا رَكَعْتُ تُذْرِكُونِي

إِذَا رَفَعْتُ، وَمَهْمَا أَسْبِقُكُمْ بِهِ جِئِن سَجَدْتُ تُذَرِكُونِي جِئِن رَفَعْتُ»<sup>(١)</sup>.

وإن تخلف بركنين بطلت صلاته؛ لكثرة المخالفة.

ومن صور التخلف بغير عذر: أن يركع الإمام وهو في قراءة السورة بعد الفاتحة، فيشتغل بإتمامها، وكذا التَّخْلَفُ للاشتغال بتسيحات الركوع والسجود، ومن المهمات في هذا المقام البحث عن شيئين:

أحدهما: معنى التخلف بالركن والركنين.

والثاني: أن الحكم هل يعم جميع الأركان أم يفرق بين ركن وركن.

وأعلم أن في قوله: (والأصح [أنه]<sup>(٢)</sup> إذا ركع... ) إلى آخره تعرضاً لهما جميعاً، فنشرحه ونقول: من أركان [الصلاة]<sup>(٣)</sup> ما هو قصير، ومنها ما هو طويل، أما القصير فالاعتدال عن الركوع، وكذا الجلوس بين السجدين على الأظهر كما تقدّم، وأما الطويل فما عداهما، وما هو طويل فهو مقصود في نفسه، والقصير هل هو مقصود في نفسه؟ أشار في «النهاية» إلى ترددٍ فيه لِلأَصْحَابِ، فَمِنْ قَائِلٍ: نعم كالطويل، وَمِنْ قَائِلٍ: لا، فإن الغرض منه الفَضْلُ، فهو إذا تابع لغيره، وهذا ما ذكره في «التهذيب»، ثم نقول بعد هذه المقدمة: إذا ركع الإمام قبل المأموم ثم ركع المأموم، وأدركه في ركوعه، فليس هذا تخلفاً بركن، ولا تبطل به الصلاة وفاقاً لأنه لحق الإمام قبل تمام الرُّكْنِ الذي سبقه به.

ولو اعتدل الإمام والمأموم بعد قائم، فهل تبطل صلاته؟ فيه وجهان: وأختلفوا في مأخذهما [فقيلاً: مأخذهما]<sup>(٤)</sup> التردد في أن الاعتدال هل هو مقصود أم لا؟ إن قلنا: نعم، فقد فارق الإمام ركناً، واشتغل بركن آخر مقصود؛ فتبطل صلاة المتخلف، وإن قلنا: إنه ليس بمقصود، فهو كما لو لم يفرغ من الركوع، لأن الذي فيه تبع له، فلا تبطل صلاته وقيل: إن مأخذهما الوجهان اللذان سبقا في أن التخلف بركن واحد، هل يبطل أم لا؟ إن قلنا: نعم فقد تخلف بركن الركوع تماماً فتبطل صلاته، وإن قلنا: لا، فما دام في الاعتدال لم يكن الركن الثاني تاماً، فلا تبطل صلاته، وإذا هوى إلى السجود، ولم يَنْتَهَ إليه والمأموم بعد قائم، فعلى المأخذ الأول لا تبطل صلاته؛ لأنه يشرع في ركن مقصود، وعلى المأخذ الثاني تبطل، لأن ركن الاعتدال قد تم، هكذا ذكره إمام الحرمين، والمصنف في «الوسيط»، وقياسه. أن يقال: إذا أرتفع عن حد

(١) أخرجه الحميدي (٦٠٢) وأحمد (٩٢/٤ - ٩٨) وأبو داود (٦١٩) وابن ماجه (٩٦٣) وانظر شرح السنة للبخاري بتحقيقنا.

(٢) و(٣) و(٤) سقط من (ط).

الركوع، والمأموم بعد في القيام فقد حصل التخلف بركن واحد، وإن لم يعتدل حتى تبطل الصلاة عند من يجعل التقدم بركن واحد مبطلاً.

أما إذا أنتهى الإمام إلى السجود، والمأموم في قيامه بطلت صلاته وفاقاً. وأعرف بعد هذا أمرين:

أحدهما: أنا إن أكتفينا بأبتداء الهوي عند الاعتدال، وأبتداء الارتفاع عند حد الركوع، فالتخلف بركنين هو أن يتم للإمام ركنين، والمأموم بعد فيما قبلهما، وبركن واحد هو أن يتم الإمام الركن الذي سبق إليه، والمأموم فيما قبله، وإن لم يكتف بذلك فللتخلف شرط آخر وهو أن لا يلبس مع تمامهما أو تمامه ركناً آخر، فحصل خلاف في تفسير التخلف كما ترى.

والثاني: أن قوله: (وإن تخلف بركن لم تبطل) ينبغي أن يعلم بالواو؛ لما سبق نقله من الوجهين، وإيراد صاحب «التهذيب» يشعر بترجيح وجه البطلان، فيما إذا تخلف بركن كامل مقصود، ويصرح بترجيح عدم البطلان، فيما إذا تخلف بركن غير مقصود، كما إذا أستمروا في الركوع حتى أعتدل الإمام وسجد. وقوله: (وإن تخلف بركنين من غير عذر بطل) يبين أن التخلف بالعدر بخلافه، وإن لم يذكر حكمه في الكتاب.

وقوله: (فيما إذا ركع المأموم قبل أن يبتدىء الإمام بالهوي إلى السجود: أن الأصح عدم البطلان، ليس بناء على المأخذ الأول، وهو أن الاعتدال غير مقصود؛ لأن الأكثرين سوا بينه وبين سائر الأركان، والإمام أستبعد التردد فيه، ومال إلى الجزم بكونه مقصوداً، والمصنف يساعده في الأكثر، ويوضحه أنه أطلق البطلان في التخلف بركنين، ولم يفرق بين ركن وركن، فإذا هو بناء على المأخذ الثاني، ويصير إلى أن التخلف بالركنين إنما يحصل إذا شرع في ركن ثالث فأعرف ذلك.

وقوله: (فإن ابتداء الهوي لم تبطل أيضاً على وجه) إشارة إلى المأخذ الأول، ولم يذكر هاهنا أن الأصح عدم البطلان؛ بل في سياق الكلام ما يشعر بأنه لا يرتضيه، هذا تمام الكلام فيما إذا تخلف بغير عذر. وأما العذر فأنواع.

منها: الخوف، وسنذكره في صلاة الخوف.

ومنها: أن يكون المأموم بطيء القراءة<sup>(١)</sup>، والإمام سريعها، فيركع قبل أن يتم المأموم الفاتحة، فقيه وجهان:

(١) لعجز لا لوسوسة.



أحدهما: أنه يتابعه ويسقط عنه الباقي، فعلى هذا لو أشتغل بإتمامها كان متخلفاً بغير عذر.

وأصحهما: وهو الذي ذكره صاحب «التهذيب»، وإبراهيم المروزي: أنه لا يسقط، وعليه أن يتمها، ويسعى خلف الإمام على نظم صلاته ما لم يسبقه بأكثر من ثلاثة أركان مقصودة، فإن زاد على ثلاثة أركان فوجهان:

أحدهما: أنه يخرج عن متابعتة؛ لتعذر الموافقة.

وأظهرهما: أن له أن يدوم على متابعتة وعلى هذا فوجهان:

أحدهما: أنه يراعي نظم صلاته، ويجري على إثره، وهو معذور، وبهذا أفتى القفال.

وأظهرهما: أنه يوافقهما فيما هو فيه، ثم يقضي ما فاته بعد سلام الإمام، وهذان الوجهان كالقولين في مسألة الزحام.

ومنها أخذ التقدير بثلاثة أركان مقصود، فإنه إنما يَحْصُلُ القولان في تلك المسألة إذا ركع الإمام في الثانية، وقبل ذلك لا يوافقهما، وإنما يكون التخلف قبله بالسُّجْدَتَيْنِ والقيام، ولم يعتبر الجلوس بين السُّجْدَتَيْنِ على مذهب من يقول: إنه غير مقصود، ولا يجعل التخلف بغير المقصود مؤثراً، وأما من لا يفرق بين المقصود وغير المقصود أو يفرق ويجعل الجلوس مقصوداً؛ لأنه ركن طويل، وهو المرضي عند صاحب الكتاب، والقياس على أصله، التقدير بأربعة أركان أخذاً من مسألة الزَّحَامِ.

ولو أشتغل المأموم بدعاء الاستفتاح، ولم يتم الفاتحة لذلك، وركع الإمام فيتم الفاتحة كما في بطيء القراءة، وهو معذور في التخلف، ذكره في «التهذيب»، وكل هذا في المأموم الموافق، فأما المسبوق إذا أدرك الإمام في القيام، وخاف ركوعه فينبغي أن لا يقرأ دعاء الاستفتاح؛ بل يبادر إلى قراءة الفاتحة، فإن الاهتمام بشأن الفرض أولى، ثم إن ركع الإمام في أثناء الفاتحة ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يسقط عنه ما بقي من الفاتحة، ويركع معه.

والثاني: أن يتم الفاتحة؛ لأنه أدرك القيام الذي هو محلها.

والثالث - وبه قال أبو زيد، وهو الأصح عند القفال والمعتبرين -: بأنه إن لم يقرأ شيئاً من دعاء الاستفتاح يقطع القراءة ويركع معه، ويكون مدركاً للركعة؛ لأنه لم يدرك إلا ما يقرأ فيه بعض الفاتحة، فلا يلزمه فوق ذلك كما إنه إذا لم يدرك شيئاً من القيام لا يلزمه شيء من الفاتحة، وإن قرأ شيئاً من دعاء الاستفتاح لزمه بقدره من الفاتحة لتقصيره بالعدول من الفريضة إلى غيرها.

فإن قلنا: عليه إتمام الفاتحة فتخلفه ليقراً تخلف بالعدر<sup>(١)</sup>، ولو لم يتم وركع مع الإمام بطلت صلاته.

وإن قلنا: إنه يركع فلو اشتغل بقراءة البقية، كان هذا تخلفاً بغير عذر، فإن سبقه الإمام بالركوع وقرأ هذا المسبوق الفاتحة، ثم لحقه في الاعتدال، فلا يكون مُدركاً للركعة، وأصح الوجهين أنه لا تبطل صلاته، إذا فرغنا على أن التقدم بركن واحد لا يبطل كما في حق غير المسبوق.

**والثاني:** تبطل؛ لأنه ترك متابعة الإمام، فيما فاتت به الركعة، وكانت بمثابة السبق بركعة.

ومنها: الزحام، وسيأتي في الجمعة.

**ومنها:** النسيان، فلو ركع مع الإمام، ثم تذكر أنه نسي الفاتحة، أو شك في قراءتها، فلا يجوز أن يعود؛ لأنه فات محل القراءة، فإذا سلم الإمام قام، وتدارك ما فاتته، ولو تذكر أو شك بعد ما ركع الإمام، وهو لم يركع بعد، لم تسقط القراءة بالنسيان، وماذا يفعل؟ فيه وجهان منقولان في «التهديب»:

أحدهما: أنه يركع معه، فإذا سلم الإمام قام وقضى الركعة.

**والثاني:** أنه يتمها أولاً، وهذا أشبه وبه أفتى القفال، وعلى هذا فتخلفه ليقراً تخلف مغذور أم لا؟ فيه وجهان حكاهما صاحب «التتمة».

وأظهرهما: أنه تخلف مغذور.

**والثاني:** لا لتقصيره بالنسيان.

**الحالة الثالثة:** أن يتقدم على الإمام إما في الركوع والسجود وغيرهما من الأفعال الظاهرة، فينظر: إن كان لم يسبق بركن كامل لم تبطل صلاته؛ لأنه مخالفة يسيرة.

مثاله: ما إذا ركع قبل الإمام ولم يرفع حتى ركع الإمام، وعن بعض الأصحاب أنه تبطل إذا تعمد، وحكاها الإمام عن الشيخ أبي محمد، ووجهه أن التقدم يناقض

(١) ترك التفريع على الوجه المصحح. قال الزركشي: وقد بين ذلك الإمام فقال: ومن تمام لبيان من ذلك أن أبا زيد فصل بين أن يقصر وبين أن يبتدر فمن تمام كلامه من ذلك أنه إن لم يقصر فإذا ركع الإمام ففي المسألة وجهان في أنه يتم القراءة أو يقطعها كما تقدم ذكره والتفريع عليه وإن كان مقصراً أي بأن استغل بالستر فليقرأ من الفاتحة بقدر تقصيره فإن رفع الإمام رأسه من الركوع فالتفريع الآن على ما إذا أمرناه بالركوع فخالف أمرنا وقرأ حتى فاتته الركوع وفيه الوجهان يعني الإتيان فلا يحسب له الركعة ولا تبطل صلاته في الأصح.

الاعتداء بخلاف التخلف، وعلى الصحيح لو فعل ذلك عمداً لم يجز أن يعود، ولو عاد بطلت صلاته؛ لأنه زاد ركناً، هكذا ذكره صاحب «النهاية» و«التهذيب» وحكى العراقيون على النَّصِّ أنه يستحب أن يعود إلى موافقته وركع معه، وقد مر ذكر هذه المسألة، ولو فعله سهواً فوجهان:

أحدهما: أنه يجب العود، ولو لم يعد بطلت صلاته.

وأظهرهما: أنه لا يجب، وإنما هو بالخيار، إن شاء عاد وإلا فلا، وإن سبق الإمام بركنين فصاعداً بطلت صلاته، إن كان عامداً عالماً بأنه لا يجوز؛ لتفاحش المخالفة، وإن كان ساهياً أو جاهلاً لم تبطل، لكن لا يُعْتَدُ بتلك الرَّكْعَةِ فيتداركها بعد سَلَامِ الإمام، والتقدم بركنين لا يخفى قياسه، مما مر في التخلف<sup>(١)</sup>، ومثّل أئمتنا العراقيون ذلك بما إذا ركع قبل الإمام، فلما أراد الإمام أن يركع رفع، فلما أراد أن يرفع سجد، فلم يجتمع معه في الركوع ولا في الاعتدال، وهذا يخالف ذلك القياس، فيجوز أن يقدر مثله في التخلف، ويجوز أن يخصص ذلك بالتقدم؛ لأن المخالفة فيه أفحش، وإن سبقه بركن واحد، كما إذا ركع قبل الإمام ورفع رأسه، والإمام في القيام، ثم وقف حتى رفع الإمام، وأجتمعا في الاعتدال فالذي ذكّره الصيدلاني وقوم: أنه تبطل صلاته؛ لتعمد المخالفة، وبعد هذه المخالفة عما يناسب حال المقتدي.

قالوا وهذا في التقدم بالركن المقصود، فأما إذا سبق الاعتدال بأن أعتدل وسجد والإمام بعد في الركوع، أو سبق بالجلوس بين السجدين، كما إذا رفع رأسه عن السجدة الأولى وجلس وسجد الثانية، والإمام بعد في الأولى فوجهان كما ذكرناهما في حالة التَّخْلُفِ.

وقال أصحابنا العراقيون وآخرون: إن التقدم بركن واحد لا يبطل الصلاة؛ لأنه مخالفة يسيرة فهي بمثابة التخلف، وهذا أظهر وأشهر، ويحكى عن نَصِّ الشافعي - رضي الله عنه -، هذا في الأفعال الظاهرة، وأما التكبير فالسبق به غير محتمل على ما قدمناه.

وأما قراءة الفاتحة وفي معناها التشهد، فالسبق بها على الإمام غير مبطل، وإن

(١) هذا من الأفعال الظاهرة، فأما تكبيرة الإحرام فالسبق بها يبطل كما تقدم. وأما الفاتحة والتشهد ففي سبق بهما أوجه الصحيح لا يضر بل يجزيان. سكت عن التقدم بالسلام وحكمه كما ذكره القاضي الحسين في صفة الصلاة من تعليقه أنه سلم قبل الإمام ولم ينو الخروج بطلت صلاته إن كان عامداً، وإن نوى الخروج من الصلاة فحكمه حكم ما لو أخرج نفسه من متابعة الإمام بغير عذر وفيه قولان الجواز فإن لم يقصد عالماً بطلت وإن سها أو كان جاهلاً لم يفسد.

قلنا إن السَّبْقَ بتمام الركوع مُبْطَلٌ لأنه لا تظهر به المخالفة، وفي «التتمة» حكاية وجه ضعيف أنه يبطل كالركوع، وعلى هنا المذهب هل تقع محسوبة أو يجب إعادتها مع قراءة الإمام أو بعدها؟ فيه وجهان:

أظهرهما: أنها تقع محسوبة.

إذا عرفت ما ذكرناه ونظرت في قوله: (والتقدم كالتخلف) سبق إلى فهمك أنه جواب على ما ذكره العراقيون، وحكوه عن النَّصِّ وهو أن التقدم بركن واحد لم يبطل، وهذا هو الذي أورده في التخلف، وحمل قوله: (وقيل: إنه يبطل، وإن كان بركن واحد) على ما رواه الصيدلاني، وغيره هذا تنزيل صحيح لكنه نقل الوجه الثاني، في «الوسيط» عن الشيخ أبي محمد، وليس في «النهاية» تعرض لذلك، والمشهور عنه<sup>(١)</sup> ما قدمناه أن المبادرة إلى الركن مبطل<sup>(٢)</sup> وإن لم يسبق بتمامه، فإن لم يثبت عن الشيخ إلا ذلك وإن كان القول به قولاً بالبطلان عند السبق بتمام الركن فإن كان المراد ما أشتهر عن الشيخ فالتقدم في لفظ الكتاب، وفي «الوسيط» محمول على المبادرة إلى الركن، من غير أن يسبق بتمام - والله أعلم -.

قال الغزالي: فُرُوعُ الْمَسْبُوقِ يَنْبَغِي أَنْ يُكَبَّرَ لِلْعَقْدِ ثُمَّ لِلْهَوِي، فَإِنْ أَقْتَصَرَ عَلَى وَاحِدٍ جَازَ، إِلَّا إِذَا قَصَدَ بِهِ الْهَوِيَّ، فَإِنْ أَطْلَقَ فِيهِ تَرَدُّدٌ لِتَعَارُضِ الْقَرِينَةِ.

قال الرافعي: المسبوق إذا أدرك الإمام في الركوع يكبر للافتتاح، وليس له أن يشتغل بقراءة الفاتحة، بل يهوي للركوع ويكبر له تكبيرة أخرى؛ وكذلك الحكم لو أدركه قائماً فكبر، وركع الإمام كما كبر، ولو أقتصر على تكبيرة واحدة، فلا يخلو من إحدى أحوال أربع:

الأول: أن ينوي بها تكبيرة الافتتاح فتصح صلاته؛ لأن تكبيرة الركوع سُنَّةٌ، ويشترط وقوعها في حال القيام كما تقدم.

الثاني: وأن ينوي بها تكبيرة الركوع، فلا تصح.

الثالث: وأن ينوي بهما جميعاً، فظاهر المذهب أنها لا تصح أيضاً؛ لأنه يشرك بين الفرض وغيره، الذي لو أقتصر على قصد الفرض لم يحصل به ذلك الغير، فأشبه ما لو تحرم بفریضة وناقلة، ويخالف ما إذا أغتسل للجنباة والجمعة ونظائره.

وفيه وجه أن صلاته تنعقد نفلًا، نقله القاضي ابن كج عن حكاية أبي حامد

القاضي.

(٢) سقط في ط.

(١) في أ وإنما المحكى عنه.

والرابعة: أن لا ينوي هذا ولا ذاك بل يطلق التكبيره.

قال بعض الأصحاب: تنعقد صَلَاتُهُ؛ لأن قرينة الافتتاح تصرفها إليه، والظاهر أنه لا يقصد الهوي ما لم يتحرم، وحكى أصحابنا العراقيون عن نصه في «الأم»: أنها لا تنعقد؛ لأن قرينة الهوي تصرفها إليه، وإذا تعارضت القرينتان فلا بُد من قَصْدِ صَارِفٍ، وإلا فهي بمثابة ما لو قصد التشريك بينهما، ومثّل إمام الحرمين إلى الوجه الأول، وظاهر المذهب عند الجمهور الثاني.

وقوله في الكتاب: (جاز إلا إذا قصد به الهوي) ليس الحصر للاستثناء فيه، بل قوله: (فإن أطلق) في معنى المستثنى، وكأنه قال: وإلا إذا أطلق نعم، هذا مختلف فيه وذلك متفق عليه، ثم لا بد من أستثناء الحالة الثالثة أيضاً، وإن لم يتعرض لها، والمراد من التردد الذي أطلقه القول المنصوص، والوجه المقابل له.

وقوله: (لتعارض القرينة) يجوز أن يكون إشارة إلى توجيه الخلاف، ويجوز أن يكون علة لعدم الانعقاد، أي: إذا تعارضتا فلا بُد من قصدٍ مُخَصَّصٍ.

قال الغزالي: وَلَوْ نَوَى قَطَعَ الْقُدْوَةَ فِي أَثْنَاءِ الصَّلَاةِ فَنِي بَطْلَانِ صَلَاتِهِ ثَلَاثَةٌ أَقْوَالٍ: يَفْرُقُ الثَّلَاثُ بَيْنَ الْمَعْدُورِ وَعَيْرِ الْمَعْدُورِ، وَعَلَى كُلِّ قَوْلٍ إِذَا أَخَذَ الْإِمَامُ لَمْ تَبْطُلْ (ح) صَلَاةُ الْمَأْمُومِ.

قال الرافعي: إذا أخرج المأموم نفسه عن متابعة الإمام، ففي بطلان صلاته قولان:

أحدهما: أنها تبطل لقوله ﷺ: «إِنَّمَا جُعِلَ الْإِمَامُ لِيُؤْتَمَّ بِهِ، فَلَا تَخْتَلِفُوا عَلَيْهِ»<sup>(١)</sup>.

وأيضاً فإنه ألتزم بالاعتداء، وأنعقدت صلاته على حكم المتابعة، فكيف بها.

والثاني: لا تبطل؛ لما روي «أَنَّ مَعَاذًا - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَمَّ قَوْمَهُ لَيْلَةً فِي صَلَاةِ الْعِشَاءِ بَعْدَ مَا صَلَّاهَا مَعَ النَّبِيِّ ﷺ فَافْتَتَحَ سُورَةَ الْبَقَرَةِ فَتَنَحَّى مِنْ خَلْفِهِ رَجُلٌ، وَصَلَّى وَحْدَهُ فَقِيلَ لَهُ: نَافَقْتَ ثُمَّ ذَكَرَ ذَلِكَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ الرَّجُلُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّكَ أَحْزَنْتَ الْعِشَاءَ، وَإِنِّي مَعَاذًا صَلَّى مَعَكَ، ثُمَّ أَمَّنَا وَافْتَتَحَ سُورَةَ الْبَقَرَةِ، وَإِنَّمَا نَحْنُ أَصْحَابُ نَوَاصِحَ، نَعْمَلُ بِأَيْدِينَا فَلَمَّا رَأَيْتُ ذَلِكَ تَأَخَّرْتُ، وَصَلَيْتُ فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «أَفْتَانُ أَنْتَ يَا مَعَاذُ أَقْرَأَ سُورَةَ كَذَا وَكَذَا، وَلَمْ يَأْمُرِ الرَّجُلُ بِالْإِعَادَةِ»<sup>(٢)</sup>.

(١) قال ابن الملقن: لم أرها هكذا، وهي في معنى حديث إنما جعل الإمام ليؤتم به... انظر الخلاصة (١/١٩٥).

(٢) أخرجه البخاري (٧٠٠، ٧٠١، ٧٠٥، ٧١١، ٦١٠٦) ومسلم (٤٦٥).

وأيضاً فإن الجماعة سنة، والتطوعات لا تلزم بالشروع، وهذا أصح القولين.  
وعن الإصطخري أنه قطع به، ولم يثبت في المسألة قولين، والأشهر إثباتهما، ثم  
اختلفوا في محلها على طرق.

أصحها: أن القولين فيمن خرج عن متابعة الإمام بغير عذر، فأما المعذور فيجوز  
له الخروج بلا خلاف، «وَلِهَذَا فَارْقَبِ الْفِرْقَةَ الْأُولَى رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فِي صَلَاةِ ذَاتِ  
الرَّقَاعِ» بَعْدَ مَا صَلَّى بِهِمْ رُكْعَةً<sup>(١)</sup>.

قال إمام الحرمين: والأعذار كثيرة والأقرب المعتبر فيها أن يقال: كل ما يجوز  
ترك الجماعة به ابتداءً يجوز ترك الجماعة به بعد الشروع فيها، وألحقوا بها ما إذا ترك  
الإمام سنة مقصودة كالشهاد الأول، والقنوت وما إذا لم يصبر على طول القراءة  
لضعف، أو شغل، وعن الشيخ أبي حامد: ما ينازع في هذا الأخير؛ لأنه حكي في  
«البيان» عنه أنه جعل أفراد الرجل عن معاذ أفراداً بغير عذر.

والطريق الثاني: أن القولين فيما إذا خرج بغير عذر، فأما غير المعذور لو خرج  
بطلت صلاته قولاً واحداً.

والثالث: أن القولين في الكل، ويحكى أنه اختيار الحلبي، ونظم الكتاب يوافق  
هذه الطريقة؛ لأنه جمع بين الحالتين، وأطلق ثلاثة أقوال، وإنما ينتظم ذلك عند من  
يثبت الخلاف في الحالتين، وإذا كان كذلك فيجوز أن يعلم قوله: (ثلاثة أقوال) بالواو؛  
للطريقة الأولى والثانية، فإن كل واحدة منهما لا يثبت الخلاف إلا في حالة؛ ولما نقل  
عن الإصطخري فإنه نفى الخلاف فيهما.

وعند أبي حنيفة: تبطل صلاته بالمخالفة سواء كان بعذر أو بغير عذر، وعند  
أحمد: يجوز بالعذر، ولا يجوز بغير عذر في أصح الروايتين.

وقوله: (وعلى كل قول...) إلى آخره فالغرض منه بيان أن الخلاف فيما إذا قطع  
المأموم القدوة والإمام في صلاته، فأما إذا انقطعت القدوة لحدث الإمام فليس هذا  
موضع الخلاف، ولا تبطل صلاة المأموم بحال؛ لأنه لم يحدث شيئاً،

وقوله: (لم تبطل صلاة المأموم) معلم بالحاء؛ لأن عند أبي حنيفة: لو تعمد  
الحدث بطلت صلاة المأمومين، وكذا لو سبقه الحدث ولم يستخلف.

قال الغزالي: وَالْمُنْفِرُ إِذَا أَتَى فِي أَثْنَاءِ صَلَاتِهِ لَمْ يَجْزُ فِي الْجَدِيدِ.

(١) سيأتي في صلاة الخوف، وهو عند البخاري ومسلم.

قال الرافعي: لو أقيمت الجماعة وهو في الصلاة منفرداً نظراً، إن كان في فريضة الوقت فقد قال الشافعي - رضي الله عنه - في «المختصر»: أحببت أن يكمل ركعتين، ويسلم ويكونان له نافلة، ويبتدي بالصلاة مع الإمام.

ومعناه؛ أن يقطع نيّة الفريضة وَيَقْلِبُهَا نَفْلاً، وفيه وفي نظائره خلاف قدمناه في مسائل النية في «باب صفة الصلوة» ثم ما ذكره فيما إذا كانت الصلاة ثلاثية أو رباعية ولم يكمل بعد ركعتين، فأما إذا كانت ذات ركعتين أو أكثر وقد قام إلى الثالثة فيتمها ثم يدخل في الجماعة، وإن كان في فائنة فقد قال القاضي الحسين - رحمه الله -: لا يستحب أن يقتصر على ركعتين، ليصلي تلك الصلاة بالجماعة، لأن الفائنة لا تشرع لها الجماعة بخلاف ما لو شرع في الفائنة في يوم غَيمٍ فأنكشف الغيم، وخاف فوات الحاضرة يسلم عن ركعتين، ويشتغل بالحاضرة؛ لأن مراعاة الوقت أولى من مراعاة الجماعة، وإن كان في نافلة وأقيمت الجماعة فإن لم يخش فوتها أتمها، وإن خشيه قطعها ودخل في الجماعة، فأما إذا لم يسلم عن الصلوة التي أحرم بها منفرداً وأقتدى في خلالها ففيه طريقان:

أصحهما: أن فيه قولين:

أحدهما: لا يجوز وتبطل صلاته، وبه قال مالك، وأبو حنيفة، وكذلك أحمد في أصح الروايتين؛ لما روي أنه ﷺ قال: «لَا تَخْتَلِفُوا عَلَيَّ إِمَامِكُمْ».

وهذا يقضي إلى الاختلاف، وأيضاً قال: «فَإِذَا كَبَّرَ فَكَبِّرُوا» أمر المأموم بأن يكبر إذا كَبَّرَ الإمام، وهذا كَبَّرَ قبله.

وأصحهما: أنه يجوز، وبه قال المُرْزِي؛ لما روي أنه ﷺ «صَلَّى بِأَصْحَابِهِ، ثُمَّ تَذَكَّرَ فِي صَلَاتِهِ أَنَّهُ جُنُبٌ، فَأَشَارَ إِلَيْهِمْ: كَمَا أَنْتُمْ، وَخَرَجَ وَأَغْتَسَلَ وَعَادَ وَرَأْسَهُ يَقْطُرُ وَتَحَرَّمَ بِهِمْ»<sup>(١)</sup>.

ومعلوم أنهم أنشأوا اقتداءً جديداً إذ تبين أن الأول لم يكن صحيحاً، وأيضاً فإنه يجوز أن يصلي بعض الصلاة منفرداً ثم يقتدي به جماعةً فيصير إماماً، وكذلك يجوز أن يصير مأموماً بعد ما كان منفرداً.

والطريق الثاني: القطع بالمنع، حكى الطريقتين الشيخان أبو محمد، والصيدلاني، وغيرهما، والمشهور إثبات القولين، ثم اختلفوا في محلها على طرق:

أحدها - وبه قال القاضي أبو حامد -: أن القولين فيما إذا لم يركع المنفرد بعد في

صلاته، فأما بعده فلا يجوز الأقتداء قولاً واحداً؛ لأنه يخالف الإمام في الترتيب وموضع القيام والقعود، فلا تتأتى المتابعة.

وثانیهما: أن القولین فیما إذا اقتدی بعد الركوع، فأما قبله فيجوز قولاً واحداً، وبه قال أبو إسحاق وأختره القاضي أبو الطيب.

وأصحهما: أن القولین يطردان في الحالتين، وحكي في «التهذيب» طريقة الفرق بعبارة أخرى، فقال: منهم من قال: والقولان فيما إذا اتفقا في الرُّكْعَةِ، فإن اختلفا وكان الإمام في ركعة، والمأموم في أخرى متقدماً، أو متأخراً لا يجوز، وهذا هو الوفاء بالنظر إلى اختلاف الترتيب، وإذا جوزنا الأقتداء على الإطلاق، وأختلفا في الركعة قعد المأموم في موضع قعود الإمام، وقام في موضع قيامه، وإذا تم صلاة المأموم أولاً لم يوافق الإمام في الزيادة، بل إن شاء فارقه وإن شاء أنتظره في التشهد، وطَوَّلَ الدعاء ليم صلاته فيسلم معه، وإن تم صلاة الإمام أولاً قام المأموم وأتمَّ صلاته، كما يفعل المسبوق، وإذا سَهَا المأموم قبل الأقتداء لم يتحمل عن الإمام، [بل إذا سلَّم الإمام سجد هو لسهوه، وإن سَهَا بعد الأقتداء تحمّل عنه الإمام]<sup>(١)</sup> وإن سَهَا الإمام قبل الأقتداء أو بعده لحق المأموم، ويسجد مع الإمام، ويعيد في آخر صلاته على الأصح على ما ذكرناه في المسبوق.

وقوله في الكتاب: (لم يجز على الجديد) جواب على الطريقة المشهورة [وهي إثبات الخلاف في المسألة، وظاهره يوافق الطريقة المشهورة بعد إثبات الخلاف]<sup>(٢)</sup> وهي طرده في الأحوال كلها.

وأما تعبيره عن قول المنع بالجديد، فهكذا ذكره الشَّيْخ أبو محمد، والمسعودي، وغيرهما.

وقالوا: قوله في «المختصر»: «وكرهت أن يفتتحها صلاة أنفراداً، ثم يجعلها صلاة جماعة» أراد به أني لا أجوزه، وجعلوا الجواز قوله القديم.

وقال صاحب «المهذب» وشيخه أبو القاسم الكرخي، وآخرون: يجوز ذلك في القديم والجديد معاً، وحكوا قول المنع عن «الإملاء» وأرادوا بالجديد «الأم» ونقلوا الجواز عنه.

وأعلم أن «الإملاء» محسوب من الكتب الجديدة، فيحصل عما نقلوه عنه وعن «الأم» قولان في الجديد، ويمكن تنزيل التعبيرين عليهما، وبتقدير أنحصار المنع في

(١) سقط من (ب).



الجديد على ما يشعر به لفظ الكتاب، فالمسألة مما يفتي فيها على القديم<sup>(١)</sup>؛ لأن الأصح عند جمهور الأصحاب جواز الأقتداء، ويجوز أن يعلم قوله: [لم يجز] بالزاي؛ لما ذكرنا من مذهب المزني.

وقوله: (على الجديد) بالواو<sup>(٢)</sup> لأمرين:

أحدهما: الطريق الثاني للخلاف في بعض الأحوال.

والثاني: الطريق الثاني للخلاف في المسألة أصلاً ورأساً.

قال الغزالي: وَإِذَا شَكَّ الْمَسْبُوقُ أَنَّ الْإِمَامَ هَلْ رَفَعَ رَأْسَهُ قَبْلَ رُكُوعِهِ؟ فَمِنْ إِذْرَاكِهِ قَوْلَانِ لِأَنَّ الْأَصْلَ كَوْنُهُ لَمْ يُدْرِكْ، وَيُعَارِضُهُ أَنْ الْأَصْلَ أَنَّهُ لَمْ يَرْفَعْ رَأْسَهُ.

قال الرافعي: الأصل الذي تتفرع عليه المسألة: أن من أدرك الإمام في الركوع كان مدركاً للركعة، لما روي أنه ﷺ قال: «مَنْ أَدْرَكَ الرُّكُوعَ مِنَ الرُّكْعَةِ الْأَخِيرَةِ يَوْمَ الْجُمُعَةِ فَلْيُضِفْ إِلَيْهَا أُخْرَى، وَمَنْ لَمْ يُدْرِكْ الرُّكُوعَ عَنِ الرُّكْعَةِ الْأَخِيرَةِ فَلْيُصَلِّ الظُّهْرَ أَرْبَعًا»<sup>(٣)</sup>. وروي أن أبا بكر دخل المسجد، والنبي ﷺ راكع، فركع ثم دخل الصف، وأخبر النبي ﷺ بذلك<sup>(٤)</sup>، ووقعت ركعته معتداً بها، وذكر في «التتمة» أن أبا عاصم العبادي حكى عن محمد بن إسحاق بن خزيمة من أصحابنا أنه قال: لا تدرك الركعة بإدراك الركوع ويجب تداركها.

وأحتج بما روي عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «مَنْ أَدْرَكَ الْإِمَامَ فِي الرُّكُوعِ فَلْيَرْكَعْ مَعَهُ، وَلْيُعِدِّ الرُّكْعَةَ»<sup>(٥)</sup>.

وروى الحاكم أبو عبد الله في «تاريخ نيسابور»، ومثله عن أبي بكر الصبغيني<sup>(٦)</sup>،

(١) سقط من (ب).

(٢) انظر المسائل التي يفتي بها على القديم في مقدمتنا.

(٣) أخرجه الدارقطني (١٠/٢ - ١٣) والحاكم في المستدرک (٢٩/١) من ثلاث طرق، وقال: سنده على شرط الشيخين.

(٤) تقدم.

(٥) قال ابن الملقن في الخلاصة (١٩٧/١) غريب وفي طبقات العبادي أن ابن خزيمة روى في ذلك خيراً مستنداً، وأنه قول أبي هريرة، ورواه الدارقطني في علله من رواية معاذ - رضي الله عنه - وضعفه، وانظر التلخيص (٤١/٢ - ٤٢).

(٦) أبو بكر، أحمد بن إسحاق بن أيوب النيسابوري، المعروف بالصبغيني بكسر الصاد المهملة، وإسكان الباء الموحدة، وبالغين المعجمة. كان واسع العلم، إماماً في الفقه والحديث والأصول، ذا تصانيف جلييلة، ولد في شهر رجب سنة ثمان وخمسين ومائتين، وتوفي في شعبان سنة اثنتين وأربعين وثلاثمائة، قاله السمعاني في الأنساب، ونقله عنه النووي في «تهذيبه».

والمذهب المشهور الأول وعليه جرى النَّاس في الأعصار، ويعتبر فيه أن يكون ذلك الركوع محسوباً للإمام، فإن لم يكن ففيه كلام قد تعرض له في «كتاب الجمعة» وسنشره ثم إن شاء الله تعالى.

إذا عرفت ذلك فأعلم أن معنى إدراكه في الركوع أن يكتفي هو وإمامه في حد أقل الركوع، حتى لو كان هو في الهويُّ والإمام في الأرتفاع وقد بلغ من هويُّه حد الأقل قبل أن يرتفع الإمام عنه، كان مدركاً، وإن لم يلتقيا فيه فلا، هذه عبارة الأصحاب على طبقاتهم.

وهل يشترط أن يطمن قبل أرتفاع الإمام عن الحد المعبر؟ الأكثرون لم يتعرضوا له، ورأيت في «البيان» اشتراط ذلك صريحاً، وبه يشعر كلام كثير من الثقله وهو الوجه - والله أعلم -.

ولو كَبُرْ وأنحنى وشك في أنه هل بلغ الحد المعبر قبل أرتفاع الإمام عنه أم لا؟ فهذه مسألة الكتاب، وقد نقل فيها قولين، وحكماهما في «النهاية» على وجهين: أحدهما: أنه غير مُدْرِك للركعة، لأن الأصل عَدَم إدراك الركوع.

والثاني: أنه مدرك لها؛ لأن الأصل بقاء الإمام في الركوع في زمان الشك، والأول أظهر؛ لأن الحكم بإدراك ما قبل الركوع بإدراك الركوع على خلاف الحقيقة لا يصار إليه إلا عند تَيَقُّن الركوع، وإن إدراكه فيما بعد الركوع من الأركان لا يكون مدركاً للركعة، وعليه أن يتابعه في الركن الذي أدركه فيه، وإن لم يكن محسوباً؛ لما روي: أنه ﷺ قال: «إِذَا أَتَى أَحَدَكُمْ الصَّلَاةَ، وَالْإِمَامُ عَلَى حَالٍ فَلْيُضَعِّعْ كَمَا يَضَعُّعُ الْإِمَامُ»<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي: وَالْمَسْبُوقُ عِنْدَ سَلَامِ الْإِمَامِ يَقُومُ مِنْ غَيْرِ تَكْبِيرٍ عَلَى النَّصِّ.

قال الرافعي: المسبوق إذا أدرك الإمام في الركوع، فقد ذكرنا أنه يكبر للهويُّ بعدد تكبيرة الأفتتاح، ولو أدركه في السجدة الأولى أو الثانية أو في التشهد، فهل يكبر للانتقال إليه؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم كالركوع.

وأظهرهما: لا؛ لأن الركوع محسوب له فيكبر للانتقال إليه، وهاهنا بخلافه، ويخالف أيضاً ما لو أدركه في الاعتدال، فما بعده فإنه ينتقل مع الإمام من ركن إلى ركن، مكبراً وإن لم تكن محسوبة له؛ لأن ذلك لموافقة الإمام، ولذلك نقول: يوافقها

(١) أخرجه الترمذي (٥٩١) من رواية معاذ بإسناد ضعيف ومرسل، ثم قال: حديث غريب لا نعلم

أحدأ أسنده، إلا من هذا الوجه.

في قراءة التشهد، وفي التسيبحات على أصح الوجهين، فهذا حكم تكبيره إذا لحق الإمام.

أما إذا سلم الإمام فقام المسبوق ليتدارك فقد قال في الكتاب: «إنه يقوم من غير تكبير» وأسنده إلى النص، وهكذا فعل في «الوسيط» وذكر أن الشيخ أبا محمد قال: إنه يكبر للانتقال، ولم يرسل جمهور الأئمة الخلاف في المسألة، وهكذا، وحيث أثبتوا الخلاف لم يسندوا نفي التكبير إلى النص، ولكن قالوا: ينظر إن كان الجلوس الذي سلم من الإمام موضع الجلوس المسبوق كما لو أدركه في الثالثة من الصلوات الرباعية، أو في الثانية من المغرب، فيقوم مكبراً، فإنه لو كان وحده لكان هكذا يفعل، وإن لم يكن موضع جلوسه كما إذا أدركه في الثانية أو الرابعة من الرباعيات أو في الثالثة من المغرب ففيه وجهان:

أظهرهما: وبه قال القفال: أنه لا يُكَبِّرُ عند قيامه؛ لأنه ليس موضع تكبيره، وليس فيه موافقة الإمام.

والثاني: ويحكى عن أبي حامد: أنه يُكَبِّرُ كَيْلًا يَخْلُو الأنتقال عن ذكره، ومتى لم يكن الموضع جلوسه لم يجز له المكث بعد سلام الإمام، ولو مكث بطلت صلاته، وإن كان موضع جلوسه لم يضر المكث.

وقوله: (والمسبوق عند سلام الإمام) لك أن تبحث فتقول الاعتبار بالتسليمة الأولى، أو بالثانية، فأعلم أن السنة أن يقوم عقيب تسليمي الإمام فإن الثانية من الصلاة وإن لم تكن مفروضة، ويجوز أن يقوم عقيب الأولى، ولو قام قبل تمامها بطلت صلاته، إن تعمد القيام، وهذا يبين أنه ليست كلمة «عند» للحصر - أعني في قوله: (عند سلام الإمام) ومن الأصول في المسبوق أن ما يدركه مع الإمام أول صلاته، وما يأتي به بعد سلام الإمام آخر صلاته، حتى لو أدرك ركعةً من المغرب، فإذا قام لإتمام الباقي يجهر في الثانية ويسر في الثالثة، ولو أدرك ركعةً من الصبح وقتت مع الإمام، يعيد القنوت في الركعة التي يتداركها بعد سلام الإمام، ونص الشافعي: أنه لو أدرك ركعتين من صلاة رباعية ثم قام للتدارك يقرأ السورة بعد الفاتحة في الركعتين، وهذا يخالف قياس الأصل الذي ذكرناه، فمن الأصحاب من قال: إنه جواز على قوله: (يستحب قراءة السورة في الركعات) ومنهم من قال: وإنما أمره بقراءة السورة؛ لأن إمامه لم يقرأ السورة في الركعتين اللتين أدركهما، المسبوق وفاتته فضيلتها، فيتداركها في الركعتين الباقيتين، فصار كما لو ترك «سورة الجمعة» في الركعة الأولى من صلاة الجمعة يقرأها مع «سورة المنافقين» في الثانية.

وقال أبو حنيفة - رحمه الله -: ما أدرك المسبوق مع الإمام آخر صلاته الإمام، وما

يتداركه بعد سلام الإمام أول صلاته، ووافقنا على أنه لو أدرك ركعة من المغرب، وقام بعد سلام الإمام للتدارك يقعد في الثانية، ولو كان ما يتداركه أول صلاته لما قعد<sup>(١)</sup>.

(١) قال النووي: الجماعة في الصباح أفضل من غيرها، ثم العشاء، ثم العصر، للأحاديث الصحيحة، ولو كان للمسجد إمام راتب، كره لغيره إقامة الجماعة فيه قبله أو بعده إلا بإذنه، فإن كان المسجد مطروقاً فلا بأس، ويكره أن يؤم الرجل قوماً وأكثرهم له كارهون، فإن كرهه الأقل أو النصف، لم تكره إمامته، والمراد أن يكرهه لمعنى مذموم في الشر، فإن لم يكن كذلك فالتعب عليهم، ولا كراهة، وقال القفال: إنما يكره إذا لم ينصبه الإمام، فإن نصبه فلا يبالي بكراهة أكثرهم، والصحيح الذي عليه الجمهور: أنه لا فرق بين من نصبه الإمام وغيره، وأما إذا كان بعض المأمومين يكره أهل المسجد حضوره، فلا يكره له الحضور، لأن غيره لا يرتبط به، نص عليه الشافعي والأصحاب - رحمة الله عليهم - ويكره أن يكون موقف الإمام أعلى من موقف المأموم، وكذا عكسه، فإن احتاج الإمام إلى الاستعلاء ليعلمهم صفة الصلاة، أو المأموم ليلبغ القوم تكبير الإمام، استحجب، وأفضل صفوف الرجال أولها، ثم ما قرب منه، وكذلك النساء الخالص، فإن كان النساء مع الرجال، فأفضل صفوفهن آخرها. الروضة (١/٤٨١).

## كِتَابُ صَلَاةِ الْمُسَافِرِينَ

### وَفِيهِ بَابَانِ

قال الغزالي: الأول، في القصر، وهو رخصة عند وجود السبب والمحل والشُرْط.

قال الرافعي: لم يترجم العلماء هذا الباب بصلاة المسافرين، لا على معنى أن للمسافرين صلاة يختصون بها، ولكن على معنى أن لهم كيفية في إقامة الفرائض لا تعم كل محل، وإنما شرعت تخفيفاً عليهم؛ لما يلحقهم من تعب السفر. وهي نوعان:

أحدهما: تخفيف في نفس الصلاة، وهو القصر.

والثاني: تخفيف في رعاية وقتها، وهو الجمع فرسم لهم بابين، والتخفيف الثاني: لا يختص بالسفر بل المطر يشبهه أيضاً، لكن السفر أقوى سببه على ما تبين في التفاصيل، فجعل الآخر تبعاً له، وأورد في صلاة المسافرين.

أما القصر فهو جائز بالإجماع، وقد قال تعالى: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ إِنْ خِفْتُمْ أَنْ يَفْتِنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا﴾<sup>(١)</sup>.

روي أن يعلى بن أمية قال: «قُلْتُ لِعُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: إِنَّمَا قَالَ اللَّهُ: ﴿إِنْ خِفْتُمْ﴾ وَقَدْ آمِنَ النَّاسُ، فَقَالَ عُمَرُ عَجِبْتُ مِمَّا عَجِبْتُ مِنْهُ فَسَأَلْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، فَقَالَ: «صِدْقَةٌ تَصَدَّقَ اللَّهُ بِهَا عَلَيْكُمْ فَأَقْبَلُوا صِدْقَتَهُ»<sup>(٢)</sup>.

وهل هو رخصة أو عزيمة؟ عندنا هو رخصة.

ولو أراد الإتمام جاز، وبه قال أحمد؛ لما روي عن عائشة - رضي الله عنها - أنها قالت: «سَافَرْتُ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَلَمَّا رَجَعْتُ قَالَ مَا صَنَعْتِ فِي سَفَرِكَ، فَقُلْتُ: أَتَمَمْتُ الَّذِي قَصَرْتُ وَصُمْتُ الَّذِي أَفْطَرْتُ فَقَالَ: أَحْسَنْتِ»<sup>(٣)</sup>.

(٢) أخرجه مسلم (٦٨٦).

(١) سورة النساء، الآية ١٠١.

(٣) أخرجه النسائي (١٢٢/٣) والدارقطني (١٨٨/٢) والبيهقي (١٤٢/٣) إسناده صحيح، وقال ابن الملتن في الخلاصة (٢٠١/١) رجاله ثقات، وإسناده متصل.

وقال أبو حنيفة: القصر عزيمة، ولا تجوز الزيادة على الركعتين في الصلاة الرباعية، ولو صلى أربعاً فإن قعد في الثانية مقدار التشهد أجزأت الركعتان عن فرضه، والأخريان له نافلة، وإن لم يقعد مقدار التشهد بطلت صلاته؛ وهذا في المنفرد، وأما إذا أقتدى بمقيم سلم أنه يتم.

وعن مالك روايتان:

إحدهما: كمذهبنا، والأخرى كمذهبه، وأعلموا في نسخ الكتاب قوله: (وهو رخصة) بالحاء والميم إشارة إلى مذهبهما، وظني أن هذا الإعلام فاسد؛ لأن وصف الشيء بأنه رخصة قد يكون بالمعنى المقابل للعزيمة، وقد يكون بمعنى أنه جائز - يقال أرخص لفلان في كذا، أي: جوز له ذلك -، والأشبه أن المراد هاهنا المعنى الثاني؛ لأنه قال عند وجود السبب والمحل والشرط؛ ومعلوم أن الجواز يفتقر إلى هذه الأمور، سواء كان رخصة أو عزيمة، ولا يختص الأفتقار إليها بالرخصة المقابلة للعزيمة، وإذا كان المراد أنه جائز فلا خلاف فيه حتى يعلم.

قال الغزالي: (الأول) السبب وهو كل سفر طويل مباح (ح) والمُرَاد بالسفر ربط القصد بمقصد معلوم، فالهائم لا يترخص وإنما يترخص المسافر عند مجاوزة السور أو عمران البلد إن لم يكن له سور وإن لم يجاوز المزارع والبساتين، ويشترط مجاوزتها على سكان القرايا أغني المزارع المحوطة، وعلى النازل في الوادي أن يخرج عن عرض الوادي، أو يهبط إن كان على رنوة، أو يضعده إن كان في وهدة، أو يجاوز الخيام إن كان في حلة.

قال الرافعي: السبب المجوز للقصر السفر الطويل<sup>(١)</sup> المباح<sup>(٢)</sup>، فهذه ثلاثة قيود:

أولها: السفر، وقد تكلم في معناه ثم في ابتدائه وأنتهائه.

أما معناه: فلا بد فيه من ربط القصد بمقصد معلوم فلا رخصة للهائم الذي لا يدري إلى أين يتوجه وإن طال سيره؛ لأن كون السفر طويلاً لا بد منه، وهذا لا يدري أن سفره طويل أم لا، والهائم هو الذي سماه راكب التعاسيف في باب الاستقبال، ويجوز أن يعلم قوله: (فالهائم لا يترخص) بالواو؛ لأن صاحب «البيان» حكى عن بعضهم فيه وجهين، بناء على القولين فيما إذا سلك الطريق الطويل وترك القصير لا

(١) فلا تقصر في القصر والمشكوك في طوله من الأمن بلا خلاف ولا من الخوف في الأصح.

(٢) أي الجائز لا مستوى الطرفين سواء أكان واجباً كسفر حج أو مندوباً كزيارة قبر النبي ﷺ، أو مباحاً كسفر تجارة، أو مكروهاً كسفر منفرد، فلا قصر من سفر المعصية.

لغرض، ولعل هذا بعد أن يسير مسافة القصر، والله أعلم.

ولو أستقبله برية، وأضطر إلى قطعها أو ربط قصده بمقصد معلوم بعد ما هام على وجهه أياماً فهو منشئ للسفر من حيثئذ، وتنبه من لفظ الكتاب أمور.

أحدها: إنما قال: (والمراد بالسفر) ولم يذكر أن السفر عبارة عن المعنى الذي يخرج عنه الهائم؛ لأنه ينتظم أن يقال، هو هائم في سفره.

والثاني: أنه في الكلام إضمار، معناه ربط قصد السَّيْرِ بمقصد معلوم، لأن مجرد النية لا يجعله مسافراً ولا تفيد الرخصة، قال الله تعالى: ﴿وَإِذَا ضَرَيْتُمْ فِي الْأَرْضِ﴾<sup>(١)</sup> الآية، ربط القصر بالضرب في الأرض لا بقصد الضرب، وهذا بخلاف ما لو نوى المُسَافِرُ الإقامة في موضع صالح لها، حيث يصير مقيماً؛ لأن الأصل الإقامة والسفر عارض، فيجوز أن يعود إلى الأصل بمجرد النية ولا يعود به من الأصل إلى العارض وهذا كما أن مال القنية لا يصير مال نجدة بمجرد النية ومال التجارة يصير مال قنية بمجرد النية<sup>(٢)</sup>.

والثالث: أن قوله ربط القصد بمقصد معلوم، يخرج عنه ما لو خرج في طلب آبق لينصرف مهما لقيه؛ لأن المراد من المقصد المكان الذي كان يتوجه بسيره إليه وهو لا يقصد ثم مكاناً معيناً، وهذه المسألة قد ذكرها في الكتاب في قيد طويل، وسنذكرها ونظائرها من بعد.

وأما ابتداء السفر فيتبين بتفصيل الموضع الذي منه الأرتحال، فإذا أرتحل عن بلدة، نظر إن كان لها<sup>(٣)</sup> سورة فلا بد من مجاوزته، وإن كان داخل السور مزارع أو مواضع خربة لأن جميع ما في داخل السور معدود من نفس البلدة محسوب من موضع الإقامة، وإذا جاوز السور فلفظ الكتاب كالصريح في أنه ابتداء السفر، ولا يتوقف الترخص على شيء آخر؛ لأنه قال: (وإنما يترخص المسافر عند مجاوزة السور) ونقل كثير من الأئمة يوافقوه، ولكن في بعض «تعاليق» المروزيين أنه إن كان خارج السور دور متلاصقة أو مقابر فلا بد من مفارقتها، ويقرب من هذا إيراد الكلام في «التهذيب» فلك أن تقدر في المسألة وجهين، وتوجه الأول بأن تلك الأبنية لا تعد من البلد، ألا ترى: أنه يقال: مدرسة كذا خارج البلد.

(١) سورة النساء الآية ١٠١.

(٢) سقط من (ط).

(٣) لو كان للبلدة، سوران اعتبر مجاوزتهما كما صرح به جماعة وقد يدعى دخول ذلك في عبارة المصنف، وفي الكفاية عن الجبلي أنه لو كان له خندق فلا بد من مجاوزته. قال: وعليه يدل كلام غيره أنه لو كان بباب البلد فنطرة فلا بد من مجاوزتها. وعبارة الجبلي: «وإن كان البلد مسوراً بسور أو خندق فلا بد من مجاوزة الدرب وإن كان للبلد سوران أو خندقان فلا بد من مجاوزتهما».

ويوجه الثاني بأنها من مواضع الإقامة المعدودة من توابع البلد ومضافاتها، فلها حكمها، ولك أن لا تثبت خلافاً في المسألة وتؤول أحد النقلين على الآخر.

والثاني: أوفق لكلام الشافعي، فإنه - رضي الله عنه - قال في «المختصر»: «وإن نوى السفر فلا يقصر حتى يفارق المنزل إن كان حَضْرِيًّا» فلم يعتبر السور، وإنما اعتبر مفارقة المنازل. والله أعلم.

وإن لم يكن للبلدة سور، إما في صور سفره أو مطلقاً، فأبتداء السفر بمفارقة العمران حتى لا يبقى بيت متصل ولا منفصل، والخراب الذي يتخلل العمارات معدود من البلد كالنهر الحائل بين جانبي البلد مثل ما في بغداد، فلا يترخص بالعبور من أحد الجانبين إلى الآخر، وفي هذا شيء سنذكره في «كتاب الجمعة» إن شاء الله تعالى.

وإن كانت أطراف البلدة خربة ولا عمارة وراءها، فلفظ الكتاب يقتضي الاستغناء عن مجاوزتها، فإنه قال: (أو عمران البلد إن لم يكن سور) ووجهه أنه الخراب ليس موضع إقامة، وهذا هو الموافق للنص الذي قدمناه، وهو الذي أورده صاحب «التهذيب».

وقال أصحابنا العراقيون والشيخ أبو محمد: لا بد من مجاوزتها؛ لأنها معدودة من البلدة ومجاورة البلدة لا بد منها، فليعلم قوله: (أو عمران البلد) بالواو كذلك، وهذا الخلاف فيما إذا كانت بقايا الحيطان قائمة ولم يتخذوا الخراب مزارع ولا هجره بالتحويل على العامر، فإن كان الأمر بخلافه فلا خلاف في أنه لا حاجة إلى مجاوزتها، ولا يشترط مجاورة البساتين والمزارع المتصلة بالبلد، وإن كانت محوطة؛ لأنها لا تتخذ للسكنى والإقامة إلا إذا كانت فيها قصور أو دور يسكنها ملاكها في جميع السنة أو في بعض فصولها، فلا بد من مجاوزتها حينئذ، وليعلم قوله: (وإن لم يجاوز المزارع والبساتين) بالواو؛ لأن صاحب «التممة» حكى عن بعض الأصحاب، أشترط مجاورة البساتين والمزارع المضافة إلى البلدة مطلقاً، هذا كله فيما إذا أرتحل عن بلده.

وأما القرية فحكمها حكم البلدة في جميع ما ذكرناه، إلا أنه شرط في الكتاب مجاورة البساتين والمزارع المحوطة في القرى.

وقوله في الكتاب: (أعني المزارع المحوطة) ليس لتخصيص الحكم بالمزارع، بل البساتين في معناها بطريق الأولى، وقد صرح به في «الوسيط» ويمكن أن يقال: الغالب في البساتين [التحويل أو هو شرط في وقوع اسم البساتين]<sup>(١)</sup> فلم يحتج إلى إعادة

(١) سقط في (ط).



ذكرها مقيدة بالتحويط، وهذا الذي ذكره حجة الإسلام - قدس الله روحه - من اعتبار مجاوزة البساتين، والمزارع المحوطة، جميعاً بخلاف ما نقله غيره، أما إمام الحرمين، فإنه اعتبر مجاوزة البساتين .

وقال: هي معدودة من القرى، ولم يعتبر مجاوزة المزارع؛ لأنها ليست موضع سُكُونٍ، ثم قال: «فلو كانت بساتينها غير محوطة على هيئة المزارع أو مزارعها محوطة فلا يشترط عندي مجاوزتها» فصرح بأن مجاوزة المزارع وإن كانت محوطة لا تشترط .

وأما العراقيون من أصحابنا فإنهم لم يشترطوا مجاوزة البساتين، ولا مجاوزة المزارع، لأنهم ذكروا عدم الأشتراط في البلد، ثم قالوا: الحكم في القرى إذا أراد أن يسافر من القرية كالحكم في البلدة سواء، هذا لفظ المحاملي وغيره، فإذا يجب إعلام قوله: (ويشترط مجاوزتها جميعاً على سكان القرى) بالواو ومعرفة ما فيه، ولو فرضت قريتان ليس بينهما انفصال فارق فهما كمحلتين، فيجب مجاوزتهما .

قال الإمام: وفيه احتمال فلو كان بينهما انفصال فإذا فارق قريته كفى وإن كانتا في غاية التقارب .

وعن ابن سريج أنهما إذا تقاربتا وجب مفارقتهما .

ولو جمع سور قرى متفاصلة فلا يشترط للسفر منها مجاوزة ذلك السور، وكذا لو قدر ذلك في بلدين متقاربتين .

ويتبين بهذا أن قوله في الكتاب: (عند مجاوزة السور) المراد منه السور المختص بالموضع الذي يرتحل منه، وأما المقيم في الصحارى، فلا بد له من مفارقة البقعة التي أقام بها قدر ما يكون فيه رحله وأمتعته ويتنسب إليه، فإن سكن وادياً وسافر في عرضه فلا بد من مجاوزة عرض الوادي، نص عليه الشافعي - رضي الله عنه - .

قال الأصحاب: وهذا على الغالب في أتساع الوادي، فإن أفرطت السعة لم يجب إلا مجاوزة القدر الذي يُعد موضع نزوله أو موضع الحلة<sup>(١)</sup> التي هو منها، كما لو سافر في طول الوادي .

وعن القاضي أبي الطيب: أن كلام الشافعي - رضي الله عنه - مجرى على إطلاقه، وجانب الوادي بمثابة سور البلد، والنازل فيهما يتحصن بهما، فلا بد من مجاوزتهما،

(١) والحلة بالكسر: القوم النازلون، وتطلق الحلة على البيوت مجازاً تسمية للمحل باسم الحال، وهي مائة بيت فما فوقها، والجمع حلال بالكسر وجلل أيضاً مثل سدره وسدر. (المصباح المنير ٢٠٣/١، ٢٠٤).

وإذا كان النازل على ربوة، فلا بد من أن يهبط، وإنه كان في وهدة فلا بد من أن يصعد، وهذا أيضاً عند الاعتدال كما ذكرنا في الوادي، وإذا كان في قوم أهل خيام كالأعراب والأكراد فإنما يترخص إذا فارق الخيام مجتمعة أو متفرقة ما دامت تعد حلة واحدة، وهي بمثابة أبنية البلدة والقرية، ولا يعتبر مفارقتها لحلة أخرى، بل الحلتان كالقريتين المتقاربتين، وضبط الصَّيدلاني التفرق الذي لا يؤثر، بأن يكونوا بحيث يجتمعون للسمر في ناد واحد، ويستعير بعضهم من بعض فإذا كانوا بهذه الحالة فهم حَيٌّ واحد، ويعتبر مع مجاوزة الخيام مجاوزة مرافقيها كمطرح الرماد، وملعب الصبيان، والنادي، ومعاطن الإبل، فإنها معدوة من جملة مواضع إقامتهم.

وقوله: (وعلى النازل في الوادي أن يخرج عن عرض الوادي) وفي بعض النسخ: (أن يجزع عرض الوادي) وفي بعضها: (أن يجاوز) والمعنى لا يختلف، يقال: جزع الوادي أي قطعة وجزعة منعطفة، وفي الكلام إضمار معناه: يشترط عليه الخروج عن عرض الوادي إن كان سفره في صوب العرض.

وقوله: (يهبط إن كان على ربوة) لا يختص بالنازل في الوادي، بل الربوة والوهدة في غير الوادي أغلب، وقد يفرضان فيه أيضاً، والحكم لا يختلف، وليست كلمة (أو) فيهما مجاوزة الخيام للتخيير، لكن المقصد التعرض لأحوال النازل في الصحراء، وهو تارة يكون في وادٍ، وتارة على ربوة، وتارة تكون في وهدة، وتارة في مستوٍ من الأرض، فلا يفرض في حقه خروج من العرض ولا هبوط، ولا صعود، ولكنه يجاوز الخيام إن كان في حلة، ولا فرق في اعتبار مجاوزة عرض الوادي والصعود والهبوط بين المقيم المنفرد في خيمة، وبين أن يكون في جماعة أهل خيام على التفصيل الذي بيناه، ولك أن تعلم قوله: (أو يجاوز الخيام) بالواو؛ لأن القاضي ابن كج حكى وجهاً، أنه لا يعتبر مفارقة الخيام، بل يكفي مفارقتها خيمته خاصة.

قال الغزالي: فَإِنْ رَجَعَ الْمُسَافِرُ لِأَخَذِ شَيْءٍ نَسِيَهُ لَمْ يُقْصِرْ فِي رُجُوعِهِ إِلَى وَطَنِهِ إِلَّا إِذَا رَجَعَ إِلَى بَلَدٍ كَانَ غَرِيباً، فَأَظْهَرَ الْوَجْهَيْنِ أَنَّهُ يَتَرَخَّصُ وَإِنْ كَانَ قَدْ أَقَامَ بِهَا.

قال الرافعي: إذا فارق المسافر بنيان البلدة، ثم رجع إليها لحاجة كأخذ شيء نسية، وغسل الدم من رعاف أصابعه، وتجديد طهارة، وما أشبه ذلك فلتلك البلدة أحوال ثلاث:

إحداها: أن لا يكون له بها إقامة أصلاً، فلا يصير مقيماً بالرجوع إليها والحصول فيها.

والثانية: [أن تكون وطنه، فليس له القصر إذا عاد إليها، لحصوله في مسكنه وموضع إقامته، وإنما يترخص إذا فارقتها ثانياً.

والثالثة: [١] أن لا تكون وطنه قد أقام بها مدة، فهل يترخص إذا عاد إليها؟ فيه

وجهان:

أحدهما: لا، كما لو كانت وطناً له، وهذا هو الذي ذكره في «التهذيب».

والثاني: نعم؛ لأنه أبطل عزم الإقامة وليست وطناً له، فكانت بالإضافة إليه كسائر المنازل، وهذا هو المذكور في «التتمة» والأصح عند إمام الحرمين وصاحب الكتاب؛ وحيث حكمنا بأنه لا يترخص إذا عاد إليه، فلو نوى أن يعود ولم يعد لا يترخص أيضاً، ويصير بالنية مقيماً، ولا فرق بين حالة الرجوع وحالة الحصول في البلدة المرجوع، إليها أن ترخص ترخص فيهما، وإلا فلا، فقد صرح بالتسوية بينهما في «الوسيط»، وبينه بقوله هاهنا: «لم يقصر في رجوعه إلى وطنه» على أنه لا يقصر في الوطن، بطريق الأولى، ولا يخفى أن الكلام مفروض فيما إذا لم يكن من موضع الرجوع إلى الوطن قدر مسافة القصر، وإلا فهو سفرٌ مُنشأً.

ويجوز أن يعلم قوله: (لم يقصر في رجوعه) بالواو، لأن القاضي أبا المكارم ذكر في «العدة»: أنه يجوز له القصر في طريق البلد ذاهباً وجائياً ما لم يدخل البلد، فإذا دخل لا يقصر.

وقوله: (إلا إذا رجع) استثناء منفصل، فإن البلدة التي تكون وطناً له لا يكون الإنسان غريباً بها.

قال الغزالي: ثُمَّ نَهَايَةُ سَفَرِهِ بِالْعُودِ إِلَى عُمَرَانِ الْوَطَنِ أَوْ بِالْعَزْمِ عَلَى الْإِقَامَةِ مُطْلَقاً أَوْ مُدَّةً تَزِيدُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ لَيْسَ فِيهَا يَوْمُ الدُّخُولِ وَالخُرُوجِ، فَإِنْ كَانَ لَهُ فِي الْبَلَدِ عَرَضٌ يَعْلَمُ أَنَّهُ لَا يَنْتَجِرُ فِي ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَهُوَ مُقِيمٌ، إِلَّا إِذَا كَانَ الْغَرَضُ قِتَالاً فَيَتَرَخَّصُ عَلَى أَظْهَرِ الْقَوْلَيْنِ لِفِعْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ذَلِكَ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ يَوْماً، وَهَلْ يَزِيدُ عَلَى تِلْكَ الْمُدَّةِ؟ فَقَوْلَانِ، وَإِنْ كَانَ يَتَوَقَّعُ أَنْتَجَرَ عَرَضِهِ كُلَّ سَاعَةٍ وَهُوَ عَلَى عَزْمٍ أَلَّا يَتَحَالَ تَرَخَّصَ إِنْ كَانَ الْغَرَضُ قِتَالاً، وَإِنْ كَانَ غَيْرَهُ فَقَوْلَانِ.

قال الرفاعي: غرض الفصل الكلام في ما ينتهي به السفر، وقد عده في الوسيط ثلاثة أمور:

أحدها: العود إلى الوطن.

والضبط فيه: أن يرجع إلى الموضع الذي شرطنا مفارقتها في إنشاء السفر منه،

(١) سقط في (ب).

وفي معنى الوصول إلى الوطن الوصول إلى المقصد الذي عزم على الإقامة فيه الحد المعتر كما سيأتي، ولو لم يعزم على الإقامة به ذلك الحد لم ينته سفره بالوصول إليه على أصح القولين؛ بل له القصر بعد الوصول إليه وفي أنصرافه، ذكره في «التهذيب» وغيره، ولو حصل في طريقه في قرية أو بلدة له بها أهل وعشيرة، فهل ينتهي سفره بدخوله؟ فيه قولان:

أحدهما: نعم كدخول وطنه.

وأصحهما: لا؛ لأن النبي ﷺ وَمَنْ مَعَهُ مِنَ الْمُهَاجِرِينَ لَمَّا ضَحُوا قَصَرُوا بِمَكَّةَ وَكَانَ لَهُمْ بِهَا أَهْلٌ وَعَشِيرَةٌ<sup>(١)</sup>.

وطرد الصيدلاني هذين القولين فيما إذا مر في طريق سفره بوطنه؛ لأنه قال: لو خرج مكيًّا إلى جدّه، أو إلى موضع آخر يقصر إليه الصلاة ونوى أنه إذا رجع إلى مكة خرج منها إلى بعض الآفاق من غير إقامة فهل يصير مقيماً إذا دخلها راجعاً؟ فيه قولان، وذلك أن الرجل إذا مر ببلدة له فيها أهل ومال، هل يصير بدخولها مقيماً؟ فيه قولان؛ فعلى هذا العود إلى الوطن لا يوجب أنتهاء السفر إلا إذا كان عازماً على الإقامة لكن المشهور أنه يصير مقيماً بنفس الدخول بلا خلاف، ولذلك قطعوا فيما إذا رجع إلى وطنه لأخذ شيء نسيه بأنه لا يقصر، وقد نقل في «البيان» مثل ما ذكره الصيدلاني عن بعض الأصحاب، واستبعده، وقطع بأنه لا يقصر إذا عاد إلى مكة ويصير مقيماً.

الثاني: نية الإقامة.

إذا نوى الإقامة في طريقه مطلقاً انقطع سفره وصار مقيماً لا يقصر، فلو أنشأ السير بعده فهو سفرٌ جديدٌ، فإنما يقصر إذا توجه إلى مرحلتين، هذا إذا نوى الإقامة في موضع يصلح لها من بلدة أو قرية أو وادٍ يمكن للبدو النزول فيه للإقامة.

فأما المفازة ونحوها، فهل ينقطع سفره بنية الإقامة فيها؟ فيه قولان:

أحدهما - وبه قال أبو حنيفة - : لا؛ لأن المكان غير صالح للإقامة.

وأظهرهما - عند جمهور الأصحاب - : نعم؛ لقصد قطع السفر، وهذا أوفق لفظ الكتاب وأرجح عنده في «الوسيط»، ولو نوى الإقامة مدة نظر إن نواها ثلاثة أيام فما دونها لم يصير مقيماً بذلك؛ لما روي أنه ﷺ قال: «يُقِيمُ الْمُهَاجِرُ بَعْدَ قَضَاءِ نُسُكِهِ ثَلَاثًا»<sup>(٢)</sup> وكان يحرم على المهاجرين الإقامة بمكة ومسكنة الكفار، فلما رخص لهم في المكث هذا القدر أشعر ذلك بأنه لا يقطع حكم السفر، ولا واجب الإقامة.

(١) البخاري (١٠٨١، ٤٢٩٧) ومسلم (٦٩٣).

(٢) أخرجه البخاري (٢٩٣٣) ومسلم (١٣٥٢).

ومنع عمر - رضي الله عنه - أهل الدِّمَّة من الإقامة في أرض الحِجَاز، وجَوَّزَ للمجتازين بها المُكَّت ثلاثة أيام.

وإن نوى الإقامة أكثر من ثلاثة أيام فعبارة الشافعي - رضي الله عنه - وجمهور الأصحاب: أنه إذا قصد إقامة أربعة أيام صار مقيماً، وذلك يقتضي أن لا يكون قصد إقامة ما دون الأربعة منهاً للسفر وإن زاد على ثلاثة أيام، وقد صرح به كثيرون، وأختلفوا في أن الأيام الأربعة كيف تحتسب على وجهين المذكورين في «التهديب» وغيره.

أحدهما: أنه يحتسب يوم الدخول والخروج كما يحسب يوم الحدث، ويوم نزع الخف في مدة المسح.

وأصحهما<sup>(١)</sup>: لا؛ لأن المسافر لا يستوعب النهار بالسير إنما يسير في بعضه، وهو في يومي الدخول والخروج سائر في بعض النهار، ولأنه في يوم الدخول في شغل الحط وتنضيد الأمتعة، ويوم الخروج في شغل الارتحال، وهما من أشغال السفر، فعلى الأول لو دخل يوم السبت وقت الزوال على عزم الخروج يوم الأربعاء وقت الزوال، فقد صار مقيماً لبلوغ المكث في البلد أربعة أيام، وعلى الثاني لا يصير مقيماً، وإن دخل ضحوة يوم السبت على عزم الخروج عشية يوم الأربعاء.

وقال صاحب الكتاب وشيخه: متى نوى إقامة زيادة على ثلاثة أيام فقد صار مقيماً، وهذا الذي ذكرنا يوهم أنه على خلاف قول الجمهور، لأنهم أحتملوا ما دون الأربعة، وإن زاد على الثلاثة وهما لم يحتملا زيادة، وهو كذلك من حيث الصورة، لكن لا خلاف في الحقيقة؛ لأنهم أحتملوا زيادة لا تبلغ الأربعة غير يومي الدخول والخروج، [وهما لم يحتملا زيادة على الثلاثة غير يومي الدخول والخروج]<sup>(٢)</sup> وفرض الزيادة على الثلاثة بحيث لا تبلغ الأربعة، ويكون غير يومي الدخول والخروج مما لا يمكن وقد روي: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ دَخَلَ مَكَّةَ عَامَ حَجَّةِ الْوَدَاعِ يَوْمَ الْأَحَدِ وَخَرَجَ يَوْمَ الْخَمِيسِ إِلَى مِئِي، كُلُّ ذَلِكَ يَقْضَرُ»<sup>(٣)</sup>.

(١) لأن في الأول الحط ومن الثاني الرحيل، وهما من أشغال السفر، والثاني يحسبان كما يحسب مسح الحف ويوم الحدث ويوم النزاع، وفرق الأول بأن المسافر لا يستوعب النهار بالسير، وإنما يسير في بعضه وهو من يومي الدخول والخروج سائر من بعض النهار بخلاف اللبس، فإنه مستوعب للمدة، وعلى القول بأنهما يحسبان إنما يحسبان بالتلفيق لا يومان كاملاً.

(٢) سقط في (ب).

(٣) قال الحافظ ابن حجر في التلخيص (٤٤/٢) لم أر هذا في رواية مصرحة بذلك، وإنما هذا مأخوذ من الاستقرار، ففي الصحيحين عن جابر: قدمنا صبح رابعة، وفي الصحيحين أن الوقفة كانت الجمعة، وإذا كان الرابع يوم الأحد كان التاسع يوم الجمعة بلا شك، ثبت أن الخروج كان يوم الخميس، وأما القصر فزواه أنس وروايته في الصحيحين.

ثم الأيام المحتملة معدودة مع الليالي لا محالة، وإذا نوى إقامة القدر الذي لا يحتمل، فيصير مقيماً في الحال، ولا يتوقف على أنتضاء المدة المحتملة، ولو دخل ليلاً لم يحتسب بقية الليل، ويحتسب الغدو، وجميع ما ذكرنا في غير المحارب، فأما المحارب إذا نوى الإقامة قدراً لو نواه غيره لصار مقيماً، ففيه قولان: حكاهما الشيخ أبو حامد وكثير من الأئمة.

أحدهما: لا يصير مقيماً وله القصر أبداً؛ لأنه قد يضطر إلى الارتحال فلا يكون له قصد جازم.

وأصحهما: أنه يصير مقيماً كغيره؛ وهذا هو الموافق لإطلاق لفظ الكتاب، والخلاف كالخلاف فيما لو قصد الإقامة في موضع لا يصلح لها.

وقوله: (أو مدة تزيد على ثلاثة أيام) معلم بالحاء والزاي؛ لأن عن أبي حنيفة لا يصير مقيماً إلا إذا نوى إقامة خمسة عشر يوماً فصاعداً، وهو اختيار المزني. وحكى عن مالك وأحمد مثل مذهبننا.

ويروى عن أحمد، أنه إن نوى اثنين وعشرين صلاة أتم، وإن نوى إقامة إحدى وعشرين فما دونها قصر؛ ويجوز أن يعلم بالألف أيضاً.

وقوله: (ليس فيها يوم الدخول والخروج) معلم بالواو؛ لأن على الأول من الوجهين المذكورين في كيفية الاحتساب لا يحتمل اليومان مع الثلاثة على الإطلاق.

الثالث: صورة الإقامة إذا زادت على ثلاثة أيام على الوجه الذي بينها فمهما عرض له شغل في بلدة أو قرية، واحتاج إلى الإقامة لذلك فلا يخلو إما أن يكون ذلك الشغل بحيث يتوقع تنجزه لحظة فلحظة، وهو على عزم الارتحال متى تنجز أو يكون بحيث يعلم أنه لا يتنجز في الأيام الثلاثة كالتفقه والتجارة الكثيرة ونحوهما.

فأما في الحالة الأولى فله القصر إلى أربعة أيام على ما تقدم وصفها، ثم لا يخلو إما أن يكون على القتال أو خائفاً منه، أو لا يكون كذلك.

فإن كان على القتال أو خائفاً منه ففي المسألة طريقتان:

أظهرهما: أن فيها قولين:

أحدهما: أنه ليس له القَصْرُ؛ لأن نفس الإقامة أبلغ من نية الإقامة، فإذا امتنع القصر بنية إقامة أربع فصاعداً، فلأن يمتنع بإقامتها كان أولى.

وأصحهما: أن له القَصْرَ؛ لأنه قد ثبت أن رسول الله ﷺ: «أَقَامَ عَامَ الْفَتْحِ عَلَى

[قِتَالٍ] <sup>(١)</sup> هَوَازِنَ أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعَةِ أَيَّامٍ يَقْصُرُونَ» على هذا كم يقصر؟ فيه قولان:

أصحهما: أنه يقصر المدة التي قصر رسول الله ﷺ وفيما عدا ذلك فالأصل وجوب الإتمام، وقد اختلفت الرواية في مدة إقامته بمكة للحرب المذكورة فروى: «أَنَّهُ أَقَامَ سَبْعَةَ عَشَرَ» <sup>(٢)</sup>، وروى: «أَنَّهُ أَقَامَ تِسْعَةَ عَشَرَ» <sup>(٣)</sup>، وروى: «أَنَّهُ أَقَامَ عَشْرِينَ» <sup>(٤)</sup>.

وعن عمران بن الحصين - رضي الله عنه -: «أَنَّهُ أَقَامَ ثَمَانِيَةَ عَشَرَ» <sup>(٥)</sup>.

قال في «التهذيب»: وأعتمد، الشافعي - رضي الله عنه - رواية عمران بن حصين - رضي الله عنه - لسلامتها عن الاختلاف.

والقول الثاني: له القصر أبداً ما دام على هذه النية؛ لما روي أنه ﷺ: «أَقَامَ بِنَبُوكَ عَشْرِينَ يَوْماً يَقْصُرُ» <sup>(٦)</sup>.

وأيضاً فإن الظاهر أنه لو زادت الحاجة لدام رسول الله ﷺ على القصر.

وروي أن ابن عمر - رضي الله عنهما - أقام بأذربيجان سنة أشهر يقصر <sup>(٧)</sup>.

والطريق الثاني: أنه لا خلاف في جواز القصر ثمانية عشر يوماً وبعده قولان:

وأما إذا لم يكن على القتال ولا خائفاً منه، لكن أقام للتجارة ونحوها يتوقع تنجز الغرض لحظة فلحظة وهو على عزم الارتحال فطريقان:

أحدهما: القطع بالمنع.

والفرق بين المحارب وغيره أن للحرب أثراً في تغيير صورة الصلاة.

الآ يَرَى أنه يحتمل بسببه ترك الركوع والسجود والقبلة.

(١) فيس أ حرب.

(٢) أخرجه أبو داود (١٢٢٩) وانظر التلخيص (٤٥/٢ - ٤٦).

(٣) أخرجه البخاري (١٠٨٠) (٤٢٩٨، ٤٢٩٩).

(٤) أخرجه عبد بن حميد في مسنده ق، رواية ابن المبارك عن عاصم عن عكرمة عن ابن عباس، انظر الخلاصة (٢٠٢٨) والتلخيص (٤٦/٢).

(٥) أخرجه أبو داود والبيهقي بإسناد ضعيف، الخلاصة (٢٠٢/١) التلخيص (٤٥/٢ - ٤٦).

(٦) أخرجه أبو داود (١٢٣٥) وابن حبان أورده الهيثمي في الموارد (٥٤٦، ٥٤٧) وقال ابن الملقن في الخلاصة (٢٠٢/١) ولا يضر تفرد معمر بن راشد، لأنه إمام مجمع على جلالاته.

(٧) أخرجه البيهقي بإسناد صحيح (١٥٢/٣) وقال ابن الصلاح: أذربيجان الأشهر فيها مد الهمزة، مع فتح الذال، وإسكان الراء، والأفصح القصر، وإسكان الذال، وهي ناحية تشتمل على بلاد معروفة.

وأظهرهما: أن فيه قولين؛ ثم إن جوزنا ففي كيفيته قولان كما ذكرنا في المحارب؛ وقد نقل عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أنه قال: «سَأَفْرَنَّا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَأَقَامَ سَبْعَةَ عَشَرَ يَوْمًا يَقْضِرُ فِيهَا الصَّلَاةَ»<sup>(١)</sup>.

أشعر هذا الإطلاق بأن حكم الحرب وغيره سواء.

وإذا أختصرت قلت في جواز القصر في هذه الحالة الأولى طريقتان:

أظهرهما: أن فيه ثلاثة أقوال سواء المحارب وغيره.

أحدها: منع القصر على الإطلاق.

والثاني: جوازه على الإطلاق وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد والمزني - رحمهم

الله - تعالى.

والثالث: وهو الأصح جوازه إلى ثمانية عشر يوماً والمنع بعده.

والطريق الثاني: أن هذه الأقوال في المحارب وفي غيره يقطع بالمنع.

الحالة الثانية: أن يكون الشغل بحيث يعلم أنه لا يتجز في ثلاثة أيام، ونتكلم

فيها أيضاً في المحارب ثم في غيره، فأما المحارب فقد أطلق في «الوسيط» ذكر قولين

فيه:

أحدهما: أن له القصر، لفعل رسول الله ﷺ في بعض الغزوات.

والثاني: المنع؛ لأنه المقيم، ومجرد القتال لا يرخص وفعل النبي ﷺ محمول على

عزم الارتحال كل يوم، والأحسن ما أشار إليه إمام الحرمين وهو ترتيب هذه الحالة على

الأولى. إن قلنا: المحارب ثم لا يقصر، فهاهنا أولى، وإن قلنا: يقصر، فهاهنا قولان:

والفرق أنه متردد ثم وهاهنا مُطْمَئِنُّ ساكن بعيد عن هيئة المسافرين، وإن قلنا:

يترخص، فهل يزيد على ثمانية عشر يوماً؟ فيه قولان؛ كما في الحالة الأولى.

وأما غير المحارب - كالمتفقه والتاجر تجارة كثيرة - فظاهر المذهب أنه لا يترخص

وهو مقيم؛ لأن أرتحاله موقوف في عزمه على تنجز شغله، وذلك غير متنجز في المدة

التي يحتمل إقامتها؛ وقياس التسوية بين المحارب وغيره عود الخلاف هاهنا، وقد أشار

إليه صاحب «النهاية» وأستنكره وقال: هو نتيجة التفريع على الأقوال الضعيفة.

إذا عرفت حكم الحالتين، فأرجع إلى لفظ الكتاب. وأعلم أن ثانيتهما في الشرح

أولاهما في نظم الكتاب؛ وأن قوله: (فهو مقيم إلا إذا كان الغرض قتالاً) يجوز أن يعلم

لفظ (المقيم) بالواو، للوجه الذي ذكرناه الآن في غير المحارب.



وقوله: (إلا إذا كان الغرض قتالاً) كلام في المحارب، ولا فرق بين أن يكون مشغولاً بالحرب أو مستعداً له أو خائفاً منه، وإن لم يتمحض ذلك غرضاً له، والحكم سواء في جميع هذه المسائل.

وأعرف في قوله: «فترخص على أظهر القولين» أشياء:

أحدها: أنه يجوز إعلام قوله: (على أظهر القولين) بالواو إشارة إلى طريقة تحصل بما حكينا من ترتيب الحالة الثانية على الأولى ويحرم بالمنع.

والثاني: أن الحكم بكون الترخص أظهر القولين ليس في هذه الحالة على خلاف المشهور، وإنما جعلوا قول الترخص أظهر وأصح، فيما إذا كان يتوقع تنجز الغرض كل ساعة، وأما هذه الصورة فقد جعلوها بمثابة ما لو عزم على الإقامة مدة طويلة. وقد ذكرنا أنه إن كان محارباً، ففي ترخصه قولان، والأصح منهما: أنه لا يترخص وهو مقيم.

والثالث: أنه أراد بقوله: (فترخص على أظهر القولين) أنه يترخص ثمانية عشر يوماً على ما يشتهه سياق الكلام، والمقابل له أنه لا يترخص هذه المدة، وحينئذ ما الحكم؟ أنقول لا يترخص أصلاً، أم يترخص دون هذه المدة؟.

إن قلنا: الحكم في هذه الحالة كالحكم فيما إذا كان يتوقع مجاز غرضه كل ساعة فترخص ثلاثة أيام كما سبق.

وإن قلنا: إنه مطمئن ليس على هيئة المسافرين، فلا يترخص أيضاً، كما إذا نوى الإقامة فوق أربعة يصير مقيماً في الحال. وقوله: (وإن كان يتوقع إنجاز غرض... ) إلى آخره، وهو الحالة الأولى.

وقوله: (فترخص) يجوز أن يكون جواباً على الطريقة القاطعة بالترخيص إلى ثمانية عشر يوماً، ويجوز أن يكون جواباً على الأصح مع تسليم الخلاف، وهو الذي ذكره في «الوسيط»، وعلى التقديرين فهو معلم بالواو، ثم لم يبين أنه كم يترخص؟ وربما يفهم ظاهر اللفظ الترخيص على الإطلاق، لكن الأصح أنه لا يترخص بعد الثمانية عشر، وقد بيّنا جميع ذلك.

قال الغزالي: **أَمَّا الطَّوِيلُ فَحَدُّهُ مَسِيرَةُ يَوْمَيْنِ (ح) وَهُوَ سِتَّةَ عَشَرَ فَرَسَخًا لَا تُحْتَسَبُ مِنْهَا مُدَّةُ الْإِيَابِ، وَيَشْتَرِطُ عَزْمُهُ فِي أَوَّلِ السَّفَرِ، فَلَوْ خَرَجَ فِي طَلَبِ آبٍ<sup>(١)</sup>**

(١) وهو مملوك فر من مالكة قصداً معنئاً، الصحاح (٤/١٤٤٥) القاموس (٣/٢١٥) أنيس الفقهاء

لِيَنْصَرِفَ مَهْمًا لَقِيَهُ لَمْ يَتَرَخَّصْ، وَإِنْ تَمَادَى سَفَرُهُ إِلَّا إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ لَا يَلْقَاهُ قَبْلَ مَرَحَلَتَيْنِ، وَلَوْ تَرَكَ الطَّرِيقَ وَعَدَلَ إِلَى الطُّوبِيلِ لِعَبْرِ عَرَضٍ لَمْ يَتَرَخَّصْ (ح و ز)، وَمَهْمًا بَدَأَ لَهُ الرَّجُوعُ فِي أَثْنَاءِ سَفَرِهِ انْقَطَعَ سَفَرُهُ فَلَيَتِمُّ إِلَى أَنْ يَنْفَصِلَ عَنْ مَكَانِهِ مُتَوَجِّهًا إِلَى مَرَحَلَتَيْنِ.

قال الرافعي: القيد الثاني كون السفر طويلاً، وأختلفت عبارات الشافعي - رضي الله عنه - في حده فقال في «المختصر» وغيره: ستة وأربعون ميلاً بالهاشمي.

وقال في موضع: ثمانية وأربعون ميلاً.

وقال في موضع: أربعون ميلاً.

وقال في موضع: أربعة بُرْد.

وقال في موضع: مسيرة يومين وأتفق الأصحاب على أنه ليس له في ذلك اختلاف قول وحيث قال: ستة وأربعون أراد ما سوى الميل الأول والآخر وحيث قال: ثمانية وأربعون أدخلهما في الحساب، وحيث قال: أربعون أراد بأميال بني أمية، وهي ثمانية وأربعون ميلاً، وهي أميال هاشم جد رسول الله ﷺ؛ وكان قد قدر أميال البادية، فيكون ستة عشر فرسخاً؛ لأن كل ثلاثة أميال فرسخ وهي أربعة برد؛ لأن كل بريد أربعة فراسخ، ومسيرة يومين؛ لأن مسيرة كل يوم على الاعتدال ثمانية فراسخ، وكل ميل أربعة آلاف خطوة، وأثنى عشر ألف قدم، لأن كل خطوة ثلاثة أقدام. وقال أبو حنيفة: السَّفَرُ الطُّوبِيلُ مَسِيرَةَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، وَلَمْ يَقْدَرِ بِالْفَرَاسِخِ وَالْأَمْيَالِ.

وذكر القاضي الروياني وغيره من أصحابنا أنه أربعة وعشرون فرسخاً عنده، وهو على قياس مسيرة اليومين كما ذكرناه. لنا ما روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ قال: «يَا أَهْلَ مَكَّةَ لَا تَقْصُرُوا فِي أَقْلٍ مِنْ أَرْبَعَةِ بُرْدٍ مِنْ مَكَّةَ إِلَى عَسْفَانَ وَإِلَى الطَّائِفِ»<sup>(١)</sup>.

وهو يقتضي الترخيص في هذا القدر، وروي مثل مذهبنا عن ابن عمر وابن عباس وغيرهما من الصحابة - رضوان الله عليهم أجمعين -<sup>(٢)</sup>.

وبه قال مالك وأحمد، وأستحب الشافعي - رضي الله عنه - أن لا يقصر في أقل

(١) أخرجه الدارقطني (٣٨٧/١) والبيهقي (٣/١٣٧ - ١٣٨) والطبراني في الكبير (١١١٦٢).

(٢) أخرجه البخاري (٢/٥٦٥ - ٥٦٧) والبيهقي في السنن الكبرى (٣/١٣٧) وابن حجر في تغليق التعليق (٢/٤١٥ - ٤١٦).

من مسيرة ثلاثة أيام للخروج من الخلاف<sup>(١)</sup>، وما ذكرناه من تفسير الطول معتبر بالتقريب، أو يجوز بالتحديد؟ حكى القاضي الروياني فيه وجهين، وقال: الصحيح أنه تحديد؛ ونقل الحناطي وصاحب «البيان» قولاً أن القصر يجوز؛ في السفر القصير بشرط الخوف؛ لعموم قوله تعالى: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ﴾<sup>(٢)</sup> الآية، فإن ثبت ذلك أقتضى إعلام لفظ (الطويل) عند قوله قبل هذا: (وهو كل سفر طويل مباح) بالواو.

### ثم في الفصل مسائل:

إحداها: مسافة الإياب لا تحتسب في الحد المذكور، حتى لو قصد موضعاً على مرحلة على عزم أن يرجع ولا يقيم فيه فليس له القصر، لا ذاهباً ولا جائياً. وإن نالته مشقة السير مرحلتين على التوالي؛ لأنه لا يسمى سفرأً طويلاً. والغالب في الرخص الاتباع، وما روينا من خبر ابن عباس - رضي الله عنهما - ظاهر في أن المعتبر المسافة التي يقطعها من منشأ سفره إلى مقصده؛ وحكى الحناطي وجهاً؛ أنه إذا كان الذهاب والرجوع حد السفر الذي يقصر إليه الصلاة قصر، فيجوز أن يعلم قوله: (لا يحتسب) بالواو لذلك.

(١) قال صاحب الهداية: «السفر الذي يتغير به الأحكام أن يقصد الإنسان مسيرة ثلاثة أيام ولياليها بسير الإبل ومشي الأقدام وقد رأوا يوسف رحمه بيومين وأكثر اليوم الثالث. انظر فتح الغدير (٢/٤٠٣) وشرح المذهب (٤/٣٢٥). قال النووي والمسافة في البحر مثل المسافة في البر وإن قطعها في لحظة فإن شك فيها اجتهد. قال الأزرعي: الذي نص عليه الشافعي في الأم أنه إذا شك في المسافة لم يجز القصر وهو القياس الظاهر، وقول الشيخ من شرح المذهب أن النص محمول على من لم يظهر له شيء فيه نظر، وقد يقال يبنى ذلك على أن هذه المسافة تحديد أم لا؟ إن قلنا: تحديد فلا أو تقرب فتعم ووجهه ظاهر ثم نقل عن ابن كج. قال الشافعي: سواء سافر في بر أو بحر أو نهر أو سهل أو جبال ليس له القصر إلا مدة يقصر إلى مثلها الصلاة فإن كان في بحر قد ذلك حرم حتى يعلم أن سفره يبلغ ما يقصر فيه الصلاة، فإذا شك هل يبلغ ذلك أم لا؟ لم يكن له القصر. هذا لفظه ويحتمل أن يريد بالشك التردد على سواء ويحتمل أن يريد أعم من ذلك ويؤيده قوله حتى يعلم. قال الزركشي: ولك أولاً أن تسأل عن صورة الشك، فإنه إن كان في ابتداء السفر لم يجز له اقصر إذ لا بد من ربط قصده بمعلوم المسافة. والجواب تصوره بما لو سافر وقطع أكثر المسافة وغلب على ظنه أن المسافة التي قطعها مسافة القصر فإنه يجوز له القصر بالاجتهاد، وفي الانتهاء لأن اعتماده هنا على ما قطع به من المسافة فيجوز كما يجتهد في أوقات الصلاة بالأورد إذا عملت هذا فيجب حمل نص الشافعي على ما إذا سافر وشك في الموضع الذي يقصده مسافة القصر أم لا وليس له أن يقصر ابتداءً أما لو سافر وقطع أكثر المسافة وغلب على ظنه أنه قطعها فها هنا يجتهد وعليه يحمل كلام الأصحاب ولا تعارض ولا اختلاف فظهر بذلك ضعف حمل النووي النص على المتحير. انتهى. خ ل.

(٢) سورة النساء، الآية ١٠١.

**الثانية:** يشترط عزمه على قطع هذه المسافة في الابتداء، فلو خرج لطلب غريم أو عبد أبق لينصرف مهما لقيه - وهو لا يدري موضعه - لم يترخص، وإن طال [سيره]<sup>(١)</sup> كما ذكرناه في الهائم؛ فإذا وجده وعزم على الرجوع إلى بلده -، وبينهما مسافة القصر - يترخص إذا أرتحل عن ذلك الموضع، ولو كان يعرف موضعه في ابتداء السير، أو يعرف أنه لا يلقاه قبل مرحلتين فله الترخص، ولو قصد مسافة القصر، ثم نوى أنه إن وجد عبده أو غريمه ينصرف، نظر إن نوى ذلك قبل مفارقة عمران البلد - لم يترخص؛ لأنه غير النية قبل انعقاد حكم السفر، وإن نواه بعد مفارقة العمران، ففيه وجهان مذكوران في «النهاية» و«التهذيب».

**أصحهما:** أنه يترخص ما لم يجده، فإذا وجده صار مقيماً؛ لأن سبب الرخصة قد انعقد، فيستمر حكمه إلى أن يوجد ما غير النية إليه، وكذلك لو نوى الخروج إلى مسافة القصر، ثم نوى الإقامة في بلد وسط الطريق. وإن كان من مخرجه إلى المقصد الثاني مسافة القصر يترخص، وإن كان أقل فوجهان:

**أصحهما:** أنه يترخص، ما لم يدخله<sup>(٢)</sup> كما في مسألة الغريم.

وإذا سافر العبد بسير المولى، والمرأة بسير الزوج، والجندي بسفر الأمير، وهم لا يعرفون مقصدهم، فليس لهم القصر، وإن نوا مسافة القصر، فلا عبرة بنية العبد والمرأة، وتعتبر نية الجندي، فإنه ليس تحت يد الأمير وقهره. وإن عرفوا مقصدهم ونوا فلهم القصر<sup>(٣)</sup>.

وقال أبو حنيفة: العبد والمرأة يترخصان تبعاً للسيد والزوج وإن لم يعرفا المقصد.

**الثالثة:** لو كان له إلى مقصده طريقان يبلغ أحدهما مسافة القصر، والثاني لا يبلغها، فسلك الطريق الطويل نظر إن كان لغرض كخوف أو حزنونة في القصير، أو

(١) في أسفه.

(٢) قال النووي: هذا إذا نوى الإقامة أربعة أيام، فإن نوى دونها، فهو سفر واحد، فله القصر في جميع طريقه، وفي البلد الذي في الوسط. الروضة (١/٤٩٠، ٤٩١).

(٣) قال النووي: وإذا أسر الكفار رجلاً، فساروا به، ولم يعلم أين يذهبون به لم يقصر، وإن سار معهم يومين قصر بعد ذلك، نص عليه الشافعي - رحمه الله -، فلو علم البلد الذي يذهبون به إليه، فإن كان نيته أنه إن تمكن من الهرب هرب، لم يقصر قبل مرحلتين، وإن نوى قصد ذلك البلد أو غيره - ولا معصية في قصده - قصر في الحال إن كان بينهما مرحلتان. الروضة (١/٤٩١).

قصد زيارة، أو عبادة في الطَّوِيل<sup>(١)</sup>، فله القصر؛ ولو قصد التنزه فكذلك.

وعن الشيخ أبي محمد - رحمه الله تعالى - تردد في اعتباره وإن قصد الترخص ولم يكن غرض سواه، ففي المسألة طريقتان:

أظهرهما: أن في الترخص قولين:

أحدهما: أنه يترخص، وبه قال أبو حنيفة والمزني، وهو نصه في «الإملاء»؛ لأنه سفرٌ مباحٌ، فأشبهه سائر الأسفار.

وأصحهما: أنه لا يترخص؛ لأنه طَوَّل الطريق على نفسه [من غير غرض، فصار كما لو سلك الطريق القصير، وكان يذهب يميناً وشمالاً وطول على نفسه]<sup>(٢)</sup> حتى بلغت المرحلة مرحلتين فإنه لا يترخص.

والطريق الثاني: القطع بهذا القول الثاني؛ وحمل نصه في «الإملاء» على ما إذا سلكه لغرض، ولو كان يبلغ كل واحد من الطريقتين مسافة القصر، وأحدهما أطول، فسلك الأطول - فله القصر بلا خلاف.

وإذا عرفت ذلك فقولُه في الكتاب: (لم يترخص) يجوز أن يكون جواباً على الطريقة الجازمة بالمنع، ويجوز أن يكون جواباً على الأصح، مع إثبات الخلاف، وعلى التقديرين فهو معلّم بالواو مع الحاء والزَّاي.

الرابعة: إذا خرج إلى بلده والمسافة طويلة، ثم بدا له في أثناء السفر أن يرجع، فقد أنقطع سفره بهذا القصد، ولم يكن له أن يقصر ما دام في ذلك الموضع، فإذا ارتحل عنه فهو سفر جديد، وإنما يقصر إذا توجه من ذلك المكان إلى مرحلتين، سواء رجع أو بطل عزمه، وصار إلى مقصده الأول وتوجه إلى غيرهما؛ ولو توجه إلى بلد لا تقصر إليه الصلاة، ثم نوى مجاوزته إلى بل تقصر إليه الصلاة فأبتداء سفره من حيث غير النية، وإنما يترخص إذا كان من ذلك الموضع إلى مقصده الثاني مرحلتان، ولو خرج إلى سفرٍ طويل - على قصد الإقامة في كل مرحلة أربعة أيام - لم يترخص لانقطاع كل سفرة عن الأخرى.

قال الغزالي: وَأَمَّا الْمُبَاحُ فَالْعَاصِي بِسَفَرِهِ لَا يَتَرَخَّصُ (ح ز) كَالْأَبِي وَالْعَاقِ، فَإِنَّ

(١) قال الزركشي: هذا إذا ربطوا النية بقصد الموضع فلو كان من عزم المرأة أنها متى تخلصت عن زوجها رجعت وعزم العبد متى عتق رجع لم يترخصا كالعبد الأبوق. ذكره المتولي ثم قال أعني الزركشي بحثاً ينبغي أن لا يقصر قبل مرحلتين، فإن تعدى كما سيأتي في الأسير إذا كان نيته إنه إن تمكن من الهرب هرب.

(٢) سقط في (ط).

طَرَأَتِ الْمَعْصِيَةُ فِي أَثْنَاءِ السَّفَرِ تَرَخَّصَ عَلَى النَّصِّ، وَفِي تَنَاوُلِ الْمَيْتَةِ وَمَسْحِ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ وَجِهَانٍ: أَصْحُهُمَا لِأَنَّهُمَا لَيْسَا مِنْ خَصَائِصِ السَّفَرِ.

قال الرافعي: القيد الثالث: كَوْنُ السَّفَرِ مُبَاحاً، وليس المراد من المباح - في هذا الموضوع - ما خير بين طرفين واعتدلاً، فإن الرخصة كما ثبتت في سفر التجارة ثبتت في سفر الطاعة كالحجّ والجهاد ونحوهما. وإنما المراد منه ما ليس بمعصية؛ وأما سفر المعصية فلا يفيد الرخصة<sup>(١)</sup>، خلافاً لأبي حنيفة والمزني. وذلك كهرب العبد من مولاه، والمرأة من زوجها، والغريم مع القدرة على الأداء، وكما إذا سافر ليقطع الطريق، أو ليزني بامرأة، أو ليقتل بريئاً.

لنا أن الرخصة أثبتت تخفيفاً وإعانة على السّفَر، ولا سبيل إلى إعانة العاصي فيما هو عاص به، بخلاف ما لو كان السّفَرُ مباحاً وهو يرتكب المعاصي في طريقه، فإنه لا يمنع من السّفَرِ، إنما يمنع من المعصية.

ولو أنشأ سفرأ مباحاً، ثم نقله إلى معصية، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يترخص؛ لأن هذا السفر أنعقد مباحاً مرخصاً، والشرط يراعي في الابتداء.

والثاني: لا يترخص كما لو أنشأ السفر بهذه النية؛ هكذا أرسل الجمهور ذكر الوجهين في المسألة، وكلامهم يميل إلى ترجيح الوجه الثاني، وقد صرّح به في «العدة»، ونسب في «النهاية» القول بالترخص إلى ظاهر النص، والثاني إلى تخريج ابن سريج، وتابعه في الكتاب، فقال: «ترخص على النص» والاقتصار عليه يفهم ظهور القول بالترخص، لكنه ذكر في «الوسيط» أن عدم الترخص أوضح كما حكيناه عن غيره.

ولو أنشأ السّفَرُ على قصد مَعْصِيَةٍ ثم تاب، وبدل قصده من غير تغيير صوب السفر؛ فالذي قاله الأكثرون في هذه الصورة، إن ابتداء سفره من ذلك الموضوع إن كان منه إلى مقصده مسافة القصر - ترخص، وإلا فلا، وحكى في «النهاية» عن شيخه، أن عروض قصد الطاعة على سفر المعصية، كعروض قصد المَعْصِيَةِ على سَفَرِ الطَّاعَةِ. فقياس ظاهر النَّصِّ أنه لا يترخص لفقد الشرط في الابتداء؛ وعند ابن سريج يترخص نظراً إلى الحال.

وقوله في الكتاب: (وكذا على العكس) يوهم أنه يترخص في العكس؛ لأنه

(١) لأن الرخص لا تناط بالمعاصي، ولأن مشروعية الترخص للإعانة والعاصي لا يعان.

معطوف على قوله: (ترخص على النص) وما أراد به ذلك، وإنما أراد العطف على معنى النَّصِّ، وهو النَّظْرُ إلى الابتداء، فكأنه قال ترخص على النص اعتباراً بالابتداء. وكذا على العكس ينظر إلى الابتداء، فلا يترخص وعلى التخريج؛ وهو الأظهر أنه ينظر إلى الحال في الصورتين.

إذا عرفت ذلك فنقول: العاصي بسفره لا يقصر، ولا يفطر، ولا يَتَنَقَّلُ على الراحلة، ولا يجمع بين الصَّلَاتَيْنِ، ولا يصح ثلاثة أيام، وهل يَمَسُحُ يوماً وليلة؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، لما فيه من التَّخْفِيفِ عليه، وتسرعه بسبب ذلك إلى المَغْصِيَةِ.

وأظهرهما: عند الجمهور نعم؛ لأن المسح يوم وليلة ليس من رخص المسافرين، بل هو جائز للحاضر أيضاً، وغاية ما في الباب إلحاق هذا السفر بالعدم لكن حكى عن الشيخ أبي محمد أن المقيم إذا كان يدأب في معصية، ولو مسح على خفيه لكان ذلك عوناً له عليها، فيحتمل أنه يمنعه من المسح، وأستحسن الإمام ذلك، فعلى هذا يتوجه أن يقال: إنه ليس من خصائص السفر ولا الحضر، لكنه من مرافق اللبس بشرط عدم المعصية، وهل للعاصي بسفره أن يتناول المَيْتَةَ عند الاضطرار؟ فيه وجهان نقلهما صاحب «النهاية» وغيره:

أحدهما: وبه قال الأودني: لا؛ لما فيه من التَّخْفِيفِ على العاصي، وهو متمكن من دَفْعِ الْهَلَاكِ عن نفسه بأن يتوب ثم يأكل.

والثاني: نعم، إحياءً لِلنَّفْسِ الْمُشْرِقَةِ على أهلك، ولأن المقيم متمكن من تناول المَيْتَةَ عند الاضطرار، فليس ذلك من رخص السفر فأشبه تناول الأطعمة المباحة ما لم يكن من خصائص السفر، لم يمنع منه العاصي بسفره، وبالوجه الأول قطع عامة الأصحاب من العراقيين وغيرهم، ونفوا الخلاف في المسألة، وقد قيل: في المقيم العاصي ليس له تناول المَيْتَةَ أيضاً ما لم يتب، والله أعلم.

وهذا الشرط ينهك من لفظ الكتاب في المسألتين على أمرين:

أحدهما: أنه يجوز أن يعلم قوله: (وجهان) بالواو؛ لأنه أثبت في المسألتين وجهين، وقد ذكرنا أن بعضهم يقطع بالمنع في تناول الميته.

والثاني: أنه جعل أصح الوجهين في المسألتين الجواز، وهذا المسلم في المسح يوماً وليلة ممنوع في تناول المَيْتَةَ على رأي الجمهور، ويجوز أن يعلم لفظ (الجواز) بالألف؛ لأن عند أحمد لا يجوز له تناول المَيْتَةَ كما هو أحد وَجْهَيْنَا، ومما ألحق بسفر المعصية أن يتعب الإنسان نفسه ويُعَذِّبُ دابته، بالركض من غير غرض، ذكر الصيدلاني أنه لا يحل له ذلك.

ولو كان الرجل ينتقل من بلدة إلى بلدة من غير عَرَضٍ صحيح، فقد قال في «النهاية»: إنه لا يترخص وإن خرج عن مضاهاة من يهيم وظهر له قصد<sup>(١)</sup>، ونقل عن الشيخ أبي محمد: أن السفر لمجرد رؤية البلاد، والنظر إليها ليس من الأغراض الصحيحة.

قال الغزالي: النَّظَرُ الثَّانِي، فِي مَحَلِّ الْقَصْرِ، وَهُوَ كُلُّ صَلَاةٍ رُبَاعِيَّةٍ مُؤَدَّاةٍ فِي السَّفَرِ، فَلَا قَصْرَ فِي الصُّبْحِ وَالْمَغْرِبِ، وَلَا فِي فَوَائِتِ الْحَضْرِ، وَفِي فَوَائِتِ السَّفَرِ ثَلَاثَةٌ أَقْوَالٍ: يَفْرُقُ فِي الثَّلَاثِ بَيْنَ أَنْ يَقْضِيَ فِي الْحَضْرِ أَوْ السَّفَرِ.

قال الرافعي: محل القصر كل صلاة رباعية مؤداة في السفر، وذكر في «الوسيط» قيدا آخر، وهو أن يدرك وقتها في السفر للمسألة التي تأتي بعد هذا الفصل، فيخرج من الرباعية المغرب والصُّبْحُ فلا قصر فيهما بالإجماع، ويخرج عن المؤداة في السفر المقضية، وينظر فيها إن كانت فائتة الحضر فلا يجوز للمسافر قصرها، خلافاً للمزني حيث قال: يجوز؛ اعتباراً بحال القضاء، كما لو ترك صلاة في الصَّحَّةِ له قضاؤها في المرَضِ قَاعِداً.

لنا إنه لزمته الأربع، فلا يجوز النقصان كما لو لم يسافر، ويفارق صلاة المريض؛ لأن المرض حالة ضرورة، فيحتمل ما لا يحتمل للسفر ألا يرى أنه لو شَرَعَ في الصلاة قائماً، ثم طرأ المرض له أن يقعد، ولو شرع فيها في الحضر [ثم سارت]<sup>(٢)</sup> به السفينة، لم يكن له أن يقصر، وإن تردد أنها فائتة السفر أو ألْحَضَرَ فكذلك لا يجوز له قَصْرُهَا، وأما فائتة السَّفَرِ فإما أن يقضيها في السفر أو في الحضر، فإن قضى في السَّفَرِ، فإما أن يقضي في تلك السفرة أو في سفرة أخرى، فإن قضى في تلك السفرة ففيه قولان:

أحدهما: أنه لا يجوز القصر؛ لأن شرط الرَّدِّ إلى ركعتين الوقت بدليل الجمعة.

والثاني: يجوز؛ لأن اللازِمَ عليه ركعتان، فيجزئه في الْقَصَاةِ ركعتين، وجعل صاحب «التهذيب» و«التتمة» المنع أصح القولين، لكن ما عليه الأكثر من العراقيين وغيرهم أن الأصح هو الجواز؛ لبقاء العذر المرخص، وأما إذا قَضَى فِي سَفَرِهِ أُخْرَى، ففيه طريقتان:

أظهرهما: طرد القولين.

والثاني: ألقطع بالمنع، والفرق أن الأمر بالقضاء متوجه عليه في كل حالة، فإذا لم يقض وقد تخللت حالة إقامة فكأنها تركها في تلك الحالة كما لو نَصَبَ شيئاً، وتلف

(١) في ط قصد.

(٢) في ط (سارت).



عنده لزمه أقصى القِيم، لأنه مخاطب في كل حالة بالرّد، فإذا لم يرد ألتمزم قيمة أكمل الأحوال، وإن قضاها في الحضر أطرد الطريقان، والمنع هاهنا أوضح وأصح، ورتب في «النهاية» بعض الصور الثلاث على بعض، فحكى قولين فيما إذا قضى في ذلك السفر وفيما إذا قضى في الحضر قولين مُرتبّين عليهما، وأولى بالمنع، وجعل الصورة الثالثة متوسطة بينهما إن رتبت على الأولى فهي أولى بالمنع، وإن رتبت على الثانية فهي أولى بالجواز؛ وإذا اختصرت وتركت التفصيل قلت: في المسألة أقوال كما ذكر في الكتاب:

أحدها - وهو القديم -: الجواز على الإطلاق، وبه قال أبو حنيفة ومالك.

وثانيها - وهو الجديد -: المنع على الإطلاق، وبه قال أحمد.

وأظهرها - ويحكى عن «الإملاء» الفرق بين أن يقضي في الحضر وفي السفر، وهذا إذا طردنا القولين في القضاء في تلك السفارة، وفي سفرة أخرى، وإن فرّقنا صارت الأقال أربعة.

وأعلم قوله: (يفرق في الثالث) بالحاء والميم؛ لما ذكرنا من مذهبهما، ونقل في «الوسيط» أن مذهب المزني الجواز على الإطلاق أيضاً، لكن روى الصيّدلاني وغيره عنه المنع فيما إذا قضى في الحضر، وهذا هو الصحيح، وقياس مذهبه المشهور في عكسه وهو ما إذا فاتته في الحضر، فيقضي في السفر، كما تقدّم، وإذا قلنا فائتة السفر لا تقصر، وإن قضيت في تلك السفارة، فلو شرع في الصلاة بنية القصر، فخرج الوقت في أثنائها فهو مبني على أن الصلاة التي يقع بعضها في الوقت وبعضها خارجه قضاء أم داء؟ وقد قدمنا ذلك في «باب المواقيت» وتعرضنا لهذه الصور فيه، وظاهر المذهب أنه إن وقع في الوقت ركعة فهي أداء فيقصر على هذا القول أيضاً، وإن وقع دون ركعة فلا يقصر على هذا القول؛ لأنها قضاء، وعن صاحب «التلخيص» أنه يجب الإتمام، وإن وقع في الوقت ركعة كالجمعة، إذا وقع بعضها خارج والوقت يتمها أربعاً.

قال الغزالي: **وَالْمُسَافِرُ فِي آخِرِ الْوَقْتِ تَقْصِرُ، وَالْحَائِضُ إِذَا أَدْرَكَتْ أَوَّلَ الْوَقْتِ تُمْ حَاصَّتْ تَلْزُمُهَا الصَّلَاةُ لِأَنَّ هَذَا الْقَدْرَ كُلُّ وَقْتِ الْإِمْكَانِ فِي حَقِّهَا، بِخِلَافِ الْمُسَافِرِ هَذَا هُوَ النَّصُّ، وَقِيلَ: فَهَمَّا قَوْلَانِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ.**

قال الرافعي: إذا سافر في أثناء الوقت، وقد مضى منه قدرًا يتمكن من فعل الصلاة فيه، فالنص أنه يجوز له القصر، ونص فيما لو أدركت من أول الوقت قدر الإمكان، ثم حاصت يلزمها القضاء، وكذلك سائر أصحاب العذر، وأختلفوا في المسألتين على طريقين:

أحدهما: أن فيهما قولين:

أحدهما: أن إدراك أول الوقت ملزم، فالحائض تَقْضِي تلك الصَّلَاة، والمسافر يتم؛ لأن الصَّلَاة تجب بأول الوقت، وقد أدركا وقت الوجوب.

والثاني: أنه لا يلزمها الصَّلَاة ويجوز له القصر؛ لأن الأستقرار إنما يكون بآخر الوقت؛ ولهذا نقول: لو أجزأ الصَّلَاة عن أول الوقت ومات لا يلقي الله تعالى عاصياً على الأصح.

والثاني: تقرير النَّصِّين.

والفرق أن الحيض مانع من الصَّلَاة، فإذا طَرَأَ أَنْحَصِرَ وقت الإمكان في حَقِّهَا في ذلك القدر، وكأنها أدركت جميع الوقت بخلاف المسافر، فإن السَّفَرُ غير مانع، وأيضاً فإن الحيض لو أثر إنما أثر في إسقاط الصلاة بالكلية، والقول بالسقوط مع إدراك وقت الوجوب بعيد، والسَّفَرُ إنما يُؤَثِّرُ في كيفية الأداء لا في أصل الفعل، فأشبه ما لو أدرك العبد من الوقت قدر ما يصلي فيه الظهر ثم عتق، يلزمه الجمعة دون الظهر، وظاهر المذهب الفرق بين المسألتين على موجب النَّصِّين، وسواء أثبتنا طريقة القولين أم لا، ونقل الأصحاب عن المزني، وأبن سريج في مسألة المسافر أنه لا يقصر.

وأعلم قوله في الكتاب: (يقصر) بالزاي لذلك، لكنه تخريج من المزني للشافعي - رضي الله عنه - خرج من مسألة الحائض، وليس مذهباً له؛ لأننا قدمنا عنه أنه لو ذهب جميع الوقت في الحضر، وفاتته الصلاة كان له القصر إذا قضاها في السفر، فهأنا أولى، فإذا لا يصح الإعلام بالزاي، وأما ابن سريج فإنه خرج من كل واحدة من المسألتين في الأخرى وأختار عدم القصر، وقد ذكرنا تخريجه في الحائض من هذه المسألة في باب المواقيت في الفصل الثاني، ووافق أبو الطيب بن سلمة ابن سريج على أنه لا يقصر، لكن لا على الإطلاق، بل فيما إذا سافر ولم يبق من الوقت إلا قدر أربع ركعات، لأنه إذا ضاق الوقت تَعَيَّنَ عليه صلاة الحضر، فهذا مذهب ثالث: وراء القولين وإن سافر وقد بقي من الوقت أقل من قدر الصَّلَاة فجواز القصر يبني على أن من أوقع بعض صلاته في الوقت وبعضها خارجه، تكون جميع صلاته أداءً أم لا، إن قلنا: نعم قصر، وإلا فلا.

وقوله: «والمسافر في آخر الوقت» ليس المراد منه الجزء الأخير بل المراد ما إذا سافر وقد مضى من أوله ما يسع الصَّلَاة، وكذا قوله: (والحائض إذا أدركت أول الوقت، ثم حاضت) يعني أدركت منه ما يسع للصلاة ولو قال: ولو أدركت المرأة أول الوقت، ثم حاضت بدل الحائض، لكان أحسن، ولو سافر والماضي من الوقت دون ما يسع الصلاة فقد قال في «النهاية»: ينبغي أن يمتنع القصر إن قلنا: إنه يمتنع لو كان

الماضي قدر ما يسع الصلاة، بخلاف ما لو حَاصَتْ بعد مضي القدر النَّاقص، حيث لا يلزمها الصَّلَاة على الصحيح؛ لأن عروض السَّفَر لا ينافي إتمام الصَّلَاة، وعروض الحيض ينافيه<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي: النَّظَرُ الثَّلَاثُ، فِي الشَّرْطِ وَهُوَ اثْنَانِ: (الْأَوَّلُ) أَنْ لَا يَقْتَدِيَ بِمُقِيمٍ فَلَوْ أَقْتَدَى وَلَوْ فِي لَحْظَةٍ (م) لَزِمَهُ الْإِنْتِمَاءُ، وَلَوْ شَكَّ فِي أَنْ إِمَامَهُ مُقِيمٌ أَمْ لَا لَزِمَهُ الْإِنْتِمَاءُ، وَلَوْ شَكَّ فِي أَنَّهُ نَوَى الْإِنْتِمَاءَ وَهُوَ مُسَافِرٌ لَمْ يَلْزِمَهُ الْإِنْتِمَاءُ لِأَنَّ نِيَّةَ الْإِنْتِمَاءِ لَا شِعَارَ لَهَا بِخِلَافِ الْمُسَافِرِ.

قال الرافعي: جعل شرط القصر شيئين:

أحدهما: أن لا يقتدي في صلاته بمقيم أو بمسافرٍ مُتِمِّمٍ، فلو فعل ذلك - ولو في لحظة - لزمه الإتمام، خلافاً لمالك حيث قال: إن أدرك معه ركعة لزمه الإتمام وإن أدرك دون ركعة فله القصر؛ لنا ما روي «أَنَّهُ سُئِلَ أَبُو عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - مَا بَالُ الْمُسَافِرِ يُصَلِّي رَكَعَتَيْنِ إِذَا أَنْفَرَدَ وَأَرْبَعًا إِذَا أَتَمَّ بِمُقِيمٍ؟ فَقَالَ: تِلْكَ السُّنَّةُ»<sup>(٢)</sup>.  
والمفهوم منه سنة رسول الله ﷺ.

وأعلم قوله: (ولو في لحظة) بالميم؛ لما حكيناه عن مالك. والاقْتِدَاءُ في لحظة يفرض من وجوه كثيرة.

منها: أن يدرك الإمام في آخر صلاته.

ومنها: أن يحدث الإمام عقيباً اقتدائه وينصرف.

قوله: (أن لا يقتدي بمقيم) في بعض النسخ (بمتمم) وهو أعم، فإن كان مقيم متم، وقد يكون المسافر مُتِمًّا أيضاً، والحكم لا يختلف.

وعند أبي حنيفة: أنه إذا صلى مسافرٌ بمسافرين - ونووا الإتمام - جاز له القصر، وسلم إنه إذا اقتدى بمقيم لم يجز القصر، فإذا كانت النسخة «أن لا يقتدي بمقيم» جاز إعلام (الحكم) بالحاء، ولو اقتدى في الظهر بمن يقضي الصبح مسافراً كان أو مقيماً فهل له القصر؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، لتوافق الصَّلَاتَيْنِ في العدد.

(١) قال النووي: هذا الذي ذكره الإمام، شاذ مردود، فقد صرحوا بأنه يقصر هنا بلا خلاف ونقل القاضي أبو الطيب: إجماع المسلمين على أنه يقصر. الروضة (١/٤٩٤).

(٢) أخرجه أحمد في المسند (١/٢٢٦) (٢٩٠، ٣٣٧، ٣٦٩) ومسلم (٦٨٨).

وأصحهما: لا؛ لأن الصلاة تامة في نفسها، ولو دخل في مروره بلدة وأهلها يقيمون الجمعة فأقندى في الظهر بالجمعة، قيل: إن قلنا: إن الجمعة ظهر مقصور فله القصر وإلا فهي كالصُّبح<sup>(١)</sup>.

وظاهر المذهب عند الأكثرين: المنع بكل حال؛ لأنها صلاة إقامة، وهو الموافق لظاهر لفظ الكتاب.

إذا عرفت ذلك فنقول: المسافر إما أن يعلم حال الذي يقتدي به في السفر والإقامة أو لا يعلم، فإن علم نظر إن عرفه مقيماً فقد ذكرنا أن عليه الإتمام، وكذا لو ظَّنه مقيماً، فلو أقندى به ونوى القصر أنعدت صلاته، ولغت نية [من نوى]<sup>(٢)</sup> القصر، بخلاف المقيم ينوي القصر لا ينعقد ظُهره؛ لأنه ليس من أهل القصر والمسافر من أهله فلا يضره نية القصر، كما لو شرع في الصلاة بنية القصر، ثم نوى الإتمام أو صار مقيماً، فإنه يتم، وإن عرفه أو ظنه مسافراً - وعرف أنه نوى القصر، أو ظنه، فله أن ينوي القصر وإن لم يدر أنه نوى القصر أم لا فكذلك، ولا يلزمه الإتمام بهذا التردد؛ لأن الظاهر من حال المسافر القصر؛ وليس للنية شعار يعرف به، فهو غير مقصر في الأقتداء على التردد، ولو عرض هذا التردد في أثناء الصلاة فكذلك لا يلزمه الإتمام؛ ومتى لم يعرف نيته فهل يجوز أن يعلق نيته فيقول: إن قصر قصرت وإن أتم أتمت أو لا بد من الجزم بالقصر؟ فيه وجهان:

أصحهما: جواز التعليق فإن الحكم متعلق به، وإن جزم إن أتم الإمام أتم وإن قصر قصر، ولو أفسد الإمام صلاته أو فسدت، ثم قال: كنت نويت القصر، فللمأموم القصر، وإن قال: كنت نويت الإتمام لزمه الإتمام، وإن أنصرف - ولم يظهر للمأموم ما نواه - فوجهان: حكاهما أصحابنا العراقيون.

أظهرهما - وبه قال أبو إسحاق -: يلزمه الإتمام؛ لأنه شك في عدد ما يلزمه من الركعات فيأخذ باليقين.

والثاني - وبه قال ابن سريج -: له القصر؛ لأنه أفتتح الصلاة بنية القصر خلف من الظاهر من حاله القصر؛ ويتبين بما ذكرنا أن قوله في الكتاب: (ولو شك في أن إمامه هل نوى الإتمام وهو مسافر لم يلزمه الإتمام) ليس على إطلاقه، بل لو ظهر أن الإمام نوى الإتمام يلزمه الإتمام. وهل يشترط لعدم لزوم الإتمام ظهور نية القصر للإمام أم لا

(١) قال النووي: وسواء كان إمام الجمعة مسافراً أو مقيماً فهذا حكمه، ولو نوى الظهر مقصورة، خلف من يصلي العصر مقصورة، جاز. الروضة (١/٤٩٤).

(٢) ما بين المعقوفين سقط من ط.

ويكفي استمرار التردد؟ فيه الوجهان المذكوران، والموافق لإطلاق اللفظ هو المنسوب إلى ابن سريج ولو قال حجة الإسلام. ولو شك أن إمامه هل نوى القصر بدلاً عن قوله: (هل نوى الإتمام) لكان أحسن؛ لأنه لو لم ينو الإتمام ولا القصر، كان بمثابة ما لو نوى الإتمام، كما سيأتي في الشرط الثاني. فإنما ثبت [الوجه] (١) إذا نوى القصر، لا إذا لم ينو الإتمام، وأما إذا لم يعرف أنه مسافر أو مقيم ولا ظن بل كان شاكاً فيه لزمه الإتمام وإن بان مسافراً قاصراً؛ لأنه شرع على تردد فيما يسهل معرفته؛ لظهور شعار المسافرين والمقيمين، وسهولة البحث، والأصل الإتمام. فإذا قصر لزمه الإتمام، ويخالف التردد في نية القصر مع العلم بأنه مسافر، إذ لا تقصير ثم كما سبق، وحكى في «النهاية» وجهاً آخر أنه إذا بان مسافراً قاصراً كان له القصر، كما لو تردد في النية، والمشهور الأول، وهو الذي ذكره في الكتاب.

قال الغزالي: **وَلَوْ أَقْتَدَى بِمُقِيمٍ ثُمَّ فَسَدَتْ صَلَاتُهُ لَزِمَهُ (ح) الْإِتْمَامُ، وَكَذَا لَوْ ظَنَّ الْإِمَامَ مُسَافِرًا فَكَانَ مُقِيمًا لِأَنَّهُ مُقَصِّرٌ إِذْ شِعَارُ الْإِقَامَةِ ظَاهِرَةٌ، وَلَوْ بَانَ أَنَّ الْإِمَامَ مُقِيمٌ مُخَدِّثٌ لَمْ يَلْزِمُهُ الْإِتْمَامُ عَلَى الْأَصَحِّ؛ لِأَنَّهُ لَا قُدُوةَ ظَاهِرًا وَبَاطِنًا.**

قال الراجعي: في الفصل مسألتان:

إحدهما: لو أقتدى بمقيم أو بمسافرٍ مُتِمَّ ثم فسدت صلاة الإمام أو بان محدثاً - لزمه الإتمام بالآقتداء به، وكذلك لو فسدت صلاة المأموم لزمه الإتمام - إذا أستأنف خلافاً لأبي حنيفة.

لنا أنها صلاة تعين عليها إتمامها، فلم يجزه بعد قصرها، كما لو فاتته في الحضر، ثم سافر.

وقوله: (ثم فسدت صلاته) أراد صلاة المأموم. وإن أمكن صرف الكناية إلى الإمام أيضاً، وذلك بين من لفظ «الوسيط».

الثانية: لو أقتدى بمن ظنه مسافراً فبان مقيماً يلزمه الإتمام لتقصيره؛ إذ شعار الإقامة ظاهر، وهو كما ذكرنا فيما إذا لم يدر أنه مقيم أو مسافر. وإن بان أنه مقيم محدث نظر: إن بان كونه مقيماً أو لا، لزمه الإتمام، كما لو أقتدى بمن علمه مقيماً، ثم بان أنه محدث، وإن بان كونه محدثاً أو لا أو باناً معاً فوجهان.

أحدهما - وبه قال صاحب التلخيص -: لا يلزمه الإتمام؛ لأنه آقتداء لم يصح في الحقيقة، وفي الظاهر ظنه مسافراً بخلاف ما لو أقتدى بمسافر في ظنه مسافراً، ثم

(١) في الرخصة.

فسدت صلاته بحدث، ثم بان أنه كان مقيماً عليه الإتمام؛ لأن اقتداء كان صحيحاً.

**والثاني:** يلزمه الإتمام؛ لأن حدث الإمام لا يمنع صحة اقتداء الجاهل به، فإذا بان أنه مقيم، فقد بان أنه أقتدى بمقيم، وقد أطلق في الكتاب ذكر الخلاف فيما إذا بان أنه مقيم محدث، لكن موضع الوجهين ما ذكرنا دون ما إذا بان كونه مقيماً أو لا، كذلك قاله صاحب «النهاية» و«التهذيب» وغيرهما، ثم أطبق الأئمة على ترجيح الوجه الأول على ما ذكره في الكتاب، ومنهم من لا يورد سواه، وقد تنازعه كلامهم في المسبوق إذا أدرك الإمام في الركوع، ثم بان كونه محدثاً، فإنهم رجحوا الإدراك. وماخذ المسألتين واحد.

وقوله: (لأنه لا قدوة ظاهراً وباطناً) أي لا قدوة بمقيم ظاهراً وباطناً، أما ظاهراً فلأنه ظنه مسافراً، وأما باطناً فلأنه محدث؛ وصاحب الوجه الثاني يمنع هذا. والله أعلم.

ولا أثر لعدم الإتمام من غير خوض على الصّحة، كما لو شرع في الصلاة مقيماً، ثم بان له أنه محدث ثم سافر - والوقت باق - فله القصر، بخلاف ما لو شرع فيها مقيماً ثم عرض سبب مفسد، لا يجوز له القصر، ولزمه الإتمام بالشروع، وكذا لو أقتدى بمقيم، ثم تذكر المأموم - حدث نفسه فله القصر وكذا لو أقتدى بمن يعرفه محدثاً ويظنه مقيماً؛ لأنه لم يصح شروعه.

قال الغزالي: وَلَوْ رَعَفَ الْإِمَامُ الْمُسَافِرُ وَخَلَفَهُ مُسَافِرُونَ فَأَسْتَخْلَفَ مُقِيمًا أَمْ الْمُقْتَدُونَ، وَكَذَا الرَّاعِفُ إِذَا عَادَ وَأَقْتَدَى بِهِ.

قال الرافعي: المسألة مبنية على أنه إذا أحدث الإمام أو عرض سبب آخر يوجب فساد صلاته يجوز له أن يستخلف مأموماً ليتم بالقوم الصلاة، هذا هو الصحيح، وسنذكره والخلاف فيه في «باب الجمعة» إن شاء الله تعالى.

إذا عرفت ذلك فصورة المسألة أن يؤم مسافر بمسافرين ومقيمين فيعرف<sup>(١)</sup> الإمام في صلاته أو يسبقه الحدث فيستخلف مقيماً - يجب على المسافرين المقتدين الإتمام، خلافاً لأبي حنيفة.

(١) رُفِعَ مِثْلُ الْعَيْنِ كَمَا قَالَ ابْنُ مَالِكٍ، وَالْأَفْصَحُ فَتَحَ عَيْنَهُ، وَالضَّمُّ ضَعِيفٌ، وَالْكَسْرُ أَوْضَعُ مِنْهُ. حَكَى فِي مَشْكَلِ الْوَسِيطِ أَنَّ هَذِهِ الْكَلِمَةَ كَانَتْ سَبَبَ لُزُومِ سَبِيْبِيُوهِ الْخَلِيلِ فِي الْطَلْبِ لِلْعَرَبِيَّةِ، وَذَلِكَ أَنَّهُ سَأَلَ يَوْمًا حَمَادَ بْنَ سَلْمَةَ فَقَالَ لَهُ: أَحَدْتُكَ هِشَامُ بْنُ عُرْوَةَ عَنْ رُفِعٍ فِي الصَّلَاةِ وَضَمَّ الْعَيْنَ، فَقَالَ لَهُ: أَخْطَأْتُ إِنَّمَا هُوَ رُفِعٌ بَفَتْحِهَا، فَانصَرَفَ إِلَى الْخَلِيلِ وَلَزِمَهُ.

لنا أنهم مقتدون بمقيم، فيلزمه الإتمام، كما لو أقتدوا بمقيم فأحدث وأستخلف مسافراً، والدليل على أنهم مقتدون به أن سهوه يلحقهم.

وأعلم أن أئمتنا لم يذكروا خلافاً في أن القوم يتمون، لكن يأتي فيه وجه، لأننا سنحكي في مسائل الأستخلاف وجهاً أنه يجب على القوم نية الأقتداء بالخليفة، فعلى هذا إنما يلزم المأمومين في هذه المسألة إذا نواوا الأقتداء بالخليفة، أما إذا لم يفعلوا فلا؛ لأنهم ما نواوا الإتمام ولا أقتدوا بمقيم، وكان ما أطلقوه جواب على الأصح، وهو أنه لا حاجة إلى نية الأقتداء بالخليفة؛ وما ذكرناه يجوز إعلام قوله: (أَتَمَّ الْمُقْتَدُونَ) بالواو مع ألحاء.

وقوله في صورة المسألة: (وخلفه مسافرون) أي ومقيم أو مقيمون، ول تمحض المأمومون مسافرين - لكان أستخلاف المقيم أستخلاف غير المأمومين، وفيه كلام سنذكره من بعد، وأما الإمام الذي سبقه الرعاف أو الحدث ماذا يفعل؟ ظاهر نص الشافعي - رضي الله عنه - يقتضي وجوب الإتمام عليه، فإنه قال - بعد تصوير المسألة -: (كان على جميعهم والراعف أن يصلوا أربعاً) وأعترض المزني فقال: إنما أتم الخليفة؛ لأنه مقيم والقوم خلفه؛ لأنهم مؤتمون بمقيم، فأما الراعف فليس بمقيم ولا مؤتم بمقيم، فما باله يتم؟ وأختلف الأصحاب في الجواب على طريقتين، منهم من قرر ظاهر النُّص، وقال: يجب عليه الإتمام أيضاً؛ لأن الخليفة فرع له، ولا يجوز أن تكون صلاة الأصل أنقص من صلاة الفرع، حكاه ابن سريج عن بعض أصحابنا وضعفه، وسلم الجمهور للمزني ما ذكره، وأختلفوا في تأويل النُّص على وجوه.

أحدها: أن ما ذكره الشافعي - رضي الله عنه - جواب على القول القديم، وهو إن سبق الحدث الرعاف لا تبطل الصلاة، لكنه يرفع المانع ويبني، فعلى هذا الراعف وإن أنصرف فهو في صلاة وهو كالمؤتم بخليفة، وبتقدير أن لا يكون مؤتماً، فقد حصل في جماعة إمامها مقيم في بعض الأحوال، فيلزمه الإتمام لذلك؛ وهذا التأويل يحكى عن ابن سريج، ووضَّعَهُ الشيخ أبو حامد وغيره من أئمتنا، ومنعوا كونه مؤتماً بالخليفة، وأنه إذا حصل في جماعة إمامها مقيم في بعض الأحوال يجب عليه الإتمام إذا لم يأتهم هو به، وأيضاً فإن البناء على الصلوة إنما يجوز على القديم دون الجديد. والأستخلاف الذي عليه بناء المسألة إنما يجوز على الجديد دون القديم فلا يتنظم التفرع.

الثاني: قال أبو غانم ملقى<sup>(١)</sup> وابن سريج: صورة النص أن يحس الإمام بالراعف

(١) أبو الطيب البغدادي، ويقال فيه أبو العباس، ويعرف بالمتنع، وبالملقى أيضاً، وهو من خواص ابن سريج، والمتولي للإلقاء عنه والإعادة في مجلسه، لهذا قيل له: الملقي، انظر الأسنوي (١٠٣٨) العبادي (٩٧) الأنساب (١١/٤٧٢).

قبل أن يخرج الدّم، فيستخلف، ثم يخرج الدّم، فيلزمه الإتمام؛ لأنه صار مؤتماً بمقيم في جزء من صلاته. قال المحافلي وغيره: وهذا لا يصح؛ لأنه أستخلاف قبل وجود العذر، وأنه لا يجوز ذلك؛ وسئل الشيخ أبو محمد عنه فجعل الإحساس به عذراً، وقال: متى حضر إمام هو أفضل أو حاله أكمل يجوز أستخلافه<sup>(١)</sup>.

الثالث: وقال أبو إسحاق: صورة النص أن يعود بعد غسل الدم، ويقتدي بالخليفة إما بناء على القول القديم وإما استثناءً على الجديد، فيلزمه الإتمام؛ لأنه أقتدى بمقيم في جزء من صلاته؛ فأما إذا لم يقتد فلا يلزمه الإتمام، وهذا أصح الأجوبة عند الأكثرين. قالوا: وقد أشار إليه الشافعي - رضي الله عنه - في التعليل، حيث قال: لأنه لم يكمل واحد منهم الصلّة حتى كان فيها في صلاة مقيم.

وقوله في الكتاب: (وكذا الراعي إذا عاد وأقتدى) جرى على هذا الجواب الصحيح فإنه قيد لزوم الإتمام بأقتدائه بالخليفة. وقد نرى في بعض النسخ إعلام هذه الكلمة بالزّاي، وليس بصحيح، فإنه لا نزاع للمزني في لزوم الإتمام إذا أقتدى، نعم، يجوز أن يعلم قوله: (وأقتدى) بالواو؛ إشارة إلى الطريقة المقررة لظاهر النص، فإن الأقتداء ليس بشُرطٍ على تلك الطريقة.

قال الغزالي: (الشُرطُ الثاني) أَنْ يَسْتَمِرَّ عَلَى نِيَّةِ الْقَصْرِ جَزْماً فِي جَمِيعِ الصَّلَاةِ فَلَوْ لَمْ يَنْوِ الْقَصْرَ وَلَا الْإِتْمَامَ أَوْ شَكَّ فِي نِيَّةِ الْقَصْرِ وَلَوْ لَحْظَةً لَزِمَهُ (زح) الْإِتْمَامُ.

قال الراعي: من شرط القصر نية القصر، فلو نوى الإتمام لزمه ما ألزمه، ولو لم ينو القصر ولا الإتمام لزمه الإتمام أيضاً؛ لأن الأصل هو الإتمام فينقصد مطلق التحرم عليه، ويجب أن تكون نية القصر في ابتداء الصلاة كأصل النية، ثم لا يجب تذكرها في دوام الصلّة، ولكن يشترط الأنفكاك عن الشك والتردد والجزم بالإتمام، فلو نوى القصر أولاً ثم نوى الإتمام - أو تردد بين القصر والإتمام - لزمه الإتمام، ولو شك في أنه هل نوى القصر أم لا لزمه الإتمام، وإن تذكر في الحال أنه نوى القصر نص عليه في «الأم» بخلاف ما لو شك في أصل النية ثم تذكر على القرب، حيث تصح صلاته ولا

(١) قال في زيادته: هذا كله إذا استخلف الإمام مقيماً، فلو لم يستخلف، ولا استخلف المأمومون بنوا على صلاتهم فرادى، وجاز للمسافرين منهم، والراعي، القصر قطعاً، وكذا لو استخلف الإمام مسافراً أو استخلفه القوم قصر المسافرون والراعي، فلو لم يستخلف الإمام الراعي، واستخلف القوم مقيماً فوجهان حكاهما صاحب «الحاوي» أحدهما: أنه كاستخلاف الراعي على ما مضى، وأصحهما: يجوز للراعي هنا القصر بلا خلاف، إذا لم يقتد به؛ لأنه ليس فرعاً له، ولو استخلف المقيمون مقيماً، والمسافرون مسافراً جاز، وللمسافرين القصر خلف إمامهم، وكذا لو تفرقوا ثلاث فرق أو أكثر، وأم كل فرقة إمام، نص عليه الشافعي. الروضة (٤٩٦/١).



يكون ذلك قادحاً. والفرق أن الشك في النية بمثابة عدم النية، فإذا كان الشك في أصل النية، فالموجود في زمان الشك غير محسوب عن الصلاة، لكنه جعل عذراً لقلته، وحسب عن الركن ما قبله أو بعده. وهاهنا الموجود حالة الشك محسوب عن الصلاة؛ لوجود أصل النية، فيتأدى ذلك الجزء على التمام، وإذا انعقد جزء من الصلاة على التمام. وعند أبي حنيفة لا حاجة إلى نية القصر بناء على أنه عزيمة.

وقال المزني: لا بد منها، لكن لا تجب في الأبتداء، ويجوز أن ينوي القصر في الأثناء، ولو نوى الإتمام ثم أراد القصر جاز.

وقوله: «أن يستمر على نية القصر جزءاً في جميع الصلاة»، يتضمن اعتبار نية القصر، ثم ليس المراد أنه يشترط أستحضرها في جميع الصلاة، وإنما المراد ما ذكرنا أنه يشترط الخلو عن الشك والتردد.

وقوله: (في جميع الصلاة) يجوز أن يعلم بالزاي؛ لأن عنده لو كان جازماً في البعض بالإتمام، ثم نوى القصر جاز، وقوله: (لزمه الإتمام) معلم بالحاء والزاي؛ لما حكيناه.

قال الغزالي: وَلَوْ قَامَ الْإِمَامُ إِلَى الثَّالِثَةِ سَاهِياً فَتَوَهَّمِ الْمُقْتَدِي أَنَّهُ نَوَى الْإِتْمَامَ شَاكِّاً لَزِمَهُ الْإِتْمَامُ، وَلَوْ قَامَ الْمُسَافِرُ إِلَى الثَّالِثَةِ وَالرَّابِعَةَ سَهْوَاً سَجَدَ لِسَهْوِهِ، وَلَا يَكُونُ مُتِمّاً بَلْ لَوْ قَصَدَ أَنْ يَجْعَلَ إِتْمَاماً فَلْيَصِلْ رَكْعَتَيْنِ أُخْرَيْنِ.

قال الرافعي: في الفصل مسألتان:

إحدهما: لو أقتدى بمسافر عرف أنه ينوي القصر أو ظنه، وصلى ركعتين، فقام الإمام إلى ركعة ثالثة، نظر: إن علم أنه نوى الإتمام لزمه الإتمام، وإن علم أنه ساهٍ بأن كان حفيئاً، لا يرى الإتمام، فلا يلزمه الإتمام، ويتخير بين أن يخرج عن متابعتة ويسجد للسهوة ويسلم، وبين أن ينتظر حتى يعود، ولو أتفق له أنه يتم أتم، لكن ليس له أن يقتدي بالإمام في سهوه، فإنه غير محسوب له، ولا يجوز الأقتداء بمن يعرف أن ما فيه غير محسوب له كالمسبوق إذا أدرك من آخر الصلاة ركعة فقام الإمام سهواً إلى ركعة زائدة، لم يكن للمسبوق أن يقتدي به في تدارك ما عليه؛ ذكره في «النهاية» ولو شك في أنه قام ساهياً، أو متمماً فهذه مسألة الكتاب، وحكمها أن عليه الإتمام وإن بان كونه ساهياً؛ لأن أحد المحتملين لزوم الإتمام، فيلزم كما لو شك في نية نفسه، وبخلاف ما لو شك في نيّة الإمام المسافر ابتداء حيث لم يلزمه الإتمام بذلك كما قدمناه؛ لأن النيّة لا يَطْلُعُ عليها، ولم تظهر أمارّة مُشْعِرَةٌ بالإتمام، وهاهنا القيام فعل مشعر بالإتمام مخيل له.

وقوله: (شاكاً) في لفظ الكتاب لا ضرورة إليه، والغرض حاصل بقوله فيتوهم .  
 وقوله: (لزمه الإتمام) يجوز أن يعلم بالحاء؛ لأننا حكينا عن مذهب الإمام أبي حنيفة أن نيّة الإمام المسافر لا تلزم المأمومين القصر، فما ظنك بتوهمها .

الثانية: لو نوى القصر وَصَلَّى ركعتين ثم قام إلى الثالثة، نظر: إن حدث أمر موجب الإتمام كنية الإتمام أو نية الإقامة في ذلك الموضع، أو حصوله في دار الإقامة بآتئاء السفينة إليها، وقام لذلك - فقد أتى بما ينبغي وإن لم يحدث شيء من ذلك؛ فإن قام عمداً بطلت صلاته، كما لو قام المتم إلى ركعة خامسة، وكما لو قام المتنفل إلى ركعة زائدة قبل تغير النية، وإن قام سهواً ثم تذكر، فعليه أن يعود ويسجد للسّهو ويسلم؛ فلو بدا له بعد التذكر أن يتم عاد إلى القعود، ثم نهض مُتِمّاً، وفي وجه له أن يمضي في قيامه، ولو صلى ثلاثة ورابعة سهواً وجلس للشهد ثم تذكر سجد للسّهو - وهو قاصِرٌ - وَرَكَعَتَا السّهو غير محسوبتين بل يلزمه أن يقوم ويصلي ركعتين أخريين، ثم يسجد للسّهو في آخر صلاته؛ ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب: (فليقم ويصل ركعتين أخريين) بالميم؛ لأن صاحب «البيان» حكى عن مالك أن المسافر إذا نوى القصر لم يكن له أن ينوي الإتمام ويزيد على نيته الأولى .

وأعلم: أن لفظ الكتاب في أول النظر الثالث يوهم حصر شرط القصر في الأثنين المذكورين، لكن له شروط آخر .

منها: أن يكون مسافراً من أول الصلاة إلى آخرها، فلو نوى الإقامة في أثناء الصلاة، أو كان يُصَلِّي في السفينة فأنتهت إلى دار إقامته - لزمه الإتمام؛ لأن سبب الرخصة قد زال، فتزول الرخصة كما لو كان يصلي قاعداً لمرض فزال المرض يجب عليه أن يقوم؛ ولو شرع في الصلاة مقيماً، ثم سارت به السفينة، فكذلك يلزمه الإتمام، تغليباً للحضر في العبادة التي أشترك فيها الحضر والسفر، ولو شك هل نوى الإقامة أم لا، أو دخل بلداً بالليل وشك في أنه مقصده أم لا؟ يلزمه الإتمام؛ لأنه شك في سبب الرخصة، والأصل الإتمام فصار كما لو شك في بقاء مدة المسح لا يمسخ .

ومنها: العلم بجواز القصر، فلو جهل جوازه وقصر لم يجزه؛ لأنه عابث في اعتقاده غير مصلي؛ يحكى ذلك عن نصه في «الأم»<sup>(١)</sup> .

(١) قال النووي: ويلزمه إعادة هذه الصلاة أربعاً لإلزامه الإتمام والصورة، فيمن نوى الظهر مطلقاً، ثم سلم من ركعتين عمداً، أما لو نوى جاهل القصر الظهر ركعتين متتابعاً، فيعدها مقصورة إذا علم القصر بعد شروعه. الروضة (١/٤٩٨).

## البَابُ الثَّانِي فِي الْجَمْعِ

قال الغزالي: وَالْجَمْعُ بَيْنَ الظُّهْرِ وَالْعَصْرِ، وَبَيْنَ الْمَغْرِبِ وَالْعِشَاءِ فِي وَقْتَيْهِمَا جَائِزٌ بِالسَّفَرِ (زح) وَالْمَطَرِ، وَهَلْ يَخْتَصُّ بِالسَّفَرِ الطَّوِيلِ قَوْلَانِ.

قال الرافعي: يجوز الجمع بين الظهر والعصر تقديماً في وقت الظهر، وتأخيراً في وقت العصر بعد السفر، وكذلك الجمع بين المغرب والعشاء؛ لما روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - قال: «كَانَ النَّبِيُّ ﷺ إِذَا جَدَّ بِهِ سَيْرٌ جَمَعَ بَيْنَ الْمَغْرِبِ وَالْعِشَاءِ»<sup>(١)</sup>. وعن أنس - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ «كَانَ يَجْمَعُ بَيْنَ الظُّهْرِ وَالْعَصْرِ فِي السَّفَرِ»<sup>(٢)</sup>.

وهذا في السَّفَرِ الطَّوِيلِ؛ وفي جواز الجمع في القصير قولان:

أحدهما - وهو القديم -: أنه يجوز، وبه قال مالك - رضي الله عنه - لإطلاق حديث أنس - رضي الله عنه -، واعتباراً بالتفعل على الراحلة.

وأصحهما - وبه قال أحمد - رحمه الله -: لا يجوز؛ لأنه إخراج عبادة عن وقتها، فأختص بالسفر الطويل كالفطر، والأفضل للسائر في وقت الصلاة الأولى تأخيرها إلى الثانية، وللنازل في وقت الأولى تقديم الثانية إليها. ثبت ذلك من فعل رسول الله ﷺ والمعنى فيه بين.

وشرط جواز الجمع في السفر أن لا يكون سفر معصية، كما ذكرنا في القصر، ويجوز الجمع بين الظهر والعصر، وبين المغرب والعشاء بعد المطر أيضاً؛ لما روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَمَعَ بَيْنَ الظُّهْرِ وَالْعَصْرِ لِلْمَطَرِ»<sup>(٣)</sup>. وعن ابن عباس - رضي الله عنهما - «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَمَعَ بِالْمَدِينَةِ مِنْ غَيْرِ خَوْفٍ وَلَا سَفَرٍ»<sup>(٤)</sup>.

قال مالك: أرى ذلك في المطر.

وقوله: (لعذر السفر) معلم بالحاء؛ لأن عند أبي حنيفة لا يجوز الجمع بعدر

(١) أخرجه البخاري (١٠٩١، ١٠٩٢، ١١٠٦، ١١٠٩، ١٦٦٨، ١٦٧٣، ١٨٠٨٥، ٣٠٠٠) ومسلم (٧٠٣).

(٢) البخاري (١١١١، ١١١٢) ومسلم (٧٠٤).

(٣) غريب تبع في إيراده الحرمين نعم، قال البيهقي: رويانا من ابن عباس وابن عمر الجمع في المطر، انظر الخلاصة (٢٠٦/١) والتلخيص (٥٢/٢).

(٤) البخاري (٥٤٣، ٥٦٢، ١١٧٤) ومسلم (٧٠٥).

السفر، ولا جمع إلا للنسك بعرفة، والمزدلفة كما سيأتي.

وقوله: (والمطر) معلم بالحاء أيضاً والزأي، لأن عندهما لا جمع بالمطر، وبالميم؛ لأن عند مالك يجوز الجمع بين المغرب والعشاء بعذر المطر، ولا يجوز الجمع بين الظهر والعصر به، وبالألف؛ لأن أحمد صار في إحدى الروايتين إلى مثل مالك - رحمه الله -، وبالواو لأن الإمام ذكر أن صاحب «التقريب»<sup>(١)</sup> حكى قولاً ضعيفاً مثل مذهب مالك - رحمة الله عليه -، وقوله: (في وقتيهما جائز) يقتضي جواز التقديم والتأخير جميعاً بالعذرین السفر والمطر ولكن في جواز التأخير بعذر المطر خلاف ذكره في آخر الباب على ما سيأتي، والأظهر المنع، ولا يجوز الجمع بين صلاة الصبح وغيرها، ولا بين العصر والمغرب، لم يرد بذلك نقل عن رسول الله ﷺ.

قال الغزالي: **وَالْحَجِيجُ يَجْمَعُونَ بِعِلَّةِ السَّفَرِ أَوْ بِعِلَّةِ النَّسْكِ فِيهِ خِلَافٌ.**

قال الرافعي: **أَلْحُجَّاجُ الْأَفَاقِيُّونَ يَجْمَعُونَ بَيْنَ الظُّهْرِ وَالْعَصْرِ بِعَرَفَةَ فِي وَقْتِ الظُّهْرِ، وَبَيْنَ الْمَغْرِبِ وَالْعِشَاءِ بِالْمَزْدَلِفَةِ فِي وَقْتِ الْعِشَاءِ، ثَبِتَ ذَلِكَ مِنْ فِعْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَعَلَيْهِ جَرَى النَّاسُ فِي الْأَعْصَارِ، وَأَخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي سَبَبِ هَذَا الْجَمْعِ، مِنْهُمْ مَنْ قَالَ: إِنَّمَا يَجْتَمِعُونَ بِسَبَبِ النَّسْكِ. وَذَلِكَ أَنَّ الْحَاجَّ يَحْتَاجُ إِلَى الدَّعَاءِ بَعْدَ الظُّهْرِ، فَلَوْ لَمْ تَقْدَمِ الْعَصْرُ لَشَغَلَتْهُ عَنِ الدَّعَاءِ، وَإِذَا غَرَبَتِ الشَّمْسُ فَهُوَ وَقْتُ الْأَشْتِغَالِ بِالِدَفْعِ مِنْ عَرَفَةَ، فَجَوَّزَ لَهُ الْجَمْعَانِ تَكْمِيلاً لَشُغْلِ النَّسْكِ، فَإِنْ قَلْنَا بِالْمَعْنَى الْأُولَى فَهَلْ يَجْمَعُ الْمَكِّيُّ؟ فِيهِ قَوْلَانِ؛ لِأَنَّ سَفْرَهُ قَصِيرٌ، وَلَا يَجْمَعُ الْعَرَفِيُّ بِعَرَفَةَ، وَلَا الْمَزْدَلِفِيُّ بِالْمَزْدَلِفَةِ، فَإِنَّهُ فِي وَطْنِهِ؛ وَهَلْ يَجْمَعُ كُلُّ مِنْهُمَا بِالْبَقْعَةِ الْأُخْرَى؟ فِيهِ الْقَوْلَانِ؟ وَإِنْ قَلْنَا: بِالْمَعْنَى الْأُولَى جَازَ لِجَمِيعِهِمُ الْجَمْعَ فَحَصَلَ لِلْجَمْعِ سَبَبٌ ثَالِثٌ وَهُوَ النَّسْكِ، ذَكَرَهُ كُلُّهُ صَاحِبُ «النِّهَايَةِ» وَغَيْرُهُ؛ وَمِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ: فِي جَوَازِ الْجَمْعِ لِلْمَكِّيِّ قَوْلَانِ:**

**الجديد: المنع.**

**والقديم:** الجواز، ثم لم يجوز قيل للسفر وقيل للنسك، فإن فرعنا على القديم فهل للعرفي والمزدلفي الجمع؟ فيه وجهان بناء على المعنيين، وأصل الفرض في الإيرادين واحد وإن اختلفا في بعض الأمور؛ وقد عرفت بما ذكرنا أن قوله: (والحجيج يجمعون) يعني به الحجيج الآفاقيين، فأما غيرهم فالخلاف في حقهم في أصل الجمع لا في العلة؛ وظاهر المذهب عند الأئمة أن العلة السفر وأن المكِّي والعرفي لا يجمعان.

(١) أخرجه مسلم (١٢١٨) (١٦٦٩، ١٦٧٢) ومسلم (١٢٨٠).

وعند أبي حنيفة: العلة النسك.

وقال: لا يجوز الجمع بعرفة إلا في الجماعة، فأما المنفرد في رحله فلا يجمع، وجوز له الجمع بين العشائين بالمزدلفة، ولم يجوز ترك الجمع بالمزدلفة وفعل المغرب في وقتها، ولا الجمع بينهما في وقت المغرب، ولا الجمع بينهما في وقت العشاء في الطريق، وأوجب أن يكون ذلك بالمزدلفة، ولم يجوز أن يجمع بعرفة بين الظهر والعصر في وقت العصر، لكن جَوَّز ترك الجَمْعِ وفعل العصر في وقتها، حكى الصيدلاني هذه المسائل مجموعة عن مذهبه.

وعندنا الحكم في الجمع في البقعتين حكمه في سائر الأسفار، وهو فيه بالخيار. وعند مالك العلة التُّسُكُ، ولهم جميعاً الجمع، بل للمكي والعرفي في القصر أيضاً بعلّة النسك.

قال الغزالي: وَالرُّخْصُ الْمُخْتَصَّةُ بِالسَّفَرِ الطَّوِيلِ أَرْبَعَةٌ: الْقَصْرُ وَالْفِطْرُ، وَالْمَسْحُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، وَالْجَمْعُ عَلَى أَصَحِّ الْقَوْلَيْنِ، ثُمَّ الصَّوْمُ أَفْضَلُ مِنَ الْفِطْرِ، وَفِي الْقَصْرِ وَالْإِتْمَامِ قَوْلَانِ، وَالَّذِي لَا يَخْتَصُّ بِالطَّوِيلِ أَرْبَعَةٌ: التَّيْمُمُ، وَتَرْكُ الْجُمُعَةِ، وَأَكْلُ الْمَيْتَةِ، وَالتَّنْفُلُ عَلَى الرَّاحِلَةِ عَلَى أَصَحِّ الْقَوْلَيْنِ.

قال الرافي: غرض الفصل شيان:

أحدهما: عد الرخص التي تختص بالسفر الطويل والتي لا تختص.

والثاني: بيان أن القصر والفطر أفضل أم الإتمام والصوم؟ ولا اختصاص لواحد منهما بباب الجمع.

والثاني: بيان القصر أليق، ثم إنه أدخل الثاني بين قسمة المقصد الأول [ولو أنه فرغ منهما ثم ذكره لكان أحسن، وكذلك فعل في «الوسيط» أما المقصد الأول] (١) فالرخص المختصة بالسفر الطويل أربع:

إحداها: القصر كما تقدم.

والثانية: الإفطار كما سيأتي.

والثالثة: المسح ثلاثة أيام، وقد ذكرنا في باب المسح اختصاصه بالسفر الطويل، وإن لم يصرح به في الكتاب ثم.

والرابعة: الجمع بين الصلاتين، وفيه قولان مذكوران في هذا الباب، وكان قد أرسل ذكر القولين في المسألة فنص ههنا على الأصح وأدرجه في هذا القسم تفريراً عليه، والتي لا تختص بالسفر الطويل جعلها أربعاً أيضاً:

إحداها: التيمم، وهذا يجوز أن يراد به الترخص من فعل الصلاة به، ويجوز أن يراد به إسقاط فرض الصلاة به، وعلى هذا التقدير فهو جواب على الأصح من وجهين ذكرناهما في «باب التيمم» وأن التيمم في السفر القصير، هل يغني عن القضاء أم لا؟ ثم على التقديرين ينبغي أن يعلم أن التيمم كما لا يختص بالسفر الطويل، لا يختص بنفس السفر، لما بيناه في ذلك الباب.

الثانية: أكل الميتة وهو أيضاً مما لا يختص بالسفر نفسه.

والثالثة: ترك الجمعة.

والرابعة: التنفل على الراحلة، وفي جوازه في السفر القصير قولان أرسلهما في باب الاستقبال، ونص على الأصح هاهنا، وأدرجه في هذا القسم تفريراً عليه.

وأما المقصد الثاني: فأعلم أن الصوم في السفر أفضل من الفطر على المذهب المشهور، لما فيه من تبرئة الذمة والمحافظة على فضيلة الوقت، وهذا إذا أطلق الصوم.

وفيه وجه آخر رواه القاضي الروياني وغيره، أن الفطر أفضل، وبه قال أحمد؛ لما روي أنه ﷺ قال: «لَيْسَ مِنَ الْبِرِّ الصِّيَامُ فِي السَّفَرِ»<sup>(١)</sup>.

وفي الأفضل من القصر والإتمام قولان:

أحدهما - وبه قال المزني -: أن الإتمام أفضل؛ لأنه الأصل، والقصر بدل معدول إليه، فأشبه غسل الرجل مع المسح على الخف.

وأصحهما - وبه قال مالك وأحمد -: أن القصر أفضل؛ لما روي أنه ﷺ قال: «حَيْثُ عِبَادُ اللَّهِ الَّذِينَ إِذَا سَافَرُوا قَصَرُوا»<sup>(٢)</sup>.

ولأنه متفق عليه، والإتمام بخلافه، وبخلاف الصوم مع الفطر، حيث قلنا: الصوم أفضل وإن صار أهل الظاهر إلى أنه لا يصح.

قال إمام الحرمين: لأن المحققين من علماء الشريعة لا يقيمون لمذهبهم وزناً، وذكر الصيدلاني أن القصر أفضل من الإتمام، وفي الإفطار والصوم وجهان، وهذا يوهم

(١) البخاري (١٩٤٦) ومسلم (١١١٥).

(٢) أخرجه ابن أبي حاتم في علله (٢٥٥/١) وانظر التلخيص (٥١/٢).

القطع بأفضلية القَصْرِ، وكذلك حكاه الإمام عن الصيدلاني، وأستبعده وأحاله على خطأ النسخ، [فإن] ﴿١﴾ ثبت ذلك فقوله: (قولان) معلم بالواو.

والفرق بين الرخصتين حيث كان الصوم أفضل والقصر أفضل على الظاهر فيهما أن الذمة تبقى مشغولة بالصوم إذا أفطر، وقد يعرض عائق من القضاء، وفي القصر بخلافه وأيضاً فإن فضيلة الوقت تفوت بالإفطار ولا تفوت بالقصر، ونقل أبو عبد الله الحناطي وغيره في القصر والإتمام وجهاً آخر أنهما سواء، ثم القولان في المسألة وإن كانا مطلقين فلا بد من أستثناء صور:

إحداها: إذا كان سفره دون ثلاث مراحل فليس ذلك موضع القولين، بل الإتمام فيه أفضل للخروج عن الخلاف، وقد حكيناه من قبل عن نصه.

والثانية: إذا كان يجد من نفسه كراهة القصر وثقله فهذا يكاد يكون رغبة عن السنة، فالأفضل له القصر قولاً واحداً، بل يكره له الإتمام إلى أن تزول عنه تلك الكراهية، وكذلك القول في جميع الرُخَص في هذه الحالة.

الثالثة: المَلَأُح الذي يسافر في البحر ومعه أهله وأولاده في سفينته الأفضل له الإتمام، لأنه في وطنه، يحكى ذلك عن نصه في «الأم»، وفيه خروج عن الخلاف أيضاً، فإن عند [أحمد] ﴿٢﴾ لا يجوز له، وللمكاري ﴿٣﴾ الذي معه أهله وماله القصر.

وأعلم: أن مسافة القصر في البحر مثل المسافة في البر وإن كانت تقطع فيه في لحظة ويجتهد فيها عند الشك.

قال الغزالي: ثُمَّ شَرَايِطُ الْجَمْعِ ثَلَاثَةٌ: التَّرْتِيبُ، وَهُوَ تَقْدِيمُ الظُّهْرِ عَلَى العَصْرِ، وَنَيْتَةُ الْجَمْعِ فِي أَوَّلِ الصَّلَاةِ الْأُولَى أَوْ فِي وَسْطِهَا، وَلَا يَجُوزُ فِي أَوَّلِ الثَّانِيَةِ، وَالْوَالَاةُ، وَهُوَ أَنْ لَا يُفَرَّقَ بَيْنَ الصَّلَاتَيْنِ بِأَكْثَرَ مِنْ قَدْرِ إِقَامَةٍ، وَفِي هَذِهِ الشَّرَايِطِ عِنْدَ الْجَمْعِ بِالتَّأخِيرِ خِلَافٌ.

قال الرافعي: المسافر إذا جمع فيما أن يقدم الأخيرة من الصلّاتين إلى وقت الأولى، أو يؤخر الأولى إلى وقت الأخيرة، فإن قدم فيعتبر فيه ثلاثة شرائط.

إحداها: الترتيب، وهو تقديم الظهر على العصر والمغرب على العشاء؛ لأن الوقت للأولى والثانية تبع له، فيجب تقديم الأصل، فلو قدم العصر على الظهر لم

(٢) في أ (الجمهور).

(١) في أ (وإذا).

(٣) مكر.

يصح عصره ويعيدها بعد الظهر، ولو قدم الظهر وبان فسادها بسبب فالتعصر فاسدة أيضاً.

والثانية: نية الجمع، تمييزاً للتقديم المشروع على التقديم سهواً وعبثاً، ومتى ينوي الجمع نص في الجمع بالسفر أنه ينوي عند التحرم بالأولى أو في أثنائها، ونص في الجمع بالمطر أنه ينوي عند التحرم بالأولى، وأختلف الأصحاب على طريقتين: إحداهما: تقرير النصين.

والفرق أن نية الجمع ينبغي أن تقارن سبب الجمع، وداوم السفر في الصلاة الأولى شرط فجميعها وقت النية، وأما المطر فلا يشترط دوامه في الأولى كما سيأتي، ويشترط في أولها، فتعين وقتاً للنية.

وأصحهما - وبه قال المزني -: أن فيهما قولين نقلاً وتخريجاً:

أحدهما: أنها شرط في الفصلين عند التحرم كنية القصر.

وأصحهما: أنها لو وقعت في أثنائها جاز أيضاً؛ لأن الجمع هو ضم الثانية إلى الأولى، فإذا تقدمت النية على حالة الضم حصل الغرض، وتفارق نية القصر، لأنها لو تأخرت لتأدى بعض الصلاة على التمام، وحينئذ يمتنع القصر، وعلى هذا فلو نوى مع التحليل.

قال الإمام: رأيت للأئمة تردداً فيه، كان شيخي يمنعه، وذكر الصيدلاني وغيره أنه يجوز؛ لوجود النية في الطرفين، الطرف الأخير من الظهر، والطرف الأول من العصر، وعلى هذا يدل نص الشافعي - رضي الله عنه -، ثم قال المسعودي والصيدلاني وغيرهما: وأخرج المزني قولاً ثالثاً: وهو أنه لو نوى بعد السلام على قرب وصلى الصلاة الأخيرة جازاً، كما لو سلم من اثنتين وقرب الوقت يبني، وإن طال فلا وهذا تخريج منه للشافعي - رضي الله عنه -، وحكوا عن مذهبه أن النية الجمع ليست مشروطة أصلاً، فإن الجمع معنى ينتظم الصلاتين، ولا عهد بنية تجمع بين صلاتين، وجعل الصيدلاني مذهبه وجهاً لأصحابنا، فليكن قوله في الكتاب: (ونية الجمع) معلماً بالزاي والواو، ويجوز أن يعلم قوله: (ولا يجوز في أول الثانية) بهما أيضاً.

وقوله: «أو في وسطها» معلم الواو<sup>(١)</sup> للقول الصائر إلى اشتراط النية في أولها، واعتبار الوسط يقتضي المنع فيما إذا نوى مع التحليل إذ لا تكون النية حينئذ في الوسط، وهذا ما سبق عن الشيخ أبي محمد، والظاهر عند الأكثرين خلافه.

(١) في (ط) بالقاف.



**الثالثة:** الموالاة فهي شرط خلافاً للإصطخري فيما حكى صاحب «التتمة» عنه حيث قال: يجوز الجمع وإن طال الفصل بين الصلاتين ما لم يخرج وقت الأولى منهما، ويروى مثله عن أبي عليّ الثقفي.

وقال الموفق بن طاهر: سمعت الشيخ أبا عاصم العبادي يحكي عن الإمام أنه لو صَلَّى المغرب في بيته، ونوى الجمع، وجاء إلى المسجد وصَلَّى العشاء فيه جاز، ووجه ظاهر المذهب ما روي أن النبي ﷺ «لَمَّا جَمَعَ بَيْنَ الصَّلَاتَيْنِ وَالْيَ بَيْنَهُمَا وَتَرَكَ الرُّوَاتِبَ بَيْنَهُمَا»<sup>(١)</sup>.

لولا اشتراط الموالاة لما تركها، والمراد من الموالاة أن لا يطول الفصل بينهما ولا بأس بالفصل اليسير؛ لأنه صَحَّ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَمْرُ الإِقَامَةِ بَيْنَهُمَا<sup>(٢)</sup>. [وبماذا يفرق بين الطويل واليسير؟]

قال الصيدلاني: حده أصحابنا بِقَدْرِ إتيان المؤذن بالإقامة<sup>(٣)</sup> وهذا يوافق ما في الكتاب، فإنه قال: «وهي أن لا يفرق بين الصَّلَاتَيْنِ بِأَكْثَرِ مِنْ قَدْرِ إِقَامَةٍ».

وقال أصحابنا العراقيون: الرجوع في الفصل بينهما إلى العادة، وقد تقتضي العادة احتمال الزائد على قدر الإقامة، وتدل عليه مسألة وهي: أن التيمم هل له الجمع؟ عن أبي إسحاق أنه ليس له الجمع؛ لأنه [يحتاج] إلى طلب الماء، وتجديد التيمم، وذلك يُطَوِّلُ الفصل بينما فصار كما لو طَوَّلَ بشيء آخر.

وقال عامة الأصحاب: له الجمع كالمتوضيء يطلب للتيمم.

**الثاني:** طلباً خفيفاً، ولا ينقطع به الجمع؛ لأنه من مصلحة الصلاة فأشبهه الإقامة، وذكر في «التهذيب» أنه المذهب، ومعلوم أن الطلب والتيمم يزيدان على قدر الإقامة المشروعة على الإدراج فيجوز، أن يعلم قوله: (بأكثر من قدر إقامة) بالواو، ولما ذكرناه، ومتى طال الفصل بقدر ضم الثانية إليها فيؤخرها إلى وقتها، ولا فرق بين أن يطول من غير عذر أو بعذر كالسهو والإغماء، ولو جمع بينهما ثم تذكر بعد الفراغ منها أنه ترك سجدة أو رُكناً آخر من الصَّلَاةِ الأولى بطلت الصَّلَاتَانِ جميعاً، أما الأولى فلترك بعض أركانها، وتعذر التدارك بطول الفصل، وأما الثانية فلأن شرط صحتها تقدم الأولى، وإذا بطلتا فله أن يعيدهما على سبيل الجمع، ولو تذكر تركها من الثانية، فإن كان الفصل قريباً تدارك ومضت الصَّلَاتَانِ على الصَّحَّةِ، وإن طال الفصل فالثانية باطلة، وليس له الجمع لوقوع الفصل الطويل بالصَّلَاةِ الثانية فيعيدها في وقتها، ولو لم يدر أنه

(٢) تقدم.

(١) تقدم.

(٣) سقط في (ب).

ترك من الأولى والثانية لزمه إعادة الصَّلَاتين جميعاً، لأحتمال أنه تركها من الأولى، ولا يجوز له الجمع لأحتمال أنه تركها من الثانية، فيعيد كل واحدة في وقتها أخذاً بالأسوأ من الطرفين، وحكي في «البيان» عن الأصحاب أنه يجيء فيه قول آخر أن له الجمع كما لو أقيمت الجمعتان في بلدة ولم يعرف السابقة منهما يجوز إعادة الجمعة في كل قول، هذا كله فيما إذا جمع بتقديم الثانية، أما إذا جمع بتأخير الأولى، فهل يجب الترتيب أم يجوز فعل الأخيرة قبل الأولى؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجب كما لو جمع بالتقديم.

وأصحهما - ولم يذكر كثيرون سواه - أنه لا يجب، ويجوز تقديم الثانية؛ لأن الوقت لها والأولى تبع، ولأنه لو أخر الظهر من غير عذر حتى دخل وقت العصر، كان له تقديم العصر، فإذا أخر بعذر كان أولى، وكذا في اشتراط الموالاة بينهما، وجهان:

أصحهما: أنَّها لا تشترط لشبه الأولى بخروج وقتها بالفائتة، وإن لم تكن فائتة، ولهذا قلنا: لا يؤذن لها كالفائتة وإن لم تكن فائتة، فإن قلنا بأشترط الترتيب، فلو قدم الصَّلَاة الثانية صَحَّت لأنها في وقتها، لكن تصير الأولى قضاء، وكذلك لو ترك الموالاة وشرطانها تصير الأولى قضاء، حتى لا يجوز قصرها إن لم يجوز قصر القضاء، وأما نيَّة الجمع عند التأخير فقد قال في «النهاية»: إن شرطنا الموالاة فنوجب نية الجمع كما في الجمع بالتقديم، وإلا فلا نوجب نية الجمع، ويحكى هذا البناء عن القاضي الحسين - رحمه الله -، وهذا الخلاف في أنه هل ينوي الجمع عند الشروع في الصَّلَاة، وأما في وقت الأولى فقد قال الأئمة: يجب أن يكون التأخير بنية الجمع، ولو أخر من غير نية الجمع حتى خرج الوقت عصى وصارت قضاء، وأمتنع قصرها إن لم تجوز قصر القضاء، وكذا لو أخر حتى ضاق الوقت، فلم يبق إلا قدر لو شرع في الصَّلَاة فيه لما كان أداء وقد سبق بيان ذلك.

قال الغزالي: وَمَهْمَا نَوَى الْإِقَامَةَ فِي أَثْنَاءِ الصَّلَاةِ الْأُولَى عِنْدَ التَّقْدِيمِ بَطَلَ الْجَمْعُ، وَإِنْ كَانَ فِي أَثْنَاءِ الثَّانِيَةِ فَوَجْهَانِ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الثَّانِيَةِ فَوَجْهَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوْلَى بِأَنْ لَا يُبْطَلَ، هَذَا فِي السَّفَرِ.

قال الرافعي: لو أراد الجمع بين الصَّلَاتين بالتقديم فصار مقيماً في أثناء الأولى إما بنية الإقامة أو بآنتهاء السفينة إلى دار الإقامة فيبطل الجمع، وكذا لو فرض ذلك بعد الفراغ منها وقبل الشروع في الثانية لزوال العذر قبل حصول صورة الجمع، ومعنى بطلان الجمع هاهنا أنه يتعين تأخير الثانية إلى وقتها، أما الأولى فلا تتأثر بذلك، ولو صار مقيماً في أثناء الثانية فوجهان:

أحدهما: أنه يبطل الجمع أيضاً كما لو صار مقيماً في أثناء صلاة القصر تبطل رخصة القصر، ويلزمه الإتمام، وعلى هذا هل الثانية تبطل أصلاً ورأساً، أو تبقى نفاذاً؟ يخرج على القولين السابقين في نظائرها.

والثاني - وهو الأظهر - : أنها لا تبطل، ويكفي اقتران العذر بأول الثانية صيانة لها عن البطلان بعد الأنعقاد على وجه الرخصة بخلاف مسألة القصر، فإن وجوب الإتمام لا يؤدي إلى بطلان ما مضى من صلاته، ولو صار مقيماً بعد الفراغ من الثانية فقد أطلق في الكتاب فيه وجهين مرتبين على الوجهين فيما إذا صار مقيماً في خلالها. إن قلنا: لا تؤثر الإقامة ثم فها هنا أولى، وإن قلنا: تؤثر ثم فها هنا وجهان:

أحدهما: أنها تؤثر؛ لأن الصلاة الفائتة مقدمة على وقتها كالزكاة تعجل قبل الحول، فإذا زال العذر وأدرك وقتها فليعد كما لو حال الحول، وقد خرج الأخذ عن الشرط المعبر لا يعتد بما عجل.

وأظهرهما: أنها لا تؤثر؛ لأن رخصة الجمع قد تَمَّت، فأشبه ما لو قصر ثم طرأت الإقامة لا يلزمه الإتمام، وخص صاحب «التهديب» وآخرون الخلاف بما إذا طرأت الإقامة بعد الفراغ من الصلاتين، إما في وقت الأولى أو في وقت الثانية، ولكن قبل مضي إمكان [فعلها، فأما لو طرأت بعد مضي إمكان فعلها]<sup>(١)</sup>.

قالوا: لا يجب إعادتها وجهاً واحداً لبقاء العذر في وقت الوجوب، وتنزيل إطلاق الكتاب على ما ذكروه بين<sup>(٢)</sup>، لكن صاحب النهاية صرح بإجزاء الوجهين ما دام يبقى من وقت الثانية شيء والله أعلم.

وأما إذا جمع بينهما بالتأخير، ثم صار مقيماً بعد الفراغ منهما لم يصح، ولو كان قبل الفراغ [صارت]<sup>(٣)</sup> الأولى قضاء ذكره في «التتمة» وغيره، وكان المعنى فيه أن الصلاة الأولى تبع للثانية عند التأخير فأعتبر وجود سبب الجمع في جميعها.

قال الغزالي: (أَمَّا الْمَطْرُ) فَيُرْتَضَى (ح ز) فِي الْقَدِيمِ فِي حَقِّ مَنْ يُصَلِّي بِالْجَمَاعَةِ، فَأَمَّا فِي الْمُتَفَرِّدِ أَوْ مَنْ يَمْشِي إِلَى الْمَسْجِدِ فِي رُكْنِ فَوْجِهَانِ، وَفِي التَّأْخِيرِ أَيْضاً وَجِهَانِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَّقَى بِدَوَامِ الْمَطْرِ، وَلَا بُدَّ مِنْ وُجُودِ الْمَطْرِ فِي أَوَّلِ الصَّلَاتَيْنِ، فَإِنْ أَنْقَطَعَ قَبْلَ الصَّلَاةِ الثَّانِيَةِ أَوْ فِي أَثْنَائِهَا فَهِيَ كَثِيَّةُ الْإِقَامَةِ.

قال الرفاعي: المطر سبب للجمع لما سبق، وللجمع طريقان التقديم والتأخير،

(١) سقط في (ط).

(٢) في ط كانت.

(٣) في ز «ما قيده هين».

فأما التقديم فجازئ بالشروط المذكورة في التقديم بسبب السَّفَرِ، ولا فرق بين قوي المَطَرِ وضعيفه إذا كان بحيث يبيل الثوب، والشَّفَان - مطر وزيادة - والثَّلج والبرَد إن كانا يزوبان فهما كالمطر، وإلا فلا يرخصان في الجمع.

وفيه وجه: أنه لا يرخصان فيه بحال اتباعاً للفظ المطر، ثم هذه الرخصة تثبت في حق من يصلي في الجماعة، ويأتي مسجداً بعيداً يتأذى بالمطر في إتيانه، فأما إذا كان يصلي في بيته منفرداً أو في جماعة أو كان يمشي إلى المسجد في ركن، أو كان المسجد على باب داره أو النساء يصلين في بيوتهن، هل تثبت هذه الرخصة؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن النبي ﷺ جمع بِسَبَبِ المَطَرِ وَبَيُوتِ أزواجه بجنب المسجد.

وأصحهما: لا؛ لأنه يتأذى بالمطر، وبيوت أزواج رسول الله ﷺ كانت مختلفة منها ما هو بجنب المسجد، ومنها ما هو بخلافه، فلعله حين جمع لم يكن في البيت الملاصق، ومن أصحابنا من ينقل بدل الوجهين قولين في هذه المسائل، وينسب الجواز إلى «الإملاء» والمنع إلى «الأم»، وأما التأخير، فهل يجوز بسبب المَطَرِ؟ روي في الكتاب فيه وجهان.

وقال جمهور الأصحاب: فيه قولان:

القديم: أنه يجوز كما في السَّفَرِ يجوز التقديم والتأخير جميعاً.

والجديد: أنه لا يجوز؛ لأن أستدامة السفر إليه متصورة وأستدامة المطر متعذرة، وربما تمسك السماء قبل أن يجمع فإن جوزنا التأخير قال أصحابنا العراقيون: صلاحها مع الثانية، سواء كان المطر متصلاً أو لم يكن، وذكر في «التهذيب» أنه لو أنقطع المطر قبل دخول وقت الثانية، لم يجز الجمع وصلّى الأولى في آخر وقتها كالمسافر إذا أخر بنية الجمع ثم أقام قبل دخول وقت الثانية، وقضية هذا أن يقال: لو أنقطع في وقت الثانية قبل فعلها أمتنع الجمع أيضاً، وصارت الأولى قضاءً كما لو صار<sup>(١)</sup> مقيماً، وإذا قدم فلا بد من وجود المطر في أول الصلاتين ليتحقق الجمع مع العذر، وهل يجب مع ذلك وجوده في حالة التحلل عن الصلّة الأولى؟ نقل في «النهاية» عن المعظم أنه لا يجب، وعن أبي زيد أنه لا بد منه أيضاً ليتحقق اتصال آخر الأولى بأول الثانية مقروناً بالعذر، وهذا الثاني هو الذي ذكره أصحابنا العراقيون وصاحب «التهذيب» وغيرهم، ولا يضر بعد وجوده في الأحوال الثلاثة أنقطاعه في أثناء الصلّة الأولى أو في الثانية، أو بعد

(١) في ز: صلى.

الثانية، فيحكى ذلك عن نص الشافعي - رضي الله عنه - وقطع به الأكثرون.

قال إمام الحرمين: وحكى بعض المصنفين في انقطاعه في أثناء الثانية أو بعدها مع بقاء الوقت الخلاف الذي ذكرناه في طريان الإقامة إذا كان سبب الجمع السفر، وأستبعد ذلك وضعفه.

وقال: إذا لم يشترط دوام المطر في الصلاة الأولى، فأولى أن لا يشترط في الثانية وما بعدها.

ونعود إلى ما يتعلق بلفظ الكتاب:

قوله: (فيرخص في التقديم) يجوز أن يعلم بالحاء والميم والزاي لما سبق في أول الباب، وذكر في «الإبانة» أن المطر يرخص في التأخير، وفي التقديم وجهان على عكس ما نقله الجمهور، فإن ثبت ذلك أحوج إلى الإعلام بالواو أيضاً.

وقوله: (في التقديم) أراد به تقديم العصر إلى الظهر، والعشاء إلى المغرب معاً، وفي «النهاية» قول ضعيف عن حكاية صاحب «التقريب» أن الجمع بعذر المطر يختص بالمغرب والعشاء في وقت المغرب.

[وقوله: (في حق من يصلي بالجماعة) يشمل ظاهره الجماعة في المسجد وفي البيت، لكن لو صلوا جماعة في بيت أجمعوا فيه ففي جواز الجمع لهم وجهان كما سبق<sup>(١)</sup>.

وقوله: (فأما في المنفرد) يشمل المنفرد في بيته وفي المسجد، وهو مجرى على إطلاقه، فقد حكى الصيدلاني الوجهين في الذين حضروا المسجد وصلوا فرادى، وجه المنع أن رخصة الجمع نقلت مرتبطة بالجماعة في المسجد، وقوله: (ولا بد من وجود المطر في أول الصلاتين) مشعر بالاكْتفاء بذلك، على ما حكاه الإمام عن المعظم، لكن ظاهر المذهب أنه لا بد منه عند التحلل أيضاً، كما سبق ثم ينبغي أن يعلم قوله (في أول الصلاتين) بالواو؛ لأن القاضي ابن كج حكى عن بعض الأصحاب أنه لو أفتتح الصلاة ولا مطر، ثم مطرت السماء في أثناء صلاته الأولى. فجواز الجمع على القولين في أنه إذا نوى الجمع في أثناء الأولى؛ هل يجوز الجمع أم لا؟ وأختار ابن الصباغ هذه الطريقة.

وقوله: (فإن أنقطع قبل الصلاة، أو في أثناءها) عنى به ما إذا لم يعد، أما إذا عاد في آخرها، فالجمع ماضٍ على الصَّحَّة؛ وقد صرح بهذا القيد في «الوسيط»، ثم القول

(١) سقط في ب.

بأنه كنية الإقامة، جواب على ما نقله في «النهاية» عن بعض المصنفين، ويجب وَسْمُهُ بالواو للطريقة الجازمة بأن ذلك لا يقدر، وهي التي قالها الأكثرون.

فروع:

أحدها: قال ابن كج: يجوز الجمع بين صلاة الجمعة والعصر بعذر المطر، ثم إذا قدم، فلا بد من وجود المطر في الحالات الثلاث كما بينا.

قال في «البيان»: ولا يشترط وجوده في الخُطْبَتَيْنِ، وقد تنازع فيه ذهاباً إلى تنزيلهما منزلة الركعتين، وإن أراد تأخير الجمعة، قال في «البيان»: يجوز ذلك على قولنا، المطر يرخص في التأخير، فيخطب في وقت العصر، ويصلي؛ لأن وقت الثانية من صلاتي الجمع وقت الأولى.

والثاني: المشهور أنه لا جمع بالمرض والخوف والوحل إذ لم ينقل أن الرسول ﷺ جمع بهذه الأسباب مع حدوثها في عصره.

وعن مالكٍ وأحمد أنه يجوز الجمع بالمرض والوحل، وبه قال بعض أصحابنا، منهم أبو سليمان الخطابي، والقاضي الحسين، وأستحسنه الروياني في الحلية؛ لما روي أنه ﷺ: «جَمَعَ بِالْمَدِينَةِ، مِنْ غَيْرِ خَوْفٍ وَلَا سَفَرٍ وَلَا مَطَرٍ»<sup>(١)</sup> فعلى هذا يراعي الرفق بنفسه، فإذا كان يُحم مثلاً في وقت الثانية من الصلاتين. قدمها إلى الأولى بالشرائط التي سبقت، وإن كان يُحتم في وقت الأولى آخرها إلى الثانية.

والثالث: في جمع الظهر والعصر يصلي سنة الظهر، ثم سنة العصر، ثم يأتي بالفريقتين وفي جمع العشائين يصلي بعد الفرضين سنة المغرب ثم سنة العشاء ثم الوتر<sup>(٢)</sup>.

(١) تقدم.

(٢) قال النووي: هذا الذي قاله الإمام الرافعي في المغرب والعشاء صحيح، وأما في الظهر والعصر، فشاذ ضعيف، والصواب الذي قاله المحققون: أنه يصلي سنة الظهر قبلها، ثم يصلي الظهر، ثم العصر ثم سنة الظهر التي بعدها، ثم سنة العصر، وكيف يصح سنة الظهر التي بعدها، قبل فعلها، وقد تقدم أن وقتها يدخل بفعل الظهر؟! وكذا سنة العصر لا يدخل وقتها إلا بدخول وقت العصر ولا يدخل وقت العصر المجموعة إلى الظهر، إلا بفعل الظهر الصحيحة - والله أعلم -.

## كِتَابُ الْجُمُعَةِ وَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَبْوَابٍ الْبَابُ الْأَوَّلُ

قال الغزالي: في شَرَائِطِهَا وَهِيَ سِتَّةٌ: (الْأَوَّلُ الْوَقْتُ) فَلَوْ وَقَعَتْ تَسْلِيمَةُ الْإِمَامِ فِي وَقْتِ الْعَضْرِ فَاتَتْ الْجُمُعَةَ، وَلَوْ وَقَعَ آخِرُ صَلَاةِ الْمَسْبُوقِ فِي وَقْتِ الْعَضْرِ جَازَ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّهُ تَابَعَ فِي الْوَقْتِ كَمَا فِي الْقُدْوَةِ.

قال الرافعي: قال الله تعالى: ﴿بِأَيِّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ﴾<sup>(١)</sup> الآية.

وعن رسول الله ﷺ أنه قال: «مَنْ تَرَكَ ثَلَاثَ جُمُعَ تَهَاوُنًا بِهَا طَبَعَ اللَّهُ عَلَى قَلْبِهِ»<sup>(٢)</sup> الجمعة فرض على الأعيان إذا اجتمعت الشروط التي نذكرها، وحكى القاضي أبْنُ كَيْجٍ عن بعض أصحابنا أنها فرض على الكفاية كصلاة العيدين، وذكر القاضي الروياني في «البحر» أن بعض أصحابنا زعم أنه قولٌ للشافعي - رضي الله عنه -، وغلط ذلك الرَّاعِمُ وقال: لا يجوز حكاية هذا عن الشافعي - رضي الله عنه -.

إذا عرفت ذلك فأعلم أن الجمعة كسائر الفرائض الخمس في الأركان والشرائط، ولكنها تختص بثلاث خواص:

أحدها: اشتراط أمور زائدة في صحتها.

والثانية: اشتراط أمور زائدة في لزومها.

والثالثة: آداب ووظائف تشرع فيها، فجعل الكتاب على ثلاثة أبواب كل واحد في خاصية منها.

الباب الأول: في شروط الصحة:

(١) سورة الجمعة، الآية ٩.

(٢) أخرجه أبو داود (١٠٥٢) والترمذي (٥٠٠) وقال حسن؛ والنسائي (٨٨/٣) وابن ماجه (١١٢٥) وابن حبان، ذكره الهيثمي في الموارد (٥٥٣).

أحدها: الوقت، فلا مدخل للقضاء في الجمعة على صورتها بالاتفاق، بخلاف سائر الصلوات فإن الوقت ليس شرطاً في نفسها، وإنما هو شرط في إيقاعها أداءً وقتها وقت الظهر خلافاً لأحمد حيث قال: يجوز فعلها قبل الزوال، وأختلف أصحابه في ضبط وقته، فَمِنْ قَائِلٍ: وقتها وقت صلاة العيدين، وَمِنْ قَائِلٍ، يقول: إنما تقام في السَّاعَةِ السَّادَةِ.

لنا: ما روي عن أنس - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ: «كَانَ يُصَلِّي الْجُمُعَةَ بَعْدَ الزَّوَالِ»<sup>(١)</sup>. وقد ثبت عنه أنه قال: «صَلُّوا كَمَا رَأَيْتُمُونِي أُصَلِّي»<sup>(٢)</sup>.

وإذا خرج الوقت أو شك في خروجه فلا سبيل إلى الشروع فيها، ولو أغفلوها إلى أن لم يبق من الوقت ما يسع الخطبتين وركعتين يقتصر فيهما على ما لا بد منه، لم يشرعوا فيها وصلُّوا الظهر، نص عليه في «الأم»، ولو شرعوا فيها في الوقت ووقع بعضها خارج الوقت فأتت الجمعة خلافاً لمالك وأحمد، هكذا أطلق أكثر أصحابنا النقل عنهما، وفضَّل الصيدلاني مذهب مالك، فقال: عنده إن صلوا ركعة ثم خرج الوقت أتموا الجمعة وإلا فقد فاتت.

لنا: أنها عبادة لا يجوز الابتداء بها بعد خروج وقتها، فتنتقطع بخروج الوقت كالحج، وأيضاً فإن الوقت شرط في ابتداء الجمعة، فيكون شرطاً في دوامها كدار الإقامة، ثم إذا فاتت الجمعة فهل يتمها ظهراً، أم لا؟ ظاهر المذهب أنه يجب عليه أن يتمها ظهراً، ولا بأس ببنائها عليها؛ لأنهما صلاتا وقت واحد فجاز بناء أطولهما على أقصرهما؛ كصلاة الحضر مع السَّفَرِ، [وخرج]<sup>(٣)</sup> فيه قول آخر: أنه لا يجوز بناء الظهر على الجمعة بل عليهم أستئناف الظهر، وبه قال أبو حنيفة، وبنوا هذا الخلاف على الخلاف في أن الجمعة ظهر مقصورة أم هي صلاة على حيالها؟ إن قلنا بالأول جاز البناء، وإلا فلا، وسيعود هذا الأصل في مواضع من الباب فإن قلنا: بظاهر المذهب فيسر بالقراءة من حيثئذ، ولا يحتاج إلى تجديد نية الظُّهْرِ على أصح الوجهين، ذكره في «العدة» على أن حكينا وجهاً ضعيفاً، أن الظهر تصح بنية الجمعة ابتداءً فهاهنا أولى.

وإن قلنا: لا بد من أستئناف الظهر فهل تبطل صلاته أم تنقلب نفلًا؟ فيه قولان مذوران في نظائرها، ولو شك في صلاته هل خرج الوقت أم لا؟ فوجهان:

أحدهما: يتمها جمعة وبه قال الأكثرون؛ لأن الأصل بقاء الوقت، وصار كما لو شكَّ بعد الفراغ فيه.

(١) أخرجه البخاري (٩٠٤) وأبو داود (١٠٨٤) والترمذي (٥٠٣).

(٢) حديث مالك بن الحويرث تقدم في الأذان.

(٣) في أ (مخرج).



**والثاني:** أنه يتمها ظهراً؛ لأنه شك في شرط الجمعة قبل تمامها ومضيها على ظاهر الصُّحَّة، فيعود إلى الأصل وهو الظهر، وهذا كله في حق الإمام والمأمومين الموافقين فأما المسبوق الذي أدرك معه ركعة لو قام إلى تدارك الركعة الثانية فخرج الوقت قبل أن يسلم هل تفوت جمعته؟ فيه وجهان:

أصحهما: نعم، كما في حق غيره.

**والثاني:** لا؛ لأنه تابع للقوم، وقد صحت جمعهم، فصار كالقدوة فإنها من شرائط الجمعة، ثم هي محطوة عنه تبعاً لهم وكذلك العدد، ومن قال بالأول فرق بأن اعتناء الشرع برعاية الوقت أكثر، ألا ترى أن أقوال الشافعي - رضي الله عنه - اختلفت في الانقضاء، وإن اختلفت الجماعة، ولم يختلف قوله في أنه إذا وقع شيء من صلاة الإمام بعد خروج الوقت فاتت الجمعة.

وقوله: (فلو وقع تسليم الإمام) المراد التسليمة الأولى، فإن الثانية غير معدودة من نفس الصلاة، بل من لَوَاجِحِهَا، ولهذا لو قارنها الحدث لم تبطل صلاته، ولعلك تقول: لم قيد بتسليمة الإمام، وما الحكم لو وقعت تسليمة الإمام في الوقت وتسليمة القوم، أو بعضهم خارج الوقت، فأعلم أن التعرض لتسليمة الإمام قد جرى في كلام الشافعي - رضي الله عنه - في «المختصر» كما ذكره في الكتاب، ولم أر فيما وجدته من الشروح بحثاً عنه، ويمكن أن يكون التعرض له بأعتبار أن وقوع تسليمة الإمام خارج الوقت موجب فوات الجمعة في البقعة مطلقاً، فإنه إذا كان سلامه بعد الوقت فسلام غيره يكون بعد الوقت أيضاً، فأما إذا وقع سلامه في الوقت وسلام بعضهم بعده فالمُسَلِّمُونَ خارج الوقت لا شك في أن ظاهر المذهب بطلان صلاتهم، وإن فرض فيه خلاف، وأما الإمام والمُسَلِّمُونَ معه إن بلغوا العدد المعتبر في الجمعة فجمعتهم صحيحة، وإلا فالصورة تشبه مسألة الانقضاء - والله أعلم -.

وأعلم أنه سلامه الواقع في وقت العصر إن كان قد علم منه بالحال فيتعذر بناء الظهر عليه لا محالة، وتبطل صلاته إلا أن يغير النية إلى الثقل ثم يسلم فيه ما سبق في موضعه، وإن كان عن جهل منه فلا تبطل صلاته، وهل يبيى أو يستأنف؟ فيه الخلاف الذي ذكرناه.

قال الغزالي: **الثاني** دَارُ الإِقَامَةِ فَلَا تُقَامُ الْجُمُعَةُ فِي الصَّحَارِي (ح) وَلَا فِي الْخِيَامِ (و) بَلْ تُقَامُ فِي حُطَّةٍ قَرْيَةٍ (ح) أَوْ بَلَدَةٍ إِلَى (١) حَدْ يَتَرَخَّصُ الْمُسَافِرُ إِذَا أَنْتَهَى إِلَيْهِ.

(١) في أ (علي).

قال الرافعي: يشترط إقامة الجمعة في دار الإقامة خلافاً لأبي حنيفة حيث قال: يجوز إقامتها خارج البلد حيث تقام صلاة العيد، وبه قال أحمد.

لنا: القياس على الموضع البعيد عن البلد، فإن كل واحد منهما خارج عن البلد، وأيضاً فإنَّ الْجُمُعَةَ لَمْ تَقُمْ فِي عَصْرِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَلَا فِي عَصْرِ الْخُلَفَاءِ الرَّاشِدِينَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - إِلَّا فِي مَوَاضِعِ الْإِقَامَةِ<sup>(١)</sup>، ولَوْلَا أَنَّهُ شَرَطَ لِأَشْبَهُ أَنْ يَقِيمُوهَا فِي غَيْرِهَا كَسَائِرِ الْجَمَاعَاتِ، والمراد من دار الإقامة الأبنية التي يستوطنها المقيمون للجمعة، سواء في ذلك البلاد والقرى والأسراب التي تتخذ وطناً، ولا فرق بين أن تكون الأبنية من حَجَرٍ، أو طِينٍ، أو حَسْبٍ؛ وأهل الخيام النازلون في الصحراء لا يقيمون الجمعة، فإنه إذا جاء الشتاء أحوجهم إلى الانتقال، فليسوا بمقيمين في ذلك الموضع، وإن آخذوه وطناً لا يبرحون عنه شتاءً ولا صيفاً ففيه قولان:

أحدهما: أنه تلزمهم الجمعة، وقيمون في ذلك الموضع؛ لأنهم أستوطنوه.

وأصحهما: لا؛ لأن قبائل العرب كانوا مقيمين حول المدينة وما كانوا يصلون الجمعة، ولا أمرهم النبي ﷺ بذلك، وهذا لأنهم على هيئة المسافرين، وليس لهم أبنية المستوطنين.

ولو أنهدمت أبنية البلدة أو القرية فأقام أهلها على العمارة<sup>(٢)</sup> لزمهم إقامة الجمعة فيها، فإنهم في دار إقامتهم، سواء كانوا في مَظَالٍ أو غيرها، وكذا لو كانت الأبنية باقية، وليس من الشرط إقامتها في كَنٍّ أو مسجد، بل يجوز إقامتها في فضاء معدودة من خطة البلدة غير خارج عنها؛ لأن الجماعة قد تكثر ويعسر اجتماعها في محوط، أما الموضع الخارج الذي إذا انتهى إليه من ينشئ السفر من البلدة كان له القَصْرُ لا يجوز إقامة الجمعة فيه على ما سبق، وهذا هو الذي أراد بقوله: (إلى حد بترخص المسافر إذا انتهى إليه) وأستعمال (إلى) هاهنا نحو أستعمالها في قول الله تعالى جده: ﴿ثُمَّ أْتَمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ﴾<sup>(٣)</sup> فليس الحد المذكور داخلاً في الخطة.

وقوله: (في الصحاري) معلم بالحاء والألف لما قدمناه، ويجوز وضعهما على قوله: (في خطة قرية أو بلدة) أيضاً، (ولا في الخيام) معلم بالواو؛ للقول الذي سبق حكايته.

قال الغزالي: الثَّالِثُ أَنْ لَا تَكُونَ الْجُمُعَةُ مَسْبُوقَةً بِجُمُعَةٍ أُخْرَى، فَلَوْ عُقِدَتْ

(١) قال ابن الملقن (٢٠٩/١) في خلاصة البدر المنير، وهذا أشهر من أن يذكر له دليل.

(٢) سورة البقرة، الآية ١٨٧.

(٣) في (ب): العادة.

جُمُعَتَانِ فَآتِي تَقَدَّمَ تَكْبِيرُهَا هِيَ الصَّحِيحَةُ، وَقِيلَ: الْعِبْرَةُ بِتَقَدُّمِ السَّلَامِ، وَقِيلَ بِتَقَدُّمِ أَوَّلِ  
النُّحْبَةِ، فَإِنْ كَانَ السُّلْطَانُ فِي الثَّانِيَةِ فَهِيَ الصَّحِيحَةُ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ لِكَيْلَا يَفْدِرَ كُلُّ  
شِرْذِمَةٍ عَلَى تَفْوِيتِ الْجُمُعَةِ عَلَى الْأَكْثَرِينَ، وَإِنْ وَقَعَتِ الْجُمُعَتَانِ مَعًا تَدَافَعَتَا فَتُسْتَأْنَفُ  
وَاحِدَةٌ، وَكَذَا إِنْ أَمَكَنَّ التَّلَاحُقُ وَالتَّسَاوُقُ، فَإِنْ تَعَيَّنَتِ السَّابِقَةُ ثُمَّ أَلْتَبَسَتْ فَآتَتْ (و ز)  
الْجُمُعَةُ وَوَجِبَ (ز) الظُّهْرُ عَلَى الْجَمِيعِ، وَلَوْ عُرِفَ السُّبْقُ وَلَمْ تَتَّعَيْنِ اسْتَوْفَتْ الْجُمُعَةُ  
(و) وَمَا لَمْ يَتَّعَيْنِ كَأَنَّهُ لَمْ يَسْبِقْ، وَفِيهِ قَوْلٌ<sup>(١)</sup> آخَرُ: أَنَّ الْجُمُعَةَ فَآتِيَةٌ.

قال الرافعي: قال الشافعي - رضي الله عنه -: ولا يجمع في مصر وإن عظم  
وكرت مساجده إلا في مسجد واد، وذلك لأن النبي ﷺ والخلفاء بعده لم يفعلوا إلا  
كذلك، وإذا لم تجز إقامتها في مساجد البلد كسائر الجماعات، وأحتمل تعطل المسجد  
عرف أن المقصود إظهار شعار الاجتماع، وأتفاق كلمة المسلمين فليقتصر على الواحد؛  
لأنه أفضى إلى هذا المقصود؛ ولأنه لا ضبط بعد مجاوزة الواحد، وتكلم الأصحاب في  
أمر «بغداد»، فإن أهلها لا يقتصرون على جمعة واحدة، وقد دخلها الشافعي - رضي الله  
عنه - وهم يقيمون الجمعة في موضعين.

وقيل: في ثلاثة فلم ينكر عليهم، وذكروا فيه وجوهاً.

أحدها: أن الزيادة على الواحدة إنما جازت في بغداد؛ لأن نهرها يحول بين  
شِقَّتَيْهَا، فيجعلها كبُلْدَيْنِ، قاله أبو الطيب بن سلمة، وعلى هذا لا يقام في كل جانب إلا  
جمعة واحدة، وكل بلدة حال بين جانبها نهر يحوج إلى السباحة والزوارق فهي بمثابة  
بغداد، وأعرض الشيخ أبو حامد على هذا فقال: لو كان الجانبان كالبلدين لجاز القصر  
لمن عبر من أحد الجانبين إلى الآخر، وإن لم يجاوز ذلك الجانب وأبن سلمة فيما  
حكى القاضي ابن كج أُلْزِمَ هذه المسألة فألتزمها، وقال: يجوز له القصر.

والثاني: أن الزيادة على الواحدة إنما جازت لأنها كانت قرى متفرقة، ثم أتصلت  
الأبنية فأجرى عليها حكمها القديم، وعلى هذا يجوز التعدد في كل بلدة كانت كذلك،  
وأعرض الشيخ أبو حامد عليه بمثل ما أعترض به على الوجه الأول، وربما يلتزم  
الصائر إليه جواز القصر أيضاً، فإن الإمام حكى عن صاحب «التقريب» أنه قال: يجوز  
أن يقال، على هذا، إذا جاوز ألهام بالسفر قرية من تلك القرى ترخص.

والثالث: أنها إنما جازت؛ لأن بغداد بلدة كبيرة يشق على أهلها الاجتماع في  
موضع واحد وعلى هذا تجوز الزيادة على الجمعة الواحدة في سائر البلاد إذا كثر

النَّاسِ، وَعَسُرَ اجْتِمَاعُهُمْ، وبهذا قال أَبُو سُرَيْجٍ وَأَبُو إِسْحَاقَ وهو مذهب أحمد.

والرابع: أن الزيادة لا تجوز بحال، وإنما لم ينكر الشافعي - رضي الله عنه - في بغداد لما دخلها؛ لأن المسألة مسألة أجتهدية، وليس بعض المجتهدين الإنكار على سائرهم<sup>(١)</sup>، وهذا الوجه الرابع يوافق إطلاق الكتاب حيث قال: (إن لا تكون الجمعة مسبوقة بأخرى) فإنه لم يفصل بين بلدة وبلدة وهو ظاهر نص الشافعي - رضي الله عنه - الذي قدمناه، ورأى الشيخ أبو حامد وطبقته الاقتصار عليه مذهباً، لكن الذي أختره أكثر أصحابنا تعريضاً وتصريحاً: إنما هو الوجه المنسوب إلى ابن سريج وأبي إسحاق، وهو تجويز التعدد عند كثرة النَّاسِ والازدحام، ومِمَّن رَجَّحَهُ الْقَاضِي أَبُو كَيْسَانَ وَالْحَنَاطِي وَالْقَاضِي الرَّوْيَانِي، وعليه يدل كلام حُجَّةِ الْإِسْلَامِ فِي «الوسيط» مع تجويزه للنهر الحائل أيضاً، ولا يخفى مما ذكرناه، أنه ينبغي أن يُعْلَمَ قوله: (أن لا تكون الجمعة مسبوقة بأخرى) بالألف والواو؛ لأنه مُطْلَقٌ، والوجه المذكورة تنازع فيه سوى الوجه الأخير، إذا عرف ذلك فمتى منعنا من الزيادة على جمعة واحدة فزادوا وعقدوا جمعيتين فله صور:

إحداها: أن تسبق إحداها الأخرى، فالسابقة صحيحة لاجتماع الشرائط فيها، واللاحقة باطلة لما ذكرنا أنه لا مزيد على واحدة وبماذا يعتبر السبق فيه ثلاثة أوجه:

أصحها: أن الاعتبار بالتحرم، فالتى سبق عقدها على الصَّحَّةِ هِيَ الصَّحِيحَةُ، وإن تقدَّمت الثانية في الخطبة أو السلام.

والثاني: أن الاعتبار بالسَّلام، فالتى سبق التحلل عنها هي الصحيحة؛ لأن الصلاة إذا وقع التحلل عنها أمن عروض الفساد لها، بخلاف ما قبل التحلل فكان الاعتبار به أولى.

والثالث: أن الاعتبار بالخوض في الخطبة فالتى تقدم أول خطبتها هي الصحيحة.

قال الإمام: وهذا ملتفت إلى أن الخطبتين بمثابة ركعتين، ولم يحك أكثر أصحابنا العراقيين سوى الوجه الأول والثاني: ونقلهما صاحب «المهذب» قولين.

وقوله في الكتاب: (فالتى تقدم تكبيرها هي الصحيحة) يقع على تمام التكبير حتى لو سبقت إحداها بهزمة التكبير والأخرى بالراء منه، فالصَّحِيحَةُ هِيَ الَّتِي سَبَقَتْ بِالرَّاءِ؛ لأنها التي تقدم تكبيرها، وهذا هو أصح الوجهين، وفيه وجه آخر أنه ينظر إلى أول التكبير، ثم على اختلاف الوجوه لو سبقت إحداها الأخرى لكن كان السلطان مع

(١) لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد.

الأخرى، فقد حكى صاحب الكتاب والإمام فيه وجهين، والجمهور نقلوهما قولين:  
أظهرهما: أن الصَّحِيحَةَ هي الأولى، كما لو لم يحضر السلطان في واحدة منهما،  
وكما لو كان ثمَّ أميران وكان كل واحد منهما في واحدة.

**والثاني:** أن الصحيحة هي الثانية منعاً للآخرين من التقدم على الإمام، ولو لم نقل  
بهذا لأدى إلى أن تفوت كل شردمة تنعقد بهم الجمعة فرض الجمعة على أهل البلد،  
ولو شَرَعَ الناس في صلاة الجمعة فأخبروا أن طائفة أخرى سبقتهم بها وفاتت الجمعة  
عليهم، فالمستحب لهم أستئناف الظهر، وهل لهم أن يتموها ظهراً؟ فيه الخلاف الذي  
ذكرناه فيما إذا خرج الوقت في أثناء الجمعة.

**الصورة الثانية:** أن تقع الجمعتان معاً فيتدافعان وتستأنف واحدة إن ومع الوقت.

**الثالثة:** أن يشكل الحال فلا يدري أوقعتا معاً أو سبقت إحداها الأخرى؟ فيعيدون  
الجمعة أيضاً؛ لجواز وقوعهما معاً، والأصل عدم الجمعة المجزئة، قال إمام الحرمين:  
وقد [حكمت] <sup>(١)</sup> الأئمة بأنهم إذا أعادوا الجمعة برئت ذمتهم، وفيه إشكال؛ لأنه يجوز  
تقدم إحدى الجمعتين على الأخرى، وعلى هذا التقدير لا يصح عقد جمعة أخرى ولا  
تبراً ذمتهم بها، فسيبيل اليقين أن يقيموا جمعة ثم يصلوا الظهر.

**الرابعة:** أن تسبق إحدى الجمعتين على التعيين، ثم يلتبس فلا تخرج واحدة من  
الطائفتين عن العهدة خلافاً للمزني.

لنا: أنه ليس في الطائفتين من يتيقن صحّة جمعته، والأصلُ بقاء الفرض في  
ذمّتهم، ثمَّ إذا لم يخرجوا عن العهدة فماذا يفعلون؟ فيه طريقتان:

أظهرهما فيه - وهو المذكور في الكتاب -: أنه ليس لهم إعادة الجمعة؛ لأن  
إحدى الجمعتين في البلد قد صحت على [اليقين] <sup>(٢)</sup> فلا سبيل إلى الزيادة، ولكن  
يُصَلُّون الظهْرَ.

**والثاني:** أنه على الخلاف الذي ذكره في الصورة الخامسة، وهذا هو الذي ذكره  
العراقيون.

وقوله: (فاتت الجمعة) أراد به بطلانها على الطائفتين وأفتقارهما إلى فعل  
الظهر <sup>(٣)</sup>، وإلا فالجمعة السابقة صحيحة، وليكن معلماً بالزاي والواو لما ذكرناه.

**الخامسة:** أن تسبق إحداها ولا يتعين كما إذا سمع مريضان، أو مسافران تكبيرتين

(٢) في أ التعيين.

(١) في أ حكى.

(٣) في (ب): الظهر.

متلاحقتين، وهما خارج المسجد فأخبراهم بالحال ولم يعرفا أن المتقدمة تكبيرة من؟ فلا يخرجون عن العهدة أيضاً، لما ذكرنا في الرابعة، وقد نقل خلاف المزني هاهنا أيضاً، ثم ماذا يفعلون؟ فيه قولان:

أظهرهما: في «الوسيط» أنهم يستأنفون الجمعة إن بقى الوقت؛ لأن الجمعيتين المفعولتين باطلتان غير مجزئتين؛ وكأنه لم يقم في البلدة جمعة أصلاً.

والثاني: وهو رواية الربيع بأنهم يُصَلُّون الظُّهْر؛ لأن إحدى الجمعيتين صحيحة في علم الله تعالى، وإنما لم يخرجوا عن العهدة للإشكال<sup>(١)</sup>.

قال الأصحاب: وهذا هو القياس.

هذا تمام الصور وهي بأسرها مذكورة في الكتاب، ولهذه الصور الخمس نظائر في نكاحين عقدهما وليّان على امرأة واحدة، وستأتي في موضعها - إن شاء الله تعالى - وإن أردت حصرها قلت: إذا عقدت جمعتان فيما أن لا يعلم حالهما في التساوق والتلاحق، أو يعلم، وعلى هذا فيما أن يعلم تساوقهما أو سبق إحداهما على الأخرى. وعلى هذا فيما أن يعلم ذلك في واحدة لا على التعيين، أو في واحدة معينة، وعلى هذا فيما أن يستمر العلم أو يعرض التباس، ثم قال أصحابنا العراقيون: لو كان الإمام في إحدى الجمعيتين في الصور الأربع الأخيرة ترتب على ما ذكرنا في الصورة الأولى إن قلنا: الصحيحة هي التي فيها الإمام مع تأخيرها، فهاهنا أولى، وإلا فلا أثر لحضوره والحكم كما لو لم يكن مع واحد منهما.

قال الغزالي: الرَّابِعُ: الْعَدَّةُ فَلَا تَنْعَقِدُ الْجُمُعَةُ بِأَقَلِّ مِنْ أَرْبَعِينَ (ح م) ذُكُورٍ مُكَلِّفِينَ أَخْرَارَ (ح) مُقِيمِينَ (ح) لَا يَظَعْنُونَ شِتَاءً وَلَا صَيْفًا إِلَّا لِحَاجَةٍ، وَالْإِمَامُ هُوَ الْحَادِي وَالْأَرْبَعُونَ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ.

قال الرافعي: لا تنعقد الجمعة بأقل من أربعين.

وبه قال أحمد خلافاً لأبي حنيفة، حيث قال: تنعقد بأربعة أحدهم الإمام، واختلفت رواية أصحابنا عن مالك، فمنهم من روى عنه مثل مذهبننا، ومنهم من روى أن الاعتبار بعدد يعد بهم الموضع قرية، ويمكنهم الإقامة فيه، ويكون بينهم البيع والشراء، ونقل صاحب «التلخيص» قولاً عن القديم: أن الجمعة تنعقد بثلاثة إمام ومأمومين، وعامة الأصحاب لم يشتهوه.

لنا: ما روي عن جابر - رضي الله عنه - أنه قال: «مَضَبِ السُّنَّةِ أَنَّ فِي كُلِّ أَرْبَعِينَ

(١) في (ب): بالإشكال.

فَمَا فَوْقَهَا جُمُعَةٌ»<sup>(١)</sup>.

وعن أبي الدرداء - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «إِذَا اجْتَمَعَ أَرْبَعُونَ رَجُلًا فَعَلَيْهِمُ الْجُمُعَةُ»<sup>(٢)</sup>. أوردته في «التتمة»، وذكر القاضي ابن كج أن الحناطي روى عن أبي أمامة أن النبي ﷺ قال: «لَا جُمُعَةَ إِلَّا بِأَرْبَعِينَ»<sup>(٣)</sup>.

وليكن قوله: (ولا تنعقد الجمعة بأقل من أربعين) معلماً - لما حكيناه - بالميم والحاء والواو، ثم نعتبر في الأربعين أربع صفات، الذكورة، والتكليف، والحرية، والإقامة المعبر، الإقامة على سبيل التوطن، وصدقته أن لا يظعنوا عن ذلك الموضع شتاء ولا صيفاً إلا لحاجة، فلو كانوا ينزلون الموضع صيفاً ويرتحلون عنه شتاء، أو بالعكس فليسوا بمتوطنين، ولا تنعقد الجمعة بهم، وحكى ابن الصباغ أن أبا حنيفة يقول: بأنعقادها<sup>(٤)</sup> بأربعة من العبيد، وبأربعة من المسافرين، وأحتج عليه بأن من لا تلمزه الجمعة لا تنعقد به الجمعة كالنساء، وأعلم لذلك كلمتي: (أحرار، مقيمين بالحاء، إشارة إلى أن الحرية، والإقامة لا يشترطان في العدد المعبر عنده، وفي الانعقاد بالمقيم الذي لم يجعل الموضع [وطناً]<sup>(٥)</sup> خلاف سنذكره في الباب الثالث، وهل تنعقد الجمعة بالمرضي؟ المشهور أنها تنعقد لِكَمَالِهِمْ، وإنما لم تجب عليهم تخفيفاً، وهذا هو المذكور في الكتاب في الباب الثاني، ونقل ابن كج عن أبي الحسين أن الشافعي - رضي الله عنه - قال في موضع: لا تنعقد الجمعة بأربعين مريضاً كالمسافرين والعبيد، فعلى هذا صفة الصحة تعتبر مع الصفات المذكورة في الكتاب، ثم عدد الأربعين معتبر مع الإمام أو هو زائد على الأربعين فيه وجهان:

أصحهما: أنه من جملة الأربعين لما ذكرنا من الأخبار فإنها لا تفصل بين الإمام وغيره.

والثاني: أنه زائد على الأربعين، لما روي: أنه ﷺ: «جَمَعَ بِالْمَدِينَةِ، وَلَمْ يَجْمَعْ

(١) أخرجه الدارقطني (٣/٢ - ٤) والبيهقي (١٧٧/٣) وقال: هذا حديث لا يحتج بمثله، تفرد به عبد العزيز بن عبد الرحمن، وهو ضعيف.

(٢) غريب، وقال الحافظ: لا أصل له، انظر التلخيص (٥٦/٢).

(٣) قال الحافظ ابن حجر: لا أصل له، انظر التلخيص (٥٦/٢) والمعروف ما رواه الدارقطني والبيهقي مرفوعاً على خمسين جمعة، ليس فيما دون ذلك، وهو ضعيف بمره، قال البيهقي (لا يصح إسناده انظر سنن الدارقطني ٤/٢ والتلخيص ٥٦/٢).

(٤) في (ب): بانعقاد الجمعة.

(٥) سقط في (ط).

بِأَقْلٍ مِنْ أَرْبَعِينَ»<sup>(١)</sup>.

وهذا يشعر بزيادته على الأربعين، وقد حكى القاضي الروياني الخلاف في المسألة قولين:

القديم: أنه زائد على الأربعين.

قال الغزالي: وَلَوْ أَنْقَبَضَ الْقَوْمُ فِي الْخُطْبَةِ لَمْ يَجْزُ (خ) لِأَنَّ إِسْمَاعِيَةَ أَرْبَعِينَ رَجُلًا وَاجِبًا، فَإِنْ سَكَتَ الْخَطِيبُ ثُمَّ بَنَى عِنْدَ عَوْدِهِمْ مَعَ طَوْلِ الْفَضْلِ فَقَدْ فَاتَتْ الْمُوَالَاةَ، وَفِي أَشْتِرَاطِهَا قَوْلَانِ، وَكَذَلِكَ فِي أَشْتِرَاطِهَا بَيْنَ الْخُطْبَةِ وَالصَّلَاةِ.

قال الرافعي: العدد المعتبر في الصلاة وهو الأربعون مُتَعَبَّرٌ فِي الْكَلِمَاتِ الْوَاحَةِ مِنَ الْخُطْبَةِ، وَأَسْتَمَاعِ الْقَوْمِ إِلَيْهَا فَقَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَإِذَا قُرِئَ الْقُرْآنُ فَاسْتَمِعُوا لَهُ﴾<sup>(٢)</sup> قال كثير من المُفَسِّرِينَ: إن المراد منه الخُطْبَةُ.

وعن أبين حنيفة في رواية: أنه لو خطب منفرداً جاز، واحتجوا عليه بأن الخطبة ذكر واجب في الجمعة، فيشترط حضور أعدد فيه كتكبيرة الإحرام.

إذا عرفت ذلك فلو حضر أربعون فصاعداً لإقامة الجمعة ثم أنفض كلهم أو بعضهم، والباقون دون الأربعين لم يخل إما أن يكون الأنفضاض في أثناء الصلاة وسيأتي في الفصل التالي لهذا الفصل، أو قبلها وذلك إما أن يكون قبل افتتاح الخطبة أو في أثنائها، أو بعدها، فإن كان الأنفضاض قبل افتتاح الخطبة لم يتبدى حتى يجتمع أربعون، وإن كان في أثنائها - وهي مسألة الكتاب - فلا خلاف في أن الركن المأتي به في غيبتهم غير محسوب، بخلاف ما إذا نقص العدد في الصلاة، فإن فيه خلافاً سيأتي.

قال إمام الحَرَمَيْنِ: والفرق أن كل مُصَلٍّ يصلي لنفسه فجاز أن يتسامح في نقصان العدد في الصلاة، وفي الخطبة الخطيب لا يخطب لنفسه، وإنما الغرض إسماع الناس وتذكيرهم، فما جرى ولا مستمع أو مع نقصان عدد المستمع فقد فات فيه مقصود الخطبة، فلم يحتمل، ثم نظر إن عادوا قبل طول الفضل بنى على الخطبة، فإن الفضل اليسير في مثل ذلك كعدم الفضل، ألا ترى أنه لو سلم ناسياً ثم تذكر ولم يطل الفصل جاز، وكذلك يحتمل الفضل اليسير بين صلاتي الجمع، وإن عادوا بعد طول الفصل فهل ينيب أم يستأنف؟ فيه قولان يعبر عنهما بأن الموالاتة هل تجب في الخطبة أم لا؟ أحدهما: لا؛ لأن الغرض الوعظ والتذكير، وذلك حاصل مع تفرق الكلمات.

(١) أخرجه البيهقي من رواية ابن مسعود - رضي الله عنه - (٣/١٨٠) وانظر التلخيص (٢/٥٦ - ٥٧).

(٢) سورة الأعراف، الآية ٢٠٤.



وأصحهما: نعم؛ لأن للولاء وقعاً في أستمالة القلوب وتنبهها، ولأن الأولين خطبوا على الولاء فيجب أتباعهم فيه، وذكر صاحب [التهديب]<sup>(١)</sup> وغيره أن هذا القول الثاني هو الجديد، وبنى أبو سعيد المتولي وآخرون الخلاف في المسألة على أن الخطبتين بدل من الركعتين أم لا؟ إن قلنا: نعم وجب الأستئناف وإلا فلا، وقرب حجة الإسلام - قدس الله روحه - في «الوسيط» خلاف المسألة من الخلاف في الوضوء هل يجب فيه الموالاة؟ لكن ظاهر المذهب ثم إنها لا تجب، وهاهنا أنها تجب، ويدل على الفرق بين البنائين أن الفصل بالعدر ثم لا يقدح على أظهر الطرفين، وهاهنا لا فرق بين أن تفوت الموالاة بعذر أو بغير عذر.

قال في «النهاية»: ولولا ذلك لما صرَّ الفصل الطويل هاهنا؛ لأن سببه عذر الأنفضاض، ولو لم يعد الأولون واجتمع بدلهم أربعون فلا بد من أستئناف الخطبة، طال الفصل أو لم يطل، كذلك ذكره صاحب «التهديب» وغيره.

ولو أنفضوا بعد الفراغ من الخطبة نظر، إن عادوا قبل طول الفصل صلى الجمعة بتلك الخطبة، وإن عادوا بعد طول الفصل ففي أشتراط الموالاة بين الخطبة والصلاة قولان كأشراطهما في الخطبة، والأصح الأشتراط، وشبهوا الخطبة والصلاة بالصلاتين المجموعتين تجب الموالاة بينهما، فعلى هذا لا تمكن الصلاة بتلك الخطبة، وعلى الأول تمكن ثم إن المزني نقل في «المختصر» عن الشافعي - رضي الله عنه - أنه قال في هذه الصورة: أحببت أن يبتدىء الخطبة ثم يصلي الجمعة، فإن لم يفعل صلى بهم الظهر، وأختلف الأصحاب فيه قال ابن سريج: يجب أن يعيد الخطبة، ويصلي بهم الجمعة؛ لأنه متمكن من إقامتها فلا سبيل إلى تركها، وهذا اختيار القفال والأكثرين<sup>(٢)</sup>.

قالوا: ولفظ الشافعي - رضي الله عنه - (أوجبت)، وأما (أحببت) فهو تصحيف من الثاقل، أو وهم، وربما حملوا «أحببت» على «أوجبت» وقالوا: كل واجب محبوب كما أن كل محرم مكروه، ولذلك يطلق لفظ الكراهة ويراد به التحريم، وقوله: (وصلى بهم الظهر) حملوه على ما إذا ضاق الوقت.

وقال أبو إسحاق: لا تجب إعادة الخطبة، لكن يستحب، وتجب الجمعة، أما الأول فلائهم قد ينفضون ثانياً، فيعذر في ترك إعادتها، وأما الثاني فللقدره على إقامتها. وقال أبو علي صاحب «الإفصاح»: لا تجب إعادة الخطبة ولا الجمعة، ويستحبان

(١) في أ (النهاية).

(٢) الأصح قول ابن سريج ومتابعيه، وأن الخطيب يأثم إذا لم يعد، قاله النووي. الروضة (١/

على ما يدل عليه ظاهر النص؛ لأنه لا يأمن أنفضاضهم ثانياً لو أشتغل بالإعادة، فيصير ذلك عذراً في ترك الجمعة، وأعلم أن ابن سريج وأبا علي متفقان على وجوب الموالاة بين الخطبة والصلاة، وأمتناع بناء الجمعة على الخطبة التي مضت، لكن هذا عذره في تركها جميعاً، وذلك لم يعذره، وأوجب إعادة الخطبة ليصلي الجمعة بها، وأما أبو إسحاق فإنه أحتمل الفصل الطويل، وجوز البناء على الخطبة الماضية، وتَحَصَّلَ مما ذكرناه خلاف في وجوب إقامة الجمعة على ما أختصره في «الوسيط»، فقال: إذا شرطنا الموالاة ولم يعد الخطبة أتم المنفضون، وهل يَأْتُم الخطيب فيه قولان:

أحدهما: لا؛ لأنه أدى ما عليه والذنب لهم.

والثاني: نعم؛ لتمكته من الإعادة.

وقوله في الكتاب: (لم يجز) معلَّم بالحاء لما تقدم.

وقوله: «فإن سكت الخطيب...» إلى آخره الحكم غير مخصوص بصورة السكوت، بل لو مضى في الخطبة، ثم لما عادوا أعاد ما جرى من واجباتها في حالة الأنفضاض كان كما لو سكت.

قال الغزالي: قَلَوِ أَنْفَضُوا فِي خِلَالِ الصَّلَاةِ وَلَوْ فِي لَحْظَةِ بَطْلٍ عَلَى قَوْلٍ، وَعَلَى قَوْلٍ ثَانٍ: لَا تَبْطُلُ (م) مَهْمَا تَوَفَّرَ الْعَدْدُ فِي لَحْظَةِ إِذَا بَقِيَ مَعَ الْإِمَامِ وَاحِدٌ عَلَى رَأْيٍ أَوْ اثْنَانِ عَلَى رَأْيٍ، وَعَلَى قَوْلٍ ثَالِثٍ: لَا تَبْطُلُ بِالْأَنْفِضَاضِ فِي الرُّكْعَةِ الثَّانِيَةِ الْجَمَاعَةِ. [وعلى قول رابع لا تبطل مهما توفّر العدد، وإن بقي الإمام وحده]<sup>(١)</sup>.

قال الرافعي: لو تحرم بالعدد المعبر، ثم حضر أربعون آخرون وَتَحَرَّمُوا، ثم أنفض الأولون لم تبطل الجمعة، لأن العدد لم يبطل في أي شيء من الصلاة، ولا فرق بين أن يكون اللاحقون قد سمعوا الخطبة أو لم يسمعوها؛ لأنهم إذا لحقوا والعدد تام صار حكمهم واحداً، فإذا ثبتوا أستمريت الجمعة، كما لو تحرم بشمانين سمعوا الخطبة، ثم أنفض منهم أربعون.

قال إمام الحرمين: ولا يمتنع عندي أن يقال: يشترط بقاء أربعين سمعوا الخطبة فلا تستمر الجمعة إذا كان اللاحقون لم يسمعوها، وإن أنفضوا ولحق أربعون على الاتصال فقد قال في «الوسيط»: تستمر الجمعة أيضاً، لكن يشترط هاهنا أن يكون اللاحقون ممن سمعوا الخطبة، وإن أنفضوا ونقص العدد في باقي الصلاة أو في شيء من هذه مسألة الكتاب، وفيها قولان؛ ومنهم من أضاف إليها قولاً ثالثاً، ونذكره بعد توجيه القولين وتفريعتها.

(١) سقط في الأصل ومثبت من ط، ز.

وأصحهما - وبه قال أحمد -: أن الجمعة تَبْطُلُ، ويشترط العدد في جميع أجزاء الصلاة، لأنه شرط في الابتداء، فيكون شرطاً في سائر الأجزاء كالوقت، ودار الإقامة، ولأن الأنفضاض لا يحتمل في شيء من الخطبة التي هي مقدمة الصلاة، فلأن لا يحتمل في نفس الصلاة كان أولى.

والثاني: لا تبطل، ولا يشترط استمرار العدد في جميع الصلاة، لما روي: «أَنَّهُمْ انْفَضُّوا عَنِ النَّبِيِّ ﷺ فَلَمْ يَبْقَ إِلَّا اثْنَا عَشَرَ رَجُلًا وَفِيهِمْ نَزَلَتْ: ﴿وَإِذَا رَأَوْا تِجَارَةً أَوْ لَهْوًا انفَضُّوا إِلَيْهَا﴾<sup>(١)</sup> الآية». ثم إنه بنى على الصلاة، وأيضاً فإن بقاء العدد عنده لا يتعلق بأختيار الإمام، وفي الابتداء يمكن تكليفه بأن لا يتحرم حتى يحضروا، والشئ قد يشترط في الابتداء ولا يشترط في الدوام كالنيّة في الصلاة وغيرها.

التفريع: إن شرطنا دوام العدد فلو تحرّم الإمام وتباطأ المقتدون ثم تحرموا نظر إن تأخر تحريمهم عن ركوعه فلا جمعة، وإن لم يتأخر عن الركوع فعن القفال: أن الجمعة صحيحة، وعن الشيخ أبي محمد: أنه يشترط أن لا يطول الفصل بين تحريمهم وتحرمه.

وقال إمام الحرمين: الشرط أن يَتَمَكَّنُوا من إتمام قراءة الفاتحة، وإذا حَصَلَ ذلك فلا يضر الفضل، وهذا أصح عند حُجَّة الإسلام، وإن قلنا: لا يشترط دوام العدد فهل يشترط دوام الجماعة أم له إتمام الجمعة وإن بقي وحده؟ فيه قولان:

أظهرهما: أنه يشترط؛ لأن الجمعة صلاة تجمع الجماعات، والغرض منها إقامة الشعار، وإظهار اتفاق الكلمة كما سبق، فإن احتمال اختلال العدد فلا ينبغي أن يحتمل اختلال أصل الجماعة، وعلى هذا ففي العدد المشروط بقاؤه قولان:

الجديد: أنه يشترط بقاء اثنين؛ ليكونوا معه ثلاثة فإنها الجمع المطلق.

والقديم: أنه يكفي بقاء واحد معه لأن الأثنين فما فوقهما جماعة<sup>(٢)</sup>، وهل يشترط أن يكون الواحد والأثنان على اختلاف هذين القولين على صفات الكمال.

قال في «النهاية»: الظاهر أنه يشترط ذلك كما يشترط كونهم على صفات الكمال في الابتداء، وعن صاحب «التقريب»: أنه يحتمل خلافه فإننا إذا اكتفينا بأسم الجماعة فلا يبعد أن نعتبر صفات الكمال.

(١) متفق عليه من رواية جابر فالجباري (٩٣٦، ٢٠٥٨، ٢٠٦٤، ٤٨٩٩) ومسلم (٨٦٣).

(٢) قال النووي: هذا الاحتمال حكاه صاحب «الحاوي» وجهاً محققاً لأصحابنا حتى لو بقي صبيان، أو صبي، كفى، والصحيح اشتراط الكمال، قال في «النهاية»: احتمال صاحب «التقريب» غير معتد به. الروضة (١/٥١٥).

والقول الثاني: أنه لا يشترط بقاء الجماعة، بل لو بقي وحده كان له أن يتم الجمعة؛ لأن الشروع وقع والشروط مؤفّور فلا يضر الانفراد بالعدد بعده، يحكى هذا عن القول عن تخريج المزني، وذكروا أنه خرج من القول القديم في منع الاستخلاف، فإنه إذا أحدث الإمام وقلنا: لا استخلاف يتمونها جمعة، ولم يذكروا في هذا الموضع فضلاً بين أن يكون حدثه بعدما صلّوا ركعة أو قبله، ثم قال القاضي ابن كج وكثير من أصحابنا: اختلف أئمتنا في تخريجه، فمنهم من سلمه ومنهم من أبى، ولم يثبت قولاً، فهذا شرح القولين في أصل المسألة، وخرج المزني قولاً آخر، وذهب إليه أنه إن كان الأنفضاض في الركعة الأولى بطلت الجمعة، وإن كان بعدها لم تبطل، ويتم الإمام الجمعة، وكذا من معه إن بقي معه جمع، ووجهه ظاهر قوله ﷺ: «مَنْ أَدْرَكَ رَكْعَةً مِنَ الْجُمُعَةِ فَلْيُضِفْ إِلَيْهَا أُخْرَى»<sup>(١)</sup>.

وأيضاً فإن المسبوق إذا أدرك ركعة من الجمعة يتمها جمعة، فكذلك الإمام، وبهذا القول قال مالك وأبو حنيفة إلا أن أبا حنيفة يكتفي بتقييد الركعة بسجدة ولا يعتبر تمامها، واختلف أصحابنا في قبول هذا التخريج أيضاً، منهم من أباه، وقال: المسبوق تبع للقوم، وقد صحت لهم جمعة تامة وهاهنا بخلافه، ومنهم من سلمه وعده قولاً آخر، وعلى هذا إذا اختصرت وتركت الترتيب قلت: في المسألة خمسة أقوال:

أظهرها: بطلان الجمعة.

والثاني: إن بقي معه أثنان لم تبطل.

والثالث: إن بقي معه واحد لم تبطل، وهذه الثلاثة منصوصة الأعلان منها المذكوران في الجديد.

والرابع: في القديم.

والرابع: أنها لا تبطل وإن بقي وحده.

والخامس: الفرق بين أن يكون الأنفضاض بعد ركعة أو قبلها، وقد ذكر في الكتاب كلها سوى الرابع منها.

وقوله: (بطل على قول) معلم بالحاء والميم والزاي لما حكيناه.

وقوله: (على قول ثانٍ) لا تبطل بالألف، وكذا قوله: (وعلى قول ثالث لا تبطل).

وقوله: (مهما توفر العدد في لحظة) غير مجرى على إطلاقه، فإنه لا يجوز أن

يكون اللحظة التي توفر فيها العدد بعد الركوع الأول والضبط فيما قبله ما بيناه .

وقوله : (إذا بقي مع الإمام واحد على رأي واثنان على رأي) يجوز أن يعلم بالواو إشارة إلى القول الرابع، والذي ذكره جواب على قولنا: لأن الجماعة لا يشترط دوامها، وأراد بالرأيين القولين اللذين ذكرناهما، ويجوز أن يعلم قوله: (وعلى قول ثالث) بالواو إشارة إلى الطريقة الممتنعة من إثباته قولاً.

قال الغزالي: **الخامس**: **فَلَا يَصِحُّ الْأَنْفِرَادُ بِالْجُمُعَةِ، وَلَا يُشْتَرَطُ (ح) حُضُورُ السُّلْطَانِ فِي جَمَاعَتِهَا وَلَا إِذْنُهُ (ح).**

قال الرافعي: ليس لقائل أن يقول: إذا شرطنا العدد فقد شرطنا الجماعة فلا حاجة إلى أفراد الجماعة وعدها شرطاً برأسه، وذلك لأن العدد والجماعة أمران ينفك كل واحد منهما عن الآخر، أما الجماعة دون العدد فظاهر، إذ ليست الجماعة إلا الارتباط الحاصل بين صلاتي الإمام والمأموم، وذلك مما لا يستدعي العدد، وأما بالعكس فلأن المراد من العدد حضور أربعين بصفة الكمال، وأنه يوجد من غير جماعة، ثم القول في شرائط الجماعة كما سبق في غير الجمعة، ولا يشترط حضور السلطان ولا إذنه، فيها خلافاً لأبي حنيفة، حيث قال: لا تصح إلا خلف الإمام أو مأذونه، وبه قال أحمد في رواية، والأصح عنه مثل مذهبنا.

لنا «أَنَّ عَلِيًّا أَقَامَ الْجُمُعَةَ وَعُثْمَانُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - مَحْضُورٌ» ونقيس على سائر العبادات، ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب: (ولا يشترط) مع الحاء بالألف والواو؛ لأن صاحب «البيان» حكى عن بعض أصحابنا أن للشافعي قول في القديم مثل مذهب أبي حنيفة.

قال الغزالي: **وفيه ثلاث مسائل: الأولى: إذا كان الإمام عبداً أو مسافراً صحَّ لِنَهْمَا فِي جُمُعَةٍ مَقْرُوضَةٍ، وَقِيلَ: لَا يَصِحُّ إِذَا عَدَدْنَاهُ مِنَ الْأَرْبَعِينَ، وَإِنْ كَانَ مُتَنَفِّلاً أَوْ صَبِيًّا فَقَوْلَانِ، وَإِنْ كَانَ مُخَدِّثًا فَقَوْلَانِ مُرْتَبَانِ، وَإِنْ كَانَ قَائِمًا إِلَى الرُّكْعَةِ الثَّلَاثَةِ سَهْوًا فَهُوَ كَالْمُخَدِّثِ فِي حَقِّ مَنْ أَقْتَدَى بِهِ جَاهِلًا، وَلَوْ لَمْ يَذْرِكْ مَعَ الْمُخَدِّثِ إِلَّا رُكُوعَ الثَّانِيَةِ فَبِي إِدْرَاكِهِ وَجَهَانِ.**

قال الرافعي: ذكر ثلاث مسائل تشعب عن شرط الجماعة.

**الأولى في أحوال الإمام، وفيها صور:**

إحداها: لو كان إمام الجمعة عبداً أو مسافراً نظر إن كان القوم معه أربعين فلا جمعة؛ لما ذكرنا أن يشترط كون الأربعين بصفات الكمال، وإن كانوا أربعين دونه وهو

المقصود من لفظ الكتاب فقد قال في «التهذيب»: تصح الجمعة ولم يذكر غير ذلك.

وقال في «النهاية»: تبنى على أن الإمام معدود من الأربعين أم لا، فإن قلنا: لا، فلا بأس، وإن قلنا: نعم فوجهان:

أحدهما: لا تصح الجمعة؛ لأنه إذا عد من العدد المعتبر، فيجب أن يكون على صفات الكمال كغيره أو هو أولى بذلك.

وأظهرهما: الصحة؛ لأن العدد قد تمَّ بصفة الكمال وجمعة العبد والمسافر صحيحة، وإن لم تلزمها، وقد أشار في الكتاب إلى هذا البناء حيث قال: وقيل: لا تصح إذا عددناه من الأربعين جعل هذا الوجه مفرغاً على عده من الأربعين بعدما حكم بالصحة على الإطلاق، وأعلم أنه لو كان ذلك الخلاف في أن الإمام هل هو واحد من العدد المشروط أم لا؟ لكان هذا البناء واضحاً، ولكن ذلك الخلاف في أنه هل يشترط أن يكون زائداً على الأربعين أم يُكْتَفَى بأربعين أحدهم الإمام؟ ولا يلزم من الأكتفاء بأربعين أحدهم الإمام أن يكون الإمام واحداً من العدد المشروط إذا زادوا على الأربعين.

وقوله: (صح) معلم بالميم؛ لأنه روي عن مالك أنها لا تصح خلف العبد، وبالألف؛ لأن عند أحمد لا تصح خلف المسافر، ولا خلف العبد على قوله: لا تجب الجمعة على العبد وعنه اختلاف رواية فيه سيأتي.

وقوله: (لأنهما في جمعة مفروضة) معناه أنهما إذا صلَّيا الجمعة صحَّت منهما وأجزأت عن فريضة الوقت بخلاف الصُّور بعد هذه، وفيه إشارة إلى شيء وهو أن الكلام [فيما]<sup>(١)</sup> إذا لم يُصلِّ المسافر والعبد الظهر قبل أن أمَّا في الجمعة فأما إذا صلَّيا الظهر ثم أمَّا فالأقتداء بهما كالأقتداء بالمتفل، وسنذكره.

الثانية: لو كان إمام الجمعة صيباً فهل تصح جمعة القوم؟ فيه قولان:

أحدهما: نعم قاله في «الإملاء» ووجهه أنه يجوز الأقتداء به في سائر الفرائض فكذلك في الجمعة كالبالغ.

والثاني: لا، قاله في «الأم»؛ لأنه ليس على صفة الكمال، والإمام أولى بأعتبار صفة الكمال فيه من غيره، ولأنه لا جمعة عليه وإذا فعلها لا يسقط بها الفرض عن نفسه، إذ لا فرض عليه، بخلاف العبد والمسافر، فإنهما يسقطان بها فرض الظهر، وهذا القول يوافق مذهب أبي حنيفة ومالك وأحمد - رحمهم الله -؛ لأنهم منعوا إمامته

(١) سقط في (ط).

في سائر الفرائض، ففي الجمعة أولى، ولو كان الإمام متنفلاً فهو على هذين القولين.

وجه المنع أنه لا بد في العدد المشروط من أن يكونوا مصلين فرض الجمعة فكذلك الإمام، ويجوز أن يرتب المتنفل على الصبي، فيقال: إن جاز الأقتداء بالصبي فبالتنفل أولى، وإلا فقولان:

والفرق أنه من أهل فرض الجمعة ولا نقص فيه.

وما أظهر من الخلاف في المسألتين؟ رجع الشيخ أبو محمد<sup>(١)</sup> وأبو القاسم الكرخي وطائفة قول المنع، والحناطي والقاضي الروياني قول الجواز، وهو قضية كلام الأكثرين، وأطبقوا على أن الجواز في المتنفل أظهر منه في الصبي.

وقالوا: هو المنصوص للشافعي - رضي الله عنه - في صلاة الخوف، قال: لو صَلَّى الإمام الظهر في شدة الخوف [ثم انكشف الخوف]<sup>(٢)</sup> والوقت باقٍ وقد بقي له أربعون لم يُصَلِّوا الظهر جاز له أن يصلي بهم الجمعة، ثم قال الإمام: موضع الخلاف في المسألتين، ما إذا تم العدد بصفة الكمال دون الإمام، فأما إذا تم بالصبي أو المتنفل فلا جمعة؛ ولو صلوا الجمعة خلف من يصلي صُبْحاً أو عصرًا ففيه قولان كما لو صَلَّى خلف متنفل، وقيل: يجوز؛ لأن الإمام يصلي الفرض، ولو صلوا خلف مسافرٍ يقصر الظهر، يجوز إن قلنا: الجمعة ظَهْرٌ مقصورة وإن قلنا: صلاة على حيالها فهو كما لو صَلَّى خلف من يصلي الصبح، ذكر المسألتين صاحب «التهذيب».

الصورة الثالثة: لو بَانَ أن إمام الجمعة كان جنباً أو محدثاً فإن لم يتم العدد دونه فلا جمعة لهم، وإن تم ففيه قولان:

أحدهما: أنه لا يقدح في صحّة جمعة القوم كما في سائر الصلوات.

والثاني: يقدح؛ لأن الجماعة، شرط في الجمعة، والجماعة ترتبط بالإمام والمأمومين، فإذا بَانَ أن الإمام لم يكن مُصَلِّياً بَانَ أنه لا جماعة، وأن أحد شروط الجمعة قد فات، بخلاف سائر الصلوات؛ لأن الجماعة غير مشروطة فيها، وغايته أنه صَلَّى منفرداً، ولا شك أن هذا القول أظهر منه في الأقتداء بالصبي والمتنفل، ولذلك قال في الكتاب: هما مرتبان على القولين، ثم هو أصح من مقابله عند الشيخين أبي علي وأبي محمد، وتابعهما صاحب «التهذيب» وجماعة، وذهب العراقيون وأكثر أصحابنا إلى ترجيح القول الأول، ونقلوه عن نصّه في «الأم» وأضافوا حكاية الخلاف إلى ابن القاص، وأستبعدوه وأعترضوا على توجيه قول المنع بأننا لا نسلم أن حدث

(١) في (ط): أبو حامد.

(٢) سقط في (ط).

الإمام يمنع صحة الجماعة وثبوت حكمها في حق المأموم الجاهل بحاله .

وقالوا: إنه لا يمنع نَيْلُ فضيلة الجماعة في سائر الصلوات ولا غيره من أحكام الجماعة، وعلى هذا قال في «البيان»: لو صلى الجمعة بأربعين فَبَانَ أن القوم محدثون صَحَّت صلاة الإمام دونهم، بخلاف ما لو بَأَنُوا عبيداً أو نساءً فإن ذلك مما يسهل الأطلاع عليه، وقياس من يذهب إلى المنع، أنه لا تصح جمعة الإمام لبطان الجماعة .

الصورة الرابعة: لو قام إمام الجمعة إلى ركعة ثالثة سهواً فأقتدى به إنسان فيها فهذه المسألة من فروع ابن الحداد، وشرحها الأئمة فقالوا: أولاً: لو فرض ذلك في سائر الفرائض، فقام الإمام إلى ركعة زائدة وأقتدى به إنسان فيها وأدرك جميع الركعة، ففيه وجهان:

أحدهما: أنها لا تحسب له؛ لأنها غير محسوبة للإمام، والزيادة يمكن الاطلاع عليها بالمشاهدة وإخبار الغير، فلا يجزئه كما لو اقتدى بالمرأة والكافر .

وأصحهما: أنها تحسب له، فإذا سَلَّمَ الإمام يتدارك باقي الصلاة، كما لو صَلَّى خلف جُنُبٍ يجزئه، وإن لم تكن تلك الصلاة محسوبة للإمام بخلاف الكافر والمرأة فليس لهما أهلية إمامته بحال، ولهذا لا يَصِحُّ الأقتداء بهما أضلاً، وهاهنا يصح الأقتداء بهذا السَّاهي، والكلام في أنه هل يصير مدركاً للركعة أم لا؟ هكذا ذكره الشيخ أبو علي - رضي الله عنه -، وأما في الجمعة فإن قلنا: إنه في غير الجمعة لا يدرك به الركعة فكذلك هاهنا، ولا تحسب بدلاً عن الظهر ولا عن الجمعة، وإن قلنا: يدرك فهل تكون هذه الركعة محسوبة عن الجمعة حتى يضيف إليها أخرى بعد سلام الإمام أو تكون محسوبة عن الظهر؟ فيه وجهان بناهما الأئمة على القولين فيما لو بَانَ كَوْنُ الإمام محدثاً؛ لأن تلك الركعة غير محسوبة من صلاته كركعات المحدث، ولهذا قال في الكتاب: (فهو كالمحدث في حق من اقتدى به جاهلاً) وأختار ابن الحداد أنها لا تحسب عن الجمعة وأعرف هاهنا أموراً:

أولها: إنما قال: «جاهلاً» لأنه لو كان عالماً بأن الإمام قائم إلى الثالثة ساهياً، ومع ذلك اقتدى به لم تنعقد صلاته بحال، كما لو اقتدى بالجنب عالماً بحاله .

وثانيها: لم يذكروا في المحدث أن صلاة المقتدي منعقدة وأن المأتي به يحسب عن الظهر، حتى لو تبين له الحال قبل سلام الإمام أو بعده على القرب يتمها ظهراً إذا جوزنا بناء الظهر على الجمعة، وقضية التسوية بين الفضلين الانعقاد والاحتساب عن الظهر في المحدث أيضاً .

وثالثها: من قال في مسألة المحدث: الأصح من القولين أن الجمعة غير صحيحة



قال بمثله هاهنا، والذين قالوا: الأصح صحتها منهم من لم يورد هذه المسألة، ومنهم من أوردوها، ونقل جواب ابن الحداد من غير نزاع فيه، فيجوز أن يقدر المساعدة على ترجيح المنع هاهنا، ويفرق بأن الحدّث لا يمكن الأطلاق عليه بحال، بخلاف الزيادة على ما سبق، ويمكن أن يعارض هذا بأن المحدث لا صلاة له أصلاً، وهذا السأهي في الصلاة، لكن ندرت منه زيادة هو معذور فيها، وكان أولى بأن يصح الاقتداء به والله أعلم.

الخامسة: قال حُجَّةُ الإسلام - قدس الله روحه -: ولو لم يدرك مع المحدث إلا ركوع الثانية ففي إدراكه وجهان، وهذا الفرع يتعلق بأصلين.

أولهما: أن المسبوق في صلاة الجمعة إن أدرك الإمام في ركوع الرُّكعة الثانية كان مدركاً للجمعة، فإذا سلّم الإمام قام إلى رُكعةٍ أخرى، وإن أدركه بعد رُكوع الثانية لم يكن مدركاً للجمعة، ويقوم بعد سلام الإمام إلى أربع خلافاً لأبي حنيفة حيث قال: يكون مدركاً للجمعة وإن أدركه في التّشهد أو في سجدي السّهو بعد السّلام.

لنا ما رُوي عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أنه ﷺ قال: «مَنْ أَدْرَكَ رُكْعَةً مِنْ الْجُمُعَةِ فَقَدْ أَدْرَكَهَا وَمَنْ أَدْرَكَ دُونَ الرُّكْعَةِ صَلَاةً ظَهراً أَرْبَعاً»<sup>(١)</sup>، وإذا لحق بعد الركوع، فما الذي ينوي؟ فيه وجهان ذكرهما صاحب «البيان» وغيره:

أحدهما: ينوي الظهر؛ لأنها التي يؤديها.

وأظهرهما: ينوي الجمعة؛ موافقةً للإمام، وهذا هو الذي ذكره القاضي الروياني، ولو صَلَّى مع الإمام ركعةً ثم قام وصَلَّى أخرى، وتذكر في التّشهد أنه نسي سجدةً من إحدى الركعتين نظر، إن تركها من الثانية فهو مدرك للجمعة فيسجد سجدة، ويعيد التّشهد، ويسجد للسّهو ويسلم، وإن تركها من الأولى أو شك لم يكن مدركاً للجمعة، وخصلت له ركعة من الظّهر، ولو أدركه في الثانية وشك في أنه سجد معه سجدة أو سجدتين، فإن لم يسلم الإمام بعد سجد أخرى، وكان مدركاً للجمعة وإن سلم الإمام سجد أخرى [ولم يكن مدركاً للجمعة؛ لأنه ما أدرك مع الإمام ركعة.

والثاني: أننا ذكرنا في باب الجماعة أن المسبوق إذا أدرك الركوع مع الإمام كان مدركاً<sup>(٢)</sup> للركعة وذلك في ركعة محسوبة للإمام، أما إذا لم تكن محسوبة، كما لو أدرك الركوع مع الإمام المحدث أو أدرك الإمام السأهي بركعة زائدة في ركوعها، وقلنا: إنه لو أدركها كلها لكانت محسوبة له ففيه وجهان:

(١) تقدم.

(٢) ما بين المعكوفين سقط من ط.

أحدهما: أن يكون مدركاً للركعة؛ لأنه لو أدرك كل الركعة لكانت محسوبة له فكذلك إذا أدرك ركوعها كالركعة المحسوبة للإمام.

وأصحهما: أنه لا يكون مدركاً؛ لأن الحكم بإدراك ما قبل الركوع بإدراك الركوع خلاف الحقيقة، إنما يصار إليه إذا كان الركوع محسوباً من صلاة الإمام ليتحمل به، فأما غير المحسوب لا يصلح للتحمل عن الغير، ويخالف ما لو أدرك جميع الركعة، فإنه قد فعلها بنفسه، فتصحح على وجه الأنفراد، إذا تعذر تصحيحها على وجه الجماعة، ولا يمكن التصحيح هاهنا على سبيل الأنفراد فإن الركوع لا يُتَدَأُ به.

قال الشيخ أبو علي: والوجهان عندي مبنيان على القولين في جواز الجُمُعَةِ خلف الجنب والمحدث، ووجه الشبه أن المقتدي [في القولين في جميع الركعة في الجمعة كالمقتدي في الركوع في سائر الصلوات؛ لأنه بالآقتداء<sup>(١)</sup>] يسقط فرضاً عن نفسه، ولو كان منفرداً للزومه وهو رد الأربع إلى ركعتين، كما أن المقتدي في الركوع يسقط فرضاً عن نفسه وهو القيام والقراءة في تلك الركعة، فإن قلنا: يصح الآقتداء بالمحدث لإسقاط فرض الأنفراد في الجمعة، فكذلك هَاهُنَا، وإلا فلا.

إذا عرف ذلك، فنقول: لو لم يدرك في الجمعة مع الإمام إلا ركوع الثانية، ثم بَانَ أن الإمام كان محدثاً، فإن قلنا: إنه لو أدرك جميع الركعة معه لم يكن مدركاً ركعة من الجمعة، فهاهنا أولى، وإن قلنا: ثم يكون مدركاً ركعة من الجمعة فهاهنا وجهان، إن قلنا: إن مدرك الركوع مع الإمام المحدث مدرك للركعة فكذلك هاهنا، وإلا فلا.

ثم قوله: (ولو لم يدرك مع المحدث إلا ركوع الثانية) يعني: لم يدرك شيئاً قبله، فأما ما بعد الركوع من أركان الركعة لا بد من إدراكها مع الإمام، أو قبل سلامه إن فرض زحام أو نسيان، وتخلف لذلك.

وقوله: (ففي إدراكه وجهان) أي في إدراكه الجمعة، ولو حمل على الخلاف في إدراك الركعة لم يكن للتخصيص بركوع الثانية معنى.

قال الغزالي: **الثَّانِيَةُ إِذَا أَخَذَ الْإِمَامُ سَهْوَاً أَوْ عَمْدًا فَاسْتَخْلَفَ مَنْ كَانَ أَقْتَدَى بِهِ وَسَمِعَ الْخُطْبَةَ صَحَّ اسْتِخْلَافُهُ فِي<sup>(٢)</sup> الْجَدِيدِ فَإِنْ لَمْ يَسْمَعْ الْخُطْبَةَ فَوَجْهَانِ، وَلَا يَشْتَرَطُ اسْتِثْنَاءُ نِيَّةِ الْقُدْوَةِ بَلْ هُوَ خَلِيفَةُ الْأَوَّلِ، وَإِنْ لَمْ يَسْتَخْلَفِ الْإِمَامَ فَتَقْدِيمُ الْقَوْمِ كَاسْتِخْلَافِهِ (ح) بَلْ هُوَ أَوْلَى مِنْ اسْتِخْلَافِهِ، وَذَلِكَ وَاجِبٌ فِي الرُّكْعَةِ الْأُولَى، وَإِنْ كَانَ فِي الثَّانِيَةِ فَلَهُمْ الْأَنْفِرَادُ بِهَا كَالْمَسْبُوقِ.**

(٢) في أ (علي).

(١) سقط في (ب).

قال الرافعي: إذا خرج الإمام عن الصلوة بحدوث أو غيره، وأراد أن يستخلف فذلك إما أن يكون في غير الجمعة أو فيها، والمذكور في الكتاب هو القسم الثاني، فنذكر الأول على الاختصار، ثم نعود إلى شرح الثاني، فنقول: إذا أحدث الإمام في سائر الصلوات ففي جواز الاستخلاف قولان، قال: في القديم: لا يجوز ذلك، «لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَحْرَمَ بِالنَّاسِ». ثم ذكر أنه جنب، فذهب وأغتسل، ولم يستخلف، ولو كان الاستخلاف جائزاً لأشبه أن يستخلف، ولأنها صلاة واحدة فلا تجوز بإمامين، كما لو أقتدى بهما دفعة واحدة، وقال في الجديد يجوز؛ وهو أصح الروايتين عن أحمد، وبه قال مالك وأبو حنيفة - رحمهم الله - لأنها صلاة بإمامين على التعاقب، فيجوز كما أنَّ أبا بكرٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - كَانَ يُصَلِّي بِالنَّاسِ فَدَخَلَ النَّبِيُّ ﷺ وَجَلَسَ إِلَيْ جَنْبِهِ، فَأَقْتَدَى بِهِ أَبُو بَكْرٍ وَالنَّاسُ<sup>(١)</sup>. وفي «النهاية»: أن من الأصحاب من قطع بجواز الاستخلاف في سائر الصلوات، وخص القولين بالجمعة، والمشهور طرد القولين.

التفريع إن لم نجوز الاستخلاف أتم القوم الصلوة وحداناً، وإن جوزناه فيشترط أن يكون المستخلف صالحاً لإمامة القوم، فلو أستخلف امرأة فهو لغو ولا تبطل صلاتهم إلا أن يقتدوا بها، خلافاً لأبي حنيفة حيث قال: تبطل بنفس الاستخلاف صلاتهم وصلاته<sup>(٢)</sup>.

قال في «النهاية»: ويشترط أن يجري الاستخلاف على قرب، فلو قضوا على الانفراد ركناً أمتنع الاستخلاف بعده، وهل يشترط أن يكون الخليفة ممن أقتدى بالإمام قبل حدثه؟ قال أكثر أصحابنا من العراقيين وغيرهم، إن أستخلف في الركعة الأولى، أو [الثالثة]<sup>(٣)</sup> من الصلوات الرباعية من لم يقتد به جاز؛ لأنه لا يخالفهم في الترتيب، وإن أستخلف في الثانية أو الرابعة، أو في الثالثة من المغرب لم يجز؛ لأنه يحتاج إلى القيام، وعليهم القعود فيختلف الترتيب بينهم، وأطلق جماعة من الأئمة أشرط كون الخليفة ممن أقتدى به، وهذا ما ذكره إمام الحرمين - رضي الله عنه - مع زيادة فقال: لو أمره الإمام فتقدم لم يكن هذا استخلاًفاً ولا هو خليفة، وإنما هو عاقد لنفسه صلاة جار على ترتيبه فيها، لو أقتدى القوم به فهو اقتداء منفردين في أثناء الصلوة، وقد سبق الخلاف فيه في موضعه، وهذا قدوتهم أنقطعت بخروج الإمام عن الصلوة، ولم يخلفه أحد ولا يشترط أن يكون الخليفة ممن أقتدى به في الركعة الأولى، بل يجوز أستخلاف المسبوق، ثم عليه أن يراعي نَظْمَ صلاة الإمام، فيقعد في موضع قعوده، ويقوم في

(١) تقدم.

(٢) في (ب): وصلاتها.

(٣) في أ الثانية.

موضع قيامه، كما كان يفعله لو لم يخرج الإمام من الصلاة؟ لأنه بالاعتداء به ألترزم ترتيب صلاته حتى إنه لو لحق الإمام في الثانية من الصبح ثم أحدث الإمام فيها، وأستخلفه قنت، وقعد فيها للتشهد، وإن كانت<sup>(١)</sup> أولاه، ثم يقنت في الثانية لنفسه، ولو كان الإمام قد سها قبل أقتدائه أو بعده، سجد في آخر صلاة الإمام وأعاد في آخر صلاة نفسه على القول الأصح، وإذا تمت صلاة الإمام قام لِيَتَذَرَكَ ما عليه، وهُم بالخيار إن شاؤوا فارقوه وسلموا، وإن شاؤوا صبروا جالسين لِيُسَلِّمُوا معه، هذا كله إذا عرف المسبوق نظم صلاة الإمام، فإن لم يعرف، فقد ذكروا فيه قولين<sup>(٢)</sup> عن حكاية صاحب «التلخيص» وعن الشيخ أبي محمد أنهما لابن سريج، لا للشافعي - رضي الله عنه -، فإن جَوَزْنَا تراقب القوم إذا أتم الركعة أن هموا بالقيام قام، وإلا قعد، وَسَهُوُ الخَلِيفَةِ قبل حَدَثِ الإمام يحمله الإمام، وسهوه بعد حدثه يقتضي السُّجُودَ عليه وعلى القوم وسهوه القوم قبل حدث الإمام وبعد الاستخلاف محمول، وبينهما غير محمول، بل يسجد الساهي عند سلام الخليفة.

القسم الثاني: أن يقع ذلك في صلاة الجمعة، ففي جواز الاستخلاف القولان إن لم تجز فينظر، إن أحدث في الركعة الأولى أتم القوم صلاتهم ظُهرًا، وإن أحدث في الثانية أتمها جمعة من أدرك معه ركعة كالمسبوق، هذا هو المشهور، وعن الشيخ أبي محمد أنهم يتمونها جمعة، وإن كان الحدث في الركعة الأولى؛ تخريباً من أحد الأقوال في مسألة الانفضاض، وهو أن جمعة الإمام تصح، وإن أنفضوا في الركعة الأولى وبقي وحده، وذكر ابن الصباغ وغيره: أن المزماني نقل هذا القول في «جامعه الكبير»، وعن صاحب «الإفصاح» أنهم وإن أدركوا ركعة يتمونها ظُهرًا، لا جمعة، بخلاف المسبوق؛ لأن الجمعة قد كملت بغيره فجعل تابعاً لهم، وهذا الوجه قضية القياس عند إمام الحرمين، تخريباً على أحد الأقوال في الانفضاض، وهو أن الإمام يتم الظهر وإن أنفضوا في الثانية، وذلك لأن الإمام لأن ركن الجماعة في حَقِّ القوم، كما أنهم ركن الجماعة في حقه، فخروجه عن الصلاة في حَقِّهم كأنفضاضهم في حقه، وأما إذا جوزنا الاستخلاف فلا فرق فيه بين أن يسبقه الحدث، أو يحدث عمداً، أو يخرج من الصلاة بلا سبب، وكذلك في سائر الصلوات.

وقال أبو حنيفة: إنما يجوز له الاستخلاف إذا جاز له البناء على صلاته، كسبق الحدث؛ فأما إذا تعمد بطلت صلاة القوم أيضاً، ثم إذا أستخلف [فلا يخلو؛ إما أن

(١) في (ط): وإن كان.

(٢) قال النووي: أرجحهما دليلاً أنه لا يصح. وقال الشيخ أبو علي السنجي: أصحهما جوازه. ينظر الروضة (١/٥١٩).

يستخلف<sup>(١)</sup> من أقتدى به قبل حدثه، أو يستخلف غيره، فإن أستخلف غيره لم يصح، ولم يكن لذلك الغير أن يصلي الجمعة.

وأحتجوا عليه بأنه لا يجوز ابتداء جمعة بعد انعقاد جمعة، ولو صحَّ منه الجمعة لكان مبتدئاً بها بعد انعقاد جمعة الإمام، والقوم بخلاف المأموم يدخل في صلاة الجمعة فإنه تابع للقوم لا مبتدئ، ثم قال إمام الحرمين: في صحَّة ظُهره خلافٌ مَبْنِيٌّ على أن الظَّهر هل تصح قبل فوات الجمعة أم لا؟ إن قلنا: لا تصح فهل تبقى نفلًا؟ فيه قولان: فإن لم تَصَحَّ صلاته، وأقتدى به القوم بطلت صلاتهم، وإن صحَّختها وكان ذلك في الرُّكعة الأولى فلا جُمعة لهم، وفي صحَّة الظَّهر خلاف مبني على أن الظهر هل تصح بنية الجمعة أم لا، وإن كان في الركعة الثانية، وأقتدوا به كان هذا اقتداء طارئاً على الأفراد، وفيه الخلاف الجاري في سائر الصَّلوات؛ وفيه شيء آخر وهو الاقتداء في الجمعة بمن يصلي الظَّهر، أو النافلة، وقد قدمنا الخلاف فيه، وإن أستخلف من أقتدى به قبل الحدث، فينظر، إن لم يحضر الخطبة ففي جواز أستخلافه وجهان:

أحدهما: لا يجوز، كما لو أستخلف بعد الخطبة من لم يحرضها ليصلي بهم لا يجوز.

وأصحهما: الجواز؛ لأنه بالاقتداء صار في حكم من سمع الخطبة، ألا ترى أنه لو لم يحدث الإمام صحت له الجمعة كالسامعين، والصَّيْدَ لَأَنِّي جعل هذا الخلاف قولين ونقل المنع عن البويطي والجواز عن أكثر الكتب، وإن كان قد حضر الخطبة أو لم يحضرها، وفرعنا على أنه يجوز أستخلافه فينظر، إن أستخلف من أدركه في الركعة الأولى جاز، ويتم لها الجمعة، سواء أحت الإمام في الأولى أو الثانية.

وعن صاحب «الإفصاح» وجه آخر: أنه يصلي الظهر والقوم يصلون الجمعة، وإن أستخلف من أدركه في الرُّكعة الثانية، فقد قال إمام الحرمين: هذا يترتب على أنه هل يجوز أستخلاف من لم يسمع الخطبة؟ إن قلنا: لا يجوز، فلا يجوز أستخلاف المسبوق، وإن قلنا: يجوز ففيه قولان:

أحدهما: المنع؛ بناء على أنه غير مدرك للجمعة على ما سيأتي.

وأظهرهما - الذي ذكره الأكثرون -: الجواز، فإن الخليفة الذي كان مقتدياً بالإمام بمثابة الإمام، فعلى هذا القوم يصلون الجمعة، وفي «الحلية» وجهان، رواهما صاحب «البيان».

(١) سقط في (ب).

أحدهما: أنه يتمها جمعة أيضاً؛ لأنه صلى ركعة من الجمعة في جماعة فيتم الجمعة كما لو صلى ركعة منها، مأموماً، وكما لو أدرك الإمام في ركوع الركعة الأولى، وأستخلفه الإمام في تلك الركعة يتمها جمعة، وإن لم يدرك مع الإمام ركعة.

وأصحهما: وهو المنصوص واختيار ابن سُرَيْج: أنه لا يتم الجمعة، لأنه لم يدرك مع الإمام ركعة كاملة بخلاف المأموم فإنه إذا أدرك ركعة جعل تبعاً للإمام في إدراك الجمعة، والخليفة إمام لا يمكن جعله تبعاً للمأمومين، وبخلاف الصورة الأخرى؛ لأن هناك إدراك الإمام في وقت كانت جمعة القوم موقوفة على الإمام، وهاهنا أدركه في وقت لم تكن الجمعة موقوفة على الإمام لجواز أن يتموها فرادى، وكان ذلك الإدراك أكد وأقوى، وعلى هذا فهل يجوز ظهره؟ حكى الصيدلاني وغيره عن ابن سُرَيْج أنه قال: يحتمل أن يكون في جواز ظهره قولان؛ لأن الجمعة لم تفت بعد وأدى الظهر مع إمكان الجمعة، وأنه كان بسبيل من أن لا يتقدم حتى يتقدم من أدرك الركعة الأولى، فتصح جمعته خلفه، وأيضاً ففي صحة الظهر بنية الجمعة إذا تعذرت أختلاف، ويحتمل أن يقال: يجوز ظهره قولاً واحداً، وهو معذور في التقدم عند إشارة الإمام، وهذا أظهر عند الأكثرين، فإن قلنا: لا يجوز ظهره فهل تنقلب صلاته نفلًا أو تبطل؟ فيه قولان: إن قلنا: تبطل فهذا مصير إلى منع أستخلاف المسبوق، وهو القول الأول الذي نقلناه؛ لأن من تبطل صلاته يستحيل تقديره إماماً، وإذا جوزنا الاستخلاف والخليفة المسبوق يراعي نظم صلاة الإمام، فيجلس إذا صلى ركعة، ويتشهد، فإذا بلغ موضع السلام أشار إلى القوم، وقام إلى الركعة أخرى إن قلنا: هو مدرك للجمعة، وإلى ثلاث إن قلنا: إن صلاته ظهر، والقوم بالخيار، إن شاؤوا فارقوه وسلموا، وإن شاؤوا ثبتوا جالسين حتى يسلم بهم، ولو دخل مسبوق وأقنطى به في الركعة الثانية التي أستخلف فيها صحت له الجمعة، وإن لم تصح للخليفة حكى ذلك عن نصّ الشافعي - رضي الله عنه -؛ لأنه صلى ركعة خلف من يراعي نظم صلاة إمام الجمعة، بخلاف الخليفة لم يصل ركعة مع إمام الجمعة، ولا خلف من يراعي نظم صلاته، قال الأئمة: وهذا تفريع على أن الجمعة خلف من يصلي الظهر صحيحة، وتصح صلاة الذين أدركوا ركعة مع الإمام الأول بكل حال؛ لأنهم وإن أنفردوا بالركعة الثانية كانوا مدركين للجمعة فلا يضر أقتداؤهم فيها لمن يصلي الظهر، أو يتنفل.

وقوله في الكتاب: (سهواً أو عمدًا) لفظ (العمد) معلم بالحاء، لما تقدم.

وقوله: (من كان قد أقنطى به في هذا التقييد) إشارة إلى أنه لا يجوز أن يستخلف

غير المقتدي.

وقوله: (صح أستخلافه) يجوز أن يعلم بالألف؛ لما حكينا من إحدى الروايتين

عن أحمد.

وقوله: وسمع الخطبة وإن لم يسمعها، المراد منه الحضور، ونفس السماع ليس بشرط بلا خلاف، وصرح به الأئمة.

ثم في الفصل صور تتفرع على جواز الاستخلاف.

إحداها: إذا استخلف الإمام فهل يشترط أستثنافه نية القدوة؟ ذكر في «التهذيب» في أشراطه وجهين في سائر الصلوات، ولا شك في طردهما في الجمعة.

أحدهما: نعم؛ لأنهم بعد خروج الإمام من الصلاة قد أنفردوا، ألا ترى أنهم يسجدون لسهولهم في تلك الحالة.

وأصحهما: وهو المذكور في الكتاب أنه لا يشترط؛ لأن الغرض من الاستخلاف إدامة الجماعة التي كانت، وتنزيل الخليفة منزلة الأول، ولهذا يراعي نَظْم صلواته، ولو أستم الإمام الأول لم يحتج القوم إلى تجديد نية، فكذلك الآن.

الثانية: لو لم يستخلف الإمام قدم القوم بالإشارة واحداً، ولو تقدم واحد بنفسه جاز أيضاً، بل تقديم القوم أولى من استخلاف الإمام، لأنهم في الصلاة، والإمام قد خرج منها، ولهذا قال إمام الحرمين: لو قدم القوم واحداً والإمام آخر فأظهر الاحتمالين أن من قدمة القوم أولى، وحكى المسعودي وغيره من أصحابنا عن أبي حنيفة أنه يشترط أن يكون تقدم الخليفة بإذن الإمام، وأن القوم لا يستقلون بالتقديم، وفي «مختصر الكرخي» خلاف ذلك - والله أعلم -.

الثالثة: لو لم يستخلف الإمام ولا قدم القوم ولا تقدم أحد فالحكم على ما ذكرنا؛ تفريراً على القديم.

قال الأئمة: ويجب على القوم تقديم واحد إن كان خروجه من الصلاة في الركعة الأولى، ولم يستخلف، وإن كان في الثانية لم يجب التقديم ولهم الانفراد بها كالمسبوق، وقد حكينا في الطريقتين خلافاً تفريراً على القديم، فيتجه عليه الخلاف في الوجوب وعدمه، هذا كله إذا أحدث في أثناء الصلاة، أما لو أحدث بين الخطبة والصلاة، وأراد أن يستخلف غيره ليصلي بالناس إن قلنا: يجوز الاستخلاف في الصلاة فيجوز ذلك، وإلا فلا يجوز أن يخطب واحد ويؤم آخر؛ لأن الخطبتين في الجمعة بمثابة ركعتين من الصلاة، فعلى هذا إن وسع الوقت خطب بهم آخر، وصلى، وإلا صلوا الظهر.

ورتب بعضهم الخلاف في هذه الصورة على الخلاف في الاستخلاف في الصلاة، ثم اختلفوا فمنهم من جعل هذه الصورة أولى بالجواز؛ لأن الخطبة منفصلة عن الصلاة والصلاة عبادة واحدة فيكون احتمال التعدد فيها أبعد، وعكس الشيخ أبو حامد فجعل

هذه الصورة أولى بالمنع؛ لأن عقد الصلاة قد نظم الإمام والخليفة، وهي عبادة واحدة، والخطبة والصلاة متميزتان ليس لهما عقد متحد ينظمهما، ثم إذا جوزنا فالشرط أن يكون الخليفة ممن سمع الخطبة؛ لأن من لم يسمع ليس من أهل الجمعة، ألا ترى أنه لو بادر قومٌ من السامعين بعد الخطبة إلى عقد الجمعة أنعدت لهم، بخلاف غيرهم، وإنما يصير غير السامع من أهل الجمعة إذا دخل في صلاة الإمام، هكذا قاله الجمهور، وذكر صاحب «التتمة» فيه وجهين:

ولو أحدث في أثناء الخطبة وشرطنا الطهارة فيها، فهل يجوز الاستخلاف؟ إن قلنا: لا يجوز في الصلاة فلا، وإن قلنا يجوز: فوجهان، حكاهما أبو الصَّبَّاح.

أصحهما: الجواز كما في الصلاة.

فرع: لو صلى مع الإمام ركعة من الجمعة، ثم فارقه بعذر أو بغير عذر، ولم تبطل صلاته جاز له أن يتمها جمعة كما لو أحدث الإمام.

فرع: لو أتم الإمام ولم يتم المأمومون فأرادوا أن يستخلفوا من يتم بهم، إن لم تجوز الاستخلاف للإمام، لم يجز لهم، وإن جوزنا فإن كان في الجمعة، بأن كانوا مسبوقين لم يجز؛ لأن الجمعة لا تنشأ بعد الجمعة، والخليفة مُنْشِئٌ، وإن كان في غيرها، فإن كانوا مسبوقين أو مقيمين وهو مسافر فوجهان:

أظهرهما: المنع؛ لأن الجماعة قد حصلت في كمال الصلاة، وهم إذا أتموا فرادى نالوا فضلها.

قال الغزالي: **الثالثة إذا رُوِّجَ الْمُتَّئِدِي عَن سُجُودِ الرَّكْعَةِ الْأُولَى فَأَنْتَظَرَ التَّمَكَّنَ فَإِن سَجَدَ قَبْلَ رُكُوعِ الْإِمَامِ وَقَرَأَ فِي الثَّانِيَةِ كَانَ مَعْدُورًا فِي التَّخْلُفِ، وَإِن وَجَدَ الْإِمَامَ رَاكِعًا عِنْدَ فَرَاغِهِ مِنَ السُّجُودِ أَلْتَحَقَّ بِالْمَسْبُوقِ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ حَتَّى تَسْقُطَ الْقِرَاءَةُ عَنْهُ لِلرَّكْعَةِ الثَّانِيَةِ، فَإِن وَجَدَ الْإِمَامَ فَارِغًا مِنَ الرُّكُوعِ وَقُلْنَا: إِنَّهُ كَالْمَسْبُوقِ فَهَاهُنَا يُتَابِعُ الْإِمَامَ فِي فِعْلِهِ لَكِن يَقُومُ بَعْدَ سَلَامِ الْإِمَامِ إِلَى رَكْعَةٍ ثَانِيَةٍ، وَإِن قُلْنَا: لَيْسَ كَالْمَسْبُوقِ فَيَسْتَفِئِلُ بِتَرْتِيبِ صَلَاةِ نَفْسِهِ وَيَسْعَى خَلْفَ الْإِمَامِ وَهُوَ مَعْدُورٌ فِي التَّخْلُفِ.**

قال الرافعي: هذا ابتداء مسألة الزحام، وهي موصوفة بالإشكال لانشعاب حالاتها وطول تفاريعها، ونحن نلخصها، ونوضح ما في الكتاب منها بحسب الإمكان.

فنقول: إذا منعت الزحمة في الجمعة عن أن يسجد على الأرض مع الإمام في الركعة الأولى، نظر إن أمكنه أن يسجد على ظهر إنسان أو رجله لزمه ذلك؛ لأنه مُتَمَكِّنٌ من ضرب من السجود يجزئه، وقد روي عن عمر - رضي الله عنه - أنه قال:



«إِذَا رُوجِمَ أَحَدُكُمْ فِي صَلَاتِهِ، فَلْيَسْجُدْ عَلَى ظَهْرِ أَخِيهِ»<sup>(١)</sup>. وبهذا قال أبو حنيفة وأحمد، وقال مالك يصبر ولا يسجد على ظهر الغير، ونقل المحاملي وغيره وجهاً أنه يتخير بين أن يسجد على ظهر الغير متابعاً للإمام، وبين أن يصبر ليحصل له فضيلة السجود على الأرض، والمذهب الأول، ثم قال مُعْظَمُ الْأَصْحَابِ: إنما يسجد على ظهر الغير إذا قدر على رعاية هيئة الساجدين، بأن كان على نشز من الأرض، والسجود على ظهره في موضع منخفض، فإن لم يكن كذلك لم يكن المأتي به سجوداً، وفي «العدة»: أنه لا يضر ارتفاع الظُّهر، والخروج عن هيئة الساجدين لمكان العذر، وقد ذكر صاحب «الإفصاح» ذلك، وإذا تمكن من السجود على ظهر الغير فلم يفعل، ففيه وجهان حكاهما الشيخ أبو محمد:

وأظهرهما: أنه تخلف بغير عذر.

والثاني: أنه تخلف بالعذر، وقد سبق حكم القسمين، أما إذا لم يمكنه أن يسجد على الأرض ولا على ظهر الغير، فلو خرج عن المتابعة لهذا العذر، وأراد أن يتمها ظهراً، هل يصح؟ فيه قولان؛ لأنه ظُهِرَ قبل فوات الجمعة، وسيأتي الخلاف فيه، قال الإمام: ويظهر عندي منعه من الانفراد؛ لأن إقامة الجمعة واجبة، والخروج عنها قصداً مع توقع إدراكها لا وجه له، فإذا دام على المتابعة فما الذي يفعل: ذكر في «النهاية»: أن شيخه حكى فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يومئ بالسجود أقصى ما يمكنه كالمريض لمكان العذر.

وأصحهما - وهو المذكور في الكتاب -: أنه ينتظر التمكن، ولا يومئ لقدرته على السجود، وتدور هذا العذر وعدم دوامه.

والثالث: أن يتخير بينهما، وهذه الوجوه كالوجه في الغازي أنه يقعد ويومئ، أو يقوم ويتم الأركان، أو يتخير بينهما، وإذا فرعنا على الصحيح، وهو أنه ينتظر، فلا يخلو إما أن يتمكن من السجود قبل ركوع الإمام في الثانية، أو لا يتمكن إلى ركوعه فيها، فأما في القسم الأول فيسجد كما تمكن، ثم إذا فرغ فلإمام أحوال أربعة:

إحداها: أن يكون بعد في القيام فيفتح القراءة، فإن أتمها ركع معه، وجرى على متابعته، ولا بأس بما وقع من التخلف للعذر كما في صلاة عسفان يسجد الحارسون بعد قيام الإمام إلى الثانية للعذر، كما سيأتي في صلاة الخوف، وإن ركع الإمام قبل أن ينسأ، فيبني حكمه على وجهين نذكرهما في أنه هل يلتحق بالمسبوق أم لا؟ وقد بيَّنا

(١) أخرجه البيهقي بإسناد صحيح، انظر خلاصة البدر (٢٢٣/١) والتلخيص (٧٣/٢).

حكم المسبوق وغيره في ذلك في صلاة الجماعة<sup>(١)</sup>.

الثانية: أن يكون في الركوع، ففيه وجهان:

أصحهما: عند الجمهور أنه يدع القراءة ويركع معه؛ لأنه لم يدرك محلها فسقطت عنه كالمسبوق.

والثاني - وهو اختيار القفال وجماعة -: أنه لا يدعها، ولا تسقط عنه؛ لأنه مؤتم بالإمام في حال قراءته، فلزمته بخلاف المسبوق، فعلى هذا يقرأ ويسعى خلف الإمام، وهو متخلف بالعدر.

الثالثة: أن يكون فارغاً من الركوع، لكنه بُعد في الصلاة؛ فإن قلنا: في الصورة السابقة: إنه كالمسبوق فيتابع الإمام فيما هو فيه، ولا يكون محسوباً له، بل يقوم عند سلام الإمام إلى ركعة ثانية، وإن قلنا: ليس كالمسبوق فيشتغل بترتيب صلاة نفسه، وحكى في «النهاية» طريقة أخرى أنه ليس له في هذه الصورة إلا متابعة الإمام.

الرابعة: لو وجد الإمام متحللاً من صلاته، لا يكون مدركاً للجمعة، فإن الإمام قد خرج من الصلاة قبل أن تتم له ركعة، بخلاف ما إذا رفع رأسه من السجود وسلم الإمام في الحال، قال إمام الحرمين: وإذا جوزنا له التخلف، وأمرناه بالجريان على ترتيب صلاة نفسه فالوجه أن يقتصر على الفرائض، فعساه يدرك الإمام، ويحتمل أن يجوز له الإتيان بالسنن مع الاقتصار على الوسط منها، وهذه الأحوال المذكورة في الكتاب سوى الرابعة منها، وإنما تكلم في الصورة التي يقع فيها هذه الأحوال، وهي أن تمنعه الزحمة من مطلق السجود دون أن تمنعه من السجود على الأرض، خاصة وقوله: (وقلنا: إنه كالمسبوق فهانئ يتابع الإمام) يجوز إعلامه بالواو للطريقة التي حكاها الإمام أنه يتابع بلا خلاف.

قال الغزالي: **أَمَّا إِذَا لَمْ يَتِمَّ كُنْ مِنَ السُّجُودِ حَتَّى رَكَعَ الْإِمَامُ فَقَوْلَانِ: (أَحَدُهُمَا) يَزَكُّ مَعَهُ وَقَدْ حَصَلَتْ لَهُ رُكْعَةٌ وَاحِدَةٌ إِمَّا مُلْفَقَةٌ مِنْ هَذَا السُّجُودِ وَالرُّكُوعِ الْأَوَّلِ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَإِمَّا مَنْظُومَةٌ مِنْ هَذَا الرُّكُوعِ وَالسُّجُودِ، فَإِنْ قُلْنَا بِالْمُلْفَقَةِ، فَهَلْ تَصْلُحُ لِإِذْرَاكِ الْجُمُعَةِ بِهَا؟ فَعَلَى وَجْهَيْنِ، وَلَوْ خَالَفَ أَمْرَنَا وَلَمْ يَزَكِّ مَعَ الْإِمَامِ لَكِنْ سَجَدَ بَطَلَتْ صَلَاتُهُ إِلَّا إِذَا كَانَ جَاهِلاً فَيَجْعَلُ كَأَن لَمْ يَسْجُدْ، وَيَنْظُرُ بَعْدُ فَإِنْ رَاعَى تَرْتِيبَ صَلَاةِ نَفْسِهِ فَإِذَا سَجَدَ فِي رُكْعَتِهِ الثَّانِيَةِ حَصَلَتْ لَهُ رُكْعَةٌ فِيهَا نَقْصَانُ التَّلْفِيحِ وَنُقْصَانُ**

(١) قال النووي: أصحهما عند الجمهور له حكمه. الروضة (١/٥٢٤).

الْقُدْوَةَ الْحُكْمِيَّةَ لِوُقُوعِهَا بَعْدَ الرُّكُوعِ الثَّانِي لِلْإِمَامِ، وَهَلْ تَصْلُحُ الْحُكْمِيَّةُ لِإِدْرَاكِ الْجُمُعَةِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، أَمَّا إِذَا تَابَعَ الْإِمَامَ بَعْدَ فَرَاغِهِ مِنْ سُجُودِهِ الَّذِي سَهَا بِهِ فَقَدْ سَجَدَ مَعَ الْإِمَامِ حِسًّا وَتَمَّتْ لَهُ رَكْعَةٌ مُلَفَّقَةٌ.

قال الرافي: القسم الثاني: أن لا يتمكن من السجود حتى يركع الإمام في الثانية، وفيما يفعل والحالة هذه؟ قولان:

أصحهما - وبه قال مالك وأحمد، وأخْتارَهُ الْقَفَّالُ -: أنه يتابعه فيركع معه لظاهر قوله: «إِنَّمَا جُعِلَ الْإِمَامُ لِيُؤْتَمَّ بِهِ، فَإِذَا رَكَعَ فَارْكَعُوا»<sup>(١)</sup> ولأنه أدرك الإمام في الركوع فيركع معه كالمسبوق.

والثاني - وبه قال أبو حنيفة -: لا يركع معه بل يراعى ترتيب [صلاة نفسه]<sup>(٢)</sup> فيسجد لقوله ﷺ: «وَإِذَا سَجَدَ فَاسْجُدُوا»<sup>(٣)</sup>. وقد سجد الإمام في الأولى فليسجد هو أمثالاً للأمر، ولأنه لو ركع لكان موالياً بين ركوعيه في ركعة واحدة، قال الرُّوْيَانِيُّ: وهذا أصح.

التفريع: إن قلنا بالأول فإما أن يوافق ما أمرناه به، أو يخالف.

الحالة الأولى: أن يوافق فيركع فأى الركوعين يحسب له، فيه وجهان، وقيل: قولان.

أحدهما: الأول؛ لأنه أتى به في وقت الاعتداد بالركوع، وإنما أتى بالثاني لِعُذْرِهِ، وهو موافقة الإمام، فأشبهه ما لو والى بين ركوعين ناسياً.

والثاني: المحسوب الثاني؛ لأن المدة قد طالت وأفرط التخلف، فكأنه مسبوق لحق الآن فيحسب له الركوع وما بعده، ويلغى ما سبق، وذكروا أن منشأ هذا الخلاف التردد في تفسير لفظ الشافعي - رضي الله عنه - فإنه قال على هذا القول: «فيركع معه في الثانية وتسقط الأخرى» فَمِنْ قَائِلٍ: أراد بالأخرى الأخيرة، وَمِنْ قَائِلٍ: أراد الأولى، قالوا: والأول أصح، والثاني أشبه بكلاميه.

وقوله في الكتاب: «إما ملفقة إلى آخره وإما منظومة من هذا الركوع والسجود» أي: على هذا الوجه الثاني، فإن قلنا: بالوجه الثاني أجزأته الركعة الثانية من الجمعة، فيضم إليها أخرى عند سلام الإمام، وإن قلنا: بالأول فالحاصل ركعة ملفقة من هذا السجود، وذلك الركوع، وفي إدراك الجمعة بها وجهان:

(١) تقدم.

(٢) في (ب): صلاته.

(٣) تقدم.

أحدهما - وبه قال ابنُ أبي هُرَيْرَةَ -: لا يدرك لنقصانها بالتلفيق، ومن شرط الجمعة وإدراكها أستجماع صِفَةِ الكَمَالِ.

وأصحهما - وبه قال أبو إسحاق -: تدرك لقوله ﷺ: «مَنْ أَدْرَكَ رَكْعَةً مِنَ الْجُمُعَةِ فَلْيُصِفْ بِهَا أُخْرَى»<sup>(١)</sup>.

والتلفيق ليس بنقص في حق المعذور، وإن كان نقصاً فهو غير مانع، ألا ترى أنا إذا احتسبنا بالركوع الثاني حكمنا بإدراك الجمعة بلا خلاف مع حصول التلفيق بين هذا الركوع وذلك التحريم.

**الحالة الثانية:** أن يخالف ما أمرنا فلا يركع معه، ويسجد جرياً على ترتيب صلواته فإذا أن يفعل ذلك عالماً بأن واجبه المتابعة، أو يفعله ناسياً، أو معتقداً أن الواجب عليه رعاية ترتيبه، فإن فعله عالماً ولم ينو مفارقة الإمام بطلت صلواته، وعليه التحريم بالجمعة إن أمكنه إدراك الإمام في الركوع، وإن نوى مفارقتها فقد أخرج نفسه عن صلاة الإمام بغير عذر، وفي بطلان الصلاة به قولان سَبَقًا، فإن لم تَبْطُلْ لم تصح جمعته، وفي صحّة الظهر خلاف مبني على أن الجمعة إذا تعذر إتمامها هل يجوز إتمامها ظهرأ؟ وعلى أن الظهر هل تصح قبل فوات الجمعة؟ وسيأتي ذلك.

وقوله: «تبطل صلواته إلا إذا كان جاهلاً» ينبغي أن يُعْلَمَ فيه أن الاستثناء لا ينحصر في الجاهل، بل الناسي في معناه، وقوله: (بطلت صلواته) إن أراد ما إذا لم ينو المفارقة وأستدام نيته الأولى فذاك، وإن أراد إطلاق الحكم نوى المفارقة أم لا؟ فيحتاج إلى الإعلام بالواو، وأما إذا فعله جاهلاً أو ناسياً، فما أتى به من السجود لا يعتد به، ولا تبطل الصلاة، ثم إذا فرغ والإمام راكع بعد بأن خفف سجوده، وطوّل الإمام فعله متابعتة، فإن تابعه وركع معه فالتفريع كما سبق لو لم يسجد، وإن لم يركع معه أو كان الإمام قد فرغ من الركوع، فينظر: إن راعى ترتيب صلاة نفسه، بأن قام بعد السجدين وقرأ وركع وسجد، فقد قال حُجَّةُ الإسلام - قدّس الله روحه - هاهنا وفي «الوسيط»: تتم له ركعتان بهما لكن فيها نقصانان:

أحدهما: نقصان التلفيق، فإن ركوعها من الأولى وسجودها من الثانية، وفيها الخلاف المذكور.

والثاني: نقصان القدوة الحكمية، وبين في «النهاية» معناه فقال: إن المزحوم لم يسجد على متابعة الإمام والأقتداء به حقيقة وحسّاً، وإنما سجد متخلفاً عنه، إلا أنه

معذور فسحبوا حكم القدوة عليه، وقالوا: إن لم يفرط التخلف بأن سجد قبل ركوع الإمام ألحق أقتدائه بالأقتداء الحقيقي، وجعل مدركاً للجمعة كما تقدم، فأما إذا سجد بعد ركوعه، فقد أفرط التخلف وأنهى الإمام إلى آخر ما به يدرك المسبوق للجمعة، فالتمت ركعته معرضاً عن الأقتداء به حقيقة، هل يكون مدركاً للجمعة؟ فيه وجهان:

وأصحهما: نعم، ويقرب توجيههما مما ذكرنا في الملفقة وقد عرفت مما ذكرنا أنه إلى ماذا أشار بقوله: «لوقوعها بعد الركوع الثاني للإمام» وأن الخلاف ليس في مطلق الحكمية، فإن السجود في حال قيام الإمام ليس على حقيقة المتابعة، ولا خلاف في إدراك الجمعة به ثم أعرف شيئين:

أحدهما: أنه أطلق الحكم بأحساب سجديته في الثانية، وتمام الركعة بهما، ثم نقل التردد في إدراك الجمعة بها، ولا شك في أن هذا التردد مخصوص بما إذا وقعتا قبل سلام الإمام، فأما إذا وقعتا أو شيء منهما بعد سلام الإمام فقد نصوا على أنه لا يكون مدركاً للجمعة، على أن في أصل الاحتساب إذا وقعتا قبل سلام الإمام إشكالاً؛ لأننا على القول الذي عليه التفريع، نأمره بالمتابعة بكل حال، فكما لا يحسب له السجود والإمام راعٍ؛ لأن فرضه المتابعة وجب أن لا يحسب له والإمام في ركن بعد الركوع، والمفهوم من كلام الأكثرين هذا، وهو عدم الاحتساب بشيء مما يأتي به على سبيل المتابعة، فإذا سلم الإمام سجدَ سجديتين لتمام الركعة، ولا يكون مدركاً للجمعة.

نعم، صرح الصيدلاني بأحساب السجديتين، وينقل الوجهين في إدراك الجمعة بها، كما ذكره في الكتاب والله أعلم.

الثاني: أنه زيد في بعض النسخ بعد قوله: (فيجعل «كأنه لم يسجد») ثم إن أدرك الإمام راعياً، عاد التفريع كما مضى، وإن فات الركوع ينظر بعده، فإن راعى وهكذا هو في «الوسيط» وليس في بعضها هذه الزيادة، والأمر فيها قريب، وعلى الأول فليس التفصيل المرتب على قوله: (فإن فات الركوع) مخصوصاً بما إذا فات الركوع عند فراغ المزحوم من السجود، بل لو كان الإمام في الركوع بعد، ولكنه جرى على ترتيب صلاته، كان الحكم كما لو فات إلا أن يطيل الإمام ركوعه، فيكون بعد فيها حين سجد المزحوم في الثانية، فلا يعتد به، هذا كله فيما إذا جرى على ترتيب صلاته بعد فراغه من سجديته اللتين لم يعتد بهما، فأما إذا فرغ منهما، والإمام ساجد، فاتفق له متابعته في السجديتين، فهذا هو الذي نأمره به، والحالة هذه تفريعاً على هذا القول، فيحسبان له، ويكون الحاصل ركعة ملفقة.

وأما نقصان الآخر فهو: مفقود هاهنا؛ لأنه سجد مع الإمام حساً.

وقوله: (بعد سجوده الذي سها به) أي جهل حكمه فإنه بمثابة السهو، وإن وجدته

جالساً للتشهد وافقه، فإذا سَلَّمَ سجد سجدتين لتتم له الركعة، ولا جُمُعة له؛ لأنه لم يتم له الركعة والإمام في الصَّلَاة، وكذلك يفعل لو وجده قد سلم حين فرغ من سجدتيه.

قال الغزالي: (وَالْقَوْلُ الثَّانِي) أَنَّهُ لَا يَزَكُّ مَعَ الْإِمَامِ بَلْ يُرَاعِي تَرْتِيبَ صَلَاةِ نَفْسِهِ، فَإِنَّ خَالَفَ مَعَ الْعَلَمِ وَرَكَعَ بَطَلَتْ صَلَاتُهُ، وَإِنْ كَانَ جَاهِلًا لَمْ تَبْطُلْ، وَحَصَلَ لَهُ بِسُجُودِهِ مَعَ الْإِمَامِ رَكْعَةٌ مُلَفَّقَةٌ، وَإِنْ وَاثَقَ قَوْلُنَا وَسَجَدَ فَسُجُودُهُ وَاثَقَ فِي قُدُوةِ حُكْمِيَّةٍ فَنَفِي الْإِدْرَاكِ بِهَا وَجْهَانِ، فَعَلَى هَذَا لِلْإِمَامِ حَالَتَانِ عِنْدَ فَرَاغِهِ مِنَ السُّجُودِ، فَإِنْ كَانَ فَارِعًا مِنَ الرُّكُوعِ فَيَجْرِي عَلَى تَرْتِيبِ صَلَاةِ نَفْسِهِ، وَإِنْ كَانَ رَاكِعًا رَكَعَ مَعَهُ إِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ كَانَ كَالْمَسْبُوقِ، وَإِلَّا جَرِيَ عَلَى تَرْتِيبِ صَلَاةِ نَفْسِهِ.

قال الرافعي: ذكرنا أصل هذا القول وتوجهه مع الأول، وأما التفريغ: فإنه لا يخلو إما أن يوافق ما أمرناه به وهو رعاية ترتيبه أو يخالف.

إحدى الحاليتين: أن يخالف أمرنا ويركع مع الإمام، فإن كان عامداً بطلت صلاته، وعليه أن يبتدىء [الإحرام]<sup>(١)</sup> بالجمعة إن أمكنه إدراك الإمام في الركوع، وإن كان ناسياً أو جاهلاً يعتقد أن الواجب عليه الركوع مع الإمام فلا يعتد بركوعه، ولا تبطل صلاته فإذا سجد معه بعد الركوع فهل تحسب له السجدتان؟ المشهور أنهما يحسبان له، لأننا أمرناه بالسجود على هذا القول، فقدم عليه شيئاً غير معتد به، ولا مفيد، فإذا أنهى إليه وجب أن يقع عن [المأموم]<sup>(٢)</sup> وهذا هو الذي ذكره في الكتاب، فقال: (وحصلت له بسجوده مع الإمام ركعة ملفقة) وحكي الشيخ أبو محمد - رحمه الله - في السلسلة وجهاً آخر، أنه لا يعتد بهما [لأنه أتى بهما]<sup>(٣)</sup> على قصد الثانية، فلا يقع عن أولاه كما لو نسي سجدة من صلب الصَّلَاة، ثم سجد لتلاوة أو سهو لا يقوم مقامها، فإن قلنا بالأول، فالحاصل ركعة ملفقة، وفي الإدراك بها ما سبق من الخلاف.

الحالة الثانية: أن يوافق ما أمرناه به، فيسجد، فهذه القدوة حكمية لوقوع السجود بعد الركوع الثاني للإمام، وفي إدراك الجمعة بها الوجهان السابقان، وهما مشهوران في هذا الموضع في كلام الأصحاب، ثم إذا فرغ من السجود فللإمام حالتان:

إحدهما: أن يكون فارغاً من الركوع إما في السجود أو في التشهد، ففيه وجهان: أحدهما - وهو المذكور في الكتاب -: أنه يجري على ترتيب صلاة نفسه، فيقوم

(١) سقط في ط.

(٢) في ط المأموم.

(٣) سقط في (ط).

ويقرأ ويركع؛ لأننا أمرناه بذلك حالة ركوع الإمام، مع أنه الركن الذي يتعلق به إدراك المسبوق، فلأن نأمره به بعد مجاوزته كان أولى.

**والثاني:** أنه يلزمه متابعة الإمام فيما هو فيه، فإذا سلم الإمام أشتغل بتدارك ما عليه؛ لأنه إنما جعل الإمام ليؤتم به، فصار كالمسبوق يدرك الإمام ساجداً أو متشهداً، بخلاف الركعة الأولى، فإنه أدرك منها القيام والركوع، فلزمه إتمامها ويشبه أن يكون هذا الوجه أظهر في المذهب؛ لأن كثيراً من أصحابنا لم يوردوا سواه، منهم جماعة من العراقيين والشيخ أبو محمد، ونقل ابن الصباغ وصاحب «المهذب» الوجهين، وقالوا: الأصح، هو الثاني، وعلى هذا الثاني.

قال الشيخ أبو محمد: لو كان الإمام عند فراغه من السجود قد هوى للسجدتين فتابعه، فقد والى بين أربع سجعات، فالمحسوب لتمام الركعة الأولى الأوليان أم الأخيران؟ فيه وجه كما سبق في الركوعين:

أقربهما إلى الصواب: احتساب الأوليين، وعلى الوجه الثاني يعود الخلاف المذكور في الركعة الملققة.

**والثانية:** أن يكون الإمام راعياً بعد، فهل عليه متابعتها وتسقط عنه القراءة كالمسبوق أو يشتغل بترتيب صلاة نفسه فيقرأ؟ فيه وجهان كما ذكرنا تفرعاً على القول الأول، فعلى الأول يسلم معهم ويتم جمعته، وعلى الثاني يقرأ ويسعى ليلحقه، وهو مدرك للجمعة أيضاً.

وقوله: في أول القول الثاني: «لا يركع معه» معلّم بالميم والألف، وقوله في أول القول الأول: «يركع معه» بالحاء؛ لما قدمناه، ويجوز أن يعلم كلاهما بالزاي؛ لأن الأصحاب اختلفوا في اختيار المزمي ومذهبه من القولين، فعن ابن سريج وابن خيران أن اختياره القول الثاني، وعن أبي إسحاق أن اختياره القول الأول، ولهذا الاختلاف شرح ليس هذا موضعه، ولعلك تقول قوله: «فعلى هذا للإمام حالتان» تفرقع وترتيب، فعلى ماذا رتبته، والمذكور قبله، وجهان مرسلان في أن القدورة الحكمية، هل تفيد إدراك الجمعة؟ والجواب: أنه أراد الترتيب على قولنا: أن القدورة الحكمية تصلح للإدراك، وقد بين ذلك في «الوسيط»، لكن إيراد المعظم يدل على أن كلام الحاليتين لا يختص بالتفريع على أحد الوجهين، بل هو شامل لهما وإنما يختلفان في القدر الذي يتداركه، هذا تمام الكلام فيما إذا لم يتمكن المزحوم في السجود حتى ركع الإمام في الثانية، ولو لم يتمكن منه حتى سجد الإمام في الثانية فيتابعه في السجود قولاً واحداً، والحاصل ركعة مَلْفَقَةٌ، وإن قلنا: الواجب متابعة الإمام، وغير ملفقة إن قلنا: الواجب عليه رعاية ترتيب صلاته ذكره في «التهذيب»، ولو لم يتمكن منه حتى تشهد الإمام قال في

«التتمة»: يسجد، ثم إن أدرك الإمام قبل السلام فقد أدرك الجمعة، وإلا فلا<sup>(١)</sup> ولو كان الزحام في سجود الركعة الثانية وقد صلى الأولى مع الإمام فيسجد متى تمكن قبل سلام الإمام أو بعده، وجمعته صحيحة، وإن كان مسبوقةً لحقه في الثانية، فإن تمكن قبل سلام الإمام سجد، وقد أدرك ركعته، وإن لم يتمكن حتى سلم الإمام، فلا جمعة له، ولو زحم عن ركوع الركعة الأولى حتى ركع الإمام في الثانية يركع معه، قال الأكثرون: يعتد له بالركعة الثانية، وتسقط الأولى، ومنهم من قال: الحاصل ركعة ملفقة.

قال الغزالي: وَمَهْمَا حَكَمْنَا بِأَنَّهُ لَمْ يُدْرِكِ الْجُمُعَةَ فَهَلْ تَنْقَلِبُ صَلَاتُهُ ظَهْرًا؟ فِيهِ قَوْلَانِ يُعْبَرُ عَنْهُمَا بِأَنَّ الْجُمُعَةَ هِيَ ظَهْرٌ مَقْصُورَةٌ أَمْ هِيَ صَلَاةٌ عَلَى حَيْالِهَا<sup>(٢)</sup> فَإِنْ قُلْنَا: لَا تَنْقَلِبُ ظَهْرًا فَهَلْ تَبْقَى نَفْلًا؟ يُبْنَى عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِي الْمُتَحَرِّمِ بِالظُّهْرِ قَبْلَ الزَّوَالِ.

قال الرافعي: إذا عرضت حالة في الصلاة تمنع من وقوعها جمعة في صورة الزحام وغيرهما، فهل يتم صلاته ظهراً؟ فيه قولان يتعلقان بأصل، وهو أن الجمعة ظهر مقصورة أو هي صلاة على حالها؟ وقد اختلف قول الشافعي - رضي الله عنه - في فروع تقتضي اختلافه في هذا الأصل.

أحدهما: أنها ظهر مقصورة؛ لأن وقتها وقت الظهر، ولكن وجب القصر فيها عند تمام شروطها.

والثاني: أنها صلاة على حالها، ألا ترى أنه لا يجوز فعلها في سائر الأيام، ولا يجوز فعل الظهر في هذا اليوم.

فإن قلنا: إنها ظهر مقصورة، فإذا فات بعض شرائط الجمعة أتمها ظهراً كالمسافر إذا فات شروط قصره.

وإن قلنا: إنها فرض آخر فهل يتم، فيه وجهان المذكوران في «التهذيب» وغيره.

أحدهما: لا؛ لأنه شرع فيها بنية الجمعة.

والثاني: نعم؛ لأنهما فرض وقت واحد.

وقوله في الكتاب: (فهل تنقلب صلاته ظهراً؟) يشعر بأن الخلاف في أنقلابه بنفسه، وفي «النهاية» حكاية وجهين<sup>(٣)</sup> في ذلك على قولنا: أنه تتم صلاته ظهراً.

(١) قال إمام الحرمين: لو رفع المزحوم رأسه من السجدة الثانية، فسلم الإمام قبل أن يعتدل المزحوم ففيه احتمال، قال والظاهر أنه مدرك للجمعة، قاله النووي. الروضة (١/٥٢٧).

(٢) قال النووي: أظهرهما صلاة بحيالها. الروضة (١/٥٢٨).

(٣) قال النووي: الأصح لا يشترط، وهو مقتضى كلام الجمهور. الروضة (١/٥٢٨).



أحدهما: [أنها]<sup>(١)</sup> تنقلب ظهراً من غير قصدٍ منه؛ لأننا إذا جعلناها ظهراً مقصورة، فمتى بطل القصر ثبت الإتمام.

**والثاني:** أن الشرط أن يقلبهما ظهراً بقصده؛ لأن بين الجمعة والظهر تغييراً في الجملة ليس بين القصر والإتمام، فلا بد من قصد البناء، والظاهر من الخلاف في المسألة أن له أن يتمها ظهراً، وإذا قلنا: لا يتمها ظهراً فهل تبقى صلاته نقلاً أم تبطل من أصلها؟ فيه القولان السابقان فيما إذا تحرم بالظهور قبل الزوال ونظائرها؛ ثم قال إمام الحرمين: قول البطلان لا ينتظم تفريره إذا أمرناه في صورة الزحام بشيء فوافق أمرنا؛ لأن الأمر بالشيء والحكم ببطلانه ورفع آخره محال، فليكن ذلك مخصوصاً بما إذا أمرناه بشيء، فخالف، وحيث أطلق الأئمة ترتيب الخلاف وتنزيله فهو محمول على هذا.

قال الغزالي: **وَالنَّسِيَانُ هَلْ يَكُونُ عُذْرًا كَالزَّحَامِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.**

قال الرافعي: **التخلف بالنسيان هل هو كالتخلف بالزحام؟ فيه وجهان:**  
أصحهما: نعم؛ لمكان العذر.

**والثاني:** لا؛ لأنه نادرٌ، ولأنه مفرط إذ هو بسبيل من إدامة الذكر، هكذا أطلق جماعة نقل الوجهين منهم المصنّف، والمفهوم من كلام الأكثرين أن في ذلك تفصيلاً: إن تأخر سجوده عن سجدي الإمام ثم سجد في حال قيام الإمام فالحكم كما ذكرناه في الزحام، وكذلك لو تأخر لمرضٍ لشمول العذر، وعدم إفراط التخلف، وإن بقي ذاهلاً عن السجود حتى ركع الإمام في الثانية ثم تنبه فهاهنا خلاف، منهم من قال: فيه القولان في المرحوم:

أحدهما: يركع معه.

**والثاني:** يجري على ترتيب صلاة نفسه، وبهذا قال القاضي أبو حامد، ومنهم من قال: يتبعه قولاً واحداً؛ لأنه مَقْصُرٌ بالنسيان، فلا يجوز له ترك المتابعة، وهذا أظهر عند القاضي الروياني.

**خاتمة:** الزحام كما يفرض في صلاة الجمعة، يفرض في سائر الصلوات وإنما يذكر في الجمعة خاصة؛ لأن الزحمة فيها أكثر، ولأنها يجتمع فيها وجوه من الإشكال لا تجري في غيرها مثل التردد في أن الركعة الملقّقة هل تدرك بها الجمعة؟ وكذا التردد في القدوة الحكمية، والتردد في أن المبنية على أن الجمعة ظهر مقصورة، ولأن

(١) في ط أنه.

الجماعة شرط فيها ولا سبيل إلى المفارقة ما دام يتوقع إدراك الجمعة بخلاف سائر الصلوات.

إذا عرفت ذلك، فإذا فرض الزحمة في سائر الصلوات وامتنع عليه السجود في الأولى حتى يركع الإمام في الثانية أطرد فيه القولان، وحكى القاضي أبْنُ كَجِّحٍ طريقين آخرين:

إحدهما: أنه يركع معه بلا خلاف.

والثاني: أنه يراعي ترتيب صلواته بلا خلاف.

قال الغزالي: الشَّرْطُ السَّادِسُ: الخُطْبَةُ، وَأَرْكَانُهَا خَمْسَةٌ: (ح)، الْحَمْدُ لِلَّهِ وَيَتَعَيَّنُ هَذَا اللَّفْظُ، وَالصَّلَاةُ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ وَيَتَعَيَّنُ لَفْظُ الصَّلَاةِ، وَالْوَصِيَّةُ بِالتَّقْوَى، وَلَا يَتَعَيَّنُ لَفْظُهَا إِذْ عَرَضَهُ الْوَعْظُ، وَأَقْلَبَهَا أَطْبَعُوا اللَّهَ، وَالدُّعَاءُ لِلْمُؤْمِنِينَ، وَأَقْلَبَهُ رَحِمَكُمُ اللَّهُ، وَقِرَاءَةُ الْقُرْآنِ، وَأَقْلَبَهَا آيَةٌ، وَالدُّعَاءُ لَا يَجِبُ إِلَّا فِي الثَّانِيَةِ، وَالْقِرَاءَةُ تَخْتَصُّ بِالأُولَى عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَالتَّحْمِيدُ وَالصَّلَاةُ وَالْوَصِيَّةُ وَاجِبَةٌ فِي الخُطْبَتَيْنِ.

قال الرافعي: من شرائط الجمعة تقدم خطبتين «لأن النبي ﷺ لم يصل الجمعة إلا بِخُطْبَتَيْنِ»<sup>(١)</sup> وقد قال: «صَلُّوا كَمَا رَأَيْتُمُونِي أُصَلِّي»<sup>(٢)</sup> وروي عن عمر - رضي الله عنه - وغيره «أَنَّ الصَّلَاةَ إِنَّمَا قُصِرَتْ لِلْخُطْبَةِ»<sup>(٣)</sup>.

والكلام في واجبات الخطبة وسننها.

أما الواجبات: فقد جعلها قسمين: الأركان والشرائط، وعد الأركان خمسة:

أحدها: حمد الله تعالى لما روي أنه ﷺ «خَطَبَ يَوْمَ الْجُمُعَةِ فَحَمِدَ اللَّهَ، وَأَثْنَى عَلَيْهِ»<sup>(٤)</sup>، ويتعين لفظ الحمد أتباعا لما درجوا عليه من عصر الرسول ﷺ إلى عصرنا هذا.

والثاني: الصَّلَاةُ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَإِنْ كَلَّ عِبَادَةٌ أَفْتَقَرْتُ إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ تَعَالَى أَفْتَقَرْتُ إِلَى ذِكْرِ رَسُولِهِ كالأَذَانِ وَالصَّلَاةِ، وَيَتَعَيَّنُ لَفْظُ الصَّلَاةِ كَمَا ذَكَرْنَا فِي الْحَمْدِ،

(١) قال الحافظ ابن حجر في التلخيص (٥٨/٢): لم أره هكذا، وهو عند البخاري، ومسلم من حديث ابن عمر أنه ﷺ كان يخطب خطبتين، يقعد بينهما، البخاري (٩٢٨) ومسلم (٨٦١).

(٢) تقدم.

(٣) ذكره أبو بكر الرازي من قول عمر، ورواه البيهقي من قول سعيد بن جبير، الخلاصة (٢٢٣/١) والتلخيص (٧٣/٢).

(٤) أخرجه مسلم من رواية جابر (٨٦٧).

وحكى في «النهاية» عن كلام بعض الأصحاب ما يوهم أنهما لا يتعينان، ولم ينقله وجهاً مجزوماً به.

والثالث: الوصية بالتقوى لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ «وَاطَبَ عَلَيْهَا فِي خُطْبَتِهِ»<sup>(١)</sup>.

ولأن المقصود من الخطبة الوعظ والتحذير، فلا يجوز الإخلال به، وهل يتعين لفظ الوصية؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، كالحمد لله والصلاة.

وأصحهما: وهو المذكور في الكتاب لا؛ لأن غرضها الوعظ فبأي لفظ وَعَظ حَصَلَ الْعَرَضُ، وقد روي هذا عن نصه في «الإملاء» قال الإمام: ولا يكفي الأقتصار على التحذير من الاعتزاز بالدنيا وزخارفها، فإن ذلك قد يتوأسى به المنكرون للمعاد أيضاً، بل لا بد من الحمل على طاعة الله تعالى وحده، والمنع من المعاصي، ولا يجب في المَوْعِظَةِ فَضْلٌ وكلامٌ طويلٌ، بل لو قال: أطيعوا الله كفاه، وأبدى الإمام احتمالاً فيه، وقال: الغرض أستعطاف القلوب، وتنبية الغافلين ولا يحصل ذلك إلا بفصل يهز ويستحث، وعلى ذلك جرى الأولون، واللائق بمذهب الشافعي - رضي الله عنه - الاتباع، ولا تردد في كلمتي الحمد والصلاة أنهما كافيتان، ثم هذه الأركان الثلاثة لا بد منها في الخطبتين جميعاً، وحكى الحناطي وجهاً غريباً أنه لو صَلَّى على النبي ﷺ في إحداها جاز، فيجوز أن يُعَلَّمَ لذلك لفظ (الصلاة) في قوله: «والتحميد والصلاة والوصية واجبة في الخطبتين» بالواو.

والرابع: الدُّعَاءُ للمؤمنين ركنٌ في ظاهر المذهب أتباعاً، وفيه أوجه أخر أنه لا يجب في غير الخطبة كالتسبيح، وكلام صاحب «التلخيص» يوافق هذا الوجه، ويحكى عن نصه في «الإملاء» أيضاً، وإذا قلنا بالأول فهو مخصوص بالثانية فإن الدعاء يَلِيْقُ بحالة الأختتام، ولو دعا في الأول لم يحسب عن الثانية، وكفي ما يقع عليه الأسم قال الإمام: وأرى أنه يجب أن يكون متعلقاً بأمور الآخرة غير مقتصرٍ على أوطار الدنيا، وأنه لا بأس بتخصيصه بالسامعين بأن يقول: رحمكم الله.

الخامس: قراءة القرآن، وهي من الأركان.

روي أنه ﷺ «كَانَ يَفْرَأُ آيَاتِ وَيَذْكُرُ اللَّهَ تَعَالَى»<sup>(٢)</sup>، ونقل قول عن «الإملاء»: أنها ليست من الأركان، وإنما هي من المستحبات وقد يحكى المذهبان على وجهين عن أبي إسحاق المروزي فإن قلنا بالمشهور، وهو أنها ركن فقد قال الأصحاب: أقله آية،

(١) أخرجه مسلم في المصدر السابق. (٢) أخرجه مسلم (٨٦٢).

ويحكى ذلك عن نص الشافعي - رضي الله عنه -، ولا فرق بين أن يكون مضمونها وَعْدًا أو وعيداً أو حكماً أو قصة، قال الإمام: ولا يبعد الأكتفاء بشرط آية طويلة، ولا شك أنه لو قال: «ثُمَّ نَظَرَ»<sup>(١)</sup> لم يكف وإن عد آية بل يعتبر أن تكون مفهومة، وأختلفوا في محلها على ثلاثة أوجه:

أظهرها - وينقل عن نصه في الأم - : أنها تجب في إحداهما لا بعينها؛ لأن المنقول أنه كان يقرأ في الخطبة وهذا القدر لا يوجب كون القراءة فيهما ولا في واحدة على التعيين.

**والثاني:** أنها تجب فيهما؛ لأنها ركن فأشبهت الثلاثة الأول.

**والثالث:** أنها تختص بالأولى في مقابلة الدعاء المختص بالثانية، وهذا ظاهر لفظه في «المختصر».

وقوله في الكتاب: (والقراءة تختص بالأولى على أحد الوجهين) تعرض لهذا الوجه الثالث، ويمكن إدراج الوجهين الآخرين في مقابله بأن يقال: والثاني لا يختص، وعلى هذا تجب فيهما أو تجب في واحدة لا على التعيين، فيه وجهان. «وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يقرأ فِي الْخُطْبَةِ سُورَةُ (ق)، رُوِيَ ذَلِكَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ»<sup>(٢)</sup> وإن قرأ آية سجدة نَزَلَ وَسَجَدَ، فإن كان المنبر عالياً لو نزل لطال الفصل، ففيه الخلاف المذكور في اشتراط الموالاة، ولا تداخل في الأركان المذكورة، حتى لو قرأ آية فيها موعظة، وقصد إيقاعها عن الجهتين، لم يجز، ولا يجوز أن يأتي بآيات تشتمل على الأركان المطلوبة فإن ذلك لا يسمى خطبة، ولو أتى ببعضها في ضمن آية لم يمتنع.

وقوله في الكتاب: (وأركانها خمسة) معلم بالواو للخلاف المذكور في القراءة والدعاء، وبالحاء؛ لأن عنده يكفيه أن يقول: الْحَمْدُ لِلَّهِ، أو لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ أو نحوهما، وبالميم؛ لأنه روي عن مالك مثل مذهب أبي حنيفة، وروي أنه قال: لا يجزئه إلا ما سمته العرب خطبة، ويجوز أن يعلم كل واحد من الأركان بعلامتها؛ لما ذكرنا، وكذا الحكم بتعيين الحمد لله والصلاة، ولك أن تبحث في شيئين من قوله: (ويتعين هذه اللفظة) وقوله: (يتعين لفظ الصلاة):

أحدهما: أن الحكم بتعين اللفظين يقتضي عدم إجرائهما بغير العربية، فهل هو كذلك؟

(١) سورة المدثر، الآية ٢١.

(٢) أخرجه مسلم من رواية أم هشام بنت حارثة (٨٧٣).

والجواب: أن في اشتراط كون الخطبة كلها بالعربية وجهين.

أصحهما: أنه شرط أتباعاً لما جرى عليه الناس.

والثاني: ذكره في «التتمة» مع الأول: أنه لا يشترط اعتباراً بالمعنى، فعلى الصحيح لو لم يكن فيهم من يحسن العربية خطب بغيرها، ويجب أن يتعلم واحد منهم الخطبة بالعربية، كالعاجز عن التكبير بالعربية عليه التعلّم، فلو مضت مدة إمكان التعلم ولم يتعلموا عصوا، وليس لهم الجمعة.

الثاني: لم قال في الحمد لله: (وتتعين هذه اللفظة) ولم يقل مثل ذلك في الصلاة على رسول الله، ولكن خصّ التعيين بالصلاة؟

والجواب: إنما لم يقل في الصلاة، وتتعين هذه اللفظة؛ لأنه لو قال: والصلاة على محمد، أو على النبي جاز ولا يشترط التعرض للفظ الرسول.

وقوله في الحمد: (وتتعين هذه اللفظة) مقتضاة أنه لو قال: الحمد للرحمن أو الرحيم، لا يجزئه، وذلك مما لا يبعد كما في كلمة التكبير، لكن لم أره مسطوراً، فأما أن قوله: «والصلاة على النبي مجزئ فلا شك فيه»، وهو لفظ الشافعي - رضي الله عنه - في «المختصر».

قال الغزالي: وَشَرَائِطُهَا سِتُّ، الْوَقْتُ وَهُوَ مَا بَعْدَ الزَّوَالِ وَتَقْدِيمُهَا عَلَى الصَّلَاةِ بِخِلَافِ صَلَاةِ الْعِيدَيْنِ، وَالْقِيَامِ فِيهِمَا، وَالْجُلُوسُ بَيْنَ الْخُطْبَتَيْنِ مَعَ الطَّمَأِينَةِ، وَفِي طَهَارَةِ الْحَبَثِ وَالْحَدَثِ وَالْمُؤَالَاةِ خِلَافٌ.

قال الرافعي: لما فرغ من الأركان أشتغل بذكر الشرائط وعددها ستاً، وهذا الفصل يشتمل على خمس منها:

إحداها: الوقت، وهو ما بعد الزوال، فلا يجوز تقديم الخطبتين، ولا شيء منهما عليه خلافاً لأحمد حيث قال: يجوز كما حكينا عنه في نفس الصلاة، ولمالك حيث جوز تقديم الخطبة على الزوال وإن لم يجز تقديم الصلاة.

لنا: ما روي أنه ﷺ: «كَانَ يَخْطُبُ يَوْمَ الْجُمُعَةِ بَعْدَ الزَّوَالِ»<sup>(١)</sup>.

ولو جاز التقديم لقدمها تخفيفاً على المبكرين، وإيقاعاً للصلاة في أول الوقت.

(١) قال الحافظ ابن حجر (٥٩/٢) لم أره هكذا، وفي الأوسط للطبراني من حديث جابر. كان رسول الله ﷺ إذا زالت الشمس صلى الجمعة، وإسناده حسن، وأما الخطبة فلم أره، لكن في النسائي أن خروج الإمام بعد الساعة السادسة، وهو أول الزوال.

الثانية: تقديم الخطبتين على الصلاة بخلاف صلاة العيد تقدم على الخطبتين؛ لأن النقل هكذا ثبت في الطرفين، ثم فرقوا من وجهين:

أحدهما: أن خطبة الجمعة واجبة، فقدمت ليحتبس الناس في أنتظار الصلاة فيستمعوها ولا ينتشروا، وخطبة العيد غير واجبة، ولو أنتشروا عنها لم يقدح.

والثاني: أن الجمعة لا تؤدي إلا جماعة، فقدمت الخطبة عليها ليمتد الوقت، ويلتحق الناس، وصلاة العيد تؤدي من غير جماعة.

الثالثة: القيام فيها عند القدرة، خلافاً لأبي حنيفة وأحمد حيث قالوا: لا يشترط ذلك، ويجوز القعود مع القدرة.

لنا: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ وَمَنْ بَعْدَهُ لَمْ يَخْطُبُوا إِلَّا قِيَامًا»<sup>(١)</sup>. ولأنه ذُكِرَ يختص بالصلاة ليس من شرطه القعود، فكان من شرطه القيام كالقراءة والتكبير، فإن عجز «عن القيام فالأولى أن ينبغ غيره، ولو لم يفعل وخطب قاعداً أو مضطجعاً جاز كما في الصلاة، ويجوز الاقتداء به، سواء قال: لا أستطيع القيام أو سكت، فإن الظاهر أنه إنما قعد لعجزه، فإن بان أنه كان قادراً فهو كما لو بان الإمام جنباً.

وقوله: (القيام فيها) معلم بالحاء والألف؛ لما حكيناه من مذهبهما، ويجوز إعلامه بالميم؛ لأن بعض أصحاب أحمد حكى عن مالك مثل مذهبهما، بالواو؛ لأن القاضي ابن كج حكى عن بعض أصحابنا وجهاً، أنه لو خطب قاعداً مع القدرة على القيام يجزئه.

الرابعة: الجلوس بينهما؛ خلافاً لأبي حنيفة ومالك وأحمد حيث قالوا: إنه سنة وليس بشرط.

لنا: «مَا ثَبَّتَ مِنْ مُوَاطَبَةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَمَنْ بَعْدَهُ عَلَيْهِمَا»<sup>(٢)</sup>.

وتجب الطمأنينة فيه كما في الجلسة بين السجدين، ولو خطب قاعداً لعجزه عن القيام، لم يضطجع بينهما للفصل، ولكن يفصل بينهما بسكتة [ويجب ذلك من أصح الوجهين وحكى القاضي ابن كج عن ابن القطان عن بعض الأصحاب أنه يكفي القائم أيضاً أن يفصل بينهما بسكتة]<sup>(٣)</sup> خفيفة، وهذا يقتضي إعلام قوله: (والجلوس بين الخطبتين) بالواو مع الحاء والميم والألف.

فإن قلت: لم عد القيام والقعود هاهنا من الشرائط وهما معدودان في الصلاة من

(١) أخرجه مسلم من رواية جابر بن سمرة (٨٦٢).

(٢) سقط من «ط».

(٣) تقدم.

الأركان؟ فأعلم: أن إمام الحرمين أجاب عنه بأن قال: الأمر فيه قريب، ولا حجر على من بعدهما من الأركان كما في الصلاة، ولا على من لا يعدهما من الأركان في الصلاة أيضاً، ونقول: المقصود ما يقع فيهما، وهما محالان، ويجوز الفرق بأن الغرض من الخطبة الوعظ، وهو أمر معقول، ولا يصح<sup>(١)</sup> في الصلاة أمر معقول، فجعل القيام بمثابة ما فيه، وهاهنا عد شرطاً ومحلاً لما هو المقصود.

الخامسة: هل يشترط في الخطبة طهارة الحدث وطهارة البدن والثوب والمكان عن الخبث؟ فيه قولان:

القديم: لا، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد؛ لأن الخطبة ذُكِرَ يتقدم الصلاة فأشبهه الآذان.

والجديد: نعم أتباعاً لما جرت الأئمة عليه في الأعصار كلها، وهذا الخلاف مبني عن بعض الأئمة على أن الخطبتين بدل عن الركعتين، أم لا؟ وقال إمام الحرمين: وهو مبني على أن الموالات في الخطبة هل هي شرط أم لا؟ إن قلنا: نعم، فلا بد من أن يكون متطهراً؛ لأنه يحتاج إلى الطهارة بعد الخطبة فتختل الموالات.

وإن قلنا: لا تشترط الموالات لا تشترط الطهارة، ومنهم من جعل الخلاف في الطهارة وجهين، والقولان أشهر، وقد طرد الخلاف في ستر العورة، أما من بينى على أن الخطبتين بدل من الركعتين أم لا فتوجيهه هين على أصله، وأما من لم يبين عليه فقد قال الإمام: سبب الاشتراط بروز الخطيب، وما فيه من هتكة الانكشاف لو لم يتستر.

وقوله: (في طهارة الحدث) لفظ (الحدث) يشمل الحدث الأصغر والأكبر، وقد صرّح في «التتمة» بطرد الخلاف في اشتراط الطهارة عن الحدث والجنابة جميعاً، لكن قال في «التهذيب»: إن خطب جنياً لم تحسب قولاً واحداً؛ لأن القراءة شَرْطٌ، ولا تحسب قراءة الجنب، وهذا أوضح<sup>(٢)</sup> والخلاف الذي أرسله المراد منه ما بيناه، ونقله المصنف في «الوسيط» وجهين وأما الخلاف في الموالات فهو قولان، ومسألة الموالات مكررة قد ذكرها مرة في الشرط الرابع للجمعة، وإنما جمع بينها وبين الطهارة لتناسب والبناء الذي ذكره الإمام، وإذا اشترطنا الطهارة فلو سبقه الحدث في [الخطبة]<sup>(٣)</sup> لم

(١) في «ب»: ولا يتضح.

(٢) الصحيح أو الصواب قول صاحب «التتمة»، وقد جزم به الرافعي في «المحرر» وقطع الشيخ أبو حامد، والماوردي وآخرون: بأنه لو بان لهم بعد فراغ الجمعة أن إمامهم كان جنياً أجزأتهم، ونقله أبو حامد، والماوردي، والأصحاب عن نصح في «الأم» قال النووي. الروضة (١/٥٣٢).

(٣) في «ط»: الجمعة.

يعتد بما يأتي به في حال الحدث، وفي بناء غيره عليه الخلاف الذي سبق، ولو تطهر وعاد وجب الاستئناف إن طال الفصل وشرطنا الموالة، وإن لم يطل الفصل ولم نشترط الموالة فوجهان:

أظهرهما: الاستئناف أيضاً؛ لأنها عبادة واحدة، فلا تؤدي بطهارتين كالصلاة.

قال الغزالي: وَيَجِبُ رَفْعُ الصَّوْتِ بِحَيْثُ يَسْمَعُ أَرْبَعِينَ مِنْ أَهْلِ الْكَمَالِ، وَهَلْ يَخْرُمُ الْكَلَامُ عَلَى مَنْ عَدَا الْأَرْبَعِينَ؟ فِيهِ قَوْلَانِ، الْجَدِيدُ أَنَّهُ لَا يَخْرُمُ كَمَا لَا يَخْرُمُ الْكَلَامُ عَلَى الْخَطِيبِ، وَقِيلَ بِطَرْدِ الْقَوْلَيْنِ فِي الْخَطِيبِ فَإِنْ قُلْنَا: يَجِبُ الْإِنْصَاتُ فَلَا يَسْلَمُ الدَّاخِلُ، فَإِنْ سَلَّمَ لَمْ يَجِبْ، وَفِي تَشْمِيتِ الْعَاطِسِ وَجْهَانِ، وَفِي وُجُوبِهِ عَلَى مَنْ لَا يَسْمَعُ الْخُطْبَةَ وَجْهَانِ، وَتَحِيَّةُ الْمَسْجِدِ مُسْتَحَبَّةٌ فِي أَثْنَاءِ الْخُطْبَةِ (ح م)، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَجِبُ الْإِنْصَاتُ فَبِئْسَ تَشْمِيتُ الْعَاطِسِ وَفِي رَدِّ السَّلَامِ وَجْهَانِ.

قال الرافعي: الشريطة السادسة للخطبة رفع الصوت، فإن الوعظ الذي هو مقصود الخطبة لا يحصل إلا بالإبلاغ والإسماع<sup>(١)</sup>، وذلك لا يحصل إلا برفع الصوت، فلو خطب سراً بحيث لم يسمع غيره لم يحسب كالآذان، وحكى صاحب «البيان» عن أبي حنيفة أنها تُجْزَى، وقد حكاها القاضي الروياني وغيره وجهاً.

لنا ثم الضبط على ظاهر المذهب أن يسمع أربعين من أهل الكمال على ما سبق وصفهم، ولو رفع الصوت قدر ما يبلغ لكن كانوا أو بعضهم صُماً ففيه وجهان:

أصحهما: أنها تجزى كما لو بعدوا عنه، وكما أنه يشترط سماع شهود النكاح.

والثاني: يجزى كما لو حلف لا يكلم فلاناً فكلمه بحيث يسمع لكنه لم يسمع لصممه بحيث، وكما لو سمعوا الخطبة ولم يفهموا معناها لا يضر، وينبغي للقوم أن يقبلوا بوجوههم إلى الإمام وينصتوا ويسمعوا قال الله تعالى: ﴿وَإِذَا قُرِئَ الْقُرْآنُ فَاسْتَمِعُوا لَهُ وَأَنْصِتُوا﴾<sup>(٢)</sup> ذكر في التفسير أن الآية وردت في الخطبة سميت قرآناً لاشتمالها عليه، والإنصات: هو السكوت، والاستماع شغل السمع بالسمع، وهل الإنصات فرض والكلام حرام أم لا؟ قال في القديم «والأم»: الإنصات فرض والكلام حرام وبه قال أبو حنيفة ومالك، وهو أظهر الروايتين عن أحمد، ووجه ظاهر الأمر في الآية، فإنه للإيجاب وما روى أنه ﷺ قال: «إِذَا قُلْتَ لِصَاحِبِكَ أَنْصِتْ وَالْإِمَامُ»<sup>(٣)</sup> يَخْطُبُ يَوْمَ الْجُمُعَةِ فَقَدْ لَعَنَتْ<sup>(٣)</sup> وَاللَّغْوُ الْإِثْمُ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ عَنِ اللَّغْوِ

(١) في «ب»: والسمع.

(٢) سورة الأعراف، الآية ٢٠٤.

(٣) أخرجه البخاري (٣٩٤) ومسلم (٨٥١).



مُعْرُضُونَ»<sup>(١)</sup> وقال في الجديد: الإنصات سنة والكلام ليس بحرام لما روى: «أَنَّ رَجُلًا دَخَلَ وَالنَّبِيُّ ﷺ يَخْطُبُ يَوْمَ الْجُمُعَةِ فَقَالَ مَتَى السَّاعَةُ فَأَوْمَأَ النَّاسُ إِلَيْهِ بِالسُّكُوتِ، فَلَمْ يَقْبَلْ وَأَعَادَ الْكَلَامَ فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ بَعْدَ الثَّالِثَةِ: مَاذَا أَعَدَدْتَ لَهَا. فَقَالَ: حُبُّ اللَّهِ وَرَسُولُهُ، فَقَالَ إِنَّكَ مَعَ مَنْ أَحْبَبْتَ»<sup>(٢)</sup>.

والاستدلال أنه لم ينكر عليه ولم يبين له وجوب السكوت، وذكر أصحابنا العراقيون أن أبا إسحاق حكى في الشرح عن بعض أصحابنا طريقة أخرى جازمة بالوجوب وأنه أَوْلَ كلامه في الجديد، والذي عليه الجمهور طريقة القولين، وهل يحرم الكلام على الخطيب؟ فيه طريقتان:

أصحهما: القطع بأنه لا يحرم، وإنما حرم على المستمع في قول كيلا يمنعه عن الاستماع، «وَأَيْضاً فَقَدْ كَلَّمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ قَتْلَهُ ابْنَ أَبِي الْحُقَيْقِ، وَسَأَلَهُمْ عَنْ كَيْفِيَّةِ قَتْلِهِ فِي الْخُطْبَةِ»<sup>(٣)</sup>، وَكَلَّمَ أَيْضاً سُلَيْكَا الْعَطْفَانِي<sup>(٤)</sup> فِي الْخُطْبَةِ، كما سيأتي، وعلى هذه الطريقة شبه في الكتاب المستمع بالخطيب، فقال: الجديد أنه لا يحرم على الخطيب، وقد ذكر المزني هذا الاستدلال لترجيح الجديد.

والطريقة الثانية: طرد القولين في الخطيب، وهي تخرج على أن الخطبتين بمثابة الركعتين أم لا؟ إن قلنا: نعم حرم الكلام عليه، وبه قال مالك وأبو حنيفة. ثم تكلم في محل القولين وتفريعهما.

أما المحل ففيه كلامان:

أحدهما: أن الخلاف في الكلام الذي لا يتعلق به غرض مهم ناجز فأما إذا رأى أعمى يقع في بثرٍ أو عقرَبًا تَدْبُ على إنسان فأنذره، أو علّم إنساناً شيئاً من الخير أو نهاه عن منكر فهذا لا يحرم قولاً واحداً، وإن كان لفظ الكتاب مطلقاً، كذلك ذكره الأصحاب على طبقاتهم، وحكوه عن نَصِّ الشافعي - رضي الله عنه - نعم المستحب أن يقتصر على الإشارة ولا يتكلم ما وجد إليه سبيلاً.

والثاني: أنه يجوز الكلام قبل أن يتدب الإمام في الخطبة وكذلك بعد الفراغ منها إلى أن ينزل، أو يتحرم بالصلاة، وليس ذلك موضع الخلاف، لأنه ليس وقت

(١) سورة المؤمنون، الآية ٣.

(٢) أخرجه النسائي من رواية أنس - رضي الله عنه - وإسناده صحيح، انظر التلخيص (٢/٦٠).

(٣) أخرجه البيهقي (٣/٢٢١ - ٢٢٢) من رواية عبد الرحمن بن عبد الله بن كعب مرسلأ، وقال: هو مرسل جيد.

(٤) البخاري (٩٣١) ومسلم (٨٧٥).

الاستماع، وأما حالة الجلوس بين الخطبتين فمنهم من أخرجها من حيز الخلاف أيضاً، وهو ما أورده صاحب «المهذب»، وحجة الإسلام في «الوسيط»، وأجرى المحاملي وأبن الصباغ وآخرون الخلاف فيه، ويجوز للداخل في أثناء الخطبة أن يتكلم ما لم يأخذ لنفسه مكاناً، والقولان بعد ما قعد حكاها الإمام وغيره.

وأما تفریع القولين، فإن قلنا: بالقديم فالداخل في أثناء الخطبة ينبغي أن لا يسلم، فإن سلم لم تجز إجابته باللسان، ويستحب أن يجاب بالإشارة كما في الصلاة، وهل يجوز تسميت العاطس؟ فيه وجهان:

أصحهما - وهو المنصوص - : لا؛ كَرَدُ السلام.

والثاني: يجوز؛ لأن العاطس لا يتعلق بالاختيار، والتسميت من حقوق المسلم على المسلم، فيؤقّى، بخلاف ردّ السلام، فإن المسلم والحالة هذه مُضَيِّعٌ سَلَامَهُ، وعلى هذا فهل يستحب؟ حكى إمام الحرمين فيه وجهين، ووجه المنع بأن الإنصات أهم فإنه واجب على هذا القول، والتسميت لا يجب قط، وحكى في «البيان» عن بعض الأصحاب أنه يرد السلام، ولا يشمت العاطس؛ لأن تسميت العاطس سنة ورد السلام واجب، والواجب لا يترك بالسنة، وقد يترك بواجب آخر، وهل يجب الإنصات على من لا يسمع الخطبة؟ فيه وجهان شبيهان بالوجهين، في أن المأموم الذي لا يسمع قراءة الإمام هل يقرأ السورة أم لا؟.

أحدهما: أنه لا يجب؛ لأن الإنصات للاستماع، فعلى هذا له أن يشتغل بذكر وتلاوة.

والثاني: يجب كيلا يرتفع اللفظ ولا يتداعى إلى منع السامعين من السماع، وهذا أظهر، ولم يذكر كثيرون سواه، وحكوه عن نصّ الشافعي - رضي الله عنه - وقالوا: البعيد بالخيار بين الإنصات وبين الذكر والتلاوة، وأما في كلام الأدميين فهو والقريب سواء، وإن فرعنا على الجديد فقد قال في الكتاب؛ يشمت العاطس، وفي رد السلام وجهان، ولا بُدُّ من البحث عنه أهو كلام في الاستحباب أم في الوجوب؟ أما جوازهما فلا شكّ فيه على هذا القول، أما غيره فقد جعل صاحب «التهذيب» الوجهين في وجب الرد.

أصحهما: وجوبه كما في سائر الأحوال.

والثاني: لا يجب؛ لأنه مُقَصِّرٌ مُضَيِّعٌ للسلام، كمن سلم على من يقضي حاجته، قال: وفي استحباب التسميت الوجهان، وذكر المصنف في «الوسيط» أن التسميت يجب، وفي الرد وجهان، والظاهر أنه أراد نصب الوجهين في الاستحباب على ما صرح

به إمام الحرمين، فقال: لا يجب الرد لتقصير المسلم ووضعه السلام في غير موضعه، والوجهان في أستحباب الرد.

وأعلم: أن القول بوجوب التشميت خلاف ما أطبق عليه الأئمة، فإنهم قالوا: التشميت محبوب غير واجب بحال، فلا ينبغي أن يحمل قوله: (ويشمت العاطس) عليه بل الوجه تأويل ما في «الوسيط» أيضاً، ولا يحسن حمله على الجواز أيضاً؛ لأنه عطف عليه قوله: (وفي رد السلام وجهان) فإذا كان المراد من الأول الجواز، كان قضية الإيراد فرض الخلاف في الجواز، ولا يمكن تصوير الخلاف فيه على هذا القول، فإذا قوله: (يشمت العاطس) معناه أنه يستحب ذلك، وليكن معلماً بالواو لما حكاه صاحب «التهذيب».

وأعلم: أنه لو تكلم لم تبطل جمعته على القولين جميعاً، والخلاف في الإثم وعدمه؛ وأما قوله: (وتحية المسجد مستحبة) فشرحه: أن الخطيب إذا صعد المنبر، فينبغي لمن ليس في الصلاة من الحاضرين أن لا يفتتحها سواء صلى السنة أم لا، ومن كان منهم في الصلاة خففها، وروي عن الزهري أنه قال: «خُرُوجُ الْإِمَامِ يَقْطَعُ الصَّلَاةَ، وَكَلَامُهُ يَقْطَعُ الْكَلَامَ»<sup>(١)</sup> والفرق بين الكلام الذي لا بأس به، وإن صعد المنبر، ما لم يبتدىء الخطبة وبين الصلاة أن قطع الكلام حين متى ابتداء الخطيب الخطبة بخلاف الصلاة، فإنه قد يفوته سماع أول الخطبة إلى أن يتمها، وأما الدأخل في أثناء الخطبة، فيستحب له التَّحِيَّةُ خلافاً لمالك وأبي حنيفة، حيث قالوا: يكره له الصلاة كما للحاضرين.

لنا: ما روي: «أَنَّهُ جَاءَ سُلَيْكُ الْعُظْفَانِي يَوْمَ الْجُمُعَةِ، وَالنَّبِيُّ ﷺ يَخْطُبُ فَجَلَسَ فَقَالَ: لَهُ النَّبِيُّ ﷺ فَمَ يَا سُلَيْكُ فَازْكَعْ رَكَعَتَيْنِ وَتَجَوَّزْ فِيهِمَا»، ثُمَّ قَالَ: «إِذَا جَاءَ أَحَدُكُمْ [يَوْمَ الْجُمُعَةِ]»<sup>(٢)</sup> وَالْإِمَامُ يَخْطُبُ فَلْيَزْكَعْ رَكَعَتَيْنِ وَلْيَتَجَوَّزْ فِيهِمَا»<sup>(٣)</sup>، ولو أن الداخل لم يُصَلِّ السنة بعد صلاحها، وحصلت التحية بها أيضاً وإن دخل الإمام في آخر الخطبة لم يُصَلِّ، حتى لا يفوته أول الجمعة مع الإمام، وحكم التَّحِيَّةِ لا يختلف بقولي الإنصات، وذكره في الكتاب متصلاً بتفريع القديم ليس لاختصاص الاستحباب به، بل أستحباب التحية على قولنا باستحباب الإنصات أظهر منه على قولنا يوجب الإنصات، وقوله في أول الفصل (ويجب رفع الصوت بحيث يسمع أربعين من أهل الكمال) يجوز إعلامه بالحاء والميم؛ لما تقدم نقله، وقوله: (وهل يحرم الكلام على من عدا الأربعين)

(١) أخرجه مالك والشافعي عنه بإسناد صحيح، انظر التلخيص (٧٣/٢).

(٢) سقط من «ط».

(٣) تقدم.

يقتضي الجزم بتحريم الكلام على الأربيعين، وهذا التقدير بعيد في نفسه ومخالف لما نقله الأصحاب أما بعده في نفسه فلأن الكلام في السامعين للخطبة ألا تراه يقول بعد ذلك: (وفي وجوبه على من لا يسمع الخطبة وجهان) وإذا حضر جمع زائد على الأربيعين، وهم بصفة الكمال، فلا يمكن أن يقال: بأن الجمعة تنعقد بأربيعين منهم على التعيين، حتى يفرض تحريم الكلام عليهم قطعاً، والتردد في حق الآخرين بل الوجه الحكم بأنعقاد الجمعة بهم أو بأربيعين منهم لا على التعيين [حتى يفرض تحريم الكلام عليهم قطعاً والتردد في حق الآخرين، بل الوجه الحكم بأنعقاد الجمعة بهم أو بأربيعين منهم لا على التعيين]<sup>(١)</sup> وأما مخالفته لنقل الأصحاب، فإنك لا تجد للجمهور إلا إطلاق قولين في السامعين، ووجهين في حق غيرهم كما سبق، ويجوز أن يعلم قوله: (قولين) بالواو إشارة إلى الطريقة الجازمة بالوجوب المرورية عن أبي إسحاق.

وقوله: (كما لا يحرم الكلام على الخطيب) معلم بالحاء والميم، هذا آخر ما ذكره في الكتاب من واجبات الخطبة ووراءها واجبات آخر.

منها: أن تكون بالعربية كما سبق.

ومنها: نية الخطبة وفرضيتها، حكى عن القاضي الحسين أشراط ذلك كما في الصلاة.

ومنها: الترتيب ذكر صاحب «التهذيب» وغيره أنه يجب الترتيب بين الكلمات الثلاث المشتركة بين الخطبتين، يبدأ بالتحميد، ثم بالصلاة، ثم بالوصية، ولا ترتيب بين القراءة والدعاء، ولا بينهما، ولا بين غيرهما، ونفى صاحب «العدة» وآخرون وجوب الترتيب في ألفاظها أصلاً، وقالوا الأفضل رعايته<sup>(٢)</sup>.

قال الغزالي: وَأَمَّا سُنَنُ الْخُطْبَةِ فَأَنْ يُسَلَّمَ الْخَطِيبُ عَلَى مَنْ عِنْدَ الْمِنْبَرِ، ثُمَّ إِذَا صَعَدَ الْمِنْبَرَ أَقْبَلَ وَسَلَّمَ (م ح) وَجَلَسَ إِلَى أَنْ يَفْرَغَ الْمُؤَدِّنَ.

قال الرافعي: سنن الخطبة ثلاث جمل:

إحداها: السنن السابقة على نفس الخطبة.

منها: أن يخطب على المنبر: «كَانَ النَّبِيُّ ﷺ يَخْطُبُ مُسْتَنِدًّا إِلَى جِذْعِ فِي

(١) سقط من «ب».

(٢) قال النووي: قطع صاحب (الحاوي) وكثيرون من العراقيين، بأنه لا يجب الترتيب، ونقله في (الحاوي) عن نص الشافعي - رحمه الله - وهو الأصح. الروضة (١/٥٣٥).

الْمَسْجِدِ، ثُمَّ صُنِعَ لَهُ الْمِنْبَرُ فَكَانَ يَخُطُبُ عَلَيْهِ»<sup>(١)</sup>.

والسنة: أن يوضع على يمين المحراب، هكذا وضع منبر رسول الله ﷺ، والمراد من يمين المحراب الموضع الذي يكون على يمين الإمام إذا أستقبل، ويكره وضع المنبر الكبير الذي يضيق المكان على المصلين إذا لم يكن المسجد متسع الخطة، فإن لم يكن منبر خطب على موضع مرتفع ليلبغ صوته الناس.

ومنها: أن يسلم على من عند المنبر إذا أنتهى إليه، لما روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ: «كَانَ إِذَا دَنَا مِنْ مَنْبَرِهِ سَلَّمَ عَلَى مَنْ عِنْدَ الْمِنْبَرِ، ثُمَّ يَضَعُ يَدَيْهِ إِذَا اسْتَقْبَلَ النَّاسَ بِوَجْهِهِ سَلَّمَ عَلَيْهِمْ ثُمَّ قَعَدَ»<sup>(٢)</sup>.

ومنها: إذا بلغ في صعوده الدرجة التي تلي موضع القعود ويسمى ذلك الموضع المستراح، أقبل على الناس بوجهه وسلم عليهم، خلافاً لمالك وأبي حنيفة حيث قالوا: يكره هذا السلام.

لنا خبر ابن عمر - رضي الله عنهما - وروي أنه ﷺ: «اسْتَوَى عَلَى الدَّرَجَةِ الَّتِي تَلِي الْمُسْتَرَا حَ قَائِماً ثُمَّ سَلَّمَ»<sup>(٣)</sup>.

ومنها: أن يجلس بعد السلام على الموضع المسمى بالمستراح ليستريح من تعب الصعود روي أنه ﷺ: «كَانَ يَخُطُبُ خُطْبَتَيْنِ وَيَجْلِسُ جَلْسَتَيْنِ»<sup>(٤)</sup> والمراد هذه الجلسة والجلسة بين الخطبتين ومتى جلس يشتغل المؤذن بالأذان قال الأئمة: «وَلَمْ يَكُنْ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَلَا عَلَى عَهْدِ أَبِي بَكْرٍ وَعُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - لِلْجُمُعَةِ أَذَانٌ قَبْلَ هَذَا الْأَذَانِ فَلَمَّا كَانَ فِي عَهْدِ عُثْمَانَ، كَثُرَ النَّاسُ وَعَظُمَتِ الْبَلَدَةُ أَمَرَ الْمُؤَذِّنِينَ بِالتَّأْذِينِ عَلَى مَكَانِهِمْ» ثم كان يؤذن المؤذن بين يديه إذا استوى على المنبر فثبت الأمر على ذلك ويديم الإمام الجلوس إلى فراغ المؤذن من الأذان.

وقوله: (إلى أن يفرغ المؤذن) وحد لفظ المؤذن، ويمكن حمله على ما [حكى]<sup>(٥)</sup> في «البيان» عن صاحب «الإفصاح» والمحاملي أن المستحب أن يكون المؤذن واحداً، «لأنه لم يكن يُؤذَّنُ لرسول الله ﷺ يوم الجمعة إلا وَاحِدًا»<sup>(٦)</sup> وفي كلام

(١) أخرجه البخاري (٩١٨، ٢٠٩٥، ٣٥٨٤، ٣٥٨٥) من حديث جابر: ومن حديث ابن عمر (٣٥٨٣).

(٢) أخرجه ابن عدي في الكامل (١٨٩٣/٥) والبيهقي (٢٠٥/٣).

(٣) انظر التخرج السابق، وقال النووي: صحيح، انظر شرح المذهب (٤٠٠/٤).

(٤) تقدم.

(٥) في ط (ما روي).

(٦) أخرجه البخاري (٩١٢، ٩١٣، ٩١٥، ٩١٦).

بعض الأصحاب ما ينازع فيه، ويشعر بأستحباب التعدد - والله أعلم - .

قال الغزالي: **ثُمَّ يَخْطُبُ خُطْبَتَيْنِ بَلِيغَتَيْنِ قَرِيبَتَيْنِ مِنَ الْإِفْهَامِ مَائِلَتَيْنِ إِلَى الْقِصْرِ يَسْتَدْبِرُ الْقِبْلَةَ فِيهِمَا، وَيَجْلِسُ بَيْنَ الْخُطْبَتَيْنِ بِقَدْرِ سُورَةِ الْإِخْلَاصِ، وَيَشْغَلُ إِخْدَى يَدَيْهِ فِي الْخُطْبَتَيْنِ بِحَرْفِ الْمِثْبَرِ وَالثَّانِيَةَ بِقَبْضِ سِنِيٍّ أَوْ عَثْرَةٍ.**

قال الرافعي: الجملة الثانية: السنن المتعلقة بنفس الخطبة.

منها: أن تكون الخطبة بليغة غير مؤلفة من الكلمات المتبدلة؛ لأنها لا تؤثر في القلوب، ولا من الكلمات الغربية الوحشية؛ فإنه لا يتفجع بها أكثر الناس؛ بل يجعلها قريبة من الإفهام.

ومنها: أن لا يطول، روي أنه ﷺ قال: «**قِصْرُ الْخُطْبَةِ وَطُولُ الصَّلَاةِ مِثْنَةٌ مِنْ فِقْهِ الرَّجُلِ**»<sup>(١)</sup> وإنما قال: مائلتين إلى القصر ولم يقل قصيرتين؛ لأن المحبوب فيهما التوسط، روي أن صلاة رسول الله ﷺ: «**كَانَتْ قَصْداً وَخُطْبَتُهُ قَصْداً**»<sup>(٢)</sup>.

ومنها: أن يستدبر القبلة ويقبل على الناس ولا يلتفت يميناً وشمالاً، روي أنه ﷺ: «**كَانَ إِذَا خَطَبَ اسْتَقْبَلَ النَّاسَ بِوَجْهِهِ، وَاسْتَقْبَلُوهُ وَكَانَ لَا يَلْتَفِتُ**»<sup>(٣)</sup> وإنما استدبر القبلة؛ لأنه لو استقبلها لم يخل إما أن يكون في صدر المسجد على ما هو المعتاد أو في آخره، فإن كان في صدر المسجد واستقبلها، كان مستدبراً للقوم، وأستدبارهم وهم المخاطبون قبيح، خارج عن غرف المخاطبات، وإن كان في آخره فإما أن يستقبله القوم فيكونوا مستدبرين للقبلة وأستدبار واحد أهون من أستدبار الجمل الغفير، وإما أن يستدبروه فيلزم ما ذكرنا من الهيئة القبيحة، ثم لو خطب مستدبراً للناس جاز، وإن خالف السنة، وحكى في «البيان» وغيره وجهاً أنه لا يجزىء.

ومنها: أن يجلس بين الخطبتين بقدر قراءة سورة «الإخلاص» حكى عن نصه في «الكبير» قال الإمام: وهو قريب من القدر المستحب من الجلسة بين السجدين. وقوله: (ويجلس بين الخطبتين) إلى آخره الغرض منه عد تقدير الجلوس بالقدر المذكور من جملة السنن.

وأما أصله فهو من الواجبات وهو كقوله: (ثم يخطب خطبتين بليغتين) لا أنه

(١) أخرجه مسلم (٨٦٩) من رواية عمار - رضي الله عنه - .

(٢) أخرجه مسلم من رواية جابر بن سمرة (٨٦٦).

(٣) أخرجه ابن ماجه من رواية عدي بن ثابت عن أبيه، قال عن عبد الله وضعفه، انظر خلاصة البدر (٢١٦/١). وقوله: وكان لا يلتفت، قال ابن الملقن: غريبة.

يخطب خطبتين ويجوز أن يعلم بالواو؛ لأن القاضي الروياني ذكر في التجربة أنه يجب أن يكون جلوسه بقدر قراءة سورة «الإخلاص»، ولا يجوز أقل منه، ونسبه إلى النص.

ومنها: أن يعتمد على سيف أو عنزة وهي شبه الحربة أو عصاً أو نحوها، روي أنه ﷺ: «كَانَ يَعْتَمِدُ عَلَى عَنزَتِهِ أَعْتِمَادًا»<sup>(١)</sup>.

وروي: «أَنَّهُ اعْتَمَدَ عَلَى قَوْسٍ فِي خُطْبَتِهِ» فَإِنْ لَمْ يَجِدْ شَيْئًا سَكَنَ جَسَدَهُ وَيَدِيهِ إِمَّا بِأَنْ يَجْعَلَ يَدَهُ الِیْمَنَى عَلَى الِیَسْرَى، أَوْ یَقْرَهُمَا مَرْسَلَتَيْنِ، وَالْغَرَضُ أَنْ یُخْشَعُ وَلَا یَعْبَثَ بِهِمَا، وَإِذَا شَغَلَ إِحْدَى يَدَيْهِ بِسَیْفٍ أَوْ مَا فِي مَعْنَاهُ شَغَلَ الْأُخْرَى بِحَرْفِ الْمَنْبِرِ، وَبِأَيْتِهْمَا یَقْبِضُ السَّیْفَ وَنَحْوَهُ، لَمْ یَتَعَرَّضْ الْأَكْثَرُونَ لِذَلِكَ، وَذَكَرَ فِي «التَّهْذِيبِ» أَنَّهُ یَقْبِضُ بِالِیَسْرَى، وَقَوْلُهُ: (بِسَیْفٍ أَوْ عَنزَةٍ) فِي بَعْضِ النِّسَاجِ أَوْ غَیْرِهِ، وَلَا بِأَسِّ بِهِ أَيْضًا وَیَنْبَغِي لِلْقَوْمِ أَنْ یَقْبَلُوا عَلَى الْخُطْبِيبِ<sup>(٢)</sup> مُسْتَمْعِينَ، لَا یَسْتَتَلُونَ بِشَیْءٍ آخَرَ، حَتَّى یَكْرَهُ الشَّرْبَ لِلتَّلَذُّذِ وَلَا بِأَسِّ بِهِ لِلْعَطْشِ لَا لِلْقَوْمِ وَلَا لِلْخُطْبِيبِ<sup>(٣)</sup>.

(١) أخرجه البيهقي في المعرفة من رواية عن عطاء، وهذا مرسل وضعفه، خلاصة البدر (٢١٦/١) والتلخيص (٦٥/٢).

(٢) أخرجه أبو داود من رواية الحكم بن حزن (١٠٩٦) وصححه ابن المسكن، انظر خلاصة البدر (٢١٦/١) والتلخيص (٦٤/٢ - ٦٥).

(٣) يكره في الخطبة أموراً ابتدعها الجهلة. منها التفاتهم في الخطبة الثانية، والدق على درج المنبر في صعوده، والدعاء إذا انتهى إلى صعوده قبل أن يجلس. وربما توهموا أنها ساعة الإجابة، وهذا جهل فإن ساعة الإجابة إنما هي بعد جلوسه، كما سيأتي إن شاء الله تعالى. ومنها: المجازفة في أوصاف السلاطين في الدعاء لهم. وأما أصل الدعاء للسلاطين فقد ذكر صاحب «المهذب» وغيره: أنه مكروه. والاختيار: أنه لا بأس به إذا لم يكن فيه مجازفة في وصفه، ولا نحو ذلك، فإنه يستحب الدعاء بصلاح ولادة الأمر. ومنها: مبالغتهم في الإسراع في الخطبة الثانية. وما الاحتياط والإمام يخطب، فقال صاحب «البيان»: لا يكره، والصحيح: أنه مكروه، فقد صح في «سنن أبي داود» والترمذي أن رسول الله ﷺ، نهى عن الاحتباء والإمام يخطب، قال الترمذي: حديث حسن. وقال الخطابي من أصحابنا: فهي عنه؛ لأنه يجلب النوم، فيعرض طهارته للنقض، ويمنعه استماع الخطبة. ويستحب إذا كان المنبر واسعاً، أن يقوم على يمينه. قاله القاضي حسين، وصاحب «التهذيب» ويكره للخطيب أن يشير بيديه، قال في التهذيب: يستحب أن يختم الخطبة بقوله: أستغفر الله لي ولكم. وذكر صاحباً «العدة»، و«البيان» أنه يستحب للخطيب إذا وصل إلى المنبر، أن يصلي تحية المسجد ثم يصعده، وهذا الذي قاله، غريب، وشاذ، ومردود، فإنه خلاف ظاهر المنقول عن قول رسول الله ﷺ، والخلفاء الراشدين، ومن بعدهم، ولو أغمي على الخطيب. قال في «التهذيب» في بناء غيره على خطبته، القولان في الاستخلاف في الصلاة، فإن لم نجوزها استؤنفت الخطبة، وإن جوزناه اشترط أن يكون الذي يبني سمع أول الخطبة، هذا كلامه في التهذيب، والمختار أنه لا يجوز البناء هنا، قاله النووي. الروضة (١/٥٣٧، ٥٣٨).

قال الغزالي: **ثُمَّ إِذَا فَرَعَ أَبْتَدَرَ التَّزُولَ مَعَ إِقَامَةِ الْمُؤَذِّنِ بِحَيْثُ يَبْلُغُ المِخْرَابَ عِنْدَ تَمَامِ الإِقَامَةِ.**

قال الرافعي: الجملة الثالثة: ما يتأخر عن نفس الخطبة، وهو أن يأخذ في النزول والمؤذن في الإقامة ويتندر ليبلغ المِخْرَابَ مع فراغ المؤذن من الإقامة، والمعنى فيه المبالغة في تحقيق الموالاتة.

### الْبَابُ الثَّانِي فِي مَنْ تَلَزَمَهُ الْجُمُعَةُ

قال الغزالي: **وَلَا تَلَزَمُ إِلَّا عَلَى مُكَلِّفٍ حُرٍّ ذَكَرَ مُقِيمٍ صَاحِحٍ فَالْعَارِي عَنْ هَذِهِ الصِّفَاتِ لَا يَلْزَمُ فَإِنْ حَضَرَ لَمْ يَتِمَّ العَدْدُ بِهِ سِوَى المَرِيضِ لِكِنْ تَتَعَقَّدُ لَهُ سِوَى المَجْنُونِ، وَلَهُمْ أَدَاءُ الظُّهْرِ مَعَ الحُضُورِ سِوَى المَرِيضِ فَإِنَّهُ إِذَا حَضَرَ لَزِمَهُ لِكَمَالِهِ.**

قال الرافعي: مقصود الباب الكلام فيمن تلزمه الجمعة ومن لا تلزمه، وللزومها خمسة شروط:

أحدها: التكليف فلا جمعة على صبي ولا مجنون كسائر الصَّلوات، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «الْجُمُعَةُ حَقٌّ وَاجِبٌ عَلَى كُلِّ مُسْلِمٍ، إِلَّا أَرْبَعَةً عَبْدًا أَوْ امْرَأَةً أَوْ صَبِيًّا أَوْ مَرِيضًا»<sup>(١)</sup> الثَّانِي الحُرِّيَّةُ [فلا تجب]<sup>(٢)</sup> على عبد، خلافاً لأحمد في رواية، والأصح عنه أيضاً مثل مذهبنا لما ذكرنا من الخبر.

وأيضاً فقد روي عن جابر - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ فَعَلَيْهِ الْجُمُعَةُ، إِلَّا عَلَى امْرَأَةٍ أَوْ مُسَافِرٍ أَوْ عَبْدٍ أَوْ مَرِيضٍ»<sup>(٣)</sup>، ولا فرق في ذلك بين القِنِّ والمدبِّر والمكاتب.

الثالث: الذكورة؛ فلا جُمعة على امرأة، لما روينا من الخبرين، والخشني المشكل كالمرأة، قاله صاحب «التهذيب» وغيره؛ لأنه يحتمل أن يكون أنثى فلا يلزمه بالشك.

الرابع: الإقامة فلا جمعة على مسافر؛ للخبر الثاني، فلو كان وقت الجمعة في بلد على طريقه أستحب له حضورها، وكذلك القول في الصَّيِّ والعبد.

(١) أخرجه أبو داود (١٠٦٧) والدارقطني (٣/٢) ومن طريق آخر أخرجه الحاكم في المستدرک (١/٢٨٨) وانظر خلاصة البدر المنير (١/٢١٦ - ٢١٧).

(٢) في أ (فلا جمعة).

(٣) أخرجه الدارقطني (٣١٢) بإسناد ضعيف، ضعفه عبد الحق، وابن القطان، انظر خلاصة البدر (١/٢١٧).



**الخامس:** الصَّحَّة فلا جمعة على مريض للخيرين، ولا فرق بين أن تفوت الجمعة بتخلفه لنقصان العدد دونه وتمامه به، وبين أن لا تفوت ثم في الفصل صور:

**إحداها:** من فقد شرطاً من الشروط المذكورة كما لا تلزمه الجمعة لا يتم العدد به سوى المريض؛ لأنه متوطن ليس به نقيصة، وغيره إما ناقص أو غير متوطن، وفي معنى المرض أعمار نذكر في الفُضْل التَّالِي لهذا الفُضْل فلا يجب على صاحبها الجمعة، وتَنَعَّد به، وقوله: «فالعاري عن هذه الصفات» أي عن مجموعها، وقد يوجد فيه بعضها وقد لا يوجد شيء منها، وقوله: «لم يتم العدد به» معلم بالحاء، وقوله: «سوى المريض» بالواو، لما سبق في الشرط الرابع للجمعة.

**الثانية:** من لا تلزمه الجمعة، إذا حَضَرَ الجمعة وصلّاها انعقدت له وأجزأته لأنها أكمل في المعنى، وإن كانت أقصر في الصورة، فإذا أجزأت الكاملين الذين لا عذر لهم، فلا ن تجزي أصحاب العذر كان أولى، ويستثنى عن هذا المجنون، فإنه لا اعتداد لفعله.

**الثالثة:** الذين لا تلزمهم الجمعة إذا حضروا الجامع، هل لهم أن ينصرفوا ويصلوا الظهر؟ أما الصبيان والنسوان والعبيد والمسافرون فلهم ذلك؛ لأن المانع من وجوب الجمعة عليهم الصفات القائمة بهم، وهي لا ترتفع بحضورهم، وأما المرضى فقد أطلق كثيرون في أنه ليس لهم بعدما حضروا الأنصراف، وتلزمهم الجمعة؛ لأن المانع في حقهم المشقة فقد ارتفع هذا المانع وتعب العود، لا بد منه، سواء صلى الجمعة أو الظهر.

وقَصَّلَ إمام الحرمين فقال: إذا حَضَرَ المريض قبل دخول الوقت فالوجه القطع بأن له أن ينصرف، وإن دخل الوقت وقامت الصَّلَاة لزمه الجمعة، وإن كان يَتَخَلَّلُ زمان بين دخول الوقت وبين الصَّلَاة، فإن لم يلحقه مزيد مَشَقَّة في الانتظار حتى تقام الصَّلَاة لزمه ذلك، وإن لَحِقَهُ لم يلزمه، وهذا تفصيل فقيه، ولا يبعد أن يكون كلام المطلقين منزلاً عليه، وألحقوا بالمرضى أصحاب المعاذير الملحقة بالمرض، وقالوا: إنهم إذا حضروا لزمهم الجمعة، ولا يبعد أن يكون هذا على التَّفْصِيل أيضاً؛ إن لم يزد ضرر المعذور بالصَّبْرِ إلى إقامة الجمعة، فالأمر كذلك، وإن زاد فله الأنصراف وإقامة الظهر في منزله، وذلك لكما في الخائف على ماله، ومهما كانت مدة غيبته أطول كان احتمال الضياع أقرب، وكذلك الممرض يزداد ضرره بالانتظار، والله أعلم. وهذا كله فيما قبل الشروع في الجمعة، فأما إذا أحرم الذين لا تلزمهم الجمعة بالجمعة ثم أرادوا الانصراف قال في «البيان»: لا يجوز ذلك للمسافر والمريض، وذكر في العبد والمرأة وجهين عن حكاية الصيمري<sup>(١)</sup> وقوله في الكتاب: «ولهم أداء الظهر مع الحضور» يجوز أن يعلم

(١) قال النووي: الأصح أنه لا يجوز لهما، لأن صلاتهما انعقدت عن فرضهما، فيتعين إتمامها، وقد

بالواو؛ لأنه لم يستثن عنه إلا المريض، وقد خرج صاحب «التلخيص» في العبد أنه تلزمه الجمعة، إذا حضر كالمريض، قال، في «النهاية» وهذا غلط باتفاق الأصحاب، ولا يوجد في جميع نسخ كتابه، فلعله هفوة من ناقل.

قال الغزالي: وَيَلْتَحِقُ بِعُذْرِ الْمَرَضِ الْمَطْرُ وَالْوَحْلُ الشَّدِيدُ، وَكُلُّ مَا ذُكِرَ مِنَ الْمُرْحَصَاتِ فِي تَرْكِ الْجَمَاعَةِ، وَيَتْرُكُ بِعُذْرِ التَّمْرِيضِ أَيْضاً إِذَا كَانَ الْمَرِيضُ قَرِيباً مُشْرِفاً عَلَى الْوَفَاةِ، وَفِي مَعْنَاهُ الرُّوْحَةُ وَالْمَمْلُوكُ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُشْرِفاً وَلَمْ يَنْدَفِعْ بِحُضُورِهِ ضَرَّرَ لَمْ يَجُزِ التَّرْكَ، وَإِنْ آتَدَفَعَ بِهِ ضَرَّرَ جَازَ.

قال الرافعي: ما يمكن فرضه في صلاة الجمعة من الأعذار المرخصة في ترك الجماعة يرخص في ترك الجمعة أيضاً، وهذا القيد لا بد منه، وإن أطلق قوله: «وكل ما ذكر من المرخصات في ترك الجماعة» لأن مما ذكر من المرخصات الريح العاصفة، وهي مرخصة بشرط كونها في الليل، وهذا الشرط لا يتصور هاهنا، وقد سبق شرح تلك الأعذار، وكنا أخرنا منها الكلام في شيئين فنذكرهما.

أحدهما: الوحل الشديد، وفيه وجهان:

أصحهما - وهو المذكور في الكتاب -: أنه عذر لقوله ﷺ: «إِذَا ابْتُلِيَ النَّعَالُ فَالصَّلَاةُ فِي الرَّحَالِ»<sup>(١)</sup>.

والثاني: ليس بعذر؛ لأن له عدة دافعة، وهي الخفاف والصنادل، وهذا يشكل بالمطر، وذكر في «العدة» وجهاً فارقاً، وهو أن الوحل ليس بعذر في صلاة الجمعة، وهو عذر في ترك الجماعة في سائر الصلوات، لأنها تتكرر في اليوم واللييلة خمس مرّات، قال: وبهذا أفتى أئمة طبرستان.

والثاني: التمرريض والمريض، لا يخلو إما أن يكون له من يتعهده [أو لا يكون.

القسم الأول: أن يكون له من يتعهده]<sup>(٢)</sup> ويقوم بأمره فينظر: إن كان قريباً وهو مشرف على الوفاة فله أن يتخلف عن الجمعة ويحضر عنده، روي أن ابن عمر - رضي الله عنهما - «تَطَيَّبَ لِلْجُمُعَةِ، فَأَخْبِرَ أَنَّ سَعِيدَ بْنَ زَيْدٍ - رضي الله عنه - مُنْزُولٌ بِهِ، وَكَانَ قَرِيباً لَهُ فَاتَاهُ وَتَرَكَ الْجُمُعَةَ»<sup>(٣)</sup>، والمعنى فيه شغل القلب السالب للخشوع لو حضر،

قدمنا أن من دخل في فرض لأول الوقت، لزمه إتمامه على المذهب والمنصوص فهنا أولى. الروضة (١/٥٤٠).

(٢) سقط من «ب».

(١) تقدم.

(٣) أخرجه البخاري (٣٩٩٠).

فإن لم يكن مشرفاً على الوفاة لكن كان يستأنس به، فله أن يتخلف أيضاً ويمكث عنده ذكره في «التهديب»، وإن لم يكن أستثناس أيضاً فليس له التخلف، وحكى أصحابنا العراقيون عن ابن أبي هريرة وجهاً آخر، أن له [التخلف]<sup>(١)</sup> عند شدة المرض لشغل القلب بشأته، وإن كان المريض أجنبياً لم يجز التخلف للحضور عنده في هذا القسم بحال، وفي معنى القريب المملوك والزوجة وكل من بينه وبينه مصاهرة، وذكر المحاملي وغيره أن الصديق أيضاً كالقريب.

**القسم الثاني:** أن لا يكون للمريض متعهد، قال الإمام: إن كان يخاف عليه الهلاك، لو غاب عنه، فهو عذر في التخلف، سواء كان قريباً أو أجنبياً، فإن إنقاذ المسلم من الهلاك من فروض الكفايات، وإن كان يلحقه بغيبته ضرر ظاهر، لا يبلغ دفعه مبلغ فروض الكفايات، ففيه وجوه:

**أصحها:** أنه عذر أيضاً، فإن دفع الضرر عن المسلم من المهمات.

**والثاني:** أنه ليس بعذر؛ لأن ذلك مما يكثر وتجويز التخلف له قد يتداعي إلى تعطيل الجمعة.

**والثالث:** الفرق بين القريب والأجنبي لزيادة الرقة والشفقة على الغريب، ولو كان له متعهد، لكن لم يتفرغ لخدمته لأشغاله بشراء الأدوية أو بشراء الكفن وحفر القبر، إذا كان منزولاً به فهو كما لو لم يكن متعهد.

وقوله في الكتاب: (وإن لم يكن مشرفاً) المراد منه، وإن لم يكن المريض مشرفاً، ولو قدر أن المراد وإن لم يكن القريب مشرفاً لزم أن يكون لفظ الكتاب ساكتاً عن حكم الأجنبي مع أن الحكم المرتب على قوله: «وإن لم يكن مشرفاً» يستوي فيه القريب والأجنبي.

وقوله: (ولم يندفع بحضوره ضرر) يدخل فيه ما إذا كان مستغنياً في تلك الحالة عن خادم ومتعهد، وما إذا كان له متعهد يراعيه.

وقوله: (وإن أندفع به ضرر جاز) جواب<sup>(٢)</sup> على الوجه الأصح، وينبغي أن يكون معلماً بالواو؛ لما ذكرنا.

ويجب على الزّمن أن يحضر الجمعة، إذا وجد مركباً ملكاً أو إجارة أو عارية، ولم يشق عليه الركوب، وكذا الشيخ الضعيف ويجب أيضاً على الأعمى إذا وجد قائداً متبرعاً أو بأجرة، فله مال، فإن لم يجد قائداً لم يلزمه الحضور، هكذا أطلق الأكثرون،

(٢) في «ب»: الجواب.

(١) في «ب»: له أن يتخلف.

وعن القاضي الحسين أنه إن كان يحسن المشي بالعصا من غير قائد لزمه ذلك، وعن أبي حنيفة أن الجمعة لا تجب على الأعمى بحال.

قال الغزالي: فُرُوعٌ، فِي صِفَاتِ التُّقْصَانِ: مَنْ نَصَفَهُ حُرٌّ وَنَصَفَهُ رَقِيقٌ كَالرَّقِيقِ، وَقِيلَ: تَلَزَمَهُ الْجُمُعَةُ الْوَاقِعَةُ فِي نَوْبَتِهِ عِنْدَ الْمَهَائِيَةِ.

قال الرافعي: المسائل المذكورة من هذا الموضوع إلى آخر الباب متفرعة على صفات التقصان، ومتعلقة بها، وقد عدها في «الوسيط» ستة فروع:

وأحدها: ظاهر المذهب أن من بعضه حر وبعضه رقيق لا تلزمه الجمعة، كما لو كان كله رقيقاً؛ لأن رق البعض يمنع من الكمال والأستقلال، وذلك معتبر في لزوم الجمعة، ولهذا لا تجب على المكاتب، وفيه وجه أنه لو جرى بينه وبين السيد مهياة تلزمه الجمعة الواقعة في نوبته؛ لأستقلاله في ذلك اليوم، وضعفه الإمام بأن قال: مثل هذا الشخص مدفوع في نوبة نفسه إلى الجد في الكسب لنصفه الحر، فهو في شُغْلٍ شَاغِلٍ لمكان الرق، قال: ولا شك في أن الجمعة لا تنعقد به والخلاف في الوجوب عليه.

قال الغزالي: وَالْمُسَافِرُ إِذَا عَزَمَ عَلَى الْإِقَامَةِ بِبَلَدَةٍ مُدَّةً لَزِمَتْهُ الْجُمُعَةُ ثُمَّ لَمْ يَتِمَّ الْعَدُّ بِهِ.

قال الرافعي: الثاني: الغريب إذا أقاموا ببلدة نظر إن أتخذوها وطناً فحكمهم حكم أهلها تلزمهم الجمعة ويتم العدد بهم، وإن لم يتخذوها وطناً بل عزمهم الرجوع إلى بلادهم بعد مدة قصيرة أو طويلة، كالمثقف والتجار فهؤلاء تلزمهم الجمعة إذا أستجمعوا صفات الكمال؛ لأنهم ليسوا بمسافرين، فلا يترخصون بترك الجمعة، كما لا يترخصون بالقصرِ والفطر، وهل يتم عدد الجمعة بهم؟ فيه وجهان:

أحدهما - وبه قال ابن أبي هريرة -: نعم؛ لأن من وجبت عليه الجمعة أنعدت به كالموطن.

وأصحهما - وبه قال أبو إسحاق، وهو المذكور في الكتاب -: لا، وأحتجوا له بأن النبي ﷺ لم يجمع في حجة الوداع وقد وافق يوم عرفة يوم الجمعة<sup>(١)</sup>، وإنما لم يجمع؛ لأنه وَمَنْ معه لم يكونوا متوطنين، وإن عزموا على الإقامة أياماً، ولا يخفى مما ذكرنا أن قوله في الكتاب: «وإن عزموا على الإقامة مدة» المراد منه مدة ينقطع بعزم إقامتها حكم السفر لا كالיום واليومين، وقوله: (لزمه الجمعة) قريب من التكرار؛ لأنه

(١) سيأتي في الحج.

معلوم من قوله في أول الباب: «ذكر حر صحيح مقيم» فإنه يبين لزومها على المقيم عند اجتماع سائر الشرائط وهذا مقيم.

قال الغزالي: وَأَهْلُ الْقَرْيِ لَا تَلْزِمُهُمُ الْجُمُعَةُ إِلَّا إِذَا بَلَغُوا أَرْبَعِينَ مِنْ أَهْلِ الْكَمَالِ أَوْ بَلَغَهُمْ نِدَاءُ الْبَلَدِ مِنْ رَجُلٍ رَفِيعِ الصَّوْتِ وَأَقْبِ عَلَى طَرْفِ الْبَلَدِ فِي وَقْتِ هُدُوءِ الْأَصْوَاتِ وَرُكُودِ الرِّيَّاحِ.

قال الرافعي: الثالث: القرية: إما أن يكون فيها أربعون من أهل الكمال أو لا يكون، فإن كان فيها أربعون من أهل الكمال لزمتهم الجمعة كأهل البلاد إذا أقاموا الجمعة في موضعهم فذاك، وإن دخلوا المصر وصلوها سقط الفرض عنهم ولو كانوا مسيئين؛ لتعطيلهم الجمعة في إحدى البقعتين، وحكى في «البيان» وجهاً، أنهم غير مسيئين؛ لأن أبا حنيفة - رحمة الله عليه - لا يجوز إقامة الجمعة في القرى، ففيما فعلوه خروج عن الخلاف، وإن لم يكن فيها أربعون من أهل الكمال، فإما أن يبلغهم النداء من حيث تقام الجمعة فيه من بلد أو قرية، وإما أن لا يبلغهم، فإن بلغهم فعليهم الجمعة؛ لما روي أنه ﷺ قال: «الْجُمُعَةُ عَلَى مَنْ سَمِعَ النِّدَاءَ»<sup>(١)</sup> والمعتبر نداء مؤذن على الصَّوْتِ يقف على طرف البلد من الجانب الذي يلي تلك القرية ويؤذن على عادته، والأصوات هادئة والرياح ساكنة<sup>(٢)</sup>، فإذا سمع صوته بالقرية من أصغى إليه ولم يكن أصم ولا جاوز حدة سمعه العادة، وجبت الجمعة على أهلها، وإنما كان الاعتبار من الطَّرْفِ الذي يلي تلك القرية، لأن البلدة قد تكون كبيرة لا يبلغ النداء من وسطها إلى أطرافها، فأعتبر آخر موضع يصلح لإقامة الجمعة فيه احتياطاً للعبادة، وفيه وجه آخر أنه يعتبر من وسط البلد، ووجه آخر أنه يعتبر من الموضع الذي تقام فيه الجمعة فليكن قوله: «على طرف البلد» معلماً بالواو؛ لهذين الوجهين، وهل يعتبر أن يكون المنادي على موضع عال كمنارة وسور؟

قال الأكثرون: لا يعتبر ذلك؛ لأن حد الأرتفاع لا ينضب، وعن القاضي أبي الطيب أنه قال: سمعت شيوخنا يقولون: لا يعتبر إلا بطبرستان، فإنها بين رياض وأشجار تمنع من بلوغ الصوت، فينبغي أن يعلو عليها، ولو كانت القرية على قلة جبل سمع أهلها النداء لعلوها، ولو كان على أستواء الأرض لما سمعوا، أو كانت في وهدة من الأرض لم يسمع أهلها النداء لأنخفاضها، ولو كانت على أستواء الأرض لسمعوا ففيه وجهان:

(١) أخرجه أبو داود (١٠٥٦) من رواية عمرو بن العاص بإسناد ضعيف، ثم قال: وقفه هو الصحيح، قال ابن القطان: فيه مجاهيل.

(٢) في أ (راكدة).

أظهرهما - وبه قال القاضي أبو الطَّيِّب -: لا تجب الجمعة في الصورة الأولى، وتجب في الثَّانِيَةِ اعتباراً للسمع بتقدير الأستواء وإعراضاً عما يعرض بسبب الانخفاض والأرتفاع كما يعتبر ركود الرياح، ولا ينظر إلى السَّماع العارض لشدها.

والثاني - وبه قال الشيخ أبو حامد -: أن الحكم على العكس نظراً إلى نفس السَّماع وعدمه، وإن لم يبلغ النداء أهل القرية فلا جمعة عليهم؛ لظاهر الخبر الذي سبق، وأهل الخيام إذا لزموا موضعاً<sup>(١)</sup> ولم يبرحوا عنه، وقلنا: إنهم لا يقيمون الجمعة في ذلك الموضع، فهم كأهل القرى إذا لم يبلغوا أربعين من أهل الكمال، إن سمعوا النداء لزمهم الجمعة، وإلا فلا.

وقوله: «إلا إذا بلغوا» معلّم بالحاء؛ لأن عند أبي حنيفة لا أستثناء أضلاً، ولا تلزم الجمعة أهل القرى بحال، سواء بلغهم النداء أو لم يبلغهم، بلغوا عدد الكمال أم لا، وإنما تلزم الجمعة أهل الأمصار الجامعة، والمصر الجامع عنده أن يكون فيه سلطان قاهر، وطبيب حاذق، ونهر جارٍ وسوق قائمة.

وقوله: «أو بلغهم النداء» يجوز أن يعلم بالميم والألف، لأن مالكا وأحمد لا يكتفيان بمجرد بلوغ النداء، ويعتبران كونه على ثلاثة أميال فما دونها.

وعن أحمد رواية أخرى أن المسافة لا تتقدر كما هو مذهب الشافعي - رضي الله عنه - وقوله: (من البلد) ليس لتخصيص الحكم بالبلد، بل لو بلغهم من قرية تقام فيها الجمعة كان كذلك.

قال الغزالي: وَالْعُدْرُ الطَّارِيءُ بَعْدَ الزَّوَالِ مُرْخَصٌ إِلَّا السَّفَرَ فَإِنَّهُ يَحْرُمُ إِنشَاؤُهُ، وَفِي جَوَازِهِ قَبْلَ الزَّوَالِ وَبَعْدَ الْفَجْرِ قَوْلَانِ: أَقْسَمُهُمَا الْجَوَازُ، ثُمَّ الْمَنْعُ فِي سَفَرٍ مُبَاحٌ، أَمَّا الْوَاجِبُ وَالطَّاعَةُ فَلَا مَنَعَ مِنْهُمَا.

قال الرافعي: الرابع: العذر المبيح لترك الجمعة يبيحه، وإن طرأ [العذر]<sup>(٢)</sup> بعد الزَّوَالِ لكن السفر يحرم إنشائه بعد الزوال، خلافاً لأبي حنيفة حيث قال: يجوز إلا أن يضيق الوقت بناء على أن الصلاة تجب بآخر الوقت.

لنا أن الجمعة قد وجبت عليه، فلا يجوز الأشتغال بما يؤدي إلى تركها كالتجارة واللَّهُو، وهذا مبني على أن الوجوب بأول الوقت، وقد سبق في موضعه.

فإن قيل: الوجوب وإن ثبت في أول الوقت، لكن مُوسَعٌ فلم يمتنع السفر قبل التضييق.

(١) في «ط»: موضعها.

(٢) سقط في «ط».

قلنا: الناس في هذه الصورة تَبَعُ الإمام، فلو عجلها<sup>(١)</sup> تَعَيَّنَتْ متابعتها، وسقط خيرة الناس، وفيه وإذا كان كذلك فلا يدري متى يقيم الإمام الصَّلَاة فيتعين عليه أنتظار ما يكون، ذكر هذا الجواب إمام الحرمين - رحمة الله عليه -، وأما قبل الزوال وبعد طلوع الفجر الثاني هل يجوز إنشاء السَّفَر؟ فيه قولان:

قال في القديم وَحَرَمَلَة: يجوز، وبه قال مالك، وأبو حنيفة - رحمهما الله -، لأنه لم يدخل وقت وجوب الجمعة، فأشبهه السَّفَر قبل طلوع الفجر.

وقال في الجديد: لا يجوز، قال أصحابنا العراقيون: وهو الأصح؛ لأن الجمعة وإن كان يدخل<sup>(٢)</sup> وقتها بالزُّوال، فهي مضافة إلى اليوم، ولذلك يعتد بغسل الجمعة قبل الزُّوال، ويجب السَّغْي إليها لمن بعد داره قبل الزُّوال، وعن أحمد روايتان كالقولين:

أظهرهما: المنع، وحكى في «النهاية» طريقة أخرى قاطعة بالجواز مؤولة قول المنع.

ولك أن تعلم قوله في الكتاب: «قولان» بالواو، إشارة إليها، ويجوز أن يعلم لفظ «الجواز»<sup>(٣)</sup> من قوله: (أقيسهما الجواز) بالألف إشارة إلى الظاهر من مذهب أحمد، والحكم بأن الجواز أقيس لا ينافي كون المنع أظهر؛ لأنه قد يكون أحد طرفي الخلاف أقرب إلى القياس، وإن كان الثاني أظهر، فإذا ليس ما في الكتاب مخالفاً لما قاله العراقيون، وذكر في «العدة» أن ظاهر مذهب الشافعي - رضي الله عنه - قوله الجديد، والفتوى على القديم وهو الجواز، ثم للقولين شروط<sup>(٤)</sup>:

أحدها - وقد ذكره في الكتاب -: أن يكون السفر مباحاً كالزيارة والتجارة، أما لو كان واجباً كالحجَّ والجهاد في بعض الأحوال أو مندوباً فلا منع منهما، وذلك ليس موضع القولين، هكذا قاله كثير من أئمتنا. وأحتجوا عليه بما روي أن النبي ﷺ بَعَثَ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ رَوَاحَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فِي سَرِيَّةٍ فَوَافَقَ يَوْمَ الْجُمُعَةِ فَعَدَا أَصْحَابَهُ، وَتَخَلَّفَ هُوَ لِيُصَلِّيَ، وَيَلْحَقَهُمْ فَلَمَّا صَلَّى قَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: مَا خَلَّفَكَ، قَالَ: أَرَدْتُ أَنْ أُصَلِّيَ مَعَكَ، ثُمَّ أَلْحَقَهُمْ، فَقَالَ: لَوْ أَنْفَقْتُ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً، مَا أَدْرَكْتُ فَضْلَ عَزْوَتِهِمْ<sup>(٥)</sup>.

وفي كلام العراقيين وإيرادهم ما يوجب طرد الخلاف في سفر الغزو والله أعلم.

(١) في «ط»: عجلتها.

(٢) في «ط»: يدخل.

(٣) في أ الكتاب.

(٤) في «ط»: شرط.

(٥) أخرجه الترمذي (١٦٤٩) وأحمد (١٩٦٦) والطبراني (١٢٨١).

والمراد من الطاعة في لفظ الكتاب المندوب، وإلا فالواجب طاعة أيضاً، وهل كون السّفَر طاعة عذر في إنشائه بعد الزوال؟ المفهوم من كلام الأصحاب أنه ليس بعذر، ورووا عن أحمد أنه عذر.

والثاني: أن لا ينقطع عن الرقعة، ولا يناله ضررٌ لو تخلف إلى أن يصلي الجمعة، فأما إذا انقطع وفات سفره بذلك أو ناله ضرر، فله الخروج بلا خلاف، وكذلك الحكم لو كان الخروج بعد الزوال، وقد عدنا ذلك من الأعذار في الصلاة بالجماعة، ورأيت في كشف «المختصر» للشيخ أبي حاتم القزويني، ذكر وجهين في جواز الخروج بعد الزوال لخوف الانقطاع عن الرقعة.

والثالث: أن لا يمكنه حضور الجمعة في منزله وطريقه، فأما إذا أمكن ذلك فلا منع بحال<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي: وَيُسْتَحَبُّ لِمَنْ يُزْجَى زَوَالُ عُدْرِهِ أَنْ يُؤَخَّرَ الظُّهْرَ إِلَى الْيَأْسِ عَنْ دَرْكِ الْجُمُعَةِ، وَمَنْ لَا يَزْجُو فَلْيُعْجَلِ الظُّهْرَ كَالزَّمَنِ، فَإِنْ زَالَ العُدْرُ بَعْدَ الفَرَاغِ فَلَا جُمُعَةَ (ح) عَلَيْهِ، وَكَذَا الصَّبِيِّ إِذَا بَلَغَ بَعْدَ الظُّهْرِ، وَزَوَالُ العُدْرِ فِي أَثْنَاءِ الظُّهْرِ كَرُؤْيَةِ الْمُتَمِيمِ المَاءِ فِي أَثْنَاءِ الصَّلَاةِ.

قال الرافعي: الخامس من الفروع: المعذرون، وهما ضربان: معذور يرجو زوال عذره، كالعبد يتوقع العتق، والمريض الذي يتوقع الخفة، فالمستحب له تأخير الظهر إلى اليأس من إدراك الجمعة، لأنه رُبَّمَا يزول العذر، وَيَتَمَكَّنُ من فرض أهل الكمال، ومتى رفع الإمام رأسه من الرُكُوع الثاني فقد حصل اليأس عن إدراك الجمعة، وعن بعض الأصحاب أنه يراعي تصور الإدراك في حق كل أحد، فإذا كان منزله بعيداً وأنهى الوقت إلى حد لو أخذ في السّعي لم يُدْرِك الجمعة فقد حصل الفوات في حقه، هذا أحد الضربين.

والثاني: معذور لا يرجو زوال عذره كالمرأة والزّمين، فالأولى له أن يصلي الظهر في أول الوقت؛ لأنه آيس من درك الجمعة فيحافظ على فضيلة الأولية<sup>(٢)</sup>، وإذا اجتمع

(١) قال النووي: تحريم السفر المباح. والطاعة قبل الزوال، وحيث حرمانه بعد الزوال فسافر، كان عاصياً، فلا يترخص ما لم تفت الجمعة، ثم حيث كان فواتها يكون ابتداء سفره، قاله القاضي حسين وصاحب «التهديب» وهو ظاهر. الروضة (١/٥٤٤).

(٢) قال النووي: هذا اختيار أصحابنا الخراسانيين، وهو الأصح، وقال العراقيون: هذا الضرب كالأول فيستحب لهم تأخير الظهر لأن الجمعة صلاة الكاملين فقدمت، والاختيار التوسط فيقال: إن كان هذا الشخص جازماً بأنه لا يحضر الجمعة، وإن تمكن منها، استحب تقديم الظهر، وإن كان لو تمكن أو نشط حضرها، استحب التأخير كالضرب الأول. الروضة (١/٥٤٤).



معدورون فَهَلْ يستحب لهم الجماعة في الظُّهْرِ؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، بل الجماعة في هذا اليوم سَعَارُ الْجُمُعَةِ، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة.

وأصحهما: نعم؛ لعموم الترغيبات الواردة في الْجَمَاعَةِ، وعلى هذا فَقَدْ نَصَّ الشَّافِعِيُّ - رضي الله عنه - على أن المستحب لَهُم الإخفاء حتى لا يتهموا، بالرَّغْبَةِ عن صَلَاةِ الإمام، وحمل الأصحاب ما ذكره على ما إذا كان العذر<sup>(١)</sup> خَفِيًّا، أما إذا كان ظاهراً فلا تهمة، ومنهم من لم يفصل وأستحب الإخفاء مطلقاً، ولو صلى المعدور الظُّهْرَ قبل فوات الْجُمُعَةِ صَحَّتْ، فإنها فَرَضُهُ، ولو زال العُذْرُ وأمكته حضور الجمعة لم يلزمه ذلك؛ لأنه أدَّى فرضه وقته.

ومثال ذلك المريض يبرأ والمسافر يقيم والعبد يعتق، ويستثنى عن هذا الأصل صورة ذكرها في البيان، وهي أن يصلي الخُنْتَى الظهر، ثم يتبين أنه رَجُلٌ قبل فوات الْجُمُعَةِ، تلزمه الجمعة؛ لأنه تبين كونه رَجُلًا حين صَلَّى الظُّهْرَ، ومثل هذا لا يفرض في سائر المعدورين، وأما الصبي إذا صَلَّى الظُّهْرَ ثم بلغ لم تلزمه الجمعة على ظاهر المذهب كسائر المعدورين، والمسألة مكررة في هذا الموضوع، فذكرها والخلاف فيها في بابت المواقيت، ثم هي داخلية في مطلق قوله: (فإن زال العذر إلى آخره) فلو طَرَحَهَا لما صَرَّ من وجهين، وإذا لم يفعل فيجوز أن يكون قوله: (وكذا الصَّبِيُّ) مرقوماً بالحاء والواو لما بيَّناه، ثم هؤلاء يستحب لهم حضور الجمعة، وإن لم يلزم، وإذا صلوا الجمعة فالفرض هو الظهر السابقة، أو يحتسب الله تعالى بما شاء منهما؛ فيه قولان أصحهما أولهما.

قال أبو حنيفة: إذا سَعَى إلى الجمعة بعد الظُّهْرِ بطل ظهره، ولو زال العذر في أثناء الظُّهْرِ، فقد قال إمام الحرمين: أجرى القفال ذلك مجرى ما لو رأى المتيمم الماء في الصَّلَاة، وهذا يقتضي إثبات الخلاف في البطلان، لما ذكرناه في رؤية المتيمم الماء في الصَّلَاة، وقد صرَّح الشيخ أبو محمد، فيما علق عنه حكاية وجهين في هذه المسألة، وظاهر المذهب استمرار الصَّلَاة على الصَّحَّة، قال الإمام: وهذا الخلاف، مبني على قولنا: «إن غير المعدور لا يصح ظهره قبل فوات الجمعة» فإن صححنا فلا نحكم بالبطلان بِحَالٍ.

قال الغزالي: وَغَيْرُ الْمَعْدُورِ إِذَا صَلَّى الظُّهْرَ قَبْلَ الْجُمُعَةِ فَفِي صِحَّتِهِ قَوْلَانِ فَإِنْ

(١) في «ب»: عذرهم.

قُلْنَا: يَصِحُّ فِي سُقُوطِ الْخُطَابِ بِالْجُمُعَةِ قَوْلَانِ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا تَسْقُطُ فَصَلَّى الْجُمُعَةَ فَالْفَرَضُ هُوَ الْأَوَّلُ أَوِ الثَّانِي أَوْ كِلَاهُمَا أَوْ أَحَدُهُمَا لَا بَعِيْنَهُ أَرْبَعَةُ أَقْوَالٍ.

قال الرافعي: السادس: من لا عُذْرَ بِهِ إِذَا صَلَّى الظُّهْرَ قَبْلَ فَوَاتِ الْجُمُعَةِ، فِي صِحَّةِ ظَهْرِهِ قَوْلَانِ:

القديم - وبه قال أبو حنيفة -: أَنَّهَا تَصِحُّ.

والجديد - وبه قال مالك وأحمد -: لَا تَصِحُّ.

وذكر الأصحاب أن القولين مبنيان على أن الفرض الأصلي يوم الجمعة ماذا؟ فعلى القديم الفرض الأصلي الظهر؛ لأنه إذا فاتت الجمعة فعليه قضاء أربع ركعات، ولو كان فرض اليوم الجمعة لما زادت ركعات القضاء، وعلى الجديد الفرض الأصلي هو الجمعة، للأخبار الواردة فيها، ولأنه لو كان الأصل الظهر، لكانت، الجمعة بدلاً، ولو كان كذلك، لجاز له ترك البدل، والاستقلال بالأصل كمن ترك الصوم في الكفارة، وأعتق، ومعلوم أنه ممنوع من ذلك، وهل يجري القولان فيما إذا ترك أهل البلدة كلهم الجمعة وصلوا [الظهر]<sup>(١)</sup> أم يختص بما إذا صَلَّى الآحاد الظهر مع إقامة الجمعة في البلدة؟ حكى في «المهذب» عن أبي إسحاق أن ظهر أهل البلدة مجزئة، وإن أثموا بترك الجمعة، لأن كل واحد منهم لا تنعقد به الجمعة، قال: والصحيح أنه لا تجزئهم ظهرهم على الجديد؛ لأنهم صلوا وفريضة الجمعة متوجبة عليهم.

التفريع: إن قلنا بالجديد، فالأمر بحضور الجمعة قائم كما كان إن حضرها فذاك، وإن فاتت قضاها الآن أربعاً، وما فعله أولاً يبطل من أصله، أو يكون تَفْلاً؛ فيه القولان المشهوران في أمثاله وإن قلنا بالقديم، فهل يسقط الخطاب بالجمعة؟ قال في الكتاب: فيه قولان، وكذلك ذكره إمام الحرمين، جعل السقوط خارجاً على قولنا: إذا صَلَّى الْجُمُعَةَ، بعد الظهر أن فرضه الأول أو أحدهما، وعدم السقوط خارجاً على قولنا: أن الفرض الثاني: أو أن كليهما فرض، والذي ذكره الأكثرون، تفريعاً على القديم أنه لا يسقط عنه الخطاب بالجمعة، ومعنى صحة الظهر الأعتداد بها في الجملة، حتى لو فاتت الجمعة تجزئته الظهر السابقة، ثم إذا قلنا: لا يسقط عنه الخطاب بالجمعة، فَصَلَّى الجمعة، فقد قال الإمام: إن الشيخ أبا محمد ذكر فيه أربعة أقوال:

أحدها: أن المفروض هو الأول؛ لأنه لو اقتصر عليه لبرئت ذمته على القول الذي يتفرع عليه.

(١) سقط من «ط».

والثاني: أن المفروض هو الثاني؛ لأنه به خرج عن الحرج.

والثالث: أنهما فرضان للمتعينين.

والرابع: أن الفرض أحدهما لا بعينه إذ المفروض في اليوم والليلة خمس صلوات، ونظير هذه الأقوال قد سبق فيمن صَلَّى منفرداً، ثم أدرك جماعة، ويشبه أن يكون بعضها منصوصاً، وبعضها غير منصوصاً، والذي نقله أبْن الصبَّاح وغيره في المسألة تفريراً على القديم إنما هو الرابع، وقال<sup>(١)</sup>: يتحسب الله تعالى جده بما شاء منهما، وإذا أثبتنا الأقوال فينبغي أن لا نختص بقولنا: أن الخطاب بالجمعة لا يسقط عنه بل يطرد<sup>(٢)</sup> على قولنا بسقوط الخطاب بالجمعة أيضاً، كما إذا صَلَّى منفرداً وأعاد في جماعة فإنه غير مخاطب بالثاني، وهذا كله فيما إذا صَلَّى الظُّهْر قبل قَوَاتِ الجُمُعَةِ، فإن صَلَّاهَا بعد الركوع الثاني للإمام وقبل فراغه، قال أبْن الصبَّاح: ظاهر كلام الشافعي - رضي الله عنه - يَدُلُّ على الْمَنع يعني في الجديد، ومن أصحابنا من يقول بالجواز، وفيما إذا امتنع أهل البلدة جميعاً من الجمعة وصلُّوا الظهر الفوات يكون بخروج الوقت أو ضيقه بحيث لا يسع الركعتين.

## البَابُ الثَّالِثُ

### فِي كَيْفِيَّةِ الْجُمُعَةِ

قال الغزالي: وَهِيَ كَسَائِرِ الصَّلَوَاتِ، وَإِنَّمَا تَتَمَيَّزُ بِأَرْبَعَةِ أُمُورٍ: الْأَوَّلُ الْغُسْلُ وَيُسْتَحَبُّ ذَلِكَ بَعْدَ (ح) الْفَجْرِ، وَأَقْرَبُهُ إِلَى الرَّوَّاحِ أَحَبُّ، وَلَا يُجْزَىءُ قَبْلَ الْفَجْرِ بِخِلَافِ غُسْلِ الْعِيدِ فَإِنَّ فِيهِ وَجْهَيْنِ، وَلَا يُسْتَحَبُّ إِلَّا لِمَنْ حَضَرَ الصَّلَاةَ بِخِلَافِ غُسْلِ الْعِيدِ فَإِنَّ ذَلِكَ يَوْمُ الزَّيْنَةِ عَلَى الْعُمُومِ. وَالْأَوْلَى أَنْ لَا يَتَيَّمَّ بَدَلًا عَنِ الْغُسْلِ عِنْدَ فَقْدِ الْمَاءِ، وَقِيلَ: يَتَيَّمُّ.

قال الرافعي: قوله: (في كيفية الجمعة) أراد به كيفية إقامتها بعد اجتماع شرائطها، وأما الأركان التي يتركب عنها ذاتها فلا فرق فيها بينها وبين سائر الصلوات، والقصد بالباب التعرض لأمر مندوبة تمتاز بها الجمعة عن سائر الفرائض وجعلها أربعة:

أحدها: الغسل، قال ﷺ: «إِذَا آتَى أَحَدَكُمْ الْجُمُعَةَ فَلْيَغْتَسِلْ»<sup>(٣)</sup>.

(١) في «ب»: وقالوا.

(٢) في «ط»: يضطرد.

(٣) أخرجه البخاري (٨٧٧، ٨٩٤، ٩١٩) ومسلم (٨٤٤).

وروي أنه ﷺ: «قَالَ: مَنْ تَوَضَّأَ يَوْمَ الْجُمُعَةِ فَبِهَا وَنِعَمَتْ وَمَنْ اغْتَسَلَ فَأَلْغُسَلَ أَفْضَلُ»<sup>(١)</sup>.

وعن مالك غُسَلَ الْجُمُعَةِ وَاجِبٌ لَكِنْ تَصِيحُ الصَّلَاةُ بَدُونِهِ، وَالْخَبْرُ الثَّانِي حُجَّةٌ عَلَيْهِ.

وتم فيه مسائل:

إحداها: وقت هذا الغسل ما بعد الفجر؛ لأن الأخبار علقته باليوم نحو قوله ﷺ: «مَنْ اغْتَسَلَ يَوْمَ الْجُمُعَةِ ثُمَّ رَاحَ فَكَأَنَّمَا قَرَّبَ بَدَنَةً»<sup>(٢)</sup>.

وفي «النهاية» حكاية وجه بعيد أنه يجزىء قبل الفجر كما في غسل العيد، وظاهر المذهب الأول، والفرق بينه وبين غسل العيد، إن جوزه قبل طلوع الفجر من وجهين: أحدهما: أنه إذا اغتسل قبل طلوع الفجر يبقى أثره إلى أن يؤدي صلاة العيد لقربها من أول النَّهَارِ، وصلاة الْجُمُعَةِ تُؤَدَّى بعد الزَّوَالِ فلا يبقى أثره.

والثاني: أنه لو لم يجز غُسل العيد قبل الفجر لَشَقَّ لقرب صَلَاتِهِ من أول النهار، بخلاف غسل الجمعة فإن من طلوع الفجر إلى وقت الصَّلَاة سعة، والأولى أن يقرب الغسل من الرواح إلى الجمعة؛ لأن الغرض التنزه وقطع الروايح الكريهة، فما كان أفضى إليه فهو أولى.

وقوله: (ويستحب ذلك بعد الفجر) ليس الغرض منه أن إيقاعه بعد الفجر مستحب فإن ذلك شرط الإجزاء على ما بينه بقوله: (ولا يجزىء قبل الفجر) وإنما المراد بيان أستحباب أصل الغسل.

وقوله: (بعد الفجر) إشارة إلى وقت هذا المستحب.

وإذا عرفت ذلك فأعلم قوله: (ويستحب ذلك) بالميم.

وقوله: (ولا يجزىء قبل الفجر) بالواو؛ لما سبق، وذلك أن تعلم قوله: «وأقربه إلى الرُّوَّاحِ أَحَبُّ» بالميم؛ لأن أصحابنا رووا عن مالك أنه يشترط اتصال الرُّوَّاحِ بِالْغُسْلِ، وأنه لا يجوز أن يشتغل بعده بشيء سِوَى الخُروجِ، ومن يقول بذلك ينازع في قولنا: الأقرب إلى الرواح أَحَبُّ.

(١) أخرجه أحمد (٥/١١٢٨، ١٥، ١٦، ٢٢) وأبو داود (٣٥٤) والترمذي (٤٩٧)، والنسائي (٣/٩٤) وابن خزيمة (١٧٥٧) والدارمي (١٥٤٨) والبيهقي (١/٢٩٥) وصححه أبو حاتم الرازي، انظر خلاصة البدر المنير (١/٢١٩).

(٢) أخرجه البخاري (٩٢٩، ٣٢١١) ومسلم (٨٥٠).

وقال القفال: رأيت في «الموطأ» عنه مثل مذهبنا - والله أعلم - ..

وقوله: (بخلاف غُسل العيد)<sup>(١)</sup> فإن فيه وجهين وقد أعاد هذه المسألة وما فيها من الخلاف في صلاة العيدين، وكان الغرض هاهنا بيان أفتراق الغُسلين في الوقت وإن لم يبين المعنى الفارق.

الثانية: هل يختص أستحباب الغسل بمن يريد حضور الجمعة أن يستحب له ولغيره؟ فيه وجهان، حكى في «البيان» أنهما مبنيان على وجهين في أن غُسل الجمعة مسنون لليوم أو للصلاة.

أحدهما: أنه لليوم؛ لأنه في الأخبار<sup>(٢)</sup> معلق باليوم، فعلى هذا يستحب للكل.

وأصحهما: أنه للصلاة فلا يستحب إلا لمن حَضَرَهَا، وهذا هو المذكور في الكتاب، ويدل عليه قوله ﷺ: «مَنْ جَاءَ مِنْكُمْ الْجُمُعَةَ فَلْيَغْتَسِلْ»<sup>(٣)</sup>.

ويخالف غُسل العيد يستحب للكل؛ لأنه للزينة وإظهار السرور، وهذا الغسل للتنظيف وقطع الروائح الكريهة، كيلا يتأذى من يقربه، فأختص بمن يريد الحضور، ولو نازع منازع في طرفي هذا الفرق لم يكن بعيداً، ولا فرق في حق من يريد الحضور بين أن يكون من أهل العذر أو لا يكون؟ وعن أحمد أنه لا يستحب الغُسل للنساء، ولا يقدر الحدث بعد الغسل فيه<sup>(٤)</sup> وبه قال مالك في «الموطأ».

الثالثة: قال الصَّيْدِلَانِي وغيره من الأصحاب: إن لم يجد الماء لغسل الجمعة فتييم حاز الفضيلة، ويتصور ذلك في موضوعين:

أحدهما: الذي به قروح على غير موضع الوضوء يتيمم بنية الغسل.

والثاني: قَوْمٌ فِي بَلَدٍ تَوَضَّأُوا ثُمَّ نَفَذَ مَأْوَهُمْ فَتَيَّمَمُوا بِدَلَاءٍ عَنِ الْغُسْلِ.

قال إمام الحرمين: والظاهر ما ذكره الصَّيْدِلَانِي، وفيه احتمال من جهة، أن هذا الغسل منوط بقطع الروائح الكريهة والتنظيف، والتيمم لا يفيد هذا الغرض، ورجح حجة الإسلام هذا الاحتمال حيث قال: والأولى أن لا يتيمم أي من الوجهين.

وقوله: (وقيل يتيمم) هو الوجه الذي ذكره عامة الأصحاب.

(١) في «ط»: اليد.

(٢) في «ط»: أخبار.

(٣) تقدم.

(٤) وكذا لو أجنب بجماع أو غيره، لا يبطل غسله، فيغتسل للجنابة، قاله في زياداته. الروضة (١)

قال الغزالي: وَمِنَ الْأَغْسَالِ الْمُسْتَحَبَّةِ غُسْلُ الْعِيدَيْنِ، وَالغُسْلُ مِنْ غُسْلِ الْمَيِّتِ، وَالْإِحْرَامِ، وَالْوُقُوفِ بِعَرَفَةَ، وَيَمْرَدَلِفَةَ وَلِدُخُولِ مَكَّةَ، وَثَلَاثَةَ أَغْسَالِ أَيَّامِ التَّشْرِيقِ، وَلَطَوَافِ الْوُدَاعِ عَلَى الْقَدِيمِ وَلِلْكَافِرِ إِذَا أَسْلَمَ غَيْرَ جُنْبٍ بَعْدَ الْإِسْلَامِ عَلَى وَجْهِهِ، وَقَبْلَهُ عَلَى وَجْهِهِ، وَالغُسْلُ مِنَ الْإِفَاقَةِ مِنْ زَوَالِ الْعَقْلِ، وَأَمَّا الْغُسْلُ عَنِ الْحِجَامَةِ وَالْخُرُوجِ مِنَ الْحَمَامِ فَفِيهِ تَرَدُّدٌ.

قال الرافعي: عد جملة من الأغسال المستحبة في هذا الموضوع.

منها: اغتسال الحاج في مواطن معروفة، وقد أعاد ذكر ما سوى طواف الوداع منها في كتاب الحج، وذلك الموضوع أحق بها، فتؤخر الشرح إليه.

ومنها: غسل العيدين، وهو مذكور في باب صلاة العيدين.

ومنها: الغسل من غسل الميت، وفيه قولان: نقل عن القديم أنه واجب، وكذا الوضوء من مسه؛ لما روى أنه ﷺ قال: «مَنْ غَسَلَ مَيِّتًا فَلْيَغْتَسِلْ وَمَنْ مَسَّهُ فَلْيَتَوَضَّأْ»<sup>(١)</sup>.

والجديد أنه مستحب وهو المذكور في الكتاب والخبر أن صحَّ محمول على الاستحباب؛ لما روى أنه ﷺ قال: «لَا غُسْلَ عَلَيْكُمْ مِنْ غُسْلِ مَيِّتِكُمْ»<sup>(٢)</sup>.

وليكن قوله: (والغسل من غسل الميت) معلماً بالواو؛ ولأنه على القديم غير معدود من الأغسال المستحبة، بل هو من الأغسال الواجبة، وأيضاً بالحاء والزاي؛ لأن الصيدلاني وغيره حكوا أن أبا حنيفة والمزني لا يريان استحباب هذا الغسل، فضلاً عن الإيجاب، وإذا قلنا بالجديد الصحيح فهذا الغسل غسل الجمعة أكد الأغسال المسنونة، وما الأكّد منهما قولان:

الجديد: أن هذا الغسل أكد؛ لأنه متردد بين الوجوب والاستحباب، وغسل الجمعة قد ثبت استحبابه.

والقديم: أن غسل الجمعة أكد؛ لأن الأخبار فيه أصح، وأثبت، وهذا أرجح عند صاحب «التهذيب» والرويانى والأكثرين على خلاف قياس القديم والجديد، ورجح

(١) تقدم.

(٢) أخرجه الحاكم (١/٣٨٦) والبيهقي (٣/٣٩٨).

صاحب «المهذب» وآخرون الجديد على القياس، وحكى الحناطي وغيره وجهاً أنهما سواء<sup>(١)</sup>.

وأعلم أن ما نقلناه يقتضي تردد قوله في وجوب هذا الغسل في القديم؛ لأنه لو جزم بوجوبه في القديم لما انتظم منه القول بأن غسل الجمعة أكد منه.

ومنها: غسل الكافر إذا أسلم، ولا يخلو إما أن يعرض له في الكفر ما يجب الغسل، من حيض أو جنابة، أو لا يعرض، فإن عرض ذلك فيلزمه الغسل بعد الإسلام، ولا عبره بأغتساله في الكفر على الأصح كما سبق في موضعه، وإن لم يعرض له ذلك فيستحب له الغسل ولا يجب خلافاً لأحمد حيث أوجبه، وبه قال ابن المنذر.

لنا: «أنه أسلم خلق كثير ولم يأمرهم النبي ﷺ بالاغتسال وأمر به ثَمَامَةُ الْحَفَظِيُّ، وَقَيْسَ بْنَ عَاصِمٍ لَمَّا أَسْلَمَا»<sup>(٢)</sup> فدل أنه مستحب لا واجب، ثم يغتسل بعد الإسلام أم قبله؟ فيه وجهان:

أحدهما: قبله تنظيماً للإسلام وتعظيماً له<sup>(٣)</sup>.

وأصحهما: بعده؛ لأن النبي ﷺ أمرهما بالغُسل بعد الإسلام، ولا سبيل إلى تأخير الإسلام بحال.

ومنها: الغسل للإفاقة من زوال العقل، ظاهر المذهب أنه مستحب؛ لأنه قد قيل: إن من زال عقله أنزل فإذا أفاق أغتسل احتياطاً، ولا يجب، لأن الأصل أستصحاب الطهارة السابقة، والناقض غير معلوم، ونقل القاضي أبْنُ كَجَّ عن أبْنِ هُرَيْرَةَ أنه يجب الغسل على من أفاق من الجنون دون الإغماء، وحكى الحناطي في وجوب الغسل على من أفاق منهما جميعاً وجهين، ووجه الوجوب التشبيه بالثوم من جهة أن<sup>(٤)</sup> النائم قد يخرج منه حدث وهو لا يدري، فجعل الثوم حدثاً، كذلك من زال عقله قد

(١) قال في زيادته: الصواب الجزم بترجيح غسل الجمعة لكثرة الأخبار الصحيحة فيه، وفيها الحث العظيم عليه كقوله ﷺ: غسل الجمعة واجب، وقوله ﷺ: مَنْ جَاءَ مِنْكُمْ إِلَى الْجُمُعَةِ فَلْيَغْتَسِلْ، ثم من فوائد الخلاف لو حضر إنسان مع ماء، يدفعه لأحوج الناس، وهناك رجلان أحدهما يريد الغسل الجمعة، والآخر للغسل من غسل الميت (بتصرف) الروضة (١/٥٤٧).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٥) والترمذي وحسنه (٦٠٥) والنسائي (١٠٩/١) وابن خزيمة (٢٥٤، ٢٥٥) وأحمد في المسند (٦١/٥) وابن حبان (١٢٢٨) وحديث تمامه البخاري (٤٦٢) (٤٦٩) ومسلم (١٧٦) وأبو داود (٢٦٧٩) وابن خزيمة (٢٥٢).

(٣) قال النووي: هذا الوجه غلط صريح، والعجب ممن حكاه، فكيف بمن قاله، فكيف يؤمر بالبقاء على الكفر، ليفعل غسلاً لا يصح منه. الروضة (١/٥٤٩).

(٤) سقط في «ط».

ينزل ولا يدري، وليكن قوله: (والغسل من الإفاقة من زوال العقل) مرقوماً بالواو؛ لهذا الوجه؛ فإنه غير معدود على هذا الوجه من الأغسال المستحبة.

ومنها: الغسل عن الحجامة والخروج من الحمام، ذكر صاحب «التلخيص» عن القديم أنه مندوب إليه، وذكر الصيمري في «الكفاية» أن الغسل عن الحجامة حسن، والأكثرين أهملوا ذكرهما، فإن قلنا: بالقديم، فقد قال في «التهذيب» قيل: إن المراد من غسل الحمام ما إذا تنور، قال: وعندني أن المراد منه أن يدخل الحمام فيعرق فيستحب أن لا يخرج من غير غسل<sup>(١)</sup> وذكر أن في غسل الحجامة أثراً - والله أعلم -.

قال الغزالي: الثاني البُكُورُ إِلَى الجَامِعِ.

قال الرافعي: عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «مَنْ أَعْتَسَلَ يَوْمَ الْجُمُعَةِ غُسْلَ الْجَنَابَةِ ثُمَّ رَاحَ فَكَأَنَّمَا قَرَّبَ بَدَنَهُ، وَمَنْ رَاحَ فِي السَّاعَةِ الثَّانِيَةِ فَكَأَنَّمَا قَرَّبَ بَقَرَةً، وَمَنْ رَاحَ فِي السَّاعَةِ الثَّلَاثَةِ فَكَأَنَّمَا قَرَّبَ كَبِشًا، وَمَنْ رَاحَ فِي السَّاعَةِ الرَّابِعَةِ فَكَأَنَّمَا قَرَّبَ دَجَاجَةً، وَمَنْ رَاحَ فِي السَّاعَةِ الْخَامِسَةِ فَكَأَنَّمَا قَرَّبَ بَيْضَةً؛ فَإِذَا خَرَجَ الْإِمَامُ حَضَرَتِ الْمَلَائِكَةُ يَسْتَمِعُونَ الذِّكْرَ»<sup>(٢)</sup> قال المفسرون للخبر قوله: (غسل الجنابة) أي كغسلهما.

وقيل: أي جامع وأغتسل، وَمِنْ مَتَى تَعْتَبِرُ السَّاعَاتُ الْمَذْكُورَةُ؟ حَكَى أَصْحَابُنَا الْعِرَاقِيُّونَ فِيهِ وَجْهَيْنِ:

أحدهما: أنها تعتبر من أول طلوع الشمس؛ لأن أهل الحساب منهم يحسبون اليوم، ويعدون الساعات.

وأصحهما: من أول طلوع الفجر الثاني؛ لأنه أول اليوم شرعاً، وبه يتعلق جواز الغسل للجمعة، ونقل صاحب «التهذيب» والزوياني وجهاً ثالثاً وهو الاعتبار من وقت الزوال؛ لأن الأمر بالحضور حينئذ يتوجه عليه، ويبعد أن يكون الثواب في وقت لم يتوجه عليه الأمر فيه أعظم، وأيضاً فإن الرواح أسم للخروج بعد الزوال، ومن قال بأحد

(١) قال في زيادته: وقيل: الغسل من الحمام: هو أن يصب عليه ماء عند إرادته الخروج تنظفاً، كما اعتاده الخارجون منه، والمختار: الجزم باستحباب الغسل من الحجامة والحمام، فقد نقل صاحب جمع الجوامع في منصوصات الشافعي أنه قال: أحب الغسل من الحجامة والحمام وكل أمر غير الجسد، وأشار الشافعي إلى أن حكمته، أن ذلك يغير الجسد ويضعفه، والغسل يشده وينعشه. قال أصحابنا: يستحب الغسل لكل اجتماع، وفي كل حال تغير رائحة البدن. الروضة (٥٥٠/١).

(٢) تقدم.



الوجهين الأولين؛ قال: إنما ذكر لفظ الرواح لأنه خروج لأمر يؤتى به بعد الزوال، ثم ليس المراد من الساعات عى اختلاف الوجوه الأربع والعشرين التي قسم اليوم واللييلة عليها، وإنما المراد ترتيب الدرجات وفضل السابق على الذي يليه.

وأحتج القائل عليه بوجهين:

أحدهما: أنه لو كان المراد بالساعات المذكورة لاستوى الجانبان في الفضيلة في ساعة واحدة مع تعاقبهما في المجيء.

والثاني: أنه لو كان كذلك لاختلف الأمر باليوم الشَّابِي<sup>(١)</sup> والصَّانِف، ولفاتت الجمعة في اليوم لمن جاء في السَّاعة الخامسة.

قال الغزالي: الثَّالِثُ لُبْسُ الثِّيَابِ الْبَيْضِ وَأَسْتِعْمَالُ الطَّيِّبِ، وَالتَّرَجُّلُ فِي الْمَشْيِ مَعَ الْهَيْئَةِ وَالتَّوَدُّةِ، وَلَا بَأْسَ بِحُضُورِ الْعَجَائِزِ مِنْ غَيْرِ زِينَةٍ وَنَطِيبٍ.

قال الرافي: روي أنه ﷺ قال: «مَنْ اغْتَسَلَ يَوْمَ الْجُمُعَةِ وَلَبَسَ أَحْسَنَ ثِيَابِهِ وَمَسَّ مِنْ طَيِّبٍ إِنْ كَانَ عِنْدَهُ ثُمَّ أَتَى الْجُمُعَةَ، فَلَمْ يَتَخَطَّ أَعْنَاقَ النَّاسِ، ثُمَّ صَلَّى مَا كَتَبَ اللَّهُ لَهُ ثُمَّ أَنْصَتَ إِذَا خَرَجَ إِمَامُهُ حَتَّى يَفْرُغَ مِنْ صَلَاتِهِ كَأَنَّهُ لَهُ كَفَّارَةٌ لِمَا بَيْنَهَا، وَجُمُعَتَهُ الَّتِي قَبْلَهَا»<sup>(٢)</sup>.

يستحب التزين للجمعة يأخذ الشعر والظفر والسواك، وقطع الروائح الكريهة، ولبس أحسن الثياب، وأولاها البياض، لما روى أنه ﷺ قال: «الْبَسُوا الْبَيَاضَ فَإِنَّهُ خَيْرٌ ثِيَابِكُمْ»<sup>(٣)</sup> وإن لبس مصبوغاً لبس ما صبغ غزله ثم نسج كالبرود، ولا يلبس ما صبغ 'ونه'<sup>(٤)</sup>.

قال أصحابنا العراقيون: لأن النبي ﷺ: «لَمْ يَلْبَسْ ذَلِكَ».

ويستحب أيضاً أن يتطيب بأطيب ما عنده، ويزيد الإمام في حسن الهيئة ويتعمم، ويرتدي: «كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ كَذَلِكَ يَفْعَلُ»<sup>(٥)</sup>.

ويستحب أن يأتي الجمعة ماشياً، ولا يركب إلا لعذر، وكذلك في إتيان العيد

(١) في «ط»: الثاني.

(٢) أخرجه أحمد (٨١/٣) وأبو داود (٣٤٣) والحاكم (٢٨٣/١) وقال: صحيح على شرط مسلم.

(٣) أخرجه أحمد (٣٤٢٦) وأبو داود (٣٨٧٨) وابن ماجه (٣٥٦٦) والترمذي (٩٩٤) وقال: حسن صحيح، والحاكم (٣٥٤/١) والبيهقي (٢٤٥/٣).

(٤) انظر خلاصة البدر المنير (٢٢١/١).

(٥) مسلم (١٣٥٨) وانظر التلخيص (٧٠/٢ - ٧١).

والجنازة وعبادة المريض، روى: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ مَا رَكِبَ فِي عِيدٍ وَلَا جَنَازَةٍ»<sup>(١)</sup>.

قال الأئمة ولم يذكر الجمعة لأن باب حجرته كان في المسجد، وينبغي أن يمشي في سكون وتؤدة ما لم يضق الوقت، ولا يسعى وليس هذا من خاصية الجمعة، قال ﷺ: «إِذَا أُقِيمَتِ الصَّلَاةُ فَأَتَوْهَا تَمُشُونَ، وَلَا تَأْتَوْهَا تَسْعَوْنَ وَعَلَيْكُمْ بِالسَّكِينَةِ»<sup>(٢)</sup>. ولو ركب لعذر فينبغي أن يسيرها على هيئة أيضاً، والهيئة السكون، ولا بأس للعجائز بحضور الجمعة، إذا أذن أزواجهن، ويحترزون عن التطيب والتزين، فذلك أستر لهن.

قال الغزالي: الرَّابِعُ يُسْتَحَبُّ قِرَاءَةُ سُورَةِ الْجُمُعَةِ فِي الرَّكْعَةِ الْأُولَى، وَفِي الثَّانِيَةِ إِذَا جَاءَكَ الْمُنَافِقُونَ، فَلَوْ نَسِيَ الْجُمُعَةَ فِي الْأُولَى قَرَأَهَا مَعَ سُورَةِ الْمُنَافِقُونَ فِي الثَّانِيَةِ.

قال الرافعي: يستحب أن يقرأ في الركعة الأولى من صلاة الجمعة بعد الفاتحة سورة الجمعة، وفي الثانية سورة المنافقين؛ لأنه روى عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ: «كَانَ يَقْرَأُهُمَا فِيهِمَا»<sup>(٣)</sup>.

وروى ذلك من فعل علي - رضي الله عنه - وأبي هريرة<sup>(٤)</sup>، وعلى هذا فلو نسي سورة الجمعة في الأولى قرأها في الثانية مع المنافقون، ولو قرأ سورة المنافقون في الأولى قرأ الجمعة في الثانية كيلا تخلو صلواته عن هاتين السورتين كذلك ذكره في «البيان»<sup>(٥)</sup> وينبغي أن يعلم قوله: (ويستحب سورة الجمعة) بالحاء؛ لأن عنده يكره تعيين سورة في الصلاة.

وبالواو لأن الصَّيْدَلَانِيَّ نقل عن القديم أنه يقرأ في الأولى: «سَبِّحْ» وفي الثانية: «هل أتاك حديث الغاشية»<sup>(٦)</sup>.

وقال: رواه الثُّعْمَانُ بْنُ بَشِيرٍ<sup>(٧)</sup> - رضي الله عنه ..

(١) قال ابن الملتن (٢٢١/١) في الخلاصة رواه الشافعي في الأم منقطعاً مرسلأ.

(٢) تقدم.

(٣) أخرجه أبو داود (١١٢٤) والترمذي (٥١٩).

(٤) قال النووي: ولا يعيد (المنافقين) في الثانية، وقوله: لو نسي (الجمعة) في الأولى معناه تركها، سواء كان ناسياً، أو عامداً، أو جاهلاً. الروضة (٥٥١/١).

(٥) قال النووي: عجب من الإمام الرافعي - رحمه الله - كيف جعل المسألة ذات قولين قديم وجديد، والصواب: أنهما ستان فقد ثبت، وكل ذلك في صحيح مسلم من فعل رسول الله ﷺ فكان يقرأ هاتين في وقت، وهاتين في وقت، ومما يؤيد ما ذكرته، أن الربيع - رحمه الله - وهو راوي الكتب الجديدة قال: سألت الشافعي - رحمه الله - عن ذلك فذكر أنه يختار (الجمعة)

(والمنافقون) ولو قرأ (سبح) و(هل أتاك). الروضة (٥٥١/١).

(٦) وأخرجه مسلم (٨٧٨).

(٧) أخرجه مسلم (٨٧٨).

وقوله: (في الثانية: إذا جاءك المنافقون) معلم بهما، وبالميم؛ لأن عند مالك، يقرأ في الثانية: «هل أتاك»، وفي الأولى «الجمعة»، ويتعلق بالجمعة مندوبات أخرى.

منها: أن يحترز عن تخطي رقاب الناس إذا حضر المسجد، ورد الخبر بذلك، ويستثنى عنه ما إذا كان إماماً، وما إذا كان بين يديه فرجة لا يصل إليها إلا بأن يتخطفى الرقاب، ولا يجوز أن يقيم أحداً من مجلسه ليجلس فيه، ويجوز أن يبعث من يأخذ له موضعاً، فإذا جاء تنحى المبعوث، وإن فرش لرجل ثوباً فجاء آخر لم يجز له أن يجلس عليه، وله أن ينحيه، ويجلس مكانه، قال في «البيان»: ولا يرفعه حتى لا يدخل في ضمانه.

ومنها: إذا حضر قبل الخطبة أشغل بذكر الله تعالى، وقراءة القرآن، والصلاة على النبي ﷺ ويستحب الإكثار من الصلاة عليه يوم الجمعة وليلة الجمعة وقراءة «سورة الكهف» ويكثر من الدعاء يوم الجمعة، رجاء أن يصادف ساعة الإجابة.

ومنها: الاحتراز عن البيع قبل الصلاة وبعد الزوال، فهو مكروه إن لم يظهر الإمام على المنبر، وحرام إن ظهر وأذن المؤذن بين يديه، قال الله تعالى: ﴿إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ﴾<sup>(١)</sup> الآية، ولو تباع أثنان أحدهما من أهل فرض الجمعة دون الآخر، أثماً جميعاً، أما الأول فظاهر، وأما الثاني فلا عانته على الحرام، ولا يكره البيع قبل الزوال بحال، وحيث حكمنا بحُرْمَةِ البيع، فلو خالف وباع صح<sup>(٢)</sup>، خلافاً لمالك وأحمد.

ومنها: أن لا يصل صلاة الجمعة بناقلة بعدها، لا الراتبة ولا غيرها، ويفصل بينها

(١) سورة الجمعة، الآية ٩.

(٢) قال النووي: غير البيع من الضائع، والعقود، وغيرها في معنى البيع، ولو أذن قبل جلوس الإمام على المنبر، لم يحرم البيع، وحيث حرمتنا البيع فهو في حق من جلس له في غير المسجد، أما إذا سمع النداء فقام يقصد الجمعة، فباع في طريقه وهو يمشي، أو قعد في الجامع وباع فلا يرحم، صرح به صاحب «التممة» وهو ظاهر؛ لأن المقصود أن لا يتأخر عن السعي إلى الجمعة لكن البيع في المسجد مكروه يوم الجمعة، وغيره على الأظهر. الروضة (١/٥٥٣).

(٣) ويكره أن يشيك بين أصابعه أو يعيث حال ذهابه إلى الجمعة وانتظاره لها، وكذلك سائر الصلوات، قال الشافعي في «الأم» والأصحاب: إذا قعد إنسان في الجامع في موضع الإمام، أو في طريق الناس، أمر بالقيام، وكذلك لو قعد ووجهه إلى الناس والمكان ضيق، أمر بالتحويل وإلا فلا. قال في «البيان»: وإذا قرأ الإمام في الخطبة ﴿إِنَّ اللَّهَ وَمَلَائِكَتَهُ يُصَلُّونَ عَلَى النَّبِيِّ...﴾ (سورة الأحزاب، الآية ٥٦) جاز للمستمع أن يصلي على النبي ﷺ ويرفع بها صوته. قاله في زيادته. الروضة (١/٥٥٣). والحديث أخرجه مسلم (٨٨٣) وأبو داود (١١٢٩) وأحمد (٥٩/٤) وعبد الرزاق (٥٥٣٤).

وبين الراتبة بالرجوع إلى منزله، أو التحول إلى موضع آخر، أو بكلام ونحوه، ذكره في «التتمة»، وثبت في الخبر عن رسول الله ﷺ (١) (٢).

---

(١) ثبت في (ز): تم الجزء الثاني من شرح الوجيز بحمد الله ومنه، يتلوه والله المشيئة في الذي يليه كتاب صلاة الخوف.

## كِتَابُ صَلَاةِ الْخَوْفِ

[الحمد لله أولاً وآخراً وظاهراً وباطناً حمداً كثيراً طيباً مباركاً، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه، وأطهر المطهرين وسلم تسليماً كثيراً، وحسبنا الله ونعم الوكيل]<sup>(١)</sup>.

---

(١) ما بين المعكوفتين سقط في ط.

## كِتَابُ صَلَاةِ الْخَوْفِ

### وَفِيهِ أَرْبَعَةٌ أَنْوَاعٌ

قال الغزالي: **الْأَوَّلُ أَنْ لَا يَكُونَ الْعَدُوُّ فِي جِهَةِ الْقِبْلَةِ فَيَضِدَّ الْإِمَامَ أَصْحَابَهُ** صَدَعَيْنِ وَيُصَلِّي بِأَحَدِهِمَا رَكَعَتَيْنِ وَالطَّائِفَةُ الثَّانِيَةُ تَخْرُسُهُ وَيَسْلُمُ، ثُمَّ يُصَلِّي بِالطَّائِفَةِ الْأُخْرَى رَكَعَتَيْنِ أُخْرَيْنِ هُمَا لَهُ سُنَّةٌ وَلَهُمْ فَرِيضَةٌ وَذَلِكَ جَائِزٌ مِنْ غَيْرِ خَوْفٍ، وَلَكِنَّهُ كَذَلِكَ صَلَّى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بَيْنَ النَّخْلِ.

قال الرافعي: ليس المراد من ترجمة الباب أن الخوف يقتضي صلاة على حيالها كقولنا صلاة العيد، ولا أنه يؤثر في تغيير فعل الصلاة أو وقتها، كقولنا: صلاة السفر، وإنما المراد أن يؤثر في كيفية إقامة الفرائض، ويقتضي احتمال أمور فيها كانت لا تحتمل لولا الخوف، ثم هو في الأكثر لا يؤثر في مطلق إقامة الفرائض، بل في إقامتها بالجماعة على ما سَنَفَضَهُ.

إذا عرفت ذلك، فالأصل في الباب قوله تعالى: **﴿وَإِذَا كُنْتَ فِيهِمْ فَأَقَمْتَ لَهُمُ الصَّلَاةَ﴾** <sup>(١)</sup> الآية والأخبار التي نذكرها في أثناء الباب، وأعلم قوله: (كتاب صلاة الخوف) بالزاي؛ لأن المزني - رحمه الله - ذهب إلى نسخ صلاة الخوف.

وَأَحْتَجَّ عَلَيْهِ «بِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمْ يُصَلِّهَا فِي حَرْبِ الْخَنْدَقِ» <sup>(٢)</sup> وأجاب الأصحاب عنه بأن حرب الخندق كان قبل نزول آية صلاة الخوف، وكان المسلمون قبل نزولها يؤخرون الصلاة في الخوف عن وقتها، ثم يقضونها كما فعلوا في حرب الخندق، ثم علموا بالآية وشاع ذلك بين الصحابة، وروي عن علي - رضي الله عنه -: «أَنَّهُ صَلَّى بِأَصْحَابِهِ صَلَاةَ الْخَوْفِ لَيْلَةَ الْهَرِيرِ» <sup>(٣)</sup>.

(١) سورة النساء، الآية ١٠٢.

(٢) تقدم.

(٣) أخرجه البيهقي (٣/٢٥٢) بغير إسناد، وأشار إلى ضعفه، وليلة الهرير: حرب جرت بين سيدنا علي والخوارج، وكان بعضهم يهر على بعض، فسميت بذلك، وقيل: هي ليلة صفين بين سيدنا علي وسيدنا معاوية - رضي الله عنهما -.

وعن أبي موسى وحذيفة وغيرهما - رضي الله عنهم - أَنَّهُمْ فَعَلُوهَا<sup>(١)</sup> .

وقوله: (وهي أربعة أنواع) سبيل ضبطها أن يقال: للخوف حالتان:

إحدهما: أن يشتد الخوف بحيث لا يتمكن أحد من ترك القتال، وفيها يقع النوع

الرابع .

والثانية: أن لا يبلغ الخوف هذا الحد، فإما أن يكون العدو في جهة القبلة أو لا يكون، فإن كان فيصلي فيها النوع الثاني، وهو صلاة «عَسْفَانَ»، وإن لم يكن فيجوز أن يصلي فيها صلاة «بطن النخل» وهي النوع الأول، ويجوز أن يصلي فيها صلاة «ذَاتِ الرَّقَاعِ» وهي النوع الثالث، وآيتهما أولى؟ .

الأظهر: أن صلاة ذات الرقاع أولى؛ لوجهين:

أحدهما: أنها أعدل بين الطائفتين .

والثاني: أن في صلاة بطن النخل تكون الفرقة الثانية مصلياً الفريضة خلف النافلة، وفي جواز ذلك أختلاف بين العلماء، وحكى القاضي الرَوْيَانِي وجهاً عن أبي إسحاق أن صلاة «بطن النخل» أولى لكل واحدة<sup>(٢)</sup> من الطائفتين فضيلة الجماعة على التمام، فهذا ضبط الأنواع .

### القول في صلاة بطن نخل:

النوع الأول: صلاة بطن النخل، وهي أن يجعل الناس فرقتين، فيصلي بفرقة جميعها وفرقة في وجه العدو تحرس فإذا سلم بالفرقة التي خلفه، ذهب إلى وجه العدو، وجاءت الطائفة<sup>(٣)</sup> الأخرى فيصلي بهم مرة ثانية تكون له سنة، ولهم فريضة، وروى عن أي بكرة وجابر - رضي الله عنهما -: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ صَلَّى بِبَطْنِ النَّخْلِ بِالنَّاسِ» هكذا قال أصحابنا العراقيون، وإنما يُصَلِّي الإمام هذه الصَّلَاة بثلاثة شروط:

أحدها: أن يكون العدو في غير جهة القبلة .

والثاني: أن يكون في المسلمين كثرة وفي العدو قلة .

والثالث: أن لا يأمنوا من أنكباب العدو عليهم في الصلاة، ولا شك أن اعتبار هذه الأمور ليس على معنى أشراطها، في الصَّحَّة، فإن الصَّلَاة على هذا الوجه جائزة

(١) أخرجه البيهقي عنهم بإسناد صحيح، السنن الكبرى (٢/٢٥٢).

(٢) في «ب»: أولى لكل ليحصل لكل واحد.

(٣) في «ب»: الفرقة.

وإن لم يكن خوف أصلاً، إذ ليس فيه إلا اقتداء مفترض يمتنفل في المرة الثانية، فإذا المعنى في إقامة الصلاة هكذا، إنما يختار ويندب إليه عند اجتماع هذه الأمور.

وقوله: (فيصدع الإمام أصحابه صدعين) أي يفرقهم فرقتين، ويجوز فيصدع من الصدع وهو الشق.

وقوله: (ويصلي بأحدهما ركعتين) مفروض فيما إذا كانت الصلاة ركعتين مقصورة كانت أو غير مقصورة، فإن كانت أكثر من ذلك صلاها بتمامها مرتين ولا فرق.

قال الغزالي: الثاني أن يكون العدو في وجه القبلة فيرتبهم الإمام صفتين فإذا سجد في الأولى حرسه الصف الأول فإذا قام سجدوا ولحقوا به، وكذلك يفعل الصف الثاني في الركعة الثانية هكذا صلى رسول الله ﷺ بعسفان وليس فيه إلا تخلف عن الإمام بركنين وذلك جائز لحاجة الخوف، ثم لا بأس لو أختص بالحراسة فرقتان من أحد الصفتين، ولو تولى الحراسة في الركعتين طائفة واحدة لم يجز على أحد القولين لتضاغيب التخلف في حقهم عن الإمام، والحراسة بالصف الأول التي فلو تقدم الصف الثاني في الركعة الثانية إلى الصف الأول وتأخر الصف الأول ولم تكثر أفعالهم كان ذلك حسناً.

قال الراجعي: النوع الثاني صلاة عسفان:

وهي: أن يرتب الإمام الناس صفتين، ويحرم بهم جميعاً فيصلون معاً إلى أن ينتهي إلى الاعتدال عن ركوع الركعة الأولى، فإذا سجد سجد معه الصف الثاني، ولم يسجد الصف الأول بل حرسوه قائمين، فإذا قام الإمام والساجدون سجد أهل الصف الأول، ولحقوه، وقرأ الكل معه، وركعوا وأعتدلوا، فإذا سجد سجد معه الحارسون في الركعة الأولى، وحرس الساجدون معه في الأولى، فإذا جلس للتشهد سجدوا ولحقوه، وتشهد الكل معه، وسلم بهم، هذه الكيفية ذكرها الشافعي - رضي الله عنه - في «المختصر» وأختلف الأصحاب، فأخذ كثيرون بها منهم أصحاب القفال، وقالوا: إنها منقولة عن فعل النبي ﷺ ومن معه بعسفان، وعلى ذلك جرى حجة الإسلام - رضي الله عنه - في الكتاب.

وقال الشيخ [أبو حامد]<sup>(١)</sup> ومن تابعه: ما ذكره الشافعي - رضي الله عنه - خلاف

(١) انظر صحيح مسلم (٣٠٧/ ٨٤٠) والنسائي (٣/ ١٧٥ - ١٧٦) وابن ماجه (١٢٦٠).

(٢) في ط (أبو محمد).



الترتيب الثابت في السنة فإن الثابت في السنة أن أهل الصَّفِّ الأول يسجدون معه في الركعة الأولى، وأهل الصَّفِّ الثاني يسجدون معه في الثانية، والشافعي - رضي الله عنه - عكس ذلك، قالوا: والمذهب ما ورد في الخبر؛ لأن الشافعي - رضي الله عنه - قال: إذا رأيتم قولي مخالفاً للسنة فأطرحوه.

وأعلم: أن مسلماً وأبا داود وأبن ماجة وغيرهم من أصحاب المسانيد، لم يرووا إلا الترتيب الذي ذكره أبو حامد، نعم، في بعض الروايات أن طائفة سجدت معه ثم في الركعة الثانية سجد معه الذين كانوا قياماً، وهذا يحتمل الترتيبين جميعاً، ولم يقل الشافعي - رضي الله عنه - أن الكيفية التي ذكرتها صلاة النبي ﷺ بعسفان ولكن قال: (هذا نحو صلاته [ﷺ] [١]) يوم عسفان) فأشبهه تجويز كل واحد منهما، إذ لا فرق في المعنى، وقد صرح به الروياني، وصاحب «التهذيب» وغيرهما، قالوا: وأختار الشافعي - رضي الله عنه - ما ذكره لأمر:

أحدها: أن الصَّفِّ الأول أقرب من العدو فهم أمكن من الحراسة.

والثاني: أنهم إذا حرسوا كان جنة لمن ورائهم، فإن رماهم المشركون تلتفهم بسلاحهم.

والثالث: أنهم يمنعون أبصار المشركين عن الاطلاع على عدد المسلمين وعدتهم، إذا عرفت ذلك فيجوز أن يعلم قوله في الكتاب: (حرسه الصف الأول) بالواو إشارة إلى قول من قال: إن في الركعة الأولى يحرسه الصَّفُّ الثاني، وهو الذي أورده في «المهذب».

وقوله: هكذا صلى رسول الله ﷺ بعسفان فيه نزاع من جهة النقل، فإن الروايات المشهورة على خلاف ما ذكره كما بيئنا، ثم المشهور أن الكل يركعون معه في الركعتين، وإنما التَّخْلُفُ في السجود، وذكر في معناه أن الركوع لا يمنع من النَّظَر والحراسة، بخلاف السجود، وحكى أبو الفضل بن عبدان أن من أصحابنا من قال: يحرسون في الركوع أيضاً وفي بعض الروايات ما يدل عليه، فهذا هو الكلام في كيفية هذا النوع، وأما موضعه فقد قال الأئمة لهذه الصلاة ثلاثة شروط:

أحدها: أن يكون العدو في جهة القبلة، لِيَتَمَكَّنَ الحارسون من رؤيتهم.

والثاني: أن يكونوا على قلة جبل أو مستوٍ لا يمنعهم شيء من أبصار المسلمين.

والثالث: أن يكون في المسلمين كثرة لتمكن جعلهم فرقتين، إحداهما تصلي

معه، والثانية تحرس، ولم يتعرض في الكتاب إلا للشُّرْط الأول.

وقوله: (وليس فيه إلا تخلف عن الإمام بركنين...) إلى آخره إشارة إلى أنهم لو أرادوا الصَّلَاة في حالة الأمن هكذا لم يجز صلاة المتخلفين، وإنما أحتمل هاهنا لحاجة الخوف وظهور العذر، وظاهر قوله: (إلا بركنين) حصر للتخلف فيهما، وعنى بهما السجدين لكن التَّخَلُّف غير منحصر فيهما، فإنَّهُم متخلفون بالجلسة بين السجدين أيضاً وهي ركن ثالث.

فإن قيل: الجلسة بين السجدين ليس ركناً مقصوداً على ما سبق، والتَّخَلُّف المؤثِّر هو التَّخَلُّف بالأركان المقصودة فهذا أقصر على ذكر الركنين<sup>(١)</sup>.

الجواب: أن هذا كلام حسن قد قدمناه في موضعه، لكن الأظهر عند المصنف أن الجلسة بين السجدين ركنٌ طويل فيكون<sup>(٢)</sup> كسائر الأركان، ويكون التخلف الحاصل هاهنا حاصلًا بأركان، وهكذا ذكر في «الوسيط» والإمام في «النهاية» ثم ذكر في الفصل فروعاً نذكرها، وما يحتاج إليه.

الأول: ليس من الشُّرْط أن لا يزيد على صَفَّين، بل لو رتبهم صفوفاً كثيرة جاز، ثم يحرس صفان كما سبق، ولا يشترط أن يحرس كل من في الصَّف، بل لو حرست فرقتان من صَفٍّ واحد في الركعتين على المناوبة، ودام من سواهم على المتابعة جاز؛ لحصول الغرض بحراستهم.

الثاني: لو تولى الحراسة في الركعتين طائفة واحدة ثم سجدت، ولحقت ففي صحَّة صلاتها وجهان:

أحدهما: لا يصح؛ لأن ذلك يوجب تضاعف التَّخَلُّف بالإضافة إلى ما كان يوجد لو تناوبوا، والنَّص ورد في ذلك القدر من التخلف فلا يحتمل الزيادة عليه.

وأظهرهما - ولم يذكر جماعة سواه -: أنه يصح؛ لأن هذا القدر من التخلف محتمل في ركعة لمكان العذر، فمثله في ركعة أخرى مضموماً إليه لا يضر ألا ترى أن القدر الذي يحتمل من التَّخَلُّف بلا عُدْر لا يفترق الحالين أن يتفق في ركعة أو في ركعات كثيرة، وفي بعض نسخ الكتاب ذكر قولين في المسألة بدل الوجهين، وهو قريب؛ لأن الخلاف على ما ذكره صاحب «التهذيب» وغيره مبني على القولين فيما إذا زاد الإمام على الانتظرين في النوع الثالث من صلاة الخوف، وسيأتي ذلك.

الثالث: لو تأخر الحارسون أولاً إلى الصَّفِّ الثاني في الركعة الثانية، وتقدّمت

(٢) سقط في «ط».

(١) في ط الركعتين.

الطائفة الثانية، ليحرسوا جاز إذا لم تكثر فعألهم، وذلك بأن يتقدم كل واحد من أهل الصف الثاني خطوتين، ويتأخر كل واحد من أهل الصف الأول خطوتين، وينفذ كل واحد منهم بين رجلين، وهل هذا أولى أم الأولى أن يلازم كل واحد منهم مكانه؟ أشار في الكتاب إلى أن التقدم والتأخر أحسن وأولى؛ لأن الحراسة بالصف الأول أليق، وقد سبق وجهه، وهكذا ذكر الصيدلاني، والمسعودي وآخرون، وقال أصحابنا العراقيون: الأولى أن يلازم كل منهم مكانه، فلا يضطرب ولا يتقل لفظ الشافعي - رضي الله عنه - في «المختصر» على هذا أدل، وهذا كله مبني على ما ذكره الشافعي - رضي الله عنه - أن في الركعة الأولى يحرس الصف الأول، فأما على ما اختاره أبو حامد وأشتهر في الخبر أن الصف الثاني يحرسون في الركعة الأولى، ففي الركعة الثانية يتقدم أهل الصف الثاني، ويتأخر أهل الصف الأول، فتكون الحراسة في الركعتين ممن خلف الصف الأول لا من الصف الأول، كذلك ورد في الخبر، وقوله في الكتاب: (فإذا سجد في الأولى حرسه الصف الأول) يجوز أن يعلم بالحاء، وكذا قوله: «سجدوا ولحقوا به» وكذا يفعل الصف الثاني في الركعة الثانية؛ لأن أصحابنا حكوا عن أبي حنيفة أنه إذا كان العدو في جهة القبلة لم يُصل بهم إلا كما يصلي العدو في غير جهة القبلة، وتفصيله على ما سيأتي في النوع الثالث، ورسوموا هذه مسألة خلافة بيننا وبينه.

قال الغزالي: الثالث: أن يلتحم القتال ويختل الحال اشتغال بعضهم بالصلاة فيضدع الإمام أصحابه صدعين وينحاز بطائفة إلى حيث لا تبلغهم سهام العدو فيصلي بهم ركعة فإذا قام إلى الثانية أنفردوا بالثانية وسلموا وأخذوا مكان إخوانهم في الصف وأنحاز الفئة المقاتلة إلى الإمام وهو ينتظرهم وأقتدوا به في الثانية فإذا جلس للشهادة قاموا وأتموا الثانية ولحقوا به قبل السلام وسلم بهم هكذا صلى رسول الله ﷺ بذات الرقاع في رواية خوات بن جبير وليس فيها إلا الأنفراد عن الإمام في الركعة الثانية وانتظار الإمام للطائفة الثانية مرتين، وهذا أولى من رواية ابن عمر فإن فيها كثرة الأفعال مع الاستغناء عنها.

قال الرافعي: النوع الثالث: صلاة ذات الرقاع<sup>(١)</sup> في كفيتهما في الصبح، والصلاة المقصورة في السفر ثم في الصلاة الثلاثية والرابعة، أما في ذات الركعتين فيفرق الإمام القوم فرقتين وتقف طائفة جهة العدو، وينحاز بطائفة إلى حيث لا تبلغهم سهام العدو،

(١) أخرجه البخاري (٣٠٥ - ٨٣٩) وأبو داود (٢٤٤٣) والنسائي (١٧١/٣).

(٢) يسقط في «ط».

فيفتتح بهم الصلاة ويصلي بهم ركعة، هذا القدر أتفقت الرواية عليه، ثم فيما يفعل بعد ذلك؟ روايتان فَصَّلَ في الكتاب إحداهما، وأَجْمَلَ ذكر الأخرى، أما الْمُفْصَّلَة فهي أنه إذا قام إلى الثانية، خرج المقتدون عن متابعتة، وأتموا الثانية لأنفسهم، وتشهدوا، وسلموا، وذهبوا إلى وجاه العدو، وجاء أولئك وأقتدوا به في الثانية، وهو يطيل القيام إلى لحوقهم فإذا لحقوه صلى بهم الثانية، فإذا جلس للتشهد قاموا وأتموا الثانية، وهو ينتظرهم، فإذا لحقوه سلم بهم؟ هكذا روى مالك عن يزيد بن رومان عن صالح عن خوات بن جبير عن صلي مع النبي ﷺ صلاة يوم ذات الرقاع» ورواه أبو داود والنسائي عن صالح عن سهل ابن خيشمة عن النبي ﷺ<sup>(١)</sup>.

وأما الرواية التي أجملها فهي أن الإمام إذا قام إلى الثانية لا يتم المقتدون به الصلاة، بل يذهبون إلى مكان إخوانهم وجاه العدو، وهم في الصلاة فيقفوا سكوتاً، وتجيء تلك الطائفة فتصلي مع الإمام الركعة الثانية، فإذا سلم ذهبوا إلى وجاه العدو، وجاء الأولون إلى مكان الصلاة، وأتموا لأنفسهم، وذهبوا إلى وجاه العدو، وجاءت الطائفة الثانية إلى مكان الصلاة وأتمت أيضاً، وهذه رواية ابن عمر - رضي الله عنهما - .

إذا عرفت ذلك، فأعلم أن الشافعي - رضي الله عنه - أختار الرواية الأولى؛ لأنها أوفق للقرآن، قال الله تعالى جده: ﴿وَلَتَأْتِ طَائِفَةٌ أُخْرَى لَمْ يُصَلُّوا﴾<sup>(٢)</sup>. وذلك يشعر بأن الطائفة الأولى قد صلّت، ولأنها أليق بحال الصلاة، لما في الرواية الأخرى من زيادة الذهاب والرجوع، وكثرة الأفعال والأستدبار، ولا ضرورة إلى احتمال جميع ذلك، ولأنها أحوط لأمر الحرب، فإنها أخف على الطائفتين جميعاً، إذ الحراسة خارج الصلاة أهون، وأختار مالك وأحمد أيضاً ما أختاره الشافعي - رضي الله عنه - لكن مالكا - رحمة الله عليه -، قال في رواية: إذا صلى الإمام بالطائفة الثانية الركعة الثانية تشهد بهم وسلم، ثم يقومون إلى تمام صلاتهم كالمسبوق في غير صلاة الخوف، ونقل الصيدلاني قولاً عن القديم مثل ذلك، وحكى صاحب «الإفصاح» والعراقيون قولاً قريباً من ذلك، فقالوا: يقومون في قول إذا بلغ الإمام موضع السلام، ولم يسلم بعد، وذهب أبو حنيفة إلى اختيار رواية ابن عمر - رضي الله عنهما - وقال: الطائفة الأولى: يتمون الصلاة بعد سلام الإمام بغير قراءة، لأنهم أدركوا التحريمة، فسقط عنهم القراءة في جميع الصلاة، والطائفة الثانية يتمونها بقراءة؛ لأنهم أدركوا التحريمة.

وأعلم أن إقامة الصلاة على الوجه المذكور ليس عزيمة لا بُدَّ منها، بل لو صلى الإمام بطائفة وأمر غيره فصلى بالآخرين، وصلى بعضهم أو كلهم منفردين جاز، لكن

(٢) سورة النساء، الآية ١٠٢.

(١) البخاري (٤١٢٩) ومسلم (٨٤١).

كان أصحاب النبي ﷺ لا يسمحون بترك فضيلة الجماعة، ويتنافسون في الاقتداء به، فأمره الله تعالى جده بترتيبهم هكذا؛ لتحوز إحدى الطائفتين فضيلة التكبيره معه والأخرى فضيلة التسليم معه، وهل تصح الصلاة على الوجه الذي رواه ابن عمر - رضي الله عنهما -؟ ذكروا فيه قولين.

أحدهما: وتحتمل تلك الرواية على النسخ، لخبر سهل، فإنها مطلقة ورواية سهل مقيدة بذات الرقاع وهي آخر الغزوات.

وأصحهما: نعم، وبه قال أحمد؛ لصحة الرواية وعدم العلم بالنسخ، ولا سبيل إلى المصير إليه بمجرد الاحتمال.

وأرجع بعد هذا إلى ما يتعلق بنظم الكتاب: فأقول: قد سبق أن موضع هذا النوع ما إذا لم يكن العدو في جهة القبلة ثبتت ذلك من جهة النقل، ونص عليه الأصحاب، وإن لم يتعرض له لفظ الكتاب وفي معناه ما إذا كانوا في جهة القبلة، لكن كان بينهم وبين المسلمين حائل يمنع من رؤيتهم لو هجموا.

وقوله: (إن يلتحم القتال) ليس مذكوراً على سبيل الاشتراط، بل لو كان العدو قارين في معسكرهم في غير جهة القبلة، ولم يلتحم القتال بعد وكان يخاف هجومهم، فالحكم كما لو ألتحم فيجعلهم طائفتين، واحدة تحرس، وأخرى تقتدي به، وإذا ألتحم القتال، فإنما تمكن<sup>(١)</sup> هذه الصلاة، إذا كثر القوم، وأمكن الأنحياز لطائفة وحصل الكفاية بالباقيين، فإن لم يكن كذلك فالحال حال شدة الخوف، وسنذكرها، فلهذا قال: (ويحتمل الحال اشتغال بعضهم بالصلاة).

وقوله: (فإذا قام إلى الثانية أنفردوا بالثانية) مر قوم بالحساء، لأنه عنده لا ينفرد بالثانية، إذا قام الإمام إليها بل بعد سلامة.

ثم في هذا الفصل شيان ينبغي أن يتنبه لهما:

أحدهما: أن قوله: أنفردوا بالثانية، ليس المراد منهم أنفردهم بالفعل فحسب، بل ينوون مفارقتة وينفردون بالفعل، وفي حق الطائفة الثانية قال: (قاموا وأتموا الركعة الثانية) ولم يقل وأنفردوا بها، لأنهم لا يخرجون عن المتابعة، كذا قاله الجمهور، وفيه شيء آخر سيأتي.

والثانية: أنه قال: (فإذا قام الإمام إلى الثانية) ولم يقل: فإذا أتم الأولى؛ لأنه الأولى أن ينووا مفارقتة بعد الانتصاب لا عند رفع رأسه من السجود الثاني فإنهم

(١) في أ تكن.

صائرون إلى القيام كالإمام، ولو فارقه عند رفع الرأس من السجود جاز أيضاً، ذكره في «التهديب» وغيره، وقوله: (وأنحاز الفئة المقاتلة) إنما سماها مقاتلة؛ لأنه فرض الكلام فيما إذا ألتحم القتال، فأما إذا كان يخاف هجومهم ويتوقع القتال، فليست هي بمقاتلة في الحال، ويجوز أن يقرأ الفئة المقابلة بالباء، فيشمل الحالتين؛ لأنهما على التقديرين مقابلة للعدو.

وقوله: (فإذا جلس للتشهد، قاموا وأتموا) معلم بالحاء؛ لأن عنده إنما يقومون إذا سلم الإمام لا إذا جلس للتشهد، وبالميم والواو لما سبق.

وقوله: (هكذا صلى رسول الله ﷺ بِذَاتِ الرَّقَاعِ) اختلفوا في اشتقاق هذه اللفظة قيل: كان القتال في سفح جبل فيه جُدَدٌ بِيضٌ وحمَرٌ وصفر كالرقاع، وقيل: كانت الصحابة - رضوان الله عليهم - حفاة لُقُوا على أرجلهم الخرق والجلود، لئلاً تحترق.

وقوله في رواية خوات بن جبير: (أشتهر في كتب الفقه نسبة هذه الرواية إلى خوات) والمنقول في أصول الحديث رواية صالح عن سهل وَعَمَّنْ صَلَّى مع النبي ﷺ فالفعل هذا المبهم ذُكِرَ خوات أبو صالح والله أعلم.

وقوله: (وليس فيها إلا الأنفرد عن الإمام في الركعة الثانية) هذا الأنفرد ظاهر في حق الطائفة الأولى، فأما الطائفة الثانية فهم على متابعتهم بعد الركعة الثانية، وفي الركعة الثانية كلام سيأتي ذكره مِنْ بَعْدِ، والمقصود منه بيان رُجْحَانِ هذه الرواية على رواية ابن عمر - رضي الله عنهما -، وفيه إشارة إلى مسألة لا بُدَّ من ذكرها وهي أنه لو أقام الصلوة بهم على هذه الهيئة في حالة الأمن، هل يجوز ذلك أم لا؟ أما صلاة الإمام فمنهم من قال: لا تصح قولاً واحداً؛ لأنه تطويل صلاة بالقراءة أو التَّشَهُدِ، وذلك مما لا منع منه<sup>(١)</sup>.

وقال الأكثرون: فيه قولان؛ لأنه أنتظر المأمومين بغير عذر، وبنى القاضي أبو الطيب القولين فيما إذا فرقههم أربع فرق في الصلوة الرباعية؛ لأنه في صورتين أنتظر في غير محل الحاجة، وأما الطائفة الأولى ففي صلواتها قولان؛ لأنها فارقت الإمام بغير عذر، وأما الطائفة الثانية، فإن قلنا: صلاة الإمام تبطل أمتنع عليهم الاقتداء، والأصح إجزاؤهم، ثم تبنى صلواتهم إذا قاموا إلى الركعة الثانية على خلاف يأتي في أنهم متفردون بها أم حكم الاقتداء باق عليهم؟

إن قلنا بالأول ففي صلواتهم<sup>(٢)</sup> قولان مبنيان على أصليين:

(٢) في ط قولهم صلاتان.

(١) في ط منه.

أحدهما: أنهم أتفردوا من غير عذر.

والثاني: أنهم أقتدوا بعد الأنفراد.

وإن قلنا بالثاني بطلت صلاتهم، لأنفرادهم بركعة مع بقاء القدوة، ولو فرضت الصلاة في حالة الأمن الذي رواه ابن عمر - رضي الله عنه - فصلاة المأمومين باطلة قطعاً.

وقوله: (وهذا أولى) يجوز أن يريد أنه أولى بأن يفعله الإمام مما رواه ابن عمر - رضي الله عنهما - فيكون جواباً على تجويز إقامة الصلاة على ذلك الوجه أيضاً، ويجوز أن يريد به أن الأخذ به والمصير إليه أولى، فلا يلزم تجويز ذلك الوجه، وعلى التقديرين هو معلم بالحاء.

قال الغزالي: ثُمَّ الصَّحِيحُ أَنَّ الإِمَامَ فِي الثَّانِيَةِ يَقْرَأُ الفَاتِحَةَ قَبْلَ لُحُوقِ الفِرْقَةِ الثَّانِيَةِ لَكِن يَمُدُّ القِرَاءَةَ عِنْدَ لُحُوقِهِمْ، وَنَقَلَ المُرْزِي - رَحِمَهُ اللّهُ - أَنَّهُ يُؤَخَّرُ الفَاتِحَةَ إِلَى وَقْتِ لُحُوقِهِمْ، وَكَذَا هَذَا الخِلافُ فِي ائْتِظَارِهِ فِي الشَّهَدِ قَبْلَ لُحُوقِهِمْ.

قال الرافعي: إذا قام الإمام إلى الثانية، فهل يقرأ الفاتحة في أنتظاره الفرقة الثانية أم يؤخر إلى لحوقها؟ نقل الربيع أنه يقرأها، ثم بعد لحوقهم يقرأ بقدر الفاتحة سورة قصيرة، ونقل المزني أنه يقرأ بعد لحوقهم، بأمر القرآن وسورة، وهذا قول بتأخير القراءة إلى لحوقهم؛ لأن الفاتحة لا تكرر، وأختلف الأصحاب على طريقتين.

أصحهما: أن المسألة على قولين:

أحدهما: أنه لا يقرأ إلى لحوقها؛ لأنه قرأ في الركعة الأولى بالطائفة الأولى، فليقرأ في الثانية بالطائفة الثانية، تسوية بينهما.

وأصحهما - وبه قال أحمد -: أنه يقرأ أولاً، ولا يؤخر.

وأحتجوا عليه بأنه لو لم يقرأ فإما أن يسكت أو يقرأ غير الفاتحة من القرآن، وكل واحد منهما خلاف السنة، أو يشتغل بذكر وتسييح، وليس القيام محلاً لذلك، وهذا لا يسلمه من صار إلى القول الأول على الإطلاق، بل ذكروا تفرعاً عليه أنه يسبح ويذكر اسم الله تعالى جده بما شاء.

والطريق الثاني: أنها ليست على القولين، ثم اختلفوا فعن أبي إسحاق أن النصين مُتْرَكانَ على حالتين حيث قال: «يقرأ» أراد إذا كان الإمام يريد قراءة [سورة طويلة بعد الفاتحة فتمكن استدامة القراءة إلى لحوق الطائفة الثانية، وحيث قال: لا يقرأ أراد إذا

كان يريد<sup>(١)</sup> سورة قصيرة فتفوت القراءة على الطائفة الثانية فها هنا يستحب الانتظار، ومنهم من قطع بما رواه الربيع، وغلط المزني في النقل وقال: لفظ الشافعي - رضي الله عنه -: ويقرأ بعد إتيانهم بقدر أم الكتاب وسورة قصيرة لا بأمر القرآن، وإنما أمر بذلك لينالوا فضيلة القراءة، فلو لم يفعل وأدركوه في الركوع، كانوا مدركين للركعة.

وقوله في الكتاب: (لكنه يمد القراءة عند لحوقهم) إشارة إلى ما ذكرنا وهو أنه يمكن في قراءته بعد لحوقهم قدر قراءة أم القرآن وسورة، وفي بعض القراءة ولكنه يمد القراءة إلى وقت لحوقهم، وعلى هذا ففرض الكلام أنه لا يؤخر القراءة إلى لحوقهم، لا أنه يقطع القراءة كما لحقوا.

وأما قوله: (وكذا هذا على الخلاف في انتظاره في التشهد قبل لحوقهم) فأعلم أنه مبني على أن الطائفة الثانية يقومون إلى الركعة الثانية إذا جلس الإمام للتشهد، وهو المذكور في الكتاب، والمشهور، وقد حكينا قولاً آخر أنهم يقومون إليها بعد سلامه، فعلى ذلك القول ليس له انتظار في التشهد، وعلى المشهور هل يتشهد قبل لحوقهم، أما القاطعون في الانتظار الأول بأنه يقرأ الفاتحة فقد قطعوا ها هنا بأنه يتشهد بطريق الأولى، وأما المشتون للخلاف ثم فقد اختلفوا ها هنا، منهم من طرد القولين، ومنهم من قطع بأنه يتشهد؛ لأن الأمر بتأخير القراءة في قول إنما كان ليقرأ بالطائفة الثانية كما قرأ بالطائفة الأولى، وهذا المعنى لا يفرض في التشهد.

إذا عرفت ذلك فلا يخفى عليك أن قوله: (وكذا هذا الخلاف) جواب على طريقة طرد القولين في التشهد، ويجب أن يعلم بالواو؛ للطريقة الأخرى على أنها أظهر عند الأكثرين.

قال الغزالي: **ثُمَّ هَذِهِ الْحَاجَةُ إِنْ وَقَعَتْ فِي صَلَاةِ الْمَغْرِبِ فَلْيُصَلِّ الْإِمَامُ بِالطَّائِفَةِ الْأُولَى رَكْعَتَيْنِ وَبِالثَّانِيَةِ رَكْعَةً لِأَنَّ فِي عَكْسِهِ تَكْلِيفَ الطَّائِفَةِ الثَّانِيَةِ تَشَهُدًا غَيْرَ مَحْسُوبٍ، ثُمَّ الْإِمَامُ إِنْ أَنْتَظَرَهُمْ فِي التَّشَهُدِ الْأَوَّلِ فَجَائِزٌ، وَإِنْ أَنْتَظَرَهُمْ فِي الْقِيَامِ الثَّلَاثِ فَحَسَنٌ.**

قال الراجعي: ما سبق كلام في الصلاة الثنائية كيف تؤدي بالناس في الموضع الذي بيناه، فأما إذا كانت الصلاة مغرباً، وفرض الخوف كذلك فلا بد من تفضيل إحدى الطائفتين على الأخرى، فيجوز أن يصلي بالأولى ركعة، وبالثانية ركعتين، ويجوز أن يصلي بالأولى ركعتين، وبالثانية ركعة وأيهما أولى فيه قولان:

**أصحهما: أن الأفضل أن يصلي بالطائفة الأولى ركعتين، وبالثانية ركعة؛ لأن**

(١) ما بين المعكوفتين سقط من



الطائفة الأولى سابقون فهم أولى بالترتيب؛ ولأنه لو عكس فصلى بالطائفة الأولى ركعة وبالثانية ركعتين لزداد في صلاة الطائفة الثانية شهداً غير محسوب؛ لأنهم حينئذ يحتاجون إلى الجلوس مع الإمام في الركعة الثانية، وهو غير محسوب لهم، فإنها أولاهم، والأليق بالحال التخفيف دون التطويل.

والثاني: أن الأفضل أن يصلي بالأولى ركعتين، وبالثانية ركعتين؛ لأن علياً - رضي الله عنه - صلى ليلة الهريز<sup>(١)</sup> بالناس هكذا، ثم إن فعل هكذا، فالطائفة الأولى تفرقه إذا قام إلى الثانية، وتتم لنفسها على ما ذكرنا في ذات الركعتين، وإن صلى بالأولى ركعتين فيجوز أن ينتظر الثانية في التشهد الأول، ويجوز أن ينتظرهم في القيام الثالث، وأيها أولى؟ فيه قولان:

أحدهما: أن أنتظارهم في التشهد الأول أولى، ليدركوا معه الركعة من أولها، وينقل هذا عن «الإملاء».

وأصحهما: أن أنتظارهم في القيام الثالث أولى؛ لأن القيام مبني على التطويل، والجلسة الأولى مبنية على التخفيف، ولأن في ذات الركعتين ينتظر قائماً، فكذلك هاهنا؛ لأنه إذا أنتظرهم في الجلوس لا تدري الطائفة الأولى متى يقومون؟ ثم إذا أنتظرهم في القيام - فهل يقرأ الفاتحة أم يصير إلى لحوق الفرقة الثانية؟ فيه الخلاف المتقدم.

وقوله في الكتاب: (فليصل بالطائفة الأولى ركعتين، وبالثانية ركعة) جواب على القول الأول، ويجوز أن يكون جزمًا بأنه يفعل كذلك؛ لأن القاضي الرويان حكى طريقة جازمة به مع طرد القولين، وعلى التقديرين فلفظ: (الركعة والركعتين) معلّم بالواو.

وقوله: (فليصل) أمر استحباب وفضيلة، وليس ذلك بلازم.

وقوله: (وإن انتظرهم في القيام الثالث، فحسن) هو لفظ الشافعي - رضي الله عنه - في «المختصر»، وقد حملوه على أن الأفضل الانتظار فيه، وإذا كان كذلك فيجوز أن يعلم بالواو؛ إشارة إلى القول المنقول عن «الإملاء».

قال الغزالي: وَإِنْ كَانَ فِي صَلَاةِ رُبَاعِيَّةٍ فِي الْحَضَرِ فَلْيُصَلِّ بِكُلِّ طَائِفَةٍ رَكْعَتَيْنِ، فَإِنْ فَرَّقَهُمْ أَرْبَعِ فَرَقٍ فَلَا يَنْتَظَرُ الثَّلَاثَ رَأْتِدَ عَلَى الْمَنْصُوصِ وَفِي تَخْرِيْمِهِ قَوْلَانِ، قَالَ أَبُو سُرَيْجٍ: الْأَنْتِظَارُ فِي الرُّكْعَةِ الثَّلَاثَةِ هُوَ الْأَنْتِظَارُ الثَّانِي فِي حَقِّ الْإِمَامِ فَلَا مَنَعَ مِنْهُ.

قال الرازي: إذا كان الخوف في السفر فسبيل الصلاة الرباعية أن تقصر وتؤدّي

كما سبق، فلو أرادوا إتمامها وكانوا في الحضر وقد جاءهم العدو فينبغي أن يفرق الإمام الناس فرقتين، ويصلي بكل طائفة ركعتين، ثم هل الأفضل أن ينتظر الثانية في التشهد الأول، أو في القيام الثالث؟ فيه الخلاف المذكور في المغرب، ويتشهد بكل واحدة من الطائفتين بلا خلاف؛ لأنه موضع تشهدهما، ويتضح بما ذكرناه أن قوله: (وإن كان في صلاة رباعية في الحضر) ليس الحضر مذكوراً على سبيل الأشرط، لجواز الإتمام في السفر، لكن الغالب أن الإتمام لا يكون إلا في الحضر، لأن القصر أفضل مطلقاً عند الإمكان على الأصح، وأليق بحال الخوف، فلهذا قال في الحضر:

وقوله: (فليصل بكل طائفة ركعتين) معلّم بالميم؛ لأن في رواية عن مالك لا يجوز أن يصلي بهم الصلاة الرباعية كذلك.

لنا قوله تعالى: ﴿وَإِذَا كُنْتَ فِيهِمْ فَأَقَمْتَ لَهُمُ الصَّلَاةَ﴾<sup>(١)</sup> الآية، لا فرق فيها بين السفر والحضر، ولو فرقه أربع فرق، وصلى بكل فرقة ركعة، وذلك بأن يصلي بفرقة ركعة، وينتظر قائماً في الثانية، وينفردوا هم بثلاث، ويسلموا، ويذهبون، ثم يصلي الركعة الثانية بفرقة ثانية، وينتظر جالساً في التشهد الأول، أو قائماً في الثالثة، ويتموا لأنفسهم، ثم يصلي بفرقة ثالثة، وينتظر في قيام الرابعة، ويتموا صلاتهم، ثم يصلي الرابعة بالفرقة الرابعة، وينتظرهم في التشهد الأخير إلى أن يتموا صلاتهم، ويسلم بهم فهل يجوز ذلك؟ فيه قولان:

أحدهما: لا؛ لأن الأصل أن لا يحتمل الانتظار في الصلاة أصلاً؛ لما فيه من شغل القلب، والإخلال بالخشوع، وقد ورد عن فعل رسول الله ﷺ أنتظاران فلا يزداد عليهما.

وأصحهما: نعم؛ لأن جواز أنتظارين إنما كان للحاجة، وقد تقتضي الحاجة أكثر من ذلك بأن لا يكون في وقوف نصف الجند، في وجه العدو كفاية بل يحتاج إلى وقوف ثلاثة أرباعهم بكل حال.

التفريع: إن جوزنا فقد قال إمام الحرمين من شرطه<sup>(٢)</sup>، أن تمس الحاجة إليه، فأما إذا لم تكن حاجة فالحكم كما لو جرى ذلك في حالة الاختيار، والطائفة الرابعة على هذا القول كالطائفة الثانية في ذات الركعتين، فيعود الخلاف في أنهم يفارقونه قبل التشهد، أو يتشهدون معه ويقومون بعد سلام الإمام إلى ما عليهم كالمسبوق، وتتشهد الطائفة الثانية معه في أظهر الوجهين.

(٢) سقط من «ط».

(١) تقدم.

والثاني: تفرقه قبل التشهد، وعلى هذا القول تصح صلاة الإمام، وفي صلاة الطوائف قولان: المنقول عن «الأم» أن صلاتهم صحيحة، وعن «الإملاء» أن صلاتهم باطلة سوى صلاة الطائفة الرابعة، وبنوا ذلك على أن المأموم إذا أخرج نفسه عن صلاة الإمام بغير عذر هل تبطل صلاته أم لا؟ وقالوا: الطوائف الثلاث خرجوا عن صلاة الإمام بغير عذر؛ لأن وقت المفارقة ما نقل عن فعل المقتدين بالنبي ﷺ وهو نصف الصلاة، وكل طائفة من الثلاث قد فارقت قبل تمام النصف، وأما الطائفة الرابعة فإنها لم تخرج عن صلاة الإمام، بل أتمت صلاة على حكم المتابعة، وليس هذا البناء والفرق صافياً عن الإشكال - والله أعلم -.

وإن فرعنا على أن لا يجوز ذلك فصلاة الإمام باطلة، ومتى تبطل؟ فيه وجهان.

قال ابن سريج: تبطل بالانتظار الثالث، وهو الواقع في الركعة الرابعة، ولا تبطل بالانتظار الواقع في الركعة الثالثة، لأنه أنتظر مرة للطائفة الثانية في الركعة الثانية، وأنتظاره في الركعة الثالثة هو أنتظاره الثاني إذا لم يكن له في الأولى أنتظار، وقد ثبت من فعل رسول الله ﷺ، أنتظاران فلا بأس بهما، ولا فرق في الفصلين سوى أن المنتظر ثم في المرتين الطائفة الثانية، والمنتظر هاهنا في المرة الثانية طائفة أخرى، لكن هذا لا يضر إذا لم يزد عدد الانتظار، كما لا يضر زيادة قدر الانتظار لو فرقهم فرقتين وصلى بكل واحدة ركعتين، وقال جمهور الأصحاب: تبطل صلاته بالانتظار الواقع في الركعة الثالثة؛ لمخالفته الانتظار الثاني الذي ورد النقل به في المنتظر وفي القدر، فأما المنتظر فقد وضح، وأما في القدر فلأن النبي ﷺ أنتظر في الركعة الثانية فراغ الطائفة الثانية فحسب والإمام هاهنا ينتظر فراغ الثانية وذهابها إلى وجه العدو، ومجيء الثالثة، والذي قاله الجمهور وهو ظاهر النص، ولذلك قد يعبر عن هذا الخلاف بقولين منصوص ومخرَج لأبن سريج، ثم حكي في «البيان» وجهين تفرعاً على ظاهر النص.

أحدهما: أن صلاته تبطل بمضي الطائفة الثانية، لأن النبي ﷺ لم ينتظرهم في المرة الثانية إلا قدر ما أتمت صلاتها، فإذا زاد بطل.

والثاني - وبه قال الشيخ أبو حامد -: أنها تبطل بمضي قدر ركعة من أنتظاره الثاني، لأن النبي ﷺ لم ينتظر الطائفتين جميعاً، إلا بقدر الصلاة التي هو فيها مع الذهاب والمجيء وهذا وقد أنتظر في المرة الأولى قدر ما صلت الطائفة الأولى ثلاث ركعات وذهبت وجاءت الثانية، فإذا مضى قدر ركعة فقد تم قدر الانتظار المنقول فتبطل صلاته بالزيادة عليه، هذا هو الكلام في صلاة الإمام تفرعاً على قول المنع، وأما صلاة الطوائف فتنبى على صلاته فتصح صلاة الطائفة الأولى والثانية على ظاهر النص وقول ابن سريج معاً؛ لأنهم فارقه قبل بطلان صلاته، وصلاة الطائفة الرابعة باطلة إن علمت

بطلان صلاة الإمام، وإن لم تعلم فلا، وحكم الطائفة الثالثة حكم الرابعة على ظاهر النص: وحكم الطائفتين الأوليين على قول ابن سُرَيْج<sup>(١)</sup> ولو فرق القوم في صلاة المغرب ثلاث فرق وصلى بكل فرقة ركعة، وقلنا: لا يجوز ذلك فصلاة جميع الطوائف صحيحة عند ابن سُرَيْج، وعلى ظاهر النص صلاة الطائفة الثالثة باطلة إلا أن لا يعلم بطلان صلاة الإمام، وإذا عرفت ما ذكرناه ولخصت ما في المسألة من الخلاف، قلت: فيها أربعة أقوال:

أصحها: صحة صلاة الإمام والقوم جميعاً.

والثاني: صحة صلاة الإمام والطائفة الرابعة لا غير.

والثالث: بطلان صلاة الإمام، وصحة صلاة الطائفة الأولى والثانية، والفرق في حق الثالثة والرابعة بين أن تعلم بطلان صلاة الإمام أو لا تعلم.

والرابع: صحة صلاة الثالثة لا محالة.

والثاني: كما ذكرنا في القول الثالث وهو ابن سُرَيْج<sup>(٢)</sup>.

وقوله في الكتاب: (فلانتظار الثالث زائد على المنصوص) أي على نص الشارع وما ثبت من فعله، وأراد بالانتظار الثالث: الانتظار الواقع في الركعة [الثالثة وهو الثاني من انتظارات الإمام ثم يلزمه من إثبات الخلاف فيه إثباته في الانتظار الواقع في الركعة]<sup>(٣)</sup> الرابعة بطريق الأولى، وهو الثالث في الحقيقة، ولو أراد الانتظار الثالث

(١) قال النووي في زيادته: يجزم الإمام الرافعي بصحة صلاة الطائفة الأولى والثانية على هذا القول، وليس هو كذلك، بل فيهما القولان فيمن فارق بغير عذر، كما قلنا في الطوائف الثلاث، على قول صحة صلاة الإمام، وهذا لا بد منه، وصرح به جماعة من أصحابنا، وحكى القاضي أبو الطيب وصاحب «الشامل» وآخرون وجهاً ضعيفاً أن المبطل للطائفة الرابعة أن تعلم أنه انتظار رابع، وإن جهلت كونه مبطلاً. الروضة (١/٥٦٢).

(٢) قال النووي: وقول خامس: وهو بطلان صلاة الجميع، ولو فرقهم فرقتين فصلى بفرقة ركعة، والثانية ثلاثة أو عكسه، قال أصحابنا: صحت صلاة الإمام وجميعهم بلا خلاف، وكانت مكروهة ويسجد الإمام والطائفة الثانية سجود السهو، للمخالفة بالانتظار في غير موضعه، هكذا صرح به أصحابنا، ونقله صاحب «الشامل» عن نص الشافعي - رحمه الله - قال: وهذا يدل على أنه إذا فرقهم أربع فرق، وقلنا: لا تبطل صلاتهم، فعليهم سجود السهو. وقال صاحب «النتمة»: لا خلاف في هذه الصورة أن الصلاة مكروهة، لأن الشرع ورد بالتسوية بين الطائفتين، قال: وهل تصح صلاة الإمام أم لا؟ إن قلنا: إذا فرقهم أربع فرق تصح، فهذا أولى، وإلا فقد انتظر في غير موضعه، فيكون كمن قنت في غير موضعه، قال: وأما المأمومون فعلى التفصيل فيما إذا فرقهم أربع فرق، وهذا الذي قاله شاذ، والصواب ما قدمناه عن نص الشافعي والأصحاب. الروضة (١/٥٦٣).

(٣) ما بين المعكوفين سقط من ط.

حقيقة لكان ذلك عين قول ابن سريج، ولما أنتظم من أن يقول بعد ذلك.

وقال ابن سريج، ورتب في «الوسيط» الخلاف في بطلان الصلاة، بالانتظار الثالث على الخلاف في تحريمه، فقال: في تحريمه قولان: إن قلنا يحرم ففي بطلان الصلاة به قولان، ولم يذكر المعظم هذا الترتيب، وإنما تكلموا في الصحة والبطلان، وذكر الشافعي - رضي الله عنه - مع القول بصحة صلاة الجميع، أنهم مسيئون بذلك، وهذا يشعر بالجزم بالتحريم والله أعلم.

قال الغزالي: **وَفِي إِقَامَةِ الْجُمُعَةِ عَلَى هَذِهِ الْهَيْئَةِ وَجْهَانِ (م) وَوَجْهُ الْمَنْعِ أَنْ الْعَدَدَ فِيهَا شَرْطٌ وَيُؤَدَّى إِلَى الْأَنْفِضَاضِ فِي الرُّكْعَةِ الثَّانِيَةِ.**

قال الرافعي: إذا كان الخوف في بلد ووافق ذلك يوم الجمعة وأرادوا إقامة صلاة الجمعة على هيئة صلاة ذات الرقاع، فقد نقل المصنف فيه وجهين:  
أحدهما: الجواز كسائر الصلوات الثنائية.

والثاني: المنع، لأن العدد شرط فيها، وتجوز ذلك يفضي إلى أفراد الإمام في الركعة الثانية، والأول هو الذي حكاه أصحابنا العراقيون عن نصه في «الأم»، ثم ذكروا في طريقتين:

إحدهما: أن ذلك جواب على أحد الأقوال في مسألة الأنفضاض، وهو أنه إذا نفص القوم عنه وبقي وحده يُصَلِّي الْجُمُعَةَ، قلنا إذا لم نقل بذلك أمتنع إقامة الجمعة على هذا الوجه.

والثانية: القطع بالجواز بخلاف صورة الأنفضاض؛ لأنه معذور هاهنا بسبب الخوف، ولأنه يترقب مجيء الطائفة الثانية، ويجوز أن يرتب فيقال: إن جوزنا الأنفضاض فتجوز إقامة الجمعة على هذه الهيئة أولى، وإلا فوجهان، والفرق العذر، وإيراد الكتاب إلى هذا الترتيب أقرب، وكيف ما كان فالأظهر عند الأكثرين الجواز، ثم له شرطان:

أحدهما: أن يخطب بهم جميعاً ثم يفرقهم فرقتين، أو يخطب بطائفة ويجعل فيها<sup>(١)</sup> مع كل واحد من الفرقتين أربعين فصاعداً، فأما لو خطب بفرقة وصلى بأخرى فلا يجوز.

والثاني: أن تكون الفرقة الأولى أربعين فصاعداً، فلو نقص عددهم عن الأربعين

(١) في «ب»: منها.

لم تنعقد الجمعة، ولو نقصت الفرقة الثانية عن أربعين، فقد حكى ابن الصَّبَّاح عن الشيخ أبي حامد أنه لا تضر ذلك بعد انعقادها بالأولى، وعن غيره أنه على الخلاف في الأنفضاض، ولو خطب الإمام بالناس وأراد أن يقيم الجمعة بهم على هيئة صلاة عَسْفَانَ فهي أولى، بالجواز إن جوزناها على هيئة صلاة ذات الرَّقَاع، ولا يجوز إقامتها على هيئة صلاة بطن النَّخْلِ، إذ لا تقام جمعة بعد جمعة.

قال الغزالي: **ثُمَّ يَجِبُ حَمْلُ السَّلَاحِ فِي هَذِهِ الصَّلَاةِ وَصَّلَاةِ عَسْفَانَ إِنْ كَانَ فِي وَضْعِهَا خَطَرٌ، وَإِنْ كَانَ الظَّاهِرُ السَّلَامَةَ وَأَخْتَمَلَ الخَطَرَ فَيَسْتَحَبُّ الأَخْذُ فِي الوُجُوبِ قَوْلَانِ.**

قال الرافعي: قال الشافعي - رضي الله عنه - في «المختصر» وغيره: واجب للمصلي - أي في الخوف - أن يأخذ سلاحه، وقال في موضع: ولا أجزى وضعه، وأختلف الأصحاب على طرق:

أظهرها - وبه قال أبو إسحاق -: إن في المسألة قولين:

أحدهما: أنه يجب؛ لظاهر قوله: (وَأَلْيَأْخُذُوا أَسْلِحَتَهُمْ)<sup>(١)</sup> وقال تعالى جده: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ كَانَ بِكُمْ أَدَى مِنْ مَطَرٍ أَوْ كُنْتُمْ مَرَضَى أَنْ تَضَعُوا أَسْلِحَتَكُمْ﴾<sup>(٢)</sup> أشعر ذلك بقيام الجناح، إذا وُضِعَ من غير عُذْر.

وأصحهما - وبه قال أبو حنيفة وأحمد -: أنه لا يجب، والآية محمولة على الاستحباب. واحتجوا لهذا القول بأنه لا خلاف، أن وضعه لا يفسد الصلاة، فوجب أن لا يجب حملها كسائر ما لا يفسد تركه الصلاة ولا يجب فعله.

والطريق الثاني: القطع بالاستحباب.

والثالث: القطع بالإيجاب.

والرابع: ما يدفع به عن نفسه كالسيف والسكين يجب حمله، وما يدفع به عن نفسه وغيره كالرمح والقوس لا يجب حمله؛ لأن الدفع عن النفس أولى بالوجوب، وهؤلاء حملوا النصين على هذين النوعين، والخلاف في المسألة مشروط بشروط:

أحدها: أن يكون طاهراً، فأما السلاح النجس فلا يجوز حمله بحال، ومنه السيف الذي سقى السَّم النَّجِسَ، والنبيل المریش بريش طائر لا يؤكل، أو طائر ميت؛ لأنه نجس على الصَّحِيح.

(١) سورة النساء، الآية ١٠٢.

(٢) سورة النساء، الآية ١٠٢.

والثاني: أن لا يكون مما يمنع من بعض أركان الصلاة، كالحديد المانع من الركوع، والبيضة المانعة من مباشرة<sup>(١)</sup> المصلّي بالجبهة، فإن كان كذلك لم يحمل بلا خلاف.

والثالث: أن لا يتأذى به الغير كالرمح، فإن حَمَلَهُ في وسط الصَّف يؤذي القوم فيكره، إلا أن يكون في حاشية الصَّف فلا يتأذى بحمله أحد.

والرابع: قال الإمام: موضع الخلاف أن يخاف من وضع السلاح وتنحيته خطر على سبيل الاحتمال، فأما إذا كان يتعرض للهلاك ظاهراً، لو لم يأخذ السلاح فيجب القطع بوجوب الأخذ، وإلا فهو أستسلام للكفار، وهذا الشرط قد ذكره في الكتاب، فأوجب الحمل إذا كان في موضع خطر، وخص الخلاف بما إذا ظهرت السّلامة وأحتمل الخطر.

وأعلم أن ترجمة المسألة هي حمل السلاح، قال إمام الحرمين: وليس الحمل معيناً لعينه بل لوضع السيف بين يديه، وكان مد اليد إليه في اليسر والسهولة كمدّها إليه وهو محمول متقلد، كان ذلك بمثابة الحمل قطعاً، وأما لفظ السلاح فقد قال ألقاضي ابن كج: إنه يقع على السيف والسكين والرمح والنشاب ونحوها، أما الترس فليس بسلاح، وكذا لو لبس درعاً لم يكن حاملاً سلاح والله أعلم.

ثم في لفظ الكتاب شيان:

أحدهما: أنه خص الكلام بصلاة ذات الرِّقَاع، وصلاة عسفان، وأشعر ذلك بنفي الوجوب في صلاة بطن النخل، لكن معنى الخوف يشملها جميعاً، والجمهور أطلقوا القول في صلاة الخوف إطلاقاً.

والثاني: أنه قال في آخر الفصل: (فيستحب الأخذ وفي الوجوب قولان): وقضية هذا الكلام الجزم بالاستحباب، وقصر الخلاف على الوجوب وإنما يكون كذلك، إن لو أشتمل الوجوب على الاستحباب أشتمل العام على الخاص، وفيه كلام لأهل الأصول، فإن لم يحكم بأشتماله عليه فالصائر إلى الوجوب نافية للاستحباب فلا يكون الاستحباب إذاً مجزوماً به.

قال الغزالي: فَرَعُ: سَهُوَ الطَّائِفَتَيْنِ مَحْمُولٍ فِي وَقْتِ مُوَافَقَتِهِمُ الْإِمَامَ، وَسَهُوَ الطَّائِفَةِ الْأُولَى غَيْرُ مَحْمُولٍ فِي رَكْعَتِهِمُ الثَّانِيَةَ وَذَلِكَ لِانْقِطَاعِهِمْ عَنِ الْإِمَامِ، وَمَبْدَأُ الْانْقِطَاعِ الْأَعْيَادُ فِي قِيَامِ الثَّانِيَةِ أَوْ رَفْعِ الْإِمَامِ رَأْسَهُ مِنْ سُجُودِ الْأُولَى فِيهِ وَجْهَانِ، وَأَمَّا

(١) في «ب»: من مباشرة الأرض.

سَهُوَ الطَّائِفَةِ الثَّانِيَةِ فِي الرُّكْعَةِ الثَّانِيَةِ فِي حَمْلِهِ وَجْهَانٍ؛ لِأَنَّهُمْ سَيَلْتَحِقُونَ بِالْإِمَامِ قَبْلَ السَّلَامِ، وَهُوَ جَارٍ فِي الْمَرْحُومِ إِذَا سَهَا وَقْتَ التَّخَلُّفِ، وَفِيْمَنْ أَنْفَرَدَ بِرُكْعَةٍ وَسَهَا ثُمَّ أَقْتَدَى فِي الثَّانِيَةِ.

قال الرافعي: أصل الفرع أن سهو المأموم يحمله الإمام، وهذه قاعدة شرحناها في «باب سجود السهو» إذا تذكرت ذلك فنقول: إذا سها بعض المأمومين في صلاة ذات الرقاع على الرواية المختارة فينظر، إن سهت الطائفة الأولى فسوها في الركعة الأولى محمول؛ لأنها مقتدية بالإمام، وسوها في الثانية غير محمول؛ لانقطاعها عن الإمام، وما مبدأ الانقطاع؟ فيه وجهان، حكاهما الإمام عن شيخه:

أحدهما: أن مبدأ الانقطاع الاعتدال في الركعة الثانية؛ لأن القوم والإمام جميعاً صائرون إلى القيام، فلا تنقطع القدوة ما لم يعتدلوا قائمين.

والثاني: أن مبدأ الانقطاع رفع الإمام رأسه من السجود الثاني؛ لأن الركعة تنتهي بذلك، فعلى هذا لو رفع الإمام رأسه وهم بعد في السجود، وفرض منهم سهو لم يكن محمولاً، ولك أن تقول: قد نصوا على أنهم ينوون المفارقة عن الإمام، وأنه يجوز ذلك عند رفع الرأس وعند الاعتدال كما سبق، وإذا كان كذلك فلا معنى لفرض الخلاف في أن الانقطاع يحصل بهذا أو بذلك، فإنه ليس شيئاً يحصل بنفسه، بل هو منوط بنية المفارقة، فوجب قصر النظر على وقتها.

وأما الطائفة الثانية فسوها في ركعتها الأولى محمول أيضاً؛ لأنها على حقيقة المتابعة، وفي سهوها في الركعة الثانية وجهان:

أحدهما - وينسب إلى ابن خيران وابن سريج - أنه غير محمول؛ لأنهم منفردون به في الحقيقة.

وأصحهما: أنه محمول؛ لأن حكم القدوة باقٍ بدليل أنهم مقتدون به إذا حصلوا معه في التشهد، وإلا لما كان لانتظاره إياهم معنى، وإذا كان كذلك فلولا استمرار حكم القدوة لأحتاجوا إلى إعادة نية القدوة إذا جلسوا للتشهد، ولا يحتاجون إليها والوجهان جاريان في المرحوم في الجمعة إذا سها في وقت تخلفه، وأجروهما أيضاً فيما كان يصلي منفرداً فسها في صلاته، ثم اقتدى بإمام وجوزنا ذلك على أحد القولين، واستبعد الإمام إجراء الخلاف في هذه الصورة، وقال: الوجه القطع بأن حكم السهو لا يرتفع بالقدوة اللأحقة، فإن السهو كان أو هو منفرد لا يخطر له أمر القدوة، فلا ينعطف حكمهما على ما تقدّم من الأنفراد، وقوله: (لأنهم سيلحقون بالإمام) يجوز أن يريد به التحاقهم في الصورة مصيراً إلى أن حكم القدوة مستمر في الحال، ويجوز أن يريد به



أنهم سيصيرون مقتدين، وإن كانوا منفردين في الحال، فيؤخذ بآخر الأمر، والضمير في قوله: (وهو جار) عائد إلى الخلاف وإن لم يكن [لفظه] <sup>(١)</sup> مذكوراً.

وقوله فيمن أنفرد بركعة وسها، (ثم أقتدى في الثانية)؛ لأنه ليس للتقييد، وأنه لا فرق بين أن يقتدي في الأولى، والثانية بعد السهود منفرداً.

وأعلم أن جميع ذلك مبني على أن الطائفة الثانية يقومون إلى الركعة الثانية إذا جلس الإمام للتشهد، فإذا قلنا: إنهم يقومون إليها إذا سلم الإمام على ما نقل عن القديم فسوهم في الثانية غير محمول لا محالة، كالمسبوق، وهذا حكم سهو المأمومين، أما لو سها الإمام نظر، إن سها في الركعة الأولى لحق سهوه الطائفتين، فالطائفة الأولى يسجدون إذا أتموا صلاتهم، ولو سها بعضهم في الركعة الثانية فهل يقتصر على سجدتين أم يسجد أربعاً؟ فيه خلاف تقدم نظائره، والأصح الأول والطائفة الثانية يسجدون مع الإمام في آخر صلاته، وإن سها في الركعة الثانية لم يلحق سهوه الطائفة الأولى؛ لأنهم فارقه قبل السهو، وتسجد الثانية معه في آخر الصلاة، ولو سها في أنتظاره إياهم فهل يلحقهم ذلك السهو؟ فيه الخلاف المذكور في أنه هل يتحمل سهوهم والحالة هذه؟

قال الغزالي: **النوع الرابع: صلاة شدة الخوف، وذلك إذا التحم الفريقان ولم يمكن ترك القتال لأحد فيصلون رجالاً وركباناً مستقبلي القبلة وغير مستقبليها إيماء بالرُكوع والسجود مختريين عن الصنيحة وعن موالاة الضربات من غير حاجة، فإن كثرت مع الحاجة في أشخاص فيحتمل، وفي شخص واحد لا يحتمل لندوره، وقيل: يحتمل في الموضعين، وقيل: لا يحتمل فيهما، فإن تلطخ سلاحه بالدم فليلقه، فإن كان محتاجاً إلى إمساكه فالأقيس أنه لا يجب عليه القضاء، والأشهر وجوبه لندور العذر.**

قال الرافي: إذا التحم القتال ولم يتمكنوا من تركه بحال لقتلهم وكثرة العدو، أو اشتداد الخوف، وإن لم يلتحم القتال فلم يأمنوا أن يركبوا أكتافهم لو ولوا عنهم، أو أنقسموا فيصلون بحسب الإمكان، وليس لهم التأخير عن الوقت.

وعن أبي حنيفة أن لهم ذلك.

ثم في كيفية هذه الصلاة مسائل:

إحداها: لهم أن يصلوا ركباناً على الدواب، أو مشاة على الأقدام، قال الله تعالى

(١) سقط في «ط».

جَدُّهُ: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ فَرِجَالًا أَوْ رُكْبَانًا﴾<sup>(١)</sup> ويجوز أن يعلم لفظ (الرجال) في قوله: (فيصلون رجالاً) بالحاء؛ لأن أصحابنا حكوا عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - أنه ليس للرجل أن يصلي بل يؤخر.

الثانية: لهم أن يتركوا الأستقبال إذا لم يجدوا بُدًا عنه، قال ابن عمر - رضي الله عنهما - في تفسير الآية: «مُسْتَقْبِلِي الْقِبْلَةِ، وَغَيْرُ مُسْتَقْبِلِيهَا»<sup>(٢)</sup>.

قال نافع: لا أراه ذكر ذلك إلا عن رسول الله ﷺ، ويجوز أن يأتي بعضهم ببعض مع اختلاف الجهة، كالمصلي حول الكعبة، وفيها: وإنما يعنى عن الانحراف عن القبلة إذا كان بسبب العدو، فأما إذا انحرف لجماع الدابة وطال الزمان بطلت صَلَاتُهُ كما في غير حالة الخوف، ويجوز أن يعلم قوله: (غير مستقبليها) بالحاء؛ لأنهم حكوا عن أبي حنيفة أنه لا يجوز ترك الأستقبال.

الثالثة: إذا لم يتمكنوا من إتمام الركوع والسجود أقتصروا على الإيماء بهما، وجعلوا السجود أخفض من الركوع، ولا يجب على الماشي أستقبال القبلة في الركوع والسجود، ولا عند التحرم، ولا وضع الجبهة على الأرض، فإنه تعرض للهلاك بخلاف ما ذكرنا في المتفل ماشياً في السَّفَر.

الرابعة: يجب عليهم الأحتراز عن الصياح، فإنه لا حاجة إليه.

قال الإمام: بل الكمي المقنع السكوت أهيب في نفوس الأقران، ولا بأس بالأعمال القليلة فإنها محتملة من غير خوف، فعند الخوف أولى، وأما الأعمال الكثيرة كالطعنات والضربات المتوالية فهي مبطلّة إن لم يكن محتاجاً إليها، وإن كان محتاجاً إليها فوجهان:

أحدهما: أنها مبطلّة، وقد حكاه العراقيون وغيرهم عن ظاهر نصه في «الأم»؛ لأن الآية وردت في المشي والركوب، وأنضم ترك الأستقبال إليه فيما ورد من التفسير، فما جاوز ذلك يبقى على المنع.

والثاني - وبه قال ابن سريج -: أنها غير مبطلّة؛ لمكان الحاجة كالمشي وترك الأستقبال، وتوسّط بعض الأصحاب بين الوجهين فقال: يحتمل في أشخاص؛ لأن الضربة الواحدة لا تدفع عن المضروب فيحتاج إلى التوالي لكثرتهم، ولا تحتمل في الشخص الواحد لندرة الحاجة إلى توالي الضربات فيه، وإيراد الكتاب يشعر بترجيح هذا الوجه المتوسط، لكن الأكثرين رجحوا الوجه المنسوب إلى ابن سريج، وقطع به القائل

فيما حكاه الرّوياني، ومنهم من عبر عن الوجوه بالأقوال، وكذلك فعل في «الوسيط» .  
 وقوله: (من غير حاجة) تقييد لموالاته الضّرب دون الصّنيحة، والأحتراز عنها واجب بكل حال، وليست هي من ضروريات القتال، هكذا ذكر الأئمة .  
 وقوله: (فيحتمل)، وكذا قوله: (وقيل لا يحتمل)، يجوز أن يعلما بالحاء؛ لأنّ الصيدلاني حكى عن أبي حنيفة أنه يجوز فيها العمل الكثير .

الخامسة: لو تَلَطَّحَ سلاحُه بالدمِّ، فينبغي أن يلقيه أو يجعله في قرابة تحت ركابه إن أحتمل الحال ذلك، وإن أحتاج إلى إمساكه فله الإمساك، ثم هل يقضي؟ حكى إمام الحرمين عن الأصحاب أنه يقضي لندور العذر، ثم منعه، وقال: تلتطخ السلاح بالدم من الأعدار العامة في حق المقاتل، ولا سبيل إلى تكليفه تنحية السلاح، فتلك النجاسة ضرورية في حقّه، كنجاسة المستحاضة في حقها، ثم جعل المسألة على قولين مركبين على القولين فيما إذا صلّى في حصن، أو موضع آخر نجس، وهذه الصورة أولى بنفي القضاء، لإلحاق الشّرع القتال بسائر مسقطات القضاء في سائر المحتملات كالاستدبار والإيماء بالركوع والسجود، فليكن أمر النجاسة كذلك، ويتبين بما ذكرنا أنه لم جعل الأقيس نفي القضاء، والأشهر وجوبه؟ ويجوز إقامة الصلاة عند شدة الخوف بالجماعة، خلافاً لأبي حنيفة، وتقام صلاة العيدين والخسوفين في شدة الخوف لأنهما بعرض القوات، ولا تقام صلاة الاستسقاء .

قال الغزالي: ثُمَّ هَذِهِ الصَّلَاةُ تُقَامُ فِي كُلِّ قِتَالٍ مُبَاحٍ وَلَوْ فِي الذَّبِّ عَنِ الْمَالِ، وَكَذَا فِي الْهَزِيمَةِ الْمُبَاحَةِ عَنِ الْكُفَّارِ، وَلَا تُقَامُ فِي اتِّبَاعِ أَتْبَاعِ الْكُفَّارِ عِنْدَ أَنْهَرَامِهِمْ، وَيُقِيمُهَا الْهَارِبُ مِنَ الْحَرَقِ وَالْعَرَقِ وَالسَّبْعِ، وَالْمُطَالِبُ بِالذِّينِ إِذَا أَعْسَرَ وَعَجَزَ عَنِ الْبَيْئَةِ، وَالْمُخْرِمُ إِذَا خَافَ قَوَاتِ الْوُقُوفِ قِيلَ: يُصَلِّي مُسْرِعاً فِي مَشِيهِ، وَقِيلَ: لَا يَجُوزُ ذَلِكَ .

قال الرافعي: مقصود الفصل الكلام فيما يرخص في هذه الصلاة، إذ لا شك في أنها غير جائزة عند الأمن والسلامة، وفيه صور:

إحداها: تجوز هذه الصلاة في كل ما ليس بمعصية من أنواع القتال، دون ما هو معصية؛ لأن الرخص لا تناط بالمعاصي، فيجوز في قتال الكفار ولأهل العدل في قتال أهل البغي، وللرفقة في مال الطريق، ولا يجوز لأهل البغي والقُطاع، ولو قصد نفس رَجُلٍ أو حَرِيمِهِ، أو نفس غيره، أو حريمه وأشتغل بالدفع كان له أن يصلي هذه الصلاة في الدفع، ولو قصد إتلاف ماله نظر، إن كان حيواناً فكذلك الحكم، وإلا فقولان:

أحدهما: لا يجوز؛ لأن الأصل المحافظة على أركان الصلاة وشرائطها، خالفناه فيما عدا المال؛ لأنه أعظم حرمة .

وأصحهما - وهو المذكور في الكتاب - : أنه يجوز؛ لأن الدَّبَّ بالقتال عن المال جائز، كالدَّبَّ عن النَّفس، قال ﷺ: «مَنْ قُتِلَ دُونَ مَالِهِ فَهُوَ شَهِيدٌ»<sup>(١)</sup>.

**الثَّانِيَّة:** لو وُلِّوا ظهورهم عن الكفار منزهين، نظر إن كان يحل لهم ذلك، بأن يكون في مقاتلة كل مسلم أكثر من كَافِرَيْن، فلهم أن يصلُّوا صلاة شدة الخوف؛ لتعرضهم للهلاك لو أتوا بالصلاة على الكمال، وإن لم يحل كما إذا كان في مقابلة كل مسلم كافران فليس لهم ذلك؛ لأنهم عاصون بالأنهزام، والرخص لا تناط بالمعاصي، فإن كان فيهم متحرف لقتال أو متحيز إلى فئة فله الترخص لجواز الأنهزام، ولو أنهزم الكفار وأتبع المسلمون أقيعتهم، ولو أكملوا الصلاة وثبتوا لفاتهم العدو، فليس لهم صلاة شدة الخوف؛ لأنهم لا يخافون محذوراً بل غاية الأمر فوات مطلوب، والرخص لا يتعدى بها مواضعها، فلو خافوا كميناً أو كرة، كان لهم أن يصلُّوها.

**الثالثة:** الرخصة في الباب لا تتعلق بخصوص القتال، بل تتعلق بعموم الخوف، فلو هرب من حريق يغشاه، أو من سيل منحدري إلى موضعه ولم يجد في عرض الوادي ما يقدر على اللَّبث فيه والصعود، فغدا في طوله، أو هرب من سبع قصده فله أن يصلِّيها؛ لأنه خائف من الهلاك، والمديون المعسر إذا عجز عن بيته الإعسار ولم يصدقه المستحق، ولو ظفر به لحبسه، كان له أن يصلِّيها هارباً دفعاً لضرر الحبس، ويجوز أن يعلم قوله: (والمطالب بالدين) بالواو؛ لأن الحنَّاطي حكى عن الإمام أنه لو طلب رجل لا يقتل لكن ليحبس أو يؤخذ منه شيء لا يصلِّي صلاة الخوف، وغاية المحذور هاهنا هو الحبس، ولو كان عليه قصاص يرجو العفو عنه إذا سكن الغليل وأنطفأ الغضب فقد جوز الأصحاب أن له أن يهرب، وقالوا: له أن يصلِّي صلاة شدة الخوف في هربه، وأستبعد الإمام جواز الهرب من المستحق بهذا التوقع.

**الرابعة:** المحرم إذا ضاق وقت وقوفه بعرفة وخاف فوت الحج لو صلى متمكناً ما الذي يفعل؟ حكى الشيخ أبو محمد عن القفال فيه وجوهاً:

ص/ن<sup>١</sup> **ن<sup>١</sup> أحدها:** أنه لا يؤخر الصلاة، فإن قضاءها هين، وأمر الحج خطير، وقضاؤه عسير.

**والثاني:** أنه يقيمها، كما تقدّم في شدة الخوف، ويحتمل فيها العذر؛ لأن الحج في حق المحرم كالشيء الحاصل، والفوات طارئ عليه، فأشبه ما لو خاف هلاك مال حاصل لو لم يهرب، ولأن الضرر الذي يلحقه بفوات الحج لا ينقص عن ضرر الحبس أياماً في حق المديون.

(١) أخرجه البخاري (٢٤٨٠) ومسلم (١٤١).

والثالث: أنه تلزمه الصلّاة على سبيل التمكن والأستقرار، لأن الصلّاة تلو الإيمان، ولا سبيل إلى إخلاء الوقت عنها؛ لعظم حرمتها، ولا سبيل إلى إقامتها كما تقام في شدة الخوف؛ لأنه لا يخاف فوات حاصلها هنا، فأشبهه فوات العدو عند أنهزامهم، ويشبه أن يكون هذا الوجه أوفق لكلام الأئمة - والله أعلم -.

وقوله: (قيل: يصلي مسرعاً في مشيه) هو الوجه الثاني، وقوله: (وقيل: لا يجوز ذلك) يمكن إدراج الأول والثالث فيه.

قال الغزالي: وَلَوْ رَأَى سَوَاداً فَظَنَّهُ عَدُوّاً فَفِي وَجُوبِ الْقَضَاءِ قَوْلَانِ، وَمَهْمَا فَاجَأَهُ فِي أَثْنَاءِ صَلَاتِهِ خَوْفٌ فَبَادَرَ إِلَى الرُّكُوبِ وَكَانَ يَفِدِرُ عَلَى إِتْمَامِ الصَّلَاةِ رَاجِلاً فَأَخَذَ بِالْحَزْمِ لَمْ يَصِحَّ بِنَاءِ الصَّلَاةِ، وَلَوْ أَنْقَطَعَ الْخَوْفُ فَتَزَلَّ وَأَتَمَّ الصَّلَاةَ صَحَّ، وَإِذَا أَزْهَقَهُ الْخَوْفُ فَرَكِبَ وَقَلَّ فِعْلُهُ جَازَ الْبِنَاءُ، وَإِنْ كَثُرَ الْفِعْلُ مَعَ الْحَاجَةِ فَوَجَّهَانَ كَمَا فِي الضَّرْبَاتِ الْمُتَوَالِيَةِ.

قال الرافعي: في الفصل مسألتان:

إحدهما: لو رأوا سواداً أو إبلاً أو أشجاراً، فظنوها عدواً فصلّوا صلاة شدة الخوف، ثم تبين الحال ففي وجوب القضاء قولان.

أصحهما: وهو قوله في «الأم»، وبه قال أبو حنيفة: أنه يجب؛ لأنه ترك في صلّاته فروضاً بسبب هو مخطيء فيه فيقضي، كما لو أخطأ في الطهارة.

والثاني: نقله المزني عن «الإملاء» أنه لا يجب لقيام الخوف عند الصلاة، وهو أصح عند صاحب «المهذب»، والجمهور على ترجيح الأول، ثم اختلفوا في محل القولين فمنهم من قال: القولان فيما إذا كانوا في دار الحرب لغلبة الخوف والعدو فيها، فأما إذا كانوا في دار الإسلام فوجب القضاء لا محالة، وحكى هذا الفرق صاحب «التهذيب» عن نصح في القديم وأصحاب هاتين الطريقتين نسبوا المزني إلى السهو فيما أطلقه عن «الإملاء» وأدعت كل فرقة أنه إنما نفى الإعادة في «الإملاء» بالشرط المذكور، ومن الأصحاب من عمم القولين في الأحوال، وهذا أظهر، وهو الموافق لمطلق لفظ الكتاب.

ويجوز أن يعلم قوله: (قولان) بالواو؛ إشارة إلى الطريقتين الأولتين، ولو تحققوا العدو فصلّوا صلاة شدة الخوف، ثم بان أنه كان دونهم حائل من خندق، أو نارٍ أو ماءٍ، أو بان أنه كان بقربهم حصن يمكنهم التحصن به، أو ظنوا أن بإزاء كل مسلم أكثر من مشركين فصلّوها منهزمين، ثم بان خلافه فحيث أجرينا القولين في الصورة السابقة تجريبها أيضاً في هذه الصورة ونظائرها، ومنهم من قطع بوجوب القضاء هاهنا؛ لأنهم

قصرُوا بترك البحث عما بين أيديهم، قال في «التهذيب»: ولو صلوا في هذه الأحوال صلا عَسْفَانَ أطرد القولان، ولو صلوا صلاة ذات الرَّقَاع، فإن جوزناها في حال الأمن فهاننا أولى، وإلا جرى القولان.

**الثانية:** لو كان يصلي متمكناً على الأرض متوجهاً إلى القبلة، فحدث خوف في أثناء صلاته، فركب نَصَّ الشافعي - رضي الله عنه - على أنه تبطل صلاته، وعليه أن يستأنف، ونقل عن نضه في موضع آخر أنه يبني على صلاته، وأختلفوا فيهما على طريقتين حكاهما أصحابنا العراقيون.

**وأحدهما:** أن المسألة على قولين:

**أحدهما:** أن الركوب يُبطل الصلاة؛ لأنه عمل كثير.

**والثاني:** لا يبطلها؛ لأن العمل الكثير بعذر شدة الخوف لا يقدر.

**وأظهرهما -** وبه قال ابن سريج وأبو إسحاق -: أن النصين محمولان على حالين، حيث قال: يستأنف الصلاة، أراد ما لم<sup>(١)</sup> يكن مضطراً إلى الركوب وكان يقدر على القتال، وإتمام الصلاة راجلاً فركب احتياطاً، وأخذ بالحزم، وحيث قال: (بيني) أراد ما إذا صار مضطراً إلى الركوب، ثم قال هؤلاء: إذا قل فعله في الركوب لحذقه بنى بلا خلاف، وإن كثر فعله، ففيه الوجهان المذكوران في العمل الكثير للحاجة، والمذكور في الكتاب هو الطريق الثاني، فقله: (ومهما فاجأه في أثناء صلاته<sup>(٢)</sup> خوف) عبارة عن الحالة الأولى، وقوله: (وإن أرقه الخوف فركب) عبارة عن الحالة الثانية، وحينئذ لا يخفى أن قوله: (لا يصح بناء الصلاة) وقوله: (جاز البناء) ينبغي أن يعلم بالواو وإشارة إلى الطريقة الأولى، وقد أدخل بين الكلامين صورة وهي عكس هذه المسألة، وهي أنه لو كان يصلي راكباً في شدة الخوف فأنقطع الخوف، نَصَّ الشافعي - رضي الله عنه - على أنه ينزل ويبني على صلاته، وفرق بينه وبين الركوب على قوله بأنه إذا ركب أستأنف بأن قال: النزول أخف وأقل عملاً من الركوب، وأعترض المزماني عليه بأن هذا لا ينضب، وقد يكون الفارس أخف ركوباً وأقل شغلاً لفروسيته من نزول ثقل غير فارس، وأختلف الأصحاب في الجواز بحسب اختلافهم في الركوب، فمن أثبت الخلاف في الركوب على الإطلاق فرق بين الركوب على أحد القولين، وبين النزول بأن قال: نزول كل فارس أخف من ركوبه، وإن أمكن أن يكون أثقل من ركوب فارس آخر، ومن نزل النَّصَّين في الركوب على الحالين المذكورين قال: لا فرق بين الركوب والنزول إن حصل بفعل قليل بنى وإن كثر الفعل، فوجهان، وتبين من هذا الحاجة إلى

(١) في ب: ما إذا لم.

(٢) في ط: الصلاة.

إعلام قوله: (فنزل وأتم الصلاة صح) بالواو؛ لأنه مطلق، وفي الصحة عند كثرة الفعل اختلاف، وذكر صاحب «الشامل» وغيره: أنه يشترط في بناء النازل أن لا يستدبر القبلة في نزوله، فإن أستدبر بطلت صلاته - والله أعلم -.

قال الغزالي: وَيَجُوزُ لُبْسُ الْحَرِيرِ وَجِلْدِ الْكَلْبِ وَالْخَنْزِيرِ عِنْدَ مُفَاجَأَةِ الْقِتَالِ، وَلَا يَجُوزُ فِي حَالَةِ الْأَخْتِيَارِ بِخِلَافِ الثِّيَابِ النَّجِسَةِ، وَيَجُوزُ تَسْمِيدُ الْأَرْضِ بِالزَّبْلِ لِعُمُومِ الْحَاجَةِ، وَفِي لُبْسِ جِلْدِ الشَّاةِ الْمَيْتَةِ وَتَجْلِيلِ الْخَيْلِ بِجِلٍّ مِنْ جِلْدِ الْكِلَابِ وَجَهَانِ، وَفِي الْأَسْتِضْبَاحِ بِالزَّيْتِ النَّجِسِ قَوْلَانِ.

قال الرافعي: ختم الشافعي - رضي الله عنه - صلاة الخوف بباب فيما له لبسه، وفيما ليس له، فأقتضى الأكثرون من الأصحاب به، وأوردوا أحكام الملابس في هذا الموضوع، ومنهم من أوردتها في صلاة العيد؛ لأننا نستحب التزين يوم العيد، فتكلموا في التزين الجائز والذي لا يجوز، وصاحب الكتاب أورد بعضها هاهنا وبعضها في صلاة العيد، والمذكور هاهنا يشتمل على مسألتين:

إحدهما: سنذكر أن لبس الحرير حرام على الرجال، لكن يجوز لبسه في حالة مفاجأة القتال إذا لم يجد غيره، وذلك في حكم الضرورة، وكذلك يجوز أن يلبس منه ما هو جنة القتال كالديباج الصفيق الذي لا يقوم غيره مقامه، وجوز القاضي ابن كنج اتخاذ القباء ونحوه، مما يصلح في الحرب من الحرير، ولبسه فيها على الإطلاق، لما فيه من حسن الهيئة وزينة الإسلام؛ لينكسر الكفار منه، كتحلية السيف ونحوه، والمشهور الأول.

وقوله: (ولا يجوز في حالة الاختيار) مطلق، لكن أحوالاً يجوز فيهما لبس الحرير في حال الاختيار مستثناة عنه على ما سيأتي في صلاة العيد.

الثانية: للشافعي - رضي الله عنه - نصوص مختلفة في جواز استعمال الأعيان النجسة، وحكى صاحب «التهذيب» وغيره فيها طريقتين، منهم من طرد قولين في وجوه الاستعمال كلها.

أحدها: المنع لقوله تعالى: ﴿وَالرُّجْزَ فَاهْجُرْ﴾<sup>(١)</sup>.

(١) قال النووي: صرح أيضاً القاضي أبو الطيب، وصاحب «المهذب»، وآخرون بأنه إذا استدبر القبلة في نزوله، بطلت صلاته، وهذا متفق عليه، وانفقوا على أنه إذا لم يستدبرها، بل انحرف يميناً وشمالاً، فهو مكروه ولا تبطل صلاته، وعلى أنه إذا أمن وجب النزول في الحال فإن أصر، بطلت صلاته. الروضة (١/٥٧٠).

**والثاني:** يجوز، كما يجوز لبس ثوب أصابه نجاسة، ومنهم من فَصَّل، وقال: لا يجوز أستعمال النجاسات في البدن، والثوب إلا لضرورة وفي غيرها يجوز إن كانت النجاسة مخففة، وإن كانت مغلظة وهي نجاسة الكلب والخنزير فلا، ونزل النصوص على هذا التفصيل، وهذا أظهر، وبه قال أبو بكر الفارسي وألقم وأصحابه، والفرق بين أستعمالها في البدن والثوب وغيرهما ما ذكره الشافعي - رضي الله عنه - وهو أن على الإنسان تَعَبُّدًا في اجتناب النجاسات، بإقامة الصلوات وسائر العبادات، ولا تعبد على الفرس والأداة وغيرها، فلا يمنع من أستعمالها فيها، والفرق بين نجاسة الكلب والخنزير، وسائر النجاسات غلظ حكمها، ولذلك لا يجوز الأنتفاع بالخنزير في حياته أصلاً وبالكلب أيضاً إلا في أغراض مخصوصة، فأولى أن لا يجوز الأنتفاع بهما بعد الموت.

إذا تقرر ذلك فنقول: لا يجوز له لبس جلد الكلب والخنزير في حالة الأختيار، بخلاف الثياب النجسة يجوز لبسها والانتفاع بها في غير الصلاة ونحوها؛ لأن نجاستها عارضة سهلة الإزالة فإن فاجأه قتال ولم يجد سواه، أو خاف على نفسه من حر أو برد كان له أن يلبس جلد الكلب والخنزير، كما له أكل الميتة عند الأضرار، ولا بأس لو أعلم قوله: (ولا يجوز في حالة الأختيار) بالواو؛ إشارة إلى الطريقة الطاردة للقولين في وجوه الأستعمال، في جميع النجاسات، وهل يجوز لبس جلد الشاة الميتة وسائر الميتات في حالة الأختيار؟ فيه وجهان بنوهما على أن حكما بتحریم لبس جلد الكلب والخنزير لنجاسة العين أم لما خُصَّ به من التغليظ.

**وأظهر الوجهين:** المنع، ويجوز أن يلبس هذه الجلود فرسه وأداته، والمنع في البدن، وجلد الكلب والخنزير كما لا يستعمل في البدن لا يستعمل في غيره، نعم لو جَلَّلَ كلباً أو خنزيراً بجلد كلب، أو خنزير فهل يجوز ذلك فيه وجهان:

أحدهما: لا، فإنه مستعمل، ولا ضرورة.

**وأظهرهما:** الجواز؛ لاستوائهما في تغلظ النجاسات، وأما تسميد الأرض بالزبل فهو جائز.

قال الإمام: ولم يمنع منه للحاجة الحاقة القريبة من الضرورة، وقد نقله الاثبات عن أصحاب النبي ﷺ، وفي كلام الصيدلاني ما يقتضي بإثبات خلافه فيه، والله أعلم. وهل يجوز الأستصباح بالزيت النجس؟ فيه قولان:

أحدهما: لا؛ لأن السراج قد يقرب من الإنسان ويصيب الدخان بدنه وثيابه.

**وأظهرهما:** نعم؛ لما روي أنه ﷺ «سُئِلَ عَنِ الْفَأْرَةِ تَقَعُ فِي السَّمَنِ، وَالْوَدَكِ



فَقَالَ: اسْتَضْبِحُوا بِهِ، وَلَا تَأْكُلُوهُ»<sup>(١)</sup>.

وأما الدخان فقد لا يصيب، وبتقدير أن يصيب فللأصحاب وجهان في نجاسته، فإن لم نحكم بنجاسته فلا بأس به كبخار المعدة لا ينجس الفم، وإن حكمنا بنجاسته - وهو الأظهر - كالرماد فقليله معفو عنه، والذي يصيب في الاستصباح قليل لا ينجس غالباً.

وأعلم أنه لا فرق للاستصباح بين أن ينجس بعارض، وبين أن يكون نجس العين كودك الميتة، ويطرد القولان في الحالتين، قاله صاحب «النهاية» وغيره - والله أعلم -.

(١) سورة المدثر، الآية ٥.

(٢) أخرجه الدارقطني (٢٩٢/٤) وإسناده ضعيف، وبمعناه عند الطحاوي بسند صحيح، انظر خلاصة البدر المنير (٢٢٦/١).

## كِتَابُ صَلَاةِ الْعِيدَيْنِ

قال الغزالي: وَهِيَ سُنَّةٌ وَلَيْسَتْ بِفَرْضٍ كِفَايَةٍ، وَأَقْلَهُمَا رَكَعَتَانِ كَسَائِرِ الصَّلَوَاتِ، وَوَقْتُهَا مَا بَيْنَ طُلُوعِ الشَّمْسِ إِلَى زَوَالِهَا، وَلَا يُشْتَرَطُ فِيهَا شُرُوطُ الْجُمُعَةِ فِي الْجَدِيدِ.

قال الرافعي: قال الله تعالى: ﴿فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَانْحَرْ﴾<sup>(١)</sup>.

قيل: أراد به صلاة الأضحى.

ويروى: «أَنَّ أَوَّلَ عِيدٍ صَلَّى فِيهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عِيدُ الْفِطْرِ، فِي السَّنَةِ الثَّانِيَةِ مِنَ الْهَجْرَةِ، ثُمَّ لَمْ يَزَلْ يُوَاظَبُ عَلَى صَلَاةِ الْعِيدَيْنِ حَتَّى فَارَقَ الدُّنْيَا»<sup>(٢)</sup>.

وفي الفصل صور هي مقدمات الباب:

أحدها: صلاة العيد سنة أم فرض كفاية؟ اختلفوا فيه على وجهين:

قال الأكثرون: هي سنة وقد نص عليها في «باب صلاة التطوع»، حيث عدّها من جملة التطوعات التي شرعت الجماعة فيها.

واحتجوا عليه بأنها صلاة ذات ركوع وسجود لم يسن لها الأذان فلا تكون واجبة كصلاة الأستسقاء، وهذا الوجه هو الذي ذكره في الكتاب. وقال الإصطخري: هي فرض كفاية. وبه قال أحمد؛ لأنها من شعار الإسلام، وفي تركها تهاون بالدين، فعلى هذا لو أتفق أهل بلدة على تركها قوتلوا وعلى الوجه الأول هل يقاتلون؟ فيه وجهان:

أحدهما: وبه قال أبو إسحاق: نعم.

وأظهرهما: لا، وقد ذكرنا وجههما في الأذان.

وقوله: «هي سنة» معلّم بالواو والألف، وكذا قوله: «وليس بفرض كفاية»، ولو

(١) سورة الكوثر، الآية ٣.

(٢) قال ابن الملقن في الخلاصة (٢٢٩/١) قاله أهل السير كذلك، وعقب على قوله لم يزل يواظب.. الخ - هذا مستفيض بقرب من المتواتر.

اقتصر على إحدى اللفظتين لحصل الغرض، ويجوز أن يعلم قوله: «وهي سنة» بالحاء أيضاً؛ لأن عند أبي حنيفة - رحمه الله - هي واجبة، وإن لم تكن مفروضة وما نقل المزني عن الشافعي - رضي الله عنه - أن هنا وجب عليه حضور الجمعة، وجب عليه حضور العيدين، فهذه اللفظة مؤولة باتفاق الأصحاب.

أما الجمهور فقالوا: معناها من وجب عليه حضور الجمعة فرضاً وجب عليه حضور العيدين سنة، وقد يعبر عن الاستحباب المؤكّد بالوجوب. وأما الإصطخري فإنه قال: معناه من وجب عليه حضور الجمعة عيناً وجب عليه حضور العيدين كفاية.

الثانية: القول في كيفية هذه الصلاة يتعلق بالأكمل والأقل.

أما الأكمل فبين بيان سنتها، وهي مذكورة من بعد.

وأما الأقل فقد قال: وأقلها ركعتان كسائر الصلوات، وليس المراد منه أن الأكمل فوق الركعتين، وإنما المراد أن الركعتين بصفة كونهما كسائر الصلوات، هو الأقل، والأكمل ركعتان لا بهذه الصفة منه بل مع خواص شرعت فيهما.

ثم قوله: «كسائر الصلوات» غير مجرى على إطلاقه، فإنها تختص بنية صلاة العيد وبالوقت الذي ذكره والمراد أنها كهي في الأفعال والأركان ويخرج عنه التكبيرات الزائدة، فليست هي من أركان الصلاة، ويجبر تركها بالسجود كالتعوذ، وقراءة السورة.

الثالثة: لفظ الكتاب يقتضي دخول وقت هذه الصلاة بطلوع الشمس فإنه قال: «ووقتها ما بين طلوع الشمس إلى زوالها»، وصرح بذلك كثير من الأصحاب منهم صاحب «الشامل» و«المهذب» والقاضي الروياني.

قالوا: «إن وقتها إذا طلعت الشمس» ويستحب تأخيرها إلى أن ترتفع قيد رمح وإيراد جماعة يقتضي دخول الوقت بالارتفاع قيد رمح<sup>(١)</sup>، منهم الصيدلاني وصاحب «التهذيب» - والله أعلم -.

ولا خلاف في أنه إذا زالت الشمس خرج وقتها [واحتجوا]<sup>(٢)</sup> عليه بأن مبنى المواقيت على أنه إذا دخل وقت صلاة خرج وقت التي قبلها، وبالزوال يدخل، وقت الظهر فيخرج وقت صلاة العيد<sup>(٣)</sup>.

الرابعة: قال الشافعي - رضي الله عنه - في «المختصر» وسائر الكتب الجديدة،

(١) للاتباع والخروج من الخلاف.

(٢) في أ «ويحتج».

(٣) قال النووي في الروضة (١/٥٧٧) والصحيح، أو الأصح دخول وقتها بالطلوع - والله أعلم -.

يجوز للمنفرد في بيته وللمسافر [والمرأة والعبد<sup>(١)</sup>] صلاة العيد<sup>(٢)</sup>.

وقال في «القديم» لا يصلي العيد، إلا في الوضع الذي يصلي فيه الجمعة، فظاهره أن لا يصلي هؤلاء العيد كما يصلون الجمعة إلا تبعاً للقوم.

واتلف الأصحاب على طريقتين:

أحدهما: الجمعة وهو المذكور في الكتاب أن المسألة على قولين.

الجديد: أنه لا يشترط فيها شروط لأنها نافلة فأشبهت صلاة الاستسقاء والخسوف. والقديم: يشترط.

وبه قال أبو حنيفة وكذلك أحمد في رواية واستشهدوا بأن النبي «لم يصل العيد بمنى»: لأنه كان مسافراً كما لم يصل<sup>(٣)</sup> الجمعة.

فعلى هذا تشترط الجماعة والعدد بصفات الكمال وغيرهما إلا أنه يستثنى إقامتها في خطة<sup>(٤)</sup> البلدة والقرية، فلا يشترط ذلك على هذا القول أيضاً لتطابق الناس على إقامتها بارزين، كذلك ذكره الشيخ أبو حامد وكثيرون.

وعن الشيخ أبي محمد: أنه لا يستثنى، ولا يجوز إقامتها على هذا القول إلا حيث تجوز الجمعة وهذا هو الموافق لظاهر لفظ الكتاب، ويستثنى بعضهم عدد الأربعين أيضاً، ويفترقان أيضاً في أن خطبتي الجمعة مشروطتان قبل الصلاة، وخطبتا العيد بعد الصلاة. قال إمام الحرمين: ولو فرض إخلال بالخطبة فيبعد جداً في التفرغ على هذا القول انعطاف البطلان على الصلاة. هذا أحد الطريقتين:

والثاني: وبه قال أبو إسحاق: القطع بما ذكر في «الجديد» وحمل كلامه في «القديم» على أن صلاة العيد لا تقام في مساجد المحال كصلاة الجمعة، فيجوز أن يعلم لهذه الطريقة. قوله: «على الجديد» بالواو؛ لأنه إثبات للخلاف.

ومن قال بالطريقة الثانية نفى ذلك. وقوله: «لا يشترط معلّم بالحاء والألف لما تقدم، وإذا فرغنا على الصحيح، فإذا صلاها المنفرد لم يخطب.

(١) في ز تقديم وتأخير.

(٢) والحنثي والصغير فلا تتوقف على شروط الجمعة.

(٣) قال ابن الملقن (٢٢٩/١) ولا شك في ذلك ولا ريب، ومراده بالجمعة في غير حجة الوداع وأما فيها فلا يمكن، لأن الوقفة كانت بالجمعة ونفر ﷺ من منى النفر الثاني فأين الجمعة؟ أو يحمل علامة على أن مراره بالجمعة في السفر لا في منى. وانظر التلخيص (٧٩/٢).

(٤) أي خارج البلد والخطبة.

وحكى القاضي ابن كج وجهاً آخر: أنه يخطب، وهو قريب من الخلاف في أن المنفرد هل يؤذن؟ وإن صلى المسافرون صلى بهم واحد وخطب.

قال الغزالي: وَإِذَا غُرِبَتِ الشَّمْسُ لَيْلَةَ الْعِيدَيْنِ اسْتَجِبَّ التَّكْبِيرَاتُ الْمُرْسَلَةُ ثَلَاثًا نَسَقًا حَيْثُ كَانَ فِي الطَّرِيقِ وَعَیْرِهَا إِلَى أَنْ يَتَحَرَّمَ الْإِمَامُ بِالصَّلَاةِ، وَفِي اسْتِجَابِهَا عَقِيبَ الصَّلَوَاتِ الثَّلَاثِ وَجِهَانِ.

قال الرافعي: التكبير الذي يذكر في هذا البب ضربان:

أحدهما: ما يشرع في الصلاة والخطبة، وسيأتي في موضعه.

الثاني: غيره. والمسنون في صفته أن يكبر ثلاثاً نَسَقًا.

وبه قال مالك خلافاً لأبي حنيفة وأحمد، حيث قال: يكبر مرتين وحكى صاحب التتمة قولاً عن القديم مثل مذهبهما لنا الرواية عن جابر وابن عباس - رضي الله عنهم - أيضاً فإنه تكبير شرع شعاعاً للعيد، فكان وترّاً كتكبير الصلاة.

يتم قال الشافعي - رضي الله عنه -: وما زاد من ذكر الله فحسن واستحسن في «الأم» أن تكون زيادته. ما نقل عن رسول الله أنه قال على الصفا هو: «اللَّهُ أَكْبَرُ كَبِيرًا وَالْحَمْدُ لِلَّهِ كَثِيرًا وَسُبْحَانَ اللَّهِ بُكْرَةً وَأَصِيلًا لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَلَا نَعْبُدُ إِلَّا إِيَّاهُ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ وَلَوْ كَرِهَ الْكَافِرُونَ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَحْدَهُ صَدَقَ وَعْدُهُ وَنَصَرَ عَبْدُهُ وَهَزَمَ الْأَحْزَابَ وَحْدَهُ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَاللَّهُ أَكْبَرُ»<sup>(١)</sup>.

وحكى الصَّيْدَلَانِي وغيره عن القديم أنه يقول بعد الثلاث: «اللَّهُ أَكْبَرُ كَبِيرًا وَالْحَمْدُ لِلَّهِ كَثِيرًا اللَّهُ أَكْبَرُ عَلَى مَا هَدَانَا وَالْحَمْدُ لِلَّهِ عَلَى مَا أْبَلَانَا وَأَوْلَانَا»<sup>(٢)</sup>.

(١) أخرجه الشافعي في الأم كذلك ورواه مسلم من رواية جابر في حديثه الطويل بلفظ بدأ بالصفا فرقى عليه حتى رأى البيت، فاستقبل القبلة فوحده الله وكبر وقال: (لا إله إلا الله وحده لا شريك له، له الملك وله الحمد، وهو على كل شيء قدير، لا إله إلا الله وحده أنجز وعده، ونصر عبده، وهزم الأحزاب وحده).

(٢) قاله القاضي وغيره واختاره صاحب الكافي. ثم قال وقد يذكر الأول وزاد فقال: لو جمع بينهما إن كان الجمع كثيراً كان أولى وفيه نظر للتطويل وأما لفظ الصلاة فنقلها ابن الصباغ عن البندنيجي بلفظ وصلى الله على سيدنا محمد النبي الأمي وآله وسلم تسليماً كثيراً وفي البيان عنهما تسليماً كثيراً. يذكر الشاشي من الحلية الصلاة على النبي ﷺ. قال ابن الصلاح وهو الجيد، نقل ذلك في القوت ثم قال ولم أرها يعني الصلاة للشافعي والأكثرين والظاهر أن هؤلاء أخذوها من الأثر السابق الذي ورد تفسيراً لقوله تعالى: ﴿ورفعنا لك ذكرك﴾ أي لا أذكر إلا وتذكر معي.

قال في «الشامل»: والذي يقوله الناس لا بأس به أيضاً، وهو: «اللَّهُ أَكْبَرُ اللَّهُ أَكْبَرُ اللَّهُ أَكْبَرُ، لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ، وَاللَّهُ أَكْبَرُ اللَّهُ أَكْبَرُ وَلِلَّهِ الْحَمْدُ».

ثم هذا الضرب نوعان: رسل، ومقيد فالمرسل: هو الذي لا يتقيد ببعض الأحوال، بل يؤتى به في المنازل والمساجد والطرق ليلاً ونهاراً.

والمقيد: هو الذي يؤتى به في أديار الصلوات خاصة.

فأما التكبير المرسل فهو مشروع في العيدين، خلافاً لأبي حنيفة - رحمه الله - حيث قال في رواية: لا يسن في عيد الفطر.

لنا ما روي: «أن النبي<sup>(١)</sup> كان يخرج يوم الفطر والأضحى رافعاً صوته بالتهليل والتكبير حتى يأتي المصلّى».

وأول وقته في العيدين جميعاً غروب الشمس ليلة العيد.

وعن مالك وأحمد: أنه لا يكبر ليلة العيد وإنما يكبر في يومه.

لنا قوله تعالى: ﴿وَلْتَكْمِلُوا الْعِدَّةَ وَلْتَكْبِرُوا لِلَّهِ عَلَىٰ مَا هَدَاكُمْ﴾<sup>(٢)</sup>.

قال الشافعي: سمعت من أرضي به من أهل العلم بالقرآن: ﴿وَلْتَكْمِلُوا الْعِدَّةَ﴾ أي: عدة صوم رمضان: ﴿وَلْتَكْبِرُوا لِلَّهِ عَلَىٰ مَا هَدَاكُمْ﴾ أي: عند إكمالها، وإكمالها بغروب الشمس آخر يوم من رمضان. وفي آخر وقته طريقان:

أظهرهما: وبه قال ابن سريج وأبو إسحاق: أن المسألة على ثلاثة أقوال:

أصحها: وهي رواية البويطي واختيار المزني: أنهم يكبرون إلى أن يتحرم الإمام بصلاة العيد، لأن الكلام يباح إلى تلك الغاية، والتكبير أولى ما يقع به الاشتغال به، فإنه ذكر الله تعالى، وشعار اليوم.

والثاني: إلى أن يخرج الإمام من الصلاة؛ لأنه إذا برز أحتاج الناس إلى أن يأخذوا أهبة الصلاة ويستغلوا بالقيام إليها. ويحكى هذا عن «الأم».

والثالث: إلى أن يفرغ الإمام من الصلاة.

لما روي: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ يَكْبُرُ فِي الْعِيدِ حَتَّىٰ يَأْتِيَ الْمُصَلِّيَ وَيَقْضِي الصَّلَاةَ»<sup>(٣)</sup>.

(١) أخرجه البيهقي من رواية ابن عمر (٢٧٨/٣ - ٢٧٩) وضعفه، وقال وإنما هو محفوظ عن ابن عمر موقوف رواه نافع عنه.

(٢) سورة البقرة، الآية ١٨٥.

(٣) قال الحافظ ابن حجر في التلخيص (٧٩/٢) وقوله في الحديث: ويقضي الصلاة لم أره في =

وهذا القول منقول عن «القديم»، وإنما في حق من لا يصلّي مع الإمام، ونقله آخرون على وجه آخر. وقالوا: إلى أن يفرغ من الصلاة والخطبتين جميعاً، وروي مثل ذلك عن مالك وأحمد.

**والطريق الثاني:** القطع بالقول الأول، وتأويل غيره بحمل الخروج في القول الثاني على التحريم لما بينهما من التّواصل والتّقارب، وحمل التكبير في الثالثة على جنس التكبير الذي يؤتي به في الصلاة وقبلها، ولا فرق في التكبير المرسل بين عيد الفطر، والأضحى برفع الناس أصواتهم به، في الليلتين في المنازل والمسجدا والطرق والأسواق سافراً كانوا أو حاضرين وفي اليومين في طريق المصلّي وبالمصلي إلى الغابة المذكورة. ويستثنى عن ذلك الحاج، فلا يكبر ليلة الأضحى وإنما ذكره الثّليّة.

وحكى القاضي الروياني وغيره قولين في أن التكبير في ليلة الفطر أكد أم ليلة الأضحى؟ وقالوا: الجديد الأول، والقديم الثاني.

وأما النوع الثاني: وهو التكبير المقيد بأدبار الصلوات فحكمه في عيد الأضحى مذكور بعد هذا الفصل في الكتاب. وأما عيد الفطر فوجهان:

أظهرهما: عند الأكثرين ولم يذكر في «التّهذيب» سواء.

أنه لا يستحب؛ لأنه لم ينقل ذلك عن فعل رسول الله ولا أصحابه.

**والثاني:** يستحب؛ لأنه عيد استحب فيه التكبير المطلق فيسن فيه التكبير المقيد كالأضحى، فعلى هذا يكبر عُقَيْبَ ثلاث صلوات وهي المغرب، والعشاء ليلة الفطرة، والصبح يوم الفطرة، وحكم الفوائت والنوافل في هذه المدّة على هذا الوجه تُقاس بما سنذكره في عيد الأضحى، وصاحب «التتمة» نقل هذا الخلاف قولين، وجعل الجديد الأول والقديم الثاني، هذا فقه الفصل.

ولا بأس بالتّنصيص على المواضع المستحقّة للعلامات من لفظ الكتاب.

فقوله: «إذا غربت الشمس» معلّم بالميم والألف إشارة إلى أنه لا يكبر عندهما إذا غربت الشمس، وإنما التكبير بالنهار وقوله: «ليلة العيد» بالحاء؛ لأنه مطلق، وقد حكينا خلفه في التكبير في عيد الفطر.

وقوله: «ثلاثاً نسقاً» بالحاء والألف والواو.

= شيء من طريقه، لكن ذكر المجد ابن تيمّة في شرح الهداية أن أبا بكر النجاد روى بإسناده عن الزهري قال: كان النبي ﷺ يخرج يوم الفطر فيكبر من حين يخرج من بيته حتى يأتي المصلّي، وعزاه الحافظ أيضاً لابن أبي شيبة.

وقوله: «إلى أن يتحرم الإمام بالصلاة» بالميم والألف والواو، ثم يجوز أن يكون هو جواباً على أصح الأقوال؟ على الطريقة الأولى، ويجوز أن يكون ذهاباً إلى الطريقة الثانية وكلامه في «الوسيط» إليها أميل.

قال الغزالي: وَيُسْتَحَبُّ إِحْيَاءُ لَيْلَتِي الْعِيدِ لِقَوْلِهِ ﷺ مَنْ أَحْيَا لَيْلَتِي الْعِيدِ لَمْ يَمُتْ قَلْبُهُ يَوْمَ تَمُوتُ الْقُلُوبُ<sup>(١)</sup>.

قال الرافعي: إحياء ليلتي العيد بالعبادة مَخْتُوثٌ عليه للحديث الذي رواه<sup>(٢)</sup>.

قال الصيدلاني: وقد قيل لم يرد فيه شيء من الفَضَائِلِ مثل هذا؛ لأن موت القلب إمَّا للكفر في الدنيا، وأمَّا للفزع في القيامة، وما أضيف إلى القلب فهو أعظم لقوله تعالى جده: «فَإِنَّهُ أَيْمٌ قَلْبُهُ»<sup>(٣)</sup> - والله أعلم -.

قال الغزالي: وَيُسْتَحَبُّ الْغُسْلُ بَعْدَ طُلُوعِ الْفَجْرِ، وَفِي إِجْرَائِهِ لَيْلَةٌ لِلْعِيدِ لِحَاجَةِ أَهْلِ السَّوَادِ وَجَهَانَ.

قال الرافعي: روي عن الثُّبِّي أَنَّهُ: «كَانَ يَغْتَسِلُ لِلْعِيدَيْنِ»<sup>(٤)</sup> وأيضاً فهما يومان يجتمع فيهما الكافة للصلاة. فسن لهما الغسل كالجمعة، ولا خلاف في إجرائه بعد الفجر، وأما قبله، فقد حكى الجمهور فيه قولين:

أحدهما: لا يجزىء كغسل الجمعة. وبه قال أحمد.

وأصحهما: وهو نصّه في البيهقي أنه يجزىء؛ لأن أهل السواد يبتكرون إليها من قراهم فلو لم نجوز الغسل قبل الفجر لعسر الأمر عليهم.

والفرق بينه وبين غسل الجمعة قد ذكرناه في «باب الجمعة».

(١) أخرجه ابن ماجة (١٧٨٢) وذكره ابن الجوزي في العلل المتناهية (٥٦/٢) وانظر التلخيص (٢/٨٠).

(٢) قال النووي: وتحصل فضيلة الإحياء بمعظم الليل، وقيل: تحصل بساعة. وقد نقل الشافعي - رحمه الله - في «الأم» عن جماعة من خيار أهل المدينة ما يؤيده. ونقل القاضي حسين عن ابن عباس: أن إحياء ليلة العيد أن يصلي العشاء في جماعة، ويعزم أن يصلي الصبح في جماعة، والمختار ما قدمته. قال الشافعي - رحمه الله -: وبلغنا أن الدعاء يستجاب في خمس ليال. ليلة الجمعة، والعيدين، وأول رجب، ونصف شعبان. قال الشافعي: وأستحب كل ما حكيت في هذه الليالي. الروضة (١/٥٨٢).

(٣) سورة البقرة، الآية ٢٨٣.

(٤) أخرجه ابن ماجة (١٣١٥) من حديث ابن عباس (١٣١٦) من حديث الفاكه بن سعد وانظر التلخيص (٢/٨١).



والصيدلاني في آخرين حكوا الخلاف في المسألة وجهين وتابعهم صاحب الكتاب، وقد أورد هذه المسألة في «كتاب الجمعة مرة» وزاد هاهنا التنبية على وجه الجواز. وإذا جَوَزْنَا فهل يختص بالنصف الثاني من الليل، كأذان الصبح، أم يجوز في جميع الليل كنية الصوم. عن القاضي أبي الطيب: أنه يختص بالنصف الثاني، وهذا ما ذكره في «المُهَدَّب». وقال الإمام: المحفوظ، إن جميع ليلة العيد وقت له، وهذا أبداه صاحب «الشامل» على سبيل الاحتمال، وهو الموافق للفظ الكتاب.

قال الغزالي: **ثُمَّ التَّطَيُّبُ وَالتَّرْتِيْلُ بِثِيَابٍ بِيضٍ مُسْتَحَبٌّ لِلْقَاعِدِ وَالخَّارِجِ مِنَ الرِّجَالِ، وَأَمَّا الْعَجَائِزُ فَيَخْرُجْنَ فِي بَدَلَةِ الثِّيَابِ.**

قال الرافي: يستحب التَّطَيُّبُ يوم العيد لما روي عن الحسن بن علي - كرم الله وجهيهما - قال: «أَمَرْنَا رَسُولُ اللَّهِ أَنْ تَتَطَيَّبَ بِأَجْوَدِ مَا نَجَدُهُ فِي الْعِيدِ»<sup>(١)</sup>.

وكذلك يستحب التَّنْظِيفُ بحلق الشَّعْرِ وقلم الأظفار وقطع الروائح الكريهة؟ وأن يلبس أحسن ما يجده من الثياب ويتعمم، والبيض من الثياب أحب من غيرها وإن لم يجد إلا ثوباً واحداً فيستحب أن يغسله للجمعة والعيدين، ويستوي في استحباب جميع ذلك القاعد في بيته، والخارج إلى صلاة العيد كما ذكرناه في الغسل هذا في حق الرجال.

وأما في النساء فيكره لذوات الهيئة والجمال الحضور لخوف الفتنة بهن، ويستحب للعجائز الحضور، ويتنظفن بالماء ولا يتطين، روي أنه قال: «لَا تَمْنَعُوا إِمَاءَ اللَّهِ مَسَاجِدَ اللَّهِ وَلِيَخْرُجْنَ تَقْلَاتٍ»<sup>(٢)</sup> أي غير متطيبات، وكذلك إذا خرجن فلا يلبسن من الثياب ما يشهرهن بل يخرجن في بذلتهم.

وعن أبي حنيفة - رحمه الله - أن النساء لا يشهدن العيد ولا المكتوبات إلا الصُّبْحِ والعشاء فليكن قوله: «فيخرجن» معلماً بالحاء.

وذكر الصيدلاني: أن الرخصة في خروجهن وردت في ذلك الوقت.

فأما اليوم فيكره لهن الخروج إلى مجمع المسلمين؛ لأن الناس قد تغيروا، وروي

(١) قال النووي غريب - يعني أنه لا يعرف من رواه، وقال ابن الملن (٢٣١/١) أخرجه الطبراني في الكبير (٢٧٥٦). والحاكم في المستدرک، وقال: لولا جهالة إسحاق بن بزرغ لحكمت له بالصحة قلت: ليس هو بمجهول فقد ضعفه الأزدي، ومشاه ابن حبان. انظر خلاصة البدر (١/٢٣١).

(٢) أخرجه البخاري (٨٦٥، ٨٧٣، ٨٩٩، ٩٠٠، ٥٢٣٨) ومسلم (٤٤٢) من حديث ابن عمر وأبو داود من حديث أبي هريرة (٥٦٥) وابن حبان (٢٢٠٥).

هذا المعنى عن عائشة<sup>(١)</sup> - رضي الله عنها - وهذا يقتضي إعلام قوله: «فيخرجن» بالواو أيضاً.

قال الغزالي: وَيَحْرُمُ عَلَى الرَّجَالِ التَّزَيُّنُ بِالْحَرِيرِ وَالْمُرْكَبُ مِنَ الْإِبْرَيْسِمِ وَغَيْرِهِ حَرَامٌ إِنْ كَانَ الْإِبْرَيْسِمُ ظَاهِراً وَغَالِباً فِي الْوِزْنِ، فَإِنْ وَجَدَ أَحَدُ الْمَعْنِيِّينَ دُونَ الثَّانِي فَوَجْهَانِ، وَلَا بَأْسَ بِالْمُطْرَفِ بِالذَّبْيَاجِ وَبِالْمُطْرَزِ وَبِالْمَخْشُوْ بِالْإِبْرَيْسِمِ، فَإِنْ كَانَتْ الْبِطَانَةُ مِنْ حَرِيرٍ لَمْ يَجُزْ، وَفِي جَوَازِ أَفْتَرَاشِ الْحَرِيرِ لِلنِّسَاءِ خِلَافٌ، وَفِي جَوَازِ لُبْسِ الذَّبْيَاجِ لِلصَّبِيَّانِ خِلَافٌ، وَبِجُوزِ اللَّغَازِيِّ لُبْسِ الْحَرِيرِ، وَكَذَا لِلْمَسَافِرِ لِحُوفِ الْقَمَلِ وَالْحِكَّةِ، وَهَلْ يَجُوزُ بِمُجَرَّدِ الْحِكَّةِ فِي الْحَضَرِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

قال الرافعي: وَالتَّزَيُّنُ بِالذَّبْيَاجِ وَالْحَرِيرِ حَرَامٌ عَلَى الرَّجَالِ، دُونَ النِّسَاءِ؛ لَمَا رَوَى عَنْ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّ النَّبِيَّ: «خَرَجَ يَوْمًا وَفِي يَمِينِهِ قِطْعَةً حَرِيرٍ، وَفِي شِمَالِهِ قِطْعَةً ذَهَبٍ، هَذَا حَرَامَانِ عَلَى ذُكُورِ أُمَّتِي حِلٌّ لِإِنَائِهَا»<sup>(٢)</sup>.

ويحرم على الخُنثَى أيضاً لاحتمال كونه رجلاً حكاها في «البيان»، ويجوز أن ينزع فيه، وعد الأئمة القز من الحرير، وحرموه على الرجال وإن كان كمد اللون، وأدعى صاحب «النهاية» وفارق الأصحاب فيه، لكن في «بحر المذهب» و«التتمة» حكاية وجه: أنه لا يحرم؛ لأنه ليس من ثياب الزينة. ثم في الفصل مسائل:

إحداها: لو لم يتمحض الثوب حريراً؟ بل كان مركباً من الإبريسم وغيره ففيه طريقتان:

قال جمهور الأصحاب: إن كان ذلك الغير أكثر في الوزن لم يحرم لبسه، وذلك كالخز سده الإبريسم ولختمته صوف فإن اللحمية أكثر من السدي، وإن كان الإبريسم أكثر يحرم، وإن كانا نصفين فهل يحرم؟ وجهان:

أصحهما: لا يحرم؛ لأنه لا يسمى ثوب حرير، والأصل: الحل.

والثاني: وبه قال صاحب «الحاوي»: يحرم تغليبا للتحريم.

والطريق الثاني وبه قال القفال، وطائفة من أصحابه: لا ننظر إلى الكثرة والقلة، ولكن ننظر إلى الظهور، فإن لم يظهر الإبريسم حل كالخز الذي سده إبريسم، وهو لا يظهر وإن ظهر الإبريسم لم يحل، وإن كان قدره في الوزن أقل فيخرج من هاتين

(١) أخرجه البخاري (٨٦٩) ومسلم (٤٤٥).

(٢) تقدم.

الطريقتين القطع بالتحريم، إن كان الإبريسم ظاهراً أو غالباً في الوزن كما ذكر في الكتاب لاجتماع المعنيين المنظور إليهما [وإذا]<sup>(١)</sup> وإن وجد الظهور دون غلبة الوزن حرم عند القفال، ولم يحرم عند الجمهور، وإن وجد غلبة لوزن دون الظهور انعكس المذهبان.

الثانية: يجوز لبس الثياب المطرّفة بالديباج، والمطرّزة به لما روي أنه: «كَانَ لَهُ جُبَّةٌ مَكْفُوفَةٌ الْجَنِبِ وَالْكُمَيْنِ وَالْفَرْجَيْنِ بِالْدَيْبَاجِ»<sup>(٢)</sup>.

قال الشيخ أبو محمد وغيره: والشرط فيه الاقتصار على عادة التطريف، فإن جاوز العادة فيه كان سرفاً محرماً، والترقيع بالديباج كالتطريز به، وشرط في «التهديب» أن يكون الطراز بقدر أربع أصابع.

فما دونها فإن زاد لم يجز، ويدل عليه ما روى عن علي - رضي الله عنه - قال: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ عَنِ الْحَرِيرِ إِلَّا فِي مَوْضِعٍ إِضْبِجٍ أَوْ إِضْبَعَيْنِ أَوْ ثَلَاثٍ أَوْ أَرْبَعٍ»<sup>(٣)</sup>.

ولو خاط ثوباً بإبريسم جاز لبسه، ويفارق الذهب يحرم كثيره وقليله في الدرّج المنسوجة بالذهب، وألقباء بأزار الذهب؛ لأن الخيلاء فيه أكثر وكل واحد يعرفه، ولا يخرج على التفصيل في الإناء المضبّب فإن أمر الحرير أهو من أمر الأواني، ألا ترى أنه يحرم على النساء الأواني ولا يحرم عليهن لبس الحرير والقباء، المحشوّ بالإبريسم أو القز لا يحرم، حكى ذلك عن نصّه في «الأم»؛ لأن الحشوّ ليس ثوباً منسوجاً، ولا يعد صاحبه لابس حرير، وأثبت في «التهديب» خلافاً فيه فقال: ولو لبس جبّة محشوّة بالقز أو الإبريسم جاز على الأصح، فليكن قوله: «وبالمحشوّ بالإبريسم» معلماً بالواو، لذلك ولو كانت بطانة الجبّة من حرير لم يجز لبسها؛ لأنه لابس حرير، وقد روي أنه قال: «حُرْمَ لِبَاسِ الْحَرِيرِ وَالذَّهَبِ عَلَى ذُكُورِ أُمَّتِي»<sup>(٤)</sup>.

قال إمام الحرمين: وكان معنى الفخر والخيلاء وإن كان مرعياً في الحرير، ولكن فيه شيئاً آخر، وهو أنه ثوب رفاهية وزينة، وإبداء زي يليق بالنساء دون شهامة الرجال،

(١) في ط (وإن).

(٢) أخرجه أبو داود (٤٠٥٤)، وأحمد في المسند (٣٤٧/٦) والنسائي في الكبرى وابن ماجه (٢٨١٩، ٣٥٩٤) وأصله في صحيح مسلم ببعض معناه (٢٠٦٩) وقال ابن الملقن (٢٣٢/٢) وإسناد النسائي صحيح.

(٣) أخرجه مسلم من رواية عمر بن الخطاب (٢٠٦٩).

(٤) أخرجه أحمد (٩٦/١، ١١٥) وأبو داود (٤٠٥٧) والنسائي (١٦٠/٨) وابن ماجه (٣٥٩٥) من حديث علي - رضي الله عنه - .

وهذا حسن إلا أن هذا القدر لا يقتضي التحريم عند الشافعي - رضي الله عنه -، لأنه قال: في «الأم»: ولا أكره لبس اللؤلؤ إلا للأدب فإنه من زي النساء لا للتحريم.

**الثالثة:** تحريم الحرير على الرجال لا يختص باللبس بل افتراشه والتدثر به واتخاذة ستراً، وسائر وجوه الاستعمال في معنى اللبس خلافاً لأبي حنيفة حيث قال: «لا يحرم إلا للبس» ولأبي الفضل العراقي من أصحابنا حيث قال فيما حكاه أبو عاصم العبادي؛ إنه يجوز لهم الجلوس عليه.

لنا ما روي عن حذيفة - رضي الله عنه - قال: «نَهَانَا رَسُولُ اللَّهِ عَنْ لِبْسِ الْحَرِيرِ وَالذَّبْيَاجِ، وَأَنْ نَجْلِسَ عَلَيْهِ»<sup>(١)</sup>.

ولأن السرف والخيلاء في سائر وجوه الاستعمال أظهر منه في اللبس، فيكون بالتحريم أولى. وهل يحرم افتراش الحرير على النساء؟ فيه وجهان:

**أحدهما:** لا كاللبس.

**وأظهرها -** ولم يورد في «التّهذيب» سواه - نعم كاستعمال الأواني للسرف والخيلاء، بخلاف اللبس فإنه للزينة فصار كالتحلّي.

**الرابعة:** هل للقوم إلباس الصبيان الحرير أم لا؟ فيه وجهان:

**أحدهما:** لا لتغليظ ورد فيه عن ابن عمر - رضي الله عنه<sup>(٢)</sup> - بل عليهم أن يمنعوهم من لبسه.

**والثاني:** نعم؛ لأن ثوب الحرير لائق بحال الصبيان إذ ليس لهم شهامة تناقضها، وحكى في «البيان» وجهاً ثالثاً: وهو الفرق بين أن يكون دون سبع ستين، فلا يمنع منه وبين أن يكون له سبع سنين فصاعداً؛ فيمنع منه كيلاً يعتاده، وهذا الوجه أظهر ولم يذكر في «التّهذيب» سواه.

**الخامسة:** حيث قلنا بتحريم لبس الحرير، فذلك عند عدم الضرورة والحاجة، فأما عن الضرورة فلا بأس بلبسه كما إذا فاجاه القتال ولم يجد غيره، وهذا قد سبق ذكره في «صلاة الخوف».

وقوله: ويجوز للغازي لبس الحرير» محمول على هذه الحالة، وليس الغزو عذراً على الإطلاق، فهو إذن مكرر، ومن الضرورة لبسه لحر أو برد مهلك.

(١) أخرجه البخاري (٥٨٣٠)، ومسلم (٢٠٦٧).

(٢) قال الحافظ ابن حجر (٨٨/٢) هذا لا يعرف، والمعروف عنه الجواز رواه الفريابي في كتاب تحريم الذهب والحرير.

وأما الحاجة فهو أن يكون به جَرَبٌ، أو حَكَّةٌ فله ليس الحرير لذلك لما روي أنه: «رَخَّصَ لِعَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ وَالزُّبَيْرِ بْنِ الْعَوَّامِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - فِي لُبْسِ الْحَرِيرِ لِحَكَّةٍ كَانَتْ بِهِمَا»<sup>(١)</sup>. وفي «التنبيه» حكاية وجه: أنه لا يجوز والمشهور الأول، وكذلك يجوز لبسه لدفع القمل؛ لأن في بعض الروايات أن ابن الزبير وعبد الرحمن - رضي الله عنهما - شَكِيَا الْقُمَّلَ فِي بَعْضِ الْأَسْفَارِ فَرَخَّصَ رَسُولُ اللَّهِ لَهُمَا فِي لُبْسِ الْحَرِيرِ»<sup>(٢)</sup>. وهل يشترط السفر في ذلك أم يجوز لمجرد الحكة في الحضر؟ فيه وجهان:

أصحهما: لا يشترط لإطلاق الخبر.

والثاني: نعم، لأن السفر شاغل عن التفقد والمعالجة.

وفي الرواية الثانية ما يقتضي اعتباره في دفع القمل، - والله أعلم -.

قال الغزالي: «ثُمَّ إِذَا تَزَيَّنَ فَلْيَقْصِدِ الصَّحْرَاءَ مَاثِيًا، وَالصَّحْرَاءَ أَوْلَى مِنَ الْمَسْجِدِ إِلَّا بِمَكَّةَ، وَلَيْكُنِ الْخُرُوجُ فِي عِيدِ الْأَضْحَى أَسْرَعَ قَلِيلًا».

قال الرافعي: لما تكلم في استحباب التزين لصلاة العيد اعترض النظر في التزين المباح، والممنوع منه فعاد بعد الفراغ منه إلى ترتيب السنن.

وقال: «ثم إذا تزين فليقصد الصحراء» والفصل يتضمن أموراً:

أحدها: أن الخروج لصلاة العيد إلى الصحراء أولى، أم إقامتها في المسجد الجامع.

أما «بمكة» إقامتها في المسجد أولى؛ لأن الأئمة كانوا يصلون صلاة العيد فيه والمعنى فيه فضيلة البقعة، ومشاهدة الكعبة وغيرها، وألحق الصيدلاني «بيت المقدس» به. وأما سائر البلاد فينظر إن كان هناك عذر من مطر أو ثلج، فإقامتها في المسجد أولى، لما روي عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: «أَصَابَنَا مَطَرٌ فِي يَوْمِ عِيدِ فَصَلَّى بِنَا رَسُولُ اللَّهِ فِي الْمَسْجِدِ»<sup>(٣)</sup>.

وإن لم يكن عذر نظر إن كان المسجد ضيقاً فالخروج إلى الصحراء أولى بل ويكره إقامتها في المسجد لوقوع الناس في الزحام وعسر الأمر عليهم وإن كان المسجد واسعاً. ففيه وجهان حكاهما الإمام عن صاحب «التقريب»:

أحدهما - وهو الموافق لمطلق لفظ الكتاب -: إن أقمتهما في الصحراء أولى، لأن

(١) أخرجه البخاري (٢٩١٩، ٢٩٢٠، ٢٩٢١، ٢٩٢٢، ٥٨٣٩)، ومسلم (٢٠٧٦).

(٢) انظر مسلم المصدر المتقدم.

(٣) أخرجه أبو داود (١١٦٠)، وابن ماجه (١٣١٣)، والحاكم (٢٩٥/١)، وقال صحيح الإسناد وأعله ابن القطان. انظر خلاصة البدر (٢٣٣/٢).

ذلك أرفق بالناس فإن صلاة العيد يحضرها الدّاني، والقاصي والفرسان والرّجاله وكذلك يحضرها النساء الحَيض ولا يتأتى لهنّ دخول المسجد.

وأظهرهما: وهو الذي ذكره العراقيون وتابعهم صاحب «التهديب» وغيره: أنّ المسجد أولى لشرف المسجد وتسهيل الأمر على الناس عند سعته، والحَيض إن حضرن وقفن على باب المسجد.

وفي كلام الأئمة ما يفهم بناء على هذا التردد على أن إقامتهم الصلاة: «بمكة» كان لخصوص فضيلة المسجد الحرام أو لسعة الخطة، فإن قلنا بالثاني فالمسجد أولى في سائر البلاد أيضاً، وإن قلنا بالأول فلا.

ومهما خرج الإمام إلى الصّحراء فينبغي أن يستخلف في البلد من يصلي بضعة الناس، كالشيوخ والزّمئي والمرضى، وهذا على الصحيح في أن صلاة العيد لا يشترط فيها شروط الجُمعة، فإن شرطناها ولم نَسْتثنِ إقامتها خارج البلدة فلا معنى لهذا التفصيل، والاختلاف، ولا تقام في الصّحراء أصلاً، وإن استثنينا هذا الشرط عن الاعتبار امتنع استخلاف من يصلي بالضّعة ولم تقم إلا في موضع واحد كالجُمعة.

والثّاني: أن المستحبّ للسّاعي إلا صلاة العيد، المشي دون الركوب لما روي أن النبي: «مَا رَكِبَ فِي عِيدٍ وَلَا جَنَازَةٍ قَطُّ»<sup>(١)</sup>.

فإن عجز أو ضعف لكبير، أو مرض فله أن يركب، وأما في الرّجوع فإن شاء مشى، وإن شاء ركب - والله أعلم -.

والثالث: أنه يستحب للإمام أن يؤخّر الخروج في عيد الفطر قليلاً، ويعجل في عيد الأضحى، لما روى أنه: «كُتِبَ إِلَى عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ حِينَ وُلَاةُ الْبَحْرَيْنِ أَنْ عَجَلِ الْأَضْحَى وَأَخَّرِ الْفِطْرَ وَذَكَرَ النَّاسُ»<sup>(٢)</sup>.

والمعنى فيه: أن شغل الناس وهو أمر الأضاحي يكون بعد الصّلاة، فالْتَعْجِيلُ أَوْلَى لِيَسْتَغْلَوْا بِهِ وَشَغْلُهُمْ يَوْمَ الْفِطْرِ قَبْلَ الصَّلَاةِ وَهُوَ تَفْرِيقُ صَدَقَةِ الْفِطْرِ، فَالتَّأخِيرُ أَوْلَى لِيَفْرَغُوا عَنْهُ، وَيَسْتَحِبُّ لِلْقَوْمِ أَنْ يُبَكِّرُوا إِذَا صَلَّوْا الصَّبْحَ لِيَأْخُذُوا مَجَالِسَهُمْ وَيَنْتَظِرُوا الصَّلَاةَ. إِذَا عَرَفْتَ ذَلِكَ وَنَظَرْتَ فِي قَوْلِهِ فِي الْكِتَابِ: «وَلَيْكُنِ الْخُرُوجُ فِي عِيدِ الْأَضْحَى أَسْرَعَ قَلِيلًا»، وَجَدْتَ نَظْمَ الْكِتَابِ يَقْتَضِي كَوْنَ هَذَا الْكَلَامِ فِي خُرُوجِ الْقَوْمِ؛ لِأَنَّهُ عَقِبَةٌ بِقَوْلِهِ: «ثُمَّ لِيُخْرِجِ الْإِمَامُ».

(١) تقدم.

(٢) أخرجه الشافعي (٤٩٠)، والبيهقي (٢٨٢/٣) وإسناده ضعيف مرسل. انظر خلاصة البدر (١) / (٢٣٤).

لكن الذي قاله الجمهور ودل عليه سياق النص في «المختصر» أن سنة القوم الابتكار بلا فرق بين العيدين وتعجيل الخروج وتأخيرهم محبوبان في حق الإمام خاصة .

قال الغزالي: **ثُمَّ لِيُخْرَجَ الْإِمَامُ وَلِيَتَحَرَّمَ بِالصَّلَاةِ فِي الْحَالِ وَلِيُنَادِيَ الصَّلَاةَ جَامِعَةً.**

قال الرافعي: السنة للإمام أن لا يخرج إلا بعد خروج القوم .

لثلا يحتاج إلى انتظارهم فإن انتظارهم إياه أليق من انتظاره إياهم وكما يحضر يشتغل بالصلاة لما روى أنه: **«كَانَ يَخْرُجُ فِي الْعِيدِ إِلَى الْمُصَلِّي، وَلَا يَبْتَدِيءُ إِلَّا بِالصَّلَاةِ»**<sup>(١)</sup> . ويكره للإمام أن يتنفل قبلها أو بعدها .

روي أن النبي: **«صَلَّى رَكَعَتَيِ الْعِيدِ وَلَمْ يَتَنَفَّلْ قَبْلَهَا وَلَا بَعْدَهَا»**<sup>(٢)</sup> .

ولا يكره للمأموم التنفل لا قبلها ولا بعدها خلافاً لأحمد في الحالتين، ولمالك كذلك في المصلي . وعنه في المسجد روايتان، ولأبي حنيفة فيما بعدها . لنا قياس التنفل في هذا الوقت على التنفل في سائر الأيام .

ويستحب في عيد الفطر أن يطعم شئناً قبل الخروج إلى الصلاة، ولا يطعم في عيد الأضحى حتى يزجج رواه أنس وبريدة<sup>(٣)</sup> وغيرهما - رضي الله عنهما - عن فعل رسول الله .

وأما قوله: **«وَلِيُنَادِيَ الصَّلَاةَ جَامِعَةً»** فقد سبق مرة في باب الأذان وقد روى عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أن النبي: **«صَلَّى الْعِيدَ ثُمَّ خَطَبَ بِغَيْرِ أَدَانٍ وَلَا إِقَامَةٍ»**<sup>(٤)</sup> .

وذكر في «العدة»: أنه لو نودي لصلاة العيد حي على الصلاة فلا بأس بل هو مستحب<sup>(٥)</sup> .

قال الغزالي: **فَيَقْرَأُ أَوْلاً دُعَاءَ الْأَسْتِفْتَاكِحِ، وَيُكَبِّرُ سَبْعَ (ح) تَكْبِيرَاتٍ رَائِلَةً (م) فِي**

(١) أخرجه البخاري (٣٠٤، ١٤٦٢، ١٩٥١، ٢٦٥٨)، ومسلم (٨٨٩) .

(٢) أخرجه البخاري (٩٨، ٨٦٣، ٩٦٢، ٩٦٤، ٩٧٥، ٩٧٧، ٩٧٩، ٩٨٩، ١٤٣١، ١٤٤٩، ٤٨٩٥، ٥٢٤٩، ٥٨٨٠، ٥٨٨١، ٥٨٨٣، ٧٣٢٥)، ومسلم (٨٨٤) .

(٣) أخرجه أحمد في المسند (٣٥٢/٥)، والترمذي (٥٣٠) وقال: غريب، وابن ماجه (١٢٩٦)، والدارقطني (٤٥/٢) وابن حبان ذكره الهيثمي في الموارد (٥٩٣) والحاكم في المستدرک (١/٢٩٤) وأخرجه البزار من حديث أبي سعيد الخدري - رضي الله عنه - انظر الكشف (٦٥٢) .

(٤) أخرجه أبو داود (١١٤٧) وقال ابن الملقن (٢٣٥/١) إسناده على شرط الصحيح .

(٥) قال النووي: ليس كما قال، فقد قال الشافعي - رضي الله عنه - ينادي: الصلاة جامعة فإن قال: هلموا إلى الصلاة فلا بأس قال: وأحب أن يتوقى ألفاظ الأذان . وقال الدارمي: لو قال حي على الصلاة، كره لأنه من الأذان . الروضة (٥٨٤/١) .

الأولى وَخَمْساً (ح) فِي الثَّانِيَةِ وَيَقُولُ بَيْنَ كُلِّ تَكْبِيرَتَيْنِ: سُبْحَانَ اللَّهِ وَالْحَمْدُ لِلَّهِ وَلَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَاللَّهُ أَكْبَرُ ثُمَّ يَقْرَأُ الْفَاتِحَةَ بَعْدَ التَّكْبِيرِ وَالتَّعْوِذَ وَيَقْرَأُ سُورَةَ ق فِي الْأُولَى وَأَقْتَرَبَتْ فِي الثَّانِيَةِ، وَيَزْفَعُ اليَدَيْنِ (ح) فِي هَذِهِ التَّكْبِيرَاتِ.

قال الرافعي: ذكر في هذا الفصل الكيفية المخصوصة بصلاة العيد، ولا فرق فيها بين الإمام وغيره وإن كان كلام الكتاب يختص بالإمام فنقول: التَّحْرِمُ بِصَلَاةِ الْعِيدِ يَسْتَفْتَحُ عُقَيْبَ التَّحْرِمِ كَمَا فِي سَائِرِ الصَّلَوَاتِ وَيَجُوزُ أَنْ يَعْلَمَ قَوْلَهُ: «وَلْيَقْرَأْ أَوَّلًا دَعَاءَ الْاِسْتِفْتَاكِحِ» بِالْوَاوِ، لِأَنَّ صَاحِبَ «الْبَيَانِ» رَوَى عَنْ بَعْضِهِمْ حِكَايَةَ قَوْلِ أَنَّهُ يَأْتِي بِهِ بَعْدَ التَّكْبِيرَاتِ الزَّوَائِدِ، ثُمَّ يَكْبِرُ فِي الرَّكْعَةِ الْأُولَى سَبْعَ تَكْبِيرَاتٍ، سِوَى تَكْبِيرَةِ الْاِفْتِتَاكِحِ وَالْهَوِيَّ إِلَى الرُّكُوعِ، وَفِي الثَّانِيَةِ خَمْسَ تَكْبِيرَاتٍ سِوَى تَكْبِيرَةِ الْقِيَامِ مِنَ السُّجُودِ وَالْهَوِيَّ إِلَى الرُّكُوعِ خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ حَيْثُ قَالَ: التَّكْبِيرَاتُ الزَّائِدَةُ فِي كُلِّ رَكْعَةٍ ثَلَاثٌ، وَلِمَالِكٍ وَأَحْمَدَ - رَحِمَهُمَا اللَّهُ - حَيْثُ قَالَا: التَّكْبِيرَاتُ الزَّوَائِدُ فِي الرَّكْعَةِ الْأُولَى سِتٌّ، وَبِهِ قَالَ الْمِزْنِيُّ وَسَاعَدُونَا فِي الرَّكْعَةِ الثَّانِيَةِ، وَعَنْ أَحْمَدَ رَوَايَةٌ أُخْرَى مِثْلُ مَذْهَبِنَا مُطْلَقًا. لَنَا مَا رَوَى أَنَّ النَّبِيَّ: «كَأَنَّ يَكْبُرُ فِي الْفِطْرِ وَالْأَضْحَى فِي الْأُولَى سَبْعًا وَفِي الثَّانِيَةِ خَمْسًا»<sup>(١)</sup>.

ويروى أنه: «يَكْبُرُ اثْنَتَيْ عَشْرَةَ تَكْبِيرَةً، سِوَى تَكْبِيرَةِ الْاِفْتِتَاكِحِ وَتَكْبِيرَةِ الرُّكُوعِ»<sup>(٢)</sup>.  
وإذا عرفت ما نقلناه عن المذهب أعلمت قوله: «سبع تكبيرات» بالحاء.

وقوله: «زائدة» بالميم والألف والزاي؛ لأن عندهم الزائدة ست لا سبع.

وقوله: «وخمساً» بالحاء وحده، ويقف بين كل تكبيرتين بقدر قراءة آية لا طويلة ولا قصيرة يهلل الله ويكبره ويمجده هذا لفظ الشافعي - رضي الله عنه -، وقد روي نحو ذلك عن ابن مسعود<sup>(٣)</sup> قَوْلًا وَفِعْلًا.

وأيضاً فإن سائر التَّكْبِيرَاتِ الْمَشْرُوعَةِ فِي الصَّلَاةِ يَتَعَقَّبُهَا ذِكْرُ مَسْنُونٍ، فَكَذَلِكَ هَذِهِ

(١) أخرجه الترمذي (٥٣٦) وقال: حسن، وقال: هو أحسن شيء في هذا الباب، ونقل البيهقي أن الترمذي قال في علله سألت البخاري عنه، فقال: ليس له في هذا الباب شيء أصح منه، وبه أقول. وأخرجه ابن ماجه (١٢٧٩)، والدارقطني (٤٨/٢)، والبيهقي (٢٨٦/٣) وأنكر جماعات على الترمذي تحسينه حتى قال ابن دحية عقيب هو أقيح حديث في الكتاب، لأن رواية كثير بن عبد الله لا تحل الرواية عنه قال الشافعي عنه: ركن من أركان الكذب. وانظر التلخيص (٨٤/٢) - (٨٥).

(٢) أخرجه أبو داود (١١٤٩)، وابن ماجه (١٢٨٠)، والحاكم (٢٩٨/١)، والدارقطني (١٨١/١).

(٣) أخرجه البيهقي (٢٩١/٣ - ٢٩٢)، وأخرجه الطبراني بإسناد منقطع في الكبير (٩٥١٥) رواه من فعله - رضي الله عنه -.



التكبيرات ثم الذي ذكره الأكثرون وأورده في الكتاب أنه يقول: «سُبْحَانَ اللَّهِ وَالْحَمْدُ لِلَّهِ وَلَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَاللَّهُ أَكْبَرُ»، ولو زاد جاز.

قال الصَّيدلاني: وعن بعض الأصحاب أنه يقول: «لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَخَدَهُ لَا شَرِيكَ لَهُ، لَهُ الْمُلْكُ وَلَهُ الْحَمْدُ بِيَدِهِ الْخَيْرُ وَهُوَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ».

قال ابن الصباغ: ولو قال ما اعتاده الناس وهو: «اللَّهُ أَكْبَرُ كَبِيرًا وَالْحَمْدُ لِلَّهِ كَثِيرًا وَسُبْحَانَ اللَّهِ بُكْرَةً وَأَصِيلًا وَصَلَّى اللَّهُ عَلَى مُحَمَّدٍ وَآلِهِ وَسَلَّمَ تَسْلِيمًا كَثِيرًا» كان حسناً أيضاً.

وقوله: «بين كل تكبيرتين» مرقوم بالحاء؛ لأن عنده يوالي بين التكبيرات، ولا يقف وبالميم، لأن أصحابنا حكوا عن مالك أنه يقف بينهما، ولا يذكر شيئاً ثم ينبغي أن يعرف أن قوله: «بين كل تكبيرتين» راجع إلى التكبيرات الزوائد، فلا يأتي بهذا الذكر بين تكبيرة الافتتاح والأولى من الزوائد نص عليه في «الأم» بل يكفي بينهما دعاء الاستفتاح، وكذلك لا يأتي به بعد التكبيرة السابعة والخامسة بل يتعوذ بعد السابعة وكذا بعد الخامسة إن قلنا: يستحب التَّعُوذُ فِي كُلِّ رَكْعَةٍ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ يَتَعَوَّذُ قَبْلَ التَّكْبِيرَاتِ. وذكر الروياني أنه قال: قيل أنه مذهب أبي حنيفة - رحمه الله -.. لنا: أن التَّعُوذُ لِفَتْحِ الْقِرَاءَةِ فَلْيَكُنْ عَقْبَهَا.

وأشار الصَّيدلاني إلى تردد في المسألة فقال: الأشبه بالمذهب أن التَّعُوذُ بَعْدَ التَّكْبِيرَاتِ وَقَبْلَ الْقِرَاءَةِ ثُمَّ يقرأ الفاتحة كما في سائر الصلوات.

وعند أبي حنيفة: أن القراءة في الركعة الأولى بعد التَّكْبِيرَاتِ الزوائد، وفي الثانية قبل التكبيرات ويوالي بين القرائتين.

لنا؛ ما روي أن النبي: «كَانَ يُكَبِّرُ فِي الْفِطْرِ وَالْأَضْحَى، فِي الْأُولَى سَبْعَ تَكْبِيرَاتٍ قَبْلَ الْقِرَاءَةِ، وَفِي الثَّانِيَةِ خَمْسَ تَكْبِيرَاتٍ قَبْلَ الْقِرَاءَةِ»<sup>(١)</sup>.

فليعلم قوله: «بعد التكبير» بالحاء لما حكينا من مذهبه، وبالالف لأن عند أحمد رواية مثل مذهبه.

والصحيح: عنه مثل مذهبنا ثم يقرأ في الأولى بعد الفاتحة سورة «ق» وفي الثانية: «اقتربت الساعة» خلافاً لأبي حنيفة - رحمه الله - حيث قال: ليس بعض السور

(١) أخرجه أحمد من رواية أبي هريرة قولاً وعائشة - رضي الله عنها - فعلاً، وفيه ابن لهيعة قال البيهقي في خلافياته: ولا شك في صحته موقوفاً على أبي هريرة: انظر خلاصة البدر (١/٢٣٦)، والتلخيص (٨٤/٢ - ٨٥).

أولى من بعض، ولمالك وأحمد - رحمهما الله - حيث قالوا يقرأ في الأولى: ﴿سَبِّحْ اسْمَ رَبِّكَ﴾، وفي الثانية: ﴿هَلْ أَتَاكَ حَدِيثُ الْغَاشِيَةِ﴾.

لنا: ما روي عن أبي واقد الليثي - رضي الله عنه - أن النبي: «كَانَ يَقْرَأُ يَوْمَ الْفِطْرِ وَالْأَضْحَى بِ﴿ق وَالْقُرْآنِ الْمَجِيدِ﴾ [ق: ١] ﴿اِقْتَرَبَتِ السَّاعَةُ﴾»<sup>(١)</sup>.

ويستحب رفع اليدين في التكبيرات، وبه قال أبو حنيفة ويروى ذلك عن فعل عمر - رضي الله عنه -<sup>(٢)</sup>. وقال مالك: لا يرفع. وإذا شك في عدد التكبيرات أخذ بالأقل.

ولو كبر ثمان تكبيرات، وشك في أنه هل نوى التحريم بواحدة منها؟ فعليه استثناء الصلاة. ولو شك في التكبيرة التي نوى التحريم بها أخذ بأنه تحرم بالأخيرة فيعبد التكبيرات. ولو صلى خلف من يكبر ثلاثاً، أو ستاً تابعة في فعله ولا يزيد عليه في أصح القولين.

وعند أبي حنيفة - رحمه الله - لو صلى خلف من يكبر سبعا تابعه وينبغي أن يضم اليمنى على اليسرى بين كل تكبيرتين وحكى عن «العمدة» ما يشعر بخلاف في المسألة.

قال الغزالي: ثُمَّ يَخْطُبُ بَعْدَ الصَّلَاةِ كَخُطْبَةِ الْجُمُعَةِ لَكِنْ يُكَبِّرُ تَسْعًا قَبْلَ الْخُطْبَةِ الْأُولَى وَسَبْعًا قَبْلَ الثَّانِيَةِ عَلَى مِثَالِ الرَّكْعَتَيْنِ.

قال الرافعي: إذا فرغ الإمام من صلاة العيد صعد المنبر وأقبل بوجهه على الناس وسلم وهل يجلس قبل الخطبة؟ فيه وجهان:

قال أبو إسحاق: لا، بخلاف ما في خطبة الجمعة يجلس قبلها ليؤذن المؤذن ولا أذان في هذه.

والأصح المنصوص أنه يجلس ليستريح من تعب الصعود ويتأهب ويتأهب الناس للاستماع ثم يخطب خطبتين أركانهما كأركانها في الجمعة<sup>(٣)</sup> يقوم فيهما ويجلس بينهما كما في الجمعة، لكن لا يجب القيام هاهنا؟ بل يجوز القعود مع القدرة على القيام كما في نفس الصلاة، وقد روي: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ خَطَبَ عَلَى رَاحِلَتِهِ يَوْمَ الْعِيدِ»<sup>(٤)</sup>.

(١) أخرجه مسلم (٨٩١).

(٢) أخرجه البيهقي (٢٩٣/٣) وإسناده منقطع.

(٣) المراد بالركن الواجب حتى يشمل الشرط إلا في القياس وكذا الجلوس بينهما هكذا ذكره جمع من المتأخرين ولكن المنقول في التحقيق أن الوضوء لخطبة غير الجمعة مستحب كما ذكره في المهمات.

(٤) أخرجه أحمد (٣٦٣/٣، ٤٢، ٥٤)، والنسائي (٣/١٨٧، ١٩٠)، وليس عند أحد منهم أنه ﷺ خطب على راحلته. وانظر التلخيص (٨٦/٢).

ويستحب أن يعلمهم في عيد الفطر أحكام صدقة الفطر وفي عيد الأضحى أحكام الأضحية ويستحب أن يفتح الخطبة الأولى بتسع تكبيرات تثرى والثانية بسبع تثرى. روي عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود - رضي الله عنهم -: «أَنَّهَا مِنَ السُّنَّةِ»<sup>(١)</sup>.

ولو أدخل بينهما الحمد والتهليل والثناء جاز، وذكر بعضهم أن كفيتهما ما سبق في التكبيرات المرسله والمقيّدة، ويستحب للناس استماع الخطبة ومن حضر والإمام يخطب فإن كان في المصلّى جلس واستمع الخطبة ولم يصل التّحية ثم إن شاء صلّى صلاة العيد في الصّحراء، وإن شاء صلّاهما إذا انصرف إلى بيته وإن كان في المسجد يستحب له التّحية. ثم قال أبو إسحاق: ولو صلّى صلاة العيد. والحالة هذه كان أولى، وحصلت التّحية كما لو دخل المسجد - وعليه مكتوبة يفعلها - ويحصل بها التّحية.

وقال ابن أبي هريرة: يصلي التّحية ويؤخر صلاة العيد إلى ما بعد الخطبة فإنها تطول فيفوت عليه الاستماع، والأول أصح عند الأكثرين.

وأما ما يتعلّق بلفظ الكتاب؛ فقلوه: «ثم يخطب بعد الصلاة كخطبة الجمعة» لو حذف «بعد الصلاة» لكان الباقي دالاً على الغرض؛ لأن كلمة «ثم» تفيد التراخي، وإنما أخذ كون هذه الخطبة بعد الصّلاة من فعل النبي ﷺ وخلفائه الراشدين - رضوان الله عليهم - أجمعين فلو قدّمها خطيب أساء، وهل يعتد بخطبته؟ فيه احتمال عند إمام الحرمين<sup>(٢)</sup>. وقلوه: «كخطبة الجمعة لكن يكبر تسعاً» غير مجرى على إطلاقه؛ لأنه لم يستدرك إلا افتراق الخطبتين [في]<sup>(٣)</sup> التّكبير، وهما يفترقان في أمور آخر.

منها: أنه لا يجب القيام في خطبة العيد. ومنها: أستحباب التّعرض لصدقة الفطر، والأضحية فيها.

وقوله: «على مثال الركعتين» أي: إذا حسبنا تكبيرة التّحريم والهويّ إلى الرّكوع مع الرّوايد في الأولى، وحسبنا تكبيرة الأنتهاض والهويّ إلى الرّكوع مع الرّوايد في الثانية ويجوز أن يريد بقوله: «على مثال الركعتين» أنه يجعل التّفاوت بين عدد التّكبيرات في الخطبة الأولى، وعددها في الثانية كالتّفاوت بينهما في الركعتين، فإن فضل التّسعة على السّبعة كفضل السّبعة على الخمسة.

(١) أخرجه الشافعي (٥٠٢)، والبيهقي (٣/٢٩٩ - ٣٠٠) وفي إسناده مقال انظر خلاصة البدر (١/٢٣٩).

(٢) قال النووي: الصواب وظاهر نصه في «الأم» أنه لا يعتد بها كالسنة الراتبية بعد الفريضة إذا قدمها.

(٣) في أ (من).

قال الغزالي: **ثُمَّ إِذَا خَطَبَ رَجَعَ إِلَى بَيْتِهِ مِنْ طَرِيقِ آخَرَ.**

قال الرافي: **روى أن النبي ﷺ: «كَانَ يَغْدُو يَوْمَ الْفِطْرِ وَالْأَضْحَى فِي طَرِيقٍ، وَيَرْجِعُ فِي طَرِيقٍ»<sup>(١)</sup>.** واختلفوا في سببه قيل: ليتبرك به أهل الطريقين. وقيل: ليستفتي فيهما. وقيل: ليتصدق على فقرائهما. وقيل: ليزور قبور أقاربه فيهما. وقيل: ليشهد له الطريقان. وقيل: ليزداد غيظ المنافقين. وقيل: لئلا تكثر الرّحمة.

وقيل: كان يتوخّى أطول الطريقين في الذهاب وأقصرهما في الرجوع، وهو أظهر المعاني ثم من شاركه من الأئمة في المعنى استحب له ذلك، وفيمن لا يشارك وجهان. قال أبو إسحاق: لا يستحب له ذلك.

وقال ابن أبي هريرة: يستحب كالرمل والاضطباع يؤمر بهما مع زوال المعنى، وإلى هذا ميل الأكثرين وهو الموافق لإطلاق لفظ الكتاب ويستوى في هذه السنة الإمام والقوم، نص عليه في «المختصر» ولم يتعرض في الكتاب إلا للإمام.

قال الغزالي: **وَيُسْتَحَبُّ فِي عِيدِ النَّحْرِ رَفْعُ الصَّوْتِ بِالتَّكْبِيرِ عَقِيبَ خَمْسِ عَشْرَةَ مَكْتُوبَةً، أَوَّلَهَا الظُّهْرُ مِنْ يَوْمِ الْعِيدِ، وَآخِرُهَا الصُّبْحُ آخِرَ أَيَّامِ التَّشْرِيقِ، ثُمَّ قِيلَ: يُسْتَحَبُّ عَقِيبَ كُلِّ صَلَاةٍ تُؤَدَّى فِي هَذِهِ الْأَيَّامِ وَإِنْ كَانَ نَفْلًا أَوْ قَضَاءً، وَقِيلَ: لَا يُسْتَحَبُّ إِلَّا عَقِيبَ الْفَرَضِ وَقِيلَ: لَا يُسْتَحَبُّ إِلَّا عَقِيبَ فَرَضٍ مِنْ فَرَائِضِ هَذِهِ الْأَيَّامِ ضَلِّتْ فِي هَذِهِ الْأَيَّامِ قَضَاءً أَوْ آدَاءً.**

قال الرافي: سبق الوعد بالكلام في التكبير المقيد في عيد النحر وهو غرض هذا الفصل. فنقول: أولاً لا فرق في هذا التكبير بين المنفرد ومن يصلي جماعة، ولا بين الرجال والنساء والمقيم والمسافر. وعند أبي حنيفة: لا يكبر المنفرد ولا المرأة ولا المسافر، ثم الناس ينقسمون إلى الحجيج وغيرهم.

أما الحجيج فيبتدون التكبير عقيب الظهر يوم النحر ويختمونه عقيب الصبح آخر أيام التشريق قاله العراقيون وغيرهم، ووجهوا الابتداء بأن ذكر الحجيج التلبية، وإنما يبدلون بالتكبير مع أول حصة يرمونها يوم النحر، فالظهر أول صلاة ينتهون إليها من وقت قطع التلبية. قالوا: والختم لأن صبح اليوم الثالث آخر صلاة يصلونها بمنى.

قال الإمام: ولا شك فيما ذكروه في الابتداء وفي الانتهاء تردد.

وأما غير الحجج فخلف كم صلاة يكبرون فيها طريقان:

(١) تقدم ضمن حديث لم يتنفل قبل العيد إلخ.

أظهرهما: أن المسألة على أقوال.

**أصحها:** وهو منقول عن المزي والبيوطي والرّعفراني - رحمهما الله - أنهم يكبرون عُقَيْبَ خمس عشرة مكتوبة، أولها ظهر يوم النحر، وآخرها صبح اليوم الثالث من أيام التشريق كالحجيج وسائر الناس تَبِعَ لهم في ذلك. ويروى هذا عن عثمان، وابن عمر، وابن عباس وزييد بن ثابت<sup>(١)</sup> - رضي الله عنهم -.

**والقول الثاني:** أنهم يبتدئون عُقَيْبَ المغرب ليلة النحر، كما أن في عيد الفطر يبتدئ التَّكْبِيرَ عقب المغرب ولم يبين الانتهاء في هذا النص. وحمله الأصحاب على ما ذكر في القول الأول وعلى هذا يكون مكبراً عُقَيْبَ ثمان عشرة صلاة.

**والثالث:** أنهم يبتدئون عقب الصبح يوم عرفة ويختمونه عقب العصر آخر أيام التشريق خلف ثلاث وعشرين صلاة لما روى أنه: «كَبَّرَ بَعْدَ صَلَاةِ الصُّبْحِ يَوْمَ عَرَفَةَ، وَمَدَّ التَّكْبِيرَ إِلَى الْعَصْرِ آخِرَ أَيَّامِ التَّشْرِيقِ»<sup>(٢)</sup>. وبهذا قال أحمد واختاره المزي وابن سريج. قال الصَّيْدَلَانِي وغيره: وعليه العمل في الأمصار ولم ينسب ابن الصَّبَّاحِ هذا القول إلى اختيار المزي، ولكن قال عنده: «يكبر من الظهر يوم النحر إلى الظهر من اليوم الثالث».

**والطريق الثاني:** القطع بالقول الأول وحمل ما عدها على حكاية مذهب الغير.

وقال أبو حنيفة: يكبر من الصبح يوم عرفة إلى العصر من يوم النحر، وهي ثمان صلوات. وروى بعض أصحابنا عن مالك مثل القول الأول، وروى بعضهم عنه مثل القول الثالث. وقوله في الكتاب: «عقب خمس عشرة» معلّم بالحاء. والميم والألف والزاي والواو، لما حكيناه من الاختلافات وجميع ما ذكرناه في وظائف الوقت.

ولو فاتته فريضة من فرائض صلاة الأيام فقضاها في غير هذه الأيام لم يكبر عقيها؛ لأن التَّكْبِيرَ شعار هذه الأيام.

ولو فاتته في غير هذه الأيام أو في هذه الأيام وقضاها في هذه الأيام ففيه قولان:

**أحدهما:** لا يكبر خلفهما؛ لأنها غير مؤداة في وقتها.

(١) أثر عثمان وابن عمر رواهما الدارقطني (٢/٥٠، ٥١)، وأثر ابن عباس أخرجه الشافعي والبيهقي (٣/٣١٣)، وقال: والرواية عند مختلفة، وأثر زيد بن ثابت عند الدارقطني (٢/٥٠ - ٥١) والبيهقي (٣/٣١٣).

(٢) أخرجه الحاكم (١/٢٩٩) من رواية علي وعمار، وقال: صحيح الإسناد لا أعلم من رواه منسوباً إلى الجرح. قلت: بل فيه ضعف، وقال الذهبي خيره كأنه موضوع. انظر خلاصة البدر (١/٢٣٧).

وأصحهما: أنه يكبر؛ لأنه شعار الوقت، وعلى هذين القولين السنن الرواتب ومنها: صلاة العيد وكذلك النوافل المطلقة ومنهم من قطع بأنه لا يكبر بعدها؛ لأنها أبعد عن مُشابهة الفرائض، ومنهم من فرّق بين المشروع في هذه الأيام كالسنن الرواتب وصلاة العيدين، وبين ما لا يختصُّ بها النوافل المطلقة وبني طائفة من الأئمة الاختلاف في هذه الصّور كلها على أن المعنى في التّكبير عقيب وظائف الوقتِ ماذا؟ وذكروا فيها ثلاثة معانٍ:

أحدها: أنها فرائض مؤدّاة في وقتها من أيام التّكبير.

والثاني: أنها صلوات مشروعة في أيام التّكبير.

والثالث: أنها صلوات مفعولة في أيام التّكبير، ولا يخفى تخريج الاختلافات عليها. وإذا سألت عن مطلق ما يكبر خلفه من الصّلوات فقل: فيه وجوه:

أظهرها: أنه يكبر عُقَيْبَ كل صلاة مفعولة في هذه الأيام.

والثاني: لا يكبر إلا عُقَيْبَ الفرائض منها سواء كانت مؤدّاة هذه الأيام أو فاتتها أو فائتة غيرها.

والثالث: لا يُكَبِّرُ إلا عُقَيْبَ فرائض هذه الأيام قضاء كانت أو أداء.

وهذه الوجوه هي المذكورة في الكتاب ويخرج ممّا سبق وجه رابع هو: أنه لا يكبر إلا عُقَيْبَ الفرائض أو السنن الرواتب. وقوله في العبارة عن الوجه الأوّل: «عُقَيْبَ كل صلاة» يشمل صلاة الجَنَازَةِ أيضاً، لكن قال في «التّمة»: لا يكبر خلفها، لأنها بنيت على التخفيف. وقوله: «وإن كانت نفلًا» معلم بالميم والحاء والألف؛ لأن عندهم لا يكبرُ خلف النّوافل. قال إمام الحرمين: وجميع ما ذكرناه في التّكبير الذي يرفع به الصّوت ويجعله شعاراً. أما لو استغرق عمره بالتّكبير في نفسه فلا مانع منه.

ولو نسي التّكبير خلف الصلاة ثم تذكر، والفصل قريب كبر، وإن فارق مصلاه، وإن طال الفصل فكذلك في أصحّ الوجهين، والمسبوق لا يكبر مع الإمام، وإنما يكبر إذا أتم صلاة نفسه - والله أعلم -.

قال الغزالي: وَلَوْ نَسِيَ التّكْبِيرَاتِ فِي رَكْعَةٍ فَلَا يَتَذَكَّرُهَا عَلَى الْجَدِيدِ إِذَا تَذَكَّرَهَا بَعْدَ الْقِرَاءَةِ لِقَوَاتٍ وَقِيَّتَهَا.

قال الرافعي: لو نسي التّكبيرات الزوائد في إحدى ركعتين، ثم تذكر نظر إن تذكرها في الركوع أو بعده مضى في صلاته ولم يكبر ولم يسجد للسّهو كما لو ترك القعود أو السورة ولو عاد إلى القيام ليكبر بطلت صلاته ولو تذكرها قبل الركوع وبعد القراءة، وهذه مسألة الكتاب فيه قولان:

الجديد: أنه لا يكبر لفوات وقته كما لو نسي دعاء الاستفتاح فتذكر بعد القراءة لا يعيد. والقديم: أنه يكبر.

وبه قال أبو حنيفة: فيما حكاها صاحب «البيان» لأن محلّه باق وهو القيام، وعلى هذا القول لو تذكّرها في أثناء الفاتحة قطع القراءة وكبر ثم يستأنف، وإذا كبر بعدها يتسحب الاستئناف ولا يجب. وحكي وجه آخر: أنه يجب. ولو أدرك الإمام بعد ما كبر بعض التكبيرات أو في حال قراءته فعلى الجديد لا يكبر ما فاته وعلى القديم يكبر.

وبه قال أبو حنيفة - رحمه الله - . وإذا أدركه وهو راعع يركع معه ولا يكبر قولاً واحداً. وقال أبو حنيفة - رحمه الله -: يكبر تكبيرات العيد في حال الركوع.

ولو أدركه في الرّكعة الثانية كبر معه خمساً على الجديد، فإذا أقام للثانية كبر خمساً أيضاً؛ لأن سنة الرّكعة الثانية خمس بلا زيادة.

قال الغزالي: وَإِذَا فَاتَتْ صَلَاةَ الْعِيدِ بِرُؤَالِ الشَّمْسِ فَقَدْ قِيلَ: لَا تُقْضَى، وَقِيلَ: تُقْضَى (ح م) أبدأ، وَقِيلَ: لَا تُقْضَى إِلَّا فِي الْحَادِي وَالثَّلَاثِينَ، وَقِيلَ: تُقْضَى فِي شَهْرِ الْعِيدِ كُلِّهِ، وَإِذَا شَهِدَ الشُّهُودُ عَلَى الْهَلَالِ قَبْلَ الرُّؤَالِ أَفْطَرْنَا وَصَلَّيْنَا، وَإِنْ شَهِدُوا بَعْدَ الْغُرُوبِ يَوْمَ الثَّلَاثِينَ لَمْ نُضْعِ إِلَيْهِمْ إِذْ لَا فَائِدَةَ إِلَّا تَرَكَ صَلَاةَ الْعِيدِ، وَإِنْ شَهِدُوا بَيْنَ الرُّؤَالِ وَالْغُرُوبِ أَفْطَرْنَا وَبَانَ قَوَاتُ صَلَاةِ الْعِيدِ عَلَى الْأَصْحَحْ، ثُمَّ قَضَاؤُهَا فِي بَقِيَّةِ الْيَوْمِ أَوْلَى أَوْ فِي الْحَادِي وَالثَّلَاثِينَ فِيهِ خِلَافٌ، وَإِنْ شَهِدُوا نَهَاراً وَعَدَلُوا لَيْلاً فَالْعَبْرَةُ بِوَقْتِ التَّعْدِيلِ أَوْ الشَّهَادَةِ فِيهِ خِلَافٌ.

قال الرافعي: ممّا يجب معرفته في هذا الفصل أصل قدمناه، وهو أن قضاء الثوافل المؤقتة قولان ومن جعلتها صلاة العيد. وأصل آخر وهو: أن صلاة العيد هل تنزل منزلة صلاة الجمعة ويعتبر فيها شرائطها أم لا؟.

إذا تذكرت ذلك فنقول: لو شهد شاهدان يوم الثلاثاء من رمضان إننا رأينا الهلال البارحة، وكان ذلك قبل الزوال وقد بقي من الوقت ما يمكن جمع الناس فيه وإقامة الصلاة، أفتروا وصلوا وكانت الصلاة أداء<sup>(١)</sup>، وإن شهدوا بعد غروب الشمس يوم الثلاثاء لم تقبل شهادتهم، كما لو شهدوا في اليوم الحادي والثلاثين؛ لأن شوالاً قد دخل يقيناً، وصوم الثلاثاءين قد تمّ فلا فائدة في قبول شهادتهم، إلا المنع من صلاة العيد فلا يصغي إليها، ويصلون من الغد وتكون صلاتهم أداء هكذا نقله الأئمة، وأطبقوا

(١) اشتراط جمع الناس إنما يأتي على القديم وهو اعتبار شروط الجمعة والصواب اعتبار إدراك ركعة فقط بناء على الأصح أن من أدرك من الصلاة ركعة من وقتها فهي أداء.

عليه. وفي قوله: «لا فائدة إلا ترك صلاة العيد» إشكال فإن لاستهلال الهلال فوائد [أخر]<sup>(١)</sup> كوقوع الطلاق، والعنت المعلقين على استهلال شؤال واحتساب العدة من انقضاء التاسع والعشرين ونحو ذلك، فوجب أن تقبل الشهادة لمثل هذه الفوائد، ولعل مرادهم عدم الإصغاء فيما يرجع إلى صلاة العيد، وجعلها فائدة لا عدم القبول على الإطلاق وإن أطلقوا ذلك في عباراتهم - والله أعلم -.

وإن شهدوا بعد الزوال وقبل الغروب أو قبل الزوال بزمان يسير لا يمكن الصلاة فيه فالشهادة مقبولة لتعلق فائدة الإفطار بها، وهل تفوت الصلاة؟ حكى في «التهامة» قولاً: أنها لا تفوت، ويصلونها غداً أداءً؛ لأن التردد في الهلال مما يكثر، وصلاة العيد من شعائر الإسلام فيقبح أن لا تقام على التمتع المعهود في كل سنة فأشبه هذا غلط الحجيج في الوقوف فإنه يقام وقوفهم يوم العاشر مقام الوقوف يوم التاسع، وظاهر المذهب ولم يذكر الجمهور سواه أن صلاة العيد فائدة لخروج وقتها ثم قضاؤها مبني على أن التوافل المؤقتة هل تقضي أم لا إن قلنا: لا تقضي فلا كلام، وإن قلنا: تقضي فيبني على أنها هل هي بمثابة الجمعة أم لا؟ إن قلنا: هي بمثابة في الشرائط والأحكام لم تقض وإلا فلهم قضاؤها من العَد وهو الصحيح، وقد روي: «أَنْ زَكَبَا جَاؤُوا إِلَى النَّبِيِّ يَشْهَدُونَ أَنَّهُمْ رَأَوْا الْهَلَالَ بِالْأَمْسِ فَأَمَرَهُمْ أَنْ يُفْطِرُوا وَإِذَا أَصْبَحُوا أَنْ يَغْدُوا إِلَى مُصَلَّاهُمْ»<sup>(٢)</sup>.

وهل لهم أن يصلوها في بقية اليوم؟ وجهان: مبنيان على أن إقامتها في الحادي والثلاثين أداء أم قضاء إن قلنا: أداء فلا، وإن قلنا: قضاء وهو الصحيح فيجوز ثم هو أولى أو التأخير إلى ضحو الغد فيه وجهان:

أحدهما: أن التأخير أولى؛ لأن اجتماع الناس فيها أمكن والضحو بالضحو أشبه.

وأصحهما: أن التقديم أولى مبادرة إلى القضاء وتقريباً له من وقته وهذا إذا سهل جمع الناس بأن كانوا في قرية أو بلدة صغيرة. أمّا إذا عسر ذلك فالأولى التأخير إلى الغد<sup>(٣)</sup>، كيلا يفوت الحضور على الناس وإذا قلنا: إنهم يقيمونها في الحادي والثلاثين

(١) سقط في أ.

(٢) أخرجه أحمد (٥/٥٧)، وأبو داود (١١٥٧)، والنسائي (٣/١٨٠)، وابن ماجه (١٦٥٣)، وذكره الهيثمي في الموارد (٨٧٢) والبيهقي (٣/٣١٦)، وصححه الخطابي وابن المنذر وابن حزم. انظر خلاصة البدر (١/٢٣٨).

(٣) وحكى الروياني في التجربة الثاني عن النص قاله في القوت. قال: واعلم أن الأول ظاهر النص. قال ابن الرفعة: وحكاه القاضي حسين في كتاب الصيام عن النص وكذلك نقل ابن كج الخلاف على قولين أصحهما الثاني. وقال الماوردي: هنا أنه ظاهر المذهب وفي كتاب الصيام أنه مذهب الشافعي.



قضاء، فهل يجوز تأخيرها عنه؟ فيه قولان: ومنهم من يقول وجهان:

أصحهما: نعم كالفرائض إذا قَاتَتْ لا يتعيّن وقت قضاؤها.

والثاني: لا، لأن الحادي والثلاثين يجوز أن يكون عيداً بأن يخرج الشهر كاملاً بخلاف ما بعده من الأيام ثم حكى إمام الحرّمين عن بعض الأصحاب، أنا إذا قلنا: تقضى بعد الحادي والثلاثين فيمتدُّ إلى شهر، فإن وقع بعد شهر فعلى وجهين.

قال: ولعله في شهر شوال نقص أو كمل وفي بقيّة ذي الحجّة ولا اعتدّ به من المذهب وجميع ما ذكرناه فيما إذا شهد عدلان مقبولان أو مستوران وعدلا في الأوقات المذكورة. فأما إذا شهد قبل الغروب وعدلا بعد الغروب فقولان، ويقال وجهان:

أحدهما: أن العبرة بوقت الشّهادة؛ لأن التّعديل وإن بَانَ أخيراً فهو مستند إلى الشّهادة.

وأصحهما: أن العبرة بوقت التّعديل؛ لأنه وقت جواز الحكم بالشّهادة، فعلى هذا يصلون من الغد بلا خلاف وتكون أداء، وعلى الأول تعود الاختلافات المذكورة، فهذا هو الذي أورده معظم الأصحاب وإيضاحه. ولنعد إلى ما يتعلّق بلفظ الكتاب.

أما قوله: «وإذا قَاتَتْ صلاة العيدين بزوال الشّمس...» إلى آخره فاعلم أن الاختلافات المذكورة، عبر عنها في «الوسيط» بالأقوال وإيراد في الكتابين يقتضي طردها في فوات صلاة العيد للنّاس كلهم، وفواتها في حق الأفراد وفيما إذا كان الفوات لاشتباه الهلال، وغيره ولكن المفهوم من كلام الأصحاب تخصيص الاختلاف المذكور بصورة اشتباه الهلال وفوات العيد على جميع الناس.

فأما إذا اختصّ الفوات بالأفراد فلا يجري إلا قولان: منع القضاء وجوازه على التّأييد، ولا يتّجه تخصيص بالحادي والثلاثين لما ذكره إمام الحرمين.

فقال: هذا اليوم يجوز أن يفرض عيداً، فإقامة شعار الصّلاة فيه لا يبعد، وفيما بعده من الأيام إقامة الشّعار المعهود مما يستنكره النّاس، إلا خواصهم وتعطيل الشّعار أهون من ذلك، ومعلوم أن هذا لا مساغ له في قضاء الأفراد، وأما المصير إلى القضاء في شهر العيد كله، فلم أر نقله إلا للإمام ولم ينقله إلا في اشتباه الهلال فأعرف ذلك.

ثم قوله: «لا تقضى» معلّم بالألف؛ لأن عند أحمد هي مقضية. وقوله: «تقضى أبداً» بالميم والحاء، فإن عندهما لا تقضى والرّأي، لأن اختيار المزنيّ مثله.

فإن قيل حيث قلنا: بتخصيص القضاء بالحادي والثلاثين، فلا شك أن ذلك في عيد الفطر، فهل يختص بالحادي عشر إذا فرض ذلك في عيد الأضحى؟ قلنا: نعم؛ لأنه يجوز أن يفرض يوم عيد إلا أن يقال: إن الشّهادة بعد دخول ذي الحجّة غير

مسموعة على قياس ما ذكروه في الحادي والثلاثين - والله أعلم -.

وقوله: «وإذا شهد الشهود على الهلال قبل الزوال أفرطنا وصلينا» المراد منه ما إذا سبقت الشهادة الزوال بقدر ما يسع الصلاة، فإن لم يسع فالحكم كما لو شهدوا بين الزوال والغروب. وقوله: «ثم قضاؤها في أول اليوم أولى، أو في الحادي والثلاثين» فرض الخلاف في الأولوية جواب منه على الأصح، وهو أن قضاؤها في بقية اليوم جائز، وفيه خلاف تقدم - والله أعلم -.

قال الغزالي: وَإِذَا كَانَ الْعِيدُ يَوْمَ الْجُمُعَةِ فَلِأَهْلِ السَّوَادِ الرَّجُوعُ قَبْلَ الْجُمُعَةِ، وَإِنْ كَانَ النَّدَاءُ يَبْلُغُهُمْ عَلَى الصَّحِيحِ لِلْخَبِيرِ.

قال الراعي: إذا وافق العيد يوم الجمعة، وحضر أهل القرى الذين يبلغهم النداء لصلاة العيد، وعلموا أنهم لو انصرفوا لفاتتهم الجمعة فهل عليهم أن يصيروا ليصلوا الجمعة، أم لهم أن ينصرفوا ويتركوها؟ فيه وجهان:  
أحدهما: عليهم الصبر كأهل المصر وكسائر الأيام.

وأصحهما: أن لهم أن ينصرفوا ويتركوها، ويحكي هذا عن نصه قديماً وجديداً<sup>(١)</sup> لما روي: «أنه اجتمع عيدان على عهد رسول الله ﷺ في يوم واحد فصلى العيد في أول النهار، وقال: «أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّ هَذَا يَوْمٌ اجْتَمَعَ لَكُمْ فِيهِ عِيدَانِ، فَمَنْ أَحَبَّ مِنْكُمْ أَنْ يَشْهَدَ مَعَنَا الْجُمُعَةَ فَلْيَفْعَلْ وَمَنْ أَحَبَّ أَنْ يَنْصَرِفَ فَلْيَفْعَلْ»<sup>(٢)</sup>.

وأراد به أهل السواد وهذا هو الخبر الذي أبهم ذكره في الكتاب.

(١) قال في شرح المذهب، ولا خلاف أن أهل البلد يلزمهم حضور الجمعة وهو نصه عن البويطي وإنما الرخصة لأهل القرى لا غير. وقال في القوت: قال ابن كنج في باب التبكير إلى الجمعة بعد إرساله القولين من غير فرق بين العذرين وغيرهم، واعلم إذا إذا جوزنا الترك فليست تعتبر قرينة ولا بعيدة لأن الرخصة عامة ولا خلاف أنه لا يجوز ترك الجمعة حتى لا يصلها أحد من ذلك البلد بل تصير فرضاً على الكفاية. قال في القوت: وظاهر عدم الفرق ونص البويطي يرد عليه، ولفظه إذا اجتمع عيد وجمعة في يوم صلى العيد حتى تحل الصلاة ثم أذن لمن حضر من غير أهل المصر في الانصراف إلى أهلهم إن شاؤوا ولا يعودون إلى الجمعة. فائدة: يفهم أنه لو حضر أهل قرى لا يبلغهم النداء أن لهم الانصراف بلا خلاف وهو ظاهر إذا لم يكن يلزمهم إقامة الجمعة بها، أما لو كانوا يعطلونها ودخلوا المصر البعيد وعلموا أنهم لو رجعوا لفاتتهم الجمعة ففيه وجه لأنه نودي إلى تركهم لا في البقعتين: «قاله ابن أبي زهرة».

(٢) أخرجه أحمد في المسند (٣٧٢/٤)، وأبو داود (١٠٧٠)، والنسائي (١٩٤/٣) والطبراني في الكبير (٥١٢٠)، والحاكم في المستدرک (٢٨٨/١) وصححه له شاهد على شرط مسلم. وقال ابن المنذر: لا يثبت وفيه مجهول، وصححه ابن السكن. انظر خلاصة البدر (٢٣٨/١).

## كِتَابُ صَلَاةِ الْخُسُوفِ

وَهِيَ سُنَّةٌ مُؤَكَّدَةٌ، وَلَا تُكْرَهُ إِلَّا فِي أَوْقَاتِ الْكِرَاهِيَةِ، وَأَقْلَاهَا رُكْعَتَانِ فِي كُلِّ رُكْعَةٍ رُكُوعَانِ (ح) وَقِيَامَانِ، فَإِنْ تَمَادَى الْكُسُوفُ فَهَلْ يَجُوزُ زِيَادَةُ ثَالِثَةٍ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنْ أَسْرَعَ الْأَنْجِلَاءُ فَهَلْ يَفْتَضِرُّ عَلَى وَاحِدَةٍ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

قال الرافي: قال الله سبحانه وتعالى: ﴿فَلَا تَسْجُدُوا لِلشَّمْسِ وَلَا لِلْقَمَرِ، وَأَسْجُدُوا لِلَّهِ الَّذِي خَلَقَهُنَّ﴾<sup>(١)</sup>. قال بعض المفسرين: أراد به صلاة الخسوف والكسوف. وقال أبو بكر: «كُنَّا عِنْدَ النَّبِيِّ ﷺ فَأَنْكَسَفَتِ الشَّمْسُ، فَقَامَ النَّبِيُّ يَجْرُ رِدَاءَهُ حَتَّى دَخَلَ الْمَسْجِدَ، فَدَخَلْنَا فَصَلَّى بِنَا رُكْعَتَيْنِ، حَتَّى أَنْجَلَتِ الشَّمْسُ، فَقَالَ: إِنَّ الشَّمْسَ وَالْقَمَرَ لَا يَنْكَسِفَانِ لِمَوْتِ أَحَدٍ، فَإِذَا رَأَيْتُمُوهُمَا، فَصَلُّوا وَأَدْعُوا حَتَّى يَنْكَشِفَ مَا بِكُمْ»<sup>(٢)</sup>. صلاة الخسوف والخسوف سنة مؤكدة، ولا فرق في استحبابها بين أوقات الكراهة وغيرها؛ لأن لها سبباً خلافاً لمالك وأبي حنيفة، وتفصيل مذهبهما ما قدمناه في «فصل الأوقات المكروهة» ثم الكلام في أقل هذه الصلاة وأكملها.

أما أقلها فهو أن يتحرّم بنيتة صلاة الكسوف ويقرأ الفاتحة، ثم يركع ثم يرفع فيقرأ الفاتحة ثم يركع مرة أخرى ثم يرفع ويطمئن ثم يسجد، وكذلك يفعل في الركعة الثانية فهي إذا ركعتان في كل ركعة قيامان وركوعان كما ذكر في الكتاب، وقراءة الفاتحة في كل ركعة مرتين من حد الأقل أيضاً. وقوله: «ركوعان وقيامان» معلّم بالحاء والألف.

أما الحاء فلأن أبا حنيفة يقول: ركعتان كسائر الصلوات لكي يطول فيها القراءة.

وأما الألف فلأن في رواية عن أحمد يركع في كل ركعة ثلاث مرات، والأظهر عنه مثل مذهبننا. لما روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ: «رُكِعَ أَرْبَعُ رُكُوعَاتٍ فِي رُكْعَتَيْنِ وَأَرْبَعُ سَجَدَاتٍ»<sup>(٣)</sup>. وقد اشتهرت الرواية عن فعل رسول الله.

(١) سورة فصلت، الآية ٣٧.

(٢) أخرجه البخاري (١٠٤٠) (١٠٤٨، ١٠٦٢، ١٠٦٣، ٥٧٨٥)، وأخرجه النسائي (١٢٤/٣)، والبيهقي (٣٣٧/٣).

(٣) أخرجه البخاري (٢٩، ٤٣١، ٧٤٨، ١٠٥٢، ٣٢٠٢، ٥١٩٧) ومسلم (٩٠٧، ٩٠٨، ٩٠٩).

ولو تَمَادَى الكُسُوفُ، فَهَلْ يَزِيدُ رُكُوعاً ثَالِثاً فِيهِ وَجْهَانِ:

أحدهما: نعم، ويحكى عن ابن خزيمة وأبي سليمان الخطابي وأبي بكر<sup>(١)</sup> الضُّبَعِيُّ مِنْ أَصْحَابِنَا عَلَى هَذَا الْوَجْهِ لَا يَخْتَصُّ الْجَوَازَ بِالثَّالِثِ لَهُ أَنْ يَزِيدَ رَابِعاً وَخَامِساً حَتَّى يَنْجَلِيَ الْكُسُوفُ؛ لَمَا رَوَى أَنَّهُ: «صَلَّى رَكَعَتَيْنِ فِي كُلِّ رَكَعَةٍ أَرْبَعَةَ رُكُوعَاتٍ»<sup>(٢)</sup>.

ويروى: «خَمْسُ رُكُوعَاتٍ»<sup>(٣)</sup> وَلَا مَحْمَلٌ لَهُ إِلَّا حَالَةُ التَّمَادِي.

وأظهرهما: أنه لا تجوز الزيادة كسائر الصلوات، لا يزداد على أركانها، وروايات الركوعين أشهر وأصح، فيؤخذ بها، كذلك ذكره الأئمة.

ولو كان في القيام الأول فأنجلى الكُسُوفُ لم تبطل الصلاة، ولكن هل يجوز أن يقتصر على قومة واحدة وركوع واحد في كل ركعة فيه وجهان بنوهما على جواز الزيادة عند التَّمَادِي إِنْ جَوَزْنَا الزِّيَادَةَ جَوَزْنَا التَّقْصَانَ، بِحَسَبِ مَدَّةِ الْخُسُوفِ وَإِلَّا فَلَا، وَلَوْ تَحَلَّلَ مِنْ صَلَاتِهِ وَالْخُسُوفِ بَاقٍ، فَهَلْ لَهُ أَنْ يَسْتَفْتَحَ صَلَاةَ الْخُسُوفِ مَرَّةً أُخْرَى؟ فِيهِ وَجْهَانٌ خَرَجُوهُمَا عَلَى جَوَازِ الزِّيَادَةِ فِي عَدَدِ الرُّكُوعِ، وَالْمَذْهَبُ الْمَنْعُ.

وقوله: «فهل تجوز الزيادة بثالث» أي بركوع ثالث وقيام ثالث، وكذا قوله: «فهل يقتصر على واحد؟» وفي بعض النسخ: «ثالثة وواحدة» على تأويل الرُّكُوعَةِ وَالْقَوْمَةَ - وَاللَّهُ أَعْلَمُ -.

قال الغزالي: وَأَكْمَلُهَا أَنْ يَقْرَأَ فِي الْقِيَامِ الْأَوَّلِ بَعْدَ الْفَاتِحَةِ سُورَةَ الْبَقَرَةِ وَفِي الثَّانِيَةِ آلَ عِمْرَانَ وَفِي الثَّلَاثَةِ النَّسَاءَ وَفِي الرَّابِعَةِ الْمَائِدَةَ أَوْ مِقْدَارَهَا وَكُلُّ ذَلِكَ بَعْدَ الْفَاتِحَةِ، وَيُسَبِّحُ فِي الرُّكُوعِ الْأَوَّلِ بِقَدْرِ مِائَةِ آيَةٍ وَفِي الثَّانِيِ بِقَدْرِ ثَمَانِينَ وَفِي الثَّلَاثِ بِقَدْرِ سَبْعِينَ وَفِي الرَّابِعِ بِقَدْرِ خَمْسِينَ، وَلَا يُطَوِّلُ السَّجْدَاتِ وَلَا الْقَعْدَةَ بَيْنَهُمَا.

قال الرافعي: ولو اقتصر في كل قومة على قراءة الفاتحة وفي كل ركوع على قدر الطمأنينة جاز، كما في سائر الصلوات، لكن المستحب أن يقرأ في القيام الأول بعد «الفاتحة» وسوابقها «سورة البقرة» أو مقدارها إن لم يحسنها، وفي الثاني: «آل عمران» أو مقدارها، وفي الثالث «النساء» أو مقدارها، وفي الرابعة «المائدة» أو مقدارها، وكل

(١) أحمد بن إسحاق بن أيوب بن يزيد أبو بكر النيسابوري المعروف بالصيني أحد أئمة الشافعية. وتقدمت ترجمته.

(٢) أخرجه مسلم (٩٠٨).

(٣) أخرجه أبو داود (١١٨٢)، والحاكم (٣٣٣/١) وقال الحاكم رواه صادقون وأخرجه البيهقي (٣٢٩/٣).

ذلك بعد «الفاتحة» هذا ما ذكره في الكتاب وعزاه الأصحاب إلى رواية البويطي.

قال المزني في: «المختصر» يقرأ في القيام الأول البقرة أو مقدارها إن لم يحفظها، وفي الثاني قدر مائتي آية من سورة البقرة، وفي الثالث قدر مائة وخمسين آية منها، وفي الرابع قدر مائة آية منها وكل ذلك بعد الفاتحة، وهذه الرواية هي التي أوردتها الأكثرون وليستا على الاختلاف المحقق، بل الأمر فيه على التّقريب وهما متقاربتان.

وقد روى الشافعي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - بإسناده قال: «خَسِفتِ الشَّمْسُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى وَالنَّاسُ مَعَهُ فَقَامَ قِيَامًا طَوِيلًا فَقَرَأَ نَحْوًا مِنْ سُورَةِ الْبَقْرَةِ، ثُمَّ رَكَعَ رُكُوعًا طَوِيلًا، ثُمَّ رَفَعَ فَقَامَ قِيَامًا طَوِيلًا، وَهُوَ دُونَ الْقِيَامِ الْأَوَّلِ ثُمَّ رَكَعَ رُكُوعًا طَوِيلًا، وَهُوَ دُونَ الرُّكُوعِ الْأَوَّلِ ثُمَّ سَجَدَ ثُمَّ قَامَ قِيَامًا طَوِيلًا وَهُوَ دُونَ الْقِيَامِ الْأَوَّلِ، ثُمَّ رَكَعَ رُكُوعًا طَوِيلًا، وَهُوَ دُونَ الرُّكُوعِ الْأَوَّلِ ثُمَّ رَفَعَ فَقَامَ طَوِيلًا وَهُوَ دُونَ الْقِيَامِ الْأَوَّلِ ثُمَّ رَكَعَ رُكُوعًا طَوِيلًا وَهُوَ دُونَ الرُّكُوعِ الْأَوَّلِ ثُمَّ سَجَدَ ثُمَّ انصَرَفَ»<sup>(١)</sup>.

وأما قدر مُكثِّه في الرُّكُوع فينبغي أن يسبح في الركوع الأول بقدر مائة آية من «البقرة» وفي الثاني بقدر ثمانين منها، وفي الثالث بقدر سبعين، وفي الرابع بقدر خمسين والأمر فيه على التّقريب، ولذلك قال كثير من الأصحاب، يسبح في الركوع الثاني بقدر ثمانين آية إلى تسعين. وقال صاحب «الإفصاح» يسبح في الثالث بقدر خمسين أو سبعين آية.

ويقول في الاعتدال<sup>(٢)</sup> عند كل ركوع: «سمع الله لمن حمده» و«ربنا لك الحمد».

(١) تقدم. وانظر سنن البيهقي (٣/٣٢١).

(٢) أما استحباب ذلك في الاعتدال الذي يتلوه السجود فلا إشكال فيه وأما الذي يليه القراءة وهو الاعتدال الأول من كل ركعة فقد ذكر المارودي في الحاوي أنه لا يذكر بذلك بالكلية بل يرفع منه مكبراً فإنه ليس باعتدال ونقله عن النص، ولهذا عبر في المنهاج عنه بالرفع، وعن الثاني باعتدال لمشهور استحباب ذكره وهو ظاهر كلام الشيخين فيستحب أن يقول: سمع الله لمن حمده لأنه ذكر الانتقال. وأما استحباب ربنا لك الحمد فقد صرح به الشافعي في المختصر والأم والبويطي وجزم ابن كج بالأول ونقله عن النص أيضاً. قال في القوت: وهذا النص نقله الترمذي واستشكل في المهمات الأول. قال: هذا ذكر الاعتدال نفسه لا ذكر الانتقال إلى الاعتدال، ولهذا قال في التنبيه: فإذا استوى قائماً قال: ربنا لك الحمد. وقال في شرح المهذب في باب صفة الصلاة أن المبلغ يجهر بسمع الله لمن حمده ولا يجهر بقوله ربنا لك الحمد. قال: لأنه ذكر الاعتدال فلا يجهر به كسائر الأركان المستحبة في الأركان وإذا تقرر أنه ذكر الاعتدال فهذا الاعتدال محال القراءة وليس في الصلاة قيام يستحب فيه الجمع بين ذكر الاعتدال وبين القراءة حتى يلحقه به، وقد ذكر في شرح المهذب هنا كما في الروضة تبعاً للرافعي وزاد فقال: أنه يستحب ربنا لك الحمد إلى آخره. يعني يقول ملء السموات إلى آخر الذكر المعروف وذكر أنه ورد في الصحيحين لكن المراد منهما إنما هو ربنا لك الحمد. واعلم =

وهل يطول السجود في هذه الصلاة؟ فيه قولان ويقال: وجهان:

أظهرهما - وهو المذكور في الكتاب -: لا، كما لا يزيد في التَّشْهَد، ولا يطول القَعْدَةُ بين السَّجْدَتَيْنِ.

والثاني وبه قال ابن سريج -: نعم؛ لأنه منقول في بعض الروايات مع تطويل الركوع أورده مسلم في «الصحيح» ويحكي هذا القول عن رواية «البويطي» ونقله أبو عيسى الترمذي في «جامعه» عن الشافعي - رضي الله عنه - أيضاً<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي: وَيُسْتَحَبُّ أَنْ تُؤَدَّى بِالْجَمَاعَةِ، وَأَنْ يُخَطَّبَ الْإِمَامُ بَعْدَهَا خُطْبَتَيْنِ كَمَا فِي الْعِيدِ وَلَا يَجْهَرُ (م) فِي صَلَاةِ الْكُسُوفِ وَيَجْهَرُ فِي الْخُسُوفِ.

قال الرافعي: في الفصل ثلاث مسائل:

إحداها: أنه يستحب الجماعة في صلاة الخسوفين.

أما في خسوف الشمس فقد اشتهر إقامتها بالجماعة عن فعل رسول الله وكان ينادى لَهَا الصَّلَاةُ جَامِعَةً<sup>(٢)</sup>.

وأما في خسوف القمر، فلما روي عن الحسن البصري قال: «خَسَفَ الْقَمَرُ وَاِبْنُ عَبَّاسٍ - رضي الله عنهما - بِالْبَصْرَةِ، فَصَلَّى بِنَا رَكْعَتَيْنِ فِي كُلِّ رَكْعَةٍ رُكُوعَانِ، فَلَمَّا فَرَغَ

أن كلام الرافعي قد يحمل على ما قاله الماوردي بأن يقال الرفع للأول قيام وليس باعتدال في الاصطلاح إنما الاعتدال بقول الثاني. قال في المهمات: وأغرب العجلي فحكى الخلاف في الاعتدال من الركوع الثاني وصحح أنه يستحب لصحة الحديث فيه، لكن في القوت ما يخالفه حيث قال، وحكى العجلي عن بعض المصنفين أنه لا يقول في الركوعين الزائدين سمع الله لمن حمده. قال: وأخطأ فيه، ومقتضاه حكاية الخلاف في الركوعين الزائدين خاصة.

(١) قال النووي: الصحيح المختار له، أنه يطول السجود في هذه الصلاة، وقد ثبت في إطلاته أحاديث كثيرة في «الصحيحين» عن جماعة من الصحابة، ولو قيل: إنه يتعين الجزم به، لكان قولاً صحيحاً، لأن الشافعي - رضي الله عنه - قال: ما صح فيه الحديث، فهو قولي ومذهبي. فإذا قلنا بإطلته، فالمختار فيها ما قاله صاحب «التهذيب» أن السجود الأول كالركوع الأول، والسجود الثاني كالركوع الثاني، وقال الشافعي - رحمه الله - في البويطي: إنه نحو الركوع الذي قبله، وأما الجلسة بين السجودين فقد قطع الإمام الرافعي بأنه لا يطولها. ونقل الغزالي الاتفاق على أنه لا يطولها. وقد صح في حديث عبد الله بن عمرو بن العاص - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ فلم يكد يرفع، ثم رفع فلم يكد يسجد، ثم سجد فلم يكد يرفع، ثم فعل في الركعة الأخرى مثل ذلك. وأما الاعتدال بعد الركوع الثاني، فلا يطول بلا خلاف، وكذا التشهد.

الروضة (١/٥٩٤).

(٢) أخرجه البخاري (١٠٦٦)، ومسلم (٩٠١/٤).

رَكِبَ وَخَطَبْنَا، وَقَالَ: صَلَّىتُمْ بِكُمْ كَمَا رَأَيْتُمْ رَسُولَ اللَّهِ يُصَلِّي بِنَا»<sup>(١)</sup>.

وإنما تقام الجماعة لهما في المسجد دون الصحراء لما قدمنا من حديث أبي بكره رضي الله عنه - ولأن هذه الصلاة بعرض القوات بالانجلاء.

وأعلم قوله: «ويستحب أن تؤدي بالجماعة» بالحاء والميم؛ لأن عند أبي حنيفة لا تؤدي صلاة خسوف القمر بالجماعة، بل يؤديونها منفردين.

وعند مالك - رحمه الله - لا يصلون له أصلاً، واللفظ يشمل الصلاتين جميعاً، ويجوز أن يعلم بالواو أيضاً؛ لأن إمام الحرمين قال: ذكر شيخنا الصيدلاني من أئمتنا من خرج في صلاة الخسوفين وجهاً؛ أن الجماعة شرط فيها كالجمعة، ولم أجده في كتابه هكذا لكن قال: خرج أصحابنا وجهين في أنها، هل تصلى في كل مسجد أو لا تكون إلا في جماعة واحدة؟ كالقولين في العيد.

الثانية: يستحب للإمام أن يخطب بعد الصلاة خطبتين بأركانها وشرائطها المذكورة في صلاة الجمعة<sup>(٢)</sup>، ولا فرق بين أن يقيموا الجماعة في مصر أو يقيمها المسافرون في الصحراء.

وقال مالك وأبو حنيفة وأحمد - رحمهم الله - لا خطبة في هذا الباب أصلاً.

لنا ما روى عن عائشة - رضي الله عنها - أن النبي ﷺ: «لما خُسِفَتِ الشَّمْسُ صَلَّى فَوَصَفَتْ صَلَاتَهُ، ثُمَّ قَالَتْ فَلَمَّا انْجَلَتْ أَنْصَرَفَ وَخَطَبَ النَّاسَ وَذَكَرَ اللَّهُ تَعَالَى جَدَّهُ وَأَثَرِي عَلَيْهِ»<sup>(٣)</sup>. وينبغي للإمام أن يبحث في هذه الخطبة على الخير والتوبة عن المعاصي، ومن صلى منفرداً لم يخطب، فإن الغرض من الخطبة تذكير الغير.

فإن قلت: قضية التشبيه في قوله: «كما في العيد» أن يكبر في أول الخطبتين كما يفعل في خطبتي العيد، فهل هو كذلك أم لا؟.

فالجواب: أن كُتِبَ الأصحاب ساكتة عن التصريح بذلك مع تعرضهم لأذكارها المفروضة والمندوبة على التفصيل، وأعادها هاهنا ولو كان التكبير مشروعاً هاهنا لأعادوا ذكره، سيما في المطولات، فإذا المراد تشبيهها بخطبتي العيد في تأخيرها عن الصلاة على الإطلاق - والله أعلم -.

(١) أخرجه الشافعي عن إبراهيم بن محمد، وإبراهيم ضعيف. انظر التلخيص (٩١/٢).

(٢) ينبغي أن يستثنى هنا القيام والجلوس بين الخطبتين كما سبق في العيد وقضية كلامه أنه لا يجزي خطبة واحدة وفي الكفاية أنه يجزي وحكاة البندنجي عن النص.

(٣) أخرجه البخاري (١٠٤٤)، ومسلم (٩٠١/١).

الثالثة: يستحبُّ الجهر بالقراءة؛ في صلاة خُسوف القمر والإسرار في خسوف الشمس. وبه قال مالك وأبو حنيفة خلافاً لأحمد - رحمهم الله - حيث قال: «يجهر فيها أيضاً» وبه قال أبو يوسف، وفيما ذكره الصَّيدلاني أن مثله يروى عن أبي حنيفة.

لنا ما روى ابن عباس - رضي الله عنهما - أنه حكى صلاة النبي ﷺ في خُسوف الشمس فقال: «قَرَأْ نَحْوًا مِنْ سُورَةِ الْبَقَرَةِ»<sup>(١)</sup>. ولو جهر لكان لا يقدره وروي عنه أنه قال: «كُنْتُ إِلَى جَنْبِ النَّبِيِّ ﷺ فَمَا سَمِعْتُ مِنْهُ حَرْفًا»<sup>(٢)</sup>.

وقوله في الكتاب: ولا يجهر في صلاة الكُسوف، ويجهر في صلاة الخُسوف» تخصيص للفظ الكُسوف بالشمس والخسوف بالقمر وقد قيل بذلك لكن استعمال كل واحد من اللَّفظين فيهما صحيح سائغ في اللغة.

وتجوز أن يعلم قوله: «ولا يجهر» بالواو مع الألف؛ لأن أبا سليمان الخطَّابي ذكر أنَّ الذي يجيء على مذهب الشَّافعي - رضي الله عنه - الجهر فيهما واحتجَّ له بما روى عن عائشة - رضي الله عنها -: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ صَلَّى بِهِمْ فِي كُسُوفِ الشَّمْسِ وَجَهَرَ بِالْقِرَاءَةِ»<sup>(٣)</sup> - والله أعلم -.

قال الغزالي: فُرُوعُ الْمَسْبُوقِ إِذَا أَدْرَكَ الرَّكْعَةَ الثَّانِيَةَ لَمْ يَذْرِكِ الرَّكْعَةَ لِأَنَّ الْأَصْلَ هُوَ الْأَوَّلُ.

قال الرافعي: عدَّ في «الوسيط» المسائل من هذا الموضع إلى قريب من آخر الباب ثلاثة فروع، وهذا الفصل يشتمل على أولها غرضه الكلام في المسبوق في هذه الصَّلَاة فنقول: إن من أدرك الإمام في الرَّكْعَةِ الْأَوَّلِ من الرَّكْعَةِ الْأُولَى فقد أدرك الصَّلَاةَ ولو أدركه في الرَّكْعَةِ الْأَوَّلِ من الرَّكْعَةِ الثَّانِيَةِ كان مدرَكًا للرَّكْعَةِ فَإِذَا سلم الإمام قام وصلى ركعة بركوعين، ولو أدركه في الرَّكْعَةِ الثَّانِيَةِ من إحدى الرَّكْعَتَيْنِ فالمنقول عن نصه في البويطي أنه لا يكون مدرَكًا لشيء من الرَّكْعَةِ أَصْلًا، وعن صاحب «التَّحْرِيْبِ» حكاية قول آخر أنه بإدراك الرَّكْعَةِ الثَّانِيَةِ يصير مدرَكًا للقومة التي قبله فعلى هذا لو أدرك الرَّكْعَةَ

(١) أخرجه البخاري (١٠٥٢).

(٢) أخرجه البيهقي وفي إسناده ابن لهيعة ويغني عنه ما رواه الترمذي وابن حبان والحاكم عن ثعلبة بن عباد عن سمرة قال: صلى بنا رسول الله ﷺ في كسوف لا نسمع له صوتاً. انظر الترمذي (٥٦٢) وأبو داود (١١٨٤)، والحاكم (٣٢٩/١) وقال صحيح على شرط الشيخين، وانظر التلخيص (٩٢/٢).

(٣) أخرجه ابن حبان في صحيحه كذلك، ومتفق عليه بلفظ جهر في صلاة الخسوف بقراءته انظر خلاصة البدر (٢٤٤/١).



الثاني من الركعة الأولى قام عند سلام الإمام وقرأ وركع . واعتدل وجلس وتشهد وتحلل ولا يسجد؛ لأن إدراك الركوع إذا أثر في إدراك القيام الذي قبله كان السجود بعده محسوباً لا محالة . واتفق الأصحاب على أن الصحيح هو الأول، ووجهه بأن الركوع الأول هو الأصل، والثاني في حكم التابع له ألا ترى أنه لا يصير بإدراكه مدركاً لجميع الركعة ولو صار مدركاً بإدراكه لصار مدركاً لجميع الركعة، كما لو أدرك جزءاً من الركوع في سائر الصلوات، وأيضاً فإن الأمر بقيام وركوع من غير سجود مخالف لنظم الصلوات كلها، وعلى القول الصحيح لو أدركه في عهد القيام الثاني لا يكون مدركاً لشيء من الركعة أيضاً .

إذا عرفت ذلك فقله في الكتاب: «لم يدرك الركعة» إن أراد به أنه غير مدرك لشيء من الركعة فينبغي أن يعلم بالواو، وإن أراد به أنه غير مدرك بجملتها فلا يجوز إعلامه؛ لأن القولين متفقان عليه .

قال الغزالي: وَتَفُوتُ صَلَاةَ الْكُسُوفِ بِالْأَنْجِلَاءِ وَبِغُرُوبِ الشَّمْسِ كَاسِفَةً، وَيَفُوتُ الْخُسُوفَ بِالْأَنْجِلَاءِ وَيَطْلُوعِ قُرْصِ الشَّمْسِ، وَلَا يَفُوتُ بِغُرُوبِ الْقَمَرِ خَاسِفًا؛ لِأَنَّ اللَّيْلَ كُلَّهُ سُلْطَانُ الْقَمَرِ، وَلَا يَفُوتُ بِطُلُوعِ الصُّبْحِ عَلَى الْجَدِيدِ لِبَقَاءِ الظُّلْمَةِ .

قال الرافعي: الفرع الثاني: فيما يفوت به هذه الصلاة . أما صلاة خسوف الشمس فتفوت بطريقتين:

أحدهما: الانجلاء فإذا لم يصل حتى انجلت لم يصل .

وأحج له بما روى أنه ﷺ قال: «فَإِذَا رَأَيْتُمْ ذَلِكَ فَصَلُّوا حَتَّى تَنْجَلِيَ»<sup>(١)</sup> .

دل أنه لا يصلي بعده، ثم الاعتبار بالانجلاء الكلُّ أما انجلاء البعض فلا أثر له، وله أن يشرع في الصلاة للباقي كما لو لم ينكسف إلا ذلك القدر ولو حال سحب، ولم يدر هل انجلت أم لا؟ فله أن يصلي؛ لأن الأصل بقاء الكسوف وعلى عكسه لو كانت تحت الغمام فظن الكسوف لم يصل حتى يستيقن .

والثاني: أن تغرب كاسفة فلا يصلي؛ لأن سلطان الشمس النهار، وقد ذهب وبطل الانتفاع بضوئها نيرة كانت أو منكسفة . وأما صلاة خسوف القمر فتفوت بطريقتين أيضاً:

أحدهما: الانجلاء كما سبق .

(١) أخرجه مسلم (٩٠٤) من حديث جابر - رضي الله عنه .-

والثاني: طلوع الشمس فإذا طلعت والقمر بعد خاسف لم يصل؛ لأن سلطان القمر الليل وقد ذهب وبطلت منفعته بطلوع الشمس، ولو غاب القمر خاسفاً، لم يؤثر وجازت الصلاة؛ لأن سلطان القمر باقٍ وهو الليل فغروبه كغيبوبته تحت سحب خاسفاً. ولو طلع الفجر وهو خاسف أو خسف بعد طلوع الفجر فقولان:

القديم: أنه ليس له أن يصلي لذهاب الليل بطلوع الفجر.

والجديد: أن له ذلك لبقاء ظلمة الليل والانتفاع بضوء القمر في هذا الوقت، وعلى هذا لو شرع في الصلاة بعد طلوع الفجر، فطلعت الشمس في أثنائها لم تبطل صلاته كما لو شرع قبل طلوع الفجر، وكما لو أتفق الانجلاء في أثناء الصلاة، وذكر القاضي ابن كحج، أن هذا الانجلاء مخصوص بما إذا غاب القمر خاسفاً بعد طلوع الفجر وقبل طلوع الشمس، فأما إذا لم يغب وبقي خاسفاً، فلا خلاف في أن الشروع في الصلاة جائز<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي: وَلَوْ اجْتَمَعَ عِيدٌ وَكُسُوفٌ قَدَّمَ الْعِيدُ إِنْ خِيفَ فَوَاتُهُ وَإِلَّا فَقَوْلَانِ فِي التَّقْدِيمِ وَالتَّأخِيرِ، وَلَوْ اجْتَمَعَ كُسُوفٌ وَجُمُعَةٌ قَدَّمَتِ الْجُمُعَةُ عِنْدَ خَوْفِ الْفَوَاتِ وَإِلَّا فَقَوْلَانِ، وَلَوْ اجْتَمَعَ جَنَازَةٌ مَعَ هَذِهِ الصَّلَوَاتِ فَهِيَ مُقَدَّمَةٌ إِلَّا الْجُمُعَةُ فَإِنَّهَا تَقْدَمُ عِنْدَ ضَيْقِ وَقْتِهَا، وَيَكْفِيهِ لِلْجُمُعَةِ وَالْكَسُوفِ حُطْبَةٌ وَاحِدَةٌ، وَكَذَا لِلْعِيدِ وَالْكَسُوفِ وَلَا يَنْبَغُ اجْتِمَاعُ الْعِيدِ وَالْكَسُوفِ فَإِنَّ اللَّهَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ.

قال الرافعي: الفرع الثالث فيما إذا اجتمعت صلاتان في وقت واحد، والأصل فيه تقديم ما يخاف فواته، ويتعلق أيضاً بالنظر إلى الأوكد، فالأوكد من الصلاة وفيه صور: أحدها: إذا اجتمع عيد وكسوف نظر إن خيف فوات صلاة العيد لضيق وقتها قدمت صلاة العيد، وإن لم يخف فقولان:

أحدهما: وهو رواية البويطي: يبدأ صلاة العيد؛ لأنها أوكد لمشابتها الفرائض بانضباط وقتها.

وأصحهما: أنه يبدأ بصلاة الكسوف، لأنه يعرض الفوات بالانجلاء.

الثانية: لو اجتمع كسوف وجمعة نظر إن خيف فوات الجمعة فهي مقدمة، وإن لم يخف فواتها فقولان:

(١) قال النووي: صرح الدارمي وغيره بجريان القولين في الحالين قال صاحب «البحر»: ولو ابتداء الخسوف بعد طلوع الشمس، لم يصل قطعاً - والله أعلم - روضة الطالبين (١/٥٩٦).

أحدهما: تقدم الجمعة لافتراضها.

وأصحهما: يقدم الكسوف لخطر الفوات ولو اجتمع الكسوف مع فريضة أخرى، فالحكم كما لو اجتمع مع الجمعة ولو وجد الخسوف في وقت الوتر والتراويح قدم صلاة الكسوف، وإن خيف فوات الوتر؛ لأن صلاة الخسوف أكد ولأنها إذا فاتت لا تقضى.

الثالثة: لو اجتمع عيد وجنازة أو كسوف وجنازة قدمت صلاة الجنازة<sup>(١)</sup> لما يخشى من حدوث التغير في الميت ثم لا يتبعها الإمام إذا قدمها بل يشتغل بعدها بغيرها من الصلوات، ولو لم تحضر الجنازة أو بعد أو حضرت ولم يحضر الولي أفرد الإمام جماعة ينتظرونها واشتغل بغيرها.

ثم بعد الجنازة يقدم العيد أو الكسوف فيه الكلام الذي سبق. ولو حضرت وقت الجمعة جنازة ولم يضق وقت الجمعة قدمت الجنازة، وإن ضاق قُدمت الجمعة لافتراضها. وقال في «النهاية»: قطع شيخي بتقديم صلاة الجنازة؛ لأن للجمعة خلفاً، وهو الظهر والذي يحذر وقوعه من الميت لو فرض لم يجبره شيء. وليكن قوله في الكتاب: «إلا الجمعة فإنها تقدم» معلماً بالواو لهذا الوجه. وتختتم هذه الصورة بفصلين:

أحدهما: في الخطبة المأثى بها للصلّاتين المجتمعتين.

أما إذا اجتمع العيد والكسوف فيخطب لهما بعد الصّلاتين خطبتين، ويذكر فيهما شأن العيد والكسوف. وأما إذا اجتمع الجمعة والكسوف، فإن اقتضى الحال تقديم الجمعة خطب لها، ثم صلى الجمعة ثم صلى الكسوف ثم خطب لها، وإن اقتضى الحال تقديم صلاة الكسوف بدأ بها، ثم خطب للجمعة وذكر فيها شأن الكسوف كما أن النبي: «اسْتَسْقَى فِي حُطْبَتِهِ لِلْجُمُعَةِ ثُمَّ صَلَّى الْجُمُعَةَ»<sup>(٢)</sup>.

واعرف في قوله: «ويكفيه للجمعة والكسوف خطبة واحدة» شيئين:

(١) أطلق الأصحاب تقديم الجنازة على الجمعة في أول الوقت ولم يبنوا ذلك على سبيل الوجوب أو الندب وتعليقهم يقتضي الوجوب ولا شك أنه على قول الشيخ أبي محمد أن الجنازة تقدم على الجمعة في آخر وقتها أنه على الوجوب، وينبغي التحذير ممّا اعتاده الناس في تقديم الجنائز إلى بعد الجمعة وحكى ابن الرفعة أن عز الدين بن عبد السلام لها ولي خطابة جامع مصر كان يصلي على الجنائز قبل الجمعة ويفتي الحماليين بسقوط الجمعة عنهم ليذهبوا بها.

(٢) أخرجه البخاري (٩٣٢، ٩٣٣، ١٠١٣، ١٠١٤، ١٠١٥، ١٠١٦، ١٠١٧، ١٠١٨، ١٠١٩، ١٠٢١، ١٠٢٩، ١٠٣٣، ٣٥٨٢، ٦٠٩٣، ٦٣٤٢)، ومسلم (٨٧٩).

أحدهما: أن المراد من هذا الكلام أنه يكفيه من الخطبة ما كان يكفيه لو لم يصل إلا واحدة من الصَّلَاتين وهي خطبتان، ولا يحتاج إلى أربع خطب وليس المراد أنه تكفي خطبة فردة.

وثانيهما: أن كلام الأصحاب ينازع في اللَّفْظ الذي ذكره فإنهم قالوا: «لا يخطب للجمعة والكسوف»؛ لأن الخطبة فرض في الجمعة، ولا يجوز التَّشْرِيك بين الفرض والنَّفْل، ولكن يخطب للجمعة، ثم يذكر فيها أمر الخُسُوف بخلاف العيد والخسوف يجوز أن يقصد بخطبته كليهما؛ لأنهما ستان<sup>(١)</sup>. قالوا: ولهذا قال الشَّافعي - رضي الله عنه - في «المختصر» في مسألة أجمع العيد والخسوف «ثم يخطب للعيد والخُسُوف».

وقال في مسألة أجمع الجمعة والخسوف: «ثم يخطب للجمعة ويذكر فيها الخسوف» فإذا اللفظ مؤول، والمعنى أنه لا يحتاج إلى خُطْبَتَيْن لكلِّ صلاة.

**والفصل الثاني:** أن طائفة اعترضت على تصوير الشَّافعي - رضي الله عنه - اجتماع العيد والخسوف، وقالت: هذا محال؛ لأن العيد إما الأول من الشهر، وإما العاشر والكسوف لا يقع إلا في الثَّامن والعشرين أو التاسع والعشرين، وأجاب الأصحاب عنه بوجوه:

أحدها: أن هذا قول أهل التَّنْجِيم، وأما نحن فنَجُوز وقوع الكسوف في غير اليومين المَذْكُورَيْن، فإنَّ الله تعالى على كلِّ شيءٍ قدير، وقد نقل وقوع مثل ذلك إذ صحَّ أنَّ الشَّمْسَ أَتَكَسَّفَتْ يَوْمَ مَاتَ إِبْرَاهِيمَ ابْنُ رَسُولِ اللَّهِ<sup>(٢)</sup>.

وروى الزُّبَيْرُ بن بَكَّار - رضي الله عنه - في كتاب «الأنساب» أنه تُوفِّيَ فِي الْعَاشِرِ مِنْ رَبِيعِ الْأَوَّلِ<sup>(٣)</sup>. وروى البَيْهَقِيُّ مثله عن الواقدي بإسناده<sup>(٤)</sup>، وكذلك اشتهر أن قتل

(١) قال في شرح المذهب: هكذا قالوه، وفيه نظر لأن الستين إذا لم تتداخل لا تصلح أن ينويهما لصلاة واحدة، ولهذا لو نوى ركعتي الضحى وقضاء سنة الصبح لم تنعقد صلاته. لكن نص في البويطي على الاكتفاء بخطبة الكسوف والعيد والاستسقاء وأما أمر النية فباب الصلاة نيتها أضيق من باب الخطبة إذ القصد بها الوعظ بخلاف الصلاة وتكرر الخطبة فيه تطويل على الناس ولم يعهد أو استشكل - رحمه الله - قولهم إنه لا يجوز أن يقصد الجمعة والكسوف لأنه تشريك بين فرض ونفل. وقال: فيه نظر لأن ما يحصل ضمناً لا يضر ذكره كما لو ضم إلى فرض أو نفل تحية المسجد فإنه لا يضر. وهذا أحسن، وظاهر كلامهم أنه لا يكفي الإطلاق بل لا بد أن يقصد الجمعة خاصة ويحتمل أن يكفي الإطلاق لا سيما إذا أخرج الخطبة عن صلاة الكسوف زمناً طويلاً. روضة الطالبين (١/٥٩٧، ٥٩٨).

(٢) أخرجه البخاري (١٠٤٣، ١٠٦٠، ٦١٩٩)، ومسلم (٩١٥).

(٣) انظر خلاصة البدر المنير (١/٢٤٥). (٤) انظر المصدر السابق.

الحسين بن علي - رضي الله عنهما - كان يوم عاشوراء. وروى البيهقي عن أبي قبيل أنه لما قتل الحسين - رضي الله عنه - كسفت الشمس كسفة بدت الكواكب نصف النهار حتى ظننا أنها هي .

والثاني: هَبْ أَنْ الكسوف لا يقع إلا في الثامن والعشرين أو التاسع والعشرين، لكن يجوز أن يوافق العيد اليوم الثامن والعشرين بأن يشهد شاهدان على نقصان رجب، ويفرض مثل ذلك في شعبان ورمضان وكانت في الحَقِيقَةِ كاملة فإنَّ اليوم الأول المحسوب من شعبان بناء على شهادتهما يكون من رجب ويومان من أول رمضان يكونان من شعبان، فيبقى سبعة وعشرون ويوافق العيد اليوم الثامن والعشرين .

والثالث: هَبْ أَنْ ذلك لا يقع أصلاً لكن الفقيه قد يصور ما لا يتوقع وقوعه لِتَشْجِيزِ الخاطر وتحصيل الدُّرِيَّةِ في مجاري النظر واستخراج التَّفَارِيعِ الدَّقِيقَةِ - والله أعلم - .

قال الغزالي: وَلَا تُصَلِّي صَلَاةَ الْكُسُوفِ لِلزَّلَازِلِ وَغَيْرِهَا مِنَ الْآيَاتِ . قال الرافعي: فيما سوى كسوف النيرين من الآيات كالزَّلَازِلِ وَالصَّوَاعِقِ وَالرِّيَاحِ الشَّدِيدَةِ لَا يُصَلِّي لَهُ بِالْجَمَاعَةِ إِذْ لَمْ يَثْبُتْ ذَلِكَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ وَلَكِنْ يَسْتَحِبُّ لَهُ الدُّعَاءُ وَالتَّضَرُّعُ .

روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال: «مَا هَبَّتْ رِيحٌ قَطُّ إِلَّا جَاءَ النَّبِيُّ عَلَى رُكْبَتَيْهِ، وَقَالَ: «اللَّهُمَّ اجْعَلْهَا رَحْمَةً، وَلَا تَجْعَلْهَا عَذَابًا اللَّهُمَّ اجْعَلْهَا رِيحًا وَلَا تَجْعَلْهَا رِيحًا»<sup>(١)</sup>. وكذلك يستحبُّ لكلِّ أحدٍ أَنْ يُصَلِّيَ مُنْفَرِدًا لثلاثين يوماً على غفلة إن حدثت حادثة، فلذلك قال في الكتاب: «ولا يصلي صلاة الكسوف» أي كما يصلي للكسوف ولم يقل: ولا يصلي مطلقاً. وليكن قوله: «ولا يصلي» معلماً بالألف؛ لأن عند أحمد يصلي جماعة في كل آية وبالواو؛ لأنه ذكر أن الشافعي - رضي الله عنه - روى أن علياً - رضي الله عنه - صَلَّى فِي زَلْزَلَةِ جَمَاعَةٍ<sup>(٢)</sup> ثم قال: إن صحَّ قلت به فمن الأصحاب من قال هذا قول آخر له في الزلزلة وحدها، ومنهم من عممه في جميع الآيات<sup>(٣)</sup> - والله أعلم - .

(١) أخرجه الشافعي (٥٣٨).

(٢) أخرجه الشافعي والبيهقي (٣/٣٤٣)، وانظر التلخيص (٢/٩٤).

(٣) قال النووي: لم يصح ذلك عن علي - رضي الله عنه -، قال الشافعي والأصحاب: يستحب للنساء غير ذوات الهيئات صلاة الكسوف مع الإمام، وأما ذوات الهيئات، فيصلين في البيوت منفردات. قال الشافعي: فإن اجتمعن، فلا بأس، إلا أنهن لا يخطبن، فإن قامت واحدة وعظتهن وذكرتهن، فلا بأس - والله أعلم - روضة الطالبين (١/٥٩٩).

## كِتَابُ صَلَاةِ الْأَسْتِسْقَاءِ

قال الخزالي: وَهِيَ سُنَّةٌ عِنْدَ انْقِطَاعِ الْمِيَاهِ، وَلَوْ انْقَطَعَ عَنِ طَائِفَةٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ اسْتَحْبَبَ لِغَيْرِهِمْ أَيْضاً هَذِهِ الصَّلَاةَ، وَلَا بَأْسَ بِتَكَرُّرِهَا إِذَا تَأَخَّرَتِ الْإِجَابَةُ، وَإِنْ سُقِينَا قَبْلَ الصَّلَاةِ خَرَجْنَا لِلشُّكْرِ وَالِدُّعَاءِ وَالْوَعْظِ، وَهَلْ نُصَلِّي لِلشُّكْرِ؟ فِيهِ خِلَافٌ.

قال الرافعي: المراد من الاستسقاء في الباب مسألة الله تعالى سُقِيَا عباده عند حاجتهم إليه، وله أنواع:

أدناها: الدعاء المجرد من غير صلاة ولا خلف صلاة، إما فرادى أو مجتمعين لذلك.

وأوسطها: الدعاء خلف الصلوات، وفي خطبة الجمعة ونحو ذلك.

وأفضلها: الاستسقاء بركعتين وخطبتين كما سنصفه.

والأخبار وردت بجميع ذلك، وأنكر أبو حنيفة - رحمه الله - استحباب النوع الثالث. وقال: «المسنون في الاستسقاء هو الدعاء، والخطبة والصلاة لها بدعة».

لنا: ما روي عن عَبَادِ بْنِ تَمِيمٍ عن عمه أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ: «خَرَجَ بِالنَّاسِ يَسْتَسْقِي فَصَلَّى بِهِمْ رَكَعَتَيْنِ جَهْرًا بِالْقِرَاءَةِ فِيهِمَا، وَحَوْلَ رِذَاءِهِ، وَرَفَعَ يَدَيْهِ، وَدَعَا وَاسْتَسْقَى وَاسْتَقْبَلَ الْقِبْلَةَ»<sup>(١)</sup>.

وعن أَبِينِ عَبَّاسٍ - رضي الله عنهما - أَنَّ النَّبِيَّ: «خَرَجَ إِلَى الْمُصَلَّى مُتَبَدِّلاً مُتَوَاضِعاً، فَصَلَّى رَكَعَتَيْنِ كَمَا يُصَلِّي الْعِيدَ»<sup>(٢)</sup>. ولا فرق في استحباب الاستسقاء بين

(١) أخرجه البخاري (١٠٠٥، ١٠١١، ١٠١٢، ١٠٢٣، ١٠٢٤، ١٠٢٥، ١٠٢٦، ١٠٢٧)، مسلم (٦٣٤٣، ١٠٢٨)، وأخرجه أبو داود (١١٦١، ١١٦٢، ١١٦٣، ١١٦٤).

(٢) أخرجه أحمد في المسند (٢٣٠/١) وأبو داود (١١٦٥)، والترمذي (٥٥٨)، وقال: حسن صحيح، والنسائي (١٥٦/٣)، وابن ماجه (١٢٦٦)، والدارقطني (٦٦/٢) وذكره الهيثمي في الموارد (٦٠٣)، والبيهقي (٣٤٤/٣).

أهل القرى والبوادي والأمصار ولا بين المقيمين والمسافرين، ويسنُّ لهم جميعاً الصلاة والخطبة له لاستواء الكلِّ في الحاجة. وقوله في الكتاب: «وهي سنة» أعلم بالحاء لرجوعه إلى ترجمة الباب وهي صلاة الاستسقاء. وقد حكينا عن أبي حنيفة أن الصلاة غير مسنونة. وقوله: «عند انقطاع المياه».

بيان للسبب الداعي إلى الاستسقاء وعمم به ما إذا انقطع المطر، وما إذا غارت العيون في ناحية أو انبثقت الأنهار ونحوها؛ لحصول الضرر بجميع ذلك، ولا بد من قيد في قوله: «عند انقطاع المياه» وهو أن تمس الحاجة إليها في ذلك الوقت وإلا فلا يستسقون، ثم في الفصل مسائل: أحدها: إذا انقطع المياه عن طائفة من المسلمين استحَبَّ لغيرهم أن يصلوا ويستسقوا لهم ويسألوا الزيادة لأنفسهم<sup>(١)</sup>.

روي أنه ﷺ قال: «أرَجَى الدُّعَاءَ دُعَاءَ الْأَخِ لِلْأَخِ بِظَهْرِ الْغَيْبِ»<sup>(٢)</sup>، وقد أثنى الله - تعالى جدّه - على الداعين لإخوانهم بقوله: «رَبَّنَا اغْفِرْ لَنَا وَلِإِخْوَانِنَا الَّذِينَ سَبَقُونَا بِالْإِيمَانِ»<sup>(٣)</sup>.

الثانية: إذا استسقوا فسقوا فذاك وإن تأخرت الإجابة استسقوا وصلّوا ثانياً وثالثاً حتى يسقيهم الله - تعالى جدّه - فإنَّ الله يحب الملحِّين في الدعاء. وحكى القاضي أبْنُ كَيْجٍ وجَّهًا آخر: أنهم لا يفعلون ذلك إلا مرة واحدة إذ لم ينقل زيادة عليها، ثم على

(١) فائدة: قال في شرح المهذب: قال أصحابنا: يستحب لأهل الخصب أن يدعوا لأهل الجذب نص عليه الشافعي واتفق عليه الأصحاب، وهكذا عبارة أن يدعوا لأهل الجذب ولم يتعرضوا للصلاة، وظاهر كلامهم أنها لا تشرع الصلاة، وقال في الأم: يستسقى أهل الخصب لأهل الجذب، وكذا قال في المختصر، ولم أر من صرح بالصلاة إلا الرافعي لإشعار كلام الإمام والغزالي به، فإن الإمام ذكر أن الشافعي قال، إذ بلغنا أن طائفة من المسلمين في جذب يحسن أن نخرج ونستسقي لهم وإن لم نبل بما ابتلوا به فإن المسلمين كنفس واحدة. قال في القوت: وهذا اللفظ إن ثبت عن النص دل على ذلك لأن الخروج للاستسقاء يكون معه الصلاة. لكن لم أر من ذكره هكذا عن الإمام والذي اقتضاه كلام القاضي أبي الطيب وأصحاب الشامل والبيان والانتصار والتتمة وغيرها أن الاستسقاء لهم يكون بالدعاء حيث هو الصحيح المختار ولا أعرف أثراً ولا خبراً في الاستسقاء لأهل النواحي البعيدة بالصلاة. روضة الطالبين (١/٦٠١، ٦٠٢).

(٢) أخرجه أبو داود (١٥٣٥)، والبخاري في الأدب (٦٢٣)، والترمذي (١٩٨١) بلفظ (إن أسرع الدعاء إجابة دعوة غائب لغائب)، وقال الترمذي: غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وفي إسناده الإفريقي، وهو مضعف في الحديث، وفي صحيح مسلم عن أبي الدرداء مرفوعاً. دعوة المرء المسلم لأخيه بظهر الغيب مستجابة عند رأسه. ملك موكل كلما دعا لأخيه قال الملك الموكل أمين ولك بمثل (٢٧٣٢).

(٣) سورة الحشر، الآية ١٠.

الأول الصحيح، هل يعودون من الغد أم يصومون ثلاثة أيام قبل يوم الخروج كما سيأتي استحباب ذلك للخروج الأول؟ قال في «المختصر»: يعودون من الغد.

وحكي عن «القديم» أنهم يقدمون صوم ثلاثة أيام، واختلفوا فيهما على طريقين: منهم من قال: هما قولان: وبه قال ابن القطان، وزعم أنه ليس في الاستسقاء مسألة فيها قولان سوى هذه. والأول منهما أظهر. وقال الشيخ أبو حامد وغيره: هما مُتَزَلَن على حالين إن لم يشقَّ على الناس ولم ينقطعوا عن مصالحتهم عَادُوا غداً وبعد غدٍ، وإن اقتضى الحال التأخير أياماً استأنفوا للخروج صوم ثلاثة أيام<sup>(١)</sup>.

وقوله في الكتاب: «ولا بأس بتكريرها»، هذه الكلمة لا توجب إلا نفي الخروج والكرهية. لكن الذي قاله الجمهور أن التكرير مستحب نعم الاستحباب في المرة الأولى أكد. الثالثة: لو تأهبوا للخروج لصلاة الاستسقاء فسقوا قبل وعد الخروج خرجوا للوعظ والدعاء والشكر على إعطاء ما عزموا على سؤاله، وهل يصلون شكرًا؟.

حكى المصنف وإمام الحرمين فيه وجهين:

أحدهما: لا؛ لأن النبي ﷺ: «مَا صَلَّى هَذِهِ الصَّلَاةَ إِلَّا عِنْدَ الْحَاجَةِ»<sup>(٢)</sup>.

وأصحهما: وهو الذي ذكره الأكثرون وحكاه المحامليُّ عن نصه في «الأم»: أنهم يصلون للشكر كما يجتمعون ويدعون.

وأجرى الوجهان فيما إذا لم تنقطع المياه وأرادوا أن يصلوا للاستزادة.

وقوله: «خرجنا للشكر بين أن صلاة الاستسقاء تقام في الصحراء بخلاف صلاة الخسوف؛ لأن النبي: «كَانَ يَخْرُجُ لِلاِسْتِسْقَاءِ إِلَى الصَّخْرَاءِ»<sup>(٣)</sup>، أو لأن الناس يكثرون فيه فلا يسعهم المسجد غالباً.

قال الغزالي: والأحب أن يأمر الإمام الناس قبل يوم الميعاد بصوم ثلاثة أيام وبالخروج من المظالم، ثم يخرج بهم في ثياب بذلة وتحشع مع الصبيان والبهايم وأهل الذمة.

قال الراجعي: الفصل يشتمل على آداب لهذه الصلاة: منها: أن يأمر الإمام الناس بصوم ثلاثة أيام قبل اليوم الذي هو ميعاد الخروج وبالخروج عن المظالم في الدَّم

(١) قال النووي: ونقل القاضي أبو الطيب عن عامة الأصحاب: أن المسألة على قول واحد، نقل

المزني الجواز، والقديم الاستحباب. ينظر الروضة (١/٦٠٢).

(٢) قال ابن الملقن في الخلاصة (١/٢٤٨): معروف مشهور.

(٣) وقال أيضاً مستفيض في الأحاديث الصحيحة.



والعرض والمال، وبالتقرب إلى الله - تعالى جدّه - بما يستطيعون من الخير، ثم يخرجون في اليوم الرابع صياماً، ولكل واحدة من هذه الأمور أثر في إجابة الدعاء على ما ورد في الأخبار. ومنها: يخرج بهم في ثياب بُذْلَةٍ وَتَخْشَعُ، ولا يتزينون ولا يتطيّبون، لما قدمناه من حديث ابن عباس - رضي الله عنهما -، لكن يتنظفون بالماء والسواك وما يقطع الروائح الكريهة ويخالف العيد؛ لأن ذلك يوم زينة وهذا وقت مسألة واستكانة، فاللائق به التواضع ولبس بذلة الثياب دون جديدها. ومنها: يستحب [إخراج] <sup>(١)</sup> الصبيان والمشايع؛ لأن دُعَاؤهم إلى الإجابة أقرب، وكذلك إخراج مَنْ لا هَيْئَةَ لها من النساء، وفي إخراج البهائم قصداً وجهان ذكرهما صاحب «النهاية» وغيره. أحدهما: لا يستحب إذ ليس لها سؤال وأهلية طلب لكن لو أخرجت فلا بأس. وأصحهما: أنه يستحب إخراجها؛ لما روي أنها تستسقي <sup>(٢)</sup>.

وعن رسول الله أنه قال: «لَوْلَا رِجَالٌ رُكِعُ، وَصِيبَانٌ رُضِعُ، وَبَهَائِمٌ رُتِعُ، لَصَبَّ عَلَيْكُمْ الْعَذَابُ صَبًّا» <sup>(٣)</sup>. وقوله في الكتاب: «وَالْبَهَائِمُ» جواب على هذا الوجه، وإدراج له في حدّ الأحب، وليكن معلماً بالواو للوجه الأول. وأما خروج أهل الذمة فقد نص الشافعي - رضي الله عنه - على كراهته والمنع منه إن حضروا مستسقى المسلمين؛ لأنهم ربما كانوا سبب القحط واحتباس القطر، وإن تميزوا ولم يختلطوا بالمسلمين لم يمنعوا <sup>(٤)</sup>؛ لأنهم مُسْتَرْزَقَةٌ وقد تعجل إجابة دعاء الكافر أستدرجاً له.

وحكى القاضي الروياني وجهاً آخر: أنهم يمنعون وإن تميزوا إلا أن يخرجوا في غير يوم المسلمين، وهذا يقتضي إعلام قوله: «وأهل الذمة» بالواو، على أن إيراد الكتاب يقتضي إدراج الخروج بهم في حدّ الأحب، لكن الجمهور ساكتون عنه والتفصيل في أنهم يمنعون أم لا؟ ومن الآداب أن يذكر كل واحد من القوم في نفسه ما

(١) في أ (أن يخرج).

(٢) أخرجه الدارقطني (٦٦/٢)، والحاكم (٣٢٥/١، ٣٢٦) وقال صحيح الإسناد.

(٣) أخرجه البيهقي (٣٤٥/٣)، وفيه إبراهيم بن خيثمة وهو غير قوي، وله شاهد آخر ذكره أيضاً.

(٤) قال في القوت: وعبرة نص المختصر وعليه جرى الجمهور وذكره إخراج من خالف دين الإسلام وهي أصوب وأعم فالمكروه أمرهم بالخروج لآخر وجههم وعبرة حاشية الروياني ولا يجوز إخراج أهل الذمة لأن اللعنة تنزل عليهم وقضيتها تحريم إخراجهم وصرح القاضي أبو الطيب بأنه لا يجوز اختلاطهم بالمسلمين ونقله عن النص. وقال الماوردي: فإن خرجوا إلى بيعهم وكنا نسهم لم يمنعوا. قال الشافعي: لكن ينبغي للإمام أن يحصر على أن يكون خروجهم من غير يوم خروجنا لئلا تقع المساواة والمضاهاة من ذلك، فإن خرجوا فمن أصحابنا من منعهم ومنهم من تركهم فهو الأصح إن شاء الله تعالى وحكي لبعض المالكية خلاف من منعهم وعلى الجواز قال: يمنعون من الافراد بيوم فإن قد يصادف إجابتهم فتكون فتنة للعوام.

فعل من خير فيجعله شافعاً. ومن الآداب أن يستسقى بالأكابر وأهل الصَّلاح، سيما من أقارب رسول الله ﷺ: «اسْتَسْقَى عُمَرُ بِالْعَبَّاسِ<sup>(١)</sup>، وَمُعَاوِيَةُ بِبُرَيْدِ بْنِ الْأَسْوَدِ<sup>(٢)</sup>» - رضي الله عنهم -.

قال الغزالي: وَيُصَلِّي بِهِمْ رَكَعَتَيْنِ كَصَلَاةِ الْعِيدِ وَيَقْرَأُ فِي إِحْدَى الرَّكَعَتَيْنِ «إِنَّا أَرْسَلْنَا نُوحًا».

قال الرافعي: قد روينا عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أن رسول الله ﷺ: «صَلَّى رَكَعَتَيْنِ كَمَا يُصَلِّي الْعِيدَ»<sup>(٣)</sup>.

وفي رواية: «صَنَّعَ فِي الْاسْتِسْقَاءِ مَا صَنَّعَ فِي الْفِطْرِ وَالْأَضْحَى»<sup>(٤)</sup>.

فينبغي أن ينادي لها الصَّلَاةُ جامعة، ويكبر في الأولى سبع تكبيرات زائدة، وفي الثانية خمساً ويجهر فيهما بالقراءة، ويقرأ في الأولى سورة (ق)، وفي الثانية (اقتربت)<sup>(٥)</sup>. وعن بعض الأصحاب: أنه يقرأ في إحدى الركعتين (إِنَّا أَرْسَلْنَا)<sup>(٦)</sup> حكاة الصيدلاني وغيره، وهو المذكور في الكتاب، ولتكن تلك الركعة هي الثانية ويقرأ في الأولى (ق) رعاية لنظم السور، وهكذا حكاة في «التَّهْذِيبِ»، ثم روى المحاملي عن لفظ الشافعي - رضي الله عنه -: أنه يقرأ فيهما ما يقرأ في العيدين، وإن قرأ (إِنَّا أَرْسَلْنَا) كان حسناً، وهذا يشعر بأنه لا خلاف في المسألة، وإن كان سائغاً، ومن أثبت خلافاً في أن الأحب ماذا؟. وقال: الأصح: أنه يقرأ فيهما ما يقرأ في العيد، وعلى هذه الطريقة أعلم قوله: (إِنَّا أَرْسَلْنَا) بالواو، وسبب تعيين هذه السورة، أنها لائقة بالحال لما فيها من ذكر الاستسقاء، قال الله - تعالى جده -: «فَقُلْتُ اسْتَغْفِرُوا رَبَّكُمْ إِنَّهُ كَانَ غَفَّاراً، يُرْسِلِ السَّمَاءَ عَلَيْكُمْ مِدْرَاراً»<sup>(٧)</sup> الآية.

وأما وقت إقامة هذه الصلاة فمنهم من قال: هي كصلاة العيد في الوقت؛ لأن النبي ﷺ: «صَلَّاهَا فِي هَذَا الْوَقْتِ» وهذا ما ذكره صاحب «التَّهْذِيبِ»، وحكاة الإمام عن الشيخ أبي علي واستغريه، وذكر الروياني وآخرون: أن وقتها يبقى بعد الزوال ما لم يصل العصر، ولك أن تقول: قدمنا وجهين ذكرهما الأئمة في أن صلاة الاستسقاء هل تكره في أوقات الكراهية أم لا؟ ومعلوم أن الأوقات المكروهة غير داخلية في وقت صلاة

(١) أخرجه البخاري (١٠١٠، ٣٧١٠).

(٢) أخرجه أبو زرعة في تاريخ دمشق. انظر الإرواء (١٣٩/٣).

(٣) تقدم.

(٤) تقدم.

(٥) سورة القمر، الآية ١.

(٦) سورة نوح، الآية ١.

(٧) سورة نوح، الآيات ١٠، ١١.

العيد ولا فيه مع انضمام ما بين الزوال والعصر إليه فيلزم أن لا يكون وقت الاستسقاء منحصرًا<sup>(١)</sup> في ذلك، وليس لحامل أن يحمل الوجهين في أوقات الكراهية على قضائها، فإن صلاة الاستسقاء لا تقضى<sup>(٢)</sup>. وقد صرح صاحب «التتمة» بأن صلاة الاستسقاء لا تختص بوقت دون وقت بل أي وقت صلاحها من ليل أو نهار جاز.

وقوله: «ويصلي ركعتين» معلّم بالحاء لما سبق أنه لا تستحب الصلاة. وقوله: «كصلاة العيد» بالميم والألف؛ لأن عند مالك ليس في هذه الصلاة تكبير زائد وبه قال أحمد في رواية:

قال الغزالي: ثُمَّ يَخْطُبُ كَخُطْبَةِ الْعِيدِ وَلَكِنْ يُبَدِّلُ التَّكْبِيرَاتِ بِالْأَسْتِغْفَارِ، ثُمَّ يَبَالِغُ فِي الدُّعَاءِ فِي الْخُطْبَةِ الثَّانِيَةِ، وَيَسْتَقْبِلُ الْقِبْلَةَ فِيهِمَا وَيَحْوِلُ رِدَاءَهُ تَفَاؤُلًا بِتَحْوِيلِ الْحَالِ فَيَقْبَلُ الْأَعْلَى إِلَى الْأَسْفَلِ وَالْيَمِينِ إِلَى الْيَسَارِ وَالظَّاهِرَ إِلَى الْبَاطِنِ، وَيَتْرَكُهُ كَذَلِكَ إِلَى أَنْ يَنْزِعَ ثِيَابَهُ.

قال الرافعي: قوله: «ثم يخطب» مرقوم بالألف؛ عنده لا خطبة لصلاة استسقاء، ولكن يدعو الإمام ويكثر في دعائه من الاستغفار وهو مخير بين أن يدعو قبل الصلاة أو بعدها، وعندنا يخطب له، لما روى ابن عباس - رضي الله عنهما - أن النبي: «صَنَعَ فِي الْأَسْتِسْقَاءِ كَمَا صَنَعَ فِي الْعِيدِ»<sup>(٣)</sup>. وعن أبي هريرة - رضي الله عنه - أنه ﷺ: «خَرَجَ إِلَى الْإِسْتِسْقَاءِ فَصَلَّى رَكَعَتَيْنِ وَخَطَبَ»<sup>(٤)</sup>.

إذا ثبت ذلك فينبغي أن يخطب خطبتين، وهما في الأزكان والشرائط كما تقدم، ويبدل التكبيرات المشروعة في أول خطبتي العيد بالاستغفار، فيقول: «أَسْتَغْفِرُ اللَّهَ الَّذِي

(١) وهو غريب، فإن وقت الاستواء من أوقات الكراهة وهو وقت العيد بلا خلاف وأيضاً فإن الأصح أن وقت العيد يدخل بطلوع الشمس وقد جزم من المحرر، ووقت الطلوع من أوقات الكراهة.

(٢) قال النووي: ليس بلازم ما قاله، فقد تقدم أن الأصح: دخول وقت العيد بطلوع الشمس، وهو وقت كراهة وممن قال بانحصار وقت الاستسقاء في وقت العيد، الشيخ أبو حامد والمحاملي، ولكن الصحيح الذي نص عليه الشافعي، وقطع به الأكترون وصححه الرافعي في «المحرر» والمحققون: أنها لا تختص بوقت، كما لا تختص بيوم. وممن قطع به صاحباً «الحاوي» و«الشامل» ونقله صاحب «الشامل» وصاحب «جمع الجوامع» عن نص الشافعي - رضي الله عنه - وقال إمام الحرمين لم أر التخصيص لغير الشيخ أبي علي. ينظر الروضة (٦٠٤/١ - ٦٠٥).

(٣) تقدم.

(٤) أخرجه أحمد (٣٢٦/٢)، وابن ماجه (١٢٦٨)، والبيهقي (٣٤٧/٣)، وقال في خلافاته: رواه ثقات. انظر خلاصة البدر (٢٥٠/١).

لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ الْحَيُّ الْقَيُّومُ وَأَتُوبُ إِلَيْهِ» ويختتم كلامه بالاستغفار أيضاً ويكثر منه في الخطبة ومن قوله: «اسْتَغْفِرُوا رَبَّكُمْ إِنَّهُ كَانَ غَفَّاراً يُرْسِلِ السَّمَاءَ عَلَيْكُمْ مِدْرَاراً»<sup>(١)</sup>.

ويجوز أن يعلم قوله: «يبدل التكبيرات بالاستغفار» بالواو؛ لأن صاحب «البيان» حكى عن المُحَامِلِي أنه يكبر في أول الخطبتين، كما يكبر في أول خطبتي العيد.

وقوله: «لكن يبدل» استدراك واستثناء عن تشبيه هذه الخطبة بخطبة العيد، لكن افتراقهما غير منحصر فيه، بل يفترقان في أمور أخرى: منها: أن يستقبل القبلة في الخطبة الثانية كما سنذكر. ومنها: أن يدعو في الأولى بما روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن النبي: كان إذا استسقى قال: «اللَّهُمَّ اسْقِنَا غَيْثاً مُغِيثاً، هَيِّئْنَا مَرِيئاً، مَرِيئاً غَدَقاً، مُجَلِّلاً سَخاً، طَبَقاً دَائِماً، اللَّهُمَّ اسْقِنَا الْغَيْثَ، وَلَا تَجْعَلْنَا مِنَ الْقَانِطِينَ، اللَّهُمَّ إِنَّ بِالْعِبَادِ وَالْبِلَادِ مِنَ الْأَوَاءِ وَالْجَهْدِ وَالضَّنْكِ مَا لَا نَشْكُوهُ إِلَّا إِلَيْكَ، اللَّهُمَّ أَنْبِثْ لَنَا الزَّرْعَ، وَأِدِرْ لَنَا الضَّرْعَ، وَاسْقِنَا مِنْ بَرَكَاتِ السَّمَاءِ، وَأَنْبِثْ لَنَا مِنْ بَرَكَاتِ الْأَرْضِ، اللَّهُمَّ ازْفَعْ عَنَّا الْجَهْدَ وَالْجُوعَ وَالْعُرَى، وَاكْشِفْ عَنَّا مِنَ الْبَلَاءِ مَا لَا يَكْشِفُهُ غَيْرُكَ، اللَّهُمَّ إِنَّا نَسْتَغْفِرُكَ إِنَّكَ كُنْتَ غَفَّاراً، فَارْسِلِ السَّمَاءَ عَلَيْنَا مِدْرَاراً»<sup>(٢)</sup>. ويكون في الخطبة الأولى وصدور الثانية مستقبلاً الناس مستدبراً للقبلة كما في الجمعة والعيد ثم يستقبل القبلة ويبالغ في الدعاء سرّاً أو جهراً، قال الله - تعالى جده -: «ادْعُوا رَبَّكُمْ تَضَرُّعاً وَخُفْيَةً»<sup>(٣)</sup> وإذا أسرّ دعا الناس سرّاً ورفعوا أيديهم في الدعاء. وقد روى عن أنس - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ: «اسْتَسْقَى فَأَشَارَ بِظَهْرِ كَفَيْهِ إِلَى السَّمَاءِ»<sup>(٤)</sup>.

قال العلماء: وهكذا السنة لمن دعا لدفع البلاء جعل ظهر كفيهِ إلى السَّمَاءِ، وإذا سأل الله - تعالى - شيئاً جعل بطن كفه إلى السماء.

قال الشافعي - رضي الله عنه -: وليكن مِنْ دُعَائِهِمْ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ: «اللَّهُمَّ أَنْتَ أَمَرْتَنَا بِدُعَائِكَ، وَوَعَدْتَنَا إِجَابَتَكَ، وَقَدْ دَعَوْنَاكَ كَمَا أَمَرْتَنَا، فَأَجِبْنَا كَمَا وَعَدْتَنَا، اللَّهُمَّ فَاثْمُنْ عَلَيْنَا بِمَغْفِرَةٍ فِي مَا قَارَفْنَا، وَإِجَابَتِكَ فِي سُقْيَانَا وَسَعَةِ فِي رِزْقِنَا».

وقوله في الكتاب: «ويستقبل القبلة فيها»، ربما أُوهم استحباب الاستقبال في جميعها وليس كذلك، بل المراد: أنه يستقبل القبلة في أثنائها.

ثم إذا فرغ من الدعاء مستقبلاً أقبل بوجهه على الناس وحضهم على طاعة ربهم،

(١) سورة نوح، الآيتان ١٠، ١١.

(٢) أخرجه الشافعي في الأم تعليقاً (٢٢٢١)، وانظر التلخيص (٩٨/٢) وما بعدها.

(٣) سورة الأعراف، الآية ٥٥. (٤) أخرجه مسلم (٨٩٦).

ويصلي على النبي ويدعو للمؤمنين والمؤمنات، ويقرأ آية أو آيتين ويقول: أستغفر الله لي ولكم، ثم ينزل، هذا لفظ الشافعي - رحمه الله - .

ويستحب عند تحوُّله إلى القيام أن يحول<sup>(١)</sup> رداءه، وهل ينكسه مع التحويل؟ فيه قولان:

الجديد: نعم.

والقديم: لا، وبه قال مالك وأحمد، وعند أبي حنيفة - رحمه الله - لا يفعل واحداً منهما.

والتحويل: أن يجعل ما على عاتقه الأيمن على عاتقه الأيسر، وبالعكس. والتنكيس: أن يجعل أعلاه أسفله وبالعكس. أما التحوُّل فهو منقول عن فعل رسول الله ﷺ<sup>(٢)</sup>. وأما التنكيس فقد نقل: أَنَّهُ هَمٌّ بِهِ، لِكَيْنَ كَانَ عَلَيْهِ حَمِيصَةً، فَثَقَلَتْ عَلَيْهِ، فَقَلَبَهَا مِنَ الْأَعْلَى إِلَى الْأَسْفَلِ<sup>(٣)</sup>، فرأى الشافعي - رضي الله عنه - في الجديد اتباعه فيما هم به لظهور السبب الداعي إلى التُّرك، ومتى جعل الطرف الأسفل الذي على شقه الأيسر على عاتقه الأيمن والطرف الأسفل الذي على شقه الأيمن على عاتقه الأيسر فقد حصل التحوُّل والتنكيس جميعاً، وهذا كله في الرِّداء المربع.

فأما المقوّر والمثلث فليس فيه إلا التحوُّل، والنَّاس يفعلون بِأَرْدِيَّتِهِمْ مثل ما فعل الإمام؛ والسبب في ذلك التَّفَاوُلُ بتحوُّل الحال من الجدوبة إلى الخصب، «وَكَانَ النَّبِيُّ ﷺ يُحِبُّ الْفُقَالَ»<sup>(٤)</sup> وإذا حوِّلوا الأزديّة تركوها كذلك إلى أن ينزعوا الثياب. وقوله: «ويحوُّل رداءه» مرقوم بالحاء لما ذكرنا. وقوله: «فيقلب» مرقوم به أيضاً وبالميم والأف والواو للقول القديم الصَّائر إلى أنه لا يقلب الأعلى إلى الأسفل، وهذا الكلام تفسير منه للتحوُّل والتنكيس مندرج فيه، فقد أخذ في التفسير قلب الظاهر إلى الباطن، وإنما قلَّد فيه إمام الحرمين - رحمه الله -، فقد حكي عن الجديد أنه يقلب أسفل الرِّداء إلى الأعلى، ويقلب ما كان من جانب اليمين إلى اليسار، ويقلب ما كان باطناً يلي الثياب

(١) متفق عليه من رواية عبد الله بن زيد بن عاصم وقد تقدم.

(٢) تقدم.

(٣) أخرجه أبو داود والنسائي وابن حبان والحاكم من رواية عبد الله بن زيد بن عاصم قال الحاكم: صحيح على شرط مسلم، وقال صاحب الإلمام: رجاله رجال الصحيح. انظر خلاصة البدر (١/٢٥١).

(٤) أخرجه البخاري (٥٧٥٦، ٥٧٧٦)، ومسلم (٢٢٢٤) من حديث أنس، ومسلم من حديث أبي هريرة (٢٢٢٣).

منه إلى الظاهر، فتحصل ثلاثة أوجه من التقليل .

واعلم أن هذا الوجه الثالث لم يذكره الجُمهور، وليس في لفظ الشافعي - رضي الله عنه - تعرّض له، والوجه حذفه؛ لأن الأمور الثلاثة لا يمكن اجتماعها إلا بوضع ما كان منسدلاً على الرأس أو لفه عليه، ومعلوم أن هذه الهيئة غير مأمور بها وليست هي من الازتداء في شيء، وفيما عدا ذلك لا يجتمع من الأمور الثلاثة إلا اثنان، إما قلب اليمين إلى اليسار مع قلب الظاهر إلى الباطن، أو قلب اليمين إلى اليسار مع قلب الأعلى إلى الأسفل، أو قلب الظاهر إلى الباطن مع قلب الأعلى إلى الأسفل، فإن شككت فيه فجرّبه يزل شكك<sup>(١)</sup>، - [والله أعلم] - .

(١) قال النووي: قال الشافعي والأصحاب - رحمه الله تعالى -: إذا ترك الإمام الاستسقاء، لم يتركه الناس، ولو خطب قبل الصلاة قال صاحب «التتمة»: يجوز وتصح الخطبة والصلاة، ويحتج لها بما ثبت في الحديث الصحيح الصريح في «سنن أبي داود» وغيره أن رسول الله ﷺ خطب، ثم صلى، وفي صحيحي «البخاري» و«مسلم» أن رسول الله ﷺ خرج يستسقي فدعا، واستقبل القبلة وحول رداءه ثم صلى ركعتين قال أصحابنا: وإذا كثرت الأمطار وتضررت بها المساكن والزرورع، فالسنة أن يسألوا الله تعالى دفعه: «اللهم حوالينا ولا علينا». قال الشافعي والأصحاب: ولا يشرع لذلك صلاة، ويستحب أن يبرز لأول مطر يقع في السنة، ويكشف عن بدنه ما عدا عورته ليصبيه المطر، وأن يغتسل في الوادي إذا سأل أو يتوضأ، ويستحب عند الرعد والبرق، ولا يتبع بصره البرق، والسنة أن يقول عند نزول المطر: «اللهم صيباً نافعاً» رواه البخاري في «صحيحه» وفي رواية ابن ماجه «صيباً نافعاً» مرتين أو ثلاثاً، فيستحب الجمع بينهما. وقد أوضحت ذلك مع زوائد ونفائس تتعلق به في كتاب «الأذكار» الذي لا يستغني متدين عن معرفة مثله. ويكره سب الرياح، فإن كرهها سأل الله تعالى الخير، واستعاذ من الشر وفي «صحيح» مسلم أن النبي ﷺ كان إذا عصفت الرياح قال: «اللهم إني أسألك خيرها وخير ما فيها وخير ما أرسلت به، وأعوذ بك من شرها، وشر ما فيها وشر ما أرسلت به» ويستحب أن يقول بعد المطر: «مطرنا بفضل الله ورحمته، ويستحب الدعاء عند نزول المطر، ويشكر الله تعالى عليه» ويكره أن يقول: «مطرنا بنوء كذا، فإن اعتقد أن النوء هو المطر الفاعل حقيقة، كفر صار مرتداً. الروضة (١/٦٠٦ - ٦٠٨).

## كِتَابُ صَلَاةِ الْجَنَائِزِ

قال الغزالي: الْمُحْتَضِرُ يُسْتَقْبَلُ بِهِ الْقَبِيلَةُ فَيُلْقَى عَلَى قَفَاهُ (ح م) وَأُخْمَصَاهُ إِلَى الْقَبِيلَةِ، وَيُلَقَّنُ كَلِمَةَ الشَّهَادَةِ، وَتُلَى عَلَيْهِ سُورَةُ يَس، وَلْيَكُنْ هُوَ فِي نَفْسِهِ حَسَنَ الظَّنِّ بِرَبِّهِ تَعَالَى.

قال الرافعي: يُسْتَحَبُّ لِكُلِّ أَحَدٍ ذِكْرُ الْمَوْتِ، قَالَ ﷺ: «أَكْثَرُوا ذِكْرَ هَذَا مِنَ اللَّذَاتِ»<sup>(١)</sup> يعني الموت. وينبغي أن يكون مستعداً له بالتوبة وردّ المظالم، فرئماً يأتيه فجأة، وكل ذلك للمريض أكد، ويستحبُّ له الصَّبْرُ على المرض والتداوي وترك الأئيين ما أطاق، ويستحب لغيره عيادته إن كان مسلماً وإن كان ذميّاً جازت عيادته، ولا يستحب إلا لقراءة أو جوار أو نحوهما، ثم العائد إن رأى أمارَةَ البُرءِ دَعَا للمريض وَأَنْصَرَفَ، وَإِنْ رَأَى خِلَافَ ذَلِكَ رَغِبَ [فِي التَّوْبَةِ]<sup>(٢)</sup> والوصية إذا عرفت ذلك فغرض الفصل الكلام في «آداب المحتضر»، وقد ذكر منها أربعة:

أحدها: أن يستقبل به القبلة وفي كيفيته وجهان:

أحدهما: أنه يلقي على قفاه وَأُخْمَصِيهِ إِلَى الْقَبِيلَةِ كالموضوع على المُغْتَسِلِ.

والثاني: وبه قال أبو حنيفة - رحمه الله - أنه يرفع على جنبه الأيمن مستقبل القبلة كالموضوع في اللحد؛ لأنه أبلغ في الاستقبال، والوجه الأول هو المذكور في الكتاب، لكن الثاني أظهر عند الأكثرين، ولم يذكر أصحابنا العراقيون سواه، وحكى عن نص الشافعي - رضي الله عنه - . واحتجوا له بما روي أنه قال: «إِذَا نَامَ أَحَدُكُمْ فَلْيَتَوَسَّذْ يَمِينَهُ»<sup>(٣)</sup>. واستثنوا ما إذا ضاق المكان فلم يمكن وضعه على جنب أو كان به علة تمنع

(١) أخرجه الترمذي (٢٣٠٨) وقال حسن غريب وابن ماجه (٤٢٥٨)، والنسائي (٤/٤) وأحمد (٧٩١٢)، وابن حبان ذكره الهيثمي (٢٥٥٩، ٢٥٦٠، ٢٥٦١) والحاكم (٣٢١/٤)، وانظر التلخيص (١٠١/٢).

(٢) في ط بالتوبة.

(٣) أخرجه ابن عدي (٢١٩٩/٦)، والبيهقي في الدعوات (ص ٥٩) من حديث البراء وأصله عند البخاري (٦٣١١)، ومسلم (٢٧١٠)، وانظر التلخيص (١٠٢/٢).

من ذلك فحينئذ يلقى على قفاه ويجعل مستقبلاً بوجهه ورجليه .

والثاني: تَلْفِينُ كلمة الشَّهَادَةِ، قال: «لَقُّنُوا مَوْتَاكُمْ قَوْلَ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ»<sup>(١)</sup>.

وقال: «مَنْ كَانَ آخِرُ كَلَامِهِ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ دَخَلَ الْجَنَّةَ»<sup>(٢)</sup>.

والأحب أن لا يلحَّ الملقَّن عليه، ولا يواجهه بأن يقول: قل: لا إله إلا الله، ولكن يذكر الكلمة بين يديه ليتذكرها فيذكرها، أو يقول ذكر الله - تعالى - مبارك، فنذكر الله جميعاً<sup>(٣)</sup>، ويقول سبحان الله والحمد لله ولا إله إلا الله والله أكبر، وإذا قال مرّة لا تعاد عليه إلا أن يتكلّم بعدها بكلام، والأحب أن يلقَّن غير الورثة، فإن لم يحضر غيرهم لقن أشفقهم عليه<sup>(٤)</sup>.

والثالث: تتلى عليه سورة «يس»؛ لما روي أنه ﷺ قال: «اقرأوا يس على مَوْتَاكُمْ»<sup>(٥)</sup> واستحب بعض التابعين المتأخرين قراءة سورة «الرعد» عنده أيضاً.

والرابع: ينبغي أن يكون حسن الظن بالله عز وجل؛ لما روى جابر - رضي الله عنه - قال: «سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يقول قبل موته بثلاث: «لَا يَمُوتَنَّ أَحَدُكُمْ إِلَّا وَهُوَ يُحْسِنُ الظَّنَّ بِاللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ»»<sup>(٦)</sup>.

ويستحب لمن عنده تحسين ظنه وتطميعه في رحمة الله - تعالى جده - .

قال الغزالي: ثُمَّ إِذَا مَاتَ تَفَمَّضُ عَيْنَاهُ، وَوَسَّدَ لِحْيَاهُ بِعَصَابِيَةٍ، وَتَلْفَيْنُ مَفَاصِلُهُ وَيُسْتَرُّ بِثَوْبٍ خَفِيفٍ، وَيُوضَعُ عَلَى بَطْنِهِ سِنْفٌ أَوْ مِرْآةٌ.

(١) أخرجه أبو داود (٣١١٧) من رواية أبي سعيد، ومسلم (٩١٦) لكن بدون لفظه (قول).

(٢) أخرجه أبو داود (٣١١٦)، والحاكم (٣٥١/١) وقال صحيح الإسناد.

(٣) قال النووي: هكذا قال الجمهور، يلقنه كلمة الشهادة «لا إله إلا الله». وذهب جماعات من أصحابنا إلى أنه يلقن أيضاً: محمداً رسول الله. ممن صرح به القاضي أبو الطيب، والماوردي وسليم الرازي، ونصر المقدسي وأبو العباس الجرجاني، والشاشي في «المعتمد» والأول أصح. الروضة (٦١٠/١، ٦١١).

(٤) قال النووي: هكذا قال الجمهور، يلقنه كلمة الشهادة: «لا إله إلا الله». وذهب جماعات من أصحابنا إلى أنه يلقن أيضاً: محمداً رسول الله. ممن صرح به، القاضي أبو الطيب، والماوردي، وسليم الرازي، ونصر المقدسي، وأبو العباس الجرجاني، والشاشي في «المعتمد» والأول أصح - والله أعلم - .

(٥) أخرجه أحمد (٢٦/٥، ٢٧)، وأبو داود (٣١٢١)، والنسائي في عمل اليوم والليلة (١٠٧٤)، (١٠٧٥)، وابن ماجه (١٤٤٨)، والحاكم (٥٦٥/١) وإسناده ضعيف. انظر التلخيص (١٠٤/٢).

(٦) أخرجه مسلم (٢٨٧٧).



قال الرافعي: هذا الفصل في الآداب المَشْرُوعَة بعد الموت وقبل الغسل.

أولها: أن يغمض عَيْنَيْهِ؛ لما روي أن النَّبِيَّ ﷺ: «أَغْمَضَ أَبَا سَلَمَةَ. لَمَّا مَاتَ»<sup>(١)</sup> ولأنه لو لم يغمض لبقيت عيناه مفتوحتين وقبح منظره.

وثانيها: أن يُشَدَّ لِحْيَاهُ بِعَصَابَةٍ عَرِيضَةٍ، تأخذ جميع لَحْيَيْهِ، ويربطها فوق رأسه لثلاثا يبقى فمه مفتوحاً فتدخله الهوام.

وثالثها: أن تلين مفاصله بأن يرد المتعهد ساعده إلى عَضُدِهِ، ثم يمدّها ويرد ساقيه إلى فخذه وفخذه إلى بطنه ثم يردّها، ويلين أصابعه ليكون الغسل أسهل، فإنّ في البدن بعد مفارقة الروح بقيّة حرارة، إن أليت المفاصل في تلك الحالة لانت وإلا لم يمكن تليينها بعد ذلك.

ورابعها: يستر جميع بدنه بثوب خفيف؛ لما روي أنه ﷺ: «لَمَّا تُوفِّيَ سُجِّيَ يَبْرُدُ جَبْرَةٌ»<sup>(٢)</sup>.

قال الغزالي: ولا يجمع عليه أطباق الثياب حتى لا يتسارع إليه الفساد، ويجعل أطراف الثوب السّاتر تحت رأسه ورجليه لثلاثا ينكشف.

وخامسها: يوضع على بطنه شيء ثقيل من سيف أو مرآة أو نحوهما؛ فإن لم يكن حديد فقطعة طين رطب لثلاثا ينتفخ ويصان المصحف عنه فهذه الخمسة هي المذكورة في الكتاب، ويتولى هذه الأمور أرفق محارمه به بأسهل ما يقدر عليه.

ومنها: أن يوضع على شيء مرتفع من سرير ونحوه لثلاثا تصيبه نَدَاوَةٌ الأرض فيتغير.

ومنها: أن يستقبل به القبلة كما في «المحتضر».

ومنها: أن ينزع عنه ثيابه التي مات فيها، فإنه على ما حكى يسرع إليه الفساد.

ومنها: أن يبادر إلى قضاء دَيْنِهِ وتنفيذ وصيته إن تيسر ذلك في الحال<sup>(٣)</sup>.

(١) أخرجه مسلم (٩٢٠). (٢) أخرجه البخاري (٥٨١٤)، ومسلم (٩٤٢).

(٣) قال النووي: يكره تمني الموت لضر نزل به، فإن كان لا بد متمنياً، فليقل: «اللهم أحيني ما كانت الحياة خيراً لي، وتوفني إذا كانت الوفاة خيراً لي». فإن كان تمنيه مخافة فتنه في دينه فلا بأس. ويكره للمريض كثرة الشكوى ويكره إكراهه على تناول الدواء. ويستحب للناس أن يقولوا عند الميت خيراً. ويجوز لأهل الميت وأصدقائه تقبيل وجهه، ثبت فيه الأحاديث، وصرح به الدارمي.. ويكره نعيه بنعي الجاهلية، ولا بأس بالإعلام بموته للصلاة عليه وغيرها. الروضة (٦١١/١، ٦١٢).

قال الغزالي: **ثُمَّ يُسْتَعْمَلُ بِغُسْلِهِ وَأَقْلَهُ إِمْرَارُ الْمَاءِ عَلَى جَمِيعِ أَعْضَائِهِ، وَفِي وُجُوبِ النِّيَّةِ عَلَى الْغَاسِلِ وَجْهَانِ، فَإِنْ أَوْجَبْنَا لَمْ يَصِحَّ مِنَ الْكَافِرِ، وَأَعِيدَ غُسْلُ الْغَرِيقِ.**

قال الرافعي: يستحبُّ المبادرة إلى الغُسلِ والتَّجهيز عند تحقُّق الموت وذلك بأن يكون به علة، وتظهر أمارات الموت مثل أن تسترخي قدماه فلا ينتصبا أو يميل أنفه أو ينخسف صدغاه أو تمتد جلدة وجهه أو ينخلع كفاه من ذراعيه أو تتقلَّص خِصْيَتَاهُ إلى فوق مع تدلِّي الجلدة. وعند الشُّكِّ يتأني إلى حصول اليقين.

وموضعه أن لا يكون به علة، ويجوز أن يكون ما أصابه سَكَنَةٌ أو ظهرت أمارة فزع واحتمل أنه عرض ما عرض لذلك فيتوقف إلى حصول اليقين بتغيُّر الرائحة وغيره<sup>(١)</sup>. إذا عرفت ذلك فنقول: غسل الميت من فروض الكفايات، وكذلك التَّكفين والصَّلَاة عليه والدفن بالإجماع، والنظر في الغسل في شيئين:

أحدهما: في كفيته. والثاني: فيمن يغسل.

النظر الأول في كفيته، والكلام في الأقل والأكمل.

أما الأقل فلا بُدَّ من استيعاب البدن بالغُسل مرَّة بعد أن يزال ما عليه من النَّجاسة إن كانت عليه نجاسة، وهل تشترط النية على الغاسل؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنه غسل واجب فافتقر إلى النية كغسل الجنابة.

والثاني: لا؛ لأن المقصود من هذا الغسل التَّطافة وهي حاصلة نوى أو لم ينو، وإنما تشترط النية في سائر الأغسال على المغتسل، والميت ليس من أهل النية، وهذا أصح فيما ذكره القَاضِي الرُّويَانِي وغيره، ويترتب على الخلاف صورتان:

إحدهما: لو غسل الكافر مسلماً هل يجزىء؟.

إن فرَّعنا على الوجه الأول فلا، وإلَّا فَتَعَم.

والثانية: لو غرق إنسان ثم لفظه الماء، وظفر نابه إن قلنا بالأول لَمْ يَكْفِ ما سبق ووجب غسله، وإن قلنا بالثاني كفى ذلك، واعرف هاهنا ثلاثة أمور:

أحدها: أن المحكِّي عن نَصِّ الشافعي - رضي الله عنه - في الصُّورة الأخيرة أنه

(١) لم يبين ان كان هذا التأخير واجباً أو مستحباً. قال في التوسط: ظاهر كلام المصنف وغيره أنه واجب وكلام القاضي أبي الطيب والرويانى وغيرهما مصرح بأنه مستحب، ثم نقل عن الشيخ أبي حامد أنه إذا مات بهذه الأسباب وأشار إلى موته مصعوقاً أو غريقاً أو حريقاً أو خاف من حرب أو سبع أو تردى من جبل أو بثر فمات فلا يجوز أن يبادر به ويجب تركه والتأني به كما قال الشافعي، ولا يجوز دفنه حتى يتحقق موته.

يجب الغسل ولا يكفي إصابة الماء إياه، ونص فيما إذا غسلت الذميمة زوجها المسلم أنه يكره، ويجوز وهو أحد أمثلة الصورة الأولى، وكأنَّ الوجهين مستنبتان من هذين النَّصين، والظاهر في الصورتين هو الذي نص عليه.

أما في صورة غسل الكافر فهو مستمرٌّ على ما حكينا أن الأصح عدم اشتراط النية. وأما في صورة الغريق فسبب الأمر بالغسل أننا مأمورون بغسل الميت فلا يسقط الفرض عتاً إلا بفعلنا.

والثاني: أن في قولنا: «الكافر ليس أهلاً للنية» إشكالاً أشرنا إليه في «باب صفة الوضوء».

والثالث: أن قوله: «وأعيد غسل الغريق» إن كان بضمِّ الغين يقتضي أن يكون أصابه الماء إياه بمجرد غسلاً، ليكون هذا إعادة له لكن الأليق توجهه وجوب النية أن لا يوقع اسم الغسل إلا على غسل الأعضاء مع النية - والله أعلم -.

قال الغزالي: وَأَمَّا الْأَكْمَلُ فَأَنْ يُحْمَلَ إِلَى مَوْضِعِ خَالٍ وَيُوضَعَ عَلَى سَرِيرٍ وَلَا يُنَزَّعَ قِمِيضُهُ (م ح) وَيَخْتَاطُ فِي غَضِّ الْبَصَرِ عَنْ جَمِيعِ بَدَنِهِ إِلَّا لِحَاجَةٍ، وَيُحَضَّرُ مَاءً بَارِدًا (ح) طَهُورًا، وَيُبْعَدُ الْإِنَاءَ مِنَ الْمُغْتَسِلِ حَذْرًا مِنَ الرَّشَاشِ ثُمَّ يَبْتَدِيءُ بِغَسْلِ سَوْءَتَيْهِ بَعْدَ لَفِّ خِرْقَةٍ عَلَى الْيَدِ، وَيَبْعَدُ أَنْ يَجْلِسَ فَيَمْسَحَ عَلَى بَطْنِهِ لِتَخْرُجَ الْفَضْلَاتُ، ثُمَّ يَتَعَهَّدُ مَوَاضِعَ النَّجَاسَةِ مِنْ بَدَنِهِ، ثُمَّ يَتَعَهَّدُ أَسْنَانَهُ وَمَنْخَرَتَهُ بِخِرْقَةٍ مَبْلُوءَةٍ، ثُمَّ يَتَوَضَّأُ ثَلَاثًا مَعَ الْمَضْمَضَةِ (ح) وَالْأَسْتِنْشَاقِ.

قال الرافعي: الفصل لذكر أمور محبوبة مقدّمة على نفس الغسل:

أحدها: أن يحمل الميت إلى موضع خالٍ مستور لا يدخله أحد إلا الغاسل ومن لا بد من معونته؛ لأنه في حياته كان يستتر عند الاغتسال فكذلك يستر بعد موته، ولأنه قد يكون ببعض بدنه ما يكره ظهوره.

وذكر القاضي الرُوَيْبَانِيُّ وغيره؛ أن للولي أن يدخل ذلك الموضع إن شاء، وإن لم يغسل؟ ولا أعان، ويروي: «أَنَّ غُسْلَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ تَوَلَّاهُ عَلِيٌّ، وَالْفَضْلُ بْنُ عَبَّاسٍ، وَأَسَامَةُ بْنُ زَيْدٍ - رضي الله عنهم (١) - يَتَنَاوَلُ الْمَاءَ وَالْعَبَّاسُ وَاقِفٌ».

ثم يوضع على لَوْحٍ أو سرير هي لذلك، وليكن موضع رأسه أعلى لينحدر الماء

(١) أخرجه ابن ماجة (١٤٦٧)، والحاكم (٥٩/٣)، والبيهقي (٣/٣٨٨)، والعقيلي في الضعفاء (١٣/٤)، وانظر التلخيص (١٠٥/٢).

عنه، ولا يقف تحته، ويغسل في قميص خلافاً لأبي حنيفة حيث قال: «الأولى أن يجرد» ويروى مثله عن مالك، وحكاه القاضي ابن كنج وجهاً عن بعض الأصحاب، لنا: أنه أستر له، ولأن النبي ﷺ: «غُسلَ في قَمِيصٍ»<sup>(١)</sup>.

دل أنه أفضل، وليكن القميص بالياً أو سخيلاً ثم إن كان القميص واسعاً أدخل يديه في كُمِّيه وغسله من تحته وعلى يده خرقة، وإن كان ضيقاً فتق رؤوس الدخاريص<sup>(٢)</sup>، وأدخل اليد في موضع الفتق فلو لم يجد قميصاً، أو لم يتأت غسله فيه، ستر منه ما بين السرة والرُكبة، وحرّم النظر إليه؛ لما روى عن عليّ - كرم الله وجهه - أنّ النبي ﷺ قال: «لَا تُبْرَزُ فَخْذُكَ وَلَا تَنْظُرُ إِلَيَّ فَخْذِي وَلَا مَيِّتٍ»<sup>(٣)</sup>.

وعند أبي حنيفة يلقي خرقة على فرجه وفخذه مكشوفة ويكره للغاسل أن ينظر إلى شيء من بدنه إلا لحاجة، بأن يريد معرفة المَغْسُول من غير المغسول، والمُعِين لا ينظر إلا للضرورة. وقوله في الكتاب: «ولا ينزع قميصه» غير هذه العبارة أولى منها؛ لأنها توهم كونه في قميص قبل حالة الغسل، والمحبوب نزع الثياب المخيطة عنه من حين مات إلى وقت الغسل، والقميص الذي يغسله فيه يلبس عند غسله، ذكره المسعودي وغيره.

**الثاني:** يحضر ماء بارداً في إناء كبير كالجب ونحوه ليغسل به وهو أولى من المسخن إلا أن يحتاج إلى المسخن لشدة البرد أو لوسخ وغيره<sup>(٤)</sup>.

وعند أبي حنيفة المسخن أولى بكل حال. لنا أن البارد يشدّ بدنه والمسخن يرخيه، فكان البارد أولى، وينبغي أن يبعد الإناء الذي فيه الماء عن المغتسل بحيث لا يصيبه رشاش الماء عند الغسل، أما من صار إلى قول نجاسة الآدمي بالموت قال: لثلا ينجس بالرشاش الذي يصيبه، وربما احتج بهذه المسألة على النجاسة.

وأما من نصر القول الصحيح وهو طهارته، قال: إنما يبعد عنه لتكون النفس أطيب في أن لا يتقاطر الماء إليه.

وأيضاً فالماء المستعمل إذا كثرت تقاطره فقد يثبت لما يتقاطر إليه حكم الاستعمال

(١) أخرجه ابن ماجه (١٤٦٦)، والحاكم (٣٥٤/١)، والبيهقي (٣/٣٨٧) من رواية بريدة، وقال صحيح على شرط الشيخين. وأخرجه أبو داود من رواية عائشة (٣١٤١).

(٢) ودخريص: الثوب قيل معرب، وهو عند العرب البنيقة، وقيل عربي، المصباح المنير (١/٢٥٨).

(٣) تقدم.

(٤) تفرد الصيمري بأن البارد المالح أحب إلينا من الحار، فإن كان هناك برد أو وسخ فلا بأس بالفاتر. وقال في القوت: ولو كانا باردين فالعذب أولى من المالح، وقيل المسخن أولى.

فيخرج عن كونه طهوراً، وأما وصفه الماء المحضر بكونه طهوراً ففيه فائدة على طهوره، وهي أنا نحب استعمال السُّدْر في بعض الغسلات على ما سيأتي، لكن الظاهر أن الفرض لا يسقط به فلا يجوز أن يكون الماء المحضر مغيراً بالسُّدْر.

والثالث: يعدُّ الغاسل قبل الغسل خِرْقَتَيْنِ نظيفتين، وأول ما يبدأ به بعد وضعه على المعتسل أن يجلسه إجلساً رقيقاً بحيث لا يعتدل، ويكون مائلاً إلى ورائه ويضع يده اليمنى على [كتفه]<sup>(١)</sup> وإبهامه في نقرة قفاه حتى لا يتمايل رأسه، ويسند ظهره إلى ركبتيه اليمنى، ويمر يده اليسرى على بطنه إمراراً بليغاً ليخرج ما فيه من الفضلات، وينبغي أن تكون المَجْمَرَة والحالة هذه متقدة فائحة بالطيب، والمُعِين يصب عليه ماء كثيراً لئلا تظهر رائحة ما يخرج، ثم يرده على هيئة الاستلقاء، ويغسل بيساره وهي ملفوفة بإحدى الخِرْقَتَيْنِ دُبْرَهُ وَمَذَاكِيرَهُ<sup>(٢)</sup> وَعَائِنَتَهُ، كما يَسْتَنْجِي الحَيُّ ثم يلقي تلك الخِرْقَة ويغسل يده بماء [وَأَشْتَان]<sup>(٣)</sup> إن تلوث.

وقوله في الكتاب: «ثم يبتدىء بغسل سَوَاتِيهِ بعد لَفِّ خِرْقَة اليد» يشعر بأنه يغسل السَوَاتَيْنِ معاً بخرقه واحدة، وكذلك ذكر الجمهور، وسيحكي ما يفعله بالخرقة الثانية من الخِرْقَتَيْنِ المعدّتين، وفي «النهاية» و«الوسيط» أنه يغسل كل سواة بخرقه ولا شك أنه أبلغ في التَّنْظِيفِ<sup>(٤)</sup>.

وقوله: «ثم يتعهّد مواضع النَّجَاسَة من بدنه» فيه إشكال؛ لأنه إن كانت عليه نجاسة فإزالتها قبل الغسل واجبة على ما تقدم في غسل الأحياء، فلا يَنْبَغِي أن يدرج في حدِّ الأكمل، ولم يذكر صاحب «النهاية» لفظ النَّجَاسَة في هذا الموضع لكن قال: «إن كان ببدنه قَدْرٌ اعتنى به ولف خرقه على يده وغسله».

(١) في ز «كفيه».

(٢) قال في الخادم: هو صريح في تحريم هذا الفعل به، والفرق بينه وبين الحي حيث يكره له هذه الهبة إذا اضطجع ولا يحرم للإنسان أن يتعاطى لنفسه ما يمنع أن يفعله مع غيره احتراماً له كما سبق في غسل النجاسة لا بد من غسلتين من الميت وإن اكتفى بواحد في الحي.

(٣) في أ «وسدر».

(٤) كلام الشياخين يصرح بأن أول ما يغسل بخرقه سويته ثم بأخرى ثم أعالي بدنه وكذا قال الجمهور، وقال في الشامل: ولو غسل كل عضو بخرقه كان أولى ولو ظهر الذي نجاه بها ثم غسل بها بدنه جاز:

والأولى: أولى لأنه أعجل وأشهد، وذكر الشافعي أنه يتخذ خرقتين يغسل بأحدهما أعالي بدنه وصدرة ووجهه ثم يغسل مزاكيره وما بين رجليه ثم يلقيها ثم يصنع الأخرى كذلك، وقال أبو إسحاق المسألة على قولين.

الرابع: إذا فرغ من غسل سَوَاتِيهِ لَفَّ الْخِرْزَقَةَ الْأُخْرَى عَلَى الْيَدِ، وَأَدْخَلَ أَصْبَعَهُ فِي فِيهِ وَأَمْرَهَا عَلَى أَسْنَانِهِ بِشَيْءٍ مِنَ الْمَاءِ وَلَا يَقْعُرُ فَاهُ، وَكَذَا يَدْخُلُ طَرَفَ أَصْبَعِهِ فِي مَنَحْرِيهِ بِشَيْءٍ مِنَ الْمَاءِ؛ لِيَزِيلَ مَا فِيهَا مِنَ الْأَذَى، ثُمَّ يُوَضُّهُ كَمَا يَتَوَضَّأُ الْحَيُّ ثَلَاثًا ثَلَاثًا، وَيُرَاعِي الْمَضْمُضَةَ وَالاسْتِنْشَاقَ خِلَافاً لِأَبِي حَنِيفَةَ. لَنَا أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ: قَالَ لِلْوَاتِي غَسَلْنَا ابْتَه: «أَبْدَأَنَّ بِمَيَامِينِهَا وَمَوَاضِعِ الْوُضُوءِ مِنْهَا»<sup>(١)</sup>.

وموضع المضمضة والاستنشاق من مواضع الوضوء.

ثم لفظ الكتاب وكلام الأكثرين يقتضي أن يكون إدخال الأصبع [في] الفم والمنحرفين غير المضمضة والاستنشاق وأنه في الفم بمنزلة السواك وغرضه التنظيف، وفي «الشاميل» وغيره ما يدل على أن المضمضة والاستنشاق ليسا وراء ذلك، والظاهر الأول، ثم يميل رأسه في المضمضة والاستنشاق حتى لا يصل الماء إلى باطنه، وهل يكتفي بوصول الماء إلى مَقَادِيمِ الشَّعْرِ والمنحرفين أم يوصل الماء إلى الداخل؟ حكى إمام الحرمين فيه تردد لخوف وصول الماء إلى جوفه، وتأثيره في تسارع الفساد إليه وقطع بأنه لو كانت أسنانه مترابطة لم يكلف فتحها.

قال الغزالي: ثُمَّ يَتَعَهَّدُ شَعْرَهُ بِمُشْطٍ وَاسِعِ الْأَسْنَانِ، ثُمَّ يَضْجَعُ عَلَى جَنْبِهِ الْأَيْسَرِ وَيُنْصَبُ الْمَاءُ عَلَى شِقِّهِ الْأَيْمَنِ، ثُمَّ يَضْجَعُ عَلَى شِقِّهِ الْأَيْمَنِ وَيُنْصَبُ الْمَاءُ عَلَى الشَّقِّ الْأَيْسَرِ وَذَلِكَ غَسَلَةٌ وَاحِدَةٌ، ثُمَّ يَفْعَلُ ذَلِكَ ثَلَاثًا، فَإِنْ حَصَلَ الْإِنْقَاءُ وَإِلَّا فَخَمْسٌ أَوْ سَبْعٌ، ثُمَّ يَبَالِغُ فِي تَنْشِيفِهِ صِبَانَةً لِلْكَفْنِ، وَيَسْتَعْمِلُ قَدْرًا مِنَ الْكَافُورِ لِدْفَعِ الْهَوَامِّ، وَيَسْتَعْمِلُ السَّدْرَ فِي بَعْضِ الْغَسَلَاتِ، وَلَا تَسْقُطُ (ح) الْفَرَضُ بِهِ.

قال الرفاعي: إذا فرغ من توضيئه غسل رأسه، ثم ليحيته بالسدر والخطمي، وسرَّخهما بمشط واسع الأسنان إن تلبَّد شعرهما، ويفرق حتى لا يتنف شيء، وإن أنتف ردّه إليه، وليكن قوله: «بمشط» معلماً بالحاء والألف؛ لأن عندهما لا يتعهده بالمشط، ولكن يغسل ويزيل الوسخ.

لَنَا مَا رَوَى أَنَّهُ ﷺ قَالَ: «أَفْعَلُوا بِمَيِّتِكُمْ مَا تَفْعَلُونَ بِعُرُوسِكُمْ»<sup>(٣)</sup>.

= ثانيهما: يغسل بكل خرقه أعاليه وأسافله، وقال الشيخ أبو حامد: ليس باختلاف قول.  
(١) أخرجه البخاري (١٦٧، ١٢٥٣، ١٢٥٤، ١٢٥٥، ١٢٥٦، ١٢٥٧، ١٢٥٨، ١٢٥٩، ١٢٦٠، ١٢٦١، ١٢٦٢، ١٢٦٣)، ومسلم (٩٣٩).

(٢) في أ (إلى).

(٣) قال الحافظ ابن حجر في التلخيص (١٠٦/٢): هذا الحديث ذكره الغزالي في «الوسيط» بلفظ: (افعلوا بموتاكم ما تفعلون بأحيائكم، وتعقبه ابن الصلاح بقوله: بحث عنه فلم أجده ثابتاً).

ومعلوم أن العروس يسرّح شَعرها، ثم يُضجَع على جنبه الأيسر فيصبُّ الماء على شقّه الأيمن، ثم يضجع على جنبه الأيمن فيصب الماء على شقه الأيسر، هكذا ذكره صاحب الكتاب والإمام في آخرين، والأكثرون زادوا في هذه الكيفية ونقصوا فقالوا: يغسل شقّه الأيمن المقبل من عنقه وصدرة وفخذه وساقه وقدمه، ثم يغسل شقّه الأيسر كذلك، ثم يحرفه إلى جنبه الأيسر فيغسل شقّه الأيمن مما يلي القفا والظهر من الكتف إلى القدم، ثم يحرفه إلى جنبه الأيمن، فيغسل شقه الأيسر كذلك، وهذا ما ذكره الشافعي - رضي الله عنه - في «المُختصر»، وحكى أصحابنا العزّاقيون قولاً آخر: أنه يغسل جنبه الأيمن من مقدمه، ويحوّله فيغسل جانب ظهره الأيمن، ثم يلقيه على ظهره فيغسل جانبه الأيسر من مقدمه ثم يحوّله ويغسل جانب ظهره الأيسر.

قالوا: وكل واحد من هذين الطريقتين سائغ والأول أولى، وليس في هذين الطريقتين إضجاع على الجانب الأيسر في أوّل الأمر بل هو مُستلَق فيهما إلى أن يغسل بعضه، ثم يجري الاضجاع فلا بأس لو أعلمت قوله: «ثم يضجع على جنبه الأيسر» بالواو، وإنما أمرناه بالابتداء بالمَيَامِين؛ لأن النبي ﷺ: «أَمَرَ غَاسِلَاتِ ابْنَتِهِ أَنْ يَبْدَأَنَّ بِمَيَامِينِهَا»<sup>(١)</sup>. ويجب الاحتراز من كِبِه على الوجه، وإذا عرفت ذلك فأعلم أن جميع ما ذكرناه غسلة واحدة، وهذه الغسلة تكون بالماء، والسدر، والخَطْمِيّ تنظيفاً، وإنقاء له ثم يصب عليه الماء ألقراح من قَرْنِه إلى قدمه، ويستحب أن يغسله ثلاثاً، فإن لم يحصل النقاء والتنظيف زاد حتى يحصل، فإن حصل بشفع فالمُستحب أن يزيد واحدة ويختم بالوتر، روي أنه ﷺ قال: «لغاسلات ابنته - رضي الله عنها - : اغسِلْنَهَا وَثَرّاً ثَلَاثاً أَوْ خَمْساً أَوْ سَبْعاً»<sup>(٢)</sup>.

وهل يسقط الفرض بالغسلة التي فيها السدر والخَطْمِيّ؟ ذكر في الكتاب فيه وجهين:

أحدهما: نعم، ونسبه في «النهاية» إلى أبي إسحاق المَرَوَزِيّ، لأن المقصود من غسل الميت التَّنْظِيفَ، فالاستعانة بما يزيد في التَّنْظِيفَ ممّا لا يقدر.

وأظهرهما: لا، لأن التَّغْيِيرَ به فَاحِشٌ سالب للطهورية، فأشبه ما لو استعمله الحي في وضوءه وغسله وعلى هذا فتلك الغسلة غير محسوبة من الغسّلات الثلاث، وهل تحسب الغسلة الواقعة بعدها؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، لأنها غسلة بماء ظهور لم يخالطه شيء، وهذا أصح عند القاضي الروياني.

وأظهرهما: عند الأكثرين، ولم يذكر في «التَهْدِيْبِ» سواه: أنها لا تحسب؛ لأن الماء إذا أصاب المَحَلَّ اختلط بما عليه من السُّدْر، وتغير به، فعلى هذا المحسوب ما يصبُّ عليه من الماء القراح بعد زوال السُّدْر، ويستحب أن يجعل في كل ماء قراح كَأَفُوراً، وهو في الغسلة الأخيرة أكد.

لما روي أنه ﷺ قال لأم عطية وهي من غاسلات ابنته - رضي الله عنها -: «وَأَجْعَلْنَ فِي الْآخِرَةِ كَأَفُوراً»<sup>(١)</sup>.

والسَّبَبُ فيه أن رائحته مطردة للهَوَام، وليكن قليلاً لا يتفاحش التغير به ولا يسلب الطهورية، وقد يكون صلباً لا يقدح التَّغْيِيرُ به وإن كان فاحشاً على الصحيح؛ لأنه مجاور وبعد تَلْيِينِ مفاصله بعد الغسل؛ لأنها لانت بالماء فيتوخى بالتلّيين بقاء لينها كما ذكرنا في التلّيين عُقِيبَ الموت، ونقل المَزْنِيُّ إعادة التلّيين في أول وضعه على المغتسل وأنكره أكثر الأصحاب ثم ينشفه ويبالغ فيه كيلا تبتل أكفانه، فيسرع إليه الفساد، ثم هذا تمام مسائل الفصل. ثم اعرف أموراً:

منها: أن صاحب الكتاب في «الوسيط» والإمام في «النهاية» أشارا إلى أن تعهد الشعر بالغسل والتسريح ليس من نفس الغسل، بل هو من مقدماته، كالوضوء وغيره، ولذلك قالوا: «يصبُّ الماء على شِقِّهِ الأيمن مُبْتَدِئاً من رأسه إلى قدمه»، والأكثرون لم يذكروا صبَّ الماء على الرأس، ولكن قالوا: يصبه على صَفْحَةِ العنق والصدر والفخذ والساق، وهذا مصير منهم إلى أن غسل الرأس، وتعهد الشعر من جملة الغسل، وكلام الشافعي - رضي الله عنه - في «المختصر» يوافق قول الأكثرين.

ومنها: أن قوله: «وذلك غسلة واحدة، ثم يفعل ذلك ثلاثاً» يقتضي استحباب ثلاث غسلات بعد تلك الغسلة، وهو صحيح بناء على أن تلك الغسلة بالماء المتغير بالسدر والخَطْمِي، وأن المحسوب الغسل بالماء القراح، فإنه حينئذ يراعي ثلاث غسلات بعدها بالماء القراح.

وقوله: بعدها «أو يستعمل السُّدْر في بعض الغسلات» ذلك البعض هو الغسلة الأولى، نصوا عليه كما قدمناه، وإنما أبهم ذكره المصنّف وشيخه وربما أوهم إيراد عد الغسلة التي فيها السُّدْر من الثلاث، وتخصيص الخلاف بأن الفرض هل يسقط بها فيجب الاحتراز عن الوهم؟ ومعرفة أنا إذا لم نسقط الفرض بها لا نحسبها من الثلاث أيضاً. يجوز أن يرقم لفظ «الثلاث» و«الخمس» و«السبع» [في الكتاب]<sup>(٢)</sup> بالميم؛ لأنه روى عن مالك: أنه لا اعتبار بالعدد، وإنما المعبر بالإتقاء.

(٢) سقط من ط.

(١) تقدم.



وقوله: «يستعمل قدرأ من الكافور» مرقوم بالحاء؛ لأن أبا حنيفة قال: لا أعرف الكافور وذكر في السُّنْدُ أنه يغسل مرة بالماء القراح وأخرى بالسدر وثالثة بالماء القراح. قال الغزالي: فَإِنْ خَرَجَتْ نَجَاسَةٌ بَعْدَ الْغُسْلِ أَزِيلَتِ النِّجَاسَةُ وَلَمْ يَعْدِ الْغُسْلُ عَلَى الصَّحِيحِ وَفِي إِعَادَةِ الْوُضُوءِ وَجْهَانِ.

قال الرافعي: يتعهد الغاسل مسح بطن الميت في كل مره بأرفق ممًا قبلها، فلو خرجت منه نجاسة في آخر الغسلات أو بعدها ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها - وبه قال ابن أبي هريرة - : يجب إعادة غسله ليكون خاتمة أمره على كمال الطهارة. والثاني: لا يجب ذلك، لكن تجب إعادة الوضوء كالحي يغتسل ثم يحدث فإنه يتوضأ. ويحكي هذا عن أبي إسحاق.

وأصحهما: وبه قال مالك وأبو حنيفة والمزني - رحمهم الله - : أنه لا يجب شيء سوى إزالة النجاسة لسقوط الفرض بما وجد وحصول غرض التَّنْظِيفِ وربما بنى الخلاف في وجوب الغسل وعدمه على اختلاف قراءة لفظ الشافعي - رضي الله عنه - فإنه قال في المسألة: إنقاءها بالخرقة، وأعاد غسله، فمنهم من قرأ بضم الغين، وأوجب إعادة الغسل، ومنهم من قرأ بفتحها وحمله على إزالة النجاسة، وربما سلموا أن لفظة الغسل وحملوه على الاستحياب، وإذا قلنا بالوجه الصحيح فلا فرق بين النجاسة الخارجة من السبيلين وغيرها، وإن قلنا بوجوب الوضوء فذلك في النجاسة الخارجة من السبيلين دون غيرها، وإن قلنا: بوجوب الغسل ففي إعادة الغسل لسائر النجاسات أختمال عند إمام الحرمين - قدس الله روحه<sup>(١)</sup> - .

ولو لمس رجل امرأة ميتة بعد غسلها فإن قلنا: يجب إعادة الغسل أو الوضوء بخروج الخارج، فكذلك هاهنا، هكذا أطلق صاحب «التَّهْذِيبِ»، وذكر غيره أن هذا الجواب مبني على أن الملموس ينتقض طهره<sup>(٢)</sup>، وإن قلنا: لا يجب إلا غسل المحل فلا يجب هاهنا شيء.

ولو وطئت [بعد الغسل] فعلى الوجه الأول، والثاني في خروج النجاسة يجب هاهنا إعادة الغسل، وعلى الثالث لا يجب شيء<sup>(٣)</sup>.

(١) قال النووي: الصحيح، الجزم بأنه لا يجب إعادة الغسل كسائر النجاسات، - والله أعلم - .

(٢) قال في القوت: والمختار أنه لا يجب ذلك على القولين، فإن الأصح في البسيط وغيره ورؤوس المسائل للمصنف أن لمسها لا ينتقض.

(٣) قال النووي: كذا أطلقه الأصحاب، وينبغي أن يكون فيه خلاف مبني على نجاسة باطن فرجها، فإنها خرجت على الذكر، وتنجس بها ظاهر الفرج - والله أعلم - روضة الطالبين (١/٦١٦ - ٦١٧).

واعلم أن نفي وجوب الغسل أظهر من نفي وجوب الوضوء، ولذلك أرسل صاحب الكتاب ذكر الخلاف في الوضوء، وبين الصحيح في الغسل والنجاسة واجبة الإزالة بكل حال، فلذلك جزم به.

وقوله: «ولم يعد الغسل» معلّم بالألف؛ لأن عند أحمد يعاد غسله سبع مرات، ولم يتعرض الجمهور للفرق بين أن تخرج النجاسة قبل الإدراج في الكفن أو بعده.

وأشار صاحب «العدة» إلى تخصيص الخلاف في وجوب الوضوء وللغسل بما إذا خرجت قبل الإدراج - والله أعلم -.

قال الغزالي: وَأَمَّا الْغَائِلُ، فَلَا يَغْسِلُ رَجُلٌ أَمْرَأَةً إِلَّا بِزَوْجِيَّةٍ (ح) أَوْ مَحْرَمِيَّةٍ أَوْ مِلْكٍ يَمِينٍ فَيَغْسِلُ مُسْتَوْلِدَتَهُ وَأُمَّتَهُ (ح) وَتُغْسَلُ الزَّوْجَةُ زَوْجِهَا، وَلَا تُغْسَلُ الْمُسْتَوْلِدَةُ وَالْأُمَّةُ سَيِّدُهُمَا عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّ الْمَوْتَ يَنْقُلُ مِلْكَ الْيَمِينِ وَيُقَرِّرُ مِلْكَ النَّكَاحِ.

قال الرافعي: النَّظَرُ الثَّانِي فِي مَنْ يَتَوَلَّى الْغَسْلَ.

والأصل أن يغسل الرجال الرجال والنساء النساء، وأولى الرجال يغسل الرجل أولاهم بالصلاة عليه وسيأتي ترتيبهم فيها، والنساء أولى بغسل المرأة بكل حال؛ عورتها بالإضافة إليهن أخف، وليس للرجل غسل المرأة إلا بأحد أسباب ثلاثة:

أولها: الزوجية، فللزوجة غسل زوجها خلافاً لأبي حنيفة، وذكر صاحب «الشامل» أن عند أحمد رواية مثل قول أبي حنيفة. والأصح عنه مثل قولنا:

لَنَا مَا رَوَى أَنَّهُ ﷺ قَالَ لِعَائِشَةَ: «لَوْ مِتَّ قَبْلِي لَغَسَلْتُكَ وَكَفَّنْتُكَ»<sup>(١)</sup>.

«وَعَسَلَ عَلِيٌّ فَاطِمَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا»<sup>(٢)</sup> وله ذلك وإن تزوج بأختها أو بأربع سواها في أصح الوجهين ولو كانت الزوجة ذمية فله أن يغسلها إن شاء<sup>(٣)</sup>.

والثاني: المحرمية وسياق الكلام في الكتاب يقتضي تجويز الغسل للرجال المتحارم مع وجود النساء؛ لأن قوله: «لا يغسل رجل امرأة إلا بكذا وكذا مفروض في

(١) أخرجه ابن ماجة (١٤٦٥)، والدارمي (٨١)، وأحمد (٢٢٨/٦)، والدارقطني (٧٤/٢)، والبيهقي (٣٩٦/٣)، وانظر خلاصة البدر المنير (٢٥٦/١).

(٢) أخرجه الشافعي (٥٦٠)، والدارقطني (٧٩/٢)، والبيهقي (٣٩٦/٣)، انظر التلخيص (١٤٣/٢).

(٣) اشترط الماوردي من غسل الزوجة الذمية أن يرضي أولياؤها من أهل ملتها. قال في الخادم: ولعل بناء على أحد الوجهين في تقديم رجال المحارم على الزوج في الغسل، فإن قلنا بالأصح وهو تقديم الزوج فلا، فكلام الرافعي جار على المذهب حينئذ انتهى ولاخفاء أن الذمية لا يجب غسلها وإنما يجوز.

حال الاختيار، وإلا فعند الضرورة قد يجوز للأجانب غسلها أيضاً كما سيأتي، لكن لم أر لعامة الأصحاب تصريحاً بذلك، وإما يتكلمون في الترتيب ويقولون: إن المحارم بعد النساء أولى<sup>(١)</sup>.

والثالث: ملك اليمين، فيجوز للسيد غسل أمته ومدبرته وأم ولده خلافاً لأبي حنيفة فيما رواه في «الشامل».

واحتج لنا بأنه يلزمه الاتفاق عليها بحكم الملك فكان له أن يغسلها كالحية ويجوز له غسل المكاتبه أيضاً؛ لأن الكتابة ترتفع بموتها، وهذا كله إذا لم يكن مزوجات ولا معتدات<sup>(٢)</sup>، فإن كن مزوجات أو معتدات، لم يكن له غسلهن، وكما يغسل الزوج زوجته تغسل الزوجة زوجها خلافاً لأحمد في رواية.

والأصح عنه موافقة الجمهور بأن طلقها طَلَقَةً رجعية، ومات أحدهما في مدة العدة، فليس للأخر غسله لحرمة النظر والمس في الحياة، وإلى متى تغسل المرأة زوجها؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: ما لم تنقض عدتها، فإن انقضت بوضع الحمل عُقِب الموت لم تغسله، وبه قال أبو حنيفة. والثاني: تغسله ما لم تنكح. والثالث: وهو الأصح: أبداً وهو الذي ذكره في الكتاب في «باب العدة».

وإذا غسل أحد الزوجين لف خرقه على يده ولم يمسه، فإن خالف فقد قال القاضى: يصح الغسل، ولا يبني على الخلاف في انتقاض طهر الملموس - والله

(١) قال في الخادم في شرح المفتاح من غسل المرأة يستحب أن يلي ذلك النساء وأن يكن من ذوي محارمها كالأم والبنت، فإن تولاه محارمها من الرجال جاز. قال: وهذا صريح من النقل. وقال في المهمات قد صرح يعني الرافعي بعد ذلك بدون ورقتين بنقل المسألة عن جماعة واقتضى كلامه الجزم بالمنع فقال قبيل الكلام على ما يصنع بالمحرم ولو أن المقدم من أمر الغسل سلمه لمن بعده جاز له تعاطيه بشرط اتحاد الجنس فليس للرجال كلهم التفويض إلى النساء وبالعكس إلى آخر ما ذكره. قال في الخادم: هذه المسألة غير ما نحن فيه وهما مسألتان:

إحدهما: فيمن يستحق التقديم وهو المذكور هنا.

والثانية: فيمن ثبت له التقدم هل له تفويضه ونقله إلى غيره وهو المذكور فيما بعد فلم يتناقض كلام الرافعي والمغلط غلط. «قاله البكري».

(٢) قال النووي: والمستبرأة كالمعتدة. لكن المستبرأة لأجل ملكه لها بالسبي يجوز غسلها، فإن الأصح أنه يجوز له الخلوة بها واللمس والنظر بغير شهوة كما ذكره في بابها وحكى الرافعي وجهاً في باب الطهارة أنه يجوز للزوج أن يستمتع بزوجه المعتدة عن شبهة غيره، وحكى في البحر وجهين في جواز تغسيل السيد لهذه الأمة.

أعلم - (١). وهل يجوز لأم الولد والمدبرة والأمة غسل السيد؟ فيه وجهان:

أحدهما: وبه قال أحمد: نعم؛ لأنهن مُحللات له فأشبهن بالزوجة.

وأظهرهما: وبه قال أبو حنيفة: لا؛ لأن الموت ينقل ملك اليمين، أما في حق الأمة فإلى الورثة، وأما في المدبرة وأم الولد؛ فهما يعتقان بموته فكأن الملك في رقبتهما ينتقل إليهما بخلاف ملك النكاح لا تنقطع حقوقه بالموت، ألا ترى أنهما يتوارثان، وليس للمكاتبه غسل السيد فإنها محرمة عليه قبل الموت.

قال الغزالي: **فَإِنْ مَاتَتِ الْمَرْأَةُ وَلَمْ يَخْضُرْ إِلَّا أَجْنَبِيٌّ غَسَلَهَا (م ح) وَعَضَّ الْبَصَرَ، وَقِيلَ: تَيْمُّمٌ، وَكَذَا الْخُنْثَى يُغْسَلُهُ رَجُلٌ أَوْ امْرَأَةٌ اسْتِضْحَابًا لِحُكْمِهِ فِي الصَّغَرِ.**

قال الرافعي: في الفصل مسألان:

إحدهما: لو ماتت امرأة وليس هناك إلا رجل أجنبي، ففيه وجهان:

أحدهما: أنها لا تغسل، ولكن تيمم وتدفن، ويجعل فقد الغاسل كفقده الماء، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة.

والثاني: أنه يغسلها في ثيابها، ويلف خرقة على يده ويغض الطرف ما أمكنه فإن اضطر إلى النظر عذر للضرورة (٢).

وعن أحمد روايتان كالوجهين، فيجوز أن يعلم قوله: «غسلها» بالحاء والميم، ثم يراد الكتاب يقتضي ترجيح الوجه الثاني، وهكذا ذكره الإمام وحكاه عن القفال.

لكن الأظهر عند أصحابنا العراقيين والقاضي الروياني والأكثرين هو الأول، والوجهان جاريان فيما لو مات رجل، وليس هناك إلا امرأة أجنبية.

الثانية: الخُنْثَى المُشْكَل إذا مات، وليس هناك محرم له من الرجال أو النساء،

(١) قال النووي: وأما وضوء الغاسل، فينتقض، قاله القاضي حسين. حينئذ يكون اللف مستحباً وإن قلنا بما أفهمه إطلاق غير القاضي ومن تبعه أن طهارة الميت تنتقض باللمس يجب اللف، وصرح به الروياني في الحلية فقال: ويلفان خرقة يعني الزوج في غسل الزوجة والأمة والزوجة في غسل الزوج وحتى لا تنتقض الطهارة باللمس ولينظر فيما إذا جوزنا اللمس هل يختص بما فوق الإزار أم يجوز مطلقاً. فيه نظر وذكر أبو علي أن له النظر إلى جميع بدنها كالحياة. وقال الشيخ: أبو حامد وأتباعه، مذهبنا يباح نظره إليها بلا شهوة وزال حكم النظر بالشهوة فيحتمل أن يقال المس كذلك ويحتمل الفرق أن قد يباح النظر دون المس.

(٢) قال النووي: قال صاحب «الحاوي» هذا الثاني عن نص الشافعي - رضي الله عنه -، وصححه - وحكى صاحب «البيان» وغيره وجهاً ثالثاً: أنه يدفن ولا يغسل ولا ييمم وهو ضعيف جداً. انظر الروضة (١/٦١٩).

ينظر إن كان صغيراً بعد جاز للرجال والنساء غسله، وكذا واضح الحال من الأطفال يجوز للفريقين جميعاً غسله كما يجوز مسه والنظر إليه، وإن كان كبيراً فهل يغسل؟ فيه وجهان كالوجهين في المسألة السابقة، لأنه يجوز أن يكون رجلاً فيمتنع مسه على النساء، أو امرأة فيمتنع مسها على الرجال.

أحدهما: أنه يُيَّم ويدفن، وبه قال أبو حنيفة - رحمه الله - .

والثاني: أنه يجوز غسله، ومن الذي يغسله؟ فيه وجوه:

أحدها: أنه يشتري من تركته جارية لتغسله، فإن لم يكن له تركة فيشتري من بيت المال. قال الأئمة: وهذا ضعيف؛ لأن إثبات الملك ابتداء للشخص بعد موته مستبعد، ويتقدير ثبوته فقد ذكرنا أن الصحيح أن الأمة لا تغسل سيدها، والوجه الثاني أنه في حق الرجال كالمراة، وفي حق النساء كالرجل أخذاً بالأسوأ في كل واحد من الطرفين.

والثالث: وبه قال أبو زيد وهو الأظهر: أنه يجوز للرجال والنساء غسله جميعاً؛ لأنه مسّت الحاجة إلى الغسل، وكان يجوز في الصغر غسله للطائفتين، فيستصحب ذلك الأصل. واعلم أنه ليس المراد من الكبير في هذا الفصل البلوغ ومن الصغر عدمه، لكن المعنى بالصغير الذي لم يبلغ حداً يشتهي مثله وبالكبير الذي بلغه.

قال الغزالي: **فإن أزدحمَ جمعٌ كثيرٌ يضلحون للغسل على امرأة فالبداية بنساء المحارم ثم بالأجنبيات ثم بالزوج ثم بالرجال المحارم ثم ترتيب المحارم كترتيبهم في الصلاة، وقيل: يُقدّم الزوج على النساء؛ لأنه ينظر ما لا ينظرن إليه، وقيل: يُقدّم رجال المحارم على الزوج؛ لأنّ النكاح انتهى بالموت.**

قال الرافعي: الصالحن لغسل الميت إذا أزدحموا لم يخل إما أن يكون الميت رجلاً أم امرأة فإن كان رجلاً فيغسله قراباته على الترتيب الذي نذكره في الصلاة عليه، وهل تقدم الزوجة عليهم؟ فيه وجهان<sup>(١)</sup> سيظهر توجيهاهما، وإن كان الميت امرأة فالنساء يقدمن في غسلها وأولاهن نساء القرابة منهن كل ذات رجم محرّم، فإن استوت اثنتان في المحرمية، فالتى هي في محل العصوبة أولى، كالعمة مع الخالة واللواتي لا محرمية لهن يقدم منهن الأقرب فالأقرب، وبعد نساء القرابة تقدم النساء الأجنبية ثم رجال القرابة

(١) قال النووي: وفيه ثلاثة أوجه:

أصحها: يقدم رجال العصبات، ثم الرجال الأجانب ثم الزوجة، ثم النساء المحارم.

والثاني: يقدم الرجال الأقارب، ثم الزوجة، ثم الرجال الأجانب، ثم النساء المحارم.

والثالث: تقدم الزوجة على الجميع. الروضة (١/٦٢٠).

وترتيبهم كما سيأتي في الصلاة، وهل يتقدم الزوج على نساء القرابة؟ فيه وجهان:

أظهرهما: تقديم نساء القرابة، ويحكى عن نَصِّ الشَّافِعِيِّ - رضي الله عنه - فإن الأُنثى بالأناث أليق.

والثاني: أنهن لا يقدمن؛ بل الزوج يقدم عليهن؛ لأنه ينظر إلى ما لا ينظرن إليه، وفي تقديم الزَّوج على الرجال الأقارب أيضاً وجهان:

أحدهما: أنهم يقدمون عليه؛ لأن النكاح ينتهي بالموت، وسبب المَحْرَمِيَّة يدوم ويبقى.

وأظهرهما: وهو اختيار القُّفَّال: أن الزوج يقدم؛ لأنهم جميعاً ذكور، وهو ينظر إلى ما لا ينظرون إليه فيقدم، وأحكام النكاح تَبْقَى بعد الموت ولولاه لما جاز له غسل الزَّوْجَةِ وجميع ما ذكرناه من التقديم فهو بشرط أن يكون المحكوم بتقديمه مسلماً، فإن كان كافراً فهو كالمعدوم ويقدم من بعده حتى يقدم المسلم الأجنبي على القريب المشرك.

ويشترط أيضاً أن لا يكون قاتلاً نعم لو كان قاتلاً بحق فيبني على الخلاف في أنه هل يرث عنه؟ ولو أن المقدم في أمر الغسل سلَّمه لمن بعده جاز له تعاطيه ولكن بشرط اتحاد الجنس فليس للرجال كلهم التفويض إلى النساء وبالعكس، ذكره الشيخ أبو محمد وغيره، وقد حكاه المصنف في «الوسيط» بعد إطلاق الغسل للمستأجر، وأشعر كلامه بوجهين في اعتبار الشُّرْط المذكور.

قال الغزالي: **فَرَحَ الْمُحْرِمِ لَا يَقْرُبُ طَيْباً وَلَا يَسْتُرُ رَأْسَهُ بَلْ يَبْقَى (م ح) أَنْزُ الإِحْرَامِ وَهَلْ تُصَانُ الْمُعْتَدَةُ عَنِ الطَّيْبِ فِيهِ وَجْهَانِ، وَغَيْرُ الْمُحْرِمِ هَلْ يُقَلَّمُ ظُفْرَهُ وَيَخْلِقُ شَعْرَهُ الَّذِي يُسْتَحَبُّ فِي الْحَيَاةِ حَلْقُهُ؟ فِيهِ قَوْلَانِ.**

قال الراعي: ذكرنا أنه يُطْرَحُ قَدْرٌ من الكافور في الماء الذي يغسل به الميت، وذلك في غير المُحْرِمِ، فأما المحرم فلا يقرب منه طيباً إبقاء لحكم الإحرام وكذلك لا يستر رأسه إن كان رجلاً، ووجهه إن كان امرأة، ولا يلبس المخيط ولا يؤخذ شعره وظفره، وبه قال أحمد خلافاً لأبي حنيفة حيث قال: حكمه حكم سائر الموتى وروي مثله عن مالك.

لنا ما روي: **«أَنَّ رَجُلًا كَانَ مَعَ النَّبِيِّ فَوَقَصَتْهُ نَاقَةٌ وَهُوَ مُحْرِمٌ، فَمَاتَ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ: اغْسِلُوهُ بِمَاءٍ وَسِدْرٍ، وَكَفَّنُوهُ فِي ثَوْبَيْهِ، وَلَا تَمْسُوهُ بِطَيْبٍ، وَلَا تُحْمَرُوا رَأْسَهُ، فَإِنَّهُ يُبْعَثُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ مُلْبِياً»<sup>(١)</sup>.**

(١) البخاري (١٢٦٥، ١٢٦٦، ١٢٦٧، ١٢٦٨، ١٨٣٩، ١٨٤٩، ١٨٥٠، ١٨٥١)، ومسلم (١٢٠٦).

ولا بأس بالتخمير عند غسله كما لا بأس بجلوس المحرم عند العطار، وإذا ماتت المعتدة التي تحد، هل يجوز تطييبها؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، صيانة لها عما كان حراماً عليها في حياتها كالمحرم، وبهذا قال أبو إسحاق.

وأظهرهما: نعم؛ لأن التَّحْرِيمَ كان احترازاً عن الرِّجَالِ وتفجعاً لفراق الزوج، وقد زال المعنيان بالموت بخلاف المُخْرَمِ، فإن التحريم في حقه لحق الله - تعالى جده - فلا يزول بالموت، وهل يقلم أظفار غير المحرم من الموتى ويؤخذ شاربه وشعر إبطه وعانته؟ فيه قولان:

القديم: لا<sup>(١)</sup>، وبه قال مالك وأبو حنيفة والمزني - رحمهم الله -؛ لأن مصيره إلى البلى، وصار كالأقلف لا يختن بعد موته.

والجديد: وبه قال أحمد: نعم، كما ينتظف الحي بهذه الأشياء، وقد روي أنه قال: «أَصْنَعُوا بِمَوْتَانِكُمْ مَا تَفْعَلُونَ بِعُرُوسِكُمْ»<sup>(٢)</sup>.

والقولان في الكراهية، ولا خلاف في أن هذه الأمور لا تستحب، كذلك ذكره القاضي الروياني، ونقل تفرعاً على الجديد أنه يتخير الغاسل في شعر الإبطين التفت والإزالة بالتؤرة ويأخذ شعر العانة بالجلم، أو الموصى أو الثورة.

وحكي عن بعض الأصحاب أنه لا يزال إلا بالتؤرة أخيراً عن النظر إلى الفرج.

وقوله في الكتاب: «الذي يستحب في الحياة حلقه» فيه إشارة إلى أنه لا يحلق شعر الرأس بحال، فإن إزالته غير مأمور بها إلا في المناسك، ومنهم من طرد الخلاف في شعر الرأس إذا كان من عادة الميت الحلق في حالة الحياة.

واعلم: أن جميع ما ذكرناه في وظيفة الغسل مفروض في حق غير الشهيد وأما

(١) قال النووي: قلد الإمام الرافعي الروياني في قوله: لا تستحب بلا خلاف، وإنما الخلاف في إثبات الكراهة وعدمها. وكذا قاله أيضاً الشيخ أبو حامد، والمحاملي، ولكن صرح الأكثرون، أو الكثيرون بخلافه فقالوا: الجديد: أنه يستحب. والقديم: يكره. ممن صرح بهذا صاحب «الحاوي» والقاضي أبو الطيب، والغزالي في «الوسيط» وغيرهم وقطع أبو العباس الجرجاني بالاستحباب، وقال صاحب «الحاوي» القول الجديد: أنه مستحب، وتركه مكروه. وعجب من الرافعي كيف يقول ما قال، وهذه الكتب مشهورة، لا سيما «الوسيط» وأما الأصح من القولين، فقال جماعة: القديم هنا أصح، وهو المختار، فلم ينقل عن النبي ﷺ، والصحابة فيه شيء معتمد، وأجزاء الميت محترمة، فلا تنتهك بهذا، وأما قوله: كما لا يختن فهذا هو المذهب الذي قطع به الجمهور. وفي وجه أنه يختن، ووجه ثالث: يختن البالغ دون الصبي الروضة (١/٢٢١).

الشهيد فسيأتي حكمه في «فصل الصلاة على الميت» ولو احترق مسلم ولو غسل لتَهْرِي لا يغسل بل ييمم محافظة على جثته لتدفن بحالها، ولو كان عليه قُرُوحٌ وَخَيْفٌ من غسله تسارع البلي إليه بعد الدفن غسل، ولا مبالاة بما يكون بعده، فالكلُّ صائرون إلى البلي<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي:

### القول في التكفين

وَالْمُسْتَحَبُّ فِي لَوْنِهِ الْبَيَاضُ وَفِي جِنْسِهِ الْقَطَنُ وَالْكِتَانُ دُونَ الْحَرِيرِ فَإِنَّهُ يَحْرَمُ لِلرَّجُلِ وَيُكْرَهُ لِلنِّسَاءِ، وَأَمَّا عَدَدُهُ فَأَقْلُهُ ثَوْبٌ وَاحِدٌ سَاتِرٌ لْجَمِيعِ الْبَدَنِ وَالثَّانِي وَالثَّلَاثُ حَقٌّ الْمَيِّتِ فِي الشَّرِكَةِ تَنْفُذُ وَصِيَّتِهِ بِإِسْقَاطِهِمَا، وَلَيْسَ لِلْوَرَثَةِ الْمَضَائِقَةُ فِيهِمَا، وَهَلْ لِلْمَرْءِ الْمَنْعُ مِنْهُمَا فِيهِ وَجْهَانِ، وَمَنْ لَا مَالَ لَهُ يُكْفَنُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ، وَيُقْتَصَرُ عَلَى ثَوْبٍ وَاحِدٍ فِي أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ، وَفِي وُجُوبِ الْكَفْنِ عَلَى الزَّوْجِ وَجْهَانِ.

قال الرافعي: يتضح الفصل برسم مسائل:

إحداها: أن المستحب في لون الكفن البياض، لما روي أنه ﷺ قال: «خَيْرُ ثِيَابِكُمْ الْبَيْضُ فَأَكْسُوهَا أَحْيَاءَكُمْ، وَكَفِّنُوا فِيهَا مَوْتَاكُمْ»<sup>(٢)</sup>.

وجنسه في حق كل ميت ما يجوز لبسه في حال الحياة، فيجوز تكفين المرأة بالحرير، لكنه يكره؛ لأنه سرف غير لائق بالحال، ويحرم تكفين الرجال به، كلبسه في الحياة، ولك أن تقول قوله: «ومن جسسه القطن والكتان» إما أن يريد استحباب هذين النوعين على الخصوص أو يشير بهما إلى جميع الأنواع المباحة، ويكون التقدير القطن والكتان وما في معناهما.

(١) قال النووي: يجوز للجنب والحائض غسل الميت بلا كراهة - ولو ماتا غسلًا غسلًا واحداً. وإذا رأى الغاسل من الميت ما يعجبه استحباب أن يتحدث به، وإن رأى ما يكره. حرم عليه ذكره إلا لمصلحة، وإن كان للميتة شعر، فالسنة أن يجعل ثلاث ذوائب وتلقى خلفها، وينبغي أن يكون مأموناً. ولو كان له زوجتان أو أكثر وتنازعن في غسله أقرع بينهما - ولو مات له زوجات في وقت بهدم أو غرق أو غيره أقرع بينهما فقدم من خرجت قرعتها. قال الدارمي: قال الشافعي - رحمه الله -: لو مات رجل، وهناك نساء مسلمات، ورجال كفار، أمرت الكفار بغسله وصلين عليه. وهذا تفريع على صحة غسل الكافر. قال الدارمي: وإذا نشف المغسول بثوب: قال أبو إسحاق: لا ينجس الثوب، سواء قلنا بنجاسة الميت، أم لا. قال الدارمي: وفيه نظر انظر الروضة (١/٦٢٢، ٦٢٣).



أما الأول فقضيته تقديم الثَّوْبِ على سائر الأنواع المباحة كالصُّوف وغيره، وهذا شيء لم نَرَهُ في كلام الأصحاب وإن أراد الثاني فظاهر اللفظ معمول به في حقِّ النِّسَاءِ [دون الرجال]. أما إنه معمول به في حقِّ النِّسَاءِ<sup>(١)</sup> فلأن تكفينهن بغير هذه الأنواع وهو الحرير جائز، وإن كره فينتظم أن نقول تكفينهن بهذه الأنواع مستحب، وأما أنه غير معمول به في حقِّ الرجال، فلأن أَسْتَحْبَابَ شيء من هذه الأنواع إنما يكون إذا جاز تكفينهم بغير هذه الأنواع، وأنه ممتنع.

الثانية: أقل الكفن ثوب واحد، وأحبه للرجال ثلاثة أثواب.

روى أن النبي: «كُفِّنَ فِي ثَلَاثَةِ أَثْوَابٍ بَيْضَ سَحْوَلِيَّةٍ لَيْسَ فِيهَا قَمِيصٌ وَلَا عِمَامَةٌ»<sup>(٢)</sup>. ثم شرط صاحب الكتاب في الثَّوْبِ الواحد الأقل أن يكون ساتراً لجميع البدن، وهكذا ذكر الإمام وكثير من الأصحاب، وحكى آخرون من العراقيين وغيرهم: أن الواجب قدر ما يستر العورة؛ لأن الميت ليس أكد حالاً من الحي، والواجب في الحي ستر العورة لا غير وعلى هذا يختلف الحال باختلاف حال الميت في الذُّكُورَةِ والأنوثة لاختلاف مقدار العورة بالحالتين وجمع القاضي الرُّوْيَانِي وآخرون بين التقليل وجعلوا المسألة على وجهين:

أحدهما: أن الواجب القدر السَّاتِر للعورة.

والثاني: أن الواجب ثوب ساينغ وقد حكى عن نصه في «الأم» أنه إن كان له ثوب واحد لا يغطي جميع البدن ستر به العورة؛ لأنه واجب وستر غيرها ليس بواجب [فإن]<sup>(٣)</sup> كان يبدو رأسه أو رجلاه غطى به رأسه، لما روي أن مصعب بن عمير قتل يوم أحد فلم يخلف إلا نمر فكان إذا غطى بها رأسه بدت رجلاه، وإذا غطى بها رجليه بدى رأسه، فقال: «عَطُّوا بِهَا رَأْسَهُ، وَاجْعَلُوا عَلَى رِجْلَيْهِ مِنَ الْإِذْخِرِ»<sup>(٤)</sup>.

واعرف في قوله في الكتاب: «وأما عدد فأقله ثوب واحد...» إلى آخره شيئين:

أحدهما: أن هذا اللفظ يقتضي كون الواحد عدداً لكن الحساب لا يجعلون الواحد عدداً ويقولون العدد ما يتركب عن الواحد.

والثاني: أنا وإن أوجبنا ثوباً ساتراً لجميع البدن، فذلك في حقِّ غير المُخْرَم، أما

(١) سقط في أ والمثبت من ب و ط.

(٢) أخرجه البخاري (١٢٦٤، ١٢٧١، ١٢٧٢، ١٢٧٣، ١٣٨٧)، ومسلم (٩٤١).

(٣) في ط (وإن).

(٤) متفق عليه من رواية خباب بن الارت أخرجه البخاري (١٢٧٦، ٣٨٩٧، ٣٩١٣، ٣٩١٤،

٤٠٧٤، ٤٠٨٢، ٦٤٣٢، ٦٤٤٨)، ومسلم (٩٤٠، ٢٦٨١).

المُخْرَم فلا يستر رأسه إن كان رجلاً، ووجهه إن كان امرأة على ما سبق.

**الثالثة:** الثوب الواحد على ما وصفناه حق الله - تعالى جدّه - لا تنفذ وصية الميت بإسقاطه والثاني والثالث حق الميت وهي بمثابة ثياب التجمّل للحي، فلو أوصى بإسقاطها نفذ: «كَمَا أَوْصَى أَبُو بَكْرٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - بِأَنْ يَكْفَنَ فِي ثَوْبِهِ الْخَلْقَ، فَتَفُذَّتْ وَصِيَّتُهُ»<sup>(١)</sup>. ولو لم يُوصَ وتنازع الورثة في أكفانه وأراد بعضهم الأقبصار على ثوب واحد، فقد حكى في «النهاية» فيه طريقين:

أحدهما: أن فيه وجهين كما سنذكرهما في مضايقة الغرماء فيه.

**والثاني:** القطع بالمنع تقديماً لحاجة المالك، وظاهر المذهب وهو المذكور في الكتاب أنه ليس لهم المضايقة سواء أثبتنا الخلاف أم لا. ولو اتفق الورثة جميعاً على تكفينه في ثوب واحد، فقد قال في «التهذيب»: يجوز وطرده صاحب «الثمة» الخلاف فيه. ولو كان عليه دين مستغرق فقال الغرماء: لا نكفنه إلا في ثوب واحد، فهل يجابون إليه؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، كالمفلس الحي ترك عليه ثياب تجمله.

وأظهرهما: نعم، فإن الستر قد حصل وهو إلى إبراء ذمته أحوج منه إلى زيادة الستر بخلاف الحي يحتاج إلى التجميل ويتقلب بين الناس.

**الرابعة:** محل الكفن رأس مال الشركة إن ترك الميت مالا يقدم على الديون والوصايا والميراث، نعم لا يباع المرهون في الكفن ولا العبد الجاني ولا المال الذي فيه الزكاة فإنه كالمرهون بها، وإن لم يترك مالا فكفنه على من هو في نفقته، فيجب على القريب كفن القريب وعلى السيد كفن العبد وأم الولد، وكذلك يجب كفن المكاتب عليه؛ لأن الكتابة تنسخ بالموت، ولا فرق في الأولاد بين الصغار والكبار؛ لأن نفقتهم واجبة إذا كانوا عاجزين زمنياً والميت عاجز، ذكره في الثمة.

وهل يجب على الزوج تكفين الزوجة ومؤنتها؟ فيه وجهان:

أحدهما - وبه قال ابن أبي هريرة -؛ لا؛ لأن مؤنة الزوجة إنما تجب على الزوج مفي مقابلة التمكن من الاستمتاع فإذا ماتت فقد زال هذا المعنى، وبهذا الوجه قال مالك وأبو حنيفة [وأحمد]<sup>(٢)</sup> - رحمهم الله -.

وأصحهما: أنه يجب ذلك على الزوج، لأنها في نفقته في الحياة فيلزمه مؤنتها

(١) أخرجه البخاري من رواية عائشة - رضي الله عنها - (١٣٨٧).

(٢) سقط في ط.

بعد الموت، كالأب مع الابن والسيد مع العبد فعلى هذا لو لم يكن للزوج مال فحينئذ يجب في مالها. أما: إذا لم يترك الميت مالاً، ولا كان له من ينفق عليه فتكفينه ومؤنة دفنه من بيت المال كنفقته في الحياة. وهل يقتصر على ثوب واحد أم يكمل الثلاث؟ فيه وجهان:

أظهرهما: يقتصر عليه ليتأذى الواجب به.

الثاني: يكمل الثلاث ولا يقتصر عليه كما لا يقتصر في كسوة الحي المحتاج على ساتر العورة فعلى الأول لو ترك ثوباً واحداً فلا شيء من بيت المال وعلى الثاني هل يكتفي بما خلفه أم يكمل الثلاث من بيت المال؟ ذكر الإمام أن صاحب «التقريب» حكى فيه وجهين:

أظهرهما: الثاني وإذا لم يكن في بيت المال مال فعلى عامة المسلمين الكفن ومؤنة الدفن<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي: وَالزِّيَادَةُ عَلَى الثَّلَاثِ إِلَى الْخَمْسِ مُسْتَحَبٌّ لِلنِّسَاءِ جَائِزٌ لِلرِّجَالِ غَيْرُ مُسْتَحَبٍّ، وَالزِّيَادَةُ عَلَى الْخَمْسِ سَرَفٌ عَلَى الْإِطْلَاقِ، ثُمَّ إِنْ كُفِّنَ فِي خَمْسٍ فَعِمَامَةٌ وَقَمِيصٌ وَثَلَاثُ لَفَائِفَ سَوَابِغٍ، وَإِنْ كُفِّنَ فِي ثَلَاثٍ فَثَلَاثُ لَفَائِفَ مِنْ غَيْرِ قَمِيصٍ وَلَا عِمَامَةٍ، وَإِنْ كُفِّنَتْ فِي خَمْسٍ فإِزَارٌ وَخِمَارٌ وَثَلَاثُ لَفَائِفَ سَوَابِغٍ، وَفِي قَوْلٍ: تُبَدَّلُ لِفَافَةٌ بِقَمِيصٍ، وَإِنْ كُفِّنَتْ فِي ثَلَاثٍ فَثَلَاثُ لَفَائِفَ.

قال الرافعي: قد ذكرنا أن العدد المستحب في كفن الرجال ثلاث أثواب، فلو زيد عليه إلى خمسة أثواب فهو جائز، وإن لم يكن مخبياً.

وأما المرأة فيستحب أن تكفن في خمسة أثواب رعاية لزيادة الستر في حقها وحكم الخنثى في ذلك حكم المرأة والزيادة على الخمسة مكروهة على الإطلاق لما فيها من السرف، وقد روى أن النبي قال: «لَا تُعَالُوا فِي الْكَفْنِ، فَإِنَّهُ يُسَلَبُ سَلْباً سَرِيعاً»<sup>(٢)</sup>. فإذا كانت المغالاة مكروهة فزيادة العدد أولى أن تكون مكروهة ثم إن كفن الرجل أو المرأة في ثلاث فالمحبوب ثلاث لفائف من غير عمامة للرجل ولا قميص

(١) قال النووي: قال القاضي حسين: إذا مات وهو في نفقة غيره هل يلزمه تكفينه بثلاثة أثواب، أم بثوب؟ وجهان: - أحدهما! - ثوب. وقطع هو وصاحب «التهذيب» بأنه إذا لم يكن في بيت المال مال، ولزم المسلمين تكفينه، لا يجب أكثر من ثوب - والله أعلم - روضة الطالبين (١/٦٢٥).

(٢) أخرجه أبو داود من رواية علي (٣١٥٤) وفي إسناده مقال، وحسنه النووي والمنذري انظر خلاصة البدر (١/٢٥٧)، وانظر التلخيص (٢/١٠٩).

وعن أبي حنيفة: أن الرجل يكفن في إزار ورداء وقميص. لنا: ما روى أن النبي: «كُفِّنَ فِي ثَلَاثَةِ أَثْوَابٍ بَيْضِ سَحُولِيَّةٍ، لَيْسَ فِيهَا قَمِيصٌ وَلَا عِمَامَةٌ»<sup>(١)</sup>.

وإن كُفِنَ الرجل في خمسة أثواب فليكن في عمامة وقميص وثلاث لفائف، وتجعل العمامة والقميص تحتها، ويستثنى المحرم عن ذلك فلا يلبس المخيط على ما تقدم، وإن كُفِنَت المرأة في خمسة أثواب فقولان:

أحدهما: إزار وخمار وثلاث لفائف، والإزار والخمار كالعمامة والرداء للرجل واللفائف كاللفائف.

والثاني: إزار وخمار ولفافتان وقميص، لما روي: «أَنَّ أُمَّ عَطِيَّةَ لَمَّا غَسَلَتْ أُمَّ كُثُومٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - بَنَتْ رَسُولَ اللَّهِ كَانَ النَّبِيُّ جَالِسًا عَلَى الْبَابِ فَتَاوَلَهَا إِزَارًا وَدِرْعًا وَخِمَارًا وَتَوْبِيْنًا»<sup>(٢)</sup>.

وينسب القول الأول إلى الجديد والثاني إلى القديم، وذكر المزيبي أن الشافعي - رضي الله عنه - ذكر القميص مرة ثم خط عليه ونقل عنه القول الأول وإيراد الكتاب يقتضي ترجيحه، لكن الأكثرين على ترجيح القول الثاني، ويجوز أن تعد المسألة من المسائل التي يجاب فيها على القديم.

ثم قال الشافعي - رضي الله عنه -: «يشد على صدرها ثوب، لثلا يضطرب ثديها عند الحمل فتنشر الأكفان» واختلفوا في ذلك الثوب، فقال أبو إسحاق هو ثوب سادس ليس من جملة الأكفان ويحلُّ عنها إذا وضعت في القبر. وقال ابن سريج يشد عليها ثوب من الخمسة ويترك الأول أظهر عند الأئمة. وكيف ترتيب الأثواب الخمسة؟

قال المحاملي وغيره على قول أبي إسحاق إن قلنا: تَقْمَصُ فيشدُّ عليها المِئْزَرُ أو لا ثم القميص ثم الخِمار، ثم تلفُ في ثوبين ثم يشدُّ عليها الثالث، وإن قلنا: لا تقمص، يشدُّ عليها المِئْزَرُ، ثم الخِمار، ثم تلفُ في ثلاثة أثواب ثم يشدُّ عليها خرقة وعلى قول ابن سريج: إن قلنا: تقمص يشدُّ عليها المِئْزَرُ ثم الدرع ثم الخِمار ثم تشدُّ عليها الخرقة ثم تلفُ في ثوب، وإن قلنا: لا تقمص، يشدُّ عليها المِئْزَرُ ثم الخِمار ثم تلفُ في ثوب ثم يشدُّ عليها آخر ثم تلفُ في الخامس.

وإذا وقع التَّكْفِينُ فِي الْلِفَافِ الثَّلَاثِ، فَكَيْفَ تَكُونُ هِيَ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

(١) تقدم.

(٢) أخرجه أحمد في المسند (٣٨٠/٦) وأبو داود (٣١٥٧)، وفي إسناده مجهولان انظر التلخيص (١٠٩/٢ - ١١٠).

أحدهما: أن تكون متفاوتة فالأسفل يأخذ ما بين سُرته وركبته، والثاني يأخذ من عُنقه إلى كَعْبِهِ، والثالث يستر جميع بدنه.

وأظهرهما: أنه ينبغي أن تكون مستوية في الطول والعرض يأخذ كل واحد منها جميع بدنه. واعلم أنه لا فرق في التَّكْفِينِ في الثلاث بين الرجل والمرأة، وإنما الفرق بينهما في الخمس، فهي في حق الرجل قميص وعمامة وثلاث لفائف، وفي المرأة القولان المذكوران، وإذا كان كذلك فإيراد الفرض في أقصر من لفظ الكتاب هَيِّنٌ - والله أعلم -.

قال الغزالي: **ثُمَّ يَذَرُ عَلَى كُلِّ لِفَافَةٍ حَنُوطٌ، وَيُوضَعُ المَيْتُ عَلَيْهِ، وَيَأْخُذُ قَدْرًا مِنَ القُطْنِ الحَلِيحِ وَيُدْسُهُ فِي الأَلْيَتَيْنِ، وَتُشَدُّ الأَلْيَتَانِ وَتُسْتَوْتَقُ، وَتَلْصَقُ بِجَمِيعِ مَنَافِذِ البَدَنِ مِنَ المَنْخَرَيْنِ والأَذْنَيْنِ والعَيْنَيْنِ قُطْنَةً عَلَيْهِمَا كَافُورٌ ثُمَّ يَلْفُ الكَفْنَ عَلَيْهِ بَعْدَ أَنْ يَبْخُرَهُ بِالْعُودِ وَيَشُدُّ عَلَيْهِ بِشِدَادٍ، وَيَنْزِعُ الشَّدَادَ عِنْدَ الدَّفْنِ.**

قال الرافعي: غرض الفصل الكلام في إدراج الميت في الكفن وتوابعه.

فبقول: تبخير الكفن بالعود مستحب إذا لم يكن الميت مُحْرَماً، وذلك بأن ينصب مشجَبٌ وتوضع الأكفان عليها ويجمرُ تحتها ليصيبها دُخَانُ العُودِ، ثم تبسط أحسن اللِّفَافِ وأوسعها ويذرُ عليها حَنُوطٌ، وتبسط الثانية فوقها ويذر عليها حنوط، وتبسط الثالثة التي تلي المَيْتِ فوقها ويذرُ عليها حنوط وكافور ثم يوضع الميت فوقها مستلقياً ويأخذ قدر من القطن الحليح ويجعل عليه حنوط وكافور ويدسُ في إَلْيَتَيْهِ حتى تتصل بالحلقة ليرد شيئاً عساه عند التَّحْرِيكِ ينفصل منه ولا يدخله في باطنه، وفيه وجه: أنه لا بأس به ثم تشد إَلْيَتَيْهِ وتستوثق وذلك بأن يأخذ خِرْقَةً ويشد رأسها ويجعل وسطها عند إَلْيَتَيْهِ وعانته ويشدها عليه فوق السُّرة بأن يرد ما يلي ظهره إلى سرتة ويعطف الشَّقَيْنِ الآخرين عليه. ولو شد شَقًّا من كل رأس على هذا الفَخِذِ ومثل ذلك على الفَخِذِ الثاني جاز أيضاً.

وقيل: يشدها عليه بالخيوط ولا يشق طرفيها ثم يأخذ شيئاً من القطن، ويضع عليه قدراً من الكافور الحنوط، ويجعله على مَنَافِذِ البَدَنِ مِنَ المَنْخَرَيْنِ والأَذْنَيْنِ والعَيْنَيْنِ والجِرَاحَاتِ النَّافِذَةِ إن كانت عليه دفعاً للهوام، ويجعل الطَّيِّبَ على مَسَاجِدِهِ، وهي الجَبْهَةُ، والأَنْفُ، وباطن الكَفَيْنِ، والركبتان، والقدمان إكراماً لها، وذلك بأن يجعل الطَّيِّبَ على قِطْعَةِ قُطْنٍ وتوضع على هذه المواضع. وقيل: يجعل عليها بلا قطن.

ثم يلفُ الكفن عليه بأن يشق من الثُّوبِ الذي يليه صنعته التي تلي شَقَّهُ الأيسر على شَقَّهُ الأيمن، والتي تلي شَقَّهُ الأيمن على شَقَّهُ الأيسر كما يفعل الحيّ بالقباء، ثم يلف الثاني والثالث كذلك.

وفيه قول آخر: أنه يبدأ بالشقة التي تلي شقّه الأيمن فيثنيها على شقّه الأيسر، ويجعل التي تلي الأيسر على اليمين غالباً، ولعلّ هذا أسبق إلى الفهم ممّا رواه المُرزِيّ في «المختصر»، لكن الأول أصحّ عند الجمهور ومنهم من قطع به.

وإذا لفّ الكفن عليه جمع الفاضل عند رأسه جمع العمامة ورد على وجهه وصدره إلى حيث يبلغ، وما فضل عند رجليه يجعل على القدمين والساقين.

وينبغي أن يوضع الميّتُ على الأكفان أولاً بحيث إذا<sup>(١)</sup> ألقيت عليه كان الفاضل عند رأسه أكثر، كما أن الحيّ يجعل فضل ثيابه على رأسه، وهو العمامة ثم تشتدّ الأكفان عليه بشداد خيفة انتشارها عند الحمل فإذا وضع في القبر نزع.

وفي كون التّحنيط واجباً أو مستحباً وجهان:

أظهرهما: عند المصنف وإمام الحرمين الثاني<sup>(٢)</sup>.

قال الغزالي: ثُمَّ يَحْمَلُ الْجَنَائِزَةَ ثَلَاثَةٌ رِجَالٍ رَجُلٌ سَابِقٌ بَيْنَ الْعَمُودَيْنِ وَرَجُلَانِ فِي مَوْجِرِ الْجَنَائِزَةِ، فَإِنْ عَجَزَ السَّابِقُ أَحَانَهُ رَجُلَانِ خَارِجَ الْعَمُودَيْنِ فَتَكُونُ الْجَنَائِزَةُ مَحْمُولَةً بَيْنَ خَمْسَةٍ أَوْ بَيْنَ ثَلَاثَةٍ، وَالْمَشْيُ قَدَامَ الْجَنَائِزَةِ أَفْضَلُ (ح) وَالْإِسْرَاعُ بِهَا أَوْلَى.

(١) قال النووي: مذهبتنا أن الصبي الصغير كالكبير في استحباب تكفينه في ثلاثة أثواب وقال الصميري: لا يستحب أن يعد لنفسه كفناً لثلاث يحاسب عليه. وهذا الذي قاله صحيح، إلا إذا كان من جهة يقطع بحلها، أو من أثر بعض أهل الخير من العلماء أو العباد، ونحو ذلك، فإنّ ادخاره حسن. وقد صح عن بعض الصحابة فعله. الروضة (١/٦٢٨).

(٢) وهذا التصحيح قد يستشكل فإن أموال العبد يحاسب عليها كلها بل لو ترك الذي يوص به حتى انتقل إلى الورثة فلا بد أن يحاسب عليه ولذا يعاقب عليه إن كان حراماً ولا شيء عليهم قال: علي - كرم الله وجهه - حلالها حساب وحرامها عقاب. نعم يصح أن يحمل كلام الشيخ - رحمه الله - على صورة. وهي السعي من تحصيله باتهاب أو غيره إذا لم يكن له مال غيره أصلاً. وقال الروياني: عندي أنه يستحب له ذلك إلى أعداد الكفن، وإذا عرف خلوه من الشبهة وهذه المسألة لها التفات إلى مسألة أخرى وهي ما إذا أوصى بالتكفين من يوم معين فهل يجب تكفينه فيه على وجهين حكاهما القاضي حسين في كتاب السرقة في كتابه المسمى أسرار الفقه وهو كتاب صغير الحجم نحو التنبيه ونقله عنه في الكفاية. قال: أعني القاضي وهما مبنيان على ما لو قال: قضى ديني من هذا المال وفي تعيينه وجهان مبنيان على ما لو أوصى بقضاء دينه ويخاص أهل الوصايا. وقوله - رضي الله عنه - وقد صح عن بعض الصحابة إشارة إلى ما في صحيح البخاري عن سهل بن سعد الساعدي أن النبي ﷺ كانت عليه بردة فطلبها رجل فأعطاه إياها فقال له الصحابة ما أحسنت مسألته وعلمت أنه لا يرد سائلاً فقال إني والله ما سألته إياها لألبسها وإنما سألته لتكون كفني. قال سهل: فكانت كفته (أخرجه البخاري ٣٧٣/٤ حديث (٢٠٩٣)).

قال الرافعي: ليس في حمل الجنائز ذنابة وسقوط مروءة بل هو بَرٌّ وأكرام للميت، وقد نقل ذلك عن فعل رسول الله ﷺ والصحابة والتابعين - رضوان الله عليهم أجمعين - ولا يتولاه إلا الرجال ذكراً كان الميت أو أنثى، ولا يجوز الحمل على الهيئات المزرية ولا على الهيئة التي يخاف منها السقوط. إذا عرفت ذلك ففي الفصل ثلاث مسائل:

إحداها: في كيفية الحمل وقد نقل طريقان:

أحدهما: الحمل بين العمودين.

يُروى أن النبي: «حَمَلَ جَنَازَةَ سَعْدِ بْنِ مُعَاذٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - بَيْنَ الْعَمُودَيْنِ»<sup>(١)</sup>.

ومعناه: أن يتقدم رجل فيضع الخشبَيْن الشَّخِصَيْن وهما العمودان على عاتقيه، والخشبة المعترضة بينهما على كتفيه، ويحمل مؤخرة الجنائز رجلان:

أحدهما: من الجانب الأيمن، والثاني من الأيسر، ولا يمكن أن يتوسط الخشبَيْن واحد من مؤخرهما، فإنه لا يرى موضع قدميه، والطريق بين يديه حيثنذ، فإن لم يستقل المتقدم بالحمل أعانه رجلان خارج العمودين يضع كل واحد منهما واحداً على عاتقه فتكون الجنائز محمولة على خمسة.

والثاني: التَّزْبِيعُ، روي عن ابن مسعود - رضي الله عنه - أنه قال: «إِذَا تَبِعَ أَحَدُكُمْ جَنَازَةً فَلْيَأْخُذْ بِجَوَانِبِ السَّرِيرِ الْأَرْبَعَةِ ثُمَّ لِيَتَطَوَّعَ بَعْدَ أَوْ لِيَدْرُ فَإِنَّهُ السُّنَّةُ»<sup>(٢)</sup>.

والتَّزْبِيعُ: أن يتقدم رجلان فيضع أحدهما العمود الأيمن على عاتقه الأيسر، والآخر العمود الأيسر على عاتقه الأيمن، ولذلك يحمل العمودين من مؤخرها اثنان فتكون الجنائز على هذه الهيئة محمولة على أربعة.

وقد نقل عن نَصِّ الشَّافِعِيِّ - رضي الله عنه - أن من أراد التَّبْرُكُ يحمل الجنائز من جوانبها الأربعة بدأ بالعمود الأيسر من مؤخرها فحمله على عاتقه الأيمن ثم يسلم إلى غيره، ويأخذ العمود الأيسر من مؤخرها فيحمله على العاتق الأيمن أيضاً ثم يتقدم فيعترض بين يديها لثلاً يكون ماشياً خلفها فيأخذ العمود الأيمن من مقدمها ويحمله على عاتقه الأيسر ثم يأخذ العمود الأيمن من مؤخرها، ولا شك أن ذلك إنما يتأتى والجنائز

(١) أخرجه الشافعي والبيهقي عنه معضلاً وأشار الشافعي إلى عدم ثبوته. انظر سنن البيهقي (٤/٢٠ - ٢١ - خلاصة البدر (١/٢٥٨)، التلخيص (٢/١١٠).

(٢) أخرجه أبو داود الطيالسي (٧٨٤)، وابن ماجه (١٤٧٨)، والبيهقي (٤/١٩ - ٢٠) وقال ابن الملتن إسناداه ضعيف منقطع. الخلاصة (١/٢٥٨) وأخرجه عبد الرزاق (٦٥١٧) والطبراني في الكبير (٩٥٩٧، ٩٥٩٨، ٩٥٩٩).

محمولة على هيئة التزييع فهذا شأن الطريقين، وكل واحد منهما جائز.

وحكى القاضي الرؤياني عن بعض الأصحاب: أن الأفضل الجمع بينهما بأن يحمل تارة هكذا وتارة هكذا، وإذا أراد الاقتصار على أحدهما فأيهما أفضل؟ المشهور في المذهب: أن الحمل بين العمودين أفضل. وعن أحمد: أن التزييع أفضل، وبه قال بعض أصحابنا. وعن مالك: أنهما سواء، وأشار صاحب «التقريب» إلى وجه يوافقه.

وقال أبو حنيفة: الحمل بين العمودين بدعة.

الثانية: المشي أمام الجنائز أفضل، وبه قال مالك، وروى مثله عن أحمد، ويروى عنه أنه إن كان راكباً صار خلفها، وإن كان راجلاً فقدمها. وقال أبو حنيفة: المشي خلفها أفضل. لنا ما روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - قال: «رَأَيْتُ النَّبِيَّ وَأَبَا بَكْرٍ، وَعُمَرَ - رضي الله عنهما - يَمْشُونَ أَمَامَ الْجِنَائِزِ»<sup>(١)</sup> والأفضل أن يكون قدامها قريباً منها بحيث لو التفت لراها<sup>(٢)</sup>، ولا يتقدمها إلى المقبرة، ولو تقدم لم يكره، ثم هو بالخيار إن شاء قام منتظراً لها، وإن شاء قعد؛ لما روي عن علي - رضي الله عنه - قال: «قَامَ رَسُولُ اللَّهِ مَعَ الْجِنَائِزِ حَتَّى تُوَضَّعَ وَقَامَ النَّاسُ مَعَهُ، ثُمَّ قَعَدَ بَعْدَ ذَلِكَ وَأَمَرَهُمْ بِالْقُعُودِ»<sup>(٣)</sup>. وقال أبو حنيفة وأحمد: يكره الجلوس حتى توضع الجنائز.

الثالثة: سُنَّةُ المشي بالجنائز الإسراع إلا أن يخاف من الإسراع تغييراً في الميت، فيتأني بها، والإسراع فوق المشي المعتاد دُونَ الْخَبَبِ، روي أن النَّبِيَّ «سُئِلَ عَنِ الْمَشْيِ بِالْجِنَائِزِ، فَقَالَ دُونَ الْخَبَبِ فَإِنَّ يَكُ خَيْرًا عَجَلْتُمُوهُ إِلَيْهِ، وَإِنْ يَكُ شَرًّا فُبُعْدًا لِأَهْلِ النَّارِ»<sup>(٤)</sup>. وإن خيفَ عليه تغييرٌ وانفجار زيد في الإسراع.

(١) أخرجه أبو داود (٣١٧٩)، والترمذي (١٠٠٧)، والنسائي (٥٦/٤) وأحمد (٨/٢)، ٣٧، ١٢٢، (١٤٠) وابن حبان (٧٦٦، ٧٦٧، ٧٦٨)، والدارقطني (٧٠/٢)، والبيهقي (٢٣/٤) وانظر الخلاصة للبدر (٢٥٨/١).

(٢) وفيه نظر لأن الرواية تحصل مع البعد عنها والوجه الضبط بالقرب ويختلف ذلك قلة القوم وكثرتهم ولو تقدم عنها كثيراً بحيث لا يعده من رآه مشياً لها لم تحصل له فضل التشيع ويكره للنساء التشيع إذا لم يتضمن حراماً وقيل يحرم.

(٣) أخرجه البيهقي (٢٧/٤ - ٢٨)، ومسلم نحوه (٩٦٢) وقال الشافعي: هو أصح حديث في الباب، وناسخ لغيره.

(٤) أخرجه أبو داود (٣١٨٤)، والترمذي (١٠١١) وقال: غريب، وسمعت البخاري بضعفه، وابن ماجه (١٤٨٤) والبيهقي (٢٢٢/٤) وقال: حديث ضعيف، وفي إسناده مجهول وقال ابن الملقن (٢٥٩/١) وفي الصحيح من رواية أبي هريرة ما يعني عنه.



## الْقَوْلُ فِي الصَّلَاةِ

قال الغزالي: وَالنَّظْرُ فِي أَرْبَعَةِ أَطْرَافٍ: الْأَوَّلُ، فِيمَنْ يُصَلِّي عَلَيْهِ، وَهُوَ كُلُّ مَيِّتٍ مُسْلِمٍ لَيْسَ بِشَهِيدٍ، أَخْتَرْنَا بِالْمَيِّتِ عَنْ عَضْوِ أَدْمِي فَإِنَّهُ لَا يُصَلِّي عَلَيْهِ إِلَّا إِذَا عَلِمَ بِمَوْتِ صَاحِبِهِ فَيُصَلِّي عَلَى صَاحِبِهِ وَإِنْ كَانَ غَائِبًا، وَيَتَسَلَّ الْعَضْوُ وَيُوَارِي بِخِرْقَةٍ وَيُدْفَنُ.

قال الرافعي: حصر حجة الإسلام - رحمه الله - عليه بقية الكلام في صلاة الميت في أربعة أطراف للحاجة إلى النظر فيمن يصلى عليه، ومن لا يصلى عليه، وفي أركان هذه الصلاة وشرائطها.

الأول: فيمن صلى عليه، ويعتبر فيه ثلاثة قيود. أن يكون ميتاً، مسلماً، غير شهيد. فأما قيد المسلم فيتعلق به مسألتان يشتمل الفصل على إحداهما، وهي ما إذا وجدنا بعض مسلم دون باقيه مثل إن أكله السبع، فلا يخلو إما أن يكون قد يعلم موت صاحبه أو لا يعلم، فإن لم يعلم فلا يصلى عليه، وإن علم موته صلى عليه قل الموجود أم كثر، وبه قال أحمد خلافاً لأبي حنيفة حيث قال: «لا يصلى عليه إلا أن يكون أكثر من النصف» ويروى عن مالك مثله.

لنا أن الصحابة - رضي الله عنهم - صَلُّوا عَلَى يَدِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَتَّابِ بْنِ أُسَيْدٍ - رضي الله عنه - أَلْقَاهَا طَائِرٌ بِمَكَّةَ فِي وَقْعَةِ الْجَمَلِ وَعَرَفُوا أَنَّهَا يَدُهُ بِخَاتَمِهِ<sup>(١)</sup>.

وهذا في غير الشعر والظفر ونحوها، وفي هذه الأجزاء وجهان:

أقربهما: إلى إطلاق الأكثرين أنها كغيرهما، نعم قال في «العدة»: إن لم يوجد إلا شعرة واحدة فلا يصلى عليها. في ظاهر المذهب، إذ لا حرمة لها ومتى شرعت الصلاة، فلا بد من الغسل والمُوَارَاةَ بِخِرْقَةٍ<sup>(٢)</sup>.

وأما الدفن فلا يختص [بما إذا علم]<sup>(٣)</sup> بموت صاحب العضو، بل ما ينفصل من الحي من ظفر وشعر وغيرهما يستحب لهم دفنها، وكذلك يُوَارِي دَمَ الْقَضْدِ وَالْحَجَامَةِ

(١) أخرجه الزبير بن بكار في الأنساب، ورواه الشافعي بلاغاً، انظر خلاصة البدر (١/٢٧٩) والتلخيص (٢/١٤٤).

(٢) ومحلها فيما إذا كان الموجود في العورة فإن كان في غيره لم يجب ستره على ما تقدم في أصل الكفن. واستدل للصلاة على العضو بأن الصحابة صلوا على يد عبد الرحمن بن عوف ألقاها طائر بمكة لما مات بوقعة الجمل فعرفوها بخاتمه. وقال في القوت عن قولهما الأقرب إلى كلام الأكثرين فيه نظر. فإن الجمهور عبروا بالعضو في إطلاقهم على الشعر وقول شرح المذهب غريب المذهب أنه لا يصلي.

(٣) سقط من ط.

والعَلَقَةُ والمُضَغَّةُ تَلْفِيهَما المرأة، وإذا وجد بعض ميت أو كله ولم يعلم أنه مسلم، فإن كان في دار الإسلام صلى عليه، لأن الغالب في الإسلام المسلمون.

وقوله: «إلا إذا علم موت صاحبه» يبين أنه لا صلاة فيما إذا علم حياة صاحبه، وفيما إذا لم يعلم موته ولا حياته، فإن كل واحدة من الحالتين تبقى في المستثنى منه.

وقوله: «فيصلى على صاحبه» معلم بالحاء والميم، وفيه إشارة إلى أن الصَّلَاة ليست على نفس العضو وإنما هي على الميت ولا ينوي إلا الصلاة على جملته، وقد صرح بهذا القَاضِي الروياني وغيره، وكلام من قال: يصلي على العضو محمول عليه، فإن قلت: هذا حسن لكنه استثنى الحالة التي حكم فيها بأنه يصلي على صاحبه من قوله: «فإنه لا يصلي عليه»، وفي هذه الحالة لا يصلي على العضو أيضاً فكيف ينتظم الاستثناء. فالجواب: أن قوله: لا يصلي عليه أي على صاحبه، كما أن قول من قال: يصلي على العضو محمول عليه، وحيث ينتظم الاستثناء.

وقوله: «وإن كان غائباً» يشير إلى أن غَيْبَةَ باقي الشَّخْص لا تضر، فإننا نجوز الصَّلَاة على الغالب كله، فعلى الغائب بعضه أولى، ولذلك قال إمام الحرمين: حقيقة الخلاف بيننا وبين أبي حنيفة - رحمه الله - في العضو يستند إلى أن الصَّلَاة على الغائب صحيحة - وهو لا يراها - ويربط الصلاة بما شهد وحضر.

قال الغزالي: وَكَذَا السَّقْطُ الَّذِي لَمْ يَظْهَرْ فِيهِ التَّخْطِيطُ لَا يُغَسَّلُ وَلَا يُصَلَّى عَلَيْهِ، فَإِنْ ظَهَرَ التَّخْطِيطُ فِيهِ الْغَسْلُ قَوْلَانِ، فَإِنْ غُسِّلَ فِيهِ الصَّلَاةُ قَوْلَانِ مَنشُؤُهُمَا التَّرُدُّ فِي الْحَيَاةِ، وَعَلَى كُلِّ حَالٍ يُوَارَى بِخَرْقَةٍ وَيُدْفَنُ، فَإِنْ أَخْتَلَجَ بَعْدَ الْأَنْفِصَالِ فَالصَّلَاةُ عَلَيْهِ أَوْلَى (ح م)، فَإِنْ صَرَخَ وَأَسْتَهَلَّ فَهُوَ كَالكَبِيرِ.

قال الرافعي: المسألة الثانية في السَّقْطِ وله حالتان<sup>(١)</sup>:

إحدهما: أن يستهل أو ييكي، فهو والكبير سواء؛ لأننا تيقنا حياته وموته بعد الحياة، وقد روي أنه ﷺ قال: «إِذَا اسْتَهَلَّ السَّقْطُ صَلَّيْ عَلَيْهِ»<sup>(٢)</sup>.

والثانية: أن لا يتيقن حياته باستهلال وغيره، فإما أن يُعْرَى عن أمارات الحياة

(١) وقد نظمها بعض أهل العلم فقال:

والسقط كالكبير في الوفاه  
أو خفيت وخلفه قد ظهرا  
أو اختفى أيضاً ففيه لم يجب  
شيء وستر ثم دفن قد ندب

(٢) أخرجه الترمذي (١٠٣٢) وابن ماجه (١٥٠٨) وانظر التلخيص (١١٣/٢ - ١١٤).

كالاختلاج ونحوه أو يوجد شيء من ذلك، فإن عرى فينظر هل بلغ حداً يمكن نفخ الروح فيه؟ وهو أربعة أشهر فصاعداً أم لا؟ فإن لم يبلغه فلا يصلى عليه، وهل يغسل؟ فيه طريقتان:

أصحهما: لا، كما لا يصلى عليه، فإن حكم كل واحد منهما حكم من عرض له الموت، وعروض الموت يستدعى سبق الحياة.

والثاني: فيه قولان وسنذكر الفرق بين الغسل والصلاة، وإن بلغ أربعة أشهر فصاعداً فهل يصلى عليه؟ فيه قولان:

أحدهما - وينسب إل القديم - نعم إذا ورد في الخبر: «أَنَّ الْوَلَدَ إِذَا بَقِيَ فِي بَطْنِ أُمِّهِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ يُنْفَخُ فِيهِ الرُّوحُ»<sup>(١)</sup>، ويحكى عن «الأم» والبويطي: أنه لا يصلى عليه ويوجه بالخبر الذي سبق، فإن ظاهره يقتضي اشتراط الاستهلال.

وأيضاً بأنه لا يرث ولا يورث، فلا تجب الصلاة عليه كما لو سقط لدون أربعة أشهر. وفي الغسل طريقتان:

أظهرهما: القطع بأنه يغسل.

والثاني: فيه قولان.

والفرق أن الغسل أوسع باباً من الصلاة، ألا ترى أن الدُمي لا يصلى عليه ويغسل، وأما إذا اختلج بعد الانفصال وتحرك ففي الصلاة عليه قولان:

أحدهما: لا يصلى عليه، وبه قال مالك لعدم تيقن الحياة بخلاف الاستهلال.

وأظهرهما: أنه يصلى عليه لظهور احتمال الحياة بسبب الأمانة الدالة عليها، ومنهم من قطع بأنه يصلى عليه، وفي الغسل هذان الطريقتان لكن القطع في الغسل أظهر منه في الصلاة. ثم نعود إلى ما يتعلق بلفظ الكتاب. أما قوله: «السَّقَطُ الَّذِي لَمْ يَظْهَرِ فِيهِ التَّخْطِيطُ». وقوله: «ظهر فيه التخطيط» فيعلم أن المراد منه ظهور خلقة آدمي، وهذه العبارة حكاهما إمام الحرمين عن الشيخ أبي علي، وعبارة الجمهور التي قدمناها، وهي: أن ينظر هل بلغ حد نفخ الروح أم لا؟

قال الإمام: ويمكن أن يقال: الاختلاف في مَعْنَى العبارة، ومهما بدأ التخليق فقد دخل أو ان نفخ الروح، وإن لم يَبْدُ لم يدخل، وقد يظن تخلُّل زمان بين أوائل التخليق وبين جريان الروح فإن كان هكذا اختلف الطريقتان - والله أعلم - . وقوله: «وإن ظهر التخطيط» أي: ولم يختلج ولا تحرك. أما: إذا اختلج فقد ذكره من بعد. قوله: «وإن

(١) أخرجه البخاري (٣٢٠٨، ٣٣٣٢) (٦٥٩٤، ٧٤٥٤)، ومسلم (٢٦٤٣).

غسل ففي الصلاة قولان» ترتيب الصلاة على الغسل إن قلنا: لا يغسل فلا يصلى عليه، وإن قلنا: يغسل ففي الصلاة قولان: وإذا جمعنا بينهما قلنا: فيه ثلاثة أقوال:

ثالثها: الفرق بين الغسل والصلاة.

وقوله: منشأهما التردد في الحياة، أي: في منشأ القولين فيهما جميعاً، لا في الصلاة وحدها، وإن كان مذكوراً بعد ذكر قولين الصلاة.

وقوله: «وعلى كل حال يوارى بخرقة ويدفن»، المواراة قد تكون على هيئة التكفين على ما سبق بيانها، وقد تكون على غير تلك الهيئة، فما لم يظهر فيه خلقة الآدمي، يكفي فيه المواراة كيف كانت وبعد ظهور خلقة الآدمي حكم التكنفين حكم الغسل. وقوله: «عند الأختلاج فالصلاة عليه أولى» أي: من الصلاة عند عدم الأختلاج، وهو جواب على طريقة طرزد القولين والحالة هذه، وقد حكينا فيها قطع قاطعين بأنه يصلى عليه، فإنه يجوز أن يعلم قوله: «فالصلاة عليه أولى» بالواو وإشارة إليه.

قوله: فإن صرخ واستهل هو الحالة الأولى في ترتيب الشرح.

قال الغزالي: وَأَخْتَرْنَا بِالْمُسْلِمِ عَنِ الْكَافِرِ فَإِنَّهُ لَا يُصَلَّى عَلَيْهِ ذِمِّيًّا كَانَ أَوْ حَرْبِيًّا لِكِنَّ تَكْفِينِ الذَّمِّيِّ وَدَفْنَهُ مِنْ فُرُوضِ الْكِفَايَاتِ وَفَاءً بِذِمَّتِهِ. وَقِيلَ: لَا ذِمَّةَ بَعْدَ الْمَوْتِ فَهُوَ كَالْحَرْبِيِّ، وَلَوْ أَخْتَلَطَ مَوْتَى الْمُسْلِمِينَ بِالْمُشْرِكِينَ غَسَلْنَا جَمِيعَهُمْ وَكَفَّنَاهُمْ تَقْصِيًّا عَنِ الْوَجِبِ، ثُمَّ عِنْدَ الصَّلَاةِ يَمَيِّزُ الْمُسْلِمُونَ بِالنِّيَّةِ.

قال الراعي: القيد الثاني كونه مسلماً، فلا تجوز الصلاة على الكافر حربياً كان أو ذمياً. قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَصَلُّ عَلَى أَحَدٍ مِنْهُمْ مَاتَ أَبَدًا﴾<sup>(١)</sup>.

ولا يجب على المسلمين غسله أيضاً، ذمياً كان أو حربياً لكن يجوز خلافاً لمالك - رحمه الله - . لنا: أَنَّ النَّبِيَّ «أَمَرَ عَلِيًّا - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - بِغَسْلِ أَبِيهِ أَبِي طَالِبٍ»<sup>(٢)</sup> وأقاربه الكفار أولى بغسله من المسلمين، وأما التكنفين والدفن فينظر إن كان الكافر ذمياً، ففي وجوبهما على المسلمين وجهان:

أظهرهما: يجب وفاة لذمته، كما يجب أن يطعم ويكسى في حياته.

والثاني: لا يجب فإن لم نلتزم إلا الذب عنه في حياته والذمة قد انتهت بالموت

(١) سورة التوبة، الآية ١٠٣.

(٢) أخرجه أحمد (٩٧/١)، وأبو داود (٣٢١٤)، والنسائي (٧٩/٤ - ٨٠).

وإن كان حربياً ففي الكتاب إشعار بأنه لا يجب تكفينه ولا دفنه بلا خلاف؛ لأنه ألحق الذمي به في الوجه الثاني، لكن صاحب «التهديب» فرق بين الأمرين، فقال: لا يجب تكفينه؛ لأن النبي «أَمَرَ بِالْقَاءِ قَتْلَى بَدْرٍ فِي الْقَلْبِ عَلَى هَيْئَاتِهِمْ»<sup>(١)</sup>. وفي وجوب موارته وجهان: أحدهما: يجب؛ لأن النبي أمر بها في قتلَى بدر<sup>(٢)</sup>.

والثاني: لا يجب بل يجوز إغراء الكلاب عليه فإن فعل فذاك، لثلا يتأذى الناس برائحته وكذلك حكم المرتد. إذا عرفت ذلك فلو اختلط موتى المسلمين بموتى المشركين ولم يتميزوا بأن انهدم عليهم سقف مثلاً وجب غسل جميعهم والصلاة عليهم. وبه قال مالك وأحمد ثم إن صلى عليهم دفعه جاز، ويقصد المسلمين منهم بنيتة، وإن صلى عليهم واحداً واحداً جاز أيضاً وينوي الصلاة عليه إن كان مسلماً، ويقول: «اللهم اغفر له إن كان مسلماً»، وعند أبي حنيفة - رحمه الله - لا يصلى عليهم إلا أن يكون المسلمون أكثر. لنا أن الصلاة على المسلمين واجبة بالتصوُّص ولا سبيل إلى إقامة الواجب هاهنا إلا بهذا الطريق.

قال الغزالي: وَأَمَّا الشَّهِيدُ فَلَا يُغَسَّلُ (ح) وَلَا يُصَلَّى عَلَيْهِ، وَالشَّهِيدُ مَنْ مَاتَ بِسَبَبِ الْقِتَالِ مَعَ الْكُفَّارِ فِي وَقْتِ قِيَامِ الْقِتَالِ فَإِنْ كَانَ فِي قِتَالِ أَهْلِ الْبَغْيِ أَوْ مَاتَ حَتْفَ أَنْفِهِ فِي قِتَالِ الْكُفَّارِ أَوْ قَتَلَهُ الْحَرْبِيُّ اغْتِيَالًا مِنْ غَيْرِ قِتَالٍ أَوْ جَرِحَ فِي الْقِتَالِ وَمَاتَ بَعْدَ أَنْفِصَالِ الْقِتَالِ وَكَانَ بِحَيْثُ يُقَطَّعُ بِمَوْتِهِ فِيهِ الْكُلُّ قَوْلَانِ مَنَشُؤُهُمَا التَّرَدُّدُ فِي أَنَّ هَذِهِ الْأَوْصَافَ هَلْ هِيَ مُؤَثَّرَةٌ أَمْ لَا؟ أَمَّا الْقَتِيلُ ظُلْمًا مِنْ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ أَوْ بَاغٍ أَوْ الْمَبْطُونُ أَوْ الْغَرِيبُ يُغَسَّلُونَ وَيُصَلَّى عَلَيْهِمْ.

قال الرافعي: القيد الثالث لمن يصلى عليه ألا يكون شهيداً، فالشهيد لا يصلى عليه ولا يغسل أيضاً، وبه قال مالك خلافاً لأبي حنيفة في الصلاة، وبه قال أحمد في رواية واختاره المزني. لنا أن جابراً وأنساً - رضي الله عنهما - روايا: أن النبي «لَمْ يُصَلَّ عَلَى قَتْلَى أَحَدٍ، وَلَمْ يُغَسَّلْهُمْ»<sup>(٣)</sup>. ولا فرق بين الرُّجُلِ والمرأة والحُرِّ والعبد والبالغ والصبي. وعند أبي حنيفة الصبي كسائر الموتى يغسل، ثم ما المعنى بقولنا: «لا يغسل ولا يصلى عليه»، يعني به: أنهما لا يجبان، أو يحرمان. وأما الصلاة ففي «النهاية» و«التهديب» ذكر وجهين في جوازها:

(١) أخرجه مسلم من حديث أنس (٢٨٧٤).

(٢) قال الحافظ ابن حجر في التلخيص (١١٥/٢) أخرجه الحاكم من حديث يعلى بن مرة.

(٣) أخرجه البخاري (٤٠٧٩).

أظهرهما: أنها غير جائزة، ولو جازت لوجب كالصلاة على سائر الموتى.

**والثاني:** أنها جائزة، وإنما تترك رُخْصَةً لمكان الأشتغال بالحرب، وهذا ما صححه الشيخ أبو محمد فيما علق عليه، وأما الغسل فقد أطلق في «التهديب» المنع منه، وذكر الإمام: أنه لا سبيل إليه، وإن جوزنا الصلاة إذا أدى غسله إلى إزالة دم الشهادة، فإن لم يكن عليه دم ففي غسله تردد، كما في الصلاة إذا تكرر ذلك فلا بد من معرفة الشهيد. واعلم: أن اسم الشهيد قد يخص في الفقه بمن لا يغسل ولا يصلى عليه، وعلى هذا فقول: «والشَّهيد من مات بسبب القتال...» إلى آخره، مجرى على ظاهره، وقد يسمى كل مقتول ظلماً شهيداً، وهو أظهر ألا ترى أن الشافعي - رضي الله عنه - يقول في «المختصر»: «والشَّهداء الذين عاشوا وأكلوا الطعام...» إلى أن قال: «كغيرهم من الموتى» أثبت اسم الشهادة مع الحكم بأنهم كسائر الموتى، وعلى هذا فقول في الكتاب: «والشَّهيد من مات» أي: والشَّهيد الذي ذكرنا أنه لا يغسل، ولا يصلى عليه، وعلى هذا الاصطلاح نقول: الشهداء نوعان:

**أحدهما:** الذين لا يغسلون ولا يصلى عليهم، وضبط في الكتاب فقال: «والشَّهيد من مات بسبب القتال مع الكفار في وقت قيام القتال» وقد اشتمل على ثلاثة معان:

الموت بسبب القتال، وكونه قتال الكفار، وكون الموت في قيام القتال ويدخل فيه ما إذا قتله مشرك، وما إذا أصابه سلاح مسلم خطأ، أو عاد إليه سهمه، أو تردى في حملته في وَهْدَةٍ، أو سقط على فرسه، أو رَفَسَتْه دَابَّةٌ فمات، وما إذا انكشف الحزب عن قتيل من المسلمين سواء كان عليه أثر أم لا؛ لأن الظاهر موته بسبب من أسباب القتال، ويحتمل أنه مات لِسَقَطَةٍ وغيرها، فلم يظهر عليه أثر. وعند أبي حنيفة وأحمد: إن لم يكن عليه أثر غُسل وصلى عليه، ومهما فقد أحد المعاني التي يتركب عنها الضَّابط، ففي ثبوت حكم الشهادة خلاف، ويتبين ذلك بمسائل:

**إحداها:** المقتول من أهل العَدْلِ في مُعْتَرَكِ أهل البغي، هل يغسل ويصلى عليه؟ فيه قولان:

**إحداهما:** لا، وبه قال أبو حنيفة في الغسل كالمقتول في معترك الكفار، ويروى أن علياً - رضي الله عنه - «لَمْ يُغْسَلْ مَنْ قُتِلَ مَعَهُ»<sup>(١)</sup>، وَأَوْصَى عَمَّارٌ - رضي الله عنه - بِأَنْ لَا يُغْسَلَ<sup>(٢)</sup>.

(١) قال ابن عبد البر جاء من طرق صحاح أن زيد بن صوحان قال: لا تنزعوا عني ثوباً ولا تغسلوا عني دماً وادفوني في ثيابي، وقتل يوم الحمل. انظر التلخيص (١٤٤/٢).

(٢) أخرجه البيهقي (١٧/٤)، وصححه ابن السكن.

والثاني: وبه قال مالك: نعم؛ لأنه قتل مسلم، فأشبه ما لو قتله في غير القتال. واحتج لهذا القول بأن أسماء «عَسَلَتْ أَبْنَهَا أَبْنُ الزُّبَيْرِ - رضي الله عنهم - وَلَمْ يُتَكَّرْ عَلَيْهَا مُتَكَّرًا»<sup>(١)</sup>. وعن أحمد روايتان كالقولين، وذكر قول منهم صاحب «العدة»: أن القول الأول أصح، لكن الجمهور على ترجيح الثاني، والقولان منصوصان في «المختصر»، في كتاب «قتال أهل البغي»، ولا خلاف عندنا في أن الباغِي إذا قتله العادل يغسل، ويصلى عليه. وقال أبو حنيفة: «لا يصلى عليه عقوبة له»، ومن قتله القُطَاع من الرِّقَّة فيه طريقتان:

أحدهما: أن حكمه على القولين في العادل إذا قتله أهل البغي.

والثاني: أنه ليس بشهيد جزماً.

والفرق: أن قتالهم مع أهل العدل على تأويل الدين بخلاف القطع.

الثانية: لو مات في مُعْتَرَك الكفار لا بسبب من أسباب القتال ولكن مفاجأة أو لمرض، فقد حكى الإمام عن شيخه فيه وجهين:

أصحهما: أنه ليس بشهيد، ولم يذكر في «التَّهذِيب» سواه.

ووجهه أن الأصل وجوب الغُسل والصَّلَاة، وخالفناه فيما إذا مات بسبب من أسباب القتال تعظيماً لأمره، وحثاً للناس عليه.

الثالثة: لو دخل الحزبيُّ بلاد الإسلام فقتل مسلماً اغتياً من غير قتال، فقد ذكر الإمام أن الشيخ أبا علي حكى فيه وجهين، والأصح المشهور: أنه لا يثبت له حكم الشهادة.

الرابعة: لو جرح في القتال ومات بعد انقضائه ففي ثبوت حكم الشهادة قولان:

أحدهمكا: يثبت؛ لأنه مات بمجرد وجد فيه، فأشبه ما لو مات قبل انقضائه.

وأظهرهما: وبه قال أحمد، فيما رواه صاحب «الشامل»: وغيره. أنه لا يثبت لأنه عاش بعد انقضاء الحرب، كما لو مات بسبب آخر، ولا فرق على القولين بين أن يطعم أو يتكلم أو صلى وبين أن لا يفعل شيئاً من ذلك، ولا بين أن يمتدَّ الزمان أو لا يمتدَّ، وقال مالك: إن امتدَّ الوقت أو أكل غسل وصلى عليه، وإلا فلا.

وقال أبو حنيفة: إن أطعم أو تكلم أو صلى فهو كسائر الموتى، وللقولين

شرطان:

(١) البيهقي من حديث أيوب عن إلى مليكة. انظر التلخيص (٢/١٤٤، ١٤٥).

أحدهما: قد تعرّض له في الكتاب أن يقطع بموت من تلك الجراحة فأمّا إذا توقع بقاؤه فمات بعد انقضاء القتال فليس بشهيد بلا خلاف.

والثاني: أن تبقى فيه حياة مستقرّة، ثم يموت بعد انقضاء القتال، فأما إذا انقضى القتال وليس به إلا حركة المذبوح، فهو شهيد بلا خلاف، وهذه المسائل الأربع بأسرها المذكورة في الكتاب، وقد تبين بما ذكرناه أن الأظهر فيها جميعاً انتفاء الشهادة واعتبار المعاني الثلاثة في الضابط. وأعلم قوله: «في وقت قيام القتال» بالحاء والميم؛ لأنهما لا يعتبران قيام القتال، وإنما مذهبهما ما قدمناه.

وقوله: «ففي الكل قولان» فيه إثبات قولين في الصور الأربع، انهما مشهوران في الأولى والرابعة، وأما الثانية والثالثة فلم تر للمعظم فيهما حكاية القولين، وإنما ذكر من الخلاف وجهين ويجوز أن يعلم قوله: «قولان» بالواو؛ لأن في «النهاية» حكاية طريقة في الصورة الرابعة مفصلة، وهي أنه إن مات قريباً فففيه قولان، وإن بقي أياماً ثم مات فليس بشهيد قطعاً، والذي في الكتاب إثبات قولين على الإطلاق.

وقوله: «منشأهما التردد في أن هذه الأوصاف هل هي مؤثرة أم لا» يعني الأوصاف الثلاثة المذكورة في الضابط هل هي مؤثرة في موضع الإثبات أم لا؟ وليس في هذا القدر من التوجيه كثير فائدة، فإن الفقيه لا يشك في أننا إذا أبطنا حكماً بأمر، واختلفنا في بقاء ذلك الحكم مع فوات بعض الأمور فقد اختلفنا في تأثيره، وإنما المهم النظر في أنه لم يعتبر أو يلغى.

النوع الثاني من الشهداء: العارون عن الأوصاف المذكورة جميعاً، فهم كسائر الموتى يغسلون ويصلى عليهم، وإن ورد لفظ الشهادة فيهم، كالمبطنون والغريب والغريق والميت عشقاً والميتة طلقاً، وكذا الذي قتله ظلماً مسلم أو آدمي أو باغ في غير القتال حكمه حكم سائر الموتى.

وبه قال مالك، وهو رواية عن أحمد خلافاً لأبي حنيفة، حيث قال: كل من قتل ظلماً قتلاً يوجب القصاص فهو شهيد، وإن وجب به المال فلا يخرج من ذلك أن المقتول بالمتقّل ليس بشهيد فيما نحن فيه، ولم يعتبر في القتال ذلك، بل أثبت حكم الشهادة سواء قتل بالمتقّل أو بالمحدّد. وقال أحمد في رواية: كل مقتول ظلماً فهو شهيد. لنا أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - غسل، وصلي عليه<sup>(١)</sup>، وكذلك

(١) أخرجه مالك في الموطأ والشافعي عنه ورواه البيهقي، ورواه الحاكم من طريق معاوية بن عمر وعن زائدة عن ليث عن نافع عن ابن عمر.



عثمان<sup>(١)</sup> - رضي الله عنه - وقد قتل ظلماً بالمحدد.

قال الغزالي: وَكَذَا الْقَتِيلُ بِالْحَقِّ قِصَاصاً أَوْ حَدّاً لَيْسَ بِشَهِيدٍ، وَتَارِكُ الصَّلَاةِ يُصَلَّى عَلَيْهِ (و) وَقَاطِعُ الطَّرِيقِ يُقْتَلُ أَوَّلًا وَيُصَلَّى عَلَيْهِ وَيُغَسَّلُ وَيُكْفَنُ ثُمَّ يُصَلَّبُ مُكْفَنًا عَلَى قَوْلٍ، وَعَلَى قَوْلٍ: يُقْتَلُ مَضْلُوبًا ثُمَّ يَنْزَلُ وَيُغَسَّلُ وَيُصَلَّى عَلَيْهِ وَيُدْفَنُ، وَمَنْ رَأَى أَنَّهُ يُقْتَلُ مَضْلُوبًا وَيَبْقَى فَقَدْ قَالَ: لَا يُصَلَّى عَلَيْهِ.

قال الرافعي: إذا تبين أن المقتول ظلماً ليس بشهيد إذا لم يكن بالصفات المقدمة، فالقتيل حقاً أولى أن لا يكون شهيداً.

وقد روي أن النبي ﷺ «رَجِمَ الْعَامِدِيَّةَ، وَصَلَّى عَلَيْهَا»<sup>(٢)</sup>. وذكر في الكتاب مما يتفرع على هذا الأصل صورتين، وذكرهما في غير هذا الموضوع.

إحدهما: أن تارك الصلاة يصلى عليه ويغسل؛ لأنه مسلم مقتول حقاً، وعن صاحب «التلخيص» بأنه لا يصلى عليه؛ لأنه تارك الصلاة في حياته فترك الصلاة عليه. وقال أيضاً: لا يغسل ولا يكفن ويطمس قبره تغليظاً عليه.

الثانية: غسل قاطع الطريق والصلاة عليه، تبنى على كيفية إقامة الحد عليه، وفي قتله وصلبه إذا اقتضى الحال الجمع بينهما خلافاً على ما سيأتي شرحه وتفصيله في موضعه إن شاء الله تعالى.

وأظهر القولين: أنه يقدم القتل على الصلْب، فيقتل ثم يغسل ويصلى عليه ثم يصلب مكفناً.

والقول الثاني: أنه يقدم الصلْب ثم يقتل. وبه قال أبو حنيفة - رحمه الله -، وعلى القولين إذا صلب فهو ينزل بعد ثلاثة أيام أو يبقى حتى يتهرى، فيه وجهان:

فإن قلنا بالوجه الأول تفريعاً على القول الثاني فيغسل بعد ما ينزل ويصلى عليه.

وإن قلنا بالوجه الثاني تفريعاً عليه فلا يغسل ولا يصلى عليه، وهذا ما أشار إليه بقوله: «ومن رأى أنه يقتل ويبقى فقد قال: لا يصلى عليه».

قال إمام الحرمين: وكان لا يمتنع أن يقتل مصلوباً، وينزل فيغسل ويصلى عليه ثم

(١) أخرجه أبو نعيم في المعرفة من طريق عبد الملك بن الماجشون عن مالك، وقال ابن الملقن غريب بل روى البغوي في معجمه، وكذا أبو نعيم في معرفة الصحابة أنه لم يغسل بإستناد لا أعلم به بأساً. انظر خلاصة البدر (٢٨٠/١) التلخيص (١٤٥/٢).

(٢) أخرجه مسلم (١٦٩٥).

يرد، ولكن لم يذهب إليه أحد. وقوله: «ويصلى عليه» مرقوم بالحاء؛ لأنه يقول: لا يصلى على قاطع الطريق عقوبة له كما ذكر في الباغي.

وحكى في «النهاية» طريقة أخرى غير مبنية على كيفية عقوبة قاطع الطريق، فقال: قال بعض الأصحاب: لا يغسل ولا يصلى عليه استهانة به وتحقيراً لشأنه، فيجوز أن يعلم قوله في الكتاب في موضعين من الفصل: «ويغسل ويصلى عليه» بالواو، إشارة إلى هذه الطريقة، وليست هي بالوجه المذكور في قوله: «ومن رأى أنه يقتل مصلوباً...» إلى آخره؛ لأنه مبني على كيفية عقوبته.

قال الغزالي: ثُمَّ الشَّهِيدُ لَا يُغَسَّلُ وَإِنْ كَانَ جُنْبًا، وَهَلْ يَزَالُ أَثَرُ النَّجَاسَةِ الَّتِي لَيْسَتْ مِنْ أَثَرِ الشَّهَادَةِ؟ فِيهِ خِلَافٌ، وَثِيَابُهُ الْمُلَطَّخَةُ بِالدَّمِ تُتْرَكُ عَلَيْهِ مَعَ كَفِّهِ إِلَّا أَنْ يَنْزِعَهُ الْوَارِثُ، وَيَنْزِعُ مِنْهُ الدَّرْعَ وَثِيَابَ الْقِتَالِ. قال الرافعي: الفصل يشتمل على ثلاث صور:

إحداها: لو استشهد جنب هل يغسل؟ فيه وجهان:

أصحهما: لا؛ وهو المذكور في الكتاب.

وبه قال مالك؛ لأن حَنْظَلَةَ بْنَ الرَّاهِبِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - «قُتِلَ يَوْمَ أُحُدٍ وَهُوَ جُنْبٌ، فَلَمْ يُغَسَّلْهُ النَّبِيُّ ﷺ وَقَالَ: رَأَيْتُ الْمَلَائِكَةَ تُغَسِّلُهُ»<sup>(١)</sup>.

والثاني: وبه قال أحمد وابن سريج وابن أبي هريرة: يغسل؛ لأن الشهادة إنما تؤثر في غسل وجب بالموت، وهذا الغسل كان واجباً قبله، والوجهان متفقان على أنه لا يصلى عليه، وعند أبي حنيفة يغسل ويصلى عليه.

الثانية: لو أصابته نجاسة لا بسبب الشهادة فهل تغسل تلك النجاسة عنه.

قال إمام الحرمين: حاصل القول فيه أوجه استخرجتها من كلام الأصحاب.

أحدها: وهو الظاهر أنها لا تزال؛ لأن الذي مبقية أثر العبادة، وليست هذه النجاسة من أثر العبادة.

والثاني: لا؛ لأننا نهينا عن غسل الشهيد مطلقاً.

والثالث: أنه إن أدى إزالتها إلى إزالة أثر الشهادة، فلا تزال وإلا فتزال.

الثالثة: الأولى: أن يكفن في ثيابه المملطخة بالدم، فإن لم يكن ما عليه سابغاً أتم، وإن أراد الورثة نزع ما عليه من الثياب وتكفينه في غيرها لم يمنعوا.

(١) أخرجه الحاكم (٢٠٤/٣)، ومن طريقة البيهقي (٥١/٤).

وقال أبو حنيفة - رحمه الله -: لا يجوز إبدالها بغيرها من الثياب، وأما الدرع والجلود والفرء والخفاف فتزج منه خلافاً لمالك حيث قال: لا ينزع منه قرؤ ولا خف.

لنا على أبي حنيفة القياس على سائر الموتى، ويفارق الغسل والصلاة. أما الغسل؛ فلأن في تركه إبقاء لأثر الشهادة على بدنه، وأما الصلاة فلأن في تركها تعظيماً له وإشعاراً باستغنائه عن دعاء القوم، وعلى مالك لما روي أنه الثبي «أمر بقتلى أحد أن ينزع عنهم الحديد والجلود وأن يدفنوا بدمائهم وثيابهم»<sup>(١)</sup>. وقوله في الكتاب: «وثيابهم المملطخة بالدم تترك عليه مع كفنه طاهرة»، يقتضي كونها غير الكفن لكن الذي قاله الجمهور: أنه يكفن بها فإن لم تكف أمت - والله أعلم -.

قال الغزالي: الطرف الثاني فيمن يصلي: والأولى بها القريب، ولا يقدم على القرابة إلا الذكور ولا يقدم الوالي (و) عليه، ثم يبدأ بالأب ثم الجد ثم الابن ثم العصباء على ترتيبهم في الولاية، ثم الأخ من الأب والأم مقدم على الأخ من الأب في أصح الطرفين، ثم إن لم يكن وارث فذوو الأرحام، ويقدم عليهم المعتق.

قال الرافعي: غرض الفصل الكلام فيمن هو أولى بالصلاة على الميت، وقد اختلف قول الشافعي - رضي الله عنه - في أن الولي أولى بها أم الوالي؟ قال في القديم: الوالي أولى ثم إمام المسجد ثم الوالي. وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد - رحمهم الله - كما في سائر الصلوات. وقد روي «أن حسينا - رضي الله عنه - قدم سعيد بن العاص أمير المدينة فصلى على الحسن - رضي الله عنه»<sup>(٢)</sup>.

وقال في الجديد وهو المذكور في الكتاب: الولي أولى؛ لأنها من قضاء حق الميت، فأشبهت الدفن والتكفين؛ ولأنها من الأمور الخاصة بالقريب، فالولي أولى بها من الوالي، كولاية التزويج وتفارق سائر الصلوات؛ لأن معظم الغرض هاهنا الدعاء للميت، فمن يختص بزيادة الشفقة دعاؤه أقرب إلى الإجابة، ونعني بالولي القريب، فلا يقدم غيره عليه إلا أن يكون القريب أنثى وثم أجنبي ذكر فهو أولى حتى يقدم الصبي المراهق على المرأة القريبة، وهكذا الحكم في سائر الصلوات الرجل أولى من المرأة، لأن اقتضاء النساء بالرجال جائزة وبالعكس لا يجوز، ثم في أفراد النسوة بهذه الصلاة كلام سيأتي من بعد، ثم الأولى من الأقارب الأب ثم الجد أبو الأب وإن علا ثم الابن ثم ابن الابن وإن سفل، وهما مؤخران عن الأب والجد، وإن كانا مقدمين عليها في

(١) أخرجه أبو داود (٣١٣٤)، وابن ماجه (١٥١٥) وأحمد (٢٢١٧) وضعفه ابن الملقن في الخلاصة (٢٦٢/١).

(٢) أخرجه البيهقي (٢٨/٤ - ٢٩) وقال مشهور، وضعفه ابن الملقن في الخلاصة (٢٨٠/١).

عصوية الميراث، ومقدمان على سائر العَصَبَات، وإن لم يثبت لهما ولاية التزويج، أما تأخيرهما عن الأب والجد؛ فلأن المقصود الدعاء، والأب أشفق فيكون دعاؤه أقرب إلى الإجابة، وأما تقديمهما على سائر العَصَبَات فلمثل هذا المعنى أيضاً بخلاف أمر النكاح فإن اعتنائهم بحفظ النسب أشد ثم بعد الابن يقدم الأخ وفي تقديم الأخ من الأبوين على الأخ من الأب، طريقان:

أحدهما: أن فيه قولين كما سيأتي ذكرهما في ولاية النكاح، وبه قال القاضي أبو حامد، وأبو علي الطبري.

وأصحهما: القطع بتقديمه؛ لأن لقرابة النساء تأثيراً في الباب على ما سيأتي فيصلح للترجيح، وليس لها تأثير في ولاية التزويج بحال، وعلى هذا فالمقدم بعدهما ابن الأخ للأب والأم ثم ابن الأخ للأب ثم العم للأب والأم ثم العم للأب ثم ابن العم للأب والأم ثم ابن العم للأب ثم عم الأب ثم عم الجد على ترتيب العَصَبَات في الميراث والولاية، وإن لم يكن أحد من عصابات النسب أصلاً قدم المعتق.

قال في «التهامة»: ولعل الظاهر تقديمه على ذوي الأرحام، ولهم استحقاق في هذا الباب للمعنى الذي تقدم بخلاف ما في الميراث. وأما ما يتعلق بلفظ الكتاب فقلوه: «ولا يقدم الوالي عليه» مرقوم بالميم والحاء والألف والواو، لما قدمناه، ولك أن تعلم قوله: «الأولى بها القريب» بهذه العلامات أيضاً، وقد يبحث عن قوله: ولا يقدم على القرابة إلا المذكورة فنقول: قضية هذا الكلام تقديم القريب على الأجنبي الذي أوصى الإنسان بأن يصلّى عليه، فهل هو كذلك أم يتبع وصيته؟

والجواب: أن الشيخ أبا محمد خرج المسألة على وجهين كالوجهين فيما إذا أوصى في أمر أطفاله إلى أجنبي وأبوه الذي يلي أمرهم شرعاً حي.

أصحهما: ولم يذكر الأكثرون سواه: تقديم القريب؛ لأن الصلاة حقه، فلا تنفذ وصية فيه.

والثاني: أنه تتبع وصيته، وهو مذهب أحمد - رحمه الله - وبه أفتى الإمام محمد بن يحيى - قدس الله روحه - في جواب مسائل سأله عنها والذي - رحمه الله عليهما -

وقوله: «ثم يبدأ بالأب ثم الجد» معلّم بالميم، لأن مالكاً يقدم الابن على الأب.

وقوله: «ثم العصابات» معلّم بالميم أيضاً؛ لأنه يوجب تأخير الأخ عن الجد، وعنده يقدم الأخ عليه.

وقوله: «ثم إن لم يكن وارث فذووا الأرحام» يقتضي تقديم الأخ للأم على ذوي الأرحام كلهم. قال صاحب «التهذيب»: إن لم يكن أحد من العَصَبَات فإن الأم أولى ثم

الأخ للأُم ثم الخال ثم العم للأُم فيقدم أبو الأُم وهو من ذوي الأرحام على الأخ للأُم فالوجه أن يحمل قوله: «إن لم يكن وارث» أي: من العصابات وهم الذين سبق ذكرهم هذا فقه الكلام. وقوله: «ويقدم عليهم المُعتق» كأنه مذكور إيضاحاً، وإلاً فقد تقدم في موضعين من لفظ الكتاب ما يفيد.

أحدهما: «حيث قال: ثم العصابات على ترتيبهم في الولاية» وذلك يقتضي أن يلي درجة المعتق درجة عصابات النسب كما في الولاية وذلك يقتضي أن لا يتخللها ذوو الأرحام.

والثاني: حيث قال: «ثم إن لم يكن وارث فذوو الأرحام» والمعتق من الوارثين، ثم لا بأس بإعلام قوله: «ويقدم عليهم المعتق» بالواو؛ لأن في لفظ صاحب «النهاية» ما يقتضي إثبات خلاف فيه كما قدمناه، وكذلك لفظ المصنف في «الوسيط» والله أعلم.

قال الغزالي: فَإِذَا تَعَارَضَ السُّنُّ وَالْفِئَةُ فَالْفِئَةُ أَوْلَى عَلَى أَظْهَرِ الْمَذْهَبَيْنِ، وَلَوْ كَانَ فِيهِمْ عِبْدٌ فِئَةٌ وَحُرٌّ غَيْرُ فِئَةٍ أَوْ أَخٌ رَقِيقٌ وَعَمٌّ حَرٌّ فِيهِ الْمَسْأَلَتَيْنِ تَرَدُّدٌ، وَعِنْدَ تَسَاوِيِ الْخِصَالِ لَا مَرْجِعَ إِلَّا الْفُرْعَةَ أَوْ التَّرَاضِي.

قال الرافعي: إذا اجتمع اثنان في درجة واحدة كابنان وأخوين ونحوهما وتنازعا فقد قال في «المختصر»: يقدم الأسن، وذكر في سائر الصلوات أن الأفقه أولى، واختلف الأصحاب على طريقتين:

أصحهما: وهي التي ذكرها الجمهور أن المسألتين على ما نص عليها والفرق بين سائر الصلوات وصلاة الجنائز أن الغرض من صلاة الجنائز الدعاء والاستغفار للميت، والأسن أشفق عليه، ودعاؤه أقرب إلى الإجابة لما روي أنه قال: «إِنَّ اللَّهَ لَا يَزِدُّ دَعْوَةَ ذِي الشُّنْبَةِ الْمُسْلِمِ»<sup>(١)</sup>.

والثانية حكاه الإمام عن رواية العراقيين: التصرف في التَّصِينِ بالنقل والتَّخْرِيجِ، وليس المعتبر في تقديم السُّنِّ الشُّبِيهِ، ويلوغ سن المشايخ، ولكن يقدم الأكبر وإن كانا شابين، وإنما يقدم الأسن بشرط أن يكون محمود الحال، فأما في الفاسق والمبتدع فلا، ويشترط مضي السُّنِّ في الإسلام كما سبق في سائر الصلوات.

وقوله: على أظهر المذاهبين جواب على طريقة إثبات الخلاف في المسألة إذ لا

(١) هذا الحديث ذكره الغزالي في الوسيط والإمام في النهاية قال المحافظ ابن حجر: ولا أدري من خرجة، وعند أبي داود من حديث أبي موسى الأشعري: إن من إجلال الله إكرام ذي الشيعة المسلم إنسانه حسن. وانظر التلخيص (١١٨/٢) وانظر خلاصة البدر (٢٦٣/١).

يمكن حمل المذهبين على الطريقتين، فإنه يُقْتَضِي إثبات طريق جازم بتقديم الفقيه، وذلك مِمَّا لا صائر إليه في صلاة الجنائز.

وإذا عرفت ذلك فكلام المُصَنَّف يخالف ما ذكره المعظم من وجهين:

أحدهما: أنهم رجحوا الطريقة القاطعة بتقديم السنن، وهو أجاز بإثبات الخلاف.

والثاني: أنهم جعلوا الأظهر تقديم السنن، وإن قدر إثبات الخلاف، هذه إحدى مسائل الفصل.

والثانية: لو استوى اثنتان في الدرَجَة، وأحدهما رقيق فالحرُّ أولى، وإن كان أحدهما رقيقاً فقيهاً والآخر حرّاً غير فقيه. فقد حكى إمام الحرمين فيه وجهين للشيخ أبي محمد لتعارض المعنيين. قال في «الوسيط»: ولعل التسوية أولى.

الثالثة: لو كان الأقرب رقيقاً والأبعد حرّاً كالأخ الرقيق مع العم الحر فأيهما أولى؟ فيه وجهان:

أحدهما: الأخ أولى؛ لأن هذه الصلاة مبناها على الرقة والشفقة والأقرب أشفق، ولهذا يقدم القريب المملوك على الأجنبي الحر.

وأظهرهما عند الأكثرين: أن العم أولى لاختصاصه بأهلية الولاية كما في ولاية النكاح وكما لو استويا في الدرجة. قال في «النهاية»: وأوثر في مثل هذه المسألة مصير بعض الأصحاب إلى التسوية لتقابل الأمرين.

الرابعة: إذا اجتمع قوم في درجة واحدة واستوت خصالهم، فإن رضوا بتقديم واحد فذاك وإلا أقرع بينهم قطعاً للنزاع.

قال الغزالي: ثُمَّ لِيَقِفَ الْإِمَامُ وَرَاءَ الْجَنَائِزَةِ عِنْدَ صَدْرِ الْمَيِّتِ إِنْ كَانَ ذَكَرًا وَعِنْدَ (ح) عَجِيزَةِ الْمَرْأَةِ كَأَنَّهُ يَسْتُرُهَا عَنِ الْقَوْمِ، فَلَوْ تَقَدَّمَ عَلَى الْجَنَائِزَةِ لَمْ يُجِزْ عَلَى الْأَصْح؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُحْتَمَلُ فِي حَقِّ الْغَائِبِ بِسَبَبِ الْحَاجَةِ.

قال الرافعي: غرض الفصل الكلام في موقف المُصَلِّي على الجنائز، وفيه مسألتان:

إحدهما: السنة للإمام أن يقف عند عَجِيزَةِ الْمَرْأَةِ.

لما روي عن سمرة بن جندب - رضي الله عنه - أن النبي «صَلَّى عَلَى امْرَأَةٍ مَاتَتْ فِي نَفْسِهَا فَقَامَ وَسَطَهَا»<sup>(١)</sup>. والمعنى: فيه محاولة سترها عن أعين الناس.

(١) أخرجه البخاري (٣٣٢، ١٣٣١، ١٣٣٢)، ومسلم (٩٦٤).

وأما الرجل فأين يقف منه؟ ذكر في الكتاب أنه يقف عند صدره، وكذلك قاله في «النهاية»، والذي ذكره معظم الأصحاب منهم العراقيون والصنيدلاني: أنه يقف عند رأسه ونسبوا الأول إلى أبي علي الطبري، واحتجوا لما روي أن أنساً - رضي الله عنه - «صَلَّى عَلَى جَنَازَةِ رَجُلٍ فَقَامَ عِنْدَ رَأْسِهِ، ثُمَّ أَتَى بِجَنَازَةِ امْرَأَةٍ فَصَلَّى عَلَيْهَا، وَقَامَ عِنْدَ عَجِيزَتِهَا، فَقِيلَ لَهُ: أَهَكَذَا كَانَ يُصَلِّي رَسُولُ اللَّهِ؟ يَقُومُ عِنْدَ رَأْسِ الرَّجُلِ، وَعِنْدَ عَجِيزَةِ الْمَرْأَةِ؟ فَقَالَ: نَعَمْ»<sup>(١)</sup>. ورأيت أبا علي قد حكى عن فعل أنس - رضي الله عنه - مثل قوله، وهو الوقوف عند الصدر والله أعلم. ولك أن تعلم قوله: «عند صدر الميت» بالواو لما ذكرناه، وأن تعلمه وقوله: «عند عجيذة المرأة كليهما» بالميم؛ لأن عند مالك يقف عند وسط الرجل، ومُنكبي المرأة، وأن تعلم الكلمة الثانية بالحاء أيضاً، لأن عند أبي حنيفة - رحمه الله - يقف عند صدر الميت رجلاً كان أو امرأة، وعند أحمد يقف عند صدر الرجل وعجيذة المرأة، كما هو المذكور في الكتاب.

الثانية: أن تقدم على الجنّزة الحاضرة وجعلها خلف ظهره.

قال في «النهاية»: خرج الأصحاب على القولين في تقديم المأموم على الإمام ونزلوا الجنّزة منزلة الإمام، قال: ولا يبعد أن يقال تجويز التّقدّم على الجنّزة أولى، فإنها ليست إماماً متبوعاً حتى يتعين تقدمه، وإنما الجنّزة والمصلون على صورة مجرم يحضر باب الملك ومعه شفاء، ولولا الأتباع لما كان يتجه قول تقديم الجنّزة وجوباً، وهذا الذي ذكره إشارة إلى ترتيب الخلاف، وإلّا فقد اتفقوا على أن الأصح المنع.

وقوله في الكتاب: «لأن ذلك يحتمل في حق الغائب بسبب الحاجة» جواب عن كلام يحتاج به لجواز التّقدم على الجنّزة، وهو أن الغائب يصلّى عليه كما سيأتي مع أنه قد يكون خلف ظهر المصلّى، فكذلك إذا كان حاضراً ففرق بينهما بذلك.

قال الغزالي: وَإِذَا اجْتَمَعَتِ الْجَنَائِزُ فَيَجُوزُ أَنْ يُصَلَّى عَلَى كُلِّ وَاحِدَةٍ وَأَنْ يُصَلَّى عَلَى جَمِيعِهِمْ صَلَاةً وَاحِدَةً، ثُمَّ يُوضَعُ (و) بَيْنَ يَدَيْ الإِمَامِ بَعْضُهُمْ وَرَاءَ بَعْضٍ وَالْكُلُّ فِي جِهَةِ الْقِبْلَةِ، وَلْيُقْرَبْ مِنَ الإِمَامِ الرَّجُلُ ثُمَّ الصَّبِيُّ ثُمَّ الْخُنْتُيُّ ثُمَّ الْمَرْأَةُ، وَلَا يُقَدَّمُ بِالْحُرِّيَّةِ وَإِنَّمَا يُقَدَّمُ بِخِصَالٍ دِينِيَّةٍ تُرْعَبُ فِي الصَّلَاةِ عَلَيْهِ، وَعِنْدَ التَّسَاوِي لَا يَسْتَحِقُّ الْقُرْبَ إِلَّا بِالْقُرْعَةِ أَوْ التَّرَاضِي.

قال الرافعي: إذا حضرت جنائز، جاز أن يصلّى على كل واحد صلاة وهو الأولى، وجائز أن يصلّى على الجميع صلاة واحدة، لأن معظم الفرض من هذه الصلاة

(١) أخرجه أبو داود (٣١٩٤)، والترمذي وحسنه (١٠٣٤)، وابن ماجه (١٤٩٤).

الدعاء للميت، ويمكن الجمع بين عدد من الموتى في الدعاء، وقد يقتضي الحال الجمع ويتعذر إفراد كل جنازة بصلاة، ولا فرق في ذلك بين أن يتمحض الموتى ذكوراً أو إناثاً أو يجتمع النوع ثم إن اتحد النوع، ففي كيفية وضع الجنائز وجهان، وصاحب «التمة» حكاها قولين:

أصحهما وهو المذكور في الكتاب: أنها توضع بين يدي الإمام في جهة القبلة بعضها خلف بعض ليكون الإمام في مُحَاذَاةِ الكُلِّ.

والثاني: وبه قال أبو حنيفة - رحمه الله - يُوضع الكُلُّ صفّاً واحداً رأس كل ميت عند رجل الآخر ويجعل الإمام جميعها على يمينه ويقف في محاذاة الأخيرة، وإن اختلف النوع فهية وضعها ما ذكرنا في الوجه الأول ولا يجيء الوجه الثاني، فإن الرجل والمرأة لا يقفان صفّاً واحداً في الجماعات فكذلك لا يضعان صفّاً واحداً.

ويجوز أن يعلم قوله: «بعضهم وراء بعض» بالواو؛ لأن اللفظ يشمل حالتي اتحاد النوع واختلافه، وقد ذكرنا في الحالة الأولى وجهاً آخر، وهو كذلك معلم بالحاء ثم إذا كان هيئة وضعها ما بينا في الوجه الأول، فمن الذي يلي الإمام من الموتى؟ لا يخلو الحال إما أن تحضر الجنازة دفعة واحدة أو مرتبة.

فأما الحالة الأولى وهي التي تكلم فيها في الكتاب، فينظر إن اختلف النوع قَلِيلَ الإمام الرجل ثم الصبي ثم الخنثى ثم المرأة، لما روي أن سعيد بن العاص «صلى على زيد بن عمر بن الخطاب وأمه أم كُثُوم بنت علي - رضي الله عنهم - فوضع الغلام بين يديه والمرأة خلفه، وفي القوم نحو مَنْ تَمَائِينَ نَفْساً من أصحاب النبي ﷺ فَصَوَّبُوهُ وقالوا: هَذِهِ السُّنَّةُ»<sup>(١)</sup>. وروي أن ابن عمر - رضي الله عنهما - «صَلَّى عَلَى تِسْعِ جَنَائِزٍ، فَجَعَلَ الرَّجَالَ يَلُونَهُ، وَالنِّسَاءَ يَلِينَ الْقَبِيلَةَ»<sup>(٢)</sup>.

ولو حضر جنائز جماعة من الخنثائي وضعت صفّاً واحداً لثلاث تقدم امرأة على رجل، فإن اتحد النوع فيقرب من الإمام أفضلهم، والمعتبر فيه الورع والخصال التي ترغب في الصلاة عليه، ويغلب على الظن كونه أقرب من - رحمة الله تعالى جده - ولا يتقدم بالحرية بخلاف استحقاق الإمامة فيه الحرُّ على العبد.

قال في «النهاية»: لأن الإمامة في الصلاة تصرف فيها، والحر مقدم على العبد في التصرفات، وإذا مات استويا في انقطاع التصرف فأقرب معتبر فيه ما ذكرنا، فإن استويا

(١) أخرجه البيهقي (٣٣١٤)، وبنحوه عند أبي داود (٣١٩٣)، والنسائي (٧١/٤) والدارقطني (٢/٧٩ - ٨٠).

(٢) أخرجه الدارقطني (٧٩/٢ - ٨٠)، والبيهقي (٣٣/٤).



في جميع الخصال وتنازع الأولياء في القرب، دفع نزاعهم بالقرعة، وإن رضوا بتقريب واحد فذاك.

**الحالية الثانية:** أن تحضر الجنائز مرتبة، فللسبق تأثير في الباب، فلا تنحى الجنائز السابقة للْحُوقِ أُخْرَى، وإن كان صاحبها أفضل هذا عند اتحاد النوع، ولو وضعت جنازة امرأة، ثم حضرت جنازة رجل أو صبي فتنحى جنازتها وتوضع جنازة الرجل أو الصبي بين يدي الإمام، ولو وضعت جنازة صبي ثم حضرت جنازة رجل لم تنح جنازة الصبي؛ بل يقال لوليه: إما أن تجعل جنازتك خلف الصبي أو تنقله إلى موضع آخر. والفرق أن الصبي قد يقف مع الرجل في الصف والمرأة تتأخر بكل حال فكذلك بعد الموت. وعن صاحب «التقريب» وجه: أنه تنحى جنازة الصبي كجنازة المرأة. فإن قلت: ولي كل ميت أولى بالصلاة عليه، فمن الذي يصلي على الجنائز الحاضرة إذا اقتصروا على صلاة واحدة. قلنا: كل من لم يرض بصلاة غيره صَلَّى على ميتة، وإن رضوا جميعاً بصلاة واحدة فإن حضرت الجنائز مرتبة فولى السابقة أولى رجلاً كان ميتها أو امرأة، وإن حضرت معاً أُفْرِغَ بينهم والله أعلم.

قال الغزالي: الطَّرْفُ الثَّالِثُ، فِي كَيْفِيَّةِ الصَّلَاةِ، وَأَقْلَاهَا تِسْعَةُ أَرْكَانٍ: النِّيَّةُ وَالتَّكْبِيرَاتُ الْأَرْبَعُ وَالسَّلَامُ وَالْفَاتِحَةُ (مرح) بَعْدَ الْأُولَى وَالصَّلَاةُ عَلَى الرَّسُولِ بَعْدَ الثَّانِيَةِ، وَفِي الصَّلَاةِ عَلَى الْأَلِ خِلَافٌ، وَالدُّعَاءُ لِلْمَيِّتِ بَعْدَ الثَّالِثَةِ، وَقَبِلَ: يَكْفِي الدُّعَاءُ لِلْمُؤْمِنِينَ، وَلَوْ زَادَ تَكْبِيرَةً خَامِسَةً لَمْ تَبْطُلِ الصَّلَاةُ عَلَى الْأَظْهَرِ.

قال الرافعي: الكلام في كيفية هذه الصلاة في الأقل والأكمل.

أما الأقل: فمن أركانها النية، ووقتها ما سبق في سائر الصلوات، وكذا في اشتراط التعرض للفرضية الخلاف المقدم، وهل يحتاج إلى التعرض لكونها فرض كفاية أم تكفي نية مطلق الفرض؟ حكى القاضي الرؤيائي فيه وجهين:

أصحهما: الثاني، ثم إن كان الميت واحداً نوى الصلاة عليه، وإن حضر موتى نوى الصلاة عليهم، ولا حاجة إلى تعيين الميت ومعرفته، بل لو نوى الصلاة على من يصلي عليه الإمام جاز، ولو عين الميت فأخطأ لم تصح صلاته، ويجب على المُقْتَدِي نية الأقداء كما في سائر الصلوات. ومنها: التكبيرات الأربع.

روي عن جابر - رضي الله عنه - أَنَّ النَّبِيَّ «كَبَّرَ عَلَى الْمَيِّتِ أَرْبَعًا، وَقَرَأَ بِأَمِّ الْقُرْآنِ بَعْدَ التَّكْبِيرَةِ الْأُولَى»<sup>(١)</sup>. فلو كَبَّرَ خَمْسًا لَمْ يَخْلُ إِذَا كَانَ يَكُونُ سَاهِبًا أَوْ عَامِدًا، فَإِنْ كَانَ

(١) البخاري (١٣١٧، ١٣٢٠، ١٣٣٤، ٣٨٧٧، ٣٨٧٨، ٣٨٧٩)، ومسلم (٩٥٢) وأخرجه البخاري

سahياً لم تبطل صلاته، ولا مدخل للسجود في هذه الصلاة، وإن كان عامداً فهل تبطل صلاته؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، كما لو زاد ركعة أو ركناً عمداً في سائر الصلوات، وهذا الوجه هو المذكور في «التتمة»، و«الوسيط».

وأصحهما: على ما ذكره هاهنا، وبه قال الأكثرون: أنها لا تبطل لثبوت الزيادة عن رسول الله<sup>(١)</sup> إلا أن الأربع أولى لاستقرار الأمر عليها واتفاق الأصحاب، وقد حكى عن ابن سريج - رضي الله عنه - أن الاختلافات المنقولة في تكبيرات صلاة الجنائز من جملة الاختلاف المباح وأن كل ذلك سائغ، وإن كان مأموماً فزاد إمامه على الأربع فإن قلنا: الزيادة تبطل الصلاة فارقه، وإن قلنا: لا تبطل لم يفارقه، ويتابعه في الزيادة على الأصح من القولين، وهل يسلم في الحال أو ينتظر ليسلم معه؟ فيه وجهان:

أظهرهما: ثانيهما. واعلم: أن أركان هذه الصلاة قد عدّها في الكتاب تسعة، والنية والتكبيرات الأربع خمسة منها، والسادس السلام، وفي وجوب نية الخروج معه ما سبق في سائر الصلوات، ويجوز أن يعلم بالحاء، لما ذكرنا ثم هل يكفي أن يقول السلام عليك؟ حكى الإمام تردد الجواب فيه عن الشيخ أبي علي، والظاهر المنع.

و السابغ قراءة الفاتحة بعد التكبيرة الأولى. وقال أبو حنيفة ومالك: لا يقرأ فيها شيئاً من القرآن. لنا ما روي عن جابر - رضي الله عنه - أن النبي «قرأ فيها بأمر القرآن»<sup>(٢)</sup>. وقد قال: «صلُّوا كما رأيتموني أصلي»<sup>(٣)</sup>. والسابق إلى الفهم من قوله في الكتاب: «والفاتحة بعد الأولى»، أنه ينبغي أن يكون عقبيهما مقدمة على الثانية، لكن القاضي الروياني وغيره حكوا عن نصه أنه لو أحرّ قراءتها إلى التكبيرة الثانية جاز.

والثامن الصلاة على النبي بعد الثانية خلافاً لأبي حنيفة ومالك، فإن عندهما لا يجب ذلك كما ذكر في سائر الصلوات. لنا ما روي أنه ﷺ قال: «لا صلاة لمن لم يوصل علي»<sup>(٤)</sup>. وهل تجب الصلاة على الآل؟ فيه قولان أو وجهان ذكرناهما في غير هذه الصلاة، وهذه الصلاة أولى بأن لا يجب فيها؛ لأنها مبنية على الاختصاص.

= (١٣١٩)، ومسلم (٩٥٤) من حديث ابن عباس، والبخاري (١٢٥٤)، ١٣١٨، ١٣٢٧، ١٣٢٨، ١٣٣٣، ٣٨٨٠، ٣٨٨١، ومسلم (٩٥١) من حديث أبي هريرة - رضي الله عنه - .

(١) أخرجه مسلم من حديث زيد بن أرقم (٩٥٧).

(٢) أخرجه الشافعي (٥٦٦)، والحاكم (٣٨٦/١) وفي إسناده إبراهيم بن يحيى، ويغني عنه ما رواه البخاري في صحيحه عن ابن عباس أنه ﷺ صلى على جنازة فقرأ بفاتحة الكتاب، وقال: لتعلموا أنها سنة (١٣٣٥).

(٤) تقدم.

(٣) تقدم.

والتاسع الدعاء بعد التكبيرة الثالثة للميت . وعن أبي حنيفة أنه لا يجب ذلك .  
لنا ما روي أن النبي قال : « إِذَا صَلَّيْتُمْ عَلَى الْمَيِّتِ فَأَخْلِصُوا الدُّعَاءَ لَهُ »<sup>(١)</sup> .

وفيه وجه : أنه لا يجب تخصيص الميت بالدعاء ، ويكفي إرساله للمؤمنين  
والمؤمنات والميت يندرج فيهم ، وهذا الوجه مُعزَى في «النهاية» إلى الشيخ أبي مُحَمَّد -  
رحمه الله - ، وقدر الواجب من الدعاء ما ينطلق عليه الاسم ، أما الأحب فسيأتي والله  
أعلم . واعلم : أن القيام واجب في هذه الصلاة عند القدرة على الأصح كما سبق ،  
فيتوجه إلحاقه بالأركان كما أنه معدود من الأركان في الوَطَائِفِ الخمس والله أعلم .

قال الغزالي : فَأَمَّا الْأَكْمَلُ فَأَنْ يَرْفَعَ (م)ح) اليدين في التَّكْبِيرَاتِ ، وَفِي دُعَاءِ  
الاسْتِفْتَا حِ وَالْتَعُوذِ خِلَافٌ ، وَالْأَصْحَحُ أَنَّ الاسْتِفْتَا حِ لَا يُسْتَحَبُّ ، ثُمَّ لَا يُجْهَرُ بِالْقِرَاءَةِ لَيْلًا  
كَانَ أَوْ نَهَارًا ، وَيُسْتَحَبُّ الدُّعَاءُ لِلْمُؤْمِنِينَ عِنْدَ الدُّعَاءِ لِلْمَيِّتِ ، وَلَمْ يَتَعَرَّضِ الشَّافِعِيُّ -  
رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - لِذِكْرِ بَيْنِ التَّكْبِيرَةِ الرَّابِعَةِ وَالسَّلَامِ .

قال الرافعي : لصلاة الجنابة وظائف مندوبة هي توابع للأركان .

فمنها : رفع اليدين في التكبيرات الأربع خلافاً لأبي حنيفة ومالك حيث قالوا : لا  
يرفع إلا في التكبيرة الأولى . لنا : أن ابن عمر وأنساً<sup>(٢)</sup> - رضي الله عنهما - «كَانَا يَرْفَعَانِ  
فِي جَمِيعِ التَّكْبِيرَاتِ» ، وعن عروة<sup>(٣)</sup> وابن المسيب<sup>(٤)</sup> - رضي الله عنهما - مثله ، ويجمع  
يديه بينهما ويضعهما تحت صدره ، كما في سائر الصلوات .

ومنها : في قراءة دعاء الاستفتاح عُقِبَ التكبيرة الأولى وجهان :

أحدهما : أنه يقرأ كما في سائر الصلوات ، وهذا اختيار القاضي أبي الطيب  
والفقهاء فيما حكاه القاضي الرؤياني .

وأصحهما : أنه لا يقرأ ؛ لأن هذه الصلاة مبنية على التَّخْفِيفِ ، ولهذا لم يشرع  
فيها الرُّكُوعُ والسُّجُودُ ، وشبهوا ذلك بقراءة السورة ، لكن صاحب «التهذيب» حكى في  
قراءة السورة بعد الفاتحة الوجهين أيضاً ، وهل يتعوذ؟ فيه وجهان أيضاً ، لكن الأصح أنه  
يتعوذ بخلاف دعاء الاستفتاح ؛ لأن التعوذ من سنن القراءة كالتأمين عند تمام الفاتحة ؛

(١) أخرجه أبو داود (٣١٩٩) وابن ماجه (١٤٩٧) وذكره الهيثمي في الموارد (٧٥٥) والبيهقي (٤٠/٤) .

(٢) أخرجه البيهقي (٤٤/٤) .

(٣) ذكره البيهقي تعليقا بلفظ بذكر انظر المصدر السابق .

(٤) انظر المصدر السابق .

ولأنه لا يفضي إلى مثل تطويل دعاء الاستفتاح، وإذا جمعت بينهما، قلت: هل يستفتح ويتعوذ؟ فيه ثلاثة أوجه:

أصحهما: أنه لا يستفتح ويتعوذ.

وقوله في الكتاب: «والأصح أن الاستفتاح لا يستحب» بعد ذكر الخلاف فيهما مشعر؛ لأن الأصح في التعوذ الاستحباب، ولك أن تعلم قوله: «والتعوذ» بالواو؛ لأنه أثبت الخلاف فيهما جميعاً، وفي كلام الشيخ أبي محمد طريقة أخرى قاطعة بأستحباب التعوذ. ومنها: أن السنة فيها الإصرار بالقراءة نهاراً، وبالليل وجهان:

أصحهما: وهو ظاهر المنصوص: أنه يسر أيضاً، لأنها قومة شرعت فيها الفاتحة دون السورة، فأشبهت الثالثة من المغرب، والثالثة والرابعة من العشاء.

والثاني وبه قال الداركي أنه يجهر بها؛ لأنها صلاة تفعل ليلاً ونهاراً، فيجهر بها ليلاً كصلاة الخسوف، وهذا هو الذي حكاه الإمام عن الصيدلاني والقاضي الروياني عن أبي حامد. وقوله في الكتاب: «ليلاً» معلّم بالواو لهذا.

ومنها: نقل المزني في «المختصر» أن عقيب التكبير الثانية يحمد الله تعالى ويصلي على النبي ويدعو للمؤمنين والمؤمنات، فهذه ثلاثة أشياء أوسطها الصلاة على النبي وهن من الأركان على ما سبق ذكرها، وأولها الحمد، ولا خلاف في أنه لا يجب، وهل تستحب؟ نقل المزني فيه وجهين:

أحدهما: لا وهو قضية كلام الأكثرين وقالوا: ليس في كتب الشافعي - رضي الله عنه - ما نقله المزني.

والثاني: نعم، وهو الذي أورده صاحب «التهذيب» و«التممة».

قال هؤلاء: ولعل المزني سمعه لفظاً.

وثالثها: الدعاء للمؤمنين والمؤمنات وعمامة الأصحاب على أستحبابه عُقِبَ الصلاة على النبي ليكون أقرب إلى الإجابة، وفيه كلام آخر نذكره من بعد.

ومنها: إذا كبر الثالثة فيستحب أن يكون في دعائه للميت «اللهم هذا عبدك وابن عبدك، خرج من روح الدنيا وسعتها، ومحبوه وأحبائه فيها إلى ظلمة القبر وما هو لاقية كان يشهد أن لا إله إلا أنت، وأن محمداً عبدك ورسولك وأنت أعلم به، اللهم إنه نزل بك وأنت خير منزول به، وأصبح فقيراً إلى رحمتك وأنت غني عن عذابه، وقد جئتك راغبين إليك شفعاء له، اللهم إن كان محسناً فزِدْ في إحسانه، وإن كان مسيئاً فتجاوز عنه، ولقَهْ برحمتك رضاك، وقِهْ فتنة القبر وعذابه، وأفسِخْ له في قبره، وجاف الأرض عن جنبيه، ولقَهْ برحمتك الأمن من عذابك حتى تبعثه إلى جنتك برحمتك يا أرحم

الراحمين». هذا ما نقله المزني في «المختصر»، وورد في الباب عن عوف بن مالك - رضي الله عنه - قال: «صلى رسول الله ﷺ على جنازة فحفظت من دعائه «اللَّهُمَّ اغْفِرْ لَهُ وَارْحَمْهُ وَعَافِهِ وَاعْفُ عَنْهُ، وَأَكْرِمْ نُزُلَهُ وَوَسِّعْ مَدْخَلَهُ وَاغْسِلْهُ بِالْمَاءِ، وَالثَّلْجِ، وَالْبَرَدِ، وَنَقِّهِ مِنَ الْخَطَايَا كَمَا نَقَّيْتَ الثُّوْبَ الْأَبْيَضَ مِنَ الدَّنَسِ، وَأَبْدِلْهُ دَارًا خَيْرًا مِنْ دَارِهِ وَأَهْلًا خَيْرًا مِنْ أَهْلِهِ، وَزَوْجًا خَيْرًا مِنْ زَوْجِهِ، وَفِي فِتْنَةِ الْقَبْرِ، وَعَذَابِ النَّارِ»، حَتَّى تَمَّتْ أَنْ أَكُونَ ذَلِكَ الْمَيِّتَ<sup>(١)</sup>.

وعن ابن القاص - رضي الله عنه - دعاء آخر قال في «الشامل»: وعليه أكثر أهل خُرَّاسَانَ، وهو ما روي عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: «كان رسول الله ﷺ إذا صلى على الجنازة قال: «اللَّهُمَّ اغْفِرْ لِحَيِّنَا، وَمَيِّتِنَا، وَشَاهِدِنَا، وَعَافِيِنَا، وَصَغِيرِنَا، وَكَبِيرِنَا، وَذَكَرْنَا وَأَنْتَانَا، اللَّهُمَّ مَنْ أَحْيَيْتَهُ مِنَّا فَأَحْيِهِ عَلَى الْإِسْلَامِ، وَمَنْ تَوَفَّيْتَهُ مِنَّا فَتَوَفَّهُ عَلَى الْإِيمَانِ»<sup>(٢)</sup>، فإن كان الميت امرأة قال: اللَّهُمَّ هذه أمتك و بنت عبدك، ويؤنث الكنايات، وإن كان الميت طفلاً اقتصر على المَرْوِي عن أبي هريرة - رضي الله عنه - ويضيف إليه: «اللَّهُمَّ اجْعَلْهُ فَرْطًا لِأَبْوَيْهِ وَسَلْفًا وَدُخْرًا وَعِظَةً وَاعْتِبَارًا وَشَفِيعًا وَثَقُلَ بِهِ مَوَازِيئَهُمَا، وَأَفْرِغِ الصَّبْرَ عَلَى قُلُوبِهِمَا، وَلَا تَفْتِنَهُمَا بَعْدَهُ، وَلَا تَحْرِمَهُمَا أَجْرَهُ.

وقوله في الكتاب: «ويستحب الدعاء للمؤمنين والمؤمنات عند الدعاء للميت» أعلم بالواو؛ لأنه حكى في «الوسيط» تردداً في ذلك، ثم قال: «والأصح الأستحباب» ولعلك تقول قوله عند الدعاء للميت يقتضي أستحباب الدعاء للمؤمنين والمؤمنات بعد التكبيرة الثالثة مع الدعاء للميت، والجمهور قاله باستحبابه في الثانية، كما سبق وذكرنا أنه يخلص في الثالثة الدعاء للميت، فكيف سبيل الجمع؟ والتردد الذي رواه في «الوسيط» ليس له ذكر في كلام الأصحاب، فعلى ماذا ينزل؟

والجواب: أن إمام الحرمين حكى في أستحبابه تردداً للأئمة في التكبيرة الثانية ووجه أستحبابه؛ لأن الصلاة على النبي في الشَّهْدِ الأخير يستعقب الدعاء للمؤمنين والمؤمنات، فكذلك في هذه الصلاة، فإن أراد حجة الإسلام - قدس الله روحه - هذا التردد فالوجه أن يؤول كلمة «عند»، ويقال: أراد النظر في أنه هل يدعو للمؤمنين والمؤمنات في هذه الصلاة مع الدعاء للميت؟ ويجوز أن يحمل ما ذكره على الدعاء الذي ذكره أبْنُ القَاص؛ فإنه دعاء للمؤمنين والمؤمنات وما قبله يختص بالميت، ولا

(١) أخرجه مسلم (٩٦٣).

(٢) أخرجه أحمد (٣٦٨/٢)، والترمذي (٣٢٤)، وقال حسن صحيح، أبو داود (١٢٠١) وذكره الهيثمي في الموارد (٧٥٧)، والحاكم في المستدرک (٣٥٨/١) ومن حديث أبي قتادة أخرجه الترمذي (١٠٢٤) والنسائي (٧٤/٤).

يبعد أن يقدر فيه تردد، فإن قول من قال يخلص الدعاء للميت في الثالثة، ينافي أَسْتِجَابَ هذا الدعاء والله أعلم.

وقوله: «ولم يتعرض الشافعي - رضي الله عنه - لذكر بين التكبيرة الرابعة والسلام»، أراد في «المختصر» وعامة كتبه لا على الإطلاق فإن البويطي روى عنه أن يقول بينهما: «اللهم لا تخرمنا أجره ولا تفتننا بعده». هكذا نقل الجمهور، ونقل الصيلاوي عن روايته أن يقول: «اللهم أغفر لحينا وميتنا».

وحكى قوم: منهم صاحب «التهذيب» الذكر المشهور عن البويطي نفسه، فإن كان كذلك أمكن إجراء قوله: «ولم يتعرض الشافعي - رضي الله عنه - على إطلاقه، وكيف ما كان فالذكر بينهما ليس بواجب، والظاهر استحبابه، وفي «الكافي» للرويان وجه آخر: أنه لا أَسْتِجَابَ، وإنما هو بالخيار بين أن يذكره أو يدعه ويسلم عقيب التكبيرة، وهكذا كان يفعل الإمام محمد بن يحيى - قدس الله روحه - فيما حكاه والذي - رحمه الله - وفي كيفية السلام من صلاة الجنائز قولان:

أصحهما: أن الأولى أن يسلم تسليمين:

إحداهما: عن يمينه، والأخرى: عن شماله، على ما ذكرنا في سائر الصلوات.

والثاني: قاله في «الإملاء» يقتصر على تسليمية واحدة؛ لأن مبنى هذه الصلاة على التخفيف خوفاً من التغيرات التي عساها تحدث في الميت، وعلى هذا فالمنصوص أنه يبدأ بها ملتفتاً إلى يمينه، ويختتمها ملتفتاً إلى يساره، فيدير وجهه وهو فيها. ومنهم من قال: يأتي بها تلقاء وجهه من غير ألتفات. قال إمام الحرمين: ولا شك أن هذا التردد يجري في جميع الصلوات، إذا رأينا الأقتصار على تسليمية واحدة، واختلفوا في أن القولين في أن الأولى تسليمية أو تسليمتان؟ هما القولان المذكوران من قبل في سائر الصلوات أم لا؟ فقال قوم: هما هما.

وقال آخرون: لا، بل هما مرتبان على القولين في سائر الصلوات إن قلنا: يقتصر فيها على تسليمية واحدة فهانأ أولى، وإن قلنا: يسلم تسليمتين فهانأ قولان، وهذا أصح؛ لأن قول الأقتصار في سائر الصلوات لم ينقل إلا عن القديم، وهو منقول هانأ عن «الإملاء»، وأنه محسوب من الجديد؛ ولأنهم وجهوه ببناء هذه الصلاة على التخفيف، وهذا لا يجيء في سائر الصلوات ويقتضي الترتيب. وقد صرح لفظ «المختصر» بتكرير السلام في سائر الصلوات. وقال هانأ: ثم يسلم عن يمينه وعن شماله.

وهذا القدر يحتمل القولين جميعاً، وعلى قول الأقتصار على التسليمية واحدة هل

يزيد «ورحمة الله»، أم يقتصر على قوله «السلام عليكم»؟ ذكر في «النهاية» أن الشيخ أبا علي حكى تردداً فيه من طريق الأولى رعاية للاختصار.

قال الغزالي: فَرَضَ: الْمَسْبُوقُ يُكَبَّرُ (ح و) كَمَا أَدْرَكَ وَإِنْ كَانَ الْإِمَامُ فِي أَثْنَاءِ الْقِرَاءَةِ، ثُمَّ إِنْ لَمْ يَتِمَّ كُنْ مِنَ التَّكْبِيرَةِ الثَّانِيَةِ مَعَ الْإِمَامِ صَبَرَ إِلَى التَّكْبِيرَةِ الثَّالِثَةِ فَيُكَبَّرُ التَّكْبِيرَةَ الثَّانِيَةَ عِنْدَهَا، ثُمَّ إِذَا سَلَّمَ الْإِمَامُ تَدَارَكَ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ، وَلَوْ لَمْ يُكَبَّرِ الثَّانِيَةَ قَضَاءً حَتَّى إِذَا كَبَّرَ الْإِمَامُ الثَّالِثَةَ بَطَلَتْ صَلَاتُهُ إِذْ لَا قُدْوَةَ إِلَّا فِي التَّكْبِيرَاتِ.

قال الرافعي: الفرع يشتمل على مسألتين:

إحدهما: لو لحق مسبوق في خلال صلاة الجنائز كبر شارعاً، ولم ينتظر تكبيرة الإمام المستقبلية خلافاً لأبي حنيفة - رحمه الله - حيث قال: يصبر حتى يكبر معه، فلو لحق بعد التكبيرة الرابعة تعذر الإدراك عنده. وعن مالك روايتان كالمذهبين كما في سائر الصلوات. لنا ما روي أنه ﷺ قال: «مَا أَدْرَكْتُمْ فَصَلُّوا، وَمَا فَاتَكُمْ فَأَقْضُوا»<sup>(١)</sup>.

ولأنه أدرك الإمام في بعض صلاته فلا ينتظر ما بعده كما في سائر الصلوات، ثم في المسألة فروع:

أحدها: إذا كبر المسبوق اشتغل بقراءة الفاتحة، وإن كان بعد التكبيرة الثانية، والإمام يصلي على النبي ﷺ أو بعد الثالثة والإمام يدعو بناء على أن ما يدركه المسبوق أول صلاته، فيراعى ترتيب صلاة نفسه، كذا ذكره وهو غير صاف عن الإشكال.

الثاني: إذا لحق قبل التكبيرة الثانية وكبر نظر إن كبر الإمام كلما فرغ من تكبيرة كبر معه الثانية، وسقطت عنه القراءة. كما إذا ركع الإمام عقيب تكبيرة في سائر الصلوات، وإن قرأ الفاتحة ثم كبر الإمام الثانية كبر معه، وقد أدرك جميع الصلاة، وإن كبر الإمام قبل فراغه من القراءة، فهل يقطع الفاتحة ويوافقه أو يتم قراءته؟ فيه وجهان كما لو قرأ المسبوق بعض الفاتحة ثم ركع الإمام.

أصحهما: في الموضوعين عند الأكثرين منهم: ابن الصباغ والقاضي الروياني: أنه يقطع القراءة ويتابعه، وعلى هذا هل يقرأ بعد الثانية<sup>(٢)</sup> لأنه محل القراءة بخلاف الركوع أم يقال: لما أدرك قراءة الإمام صار محل قراءته منحصراً فيما قبل الثانية، وذكر في «الشامل» فيه احتمالين، ولعل الثاني أظهر، وصاحب الكتاب أجاب بالوجه الثاني، وهو أنه يتم القراءة، ولا يوافق في التكبيرة الثانية حيث قال: «ثم إن لم يتمكن من التكبيرة

الثانية مع الإمام» أي لعدم إتمام الفاتحة صبر إلى التكبيرة الثالثة، يعني يتمها ويؤخر تكبيرته الثانية إلى أن يكبر الإمام الثالثة، وإلى هذا الوجه صغو إمام الحرمين. إذا عرفت ذلك فأعلم قوله: «صبر» بالواو، واعرف أن ذلك الوجه المشار إليه أظهر.

الثالث: إذا فاته بعض التكبيرات تدارك بعد سلام الإمام، وهل يقتصر على التكبير نسقاً أم يأتي بالدعاء والذكر بينها؟ فيها قولان:

أحدهما: يقتصر على التكبيرات، فإن الجنائز ترفع بعد سلام الإمام، فليس الوقت وقت التطويل.

وأصحهما: أنه يدعو لما روي أنه ﷺ قال: «وَمَا فَاتَكُمْ فَأَقْضُوا»<sup>(١)</sup>.

وكما فاته التكبيرات فاته الدعاء، والمستحب ألا ترفع الجنائز حتى يتم المسبوقون ما عليهم، وإن رفعت لم تبطل صلاتهم، وإن حولت عن قبالة القبلة بخلاف ابتداء عقد الصلاة لا يحتمل فيه ذلك والجنائز حاضرة.

المسألة الثانية: لو تخلف المقتدي فلم يكبر مع الإمام الثانية أو الثالثة حتى كبر الإمام التكبيرة المستقبلية من غير عذر بطلت صلاته؛ لأن القدوة في هذه الصلاة لا تظهر إلا في التكبيرات، وهذا التخلف متفاحش شبيه بالتخلف بركعة في سائر الصلوات، حكى الإمام المسألة وجوابها عن شيخه وقطع بما ذكره، وتابعهما المصنف - رحمهم الله -.

قال الغزالي: الطَّرْفُ الرَّابِعُ، فِي شَرَايِطِ الصَّلَاةِ: وَهِيَ كَسَائِرِ الصَّلَوَاتِ، وَلَا يُشْتَرَطُ الْجَمَاعَةُ فِيهَا وَلَكِنْ قِيلَ: لَا يَسْقُطُ الْفَرَضُ إِلَّا بِأَزْبَعَةٍ يُصَلُّونَ جَمْعًا أَوْ أَحَادًا، وَقِيلَ: يَسْقُطُ بِثَلَاثٍ، وَقِيلَ: يَسْقُطُ بِوَاحِدٍ، وَفِي الْأَكْتِفَاءِ بِجِنْسِ النِّسَاءِ خِلَافٌ.

قال الرافعي: الشرائط المرعية في سائر الصلوات كالطهارة وستر العورة والاستقبال وغيرها مرعية في هذه الصلاة أيضاً، وأراد بقوله: «وهي كسائر الصلوات» التسوية فيها دون الأركان والسنن، ويجوز أن يعلم بالحاء؛ لأن عند أبي حنيفة - رحمه الله - هذه الصلاة تفارق غيرها في أمر الطهارة فيجوز التيمم لها عند خوف الفوات مع وجود الماء، ومعظم غرض هذا الطرف الكلام فيما وقع الخلاف في اشتراطه في هذه الصلاة. إما ما بين أصحابنا أو بيننا وبين غيرنا وفيه مسائل.

منها: أن السنة أن تقام جماعة كذلك «كان النبي ﷺ يفعل»<sup>(٢)</sup> وعليه استمر الناس، ولا يشترط فيها الجماعة كسائر الصلوات، وَقَدْ صَلَّى الصَّحَابَةُ عَلَى الرَّسُولِ ﷺ



أفراداً<sup>(١)</sup>. وفيمن يسقط به فرض هذه الصلاة وجوه:

أحدها: أنه لا بد من أربعة يصلون جماعة وأفراداً كما لا بد من أربعة يحملونه، كذا ذكره الشيخ أبو علي وغيره، قال الإمام: هذا التشبيه هفوة، فإن الحمل بين العمودين أفضل للحاملين، وإنه يحصل بثلاثة كما تقدم.

والثاني: أنه يكفي ثلاثة. واحتج له بقوله: «صَلُّوا عَلَيَّ مَنْ قَالَ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ»<sup>(٢)</sup>. خاطب به الجمع وأقله ثلاثة، وهو أصح الوجوه عند الشيخ أبي الفرج البرزاز.

والثالث: أنه يسقط الفرض بواحد؛ لأنه لا يشترط فيه الجماعة، فكذلك العدد كسائر الصلوات.

والرابع أورده في «التهذيب»: أنه لا بد من اثنين ويكتفي بهما بناء على أن أقل الجمع اثنان، وهذا الوجه لم يبلغ الإمام نقلاً لكن قال: هو محتمل جداً؛ لأن الاجتماع يحصل بذلك، وهو كقولنا في مسألة الانقضاء على رأي يكتفي ببقاء واحد مع الإمام.

ونقل جماعة من أئمتنا الوجه الثاني والثالث قولين منصوصين منهم صاحب «الشامل» ومنهم القاضي الروياني، وقال هو وغيره: الظاهر الاكتفاء بواحد والله أعلم.

ويتفرع على هذه الوجوه ما لو تبين حدث الإمام أو بعض المقتدين، إن بقي العدد المكتفي به فالفرض ساقط به وإلا فلا.

وهل الصبيان المميزون بمثابة البالغين على اختلاف الوجوه؟ فيها وجهان:

أظهرهما: نعم، وفي النساء وجهان:

أحدهما: أنهن كالرجال لصحة صلاتهن وجماعتهم.

وأصحهما: ولم يذكر صاحب «التهذيب» وكثيرون سواه -: أنه لا يكتفي بهن وإن كثرن نظراً للميت، فإن دعاء الرجال أقرب إلى الإجابة، وأهليتهم للعبادات ولأن فيه استهانة بالميت. وموضع الوجهين: ما إذا كان هناك رجال، فإن لم يكن رجل صلين للضرورة منفردات وسقط الفرض. قال في «العدة»: وظاهر المذهب أنه لا يستحب لهن أن يصلين جماعة في جنازة الرجل والمرأة. وقيل: يستحب ذلك في جنازة المرأة.

قال الغزالي: وَلَا يُشْتَرَطُ حُضُورُ الْجَنَازَةِ بَلْ يُصَلَّى (م ح) عَلَيَّ الْغَائِبِ إِلَّا (و) إِذَا كَانَ فِي الْبَلَدِ.

(١) أخرجه أحمد (٨١/٥) من حديث أبي عسيب وأخرجه ابن ماجه (١٦٢٨)، والبيهقي (٣٠/٤).

(٢) تقدم.

قال الرافعي: تجوز الصلاة على الغائب بالنية، سواء كان في جهة القبلة أو في غير جهتها، والمصلي مستقبل بكل حال. وبه قال أحمد خلافاً لمالك وأبي حنيفة - رحمهم الله - .

لنا ما روي «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَخْبَرَ بِمَوْتِ النَّجَاشِيِّ فِي الْيَوْمِ الَّذِي مَاتَ فِيهِ، فَخَرَجَ إِلَى الْمُصَلِّي، وَصَفَّهُمْ وَكَبَّرَ أَرْبَعَ تَكْبِيرَاتٍ»<sup>(١)</sup>. وهذا إذا كانت الجَنَازَةُ في بلدة أو قرية، ولا فرق بين أن يكون بين الموضوعين مسافة القُضْر أو لا يكون، فإن كانت في تلك البلدة، فهل يجوز أن يصلى عليها وهي غير موضوعة بين يديه؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم كالغائبة عن البلد.

وأصحهما: وهو المذكور في الكتاب - لا، لتيسير الحُضُور، وشبه هذا الخلاف بالخلاف في نفوذ القَضَاء على من في البلد مع إمكان الإحضار، وإذا شرطنا حضور الجَنَازَةُ فينبغي أن لا يكون بين الإمام وبينها أكثر من مائتي زراع أو ثلاثمائة على التقريب، حكاه المعلق عن الشيخ أبي محمد.

قال الغزالي: وَلَا يَشْتَرَطُ (م ح) ظُهُورُ الْمَيِّتِ بَلْ تَجُوزُ الصَّلَاةُ عَلَى الْمَذْفُونِ، وَلَكِنْ تَقْدِيمُ الصَّلَاةِ وَاجِبٌ، فَإِنْ لَمْ تَقْدَمْ فَلَا يَفُوتُ بِالذَّفْنِ ثُمَّ قِيلَ: إِنَّهُ يُصَلَّى بَعْدَ الذَّفْنِ إِلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، وَقِيلَ: إِلَى شَهْرٍ، وَقِيلَ: إِلَى أَسْمَاحِ الْأَجْرَاءِ، وَقِيلَ: مَنْ كَانَ مُمَيِّزاً عِنْدَ مَوْتِهِ يُصَلَّى عَلَيْهِ وَمَنْ لَا فَلَا، وَقِيلَ: يُصَلَّى عَلَيْهِ أَبَداً، وَمَعَ هَذَا فَلَا يُصَلَّى عَلَى قَبْرِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ.

قال الرافعي: إذا أقيمت جماعة في صلاة الجَنَازَةُ ثم حضر آخرون، فلهم أن يصلُّوا عليها أفراداً أو في جماعة أخرى، وتكون صلاتهم فرضاً في حقهم، كما أنها فرض في حق الأولين، بخلاف من صلاها مرة لا تستحب له إعادتها فإن المعادة تكون تطوعاً، وهذه الصلاة لا يتطوع بها، فإن كان قد صلى مرة، وأراد إعادتها في جماعة لم يستحب أيضاً في أظهر الوجهين، ولا فرق بين أن يكون حضور الآخرين قبل الدفن أو بعده، ولا يشترط ظهور الميت، وخالف أبو حنيفة في الحاليتين.

أما قبل الدفن؛ فلأن عنده لا يصلى على الجَنَازَةُ مرتين، وأما بعده فلأن عنده لا يصلى على القبر إلا إذا دفن ولم يصلِّ عليه الولي فله أن يصلي على القبر، وهكذا له أن يصلي عليه قبل الدفن إذا كان غائباً وصلَّى عليه غيره، وساعد أبا حنيفة مالك في الفصلين، والخلاف جاء فيما إذا دفن ميت قبل أن يصلى عليه فعندنا يصلى على قبره

(١) تقدم وهو عند البخاري (١٣١٨)، ومسلم (٩٥١).

ولا ينبش للصلاة ولكن يأثم الدافنون بما فعلوا، فإن تقديم الصلاة على الدفن واجب، وعندهما لا يصلى على القبر. لنا ما روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - «أَنَّ النَّبِيَّ مَرَّ بِقَبْرِ ذُوَيْنَ لَيْلًا فَقَالَ: مَتَى ذُفِنَ هَذَا؟ قَالُوا: الْبَارِحَةَ، قَالَ: أَفَلَا آذَنْتُمُونِي. قَالُوا: دَفَّنَاهُ فِي ظُلْمَةِ اللَّيْلِ، فَكْرَهْنَا أَنْ نُوقِظَكَ، فَقَامَ وَصَفَّقْنَا خَلْفَهُ، قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - وَأَنَا فِيهِمْ، فَصَلَّى عَلَيْهِ»<sup>(١)</sup>. ولك أن تعلم قوله في الكتاب: «فلا تفوت بالدفن» بالواو؛ لأن أبا عبد الله الحنطاطي حكى عن أبي إسحاق المرزوزي أن فرض الصلاة لا يسقط بالصلاة على القبر، وإنما يصلي على القبر من لم يدرك الصلاة، وإلى متى تجوز الصلاة على القبر؟ فيه خمسة أوجه:

أحدهما: إلى ثلاثة أيام، ولا تزد؛ لأنها أول حد الكثرة وآخر حد القلة، ويروى هذا عن أصحاب أبي حنيفة - رحمه الله - حيث جوزوا للولي الصلاة على القبر.

والثاني: وبه قال أحمد - رحمه الله -: أنه يصلي عليه إلى شهر ولا يزد، وهذا ما ذكره ابن القاص في «المفتاح». قال القفال: يحتمل أنه خرج ذلك من صلاة النبي على النجاشي، فإنه كان بينهما مسيرة شهر، ومعلوم أنه لولا الوحي لما علموا بموته إلا بعد شهر، ومنهم من وجهه بما روي «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى عَلَى الْبَرَاءِ بْنِ مَعْرُورٍ بَعْدَ شَهْرٍ»<sup>(٢)</sup>. ولم تنقل الزيادة عليه.

الثالث: أنه يصلي عليه ما دام يبقى منه شيء في القبر، فإن انمحقت الأجزاء كلها فلا إذ لم يبق ما يصلي عليه، وعلى هذا لو تردد في أنمحاق الأجزاء للإمام الحرمين - رحمه الله - فيه احتمالان:

أحدهما: أن يقال الصلاة تستدعي تيقن البقاء في القبر.

والثاني: أن يقال: الأصل بقاؤه فيجوز وهذا الثاني أوفق لرواية الصيدلاني وآخرين، وأصل الوجه فإنهم نقلوا أنه يصلي عليه ما لم يعلم بلاءه.

والوجه الرابع: أنه يصلي عليه من كان من أهل فرض الصلاة يوم الموت ولا يصلي عليه غيره، هكذا رواه الشيخ أبو محمد والصيدلاني وغيرهما عن الشيخ أبي زيد، وأشار إليه صاحب «الإفصاح»، ووجهه: بأن من كان من أهل الفرض يومئذ كان الخطاب متوجهاً عليه فمتى أدى كان مؤدياً لفرضه، وغيره لو صلى كان متطوعاً، وهذه

(١) أخرجه البخاري (١٢٤٧)، ومسلم (٩٥٤).

(٢) أخرجه البيهقي (٤٩/٤) من رواية أبي محمد بن سعيد بن أبي قتادة قال: وهو مرسل: قال: وروى هكذا بزيادة عن أبيه موصلاً بدون التأقيت قال: ويروى بعد موته بسنة، والصواب الأول.

الصلاة لا يتطوع بها، وروى المَحَامِلِيُّ وطائفة هذا الوجه بعبارة أخرى، فقالوا: من كان من أهل الصَّلَاة يصلي عليه يوم موته ومن لا فلا، فعلى العبارتين معاً من لم يولد عند الموت، أو لم يكن مميزاً لم يكن له أن يصلي على القبر ومن كان مميزاً حينئذ هل يصح؟ أما على العبارة الأولى فلا؛ لأنه لم يكن من أهل فرضية الصلاة، وأما على الثانية فنعم، لأنه كان من أهل الصَّلَاة، والعبارة الأولى أشهر، والثانية أصح عند القاضي الروياني، وهي التي يوافقها لفظ الكتاب، فإنه قال: وقيل من كان مميزاً عند موته يصلي فلا يعتبر إلا التمييز الذي يعطي أهلية الصَّلَاة دون أهلية الافتراض.

والوجه الخامس: أنه يصلي عليه أبدأ؛ لأن القصد بهذه الصَّلَاة الدعاء وهو جائز في الأوقات كلها، وأظهر الوجوه هو الرابع، ثم هذا كله في قبر غير النبي ﷺ.

فأما الصَّلَاة على قبره فتبنى على الوجوه المذكورة في حق غيره، فعلى الوجوه الأربعة الأولى لا يصلي عليه اليوم، أما على غير الثالث فظاهر، وأما على الثالث فليس الأمتناع؛ لأنه لا يبلى إذ الأرض لا تأكل أجساد الأنبياء، ولكن لأنه روى في الخبر أنه ﷺ قال: «أَنَا أَكْرَمُ عَلَى رَبِّي مِنْ أَنْ يَتْرُكَنِي فِي قَبْرِي بَعْدَ ثَلَاثٍ»<sup>(١)</sup>.

وعلى الوجه الخامس هل يصلى عليه؟ فيه وجهان:

أظهرهما: لا، لما روي أنه ﷺ قال: «لَعَنَ اللَّهُ الْيَهُودَ وَالنَّصَارَى اتَّخَذُوا قُبُورَ أَنْبِيَائِهِمْ مَسَاجِدَ»<sup>(٢)</sup>.

والثاني: نعم، كما في حق غيره، ولكن فرادى لا جماعة كما فعل أصحاب النبي ﷺ، ويحكى هذا عن أبي الوليد الثيسابوري.

إذا عرفت ذلك أعلمت قوله: «فلا يصلى على قبر رسول الله ﷺ بالواو، ويجوز أن يعلم ما سوى الثاني من الوجوه بالألف؛ لأن مذهبه الثاني كما قدمناه.

فائدة: قوله في أول هذا الطرف: «وهي كسائر الصلوات» أراد به في الشرائط كما قدمناه، ثم الغرض بيان أن شرائط سائر الصلوات مرعية فيها؛ لأن شرائط هذه الصَّلَاة منحصر فيها؛ لأنه يشترط فيها تقدم غسل الميت حتى لو مات في بئر، أو في معدن أنهدم عليه، وتعدّر إخراجه وغسله لم يصل عليه، ذكره صاحب «التممة»، ويشترط فيها أيضاً عدم التقدم على الجنائز الحاضرة بين يديه، وعلى القبر إن كان يصلى عليه على الصحيح.

(١) أورده الإمام في «النهاية» وقال الحافظ لم أجده هكذا. انظر التلخيص (٢/١٢٥ - ١٢٦).

(٢) أخرجه البخاري (٤٣٥، ١٣٣٠، ٣٤٥٣، ٣٤٥٤، ٤٤٤١، ٤٤٤٣، ٤٤٤٤، ٥٨١٥، ٥٨١٦)، ومسلم (٥٣١)، (٥٢٩).

## الْقَوْلُ فِي الدَّفْنِ

قال الغزالي: وَأَقْلَهُ حُفْرَةٌ تَحْرُسُ الْمَيِّتَ عَنِ السَّبَاعِ وَتَكْتُمُ رَائِحَتَهُ، وَأَكْمَلُهُ قَبْرٌ عَلَى قَامَةِ الرَّجُلِ، وَاللَّخْدُ أَوْلَى مِنَ الشَّقِّ، وَلْيَكُنِ اللَّخْدُ فِي جِهَةِ الْقِبْلَةِ، ثُمَّ تُوضَعُ الْجَنَازَةُ عَلَى رَأْسِ الْقَبْرِ بِحَيْثُ يَكُونُ رَأْسُ الْمَيِّتِ عِنْدَ مُؤَخَّرِ الْقَبْرِ فَيَسْأَلُهُ الْوَاقِفُ إِلَى الْقَبْرِ مِنْ جِهَةِ رَأْسِهِ، وَلَا يَضَعُ الْمَيِّتَ فِي قَبْرِهِ إِلَّا الرَّجُلُ، فَإِنْ كَانَتْ أَمْرَأَةٌ فَيَتَوَلَّى ذَلِكَ رَوْجُهَا وَمَحَارِمُهَا، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَعَبِيدُهَا، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَخَصِيَّانِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَأَرْحَامُ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَلْأَجَانِبُ لِأَنَّهُنَّ يَضَعْفَنَ عَنِ مَبَاشَرَةِ هَذَا الْأَمْرِ، ثُمَّ إِنْ لَمْ يَسْتَقِلَّ وَاحِدٌ بِوَضْعِهِ فَلْيُكُنْ عَدَدُ الْوَاضِعِينَ وَتَرَأَى.

قال الرافعي: دفن الميت من فروض الكفايات كغسله والصلاة عليه والدفن في المقبرة أولى، لينال الميت دعاء المارين والزائرين. «وَكَانَ النَّبِيُّ ﷺ يَذْفُنْ أَصْحَابَهُ فِي الْمَقَابِرِ»<sup>(١)</sup> ويجوز الدفن في غير المقابر؛ لأنهم «دَفَنُوا النَّبِيَّ ﷺ فِي حُجْرَةِ عَائِشَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا»<sup>(٢)</sup>. فلو تنازع الورثة فقال بعضهم ندفنه في ملكه، وقال آخرون: بل في المقبرة المسبلة، دفن في المقبرة المسبلة؛ لأن ملكه قد انتقل إلى الورثة وبعض الشركاء غير راض بدفنه فيه، فلو بادر بعضهم ودفنه فيه كان للباقيين نقله إلى المقبرة، والأولى أن لا يفعلوا لما فيه من الهتك، ولو أراد بعضهم دفنه في خالص ملكه لم يلزم الباقيين قبوله ولو بادر إليه، قال ابن الصباغ: لم يذكره الأصحاب وعندى أنه لا ينقل فإنه هتك وليس في إبقائه إبطال حق الغير.

ولو توافقوا على دفن الميت في ملكه ثم باعوه لم يكن للمبتاع نقله، وله الخيار إن كان جاهلاً به، ثم لو اتفق نقله أو بيلي كان الموضع للباقيين أو للمشتري؟ فيه وجهان سيأتي في البيع نظائرها. إذا عرفت ذلك ففي الفضل مسائل:

إحداها: لا يجوز الاقتصار في الدفن على أدنى احتقار، بل أقل ما في الباب حفرة تكتم رائحة الميت وتحرسه عن السباع لعسر نبش مثلها عليها غالباً، وهذان المعنيان كتمان الرائحة والحراسة عن السباع ذكرهما إمام الحرمين في حد واجب الدفن وتابعه المصنف فإن كانا متلازمين فمتى وجدت إحدى الصفتين في الحفرة توجد

(١) قال الحافظ ابن حجر في التلخيص (١٢٦/٢) لم أجده هكذا، لكن الصحيح أنه أتى المقبرة فقال: السلام عليكم دار قوم مؤمنين، وفي هذا الباب عدة أحاديث.

(٢) أخرجه البخاري عن عائشة في حديث قبضه الله بين سحري ونحري، ودفن في بيتي وفي الباب عدة أحاديث. انظر المصادر السابقة.

الأخرى، والغرض من ذكرهما بيان الفائدة المطلوبة بالدفن، وإن لم يكونا متلازمين فإن أنه يجب رعيتهما، ولا يكتفي بأحدهما مقصوداً أيضاً.

وأما الأكمل فيستحب توسيع القبر وتعميقه، روي أنه ﷺ قال: «أخفروا ووسعوا وعمقوا»<sup>(١)</sup> والمنقول عن لفظ الشافعي - رضي الله عنه - أنه يعمق قدر بسطة.

قال المحاملي وغيره: إنما أراد بسطة بعد القيام، على ما روي عن عمر - رضي الله عنه - أنه قال: «عمقوا إلى قدر قامة وبسطة»<sup>(٢)</sup> وقدره بثلاثة أذرع ونصف وهو قدر ما يقوم الرجل وييسطُ يده مرفوعة غالباً، والاعتبار بالأربعة من الرجال، وفيما علق عن الشيخ أبي محمد: أن السنة من التعميق بقدر قامة وهو ثلاثة أذرع، وذكر في «النهاية» ما يوافقه، فنقل لفظ البسطة وفسرها بقامة رجل وبسطة فيشبه أن يكون وجهاً آخر، وهو الذي وافقه لفظ الكتاب، والمشهور في المذهب هو الأول.

وقوله في الكتاب: «وأقله وأكماله» الكناية فيهما يجوز أن ترجع إلى غير مذكور المعنى وأقل المدفون فيه ويجوز أن ترجع إلى المذكور وهو الدفن، وحينئذ يحتاج الكلام إلى إضمار، ومعناه: وأقل الدفن في حفرة والأول أولى؛ لأن واجب الدفن لا ينحصر في الدفن في حفرة صفتها ما ذكر، بل يجب مع ذلك وضع الميت مستقبل القبلة على ما سيأتي. وأعلم قوله: «قدر قامة الرجل» بالميم؛ لأن المحكي عن مالك: أنه لا حد في تعميق القبر.

**المسألة الثانية:** اللحد والشق كل واحد منهما جائز، واللحد أن يحفر حائط القبر مائلاً عن أستوائه من الأسفل [قدر]<sup>(٣)</sup> ما يوضع الميت فيه، وليجعل ذلك من جهة القبلة. والشق: أن يحفر حفرة كالنهر أو يبنى جانباه باللبن أو غيره، ويُجعل بينهما شق يوضع الميت فيه ويسقف وأيهما أولى إن كانت الأرض صلبة فاللحد، وإن كانت رخوة فالشق، وعند أبي حنيفة الشق أولى بكل حال، هكذا روى جماعة من أصحابنا، وفي مختصر الكرخي وغيره من كتب أصحابه أنه يُلحد، ولا يشق كمذهبنا.

ووجه تقديم اللحد ما روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - «أن النبي ﷺ قال: اللحد لنا والشق لغيرنا»<sup>(٤)</sup>.

(١) أخرجه أبو داود (٣٢١٥)، والترمذي (١٧١٣)، وقال: حسن صحيح، والنسائي: (٨٠/٣) -

(٨١)، وابن ماجه (١٥٦٠).

(٢) أخرجه ابن المنذر عنه. انظر خلاصة البدر (٢٨١/١).

(٣) في ط (قبل).

(٤) أخرجه أبو داود (٣٢٠٨)، والترمذي (١٠٤٥)، وقال: غريب من هذا الوجه، وأخرجه النسائي

(٨٠/٤)، وابن ماجه (١٥٥٤)، والبيهقي (٤٠٨/٣).

وروي: «أَنَّ كَانَ بِالْمَدِينَةِ رَجُلَانِ أَحَدُهُمَا يَلْحَدُ، وَالْآخَرُ يَشُقُّ فَبَعَثَ الصَّحَابَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - فِي طَلْبِهِمَا، وَقَالُوا أَيُّهُمَا جَاءَ أَوْلَى عَمَلًا لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَجَاءَ الَّذِي يَلْحَدُ، فَلَحَدَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ»<sup>(١)</sup>.

**الثالثة:** توضع الجنائزة على شفير القبر بحيث يكون رأس الميت عند رجل القبر، ثم يُسَلُّ في القبر من قبل رأسه سلاً رفيقاً وبه قال أحمد. وقال أبو حنيفة: توضع الجنائزة بين القبر والقبلة، ويدخل القبر عرضاً. لنا ما روي عن ابن عمر - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ «سَلُّ مِنْ قِبَلِ رَأْسِهِ سَلًّا»<sup>(٢)</sup>.

وقوله في الكتاب: «ثم توضع الجنائزة على رأس القبر» لم يعن برأس القبر ضد رجله ومؤخره، وإنما أراد طرفه، ألا تراه يقول عقيبه: بحيث يكون رأس الميت عند مؤخرة القبر.

**الرابعة:** لا يدخل الجنائزة في القبر إلا الرجال ما وجدوا سواء كان الميت رجلاً أو امرأة؛ لأنه يحتاج إلى بطش وقوة، والنساء يضعفن عن مثل ذلك غالباً، ويخشى من مباشرتهن لذلك انهتك الميتة وانكشافهن، ثم أولى الرجال بالدفن أولاًهم بالصلاة، نعم الزوج أحق بدفن الزوجة من غيره ثم بعده المحارم، ويقدم منهم الأب ثم الجد ثم الابن ثم ابن الابن ثم الأخ ثم ابن الأخ ثم العم، فإن لم يكن منهم أحداً فعييدها، وهم أولى من بني العم؛ لأنهم كالمحارم في جواز النظر ونحوه على الصحيح، وفيه خلاف سيأتي في موضعه، فإن ألحقناهم بالأجانب فلا يتوجه تقديمهم. وأبدي إمام الحرمين فيهم الاحتمال من جهة أخرى، وهي أن مالكتها ينقطع عنهم بالموت، وشبهه بالتردد في غسل الأمة مولاها، فإن لم يكن لها عبيد فالخضيان أولى لضعف شهوتهم.

قال الإمام: وفيه احتمال بين سنذكره في أحكام النظر، فإن لم يكونوا فذوو الأرحام الذين لا محرمة لهم، فإن لم يكونوا فأهل الصلاح من الأجانب.

قال الإمام: وما أرى تقديم ذوي الأرحام محتوماً بخلاف تقديم المحارم؛ لأن الذين لا محرمة لهم من ذوي الأرحام كالأجانب في وجوب الاجتناب عنهم في الحياة، وقدم «في العدة» صاحبها نساء القرابة على الرجال الأجانب وهو خلاف النص، والمذهب المشهور.

إذا عرفت ما ذكرنا فلا يخفى عليك أن قوله في الكتاب: «زوجها ومحارمها» ليس

(١) أخرجه مالك في الموطأ (٢٣١/١)، والبخاري في شرح السنة (٣٨٩/٥) وابن ماجه (١٥٥٧) (١٦٢٨) والبيهقي (٤٠٨/٣).

(٢) أخرجه الشافعي (٥٩٨)، والبيهقي (٥٤/٤)، انظر التلخيص (١٢٨/٢).

لجميع، ولا للتخيير وإنما الأمر فيه على الترتيب، وأن قوله: «فعبيدها» يجوز أن يعلم بالواو، وكذا قوله: فخصيان. وقوله: «فأرحام» أي: ذوا أرحام.

وقوله: «لأنهن يضعفن عن مباشرة هذا الأمر» تعليل لأول الكلام، وهو قوله: «ولا يضع الميت في قبره إلا الرجال»، ويجوز أن يعلم قوله: «فإن لم يكن فالأجانب» بالواو أيضاً، لما ذكرنا في «العدة».

**الخامسة:** إن استقل واحد بوضع الميت في القبر، فإن كان طفلاً فذاك، وإلا فالمستحب أن يكون عدد الدافنين وترأ ثلاثة أو خمسة على [قدر] (١) الحاجة وكذلك عدد الغاسلين، ويروى أن النبي ﷺ «دَفَنَهُ عَلِيٌّ وَالْعَبَّاسُ وَأَسَامَةُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ» (٢)، ويستحب أن يستر القبر عند الدفن بثوب رجلاً كان أو امرأة، لكن ستر المرأة أكد، وعند أبي حنيفة - رحمه الله - يختص الأستحباب بالمرأة، وروي مثله عن أحمد واختاره أبو الفضل بن عبدان من أصحابنا.

لنا ما روي «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا دُفِنَ سَعْدُ بْنُ مُعَاذٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - سَتَرَ قَبْرَهُ بِثَوْبٍ» (٣). والمعنى فيه أنه ربما يكتشف عند الإضجاع، وحل الشداد، ويستحب لمن يدخله القبر أن يقول: بسم الله، وعلى ملة رسول الله، وروي ذلك عن ابن عمر - رضي الله عنهما - عن النبي ﷺ (٤) «ثُمَّ يَقُولُ اللَّهُمَّ أَسَلِمَهُ إِلَيْكَ الْأَشْحَاءَ مِنْ وَلَدِهِ وَأَهْلِهِ، وَقَرَابَتِهِ وَإِخْوَانِهِ وَفَارَقَهُ مَنْ كَانَ يُحِبُّ قُرْبَهُ، وَخَرَجَ مِنْ سَعَةِ الدُّنْيَا وَالْحَيَاةِ، إِلَى ظُلْمَةِ الْقَبْرِ وَضِيْقِهِ، وَنَزَلَ بِكَ، وَأَنْتَ خَيْرُ مَنْزُولٍ بِهِ، إِنْ عَقَابَتْهُ فِدَانِيهِ، وَإِنْ عَفَوَتْ فَأَهْلُ الْعَفْوِ أَنْتَ، أَنْتَ غَيَّبْتَهُ عَنْ عَذَابِهِ، وَهُوَ فَقِيرٌ إِلَى رَحْمَتِكَ، اللَّهُمَّ أَشْكُرُ حَسَنَتَهُ، وَأَغْفِرُ سَيِّئَتَهُ، وَأَعِذُهُ مِنْ عَذَابِ الْقَبْرِ، وَاجْمَعْ لَهُ بِرَحْمَتِكَ الْأَمْنَ مِنْ عَذَابِكَ، وَأَكْفِهِ كُلَّ هَوْلِ دُونَ الْجَنَّةِ، اللَّهُمَّ فَاخْلُقْهُ فِي تَرِكْتِهِ فِي الْغَابِرِينَ، وَأَزْفَعْهُ فِي عِلْيَيْنَ، وَعُدْ عَلَيْهِ بِفَضْلِ رَحْمَتِكَ يَا أَرْحَمَ الرَّاحِمِينَ».

وهذا الدعاء منقول عن لفظ الشافعي - رضي الله عنه - في «المختصر» والله أعلم.

قال الغزالي: ثُمَّ يُضْبَعُ الْمَيِّتُ عَلَى جَنْبِهِ الْأَيْمَنِ فِي اللَّخْدِ بِحَيْثُ لَا يَتَنَكَّبُ وَلَا

(١) في أحسب.

(٢) أخرجه أبو داود (٣٢٠٩، ٣٢١٠).

(٣) أخرجه البيهقي (٥٤/٤)، وقال: لا أعرفه إلا من حديث يحيى بن عتبة بن أبي العيزار، وهو ضعيف، وقال وقد رويت هذه السنة بإسناد صحيح عن أبي إسحاق السبيعي.

(٤) أخرجه أبو داود (٣٢١٣)، والترمذي (١٠٤٦) وقال: حسن وابن ماجه (١٥٥٠) وابن حبان وذكره الهيثمي في الموارد (٧٧٢)، والحاكم (٣٦٦/١) وانظر التلخيص (١٣٠/٢).



يَسْتَلْقِي، وَيَفْضِي بِوَجْهِهِ إِلَى تُرَابِ أَوْ لَبَنَةٍ، ثُمَّ يَنْصُدُّ اللَّبْنَ عَلَى فَتْحِ اللَّحْدِ، وَتُسَدُّ الْفَرْجُ بِمَا يَمْنَعُ التُّرَابَ، ثُمَّ يَخْشُو عَلَيْهِ كُلَّ مَنْ دَنَا ثَلَاثَ حَثِيَّاتٍ، ثُمَّ يَهَالُ عَلَيْهِ التُّرَابَ بِالسَّاحِي.

قال الرافي: إذا أدخل الميت القبر أضحج في اللحد على جنبه الأيمن مستقبل القبلة، كذلك فعل برسول الله ﷺ<sup>(١)</sup> وكذلك كان يفعله<sup>(٢)</sup>، وليكن الإضحج بحيث لا يَنْكَب ولا يَسْتَلْقِي، وذلك بأن يذني من جدار اللحد فيسند إليه وجهه ورجلاه، ويجعل في باقي بدنه بعض التَّجَافِي، فتكون هيئته قريبة من هيئة الرَّاعِيْن، ويسند ظهره إلى لَبَنَةٍ ونحوها، فهذا يمنعه من الأَسْتَلْقَاءِ، وذلك من الأَنْكِيَابِ، واعلم بأن وضعه مُسْتَقْبِل القبلة واجب على ما حكاه الجمهور حتى لو دفن مستدبراً أو مستلقياً، فإنه ينش ويوجه إلى القبلة ما لم يتغير، فإن تغير فقد قال في «التهديب» وغيره: لا ينش بعد ذلك.

وحكي عن القاضي أبي الطَّيِّب أنه قال في «المجرد»: التوجيه إلى القبلة سُنَّةٌ، فإذا ترك فيستحب أن ينش ويوجه ولا يجب، ولو ماتت ذمَّة<sup>(٣)</sup> في بطنها جنين مسلم ميت، فيجعل ظهرها إلى القبلة توجيهاً للجنين المسلم إلى القبلة، فإن وجه الجنين فيما ذكر إلى ظهر الأم وأين تدفن هذه؟ قيل بين مقابر المسلمين والكفار. وقيل: في مقابر المسلمين، وتنزل هي منزلة صندوق للولد، ويروى أن عمر - رضي الله عنه - أمر بذلك<sup>(٤)</sup>، وحكي في «العدة» وجهاً آخر، أنها تدفع في مقابر المشركين.

وأما الإضحج على اليمين فليس بواجب، بل لو وضع على الجنب الأيسر مستقبلاً كره، ولم ينش، كذلك ذكره في «التتمة» ويجعل تحت رأس الميت لبنة أو حجراً، ويفضي بخده الأيمن إليه أو إلى التراب فذلك أبلغ في الأستكانة ولا يوضع تحت رأسه مخدة، ولا يُفْرَش تحتها فِرَاشٌ، حكى العراقيون كراهة ذلك عن نص

(١) قال ابن الملقن: لم أره كذلك نعم في ابن ماجه من رواية أبي سعيد الخدري بلفظ أن رسول الله ﷺ أخذ من قبل القبلة، وأسندته القبلة (١٥٥٢) وفيه عطية العوفي ضعيف. وانظر التلخيص (١٣٠/٢)، وخلاصة البدر (٢٧٠/١).

(٢) قال ابن الملقن في المصدر السابق لم أره.

(٣) ولو عبر بالكافرة في قوله لو ماتت ذممة لكان أحسن ليشمل الحربية، وهل يحمل ذلك على ما إذا انفخ فيه الروح، فإن لم ينفخ دفن في مقابرهم جزماً أم فرق بين الصورتين، وتعبيره بالميت يشعر بالأول وقد تلخص من كلام الإمام وغيره أن وقت التخلق هو وقت نفخ الروح، ونقل عن الأصحاب أن من لم يتخلق لا يجب تكفينه ولا دفنه، ولكن الأولى أن يوارى بخرقة. ينظر الروضة (٦٥١/١).

(٤) أخرجه الدارقطني (٧٥/٢)، والبيهقي (٥٨/٤ - ٥٩).

الشَّافِعِي - رضي الله عنه - ؛ لأنه لم ينقل عن أحد من السلف، وفيه تضييع المال .  
وقال في «التهديب»: لا بأس به، إذ روى عن ابن عباس - رضي الله عنهما - «أنَّهُ  
جَعَلَ فِي قَبْرِ النَّبِيِّ ﷺ قَطِيفَةً حَمْرَاءَ»<sup>(١)</sup>.

ويكره أن يجعل في تابوت إلا إذا كانت الأرض رَخْوَةً أو نَدِيَّةً، ولا تنفذ الوصية  
به، إلا في مثل هذه الحالة ثم يكون التَّابُوت من رأس المال .

ثم إذا وقع الفراغ من وضع الميت نصب اللبن على فتح اللحد، روي عن سعد  
ابن أبي وقاص - رضي الله عنه - أنه قال: «اضنَّعُوا بِي كَمَا صَنَعْتُمْ بِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ  
انصُبُوا عَلَيَّ اللَّبْنَ وَأَهِيلُوا عَلَيَّ التُّرَابَ»<sup>(٢)</sup>. وتسد فُرْجَ اللَّبَنِ بِكَسْرِ اللَّبَنِ مع الطين أو  
بالإذخر ونحوه، ثم يُحْتَمَى كل من دنا ثلاث حَيَّاتٍ من التُّرَابِ بيديه، ثم يهال بالمساجي  
روي أن النَّبِيَّ ﷺ «حَتَّى عَلَى الْمَيِّتِ ثَلَاثَ حَيَّاتٍ بِيَدَيْهِ جَمِيعاً»<sup>(٣)</sup>. قال في «التَّيْمَةَ»:  
ويستحب أن يقول مع الأولى: «منها خلقناكم» ومع الثانية: «وفيها نعيدكم» ومع الثالثة:  
«ومنها نخرجكم تارة أخرى»<sup>(٤)</sup>. وقوله في الكتاب: «ثم يُنْضَدُ اللَّبِنُ» من التَّنْضِيدِ،  
وهكذا ذكر إمام الحرمين، ولفظ الشافعي - رضي الله عنه - وعليه الأصحاب - رحمة الله  
عليهم - ينصب وهما جميعاً مؤديان للغرض .

قال الغزالي: وَلَا يَرْفَعُ نَعْشَ الْقَبْرِ إِلَّا بِقَدْرِ شِبْرٍ وَلَا يَجْصَصُ، وَلَا يُطَيَّنُ، وَلَا  
بَأْسَ بِالْحَصَا وَوَضَعَ حَجْرٍ عَلَى رَأْسِ الْقَبْرِ لِلْعَلَامَةِ، ثُمَّ التَّنْسِيمُ أَفْضَلُ مِنَ التَّنْطِيحِ  
مُخَالَفَةً لِشِعَارِ الرَّوَافِضِ .

قال الرافعي: المُسْتَحَبُّ أن لا يزداد في القبر على ترابه الذي خرج منه حتى لا  
يعظم شخوصه عن الأرض، ولا يرفع نعشه إلا قدر شبر؛ لما روي عن جابر - رضي  
الله عنه - «أنَّهُ لِحَدِّ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَنُصِبَ عَلَيْهِ اللَّبْنُ نَضْباً، وَرَفَعَ قَبْرَهُ عَنِ الْأَرْضِ قَدْرَ  
شِبْرٍ»<sup>(٥)</sup>. وعن القاسم بن محمد قال: «دَخَلْتُ عَلَى عَائِشَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - فَقُلْتُ يَا  
أُمَّهُ أَكْشِفِي لِي عَنِ قَبْرِ النَّبِيِّ ﷺ وَصَاحِبِيهِ، فَكَشَفَتْ لِي عَنِ ثَلَاثَةِ قُبُورٍ لَا مُشْرِفَةَ وَلَا  
لَا طَيْفَةَ مَبْطُوحَةَ يَبْطَحَاءِ الْعَرَضَةِ الْحَمْرَاءِ»<sup>(٦)</sup>. وإنما يرفع نعش القبر ليعرف فيزداد ويحترم  
واستثنى في «التَّيْمَةَ» ما إذا مات مسلم في بلاد الكفر. قال: لا يرفع قبره ويخفى كيلاً

(١) أخرجه مسلم (٩٦٧).

(٢) أخرجه مسلم (٩٦٦).

(٣) أخرجه الدارقطني (٧٦/٢) والبيهقي وضعفه (٤١٠/٣) وله شاهد من حديث أبي هريرة - رضي  
الله عنه - عند ابن ماجه (١٥٦٥) وفيه زيادة.

(٤) سورة طه، الآية ٥٥.

(٥) أخرجه البيهقي (٤١٠/٣).

(٦) أخرجه أبو داود (٣٢٢٠)، والحاكم صححه (٣٦٩/١).

يتعرض له الكفار إذا خرج المسلمون منها، ويكره تخصيص القبر والكتابة والبناء عليه<sup>(١)</sup>، لما روي عن النبي ﷺ «أَنَّهُ نَهَى عَنِ تَجْصِيسِ الْقَبْرِ وَأَنْ يُبْنَى عَلَيْهِ وَأَنْ يُكْتَبَ عَلَيْهِ وَأَنْ يُوْطَأَ»<sup>(٢)</sup>. ولو بنى عليه هُدِمَ كانت المقبرة مُسَبَّلَةً، وإن كان القبر في ملكه فلا.

وأما قوله: «فلا يطين» فليس له ذكر في أكثر كتب الأصحاب، وإنما ذكره المصنف وإمام الحرمين كأنهما ألحقا التطين بالتجصيص، لكن لا يبعد الفرق بينهما، فإن التجصيص زينة دون التطين أو الزينة في التجصيص أكثر، وذلك لا يناسب حال الميت، وقد روى أبو عيسى الترمذي في «جامعة» عن الشافعي - رضي الله عنه - أنه لا بأس بالتطين، وروى مثله عن أحمد، فلك أن تعلم قوله: «ولا يطين» بالواو والألف، ويستحب أن يرش الماء على القبر ويوضع عليه الحصى، روي ذلك «عَنْ فِعْلِ النَّبِيِّ ﷺ بِقَبْرِ ابْنِهِ إِبْرَاهِيمَ»<sup>(٣)</sup>. «وَرَشَّ بِلَالٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - عَلَى قَبْرِ النَّبِيِّ ﷺ»<sup>(٤)</sup>.

ويستحب أن يوضع عند رأسه صخرة أو حشبة ونحوها.

«وَضَعَ النَّبِيُّ ﷺ صَخْرَةً عَلَى رَأْسِ قَبْرِ عُثْمَانَ بْنِ مَطْعُونٍ، وَقَالَ: أَعْلَمُ بِهَا قَبْرَ أَخِي، وَأَذْفِنُ إِلَيْهِ مِنْ مَاتَ مِنْ أَهْلِي»<sup>(٥)</sup>.

وقوله في الكتاب: «ولا بأس بالحصى، ووضع الحجر» لا يقتضي إلا نفي الحزمة والكراهة وهما مع ذلك مستحبان نص عليه الأئمة كما بيناه فاعرف ذلك، ثم الأفضل في شكل القبر التسطيح أو التسنيم، ظاهر المذهب أن التسطيح أفضل. وقال مالك وأبو حنيفة وأحمد - رحمهم الله -: التسنيم أفضل. لنا أن النبي ﷺ «سَطَّحَ قَبْرَ ابْنِهِ إِبْرَاهِيمَ»<sup>(٦)</sup>. «وَعَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ قَالَ: رَأَيْتُ قَبْرَ النَّبِيِّ ﷺ وَأَبِي بَكْرٍ وَعُمَرَ - رَضِيَ

(١) حاصله أن البناء على القبر مكروه مطلقاً سواء كان في مسبلة أم لا؟، وأما الهدم فيفصل بين المسبلة وغيرها لكن قول المصنف، فإن كان في مسبلة هدم يقتضي أن الكراهة كراهة تحريم، وصرح به في شرح المهذب فجزم بالتحريم، وقال: قال أصحابنا: ويهدم البناء، قال في الأم: ورأيت من الولاة من يهدم ما يبني فيها لم أر الفقهاء يعيبون عليه في ذلك، ولأن في ذلك تضييقاً على الناس، وذكر في شرح مسلم قبل كتاب الزكاة نحوه أيضاً، وجزم به أيضاً في الفتاوى، وعبارة الحاروي أن التجصيص ممنوع في ملكه وغيره. وعبارة ابن كج وسليم لا يجوز تجصيص القبور، ولا أن يبني عليها قباب ولا غيرها، والوصية به باطلة.

(٢) أخرجه الترمذي (١٠٥٢) وقال: حسن صحيح والحاكم (٣٧٠/١)، وانظر التلخيص (١٣٢/٢).

(٣) أخرجه الشافعي (٥٨٥)، والبيهقي (٤١١/٣)، وانظر التلخيص (١٣٣/٢).

(٤) أخرجه البيهقي (٤١١/٣) من رواية جابر، وفيه إسناده الواقدي، وقد ضعف، انظر التلخيص (١٣٣/٢).

(٥) أخرجه أبو داود (٣٢٠٦) من رواية كثير بن يزيد المدني، وفيه مقال.

(٦) أخرجه الشافعي (٥٨٥) وضعفه ابن الملقن. انظر الخلاصة (٢٧٣/١).

اللَّهُ عَنْهُمَا - مُسَطَّحَةً»<sup>(١)</sup>.

وقال ابن أبي هريرة: إن الأفضل الآن العُدول من التَّسْطِيحِ إلى التَّسْنِيمِ؛ لِأَنَّ التَّسْطِيحَ صار شعاراً للروافض، فالأولى مخالفتهم، وصيانة الميت وأهله عن الاتِّهام بالبدعة، ومثله ما حكى عنه أن الجَهر بالتَّسمية إذا صار في موضع شعاراً لهم فالمستحب الإسرار بها مخالفة لهم، واحتج له بما روي أن النبي ﷺ «كَانَ يَقُومُ إِذَا بَدَتْ جَنَازَةٌ فَأَخْبَرَ أَنَّ الْيَهُودَ تَفْعَلُ ذَلِكَ فَتَرَكَ الْقِيَامَ بَعْدَ ذَلِكَ مُخَالَفَةً لَهُمْ»<sup>(٢)</sup>.

وهذا الوجه هو الذي أجاب به في الكتاب، ومال إليه الشيخ أبو محمد - رحمه الله - وتابعه القاضي الروياني. لكن الجمهور على أن المذهب الأول.

قالوا: ولو تركنا ما ثبت في السنة لإطباق بعض المبتدعة عليه لجرنا ذلك إلى تَرْكِ سُنَنِ كَثِيرَةٍ وَإِذَا أَطْرَدَ جَرِينَا عَلَى الشَّيْءِ خَرَجَ عَنْ أَنْ يَعِدَ شِعَاراً لِلْمَبْتَدَعَةِ.

قال الغزالي: ثُمَّ الْأَفْضَلُ لِمُسْتَبِيعِ الْجَنَازَةِ أَنْ يَمْكُثَ إِلَى مُوَارَاةِ الْمَيْتِ.

قال الرافعي: عن النبي ﷺ أنه قال: «مَنْ صَلَّى عَلَيَّ الْجَنَازَةَ وَرَجَعَ فَلَهُ قَيْرَاطٌ، وَمَنْ صَلَّى عَلَيْهَا وَلَمْ يَزْجِعْ حَتَّى دُفِنَ فَلَهُ قَيْرَاطَانِ أَوْضَعُهُمَا - وَرُوي أَحَدُهُمَا - مِثْلُ أَحَدٍ»<sup>(٣)</sup>. قال الأَصْحَابُ: وللانصراف من الجَنَازَةِ أربع درجات:

إحداها: أن ينصرف عُقِبَ الصَّلَاةِ فله من الأجر قيراط.

والثانية: أن يتبعها حتى تُوَارَى ويرجع قبل إهالة التراب.

والثالثة: أن يقف إلى الفَرَاغِ من القبر، وينصرف من غير دُعَاءِ.

والرابعة: أن يقف على القبر، ويستغفر الله تعالى جُده للميت، وهذه أقصى الدَّرَجَاتِ فِي الْفَضِيلَةِ، روي أن النبي ﷺ «كَانَ إِذَا فَرَعَ مِنْ قَبْرِ الرَّجُلِ وَقَفَ عَلَيْهِ وَقَالَ: أَسْتَغْفِرُوكَ اللَّهُ لَهُ، وَأَسْأَلُوكَ اللَّهُ تَعَالَى لَهُ التَّثْبِيثَ فَإِنَّهُ الْأَنْ يُسْأَلَ»<sup>(٤)</sup>. وحياسة القَيْرَاطِ الثَّانِي تحصل لصاحب الدَّرَجَةِ الثَّلَاثَةِ، وهل تحصل لصاحب الثانية؟ حكى الإمام فيه

(١) تقدم.

(٢) أخرجه أبو داود (٣١٧٦)، والترمذي (١٠٢٠) وابن ماجه (١٥٤٥)، وإسناده ضعيف. انظر الخلاصة لابن الملقن (٢٧٣/١).

(٣) أخرجه البخاري (١٣٢٥)، ومسلم (٩٤٥).

(٤) أخرجه أبو داود (٣٢٢١)، والبزار (٩٠/١)، والحاكم (٣٧٠/١)، والبيهقي (٥٦/٤) وقال الحاكم: صحيح الإسناد.

تردُّدًا، واختار الحصول<sup>(١)</sup>. إذا وقفت على ما ذكرنا عرفت أنه ليس الغرض من قوله في الكتاب: «ثم الأفضَلُ لمشييع الجنائزة...» إلخ أنه الأفضَل على الإطلاق بل فوقه ما هو أفضل منه، وإنما المراد أنه أفضل من الأنصِرافِ عُقْبِ الصلاة.

ويستحب أن يلقن الميت بعد الدفن، فيقال: يا عبد الله ابن أمة الله اذكر ما خرجت عليه من الدنيا شهادة أن لا إله إلا الله، وأن محمداً رسول الله، وأن الجنة حق، وأن النار حق، وأن البعث حق، وأن الساعة آتية لا ريب فيها، وأن الله يبعث من في القبور، وأنت رضىت بالله رباً، وبالإسلام ديناً، وبمحمد نبياً، وبالقرآن إماماً، وبالكعبة قبلةً، وبالمؤمنين إخواناً، ورد الخبر به عن النبي ﷺ<sup>(٢)</sup>.

قال الغزالي: فَرَعَانِ، الْأَوَّلُ: لَا يُدْفَنُ فِي قَبْرِ وَاحِدٍ مَيِّتَانِ إِلَّا لِحَاجَةٍ، ثُمَّ يُقَدَّمُ الْأَفْضَلُ إِلَى جِدَارِ اللَّحْدِ، وَلَا يُجْمَعُ بَيْنَ الرَّجَالِ وَالنِّسَاءِ إِلَّا لِشِدَّةِ الْحَاجَةِ، ثُمَّ يُجْعَلُ بَيْنَهُمَا حَاجِزٌ مِنَ التُّرَابِ.

قال الرافعي: المستحبُّ في حال الاختيار أن يدفن كل ميت في قبر، كذلك فعل النبي ﷺ وأمر به، فإن كثر الموتى بقتل وغيره، وعسر أفراد كل ميت بقبر دفن الأئنان والثلاثة في قبر واحد<sup>(٣)</sup>، لما روي «أنه ﷺ قَالَ لِلْأَنْصَارِ يَوْمَ أُحُدٍ أَخْفَرُوا وَأَوْسِعُوا

(١) قال النووي: وحكى صاحب «الحاوي» في هذا التردد وجهين، وقال: أصحابهما: لا تحصل إلا بالفراغ ودقته، وهذا هو المختار، ويحتج له برواية البخاري «حتى يفرغ من دفنها» ويحتج للأخر برواية مسلم في «صحيحه»: «حتى توضع في اللحد» - والله أعلم -.

(٢) قال النووي: هذا التلقين استحبه جماعات من أصحابنا، منهم: القاضي حسين، وصاحب «التتمة» والشيخ نصر المقدسي في كتابه «التهذيب» وغيرهم، ونقله القاضي حسين عن أصحابنا مطلقاً. والحديث الوارد فيه ضعيف، لكن أحاديث الفضائل يتسامح فيها عند أهل العلم من المحدثين وغيرهم، وقد اعتضد هذا الحديث بشواهد من الأحاديث الصحيحة، كحديث «اسألوا الله له الثبیت» ووصية عمرو بن العاص «أقيموا عند قبوري قدر ما تنحر جزور، ويقسم لحمها حتى استأنس بكم، وأعلم ماذا أراجع به رسل ربي» رواه مسلم في «صحيحه» ولم يزل أهل الشام على العمل بهذا التلقين من العصر الأول، وفي زمن من يقتدى به. قال أصحابنا: ويقعد الملقن عند رأس القبر، وأما الطفل ونحوه، فلا يلقن - والله أعلم - ينظر الروضة (١/٦٥٥).

(٣) قيل في هذا الكلام إجمال، ومن المهم أن هذا هل هو للتحريم أو الكراهة؟ قال الشيخ الإمام السبكي: والذي تحرر أن لها ثلاثة حالات:

إحداها: دفن اثنين من نوع كرجلين أو امرأتين ابتداء فيجوز لكن يكره، لأنه إنما فعل يوم أخذ للحاجة، وممن صرح بالكراهة المارودي في الإقناع وعبارة الشافعي وكثير من الأصحاب لا يستحب، وعن السرخس لا يجوز وتبعه النووي، والأصح ما قلناه من الاقتصار على الكراهة أو نفي الاستحباب، فإن حصلت حاجة زالت الكراهة كما فعله النبي ﷺ في قتلى أحد. ينظر الروضة (١/٦٥٥).

وَعَمَّقُوا، وَاجْعَلُوا الْإِثْنَيْنِ وَالثَّلَاثَةَ فِي الْقَبْرِ الْوَاحِدِ، وَقَدَّمُوا أَكْثَرَهُمْ قُرْآنًا»<sup>(١)</sup>.

وليقدم الأفضل إلى جدار اللحد مما يلي القبلة، ويقدم الأب على الابن، وإن كان الابن أفضل لحرمة الأبوة، وكذلك تقدم الأم على البنت، ولا يجمع بين الرجال والنساء، إلا عند شدة الحاجة، وأنتهائها إلى الضرورة، ويجعل بينهما حاجز من التراب، ويقدم الرجل وإن كان أبناً، والمرأة أمه، فإن اجتمع رجل وامرأة وخثنى وصبي قدم الرجل ثم الصبي ثم الخثنى ثم المرأة، والسابق إلى الفهم من لفظ الكتاب وإشارة جمع من الأصحاب أنه لا حاجة إلى الحاجز بين الرجلين وبين المرأتين، وإنما الحاجز عند اختلاف النوع، وذكر العراقيون أنه يجعل بين الرجلين حاجز أيضاً، وكذا بين المرأتين والله أعلم.

قال الغزالي: الثاني: القبر يُحْتَرَمُ فَيُصَانُ عَنِ الْجُلُوسِ وَالْمَشْيِ وَالْأَتْكَاءِ عَلَيْهِ، بَلْ يَقْرُبُ الْإِنْسَانُ مِنْهُ كَمَا يَقْرُبُ مِنْهُ فِي زيارَتِهِ لَوْ كَانَ حَيًّا، وَلَا يَنْبَشُ الْقَبْرَ إِلَّا إِذَا أَمَحَقَ أَنْزَلُ الْمَيِّتِ بِطُولِ الزَّمَانِ، أَوْ دُفِنَ مِنْ غَيْرِ غَسَلٍ، أَوْ فِي أَرْضٍ مَغْصُوبَةٍ، أَوْ فِي كَفَنٍ مَغْصُوبٍ (و)، وَلَوْ دُفِنَ قَبْلَ التَّكْفِينِ لَمْ يَنْبَشْ عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ، وَأَكْتَفِي بِالتُّرَابِ سَاتِرًا، وَلَا يُصَلَّى عَلَى جَنَازَةٍ مَرَّتَيْنِ إِلَّا أَنْ يَخْضُرَ الْوَلِيُّ وَقَدْ صَلَّى عَلَيْهِ غَيْرُهُ فَيُصَلِّي، وَلَا يُكْرَهُ الدَّفْنُ لَيْلًا، فَإِنْ دُفِنَتْ ذِمِّيَّةٌ حَامِلٌ بِمُسْلِمٍ دُفِنَتْ بَيْنَ مَقَابِرِ الْمُسْلِمِينَ وَالْكَفَّارِ، وَقِيلَ: يُجْعَلُ ظَهْرُهَا إِلَى الْمَقْبَرَةِ، فَإِنْ أَبْتَلَعَ جَوْهَرَةً لِغَيْرِهِ وَمَاتَ شَقَّ جَوْفُهُ عَلَى الْأَصْح، وَإِنْ كَانَتْ لَهُ فَوْجَهَانِ أَيْضًا.

قال الراعي: أصل الفرع أن القبر محترم توقيراً للमित، ويبنى عليه مسائل: إحداها: أنه يكره الجلوس عليه والاتكاء وكذلك وطؤه إلا لحاجة، بأن لا يصل إلى قبر ميتة إلا بوطنه. وعن مالك: أنه لا يُكْرَهُ شيء من ذلك. لنا ما روي أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «لِأَنَّ يَجْلِسَ أَحَدُكُمْ عَلَى جَمْرَةٍ فَتَحْرِقُ ثِيَابَهُ فَتَخْلُصَ إِلَى جِلْدِهِ خَيْرٌ لَهُ مِنْ أَنْ يَجْلِسَ عَلَى قَبْرِ»<sup>(٢)</sup>.

الثانية: يستحب زيارة القبور للرجال؛ لما روي أنه ﷺ قَالَ: «كُنْتُ نَهَيْتُكُمْ عَنْ زِيَارَةِ الْقُبُورِ، فَزُورُوهَا؛ فَإِنَّهَا تُذَكِّرُ الْأَجْرَةَ»<sup>(٣)</sup>. وأما النساء فهل يكره لهن الزيارة؟ فيه وجهان:

(١) أخرجه الطبراني في الكبير (٧٩٧٩)، وقال الهيثمي في المجمع (٢٤٦/٣)، وفي إسناده جماعة لم أعرفهم.

(٢) أخرجه مسلم (٩٧١).

(٣) أخرجه مسلم (٩٧٧)، والترمذي (١٠٥٤) واللفظ له.

أحدهما: ولم يذكر الأكثرون سواه نعم لقلّة صبرهن وكثرة جَزَعهن. وقد روي أنه ﷺ «لَعَنَ زَوَاةَ الْقُبُورِ»<sup>(١)</sup>.

والثاني: لا. قال الرؤياني في «البحر»: وهذا أصح عندي إذا أَمِنَ الْأَفْتِيَانِ.

والسُّنَّةُ أن يقول الزَّائِر: سلام عليكم دار قوم مؤمنين، وإنا إن شاء الله عن قريب بكم لاحقون، اللَّهُم لا تحرمنا أجرَهُم، ولا تُفَتِّتْنَا بعدهم<sup>(٢)</sup>.

وينبغي أن يدنو الزَّائِر مِنَ الْقَبْرِ الْمَزُور بقدر ما يدنو من صاحبه لو كان حيًّا وزاره، وسئل الْقَاضِي أَبِي الطَّيِّبِ عن ختم الْقُرْآنِ فِي الْمَقَابِرِ، فقال: الثَّوَابُ لِلْقَارِئِ وَيَكُونُ الْمِيَّتَ كَالْحَاضِرِينَ يَرْجَى لَهُ الرَّحْمَةُ وَالْبِرْكَةُ فَيَسْتَحِبُّ قِرَاءَةَ الْقُرْآنِ فِي الْمَقَابِرِ لِهَذَا الْمَعْنَى، وَأَيْضاً فَالِدُعَاءِ عَقِيبَ الْقِرَاءَةِ أَقْرَبُ إِلَى الْإِجَابَةِ وَالِدُعَاءِ يَنْفُ الْمِيَّتَ.

الثالثة: لا يجوز نَبْشُ الْقَبْرِ إِلَّا فِي مَوَاضِعَ:

منها: أن يلى الميت ويصير تراباً، فيجوز نبشه ودفن غيره فيه، ويرجع في ذلك إلى أهل الخبيرة، ويختلف باختلاف أهوية البلاد وأرضها، وإذا بَلِيَ الميت لم يجز عمارة القبر وتسوية التراب عليه في المقابر المُسْبَلَّة، لثلا يتصور بصور القبور الجديد فيدفن فيه من شاء ميته. ومنها: أن يدفن إلى غير القبلة وقد سبق.

ومنها: أن يدفن من يجب غسله من غير غسل، فظاهر المَذْهَبِ وهو المذكور في الْكِتَابِ أنه يجب التَّبْشُ، تداركاً لواجب الغسل، وعن صاحب «التقريب» حكاية قول: أنه لا يجب ذلك بل يكره لما فيه من هتِكِ الميت، وعلى الأول متى يخرج للغسل؟ فيه وجهان مذكوران في «العدة»:

أظهرهما: وهو المذكور في «النهاية» و«التَّهْدِيبِ» ما لم يتغير الميَّت.

والثاني: ما دام يبقى جزء منه من عَظْمٍ وغيره.

وعند أبي حنيفة ولو أهيل عليه التراب لم ينبش وإلا نبش للغسل، فلذلك أعلم قوله: «أو دفن من غير غسل» بالحاء مع الواو.

ومنها: لو دفن في أرض مَعْصُوبَةٍ فالأولى لصاحبها أن يتركه، فإن أبي وطلب

(١) أخرجه أحمد (٣٣٧/٢)، والترمذي (١٠٥٦) وقال: حسن صحيح، وابن حبان: ذكره الهيثمي في الموارد من حديث أبي هريرة، ومن حديث ابن عباس، وأبو داود (٣٢٣٦) والترمذي (٣٢٠) والنسائي (٩٤/٤)، وابن ماجه (١٥٧٥) والهيثمي في الموارد (٧٨٨)، والحاكم (٣٧٤/١).

(٢) أخرج بعضه مسلم (٢٤٩) من حديث أبي هريرة (٩٧٤) من حديث عائشة (٩٧٥) من حديث بريدة، ورواه بكماله ابن السني (٩٥١).

إخراجه كان له ذلك، قال في «النهاية»: وأشار الأئمة إلى أنه يخرج وإن تغير وكان في إخراجه هتك حرمة؛ لأن حرمة الحيّ أولى بالمراعاة، ويجوز أن يظن ظاناً تركه فإنه سيئلي عن قريب، وقد تنزل حرمة الميت منزلة الحي فيما هذا سبيله. ومنها: لو كفن في ثوب مغصوب أو مسروق ودفن فهل ينبش؟ أورد فيه ثلاثة أوجه:

أظهرها: وهو المذكور في الكتاب نعم، كما ينبش لرد الأرض المغصوبة.

والثاني: - وهو الذي ذكره صاحب «الشامل» - لا يجوز نبشه؛ لأنه مشرف على الهلاك بالتكفين بخلاف الأرض فيعطى حق الهالك، وينقل حكم المالك إلى القيمة، ولأن هتك الحُرمة في نزع الكفن أكثر. والثالث: أن تغير الميت وكان في الثبش ورد الثوب هتكه لم ينبش، وإلا نبش ورد. ومنها: لو دفن في ثوب حرير هل ينبش؟ فيه هذا الخلاف. ولو دفن من غير كفن فهل ينبش ليكفن؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، كما لو دفن من غير غسل، فإن كل واحد منهما واجب.

وأظهرهما: لا؛ فإن المقصود من التكفين ستره واحترامه، وقد ستره التراب فلاكتفاء به أولى من هتك حرمة بالنبش. ومنها: لو وقع في القبر خاتم أو متاع آخر ينبش ويرد. ولو أبتلع في حياته مالا ثم مات، وطلب صاحبه الرد شق جوفه ورد. قال في «العدة»: إلا أن يضمن الورثة مثله أو قيمته فلا يخرج ولا يرذ في أصح الوجهين. وفيه وجه آخر وهو اختيار القاضي أبي الطيب: أنه لا يخرج أصلاً، ويجب الغرم من تركته على الورثة. ولو ابتلع شيئاً من مال نفسه، ومات فهل يخرج؟ فيه وجهان؛ لأنه كالمستهلك لمال نفسه بالابتلاع. قال أبو العباس الجرجاني في «الشافعي»: والأصح الإخراج أيضاً. إذا عرفت ذلك فحيث يشق جوفه ويخرج فلو دفن قبل الشق ينبش لذلك أيضاً. وإذا تأملت ما ذكرناه عرفت أن قوله: «لا ينبش القبر إلا إذا انمحق...» إلى آخره، وإن كان ظاهره يقتضي حصر الاستثناء في الصورة المذكورة لكنه ليس كذلك.

فرع: لو مات إنسان في السفينة فإن كان أهلها بقرب الساحل، أو بقرب جزيرة انتظروا به ليدفنوه في البر وإلا شدوه بين لوحين لثلا ينتفخ وألقوه في البحر، ليلقيه البحر بالساحل فلعله يقع إلى قوم يدفنونه، فإن كان أهل الساحل كفاراً ثقل بشيء ليرسب<sup>(١)</sup>.

(١) قال النووي: العجب من الإمام الرافعي مع جلالته، كيف حكى هذه المسألة على هذا الوجه، وكأنه قلد فيه صاحبي «المهذب» و«المستطهري» في قولهما: إن كان أهل الساحل كفاراً، نقل ليرسب، وهذا خلاف نص الشافعي، وإنما هو مذهب المزني، لأن الشافعي - رحمه الله - قال: يلقى بين لوحين ليقذفه في البحر. قال المزني: هذا الذي قاله الشافعي، إذا كان أهل =



## الْقَوْلُ فِي التَّغْرِيبِ وَالْبُكَاءِ عَلَى الْمَيِّتِ

قال الغزالي: (التَّغْرِيبُ) سُنَّةٌ إِلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، وَهُوَ الْحَمَلُ عَلَى الصَّبْرِ بِوَعْدِ الْأَجْرِ وَالِدُعَاءِ لِمَيِّتٍ وَلِلْمُصَابِ، وَيُعْرَى الْمُسْلِمُ بِقَرِيبِهِ الْكَافِرِ وَالِدُعَاءِ لِلْحَيِّ، وَيُعْرَى الْكَافِرُ بِقَرِيبِهِ الْمُسْلِمِ وَالِدُعَاءِ لِلْمَيِّتِ، وَيَسْتَحَبُّ تَهْيِئَةَ طَعَامٍ لِأَهْلِ الْمَيِّتِ، وَالْبُكَاءُ جَائِزٌ مِنْ غَيْرِ نَذْبٍ وَلَا نِيَاحَةٍ وَمِنْ غَيْرِ جَزَعٍ وَضَرْبٍ خَدٍّ وَشَقِّ ثَوْبٍ، وَكُلُّ ذَلِكَ حَرَامٌ، وَلَا يُعَدَّبُ الْمَيِّتُ بِنِيَاحَةِ أَهْلِهِ إِلَّا إِذَا أَوْصَى بِهِ، فَلَا تَزْرُ وَازِرَةٌ وَزْرَ أُخْرَى.

(١) = الساحل مسلمين، فإن كانوا كفاراً، ثقل بشيء لينزل إلى القرار، قال أصحابنا: الذي قاله الشافعي أولى، لأنه يحتمل أن يجده مسلم فيدفنه إلى القبلة. وعلى قول المزني: يتيقن ترك الدفن. هذا الذي ذكرته هو المشهور في كتب الأصحاب، وذكر الشيخ أبو حامد، وصاحب «الشامل» وغيرهما: أن المزني ذكرها في «جامعه» الكبير، وأنكر القاضي أبو الطيب عليهم وقال: إنما ذكرها المزني في «جامعه» كما قالها الشافعي في «الأم» قال الشافعي: فإن لم يجعلوه بين لوحين ليقدفه الساحل، بل نقلوه وألقوه في البحر، رجوت أن يسعهم، كذا رأيته في «الأم» ونقل الأصحاب أنه قال: لم يَأْتُوا، وهو بمعناه. وإذا ألقوه بين لوحين، أو في البحر، وجب عليهم قبل ذلك غسله وتكفينه، والصلاة عليه بلا خلاف، وعبارة «شرح المهدب» قال: أصحابنا - رحمهم الله -: إذا مات في البحر ومعه رفقة، فإن كان يقرب الساحل وأمكنهم الخروج إلى الساحل، وجب عليهم الخروج به، وغسله وتكفينه والصلاة عليه ودفنه، قالوا: فإن لم يمكنهم لبعدهم من الساحل أو لخوف عدو أو سب أو غير ذلك لم يجب الدفن في الساحل، بل يجب غسله وتكفينه والصلاة عليه، ثم يجعل بين لوحين ويلقى في البحر ليلقيه إلى الساحل، فلعلة يصادقه من يدفنه، قال الإمام الشافعي في «الأم»: فإن لم يجعلوه بين لوحين ويلقوه إلى الساحل، بل ألقوه في البحر رجوت أن يسعهم هذا لفظه، ونقل الشيخ أبو حامد وصاحب «الشامل» أن الشافعي - رحمه الله - قال: لم يَأْتُوا - إن شاء الله تعالى - وهو معنى قوله: «رجوت أن يسعهم، فإن كان أهل الساحل كفاراً، قال الشافعي في «الأم»: جعل بين لوحين وألقي في البحر، وقال المزني - رحمه الله -: ينقل بشيء لينزل إلى أسفل البحر لئلا يأخذه الكفار فيغيروا سنة المسلمين فيه، قال المزني: إنما قال الشافعي أنه يلقي إلى الساحل، إذا كان أهل الجزاء مسلمين، أمثا إذا كانوا كفاراً فيثقل بشيء حتى تنزل إلى اقرار، قال أصحابنا: والذي نص عليه الشافعي من الإلقاء إلى الساحل أولى؛ لأنه يحتمل أن يجده مسلم فيدفنه إلى القبلة، وأما على قول المزني فيتيقن ترك دفنه، بل يلقيه للحيتان. هذا الذي ذكرناه هو المشهور في كتاب الأصحاب. قال الشيخ أبو حامد وابن الصباغ: إن المزني ذكر مذهبه هذا في جامعه الكبير، وأنكر القاضي أبو الطيب في تعليقه على الأصحاب نقلهم هذا عن المزني وقال: طلبت هذه المسألة في الجامع الكبير فوجدتها على ما قاله الشافعي في الأم. وذكرها صاحب المستظهر كما ذكرها المصنف فكأنهما اختارا مذهب المزني، قال أصحابنا - رحمهم الله - والصحيح ما قاله الشافعي - والله أعلم - ينظر الروضة (١/٦٦٠، ٦٦١).

قال الرافعي: في الفصل ثلاث مسائل:

إحداها: التَّعْزِيَةُ سُنَّةٌ، روي أنه ﷺ قال: «مَنْ عَزَى مُصَابًا فَلَهُ مِثْلُ أَجْرِهِ»<sup>(١)</sup>.

وينبغي أن يُعزَى جميع أهل الميت الكبير والصغير والرجل والمرأة، نعم الشَّابَّة لا يُعزِّيها إلا محارمها، ويكره الجلوس لها، ولا فرق فيها بين ما قبل الصَّلَاة وبعدها وما قبل الدفن وبعده، فيما يرجع إلى أصل الشريعة، لكن تأخيرها إلى ما بعد الدفن حسن لاشتغال أهل الميت قبله بتجهيزه، ولاشتماد حُزْنهم حينئذ بسبب المفارقة. وعن أبي حنيفة: أن التَّعْزِيَةَ قبل الدفن، فأما بعده فلا، وإلى متى تشرع التَّعْزِيَةُ؟ فيه وجهان:

أظهرهما: - وهو المَذْكُور في الكتاب - إلى ثلاثة أيام فلا يعزیه بعد ذلك إلا أن يكون المُعْزِي أو المعزى غائباً، وهذا لأن الغرض من التَّعْزِيَةُ تَسْكِينُ قلب المصاب، والغالب سُكُونُ قَلْبِهِ في هذه المدة فلا يجدد عليه الحُزْنَ.

قال الشيخ أبو محمد فيما علق عنه: وهذه المدة على التَّشْرِيْبِ دون التَّحْدِيدِ.

والثاني: حكاها في «النهاية» مع الأول أنه لا أمد تقطع عندها التَّعْزِيَةُ، فإن العَرَضُ الأعظم منها الدَّعَاءُ. ومعنى التَّعْزِيَةُ الأمر بالصبر، والحمل عليه بوعد الأجر والتَّحْذِيرُ عن الوزر بالجزع، والدعاء للميت بالمغفرة، والمُصَابُ يجبر المصيبة، فيقول في تعزية المسلم بالمسلم: أعظم الله أجرك، وأحسن عزاك، وغفر لميتك، وفي تعزية المُسْلِمِ بالكافر: أعظم الله أجرك، وأخلف عليك أو جَبَرَ اللهُ مِصِيْبَتَكَ، وألهمك الصَّبْرَ وما أشبه ذلك. وفي تعزية الكافر بالمسلم: غفر الله لميتك وأحسن عزاك. ويجوز للمسلم أن يعزِّي الذمي بقريبة الذمي، فيقول: أخلف الله عليك، ولا نقص في عددك وهذا لتكثر الجزية لِلْمُسْلِمِينَ.

الثَّانِيَةُ: يستحبُّ لجيران المَيِّتِ والأبعدين من قرابته تهيئة طعام لِأَهْلِ المَيِّتِ، يشبعهم في يَوْمِهِمْ وليلتهم، فإنهم لا يفرغون له، ولو أَشْتَعَلُوا به لعيروا. روي «أَنَّهُ لَمَّا جَاءَ نَعْيُ جَعْفَرٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - قال النَّبِيُّ ﷺ أَجْعَلُوا لِأَلِ جَعْفَرٍ طَعَامًا، فَقَدْ جَاءَهُمْ أَمْرٌ يُشْغِلُهُمْ»<sup>(٢)</sup>. ويستحبُّ إلحاحهم على الأكل ولو اجتمع نساء يُنْحَنُ لم يجز لهنَّ طعام، فإنه إعانة على المعصية.

الثَّالِثَةُ: البكاء على المَيِّتِ جائز قبل زُهوق الرُّوح، وبعده وقبل الزُّهوق أَوْلَى رُوي

(١) أخرجه الترمذي (١٠٧٣) وقال: غريب لا تعرفه إلا من حديث علي بن عاصم قال: روى أيضاً موقوفاً، ويقال: أكثر ما ابتلى به علي بن عاصم بهذا الحديث نغمه عليه. وأخرجه ابن ماجة (١٦٠٢)، والبيهقي (٩٥/٤) وانظر التلخيص (١٣٨/٢).

(٢) أخرجه أبو داود (٣١٣٢)، والترمذي (٩٩٨)، وابن ماجة (١٦١٠) وانظر التلخيص (١٣٨/٢).

أَنَّهُ ﷺ قَالَ: «فَإِذَا وَجَبَ فَلَا تَبْكِيَنَّ بَاكِئَةً»<sup>(١)</sup> وَجَعَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَبْنَهُ إِبْرَاهِيمَ فِي حَجْرِهِ، وَهُوَ يَجُودُ بِنَفْسِهِ فَذَرَفَتْ عَيْنَا رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقِيلَ لَهُ فِي ذَلِكَ فَقَالَ: إِنَّهَا رَحْمَةٌ، وَإِنَّمَا يَزْحَمُ اللَّهُ مِنْ عِبَادِهِ الرَّحْمَاءَ، ثُمَّ قَالَ أَلْعَيْنُ تَذْمَعُ، وَالْقَلْبُ يَخْرَنُ، وَلَا تَقُولُ إِلَّا مَا يُرْضِي رَبَّنَا»<sup>(٢)</sup>. والندب حرام، وهو أن يعدَّ شَمَائِلَ المِيتِ، فيقال وَأَكْهَفَاهُ وَجَبَلَاهُ ونحو ذلك، وكذا التَّيَاحَةُ والجَزَعُ بضرب الحَدِّ وشق الثوب ونشر الشَّعر كُلُّ ذَلِكَ حرام، لما روي أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «لَعَنَ اللَّهُ التَّائِحَةَ وَالمُسْتَمِعَةَ»<sup>(٣)</sup>. وروي أَنَّهُ قَالَ: «لَيْسَ مِثْلًا مَنْ ضَرَبَ الأَحْدُوْدَ، وَشَقَّ الجُيُوبَ»<sup>(٤)</sup>. ولو فعل أهل المِيت شيئاً من ذلك لم يعدَّب المِيت به، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾<sup>(٥)</sup>. وما روي من أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «إِنَّ المِيتَ لَيُعَذَّبُ بِبِكَاءِ أَهْلِهِ عَلَيْهِ»<sup>(٦)</sup>. وفي رواية: «إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى يَزِيدُ الكَافِرَ عَذَابًا عَلَى عَذَابِهِ بِبِكَاءِ أَهْلِهِ عَلَيْهِ». فقد أولوه من وجوه:

منها: قال المزني: بلغني أنهم كانوا يوصون بالندب<sup>(٧)</sup> والنياحة، وذلك حمل منهم على المَعْصِيَةِ، وهو ذنب فزيدوا عذاباً بذلك إذا عمل أهلهم بوصيتهم، ولك أن تقول: ذنب المِيتِ الحمل على الحرام والأمر به فوجب أن لا يختلف عذابه بالأَمْتِثَالِ

(١) أخرجه مالك والشافعي وأحمد وأبو داود والنسائي من رواية جابر بن عتيك بأسانيد صحيحة. انظر الخلاصة (٢٧٧/١).

(٢) أخرجه البخاري (١٣٠٣)، ومسلم (٢٣١٥) من حديث أنس - رضي الله عنه -.

(٣) أخرجه أبو داود (٣١٢٨) وفي إسناده محمد بن الحسن بن عطية عن أبيه عن جده والثلاثة ضعفاء.

(٤) أخرجه البخاري (١٢٩٤، ١٢٩٧، ١٢٩٨، ٣٥١٩)، ومسلم (١٠٣) من رواية ابن مسعود - رضي الله عنه -.

(٥) سورة الإسراء، الآية ١٥.

(٦) أخرجه البخاري (١٢٨٦، ١٢٨٨)، ومسلم (٩٢٨).

(٧) إذا مت فانعيني بما أنا أهله ولبعضهم:

وتنديه نذب النبي المكرم  
يبالغ في التعليم للمتعلم  
بأنوار حكم الله لا بالتحكم  
مطيع لرب العالمين معظم  
قد انتشرت أعلامه للتعظيم  
يفرج هم العسر عن كل معدم  
إلى حيث ألفت رحلها أم قشعم

إذا شئت أن تبكي فقيداً من الوري  
فلا تبكين إلا على فقد عالم  
وفقد إمام عادل صان بملكه  
وفقد ولي صالح حافظ الوفاء  
وفقد شجاع صادق في جهاده  
وفقد سخي لا يمل من العطا  
فهم خمسة يبكي عليهم وغيرهم

وقيل: أن أم قشعم كانت ناقة معجونة ألفت رحلها في النار.

وعدمه، فإن كان لامتثالهم أثر فالإشكال بحاله.

ومنها: قال بعضهم: المراد منه أن يُقال للميت إذا ندبوه أكنت كما يقولونه، ولك أن تقول: لا شك أن هذا الكلام توييح له، وتخويف وهو ضرب من التعذيب، فليس في هذا الكلام سوى بيان نوع التعذيب فلم يعذب بما يفعلون. ومنها: أن قوله «ببكاء أهله» أي: عند بكاء أهله، وإنما يعذب بذنبه. قال القاضي الحسين: يجوز أن يكون الله تعالى قدر العفو عنه إن لم يبكوا عليه وأنقادوا لقضائه، فإذا جزعوا عوقب بذنبه، وقد روي عن عائشة - رضي الله عنها - أنها قالت: «رَجِمَ اللَّهُ عُمَرَ، وَوَلَّاهُ مَا كَذَبَ، وَكَرِهَتْهُ أَحْطَأً، أَوْ نَسِيَتْهُ إِذْ مَرَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَلَى يَهُودِيَّةٍ وَهُمْ يَبْكُونَ عَلَيْهَا، فَقَالَ إِنَّهُمْ يَبْكُونَ، وَإِنَّهَا لَتُعَذَّبُ فِي قَبْرِهَا»<sup>(١)</sup>. فهذه الرواية مجرأة على ظاهرها، ومبينة أن المراد من قوله: «ببكاء أهله» ما سبق، وكأنه قال: هي معذبة، فما ينفعها بكاءهم عليها والله أعلم.

## بَابُ تَارِكِ الصَّلَاةِ<sup>(٢)</sup>

قال الغزالي: مَنْ تَرَكَ صَلَاةً وَاحِدَةً عَمْدًا وَأَمْتَنَعَ عَنْ قَضَائِهَا حَتَّى خَرَجَ وَوَقَّتِ الرَّفَاهِيَّةَ وَالضَّرُورَةَ قُتِلَ (ح) بِالسَّيْفِ وَدُفِنَ كَمَا يُدْفَنُ سَائِرُ الْمُسْلِمِينَ، وَيُصَلَّى عَلَيْهِ وَلَا يُطْمَسُ قَبْرُهُ، وَقِيلَ: لَا يُقْتَلُ إِلَّا إِذَا صَارَ التَّرْكَ عَادَةً لَهُ، وَقِيلَ: إِذَا تَرَكَ ثَلَاثَ صَلَوَاتٍ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قال الرافعي: آخر حجة الإسلام - رحمه الله - هذا الباب إلى هذا الموضع، وهو في ترتيب المُرْتَبِي وجمهور الأصحاب مقدم على كتاب «الجنائز» ولعله أليق، ومقصود الكلام في عقوبة تارك الصلاة، فنقول: تارك الصلاة ضربان:

أحدهما: أن يتركها جاحداً لوجوبها، فهذا مرتدٌ تجري عليه أحكام المرتدين، إلا أن يكون قريب عهد بالإسلام، ويجوز أن يخفى عليه ذلك، وهذا لا يختص بالصلاة،

(١) أخرجه مسلم (٩٣٢)، وانظر البخاري (١٢٨٩).

(٢) قال الشافعي - رضي الله عنه -: قياس غلبة الأشباه أن يكون الفرع دائراً بين أصليين، فإن كانت المشابهة لأحدهما أقوى الحق به هذا لفظه ومراده الشبه المعنوي، أما الشبه الصوري فقد اعتبره بعض الأصحاب في صور، ومن الفروع الدائرة بين أصليين فيلحق بأقواهما شبهاً. ترك الصلاة، فإن الصلاة ترددت بين مشابهة الإيمان وبين بقية الأركان من جهة الإسلام يتم بدونها وأشبهت الإيمان من جهة أن النيابة تدخل فيها، وهي تدخل في الزكاة والحج وكذلك الصوم في الجملة فقوي عند الشافعي شبهها للإيمان بالأحاديث الدالة على شدة الاهتمام بها فقال: يقتل تاركها إذا أصرت كتارك الإيمان.

بل يجزي في جحود كلِّ حكم مجمع عليه<sup>(١)</sup>.

والثاني: أن يتركها غير جاحد، وهو ضربان:

أحدهما: أن يترك بعذر من نوم أو نسيان فعليه القضاء لا غير، ووقت القضاء موسع.

والثاني: أن يترك من غير عذر بل كسلاً أو تهاوناً بفعلها، فلا يحكم بكفره خلافاً لأحمد، وبه قال شِرْذَمَةٌ من أصحابنا، حكاه الحنَّاطي وصاحب «المهذب» وغيرهما.

لنا ما روي أنه ﷺ قال: «خَمْسُ صَلَوَاتٍ كَتَبَهُنَّ اللَّهُ عَلَيْكُمْ فِي الْيَوْمِ وَاللَّيْلَةِ، فَمَنْ جَاءَ بِهِنَّ لَمْ يُضَيِّعْ مِنْهُنَّ شَيْئاً كَانَ لَهُ عِنْدَ اللَّهِ عَهْدٌ أَنْ يُدْخِلَهُ الْجَنَّةَ، وَمَنْ لَمْ يَأْتِ بِهِنَّ فَلَيْسَ لَهُ عِنْدَ اللَّهِ عَهْدٌ، إِنْ شَاءَ عَذَّبَهُ وَإِنْ شَاءَ أَدْخَلَهُ الْجَنَّةَ»<sup>(٢)</sup>. ويشرع القتل في هذا القسم حداً، وبه قال مالك خلافاً لأبي حنيفة حيث قال في رواية: لا يتعرض لتارك الصلاة، فهي أمانة بينه وبين الله - تعالى - وحده والأمر فيها موكول إلى الله - تعالى -.

وقال في رواية: إنه يحبس ويؤدب حتى يصلي، وبه قال المزني. لنا ما روي أنه ﷺ قال: «مَنْ تَرَكَ الصَّلَاةَ فَقَدْ بَرَّثَ مِنْهُ الدِّمَةَ»<sup>(٣)</sup>؛ ولأنها ركن من الخمسة لا يدخلها الثيابة ببدن ولا مال، فيقتل تاركة كالشهادتين. إذا عرف ذلك نُفِّرْ عليه مسائل:

إحداها: في عدد الصلاة المستحق بتركه القتل، وظاهر المذهب استحقاق القتل بترك صلاة واحدة، فإذا تضيق وقتها طالبنها بفعلها، وقلنا له: إن أخرتها عن وقتها قتلناك، فإذا أخرها فقد استوجب القتل، ولا يعتبر بضيق وقت الثانية، وبهذا قال مالك.

(١) قال النووي: أطلق الإمام الرافعي القول بتكفير جاحد المجمع عليه، وليس هو على إطلاقه، بل من جحد مجمعاً عليه فيه نص؛ وهو من أمور الإسلام الظاهرة التي يشترك في معرفتها الخواص والعوام، كالصلاة، أو الزكاة، أو الحج، أو تحريم الخمر، أو الزنا، ونحو ذلك، فهو كافر. ومن جحد مجمعاً عليه لا يعرفه إلا الخواص، كاستحقاق بنت الابن السدس مع بنت الصلب، وتحريم نكاح المعتدة، وكما إذا أجمع أهل عصر على حكم حادثة، فليس بكافر للعذر، بل يعرف الثواب ليعتقده. ومن جحد مجمعاً عليه، ظاهراً لا نص فيه. ففي الحكم بتكفيره خلاف يأتي - إن شاء الله تعالى - بيانه في باب الردة، وقد أوضح صاحب «التهذيب» القسمين الأولين في خطبة كتابه - والله أعلم - انظر الروضة (١/٦٦٧).

(٢) أخرجه مالك في الموطأ (١/١١٠ - ١١١)، والنسائي (١/٢٣٠)، وأبو داود (٤٢٥)، وابن ماجه (١٤٠١)، وابن حبان ذكره الهيثمي في الموارد (٢٥٢) وإسناده صحيح قال ابن عبد البر: هذا حديث صحيح ثابت.

(٣) أخرجه ابن ماجه (٤٠٣٤) من حديث أبي الدرداء. وانظر التلخيص (٢/١٤٨).

واحتج له بقوله ﷺ: «مَنْ تَرَكَ صَلَاةً مُتَعَمِّدًا فَقَدْ كَفَرَ»<sup>(١)</sup> أي: استوجب ما يستوجه الكافر. وهذا قد ترك صلاة، ويحكى عن أبي إسحاق أنه إنما يستوجب القتل إذا ضاق وقت الثانية وامتنع عن أدائها. وعن الإضطخري أنه لا يقتل حتى يترك ثلاث صلوات ويضيق وقت الرابعة، ويمتنع من أدائها هذه هي الرواية المشهورة عنه. وفي «النهاية» روايتان أخريان عن الإضطخري.

إحدهما: أنه إنما يستوجب القتل إذا ترك أربع صلوات، ويمتنع عن القضاء.

والثانية: أنه لا تخصيص بعدد، ولكن إذا ترك من الصلوات قدر ما يظهر لنا به اعتياده الترك وتهاونه بأمر الصلاة فحينئذ يقتل، وقد نقل صاحب «الإفصاح» هذا وجهاً لبعض الأصحاب، وإن لم ينص على قائله، والمذهب الأول والاعتبار بإخراج الصلاة عن وقت العذر والضرورة، فإذا ترك الظهر لم يقتل حتى تغرب الشمس، وإذا ترك المغرب لم يقتل حتى يطلع الفجر، حكاه الصيقلاني وتابعه الأئمة عليه.

الثانية: على اختلاف الوجوه لا بد من الاستتابة قبل القتل، فإنه ليس بأشدّ حالاً من المرتد والمردت يستتاب، وهل تكفي الاستتابة في الحال أم يمهل ثلاثاً؟ فيه قولان كما سيأتي ذكرهما في استتابة المرتد، واختار المزنبي للشافعي - رضي الله عنه - أنه لا يمهل، وذكر في «العدة» أنه المذهب، والقولان في الوجوب أو في الاستتباب، حكى المعلق عن الشيخ أبي محمد فيه طريقتين: أحدهما: أنهما في الاستتباب.

الثالثة: الظاهر أنه يقتل صبراً بالسيف كالمردت، وهو الذي ذكره في الكتاب.

وعن صاحب «التلخيص»: أنه ينخس فيه حديدة، ويقال: قم فصل، فإن قام ترك، وإلا زيد في النخس حتى يصلّي أو يموت، لأن المقصود حمله على الصلاة، فإذا فعل فذاك، وإلا غوّق كما يعاقب الممتنع من سائر الحقوق ويقاقل. ويروى مثل هذا عن ابن سريج، ويروى عنه أنه يضرب بالخشب حتى يصلّي أو يموت.

الرابعة: إذا قتل غسل وصلى عليه، ودفن في مقابر المسلمين، ولا يطمس قبره كسائر أصحاب الكبائر إذا حدوا وقد حكينا من قبل عن صاحب «التلخيص»: أنه لا يصلّي عليه ولا يغسل، وإذا دفن في مقابر المسلمين طمس قبره حتى ينسى ولا يذكر، وإن أَرَادَ الإمامُ الْمُعَاقِبَةَ عَلَى تَرْكِ الصَّلَاةِ فَقَالَ قَدْ صَلَّيْتُ فِي بَيْتِي صَدَقَ. وإذا عرفت ما ذكرنا أعلمت قوله في الكتاب: «قتل» بالحاء والزاي. وقوله: «بالسيف» بالواو.

وقوله: «كما يدفن سائر المسلمين» بالواو، وكذا قوله: «ويصلّي عليه ولا يطمس

(١) أخرجه البزار من حديث أبي الدرداء، وفي إسناده ضعف. انظر التلخيص (١٤٨/٢).

قبره» ولك أن تعلم قوله: «كما يدفن» وقوله: «ويصلى عليه» بالألف، لما حكينا عن أحمد - رحمه الله - أنه يكفر بترك الصلاة.

فرعان: أحدهما: قال حجة الإسلام في «الفتاوى»: لو امتنع عن صلاة الجمعة من غير عذر، وقال: أصلها ظهراً لم يقتل؛ لأن الصوم لم يلحق بالصلاة في هذا الحكم، فالجمعة مع أن لها بدلاً وأعذارها أكثر أولى ألا تلحق<sup>(١)</sup>.

الثاني: حكى القاضي الرؤياني في تارك الوضوء وجهين:

أصحهما: أنه يقتل؛ لأن الامتناع منه امتناع من الصلاة والله أعلم.

(١) قال النووي: قد جزم الإمام الشاشي في فتاويه بأنه يقتل بترك الجمعة وإن كان يصليها ظهراً، لأنه لا يتصور قضاؤها، وليست الظهر قضاء عنها. وقد اختار هذا غير الشاشي، واستقصيت الكلام عليه في أول كتاب الصلاة من شرح «المهذب». ولو قتل إنسان تارك الصلاة في مدة الإمهال، قال صاحب «البيان»: يأثم ولا ضمان عليه كقاتل المرتد. وسيأتي كلام الرافعي فيه في كتاب الجنائيات - إن شاء الله تعالى -.. وإن ترك الصلاة وقال: تركتها ناسياً، أو للبرد أو عدم الماء، أو لنجاسة كانت عليّ، ونحو ذلك من الأعذار، صحيحة كانت أو باطلة، قال صاحب «التتمة»: يقال له: صلّ، فإن امتنع، لم يقتل على المذهب، لأن القتل بسبب تعمد تأخيرها عن الوقت، ولم يتحقق ذلك، وفي وجه: أنه يقتل لعناده. قال: ولو قال: تعمدت تركها، ولا أريد أن أصليها، قتل قطعاً. وإن قال: تعمدت تركها بلا عذر، ولم يقل: ولا أصليها، قتل أيضاً على المذهب، لتحقق جنائية. وفيه وجه: أنه لا يقتل ما لم يصرح بالامتناع من القضاء. وأعلم أن قضاء من ترك الصلاة بعذر، على التراخي على المذهب، ومن ترك بغير عذر، فيه وجهان: أحصحهما عند العراقيين: على التراخي، والصواب ما قاله الخراسانيون: أنه على الفور. وستأتي المسألة في كتاب الحج - إن شاء الله تعالى - كما قدمنا الوعد به في آخر صفة الصلاة، - والله أعلم - ينظر الروضة (١/٦٦٩).

## كِتَابُ الزَّكَاةِ، وَفِيهِ سِتَّةُ أَنْوَاعٍ

قال الغزالي: **الأول**: زكاة النعم، والنظر في وجوبها وأدائها، أما الوجوب فله ثلاثة أركان: (الأول) قدر الواجب وسيأتي بيانه (الثاني) ما يجب فيه وهو المال وله ستة شرائط: أن يكون نعماً نصاباً مملوكاً متهيئاً لكمال التصرف سائمة باقية خولاً، الشرط الأول: أن يكون نعماً، فلا زكاة إلا في الإبل والبقر والغنم، ولا تجب في غيرها ولا في الخيل (ح) ولا في المتولد بين الظباء والغنم وإن كانت الأمهات (ح) من الغنم.

قال الرافعي: قال الله تعالى: ﴿وَأَتُوا الزَّكَاةَ﴾<sup>(١)</sup> وقال تعالى: ﴿وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيُعْبَدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ حُنَفَاءَ وَيُقِيمُوا الصَّلَاةَ وَيُؤْتُوا الزَّكَاةَ﴾<sup>(٢)</sup>.

وقال ﷺ: «مَانِعُ الزَّكَاةِ فِي النَّارِ»<sup>(٣)</sup>.

الزكاة أحد أركان الإسلام، فمن منعها جاحداً كفر إلا أن يكون حديث عهد بالإسلام، لا يعرف وجوبها، فيعرف ومن منعها وهو معتقد لوجوبها أخذت منه قهراً، فإن لم يكن في قبضة الإمام وأمتنع القوم قاتلهم الإمام على منعها، كما فعل الصديق - رضي الله عنه - . قال الأصحاب: الزكاة نوعان: زكاة الأبدان وهي الفطرة ولا تعلق لها بمال، إنما يراعى فيها إمكان الأداء. وزكاة الأموال: وهي ضربان: زكاة تتعلق بالقيمة والمالية، وهي زكاة التجارة وزكاة تتعلق بالعين. والأعيان التي تتعلق بها الزكاة ثلاث حيوان وجوهر ونبات. وتختص من الحيوان بالنعمة<sup>(٤)</sup> ومن الجواهر بالتقديين ومن الثبات بما يقتات على ما سنفصل فيه، وصاحب الكتاب ترك الترتيب والتقسيم، واقتصر على

(١) سورة المزمل، الآية ٢٠. (٢) سورة البينة، الآية ٥.

(٣) قال ابن الصلاح: بحثت عنه فلم أجد له أصلاً.

وقال الحافظ ابن حجر: وهو عجيب منه وأخرجه الطبراني في الصغير (٩٣٥).

(٤) سميت نعماً لكثرة نعم الله فيها على خلقه؛ لأنها تتخذ للنماء غالباً لكثرة منافعها. والنعمة اسم جمع لا واحد له من لفظه، يذكر ويؤنث، قال تعالى: ﴿تُسْفِيكُمْ مِمَّا فِي بُطُونِهَا﴾، وفي موضع آخر: ﴿وَمِمَّا فِي بُطُونِهِ﴾، وجمعه أنعام، وأنعام جمع أنعام. (قاله الخطيب).



المقاصد، فقال: (الزكاة ستة أنواع، وهي زكاة النعم والمُعشرات والتُقَدِين والتَّجَارَة والمَعَادِن وزكاة الفطر) ثم تكلّم في زكاة النعم في طرفين: الوجوب، والأداء ولك أن تقول: كان الأحسن في الترتيب أن يقول أولاً النظر في الزكاة في طرفين الوجوب، والأداء ونتكلم في الأنواع الستة في طرف الوجوب، ثم نعود إلى طرف الأداء؛ لأن الكلام في الأداء لا اختصاص له بزكاة النعم، بل يعم سائر الأنواع، ثم جعل للوجوب ثلاثة أركان: قدر الواجب، وما تجب فيه ومن تجب عليه ولك أن تقول: من تجب عليه زكاة النعم، هو الذي تجب عليه زكاة المُعشرات وغيرها، فلا تفصيل فيه بين الأنواع، وإنما التفصيل في الرُكنين الباقيين، فكان الأولى أن يقول: النظر في الزكاة في الوجوب، والأداء، وللوجوب أركان:

أحدها: من تجب عليه ونفرغ منه ثم نذكر الرُكنين الآخرين، ويدرج فيهما تفصيل الأنواع وما يختلف فيه، ثم قدر الواجب من الأركان الثلاثة يتبين في خلال بيان النصب فلذلك أحاله على ما بعده، وأما ما تجب فيه وهو المال فقد قال له ستة شروط:

أحدها: كونه نعماً<sup>(١)</sup>. والثاني: كونه نصاباً. والثالث: الحَوْل. والرابع: دوام الملك فيه مدة الحَوْل. والخامس: السؤم. والسادس: كمال الملك، وهانها كلامان:

أحدهما: أن من هذه الشروط ما لا يختص بزكاة النعم كالحَوْل وكمال الملك، وما يعتبر في هذا النوع وغيره لا يحسن تخصيص هذا النوع بذكره بل الأحسن إيراد يستوي نسبتها إليه.

والثاني: أن قوله: ما تجب فيه، وهو المال لا شك أن المراد منه ما تجب فيه زكاة النعم، فإن الكلام فيها ولا معنى لزكاة النعم سوى الزكاة الواجبة في النعم، فكأنه قال: شرط الزكاة الواجبة في النعم أن يكون الواجب فيه نعماً، وهذا ركيك من الكلام، وإن لم يكن ركيكاً فهو أوضع من أن يحتاج إلى ذكره.

وفقه الفصل أنه لا تجب الزكاة في غير الإبل والبقر والغنم من الحيوانات كالخيل والرقيق إلا أن يكون للتجارة.

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - إذا كانت الخيل ذكوراً وإناثاً أو إناثاً فصاحبها بالخيار

(١) هذا الشرط في الحقيقة؛ ليخرج المتولد من الغنم والظباء إلى آخر ما ذكره. وقال الشيخ الإمام البلقيني: لا تولد بين الإبل والبقر أو بين البقر والغنم، فهل نقول لا زكاة فيه لأنه لم يتمحض من الإبل ولا من البقرة ولا من الغنم، أم نقول تجب فيه الزكاة لأن كلاهن أصله زكوي؟ وسكت عن الجواب وهو مهم. وقال الولي العراقي في مختصر المهمات: والظاهر أنه يزكي زكاة أخفهما، فالمتولد بين الإبل والبقر يزكي زكاة البقر لأنه المتيقن.

إن شاء أعطى من كل فرس ديناراً وإن شاء قَوْمَهَا وأعطى من كل مائتي درهم خمسة دَرَاهِم، وإن كانت ذكوراً منفردة فلا شيء فيها. لنا ما روي أنه ﷺ قال: «لَيْسَ عَلَى الْمُسْلِمِ فِي عَبْدِهِ وَلَا فَرَسِهِ صَدَقَةٌ»<sup>(١)</sup>. ولا تجب الزكاة فيما يتولد من الطِّبَاءِ<sup>(٢)</sup> وَالغَنَمِ سواء كانت الغنم فحولاً أو أمهات خلافاً لأحمد - رحمه الله حيث قال: تجب في الحاليتين، ولأبي حنيفة ومالك حيث قالوا: تجب إن كانت الأمهات من الغنم.

لنا أنه لم يتولد من أصلين تجب الزكاة في جنسهما فلا تجب فيه الزكاة كما إذا كانت الفُحُول والأمهات طِبَاءً، وأيد الشافعي - رضي الله عنه - المسألة بأن البغل لا يسهم له بسهم الفرس، وإن كان أحد أصليه فرساً وموضع العلامة في الصورتين من لفظ الكتاب واضح، وإنما ذكرهما ليشير إلى الخلاف فيهما، وإلا ففي قوله: فلا زكاة إلا في الإبل والبقر والغنم ما يفيد نفي الوجوب في الصورتين بل في قولنا: يشترط كونه نعماً ما يفيد نفي الوجوب في غير الإبل والبقر والغنم؛ لأن أسم النعم لهذه الحيوانات الثلاثة عند العرب.

ولذلك قال الله تعالى: ﴿وَالْأَنْعَامَ خَلَقَهَا لَكُمْ فِيهَا دِفْءٌ وَمَنَافِعُ وَمِنْهَا تَأْكُلُونَ﴾.

ثم قال: : وَالْخَيْلَ وَالْبِغَالَ وَالْحَمِيرَ<sup>(٣)</sup>. ففصل الخيل عن الأنعام، وإنما صرح بقوله: فلا زكاة إلا في الإبل والبقر والغنم، وفيه إشارة إلى اختصاص اسم النعم بالأنواع الثلاثة، وأما قوله بعد ذلك: ولا تجب في غيرها فلا فائدة فيه.

قال الغزالي: الشَّرْطُ الثَّانِي: أَنْ يَكُونَ النِّعْمُ نِصَاباً (أما الإبل) ففي أَرْبَعٍ وَعِشْرِينَ مِنَ الْإِبِلِ فَمَا دُونَهَا الْغَنَمُ، فِي كُلِّ خَمْسٍ شَاةٌ فَإِذَا بَلَغَتْ خَمْساً وَعِشْرِينَ إِلَى خَمْسٍ وَثَلَاثِينَ فَفِيهَا بِنْتُ مَخَاضٍ أُنْثَى، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ فِي مَالِهِ بِنْتُ مَخَاضٍ فَابْنُ لَبُونٍ ذَكَرٌ، فَإِذَا بَلَغَتْ سِتّاً وَثَلَاثِينَ إِلَى خَمْسٍ وَأَرْبَعِينَ فَفِيهَا بِنْتُ لَبُونٍ، فَإِذَا بَلَغَتْ سِتّاً وَأَرْبَعِينَ إِلَى سِتِّينَ فَفِيهَا حَقَّةٌ، فَإِذَا بَلَغَتْ إِحْدَى وَسِتِّينَ إِلَى خَمْسٍ وَسَبْعِينَ فَفِيهَا جَدَعَةٌ، فَإِذَا بَلَغَتْ سِتّاً وَسَبْعِينَ إِلَى تِسْعِينَ فَفِيهَا بِنْتُ لَبُونٍ، فَإِذَا بَلَغَتْ إِحْدَى وَتِسْعِينَ إِلَى عِشْرِينَ وَمِائَةً فَفِيهَا حِقَّتَانِ، فَإِذَا صَارَتْ إِحْدَى وَعِشْرِينَ وَمِائَةً فَفِيهَا ثَلَاثُ بَنَاتِ لَبُونٍ، فَإِذَا صَارَتْ مِائَةً وَثَلَاثِينَ فَقَدْ اسْتَقَرَّ الْحِسَابُ فِي كُلِّ خَمْسِينَ حَقَّةً وَفِي كُلِّ أَرْبَعِينَ بِنْتُ لَبُونٍ (ح)، كُلُّ

(١) أخرجه البخاري (١٤٦٣، ١٤٦٤)، ومسلم (٩٨٢).

(٢) الطبي هو جنس حيوانات من ذوات الأظلاف والمحفوظات القرون، أشهرهما الطبي العربي، ويقال له: الغزال الأعفر. المعجم الوسيط (٥٨١/٢).

(٣) سورة النحل، الآية ٨.

ذَلِكَ لَفْظُ أَبِي بَكْرٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فِي كِتَابِ الصَّدَقَةِ، وَبُنْتُ الْمَخَاضِ لَهَا سَنَةٌ، وَلِبْنْتُ اللَّبُونِ سَتَانِ، وَلِلْحِقَّةِ ثَلَاثٌ، وَلِلجَدَعَةِ أَرْبَعٌ،

قال الرافعي: الأصل المرجوع إليه في نصاب الإبل ما روى الشافعي - رضي الله عنه - بإسناده عن أنس بن مالك - رضي الله عنه - أنه قال: هَذِهِ الصَّدَقَةُ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ هَذِهِ فَرِيضَةُ الصَّدَقَةِ الَّتِي فَرَضَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَلَى الْمُسْلِمِينَ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ بِهَا رَسُولُهُ فَمَنْ سَأَلَهَا مِنَ الْمُسْلِمِينَ عَلَى وَجْهِهَا فَلْيُعْطَهَا، وَمَنْ سَأَلَهَا فَوْقَ حَقِّهِ فَلَا يُعْطِهِ فِي أَرْبَعٍ وَعِشْرِينَ مِنَ الْإِبِلِ فَمَا دُونَهَا مِنَ الْعَنَمِ، وَذَكَرَ مِثْلَ مَا أَوْزَدَهُ فِي الْكِتَابِ لَفْظًا بِلَفْظِ إِلَى قَوْلِهِ: فَيُفِي كُلَّ أَرْبَعِينَ بِنْتُ لَبُونٍ، وَفِي كُلِّ خَمْسِينَ حِقَّةٌ إِلَّا أَنَّهُ قَالَ: فِي سِتِّ وَأَرْبَعِينَ فَيُفِيهَا حِقَّةٌ طَرُوقَةُ الْجَمَلِ، وَفِي إِحْدَى وَتِسْعِينَ حِقَّتَانِ طَرُوقَتَا الْجَمَلِ<sup>(١)</sup>.

قوله: هذه الصَّدَقَةُ ترجمة الكتاب وعنوانه، كما يقال: هذا مختصر كذا وكتاب كذا ثم افتتح الكتاب. وقوله: هذه فريضة الصَّدَقَةِ أي: بيان الصَّدَقَةِ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ بِهَا، وأجمل ذكرها بقوله: «خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ»<sup>(٢)</sup>. وقوله: التي فرضها رسول الله ﷺ. قال الصيدلاني: يعني قدرها، وقال المسعودي: يعني أوجبها وصاحب «الشامل» أوردتها معاً على سبيل الأختمال. وقوله: «من سألها فوق حقه فلا يعطه» فيها وجهان لأصحابنا: منهم من قال: لا يعطه شيئاً. ومنهم من قال: لا يعطه الزيادة، وهو الأصح باتفاق الشارحين.

إذا تقرّر ذلك فنقول: لا زكاة في الإبل<sup>(٣)</sup> حتى تبلغ خمساً، فإذا بلغت خمساً ففيها شاة، ولا يزيد بزيادتها شيء حتى تبلغ عشراً، فحينئذ ففيها شاتان، ولا يزيد بزيادتها شيء حتى تبلغ خمس عشرة، فحينئذ ففيها ثلاث شياه ولا يزيد بزيادتها شيء حتى تبلغ عشرين فحينئذ ففيها أربع شياه ثم لا يزيد شيء حتى تبلغ خمساً وعشرين فحينئذ ففيها «بنت مخاض»، ثم لا شيء حتى تبلغ ستاً وثلاثين ففيها «بنت لبون» ثم لا شيء حتى تبلغ ستاً وأربعين ففيها «حِقَّة»، ثم لا شيء حتى تبلغ إحدى وستين، ففيها جَزَعَةٌ، ثم لا شيء حتى تبلغ ستاً وسبعين ففيها «بنت لبون»، ثم لا شيء حتى تبلغ إحدى وتسعين ففيها «حِقَّتَانِ»، ثم لا يزيد شيء بزيادتها حتى تجاوزت مائة وعشرين، فإن

(١) أخرجه البخاري (١٤٤٨، ١٤٥٠، ١٤٥١، ١٤٥٣، ١٤٥٤، ٢٤٨٧، ٣١٠٦، ٥٨٧٨، ٦٩٥٥).

(٢) سورة التوبة، الآية ١٠٣.

(٣) والإبل اسم جمع لا واحد له من لفظه وتسكن باؤه للتخفيف، ويجمع على آبال كجمال وأجمال.

زادت واحدة وجبت ثلاث «بنات لبون»، وإن زاد شقّص من واحدة فهل هو كزيادة الواحدة حتى تجب ثلاث بنات لبون أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما وبه قال الإصطخري: نعم، لظاهر قوله ﷺ: «فَإِنْ زَادَتْ عَلَى عَشْرِينَ وَمِائَةً»<sup>(١)</sup>، وزادتها على هذا المبلغ كما تحصل بواحدة تحصل بما دونها.

وأصحهما: لا، ولا يجب إلا حَقَّتَانِ؛ لأن الزيادة مفسرة بالواحدة، في رواية ابن عمر - رضي الله عنهما -؛ ولأن الزكاة مبنية على تغيير واجبها بالأشخاص دون الأشخاص، وإذا زادت واحدة وأوجبت ثلاث بنات لبون، فهل للواحدة قسط من الواجب أم لا؟ فيه وجهان: قال الإصطخري: لأنه ﷺ قال: «فَفِي كُلِّ أَرْبَعِينَ بِنْتُ لَبُونٍ»<sup>(٢)</sup> ولو قدرنا أن لها قسط من الواجب، لكانت كل بنت لبون في أربعين وثلاث. وقال الأكثرون: نعم، لأن تغير الواجب بالواحدة، فيتعلق الواجب بها كالعاشرة والخامسة والعشرين وغيرهما، وما ذكر من الظاهر يعارضه ما روى في بعض الروايات أنه ﷺ قال: «فَإِذَا زَادَتْ وَاحِدَةً عَلَى الْمِائَةِ وَالْعَشْرِينَ فَفِيهَا ثَلَاثُ بَنَاتِ لَبُونٍ»<sup>(٣)</sup>.

فعلى هذا لو بلغت الواحدة بعد الحول وقبل التمكن، سقط من الواجب جزء من مائة وإحدى وعشرين جزءاً، وعلى قول الإصطخري لا يسقط شيء؛ ثم الأمر يستقر بعد بلوغ الإبل مائة وإحدى وعشرين، فيجب في كل أربعين بنت لبون، وفي كل خمسين حقة، وإنما يتغير الواجب بزيادة عشر عشر، وإذا وجب عدد من بنات اللبون، ثم زادت عشر فصيرت ثلاثين أربعين، أبدلت بنت لبون بحقة، فإن زادت عشرة أخرى أبدلت بأخرى وهكذا، حتى يصير الكل حقائقاً، فإذا زادت عشر عشر بعد ذلك أبدلت الحقائق كلها ببنات اللبون، وزيدت واحدة.

مثاله: في مائة وإحدى وعشرين ثلاث بنات لبون، كما عرفت فإذا صارت مائة وثلاثين ففيها بنتا لبون وحقة، فإذا صارت مائة وأربعين ففيها بنت لبون وحقتان، فإذا صارت مائة وخمسين ففيها ثلاث حقائق، فإذا صارت مائة وستين ففيها أربع بنات لبون، ثم في مائة وسبعين ثلاث بنات لبون وحقة، وفي مائة وثمانين بنتا لبون وحقتان، وعلى هذا القياس هذا مذهبنا، والحجة عليه الخبر الذي تقدم، وساعدنا أبو حنيفة ومالك وأحمد - رحمهم الله - على ما ذكرنا إلى مائة وعشرين، ففيها حقتان بالاتفاق، ثم عند أبي حنيفة يستأنف الحساب، ففي كل خمس تزيد شاة مع الحقتين فإذا بلغت مائة

(١) أخرجه أبو داود (١٥٦٨، ١٥٦٩، ١٥٧٠) من رواية ابن عمر والترمذي (٦٢١) وضعفه ابن الملحق (٢٨٦/١).

(٢) تقدم.

(٣) تقدم.

وخمساً وأربعين، ففيها بنت مَخَاض مع الحِجَّتَيْن، فإذا بلغت مائة وخمسين ففيها ثلاث حِقَاق، ثم يستأنف الحساب فيجب في كل خمس تزيد شاة مع الحِقَاق الثلاث، إلى أن تبلغ مائة وخمساً وسبعين، فحينئذ فيها بنت مَخَاض وثلاث حِقَاق، وفي مائة وست وثمانين بنت لَبُون وثلاث حِقَاق، وفي مائة وست وتسعين أربع حِقَاق، وربما قيل وفي مائتين أربع حِقَاق؛ لأن الأربع عفو لا يختلف الواجِبُ بوجودها وعدمها، ثم بعد المائتين يستأنف الحساب، وعلى رأس كل خمسين يجعل أربع عفواً على ما ذكرنا، وعند مالك إذا زاد على عشرين ومائة أقل من عشر لم يتغير الواجب، فإذا بلغت مائة وثلاثين فحينئذ فيها بنتا لَبُون وِحِقَّة، وقد استقر الحساب في كل أربعين بنت لَبُون، وفي كل خمسين حِقَّة وعنه رواية أخرى مثل مذهبنا، ورواية ثالثة أنه إذا زادت واحدة على المائة والعشرين تغَيَّرَ الفرض، وتخيَّرَ السَّاعي بين الحِجَّتَيْن وبين ثلاث بنات لَبُون.

وعن أحمد روايتان كالروايتين الأوليين عن مالك، والأصح عنه مثل مذهبنا.

إذا عرفت هذه المذاهب رَقَمْتُ قوله في الكتاب: «فإذا زادت على عشرين ومائة ففي كل أربعين بنت لبون، بالحاء والميم والألف وقد أعلم بالواو أيضاً؛ لأن إمام الحرمين قال: حكى العراقيون أن أبن خَيْرَانَ من شيوخنا كان يخيِّر وراء المائة والعشرين بين مذهب الشافعي - رضي الله عنه - ومذهب أبي حنيفة - رحمه الله -، فجعل ذلك وجهاً، لكن لم أجد في الكتب المشهورة للعراقيين، وتعليقاتهم، نسبة هذا المذهب إلى أبن خيران، وإنما حكوه عن أبن جرير الطَّبْرِي، وربما وقع تغيير في بعض النسخ، لتقارب الاسمين، وتفرد أبن جرير لا يعد وجهاً في المذهب، وإن كان معدوداً من طبقة أصحاب الشافعي - رضي الله عنه -، ثم في الفَضْلِ أمور لا بد من معرفتها:

أحدها: أن قوله: في الكتاب فإن لم يكن في ماله بنت مَخَاض فابن لَبُون ذكر إنما ذكره جريباً على لفظ الخبر ونظامه، وأما فقهه وتعريفه فهو مذكور من بعد، ولماذا قيد ابن اللبُون بالذكر وبنت المَخَاض قبل ذلك بالأنثى؟ ذكروا فيه قولين:

أصحهما: أنه وقع تأكيداً في الكلام كما يقال: رأيت بعيني وسمعت بأذني، وكما قال ﷺ: ما أبقت الفرائض فلأولى رجل ذكر».

والثاني: أن العَرَض منه أن لا يؤخذ الخُنثَى فإن في خلقته تشويهاً وعباباً، والصحيح أجزاء الخُنثَى على ما سيأتي، ثم في لفظ الابن والبنت ما يغني عنه.

الثاني: أنك ربما تجد في بعض النسخ عند قوله: فإذا زادت على عشرين ومائة، ففي كُلِّ أربعين بنت لَبُون، وفي كل خمسين حِقَّة زيادة، وهي فإذا زادت على عشرين ومائة واحدة ففيها ثلاث بنات لَبُون، ثم في كل أربعين بنت لَبُون، وهذه الزيادة صحيحة ولكن الكلام مستقيم دونها، والظاهر أنها مُلحقة غير مذكورة من جهة المصنّف لأمرين.

أحدهما: أنه لم يذكرها في «الوسيط».

والثاني: أنه قال: آخرأ كل ذلك لفظ أبي بكرٍ - رضي الله عنه - في كتاب «الصدقة» وليس فيما نقل من لفظ أبي بكر - رضي الله عنه - الزيادة، وإنما نُسبه إلى أبي بكر؛ لأنه - رضي الله عنه - هو الذي كتب لأنس بن مالك - رضي الله عنه - كتاب «الصدقة» لما وجهه إلى البحرين<sup>(١)</sup>.

والثالث: بيان الأسنان التي جرى ذكرها في الفصل.

اعلم أن الثاقبة أول ما ولدت، يسمى ولدُها الذكر رُبْعاً، والأنثى رُبْعَةً، ثم يقال له: هيعاو هيعة<sup>(٢)</sup> ثم فصيل إلى تمام سنة، فإذا تمت له السنة، وطعن في الثانية سعى ابن مَخَاض إن كان ذكراً، وبنْت مَخَاض إن كانت أنثى وذلك لأن الناقة بعد تمام سنة من ولادتها تحيل مرة أخرى، فتصير من المَخَاض وهي الحوامل، فيكون الولد ولد ناقة هي المَخَاض، وتسمى بذلك وإن لم تحبل بعد نظر إلى الوقت ثم إذا تَمَّت للولد ستان، وطعن في الثالثة سعى الذكر ابن لبون، والأنثى بنت لبون، لأن الأم قد ولدت وصارت لبوناً، ثم إذا استوفى الولد ثلاث سنين وطعن في الرابعة سعى الولد حقاً، والأنثى حقّة، ولم سعى بذلك؟ اختلفوا فيه منهم من قال: لاستحقاقه الحمل عليه وركوبه، ومنهم من قال: لأن الذكر استحق أن يَنْزَوْ والأنثى استحققت أن يُنْزَى عليها، ويَحْسَب هذين القولين اختلفوا في قوله: طَرُوقَةُ الجَمَل، على ما سبق في الخبر، فمن قال بالأول قرأ: طَرُوقَةُ الجَمَل - بالحاء - أي استحققت الحمل عليه، ومن قال بالثاني قرأ طَرُوقَةُ الجَمَل بالجيم، لأنها استحققت أن يطرقها الجمل، ذكر ذلك كله المَسْعُودِي والمشهور الصحيح هو الجمل، ويدل عليه ما روي في بعض الروايات طروقة الفحل، ثم إذا استوفى الولد أربع سنين، وطعن في الخامسة سعى الذكر جَزَعاً والأنثى جَدْعَةً، لأنه يجذع مقدّم أسنانه أي يسقطه وهذه غاية أسنان الزكاة.

قال الغزالي: (وَأَمَّا البَقْرُ) ففِي ثَلَاثِينَ مِنْهُ تَبِيعَ وَهُوَ الَّذِي لَهُ سَنَةٌ، وَفِي أَرْبَعِينَ

(١) تقدم.

(٢) قال النووي: بضم أول الجميع وفتح ثانية. وفي شرح المهذب والكفاية والثلاث كما ذكرنا. قال في المهمات: والذي نص عليه أهل اللغة - ومنهم الأزهري في الكلام على المختصر، والجوهري في باب العين - أن الربع هو الذي يفتح أول زمان التناج وهو زمان الربيع، وجمعه رباع بكسر الراء وأربع، والهبع هو الذي يفتح من آخر التناج في زمان الصيف، وسمي بذلك كما نقله الجوهري في قولهم: هبع إذا استعان بعنقه في مشيته. قال الشاعر يصف بعبيراً عَرَجٌ يُبْدُ الذَائِلَاتِ الهُبْعَا. الصحاح (٣/١٢١٢، ٣/١٣٠٥).

مُسِنَّةٌ وَهِيَ الَّتِي لَهَا سَتَانٌ، ثُمَّ فِي السَّتِينِ تَبِيعَانِ، ثُمَّ اسْتَقَرَّ الْحِسَابُ فِي كُلِّ ثَلَاثِينَ تَبِيعَ، وَفِي كُلِّ أَرْبَعِينَ مُسِنَّةٌ.

قال الرافعي: عن النبي ﷺ أنه أمر معاذاً حين بعثه إلى اليمن أن يأخذ من كل ثلاثين من البقر تبيعاً ومن أربعين مُسِنَّةً<sup>(١)</sup>.

لا شيء في البقر<sup>(٢)</sup> حتى تبلغ ثلاثين، فإذا بلغت ثلاثين ففيها تبيع، ثم لا شيء في زيادتها حتى تبلغ أربعين، ففيها مُسِنَّةٌ ثم لا شيء حتى تبلغ ستين ففيها تبيعان، وقد استقرَّ الحساب في كل ثلاثين تبيع، وفي كل أربعين مُسِنَّةٌ، ويتغير الواجب بزيادة عشر عشر، ففي سبعين تبيع ومُسِنَّةٌ، وفي ثمانين مستنان، وفي تسعين ثلاث أتبعه، وفي مائة مسنة وتبيعان، وعلى هذا القياس، ويقولنا قال أحمد ومالك، وعن أبي حنيفة ثلاث روايات:

إحداها: مثل قولنا:

وأظهرها: أن فيما زاد على الأربعين يجب بحساب ذلك في كل بقرة ربع عشرة مُسِنَّةٌ، إلى أن يبلغ ستين.

والثالثة: أنه لا شيء في الزيادة على الأربعين حتى تبلغ خمسين فيجب فيها مسنة وربع مسنة، وإذا بلغت ستين وجب تبيعان على الروايات كلها، واستقرَّ الحساب كما ذكرنا، والتبيع هو الذي له سنة وطعن في الثانية، سمي بذلك لأنه يتبع الأم، وقيل: لأن قرنه يتبع أذنه ويكاد يساويها، والأنثى تبيعة، والمُسِنَّةُ هي التي تُمَّت لها سنتان ودخلت في الثالثة، والذكر مسن هذا هو المشهور في تفسيرهما، ويجوز أن يعلم قوله: «وهو الذي له سنة» وقوله: «وهي التي لها سنتان» بالواو، لأن صاحب «العدة» وغيره حكوا وجهاً أن السنة ما تم لها سنة، والتبيع ما له ستة أشهر، وقد أشار في «النهاية» إلى هذا الوجه، قال: ورد في بعض أخبار الجذع مكان التبيع والجذع من البقر كالجذع من الضأن، وفي سن الجذعة من الضأن تردد سيأتي، وهو يجري في التبيع، قال: والمُسِنَّةُ في البقر بمثابة الثنية في الغنم.

قال الغزالي: (وَأَمَّا الْغَنَمُ) ففِي أَرْبَعِينَ شَاةً شَاةً، وَفِي مِائَةٍ وَإِخْدَى وَعِشْرِينَ

(١) أخرجه أبو داود (١٥٧٦)، والترمذي (٦٢٣)، والنسائي (٢٥/٥ - ٢٦)، وابن ماجه (١٨٠٣)، والدارقطني (١٠٢/٢)، والحاكم (٣٩٨/١)، والبيهقي (٩٨/٤) وانظر تلخيص (١٥٢/٢).

(٢) وهو اسم جنس، واحده بقرة وبقور للذكر والأنثى، سمي بذلك لأنه يبقر الأرض أي يشقها بالحرارة.

شَاتَانِ، وَفِي مَائَتَيْنِ وَوَاحِدٍ ثَلَاثَ شِيَاهِ، وَفِي أَرْبَعِمَائَةٍ أَرْبَعِ شِيَاهِ، وَمَا بَيْنَهُمَا أَوْقَاصٌ لَا يُعْتَدُ بِهَا، ثُمَّ اسْتَقَرَّ الْحِسَابُ فِي كُلِّ مِائَةِ شَاةٍ، وَالشَّاةُ الْوَاجِبَةُ فِي الْغَنَمِ إِمَّا الْجَذْعَةُ مِنَ الضَّأْنِ وَهِيَ الَّتِي لَهَا سَنَةٌ أَوْ الثَّنِيَّةُ مِنَ الْمَعَزِ وَهِيَ الَّتِي لَهَا سَتَانِ.

قال الرافعي: عن أنس ابن مالك أن أبا بكر - رضي الله عنهما - كتب له: «فريضة الصَّدقة التي أمر الله - تعالى - ورسوله ﷺ، وفي صدقة الغنم في سائمتها، إذا كانت أربعين إلى عشرين ومائة شاة، فإذا زادت على عشرين ومائة واحدة إلى مائتين، ففيها شاتان، فإذا زادت على مائتين واحدة إلى ثلثمائة ففيها ثلاث شياه فإن زادت على ثلثمائة ففي كل مائة شاة: «ليس في الغنم زكاة حتى تبلغ أربعين، فإذا بلغت ففيها شاة، ثم لا يزيد بزيادتها شيء حتى تبلغ مائة وإحدى وعشرين، ففيها شاتان ثم لا يزداد شيء حتى تبلغ مائتين وواحدة ففيها ثلاث شياه، ثم لا يزداد شيء حتى تبلغ أربعمائة ففيها أربع شياه، وقد استقرَّ الحساب في كل مائة شاة، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة وأحمد، والشَّاة الواجبة فيها الجذعة من الضَّأْنِ أَوْ الثَّنِيَّةِ مِنَ الْمَعَزِ وَهِيَ، قال أحمد خلافاً لمالك: حين قنع فيهما بالجذعة، ولأبي حنيفة حيث أوجب فيهما الثنية؟ وروي عنه مثل مذهبه أيضاً لما روي سعيد بن غفلة قال سمعت مصدق النبي ﷺ يقول: «أَمَرْنَا النَّبِيَّ ﷺ بِالْجَذْعَةِ مِنَ الضَّأْنِ، أَوْ الثَّنِيَّةِ مِنَ الْمَعَزِ»<sup>(١)</sup>. ولأنهما ساعدانا في الأضحية على ذلك.

واحتج الأصحاب على مالك في الجذعة من المعز، بأن هذا سن لا يجوز في الأضحية فلا يجوز في صدقة الغنم قياساً على ما دونها وعلى أبي حنيفة في الجذعة من الضَّأْنِ بأنها سنٌ يجوز أضحية فيجوز في صدقة الغنم كالثنية، واختلفوا في تفسيرهما على أوجه:

أظهرهما: وهو المذكور في الكتاب أن الجذعة ما استوفت سنةً ودخلت في الثانية، والثنية ما استوفت سنتين سميت الجذعة جذعة، لأنها تجدد السن كما [ذكر]<sup>(٢)</sup> في الإبل.

والثاني: أن الجذعة ما لها ستة أشهر، والثنية ما لها سنة وهو الذي ذكره في الثنية.

والثالث: أن الجذعة هي التي لها ثمانية أشهر، والثنية هي التي لها سنة، وهو اختيار القاضي الروياني في «الحلية»، ويقال: إذا بلغ الضَّأْنُ سبعة أشهر، وكان من بين

(١) قال الحافظ ابن حجر (١٥٣/٢) أخرجه أحمد وأبو داود والنسائي والدارقطني والبيهقي من حديث سويد - رضي الله عنه - .  
(٢) في أ: ذكرنا.



شَاتَيْنِ، فهو جذع؛ لأن له نزواً وضراباً، وإن كان من بين هَرَمِينَ، فلا تسمى جَدْعَةً حتى تستكمل ثمانية أشهر.

وقوله: في أثناء الكلام وما بينها أوقاصٌ هي جمع وقص وهو ما بين الفَرِيضَتَيْنِ، ثم منهم من يقول: القاف من الوَقْصِ متحركة، وهو الذي ذكره في «الصَّحاح»، قالوا: ولو كانت ساكنة لجاء الجمع على أفعل، كفلس وأفلس، وكلب وأكلب، ومنهم من يسكن القاف ويقول: هو مثل هَوْلٍ وأهْوَالٍ، وحول وأحوال، والشَّنْقُ بمعنى الوَقْصِ، ومنهم من قال: الوَقْصُ في البقر والغنم خاصّة، والشَّنْقُ في الإبل خاصّة<sup>(١)</sup>.

وقوله: لا يعتدّ بها يجوز أن يريد به أنها لا تؤثر في زِيَادَةِ الْوَأَجِبِ، ويجوز أن يريد به أن الواجب لا ينسبط عليها بل هو عفو، وهو الصَّحِيح وفيه خلاف مذكور في الكتاب من بعد. وقوله: أما الجَدْعَةُ من الضَّانِ، وهي التي لها سنة ليس المفسر الجَدْعَةُ من الضَّانِ بخصوصها بل الجَدْعَةُ من العَنَمِ هي التي لها سنة على الوجه الأظهر سواء كانت من الضَّانِ أو المَعِزِ، وكذلك الثَّيَّةُ من العَنَمِ هي التي لها سنتان سواء كانت من الضَّانِ أو من المَعِزِ، ثم الواجبة من هذه الجدعة ومن تلك الثَّيَّةِ - والله أعلم -.

قال الغزالي: ثُمَّ يَتَصَدَّى النَّظْرُ فِي زَكَاةِ الْإِبِلِ فِي خَمْسَةِ مَوَاضِعَ: الْأَوَّلُ: فِي إِخْرَاجِ شَاةٍ عَنِ الْإِبِلِ وَهِيَ جَدْعَةٌ مِنَ الضَّانِ أَوْ ثَيْبَةٌ مِنَ الْمَعِزِ، وَالْعَبْرَةُ فِي تَعْيِينِ الضَّانِ

(١) قال النووي: الشنق بالشين المعجمة والنون المفتوحتين والقاف قال الجمهور أهل اللغة الشنق كالوقص وقال الأصمعي يختص بأوقاص الإبل. والوقص بفتح القاف وإسكانها. المشهور في كتب اللغة فتحها، والمشهور في استعمال الفقهاء إسكانها، وقد جعلها ابن بري من لحن الفقهاء في الجزء الذي جمعه في اللحن والتصحيح، وعقد القاضي أبو الطيب وصاحبه صاحب (الشامل) وغيرهما فصلاً في هذه اللفظة حاصله تصويب الإسكان والرد على من غلط الفقهاء في ذلك، ونقلوا أن أكثر أهل اللغة قالوه بالإسكان. وفي هذا النقل نظر؛ لأنه مخالف للموجود في كتب اللغة المشهورة المعتمدة. ثم قيل: هو مشتق من قولهم: رجل أوقص؛ إذا كان قصير العنق لم يبلغ عنقه حد أعناق الناس. فسمي وقص الزكاة لتقصانه عن النصاب. ويقال في الوقص: (وقس) بالسين، وكذا ذكره الشافعي في مختصر المزني، وكذا رواه البيهقي عن الشافعي من رواية الربيع. ورواه البيهقي أيضاً عن المسعودي راوي هذا الحديث، وهو من التابعين. قال المسعودي: هو بالسين فلا يجعلها صاداً، ثم المشهور أن الوقص ما بين الفريضتين كما بين خمس وعشرين. وقد استعملوه أيضاً فيما لا زكاة فيه وإن كان دون النصاب، كأربع من الإبل، ومنه قول الشافعي في البويطي: وليس في الأوقاص شيء، وهي ما لم يبلغ ما تجب الزكاة فيه. فحصل من مجموع. هذا أنه يقال: وقص بفتح القاف وإسكانها، ووقس وشنق، وأنه يستعمل فيما لا زكاة فيه، ولكن أكثر استعماله فيما بين الفريضتين. ينظر تحرير التنبية (١١٩ - ١٢٠).

أَوْ الْمَعَزِّ بِغَالِبِ غَنَمِ الْبَلَدِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ يُخْرَجُ مَا شَاءَ وَيُؤْخَذُ مِنْهُ لِأَنَّ الْأَسْمَ مُنْطَلِقٌ عَلَيْهِ، وَلَوْ أُخْرِجَ ذِكْرًا فَهُوَ عَلَى هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ أُخْرِجَ بَعِيرًا عَنْ خَمْسٍ أَوْ عَنْ عَشْرِ أَخَذَ وَإِنْ نَقَصَتْ قِيمَتُهُ عَنْ قِيمَةِ شَاةٍ.

قال الرافعي: لك أن تقول: التَّظْرُ الثَّلَاثُ والخامس لا اختصاص لهما بزكاة الإبل على ما سنبينه من بعد، وإنما كان يحسن قوله في زكاة الإبل في خمسة مواضع، إذا كانت المواضع كلها مختصة بالإبل، إذا تقرر ذلك فالنظر الأول في كيفية إخراج الشاة من الإبل، وقد ذكرنا أن الواجب في الإبل قبل بلوغها خمسا وعشرين الشياه، وإنما تجب الجذعة من الضأن، والثنية من المعز كما ذكرنا في الشاة الواجبة في الغنم، لما روي أن مصدق النبي ﷺ قال: «إِنَّمَا حَقُّنَا فِي الْجَذَعَةِ مِنَ الضَّأْنِ، وَالثَّانِيَةِ مِنَ الْمَعَزِّ»<sup>(١)</sup>. وروي أنه قال: «أَمْرُنَا بِأَخْذِهِمَا»<sup>(٢)</sup> وخلاف أبي حنيفة في أن الواجب منها الثنية ومالك في أن الجذعة منهما تجزىء عائداها هنا أيضا، ثم في الفصل مسائل؟

إحداها: هل يتعين أحد النوعين من الضأن والمعز؟ حكى في الكتاب فيه وجهين:

أحدهما: أنه يتعين غالب غنم البلد، إن كان الغالب الضأن وجب الضأن، وإن كان الغالب المعز وجب المعز؛ لأنه مال وجب في الذمة بالشرع، فاعتبر فيه عرف البلد كالكفار، هذا ما ذكره صاحب «المهذب»، وقال: إن استويا يخير بينهما.

والثاني: أنه يخرج ما شاء من النوعين، ولا يتعين الغالب في البلد، لأنه ﷺ قال: «فِي خَمْسٍ مِنَ الْإِبِلِ شَاةٌ»، واسم الشاة يقع عليهما جميعاً، فصار كما في الأضحية لا يتعين فيها غنم البلد؛ وفي «النهاية» و«الوسيط» حكاية وجه آخر، وهو أنه يتعين نوع غنمه إن كان يملك غنماً، كما إذا كان يزكي عن الغنم، وكما في إبل العاقلة على رأي، ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب: «فغالب غنم البلد» وكذا قوله: «يخرج ما شاء» بالواو لمكان هذا الوجه الثالث، والثاني معلّم بالميم أيضاً؛ لأن الحكاية عن مالك أنه يجب من غالب غنم البلد. وقوله: «يخرج ما شاء ويؤخذ منه»، لا ضرورة إلى الجمع بين هذين اللفظين، والمقصود حاصل بأحدهما.

ثم اعلم أن إيراد الكتاب يقتضي ترجيح الوجه الأول، وحكاية إمام الحرمين عن العراقيين، وذكر أن صاحب «التقريب» نقله عن نص الشافعي - رضي الله عنه -، ونقل نصوصاً آخر تقتضي التخيير ورجحها، وساعده الإمام عليه، وإليه صار الأكثرون وربما

لم يذكروا سواه، فإذا الوجه الثاني أصح في المذهب. والشبهة داخله في حكاية الإمام عن العِزَّاقين من وجهين:

أحدهما: أن الشيخ أبا حامد وشيئعه نصوا على أنه لا يعتبر غنم البلد، وإنما يعتبر غنم البلد فحسب.

والثاني: أنه يشبه أنهم أرادوا بما ذكروا تَغْيِينَ ضَانِ البلد ومعزه، وذلك لا ينافي التَّخْيِيرَ بَيْنَ الضَّانِ وَالْمَعِزِّ يدل عليه أن صاحب «الشَّامِلِ» خير بين الضَّانِ وَالْمَعِزِّ، ومع ذلك قال: يخرج من غنم البلد وكذلك خير في «التَّئِمَّة» بين النوعين، ثم حكى وجهين في أن الضَّانِ المخرج أيضاً مثلاً هل يجب أن تكون مع نوع ضَانِ البلد، أم لا؟ ومن قال: يتعيين غنم البلد قال: لو أخرج غيرها وهي خير من غنم البلد بالقيمة أجزأته، وكذلك لو كانت مثلها إنما الممتنع أن يخرجها وهي دونها.

الثانية: لو أخرج جذعاً من الضَّانِ أو ثنياً من المَعِزِّ هل يجزئه؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، كالثَّاءِ المخرجة من الأربعين من الغنم، وكَأَسْتَانَ الإبل المؤداة في زكاتها وهذا لأن في الإِنَاثِ رفق الدَّرِّ والنَّسْلِ فيبني أمر الزَّكَاةِ على أَشْتَرَاطِ الأَنْوَةِ في المؤدي فيها:

وأظهرهما: وبه قال أبو إسحاق ونعم، لشمول الاسم كما في الأضحية.

ثم ذكر في «التئمة» طريقتين:

أشهرهما: أن الوجهين مطردان فيما إذا كانت الإبل ذكوراً كلها وفيما إذا كانت إناثاً أو مختلطة، وهذا هو الموافق لإطلاق الكتاب والمذكور في «التَّهْذِيبِ».

والثاني: أنها إذا كانت إناثاً أو كان بعضها إناثاً لم يَجْزُ إِخْرَاجُ الذَّكَرِ وَالْوَجْهَانِ مَخْصُوصَانِ بما إذا كانت ذكوراً كلها والوجهان مبنيان على أصل سنذكره، وهو أن الشَّاءِ المخرجة عن الإبل أصل بنفسها أم عن الإبل. إن قلنا: بدل جاز إخراج الذَّكَرِ كما لو أخرج عنها بعبيراً ذكراً يجزئه، وإن قلنا: أصل لم يجز جريباً على الأصل المعتبر في الزكوات وهو كون المخرج أنثى، وقوله في الكتاب: «فعلَى هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ» أشار به إلى تقارب مأخذ الخلاف في هذه المسألة والتي قبلها.

الثالثة: لو ملك خمساً من الإبل ولزمته شاة فأخرج بعبيراً، فظاهر المذهب أنه يجزئه، وإن كانت قيمته أقل من قيمة الشَّاءِ، خلافاً لمالك وأحمد حيث قالوا: لا يجزىء إلا الشَّاءِ. لنا أن البعير يجزىء عن خمس وعشرين، والخمس داخله فيها، فأولى أن يجزىء عنها منفردة، وفي المسألة وجهان آخران:

أحدهما: أن البعير إنَّما يجزىء إذا بلغت قيمته قيمة شاة، أما إذا انقصت فلا لما

فيه من الإجحاف بالفقراء، حُكِيَ هذا عن القفال والشيخ أبي محمد.

**والثاني:** أنه إن كانت الإبل مراضاً أو قليلة القيمة لعيب بها فأخرج بغيراً منها جاز، وإن كانت قيمته أقل من قيمة الشاة أما إذا كانت صحاحاً سليمة لم يجوز أن يخرج عنها بغيراً قليل القيمة. والفرق أنه في المراض لا يعتقد بأداء البعير تطوعاً وفي الصحاح يعتقد التطوع.

وأقل ما في التطوع أن لا ينقص عن الواجب، وهذا الوجه هو الذي أورده الصيّدلاني وحكى المنع فيما إذا كانت الإبل صحاحاً هو وغيره عن نص الشافعي - رضي الله عنه - وفي كلام الشيخ أبي محمد حمل ذلك النص على الاستحباب، وإذا قلنا بظاهر المذهب فأخرج بغيراً عن خمس من الإبل فهل يكون كله فرضاً أو يكون خمسة فرضاً والباقي تطوعاً؟ فيه وجهان شبههما الأئمة بالوجهين في المتمعن إذا ذبح بُذنة بدل الشاة هل تكون كلها فرضاً أو الفرض سبعة؟ وفيمن مسح جميع الرأس هل يقع الكل فرضاً أم لا؟ وجعلوا المصير إلى أن الكل ليس بفرض، في مسألتي الاستشهاد أوجه؛ لأن الاقتصار على سبع بدنة في الهدايا، وعلى بعض الرأس في المسح جائز، ولا يجزىء ها هنا أخراج خمس بغير بالاتفاق وكذلك قال الإمام من يقول: الفرض مقدار الخمس يعني به، على شرط التبرع بالباقي ليزول عيب التثقيص، وذكر قوم منهم صاحب «التهذيب» أن الوجهين مبتنان على أصل، وهو أن الشياة الواجبة في الإبل أصل بنفسها أم هي بدل عن الإبل؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنها أصل جرياً على ظاهر النص.

**والثاني:** بدل لأن الأصل وجوب جنس المال؟ إلا أن إيجاب بغير قبل كثرة الإبل يجحف برّب المال وإيجاب شقص بغير ممّا يشقّ لما فيه من نقصان القيمة وعسر الانتفاع، فعُدل الشارح إلى الشاة ترفيهاً وإرفاقاً، فإن قلنا: الأصل هو الشاة، فإذا أخرج البعير كان كله فرضاً كالشاة، وإن قلنا: الأصل هو الإبل، فإذا أخرج بغير كان الواجب خمساً؛ لأنه يجزىء عن خمس وعشرين وحصّة كل خمس حينئذ خمسة.

ولو أخرج بغيراً عن عشر من الإبل أو عن خمس عشرة أو عشرين، هل يجزئ؟ فيه وجهان بنوهما على الخلاف الذي تقدم، إن قلنا: إذا أخرج عن الخمس وقع الكلام فرضاً، وقام مقام شاة فلا يكفي في العشر بغير واحد، بل لا بد من بعيرين أو بغير وشاة، وفي الخمس عشرة من ثلاثة أبعرة أو بعيرين وشاة، أو شاتين وبعير، أو ثلاث شياة، وفي العشرين من أربعة، وإن قلنا: الفرض قدر خمسة فيجزيء ويكون متبرعاً في العشر بثلاثة أخماسه، وفي الخمس عشرة بخمسة وفي العشرين بخمسة، ولم يرتض الإمام هذا البناء، ومن وجوه الإشكال فيه أنه يقال: لم يلزم من كون كله فرضاً

إذا أخرجته عن خمس ألا يكتفي به عن العشر بل يجوز أن يكون كله فرضاً إذا أخرج عن هذا وفرضاً إذا أخرج عن ذلك، ألا تَرَى أنه يقع فرضاً فيكتفي به عن الخمس والعشرين مع الحكم بأن كله فرض إذا أخرج عن الخمس وكذا البُدنة ضحية واحدة إذا ضحى بها وهي بعينها ضحية سبع إذا اشتركوا فيها، وسواء كان البناء المذكور مرضياً أم لا، فظاهر المذهب إجزاؤها عما دون الخمس والعشرين كإجزائها عن الخمس والعشرين، وهو المذكور في الكتاب، والوجهان المذكوران ها هنا مبنيان على الصحيح في أجزاء البعير عن الخمس مطلقاً، والوجهان الآخران ثم يعودان هاهنا أيضاً ونعتبر تفرعاً عليهما أن لا تنقص قيمته في العشر عن قيمة شاتين، وفي الخمس عشرة عن قيمة ثلاث شياه، وفي العشرين عن قيمة أربع. وإذا عرفت جميع ما ذكرنا رقت قوله في الكتاب: «أخذ» بالميم والألف والواو وقوله: «وإن نقصت قيمته» بالواو أيضاً للوجه المنسوب إلى الفقهاء وأبي محمد - رحمهما الله - . واعلم: أن الشاة الواجبة في الإبل يجب أن تكون صحيحة، وإن كانت الإبل مريضاً لأنها في الذمة<sup>(١)</sup> ثم فيها وجهان:

أحدهما: وهو الذي أورده كثيرون أنه يؤخذ من المراض صحيحة تليق بها.

مثاله: خمس من الإبل مراض قيمتها خمسون، ولو كانت صحاحاً لكانت قيمتها مائة وقيمة الشاة المجزئة عنها ستة دراهم فيؤمر بإخراج شاة صحيحة تساوي ثلاثة دراهم، فإن لم توجد بهذه القيمة شاة صحيحة قال في «الشامل»: فرق الدراهم.

والثاني: أنه يجب فيه ما يجب في الإبل الصحاح بلا فرق قال في «المهذب»: وهذا ظاهر المذهب، ونسب الأول إلى أبي علي بن خَيْرَانَ - [والله أعلم] - .

قال الغزالي: النَّظَرُ الثَّانِي فِي الْعُدُولِ إِلَى ابْنِ لُبُونٍ، فَمَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ بِنْتُ مَخَاضٍ وَلَمْ تَكُنْ فِي مَالِهِ أَخَذَ ابْنُ لُبُونٍ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي مَالِهِ جَارَ لَهُ شَرَاءُ ابْنِ لُبُونٍ، وَلَوْ كَانَ

(١) شرطاً أن تكون الشاة صحيحة وعلاها بأنها في الذمة، وخالفه في باب تعلق الزكاة كما سيأتي، وظاهر المذهب في «المهذب» و«البحر» والمذهب في البيان، والصحيح من غيرهم يجب في المراض ما يجب في الصحاح وعزي إلى النص، وادعى القاضي حسين أنه لا خلاف فيه. والوجه الثاني: أنه يجب في المراض صحيحة تليق بها وهو أقيس، ولم يصرحاً بترجيح بل قال عن الأول. قال في «المهذب»: إنه ظاهر المذهب وعن الثاني قطع به كثيرون، فعلى الأول لو لم يجد بذلك شاة صحيحة. قال المحاملي وابن الصباغ وغيرهما: أخذ منه الدراهم للضرورة، ونقله عن «الشامل» فقط، وأقره وقال في اقتضائه: إن كانت إبله كوماً في الجنس والصفة كانت الشاة لذلك، وإن كانت هزالاً أو مريضاً لم يجزئه مريضة ولا هزيلة ولا صحيحة بالقسط؛ لأنه الواجب في الذمة فلم تعتبر فيه صفة المال كالصحة. (تعليقة الفوائد).

فِي مَالِهِ بِنْتُ مَخَاضٍ مَعِيْبَةٌ فَهِيَ كَالْمَعْدُومَةِ، وَلَوْ كَانَتْ كَرِيْمَةً لَزِمَهُ عَلَى الْأَقْبَسِ شِرَاءُ بِنْتِ مَخَاضٍ لِأَنَّهَا مُوجُودَةٌ فِي مَالِهِ وَإِنَّمَا تَرْتُكُ نَظْرًا لَهُ، وَتُؤْخَذُ الْخُنْثَى مِنْ بَنَاتِ اللَّبُونِ بَدَلًا عَنْ بِنْتِ مَخَاضٍ عِنْدَ فَقْدِهَا، وَيُؤْخَذُ الْحَقُّ بَدَلًا عَنْ بِنْتِ لَبُونٍ عِنْدَ فَقْدِهَا كَمَا يُؤْخَذُ ابْنُ لَبُونٍ بَدَلًا عَنْ بِنْتِ مَخَاضٍ.

قال الرافعي: إذا ملك خمساً وعشرين من الإبل وجبت عليه بنت مخاض فإن وجدها لم يعدل إلى ابن اللبون، وإن لم يجدها وكان عنده ابن لبون جاز أخذه منه سواء قدر على تحصيل بنت المَخَاض أم لا، وسواء كانت قيمته أقل من قيمة بنت المخاض، أو لم يكن لما روينا في الخبر ولا جبران، بل فضل السن يجبر فضل الأنوثة ثم فيه مسائل:

إحداها: لو لم يكن في ماله بنت المَخَاض، ولا ابن اللبون ففيه وجهان<sup>(١)</sup>:

أظهرهما: وهو المذكور في الكتاب أنه يشتري ما شاء منها ويخرجه أما بنت المَخَاض فلأنها الأصل، وأما ابن اللبون فلأن شرط إجزائه موجود وإذا اشتراه كان في ماله ابن لبون وهو فاقد لبنت المخاض.

والثاني: وبه قال مالك وأحمد وصاحب «التقريب» يتعين عليه شراء بنت المخاض؛ لأنهما لو استويا في الوجود لم يخرج ابن اللبون، فكذلك إذا استويا في الفقد، وقدر على تحصيلهما.

الثانية: لو كانت عنده بنت مَخَاضٍ معيبة فهي كالمعدومة؛ لأنها غير مجزئة، ولو كانت كريمة وإبله مهازبل فلا يكلف إخراجها. لما روي أنه ﷺ قال: «إِيَّاكَ وَكَرَائِمَ أَمْوَالِهِمْ»<sup>(٢)</sup> فإن تطوع بها فقد أحسن وإن أراد إخراج ابن لبون ففيه وجهان:

أظهرهما: عند صاحب الكتاب وشيخه: أنه لا يجوز؛ لأن شرط العدول إلى ابن اللبون أن لا يكون في ماله بنت مَخَاضٍ، وهي موجودة ها هنا بصفة الإجزاء، إلا أنها تَرْتُكُ نَظْرًا لَهُ ورعاية لجانبه، وهذا ما أجاب به الشيخ أبو حامد<sup>(٣)</sup>، وأكثر شيعته ورجحه الأكثرون.

(١) محل الوجهين إذا لم يرد الصعود إلى فرض أعلى منه، ويأخذ الجبران. فإن أراد ذلك جاز. كذا نقله ابن الرفعة في «الكفاية».

(٢) أخرجه البخاري (١٣٩٥، ١٤٥٨، ١٤٩٦، ٢٤٤٨، ٤٣٤٧، ٧٣٧١، ٧٣٧٢)، ومسلم (٩).

(٣) قال في «المهمات»: هذا الذي نقله على الشيخ أبي حامد هو الذي كان تركه أولاً، ولكنه قد رجع عنه، وجواز إخراج ابن اللبون كذا، ذكره تلميذه سليم الرازي في تعليقه قبل باب زكاة الفطر، والمسألة تحتمله، وينبغي أن يكون المذهب ما نص عليه صاحبه وهو الإجزاء.

**والثاني:** يجوز، لأنها لما لم تكن موجودة في ماله كانت كالمعدومة، ويحكى هذا عن نصح وإلى ترجيحه يميل كلام صاحبي «المهذب» و«التهذيب».

قوله في الكتاب: «لزمه على الأقيس شراء بنت مخاض» لا يخفى أنه ليس الغرض منه عين الشراء، بل المقصود تحصيله بأي طريق كان وإخراجه عن الزكاة وكذا حيث قال في هذه المسائل: يجوز الشراء أو لا يجوز، وقوله في أول الفصل: «أخذ منه ابن لبون» ليس على معنى أنه يلزم بذلك، إذ لو حصل بنت مخاض وأخرجها جاز، ولكن المعنى أنه يقنع به.

**الثالثة:** لو لم يكن في ماله مَخَاض فأخرج خنثى من أولاد اللبون، هل يجزئه؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، لتشوّه الخلقة بنقصان الخنثوة فأشبهه سائر العيوب.

وأصحهما: وهو المذكور في الكتاب: نعم، فإنه إما ذكر وابن اللبون مأخوذ بدلاً عن بنت المَخَاض، أو أنثى وهي أولى بالجواز لزيادة السن مع بقاء الأنثوة، ثم لا جبران للمالك لجواز أن يكون المخرج ذكراً بخلاف ما إذا لم يكن في ماله بنت مخاض، وكانت عنده بنت لبون فأخرجها له الجبران، ولو وجد ابن اللبون وبنت اللبون فأراد إخراج بنت اللبون وأخذ الجبران لم يكن له ذلك في أصح الوجهين قاله في العدة، ولو لزمته بنت مَخَاض وهي موجودة في ماله فأراد أن يخرج خنثى من أولاد اللبون بدلاً لم يجز لجواز أن يكون ذكراً وابن لبون مأخوذ بدلاً عن بنت مخاض مع وجودها بخلاف ما لو أخرج بنت لبون. وقوله في الكتاب: «وتؤخذ الخنثى من بنات اللبون» لو قال: «من أولاد اللبون» لكان أحسن، فإن الخنثوة تمنع من معرفة كونه ابناً أو بنتاً، وكذلك هو في بعض النسخ.

**الرابعة:** لو أخرج حقاً بدلاً عن بنت مَخَاض عند فقدها فلا شك في جوازه؛ لأن إخراج ابن اللبون جائز فالحق أجوز وأولى، ولو أخرجه بدلاً عن بنت لبون لزمته فوجهان:

أحدهما: يجوز، لاختيار فضيلة الأنثوة بزيادة السن كما يجوز إخراج ابن اللبون بدلاً عن بنت المخاض.

**والثاني:** لا يجوز؛ لأن النص ورد ثم وهذا ليس في معناه؛ لأن تفاوت السن في بنت المَخَاض وابن اللبون تفاوت يوجب اختصاصه بقوة ورود الماء والشجر والامتناع من صغار السباع، والتفاوت بين بنت اللبون والحق لا يوجب اختصاص الحق بهذه القوة بل هي موجود فيهما جميعاً، فلا يلزم من كون تلك الزيادة حائزة لفضيلة الأنثوة

كون هذه الزيادة جابرة لها، والمذكور في الكتاب من هذين الوجهين هو الأول، لكن المذهب الثاني بل الجمهور لم يذكروا سواه ولم يتعرض للخلاف إلا الأقلون منهم الحناطي.

قال الغزالي: **النَّظَرُ الثَّلَاثُ إِذَا مَلَكَ مَائَتَيْنِ مِنَ الْإِبِلِ، فَإِنْ كَانَ فِي مَالِهِ أَحَدُ السُّنَيْنِ أَخَذَ مِنْهُ الْمَوْجُودَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي مَالِهِ أَشْتَرَى (و) مَا شَاءَ مِنَ الْحِقَاقِ أَوْ بَنَاتِ اللَّبُونِ، وَإِنْ وَجَدَا جَمِيعاً وَجَبَ إِخْرَاجُ الْأَغْبِطِ لِلْمَسَاكِينِ، وَقِيلَ: الْخَيْرَةُ إِلَيْهِ، وَقِيلَ: يَتَعَيَّنُ الْحِقَاقُ فَلَوْ أَخَذَ السَّاعِي غَيْرَ الْأَغْبِطِ قَصْداً عَلَى قَوْلِنَا: يَجِبُ الْأَغْبِطُ لَمْ يَقَعِ الْمَوْقِعُ وَإِنْ أَخَذَ بِأَجْتِهَادِهِ فَقِيلَ: لَا يَقَعُ الْمَوْقِعُ، وَقِيلَ: يَقَعُ الْمَوْقِعُ وَلَيْسَ عَلَيْهِ جِبْزُ التَّفَاوُتِ، وَقِيلَ: عَلَيْهِ جِبْزُ التَّفَاوُتِ بِذَلِ الدَّرَاهِمِ، وَقِيلَ: يَجِبُ جِبْزُهُ بَأَن يَشْتَرِيَ بِقَدْرِ التَّفَاوُتِ شِقْصاً إِنْ وَجَدَهُ إِذَا مِنْ جِنْسِ الْأَغْبِطِ عَلَى رَأْيٍ أَوْ مِنْ جِنْسِ الْمُخْرَجِ عَلَى رَأْيٍ.**

قال الرافعي: مقصود هذا النظر الكلام فيما إذا بلغت ماشيته حداً يخرج فرضه بحسابين كما إذا ملك مائتين من الإبل فهي أربع خمسينات وخمس أربعينات.

وقد روينا في الخبر أنه ﷺ قال: «فِي كُلِّ أَرْبَعِينَ بِنْتُ لَبُونٍ، وَفِي كُلِّ خَمْسِينَ حِقَّةً»<sup>(١)</sup>. فما الواجب فيها؟ نص في الجديد على أن الواجب أربع حقاك أو خمس بنات لبون. وفي القديم على أنه يجب أربع حقاك واختلفوا على طريقين:

أحدهما: أن المسألة على قولين:

أصحهما: أن الواجب أحد الصنفين لما ذكرنا أن المائتين أربع خمسينات وخمس أربعينات فيتعلق بها أحد الفرضين.

والثاني: أن الواجب الحقاك؛ لأن الاعتبار في زكاة الإبل بزيادة السن ما وجد إليها سبيل، ألا ترى أن الشرع رقي في نصيبها إلى منتهى الكمال في الأسنان ثم عدل بعد ذلك إلى زيادة العدد، فأشعر ذلك بزيادة الرغبة في السن.

والطريق الثاني: القطع بما ذكره في الجديد، وحمل القديم على ما إذا لم يوجد إلا الحقاك، فإن أثبتنا القديم وفرعنا عليه نظر إن وجدت الحقاك بصفة الأجزاء لم يجز غيرها، وإلا نزل منها إلى بنات اللبون أو صعد إلى الجذاع مع الجبران، وإن فرعنا على الجديد الصحيح فللمسألة أحوال، ذكرنا ثلاثاً منها في الكتاب فنشرحها، ثم نذكر غيرها على الاختصار. إحدى الأحوال الثلاث: أن يوجد في المال القدر الواجب من أحد

(١) تقدم.



الصَّنْفَيْنِ بِكَمَالِهِ دُونَ الْآخِرِ فَيُؤْخَذُ وَلَا يَكْلَفُ تَحْصِيلَ الصَّنْفِ الثَّانِي وَإِنْ كَانَ أَنْفَعَ لِلْمَسَاكِينِ، وَلَا يَجُوزُ التَّزْوِلُ وَالصُّعُودُ عَنْهُ مَعَ الْجَبْرَانِ وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ لَا يَوْجَدَ الصَّنْفُ الْآخِرَ أَصْلًا وَيَبِينُ أَنْ يَوْجَدُ بَعْضُهُ وَالنَّاقِصُ كَالْمَعْدُومِ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُؤْخَذَ الْمَوْجُودُ مِنَ النَّاقِصِ، وَيُعَدَّلُ بِالْبَاقِي إِلَى الصُّعُودِ وَالتَّزْوِلِ مَعَ الْجَبْرَانِ، إِذْ لَا ضَرُورَةَ إِلَيْهِ، وَلَوْ وَجَدَ الصَّنْفَانِ لَكِنْ أَحَدَهُمَا مَعِيبٌ فَهُوَ كَالْمَعْدُومِ.

**والحالة الثانية:** أن لا يوجد في ماله شيء من الصَّنْفَيْنِ، وفي معناه أن يوجد أو هما معيَّبان، فإن أراد تحصيل أحدهما بشراء وغيره فوجهان:

**أحدهما:** يجب تحصيل الأَغْبَطِ كما يجب على الظَّاهِرِ إِخْرَاجَ الْأَغْبَطِ إِذَا وَجَدَ عَلَى مَا سَيَأْتِي:

**وأصحهما:** وهو المذكور في الكتاب يحصل ما شاء من الحقائق أو بنات اللبون، فإنه إذا اشترى أحد الصَّنْفَيْنِ صَارَ وَاجِدًا لَهُ دُونَ الْآخِرِ فَيَجْزِيهِ، وَالْوَجْهَانِ كَالْوَجْهَيْنِ فِيمَا إِذَا مَلَكَ خَمْسًا وَعَشْرِينَ، وَلَيْسَ فِيهَا بِنْتُ مَخَاضٍ، وَلَا ابْنُ لَبُونٍ، هَلْ يَجِبُ تَحْصِيلُ بِنْتِ الْمَخَاضِ أَمْ لَا؟ يَجُوزُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَنْ لَا يَحْصُلَ الْحَقَاقُ وَلَا بَنَاتُ اللَّبُونِ، وَلَكِنْ يَنْزِلُ أَوْ يَصْعَدُ مَعَ الْجَبْرَانِ، وَحَيْثُذَ إِنْ شَاءَ جَعَلَ بَنَاتِ اللَّبُونِ أَصْلًا وَنَزَلَ مِنْهَا إِلَى خَمْسِ بَنَاتِ مَخَاضٍ فَأَخْرَجَهَا مَعَ خَمْسِ جَبْرَانَاتٍ، وَإِنْ شَاءَ جَعَلَ الْحَقَاقَ أَصْلًا وَصَعِدَ مِنْهَا إِلَى أَرْبَعِ جَذَاعٍ فَأَخْرَجَهَا وَأَخَذَ أَرْبَعَةَ جَبْرَانَاتٍ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَجْعَلَ الْحَقَاقَ أَصْلًا وَيَنْزِلَ مِنْهَا إِلَى أَرْبَعِ بَنَاتِ مَخَاضٍ، مَعَ ثَمَانِ جَبْرَانَاتٍ وَلَا أَنْ يَجْعَلَ بَنَاتِ اللَّبُونِ أَصْلًا وَيَصْعَدَ مِنْهَا إِلَى خَمْسِ جَذَاعٍ وَيَأْخُذَ عَشْرَ جَبْرَانَاتٍ لِإِمْكَانِ تَقْلِيلِ الْجَبْرَانِ بِجَعْلِ الْجَذَاعِ بَدَلَ الْحَقَاقِ وَبَنَاتِ الْمَخَاضِ بَدَلَ بَنَاتِ اللَّبُونِ. وَحَكَى الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ فِي «الْفُرُوقِ» وَجْهًا آخَرَ وَهُوَ أَنَّهُ يَجُوزُ التَّزْوِلُ وَالصُّعُودُ فِيهِمَا كَمَا لَوْ لَزِمَتْهُ حَقَّةٌ فَلَمْ يَجِدْهَا وَلَا بِنْتَ لَبُونٍ فِي مَالِهِ فَنَزَلَ إِلَى بِنْتِ مَخَاضٍ فَأَخْرَجَهَا مَعَ جَبْرَانَيْنِ أَوْ لَزِمَتْهُ بِنْتُ لَبُونٍ فَلَمْ يَجِدْهَا، وَلَا حَقَّةً فِي مَالِهِ فَيَصْعَدُ إِلَى الْجَذَعَةِ فَيَخْرُجُهَا وَيَأْخُذُ جَبْرَانَيْنِ يَجُوزُ وَالظَّاهِرُ الْأَوَّلُ. وَالْفَرْقُ أَنْ فِي صُورَتِي الْإِسْتِشْهَادِ لَا يَتَخَطَّى وَاجِبُ مَالِهِ، وَفِيمَا نَحْنُ فِيهِ يَتَخَطَّى فِي الصُّعُودِ، وَالتَّزْوِلِ أَحَدٌ وَاجِبِي مَالِهِ.

**والحالة الثالثة:** أن يوجد الصَّنْفَانِ مَعًا بِصِفَةِ الْإِجْزَاءِ فَقَدْ قَالَ الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - نَصًّا: يَأْخُذُ السَّاعِي مَا هُوَ الْأَغْبَطُ مِنْهُمَا لِأَهْلِ السَّهْمَيْنِ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الصَّنْفَيْنِ فَرَضَ نَصَابَهُ لَوْ انْفَرَدَ، فَإِذَا اجْتَمَعَا رُوعِي الْأَصْلِحِ لِلْمُحْتَاجِينَ، وَاحْتَجَّ لَهُ بظَاهِرِ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَيَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ﴾<sup>(١)</sup>.

وعن ابن سريج: أن المالك بالخيار يعطي ما شاء منهما، كما أنه بالخيار في الصعود والنزول عند فقد الفرض، وأجاب الأصحاب أن المالك ثم يسبيل من ترك الصعود والنزول معاً، بأن يحصل الفرض، وإنما شرع ذلك تخفيفاً للأمر عليه ففوض إليه وهاهنا خلافه. التفريع إن خيرنا المعطي على رأي ابن سريج فيستحب له مع ذلك أن يعطي الأغبط إلا أن يكون وليّ يتيماً فيراعى حظه، وإن فرعنا على النص وهو ظاهر المذهب فلو أخذ الساعي غير الأغبط نظر إن وجد تقصير منه بأن أخذه مع العلم بحالة واحدة من غير اجتهاد، ونظر في أن الأغبط ماذا، أو وجد تقصير من المالك بأن دلس وأخفى الأغبط لم يقع المأخوذ عن جهة الزكاة، وإن لم يوجد تقصير من واحد منهما وقع عن جهة الزكاة، هذا ما اعتمده الأكثرون منهم صاحب «المهذب» وهو الظاهر، وزاد في التهذيب شيئاً آخر، وهو أن لا يكون باقياً بعينه في يد الساعي، فإن كان باقياً لم يقع عن الزكاة وإن لم يقصر واحد منهما، وهذا قد حكاه الشيخ أبو الفضل بن عبدان عن ابن خنيزان ووراء ما نقلنا من الظاهر وجوه أخرى:

أحدهما: أنه يقع عن الزكاة بكل حال، وإن أخذ من غير اجتهاد حكاه ابن كج وغيره؛ لأنه يجزىء عند الانفراد، فكذا عند الاجتماع وهذا رجوع إلى رأي ابن سريج.

والثاني: لا يقع عن الزكاة بحال؛ لأنه ظهر أن المأخوذ غير المأمور به.

والثالث: إن فرقة على المستحقين ثم ظهر الحال حسب عن الزكاة بكل حال وإلا لم يحسب، والفرق عسر الاستزجاج.

والرابع: عن أبي الحسين بن القطان عن بعض الأصحاب: أنه إن دفع المالك مع العلم بأنه الأدنى لم يجزه، وإن كان الساعي هو الذي أخذ جاز، ويقرب عن هذا عد صاحب «التهذيب» مجرد علم المالك بحالة تقصيراً مانعاً من الإجزاء، وإن لم يوجد إخفاء وتدليس. وفي كلام الصيدلاني وغيره ما ينازع فيه إذا أخذه الساعي بالاجتهاد، فهذا بيان الاختلافات في هذا الموضوع. التفريع حيث قلنا: لا يقع المأخوذ عن الزكاة فعليه إخراج الزكاة، وعلى الساعي رد ما أخذه إن كان باقياً وقيمه إن كان تالفاً، وحيث قلنا: يقع فهل يجب إخراج قدر التفاوت؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه يستحب ولا يجب؛ لأن المخرج محسوب عن الزكاة فيغني عن غيره كما إذا أدى اجتهاد الإمام إلى أخذ القيمة وأخذها لا يجب شيء آخر.

وأصحهما: أنه يجب لنقصان حق أهل السهمين، قال الأئمة: وإنما يعرف قدر التفاوت بالنظر إلى القيمة، فإذا كانت قيمة الحقائق أربعمائة وقيمة بنات اللبون أربعمائة وخمسون وقد أخذ الحقائق فقدر التفاوت خمسون. التفريع: إن كان قدر التفاوت يسيراً لا يؤخذ به شقّص من ناقة دفع الدراهم للضرورة. وحكى إمام الحرمين - رحمه الله -

عن صاحب «التقريب» إشارة إلى أنه يتوقف إلى أن يجد شِقْصاً واستبعدها، وإن كان قدراً يؤخذ به شِقْص، فهل يجب شراؤه أم يجوز دفع الدراهم؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجب؛ لأن الواجب الإبل والعدول إلى غير جنس الواجب في الزكاة ممتنع على أصلنا.

وأصحهما: أنه يجوز دفع الدراهم لما في إخراج الشِقْص من ضرر المُشاركة، وقد يعدل إلى غير جنس الواجب لضرورة تعرض ألا ترى أنه لو وجب شاة عليه في خمس من الإبل، ولم يوجد جنس الشاة يخرج قيمتها، ولو لزمته بنت مخاض فلم يجدها ولا ابن لبون لا في ماله ولا بالثمن يعدل إلى القيمة على أن الغرض هاهنا جَبْران الواجب فأشبهه دراهم الجبران. التفريع إن قلنا: يجوز دفع الدراهم فلو أخرج بها شِقْصاً، فالظاهر جوازه.

قال في «النهاية» وفيه أدنى نظر، لما فيه من العسر على المساكين، وإن قلنا: يجب إخراج شِقْص ينبغي أن يكون ذلك الشِقْص من الأَغْبَط، أو من المخرج، فيه وجهان:

أحدهما: من المخرج كيلا تفرق الصدقة.

وأظهرهما: عند الصيدلاني وغيره: من الأَغْبَط فإنه الواجب في الأصل، ففي المال الذي سبق ذكره يخرج على الوجه الأول نصف حقة، لأن قيمة كل حقة مائة وقدر التفاوت خمسون.

وعلى الوجه الثاني: يخرج خمسة أتساع بنت اللبون؛ لأن قيمة كل بنت لبون تسعون، فإذا أخرج الشِقْص لزمه صرفه إلى الساعي على قولنا: يجب الصَّرف إلى الإمام في الأموال الظاهرة، وإذا أخرج الدراهم فوجهان:

أحدهما: لا يجب الصَّرف إليه؛ لأنها من الأموال الباطنة.

والثاني: يجب؛ لأنها جبران المال الظاهر<sup>(١)</sup> هذا تمام الكلام في الأحوال المذكورة في الكتاب.

ومن أحوال المسألة: أن يوجد بعض كل واحد من الصنفين، كما إذا وجد ثلاث حقائق وأربع بنات لبون فهو بالخيار بَيِّن أن يجعل الحقائق أصلاً فيعطيها مع بنت لبون وجبران وبين أن يجعل بنات اللبون أصلاً فيعطيها مع حقة ويأخذ جبراناً، وهل يجوز أن يعطي حقة مع ثلاث بنات لبون وثلاث جبرانات؟ فيه وجهان لبقاء بعض الفرض عنده،

(١) هذا الثاني أصح.

وكثرة الجبران مع الاستغناء عنه . ويجري الوجهان فيما إذا لم يجد إلا أربع بنات لبون وحقه ، فأعطى الحقّة مع ثلاث بنات لبون وثلاث جبرانات ونظائره .

قال صاحب «التهذيب» ويجوز في الصورة الأولى أن يعطي الحقاق مع الجذعة ويأخذ جبراناً ، وأن يعطي بنات اللبون و بنت مخاض مع جبران .

ومن أحوال المسألة : أن يوجد بعض أحد الصنفين ، ولا يوجد من الآخر شيء ، كما إذا لم يجد إلا حَقَّتَيْنِ فله أن يجعلها أصلاً ، ويخرجها مع جذعتين ويأخذ جبرائين ، وله أن يجعل بنات اللبون أصلاً فيخرج بدلها خمس بنات مخاض مع خمس جبرانات ، ولو لم يجد إلا ثلاث بنات لبون فله أن يخرجها مع بنتي مخاض وجبرانين وله أن يجعل الحقاق أصلاً فيخرج أربع جذاع بدلها ويأخذ أربع جبرانات .

هكذا ذكر الصورتين في «التهذيب» ولم يحك خلافاً أصلاً ، وقياس الوجهين المذكورين في الحالة السابقة على هذه يقتضي طرد الخلاف في جعل بنات اللبون أصلاً في الصورة الأولى ، وجعل الحقاق أصلاً في الصورة الثانية لبقاء بعض الفروض عنده وكثرة الجبران ، فإن كان هذا جواباً على الظاهر ، فالظاهر ثم أيضاً الجواز .

وأعلم : أنه إذا بلغت البقر مائة وعشرين كان حكمها حكم بلوغ الإبل مائتين ، فإنها ثلاث أربعينات وأربع ثلاثينات ، والواجب فيها ثلاث مستات ، أو أربع أثبعة ، ويعود فيها الخلاف والتفاريح التي ذكرناها ، ولهذا قلنا : إن الكلام في النظر الثالث لا يختص بزكاة الإبل ، وأعود بعد هذا إلى ما يتعلق بلفظ الكتاب ونظمه .

أما قوله : «إذا ملك مائتين من الإبل ، فإن كان في ماله أحد السنين» ففيه شيء مدرج تقديره إذا ملك مائتين من الإبل فعليه أربع حقاق أو خمس بنات لبون ، فإن كان في ماله هذا ، أو ما أشبهه .

وقوله : «وجب إخراج الأغبط للمساكين» ، لفظ المساكين في هذا الموضع وأمثاله لا يعني به الذين هم أحد الأصناف الثانية خاصّة ، بل أهل السهمان كلهم لكن المساكين والفقراء أشهر الأصناف فيسبق اللسان إلى ذكرهم . وقوله : «وقيل : الخيرة إليه» هو الوجه المنسوب إلى ابن سريج . وقوله : «وقيل : تتعين الحقاق» هو القول المنقول عن القديم ، لكن إيراده في الموضع المذكور في الكتاب يقتضي اختصاصه بما إذا وجد الصنفان جميعاً في ماله ، وهكذا زعم القاضي ابن كنج ، لكن الشيخ أبو حامد وعامة من نقل ذلك القول أثبتة عند بلوغ الإبل مائتين على الإطلاق وتفريعه ما قدمناه .

وقوله : فيما إذا أخذ غير الأغبط قصداً «لم يقع الموقع» معلّم بالواو ؛ لأنه لم يَحْكِ الخلاف إلا فيما أخذه بالاجتهاد ، وقد حكينا وجهاً أنه يقع الموقع وإن أخذه من

غير الاجتهاد. وقوله: «قيل: لا يقع الموقع» «وقيل: يقع الموقع» ليس المراد منه الكلام في كونه مجزئاً، إذ لو كان كذلك لما انتظم التفريع على وجه وقوع الموقع بأنه هل يلزم جبر التفاوت أم لا؟ وإنما المراد من وقوعه الموقع كونه محسوباً عن الزكاة.

وقوله: «وقيل: عليه جبر التفاوت ببذل الدراهم» يشبه أن تكون الدراهم في كلام الأصحاب ليست معينة في هذا الفصل بعينها بل المعتبر نقد البلد، وهذه العبارة هي التي أوردها الشيخ إبراهيم المروزي فيما علق عنه<sup>(١)</sup>.

وقوله: «إمّا من جنس الأغبط على رأي أو من جنس المخرج على رأي» يجوز أن يعلم بالواو؛ لأن إمام الحرمين حكى عن إشارة بعض المصنفين وجهاً ثالثاً، ومال إليه وهو أنه يتخير بين الصنفين بعد حصول الجبران، ولا يتعين هذا ولا ذلك.

قال الغزالي: **فَرَعَ لَوْ أَخْرَجَ حَقَّتَيْنِ وَبَنَتِي لُبُونٍ وَنِصْفًا لَمْ يَجْزُ لِلتَّشْقِيقِ، وَلَوْ مَلَكَ أَرْبَعَمِائَةَ فَأَخْرَجَ حَقَاقٍ وَخَمْسَ بَنَاتٍ لُبُونٍ جَازَ عَلَى الْأَصَحِّ.**

قال الرافعي: مالك المائتين من الإبل لو أخرج حَقَّتَيْنِ وَبَنَتِي لُبُونٍ وَنِصْفًا لَمْ يَجْزُ؛ لأن التَّشْقِيقِ نَقْصَانٌ وَعَيْبٌ، وَلَوْ مَلَكَ أَرْبَعَمِائَةَ مِنَ الْإِبِلِ فَعَلَيْهِ ثَمَانُ حَقَاقٍ أَوْ عَشْرَ بَنَاتٍ لُبُونٍ؛ لِأَنَّهَا ثَمَانُ خَمْسِينَ وَعَشْرَ أَرْبَعِينَ، وَيَعُودُ فِيهَا جَمِيعُ مَا فِي الْمَائَتَيْنِ مِنَ الْخِلَافِ وَالتَّفْرِيعِ. وَلَوْ أَخْرَجَ عَنْهَا أَرْبَعَ حَقَاقٍ وَخَمْسَ بَنَاتٍ لُبُونٍ، فَفِي جَوَازِهِ وَجْهَانٌ:

قال الإصطخري: لا يجوز؛ لأنه تفريق الفريضة كما في المائتين وتمسك بنصه في «المختصر»، ولا يفرق الفريضة.

والأصح وبه قال الجمهور: يجوز؛ فإن كل مائتين أصل على الانفراد، فيجوز إخراج فرض من إحداهما وفرض من الأخرى، كما يجوز في إحدى الكَفَّارَتَيْنِ الإطعام وفي الأخرى الكسوة، وكما يجوز في أحد الجبرانيين الشياه وفي الآخر الدراهم، بخلاف ما إذا لم يملك إلا مائتين، فإن التَّفْرِيقَ فِيهَا كالتفريق في الجبران الواحد، والكفارة الواحدة على أنه ليس المانع في المائتين مجرد التَّفْرِيقِ، أَلَّا تَرَى أَنَّهُ لَوْ أَخْرَجَ حَقَّتَيْنِ وَثَلَاثَ بَنَاتٍ لُبُونٍ يَجُوزُ، قَالَ صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» وَكَذَا لَوْ أَخْرَجَ أَرْبَعَ بَنَاتٍ لُبُونٍ وَحَقَّةً بَدَلَ بَنَاتٍ لُبُونٍ يَجُوزُ، وَإِنَّمَا الْمَانِعُ مِنَ الْمَائَتَيْنِ التَّشْقِيقِ، وَلَا تَشْقِيقَ هَاهُنَا.

(١) قال في المهمات وصرح به القاضي أبو الطيب وحسين وإمام الحرمين الماوردي والرويانى ومرادهم نقد البلد قطعاً، وصرح به جماعة، منهم القاضي حسين وغيره، وعليه يحمل قول صاحب «الحاوي» وإمام الحرمين وغيرهما: دراهم أو دنانير. يعينان أيهما كان نقد البلد.

وقوله: «ولا يفرق الفريضة» منهم من لم يثبت له ما بيناه من جواز التفريق، وقال: الثابت رواية الربيع، وهي لا تفارق الفريضة أي: إذا وجد الساعي في المال أحد الصنفين دون الآخر لم يجز أن يفارق الموجود ويكلفه تحصيل المفقود، ومن أثبتته حمله على تفريق التثقيص في صورة المائتين، أو التفريق مع الجبران من غير ضرورة مثل أن يأخذ أربع بنات لبون وحقّة، ويعطي الجبران وهو واجد لخمس بنات لبون، ويجري الوجهان متى بلغ المال أربعينات وخمسينات بحيث يخرج منها بنات اللبون والحقاق بلا تثقيص، ولعلك تقول: ذكرتم أن الساعي يأخذ الأغبط ويلزم من ذلك أن يكون أغبط الصنفين هو المخرج، فكيف يخرج البعض من هذا والبعض من ذلك.

فاعلم أن ابن الصبّاغ أجاب عن هذا فقال: أما ابن سريج فلا يلزمه هذا إذ الخيار هذا عنده لرب المال، أما على قول الشافعي - رضي الله عنه - فيجوز أن يكون لهم حظّ ومصلحة في اجتماع النوعين، وهذا يفيد معرفة شيء آخر وهو أن جهة الغبطة غير منحصرة في زيادة القيمة إذا كان التفاوت لا من جهة القيمة يتعذر وإخراج الفضل وقدر التفاوت.

قال الغزالي: النَّظَرُ الرَّابِعُ فِي الْجَبْرَانِ وَجَبْرَانُ كُلِّ مَرْتَبَةٍ فِي السَّنِّ عِنْدَ فَقْدِ السَّنِّ الْوَاجِبِ بِشَاتَيْنِ أَوْ عَشْرِينَ دِرْهَمًا، فَإِنْ رَفِيَ إِلَى الْأَكْبَرِ أَخَذَ الْجَبْرَانُ، وَإِنْ نَزَلَ أُعْطِيَ، وَالْخَيْرَةُ فِي تَعْيِينِ الدَّرَاهِمِ وَالشَّاةِ (و) إِلَى الْمُعْطَى، وَالْخَيْرَةُ فِي الْأَنْخِفَاضِ وَالْأَرْتِفَاعِ إِلَى الْمَالِكِ إِلَّا إِذَا كَانَ إِبْلُهُ مِرَاضًا فَارْتَفَى وَطَلَبَ الْجَبْرَانُ لَمْ يَجْزْ لِأَنَّهُ رَبُّمَا يَكُونُ خَيْرًا مِمَّا أَخْرَجَهُ.

قال الرافعي: في حديث أنس - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «وَمَنْ بَلَغَتْ صَدَقَتُهُ جَدْعَةً وَلَيْسَتْ عِنْدَهُ، وَعِنْدَهُ حِقَّةٌ فَإِنَّهَا تُقْبَلُ مِنْهُ وَيُعْطِيهِ الْمَصَدَّقُ شَاتَيْنِ، أَوْ عَشْرِينَ دِرْهَمًا وَمَنْ بَلَغَتْ صَدَقَتُهُ حَقَّهُ وَلَيْسَتْ عِنْدَهُ وَعِنْدَهُ جَدْعَةٌ فَإِنَّهَا تُقْبَلُ مِنْهُ وَيُعْطِيهِ الْمَصَدَّقُ شَاتَيْنِ أَوْ عَشْرِينَ دِرْهَمًا»<sup>(١)</sup> وروي مثل ذلك في بنت المخاض وبنت اللبون.

من وجبت عليه بنت مخاض، وليست عنده جاز أن يخرج بنت لبون، ويأخذ من الساعي شاتين، أو عشرين درهماً؟ وإن وجبت عليه بنت لبون وليست عنده جاز أن يخرج حقّة، ويأخذ ما ذكرنا؟ وإن وجبت عليه حقّة وليست عنده جاز أن يخرج جدعة، ويأخذ ما ذكرنا، وهذه صور الارتقاء عن الواجب. ولو وجبت عليه جدعة وليست عنده جاز أن يخرج حقّة مع شاتين، أو عشرين درهماً.

ولو وجبت عليه حِقَّةٌ وليست عنده جاز أن يخرج بنت لُبُونٍ مع ما ذكرنا، ولو وجبت عليه بنت لُبُونٍ وليست عنده جاز أن يخرج بنت مخاضٍ مع ما ذكرنا، وهذه صور النزول وجملة ذلك تفصيل قوله في الكتاب: «وجبران كل مرتبة في السن» إلى قوله: «أعطى»، وصفة شاة الجبران ما ذكرنا في الشاة المخرجة عما دون خمس وعشرين من الإبل، وفي اشتراط الأثوثة إذا كان المعطي هو المالك الوجهان المذكوران في تلك الشاة، والدراهم التي يخرجها هي البقرة.

قال في «النهاية»: وكذلك دراهم الشَّرعية حيث وردت، فإذا احتاج الإمام إلى إعطاء الجبران، ولم يكن في بيت المال دراهم باع شيئاً من مال المساكين، وصرفه إلى الجبران، وإلى من تكون الخيرة في تعيين الشاتين أو الدراهم نص في «المختصر» على أن الخيرة إلى المعطي، سواء كان هو الساعي أو المالك، وعن «الإملاء» قول آخر: أن الخيرة للساعي يأخذ الأغبط منها للمساكين، وللأصحاب فيه طريقان المذكوران في «النهاية».

إحدهما: أن المسألة على قولين:

أصحهما: أن الخيرة للمعطي لقوله ﷺ: «وأخرج مَعَهَا شَاتَيْنِ أَوْ عِشْرِينَ دِزْهَمًا»<sup>(١)</sup>. وهذا تخيير للمخرج فإذا كان الساعي هو المعطي راعى مصلحة المساكين.

والثاني: أن الخيار إلى الساعي كالخيار في المائتين بين الحِقاق وبنات اللبون على الظاهر.

والطريقة الثانية وبه قال الأكثرون: أن الخيرة إلى المعطي بلا خلاف، وما ذكره في الكتاب يجوز أن يكون جواباً على هذه الطريقة، ويجوز أن يكون جواباً على الصحيح مع تسليم الخلاف وهو الذي ذكره في «الوسيط»، وإذا فقد السن الواجبة وأمكن الصعود والنزول فإلى من الخيار فيهما؟ فيه وجهان:

أحدهما: إلى الساعي كما في تخييره بين الحِقاق وبين بنات اللبون في المائتين من الإبل.

وأصحهما: وهو المذكور في الكتاب إلى المالك، لأن الصعود والنزول شرعاً تخفيفاً عليه، فيفوض الأمر إلى خيرته، وموضع الوجهين ما إذا طلب المالك خلاف الأغبط للمساكين، فإذا كان الأغبط ما يطلبه فلا خلاف، وعلى الساعي مساعدته وهذا عند الصحة والسلامة. فأما إذا كان الواجب مريضاً أو معيباً لكون أبه مريضاً أو معيبة

فأراد الصعود وطلب الجبران، مثل أن يجب بنت مَخَاض معيبة فأزتقى إلى بنت لَبُون معيبة وطلب الجبران فيبنى ذلك على الوجهين، إن قلنا: الخيار إلى الساعي، فلو رأى الساعي الغبطة فيه جاز، وإن فَرَعْنَا على الصَّحِيح وهو تفويض الخيار إلى المالك فيستثنى هذه الحالة ولا يفوض الخيار إليه<sup>(١)</sup>، وعَلَّه جماعة منهم صاحب الكتاب بأن الجبران المأخوذ قد يزيد على المعيب المدفوع، ومقصود الزكاة إفادة المساكين لا الاستفادة منهم، وأحسن منه ما أشار إليه العراقيون فقالوا: لو صرف إليه الجبران إما أن يصرف إليه الجبران المشروع بين الصَّحِيحِينَ أو غيره.

**والأول:** ممتنع؛ لأن قدر التَّفَاوُت بين الصَّحِيحِينَ فوق قدر التَّفَاوُت بين المريضين كما يدفع إليه، لا على التَّفَاوُت كيف يدفع لأدناهما؟

**والثاني:** يمتنع؛ لأنه لا نظر إلى القيمة في الزُّكُوت عندنا، ولم يرد نص فنتبعه، ولو أراد أن ينزل من السَّن المريضة أو المعيبة إلى سن ناقصة دونها، ويبدل الجبران فهذا لا منع منه؛ لأنه تبرع بزيادة؛ لأن ما يعطيه من الجبران هو الجبران المشروع بين الصَّحِيحِينَ.

قال الغزالي: **وَلَوْ أَخْرَجَ بَدَلَ الْجَدْعَةِ ثَنِيَّةً لَمْ يَكُنْ لَهُ جُبْرَانٌ عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ لِأَنَّهُ جَاوَزَ أَسْنَانَ الزَّكَاةِ، وَلَوْ كَانَ عَلَيْهِ بِنْتُ لَبُونٍ فَلَمْ يَجِدُوا فِي مَالِهِ إِلَّا حِقَّةً وَجَدْعَةً فَرَقِيَ إِلَى الْجَدْعَةِ لَمْ يَجُزْ عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ لِأَنَّهُ كَثُرَ الْجُبْرَانُ مَعَ الْأَسْتِغْنَاءِ عَنْهُ، وَلَوْ أَخْرَجَ عَنْ جُبْرَانٍ وَاحِدٍ شَاةً وَعَشْرَةَ دَرَاهِمَ لَمْ يَجُزْ، وَلَوْ أَخْرَجَ عَنْ جُبْرَانَيْنِ شَاتَيْنِ وَعِشْرِينَ دِرْهَمًا جَازَ.**

قال الراجعي: في الفصل مسائل:

إحداها: لو وجب عليه جدعة فأخرج مكانها ثنية، ولم يطلب جبرانا جاز، وقد زاد خيراً ولو طلب الجبران فوجهان:

إحداهما: يجوز<sup>(٢)</sup> لزيادتها في السن كما في سائر المراتب، وإلى هذا يميل كلام العراقيين وهو ظاهر النص.

(١) تستثنى صورة أخرى نص عليها الشافعي في «الأم»، وهي ما لو كان الساعي على صدقة إبل فقط لا جبران فيها لكرمها أو عيب فيها، ولم يجد السن في المال، ووجد أسفل منه، والتي هي أعلى، وكان أداء أخذ الساعي الأسفل مع الجبران كان الجبران خيراً يعني منها. فما هنا لا يفوض الخيار إلى رب المال يعني أنه إن شاء سعد وأخذ الجبران، وإن شاء نزل وأعطى بل يخير بين أن يعطي الأعلى متطوعاً بلا جبران يأخذه، أو يعطي الأسفل مع الجبران، فتقرر في هذه الصورة أن المالك لا يخير بين الصعود وطلب الجبران، وبين النزول وأخذه.

(٢) رجح الراجعي في «الشرح الصغير» المنع فقال: إنه أظهر الوجهين. وفي «المحرر» أنه أحسن الوجهين، وصحح النووي في كتبه كلها بالجواز، ونقله في الروضة من =



وأظهرهما عند المصنّف وصاحب «التهديب»: المنع؛ لأن المؤدي ليس من أسنان الزكاة فأشبهه ما لو أخرج فصيّلاً لم يبلغ أسنان الزكاة مع الجبران لا يجوز.

الثانية: كما يجوز الصعود والنزول بدرجة واحدة يجوز بدرجتين مثل أن يعطي مكان اللبون جذعة عند فقدها وفقد الحقة ويأخذ جبرانين أو يعطي بدل الحقة بنت مخاض عند فقدها<sup>(١)</sup> مع جبرانين، وكذلك بثلاث درجات مثل أن يعطي مكان الجذعة عند فقدها، وفقد الحقة وبنت اللبون بنت مخاض مع ثلاث جبرانات أو يعطي مكان بنت المخاض عند فقدها وفقد بنت اللبون والحقة جذعة ويأخذ ثلاث جبرانات، وهل يجوز الصعود والنزول بدرجتين مع القدرة على الدرجة القربى كما إذا لزمته بنت لبون فلم يجدها في ماله ووجد حقة وجذعة فرقى إلى الجذعة؛ فيه وجهان:

أحدهما: يجوز كما لو لم يجد الحقة، فإنها ليست واجب ماله فوجودها وعدمها بمثابة واحدة، وهذا ما ذكره القاضي أبو كجج، ونسبه الإمام إلى القفال - رحمه الله - .

وأصحهما: عند الأكثرين المنع للاستغناء عن أخذ الجبرانين ببذل الحقة، وموضع الوجهين ما إذا رقى إلى الجذعة وطلب جبرانين أما لو رضي بجبران واحد فلا خلاف في الجواز، ويجري الخلاف في النزول من الحقة إلى بنت المخاض، مع وجود بنت اللبون، ولو لزمته بنت اللبون فلم يجدها في ماله ولا حقه وفي ماله جذعة وبنت مخاض، فهل يجوز أن يترك النزول إلى بنت المخاض ويرقى إلى الجذعة؟ فيه وجهان مرتبان وأولى بالجواز وبه أجاب الصيدلاني؛ لأن بنت المخاض وإن كانت أقرب إلا أنها ليست في الجهة المعدول إليها.

الثالثة: لو أخرج المالك عن جبرانين شاتين وعشرين درهماً جاز كما يجوز إطعام عشرة مساكين في كفارة يمين وكسوة عشرة في أخرى ولو أخرج عن جبران واحد شاة وعشرة دراهم لم يجز؛ لأن الجبر يقتضي التخيير بين شاتين وعشرين درهماً فلا تثبت خيرة ثالثة، كما أن في الكفارة الواحدة لا يجوز أن يطعم خمسة ويكسو خمسة، ولو كان المالك هو الآخذ ورضي بالتفريق جاز فإنه حقه وله إسقاطه أصلاً ورأساً.

= زياداته عن الجمهور. وكذلك في «زيادات المنهاج» كما يشعر به كلام الرافي حيث نقله عن العراقيين.

(١) نعم لو رقي من بنت اللبون إلى الجذعة أو ترك عن الجذعة إلى بنت اللبون مع وجود الحقة في صورتين، فلا يجوز ذلك في الأصح عند الأكثرين.

قالا: لو لزمته بنت لبون فلم يجدها من ماله ولا حقه، وفي ماله جذعة وبنت مخاض فهل يجوز أن ينزل بنت المخاض ويرقى إلى الجذعة؟ فيه وجهان مرتبان وأولى بالجواز، وبه أجاب الصيدلاني؛ لأن بنت المخاض، وإن كانت أقرب إلا أنها ليست في الجهة المعدول إليها. لا =

فرع: لو لزمته بنت لُبُون فلن يجدها في ماله، ووجد ابن لبون وحقة فأراد أن يعطي ابن اللبُون مع الجبران، هل يجوز؟ فيه وجهان نقلهما القَاضِي أَبُو كَج وغيره: وجه الجواز أَنَّ الشَّرْع نزل منزلة بنت المَخَاص حيث أقامه مقامها في خمس وعشرين. قال في «العدّة»: والأصح المنع. وأعلم: أن الجبران لا مدخل له في زكاة البقر والغنم؛ لأن السّنة لم ترد به إلا في الإبل، وليس هو بموضع القياس والله أعلم.

### «القول في صفة المخرج في الكمال والنقصان»

قال الغزالي: النَّظَرُ الحَامِسُ: فِي صِفَةِ المُخْرَجِ فِي الكَمَالِ وَالتَّقْصَانِ، وَالتَّقْصَانُ حَمْسَةٌ: (الأوّل) المَرَضُ فَإِنْ كَانَ كُلُّ المَالِ مَرِاضاً أَخَذَ (م) مِنْهُ مَرِيضَةً، فَإِنْ كَانَ فِيهَا صَحِيحٌ لَمْ يَأْخُذْ إِلَّا صَحِيحَةً تَقْرُبُ قِيَمَتُهَا مِنْ رُبْعِ عَشْرِ مَالِهِ إِذَا كَانَ مَالُهُ أَرْبَعِينَ شَاةً.

قال الرافعي: هذا النظر لا يختص بزكاة الإبل، ومقصوده الكلام في صفة المخرج في الكمال والتقصان، ومن الصفات ما يعد في هذا الباب نقصاناً وهو كمال في غيره كالذكورة: لأن الإناث في مظنة الدر والتسل فهي أرفق بالفقراء، ثم جعل أسباب النصفان خمسة:

أحدها: المرض، فإن كانت ماشيته كلها مراضاً لم يكلفه الساعي إخراج صحيحة. وعن مالك: أنه يكلف ذلك. لنا أن ماله رديء فلا يلزمه إخراج الجيد كما في الخبُوب ثم المأخوذ من المراض الوسط جمعاً بين الحقيين، ولو انقسمت الماشية إلى صحاح ومراض. فإما أن يكون الصحيح منها قدر الواجب فصاعداً، أو كان دونه فإن كان قدر الواجب فصاعداً لم يُجْزَ إخراج المريضة. لما روي أنه ﷺ قال: «لَا تُؤْخَذُ فِي الزَّكَاةِ هَرْمَةٌ، وَلَا ذَاتُ عَوَارٍ»<sup>(١)</sup>. فإن كانت المريضة ذات عوار فالنص مانع منها وإلا فهي مقيسة عليها، وقضية ذلك أن لا تؤخذ المريضة أصلاً. خالفنا [فيما]<sup>(٢)</sup> إذا كانت ماشيته كلها مراضاً، فيبقى الباقي على قضية الدليل، هذا إذا وجب حيوان واحد، فإن وجب اثنان ونصف ماشيته مراض كبنتي لُبُون في ستّ وسبعين وشاتين في مائتين من الشياه، فهل يجوز أن يخرج صحيحه ومريضه؟ فيه وجهان حكاهما في «التهذيب»:

أظهرهما: عنده: نعم.

وأقربهما: إلى كلام الأكثرين: لا، وإن كان الصحيح منها دون قدر الواجب،

= يؤخذ من ذلك ترجيح في المسألة كما صرح به الرافعي في مواضع. أعني أن الأولوية لا يؤخذ منها ترجيح، والأصح في المسألة الجواز كذا ذكره في «شرح المهذب».

(١) تقدم ضمن حديث كتاب الصدقة. (٢) في أ: في ذلك.

كما إذا وجب شاتان في مائتي شاة، وليس فيها إلا صحيحة فوجهان:

أحدهما: ويحكى عن الشيخ أبي محمد: أنه يجب عليه صحيحتان ولا يجزئه صحيحة ومريضة؛ لأن المخرجتين كما يزكيان ماله يزكي كل واحد منهما الأخرى، فيلزم أن تزكى المريضة الصحيحة وهو ممتنع.

وأصحهما ولم يذكر العراقيون والصَّيدلانيّ غيره: أنه يجزئه صحيحة ومريضه؛ لأن امتناع إخراج المراض يقدر بقدر وجود الصَّحاح، ألا ترى أن ماشيته لو كانت مراضاً بأسرها جاز له إخراج محض المراد؟ فالمطلوب أن لا يخرج مريضه ويستبقي صحيحة كي لا يكون مُتِمِّماً بخبيث ماله لينفق منه، وإذا أخرج صحيحة من المال المنقسم إلى الصَّحاح والمراض فلا يجب أن تكون من صحاح ماله ولا مما يساويها في القيمة، ولكن يؤخذ صحيحة لاثقة بماله.

مثاله: أربعون شاة نصفها صحاح وقيمة كل صحيحة ديناران، وقيمة كل مريضة دينار يخرج صحيحة بقيمة نصف صحيحة ونصف مريضة وذلك دينار ونصف، ولو كان الصَّحاح منها ثلاثين والقيمة ما ذكرناه أخرج صحيحة بقيمة ثلاثة أرباع صحيحة وربع مريضة وهو دينار ونصف وربع، ولو لم يكن فيها إلا صحيحة أخرج صحيحة بقيمة تسعة وثلاثين جزءاً من أربعين من مريضة وجزء من أربعين من صحيحة وذلك دينار وربع عشر دينار، وجميع ذلك ربع عشر المال على ما قال في الكتاب: تقرب قيمتها من ربع عشر ماله إذا كان ماله أربعين شاة، واعرف في هذا اللَّفْظ شيئين:

أحدهما: أن قوله: «تقرب قيمتها» يشعر بأن الأمر في ذلك على التقريب، وهذا لم أره في كلام غيره ولا ينبغي أن يسامح بالتقصان والبخس.

والثاني: الذي ذكرناه من طريق التَّقْسِيط هو ما أورده أكثر الأصحاب وهو يتضمن النظر إلى آحاد الماشية، ولا يستمر إلا فيما إذا استوت قيم الصَّحاح وقيم المراض وقد تكون مختلفة القيمة، ولفظ الكتاب يعني عن النَّظَر إلى الآحاد، ورأيت القاضي ابن كَجَّج رواه عن أبي إسحاق فمتى قُوم جملة النصاب وكانت الصحيحة المخرجة ربع عشر القيمة كفى ثم لا يخفى أن هذا في الشَّاة مع الأربعين، فإن ملك مائة وإحدى وعشرين شاة فينبغي أن يكون قيمة الشاتين قدر جزء من مائة وإحدى وعشرين من قيمة الجملة، وإن ملك خمساً وعشرين من الإبل فينبغي أن تكون الثَّاقَة المأخوذة بالقيمة جزءاً من خمسة وعشرين جزءاً من قيمة الكل، وقس على هذا سائر النَّصَب وواجباتها.

ومن الأمثلة في الباب: لو ملك ثلاثين من الإبل نصفها صحاح ونصفها مراض، وقيمة كل صحيحة أربعة دنانير وقيمة كل مريضة ديناران يجب عليه صحيحة بقيمة نصف صحيحة ونصف مريضة وهو ثلاثة دنانير، أورده صاحب «التَّهْذِيب» وغيره، ولك

أن تقول: هلاً كان هذا ملتفتاً إلى أن الزكاة هل تنبسط على الوقص أم لا؟  
فإن انبسطت فذاك وإلا قسط المأخوذ على الخمس والعشرين<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي: (الثاني) العَيْبُ فَإِنْ كَانَ الْكُلُّ مَعِيّاً أَخَذَ مَعِيَّةً، وَإِنْ كَانَ فِيهَا سَلِيمَةً  
طَلَبْنَا سَلِيمَةً تَقْرُبُ قِيَمَتَهَا مِنْ رُبْعِ عَشْرِ مَالِهِ، وَإِنْ كَانَ الْكُلُّ مَعِيّاً وَيَعْضُهُ أَرْدَاً أَخَذَ  
الْوَسْطَ مِمَّا عِنْدَهُ.

### «النقص الثاني»:

قال الرافعي: الكلام في العَيْبِ كالكلام في المرض، سواء تمحضت الماشية  
معيبة أو انقسمت إلى سَلِيمَةٍ ومعيبة. وأعلم قوله: «أخرج الوسط مما عنده» بالواو،  
وليس هذا الإعلام للخلاف الذي يوهمه نظم «الوسيط» ولكنه يصح لغيره. وأما أنه ليس  
لما يوهمه نظم «الوسيط» فلأنه لا خلاف في ذلك الوجه ولا عبرة بإيهامه.  
بيانه: أنه قال في «الوسيط»: قال الشافعي - رضي الله عنه - يخرج أجود ما عنده.

وقال الأصحاب: يأخذ الوسط بين الدرجتين وهو الأصح فأوهم أن في المسألة  
خلافاً، وأراد بما نقله عن الشافعي - رضي الله عنه - ما رواه المزني في «المختصر»  
حيث قال: «ويأخذ خير المعيب» لكن الأصحاب متفقون على أنه مأول، منهم من قال:  
أراد بـ«الخير» الوسط، ومنهم من قال غير ذلك، ولم يثبتوا خلافاً بحال. وأما أنه يصح  
لغير ذلك فلأن إمام الحرمين حكى وجهين فيما إذا ملك خمساً وعشرين من الإبل معيبة  
وفيهما بنتا مخاض إحداهما من أجود المال مع العيب، والأخرى دونها.  
أحدهما: أنه يأخذ التي هي أجود.

وأصحهما: أنه يأخذ الوسط، وذكر أن من قال بالأول شبه المسألة بأخذ الأغبط  
من الحقائق وبنات اللبون إذا اجتمع الصنفان في المالين ثم العيب المرعى في الباب  
ماذا؟ فيه وجهان:

أصحهما: ما ثبت الرّد به في البيع.

والثاني: هذا مع ما يمنع الإجزاء في الضحايًا.

قال الغزالي: (الثالث) الدُّكُورَةُ فَإِنْ كَانَ فِي مَالِهِ أَثْنَى أَوْ كَانَ الْكُلُّ إِنَاثًا لَمْ تُؤْخَذْ

(١) ضعف النووي في «شرح المهذب» هذا؛ لأن الواجب بنت مخاض موزعة بالقيمة نصفين، فلا  
اعتبار بالوقص.

إِلَّا الْأُنثَى لِرُؤُودِ النَّصِّ بِالْإِنَاثِ، فَإِنْ كَانَ الْكُلُّ ذُكُوراً لَمْ يُؤْخَذِ الذَّكَرُ أَيْضاً عَلَى أَحَدِ  
الْوَجْهَيْنِ لِظَاهِرِ اللَّفْظِ.

### «النقص الثالث»:

قال الرافعي: غرض الفصل يتضح بتفصيل أجناس النعم، أما الإبل فإن تمحضت  
إنثاءً أو انقسمت إلى إناث وذكور فلا يجوز فيها إخراج الذكر إلا في خمس وعشرين،  
فإنه يجزىء فيها ابن لبون عند عدم بنت المَخَاضِ<sup>(١)</sup> وإن كانت كلها إنثاءً، وذلك في  
المستثنى والمستثنى منه مأخوذ من النص على ما تقدم وإن تمحضت ذكوراً، فهل يجوز  
أخذ الذكر؟ فيه وجهان:

أحدهما: وبه قال ابن سلمة وأبو إسحاق: لا، ويروى هذا عن نص مالك؛ لأن  
النص ورد بالإنثاء من بنت المَخَاضِ وبنت اللبون وغيرها فلا عدول عنها، وعلى هذا  
فلا يؤخذ منها أنثى كانت تؤخذ لو تمحضت إبله إنثاءً بل تقوم ماشيته لو كانت إنثاءً  
وتقوم الأنثى المأخوذة منها ويعرف نسبتها من الجملة ثم تقوم ماشيته الذكور، ويؤخذ  
منها أنثى قيمتها ما تقتضيه النسبة، وكذلك الأنثى المأخوذة من الإناث، والذكور تكون  
دون الأنثى المأخوذة من محض الإناث، فطريق التقييط ما ذكرناه في الأمراض.

وأظهرهما: وبه قال ابن خيران، ويروى عن نصه في «الأم»: أنه يجوز أخذ  
الذكور منها كما يجوز أخذ المريضة من الأمراض، والمعنى فيه أن في تكليفه الشراء  
حرجاً وتشديداً وأمر الزكاة مبني على الرفق، ولهذا شرع الجبران، ومنهم من فصل  
فقال: إن أدى أخذ الذكور إلى التسوية بين نصابتين لم يؤخذ، وإلا فيؤخذ بيانه: يؤخذ  
أبن مَخَاضٍ من خمس وعشرين وحق من ست وأربعين وجذع من إحدى وستين، وكذا  
يؤخذ الذكر إذا زادت الإبل واختلفت الفرض بزيادة العدد، ولا يؤخذ ابن لبون من ست  
وثلاثين؛ لأن ابن اللبون مأخوذ من خمس وعشرين عند فقد بنت الخاض، فيلزم  
التسوية بينهما. ومن قال بالوجه الثاني قال: لا تسوية، لا في كيفية الأخذ ولا في  
المأخوذ. أما في كيفية الأخذ فلأن أخذ ابن اللبون من ست وثلاثين مشروط بعدم بنت  
اللبون لا بعدم بنت المخاض، وأخذه من خمس وعشرين مشروط بعدم بنت المَخَاضِ  
لا بعدم بنت اللبون. وأما في المأخوذ: فلأن عندي يؤخذ من ست وثلاثين ابن لبون

(١) قال في الخادم: هذا الاستثناء قاصر، بل الذكر يؤخذ من مواضع: أحدها ابن اللبون عند فقد  
بنت المخاض. ثانيها: الحق عند فقد ابن اللبون. ثالثها: إذا تمحضت الشاة ذكوراً. رابعها:  
الشاة المأخوذة عن دون خمس وعشرين. خامسها: في الجبران يجوز أخذ الذكر. سادسها:  
إذا كان الفرض تبيعا إلى آخر ما ذكره.

فوق ابن اللبون المأخوذ من خمس وعشرين، ويعرف ذلك بالتقويم والنسبة.

وأما البقر فالتبييع مأخوذ منها في مواضع وجوبه وجب واحد منه أو عدد للنص الذي رويناه، ولا فرق بين أن تتمحض إناثاً أو ذكوراً أو تنقسم إلى النوعين وحيث تجب المستة، فهل يؤخذ المسن عنها إن تمحضت إناثاً، أو انقسمت إلى ذكور وإناث؟ فلا، وإن تمحضت ذكوراً فوجهان كما في الإبل، وأما الغنم فإن تمحضت إناثاً أو كانت ذكوراً وإناثاً لم يَجْزُ فيها الذكر خلافاً لأبي حنيفة حيث قال: يؤخذ الذكر منها مكان الأنثى، وسلم في الإبل أنه لا يؤخذ إلا على طريق اعتبار القيمة على أصله في دفع القيم لنا قياس الغنم على الإبل، وأيضاً فقد روي أنه ﷺ قال: «وَلَا يُخْرَجُ فِي الصَّدَقَةِ هَرَمَةٌ، وَلَا ذَاتُ عَوَارٍ وَلَا تَيْسٌ»<sup>(١)</sup> وإن تمحضت ذكوراً فطريقان:

أحدهما: القطع بأنه يؤخذ الذكر منها.

والثاني: طرد الوجهين المذكورين في الإبل والأول هو ما أورده الأكثرون، وفرقوا بأن أخذ الذكر منها لا يؤدي إلى التسوية بين نصابين، فإن الفرض فيها يتغير بالعدد، وفي الإبل يؤدي إلى التسوية بين القليل والكثير؛ لأن الفرض فيها يتغير بالسِّن أولاً كما سبق. وعد بعد هذا إلى لفظ الكتاب، وأعلم قوله: «لم يؤخذ، إلا الأنثى» بالحاء، فإن عند أبي حنيفة - رحمه الله - يؤخذ الذكر على ما بيناه، ولفظ الكتاب وإن كان مطلقاً لكن لا بد من استثناء أخذ التبييع في مواضع وجوبه عنه، وكذلك أخذ ابن اللبون بدلاً عن بنت مَخَاض، وذكروا وجهين فيما إذا أخرج عن أربعين من البقر أو خمسين تبييعن.

أظهرهما عند الأكثرين: الجواز؛ لأن إخراجهما عن ستين جائز فعماً دونها أجوز، فعلى هذا تستثنى هذه الصورة أيضاً. وقوله: «لم يأخذ الذكر أيضاً» يجوز أن يعلم بالألف؛ لأن ظاهر كلام أحمد فيما رواه أصحابه أنه يجوز أخذه. وقوله: «على أحد الوجهين» بالواو؛ لأن اللفظ يشمل الغنم وغيرها، وفي الغنم طريقة أخرى قاطعة بالجواز [والله أعلم].

قال الغزالي: (الرابع) الصَّمْرُ فَإِنْ كَانَ فِي الْمَالِ كَبِيرَةٌ لَمْ تُؤْخَذِ الصَّغِيرَةُ، فَإِنْ كَانَ الْكُلُّ صِغَارًا كَالسَّخَالِ وَالْفِضْلَانِ أَخَذْنَا الصَّغِيرَةَ، وَقِيلَ: لَا تُؤْخَذُ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي فِي الْإِبِلِ إِلَى التَّسْوِيَةِ بَيْنَ الْقَلِيلِ وَالكَثِيرِ، وَقِيلَ: يُؤْخَذُ فِي غَيْرِ الْإِبِلِ وَفِي الْإِبِلِ فِيمَا جَاوَزَ إِحْدَى وَسِتِّينَ، وَلَا يُؤْخَذُ فِيمَا دُونَهُ كَيْلًا يُؤَدِّي إِلَى التَّسْوِيَةِ.

## «النقص الرابع»:

قال الرافعي: الماشية إما أن تكون كلها أو بعضها في سنّ الفرض أو لا يكون شيء منها في تلك السنّ، وحينئذٍ إما أن تكون في سنّ فوقها أو دونها، فهذه ثلاث أحوال:

**الحالة الأولى:** أن تكون كلها أو بعضها في سن الفرض، فيؤخذ لواجبها ما في سنّ الفرض ولا يؤخذ ما دونه ولا يكلف بما فوقه. أما الأول فللنصوص المقتضية لجوب الأسنان المقدّرة. وأما الثاني فلما فيه من الإجحاف والإضرار بالمالك.

وقد روي أن عمر - رضي الله عنه - قال لساعين سفيان بن عبد الله الثقفي - رحمه الله -: «اعتد عليهم بالسّخلة التي يروح بها الرّاعي على يده ولا تأخذها ولا تأخذ الأكوّلة والرّئي والمخاض ولا فحل الغنم، وخذ الجذعة والثنية، فذلك عدل بين غداء المال وخياره»<sup>(١)</sup>. الأكوّلة: هي المُسمنة للأكل في قول أبي عبيدة.

وقال شمر: أكوّلة غنم الرجل الخصي، والهَرَمَة: العاقر، والرّئي: هي الشاة الحديثة العهد بالتّناج، ويقال: هي في ربّائها كما يقال: المرأة في نَفاسِها، والجمع رُبَاب بالضم، والماخض: الحامل، وفحل الغنم: الذكر المعدّ للضّرَاب والغذاء السخال الصغار، جمع غذي وهذه التي فسّرناها لو تبرّع بها المالك أخذت إلا فحل الغنم، ففيه ما ذكرنا في أخذ الزكاة.

**الحالة الثانية:** أن تكون كلّها في سن فوق سن الفرض فلا يكلف بإخراج شيء منها بل يحصل السنّ الواجب ويخرجها، وله الصعود والنزول كما في الإبل كما سبق.

**والحالة الثالثة:** أن يكون الكلّ في سنّ دونه، وقد يستبعد تصوير الحالة ببادي الرأي، فيقال لا شك أن المراد من الصّغر هو الأنحطاط عن السنّ المجزئة، ومعلوم أن أحد شروط الزكاة الحَوْل وإذا حال الحَوْل فقد بلغت الماشية حدّ الإجزاء، والأصحاب صوروها فيما إذا حدثت من الماشية في أثناء الحَوْل فَضْلَان أو عَجُول أو سَخَال ثم ماتت الأمهات كلها وتم حولها وهي صغار بعد، وهذا مبني على ظاهر المذهب في أن الحَوْل لا ينقطع بموت الأمهات بل تجب الزكاة في التّناج إذا كان نَصَاباً عند تمام حَوْل الأصل، وبه قال مالك، وذهب أبو القاسم الأتْمَاطِيّ من أصحابنا إلى أن الأمهات مَهْمَا نقصت عن النّصاب انقطع حَوْل التّناج فَضْلاً من أن لا يبقى منها شيء، فعلى قوله: لا تتصور هذه الحالة الثالثة من هذا الطريق، وكذلك لا يتصور عند أبي حنيفة - رحمه الله -؛ لأنه شرط

(١) أخرجه مالك في الموطأ (١/١٩٩) وأبو داود منقطعاً (٢/٢٣٩ - ٢٤٠) والبيهقي متصلاً (٤/

بقاء شيء من الأمهات ولو واحدة، وإن لم يشترط بقاء النصاب .

وعند أحمد - رحمه الله - روايتان :

**أصحهما:** كمذهبننا والأخرى كمذهب أبي حنيفة - رحمه الله -، وسيأتي هذا الأول بشرحه في «شرط الحول» - إن شاء الله تعالى - ويمكن أن تصور هذه الحالة في صورة أخرى، وهي أن يملك نصاباً من صغار المعز ويمضي عليها حول فتجب فيها الزكاة، وإن لم تبلغ سن الإجزاء فإن الثنية من المعز على أظهر الأوجه التي سبقت هي التي لها ستان، وهذه الصورة لا تستمر على مذهب أبي حنيفة - رحمه الله - أيضاً؛ لأن عنده لا ينعقد الحول على الصغار من المواشي، وإنما يبتدىء الحول من وقت زوال الصغر. إذا عرف التصوير ففيما يؤخذ وجهان. وقال صاحب «التهذيب» وغيره: قولان:

**القديم:** أنه لا يؤخذ إلا كبيرة؛ لأن الأخبار الواردة في الباب تقتضي إيجاب الأستان المقدرة من غير فرق بين أن تكون الماشية صغراً أو كباراً، وعلى هذا تؤخذ كبيرة هي دون الكبيرة المأخوذة من الكبار في القيمة، كذا إذا انقسم ماله إلى صغار وكبار يأخذ الكبيرة بالقسط على ما سبق في نظائره فإن لم توجد كبيرة بما يقتضيه التقسيط يؤخذ منه القيمة للضرورة، ذكره المسعودي في «الإفصاح».

**والجديد:** أنه لا يشترط كونها كبيرة بل يجوز أخذ الصغيرة من الصغار كما يجوز أخذ المريضة من المراض، وعلى هذا فتؤخذ مطلقاً أم كيف الحال؟ قطع الجمهور بأخذ الصغيرة من الصغار من الغنم، وذكروا في البقر والإبل ثلاثة أوجه:

**أحدها:** وبه قال أبو العباس وأبو إسحاق: أنه لا يؤخذ منها الصغار؛ لأننا لو أخذنا لسوينا بين ثلاثين من البقر وأربعين في أخذ العجل وبين خمس وعشرين من الإبل، وإحدى وستين وما بينهما من التصابين في أخذ فصيل، ولا سبيل إلى التسوية بين القليل والكثير بخلاف ما في الغنم، فإن الاعتبار فيها بالعدد فلا يؤدي أخذ الصغار إلى التسوية، وعلى هذا فتؤخذ كبيرة بالقسط على ما سبق في نظائره، ولا يكلف كبيرة فتؤخذ من الكبار.

**والوجه الثاني:** أنه لا يؤخذ الفصيل من إحدى وستين فما دونها؛ لأن الواجب فيها واحد، واختلافه بالسّن فلو أخذنا فصيلاً لسوينا بين القليل والكثير، أما إذا جاوز ذلك فالاعتبار بالعدد فأشبهه الغنم وكذلك البقر.

**والثالث:** أنه يؤخذ الصغار منهما مطلقاً اعتباراً بجنس المال كما يؤخذ من الغنم، ولكن يجتهد الساعي ويحترز عن التسوية فيأخذ من ست وثلاثين فصيلاً فوق الفصيل



المأخوذ من خمس وعشرين ومن ست وأربعين فصيلاً فوق المأخوذ من ست وثلاثين، وعلى هذا القياس - والله أعلم - . ولنبين ما في الكتاب من هذه الاختلافات .

والأظهر منها: قوله: «أخذنا الصغيرة» وهو الوجه الأخير المجوز لأخذ الصغار من الغنم وغير الغنم وإيراده يشعر بترجيحه، وكذلك ذكر صاحب «التّهذيب» وآخرون أنه الأصح . وليكن قوله: «أخذنا» معلم بالميم والحاء . أما بالميم فلأن عنده لا تؤخذ إلا الكبيرة وأما بالحاء فلأن عنده لا تؤخذ الصغيرة ولا الكبيرة، ولا زكاة في الصغار كما سبق بيانه . وقوله: وقيل: لا يؤخذ، هو المحكي عن القديم الصائر إلى المنع مطلقاً، وأراد بقوله: «لأنه في الإبل يؤدي إلى التسوية» أنا لو أخذنا الصغيرة لأخذناها من الإبل أيضاً، كالمريضة والمعيبة حيث تؤخذ تؤخذ من غير الإبل من جميع النعم، ولو أخذنا من الإبل لزم التسوية بين القليل والكثير فامتنع الأخذ أصلاً ورأساً .

وقوله: «وقيل: يؤخذ في غير الإبل . . .» إلى آخره هو الوجه الثاني من الوجوه التي يبيّنها على الجديد، وزيفه الأئمة من وجهين:

أحدهما: أن التسوية التي تلزم في إحدى وستين فيما دونها تلزم في ست وسبعين وإحدى وتسعين أيضاً، فإن الواجب في ست وسبعين بنتاً لبون وفي إحدى وتسعين حقتان، فإذا أخذنا فصيلين من هذا ومن ذاك فقد سوينا بينهما لا فرق إلا أن المأخوذ قبل مجاوزة إحدى وستين واحد وبعد مجاوزتها اثنان، فإن وجب الاحتراز عن تلك التسوية فكذلك عن هذه .

والثاني: أن هذه التسوية تلزم في البقر بين الثلاثين والأربعين، وعبر قوم من الأصحاب عن هذا الوجه بعبارة أخرى تدفع هذين الالتزامين، وهي أن الصغيرة تؤخذ حيث لا يؤدي أخذها إلى التسوية بين القليل والكثير، ولا تؤخذ حيث يؤدي أخذها إلى التسوية، وهطذا ذكر المصنف في «الوسيط» والإمام في «النهاية» .

وقوله: «ولا يؤخذ فيما دونه» يجوز أن يعلم بالواو؛ لأن صاحب «التّهذيب» خص وجه المنع بالست والثلاثين والست والأربعين فما فوقهما، وجوز إخراج فصيل من خمس وعشرين إذ ليس في تجويزه وحدة تسوية وفي كلام، الصيدلاني مثل ذلك - [والله أعلم] - .

قال الغزالي: (الخامس) رَدَاءَةُ النَّوْعِ فَإِنْ كَانَ الْكُلُّ مَغْرَأً أَخَذَ الْمَغْرَءَ، وَإِنْ ائْتَلَفَ فَقَوْلَانِ: أَحَدُهُمَا أَنَّهُ يَنْظَرُ إِلَى الْأَغْلَبِ وَعِنْدَ التَّسَاوِيِ يُرَاعِي الْأَغْبَطَ لِلْمَسَاكِينِ، وَالثَّانِي: أَنَّهُ يُؤْخَذُ مِنْ كُلِّ جِنْسٍ بِقِسْطِهِ، هَذَا بَيَانُ النَّصَابِ وَلَا زَكَاةَ فِيمَا دُونَهُ إِلَّا إِذَا تَمَّ بِخَلْطِهِ نَصَاباً .

قال الرافعي: نوع الجنس الذي يملكه من الماشية إن اتحد أخذ الفرض منها، كما إذا كانت إبلة أَرْحَبِيَّة<sup>(١)</sup> كلها أخذ الفرض منها، وإن كانت مُهْرِيَّة<sup>(٢)</sup> أخذ الفرض منها وإن كانت غنمه ضأناً أخذ الضأن، وإن كانت مِعْزاً أخذ المعز، وذكر في «التهديب» في ذلك وجهين في أنه هل يجوز أن يؤخذ ثنية من المعز باعتبار القيمة عن أربعين ضأناً، أو جذعة من الضأن عن أربعين معزاً؟:

أحدهما: لا، كما لا يجوز البقر من الغنم.

وأصحهما: نعم، لاتفاق الجنس، كالمهريَّة مع الأرحبيَّة.

وحكى عن القاضي حسين: أنه يحتمل أن لا يؤخذ المعز من الضأن ويؤخذ الضأن من المعز؛ لأن المعز دون الضأن كما تؤخذ المهريَّة عن المجديَّة<sup>(٣)</sup>، وكلام إمام الحرمين - رحمه الله - يقرب من هذا التفصيل، فإنه قال: الضأن أشرف من المعز، فلو ملك أربعين من الضأن الوسط فأخرج ثنية من المعز الشريفة، وهي تساوي جذعة من الضأن الذي يملكه فهذا محتمل والظاهر إجزاؤها، وإن اختلف نوع الجنس الذي يملكه من الماشية كالمهريَّة والأرحبيَّة من الإبل والعَرَابِ والجَوَامِيسِ من البقر والضأن والمِعْزِ من الغنم فيضم البعض إلى البعض لاتحاد الجنس، وفي كيفية أخذ الزكاة منها قولان مشهوران:

أحدهما: أنها تؤخذ من الأغلب، لأن النظر إلى كل نوع مما يشق فيتبع الأقل والأكثر ولو استوى النوعان أو الأنواع في المقدار، فقد قال في «النهاية» تفرعاً على هذا القول: إنه عند الأئمة بمثابة ما لو اجتمع في المائتين من الإبل الحقائق وبنات اللبون، فظاهر المذهب أن الساعي يأخذ الأَغْبَطَ للمساكين، وهو المشهور، والمذكور في الكتاب، ومن قال: ثم الخيرة إلى المالك، فكذلك يقول هاهنا، فيجوز أن يرقم لهذا قوله: «وعند التساوي يراعي الأَغْبَطَ» بالواو.

والقول الثاني: وهو الأظهر: أنه يؤخذ من كل نوع بالقسط رعاية للجانبين، وليس معناه أن يُؤخَذَ شِقْصُ من هذا، وشِقْصُ من ذلك<sup>(٤)</sup> فإنه لا يجزىء بالاتفاق، ولكن

(١) الأرحبية نوع من الإبل بالحاء المهملة والباء الموحدة منسوبة إلى أرحب قبيلة من همدان.

(٢) المهريَّة بفتح الميم منسوبة إلى مهرة ابن حيدار.

(٣) والمجديَّة بضم الميم وجيم بعدها ياء بنقطين من تحت ودال مهملة وهي إبل دون المهريَّة، وهي نسبة إلى فحل من الإبل يقال له مجيد.

(٤) قال في المهمات: وما ذكرناه من الاتفاق على امتناع التشقيص في الزكاة غريب فقد حكى الخلاف جماعة كثيرة منهم الجرجاني في المعاينة فقال: لا يجوز إخراج نصفي شاتين عن شاة في الزكاة على أصح الوجهين ويجوز مثله في المهدي، والأضحى وكفارات الحج، وأما إخراج =

المراد النظر إلى الأَصْناف بأَعْتِبار القيمة على ما سنبينه في الأمثلة، وإذا اعتبرت القيمة والتقسيم فمن أي نوع كان المأخوذ جاز، هكذا قال الجمهور.

وقال ابن الصباغ: ينبغي أن يَكُونُ المأخوذ من أعلى الأنواع، كما لو انقسمت ماشيته إلى صحاح ومرض يأخذ بالحصّة من الصّحاح، ولك أن تقول: ورد النهي عن المريضة والمعيبة<sup>(١)</sup> فلذلك لا نأخذها ما قدرنا على صحيحة وما نحن فيه بخلافه.

في المسألة قول ثالث محكي عن «الأم»: وهو أنه إذا اختلفت الأنواع يؤخذ الفرض من الوسط كما في الثمار، ولا يجيء هذا القول فيما إذا لم يكن إلا نوعين، ولا فيما إذا كانت أنواعاً متساوية في الجودّة والرذاعة.

وحكى القاضي ابن كج وجهاً: وهو أنه يؤخذ من الأجود أخذاً من نصّه في اجتماع الحقائق وبنات اللبون<sup>(٢)</sup> ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب: «فقولان» بالواو؛ لأن القاضي أبا القاسم بن كج حكى عن أبي إسحاق أن موضع القولين ما إذا لم تحتل الإبل أخذ واجب كل نوع لو كان وحده منه، فإن احتمل أخذ كذلك بلا خلاف، مثل أن يملك مائتين من الإبل مائة مَهْرِيَّة، ومائة أَرْحَبِيَّة، فيؤخذ حَقَّتَانِ من هذه، وحَقَّتَانِ من هذه، والمشهور طرد الخلاف على ما يقتضيه لفظ الكتاب، ونوضح القولين بمثالين:

أحدهما: له خمس وعشرون من الإبل عشرة مَهْرِيَّة، أَرْحَبِيَّة أَرْحَبِيَّة، وخمسة

= نصفي رقتين في الكفارة فإن كان باقيهما حراً جاز أو رقيقاً جاز على أصح الوجهين، ومنهم الروياني فقال: في الظهار في البحر ولو أخرج نصفي شاتين بدل شاة هل يجوز فيه وجهان: أحدهما: لا يجوز وهو قول عامة الأصحاب. ومنهم الماوردي الظهار الحاوي فقال في أجزائه ثلاثة أوجه، والثالث: إن كان باقي الشاتين للفقراء أجزاء لا ارتفاع الضرر عنهم وإن كان لغيرهم لم يجز لدخول الضرر عليهم. وقال السبكي في تعليق القاضي ما يقتضي إثبات خلافه، وقيل مقتضى كلام الرافعي والمصنف أن المدة في إخراج الواجب بالتقسيم من أي نوع كان إلى المالك وأن القاضي قال: إلى الساعي، وادعى في التتمة أنه المذهب المشهور يوافق قول ابن الصباغ أنه ينبغي أن يكون المأخوذ من أعلى الأنواع كما إن انقسمت إلى صحاح ومرض، ورد عليه الرافعي بأن المراض ورد النهي عنها وحكى كثير أنه يؤخذ من الوسط كما في الثمار، ولا يأتي هذا في نوعين ولا في ثلاثة متساوية.

(١) تقدم.

(٢) هكذا نقله الرافعي وجهاً عن ابن كج، قال في «القوت»: والذي رأيته في كتاب ابن كج نقله قولاً منصوصاً، وليس بمنافاة زائدة على ما سبق كما يفهمه كلام الشيخين وهو من تفاريع القول الأول في الكتاب الناظر إلى الأول الأغلب إذا غلب أحد النوعين، فإن استويا كان كاجتماع الحقائق وبنات اللبون. فهذا الوجه هو القول الأول لا محالة، ففي ذكره ثانياً تكرار في إبهام.

مَجِيدِيَّة، فعلى القول الأول تؤخذ بنت مَخَاضٍ أَرْحَبِيَّةٍ أو مهريَّة بقيمة نصف أَرْحَبِيَّةٍ ومهريَّة؛ لأن هذين النوعين أغلب، ولا نظر إلى المَجِيدِيَّة.

وعلى الثاني يؤخذ بنت مَخَاضٍ من أي الأنواع أعطى بقيمة خمس مهريَّة، وخمس أَرْحَبِيَّة، وخمس مَجِيدِيَّة<sup>(١)</sup> فإذا كانت قيمة بنت مخاض مهريَّة عشرة وقيمة بنت مخاض أَرْحَبِيَّة خمسة وقيمة بنت مخاض مَجِيدِيَّة ديناران ونصف فيأخذ بنت مخاض من أحد أنواعها قيمتها ستة ونصف وهي خمساً عشرة وخمساً خمسة وخمس ديناران ونصف، وصور بعضهم قيمة المَجِيدِيَّة أكثر، وذلك فرض في إبل الشخص على الخصوص، وإلا فالمَجِيدِيَّة أردأ الأنواع الثلاثة، وغرض التمثيل لا يختلف.

والثاني: له ثلاثون من المعز، وعشر من الضأن، فعلى القول الأول يؤخذ ثنية من المعز. قال في «النهاية»: ويكتفي بماعزة كما يأخذها، لو كانت غنمة كلها معزاً، وعلى عكسه لو كانت ثلاثون منها ضأناً أخذنا جذعة من الضأن كما نأخذها لو تمخضت غنمة ضأناً، وعلى القول الثاني يخرج ضائنة، أو ماعزة بقيمة ثلاثة أرباع ماعزة وربع ضائنة الصورة الأولى وبقيمة ثلاثة أرباع ضائنة وربع ماعزة في الصورة الثانية، ولا يجيء قول اعتبار الوسط هاهنا وعلى الوجه الذي رواه ابن كج يؤخذ من الأشرف فلا يخفى قياسها في المثال الأول.

(١) قال في المهمات: وهو غير مستقيم فإنه قد تقدم عند حكاية القولين، أما إذا فرعنا على القول الأول، وهو اعتبار الغالب فاستويا، فإننا نوجب الأغبط على المشهور، وقياس ذلك أنا ننظر إلى الأغبط منهما فنأخذها لا إلى ما ذكرنا من إعطاء ما شاء باعتبار التوزيع على قيمتها، ولما ذكر السبكي كلامهما قال: والنظر فيه بحال، وللبحر مثله فيما إذا كان النصاب أثلاثاً بالسوية، وحينئذ فيكون ذلك رجوعاً إلى القول بالتقسيم في هذه الصورة. فائدة: قال في «شرح المهذب»: لو اختلف صفة الماشية مع أنها نوع واحد ولا عيب فيها ولا صغير، ولا غيرها من أسباب النقص السابقة فوجهان في البيان: أحدهما وهو قول عامة أصحابنا يختار الساعي خيرهما، وقال ابن إسحاق: من وسطها. ونقله القاضي أبو الطيب عن أكثر الأصحاب كما يختار أربع حقائق أو خمس بنات لبون في مائتين من الإبل.

وقال ابن كج: قال في «الأم»: وللساعي أن يختار السن التي وجبت له في خير الغنم إذا كانت الغنم واحدة، واختلف أصحابنا فمنهم من قال: صورتها أن كلها - جذاع أو بناتاً - في الماعز يجزي في الزكاة؛ فيختار جبرها كلها؛ لأنه وكيل المساكين، فيختار جبر ذلك كله. ومنهم من قال: أراد جبراً في الأدون وهو الأوسط لثلاث يأخذ الكرائم، واعلم أننا ذكرناه ليقضي أنه لا يكفي انتفاء أنواع النقص بخلاف ما اقتضاه كلام «الروضة» و«المنهاج» وأصلهما في الاكتفاء بانتفائها، وهي رداء النوع والمرض والعيب والذكورة والصغر، بل تجب مراعاة صفة المال، فإن كان كله سمناً لا يجوز أدون منه وإن صح.

## بَابُ صَدَقَةِ الْخُلَطَاءِ

### وَفِيهِ خَمْسَةُ فُصُولٍ

قال الغزالي: **الأول**، في حكم الخلطة وشرطها وحكم الخلطة تنزيل المالكين منزلة مالٍ واحدٍ، فلو خلط أربعين بأربعين لغيره ففي الكل شاة واحدة (ح)، ولو خلط عشرين بعشرين لغيره ففي كل واحد نصف (م ح) شاة.

قال الرافعي: **النظر** في المواضع الخمسة كان معترضاً في شرط النصاب، فلما فرغ منها عاد إلى القول في النصاب، ولما كانت الزكاة قد تجب على من لا يملك نصاباً بسبب الخلطة وجب استثناءؤها عن اشتراط النصاب، فاستثنى ووصل به باب صدقة الخلطاء وهو من أصول أبواب الزكاة، وأدرج مقصوده في خمسة فصول:

**أولها:** في حكم الخلطة وشرطها.

**أعلم:** أن الخلطة نوعان: خلطة اشتراك وخلطة جوار<sup>(١)</sup>، وقد يعبر عن الأولى بخلطة الأعيان، والثاني بخلطة الأوصاف، والمراد من النوع الأول أن لا يتميز نصيب أحد الرجلين أو الرجال عن نصيب غيره كماشية ورثها أثنان أو قوم أو ابتاعوها معاً، فهي شائعة بينهم. ومن النوع الثاني: أن يكون مال كل واحد معيناً متميزاً عن مال غيره، ولكن تجاوزاً تجاوز المال الواحد على ما سنصفه، ولكلتا الخلطتين أثر في الزكاة، ويجعلان مال الشخصين أو الأشخاص منزلة مال الشخص الواحد في الزكاة، ثم قد تكثر<sup>(٢)</sup> الزكاة كما لو كان جملة المال أربعين من الغنم يجب فيها شاة ولو انفردا كل واحد بنصيبه لم يجب شيء وقد نقل كما لو كان بينهما ثمانون مختلطة يجب فيها شاة ولو انفرد كل واحد بأربعين لوجب على هذا شاة وعلى هذا شاة. وحكى الحنطي وجهاً غريباً أن خلطة الجوار لا أثر لها، وإنما تؤثر خلطة الشيوع.

وعند أبي حنيفة - رحمه الله - لا حكم للخلطة أصلاً، وكل واحد يزكي زكاة الانفراد إذا بلغ نصيبه نصاباً، وعند مالك لا حكم للخلطة إلا إذا كان نصيب كل واحد منهما نصاباً، فلذلك أعلم قوله في الكتاب: «إلا إذا تم بخلطة نصاباً» بالحاء والميم،

(١) لقوله ﷺ في خبر أنس كما رواه البخاري: «لَا يُجْمَعُ بَيْنَ مُتَفَرِّقٍ، وَلَا يُفَرَّقُ بَيْنَ مُجْتَمِعٍ خَشِيَّةَ الصَّدَقَةِ» والخبر ظاهر في خلطة الجوار.

(٢) وصورة تكثيرها، خلط مائة وشاة بمثلها، وجب على كل واحدة شاة ونصف، ولو انفرد، لزمه شاة فقط، أو خلط خمساً وخسين بقرة مثلها، لزم كل واحد مسته ونصف تبع، ولو انفرد كفاه مسته. ينظر الروضة (٢٧/٢).

وكذلك قوله: «ففي كل واحد نصف شاة»، وقوله: «ففي الكل شاة واحدة» بالحاء وحده، ومذهب أحمد - رحمه الله - كمذهبنا والدليل عليه ما روي في حديث أنس وابن عمر - رضي الله عنهم - أن النبي ﷺ قال: «وَلَا يُجْمَعُ بَيْنَ مُتَفَرِّقٍ، وَلَا يُفْرَقُ بَيْنَ مُجْتَمِعٍ خَشِيَّةَ الصَّدَقَةِ، وَمَا كَانَ مِنْ خَلِيطَيْنِ فَإِنَّهُمَا يَتَرَا جَعَانِ بَيْنَهُمَا بِالسُّوِيَّةِ»<sup>(١)</sup>.

قال العلماء: هذا نهى للساعي والملاك عن الجمع والتفريق اللذين يقصد بهما الساعي تكثير الصدقة والملاك تقليلها، فجمع الساعي أن يكون لزيد عشرون من الغنم، ولعمرو عشرون وهي متفرقة متميزة، فأراد الساعي الجمع بينهما ليأخذ منها شاة، وتفريقه أن يكون بينهما ثمانون مختلطة، فأراد أن يفرق ليأخذ شاتين.

(وأما) جمع الملاك مثل أن يكون لزيد أربعون من الغنم، ولعمرو أربعون متفرقة فأراد الجمع لثلاثا يأخذ الساعي منها إلاً واحدة، وتفريقهم مثل أن يكون لهما أربعون مُختلطة فأراد التفريق لثلاثا يأخذ منهما شيئاً، ولولا أن الخلطة مؤثرة لما كان لهذا الجمع والتفريق معنى.

قال الغزالي: وَشَرَطُ الْخُلْطَةِ اتِّحَادُ الْمَسْرَحِ وَالْمَرْعَى وَالْمَرَاكِحِ وَالْمَشْرَعِ وَكَوْنِ الْخَلِيطِ أَهْلًا لِلزَّكَاةِ لَا كَالذَّمِيِّ، وَالْمَكَاتِبِ، وَفِي أَشْتِرَاكِ الرَّاعِي وَالْفَخْلِ وَالْمَخْلَبِ وَوُجُودِ الْاِخْتِلَاطِ فِي أَوَّلِ السَّنَةِ وَجَرَيَانِ الْاِخْتِلَاطِ بِالْقَصْدِ وَأَتْفَاقِ أَوَائِلِ الْأَخْوَالِ خِلَافً.

قال الرافعي: نوعاً الخلطة يشتركان في اعتبار شروط وتختص خلطة المجاورة بشروط زائدة، فمن الشروط المشتركة: أن يكون المجموع نصاباً، وفي لفظ الكتاب ما يدل على اعتباره حيث قال: إلا إذا تم بخلطه نصاباً فلو ملك زيد عشرون شاة، وعمرو مثلها، فخلطتا تسع عشرة بتسع عشرة وتركتا شاتين منفردتين فلا أثر لخلطتهما ولا زكاة أصلاً. ومنها: أن يكون المختلطان من أهل وجوب الزكاة فلو كان أحدهما ذمياً أو مكاتباً فلا أثر للخلطة بل إن كان نصيب الحر المسلم نصاباً زكى زكاة الانفراد، وإلا فلا شيء عليه وذلك من ليس أهلاً لوجوب الزكاة عليه لا يجوز أن يصير ماله سبباً لتغير زكاة المسلم. ومنها: دوام الخلطة في جميع السنة على ما سيأتي شرحه. وأما الشروط التي تختص خلطة الجوار باعتبارها.

فمنها: اتِّحَادُ الْمَرْعَى وَالْمَسْرَحِ وَالْمَرَاكِحِ وَالْمَشْرَعِ<sup>(٢)</sup>، وهذا لفظ الكتاب والمراد

(١) تقدم.

(٢) قال في الخادم: أهمل من الشروط اتحاد الجنس، فلو ملك أربعين شاة وثلاثين بقرة مشاعاً، أو كل جنس لواحد بلا خلط، ففي الأولى تجب شاة وتبيع كالمفرد في الثانية. يلزم صاحب البقر تبيع وصاحب الغنم شاة، ولو ملك ذا عشرين شاة وذا عشرين بقرة، وخلطتا بشروط =

من اتّحاد المَشْرَع: أن تسقى غنمهما من ماء واحد من نَهْرٍ أو عَيْنٍ أو بئرٍ أو حوضٍ أو مياهٍ متعددة، ولا تختصّ غنم أحدهما بالسّقي من موضع، وغنم الآخر بالسّقي من غيره. والمراد بالمَرَّاح: ماؤها ليلاً فلو كان يختصّ غنم أحدهما بمَرَّاح وغنم الآخر بمَرَّاح آخر، لم تثبت الخُلْطَة، وإن كانا يخلطانها نهاراً.

وأما المَرْعَى والمَسْرَح فلفظ الكتاب يقتضي تَغَايُزُهُمَا، وكلام كثير من الأئمة يوافقهم، ومنهم من يقتصر على ذكر المَسْرَح ويفسره بالمَرْعَى، ولفظ «المختصر» قريب منه وليس في الحقيقة اختلاف، لكن الماشية إذا سَرَّحَتْ عن أماكنها، تجيء قطعة قطعة وتقف في موضع، فإذا اجتمعت امتدت إلى المرعى، وكان بعضهم أطلق اسم المسرح على ذلك الموضع وعلى المرتع نفسه؛ لأن الإبل مسرحة إليها ومنهم من خصّ اسم المسرح بذلك الموضع وإنما شرط اتّحاد المالكين في هذه الأمور ليجتمع آجتماع ملك المالك الواحد على الأعتياد. وقد روى عن سعد بن أبي وقاص - رضي الله عنه - أنه سمع النبي يقول: «لَا يُجْمَعُ بَيْنَ مُتَفَرِّقٍ وَلَا يُفَرَّقُ بَيْنَ مُجْتَمِعٍ خَشِيَةَ الصَّدَقَةِ»<sup>(١)</sup>، وَالْخَلِيطَانِ مَا إِذَا اجْتَمَعَا فِي الْحَوْضِ وَالْفَحْلِ وَالرَّاعِي.

فنص على اعتبار الاجتماع في الحوض والرعي من الأمور الأربعة، وقيس عليهما الباقي، ومنها اشتراك المالكين في الراعي، حكى المصنف وشيخه وجهين:

أظهرهما: أنه يشترط كالأشتراك في المراح والمسرح، وأيضاً فقد روي في بعض الرّوايات عن سعد بدل الرّعي الراعي<sup>(٢)</sup> <sup>(٣)</sup>.

والثاني: أنه ليس بشرط؛ لأن الافتراق فيه لا يرجع إلى نفس المال، فلا يضر بعد الاجتماع في المراح وسائر ما ذكرنا، ولا شك في أنه لا بأس بتعدد الرّعاة، والخلاف في أنه، هل يشترط أن لا تختصّ غنم أحدهما براع أم لا؟ ويجوز أن يعلم قوله في

= الجواز، فلا زكاة وهذا مأخوذ من قولهم في الشرط الثاني: أن يبلغ المجموع نصاباً، فإن النصاب إنما يعتبر في الجنس الواحد.

(١) تقدم.

(٢) أخرجه الدارقطني (٢/١٠٤)، والبيهقي (٤/١٠٦) وفي إسناده ابن لهيعة وقال ابن أبي حاتم: سألت أبي عن هذا الحديث فقال: حديث باطل عندي، ولا أعلم أحداً رواه غير ابن لهيعة قال: ويروى هذا من كلام سعيد - رضي الله عنه - . انظر العلل ١/٢١٩.

(٣) ليس فيه ترجيح واحدة من الطريقتين وربما يؤخذ منه رجحان طريقة الوجهين، ولهذا اقتصر في «الروضة» عليهما، وجزم بهذه الطريقة في «المحرر» وصححهما في «الشرح الصغير»، وفي «شرح المهذب» أن الأكثرين على القطع باشتراطه ولم يخالفهم، وجزم في «المنهاج» بطريقة الوجهين وادعى المتولي الاتفاق على الاشتراط.

الكتاب: «في اشتراك الراعي» بالواو؛ لأن كثيراً من الأصحاب نفوا الخلاف في اشتراطه. ومنها: الاشتراك في الفحل فيه وجهان كما في الراعي.

أحدهما: أنه لا يعتبر ولا يُقدح في الخلطة اختصاص كل واحد منهما بإنزاء فحل على ماشيته، وهذا أصح عند المسعودي، لكن يشترط كون الإنزاء على موضع واحد على ما سنذكره في الخلاف.

وأظهرهما: ولم يذكر الجمهور سواه<sup>(١)</sup> أنه يعتبر لما ذكرنا في خبر سعد، وعلى هذا فالمراد أن تكون الفحولة مرسلة بين ماشيتهما، ولا يخص واحد منهما ماشيته بفحل سواء كانت الفحولة مشتركة بينهما أو مملوكة لأحدهما أو مُستعار. وحكى الشيخ أبو محمد وغيره وجهاً آخر، أنه يجب أن تكون مُشتركة بينهما، وضعفه<sup>(٢)</sup>. ولك أن تعلم لفظ «الفحل» بالواو لمثل ما ذكرنا في الراعي. ومنها: حكى في الكتاب في الاشتراك في المخلب خلافاً وشرحه أن المُزني روى في «المختصر» في شرائط الخلطة أنه يعتبر أن يُخلباً معاً، وحكى مثله عن حزملة ورواية الرُعفاني وليس له ذكر في «الأم» فاختلّفوا منهم من أثبت قولين:

أحدهما: اعتباره كما في السقي والرعي.

والثاني: المنع فإنه اذتفاق وانتفاع فلا يعتبر الاجتماع فيه كما في الرُكوب، ومنهم من قطع بنفي الاعتبار حكى الطريقتين القاضي ابن كج، والظاهر الذي أورده الأكثرون وفرّعوا عليه إنما هو الاعتبار ثم هاهنا أشياء موضع يحلب فيه، وإناء يتقاطر فيه اللبن وهو المخلب وشخص يحلب ففي ماذا يعتبر الاشتراك أما الموضع فلا بدلاً من الاشتراك فيه كالمراح والمزعى فلو حلب هذا ماشيته في أهله وذاك ماشيته في أهله، ثبت حكم الخلطة<sup>(٣)</sup>، وأما الحالب ففيه وجهان:

(١) ومحل ذلك إذا كانت الماشية من نوع، فإن اختلفت كالضأن والمعز لم يشترط ذلك، لأن محمل كل منهما لا ينزو على غنم الآخر، جزم به في «شرح المذهب» وزاد فقال: لا خلاف فيه للضرورة كما لو خلط ذكوراً بإنات، وكلام ابن الرفع يوهم جريان خلاف فيه وليس كذلك.

(٢) قال في المهمات: عبارة الإمام أن بعضهم يشترط الاشتراك في الراعي على معنى أنه لا يختص راع برعاية غنم أحد الخليطين، وقال: إن كان مملوكاً فليكن مشتركاً، وإن لم يكن مملوكاً يجب أن يكون مشتركاً في استعارته، وإن تعدد الفحل فالمطلوب الاشتراط كما ذكرناه في الراعي. فعبر بعضهم بالمشترك ولم يوضحه كما أوضحه الإمام، فقلده فيه الرافي، والإمام فرق بين المملوك والمستعار والموقوف مع اشتراكهما في المعنى.

(٣) قد خالف ذلك النووي في تهذيب الأسماء واللغات (٦٨/٣) مخالفة عجيبة، فإنه جزم بعدم الوجوب وزاد، فادعى نفي الخلاف فقال في باب اتحاد موضع الحلب المذكور من أركان الخلطة =



أحدهما: أنه يعتبر الاشتراك فيه أيضاً على معنى، أنه لا يجوز أن ينفرد أحدهما بحالب يمنع عن حلب ماشيته لآخر، وهذا ما ذكره الصيّدلاني.

وأظهرهما: وبه قال أبو إسحاق: لا يعتبر ذلك كما في الجاز وفي الاشتراك في المخلب وجهان أيضاً:

أظهرهما: لا يعتبر الاشتراك فيه كما لا يعتبر الاشتراك في آلات الجزّ فإن كل واحد منهما نوع أنتفاع.

والثاني: يعتبر وبه قال أبو إسحاق هاهنا، ومعناه أنه لا يجوز أن ينفرد أحدهما بمخلب أو محالب ممنوعة عن الثاني، وعلى هذا فهل يشترط خلط اللبن أو يجوز أن يحلب أحدهما في الإناء، ويفرغه ثم يحلب الآخر؟ فيه وجهان:

أظهرهما: أنه لا يشترط ذلك، فإن لبن أحدهما قد يكون أكثر، فإذا اختلطت امتنعت القسمة.

والثاني: يشترط ثم يتسامحون في القسمة كما يخلط المسافرون أزوادهم ثم يأكلون، وفيهم الزهيد والرغيب. ومنها: نية الخلطة، وفي اشتراطها وجهان:

أحدهما: أنها تشترط، لأنها تغير أمر الزكاة، إما بالتكثير أو بالتقليل، ولا ينبغي أن يكثر من غير قصده ورضاه ولا أن يقل إذا لم يقصد محافظة على حق الفقراء.

وأظهرهما: أنها لا تشترط فإن الخلطة إنما تؤثر من جهة خفة المؤنة باتّحاد المرافق، وذلك لا يختلف بالقصد وعدمه، وهذان الوجهان كوجهين يأتيان في قصد الاسامة والعلف، ويجريان غالباً فيما لو افتردت الماشية في شيء مما يعتبر الاجتماع فيه بنفسها أو فرقها الراعي ولم يشعر المالك إلا بعد طول الزمان؟ هل تنقطع الخلطة أم لا؟ ولو فرقها أو أحدهما قصداً في شيء من ذلك انقطع حكم المخالطة وإن كان يسيراً والتفرق اليسير من غير قصد لا يؤثر، لكن لو أطلعاً عليه فأقراها على تفرقهما ارتفعت الخلطة؟ ومهما ارتفعت الخلطة فعلى من كان نصيبه نصاباً زكاة الانفراد إذا تمّ الحول من يوم الملك لا من يوم ارتفاعه.

وأما قوله: «وجود الاختلاط في أول السنة»، وقوله: «واتفاق أوائل الأحوال»

= هو بفتح الميم وهو موضع الحلب، وهذا لا يشترط الاتحاد فيه في ثبوت الخلطة بلا خلاف. وأما المحلب بكسر الميم وهو الإناء الذي يحلب فيه، وفي اشتراط الاتحاد فيه وجهان: أحدهما عدم الاشتراط، وعبر في «تحرير التنبيه» وتصحيحه بقوله: الأصح عدم اشتراطه.

قال في الكفاية: وظاهر كلام النووي يفهم خلافاً فيه حيث عبر بالأصح. قال في المهمات: وهذا الوجه الذي حاول ابن الرفعة إثباته ولم يقف على التصريح به قد صرح به الروياني في البحر.

فهما المسألتان اللتان يشتمل عليهما الفصل الثالث ونشرهما إذا انتهينا إليه، والخلاف الذي أبهم ذكره في جميع الصُّورِ وَجْهَانِ، إلا في وجود الاختِلاط في أول السُّنة فهو في هذه المسألة قولان ستعرفهما؟ ولك أن تعلم قوله: «وشرط الخلطة اتحاد المَزْعَى والمَسْرَحِ...» إلى آخره بالميم؛ لأن ابن الصَّبَّاحِ حكى عن أصحاب مالك اختلافاً في الأمور التي شرطناها في الخلطة، فمنهم من شرط اجتماع المالكين في أمرين منها، ومنهم من اعتبر الرِّعي والرَّاعي، ومنهم من اعتبر الرِّعي وأمرأ آخر أيما كان.

قال الغزالي: **وَفِي تَأْيِيرِ الْخُلْطَةِ فِي الثَّمَارِ وَالرِّزْعِ ثَلَاثَةٌ أَقْوَالٍ، فَعَلَى الثَّلَاثِ يُؤَثَّرُ خُلْطَةُ الشُّبُوعِ دُونَ الْجَوَارِ، وَلَا تُؤَثَّرُ خُلْطَةُ الْجَوَارِ فِي مَالِ التِّجَارَةِ، وَفِي الشُّبُوعِ قَوْلَانِ.**

قال الرافعي: لا خلاف عندنا في تأثير الخُلْطَةِ في المَوَاشِي، وهل تؤثر في غير المواشي من الثمار والزروع والنقدين وأموال التجارة؟ أما خلطة المشاركة ففيها قولان:

القديم: وبه قال مالك وكذلك أحمد في أصح الروايتين أنها لا تثبت بخلاف المَوَاشِي، فإن فيها أوقاصاً فالخُلْطَةُ تنفع المالك تارة والمسكين أخرى، ولا وَقْصَ في المِعْشَرَاتِ، فلو أثبتنا الخلطة فيها لتمخضت ضرراً في حق المالكين، لأنها تضر فيما إذا كان ملك كل واحد منهما دون النصاب، ولا يثبت نفع بإزائه وأحتج له أيضاً بظاهر قوله **«وَالْخَلِيطَانِ مَا اجْتَمَعَا فِي الْحَوْضِ وَالْفَحْلِ وَالرَّعِيِّ»**<sup>(١)</sup>. فإنه يقتضي حصر الخَلِيطَيْنِ في المجتمعين في هذه الأمور، وذلك لا يفرض إلا في المواشي.

والجديد: أنها تثبت؛ لأنهما كما يَرْتَفِقَانِ بالخلطة في المَوَاشِي لِحَقَّةِ الْمُؤْنَةِ باتحاد المرافق كذلك يرتفقان في غيرهما باتحاد الجرين والنَّاطُورِ والدَّكَانِ، والحَارِسِ والمتعهد وكراء البيت وغيرها.

واحتج له بإطلاق قوله **«لَا يُجْمَعُ بَيْنَ مُتَفَرِّقٍ وَلَا يَفْرَقُ بَيْنَ مُجْتَمِعٍ خَشِيَّةَ الصَّدَقَةِ»**<sup>(٢)</sup>. وأما خلطة المُجَاوِرَةِ: فإن لم تثبت خلطة المُشَارِكَةِ، فهذه أولى وإن أثبتنا تلك ففي هذه قولان ومنهم من يقول: وجهان، وذلك بأن يكون لكل واحد صف نخيل أو زرع في حائط واحد أو كيس دراهم في صندوق واحد أو أمتعة تجارة في خزانة واحدة.

أصحهما: عند العراقيين وصاحب «التهذيب» والأكثرين: أنها تثبت أيضاً كما في المَوَاشِي، وهذا الحصول حصول ارتفاق باتحاد النَّاطُورِ والعَامِلِ والنَّهْرِ الذي منه تسقى وبتحاد الحارث ومكان الحفظ وغيرها.

والثاني: أنها لا تثبت؛ لأن كل نَخْلَة متميزة بمكانها الذي تشرب منه، فأشبهه أَفْتِرَاقَ المَاشِيَةِ في المَشْرَب، ونسب القاضي أَبْنُ كَجُّ هذا إلى اختيار أبي إسحاق، والأول إلى اختيار ابن أبي هريرة، ولا فرق في جميع ما ذكرنا بين الثمار والزروع وبين الثَّقْدِينَ وأموال التَّجَارَةِ على المَشْهُور وعن القَفَّال طريقة أخرى، وهي أن الخِلافَ في الثَّمَار والزُّرُوع في الخلطتين جميعاً وفي الثَّقْدِينَ وأموال التجارة في خلطة المشاركة وحدها، وفي خلطة الجوار نقطع بأنها لا تثبت فيها، وهذه الطريقة هي التي أوردتها الشيخان الصَّيْدَلَانِي وأبو محمد، وذكرها صاحب الكتاب فقال: «ولا تؤثر خلطة الجوار في مال التجارة وفي الشيوخ قولان» فأعلم قوله: «ولا تؤثر» بالواو، وقوله: «تؤثر خلطة الشيوخ» بالميم والألف لما قدمناه، وأعرف أنا حيث أثبتنا الخلاف وتركنا الترتيب حصلت ثلاثة أقوال كما ذكر في الكتاب:

أحدها: تأثير الخلطتين.

والثاني: المنع.

والثالث: تأثير خلطة الشيوخ دون الأخرى، وفرعوا على الصحيح وهو تأثير الخلطتين فروعاً. منها: نخيل موقوفة على جماعة معينين في حائط واحد أثمرت خمسة أوسق لزمهم الزكاة، وساعدنا مالك في هذه الصورة ويمثله لو وقف أربعين شاة على جماعة معينين، هل تجب عليهم الزكاة؟ يبنى ذلك على أن المِلْك في الوَقْف، هل ينتقل إليهم؟ إن قلنا: لا، فلا زكاة عليهم، وإن قلنا: نعم، فوجهان:

أصحهما: لا زكاة لنقصان ملكهم كما في ملك المَكَاتِب<sup>(١)</sup>.

ومنها: لو استأجر أجيراً ليتعهد نخيله على ثمرة نخلة بعينها بعد خروج ثمارها وقبل بدو الصَّلاح وشرط القَطْع لكن لم يتفق القطع حتى بدا الصَّلاح وكان مبلغ ما في الحائط نصاباً وجب على الأجير عشر ثمرة تلك النخلة وإن قَلَّت.

قال الغزالي: الفَضْلُ الثَّانِي فِي التَّرَاجِعِ: وَلِلسَّاعِي أَنْ يَأْخُذَ مِنْ عَرْضِ المَالِ مَا يَتَّفَقُ ثُمَّ يَزْجِعُ المَأْخُودَ مِنْهُ بِقِيَمَةِ حِصَّةِ خَلِيطِهِ، فَلَوْ خَلَطَ أَرْبَعِينَ مِنَ البَقَرِ بِثَلَاثِينَ لِغَيْرِهِ لَمْ يَجِبْ عَلَى السَّاعِي أَخْذُ المُسْتَهِّ مِنَ الأَرْبَعِينَ وَالتَّبِيْعِ مِنَ الثَّلَاثِينَ بَلْ يَأْخُذُ كَيْفَ اتَّفَقَ،

(١) يوهم جواز إخراج الزكاة في الموقوف، وليس كذلك، بل يجب الإخراج في غيره رعاية لحق الواقف.

قال في المهمات: كذا رأته في كتاب القولين والوجهين للمحاملي، وحينئذ فينبغي نظر المرهون وقد صرح الرافعي بأنه لا يخرج منه إذا ملك عشرة. ينظر الروضة (٢/٣١).

فَإِنْ أَخَذَ كَذَلِكَ فَيَرْجِعُ بِأَذْلِ الْمُسَيِّئَةِ بِثَلَاثَةِ أَسْبَاعِهَا عَلَى خَلِيْبِهِ وَبِأَذْلِ التَّبِيعِ بِأَرْبَعَةِ أَسْبَاعِهَا عَلَى خَلِيْبِهِ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ السَّنَيْنِ وَاجِبٌ فِي الْجَمِيعِ عَلَى الشُّيُوعِ كَأَنَّ الْمَالَ مِلْكٌ وَاحِدٌ.

قال الرافعي: روي عن النبي ﷺ أنه قال: «وَمَا كَانَا مِنْ خَلِيْبَيْنِ فَإِنَّهُمَا يَتَرَاغَعَانِ بَيْنَهُمَا بِالسُّوِيَّةِ»<sup>(١)</sup>. أخذ الزكاة من مال الخليطين يقتضي رجوع أحدهما على صاحبه دون رجوع الآخر عليه وقد يقتضي التراجع بينهما، وهو الذي تعرض له الخبر.

وقوله - عليه السلام - بالسُّوِيَّةِ حملة الأئمة على الحصّة، فإذا ملك ما دون خمس وعشرين من الإبل بينهما نصفين وأخذ الساعي واجباً من أحدهما رجع بنصف قيمة المأخوذ على صاحبه ولو كانت بينهما أثلاثاً أو أرباعاً فالرجوع بالحساب ثم الرجوع والتراجع يكثران في خلطة الجواز، وإنما رَسَمَ الفصل في الكتاب للتراجع في هذه الخلطة وقد يتفقان قليلاً في خلطة المشاركة أيضاً على ما سنذكره آخراً، وحكى الْمُحَامِلِيُّ فيما يحمل عليه الخبر من الخليطين قولين:

الجديد: أن مطلق الخلطة ينصرف إلى خلطة المشاركة.

والقديم: أنه ينصرف إلى خلطة المُجَاوِرَةِ، وعليها حمل المعظم الخبر إذا عرفت هذه المقدمة فتكلم في مقصود الفصل أولاً ونقول: إذا اختلط المالان خلطة جوار بشرائطها ووجب الزكاة نظر، هل يمكن أخذ ما يخص مال كل واحد منها لو انفرد من ماله أم لا؟ فإن لم يمكن فللساعي أن يأخذ الفرض من إيهما شاء فإن لم يجد سن الفرض بصفة الأجزاء إلا في مال أحدهما أخذه منه.

مثاله: بينهما أربعون من الغنم بالسوية لا يمكن التثقيص فيأخذ شاة من أيهما أتفق، ولو وجب بنت لبون في إبلهما ولم يجدها إلا في مال أحدهما أخذها منهم، ولو كانت ماشية أحدهما مراضاً أو معيبة أخذ الفرض من الآخر، وإن أمكن أخذ ما يخص مال كل واحد منهما لو انفرد منه فوجهان:

أحدهما: فقد قال أبو إسحاق يأخذ كل واحد ما يخص ماله، ولا يجوز غير ذلك إغناء لهما عن التراجع.

وأصحهما وبه قال ابن أبي هريرة والمعظم وهو المذكور في الكتاب: أن له أن يأخذ من عرض المال ما يتفق ولا حجر عليه، بل وإن أخذ كما ذكر صاحب الوجه الأول يبقى التراجع بينهما، وذلك لأن المالين عند الخلطة ينزلان منزلة المال الواحد،

ألا ترى أنَّ الواجب يقلّ تارة ويكثر أخرى، كما لو كان الكلُّ لواحد [وإذا] (١) كان كذلك فكلُّ المأخوذ شائع في جميع المال وليس شيئاً منه بعينه عن شيء من المال بعينه والباقي عن الباقي. مثال هذه الحالة التي فيها الوجهان: أن تجب شاتان في الغنم المخلوطة، وأمكن أخذ إحداهما من هذا والثانية من ذلك، وكذلك لو كان بينهما سبعون من البقر أربعون لإحداهما وثلاثون للآخر وأمكن أخذ المسنة من الأربعين والتبّع من الثلاثين، وكذلك لو كان بينهما مائة وثمانون من الإبل مائة لأحدهما وثمانون للآخر وأمكن أخذه جِقتين من المائة وبتتي لُبون من الثمانين، ولا يخفى نظائره إذا تقرر ذلك فلنبين كيفية الرجوع والتراجع عند أخذ الزكاة على الوجه المَحجج إلى أحدهما على حسب الخلاف الذي حكيناه.

فقول: إذا أخذ شاة من أحد الخَلِيطين عن أربعين من الغنم عشرون منها لهذا وعشرون للآخر رجع المَأخُوذ منه بنصف قيمة الشاة المَأخُذة على الآخر ولا يرجع بنصف شاة؛ لأن الشاة ليست بمثليه ولو كانت ثلاثون لأحدهما وعشرة للآخر، فإن أخذ الشاة من صاحب الثلاثين رجع بربعها على الآخر ولا يرجع بنصف شاة، وإن أخذها من الآخر ورجع بثلاثة أرباعها على صاحب الثلاثين، ولو كان بينهما مائة وخمسون شاة لأحدهما مائة وللآخر خمسون فأخذ الساعي الشاتين الواجبتين فيها من صاحب المائة رجع على الآخر بقيمة ثلث كل شاة ولا نقول بقيمة ثلثي كل شاة؛ لأن قيمة الشاتين تختلف وإن أخذها من صاحب الخمسين رجع على الآخر بقيمة ثلثي شاة ولو أخذ من كل واحد شاة ورجع صاحب المائة على صاحب الخمسين بقيمة ثلث شاته وصاحب الخمسين على صاحب المائة بقيمة ثلثي شاته ولو كان نصف الشاة لهذا ونصفها للآخر فكل واحد منهما يرجع على الآخر بقيمة نصف شاته، فإن تساوت القيمتان خرج على أقوال التقاص عند تساوي الدينين قدراً وجنساً، ولو كان بينهما سبعون من البقر أربعون لأحدهما وثلاثون للآخر فالتبّع والسنة واجبان عليهما على صاحب الأربعين أربعة أسباعهما، وعلى صاحب الثلاثين ثلاثة أسباعهما، فلو أخذهما الساعي من صاحب الأربعين رجع بقيمة ثلاثة أسباعهما على الآخر، ولو أخذهما من الآخر رجع بقيمة أربعة أسباعهما على صاحب الأربعين، ولو أخذ التبّع من صاحب الأربعين والمسنة من صاحب الثلاثين رجع صاحب الأربعين بقيمة ثلاثة أسباع التبّع على الآخر ورجع الآخر عليه بقيمة أربعة أسباع المسنة، ولو أخذ المسنة من صاحب الأربعين والتبّع من الآخر رجع صاحب الأربعين بقيمة ثلاثة أسباع المسنة على الآخر، ورجع الآخر عليه بقيمة أربعة أسباع

التببيع<sup>(١)</sup>، وهذه الحالة الرابعة المذكورة في الكتاب، ولك أن تُعَلِّمَ قوله: «من عرض المال ما يتفق» بالواو، وكذا قوله: «لم يجب على الساعي أخذ المسنة» وقوله: «بل يأخذ كيف اتفق»، وقوله: «فيرجع باذل المسنة» للوجه المنسوب إلى أبي إسحاق فإن كان ذلك مشروط على ذلك الوجه بأن لا يمكن أخذ ما يخص كل واحد منهما لو انفرد منه على ما سبق. وقوله: «بثلاثة أسباعهما»، أي: بقيمتها. وكذا قوله: «بأربعة أسباعه».

ولو ظلم الساعي فأخذ من أحد الخليطين، والواجب شاة شاتين أو أخذ شاة حبلى رُبَى أو مَاحِضَةً رجع المأخوذ منه على الآخر بنصف قيمة الواجب لا قيمة المأخوذ فإن الساعي ظلمه بالزيادة والمظلوم يرجع على الظالم دون غيره، فإن كان المأخوذ باقياً في يد الساعي استردوه، وإلا استرد الفضل والفرض ساقط، ولو أخذ القيمة في الزكاة أو أخذ من السخال كبيرة، فهل يرجع على خليفه؟ فيه وجهان: أحدهما: وبه قال أبو إسحاق في أخذ القيمة: أنه لا يرجع.

وأصحهما: وبه قال ابن أبي هريرة: يرجع؛ لأنهما من مسائل الاجتهاد، فالقيمة مأخوذة عن أبي حنيفة ومالك، والواجب في السخال كبيرة عند مالك، ومنهم من خصّ الوجهين بمسألة القيمة، وقطع في أخذ الكبيرة فالرجوع هذا تمام ما نذكره من خلطة الجوار. أما خلطة الشيوخ: فإن كان الواجب من جنس المال وأخذه الساعي منه فلا يراجع فإن المأخوذ مشاع بينهما، وإن كان الواجب من غير جنس المال كالشاة فيما دون خمس وعشرين من الإبل، فإذا أخذ الساعي شاة من أحد الخليطين عن خمس من الإبل بينهما رجع المأخوذ منه على الآخر بنصف قيمتها، ولو كان بينهما عشر فأخذ من كل واحد منهما شاة ثبت التراجع فإن تساوت القيمتان خرج على أقوال التقاص، ومتى ثبت الرجوع وتنازعا في قيمة المأخوذ فالقول قول المأخوذ منه؛ لأن غارم.

قال الغزالي: **الْفَضْلُ الثَّلَاثُ: فِي أَجْتِمَاعِ الْخُلَطَةِ وَالْأَنْفِرَادِ فِي حَوْلٍ وَاحِدٍ، فَإِذَا مَلَكَ رَجُلَانِ كُلُّ وَاحِدٍ أَرْبَعِينَ غُرَّةَ الْمُحَرَّمِ وَخَلَطَا غُرَّةَ صَفَرٍ، فَقَبِيَ الْجَدِيدُ يَجِبُ عَلَى**

(١) هذا الذي ذكره في التببيع والمسنة قاله إمام الحرمين وغيره، وأنكر عليهم بنص الشافعي - رحمه الله - والذي نقله عنه صاحب «جمع الجوامع» في منصوصات الشافعي. قال الشافعي: ولو كان غنماً هما سواء، وواجهما شاتان، فأخذ من غنم كل واحد شاة، وكانت قيمة الشاتين المأخوذتين مختلفة، لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء. لأنه لم يؤخذ منه إلا ما عليه في غنمه لو كانت منفردة. هذا نصه، وفيه تصريح بمخالفة المذكور، وأنه يقتضي أن على صاحب الثلاثين تبيعاً، وعلى الآخر مسنة، والتراجع يثبت على حسب ذلك، وكذلك في الشياه، وهذا هو الظاهر في الدليل أيضاً فليعتمد. ينظر الروضة (٣٢/٢).

كُلِّ وَاحِدٍ فِي آخِرِ الْحَوْلِ الْأَوَّلِ شَاةً، وَفِيمَا بَعْدَهُ مِنَ الْأَحْوَالِ نِصْفُ شَاةٍ تَغْلِيبًا لِلْأَنْفِرَادِ، وَعَلَى الْقَدِيمِ يَجِبُ أَيْدًا نِصْفُ شَاةٍ، فَإِنْ مَلَكَ الثَّانِي غُرَّةً صَفْرًا وَخَلَطَ غُرَّةً رَبِيعًا فَالْقَوْلَانِ جَارِيَانِ، وَخَرَجَ ابْنُ سُرَيْجٍ أَنَّ الْخُلْطَةَ لَا تَثْبُتُ أَيْدًا لِقِطَاعِ أَوْ آخِرِ الْأَحْوَالِ.

قال الرافعي: اجتماع الخلطة والانفراد في حول واحد، أما أن يكون بطرود الخلطة على الانفراد أو بطرود الانفراد على الخلطة، وهذا الفصل الثالث مرسوم للقسم الأول فنيينه، ونقول: لا خلاف في أنه لو لم تكن لهما حالة أنفراد بأن ورثا ماشية أو ابتاعها دفعة واحدة شائعة أو غير شائعة لكن مخلوطة وإذا ما الخلطة أنهما يزكيان زكاة الخلطة وكذا لو كان ملك كل واحد منهما دون النصاب وبلغ بالخلطة نصاباً زكاه زكاة الخلطة؛ لأن الحَوْلَ لم ينعقد على ما ملكاه عند الانفراد، فأما إذا انعقد الحول على الانفراد ثم طرأت الخلطة فلا يخلو، إما يتفق ذلك في حق الخليطين جميعاً أو في حق أحدهما.

الحالة الأولى: أن ينعقد الحول على الانفراد في حقهما جميعاً ثم تطرأ الخلطة فأما أن يتفق حولهما أو يختلف، فإن اتفق كما لو ملك كل واحد أربعين شاة غرة المحرم ثم خلطاً غرة صفر ففيه قولان<sup>(١)</sup>:

الجديد وبه قال أحمد: أن حكم الخلطة لا يثبت في السنة الأولى؛ لأن الأصل الانفراد والخلط عارض فيغلب حكم الحول المنعقد على الانفراد، فعلى هذا إذا جاء المحرم وجب على كل واحد منهما شاء.

والقديم وبه قال مالك: أنه يثبت حكم الخلطة نظراً إلى آخر الحَوْلِ والعبارة في قدر الزكاة بآخر الحَوْلِ ألا ترى أنه لو مَلَكَ مائة وإحدى وعشرين شاة فتلف منها شاة أو شاتان في آخر الحَوْلِ؛ لا يجب عليه إلا شاة فعلى هذا إذا جاء المحرم فعلى كل واحد منهما نصف شاة، وعلى القولين جميعاً في الحَوْلِ الثاني وما بعده يزكيان زكاة الخليطة لوجودها في جميع السنة<sup>(٢)</sup>.

(١) قال ابن أبي زهرة: محل القولين إذا خلط في زمن لو علف فيه سقط حكم السوم. قال في «المهمات»: من مشكلات «المهذب» فعن صاحب «البيان»، وارتضى مقابلته في زيادة «الروضة» فعجزم بها وادعى الاتفاق على أن اليومين لا أثر لهما فقال: واتفقوا على أنه لا جريان للقديم إذا لم يبق في الحول إلا يوم أو يومان ونحو ذلك. فائدة: لو ملك ثمانين شاة فباع نصفها مشاعاً في أثناء الحول لم ينقطع قول البائع عن النصف الباقي قطعاً، وفيما يجب عليهم عند تمام حوله وجهان: أحدهما شاة تغليبا للانفراد، وأصحهما عند صاحب «التهديب» نصف شاة.

(٢) الأظهر: الجديد، ويجري القولان متى خلطاً قبل انقضاء الحول بزمن، لو علفت السائمة فيه، سقط حكم السوم.

فإذا قلنا بالجديد فوجود الخلطة في جميع السنة شرط في ثبوت حكم الخلطة،  
 فلذلك أدرج حجة الإسلام - قدس الله روحه - هذه المسألة في جملة الشرائط التي حكى  
 الخلاف فيها على ما سبق، وإن اختلف حولهما كما لو ملك هذا غرة المحرم وهذا  
 غرة صفر وخلطتا غرة شهر ربيع الأول، فينبغي على القولين عند اتفاق الحول، فعلى  
 الجديد: إذا جاء المحرم فعلى الأول شاة، وإذا جاء صفر فعلى الثاني شاة، وعلى  
 القديم: إذا جاء المحرم فعلى الأول نصف شاة، وإذا جاء صفر فعلى الثاني نصف شاة  
 ثم في سائر الأحوال يتفق القولان على ثبوت حكم الخلطة فيكون على الأول عند غرة  
 كل محرم نصف شاة، وعلى الثاني عند غرة كل صفر نصف شاة، وذهب بعض  
 الأصحاب إلى أن حكم الخلطة لا يثبت في سائر الأحوال أيضاً، ويكرهان أبداً زكاة  
 الانفراد وأتفق حملة المذهب على ضعف هذا الوجه.

وقالوا: بأن الخلطة في سائر الأحوال حاصلة في جميع الحول فيثبت حكمها كما  
 لو اتفق الحول ولا شك في بعد هذا الوجه لو سلم صاحبه ثبوت القول القديم في  
 الحول الأول وامتنع من طرده في سائر الأحوال، لكنه لو طرد القولين في سائر الأحوال  
 وكان ما ذكر من عدم ثبوت الخلطة تفرعاً على الجديد لم يكن بعيداً، ويجوز أن يوجه  
 بأن حول الثاني غير تام عند تمام الحول الأول، وحكم الانفراد مستمر عليه فيلزم انعقاد  
 الحول الثاني للأول على حكم الانفراد، وإذا انعقد الحول على الانفراد يستمر حكمه  
 كما في الحول الأول ثم إذا تم حول الثاني فلصاحبه حكم الانفراد فينعقد حوله الثاني  
 على الانفراد أيضاً، وهكذا أبداً وسواء قوي هذا أو ضعف، فمن صار إليه جعل اتفاق  
 أوائل الأحوال من شرائط ثبوت الخلطة، ولذلك أدرج حجة الإسلام هذه المسألة في  
 الشرائط المختلف فيها، ونسب معظم هذا الوجه إلى تخريج ابن سريج، وعلى ذلك  
 جرى في الكتاب فقال: وخرج ابن سريج أن الخلطة لا تثبت أبداً، ولم يصحح ذلك  
 على ابن سريج المحاملي، وذكر أن أبا إسحاق حكى في الشرع عن ابن سريج مثل هذا  
 المذهب، وأضاف الوجه المذكور إلى غيره من الأصحاب فإن كان المراد أنه غير ثابت  
 عنه فيجوز أن يعلم قوله: «وخرج ابن سريج» بالواو، ويجوز أن يقال: «خرجه ولم  
 يذهب إليه» جمعاً بين الروایتين، ويجوز إعلام قوله: «لا تثبت أبداً» بالميم والألف؛  
 لأن عندهما تثبت الخلطة في سائر الأحوال، وإنما يختلفان في الحول الأول اختلاف  
 القديم والجديد ولا يخفى موضع رقمهما في الصورة الأولى.

= وفيه خلاف يأتي إن شاء الله تعالى، واختار صاح «البيان» في كتابه «مشكلات المذهب» أنه ثلاثة  
 أيام. والمراد التقريب، وقد اتفقوا على أنه لا جريان للقديم إذا لم يبق من الحول إلا يومان أو  
 يمان، ونحو ذلك. ينظر الروضة (٣٤/٢).



**والحالة الثانية:** أن يعقد الحول على الانفراد في حق أحدهما دون الآخر كما لو ملك أحدهما أربعين غرة المحرم، وملك الثاني أربعين غرة صفر كما لو ملك خطأ أو خلط أول أربعينه غرة صفر بأربعين لغيره ثم باع الثاني أربعينه من ثالث، فإن الأول يثبت له حكم الانفراد شهراً، والثاني لم يثبت له حكم الانفراد أصلاً، فيبني الحكم هاهنا على الحكم في الحالة الأولى، فإذا جاء المحرم فعلى الأول شاة في الجديد ونصف شاة في القديم.

وأما الثاني فإذا جاء صفر فعليه نصف شاة في القدم، وفي الجديد وجهان:

أحدهما: شاة؛ لأن الأول لم يرتفق بخلطته فلا يرتفق هو بخلطة الأول أيضاً.

وأظهرهما: نصف شاة؛ لأنه كان خليطاً في جميع الحول وأما في سائر الأحوال فيثبت حكم الخلطة على الظاهر، وعلى الوجه المنسوب إلى ابن سريج لا يثبت وفرعوا على هذه الاختلافات صوراً: منها: لو ملك الرجل أربعين غرة المحرم، ثم أربعين غرة صفر، فإذا جاء المحرم فعلى الجديد يلزمه للأربعين الأولى شاة، وإذا جاء صفر يلزمه للأربعين الثانية نصف شاة أو شاة فيه وجهان:

أصحهما: أولهما.

وعلى القديم إذا جاء المحرم لزمه للأربعين الأولى نصف شاة؛ لأنه كان خليطاً لمكمله في آخر الحول، فإذا جاء صفر لزمه للأربعين الثانية نصف شاة في سائر الأحوال يتفق القولان، وعلى الوجه المنسوب إلى ابن سريج يجب في الأربعين الأولى شاة عند تمام حولها، وفي الثانية شاة عند تمام حولها، وهكذا أبداً ما لم ينقص النصاب وكما يمتنع حكم الخلطة في ملك الشخصين عند اختلاف التأريخ كذلك يمتنع في ملكي الواحد. ومنها: لو ملك الرجل أربعين غرة المحرم ثم أربعين غرة صفر ثم أربعين غرة شهر ربيع الأول فعلى القديم: يجب في كل أربعين عند إتمام حولها ثلث شاة.

وعلى الجديد: يجب في الأولى عند تمام حولها شاة، وفيما يجب في الثانية عند تمام حولها وجهان: أحدهما: شاة لأن الأربعين الأولى لم يلحقها تخفيف بالثانية فلا يلحق الثانية تخفيف بها.

وأصحهما: نصف شاة؛ لأنها كانت خليطة أربعين في جميع حولها وفي الأربعين الثالثة عند تمام حولها وجهان أيضاً:

أصحهما: ثلث شاة لكونها خليطة ثمانين.

**والثاني:** شاة وفي سائر الأحوال يتفق القولان وعلى الوجه المنسوب إلى ابن سريج يجب في كل أربعين عند رأس حولها شاة أبداً. ومنها: لو ملك رجل أربعين غرة

المحرم وملك آخر عشرين غرة صفر وكما ملك خلطاً فإذا جاء المحرم وجب على الأول شاة في الجديد وثلاثا شاة في القديم تغليياً للخلطة، وإذا جاء صفر وجب على الثاني ثلث شاة على القولين جميعاً؛ لأنه كان مخالطاً في جميع حوله، وعلى الوجه المنسوب إلى ابن سريج يجب على صاحب الأُزْبَعِينَ شاة أبداً ولا شيء على صاحب العشرين ولا تثبت الخلطة لاختلاف التأريخ. واعلم: أن الاختلاط مع من لا زكاة عليه الانفراد حتى لو كان بين مسلم وذمي ثمانون شاة ملكها أول المحرم ثم أسلم الذمي غرة صفر كان المسلم بمثابة ما إذا انفرد بماله شهراً ثم طرأت الخلطة، وجميع ما ذكرنا في الحالتين مفروض فيما إذا طرأت خلطة الجوار، أما إذا طرأت خلطة الشيوخ كما إذا ملك أربعين شاة وأقامت في يدة ستة أشهر ثم باع نصفها مشاعاً، فهل ينقطع حول البائع في الباقي؟ جعله ابن خَيْرَانَ على قولين مبنيين على القولين فيما إذا انعقد حولهما على الانفراد ثم خلطاً. إن قلنا: يزكيان زكاة الخلطة لم ينقطع الحول هاهنا.

وإن قلنا: يزكيان زكاة الانفراد، ولا يبني حول الخلطة على حول الانفراد إذا انقطع الحول لنقصان النصاب والذي قطع به الجمهور رواه المزني والرَّبِيع عن نصح أن الحَوْل لا ينقطع لاستمرار النصاب إما بصفة الانفراد أو بصفة الاشتراك فعلى هذا إذا مضت ستة أشهر من يوم الشراء فعلى البائع نصف شاة لإتمام حوله، وأما المشتري فينظر إن أخرج البائع واجبه وهو نصف شاة من المال المشترك فلا شيء عليه لنقصان المجموع عن النصاب قبل تمام حوله، وإن أخرج من غيره فيبني على أن الوكاة تتعلق بالعين أو بالذمة. إن قلنا: تتعلق بالذمة فعليه أيضاً نصف شاة عند تمام حوله.

وإن قلنا: تتعلق بالعين ففي انقطاع حول المشتري قولان:

أصحهما عند العراقيين: الانقطاع ومأخذ القولين أن إخراج الواجب من موضع آخر يمنع زوال الملك عن قدر الزكاة أو يفيد عوده بعد الزوال، ولو ملك ثمانين شاة فباع نصفها مشاعاً في أثناء الحَوْل لم ينقطع حول البائع عن النصف الباقي قطعاً، وفيما يجب عليه عند تمام حوله وجهان:

أحدهما: شاة؛ لأنه كان منفرداً بنصاب في بعض الحول فغلب حكم الانفراد.

وأصحهما عند صاحب «التهذيب»: نصف شاة؛ لأن الحول انعقد على ثمانين والنصف الذي بقي له آخراً كان مختلطاً بأربعين في جميع الحَوْل، ولو ملك أربعين وباع نصفها معيناً نظر إن ميّزها قبل البيع أو بعده وأقبضها فقد زالت الخلطة إن كثر زمان التفريق، فإذا خلطاً يستأنف الحول، وإن كان زمان التفريق يسيراً ففي انقطاع الحول وجهان: أوفقهما لكلام الأكثرين: الانقطاع ولو لم يميز لكن أقبض البائع المشتري جميع الأربعين لتصير العشرون مقبوضة فالحكم كما لو باع النصف مشاعاً، فلا ينقطع

حول الباقي على الصحيح، وفيه وجه: أنه ينقطع الانفراد بالبيع، والطارىء في صورة بيع النصف على التَّعِين خِلْطَةُ الجوار، وإن أوردناه في هذا الموضع ولو أنا رجلين لهذا أربعون ولهذا أربعون فباع أحدهما جميعها بجميع ما لصاحبه في خلال الحول انقطع حولهما واستأنفا من يوم المبايعة، ولو باع أحدهما النصف الشائع من أغنامه بالنصف الشائع من أغنام صاحبه والأربعينان متميزان فحكم الحول فيما بقي لكل واحد منها من أربعينه كالحكم فيما إذا كان للرجل أربعون فباع نصفها شائعاً، والصحيح أنه لا ينقطع فإذا تم حول ما بقي لكل واحد منهما فهذا مال ثبت له الانفراد أولاً، والخلطة في آخر الحَوْل ففيه القولان السَّابِقان:

القديم: أنه يجب على كل واحد ربع شاة؛ لأنه خليط ثمانين حال الوجوب وحصه العشرين ربع.

والجديد: أنه يجب على كل واحد منهما نصف شاة؛ لأنه كان منفرداً بأربعينه وحصه العشرين منهما النصف وإذا مضى حَوْلٌ من وقت التَّبَاع فعلى كل واحد منهما للقدر الذي ابتاعه ربع شاة على القديم. وفي الجديد وجهان:

أصحهما: ربع شاة أيضاً؛ لأنه كان مختلطاً من حين ملك إلى آخر الحول.

والثاني: نصف شاة؛ لأنه لما لم يرتفق الباقي لكل واحد منهما بالحادث لم يرتفق الحادث بالباقي أيضاً.

القسم الثاني: أن يطرأ الانفراد على الخلطة فيزكي من بلغ ماله نصاباً زكاة الانفراد من وقت الملك كما سبق، ولو كان بينهما أربعون مختلطة فخالطهما رجل بعشرين في أثناء حولهما ثم ميز أحد الأولين ماله قبل تمام الحول فلا شيء عليه عند تمامه ويجب على الآخر نصف شاة، وكذا على الثالث عند تمام حوله نصف شاة. والوجه المنسوب إلى ابن سريج ينازع فيه. ولو كان بينهما ثمانون مشتركة فاقسما بعد ستة أشهر.

فإن قلنا: القسمة إفراز حق فعلى كل واحد عند تمام الحول شاة، كما لو ميزا في خلطة الجوار. وإن قلنا: بيع، فيجب على كل واحد عند تمام باقي الحول نصف شاة ثم إذا مضى حول من وقت القسمة فعلى كل واحد منهما نصف شاة لما تجدد ملكه عليه، وهكذا في كل ستة أشهر كما لو كان بينهما أربعون شاة فاشترى أحدهما نصف الآخر بعد مضي ستة أشهر يجب عليه عند مضي كل ستة أشهر نصف شاة والله أعلم.

قال الغزالي: الفضل الرابع: في اجتماع المختلط والمنفرد في ملك واحد، فلو خلط عشرين بعشرين لغيره وهو يملك أربعين ببلدة أخرى فقولان: أحدهما: أن الخلطة خلطة ملك فكأنه خلط الستين بالعشرين، والثاني: أنه خلطة عين فلا يتعدى حكمها إلى

غَيْرِ الْمَخْلُوطِ، فَإِنْ قُلْنَا بِخُلْطَةِ الْعَيْنِ فَعَلَى صَاحِبِ الْعِشْرِينَ نِصْفُ شَاةٍ، وَإِنْ قُلْنَا بِخُلْطَةِ الْمَلِكِ فَعَلَيْهِ رُبْعُ شَاةٍ وَكَأَنَّهُ خَلَطَ السُّتَيْنِ، وَأَمَّا صَاحِبُ السُّتَيْنِ فَقَدْ قِيلَ: يَلْزَمُهُ شَاةٌ تَغْلِيبًا لِلْإِنْفِرَادِ، وَقِيلَ: ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ شَاةٍ تَغْلِيبًا لِلْخُلْطَةِ، وَقِيلَ: خَمْسَةُ أَسْدَاسٍ وَنِصْفُ سُدُسٍ جَمْعًا بَيْنَ الْأَعْتِيَارَيْنِ فَيَقْدَرُ فِي الْأَرْبَعِينَ كَأَنَّهُ مُنْفَرِدٌ بِجَمِيعِ السُّتَيْنِ فَيَخْصُ الْأَرْبَعِينَ ثَلَاثًا شَاةً، وَيَقْدَرُ فِي الْعِشْرِينَ كَأَنَّهُ مُخَالِطٌ بِالْجَمِيعِ فَيَخْصُ الْعِشْرِينَ رُبْعَ شَاةٍ وَالْمَجْمُوعُ مَا ذَكَرْنَاهُ، وَلَوْ خَلَطَ عِشْرِينَ لِغَيْرِهِ وَلِكُلِّ وَاحِدٍ أَرْبَعُونَ يَنْفَرِدُ بِهِ فَالْأَرْجُحُ الثَّلَاثَةُ جَارِيَةً فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ.

قال الرافعي: هذا الفُضْلُ والذي بعده ذوا غور لالتفاف ما فيهما من الاختلاف فتشتمر للفهم. واعلم: أنه إذا اجتمع في ملك الواحد ماشية مختلطة وماشية منفردة من جنسها كما لو خلط عشرين شاة بعشرين لغيره خلطة جوار أو خلطة شركة وله أربعون منفرد بها، فكيف يؤديان الزكاة؟ فيه قولان:

أصلهما: أن الخلطة خلطة ملك أو خلطة عين وفيه قولان:

أصحهما: وعليه فرع في «المختصر»، وهو اختيار ابن سريج وأبي إسحاق والأكثرين: أن الخلطة خلطة ملك أي كل ما في ملكه يثبت فيه حكم الخلطة، ووجه أن الخلطة تجعل مال الاثنين كمال الواحد ومال الواحد يضم بعضه إلى بعض، وإن كان في مواضع متفرقة فعلى هذا في الصورة المذكورة يجعل كأن صاحب الستين خلط جميع ستينه بعشرين لصاحبه، فيلزمهما شاة ثلاثة أرباعها على صاحب الستين وربعا على صاحب العشرين.

والثاني: أن الخلطة خلطة عين أي: يقتصر حكمها على قدر المخلوط، ووجه أن علة ثبوت الخلطة خفة المؤنة في المرافق لاجتماع الماشية في المكان الواحد، وهذا المعنى لا يوجد إلا في القدر المختلط واستفيد هذا القول من نصه في رواية الربيع: إن الرجل إذا كان له ثمانون من الغنم ببلدين أربعون بكل واحد منهما، فباع نصف أحدهما شائعاً من رجل، فإذا تم حول البائع فعليه شاة، وإذا تم حول المشتري فعليه نصف شاة. قال أبو بكر الفارسي: لولا أنه لم يحكم بالخلطة إلا في القدر المختلط لكان على صاحب الستين ثلاثة أرباع شاة وعلى صاحب العشرين ربعها عند تمام حولها، وهكذا يكون الجواب إذا فرعنا على أن الخلطة خلطة ملك وإذا قلنا بالقول الثاني ففي الصورة المذكورة أولاً يجب على صاحب العشرين نصف شاة بلا خلاف؛ لأن جميع ماله خليط عشرين وفي أربعين شاة فخصه العشرين نصفها. وما الذي يجب على صاحب الستين؟ فيه خمسة أوجه: ذكر الثلاثة الأولى منها في الكتاب:

**أصحهما:** وهو اختيار الأوديني والقفال: أنه يلزمه شاة؛ لأنه اجتمع في ماله الأختلاط والأنفرد فيغلب حكم الانفرد، كما لو انفرد بالمال في بعض الحول ثم خلط، وإذا غلبنا حكم الانفرد صار كأنه منفرد بجميع الستين وفيها شاة وهذا الوجه هو الذي نص عليه في المسألة التي حكيناها عن رواية الربيع.

**والثاني:** ذكره ابن أبي هريرة وأبو علي الطبري فيما حكاه صاحب «الشامل»: أنه يلزمه ثلاثة أرباع شاة؛ لأن جميع ماله ستون وبعضهم مختلط حقيقة، فلا بد من إثبات حكم الخلطة فيه وإذا أثبتنا حكم الخلطة فيه وجب إثباته في الباقي؛ لأن ملك الواحد لا يتبعض حكمه فيجعل كأنه خلط جميع الستين بالعشرين، وواجبها شاة حصّة الستين منها ثلاثة أرباع، وهذا معنى قوله في الكتاب: «تغليبا للخلطة»، وهذا الوجه يشبه القول القديم في تغليب الخلطة إذا انفرد في بعض الحول ثم خلط، هو والأول متفقان على أنه لا يمكن أن يحكم لمالي صاحب الستين بحكمين مختلفين الخلطة والانفرد، ثم صاحب الوجه الأول يقول: تغليب الانفرد أولى، وصاحب الثاني يقول: الخلطة أولى، وأما أصحاب الوجوه الآتية فيجوزون الحكم في مالي المالك الواحد بحكمين مختلفين ويحتجون عليه بما لو ملك زرعين سقى أحدهما بالضح، وسقى الثاني بماء السماء، فإنه يجب في هذا العشر وفي ذلك نصف العشر، ويضم البعض إلى البعض في استكمال التصاب.

**والوجه الثالث:** وهو اختيار أبي زيد والخضري: أن عليه خمس أسداس شاة ونصف سدس جميعاً بين اعتبار الخلطة والانفرد، وذلك لأن جميع ماله ستون بعضة مختلط وبعضه منفرد، ولا بد من ضم أحدهما إلى الآخر، وإن حكمتنا لهما بحكمين مختلفين فوجب في الأربعين المنفردة حصتها من الواجب لو انفرد بالكل، وذلك شاة حصّة الأربعين منها ثلثا شاة، ونوجب في العشرين المختلطة حصتها من الواجب لو خلط الكل وهي ربع شاة؛ لأن الكل ثمانون وواجب ثمانين شاة فحصة عشرين منها ربع شاة والثلثان والربع خمسة أسداس ونصف سدس.

**والوجه الرابع:** ويحكى عن ابن سريج واختيار صاحب «التقريب»: أن عليه شاة وسدس شاة من ذلك نصف شاة في العشرين المختلطة، كما أنّها واجب خليطة في عشرينة المختلطة، فلا يتعدى حكم الخلطة عن الأربعين وثلثا شاة في الأربعين المنفردة، فإنه حصّة الأربعين لو انفرد بجميع ماله.

**والوجه الخامس:** أن عليه شاة ونصف شاة في الأربعين المنفردة ونصف شاة في العشرين المختلطة كما لو كان المالان لمالكين، وهذا أضعف الوجوه؛ لأن فيه أفراد ملك الواحد بعضه عن بعض مع اتحاد الجنس وإيجاب شاة ونصف شاة في الستين ولو

خلط عشرين بعشرين لغيره ولكل واحد منهما أربعون منفرد بها فقد اجتمع في ملك كل واحد منهما المختلط والمنفرد ففيما يجب عليهما القولان؟ إن قلنا: الخلطة خلطة ملك فعليهما شاة على كل واحد نصفها؛ لأن جميع المال مائة وعشرون وفيها شاة.

وإن قلنا: الخلطة خلطة عين ففيما على كل واحد منهما الأوجه الخمسة لكن قد يختلف المقدار في بعض الوجوه:

**أصحها: أن على كل واحد منهما شاة تغليبا للأفراد.**

**وثانيها: أن على كل واحد منهما ثلاثة أرباع شاة؛** لأن كل واحد منهما يملك ستين منها ما هو خليط عشرين فيغلب حكم الخلطة في الكل فيكون لكل ثمانون حصّة ستين منها ثلاثة أرباع هكذا ذكر في «التهذيب»، ولفظ الكتاب يوافق حيث قال: فالأوجه الثلاثة جارية في حق كل واحد، لكن الشيخ أبا علي وإمام الحرمين قالا: إذا غلبنا حكم الخلطة يجب على كل واحد منهما في هذه الصورة نصف شاة بخلاف الصورة الأولى، يجب فيها على صاحب الستين ثلاثة أرباع؛ لأن ثم إذا قدرنا الاختلاط في جميع المالكين يكون المبلغ ثمانين والستون ثلاثة أرباعها، وهاهنا إذا غلبنا الخلطة وأثبتناها في الكل يكون المبلغ مائة وعشرين فواجبها شاة حصّة كل واحد نصفها، ولمن قال بالأول أن يقول: إنما ثبت حكم المختلط في المنفرد برابطة اتحاد المالك، وذلك يقتضي أن يدخل في الحساب على كل واحد منهما ما ينفرد به كل واحد منهما واحد، ثم على ما ذكره الشيخ يكون الواجب عليهما جميعاً شاة واحدة، وجملة المال مائة وعشرون والواجب عليهما في الصورة الأولى شاة وربيع مع أن جملة المال ثمانون فكيف يزداد المال وينقص الواجب مع وجود الخلطة في الحاليتين.

**وثالثها: أن على كل واحد منهما خمسة أسداس شاة ونصف سدس جمعاً بين اعتبار الخلطة والانفراد فيقدر كل واحد منهما منفرداً بالستين، ولو كان كذلك لكان فيها شاة فحصة الأربعين فيها ثلثا شاة، ثم يقدر أنه خلط جميع الستين بالعشرين وذلك ثمانون، وفيها شاة فحصة العشرين منها ربع شاة، فالمجموع خمسة أسداس ونصف السدس، هكذا ذكر الشيخ أبو علي والإمام وهو الموافق للفظ الكتاب. وأورد في «التهذيب» أن على كل واحد منهما على هذا الوجه خمسة أسداس شاة بلا زيادة توجب في العشرين بحساب ما لو كان جميع المالكين مختلطاً؟ وذلك مائة وعشرون وواجبها شاة، فحصة العشرين سدس شاة ويجب في الأربعين ثلثا شاة كما سبق فالمبلغ خمسة أسداس. واعلم: أن هذا التوجيه مثل ما ذكره الشيخ والإمام في الوجه الثاني، وما ذكرناه في هذا الوجه مثل ما ذكره في «التهذيب» في الوجه الثاني، ولم يستمر واحد من الكلامين على طريقة متّحدة والله أعلم.**

**ورابعها:** أن على كل واحد منهما شاة وسدس شاة، نصف شاة في العشرين المختلطة قصرًا لحكم الخلطة على الأربعين، وثلاثا شاة في الأربعين المنفردة على ما سبق.

**وخامسها:** أن على كل واحد منهما شاة ونصف شاة للأربعين المنفردة ونصف شاة للعشرين المختلطة، هذا شرح المسألتين المذكورتين في الكتاب، ثم نعود إلى ما يتعلق بلفظ الكتاب. أما قوله: «فلو خلط عشرين بعشرين لغيره وهو يملك أربعين ببلدة أخرى»، فقد يخطر ببالك في هذا الموضوع بحثان:

**أحدهما:** أنه لم قال: ببلدة أخرى، وما الحكم لو كان بتلك البلدة؛ فاعلم أن أبا نصر صاحب «الشامل» - رحمه الله - صرح بنفي الفرق بين أن يكون الأربعون المنفردة في بلد المال المختلطة أو في بلد أخرى ولا شبهة في أن الأمر على ما ذكر، وكأن تعرض الأصحاب لكون الأربعين في بلدة أخرى أتباع للفظه الشافعي - رضي الله عنه - فإنه هكذا صور المسألة في «المختصر». لكن من يورد القولين لا يحسن منه ذكره في صورة المسألة حسنه في «المختصر»؛ لأنه أجاب فيه على أن الخلطة خلطة ملك، والفرص فيما إذا كان ماله المنفرد في بلدة أخرى يفيد غرض المبالغة؛ لأنه إذا اتحد الحكم وبعض المال في بلدة أخرى، فلائنه يتحد والكل في بلدة واحدة كان أولى.

**والثاني:** أن التصوير فيما إذا اتفق حول صاحب الستين وصاحب العشرين أم فيما إذا اختلف حولهما أم لا فرق؟ والجواب: أنه لا فرق في إثبات القولين ثم إن اختلف الحولان زاد النظر في التفاصيل المذكورة في الفصل قبل هذا. وذكر القاضي ابن كج: أن الخلاف فيما إذا اختلف حولهما فأما إذا اتفقا فلا خلاف في أن عليهما شاة ربعها على صاحب العشرين والباقي على صاحب الستين؟ وهذا يرخص في إعلام قوله في الكتاب: «فقولان» بالواو والمشهور الأول. وقوله: «فإن قلنا بخلطة العين...» إلى آخره في نظم الكتاب خلط في تفريع أحد القولين بالآخر ولم ينص على ما يجب على صاحب الستين على قولنا: الخلطة خلطة ملك.

وقوله عقيب التفريع على هذا القول: «وأما صاحب الستين» يرجع إلى أول الكلام وهو التفريع على خلطة العين فاعرف ذلك، وكان الأحسن به أن يقول: فإن قلنا بخلطة الملك فعلى صاحب العشرين ربع شاة، وإن قلنا بخلطة العين فعليه نصف شاة، وأما صاحب الستين... إلى آخره حتى لا يدخل الكلام من قول في قول، ويجوز أن يعلم قوله: «يلزمه شاة» بالواو، وكذا الحكم المذكور في الوجهين بعده إشعاراً بأن في المسألة وراء هذه الوجهه خلافاً آخر.

وقوله: الصورة الثانية فالأوجه الثلاثة جارية أي على قول خلطة العين، وأما على

قول خلطة الملك فالحكم ما قدمناه، ولك أن تعلم قوله: «جارية» بالواو لما حكينا من الاضطراب في الوجه الثاني والثالث والله أعلم.

قال الغزالي: **الفصل الخامس في تعدد الخليط، فإذا ملك أربعين وخلط عشرين بعشرين لرجل وعشرين بعشرين لآخر فإن قلنا بخلطة الملك فعلى صاحب الأربعين نصف شاة فإن الكل ثمانون وصاحب العشرين يضم ماله إلى خليطه، وهل يضم إلى خليط خليطه؟ فوجهان، فإن ضم فواجبه رزق شاة وإلا فواجبه ثلث شاة لأن المجموع ستون، وإن قلنا بخلطة العين فعلى صاحب العشرين نصف شاة، وفي صاحب الأربعين الوجوه الثلاثة وهو شاة لتغليب الأنفرد، أو نصفها لتغليب الأختلاط، أو ثلثا شاة للجميع بين الأختارين.**

قال الرافعي: كلام هذا الفصل مبني على قولي: خلطة الملك والعين أيضاً، وخاصيته أن الواحد إذا خالط ببعض ماله واحداً وبعضه آخر ولم يخالط أحد خليطة الآخر، وما ترجم الفصل به لا يفصح عن هذه الخاصية، لكنها هي المقصودة.

إذا عرفت ذلك فنقول: إذا كان للرجل أربعون من الغنم فخلط عشرين منها بعشرين لرجل لا يملك سواها، والعشرين الباقية بعشرين لآخر لا يملك سواها، فإن قلنا: الخلطة خلطة الملك فعلى صاحب الأربعين نصف شاة؛ لأنه خليط لهما ومبلغ الأموال ثمانون وواجبها شاة فحصة الأربعين نصفها، وأما كل واحد من صاحبي العشرين فماله مضموم إلى جميع مال صاحب الأربعين، وهل يضم إلى مال الآخر؟ أيضاً فيه وجهان:

أحدهما: نعم، لينضم الكل في حقهما كما انضم في حق صاحب الأربعين.

والثاني: لا؛ لأن كل واحد منهما لم يخالط بماله الآخر أصلاً بخلاف صاحب الأربعين، فإنه خالط كل واحد منهما ببعض ماله فلذلك ضم الكل في حقه، وهذا أصح عند الشيخ أبي علي، والأول اختيار صاحب «التقريب»، وبه أجاب أصحابنا العراقيين.

وإن قلنا بالوجه الثاني، فعلى كل واحد منهما ثلث شاة؛ لأن مبلغ ماله ومال خليطه ستون، وواجبها شاة فحصة العشرين منها ثلث، وإن قلنا بالأول فعلى كل واحد منهما ربع شاة؛ لأن المجموع ثمانون فحصة العشرين منها ربع وإن قلنا: الخلطة خلطة عين فعلى كل واحد من صاحبي العشرين نصف شاة؛ لأن مبلغ ماله وما خالط ماله أربعون، وله نصفها وأما صاحب الأربعين فيجيء فيه الوجوه المذكورة في الفصل الأول في حق صاحب الستين.



أحدهما: أن عليه شاة تغليباً للانفراد، هذا لفظ صاحب الكتاب والأئمة ولم يريدوا به حقيقة الانفراد، فإنه غير منفرد بشيء من ماله، لكن قالوا: ما لم يخالط به زيداً فهو منفرد عنه، ولا فرق بالإضافة إليه بين أن يكون مخلوطاً بمال غيره، وبين أن لا يكون مخلوطاً أصلاً، وإذا كان كذلك فيعطى له حكم الانفراد، ويغلب حتى يصير كالمنفرد بالباقي أيضاً، وكذا بالإضافة إلى الخليط الثاني وكأنه لم يخالط أحداً، وعلى الوجه الثاني يلزمه نصف شاة تغليباً للخلة فإنه لا بد من إثبات حكمها فيما وجدت، ولا بد من ضم ملكية أحدهما إلى الآخر للاجتماع في الملك فكل المال ثمانون وكأنه خلط أربعين بأربعين.

قال في «النهاية»: وهذا الوجه أصح هاهنا، وعلى الوجه الثالث: يلزم ثلثا شاة جمعاً بين اعتبار الخلة والانفراد، وذلك بأن نقول: لو كان جميع ملكه مضموماً إلى ملك زيد لكان المبلغ ستين، وواجبها شاة حصة العشرين منها الثلث، وهكذا نفرض في حق الثاني فيجتمع عليه ثلثان، وعلى الوجه الرابع وهو أن ثمة يجب شاة وسدس فهاهنا يجب شاة مثل ما ذكرنا في الوجه الأول؛ لأننا نوجب في العشرين المختلطة بمال زيد نصف شاة، وكذا في العشرين المختلطة بمال عمرو فيجتمع عليه شاة، وهكذا يكون قياس الوجه الخامس هاهنا فالحاصل في المسألة ثلاثة أوجه على ما ذكر في الكتاب لا غير. ونختتم الباب بذكر صور أخرى مما يتفرع على القولين:

إحداها: ملك ستين من الغنم وخالط بكل عشرين منها عشرين لرجل، فإن قلنا بخلة الملك فعلى صاحب الستين نصف شاة، وفي أصحاب العشرينات وجهان إن ضَمَمْنَا مال بعضهم إلى بعض كما نضم مال صاحب الستين إلى مال كل واحد منهم فعلى كل واحد منهم سدس شاة وإلا فعليه ربع شاة، وإن قلنا بخلة العين فعلى كل واحد من أصحاب العشرينات نصف شاة، وفي صاحب الستين الوجوه على الأول يلزمه شاة.

وعلى الثاني نصف شاة، وعلى الثالث: ثلاثة أرباع شاة؛ لأن كل ماله لو كان مع زيد كان المبلغ ثمانين حصة العشرين المختلطة منها ربع، وهكذا يقدر بالإضافة إلى عمرو وبكر فيجتمع ثلاثة أرباع.

وعلى الرابع: شاة ونصف في كل عشرين نصف شاة كما يجب ذلك على كل خليط.

الثانية: ملك خمساً وعشرين من الإبل فخالط بكل خمس منها خمساً لرجل، إن قلنا بخلة الملك فعلى صاحب الخمس والعشرين نصف حقة؛ لأن الكُلَّ خمسون وفيما على كل واحد من خلطائه وجهان:

أحدهما: عشر حقة.

**والثاني:** سدس بنات مخاض كأنه خلط خمساً بخمس وعشرين لا غير. وإن قلنا بخلطه العين فعلى كل واحد من خلطائه شاة، وفي صاحب الخمس والعشرين الوجوه المتقدم على الأول عليه بنت مَخَاض وعلى الثاني نصف حَقَّة، وعلى الثالث خمسة أسداس بنت مَخَاض؛ لأن جميع ماله لو كان مختلطاً بالخمس التي هي لزيد، مثلاً: كان المبلغ ثلاثين وفيها بنت مَخَاض حصّة الخمس سدسها، وهكذا نقدر في حق سائر الخُلَطَاء فيجتمع ما ذكرنا، وعلى الرابع خمس شياة في كل خمس شاه كما في حق خلطائه.

**الثالثة:** له عشر من الإبل خلط خمساً منها بخمس عشرة لرجل، وخمسة بخمس عشرة لآخر، إن قلنا بخلطة الملك فعلى صاحب العشر ربع بنت لَبُون؛ لأن الكل أربعون، وفيما على صاحبيه وجهان إن ضمنا مال أحدهما مع صاحب العشر إلى الآخر فعلى كل واحد ثلاثة أثمان بنت لَبُون؛ لأن خمسة عشر ثلاثة أثمان أربعين وإن لم نضمه إلا إلى مال صاحب العشرة فعلى كل واحد ثلاثة أخماس بنت مَخَاض؛ لأن الكل خمس وعشرون، وإن قلنا بخلطة العين فعلى كل واحد من الخليطين ثلاث شياه؛ لأنه خالط خمس عشرة بخمس، وحكم الخلطة لا يتعدى المخلوط على هذا القول، وفيما يلزم صاحب العشر الوجوه على الأول يلزمه شاتان كأنه منفرد بالعشر، وعلى الثاني ربع بنت لَبُون كأنه خلط عشراً بثلاثين، وعلى الثالث خمسا بنت مخاض، إذ لو خلط كل العشر بمال زيد لكان فيها بنت مَخَاض، وحصّة الخمس خمس بنت مخاض.

وهكذا نقدر في حق الآخر فيجتمع ما ذكرنا، وعلى الرابع يلزمه شاتان كما ذكرنا في الوجه الأول كما لو كانت الخمستان لشخصين فتعود الأوجه إلى ثلاثة في هذه الصورة، وهذه الصورة من «مولدات» ابن الحَدَّاد، وجوابه فيها أن على صاحب العشر ربع بنت لَبُون، وعلى كل واحد من خليطيه ثلاث شياه وغلطه أبو زيد والخضري وغيرهما، فقالوا: إيجاب ربع بنت اللبون على صاحب العشر جواب على قول: خلطة الملك وإيجاب الشياه عليهما جواب على قول: خلطة العين، ولا يصح أن يفرع الجواب في حق البعض على قول، وفي حق البعض على قول آخر، وصوبه القفال وقال: كلاهما صحيح تفريعاً على قول خلطة العين، أما إيجاب الشاة عليها فظاهر، وأما إيجاب ربع بنت اللبون فهو جرى منه على الوجه الثاني من الوجوه المذكورة على هذا القول؟ وعليه بنى مسائل في «المولدات» ولعل تغليط الشيخين أبي زيد والخضري مبني على أنهما يذهبان إلى الوجه الثالث كما سبق، وتابع الشيخ أبو علي القفال في «التصويب».

الرابعة: [إن] <sup>(١)</sup> أردت أن تفرع صورة على هذه الاختلافات من عند نفسك فقدر أن لكل عشرين من الإبل خلطت كل خمس منها بخمس وأربعين لرجل، وأعرف أنا إن قلنا بخلطة الملك فعليك الأغبط من نصف بنت لبون أو خمس حقة على الصحيح، وذلك لأننا قد قدمنا أن الإبل إذا بلغت مائتين، فالصحيح أن واجبها الأغبط من خمس بنات لبون أو أربع حقا، وجملة أموال خلطائك مع مالك مائتين، فإن كان الأغبط خمس بنات لبون فحصة عشرين منها نصف بنت لبون، وإن كان الأغبط أربع حقا فحصة العشرين منها خمسا حقة، وفيما يجب على خلطائك وجهان إن ضمنا مع ضم مالك إلى مال كل واحد منهم مع ضم مال بعضهم إلى بعض، فعلى كل واحد منهم تسعة أثمان بنت لبون، وهي بنت لبون وثمان أو تسعة أعشار حقة، وإن لم يضم إلى مال كل واحد منهم إلا مالك فعلى كل واحد منهم تسعة أجزاء من ثلاثة عشر جزءاً من جذعة، لأن جملة المال خمس وستون وواجبها جذعة، فحصة خمس وأربعين منهما ما ذكرنا، وإن قلنا بخلطة العَيْن فعلى كل واحد من خلطائك تسعة أعشار حقة؛ لأن المبلغ خمسون، وفيما يلزمك الوجوه على الأول يلزمك أربع شياه كأنك منفرد بالعشرين، وعلى الثاني يلزمك الأغبط من نصف بنت لبون أو خمس حقة كأنك خلطت العشرين بمائة وثمانين، وعلى الثالث يلزمك أربعة أجزاء من ثلاثة عشر جزءاً من جذعة إذ لو خلطت جميع مالك إلى مال زيد من خلطائك لبلغ المجموع خمسا وستين، وفيها جذعة حصة خمس منها جزء من ثلاثة عشر جزءاً من جذعة، وهكذا تقدر في حق الثلاثة الباقين، فيجتمع ما ذكرنا، وعلى الرابع يلزمك أربع شياه كما في الوجه الأول كما لو كانت خمس لرجل، وهذه المسائل كلها مفروضة فيما إذا اتفقت أوائل الأحوال، فإن اختلفت انضم إلى هذه الاختلافات ما سبق من الخلاف عند اختلاف الحول.

مثاله في الصورة الأخيرة: لو اختلف حَوْل خلطائك وحولك فتزكى، وهم في السنة الأولى زكاة الأفراد، وهي الشياه كل عند تمام حوله، وفي سائر السنين كل يؤدي زكاة الخلطة، هذا هو الصحيح وفي القديم الواجب في السنة الأولى أيضاً زكاة الخلطة، وعلى الوجه المنسوب إلى ابن سريج لا تثبت الخلطة أصلاً.

فرع: لو خلط خمس عشرة من الغنم بخمس عشرة لغيره ولأحدهما خمسون ينفرد بها فإن قلنا: الخلطة خلطة عَيْن، فلا شيء على صاحب الخمس عشرة، لأن المبلغ ناقص عن النصاب وعلى الآخر زكاة خمس وستين وهي شاة وهو كمن خالط ذمياً أو مكاتباً حكمه حكم المنفرد، وإن قلنا: الخلطة خلطة مَلِك ففيه وجهان:

(١) في أ (إذ).

أحدهما: أنه لا حكم لهذه الخلطة أيضاً؛ لأن المختلط يجب أن يكون نصاباً ليثبت حكم الخلطة فيه ثم يستتبع غيره.

والثاني: وهو الأصحُ يثبت حكم الخلطة، ويجعل كأن الخمسين مضمومة إلى الثلاثين المختلطة والمجموع ثمانون وواجبها شاة، فيجب على صاحب الخمس والستين<sup>(١)</sup> ستة أثمان شاة ونصف ثمن، وعلى الآخر ثمن ونصف<sup>(٢)</sup> ولا يخفى نظائره على الموفق.

## [باب لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول]

قال الغزالي: الشَّرْطُ الثَّلَاثُ فِي الْحَوْلِ

فَلَا زَكَاةَ فِي التَّعَمِّ حَتَّى يَحْوَلَ عَلَيْهَا الْحَوْلُ إِلَّا السَّخَالَ الْحَاصِلَةَ فِي وَسْطِ الْحَوْلِ مِنْ نَفْسِ النَّصَابِ الَّذِي أُنْعِمَدَ الْحَوْلُ عَلَيْهِ فَإِنَّ الزَّكَاةَ تَجِبُ فِيهَا بِحَوْلِ الْأَمْهَاتِ مَهْمَا أُسِيْمَتْ فِي بَقِيَّةِ السَّنَةِ، فَلَوْ مَاتَ الْأَمْهَاتُ وَهِيَ نَصَابٌ لَمْ تَنْقَطِعِ التَّبَعِيَّةُ (ح و)، وَلَوْ مَلَكَ مِائَةٌ وَعَشْرِينَ فَتَجَبَتْ فِي آخِرِ الْحَوْلِ سَخْلَةٌ وَجِبَ شَاتَانِ لِحُدُوثِهَا فِي وَسْطِ الْحَوْلِ.

قال الرافعي: ذكر في أول «كتاب الزكاة» للمال الواجب فيه ستة شروط:

أحدهما: كونه نعماً.

والثاني: كونه نصاباً، وقد تمَّ الكلام فيهما.

والثالث: الحول فيشترط في وجوب الزكاة في التعم الحول عملاً بإطلاق ما روي أنه ﷺ قال: «لَا زَكَاةَ فِي مَالٍ حَتَّى يَحْوَلَ عَلَيْهِ الْحَوْلُ»<sup>(٣)</sup>. ويستثنى عنه الثَّجَّاجُ فيضم إلى الأمهات في الحول لما روينا من قبل عن عمر<sup>(٤)</sup> - رضي الله عنه - أنه قال لساعيه: «اغْتَدَّ عَلَيْهِمْ بِالسَّخْلَةِ». وعن علي<sup>(٥)</sup> - رضي الله عنه - أنه قال: «اغْتَدَّ عَلَيْهِمْ بِالْكَبَابِ وَالصَّغَارِ».

وإنما يضم بثلاثة شروط:

- (١) في الروضة صاحب الخمسين ستة أثمان ونصف.
- (٢) وصحح النووي في «الروضة» و«الشرح» الثبوت. ينظر الروضة (٤١/٢).
- (٣) أخرجه أبو داود (١٥٧٣) والبيهقي (٩٥/٤) من حديث علي - رضي الله عنه - والدارقطني (٢/٩١) من حديث أنس وعائشة - رضي الله عنهما - والدارقطني أيضاً (٩٠/٢) من حديث ابن عمر.
- (٤) تقدم.
- (٥) قال ابن الملقن في الخلاصة غريب (٢/٢٩٣).

أحدها: أن يحدث قبل تمام الحول سواء كثر الباقي من الحول أو قلّ، فأما إذا حدث بعد تمام الحول فينظر إن حدث بعد إمكان الأداء فلا تضم إلى الأمهات في الحول الأول لاستقرار واجبه ولكن يضم إليها في الحول الثاني، وإن كان قبل إمكان الأداء فطريقان:

أحدهما: وبه قال القاضي أبو حامد: أنه يبنى على القولين وسنذكرهما في أن الإمكان شرط الوجوب أو شرط الضمان، إن قلنا: شرط الوجوب فتضم إلى الأمهات كالنتاج قبل الحول، وإن قلنا: شرط الضمان فلا. واحتج للأول: بأن عمر - رضي الله عنه - قال: «اغْتَدَّ عَلَيْهِمْ بِالسُّخْلَةِ يَرْوِحُ بِهَا الرَّاعِي»<sup>(١)</sup> عَلَى يَدَيْهِ. ومعلوم أنه لا يروح بها إلا وقد ولدت في ذلك اليوم، ولا تعد المواشي إلا بعد الحول، وذكر في البيان أن من الأصحاب من يجعل المسألة على قولين غير مبنيين على شيء.

وأظهرهما: وهو المذكور في «الوسيط» أنه لا يضم أصلاً؛ لأن الحول الثاني ناجز، فالضم إليه أولى من الضم إلى المتقضى.

والشرط الثاني: أن يحدث من نفس ماله أما المُستفاد بالشراء أو الإرث أو الهبة فلا يضم إلى ما عنده في الحول، وبه قال أحمد خلافاً لأبي حنيفة ولمالك أيضاً فيما رواه القاضي ابن كج وغيره. لنا ما روي أنه ﷺ قال: «لَيْسَ فِي مَالِ الْمُسْتَفِيدِ زَكَاةٌ حَتَّى يَحُولَ عَلَيْهِ الْحَوْلُ»<sup>(٢)</sup>. وأيضاً فإنه مستفاد<sup>(٣)</sup> هو أصل بنفسه تجب الزكاة في عينه،

(١) تقدم.

(٢) أخرجه الترمذي (٦٣١، ٦٣٢)، الدارقطني (٩٠/٢) والبيهقي (١٠٤/٤) وقال الترمذي: عبد الرحمن ضعيف في الحديث، والموقوف على ابن عمر أصح.

(٣) والوجه عند مذهب الإمام الأعظم إن اشتراط الحول للمستفاد يؤدي إلى العسر، فوجب ألا يشترط، قياساً على الأولاد والأرباح. وإنما قلنا ذلك - لأن أسباب المستفاد يكثر وجودها، فلو شرطنا الحول لكل مستفاد، يحتاج إلى اعتبار ابتداء الحول وانتهائه لكل مستفاد فيؤدي إلى العسر، والحول في باب الزكاة حيث شرط إنما شرط لدفع العسر والحرَج، فإذا أدى إلى العسر والحرَج وجب ألا يشترط كما قلنا في الأولاد والأرباح. فإن قيل: التعليل يشكل بالمستفاد بخلاف الجنس ثم يقول: أئش تعني بأن اشتراط الحول في المستفاد يؤدي إلى العسر؟ تعني به أصل المشقة أو تعني به نهاية المشقة الخارجة عن الوسع، إن عنيت به الأول، فهو المقصود من العبادات. وإن عنيت به الثاني فلا نسلم أنه ثابت هاهنا، وإن سلمنا أنه يؤدي إلى العسر. ولكن لم قلت بأن لا يشترط؟ وأما القياس على الأولاد والأرباح - قلنا: الفرق ظاهر، وهو أننا قلنا ثم بالضم لعل التبعية، والتبع له حكم الأصل، أما هاهنا بخلافه. ثم هذا معارض بقوله - عليه السلام -: «لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول» وبقوله - عليه السلام -: «من استفاد مالا فلا زكاة عليه حتى يحول الحول». الجواب: أما المستفاد بخلاف الجنس - إنما لا يضم؛ لأن اشتراط الحول لا يؤدي إلى العسر، لأنه لا يكثر وجوده. أما =

فينفرد بالحول كالمستفاد من غير الجنس، وأيضاً فإن أبا حنيفة - رحمه الله - سلم أنه لو كان له دراهم فأخرج زكاتها ثم اشترى بها ماشية لا تضم إلى ما عنده في الحول، فتقيس غيره عليه ثم عندنا المستفادات وإن لم تضم إلى ما عنده في الحول تضم إليه في النصاب على ظاهر المذهب، وبيانه بصور:

إحداها: ملك ثلاثين من البقر ستة أشهر، ثم اشترى عشرة أخرى فعليه عند تمام حول الأصل تبيع، ثم إذا تم حول العشرة فعليه ربع مسنة، فإذا حال حول ثان على الأصل فعليه ثلاثة أرباع مسنة، فإذا حال حول ثان على العشرة فعليه ربع سنة وهكذا أبداً، وهذا كما ذكرنا في طرق الخلطة على الانفراد، يجب في السنة الأولى زكاة الانفراد ويعدّها زكاة الخلطة، وعن ابن سريج أن المستفاد لا يضم إلى الأصل في النصاب كما لا يضم إليه في الحول فعلى هذا لا ينعقد الحول على العشرة حتى يتم حول الثلاثين، ثم يستأنف الحول على الكل.

الثانية: ملك عشرين من الإبل ستة أشهر، ثم اشترى عشرأ فعليه عند تمام حول العشرين أربع شياه، وعند تمام حول العشرة ثلث بنت مخاض، لأنها خالطت العشرين في جميع حولها، وواجب الثلاثين بنت مخاض حصّة العشرة ثلثها، فإذا حال حول ثان على العشرين فعليه ثلثا بنت مخاض، وإذا حال حول ثان على العشرة فعليه ثلث بنت مخاض وهكذا يزكي أبداً. وعلى ما حكى عن ابن سريج عليه أربع شياه عند تمام الحول على العشرين وشاتان عند تمام الحول على العشرة ولا نقول هاهنا بعدم انعقاد الحول على العشرة، حتى يستفتح حول العشرين، لأن العشرة من الإبل نصاب بخلاف العشرة من البقر في الصورة الأولى، ولو كانت المسألة بحالها واشترى خمسا، فإذا تم حول العشرين فعليه أربع شياه وإذا تم حول الخمس فعليه خمس بنت مخاض، وإذا تم الحول الثاني على الأصل فعليه أربعة أخماس بنت مخاض، وعلى هذا القياس وعلى ما حكى عن ابن سريج في العشرين أربع شياه أبداً عند تمام حولها وفي الخمس شاة أبداً، ورأيت في بعض الشروح حكاية وجه آخر: أن الخمسة لا تجري في الحول حتى يتم

= هاهنا بخلافه. قوله: أيش تعني بالمشقة؟ قلنا: نعني بها المشقة الزائدة على المشقة الحاصلة بنفس أداء الزكاة لما ذكرنا، لا أصل المشقة. قوله: بأن الضم في الأولاد كان للتبعية. قلنا: لا نسلم، بل كان لما ذكرنا، من دفع الحرج، لمكان المناسبة. وأما الأحاديث.

قلنا: عموماً خص منها البعض، والعام إذا خص منه البعض بقي حجة. على أن قوله: «من استفاد مالا» - الصحيح أنه من كلام ابن عمر، وقول صحابي واحد لا يكون حجة. هكذا ذكر السمرقندي في طريقته.

حول الأصل، ثم ينعقد الحول على جميع المال، وهذا يطرد في العشرة في الصورة السابقة بلا شك.

**الثالثة:** ملك أربعين من الغنم غرة المحرم ثم اشترى أربعين غرة صفر ثم أربعين غرة شهر ربيع الأول، فقد ذكرناها وما يناظرها في الفصل الثالث من الخلطة. قال الصيدلاني وغيره: وجميع ذلك إذا قلنا: الزكاة في الذمة وأداؤها من غير المال، فإن قلنا: أنها تتعلق بالعين، أو قلنا: هي في الذمة وأداها من المال فينقص الواجب من المستفاد بالقسط، وكذا في الأصل عند تمام الحول الثاني.

**والشرط الثالث:** أن يكون حدوث الفروع بعد بلوغ الأمهات نصاباً، فلو ملك عدداً من الماشية، ثم توالدت فبلغ التنتاج مع الأصل نصاباً، فالحول يبتدىء من وقت كمال النصاب خلافاً لمالك حيث اعتبر الحول من حين ملك الأصول، وبه قال أحمد في إحدى الروايتين، والأصح عنه مثل مذهبنا.

لنا مطلق الخبر: «لَا زَكَاةَ فِي مَالٍ حَتَّى يَحُولَ عَلَيْهِ الْحَوْلُ»<sup>(١)</sup>. ولأنها زيادة بها تم النصاب فيبتدىء الحول من وقت التمام كالمستفاد بالشراء، وإذا اجتمعت الشرائط الثلاث ثم ماتت الأمهات جميعها أو بعضها، والفروع نصاب لم ينقطع حول الأمهات بل تجب الزكاة فيها عند تمام حول الأمهات؛ لأن الولد إذا اتبع الأم في الحكم لم ينقطع الحكم بموت الأم كالأضحية وغيرها، هذا ظاهر المذهب وفيه وجهان آخران:

أحدهما: ويشهر بالأنماطي أنه يشترط بقاء نصاب من الأمهات، فلو نقصت عن النصاب انقطعت التبعية؟ وكان حول الفروع من يوم حصلت؛ لأنها خرجت عن أن تجب فيها الزكاة، ولو انفردت فلا تستتبع غيرها.

**والثاني:** نقله القاضي ابن كج عن رواية أبي حامد: أنه لا يشترط بقاء نصاب منها ولكن لا بد من بقاء شيء منها ولو واحدة. وبه قال أبو حنيفة وقد سبق ذلك في فصل صفات النقصان، وقد ذكرنا مذهب مالك وأحمد أيضاً ثم وأما ما يتعلق بلفظ الكتاب.

فقوله: «إلا في السخال» ليس الحكم مقصوراً على السخال بل العجول والفضلان في معناها. وقوله: «في وسط الحول» إشارة إلى الشُرط الأول، ويجوز أن يعلم بالميم، لأن القاضي ابن كج حكى عن مالك أنها تضم إلى الأمهات، وإن توالدت بعد الحول ولو حصلت بعد الحول، وقبل الإمكان وجعلناها مضمومة إلى الأمهات كما سبق، فلا يكون الحصول في وسط الحول شرطاً، فيجوز إعلامه بالواو أيضاً لذلك.

وقوله: «من نفس النصاب» فيه إشارة إلى الشرطين الآخرين. وقوله: «الذي انعقد عليه الحول» جار مجرى التأكيد والإيضاح. وقوله: «مهما أسيمت في بقية السنة» كالمستغنى عنه في هذا المقام؛ لأنه ليس فيه إلاّ تعرض لشرط السّوم، ونحن إذا تكلمنا في شرط لا نحتاج إلى التعرّض لسائر الشروط في أثنائه. وقوله: «لم تنقطع التبعية» معلّم بالحاء والألف والواو لما قدمناه. وقوله في آخر الفصل: «لحدوثها في وسط الحول» كذا هو في بعض النسخ باللام، وفي بعضها كحدوثها بالكاف.

والأول أقرب إلى سياق كلامه في «الوسيط» فإنه ذكر هذه المسألة بعد ما ذكر ما لو ملك تسعاً وثلاثين، فحدثت سخلة يستفتح الحول من حينئذ، وبين تغييرهما بأنّ هناك لم يكن الأضل نصاباً، ولم انعقد الحول عليه، وهاهنا ما سبق جارٍ في الحول هذا لفظه، وهو معنى قوله هاهنا: لحدوثها في وسط الحول أو في أثناء الحول المنعقد على الأصل وإن قرب من الانقضاء، ومن قرأ كحدوثها في وسط الحول لا يمكنه حمل وسط الحول على ما هو المراد منه عند قوله: «إلاّ في السّخال الحاصلة في وسط الحول فإن المراد ثم ما قبل التمام، ولا شك أن المراد من آخر الحول هاهنا حالة القرب من التمام، وهي قبل التمام فلا يغير حتى يشبه أحدهما بالآخر، فلعله يحمل الوسط على حقيقته المشهورة وليس ذلك بالجيد.

واعلم أن فائدة الضم إنما تظهر إذا بلغت الماشية بالتّاج نصاباً ثانياً كما لو ملك مائة شاة فحدثت إحدى وعشرون سخلة، فأماً إذا لم يحدث إلاّ عشرون فلا تظهر فائدته والاعتبار بالانفصال فلو خرج بعض السخلة وتم الحول قبل انفصالها فلا حكم لها، ولفظ الحصول في قوله: الحاصلة في وسط الحول قد يوهم خلافه فلا يغلط، وإذا اختلف الساعي والمالك فقال المالك: حصل هذا التّاج بعد الحول، وقال الساعي: بل قبله، أو قال المالك: حصل بسبب مستقل، وقال الساعي: بل من نفس النّصاب، فالقول قول المالك فإن اتّهمه الساعي حلقه<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي: الشّرط الرّابع أن لا يزول المملك عن عين النّصاب في الرّكوات العينية، فإن زال بالإبدال بمثله ولو في آخر السنة انقطع الحول، فلَوْ عَادَ بِفَسْخٍ أوردَ بَعِيْبٍ اسْتَوْفَى الحَوْلَ وَلَمْ يَبْنِ، وَكَذَا إِذَا انْقَطَعَ مَلِكُهُ بِالرّذَةِ ثُمَّ اسْلَمَ، وَكَذَا لَا يَبْنِي حَوْلَ

(١) قال أصحابنا: لو كان عنده نصاب فقط، فهلك منه واحدة وولدت واحدة في حالة واحدة، لم ينقطع الحول، لأنه لم يخل من نصاب.

قال صاحب «البيان» لو شك، هل كان التلف والولادة دفعة، أو سبق أحدهما، لم ينقطع الحول، لأن الأصل بقاءه. ينظر الروضة (٤٣/٢ - ٤٤).



وَأَرِيهِ إِذَا مَاتَ عَلَى حَوْلِهِ، وَمَنْ قَصَدَ بَيْعَ مَالِهِ فِي آخِرِ الْحَوْلِ صَحَّ بَيْعُهُ (م) وَأَثِمَ.

قال الرافعي: قد سبق أنَّ الزَّكَاةَ ضربان: زكاة تتعلَّق بالقيمة وهي زكاة التَّجَارَةِ فلا يقدر فيها إبدال عين بعين، وزكاة تتعلَّق بالعين والأعيان التي تجب فيها الزَّكَاةُ، ويشترط في وجوبها الحَوْلُ، ولو زال الملك عنها في خلاله انقطع الحول؟ سواء بادل بجنسه كالإبل بالإبل، أو بغير جنسه كالإبل بالبقر<sup>(١)</sup>، وإذا تَبَادَلَا بكل واحد منهما يستأنف الحَوْلُ، وكذا الحكم في التَّقْدِينِ إذا بادل الذهب بالذهب أو بالورق ولم يكن صرفياً يقصد به التجارة، وإن كان صرفياً اتَّخَذَ التَّصْرُفُ في التَّقْدِينِ متجرأً، ففيه وجهان في رواية أبْنِ كَعَجٍ والحَطَّائِيَّ وصاحب «المهذب» وغيرهم، وقولان في رواية الشيخ أبي محمد وصاحب «التَّهذِيبِ» وآخرين:

أحدهما: لا ينقطع الحَوْلُ كما في العروض لو بادل بعضها ببعض على قصد التَّجَارَةِ.

وأصحهما: وهو الجديد على رواية القولين أنه ينقطع؛ لأن التَّجَارَةَ فيها ضعيفة نادرة والزكاة الواجبة فيها زكاة عين، وإلى هذا ذهب أبْنُ سُرَيْجٍ ويحكى عنه أنه قال: «بَشُرُوا الصَّيَارِفَةَ بِأَنْ لَا زَكَاةَ عَلَيْهِمْ وَبَنَى الصَّيْدِلَانِي وَطَائِفَةُ الْمَسْأَلَةِ عَلَى أَصْلٍ، وَهُوَ أَنَّ زَكَاةَ التَّجَارَةِ وَزَكَاةَ الْعَيْنِ إِذَا اجْتَمَعَتَا فِي مَالٍ أَيْتَمَهُمَا تَقَدَّمُ، وَفِيهِ خِلَافٌ مَذْكُورٌ فِي الْكِتَابِ فِي مَوْضِعِهِ إِنْ غَلِبْنَا زَكَاةَ التَّجَارَةِ لَمْ يَنْقَطِعِ الْحَوْلُ، وَإِنْ غَلِبْنَا زَكَاةَ الْعَيْنِ، فَحِينَئِذٍ فِيهِ وَجْهَانٌ: وَجْهٌ عَدَمُ الْإِنْقِطَاعِ أَنْ دَوَامَ الْمَلِكِ حَوْلًا شَرْطٌ فِي زَكَاةِ الْعَيْنِ، وَقَدْ فَقَدَ فَيَصَارُ إِلَى زَكَاةِ التَّجَارَةِ كَمَا لَوْ لَمْ يَبْلُغْ مَالَهُ نَصَابُ زَكَاةِ الْعَيْنِ، وَبَلَّغَتْ قِيَمَتُهُ نَصَابُ زَكَاةِ التَّجَارَةِ تَجِبُ زَكَاةُ التَّجَارَةِ، وَإِزَالَةُ الْمَلِكِ عَنْ بَعْضِ الْمَالِ وَالْبَاقِي دُونَ النِّصَابِ كِإِزَالَتِهِ عَنْ جَمِيعِ النِّصَابِ، هَذَا تَفْصِيلٌ مَذْهَبِنَا وَسَاعَدَنَا أَبُو حَنِيفَةَ فِي الْمَوَاشِي، وَقَالَ فِي مِبَادِلَةِ التَّقْدِ بِالنَّقْدِ<sup>(٢)</sup>: أَنَّ الْحَوْلَ لَا يَنْقَطِعُ سِوَاءَ بَدَلِ الْجِنْسِ بِالْجِنْسِ أَوْ بِغَيْرِ الْجِنْسِ. وَقَالَ فِي مِبَادِلَةِ بَعْضِ النِّصَابِ الْجِنْسِ: لَا يَنْقَطِعُ الْحَوْلُ سِوَاءَ فِيهِ الْمَوَاشِي وَغَيْرَهَا بِنَاءٍ عَلَى أَصْلَيْنِ:

(١) قال الشيخ الإمام البلقيني: يستثنى من هذا الشرط مسألة تتعلق بالتقدين، وهي ما لو ملك نصاباً من نقد ومكث عنده ستة أشهر مثلاً ثم أقرضه إنساناً، فإن الحول لا ينقطع فإذا كان بلياً أو عاد إليه أخرج الزكاة عند تمام الأشهر الباقية. صرح بذلك الشيخ أبو حامد الإسفرايني في تعليقه في باب زكاة التجارة في الكلام على من اشترى غرضاً للتجارة بنصاب من الأثمان وجعل ذلك أصلاً متفقاً عليه.

(٢) قال الشيخ البلقيني: الخلاف لا يختص بالنقود، بل لو كانت عنده سائمة نصاباً للتجارة، فبادل بها نصاباً من جنسها للتجارة كان كالمبادلة بالنقود ذلك مقتضى كلام الماوردي في الحاوي فيما إذا باع بشرط الخيار. قاله البكري.

أحدهما: أن نُقْصَانَ النُّصَابَ فِي أَثْنَاءِ الْحَوْلِ لَا يَقْطَعُ الْحَوْلَ عِنْدَهُ.

والثاني: أن المستفاد بالشراء ونحوه يضم إلى الأصل في الحول، فقال مالك: إذا بادل نصاباً بجنسه بني على الحول سواء فيه المواشي وغيرها، وفي مبادلة الحيوان بالنقد وعكسه ينقطع، وفي مبادلة جنس من الحيوان بجنس آخر عنه روايتان، وقال أحمد في مبادلة النُّقْدِ بِالنُّقْدِ بِقَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ - رحمه الله - وفي مبادلة الجنس بالجنس من المواشي بقول مالك، وفي مبادلة الجنس بالجنس من المواشي قال: ينقطع. لنا: ما روي أنه ﷺ قال: «لَا زَكَاةَ فِي مَالٍ حَتَّى يَحُولَ عَلَيْهِ الْحَوْلُ»<sup>(١)</sup>. لأنه أصل تجب الزكاة في عينه فلا يبنى حوله على حول غيره كالجنسين، وكل ما ذكرناه في المبادلة الصحيحة أما القاسدة فلا تقطع الحول، لأنها لا تزيل الملك خلافاً لأبي حنيفة فيما إذا اتصل القبض بها.

ثم لو كانت سائمة وعلفها المشتري فقد قال في «التهذيب»: هو كعلف الغاصب لقطع الحول، وفيه وجهان وقال القاضي ابن كج: عندي تسقط الزكاة وينقطع الحول، لأنه مأذون من جهة المالك في التصرف، فأشبهه علفه علف الوكيل بخلاف الغاصب، ولو باع معلوفه بيعاً فاسداً فأسامها المشتري فهو كما لو أسامها الغاصب، وسيأتي ذلك إذا عرفت هذا الأصل فيتعلق به مسائل:

إحداها: لو باع المال الزكوي، أو باده قبل تمام الحول ثم وجد المشتري به عيباً قديماً نظر إن لم يَمْضِ عليه حول من يوم الشراء، فله الرد بالعيب، والمردود عليه يستأنف الحول سواء رده بعد القبض أو قبله.

وقال أبو حنيفة - رحمه الله -: إن رده قبل القبض أو بعده لكن بقضاء القاضي يبنى على الحول الأول، وإن رده بعد القبض بالرِّضَا يستأنف، وإن مضى عليه حول من يوم الشراء، ووجب عليه الزكاة فينظر إن لم يخرج الزكاة بعد فليس له الرد؟ سواء قلنا: الزكاة تتعلق بالعين، أو بالذمة؛ لأن للساعي أخذ الزكاة من عينها لو تعذر أخذها من المشتري، فلا يتقاعد وجوب الزكاة فيه عن عيب حادث، ولا يبطل حق الرد بالتأخير إلى أن يؤدي الزكاة؛ لأنه غير متمكّن من الرد قبله، وإنما يبطل الحق بالتأخير مع التمكن، ولا فرق في ذلك بين عروض التجارة وبين الماشية التي تجب زكاتها من جنسها وبين الإبل التي تجب فيها الغنم وبين سائر الأموال.

وفي كلام أبْنِ الْحَدَّادِ تجوز الرُّدُّ قبل إخراج الزكاة، ولم يشتهه وجهاً وإن أخرج الزكاة نظر إن أخرجها من مال آخر فينبني جواز الرد على أن الزكاة تتعلق بالعين أو تجب في الذمة، وفيه خلاف يأتي من بعد أن قلنا: تجب في الذمة، والمال مرهون به

فله الرد كما لو رهن ما اشترى ثم انفك ووجد به عيباً، وإن قلنا: يتعلق بالعَيْنِ تعلق الأرش بالعبد الجاني، فكذلك الجواب، وإن قلنا: المسكين شريك فهل له الرد؟  
حكى الشيخ أبو علي فيه طريقين:

أحدهما: أن فيه وجهين كما لو اشترى شيئاً وباعه وهو غير عالم بعيبه، ثم اشتراه أو ورثه هل يرد؟ فيه خلاف وهذا ما ذكره العراقيون والصيدلاني وغيرهم.

والثاني: القطع بأن له الرد إذ ليس للمسكين شركة محققة في هذا المال، ألا ترى أن له أن يؤدي الزكاة من مال آخر؟ بخلاف ما لو باعه، فإنه زال الملك لا محالة، ولأنه بالبيع قد استندرك الظلّامة التي لحقته بالشراء من حيث أنه رُوِّج كما روح عليه وبإخراج الزكاة لم يستدرك الظلّامة.

قال الشيخ: وهذا الطريق هو الصّحيح، وبه أجاب كثير من أئمتنا ولم يذكروا سواه، ورأيت للقاضي ابن كج رواية وجه غريب، أنه ليس له الرد على غير قول الشركة أيضاً؛ لأن ما أداه عن الزكاة قد يخرج مستحقاً، فيتبع الساعي عين النصاب.

وإمام الحرمين أشار إلى هذا الوجه لكن خصّه بقدر الزكاة، وقال فيما وراءه قولاً تفریق الصفة، وإن أخرج الزكاة من عين المال، فإن كان الواجب من جنس المال، أو كان من غير جنسه فباع منه بقدر الزكاة، فهل له ردُّ الباقي؟ فيه قولان:

أحدهما: وهو المنصوص عليه في الزكاة: أنه ليس له ذلك، وهذا إذا لم نجوز تفریق الصفة، وعلى هذا هل يرجع بالأرش؟ منهم من قال: لا يرجع إن كان المخرج باقياً في يد المساكين، فإنه رُبّما يعود إلى ملكه فيتمكن من أداء الجميع فإن كان تالفاً رجع، ومنهم من قال: يرجع مطلقاً وهو ظاهر نصّه. لأن نقصانه عنده كعيب حادث، ولو حدث عيب وامتنع الرد يرجع بالإرش ولا ينتظر زوال العيب الحادث.

القول الثاني: أنه ير الباقي بحصّته من الثمن، وهذا إذا جوّزنا تفریق الصّفقة وسيأتي القولان في موضعهما - إن شاء الله تعالى.

وفيه قول ثالث أنه يرد الباقي وقيمة المخرج في الزكاة، ويسترد جميع الثمن ليحصل غرض الرد، ولا تتبع الصّفقة ولو اختلفا في قيمة المخرج على هذا القول، فقال البائع: ديناران؟ وقال المشتري: بل دينار، فالقول قول من؟ فيه قولان:

أحدهما: قول البائع، لأن الأصل استمرار ملكه في الثمن، فلا يسترد منه إلا بما يقربه.

والثاني: قول المشتري؛ لأنه غارم لما أخْرجه.

المسألة الثانية: حكم الإقالة حكم الرد بالعيب في جميع ما ذكرنا، ولو باع المال الزكوي في خلال الحول بشرط الخيار وفسخ البيع فإن قلنا: الملك في زمان الخيار

للبيع أو هو موقوف بنى على حوله ولم يستأنف، وإن قلنا: إنه للمشتري فالبيع يستأنف بعد الفسخ.

**الثالثة:** لو ارتد في خلال الحول هل ينقطع الحول؟ يبني على الخلاف في ملك المرتد، إن قلنا: يزول بالردة ينقطع، فإن عاد إلى الإسلام استأنف، وإن قلنا: لا يزول فالحوّل مستمر، وعليه الزكاة عند تمامه، وإن قلنا: إنه موقوف فإن هلك على الردة تبين الانقطاع من وقت الردة، وإن عاد إلى الإسلام تبين استمرار الملك ووجوب الزكاة على المرتد في الأحوال الماضية، في الردة يبني على هذا الخلاف أيضاً، وسنذكره في الركن الثالث - إن شاء الله تعالى.

**الرابعة:** لو مات في أثناء الحول وانتقل مال الزكاة إلى الوارث هل يبني على حول المورث؟ فيه قولان:

**القديم:** نعم؛ لأنه حليفته في حقوق الملك ألا ترى أنه يقوم مقامه في حق الخيار والرد بالعيب.

**والجديد:** وهو المذكور في الكتاب: أنه لا يبني بل يبتدىء الحول من يوم ملكه كما لو ملك بالشراء وغيره، وبهذا قال أبو حنيفة وذكر القاضي ابن كجج أن أبا إسحاق قطع به وامتنع من إثبات قول آخر فحصل في المسألة طريقتان وحيث قلنا: لا يبني، فلو كان مال تجارة لا يتعقد الحول عليه حتى ينصرف الوارث بنية التجارة ولو كانت سائمة، ولم يعلم الوارث الحال تى تم الحول، فهل تجب الزكاة أم يبتدىء الحول من يوم علم؟. فيه خلاف مبني على أن قصد السوم، هل يعتبر؟ وسيأتي ذلك.

**الخامسة:** لا فرق في انقطاع الحول بالمبادلة والبيع في خلاله بين أن يكون محتاجاً إليه وبين أن لا يكون بل قصد الفرار من الزكاة إلا أنه يكره الفرار، وعن مالك وأحمد أنه إذا قصد الفرار من الزكاة أخذت منه الزكاة، وهل ذلك لامتناع صحة البيع أم كيف الحال؟ قال في «الوسيط» عند مالك لا يصح البيع، وأشار المسعودي إلى أنه إذا عاد إلى ملكه يبني ولا يستأنف. ونقل القاضي ابن كجج أنه إذا باع، وقد قرب الحول فراراً من الزكاة، أخذت منه الزكاة، وهذا يؤهم الاكتفاء بما مضى من الحول - والله أعلم -. ونرجع الآن إلى ما يتعلق بلفظ الكتاب ونظمه.

أما قوله: أن لا يزول الملك عن عين النصاب في الزكوات العينية فلا شك أن المراد منه عدم الزوال مدة الحول لا على الإطلاق واحترز بالزكاة العينية عن زكاة التجارة، فلم يتبادل فيها لا يقدر على ما قدمنا؟ ولمستدرك أن يقول: الكلام الآن في زكاة النعم، والشروط المذكورة تنصرف من حيث النظم والترتيب إليها فلا حاجة إلى الاحتراز عن زكاة التجارة وهو غير متناول بالكلام.

واعلم أن السابق إلى الفهم من حولان الحول هو مضيّ المدة المعلومة في ملكه بصفة التوالي، لكن لا يمكن أن يكون مراد صاحب الكتاب من شرط الحول هذا؛ لأنه لو أراد لارتفع الفرق بين الشرط الثالث والرابع وعاد إلى شيء واحد، بل المراد من شرط الحول في إيراده مجرد مضي المدة في ملكه من غير اعتبار صفة التّوالي.

وقوله: «فإن زال بالإبدال بمثله لا فرق عندنا بين أن يبدله بالمثل أو بغير المثل، وإنما خص الكلام بالإبدال بالمثل؛ لأنه محل النظر والخلاف على ما تقدم، وأعلم لذلك قوله: «انقطع الحول» بالحاء والميم والألف.

وقوله: «ولو عاد بفسخ أورد بعيب» الرد بالعيب هو ضرب من الفسخ أيضاً، لكن كأنه أراد بالفسخ ما يثبت، لا بسبب العيب كالفسخ بشرط الخيار، وخيار الرؤية إن أثبتناه والمُقَابَلَةُ إِذَا جَعَلْنَاهَا فَسْخًا وَهُوَ الصَّحِيحُ.

وقوله: «وكذا إذا انقطع ملكه بالردة» أي: إذا قلنا: إن الردة تزيل الملك، فإذا أسلم استأنف الحول على ما بينا وقد رسم قوله: «وكذا إذا انقطع» بالواو للخلاف في الردة، هل تزيل الملك أم لا؟ فإن في نفس اللفظ إشعاراً لكن لأنه ذكر في «الوسيط»: أن القول القديم في أن الوارث يبني على حول الموروث طرد في أن المرتد بعد الإسلام يبني، وإن حكمنا بانقطاع ملكه بالردة. وحكى الحنطي أيضاً وجهاً على هذا القول أنه لا يستأنف. وقوله: «ومن قصد بيع ماله» فيه إضمار أي قصده فراراً من الزكاة، وأعلم قوله: «صح بيبعه» بالميم لما ذكرنا عن مالك في بعض الروايات.

وقوله: «وأنتم» حكم بالتخريم وقد حكاها إمام الحرمين عن بعض المصنّفين، وتردد فيه من جهة، أنه تصرف مسوغ ولو أثنمناه لكان ذلك بمجرد القصد والموجود في لفظ الشافعي - رضي الله عنه - وجمهور الأصحاب إنما هو الكراهية - والله أعلم -.

قال الغزالي: الشَّرْطُ الْخَامِسُ السُّؤْمُ، فَلَا زَكَاةَ فِيْمَا عُلِفَ فِي مُعْظَمِ السَّنَةِ، وَفِيْمَا دُونَهُ أَرْبَعَةٌ أَوْجِبُهُ: أَفْقَهَهَا: أَنَّ الْمُسْقَطَ قَدْرٌ يَعُدُّ مَوْوَنَةً بِالإِضَافَةِ إِلَى رَفْعِ السَّائِمَةِ، وَقِيلَ: لَا يَسْقَطُ إِلاَّ الْعُلْفُ فِي مُعْظَمِ السَّنَةِ، وَقِيلَ: الْقَدْرُ الَّذِي كَانَتِ الشَّاةُ تَمُوتُ لَوْلَاهُ يَسْقَطُ حَتَّى لَوْ أَسَامَهَا نَهَاراً وَعَلَفَهَا لَيْلًا لَمْ يَسْقَطْ، وَقِيلَ: كُلُّ مَا يَتَمَوَّلُ مِنَ الْعُلْفِ يَسْقَطُ.

قال الرافعي: لا تجب الزكاة في النعم إلا بشرط السؤم خلافاً لمالك واحتج الشافعي - رضي الله عنه - بمفهوم ما روي أنه ﷺ قال: «فِي سَائِمَةِ الْعَنَمِ زَكَاةٌ»<sup>(١)</sup> وعن

(١) قال ابن الملقن: لا أعرفه هكذا، ولكن موجود في الحديث الآتي. قلت: يريد حديث أنس - رضي الله تعالى عنه - انظر الخلاصة (١/٢٩١).

أنس: «أَنَّ أَبَا بَكْرٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - كَتَبَ لَهُ فَرِيضَةَ الصَّدَقَةِ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ تَعَالَى رَسُولَهُ ﷺ بِهَا، وَفِي صَدَقَةِ الْعَنْمِ فِي سَائِمَتِهَا إِذَا كَانَتْ أَرْبَعِينَ إِلَى عِشْرِينَ وَمِائَةِ شاةٍ»<sup>(١)</sup>.

إذا عرف ذلك فالسائمة في جميع الحول تجب فيها الزكاة، والمغلوفة في جميع الحول أو أكثره لا زكاة فيها، وإن أُسِّمَت بعض الحول، وعلفت في بعضه وهو دون المعظم. فقد حكى في الكتاب فيه أربعة أوجه:

**أفقهها**<sup>(٢)</sup> عنده: أنه إن علفت قدراً يعد مؤنة بالإضافة إلى رفق السائمة فلا زكاة، وإن استحقق بالإضافة إليه وجبت الزكاة كما لو أُسِّمَت في جميع الحول، وفسر رفق السائمة بدرّها ونسلها وأصوافها وأوبارها، ويجوز أن يقال: المراد منه رفق إسائمتها فإن في الرعي تخفيفاً عظيماً، فإن كان قدر العلف حقيراً بالإضافة إليه فلا عبء به، وإلى هذا الوجه يميل كلام القاضي ابن كج، وفيما علّق عن الشيخ أبي محمد أنّ أبا إسحاق رجع إليه بعدما كان يعتبر الأغلب.

**والثاني:** أن ذلك لا أثر له وإنما ينقطع الحول وتسقط الزكاة العلف في أكثر السنة وبه قال أبو حنيفة وأحمد - رحمهما الله -؛ لأنه إذا كانت الإسامة أكثر تخفف المؤنة.

ويحكى هذا عن ابن أبي هريرة تخريجاً من أحد القولين في السقي بماء السماء والنضح: أنه يعتبر الأغلب منهما وعلى هذا الوجه لو استويا قال في «النهاية»: فيه تردد، والأظهر السقوط.

**والوجه الثالث:** أنه إن علف قدراً كانت الماشية تعيش لولاه لم يؤثر وإن علف قدراً كانت تموت لو لم ترع ولا علقت في تلك المدة انقطع الحول وسقطت الزكاة لظهور المؤنة، وهذا هو الذي ذكره الصّيدلاني وصاحب «المهذب» وكثير من الأئمة، وقد قيل: إن الماشية تصبر عن العلف اليوم واليومين ولا تصبر ثلاثة فصاعداً.

قال في «النهاية»: ولا يبعد أن يلحق الضرب البين بالهلاك على هذه الطريقة.

**والوجه الرابع:** أن ما يتمول من العلف وإن قل يبطل حكم السوم فلو أُسِّمَت بعد ذلك استؤنف الحول؛ لأن رفق السوم لم يتكامل.

فإن قلت: هذه الوجوه مخصوصة بما إذا لم يقصد بالعلف قطع السوم وإن قصده

(١) تقدم.

(٢) لم يصرحا به بترجيح إلا أنه يشعر كلاهما بترجيح ما رجحا من زيادة «الروضة»، وفي «المحرر» و«المنهاج» إن علقت قدراً يعيش بدونه لم يؤثر، ووجبت الزكاة وإلا فلا، ورجح في «الشرح الصغير» أنها إن علقت قدراً يعد مؤنة بالإضافة إلى رفق السائمة فلا زكاة، وإن استحقق بالإضافة إليه وجبت الزكاة، وفسر الرفق بدرّها ونسلها وأصوافها وأوبارها كما هو مذكور هنا.

ينقطع الحَوْل لا محالة<sup>(١)</sup> أو هي مخصوصة بما إذا قصده، وإن لم يقصد لم يؤثر لا محالة أو هي شاملة للحالتين. فاعلم أن في كلام التّالقين لبساً في ذلك، ولعل الأقرب تخصيص الخلاف بما إذا لم يقصد شيئاً، أما إذا علف على قصد قطع السّوم ينقطع الحول لا محالة كذا أورد صاحب «العدة» وغيره ولا أثر لمجرد نيّة العلف ولو علفها قدرأ يسيراً لا يتموّل فلا أثر له أيضاً، وإليه أشار بقوله في الكتاب في الوجه الرابع، وقيل: كل ما يتمول من العلف يسقط، ويجوز أن يعلم من لفظ الكتاب ما سوى الوجه الثاني بالألف والحاء لما ذكرنا أن مذهبهما الثاني ولا يخفى على المراد من قوله: ولا زكاة فيما علف في معظم السنّة ما إذا تمخّض العلف إذ لو كانت تسام نهراً وتعلف ليلاً في جميع السنّة<sup>(٢)</sup> كان موضع الخلاف على ما سبق.

فرع: لو كانت ماشية سائمة لكنها تعمل كالنّواضح ونحوها، فهل تجب الزّكاة فيها؟ فيه وجهان حكاهما أبو القاسم الكرخي وآخرون:

أصحهما: لا، وبه قال أبو حنيفة - رحمه الله - وهو الذي أورده معظم العراقيين؛ لأنها لا تقتني للنّماء، وإنما تقتني للاستعمال فلا تجب الزّكاة فيها كثياب البدن ومتاع

(١) قال في «المهمات»: وقد رأيت في «الشافعي» للجرجاني التصريح بالخلاف حيث قال: وإن علفها الحول أو بعضه ولم ينو نقلها إلى العلف، فلا حكم له وإن قوله: انقطع حولها في أصح الوجهين.

وقال في القوت عن التخصيص نقله جماعة وجهاً آخر في المسألة بلا ترجيح. وقال البندنجي: إنه المذهب والأقيس، ولم يحكه القاضي أبو الطيب. قال السبكي: وقد حكاه الروياني عن نصه في «الأم»، وعلله بأن النية إذا قارنت الفعل المسقط للزكاة سقطت، وإن حل الفعل واستغربه وقال: قال البندنجي: إنه المذهب، وفي القوت وجزم به في «التحرير»، وغلط من قال غيره، فحصل خمسة أوجه هذا أصحها، هذا وسبق له نظر عن النص في شروط الصلاة. وحكى جماعة وجهاً سادساً أن القاطع للسوم علف ثلاثة أيام أي فأكثر لا ما دونها، وعلى كل تقدير فلا بد أن يكون العلف مما يتمول، وإلا فلا أنزله لعدم إجلاله بمقصود السوم، ولا أثر لمجرد نيّة العلف.

(٢) ولو أسيمت في كلاً مملوك، فهل هي سائمة، أم معلوفة؟ وجهان حكاهما في «البيان» وأصح الأوجه الأربعة: أولها، وصححه في «المحرر». قال قاضي القضاة جلال الدين البلقيني: لم يذكر صورته، ولعل صورته أن ينبت الكلاً في أرض من العامر مملوكه لشخص أو موقوفة عليه، فهذا كلاً مملوك، فلو كان الكلاً نابتاً في أرض الموات أو أرض الحمى، فهذا كلاً غير مملوك فلا يجوز أخذ العوض عنه على ما ذكره المصنف من زيادته عن الماوردي في الأحكام السلطانية.

قال الماوردي من الباب الخامس عشر في إحياء الموات: ولا يجوز لأحد من الولاة أن يأخذ من أرباب المواشي عوضاً من مراعي الموات أو الحمى. قاله البكري.

الدار. وروي أنه عليه السلام قال: «لَيْسَ فِي الْبَقْرِ الْعَوَامِلِ صَدَقَةٌ»<sup>(١)</sup>.

والثاني: نعم، لحصول الرفق بالإسامة وزيادة فائدة الاستعمال، وفي لفظ «المختصر» ما يمكن الاحتجاج به لهذا الوجه، وهو الذي ذكره الشيخ أبو محمد في «مختصر المختصر» وغيره.

قال الغزالي: وَلَوْ اَعْتَلَفَتِ الدَّابَّةُ بِنَفْسِهَا أَوْ عَلَفَهَا المَالِكُ لِامْتِنَاعِ السُّومِ بِالثَّلَجِ عَلَى أَنْ يَرُدَّهَا إِلَى الإِسَامَةِ أَوْ عَلَفَهَا المَاصِبُ فَنَبِي سُقُوطِ الزُّكَاةِ وَجِهَانٍ يُعْبَرُ عَنْهُمَا بِأَنَّ القَصْدَ هَلْ يُعْتَبَرُ؟ وَكَذَا الخِلَافُ فِي قَصْدِ السُّومِ فَإِنْ أَوْجَبْنَا الزُّكَاةَ فِي مَعْلُوفَةٍ أَسَامَهَا المَاصِبُ فَنَبِي رُجُوعِهِ بِالزُّكَاةِ عَلَى المَاصِبِ وَجِهَانٍ:

قال الرافعي: الأضلُّ في هذه المسائل أنه اختلف الوجه في أن القصد في العلف والسوم هل يعتبر؟ فمن الأصحاب من قال: لا يعتبر، أما في العلف فلا لأنه يفوت شرط السوم سواء كان عن قصد، أو لم يكن. وأما في السوم؛ فلا لأنه يحصل به الرفق وتخف المؤنة، وإن لم يكن عن قصد. ومنهم من قال: يعتبر.

إما في العلف، فلا لأنه إذا لم يقصده يُدام حكم السوم رعاية لجانب المحتاجين.

وإما في السوم فلا لأنه إذا لم يتلزم وجوب الزكاة في هذا المال وجب أن لا يلزم، ويتفرع على هذا الأصل صور: منها لو اعتلفت سائمة بنفسها القدر المؤثر من العلف، هل ينقطع الحول؟ فيه وجهان والموافق لاختيار الأكثرين في نظائرها: أنه ينقطع لفوات شرط السوم فصار كفوات سائر شروط الزكاة، لا فرق فيه بين أن يكون عن قصد أو اتفاقاً، ولو رتعت الماشية بنفسها ففي وجوب الزكاة وجهان أيضاً، وفي كلام أصحابنا العراقيين طريقة أخرى قاطعة بعدم الوجوب هاهنا.

ومنها: لو علف المالك ماشيته لامتناع السوم بالثلج وهو على عزم ردها إلى الإسامة عند الإمكان، ففيه الوجهان:

أظهرهما: انقطاع الحول لفوات الشرط.

والثاني: لا، كما لو لبس ثوب تجارة لا بنية القنية لا تسقط الزكاة.

واعلم: أن العلف جرى في هذه الصور بقصد المالك واختياره، لكن لما كانت الضرورة داعية إليه وكان ملجأ إليه ألحقت الصورة بما إذا جرى العلف من غير قصده،

(١) أخرجه الدارقطني (١٠٣/٢) من طريقه وأخرجه البيهقي (١١٦/٤)، وانظر التلخيص (١)



وطرد الخِلاف فيها. ومنها: لو غصب سَائِمَةً وعلفها فيخرج أولاً على أنه لو لم يَغْلِفْهَا، هل كان تجب الزكاة فيها أم لا تجب لكونها مغصوبة؟ وفيه خلاف يأتي في الفصل التالي لهذا الفصل. فإن قلنا: لا زكاة في المَغْصُوب فلا شيء فيها.

وإن قلنا: تجب الزكاة في المغصوب فهاهنا وجهان:

أحدهما: تجب؛ لأن فعل الغاصب عديم الأثر في تَغْيِيرِ حُكْمِ الزكاة، ألا ترى أنه لو غصب ذهباً وصاغه حلياً لا تسقط الزكاة؟

والثاني: لا تجب لفوات شرط السوم كما لو ذبح الغاصب بعض الماشية وانتقص التصاب وهذا أصح عند الأكثرين، وفصل الشيخ أبو محمد، فقال: إن علفها بعلف من عنده فالأظهر أن حكم السوم لا ينقطع؛ لأنه لا يلحق مؤنة بالمالك، ولو كان الأمر بالعكس فغصب معلوفة وأسامها، إن قلنا: لا زكاة في المغصوب، فذاك، وإن قلنا: تجب فوجهان:

أحدهما: تجب لحصول الرفق وخفة المؤنة، وصار كما لو غصب حنطة وبذرها يجب العشر فيما ينبت منها.

وأظهرهما: لا تجب؛ لأن المالك لم يقصد الإسامة وشبهوا ذلك بما إذا رتعت الماشية بنفسها، لكن الخلاف يجري فيه على أحد الطريقتين كما سبق، وإذا أوجبنا الزكاة فقد حكى في «التهديب» وجهين في أنها تجب على الغاصب، لأنها مؤنة لزمته بفعله أو على المالك؛ لأن نفع خفة المؤنة عائد إليه. ثم حكى على هذا وجهين آخرين في أنه إذا أخرج المالك بزكاة، هل يرجع بها على الغاصب.

وقوله في الكتاب: «فإن أوجبنا الزكاة في معلوفة أسامها الغاصب، ففي رجوعه بالزكاة على الغاصب وجهان، أراد به إن أوجبناها على المالك وجه عدم الرجوع أن سبب الزكاة ملك المال ووجه الرجوع، وهو الأظهر أنه لولا فعل الغاصب لما وجبت الزكاة. وقطع صاحب «التتمة» بالرجوع ورد الخلاف إلى أنه هل يؤمر الغاصب بالإخراج أم يخرج المالك ثم يغرم له الغاصب؟ وذكر في «النهاية» وجهين في أنا إذا أثبتنا الرجوع للمالك، هل يرجع قبل إخراج الزكاة أم يخرج ثم يرجع؟ واعلم: أن الجاري على قياس المذهب لمن أوجب الزكاة هاهنا أن يوجبها على المالك ثم يغرم له الغاصب. أما إيجاب الزكاة على غير المالك فبعيد وإن كنا نوجب عليه ابتداءً فيجب أن يوجب أيضاً، إن قلنا: لا تجب الزكاة في المغصوب.

قال الغزالي: الشرط السادس كمال الملك، وأسباب الضعف ثلاثة: الأول: امتناع التصرف فإذا تم الحول على مبيع قبل القبض أو مزهون أو مغصوب أو ضال أو مخجود

لَا بَيِّنَةٌ عَلَيْهِ أَوْ دَيْنٌ عَلَى مُغْسِرٍ فَبَيِّنَةٌ جَمِيعٌ ذَلِكَ خِلَافٌ لِحُصُولِ الْمَلِكِ وَأَمْتِنَاعِ التَّصَرُّفِ، وَفِي الْمَغْضُوبِ قَوْلٌ ثَالِثٌ: أَنَّهُ إِنْ عَادَ بِجَمِيعِ فَوَائِدِهِ زَكَاةً لِأَخْوَالِهِ الْمَاضِيَةِ، وَإِنْ لَمْ تُعَدَّ الْفَوَائِدُ فَلَا، وَالتَّعْجِيلُ قَبْلَ عَوْدِ الْمَالِ غَيْرُ وَاجِبٍ قَطْعًا، وَالذَّيْنُ الْمُؤَجَّلُ قَبْلَ: إِنَّهُ يُلْحَقُ بِالْمَغْضُوبِ، وَقَبْلَ كَالْغَائِبِ الَّذِي يَسْهَلُ إِخْضَارُهُ، فَإِنْ أَوْجَبْنَا لَمْ يَجِبِ التَّعْجِيلُ فِي أَصْحَابِ الْوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّ الْخُمْسَةَ نَقْدًا تَسَاوَى سِتَّةَ نَسِيئَةٍ فَيُؤَدِّي إِلَى الْإِجْحَابِ بِهِ.

قال الرافعي: إنما جعل أسباب الضعف ثلاثة؛ لأن الملك إما أن لا يكون مستقرًا وهو السبب الثالث أو يكون مستقرًا. فإما أن يتسلط الغير على إزالته وهو السبب الثاني أو لا يتسلط. فأما أن تمتنع فيه التصرفات بكمالها وهو السبب الأول أو لا تمتنع فلا ضعف، ومما يجب معرفته أن اعتبار هذا الشرط مختلف فيه، فإن في مسأله كلها اختلاف قول أو وجه على ما سيأتي. إذا تقرر ذلك ففي الفصل مسائل:

إحداها: لو ضلَّ ماله أو غصب أو سرق وتعدَّ انتزاعه أو أودعه عند إنسان فجحده أو وقع في بحر، فهل تجب فيه الزكاة. قال في «باب صدقة الغنم»: «ولو ضلت غنمه أو غصبها أحوالاً ثم وجدها زكَّاهَا لِأَحْوَالِهَا» وقال في «باب الذَّيْنِ مَعَ الصَّدَقَةِ»: «ولو جحد ماله أو غصبه أو غرق فأقام زماناً ثم قدر عليه فلا يجوز فيه إلا واحد من قولين أن لا يكون عليه زكاة حتى يحول الحول عليه من يوم قبضه؛ لأنه مغلوب عليه أو يكون عليه الزكاة؛ لأن ملكه لم يزل عنه». واختلف الأصحاب على ثلاث طرق:

أحدها: أن المسألة على قولين:

أحدهما وبه قال أبو حنيفة - رحمه الله تعالى - : أنه لا زكاة في هذه الأموال لتعطل نمائها، وفائدتها عليه بسبب خروجها من يده، وامتناع التصرف فيها فأشبهت مال المكاتب لا تجب الزكاة فيها على السيد.

وأصحهما: الوجوب لملك النصاب وحولان الحول وعبر أصحابنا العراقيون وغيرهم عن هذا القول بالجديد، وعن الأول بالقديم وعن أحمد روايتان كالقولين.

وأصحهما: الوجوب. وقال مالك: تجب فيها زكاة الحول الأول دون سائر الأحوال.

والطريق الثاني: أنه تجب الزكاة فيها قولاً واحداً، ومن قال بهذا حمل ما ذكره من التزديد على الرد على مالك، فقال: أراد الشافعي - رضي الله عنه - أن لا يتوجه إلا وجوب زكاة جميع الأحوال كما قلت لاستمرار الملك أو نفيها على الإطلاق كما قال أبو حنيفة. أما الفصل بين السنة الأولى وغيرها فلا سبيل إليه.

والثالث: حكى القاضي ابن كَجَّ عن أبن خَيْرَان أن المسألة على حالين حيث قال: يزكيها لأحوالها أراد إذا عادت إليه بنمائها، وحيث قال: لا تجب أراد إذا عادت إليه من غير نمائها<sup>(١)</sup>. فإذا قلنا بالطريقة الأولى، فهل القولان مطلقان أم لا؟ فيه طريقتان:

أحدهما وبه قال أبن سُرَيْج وأبو إسحاق: لا بل موضع القولين ما إذا عادت إليه من غير نَمَائِهَا، فإن عادت إليه بنمائها وجبت الزكاة قطعاً؛ لأن المؤثر على قول: إنما هو فوات النماء عليه، وذكر إمام الحرمين شيئين على هذه الطريقة ينبغي أن يحاط بهما: أحدهما: أنه إن عاد المال إليه مع بعض الفوائد دون بعض كان كما لو لم يعد شيء من الفوائد إليه.

والثاني: أن المعنى بفوات الفوائد أن يهلكها الغاصب أو تضيع لزوال نظر المالك ويتعذر تغريم الغاصب.

فأما إذا فات شيء في يد الغاصب كأن يفوت في يد المالك أيضاً فلا مبالاة ولو غرم الغاصب كان كما لو عادت الفوائد بأعيانها، ويتخرج على هذه الطريقة قول من قال: إن كان المال المغصوب الدرَاهِم والدنانير ففي وجوب الزكاة قولان، وإن كان المواشي فتجب الزكاة بلا خلاف؛ لأن الدراهم لا تعود بربحها، فإن ما حصل من الربح يكون للغاصب، والمواشي تعود بفوائدها إما بعينها أو بقيمتها حتى لو غصبها أهل الحرب وأتلفوا الدر والنسل جرى فيها القولان، هذا أحد الطريقتين.

وأصحهما وبه قال أبو علي بن أبي هريرة والطبري: طرد القولين في الحالتين؛ لأن المؤثر على أحد القولين فوات اليد والتصرف دون فوات النماء، ألا ترى أن الذكور التي لا تنمو تجب فيها الزكاة، وجميع ما ذكرناه فيما إذا عاد المال إليه، ولا شك في أنه لا يجب إخراج الزكاة قبل عود المال إلى يده. ولو تلف بعد مضي أحوال في الحَيْلُولَةِ سقطت الزكاة على قول الوجوب، لأنه لا يتمكّن من المال وتلف المال بعد الوجوب وقبل التّمكّن يسقط الزكاة. ثم أعرف في المسألة أمرين آخرين:

أحدهما: أن موضع الخلاف في الماشية المَعْصُوبَة ما إذا كانت سائمة في يد

(١) قال في المهمات: وما ذكره بحثاً في ثبوت قول ثالث، ولم يقف على نقله، قد صرح به أبو علي الجرجاني في كتابه المسمى «بالتهديب»، وهو زيادات على «المفتاح» لابن القاص، فقال: ففيها ثلاثة أقوال: أحدها: لا زكاة عليه لما مضى، وبتدء الحول من يوم الوجود والثاني: عليه زكاة للسنتين كلها. الثالث: لا يجب إلا لسنة واحدة، ونقله عنه أيضاً الروياني في «البحر»، ونصر الجرجاني في خطبة كتابه على أنه إذا أطلق قولاً فيكون منصوفاً للشافعي، أو من تخريج المزني أو أبي العباس بن سريج.

المالك والغاصب جميعاً، فإن كانت مَعْلُوفَةٌ في يد أحدهما عاد النَّظَرُ في أن علف الغاصب وإسامته هل يؤثران؟

**والثاني:** أن زكاة الأَحْوَالِ المَاضِيَةِ إنما تجب على أحد القولين إذا لم تنقص الماشية عن النَّصَابِ بإخراج زكاة بعض الأحوال، أما إذا كانت نصاباً بلا مزيد ومضى عليه أحوال فالحكم على هذا القول كما لو كانت في يده، ومضت أحوال ولم يخرج الزكاة، وسنذكره إن شاء الله تعالى جدّه.

ولو كانت له أربعون من الغنم فضلت منها واحدة ثم وجدها إن قلنا: لا زكاة في الضَّالَّةِ أَسْتَأْنَفَ الحَوْلَ سواء وجدها قبل تمام الحول أو بعده، وإن قلنا: تجب الزَّكَاةُ فيها، فإن وجدها قبل تمام الحَوْلِ بنى، وإن وجدها بعده أخرج الزَّكَاةَ عن الأربعين، ولو دفن ماله في موضع ونسيه ثم تذكره فهذا ضرب من الضَّلَالِ، وقد ذكرنا ما فيه من الخلاف ولا فرق بين أن يكون الدَّفْنُ في داره أو في غيرها، وقطع بعض المثبتين للقولين في سائر صور الضَّلَالِ بالوجوب هاهنا؛ لأنه غير معذور بالتَّسْيَانِ، وعند أبي حنيفة - رحمه الله - أن دفنه في جِرْزِهِ ففيه الزكاة، وإلَّا فلا، ولو أسر المالك وحيل بينه وبين ماله، ففيه طريقان: منهم من طرد الخلاف، ومنهم من قطع بالوجوب وهو الأصح؛ لأن تصرفه نافذ فيه بالبيع وغيره بخلاف ما لو غصب ماله أو ضل.

واعلم أن الأئمة ذكروا أن مذهب مالك في الفصل بين الحول الأول وما بعده على ما سبق مبنى على أصل له، وهو أن الإمكان من شرائط وجوب الزكاة، ولا يبدأ الحول الثاني إلا من يوم الإمكان ويوم الإمكان هاهنا هو يوم الوجدان، فمنه يفتتح الحول الثاني ولا يخرج لما مضى إلا زكاة حول، وهذا الذي ذكروه يقتضي أن يكون للشَّافِعِيِّ - رضي الله عنه - [مثل قول] <sup>(١)</sup> مذهبه؛ لأن له قولاً كمذهبه في أن الإمكان من شرائط الوجوب والله اعلم.

**المسألة الثانية:** لو اشترى من الأموال الزَّكَاوِيَةَ نصاباً ولم يقبضه حتى مضى حول في يَدِ البَائِعِ، هل تجب الزكاة على المشتري؟ فيه طرق:

أحدها: حكى في «النهاية» عن بعض المصنفين عن القفال: أنها لا تجب قولاً واحداً بخلاف المغصوب؛ لأن ملك المشتري ضعيف فيه، ألا ترى أنه لا ينفذ تصرفه، فإن رضي البائع ولو تلف تلف على ملك البائع.

وثانيها: أنه على القولين في المَغْصُوبِ.

(١) في ط «قول مثل».

وأصحهما وبه قطع الجمهور: وجوب الزكاة فيها قولاً واحداً بخلاف المغصوب، فإنه يتعدّر الوصول إليه وانتزاعه، وهاهنا يمكنه تسليم الثمن وتسلم المبيع.

**الثالثة:** لو رهن ماشيته أو غيرها من أموال الزكاة، فقد حكى الإمام والمصنف في «الوسيط» في وجوب الزكاة فيها عند تمام الحول وجهين لامتناع التصرف، وعلى ذلك جرى هاهنا فأثبت الخلاف في المرهون كما في المغصوب والمجحد ونحوهما، وقطع الجمهور بوجوب الزكاة فيه، وقالوا: لا اعتبار بأمتناع التصرف فيه كما في الصبي والمجنون، ولهم أن يفرقوا بين الحيلولة وامتناع التصرف الواقعين في المرهون وبين الحيلولة وامتناع التصرف الواقعين في المغصوب بأن ما حصل في المرهون حصل برهنه وإقباضه، وهو بما فعل متفجع بملكه ضرباً من الانتفاع - بخلاف المغصوب والمجحد، نعم يجيء في وجوب الزكاة في المرهون الخلاف بجهة أخرى، وهي أن الرهن لا بد وأن يكون بدين<sup>(١)</sup> فيأتي فيه الخلاف الذي سنذكره في أن الدين هل يمنع وجوب الزكاة أم لا؟ والذي قاله الجمهور جواب على القول المشهور: وهو أنه لا يمنع ثم إذا حكمنا بوجوب الزكاة فيبقى الكلام في أنها تؤخذ من عين المرهون أو غيره، وقد ذكره في الكتاب قبيل النوع الثاني من الزكاة سنشرحه إذا انتهينا إليه.

**الرابعة:** الدين الثابت على الغير إما أن يكون لازماً كمال الكتابة فلا زكاة فيه؛ لأن الملك غير تام فيه، وللعبد إسقاطه متى شاء، وإن كان لازماً فينظر: إن كان ماشية فلا زكاة فيها أيضاً وذكروا له معنيين:

أحدهما: أن السوم شرط لزكاة المواشي، وما في الذمة لا يتّصف بالسوم ولك أن تقول: لِمَ لا يجوز أن تكون الماشية الثابتة في الذمة موصوفة بوصف كونها سائمة؟

ألا ترى أنا نقول: إذا أسلم في اللحوم يتعرض لكونه لحم راعية أو معلوفة، فإذا جاز أن يثبت في الذمة لحم راعية جاز أن يثبت في الذمة راعية.

وأصحهما: أن الزكاة إنما تجب في المال الثامي، والماشية في الذمة لا تنمو بخلاف الدراهم إذا ثبتت في الذمة فإن سبب الزكاة فيها رواجها وكونها معدة للتصرف، ولا فرق فيه بين أن يكون نقداً أو على ملىء، وإن كان الدين عروض تجارة أو دراهم أو دنانير ففيه قولان: قال في القديم فيما رواه الزعفراني: لا زكاة في الدين بحال؛ لأنه لا ملك فيه حقيقة فأشبهه دين المكاتب.

(١) قال في المهمات: وما ذكره من أن مجيء الخلاف سببه أن الرهن يستلزم الدين - لا يستقيم؛ لأن الرهن وإن استلزم الدين لكن لا يستلزم أن يكون على مالك الرهن؛ لأنه قد يستعير شيئاً ويرهنه فلا يأتي المعين الذي قاله في هذه الصورة، والأصحاب لم يخصوا الخلاف بما عداها.

والجدید الصحيح: أنها تجب في الدّین في الجملة، وتفصیله إنه إن كان يتعذر الأستيفاء لكون من علیه معسراً أو لكونه جاحداً ولا بینة علیه أو ماطله فهو كالمغصوب، ففي وجوب الزكاة فيه القولان، ولا يجب الإخراج قبل حصوله قطعاً، وفرق في «العدة» بین الجحود والاعسار فجعل وجوب الزكاة في الصورتين على القولين و بین المَطل فقطع بوجوب الزكاة فيه، وكذا فيما إذا كان دينه على ملىء غائب، وإن لم يتعذر استيفاءه بأن كان على ملىء مقر باذل فينظر: إن كان حالاً وجبت الزكاة فيه، ويلزم إخراجها في الحال - خلافاً لأبي حنيفة وأحمد - رحمهما الله - حيث قالوا: لا يؤمر لإخراجها إلا بعد القبض. لنا: أنه مال مقدور عليه فأشبهه ما لو كان مودعاً عند إنسان وإن كان مؤجلاً ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنها تجب فيه الزكاة قولاً واحداً كالمال الغائب الذي يسهل إحضاره.

والثاني: أنه لا زكاة فيه قولاً واحداً، ويحكى هذا عن ابن أبي هريرة؛ لأن من له دين مؤجل لا يملك شيئاً قبل حلول الأجل.

والثالث وبه قال أبو إسحاق: أنه على القولين في المغصوب والمجحد؛ لأنه لا يتوصل إلى التصرف فيه قبل الحُلُول، وهذا أظهر عند الأئمة.

وإذا قلنا: تجب فيه الزكاة فهل يلزم إخراجها في الحال؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم كالمغائب الذي يسهل إحضاره.

وأصحهما: لا، حتى يقبضه<sup>(١)</sup>؛ لأنه لو أخرج خمسة نقداً مثلاً وماله مؤجل كان بمثابة [إخراج]<sup>(٢)</sup> ستة وهو إجحاف به، فإن الخمسة نقداً تساوي ستة نسيئة، ولا سبيل إلى القناعة بما دون الخمسة.

الخامسة: المال الغائب إذا لم يكن مقدوراً عليه لانقطاع الطريق أو انقطاع خبره فهو كالمغصوب والمجحد، وذكر في «التهذيب» وجهاً آخر: أنه لا يجب الزكاة فيه لا محالة، نعم لا يخرج في الحال حتى يصل إليه، وإن كان مقدوراً عليه معلوم السّلامة وجب إخراج زكاته في الحال، وينبغي أن يخرج في بلد المال، فإن أخرج في غير ذلك البلد ففيه خلاف نقل الصدقة، وهذا إذا كان المال مستقرّاً في بلد، فإن كان سائراً فقد قال في «العدة»: لا يخرج زكاته حتى يصل إليه، فإذا وصل زكاه لما مضى بلا

(١) والتعبير بالقبض وقع في باقي كتبهما، والصواب التعبير بالحلول. فإن الخلاف محله إذا كان على ملىء بمقر، ولا مانع سوى الأجل، وحينئذ فهو كالمال يجب الإخراج قبض أم لا. ينظر الروضة (٥٢/٢).

(٢) سقط في ب.

خلاف<sup>(١)</sup> ثم أعود بعد هذا إلى ما يتعلق بألفاظ الكتاب. قوله: أو مجحوداً لا بينة عليه يتناول العَيْنَ يَجْحَدُهَا مَنْ أودع عنده والدين جميعاً، وإنما قال: لا بينة عليه، لأنه لو كان له بينة عاد له، فالحكم كما لو لم يكن جاحداً؛ لأنه يقدر على الإثبات والاستيفاء، ولو كان القاضي عالماً بالحال، وقلنا: إنه يقضي بعلمه فهو كما لو كانت له بينة.

وقوله: ففي جميع ذلك خلاف أراد بالخلاف الذي أبهّمه وجهين في الرّهون على ما صرح به في «الوسيط»، وقولين في سائر المسائل جواباً على طريقة إثبات القولين فيهما، ألا تراه يقول بعد ذلك، وفي المغصوب قول ثالث؟ ولك أن تعلم قوله: «ففي جميع ذلك خلاف» بالواو إشارة إلى الطرق القاطعة بالنفي أو الإثبات.

وقوله: وفي المغصوب قول ثالث إشارة إلى طريق من خص القولين بما إذا عاد المال إليه بفوائده وإذا ضم ذلك إلى قول من طرد القولين خرجت ثلاثة أقوال كما ذكره، وربما أوهم قوله: «وفي المغصوب قول ثالث» تخصيص هذا القول بالمغصوب من بين سائر الصور، وليس كذلك بل هو جَارٍ في الضّال والمجحود أيضاً، وقوله: أيضاً قبل ذلك لِحُصُولِ الملك وامتناع التّصْرُفِ إشارة إلى تَوْجِيهِ الْقَوْلَيْنِ فَحُصُولِ الملك وجه الوجوب وامتناع التّصْرُفِ وجه المنع. وقوله: وإن لم تعد الفوائد فلا غير مجرى على ظاهره بل المعنى لا بأعيانها ولا بأبدالها على ما سبق بيانه. وقوله: والتّعجيل قبل عود المال، وقوله بعده: «لم يجب التعجيل» ليس المراد من التعجيل هاهنا معناه المشهور في الزكاة وهو التقديم على الحول، وإنما المراد التقديم على أخذ المال وقد جرى ذلك في لفظ الشّافعي - رضي الله عنه - . وقوله: والدين المؤجل أي: على الموسر المقرّ. وقوله: قيل: «إنه كالمغصوب» ليس للتسوية على الإطلاق، فإن القول الثالث في المغصوب لا يأتي هاهنا، وإنما الغرض منه التسوية في القولين الأولين وكذا قوله: «وقيل: كالثائب الذي يسهل إحضاره» ليس مجرياً على إطلاقه، لأن الغاصب الذي يسهل إحضاره يجب إخراج زكاته في الحال، وفي الدين لا يجب في أظهر الوجهين بل المراد التسوية في وجوب الزكاة قولاً واحداً، ثم يجوز إعلام كلاميهما بالواو وللوجه المعزى إلى ابن أبي هريرة.

قال الغزالي: أَلْسَبَبُ الثَّانِي تَسَلُّطُ الْغَيْرِ عَلَى مَلِكِهِ كَالْمَلِكِ فِي زَمَنِ الْخِيَارِ، وَالْمَلِكُ فِي اللَّقْطَةِ فِي السَّنَةِ الثَّانِيَةِ إِذَا لَمْ يَتَمَلَّكْهَا الْمُتَقِطُ هَلْ تَجِبُ الزُّكَاةُ فِيهَا؟ فِيهِ خِلَافٌ. قال الرافعي: في الفصل مسألان:

(١) وقال في «شرح المهذب»: وما ذكره في العدة فكلام الأصحاب محمول عليه، واعلم أننا ذكرناه في وجوب الإخراج في الحال قد ذكرنا بعد ذلك في الكلام على تأخير الزكاة ما يخافه.

أحدهما: إذا باع مالاً زكويّاً قبل تمام الحول بشرط الخيار فتم الحول في مدة الخيار أو اصطحباً مدة فتم الحول في مدة خيار المجلس، فوجوب الزكاة ينبنى على الخلاف في أن الملك في زمان الخيار لمن يكون. إن قلنا: إنه للبائع فعليه الزكاة وبهذا القول أجاب الشافعي - رضي الله عنه - في هذه المسألة التي نحن فيها.

وإن قلنا: إنه للمشتري، فلا زكاة على البائع لانقطاع حوله بزوال ملكه، والمشتري يبتدىء الحول من يوم الشراء، فإذا تم الحول من يومئذ وجبت الزكاة عليه.

وإن قلنا: إنه موقوف فإن تم العقد تبينا أن الملك للمشتري، وإن فسخ تبينا أنه كان للبائع وحكم الحاليتين ما ذكرنا هذا ما ذكره الجمهور من أئمتنا - رضي الله عنهم - ولم يتعرضوا لخلاف بد البناء على الأصل المذكور. قال إمام الحرمين: إلا صاحب «التقريب» فإنه قال: وجوب الزكاة على المشتري مخرج على القولين في المغصوب بل أولى لعدم استقرار الملك مع ضعف التصرف، وعلى هذا جرى المصنف فأثبت الخلاف في الملك في زمان الخيار.

قال إمام الحرمين: وإنما خرجه صاحب «التقريب» على القولين إذا كان الخيار للبائع أو لهما، فأما إذا كان الخيار للمشتري وحده، والتفريع على أن الملك له فملكه ملك الزكاة بلا خلاف؛ لأن الملك ثابت والتصرف نافذ، وتمكّنه من ردّ الملك لا يوجب توهيناً، وعلى قياس هذه الطريقة يجري الخلاف في جانب البائع أيضاً، إذا فرعنا على أن الملك وكان الخيار للمشتري، فإنه لو أجاز لزال ملك البائع فهو ملك بتسلط الغير على إزالته.

الثانية: اللقطة في السنة الأولى باقية على ملك المالك، فلا زكاة فيها على الملتقط، وفي وجوبها على المالك الخلاف المذكور في المغصوب والضال، ثم إن لم يعرفها حولاً فهكذا الحكم في سائر السنين، وإن عرفها فيبني حكم الزكاة على أن الملك في اللقطة يحصل بنفس مضي سنة التعريف أو باختيار التملك أو بالتصرف، وفيه اختلاف يأتي في موضعه - إن شاء الله تعالى جده - . فإن قلنا: يملك بانقضائها فلا زكاة على المالك، وفي وجوبها على الملتقط وجهان، حكاها الشيخ أبو محمد، وبناهما على أن المالك لو علم بالحال، والعين باقية، هل يتمكن من الاسترداد أم لا. إن قلنا: نعم فهو ملك يتسلط الغير على إزالته. وإن قلنا: يملك باختيار التملك، وعليه بنى المسألة في الكتاب حيث قال: «إذا لم يملكها الملتقط» وهو المذهب فينظر: إن لم يملكها، فهي باقية على ملك المالك وفي وجوب الزكاة عليه طريقان:

أحدهما: أن فيه قولين كما في السنة الأولى، قال في «الشامل» وغيره: وهو

الأصح.



**والثاني:** القطع بنفي الزكاة فيها، وينقل ذلك عن حكاية أبي إسحاق. والفرق أن ملك المالك في المغصوب ونظائره مستقر غير معرض للزوال، وملكه في اللقطة بعد سنة التعريف تعرض للإزالة، وإن تملكها الملتقط فليس على صاحبها زكاتها وهو يستحق القيمة على التملك لكنها في حقه ملك ضال ففي وجوب زكاتها الخلاف من وجهين:

أحدهما: أنه دين.

**والثاني:** أنه غير مقدور عليه فهو كالأعيان التي لا يقدر عليها، ثم الملتقط مديون بالقيمة فإن لم يملك غيرها ففي وجوب الزكاة عليه الخلاف الذي نذكره في أن الدين هل يمنع وجوب الزكاة وإن ملك ما بقي بالقيمة، ففي الوجوب وجهان مبنيان على ما سبق.

**أظهرهما وأشهرهما:** الوجوب، وإن قلنا: أن الملك فيها يحصل بالتصرف ولم يتصرف، فالحكم كما إذا لم يملك. وقلنا: لا بد منه. وأعلم: أن الملتقط لو رد اللقطة بعد ظهور المالك تعين عليه القبول، وفي تمكن الملك من استردادها قهراً وجهان، وهذا يوجب أن تكون القيمة الواجبة بعرض السقوط وحينئذ لا يبعد التردد في امتناع الزكاة كالتردد في وجوب الزكاة على الملتقط مع الحكم بثبوت الملك له لكونه معرض للزوال. وإذا عرفت المسألتين لم يخف عليك أن المراد من الخلاف الذي أبهم ذكره طريقان:

**أظهرهما:** في كلام الأصحاب في المسألة الأولى: القطع بالوجوب.

**والثاني:** إثبات القولين:

وأظهرهما في الثانية: إثبات القولين.

**والثاني:** القطع بالمنع.

وقوله: «إذا لم يملكها الملتقط» أي بعد التعريف سنة، فإن التسلط حينئذ يثبت.

قال الغزالي: **وإذا استقرض المفلِس مائتي درهم ففي زكاته قولان:** وجه المنع: صَغَفُ الْمَلِكِ لِتَسَلُّطِ الْمُسْتَحِقِّ الدَّيْنِ عَلَيْهِ وَقَدْ يُعَلَّلُ بِأَدَائِهِ إِلَى تَثْنِيَةِ الزَّكَاةِ إِذْ يَجِبُ عَلَى الْمُسْتَحِقِّ بِاعْتِبَارِ يَسَارِهِ بِهَذَا الْمَالِ، وَعَلَى هَذَا إِنْ كَانَ الْمُسْتَحِقُّ بِحَيْثُ لَا تَلْزَمُهُ الزَّكَاةُ لِكَوْنِهِ مَكَاتِبًا أَوْ يَكُونُ الدَّيْنُ حَيَوَانًا أَوْ نَاقِصًا مِنَ النَّصَابِ وَجَبَّتِ الزَّكَاةُ عَلَى الْمُسْتَقْرِضِ، فَإِنْ كَانَ الْمُسْتَقْرِضُ غَنِيًّا بِالْعَقَارِ وَغَيْرِهِ لَمْ يَمْتَنِعْ (ز ح م) وَجُوبُ الزَّكَاةِ بِالدَّيْنِ، وَقِيلَ: الدَّيْنُ لَا يَمْنَعُ وَجُوبُ الزَّكَاةِ إِلَّا فِي الْأَمْوَالِ الْبَاطِنَةِ (ح).

قال الرافعي: الدين هل يمنع الزكاة؟ اختلف فيه قول الشافعي - رضي الله عنه - .

قال في أكثر الكتب الجديدة: لا يمنع، وهو المذهب لإطلاق النصوص الواردة في باب الزكاة، وأيضاً فإنه مالك للنصاب وتصرفه نافذ فيه وأيضاً فإن الزكاة إما أن تتعلق بالذمة أو بعين المال، إن كان الأول فالذمة لا تضيق عن ثبوت الحقوق، وإن كان الثاني فالدين المتعلق بالذمة لا يمنع الحق المتعلق بالعين، ألا ترى أن العبد المديون<sup>(١)</sup> لو جنى تعلق أرش الجناية برقبته.

وقال في القديم: وفي اختلاف العراقيين من الجديد: إنه يمنع؛ لأن الزكاة حَقٌّ يجب في الذمة بوجود مال فمنع الدين وجوبه كالحج وأيضاً فلما سيأتي في التفريع، ومن الأصحاب من حكى قولاً ثالثاً وهو أن الدين يمنع الزكاة في الأموال الباطنة، وهي الذهب والفضة وعروض التجارة، ولا يمنعها في الأموال الظاهرة وهي المواشي والزروع والشمار والمعادن، والفرق أن الأموال الظاهرة تنمو بنفسها أو هي نماء في نفسها والأموال الباطنة ليست كذلك، وإنما ألحقت بالتأميات للاستغناء عنها واستعدادها للاسترباح بالتصرف والإخراج، والدين يمنع من ذلك ويحوج إلى صرفها إلى قضائه، وبهذا القول الثالث قال مالك - رضي الله عنه -، وبالقول الثاني قال أبو حنيفة - رضي الله عنه - إلا أنه يمنع العشر عنده، وعندنا لا فرق، وعند أحمد - رحمه الله - يمنع الزكاة في الأموال الباطنة، وفي الظاهرة روايتان. التفريع إن قلنا: الدين لا يمنع [وجوب]<sup>(٢)</sup> فلو أحاطت بالرجل ديون، وحجر عليه القاضي فله ثلاث أحوال:

إحداها: أن يحجر ويفرق ماله بين الغرماء، فها هنا قد زال ملكه ولا زكاة عليه.

والثانية: أن يعين لكل واحد منهم شيئاً من ماله على ما يقتضيه التسييط، وممكنهم من أخذه، فحال الحول، ولم يأخذوه. قال معظم الأصحاب: لا زكاة عليه أيضاً؛ لأنه ضعف ملكه وصاروا هم أحق به، ولم يحكوا فيه خلافاً، وحكى الشيخ أبو محمد في هذه الصورة عن بعض الأصحاب: أن وجوب الزكاة يخرج على الخلاف في المَجْحُود والمغضوب؛ لأنه حيل بينه وبين ماله. وعن القفال: أنه يخرج على الخلاف في اللقطة

(١) قال في المهمات: قد اختلفت النسخ في التعبير عن الكلام الأخير، ففي بعضها عند المديون كما ذكرناه أعني عند من عليه الدين، وفي بعضها العبد المديون أي إذا كان عليه دين فجنى، والاستشهاد به أبلغ؛ لأن الدين لم يمنع من تعلق الحق بالمديون نفسه، واعلم أن الضامن لا يثبت عليه للمضمون له مال، بل الثابت إنما حق المطالبة والإبراء. لذا ذكره الشيخ عز الدين في قواعده ثم قال: ويحتمل ثبوته في ذمته، ولكن لا يثبت له جميع أحكام المديون في وجوب الزكاة فيه وغيره، وينبغي استحضار هذا الفرع في هذه المسائل.

(٢) سقط في ط.

في السنة الثانية؛ لأنهم تسلطوا على إزالة ملكه تسلط الملتقط بخلاف المجحود والمغصوب، ولك أن تقول: ميل الأكثرين في صورة اللقطة إلى وجوب الزكاة، وهاهنا نفوا الوجوب، والصورتان يشتركان في المعنى فهل من فارق؟

والجواب: أنه يجوز أن يقال: تسلط الغرماء أقوى من تسلط الملتقط؛ لأنهم أصحاب حق على المالك؛ ولأن تسلطهم يستند إلى تسليط الحاكم بخلاف تسلط الملتقط، وأيضاً فالملك الذي يتسلطون على إزالة ملك المالك بإثباته أقوى، ألا ترى أن للمالك استرداد اللقطة بعد تملك الملتقط على أحد الوجهين، وهاهنا بخلافه.

وأعلم: أن الشافعي - رضي الله عنه - قال في «المختصر»: ولو قضى عليه بالدين وجعل لهم ماله حيث وجدوه قبل الحول ثم حال الحول قبل أن يقضيه الغرماء لم يكن عليه زكاة، لأنه صار لهم دونه قبل الحول، فمن الأصحاب من حمّله على الحالة الأولى، ومنهم من حمّله على الثانية.

**والثالثة:** أن لا يفرّق ماله، ولا يعين لكل واحد من الغرماء شيئاً، ويحول الحول في دوام الحجر، ففي وجوب الزكاة ثلاثة طرق:

**أصحها:** تخريجه على الخلاف في المغصوب والمجحود؛ لأن الحجر مانع من التصرف.

**والثاني:** القطع بالوجوب، وبه قال صاحب «الإفصاح»، لأن الملك حاصل، والحجر لا يؤثر كحجر السفية.

**والثالث:** يحكى عن أبي إسحاق القطع بالوجوب في المواشي؛ لأن الحجر لا يؤثر في نمائها، وتخريج الذهب والفضة على الخلاف في المغصوب لامتناع التصرف، وتوقف الثماء فيها على التصرف، وإن قلنا: الدين يمنع الزكاة، فقد ذكر الأئمة في توجيهه أولاً شيئين، واختلفوا في أن العلة منهما ماذا؟

**أحدهما:** أن ملك المديون ضعيف؛ لأن مستحق الدين بسبيل من أخذه إذا لم يوفر دينه.

**والثاني:** أن مستحق الدين يلزمه الزكاة على ما سبق، فلو ألزمت المديون الزكاة أيضاً، وصار المال الواحد سبباً لزكاتين على شخصين وهو ممتنع.

ويتفرع على هذا الاختلاف صور:

**أحدها:** لو كان مستحق الدين لا تلزمه الزكاة لكونه ذمياً أو مكاتباً، فإن قلنا بالمعنى الثاني وجب على المديون؛ لأنه لا يلزمه الثنية هاهنا.

وإن قلنا بالمعنى الأول لم يجد؛ لأن ضعف الملك [لا]<sup>(١)</sup> يختلف.

**والثانية:** لو كان الدين حيواناً كما إذا ملك أربعين من سائمة الغنم، وعليه أربعون من الغنم ديناً عن سلم، فإن قلنا بالمعنى الأول لم تجب الزكاة، وإن قلنا بالثاني تجب، إذ لا تثنية، فإنه لا زكاة في الحيوان في الذمة كما مر في الفصل قبل هذا، وعلى هذا يخرج أيضاً ما لو أثبتت أرضه نصاباً من الحنطة، وعليه مثله عن سلم.

**الثالثة:** لو ملك نصاباً، والدين الذي عليه ناقص عن النصاب كما لو ملك مائتي درهم وعليه مائة دينار، إن قلنا بالمعنى الأول فلا زكاة لتطرق التقصان إلى بعض المال، ونقصان النصاب بسببه.

وإن قلنا بالمعنى الثاني تجب، لأنه لا زكاة على المستحق باعتبار هذا المال كذا أطلقوه، والمراد ما إذا لم يملك سواه من دين أو عين، وإلا فلو ملك ما يتم به النصاب فعليه زكاة باعتبار هذا المال، ولو ملك بقدر الدين مالاً زكاة فيه من العقار وغيره وجبت الزكاة في النصاب الزكوي على هذا القول أيضاً خلافاً لأبي حنيفة - رحمه الله - وحكى الشيخ أبو حامد وجهاً مثل مذهبه مبنياً على لزوم التثنية ووجه الوجوب مراعاة الحظ والنفع للمساكين، ولو زاد ماله الزكوي على الدين نظر: إن كان الفاضل نصاباً وجبت الزكاة فيه، وفي قدر الدين القولان، وإن كان دون النصاب يجب على هذا القول لا في القدر المقابل للدين ولا في الفاضل.

فرع منقول عن «الأم» ملك أربعين من الغنم فاستأجر راعياً يرعاها بشاة، وحال الحول عليها نظر: إن استأجر بشاة معينة من الأربعين فكانت مختلطة بباقي الشياه، فعليها شاة على الراعي جزء من أربعين منها والباقي على المستأجر، وإن كانت منفردة، فلا زكاة على واحد منهما، وإن استأجره بشاة موصوفة في الذمة، فإن كان للمستأجر مال آخر يفي بها وجبت الزكاة في الأربعين، وإلا فعلى القولين في أن الدين هل يمنع الزكاة؟. وأما ما يتعلق بلفظ الكتاب من الفوائد:

فقوله: «وإذا استقرض المُفلس مائتي درهم»، أشار بلفظ المُفلس إلى أنه لا يملك شيئاً سوى ما استقرضه، ففي هذه الصورة يظهر القولان وفي معناها ما إذا كان الدين ينقص النصاب وإن لم يستقره، فأما إذا ملك ما يفي به ممّا لا زكاة فيه مع النصاب أو ملك فوق قدر الدين فقد ذكرناه ثم إن أجدت النظر في لفظ الكتاب بحثت عن شيئين:

أحدهما: أنه صور في الاستيفراض ولا مدخل للأجل فيه، فهل له أثر أم لا فرق بين الدين والحال والمؤجل؟

(١) في ب: لم.

**والثاني:** أنه صور فيما إذا كان من جنس ما عليه، فهل يختص القولان به أم لا؟ وإن لم يختص فما الحكم عند اختلاف الجنس؟

والجواب: أما الأول فلا فرق بين الدين الحال والمؤجل، هكذا أورد صاحب «التهذيب» وغيره.

**وأما الثاني:** فإن قلنا: الدين لا يمنع الزكاة عند اتحاد الجنس فعند الاختلاف أولى. وإن قلنا: يمنع فقد أشار إمام الحرمين إلى تردد عند اختلاف الجنس، وقال: الأصح المنع في هذه الصورة، والأشبه بسياق كلامه أنه أراد منع التأثير، لكن الأصح في «التهذيب» أنه يمنع الزكاة تفریباً على هذا القول كما لو اتحد الجنس ويجوز أن يخرج هذا التردد على ما سبق من التعليلين إن عللنا بالضعف، فهو موجود، وإن عللنا بالثنائية فهانها لا تلزم الثنية في مال واحد. وقوله: «وجه المنع ضعف الملك» إلى أن قال: «وقد يعلل بأدائه إلى ثنية الزكاة». فيه إشارة إلى ترجيح العلة الأولى حيث وجه المنع بها، ثم حكى العلة الثانية حكاية، والأمر على ما أشار إليه نقلاً ومعنى.

أما النقل فلأن الأكثرين أجابوا في الصور المفردة على التعليلين بما يقتضيه الأول، وأما المعنى فمن وجهين:

**أحدهما:** أننا لا نسلم لزوم الثنية في المال الواحد، وهذا لأن المستحق للمستقرض هذا المال، والمستحق للمقترض مطلق المال، لا هذا المال، فليس وجوب الزكاة عليه باعتبار هذا المال حتى تلزم الثنية.

**والثاني:** هب أنه تلزم الثنية في المال الواحد لكن الثنية كما تندفع بأن لا تجب الزكاة على المديون تندفع بأن لا تجب على الدائنين فلم يتعين الأول فإن رجح جانب المديون بضعفه ملكه عاد الكلام إلى العلة الأولى، وإن رجح بأن ماله مستغرق بحاجة مهمة وهي قضاء الدين وهذا كاف في التوجيه ولا حاجة إلى توسط الثنية.

وقوله: «أو يكون الدين حيواناً» فيه استدراك لفظي من جهة أنه لم يذكر في أصل المسألة عبارة تشمل الحيوان وغيره حتى يخرج على التعليلين ما إذا كان الدين حيواناً، وإنما تكلم في استقراض مائتي درهم، والمديون بالدرهم لا يكون دينه حيواناً إلا أنه اعتمد فهم المعنى والمقصود.

وقوله: «وإن كان المستقرض غنياً بالعقار وغيره ولم يمتنع معلّم بالحاء والواو لما قدمنا، وأشار بلفظ العقار إلى أنه ملك مالا غير زكوي وملك أن تبحث عن قوله: وغيره، فتقول: المراد مطلق غير العقار أم غير العقار الذي ليس بزكوي؟ فإن كان الثاني فما الحكم لو كان عليه دين وله مالان زكويان؟ والجواب: أن المراد الغير الذي ليس

بزكويي. أما إذا ملك مالين زكويين كِنِصَابٍ من الغنم ونصاب من البقر وعليه دين نظر إن لم يكن الدين من جنس ما يملكه، فقد قال في «التهذيب»: يقص عليهما فإن خص كل واحد منهما ما ينقص به عن النصاب فلا زكاة على القول الذي عليه تفرع، وذكر أبو القاسم الكَزْخِيُّ وصاحب «الشامل»: أنه يراعي الأخط للمساكين، كما أنه لو ملك مالاً آخر غير زكوي صرفنا الدين إليه رعاية لحقهم.

ويحكى عن ابن سريج ما يوافق هذا وإن كان الدين من جنس أحد المالين، فإن قلنا: الدين يمنع الزكاة فيما هو من غير جنسه، فالحكم كما لو لم يكن من جنس أحدهما، وإن قلنا: لا يؤثر من غير الجنس اخص بالجنس.

وقوله: «وقيل: الدين لا يمنع الزكاة» إشارة إلى القول الثالث في أصل المسألة على ما صرح به في «الوسيط»، ويأتي فيه مثل [الاستدراك الذي سبق فإنه لم يتكلم إلا في المال الباطن، ويجوز أن يعلم قوله: «بالواو»؛ لأن من الأصحاب من لم يثبتته واقتصر على القولين الأولين - والله اعلم -<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي: وَلَوْ قَالَ: لِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أَتَصَدَّقَ بِالنَّصَابِ، فَهَذَا أَوْلَى بِأَنْ يَمْنَعَ الزَّكَاةَ لِتَعَلُّقِهِ بِعَيْنِ الْمَالِ، وَلَوْ قَالَ: جَعَلْتُ هَذِهِ الْأَغْنَامَ ضَحَايَا فَلَا يُبْقَى لِإِجَابِ الزَّكَاةِ وَجَهٌ مُتَّبَعَةٌ وَإِنْ تَمَّ الْحَوْلُ عَلَيْهِ، وَلَوْ قَالَ: لِلَّهِ عَلَيَّ التَّصَدُّقُ بِأَرْبَعِينَ مِنَ الْغَنَمِ فَهَذَا دَيْنٌ يَتَرْتَبُ عَلَى دَيْنِ الْأَدْمِيِّينَ، وَأَوْلَى بِأَنْ لَا يَدْفَعَ الزَّكَاةَ، وَدَيْنُ الْحَجِّ كَدَيْنِ النَّذْرِ.

قال الرافعي: إذا قلنا: الدين يمنع الزكاة فلا فرق عندنا بين دين الآدميين ودين الله - تعالى - وعند أبي حنيفة - رحمه الله - دين الآدميين يمنع، وكذا الزكاة تمنع الزكاة والكفارات لا تمنع. إذا عرفت ذلك ففي الفصل صور:

إحداها: لو ملك نصاباً من المواشي أو غيرها فقال: لله على أن أتصدق بهذا المال أو بكذا من هذا المال فمضى الحول قبل التصديق، هل تجب زكاته؟ إن قلنا: الدين يمنع وجوب الزكاة فهانها أولى بأن لا تجب الزكاة لتعلق النذر بعين المال وصيرورته واجب التصرف إلى ما نذر قبل وقت وجوب الزكاة.

وإن قلنا: الدين لا يمنع وجوب الزكاة فهانها وجهان:

أحدهما: أنه كالدين، لأنه في ملكه إلى أن يتصدق.

والثاني: يمنع لتعلقه بعين المال، وامتناع التصرف فيه ويخرج مما حكيناه طريقان

في هذه الصورة:

(١) في ط «استدراكه الذي على القولين الأولين والله أعلم».

أحدهما: القطع بالمنع.

والثاني: التَّخْرِيجُ عَلَى الْخِلَافِ السَّابِقِ، وإلى هذا الترتيب أشار في الكتاب بقوله: فهذا أولى بأن يمنع الزكاة.

الثانية: لو قال: جعلت هذا المال صدقة أو هذه الأغنام ضحايا فقد طرد في «النهاية» أصل التردد فيها. وقال: «الظاهر أنه لا زكاة» لأن ما جعل صدقة لا يبقى فيه حقيقة ملك بخلاف الصورة الأولى فإنه لم يتصدق وإنما التزم أن يتصدق ولفظ الكتاب يشعر أيضاً ببقاء الخلاف هاهنا، فإنه لم يجزم بامتناع الوجوب ولا نفي الخلاف وإنما نفي أن يكون للوجوب وجه بصفة الاتجاه. ولو قال: «الله علي أن أضحي هذه الشاة»، فهو كقوله: «جعلتها ضحية»، إن قلنا: إن قوله: «الله علي التَّضْحِيَّةُ بهذه يفيد التعيين، وفيه خلاف مذكور في الكتاب في موضعه، وإن تم الحَوْلُ عليه لو لم يذكره لم يضر كما لم يتعرَّض له في أخوات هذه الصُّورَة، وذلك لأنه لا يخفى أن الخلاف في وجوب الزكاة حيثئذ يفرض.

الثالثة: لو أرسل النذر فقال: «الله علي أن أتصدق بأربعين من الغنم أو بمائة درهم، ولم يصف إلى ماشيته وورقه، فهذا دين نذر الله - تعالى -، فيرتب على دين الأدميين، فإن قلنا إنه لا يمنع فهذا أولى، وإن قلنا: أنه يمنع ففي هذا وجهان: أحدهما: يمنع؛ لأنه أيضاً دين لازم في الذمة.

وأصحُّهما: عند الإمام أنه لا يمنع، وفرق بين الدينين من وجهين:  
أحدهما: أن هذا الدين لا مطالب به في الحال فكان أضعف حالاً.

والثاني: أن النذر يشبه التبرعات إذ النَّاذِرُ بالخيار في نذره، فالوجوب بالنذر أضعف، وهذه الصورة والأولى قد حكاهما أبو القاسم الكرخي وغيره من تفريع ابن سُرَيْجِ عَلَى كَلَامِ لِمَحْمَدٍ - رضي الله عنهما - وينبغي أن يفهم هاهنا أن المال يتعين بتعيين النَّاذِرِ إِيَّاهُ لِلصَّدَقَةِ، ولو لم يتعين لما انتظم قوله في الصورة الأولى: لتعلقه بعين المال ولما كان الفرق بين أن ينذر التَّصَدَّقُ بهذه الأربعين وبين أن ينذر التَّصَدَّقُ بأربعين، وهذا المفهوم هو ظاهر المذهب، وفيه شيء نذكره - إن شاء الله تعالى - في شرح قوله في: «كتاب الضحايا»، «ولو عين الدراهم للصدقة لم تتعين»، وبالجملة فمن أجاب بعدم التَّعْيِينِ لا يستقيم منه الفرق في هذه الصُّورَة، وقوله في هذه الصورة وفي الأولى، لو قال: «الله علي لو أبدله بأن يقول: لو نذر التَّصَدَّقُ بكذا، لكان أولى؛ لأن الصَّيْغَةَ الَّتِي لَا خِلَافَ فِيهَا فِي النَّذْرِ أَنْ يَقُولَ: إِنْ شَفَى اللَّهُ مَرِيضِي فَلِلَّهِ عَلِي كَذَا.

أما إذا اقتصر علي قوله: «الله علي كذا ففيه قولان مذكوران في كتاب النَّذْرِ، فإن

قلنا: إنها غير ملتزمة أحتجنا إلى إضمار في لفظ الكتاب هاهنا.

الرابعة: لو وجب عليه الخ وتم الحول على نصاب في ملكه، يكون وجوب الحج ديناً مانعاً من الزكاة؟ إن قلنا: الدين لا يمنع الزكاة فلا أثر له وإن قلنا: يمنع فقد ذكر الإمام وتتابعه المصنف أن فيه وجهين كالوجهين في دين النذر في الصورة التي قبل هذه؛ لأن دين الحج وإن وجب من غير اختيار لكن المال غير مقصود فيه، ودين النذر وإن كانت المالية مقصود فيه لكن الناذر التزمه متبرعاً فيعتدلان، وأيضاً فدين الحج لا مطالب به في الحال كدين النذر.

قال الغزالي: وَإِذَا اجْتَمَعَ الزَّكَاةُ وَالذَّيْنُ فِي تَرْكَةٍ فَبِئْسَ التَّقْدِيمُ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ: وَفِي الثَّلَاثِ يَسُوئِي بَيْنَهُمَا، وَوَجْهُ تَقْدِيمِ الزَّكَاةِ تَعَلُّقُهَا بِالْعَيْنِ.

قال الرافعي: إذا قلنا: الدين لا يمنع الزكاة فمات قبل الأداء، واجتمع الدين والزكاة في تركته ففيه ثلاثة أقوال:

أظهرها: أن الزكاة تقدم لظاهر قوله ﷺ: «فَدَيْنُ اللَّهِ أَحَقُّ بِالْقَضَاءِ»<sup>(١)</sup>.

ولأن الزكاة متعلقة بالعين والدين مُستَرسل في الدَّمة، ولهذا تقدم الزكاة في حال الحياة ثم يصرف الباقي إلى الغرماء.

والثاني: يقدم دين الأدمي لافتقار دين الأدمي واحتياجه، ولهذا إذا اجتمع القصاص وحَدُّ السرقة يقدم القصاص.

والثالث: أنهما يستويان فيوزع المال عليهما؛ لأن الحق المالي المضاف إلى الله - تعالى - تعود فائدته إلى الأدميين أيضاً وهم المنتفعون بها، وعلى هذه الأقول تجري مسائل نذكرها في موضعها - إن شاء الله تعالى جده -.

ولك أن تعلم قوله: «ثلاثة أقول» بالواو لأن عن بعض الأصحاب طريقة أخرى قاطعة بتقديم الزكاة المتعلقة بالعين والأقوال، في اجتماع الكفارات وغيرها مما يسترسل في الدمة مع حقوق الأدميين، وقد تعرَّض الزكاة من هذا القبيل بأن يتلف ماله بعد الوجوب والإمكان ثم يموت وله مال فإن الزكاة هاهنا متعلقة بالدَّمة، لا تعلق لها بعين ماله - والله أعلم -.

قال الغزالي: السَّبَبُ الثَّلَاثُ: عَدَمُ قَرَارِ الْمَلِكِ، فَبِئْسَ التَّقْدِيمُ فِي الْغَنِيمَةِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ: وَجْهُ الْإِسْقَاطِ: ضَعْفُ الْمَلِكِ، فَإِنَّهُ يَسْقُطُ بِالْإِسْقَاطِ، وَفِي الثَّلَاثِ إِنْ كَانَ

(١) أخرجه البخاري (٦٦٩٩).



الْكُلُّ زَكْوِيًّا وَجِبَ وَإِلَّا فَلَا لِاحْتِمَالِ أَنَّ الزُّكَاةَ تَقَعُ فِي سَهْمِ الْخُمْسِ، وَلَوْ أَكْرَى دَارًا أَرْزَعَ سِنِينَ بِمِائَةِ دِينَارٍ نَقْدًا وَجِبَ عَلَيْهِ فِي السَّنَةِ الْأُولَى زَكَاةٌ رُبْعَ الْمِائَةِ، وَفِي الثَّانِيَةِ زَكَاةٌ نِصْفُهَا لِسِتَّتَيْنِ إِلَّا مَا أَدَّى، وَفِي الثَّلَاثَةِ زَكَاةٌ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِهَا لِثَلَاثِ سِنِينَ إِلَّا مَا أَدَّى، وَفِي الرَّابِعَةِ زَكَاةُ الْجَمِيعِ لِأَرْبَعِ سِنِينَ وَيُحِطُ عَنْهُ مَا أَدَّى؛ لِأَنَّ الْأَجْرَةَ هَكَذَا تَسْتَقِرُّ، بِخِلَافِ الصَّدَاقِ فَإِنَّ تَشَطُّرَهُ بِالطَّلَاقِ لَيْسَ مُقْتَضَى الْعَقْدِ، وَسُقُوطُ الْأَجْرَةِ بِالْإِنْهَادِ مُقْتَضَى الْإِجَارَةِ وَفِي الْمَسْأَلَةِ قَوْلٌ ثَانٍ: أَنَّهُ يَجِبُ فِي كُلِّ سَنَةٍ إِخْرَاجُ زَكَاةِ جَمِيعِ الْمِائَةِ.

قال الرافعي: مقصود الفصل مسألتان:

إحدهما: إذا أحرز الغازون الغنيمة فينبغي للإمام أن يعجل قسمتها، ويكره له التأخير من غير عذر، فإذا قسم فكل من أصابه مال زكوي وهو نصاب أو بلغ نصاباً مع الذي كان يملكه ابتداء الحول من حينئذ، وإن تأخرت القسمة بعذر أو بغير عذر حتى مضى حول، فهل تجب الزكاة؟ ينظر إن لم يختاروا التملك فلا زكاة؛ لأنها غير مملوكة للغانمين أو هي مملوكة لهم ملكاً في غاية الضعف والوهن، ألا ترى أنه يسقط بمجرد الإعراض؟ وللإمام أن يقسمها بينهم قسمة تحكم فيخص بعضهم ببعض الأنواع وبعض الأعيان إن اتحد النوع ولا يجوز هذا الضرب من القسمة في سائر الأملاك المشتركة، إلا بالتراضي وإن اختاروا التملك ومضى حول من وقت الاختيار نظر إن كانت الغنيمة أصنافاً فلا زكاة سواء كانت مما تجب الزكاة في جميعها أو كان بعضها مما لا يجب فيه زكاة؛ لأن كل واحد منهم لا يدري ماذا يصيبه؟ وكم يصيبه؟ وإن لم تكن إلا صنفاً واحداً زكويّاً، وبلغ نصيب كل واحد من الغانمين نصاباً فعليهم الزكاة، وإن بلغ مجموع أنصبيائهم نصاباً، وكانت الغنيمة ماشية فكذلك وهم خلطاء فيها، وكذا لو كانت غير ماشية وأثبتنا الخلطة فيه، ولو كان يتم أنصباؤهم بالخمس نصاباً فلا زكاة عليهم إذ الخلطة مع أهل الخمس لا تثبت؛ لأنه لا زكاة في الخمس بحال من حيث أنه لغير معينين كمال بيت المال من الفياء وغيره ومال المساجد والرباطات، فهذا حكم زكاة الغنيمة على ما ذكره جمهور أئمتنا - رحمهم الله - من العراقيين والمراورة وهو ظاهر المذهب، وزاد في «التهذيب» شيئين:

أحدهما: أن لا زكاة قبل إفراز الخمس بحال، فإن أفرز فحينئذ يفصل الأمرين أن يختاروا التملك أو لا يختاروه، وهذا لم يتعرض له الأكثرون، ولم يفصلوا بين أن يفرز الخمس أو لا يفرز، وصرح في «العدة» أنه لا فرق بين الحالين.

والثاني: حكى في حالة عدم الاختيار وجهاً آخر؛ أنه تجب الزكاة وهذا يتعرض له ما في الكتاب، فإنه جعل وجوب الزكاة قبل القسمة على ثلاثة أوجه، وهكذا إمام

الحرمين - قدس الله روحه - بعد البناء على أصل المذكور في السير، وهو أن الغنيمة هل تملك قبل القسمة أم لا؟ إن قلنا: لا، فلا زكاة فيها بحال، وإن قلنا: نعم ففي وجوب الزكاة هذه الأوجه:

أحدها: لا، لضعف الملك.

والثاني: نعم اكتفاء بأصل الملك.

والثالث: إن كان في الغنيمة ما ليس بزكوي، فلا تجب لجواز أن يجعل الإمام الزكوي سهم الخمس، وإن كان الكل زكويًا تجب، وكان الأحسن لصاحب هذا الوجه أن يقول: إن كان الزكوي بقدر خمس المال لا تجب الزكاة، وإن زاد تجب زكاة القدر الزائد<sup>(١)</sup>، ويخرج مما تقدم وجه رابع وهو الظاهر: أنهم إن اختاروا التملك وكانت الغنيمة صنفًا واحدًا زكويًا وجبت الزكاة وإلا فلا، وتمام توجيهه ينكشف عند معرفة الأصل المحال على «كتاب السير».

المسألة الثانية: في زكاة الأجرة وقد أدرج في خلالها مسألة أخرى يقتضي الشرح أن نقدمها فنقول: إذا أصدق أمرته أربعين شاة سائمة بأعيانها فعليها الزكاة إذا تمَّ حول من يوم الإصداق، سواء دخل بها أو لم يدخل قبضتها أو لم تقبض لأنها ملكت الصداق بالعقد، وبه قال [مالك]<sup>(٢)</sup> - رحمه الله -، وعند أبي حنيفة - رحمه الله - إذا لم تقبضها فليس عليها ولا على الزوج زكاتها، ويأتي لنا وجه مثله تفريعاً على أن الصداق مضمون ضمان العقد، فإنه يكون على الخلاف الذي سبق في المبيع قبل القبض، وظاهر المذهب وهو القطع بالوجوب، وعلى هذا فلو طلقها قبل الدخول نظر، إن طلق قبل الحول عاد نصفها إلى الزوج، فإن لم متميزاً، فهما خليطان فعليها عند تمام الحول من يوم الطلاق الإصداق نصف شاة، وعليه عند تمام الحول من يوم الطلاق نصف شاة، وإن طلقها بعد تمام الحول فلا يخلو إما إن كانت قد أخرجت الزكاة من عينها أو من موضع آخر أو لم تخرج أصلاً فهذه ثلاثة أحوال:

إحدها: إذا كانت قد أخرجت الزكاة من عينها، فإلى ماذا ترجع؟ فيه ثلاثة

أقوال:

(١) قال في «المهمات»: والإمام لم يطلق القول بعدم الدخول على الوجه الثالث إذا كان فيها غير زكوي حتى يتوجه عليه للاعتراض بل نقل ذلك إذا كان الزكوي قد الخمس. فقال ما نصه: والثالث إن كان ما غنموه مما ليس بزكوي، ونحن نقدر على أن يقع الزكوي خمساً، ولا زكاة في الخمس فلا زكاة أصلاً، فإن للإمام أن يوقع القسمة على الأجناس على شرط التعدد فيقع الزكوي في الخمس. هذا لفظه وقول الإمام ولا زكاة في الخمس هي جملة من موضع الحال.

(٢) في ط أحمد.

أحدها: أنه يأخذ نصف الصّداق من الموجود، ويجعل المخرج من نصيبها فإن تساوت قيم الشياه أخذ عشرين منها، وإن تفاوتت أخذ النصف بالقيمة.  
قال المسعودي: هذه رواية الربيع.

والثاني: يأخذ نصف الأغنام الباقية ونصف قيمة الشاة المخرجة.

والثالث: أنه بالخيار بين ما ذكرنا في القول الثاني وبين أن يترك الكل ويأخذ نصف القيمة<sup>(١)</sup>، وهذا مخرج مما لو أصدقها إنايين فأنكسر أحدهما، وطلقها قبل الدخول نصّ فيه على القول الثاني والثالث، قال الأئمة: ولفظ «المختصر» في المسألة التي نحن فيها صالح للقول الأول والثاني، وهو إلى الأول أقرب.

الحالة الثانية: إذا كانت قد أخرجت من موضع آخر فإن قلنا: تتعلق الزكاة بالذمة أو قلنا: تتعلق بالعين لا على سبيل الشركة عاد نصف الأربعين إلى الزوج، وإن قلنا: تتعلق بالعين على سبيل الشركة. فقد قال الصيدلاني وجماعة من الأئمة: بينى هذا على الوجهين فيما إذا زال ملكها عن الصّداق وعاد إليها ثم طلقها قبل الدخول.

أحدهما: يرجع بنصف القيمة كما لو طلقها ولم يعد.

والثانية: بنصف العين كما لو طلقها ولم يزل، لكن الشاة التي زال ملكها عنها، وعاد بإداء الزكاة من موضع آخر غير متعينة، فعلى الوجه الأول لا يأخذ شيئاً من الأربعين بل يعدل إلى نصف القيمة.

وعلى الثاني: يأخذ نصف الأربعين، وهذا ما ذكره أصحابنا العراقيون وغيرهم من غير تفصيل.

والثالثة: إذا لم تخرج الزكاة أصلاً حتى طلقها فيه أختلاف وتفريع طويل مبني على كيفية تعلق الزكاة، والجواب الخارج على ظاهر المذهب ما ذكره في «التهديب» إن شاء الله - تعالى -، وهو نصف الأربعين يعود إلى الزوج شائعاً، فإن جاء الساعي وأخذ

(١) صحح الرافعي في كتاب الصّداق القول الثاني، والنووي في «شرح المذهب» وزيادات الروضة، وقول الرافعي في آخر القول الأول أخذ النصف بالقيمة مراده بالنصف نصف الصّداق لا نصف الموجود فاعلمه، وتقديره أخذ النصف الذي يستحقه باعتبار القيمة، وقد عبر في «الروضة» أيضاً بهذه العبارة الموهمة، وزاد على ذلك إيهاماً آخر فقال: أحدها: يرجع بنصف الجملة، فإن تساوت قيمة الغنم أخذ عشرين منها، وإن اختلف أخذ النصف بالقيمة. هذا لفظه ومراده بالجملة التي يرجع بنصفها هو الذي أعطاه لا الموجودين، فاعلم هذين الإيهامين، واعلم أنه قيد في «المنهاج» النصاب بكونه معيناً ليخرج ما في الذمة. فإن السائمة في الذمة لا زكاة فيها إذ السوم في الذمة يمتنع.

من عينها شاةً رجع الزوج عليها بنصف قيمتها. جئنا إلى مسألة الأجرة إذا أكرى داراً أربع سنين بمائة دينار معجلة وقبضها، كيف يخرج زكاتها؟ فيه قولان:

أحدهما: ذكره في «الأم» ونقله المزنبي في «المختصر»: أنه لا يلزمه أن يخرج عند تمام كل سنة، إلا زكاة القدر الذي استقر ملكه عليه؛ لأنها قبل الاستقرار يعرض السقوط بانهدام الدار فأورث ضعف الملك.

والثاني: قاله في البويطي واختاره المزنبي: أنه يلزمه عند تمام السنة الأولى زكاة جميع المائة؛ لأنه ملكها ملكاً تاماً، ألا ترى أنه لو كانت الأجرة جاريةً يحل وطؤها، ولو كان الملك ضعيفاً لم يحل، غاية أنه يتوهم سقوط بعض الأجرة بالانهدام لكنه لا يقدر في وجوب الزكاة كما أن المرأة يلزمها زكاة الصداق قبل الدخول وإن كان يتوهم عود جميعه بأرتداد أحدهما أو عود نصفه بالطلاق، وهذا القول أصح عند صاحب «المهذب»، ومال إليه في «الشامل»، لكن الجمهور على ترجيح القول الأول وهو الذي يقتضيه إيراد الكتاب والقول بثبوت الملك التام في الأجرة ممنوع على رأي بعض الأصحاب، فإن صاحب «النهاية» حكى طريقة أن الملك يحصل في الأجرة شيئاً فشيئاً، فمن قال بذلك لا يسلم بثبوت الملك في الأجرة فضلاً عن ثبوت الملك التام، وعلى التسليم فوجه الضعف والنقصان ما ذكرنا، وأما حل الوطء فلا نسلم أنه يتوقف على ارتفاع الضعف من كل وجه وأما الصداق فقد روى الحنطلي عن ابن سريج تخريج قول من الأجرة في الإصداق، فعلى هذا لا فرق وعلى التسليم فالفرق أن الأجرة تستحق في مقابلة المنافع، فإذا لم تسلم المنافع للمستأجر يفسخ العقد من أصله، والصداق ليس في مقابلة المنافع، ألا ترى أنها لو ماتت يستقر الصداق؟ وإن لم تسلم المنافع للزوج والشطر ثبت بتصرف من جهة الزوج يفيد ملك النصف عليها، ولا ينقص ملكها من الأصل.

التفريع: إن قلنا: بالقول الأول أخرج عن تمام السنة الأولى زكاة ربع المائة وهو خمسة وعشرون ديناراً، وزكاتها خمسة أثمان دينار؛ لأن ملكه استقر على هذا القدر، فإن مضت السنة الثانية فقد استقر ملكه على خمسين ديناراً أو كانت في ملكه سنتين زكاهما زكاة خمسين لستين وهي ديناران ونصف لكنه قد أدى زكاة خمسة وعشرين لسنة فيحط ذلك ويخرج الباقي وهو دينار وسبعة أثمان دينار، فإذا مضت السنة الثالثة فقد استقر ملكه على خمسة وسبعين ديناراً وكانت في ملكه ثلاث سنين وزكاتها ثلاث سنين خمسة دنائير وخمسة أثمان دينار أخرج منها للسنين الماضيتين دينارين ونصفاً، يبقى ثلاثة دنائير وثمن يخرجها الآن، فإذا مضت السنة الرابعة فقد استقر ملكه على جميع المائة، وكانت في ملكه أربع سنين وزكاة المائة لأربع سنين عشرة دنائير، أخرج من

ذلك خمسة دنانير وخمسة أثمان دينار، فيخرج الباقي وهو أربعة دنانير وثلاثة أثمان دينار، وقد يعبر عن هذا المعنى بعبارة أخرى فيقال: يخرج عند تمام السنة الأولى زكاة خمسة وعشرين لسنة وعند تمام السنة الثانية زكاة خمسة وعشرين لسنة، وزكاة خمسة والعشرين الأولى لسنة، وعند تمام الثالثة زكاة الخمسين لسنة، وزكاة خمسة وعشرين أخرى لثلاث سنين، وعند تمام الرابعة زكاة الخمسة والسبعين لسنة، وزكاة خمسة وعشرين لأربع سنين، هذا إذا كان يخرج واجب كل سنة من غير المائة، وأما إذا أخرج من عينها واجب السنة الأولى فعند تمام الثانية أخرج زكاة الخمسة والعشرين الأولى، سوى ما أخرج في السنة الأولى لسنة، وزكاة خمسة وعشرين أخرى لسنة، وعند تمام الثالثة يخرج زكاة الخمسين سوى ما أخرج في السنتين الأوليين لسنة، وزكاة خمسة وعشرين أخرى لثلاث سنين، وعلى هذا قياس السنة الرابعة، وإن قلنا بالقول الثاني، وهو أنه يخرج زكاة جميع المائة عند تمام السنة الأولى فعليه مثل ذلك عند تمام كل سنة، إن كان يخرج الواجب من موضع آخر، وإن كان يخرج منها فعند تمام السنة الثانية يخرج زكاة سبعة وتسعين ديناراً ونصفاً، وقس على هذا السنتين الآخريين. وزاد أصحابنا العراقيون في التفريع على القول الأول كلاماً آخر، وهو مبني على القولين في المسألة في كيفية الإخراج وزكاة جميع المائة واجبة عند تمام الحول الأول بلا خلاف أو هما في نفس الوجوب، فعن القاضي أبي الطيب أنهما في نفس الوجوب، وبه يشعر كلام طائفة، وقال الشيخ أبو حامد وشيعته: القولان في كيفية الإخراج والوجوب ثابت قطعاً، واحتجوا له بأنه لو امتنع الوجوب على أحد القولين لعدم استقرار الملك لكان يستأنف الحول، ولا يزكيه لما مضى كمال الكتابة، فلما نصّ في هذا القول على أنه يزكي لما مضى دل أنه لم يجعل هذا الاختلاف مانعاً من الوجوب، وهذا قضية كلام الأكثرين صريحاً أو إشارة ثم هؤلاء القاطعون بالوجوب غاصوا فقالوا في التفريع على القول الأول: يخرج في السنة الأولى زكاة خمسة وعشرين كما سبق، ثم يبني الحكم بعدها على الخلاف في أن الزكاة استحقاق جزء من العين أم لا؟ وإن قلنا: ليست استحقاق جزء من العين، فهل الدين يمنع الزكاة أم لا؟ فإذا مضت السنة الثانية فقد استقر ملكه على خمسين، أما الخمسة والعشرون الأولى فقد زكاها للسنة الأولى، فإن كان قد أخرج زكاتها من موضع آخر زكاها للسنة الثانية أيضاً، وإن كان قد أخرج من عينها زكى ما بقي منها.

وأما الخمسة والعشرون الثانية فقد وجب الزكاة في السنة الأولى في جميعها، وعليه إخراجها الآن وأما زكاة السنة الثانية فإن قلنا: الزكاة ليست استحقاق جزء، وقلنا: الدين لا يمنع الزكاة فكذلك يخرج الزكاة عن جميعها، وإن قلنا: إنها استحقاق جزء، وقلنا: ليست كذلك لكن الدين يمنع الزكاة ولم يملك شيئاً آخر، فلا يزكى للسنة الثانية

عن جميعها بل عما سوى القدر الواجب في السنة الأولى؛ لأن ذلك القدر قد استحقه المساكين أو هو دين يمنع وجوب الزكاة في قدرة، ثم إذا مضت السنة الثالثة فقد أستقر ملكه على خمسة وعشرين أخرى، أما الأولى والثانية فقد أخرج زكاتها لما مضى على التفصيل المذكور، فإن أخرج من موضع آخر زكى جميعها للسنة الثالثة أيضاً، وإن أخرج منها زكى الباقي.

وأما هذه الثالثة فقد مضى عليها ثلاث سنين، فإن قلنا: الزكاة ليست استحقاق جزء، والدّين لا يمنع الزكاة أخرج جميعها لثلاث سنين، وإن قلنا: إنها استحقاق جزء وقلنا: الدّين يمنع الزكاة، ولم يملك شيئاً آخر، فيخرج زكاة جميعها للسنة الأولى، وزكاة جميعها سوى قدر الواجب في السنة الأولى للثانية، وزكاة جميعها سوى قدر الواجب في السنتين الأوليين للثالثة، وقس الرابعة على هذا.

ثم هاهنا كلامان:

**أحدهما:** للمسألة شريطة ذكرها إمام الحرمين، وهي أن تكون أجرة السنتين متساوية ولا بد منها؛ لأنها لو تفاوتت ل زاد القدر المستقر في بعض السنين على ربع المائة ونقص في بعضها؛ لأن الإجارة إذا انفسخت توزع الأجرة المسماة على أجرة المثل في المديتين الماضية والمستقبلية.

**والثاني:** لعلك تبحث فتقول: كلام المسألة فيما إذا كانت المائة في الذمة ثم نقداً أم فيما إذا كانت الإجارة بمائة معينة، أم لا فرق؟

أما كلام الثقلة فإنه يشمل الحالتين جميعاً، وأما التفصيل والنص عليهما فلم أر له تعرضاً إلا في فتاوى القاضي الحسين قال في الحالة الأولى: الظاهر أنه يجب زكاة كل المائة إذا حال الحول؛ لأن ملكه مستقر على ما أخذ حتى لو انهدمت الدار، لا يلزمه رد المقبوض بل له رد مثله، وفي الحالة الثانية قال: حكم الزكاة حكمها في المبيع قبل القبض؛ لأنه بفرض أن يعود إلى المستأجر بانفساخ الإجارة، وبالجملة فالصورة الثانية أحق بالخلاف من الأولى، وما ذكره القاضي اختيار للوجوب في الحالتين جميعاً فاعل ذلك. وعد بعده إلى لفظ الكتاب.

أما قوله: «نقداً» فهو إشارة إلى كونها حالة مقبوضة والأجرة عندنا تملك بنفس العقد معجلة إن أطلقا أو شرطاً للتعجيل ومؤجلة إذا شرطاً التأجيل، فإذا كانت ذيناً حالاً أو مؤجلاً زاد ما سبق من الكلام في زكاة الدّين.

وقوله: وجبت عليه في السنة الأولى فيه المباحث التي تقدّمت في أن الكلام في نفس الوجوب وفي وجوب الإخراج، واللفظ إلى الاحتمال الأول أقرب.

وقوله: «زكاة ربع المائة» وكذا «زكاة نصفها وزكاة ثلاثة أرباعها» يجوز أن يعلم بالميم؛ لأن الشيخ أبا محمد حكى فيما علق عنه عن مالك أنه يجب في كل سنة زكاة جميع المال كالقول الثاني.

وقوله: «في القول الثاني تجب في كل سنة» معلّم بالحاء؛ لأن مذهب أبي حنيفة - رحمه الله - كالقول الأول، وعبارة الكتاب في القولين جميعاً محمولة على ما إذا أخرج الواجب من غير المائة، وهي الحالة التي ينزل عليها كلام الشافعي - رضي الله عنه - في «المختصر»، فإن كان يخرج من عينها فقد ذكرنا حكمه. ثم نختم الفصل بفرعين:

أحدهما: باع شيئاً بنصاب من الثُّقَد مثلاً وقبضه ولم يقبض المشتري المبيع حتى حال الحول، هل يجب على البائع إخراج الزكاة؟ يخرج على القولين؛ لأن الثمن قبل قبض المبيع غير مستقر، وخرجوا على القولين أيضاً ما إذا أسلم نصاباً في ثمره أو غيرها، وحال الحول قبل قبض المسلم فيه، وقلنا: إن تعذر المسلم فيه يوجب انفساخ العقد، وإن قلنا: إنه يوجب الخيار فعليه إخراج الزكاة.

الثاني: أوصى لإنسان بنصاب ومات الموصي، ومضى حول من يوم موته قبل القبول، إن قلنا: الملك في الوصية يحصل بالموت فعلى الموصي له الزكاة، وإن كان يرتد برده وإن قلنا: يحصل بالقبول فلا زكاة عليه، ثم إن أبقيناه على ملك الميت فلا زكاة على أحد. وإن قلنا: إنه للوارث فهل عليه الزكاة؟ فيه وجهان:

أصحهما: لا، وإن قلنا: إنه موقوف فإذا قبل بأن أنه ملكه بالموت فهل عليه الزكاة؟ روي في «التَّهْذِيب» فيه وجهين: أصحهما: لا؛ لأن ملكه لم يكن مستقراً عليه.

قال الغزالي: الرُّكْنُ الثَّالِثُ: فِيمَنْ تَجِبُ عَلَيْهِ، وَهُوَ كُلُّ حُرٍّ مُسْلِمٍ فَتَجِبُ فِي مَالِ الصَّبِيِّ (ح) وَالْمَجْنُونِ (ح)، وَفِي مَالِ الْجَنِينِ تَرَدُّدٌ، وَتَجِبُ عَلَى الْمُرْتَدِّ (م ح) إِنْ قُلْنَا بِبِقَاءِ مِلْكِهِ مُوَاخَذَةً لَهُ بِالْإِسْلَامِ، وَلَا زَكَاةَ عَلَى مُكَاتِبٍ وَرَقِيقٍ وَلَا عَلَى سَيِّدِهِمَا شَيْئاً فِي مَالِهِمَا، وَمَنْ مَلَكَ بِنُضْفِهِ الْحُرَّ شَيْئاً لَزِمَهُ (م ح) الزُّكَاةُ.

### [القول في زكاة الصبي والمجنون والمكاتب]:

قال الرافعي: فقه الفصل صور:

إحداها: تجب الزكاة في مال الصبي والمجنون، وبه قال مالك وأحمد خلافاً لأبي حنيفة - رحمه الله - وسلم وجوب العشر وصدقة الفطر.

لنا: ما روي أنه ﷺ قال: «مَنْ وَلِيَ يَتِيماً فَلْيَتَّجِرْ لَهُ وَلَا يَشْرِكْهُ حَتَّى تَأْكُلَهُ

الصَّدَقَةُ»<sup>(١)</sup>. وروي أنه ﷺ قال: «ابْتَغُوا فِي أَمْوَالِ الْيَتَامَى، لَا تَأْكُلْهَا الزُّكَاةُ»<sup>(٢)</sup>.

إذا تقرر ذلك فيجب على الولي إخراجها من مالهما، فإن لم يفعل أخرج الصبي بعد البلوغ والمجنون بعد الإفاقة زكاة ما مضى، وهل تجب في المال المنسوب إلى الجنين؟ حكى إمام الحرمين فيه تردداً لوالده - رحمهما الله - قال: والذي ذهب إليه الأئمة أن الزكاة لا تجب فيه؛ لأن حياة الحمل غير ماثوق بها، وكذلك وجوده، ونحن وإن قضينا بأن الحمل يعرف، فالحكم يتعلق به عند انفصاله.

والثاني: أنه تجب الزكاة إذا انفصل، كما في مال الصبي والمجنون.

الثانية: الكافر الأصلي غير ملزم بإخراج الزكاة لا في الحال ولا بعد الإسلام، وأما المرتد فلا يسقط عنه ما وجب في الإسلام، فإذا حال الحول على ماله في الردة، فهل تجب فيه الزكاة؟ يبيّن على الخلاف في ملكه، إن قلنا: يزول ملكه بالردة فلا، وإن قلنا: لا يزول فنعم مؤخذة له بحكم الإسلام، وإن قلنا: إنه موقوف إلى أن يعود إلى الإسلام، أو يهلك على الردة، فالزكاة أيضاً على الوقف، فإن قلنا: لا يزول ملكه وأوجبت الزكاة، فقد ذكر في «التّهذيب» أنه لو أخرج في حال الردة جاز كما لو أطمع عن الكفارة بخلاف الصوم لا يصح منه؛ لأنه عمل البدن فلا يصح إلا ممن يكتب له، وروي في «النهاية» عن صاحب «التقريب»: أنه لا يبعد أن يقال: لا يخرجها ما دام مرتدداً، وكذا الزكاة الواجبة قبل الردة؛ لأن الزكاة قرينة مفتقرة إلى النية، فعلى هذا إن عاد إلى الإسلام أخرج الزكاة الواجبة في الردة وقبلها، وإن هلك على الردة حصل اليأس عن الأداء وبقيت العقوبة في الآخرة. قال الإمام: هذا خلاف ما قطع به الأصحاب، لكن يحتمل أن يقال: إذا أخرج في الردة ثم أسلم، هل يعيد الزكاة؟ فيه وجهان كالوجهين في الممتنع، إذا ظفر الإمام بماله وأخذ الزكاة منه، هل يجزئه أم لا؟ ولك أن تعلم قوله في الكتاب: «إن قلنا يبقى ملكه» بالواو؛ لأن الحنّاطي ذكر أنه يحكي عن ابن سريج أنه تجب الزكاة على الأقاويل كلها كالتفقات والغرامات.

الثالثة: لا تجب الزكاة على المكاتب، لا العشر ولا غيره وبه قال مالك وأحمد، وقال أبو حنيفة: يجب العشر في زرعه.

لنا: ما روي أنه ﷺ قال: «لَا زَكَاةَ فِي مَالِ الْمُكَاتِبِ»<sup>(٣)</sup>.

(١) أخرجه الترمذي (٦٣٦) وقال: هذا الحديث إنما يروى من هذا الوجه، وفي إسناده مقال، لأن المشني ابن الصباح يضعف في الحديث، وأخرجه الدارقطني (١٠٩/٢) والبيهقي (١٠٤/٤) وانظر التلخيص (١٥٧/٢).

(٢) أخرجه الشافعي (٦٢٠) وانظر التلخيص (١٥٨/٢).

(٣) أخرجه الدارقطني من رواية جابر بإسناد ضعيف (١٠٨/٢) والبيهقي (١٠٩/٤) وقال رفعه ضعيف، والصحيح أنه موقوف على جابر - رضي الله عنه -.



وأيضاً فإن ملكه ضعيف، ألا ترى أنه لا يرث ولا يورث عنه ولا يعتق عليه قريبه ثم إذا أعتق وبقي المال في يده أبتدأ الحول من يوم العتق، وإن عجز وصار ما في يده للسيد أبتدأ الحول من حينئذ.

الرابعة: العبد القن لا يملك بغير تمليك السيد لا محالة، وهل يملك بتمليك السيد؟ فيه قولان مذكوران في الكتاب في موضعهما؛ فإن قلنا: لا، وهو المذهب فزكاة ما ملكه من الأموال الزكوية على السيد، ولا حكم لذلك التملك، وإن قلنا: نعم، فلا زكاة على العبد كما لا زكاة على المكاتب بل أولى؛ لأن للسيد أن يسترده ويتزعه متى شاء، وهل يجب على السيد؟ فيه وجهان:

أصحهما: لا؛ لأن ملكه زائل.

والثاني: نعم؛ لأن ثمرة الملك باقية، فإن للسيد أن يتصرف فيه كيف شاء، وإذا أعتق العبد ارتد الملك إليه بخلاف ملك المكاتب إذا أعتق، حكى هذا الوجه أبو عبد الله الحنطاطي، ونقله الإمام عن «شرح التلخيص»، وقد عرفت بما ذكرنا أن قوله: «ولا على سيديهما في مالهما» تفريع على أن العبد يملك بتمليك السيد إياه، وإلا فليس للعبد مال وهو معلّم بالواو. لما روينا من الوجه الثاني، والمدبر وأم الولد كالعبد القن<sup>(١)</sup>.

الخامسة: من بعضه حرٌّ وبعضه رقيق، لو ملك بنصفه الحر نصاباً فهل عليه زكاته؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، لتقصانه بالرّق كالعبد والمكاتب، وهذا هو الذي ذكره في «الشامل». وأصحهما: وهو المذكور في الكتاب أنه تجب؛ لأن ملكه تام على ما ملكه بالجزء الحر منه، ولهذا قال الشافعي - رضي الله عنه - أنه يكفر كفارة الحرّ الموسر، وقال: إنه يلزمه زكاة الفطر بقدر ما هو حر، هذا تمام الصور وقد تبين بها أن المعتبر فيمن تجب عليه الحرية والإسلام على ما ذكر في أول الفصل، لكن قوله: «وهو كل حر مسلم» يقتضي أن لا تجب الزكاة على من ملك بنصفه الحرّ؛ لأنه يقع على من جميعه حرٌّ، فأما من بعضه حر وبعضه رقيق، يصدق عليه القول بأنه ليس بحرّ، فلما وجبت الزكاة عليه على ظاهر المذهب، وهو الذي ذكره في الكتاب ووجب تأويل اللفظ والله أعلم.

### تم الجزء الثاني

ويليه الجزء الثالث، وأوله:

«باب أداء الزكاة وتعجيلها»

(١) سيأتي الكلام عليهما في العتق.

١  
فهرس محتويات  
الجزء الثاني  
من  
العزیز شرح الوجيز



## الفهرس

٣	الباب الخامس: في شرائط الصلاة وهو ستة
٣	الشرط الأول: الطهارة
٦	الشرط الثاني: طهارة الخبث
٣٢	الشرط الثالث: ستر العورة
٣٨	القول في ستر العورة
٣٨	القول في صفة الستر
٤٣	الشرط الرابع: الكلام في الصلاة
٥١	الشرط الخامس: ترك الأفعال الكثيرة
٥٩	الشرط السادس: ترك الأكل
٦٢	الباب السادس: في السجدة وهي ثلاثة
٦٢	الأولى: سجدة السهو والقول فيها
١٠٢	الثانية: سجدة التلاوة والقول فيها
١١٤	الثالثة: سجدة الشكر والقول فيها
١١٦	القول في صلاة التطوع
١١٩	القول في أحكام الوتر
١٢٦	القول في قنوت رمضان
١٢٩	القول في النوافل التي تسن فيها الجماعة
١٣٣	القول في أحكام صلاة التراويح

### كتاب الصلاة بالجماعة وفيه ثلاثة فصول

١٤٠	الفصل الأول: في فضل صلاة الجماعة
١٤٠	القول في أحكام صلاة الجماعة

١٥٤	الفصل الثاني: في صفات الأئمة
١٥٤	القول في صفة الأئمة
١٧١	الفصل الثالث: في شرائط القدوة وهي ستة
١٧١	الشرط الأول: أن لا يتقدم في الموقف على الإمام
١٧٦	الشرط الثاني: الاجتماع في الموقف بين الإمام والمأموم
١٨٤	الشرط الثالث: نية الاقتداء
١٨٨	الشرط الرابع: توافق نظم الصلاتين
١٨٩	الشرط الخامس: الموافقة
١٩٠	الشرط السادس: المتابعة

### كتاب صلاة المسافر وفيه بابان

٢٠٦	الباب الأول: في القصر وله ثلاثة أنظار
٢٠٧	النظر الأول: السبب
٢٢٥	النظر الثاني: في محل القصر
٢٢٨	النظر الثالث: في الشرط
٢٣٦	الباب الثاني: في الجمع
٢٤٠	شرائط الجمع

### كتاب الجمعة وفيه ثلاثة أبواب

٢٤٨	الباب الأول: في شرائطها وهي ستة
٢٤٨	الشرط الأول: الوقت
٢٥٠	الشرط الثاني: دار الإقامة
٢٥١	الشرط الثالث: أن تكون الجمعة مسبوقه بجمعة أخرى
٢٥٥	الشرط الرابع: العدد
٢٦٢	الشرط الخامس: لا يصح الانفراد بالجمعة
٢٨٣	الشرط السادس: الخطبة
٢٨٦	شرائط الخطبة

- الباب الثاني: فيمن تلزمه الجمعة ..... ٢٩٧
- الباب الثالث: في كيفية الجمعة وتتميز بأربعة أمور ..... ٣٠٨
- الأول: الغسل ..... ٣٠٨
- الثاني: البكور إلى الجامع ..... ٣١٣
- الثالث: لبس الثياب البيض واستعمال الطيب ..... ٣١٤
- الرابع: يستحب قراءة سورة الجمعة في الركعة الأولى ..... ٣١٥

### كتاب صلاة الخوف وفيه أربعة أنواع

- النوع الأول: أن لا يكون العدو في جهة القبلة ..... ٣١٩
- القول في صلاة بطن نخل ..... ٣٢٠
- النوع الثاني: أن يكون العدو في جهة القبلة ..... ٣٢١
- النوع الثالث: أن يلتحم القتال ..... ٣٢٤
- النوع الرابع: صلاة شدة الخوف ..... ٣٣٨
- كتاب صلاة العيدين ..... ٣٤٧
- كتاب صلاة الخسوف ..... ٣٧٢
- كتاب صلاة الاستسقاء ..... ٣٨٣
- كتاب صلاة الجنائز ..... ٣٩٢
- القول في التكفين ..... ٤٠٩
- القول في الصلاة ..... ٤١٨
- القول في الدفن ..... ٤٤٦
- القول في التعزية والبكاء على الميت ..... ٤٥٨
- باب تارك الصلاة ..... ٤٦١

### كتاب الزكاة وفيه ستة أنواع

- النوع الأول: زكاة النعم ..... ٤٦٥
- النوع الثاني: في العدول إلى ابن لبون ..... ٤٧٨
- النوع الثالث: إذا ملك مائتين من الإبل ..... ٤٨١
- النوع الرابع: في الجبران ..... ٤٨٧

- النوع الخامس: في صفة المخرج في الكمال والنقصان ..... ٤٩١
- باب صدقة الخلطاء وفيه خمسة فصول ..... ٥٠٢
- الفصل الأول: في حكم الخلطة وشرطها ..... ٥٠٢
- الفصل الثاني: في التراجع ..... ٥٠٨
- الفصل الثالث: في اجتماع الخلطة والانفراد في حول واحد ..... ٥١١
- الفصل الرابع: في اجتماع المختلط والمنفرد في ملك واحد ..... ٥١٦
- الفصل الخامس: في تعدد الخليط ..... ٥٢١
- باب لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول ..... ٥٢٥
- القول في زكاة الصبي والمجنون والمكاتب ..... ٥٦٠

# العزير

شرح الوجيز  
المعروف بالشرح الكبير

تأليف

الإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافي الفزوني الشافعي

المؤلف سنة ٦٢٣ هـ

تحقيق وتعليق

أشيخ علي محمد معوض شيخ عادل أحمد عبد الموجود

الجزء الثالث

يحتوي على الكتب التالية:

تممة الزكاة - الصيام - الاعتكاف - الحج

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان



## جميع الحقوق محفوظة

جميع حقوق الملكية الادبية والفنية محفوظة لدار الكتب العلمية بيروت - لبنان ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تفصيل الكتاب كاملاً أو مجزأً أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو برمجته على اسطوانات ضوئية إلا بموافقة الناشر خطياً.

Copyright ©

All rights reserved

Exclusive rights by DAR al-KOTOB al-ILMIYAH Beirut - Lebanon. No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

الطبعة الأولى

١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م

## دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

العنوان : رمل الزريف، شارع البحتري، بناية ملكارت  
تلفون وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٢٥ - ٦٠٢١٢٣ (١ ٩٦١) -  
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

## DAR al-KOTOB al-ILMIYAH

Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif, Bohitory st., Melkart bldg., 1st Floore.

Tel. & Fax : 00 (961 1) 60.21.33 - 36.61.35 - 36.43.98

P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

### باب أداء الزكاة وتعجيلها

قال الغزالي: (الطَّرْفُ الثَّانِي لِلزَّكَاةِ طَرْفُ الْأَدَاءِ) وَلَهُ ثَلَاثَةٌ أَحْوَالٍ: الْأُولَى الْأَدَاءُ فِي الْوَقْتِ وَهُوَ وَاجِبٌ عَلَى الْفَوْرِ (ح) عِنْدَنَا وَيَتَخَيَّرُ بَيْنَ الصَّرْفِ إِلَى الْإِمَامِ أَوْ إِلَى الْمَسَاكِينِ فِي الْأَمْوَالِ الْبَاطِنَةِ وَأَيْهَمَا أَوْلَى فِيهِ وَجِهَانِ، وَالصَّرْفُ إِلَى الْإِمَامِ أَوْلَى فِي الْأَمْوَالِ الظَّاهِرَةِ وَهَلْ يَجِبُ؟ فِيهِ قَوْلَانِ.

قال الرافعي: ذكر في أول الزكاة أن النظر في الوجوب والأداء، وقد فرغ الآن من النظر الأول. وأما: الأداء فله ثلاث حالات؛ لأنه إما أن يتفق في الوقت أو قبله أو بعده.

الحالة الأولى: الأداء في الوقت، وهو واجب على الفور بعد التمكن.

وقوله: «عندنا» قصد به التُّعْرُضُ لمذهب أبي حنيفة - رحمه الله - فيما رواه إمام الحرمين وغيره أنها واجبة على التُّرَاخِي، ونقل صاحب «الشامل» وغيره اختلافاً لأصحابه فيه، فعن الكرمي: أنها على الفور، وعن أبي بكر الرازي<sup>(١)</sup>: أنها على التراخي. لنا: أن الأمر بإيتاء الزكاة وارد، وحاجة المستحقين ناجزة، فيتحقق الوجوب في الحال. ثم أداء الزكاة يفتقر إلى وظيفتين، فعل ونية [أما الأداء ف] الأداء يفرض على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يباشره بنفسه وهو جائز في الأموال الباطنة، لما روي عن عثمان - رضي الله عنه - أنه قال في المحرم: «هَذَا شَهْرُ زَكَاتِكُمْ، فَمَنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَلْيَقْضِ دَيْنَهُ، ثُمَّ لِيُزَكَّ بِقِيَّةِ مَالِهِ»<sup>(٢)</sup>. والأموال الباطنة هي الذهب والفضة وعرض التجارة

(١) أبو بكر أحمد بن علي الرازي صاحب أبي الحسن الكرخي، ولد سنة خمس وثلاثمائة، ومات سنة سبعين وثلاثمائة، وإليه انتهت رئاسة العلم لأصحاب أبي حنيفة ببغداد، وعنه أخذ فقهاؤها. ينظر: طبقات الفقهاء للشيرازي ص (١٤٤)، الجواهر المضئنة (٨٤/١)، وانظر الفهرست ص (٢٠٨)، والعبر للذهبي (٣٥٤/٢).

(٢) أخرجه مالك في الموطأ (١٩٣/١) ومن طريقة الشافعي (٦٢٦)، والبيهقي (١٤٨/٤).

والرِّكاز وزكاة الفِطْر مُلْحَقَة بهذا النوع<sup>(١)</sup>، وأما الأموال الظَّاهرة وهي المواشي والمُعشرات والمَعَادن، فهل يجوز أن يفرق زكاتها بنفسه؟ فيه قولان:  
أصحهما وهو الجديد: نعم، كزكاة الأموال الباطنة.

والثاني: وهو القديم ومذهب أبي حنيفة - رحمه الله -، ويروي عن مالك أيضاً: أنه لا يجوز، بل يجب صرفها إلى الإمام لقوله تعالى: «خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا»<sup>(٢)</sup>. ولأنه مال للإمام المطالبة به، فيجب دفعه إليه كالخراج هذا إذا كان الإمام عادلاً، فإن كان جائراً فوجهان:

أحدهما: يجوز، ولا يجب خوفاً من أن لا يوصله إلى المستحقين.

وأصحهما: أنه يجب لِنفاذ حكمه وعدم انعزاله بالجور، وعلى هذا القول لو فرق بنفسه لم يحسب، وعليه أن يؤخر ما دام يرجو مجيء الساعي، فإذا أيس فرق بنفسه.

والثاني: أن يصرف إلى الإمام وهو جائز فإنه نائب المستحقين، «وكان النبي ﷺ، والخلفاء بعده يَتَعَثَّرُونَ السُّعَاءَةَ لِأَخْذِ الزُّكَاةِ»<sup>(٣)</sup>.

والثالث: أن يوكل بالصراف إلى الإمام أو بالتفرقة على المستحقين، حيث تجوز له التفرقة بنفسه، وهو جائز أيضاً، لأنه حق مالي فيجوز التوكيل في أدائه كديون الآدميين. وأما الأفضل من هذه الطُّرق فلا خلاف في أن تفرقة الزكاة بنفسه أفضل من التوكيل بها؛ لأنه على يقين من فعل نفسه وفي شك من فعل الوكيل، ويتقدير أن يجوز لا يسقط الفرض عن الموكل وله على الوكيل غرم ما أتلف، وفي الأفضل من الطريقتين الأولين<sup>(٤)</sup> في الأموال الباطنة وجهان:

(١) وفي زكاة الفطر وجه: أنها من الأموال الظاهرة، حكاه في «البيان» ونقله في «الحاوي»، عن الأصحاب مطلقاً، واختار أنها باطنة، وهو ظاهر نص الشافعي - رضي الله عنه - وهو المذهب. ينظر الروضة (٦١/٢).

(٢) سورة التوبة، الآية ١٠٣.

(٣) البخاري (٩٢٥، ١٥١٠، ٢٥٩٧، ٦٦٣٦، ٦٩٧٩، ٧١٧٤، ٧١٩٧)، ومسلم (١٨٣٢) من حديث أبي حميدة، والبخاري (١٤٦٨)، ومسلم (٩٨٣) من حديث أبي هريرة وأبو داود (٩٤٧) من حديث أبي مسعود الأنصاري.

(٤) جزم النووي في «المنهاج» بطريقة الخلاف وزاد فجعله قولين، فإنه عبر بالأظهر وما نقله عن الغزالي في طرد الخلاف وقم أيضاً في «شرح المهذب» وهو غلط فإنه صرح بأنه لا يجري فيه، فقال في الوسيط: فإن كان المال باطناً جاز التسليم إلى الإمام أو إلى المسلمين، وإنهما أولى فيه وجهان، وإن كانت ظاهرة ففي وجوب تسليمها إلى الإمام قولان، ولا شك أن التسليم أولى للخروج من الخلاف. هذا لفظ «الوسيط»، وذكر في «الوسيط» أيضاً نحوه، وعبر بقوله: ولا خلاف، وأما في «الوجيز» فإنه لم يفصل، بل أطلق الخلاف، ونقل الراجعي عند إطلاق الخلاف، ثم نقل عن המחامي أنه عمم فقال: ورأيت המחامي قد صرح في «القولين والوجهين» بطرد.

أحدهما: وبه قال ابن سريج وأبو إسحاق أن الصّرف إلى الإمام أولى؛ لأنه أعرف بأهل السهمان وأقدر على التفرقة بينهم؛ ولأنه إذا فرق الإمام كان على يقين من سقوط الفرض، بخلاف ما لو فرق بنفسه لجواز أن يسلم إلى مَنْ ليس بصفة الاستحقاق، وهو يظنه بصفة الاستحقاق.

والثاني: أن الأولى أن يفرقها بنفسه؛ لأنه يفعل نفسه أوثق، ولينال أجر التفريق وليخص به أقاربه وجيرانه، وهذا الوجه هو المذكور في «التّهذيب» و«العدة»، ومن قال به تعلق بقوله في «المختصر»، «وأحب أن يتولى الرجل قسمتها بنفسه، ليكون على يقين من أداءها عنه» والأول هو الأظهر عند أكثر الأئمة من العراقيين وغيرهم، ولم يذكر الصّيندلاني غيره، وحملوا قول الشافعي - رضي الله عنه - على أنه أولى من التّوكيل، ومنهم من قال: أراد به في الأموال غير الظاهرة.

وأما في الأموال الظاهرة فالأولى الصّرف إلى الإمام ليخرج عن شبهة الخلاف، ومنهم من أطلق الخلاف من غير فرق بين الأموال الباطنة والظاهرة، وهكذا فعل صاحب الكتاب في قسم الصدقات، وعبر عن هذا الخلاف بالقولين على خلاف المشهور، ورأيت المحاملي صرح في القولين والوجهين بطرد الخلاف، فليكن قوله: «والصّرف إلى الإمام في الأموال الظاهرة أولى» معلماً بالواو، وحيث قلنا: الصّرف إلى الإمام أولى، فذلك إذا كان الإمام عادلاً فإن كان جائراً فوجهان:

أحدهما: أنه كالعادل، ويحكي ذلك عن صاحب «الإفصاح» لما روي أن سعد بن أبي وقاص، وأبا هريرة وأبا سعيد - رضي الله عنهم - سئلوا عن الصّرف إلى الولاية الجائرين فأمرؤا به<sup>(١)</sup>.

وأصحهما: وهو الذي ذكره في الكتاب في قسم الصدقات: أن التّفريق بنفسه أولى من الصّرف إليه، لظهور جوره وخيانتته، بل حكى الحنّاطي وجهاً أنه لا يجوز الصّرف إلى الجائر فضلاً عن الأفضلية<sup>(٢)</sup> - والله أعلم -.

قال الغزالي: وَتَجِبُ نِيَّةُ الزَّكَاةِ بِالْقَلْبِ (ح) فَيَنْوِي الزَّكَاةَ الْمَفْرُوضَةَ، فَإِنْ لَمْ يَتَمَرَّضْ لِلْفَرَضِ فَوَجْهَانِ، وَلَا يَلْزَمُ تَغْيِيرُ الْمَالِ، فَإِنْ قَالَ: عَنِ مَالِي الْغَائِبِ وَكَانَ تَالِفاً لَمْ يَنْصَرَفْ إِلَى الْحَاضِرِ، وَلَوْ قَالَ: عَنِ الْغَائِبِ، فَإِنْ كَانَ تَالِفاً فَعَنِ الْحَاضِرِ أَوْ هُوَ صَدَقَةٌ جَارٌ لِأَنَّهُ مُقْتَضَى الْإِطْلَاقِ.

(١) أخرجه سعيد بن منصور. انظر التلخيص (١٦٤/٢).

(٢) والدفع إلى الإمام أفضل من الوكيل قطعاً، صرح به صاحب «الحاوي» ووجهه ما تقدم. ووجهه ما تقدم مراده إذا كان الإمام عادلاً، ويدل عليه. نقل ذلك عن الحاوي وصاحب الحاوي يمنع الصّرف إلى الجائر فضلاً عن أفضليته.

قال الرافعي: الوظيفة الثانية الثّنية، ولا بد منها في الجملة لقوله ﷺ: «إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ». وهل المعبر قَصْدُ الْقَلْبِ أم يكفي القول باللسان؟

قال الشافعي - رضي الله عنه - في «المختصر»: وإذا ولى الرّكّل زكاة ماله لم يجزه إلا بنية أنه فرض، والنية هي القصد فقضية هذا اعتبار قصد القلب، ونقل عن «الأم» أنه سواء نوى أو تكلم بلسانه أنه فرض يجزئه. قال الأصحاب: في المسألة وجهان: وقال القفال وغيره: قولان:

أصحهما: وهو المذكور في الكتاب: أنه لا بد من قصد القلب، وهذا ما خرجهُ أَبُو الْقَاصِ، وإليه ذهب صاحب «التقريب».

والثاني: أنه يكفي القول باللسان، وهو اختيار القفال فيما حكى الصّيدلاني، واحتج بأن إخراج الزكاة في حال الردة جائز، ومعلوم أن المرتد ليس من أهل نية وهي قرية، فدل أن لفظة كَافٍ، وأيضاً فإنّ الزكاة تجري فيها التّياّبة، وإن لم يكن النائب من أهلها، فإذا جاز أن ينوب فيها شخص عن شخص جاز أن ينوب اللسان عن القلب، ولا يلزم الحج فإن النائب فيه لا بد وأن يكون من أهل الحج، ومن قال بالأول حمل كلامه في «الأم» على أنه لا فرق بين أن يقتصر على قصد القلب، وبين أن يجمع بين قصد القلب والتلفظ. وأما فصل المرتد ففي أدائه الزكاة في حال الردة كلام تقدم، وعلى التسليم فلا نسلم أن القصد غير معتبر في حق المرتد.

نعم، لا يتصور معه قصد هو قرية، لكن كما لا يتصور منه ذلك لا يتصور أيضاً لفظ هو قرية، وقد قيل للقفال: لا يسقط الفرض حتى يقول المرتد هذا عطاء، فقال: كذا ينبغي أن يكن، فإذا جاز اعتبار اللفظ وإن لم يكن قرية، لم لا يجوز اعتبار القصد وإن لم يكن قرية؟

وأما الوجه الثاني: فهو باطل بالوضوء، فإنه يجوز فيه إنابة الأهل وغير الأهل، ومع ذلك يُعتَبَرُ فيه قصد القلب.

وروى الشيخ أبو علي طريقة أخرى عن بعضهم قاطعة باعتبار قصد القلب.

وكيفية النية أن ينوي هذا فرض زكاة مالي أو فرض صدقة مالي، أو زكاة مالي المفروضة أو الصدقة المفروضة، ولا يكفي التعرض لفرض المال، فإن ذلك قد يكون كفارة وندراً، ولا يكفي التعرض للصدقة في أصح الوجهين<sup>(١)</sup> فإنها قد تكون نافلة، ولو

(١) يقتضي أنه لو قيدها بالحال أنه يكفي. وقال في «شرح المذهب»: لو نوى الصدقة فقط لم يجزه على المذهب الذي قطع به الجمهور. وحكى الرافعي فيه وجهاً ضعيفاً، ولو قال: صدقة =

تعرض للزكاة دون صفة الفرضية فهل يجزئه؟ فيه وجهان.

الذي ذكره الأكثرون أنه يجزئه؛ لأن الزكاة لا تكون إلا مفروضة. قال في «التهذيب»: وهما كالوجهين فيما إذا نوى صلاة الظهر، ولم يتعرض للفرضية، لكن صلاة الظهر قد تكون نافلة من الصَّبي، وممن صلى منفرداً ثم أعاد في جماعة، ولا انقسام في الزكاة ولا يجب تعيين المال المزكَّى عنه، فإن عوض ببعض المال ودفع حاجة المستحقين لا يختلف، بل يزكِّي عن مواشيه ونقوده حتى يخرج تمام الواجب، فلو ملك أربعمئة درهم مثلاً مائتان حاضرتان ومائتان غائبتان، أخرج خمسين من غير تعيين جاز، وكذا لو ملك أربعين من الغنم، وخمساً من الإبل فأخرج شاتين، ولو أخرج خمسة مطلقاً، ثم بَانَ له تلف أحد المالين أو تلف أحدهما بعد الإخراج، فله أن يحسب المخرج عن الزكاة الأخرى، ولو عين حالاً لم ينصرف إلى غيره، حتى لو أخرج الخمسة عن المال الغائب فَبَانَ تالفاً، لم يكن له صرفه إلى الحاضر، ولو قال: هذه عن مالي الغائب إن كان سالماً فَبَانَ تالفاً هل له الصرف إلى الحاضر؟ حكى في «العدة»، فيه وجهين:

قال: والأصح أنه لا يجوز، ولو قال: هذه عن مالي الغائب فإن كان تالفاً فهي صدقة أو قال: إن كان مالي الغائب سالماً فهذه زكاته وإلا فهي صدقة جاز؛ لأن إخراج الزكاة عن الغائب هكذا يكون، وإن اقتصر على قوله: عن مالي الغائب حتى لو بان تالفاً، لا يجوز له الاسترداد إلا إذا صرح فقال: هذه عن مالي الغائب، فإن بَانَ تالفاً استردده وليست هذه الصورة، كما إذا أخرج خمسة وقال: إن كان مورثي قد مات وورثت مالت فهذه زكاته، فبان موته لا يحسب المخرج عن الزكاة؛ لأن الأصل بقاء المورث وعدم الإرث، وهاهنا الأصل سلامة المال، فالتردد بهذا الأصل، ونظير هذه المسألة أن يقول: في آخر شهر رمضان أصوم غداً عن رمضان، إن كَانَ من الشهر يصح، ونظير مسألة الميراث أن يقول في أوله: أنا صائم ثم غداً عن رمضان، إن كان من الشهر لا يصح، ولو قال: هذه عن مالي الغائب فإن كان تالفاً فعن الحاضر.

فالذي قاله معظم الأئمة: أن الغائب إن كان سالماً يقع عنه، وإلا فلا يقع عن الحاضر؛ لأنه قد جزم بكونها زكاة ماله، والتردد في أنها عن أي المَالَيْن بحسب بقاء الغائب وتلفه لا يضر كالتردد بين الفرض والتُّفُل في الصُّورة السابقة على اختلاف التَّقْدِيرَيْن، وهذا تعيين المال ليس بشرط فلا يقدر التردد فيه، حتى لو قال: هذه عن

= مالي أو صدقة المال، فوجهان: أحدهما: لا يجزيه، فأشار في الأولى إلى نفي الخلاف عند الجمهور. وأما في الثانية فجزم فيها بإثبات الخلاف. ينظر الروضة (٢/٦٤).

مالي [الغائب أو الحاضر]<sup>(١)</sup> أجزأته، وعليه خمسة أخرى ويخالف ما لو نوى الصلاة عن فرض الوقت إن دخل الوقت، وإلا فَعَنِ الفائتة لا يجزئه؛ لأن التعيين شرط في العبادات البدنية. وحكي في «النهاية» تردداً عن صاحب «التقريب» في وقوع المخرج عن الحاضر؛ لأن النية مترددة بالإضافة إليه تردداً غير معتضد بالأصل فإنه إنما جعلها عن الحاضر بشرط تلف الغائب، والأصل في الغائب البقاء والاستمرار وكان الوُفُوع عن الغَائِبِ على خلاف الأصل، ويخالف ما لو قال: وَإِلَّا فَهِيَ نَافِلَةٌ؛ لأنه يحتاط في الفَرْضِ بما لا يحتاط به للثقل.

وقوله في الكتاب: «فإن كان تالفاً فعن الحاضر أو هو صدقة» [ليس المراد أن النايي ردد هكذا لكنهما صورتان عطف أحدهما على الأخرى والمعنى أو قال هو صدقة، ولو ردد قفال عن الحاضر أهو صدقة]<sup>(٢)</sup> وكان الغائب تالفاً لم يقع عن الحاضر كما قال الشافعي - رضي الله عنه -: لو قال إن كان مالي الغائب سالماً فهذه زكاته أو نافلة وكان ماله سالماً لم يجزئه؛ لأنه لم يقصد بالنية قصد فرض خالص، ونظيره أن يقول: أصلي فرض الظهر أو نافلة وأصوم غداً عن رمضان أو نافلة فلا ينعقد.

وقوله: «جاز» معلّم بالواو؛ لأنه حكم بالجواز في الصورتين معاً، وفيما إذا قال: «فإن كان تالفاً فمن الحاضر» الوجه النقول عن صاحب «التقريب».

وقوله: «لأنه مقتضى الإطلاق» يرجع إلى الصورة الأخيرة، وهي أن يقول: «فإن كان تالفاً فهو صدقة»، لأن المفهوم من الإطلاق هاهنا أن يقتصر على قوله: هذا المال عن الغائب، ولو اقتصر عليه وكان الغائب تالفاً يكون المخرج صدقة على ما سبق، ولا يقع عن الحاضر فظهر أن الأجزاء عن الحاضر ليس مقتضى الإطلاق:

فإن قلت: في جواز نقل الصدقة خلاف يأتي في موضعه، فتجوز الإخراج عن المال الغائب في مسائل الفصل وجواب على قول الجواز أم كيف الحال؟ فالجواب أن أبا القاسم الكرخي جعلها جواباً على قول الجواز، ويجوز أن تفرض الغيبة عن منزلة وعدم وقوفه على بقاء المال وهلاكه، فيصح تصوير هذه المسائل من غير النظر إلى ذلك الخلاف، وقد أشار إلى هذا في «الشامل».

قال الغزالي: وَيُنَوِّي وَلِي الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ، وَهَلْ يَنْوِي السُّلْطَانُ إِذَا أَخَذَ الزُّكَاةَ مِنَ الْمُمْتَنِعِ؟ إِنْ قُلْنَا: لَا تَبْرَأُ ذِمَّةَ الْمُمْتَنِعِ فَلَا، وَإِنْ قُلْنَا: تَبْرَأُ فَوْجَهَانِ.

قال الرافعي: كما أن صاحب المال قد يفرق الزكاة بنفسه، فغيره قد ينوب عنه

(٢) سقط في ط كما ذكر الرافعي.

(١) في تقديم وتأخير.

فيه، فإن فرق بنفسه فلا بد من النية كما بيناه، وإن ناب عنه غيره كذلك يفرض على وجوه: منها: نيابة الولي عن الصبي والمجنون، ويجب عليه أن ينوي، لأن المؤدي عنه ليس أهلاً<sup>(١)</sup> للنية كما ليس أهلاً للقسم والتفريق فينوب عنه في النية كما ينوب عنه في القسم. قال القاضي ابن كج: «فلو دفع من غير نية لم يقع الموقع عليه الضمان».

ومنها: أن يتولى السلطان قسم زكاته، وذلك إما أن يكون بدفعه إلى السلطان طوعاً أو يأخذ السلطان منه كرهاً، فإن دفع طوعاً ونوى عند الدفع كفى، وإن لم يتو السلطان لأنه نائب المستحقين فالدفع إليه كالدفع إليهم، وإن لم يتو صاحب المال ونوى السلطان أو لم يتو هو أيضاً ففيه وجهان:

أحدهما: وهو ظاهر كلامه في «المختصر» ولم يذكر كثيراً من العراقيين سواه: أنه يجزىء، ووجهه بأنه لا يدفع إلى السلطان إلا الفرض، وهو لا يفرق على أهل السهمان إلا الفرض، فأغنت هذه القرينة عن النية.

والثاني: لا يجزىء؛ الإمام نائب الفقراء، ولو دفع إليهم بغير نية لم يجز، فكذا إذا دفع إلى نائبيهم.

قال صاحب «المهذب» و«التهذيب» وجمهور المتأخرين: هذا أصح، وهو اختياري القاضي أبي الطيب، وحملوا كلام الشافعي - رضي الله عنه - على الممتنع يجزئه المأخوذ وإن لم ينو، لن نقل عن نصه في «الأم» أنه قال: يجزئه وإن لم ينو طائعاً كان أو كارهاً، وأما إذا امتنع عن أداء الزكاة للسلطان أخذها منه كرهاً، خلافاً لأبي حنيفة.

لنا قوله - تعالى جده -: «خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا»<sup>(٢)</sup>.

ولا يأخذ إلا قدر الزكاة على الجديد، لقوله ﷺ: «لَيْسَ فِي الْمَالِ حَقٌّ سِوَى الزُّكَاةِ»<sup>(٣)</sup>.

وقال في القديم: يأخذ مع الزكاة شطر ماله لما روى أنه ﷺ قال: «فِي كُلِّ أَرْبَعِينَ

(١) علله الأصحاب. والتعليل المذكور يقتضي أنه السفه يتعاطى النية لأنه من أهلها. قال ابن الرفعة: وفي الاعتداد بنيته نظر، وكلامه يقتضي عدم الوقوف عليها، وقد صرح به الجرجاني في الشافعي، فقال - بعد أن ذكر وجوبها على الصبي والمجنون والسفيه -: «ويخرجها الولي عنهم ويتولى لهم» هذه عبارته، وصرح بها أيضاً في «شرح المهذب»، وحكى فيها الاتفاق ونقله عن الرافعي وغيره، والرافعي لم يذكره في السفه، بل ذكر الصبي والمجنون خاصة. (تعلية الفوائد).

(٢) سورة التوبة، الآية ١٠٣.

(٣) أخرجه ابن ماجة (١٧١٩) من حديث فاطمة بنت قيس بإسناد واه، وقال البيهقي (٨٤/٤): ولست أحفظ له إسناداً صحيحاً قال: وروي في معناه أحاديث.



مِنَ الْإِبِلِ السَّائِمَةِ بِنْتُ لَبُونٍ مَّنْ أَعْطَاهَا مُؤْتَجِرًا بِهَا فَلَهُ أَجْرُهَا، وَمَنْ مَتَّعَهَا فَإِنَّا آخِذُوهَا وَشَطْرَ مَالِهِ عَزْمَةٌ مِنْ عَزْمَاتِ رَبَّنَا، لَيْسَ لَأَلٍ مُّحَمَّدٍ فِيهَا شَيْءٌ»<sup>(١)</sup>.

إذا عرفت ذلك فإن نوى الممتنع حالة الأخذ برئت ذمته ظاهراً وباطناً، ولا حاجة إلى نية الإمام، وإن لم يَنْوِ فهل تبرأ ذمته؟ نظر إن نوى الإمام سقط عنه الفرض ظاهراً ولا يطالب به ثانياً، وهل يسقط باطناً؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه لم ينو، وهو متعبد بأن يتقرب بالزكاة.

وأظهرهما: أنه يسقط إقامة لنية الإمام مقام نيته كما أن قسمه قام مقام قسمه، وكما أن نية الولي تقوم مقام نية الصبي، وإن لم يَنْوِ الإمام أيضاً لم يسقط الفرض في الباطن، وكذا في الظاهر على أظهر الوجهين، وهذا الترتيب والتفصيل ذكره في «التهذيب»، وإذا اقتصر خرج منه الوجهان المشهوران، في أن الممتنع إذا أخذت منه الزكاة، ولم يَنْوِ هل يسقط الفرض عنه باطناً؟ وبني إمام الحرمين وصاحب الكتاب وجوب النية على الإمام على هذين الوجهين، إن قلنا: لا تبرأ ذمة الممتنع باطناً فلا يجب، وإن قلنا: تبرأ فوجهان:

أحدهما: لا؛ كيلا يتهاون المالك فيما هو متعبد به.

والثاني: نعم؛ لأن الإمام فيما يليه من أمر الزكاة كولي الطفل، والممتنع مقهور كالطفل، وظاهر المذهب أنه يجب عليه أن ينوي ولو لم يَنْوِ عصى، وإن نيته تقام مقام نية المالك، وهذا لفظ القائل في «شرح التلخيص».

ومنها: أن يوكل وكيلاً بتفريق الزكاة، وإن نوى الموكل عند الدفع إلى الوكيل ونوى الوكيل عند الدفع إلى المساكين، فهو أولى، وإن لم ينو واحد منهما، أو لم يَنْوِ الموكل لم يَجُزْ كما لو دفع إلى المساكين بنفسه ولم ينو، وإن نوى الموكل عند الدفع، ولم ينو الوكيل فيه طريقان:

أحدهما: القطع بالجواز، كما لو دفع إلى الإمام ونوى.

وأظهرهما: أنه يبنى على أنه لو فرق بنفسه هل يجزئه تقديم النية على التفرقة فيه

وجهان:

(١) أخرجه أحمد في المسند (٤٥٢/٥) وأبو داود (١٥٧٥) والنسائي (١٥/٥ - ١٦)، والحاكم (١/٣٩٧) وقال: صحيح الإسناد والبيهقي (١١٦/٤).

والمشهور هو الجديد، والحديث الوارد في «سنن أبي داود وغيره» يأخذ شطر ماله، ضعفه الشافعي - رحمه الله - ونقل أيضاً عن أهل العلم بالحديث أنهم لا يشترطونه، وهذا الجواب هو المختار. وأما جواب من أجاب من أصحابنا بأنه منسوخ فضعيف، فإن النسخ يحتاج إلى دليل، ولا قدرة لهم عليه هنا. ينظر الروضة (٦٦/٢).

أحدهما: لا كما في الصلاة.

وأظهرهما: وبه قال أصحاب أبي حنيفة - رحمه الله -: نعم، كما في الصوم للعسر<sup>(١)</sup>؛ ولأن المقصود الأظهر من الزكاة إخراجها، وسد خلّات المستحقين بها، ولذلك جازت النية فيه مع القدرة على المباشرة، وعلى هذا تكفي نية الموكل عند الدفع إلى الوكيل، وعلى الأول لا بد من نية الوكيل عند الدفع إلى المساكين أيضاً، ولو وكل وكيلاً وفوض النية إليه أيضاً جاز، كذا ذكره في «التهاية» و«الوسيط».

فرع: لو تصدق بجميع ماله، ولم ينو الزكاة لم تسقط عنه الزكاة، وعن أصحاب أبي حنيفة - رحمه الله - أنها تسقط.

قال الغزالي: وَيُسْتَحَبُّ لِلسَّاعِي أَنْ يُعَلِّمَ فِي السَّنَةِ شَهْرًا لِأَخْذِ الرُّكُوتِ، وَأَنْ يَزِدَّ المَوَاشِي إِلَى مَضِيقِ قَرِيبٍ مِنَ المَرْعَى لِيَسْهَلَ عَلَيْهِ العَدُّ.

قال الرافعي: كان النبي ﷺ والخلفاء بعده يبعثون السعاة لأخذ الزكاة<sup>(٢)</sup>.

والمعنى فيه أن كثيراً من الناس لا يعرفون الواجب والواجب فيه ومن يصرف إليه، فبعثوا ليأخذوا من حيث تجب ويضعوا حيث يجب<sup>(٣)</sup>. والأموال نوعان:

أحدهما: ما لا يُعْتَبَرُ فيه الحول كالثمار والزرع، فتبعث السعاة لوقت وجوبها، وهو إدراك الثمار، واشتداد الحبوب، وذلك لا يختلف في الناحية الواحدة كثير اختلاف.

والثاني: ما يُعْتَبَرُ فيه الحول، وهو موضع كلام الكتاب فأحوال الناس تختلف، ولا يمكن بعث ساع إلى كل واحد عند تمام حوله، فبعين شهراً يأتيهم الساعي فيه، واستحب الشافعي - رضي الله عنه - أن يكون ذلك الشهر المحرم صيفاً كان أو شتاء، فإنه أول السنة الشرعية<sup>(٤)</sup>، وليخرج قبل المحرم ليوافقهم أول المحرم، ثم إذا جاءهم

(١) أطلقا المسألة، وصورتها أن ينضم إلى النية عزل المقدار المخرج، فإن لم يقترن العزل بجر بلا خلاف. صرح به المتولي والروائي في هذا الباب والماوردي في كتاب الإيمان، ونقله في «شرح المذهب»، عن جماعة، وأقره ثم نقل عن الأصحاب أن الزكاة والكفارة في ذلك سواء، نعم لا فرق بين أن يكون النية مقارنة للعزل أو بعده، وقيل أن يفرق كما ذكره في شرح المذهب في الكلام على ما إذا دفع إلى الوكيل من غير نية ووقع الإبراء.

(٢) تقدم.

(٣) لم يبين هل البعث واجب أم مستحب؟ وصحح في شرح المذهب الوجوب.

(٤) هذا الذي ذكرنا من تعيين الشهر هو على الاستحباب على الصحيح، وفيه وجه: يجب. ذكره صاحب الكتاب في آخر قسم الصدقات. ينظر الروضة (٢/٦٨).

فمن تم حوله أخذ زكاته، ومن لم يتم حوله فيستحب له أن يعجل، فإن لم يفعل استخلف عليه من يأخذ زكاته، وإن شاء أخر إلى مجيئه من قابل، وإن وثق به فوض التفريق إليه وأن يأخذ زكاة المواشي إن كانت ترد الماء أخذها على مياهم، ولا يكلفهم ردها إلى البلد، ولا يلزمه أن يتبع المراعي، وبهذا فسر قوله ﷺ: «لَا جَلْبَ وَلَا جَنْبٌ»<sup>(١)</sup> أي: لا يكلفون أن يجلبوها إلى البلد، وليس لهم أن يجنبوها الساعي، فيشقوا عليه، فإن كان لِرَبِّ المال ماء أن أمره بجمعها عند أحدهما، وإن اجتزأت الماشية بالكلاً في وقت الربيع ولم ترد الماء أخذ الزكاة في بيوت أهلها وافنيتهم، هذا لفظ الشافعي - رضي الله عنه - وقضية تجوز تكليفهم الرد إلى الألفية، وقد صرح به المُحَامِلِيُّ وغيره<sup>(٢)</sup>، وإذا أراد معرفة عددها فإن أخبره المالك وكان ثقة قبل قوله، وإلا أحصاها، والأولى أن تجمع في حظيرة ونحوها وينصب على الباب خشبة معترضة وتساق لتخرج واحدة بعد واحدة، ويثبت كل شاة إذا بلغت المضيق، ويقف رب المال أو نائبه من جانب، والساعي أو نائبه من جانب، ويبد كل واحد منهما قضيب يُشِيرَان به إلى كل شاة أو يصيبان ظهرها به، فذلك أبعد عن الغلط وإن اختلفا بعد الإحصاء وكان الواجب يختلف أعاد العد.

وقوله: «قريب من المرعى» فيه إشارة إلى أنه لا يكلفهم الرد من المرعى إلى البلدة والقرية، بل يأمر بجمعها في مضيق قريب من المرعى، فإن عمر الحضور فقد ذكرنا أنه يأمر بالرد إلى الألفية - [والله أعلم] - .

قال الغزالي: وَوُسْتَحَبُّ أَنْ يَقُولَ لِلْمُؤَدِّي: آجَرَكَ اللَّهُ فِيمَا أُعْطَيْتَ وَجَعَلَهُ لَكَ طَهُوراً وَبَارَكَ لَكَ فِيمَا أَبْقَيْتَ، وَلَا يَقُولُ: صَلَّى اللَّهُ عَلَيْكَ، وَإِنْ قَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ لِأبي أَبِي أَوْفَى لِأَنَّهُ مَخْصُوصٌ بِهِ فَلَهُ أَنْ يُنْعِمَ بِهِ عَلَى غَيْرِهِ، وَكَمَا لَا يُقَالُ: مُحَمَّدٌ عَزَّ وَجَلَّ وَإِنْ كَانَ عَزِيزاً جَلِيلاً فَلَا يَخْسُنُ أَنْ يُقَالَ: أَبُو بَكْرٍ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ يَدْخُلُ تَحْتَ آله تَبَعاً.

(١) أخرجه أبو داود من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده (١٥٩١، ١٥٩٢) والترمذي (١١٢٣) والنسائي (١١٠/٦ - ١١١، ٢٢٧، ٢٢٨) وأحمد (٤٩/٤، ٤٤٣)، وابن ماجه (٣٩٣٧) وذكره الهيثمي في الموارد (١٢٧٠).

(٢) وكذا الشيخ أبو حامد في تعليقه قال: وعلى رب المال أن يوردها الألفية ليأخذ الصدقة هناك. وعبارة أبي الطيب في الموضوع الذي تروح. وقال الماوردي: إن وجدها في بيوت أهلها أخذ زكاتها هناك، وإن وجدها على مياه أهلها لم يكلف ردها إلى البيت، ويأخذ زكاتها على ما سرحها، وإن وجدها راعية لم يكلف الساعي يتبعها في الرعي، ولا يكلف المالك ردها إلى فناء داره بل عليه جمعها على الماء لأنه أرفق بها. (قاله في الخادم).

قال الرافعي: قال الله تعالى: ﴿وَصَلِّ عَلَيْهِمْ﴾<sup>(١)</sup> أي: ادع لهم، فيستحب للساعي أن يدعو لِرَبِّ الْمَالِ<sup>(٢)</sup> تَرْغِيْباً له في الخير وتطيباً لقلبه، ولا يتعين شيء من الأدعية واستحب الشافعي - رضي الله عنه - أن يقول: أجرك الله فيما أعطيت وجعله لك طهوراً وبارك لك فيما أبقيت، وهو لائق بالحال، وحكى الحنطلي وجهاً: أنه يجب عليه الدعاء وله متمسك من لفظ الشافعي - رضي الله عنه - فإنه قال: فحق على الوالي أن يدعو له، وكما يستحب للساعي يستحب للمساكين أيضاً؛ إذا فرق رب المال عليهم، وقد روي عن عبد الله بن أبي أوفى - رضي الله عنه - قال: كان النبي ﷺ إذا أتاه قوم بصدقتهم قال: «اللَّهُمَّ صَلِّ عَلَى آلِ فُلَانٍ»، فأتاه أبي بصدقته فقال: «اللَّهُمَّ صَلِّ عَلَى آلِ أَبِي أَوْفَى»<sup>(٣)</sup>.

قال الأئمة: هذا وإن ذكره النَّبِيُّ ﷺ لا يقوله غيره؛ لأن الصلاة قد صارت مخصوصة في لسان السلف بالأنبياء - عليهم الصلاة والسلام - كما أن قولنا: عزَّ وجلَّ صار مخصوصاً بالله تعالى جده، وكما لا يقال: محمد عز وجل، وإن كان عزيزاً جليلاً، لا يقال: أبو بكر وعليُّ صلوات الله عليهما، وإن صح المعنى، وهل يكره ذلك أم هو مجرد ترك أدب؟

أطلق القاضي حسين لفظ الكراهة، وكذا فعل المصنّف في «الوسيط»، ووجهه إمام الحرمين بأن قال: المكروه يَتَمَيَّزُ عَنِ تَرْكِ الْأَوْلَى بِأَنْ يَفْرَضَ فِيهِ نَهْيٌ مَقْصُودٌ، فقد ثبت نهي مقصود عن التشبيه بأهل البدع وإظهار شعارهم، والصلاة على غير الأنبياء مما اشتهر بالفئة الملقبة بالرفض، وظاهر كلام الصنيدلاني أنه في حكم ترك الأدب والأولى، وبه يشعر قوله في الكتاب: فلا يحسن أن يقال: أبو بكر صلوات الله عليه، وصرح بنفي

(١) سورة التوبة، الآية ١٠٣.

(٢) وهو يقتضي أمرين: أحدهما: أنه لا يجري في المساكين الوجه بالوجوب وبه صرح الماوردي في قسم الصدقات، فإنه لما حكاها قال: إنه إذا أخذها الفقراء لم تجب عند هذا القائل. قال ابن الرفعة وقال عكسه أن الدعاء لازم الفقير دون رب المال لأن نفعها إلى الإمام متعين، وإلى الفقير غير متعين. وقيل: إرسال رب المال واجب، وادعى الروياني أن الماوردي صححه والذي في الحاوي هنا تصحيح الوجوب.

الثاني: أن هذا الوجه جاز، وإن لم يسأل الدعاء، لكن الماوردي هنا خص الخلاف بما إذا سأله، وقال: لم يختلف أصحابنا أنه إذا لم يسأل رب المال الدعاء له، فليس على الولي أن يدعو له؛ لأن رب المال يدفع الزكاة مؤدياً لعبادة، وذلك لا يوجب على غيره الدعاء له كسائر العبادات، وكذا قاله شيخه الصيمري في الإيضاح. فإن كان ما حكاها الحنطلي مطلقاً جعل ثلاثة أوجه ثم هذا محله في المؤدي طوعاً. أم المقهور عليها فلا يدعو له.

(٣) أخرجه البخاري (١٤٩٧، ٤١٦٦، ٦٢٣٢، ٦٣٥٩)، ومسلم (١٠٧٨).

الكراهة في «العدة» وقال أيضاً الصلاة بمعنى الدعاء تجوز على كل أحد، أما بمعنى التَّعْظِيم والتَّكْرِيم يختصُّ بها الأنبياء - عليهم السَّلام - والمشهور ما سبق، ويجوز أن يجعل غير الأنبياء تبعاً لهم في الصلاة فيقال: اللهم صلي على محمد وعلى آله وأصحابه وأزواجه وأتباعه؛ لأن ذلك لم يمتنع منه السُّلف وقد أمرنا به في التشهد وغيره.

قال الشيخ أبو محمد: والسَّلام في معنى الصلاة، وقد قرن الله تعالى بينهما فقال: (صَلُّوا عَلَيْهِ وَسَلِّمُوا تَسْلِيمًا)<sup>(١)</sup> فلا يفرد به غائب غير الأنبياء، ولا بأس به في معرض المَخَاطَبَةِ فيقال للأحياء والأموات من المؤمنين: السَّلام عليكم<sup>(٢)</sup>.

إذا تقرر ذلك فالصلاة لما كانت حقاً للنبي ﷺ كان له أن ينعم بها على غيره وغيره لا يتصرف فيما هو حقّه، كما أنَّ صاحب المنزل يجلس غيره على تكريمته وغيره لا يفعل ذلك.

وقوله: وإن كان يدخل تحت آله تبعاً إنَّما يستمر على قولنا أن كل مسلم من إل النبي ﷺ لكن الظاهر المنقول عن نص الشافعي - رضي الله عنه - أن آله بنو هاشم وبنو المطلب، فعلى هذا لا يدخل أبو بكر - رضي الله عنه - تحت الآل، وإنما يدخل تحت الأصحاب، وقد ذكرنا هذا الخلاف في موضعه.

قال الغزالي: القِسْمُ الثَّانِي فِي التَّعْجِيلِ، وَالتَّنْظُرُ فِي أُمُورٍ ثَلَاثَةٌ: الْأَوَّلُ: فِي وَفِيهِ، وَيَجُوزُ تَعْجِيلُ الزَّكَاةِ (ح م) قَبْلَ تَمَامِ الْحَوْلِ، وَلَا يَجُوزُ قَبْلَ كَمَالِ النَّصَابِ وَلَا قَبْلَ السُّؤْمِ، وَفِي تَعْجِيلِ صَدَقَةِ عَامِنِينَ وَجِهَانِ، وَلَوْ مَلَكَ مِائَةَ وَعِشْرِينَ شَاةً فَعَجَّلَ شَاتَيْنِ ثُمَّ حَدَّثَتْ سَخْلَةً فَفِي إِجْرَاءِ الثَّانِيَةِ وَجِهَانِ: أَحَدُهُمَا وَهُوَ الْأَصْحَحُ: إِجْرَاؤُهُ.

### [القول في تعجيل الزكاة]:

قال الرافعي: التَّعْجِيلُ جَائِزٌ فِي الْجُمْلَةِ<sup>(٣)</sup>، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَحْمَدُ، لَمَا رَوَى عَنْ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّ الْعَبَّاسَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - سَأَلَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فِي تَعْجِيلِ

(١) سورة الأحزاب، الآية ٥٦.

(٢) قوله: لا بأس به، ليس بجيد، فإنه مسنون للأحياء والأموات بلا شك، وهذه الصيغة لا تستعمل في المسنون، وكأنه أراد: لا منع منه في المخاطبة، بخلاف الغيبة، وأما استحبابه في المخاطبة، فمعروف.

(٣) قال في الخادم: استثنى الولي فلا يجوز له تعجيل زكاة مال اليتيم، ومثله إخراج زكاة الفطر عنه لا يجوز له إخراجها قبل ليلة العيد، فلو أخرجها من مال نفسه فهل يجوز؟ فيه احتمالان: وجه المنع أنه دخل في ملكه فحصل المحذر.

صَدَقْتِهِ قَبْلَ أَنْ تَحُلَّ فَرَخَّصَ لَهُ<sup>(١)</sup>.

إذا عرفت ذلك فالحاجة تمسُّ إلى معرفة أن التَّعْجِيلَ بأية مدة يجوز، وأنه إذا عَجَّلَ في الوقت يجزئه على الإطلاق أوله شرائط، وأنه إذا لم يقع مجزئاً هل للمعجل أن يرجع فيما دفع؟ فلذلك قال: «والنَّظَرُ فِي ثَلَاثَةِ أُمُورٍ»:

أحدها: فِي التَّعْجِيلِ وَالْأَمْوَالِ الزُّكُوبِ ضَرْبَانِ:

أحدهما: مال تجب فيه الزَّكَاةُ بِالْحَوْلِ والنَّصَابِ فيجوز تعجيل زكاته قبل الحول خلافاً لمالك، حيث قال: لا يجوز. قال المسعودي: إلا أن يقرب وقت الوجوب فإن لم يبق من الحَوْلِ إِلَّا يَوْمٌ أَوْ يَوْمَانِ.

لنا ما سبق من الخبر وأيضاً فإنَّ الزُّكَاةَ حَقٌّ مَالِي أَجَلٍ رَفَقاً فَجَازَ تَعْجِيلَهُ قَبْلَ مَحَلِّهِ كَالدِّينِ الْمُؤَجَّلِ وَكَكْفَارِ الْيَمِينِ قَبْلَ الْحَنْثِ، فإن مالكا سلم جواز التَّعْجِيلِ فِي الْكُفَّارَةِ، وَلَا يَجُوزُ التَّعْجِيلُ قَبْلَ [تَمَامِ]<sup>(٢)</sup> النُّصَابِ كَمَا إِذَا مَلَكَ مِائَةَ دِرْهَمٍ فَعَجَّلَ مِنْهَا خَمْسَةَ دِرَاهِمٍ، أَوْ مَلَكَ تِسْعاً وَثَلَاثِينَ شَاةً فَعَجَّلَ شَاةً لِيَكُونَ الْمَعْجَلُ عَنْ زَكَاتِهِ إِذَا أْتَمَّ النَّصَابَ وَحَالَ الْحَوْلَ عَلَيْهِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْحَقَّ الْمَالِيَّ إِذَا تَعَلَّقَ بِشَيْئَيْنِ وَوَجَدَ أَحَدَهُمَا يَجُوزُ تَقْدِيمُهُ عَلَى الْآخَرِ، لَكِنْ لَا يَجُوزُ تَقْدِيمُهُ عَلَيْهِمَا جَمِيعاً إِلَّا تَرَى أَنَّهُ يَجُوزُ تَقْدِيمُ الْكُفَّارَةِ عَلَى الْحَنْثِ إِذَا كَانَ قَدْ حَلَفَ، وَلَا يَجُوزُ تَقْدِيمُهَا عَلَى الْحَنْثِ وَالْيَمِينِ جَمِيعاً؛ وَهَذَا فِي الزُّكَاةِ الْعَيْنِيَّةِ، أَمَا إِذَا اشْتَرَى عَرْضاً لِلتَّجَارَةِ يَسَاوِي مِائَةَ دِرْهَمٍ فَعَجَّلَ زَكَاتَ مِائَتَيْنِ، وَحَالَ الْحَوْلَ وَهُوَ يَسَاوِي مِائَتَيْنِ جَازَ الْمَعْجَلُ عَنْ الزُّكَاةِ عَلَى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ يَوْمَ التَّعْجِيلِ نَصَاباً؛ لِأَنَّ الْحَوْلَ مَنْعَقِدٌ وَالاعتبار فِي زَكَاتِ التَّجَارَةِ بِأَخْرِ الْحَوْلِ، وَلَوْ مَلَكَ أَرْبَعِينَ مِنَ الْغَنَمِ الْمَعْلُوفَةِ وَعَجَّلَ شَاةً عَلَى عِزْمِ أَنْ يَسِيمَهَا حَوْلًا لَمْ يَقْعَ عَنِ الزُّكَاةِ إِذَا أَسَامَهَا؛ لِأَنَّ الْمَعْلُوفَةَ لَيْسَتْ مَالِ الزُّكَاةِ كَالنَّاقِصِ عَنِ النَّصَابِ، وَإِنَّمَا تَعَجَّلَ الزُّكَاةَ بَعْدَ انْعِقَادِ الْحَوْلِ، وَلَوْ عَجَّلَ صَدَقَةَ عَامِينَ فِصَاعِداً فَهَلْ يَجْزِيءُ الْمَخْرُجَ عَمَّا عَدَا السَّنَةَ الْأُولَى؟ فِي وَجْهَانِ:

أحدهما: نعم لما روي أنه ﷺ قال: «تَسَلَّفْتُ مِنَ الْعَبَّاسِ صَدَقَةَ عَامَيْنِ»<sup>(٣)</sup>.

وبهذا قال أبو إسحاق.

(١) أخرجه أبو داود (١٦٢٤)، والترمذي (٦٧٩)، وابن ماجه (١٧٩٥)، والحاكم (١٠٤/١)، (٣/٣٣٢)، والبيهقي (١١١/٤) وقال الدارقطني وغيره: إرساله أصح.

(٢) في أكمال.

(٣) أخرجه الدارقطني (١٢٤/٢ - ١٢٥) من رواية طلحة، وابن عباس بإسناد ضعيف، والبيهقي (١١١/٤) من رواية علي وقال: فيه إرسال.

والثاني: لا؛ لأن زكاة السنة الثانية لم ينقصد حولها، والتعجيل قبل انعقاد الحول لا يجوز كالتعجيل قبل تمام النصاب.

والوجه الأول أصح عند صاحب الكتاب ذكره في «الوسيط»، وكذا قاله الشيخ أبو حامد، وصاحب «الشامل»، والأكثر على ترجيح الوجه الثاني ومنهم معظم العراقيين وصاحب «التهذيب»، وحملوا الحديث على أنه تسلفها بدفعتين، فإن جوزنا فذلك إن بقي عنده بعد التَّعْجِيل نصاب كامل، كما إذا ملك ثنتين وأربعين شاة فعجل منها شاتين، فأما إذا لم يَبْقَ عنده بعد التَّعْجِيل نصاب كامل، كما إذا ملك أربعين أو إحدى وأربعين فعجل شاتين فوجهان:

أحدهما: الجَوَاز كما لو عَجَّل عن أربعين صَدَقَة عام فإنه يجوز.

وأصحهما: المنع؛ لأن التَّعْجِيل عن النِّصَاب لا يجوز، وفي تعجيل شاتين ما يوجب نقصان النصاب في جميع السنة الثانية، وذكر أبو الفضل بن عبدان تفرعاً على جواز تَعْجِيل صَدَقَة عامين، أنه هل يجوز أن ينوي تقديم زكاة السنة الثانية على الأولى؟ فيه وجهان كالوجهين في تقديم الصلاة الثانية على الأولى في الجمع، ولو ملك نصاباً فعجل زكاة نصابين نظر: إن كان ذلك في زكاة التُّجَارَة كما لو اشترى عرضاً بنية التُّجَارَة بمائتي درهم وأخرج زكاة أربعمئة فحال الحول والعرض يساوي أربعمئة أجزاء ما أخرج؛ لأن الاعتبار في زكاة التجارة بآخر الحول، وإن كان في زكاة العين فإن أخرج على توقع حصول نصاب آخر بسبب مستقبل، كما لو ملك مائتي درهم، وأخرج زكاة أربعمئة على توقع اكتساب مائتين واكتسب مائتين لم يجزئه ما أخرجه عن المائتين الحادثتين، وبه قال أحمد خلافاً لأبي حنيفة، بناء على أن الاستفادة في أثناء الحول مضموم إلى ما عنده في الحول فكأنه موجود وقت الإخراج، وإن أخرج على رجاء حصول نصاب آخر، أو [كمال نصاب آخر من عَيْن ما عنده]<sup>(١)</sup> فصدق رجأؤه كما إذا ملك مائة وعشرين شاة فعجل شاتين ثم حدثت سَخْلَة، أو ملك خمساً من الإبل فعجل شاتين ثم بلغت بالتوالد عشراً، فهل يجزئه ما أخرج عن النصاب الذي كمل الآن؟ فيها وجهان:

أصحهما - عند حجة الإسلام، وصاحب «التتمة»: الإجزاء؛ لأن التُّنَاج الحاصل في أثناء الحول بمثابة الموجود في أوله، وهذا قياس المحكى عن أبي حنيفة - رحمه الله - في الصورة السابقة.

والثاني - وهو الأصح، عند العراقيين وصاحب «التهذيب»: المنع؛ لأنه تقديم

(١) في ب: من غير ما عنده.

زكاة العين على النصاب فأشبهه ما لو أخرج زكاة أربعمائة درهم وهو لا يملك إلا مائتين، ورتب إمام الحَرَمَيْنِ هذين الوَجْهَيْنِ على الوجهين في جواز تقديم صدقة عامين، إن جَوُزْنَا ذلك فَالتَّقْدِيمُ لِلنَّصَابِ الثَّانِي أَوْلَى، وإن منعنا ذلك فهانئ وجهان.

والفرق: أن النتاج الحاصل في وسط الحول لا يحتاج إلى حول جديد، وكان حول المال الذي واجبه شاة منعقد على ما واجبه شاتان ولا كذلك زكاة السنة الثانية، فإن حولها لا يدخل بحال، وطرد أبن عَبْدَانَ الوَجْهَيْنِ المذكورين في هذه الصُّورة في الصورة الأولى أيضاً، وهي ما إذا اشتري عرضاً بمائتين وأخرج زكاة أربعمائة، فحال الحول وقيمته أربعمائة، ولو عجل شاة عن أربعين فولدت أربعين وهلكت الأمهات، هل يجزئه ما أخرج عن السُّخَالِ؟ نقل في «التهذيب» فيه وجهين<sup>(١)</sup>.

ولك أن تعلم قوله في الكتاب: «ويجوز تعجيل الزكاة قبل تمام الحول» بالواو مع الميم المُشِيرَةَ إلى مذهب مالك؛ لأن الموفق بن طاهر حكى عن أبي عبيد<sup>(٢)</sup> بن حَرْبُوبَةَ من أصحابنا منع التعجيل كما يحكى عن مالك.

قال الغزالي: وَأَمَّا زَكَاةُ الْفِطْرِ فَتُعَجَّلُ فِي أَوَّلِ رَمَضَانَ، وَزَكَاةُ الرُّطْبِ وَالْعِنَبِ لَا تُعَجَّلُ قَبْلَ الْحِقَافِ، وَقِيلَ: تُعَجَّلُ بَعْدَ بُدْوَ الصَّلَاحِ، وَقِيلَ: تُعَجَّلُ بَعْدَ بُدْوَ الطَّلَعِ، وَأَمَّا

(١) قال النووي: قلت: أصحهما لا يجزئه. أي لأنه عجلها قبل تملكها مع تعلق الزكاة بعينها، وممن صححه البيهقي أيضاً، وعجب من الرافعي في نقله الوجهين عنه دون تصحيح. ويؤيده قول الماوردي أن الوجهان هما مبنيان على الوجهين المتقدمين في جواز التعجيل عن النتاج، يعني وهذه أولى بالمنع، لأن في البناء على حول الأمهات بعد الموت خلافاً. لكن قال الشاشي في المعتمد: هذا تسطير بعد لأنه في مسألتنا أخرج شاة عن نصاب موجود جاز في الحول، وقد ثبت السخال والنصاب موجود فيعتبر الأصل في الحول. قال الماوردي: ولو كانت معه أربعون شاة فتتجت أربعين فعجل لها شاة ثم ماتت الأمهات وبقيت السخال أجزاء الشاة المعجلة عن السخال الباقية على الوجهين جميعاً لوجودها قبل التعجيل، أي ولا يفتقر إلى تعيين ما يخرج منه بل أصل النية في مثله كاف. وفي الشامل لو كان عنده خمس من الإبل فعجل زكاتها وله أربعون شاة وملكت الإبل وأراد أن يجعل الشاة المعجلة على الغنم فقد ذكر أصحابنا أنه إذا عين الزكاة في مال لم يجز صرفه إلي غيره، غير أنه محتمل لأنه لم يصير زكاة بعد. وقد أقام في التتمة هذا وجهاً فصرح بحكاية وجهين في المسألة ووجه الجواز أن المخرج لم يقع زكاة بل أمره موقوف فحيتنذ له أن يصرفه إلى ما وجب عليه.

(٢) علي بن الحسين بن حرب بن عيسى البغدادي القاضي أبو عبيد بن حربويه قاضي مصر - حرسها الله - أحد أصحاب الوجوه المشهورين، توفي في صفر سنة تسع عشرة وثلاثمائة، وصلى عليه الإصطخري. انظر ابن قاضي شهبة (٩٦/١)، وتاريخ بغداد (٣٩٥/١١) ابن السبكي (٣٠١/٢).



الرِّزْقُ فَوْجُوبُ زَكَاتِهِ بِالْفَزْكِ وَالتَّنْقِيَةِ، وَيَجُوزُ عِنْدَ الْإِذْرَاكِ وَبَعْدَ الْإِذْرَاكِ وَإِنْ لَمْ تُفْرَكْ، وَقِيلَ: يَجُوزُ بَعْدَ ظُهُورِ الْحَبِّ وَإِنْ لَمْ يَشْتَدَّ.

قال الرافعي: الضرب الثاني: ما لا يتعلق وجوب الزكاة فيه بالحوول كالشمار والزروع، وللتكلم في زكاة الفطر أولاً.

أما: أنها تجب فسيأتي في موضعه، وأما تعجيلها فيجوز بعد دخول شهر رمضان؛ لأن ابن عمر - رضي الله عنهما - كان يبعث صدقة الفطر إلى الذي يجمع عنده قبل الفطر بيومين<sup>(١)</sup>، واحتج له أيضاً بأن وجوبها بشيئين بربضان والفطر منه، وقد وجد أحدهما وهو حصول رمضان، هذا ما قاله جمهور الأصحاب، وذكر أبو سعيد المتوَلِّي: أن زمان جواز تعجيلها من أول اليوم الأول من رمضان لا من أول رمضان؛ لأن زكاة الفطر وجبت بالفطر عن رمضان، والصوم هو سبب الفطر فلا تعجل زكاة الفطر قبل سبب الفطر. وقوله في الكتاب: «فتعجل في أول رمضان» يجوز أن يعلم بالواو لما حكينا عن «التتمة»، ولأنه لا ابتداء الغاية في جواز تعجيلها على دخول رمضان وجهان كالوجهين في تعجيل صدقة عامين والأصح المنع كما هو قضية لفظه، ويجوز أن يعلم بالحاء أيضاً؛ لأن عند أبي حنيفة أنه يجوز تقديمها على رمضان من غير ضبط وبالألف؛ لأن عند أحمد أنه لا تعجل من أول رمضان، إنما تعجل قبل الفطر بيوم أو يومين.

وأما شمار والزروع: فاعلم: أن زكاة الثمار تجب بيدو الصلاح، وزكاة الزروع تجب بأشدداد الحب على ما سيأتي، وليس المراد منه وجوب الأداء بل المراد أن حق المساكين يثبت في هاتين الحالتين ثم الإخراج يلزم بعد الجفاف وتنقية الحبوب<sup>(٢)</sup>.

إذا عرفت ذلك فالإخراج بعدما صار الرطب تمراً والعنب زبيبا ليس بتعجيل بل هو لازم حينئذ، ولا خلاف أنه لا يجوز التقديم على بدو الصلاح وخروج الثمرة كما لا يجوز التّعجيل في الضرب الأول على كمال النصاب، ووراء ذلك للشمار حالتان:

إحدهما: ما بعد الطلع وخروج الثمرة، وقبل بدو الصلاح وفيه وجهان:

أظهرهما عند أكثر العراقيين وتابعهم في «التهذيب»: أنه لا يجوز الإخراج، ووجهه بشيئين:

أحدهما: أنه لا يظهر ما يمكن معرفة مقداره تحقيقاً، ولا حرصاً وتخميناً فصار كما لو قدم الزكاة على النصاب.

(١) أخرجه مالك (٢١٠/١) ومن طريقه الشافعي (٦١٦)، والبيهقي (١٧٥/٤).

(٢) وذكر الإمام مانعاً آخر وهو أنه لو خرج من الحب قبل التنقية ومن الرطب لم يجز.

والثاني: أن هذه الزكاة تجب بسبب واحد وهو إدراك الثمار فيمتنع التقدّم عليه.  
والوجه الثاني: أنه يجوز كزكاة المواشي قبل الحول.

وحكى الحناطي هذا الوجه عن ابن سريج ويشهر بأبن أبي هريرة والأول بأبي إسحاق، وذكر القاضي ابن كنج أن أبا إسحاق أجاب بالوجهين في دفعتين، ولمن قال بالثاني أن يقول: أما التوجيه الأول فالكلام فيما إذا عرف حصول قدر النصاب، وإن لم يعرف جملة الحاصل فبعد ذلك إن خرج زائداً على ما ظنه فيزكي الزيادة، وإن خرج ناقصاً فبعض المخرج تطوع فلم يمتنع الإخراج.

وأما الثاني فلا نسلم أن لهذه الزكاة سبباً واحداً بل لها سببان أيضاً: ظهور الثمرة وإدراكها والإدراك بمثابة حولان الحول.

الحالة الثانية: ما بعد بدو الصلاح وقبل الجفاف، وقد حكى إمام الحرمين في هذه أيضاً وجهين:

أحدهما: المنع، لعدم العدم بالقدرة.

وأصحهما - ولم يذكر الجمهور عنده -: الجواز كما يجوز إخراج الزكاة في الضرب الأول بعد النصاب وقبل الحول بل أولى إذ لا وجوب ثم بعد، وهاهنا يبدو الصلاح قد ثبت الوجوب وإن لم يلزم الإخراج.

وإذا تركت هذا التفصيل واختصرت فالحاصل ثلاثة أوجه كما ذكر في الكتاب:

أحدها: أن زكاة الثمار لا تعجل قبل الجفاف.

والثاني: أنها تعجل بعد بدو الصلاح.

والثالث: أنها تعجل بعد بدو الطلع، وبه قال أحمد وإيراد الكتاب يقتضي ترجيح الوجه الأول، وقد صرح به في «الوسيط» لكن الظاهر عند المعظم هو الثاني، بل نفى أبو الحسين بن القطان أن يكون فيه خلاف، وكذا نقف صاحب «العدة» فهذا هو الكلام في زكاة الثمار ويقاس بها زكاة الزروع، فالإخراج بعد الفرك والتنقية لازم، وليس بتعجيل ولا يجوز الإخراج قبل نبات الزرع، ورأيت في بعض كتب أصحاب أحمد أن أبا حنيفة يجوزه بعد طرح البذر في الأرض ثم وراء ذلك حالتان:

إحدهما: ما بعد التسنُّب وانعقاد الحبوب، وقبل اشتدادها ففيه وجهان على ما سبق، والمنع هاهنا أولى؛ لأن الحبوب غير موجودة الزرع بقل، والثمار موجودة وإن لم يبد فيها الصلاح.

والثانية: ما بعد الأشتداد والإدراك وقبل الفرك والتنقية، فالصحيح جواز

الإخراج، وعن الشيخ أبي محمد أنه لا يجوز الإخراج ما لم ينتق؛ لأن قدر المال إنما يعرف بالتثنية. وقوله في الكتاب: «لا يعجل» ينبغي أن يعلم بالألف لما ذكرنا.

وقوله: «وأما الزرع فوجوب زكاته بالفرك» أي: وجوب الإخراج والألحق يثبت عند الأستدَاد. وقوله: «ويجوز عند الإذراك» وكذا قوله: «يجوز بعد ظهور الحب» لا بأس بإعلامهما بالواو للوجه الصائر إلى أنه لا يجوز الإخراج قبل التثنية.

ثم عد الأئمة في هذا الباب ما يقدم على وقت الوجوب من الحقوق المالية وما لا يقدم. فمنها: كفارة اليمين والظهار والقتل وجزاء الصيد، وسيأتي ذكرها في موضعها إن شاء الله تعالى. ومنها: لا يجوز للشيخ الهرم والحامل والمرضع تقديم الفدية على رمضان. ومنها: لا يجوز تقديم الأضحية على يوم النحر. ومنها: كفارة الوفاق في رمضان حكى الحنطاطي في جواز تقديمها على الوفاق وجهين: والأصح: المنع.

ومنها: إذا قال: إذا شفى الله مريضى فله على أن أعتق رقبة فأعتق قبل الشفاء.

قال ابن عبدان لا يجزىء في أصح الوجهين<sup>(١)</sup>، ومما ذكره وهو من شرط الباب زكاة المعدن والرَكَاز قال: لا يجوز تقديمها على الحصول<sup>(٢)</sup>.

قال الغزالي: الثاني، في الطَوَارِيء المَانِعَةِ مِنَ الإِجْرَاءِ، وَهُوَ فَوَاتُ شَرْطِ الْوُجُوبِ، وَذَلِكَ فِي الْقَابِضِ بِأَنْ يَزْتَدَّ أَوْ يَمُوتَ أَوْ يَسْتَفْنِي بِمَالٍ آخَرَ، فَإِنْ عَرَضَتْ بَعْضُ هَذِهِ الْحَالَاتِ وَرَأَتْ قَبْلَ الْحَوْلِ فَوَجْهَانِ، أَوْ فِي الْمَالِكِ بِأَنْ يَزْتَدَّ أَوْ يَمُوتَ أَوْ يَتَلَفَ مَالُهُ فَيَتَبَيَّنُ بِجَمِيعِ ذَلِكَ أَنَّ الْمُعْجَلُ لَمْ يَقَعْ عَنِ الزَّكَاةِ، أَمَّا الْمَالُ لَوْ تَلَفَ فِي يَدِ الْمَسْكِينِ أَوْ فِي يَدِ الْإِمَامِ، وَقَدْ قُبِضَ بِسُؤَالِ الْمَسْكِينِ فَلَا بَأْسَ، وَإِنْ قُبِضَ بِسُؤَالِ الْمَالِكِ فَهُوَ مِنْ ضَمَانِ الْمَالِكِ، وَإِنْ أَجْتَمَعَ سُؤَالُ الْمَالِكِ وَالْمَسْكِينِ فَأَيُّ الْجَانِبَيْنِ يَزْجَعُ فِيهِ وَجْهَانِ، وَحَاجَةُ أَطْفَالِ الْمَسَاكِينِ كَسُؤَالِهِمْ، وَحَاجَةُ الْبَالِغِينَ هَلْ تَنْزُلُ مَنْزِلَةَ سُؤَالِهِمْ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

قال الرافعي: يشترط في كون المعجل مجزئاً أن يبقى القابض بصفة الأستحقاق

(١) أعاد المسألة في كتاب النذر وقال: يجزئه، ثم قال: وفي كلام الفقهاء ما ينازع فيه فحصل اضطراب ترجيح.

(٢) قال في الخادم: ما قاله في المعدن محله في الموات، أما لو كان في ملكه بأن أحيا أرضاً فظهر فيها معدن ذهب أو فضة، فإنه يملكها تبعاً لها، وأخذه من التوسط، وبقية كلام التوسط فإذا كان مثله باذياً يعلم أنه يحصل منه نصاب فصاعداً فيظهر في وجه النظر جواز التعجيل قبل الاستخراج بما يعلم حصوله منه ويجوز أن يحمل إطلاقهم المنع على المعدن المباح كما هو الغالب.

إلى آخر الحَوْل، ولو ارتدَّ قبل الحول أو مات لم يحسب المعجل عن الزكاة<sup>(١)</sup>، وإن استغنى نظر: إن استغنى بالمدفوع إليه أو به وبمال آخر لم يضر، فإنَّ الزكاة إنما تصرف إليه ليستغنى، فلا يصير ما هو المقصود مانعاً من الإجزاء، وإن استغنى بمال آخر لم يحسب المعجل عن الزكاة لخروجه عن أهلية أخذ الزكاة عند الوجوب، وإن عرض شيء من الحالات المانعة، ثم زال وكان بصفة الأستحقاق عند تمام الحَوْل ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يجزىء المعجل كما لو لم يكن عند الأخذ من أهله ثم صار عند تمام الحول من أهله.

وأصحهما: أنه يجزىء اكتفاءً بالأهلية في طرفي الأداء والوجوب.

هذا ما يشترط في القابض ويشترط في المالك بقاؤه بصفة وجوب الزكاة عليه إلى آخر الحول، فلو ارتدَّ وقلنا: الردة تمنع وجوب الزكاة أو مات أو تلف جميع ماله أو باعه أو نقص عن النصاب لم يكن المعجل زكاة، وهل يحسب في صورة الموت عن زكاة الوارث؟ نقل عن نصه في «الأم» أنَّ المعجل يقع عن الوارث، وقد سبق ذكر قولين في أن الوارث، هل يبنى على حول المورث أم لا؟

فقال الأصحاب: هو الذي ذكره في «الأم» يستمر جواباً على القول القديم وهو أنه يبنى؛ لأن الوارث على هذا القول يبنى على حكم ذلك النصاب والحول فيجزئه ما عجله المورث كما كان يجزىء المورث لو بقي. وعلى هذا لو تعدد الورثة ثبت حُكْم الخلطة بينهم، إن كان المال ماشية أو غير ماشية، وقلنا بثبوت الخلطة في غير الماشية، وإن قلنا: لا تثبت ونقص نصيب كل واحد عن النصاب أو اقتسموا المال ماشية كانت أو غيرها ونقص نصيب كل واحد عن النصاب فينقطع الحول، ولا تجب الزكاة على المشهور، وعن صاحب «التقريب» وجه آخر: أنهم يجعلون كالشخص الواحد، وكأنهم عين المتوفى فيستدام حكمه في حقهم.

فأما إذا قرعنا على الجديد الصحيح، وهو أن الوارث لا يبنى على حَوْل المورث فلا يجزىء المعجل عن الوارث؛ لأنه مالك جديد، وذلك المعجل مقدم على النصاب والحول في حقه، هذا هو الأظهر، ومنهم من قال: يجزئه المعجل كما ذكر في «الأم»،

(١) استثنى بعضهم صورتين: إحداهما: إذا استغنى بزكاة أخرى إما معجلة أو غيرها، فإنه يكون كما لو استغنى بغير الزكاة.

الثانية: إذا كانت المعجلة بالغة وكان أخذ بدلها منه يؤدي إلى عدم غناه. قال في الخادم: المتجه ألا يسترجع منه في هذه الحالة.

وهو جواب على أحد الوجهين في تعجيل صدقة عامين فتعجل السنة المُستأنفة في حَقِّ الوَارِثِ كالسنة الثانية في حق المعجل. إذا عرف ذلك فنقول:

الإمام إذا أخذ من المالك قبل أن يتم حوله مالاً للمساكين فلا يخلو إما أن يأخذه بحكم القَرْضِ أو ليحسبه عند زكاته عند تمام الحَوْلِ.

**الحالة الأولى:** أن يأخذ بحكم القرض فينظر إن استقرض بسؤال المساكين فضمانه عليهم سواء تلف في يده أو سلمه إليهم كما لو استقرض الرجل مالاً لغيره بإذنه، وهل يكون للإمام طريقاً في الضمان حتى يؤخذ منه ويرجع على المساكين أم لا؟ إن علم المأخوذ منه أنه يستقرض للمساكين بإذنه، فلا يكون طريقاً على أظهر الوجهين بل يرجع عليهم.

**والثاني:** أن يكون طريقاً كالوكيل بالشراء يكون مطالباً على ظاهر المذهب، وإن ظن المأخوذ منه أنه يستقرض أو للمساكين من غير سؤالهم، فله أن يرجع على الإمام، والإمام يقضيه من مال الصدقة أو يجعله محسوباً عن زكاة المقرض<sup>(١)</sup>.

ولو أقرضه المالك للمساكين ابتداء من غير سؤالهم<sup>(٢)</sup> فتلف في يد الإمام فلا ضمان على أحد، إمّا على المساكين فظاهر، وإمّا على الإمام فلائنه وكيل المالك كما لو دفع الرجل مالاً إلى غيره ليقرضه من ثالث فهلك عنده لا ضمان عليه.

ولو استقرض الإمام بسؤال المقرض والمساكين جميعاً، فهلك عنده فهو من ضمان المالك أو المساكين فيه وجهان على ما سنذكر في الحالة الثانية، ولو استقرض لا بسؤال المالك ولا بسؤال المساكين فينظر، إن استقرض ولا حاجة بهم إلى القرض فالقرض يَقَعُ للإمام، وعليه ضمانه من خالص ماله سواء تلف في يده أو دفعه إلى المساكين، ثم إن دفع إليهم متبرعاً فلا رجوع وإن أقرضهم فقد أقرضهم من مال نفسه وإن استقرض لهم وبهم حاجة إليه فإن هلك في يده فوجهان:

أحدهما وبه قال أبو حنيفة وأحمد - رحمهما الله - أنه من ضمان المساكين يقضيه الإمام من مال الصدقة كولي اليتيم إذا استقرض لحاجته فهلك في يده يكون الضمان في مال الصبي.

وأصحهما: أن عليه الضمان من خالص ماله؛ لأن المساكين غير مُعَيَّنِينَ، وفيهم أو أكثرهم أهل رُشد لا ولاية عليهم لأحد<sup>(٣)</sup> ألا ترى أنه لا يجوز منع الصدقة عنهم

(١) في ب: زكاته المفروضة.

(٢) في ب: سؤال منهم.

(٣) قضية التعليل بالرشد أي في الأكثر، والتعيين أنه لو كان مساكين قرية متعينين وكلهم صغار، واختلف أحوالهم فاستقرض لهم الإمام فتلف في يده أنه لا ضمان عليه. قال في الخادم: =

غير عذر، ولا التصرف في مالهم بالتجارة، وإنما يجوز الاستيفاض لهم بشرط سلامة العاقبة بخلاف اليتيم، وإن دفع المستقرض إليهم فالضمان عليهم، والإمام طريق فيه، فإذا أخذ الزكاة والمدفوع إليه بصفة الاستحقاق فله أن يقضيه من الزكاة وله أن يحسبه عن صدقة المقرض<sup>(١)</sup>، وإن لم يكن المدفوع إليه بصفة الاستحقاق عند تمام حول الزكاة المأخوذة لم يجز قضاؤه منها، بل يقضي من مال نفسه ثم يرجع على المدفوع إليه أو وجد له<sup>(٢)</sup> مالا.

**الحالة الثانية:** أن يأخذ الإمام المال ليحسبه عن زكاة المأخوذ منه عند تمام حوله، وفيها أربع مسائل كما في القرض:

**الأولى:** أن يستلف بسؤال المساكين فإن دفع إليهم قبل الحول وتم الحول وهم بصفة الاستحقاق والمالك بصفة الوجوب وقع الموقع، وإن خرجوا على الاستحقاق فعليهم الضمان وعلى رب المال إخراج الزكاة ثانياً.

وإن تلف في يده قبل تمام الحول من غير تفریط فينظر: إن خرج المالك عن أن تجب عليه الزكاة، فله الضمان على المساكين، وهل يكون الإمام طريقاً؟ فيه وجهان على ما ذكرناه في الاستقراض، وإن لم يخرج عن أن تجب عليه الزكاة، فهل يقع المخرج عن زكاته؟ فيه وجهان:

**أظهرهما:** نعم، وهو المذكور في «الشامل» و«التتمة»؛ لأن الإمام نائب المساكين فصار كما لو أخذوه وتلف في أيدهم.

**والثاني:** لا؛ لأنه لم يصل إلى المستحقين فعلى هذا له أخذ الضمان من المساكين، وفي أخذه من الإمام الوجهان، فإن لم يكن للمساكين مال صرف الإمام إذا اجتمعت الزكاة عنده ذلك القدر إلى قوم آخرين عن جهة الذي تسلف منه.

= وحكاة البغوي عن الأصحاب قال: ويصير في هذه كولي اليتيم يستدين له وذكره الإمام تفهماً من عنده، وحينئذ تستثنى هذه الصورة من كلامهم، وقد ذكرها الرافعي فيما سيأتي وخصها بما إذا كان الذي يلي أمرهم الإمام، فأما إذا كان من يلي أمرهم من هو مقدم على الإمام فحاجتهم كحاجة البالغين إلى آخر ما ذكره.

- (١) أي إن كان عليه صدقة، وفيه إشكال وأن الفقه أن يعطيه ثم يأخذ منه على جهة الزكاة.
- (٢) أي ولا يجوز أن يقضي من مال الزكاة. نعم لو مات فقيراً، ففي تعليق القاضي الحسين أن أصحابنا قالوا: لو حال الحول على واحد من المسلمين، ولم يحل على سائر المسلمين، فمات المقترض لهم بعد حول الحول على هذا الرجل، وقيل: حوله على سائر المسلمين، يجوز للإمام أن يقضي دين ذلك الفقير من مال من حال عليه الحول، قال: وهذا إنما يتصور إذا كانوا محصورين.

والثانية: أن يتسلف بسؤال المالك فإن دفع إلى المساكين فتم الحول وهو بصفة الاستحقاق وقع الموقع وإلا رجع المالك على المساكين دون الإمام، وإن تلف في يد الإمام لم يجزىء المالك سواء كان التلف بتفريط من الإمام أو بغير تفريط، كما لو دفعه إلى وكيله فتلف عنده ثم إن تلف بتفريط منه فعليه الضمان للمالك، وإن تلف بغير تفريط فلا ضمان عليه، ولا على المساكين.

الثالثة: أن يتسلف بسؤال المالك والمساكين جميعاً فمن ضمان من يكون؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه من ضمان المالك كما لو تسلف بمحض سؤاله؛ لأن جانبه أقوى إذ الخيار في الدفع والمنع إليه.

والثاني: أنه من ضمان المساكين؛ لأن المنفعة تعود إليهم فيكون المال من ضمانهم ألا ترى أن ضمان العارية على المستعير لعود المنفعة عليه؟ وهذا الوجه أصح عند صاحب «الشامل» وإليه يميل كلام الأكثرين، وفي «التتمة» و«العدة» أن الأول أصح.

الرابعة: أن يتسلف لا بسؤال المالك ولا بسؤال المساكين، لما رأى بهم من الخلة والحاجة فهل تنزل حاجتهم منزلة سؤالهم؟ فيه وجهان حكاهما إمام الحرمين وغيره.

أحدهما: نعم؛ لأن الزكاة مصروفة إلى جهة الحاجة لا إلى قوم معينين، والإمام ناظر لها فإذا رأى المصلحة في الأخذ كان له ذلك كما لو أخذ بسؤالهم وصار كولي الطفل.

وأظهرهما: أنها لا تنزل منزلة سؤالهم؛ لأنهم أهل رشد ونظر، ولو عرفوا صلاحهم في التسلف لالتمسوه من الإمام فعلى هذا إن دفعه إليهم وخرجوا عن الاستحقاق عند تمام الحول استرده منهم ودفعه إلى غيرهم، وإن خرج الدافع عن أهليه الوجوب استرده ورده إليه فإن لم يجز المدفوع إليه مالاً ضمنه من مال نفسه فرط أو لم يفرط، وعلى المالك إخراج الزكاة ثانياً.

وفيه وجه آخر: أنه لا ضمان على الإمام، ويحكى مثله عن أبي حنيفة وأحمد ثم الوجهان في أن الحاجة هل تنزل منزلة السؤال في حق البالغين؟

فأما إذا كانوا أطفالاً، فهذا يبني أولاً على أن الصغير هل يدفع إليهم من سهم الفقراء والمساكين أم لا؟ أما إذا كان مكثفياً بنفقة أبيه وغيره من الأقارب ففيه وجهان المذكوران في قسم الصدقات في الكتاب وسنشرحها ثم - إن شاء الله تعالى جده -

وأما إذا لم يكن من منفق عليه من أب وجد وغيرهما فقد حكى القاضي ابن كَجَّ عن أبي إسحاق أنه لا يجوز صرف الزكاة إليه لاسْتِغْنائه عن الزكاة بالسهم المصروف إلى اليتامى من الغنيمة. وعن ابن أبي هريرة: أنه يجوز صرف الزكاة إلى قيمة قال: وهذا هو المذهب. إذا عرفت ذلك فإن قلنا بجواز الصرف فحاجة أطفال المساكين كسؤال البالغين إذ ليس لهم أهلية النظر والتماس التسلف، فتسلف الإمام الزكاة واستقراضه لهم كاستقراض قيم اليتيم له.

هذا إذا كان الذي يلي أمرهم الإمام، فأما إذا كان يلي أمرهم من هو مقدّم على الإمام فحاجتهم كحاجة البالغين؛ لأن لهم من يسأل التسلف لو كان صلاحهم فيه.

أما إذا قلنا: لا يجوز الصرف إلى الصّغير فلا تجيء هذه المسألة في سهم الفقراء والمساكين، ويجوز أن تجيء في سهم الغارمين ونحوه؛ لأن الخلاف في المكفي بنفقة أبيه لا يتّجه في سهم الغارمين إذ ليس على القريب قضاء ذن القريب.

وفي المسائل كلها لو تلف المعجل في يد الساعي أو الإمام بعد تمام الحول، سقطت الزكاة عن المالك، لأن الحصول في يدهما بعد الحول كالوصول إلى المساكين كما لو أخذ بعد الحول ثم إن فرط في الدفع إليهم ضمن من مال نفسه لهم، وإلا فلا ضمان على أحد، وليس من التفريط أن ينتظر انضمام غيره إليه لقلته، فإنه لا يجب تفريق كل قليل يحصل عنده<sup>(١)</sup>.

وعد بعد هذا إلى لفظ الكتاب، واعلم أن قوله: «وهو فوات شرط الوجوب» يفتقر إلى التأويل إذ ليست الطوارئ المانعة من الإجزاء منحصرة في فوات شرط الوجوب بل فوات شرط الاستحقاق في القابض مانع من الإجزاء أيضاً، وأيضاً فإنه قال: «وذلك في القابض بأن يرتد...» إلى آخره وصفات القابض ليست من شرط الوجوب في شيء وإنما هي من شرائط جواز الصرف إليه.

وقوله: «بأن يرتد أو يموت أو يستغني» معلّم بالحاء؛ لأن عند أبي حنيفة تغير حال القابض لا يؤثر إذا كان عند الأخذ بصفة الاستحقاق. وقوله: أو في المالك بأن يرتد يجوز أن يرقم قوله: «يرتد» بالواو، ولأننا إن أبقينا ملك المرتد، وجوزنا إخراج الزكاة في حالة الردة أجزاء المعجل. وقوله: «أما المال لو تلف...» إلى آخر الفصل

(١) قال ابن الرفعة: ولا اشتغاله بتصرف أموالهم بقدر حاجتهم. نعم منه إذا عرف ذلك من كثرة المال ولم يفرقه، سواء طالبوه بذلك أم لا، وليس كالوكيل إذ لم يطالبه موكله بما في يده لأنه لا يضر، لأن الموكل متعين والمساكين غير متعيين، فله أن يخرج البعض دون البعض، فلا معنى لطلبهم، فإذا لم يفعل علمنا أنه مفرط.



يمكن حمله على الاستيفاض وعلى التسلف للزكاة، ومراده الثاني على ما صرح به في «الوسيط». وقوله: لو تلف في يد المساكين مطلقاً سواء قبض الإمام بسؤال المالك أو بسؤال المساكين وسلمه إليهم والتفصيل فيما إذا كان التلف في يد الإمام.

وقوله: فلا ضمان أي إذا اجتمع شرائط الوجوب، والاستتاق جميعاً أجزاً المعجل عن الزكاة ولا ضمان على أحد، وقد نجد في بعض النسخ: «فلا بأس» بدل قوله: «فلا ضمان»، ولا بأس به معناه: لا يضر ذلك، وتقع الزكاة موقعها، وأيهما كان فهو عند اجتماع الشرائط كما سبق.

وقوله: وحاجة أطفال المساكين كسؤالهم، أي: كسؤال البالغين لا كسؤال الأطفال، إذ ليس من ضرورة أطفال المساكين أن يكونوا مساكين فاللفظ الخاص على الفرض أن يقال: وحاجة أطفال المساكين، ولا يخفي أن لفظ المساكين في هذه المسائل كناية عن أهل السهمان جميعاً، وأنه ليس المراد جميع آحاد الصنف، بل سؤال طائفة منهم وحاجتهم.

قال الغزالي: الثالث في الرجوع عند طريان هذه الأحوال، فإن قال: هذه زكاتي المعجلة فله الرجوع، وقيل: شرطه أن يصرح بالرجوع وعلى هذا لو نازعه المساكين في الشرط فالمالك هو المصدق في أحد الوجهين لأنه المؤدي، أما إذا لم يتعرض للتعجيل ولا علمه المساكين ففي الرجوع وجهان، فإن قلنا: يزج فيصدق مع يمينه إذا قال: قصدت التعجيل.

قال الرافعي: إذا دفع الزكاة المعجلة إلى الفقراء، وقال: إنها معجلة فإن عرض مانع استردت فله الاسترداد إن عرض مانع، وعن أبي حنيفة: أنه لا استرداد إلا إذا كان المال بعد في يد الإمام أو الساعي. لنا: أنه مال دفعه لما يستحقه القابض في المستقبل، فإذا عرض ما يمنع الاستحقاق استرده، كما إذا عجل الأجرة ثم أنهت الدار قبل أنقضاء المدّة، وإن اقتصر على قوله: هذه زكاة معجلة، وعلم القابض ذلك ولم يذكر الرجوع، فهل له الاسترداد عند عروض مانع؟ فيه وجهان حكاهما الشيخ أبو محمد وغيره:

أحدهما: لا؛ لأن العادة جارية بأن المدفوع إلى الفقير لا يسترد، فكأنه ملكه بالجهة المعينة إن وجد شرطها وإلا فهو صدقة، وصار كما لو صرح، وقال: هذه زكاتي المعجلة فإن وقعت الموقع فذاك، وإلا فهي نافلة.

وأصحهما: ولم يذكر المعظم غيره أنه له الرجوع؛ لأنه عين الجهة فإن بطلت رجع كما قلنا في تعجيل الأجرة.

قال صاحب الوجه الأول: هذا يشكل بما إذا قال: هذه الدراهم عن مالي الغائب وكان تالفاً فإنه يقع صدقة، ولا يتمكن من الرجوع إلا إذا شرط الرجوع بتقدير تَلَفِ الغائب، أجاب الصيّدلاني بأنه قد تعرض لكونها معجلة، وإذا تعرض لذلك فقد شرط الرجوع إن عرض مانع، وهذا غير واضح كما ينبغي، وقرب إمام الحرمين الوجهين في المسألة من القولين فيما إذا نوى الظَّهر قبل الزَّوال هل تُنْعَقِدُ صَلَاتُهُ نَفْلًا؟ وهذان الوَجْهَانِ فيما إذا دفع المَالِكِ بنفسه، وفيه تكلم صاحب الكتاب، ألا تراه يقول: فلو قال هذه زَكَاتِي المعجلة، والإمام لا يقول ذلك.

أما إذا دفع الإمام فلا يمكن جعله نافلة فلا حاجة إلى شرط الرجوع، لكن لو لم يعلم القابض أنه زكاة غيره فيجوز أن يقال على الوجه الأول: لا يسترد وعلى الإمام الضمان للمالك لتقصيره بترك شرط الرجوع، ولو جرى الدفع من غير تعرض للتعجيل، ولا علم القابض به فهل يثبت الاسترداد؟ ظاهر نصه في «المختصر» أنه إذا كان المعطي الإمام يثبت، وإن أعطى المالك بنفسه فلا يثبت، وللأصحاب فيه طريقتان: أحدهما: تقرير النصين.

والفرق: أن المالك يعطي من ماله الفرض والتطوع، فإذا لم يقع عن الفرض وقع تطوعاً، والإمام يقسم مال الغير فلا يعطي إلا الفرض فكان مطلق دفعه كالمقيد بالفرض، وهذا هو الذي ذكره القاضي ابن كَجَّ وعامة أصحابنا العراقيين.

والثاني: أنه لا فرق بين الإمام والمالك؛ لأن الإمام قد يتصدق بماله نفسه كما يفرق مال الغير، وبتقدير أن لا يقسم إلا الفرض، لكنه قد يكون معجلاً وقد يكون في وقته، واختلف هؤلاء على طريقتين:

أحدهما: تنزيل النصين على حالين، حيث قال: يثبت الرجوع، فذلك عند وقوع التعرض للتعجيل، وحيث قال: لا يثبت فذلك عند إهماله، والإمام والمالك يستويان في الحالتين، وذكر في «الشامل» أن الشيخ أبا حامد حكى هذا الطريق أيضاً، وهو الذي أورده الجامعون لطريقة القفال واختياراته.

والثاني: أن فيهما قولين نقلاً وتخريجاً.

أحدهما: أنه يثبت الرجوع كما لو دفع مالاً إلى غيره، على ظن أن له عليه ديناً فلم يكن له الاسترداد:

والثاني: لا يثبت؛ الصدقة تنقسم إلى فرض وتطوع، وإذا لم تقع فرضاً تقع تطوعاً، كما لو أخرج زكاة ماله الغائب، وهو يظن سلامته فَبَانَ تالفاً يقع تطوعاً، وهذا الطريق أوفق لما ذكره في الكتاب إلا إنه حكى بدل القولين وجهين، وكذا فعل إمام

الحرمين وهو قريب في موضع النقل والتخريج، ولم يحك الخلاف في الإمام والمالك جميعاً، فإن المسألة مسوقة على ما سبق في أول الفصل، وهو كلام في المالك على ما بينته.

والأظهر: أنه لا يثبت الرجوع سواء أثبتنا الخلاف أم لا، وهو فيما إذا دفع المالك بنفسه أولى وأظهر، في ظاهر النصين المنقولين عن «المختصر» وكشف المراد منهما كلام كثير لا يحتمله هذا الموضوع.

فإن قلنا: يثبت الاسترداد وإن لم يتعرض للتعجيل ولا علمه القابض، فمهما قال المالك: قصدت التعجيل ونازعه القابض فالقول قول المالك مع اليمين فإنه أعرف بنيته ولا سبيل إلى معرفتها إلا من جهته، ولو ادعى المالك علم القابض بأنها كانت معجلة فالقول قول القابض، لأن الأصل عدم العلم، والغالب هو الأداء في الوقت.

وإن قلنا: لا يثبت الاسترداد عند عدم التعرض للتعجيل وعلم القابض فلو تنازعا في أنه هل يشترط التعجيل على الوجه الأصح أو في أنه هل يشترط مع ذلك الرجوع على الوجه الثاني فالقول قول من؟ فيه وجهان:

أحدهما: أن القول قول المالك مع يمينه؛ المؤدي وهو أعرف بقصده، ولهذا لو دفع ثوباً إلى غيره واختلفاً، فقال الدافع هو عارية، وقال الآخر هبة، كان القول قول الدافع.

وأظهرهما: ولم يذكر في «العدة» غيره أن القول قول المسكين مع يمينه؛ لأن الأصل عدم الاشتراط والغالب كون الأداء في الوقت؛ ولأنهما اتفقا على انتقال اليد والملك والأصل استمرارها.

وقوله في الكتاب: «وعلى هذا لو نازعه المساكين في الشرط» قد يوهم تخصيص المسألة والوجهين فيها بالوجه المذكور قبله وهو قوله: «وقيل: شرطه أن يصرح بالرجوع» وليس كذلك بل سواء اكتفينا بشرط التعجيل أو شرطنا التصريح بالرجوع وفرض النزاع، جرى الوجهان ولو أنه أخر المسألة إلى أن يفرغ من الكلام فيما إذا لم يتعرض للتعجيل ولا علمه المساكين لكان أولى؛ لأن هذا النزاع إنما يجري إذا قلنا: لا يثبت الاسترداد، ثم إذا أثبتناه فلا فائدة للنزاع في جريان الاشتراط فإن المالك وإن سلمه وأدعى أنه قصد التعجيل والرجوع نصدقه كما سبق، والوجهان في تنازع المالك والقابض يجريان في تنازع الإمام والقابض إذا قلنا: إنه يحتاج إلى الاشتراط، ولفظ «التهديب» يشمل صورتين جميعاً.

وقوله: «ففي الرجوع وجهان» يجوز أن يعلم بالواو لما قدمنا من الطريقة القاطعة

بامتناع الرجوع، ولك أن تبحث في قوله: «أما إذا لم يتعرض للتعجيل، ولا علمه المسكين» فنقول: هذا يشمل ما إذا سكت فلم يذكر شيئاً أصلاً، وأما إذا قال: هذه زكاتي أو صدقتي المفروضة، ولم يتعرض للتعجيل ولا علمه المسكين، فهل يخرج لمخرج الزكاة أن لا يتلفظ بشيء أصلاً؟ وبتقدير أن يجوز فهل الحكم واحد في الحالتين أم بينهما فرق؟

والجواب: أما الأول فقد ذكر صاحب «النهاية»<sup>(١)</sup> وغيره أن مخرج الزكاة لا يحتاج إلى لفظ؛ لأنه في حكم توفية حق على مستحق. قال: وفي صدقة التطوع تردد، والظاهر الذي به عمل الكافة أنه بحاجة إلى لفظ أصلاً.

وأما الثاني: ففيه طريقتان:

أحدهما: أنه إذا قال: «هذه زكاتي» أو صدقتي المفروضة» كان بمثابة ما لو ذكر التعجيل ولم يصرح بالرجوع.

وأظهرهما: أنه كما لو لم يذكر شيئاً أصلاً، فإن ذكر التعجيل يعرف أنها في الحال غير واجبة. وقوله: «هذه زكاتي» لا يفيد ذلك، والغالب إنما هو الأداء في الوقت. والذي أجاب به العراقيون أنه لا يسترد المالك بخلاف الإمام فإن الإمام قد يستعجل الزكاة في العادة، والملاك لا يؤديه قبل دخول وقت الوجوب غالباً، وهذا جرى منهم على طريقتهم التي سبقت. وحكوا في التفريع عليها وجهين في أنه لو كان الطارىء موت المسكين، هل للمالك أن يستحلف ورثته على نفي العلم بأنها معجلة؟

عن أبي يحيى البلخي أنهم يحلفون لإمكان صدقه، وعن غيره: أنهم لا يحلفون؛ لأن الظاهر من قوله: هذه زكاتي، أنها واجبة في الحال فليس له دعوى خلافه، وشبهوا هذا بالوجهين، فيما إذا رهن وأقر بأنه أقبض ثم ادعى بأنه لم يقبض وأراد التحليف عليه. وقوله في أول الفصل الثالث: في الرجوع عند طريان هذه الأحوال إشارة إلى أنه لا بد للرجوع من عروض شيء من هذا الخلاف، وليس له أن يسترد المعجل من غير سبب؛ لأنه تبرع بالتعجيل فأشبه ما لو عجل ديناً مؤجلاً لا استرداد له.

قال الغزالي: وَلَوْ تَلَفَ النَّصَابُ بِتَفْسِيهِ لَمْ يَمْتَنِعِ الرَّجُوعُ عَلَى أَصْحَ الْوَجْهَيْنِ.

قال الرافعي: والمسألة من الطوارئ المانعة من وقوع المعجل زكاة تلف النصاب

(١) عبارة الإمام مؤدي الزكاة لا يتوقف أداءه على لفظ وقف وجوبها بأن تسليمها في حكم توفية لما في الذمة، ومريد الهبة والمتجه يتوقف تملكه على لفظ، وفي تأول الصدقة وجهان: الظاهر أنه لا حاجة إليه حملاً للتطوع على الواجب.

فحيث يثبت الاسترداد بهذا السبب، هل يثبت لو أتلفه المالك بنفسه فيه وجهان:

أحدهما: لا، لتقصيره بالإتلاف.

وأصحهما: نعم، لحصول التُّلف وخروج المعجل، عن أن يكون زكاة وقضية التَّعجيل الأول أن لا يجري الخلاف فيما إذا أتلفه بالإفناق وغيره من وجوه الحاجات، ولو أتلف بعض ماله حتى انتقص النصاب كان كالاتف جميع المال مثل أن يعجل خمسة دراهم عن مائتي درهم ثم يتلف منها درهماً، وتنقل هذه الصورة والوجهان فيها عن الاضطخري.

قال الغزالي: وَإِنْ كَانَ الْمَالُ تَالِيفاً فِي يَدِ الْمِسْكِينِ فَعَلَيْهِ ضَمَانُهُ، وَإِنْ صَارَ نَاقِصاً فَفِي الْأَرْضِ وَجْهَانِ، وَإِنْ كَانَ بَاقِياً رُدَّ بِرِوَايَةِ الْمُتَفَصِّلَةِ وَالْمُتَّصِلَةِ وَنَقَضَ تَصْرُفُهُ وَكَأَنَّهُ بَانَ أَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْ وَقِيلَ: إِنَّا نَقْدَرُهُ مَقْرَضاً إِذَا لَمْ يَقَعْ عَنْ جِهَةِ الزَّكَاةِ فَتَلَقَّيْتُ هَذِهِ الْأَحْكَامَ عَلَى أَنَّ الْقَرْضَ يَمْلِكُ بِالْقَبْضِ أَوْ بِالتَّصْرُفِ.

قال الرافعي: متى أثبتنا حق الاسترداد فلا يخلو المعجل، إما أن يكون تالفاً أو باقياً في يد القابض، فإن كان تالفاً فعليه ضمانه بالمثل إن كان مثلياً والقيمة إن كان متقوماً، وفي القيمة المعبرة وجهان:

أحدهما: أنه يعتبر قيمته يوم التلف، أن الحق انتقل إلى القيمة يوم التُّلف، فاعتبرت قيمته ذلك اليوم كما في العارية.

والثاني: ويحكي عن أحمد: أنه يعتبر قيمة يوم القبض؛ لأن ما زاد عليها زاد في ملك القابض فلم يضمه، كما لو تلف الصَّدَاق في يد المرأة ثم ارتدت قبل الدُّخول أو طلقها، فإن الزوج يرجع بقيمة يوم القبض. قال المحاملي: وهذا أشبه. وينقدح عند إمام الحرمين وجه ثالث وهو إيجاب أقصى القيم بناء على أن المِلْك غير حاصل للقابض واليد يد ضمان. وقد ذكر مثل هذا في المُسْتَعِيرِ والمُسْتَأْتَمِ فَإِنْ كَانَ الْقَابِضُ قَدْ مَاتَ فَالضَّمَانُ فِي تَرْكِهِ<sup>(١)</sup>. وإن كان المال باقياً نظر إن لم يحصل فيه زيادة ولا نقصان استرده ودفعه أو مثله إلى المستحق، إن بقي بصفة الوجوب وإن كان الدافع هو الإمام

(١) قال في الخادم: هذا إذا كان له تركة فلو مات معسراً لا شيء عليه ففيه ثلاثة أوجه: حكاها

السرخسي في الأمالي: أحدها: يلزم المالك دفع الزكاة.

ثانياً: إلى المستحق؛ لأن القابض ليس من أهل الزكاة قبل الوجوب. قال في شرح المهذب:

وهو القياس الذي يقتضيه كلام الجمهور. والثاني: يجزيه هذا المعجل.

والثالث: أن الإمام يغرّم للمالك من مال المصالح.

أخذه، وهل يصرفه إلى المستحقين بدون إذن جديد من المالك؟

حكى في «التمة» فيه وجهين:

أظهرهما: وهو المذكور في «التهذيب»: له ذلك وإذا أخذ القيمة، فهل يجوز صرفها إلى المستحقين؟

فيه وجهان؛ لأن دفع القيم لا يجزىء فإن جوزناه وهو الأظهر فهل يحتاج إلى إذن جديد؟ فيه وجهان:

وإن حدثت<sup>(١)</sup> فيه زيادة فإن كانت متصلة كالسمن [والكبر] <sup>(٢)</sup> أخذه مع الزيادة كما لو زاد الموهوب في يد الابن زيادة متصلة ورجع الأب فيه، وكما إذا أفلس المشتري بالثمن، وقد زاد المبيع زيادة متصلة، وإن كانت منفصلة كالولد واللبن، فهل يأخذها مع الأصل؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم بأننا بينا بما طرأ أخيراً أنه لم يملك المقبوض.

وأصحهما: ولم يذكر الجمهور غيره: لا، كما أن الأب لا يرجع في الزيادة المنفصلة من الموهوب وكما أنه يسلم للمشتري إذا رد الأصل بالعيب، أو رد عليه العوض.

ويحكي هذا الثاني عن نص الشافعي - رضي الله عنه - وإن حدث فيه نقصان، فهل يجب فيه أرش؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، كما يجب الضمان عند التلف فيعتبر الجزء بالجملة.

وأصحهما: عند العراقيين وغيرهم: لا، وحكوه عن ظاهر نصه في «الأم»، ووجهه بأنه نقصان حدث في ملكه فلا يضمه كالأب إذا رجع في الموهوب، وقد نقص فلا يأخذ معه الأرش، وكالبائع إذا استرد المبيع، وقد نقص عند إفلاس المشتري، ليس له الأرش وهذا الوجه هو اختيار الفقهاء فيما حكى الصنيدلاني، قال: واستشهد عليه بما إذا رد المبيع بعيب والثمن باق، لكنه حدث فيه عيب ليس له إلا المعيب. وإن كان يأخذ مثله أو قيمته لو كان تالفاً.

قال إمام الحرمين: وهذا مشكل وإلزامه الرضا بالثمن المعيب بعيد، وإنما الذي قاله الأصحاب: أنه لو وجد بالمبيع عيباً، وتمكن من الرد فرضاً لا أرش له، والكلام فيه يتضح في موضعه - إن شاء الله تعالى جده -.

(٢) في أ: (اللبن).

(١) في ط: حصلت.

ثم أشار حجة الإسلام - رحمه الله - في هذه المسائل إلى أصل ذكره الإمام وهو أن المعجل هل يصير ملكاً للقابض أم لا؟ وإن صار ملكاً له فيأتي فيه وجه يكون ملكاً له، قال: حيث لا يثبت الركوع: فالمعجل متردد بين أن يكون فرضاً أو تطوعاً، والملك حاصل للقابض على التقديرين، وحيث يثبت فله تقديران لم يصرح بهما الأصحاب، وجزم عليهما صاحب «التقريب».

أحدهما: أن الملك موقوف إلى أن يكشف الأمر في المال، فإن حدث مانع تبين استمرار ملك المالك، وإلا تبين أنه صار ملكاً للقابض من يومئذ.

والثاني: أن الملك ثابت للقابض، لكن إن استمرت السلامة تبين أنه ملك عن جهة زكاة مستحقة، وإلا تبين وقوعه فرضاً، ثم الفرض يملك بالقبض أو بالتصرف وإن ملك بالتصرف فبأي تصرف يملك؟ فيه خلاف مذكور في بابه، وعلى هذا الأصل يجري الوجهان في الزوائد المنفصلة فإن قلنا: بالتوقف وجب ردّها لتبين حدوثها على ملك المالك وينقلنا بتقدير الفرض، فإن قلنا: إنه يملك بالقبض سلمت الزوائد للقابض، وإن قلنا: يملك بالتصرف وحدثت الزوائد قبل التصرف فهذا كما لو استقرض أغناماً ونتاجت في يده ثم باعها واستبقى التناج، قال الإمام: يتقدح فيه أمران:

أحدهما: أن يقدر انتقال الملك في الأغنام إلى المستقرض قبيل البيع، ويجعل التناج للمقرض.

والثاني: أن يستند الملك في حالة القبض، ويجعل التناج للمستقرض، ومما يخرج على هذا الأصل تصرفه في المال المعجل، بأن باع ما قبضه ثم طرأ بعض الأحوال المانعة، فإن توقفنا في الملك تبين انتفاض بيعه. وإن قلنا: بالفرض فلا ومما يخرج عليه أنه هل يجوز للقابض عند بقاء العين الإبدال أم يلزمه رد عين المال المأخوذ؟ فإن قلنا: بالتوقف لزم رد عينه، وإن قلنا: بالفرض فإن قلنا: إنه يملك بالقبض فله الإبدال. وإن قلنا: يملك بالتصرف ولم يوجد فللمالك استرداده بعينه.

واعلم أن إيراد الكتاب يقتضي ترجيح التقدير الأول، لكن كلام المعظم يقتضي ترجيح الجزم بثبوت الملك، ولذلك قالوا: لا يجب رد الزوائد المنفصلة ولا أزش النقصان على ما قدمناه.

قال الغزالي: وَلَوْ لَمْ يَمْلِكْ إِلَّا أَرْبَعِينَ فَعَجَلَ وَاحِدَةً فَاسْتَفْتَى الْقَابِضُ، فَإِنْ الْقَابِضُ، فَإِنْ جَعَلْنَا الْمُخْرَجَ لِلزَّكَاةِ قَرْضاً لَمْ يَلْزَمُهُ تَجْدِيدُ الزَّكَاةِ؛ لِأَنَّ الْحَوْلَ أَنْقَضَى عَلَى تَسْعِ وَثَلَاثِينَ بِخِلَافِ مَاذَا وَقَعَ الْمُخْرَجُ عَنِ الزَّكَاةِ؛ لِأَنَّ الْمُخْرَجَ عَنِ الزَّكَاةِ كَالْبَاقِي، وَإِنْ قُلْنَا: تَبَيَّنَ أَنَّ الْمَلِكَ لَمْ يَزَلِ أَلْتَفَّتْ عَلَى الْمَجْحُودِ وَالْمَفْضُوبِ لَوْفُوعِ الْحَيْلُولَةِ.

قال الرافعي: الَّذِي يَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَتِهِ أَوْلَى، وَقَدْ أَشَارَ إِلَيْهِ فِي أَثْنَاءِ الْفَصْلِ أَنَّ الْمَعْجَلَ لِلزَّكَاةِ مَضْمُونٌ إِلَى مَا عِنْدَهُ وَنَازِلٌ مُنْزَلَةٌ مَا لَوْ كَانَ فِي يَدِهِ.

بيانه: لو أخرج شاة من أربعين ثم حال الحول ولم يطرأ مانع أجزاءه ما عجل، وكانت تلك الشاة بمثابة الباقيات عنده.

ولو عجل شاة عن مائة وعشرين، ثم نتجت واحدة أو عن مائة وحدثت عشرون وبلغت غنمه مع الواحدة المعجلة مائة وإحدى وعشرين لزمه شاة أخرى، وإن أنفق القابض تلك المعجلة، ولو عجل شاتين عن مائتين ثم حدثت سَخْلَةٌ قَبْلَ الْحَوْلِ فَقَدْ بَلَّغَتْ غَنِمَهُ مَعَ الْمَعْجَلَتَيْنِ مَائَتَيْنِ وَوَاحِدَةً، فَيَلْزِمُهُ عِنْدَ تَمَامِ الْحَوْلِ شَاةٌ ثَالِثَةٌ، فَلَوْ كَانَتِ الْمَعْجَلَةُ فِي هَاتَيْنِ الصُّورَتَيْنِ مَعْلُوفَةٌ أَوْ اشْتَرَاهَا وَأَخْرَجَهَا لَمْ يَجِبْ شَيْءٌ زَائِدٌ؛ لِأَنَّ الْمَعْلُوفَةَ وَالْمَشْتَرَاةَ لَا يَتِمُّ بِهِمَا النَّصَابُ، وَإِنْ جَازَ إِخْرَاجَهُمَا عَنِ الزَّكَاةِ، وَخَالَفَ أَبُو حَنِيفَةَ هَذَا الْأَصْلَ فَلَمْ يُجَوِّزِ التَّعْجِيلَ إِلَّا بِشَرَطِ أَنْ يَكُونَ الْبَاقِي عِنْدَهُ نَصَابًا وَلَمْ يَجْعَلِ الْمَعْجَلَ مَضْمُونًا إِلَى مَا عِنْدَهُ فَيَخْرُجُ مِنْ ذَلِكَ امْتِنَاعَ التَّعْجِيلِ فِي الصُّورَةِ الْأُولَى، وَأَنْ لَا تَجِبَ شَاةٌ ثَانِيَةٌ فِي الثَّانِيَةِ وَلَا ثَالِثَةٌ فِي الثَّالِثَةِ، وَسَاعَدَنَا أَحْمَدُ عَلَيَّ مَا ذَكَرْنَا، وَاحْتَجَّ الْأَصْحَابُ عَلَيَّ جَوَازِ التَّعْجِيلِ عَنِ الْأَرْبَعِينَ فَحَسِبَ بِأَمْنٍ قَالُوا: هَذَا نَصَابٌ يَجِبُ الزَّكَاةَ فِيهِ بِحَوْلَانِ الْحَوْلِ فَجَازَ تَعْجِيلُهَا مِنْهُ كَمَا لَوْ كَانَ أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِينَ، وَاحْتَجَّ الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - عَلَيَّ تَكْمِيلِ النَّصَابِ الثَّانِيِ وَالثَّلَاثِ بِالْمَعْجَلِ بِأَنَّ التَّعْجِيلَ إِنَّمَا جَوَّزَ إِرْفَاقًا بِالْفُقَرَاءِ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَصِيرَ سَبَبًا لِإِسْقَاطِ حَقِّهِمْ، وَمَعْلُومٌ أَنَّهُ لَوْلَا التَّعْجِيلُ لَوَجِبَتْ زِيَادَةٌ عَلَيَّ مَا أَخْرَجَهُ.

إذا عرفت ذلك فلا يخلو الحال بعد تعجيل الزكاة إما أن يتم الحول على السلامة أو يعرض مانع فإن تمَّ الحَوْلُ عَلَى السَّلَامَةِ أَجْزَأَهُ مَا أَخْرَجَ، ثُمَّ كَيْفَ التَّقْدِيرُ إِذَا كَانَ الْبَاقِي عِنْدَهُ نَاقِصًا عَنِ النَّصَابِ كَمَا لَوْ لَمْ يَمْلِكْ إِلَّا أَرْبَعِينَ فَعَجَلَ مِنْهَا وَاحِدَةً: أَيَزُولُ الْمَلِكُ عَنِ الْمَعْجَلِ وَمَعَ ذَلِكَ يَحْتَسِبُ عَنِ الزَّكَاةِ أَمْ لَا يَزُولُ؟ عَنِ صَاحِبِ «التَّقْرِيبِ»: أَنَّهُ يَقْدَرُ كَأَنَّ صَاحِبَ الْمَلِكِ لَمْ يَزَلْ لِيَنْقُضِي الْحَوْلَ وَفِي مَلِكِهِ نَصَابٌ وَاسْتَبْعَدَ إِمَامَ الْحَرَمَيْنِ ذَلِكَ. وَقَالَ: تَصْرَفُ الْقَابِضُ فِيهِ نَافِذٌ بِالْبَيْعِ وَالْهَبَةِ وَغَيْرِهِمَا، فَكَيْفَ نَقُولُ بِيَقَاءِ مَلِكِ الْمَعْطِيِّ. وَهَذَا الِاسْتِبْعَادُ حَقٌّ إِنْ أَرَادَ صَاحِبُ «التَّقْرِيبِ» بَقَاءَ مَلِكِهِ حَقِيقَةً إِلَى آخِرِ الْحَوْلِ، وَإِنْ أَرَادَ أَنَّهُ نَازِلٌ مُنْزَلَةٌ الْبَاقِي حَتَّى يَكُونَ مَجْزُئًا عَنِ زَكَاتِهِ وَيَكْمَلُ بِهِ النَّصَابَ الْآخَرَ فَلَا اسْتِبْعَادَ، وَالْأَصْحَابُ مَطْبِقُونَ عَلَيْهِ وَكَأَنَّهُ اكْتَفَى عَنِ التَّعْجِيلِ بِمَضِيِّ مَا سَبَقَ مِنَ الْحَوْلِ عَلَى كِمَالِ النَّصَابِ رَفَقًا بِالْفُقَرَاءِ، فَهَذَا إِذَا تَمَّ الْحَوْلُ عَلَى السَّلَامَةِ، وَإِنْ عَرَضَ مَانِعٌ مِنْ وَقُوعِ الْمَعْجَلِ زَكَاةً فَيَنْظُرُ إِنْ كَانَ الْمَخْرُجُ أَهْلًا لِلْوَجُوبِ وَبَقِيَ فِي يَدِهِ نَصَابٌ لَزِمَهُ الْإِخْرَاجُ ثَانِيًا، وَإِنْ كَانَ الْبَاقِي دُونَ النَّصَابِ فَحَيْثُ لَا يَثْبُتُ الِاسْتِرْدَادُ فَلَا



زكاة عليه، وكأنه تَطَوَّع بشاة قبل تمام الحول، وحيث يثبت الاستِزْدَاد فاسترد، وقد ذكر شيوخنا العراقيون فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يستأنف الحَوْل، ولا زكاة لما مضى لِتُقْصَان ملكه عن النَّصَاب قبل تمام الحول.

والثاني: أنه تجب الزكاة للحول الماضي؛ لأن المخرج للزكاة كالباقى على ملكه واحتجوا عليه بما إذا وقع عن الزكاة.

والثالث: أنه يفرق بين التَّقْد فيزكيه لما مضى وبين الماشية فلا يزكيها لما مضى؛ لأن السَّوْم شرط في زكاة الماشية، وذلك ممتنع في الحيوان في الذمة.

قالوا: وأظهر الوجوه هو الثاني، وهو الذي ذكره في «التهديب» بل لفظه يقتضي وجوب الإخراج ثانياً، وإن لم يسترد بعد إذا كان المخرج بعينه باقياً في يد القابض.

وعن صاحب «التقريب» بناء المسألة على الأصل السابق وهو أنه إذا ثبت الاسترداد فتبين أن الملك لم يزل عن المعجل، أو يقال بالزوال ويجعل قرضاً إن قلنا بالزوال فإذا استرجع استفتح الحول من يومئذ ولا زكاة لما مضى. وإن قلنا: يتبين أن الملك لم يزل لزمه الزكاة لما مضى لتبين أطراد الحول على نصاب كامل، وزاد الإمام شيئاً آخر على هذا التقدير الثاني، فقال: الشاة التي تسلط القابض على التصرف فيها قد حصلت الحيلولة بينها وبين المالك، فيجىء فيها خلاف المغصوب والمجحود.

وهذا الطريق هو الذي أورده في الكتاب، وكلام العراقيين يشعر بتخريج الوجوه كلها بعد تسليم زوال الملك عن المعجل، وكيف ما كان فالظاهر عند المعظم أنه يجب تجديد الزكاة ولو كان المخرج تالفاً في يد القابض فقد صار الضمان ديناً عليه فإن أوجبنا تجديد الزكاة إذا كان باقياً فيجىء هاهنا قولاً وجوب الزكاة في الدَّين هذا في الدين، وفي المواشي لا تجب الزكاة بحال؛ لأن الواجب على القابض القيمة فلا يكمل بها نصاب الماشية وروى القاضي ابن كج عن ابن إسحاق إقامة القيمة مقام العين هاهنا مراعاة لجانب المساكين، وقوله في أول الفصل: ولو لم يملك إلا أربعين فعجل واحدة فاستغنى القابض أي بغير الزكاة، وذكر الاستغناء مثلاً، والحكم لا يختص به بل الموت وسائر الطوارئ في معناه. وقوله: بخلاف ما إذا وقع المخرج عن الزكاة؛ لأن المخرج كالباقى للزكاة أي: المخرج للزكاة إذا وقع عن الزكاة كالباقى. فأما إذا طرأ مانع فلا يجعل كالباقى، وهكذا ذكر صاحب «التهديب» في فرع سنذكره على الأثر، لكن ما حكينا عن العراقيين في توجيه الوجه الثاني ينازع فيه ويصرح بكونه كالباقى وإن لم يقع عن الزكاة. فرع: لو عجل بنت مَحَاض عن خمس وعشرين من الإبل فبلغت بالتوالد ستاً وثلاثين قبل الحول فلا يجزئه بنت المَحَاض المعجلة، وإن صارت بنت لَبُون في يد

القابض بل يستردهما، ويخرجها ثانياً أو بنت لُبُونٍ أخرى. قال صاحب «التَّهْذِيبِ» من عنده: فإن كان المخرج هالكاً، والتَّاج لم يزد على أحد عشر ولم تكن إبلة ستاً وثلاثين إلا مع المخرج وجب أن لا تجب بنت لُبُونٍ؛ لأنَّ إنما نجعل المخرج كالقائم إذا وقع محسوباً عن الزَّكَاةِ أما إذا لم يقع محسوباً فلا بل هو كهلاك بعض المال قبل الحول.

قال الغزالي: الْقِسْمُ الثَّلَاثُ، فِي تَأْخِيرِ الزَّكَاةِ، وَهُوَ سَبَبُ الضَّمَانِ (ح) وَالْعِضْيَانِ (ح) عِنْدَ التَّمَكُّنِ، وَإِنْ تَلَفَ النَّصَابُ بَعْدَ الْحَوْلِ وَقَبْلَ التَّمَكُّنِ فَلَا زَكَاةَ.

### [القول في تأخير الزكاة]:

قال الرافعي: إذا تَمَّ الْحَوْلُ عَلَى الْمَالِ الَّذِي يَشْتَرَطُ فِي زَكَاتِهِ الْحَوْلُ وَتَمَكَّنَ مِنَ الْأَدَاءِ فَأَخَّرَ عَصِي<sup>(١)</sup> لَمَا تَقَدَّمَ أَنَّ الزَّكَاةَ عَلَى الْفُورِ وَيَدْخُلُ فِي ضَمَانِهِ حَتَّى لَوْ تَلَفَ الْمَالُ بَعْدَ ذَلِكَ لَزِمَهُ الضَّمَانُ، سِوَاءِ تَلَفٍ بَعْدَ مَطَالَبَةِ السَّاعِي أَوْ الْفُقَرَاءِ أَوْ قَبْلَ ذَلِكَ.

وعند أبي حنيفة - رحمه الله - تسقط الزكاة ولا ضمان إن كان التلف قبل المطالبة. وإن كان بعدها فلا صحابة فيه اختلاف. لنا: أنه قصر بحبس الحق عن المستحق فلزمه ضمانه. ولو تلف ماله بعد الحول وقبل التمكّن فلا شيء عليه كما لو دخل وقت الصلوة فعرض له جنون أو نحوه قبل التمكّن من فعلها، أو ملك الزاد والرّاحلة ولم يتمكن من فعل الحج، ولو أتلفه بنفسه بعد الحول، وقبل التمكّن لم تسقط عنه الزكاة لتقصيره بإتلافه.

وعن مالك: أنه إن لم يقصد بالإتلاف الفرار عن الزكاة تسقط، وإن أتلفه غيره فينبني على أصل سيأتي وهو أن الإمكان من شرائط الوجوب - أو من شرائط الضمان، إن قلنا بالأول فلا زكاة - كما لو أتلف قبل الحول، وإن قلنا بالثاني وقلنا: مع ذلك الزكاة تتعلق بالذمة فلا زكاة أيضاً؛ لأنه تلف قبل حصول شرط الاستيقار، وإن قلنا: تتعلق بالعين انتقل حق المستحق إلى القيمة كما إذا قتل العبد الجاني أو المرهون ينتقل الحق إلى القيمة<sup>(٢)</sup>.

- (١) أطلق الشيخ تعصيته بالتأخير وسيأتي جواز التأخير لقريب أو جار أو ما هو أحوج على الأصح.
- (٢) وهذا تابع فيه البغوي، وفيه أمران: إحداهما: قوله إن علقنا الزكاة بالذمة فلا زكاة، إنما يستقيم إذا ثبت تعلقها بالذمة والمال خال عنها، لكن هذا رأي ضعيف في أصل ثبوته نظر، بل لم يشته البغوي إنما حكاها الإمام والغزالي. أما إذا قلنا بطريقة الجمهور أن التعليق بالذمة، ولا يخلو المال أيضاً، بل هو رهن فيها لم يستقم. أما إذا قلنا: واجب في الذمة أنها تسقط: وعندني وجب ألا تسقط، وينتقل الحق إلى بدله لأننا وإن قلنا: الحق في الذمة فإن العين مرتبهة وحق الحبس ينتقل إلى بدله.

وقوله في الكتاب: «هو سبب الضمان والعصيان» معلّم بالحاء لما ذكرنا، ويجوز أن يعلم قوله: «فلا زكاة» بالألف؛ لأن صاحب «الشامل» حكى عن أحمد أنه لا تسقط الزكاة كما لو أتلفه.

قال الغزالي: وَإِنْ مَلَكَ خُمْسًا مِنَ الْإِبِلِ فَتَلَفَ وَاحِدًا قَبْلَ التَّمَكُّنِ فَأَحَدُ الْقَوْلَيْنِ أَنَّهُ يُسْقَطُ كُلَّ الزَّكَاةِ كَمَا لَوْ تَلَفَ النَّصَابَ قَبْلَ الْحَوْلِ؛ لِأَنَّ الْإِمْكَانَ شَرْطُ الْوُجُوبِ، وَالْأَصْحَحُ أَنَّهُ لَا يُسْقَطُ إِلَّا خُمْسَ شَاةٍ، لِأَنَّ الْإِمْكَانَ شَرْطُ الضَّمَانِ، وَعَلَى هَذَا لَوْ مَلَكَ تِسْعًا فَتَلَفَ أَرْبَعًا قَبْلَ التَّمَكُّنِ فَالْجَدِيدُ أَنَّ الزَّكَاةَ لَا تُنْسَطُ عَلَى الْوَقْفِ فَلَا يُسْقَطُ بِسَبَبِهِ شَيْءٌ مِنَ الزَّكَاةِ، وَعَلَى الْقَدِيمِ يُسْقَطُ أَرْبَعَةٌ أَسْعًا شَاةٍ.

قال الراجعي: مسألنا الفصل مبيّتان على أصلين:

أحدهما: أن إمكان الأداء من شرائط الضمان، وهل هو مع ذلك من شرائط الوجوب؟ فيه قولان:

أحدهما: ويحكي عن القديم و«الأم»، وبه قال مالك: أنه من شرائط الوجوب كما في الصوم والصلاة والحج؛ لأنه لو تلف ماله قبل الإمكان سقطت الزكاة ولو وجبت لما سقطت، وبهذا القول أجاب في «المختصر» في مواضع.

وأصحهما: عند ابن سريج وجمهور الأصحاب وهو قوله في «الإملاء» ومذهب أبي حنيفة - رحمه الله -: أنه ليس إلا من شرائط الضمان؛ لأنه لو أتلف المال بعد الحول لا تسقط عنه الزكاة، ولولا الوجوب لسقطت كما لو أتلف قبل الحول، واحتج كثيرون لهذا القول بأنه لو تأخر الإمكان مدة فابتداء الحول الثاني يحسب من تمام الحول الأول لا من حصول الإمكان وبأنه لو حدث إنتاج بعد الحول وقبل الإمكان يضم إلى الأصل في الحول الثاني دون الأول، وهذا جرى منهم في المسألة الثانية على أظهر الطريقتين وقد قدمنا في فصل النتاج أن من الأصحاب من بنى المسألة على القولين في الإمكان.

وعند مالك: ابتداء الحول الثاني من وقت حصول الإمكان، ونتاج الحادث من وقت حصول الإمكان مضموم إلى الأصل في الحول الأول، وعبر صاحب «التتمة» عن تحقيق هذا الخلاف بأننا إذا قلنا: الإمكان من شرائط الوجوب فهو على سبيل التبيين،

= الثاني: قيل: كذا أطلقه الراجعي وهو مصور في الحاشية. أما النقل إذا أتلفه متلف ضمن مثله، وتجب فيه الزكاة إذا قلنا: تجب الزكاة في الدين، وبنى حوله على حول العين، وحينئذ لا فرق بين أن يفرع على قول الوجوب أو الضمان أو العين أو الذمة.

معناه أننا نتبين بالإمكان حصول الوجوب عند تمام الحول ونسميه شرط الوجوب توسعاً. ومالك يجعله شرط الوجوب حقيقة ولا يقول بالتبيين.

وبعض أصحابنا يعبر عن القول الأول بالقديم وعن الثاني بالجديد، وهو اقتصار من الجديد على ما يقابل القديم، وإلا ففضية ما ذكرنا حصول قولين في الجديد. أحدهما: كالقديم. والثاني: خلافه.

**الأصل الثاني:** أن الأوقاص وهي ما بين التصابين كما بين الخمس والعشر من الإبل هل يتعلق الواجب بها مع النصب أم هي عفو والزكاة تتعلق بالنصب؟ فيه قولان: أصحهما وبه قال أبو حنيفة - رحمه الله - والمزني: أنها عفو. لما روي أنه ﷺ قال: «فِي خَمْسٍ مِنَ الْإِبِلِ شَاةٌ، ثُمَّ لَا شَيْءَ فِي زِيَادَتِهَا حَتَّى تَبْلُغَ عَشْرًا»<sup>(١)</sup>. ولأننا لو بسطنا الواجب على الوَقْصِ والنَّصَابِ لسقط قسط من الواجب بتلف الوَقْصِ بعد الحول كما سيأتي، ومالاً تزيد الزكاة بزيادته لا ينبغي أن تنقص بنقصانه.

**والثاني** وهو اختيار ابن سريج: أن الواجب ينسبط على الكل.

لقوله ﷺ في حديث أنس<sup>(٢)</sup>: «فِي أَرْبَعٍ وَعِشْرِينَ مِنَ الْإِبِلِ فَمَا دُونَهَا الْعَنَمُ وَمِنْ كُلِّ خَمْسٍ شَاةٌ، فَإِذَا بَلَغَتْ خَمْسًا وَعِشْرِينَ إِلَى خَمْسٍ وَثَلَاثِينَ فَفِيهَا بِنْتُ مَخَاضٍ». علق الفرض بالنَّصَابِ والوَقْصِ ولأنه حق الله تعالى يتعلق بنصاب من المال فيتعلق به وبما زاد، كما لو سرق أكثر من نصاب يتعلق القطع بالكل، فإذا ملك تسعاً من الإبل فعلى القول الأول عليه في خمس منها لا بعينها شاة والباقي عفو.

**وعلى الثاني:** الشاة واجبة في الكل.

وقال إمام الحرمين: الوجه عندي أن تكون الشاة متعلقة بجميع التسع لا محال، والمراد من القولين أن الوقص هل يجعل وقاية للنصاب كما يجعل الرِّيح في القراض وقاية لرأس المال عند الخسران، ففي قول: يجعل وقاية له وهو الصحيح، لأن الزكاة لا تزيد به ولا تنقص بتلفه، وفي قول: لا يجعل وقاية حتى لو تلف البعض سقطت حصته، وهذا أحسن، والمشهور الأول. إذا عرفت ذلك فأحدى مسألتني الفصل أن تملك خمساً من الإبل ويحول عليها الحول ثم تتلف منها واحدة قبل التمكن فلا زكاة

(١) أخرجه أحمد (١٤/٢ - ١٥) وأبو داود (١٥٦٨)، والترمذي (٦٢١) وقال: حسن، وقال في علله: سألت البخاري عنه فقال: أرجو أن يكون محفوظاً. والحاكم (٣٩٢/١)، وذكر له شواهد.

(٢) تقدم.

عليه للتالف، وهل يجب للباقى؟ يبني على الأصل الأول. إن قلنا: الإمكان شرط للوجوب فلا شيء عليه، كما لو تلف قبل تمام الحول. وإن قلنا: إنه شرط الضمان دون الوجوب فعليه أربعة أخماس شاة؛ لأن هذا القدر هو المستقر بالإمكان، ولو تلف أربع فعلى الأول لا شيء عليه وعلى الثاني عليه خمس شاة، ولو ملك ثلاثين من البقر وتلف خمس منها قبل الإمكان وبعد الحول، فإن قلنا: بالأول فلا شيء عليه، وإن قلنا بالثاني فعليه خمسة أسداس تباع.

**والمسألة الثانية:** ملك تسعاً من الإبل وحال عليها الحول، ثم تلف قبل التمكن أربع، فحكمها يقتبس من الأصليين.

إن قلنا: الإمكان شرط الوجوب فعليه شاة كما لو تلف قبل الحول، وإن قلنا: إنه شرط للضمان فإن قلنا: الوقص عفو فعليه شاة أيضاً، لبقاء متعلق الواجب، وإن قلنا: الواجب ينبسط على الجميع ففيه وجهان:

**أصحهما:** ولم يذكر الجمهور سواه أن عليه خمسة أتساع شاة؛ لأنها متعلقة بجميع التسع فحصة كل بعير منها تسع يسقط بتلف الأربع أربعة أتساع، ويبقى الباقي، والثاني عن القاضي أبي الطيب: أن أبا إسحاق قال: عليه شاة أيضاً، ووجه ابن الصباغ بأن الزيادة ليست شرطاً في الوجوب فلا يؤثر تلفها، وإن تعلق بها الواجب كما لو شهد خمسة على محصن بالزنا فرجمناه ثم رجع واحد منهم وزعم أنه غلط فلا ضمان على واحد منهم وإن رجع اثنان حينئذ يجب الضمان، ولو كانت المسألة بحالها، وتلف خمس فإن قلنا: الإمكان من شرائط الوجوب فلا شيء عليه؛ لانتقاص النصاب قبل الوجوب كما لو تلف قبل الحول، وإن قلنا: من شرائط الضمان فإن قلنا: الوقص عفو فعليه أربعة أخماس شاة؛ لأن [الواجب لم يتعلق]<sup>(١)</sup> إلا بخمس منها، ولم يتلف من الخمس إلا واحدة، وإن بسطنا الواجب على الكل فعليه أربعة أتساع شاة؛ لأن الشاة تعلقت بالتسع، وقد بقي منها أربع فلا يجيء هاهنا، وجه أبي إسحاق ولو ملك ثمانين من الغنم فتلف منها أربعون بعد الحول وقبل التمكن، فإن قلنا: الإمكان شرط الوجوب أو قلنا: إنه شرط الضمان والوقص عفو فعليه شاة، وإن قلنا: أنه شرط الضمان وبسطنا الواجب على الكل فعليه نصف شاة، وعلى الوجه المروى عن أبي إسحاق تجب شاة أيضاً، وعلى هذه الصورة يقاس نظائرها. وأما لفظ الكتاب. فقوله: «فتلف واحد قبل التمكن» أي وبعد الحول. وقوله: «لأن الإمكان شرط الوجوب» معلّم بالحاء.

وقوله: «شرط الضمان» بالميم لما قدمناه، وقد استدرك من جهة اللفظ على

(١) في ب: «الشاة الواجبة لم تتعلق».

قوله: «يسقط كل الزكاة»؛ لأن السقوط يفتقر إلى سبق الثبوت، ونحن على هذا القول نقول بعدم الوجوب أصلاً إلا أن لفظ السقوط قد يستعمل حيث يكون الشيء بعرضية الثبوت فتبطل عرضيته.

وقوله في أول الصورة الثانية: «وعلى هذا» أي على قولنا: إن الإمكان شرط الضمان، فإننا حينئذ نبنى المسألة على الخلاف في الوُفْص.

وقوله: «يسقط أربعة أُنسَاح شاة» أي: لأن الزكاة تنبسط على الوقص، ويجوز أن يُعَلَّم بالحاء والزاي والواو أيضاً لوجه أبي إسحاق.

وقوله: «فالجديد أن الزكاة لا تنبسط على الوقص» وتسمية ما يقابله قديماً إتباع لما ذكره الصَّيدلاني والإمام، وليس ذلك على سبيل جزم الجديد بعدم الانبساط؛ لأن الشيخ أبا حامد وغيره من الشيوخ نقلوا عدم الأُنسَاط عن القديم، وأكثر الكتب الجديدة والأُنسَاط عن البويطي «والإملاء» فاقضى ذلك قولين في الجديد، وكلامهم يشعر بجزم القديم بعدم الانبساط، فإن كان كذلك لم يُجْز نسبة الأُنسَاط إلى القديم، وإلا فهو غير جازم بالانبساط كما أن الجديد غير جازم بعدم الانبساط.

قال الغزالي: وَإِمَكَانُ الْأَدَاءِ يَفُوتُ بِغَيْبَةِ الْمَالِ أَوْ بِغَيْبَةِ الْمُسْتَحِقِّ وَهُوَ الْمَسْكِينُ أَوْ السُّلْطَانُ فَإِنْ حَضَرَ مُسْتَحِقُّ فَأَخَّرَ لِإِنْتِظَارِ الْقَرِيبِ أَوْ الْجَارِ لَمْ يَغْصِ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَكِنَّ جَوَازَ التَّأْخِيرِ بِشَرْطِ الضَّمَانِ عَلَى أَصْحَ الْوَجْهَيْنِ.

قال الراعي: مقصود الفصل بيان المراد من إمكان الأداء، فاعلم أنه ليس المراد من الإمكان مجرد كونه بسبيل من إخراج الزكاة، ولكن يعتبر معه شيء آخر وهو وجوب الإخراج، وذلك بأن تجتمع شرائطه. فمنها: أن يكون المال حاضراً عنده فأما إذا كان غائباً فلا يوجب إخراج زكاته من موضع آخر، وإن جَوَّزنا نقل الصَّدَقَاتِ.

ومنها: أن يجد المصروف إليه والأموال على ما قدمنا ظاهرة وباطنة، والباطنة يجوز صرف زكاتها إلى السُّلْطَانِ ونائبه، ويجوز أن يفرِّقها بنفسه فيكون واجداً للمصروف إليه سواء وجد أهل السُّهُمان أو الإمام أو نائبه<sup>(١)</sup>.

(١) وقضيته أنه لا فرق بين أن يطلب الإمام أو نائبه أو أهل السهمان منه ذلك أم لا، وهو فيه متابع للقاضي أبي الطيب وابن الصباغ، لكن كلام الماوردي يقتضي اشتراط مطالبة الإمام حيث قال: إن كان باطناً فالإمكان بأخذ سنتين مطالبة الإمام العادل وحضور أهل السهمان، وإن كان ظاهراً فعلى قولين: أحدهما وهو القديم: أن إمكان الأداء فيه مطالبة الإمام العادل لا غير. والجديد: كالباطن بمطالبة الإمام أو بحضور أهل السهمان، وكذا قاله أبو علي الطبري في تعليقه عن ابن أبي هريرة.

وأما في الأموال الظاهرة فكذلك إن جوزنا له أن يفرق زكاتها بنفسه، وإلا فلا إمكان حتى يجد الإمام أو نائبه ثم إذا وجد من يجوز الصرف إليه لكن آخر لطلب الأفضل. ففي جوازه وجهان، وذلك كما إذا وجد الإمام أو نائبه وآخر ليفرق بنفسه حيث قلنا: إنه أولى أو وجد أهل السُّهُمَان فأخر ليدفع إلى الإمام أو نائبه حيث قلنا: إنه أولى أو آخر لانتظار قريب أو جار أو من هو أحوج إليه. أحد الوجهين: أنه لا يجوز التأخير لذلك؛ لأن المستحق حاضر والزكاة واجبة على الفور فلا يؤخر.

وأظهرهما: الجواز؛ لأنه تأخير لغرض ظاهر، وهو اقتناص الفضيلة به فيسامح فعلى هذا لو أخر وتلف هل يضمن؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا كالتأخير لسائر الأسباب الجائزة.

وأصحهما: نعم، لأن الإمكان حاصل، وإنما يؤخر لغرض نفسه فيتقيد جوازه بشرط سلامة العاقبة. وذكر إمام الحرمين للوجهين شرطين:

أحدهما: أن يظهر أتصاف الحاضرين بصفة الاستحقاق، فإن تردد في استحقاقهم<sup>(١)</sup>، وأخر ليرتوي وينظر فلا خلاف.

والثاني: أن لا يشند حاجة الحاضرين وفاقتهم، أما لو كانوا يتضررون جوعاً فأخر لانتظار قريب أو جارٍ لم يجز بلا خلاف، ولك أن تقول: إشباع الجائعين، وإن وجب لكنه غير متعين على هذا الشخص ولا من هذا المال ولا من مطلق مال الزكاة<sup>(٢)</sup>، وإذا كان كذلك فلم يلزم من وجوب الإشباع في الجملة أن لا يجوز تأخير الزكاة لاقتناص فضيلة في الأداء.

وقوله في الكتاب: «أو بغيبة المستحق» أراد به مستحق الأخذ لا مستحق المال المأخوذ. وقوله: «وهو المسكين أو السلطان» إشارة إلى الخلاف في وجوب صرف زكاة الأموال الظاهرة إلى الإمام، معناها: وهو المسكين في المال الباطن والسلطان في المال الظاهر على أحد القولين، وهذا لفظه في «الوسيط»، لكن قوله: «وهو المسكين» غير مجرى على ظاهره، فإن المسكين غير متعين الاستحقاق في المال الباطن بل يجوز الصّرف إلى السلطان أيضاً، ثم قضية قوله: وإمكان الأداء يفوت بغيبة المال، أو بغيبة المستحق انحصار فوات الإمكان في الأمرين، وبتقدير أن يكون كذلك يكون الإمكان لازم الحصول عند اجتماع الأمرين لكن قال صاحب «التهذيب» وغيره: يشترط في إمكان الأداء أن لا يكون مشتغلاً بشيء يهمله من أمر دينه ودنياه، فإذا اللفظ محتاج إلى ضرب من التأويل.

(١) في أ (استحقاقهم).

(٢) هذا النظر ضعيف أو باطل، - والله أعلم -.

قال الغزالي: **فَإِنْ قِيلَ: فَمَا وَجْهُ تَعَلُّقِ الزَّكَاةِ بِالْمَعِينِ؟ قُلْنَا: فِيهِ أَرْبَعَةُ أَقْوَالٍ: لَا تَتَعَلَّقُ بِهِ، وَقِيلَ: الْمَسْكِينُ شَرِيكَ فِيهِ، وَقِيلَ: لَهُ اسْتِثْنَاءُ الْمُزْتَهِنِ، وَقِيلَ: إِنَّ لَهُ تَعَلُّقًا كَتَعَلُّقِ أَرْشِ الْجَنَائِةِ، وَهُوَ الْأَصْحَحُ.**

قال الرافعي: سقوط الزكاة بتلف النصاب بعد الحول وقبل التمكن يشعر بأن الزكاة متعلقة بالنصاب غير مسترسلة في الذمة فلما جرى ذكر هذه المسألة حسن البحث عن وجه ذلك التعلق، والوجه أن نشرح ما أورده في الكتاب ثم نذكر ما ينبغي أن يعرف. فأما ترتيب ما في الكتاب فهو: أن للشافعي - رضي الله عنه - قولين في كيفية تعلق الزكاة.

أحدهما: أنها في الذمة ولا تعلق لها بالعين، لأنها عبادة وجبت ابتداء من جهة الشئ فتعلق بالذمة كالحج وصدقة الفطر وكذلك الكفارات.

والثاني: أنها تتعلق بالعين. لقوله ﷺ: «في أَرْبَعِينَ شَاءَ شَاءَ»<sup>(١)</sup>. وعلى هذا ففي كيفية التعلق قولان:

أحدهما: أن أهل السُّهُمَانِ يصيرون شركاء لرب المال في قدر الزكاة؛ لأن الواجب يتبع المال في الصفة حتى يؤخذ من المراض مريضة ومن الصحاح صحيحة؛ ولأنه لو امتنع من إخراج الزكاة أخذها الإمام من عين النصاب قهراً كما يقسم المال المشترك قهراً، إذا امتنع بعض الشركاء من القسمة.

والثاني: أنه يتعلق بالمال تعلق استيثاق؛ لأنه لو صار مشتركاً لما جاز لرب المال الإخراج من موضع آخر كما لا يجوز للشريك أداء حق الشريك من غير مال الشركة، وعلى هذا ففي كيفية الاستيثاق قولان:

أحدهما: أنه يتعلّق به تعلق الدين بالرهن، بدليل أنه لو امتنع من أداء الزكاة ولم يوجد السن الواجبة في ماله كان للإمام بيع بعض النصاب وشراء السن الواجبة كما يبيع المرهون لقضاء الدين.

والثاني: أنه يتعلق به تعلق الأرش برقبة العبد الجاني؛ لأنه يسقط الواجب بهلاك النصاب، ولو كان تعلقها كتعلق الدين بالمرهون لما سقطت، ويخرج من ذلك عند الاختصار أربعة أقوال كما ذكر في الكتاب، ويجوز أن يُعَلِّمَ قوله: «فيه أربعة أقوال» بالواو؛ لأن إمام الحرمين ثم صاحب «البيان» حكياً عن ابن سريج أنه لا خلاف في تعلقها بالعين، وإنما التردد في كيفية التعلق فتعود الأقوال على هذه الطريقة إلى ثلاثة.

(١) أخرجه الترمذي (٦٢١) وفي معناه حديث أنس المتقدم.



وعند مالك - رحمه الله - تتعلق الزكاة بالعين تعلق استحقاق وشركه فلك أن تعلم ما عدا هذا القول بالميم. وعند أبي حنيفة - رحمه الله - فيما رواه الصَّيدلاني وصاحب «الشامل» تتعلق تعلق الأرش برقبة الجاني، وهو إحدى الروايتين عن أحمد - رحمه الله تعالى - فيجوز أن يعلم ما عدا هذا القول بالحاء والألف، واعرف بعد هذا أموراً:

أحدها: أن عامة مشايخنا - رحمهم الله - لم يُوردوا إلا قول الذمة وقول الشركة، وقالوا: الأول: قديم، والثاني: وهو الجديد الصحيح، واعتذروا عن جواز الإبدال استقلالاً بأن أمر الزكاة مبني على المساهلة والإرفاق، فيحتمل فيه ما لا يحتمل في سائر الأموال المشتركة، وصاحب الكتاب رجح القول الرابع، وهو أن تعلق الزكاة كتعلق الأرش فيجوز أن يقال: الكلامان مختلفان فيما هو الأصح في المسألة، ويجوز أن يقال: إنهم حكموا بكون الشركة أصح من قول الذمة، ولا يلزم منه أن يكون أصح على وجه الإطلاق، والأول أظهر.

والثاني: أن إيراد الكتاب يقتضي كون الوجوب في الذمة قولاً برأسه، وتعلق الرهن قولاً برأسه، وكذا نقل الإمام لكن العراقيين والصيدلاني والقاضي الروياني والجمهور جعلوا الأمرين قولاً واحداً، فقالوا: إنها تتعلق بالذمة والمال مرتهن بها. وجمع صاحب «التتمة» بين الطريقتين، فحكى وجهين في أننا إذا قلنا: بتعلقها بالذمة، هل يجعل المال خلو أو نقول: هو رهن بها؟ والثالث: أننا إذا قلنا بثبوت استيثاق المرتهن أو قولاً برأسه أو جزءاً من قول الذمة، فهل يجعل جميع المال مرهوناً بها أو يخص قدر الزكاة بالرهن بها؟ فيه وجهان سنفرع عليهما، وكذا الخلاف إذا قلنا بثبوت تعلق كتعلق الأرش في أنه يتعلق بجميع النصاب أم بقدر الزكاة. وجميع ما ذكرناه فيما إذا كان الواجب من جنس المال. وأما إذا كان من غير جنسه كالشاة الواجبة في الإبل ففيه طريقتان مذكوران في «التتمة» وغيرها:

أحدهما: القطع بتعلقها بالذمة لتغاير الجنس.

وأظهرهما: أنه على الخلاف السابق<sup>(١)</sup>، أما الاستيثاق فلا يختلف، وأما الشركة

(١) ويشهد للطريقة الأولى الشافعي حيث نص في «الأم» على أن الزكاة في هذه الصورة تتعلق بالذمة والعين مرتهنة، لأن الواجب ليس من جنس المال حتى انقضى لوجوبه في النصاب. كذا حكاه البندنجي والروياني. نعم حكى في البحر في موضع آخر أن القفال حكى مع ذلك قولاً آخر أن تعلقها بالعين كتعلق أرش الجنابة برقبة العبد، وهذا ما صححه البندنجي والروياني في الوجيز وتابعه الرافي، وقال في «التتمة»: إن اختيار القفال موجه له، فإنه لو أخرج الإخراج مدة حتى تجب الأعيان كلها لم يكن النتائج للفقراء كمال الجارية الجنابة إذا ولدت لا يتعدى للولد حق الجنابة.

فسييلها تقدير الاستحقاق بمقدار قيمة الشاة، وهذا الطريق هو الموافق لإطلاق الكتاب.

قال الغزالي: وَعَلَيْهِ نَفْرَعُ فَنَقُولُ: يَصِحُّ بَيْعُهُ قَبْلَ آدَاءِ الزَّكَاةِ وَلَكِنَّ السَّاعِي يَتَّبِعُ الْمَالَ إِنْ لَمْ يُؤَدِّ الْمَالِكُ، فَإِنْ أَخَذَ السَّاعِي مِنَ الْمُشْتَرِي أَنْتَقَضَ الْبَيْعُ فِيهِ، وَفِي الْبَاقِي قَوْلًا تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ، وَلِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ قَبْلَ أَخْذِ السَّاعِي إِذَا عَرَفَ ذَلِكَ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ لِتَنْزُلِ مَلِكِهِ، فَإِنْ أَدَّى الْمَالِكُ سَقَطَ خِيَارُهُ عَلَى الْأَصْحَ، وَلَا يُلْتَفَتُ إِلَى رُجُوعِ السَّاعِي بِخُرُوجِ مَا أَخَذَهُ مُسْتَحَقًّا.

### [القول في بيع مال الزكاة]:

قال الرافعي: القول في بيع مال الزكاة يتفرع على أصليين:

أحدهما: ما ذكرنا أن الزكاة تتعلق بالعين أو بالذمة.

والثاني: تفریق الصَّفَقَةِ وسِيَّاتِي فِي بَابِهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ - تَعَالَى جَدَهُ - وَتَفْصِيلُهُ أَنَّهُ إِذَا بَاعَ مَالَ الزَّكَاةِ بَعْدَ الْحَوْلِ وَقَبْلَ إِخْرَاجِ الزَّكَاةِ لَمْ يَخْلُ إِذَا أُنْ بِيَعِ جَمِيعَ النَّصَابِ أَوْ بَعْضَهُ فَإِنْ بَاعَ جَمِيعَهُ فَهَلْ يَصِحُّ فِي قَدْرِ الزَّكَاةِ؟ يَتَفَرَّعُ عَلَى الْأَقْوَالِ. إِنْ قُلْنَا: إِنْ الزَّكَاةُ فِي الذِّمَّةِ وَالْمَالُ خَلُو عَنْهَا فَيَصِحُّ، وَإِنْ قُلْنَا: الْمَالُ مَرْهُونٌ بِهَا فَقَوْلَانِ:

أحدهما: وهو الذي ذكره إمام الحرمين أنه لا يصح؛ لأن بيع المرهون بدون إذن المرتهن باطل.

وأصحهما: عند العراقيين وغيرهم أنه صحيح، لأن هذه علاقة تثبت من غير اختيار المالك وليس ثبوتها لشخص معين فيتسامح فيها بما لا يتسامح في سائر الرهون وهذا كما إذا قلنا على قول الشركة بنينا الأمر على المُسَامَحةِ وَإِنْ قُلْنَا بِالشَّرْكَةِ فَقَدْ حَكِيَ الْقَاضِي ابْنُ كَيْجٍ طَرِيقَيْنِ عَنِ ابْنِ الْقَطَّانِ: الْقَطْعُ بِالْبَطْلَانِ.

وعن أبي إسحاق وغيره: أن المسألة على قولين وهذا ما أورده أكثر العراقيين.

أحدهما: الصحة؛ لأن ملك المساكين غير مستقر فيه فإن له إسقاطه بالإخراج من موضع آخر فإذا باعه فقد اختار الإخراج من موضع آخر.

والثاني: البطلان؛ لأنه باع ما لا يملكه وهذا ما أجاب به صاحب «التهذيب» وعمامة المتأخرين فيمكن أن يكون ذلك اختياراً منهم للقول الثاني على هذه الطريقة ويمكن أن يكون ذهاباً منهم إلى الطريقة الأولى. وإن قلنا: إن تعلق الزكاة كتعلق الأرض ففي صحة البيع قولان كما في بيع العبد الجاني، فإن صححنا فيكون بالبيع ملزماً بالفداء - كما سيأتي بيانه في موضعه -، ثم إذا حكمنا بالصحة في قدر الزكاة فصيما عداه

أولى، وإذا حكمنا بالبطلان فهل يبطل فيما عداه<sup>(١)</sup>؟

أما على قول الشركة ففيما عداه قولاً بتفريق الصفقة، وأما على قول الاستيثاق فإن قلنا: حق الاستيثاق متعلق بجميع المال فالبيع باطل في الباقي أيضاً، ولا فرق إن قصرنا الاستيثاق على قدر الزكاة ففي الباقي قولاً بالتفريق.

قال في «النهاية»: والقصر هو الحق الذي قاله الجمهور وما عداه هفوة، وهل تفترق الفتوى فيما عدا قدر الزكاة بين أن يكون قدر الزكاة جزئية معلومة كالعشر في المعشرات وربيع العشر في التَّقْدِين وبين أن لا يكون كذلك كالشاة من الأربعين؟ هذا قد ذكره صاحب الكتاب في «باب تفريق الصفقة»: وسنشرحه - إن شاء الله تعالى جده - وحيث منعنا البيع في الثمار فذلك قبل الخرص، فأما بعده فلا منع إذا قلنا: إن الخرص تضمن على ما سنيته.

التفريع: اعلم أن مجموع ما يحصل من الاختلافات التي ذكرنا ثلاثة أقوال: بطلان البيع في الكل وصحته في الكل، وطلانه في قدر الزكاة وصحته في الباقي.

أما الأول فلا يخفي حكمه، وأما الثاني فقد تعرض في الكتاب لتفريعه، وإن قصر الكلام على القول الرابع، وأما الثالث فلم يتعرض له ونحن نذكرها جميعاً.

أما إذا صححنا البيع في الجميع فإن أدى البائع الزكاة من موضع آخر فذاك وإلا فللساعي أن يبيع المال الحاصل في يد المشتري فيأخذ الزكاة من عينه وفقاً وهذا يضعف قول التعلق بمحض الذمة إذ لو كان كذلك لما كان له أن يتبعه كمن باع مالا وفي ذمته دين مرسل ليس لصاحب الدين أن يبيعه، فإن أخذ الساعي الواجب من عين المال انفسخ البيع في قدر الزكاة، وهل ينفسخ في الباقي؟ فيه الخلاف في تفريق الصفقة في الدوام إن قلنا: ينفسخ استرد الثمن وإلا له الخيار إن كان جاهلاً لتبعض ما اشتراه إن فسح فذاك، وإن أجاز في الباقي فيجيز بقسطه من الثمن أم بالجميع؟ فيه قولان:

أصحهما: أولهما، ولو لم يأخذ الساعي الواجب منه، ولم يؤد البائع الزكاة من غيره، فهل للمشتري الخيار إن اطلع على حقيقة الحال؟ فيه وجهان:

(١) قال ابن الأستاذ: ينظر في هذا القدر الذي يبطل البيع فيه هل هو شاة مبهم من النصاب المبيع أو جزء من كل شاة؟ على كل واحدة من التقديرين إشكال. فإن قلنا: شاة مبهم فكيف يسلط البائع على تعيينها؛ لأن الشركة بينه وبين المشتري في النصاب ثابتة بعد البيع إذا قلنا بصحته في الباقي، وإن نحن قلنا بالجزئية أيضاً فهو أشد إشكالاً لأنضمام تصرف البائع بالتعيين في نصيب شريكه، وليصرفه أيضاً بحصر الأجزاء من كل شاة في شاة بعينها للإخراج بغير إذن الساعي فيلحق ذلك. ففيه بحث (قاله في الخادم).

أصحهما: نعم، لتزلزل ملكه وتعرضه لأخذ الساعي.

والثاني: لا؛ لأن ملكه في الحال حاصل، والظاهر استمراره وأداء البائع للواجب من موضع آخر فإن قلنا بالأول فإذا أخرج البائع الواجب من موضع آخر هل يسقط خياره؟ فيه وجهان:

أصحهما: نعم، وهو المذكور في «التهذيب» لحصول استقرار الملك، كما إذا اشتري معيماً ولم يرده حتى زال العيب لا يبقى له الرد.

والثاني: لا يسقط؛ لأنه يحتمل أن يخرج ما دفعه إلى الساعي مستحقاً فيرجع الساعي إلى عين المال والوجهان جريان فيما إذا باع العبد الجاني ثم فداه السيد، هل يبقى للمشتري الخيار؟

أما إذا أفسدنا البيع في قدر الزكاة وصحناه في الباقي، فللمشتري الخيار بين فسح البيع في الباقي وإجازته، ولا يسقط الخيار بأداء البائع الزكاة من موضع آخر؛ لأنه إن فعل ذلك فالقصد لا ينقلب صحيحاً في قدر الزكاة، وإذا جاز فيجوز بقسط الباقي من الثمن، أو بالجميع فيه قولان كما ذكرنا وفي «النهاية» أن بعض الأصحاب قطع بأنه يخيرُ بجميع الثمن في المواشي؛ لأن الشاة ليست معينة، ولا جزءاً معلوماً فاستحقاقها كعيبٍ شائع في الجميع، والمشتري إذا أطلع على عيب قديم، وأراد الإجازة فإنما يجيز بجميع الثمن، والصحيح الأول. هذا كله فيما إذا باع جميع النصاب. أما إذا باع بعضه نظر إن لم يستبق قدر الزكاة فالحكم كما لو باع الكل. وإن استبقى قدر الزكاة، إما على قصد صرفه إلى الزكاة أولاً على هذا القصد، فإن فرعنا على قول الشركة ففي صحة البيع وجهان:

أحدهما: أنه يصح؛ لأن ما باعه حقه.

وأقيسهما: عند ابن الصباغ: المنع؛ لأن حق أهل السهمن شائع في الكل، فأبي قدر باعه كان حقه وحقهم، وهذا الخلاف مبني على كيفية ثبوت الشركة<sup>(١)</sup>، وفيه وجهان حكاهما صاحب «التتمة» وغيره:

(١) فيه أمران:

أحدهما: مراده مثلاً على جهة الاستثناء، أما لو باع الكل واستثنى الزكاة، فإن قال: هكذا الأقدار الزكاة صح. جزم به الرافعي في باب البيع.

الثاني: هذا البناء غير ملائم، بل قضية البناء أن يجري وجه ببطان البيع ممن حرر كل شاة على مل يقتضيه توزع الشاة على الأربعين، وفي الباقي قولاً تفريق الصفقة وبه صرح الإمام، وما نقله عن ترجيح ابن الصباغ. قال في البحر: إنه الأصح، ونقل عن الحاروي أنه لو قال: بعتك هذه الأربعين إلا شاة منها، ويشير إليها بأن اختلفت الشياه فالبيع باطل للجمل، وإن تساوت في الأسنان وتقاربت في الصفات، ففي جواز البيع وجهان:

أحدهما: أَنَّ الزَّكَاةَ شَائِعَةٌ فِي الْكُلِّ مُتَعَلِّقَةٌ بِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنَ الشَّيْءِ بِالْقِسْطِ .

والثاني: أَنَّ مَحَلَّ الاسْتِحْقَاقِ قَدْرُ الْوَاجِبِ ثُمَّ يَتَعَيَّنُ بِالْإِخْرَاجِ . وَأَمَّا عَلَى قَوْلِ الرَّهْنِ فَيَبْنِي عَلَى مَا قَدَّمْنَا أَنَّ جَمِيعَ الْمَالِ مَرْهُونٌ أَوْ الْمَرْهُونُ قَدْرُ الزَّكَاةِ ، فَعَلَى الْأَوَّلِ لَا يَصِحُّ الْبَيْعُ ، وَعَلَى الثَّانِي يَصِحُّ . وَأَمَّا عَلَى قَوْلِنَا: أَنَّ تَعَلُّقَ الزَّكَاةِ كَتَعَلُّقِ الْأَرْضِ فَإِنَّ صَحْحَنَا بَيْعَ الْعَبْدِ الْجَانِي صَحَّ الْبَيْعِ ، وَإِلَّا فَالْتَفْرِيعُ كَالْتَفْرِيعِ عَلَى قَوْلِ الرَّهْنِ - وَاللَّهُ أَعْلَمُ .. أَمَّا لَفْظُ الْكِتَابِ فَيَجُوزُ إِعْلَامُ قَوْلِهِ: «يَصِحُّ بَيْعُهُ قَبْلَ آدَاءِ الزَّكَاةِ» بِالْوَاوِ؛ لِأَنَّهُ وَإِنْ تَكَلَّمَ عَلَى الْقَوْلِ الرَّابِعِ فَفِي صِحَّةِ الْبَيْعِ عَلَى ذَلِكَ الْقَوْلِ قَوْلَانِ كَمَا فِي بَيْعِ الْعَبْدِ الْجَانِي .

وقوله: وَلَكِنْ لِلسَّاعِي أَنْ يَتَّبِعَ الْمَالَ لَا يَخْتَصُّ بِهَذَا الْقَوْلِ ، بَلِ الْحُكْمُ كَذَلِكَ مَتَى صَحْحَنَا الْبَيْعِ عَلَى جَمِيعِ الْأَقْوَالِ .

وقوله: «إِذَا عُرِفَ ذَلِكَ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ» تَنْبِيهُ عَلَى أَنَّهُ لَوْ عُرِفَ الْحَالُ مِنَ الْإِبْتِدَاءِ لَمْ يَكُنْ لَهُ خِيَارٌ .

وقوله: «وَلَا يَلْتَفِتُ إِلَى رَجُوعِ السَّاعِي...» إِلَى آخِرِهِ إِشَارَةٌ إِلَى تَوْجِيهِ الْقَوْلِ الْمَقَابِلِ ، وَبَيَانُ أَنَّهُ لَا مَبَالَاةَ بِهِ عَلَى الْأَصْحَحِ ، وَهُوَ كَمَا لَوْ أَدَّى الزَّكَاةَ ثُمَّ بَاعَ النَّصَابَ ، وَاعْلَمْ أَنَّ كَلَامَ الْفَصْلِ أَصْلًا وَشَرْحًا فِي بَيْعِ النَّصَبِ الَّتِي يَجِبُ فِيهَا زَكَاةُ الْأَعْيَانِ ، فَأَمَّا بَيْعُ مَالِ التَّجَارَةِ بَعْدَ وَجُوبِ الزَّكَاةِ فِيهِ فَسَتَاتِي فِي بَابِهَا - وَاللَّهُ أَعْلَمُ ..

قال الغزالي: وَإِذَا مَلَكَ أَرْبَعِينَ مِنَ الْغَنَمِ فَتَكَرَّرَ الْحَوْلُ قَبْلَ إِخْرَاجِ الزَّكَاةِ فَرَكَاةُ الْحَوْلِ الثَّانِي وَاجِبَةٌ الثَّانِي وَاجِبَةٌ إِنْ قُلْنَا: إِنَّ الدَّيْنَ لَا يَمْنَعُ وَجُوبَ الزَّكَاةِ .

قال الرافعي: هذه المسألة تنبني على أصلين سبقاً:

أحدهما: أَنَّ الزَّكَاةَ تَتَعَلَّقُ بِالْغَنَمِ أَوْ الذَّمَّةِ .

والآخر: أَنَّ الدَّيْنَ هَلْ يَمْنَعُ الزَّكَاةَ أَمْ لَا؟ وَصَوْرَتُهَا أَنْ رَجُلًا مَلَكَ أَرْبَعِينَ مِنَ الْغَنَمِ ، فَحَالَ الْحَوْلُ عَلَيْهَا ، وَلَمْ يَخْرُجْ زَكَاتُهَا حَتَّى حَالَ عَلَيْهَا حَوْلٌ آخَرَ ، وَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَحْدُثَ مِنْهَا فِي كُلِّ حَوْلٍ سَخْلَةٌ فَصَاعِدًا أَوْ لَا يَحْدُثُ مِنْهَا شَيْءٌ ، فَإِنْ حَدَّثَتْ سَخْلَةٌ

= أحدهما: نعم لأنها حينئذ تشبه الحبوب وأظهرهما: لا؛ لأن الحبوب متماثلة الأجزاء، وهذه تختلف في السن، وهذا الوجهان يجريان من اختلاف قول الشافعي في جعل إبل الدينة صداقاً، ولم يرجح الرافعي شيئاً من الوجهين في ثبوت الشركة، وقد سبق في صدر المسألة ترجيح الثاني، وهذا الخلاف في الواحد. فأما النصابان لعشر من الإبل، فيلزمه شاتان، وينحصر كل نصاب فيه، ولا ييسط كل شاة على جميع العشر بالاتفاق. (نقله الإمام قاله في الخادم).

فصاعداً فعليه لكل حول شاة بلا خلاف؛ لأنه مضى على نصاب كامل وإن لم يحدث شيء، وهذه الحالة هي المقصودة في الكتاب، فلا خلاف في لزوم الشاة للحول الأول، وهل تجب شاة للحول الثاني؟ فإن قلنا: الزكاة تجب في الذمة وكان يملك غير النصاب ما يفي بشاة فنعم وإن لم يملك سوى النصاب شيئاً فيبني ذلك على أن الدّين هل يمنع الزكاة أم لا؟ إن قلنا: يمنع لم يجب الحول الثاني شيء؛ لأن واجب الحول الأول دين في ذمته، وإن قلنا: الزكاة تتعلق بالعين على سبيل الشركة لم يجب للحول الثاني شيء؛ لأن أهل السهمان ملكوا واحدة منها للحول الأول فانقص النصاب.

قال القاضي ابن كج وإمام الحرمين: وإنما لم تجب زكاة الخلطة؛ لأن الزكاة غير واجبة على أهل السهمان فيما استحقوه، فالاختلاط معهم كهو مع المكاتب والذمي.

وإن فرعنا على أن تعلق الزكاة كتعلق الرهن أو كتعلق الأرش فقد قال الإمام هو كالترجيع على قول الذمة وكلام الكتاب ينزل على التفرّيع على القول الآخر، فإنه وعد في الفصل السابق بأنه عليه يفرع التفرّيع، ورأيت كلام الصيدلاني في التفرّيع على القول الآخر بخلاف ما ذكره فإنه قال: إذا قلنا: إنها متعلقة بالعين فيجب في العام الأول شاة وبعد ذلك لا يجب؛ لأن النصاب ناقص سواء جعلنا تعلقه بالعين للاستيفاء كالجناية أو على معنى الشركة، وقياس المذهب ما ذكره نعم يجوز أن يفرض خلاف في وجوب الزكاة من جهة تسلط الغير عليه، وإن قلنا: الدين لا يمنع الزكاة على ما قدّمنا نظائره، وبتقدير أن يكون كذلك فلا يختصّ بالقول الأخير بل يجري على قول الرهن والذمة أيضاً ولو ملك خمساً وعشرين من الإبل ومضى عليها حولان، ولا نتاج فإن قلنا: الزكاة تتعلق بالذمة، وقلنا: الدين لا يمنع الزكاة أو كان له ما بقى بالواجب فعليه بنتاً مخاض، وإن قلنا بالشركية فعليه للحول الأول بنت مخاض وللثاني أربع شياة، وتفرّيع القولين الآخرين على قياس ما سبق، ولو ملك خمساً من الإبل، ومضى عليه حولان بلا نتاج، فالحكم كما في الصورتين السابقتين، نعم قد ذكرنا أنّ من الأصحاب من لا يثبت قول الشركة فيما إذا كان الواجب من غير جنس الأصل، فعلى هذا يكون الحكم في هذه الصورة مطلقاً كما في الأوليين تفرّيعاً على قول الذمة.

والظاهر وهو اختيار المزني: أنه لا فرق بين أن يكون الواجب من جنس المال أو لا من جنسه، ولهذا يجوز للساعي أن يبيع جزءاً من الإبل في الشاة، فدل ذلك على تعلق الحق بعينها، وإذا تعلق بعينها فكما يجوز أن يملك أهل السهمان قدر الزكاة إذا كان من جنس المال يجوز أن يملكوه إذا كان من غير الجنس.

قال الغزالي: وَلَوْ رُهِنَ مَالُ الزُّكَاةِ صَحَّ، فَإِنْ كَانَ قَبْلَ الْحَوْلِ وَقُلْنَا: الدّينُ مَعَ الرّهنِ لَا يَمْنَعُ الزُّكَاةَ أُخْرِجَتِ الزُّكَاةُ مِنْ عَيْنِ المَرْهُونِ عَلَى الأصحّ تقدّيماً لِحَقِّ الزُّكَاةِ

عَلَى الرَّهْنِ كَمَا يُقَدَّمُ حَقُّ الْجَانِي، ثُمَّ لَوْ أَيْسَرَ الْمَالِكُ فَهَلْ يَلْزَمُهُ أَنْ يَجْبِرَ لِلْمُرْتَهِنِ قَدْرَ الزَّكَاةِ بِبَدْلِ قِيَمَتِهِ لِيَكُونَ رَهْنًا عِنْدَهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

### القول في رهن المال الزكوي:

قال الرافعي: رهن مال الزكاة إما أن يكون بعد تمام الحول أو قبله، وقد ذكر الحالتين في الكتاب.

فالأولى: قوله: «ولو رهن مال الزكاة صح».

وأعلم أن القول في صحة الرهن في قدر الزكاة كالقول في صحة بيعه، فيعود فيه جميع ما قدمناه، ويحتاج إلى إعلام قوله: «صح» بالواو لمثل ما ذكرناه في البيع، ثم إذا صححناه في قدر الزكاة فبيما عداه أولى، وإن أبطلناه في قدر الزكاة فالحكم فيما عداه يترتب على البيع أن صححنا البيع فالرهن أولى وإن أبطلناه ففي الرهن قولان مبنيان على العلتين المشهورتين لقول فساد التفريق.

إن منعنا التفريق لاتحاد الصيغة وفسادها في بعض مواردنا بطل الرهن أيضاً، وإن عللنا باتحاد العوض لم يبطل، ويخرج مما ذكرناه طريقة جازمة بصحة الرهن فيما عدا قدر الزكاة وبها قال أبو حنيفة: ثم إن صححنا الرهن في الجميع، ولم يؤد الزكاة من موضع آخر كان للساعي أخذها منه، فإذا أخذ انفسخ الرهن فيه، وفي الباقي الخلاف فيما تقدم في البيع، وإن أبطلناه في الجميع أو في قدر الزكاة خاصة، وكان الرهن مشروطاً في بيع ففي فساد البيع قولان، وإن لم يفسد فللمشتري الخيار ولا يسقط خياره بأداء الزكاة من موضع آخر.

الحالة الثانية: أن يرهن قبل تمام الحول، ثم يتم الحول، فقد ذكر في وجوب الزكاة فيه خلافاً في الكتاب قبل هذا وشرحناه، والرهن لا بد أن يكون بدين، وفي كون الدين مانعاً من الزكاة الخلاف المشهور.

فإن قلنا: الرهن لا يمنع الزكاة قلنا: الدين أيضاً لا يمنع، أو قلنا: إنه يمنع لكن كان له مال آخر يفي بالدين وجبت الزكاة وإلا لم تجب.

إذا عرف ذلك فلا يخلو إما أن لا يملك هذا الراهن مالاً آخر، أو يملكه، فإن لم يملك فهل تؤخذ الزكاة من عين المرهون؟ يبنى ذلك على كيفية تعلق الزكاة.

إن قلنا: تتعلق بالذمة فعن أبي علي الطبري وغيره أنه قد اجتمع هاهنا حق الله تعالى وحق الآدمي، فيخرج على الأقوال الثلاثة في اجتماعها، فإن سويها بينهما وزعنا، وعن أكثر الأصحاب أنه يقدم الرهن؛ لأنه أسبق ثبوتاً، والمرهون لا يرهن، وهذا الوجه

الثاني حكاه الإمام - رضي الله عنه - عن شيخه تفريراً على قول الرهن ثم إنه خالفه، واختار تقديم الزكاة.

واعلم: أن الذين حكوا الوجهين تفريراً على قول الذمة العراقيون القائلون بأن المال مرتين بالزكاة على قول الذمة فأما من محض تعلقها بالذمة فينبغي أن ينقطع بامتناع الأخذ من المرهون كسائر الديون المرسلة، وإن قلنا بالشركة فتؤخذ الزكاة من عين المرهون وكذا إن قلنا: إن تعلق الزكاة كتعلق الأرش كما تقدم حق المجني عليه على حق المرتهن، ويحصل عند الاختصار مما حكيناه وجهان كما ذكر في الكتاب.

أصحهما: الأخذ من عين المرهون، وعلى هذا لو كانت الزكاة من غير جنس المال كالشاة في الإبل يباع جزء من المال في الزكاة، وهذا هو الطريق المشهور، وهو المحكي عن أبي إسحاق وعن ابن أبي هريرة، وأبي حامد القاضي أنه إذا لم يكن له مال آخر تؤخذ الزكاة من عين المرهون بلا خلاف إن كان الواجب من جنس المال، وإنما يكون الخلاف فيما إذا كان من غير جنسه، والفرق أنه إذا كان الواجب من غير جنس الأصل لم يكن متعلقاً بعينه، حكى ذلك عنهما القاضي ابن كج في أثناء طريقتين بينهما بعض الاختلاف، ثم إذا أخذت الزكاة من غير المرهون، وأيسر المالك الراهن بعد ذلك، فهل يغرم قدر الزكاة ليكون رهناً عند المرتهن. إن قلنا: الزكاة تتعلق بالذمة فنعم، وإن قلنا: تتعلق بالعين فوجهان:

أحدهما: نعم، لانصرافه إلى مصلحة براءة ذمته.

وأظهرهما: لا، لتعلقه بالمال بغير اختياره، وهذان الوجهان بناهما الشيخان أبو محمد والصيدلاني على أن الزكاة المخرجة من مال القراض على قولنا: العامل لا يملك الربح إلا بالقسمة معدودة من المؤن، أو هي كطائفة من المال يستردها المالك، إن قلنا: بالأول لم يجب على الراهن الجبر، وإن قلنا بالثاني فيجب، وليس هذا البناء على التقدير الأول بواضح، فإن مؤنات المرهون على الراهن لا من نفس المرهون بخلاف مؤنه مال القرض، فإنها من الربح، هذا كله فيما إذا لم يملك مالاً آخر، فأما إذا ملك مالاً آخر فالذي قاله الجمهور، أن الزكاة تؤخذ من سائر أمواله، ولا تؤخذ من عين المرهون؛ لأنها من مؤنة المال فأشبهت النفقة، وعن أبي علي الطبري وآخرين: أنا إذا أوجبت الزكاة في عين المال أخذناها من المرهون وإن ملك مالاً آخر، وهذا هو القياس كما لا يجب على السيد فداء العبد المرهون إذا جنى، وأبدى الإمام من عند نفسه تردداً في المسألة مبنياً على وجوب الجبران في صورة الإغسار إن قلنا: إن المعسر إذا أيسر لزمه الجبر وجب على الموسر ابتداء أداء الزكاة من مال آخر وإن قلنا: لا يلزمه الجبر لم يجب. وقوله في الكتاب: «أخرجت الزكاة من عين المرهون على الأصح» أراد به ما



إذا لم يملك الراهن مالا آخر دون ما إذا ملك، وإن كان اللفظ مطلقاً، والخلاف في الحالتين ثابت بدليل قوهل من بعد: «ثم لو أيسر المالك» ويجوز أن يعلم قوله: «على الأصح» بالواو؛ لأن فيه إثبات الخلاف على الإطلاق، وعلى ما قدمنا روايته عن ابن أبي هريرة وأبي حامد تخرج الزكاة من عين المرهون بلا خلاف في بعض الأحوال، واعلم أن هذه المسألة ليست تفرعاً من حجة الإسلام على القول الرابع فحسب بخلاف المسائل التي قبل هذه؛ لأنه ذكر الخلاف فيها، ولا يجيء الخلاف فيها إذا أفرد القول الرابع بالنظر وهو أن تعلق الزكاة كتعلق الأرش، وإنما يجيء إذا نظرنا إلى غير هذا القول أيضاً على ما سبق.

وقوله: «يبذل قيمته» أراد في المواشي فإنها غير مثلية، فأما إذا كان النصاب من جنس المثليات كان الجبر بذل المثل على ما هو قاعدة الغرامات، وقد صرح بذلك صاحب «التهذيب» وغيره - [والله أعلم] - .

قال الغزالي: النوع الثاني زكاة المعشرات والنظر في الموجب والواجب ووقت الوجوب الطرف الأول الموجب وهو مقدار خمسة أوسق من كل مقتات (ح م) في حالة الاختيار (م) اثبته أرض مملوكة أو مستأجرة (ح)، خراجية (ح) أو غير خراجية إذا كان مالكه معيناً (ح) حراً (ح) مسلماً (ح)، ولا زكاة على الحديد في الزينون والوزن والعسل (ح) والرغفران والعضفر، كما لا زكاة في الفواكه (ح) والخضروات، ولكن يجب في الأرز والماش والباقل وغيرها من الأقوات، والنصاب معتبر وهو ثمان مائة من فإن الوسق ستون صاعاً، وكل صاع أربعة أمداد، وكل مد رطل وثلاث بالبغدادي، والرطل مائة وثلاثون درهماً، والمن مائتان وستون درهماً، والرطل نصف من وهو اثنتا عشرة أوقية، والأوقية عشرة دراهم وأربعة دوايق، والدرهم أربعة عشر قيراطاً، كل ذلك بالوزن البغدادي، فإن جعلنا ذلك تقريباً لا تحديداً فلا تسقط الزكاة إلا بمقدار لو وزع على الأوسق الخمسة لظهر نقصان.

### القول في زكاة المعشرات:

قال الرافعي: حصر كلام هذا النوع في ثلاثة أطراف في أنه بم يجب؟ وكم يجب؟ ومتى يجب؟ فأما على من يجب، فعلى ما سبق في النوع الأول، وقد أدرجه في ضبط الموجب هاهنا أيضاً.

أما الطرف الأول فيحتاج فيه إلى معرفة جنس الموجب وقدره وأمور آخر نذكر جميعها في مسائل:

**المسألة الأولى:** تجب الزكاة في الأقوات وهي من الثمار ثمر النخل والكرم، ومن الحبوب الحنطة والشعير والأرز<sup>(١)</sup> والعدس<sup>(٢)</sup> والحمص<sup>(٣)</sup> والبقلاء<sup>(٤)</sup> والدخن<sup>(٥)</sup> والذرة<sup>(٦)</sup> واللوييا<sup>(٧)</sup>، وتسمى الدخن أيضاً والمآش<sup>(٨)</sup> والهزطمان<sup>(٩)</sup>.

قال أبو القاسم الكرخي: وهو الجلبان والجلبان والخلر واحد فيما ذكر صاحب «الشافعي»<sup>(١٠)</sup>، وروى الأزهري عن أبي الأعرابي: أن الخلر هو المآش، فإن ثبتت المقدمتان فالهزطمان، والمآش والخلر والجلبان عبارات عن معبر واحد، ووجه وجوب الزكاة في هذه الأجناس أن النبي ﷺ أخذ الزكاة في كثير منها<sup>(١١)</sup>، والحق الباقي به لشمول معنى الاقتيات لجميعها وصلاحتها للاقتناء والادخار وعظم المنافع فيها.

وأما ما سوى الأقوات فلم يختلف قول الشافعي - رضي الله عنه - في معظمها أنه لا زكاة فيه سواء كان من الثمار أو الحبوب أو الخضروات وذلك كالثين والسفرجل والخوخ والثفاح والرمان وغيرهما وكالقطن والكثان والسمنسيم والإسبيوش<sup>(١٢)</sup> وهو

- (١) الأرز: فيه ست لغات فتح الهمزة وضم الراء وضمها والزاي مشددة وضمها، وضم الهمزة وإسكان الزاي مخففة كلها.
  - (٢) العدس: بتحريك الدال.
  - (٣) الحمص: بكسر الحاء وكسر البصريون ضمه أيضاً وفتح الكوفيون.
  - (٤) مشدد مقصور، ويكتب بالياء ويخفف ويمد ويكتب بالألف، وهو القول. قال في الذخائر: وهو الحرحر، وقيل: يقال له أصل.
  - (٥) الدخن: قال أبو حنيفة هو الجاورش بالفارسية. جنس من أجناس الذرة إلا أن الدخن صفار، وقال غيره: الجاورش صرف من الدخن إلا أنه خير منه، والمستخرج من تعليق أبي حامد أن الشافعي فسره في القديم فقال إنه اللوييا وهو غريب.
  - (٦) الذرة: بذال معجمة مضمومة وراء مخففة حب معروف.
  - (٧) اللوييا: واللوياء واحد، قال أبو حنيفة: ويمد ويقصر، ويقال فيه اللويياج بالجيم. (ذكره الأزهري).
  - (٨) المآش: بتخفيف الشين المعجمة. حب معروف: ونقلت من خط الرضى الشاطبي قولهم: مآش حر ولاش المآش الجلبان، ويقال له أيضاً: الحل وهو حر ولا شيء أي من لا شيء.
  - (٩) الهرطمان: بضم الطاء والهاء، ويقال الحرطمان، والمشهور أنه حب بين الحنطة والشعير. قال ابن النفيس في شرح القانون: وهو الجلبان بضم الجيم، ويقال: المحكر يأكله الناس رطباً ويابساً كالباقلاء وتعلق به الدواب أيضاً.
  - (١٠) الجرجاني - رحمه الله - وله المعاياة والتحرير وغير ذلك.
  - (١١) وهذا صحيح ثابت.
  - (١٢) بالسين المهملة وآخره شين معجمة، هو المعروف ببرز قطونا، وبرز قطونا بفتح الباء وبالمد.
- حكى الفراء القصر فيه وفي الكثير. (ذكره ابن مالك).

المعروف ببزر قطوناً والثفاء<sup>(١)</sup> وهو حب الرشاد والكثون والكزبرة والبطيخ والقثاء والسلق والجزر والقثبيط وحبوبها وبذورها، واختلف قوله قديماً وجديداً في أشياء منها الزيتون فالجديد الصحيح: أنه لا زكاة فيه كالجوز واللوز وسائر الثمار، وأيضاً قد روى أنه ﷺ قال: «الصدقة في أزبعة في التمر والزبيب والشعير والحنطة، وليس فيما سواها صدقة»<sup>(٢)</sup>. هذا الخبر ينفي الزكاة في غير الأربعة، لكن ثبت أخذ الصدقة من الذرة وغيرها بأمر رسول الله ﷺ في الأقوات<sup>(٣)</sup> وتمسكناً به فيما عداها. قال في القديم: تجب الزكاة في الزيتون، لما روي عن عمر - رضي الله عنه - وغيره؛ أن «في الزيتون العشر»<sup>(٤)</sup>. وبه قال مالك - رحمه الله - تعالى فعلى هذا وقت الوجوب بدو الصلاح فيه وهو نضجه وأسوداده، ويعتبر النصاب كما في الرطب والعنب، هكذا قاله الجمهور، وحكى القاضي ابن كج أن ابن القطان خرج اعتبار النصاب فيه، وفي جميع ما يختص القديم بإيجاب الزكاة فيه على قولين، ثم إن كان الزيتون ممّا لا يجيء منه الزيت كالبغدادي أخرج عشرة زيتوناً، وإن كان مما يجيء منه الزيت كالشامي فعن ابن المرزبان حكاية وجهين في جواز إخراج الزيتون.

وجه المنع: أن نهاية أمره الزيت فيتعين الإخراج، كالتمر مع الرطب. والصحيح عند المعظم وهو نصه في القديم: جواز إخراج الزيتون، لإمكان ادخاره ولو أخرج الزيت فهو أولى، وروى إمام الحرمين وجهاً آخر: أنه يتعين إخراج الزيتون، وعلل بأن النصاب يعتبر فيه دون الزيت بالاتفاق. ومنها الوزس<sup>(٥)</sup> والزعفران والورس شجر يخرج شيئاً كالزعفران فلا زكاة فيهما على الجديد لما سبق.

ونقل عن القديم: أنه يجب فيه الزكاة إن صح حديث أبي بكر - رضي الله عنه -

(١) الثفاء: بناء مثلثة مضمومة، وفاء مشددة مع المد. يقال الواحدة ثفا، ويفسر الرافي له بحب الرشاد وهو الذي قاله أبو حنيفة في كتاب البيان، وذكره الأزهرى والرشد تلفة معروفة تؤكل في حالة الاختيار، ووجه هو الذي يقتات في حال الاضطراب، وفي الصحاح أنه الحرف يعني بضم الحاء وقيل: إنه نبات بالتمر لا يحتاج أكله إلى شرب الماء.

(٢) أخرجه الحاكم (٤٠١/١)، والبيهقي (١٢٥/٤) وقال في خلافياته رواه ثقات.

(٣) قال ابن الملقن (٢٩٩/١) وفي ثبوته نظر. وانظر التلخيص (١٦٦/٢).

(٤) أخرجه البيهقي (١٢٥/٤ - ١٢٦) وإسناده منقطع، ورواه ليس بالقوي، وعن ابن شهاب مثله. وقال: إن السنة مضت بذلك.

(٥) وقال ابن البيطار في كتاب الجامع: يؤتي به من الصين واليمن والهندوليس هو نبات يزرع كما زعم من زعم، وكأنه يعني أبا حنيفة صاحب كتاب النبات. فإنه قال هو: شيء يشبه زهر العصفر وشيء يشبه البنفسج، ويقال: إن له عروقاً تزرع بالتمر لا تكون بغيرها وهو ينبت نبات السمسم.

وهو ما روي أنه كتب إلى بني خفاش: «أَنْ أَدُوا زَكَاةَ الدُّرَّةِ وَالْوُزْسِ»<sup>(١)</sup>. ثم قال في القديم: من قال في الوزس العشر يحتمل أن يقول بمثله في الزُّعْفَرَانِ لاشتراكهما في المنفعة والفائدة، ويحتمل أن لا يوجب فيه شيئاً؛ لأنَّ الوُزْسَ ثمرة شجرة لها ساق والزعفران نبات كالخضروات. فقال الصَّيدلاني وغيره: له في الوُزْسِ قولان في القديم: لأنه مثل، وعلق بشبوت حديث أبي بكر - رضي الله عنه - والزعفران باتفاق الأصحاب مرتب على الوُزْسِ إن لم تجب فيه ففي الزعفران أولى، وإن جوب ففي الزعفران قولان، وإن أوجبا فيهما الزكاة ففي اعتبار النصاب ما سبق من الخلاف، والأكثر على عدم الاعتبار هاهنا؛ لأنَّ الأثر الوارد مطلق، والغالب أنه لا يحصل الواحد منهما قدر النصاب، فدل أنه كان يؤخذ من القليل والكثير.

ومنها العَسَلُ، فالجديد أنه كما سبق، وبه قال مالك لما روى أن معاذاً لم يأخذ زكاة العَسَلِ<sup>(٢)</sup>، وقال: «لَمْ يَأْمُرْنِي النَّبِيُّ ﷺ فِيهِ بِشَيْءٍ». وعن علي<sup>(٣)</sup>، وابن عمر<sup>(٤)</sup> - رضي الله عنهم -: «أَنَّهُ لَا زَكَاةَ فِيهِ». وعن أبي إسحاق أن الشافعي - رضي الله عنه - علق القول فيه في القديم لما روى أن أبا بكر - رضي الله عنه -: «كَانَ يَأْخُذُ الزَّكَاةَ مِنْهُ». وروى فيه الخبر عن النبي ﷺ<sup>(٥)</sup> أيضاً. فإن قلنا بالوجوب فاعتبار النَّصَابِ فيه كما سبق<sup>(٦)</sup>، ومذهب أحمد وجوب الزكاة فيه. وبه قال أبو حنيفة - رحمه الله -: إذا أخذه من غير أرض الخراج، وذهب الشيخ أبو حامد وغيره إلى أنه قطع القول بنفي الزكاة فيه قديماً وجديداً، فيحصل فيه طريقتان:

- (١) ضعيف أخرجه الشافعي كذا في الخلاصة لابن الملقن (٣٠٣/١).
  - (٢) أخرجه أبو داود في مراسليه من رواية طاوس عنه، وهو مرسل، وطاوس لم يدرك معاذاً لكنه مرسل جيد، لأنه وإن لم يدركه، فإنه أعرف بقضايه وأحكامه، كما أشار إليه الشافعي. انظر خلاصة البدر (٣٠٠/١) والتلخيص (١٦٧/٢).
  - (٣) أخرجه البيهقي بإسناد فيه حسين بن زيد، وهو ضعيف (١٢٧/٤).
  - (٤) قال ابن الملقن (٣٠٤/١): ذكره ابن المنذر.
  - (٥) أخرجه الترمذي (٦٢٩)، والبيهقي (١٢٦/٤) من حديث ابن عمر، وأبو داود (١٦٠٠)، (١٦٠١، ١٦٠٢)، والنسائي (٤٦/٥) من حديث عمرو بن شعيب، وانظر التلخيص (١٦٧/٢) - (١٦٨).
  - (٦) وهو يقتضي أن المراد نصاب خمسة أوسق، لكن الحديث الذي استدلوا به على وجوبه فيه الأمر بأخذ العشر منه من غير تفضيل بين قلة أو كثرة وجرى عليه القاضي أبو الطيب وابن الصباغ وغيرهما، وكذا قال الدارمي: العسل قليله وكثيره سواء. وقال الشيخ أبو علي في «شرح التلخيص»: اعتبار النصاب فيه وجهان ذكرهما ابن القطان قياساً على المعادن:
  - (٧) أحدهما: يخرج من القليل والكثير.
- والثاني: إذا بلغ خمسة أوسق.

ومنها: حَبَّ الْعُصْفُرِّ وهو الْقُرْطُمُ<sup>(١)</sup>، فالجديد كما سبق، والقديم وجوب الزكاة فيه، لما روي أن أبا بكر - رضي الله عنه - : «كَانَ يَأْخُذُ مِنْهُ»<sup>(٢)</sup>. فعلى هذا الظاهر اعتبار النَّصَابِ فيه، كما في سائر الحُبُوبِ، والعُصْفُرُّ نفسه هل يجري فيه الخلاف؟ قال أبو القاسم الكرخي: لا، والخلاف في الحَبِّ، وأجرى القاضي ابن كج الخلاف فيه، وفي الحب ويمكن تشبيهه بالوَرَسِ والزُّعْفَرَانِ. ومنها: التُّرْمَسُ<sup>(٣)</sup> وهو فيما ذكره الصَّيْدَلَانِيُّ وصاحب «التهذيب» شبيه بالْبَاقِلَاءِ، لكنه أصغر منه. وقيل: هو شبيه باللُّوبِيَا ولا زكاة فيه على الجديد؛ لأنه لا يقتات إنما يؤكل تداوياً يقال: إنه يهيج البَاءَةَ، وحكى العراقيون عن القديم: أنه يجب فيه الزكاة لشبهة بالْبَاقِلَاءِ واللُّوبِيَا. حب<sup>(٤)</sup> الفُؤْلِ، حكى القاضي ابن كج وجوب الزكاة فيه على القديم، ولم أر هذا النقل لغيره وليس في الفرق بينه وبين حبوب سائر البقول معنى معقول.

**المسألة الثانية:** لا يكفي في وجوب الكاة كون الشيء مقتاتاً على الإطلاق، بل المعبر أن يفتات في حالة الاختيار وقد يقتات الشيء للضرورة، فلا زكاة فيه، ومثله الشَّافِعِي - رضي الله عنه - بالغث وحب الحَنْظَلِ وسائر البذور البرية وشبهها بالطِّبَاءِ وبقر الوَخْشِ لا زكاة فيهما؛ لأن الآدميين لا يَسْتَبِيحُونَهَا ولا يتعهدونها، كذلك هذه الحبوب. واختلفوا في تفسير الغث<sup>(٥)</sup>، فعن المزني وطائفة: أنه حب الغاسول وهو

(١) القرطم: بكسر القاف والطاء وضمهما، وحكى ابن القطاع في الأبنية كسر القاف وفتح الطاء.

(٢) قال الحافظ ابن حجر: لم أجد له أصلاً. انظر التلخيص (١٧٣/٢) الخلاصة (٣٠٤/١).

(٣) بضم أوله وثالثه وضبطه بعضهم بفتح التاء. قال بعض أهل اللغة: حب عريض أصغر من الباقلاء وهو في تقديره نواة التمر الهندي، وزاد في الحاوي أنه يصرف إلى الصفرة صدر من المراوذة يكسر بالملح يأكله أهل الشام تفكها وأهل العراق تداوياً، وكذلك قيل: إنه حب يدخل في العقاقير والأدوية.

(٤) الحب: زعم ابن حزم أنه لا يقع في كلام العرب إلا على البر والشعير، وتمثل بقول أبي عبيد في الغريب: الحب الحنطة والشعير ونحوها. وقال في قول النبي ﷺ: «ليس فيما دون خمسة أوسق من التمر والحب صدقة» أنه المراد بالحب ذلك. قال ابن خروف: وهذا الذي يعلله ممنوع، بل الحب في اللغة يكون من البر والشعير، والبلد والقطينة. قال: واقتصاره على البر دون الشعير دليل على أنه لم يفسره بمقتضى اللغة بل توفيقاً، ولم يقل أحد: إنه يقع على البر دون الشعير فلا حاجة في تفسيره، وقال غيره: أي حب كل شيء، وكذلك فسره الفراء في معانيه.

(٥) الفث: بفاء وثاء مثلثة عصفر، وهو القرطم تصبغ به الثياب ويسمى بهرم وبهرمان. قاله ابن النفيس. قال المزني: هو حب الغاسول أي بزر الأشنان. [وقال الشيخ أبو حامد: حب أسود قدر الحرمل ثم يخرج ويطحن ويخيز. وقال القاضي أبو الطيب: سألت قوماً من أهل البادية عن الفث فقالوا: هو حب التمام، وهو أسود أثقل من بزر البقلة يملح ويؤكل. وقال الجوهري: هو حب يخبز حبه عند المجاعة خبزية غليظة شبيهة بخبزة الملة. وقيل: إنه نبت =

الأشنان؛ ولأنه إذا أدرك وتناهى نُضِجُه حصلت فيه مَرَاةٌ وَحُمُوصَةٌ، وربما أفتاتها المضطرون. وقال آخرون: إنه حَبٌّ أسود يابس يدفن حتى تلين قشرته ثم يزال قشره ويطحن ويخبز ويقتاته أعراب «طيء» واعلم أن الأئمة ضبطوا ما يجب العشر فيه بوصفين.

أحدهما: أن يكون قوتاً.

والثاني: أن يستتبه الأدميون أي يكون من ذلك الجنس.

وقالوا: إن فقد الأول كما في الإسيوش<sup>(١)</sup>.

والثاني كما في الفث أو كلاهما كما في الثفاء فلا زكاة، وإنما يحتاج إلى الوصف الثاني من لم يتعرض لكونه مقتاتاً في حال الاختيار بل أطلق الاقتيات، فأما من تعرض لذلك فهو غني عن ذكر الوصف الثاني إذ ليس فيهما لا يستتبت، أي شيء يقتات اختياراً، واعتبر العراقيون مع هذين الوصفين وصفين آخرين:

أحدهما: أن يدخر.

والثاني: أن يبس ولا حاجة إليهما، فإنهما لازمان لكل مقتات مستتبت.

**المسألة الثالثة:** النصاب معتبر في المعشرات، وهو قدر خمسة أوسق. وبه قال مالك وأحمد. وقال أبو حنيفة - رحمه الله -: يجب العشر في القليل والكثير، لكن له أن يفرق بنفسه فيما دون خمسة أوسق، فإذا بلغها دفع إلى الإمام. لنا ما روي أبو سعيد الخدري - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «أَيْسَ فَيْمًا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ مِنَ الثَّمْرِ صَدَقَةٌ»<sup>(٢)</sup>. الأوسق: سِتُونَ صَاعاً<sup>(٣)</sup> [وقد نقل ذلك عن النبي ﷺ من رواية جابر وغيره، والصَّاع أربعة أمداد والمد: رطل وثلث فيكون المد ثلثي من<sup>(٤)</sup>] والصَّاع: خمسة أرتال وثلث رطل، وهي مَنَوَانٌ وثلثا مَنٌ، ويكون الأوسق الواحد مائة وستين مَنًا، وجملة

= بالبادية يشبه الشعير له رأسان يقتات في الحدث. وهذا أشبه بكلام الشافعي، وإليه يشير كلام الأزهري].

(١) تقدم.

(٢) أخرجه البخاري (١٤٠٥، ١٤٤٧، ١٤٥٩، ١٤٨٤)، ومسلم (٩٧٩).

(٣) أخرجه ابن ماجة (١١٨٢٣) من جابر بإسناد ضعيف، وأبو داود (١٥٥٩)، والنسائي (٤٠/٣)، وهو من رواية البخاري عن أبي سعيد الخدري، وقال أبو داود: البخاري لم يسمع من أبي سعيد - يعني فيكون منقطعاً، وأخرجه الدارقطني (١٢٩/٢) من طريقة عمرو بن يحيى، وفي إسناده كاتب الليث، وأبو بكر بن عباس وفيهما مقال.

(٤) في ط وفي رواية جابر وغيره وساق الخير.

الأوسق الخمسة ثلاثمائة من، وهذا بالمن الصغير وبالكبير - أعني - الذي وزنه ستمائة درهم يكون ثلاثمائة من وستة وأربعين مثاً، وثلاثي من، وهل يعتبر القدر المذكور تقريباً أم تحديداً؟ فيه وجهان:

أحدهما: وهو الذي ذكره الصيدلاني تقريباً؛ لأن الوسق عبارة عن حمل بعير، وذلك قد يزيد وينقص، وإنما قدر بستين صاعاً تقريباً، وأخذاً بالوسط.

وأصحهما عند المحاملي والأكثرين: أنه تحديد، لما روي عن عائشة - رضي الله عنه - أنها قالت: «جَرَبَتِ السُّنَّةُ أَنَّهُ لَيْسَ فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ مِنَ التَّمْرِ صَدَقَةٌ»<sup>(١)</sup>.

ولأن نصاب المواشي وغيرها معتبر على التحديد، فكذلك هاهنا، فإن قلنا الأول احتمال نقصان القدر القليل كالرطل والرطلين، وحاول إمام الحرمين<sup>(٢)</sup> ضبطه، فقال: الأوساق هي الأوقار، والوقر المقتصد مائة وستون مثاً، فكل نقصان لو زرع على الأوسق الخمسة لم تعدّ منحة عن حد الاعتدال، فلا يضر، وإن عدت منحة عن حد الاعتدال لم يحتتمل، وإن أشكل الأمر فيجوز أن يقال: لا زكاة إلى أن تتحقق الكثرة، ويجوز أن يقال: يجب لبقاء الأوسق، وتعليق الزكاة بها في الخبر الذي رويناها قال: وهذا أظهر، ثم جرى في أثناء كلامه أن الاعتبار فيما علّقه الشارع بالصاع والمد بمقدار موزون يضاف إلى الصاع، والمد لا بما يحوي البُرّ ونحوه وذكر القاضي الروياني وغيره: أن الاعتبار بالكيل لا بالوزن. قال أبو العباس الجرجاني: إلا العسل إذا أوجبنا الزكاة فيه فالاعتبار فيه بالأزطال؛ لأنه لا يكال وهذا هو الصحيح، وسيأتي شواهد ومنها قوله في المختصر: «مكيلة زكاة الفطر» هذه الترجمة تشعر بأن المعتبر الكيل، وعلى هذا توسط في «العدة» بين وجهي التقريب والتحديد، فقال: هو على التحديد في الكيل، وعلى التقريب في الوزن، وإنما قدره العلماء بالوزن استظهاراً<sup>(٣)</sup>.

(١) تقدم.

(٢) لم يف بمقصود الإمام وكلام الإمام في هذا الموضع كما قيل: أقام الكلام ولفظه في النهاية بنحو ورقة ملخصة أنه لا أثر لما بين الحب الرزين والمتوسط من تفاوت الميزان. وبيان ذلك أن كيل الصاع من الرزين يزيد وزنه على ثلاثة من الخفيف والمتوسط، فلا أثر لنقصان ما بين الرزين والمتوسط، ولا يراعي في هذا ما يراعي في الزيوت من التأدي، لأن المماثلة التي نفيدها لا ترتبط بتعليل لغوي مستقيم فاتبعنا فيها المعتاد، والذي نص عليه كياً بكيل، ولهذا ما كان قليلاً في عصره لا يجوز بيعه وزناً بوزن، وإن كان الوزن أخضر، وما اعتبر الوزن فيه لا يعتبر فيه الكيل، ويمكن أن يعبر على ذلك بأن كل نقص لو وزع على الأوساق إلى الخمسة لم يحطها عند الاعتدال فلا أثر له. وكذلك لو أشكل الأمر فلا أثر له لأنه ﷺ علق باسم الأوسق فلا يبعد استصحاب القلة إلى أن تتحقق الكثرة. (ذكره ذلك في الخادم).

(٣) الصحيح: اعتبار الكيل كما صححه، وبهذا قطع الدارمي، وصنف في هذه المسألة تصنيفاً، =

**المسألة الرابعة:** لا فرق بين ما تنبته الأرض المملوكة، وما تملكه الأرض المكترة في وجوب العشر، ويجتمع على المكثري العشر والأجرة كما لو اكترى حانوتاً للتجارة يجب عليه الأجرة وزكاة التجارة جميعاً، وعند أبي حنيفة - رحمه الله - العشر على المكثري؛ لأن العشر عنده حق الأرض، وعلى هذا الأصل يبني الخلاف في اجتماع العشر والخراج، فعندنا هما يجتمعان، وعنده لا عشر فيما تنبته الأرض الخراجية. لنا: أنهما حقان وجبا بسببين مختلفين فلا يمنع أحدهما الآخر كالقيمة والجزاء في الصَّيد المملوك، ثم قال الأصحاب: وإنما تكون الأرض خراجية في صورتين:

**أحدهما:** أن يفتح الإمام بلدة قهراً ويقسمها بين الغانمين ثم يبذلهم عنها، ويقفها على المسلمين ويضرب عليها خراجاً، كما فعل عمر - رضي الله عنه - بسواد العراق على الصَّحيح<sup>(١)</sup> وفيه لابن سريج: خلاف المذكور في موضعه.

**والأخرى:** أن يفتح بلدة صلحاً على أن تكون الأراضي للمسلمين ويسكنها الكفار بخراج معلوم، فالأراضي في للمسلمين والخراج عليها أجرة لا يسقط بإسلامهم، وكذا لو انجلى الكفار عن بلدة، وقلنا: إن الأراضي تصير وقفاً على مصالح المسلمين

= وسأتي في إيضاحه زيادة في زكاة الفطر - إن شاء الله تعالى -، وهناك نذكر الخلاف في قدر رطل «بغداد»، والأصح: أنه مائة وثمانية وعشرون درهماً، وأربعة أسباع درهم. فعلى هذا الأسق الخمسة بالرطل الدمشقي: ثلاثمائة واثان وأربعون رطلاً ونصف رطل وثلث رطل وسبعاً أوقية وعبر عنه في «المنهاج» بأخضر من هذا فقال: ثلاثمائة واثان وأربعون وستة أسباع رطل، فإن ستة أسباع رطل هي نصفه وثلثه وسبعاً أوقية منه، لأن نصفه ستة أواق وثلثه أربعة أواق، ثم يأخذ من ثلثه وهو الأوقيتان الناقصتان سبعة وهو سبعا أوقية، فيبقى منه أوقية وخمسة أسباع أوقية وذلك سبع رطل، وهو الباقي بعد الستة أسباع المذكور في الروضة؛ لأن كل سبع رطل أوقية وخمسة أسباع أوقية، وهذا قاله بناء على اختياره رطل بغداد من أنه مائة وثمانية وعشرون درهماً وأربعة أسباع درهم، فيكون على هذا مجموع الألف والستمائة رطل مائتي ألف درهم وخمسة آلاف درهم وسبعمائة درهم وأربعة عشرة درهماً وسبعا درهم وذلك ثلاثمائة رطل واثان وأربعون رطلاً وستة أسباع رطل بالدمشقي، لأن رطل دمشق ستمائة درهم فكل مائة رطل ستون ألف درهم، فثلاثمائة رطل مائة وثمانون ألف درهم كل عشرة أوطال ستة آلاف درهم وأربعون رطلاً، أربعة وعشرون ألف درهم والرطلان ألف ومائتا درهم، وستة أسباع رطل خمسمائة درهم، وأربعة وعشرون درهماً وسبعان، فإن الأوقية خمسون درهماً وسبعها أربعة عشر درهماً وسبعان. وأما الرافعي فلم يتعرض في شيء من كتبه لمقدارها بالدمشقي. (قاله الزركشي في الخادم). قال في المهمات: ما صححه هنا من كونه تحديداً. قد صح عكسه في شرحه صحيح مسلم وفي كتاب الطهارة من شرح المذهب في الكلام على القلتين.

(١) هذا مشهور سيأتي في باب - إن شاء الله تعالى -.



فيضرب عليها خراج يؤديه مَنْ يسكنها مسلماً كان أو ذمياً، فأما إذا فتحت بلدة صلحاً، ولم يشترط كون الأراضي للمسلمين، ولكن مكثوا فيها بخراج فهذا يسقط بالإسلام فإنه جزية، وعند أبي حنيفة لا يسقط، والبلاد التي فتحت قهراً وقسمت بين الغانمين واستبقيت في أيديهم، وكذا الذي أسلم أهلها عليها، والأراضي التي أحيها المسلمون عشية محضة، وأخذ الخراج منها ظلم.

فرع: التَّوَّاحِي التي يُوْخَذُ الخَرَاجُ منها، ولا يعرف كيف كان حالها في الأصل، حكى الشيخ أبو حامد عن نصر الشافعي - رضي الله عنه - أنه يستدام الأخذ منها، فإنه يجوز أن يكون الذي افتتحها صنع بها ما صنع عمر - رضي الله عنه - بسواد العراق، والظاهر: أن ما جرى طول الدَّهْرِ جرى بحق. فإن قيل: فهل يثبت فيها حكم أراضي السواد من امتناع البيع والرهن؟ قيل: يجوز أن يقال الظاهر في الأخذ كونه حقاً، وفي الأيدي الملك فلا تنزل واحداً من الظاهرين إلا بيقين ولهذا نظائر.

فرع: الخراج المأخوذ ظلماً لا يقوم مقام العشر، فإن أخذ السُلْطَان على أن يكون بدلاً عن العشر فهذا كأخذ القيمة في الزكاة بالاجتهاد، وقد حكوا في سقوط الفرض به وجهين، الذي ذكره في «التتمة» أنه يسقط، فإن لم يبلغ ذلك قدر العشر أخرج الباقي. وفي «النهاية» أن بعض المصنفين حكى قريباً من هذا عن أبي زيد المروزي واستبعده<sup>(١)</sup>. ونعود بعد هذا إلى ما يتعلّق بلفظ الكتاب. أما قوله: «وهو مقدار خمسة أوسق» معلم بالحاء؛ لأن عنده لا حاجة إلى التقييد بهذا المقدار. وقوله: «في كل مقتات» بالحاء والميم والألف؛ لأن عندهم لا يتقيد الوجوب بالأقوات، بل عند أبي حنيفة يجب في جميع الثمار والخضروات والحبوب التي تنبتها الآدميون إلا الحشيش والقصب والحطب. وعند مالك يجب في كل ما تعظم منفعته ويدخر كالسُّمْسَم، وبذر الكِثَّان، والقُطْن. وعند أحمد يجب في جميع الثمار والحبوب التي تكال وتدخر سواء النابت بنفسه والمستنبت.

وقوله: «في حال الاختيار» يحصل به الاحتراز عن «الغث» وغيره مما يقتات عند الضرورة، وذكر في «الوسيط» أنه احترز به عن الثفاء والتُّرْمِس، فإن العرب تَقْتَاتُ في حالة الاضطراب، وأورد الإمام نحواً من ذلك، والذي قاله الجمهور في الثفاء والتُّرْمِس ما قدمنا ولم يجعلوهما مما يُقْتَاتُ، وعدّ الأزهري كليهما مما لا يقتات والله أعلم.

(١) قال النووي: [الصحيح: السقوط، وهو نصه في «الأم» وبه قطع جماهير الأصحاب، كالشيخ أبي حامد، والمحاملي، والماوردي، والقاضي أبي الطيب، ومن المتقدمين ابن أبي هريرة، ومنه أبو إسحاق.

وقوله: «أو مستأجره» وكذا قوله: «خراجية» مرقومان بالحاء؛ لأن عنده لا يجب العشر على مالك الأوسق الخمسة المرفوعة بينهما.

وقوله: «إذا كان مالكة معينة» احترز به عن ثمار البستان وغلّة الضيعة الموقوفين على المساجد، والرباطات والقناطر والفقراء والمساكين، فلا زكاة فيها إذ ليس لها مالك معين، ويجوز أن يعلم بالواو؛ لأن صاحب «البيان» حكى أن ابن المنذر روي عن الشافعي - رضي الله عنه - وجوب الزكاة فيها، وإليه ذهب أبو حنيفة بناء على ما سبق أن العشر حق الأرض، وأوجبه على المكاتب والذمي أيضاً، فليكن قوله: «معيناً حراً مسلماً» معلماً جميعها بالحاء، فأما إذا كان الواقف على جماعة معينين فقد كتبناه في «باب الخلطة»<sup>(١)</sup>.

وقوله: «فلا زكاة على الجديد في الزيتون...» إلى قوله: «والعصفر»، لتكن جميعها معلماً بالحاء، وكذا قوله: «كما لا زكاة في الفواكه لما قدمنا والزيتون» بالميم أيضاً، «والعسل» بالألف أيضاً لما مضى. ولك أن تعلم قوله: «على الجديد» بالواو؛ لأنه يقتضي إثبات القولين في الأشياء المذكورة من الزيتون إلى العصفور، وقد ذكرنا في العسل طريقة نافية للخلاف، بل حكى القاضي ابن كنج فيما سوى الزيتون طريقة نافية للخلاف قاطعة بالوجوب، وفي جريان الخلاف في العصفور أيضاً كلام قد تقدم.

وقوله: «الأنصاب معتبر»، وتعاد العلامة عليه بالحاء، وقد وقع التعرض له في أول الكلام حيث قال: «وهو مقدار خمسة أوسق» لكن القصد ذكر هذا الموضوع، وإن اعترض ذكره ثم؛ لأنه حاول استيعاب الأمور التي عندها يثبت الوجوب. وقوله: «فإن جعلنا هذا تقریباً لا تحديداً» يتضمن بيان الخلاف كما يصرح بتفريع التقريب.

قال الغزالي: **ثُمَّ هَذِهِ الْأَوْسُقُ تُعْتَبَرُ تَمْرًا أَوْ زَبِيْبًا، وَفِي الْحُبُوبِ مُنْقَى عَنِ الْقِشْرِ إِلَّا فِيمَا يُطْحَنُ مَعَ قِشْرِهِ كَالذَّرَّةِ، وَمَا لَا يَتَمَرُّ يُوسَقُ رُطْبًا (و)**

قال الشافعي: غرض الفصل بيان الحالة التي يعتبر فيها بلوغ المعشر خمسة أوسق. فأما في ثمر النخيل والكرم فيعتبر بلوغه هذا المقدار تَمْرًا وزبیبًا لما روي أنه ﷺ

(١) ونقل في «شرح المذهب» فقال: وحكى ابن المنذر عن الشافعي ومالك الوجوب في الموقوف على سبيل الله، أو على قوم بأعيانهم. انتهى. وهذا في الإشراف محكي عن مالك ثم حكى عن الشافعي ما يوهمه فقال: كان مالك الحوائط المحبسة في سبيل الله أو على أقوام بأعيانهم يؤخذ منها الصدقة، وبه قال الشافعي في الصدقة الموقوفة تكون خمسة أوسق، ثم اختار ابن المنذر التفصيل بين العاملة والغير كما هو المذهب، وقال ابن الصباغ: ما حكاها ابن المنذر عن الشافعي فلا يعرف عند أصحابنا].

قال: «لَيْسَ فِيمَا دُونَ خُمْسَةِ أَوْسُقٍ مِنَ التَّمْرِ صَدَقَةٌ»<sup>(١)</sup>. اعتبر الأوسق من التمر.

وعن أحمد رواية أنه يعتبر الأوسق رطباً ويؤخذ عشرة يابساً، والأصح عنه مثل مذهبنا، فإن كان له رطب لا يتخذ منه تمر، ففي كيفية اعتبار النَّصَابِ فيه وجهان:

أظهرهما: أنه يوسق رطباً؛ لأنه ليس له حالة جفاف ورطوبته أكمل أحواله فلا ينظر إلا إليها.

والثاني: أنه يعتبر حالة الجفاف كما في سائر الأنواع، وعلى هذا فالاعتبار بنفسه أم بغيره؟ فيه وجهان:

أحدهما: بنفسه، فيعتبر بلوغ يابسه نصاباً، وإن كان حشفاً قليلاً الخير.

والثاني: أنه يعتبر بأقرب الأزطاب إليه.

فيقال: لو كان بدله ذلك النوع الذي تجفف، هل كان يبلغ ثمره نصاباً؟ لأنه لما لم يمكن اعتباره بنفسه اعتبر بغيره كالجناية على الحر إذا لم يكن لها أزش مقدراً، وهذا إذا كان يجيء منه تمر وإن كان حشفاً رديئاً، فأما إذا كان يفسد بالكليّة لم يجيء فيه الوجه الثاني، ولفظ الكتاب إلى هذا أقرب؛ فإنه قال: «وما لا يتتمر» ولم يقل: وما لا يتمر، وكيف ما كان فقوله: «بوسق رطباً» معلم بالواو والعنب الذي لا يتزيب كالرطب الذي لا يتتمر ولا خلاف في ضم ما لا يجفف منهما إلى ما يجفف في إكمال النصاب.

قال في «التهديب»: ثم في أخذ الواجب من الذي لا يجفف إشكال ستعرفه، ووجه الخلاص فيه في مسألة إصابة النخيل العطش إن شاء الله تعالى جده، وأما الحبوب فيعتبر بلوغها نصاباً بعد التصفية من التبن والإخراج من السنابل، ثم قشورها على ثلاثة أضراب:

أحدها: قشر لا يدخر الحب فيه ولا يؤكل معه فهو كالتبن المخض ولا يدخل في النصاب.

والثاني: قشر يدخر الحب فيه ويؤكل معه كالذرة تطحن وتؤكل مع قشرها غالباً فيؤخذ ذلك القشر في الحساب فإنه طعام، وإن كان قد يزال تنعماً كما تقشر الحنطة فتجعل حواري، وهل يدخل في الحساب القشرة السفلى من الباقلاً، حكوا فيه وجهين: قال في «العدة»: المذهب أنه لا تدخل؛ لأنها غليظة غير مقصودة.

والثالث: قشر يدخل الحب فيه ولا يؤكل معه فلا يدخل في حساب النصاب

ولكن يؤخذ الواجب فيه، وهذا كما في العَلَس والأرز، أما العَلَس فقد قال الشافعي - رضي الله عنه - في «الأم»: إنه بعد الدِّيَاسَة يبقى على كل حَبَّتَيْن منه كمام لا يزول إلا بالرَّحَى الخفيفة أو بالمِهْرَاس وادخاره على ما ذكره أهله في ذلك الكِمَام أصلح له، وإذا أزيل كان الصَّافِي نصف المبلغ فلا يكلف صاحبه إزالة ذلك الكِمَام عنه، ويعتبر بلوغه بعد الدِّيَاس عشرة أوسق، ليكون الصافي منه خمسة أوسق. وأما الأرز فيدخر أيضاً مع قشره، فإنه أبقى له فيعتبر بلوغه مع القشر عشرة أوسق. وعن الشيخ أبي حامد أنه قد يخرج منه الثلث فيعتبر بلوغه قدرأ يكون الخارج منه نصاباً.

قال الغزالي: وَلَا يُكْمَلُ نِصَابُ جِنْسٍ بِجِنْسٍ آخَرَ (م)، وَيُكْمَلُ الْعَلَسُ بِالْحِنْطَةِ فَإِنَّهُ حِنْطَةٌ حَبَّتَانِ مِنْهُ فِي كِمَامٍ وَاحِدٍ وَالسُّلْتُ قِيلَ: إِنَّهُ يُضْمُّ إِلَى الشَّعِيرِ لِصُورَتِهِ، وَقِيلَ يُضْمُّ إِلَى الْحِنْطَةِ؛ لِأَنَّهُ عَلَى طَبْعِهَا، وَقِيلَ: هُوَ أَصْلُ بِتَفْسِيهِ.

قال الرافعي: لا يضم التمر إلى الزبيب في تكميل النصاب، ويضم أنواع التمر بعضها إلى بعض، وكذلك أنواع الزبيب، ولا تضم أيضاً الحنطة إلى الشعير ولا سائر أجناس الحبوب بعضها إلى بعض خلافاً لمالك حيث قال: تضم الحنطة إلى الشعير، وتضم القطنية بعضها إلى بعض، ولا يُضْمَانُ إلى القطنية، ولأحمد حيث قال: يُضْمُ أحدهما إلى الآخر، وَيُضْمَانُ إلى القطنية أيضاً، والقطنية هي العَدَس والجَمَص ونحوها، سميت بذلك لِقُطُونِهَا فِي الْبُيُوتِ.

لنا أن كل واحد من أصناف الحبوب منفرد باسم خاص وطبع خاص لا يضم بعضها إلى بعض كما لا يضم الزبيب إلى التمر، ويضم العَلَس إلى الحنطة فإنه نوع من الحنطة، وإذا نحيت الأكمة التي يحوي الواحد منها حبتين خرجت الحنطة الصافية، وقبل التنحية لو كان له وسقاً علس وأربعة أوسق من الحنطة فقد تم النصاب، ولو كان له ثلاثة أوسق من الحنطة وإنما يتم النصاب بأربعة أوسق من العَلَس وعلى هذا القياس.

وأما السُّلْتُ فقد اختلفوا في وصفه أولاً فذكر العراقيون أنه حب يشبه الحنطة في اللون والثعومة والشعير في برودة الطبع، وتابعهم في «التهديب» على ما ذكروا، وعكس الصيدلاني وآخرون فقالوا: إنه في صورة الشعير وطبعه حارٌّ كالحنطة<sup>(١)</sup>، وهذا ما ذكره

(١) قال النووي: الصحيح، بل الصواب ما قاله العراقيون، وبه قطع جماهير الأصحاب، وهو الذي ذكره أهل اللغة. وكذا قاله ابن الأستاذ. ما حكاه الإمام عن الصيدلاني خلاف الصواب وخلاف نقل الفقهاء وغيرهم إذ هو محل العكس فإنه كالشعير في طبعه، والحنطة في ملبسه، حكى ذلك الأزهري، وحكاية الوجه تضمنه إلى الحنطة تابع فيه الإمام والغزالي وتوقف ابن الأستاذ في ثبوته. وقال: لم أر من نقله إلا الإمام والغزالي، فقد قال المتولي: لا خلاف أنه لا يضم =

في الكتاب، وكيف ما كان فله شبه من الحنطة وشبه من الشعير، وفيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يضم إلى الشعير لما له من شبهه، ويحكى هذا عن صاحب «الإفصاح»، وصاحب «التقريب» وبه أجاب أفضى القضاة المآوزدي في «الأحكام السلطانية».

وثانيها: أنه يضم إلى الحنطة لما له من شبهها.

وأظهرها: وهو اختيار القفال فيما حكى الصنيدلاني: أنه أصل بنفسه لا يضم إلى واحد منهما؛ لأنه اكتسب من تركب الشبهين طبعاً ينفرد به، وصار أصلاً برأسه، وهذا ما حكاه القاضي أبو الطيب عن نصه في البويطي. ولك أن تعلم قوله: «يضم إلى الحنطة» لأنه على طبعها بالواو، لأن أبا سعيد المتولي قال: لا خلاف في أنه لا يضم إلى الحنطة، والخلاف في أنه أصل بنفسه أو يضم إلى الشعير، وقد وصف واصفون السلت بأن فيه حُموضة يسيرة، لكنه ليس بالذي يسمى بالفارسية «ترش جو» فإنه شعير على التحقيق، ذكره الإمام، قال: وما عندي أن السلت المذكور في الكتب موجود في هذه الديار.

قال الغزالي: وَلَا يُكْمِلُ مِلْكُ رَجُلٍ بِمِلْكِ غَيْرِهِ إِلَّا الشَّرِيكَ وَالْجَارَ إِذَا جَعَلْنَا لِلْخُلْطَةِ فِيهِ أَثْرًا.

قال الرافعي: ذكرنا في «باب الخلطة» الخلاف في أن الخلطة هل تثبت في الشمار والزروع أم لا؟ وإن ثبتت فهل تثبت الخلطتان أو لا تثبت إلا خلطة الشُّبُوع؟ والظاهر ثبوتها جميعاً، فإن قلنا: لا تثبتان فلا يكمل ملك رجل بملك غيره في حق النصاب، وإن قلنا: تثبتان فيكمل ملك الرجل بملك الشريك والجار، ومما يتفرع على هذا الاختلاف: لو مات إنسان وخلف ورثة ونخيلاً مثمرة أو غير مثمرة، وبدأ الصلاح في الحاليتين في ملك الورثة إن قلنا: لا تثبت الخلطة في الشمار فحكم واحد منهم منقطع من غيره، فمن بلغ نصيبه نصاباً فعليه الزكاة، ومن لم يبلغ نصيبه نصاباً فلا شيء عليه، ولا فرق بين أن يفتسموا أو لا يفتسموا، وإن قلنا: تثبت الخلطة فقد قال الشافعي - رضي الله عنه - إن اقتسموا قبل بدو الصلاح سقط حكم الخلطة، وزكوا زكاة الانفراد، فمن لم يبلغ نصيبه نصاباً فلا شيء عليه، وهذا إذا لم تثبت خلطة الجوار أو أثبتناها وكانت متباعدة.

= إلى الحنطة، والخلاف في أنه أصل بنفسه أو يضم في الشعير. الثالث: عن رواية القاضي أبي الطيب عن نص البويطي تابع فيه ابن الصباغ لكن في تعليقه أبي علي الطبراني أن الشافعي قال: يضم الثلث إلى الشعير لأنهما جنس واحد، ولهذا قال صاحب الوافي، الأولى أن يكون في المسألة قولان.

فأما إذا كانت متجاوزة وأثبتنا خلطة الجوار فيكون زكاة الخلطة كما قبل القسمة، وإن اقتسموا بعد بدو الصلاح زكوا زكاة الخلطة؛ لأنهم كانوا شركاء حالة الوجوب وهي بدو الصلاح، وبدؤ الصلاح في الثمار كمضي الحول كله في المَواشي وهاهنا كلامان:

أحدهما: اعترض المزي، وقال: القسمة بيع، وبيع الربويات بعضها ببعض جزافاً لا يجوز، وبيع الرطب بالرطب على رُؤوس التخل بيع جزاف أيضاً فبيع الرُطب بالرُطب لا يجوز عند الشافعي - رضي الله عنه - بحال ولا يندفع هذا الإشكال بأن يقال: الرطب لم يتمخض عوضاً في واحد من الجائنين، بل الجذع يدخل في القسمة، لأن عند الشافعي - رضي الله عنه - لا يجوز بيع الرُبوي وشيء آخر بذلك الرُبوي وشيء آخر، وأجاب الأصحاب بوجهين:

أحدهما: قالوا: الأمر على ما ذكرت إن فرعنا على أن القسمة بيع لكن له قول آخر: وهو أن القسمة إفراز حق، وعلى ذلك القول أجب هاهنا.

والثاني: أنا وإن قلنا: إن القسمة بيع فيتصور فرض القسمة هاهنا من وجوه:

منها: أن تكون بعض النخيل مثمرة وبعضها غير مثمرة، فيجعل هذا سهماً وذاك سهماً ويقسم قسمة تعديلاً، فيكون بيع التخل والرطب بمحض النخل وأنه جائز:

ومنها: أن تكون التركة نخلتين والوارث شخصين، فيشتري أحدهما نصيب صاحب من إحدى النخلتين جذعاً ورطباً بعشرة، ويبيع نصيب نفسه من صاحبه من النخلة الأخرى جذعاً ورطباً بعشرة، ويتقاضان الدراهم قال الأئمة: ولا تحتاج إلى شرط القطع، وإن كانت الصفقتان قبل بدو الصلاح؛ لأن المبيع جزء شائع من الثمرة والشجرة معاً فصار كما لو باع كلهما صفقة واحدة، وإنما تحتاج إلى شرط القطع حيثئذ عند أفراد الثمرة بالبيع، ومنها أن يبيع كل واحد منهما نصيبه من ثمرة إحدى النخلتين نصيب صاحبه من جذعها فيجوز بعد بدو الصلاح ولا يلزم الرِّبا وقبل بدو الصلاح لا يجوز إلا بشرط القطع؛ لأنه بيع ثمرة تكون للمشتري على جذع البائع، ذكره صاحب «الشامل» وغيره، وقد حكى القاضي ابن كج عن بعض الأصحاب أن قسمة الثمار بالخزص جائزة على أحد القولين، والذي ذكره هاهنا جواب على ذلك القول، ولك أن تقول: هذا لو دفع إنما يدفع إشكال البيع جزافاً، فلا يدفع إشكال منع بيع الرطب بالرطب.

الكلام الثاني: قال أصحابنا العراقيون: تجوز القسمة قبل إخراج الزكاة بناء على أن الزكاة في الذمة، أما إذا قلنا: إنها تتعلق بالعين فلا تصح القسمة.

واعلم أنه يمكن تصحيح القسمة مع التفريع على قول ألعين بأن يخرص الثمار عليهم ويضمنوا حق المساكين فلم التصرف بعد ذلك، وأيضاً فإننا حكينا في البيع قولين

تفريعاً على التعلق بالعين فكذلك القِسْمَة إذا جعلناها بيعاً، وإن جعلناها إفرازاً فلا منع، وجميع ما ذكرنا من المسألة فيما إذا لم يكن على الميت دين فأما إذا مات وعليه دين وخلف على ورثته نخيلاً مثمرة فبدا الصلّاح فيها بعد موته، وقبل أن تباع في الدين - ففي وجوب الزكاة فيها على الورثة قولان حكاهما الشيخ أبو علي:

أحدهما: لا يجب؛ لأن ملكهم فيها غير مستقرّ في الحال، إنما يستقر بعد قضاء الدّين من غيره، فأشبهه ملك المكاتب لما لم يستقرّ إلا بتقدير أداء النّجوم لم تجب الزكاة فيه قبل ذلك.

وأصحهما: وهو الذي أورده الجمهور: يجب؛ لأنها ملكهم ما لم تباع في الدّين ألا ترى أن لهم أن يمسكوها ويقضوا الدين من موضع آخر؟ فإذا ملكوا وهم من أهل الزكاة لزمهم الزكاة، فعلى هذا القول في أنهم يزكون زكاة الخُلطة والأفتراد على ما سبق فيها إذا لم يكن على الميت دين. قال الشيخ: ويمكن بناء القولين على الخلاف في أنّ الدين هل يمنع الميراث؟ فيه قولان وغيره يحكيه وجهين:

أحدهما: ويروى عن الإصطخري: نعم؛ لأن الله تعالى أثبت الإرث بعد الدّين حيث قال: «مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دِينَ»<sup>(١)</sup>.

وأصحهما: لا، لأن الدّين لا يستحق إلا التعلّق به وطلب الحق منه، فتكون الرّبة لهم كالمال المرهون، والعبد الجاني رقبتهما للمالك، فإذا قرّعنا على الأصح وهو وجوب الزكاة عليهم، فإن كانوا موسرين أخذت الزكاة منهم، وصرفت النخيل والثمار إلى دين الغرماء، وإن كانوا معسرين فهل تؤخذ الزكاة منهم؟ فيه طريقتان:

أحدهما: أنه على الخلاف في أن الزكاة تتعلق بالذمة أو بالعين إن قلنا بالذمة والمال مرهون بها، فيخرج على الأقوال الثلاثة في اجتماع حق الله تعالى وحق الأدميين، فإن سويتنا وزعنا المال على الزكاة، وحق الغرماء وإن قلنا: تتعلق بالعين أخذت الزكاة سواء قلنا بتعلق الشركة أو بمثل تعلق الأرش.

والطريق الثاني: وهو الأصح: أن الزكاة تؤخذ بكل حال؛ لأن حق الزكاة أقوى تعلقاً بالمال من حق الرهن، ألا ترى أن الزكاة تسقط بتلف المال بعد الوجوب، وقبل إمكان الأداء، والدّين لا يسقط بهلاك الرهن ثم حق المرتهن مقدم على الحق غيره فحق الزكاة أولى أن يكون مقدماً ثم إذا أخذت الزكاة من العين ولم يَفِ الباقي بالدين غرم الورثة قدر الزكاة لغرماء الميت إذا أسروا؛ لأن وجوب الزكاة عليهم ويسببه تلف ذلك القدر على الغرماء.

(١) سورة النساء، الآية ١٢.

قال صاحب «التهذيب»: هذا إذا قلنا: الزكاة تتعلق بالذمة، فإن علقناها بالعين لم يغرموا كما ذكرنا في الرهن، ولو أن إطلاع النخيل كان بعد موته فالشمار محض حق الورثة، ولا تصرف إلى دين الغرماء إلا إذا قلنا: الدين يمنع الميراث فحكمها حكم ما لو حدثت قبل موته.

قال الغزالي: وَلَا يَضُمُّ حَمْلُ نَخْلَةٍ إِلَى حَمْلِهَا الثَّانِي، وَلَا حَمْلُ نَخْلَةٍ إِلَى حَمْلِ أُخْرَى إِذَا تَأَخَّرَ إِطْلَاعُ الْأَخْرِ عَنْ جَذَائِ الْأُولَى، وَإِنْ تَأَخَّرَ عَنْ زَهْوِهَا فَوَجْهَانِ، وَوَقْتُ الْجَذَائِ كَالْجَذَائِ عَلَى رَأْيِي.

قال الرافعي: لا خلاف في أن ثمرة العام الثاني لا تضم إلى ثمرة العام الأول في تكميل النصاب، وإن فرض إطلاع ثمرة العام الثاني قبل جذاذ ثمرة العام الأول، ولو كانت له نخيل تثمر في العام الواحد مرتين فلا يضم الحمل الثاني إلى الأول؛ لأن كل حمل كثمرة عام، وفي هذه المسألة كلامان:

أحدهما: قال الأصحاب: هذا لا يكاد يقع: لأن النخل والكرم اللذين يختصان بإيجاب الزكاة في ثمارهما لا يحملان حملين وإنما نفرض ذلك في التين، وما لا زكاة فيه، وإنما ذكر الشافعي - رضي الله عنه - المسألة بيانا للحكم بتقدير التصور.

والثاني: أن القاضي ابن كج فصل فقال: إن أطلعت النخل للحمل الثاني بعد جذاذ الأول فلا ضم وإن أطلعت قبل جذاذه وبعد بدو الصلاح فيه خلاف كما سنذكره في حمل نخلتين، وهذا لا يخالف إطلاق الجمهور عدم الضم، فإن السابق إلى الفهم من الحمل الثاني هو الحادث بعد جذاذ الأول، والله أعلم.

ولو كانت له نخيل أو كروم يختلف إدراك ثمارها في العام الواحد، إما بحسب اختلاف النوع أو بحسب اختلاف البلاد حرارة وبرودة، فهل يضم بعض ثمارها إلى بعض؟ نظر إن أطلع ما تبطؤ ثمارها قبل زهو الأول وبدو الصلاح فيه وجب الضم لوجود حمل الثاني يوم وجوب الزكاة في الأول، والأشجار تطلع وتدرك ثمرة على تدريج وتفاوت، وإن أطلع الثاني بعد جذاذ الأول ففيه وجهان:

أحدهما وهو الذي أورده القاضي ابن كج وأصحاب القفال: أنه لا يضم؛ لأن الثاني حدث بعد انصرام الأول فأشبهه ثمرة عامين، وهذا هو المذكور في الكتاب.

والثاني: وهو الذي قاله أصحاب الشيخ أبي حامد: أنه يضم؛ لأنها ثمرة عام واحد، ولهؤلاء أن يحتجوا على ما ذكره بقول الشافعي - رضي الله عنه - وثمره النخيل



تختلف فثمر النخل يجزئ بتهامة، وهو يتجد بسرّ ويَلح فيضم بعد ذلك إلى بعض؛ لأنها ثمرة عام، وإن كان بينهما الشهر والشهران<sup>(١)</sup>. فإن قلنا بالوجه الثاني فلو كان إطلاع الثاني قبل الجذاذ وبعد بدو الصّلاح فهو أولى بالضم، وإن قلنا بالأول فها هنا وجهان:

أحدهما ويحكى عن أبي إسحاق: أنه لا يضم لحدوث الثاني بعد وجوب الزكاة في الأول فصار كثرة عامين، وذكر في «التهذيب» أن هذا أصح.

والثاني: يضم لاجتماعهما على رأس النخيل كما لو أطلع قبل زهو الأول، ثم اختلف الصائرون إلى الوجه المذكور في الكتاب وهو اعتبار الجذاذ في أن وقت الجذاذ هل يقام مقام الجذاذ؟ على وجهين:

أحدهما: لا يقام لاجتماع الثمرتين قبل الجذاذ على رأس النخيل.

وأفقههما وهو الذي ذكره الصيدلاني: أنها تقام مقام الجذاذ، فإن شمار بعد دخول الوقت كالمجدوذة، ألا ترى أنه لو أطلعت النخلة العام الثاني، وقد تركت بعض ثمرة العام الأول عليها لا يثبت الضم، فعلى هذا قال إمام الحرمين للجذاذ أول وقت ونهاية ترك شمار إليها أولى وتلك النهاية أحق بالاعتبار.

قال الغزالي: وَلَوْ ضَمَمْنَا نَخْلَةَ إِلَى أُخْرَى فَجَدَّتِ النَّخِي أَطْلَعَتْ أَوْلًا ثُمَّ أَطْلَعَتْ ثَانِيًا قَبْلَ جَذَادِ الثَّانِيَةِ لَمْ نَضْمَهَا إِلَى الثَّانِيَةِ؛ لِأَنَّ فِيهَا ضَمًّا إِلَى الْأُولَى وَقَدْ أَطْلَعَتْ بَعْدَ جَذَادِهَا وَذَلِكَ يَتَسَلَّلُ فَلَا تَضْمُ إِلَى الثَّانِيَةِ.

قال الرافعي: أذكر المسألة في قالب المثال الذي ذكره الشافعي - رضي الله عنه - وتابعه الأصحاب فيه، ثم أعود إلى عبارة الكتاب فإن فيها لبساً.

اعلم: أن من المواضع التي يختلف إدراك شمار فيها بحسب اختلاف الأهوية تهامة وتجد، فتهامة بلاد حارة، ونجد بلاد باردة، وثمر النخيل بتهامة أسرع إدراكاً منها بتجد، فإذا كانت للرجل نخيل تهامية وأخرى نجدية فأطلعت التهامية ثم أطلعت النجدية لذلك العام، واقتضى الحال ضم ثمرة النجدية إلى ثمرة التهامية على ما فصلناه في الفصل السابق فضممناها إليها، ثم أطلعت التهامية مرة أخرى فلا تضم ثمرة هذه المرة إلى ثمرة النجدية، وإن طلعت قبل بدو الصّلاح فيها، لأن في ضمها إلى النجدية ضمّاً إلى ثمرتها المرة الأولى ولا سبيل إليه؛ لأن ثمرتها المرة الثانية إما حمل ثان على تصوير أن تكون تلك التهاميات ممّا تحمل في كل سنة مرتين، وإما حمل سنة ثانية،

(١) هذا هو الراجح ورجحه المصنف في «المحرر».

وعلى التقديرين فلا ضم على ما سبق، وهذا ما ذكره الأصحاب، ثم قال الصيدلاني وإمام الحرمين: ولو لم تكن ثمرة النجدية مضمومة إلى حمل التهامية أولاً، بأن أطلعت بعد جُذاذ ذلك الحمل لكننا نضم حملها الثاني المطلع قبل جذاذ النجدية إليها، إذ لا يلزم هاهنا المحذور الذي ذكرناه، وهذا قد لا يسلمه سائر الأصحاب، لأنهم حكموا بضم ثمرة العام الواحد بعضها إلى بعض وبأن ثمرة عام لا تضم إلى ثمرة عام آخر، ومعلوم أن إدراك ثمار التهامية في كل عام أسرع من إدراك ثمار النجدية، فيكون إطلاع التهامية ثانياً للعام القابل، وما على النجدية من العام الأول.

وأما كلام الكتاب فأما إن أراد به الصورة التي نقلناها عن جمهور الأصحاب، وأما إن أراد به ما يشعر به ظاهر، فإن أراد تلك الصورة وهي التي أوردها في «الوسيط» فاللفظ هاهنا محال عن وجهه تصويراً وتعليلاً. أما التصوير فلأن للجمهور صوروا في إطلاع النخلة الأولى مرة أخرى، وهو صور في ثلاث نخلات متغايرة أطلعت الثالثة بعد جُذاذ الأولى وقبل جُذاذ الثانية.

وأما التعليل فلأن قوله: «لأن فيها ضمًا» إلى قوله: «وذلك يتسلسل»، يشعر بأن امتناع الضم إلى حمل الثانية لتضمنه الضم إلى حمل الأولى وقد أطلع هذا بعد جذاذه ولا سبيل إلى ضم ما أطلع بعد المجذوذ إليه، ولو جوزنا ذلك للزم ضم نخلة إلى نخلة بلا نهاية، وهذا التعليل غير التعليل الذي سبق، وإن أراد ما يشعر به ظاهر الكلام فعدم الضم مما تنازع فيه كلام الأصحاب الذين قالوا بانضمام ثمار العام الواحد بعضها إلى بعض، ولم يباليوا بإطلاع الآخر بعد جذاذ الأول على ما أسلفناه، وفي ضبطهم بالعام الواحد ما يقطع التسلسل الذي ادعاه، ولا يخفى أن قوله: «لو ضمنا نخلة إلى أخرى» معناه حمل نخلة إلى حمل نخلة أخرى فحذف المضاف.

قال الغزالي: وَأَمَّا الدُّرَّةُ لَوْ زُرِعَتْ بَعْدَ حَصْدِ الْأُولَى فَعَلَى قَوْلٍ: هَمَا كَحَمَلَيْ شَجَرَةٍ فَلَا يُضْمُ، وَعَلَى قَوْلٍ: يُضْمُ مَهْمَا وَقَعَ الزَّرْعَانِ وَالْحَصَادَانِ فِي سَنَةٍ، وَعَلَى قَوْلٍ: يُكْتَفَى فِي الضَّمِّ بِوُقُوعِ الزَّرْعَيْنِ فِي سَنَةٍ؛ لِأَنَّهُ الدَّاخِلُ تَحْتَ الْأَخْتِيَارِ، وَعَلَى قَوْلٍ يُنظَرُ إِلَى أَجْتِمَاعِ الْحَصَادَيْنِ فَإِنَّهُ الْمَقْصُودُ، وَعَلَى قَوْلٍ: إِنْ وَقَعَ الزَّرْعَانِ وَالْحَصَادَانِ أَوْ زَرَعَ الثَّانِي وَحَصَدَ الْأَوَّلَ أَكْتَفَى بِهِ، وَالزَّرْعُ بَعْدَ أَشْتِدَادِ الْحَبِّ كَهُوَ بَعْدَ الْحَصَادِ عَلَى أَحَدِ الرَّائِبِينَ، وَالزَّرْعُ بِتَأَثُّرِ الْحَبِّاتِ لِلأَوَّلِ وَيَتَقَرُّ الْعَصَافِيرُ كَهُوَ بِالْأَخْتِيَارِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ يُضْمُ لِأَنَّهُ تَابِعٌ، وَلَوْ أُدْرِكَ أَحَدُ الزَّرْعَيْنِ وَالْآخَرَ بَقْلًا فَالظَّاهِرُ الضَّمُّ، وَقِيلَ: يُخْرَجُ عَلَى الْأَقْوَالِ.

قال الرافعي: الأصل الذي لا بد من معرفته أولاً أن زرع عام لا يضم إلى زرع

عام آخر في تكميل النَّصَاب<sup>(١)</sup>، واختلاف أوقات الزَّراعة لضرورة التَّدرِج فيها كالذي يبتدئ الزَّراعة ولا يزال يزرع إلى شهر أو شهرين فلا يقدح، بل هي معدودة زرعاً واحداً يضم بعضها إلى بعض عند اتحاد الجنس إذا عرفت ذلك ففي الفصل مسألتان:

إحدهما: أن الشيء قد يزرع في سنة واحدة مراراً كالذرة تزرع في فصول مختلفة في الخريف والربيع والصيف، ففي ضم البعض إلى البعض أقوال:

أحدهما: أن المزروع بعد حصل الأولى لا يضم إليه كما لا يضم أحد حملي الشجر إلى الآخر.

والثاني: يضم إن وقع الزرعان والحصادان في سنة؛ لأنهما حيثئذ بدان زرع سنة واحدة، بأن يكون بين الزرع الأول وحصد الثاني أقل من اثني عشر شهراً عربية، كذا قال صاحب «النهاية» و«التهذيب»، فإن كان بينهما سنة فصاعداً فلا يضم.

والثالث: أن الاعتبار بوقوع الزرعين في سنة ولا نظر إلى الحصاد؛ لأن الزرع هو المتعلق بالاختيار، والحصاد لا اختيار في وقته ويختلف باختلاف حال الأرض والهواء، وأيضاً فإنَّ الزرع هو الأصل والحصاد فرعه وثمرته، فيعتبر ما هو الأصل فعلى هذا يضم وإن كان حصاد الثاني خارجاً عن السنة.

والرابع: أن المعتبر اجتماع الحصادين في سنة فإذا حصل وجب الضم، وإن كان زرع الأول خارجاً عن السنة لأن الحصاد هو المقصود، وعنده يستقر الوجوب فاعتباره أولى، وهذه الأقوال الأربعة مدونة في «المختصر».

والخامس: ويحكى عن رواية الربيع: أنه إن وقع الزرعان أو الحصادان أو زرع الثاني وحصد الأول في سنة ضم أحدهما إلى الثاني، وهذا بعيد عند الأصحاب، لأنه يوجب ضم زرع السنة إلى زرع السنة الأخرى، فإنَّ العادة ابتداء الزرع الثاني بعد مضي شهر من حصد الأول، هذا بيان الأقوال على الوجه المذكور في الكتاب، واختلفوا في الأظهر منها، وكلام الأكثرين مائل إلى تزجيج القول الرابع، ونقل المسعودي في «الإفصاح» القول الخامس على وجه أخص مما ذكرنا، فقال: الاعتبار بجميع السنة بأحد الطرفين.

(١) وهو الأصح في تصحيح التنبيه، وصحح جماعة الضم في زرع العام مطلقاً منهم الشيخ أبو حامد، وابن الصباغ، والشاشي وهو ما نقله الرافعي عن تخريج أبي إسحاق، ووقع في البيان عن الشيخ أبي حامد تصحيح ما صححه الروياني، والذي في تعليقه ما ذكرناه. ومنهم من صحح عدم الضم مطلقاً منهم صاحب «التتمة» والغزالي في «الخلاصة» ولم يحكه الرافعي والنوي.

إما الزرعين أو الحصادين، ولم يلحق بهما زرع الثاني وحصد الأول، والشيخ أبو حامد في طائفة جعلوا الفصل بدلاً عن السنة في حكاية القول الثاني والثالث والرابع، واعتبروا على القول الثاني أن يكون الزرعان في فصل واحد، وما المعنى بالفصل؟ ذكر القاضي الروياني أن المعنى بالفصل هاهنا أربعة أشهر، والطريقة التي تقدمت أوفق للفظ «المختصر»، وهي التي اعتمدها القاضي ابن كج، ونقلها أصحاب الفقهاء وغيرهم، وعن أبي إسحاق أنه خرج قولاً أن ما يعد زرع سنة يضم بعضه إلى بعض، ولا أثر لاختلاف الزرع والحصاد، قال: ولا أعني هاهنا بالسنة اثني عشر شهراً، فإن الزرع لا يبقى هذه المدة، وإنما أعني بها ستة أشهر إلى ثمانية، وإذا جمع جامع بين ما نقلناه من الروايات انتظمت في المسألة عشرة أقوال فتأملها، وهذا كله فيما إذا كان زرع الثاني بعد حصول الأول ووراء ذلك حالتان:

إحدهما: أن يكون زرع الثاني بعد اشتداد حب الأول، فالخلاف فيه مرتب على الخلاف فيما إذا كان زرع الثاني بعد حصد الأول، وهاهنا أولى بالضم لاجتماعها في الثبات في الأرض والحصول فيها. وقوله في الكتاب: «على أحد الروايتين» المراد منه طريقان يتولدان من هذا الترتيب:

أحدهما: القطع بالضم.

والثاني: إثبات الخلاف وهو أظهر.

والثانية: أن يكون الزرعان معاً أو على التواصل المعتاد ثم يدرك أحدهما، والثاني بعد بقل لم يشتد حبه أصلاً ففيه طريقان:

أصحهما: القطع بالضم، لأن ذلك يعد زرعاً واحداً، والثاني - وحكاه الإمام عن أبي إسحاق - أنه على الأقوال<sup>(١)</sup> لاختلافهما في وقت الوجوب بخلاف ما لو تأخر بدو الصلاح في بعض الثمار، فإنه يضم إلى ما بدا فيه الصلاح لا محالة؛ لأن الثمرة الحاصلة هي متعلق الزكاة بعينها والمنتظر فيها صفة الثمرة، وهاهنا متعلق الواجب الحب ولم يخلق بعد، والموجود حشيش محض.

المسألة الثانية: قال الشافعي - رضي الله عنه - الدرّة تزرع مرة فتخرج فتحصد، ثم يستخلف في بعض المواضع فتحصد أخرى فهو زرع واحد وإن تأخرت حصده الأخرى

(١) [كذا أطلق التخريج على الخلاف على هذه الطريقة تبعاً للإمام، والذي في البسيط أن الخلاف على هذه الطريقة مرتب على الخلاف فيما إذا زرع الثاني بعد استواء حب الأول ويظهر أنه أولى بالضم فإنه قال أصحهما القطع بالضم، ومنهم من خرجه على الخلاف مرتباً على ما سبق من تراخي الزرع عند اشتداد الحب].

أختلف المُفسِّرون لكلامه في المراد بهذه الصورة على ثلاثة أوجه :

أحدها: أن المراد بها ما إذا تَسَبَّكَت الذُّرَّة واشتدت فانتشر بعض حَبَّاتِها بنفسها أو بنقل العَصَافِير أو بهبوب الرياح، فسقى الأرض فنبتت تلك الحبات المنتورة في تلك السنة مرة أخرى وأدركت ومنهم من قال: المراد بهذا ما إذا نبتت فالتفت وعلا بعض طاقاتها فغطى البعض، وبقي ذلك المغطى مخضراً تحت ما علا فإذا حصد العالي أثرت الشمس في المُخْضَر فأدرك.

ومنهم من قال: المراد بها الذُّرَّة الهِنْدِيَّة تحصد سنابلها ويبقى ساقها فيخرج سنابل أخرى، ويحكى هذا الوجه الثاني عن ابن سريج، ثم اختلفوا في الصور الثلاث بحسب اختلافهم في المراد من النَّص، واتفق الجمهور على أن ما ذكره قطع بالضم وليس جواباً على بعض الأقوال التي سبقت، فذكروا في الصورة الأولى طريقتين:

أحدهما: أنها على الأقوال في الزُّرْعَيْن المختلفي الوقت فإنه زرع مفتتح بعد زرع.

والثاني: القطع بالضم لأنه تابع للأول غير حاصل بالقصد والاختيار، وإيراد الكتاب يشعر بترجيح الأول، وهو قضية ما في «التهذيب»، وذكروا في الصورة الثانية طريقتين أيضاً:

أحدهما: القطع بالضم؛ لأنها حصلت دفعة واحدة وإنما تفاوت الإدراك.

والثاني ويحكى عن أبي إسحاق: أنها مخرجة على الأقوال، وذكروا في الثالثة ثلاثة طرق:

أحدها: أنها على الخلاف فيما لو حصد زرع ثم زرع آخر.

والثاني: لا يضم قولاً واحداً كالنُّخْلة تحمل في السنة حملين.

والثالث: يضم قولاً واحداً بخلاف الزُّرْع بعد الزُّرْع، فإن أحدهما مفصول عن الآخر وهاتنا الزرع واحد وإنما تفرق ريغته، وبخلاف حملي النُّخْلة فإنها شجرة لها ثمر بعد ثمر فحملها في سنة كحملها في سنتين، والذُّرَّة زرع لا يبقى فالخارج من ساقها ملحق بالأول كزرع تعجل إدراك بعضه وتأخر إدراك بعضه، وهذا أصح عند صاحب «التهذيب» والله أعلم.

قال الغزالي: الطَّرْفُ الثَّانِي، فِي الْوَاجِبِ، وَهُوَ الْعُشْرُ فِيمَا سَقَّتِ السَّمَاءُ، وَنَضْفُ الْعُشْرِ فِيمَا يُسْقَى بِنَضْحِ أَوْ دَالِيَةِ، وَالْقَنَوَاتُ كَالسَّمَاءِ، وَالتَّاعُورُ الَّذِي يُدِيرُ الْمَاءَ بِتَنْفِيهِ كَالدَّوَالِبِ.

قال الرافعي: الأصل في قدر الواجب في هذا النوع ما روى ابن عمر - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ قال: «فِيمَا سَقَتِ السَّمَاءُ أَوْ الْعُيُونُ أَوْ كَانَ عَثْرِيًا الْعُشْرُ، وَفِيمَا سَقِيَ بِالتُّضْحِ نِصْفُ الْعُشْرِ»<sup>(١)</sup>. ويروى «وَمَا سَقِيَ بِتَضْحٍ أَوْ عَزَبٍ فَفِيهِ نِصْفُ الْعُشْرِ»<sup>(٢)</sup>. قال في «الصَّحاح»: الْعَثْرِيُّ بِالْتَحْرِيكِ: الزَّرْعُ الَّذِي لَا يَسْقِيهِ إِلَّا مَاءُ الْمَطْرِ.

وقال الأزهري: وسقيه بالتضح أن يستقي له من ماء النهر أو البئر بسانية وغيرها، وتسمى السواني نواضح الواحدة: سانية والعزب الدلو الكبيرة.

إذا عرف ذلك فيجب فيما سقي بماء السماء من الثمار والزروع العشر، وكذا البعل وهو الذي يشرب بعروقه لقربه من الماء، وكذا ما يشرب من ماء ينصب إليه من جبل أو نهر أو عين كبيرة كل ذلك فيه العشر، وما سقى بالتضح أو بالدلاء أو بالدوايب ففيه نصف العشر وكذا ما سقى بالدالية.

قال في «الصَّحاح»: وهو المَنْجُونُ تديرها البقرة، وما سقى بالتأغور وهو الذي يديره الماء بنسه؛ لأنه تسبب إلى التزح كالاستقاء بالدلاء والتواضح، والمعنى الكلبي الذي يقتضي التفاوت أن أمر الزكاة مبني على الرفق بالمالك والمساكين، فإذا كثرت المؤنة خف الواجب أو سقط كما في المعلوفة، وإذا خفت المؤنة كثر الواجب كما في الرُكَّاز، وأما القنوات وفي معناها السواقي المخفورة من النهر العظيم إلى حيث يسوق الماء إليه، فالذي ذكره في الكتاب أن السقي منها كالسقي بماء السماء، وهذا هو الذي أورده طوائف الأصحاب من العراقيين وغيرهم، وعللوا بأن مؤنة القنوات إنما تتحمل لإصلاح الضيعة، والأنهار تشق لإحياء الأرض فإذا تهيأت وصل الماء إلى الزرع بطبعه مرة بعد أخرى بخلاف السقي بالتواضح ونحوها، فإن المؤنة ثم تتحمل لنفس الزرع.

وادعى إمام الحرمين اتفاق الأئمة على هذا، لكن أبا عاصم العبادي ذكر في «الطبقات» أن أبا سهل الصُّغْلُوكِي أفتى بأن المسقي من ماء القناة فيه نصف العشر، لكثرة المؤنة، وفضل صاحب «التهذيب»<sup>(٣)</sup> فقال: إن كانت القناة أو العين كثيرة المؤنة بأن كانت لا تزال تنهار وتحتاج إلى استحداث حفر فالمسقى بها كالمسقى بالسواقي، وإن لم يكن لها مؤنة أكثر من مؤنة الحفر الأول وكسحها في بعض الأوقات، ففي السقي بها العشر والمشهور الأول.

(١) أخرجه البخاري (١٤٨٣).

(٢) أخرجه أبو داود (١٥٧٢) من رواية الحارث الأعور وفيه مقال.

(٣) وهو توهم تفرده، وذكر الروياني قريباً منه عن الشيخ أبي عبد الله الحنطلي في المعين وفتح النهر إذا احتاج إلى حفر وآخر لعين خراسان فهما كالنضح.

فروع: أشار القاضي ابن كَجَّ إلى أنه لو احتاج إلى شراء الماء كان الواجب نصف العشر، ونقله عنه صريحاً صاحب «الزَّم»؛ ولو سقاه بماء مغصوب فكذلك لأن عليه الضمان، وهذا حسن جارٍ على كل مأخذ، فإنه لا يتعلّق به صلاح الضيعة بخلاف القناة<sup>(١)</sup>، ثم حكى القاضي عن أبي الحُسَيْن وجهين فيما لو وهب منه الماء، ورجح إلحاقه بما لو غصب لما في قبول الهبة من المنة العظيمة، فصار كما لو علف ماشيته بعَلْف موهوب<sup>(٢)</sup> والله أعلم.

قال الغزالي: وَلَوْ اجْتَمَعَ السَّقِيَانِ عَلَى تَسَاوٍ وَجَبَ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الْعُشْرِ فِي كُلِّ نِصْفٍ بِحِسَابِهِ وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا أَغْلَبَ أُغْلِبَ الْأَغْلَبُ فِي قَوْلِهِ، وَوُزِعَ عَلَيْهِمَا فِي الْقَوْلِ الثَّانِي، وَالْأَغْلَبُ يُعْرَفُ بِالْعَدَدِ فِي وَجْهِهِ وَبِزِيَادَةِ الثَّمُومِ وَالنَّفْعِ فِي وَجْهِهِ، وَإِذَا أَشْكَلَ الْأَغْلَبُ فَهُوَ كَالْإِسْتِوَاءِ.

قال الرافعي: إذا اجتمع السقيان في زرع وكان يسقى بماء السماء مدة وبالنضح مدة فلا يخلو إما أن يكون الزرع منشأ على هذا القصد، أو بني أمره على أحد الشقين ثم اعترض الآخر واجتمعا.

الحالة الأولى: وهي المقصودة في الكتاب أن ينشأ الزرع على قصد السقي بهما جميعاً ففيه قولان كالقولين فيما إذا تنوعت إبله أو غنمه.

أظهرهما: أنه يقسط الواجب عليهما لظاهر قوله ﷺ إذا تنوعت: «فِيمَا سَقَّتِ السَّمَاءُ الْعُشْرُ، وَفِيمَا سَقِيَ بِنَضْحِ نِصْفِ الْعُشْرَةِ».

فعلى هذا لو كان ثلثا السقي بماء السماء والثلث بالنضح وجب خمسة أسداس العشر ثلثا العشر للثلثين، وثلث نصف العشر للثلث، ولو سقى على التساوي وجب نصف العشر ونصف نصف العشر، وذلك ثلاثة أرباع العشر.

والقول الثاني وحكاه في «الشامل» عن أبي حنيفة وأحمد: أن الاعتبار بالأغلب فإن كان السقي بماء السماء أغلب ففيه العشر، وإن كان السقي بالنضح أغلب ففيه نصف العشر، لأن النظر إلى أعداد السقي وأزمته مما يشق ويعسر، فيدار الحكم على الغالب

(١) وكذا قاله الدارمي في الاستذكار وقال عليه قيمته ولم يقف ابن الأستاذ على هذا فقال: لينظر فيما لو سقى بماء غصبه من العين أو سقى أرض الغير وزرعه بماء نفسه على النواضح والدوالي بغير أجرة، والظاهر فيه وجوب العشر.

(٢) قال النووي: [الوجهان إذا قلنا: لا تقتضي الهبة ثواباً. صرح به الدارمي، قال: فإن قلنا: تقتضيه، فنصف العشر قطعاً. الروضة (٢/١٠٦).

تخفيفاً، وعلى هذا لو استويا ففيه وجهان حكاهما الإمام:

أحدهما: أنه يجب العشر نظراً للمساكين، وهذا هو الذي حكاه المسعودي تفريراً على القول الثاني.

وأصحهما: وهو الذي أورده في الكتاب أنا نقسط الواجب عليهما كما ذكرنا على القول الأول لانتفاء العَلْبَةِ من الجانبين، وعلى هذا فالحكم حالة الاستواء واحد على القولين فينتظم أن يقال: إن استويا وجب ثلاثة أرباع العشر فإن كان أحدهما أغلب فقولان. وهكذا أورد صاحب الكتاب والأكثرون ثم سواء قلنا بالتقسيت أو اعتبرنا الأغلب فالنظر إلى ماذا في معرفة المقادير؟ فيه وجهان:

أحدهما: أن النظر إلى عدد السَّقِيَّات؛ لأن المؤنة بحسبها تقل وتكثر ولا شك أن الاعتبار بالسَّقِيَّات المفيدة دون ما لا تفيد أو تضر.

وأوفقهما لظاهر نصح: أن الاعتبار بعيش الزرع ونمائه أو بأحدهما أكثر أو لا وكذا عيش التمر فإنه المقصود.

وقال في «النهاية»: وعبر بعضهم عن هذا بعبارة أخرى فقال: النظر إلى النفع وقد تكون السَّقِيَّة الواحدة أنفع من سقيات كثيرة، قال: وهما متقاربان، إلا أن صاحب العبارة الثانية لا ينظر إلى المدة وإنما ينظر إلى النفع الذي يحكم به أهل الخبرة، وصاحب العبارة الأولى يعتبر المدة.

واعلم أن اعتبار المدة هو الذي ذكره الأكثرون على الوجه الثاني، وذكروا في المثال أنه لو كانت المدة من يوم الزرع إلى يوم الإدراك ثمانية أشهر، واحتاج في ستة أشهر زَمَانِي الشَّتَاء والرَّبِيع إلى سَقِيَّتَيْنِ، فسقى بماء السماء وفي شهرين، وهو زمان الصيف إلى ثلاث سقيات فسقى بالنضح، فإن اعتبرنا عدد السقيات فعلى قول التوزيع يجب خمسا العشر وثلاثة أخماس نصف العشر، وذلك ثلاثة أخماس العشر ونصف خمسة، وعلى قول اعتبار الأغلب يجب نصف العشر؛ لأن عدد السقيات بالنضح أكثر، وإن اعتبرنا المدة فعلى قول التوزيع يجب ثلاثة أرباع العشر وربع نصف العشر، وعلى قول اعتبار الأغلب يجب العشر؛ لأن مدة السَّقِي بماء السماء أطول، ولو سقى الزرع بماء السماء والنضح جميعاً لكن أشكل مقدار كل واحد منهما فعن ابن سُرَيْج وتابعه الجمهور: أنه يجب ثلاثة أرباع العشر أخذاً بالاستواء؛ وذكر القاضي ابن كج وجهاً آخر: أن الواجب نصف العشر؛ لأنه اليقين، والأصل براءة ذمته عن الزيادة.

وإذا عرفت ما ذكرناه يتبين لك أو الوجهين في قوله: «والأغلب يعرف بزيادة العدد...» إلى آخره لا يختصان بالأغلب، بل يجريان فيما يعتبر به الاستواء أيضاً.



وقوله: «إذا أشكل الأغلب فهو كالأستواء» إنما صور الإشكال في الأغلب؛ لأنه قصد التفريع على قول اعتبار الأغلب، وإلا فلو لم يعرف هل أحدهما أغلب من الآخر كما لو عرف أن أحدهما أغلب، وشك في أنه هذا أم ذاك.

والحالة الثانية: أن يبنى الأمر على أحد السقيين ثم يعرض الآخر فهل يستصحب حكم قصدة أو لا يعتبر الحكم؟ فيه وجهان؟

أصحهما: الثاني، ثم في كيفية اعتبارهما الخلاف الذي ذكرنا.

فرع: لو اختلف الساعي والمالك في أنه بماذا سقى؟ فالقول قول المالك؛ لأن الأصل عدم وجوب الزيادة.

آخر: لو كان له زرع مسقى بماء السماء، وآخر مسقى بالتضح، ولم يبلغ واحد منهما نصاباً، ضم أحدهما إلى الثاني في حق النصاب، وإن اختلف مقدار الواجب.

قال الغزالي: وَيَجِبُ أَنْ يُخْرَجَ الْعُشْرُ مِنْ جِنْسِ الْمُعْشَرِ وَنَوْعِهِ، فَإِنْ اخْتَلَفَ النَّوْعُ فَمِنْ كُلِّ بَقِيسَتِهِ، فَإِنْ عَسَرَ فَالْوَسْطُ.

قال الرافعي: وقوله: «ويجب أن يخرج العشر من جنس المعشر» ولا يجوز أن يعلم بالحاء؛ لأن أبا حنيفة - رحمه الله - يجوز إخراج القيم في الزكاة، فلا يجب عنده إخراج الجنس. لنا قوله ﷺ: «خُذْ مِنَ الْإِبِلِ الْإِبِلِ»<sup>(١)</sup> الخبر.

وقوله: «ونوعه» ليس مجري على إطلاقه، فإنه لو أخرج الأجود عن الأردأ جاز، إنما الواجب ألا يخرج أردأ مما عنده، وغرض الفصل أنه لو كان الجنس الذي يملكه من الثمار والحبوب نوعاً واحداً فيؤخذ منه الزكاة، وإن اختلف أنواعه كما إذا ملك من التمر البردي والكبيس وهما نوعان جيدان والجفروور ومضران الفأزة وعذق الجبيق، وهي أنواع رديئة، ومنهم من يجعل الجفروور وسطاً، فإن لم يعبر أخذ الواجب من كل نوع بالحصة بخلاف نظيره في المواشي حيث ذكرنا فيه خلافاً من قبل والفرق أن التثقيص في الحيوان محذور بخلاف ما في الثمار، ألا ترى أن في المواشي وإن قلنا بالتقسيم فإننا نعتبر قيم الأنواع ونأخذ ما يقتضيه التوزيع ونأمره بدفع نوع منها على ما يقتضيه التوزيع، ولا يأخذ البعض من هذا والبعض من ذاك، وهاهنا بخلافه، وطرد

(١) أخرجه أبو داود (١٥٩٩)، وابن ماجه (١٨١٤)، والدارقطني (٩٩/٢ - ١٠٠)، والحاكم (١/٣٨٨)، وقال: صحيح على شرط الشيخين إن صح سماع عطاء بن يسار من معاذ، وتعبه الذهبي وقال: لم يلقه، وقال البيهقي في الخلافيات: رواه ثقات، وقال عبد الحق عطاء لم يدرك معاذاً.

القاضي ابن كجّ القولين هاهنا والمشهور الفرق، وإن عسر أخذ الواجب من كل نوع فإن كثرت الأنواع وقل مقدار كل نوع فما الذي يؤخذ. حكى عن صاحب «الإفصاح» فيه ثلاثة أوجه:

أصحها: وهو المذكور في الكتاب: أنه لا يكلف بالإخراج من كل نوع لما فيه من العسر، ولا يكلف بالإخراج من الأجدود ولا نرضى بالردىء، بل يؤخذ من الوسط رعاية للجانيين.

والثاني: أنه يؤخذ من كل نوع بالقسط كما إذا قلت الأنواع.

والثالث: أنه يؤخذ من الغالب ويجعل غيره تبعاً له، وروى القاضي ابن كجّ في المسألة طريقتين:

أحدهما: القسط يأخذ الوسط.

والثاني: أن فيه قولين:

أحدهما: أخذ الوسط.

والثاني: أخذ الغالب.

إذا عرفت ذلك فأعلم قوله: «فإن عسر فالوسط» بالواو، واعلم أنه ليس المراد وجوب إخراج الوسط حتى لا يجوز أخذ غيره، بل لو تحمل العسر وأخرج من كل نوع بالقسط جاز ووجب على الساعي قبوله، فإذا أراد الساعي أخذ العشر كيل لرب المال تسعة وأخذ الساعي العاشر، وإنما يبدأ بجانب المالك؛ لأن حقه أكثر ولأن حق المساكين إنما يتبين به، ولو بدأ بجانبهم فربّما لا يفي الباقي بحقه فيحتاج إلى رد ما كيل لهم، وإن كان الواجب نصف العشر كيل لربّ المال تسعة عشر، وأخذ الساعي العشرين، وإن كان الواجب ثلاثة أرباع العشر كيل لرب المال سبعة وثلاثون، وللمساكين ثلاثة ولا يهز المكيال ولا يزلزل ولا توضع اليد فوقه ولا يمسح؛ لأن ذلك مما يختلف فيه، بل يصب فيه ما يحتمله ثم يفرغ.

قال الغزالي: الطَّرْفُ الثَّالِثُ، فِي وَقْتِ الْوُجُوبِ وَهُوَ الزَّهْوُ فِي الثَّمَارِ وَالْأَشْتِدَادُ فِي الْحُبُوبِ، فَيَنْعَقِدُ سَبَبُ وَجُوبِ إِخْرَاجِ الثَّمَرِ وَالْحَبِّ عِنْدَ الْجَفَافِ وَالتَّنْقِيَةِ، فَلَوْ أَخْرَجَ الرُّطْبُ فِي الْحَالِ كَانَ بَدَلًا.

قال الرافعي: وقت وجوب الصدقة في التخلل والكرم والزهو وهو بدو الصلاح؛ لأن النبي ﷺ «كَانَ حَيْثُ بَدَأَ يَبْعَثُ الْخَارِصَ لِلْخَرِصِ»<sup>(١)</sup>.

(١) سيأتي بعد ذلك من حديث عائشة - رضي الله عنها - أنه ﷺ كان يبعث عبد الله بن رواحة خارصاً أول ما تطيب الثمرة. أخرجه أبو داود (١٦٠٦، ٣٤١٣) والدارقطني (١٣٤٢).

ولو تقدم الوجوب عليه لبعثه قبل ذلك، ولو تأخر عنه لما بعثه إلى ذلك الوقت، ووقت الوجوب في الحبوب اشتدادها؛ لأنها حينئذ تصير طعاماً كما أن حمل النَّخْل والكَرْم عند بدو الصَّلَاح يصير ثمرة كاملة، وهو قبل ذلك بَلَخَ وَحَضِرَ، هذا هو المشهور.

وفي «النهاية» أن صاحب «التقريب» حكى قولاً غريباً أن وقت الوجوب هو الجَفَاف والاشتداد، ولا يتقدم الوجوب على الأمر بالأداء، وفي «الشامل» أن الشيخ أبا محمد حكى عن القديم أنه أوماً إلى أن الزُّكَاة تجب عند فعل الحصاد<sup>(١)</sup>، فيجوز أن يعلم قوله في الكتاب: «وهو الزهو في الثمار والاشتداد في الحبوب» لهذين.

والكلام في معنى بدو الصلاح، وأن بدو الصلاح في البعض كبوده في الكل على ما هو مذكور في كتاب البيع<sup>(٢)</sup>، ولا يشترط تمام اشتداد الحب، كما لا يشترط تمام الصلاح في الثمار، ويتفرع على المذهب المشهور أنه لو اشترى نخيلاً مثمرة أو ورثها قبل بدو الصَّلَاح ثم بدا الصَّلَاح بعد ذلك فعليه الزُّكَاة، ولو اشترى بشرط الخيار فبدا الصَّلَاح في زمان الخِيَار، فإن قلنا: الملك للبائع فالزكاة عليه، وإن أمضى البيع، وإن قلنا: للمشتري فالزكاة عليه وإن فسخ البيع، وإن قلنا بالوقف فأمر الزكاة موقوف أيضاً.

وفرع ابن الحداد على هذا الأصل أنه لو باع المسلم نخيله المثمرة قبل بدو الصَّلَاح من ذمِّي فبدا الصَّلَاح في ملكه فلا زكاة على واحد منهما، أما الذمِّي فظاهر، وأما المسلم فلأن الثمرة لم تكن في ملكه وقت الوجوب، ولو عاد إلى ملكه بعد بدو الصلاح يبيع مستأنف أو بهبة أو تقابل أو أرد بعيب فلا زكاة عليه أيضاً؛ لأنه لم تكن في ملكه حين الوجوب، والبيع من المُكَاتَب كالبيع من الذمِّي فيما ذكرنا، ولو باع النَّخْل من مسلم قبل بدو الصلاح فبدا الصلاح في ملك المشتري ثم وجد بها عيباً، فليس له الرُّدُّ إلا برضا البائع؛ لأنها تعلق بها حق الزكاة فكان كعيب حدث في يده، فإن أخرج المشتري الواجب إما من تلك الثمرة أو من غيرها، فالحكم على ما ذكرنا في زكاة النَّعْم في الشرط الرابع أما إذا باع الثمرة وحدها قبل بدو الصلاح فهذا البيع لا يصح إلا بشرط القطع، فإن شرطه ولم يتفق القطع حتى بدا فيها الصَّلَاح فقد وجب العشر، وينظر فإن رضياً بإبقائها إلى أوان الجُدَاذ جاز والعشر على المشتري، وعن الشيخ أبي حامد أن الشيخ أبا إسحاق حكى قولاً آخر: أنه يفسخ البيع؛ لأنه لو اتفقا عليه عند البيع لبطل البيع، فإذا وجد هذا الشرط المبطل بعده يفسخ والصحيح الأول، وإن لم يرضيا

(١) عن البندنجي أنه قال في القديم وقت الوجوب في الزرع قبل وقت الحصاد.

(٢) والذي ذكره في البيع إنما هو بالنسبة إلى الثمرة ولم يتعرض للحب، والظاهر أنه لا يأتي فيه، ذلك لأن العادة جرت بأنه يشتد جملة واحدة.

بالإبقاء لم تقطع الثمرة؛ لأن فيه إضراراً بالمساكين<sup>(١)</sup>، ثم فيه قولان:

أحدهما: يفسخ البيع لتعذر إمضائه، فإن البائع يبتغي القَطْع لشرطه وهو ممتنع لما ذكرنا.

وأصحهما: أنه لا يفسخ فإنه عيب حدث بعد البَيْع، لكن إن لم يرض البائع بالإبقاء يفسخ البيع، وإن رضى البائع بالإبقاء وأبى المشتري إلا القَطْع فوجهان: أحدهما: يفسخ أيضاً.

وأصحهما: أنه لا يفسخ؛ لأن البائع قد زاده خيراً، والقطع إنما كان لحقه حتى لا تَمْتَصُ الثمرة ماء الشجرة، فإذا رضي تركت الثمرة بحالها ولو رضي البائع ثم رجع كان له ذلك؛ لأن رضاه إعارة، وحيث قلنا: يفسخ البيع ففسخ فعلى من تجب الصدقة؟ فيه قولان:

أحدهما: على البائع؛ لأن الفسخ كان لشرط القطع فاستند إلى أصل العَقْد.

وأصحها: أنها على المشتري لأن بدو الصلاح كان في ملكه فأشبهه ما لو فسخ بعيب، فعلى هذا لو أخذ الساعي من غير الثمار رجع البائع على المشتري.

وقوله: «فينعقد سبب وجوب إخراج الثمرة والحَب عند الجَفَاف» معناه إنا وإن قلنا: إن بدو الصلاح واشتداد الحب وقت الوجوب، فلا نكلفه بالإخراج في الحال، لكن ينعقد حينئذ سبب وجوب إخراج الثمرة والزبيب والحب المصفى، ويصير ذلك مستحقاً للمساكين يدفع إليهم بالأجرة، ولو أخرج الرطب في الحال لم يجز؛ لما روي عن عتاب بن أسيد أن النبي ﷺ قال: «فِي زَكَاةِ الْكَزْمِ أَنَّهَا تُخْرَصُ كَمَا تُخْرَصُ النَّخْلُ، ثُمَّ تُؤَدَّى زَكَاتُهُ زَبِيباً كَمَا تُؤَدَّى زَكَاةُ الرُّطْبِ ثَمراً»<sup>(٢)</sup>.

ولأن المُقَاسِمَةَ يبيع على الصَّحِيح وبيع الرطب بالرطب لا يجوز، فلو أخذ الساعي الرطب لم يقع الموقع، ووجب الرد إن كان باقياً، وإن كان تالفاً فوجهان الذي نص عليه وقاله الأكثرون أنه ترد القيمة.

والثاني: أنه يرد المثل، والخلاف مبني على أن الرطب والعَبب مثليتان أم لا، وقد

(١) وفي الاستذكار قال أبو إسحاق: إذا قال المشتري أقطعها وضمن زكاتها فإن أمكن خرصه في الحال وكان المشتري موضع ضمان فعل ذلك رضي البالغ أو لا وإن أبى أن يضمن ويقطع فلا يجبر وقيل: يحتمل أن يجبر.

(٢) أخرجه أبو داود (١٦٠٣)، والترمذي (٦٤٤) وقال: حسن غريب وابن ماجه (١٨١٩)، والدارقطني (١٣٢/٢ - ١٣٣ - ١٣٤) وابن حبان ذكره الهيثمي في الوارد (٧٩٩ - ٨٠٠).

ذكر الخلاف فيه في الكتاب في «باب الغصب» وجعل الأظهر أنهما مثليان، فمن قال به حمل النص على ما إذا لم يوجد المثل<sup>(١)</sup>.

ولو جف عند الساعي نظر إن كان قدر الزكاة أجراً وإلا رد التفاوت أو أخذ، هكذا قال العراقيون، والأولى وجه آخر ذكره القاضي ابن كنج وهو أنه لا يجزى بحال لفساد القبض من أصله. وقوله في الكتاب: «فلو أخذ الرطب في الحال كان بدلاً» أراد به أنه لا يقع الموقع؛ لأن البدل لا يجزى في الزكاة إلا إذا فرضت ضرورة. واعلم أن ما ذكرناه أصلاً وشرحاً في أخذ الرطب مما يجيء منه التمر والزبيب، فإن لم يكن كذلك فسيأتي.

قال الغزالي: **وَيُسْتَحَبُّ (ح) أَنْ يُخْرَصَ عَلَيْهِ فَيَعْرِفَ مَا يَزِجُ إِلَيْهِ تَمْرًا، وَيَدْخُلُ فِي الْخَرْصِ جَمِيعُ النَّخِيلِ، وَلَا يَتْرَكَ بَعْضَهُ (و) لِمَالِكِ النَّخِيلِ، وَهَلْ يَكْفِي خَارِصٌ وَاحِدٌ كَالْحَاكِمِ أَوْ لَا بُدَّ مِنْ اثْنَيْنِ كَالشَّاهِدِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ.**

قال الرافعي: الأصل في الخرص ما روينا من حديث عتاب بن أسيد<sup>(٢)</sup>. وروي أيضاً أن النبي ﷺ «خَرَصَ حَدِيقَةَ امْرَأَةٍ بِنَفْسِهِ»<sup>(٣)</sup>. وإنما يكون ذلك في الشمار دون الزروع؛ لأنه لا يمكن الوقوف عليها لاستتارها، وأيضاً فإن الزروع لا تؤكل في حال الرطوبة والشمار تؤكل، فيحتاج المالك إلى أن يخرص عليه، ويمكن من التصرف فيها ووقته بدو الصلاح. لما روي عن عائشة - رضي الله عنها - قالت: «كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَتَعَثُّ عَبْدَ اللَّهِ بْنِ زَوَاحَةَ خَارِصًا أَوَّلَ مَا تَطِيبُ الثَّمَرَةُ»<sup>(٤)</sup>.

وكيفيته أن يطوف بالنخلة ويرى جميع عناقيدها ويقول: خرصها كذا رطباً، ويجيء منه من التمر كذا، ثم يأتي نخلة أخرى فيفعل بها مثل ذلك إلى أن يأتي على جميع ما في الحديقة، ولا يقتصر على رؤية البعض وقياس الباقي عليه؛ لأنها تتفاوت، وإنما يخرص كل نخلة رطباً ثم تمرأ؛ لأن الأزطاب تتفاوت فمنها: ما يكون أكثر نماء وأقل تمرأ، ومنها ما يكون بخلاف ذلك، فإن اتحد النوع جاز أن يخرص الجميع رطباً ثم تمرأ، وفي الفصل بعد هذا مسألتان:

(١) الخلاف مبني على أن الرطب مثلي أو يتقوم وسيأتي في الغصب أنه مثلي، فإن من قال به قال النص محمول على فقد المثل [ويؤيده قول الإمام فإن فسد في يد المتصدق فالمتصدق ضامن مثله لصاحبه أو قيمته إن لم يوجد له مثل وأسقط من الروضة هذه المقالة في تأويل النص].

(٢) تقدم.

(٣) أخرجه البخاري (١٤٨١، ١٨٧٢، ٣١٦١، ٣٧٩١) (٣٤٢٢)، ومسلم (١٣٩٢).

(٤) تقدم.

إحدهما: هل تدخل التخيل كلها في الخرص؟ الصحيح المشهور إدخال الكل لإطلاق النصوص المقتضية لوجوب العشر. وعن صاحب «التقريب» أن للشافعي - رضي الله عنه - قولاً في القديم أنه يترك للمالك نخلة أو نخلات يأكل منها أهله، ويختلف ذلك باختلاف حال الرجل في قلة عياله وكثرتهم<sup>(١)</sup>. قال: وذلك في مقابلة قيامه بتربية الثمار إلى الجذاذ وتعبه في التَّجْفِيف. وقد يحتج له بما روي أن النبي ﷺ قال: «إِذَا خَرَصْتُمْ فَاتْرَكُوا لَهُمُ الثَّلْثَ، فَإِنْ لَمْ تَتْرَكُوا الثَّلْثَ، فَاتْرَكُوا لَهُمُ الرَّبْعَ»<sup>(٢)</sup>.

ومن قال بالصحيح قال: إما مؤنة الجذاذ والتَّجْفِيف فهي من خالص مال المالك، وكذا مؤنة التَّنْقِيَةِ في الحُبُوب لما سبق أن المستحق لهم هو اليباس، وأما الخبير فهو محمول على ترك البعض لرب المال عند أخذ الزكاة ليفرقه بنفسه على أقاربه وجيرانه، أي: لا يؤخذ بدفع جميع ما خرص عليه أولاً.

الثانية: هل يكفي خارص واحد أم لا بد من اثنين؟ فيه طريقتان:

أظهرهما: أن المسألة على قولين:

أحدهما: أنه لا بد من اثنين؛ لأن الخرص تقدير للمال فأشبهه التقويم.

وأصحهما وبه قال أحمد: أنه يكفي واحد؛ لأنه يجتهد ويعمل على حسب اجتهاده، فهو كالحاكم، وقد روي أن النبي ﷺ «بَعَثَ عبد الله بنَ رِوَاخَةَ خَارِصاً»<sup>(٣)</sup>، وروي «أَنَّهُ بَعَثَ مَعَهُ غَيْرَهُ»<sup>(٤)</sup>. فيجوز أن يكون ذلك في دفعتين، ويجوز أن يكون المبعوث معه معيناً أو كاتباً. وحكى القاضي ابن كج وغيره قولاً ثالثاً: وهو إن كان الخرص على صبي أو مَجْنُونٍ أو غائب فلا بد من اثنين وإلا كفى واحداً.

والطريق الثاني وبه قال ابن سريج والإصطخري: القطع بأنه يكفي خارص واحد، وسواء اكتفينا بواحد أو اعتبرنا اثنين فلا بد من أن يكون الخارص مسلماً عدلاً عالماً بالخرص، وهل تعتبر الذكورة والحرية؟

(١) قال النووي: [هذا القديم، نص عليه أيضاً في «البيوطي» ونقله البيهقي عن نصه في «البيوطي» والبيوع والقديم].

فرج: هل يكفي أن يكون خارص، أم لا بد من خارصين؟ فيه.

(٢) أخرجه أبو داود (١٦٠٥)، والترمذي (٦٤٣)، والنسائي (٤٢/٥)، والحاكم (٤٠٢/١ - ٤٠٣)، وذكره الهيثمي في الموارد (٧٩٨) وقال الترمذي: العمل عليه عند أكثر أهل العلم، وله شاهد عند البخاري ومسلم.

(٣) تقدم.

(٤) قال الحافظ ابن حجر في التلخيص (١٧٢/٢): لم أقف على هذه الرواية.

قال في «العدة»: إن اكتفينا بواحد فيعتبران، وإن قلنا: لا بد من اثنين جاز أن يكون أحدهما عبداً أو امرأة، وعن الشاشي حكاية وجهين في اعتبار الذكورة مطلقاً، ولك أن تقول: إن اكتفينا بواحد فسيبيله سبيل الحكم فينبغي أن تعتبر الحرية والذكورة، وإن اعتبرنا اثنين فسيبيله سبيل الشهادات، فينبغي أن تعتبر الحرية أيضاً، وأن تعتبر الذكورة في أحدهما، وتقام امرأتان مقام الثاني. وأما لفظ الكتاب فقوله: «ويستحب أن يخرص عليه» يجوز أن يُعَلَّم بالحاء؛ لأن عند أبي حنيفة - رحمه الله - في الخِزَص رويتان: إحداهما: أنه لا يجوز أصلاً.

والثانية: أنه لا يتعلق به التضمين كما هو أحد قولينا، ويجوز إعلامه بالواو أيضاً؛ لأن صاحب «البيان» ذكر أن الصيمري حكى وجهاً أن الخِزَص واجب. وقوله: «فيعرف ما يرجع إليه تمراً» تمثيل لا تخصيص، فإن الكرم أيضاً يخرص فيعرف ما يرجع إليه زبيياً. وقوله: «ولا يترك بعضه لمالك النخيل» مُعَلَّم بالواو؛ لما رواه صاحب «التقريب» وبالألف؛ لأن عند أحمد لا يحسب عليه ما يأكله بالمعروف ولا يطعم جاره وصديقه. وقوله: قبله ويدخل في الخِزَص جميع النخيل لو اقتصر عليه ولم يذكر «ولا يترك بعضه، لمالك النخيل» لكان بسبيل منه. وقوله: «أو لا بُدُّ من اثنين»، يجوز إعلامه بالألف لما سبق. وقوله: «قولان» بالواو للطريقة القاطعة بالاكْتِفَاء بواحد.

قال الغزالي: وَمَهْمَا تَلَفَ بِأَفَةِ سَمَاوِيَةٍ فَلَا ضَمَانَ عَلَى الْمَالِكِ لِفَوَاتِ الْإِمْكَانِ، وَلَوْ كَانَ يَأْتِلَانِهِ غَرْمٌ قِيمَةَ عَشْرِ الرُّطْبِ عَلَى قَوْلِنَا: إِنَّ الْخِرْصَ عِبْرَةٌ، أَوْ قِيمَةَ عَشْرِ التَّمْرِ عَلَى قَوْلِنَا: إِنَّهُ تَضْمِينٌ، ثُمَّ إِذَا ضَمَّنَاهُ التَّمْرَ نَفَذَ تَصْرُفُهُ فِي الْجَمِيعِ، وَإِنْ لَمْ نُضْمَنْهُ نَفَذَ فِي الْأَعْشَارِ التَّسْعَةِ وَلَمْ يَنْفَذْ فِي الْعَشْرِ إِلَّا إِذَا قُلْنَا: الزُّكَاةُ لَا تَتَعَلَّقُ بِالْعَيْنِ.

قال الرافعي: حكى الأئمة قولين في أن الخِزَص عبرة، أو تضمين.

أحدهما: أنه عبرة أي هو لاعتبار المقدار، ولا يصير حق المساكين بجريانه في ذمة رب المال بل يبقى على ما كان؛ لأنه ظَنٌّ وَتَخْمِينٌ فلا يؤثر في نقل الحق إلى الذمة.

وأصحهما: أنه تضمين أي: حق المساكين ينقطع به عن عين الثمرة وينتقل إلى ذمة رب المال<sup>(١)</sup>، لأن الخِزَص يسلطه على التصرف في الجميع على ما سيأتي وذلك

(١) يستثنى من هذا ما لو أتلف المشتري الثمار قبل بدو الصلاح. ذكره القاضي حسين فقال: عندي لا يجوز التصرف في تسعة أعشاره لأن المال المشترك لا يجوز لأحد الشريكين التصرف فيه دون إذن صاحبه. واعلم أنا إذا قلنا تضمين فلا يختص بمن تجب عليه الزكاة حتى أن الساعي في وقتنا لو جاء إلى غيره من ذمي ومسلم فخرصا وضمن الزكاة الواجبة على المسلم =

يدل على انقطاع حقهم عنها، ولم أر نقل الخلاف في هذا الأصل هكذا إلا لأصحاب القفال ومن تابعهم، وإن تعرضوا لإثاره، وجعله القاضي ابن كج وجهين لابن سريج، وذكر أن أبا الحسين قال بالثاني، وإن قلنا: الخرص عبارة فلو ضمن الخارص المالك حق المساكين صريحاً وقبله المالك كان لغواً ويبقى حقهم على ما كان، وقد فسر الإمام قولنا: إنه عبارة بأنه يفيد الإطلاع على المقدار ظناً وحساباً ولا يغير حكماً، وذكر صاحب الكتاب مثله في «الوسيط»، وليس الأمر فيه على هذا الإطلاق؛ لأنه يفيد جواز التصرف على ما سيأتي، ولو أتلف رب المال الثمار أخذت الزكاة منه بحسب ما خرص عليه، ولولا الخرص لكان القول قوله في ذلك، وإن قلنا: إنه تضمنين، فهل يقول نفس الخرص تضمنين أو لا بد من تصريح الخارص بذلك؟ نقل الإمام فيه وجهين.

قال: والذي أراه أنه يكفي تضمنين الخارص إن اعتبرناه، ولا حاجة إلى قبول المخروص عليه وما عليه الاعتماد، وأورده المعظم أنه لا بد من التصريح بالتضمنين وقبول المخرّوص عليه، فإن لم يضمه الخارص أو لم يقبله المخرّوص عليه بقي حق المساكين على ما كان. وهل يقوم وقت الخرص مقام الخرص؟ ذكروا فيه وجهين أيضاً<sup>(١)</sup>، وجه قولنا: نعم، أن العشر لا يجب إلا تماًراً، والخرص يظهر المقدار لا أنه يلزم بنفسه شيئاً، وينبغي أن يرتب هذا على المسألة الأولى، إن قلنا: لا بد من التصريح بالتضمنين لم يقم وقت الخرص مقامه بحال، وإن أغنينا عنه فحينئذ فيه الخلاف.

وقوله في الكتاب: «على قولنا: إنه تضمنين» يجوز أن يُعَلَّم بالحاء، لما ذكرنا من الرواية الثانية عن أبي حنيفة - رحمه الله - في الفصل قبل هذا. إذا تقرر هذا الأصل ففيه ثلاث مسائل:

إحداها: لو أصابت الثمار آفة سماوية أو سرقة إما من الشجرة أو من الجرين قبل الجفاف نظر إن أصابت الكل فلا شيء عليه لفوات الإمكان وهذه الحالة هي المرادة في الكتاب، ولا يخفى أن الفرض فيما إذا لم يكن منه تقصير. فأما إذا أمكن الدفع فأخر أو وضعها في غير الحرز ضمن.

قال الإمام: وكان يجوز أن يقال تفریباً على أن الخرص تضمنين: أن الضمان يلزم بكل حال ويلزم بالخرص ذمته التمر إلزام قرار، لكن قطع الأصحاب بخلافه، وإن تلف

من اليهودي جاز ذلك وضمن عبد الله بن رواحة اليهود الزكاة الواجبة على الغانمين وهذا الحكم. ودليله ذكره الشيخ أبو حامد في تعليقه والماوردي في الحاوي وغيرهما. وقال الماوردي: إلا أن يكون رب المال مما لا يصح ضمانه لصغر أو جنون أو سفه فلا يجوز تضمينه إلا أن يضمها وليه. (قاله الزركشي).

(١) الأصح لا قوم.



بعض الثمار دون بعض فإن كان الباقي نصاباً زكاة، وإن كان أقل من نصاب فينبى على أن الإمكان شرط الوجوب أو الضمان إن قلنا بالأول فلا شيء عليه، وإن قلنا بالثاني فعليه حصة الباقي.

الثانية: لو أتلف المالك الثمرة أو أكلها، نظر إن كان قبل بُدُو الصّلاح فلا زكاة عليه، لكنه مكروه إن قصد الفرار من الزكاة وإن قصد الأكل أو التخفيف عن الشجرة أو غرضاً آخر فلا كراهة، وإن كان بعد بدو الصّلاح ضمن للمساكين ثم له حالتان:

إحدهما وهي المقصودة في الكتاب: أن يكون ذلك بعد الخرص، فإن قلنا: الخرص عبءة فيضمن لهم قيمة عشر الرطب أو عشر الرطب فيه وجهان: مبنيان على أن الرطب مثلى أو متقوم، والذي أجاب به الأكثرون إيجاب القيمة، وهو المذكور في الكتاب، لكن الثاني هو المطابق لقوله في «الغصب» والأظهر أن الرطب والعنب مثلي، وبه أجاب في «الوسيط»، وإن قلنا: الخرص تضمنين غرم للمساكين عشر الثمر، فإن ذلك قد ثبت في ذمته بالخرص على التفصيل الذي سبق. إذا عرفت ذلك قوله: «غرم قيمة عشر الرطب» بالواو، واعلم أن الصواب في عبارة الكتاب على القول الثاني أو عشر التمر على قولنا إنه تضمنين، وفي أكثر النسخ أو قيمة عشر التمر وهو غلط.

والحالة الثانية: أن يكون الأكل والإتلاف<sup>(١)</sup> قبل الخرص فيتقرر عليه، والواجب عليه ضمان الرطب<sup>(٢)</sup>، إن قلنا: لو جرى الخرص كان عبءة، وإن قلنا: لو جرى لكان تضميناً فوجهان حكاهما الصيدلاني.

أصحهما: أن الواجب عليه ضمان الرطب أيضاً؛ لأن قبل الخرص لا يصير الثمر في ذمته.

والثاني: عليه عشر التمر؛ لأن الزكاة قد وجبت يبدو الصّلاح، وإذا أتلف فهو الذي منع الخرص فصار كما لو أتلفه بعد الخرص. وحكى القاضي ابن كنج وجهاً آخر عن أبي إسحاق وابن أبي هريرة في هذه الحالة: أنه يضمن أكثر الأمرين من عشر التمر أو قيمة عشر الرطب. واعلم أن الحالتين جميعاً مفروضتان في الرطب الذي يجيء منه التمر، والعنب الذي يجيء منه الزبيب، فإن لم يكن كذلك فالواجب في الحالتين ضمان الرطب بلا خلاف.

(١) يتصور عليه إن كان عالماً، وصورة المسألة: أن يكون بعد دخول وقت الخرص كما فرضه الإمام.

(٢) وعبرة ابن الرفعة يضمن عشر قيمة الرطب. وعبرة النهاية قيمة عشر الرطب. قال ابن الرفعة: ويعبر عن هذين الوجهين بأن وقت الخرص هل يقوم مقام الخرص فيه وجهان.

ولك أن تقول ينبغي أن يكون الواجب في الرطب الذي يجيء منه التمر ضَمَان التمر مطلقاً، وإن فرعنا على قول العبرة؛ لأن الواجب عليه يبدو الصلاح التمر ألا تراه قال في الكتاب: «عند بود الصلاح ينعقد سبب وجوب إخراج التمر» فإذا وجب لهم التمر فلم يصرف إليهم الرطب أو قيمته غايته أن الواجب متعلق به، لكن إثلاف متعلق الحق لا يقتضي انقطاع الحق، وانتقاله إلى غرامة المتعلق، ألا ترى أنه لو ملك خمساً من الإبل وأتلفها بعد الحول يلزمه للمساكين شاة دون قيمة الإبل؟ نعم لو قيل: يضمن الرطب ليكون مَرهُوناً بالتمر الواجب إلى أن يخرج منه كان ذلك مناسباً، لقولنا: إن الزكاة تتعلق بالمال تعلق الدين بالرهن.

**المسألة الثالثة:** في تصرف المالك فيما خرص عليه بالبيع والأكل وغيرهما، وهو مبني على قولي التضمين والعبرة، فإن قلنا بالتضمين فله التصرف في الكل بيعاً وأكلاً، وقد روي أن النبي ﷺ قال في آخر خبر عتاب: «ثُمَّ يُخَلِّي بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَهْلِهِ»<sup>(١)</sup>.

وكان من مقاصد الخرص وفوائده التمكين من التصرف شرع ذلك لما في الحجر على أصحاب الثمار إلى وقت الجفاف من الحرج العظيم، وإن قلنا بالعبرة فقد ذكر الأئمة أن تصرفه في قدر الزكاة مبني على الخلاف في تعلق الزكاة بالعين أو بالذمة كما سبق، وأما فيما عدا قدر الزكاة فينفذ. حكى الإمام قطع الأصحاب<sup>(٢)</sup> به ووجهه بأن أزياب الثمار يتحملون مؤنة تربيتها إلى الجفاف، فجعل تمكينهم من التصرف في الأعشار التسعة في مقابلة ذلك بخلاف المواشي حيث ذكرنا في التصرف فيما وراء قدر الزكاة منها خلافاً، وإن بقي قدر الزكاة وحجة الإسلام تابعه على دعوى القطع في «الوسيط»، لكنك إذا راجعت كتب أصحابنا العراقيين الفتيهم يقولون: لا يجوز ألبين ولا سائر التصرفات في شيء مكن الثمار في ذمته بالخرص، فإن أرادوا بذلك نفي الإباحة ولم يحكموا بالفساد فذلك، وإلا فدعوى القطع غير مسلمة والله أعلم.

وكيف ما كان ظاهر المذهب نفوذ التصرف في الأعشار التسعة، سواء أفردت

(١) قال الحافظ ابن حجر في التلخيص (١٧١/٢): لم أقف على هذه الزيادة.

(٢) ولا معنى لهذا التردد، فإن كتب العراقيين مصرحة بأنه إذا لم يضمن كانت في يده أمانة ولا يجوز له التصرف في شيء منه، توجه إلى أن يجف ويخرج زكاته منهم الشيخ أبو حامد في تعليقه والماوردي وابن الصباغ والدارمي والجرجاني في الشافي وصرح بأن ذلك على القولين، وإنما منع من التصرف لأن الزكاة إن كانت في الذمة فالعين مرهونة ولا يجوز التصرف في الرهن يعني برضى المرتهن، وإن كانت في العين فقد استحق الفقراء منها، ولا يجوز التصرف في الملك المشترك بغير رضى الشريك، وصرح به من المراوزة القاضي الحسين أيضاً وابن الرفعة، وجعل الإمام والغزالي عليه الجواز أيضاً المنع إلى امتناع الناس من الرطب والعنب نعم ذاك صحيح إن قلنا أن الخرص يضمن على الصحيح.

بالتَّصَرُّفِ أو وُردت بالتَّصَرُّفِ عَلَى الكُلِّ؛ لأننا وإنَّ حَكَمْنَا بِالفَسَادِ فِي قَدْرِ العُشْرِ فلا نَعُدُّهُ إِلَى الباقِي عَلَى ما سَيَأْتِي فِي باب تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ، فَهَذَا حَكْمُ التَّصَرُّفِ بَعْدَ الخِرْصِ، وَأما قَبْلَهُ فَقَدْ قال فِي «التَّهْذِيبِ»: لا يَجُوزُ أَنْ يَأْكُلَ شَيْئاً ولا أَنْ يَصْرِفَ فِي شَيْءٍ، فَإِنَّ لِمِ بَيْعِ الحَاكِمِ خَارِصاً، أو لِمِ يَكُنْ حَاكِمَ تَحَاكِمَ إِلَى عَدْلَيْنِ يَخْرِصَا عَلَيْهِ.

واعلم أن مَنْ أجادَ النَظَرَ فِي قَوْلِي العِبْرَةَ والتَّضَمِينَ وتَأَمَّلْ ما قِيلَ فِيهِمَا تَفْسِيراً وتَوَجَّيْها ظَهَرَ لَهُ أَنَّهُما مَبْنِيانِ عَلَى تَعَلُّقِ الزَّكَاةِ بِالْعَيْنِ، فأما إِذا عَلقَناها بِالذِّمَّةِ فَكَيْفَ نَقولُ بِالخِرْصِ يَنْقَطِعُ حَقُّهُمَ عَنِ العَيْنِ وَيَتَعَلَّقُ بِالذِّمَّةِ وَكانَ قَبْلَهُ كَذَلِكَ.

وقوله فِي الكِتابِ: «ولم ينفذ فِي العِشْرِ» يَجُوزُ إِعْلَامُهُ بِالواوِ، لأننا وَإِنْ عَلقَنا الزَّكَاةَ بِالْعَيْنِ فَقَدْ يَنْفِذُ التَّصَرُّفُ عَلَى بَعْضِ الأَقْوالِ عَلَى ما بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلِ.

قال الغزالي: وَمَهْمَا أَدْعَى المَالِكُ جَائِحَةً مُمَكِّنَةً صُدَّقَ بِبَيْمِينِهِ، وَإِنْ أَدْعَى خَلَطَ الخَارِصِ صُدَّقَ أَيْضاً إِلا إِذَا أَدْعَى قَدْرًا لا يُمَكِّنُ الخَلَطُ فِيهِ أو أَدْعَى كَذِبَهُ قُضِدَا.

قال الرافعي: إِذا أَدْعَى المَالِكُ هَلاكَ الثَّمَارِ المَخْرُوصَةِ عَلَيْهِ أو هَلاكَ بَعْضِها، نَظَرَ إِنا أَسَنَدَهُ إِلَى سَبَبِ يَكْذِبِهِ الحَسِّ<sup>(١)</sup> فِيهِ كما لو قال: هَلَكَ بِحَرِيقٍ وَقَعَ فِي الجَرِينِ، وَنَحْنُ نَعْلَمُ أَنَّهُ لَمْ يَقَعْ فِي الجَرِينِ حَرِيقٌ أَصْلاً، قال: فلا يَبالِي بِكلامِهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ، نَظَرَ إِنا أَسَنَدَهُ إِلَى سَبَبِ خَفِيِّ كَالسَّرِقَةِ فلا يَكْلِفُ بِالْبَيِّنَةِ عَلَيْهِ وَيَقْبَلُ قَوْلَهُ مَعَ الِيمِينِ. وَهل هِيَ واجِبَةٌ أو مُسْتَحِبَّةٌ؟ فِيهِ وَجْهان: قال فِي «العِدَّةِ» وَغَيرِهِ: أَصْحَبُها الثَّانِي، وَإنا أَسَنَدَ إِلى سَبَبِ ظاهِرِ كَالنَّهْبِ وَالبَرْدِ وَالجَرَادِ وَنَزولِ العَسْكَرِ، فَإِنْ عَرَفَ وَقُوعَ هَذَا السَّبَبِ وَعَمومَ أَثرَهُ صَدَّقَ وَلا حَاجَةَ إِلى الِيمِينِ، فَإِنْ أَتَّهَمَ فِي هَلاكِ ثَمارِهِ بِذَلِكَ السَّبَبِ حَلَفَ وَإِنْ لَمْ يَعْرِفْ وَقُوعَهُ فَوَجَّهَانَ:

(١) وطرق الحس خمسة:

السمع: وهو قوة مودعة في العصب المفروش في مقعر الصماخ يدرك بها الأصوات بطريق وصول الهواء المتكيف بكيفية الصوت إلى الصماخ ويخلق الله - تعالى - الإدراك في النفس. والبصر: وهي قوة مودعة في العينين المجوفتين اللتين تتلاقيان في الدماغ والأشكال والمقادير والحركات والحسن والقبح وغير ذلك مما يخلق الله - تعالى - إدراكها في النفس. الشم: وهي قوة مودعة في الزنتتين الناتنتين من مقدم الدماغ يدرك بها الروائح بطريق وصول الهواء المتكيف ذي الرائحة إلى الخيشوم. الذوق: وهو قوة منبثة في العصب المفروش على جرم اللسان يدرك بها الطعوم بمخالطة الرطوبة اللعابية.

اللمس وهو قوة منبثة في جميع البدن يدرك بها الحرارة والبرودة والرطوبة عند التماس والاتصال به.

وهذه الحواس من أسباب العلم للمخلوق. (العقائد النسفية ص ٧).

أظهرهما الذي ذكره المعظم: أنه يطالب بالبينة عليه لامكانها ثم القول في حصول الهلاك بذلك السبب قوله مع اليمين.

والثاني عن الشيخ أبي محمد: أن القول قوله مع اليمين ولا يكلف البينة؛ لأنه مؤتمن شرعاً فيصدق في الممكن الذي يدعيه كالمودع إذا ادعى الرد، ورأيت في كلام الشيخ أن هذا إذا لم يكن ثقة، فإذا كان ثقة فيغني عن اليمين أيضاً، وما في الكتاب جواب على الوجه الثاني، فإنه جعل القول قوله مع اليمين ولم يشرط إلا الإمكان فيجب إعلامه بالواو. وحيث قلنا: يحلف ففي كون اليمين واجبة أو مستحبة ما سبق من الوجهين هذا كله إذا أسند الهلاك إلى سبب فإن اقتصر على دعوى الهلاك، فالمفهوم من كلام الأصحاب بقوله مع اليمين حملاً على وجه يغني عن البينة<sup>(١)</sup>.

وإن ادعى المالك إجحافاً في الخرص، فإن زعم أن الخارص تعمد ذلك لم يلتفت إلى قوله - كما لو ادعى الميل على الحاكيم، والكذب على الشاهد لا يقبل إلا ببينة<sup>(٢)</sup>، وإن ادعى أنه غلط فإن لم يبين المقدار لم تسمع أيضاً، ذكره في «التهذيب»، وإن بين فإن كان قدراً يحتمل في مثله الغلط كخمسة أوسق في مائة قُبل، فإن اتهم حلف وخط، وهذا إذا كان المدعى فوق ما يقع، أما لو ادعى بعد الكيل غلطاً سيراً في الخرص قدر ما يقع بين الكيلين فهل يحط؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، لاحتمال أن الثفصان وقع في الكيل، ولعله بقي إذا كيل ثانياً، وصار كما لو اشترى جنطة مكايلةً وباعها مكايلةً فانتقض بقدر ما يقع بين الكيلين لا يرجع على الأول؛ لأنه كما يجوز أن يكون ذلك لنقصان في الكيل الأول يجوز أن يكون لزيادة في الثاني.

وأصحهما: نعم، لأن الكيل يقين والخرص تخمين وظن فالإحالة عليه أولى<sup>(٣)</sup>، وإن ادعى نقصاناً فاحشاً لا يجوز لأهل النظر الغلط بمثله فلا يقبل. قوله: في حط ذلك القدر، وهل يحط القدر المحتمل؟ فيه وجهان:

(١) وفيما قاله نظر، فإن مطلق الهلاك لا يقتضي سقوط الزكاة كالأكل والتفريط في الحفظ لتصدق الهلاك ولا يسقط الزكاة، فينبغي أن لا يكتفي في السقوط باقتضاره على دعوى الهلاك، ولا يحلف عليه وإن أضاف إليه دعوى سقط الزكاة فينظر إن كان فقيهاً موافقاً في المذهب سقطت وإلا وجبت بيان السبب لاحتمال اعتقاده ما ليس مسقطاً مسقطاً.

(٢) قال في الخادم: وكذا جزم به هنا وحكى في الأفضية عن الشيخ أبي حامد أن قياس المذهب التحليف في الكل كسائر الأمانة إذا ادعت عليهم الخيانة.

(٣) قال من زيادته: هذا أقوى وصحح إمام الحرمين الأول وصححه هو الموجود في عدة نسخ من الرافعي وصحح الإمام الثاني، ولعل الشيخ أراد أن يكتب الثاني فكتب الأول.

أحدهما: لا، لأنه ادعى مُحالاً في العادة فالظاهر كذبه.

وأصحهما: نعم، وبه قال الفقهاء استنباطاً مما إذا ادعت ذات الإفراء انقضاء عدتها قبل زمان الإمكان وكذبناها فأصرت على دعواها حتى جاء زمان الإمكان فإننا نحكم بانقضاء عدتها عند أول زمان الإمكان. وقوله في الكتاب: «وَأَدْعَى كَذِبَهُ قَصْداً» معطوف على قوله: «إلا إذا ادعى قدراً لا يمكن الغلط فيه» وهو مستثنى من دعوى الغلط، لكن استثناء الكذب قصداً من الغلط لا يكاد ينتظم فليؤوّل والله أعلم.

قال الغزالي: وَمَهْمَا أَصَابَ النَّخِيلَ عَطَشٌ يَضُرُّ بِإِنْقَاءِ الثَّمَارِ جَازَ لِلْمَالِكِ قَطْعُهُ لِأَنَّ فِي إِنْقَاءِ النَّخِيلِ مَنَفَعَةً لِلْمَسَاكِينِ ثُمَّ يُسَلَّمُ إِلَى الْمَسْكِينِ عَشْرُ الرُّطْبِ إِذَا قُلْنَا: الْقِسْمَةُ إِفْرَازٌ حَقٌّ أَوْ ثَمَنَةٌ إِذَا مَتَعْنَاهُ الْقِسْمَةَ، وَقِيلَ: يَتَخَيَّرُ إِذْ لَا يَبْعُدُ جَوَازُ الْقِسْمَةِ لِلْحَاجَةِ كَمَا لَا يَبْعُدُ أَخْذُ الْبَدَلِ لِلْحَاجَةِ فَلَيْسَ أَحَدُهُمَا بِأَوْلَى مِنَ الْآخَرِ.

قال الرافعي: إذا أصاب النخيل عطش، تركت الثمار عليها إلى وقت الجذاذ لأضرت بها لامتناسها ماءها جاز قطع ما يندفع به الضرر إما كلها أو بعضها؛ لأن إبقاء النخيل أنفع للمالك والمساكين من إبقاء ثمرة العام الواحد وهل يستقل المالك بقطعها أو يحتاج إلى استئذان الإمام والساعي؟

ذكر الصيّدلاني وصاحب «التهذيب» وطائفة: أنه يستحب الاستئذان، وقضيته جواز الاستقلال، وذكر آخرون: أنه ليس له الاستقلال، ولو قطع من غير استئذان عزر إن كان عالماً<sup>(١)</sup>، ويجوز أن يكون هذا الخلاف مبنياً على الخلاف في وجه تعلق الزكاة. إذا عرفت ذلك فلو أعلم الساعي به قبل القطع وأراد المقاسمة بأن يخرص الثمار ويعين حق المساكين في نخله، أو نخلات بأعيانها، فقد حكوا في جوازه قولين منصوصين، وقالوا: أهما مبنيان على أن القسمة إفراز حق أو بيع؟

إن قلنا: إفراز فيجوز للساعي أن يبيع نصيب المساكين من المالك أو غيره، وأن يقطع ويفرق بينهم يفعل ما فيه الحظ لهم، وإن قلنا: إنه يبيع فلا يجوز، وعلى هذا الخلاف يخرج القسمة بعد قطعها، فإن جعلناها إفرازاً فيجوز، وإن جعلناها بيعاً فقد ذكر الإمام أن قسمتها تخرج على بيع الرطب الذي لا يتتّمر بمثله وفيه خلاف يذكر في البيع، فإن جاز جازت القسمة بالكيل وإن لم يجز ففيه وجهان:

أحدهما: أن مقاسمته للساعي جائزة أيضاً؛ لأنها ليست بمعاوضة وإنما هي استيفاء حق، فلا يراعى فيه تعبدات الرّبا، وأيضاً فإنها وإن كانت بيعاً فإن الحاجة ماسة إلى تجويزها

(١) وهذا أصح، وبه قطع العراقيون والسرخسي.

فتستثنى عن البياعات الصريحة، ويحكي هذا الوجه عن أبي إسحاق وأبن أبي هريرة.  
وأصحهما: عند القاضي أبي الطَّيِّب وابن الصَّبَّاح والأكثرين: أنها غير جائزة؛ لأننا  
نفرع على أن القِسْمة بيع وبيع الرطب بالرطب لا يجوز، وعلى هذا فالمفروض طريقان:  
أحدهما: أخذ قيمة العشر من الثَّمَار المقطوعة، وهي إن كَانَتْ بدلاً لكن جوز  
بعضهم أخذها للحاجة على ما سبق نظيره فيما إذا وجب شقص من حيوان.

والثاني: أين يسلم عَشْرها مشاعاً إلى السَّاعي لتعيين حق المساكين فيه،  
وطريق تسليم المشاع تسليم الكل، فإذا جرى ذلك فللساعي أن يبيع نصيب  
المساكين من رَبِّ المال أو غيره أو يبيع مع رب المال الجميع ويقتسما الثمن، ولا  
خلاف في أن هذا الطَّرِيق جائز وهو متعين عند من لم يجوز القِسْمة وأخذ القيمة،  
وخير بعض الأَصْحَاب السَّاعي بين القِسْمة وأخذ القيمة، وقال: كل منهما على  
خلاف القاعدة الممهَّدة، ولا بد من مخالفتها في أحدهما بسبب الحاجة، فيفعل ما  
فيه الحظ للمساكين، هذا بيان الخلاف في المسألة، وقد اختلفوا بحسبه في تفسير  
نصه في «المختصر»، ويؤخذ منه ثمن عَشْرها أو عَشْرها مقطوعة، فمن جَوَّز القِسْمة  
وأخذ القيمة جَمِيعاً حمل اللَّفْظ على ظاهر التَّخيير، وقال: أراد بالثمن القيمة ومن  
لم يجوزهما قال: هذا تعليق قول بناء على أن القِسْمة إفراف أو بيع، فإن قلنا بالأول  
أخذ عَشْرها وإن قلنا بالثَّاني بيع الكل على ما قَدَّمنا واقتسما الثمن أو باع نصيب  
المَسَاكِين من رَبِّ المَال بعد القَبْض وأخذ الثمن.

وقوله في الكتاب: «أو ثمنه إذا منعناه القِسْمة» أي إذا جعلناها بيعاً فإنها حينئذ  
تمتنع في الرطب وهو جواب على جواز أخذ القيمة، فيجوز أن يُعَلِّم بالواو للوجه  
الدَّاهِب إلى امتناعه، وإيراد «التهديب» يقتضي ترجيح ذلك الوجه، وكان يجوز تأويل  
قوله: «أو ثمنه» على تقدير البيع كما ذكروا في نَصِّ الشَّافِعِي - رضي الله عنه - إلا أنه  
صرح بما ذكرنا في «الوسيط». واعلم: أن ما ذكرناه من الخلاف والتَّقْسِيم في إخراج  
الواجب يجري بعينه في إخراج الواجب، وعن الرطب الذي لا يتتمر والعنب الذي لا  
يَتَزَيَّب، وفي المسألتين مستدرك حسن لإمام الحرمين - رحمه الله - قال: إنما يثور  
الإشكال على قولنا: إن المسكين شريك في النصاب بقدر الزكاة، وحينئذ ينتظم  
التَّخْرِيج على القولين في القسم، فأما إذا لم نجعله شريكاً، فليس تسليم جزء إلى  
السَّاعي قِسْمة حتى يأتي فيه قولاً القِسْمة بل هو تَوْفِيقٌ حق على مستحق<sup>(١)</sup>.

(١) قال النووي: [لو اختلف الساعي والمالك في جنس التمر بعد تلفه تلفاً مضمناً، فالقول قول  
المالك، فإن أقام الساعي شاهدين، أو شاهداً وامرأتين، قضى له، وإن أقام شاهداً، فلا، لأنه  
لا يحلف معه، قاله الدارمي. وإذا خرص عليه، فتلف بعضه تلفاً يسقط الزكاة، وأكل بعضه، =

قال الغزالي: **النوع الثالث في زكاة التقدين والتظرف في قدره وجنسه (أما القدر)**  
**فنصاب الورق مائتا درهم، ونصاب الذهب عشرون ديناراً، وفيهما ربع العشر، وما زاد**  
**فبحسابه، ولا وقص (ح) فيه.**

قال الرافعي: الكلام في هذا النوع في القدر الواجب فيه، ثم في جنسه.

أما الأول فنصاب الورق مائتا درهم، ونصاب الذهب عشرون ديناراً، وفيهما ربع العشر، وهو خمسة دراهم ونصف دينار، ولا شيء فيما دون ذلك.

روي عن أبي سعيد الخدري - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «لَيْسَ فِيمَا دُونَ خَمْسِ أَوْاقٍ صَدَقَةٌ»<sup>(١)</sup>. والأوقية: أربعون درهماً؛ لما روي أنه ﷺ قال: «إِذَا بَلَغَ مَالٌ أَحَدِكُمْ خَمْسَ أَوْاقٍ مَائَتِي دِرْهَمٍ، فَفِيهِ خَمْسَةُ دَرَاهِمٍ»<sup>(٢)</sup> ويجب فيما زاد على المائتين والعشرين بالحساب قُلْ أو كَثْرًا، وَلَا وَقَصَ فِيهِ، خِلَافاً لِأَبِي حَنِيفَةَ، حَيْثُ قَالَ: لَا يَجِبُ فِيمَا زَادَ عَلَى الْمَائَتَيْنِ شَيْءٌ حَتَّى يَبْلُغَ أَرْبَعِينَ دِرْهَمًا، وَلَا فِيمَا زَادَ عَلَى عِشْرِينَ دِينَارًا حَتَّى يَبْلُغَ أَرْبَعَةَ دَنَانِيرٍ، ففِيهَا رُبْعُ الْعَشْرِ، ثُمَّ كَذَلِكَ فِي كُلِّ أَرْبَعِينَ دِرْهَمًا أَرْبَعَةَ دَنَانِيرٍ. لَنَا: مَا رَوَى عَنْ عَلِيٍّ - كَرَّمَ اللَّهُ وَجْهَهُ - أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «هَاتُوا رُبْعَ الْعَشْرِ مِنَ الْوَرَقِ، وَلَا شَيْءٍ فِيهِ حَتَّى يَبْلُغَ مِائَةَ دِرْهَمٍ، وَمَا زَادَ فَبِحِسَابِهِ»<sup>(٣)</sup>.

وروي مثله في الذهب وفي التقدين جميعاً، لا فرق بين التظرف والمضروب، والاعتبار بالوزن الذي كان بمكة: لما روي أنه ﷺ قال: «الْمِيزَانُ مِيزَانُ أَهْلِ مَكَّةَ، وَالْمِكْيَالُ مِكْيَالُ أَهْلِ الْمَدِينَةِ»<sup>(٤)</sup> وذلك ظاهر في الدنانير، وقد ذكر الشيخ أبو حامد وغيره أن الميثقال لم يختلف في جاهليّة ولا إسلام، وأما الدراهم فلا شك أنها كانت

= وبقي بعضه، ولم يعرف الساعي ما تلف، فإن عرف المالك ما أكل، زكاه مع ما بقي. فإن اتهمه، حلفه استحباباً على الأصح، ووجوباً على الآخر، وإن قال: لا أعرف قدر ما أكلته، ولا ما تلف. قال الدارمي: قلنا له: إن ذكرت قدر الزمناك بما أقررت به، فإن اتهمناك حلفناك، وإن ذكرت مجملًا، أخذنا الزكاة بخرصنا. قال أصحابنا: ولو خرص، فأقر المالك بأنه زاد على المخروص، أخذنا الزكاة من الزيادة، سواء كان ضمن، أم لا. ينظر الروضة (١١٧/٢).

(١) تقدم.

(٢) أخرجه الدارقطني (٩٨/٢) من رواية جابر، وإسناده ضعيف، انظر التلخيص (١٧٣/٢).

(٣) أخرجه أبو داود (١٥٧٢، ١٥٧٣) والترمذي (٦٢٠) والنسائي (٣٧/٥) وابن ماجه (١٧٩٠)، وقال أبو داود: جعله بعضهم موقوفاً على عليّ قال الدارقطني: وهو الصواب.

(٤) أخرجه أبو داود (٣٣٤٠) والنسائي (٢٨٤/٧) من رواية ابن عمر بإسناد صحيح لكن الدينار اختلف بأنه يطلق في كثير من البلاد كاليمن والحجاز وغيرها على أربعة دراهم، وفي بعض البلاد على ثلاثة عشر درهماً وثلاث. (قاله في الخادم).

مختلفة الأوزان، والذي استقر الأمر عليه في الإسلام أن وزن الدرهم الواحد ستة دوانيق، كل عشرة منها سبعة مثاقيل من ذهب، وذكروا في سبب تقديرها بهذا الوزن أموراً. أشهرها: أن غالب ما كانوا يتعاملون به من أنواع الدراهم في عصر الرسول الله ﷺ والصدر الأول بعده نوعان البغلية والطبرية.

والدرهم الواحد من البغلية ثمانية دوانيق، ومن الطبرية أربعة دوانيق فأخذوا واحداً من هذه وواحداً من هذه وقسموهما نصفين، وجعلوا كل واحدٍ درهماً، يقال: فعل ذلك في زمان بني أمية، وأجمع أهل ذلك العصر على تقدير الدراهم الإسلامية بها، ونسب أقصى القضاء المازدي ذلك إلى فغل عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - قال: ومتى زدت على الدرهم الواحد ثلاثة أسباعه كان مثقالاً، ومتى نقصت من المثقال ثلاثة أعشاره كان درهماً، وكل عشرة دراهم سبعة مثاقيل. وكل عشرة مثاقيل أربعة عشر درهماً وسبعان، وحكى المسعودي أنه إنما جعل كل عشرة دراهم بوزن سبعة مثاقيل من الذهب؛ لأن الذهب أوزن من الفضة، وكانهم جربوا قدراً من الفضة، ومثله من الذهب فوزنوهما، وكان وزن الذهب زائداً على وزن الفضة بمثل ثلاثة أسباعها.

وروى الشيخ أبو محمد قريباً من هذا عن كلام القفال - رحمه الله - . وأما المواضع المستحقة للعلامات من الفصل فقولته: «وما زاد فبحسابه».

وقوله: «ولا وقص فيه» معلّمان بالحاء؛ لما حكيناه، ويجوز أن يعلم قوله: «عشرون مثقالاً»، وقوله: «ماتتا درهم» بالميم والألف لأنهما يحتملان النقصان اليسير.

قال الغزالي: «وإن نقص من النصاب حبة فلا زكاة فيه وإن كان يروج (ح) رواج التام، ويُعتبر (ح) النصاب في جميع الأحوال، ولا يكمل (ح) نصاب أحد الثقلين بالآخر ولكن يكمل جيد الثقرة بزديتها ثم يُخرج من كل بقدره، ولا زكاة في الدراهم المشوشة ما لم يكن قدر ثقتها نصاباً، وتصح المعاملة مع الجهل بقدر الثقرة على أحد الوجهين كالفالية والمفجونات».

قال الرافعي: في الفصل صور:

إحداها: لو نقص عن النصاب شيء فلا زكاة وإن قل كالحبة والحبتين، ولا فرق بين أن يروج رواج التام، أو يفضل عليه وبين ألا يكون كذلك، وفضله على التام إنما يكون لجودة النوع، ورواجه رواج التام قد يكون للجودة، وقد يكون لندارة القدر الناقص وقوعه في محل المسامحة. وعن مالك: أنه إذا كان الناقص قدر ما يسمح به فيؤخذ بالتام يجب الزكاة. ويروي عنه: أنه إذا نقص حبة أو حبات في جميع الموازين فلا زكاة، وإن



نقص في ميزان دون ميزان وجبت. وعن أحمد: أنه لو نقص دائق أو دانقان تجب الزكاة. لنا قوله ﷺ: «لَيْسَ فِيمَا دُونَ خَمْسِ أَوْاقٍ صَدَقَةٌ»<sup>(١)</sup> وسائر الأخبار.

وحكى في «العدة»: وجهين فيما لو نقص في بعض الموازين وتَمَّ في بعض.

أصحهما: أنه لا يجب، وهذا هو الذي أورده المَحَامِلِيُّ وقطع به إمام الْحَرَمَيْنِ بعد ما حكى عن الصيدلاني الوجوب.

الثانية: يشترط ملك النصاب بتمامه في جميع الحول خلافاً لأبي حنيفة - رحمه الله - حيث قال: «يشترط في أول الحول وآخره ولا يضر نقصان في خلال الحول» وطرده ذلك في المواشي وغيرها، ولم يشترط الإبقاء شيء في النصاب.

لنا<sup>(٢)</sup> الخبر المشهور: «لَا زَكَاةَ فِي مَالٍ حَتَّى يَحُولَ عَلَيْهِ الْحَوْلُ»<sup>(٣)</sup> والحادث بعد نقصان النَّصَابِ لَمْ يَحُلْ عَلَيْهِ الْحَوْلُ.

الثالثة: لا يكمل نصاب أحد النقدين بالآخر، لأنهما جِنْسَانِ مُخْتَلِفَانِ؛ كما لا يكمل التمر بالزبيب، وقال مالك وأبو حنيفة: يكمل نصاب أحدهما بالآخر. وبه قال أَحْمَدُ فِي أَصَحِّ الرَوَايَتَيْنِ، ثم عنده وعند مالك الضَّمُّ بالأجزاء، فيحسب كَمَّ الذهب من نصابه، وَكَمَّ الفِضَّةُ من نصابها، فإذا بَلَغَا نِصَاباً وجبت الزكاة. وعند أبي حنيفة: الضم بالقيمة، وبأيهما كمل النصاب وجبت الزكاة، ويكمل الجَيْدُ بِالرِّدْيِ من الجنس الواحد كأنواع الماشية. وأما الذي يخرج قال في الكتاب: «يخرج من كل واحد بقدره» وهذا إذا لم تكثر الأنواع وهو الغالب في الذهب والفضة، فإن كثرت وشق اعتبار الكل أخرج من الوسط، ذكره صاحب «الشامل» و«التهذيب» وغيرهما. وليس المراد من الجيد والرديء الخالص والمغشوش، وإِنَّمَا الْكَلَامُ فِي مَخْضِ النِّقْرَةِ، وجودته ترجع إلى النعومة والصبر على الضرب، ونحوهما، والرداءة إلى الخشونة، والتَّقْتُّتُ عند الضرب.

ولو أخرج الجيد عن الرديء فهو أفضل، وإن أخرج الرديء عن الجيد فالمشهور المنع، وروى الإمام عن الصيدلاني الإجزاء، وَخَطَأَهُ فِيهِ، ويجوز إخراج الصَّحِيحِ عن المكسر، ولا يجوز عكسه، بل يجمع المستحقين ويصرف إليهم الدينار الصَّحِيحِ، أو يسلمه إلى واحد بإذن الباقيين، هذا هو المذهب المشهور في المذهب. وحكى أبو العباس الروياني في «المسائل الجرجانيات» عن بعض الأصحاب أنه يجوز أن يصرف إلى كل واحد منهم ما يخصه مُكْسِراً. وعن بعضهم أنه يجوز ذلك، ولكن مع التفاوت

(١) تقدم.

(٢) في أما.

(٣) تقدم.

بين المكسر والصحيح. وعن بعضهم أنه إن لم يكن في المعاملة فرق بين الصحيح والمكسر جاز أداء المكسر عن الصحيح.

الرابعة: إذا كانت له دراهم، أو دنانير مَغْشُوشَةٌ فلا زكاة فيهما ما لم يبلغ قدر قيمتهما نصاباً، خلافاً لأبي حنيفة - رحمه الله - حيث قال: «إن كان العشر أقلّ وجبت فيها الزكاة». لنا قوله ﷺ: «لَيْسَ فِيمَا دُونَ خَمْسِ أَوْاقٍ مِنَ الْوَرَقِ صَدَقَةٌ»<sup>(١)</sup>. فإذا بلغت نقرتها نصاباً أخرج قدر الواجب نقرة خالصة، أو أخرج من المَغْشُوشِ ما يعلم أنه مشتمل على قدر الواجب، ولو أخرج عن ألف درهم مغشوشة خمسة وعشرين خالصة فتطوع بالفضل، ولو أخرج عن مائتي درهم خالصة خمسة مغشوشة لم يجز، خلافاً لأبي حنيفة. لنا: القياس على ما لو أخرج مريضة عن الصّحاح وبِلِ أُولَى؛ لأن الغش ليس بورق، والمريضة إبل، وإذا لم يجزه فهل له الاسترجاع، حكوا عن ابن سريج فيما فرغ على «الجامع الكبير» لمحمد فيه قولين:

أحدهما: لا؛ كما لو أعتق رقبة معيبة يكون متطوعاً بها.

وأصحهما: نعم؛ كما لو عَجَّلَ بالزكاة فتلف ماله.

قال ابن الصَّبَّاح: وهذا إذا كان قد بين عند الدفع أنه يخرج عن هذا المال، ثم ذكر الشافعي - رضي الله عنه - في هذا الموضوع كراهة الدرهم المغشوش، فقال الأصحاب في شروحيهم: يكره للإمام ضرب الدراهم المغشوشة<sup>(٢)</sup>؛ لثلاث يغش بها بعض الناس بعضاً، ويكره للرعيّة ضرب الدراهم وإن كانت خالصة، فإنه من شأن الإمام، ثم الدراهم المغشوشة إن كانت مضبوطة العيار صححت المعاملة<sup>(٣)</sup> بها إشارة إلى عينها الحاضرة والتزاماً لمقدار منها في الدّمة، وإن كان مقدار النقرة منها مَجْهُولاً ففي جواز المَعَامَلَةِ بأعيانها وجهان: أصحهما الجواز: لأن المقصود رَوَاجُهَا وهي رائجة بمكان السُّكَّةِ، ولأن بيع الغالية والمعجونات جائز، وإن كانت مختلفة المقدار فكذلك هاهنا. والثاني: المنع، وبه أجاب القفال؛ لأنها مقصودة باعتبار ما فيها من النقرة وهي مجهولة القدر، والإشارة إليها لا تفيد الإحاطة بقدر النقرة فأشبهه بيع تراب المعدن وتراب الصاغة، فإن قلنا بالأول فلو باع بدراهم مطلقاً ونقد البلد مغشوش صحّ العقد ووجب من ذلك التُّقْدُ، وإن قلنا: بالثاني لم يَصِحَّ العَقْدُ، ومواضع العلامات من الفُضْلِ بَيِّنَةٌ.

(١) تقدم.

(٢) وفي البحر وجه أنه يحرم اتخاذها وهو قوي لأنه إذا دفعها من عليه دين من غير عباثها لم تبرا ذمته وهنا نتعرض لمسألة خطيرة انتشرت بكثرة في غضون هذا القرن وهي «تزييف المال عن طريق الطباعة» من فعل ذلك ارتكب كبيرة يعاقب عليها في الإسلام بالتعزير الذي لا حد لأكثره عند الماء الشافية.

(٣) المراد بالمعاملة بها في مقابلة العروض ونحوها. أما بيع بعضها ببعض فلا يجوز.

قال الغزالي: وَلَوْ كَانَ لَهُ ذَهَبٌ مَخْلُوطٌ بِالْفِضَّةِ قَدْرُ أَحَدِهِمَا سِتْمَائَةٍ وَقَدْرُ الْآخَرِ أَرْبَعَمَائَةٍ، وَأَشْكَلٌ عَلَيْهِ وَعَسْرُ التَّمْيِيزِ فَعَلَيْهِ زَكَاةُ سِتْمَائَةٍ ذَهَباً وَسِتْمَائَةٍ نَفْرَةً لِيُخْرَجَ مِمَّا عَلَيْهِ بِبَيِّنٍ.

قال الرافعي: لو كان له ذهب مخلوط بفضة فإن عرف قدر كل واحد منهما أخرج زكاته، وإن لم يعرف كما لو كان وزن المجموع ألفاً وإحدهما ستمائة والآخر أربعمائة وأشكل عليه أن الأكثر الذهب، أو الفضة فإن أخذ الاحتياط فأخرج زكاة ستمائة من الذهب وستمائة من الفضة فقد خرج عن العهدة بيقين، ولا يكفي في الاحتياط أن يقدر الأكثر ذهباً، فإن الذهب لا يُجزىء عن الفضة وإن كان خيراً منها، وإن لم يطب نفساً بالاحتياط فليميز بينهما بالنار<sup>(١)</sup>.

قال الأئمة: ويقوم مقامه الامتحان بالماء بأن يوضع قدر المخلوط من الذهب الخالص في ماء ويعلم على الموضع الذي يرتفع إليه الماء، ثم يخرج ويوضع مثله من الفضة الخالصة ويعلم على موضع الارتفاع أيضاً، وتكون هذه العلامة فوق الأولى؛ لأن أجزاء الذهب أشد اكتنازاً ثم يوضع فيه المخلوط وينظر إلى ارتفاع الماء به أهو إلى علامة الذهب أقرب، أو إلى علامة الفضة، ولو غلب على ظنه أن الأكثر الذهب، أو الفضة فهل له العمل بمقتضاه؟ قال الشيخ أبو حامد ومن تابعه: إن كان يخرج الزكاة بنفسه فله ذلك، وإن كان يسلم إلى الساعي لا يعمل بظنه بل يأخذ بالاحتياط أو يأمر بالتمييز. وقال الإمام: الذي قطع به أئمتنا أنه لا يجوز اعتماد الظن فيه، ويحتمل أن يجوز له الأخذ بما شاء من التقديرين وإخراج الواجب على ذلك التقدير؛ لأن اشتغال ذمته بغير ذلك غير معلوم. وصاحب الكتاب حكى هذا الاحتمال وجهاً في «الوسيط».

إذا عرفت ذلك علمت قوله في الكتاب: «(فعليه زكاة ستمائة ذهباً وستمائة نقرة) بالواو»، لهذا الوجه، ولأن على ما ذكره العراقيون قد يجوز الأخذ بالظن فلا يلزم إخراج ستمائة من هذا أو ستمائة من ذلك ثم قوله: «وعسر التمييز فعليه كذا» ليس هذا

(١) قال القاضي الحسين في تعليقه قيل إنهما لا يتميزان بالنار وقضية كلام الرافعي أنه لا بد من سبك الجميع وهو المشهور، فقال الإمام: أهون من ذلك أن يسبك مقداراً من المختلط ويقاس به الباقي. قال ابن الأستاذ: والظاهر أنه لا نسلم له ذلك فإن الاختلاط مما يتقارب، وفي الذخائر ما ذكره من أنه يسبك جزءاً منه. ويعرف قدر ما فيه من كل واحد من الجنسين ثم ينسب الباقي على ذلك، وإنما تمكن إذا كانت الأجزاء متساوية، فأما إذا كانت مختلفة في الخلط ولم يتحقق التساوي ولا التفاوت لم يكن ذلك. قلت: ثم في مؤنة السبك وجهان في الحاوي:

أحدهما: من وسط المالية لأن المساكين شركاؤه قبل السيد وأصحهما أنها عليه لأنه لا تمكن أخذ الزكاة لأنها كالحصاد والضمَام. (حكاه في الخادم).

على الإطلاق إذ قد يعسر التمييز ويمكن الامتحان بالماء ومعرفة المقدارين فلا يجب ستمائة من هذا وستمائة من ذلك، وعسر التمييز بأن يفقدا الآت السُّبُك، أو يحتاج فيه إلى زمان صالح، فإن الزكاة واجبة على الفور، ولا يجوز تأخيرها مع وجود المُسْتَحَقِّين، ذكر ذلك في «النهاية»، ولا يبعد أن يجعل السبك أو ما في معناه من شروط الإمكان.

قال الغزالي: وَلَوْ مَلَكَ مِائَةَ نَقْدًا وَمِائَةَ مُؤَجَّلًا عَلَى مَلِيٍّ وَلَمْ نُوجِبْ عَلَيْهِ تَعْجِيلَ زَكَاةِ الْمُؤَجَّلِ وَجِبَ إِخْرَاجُ حِصَّةِ النَّقْدِ عَلَى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّ الْمَيْسُورَ لَا يَتَأَخَّرُ بِالْمَعْسُورِ.

قال الرافعي: لو ملك مائة درهم نقد في يده ومائة مؤجلة على مَلِيٍّ فكيف يُزَكِّي؟ يبني ذلك على أن الدين المُؤَجَّل هل تُجِبُ فيه الزُّكَاةُ أم لا؟ والصحيح الوجوب، وعلى هذا فهل يجب الإخراج في الحال أو لا يجب إلا بعد الاستيفاء؟ فيه وجهان والصحيح الثاني، وقد شرحنا الخلافين من قبل، فإن قلنا: لا زكاة في الدين المُؤَجَّلَ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ فِي الْمَسْأَلَةِ، وإن أوجبنا إخراج زكاته في الحال فهو كما لو كان في يده جميع المائتين، وإن أوجبنا فيه الزُّكَاةَ ولم نوجب إخراجها في الحال وهو المراد من قوله في الكتاب: (ولم نوجب عليه تعجيل الزكاة عن المؤجل)، فهل يُلْزَمُهُ الإِخْرَاجُ عَمَّا فِي يَدِهِ بِالْقِسْطِ؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن ما في يده نَاقِصٌ عَنِ النَّصَابِ، فإذا لم يجب إخراج زكاة جميع النَّصَابِ لا يجب إخراج شيء.

وأصحهما: نعم؛ لأن الميسور لا يتأخر بالمعسور، وبنوا الوجهين على أن الإمكان شرط الوجوب أو شرط الضمان؟ إن قلنا بالأول: فلا يلزمه إخراج شيء في الحال؛ لأنه رُبَّمَا لَا يَصِلُ إِلَيْهِ الْبَاقِي، وبهذا القول أجاب في «المختصر» في هذا الفرع، وإن قلنا بالثاني: أخرج عن الحاضر بالقسط؛ لأن هلاك الباقي لا يسقط زكاة الحاصل في يده ومتى كان في يده بعض النَّصَابِ، وما يتم به النَّصَابِ مغضوب أو دين على غيره، ولم نوجب فيهما الزكاة، فإنما يَنْتَدِيءُ الْحَوْلُ مِنْ يَوْمِ قَبْضِ مَا يَتَمُّ بِهِ النَّصَابِ.

قال الغزالي: النَّظَرُ الثَّانِي فِي جَنْبِهِ، وَلَا زَكَاةَ فِي شَيْءٍ مِنْ نَقَائِسِ الْأَمْوَالِ إِلَّا فِي النَّقْدَيْنِ، وَهُوَ مَنْوُطٌ بِجَوْهَرِهِمَا عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ، وَفِي الثَّانِي مَنْوُطٌ بِالْإِسْتِغْنَاءِ عَنِ الْإِنْتِفَاعِ بِهَمَا حَتَّى لَوْ اتَّخَذَ مِنْهُ حُلِيٌّ عَلَى قَصْدِ اسْتِغْمَالِ مُبَاحِ سَقَطَتِ الزُّكَاةُ، وَإِنْ كَانَ عَلَى قَصْدِ اسْتِغْمَالِ مَحْظُورٍ كَمَا لَوْ قَصَدَ الرَّجُلُ بِالسَّوَارِ أَوْ الْخُلْخَالِ أَنْ يَلْبَسَهُ أَوْ قَصَدَتِ الْمَرْأَةُ ذَلِكَ فِي الْمِنْطَقَةِ وَالسَّيْفِ لَمْ تَسْقُطِ الزُّكَاةُ، لِأَنَّ الْمَحْظُورَ شَرْعًا كَالْمَعْدُومِ حِسًّا،

بَلْ لَا يَسْقُطُ إِذَا قَصَدَ أَنْ يَكْتَبِرَهُمَا حُلِينَا لِأَنَّ الْأَسْتِغْمَالَ الْمُحْتَاجَ إِلَيْهِ لَمْ يَقْصِدْهُ.

قال الغزالي: لا زكاة فيما سوى التقدين من الجواهر النفيسة، كاللؤلؤ، والياقوت ونحوهما، ولا في المسك والعنبر، روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أنه قال: «لَا شَيْءٌ فِي الْعَنْبَرِ»<sup>(١)</sup>. وعن عائشة - رضي الله عنها -: أنه: «لَا زَكَاةَ فِي اللَّؤْلُؤِ»<sup>(٢)</sup>. وبما تناط زكاة التقدين أتناط بجوهرهما؟ أم بالاستغناء عن الانتفاع بهما؟ فيه قولان:

في قول: يناط بجوهرهما كالربا في قول بالاستغناء عن الانتفاع بهما؛ إذ لا يتعلق بذاتهما غرض، وبقاؤهما في يده يدل على أنه غني عن التوسل بهما، ويبنى على العبارتين وجوب الزكاة في الحلي<sup>(٣)</sup> المباح: فعلى الأولى تجب. وبه قال عمر وابن عباس وابن مسعود - رضي الله عنهم -<sup>(٤)</sup> وهو مذهب أبي حنيفة - رحمه الله -؛ لما روي: «أَنَّ امْرَأَتَيْنِ أَتَتَا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ وَفِي أَيْدِيهِمَا سِوَارَانِ مِنْ ذَهَبٍ، فَقَالَ اتَّوَدَّيَانِ زَكَاتَهُ، قَالَتَا: لَا فَقَالَ ﷺ أَتَجِبَانِ أَنْ يُسَوَّرَكُمَا اللَّهُ بِسِوَارَيْنِ مِنْ نَارٍ، قَالَتَا: لَا، قَالَ: فَأَدْيَا زَكَاتَهُ»<sup>(٥)</sup>. وعلى العبارة الثانية لا تجب الزكاة فيه. وبه قال ابن عمر، وجابر وعائشة<sup>(٦)</sup> - رضي الله عنهم - وهو مذهب مالك وأحمد؛ لما روي: أنه ﷺ قال: «لَا زَكَاةَ فِي الْحُلِيِّ»<sup>(٧)</sup>؛ ولأنه مُعَدٌّ لاستعمال مباح كالعوامل من البقر والإبل، وهذا أظهر القولين.

- (١) أخرجه البيهقي (١٤٦/٤) والشافعي (٦٣٤) وانظر تغليق التعليق (٣/٣٥ - ٣٦) للحافظ ابن حجر.
- (٢) قال الحافظ التلخيص لم أجده، أخرجه البيهقي من قول سعيد بن جبير (٤/١٦٤)، وانظر التلخيص (٢/١٧٧).
- (٣) بضم أوله وكسره مع كسر اللام وتشديد الياء واحد حلي بفتح الحاء وسكون اللام وهو على فعول جمع حلي كئدي جمع ئدي وهو ما تتحلى به المرأة. حواشي التحفة (٣/٢٧٠)، مغني المحتاج (١/٣٩٠)، نهاية المحتاج (٣/٨٨)، المحلى على المنهاج (٢/٢٣).
- (٤) أثر عمر أخرجه البيهقي عنه بإسناد مرسل (٤/١٣٩) وأما أثر ابن عباس قال الشافعي لا أدري أثبت عنه أم لا، وحكاها ابن المنذر أيضاً، والبيهقي عن ابن عباس. وأثر ابن مسعود، رواه الطبراني والبيهقي من حديثه انظر التلخيص (٢/١٧٧).
- (٥) أخرجه الترمذي (٦٣٧) وفيه ابن لهيعة، وأخرجه أبو داود (١٥٦٣) والنسائي (٥/٣٨) وغيرهما بإسناد حسن، انظر التلخيص (٢/١٧٥).
- (٦) أخرجه مالك والبيهقي، انظر التلخيص (٢/١٧٧ - ١٧٨) وأثر جابر أخرجه البيهقي بإسناد صحيح، وأثر عائشة أخرجه مالك والشافعي، انظر خلاصة البدر والتلخيص المصدر السابق.
- (٧) رواه البيهقي من رواية جابر وقال: لا أصل له، وفقهاؤنا يروونه مرفوعاً ولا أصل له وإنما يروى عن جابر من قوله غير مرفوع، ومال إلى تصحيحه مرفوعاً ابن الجوزي في تحقيق ثم المنذري وفيه نظر وانظر التلخيص (٢/١٧٦).

ولك أن تعلم لما ذكرنا قوله: (منوط بجوهرهما) بالألف والميم، وقوله: (منوط بالاستغناء عن الانتفاع بهما) بالحاء، والقولان في الحلبي المباح. أما المحظور فتجب فيه الزكاة بالإجماع، وهو على نوعين: محظور لعينه، كالأواني والقصاع، والملاعق، والمجامر الذهبية، والفضية. ومحظور باعتبار القصد، كما لو قصد الرجل بحلى النساء الذي اتخذه أو ورثه، أو اشتراه كالسوار والخلخال أن يلبسه، أو يلبسه غلمانه، أو قصدت امرأة بحلي الرجال كالسيف، والمنطقة أن تلبسه أو تلبسه جواربها، أو غيرهن من النساء<sup>(١)</sup>، وكذا لو أعد الرجل حلي الرجال لبسائه وجواربه، أو أعدت المرأة حلي النساء لزوجها وغلمانها، فكل ذلك محظور، وعلل في الكتاب وجوب الزكاة في الحلي المحظور، بأن المحظور شرعاً كالمعدوم جساً، ولم يرد به إلحاق المحظور بالمعدوم على الإطلاق، لكن المراد أن الحكم المخصوص بضرب من التخفيف، وإطلاق التصرف إذا شرطت فيه منفعة، فيشترط كونها مباحة، وإلا فهي كالمعدومة، وهذا كما أنه يشترط في البيع كون المبيع منتفعاً به، فلو كانت فيه منفعة محظورة كما في آلات الملاهي، كان كما لو لم يكن فيه منفعة، ثم التعليل المذكور في المحظور لعينه أظهر منه في المحظور، باعتبار القصد؛ لأن الصنعة في المحظور لعينة لا حرمة لها إذا منعنا اتخاذها فأما المحظور باعتبار القصد لتحريم فيه يرجع إلى الفعل والاستعمال لا إلى نفس الحلي، والصنعة محترمة غير مكسرة، وإن فسد القصد فهلاً كان ذلك بمثابة ما لو قصد بالعروض التي عنده استعمالها في وجوه محترمة لا تجب الزكاة.

قال الإمام - قدس الله روحه - في دفع هذا الإشكال الزكاة: تجب في عين النقد، وعينه لا تنقلب باتخاذ الحلبي منه، فلا يلتحق بالعروض إلا بقصد ينضم إليه، وهذا كما أن العروض لما لم تكن مال الزكاة في أعيانها، لا تصير مال الزكاة إلا بقصد ينضم إلى الشراء وهو قصد التجارة، وإذا لم تسقط الزكاة بمحض الصنعة واحتيج إلى قصد

(١) فيه أمران:

أحدهما: أنه صريح في الأواني والقصاع والمحابر من جملة الحلبي. قيل: وليس ذلك بمتضح لأن الحلبي لا تطلق إلا على ما يستعمل في اللبس، ألا ترى إلى قوله في الوجيز وأما في غير التحلي فقد جزم الشرع اتخاذ الأواني الخ. قلت: مراده بالحلي ما يتحلى به أي يزين، وذلك شامل للملبوس والأواني كذلك، يطلقون الحلبي على ما لا يلبس كآلات الحرب من الرمح ونحوه.

الثاني: دعواه الإجماع في المحظور باعتبار القصد كما إذا قصدت المرأة بحلي الرجال بالسيف والمنطقة أن يلبسه أو يلبسه جواربها. قيل: إنه يناقضه قوله أبعد أن صاحب المعتمد جوز استعمال آلة الحرب للنساء وهي محلاة وإن هو الحق. قلت: وما ذكره من الوجوب في الأواني من الإجماع حكاه البندنجي أيضاً وغيره ويجب حمله على ما إذا كانت للاستعمال فإن كانت للاتخاذ فإن لنا قولاً بجواز اتخاذها وعليه فهو على القولين في وجوب الزكاة في الحلبي المباح (قاله في الخادم).

الاستعمال فمتى قصد مُحَرَّمًا لغى ولم يؤثر في الإسقاط وإن اتخذ حُلِيًّا، ولم يقصد به استعمالاً مباحاً ولا محذوراً ولكن قصد جعله كنزاً فالذي ذكره في الكتاب، وأورده الجمهور: أنه لا تسقط الزكاة قولاً واحداً؛ لأنه لم يَصِرْ مُحْتَاجاً إليه، ولا استعماله، بل الممكنوز مستغنى عنه، كالدراهم المضروبة، وحكى الإمام فيه خلافاً لقصد الإمساك، وإبطال هيئة الإخراج. وهل يجوز اتخاذ حُلِيٍّ الذَّهَبِ للذكور من الأطفال؟ فيه وجهان: ويجيء فيه الوجه الثالث الذي ذكرناه في إلباسهم الحرير<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي: وَلَوْ لَمْ يَخْطُرْ بِبَالِهِ قَصْدٌ أَضْلاً فَبِئْسَ السُّقُوطِ وَجْهَانِ: يُنْظَرُ فِي أَحَدِهِمَا إِلَى حُصُولِ الصِّيَاغَةِ، وَفِي الثَّانِي: إِلَى عَدَمِ قَصْدِ الْأَسْتِعْمَالِ، فَإِنْ قَصَدَ إِجَارَتَهُمَا فَبِئْسَ وَجْهَانِ، وَالْقَصْدُ الطَّارِئُ بَعْدَ الصِّيَاغَةِ فِي هَذِهِ الْأُمُورِ كَالْقَصْدِ الْمُقَارِنِ.

قال الرافعي: في الفصل ثلاث صور، تفرع على أن الزكاة لا تجب في الحُلِي:

إحدهما: لو اتخذ حُلِيًّا مباحاً في عينه ولم يقصد أن يكتنزه ولا قصد به استعمالاً مباحاً، ولا محظور فهل تسقط عنه الزكاة؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن وُجُوبَ الزَّكَاةِ مَنُوطٌ بِاسْمِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ، وَلَا يَنْصَرَفُ إِلَّا بِقَصْدِ الْأَسْتِعْمَالِ، وَلَمْ يَوْجَدْ.

والثاني: نعم؛ لأن الزكاة تجب في مَالٍ نَامٍ، والنقد غَيْرُ نَامٍ بِنَفْسِهِ إِنَّمَا يَلْتَحِقُ بِالنَّائِمَاتِ؛ لكونه مُتَهَيِّئاً للإخراج، وبالصياغة بَطْلَ التَّهَيُّؤِ.

قال: في «العدة»: وهذا الثاني ظاهر المذهب.

وقوله في الكتاب: (ينظر في أحدهما إلى حصول الصياغة) يقتضي إثبات الخلاف فيما إذا قصد أن يكتنزه، وإن لم يذكره؛ لأنه جعل عِلَّةَ السُّقُوطِ حصولَ الصِّيَاغَةِ وهي موجودة في تلك الصورة، ويجوز أن يكون افتراق الصورتين في الأظهر باعتبار أن نية الكنز صارفة لهيئة الصياغة عن [استعماله]<sup>(٢)</sup> ولم يوجد هاهنا نية صارفة، والظاهر كَوْنُ الصِّيَاغَةِ لِلأَسْتِعْمَالِ وَإِفْضَاؤُهَا إِلَيْهِ.

الثانية: لو اتَّخَذَ الحُلِيَّ لِيُؤَاجِرَهُ مِمَّنْ لَهُ اسْتِعْمَالُهُ، فَبِئْسَ وَجْهَانِ:

أحدهما: لا تسقط عنه الزكاة؛ لأنه معد للنماء، فأشبه ما لو اشترى حُلِيًّا لِيَتَّجِرَ فِيهِ.

وأصحهما: أنه تسقط كما لو اتخذ ليعيره، ولا اعتبار بالأجرة كأجرة العوامل من

(١) الأصح المنصوص جوازه ما لم يبلغوا.

(٢) في الاستعمال.

المأشية. وذكر في «الشامل»: أن الوجه الأول قول أحمد، والثاني: قول مالك.

الثالثة: حكم القصد الطارىء في جميع ما ذكرنا بعد الصياغة حكم المقارن<sup>(١)</sup>.

بيانه لو أتخذة على قصد استعمال محظور، ثم غير قصده إلى مباح بطل الحول، فلو عاد إلى القصد الفاسد ابتداء حول الزكاة، ولو أتخذة على قصد الاستعمال، ثم قصد أن يكتزها جرى في الحول، وعلى هذا قس نظائره.

قال الغزالي: **وَلَوْ أَنْكَسَرَ الْحُلِيِّ وَأَخْتَجَّ إِلَى الْإِضْلَاحِ لَمْ يَجْرَ فِي الْحَوْلِ لِأَنَّهُ حُلِيٌّ بَعْدُ. وَقِيلَ: يَجْرِي لِتَعَدُّرِ الْأَسْتِعْمَالِ، وَقِيلَ: يُنْظَرُ إِلَى قُضْدِ الْمَالِكِ لِلْإِضْلَاحِ أَوْ عَدَمِهِ.**

قال الرافعي: مما يتفرع على نفي الزكاة في الحلى القول في انكساره. وله ثلاثة أحوال:

إحدهما: أن ينكسر بحيث لا يمنع الاستعمال، وهذا لا تأثير له.

والثانية: أن ينكسر بحيث يمنع الاستعمال، ويحوج إلى سبك وصوغ جديد، فتجب فيه الزكاة؛ لخروجه عن صلاحية الاستعمال، ويتبدىء الحول من يوم الانكسار.

والثالثة: وهي المذكورة في الكتاب: أن ينكسر بحيث يمنع الاستعمال، لكن لا يحوج إلى صوغ جديد، بل يقبل الإضلاح باللحام، فإن قصد جعله تيراً، أو دراهم، أو قصد أن يكتزها انعقد الحول عليه من يوم الانكسار، وإن قصد إصلاحه فوجهان:

أظهرهما: أنه لا زكاة وإن تمادت عليه أحوال؛ لدوام صورة الحلّى وقصد الإضلاح.

والثاني: يجب؛ لتعذر الاستعمال، وإن لم يقصد لا هذا ولا ذاك ففيه خلاف.

منهم من يجعله وجهين ويقول بترتيبهما على الوجهين، فيما إذا قصدا الإضلاح، وهذه الصورة أولى بأن تجري في الحول، ومنهم من يجعله قولين:

أحدهما: أنه تجب الزكاة، لأنه غير مستعمل في الحال، ولا معد له.

وأظهرهما: المنع؛ لأن الظاهر استمراره على ما سبق من قصد الاستعمال، وذكر

(١) واعلم أنه لا اعتبار بتغير القصد من موجب إلى موجب، كما لو نوى به القنية وقلنا بوجوب الزكاة ثم غير قصده إلى استعمال محرم وعكسه، وهذا وإن لم يصرحوا به فلا سبك فيه، وفي البحر لو استعمل الحلّى تارة في المباح وتارة في الحرام فإن اتخذ المباح فاستعملته في الحرام في وقت وجبت الزكاة وإن عكست ففي الوجوب احتمال وجهين وإن اتحد به لهما وجب قطعاً، وفيه احتمال. (قاله في الخادم).



في «البيان» أن هذا هو الجديد، والأول القديم، فإذا جمعت بيت الصورتين قلت: في المسألة ثلاثة أوجه كما ذكر في الكتاب:

ثالثها - وهو الأظهر - الفرق بين أن يقصد الإصلاح، وبين ألا يقصد شيئاً.

وموضع الخلاف عند الجمهور ما إذا لم يقصد جعله تبرأ، أو دراهم، وإن كان لفظ الكتاب مطلقاً.

قال الغزالي: فَإِنْ قِيلَ: مَا أَلْتَفَاعُ الْمُحْرَمِ فِي عَيْنِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ «قُلْنَا»: أَمَّا الْمُدَّهَبُ فَأَصْلُهُ عَلَى التَّحْرِيمِ فِي حَقِّ الرَّجَالِ وَعَلَى التَّحْلِيلِ فِي حَقِّ النِّسَاءِ، وَلَا يَحِلُّهُ لِلرِّجَالِ إِلَّا تَمْوِيَةً لَا يَخْضُلُ مِنْهُ الذَّهَبُ أَوْ اتَّخَاذُ أَنْفٍ لِمَنْ جُدِعَ أَنْفُهُ.

قال الرافعي: جرت عادة الأصحاب بالبحث عما يحل ويحرم من التحلي بالتبرين؛ ليعلم موضع القطع بوجوب الزكاة، وموضع القولين:

فأما الذهب فأصله على التحريم في حق الرجال، وعلى التحليل في حق النساء؛ لما روى أنه ﷺ قال في الذهب والحريم: «هَذَانِ حَرَامٌ عَلَيَّ دُكُورِ أُمَّتِي، حِلٌّ لِإِنَائِهِمْ»<sup>(١)</sup> واستثنى في الكتاب عن التحريم نوعين:

أحدهما: التَّمْوِيَةُ الذي يحصل منه شيءٌ وفي جوارزه في الخاتم والسيف وغيرهما وَجَهَانِ سَبَقَ فِي «الْأَوَانِي» ذَكَرَهُمَا، وَبِالتَّحْرِيمِ أَجَابَ الْعِرَاقِيُّونَ هَاهُنَا، وَقَدْ عَرَفْتَ بِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ قَوْلَهُ: (إِلَّا تَمْوِيَةً) يَنْبَغِي أَنْ يُعْلَمَ بِالْوَاوِ.

والثاني: يجوز لمن جُدِعَ أَنْفُهُ اتِّخَاذُ أَنْفٍ مِنْ ذَهَبٍ وَإِنْ أَمَكْنَ اتِّخَاذَهُ مِنَ الْفِضَّةِ؛ لِأَنَّ الذَّهَبَ لَا يَصْدَأُ<sup>(٢)</sup>.

وقد روى أَنَّ رَجُلًا قَطَعَ أَنْفَهُ يَوْمَ الْكَلَابِ، فَاتَّخَذَ أَنْفًا مِنْ فِضَّةٍ فَأَتَتْهُ عَلَيْهِ قَامَرَةٌ النَّبِيِّ ﷺ: «أَنْ يَتَّخِذَ أَنْفًا مِنْ ذَهَبٍ»<sup>(٣)</sup> وفي معنى الأنف السن والأنملة، فيجوز

(١) تقدم.

(٢) [إذا صدق بحيث لا يتبين فلا يحرم كما نقله في شرح المذهب عن قطع الشيخ أبي حامد والبندنجي وصاحب المذهب وآخرين. وقال القاضي أبو الطيب: المذهب لا يصدي فلا يتصور المسألة، وأجابوا عن هذا بأن منه ما يصدي ومنه ما لا يصدي ويقال ما خالطه غيره يصدي، والخالص لا يصدي].

(٣) أخرجه أحمد (٢٣/٥) وأبو داود (٤٢٣٢، ٤٢٣٤) والترمذي (١٧٧٠، ١٧٧١) والنسائي (٨/١٦٣ - ١٦٤) والطبراني في الكبير (ج ١٧ رقم ٣٦٩، ٣٧٠، ٣٧١) ذكر الهيشمي في الموارد (١٤٦٦) والكلابي بضم الكاف وتخفيف اللام اسم لوقعة مشهورة.

اتخاذهما من الذهب، وكل ما جاز من الذهب فهو من الفضة أجوز ولا يجوز لمن قطعت يده، أو أصبعه أن يتخذهما من ذهب، أو فضة؛ لأنها لا تعمل، بخلاف الأنملة يمكن تحريكها، وهل يجوز للرجل أن يتخذ لخاتمه سناً أو أسناناً من الذهب.

قال الأكثرون: لا، وهو الذي أورده في «التهذيب» ونظم الكتاب يوافقه، فإنه لم يستثن من التَّحْرِيمِ إلا التَّمْوِيهَ واتخاذ الأنف. وقال الإمام: لا يبعد تشبيه القليل منه بالضَّئِبَةِ الصَّغِيرَةِ في الأواني، وبتطريف الثوب بالحري. وللأكثرين أن يقولوا: الخاتم ألزم للشخص من الإناء واستعماله أدم، فجاز الفرق بين أسنانه وبين الضَّئِبَةِ، وأما التَّطْرِيفُ بالحري فاما الحري أهون؛ لأن الخيلاء فيه أدنى. واعلم أن كل حلي يحرم لبسه على الرجال يحرم لبسه على الخنثى؛ لجواز كونه رجلاً، وهل عليه زكاته الأظهر: أنها تجب؛ لكونه حراماً. وبه أجاب أبو العباس الرزياني في «المسائل الجرجانيات» وقيل: هو على القولين في الحلي المباح، وأشار في «التتمة» إلى أن له لبس حلى الرجال والنساء جميعاً؛ لأنه كان له لبسهما في الصغر، فيستصحب إلى زوال الإشكال.

قال الغزالي: وَأَمَّا الْفِضَّةُ فَحَلَالٌ لِلنِّسَاءِ، وَلَا يَحِلُّ لِلرِّجَالِ إِلَّا التَّخْتُمُ بِهِ، وَتَحْلِيَةُ آلَاتِ الْحَرْبِ كَالسِّيفِ وَالْمِنْطَقَةِ، وَفِي السَّرِجِ وَاللِّجَامِ وَجِهَانِ، وَيَحْرُمُ عَلَى الْمَرْأَةِ آلَاتُ الْحَرْبِ لِمَا فِيهِ مِنَ التَّشْبِيهِ بِالرِّجَالِ.

قال الرافعي: يجوز للرجل التختم بالفضة؛ لما روي: أنه ﷺ: «اتَّخَذَ خَاتِماً مِنَ الْفِضَّةِ»<sup>(١)</sup> وهل له لبس ما سوى الخاتم من حلي الفضة كالسوار والدملج والطرق؟ لفظ الكتاب يقتضي المنع حيث قال: (ولا يحل للرجل إلا التختم به) وبه قال الجمهور.

وقال أبو سعيد المتولي: إِذَا جَازَ التَّخْتَمَ بِالْفِضَّةِ فَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْأَصَابِعِ وَسَائِرِ الْأَعْضَاءِ كَحَلِيِّ الذَّهَبِ فِي حَقِّ النِّسَاءِ، فَيَجُوزُ لَهُ لِبْسُ الدَّمْلَجِ فِي الْعَضُدِ، وَالطَّرْقِ، فِي الْعَنْقِ، وَالسَّوَارِ فِي الْيَدِ وَغَيْرِهَا، وَبِهَذَا أَجَابَ الْمُصَنِّفُ فِي «الفتاوى» وقال: «لم يثبت في الفضة إلا تحريم الأواني وتحريم التحلي على وجه، يتضمن التشبه بالنساء»، فأعلم لهذا قوله: (ولا يحل للرجل إلا التختم به) ويجوز للرجل تحلية آلات الحرب بالفضة، كالسيف، والرمح، وأطراف السهام، والدرع والمنطقة، والرائين، والخف وغيرها؛ لأنه

(١) أخرجه البخاري (٥٨٦٨، ٥٨٧٠، ٥٨٧٢، ٥٨٧٤، ٥٨٧٥) ومسلم (٦٤٠، ٢٠٩٢، ٢٠٩٣،

٢٠٩٤، ٢٠٩٥) من حديث أنس وأخرجه البخاري (٥٨٦٥، ٥٨٦٦، ٥٨٦٧، ٥٨٧٣، ٥٨٧٦،

٦٦٥١، ٧٢٩٨) ومسلم (٢٠٩١) من حديث ابن عمر.

يغيط الكفار، وقد ثبت: أَنَّ قَبِيْعَةَ سَنِيْبِ رَسُوْلِ اللهِ ﷺ: «كَانَتْ مِنْ الْفِضَّةِ»<sup>(١)</sup>.

وفي تحلية السرج واللجام والثغر وجهان:

أحدهما: وبه قال ابن سَلَمَةَ: يجوز كالسيف، والمنطقة.

وأصحهما: المنع كالأنبي بَخْلَافِ آلَاتِ الْحَرْبِ الْمَلْبُوسَةِ، ويروى هذا عن نَصِّهِ في رواية البويطي، والربيع، وموسى بن أبي الجارود، وأجرى هذا الخلاف في الركاب، وفي برة الناقة من الفضة. ورأيت كثيراً من الأئمة قَطَعُوا في تَصَانِيْفِهِمْ بتحريم القلادة للذَّابَةِ، ولا يجوز تحلية شيء مما ذكرنا بِالذَّهَبِ؛ لعدم المنع فيه.

ويحرم على النِّسَاءِ تَحْلِيَةَ آلَاتِ الْحَرْبِ بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ جَمِيعاً؛ في استعمالِهِنَّ لها تَشْبَهُاً بِالرِّجَالِ، وليس لهن التَّشْبُهُ بِالرِّجَالِ، وهكذا ذَكَرَهُ الْجَمْهُورُ، واعترض عليه صاحب «المعتمد» بأن آلات الحرب من غير أن تكون محلاة، إما أن يجوز للنساء لبسها واستعمالها، أو لا يجوز.

والثاني: باطل؛ لأن كونه من ملابس الرجال [إنما] يقتضي الكراهية [دون التحريم]. ألا ترى أنه قال في الأم: «ولا أكره للرجل لبس اللؤلؤ إلا للأدب، وأنه من زيِّ النِّسَاءِ، لا للتحريم» فلم يحرم زيِّ النساء على الرجال، وإنما كرهه، وكذلك حكم العكس، وقد ذكرت نحوه من هذا في «صلاة العيد» وأيضاً فإن الحراب جائز للنساء في الجملة، وفي تجويز الحراب تجويز استعمال آلات الحرب، وإذا ثبت جواز استعمالها وهي غير مُحَلَّاة، فيجوز استعمالها وهي محلاة؛ لأن التَّحْلِيَةَ لَهُنَّ أجوز مِنْهُ لِلرِّجَالِ، وهذا هو الحق - إن شاء الله تعالى<sup>(٢)</sup> -، ويتقدير ألا يجوز لَهُنَّ استعمالها وهي غير مُحَلَّاة، فلا يكون التَّحْرِيْمُ ناشئاً من التَّحْلِيَةِ، فلا يحسن تعليقه بها. ويجوز للنساء لبس أنواع الحُلِيِّ من الذهب، والفضة، كالقُرْطِ، والطَّوْقِ، والخاتم، والخُلْخَالِ، والسَّوَارِ، والتعاويد، وفي اتخاذهم النُّعَالَ من الذهب والفضة وجهان:

أحدهما - ويحكى عن الماوردي -: أنه لا يجوز؛ لما فيه من الإسراف.

(١) تقدم.

(٢) قال النووي: الصواب أن تشبه النساء بالرجال وعكسه حرام للحديث «الصحيح لعن الله المتشبهين من النساء بالرجال والمتشبهات من النساء بالرجال» وقد صرح الرافعي بتحريمه بعد هذا. وأما نصه في «الأم» فليس مخالفاً لهذا، لأن مراده أنه من جنس زي النساء. والحديث أخرجه البخاري بلفظ «لعن النبي ﷺ... الخ» (٣٣٢/١٠) في كتاب اللباس/ باب إخراج المتشبهين بالنساء حديث (٥٨٨٥) وأبو داود في السنن (٦٠/٢) في كتاب اللباس/ باب: لباس النساء (٤٠٩٧)، والترمذي (٩٨/٥) في كتاب الأدب/ باب، ما جاء في المتشابهات حديث (٢٧٨٤) وقال: حسن صحيح.

وأصحهما - ويحكى عن القاضي حسين -: أنه يجوز كسائر الملابس، وأما الثَّاج فقد ذكروا أنه إن جرت عادة النِّساء بلبسه كان مُباحاً، وإلا فهو مما يلبسه عَظَمَاءُ الْفَرَسِ فَيَحْرُمُ، وكان هذا إشارة إلى اختلاف الحكم بحسب اختلاف التَّوَّاحِي فَحَيْثُ جرت عادة النساء بلبسه جاز لبسه، وحيث لم تَجْر، لا يجوز تَحْرُزاً عن التَّشْبِهِ بِالرِّجَالِ، وفي الدراهم والدنانير التي تثقب وتجعل في القلادة وجهان حَكَاهُمَا الْقَاضِي الرَّوْيَانِيُّ: أظهرهما: المنع؛ لأنها لم تخرج بالصُّوْغِ عَنِ التَّقْدِيَةِ، وفي لبس الثياب المنسوجة بالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَجِهَان:

أصحهما: الجواز، وذكر ابن عِبْدَانَ أنه ليس لهن اتخاذ زر القميص، والجبّة، والفرجية منهما، ولعلَّ هذا جواب على الوجه الثاني.

وكل حلي أبيض للنساء فذلك إذا لم يكن فيه سرف، فإن كان كخلخال وزنه مائتا [دينار]<sup>(١)</sup> ففيه وجهان: الذي ذكره معظم العراقيين المنع، وأوجبوا فيه الزكاة قولاً واحداً، وفي معناه إسراف الرجل في تَخْلِيَةِ آلات الحرب ولو اتخذ الرجل خواتيم كثيرة، أو المرأة خَلَاجِلَ كثيرة ليلبس الواحد منهما بعد الواحد فلا يمتنع، وليس كالواحد الثَّقِيلِ، وطرد ابنُ عِبْدَانَ فيه الوجهين، وهذا كُلُّهُ فيما يَتَحَلَّى بِهِ لِيْساً.

قال الغزالي: فَأَمَّا فِي غَيْرِ التَّحَلِّيِ فَقَدْ حَرَّمَ الشَّرْعُ اتِّخَاذَ الْأَوَانِي مِنَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ عَلَى الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ، وَفِي الْمَكْحَلَةِ الصَّغِيرَةِ تَرَدُّدٌ، وَفِي تَخْلِيَةِ السُّكَّانِ لِلْمِهْنَةِ بِالْفِضَّةِ إِحْقَاقاً لَهَا بِآلَاتِ الْحَرْبِ خِلَافٌ.

قال الرافعي: في الفصل مسألتان:

إحدهما: استعمال أواني الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ حَرَامٌ عَلَى الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ كَمَا بَيَّنَّا فِي «كِتَابِ الطَّهَارَةِ» وَفِي اتِّخَاذِهَا خِلَافٌ، وَجَوَابُ الْكِتَابِ هَاهُنَا وَفِي الطَّهَارَةِ التَّحْرِيمُ، وَيَجُوزُ إِعْلَامُ قَوْلِهِ: «اتِّخَاذُ الْأَوَانِي» بِالْوَاوِ؛ لِلخِلَافِ الَّذِي شَرَحْنَاهُ فِي الطَّهَارَةِ [ومثله]<sup>(٢)</sup> الْمَكْحَلَةُ، وَقَدْ ذَكَرَهَا مَرَّةً هُنَاكَ، وَنَقَلَ الْإِمَامُ التَّرَدُّدَ فِيهَا عَنْ صَاحِبِ «التَّقْرِيبِ»، وَقِيدَ بِمَا إِذَا كَانَتْ مِنْ فِضَّةٍ، وَفِيهِ كَلَامٌ ذَكَرْنَاهُ فِي شَرْحِهَا ثُمَّ.

الثانية: في تحلية سكاكين المهنة، وسكاكين المقلمة بالفضة، وجهان:

أحدهما: الجواز إحقاقاً لَهَا بِآلَاتِ الْحَرْبِ. وَأَصَحُّهُمَا: الْمَنْعُ؛ لِأَنَّهَا لَا تُرَادُ لِلْحَرْبِ. قَالَ الْإِمَامُ: وَهَذَا الْخِلَافُ فِي اسْتِعْمَالِهَا لِلرِّجَالِ، وَيُثَوِّرُ مِنْهُ اخْتِلَافٌ فِي حَقِّ النِّسَاءِ إِنْ أَحَقَّنَاهَا بِآلَاتِ الْحَرْبِ، فَلَيْسَ لِلنِّسَاءِ اسْتِعْمَالُهَا، وَإِلَّا فَبِهِ اِحْتِمَالٌ.

(١) في أ درهم.

(٢) في أ المسألة.

قال الغزالي: وفي تحلية المصحف بالفضة وجهان للحنل على الإكرام، وفي تحليته بالذهب ثلاثة أوجه، يفرق في الثالث بين الرجال والنساء، وتحليته غير المصحف من الكتب لا يجوز أصلاً، كتحلية الدواة والسهم والسريير والمقلمة، وقيل بجواز تحلية الدواة بالفضة، ويلزم على قياسه المقلمة والكتب، وتحلية الكعبة والمساجد بالقناديل من الذهب والفضة قيل: إنه ممنوع ولا يبعد تجويزه إكراماً كما في المصحف.

قال الرافعي: هل يجوز تحلية المصحف بالفضة؟ فيه وجهان:

أحدهما: كالأواني.

وأظهرهما: نعم، وبه قال أبو حنيفة - رضي الله عنه - إكراماً للمصحف، وجعل أبو القاسم الكرخي هذا الخلاف قولين، وقال في «سير الواقدي» ما يدل على حظرها، وفي القديم والجديد، وحرملته ما يدل على الجواز، وفي تحليته بالذهب ثلاثة أوجه:

أحدها - وبه أجاز الشيخ أبو محمد في «مختصر المختصر» -: الجواز إكراماً، وبه قال أبو حنيفة - رحمه الله - .

والثاني: المنع إذ ورد في الخبر دُها.

والثالث: الفرق بين أن يكون للمرأة فيجوز، وبين أن يكون للرجال فلا يجوز، طرداً للمنع من الذهب في حق الرجال، وكلام الصيقلين والأكثرين إلى هذا أميل.

وذكر بعضهم: أنه يجوز تحلية نفس المصحف دون غلافة المنفصل عنه، والأظهر التسوية، وأما سائر الكتب فقال في الكتاب: إن تحليتها لم تجز أصلاً، وذلك لأن الأئمة لم يحكوا فيها خلافاً؛ بل قاسوا وجه المنع في المصحف على سائر الكتب إشعاراً بالاتفاق فيها، وذكروا وجهين في تحلية الدواة، والمرأة، والمقلمة، والمقراض بالفضة. أصحهما: المنع كالأواني.

والثاني: الجواز كالسيف، والسكين، وبه أجاز في «مختصر المختصر»، وأراد صاحب الكتاب بقوله: (وقيل: يجوز تحلية الدواة بالفضة) حكاية وجه، وقاس عليه المقلمة وسائر الكتب، وفي تحلية الكعبة وسائر المساجد بالذهب، والفضة، وتعليق قناديلها فيها وجهان مرويان في «الحاوي» وغيره.

أحدهما: الجواز تعظيماً كما في المصحف، وكما يجوز ستر الكعبة بالديباج.

وأظهرهما: المنع، ويحكى ذلك عن أبي إسحاق، إذ لم ينقل ذلك عن فعل السلف، وحكم الزكاة مبني على الوجهين: نعم، لو جعل المتخذ وقفاً فلا زكاة فيه بحال. وقد تعرض في الكتاب للوجهين معاً حيث قال: (قيل: إنه ممنوع) ولا يبعد

تجويزه إكراماً، لكن حَكَى المنع نقلاً، والتجوز احتمالاً لا تَأْسِيّاً بالإمام - رحمه الله - فإنه هكذا فعل. خاتمته: إذا أوجبنا الزُّكَاةَ في الحُلِيِّ المباح، فلو اختلف وزن الحلي وقيمتها كما لو كانت لها خَلَاجِل وزنها مَائَتًا دِرْهَمًا، وقيمتها ثلثمائة، أو فرض مثله في المناطق المحلّاة للرجال، فالاعتبار في الزُّكَاة بوزنها، أو قيمتها فيه وجهان:

أحدهما - وبه قال الماوردي -: أن الاعتبار بالوزن لا بالقيمة؛ لأنها زكاة عين، فلا ينظر فيها إلى القيمة كما في المواشي، ولهذا لو كان وزن الحُلِيِّ مائة درهم قيمته بسبب الصنعة مائتان، لا تجب فيها الزُّكَاة.

وأصحهما: عند ابن سريج وعامة العراقيين: أنه تعتبر الصنعة؛ لأنها صِفَةٌ في العين، فيلزمه إخراج زكاة العَيْنِ على تلك الصِفَّة، كما يلزم إخراج المضروب عن المضروب فعلى هذا يتخير بين أن يخرج ربع عشر الحُلِيِّ مُشَاعاً، ثم يبيعه السَّاعِي ويفرق الثَّمَنَ على المساكين، وبين أن يخرج خمسة دراهم مصنوعة قيمتها سَبْعَةٌ ونصف، ولا يجوز أن يكسره ويخرج خَمْسَةَ مَكْسُورَةٍ؛ لأن فيه ضرراً عليه وعلى المساكين، ولو أخرج من الذَّهَبِ ما قيمته سبعة دراهم ونصف، فهو جائز عند ابن سريج لِلْحَاجَةِ ممتنع عند الأكثرين لإمكان تسليم رُبُع العشر مُشَاعاً، وبيعه بالذهب بعد ذلك. ولو كانت له آتية وزنها مائتان، ويرغب فيها بثلاثمائة؛ فيبنى حكم زكاتها على الخلاف في جواز الاتخاذ إن جوزناه، فالحكم على ما ذكرناه في الحُلِيِّ، وإن لم نُجَوِّزْ فلا قيمة للصنعة شُرْعاً، فله إخراج خمسة من غيره، وله كسره وإخراج خَمْسَةَ منه، وله إخراج أربع عشرة مشاعاً، ولا سبيل إلى إخراج الذَّهَبِ بدلاً. وكل حلي لا يحل لأحد من النَّاسِ فحكم صنعة الإناء، ففي ضمانها على كَاسِرِهِ وجهان.

وما يحل لبعض الناس، فعلى كاسره ضمانها، وما يكره من التحلي فلا يحرم، كالضَّبَّةِ الصغيرة على الإناء للزينة، ألحقوه بالمحظور في وجوب الزُّكَاة.

وقال صاحب «التهذيب»: من عند نفسه الأولى أن يكون كالمباح<sup>(١)</sup>.

### [باب زكاة التجارة]:

قال الغزالي: «التَّوَجُّعُ الرَّابِعُ» زكاة التَّجَارَةِ، وَمَالُ التَّجَارَةِ كُلُّ مَا قُصِدَ الْأَنْبَاجُ فِيهِ عِنْدَ اكْتِسَابِ الْمِلْكِ بِالْمُعَاوَضَةِ الْمَخْضَةِ وَلَا يَكْفِي مُجَرَّدُ النِّيَّةِ دُونَ الشَّرَاءِ، وَلَا عِنْدَ الْإِنْهَابِ أَوْ الرُّجُوعِ بِالْعَيْبِ وَهَلْ يَكْفِي عِنْدَ الْخُلْعِ وَالتَّكَاحِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ اشْتَرَى عَبْدًا

(١) ولو وقف حلياً على قوم يلبسونه، أو ينتفعون بأجرته فلا زكاة فيه قطعاً. قاله النووي. ينظر

عَلَى نِيَّةِ التَّجَارَةِ بِثَوْبٍ قَبِيَّةٍ فَرُدَّ عَلَيْهِ بِالْعَيْبِ أَنْقَطَعَ حَوْلُهُ، وَكَذَا لَوْ بَاعَ ثَوْبَ تِجَارَةٍ بِعَبْدٍ  
لِلْقَبِيَّةِ ثُمَّ قَبِيَّةً.

قال الرافعي: زكاة التجارة واجبة عند جمهور العلماء، وفيهم الشافعي - رضي الله عنه -، قَطَعَ به في قَوْلِهِ في الجديد، وحكى عنه في القديم تَزْيِيد قول.

فمنهم من قال: له في القديم قولان، ومنهم من لم يثبت خلاف الجديد شيئاً، وَذَكَرَ في «النهاية» أن نفي وجوبها يُعْزَى إِلَى مَالِكٍ، ولا يكاد يثبت ذلك عنه، إِنَّمَا المشهور عنه أنها لا تجب إلا بعد النضوض حتى لو نض بعد ما اتجر سنين كثيرة لا تجب إلا زكاة سنة واحدة. والأصل في الباب: ما روي عن أبي ذر أن النبي ﷺ وقال: «فِي الْإِبِلِ صَدَقَتُهَا، وَفِي الْبَقَرِ صَدَقَتُهَا، وَفِي الْغَنَمِ صَدَقَتُهَا، وَفِي الْبُرِّ صَدَقَتُهَا»<sup>(١)</sup>. ومعلوم أنه ليس في البر زكاة العين، فيكون الواجب زكاة التُّجَارَةِ. وعن سمرة بن جندب قال: «كَانَ النَّبِيُّ ﷺ يَأْمُرُنَا أَنْ نُخْرِجَ الزَّكَاةَ مِمَّا نَعُدُّهُ لِلْبَيْعِ»<sup>(٢)</sup> واعتمد الشافعي - رضي الله عنه - فيه بما روى عن أبي عمرو بن حماس أن أباه حماساً قال: «مَرَرْتُ عَلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ - رضي الله عنه - وَعَلَى عُنُقِي أَدَمَةٌ أَحْمَلُهَا، فَقَالَ: أَلَا تُؤَدِّي زَكَاتَكَ يَا حِمَّاسُ؟ فَقُلْتُ: مَالِي غَيْرُ النَّبِيِّ عَلَى ظَهْرِي وَأَهْبُ فِي الْقَرْظِ، قَالَ: ذَلِكَ مَالٌ فَضَّغَ. قَالَ: فَوَضَعْتُهَا بَيْنَ يَدَيْهِ، فَحَسَبَهَا، فَوَجَدْتُ قَدْ وَجِبَ فِيهَا الزَّكَاةُ فَأَخَذَ مِنْهَا الزَّكَاةَ»<sup>(٣)</sup>. إذا تقرر ذلك، فأول ما بدا به في الكتاب بيان أن مال التُّجَارَةِ ماذا؟ فقال: (ومال التجارة كل ما قصد الاتجار فيه عند اكتساب الملك بالمعاوضة المحضة)، وفي هذا الضباط أمور قد فصلها بصور:

فمنها: أن مجرد نية التجارة لا تجعل المال مال التجارة، حتى لو كان له عَرَضٌ لِلْقَبِيَّةِ مَلَكَهُ بِشِرَاءٍ وَغَيْرِهِ، ثم جعله للتجارة لَمْ يَصِرْ للتجارة، ولم ينعقد الحول عليه خلافاً لِلْكَرَائِسِيِّ من أصحابنا<sup>(٤)</sup>، حيث قال: «يصير مال تجارة بمجرد النية»، وبه قال أحمد في إحدى الروايتين: لما روي من خير سمرة، وكما لو كان عنده عرض التجارة

(١) أخرجه الدارقطني (١٠٠/٢ - ١٠٢) والبيهقي (١٤٧/٤) والحاكم (٣٨٨/١)، بإسنادين صحيحين، وانظر التلخيص الحبير (١٧٩/٢) والبز بفتح الباء وبالزاي.

(٢) أخرجه أبو داود (١٥٦٢) والبيهقي (١٤٦/٤ - ١٤٧) والدارقطني (١٢٧/٢ - ١٢٨) والطبراني (٧٠٢٩، ٧٠٤٧) وانظر التلخيص الحبير (١٧٩/٢) وقال عبد الغني المقدسي مقارب وحسنه غيره.

(٣) رواه البيهقي (١٤٧/٤) وقال ابن الملقن في الخلاصة إسناده صحيح لا أعلم به بأساً، وقال ابن حزم أبو عمرو بن حماس مجهول كآبئه كذلك.

(٤) تقدم ترجمته.

فنوى أنه للِقِنِيَّةِ يصير للقنية وينقطع حول التجارة.

لنا: أن ما لا يثبت له حُكْمُ الحَوْلِ بدخوله في ملكه لا يثبت بمجرد النية، كما لو نوى بالمَعْلُوفَةِ السَّوْمِ، ويخالف عَرَضَ التجارة تصير للقنية بمجرد النية من وجهين:  
أحدهما: أنه ليس للاقتناء، معنى إلا الحبس والإمساك للانتفاع فإذا أمسك ونوى الاقتناء فقد قرن النية بصورة الاقتناء؛ لأنه جردها.

والثاني: أن الأصل في العروض الاقتناء، والتجارة عارضة، فبمجرد النية يعود حكم الأصل، وإذا ثبت حكم الأصل فبمجرد النية يزول، وهذا كما أن المسافر يصير مُقِيمًا بِمُجَرَّدِ النِّيَّةِ، وَالْمُقِيمُ لَا يَصِيرُ مُسَافِرًا بِمُجَرَّدِ النِّيَّةِ.

ومنها: لو اقترنت نية التجارة بالشراء كان الشراء مال تجارة، ودخل في الحَوْلِ لانضمام قَصْدِ التجارة إلى فعلها، كما لو نوى المشتري وسافر يصير مُسَافِرًا، ولا فرق بين أن يكون الشراء بِعَرَضٍ أو نَقْدٍ، أو دَيْنٍ، ولا بين أن يكون حالاً، أو مُؤَجَّلًا.

وإذا ثبت حكم التجارة لا يحتاج لكل معاملة إلى نية جديدة، وفي معنى الشراء ما لو صَاحَ عن دَيْنٍ لَهُ في ذِمَّةِ إنسان على عرض بِنِيَّةِ التَّجَارَةِ، فيصير لِلتَّجَارَةِ، سواء كان الدَّيْنُ قَرْضًا أو ثَمَنَ مَبِيعٍ، أو ضَمَانٍ مُتَلَفٍ، وكذلك الاتهاب بشرط الثَّوَابِ إذا نوى به التَّجَارَةَ، وأما الهبة المَحْضَةُ والاحتشاش، والاحتطاب، والاصطياد والإرث فليست مَعْدُودَةٌ من أسباب التجارة، فلا أثر لاقتران النِّيَّةِ بها، وكذا الرَّدُّ بِالْعَيْبِ والاسترداد، حتى لو باع عَرَضًا لِلِقِنِيَّةِ بعرض للقنية، ثُمَّ وجد بما أخذه عيباً، فرده واسترد الأول على قَصْدِ التَّجَارَةِ، أو وجد صاحبه بما أخذ عيباً فَرَدَّهُ وقصد المردود عليه بأخذه التجارة لم يَصِرْ مَالٌ تِجَارَةً. ولو كان عنده ثوب للقنية فاشترى به عبداً للتجارة، ثم رد عليه الثوب بعيبٍ انقطع حَوْلُ التَّجَارَةِ، ولم يكن الثَّوْبُ المردود مَالٌ تِجَارَةً؛ لأن الثوب لم يكن عنده على حكم التجارة، حتى يقال: ينقطع البيع، ويعود إلى ما كان قبله، بخلاف ما لو كان الثَّوْبُ للتجارة، أيضاً، فإنه يبقى حكم التجارة فيه بعد حول البيع، وكذا لو تباع التَّاجِرَانِ ثم تقابلا يستمر حكم التجارة في المالين، ولو كان عنده ثوب تجارة فباعه بعبد للقنية، فرد عليه الثَّوْبُ بالعيب، لم يعد على حكم التجارة؛ لأن قصد القنية قطع حول التجارة، والرد والاسترداد بعد ذلك ليسا من التَّجَارَةِ في شيء، فصار كما لو قَصَدَ القنية؟ بمال التَّجَارَةِ الذي عنده ثم نوى جعله للتَّجَارَةِ ثانياً لا يؤثر حتى يقرن النية بتجارة جديدة. ولو خالغ الرجل امرأته وقصد التجارة في عَوْضِ الخُلْعِ، أو زَوَّجَ السيد أمته، أو نكحت الحرة أو نوى التجارة في الصَّدَاقِ، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يكون مَالٌ تِجَارَةً؛ لأن الخلع والنكاح ليسا من عقود التجارات والمعارضات المحضه؛ ولأنه ليس المملوك بهما مملوكاً بعين مال.



وأظهرهما - ولم يذكر أكثر العراقيين سواه -: أنه يكون مال تجارة، لأنه مال مَلَكَهُ بِمَعَاوِضَةٍ؛ ولهذا ثبتت الشُّفَعَةُ فيما ملك بهما، وأجرى الوجهان في المال المصالح عليه عن الدَّم، والذي أَجَرَ بِهِ نَفْسَهُ، أو ماله إذا نوى بهما التجارة، وفيما إذا كان تَصَرُّفُهُ في المَنَافِع بأن كان يستأجر المستغلات ويؤاجرها على قَصْدِ التَّجَارَةِ.

قال الغزالي: وَالنُّصَابُ مُعْتَبَرٌ فِي أَوَّلِ الْحَوْلِ وَآخِرِهِ دُونَ الْوَسْطِ عَلَى قَوْلِ وَفِي جَمِيعِ الْحَوْلِ عَلَى قَوْلِ، وَفِي آخِرِ الْحَوْلِ فَقَطُّ عَلَى قَوْلِ لِأَنَّ انْخِفَاضَ السُّعْرِ لَا يَنْضَبِطُ، فَلَوْ صَارَ التَّقْصَانُ مَخْسُوسًا بِالتَّنْضِيضِ فِيهِ انْقِطَاعِ الْحَوْلِ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ وَجْهَانِ.

قال الرافعي: لا خلاف في اعتبار الحول في زكاة التجارة، ويدل عليه مطلق قوله ﷺ: «لَا زَكَاةَ فِي مَالٍ حَتَّى يَحُولَ عَلَيْهِ الْحَوْلُ»<sup>(١)</sup>.

والنُّصَابُ معتبرٌ أيضاً لكن في وقت اعتباره ثلاثة أقوال على ما ذكر صاحب الكتاب، والإمام. أحدها: أنه يعتبر في أول الحول، وآخره، أما في الأول فليجر في الحول، وأما في الآخر فلا لأنه وَفَتْ الوجوب ولا يعتبر فيما بينهما لِعُسْرِ مَرَاعَاةِ النُّصَابِ بِالْقِيَمَةِ؛ فَإِنَّ الْأَسْعَارَ تَضْطَرِبُ انْخِفَاضاً وَارْتِفَاعاً.

وثانيها: أنها تعتبر في جميع الحول، كما في المواشي، فعلى هذا لو نقصت القيمة عن النُّصَابِ في لحظة، انقطع الحول، فإن كمل بعد ذلك استأنف الحول.

وأصحها: أنه لا يعتبر إلا في آخر الحَوْلِ، أما أنه لا يعتبر في أثنائه فلما سبق، وأما أنه لا يعتبر في أوله فكالزيادة على النُّصَابِ؛ لما لم يشترط وجودها في أثناء الحول؛ لوجوب زكاتها لم يشترط وجودها في أول الحول، فعلى هذا لو اشترى عرضاً للتجارة بشيء يسير انعقد الحول عليه، ووجبت الزكاة فيه إذا بلغت قيمته نِصَاباً في آخر الحول، واحتج لهذا القول بحديث حماس، فإنه لم ينظر إلى القيمة إلا في الحال، ولم يبحث عما تقدم، ليس هذا الاحتجاج كما ينبغي، وعبر الأكثرون عن الخلاف في المسألة بالوجوه دون الأقوال، وسبب اختلاف العبارة أنها جميعاً ليست مَنْصُوصَةً، وإنما المنصوص منها الثالث، والأولان خَرَجَهما شيوخ الأصحاب، هكذا حكى الشيخ أبو علي، والمذاهب المخرجة يعبر عنها بالوجوه تارة، وبالأقوال أخرى وبالقول الثاني قال ابن سُرَيْج، ونسبه أَبُو عَبْدِ اللَّهِ إِلَيْهِ الْأَوَّلِ - والله أعلم -.. ويجوز أن يعلم الأول بالميم، والألف، والثاني بالميم والحاء، والثالث بالحاء والألف؛ لأن مذهب أبي حنيفة - رحمه الله - مثل الْقَوْلِ الْأَوَّلِ، ومذهب أحمد مثل الثاني، ومذهب مالك مثل الثالث،

ثم إذا احتملنا نُقْصَانَ النَّصَابِ فِي غَيْرِ الْآخِرِ فَذَلِكَ فِي حَقِّ مَنْ تَرَبَّصَ لِسِلْعَتِهِ حَتَّى تَمَّ الْحَوْلُ، وَهِيَ نَصَابٌ بِالْقِيَمَةِ، فَأَمَّا لَوْ بَاعَهَا بِسِلْعَةٍ أُخْرَى فِي أَثْنَاءِ الْحَوْلِ فَقَدْ حَكِيَ الْإِمَامُ وَجْهَيْنِ فِيهِ:

أحدهما: أن الحول ينقطع، ويبتدىء حَوْلَ السِّلْعَةِ الْأُخْرَى مِنْ يَوْمِ مَلَكَهَا. وأصحهما: أن الحكم كما لو تَرَبَّصَ بِسِلْعَتِهِ، وَلَا أثرَ لِلْمَبَادِلَةِ فِي أَحْوَالِ التَّجَارَةِ. ولو باعها في أَثْنَاءِ الْحَوْلِ بِالنَّقْدِ، وَهُوَ نَاقِصٌ عَنِ النَّصَابِ، ثُمَّ اشْتَرَى بِهِ سِلْعَةً، فَمَّ الْحَوْلُ وَهِيَ تَبْلُغُ نَصَاباً بِالْقِيَمَةِ، ففِيهِ وَجْهَانِ لِتَحَقُّقِ النِّقْصَانِ جِسًّا. قال الإمام - رحمه الله -: والخلاف في هَذِهِ الصُّورَةِ أَمْثَلُ مِنْهُ فِي الْأَوَّلِ، وَرَأَيْتُ الْمُتَأَخِّرِينَ يَمِيلُونَ إِلَى انْقِطَاعِ الْحَوْلِ - وَاللَّهُ أَعْلَمُ -.

وهذه الصورة الأخيرة هي المذكورة في الكتاب. وأعرف من اللفظ شيئين: أحدهما: أن قوله: (فلو صار النقصان محسوساً بالتنضيض) ليس المراد منه مُطْلَقَ التَّنْضِيضِ؛ فَإِنَّهُ لَوْ بَاعَ بِالْأُورَامِ وَالْحَالَ تَقْتَضِي التَّقْوِيمَ بِالذَّنَائِرِ عَلَى مَا سَيَأْتِي فَهُوَ كَيْسَعُ السِّلْعَةِ بِالسِّلْعَةِ.

والثاني: أن قوله: (على هذا القول) يوهم تخصيص الوجهين بالقول الثالث، وهما جاريان على القول الأول أيضاً ولا فرق.

فرع: لو تم الحول وقيمة سلعته دون النَّصَابِ، فهل يبتدىء حول ثان؟ فيه وجهان: قال أبو إسحاق: نعم، ويسقط حكم الحَوْلِ الْأَوَّلِ.

وقال ابن هريرة: لا، بل متى بلغت القيمة نصاباً تجب الزكاة، ثم يبدأ حَوْلُ ثَانٍ<sup>(١)</sup>، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ عِنْدَ صَاحِبِ «التَّهْذِيبِ» وَغَيْرِهِ.

قال الغزالي: وَأَبْتِدَاءُ حَوْلِ التَّجَارَةِ مِنْ وَقْتِ الشَّرَاءِ بِنَيْتِ التَّجَارَةِ إِنْ كَانَ الْمُشْتَرِي بِهِ عَرْضاً مَا شِئَتْ كَانَتْ أَوْ لَمْ تَكُنْ، وَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرِي بِهِ نَقْداً فَمِنْ وَقْتِ النَّقْدِ نَصَاباً كَانَ أَوْ لَمْ يَكُنْ إِنْ قُلْنَا: إِنَّ النَّصَابَ لَا يُعْتَبَرُ فِي أَبْتِدَاءِ الْحَوْلِ، وَبِالْجَمَلَةِ زَكَاةُ التَّجَارَةِ وَالتَّقْدِينِ يُبْتَدِئُ حَوْلَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى حَوْلِ صَاحِبِهِ لِاتِّحَادِ الْمُتَعَلِّقِ وَمُقَدَّارِ الْوَاجِبِ.

(١) محل الخلاف ما إذا لم يكن له من جنس ما يقوم به ما يكتمل به النصاب، أما لو كان مثل أن يملك بمائة درهم، واشترى بخمسين درهماً منها عرضاً للتجارة، وبقيت الخمسون عنده وبلغت قيمة العرض آخر الحول مائة وخمسون فإن ذلك يضم إلى ما عنده ويلزمه زكاة الكل بلا خلاف (قاله في الخادم) ينظر (١٢٩/٢).

قال الرافعي: غرض الفصل: الكلام في بيان ابتداء الحَوْل. وجملته أن مال التجارة لا يخلو: إما أن يملكه بأحد التَّقْدِين، أو بغيرهما. فإن ملكه بأحد التقدين<sup>(١)</sup>، نظر أن كان نصاباً، كما لو اشترى بعشرين ديناراً، أو بمائتي درهم، فابتداء الحول من يوم ملك ذلك التَّقْد، ويبنى حول التجارة على حوله، ووجهوا ذلك بشيئين:

أحدهما: أن قَدَرَ الْوَاجِبِ فِيهِمَا وَاحِدًا، وكذلك متعلقه، فإن الزكاة واجبة في عَيْن التَّقْد، وفي قيمة السَّلْعَة، وهي من جنس النقد الذي كان رأس المال، بل هي نفس تلك الدَّرَاهِم، إلا أنها صارت مُبْهَمَة بعد ما كانت مُعَيَّنَة، فصار كما لو ملك مائتي درهم ستة أشهر، ثم أقرضها مَلِيئاً تلزمه الزُّكَاة بعد سِتَّةِ أَشْهُرٍ من يوم القَرْض.

والثاني: أن التَّقْدَ أَضْلَ، وَعَرَضُ التَّجَارَةِ تَبِعَ لَهُ، وفرغ عليه، ألا ترى أن التقويم به يقع فبنى حَوْلَهُ عليه.

وخرجوا على التوجهين ما إذا بَادَلَ الدَّرَاهِمَ بالدَّرَاهِمِ، حيث ينقطع الحَوْلُ ولا يَبْنِي، أما على الأول فلأن زكاة التَّقْدِ فِي الْعَيْنِ، ولكل واحد من عين الدراهم الأولى، وعين الثانية حكم نفسها، وأما على الثاني، فلأن الثانية لا تقوم بالأولى، وليست إحداهما أضلاً، والأخرى قَرْعاً لَهَا، وهذا فيما إذا كان الشَّرَاءُ بعَيْنِ النَّصَابِ، أما إذا اشترى بِنِصَابٍ من أحد التَّقْدِينِ فِي الذِّمَّةِ، وله مَائَتَا دِرْهَمٍ وَعِشْرُونَ دِينَارًا فَتَقْدُّهَا فِي ثَمَنِهِ يَنْقَطِعُ حَوْلُ التَّقْدِ، ويبتدىء حول التَّجَارَةِ من يوم الشَّرَاءِ، هذا لفظ صاحب «التهذيب» وَعَلَّلَ بِأَنَّ هَذِهِ الدَّرَاهِمَ وَالدَّنَانِيرَ لَمْ تَتَّعِنَ لِلتَّصَرُّفِ فِيهِ، - وَاللَّهُ أَعْلَمُ - .

وإن كان النقد الذي هو رأس المال دون النَّصَابِ، فليس له حول حتى يبنى عليه، فيكون ابتداء الحول من يوم مَلَكَ عَرَضُ التَّجَارَةِ هذا إذا ملك بأحد التَّقْدِينِ، ولو ملك بغيرهما فله حالتان:

إحدهما: أن يكون ذلك الغير مما، لا تَجِبُ الزُّكَاةُ فِيهِ، كالثياب والعبيد، فابتداء الحول من يوم المَلَكَ، لأن ما ملكه قبله لم يكن مَالٌ زَكَاةً.

والثانية: أن يكون مما تَجِبُ فِيهِ الزُّكَاةُ، كما لو ملكه بِنِصَابٍ مِنَ السَّائِمَةِ، فظاهر المَذْهَبِ أن حول السَّائِمَةِ يَنْقَطِعُ وَيَبْتَدِئُ حَوْلُ التَّجَارَةِ مِنْ يَوْمِ المَلَكَ، ولا يبنى؛ لاختلاف الزُّكَاةِ قَدْرًا وَمَتَعَلِّقًا.

وقال الإصطخري: يبنى حوله على حول السَّائِمَةِ، كما لو ملكه بِنِصَابٍ مِنَ

(١) سواء كان النقد غالباً أم لا سواء أبطله السلطان أم لا لأنه أصل ما بيده، فكان أولى من غيره وفي قول قديم: أن التقويم لا يكون إلا بنقد البلد، حكاه صاحب التقريب ينظر مغني المحتاج(١)

التَّقْدِ، واحتج بقوله في «المختصر»: ولو اشترى عَرَضاً لِلتَّجَارَةِ بدراهم، أو بدنانير، أو بشيء تجب فيه الصُّدَقَةُ من المَاشِيَةِ، وكان أفاد ما اشترى به ذلك العرض من يومه، لم يقوم العرض، حتى يحول الحول من يوم افاد الثمن، وحمل المَزْنِيُّ هذا النَّصَّ على ما رآه الإصطخري، ثم اعترض عليه، وصار إلى عَدَمِ البناء.

وعامة الأَصْحَابِ نفوا ذهاب الشافعي - رضي الله عنه - إلى البناء فتكلموا على هذا النَّصِّ من وجوه:

أحدها: قال ابن سريج وأبو إسحاق وغيرهما: إن مسألة «المختصر» مفروضة فيما إذا استفاد ثمن العرض يوم الشراء، وحيث لا فرق بين أن يقال: يعتبر الحَوْلُ من يوم الشراء، وبين أن يقال: يعتبر من يوم ملك الثَّمَن.

والثَّانِي: أن الشَّافِعِي - رضي الله عنه - جمع بين ثلاث صور: الشُّرَاءُ بالدراهم، والشُّرَاءُ بالدينانير، والشُّرَاءُ بالماشية، ثم أجاب في الصُّورَتَيْنِ الأوليين دون الآخرة، وقد يقع مثل ذلك في كلامه، واحتجوا لهذا بأنه قال: (من يوم إفاد الثمن) ولفظ يقع على النقيدين دون الماشية. واعلم أن في حقيقة الثمن خلافاً سنذكره في «كِتَابِ الْبَيْعِ» - إن شاء الله تعالى - جُذُهُ، وهذا الوجه يتفرع على أن الثمن هو الذَّهَبُ وَالْفِضَّةُ لا غير، ومن قال بالتَّأْوِيلِ الأول أطلق لفظ الثمن على الماشية أيضاً.

والثالث: تغليب المزني في النقل، وإلى هذا مال إمام الحَرَمَيْنِ، ورأى التَّأْوِيلَ تَكْلُفًا. ولتتعلق في ما يتعلق بلفظ الكتاب خاصة.

وقوله: (من وقت الشراء بنية التجارة) ليس لتخصيص الحكم بالشراء؛ بل هو مذكورٌ تمثيلاً وسائر الأكتسابات المُلْحَقَةُ في معناه، ويجوز إعلامه بالواو؛ لأن اللَّفْظَ مُطْلَقٌ لا يفرق بين أن يكون قيمة ما اشتراه للتَّجَارَةِ نَصَاباً، أو لا يكون، وهو مُجَرَى على إطلاقه إذا فَرَّغْنَا على أن النَّصَابَ لا يعتبر إلا في آخر الحول، وهو الصَّحِيح، فأما إذا اعتبرناه في جميع الحول، أو في طرفيه، ولم يبلغ قيمة المشتري نَصَاباً، فليس ابتداء الحول من يوم الشُّرَاءِ؛ بل هو وقت بلوغ قيمته نصاباً.

وقوله: (ماشية كانت) معلم بالواو؛ لما حكيناه عن الإصطخري وقوله: (وإن كان المشتري به نقداً فمن وقت النقد) أي: من وقت ملك التَّقْدِ، ثم قوله: (نصاباً كان، أو لم يكن) إن قلنا إن النصاب لا يعتبر في ابتداء الحَوْلِ، هو موضع نظر وتأمل؛ لأنه إما أن يريد به نَصَاباً كان المال المشتري أو لم يكن إن يريد به نصاباً كان التَّقْدِ، أو لم يكن، وهو الأسبق إلى الفهم، فإن أراد الثاني فقد صَرَّحَ باحتساب الحَوْلِ من وقت مِلْكِ التَّقْدِ مع نقصانه عن النَّصَابِ، وإن أراد به الأول فقد حكم بالاحتساب من وقت ملك التَّقْدِ مُطْلَقاً، وليس كذلك، بل يشترط فيه كون ذلك النقد نصاباً، نَصَّ عليه الشافعي -

رضي الله عنه - وَقَطَعَ به الْأَصْحَاب مِنْ غَيْرِ قَرْزٍ بَيِّنٍ أَنْ يَعْتَبِرَ النَّصَابُ فِي جَمِيعِ الْحَوْلِ، أَوْ لَا يَعْتَبِرُ؛ لِأَنَّ النِّقْدَ النَّاقِصَ لَيْسَ مَالُ زَكَاةٍ حَتَّى يَفْرُضَ جَرِيَانَهُ فِي الْحَوْلِ.

وقوله: (زكاة التِّجَارَةِ والنَّقْدِينَ يَبْتَنَى حَوْلَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ) وَيَبِينُ أَنَّهُ لَوْ بَاعَ مَالُ تِجَارَةٍ بِنِقْدٍ بَنِيَّةٍ الْقَنِيَّةَ يَبْنَى حَوْلَ النِّقْدِ عَلَى حَوْلِ مَالِ التِّجَارَةِ، كَمَا يَبْنَى حَوْلَ مَالِ التِّجَارَةِ عَلَى حَوْلِ النِّقْدِ. وقوله: (لِاتِّحَادِ الْمُتَعَلِّقِ وَمِقْدَارِ الْوَاجِبِ) إِشَارَةٌ إِلَى التَّوَجُّهِ الْأَوَّلِ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ.

قال الغزالي: وَكُلُّ زِيَادَةٍ حَصَلَتْ بِأَرْتِفَاعِ الْقِيَمَةِ وَجَبَ الزُّكَاةُ فِيهَا بِحَوْلِ رَأْسِ الْمَالِ كَالنِّتَاجِ، فَإِنْ رُدَّ إِلَى أَصْلِ النُّضُوضِ فَقَدَّرُ الرِّبْحُ مِنَ النَّاضِ لَا يُضْمُ إِلَى حَوْلِ الْأَصْلِ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ؛ لِأَنَّهُ مُسْتَفَادٌ مِنْ كَيْسِ الْمُشْتَرِي لَا مِنْ عَيْنِ الْمَالِ.

قال الراجعي: ربح مال التجارة ينقسم إلى حاصل من غير نضوض<sup>(١)</sup> المال، وإلى حاصل مع نضوضه، وأما القسم الأول فهو مضموم إلى الأصل في الحَوْلِ كالتَّجَارَةِ؛ لِأَنَّ الْمُحَافَظَةَ عَلَى حَوْلِ كُلِّ زِيَادَةٍ مَعَ اضْطِرَابِ الْأَسْوَاقِ وَتَدْرُجِهَا انْخِفَاضًا وَارْتِفَاعًا فِي غَايَةِ الْعُسْرِ. قال في «النهاية»: وَقَدْ حَكَى الْأَثْمَةُ الْقَطْعَ بِذَلِكَ، لَكِنْ مِنْ يَعْتَبِرُ النَّصَابُ فِي جَمِيعِ الْحَوْلِ كَمَا فِي زَكَاةِ الْأَعْيَانِ قَدْ لَا يَسْلَمُ وَجُوبُ الزُّكَاةِ فِي الرِّبْحِ فِي آخِرِ الْحَوْلِ.

وقضية قياسية أن نقول: ظهور الربح في أثناء الحَوْلِ بِمِثَابَةِ نَضُوضِهِ، وَسِيَّاتِي الْخِلَافِ فِيهِ فِي الْقِسْمِ الثَّانِي.

قال: وهذا لا بد منه، والأئمة قد يذكرون القول الضَّعِيفَ مَعَ الصَّحِيحِ، ثُمَّ إِذَا تَوَسَّطُوا التَّفْرِيعَ تَرَكُوا الضَّعِيفَ جَانِبًا، وَهَذَا الْكَلَامُ يَقْتَضِي إِعْلَامَ قَوْلِهِ فِي الْكِتَابِ: (بِحَوْلِ رَأْسِ الْمَالِ) بِالْوَاوِ، فَعَلَى الْمَشْهُورِ الصَّحِيحِ لَوْ اشْتَرَى عَرَضًا لِلتِّجَارَةِ بِمِائَتِي دِرْهَمٍ، فَصَارَتْ قِيَمَتُهُ فِي خِلَالِ الْحَوْلِ ثَلَاثِمِائَةٍ، زَكِيَ الثَّلَاثِمِائَةُ عِنْدَ تَمَامِ الْحَوْلِ وَإِنْ كَانَ ارْتِفَاعُ الْقِيَمَةِ قَبِيلَ الْحَوْلِ بِلِحْظَةٍ، وَلَوْ ارْتَفَعَتْ بَعْدَ الْحَوْلِ فَالرِّبْحُ مَضْمُومٌ إِلَى الْأَصْلِ فِي الْحَوْلِ الثَّانِي كَمَا فِي النَّتَاجِ.

وأما القسم الثاني: وهو الحاصل مع النضوض، فينظر فيه إن صار ناضاً من غير جنس رأس المال، فهو كما لو بدل عَرَضًا بِرَضٍ، لِأَنَّ التَّقْوِيمَ لَا يَقَعُ بِهِ، وَحَكَى الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ عَنِ بَعْضِ الْأَصْحَابِ؛ أَنَّهُ عَلَى الْخِلَافِ الَّذِي تَذَكَّرَهُ فِيمَا إِذَا صَارَ نَاضًا مِنْ جِنْسِ رَأْسِ الْمَالِ، وَإِنْ صَارَ نَاضًا مِنْ جِنْسِهِ فِيمَا أَنْ يَفْرُضَ ذَلِكَ فِي خِلَالِ الْحَوْلِ، أَوْ بَعْدَهُ،

(١) قل ابن القوطية: نض الشيء حصل والناض من الماء ماله مادة وبقاء وأهل الحجاز يسمون الدرهم والدنانير نضاً وناضاً.

وعلى التقدير الأول فإما أن يمسك الثَّاض إلى أن يتم الحول، أو يشتري به سلعة.

**الحالة الأولى:** أن يمسك الثَّاض إلى تمام الحول، كما إذا اشترى عَرَضاً بمائتي دِرْهَم، وباعه في خلال الحول بثلاثمائة، ويتم الحول وهو في يده، فقد قال الشَّافِعِيُّ - رضي الله عنه - في «باب زكاة التجارة»: إنه يُزَكِّي المائتين، وَيُفْرِدُ مائةَ الرِّبْحِ بِحَوْلٍ، وقال في «باب زكاة مال الْقَرَاضِ» إذا دفع ألف درهم إلى رَجُلٍ قراضاً على التُّصْفِ فاشترى بها سلعة وحال الحول عليها وهي تساوي ألفين. ففيها قولان: أحدهما: أنه يُزَكِّي الكُلَّ.

**والثاني:** إن رَبَّ المال يُزَكِّي أَلْفاً وَخُمْسائة، فأوجب زكاةَ جَمِيعِ الرِّبْحِ، أو نصفه عند تَمَامِ الْحَوْلِ، ولم يفرد به حول، واختلف الأصحاب على طريقتين: أظهرهما: وبه قال أبو إسحاق، والأكثر إن الْمَسْأَلَةَ على قَوْلَيْن: أحدهما - وهو اختيار المزني - : أنه يُزَكِّي الرِّبْحِ بِحَوْلِ الْأَصْلِ؛ لأنه فائده، ونماؤه، فأشبه ما إذا لم يرد إلى النضوض، ونتاج الماشية.

**وأصحهما:** أنه يفرد الرِّبْحِ بِحَوْلٍ؛ لظاهر قَوْلِهِ ﷺ: «لَا زَكَاةَ فِي مَالٍ، حَتَّى يَحُولَ عَلَيْهِ الْحَوْلُ»<sup>(١)</sup>. ويخالف ما إذا لم ينض؛ لأن الربح ثمة كامن وغير متميز عن الأصل، ومتعلق الزكاة واحد، وهو القيمة، ويخالف النتاج، فإنه متولد من أصل المال، والربح هاهنا غير متولد من غير المال، بل هو مستفاد بالتصريف من كَيْسِ الْمُشْتَرِي، ولهذا لو غَصَبَ مَاشِيَةً فتوالدت، وجب رد النتاج مع الأصل، ولو غصب دراهم فتصرف فيها وربح كان الربح له في أظهر القولين.

**والطريق الثاني:** وبه قال ابن سريج: القطع بإفراد الرِّبْحِ بِحَوْلٍ، وحمل كلامه في القراض على ما إذا اشترى السلعة بألف، وهي تساوي ألفين، فليس فيها زيادة بعد الشراء، فلذلك أوجب الزكاة في الرِّبْحِ مَعَ الْأَصْلِ.

قال هؤلاء: وهكذا صَوَّرَ الْمَسْأَلَةَ فِي «الأم»، لكن الْمُزَنِّي لم ينقلها عى وَجْهٍهَا.

ومنهم من قال: قَضَدَهُ بما ذَكَرَ فِي «مَالِ الْقَرَاضِ» بَيَانُ أَنَّ زَكَاةَ جَمِيعِ الرِّبْحِ قَبْلَ الْمُقَاسِمَةِ عَلَى رَبِّ الْمَالِ أَمْ يَتَقَسَطُ عَلَيْهِ وَعَلَى الْعَامِلِ، فَأَمَّا أَنَّ حَوْلَ الرِّبْحِ هَلْ هُوَ حَوْلِ الْأَصْلِ أَمْ لَا؟ فَهَذَا مِمَّا لَمْ يَقَعْ مَقْصِداً عَنْهُ، وَلَا يُوْجِهُ الْكَلَامُ نَحْوَهُ، فَلَا احتِجَاجَ فِيهِ عَلَى أَنَّهُ لَيْسَ فِي اللفظ تصوير للرد إلى النضوض، فيجوز حمله على ارتفاع القيمة من غير نضوض.

وَإِذَا فرعنا على أن الربح يفرد بحول، فابتدأه من يوم الظهور أم من يوم نَضٍ وبيع؟ فيه وجهان:

أحدهما: وبه قال ابن سريج: أنه من يوم الظهور؛ لأن الرِّبْح لم يحصل بالبيع، وإنما حصل بارتفاع قيمة السلعة.

والثاني: أنه من يوم البيع والنضوض؛ لأن الزيادة به تستقر، وقبله قد يتوهم زيادة، فيتبين خلافه لاضطراب السوق.

قال القَاضِي الرُّوْيَانِي وغيره: وهذا ظاهر المذهب.

الحالة الثانية: أَنْ يَشْتَرِي بها سِلْعَةٌ قبل تمام الحول فطريقان:

أحدهما: القطع بأنه يزكي عن الجميع؛ لأن ما في يده في آخر الحول عرض.

وأصحهما: أن الحكم كما لو أمسك النَّاضِ إلى تمام الحول؛ لأن الربح بالنضوض بمثابة فائدة استفادها، فلا يختلف حكمها بين أن يشتري بها سلعة أو لا يشتري، وهذا كُلُّه فيما إذا باع ونض في خلال الحول، فأما إذا باع وَنَضَّ بعد تمامه، فقد قال الشيخ أبو عَلِيٍّ: ينظر إن ظهرت الزيادة قبل تمام الحول فلا خلاف في أنه يزكي الكُلَّ بحول الأَصْلِ، وإن ظهرت بعد تمامه فوجهان:

أحدهما: هكذا.

وأظهرهما: أنه يستأنف لِلرِّبْحِ حَوْلًا، وجميع ما ذكرناه فيما إذا اشترى العَرَضَ بِنِصَابٍ مِنْ أَحَدِ التُّقْدِينِ، أو اشْتَرَاهُ بغيرِهِمَا، وَهُوَ يُسَاوِي نِصَابًا.

أما لو اشترى بمائة درهم مثلاً وباعه بعد سِتَّةِ أشهر بمائتي درهم، وبقيت عنده إلى آخر الحول من يوم الشراء، فإن قلنا:

بظاهر المذهب، وهو أن النَّصَابَ لا يشترط إلا في آخر الحول، تَفَرَّعت المسألة على قولين في أن الرِّبْحَ مِنَ النَّاضِ هل يضم إلى الأصل في الحول؟ إن قلنا: نعم، فعليه زكاة المائتين، وإن قلنا: لا، لم يُزَكَّ مائة الربح إلا بعد سِتَّةِ أَشْهُرٍ أُخْرَى، وإن قلنا: إن النَّصَابَ يشترط في جميع الحول أو في طرفيه، فابتداء حوله من يوم باع ونَضَّ، فإذا تَمَّ زكى عن المائتين.

واعلم أن مسألة الكتاب فيما إذا رَدَّ إلى النضوض في خلال الحول ثم اللفظ من جهة إطلاقه يشمل ما إذا أمسك النَّاضِ حتى تم الحول، وما إذا اشترى به سلعة أخرى، ويشمل أيضاً ما إذا كان نِصَابًا في أول الحول، أو ناقصاً عنه، وإجراؤه على إطلاقه فيهما صَحِيحٌ مستمر.

وقوله: (لا يضم) معلم بالزَّاي لما قدمناه.

وقوله على أحد القولين بالواو للطريقة القاطعة بعدم الضم.

ثم نوضح الفصل بفرعين:

**أحدهما:** من مولدات ابن الحداد، وهي ما لو ملك الرَّجُلُ عشرين ديناراً؛ فاشترى بها عرضاً للتجارة ثم باعه بعد ستة أشهر من ابتداء الحول بأربعين ديناراً، واشترى بها سلعة أخرى ثم باعها بعد تمام الحول بمائة، كيف يُزكى؟

أما إذا قلنا: إن الرُّبْحَ من الناض لا يفرد بحول، فعليه زكاة جميع المائة.

وأما إذا قلنا: يفرد؛ فعليه زكاة خَمْسِينَ ديناراً، لأنه اشترى السَّلْعَةَ الثَّانِيَةَ بأربعين؛ عشرون منها رأس مَالِهِ الَّذِي مَضَى عليه ستة أشهر، وعشرون ربح استفادة يوم باع الأول واشترى الثاني، فإذا مضت ستة أشهر، فقد تَمَّ الحول على نِصْفِ السَّلْعَةِ، فيزكيه بزيادته، وزيادته ثلاثون ديناراً؛ لأنه ربح على العشرينتين وكان ذلك كَامِناً وقت تمام الحول، ثم إذا مَضَتْ سِتَّةُ أَشْهُرٍ أُخْرَى فعليه زكاة العشرين الثانية، فإن حولها حينئذ يتم، ولا يضم إليها ربحها؛ لأنه صار ناضاً قبل تمام حَوْلِهَا، فإذا مَضَتْ سِتَّةُ أَشْهُرٍ أُخْرَى، فعليه زكاة رِبْحِهَا وهو الثلاثون الباقية، فإن كانت الخمسون التي أخرج زكاتها في الحول الأول باقية عنده، فعليه إخراج زكاتها ثانياً مع الثلاثين، هذا جواب ابن الحداد تفريعاً على أن الربح الناض لا يفرد بحول<sup>(١)</sup>.

وحكى الشيخ أبو علي فيه وجهين آخرين ضعيفين:

**أحدهما:** أنه عند البيع الثَّانِي يخرج زكاة عِشْرِينَ، فإذا مضت ستة أشهر أخرى؛ أخرج زكاة عِشْرِينَ أخرى وهي التي كانت ربحاً في الحول الأول، فإذا مَضَتْ سِتَّةُ أَشْهُرٍ أُخْرَى أخرج زكاة السُّتَيْنِ الباقية؛ لأنها إنما استقرت عند البيع الثاني، فمنه يتبدى حولها.

**والثاني:** أنه عند البيع الثاني يخرج زكاة عِشْرِينَ، ثم إذا مَضَتْ ستة أَشْهُرٍ زكى عن الثمانين الباقية؛ لأن الستين التي هي الربح حَصَلَتْ في حول العشرين التي هي الربح الأول، فَيُضَمُّ إليها في الحول. ولو كان الفرع بحاله لكنه لم يبيع السلعة الثانية، فيزكى عند تمام الحول الأول خمسين، كما ذكرنا. وعند تمام الحول الثَّانِي الخمسين الثانية؛ لأن الربح الآخر ما صار ناضاً.

**الفرع الثاني:** اشترى بمائتي دِرْهَمٍ عرضاً لِلتَّجَارَةِ فباعه بعد سِتَّةِ أَشْهُرٍ بثلاثمائة واشترى بها عرضاً وباعه بعد تمام الحول بستمائة، فإن لم يفرد الربح بحول أخرج زكاة

(١) ضعفها إمام الحرمين والأصحاب.



الستمائة، وإن أفردناه أخرج زكاة أربعمائة، فإذا مضت سنة أشهرٍ أخرج زكى مائة، فإذا مضت ستة أشهرٍ أخرى أخرج زكاة المائة الباقية، هذا على جواب ابن الحداد<sup>(١)</sup>.

وأما على الوجهين الآخرين، فيخرج عند البيع الثاني زكاة مائتين، ثم على الوجه الأول إذا مضت سنة أشهرٍ أخرج زكاة مائة، وإذا مضت ستة أشهرٍ أخرى أخرج زكاة ثلثمائة، وعلى الوجه الثاني إذا مضت ستة أشهرٍ من يوم البيع الثاني أخرج زكاة الأربعمائة الباقية. ولو لم يبع العرض الثاني أخرج زكاة أربعمائة عند تمام الحول، وزكاة الباقي بعد سنة أشهرٍ، هذا هو الحكم، فإن أردت التوجيه فخرِّجْهُ عَلَى مَا سَبَقَ.

قال الغزالي: فَإِنْ تَنَجَّ مَالُ التِّجَارَةِ كَانَ التَّنَاجُ مَالِ تِجَارَةٍ أَيْضاً عَلَى أَحَدِ الِوَجْهَيْنِ، وَيُجَبَّرُ بِهِ نَقْصَانُ الْوِلَادَةِ فِي نِصَابِ مَالِ التِّجَارَةِ وَجْهًا وَاحِدًا، ثُمَّ حَوْلُهُ حَوْلُ الْأَضْلِ عَلَى الْأَصَحِّ.

قال الرافعي: مال التجارة إذا كان حيواناً فلا يخلو: إما أن تجب فيه زكاة العين كنصاب السائمة من الغنم، فالكلام فيه وفي نتاجه سيأتي من بعد. أولاً تجب كالخيل، والجواري، والمغلوفة من النعم، فهل يكون نتاجها مال تجارة؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن الثَّمَاءَ الذي تفيده العين لا يناسب الاستنماء بطريق التجارة، فلا يجعل مال تجارة، ويروى هنا عن ابن سُرَيْجٍ.

وأصحهما: نعم؛ لأن الولد جزء من الأم، فله حكمها، وزوائد مال التجارة من فوائد التجارة عند أهلها، والوجهان فيما إذا لم تنقص قيمة الأم بالولادة، فإن نقصت كما إذا كانت قيمة الجارية ألفاً، فعادت بالولادة إلى ثمانمائة، وقيمة الولد مائتان، فيجرى نَقْصَانُ الْأُمِّ، بقيمتها، وعليه زكاة الألف ولو عادت قيمتها إلى تسعمائة جبرنا نقصان المائة من الولد؛ لأن سبب النقصان انفصال الولد، وهو عتيد حاضر، فيجعل كأنه لا نقصان، كذا حكى عن ابن سُرَيْجٍ وغيره.

وقال الإمام: وفيه احتمال ظاهر، وقضية قولنا: إنه ليس مال تجارة أن لا تجبر به نقصان الجارية كالمستفاد لسبب آخر. وقوله في الكتاب: (في نصاب مال التجارة) لفظ (النصاب) حشو في هذا الموضع. وقوله: «وجهاً واحداً» أي: من جهة التثد، وما ذكره الإمام إنما أبداه على سبيل الاحتمال. وثمار أشجار التجارة بمثابة أولاد حيوان التجارة، ففي كونها مال تجارة ما ذكرنا من الوجهين، ثم إن لم نجعل الأولاد والثمار مال تجارة، فكيف القول في زكاتها في السنة الثانية وما بعدها؟ أنخرجها من حساب التجارة

(١) هذا هو المذهب كما ذكر النووي في شرح المذهب (٦/٢٠).

كما لو ورث عبداً أم كيف الوجه؟ قال إمام الحرمين: الظاهر أنا لا نوجب الزكاة، فإنه فيما نختاره الآن منفصلاً عن تبعية الأم، وليس أصلاً في التجارة، وإن فرعنا على أنها مال تجارة وضممنها إلى الأصل ففي حولها وجهان:

أحدهما: أنها على القولين في ربح الناض؛ لأنها زيادة مستقرة من مال التجارة، فعلى أحد القولين ابتداء الحول من انفصال الولد، وظهور الثمار.

وأصحهما: أن حولها حول الأصل، كالزيادات المنفصلة، كالنتاج في الزكاة العينية، - والله أعلم -.

قال الغزالي: (وَأَمَّا الْمُخْرَجُ) فَهُوَ رُبْعُ عَشْرِ الْقِيَمَةِ مِنَ التَّقْدِ الَّذِي كَانَ رَأْسَ الْمَالِ نِصَاباً كَانَ أَوْ لَمْ يَكُنْ، فَإِنْ كَانَ اشْتَرَاهُ بِعَرَضٍ قَنِيَّةٍ قَوْمٍ بِالتَّقْدِ الْعَالِبِ، فَإِنْ عَلَبَ تَقْدَانِ فَلَمْ يَبْلُغْ نِصَاباً إِلَّا بِأَحَدِهِمَا قَوْمٍ بِهِ، وَإِنْ بَلَغَ بِهِمَا نِصَاباً يُخَيَّرُ الْمَالِكُ عَلَى وَجْهِ رُوعِي غِبْطَةَ الْمَسَاكِينِ عَلَى وَجْهِهِ، وَتَتَعَيَّنُ الدَّرَاهِمُ عَلَى وَجْهِ لَأَنَّهُ أَرْفَقُ، وَيُعْتَبَرُ بِالتَّقْدِ الْعَالِبِ فِي أَقْرَبِ الْبِلَادِ عَلَى وَجْهِهِ.

قال الرافعي: لا خلاف في أن قدر زكاة التجارة رُبْعُ الْعُشْرِ كما في النقدين ومم تخرج؟ قطع في الجديد<sup>(١)</sup>: بأنها تخرج من القيمة، ولا يجوز أن تخرج من عَيْنِ ما في يده. وبه قال مالك، لأن مُتَعَلِّقَ الزُّكَاةِ هُوَ الْقِيَمَةُ. وحكي عن القديم قولان:

أحدهما: مثل هذا.

والثاني: أنه يخرج رُبْعَ عَشْرِ مَا فِي يَدِهِ؛ لأنه الذي يملكه، والقيمة تقدير، واختلفوا في هذا [القول]<sup>(٢)</sup>: منهم من قال إنه ترخيص وتجوز لإخراج العين باعتبار القيمة، ولو أخرج ربع عشر القيمة جازاً. ومن قال بهذا قال في المسألة قولان: تعيين القيمة، والتخيير بين العَيْنِ وَالْقِيَمَةِ. وبه قال أبو إسحاق. ومنهم من قال: ما ذكره في القديم أراد تعيين العين للإخراج، ومن قال بهذا قال في المسألة قولان: تعيين العين وتعيين القيمة، وحكى ابنُ عَبْدِانَ هذا عن أبي هريرة. ومن الأصحاب من استوعب، وجعل المسألة على ثلاثة أقوال: أصحهما: تعيين العين.

والثاني: تعيين القيمة.

والثالث: التخيير بينهما، وتحكى هذه الطريقة عن ابنِ سُرَيْجٍ، وعليها جرى

(١) وهو نصه في «الأم» و«المختصر» وبه الفتوى وعليه العمل.

(٢) في النص.

صَاحِبُ «التقريب»، ثم الفتوى والتفريع على الجديد، وهو الذي ذكره في الكتاب، لكننا نورد صورة لإيضاح هذا الخلاف فنقول: إذا ملك مائة درهم، فاشترى بها مائتي قَفِيزٍ<sup>(١)</sup> من الحِنْطَةِ، فحال الحول وهي تساوي مائتين، فتجب عليه الزكاة تفريراً على أن النَّصَاب لا يُعْتَبَرُ إِلَّا فِي آخِرِ الْحَوْلِ، فَعَلَى الْأَصْحَحِ يَخْرُجُ خَمْسَةُ دَرَاهِمٍ، وَعَلَى الثَّانِي خَمْسَةُ أَقْفِزَةٍ، وَعَلَى الثَّلَاثِ: يَتَخَيَّرُ بَيْنَهُمَا وَلَوْ آخِرَ إِخْرَاجِ الزُّكَاةِ حَتَّى تَرَاجَعَ السُّوقُ وَنَقَّصَتِ الْقِيَمَةُ، نَظَرٌ: إِنْ كَانَ ذَلِكَ قَبْلَ إِمْكَانِ الْأَدَاءِ فَإِنْ قَلْنَا: الْإِمْكَانُ شَرْطُ الْوُجُوبِ، سَقَطَتِ الزُّكَاةُ وَإِنْ قَلْنَا: شَرْطُ الضَّمَانِ وَعَادَتِ الْقِيَمَةُ إِلَى مِائَةِ دَرَاهِمٍ فَعَلَى الْأَصْحَحِ يَخْرُجُ دَرَاهِمِينَ وَنِصْفًا، وَعَلَى الثَّانِي: يَخْرُجُ خَمْسَةُ أَقْفِزَةٍ، وَعَلَى الثَّلَاثِ: يَتَخَيَّرُ بَيْنَهُمَا.

وإن كان بعد الإمكان، فعلى الأصح يخرج خمسة دراهم؛ لأن النقصان من ضمانه، وعلى الثاني يخرج خمسة أقفزة، ولا يضمن نقصان القيمة مع بقاء العين كالأغاصب، وعلى الثالث: يتخير بينهما، وإن أخرج فزادت القيمة وبلغت أربعمائة، فإن كان ذلك قبل الإمكان وقلنا: إنه شرط الوجوب، فعلى الأصح يخرج عشرة دراهم، وعلى الثاني خمسة أقفزة قيمتها عشرة دراهم؛ لأن هذه الزيادة في ماله ومال المساكين، وعن ابن أبي هريرة: أنه يكفي على هذا القول خمسة أقفزة قيمتها خمسة دراهم؛ لأن هذه الزيادة حدثت بعد وجوب الزكاة، وهي محتسبة في الحول الثاني.

وعلى الثالث: يتخير بين الأمرين.

ولو أتلف الحنطة بعد وجوب الزكاة وقيمتها مائتا درهم، ثم ارتفعت قيمتها فصارت أربعمائة فعلى الأصح يخرج خمسة دراهم، فإنها القيمة يوم الإلتلاف.

وعلى الثاني: يخرج خمسة أقفزة قيمتها عشرة دراهم.

وعلى الثالث: يتخير بينهما. إذا عرفت ذلك فالكلام بعده فيما يقوم به العرض، ولا يخلو الحال أول ما ملك مال التجارة إما أن يملكه بالتقدي، أو بغير النقد، أو بهما.

القسم الأول: أن يملكه بالنقد فإما أن يملكه بأحد النقدين، أو بهما.

فإن ملكه بأحد النقدين فإما أن يكون نصاباً أو لا يكون. فإن كان نصاباً كما لو اشتراه بمائتي درهم، أو عشرين ديناراً، فَيَقُومُ فِي آخِرِ الْحَوْلِ بِذَلِكَ النُّقْدَيْنِ؛ لِأَنَّ الْحَوْلَ مَبْنِي عَلَى حَوْلِهِ، وَالزُّكَاةُ وَاجِبَةٌ فِيهِ فَإِنْ بَلَغَ نِصَابًا بِذَلِكَ النُّقْدِ أَخْرَجَ زَكَاتَهُ، وَإِلَّا فَلَا وَإِنْ كَانَ الْبَاقِي غَالِبَ نَقْدِ الْبَلَدِ، وَلَوْ قُومَ بِهِ لَبَلَغَ نِصَابًا، بَلْ لَوْ اشْتَرَى بِمِائَتِي دَرَاهِمٍ

(١) القفيز ميكال، وهو ثمانية مكايك والجمع أقفزة وقفزان والقفيز أيضاً من الأرض عشر الجريب ينظر المصباح (٧٠١/٢).

عَرَضاً، وباعه وبعشرين ديناراً، وقصد التجارة مستمراً فَتَمَّ الحول والدنانير في يده ولا تبلغ قيمتها مائتي درهم، فلا زكاة فيها، هذا ظاهر المذهب<sup>(١)</sup>. وعن صاحب «التقريب» حكاية قول: أن التقويم أبداً يقع بغالب نَقْدِ البلد، ومنه يخرج الواجب، سواء كان رأس المَالِ نقداً أو غيره؛ لأنه أرفق بالمستحقين، لسهولة التعامل به وحكى الْقَاضِي الرُّوْيَانِي هذا عن ابن أَلْحَدَاد. وقال أبو حنيفة<sup>(٢)</sup> وأحمد: يعتبر الأَحْظُ لِلْمَسَاكِينِ، فَتَقْوَمُ بِهِ ولا عبرة بما ملك به. وإن كان دون النصاب ففيه وجهان:

أحدهما - وبه قال أبو إسحاق -: أنه يَقْوَمُ بِغَالِبِ نَقْدِ البلد، كما لو اشترى بِعَرَضٍ؛ لأنه لا زكاة فيه، كما لا زكاة في العَرَضِ.

وأصحهما - وهو المذكور في الكتاب، وبه قال ابن أبي هريرة -: أنه يُقْوَمُ بذلك التَّقْدِ أيضاً؛ لأنه أَضْلُ مَا فِي يَدِهِ، وأقرب إليه من نقد البلد، وموضع الوجهين ما إذا لم يَمْلِكْ مِنْ جِنْسِ التَّقْدِ الَّذِي مَلَكَ بِهِ مَا يَتَمُّ بِهِ النُّصَابُ، فإن ملك ما يتم به النصاب كما لو اشترى بمائة درهم عرضاً لِلتَّجَارَةِ، وهو يملك مائة أخرى فلا خلاف في أن التقويم بجنس ما ملك به؛ لأنه اشترى ببعض ما انعقد عليه الحول، وابتدأ الحول من يوم ملك الدراهم<sup>(٣)</sup>. وإن ملك بالنقدين جميعاً فله ثلاثة أحوال؛ لأنه إما أن يكون كل واحد منهما نصاباً، أو لا يكون واحد منهما نصاباً أو يكون أحدهما نصاباً دون الآخر.

وأما في الحالة الأولى فيقوم بهما على نسبة التَّقْسِيطِ يَوْمَ الملك، وطريقه: تقوم أحد النقدين بالآخر يومئذ؛ بأنه اشترى بمائتي درهم وعشرين ديناراً عَرُوضاً لِلتَّجَارَةِ، فينظر إن كانت قيمة المائتين درهم عشرين ديناراً فقد علمنا أن نِصْفَ العَرُوضِ مشتري بالدرهم، ونصفها بالدنانير، وإن كانت قيمتها عشرة دنانير فثلثها مشتري بالدرهم، وثلثاها بالدنانير، فهكذا تقوم في آخر الحول، ولا يضم أحدهما إلى الآخر حتى لا تجب الزكاة، إذا لم يبلغ واحدٌ مِنْهُمَا نِصَاباً، وإن كان بحيث لو قُوْمَ الجميع بأحد النَقْدَيْنِ؛ لبلغ نِصَاباً، وحول كل واحد من المبلغين من يوم ملك ذلك النقد.

وأما في الحالة الثانية: فإن قلنا: ما دون النُّصَابِ كالعروض قوم الجميع بنقد

(١) وبه قطع جماهير الأصحاب المتقدمين والمتأخرين ينظر شرح المهذب (٢٣/٦).

(٢) واحتج له بالقياس على ما لو أتلَّف على غيره شيئاً منقوصاً، فإنه يقوم بنقد البلد لا بما اشتراه به، واحتج أصحابنا للمذهب بأن العرض فرع لما اشتراه به، وإذا أمكن تقويمه بأصله كان أولى، بخلاف المتلف، فإنه لا أصل له، فوجب تقويمه بنقد البلد.

(٣) قال النووي: (لكن يجري فيه القول الذي حكاها صاحب «التقريب»).

البلد. وإن قلنا: إنه كالنصاب<sup>(١)</sup> قَوْم ما ملكه بالدراهم، وما ملكه بالدنانير بالدنانير<sup>(٢)</sup>.

وأما في الحالة الثالثة: فيقوم ما ملكه بالتقدي الذي هو نصاب بذلك النقد، وما ملكه بالتقدي الثاني، فعلى الوجهين<sup>(٣)</sup> وكل واحد من المبلغين يُقَوْم به في آخر حوله، وحول المملوك بِقَدْرِ النَّصَابِ مِنْ يَوْمِ مَلَكَ ذَلِكَ التَّقْدِ، وَحَوْل المملوك بالآخر من يوم العرض، وإذا اختلف جنس القوم به فلا ضَمَّ كما سبق.

القسم الثاني: أن يملكه بغير التقدي كما لو ملك بعرض للقنية، فيقوم في آخر الحول بأخر نقدي البلد من دراهم، أو دنانير، إن بَلَغَ به نصاباً أخرج زكاته، وإلا فلا شَيْءَ عَلَيْهِ، وإن كان يبلغ بغيره نصاباً، فإن كان يجري في البلد النقدان وأحدهما أغلب، فالتقويم به، وإن استويا نظر إن بلغ بأحدهما نصاباً دون الآخر قَوْمَ بِهِ، وإن بَلَغَ بهما، ففيه وجوه أربعة:

أحدها: أن المالك يتميز، فيقوم بأيهما شاء، ويخرج الزكاة، ويحكي هذا عن أبي إسحاق.

والثاني: أنه يراعى الأعظم للمساكين.

والثالث: أنه يتعين التقويم بالدراهم؛ لأنها أَرْفَقَ وَأَصْلَحَ لشراء المحقرات<sup>(٤)</sup>. قال الروياني: وهذا اختيار ابن أبي هريرة.

والرابع: أنه يعتبر بالنقد الغالب في أقرب البلاد إليه، لاستوائهما في ذلك البلد، فصار كما لو لم يكن فيه نقد، فهذا الترتيب المذكور في الكتاب، وكذا أوزدة العزاقيون، والقاضي الروياني، وحكموا بأن الوجه الأول أصح.

وإيراد الإمام وصاحب التهذيب يقتضي ترجيح الوجه الثاني؛ لأنهما قالا: إذا استويا ولم يغلب أحدهما يُقَوْمُ بالأضعف للمساكين، فإن استويا فيه، فحينئذ فيه الوجوه

(١) وهو قول أبي إسحاق.

(٢) وبه قطع الجمهور. والثاني: يقوم الجميع بالدراهم لأنه الأصل، ونصوص زكاتها صريحة. شرح المهذب (٢٥/٦).

(٣) الأول: برأس ماله.

والثاني: بغالب نقد البلد.

(٤) [واحتج له بأن الدراهم ثبت زكاتها بالنصوص المتواترة بخلاف الذهب. قال القاضي أبو الطيب: هذا الاستدلال باطل لأن زكاة الذهب ثابتة بالإجماع فلا فرق بينهما لأن الثابت بالإجماع كالثابت بالنص].

الثلاثة الباقية، وما ذكره يعتضد بأن الأظهر في اجتماع الحقائق، وبنات اللبون ورعاية الأغبط، وما ذكره غيرهما يعتضد؛ لأن الأظهر في الجبران أن الخيار في تعيين الشائتين والدراهم إلى المعطي، ويدخل في هذا القسم المملوك بالخلع والتكاح على قصد التجارة، إذا قلنا: إنه مال تجارة.

القسم الثالث: أنه يملك بالنقد، وغيره معاً كما لو اشترى بمائتي درهم وعرض قنية، فما يقابل الدراهم يُقوّم بالدراهم، وما يقابل العَرَض يُقوّم بنقد البلد، فإن كان النُقد دون النُصَاب عَادَ الوجهان، وكما يجزىء التقسيط عند اختلاف الجنس يجزىء عند اختلاف الصفة، كما لو اشترى بنُصَابٍ من الدنانير بَعْضُهَا صَحِيح، وبعضها مكسر، وبينهما تفاوت يقوم ما يخص الصّحاح بالصّحاح، وما يخص المكسر بالمكسر.

ولا يخفى عليك بعد هذا الشرح أن لفظ (القيمة) من قوله في الكتاب: (فهو ربع عشر القيمة) فينبغي أن يكون مُعَلِّماً بالواو، وقوله: (من النقد الذي كان رأس المال) بالحاء، والألف، وقوله: (أو لم يكن) بالواو، وقوله: (فإن غلب نقدان) أي: على التساوي، - والله أعلم -.

قال الغزالي: **وَلَا يُمْتَنَعُ عَلَى التَّاجِرِ التَّجَارَةَ لِعَدَمِ إِخْرَاجِ الزُّكَاةِ، وَأَمَّا الإِغْتِنَاقُ وَالهِبَةُ فَهَوَّ كَتَبِيعِ المَوَاشِي بَعْدَ وُجُوبِ الزُّكَاةِ فِيهَا.**

قال الرافعي: هل ينفذ بيع التاجر مال التجارة بعد تمام الحول ووجوب الزكاة فيها؟ ذكر بعض الأصحاب، أنه على الخلاف في بيع سائر الأموال بعد وجوب الزكاة فيها، وروى في «النهاية» عن بعضهم أنها إن قلنا: إن زكاة التجارة تُؤدَّى مِنْ عَيْنِ العُرُوضِ، فهو على ذلك الخلاف. وإن قلنا: تُؤدَّى من القيمة فالحكم فيه كالحكم في ما لو وجبت شاة في حَمْسٍ من الإبل فباعها؛ لأن القيمة ليست من جنس العَرَضِ، كالثبابة لَيْسَتْ من جنس الإبل. والذي قطع به الجمهور، وأورده في الكتاب، أنه يَجُوزُ البَيْعُ، ولا يخرج على ذلك الخلاف؛ لأن متعلق هذه الزكاة المالية والقيمة وهي لا تفوت بالبيع، ولا فرق بين أن يَبِيعَ على قَصْدِ التَّجَارَةِ وهو الذي يتناوله لفظ الكتاب، أو على قَصْدِ اِقْتِنَاءِ العَرَضِ، فإن متعلق الزكاة الواجبة لا يبطل، وإن صار مال قنية، فهو كما لو نوى اِقْتِنَاءَ مِنْ غَيْرِ بَيْعٍ، ولو أعتق عبد التجارة، أو وهب مال التجارة، فحكمه حكم ما لو باع المواشي بعد وجوب الزكاة فيها؛ لأن الإعتاق والهبة يبطلان متعلق زكاة التجارة، كما أن البيع يبطل متعلق زكاة العين، ولو باع مَالِ التَّجَارَةِ بمحابة فقدر المحابة كالموهوب، فإن لم تصح الهبة وَجِبَ أن تبطل في ذلك القدر، ويخرج في الباقي على تفريق الصفة، - والله أعلم -.

قال الغزالي: «قاعدة» يجب إخراج الفطرة (ح) عن عبد التجارة مع زكاة التجارة وإن كان مال التجارة نصاباً من السائمة غلب زكاة العين في قول لأنه مقطوع به، وغلب زكاة التجارة في قول لأنه أرفق بالمساكين لعمومه، فإن غلبنا الزكاة ولم يكن المال نصاباً بأغتياره عدلنا إلى الزكاة الأخرى في أظهر الوجهين، ولو اشتري مملوفاً للتجارة ثم أسامها وقلنا: المملوب زكاة العين فالأظهر أنه يجب في السنة الأولى زكاة التجارة كيلاً يخطب بعض حول التجارة.

قال الرافعي: غرض القاعدة الكلام فيما لو كان مال التجارة مما يجب في عينه الزكاة، وافتتحها باجتماع الفطرة وزكاة التجارة، فعندنا: تجب فطرة عبيد التجارة مع إخراج الزكاة عن قيمتهم، وبه قال مالك خلافاً لأبي حنيفة - رحمه الله - حيث قال: «لا تجب الفطرة به».

لنا: أنهما حقان يجبان لسببين مختلفين، فلا يتداخلان كالجزاء مع القيمة<sup>(١)</sup> في العبد المملوك، ولو كان مال التجارة نصاباً من السائمة فلا تجب فيه زكاة العين، والتجارة جميعاً، وفيما تقدم منهما؟ قولان:

الجديد - وبه قال مالك -: أنه تقدم زكاة العين؛ لأنها أقوى من جهة أنها متفق عليها. وفي زكاة التجارة نزاع لبعض أهل الظاهر، وقد حكينا فيها عن القديم شيئاً ضعيفاً أيضاً. والقديم - وبه قال أبو حنيفة وأحمد - رحمهما الله -: أنه تقدم زكاة التجارة؛ لأنها أنفع للمساكين من حيث إنها تعم وتشمل أصناف الأموال، وتزيد بزيادة القيمة. وذكر الفقهاء في «شرح التلخيص» أن له في القديم قولين: أحدهما: كالجديد.

والثاني: تغليب زكاة التجارة ورأيت لابن الصبغ من العراقيين رواية مثل ذلك.

فإن قلنا: بالأصح، وهو تقديم زكاة العين أخرج السنن الواجبة من السائمة، والسخال تضم إلى الأمهات، وإن قدمنا زكاة التجارة فقد قال في «التهذيب»: تقوم مع درها، وتسليها، وصوفها، وما اتخذ من لبيها، وهذا جواب في التناج على أنه مال تجارة، وقد أسلفنا فيه خلافاً، ولا عبرة بنقصان النصاب في أثناء الحول تفريعاً على الصحيح في وقت اعتبار نصاب التجارة، ولو اشترى نصاباً من السائمة للتجارة، ثم اشترى بها عرضاً بعد ستة أشهر مثلاً، فعلى القول الثاني: لا ينقطع الحول، وعلى

(١) بمعنى أن المحرم إذا قتل صيداً مملوكاً عليه قيمته لمالكة والجزاء للمساكين، ولأنه يكتفي بأحدهما.

الأول: ينقطع، ويبتدىء حول زكاة التجارة من يوم شِراء العَرَض، ثم القولان فيما إذا كَمَل نصاب الزكَّاتين واتفق الحولان، أما إذا لم يَكْمَل نصاب إحداهما كما إذا كان مَال تِجَارَتِهِ أربعين من العَنَم السائمة، ولم تبلغ قيمتها نصاباً عند تمام الحول، أو تسعاً وثلاثين فما دونها وبلغت قيمتها نصاباً فعليه زكاةُ التي كَمَل نصابُها دون الأخرى قولاً واحداً، هكذا ذكر العراقيون والقفالُ والجمهورُ، وما في الكتاب يقتضي إثبات الخلاف فيه فإنه قال: (فإن غلبنا زكاة، ولم يكن المال نصاباً باعتباره، عدلنا إلى الزكاة الأخرى في أظهر الوجهين) وكلام الإمام يوافق ما ذكره، فإنه روى وجهين في وجوب زكاة العين إذا رأينا تقديم زكاة التجارة، وكان مال تجارته أربعين من العَنَم، ولم يبلغ قيمتها نصاباً في آخر الحول، وعلى عكسه كما لو رأينا تقديم زكاة العين، وقد اشترى أربعين فنقص العدد، وقيمة الباقي نصاب من النقد، روى وجهين في وجوب «زكاة التجارة، وساعدهما صاحبُ «التهذيب» في حكاية الخلاف في الصورة الأولى دون الثانية، وسواء ثبت الخلاف أم لا، فالجواب في المسألة العدول إلى الزكاة الأخرى لانقطاع زحمة الأولى، وإذا غلبنا زكاة العين في نصاب السائمة، وانتقصت في خلال السنة عن النصاب، ونقلناه إلى زكاة التجارة، فهل يبنى حول زكاة التجارة على حول زكاة العين أم يستأنف لها حولاً؟ فيه وجهان: حكاها القفالُ في «الشرح» قال: وهما كالوجهين فيما لو ملك نصاباً من السائمة لا للتجارة، واشترى به سلعةً للتجارة، هل يبنى حول السلعة على حول الماشية؟ وإذا أوجبنا زكاة التجارة لنقصان الماشية المشتراه للتجارة عن قدر النصاب، ثم بلغت بالنتاج في أثناء الحول نصاباً ولم تبلغ بالقيمة نصاباً في آخر الحول فقد حكى صاحبُ «التهذيب» عن بعض الأصحاب أنه لا زكاة عليه؛ لأن الحول انعقد على زكاة التجارة، فلا يتبدل.

وعن بعضهم: أنه ينتقل إلى زكاة العين، فعلى هذا يعتبر الحول من تمام النصاب بالنتاج، أو من وقت نقصان القيمة عن النصاب؟ فيه وجهان<sup>(١)</sup>: وأما إذا كَمَل نصاب الزكَّاتين ولم يتفق الحولان، وهذا في السوائم إنما يكون بسبب حول زكاة التجارة بأن يشتري بمتاع تجارته بعد ستة أشهر نصاباً من السائمة، أو يشتري مغلوقةً للتجارة ثم يُسِمُّها بعد ستة أشهر، ولا يتصور سبق حول زكاة العين فيها، لأنَّ حولها ينقطع بالمبادلة، فإذا تصور ذلك؛ ففيه طريقان:

أظهرهما - وبه قال القاضي أبو حامد -: أنه على القولين في أنه يُقدَّم هذه الزكاة، أم هذه الزكاة؟

(١) الأصح: لا زكاة.



والثاني - وبه قال أبو إسحاق واختاره القاضي أبو الطيب<sup>(١)</sup> - : أن القولين مَخْصُوصَانِ بِهَا إِذَا اتَّفَقَ الْحَوْلَانِ، وَذَلِكَ بِأَنْ يَشْتَرِيَ بِعَرُوضِ الْقَنْيَةِ نِصَاباً مِنَ السَّائِمَةِ لِلتِّجَارَةِ. فَأَمَّا إِذَا لَمْ يَتَّفَقَا فَلَا جِرْيَانَ لِلْقَوْلَيْنِ، وَعَلَى هَذَا فَمَا الْحَكْمُ؟ نَقَلَ الْإِمَامُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فِيهِ طَرِيقَيْنِ :

أحدهما: أن المتأخر يرفع المُتَقَدِّمَ، وَيَتَجَرَّدُ قَوْلًا وَاحِدًا.

والثاني: أن المُتَقَدِّمَ يرفع المتأخر، وعليه زكاة التجارة في الصُّورَةِ الْمَفْرُوضَةِ قَوْلًا وَاحِدًا: لِأَنَّ التِّيَّ تَمَّ حَوْلَهَا خَالِيَةً عَنِ زَحْمَةِ الْغَيْرِ فَتَجِبُ، وَهَذَا هُوَ الْأَشْهُرُ الَّذِي نَقَلَهُ الْمَعْظَمُ تَفْرِيعًا عَلَى طَرِيقَةِ أَبِي إِسْحَاقَ، وَإِذَا طَرَدْنَا الْقَوْلَيْنِ فِيمَا إِذَا تَقَدَّمَ حَوْلَ التِّجَارَةِ، فَإِنَّ غَلْبَتَنَا زَكَاةَ التِّجَارَةِ فَلَا كَلَامَ، وَإِنْ غَلْبَتَنَا زَكَاةُ الْعَيْنِ فُوجِهَانِ :

أحدهما: أَنَّهَا تَجِبُ عِنْدَ تَمَامِ حَوْلِهَا، وَمَا سَبَقَ مِنْ حَوْلِ التِّجَارَةِ عَلَى حَوْلِ زَكَاةِ الْعَيْنِ يَتَعَطَّلُ<sup>(٢)</sup>.

وأظهرهما: أَنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ زَكَاةُ التِّجَارَةِ عِنْدَ تَمَامِ حَوْلِهَا لِثَلَا يَحْبِطُ بَعْضُ حَوْلِهَا، ثُمَّ يَسْتَفْتَحُ حَوْلَ زَكَاةِ الْعَيْنِ مِنْ مَنقَرَضِ حَوْلِهَا، وَتَجِبُ هِيَ فِي سَائِرِ الْأَحْوَالِ.

وقوله: (وقلنا: المغلب زكاة العين) جواب على طريقة طرد القولين مع اختلاف الحولين، ولك أن تُعَلِّمَهُ بِالْوَاوِ، وَتَشِيرُ بِهِ إِلَى الطَّرِيقَةِ الثَّانِيَةِ لِلْخِلَافِ، هَذَا تَمَامُ الْقَوْلِ فِيمَا إِذَا كَانَ مَالُ التِّجَارَةِ نِصَاباً مِنَ السَّائِمَةِ - وَاللَّهُ أَعْلَمُ - .

قال الغزالي: وَلَوْ اشْتَرَى حَدِيقَةً لِلتِّجَارَةِ فَأَثْمَرَتْ وَقَلْنَا: الثَّمَرَةُ مَالُ التِّجَارَةِ، أَوْ اشْتَرَى الثَّمَارَ قَبْلَ الصَّلَاحِ فَبَدَأَ الصَّلَاحُ فِي يَدِهِ وَعَلَيْنَا زَكَاةُ الْعَيْنِ فَالْعُشْرُ الْمُخْرَجُ لَا يَمْنَعُ مِنْ أَنْعِقَادِ حَوْلِ التِّجَارَةِ عَلَى الثَّمَارِ بَعْدَ الْقَطَافِ، وَهَلْ نُسْقِطُ زَكَاةَ التِّجَارَةِ عَنِ الْأَشْجَارِ وَالْأَرْضِ؟ فِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجِبُ مَنْشُؤَهَا التَّرَدُّدُ فِي التَّبَعِيَّةِ، وَفِي الثَّلَاثِ يَنْبَغُ الشَّجَرَةُ دُونَ الْأَرْضِ، وَلَوْ اشْتَرَى أَرْضاً لِلتِّجَارَةِ وَزَرَعَهَا بِبَذْرِ الْقَنْيَةِ فَحَقُّ الرِّزْقِ الْعُشْرُ، وَلَا تَسْقُطُ زَكَاةُ التِّجَارَةِ عَنِ الْأَرْضِ، لِأَنَّ التِّجَارَةَ لَمْ تُوجَدْ فِي مُتَعَلِّقِ الْعُشْرِ حَتَّى يُسْتَبْعَ غَيْرُهُ.

قال الراجعي: الفصل ينظم صورتين:

أحدهما: لو اشترى حديقة، أو نخيلاً للتجارة فأثمرت أو أرضاً مزروعة للتجارة

(١) وأبو علي بن أبي هريرة وأبو حفص بن الوكيل حكاه عنهما الماوردي وصححه الشيرازي في المهذب وقطع به الجرجاني في التحرير.

(٢) وفي الروضة يبطل.

فأدرك الزُّرع، وبلغ الحاصل نصاباً؛ فالقولان في أن الواجب زكاة العين، أو زكاة التجارة مطردان، فإن لم يكمل أحد النصابين، أو كَمَلاً ولم يتفق الحولان استمر التفصيل الذي سبق، وهاهنا كما يتصور سبق حول التجارة يتصور سبق زكاة العين بأن يبدو الصلاح في الثمار قبل تمام حول التجارة، ثم هذا الذي ذكرناه فيما إذا كانت الثمرة حاصلةً عند الشراء، وُودُو الصَّلَاح في يده، أما إذا طلعت بعد الشراء، فيزداد هذا النظر إلى شيء آخر. وهو أن الثمرة الحادثة من أشجار التجارة هل تكون مال التَّجَارَة؟ وفيه وجهان أسلفنا ذكرهما<sup>(١)</sup>. فإن قلنا: نعم فهي كما لو كانت حاصلةً عند الشراء، وتنزل منزلة زيادة متصلة، أو أرباح مُتَجَدِّدة في قِيَمَة العُروض، ولا تنزل منزلة ربح ينصُّ حتى يكون حولها على الخلاف الذي سبق فيه. وإن قلنا: إنها لَيْسَتْ مَال تِجَارَة فقضيته وجوب زكاة العين فيها بلا خلاف، وتخصيص زكاة التَّجَارَة بالأرض والأشجار.

التفريع: إن غلبنا زكاة العين أخرج العُشْر، أو نِصْف العُشْرِ من الثمار أو الزروع.

وهل تسقط به زكاة التجارة عن قيمة جذع النخيل؟ وتبن الزرع؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن المقصود الثمار والزروع، وقد أخذنا زكاتها.

وأظهرهما: لا؛ لأنه ليس فيها زكاة العين، فلا تسقط عنهما زكاة التجارة، ويحكى الوجه الثاني عن ابن سُرَيْج، وأبي إسحاق، وفي أرض الحديقة، وأرض الزرع طريقان:

أحدهما: أن في زكاة التَّجَارَة في قِيَمَتِهَا وَجْهَيْنِ كما في الجذع، والتبن.

والثاني: القطع بالوجوب.

والفرق بَعْدُ الأراضِي عن التبعية، فإنَّ الثَّمَارَ وَالْحُبُوبَ خَارِجَةً عَنِ عَيْنِ الشَّجَرَةِ، وَالتبن، وَهَمَّا خَارِجَتَانِ مِمَّا أودع في الأرض لا من نفس الأرض.

قال الإمام، وَيَتَّبِعِي أن يعتبر ذلك بِمَا يَدْخُلُ مِنَ الأَرْضِ المتخللة بين النخيل في المَسَاقَاة وما لا يدخل فما لا يدخل تَجِبُ فِيهِ زَكَاةُ التَّجَارَةِ قَطْعاً، وما يدخل فهو على الخِلاَف - والله أعلم -.

فإن أوجبنا زكاة التَّجَارَة في هذه الأشياء فَلَمْ تَبْلُغ قِيَمَتِهَا نِصَاباً، فهل تُضَمُّ قِيَمَة الثَّمَرَةِ وَالْحَبِّ إِلَيْهَا لِتَكْمِيلِ النِّصَابِ؟ نَقَلُوا فِيهِ وَجْهَيْنِ<sup>(٢)</sup>.

وعلى هذا القول لا يَسْقُطُ اعتبار التَّجَارَة فِي المُسْتَقْبَلِ بالكُلِّيَّةِ، بل تَجِبُ زَكَاةُ

(١) الأصح الضم.

(٢) أصحهما الضم وما ذكره الإمام حزم به الماوردي.

التَّجَارَةِ فِي الْأَحْوَالِ الْآتِيَةِ، وَيَكُونُ افْتِتَاحَ حَوْلِ التَّجَارَةِ مِنْ وَقْتِ إِخْرَاجِ الْعُشْرِ لَا مِنْ وَقْتِ بُدْوَ الصَّلَاحِ، وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ وَقْتِ الْوُجُوبِ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ بَعْدَ بُدْوَ الصَّلَاحِ تَرْبِيَةَ الثَّمَارِ لِلْمَسَاكِينِ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ زَمَانُ التَّرْبِيَةِ مُحْسَباً عَلَيْهِ، ذَكَرَهُ فِي «النِّهَايَةِ» وَإِنْ عَلَيْنَا زَكَاةَ التَّجَارَةِ فُؤِمَتِ الثَّمَرَةُ وَالْجَذَعُ، وَفِي الزَّرْعِ الْحَبِّ وَالتَّنْبُنِ، وَتَقْوَمُ الْأَرْضُ أَيْضاً، فِي صُورَةِ الْحَدِيقَةِ، وَفِيمَا إِذَا اشْتَرَى الْأَرْضَ مَزْرُوعَةً لِلتَّجَارَةِ، وَلَا فِرْقَ بَيْنَ أَنْ يَشْتَرِيهَا مَزْرُوعَةً لِلتَّجَارَةِ وَبَيْنَ أَنْ يَشْتَرِيَ أَرْضاً لِلتَّجَارَةِ وَيَذَرُهَا لِلتَّجَارَةِ وَيَزْرَعُهَا بِهِ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَا، وَلَوْ اشْتَرَى الثَّمَارَ وَخَذَهَا وَبَدَأَ الصَّلَاحَ فِي يَدِهِ، جَرَى الْقَوْلَانِ فِي أَنَّهُ يُخْرِجُ الْعُشْرَ أَمْ زَكَاةَ التَّجَارَةِ.

والثانية: لو اشترى أرضاً للتجارة، وزرعها ببذرٍ للبقية، فعليه العُشْرُ في الزرع وزكاة التجارة في الأرض بلا خلاف، ولا تسقط زكاة التجارة عن الأرض بأداء العُشْرِ قولاً واحداً؛ لأن التجارة لم توجد في متعلق العُشْرِ، حتى يستتبع غيره.

وأما لفظ الكتاب:

فقوله: في صورة شراء الحديقة (وقلنا: الثمرة مال تجارة) أشار به إلى الوجهين، في أن ثمار أشجار التجارة، هل تكون مال تجارة؟ وإنما يقطع النظر إليهما إذا حدثت الثمار بعد الشراء على ما بيئناه. وقوله: (أو اشترى الثمار) هو صورة شراء الثمار وخذها، وإنما يعتبر بدو الصلح في يده، لأنه وقت وجوب العُشْرِ، وبتقدير تقدمه على الشراء فالواجب زكاة التجارة قولاً واحداً. وقوله: (فالعشر المخرج لا يمنع من انعقاد حول التجارة على الثمار بعد القطاف) معناه ما ذكرناه أنه لا يسقط على قول تقديم زكاة العين اعتبار التجارة في الأحوال المستقبلية. وقوله: (وهل تسقط زكاة التجارة عن الأشجار والأرض) يرجع إلى صورة الحديقة دون الصورة الثانية شراء مجرد الثمار.

وقوله: (فيه ثلاثة أوجه) يجوز أن يعلم بالواو؛ لأن إثبات الوجوه الثلاثة إنما ينتظم على قول من أثبت الخلاف في الأراضي، وقد نقلنا طريقة قاطعة بأنها لا تتبع.

قال الغزالي: «فصل» إذا قلنا: العامِلُ لَا يَمْلِكُ الرِّبْحَ بِالظُّهُورِ وَجِبَ زَكَاةُ الْجَمِيعِ (و) عَلَى الْمَالِكِ، وَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُ وَجِبَ عَلَى الْعَامِلِ فِي حِصَّتِهِ بِحَوْلِ الْأَضَلِّ عَلَى وَجْهِ لَأَنَّهُ رُبِحَ وَبِحَوْلِ مُسْتَفْتَحٍ مِنْ وَقْتِ الظُّهُورِ عَلَى وَجْهِ لَأَنَّهُ فِي حَقِّهِ أَضَلُّ، وَفِيهِ وَجْهٌ أَنَّهُ لَا زَكَاةَ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَقِيلُ بِالتَّصَرُّفِ فَأَشْبَهَ الْمُغْضُوبَ، ثُمَّ إِنْ قُلْنَا: يَجِبُ فَهَلْ يَسْتَبَدُّ بِإِخْرَاجِهِ فِيهِ خِلَافٌ يُلْتَفَتُ عَلَى أَنَّ الزَّكَاةَ كَالْمَوْنِ، أَوْ كَأَسْتِزَادِ طَائِفَةٍ مِنَ الْمَالِ وَعَلَيْهِ يَنْبَغِي أَنْ مَا يُخْرِجُهُ الْمَالِكُ مِنَ الزَّكَاةِ يُحْتَسِبُ مِنَ الرِّبْحِ أَوْ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ.

قال الراعي: بناء الفصل على أن عامل القراض هل يملك القدر المشروط له من

الرَّيْحِ بِمَجْرَدِ الظُّهُورِ أَوْ لَا يَمْلِكُ إِلَّا بِالْقِسْمَةِ؟ وفيه قولان:

أصحهما: الثاني، وسيأتي شرحهما في «كِتَابِ الْقَرَاظِ» - إن شاء الله تعالى -.

إِذَا عَرَفْتَ ذَلِكَ، فَالرُّجُلُ إِذَا دَفَعَ إِلَى غَيْرِهِ نَقْدًا قَرَاظًا وَحَالَ الْحَوْلِ فِيهِ رِيحٌ فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ لَا يَكُونُ وَاحِدًا مِنْهُمَا مِنْ أَهْلِ وَجُوبِ الزَّكَاةِ، كَالذَّمِّيِّ وَالْمُكَاتَّبِ، أَوْ يَكُونَا جَمِيعًا مِنْ أَهْلِهِ، أَوْ يَكُونُ أَحَدُهُمَا مِنْ أَهْلِهِ دُونَ الثَّانِي.

أما الحالة الأولى: فلا يخفى حكمها.

وأما الثانية: فكلام الكتاب مقصور عليها، فإن قلنا: العامل لا يملك الريح بالظهور فزكاة رأس المال والريح كله على المالك، لأن الكل ملكه، هكذا قال الجمهور. ورأى الإمام تخريج الوجوب في نصيب العامل على الخلاف في المغصوب والمجحود والأملاك الضعيفة، لتأكيد حق العامل في حصته، وتعدر إنطاله على المالك، وحول الرّيح مبنئ على حول الأصل، إلا إذا رُدَّ إلى النضوض ففيه الخلاف الذي تقدّم ثم إن أخرج الزكاة من مال آخر فذاك، وإن أخرج من هذا المال ففي حكم المخرج وجّهان:

أحدهما: أنه محسوب من الرّيح كالمؤمن التي تلزم المال من أجرة الدلال والكيال، وكما أن فطرة عبيد التجارة تُحسب من الرّيح، وكذا أزش جنائيتهم، وهذا أظهر عند الأكثرين ويحكى عن نضه في «الأم».

والثاني: أنه كطائفة من المال يستردّها المالك؛ لأنه مضرّوف إلى حقّ لزمه، فعلى هذا يكون المخرج من رأس المال والرّيح جميعاً على قضية التقسيط.

مثاله: رأس المال مائة والرّيح خمسون، يكون ثلثا المخرج من رأس المال، وثلثه من الرّيح.

قال في «التهذيب»: والوجهان مبنيان على أن الزكاة تتعلّق بالعين أو بالذمة؟ إن قلنا: بالأول فهو كالمؤمن، وإلا فكاسترداد طائفة من المال، وروى الإمام هذا البناء عن بعضهم، لكن مع ترتيب، إن قلنا بتعلقها بالعين فهو كالمؤمن بلا خلاف، وإلا ففيه الخلاف، ثم إنه لم يرتض هذا البناء، ولم يستبعد طرد الوجهين تعلقت الزكاة بالعين أو بالذمة. وفي المسألة وجه ثالث: أن المخرج من رأس المال خاصة؛ لأن الواجب لزمه خاصة، وهذا أظهر عند القاضي الرّوياني وقوم - رحمهم الله -، وإن قلنا: العامل يملك الرّيح بالظهور فعلى المالك زكاة رأس المال ونصيبه من الرّيح، وهل على العامل زكاة نصيبه؟ فيه طرق:

أحدها - ويحكى عن صاحب «التقريب» -: أنه على القولين في المغصوب

ونظائره؛ لأنه لا يتمكن من التَّصْرُفِ على حسب مشيئته .

**والثاني:** القطع بالوجوب؛ لأنه مُتَمَكِّنٌ مِنَ التَّوَصُّلِ إِلَيْهِ متى شاءَ بِالِاسْتِقْسَامِ، فأشبهه الدِّينَ الحَالُ عَلَى المَلِيءِ .

**والثالث -** ويحكى عن الففال -: القطع بالمنع؛ لأن ملكه غير مستقر من حيث إنه وقاية لرأس المال عن الخُسران، فصار كملك المُكاتب، فإن أوجبناه وهو الظاهر - سواء أثبتنا الخلاف أم لا، فالكلام في أمور:

**أحدهما:** حول حِصَّتِهِ من الرِّيح هل هو حول رأس المال؟ فيه وجهان:  
**أحدهما:** نعم، كحصة المالك منه؛ لأنهما جميعاً مستفيدان للرِّيحِ مِنْ رَأْسِ المَالِ .

**وأصحهما:** لا؛ لأنه في حَقِّهِ أَضْلُ وَاقِعٌ في مقابلة عمله، ولا عهد بضم مَلِكٍ أَلْعَبِ إِلَى أَلْعَبِ فِي الحَوْلِ، وعلى هذا فَمِنَ مَتَى يبتدأ الحول؟ فيه ثلاثة أوجه:

**أصحها:** وهو نصه في «المختصر»: أنه من يوم الظهور لِثُبُوتِ مِلْكِهِ من يَوْمَيْذِ .

**والثاني:** من يوم يَقُومُ المَالُ على المالك لأخذ الزكاة .

**والثالث:** من يوم القسمة؛ لأن مِلْكِهِ حينئذ يستقر .

**الثاني:** إذا تَمَّ حوله، ونصيبه لا يبلغ نصاباً، ومجموع المال نِصَابٌ فإن أثبتنا الخُلُطَةَ فِي التَّقْدِينِ فعليه الزُّكَاةُ، وإلا فلا إلا أن يكون له من جنسه ما يتم به النِصَابُ، وهذا إذا لم نجعل ابتداء الحول من يوم المُقَاَسَمَةِ، فإن حسبناه من المقاسمة سَقَطَ النَّظَرُ إِلَى قَوْلِي الخُلُطَةَ .

**الثالث:** لا يلزمه إخراج الزُّكَاةِ قَبْلَ أَلْقِسْمَةِ؛ لأنه لا يعلم سَلَامَةَ نَصِيبِهِ له إلا إذا تَقَاَسَمَا وحينئذ يُزَكِّيهِ لما مضى، كالدِّينِ إذا اسْتَوْفَاهُ، هذا هو الأظهر، ونفى ابنُ عَبْدِانَ الخلاف فيه. وفيه وجه آخر: أنه يجب الإخراج في الحَالِ لتمكنه من الاستقسام، فأشبهه الوَدِيعَةَ عِنْدَ أَلْعَبِ، ويحكى هذا عن صَاحِبِ «التَّقْرِيبِ» .

**والرابع:** إن أخرج الزُّكَاةَ مِنْ مَوْضِعٍ آخَرَ فذلك، وإن أراد إخراجها مِنْ مَالٍ أَلْقَرَاضِ، فهل يَسْتَدِ بِهِ أم لِلْمَالِكِ منعه؟ فيه وجهان:

**أظهرهما:** أنه يستبد، وذكر الزَّوَيَانِي أنه المنصوص .

**والثاني -** ولم يورد الصيدلاني غيره -: أنه لا يستبد به وللمالك منعه؛ لأن الريح وقاية لرأس المال عن الخُسران، فله أن يمنعه من التَّصْرُفِ فيه حتى يسلم إليه رأس المال. قال الإمام: ويمكن تخريجها على ما ذكرنا من أن الزُّكَاةُ مؤنة أو استرداد طائفة؟

إن قلنا بالأول فله إخراجها منه استبداداً. وإن قلنا بالثاني، فلا، ولك أن تقول إنما أن يحسن أخذ الوجهين من هذا المأخذ، إذا أثبتنا الخلاف في كون الزكاة مؤنثة أو استرداد طائفة على الإطلاق، لكن أوما الصيدلاني إلى تخصيص ذلك الخلاف بزكاة جميع المال، إذا أخرجها المالك تفرعاً على القول الأول، فأما ما يخرج من المال لزكاة رأس المال من نصيبه من الربح فهو كاسترداد طائفة، ولا يتجه فيه الوجهان؛ لأن العامل قد اختص بالتزام ما يخصه، فكيف يحسب من الربح ما يخص المالك، وقد صرح الإمام بهذا الذي أوما إليه الشيخ الصيدلاني فكان من حقه أن يقول بأحد الوجهين من المأخذ المذكور، أو لا يقول بتخصيص الوجهين بالقول الأول - والله أعلم -.

**الحالة الثالثة:** أن يكون أحدهما من أهل وجوب الزكاة دون الآخر، فإن كان الذي هو من أهل الوجوب منهما المالك وفرغنا على أن الكل له ما لم يقسم فعليه زكاة لكل، وإن فرغنا على القول الآخر فعليه زكاة رأس المال ونصيبه من الربح، ولا شيء على العامل، ولا يكمل مال المالك إن لم يبلغ نصاباً، بنصيب العامل، وإن كان العامل من أهل الوجوب دون المالك.

فإن قلنا: كل المال للمالك قبل القسمة فلا زكاة، وإن قلنا: للعامل حصته من الربح ففي الزكاة عليه الخلاف الذي سبق في الحالة الأولى، فإن أوجبت الزكاة فذلك إذا بلغت حصته نصاباً، أو كان له ما يتم به النصاب ولا تثبت<sup>(١)</sup> الخلطة هاهنا بلا خلاف، ولا يجيء في اعتبار ابتداء الحول هاهنا إلا الوجه الأول والثالث، ويسقط الثاني؛ لأنه لا تقويم على من لا زكاة عليه، وليس له إخراج الزكاة من عين المال هاهنا بلا خلاف؛ لأن المالك لم يدخل في العقد على أن يخرج من المال الزكاة، هكذا ذكره ولما منع أن يمنع ذلك؛ لأنه عامل من عليه الزكاة.

وعذ بعد هذا إلى لفظ الكتاب، وأعلم قوله: (لا يملك الربح بالظهور) بالحاء؛ لأن مذهب أبي حنيفة - رحمه الله - مثل القول الثاني.

وقوله: (وجب زكاة الجميع على المالك) بالواو؛ لما حكيناها عن الإمام - قدس الله روحه - وقوله بعد ذلك: (يملك) بالزاي؛ مذهب المزني - رحمه الله -، مثل القول الأول، ولا يخفي عليك أن قوله: (لا يملك الربح بالظهور) أراد به حصته من الربح، ففيه الخلاف. ولك أن تعلم قوله: (من وقت الظهور) بالواو، إشارة إلى وجهين ذكرناهما في ابتداء الحول فإنهما لا يعتبران وقت الظهور، وإن ساعد هذا الوجه على

(١) في ط يثبت.

اعتبار حول مستفتح . وقوله: (وفيه وجه أنه لا زكاة عليه) هو مقابل لقوله أولاً: (وجب على العامل في حصته ثم الحكم المذكور في هذا الوجه ليس له تعرض للخلاف لكن التعليل والتشبيه بالمغضوب بين أنه قصد به حكاية طريقة القولين فكأنه قال: وفيه وجه: أنه لا زكاة عليه على أحد القولين، وقد تسمى طرق الأصحاب وجوهاً:

وقوله: (يلتفت إلى أن الزكاة كالمؤمن . . .) إلى آخره اتباع منه للمأخذ الذي ذكره الإمام . وقوله: (وعليه ينبغي أن ما يخرج المالك من الزكاة . . .) إلى آخره يقتضي إطلاقه إثبات الخلاف فيما يخرج المالك على القولين، لسكن ما نقلنا عن الصيقلاني والإمام ينزع فيه، وتخصيص الخلاف بالقول الأول.

وقوله: (أو من رأس المال) لم يعن به الاحتساب من رأس المال فحسب وإن نقلها من قبل وجهاً أنه كذلك يحتسب، وإنما أراد من رأس المال والرّبح جميعاً؛ لأنه بنى هذا الخلاف على الخلاف في أنها كالمؤمن، أو كاسترداد طائفة من المال واسترداد طائفة من المال يتوزع على رأس المال والرّبح ولا يختص برأس المال.

### زكاة المعادن والركاز:

قال الغزالي: (الثلث والخامس) زكاة المعادن والركاز، وفيه فصلان (الأول في المعادن) وكل حر مسلم نال نصاباً من الثقلين (ح و) من المعادن ففيه ربع العشر على قول، والخمس في قول تشبيهاً بالركاز، وفي قول ثالث: يلزمه الخمس إن كان ما ناله كثيراً بالإضافة إلى عمله، وإن لم يكثر فرُبُّ العشر، وفيه قول: إن النصاب لا يُعتبر (م). والصحيح أن الحول لا يُعتبر.

قال الرافعي: من أنواع الزكاة ما يخرج من الأموال الكامنة في الأرض إذا نالها الإنسان. وعده في أنواع الزكاة يتفرع على المذهب في أن مضرّفه مضرّف سائر الزكوات، وفيه وجه يأتي في موضعه أن مضرّفه مضرّف الفنيء، فعلى ذلك الوجه لا يتّضح عدّه من الزكوات، ثم الأموال الكامنة في الأرض أما مخلوقة فيها وهي المعدن<sup>(١)</sup>، والفصل الأول معقود له، وإما مدفونة فيها وهي الركاز<sup>(٢)</sup>، والفصل الثاني

(١) بفتح الميم وكسر الدال اسم للمكان الذي خلق الله تعالى فيه الجواهر من الذهب والفضة والحديد والنحاس، سمي بذلك لعدونه أي إقامته يقال: عدن إذا أقام فيه. ومنه قوله تعالى: ﴿جنات عدن﴾ أي إقامة ويسمى المستخرج معدناً أيضاً.

(٢) هو المركز بمعنى المكتوب. وفي اللغة يطلق على المشبوت، ومنه ركز رمحه يركزه إذا غرزه وأثبتته. وفي الشرع: دفن الجاهلية.

معقود له . والأصل في زكاة المعدن بعد الإجماع<sup>(١)</sup> قوله تعالى : ﴿ أَنْفِقُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّا أَخْرَجْنَا لَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ ﴾<sup>(٢)</sup> ومما أخرج لنا من الأرض المعدن .

وروي أن النبي ﷺ : «أَفْطَحَ بِلَالُ بْنُ الْحَارِثِ الْمُزْنِي الْمَعَادِنَ الْقَبِيلِيَّةَ وَأَخَذَ مِنْهَا الزُّكَاةَ»<sup>(٣)</sup> . وفقه الفصل الذي أخذنا في شرحه مسائل :

إحداها : لا زكاة في المُسْتَخْرَجِ من المعادن إلا في الذهبِ وَالْفِضَّةِ ، خلافاً لأبي حنيفة - رحمه الله - حيث أوجب في كل جوهر ينطبع ويصير على المطرقة كالحديد والنحاس دون ما لا ينطبع كالكحل والفيروزج والياقوت ، ولأحمد حيث قال : «يجب في كل مستفاد من المعدن منطبعاً كان أو غير منطبع» ، وحكى الشيخ أبو علي في «شرح التلخيص» وجهاً مثله عن بعض الأصحاب .

لنا مع أبي حنيفة : القياس على غير المنطبعات ، ومع أحمد على الطين الأحمر ، وأيضاً فقد روى أنه ﷺ قال : «لَا زَكَاةَ فِي حَجَرٍ»<sup>(٤)</sup> .

الثانية : في واجب التَّقْدِينِ المستخرجين من المعدن ثلاثة أقوال :

أصحها : أن الواجب فيها ربع العشر ، وبه قال أحمد ، لمُطَلَقِ قوله ﷺ : «فِي الرَّقَّةِ زُبُعُ الْعُسْرِ»<sup>(٥)</sup> . وروى ﷺ قال : «فِي الرُّكَازِ الْخُمْسُ وَفِي الْمَعْدِنِ الصَّدَقَةُ»<sup>(٦)</sup> .

والثاني : وبه قال أبو حنيفة ويحكى عن المزني أيضاً : أن الواجب الخمس ؛ لما روى أنه ﷺ قال : «وَفِي الرُّكَازِ الْخُمْسُ ، قِيلَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ وَمَا الرُّكَازُ؟ قَالَ : هُوَ الذَّهَبُ وَالْفِضَّةُ الْمَخْلُوقَانِ فِي الْأَرْضِ يَوْمَ خَلَقَ اللَّهُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ»<sup>(٧)</sup> .

(١) قال الشيخ البلقيني : لا إجماع في ذلك ، وسيأتي في كلامه أن المأخوذ يصرف مصرف خمس الخمس وحينئذ فلا يكون زكاة ويؤخذ من الذمي . قلت : وحكى الإجماع أيضاً في شرح المهذب .

(٢) سورة البقرة ، الآية ٢٦٧ .

(٣) أخرجه مالك في الموطأ (١/١٩٠ - ١٩١) وأبو داود (٣٠٦٣) وقال الشافعي ليس هو مما يثبت أهل الحديث وخالف الحاكم فقال صحيح ، وانظر التلخيص (١٨١/٢) .

(٤) أخرجه البيهقي (٤/١٤٦) من رواية عمر بن شعيب عن أبيه عن جده من طرق عنه ، ثم قال رواه عن عمر وكلهم ضعيف ، وانظر التلخيص (١٨١/٢) .

(٥) تقدم .

(٦) قال الحفاظ في التلخيص لم أجده هكذا ، لكن اتفقا على الجملة الأولى من حديث أبي هريرة ، أخرجه البخاري (١٤٩٩ ، ٢٣٥٥ ، ٦٩١٢ ، ٦٨١٣) ومسلم (١٧١٠) .

(٧) أخرجه البيهقي (٤/١٥٢) من رواية أبي هريرة قال : تفرد به عبد الله بن سعيد المقبري وهو ضعيف جداً ، جرحه أحمد وابن معين والشافعي .



والثالث: أن ما ناله من غير تَعَبٍ وَمُؤَنَةٍ فِيهِ الْخُمْسُ؛ وما ناله بِالتَّعَبِ وَالْمُؤَنَةِ فِيهِ رُبْعُ الْعُشْرِ؛ جمعاً بين الْأَخْبَارِ، وأيضاً فإن الواجب يزداد بِقِلَّةِ الْمُؤَنَةِ، وينقص بِكَثْرَتِهَا، ألا ترى أن الأمر كذلك في الْمَسْقِيَّ بِمَاءِ السَّمَاءِ وَالْمَسْقِيَّ بِالتَّنْضِجِ، وعن مالك روايتان: إحداهما: كالقول الأول.

وأشهرهما: كالثالث، ثم الذي اعتمده الأكثرون في ضبط الفرق على هذا القول النظر إلى الْحَاجَةِ إِلَى الطَّنْحِ وَالْمُعَالَجَةِ بِالتَّارِ والاستغناء عنهما فما يحتاج إلى الطَّنْحِ والمعالجة، ففيه ربع العشر، وما يستغنى عنهما، ويؤخذ مجموعاً خَالِصاً فِيهِ الْخُمْسُ، ولم ينظروا إلى قِلَّةِ الْمَوْجُودِ وَكَثْرَتِهِ، وحكى الإمام مع هذا طريقة أخرى وهي عد الاحتفار من جملة العمل الْمُعْتَبَرِ، والنظر إلى نسبة التَّيْلِ إِلَى الْعَمَلِ، أَيَّ عَمَلٍ كَانَ مِنَ الْحُفْرِ وَالطَّنْحِ وَغَيْرِهِمَا، فإن لم يعد كثيراً بالإضافة إلى العمل أو مقتصداً، ففيه ربع العشر، وإن عُدَّ كثيراً ففيه الْخُمْسُ.

وأوضحهما بالتصوير فقال: لو استفاد إلى قريب من آخر النَّهَارِ دِينَاراً، وَيَعْمَلُ قَلِيلَ فِي بَقِيَةِ النَّهَارِ دِينَاراً فِي الْأَوَّلِ رُبْعُ الْعُشْرِ وَفِي الثَّانِي الْخُمْسُ، ولو عمل طَوَّلَ الْيَوْمِ ولم يجد شيئاً ثم وجد في آخر النهار دينارين وكان المعتاد المقتصد في اليوم ديناراً، فينبغي أن يحط ديناراً، فنوجب فيه رُبْعُ الْعُشْرِ، وفي الزيادة الْخُمْسُ، ويحتمل أن يقال: فيهما الخمس، والزمان الأول قد حبط، والاحتمال الأول هو الذي أورده المصنف في «الوسيط»، واستحسن الْقَفَّالُ ألا يطلق في المسألة ثلاثة أقوال بل يرتب فيقال ما استخرج بتعب ومؤنة فواجبه الْخُمْسُ، أو رُبْعُ الْعُشْرِ.

إن قلنا: بالثاني ففيما وجد من غير تَعَبٍ أُولَى.

وإن قلنا: بالأول ففيه قولان: والفرق ما قد تبين.

الثالثة: يتفرع على الخلاف في قدر الواجب اعتبار النَّصَابِ وَالْحَوْلِ، فإن أوجبنا ربع العشر فلا بد من النَّصَابِ كالتَّقْدِينِ مِنْ غَيْرِ الْمَعَادِنِ، وفي الحول قولان: أصحهما: أنه لا يشترط، بل تجب الزكاة في الْحَالِ، كالتَّمَّارِ وَالزَّرُوعِ، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة وأحمد - رحمهم الله - وهو المنصوص عليه في أكثر كُتُبِ الشَّافِعِيِّ - رضي الله عنه - قديمها وحديثها.

والثاني: أنه يشترط ولا يجب شيء حَتَّى يَتِمَّ عَلَيْهِ الْحَوْلُ، كما في النقيدين من غير الْمَعَادِنِ، وهذا القول ينقل عن «مختصر البويطي» إيماء ورواه المزني في «المختصر» عمن يثق به عن الشافعي - رضي الله عنه - واختاره، وذكر بعض الشارحين أن أخته روت له ذلك عن الشافعي - رضي الله عنه - فلم يحب تسميتها، وإن أوجبنا الخمس فلا يعتبر الْحَوْلُ، وفي النَّصَابِ قولان:

أحدهما: لا يعتبر، وبه قال أبو حنيفة - رحمه الله -؛ لأنه مألٌ يجب تَخْمِيْسُهُ فلا يعتبر فيه نصاب كالفىء والغنيمة.

والثاني: يعتبر؛ لما روي أنه ﷺ قال: «لَيْسَ عَلَيْكُمْ فِي الذَّهَبِ شَيْءٌ حَتَّى يَبْلُغَ عَشْرِينَ مِثْقَالاً»<sup>(١)</sup> وكيفما كان فالظاهرُ من المذهب اغْتِيَارِ النَّصَابِ وَعَدَمِ اعْتِبَارِ الْحَوْلِ، والمعنى فيه أن النصاب إنما اعتبر لِيَبْلُغَ الْمَالُ مَبْلَغًا يَحْتَمِلُ الْمُوَاسَاةَ، والحول إنما اعتبر ليتمكن من تنمية المال وتسييره والمستخرج من المعدن نما في نفسه، ولهذا اعتبرنا النصاب في الثمار والزروع، ولم نعتبر الحول - والله أعلم -.

وقوله في الكتاب: (كل حر، مسلم) التعرض للحرية والإسلام، كالمفروع هاهنا؛ لأننا عرفنا اعتبار الصفتين من المالك في جميع الزكوات، والاكتفاء بهما للوجوب بما ذكره في أركان الوجوب وإن كان في ترتيب الكتاب اضطراب على ما بيته في أول: «كتاب الزكاة» ويجيء مثل هذا الكلام في قوله في أول زكاة المُعَشَّرَاتِ: (إذا كان مالكة حرّاً مسلماً) وقوله: (من النقدين) قصد به الاحتراز عن المستخرج من المعادن، ومما سيوى النقدين، فليكن مُعَلِّمًا بالحاء والألف والواو لما سبق.

وقوله: (ربع العشر) معلم بالحاء والزاي.

وقوله: (الخمس) بالألف والميم لما سبق.

وقوله: (وفيه قول أن النصاب لا يعتبر) ينبغي أن يُعَلِّمَ كلمة: (لا يعتبر) بالميم والألف؛ لأنهما يعتبران النصاب كما هو الأصح عندنا. وقوله: (والصحيح أن الحول لا يعتبر) يجوز أن يُعَلِّمَ بالواو؛ لأنه إثبات لِلْخِلَافِ فيه كما نقلناه، لكن ابن عِبْدَانَ حكى طريقة أخرى قاطعة بعدم الاعتبار، ولم يثبت ما رواه المزني لإرساله، ولو أَعْلَمْتِ قوله: (لا يعتبر) بالزاي لما ذكرنا من اختيار المزني لجاز.

قال الغزالي: ثُمَّ عَلَى اخْتِيَارِ النَّصَابِ مَا يَجِدُ شَيْئًا فَشَيْئًا يُضْمُ بَعْضُهُ إِلَى بَعْضٍ كَمَا يَتَلَاخَقُ مِنَ الثَّمَارِ، وَلَكِنَّ الْجَامِعَ هَهُنَا اتِّصَالُ الْعَمَلِ فَإِنْ أَعْرَضَ لِإِضْلَاحِ آتِيهِ لَمْ يَنْقَطِعْ، وَإِنْ كَانَ الْأَنْتِقَالَ إِلَى حِرْقَةٍ أُخْرَى انْقَطَعَ، وَإِنْ كَانَ لِمَرَضٍ أَوْ سَفَرٍ فَوَجْهَانِ، وَكَذَلِكَ يَكْمُلُ الثِّبَلُ (و) بِمَا يَمْلِكُهُ مِنَ الثَّقْدِينِ لَا مِنْ جِهَةِ الْمَعَادِنِ، وَبِمَا يَمْلِكُهُ مِنْ أَمْوَالِ التِّجَارَةِ حَتَّى تَحِبَّ الزُّكَاةُ فِي قَدْرِ الثِّبَلِ بِحَسَابِهِ وَإِنْ لَمْ تَحِبَّ فِيمَا كَمُلَ بِهِ لِعَدَمِ الْحَوْلِ فِيهِ فَإِنَّ زَكَاةَ الْمَعْدِنِ وَالثَّقْدِينِ وَالتِّجَارَةِ مُتَشَابِهَةٌ فِي اتِّحَادِ الْمُتَعَلِّقِ فَيَكْمُلُ بَعْضُهَا بِبَعْضٍ.

قال الرافعي: مضمون الفصل مسألتان مفرعتان على اشتراط النَّصَاب:

إحدهما: ليس من الشَّرْط أن ينال في الدفعة الواحدة نِصَاباً بَلْ مَا نَالَهُ بِدَفْعَات يُضَمُّ بعضها إلى بعض في الجملة؛ لأنَّ المُسْتَخْرَج من المعدن، هكذا ينال غالباً، فأشبهه تلاحق الثمار لكن الضابط في ضَمِّ الثَّمَارِ بَعْضُهَا إِلَى بَعْضٍ كَوْنُهَا ثِمَارَ سَنَةٍ وَاحِدَةٍ، وهاهنا ينظر إلى العمل والثَّيْل، فإن تتابع العمل وتَوَاصَلَ الثَّيْلُ ثَبَّتَ الضَّمُّ.

قال في «التهذيب»: ولا يشترط بقاء ما استخرج في ملكه فإن تتابع العَمَلُ ولكن لم يتواصل النيل بل حفر المعدن زماناً ثم عاد الثَّيْلُ، فإن كان زمان الانقطاع يسيراً لم يقدر في الضَّمِّ. وإن طال فقد قال في «النهاية»: في الضم وجهان:

وقال الجمهور: فيه قولان:

الجديد: الضَّمُّ؛ لأنَّ المَعْدِنَ كثيراً ما يعرض له ذلك، فلو لم يُضَمَّ بطلت زكاة المعدن في كثير من الأحوال:

والقديم - وبه قال مالك - : أه لا يُضَمُّ كما لو قطع العَمَلُ، وكجَمَلِي سَتَيْنِ، وإن قطع العمل مع تَوَاصَلَ الثَّيْلِ ثُمَّ عاد إليه نظر إن كان القطع بغير عذر عَارِضٍ فلا ضَمُّ، طال الزَّمَنُ أَوْ قَصُرَ؛ لأنه أعرض عن هذا النوع من الاكتساب واشتغل بِحِرْفَةٍ أُخْرَى فما يناله بعد العود شيء جديد.

وإن قَطَعَ لِغُدْرٍ فَالضَّمُّ ثَابِتٌ إن قَصُرَ الزَّمَانُ، وإن طَالَ فكذلك عند الأكثرين؛ لأنه عَاكِفٌ على العَمَلِ متى ارتفع الغُدْرُ، وَحَكَى الصَّيْدَلَانِيُّ وغيره وَجْهاً أَنَّهُ لا ضَمُّ عِنْدَ طَوْلِ الزَّمَانِ، وفي حَدِّ الطَّوْلِ وَجْهَانِ نَقَلَهُمَا القَاضِي الرُّوْيَانِيُّ:

أحدهما: أنه ثلاثة أيام.

والثاني: يوم كامل؛ لأن العادة العمل كل يوم، وتَرْكُ نَوْبَةٍ كَامِلَةٍ<sup>(١)</sup> فَضْلٌ طَوِيلٌ.

والأصحُّ فيه، وفي نظائره تحكيم العرف، ثم إِصْلَاحُ الآلَاتِ وَهَرَبُ العَبِيدِ والأَجْرَاءِ مِنَ الأَعْدَارِ بلا خلاف، وفي المرض والسفر وجهان:

أحدهما: أنهما يمنعان الضَّمَّ بحصول صورة الانقطاع مع أنهما قد يَمْتَدَّانِ.

وأصحهما: أنهما لا يمنعان كَسَائِرِ الأَعْدَارِ، وهذا ما نَصَّ عليه في المرض، ولم يذكر الأَكْثَرُونَ غَيْرَهُ، وينبغي أن يكون السَّفَرُ مرتباً على المَرَضِ، ومتى حكمتنا بِعَدَمِ الضَّمِّ فذلك على معنى أن الأول لا يضم إلى الثاني في وُجُوبِ حَقِّ المَعْدِنِ، فأما الثاني

(١) في أ (يوم كامل).

فيكمل بالأول كما يكمل بما يملكه لا من جهة المعادن على ما سيأتي بيانه .

وقوله في الكتاب: «ولكن الجامع هاهنا أتصال العَمَلِ» فَضَر النَّظَرِ عَلَى الْعَمَلِ، وإعراض عن توصل الثَّيْلِ، وإنما يستمر ذلك جواباً على الجديد وهو أن انقطاع الثَّيْلِ لا أثر له مع اتصال الْعَمَلِ، فيجوز أن يُعَلَّمَ بالميم والواو إشارة إلى القديم ومذهب مالك .

الثانية: إذا نال من المَعْدِن ما دون النَّصَابِ، وهو يملك من جَنْسِهِ نِصَاباً أو زائداً عليه، فإمّا أن يناله في آخر جزء من حَوْلٍ ما عنده، أو بعد تمام حَوْلِهِ أو قبله .

فأما في الحالتين الأوليين فيصير الثَّيْلُ مضموماً إلى ما عِنْدَهُ، وعليه في ذلك التَّقْدِيدِ حَقُّهُ وفيما ناله حقه على اختلاف الأحوال فيه؛ لأنهما من جنس واحد، والوجوب ثَابِتٌ فيهما جميعاً. وأما إذا ناله قبل تمام الحول فلا شيء فيما عنده حتى يتم حوله، وفي وجوب حَقِّ المعدن فيما ناله وَجْهَانِ:

أصحهما - وبه أجاب ابن الحداد واختاره القاضي أبو الطَّيِّبِ، وهو ظاهر نصه في «الأم» -: أنه يجب؛ لأن زكاة التَّقْدِينِ لا من جهة المعادن مع زكاتها من جهة المعادن متشابهتان في اتحاد المتعلق على ما سبق ذكر نظيره في «زكاة التجارة» .

والثاني: وبه قال الشَّيْخُ أبو حامد -: أنه لا يجب؛ لأنه لا زكاة فيما عنده حتى يصلح لاستتباع غيره، فعلى هذا يجب فيما عنده ربع العشر عند تمام حوله، وفيما ناله ربع العشر عند تمام حوله. وإن كان يملك من جنسه دون النَّصَابِ، كما لو كان يَمْلِكُ مَائَةَ دِرْهَمٍ، فنال من المعدن مائة، نظر إن نال بعد تمام حول على ما عنده، ففي وجوب حَقِّ المَعْدِن فيما ناله الوجهان؛ لأنه لا زكاة فيما عنده لنقصانه عن النَّصَابِ؛ فعلى الأول يجب فيما عنده رُبْعُ العُشْرِ إذا مَضَى حَوْلٌ من يوم كَمَلِ النَّصَابِ بالثَّيْلِ، وعلى الثاني لا يجب شيء حتى يمضي حَوْلٌ من يوم الثَّيْلِ، فيجب في الجميع رُبْعُ العُشْرِ. وعن صاحب «الإفصاح» وجه: أنه يجب فيما ناله حقه وفيما كان عنده رُبْعُ العُشْرِ فِي الْحَالِ؛ لأنه كَمَلُ بالثَّيْلِ، والحول قد مضى عليه، والثَّيْلُ بمثابة ما حال عليه الحول من الأَمْوَالِ؛ وإن ناله قبل أن يَمْضِيَ حَوْلٌ على المائة فلا مساع لوجه<sup>(١)</sup> صَاحِبِ

(١) قال عنه في شرح المهذب، وهذا ضعيف وباطل لأن الذي كان عنده دون نصاب، فلم يكن في حوله. وقال: وهذا الوجه المنسوب إلى أبي علي صاحب الإفصاح نقله أبو حامد والشيرازي في فصل الركاز وغيرهما من الأصحاب عن نص الشافعي، واختاره ورجحوه، ولكن الأصح ما اختاره القاضي أبو الطيب وابن الصباغ وغيرهما من المحققين أنه لا شيء فيما كان عنده حتى يحول حوله من حين كمل نصاباً. - والله أعلم - .

«الإفصاح»، ويجيء الوجهان الأولان، وهذا التفصيلُ مذكور في بعض طرق العِراقيين، وقد نقلَ مُعْظَمُهُ الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ، ورأيت الإمامَ نسبهُ إلى السَّهْوِ فِيهِ، وقال: إذا كان يملكه دون النَّصَابِ فلا ينعقد عَلَيْهِ حول؛ حتى يفرض له وسط آخر، ويحكم بوجوب الزَّكَاةِ فِيهِ يَوْمَ الثَّيْلِ، ولا شكُّ في بعد القول بوجوب الزَّكَاةِ فِيهِ يَوْمَ الثَّيْلِ؛ لكن الشَّيْخُ لم يتفرد بهذا الثَّقَلِ ولا صار إليه حتى يعترض عليه، وإنما نقله متعجباً منه مُتَكَرِّراً، ولو كان ما عنده مالَ تِجَارَةٍ انتظمت فيه الأحوالُ الثَّلَاثُ، وإن كان دُونَ النَّصَابِ فلا إِشْكَالٌ؛ لأنَّ الحَوْلَ ينعقد عَلَيْهِ، ولا يعتبر النَّصَابُ إلا في آخر الحَوْلِ على الصَّحِيحِ. فَإِنَّ نَالَ مِنَ المَعْدِنِ فِي آخرِ حَوْلِ التِّجَارَةِ فِيهِ حَقَّ المَعْدِنِ، وفي مالِ التِّجَارَةِ زَكَاةَ التِّجَارَةِ إِنْ كَانَ قَدَرَ النَّصَابِ، وكذلك إِنْ كَانَ دُونَهُ، وأكتفينا بالنَّصَابِ فِي آخرِ الحَوْلِ. وَإِنْ نَالَ قَبْلَ تَمَامِ الحَوْلِ، ففي وجوبِ حَقِّ المَعْدِنِ الوجهانِ السَّابِقَانِ، وَإِنْ نَالَ بَعْدَ تَمَامِ الحَوْلِ، نظر: إِنْ كَانَ مَالُ التِّجَارَةِ نِصَاباً فِي آخرِ الحَوْلِ، ففي الثَّيْلِ حَقُّ المَعْدِنِ؛ لِانضمامِهِ إِلَى مَا وَجِبَ فِيهِ الزَّكَاةُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ نِصَاباً، ونال بعد ما مضى شهر من الحَوْلِ الثَّانِي مثلاً فبينى ذلك على الخِلاَفِ فِي أَنَّ سَلْعَةَ التِّجَارَةِ إِذَا قُوِّمَتْ فِي آخرِ الحَوْلِ، ولم تبلغ نِصَاباً، ثم ارتفعت القِيمَةُ بَعْدَ شَهْرٍ هل يجب فيها الزكاة أم ترتقب آخر الحَوْلِ الثَّانِي؟ إِنْ قَلْنَا بِالأولِ: فتجب زكاةُ التِّجَارَةِ فِي مَالِ التِّجَارَةِ، وحينئذٍ يجب حَقُّ المَعْدِنِ فِي الثَّيْلِ بِلاَ خِلاَفٍ.

وإن قلنا بالثاني: ففي وجوب حق المعدن الوجهان.

واعلم: أن جميع ما ذكرناه مُفْرَعٌ عَلَى الصَّحِيحِ فِي أَنَّ الحَوْلَ لَيْسَ بِشَرْطٍ فِي زَكَاةِ المَعْدِنِ، فَإِنَّ شَرْطَنَاهُ انْعَقَدَ الحَوْلُ عَلَيْهِ مِنْ يَوْمٍ وَجَدَهُ.

وقوله في الكتاب: (حَتَّى تَجِبَ الزَّكَاةُ فِي قَدْرِ الثَّيْلِ) مُعَلِّمٌ بِالوَاوِ لِلوَجْهِ المُنْسُوبِ إِلَى الشَّيْخِ أَبِي حَامِدٍ، وشهره الإمامُ بِرِوَايَةِ الشَّيْخِ أَبِي عَلِيٍّ.

وقوله: (لعدم الحولة) فيه تمثيل، وفي معناه ما إذا كان الذي عنده دون النَّصَابِ، فإنه لا تجب فيه الزَّكَاةُ إلا على ما حكى عن صاحب «الإفصاح».

وقوله: قبل ذلك «بما يملكه من الثَّقَدِينِ» لا من جهة المعادن الحكم غير مخصوص بما إذا كان يملكه لا من جهة المعادن، بل لو نال من المعدن ما دون النَّصَابِ وحدث ما يمنع الضَّم، ثم نال قدرًا آخر يبلغ مع الأول نِصَاباً كان حكمه حكم ما لو كان الأول لا من جهة المعادن، فيجب في الآخر حَقُّ المَعْدِنِ عَلَى الأَصَحِّ، ولا يجب في الأول، لكن ينعقد الحَوْلُ عَلَيْهِ مِنْ يَوْمِ النَّصَابِ لِلْمُسْتَقْبَلِ إِلاَّ أَنْ يَنْقُصَ المَبْلُغُ عَنِ النَّصَابِ بِإِخْرَاجِ حَقِّ المَعْدِنِ، - والله أعلم -.

قال الغزالي: وَلِلْمُسْلِمِ أَنْ يُزْهِجَ الدَّمِيَّ مِنَ مَعَادِنِ الإِسْلَامِ، وَلَكِنَّ مَا نَالَهُ قَبْلَ

الْأَنْزَعَجَ يَمْلِكُهُ وَلَا زَكَاةَ عَلَيْهِ إِلَّا إِذَا قُلْنَا عَلَى وَجْهِ بَعِيدٍ إِنَّ مَصْرَفَهُ الْفَيْءُ عَلَى قَوْلِنَا  
وَاجِبُهُ الْخُمْسُ، فَإِذَا ذَاكَ يُؤْخَذُ مِنَ الدَّمِيِّ.

قال الرافعي: الذمي لا يمكن من احتفار معادن دار الإسلام، والأخذ منها كما لا  
يمكن من الإحياء في دار الإسلام، لأن الدار للمسلمين وهو دخيل فيها. لكن ما أخذه  
قبل الإزعاج يملكه، كما لو استولى على الحطب والحشيش، وهل عليه حق المعدن؟  
ينبغي على أن مصرف حق المعدن ماذا؟ ولا شك أن مصرفه مصرف الزكاة إن أوجبنا فيه  
رُبْعُ الْعُشْرِ، وإن أوجبنا فيه الخُمس فطريقان حكاهما الشيخ أبو علي وغيره:

أحدهما: أن في مصرفه قولين:

أحدهما: مصرفه مصرف خُمس الفَيْء والغنيمة؛ لأنه مَالٌ مُخَمَّسٌ مثلهما، وبهذا  
قال أبو حنيفة.

وأصحهما: أن مصرفه مصرف الزكوات؛ لأنه حَقٌّ وَجَبَ فِي مُسْتَفَادٍ مِنَ الْأَرْضِ،  
فأشبه حَقَّ الثَّمَارِ وَالزَّرُوعِ.

والثاني - وبه قال الأكثرون -: أن مصرفه مصرف الزكوات قولاً واحداً بخلاف  
الركاز؛ لأنه مال جاهلي، والظاهر: أنه كان للكفار، وكان شبيهاً بالفَيْء، والمعادن  
بخلافه. وصاحب «التلخيص» قد ذكر الطريق الأول في باب «زكاة المعدن» في  
«التلخيص»، والطريق الثاني في باب بعده.

فإن قلنا: مصرفه مصرف الزكوات لم يؤخذ من الدمي شيء، وإن قلنا:  
[مصرفه]<sup>(١)</sup> مصرف الفَيْء أخذ الخُمس، وعلى هذا لا يشترط فيه النية، وعلى الأول  
يُشْتَرَطُ، ولو كان المستخرج من المعدن المكاتب فلا زكاة عليه فيما استخرجه كالذمي،  
لكنه غير ممنوع من الأخذ بخلاف الدمي.

ولو نال العبد من المعدن شيئاً فهو لسيدته، وعليه واجبه، فإن أمره السيد بذلك  
ليكون الثبيل له، فقد بناه صاحب «الشامل» على القولين في أن العبد هل يملك ما ملكه  
السيد أم لا؟ وحظ الزكاة من القولين، وقد قدمناه.

ولو استخرج اثنان من المعدن نصاباً، فوجوب الزكاة يبنى على القولين في أن  
الخلطة هل تثبت في غير المواشي؟

وقوله في الكتاب: (وللمسلم إزعاج الذمي) لك أن تبحث عنه، وتقول: أثبت

الإزعاج لكل مسلم أم هو من أعمال الحكيم؟.

والجواب أن كلام الأئمة بالثاني أظهر إشعاراً، والأول مُنقَدِحٌ أيضاً، فإنَّ كلَّ واحدٍ منهم صاحب حق فيه، فكان له أن يمنعه.

وقوله: (ولا زكاة عليه إلا إذا قلنا... .) فيه استثناء الخمس على قولنا: أن مصرفه مصرف الفيء عن نفي الزكاة، وذلك يستدعي كون الخمس زكاة، لكن من أوجب الخمس فلا يكاد يسميه زكاة، ولهذا قال الشافعي - رضي الله عنه - في «المختصر»: وَذَهَبَ بَعْضُ أَهْلِ نَاجِيَّتِنَا - يعني - مالكاً إلى أن في المعادن الزكاة، وذهب غيرهم - يعني - أبا حنيفة إلى أن فيها الخمس، فلم يعد الخمس زكاةً.

وقوله: (على وجه بعيد) عبر عن ذلك المذهب بالوجه، والأكثرُونَ سَمُوهُ قَوْلًا، وكأنه مستخرج من مثله في الرِّكَّازِ، فيجوز كل واحد من الإطلاقين.

واعلم: أنا إذا فرعنا على ظاهر المذهب، وهو أن الحول لا يعتبر، فوقت وجوب حق المعدن حصول الثَّيْلِ في يده، ووقت الإخراج، التخليص والتنقية، كما أن وقت وجوب الزكاة في الزروع اشتداد الحَبِّ، ووقت الإخراج التَّنْقِيَةَ، فلو أخرج قبل التَّمْيِيزِ والتنقية عن التراب والحجر لم يجز، ويكون مضموماً على الساعي يلزمه رده، فلو اختلفا في قدره بعد التلف، أو قبله، فالقول قول الساعي مع يمينه.

ومؤنة التخليص والتنقية على المالك كمؤنة الحصاد والدياس، فلو تلف بَعْضُهُ قبل التمييز فهو كَتَلَفِ بَعْضِ الْمَالِ قَبْلَ الْإِمْكَانِ - والله أعلم<sup>(١)</sup> -.

قال الغزالي: الْفَضْلُ الثَّانِي فِي الرِّكَّازِ وَفِيهِ الْخُمْسُ مَضْرُوفًا إِلَى مَصَارِفِ الصَّدَقَاتِ (ح ز و)، وَلَا يَشْتَرِطُ الْحَوْلُ، وَيَشْتَرِطُ النَّصَابُ (م ح) وَكَوْنُهُ مِنْ جَوْهَرِ النَّقْدَيْنِ عَلَى الْجَدِيدِ.

قال الرافعي: في الفصل مسائل:

إحداها: قدر الواجب في الرِّكَّازِ الْخُمْسُ، لما روي عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أنه ﷺ قال: «فِي الرِّكَّازِ الْخُمْسُ»<sup>(٢)</sup>.

الثانية: في مصرفه قولان:

أصحهما - وهو المذكور في الكتاب -: أن مصرفه مصرف الزكوات؛ لأنه حَقٌّ وَاجِبٌ فِي الْمُسْتَفَادِ مِنَ الْأَرْضِ، فأشبه الواجب في الزروع والثَّمَارِ.

والثاني: وبه قال المزني وابن الوكيل الباب شامي، وأبو جعفر الترمذي - رحمهم الله - أنه يُضْرَفُ إلى أهل الخُمُسِ المذكورين في آية الفَيءِ؛ بأنه مَالٌ جَاهِلِيٌّ حصل الظَّفَرُ بِهِ مِنْ غَيْرِ إِيْجَافِ خَيْلٍ، وَلَا رِكَابٍ، فَكَانَ كَالْفَيءِ.

ومنهم من لا يطلق قولين، بل يقطع للشافعي - رضي الله عنه - بالأول؛ وينقل الثاني وجهاً ضِعِيفاً.

الثالثة: لا يُشْتَرَطُ الحول فيه؛ لأن الحول للاستنماء، وهو نماء كُله، ولا يجيء فيه الخلاف المذكور في المعدن؛ لأنه يلحق مَشَقَّةً في تحصيل التبر ثم يحتاج إلى الطُنْخِ والمعالجة، والرِّكَازُ بِخِلَافِهِ.

الرابعة: هل يشترط فيه النِّصَابُ؟ وهل يختص الوجوب بالذهب، والفضة؟ نصّ الشافعي - رضي الله عنه - في مواضع على [عدم]<sup>(١)</sup> الاشتراط والاختصاص. وقال في موضع: «لو كنت أنا الواجد لَحَمَسْتُ القليل والكثير، والذهب والفضة، وغيرهما»، واختلف الأصحاب - رضي الله عنهم - على طريقين: أظهرهما: أن المسألتين على قولين.

أظهرهما - وينسب إلى الجديد -: أنه يُشْتَرَطُ النِّصَابُ، ويختص بالنقدين. أما الأول: فلظاهر قوله ﷺ: «لَا شَيْءَ فِي الذَّهَبِ حَتَّى يَبْلُغَ عِشْرِينَ مِثْقَالاً»<sup>(٢)</sup>. وأما الثاني: فكما لو اكتسب لا من جهة الرِّكَازِ.

والثاني: وينسب إلى القديم: أنه لا اشتراط، ولا اختصاص؛ لمطلق قوله ﷺ: «فِي الرِّكَازِ الخُمُسُ»<sup>(٣)</sup>، ولأنه مال مُحَمَّسٌ فأشبهه الغنيمة.

والطريق الثاني: القطع بالقَوْلِ الأوَّلِ وحمل النَّصِّ الثاني على الاحتياط للخروج من الخِلافِ، كقوله في «باب صلاة المسافر»: «أما أنا فلا أقصُرُ في أقل من ثلاثة أيام، وليس ذلك قولاً آخر له في مسافة القصر.

وقوله في الكتاب: (مصروفاً إلى مصارف الصدقات) معلّم بالواو الزاي وبالحاء؛ لأن عنده أيضاً يصرف إلى مصارف الفَيءِ، وبالألف؛ لأن إحدى الروایتين عن أحمد مثله. وقوله: (ويشترط النِّصَابُ) مُعَلِّمٌ بالحاء والألف والميم؛ لأن عند أبي حنيفة وأحمد لا يشترط النِّصَابُ، وهو أصح الروایتين عن مالك، وكذلك قوله: (وكونه من جوهر النقدين) مُعَلِّمٌ بهذه العلامات؛ لأن قولهم فيه كقولهم في النِّصَابِ.

(٢) تقدم.

(١) سقط في ط.

(٣) تقدم.



ويجوز أن يُعَلَّم قوله: (على الجديد) بالواو إشارة إلى الطريقة النافية للخلاف.

وقوله: (ويشترط النصاب) منقطع عما قبله لا مجال للخلاف المذكور في الحول وإنما قال: (من جوهر التقدين) ليشمل الحلي والأواني.

قال الغزالي: وَيُشْتَرَطُ كَوْنُهُ عَلَى ضَرْبِ الْجَاهِلِيَّةِ، فَإِنْ كَانَ عَلَى ضَرْبِ الْإِسْلَامِ فَلَقَطَّةٌ، وَقِيلَ: مَا لَ ضَائِعٌ يَحْفَظُهُ الْإِمَامُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ أَثَرٌ كَالْأَوَانِي وَالْحَلِيِّ فَهُوَ رِكَازٌ عَلَى وَجْهِهِ وَلَقَطَّةٌ عَلَى وَجْهِهِ.

قال الرافعي: فقه الفصل مسألتان:

الأولى: لو كان الرِّكَازُ الموجود على ضَرْبِ الْإِسْلَامِ بأن كان عليه شيءٌ من القرآن، أو اسم ملك من ملوك الإسلام، لم يملكه الواجد بالوجدان، لأن مال المسلم لا يملك بالاستيلاء عليه، بل يجب رَدُّهُ إِلَى مَالِكِهِ إن علم مالكة، وإن لم يعلم ففيه وجهان: قال الجمهور: هو لَقَطَّةٌ كما لو وجده على وجه الأرض، وقضية ما ذكروه صريحاً ودلالة أنه يُعْرَفُ سَنَةً، ثُمَّ لِلْوَاجِدِ أَنْ يَمْلِكَهُ إِنْ لَمْ يَظْهَرْ مَالِكُهُ عَلَى مَا هُوَ سَبِيلُ كُلِّ لَقَطَّةٍ. وقال الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ: هُوَ مَالٌ ضَائِعٌ يَمْسِكُهُ الْأَخْذُ لِلْمَالِكِ أَبَدًا، أَوْ يَحْفَظُهُ الْإِمَامُ لَهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ، وَلَا يُمْلِكُ بِحَالٍ، كما لو أَلْقَتِ الرِّيحُ ثَوْبًا فِي حَجْرِهِ، أَوْ مَاتَ مَوْرَثُهُ عَنْ وَدَائِعٍ، وَهُوَ لَا يَعْرِفُ مَالِكَهَا، وَإِنَّمَا يُمْلِكُ بِالتَّعْرِيفِ مَا ضَاعَ عَنِ الْمَارَّةِ دُونَ مَا حَصَّنَهُ الْمَالِكُ بِالذَّفْنِ وَاتَّفَقَ الْعَثُورُ عَلَيْهِ بِالْإِحْتِفَارِ.

ونقل صاحب «التهذيب» قريباً من هذا الكلام عن الأَقْبَالِ، وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ.

قال الإمام - رحمه الله - ولو انكشفت الأَرْضُ عَنْ كَثْرٍ بِسَبِيلِ جَارِفٍ، وَنَحْوِهِ، فَلَا أُدْرِي مَا قَوْلُ الشَّيْخِ فِيهِ، وَالْمَالُ الْبَارِزُ ضَائِعٌ، قَالَ: وَاللَّائِقُ بِقِيَاسِهِ أَلَّا يَثْبُتَ حَقُّ التَّمْلِكِ اعْتِبَارًا بِأَصْلِ الْوَضْعِ.

الثانية: لو لم يُعْرَفِ أَنَّ الْمَوْجُودَ مِنْ ضَرْبِ الْجَاهِلِيَّةِ، أَوْ الْإِسْلَامِ بِأَنَّ كَانَ مِمَّا يُضْرَبُ مِثْلُهُ فِي الْجَاهِلِيَّةِ وَالْإِسْلَامِ، أَوْ كَانَ مِمَّا لَا أَثَرَ عَلَيْهِ كَالثَّبْرِ، وَالْحَلِيِّ، وَالْأَوَانِي، فَالمنقول عن نَصِّهِ: أَنَّهُ لَيْسَ بِرِكَازٍ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَالٌ مُسْلِمٍ، فَيُعْلَبُ حُكْمُ الْإِسْلَامِ، وَفِيهِ وَجْهٌ: أَنَّهُ رِكَازٌ؛ لِأَنَّ الْمَوْضِعَ الْمَذْفُونُ فِيهِ يَشْهَدُ لَهُ.

فإن قلنا: بالأول فقضية كلام الجمهور في الصُّورَةِ السَّابِقَةِ لَا يَخْفَى، وَأَمَّا الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ فَرَأَيْتَ لَهُ فِي «شرح التلخيص» مَسَاعِدَةَ الْجُمْهُورِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ، فَإِنَّهُ قَالَ: يُعْرَفُ سَنَةً، فَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ مَالِكُهَا فَعَلَّ بِهَا مَا يُفْعَلُ بِسَائِرِ اللَّقَطَاتِ. وَذَكَرَ الْإِمَامُ أَنَّ الشَّيْخَ حَكَى فِي التَّمْلِكِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ وَجْهَيْنِ؛ لضعف أثر الإسلام.

واعلم: أنا إذا قلنا: إن المَوْجُودَ في صورة التَّرْدُدِ رِكَازٌ فَلَا يَشْتَرِطُ كَوْنُ المَوْجُودِ عَلَى ضَرْبِ الجَاهِلِيَّةِ، بل الشَّرْطُ أَلَّا يُعْلَمَ كَوْنُهُ عَلَى ضَرْبِ الإِسْلَامِ، فإذا قوله في الكتاب: (ويشترط كونه على ضرب الجاهلية) إنما يكون مجرى على ظاهره، إذا قلنا: الموجود في صورة التردد ليس برِكَازٍ.

وقوله في المسألة الأولى: (وقيل: مال ضائع يحفظه الإمام) يُشْعِرُ بأنه لا يَتَقَى فِي يَدِ الوَاجِدِ، بل يأخذه الإمام، وَيَحْفَظُهُ.

وكلام الشَّيْخِ أَبِي عَلِيٍّ ما حكيته من قبل يُتَارَعُ فِيهِ، وَيَقْتَضِي تَمَكُّنَ الوَاجِدِ مِنَ الإِمْسَاكِ لَهُ، وإطلاقه الوجهين في المسألة الثانية اتباع لما حكاه الإمام فيها والأكثرُونَ لَمْ يُطَلِّقُوا الوجهين، وإنما حَكُوا النَّصَّ ووجهها، لِبَعْضِ الأَصْحَابِ كما قَدَّمَنا، وَحَكَى صَاحِبُ «الشَّامِلِ» عن نَصِّهِ أَنَّهُ يُخَمَّسُ، وَهَذَا حُكْمٌ بِأَنَّهُ رِكَازٌ، فَعَلَى هَذَا في المسألة قَوْلَان: واعلم أنه يلزم من كون الرِّكَازِ عَلَى ضَرْبِ الإِسْلَامِ كَوْنُهُ مَدْفُوناً فِي الإِسْلَامِ، ولا يلزم من كَوْنِهِ عَلَى ضَرْبِ الجَاهِلِيَّةِ كَوْنُهُ مَدْفُوناً فِي الجَاهِلِيَّةِ، لجواز أن يظفر بعض المسلمين بِكَثْرَةِ جَاهِلِيٍّ، ويكتزه ثانياً على هيئته فيظفر به اليوم أحد، فالحكم مُدَارٌ عَلَى كَوْنِهِ مِنْ دَفْنِ الجَاهِلِيَّةِ لَأَنَّ كَوْنَهُ مِنْ ضَرْبِ الجَاهِلِيَّةِ.

قال الغزالي: وَيَشْتَرِطُ أَنْ يُوجَدَ فِي مَوْضِعِ مُشْتَرِكِ كَمْوَاتٍ أَوْ شَارِعٍ، وَمَا يُوجَدُ فِي دَارِ الحَرْبِ فَعَيْنِمَةً أَوْ فَنَاءً وَمَا يَجِدُهُ فِي مَلِكٍ نَفْسِهِ الَّذِي أَحْيَاهُ يَمْلِكُهُ وَعَلَيْهِ الخُمْسُ، وَهَلْ يَدْخُلُ فِي مَلِكِهِ بِمَجْرَدِ الإِحْيَاءِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ اشْتَرَاهُ ثُمَّ وَجَدَ فِيهِ رِكَازاً يَجِبُ طَلَبُ المُنْحِيِّ فَإِنَّهُ أَوْلَى بِهِ.

قال الرافعي: روى أن رجلاً وجد كنزاً فقال له النبي ﷺ: «إِنْ وَجَدْتَهُ فِي قَرْيَةٍ مَسْكُونَةٍ، أَوْ طَرِيقِ مِبْنَاءٍ فَعَرَفَهُ، وَإِنْ وَجَدْتَهُ فِي خَرْبَةٍ جَاهِلِيَّةٍ، أَوْ قَرْيَةٍ غَيْرِ مَسْكُونَةٍ فَفِيهِ، وَفِي الرِّكَازِ الخُمْسُ»<sup>(١)</sup>.

الكنز بالصفة التي تقدم ذكرها، إما أن يوجد في دَارِ الإِسْلَامِ، أو في دَارِ الحَرْبِ، فَإِنْ وَجَدَ فِي دَارِ الإِسْلَامِ، نُظِرَ إِنْ وَجَدَ فِي مَوْضِعٍ لَمْ يَغْمُرْهُ مُسْلِمٌ، وَلَا ذُو عَهْدٍ، فَهُوَ رِكَازٌ، سواء كان مواتاً أو كان من القلاع العادية التي عمرت في الجاهلية؛ لقوله في الحديث: «أَوْ خَرْبَةٍ جَاهِلِيَّةٍ» وَإِنْ وَجَدَ فِي طَرِيقِ شَارِعٍ، فَقَدْ ذَكَرَ صَاحِبُ الكِتَابِ أَنَّهُ

(١) أخرجه الشافعي (٩٢٦) وأبو داود (١٧١٠، ١٧١١، ١٧١٢، ١٧١٣) والنسائي (٨٤/٨ - ٨٥) والحاكم (٦٥/٢) والبيهقي (١٥٥/٤) وأحمد (٦٦٨٣ - ٦٩٣٦) والميتاء: بكسر الميم ممدود الطريق المسلوكة الذي يأتي الناس.

رَكَازًا، ولم يجزم الإمام به هكذا، ولكن أشار إلى خلاف فيه، والذي ذكره القفال والعراقيون، أن ما يوجد فيه لئس برَكَازٍ، وإنما هو لَقْطَةٌ، والحديث الذي رويناه صريح فيه. وما يوجد في المسجد، ذكر في «التهديب» أنه لَقْطَةٌ كالموجود في الطَّرِيقِ، وقياس المذكور في الكتاب أن يكون رَكَازًا.

وما عدا هذه المَوَاضِعِ يُنْقَسِمُ إِلَى مَمْلُوكٍ، وَمَوْقُوفٍ.

والمملوك إما أن يكون له، أو لغيره، فَإِن كَانَ لغيره ووجد فيه كَثْرٌ لم يملكه الواجد، بل إن ادعاه مالكة فهو فله بلا يمين، كالأمتعة في الدَّارِ وإلا فهو لمن تلقى صاحب الأرض منه وهكذا إلى أن ينتهي إلى الذي أحيا الأرض، فيكون له، وإن لم يَدَّعِهِ؛ لأنه بالإحياء مَلَكٌ ما في الأرض، وبالبيع لم يزل ملكه عنه، فإنه مدفون منقول، فإن كان المحيي، أو من تلقى الملك عنه هالكاً فَوَرَثْتُهُ قَائِمُونَ مَقَامَهُ، فإن قال بعض ورثته من تَلَقَّى الْمَلِكُ عنه هو لمورثنا، وأياه بعضهم سَلَّمَ نَصِيبُ الْمُدَّعِي إليه، وسلك بالباقي ما ذكرنا هذا كله كلام الأئمة - رحمهم الله - صريحاً وإشارةً، ومن المصرحين بملك الركاز بإحياء الأرض القفال، ذكره في «شرح التلخيص»، ورأى الإمام تخريج ملك الكثر بإحياء الأرض على ما لو دخلت ظبية داراً بالإحياء، فأغلق صاحبها الباب وفقاً لا على قَصْدٍ ضبطها قال: وفيه وجهان:

أظهرهما: أنه لا يملكها لِعَدَمِ الْقَصْدِ، ولكن يصير أولى بها، كذلك المحيي يصير أولى بالكثر، ثم قال: إنه يملك الكثر بالإحياء، وزالت رَقَبَةُ الْأَرْضِ عَنْ مِلْكِهِ فلا بد من طَلْبِهِ، وَرَدَّهُ إليه. وإن قلنا: إنه لا يملكه ولكن يصير أولى به، فلا يَبْعُدُ أَنْ يُقَالَ: إِذَا زَالَ مِلْكُهُ عَنْ رَقَبَةِ الْأَرْضِ بَطَلَ اخْتِصَاصُهُ، كما أن في مسألة الظبية إذا قلنا: إنه لا يملكها، فلو فَتَحَ الباب وأفلتت يَمْلِكُهَا من اضْطَادَهَا، إذا عرفت ذلك وأردت التفرع فلك أن تقول: إن قلنا: المحيي لا يملكه بالإحياء، فَإِذَا دَخَلَ فِي مِلْكِهِ أَخْرَجَ الْخُمْسَ، وَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُهُ بِالْإِحْيَاءِ فَإِذَا اخْتَوَتْ يَدُهُ عَلَى الْكَثْرِ نَفْسِهِ وَقَدْ مَضَى سِتُونَ فَلَا بُدَّ مِنْ إِخْرَاجِ الْخُمْسِ الَّذِي لَزِمَهُ يَوْمَ مَلِكِهِ وَفِيمَا مَضَى مِنَ السِّنِينَ يَبْنِي وَجُوبِ رِبْعِ الْعُشْرِ فِي الْأَخْمَاسِ الْأَرْبَعَةِ عَلَى الْخِلَافِ فِي الضَّالِّ وَالْمَغْضُوبِ، وفي الخمس كذلك إن قلنا: لا تتعلق الزكاة بِالْعَيْنِ وَإِنْ قُلْنَا: تتعلق فعلى ما ذكرنا فيما إذا لَمْ يَمْلِكْ إِلَّا نِصَابًا، وَتَكَرَّرَ الْحَوْلُ عَلَيْهِ - وَاللهُ أَعْلَمُ -.

وإن كان الوضع للواجد نظر، إن كان قد أحياه فالَّذِي وَجَدَهُ رَكَازٌ وَعَلَيْهِ خُمْسُهُ، وفي وقت دُخُولِهِ فِي مِلْكِهِ مَا سَبَقَ، وقد حكى في الْكِتَابِ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ وَجْهَيْنِ جَزِيًّا عَلَى مَا ذَكَرَهُ الْإِمَامُ، وإن انتقل إليه من غيره لم يحل له أخذه، بل عليه عرضه على من يملكه، وهكذا حَتَّى يَنْتَهِيَ الْمَلِكُ إِلَى الْمُحْيِي كَمَا سَبَقَ، وإن كان الموضع موقوفاً

فَالْكَنْزُ لِمَنْ فِي يَدِهِ الْأَرْضُ، قَالَ فِي «التَّهْذِيبِ»، هَذَا إِذَا وُجِدَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ، وَإِنْ وُجِدَ فِي دَارِ الْحَرْبِ، فَإِنَّمَا أَنْ يَوْجَدَ فِي مَوَاتٍ أَوْ غَيْرِهِ.

إِنْ وَجَدَ فِي مَوَاتٍ نَظَرَ إِنْ كَانُوا لَا يَذُبُّونَ عَنْهُ فَهُوَ كَمَوَاتِ دَارِ الْإِسْلَامِ، وَالْمَوْجُودُ فِيهِ رِكَازٌ، وَإِنْ كَانُوا يَذُبُّونَ عَنْهُ ذَبُّهُمْ عَنِ الْعِمْرَانِ فِيهِ وَجْهَانِ:

قَالَ الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ هُوَ كَمَا لَوْ جَدَ فِي عِمْرَانِهِمْ وَقَالَ الْأَكْثَرُونَ: حُكْمُهُ حُكْمُ مَوَاتِيهِمُ الَّذِي لَا يَذُبُّونَ عَنْهُ.

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ مَا يَوْجَدُ فِي مَوَاتِ دَارِ الْحَرْبِ فَهُوَ غَنِيمَةٌ لَا رِكَازٌ، حَكَاهُ فِي «الشَّامِلِ»، وَإِنْ وَجَدَ فِي مَوْضِعٍ مَمْلُوكٍ لَهُمْ فَيَنْظُرُ إِنْ أَخَذَ بِقَهْرٍ وَقِتَالٍ فَهُوَ غَنِيمَةٌ، كَأَخِذِ مَتَاعِهِمْ مِنْ بَيْتِهِمْ، وَنَقُودِهِمْ مِنْ خَزَائِنِهِمْ، فَيَكُونُ خُمْسُهُ لِأَهْلِ الْخُمْسِ، وَأَرْبَعَةُ أَخْمَاسِهِ لِمَنْ وَجَدَهُ. وَإِنْ أَخَذَ مِنْ غَيْرِ قَهْرٍ وَقِتَالٍ فَهُوَ فَيْءٌ وَمَسْتَحَقَّةُ أَهْلِ الْفَيْءِ، هَكَذَا قَالَ فِي «النِّهَايَةِ» وَهُوَ مَخْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا دَخَلَ دَارَ الْحَرْبِ مِنْ غَيْرِ أَمَانٍ؛ لِأَنَّهُ إِنْ دَخَلَ بِأَمَانٍ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَخْذٌ كَنْزِهِمْ، لَا بِقِتَالٍ وَلَا بِغَيْرِ قِتَالٍ، كَمَا لَيْسَ لَهُ أَنْ يَخُونَهُمْ فِي أَمْتِعَةٍ بِيُوتِيهِمْ، عَلَيْهِ الرُّدُّ إِنْ أَخَذَهُ، وَقَدْ نَصَّ عَلَى هَذَا الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ.

ثُمَّ فِي كَوْنِهِ فَيْئًا إِشْكَالٌ؛ لِأَنَّ لَكَ أَنْ تَقُولَ: مَنْ دَخَلَ بِغَيْرِ أَمَانٍ وَأَخَذَ مَا لَهُمْ مِنْ غَيْرِ قِتَالٍ، فَإِنَّمَا أَنْ يَأْخُذَهُ فِي خَفِيَةٍ فَيَكُونُ سَارِقًا، أَوْ جِهَارًا فَيَكُونُ مُخْتَلِسًا، وَقَدْ ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ فِي «السِّيَرِ»، أَنَّ مَا يُخْتَلَسَ وَيُسْرَقُ مِنْهُمْ، فَهُوَ خَالِصٌ مِلْكُ الْمُخْتَلِسِ وَالسَّارِقِ، وَيَشْبَهُ أَنْ يَكُونَ الْفَيْءُ هُوَ أَمْوَالُهُمُ الَّتِي تَخْصُلُ فِي قَبْضَةِ الْإِمَامِ مِنْ غَيْرِ قِتَالٍ كَالْجِزْيَةِ وَتَحْوِيهَا، دُونَ مَا يَأْخُذُهُ الْآخَادُ، وَرَبَّمَا أُبْدِتْ هَذَا الْإِشْكَالَ بِأَنَّ كَثِيرًا مِنَ الْأَيْمَةِ أَطْلَقُوا الْقَوْلَ بِكَوْنِهِ غَنِيمَةً، مِنْهُمْ ابْنُ الصَّبَّاحِ، وَالصَّنِيدَلَانِيُّ.

وَأَعُودُ بَعْدَ هَذَا إِلَى لَفْظِ الْكِتَابِ فَأَقُولُ:

قوله: ويشترط أن يوجد في موضع مشترك كمواتٍ وشارع.

فيه كلامان:

أحدهما: أنه قد يعني بكون الموت مشتركاً كونه بسبيل يتمكن كل واحدٍ من إحيائه وتملكه، وبكون الشارع مشتركاً بأن لكل واحدٍ فيه حقُّ الطرُوفِ ولا يحسن حملُ الاشتراكِ في لفظِ الكتابِ عليهما؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ مِنَ الْمَغْنِيَتَيْنِ يُخْتَصُّ بِأَحَدِ الْمَوْضِعَيْنِ، وَقَدْ وَصَفَهُمَا جَمِيعاً بِالِاشْتِرَاكِ بِلَفْظٍ وَاحِدٍ فَالْأَخْسَنُ تَفْسِيرُهُ بِمَعْنَى شَامِلٍ، كَالْانْفِكَارِ عَنِ الْمِلْكِ وَنَحْوِهِ.

والثاني: أن لِمُتَنَازَعِ أَنْ يُتَنَازَعَ فِي اشْتِرَاكِ الْوُجُودِ فِي مَوْضِعٍ مُشْتَرِكٍ، لِأَنَّ إِذَا أَحْيَا أَرْضاً وَتَمَلَّكَهَا، ثُمَّ وَجَدَ فِيهَا كَنْزاً كَانَ ذَلِكَ رِكَازاً، وَإِنْ لَمْ يَوْجَدَ فِي مَوْضِعٍ مُشْتَرِكٍ،

إِلَّا أَنْ يُقَالَ: المراد بالوجدان الدخول تحت اليد والتسلط عليه ثم قوله: (كموات) يجوز أن يكون مُعَلِّماً بِالْوَاوِ؛ لِأَنَّهُ مُطْلَقٌ قَدْ حَكَيْنَا وَجْهًا فِي مَوَاتِ دَارِ الْحَرْبِ الَّذِي يَذُبُّونَ عَنْهُ، وبالحاء أيضاً لِمَا سَبَقَ.

وقوله: (وشارع) بالواو؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ مَصِيرِ الْأَكْثَرِينَ إِلَى أَنَّهُ لَقَطَةٌ.

وقوله: (وما يوجد في دار الحرب فَعَيْنِمَةٌ أَوْ فَيءٌ) أي: على اختلاف الحال في القهرِ وَعَدَمِهِ، ثم هو مُخْتِاجٌ إِلَى التَّأْوِيلِ مِنْ وَجْهَيْنِ:

أَحَدِهِمَا: أن الموجود في مواتِ دار الحرب ليس كذلك فَهُوَ مَحْمُولٌ عَلَى عِمْرَانَ دَارِ الْحَرْبِ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ لَوْ دَخَلَ بِأَمَانٍ فَلَيْسَ حُكْمُ الْمَأْخُوذِ مَا ذَكَرَهُ؛ فَإِذَا هُوَ مَحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا دَخَلَ بِغَيْرِ أَمَانٍ.

وقوله: (ملكه وعليه الخُمُس) الأحسن أن يقرأ مَلِكِيهِ، وَعَلَيْهِ الخَمْسُ لا (ملكه) لأن قَوْلَنَا: مِلْكٌ، يُشْعِرُ بِإِبْتِدَاءِ ثُبُوتِ الْمِلْكِ، فيقتضي أن يَكُونَ إِبْتِدَاؤُهُ عِنْدَ الْوَجْدَانِ، لكنه غير مجزوم به، بل فيه الوجهان المذكوران عَقِيبَ هَذَا الْكَلَامِ.

أما الحكم بأنه ملكه فهو مُسْتَوْرٌ عَلَى الوجهين جَمِيعاً.

وقوله: (يجب طلب المجبي) مُعَلِّمٌ بِالْوَاوِ؛ لِمَا سَبَقَ.

وقوله: (فإنه أولى به) يجوز أن يكون جواباً على قولنا: «أنه لا يملكه بالإحياء المجرد»، ويجوز أن يحمل على غير ذلك، - والله أَعْلَمُ -.

قال الغزالي: وَلَا خُمْسَ عَلَى الدَّمِيِّ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الزُّكَاةِ.

قال الرافعي: حكم الدمي في الرِّكَازِ حُكْمُهُ فِي الْمَعْدِنِ، فلا يمكنُ من أَخْذِهِ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ، وإن وجده ملكه.

قال الإمام - رحمه الله -: وفيه اِخْتِمَالٌ عِنْدِي، فِي الرِّكَازِ؛ لِأَنَّهُ كَالْحَاصِلِ فِي قَبْضَةِ الْمُسْلِمِينَ، وهو في حكم مال ضل عنهم، وإذا حكمنا بالمشهور وهو أنه يَمْلِكُهُ، فَيُؤْخَذُ حَقُّ الرِّكَازِ مِنْهُ الْخِلَافَ السَّابِقِ فِي الْمَعْدِنِ<sup>(١)</sup>، وقد تَعَرَّضَ لَهُ صَاحِبُ الْكِتَابِ

(١) قال النووي: إذا وجد معدناً، أو ركازاً، وعليه دين، ففي منع الدين زكاتها القولان المتقدمان في سائر الزكوات. وإذا أوجبنا زكاة الركاز في عين الذهب والفضة، أخذ خمس الموجود لا قيمته، ولو وجد في ملكه ركاز فلم يدعه، وأدعاه اثنان، فصُدِّقَ أحدهما، سلم إليه. ولو وجد من الركاز دون النصاب، وله دين تجب فيه الزكاة، فبلغ به نصاباً، وجب خمس الركاز في

هَذَا، وَقَدْ اقْتَصَرَ، هَاهُنَا عَلَى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ، فَأَعْلِمُ قَوْلَهُ: (وَلَا خَمْسَ) بِالرَّوَا.

وَأَعْلَمُ: أَنَّهُ لَوْ قَدِمَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى الْفَضْلِ السَّابِقِ عَلَى هَذَا أَوْ أَخْرَجَهَا عَنِ الْفَضْلِ التَّالِيِ لَهُ لَكَانَ أَلْيَقَ لِنَتِظْمِ الْمَسَائِلِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِمَكَانِ الرَّكَازِ فِي سَبَلِكِ وَاحِدٍ، وَلَا يَدْخُلُ فِيهَا مَا لَيْسَ مِنْهَا - وَاللَّهُ أَعْلَمُ - .

قال الغزالي: وَلَوْ تَنَازَعَ الْبَائِعُ وَالْمُشْتَرِي وَالْمُعِيرُ وَالْمُسْتَعِيرُ وَقَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا: أَنَا دَفَنْتُ الرَّكَازَ فَالْقَوْلُ قَوْلُ صَاحِبِ الْيَدِ، فَلَوْ قَالَ الْمُكْرِي بَعْدَ رُجُوعِ الدَّارِ إِلَيْهِ: كُنْتُ دَفَنْتُهُ قَبْلَ الْإِجَارَةِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْتَأْجِرِ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ لِأَنَّهُمَا تَوَافَقَا عَلَى أَنَّهُ كَانَ فِي يَدِهِ.

قال الرافعي: إِذَا تَنَازَعَ بَائِعُ الدَّارِ وَمُشْتَرِيهَا فِي الرَّكَازِ الَّذِي وُجِدَ فِيهَا، فَقَالَ الْمُشْتَرِي: هُوَ لِي وَأَنَا دَفَنْتُهُ، وَقَالَ الْبَائِعُ مِثْلَ ذَلِكَ، أَوْ قَالَ مَلَكَتُهُ بِالْإِخْتِيَاءِ أَوْ تَنَازَعَ الْمُعِيرُ وَالْمُسْتَعِيرُ أَوْ الْمُكْتَرِي وَالْمُكْرِي، هَكَذَا، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي، وَالْمُسْتَعِيرِ وَالْمُكْتَرِي مَعَ إِيمَانِهِمْ، لِأَنَّ الْيَدَ لَهُمْ فَصَارَ كَمَا لَوْ وَقَعَ النِّزَاعُ فِي مَتَاعِ الدَّارِ، وَهَذَا إِذَا احْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ صَاحِبُ الْيَدِ صَادِقًا فِيمَا يَقُولُ، وَلَوْ عَلَى بُعْدٍ. فَأَمَا إِذَا انْتَفَى الْإِخْتِمَالُ لِأَنَّ مِثْلَهُ لَا يُمَكِّنُ دَفْنَهُ فِي مَدَّةِ يَدِهِ فَلَا يُصَدَّقُ صَاحِبُ الْيَدِ، وَلَوْ فُرِضَ النِّزَاعُ بَيْنَ الْمُكْرِي وَالْمُكْتَرِي أَوْ الْمُعِيرِ وَالْمُسْتَعِيرِ بَعْدَ رُجُوعِ الدَّارِ إِلَى يَدِ الْمَالِكِ فَإِنَّ قَوْلَ الْمُكْرِي أَوْ الْمُعِيرِ: أَنَا دَفَنْتُهُ بَعْدَ مَا رَجَعَتِ الدَّارُ إِلَى يَدِي، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ بِشَرْطِ الْإِمْكَانِ، وَلَوْ قَالَ: دَفَنْتُهُ قَبْلَ خُرُوجِ الدَّارِ عَنْ يَدِي فَفِيهِ وَجْهَانِ لِلشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ:

أحدهما: أن القول قَوْلُهُ أَيْضاً؛ لِأَنَّهُ صَاحِبُ الدَّارِ الْآنَ.

وأظهرهما: عند الإمام أن القول قَوْلُ الْمُكْتَرِي وَالْمُسْتَعِيرِ؛ لِأَنَّ الْمَالِكَ قَدْ سَلِمَ لَهُ الْيَدُ، وَحَصُولِ الْكُنْزِ فِي يَدِهِ، وَيَبْدُهُ تَنْسَخُ الْيَدَ السَّابِقَةَ؛ وَلِهَذَا لَوْ تَنَازَعَ قَبْلَ الرُّجُوعِ، كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ: وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: (فَالْقَوْلُ قَوْلُ صَاحِبِ الْيَدِ) مُعْلَمٌ بِالرَّأْيِ؛ لِأَنَّ الشَّيْخَ أَبَا عَلِيٍّ وَآخَرِينَ تَقَلُّوا عَنِ الْمُزْنِيِّ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمَالِكِ أَتْبَاعاً لِمَا فِي الْأَرْضِ.

وقوله: (فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْتَأْجِرِ) مُعْلَمٌ بِهِ أَيْضاً.

قال الغزالي: فَرَزَعُ إِذَا وَجِدَ مَائَةَ دِرْهَمٍ وَفِي مِلْكِهِ نِصَابٌ مِنَ النِّقْدِ تَمَّ عَلَيْهِ الْحَوْلُ وَجَبَ خُمْسَ الرَّكَازِ إِذَا كَمَلَ بِغَيْرِهِ، وَإِنْ كَانَ مَا فِي مِلْكِهِ دُونَ النِّصَابِ أَوْ قَبْلَ تَمَامِ الْحَوْلِ فَفِي التَّكْمِيلِ خِلَافٌ.

الحال، وإن كان ماله غائباً، أو مدفوناً، أو غنيمية، والركاز ناقص، لم يخمس حتى يعلم سلامة ماله، فحيثما بخمس الركاز الناقص عن النصاب، سواء بقي المال، أو تلف إذا علم وجوده يوم حصل الركاز ينظر الروضة (١٥٢/٢).

قال الرافعي: هذا مفرع على اعتبار النَّصَابِ فِي الرَّكَازِ وَالْفَرَضُ أَنَا وَإِنْ أَعْتَبَرْتَاهُ، فَلَا نَشْتَرِطُ أَنْ يَكُونَ الْمَوْجُودُ نِصَابًا، بَلْ يَكْمَلُ ذَلِكَ بِمَا يَمْلِكُهُ مِنْ جِنْسِ التَّقْدِ الْمَوْجُودِ، وَفِيهِ مِنَ التَّفْصِيلِ وَالْخِلَافِ مَا سَبَقَ فِي الْمَعْدِنِ، فَلَا حَاجَةَ إِلَى الْإِعَادَةِ، وَقَدْ نَصَّ حَجَّةُ الْإِسْلَامِ - رَحِمَهُ اللَّهُ - عَلَى حِكَايَةِ الْخِلَافِ هَاهُنَا، وَجَمَعَ بَيْنَ مَا إِذَا لَمْ تَجِبِ الزَّكَاةُ فِيمَا عِنْدَهُ لِعَدَمِ تَمَامِ الْحَوْلِ وَمَا إِذَا لَمْ تَجِبْ لِعَدَمِ بُلُوغِهِ نِصَابًا، وَهَنَّاكَ أَقْتَصَرَ عَلَى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ وَالصُّورَةِ الْأُولَى.

### الْقَوْلُ فِي زَكَاةِ الْفِطْرِ:

قال الغزالي: النَّوعُ السَّادِسُ زَكَاةُ الْفِطْرِ، وَتَجِبُ بِغُرُوبِ الشَّمْسِ لَيْلَةَ الْعِيدِ فِي قَوْلِ، وَيَطْلُوعِ الْفَجْرِ يَوْمَ الْعِيدِ فِي قَوْلِ، وَيَمْجُوعِ الْوَقْتَيْنِ فِي قَوْلِ ثَالِثٍ، وَعَلَى الثَّالِثِ لَوْ زَالَ الْمَلِكُ فِي وَسْطِ اللَّيْلِ وَعَادَ فِي اللَّيْلِ فَبِالْفِطْرَةِ وَجِهَانِ، وَعَلَى الْأَوَّلِ إِذَا مَلَكَ عَبْدًا أَوْ وُلِدَ لَهُ بَعْدَ الْغُرُوبِ بِلِخِطَّةٍ أَوْ مَاتَ قَبْلَ الْغُرُوبِ بِلِخِطَّةٍ فَلَا زَكَاةَ.

قال الرافعي: عن ابن عمر - رضي الله عنهما - قال: «فَرَضَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ زَكَاةَ الْفِطْرِ مِنْ رَمَضَانَ، عَلَى النَّاسِ صَاعًا مِنْ تَمْرٍ، أَوْ صَاعًا مِنْ شَعِيرٍ، عَلَى كُلِّ حُرٍّ أَوْ عَبْدٍ ذَكَرٍ وَأُنْثَى مِنَ الْمُسْلِمِينَ»<sup>(١)</sup>.

وعن ابن عباس - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ: «فَرَضَ زَكَاةَ الْفِطْرِ، طَهْرَةً لِلصَّائِمِ مِنَ اللَّغْوِ وَالرَّقَثِ، وَطَعْمَةً لِلْمَسَاكِينِ»<sup>(٢)</sup>.

اعلم أن زكاة الفطر واجبة، وقال بعض الناس: إنها غير واجبة، وبه قال أبو الحسن بن اللبان الفرضي من أصحابنا<sup>(٣)</sup> فيما رواه صاحب «الشامل»، ولا فرق عندنا بين الواجب والفريضة.

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - هي واجبة، وليست بفريضة.

وفي وقت وجوبها ثلاثة أقوال:

أصحها - وهو الجديد، وبه قال أحمد -: أن وقتها غروب الشمس ليلة العيد. واحتجوا له بأنها مضافة إلى الفطر، وقد قال ابن عمر - رضي الله عنهما - زكاة الفطر من رمضان، وحيث يد يكون الفطر من رمضان.

(١) أخرجه البخاري (١٥٠٣، ١٥٠٤، ١٥٠٧، ١٥٠٩، ١٥١١، ١٥١٢) ومسلم (٩٨٤).

(٢) أخرجه أبو داود (١٦٠٩) وابن ماجه (١٨٢٧) والحاكم (٤٠٩/١) والدارقطني (١٣٨/٢) والبيهقي (١٦٣/٤).

(٣) قول ابن اللبان شاذ منكر بل غلط صريح.

والثاني - وهو القديم، وبه قال أبو حنيفة - رحمه الله -: أن وقتها طلوع الفجر يوم العيد؛ لأنها قرينة متعلقة بالعيد فلا يتقدم وقتها على العيد كالأضحية<sup>(١)</sup>.  
وعن مالك روايتان كالقولين:

والثالث: أنها تجب بمجموع الوقتين لتعلقها بالفطر والعيد جميعاً<sup>(٢)</sup>.  
قال الصنيدلاني: وهذا القول خرجه صاحب التلخيص، واستنكره الأصحاب.  
التفريع: لو نكح امرأة أو ملك عبداً أو أسلم عبده الكافر، أو ولد له ولد في ليلة العيد لم تجب فطرته على الجديد ولا على القول الثالث.  
وتجب على القديم، ولو مات عبده أو ولده أو زوجته ليلة العيد، أو بت طلاقها أو ارتد عبده لم تجب فطرته على القديم، ولا على القول الثالث، وتجب على الجديد، وكذا الحكم لو أسلم كافر قبل الغروب ومات بعده [وجبت فطرته]<sup>(٣)</sup> على الجديد ولا تجب على القديم ولا على القول الثالث [ولو طرأت الأحوال المذكورة بعد الغروب وزالت قبل طلوع الفجر فلا فطرة على الأقوال كلها.  
ولو زال الملك عن العبد بعد الغروب ثم عاد قبل طلوع الفجر وجبت الفطرة على الجديد والقديم.

وأما على القول الثالث ففيه وجهان حكاهما في «النهاية» وقال: هما ملتفتان على أن الواهب هل يزجع فيما زال ملك المتهب عنه ثم عاد، وله نظائر نذكرها في مواضعها، ونشرح فيها الوجهين، ولو باع بعد الغروب عبده وأسلم ملك المشتري فيه فالفطرة على الجديد على البائع، وعلى القديم على المشتري، وعلى الثالث لا تجب على واحد منهما.

ولو مات مالك العبد ليلة العيد، فالفطرة واجبة في تركته على الجديد، وهي على الوارث على القديم، وعلى الثالث لا تجب أصلاً، وذكر في «النهاية» أن الشيخ أبا علي حكي وجهاً في وجوبها على الوارث، تفريعاً على القول الثالث، بناءً على القديم في أن حول الوارث يبنى على حول المورث.

(١) قاله النووي: [واعترض عليه بأن وقت الأضحية إذا طلعت الشمس ومضى قدر ركعتين وخطبتين خفيفتين لا الفجر].

(٢) [وعلى الأول لا بد من إدراك جزء من رمضان مع الجزء المذكور. قال الأسنوي: ويظهر أثر ذلك فيما إذا قال لعبده: أنت حر مع أول جزء من ليلة العيد أو مع آخر جزء من رمضان، أو قاله لزوجته أي قاله بلفظ الطلاق أو كان هناك مهابة في رقيق بين اثنين بليلة ويوم أو نفقة قريب بين اثنين كذلك، وما أشبه ذلك فهي عليهما لأن وقت الوجوب حصل في نوبتها].

(٣) سقط في ط.



وقوله في الكتاب: (وعلى الأول إذا ملك... إلى آخره، ينبغي أن يعلم فيه أن نفي الزكاة في صورة الموت ليس تفريعاً على هذا القول خاصة، بل هو لازم على الأقوال كلها، ومواضع العلامات عند ذكر الأقوال لا تخفى - والله أعلم -.

قال الغزالي: وَالنَّظَرُ فِي ثَلَاثَةِ أَطْرَافٍ: الطَّرْفُ الْأَوَّلُ فِي الْمُؤَدَّى عَنْهُ، وَكُلُّ مَنْ وَجِبَتْ نَفَقَتُهُ تَجِبُ عَلَى الْمُتَّفِقِ فِطْرَتُهُ مِنَ الزَّوْجَةِ (ح) وَالْمَمْلُوكِ وَالْقَرِيبِ.

قال الراجعي: الكلام في زكاة الفطر في أنها متى تؤدى وعمن تؤدى، ومن الذي يؤدى وما المؤدى، وإلى من تؤدى.

أما الأخير من هذه الأمور فموضعه كتاب: «قسم الصدقات».

وأما الأول: فيحتاج فيه إلى معرفة وقت الوجوب، وقد فرغنا منه الآن، ويجوز التقديم عليه على الضبط المذكور في مسائل التعجيل.

وأما إذا لم يعجل، فالمستحب ألا يؤخر أداءها عن صلاة العيد؛ لما روي أنه ﷺ: «فَرَضَ زَكَاةَ الْفِطْرِ، وَأَمَرَ بِهَا أَنْ تُؤَدَّى قَبْلَ خُرُوجِ النَّاسِ إِلَى الصَّلَاةِ»<sup>(١)</sup> فلا يجوز تأخيرها عن يوم العيد؛ لما روي أنه ﷺ قال: «أَغْنَوْهُمْ عَنِ الطَّلَبِ فِي هَذَا الْيَوْمِ»<sup>(٢)</sup> فلو أحر عصى وقضى، بقي هاهنا النظر في الأطراف الثلاثة الباقية: الأول: في المؤدى عنه.

اعلم: أن الفطرة قد يؤدىها الإنسان عن نفسه، وقد يؤدىها عنه غيره.

والأصل فيه قوله ﷺ: «أَدُّوا صَدَقَةَ الْفِطْرِ عَمَّنْ تَمُونُونَ»<sup>(٣)</sup> والجهات التي يصير بها الشخص في نفقة الغير ومؤنته ثلاث: النكاح، والملك، والقربان، وكلها تقتضي لزوم الفطرة أيضاً في الجملة.

ثم القول في شرائط الوجوب ومواضع الاستثناء عن هذا الأصل سيظهر من بعد؛ وليكن قوله: (تجب على المتفق فطرته) وكذا قوله: (من الزوجة) معلّمين بالحاء.

أما الثاني: فلأن عنده لا تجب فطرة الزوجة على الزوج، وإنما هي عليها وحكى ذلك عن اختيار ابن المنذر من أصحابنا.

(١) تقدم.

(٢) أخرجه الدارقطني (١٥٢/٢ - ١٥٣) والحاكم في معرفة علوم الحديث (١٣١) والبيهقي (٤/١٧٥) وفي إسناده أبو معشر المدني وهو ضعيف.

(٣) أخرجه الدارقطني (١٤١/٢) ومن طريقه البيهقي (٤/١٦١) من حديث ابن عمر، ومن حديث علي عند الدارقطني في المصدر السابق والبيهقي أيضاً، وأخرجه الشافعي في حديث علي (٦٥٦) وضعف إسناده البيهقي.

وَأَمَّا الْأُولُ: فَلِأُمُورٍ: منها: مسألة الزُّوجَةِ.

ومنها: أن عنده لا يَجِبُ عَلَى الْوَالِدِ فِطْرَةُ الْأَبِ وَإِنْ وَجِبَتْ نَفَقَتُهُ.

ومنها: أن عنده لا تَجِبُ عَلَى الْجَدِّ فِطْرَةُ وَلَدِ الْوَالِدِ.

لنا ما رُوِيَ عَنْ أَبِي عُمَرَ - رضي الله عنه - أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ: «أَمَرَ بِصَدَقَةِ الْفِطْرِ عَنِ الصَّغِيرِ وَالْكَبِيرِ وَالْحُرِّ وَالْعَبْدِ مِمَّنْ تَمُوتُونَ»<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي: وَلَا تُفَارِقُ الْفِطْرَةُ النَّفَقَةَ إِلَّا فِي مَسَائِلَ: إِحْدَاهَا الْأَبْنُ تَلْزَمُهُ نَفَقَةُ زَوْجَةِ أَبِيهِ، وَفِي فِطْرَتِهَا وَجْهَانِ: أَحْسَنُهُمَا: الْوُجُوبُ (ح).

قال الرافعي: يستثنى عن قولنا: من وجبت نَفَقَتُهُ وجب على الْمُنفِقِ فِطْرَتُهُ مسائل: منها: ما هي مستثناة بلا خلاف.

ومنها: ما في استثنائها اختلاف قول أو وجه.

فمنها: أن الابن تلزمه نفقة زوجة أبيه تفرعاً على الصحيح في وجوب<sup>(٢)</sup>

(١) تقدم.

(٢) قال في الخادم: وجمع المحب الطبري تسعة عشر صورة مستثناة. الأولى: هذه الصورة. الثانية: الابن الصغير الواجد لنفقة يوم العيد لا يجب على الأب فطرته على الأصح. كذا قال وهو عجيب إذ لا نفقة على الأب. الثالثة: البائن الحامل إذا قلنا إن النفقة لها أي وهو الأصح لا تجب فطرتها على الأصح. الرابعة والخامسة: نفقة زوجة العبد وزوجة المكاتب في كسبهما ولا فطرة وفي المكاتب وجه. السادسة: يلزم المالك نفقة المرهون وفي فطرته وجهان أحسهما الوجوب فعلي مقابلته يجيء الاستثناء. السابعة: المبيع في زمن خيار الشرط أو المجلس لا فطرة له على وجه والأصح وجوبها على من حكم له بالملك، فإن قلنا البائع لزمته وإن أمضى أو المشتري لزمته وإن فسخ، وعلى الوقف موقوفة. الثامنة: الموقوف على مسجد وعبد بيت المال. التاسعة: الموقوف على رجل معين إن قلنا الملك للموقوف عليه لزمه أو لله تعالى فوجهان أحسهما المنع. العاشرة: الموصى بقربته لواحد وبمنفعته لآخر. الحادية عشر: زوجة المعسر ثبت نفقتها في ذمته دون فطرتها. الثانية عشر إلى السادسة عشر: العبد والزوجة والابن والأب الكفار تجب نفقتهم ولا فطرة لهم. السابعة عشر: عبد مسلم لكافر تجب نفقته دون فطرته أي على وجه لكن الأصح الوجوب. الثامنة عشر: زوجة الابن لا تجب فطرتها قطعاً وإن أوجبنا نفقتها. حكاها العمراني في الزاوند. قال (أعني صاحب الخادم): ولا يخفى عدم مطابقة كثير منها للاستثناء لا سيما الأخيرة فإن الذي في الزوائد: زوجة الأب لا زوجة الابن وصرح بأنه لا يلزمه الفطرة ولا النفقة في زوجة الابن. قال: ويضاف إلى الاستثناء من لم يكن له وقت الوجوب إلا عبد يحتاج إلى خدمته لا يجب فطرته. ولو مات قبل هلال شوال وعليه دين مستغرق لا تجب فطرة عبد على الأصح ولو لم يكن دين مستغرق كانت الفطرة في التركة وعبد المالك في المساقاة والقراض إذا شرط عمله مع العامل فنفقته عليه كما سيأتي وفطرته على السيد والفقير يلزم المسلمين نفقته دون فطرته. ذكر

الإِعْفَافِ، وَسَيَأْتِي سَرُوحُ ذَلِكَ الْخِلَافِ وَمَوْضِعُ الإِعْفَافِ فِي بَابِهِ - إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، - وَهَلْ يَلْزَمُهُ فِطْرَتُهَا؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أَصْحَهُمَا: عِنْدَ الْمُصَنِّفِ فِي طَائِفَةٍ أَنهَا تَلْزَمُهُ؛ لِأَنَّهَا مِمَّنْ يَمُونَهُ الْإِبْنُ وَصَارَ كَالْأَبِ لَمَّا لَزِمَتْهُ نَفَقَتُهُ فِطْرَتُهُ، وَعَلَى هَذَا فَهَذِهِ الصُّورَةُ غَيْرُ مُسْتَثْنَاةٍ عَنِ الْأَصْلِ الْمُمَهَّدِ.

والثاني - وهو الأصح عند صاحبي «التهديب» و«العدة» وغيرهما - : أنها لا تلزم؛ لأن الأصل في القيام بأمرها هو الأب، والابن مُتَحَمِّلٌ عَنْهُ الْفِطْرَةَ غَيْرُ لَازِمَةٍ عَلَى الْأَبِ بِسَبَبِ الإِعْسَارِ، فَلَا يَتَحَمَّلُهَا الْإِبْنُ، بِخِلَافِ النَّفَقَةِ فَإِنَّهَا لَازِمَةٌ مَعَ الإِعْسَارِ فَيَتَحَمَّلُهَا، وَأَيْضًا فَلِأَنَّ فُقْدَ النَّفَقَةِ يُمْكِنُهَا مِنَ الْفُسْخِ، وَإِذَا فَسَخَتْ اِحْتِيَاجَ الْإِبْنِ إِلَى تَرْوِيحِهِ وَفُقْدَ الْفِطْرَةَ بِخِلَافِهِ، وَيَجْرِي الْوَجْهَانِ فِي فِطْرَةِ مُسْتَوْلَدَيْهِ.

ولك أن تُعَلِّمَ قوله: (تلزمه نفقة زوجة أبيه) بالواو إذ قد عرفت أنه مبني على وجوب الإِعْفَافِ، وفيه خلاف وبالحاء والزاي؛ لأن عندهما لا يجب الإِعْفَافِ.

ويجوز إعلام لفظ: (الوجوب) من قوله: (الأصح الوجوب) بالحاء؛ لأن عنده لا تجب على الابن فطرة الوالد، فما ظنك بفطرة زوجته - والله أعلم -.

قال الغزالي: الثَّانِيَةُ الْإِبْنُ الْكَبِيرُ الَّذِي هُوَ فِي نَفَقَةِ أَبِيهِ إِذَا وَجَدَ قَدْرَ قُوَّتِهِ لَيْلَةَ الْعِيدِ فَلَا فِطْرَةَ عَلَى أَبِيهِ لِسُقُوطِ النَّفَقَةِ وَلَا عَلَيْهِ لِعِجْزِهِ، وَلَوْ كَانَ صَغِيرًا وَالْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا فَبَيْنَهُ خِلَافٌ (و) فَإِنَّ حَقَّ الصَّغِيرِ أَكْثَرُ.

قال الرافعي: غير الأصول والفروع من الأقارب، كالإخوة والأعمام لا تجب فطرتهم، كما لا تجب نفقتهم.

وأما الأصول والفروع، فإن كانوا مُوسِرِينَ فَلَا تَجِبُ نَفَقَتُهُمْ، وَإِنْ كَانُوا مُعْسِرِينَ وَإِلَّا فَكُلٌّ مِنْ جَمْعِ مِنْهُمْ إِلَى الإِعْسَارِ الصَّغَرِ وَالْجُنُونِ أَوْ الزَّمَانَةِ، وَجَبَتْ نَفَقَتُهُ، وَمَنْ تَجَرَّدَ فِي حَقِّهِ الإِعْسَارُ فِي نَفَقَتِهِ قَوْلَانِ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَطَعَ بِالْوَجُوبِ فِي حَقِّ الْأَصُولِ.

وحكم الفطرة حكم النفقة وفاقاً خلافاً.

الخفاف في الخصال، وما لو أجر عبده وشرط نفقته على المستأجر فإن الفطرة فإن الفطرة على سيده. نص عليه في الأم. وما لو حج بالنفقة كما سيأتي وما لو أسلم على عشرة نسوة فإن النفقة تلزمه للجميع لأنهن محبوسات بسببه ولا يلزمه الفطرة فيما يظهر لأن الفطرة إنما تتبع النفقة بسبب الزوجية أي وصورة المسألة: أن يسلمن قبل غروب الشمس ليلة العبد فإن أسلمن بعد الغروب فلا فطرة وهذا ظاهر جلي.

إذا عرفت ذلك، فلو أن الولد الكبير كان في نفقة أبيه إما بمجرد الإغسار إن اكتفينا به أو مع الزمالة إن لم نكتف به فوجد قدر قوته ليلة العيد ويومه سقطت فطرته عن الأب لسقوط نفقته، وكونها تابعة له، ولا تجب عليه لعجزه وإغسار. وإن كان الولد صغيراً، والمسألة بحالها ففي سقوط الفطرة وجهان:

قال الصيّدلائي: لا تسقط. والفرق أن نفقة الكبير لا تثبت في الذمة بحال، وإنما هي لكفاية الوقت، ونفقة الصغير قد ثبتت، ألا ترى أن للام أن تستقرض على الأب الغائب لنفقة الصغير فكانت نفقته أكد فأشبهت نفقة الأب نفسه وفطرته.

وقال الشيخ أبو محمد تسقط كما تسقط النفقة، وتردد فيما ذكره من جواز الاستقراض، وقال: الأظهر منعه إلا إذا أذن السلطان، ومثله يقرض في حق الكبير أيضاً، وما ذكره الشيخ أظهر عند الإمام وغيره.

واعلم: أن مسألة الكبير جارية على الأضل الممهّد، وكذلك مسألة الصغير على قول الشيخ أبي محمد، وإنما الاستثناء على قول الصيّدلائي.

قال الغزالي: الثالثة الزوج إن كان مغسراً لم تستقر فطرته في ذمته وإن استقرت النفقة، ولا تجب عليها فطرة نفسها وإن كانت موسرة نص عليه ونص في الأمة المزوجة من المغسّر أن الفطرة تجب على سيدها، فقيل قولان بالنقل والتخريج وقيل: الفرق أن سلطنة السيد أكد من سلطنة الحرّة، ولو أخرجت الزوجة فطرة نفسها مع يسار الزوج دون إذنه لم يصح على أحد الوجهين لأن الزوج أضل لا متحمل.

قال الرافعي: من أصول الباب الذي يحتاج إلى معرفته في هذه المسألة وغيرها أن الفطرة الواجبة على الغير تلامي المؤدي عنه، ثم يتحمل عنه المؤدي أم تجب على المؤدي ابتداء؟ وفيه خلاف يعبر عنه تارة بقولين مخرجين من معاني كلام الشافعي - رضي الله عنه - وتارة بوجهين:

أحدهما: أن الوجوب يُلَاقِي المؤدي عنه، ثم يتحمل عنه المؤدي، لقوله ﷺ في الحديث الذي سبق: «على كل جرّ وعبد ذكرٍ وأنتى من المسلمين».

والثاني: أنها تجب على المؤدي ابتداء، لقوله ﷺ: «ليس على المسلم في عبده، ولا قريبه، صدقة إلا صدقة الفطر عنه»<sup>(١)</sup> قال القاضي الروياني وغيره: ظاهر المذهب هو الأول، ثم الأكثرون منهم الشيخ أبو علي طردوا الخلاف في كل من يؤدي صدقة

(١) قال النووي: هذا الثاني هو الأصح وجزم الإمام الرافعي في «المحرر» بصحته.

الفِطْر<sup>(١)</sup> عن غيره من الرُّوْجِ وَالسَّيِّدِ والقريب .

قَالَ الإمام: وذكر طوائف من المحققين أن هذا الخلاف في فطرة الزُّوجَةِ فقط فأما فطرة المملوك والقريب فتجب على المؤدِّي ابتداءً بلا خلاف؛ لأنَّ المملوك لا يقدر على شيء، والقريب المُعْسير لو لم يجد من يقوم بالإنفاق عليه لا يلزمه شيء فكيف يقال: بأنَّ الرُّوْجُوب يلاقيه ثمَّ حَيْثُ فُرِضَ الخِلاَفُ وقلنا: بالتحمل، فَهُوَ كَالضَّمَانِ أو كَالْحَوَالَةِ حَكَى أَبُو العَبَّاسِ الرُّوْيَانِي فِي «المَسَائِلِ الجرجانيات» فيه قولين<sup>(٢)</sup>:

إذا تقرر ذلك ففي المسألة صورتان:

أحدهما: الرُّوْجُ المُعْسير لا تستقر الفِطْرَةُ فِي ذمته وإن استقرت الثَّفَقَةُ؛ لأنَّ النفقة عوض، والفِطْرَةُ عِبَادَةٌ مَشْرُوطَةٌ بِالْيَسَارِ، ثُمَّ إن كانت مُوسِرَةً، فَهَلْ عَلَيْهَا فِطْرَةٌ نَفْسِيًّا؟ قال في «المختصر»: لا أَرْخُصُّ لَهُ فِي تَرْكِهَا، ولا يَتَبَيَّنُ لِي إن أوجب عليها، وَنَصَّ فِيهِ أَيْضاً عَلَى أَنَّهُ لَوْ رُوِّجَ، أُمَّتُهُ مِنْ مُعْسيرٍ تَجِبُ الفِطْرَةُ عَلَى سَيِّدِهَا، واختلف الأَصْحَابُ على طريقتين:

أصحهما: عند الشيخ أبي عَلِيٍّ وغيره: أن المسألتين على قولين مبنيين على الأَصْلِ المَذْكُورِ. إن قلنا: الوجوب يلاقي المؤدي عنه أولاً وجبت الفِطْرَةُ عَلَى المَرَأَةِ الحرة في الصُّورَةِ الأُولَى، وعلى سَيِّدِ الأُمَّةِ فِي الثَّانِيَةِ. وإن قلنا الوجوب على المؤدي ابتداءً فلا يجب.

والثاني: تقرير الثَّانِيَيْنِ، وبه قال أبو إسحاق.

والفرق: أن الحرة بعقد النكاح تصير مُسَلِّمَةً إلى الرُّوْجِ حتى لا يجوز لها المسافرة والامتناع من الرُّوْجِ بعد أخذ المَهْرِ والنفقة بحال، والأمة بالتزويج غير مُسَلِّمَةٌ بالكلية، بل هي في قبضة السَّيِّدِ، ألا ترى أن له أن يستخدمها وأن يُسَافِرَ بِهَا، وهذا معنى قوله في الكتاب: (سلطنة السَّيِّدِ آكد، مِنْ سلطنة الحرة) أي: على نفسها، ثم التقريب من وجهين:

أحدهما: أن الحرة لما كانت مُسَلِّمَةً بالكلية كانت كالأمة المُسَلِّمَةَ إلى المُشْتَرِي بِعَقْدِ الشَّرَاءِ، فتنقل الفِطْرَةُ إليه، والأمة لما كانت في قبضة السَّيِّدِ، لم تكن الفِطْرَةُ

(١) أخرجه مسلم (٩٨٢) ولفظه: «ليس في العبد صدقة إلا صدقة الفطر» وأخرجه الدارقطني (٢/١٢٧) والبيهقي (٤/١١٧).

(٢) قال في شرح المهذب (٨١/٦) هذا الذي نقله الروياني غريب والصحيح الذي يقتضيه المذهب وكلام الشافعي والأصحاب أنه كالحالة بمعنى أنه لازم للمؤدي ولا يسقط عنه بعد وجوبه ولا مطالبة على المؤدي.

متحولة عنه، وإنما الزوج كالضامن لها، فإذا لم يقدر على الأداء بقي الوجوب على السيد، كما كان.

**والثاني:** أن الأمة إذا لم تكن واجبة التسليم، كان السيد مُتَبَرِّعاً بتسليمها، فلا يسقط عنه بتبرعه ما كان يلزمه لولا التبرع. ولو نَشَرَت المرأة وسقطت فطرتها عن الزوج لسقوط النفقة، فقد قال الإمام: الوجه عندي القطع بإيجاب الفِطْرَةَ عَلَيْهَا، وإن حكمنا بأنَّ الوُجُوبَ لا يلاقيها؛ لأنها بالنشوز أخرجت نَفْسَهَا عَنِ إِمْكَانِ التَّحْمَلِ. فرعان:

**أحدهما:** زوج الأمة إن كَانَ موسراً فحكم فطرتها حُكْمَ نَفَقَتِهَا، وسيظهر ذلك في موضعه - إن شاء الله تعالى -.

**والثاني:** أن خادمة الزوجة إن كانت مُسْتَأْجِرَةً، لم يجب على الزوج فِطْرَتَهَا، وإن كانت من إمامه وجبت؛ لأنها مملوكته، وإن كانت من إماء الزوجة، والزوج ينفق عليها ففطرتها وَاجِبَةٌ عليه نظراً إلى أنه يَمُونُهَا، نَصَّ عليه في «المختصر».

وقال الإمام: الأصح عندي أنها لا تَجِبُ؛ لأن نفقة الخَادِمَةِ غير مُسْتَقْبَلَةٍ، إذ يمكنه تَحْصِيلِ الْغَرَضِ بِمُتَبَرِّعَةٍ أَوْ مُسْتَأْجِرَةٍ.

**الصُّورَةُ الثَّانِيَّةُ:** لو أخرجت الزوجة زكاة نَفْسِهَا مَعَ يَسَارِ الزَّوْجِ دُونَ إِذْنِهِ ففِي إِجْزَائِهِ وَجْهَانِ:

إن قلنا: الزَّوْجُ مُتَّحِمٌ أَجْزَاءً وَإِلَّا فَلَا، ويجري الوجهان فيما لو تَكَلَّفَ مِنْ فِطْرَتِهِ عَلَى قَرِيبِهِ بِاسْتِقْرَاضٍ وَغَيْرِهِ، وَأَخْرَجَ مِنْ غَيْرِ إِذْنِهِ، وَالْوَجْهُ الْأَوَّلُ هُوَ الْمَنْصُوصُ عَلَيْهِ فِي «المختصر».

ولو أخرجت الزوجة أو القريب بِإِذْنِ مَنْ عَلَيْهِ جَازٌ، بِإِلَّا خِلَافٍ، بل لو قال الرجل لغيره: أَدْعِنِي فِطْرَتِي ففعل جَازٌ، كما لو قال: أَفْضِ دِينِي، ذكره في «التهديب».

وقوله في الكتاب: (لأن الزوج أصل لا متحمل) ليس تعليلاً لَوَجْهِ الْمَنْعِ بِشَيْءٍ يَسَاعِدُ عَلَيْهِ، بل الغرض منه التَّيْبِيهِ عَلَى مَبْنَى الْوَجْهَيْنِ. واعلم: أن الصُّورَةَ الثَّانِيَةَ، لَيْسَ لَهَا كَثِيرٌ تَعَلَّقَ بِالْأَصْلِ الْمُسْتَشْنَى مِنْهُ، وَإِنَّمَا الْمَتَعَلِّقُ بِهِ الْأَوَّلَى، فَإِنَّ الْفِطْرَةَ فَارَقَتْ التَّفَقُّةَ حَيْثُ لَمْ تَلْزَمْ الزَّوْجَ الْمُغْسِرَ، وَالتَّفَقُّةُ لَازِمَةٌ مُسْتَقَرَّةٌ.

قال الغزالي: الرَّابِعَةُ الْبَائِتُ الْحَامِلُ تَسْتَحِقُّ الْفِطْرَةَ، وَقِيلَ: إِذَا قُلْنَا: إِنَّ التَّفَقُّةَ لِلْحَمَلِ فَلَا تَسْتَحِقُّ.

قال الراجعي: يجب فطرة الرجعية كنفقتها، وأما البائتة: فإن كانت حائلاً، فلا نَفَقَةَ وَلَا فِطْرَةَ، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلاً، ففِي فِطْرَتِهَا طَرِيقَانِ:

أحدهما: أنها تجب اتباعاً لِلْفِطْرَةِ النَفَقَةِ.

والثاني: أن وجوبها مبني على الخلاف في أن النفقة لِلْحَمَلِ أَوْ لِلْحَامِلِ إن قلنا: بالثاني فيجب، وإن قلنا بالأول فلا؛ لأن فطرة الجنين لا تجب، وهذا الطريق الثاني هو الذي أورده الأكثرون.

وكلام صاحب الكتاب يشعر بترجيح الأول وبه قال الإمام والشيخ أبو علي.

قا الشيخ: لأنها المستحقة، سواء قلنا: النفقة لِلْحَمَلِ أَوْ لِلْحَامِلِ، ولها أن تأخذها وتنفقها على نفسها بلا خلاف، وقولنا: إنها للحمل على قول -، نعني به: - أنه سبب الوجوب، وذلك لا يتنافي كونها المستحقة هذا إذا كانت الزوجة حرة، فإن كانت أمة ففطرتها بالاتفاق ناظرة إلى ذلك الخلاف، فإن قلنا النفقة للحمل فلا نفقة ولا فطرة؛ لأن الحمل لو كان ظاهراً لم يكن عليه أن يمون ملك الغير، وإن قلنا: لِلْحَامِلِ وَجِبْتَنَا، وسواء رجحنا الطريقة الأولى أو الثانية فالأصح استحقاق الفطرة؛ لأن الأصح أن النفقة لِلْحَامِلِ، وعلى هذا فالمسألة غير مستثناة عن الأصل السابق أما إذا قلنا: النفقة واجبة لِلْحَمَلِ فَلَا فِطْرَةَ، فالحمل شخص تجب نفقته، ولا تجب فطرته فينتظم استثناءه - والله أعلم -.

قال الغزالي: الخامسة لا فطرة على المسلم في عبده الكافر وتجب عليه في نصف العبد المشترك أو في العبد الذي نصفه حر، ولو جرت مهابة فوق الهلال في نوبة أحدهما ففي اختصاصه بالفطرة وجهان لأنه خرج نادراً.

قال الرافعي: في المسألة صورتان:

أحدهما: لا يجب على المسلم فطرة عبده الكافر وبه قال مالك وأحمد، خلافاً لأبي حنيفة. لنا: لتقييد في حديث ابن عمر - رضي الله عنهما - حيث قال: «من المسلميين» وأيضاً فإن الفطرة شرعت تطهيراً والكافر ليس أهلاً للتطهير، وحكم الزوجة الذمية، والقريب الكافر حكم العبد الكافر، فلا تجب فطرتهم وإن وجبت نفقتهم.

الثانية: تجب فطرة العبد المشترك على الشريكين، وفطرة العبد الذي بغضه حر عليه وعلى السيد، خلافاً لأبي حنيفة - رحمه الله - حيث قال: «لا تجب» ولمالك حيث قال في الصورة الثانية في إحدى الروايتين: «تجب على السيد حصته ولا شيء على العبد» والرواية الثانية مثل مذهبنا. لنا: ما سبق أن الفطرة تتبع النفقة، وهي مشتركة فكذلك الفطرة ثم الوجوب عليهما إذا لم تكن مهابة بين الشريكين، أو بين المالك والعبء، فهل تختص الفطرة بمن وقع زمان الوجوب في نوبته أم هي على الشركة؟ يبنى ذلك على أن الفطرة من المؤن النادرة أو من المؤن الدائرة، ويتقدير أن تكون من النادرة

فَهَلْ تَدْخُلُ فِي الْمَهَايَةِ أَمْ لَا؟. أما المقام الأول، فقد حكى الإمام فيه وجهين:

أحدهما: أنها من المؤن الدائرة؛ لأنها معلومة القدر والوقت، معدودة من وظائف السنة. وأصحهما: ولم يذكر الجمهور غيره: أنها من المؤن الدائرة؛ لأن يوم العيد لا يتعين في السنة لاختلاف الأهلة، وبتقدير التعيين فالشيء الذي لا يتفق في السنة إلا مرة نادر، وأما الثاني ففيه وجهان مشهوران:

أظهرهما: أنها تدخل في المهاية؛ لأن مقصود المهاية التفاضل والتمايز فليختص كل واحد منهما بما يتفق في توبته من العُثمِ والعُزمِ.

والثاني: لا تدخل؛ لأن التوارد مجهولة ربما لا تخطر بالبال عند التهايو فلا ضرورة إلى إدخالها فيه، والوجهان جاريان في الأكساب الدائرة كصيد يصطاده العبد الذي ليس بصياد، وكقبول هبة ووصية ونحوها فإن قلنا: بالأول فجميع الفطرة على من وقع الهلال في توبته.

وإن قلنا: بالثاني فهي مشتركة بحسب الملك أبداً ثم المعتبر في يساره أن يفضل الواجب، سواء كان تمام الصاع أو بعضه عن قوت يومه وليلته إن لم يكن بينهما مهاية، وإن كان بينهما مهاية فعن القدر الذي يلزمه من قوت نفسه لا من الكل.

وليكن قوله في الكتاب: (وتجب عليه في نضف العيد المشترك) معلماً بالحاء والميم لما ذكرناه ولو قال: وتجب فطرة العبد المشترك بدل ما ذكره لكان أحسن، ولا يستغنى عن التعرض للنصف. وقوله: (فوق الهلال) جواب على أصح الأقوال وهو أن وقت الوجوب الاستهلال.

وقوله: (لأنه خرج نادراً) جواب على الأصح في عدها من التوارد، وليكن معلماً بالواو للوجه السابق، ولا يخفى حاجة الصورة الأولى إلى الاستثناء.

وأما الثانية: فإنما يصح استثناءها على قولنا: إن الفطرة لا تدخل في المهاية، لأنهما حيثئذ يشتركان في الفطرة دون الثقة فتفارق الفطرة الثقة.

قال الغزالي: السادسة العبد المرهون تجب فطرته على سيده، وفي المغضوب والضال والأبق طريقان قيل: تجب وقيل قولان كسائر الركوات، ولو أنقطع خبر العبد الغائب نص على وجوب فطرته وعلى أن عتقه لا يجزئ عن الكفارة، وقيل قولان في المسئلتين لتقابل الأصلين، وقيل بتفريق النصين ميلاً إلى الاختياط فيهما.

قال الراجعي: المدبر والمعلق عتقه بصفة، وأم الولد كالقن في وجوب الفطرة، وتجب فطرة العبد المرهون، والجاني والمستأجر لوجود الملك، ووجوب الثقة.



قال الإمام والمصنف في «الوسيط»: هكذا أطلقوا القول في المرهون، ويحتمل أن يجري فيه الخلاف المذكور في زكاة المال المرهون.

واعلم: أن الخلاف في زكاة المال المرهون لم نلقه إلا في حكاية هذين الإمامين، والجمهور أطلقوا الوجوب ثم أيضاً.

وأما المعصوب والضال ففي فطرته طريقتان:

أحدهما: أنه على القولين في زكاة المال المعصوب.

وطرد ابن عبدان على هذه الطريقة الخلاف فيما إذا حيل بينه، وبين زوجته عند

الاستهلال.

وأصحهما: القطع بالوجوب اتباعاً للفطرة النفقة، ويخالف زكاة المال، فإن المالية معتبرة فيها، وهي غير معتبرة هاهنا، ألا ترى أنه تجب فطرة الزوجة، والقريب مع انتفاء المالية، فلأن تجب عند ضعفها كان أولى، ولهذا وجبت في المستولدة.

وأما العبد الغائب، فإن علم حياته، وكان في طاعته، وجبت فطرته، وإن كان أبقاً ففيه الطريقتان في المعصوب، وللخلاف فيه ماخذ آخر حكاه الإمام، وهو أن إباق العبد هل يسقط نفقته كئسوز الزوجة أم لا؟ وفيه خلاف، فإن أسقطها أسقط الفطرة أيضاً، وإن لم يعلم حياته، وأنقطع خبره مع تواصل الرفاق ففي فطرته طريقتان:

أحدهما: أنها تجب بلا خلاف، وبه قال أبو إسحاق.

والثاني: أنه على القولين، وفي كنفيتها طريقتان:

أحدهما: أنهما قولان منصوصان، وذلك أن المزني روى في «المختصر» أنه قال: ويزكي عن عبده الحضور، والغيب، وإن لم تُرَجَّح رجعتهم؛ إذا علم حياتهم، قال: وقال في موضع آخر، وإن لم يعلم حياتهم، فشرط العلم بالحياة في قول، وأطلق الوجوب في قول، علم أو لم يعلم.

والثاني - وهو المذكور في الكتاب -: أن سبب خروج القولين أنه نص هاهنا على لزوم الفطرة، وفي الكفارة على أن إعتاق مثل هذا العبد لا يجزئ فنقل الجواب من كل مسألة إلى الأخرى، وجعلنا على قولين بالثقل والتخريج وجه وجوب الفطرة والأجزاء عن الكفارة، أن الأصل بقاؤه.

ووجه عدم وجوبها وعدم الأجزاء أن الأصل براءة ذمته عن واجب الفطرة واستمرار شغلها بواجب الكفارة إلى يقين الإعتاق قال القاطعون بالوجوب؛ أما منقول المزني فلا اختلاف فيه، إلا أنه أجاب في النص الأول في إحدى المسألتين دون الأخرى، والاحتجاج بالمفهوم ضعيف؛ وأما فصل الكفارة فالنصان مقرران.

والفرق: الأخذ بالاحتياط في الطرفين بتقديره حياً بالإضافة إلى الفِطْرَة وميتاً بالإضافة إلى الكَفَّارة، ليأتي بيقين الإغْتاق، وكيفما قدر فالأظهر وجوب الفِطْرَة، وعدم الإجزاء في الكَفَّارة، وإذا أوجبنا الفِطْرَة في هذه الصورة، فهل نوجب إخراجها في الحال، أم يجوز التأخير إلى عود العَبْد كَمَا في زَكَاة المَال؟ في نظائرها المذهب الأول؛ لأن المَهْلَة شُرِعَتْ ثُمَّ لِمَعْنَى النَّماء وهو غير معتبر هاهنا. وروى ابن الصَّبَّاح عن الشَّيْخ أَبِي حَامِدٍ: أن الشَّافِعِي - رضي الله عنه - نَصَّ في «الإملاء» على قولين في ذلك، قال: وَهَذَا بَعِيدٌ؛ لأن إمكان الأَدَاء شَرَطُ الضَّمَانِ في زَكَاة المَالِ، والمَالُ العَائِبُ يَتَعَدَّرُ الأَدَاء مِنْهُ، وليس كَذَلِكَ الفِطْرَة، هكذا ذَكَرَهُ، لكن قال صاحب «التهديب»: لو دخل الوقت، ومات المُوَدِّي عنه قبل إمكان الأَدَاء فَفِي سَقُوطِ الفِطْرَة وَجْهَان: فألحقهما في أحد الوَجْهَيْنِ بِزَكَاةِ المَالِ في اعتبار الإمكان، وحكى الإمام هَذَا الخِلَافَ أيضاً - والله أعلم - .

قال الغزالي: (السَّابِعَةُ) نَفَقَةُ زَوْجَةِ العَبْدِ فِي كَسْبِهِ وَلَيْسَ عَلَيْهِ فِطْرَتُهَا لِأَنَّهُ لَيْسَ أَهْلًا لِزَكَاةِ نَفْسِهِ فَلَا يَتَحَمَّلُ عَنْ غَيْرِهِ.

قال الرافعي: العبد ينفق على زوجته من كسبه، ولا يخرج الفطرة عنها حرّة كانت، أو أمة؛ لأنه ليس أهلاً لزكاة نفسه، فكيف يتحمل عن غيره.

أما النفقة فلا بُدُّ مِنْهَا، وأقرب موضع يؤدي منه كسبه، ثم إذا كانت الزوجة حرّة مؤسرة، فهل عليها فطرة نفسها؟ منهم من قال: هو على القولين المذكورين فيما: إذا كانت تحت زوج مُعْسِرٍ.

ومنهم: من قال: عليها فِطْرَتُهَا بِلا خِلَافٍ؛ لأن العَبْدَ لَيْسَ أَهْلًا لِلخِطَابِ بِالفِطْرَة، وإن كانت أمة فهل على سيدها فِطْرَتُهَا؟ فيه هذان الطريقتان:

والثاني: أظهر في الصورتين، ولو ملك السيد عبده شيئاً، وقلنا: إنه يملكه، لم يكن له إخراج فطرة زوجته عنه استقلالاً؛ لأنه ملك ضعيف، ولو صرح بالإذن في الصّرف إلى هذه الجهة، ففيه وجهان للشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ إن قلنا: له ذلك، فليس للسيد الرجوع عن الإذن بعد استهلال الهلاك؛ لأن الاستحقاق إذا ثبت؛ فلا مدفع له.

خاتمه: قوله في أول المسائل السبع: (ولا تفارق الفطرة النفقة إلا في كذا) لا شك أنه لم يعن به مطلق المُفَارَقَة؛ لأن مفارقتهما لا تنحصر فيما استثناه؛ بل هما مفترقان في القدر والوقت؛ وأمور آخر لا تُحْصَى كَثْرَة، وإنما عنى المفارقة في ثبوت النفقة وانتقاء الفطرة، لكن هذه المفارقة غير منحصرة أيضاً فيما استثناه لمسائل:

منها: إذا كان للكافر عبداً مُسْلِمًا، ففي فطرته وجهان سنذكرهما، والنفقة واجبة. ومنها: إذا أوصى برقبة عبداً لرجل، ويمنفعته لآخر قال ابن عبدان: فطرته على

المُوصَى لَهُ بِالرَّقْبَةِ بِلَا خِلَافٍ، وَنَفَقَتُهُ عَلَيْهِ، أَوْ عَلَى الْمُوصَى لَهُ بِالْمَنْفَعَةِ، أَوْ فِي بَيْتِ الْمَالِ، فِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجِهٌ: فَعَلَى غَيْرِ الْوَجْهِ الْأَوَّلِ الْمَسْأَلَةُ مِنْ مَسَائِلِ الْمَفَارِقَةِ.

ومنها: عَبْدُ بَيْتِ الْمَالِ، وَالْعَبْدُ الْمُؤَوَّفُ عَلَى الْمَسْجِدِ فِي فِطْرَتِهِمَا وَجْهَانِ حُكْمِيَا عَنْ «الْبَحْرِ». الْأَظْهَرُ: وَبِهِ أَجَابَ فِي «التَّهْذِيبِ»: أَنَّهَا لَا تَجِبُ.

وَالْعَبْدُ الْمُؤَوَّفُ عَلَى رَجُلٍ مُعَيَّنٍ، ذَكَرَ فِي «الْعُدَّةِ»: أَنَّ فِطْرَتَهُ تَبْنَى عَلَى أَنَّ الْمَلِكَ فِيهِ. إِنْ قَلْنَا: إِنْ الْمَلِكُ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ؛ فَعَلَيْهِ فِطْرَتُهُ. وَإِنْ قَلْنَا: اللَّهُ تَعَالَى فَوْجِهَانِ وَنَفَى صَاحِبِ «التَّهْذِيبِ» فِي «بَابِ الْوَقْفِ» وَجُوبَ فِطْرَتِهِ عَلَى الْأَقْوَالِ كُلِّهَا؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ مَلِكٌ مُحَقَّقٌ، وَالْأَوَّلُ أَشْهَرُ، وَنَفَقَةٌ هُوَ لِأَنَّهَا لَا مَحَالَهَ.

قال الغزالي: (الطَّرْفُ الثَّانِي) فِي صِفَاتِ الْمُؤَدِّي، وَهِيَ الْإِسْلَامُ وَالْحُرِّيَّةُ وَالْيَسَارُ، فَلَا زَكَاةَ عَلَى كَافِرٍ إِلَّا فِي عِبْدِهِ (ح) الْمُسْلِمِ عَلَى قَوْلِنَا: إِنْ الْمُؤَدِّي عَنْهُ أَضْلٌ وَالْمُؤَدِّي مُتَحَمِّلٌ عَنْهُ، وَلَا زَكَاةَ عَلَى رَقِيقٍ وَلَا مَكَاتِبٍ (و) فِي نَفْسِهِ وَرِزْوَانِهِ وَلَا يَجِبُ عَلَى السَّيِّدِ زَكَاةَ الْمَكَاتِبِ لِسُقُوطِ نَفَقَتِهِ، وَقِيلَ: تَجِبُ عَلَيْهِ، تَجِبُ فِي مَالِ الْمَكَاتِبِ، وَمَنْ نَضَفَهُ حُرًّا وَجَبَ عَلَيْهِ نِضْفُ صَاعٍ. قال الرافعي: اعتبر في مؤدى الفطرة ثلاثة أمور:

الأول: الإسلام.

فلا فطرة على كافر عن نفسه؛ لأنه ليس له أهلية التطهير، ولا أهلية إقامة العبادات ولا عن غيره إلا إذا ملك الكافر عبداً مسلماً، أو كان له قريبٌ مسلم، ففيه وجوبٌ مبنيان على أن من يؤدي عنه الفطرة أصيل، يتحمل عنه، أو الوجوب المؤدى ابتداءً. إحداهما - وبه قال أبو حنيفة - رحمه الله -: أنها لا تجب.

والثاني - وبه قال أحمد -: تجب، ويتصور ملك الكافر العبد المسلم، بأن يسلم العبد في يده، أو يرثه أو يشتريه على قول صحبة الشراء ويهل شوال هلاله قبل أن يُزِيلَ الْمَلِكُ عَنْهُ. ومستولدته التي أسلمت فيها الوجهان فإن قلنا: بالوجوب فقد قال الإمام: صائراً إلى أن المتحمل عنه يتو، والكافر لا تصح منه النية، وذلك يدل على استقلال الزكاة بمعنى المواساة، ولو أسلمت ذميمة تحت ذمي، واستهل الهلال في تخلف الزوج، أسلمت قبل انقضاء العدة ففي وجوب نفقتها مدة التخلف؛ خلاف يأتي في موضعه، فإن لم تُوجِبْهَا لَمْ تُوجِبِ الْفِطْرَةَ وَإِنْ أَوْجِبْنَاهَا فَالْفِطْرَةُ عَلَى الْخِلَافِ الْمَذْكُورِ فِي وَجُوبِ فِطْرَةِ عِبْدِهِ الْمُسْلِمِ. وقوله في الكتاب: (إلا في عبده المسلم)، ليكن معلماً بالحاء؛ لما نقلناه عن مذهب أبي حنيفة، ثم ظاهره يقتضي الجزم بنفي الوجوب في القريب المسلم، وفي مسألة إسلام الذميمة؛ لأنه حصر الاستثناء في العبد، وكل ذلك على الخلاف، نص عليه الشيخ أبو علي وغيره.

الثاني: الحرّية، وفيه صُور:

منها: لا يجب على الرقيق فطرة نفسه، ولا فطرة زوجته؛ لأنه لا يملك شيئاً، فَإِنْ مَلَكَهُ السَّيِّدُ مَا لَمْ يَفْقِدْ ذَكَرْتَنَاهُ، وَإِنْ مَلَكَهُ عَبْدًا، وَقَلْنَا إِنَّهُ يَمْلِكُ سَقَطَتْ فِطْرَتُهُ عَنِ السَّيِّدِ، لَزَوَالِ مِلْكِهِ عَنْهُ، وَلَمْ تَجِبْ عَلَى الْمُتَمَلِّكِ لِضَعْفِ مَلِكِهِ.

ومنها: هل تجب على المكاتب فطرة نفسه؟

المشهور: أنها لا تجب، كما لا تجب عليه زكاة ماله لضعف ملكه.

وقيل: إنها تجب عليه في كسبه، كنفقته؛ وبه قال أحمد، وهذا الاختلاف على ما ذكره الإمام. قولان:

الأول: منهما منصوص.

والثاني: مُحَرَّجٌ، ذَكَرَهُ ابْنُ سُرَيْجٍ، وَعَلَى مَا رَوَاهُ فِي «التَّهْدِيبِ» وَجَهَانٌ وَأُطْلَقَهُمَا الصَّنِيدَلَانِيُّ قَوْلِينَ مِنْ غَيْرِ التَّعَرُّضِ لِلنِّصِّ وَالتَّخْرِيجِ، وَالْأَمْرُ فِيهِ سَهْلٌ.

وإذا قلنا: بالمشهور، وهو أنه لا فطرة عليه، فهل هي على سيده.

والظاهر: أَنَّهَا لَيْسَتْ عَلَيْهِ؛ لِسُقُوطِ نَفَقَتِهِ عَنْهُ، وَنَزُولِهِ مَعَ السَّيِّدِ مِنْزِلَةَ الْأَجْنَبِيِّ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ يُبَاعُ مِنْهُ وَيَشْتَرَى. وَرَوَى أَبُو ثَوْرٍ عَنِ الْقَدِيمِ أَنَّهَا تَجِبُ عَلَى السَّيِّدِ؛ لِأَنَّهُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ ذَرْهَمٌ، وَأَنْكَرَ الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ أَنْ يَكُونَ هَذَا قَوْلًا لِلشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَقَالَ: إِنَّهُ مَذْهَبُ أَبِي ثَوْرٍ نَفْسِهِ. وَالْخِلَافُ فِي أَنَّ الْمَكَاتِبَ هَلْ عَلَيْهِ فِطْرَةٌ نَفْسِهِ؟ يَجْرِي فِي أَنَّ هَلْ عَلَيْهِ فِطْرَةٌ زَوْجَتِهِ وَعَبِيدِهِ بِلَا فَرْقٍ.

واعلم: أن قوله في الكتاب: (ولا زكاة على رقيق، ولا مكاتب في نفسه، وزوجته) الكلام في الرقيق قد صار مذكوراً مرة في المسألة السابقة، وإنما كرره؛ لأنه احتاج إلى إدراجه في صور الاستثناء أولاً، وإلى التعرض له في صفات المؤدي ثانياً.

وقوله: (وقيل: نجب عليه) أي: على السيد وهو القول الذي حكاه أبو ثور.

ومنها: حكم المستولدة، والمدبر حُكْمُ الْقِنِّ عَلَى مَا سَبَقَ.

والكلام فيمن نصفه حر قد ذكره مرة، وإنما أعاده هاهنا ليبين أن الحرية التي اعتبرها ليست حرية للكل، وإنما هي الحرية بحسب القدر المؤدي من الفطرة.

قال الغزالي: وَالْمُعَسِّرُ لَا زَكَاةَ عَلَيْهِ وَهُوَ مَنْ لَمْ يُفْضَلْ عَنْ مَسْكَنِهِ وَعَبْدِهِ الَّذِي يَحْتَاجُ إِلَى خِدْمَتِهِ وَوَسَتْ ثَوْبٌ يَلْبَسُهُ صَاعٌ مِنَ الطَّعَامِ فَلَوْ أَيْسَرَ بَعْدَ الْهَلَالِ لَمْ يَتَجَدَّدِ الْوُجُوبُ بِخِلَافِ الْكُفَّارَاتِ.

قال الرافعي: الأمر الثالث: فالمعسر لا زكاة عليه، وكل من لم يفضل عن قوته، وقوت من في نفقته ليلة العيد ويومه ما يخرج في الفطرة فهو مُعْسِرٌ، وَمَنْ فَضَّلَ عَنْهُ مَا يُخْرِجُهُ فِي الْفِطْرَةِ مِنْ أَيِّ جِنْسٍ كَانَ مِنَ الْمَالِ فَهُوَ مُوسِرٌ، ولم يُصْرِحِ الشافعي - رضي الله عنه - وأكثر الأصحاب في ضبط اليسار والإغسار إلا بهذا القدر، وزاد الإمام فاعتبر في اليسار أن يكون قَدْرُ الصَّاعِ فَاضِلاً عَنِ مَسْكِنِهِ، وعبد الذي يَخْتِاجُ إِلَيْهِ فِي خِدْمَتِهِ، وقال: لا يحسب عليه في هذا الباب ما لا يحسب في الكفارة، وتابعه المصنف فيما ذكروه، وأنت إذا فحصت عن كُتُبِ الْأَصْحَابِ وجدت أَكْثَرَهُمْ سَاكِتِينَ عَنِ ذَلِكَ، وقد يغلب على ظنك أنه لا خِلاَفَ فِي الْمَسْأَلَةِ، وَالَّذِي ذَكَرَهُ كَالْبَيَانِ وَالِاسْتِدْرَاكِ لِمَا أَهْمَلَهُ الْأَوَّلُونَ، وَرُبَّمَا اسْتَشْهَدْتَ عَلَيْهِ بِأَنَّهُمْ لَمْ يَتَعَرَّضُوا أَيْضاً لَدَسْتِ ثَوْبٍ يَلْبَسُهُ، وَلَا شَكَّ فِي أَنَّهُ مَبْقَى عَلَيْهِ، فَإِنَّ الْفِطْرَةَ لَيْسَتْ بِأَشَدَّ مِنَ الدَّيْنِ، وَأَنَّهُ مَبْقَى عَلَيْهِ فِي الدَّيْنِ، لَكِنِ الْخِلاَفُ ثَابِتٌ، فَإِنَّ الشُّنَيْخَ أَبَا عَلِيٍّ حَكَى وَجْهاً أَنَّ عَبْدَ الْخِدْمَةِ لَا يُبَاعُ فِي الْفِطْرَةِ، كَمَا لَا يُبَاعُ فِي الْكَفَّارَةِ، ثُمَّ أَنْكَرَ عَلَيْهِ، وَقَالَ: لَا يَشْتَرَطُ فِي صَدَقَةِ الْفِطْرِ أَنْ يَكُونَ فَاضِلاً عَنِ كِفَايَتِهِ، بَلِ الْمَعْتَبَرُ قُوَّةُ يَوْمِهِ، وَيَفَارِقُ الْكَفَّارَةَ؛ لِأَنَّ لَهَا بَدَلاً يَنْتَقِلُ إِلَيْهِ، فَخَفَّفَ الْأَمْرَ فِيهَا، وَلَا يَبْدُلُ لِلْفِطْرَةِ فَمَتَى قَدَرَ عَلَيْهِ بِوَجْهِ مَا، لَزِمَهُ الْقَضَاءُ كَقَضَاءِ الدَّيْنِ، وَذَكَرَ فِي «التَّهْذِيبِ» أَيْضاً مَا يُوْجِبُ إِثْبَاتَ وَجْهَيْنِ فِي الْمَسْأَلَةِ، وَالْأَصْحَحُ عِنْدَهُ الْأَوَّلُ كَمَا فِي الْكِتَابِ، وَقَدْ احْتَجَّ لَهُ بِقَوْلِ الشَّافِعِيِّ - رضي الله عنه - أَنَّ ابْنَ الصَّغِيرِ إِذَا كَانَ لَهُ عَبْدٌ يَحْتَاجُ إِلَى خِدْمَتِهِ فَعَلَى الْأَبِّ أَنْ يُخْرِجَ فِطْرَتَهُ، كَمَا يَخْرُجُ فِطْرَةَ الْإِبْنِ، وَلَوْلَا أَنَّ الْعَبْدَ غَيْرَ مَحْسُوبٍ لَسَقَطَ بِسَبَبِهِ نَقْفَةُ الْإِبْنِ أَيْضاً، ثُمَّ ذَكَرَ الْإِمَامُ - رحمه الله - شيئين:

أحدهما: أَنَّ كَوْنَ الْمُخْرَجِ فَاضِلاً عَنِ الْعَبْدِ وَالْمَسْكِينِ، وَإِنْ شَرَطْنَاهُ فِي ابْتِدَاءِ الثَّبُوتِ، فَلَا نَشْرُطُهُ فِي الدَّوَامِ، بَلِ إِذَا تَبَيَّنَتْ الْفِطْرَةُ فِي ذِمَّةِ إِنْسَانٍ بَعْنَا عَبْدَهُ وَمَسْكِنَهُ فِيهَا؛ لِأَنَّهَا بَعْدَ الثَّبُوتِ التَّحَقَّتْ بِالْأَبْنَاءِ.

والثاني: أَنَّ دِيُونَ الْأَدْمِيِّينَ تَمَنَعُ وَجُوبُ الْفِطْرَةِ وَفَاقاً؛ كَمَا أَنَّ الْحَاجَّةَ إِلَى صَرْفِهِ إِلَى نَفَقَةِ الْأَقْرَابِ تَمَنَعُهُ، قَالَ: وَلَوْ ظَنَّ ظَانَ أَنَّ دِينَ الْأَدْمِيِّ لَا يَمْتَنَعُ عَلَى قَوْلٍ، كَمَا لَا يَمْنَعُ وَجُوبُ الزُّكَاةِ كَانَ مُبْعَداً، هَذَا لَفْظُهُ وَفِيهِ شَيْءٌ آخَرَ نَذَرَهُ فِي أَوَاخِرِ صَدَقَةِ الْفِطْرِ - إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى جَدُّهُ -.. فَعَلَى هَذَا يُشْتَرَطُ مَعَ كَوْنِ الْمُخْرَجِ فَاضِلاً عَمَّا سَبَقَ كَوْنُهُ فَاضِلاً عَنِ قَدْرِ مَا عَلَيْهِ مِنَ الدَّيْنِ، وَلَمْ يَتَعَرَّضْ لَهُ فِي الْكِتَابِ، بَلِ لَمْ يَتَعَرَّضْ لِمَا اتَّفَقَتِ الْكَلِمَةُ عَلَى اعْتِبَارِهِ وَهُوَ كَوْنُهُ فَاضِلاً عَنِ قُوَّتِهِ وَقُوَّتِهِ مَنْ يَمُونُهُ إِلَّا أَنْ يَقَالَ: إِنَّهُ تَعَرَّضَ لَهُ عَلَى سَبِيلِ الْإِشَارَةِ، فَإِنَّهُ إِذَا اعْتَبِرَ كَوْنُهُ فَاضِلاً عَنِ الْعَبْدِ وَالْمَسْكِينِ، فَأَوْلَى أَنْ يَكُونَ فَاضِلاً عَنْهُ. وَقَوْلُهُ: (صَاعٌ مِنَ الطَّعَامِ) لَا يَخْفَى أَنَّهُ غَيْرُ مُعَيَّنٍ، وَإِنَّمَا الْمُرَادُ قَدْرُ صَاعٍ مِنْ أَيِّ جِنْسٍ كَانَ مِنَ الْمَالِ.

قال أبو حنيفة - رحمه الله -: اليسار المعبر في الباب أن يكون مالكا لِنَصَابِ زَكْوِي، ومالك وأحمد وافقنا على عَدَمِ اعتباره؛ لأن الحَقَّ المَالِيَّ الذي لا يزيد بزيادة المال لا يعتبر فيه وجود النصاب، كالكفارات، ثُمَّ اليسار إِنَّمَا يُعْتَبَرُ وقت الوجوب، فلو كان معسراً عنده، ثم أيسر فلا شيء عَلَيْهِ؛ لأن وُجُودَ الشَّرْطِ بَعْدَ قَوَاتِ الوَقْتِ لا يغني، ولو وَجَدَ بَعْضَ أسبابِ الكفارات من الشخص، وَهُوَ عَاجِزٌ عن جميع خِصَالِهَا، ثم قدر فعليه أن يُكْفَرَ؛ لأن الوُجُوبَ قد ثبت ثُمَّ والأداء موقوف على القدرة، وفيه خلاف يذكر في موضعه. وقوله: (فلو أيسر بعد الهلال) هذا التَّصْوِيرُ مُفْرَعٌ على قولنا أن وقت الوجوب الاستهلال، وقد سبق لَهُ تَفْطِيرُ.

وقوله: (لم يتجدد الوجوب) فيه ضرب من التَّوَسُّعِ، إذ لم يكن في الابتداء وجوب، حتى يفرض تَجَدُّده، أو عَدَمُ تجدده والمراد منه لم يثبت الوجوب، وليكن مُعْلَمًا بالميم؛ لأن القاضي الرَوْيَانِي، وصاحب «البيان» روى عن مالك أنه إن أيسر يوم الفطر، وجب عليه الفِطْرَةُ. وقوله: (بخلاف الكفارات) أي: على ظاهر المَذْهَبِ، وهو أن الوجوب ثابت إذا قدر بعد الْعَجْزِ عَن جَمِيعِ الخِصَالِ، وَإِلَّا فَهُمَا مُتَّفِقَانِ فِي الحُكْمِ.

قال الغزالي: وَلَوْ كَانَ الفَاضِلُ نِصْفَ صَاعٍ وَجَبَ إِخْرَاجُهُ عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَلَوْ كَانَ الفَاضِلُ صَاعاً وَمَعَهُ زَوْجَتُهُ وَأَقَارِبُهُ أَخْرَجَ عَن نَفْسِهِ عَلَى الأَصَحِّ، وَقِيلَ: عَن زَوْجَتِهِ لِأَنَّ فِطْرَتَهَا دِينَ وَالدَّيْنُ يَمْتَنَعُ وَجُوبَ هَذِهِ الزَّكَاةِ، وَقِيلَ: يَتَخَيَّرُ إِنْ شَاءَ أَخْرَجَ عَن وَاحِدٍ وَإِنْ شَاءَ وَرَّعَ، وَقِيلَ: لَا يَجُوزُ التَّوْزِيعُ وَلَكِنْ يُخْرِجُ عَمَّنْ شَاءَ، وَلَوْ كَانَ الفَاضِلُ صَاعاً وَلَهُ عَبْدٌ أَخْرَجَ عَن نَفْسِهِ، وَهَلْ يَلْزَمُهُ بَيْعُ جُزْءٍ مِنَ العَبْدِ فِي زَكَاةِ نَفْسِ العَبْدِ؟ فِيهِ خِلَافٌ، وَلَوْ فَضَّلَ صَاعٌ عَن زَكَاةِ وَنَفَقَتِهِ وَلَهُ أَقَارِبٌ قَدَّمَ مَن يُقَدِّمُ نَفَقَتَهُ، فَإِنْ أَسْتَوَوْا فَيَتَخَيَّرُ أَوْ يُقْسَطُ فِيهِ وَجْهَانِ.

قال الرافعي: في الفصل فروع:

أحدها: لو فضل معه عما لا يجب عليه بعض صَاعٍ من نصف وثلث وغيرهما فهل يلزمه إخراجه؟ فيه وجهان مَرْوِيَانِ عن أبي إسحاق:

أحدهما: لا، كما إذا لم يجد إلا نِصْفَ رَقَبَةٍ، لا يجب إعتاقه في الكفارة، وكذا لو لم يقدر إلا على إطعام خَمْسَةِ مَسَاكِينِ، أو كسوتهم. وأصحهما: نعم؛ محافظة على الواجب بقدر الإمكان، وبخالف الكفارة من وجهين:

أحدهما: أن الكفارة لا تتبعض؛ والفِطْرَةُ تتبعض في الجملة، ألا ترى أنه لو مَلَكَ نِصْفَ عَبْدٍ يَلْزَمُهُ نِصْفُ صَاعٍ.

**والثاني:** أن الكفارة لها بدل والفِطْرَة لا بَدَل لَهَا، فصار كما لَوْ وَجَدَ مَا يَسْتُرُ بِهِ بَعْضُ الْعَوْرَةِ يلزمه التَّسْتُرُ بِهِ حتى لو انتهى في الكَفَّارَة إلى المرتبة الأخيرة، وهي الإطعام، ولم يجد إطعام ثلاثين. قال الإمام: يتعين عندي إطعامهم قَطْعاً. **والثاني:** لو فضل صاع وهو يحتاج إلى إخراج فِطْرَة نَفْسِهِ، وله زوجة وأقارب ففيه وجوه:

أصحها: أنه يلزمه تقديم نفسه، لقوله ﷺ: «أَبْدَأُ بِنَفْسِكَ، ثُمَّ بِمَنْ تَعُولُ»<sup>(١)</sup>.

**والثاني:** أنه يلزمه تقديم زوجته، لتأكد حَقِّهَا، وثبوته بِالْعَوَضِ، ولهذا تستقر نفقتها في الدِّمَّةِ بخلاف نَفَقَة غيرها.

واحتج في الكتاب لهذا الوجه بأن فِطْرَتَهَا دَيْنٌ، والدَّيْنُ يمنع وجوب هذه الزَّكَاةِ، أما كَوْنُهُ الدَّيْنُ مَانِعاً لهذه الزَّكَاةِ. فوجهه: ما سبق في الفَصْلِ الَّذِي قَبْلَ هَذَا.

وأما المُقَدِّمَة الأولى، فَلِصَّاحِبِ الرَّجْحِ الْأَوَّلِ أن يقول إن ادعيت أن فِطْرَتَهَا دين، والحالة هذه فهو مَمْنُوعٌ بل عِنْدِي لا يُلْزَمُ فِطْرَتَهَا، إِلَّا إِذَا فَضِلَ عَنْ فِطْرَةِ نَفْسِهِ شَيْءٌ، وإن لم يتعرض فهذه الحالة، فكما أن فِطْرَتَهَا دين في الجملة، ففِطْرَةُ نَفْسِهِ وأقاربه دين في الجُمْلَة، فلم تمنع فِطْرَتَهَا وجوبَ فِطْرَةِ غَيْرِهَا، ولا ينعكس.

**والثالث:** أنه يَتَخَيَّرُ إن شاء أخرج عن نَفْسِهِ، وإن شاء أخرج عن غَيْرِهِ لاستواء الكُلِّ في الوجوب، ويحتج لهذا الوجه بقوله في «المختصر»: «فإن لم يكن عنه بعض القوت ليوم إلا ما يؤدي عن بعضهم أدى عن بعضهم»، أطلق الأداء عن البعض إطلاقاً، وهذا الوجه أرجح عند القَاضِي الرَّوْيَانِي، وإذا قلنا: به فلو أراد أن يوزع الصَّاع، هل له ذلك؟ نقل في «النهاية» فيه وجهين: وجه الجواز؛ صيانةً للبعض عن الحرمان، ووجه المنع، وهو الأصح نقصان المخرج عن قدر الواجب في حق الكُلِّ، مع أنه لا ضرورة إليه، والوَجْهَانِ عَلَيَّ قَوْلُنَا أن من لم يجد إلا بعض صَاع يلزمه إِخْرَاجُهُ، فَإِنْ لم يلزمه لم يجز التوزيع جَزْماً، وأورد المَسْعُودِي وَجْهَ التَّوْزِيعِ إِبْرَاداً يُشْعِرُ بأنه يتعين ذلك، محافظةً على الجوانب - والله أعلم -.

**الثالث:** لو فضل صَاع، وله عبد صَرَفَهُ إِلَى نَفْسِهِ، وينظر في العبد، إن كان محتاجاً إلى خِدْمَتِهِ، فَهَلْ عَلَيْهِ أن يبيع جزءاً منه في فِطْرَتِهِ؟ فيه وجهان موجهان بطريقتين:

أحدهما: توجيه إلزام البيع بأنه مَبِيعٌ فِي الدَّيْنِ، فكذلك هاهنا بخلاف الكَفَّارَة،

(١) أخرجه البخاري (١٤٢٦، ١٤٢٨، ٥٣٥٥، ٥٥٥٦) ومسلم (١٠٤٢) من حديث أبي هريرة، وأخرجه أحمد (٣٠٥/٣) وأبو داود (٣٩٥٧) والنسائي (٣٠٤/٧).

فَإِنَّ لَهَا بَدَلًا. وتوجيه الآخر بأن تكليفه إزالة الملك عنه مع أنه محتاج إليه إضرار به، وهذا ما أورده في «التهديب».

**والثاني:** توجيه الإلزام بالقياس على سائر الأموال المبيعة في الفطرة، وتوجيه الآخر بأن الفاضل ينبغي أن يكون غير ما عنه يخرج، وهذا ما أشار إليه الإمام، ويحسن أن يرتب فيقال: إن قلنا: الفطرة يجب أن تفضل عن عبد الخدمة فلا يباع شيء منه، وإن قلنا: لا يجب ذلك، فوجهان للمأخذ الثاني، وإن كان العبد مستغنى عنه جرى الخلاف بالنظر إلى المأخذ الثاني. وإذا وقع السؤال عن مطلق العبد حصل في الجواب ثلاثة أوجه، وهكذا أورد الإمام - رحمه الله -.

**ثالثها:** الفرق بين عبد الخدمة، والعبد المستغنى عنه وهو الأظهر.

وصور صاحب الكتاب المسألة في «الوسيط» فيما إذا كان العبد مستغنى عنه، وربما أؤتم ذلك تقييد الخلاف به، ولا شك في أنه لا يتقيد، إنما الكلام في أنه هل يُجزىء فيه؟ الرابع: لو فضل صاعان عن قدر الحاجة، وفي نفقته جماعة فهل يقدم نفسه بواحد أم يتخير؟ فيه وجهان لا يخفى خروجهما مما سبق، الأصح أنه يقدم نفسه، ثم في الصاع الثاني، ينظر إن كان من في نفقته أقارب، فيقدم منهم من يقدم في النفقة، والقول في مراتبهم خلافاً ووفقاً موضعه «كتاب النفقات» فإن استؤوا فيتخير أم يقسط؟ فيه وجهان وتوجيههما ما سبق، ويتأيد وجه التفضيل بالنفقة، فإنها توزع في مثل هذه الحالة، ولم يتعرضوا للإفراق هاهنا، وله مجال في نظائره<sup>(١)</sup>.

وقوله في الكتاب: (ولو فضل صاع عن زكاته ونفقته) أي: ونفقة من في نفقته، وأراد ما إذا فضل صاعان على ما أوضحناه لكن فرع في التصوير على الأصح، وهو أنه يقدم نفسه بصاع، فإن اجتمعت الزوجة مع الأقارب ففيه ثلاثة أوجه: أحدها: تقديم القريب؛ لأن علقته لا تنقطع، وعلقة الزوجية يعرض لها الانقطاع، ويحكي هذا عن ابن أبي هريرة - رحمه الله -.

وأصحهما: تقديم الزوجة؛ لأن نفقتها أكد ألا ترى أنها لا تسقط بمضي الزمان.

**وثالثها:** التخير، وعلى الأصح فلو فضل صاع ثالث، فأخراجه عن أقاربه على ما سبق فيما إذا تمحصوا، وظاهر المذهب من الخلاف الذي ذكرناه، وبما أخرجناه إلى النفقات أنه يقدم نفسه، ثم زوجته، ثم ولده الصغير، ثم الأب، ثم الأم، ثم ولده الكبير، - والله أعلم -.

(١) قال النووي الأصح «التخير».

بصاع رسول الله ﷺ إن وجد، أو معياره كما سيأتي في كلام المصنف - رحمه الله - :  
سواء الحنطة وغيرها مما ورد النص بها.



قال الغزالي: (الطَّرْفُ الثَّالِثُ) فِي الْوَاجِبِ وَهُوَ صَاعٌ وَمِمَّا يُقْتَاتُ، وَالصَّاعُ أَرْبَعَةٌ أَمْدَادٍ (ح) وَالْمُدُّ رَطْلٌ وَتُلْتُ بِالْبَغْدَادِيِّ. قال الرافعي: الواجب في الفطرة من كُلِّ جنسٍ يخرجه صَاعٌ<sup>(١)</sup>، وبه قَالَ مَالِكٌ وَأحمدُ خِلافاً لِأبي حنيفة - رحمهم الله - إذ قال: «يكفي من الحنطة نصف صاع»، وعنه: في الزبيب روايتان.

لنا: ما روي عن أبي سعيد الخدري - رضي الله عنه - قال: «كُنَّا نُخْرِجُ زَكَاةَ الْفِطْرِ، إِذْ كَانَ فِيْنَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ، صَاعاً مِنْ طَعَامٍ، أَوْ صَاعاً مِنْ تَمْرٍ، أَوْ صَاعاً مِنْ شَعِيرٍ، أَوْ صَاعاً مِنْ زَبِيبٍ، أَوْ صَاعاً مِنْ أَقِطٍ، فَلَا أَزَالَ أُخْرِجُهُ، كَمَا كُنْتُ أُخْرِجُهُ مَا عَشْتُ»<sup>(٢)</sup>. والصَّاعُ أَرْبَعَةٌ أَمْدَادٍ، وَالْمُدُّ رَطْلٌ وَتُلْتُ فَيَكُونُ الصَّاعُ بِالْأرطالِ خَمْسَةً وَثَلَاثًا. وقال أبو حنيفة - رحمه الله -: الصاع ثمانية أرطال، أربعة أمداد.

لنا: نقل أهل المدينة خلفاً عن سلف، ولمالك مع أبي يوسف - رحمهما الله - فيه قصة مشهورة<sup>(٣)</sup>، وجملة الصَّاع بالوزن ستمائة دِزْهَمٍ، وثلاثة وتسعون درهماً وثلث درهم<sup>(٤)</sup>، قال ابن الصَّبَّاحِ وغيره: والأصل فيه الكَيْلُ، وإنما قدره العلماء بالوزن استظهاراً<sup>(٥)</sup>. وقوله في الكتاب: (مما يقتات) غير مجرى على ظاهرة، لا في شمول الحكم لكل مقتات، ولا في قصره عليه، أما الأول فلان الأقوات النَّادِرَةُ كَالغَثِ وَحَبِّ الْحَنْظَلِ وغيرهما لا يجري نص عليه، وقد بين في الكتاب ذَلِكَ بقوله من بعد: «والقوت كل ما يجب فيه العُشْرُ» أي: معنى بالقوت هاهنا ذلك، وأما الثاني فلما سيأتي في الأقط، ويجوز إعلام قوله: (مما يقتات) بالواو لما سيأتي.

(١) أخرجه البخاري (١٥٠٥) ومسلم (٩٨٥).

(٢) القصة أخرجه البيهقي بإسناد جيد.

(٣) قال النووي: هذا الذي قاله على مذهب من يقول: أن رطل بغداد مائة وثلثون درهماً، [ومنهم من يقول: مائة وثمانية وعشرون درهماً، ومنهم من يقول: مائة وثمانية وعشرون درهماً] وأربعة أسباع درهم، وهو الأرجح، وبه الفتوى. فعلى هذا الصاع: ستمائة درهم وخمسة وثمانون وخمسة أسباع درهم.

(٤) قال النووي: قد يستشكل ضبط الصاع بالأرطال، فإن الصاع المخرج به في زمن النبي ﷺ، مكيال معروف، ويختلف قدره وزناً باختلاف جنس ما يخرج، كالدرة والحمص وغيرهما، وفيه كلام طويل، فمن أراد تحقيقه راجعه في «شرح المذهب» ومختصره: أن الصواب ما قاله الإمام أبو الفرج الدارمي من أصحابنا، أن الاعتماد في ذلك على الكيل، دون الوزن، وأن الواجب أن يخرج بصاع معاير بالصاع الذي كان يخرج به في عصر رسول الله ﷺ، وذلك الصاع موجود، ومن لم يجده وجب عليه إخراج قدر يتيقن أنه لا ينقص عنه. وعلى هذا، فالتقدير بخمسة أرطال وثلث تقريباً. وقال جماعة من العلماء: الصاع: أربع حفنات بكفي رجل معتدل الكفين. ينظر الروضة (١٦٢/٢، ١٦٣).

قال الغزالي: وَالْقَوْتُ كُلُّ مَا يَجِبُ فِيهِ الْعَشْرُ، وَفِي الْأَقْطِ قَوْلَانِ لِلتَّرْدُدِ فِي صِحَّةِ حَدِيثِ وَرَدَ فِيهِ، فَإِنْ صَحَّ فَالْبِنُ وَالْجَبِينُ فِي مَعْنَاهُ دُونَ الْمَخِيضِ وَالسَّمْنِ، ثُمَّ لَا يَجْزِيءُ الْمُسْوَسُ وَالْمَعْيِبُ وَلَا الدَّقِيقُ، فَإِنَّهُ بَدَلٌ، وَقِيلَ: إِنَّهُ أَضَلُّ.

قال الرافعي: غرض الفصل الكلام في جنس المخرج، والذي سبق كان في قدره، وكل ما يجب فيه العشر فهو صَالِحٌ لإخراج الفِطْرَةِ منه، فمن أنواعه ما هو مَنْصُوصٌ عَلَيْهِ في الخبر، ومنها ما هو مقيس عليه، وذكر الموفق ابن طاهر أن صاحب «الإفصاح»، حكى عن القديم قولاً أنه لا يجزىء إخراج العَدَسِ وَالْحُمَصِ فِي الفِطْرَةِ؛ لأنهما أدمان، والمذهب الأول، وفي الأقط طريقان:

أظهرهما - وهو المذكور في الكتاب -: أنه على قولين:

أحدهما: أنه لا يجوز إخراجه؛ لأنه إما غير مُقْتَاتٍ، أو مُقْتَاتٍ لَأَعَشَرَ فِيهِ، فأشبهه الفث، وما إذا اقتاتوا ثمرة لا عَشْرَ فِيهَا، وبهذا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ إِلَّا أَنْ يَخْرُجَهُ بَدَلًا بِالْقِيَمَةِ. والثاني - وبه قال مَالِكٌ وَأَحْمَدُ - رَحِمَهُمَا اللهُ -: يجوز؛ لحديث أَبِي سَعِيدٍ<sup>(١)</sup> وكلام الإمام يَفْتَضِي تَرْجِيحَ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ، وصغو الأكثرين إلى ترجيح الثاني، ويحكي ذلك عن القاضي أَبِي حَامِدٍ، وبه أجاب مَنْصُورُ التَّمِيمِيِّ فِي الْمُسْتَعْمَلِ.

والطريق الثاني - وبه قال أبو إسحاق -: القطع بالجواز، وإنما علق القول فيه حين لم يصح الخبر عنده، فلما صَحَّ جَزَمَ<sup>(٢)</sup> به، فإن جوزنا فقد ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ أَنَّ الْجَبِينَ وَالْبَبِينَ فِي مَعْنَاهُ، وهذا أظهر الْوَجْهَيْنِ، وفيه وجه أن الإخراج منهما لا يجزىء؛ لأن الخبر لم يرد بهما، ويشبه أن يكون هذا الخلاف جارياً في إخراج من قوته الأقط واللبن والجبن لما بينهما من التَّقَارُبِ، كأنهما جنس واحد، وفي إخراج من قوته اللبن اللبن.

أما الأول: فلأن أصحابنا العراقيين حكوا عن القاضي أَبِي الطَّيِّبِ جَوَازَ إِخْرَاجِ اللَّبَنِ مَعَ وَجُودِ الْأَقْطِ؛ لِأَنَّهُ يَصْلُحُ لِلأَقْطِ وَغَيْرِهِ.

(١) لحديث أبي سعيد الخدري - رضي الله عنه - قال: كنا نخرج إذا كان فينا رسول الله ﷺ زكاة افطر عن كل صغير وكبير حر أو مملوك صاعاً من طعام أو صاعاً من أقط أو صاعاً من شعير أو صاعاً من تمر، أو صاعاً من زبيب. أخرجه البخاري (٣/٣٧١) في كتاب الزكاة/ باب: صدقة الفطر صاعاً من طعام حديث (١٥٠٦) ومسلم (٢/٦٧٨) في كتاب الزكاة/ باب: زكاة الفطر على المسلمين (٩٨٥/١٧).

(٢) قال النووي: ينبغي أن يقطع بجوازه لصحة الحديث من غير معارض انتهى. والمذهب الذي قطع به الجماهير أنه لا فرق بين في أجزاء الأقط بين أهل البادية والحضر. وقال الماوردي: الخلاف في أهل البادية. وأما أهل الحضر فلا يجزئهم قولاً واحداً، وإن كان من قوتهم. قال النووي - رحمه الله - في مجموعته: وهذا الذي قاله شاذ فاسد مردود، وحديث أبي سعيد صريح في إبطاله. والأقط بضم الهمزة وكسر القاف وبإسكانها مع تثليث الهمزة لبني يابس غير منزوع الزيد.

وعن الشيخ أبي حامد: أنه لا يجزىء اللبن مع وجود الأقط؛ لأنه يصلح للادخار واللبن لا يصلح له، ففرض الخلاف في حالة وجود الأقط يدل على ما ذكرناه.

أما الثاني: فلأن صاحب «التهذيب» حكى في الذين قوتهم اللبن أن في إخراجهم اللبن وجهين على قولنا يجوزُ إخراج الأقط، واتفقوا على أن إخراج المخيض والمصل والسمن لا يجزىء؛ لأن الاقتيات إنما يحصل عند اجتماع جزئي اللبن، وهذه الأشياء لا تصلح للاقتيات، حتى لو كان الجبن منزوع الزبد لم يكن مجزئاً أيضاً.

ثم في الفصل مسألتان:

إحدهما: لا يجزىء المسوس والمعيب<sup>(١)</sup> من هذه الأجناس كما لا يجزىء المعيب في سائر الزكوات وإذا جوزنا الأقط لم يجز إخراج المملح الذي أفسد كثرة الملح جوهزه؛ لأنه معيب وإن لم يفسد جوهره لكن كان المملح ظاهراً عليه فالمملح غير محسوب، والشرط أن يخرج قدر ما يكون محض الأقط منه صاعاً.

ويجزىء الحب القديم وإن قلت قيمته بسبب القدم إذا لم يتغير طعمه ولونه.

الثانية: لا يجزىء الدقيق ولا السويق<sup>(٢)</sup> ولا الخبز؛ لأن النص ورد بالحب وأنه يصلح لما لا يصلح له هذه الأشياء، فوجب اتباع مورد النص، ولهذا منعنا إخراج القيمة. وقال الأنماطي<sup>(٣)</sup>: يجزىء الدقيق.

قال ابن عبدان: ويقتضي قوله إجزاء السويق، وقياسه تجويز الخبز أيضاً، قال: وهذا هو الصحيح؛ لأن المقصود إشباع المساكين في هذا اليوم.

لتكلم فيما يتعلق بلفظ الكتاب خاصة.

قوله: (والقوت كل ما يجب فيه العشر) ليس المراد منه أن القوت هذا على الإطلاق؛ فإن لفظ القوت يقع على غيره، ألا ترى أن الشافعي - رضي الله عنه - سمي

(١) محل المنع إذا وجد غيره فإن لم يمكن له غيره وهو يقتتانه أجزاء. نقله في الخادم عن القاضي الحسين.

(٢) قال الحافظ في التلخيص: فأما الدقيق والسويق فقد ورد بهما الخبر عند ابن أبي خزيمة ولكن قال ابن أبي حاتم سألت أبي عن هذا، يعني هذا الخبر، فقال منكر لأن ابن سيرين لم يسمع من ابن عباس في قول الأكثر.

(٣) وغلط الأصحاب الأنماطي في هذا وقالوا: وذكر الدقيق في الحديث ليس بصحيح قال أبو داود صاحب السنن: ذكر الدقيق وهم من ابن عيينة. وروى أبو داود أن ابن عيينة أنكروا عليه ذكر الدقيق فتركه. قال: وقد روي جوازه عن ابن سيرين عن ابن عباس منقطعاً موقوفاً على طريق التوهم. قال: وليس بثابت. قال: وروي من أوجه ضعيفة لا تساوي ذكرها.

الْقَتُّ قَوْتاً وَإِنْ لَمْ يَجِبْ فِيهِ الْعَشْرُ، وَإِنَّمَا الْمُرَادُ مِنْهُ أَنْ لَفْظُ الْقَوْتِ إِذَا اسْتَعْمَلْنَاهُ فِي هَذَا الْبَابِ عَيْنِيَا بِهِ مَا يَجِبُ فِيهِ الْعَشْرُ، ثُمَّ نَظِمَ الْكِتَابَ يَقْتَضِي حَضْرَ الْإِجْزَاءِ فِيمَا يَجِبُ فِي الْعَشْرِ؛ لِأَنَّهُ قَالَ: «الْوَاجِبُ صَاعٌ مِمَّا يَقْتَاتُ»، ثُمَّ قَالَ: «وَالْقَوْتُ مَا يَجِبُ فِيهِ الْعَشْرُ»، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ الْحَضْرُ إِذَا لَمْ يَحْكَمْ بِأَجْزَاءِ الْأَقْطِ، وَهُوَ الْأَظْهَرُ عِنْدَ الْإِمَامِ، فَلَعَلَّ حُجَّةَ الْإِسْلَامِ - رَحِمَهُ اللَّهُ - نَجَا نَحْوَهُ، لَكِنْ صَغُرَ الْأَكْثَرِينَ إِلَى إِجْزَائِهِ كَمَا بَيَّنَّاهُ.

وقوله: (في الأقط قولان) مُعَلِّمٌ بِالْوَاوِ لِلطَّرِيقَةِ الْمَعْرِزَةِ إِلَى أَبِي إِسْحَاقَ.

وقوله: (للتردد في صحة حديث ورد فيه) أراد فيه ما ذكره الإمام أنه روى في بعض الرويات «أَوْ صَاعاً مِنْ أَقْطٍ» وليست هذه الرواية على الحد المرتضى عند الشافعي - رضي الله عنه - وليست على حَدِّ التزيف عنده فتردد لذلك قوله.

وقوله: (فإن صح فاللبن والجبن في معناه) أي: في ثبوت حكم الإجزاء وإلا فمطلق كونه في معناه غير مشروط بالصُّحَّة؛ بل إن صح فيشتركان في الإجزاء وإن لم يصح ففي عدم الإجزاء ثم هو مُعَلِّمٌ بِالْوَاوِ لِمَا سَبَقَ.

وقوله: (ولا الدقيق) بالحاء والألف، وكذا قوله: (أنه بدل) فإن عندهما هو مجزئ، وهو أصل وأشار بقوله: (فإنه بدل) إلى أن الأبدال غير مجزئه في الزكاة على أصلنا، وهذا من جملةتها؛ لأنه غير المنصوص عليه.

وقوله: (وقيل: إنه أصل) هو الذي حكيناه عن الْأَنْمَاطِيّ، ونقل الإمام الخلاف في الدقيق، قولين عن رواية العراقيين، وذكر أنه مأخوذ من الأقط المضاف إلى اللبن.

قال الغزالي: ثُمَّ يَتَمَعَّنُ مِنَ الْأَقْوَاتِ الْقَوْتُ الْغَالِبُ يَوْمَ الْفِطْرِ فِي قَوْلٍ، وَجِنْسُ قَوْتِهِ عَلَى الْخُصُوصِ فِي قَوْلٍ، وَقِيلَ: يَتَخَيَّرُ فِي الْأَقْوَاتِ، وَإِذَا تَعَيَّنَ فَلَوْ أُبْدِلَ بِالْأَشْرَفِ، جَازَ كإِبْدَالِ الشَّعِيرِ بِالْبُرِّ، وَلَوْ كَانَ اللَّائِقُ بِحَالِهِ الشَّعِيرُ فَأَكَلَ الْبُرُّ أَوْ بِالْعَكْسِ جَازَ أَخْذُ مَا يَلِيْقُ بِحَالِهِ، وَلَوْ اخْتَلَفَ قَوْتُ مَالِكِي عَبْدٍ وَاحِدٍ لَمْ يَكُنْ بِاخْتِلَافِ الشُّوعَيْنِ بَأْسَ، وَقِيلَ: يَجِبُ عَلَى صَاحِبِ الْأَرْدِ مُوَافَقَةَ صَاحِبِ الْأَشْرَفِ حَدْرًا مِنَ الشُّوعِ.

قال الرافعي: هل يتخير مخرج الفطرة بين الأجناس المجزئة؟

قال العراقيون والشيخ أبو علي: فيه وجهان:

وقال المسعودي وطائفة: قولان:

أحدهما: أنه يتخير؛ لظاهر قوله في الخبر: «صَاعاً مِنْ تَمْرٍ أَوْ صَاعاً مِنْ شَعِيرٍ»<sup>(١)</sup>

وبهذا قال أبو حنيفة - رحمه الله -، وهو الأصح عند القاضي الطبري فيما حكى القاضي الزوياني. وأصحهما: عند الجمهور: أنه لا يتخير، وكلمة (أو) محمولة على بيان الأنواع، كما في قوله تعالى: ﴿أَنْ يُقْتَلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ﴾<sup>(١)</sup> فإنه ليس للتخير، وإنما هو لبيان أنواع العقوبة المختلفة بحسب اختلاف الجريمة، وعلى هذا فوجهان:

أصحهما - وبه قال ابن سريج وأبو إسحاق -: أن المعتبر غالب قوت البلد، فإن كان بالحجاز أخرج التمر، وإن كان ببلاد العراق، أو خراسان فالحنطة، وإن كان بطبرستان أو جيلان فالأرز، ووجهه قوله ﷺ: «أَغْنُوهُمْ عَنِ الطَّلَبِ فِي هَذَا الْيَوْمِ»<sup>(٢)</sup> ولو صرف إليه غير القوت الغالب لما كان مغني عن الطلب، فإن الظاهر أنه يطلب القوت الغالب في البلد، وبهذا قال مالك.

والوجه الثاني: وبه قال أبو عبيد بن خزيمه: أن المعتبر قوته على الخصوص، كما أن في الزكاة يعتبر نوع ماله لا الغالب. قال ابن عبدان: وهذا هو الصحيح عندي.

ويتعلق بهذا الاختلاف فروع: أحدها: إذا تعين جنس إما لكونه غالب قوت البلد، أو لكونه غالب قوته، فليس المراد منه أنه لا يجوز العدول عنه بحال، بل المراد أنه لا يجوز العدول عنه إلى ما هو أدنى منه، أما لو عدل إلى الأعلى فهو جائز بالاتفاق. فإن قيل: إذا عينا جنساً فهلاً امتنع العدول إلى غيره، وإن كان أعلا: كما أن الفضة إذا تعينت في الزكاة امتنع العدول إلى الذهب، وكذلك يمتنع العدول من الغنم إلى الإبل، فيجوز أن يقال في الجواب: الزكوات المألئة متعلقة بالمال فأمر بأنه واسى الفقير مما وساه الله تعالى، والفطرة زكاة البدن فوقع النظر فيها إلى ما هو غذاء البدن، وبه قوامه والأقوات مشاركة في هذا الغرض، وتعيين شيء منها رفق وترفيه، فإذا عدل إلى الأعلى كان في غرض هذه الزكاة كما لو أخرج كرائم ماشيته.

وفيما يعتبر به الأدنى ولأعلى؟ وجهان:

أحدهما: أن النظر إلى القيمة [لأن]<sup>(٣)</sup> ما كان أكثر قيمة، كان أوفق بالمساكين وأشق على المالك، وبهذا قال أحمد فيما حكاه القاضي الزوياني.

وأظهرهما: أن النظر إلى زيادة صلاحية الاقتيات فعلى الأول يختلف الحال باختلاف البلاد والأوقات إلا أن يعتبر زيادة القيمة في الأكثر، وعلى الثاني البر خير من التمر والأرز، ورجح في «التهذيب» الشيعير أيضاً على التمر، وعن الشيخ أبي محمد -

(١) سورة المائدة، الآية ٣٣.

(٢) في ط لأنه.

(٣) تقدم.

رحمه الله :- أن التمر خير منه، وله في الزبيب والشعير، وفي التمر، والزبيب تردد.

قال الإمام والأشبه تقديم التمر على الزبيب.

**الثاني:** إذا قلنا إن المعبر قوت كل شخص بنفسه وكان يليق بحاله البر وهو يقتات الشعير بخلاً لزمه البر.

ولو كان يليق بحاله الشعير لكنه كان يتنعم باقتيات البر، فهل يجزئه الشعير؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ نظراً إلى عاداته.

وأصحهما: نعم؛ نظراً إلى اللائق بأمثاله، ويشبه أن يرجع هذا الخلاف إلى اختلاف عبارتين للأصحاب في حكاية وجه ابن خزويه، فحكى بعضهم أن المعبر قوت الشخص في نفسه. وحكى آخرون أن المعبر القوت اللائق بأمثاله، فعلى الثانية يجزىء الشعير، وعلى الأولى لا يجزىء. والثانية: هي التي أوردها الصيدلاني وجمع صاحب «التهديب» بينهما ورجح الثانية. الثالث: قد يخرج الواحد الفطرة عن شخصين من جنسين فيجزئه كما إذا أخرج عن أحد عبدي أو قريبي من غلب قوت البلد، إن اعتبرناه أو من غالب قوته إن اعتبرناه، وعن الآخر من جنس أعلى منه، وكذا لو ملك نصفين من عبدين فأخرج نصف صاع عن أحد النصفين من الواجب، ونصفاً عن الثاني من جنس أعلى منه، وإذا خبرنا بين الأجناس فله إخراجهما من جنسين بكل حال.

ولا يجوز أن يخرج الواحد عن الواحد الفطرة من جنسين وإن كان أحدهما أعلى من الواجب كما إذا وجب الشعير فأخرج نصف صاع منه ونصفاً من الحنطة، ورأيت لبعض المتأخرين تجويزه، وبه قال أبو حنيفة وأحمد.

لنا: ظاهر الحديث: «فَرَضَ النَّبِيُّ ﷺ صَاعاً مِنْ شَعِيرٍ أَوْ صَاعاً مِنْ تَمْرٍ»<sup>(١)</sup> وإذا بعض لم يخرج صاعاً من تمر، ولا صاعاً من شعير، وأيضاً فإنها واجب واحد فلا يجوز تبغيضه، كما لا يجوز في كفارة اليمين أن يُطعمَ خمسة، ويكسو خمسة.

ولو ملك رجلان عبداً فإن خيرنا بين الأجناس أخرجنا ما شاء بشرط اتحاد الجنس، وإن أوجبنا غالب قوت البلد وكانا في بلد واحد أخرجنا من ذلك بحسب الملك صاعاً منه، هكذا أطلقوه، وهو محمول على ما إذا كان العبد عندنا أيضاً؛ لأنه إذا كان غائباً وجب النظر في أن الفطرة تجب على السيد ابتداء أم هو متحمل لما سنويه عن الشيخ أبي علي، ولأن صاحب «المهذب» حكى أنه لو كان له عبد غائب، وقوت

بلده يخالف قوت بلد العبد فالواجب قوت بلده أو قوت بلد العبد، يخرج على الأصل المذكور، وإن كان السَّيِّدَانِ في بلدين مختلفي القوت، اعتبرنا قوت الشَّخْصِ بنفسه واختلف قوتهما ففيه وجهان:

أظهرهما - وبه قال أبو إسحاق وابن الحداد -: أنه يجوز أن يخرج كل واحد منهما قدر ما ما يلزمه من قوته أو قوت بلده؛ لأنهما إذا أخرجنا هذا أخرج كُلَّ واحد منهما جميع ما لزمه من جنس واحد، وشبه ذلك بما إذا قتل ثلاثة من المُخْرَمِينَ ظبية، فذبح أحدهم ثلث شاة وأطعم الثاني بقيمة ثلث شاة وصام الثالث عدل ذلك يجزئهم.

والثاني - وبه قال ابن سريج -: لا يجوز ذلك؛ لأن المخرج عنه واحد فلا يتبعض واجبه على هذا فوجهان:

أحدهما: وهو الذي أورده الإمام والمصنف -: أن على صاحب الإرداء موافقة صاحب الإشراف احترازاً من التفريق، ومحافظة على جانب المساكين.

والثاني: أن صاحب الإشراف ينزل ويوافق صاحب الإرداء دفعاً للضرر عنه، وهذا حَكَاهُ الْقَاضِي الرَّوْيَانِيُّ وغيره، عن ابن سريج. قال الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ: الوجهان عندي في الأَصْلِ مُخْرَجَانِ عَلَى أَنْ فِطْرَةَ الْعَبْدِ تَجِبُ عَلَى السَّيِّدِ ابتداءً أو هو متحمل؟

إن قلنا بالأول جاز التبعض، وإن قلنا بالثاني فلا؛ لأن العبد واحد لا يلزمه الفِطْرَةُ من جنسين، والشَّيْءُ لا يتحمل ضَمَاناً إلا كما وجب.

ذكر الشَّيْخُ هَذَا فيما إذا اعتبرنا قوت الشَّخْصِ في نفسه، واختلف قوتها ولقائس أن يخرج الوجهين فيما إذا اعتبرنا قوت البلد وكانا مختلفي القوت على هذا الأصل أيضاً، ثم إن كان العبد في بلدٍ أَحَدِهِمَا فعلى التقدير الثاني يلزمهما صاعٌ من قوت ذلك البلد وإن كانا في بلدٍ ثالثٍ يلزمهما صاعٌ من قوت ذلك البلد الثالث، وهذا وجه قد رواه صاحب «الشامل» وآخرون مُرْسَلًا، قالوا: يخرجان صاعاً من قوت بَلَدِ الْعَبْدِ ولو كان الأب في نفقة ولدين فالقول في إخراجهما الفِطْرَةَ عنه كالقول في السَّيِّدِينَ، وكذا من نَصَفَهُ حرٍ وَنَصَفَهُ رقيقاً إذا أوجبنا عليه نصف الفِطْرَةَ على التَّفْصِيلِ الَّذِي سبق فيه، فعند ابن الحَدَّادِ يُجُوزُ أَنْ يُخْرَجَا مِنْ جنسين، وعند ابن سريج: لا يجوز.

الرابع: إن أوجبنا غالب قوت البلد، وكانوا يقتاتون أصنافاً مختلفة وليس بعضها أغلب من بعض فله أن يخرج ما شاء، والأفضل أن يخرج من الأشرف.

ونعود بعد هذا إلى ما يتعلق بلفظ الكتاب:

أما قوله: (ثم يتعين من الأقوات القوت الغالب) معلم بالحاء.

وقوله: (وجنس قوته) بالحاء والميم. وقوله: (يتخير) بالميم؛ لما روينا.

ويجوز إعلامها جميعاً بالألف، وكذا إعلام قوله قبل هذا الفصل: (مما يقتات) لأن ابن الصَّبَاغ روى عن أحمد أنه لا يجوز أن يخرج إلا من الأجناس الخمسة المنصوص عليها أي: في حديث أبي سَعِيد.

وقوله: (القوت الغالب يوم الفطر) التقييد بـ(يوم الفطر) لم أظفر له في كلام غيره، وبين لفظه هاهنا، ولفظه في «الوسيط» بعض المباينة؛ لأنه قال فيه: (المعتبر: غالب قوت البلد، في وقت وجوب الفطرة لا في جميع السنة).

وقوله: (وجنس قوته على الخصوص) ظاهره يشعر بالعبارة الأولى من العبارتين الحَاكِيتَيْن لوجوه ابن حَزَبَوَيْهِ، وتسمية الأول والثاني قولين لا تكاد توجد لغيره، وإنما حَكَاهُمَا الْجُمْهُور وَجْهَيْنِ:

وأما قوله: (وقيل: يتخير) فممنهم من حكاه قولاً على ما سبق.

وقوله: (ولو كان اللائق بحالة الشعير) يفرع على اعتبار قوت الشخص دون اعتبار القوت الغالب وإن كان معطوفاً على ما يتفرع عليهما جميعاً.

وقوله: (أخذ ما يليق بحاله) يجوز إعلامه بالوَاوِ لأن أحد الوجهين في الصورة الأولى أنه يتعين إخراج البر.

وقوله: (ولو اختلف قوت مالكي عبد) تفرغ للمسألة على اعتبار قوت الشخص، وهو صحيح، لكنها لا تختص، بل تتفرع على أن المعتبر غالب قوت البلد أيضاً على الوجه الذي تقدّم، وإطلاق النوع في المسألة تَوْسُعٌ والمراد الجنس.

خاتمة: في باب الفطرة مسائل ذات وقع منصوص عليها في «المختصر» أهملها المصنف، ونحن لم نُؤثِر الإِعْرَاضَ عَنْهَا:

إحداها: إذا باع عبداً بشرط الخيار فوقع وقت الوجوب في زَمَانِ الخِيَارِ، إن قلنا: الملك في زَمَانِ الخِيَارِ للبائع فعليه فِطْرَتُهُ وإن أمضى البيع.

وإن قلنا: إنه للمشتري فعليه فطرته وإن فسخ البيع، وإن توقفنا فإن تم البيع فعلى المشتري، وإلا فعلى البائع. وإن تبايعا ووقع وقت الوجوب في مجلس الخيار، كان كما لو وقع في زمان الخيار المشروط.

الثانية: لو مات عن رقيق ثم أهلك شِوَالاً، فإن لم يكن عليه دينٌ أخرج ورثته الفِطْرَةَ عن الرقيق، كُلُّ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ، وإن كان عَلَيْهِ دَيْنٌ يَسْتَغْرِقُ التَّرِكَةَ، فالذي نقله المزني أن عليهم الفطرة من غير فرق بين أن يُبَاعَ فِي الدِّينِ أو لَا يُبَاعَ.

وعن الربيع عن الشافعي - رضي الله عنه - أن عليهم إخراج الفِطْرَةَ إن بقي الرقيق لهم فجعلوا المسألة على قولين إذا بِيَعَ فِي الدِّينِ.



وَجَهُ الوجوب أنه ملكهم إلا أنه غير مستقر، وذلك لا يمنع وجوب الفِطْرَة فَإِنَّهَا تجب مع انتفاء الملك أصلاً وَرَأْساً فأولى أن تجب مع ضَعْفِ الْمَلِكِ .

ووجه المنع أن إيجاب الفِطْرَة مع نقصان الملك وكونه بعرض الزوال إخفاف بهم، وبنى الأكثرون المسألة أولاً على أصل، وهو أن الدَّيْن هل يمنع انتفاء الملك في التركة إلى الورثة؟ فظاهر المذهب، وهو نضه هاهنا أنه لا يمنع؛ لأنه ليس فيه أَكْثَرُ مِنْ تعلق الدَّيْنِ بِهِ، وذلك لا يمنع الملك كما في المَرْهُونِ والعَبْدِ الْجَانِي، وقال الإصطخري يمنع، وربما جَعَلَ هَذَا قولاً ضَعِيفاً لِلشَّافِعِيِّ - رضي الله عنه - ووجهه أن الله تعالى جَدَّمَ الدَّيْنَ عَلَى الْمِيرَاثِ حيث قال: «مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوَصَّى بِهَا أَوْ دَيْنٍ»<sup>(١)</sup>. فإن قلنا بالأول فعليهم فِطْرَتُهُ يَبِيعُ فِي الدَّيْنِ أَوْ لَمْ يَبِيعْ، وفهمت من كلام الإمام أنه يجيء فيه الخلاف المذكور في المَرْهُونِ والمَعْصُوبِ، وإن قلنا بالثاني، فإن يَبِيعُ فِي الدَّيْنِ فلا شَيْءٍ عَلَيْهِ، وإلا فَعَلَيْنَهُمُ الفِطْرَة وفي «الشامل» حكاية وجه مطلق أنه لا شيء عليهم، ويشبه أن يكون مأخذهما ما حكاه الإمام أن أكثر المفرعين على المَذْهَبِ المنسوب إلى الإصطخري يقولون بالتوقف، إن صُرِفَ الْعَبْدُ إِلَى الدَّيْنِ بَانَ أَنَّهُمْ لَمْ يَمْلِكُوهَا، وإن أBRأ أصحاب الديون أو قضاها الورثة من غير التركة بَانَ أَنَّهُمْ مَلَكُوهَا، وأن بعضهم قال بثبوت الملك للورثة عند زوال الديون ابتداء من غير إسناد وتبين.

وعن القاضي أبي الطيب: أن فطرته تجب في تركة السيد على أحد القولين كالعبد الموصى بخدمته.

هذا إذا مات السيد قبل استهلال الهلال، وإن مات بعده ففطرة العبد واجبة عليه كفطرة نفسه، وتقدم على الوصايا والميراث، وفي تقديمها على الديون طريقتان: أظهرهما: أنه على ثلاثة أقوال على ما قَدَّمْنَاها فِي زَكَاةِ الْمَالِ .

والثاني: القطع بتقديم الفطرة؛ لأنها متعلقة بالعبد واجبة بسببه فصار كآرش جنائته. وأما فطرة نفسه فهي على الأقوال، وحكى القاضي الرَوْيَانِيُّ طريقة أخرى قاطعة بتقديم فطرة نفسه أيضاً لقلتها في الغالب، وسواء أثبتنا الخلاف أم لا، فالمنصوص عليه في «المختصر» تقديم الفِطْرَة عَلَى الدَّيْنِ، وذلك أنه قال ولو مات بعد ما أهل شوال، وله رقيق فزكاة الفطر عنه وعنهم في ماله مبداة على الديون ولك أن تحتج بهذا النص على خلاف ما قاله الإمام، وتابعه المصنف؛ لأن سياقه يفهم أن المراد ما إذا طرأت الفطرة على الدَّيْنِ الرَّاجِبِ، وإذا كان كَذَلِكَ لم يكن الدَّيْنُ مَانِعاً مِنْهَا، وبتقدير ألا يكون هو المراد لكن اللفظ مطلق يَشْمَلُ ما إذا طرأت الفِطْرَة عَلَى الدَّيْنِ، وبالعكس، فافتضى ذلك ألا يكون الدَّيْنُ مَانِعاً.

(١) سورة النساء، الآية ١٢.

الثالثة: أوصى لإنسان بعبد ومات الموصي بعد مضي وقت الوجوب فالفطرة في تَرْكْتِهِ، وإن مات قَبْلَهُ وَقَبِلَ الموصى لَهُ الوصية قَبْلَ الهلالِ فالفطرة عليه، وإن لم يقبل حتى دَخَلَ وقت الوجوب فعلى من الفطرة؟ يبني على أن الموصي له متى يملك الوصية؟ إن قلنا: يملكها بموت الموصي، فإن قَبِلَ فعليه الفِطْرَةُ بِلاَ شك، وإن رد فيه وجهان حكاهما الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ.

أصحهما: الوجوب؛ لأنه كان مَالِكًا لِلْعَبْدِ إِلَى أن رَدَّ.

والثاني: لا؛ لعدم استقرار ملكه؛ وإن قلنا: إنها تُمَلِّكُ بالقبول، فيبنى على أن المَلِكُ قَبْلَ القبولِ لمن يكون؟ وفيه وجهان:

أصحهما: أنه للورثة، فعلى هَذَا تَقِي الفِطْرَةَ وجهان:

أصحهما: أنها عليهم.

والثاني: لا؛ لأننا تَبَيَّنَّا بالقبول أن ملكهم لم يستقر عليه.

والوجه الثاني: أنه باقٍ على مِلْكِ المَيِّتِ، فعلى هذا لا تَجِبُ فِطْرَتُهُ على أحد؛ لأن إيجابها عَلَى المَيِّتِ ابتداءً بَعِيدٌ.

وعند مالك، وفي «التهديب» حكاية وجه آخر أنها تجب في تركته، وإن قلنا: بالتوقف فإن قبل فلعليه الفِطْرَةُ، وإلا فعلى الورثة؟ هذا كله إِذَا قَبِلَ الموصى لَهُ ولو مات قَبْلَ القَبُولِ وبعد وقت الوجوب فقبول وارثه يَقُومُ مَقَامَ قَبُولِهِ، والمَلِكُ يقع له، فحيث أوجبنا عليه الفِطْرَةَ لو قبلها بنفسه فهي في تركته إذا قبل وارثه، فإن لم يكن له سوى العبد تركته ففي بيع جزء منه للفِطْرَةَ ما سبق، ولو مات بعد وقت الوجوب أو معه فالصدقة على الورثة إِذَا قَبِلُوا؛ لأن وقت الوجوب كان في مِلْكِ الوَرَثَةِ - والله أعلم -.

واعلم أن حجة الإسلام - رحمه الله - وإن أهمل هذه المسألة الثالثة في هذا الموضوع إلا أنه أشار إليها إشارة خفيفة في آخر الباب الأول من «كِتَابِ الوَصَايَا» وَفِيهَا على الاختصار ما أتيت به<sup>(١)</sup> - والله أعلم -.

(١) قال النووي: قال الجرجاني في «المعاينة»: ليس عبد مسلم لا يجب إخراج الفطرة، إلا ثلاثة: أحدهم: المكاتب.

والثاني: إذا مَلِكُ عبده عبداً، وقلنا: يملك، لا فطرة على المولى الأصلي، لزوال ملكه، ولا على العبد المملك، لضعف ملكه.

والثالث: عبد مسلم لكافر إذا قلنا: تجب على المؤدي ابتداءً ويجيء رابع على قول الأصطخري وغيره، فيما إذا مات قبيل هلال شوال وعليه دين، وله عبد، كما سبق. ولو أخرج الأب من ماله فطرة ولده والصغير الغني، جاز كالأجنبي إذا أذن، بخلاف الابن الكبير،

## كِتَابُ الصِّيَامِ

قال الغزالي: وَالنَّظْرُ فِي الصَّوْمِ وَالْفِطْرِ (أَمَّا الصَّوْمُ) فَالنَّظْرُ فِي سَبِيهِ وَرُكْنِهِ وَشَرْطِهِ وَسُنَّتِهِ (أَمَّا السَّبَبُ) فَرُؤْيَةُ الْهَلَالِ وَيَثْبُتُ بِشَهَادَةِ عَدَلَيْنِ وَإِنْ كَانَتْ السَّمَاءُ مُضْحِيَةً وَيَثْبُتُ بِشَهَادَةِ وَاحِدٍ عَلَى قَوْلٍ اخْتِيَاظًا لِلْعِبَادَةِ بِخِلَافِ هَلَالِ شَوَالٍ، وَيَثْبُتُ بِمَنْ تُقْبَلُ رِوَايَتُهُ عَلَى قَوْلٍ سَلُوكًا بِهِ مَسَلِكَ الْأَخْبَارِ، فَإِنْ صُمْنَا بِقَوْلِ وَاحِدٍ وَلَمْ نَرَ هَلَالَ شَوَالٍ بَعْدَ ثَلَاثِينَ لَمْ نُنْفِطِرْ بِقَوْلِهِ السَّابِقِ، وَقِيلَ: نُنْفِطِرُ لِأَنَّ الْأَخِيرَ يَثْبُتُ ضِمْنَا لِثُبُوتِ الْأَوَّلِ لَا قَضَاءً بِالشَّهَادَةِ عَلَيْهِ.

قال الرافعي: قال الله تَعَالَى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ﴾<sup>(١)</sup> الآيات، وقال رسول الله ﷺ: «بَنِي الْإِسْلَامَ عَلَى خَمْسٍ»<sup>(٢)</sup> الحديث، وذكر للأعرابي الذي سأله عن الإسلام: «صَوْمَ شَهْرِ رَمَضَانَ فَقَالَ: هَلْ عَلَيَّ غَيْرُهُ؟ فَقَالَ: لَا، إِلَّا أَنْ تَطَوَّعَ»<sup>(٣)</sup>.

وقوله: في صدر الكتاب: (والنظر في الصوم والفتور) لم يعن به مطلق الصوم والفتور، وإنما عني به صَوْمَ رَمَضَانَ، والفتور الواقع فيه، ألا ترى أنه قال في آخر الكتاب: (أما صَوْمُ التَطَوُّعِ فكذا) أشار إلى أن ما سبق كلام في الصوم المفروض، وأيضاً فإنه قال: (والنظر في سببه) ومعلوم أن المذكور سَبَبُ صَوْمِ رَمَضَانَ لا سبب مطلق صَوْمِ الْقَرْضِ وهو أعم منه، وهو الصوم.

وأيضاً فإن القسم الثاني معقود في مبيحات الإفطار وموجباته، وهي مخصوصة

---

ولو كان نصفه مكاتباً حيث يتصور ذلك في العبد المشترك، إذا جُوزنا كتابة بعضه باذن الشريك، وجب نصف صاع على مالك نصفه القن، ولا شيء في النصف المكاتب، ومثله عبد مشترك بين معسر وموسر، يجب على الموسر نصف صاع، ولا يجب غيره ينظر الروضة (١٦٨، ١٦٩).

(١) سورة البقرة، الآية ١٨٣.

(٢) أخرجه البخاري (٨، ٤٥١٥) ومسلم (١٦).

(٣) أخرجه البخاري (٤٦، ١٨٩١، ٢٦٧٨، ٦٩٥٦) ومسلم (١١).

بِصَوْمِ رَمَضَانَ، إِلَّا أَنْ مَعْظَمَ الْكَلَامِ الْمَذْكُورِ فِي نَظَرِي الرُّكْنَ، وَالشَّرْطُ لَا اخْتِصَاصَ لَهُ بِصَوْمِ رَمَضَانَ، وَكَانَ الْأَحْسَنُ فِي التَّرْتِيبِ أَنْ يَبِينَنَّ صِفَةَ الصَّوْمِ مُطْلَقًا ثُمَّ يَذْكَرُ رُكْنِيَهُ وَشُرُوطَهُ ثُمَّ يَتَكَلَّمُ فِيهَا بِإِخْتِصَاصٍ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ نَوْعِي الْفَرْضِ وَالنَّفْلِ.

وفقه الفصل: أن صوم رمضان يجب بأحد أمرين:

إما أستكمال شعبان ثلاثين، أو رؤية الهلال؛ لما روى عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ ذكر رمضان فقال: «لَا تَصُومُوا حَتَّى تَرَوْا الْهَيْلَالَ، وَلَا تَقْطُرُوا حَتَّى تَرَوْهُ، فَإِنْ غَمَّ عَلَيْكُمْ فَأَكْمِلُوا الْعِدَّةَ ثَلَاثِينَ»<sup>(١)</sup>.

أما أستكمال شعبان فظاهر.

وأما رؤية الهلال فالتاس ضربان: من رأى الهلال فيلزمه الصوم قال رسول الله ﷺ: «صُومُوا لِرُؤْيَيْهِ وَأَقْطُرُوا لِرُؤْيَيْهِ، فَإِنْ غَمَّ عَلَيْكُمْ فَأَكْمِلُوا شَعْبَانَ ثَلَاثِينَ يَوْمًا إِلَّا أَنْ يَشْهَدَ شَاهِدَانِ»<sup>(٢)</sup> ولأنه لا يحكم في هلال شوال إلا بقول عدلين فكذلك في هلال رمضان. وأصحهما - وهو الذي نص عليه في أكثر كتبه، وبه قال أحمد في الرواية الصحيحة عنه -: أنها تثبت؛ لما روى عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أن أعرابياً جاء إلى النبي ﷺ فقال: «إِنِّي رَأَيْتُ الْهَيْلَالَ فَقَالَ أَتَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ، فَقَالَ: نَعَمْ، فَقَالَ: أَتَشْهَدُ أَنْ مُحَمَّدًا رَسُولُ اللَّهِ، قَالَ: نَعَمْ قَالَ: فَأَذِّنْ فِي النَّاسِ يَا بِلَالُ فَلْيَصُومُوا غَدًا»<sup>(٤)</sup>. وعن ابن عمر - رضي الله عنهما - قال: «تَرَاءَى النَّاسُ الْهَيْلَالَ، فَأَخْبَرَتْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَنِّي رَأَيْتُهُ فَصَامَ، وَأَمَرَ النَّاسَ بِالصِّيَامِ»<sup>(٥)</sup>. والمعنى فيه الاحتياط لأمر الصوم، قال علي - رضي الله عنه -: «لأن أصوم يوماً من شعبان أحب إلي من أن أفطر يوماً من

(١) أخرجه البخاري (١٩٠٠، ١٩٠٦، ١٩٠٧) ومسلم (١٠٨١).

(٢) وهو طرف من حديث ابن عمر السابق.

(٣) أخرجه النسائي (١٣٢/٤ - ١٣٣) هكذا: وأما البخاري فرواه بلفظ: «فأكملوا عدة شعبان ثلاثين» (١٩٠٩) من حديث أبي هريرة.

(٤) أخرجه أبو داود (٢٣٤٠، ٢٣٤١) والترمذي (٦٩١) والنسائي (١٣٢/٤) وابن ماجه (١٦٥٢) والدارقطني (١٥٧/٢ - ١٥٩) وابن حبان، ذكره الهيثمي في الموارد (٨٧٠) والحاكم في المستدرک (٤٢٤/١) والبيهقي في السنن الكبرى (٢١١/٤، ٢١٢).

(٥) أخرجه أبو داود (٢٣٤٢) والدارقطني (١٥٦/٢) وابن حبان ذكره الهيثمي في الموارد (٨٧١) والحاكم (٤٢٣/١) وقال صحيح على شرط مسلم.

رَمَضان»<sup>(١)</sup>. ونقل الشيخ أبو مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِي إِسْحَاقَ طَرِيقَةً قَاطِعَةً بِقَبُولِ قَوْلِ الْوَاحِدِ،  
والمشهور طريقة القولين:

التفريع: إن قلنا: لا بد من اثنين فلا مدخل لِشَهَادَةِ النِّسَاءِ فِيهِ، وَلَا أَعْتَابَ بِقَوْلِ  
العبيد، وَلَا بَدَّ مِنْ لَفْظِ الشَّهَادَةِ، وَتَخْتَصُّ بِمَجْلِسِ الْقَضَاءِ، لَكِنَّهَا شَهَادَةٌ حَسْبِهَا<sup>(٢)</sup> لَا  
أَرْتِبَاطَ لَهَا بِالِدُّعَاوِيِّ، كَذَلِكَ حَكَاَهُ الْإِمَامُ. وَإِنْ قَبَلْنَا قَوْلَ وَاحِدٍ فَهَلْ هُوَ عَلَى طَرِيقِ  
الشَّهَادَةِ أَمْ عَلَى طَرِيقِ الرَّوَايَةِ<sup>(٣)</sup>؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

(١) أخرجه البيهقي (٢١٢/٤).

(٢) الحسبة، هي أمر المعروف، إذا طهر تركه، ونهى عن المنكر إذا ظهر فعله، وهذا وإن صح من  
كل مسلم، فالفرق بين المحتسب والمتطوع من تسعة أوجه:  
أحدها: أن فرضه متعين على المحتسب بحكم الولاية، وفرضه على غيره داخل في فرض  
الكفاية.

الثاني: أن قيام المحتسب به من حقوق تصرفه الذي لا يجوز أن يتشاغل عنه بغيره، وقيام  
المتطوع به من النوافل الذي يجوز التشاغل عنه لغيره.

الثالث: أنه منصوب للاستعداد إليه فيما يجب، وليس المتطوع منصوباً للاستعداد.

الرابع: أن على المحتسب إجابة من استعدى به، وليس على المتطوع إجابته.

الخامس: أن عليه أن يبحث عن المنكرات الظاهرة، ليصل إلى إنكارها، ويفحص عما بترك  
من المعروف الظاهر؛ ليأمر بإقامته، وليس على غيره من المتطوعة بحث ولا فخص.

السادس: أن له أن يتخذ على الإنكار أعواناً؛ لأنه عمل هو له منصوب؛ وإليه مندوب، ليكون  
له أقر، وعليه أقد، وليس لمتطوع أن يندب لذلك أعواناً.

السابع: له أن يعزز على المنكرات الظاهرة، ولا يتجاوزها إلى الحدود، وليس للمتطوع أن  
يعزز على منكر.

الثامن: أن له أن يرتزق من بيت المال على حسبه، ولا يجوز لمتطوع أن يرتزق على إنكاره.

التاسع: أن له اجتهاد رأيه فيما تعلق بالعرف، دون الشرع، كالمقاعد في الأسواق وإخراج  
الأجنحة، فيقر وينكر من ذلك ما آداه اجتهاده إليه، وليس هذا للمتطوع، فيكون الفرق بين  
وإلى الحسبة، وإن كانت أمراً بالمعروف ونهياً عن المنكر، وبين غيره من المتطوعة، وإن جاز  
أن يأمر بالمعروف، وينهى عن المنكر من هذه الوجوه التسعة.

ومن شروط والي الحسبة: أن يكون خبيراً عدلاً، ذا رأى وصرامة وخشونة في الدين، وعلم  
بالممنكرات الظاهرة، وهل يفتقر إلى أن يكون عالماً من أهل الاجتهاد في أحكام الدين، ليجتهد  
رأيه؟ يحتمل أن يكون من أهله، ويحتمل ألا يكون ذلك شرطاً، إذا كان عارفاً بالممنكرات  
المتفق عليها. ينظر الأحكام السلطانية للفراء (٢٨٤ - ٢٨٥).

(٣) من الأمور المهمة تحرير الفرق بين الرواية والشهادة وقد خاض فيه المتأخرون، وغاية ما فرقوا به  
الاختلاف في بعض الأحكام كاشتراط العدد وغيره، وذلك لا يوجب تخالفاً في الحقيقة. قال  
القرافي: أتمت نحو ثمان سنين أطلب الفرق بينهما حتى ظفرت به في كلام المازري. فقال:  
الرواية هي الإخبار عن عام لا تراعى فيه إلى الحكام، وخلافه الشهادة وقال السيوطي في تدريب =

أصحهما: أنه شهادة إلا أن العَدَدُ سُويحَ بِهِ، والبيئات مختلفة المراتب.

والثاني - وبه قال أبو إسحاق -: أنه رواية، لأن الشهادة ما يكون الشاهد فيها بريئاً، وهذا خبر عما يستوي فيه المخبر وغير المُخْبِرِ، فأشبهه رواية الخبر عن النبي ﷺ. فعلى الأول لا يقبل فيه قَوْلُ المرأة والعَبْدِ، ويحكى ذلك عن نصه في «الأم»، وعلى الثاني يُقْبَلُ.

وهل يشترط لَفْظُ الشَّهَادَةِ<sup>(١)</sup>؟.

قال الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ وَعَظِيْرُهُ: هو على الوجهين، ومنهم من قدر أشراطه متفقاً عليه. وأحتج به الوجه الأول، وهل يقبل قول الصبي المميز الموثوق به على الوَجْهِ الثاني؟ قال الإمام فيه وجهان مبنيان على قبول رواية الصَّبِيَّانِ، وَجَزَمَ في «التهذيب» بعدم القبول مع حكاية الخلاف في روايته، وهو المشهور، وذكر الإمام وأبن الصَّبَاغِ تفریباً على الوَجْهِ الثَّانِي أنه إذا أخبره مؤثوقٌ بِهِ عن رؤية الهلال لزم أتباع قوله وإن لم يذكر بين يدي القاضي.

وقالت طائفة: يجب الصَّوْمُ بِذَلِكَ إذا اعتقد المخبر صادقاً، ولم يفرعه على شيء، ومن هؤلاء أَبْنُ عَبْدَانَ وَصَاحِبُ «التهذيب» وكذلك ذكره المصنف في «الإحياء» - والله أعلم.. وعلى القولين جميعاً لا يقبل قول الفاسق، لكن إن أعتبرنا العدد أعتبرنا العَدَاةَ البَاطِنَةَ، وهي التي يرجع فيها إلى أقوال المُرَكَّبِينَ.

= الراوي: وأما الأحكام التي يفترقان فيها فكثيرة لم أر من تعرض لجمعها، وأنا أذكر منها ما تيسر:

الأولى: العدد لا يشترط في الرواية بخلاف الشهادة.

الثاني: لا تشترط الذكورية فيها مطلقاً بخلاف الشهادة في بعض المواضع.

الثالث: لا تشترط الحرية فيها بخلاف الشهادة مطلقاً.

الرابع: لا يشترط فيها البلوغ في قول.

الخامس: تقبل شهادة المبتدع إلا الخطابية، ولو كان داعية. ولا تقبل رواية الداعية ولا غيره إن روى موافقة.

السادسة: تقبل شهادة التأنيس من الكذب دون روايته وغير ذلك من الفروق التي ذكرها السيوطي، فارجع إليها إن شئت. تدريب الراوي (١/٣٣١ - ٣٣٤) الفروق (٤/١).

(١) عبارة الروياني: وصفة الشهادة على الهلال أن يقول: رأيت في ناحية المغرب، ويذكر صغره وكبره وتدويره وتقديره، وأنه بحذاء الشمس أو في جانب مثلها، وأن ظهره إلى الجنوب أو الشمال، وأنه كان في السماء غيم أو لم يكن. وفائدة التنصيص على ذلك الاحتياط حتى إذا روي في الليلة الثانية ولم يكن بهذه الصفات بأن كذب الشاهد، لأن الهلال في الليلة الثانية لا يتحول عن صفاته التي طلع عليها بالأمس. قاله الخطيب في المغني (١/٤٢٣).

وإن لم نعتبر العدد، ففي اعتبار العدالة الباطنة وجهان جاريان في قبول رواية المَسْتَوْر. قال الإمام: وأطلق بعض المصنفين الاكتفاء بالعدالة الظاهرة، وهو بعيد.

نعم، قد نقول يأمر القاضي بالصوم بمظاهر العدالة كني لا يفوت الصوم ثم نبحت بعد ذلك، ولا فرق على القولين بين أن تكون السماء مصحية أو متغيمه<sup>(١)</sup>.

وعند أبي حنيفة: يثبت هلال رمضان في الغيم بواحد وفي الصحو يعتبر الاستفاضة والاشتهار، ويختلف ذلك باختلاف صغر البلدة وكبرها.

قال الروياني: وربما قالوا: يعتبر عدد «القسامة» خمسون رجلاً.

وإذا صمنا بقول واحد تفريعاً على أصح القولين ولم نر الهلال بعد ثلاثين فهل نفطر؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأننا لو أفطرنا لَكُنَّا مفطرين بقول واحد، والإفطار بقول واحد لا يجوز، ألا ترى أنه لو شهد على هلال شوال ابتداء لم نفطر بقوله:

والثاني: يفطر؛ لأن الشهر يتم بمضي ثلاثين، وقد ثبت أوله بقول الواحد، ويجوز أن يثبت الشيء ضمناً بما لا يثبت به أضلاً ومقصوداً، ألا ترى أن النسب والميراث لا يثبتان بشهادة النساء، ويثبتان ضمناً للولادة إذا شهدن عليها.

واعترض الإمام عليه، بأن قال النسب لا يثبت بقولهن، لكن إذا ثبتت الولادة ثبت النسب بحكم الفراش القائم، وهاننا بخلافه.

وللمحتج أن يقول: لا معنى للثبوت الضمني إلا هذا، وخذ مني مثله هاننا عندي لا نفطر بقوله، لكن إذا ثبت أول الشهر أنتهى بمعنى ثلاثين يوماً وجاء العيد ولا صوم يوم العيد. وما موضع الوجهين؟ نقل في «التهذيب» فيه طريقتين:

أحدهما: أن الوجهين فيما إذا كانت السماء مصحية، إما إذا كانت متغيمه فنفطر بلا خلاف، وهذا ما أورده صاحب «العدة»، وأوقفهما لكلام صاحب الكتاب، والأكثرين أن الوجهين شاملاً للحالتين، ثم إيراد الكتاب يقتضي ترجيح الوجه الأول، لكن المعظم رجحوا الثاني، وحكوه عن نصح في «الأم» وبه قال أبو حنيفة - رحمه الله - . ولو ضمناً بقول عدلين، ولم نر الهلال بعد ثلاثين فإن كانت السماء متغيمه أفطرنا وعيّدنا؛ وإن كانت مصحية فكذلك عند عامة الأصحاب، وحكاه في «الشامل» عن نصح في «الأم» وحرملة؛ لأن العدلين لو شهدا ابتداء على هلال شوال لقبنا شهادتهما وأفطرنا؛ فلأن نفطر بناء على ما أثبتناه بقولهما أولاً وأولى، وقال ابن الحداد: لا نفطر،

(١) في ب أحد .

وينسب إلى أبْنِ سُرَيْجٍ أيضاً، وبه قال مالك؛ لأننا إنما تتبع قولهما، بناء على الظنّ وقد تَيَقَّنَّا خِلَافَهُ، وقد عرفت بما ذكرنا أن في الصُّورَتَيْنِ وجهين إلا أن الإفطار في الثَّانِيَةِ أظهر منه في الأولى، وفرّع بعضهم على قول أبْنِ الحَدَّادِ فقال: لو شهد أثنان على هَلَاكِ شَوَالٍ، ثم لم ير الهلاكِ والسَّمَاءِ مصحية بعد ثلاثين قَضَيْنَا صَوْمَ أَوَّلِ يَوْمِ أَفْطَرْنَا فِيهِ؛ لأنه كان كَوْنُهُ لَأنه بَانَ كَوْنُهُ من رمضان، لكن لا كفارة على من جَامَعَ؛ لأن الكفارة تَسْقُطُ بِالشَّبْهَةِ، وعلى ظَاهِرِ المَذْهَبِ لَاقْضَاءِ وَلَا كَفَّارَةَ.

ويتعلّق بالقولين في اعتبار العَدَدِ مسألة أخرى، وهي: أن أَلْهَلَكَ هل يَثْبُتُ بِالشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ<sup>(١)</sup>؟ وقد حكى الشُّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ فِيهِ طَرِيقَيْنِ:

أحدهما: أنه على القَوْلَيْنِ في أن حدودَ اللّهِ تعالى هل تَثْبُتُ بِالشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ.

وأصْحُوهما: القَطْعُ بِشَبْوَتِهِ كَالزَّكَاةِ، وإِتْلَافِ بَوَارِي المَسْجِدِ، والخلاف في الحُدُودِ المَبْنِيَةِ على الدفع والدرء.

وعلى هذا فعدد الفُرُوعِ مَبْنِيٌّ على القول في الأصول إن أعتبرنا العَدَدَ في الأصولِ فحكم الفُرُوعِ هاهنا حكمهم في سائر الشَّهَادَاتِ<sup>(٢)</sup>، ولا مَدْخَلُ فِيهِ لِشَّهَادَةِ النِّسَاءِ والعَبِيدِ. وإن لم نعتبر العدد فإن قلنا: إن طريقه طريق الرواية فوجهان:

أحدهما: أنه يَكْفِي واحد كرواية الأخبار.

والثاني: لا بُدُّ من اثْنَيْنِ.

(١) إذا ثبت هذا ففي صفة التحمل المتفق عليها عندنا صور:

الصورة الأولى: أن يقول شاهد الأصل لشاهد الفرع أشهد على شهادتي، وعن شهادتي أني أشهد بكذا أو أعرف فلا يعينه واسمه ونسبه، واشهدني على نفسه لزيد بدرهم، وأنا أشهد عليه بذلك فاشهد على شهادتي وعن شهادتي أني أشهد عليه بذلك.

الصورة الثانية: أن يسمع رجل من رجل يشهد عند الحاكم بحق في مجلس حكمه شهادة صحيحة فإن لم يقض الحاكم بها فللسامع مع أن يتحمل الشهادة التي أداه على شهادته قولاً واحداً وإن لم يقل له مخاطباً أشهد على شهادتي.

الصورة الثالثة: أن يقول رجل لرجل يخاطبه: أشهد على شهادتي أني أشهد بكذا فإذا سمعه رجل لم يخاطبه بشيء جاز للسامع غير المخاطب أن يتحمل الشهادة عنه على شهادته قولاً واحداً. هذه الصورة محل اتفاق في مذهب الشافعية وهناك صور مختلف فيها. انظر أدب القضاء لابن أبي الدم (٥٩/٢ - ٦٢)، أدب القاضي للماوردي ج٤/ فقرة (٢٨٥١) وما بعدها.

(٢) فيشترط أن يشهد على شهادة كل واحد شاهدان، وهل يكفي شهادة رجلين على شهادة شاهدي الأصل جميعاً فيه القولان المشهوران أصحهما يكفي.



قال في «التهذيب» وهو الأصح؛ لأنه ليس بخبر من كل وجه بدليل أنه لا يكفي أن يقول: أخبرني فلان عن فلان أنه رأى الهلال، وعلى هذا فهل يشترط إخبار حُرَيْنِ ذكرين أم يكفي أمرتان وعبدان؟ فيه وجهان:

أظهرهما: الأول. ونازع الإمام في أنه لا يكفي قوله: أخبرني فلان عن فلان على قولنا أنه رواية.

وإن قلنا: إن طريقه طريقُ الشهادة، فهل يكفي واحد أم لابد من اثنين؟ فيه وجهان، المذكور في «التهذيب» منهما هو الثاني. ولنعُد إلى ما في لفظ الكتاب.

قوله: (أما السبب فرؤية الهلال) يشعر ظاهره بالحصر، لكن الحصر غير مراد منه بل استكمال شعبان في معنى رؤية الهلال على ما بيناه، والتحقيق أن السبب شهود الشهر لا هذا ولا ذلك، ولكنهما طريقان لمعرفة شهود الشهر ولا يلحق بهما ما يقتضيه حساب المنجم، فلا يلزمه به شيء لا عليه وعلى غيره.

قال القاضي الرَوْيَانِي: وكذا من عَرَفَ مَنَازِلَ القَمَرِ لا يلزمه الصُّومُ بِهِ فِي أَصْحَ الوجهِين. وأما الجواز فقد قال في «التهذيب»: لا يجوز تقليد المنجم في حسابه لا في الصوم ولا في الإنفطار. وهل يجوز له أن يعمل بحساب نفسه؟ فيه وجهان: وفرض الرَوْيَانِي الوجهِين، فيما إذا عرف نازل القمر، وعلم به أن أَلْهَالَ قَدِ أَهَلَّ وَذَكَرَ أَنَّ الجَوَازَ اخْتِيَارَ ابْنِ سُرَيْجٍ وَالْقَاضِي الطَّبْرِيِّ، قال: ولو عرفه بالتُّجُومِ لَمْ يَجْزِ أَنْ يَصُومَ بِهِ قَوْلًا وَاحِدًا. ورأيت في بعض المَسْوَدَاتِ تَعْدِيَةَ الْخِلَافِ فِي جَوَازِ الْعَمَلِ بِهِ إِلَى غَيْرِ الْمَنجَمِ، - والله أعلم -.

وسنذكر فائدة الجواز حيث حكمنا به من بعد.

وقوله: (وإن كانت السماء مَضْجِيَّةً مُعَلَّمٌ بِالْحَاءِ).

وقوله: (يُثْبِتُ بِشَهَادَةِ وَاحِدٍ) بالميم. وكذا قوله: (ويثبت بمن تقبل روايته) بما سبق والأغلب على الظن أنه قصد أن يورد الخلاف في المسألة كما أورده في «الوسيط» وهو حكاية ثلاثة أقوال في قبول قول الواحد:

أحدها: أنه لا يقبل.

والثاني: بشرط أن يكون من أهل الشهادة.

والثالث: يُقْبَلُ إِذَا كَانَ مِنْ أَهْلِ الرَوَايَةِ، ثم إنه أغفل الأول وأرد الأخيرين، وهما مفرعان على قبول قول الواحد، ولو أعلم بالواو لمكان الأول جاز، ثم الجمهور أوردهما وجهين لا قولين نعم ذكر الصنيدلاني أنهما قولان عن تخريج ابن سُرَيْجٍ، فيجوز تنزيلهما عليه.

وقوله: (بخلاف هلال شَوَّال) يجوز أن يُعَلَّمَ بالواو؛ لأن أبا ثور قال بثبوته بقول واحد، فإن له مذهباً تفرد به، ولكن لأنه حكى عن صاحب «التقريب» أنه ميل القول فيه. وقال بعد رواية مذهب أبي ثور: وهذا لو قلت به أكن مبعداً.

ووجهه أنه إخبار عن خروج وقت العبادة فَيُقْبَلُ فيه قول الواحد كالإخبار عن دخول وقتها. وقوله: (لم نفطر) مُعَلِّمٌ بالحاء؛ لما سبق، ويجوز أن يُعَلَّمَ قوله: (فنفطر) في الوجه الثاني بالميم؛ لأن مالكاً منع من الإفطار إلا إذا صُمْنَا بقول عَدْلَيْنِ، ولم نَرِ الهلال، فأولى أن تمنع إذا صُمْنَا بقول واحدٍ ولم نره.

وأعلم أن صاحب «التهذيب» - رحمه الله -، ذكر تفریباً على الحكم بقبول قول الواحد أنا لا نوقع به العتق والطلاق المُعَلَّقَيْنِ بهلالِ رَمَضَانَ، ولا نحكم بحلُولِ الدِّينِ المُؤَجَّلِ بِهِ، ولو قال قائلٌ: هَلَّا ثَبِتَ ذَلِكَ ضَمْنًا كَمَا سَبَقَ تَظْهِيرُهُ لِأَخْوَجِ إِلَى الْفَرْقِ - والله أعلم -.

قال الغزالي: فَإِذَا رُؤِيَ الْهَيْلَالُ فِي مَوْضِعٍ لَمْ يَلْزَمِ الصُّوْمُ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ بَيْنَهُمَا مَسَافَةُ الْقَصْرِ إِذَا لَمْ يَرِ فِيهِ، وَقِيلَ: يَعْصَمُ حُكْمُهُ سَائِرَ الْبِلَادِ، فَعَلَى الْأَوَّلِ لَوْ سَافَرَ الصَّائِمُ إِلَى بَلَدٍ آخَرَ لَمْ يَرِ فِيهِ الْهَيْلَالُ بَعْدَ ثَلَاثِينَ صَامَ مَعَهُمْ بِحُكْمِ الْحَالِ، وَلَوْ كَانَ أَصْبَحَ مُعَيِّدًا وَسَارَتْ بِهِ السَّفِينَةُ إِلَى حَيْثُ لَمْ يَرِ الْهَيْلَالُ كَانَ الْأَوَّلَى أَنْ يُنْسِكَ بِقِيَّةِ النَّهَارِ وَيَبْعُدَ إِيحَابُهُ فَإِنَّ فِيهِ تَجْزِئَةَ الْيَوْمِ، فَإِذَا هَلَالَ شَوَّالٌ قَبْلَ الزَّوَالِ لَمْ يَجْزُ (ح) الْإِنْفَاطُ إِلَّا بَعْدَ الْغُرُوبِ.

قال الرافعي: في الفضل مسألتان:

إحدهما: إذا رُئي الهلال في بلدة ولم يَرِ في أخرى نظر: إن تقاربت البلدتان فحُكْمُهُمَا حُكْمُ الْبَلَدَةِ الْوَاحِدَةِ، وإن تَبَاعَدَتَا فوجهان:

أظهرهما - وبه قال أبو حنيفة - رحمه الله - وهو اختيار الشيخ أبي حامد -: أنه لا يجب الصُّومُ على أهل البلدة الأخرى؛ لما روي عن كريب قال: «رَأَيْنَا الْهَيْلَالَ بِالشَّامِ لَيْلَةَ الْجُمُعَةِ ثُمَّ قَدِمْتُ الْمَدِينَةَ فَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا -: مَتَى رَأَيْتُمْ الْهَيْلَالَ؟ قُلْتُ لَيْلَةَ الْجُمُعَةِ، فَقَالَ: أَنْتَ رَأَيْتَ قُلْتُ: نَعَمْ وَرَأَاهُ النَّاسُ، وَصَامُوا وَصَامَ مُعَاوِيَةُ، فَقَالَ: لَكِنَّا رَأَيْنَاهُ لَيْلَةَ السَّبْتِ. فَلَا تَزَالُ نَصُومُ حَتَّى نُكْمِلَ الْعَدَدَ أَوْ نَرَاهُ، قُلْتُ أَوْ لَا تَكْتَفِي بِرُؤْيِهِ مُعَاوِيَةُ؟ قَالَ: هَكَذَا أَمَرَنَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ»<sup>(١)</sup>.

(١) أخرجه مسلم (١٠٨٧) وأبو داود (٢٣٣٢) والترمذي (٦٩٣) والنسائي (١٣١/٤).

والثاني: يجب<sup>(١)</sup> وهو اختيار القاضي أبي الطيب، ويروى عن أحمد؛ لأن الأرض مسطحة، فإذا روي في بعض البلاد عرفنا أن المانع في غيره شيء عارض؛ لأن الهلال ليس بمحل الرؤية. وبم يضبط تباعد البلديتين؟ اعتبر في الكتاب مسافة القصر، وكذلك نقله الإمام وصاحب التهذيب.

قال الإمام: ولو اعتبروا مسافة يظهر في مثلها تفاوت في المناظر لكان متجهاً في المعنى، وقد يوجد التفاوت مع قصور المسافة عن مسافة القصر للارتفاع والانخفاض، وقد لا يوجد مع مجاوزتها لها، ولكن لا قائل به، هكذا ذكره، لكن العراقيين والصيندلايين وغيرهم اعتبروا ما قلناه، وضبطوا التباعد بأن يكون حيث تختلف المطالع كـ«العراق» و«الحجاز» و«خراسان» والتقارب بأن لا تختلف كـ«بغداد» و«الكوفة» و«الري» و«قزوين»، ومنهم من اعتبر اتحاد الإقليم واختلافه<sup>(٢)</sup>.

ويتفرع على الوجهين فرعان:

أحدهما: لو شرع في الصوم في بلد ثم سافر إلى بلد بعيد لم ير الهلال فيه في يومه الأول فإن قلنا: لكل بلدة حكمها فهل يلزمه أن يصوم معهم أم يفطر؟ فيه وجهان: أظهرهما: وبه قال القفال وهو المذكور في الكتاب: أنه يصوم معهم؛ لأنه بالانتقال إلى بلدتهم أخذ حكمهم وصار من جملتهم، وقد روي أن ابن عباس - رضي الله عنهما - أمر كريياً بأن يقتدى بأهل المدينة<sup>(٣)</sup>.

والثاني: أنه يفطر؛ لأنه ألزم حكم البلدة الأولى، فيستمر عليه، وشبه ذلك بمن

(١) قال الحافظ ابن حجر في التلخيص (١٨٨/٢) وهذا ظاهر من قوله: «أو لا نكتفي برؤية معاوية وصيامه قال لا».

(٢) ونحن نميل إلى ترجيح الرأي القائل بأنه لا عبرة باختلاف المطالع وهو رأي جمهور العلماء لقوة دليله، ولأنه يتفق مع القواعد الكلية للشرع، ومقاصد الشرع الحكيم من وحدة المسلمين وجمع كلمتهم وأنه متى تحققت رؤية الهلال في بلد من البلاد الإسلامية يمكن القول بوجوب الصوم على جميع المسلمين، ولكن لو حكم حاكم كما هو الحال في «مصر» في عهد بعض حكامها باختلاف المطالع وجب العمل به لأن حكمه يرفع الخلاف ويصير الأمر متفقاً عليه. وهذه القواعد المهمة التي غفل عنها كثير من الناس، ونسأل الله العلي الغفار السلامة من الزلل والعصمة من الخطأ.

(٣) وإذا قلنا بتوحيد المطالع فالمذيع يقوم مقام الإخبار بثبوت رؤية هلال رمضان، والسماع من المذيع كالسماع من المخبر سواء بسواء. وهل يقوم التلغراف مقام الإخبار رأيت في فتاوى الشيخ عليش - وهو من علماء المالكية - على أنه يعمل بالإشارات التلغرافية في الصوم، لأن التلغراف أداة معتبرة للتخاطب من المسافات البعيدة والقريبة بين ملوك العالم وحكامهم والناس أجمعين. كل ذلك بالقياس الذي ذكرناه وهو «حكم الحاكم».

اكثرى ذَابَةً يجب الكِرَاءُ بِتَقْدِ الْبَلَدِ الْمُتَنَقِّلِ عَنْهُ وَأَوْهَمَ فِي «التَهْذِيبِ» تَرْجِيحَ هَذَا الْوَجْهِ .

وإن عممنا الحكم سائر البلاد فعلى أهل البلدة المنتقل إليها موافقته إن ثبت عندهم حال البلدة المنقل عنها إما بقوله لَعَدَا لَيْتِهِ أو بطريق آخر، وعليهم قضاء اليوم الأول، ولك أن تقول، قياساً على هذا: لو سافر من البلدة التي رُئي فيها الهلال ليلة الجمعة إلى التي رُوي فيها الهلال ليلة السبت ورُوي هلال شوال ليلة السبت، فعليهم التعبد معه وإن لم يصوموا إلا ثمانيناً وعشرين يوماً ويقضون يوماً.

وعلى قياس الوجه الأول لا يلتفتون إلى قوله: رأيت الهلال، وإن قلنا في الهلال قول عدل وعلى عكسه لو سافر من حيث لم ير فيه الهلال إلى حيث رُوي فعيدوا اليوم التاسع والعشرين من صومه فإن عممنا أو قلنا له حكم البلد المنتقل عنه فليس له أن يفطر. الثاني: رُوي الهلال في بلد فأصبح الشخص معيداً، وسارت به السفينة، وأنتهى إلى بلدة على حد البغد فصادف أهلها صائمين، فعن الشيخ أبي محمد أنه يلزمه إمساك بقية اليوم إذا قلنا: إن لكل بلدة حكمها.

واستبعده<sup>(١)</sup> الإمام من حيث أنه لم يرد فيه أكثر، ويجزئه اليوم الواحد وإيجاب إمساك بعضه بعيد، وتابعه صاحب الكتاب فقال: «ويبعد إيجابه...» إلى آخره وللشيخ أن يقول: لم لا يجوز أن يجب إمساك بغض اليوم، ألا ترى أن من أصبح يوم الثلاثين من شعبان مفطراً ثم قامت البيئة على رؤية الهلال يجب عليه إمساك بقية النهار.

وقوله: (الأولى إمساك بقية النهار) إنما حسن منه، لأنه نفى الوجوب، أما من يوجهه فلا يقول: للمحتوم أنه أولى، فيجوز أن يُعلم بالواو لقوله.

وأعلم أن هذه المسألة يمكن تصويرها على وجهين:

أحدهما: أن يكون ذلك اليوم يوم الثلاثين من صوم أهل البلدتين، لكن أهل البلدة المنتقل إليها لم يروا الهلال.

والثاني: أن يكون اليوم التاسع والعشرين لأهل البلدة المنتقل إليها لتأخر ابتداء صومهم بيوم وإمساك بقية اليوم في الصورتين إن لم تعمم الحكم على ما ذكرنا.

وجواب الشيخ أبي محمد كما هو مبني على أن لكل بلدة حكمها، فهو مبني أيضاً على أن للمنتقل حكم المنتقل إليه، وإن عممنا الحكم فأهل البلد المنتقل إليه إذا كانوا

(١) ورده السبكي بأن تبعض الحكم في يوم الشك في الظاهر، وأما في مسألتنا فو تبعض ظاهراً وباطناً بالنسبة إلى حكم البلدين فيكون كما لو أسلم الكافر، أو أفاق المجنون، أو بلغ الصبي وهو مفطر فإنه لا يلزمهم الإمساك على الأصح.

يعرفون في أثناء اليوم أنه يوم العيد فهو شبيه بما إذا شهد الشهود على رؤية الهلال يومَ الثلاثين، وقد سَبَقَ بَيَانُهُ في «صلاة العيد» وإن اتَّفَقَ هذا السفر لعدلين وقد رَأَيْنا الهلالَ بِنَفْسَيْهِمَا وَشَهِدَا في البلدة للمنتقل إليها فهذا عين الشَّهادة برؤية الهلال في يوم الثلاثين في التصوير الأول. وأما في التصوير الثاني، فإن عَمَمْنَا الحكم جميع البلاد لم يبعد أن يكون الإصغاء إلى كلامهما على ذلك التفصيل أيضاً، فإن قبلوا قضاوا يوماً، وإن لم نعمم الحكم لم يلتفت إلى قولهما. ولو كان الأمر بالعكس فأصبح الرجل صائماً وسارت به السَّفينة إلى حيث عبدوا فإن عممنا الحكم أو قلنا: له حكم البلدة المنتقل إليها أفطر وإلا لم يفطر، وقضى يوماً إذ لم يصم إلا ثمانية وعشرين يوماً.

**المسألة الثانية:** إذا رُئي الهلالُ بالثَّهَارِ يومَ الثلاثين فهو لليلة المستقبلية، سواء رُئي قبل الزوال أو بعده<sup>(١)</sup>، فإن كان هلال رمضان لم يلزمهم إمساك ذلك اليوم.

وإن كان هلال شَوال، وهو المذكور في الكتاب لم يكن لهم الإفطار حتى تَغْرُبَ الشمس. وعند أبي يوسف: إن رُئي قبل الزوال فهو لليلة المَاضِيَةِ.

وبه قال أحمد فيما إذا كان المَرْتَبِي هِلَالَ رَمَضَانَ، وإن كان المَرْتَبِي هِلَالَ شِوَالٍ فعنه روايتان. لنا: ما روي عن [شقيق] بن سلمة - رضي الله عنه - قال: «جَاءَنَا كِتَابُ عَمْرِ بْنِ الْخَطَّابِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَنَحْنُ بِخَائِقِينَ أَنَّ الْأَهْلَةَ بَعْضُهَا أَكْبَرُ مِنْ بَعْضٍ، فَإِذَا رَأَيْتُمُ الْهَلَالَ نَهَاراً فَلَا تُفْطِرُوا حَتَّى تُمْسُوا»<sup>(٢)</sup>. وفي رواية: «فَإِذَا رَأَيْتُمُ الْهَلَالَ مِنْ أَوَّلِ النَّهَارِ فَلَا تُفْطِرُوا حَتَّى يَشْهَدَ شَاهِدَانِ أَنَّهُمَا رَأَيَاهُ بِالْأَمْسِ»<sup>(٣)</sup>.

إذا عرفت ذلك لم يخف عليك أن قوله: (قبل الزوال) ليس لتخصيص الحكم به، لكنه موضع الشبهة والخلاف، فلذلك خَصَّه بِالذِّكْرِ فَمَا بَعْدَ الزَّوَالِ، فهو متفق عليه، وقد أعلم في التسخين قوله: (لم يجز الإفطار) بالحاء؛ لأن الإمام والمصنف في «الوسيط» نسبا قول أبي يوسف إلى أبي حنيفة - رحمهم الله - وهو غير ثابت، نعم يجوز إعلامه بالألف لأحدى الروايتين عن أحمد - والله أعلم -.

قال الغزالي: القَوْلُ في رُكْنِ الصَّوْمِ وَهُوَ النَّيَّةُ وَالْإِمْسَاكُ، أَمَا النَّيَّةُ فَعَلَيْهِ أَنْ يَنْوِيَ لِكُلِّ يَوْمٍ (م) نِيَّةً مُعَيَّنَةً (ح) وَ (و) مُبَيَّنَةً (ح) جَازِمَةً، وَالتَّعْيِينُ أَنْ يَنْوِيَ آدَاءَ فَرَضِ رَمَضَانَ عَدَاً، وَقِيلَ: لَا يَتَعَرَّضُ لِلْفَرِيضَةِ، وَقِيلَ: يَتَعَرَّضُ لِرَمَضَانَ هَذِهِ السَّنَةَ.

(١) فلا يفطر إن كان في ثلاثي رمضان ولا يمساك إن كان في ثلاثي شعبان.

(٢) أخرجه الدارقطني (١٦٨/٢) والبيهقي (٢١٣/٤).

(٣) انظر التخرج السابق ص ١٢٣.

قال الرافعي: ذكرنا اختلاف الأصحاب في أن النية ركن في الصلاة أم شرط، ولم يوردوا الخلاف هاهنا والأليق بمن اختار كونها هناك شرطاً أن يقول بمثله، ومنهم صاحب الكتاب، وحينئذ يتمحض نفس الصوم كفتاً. إذا عرفت ذلك، فقلوه: (أن ينوي لكل يوم نية معينة مبيته جازمة) ضابط أدرج فيه أموراً:

أحدها: قوله: (أن ينوي) فالنية واجبة في الصوم إذ لا عمل إلا بالنية، ومحلها القلب، ولا يشترط النطق في الصوم بلا خلاف.

والثاني: قوله: (لكل يوم) فلا يكفي فيه صوم الشهر كله في أوله خلافاً لمالك.

وبه قال أحمد في إحدى الروايتين. لنا: أن صوم كل يوم عبادة برأسها ألا ترى أنه يتخلل اليومين ما يناقض الصوم، وإذا كان كذلك وجب إفراد كل واحد بنية كالصلوات. وإذا نوى صوم جميع الشهر هل يصح صوم اليوم الأول بهذه النية؟ فيه تردّد للشيخ أبي محمد، ورأيت أبا الفضل بن عبدان أجاب بصحته، وهو الأظهر.

الثالث: التعيين وهو واجب في صوم الفرض، وبه قال مالك وأحمد في أصح الروايتين، خلافاً لأبي حنيفة حيث قال: لا يشترط التعيين في النذر المعين، ولا في صوم رمضان، بل لو نوى صوم الغد مطلقاً في رمضان، أو نوى النفل أو النذر أو القضاء أو الكفارة وقع عن رمضان إن كان مقيماً، وإن كان مسافراً فكذلك إن أطلق النفل، وإن نوى النذر أو القضاء أو الكفارة وقع عما نوى، وإن نوى الثغل فروايتان.

لنا: القياس على الكفارة والقضاء، وتعيينه شرعاً لا يغني عن تجديد المكلف قرضه إلى ما كُلف به، وكمال التعيين في رمضان أن ينوي صوم الغد عن أداء قرض رمضان هذه السنة لله تعالى.

أما الصوم والتعرض لكونه من رمضان، فلا خلاف في اعتبارهما.

وأما الأداء والفرضية والإضافة إلى الله تعالى، ففيها الخلاف المذكور في الصلاة، وقد أعاد ذكر الخلاف في الفريضة هاهنا.

وأما رمضان هذه السنة فقد حكى الإمام وجهاً أنه لا بد من اعتباره وتابعه المصنف، ويقرب منه حكاية صاحب «التهذيب» وجهين في أنه هل يجب أن يقول: من فرض هذا الشهر أم يكفي أن يقول: من فرض رمضان؟ وقال: الأصح الأول، والإمام زيفه بأن معنى الأداء هو القصد، فإذا خطر الأداء بالبال فقد خطر التعرض للوقت المعين، وقد يزيف أيضاً بأن التعرض لليوم المعين لا بد منه، وأنه يغني عن كونه من هذاس الشهر، وهذه السنة فإن هذا اليوم لا يكون إلا كذلك، بل إذا وقع التعرض لليوم المعين لم يضر الخطأ في أوصافه. قال الزوياني في «التجربة» لو نوى ليلة الثلاثاء صوم

العَدِّ، وهو يعتقده يوم الاثنين أو نوى رَمَضَانَ السنة التي هو فيها وهو يعتقدها سنة ثلاث فكانت سنة اثنتين صح صومه، بخلاف ما إذا نوى صَوْمَ يوم الثلاثاء ليلة الاثنين، أو رمضان سنة ثلاث في سنة اثنتين لا يصح، لأنه لم يعين الوقت.

واعلم: أن لفظ الغد قد اشتهر في كلام الأصحاب في تفسير التعيين، وكيفيته وهو في الحقيقة ليس من حد التعيين، وإنما وقع ذلك من نظرهم إلى التبييت، ولا يخفى مما ذكرناه قياس التعيين في القضاء والنذر والكفارة.

وأما صوم التطوع فيصح بنية مُطْلَقِ الصَّوْمِ كما في الصَّلَاة.

فرع: قال القاضي أبو المكارم في «العدة»: لو قال أتسحر لأقوى على الصَّوْمِ لم يَكْفِ هذا في النية، ونقل بعضهم «عن نواذر الأحكام» لأبي العباس الروياني أنه لو تسحر للصَّوْمِ أو شَرِبَ لدفع العطش نهاراً أو امتنع من الأكل والشُّرْبِ والجماع مخافة الفجر كان ذلك نيةً للصوم، وهذا هو الحق إن خطر بباله الصوم بالصفات التي يشترط التعرض لها؛ لأنه إذا تسحر ليصوم صوم كذا، فقد قصده والله أعلم.

وقوله في الكتاب: (معينة) يجوز أن تقرأ بكسر الياء؛ لأنها تعين الصوم ويجوز أن تقرأ بالفتح كان الناري يعينها، ويخرجها عن التعلُّقِ بِمُطْلَقِ الصَّوْمِ، ويجوز إغلام هذه اللفظة مع الحاء بالواو؛ لأن صاحب «التممة» حكى عن الحلبي أنه قال: يَصِحُّ صوم رمضان بنية مطلقة وبالآلف لأن عن أحمد رواية مثله.

قال الغزالي: وَمَعْنَى التَّبْيِيتِ أَنْ يَنْوِيَ لَيْلًا، وَلَا يَخْتَصُّ بِالنُّصْفِ الْآخِرِ (و)، وَلَا يَجِبُ تَجْدِيدُهَا (و) بَعْدَ الْأَكْلِ وَلَا بَعْدَ التَّنَبُّهِ مِنَ النَّوْمِ، وَيَجُوزُ نِيَّةُ التَّطَوُّعِ قَبْلَ الزَّوَالِ (م) (ز)، وَيَعْدُهُ قَوْلَانِ، وَهَذَا بِشَرْطِ خُلُوقِ أَوَّلِ الْيَوْمِ مِنَ الْأَكْلِ، وَفِي أَشْتِرَاطِ خُلُوقِ أَوَّلِ الْيَوْمِ عَنِ الْكُفْرِ وَالْجُنُونِ وَالْحَيْضِ خِلَافًا.

قال الرافعي: الرابع: التبييت وهو شرط في صوم الفرض (١).

وبه قال مالك وأحمد، خلافاً لأبي حنيفة - رحمه الله - حيث قال: «لا يجب التبييت في صَوْمِ رمضان والنَّذْرِ الْمُعَيَّنِ، بل يَصِحُّانِ بنية قيل الزوال».

لنا: ما روي عن حفص أن النبي ﷺ قال: «مَنْ لَمْ يُجْمِعِ الصِّيَامَ قَبْلَ الْفَجْرِ فَلَا

(١) يستثنى من ذلك صوم الصبي فيه التبييت مع أنه في حقه غير فرض. كذا قاله في شرح المهذب تبعاً للروياني. قال: وليس على أصالنا صوم نفل، يشترط فيه التبييت سواء. (راجع الاعتناء في الفروق والاستثناء).

صِيَامَ لَهُ»<sup>(١)</sup>. وروى: «مَنْ لَمْ يَتَوَّ الصَّيَامَ مِنَ اللَّيْلِ.

ولو نوى مع طلوع الفجر، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يجوز لأقتران النية بأول العبادة، وبهذا أجاب أبْنُ عَبْدِانَ.

وأصحهما: المنع؛ لظاهر الحديث، وهذا هو قضية قوله في الكتاب: (أن ينوي ليلاً) ويتبين به أيضاً أن نية صوم الغد قبل طلوع الشمس لا تصح، وهل تختص النية بالنُّصْفِ الأخير من الليل؟ فيه وجهان:

أحدهما: وبه قال أَبُو الطَّيِّبِ بِنُ سَلَمَةَ: نعم، كما يختص رمي جمره العقبة ليلة النحر بالنصف الأخير، والمعنى فيه تقريب النية من العبادة.

وأصحهما: لا؛ لإطلاقِ الحَبْرِ، وهذا هو المذكور في الكتاب صريحاً، ودلالة.

أما الصَّرِيحُ فظاهر. وأما الدلالة فقوله: (أن ينوي ليلاً) وإذا نوى ثم أكل أو جامع<sup>(٢)</sup> هَلْ تَبْطُلُ نِيَّتُهُ، حتى يَخْتَجَّحَ إلى تجديدها؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن الأصل أقتران النية بالعبادة، فإذا تَعَدَّرَ اشتراطه فلا أقل من أن يحترز عن تخلل المناقض الذي لا ضرورة إليه بينهما.

وأصحهما: وهو المذكور في الكتاب: أنه لا حاجة إلى التجديد؛ لأن الله تعالى أَبَاحَ الأَكْلَ والشَّرَابَ إلى طلوع الفجر، ولو أبطل الأكل النية لَأَمْتَنَعَ إلى طلوع الفجر، وينسب الوجه الأول إلى أبي إسحاق، وفيه كلامان:

أحدهما: أن الإمام حكى أن أبا إسحاق رجع عن هذا عام حَجَّجَ، وأشهد على نفسه<sup>(٣)</sup>.

والثاني: أن أبْنَ الصَّبَّاحِ قال: هذه النسبة لا تثبت عنه، ولم يذكر ذلك في الشرح.

فإن لم يتنقل الوجه إلا عنه، وثبت أحد هذين الكلامين، فلا خلاف في المسألة.

(١) أخرجه أبو داود (٢٤٥٤) والترمذي (٧٣٠) والنسائي (١٩٦/٤ - ١٩٧) وابن ماجه (١٧٠٠) والدارقطني (١٧٢/٢) والبيهقي (٢٠٢/٤) وقال البيهقي في خلافياته: رواه ثقات وصححه مرفوعاً في سننه أيضاً والخطابي، وعبد الحق، وابن الجوزي، وموقوفاً الترمذي، وأبو حاتم.

(٢) وغيرهما من منافي الصوم.

(٣) وقال الشيخ في شرح المذهب: وهذا المحكي عن أبي إسحاق غلط باتفاق الأصحاب، وحكي أن أبا سعيد الأصبخري لما بلغه قول أبي إسحاق هذا. فقال: خرق الإجماع. حكاه الحازمي لأبي إسحاق بحضرة ابن القطان فلم يتكلم أبو إسحاق قال: فلعله رجع.



ولو نوى ونام وَتَبَّه من نومه، واللَّيْلُ باقٍ هل عليه تجديد النية؟ فيه وجهان:  
أحدهما: نعم تقريباً للنية من العبادة بقدر الوسع؛ ونسبُ أبنُ عَبْدِانٍ وغيره هذا  
إلى الشيخ أبي إسحاق أيضاً.

وأصحهما: وهو المذكور في الكتاب: أنه لا حاجة إلى الجديد، لما سبق.

قال الإمام: وفي كلام العراقيين تردد في أن الغفلة هل هي كالنوم؟ وكل ذلك  
مطروح. هذا حكم صوم الفرض في التبييت. أما التطوع؛ فتصح نيته من النَّهَارِ.

وبه قال أحمد، خلافاً لمالك والمزني، وأبي يحيى البلخي.

لنا أنه ﷺ: «كَانَ يُدْخِلُ عَلَى بَعْضِ أَزْوَاجِهِ فَيَقُولُ «هَلْ مِنْ غِدَاءٍ فَإِنْ قَالَتْ لَا قَالَ  
إِنِّي صَائِمٌ وَيُرْوَى: إِنِّي إِذَا أَصُومْتُ»<sup>(١)</sup>. وهذا إذا كانت النية قبل الزوال<sup>(٢)</sup>، فإن كانت  
بعده ففيه قولان:

أحدهما: وهو رواية حزملة: أنه يصح<sup>(٣)</sup>؛ تسوية بين أجزاء النَّهَارِ، كما أن أجزاء  
الليل مستوية في محلية نية.

وأصحهما: وهو نصه في عامة كتبه، أنه لا يصح، وبه قال أبو حنيفة - رحمه الله  
-؛ لأن النقل لا يتبعي أن يخالف الفرض، كما في سائر العبادات، إلا أننا جَوَزْنَا التَّأْخِيرَ  
بِشَرْطِ أَنْ يَتَقَدَّمَ عَلَى الزَّوَالِ لِلْحَدِيثِ، فإنه ورد في النية قبل الزوال، ألا ترى أنه يطلب  
الغذاء وفرقوا بين ما قبل الزوال وما بعده بأن النية إذا نشأت بعد الزوال فقد فات معظم  
النَّهَارِ، وإذا نشأت قبله فقد أدركت معظمه، وللمعظم تأثير إدراكاً وفواتاً كما في إدراك  
المسبوق الركعة، وهذا الفرق إنما ينتظم ممن يجعله صائماً من أول النَّهَارِ، أما من  
يَجْعَلُهُ صَائِماً مِنْ وَقْتِ النِّيَّةِ فَالنِّيَّةُ عِنْدَهُ مَوْجُودَةٌ فِي جَمِيعِ الْعِبَادَةِ، فَاتَهُ مُعْظَمُ النَّهَارِ، أَوْ  
لِمَ يَفْتُ، وفيه شيء آخر ذكره الإمام وهو: أن النَّهَارَ إِذَا حُسِبَ مِنْ شُرُوقِ الشَّمْسِ  
فَالزَّوَالُ مُتَّصِفٌ، فتكون النية المتقدمة عليه مدركة معظمه، لكن النَّهَارَ الشَّرْعِيَّ مَحْسُوبٌ  
مِنْ طُلُوعِ الْفَجْرِ، فيتقدم متصفه على الزوال ولا يلزم من مجرد التقدّم على الزوال  
ووجود النية في معظمه، ثم إذا نوى قبل الزوال أو بعده، وجَوَزْنَا هَهُوَ صَائِمٌ مِنْ أَوَّلِ  
النَّهَارِ حَتَّى يَنَالَ ثَوَابَ صَوْمِ الْكُلِّ أَوْ مِنْ وَقْتِ النِّيَّةِ، فيه وجهان:

(١) أخرجه مسلم (١١٥٤) والدارقطني (١٧٥/٢ - ١٧٦) والبيهقي (٢٠٣/٤).

(٢) واختص بما قبل الزوال للخبر إذ الغداء يفتح الغين اسم لما يؤكل قبل الزوال، والعشاء اسم لما  
يؤكل بعده. ولأنه مضبوط بين ولإدراك معظم النهار به كما في ركعة المسبوق.

(٣) قال النووي: وعلى نصه في حرمة: يصح في جميع ساعات النهار - والله أعلم - ينظر الروضة  
(٢١٦/٢).

أظهرهما: عند الأكثرين أنه صَائِمٌ من أول النَّهَارِ فَإِنَّ صَوْمَ الْوَاحِدِ لَا يَتَّبِعِي،  
وشبه ذلك بما إذا أدرك الإمام في الرَّكْعِ يكون مدركاً لثواب جميع الرَّكْعَةِ.

والثاني: وبه قال أبو إسحاق أَنَّهُ صَائِمٌ من وقت النية؛ لأن النية لَا تَنْعَطِفُ عَلَى مَا  
مَضَى، وَلَا عَمَلٌ إِلَّا بِالنِّيةِ، ويقال: إن هذا هو أختيار القفال.

فإن قلنا بالوجه الأول فلا بُدَّ من الإِمْسَاكِ وَاجْتِمَاعِ شَرَايِطِ الصَّوْمِ فِي أَوَّلِ النَّهَارِ.

وإن قلنا: بالثاني، ففي اشْتِرَاطِ خُلُوقِ الْأَوَّلِ عَنِ الْأَكْلِ وَالْجِمَاعِ وَجِهَانِ:

أحدهما: لا يشترط؛ لأن الصَّوْمَ إذا كان محسوباً من وقت النية، كَانَ بِمِثَابَةِ جُزْءٍ  
من اللَّيْلِ وَيُنْسَبُ هَذَا إِلَى أَبِي سُرَيْجٍ، وَأَبِي زَيْدٍ، وَزَادَ فِي «الْعُدَّةِ» مُحَمَّدُ بْنُ جَرِيرِ  
الطَّبْرِيِّ. وَأَصْحَهُمَا: وهو المذكور في الكتاب: أَنَّهُ يُشْتَرَطُ وَإِلَّا بَطَلَ مَقْصُودُ الصَّوْمِ،  
ويجوز أن يتقدم شرط الشيء عليه، ألا ترى أَنَّهُ يُشْتَرَطُ تَقَدُّمُ الْخُطْبَةِ عَلَى صَلَاةِ  
الْجُمُعَةِ، وَهَلْ يُشْتَرَطُ خُلُوقُ أَوَّلِهِ عَنِ الْكُفْرِ وَالْحَيْضِ وَالْجُنُونِ أَمْ يَجُوزُ أَنْ يَصُومَ الْكَافِرُ  
إِذَا أَسْلَمَ الْيَوْمَ الَّذِي أَسْلَمَ فِيهِ ضَحَى، وَالْحَائِضُ فِي الْيَوْمِ الَّذِي طَهَّرَتْ، وَالْجُنُونُ فِي  
الْيَوْمِ الَّذِي أَفَاقَ؟ فِيهِ وَجِهَانِ:

أصحهما: المنع أيضاً لكون النية مسبوقة في اليوم بما يناقض الصَّوْمَ، ويجوز أن  
يُرْتَبِ الخِلافُ فِي اشْتِرَاطِ الخُلُوقِ عَنِ هَذِهِ المعاني عَلَى الخِلافِ فِي اشْتِرَاطِ الخُلُوقِ عَنِ  
الأَكْلِ، فَإِنَّ لَمْ يُشْتَرَطْ تَزَكُّ الأَكْلِ فَهَذَا أَوْلَى، وَإِنْ شَرَطْنَاهُ فَوَجِهَانِ وَالفَرْقُ اخْتِلافُ الأَكْلِ  
بِمَقْصُودِ الصَّوْمِ، وَهُوَ كَسْرُ النَّفْسِ بِالتَّجْوِيعِ.

قال الغزالي: وَالْمَعْنَى بِالْجَازِمَةِ أَنَّ مَنْ نَوَى لَيْلَةَ الشُّكِّ صَوْمَ غَدَانِ كَانَ مِنْ رَمَضَانَ  
لَمْ يَجُزْ (ح ز) لِأَنَّهَا غَيْرُ جَازِمَةٍ، نَعَمْ لَا يَضُرُّ التَّرَدُّدُ بَعْدَ حُصُولِ الظَّنِّ بِشَهَادَةِ أَوْ  
اسْتِضْحَابِ كَمَا فِي آخِرِ رَمَضَانَ، أَوْ اجْتِهَادِ فِي حَقِّ المَخْبُوسِ فِي المَطْمُورَةِ، ثُمَّ إِنْ غَلِطَ  
المَخْبُوسُ بِالتَّأخِيرِ لَمْ يَلْزَمَهُ القَضَاءُ، وَإِنْ غَلِطَ بِالتَّقْدِيمِ وَأَدْرَكَ رَمَضَانَ لَزِمَهُ القَضَاءُ، وَإِنْ  
لَمْ يَتَبَيَّنْ إِلَّا بَعْدَ رَمَضَانَ لَمْ يَلْزَمَهُ القَضَاءُ عَلَى أَحَدِ القَوْلَيْنِ، وَكَانَ الشَّهْرُ بَدَلًا فِي حَقِّهِ  
لِلضَّرُورَةِ حَتَّى لَوْ كَانَ الشَّهْرُ تِسْعًا وَعِشْرِينَ كَفَاهُ وَإِنْ كَانَ رَمَضَانَ ثَلَاثِينَ.

قال الراجسي: الخامس: كَوْنُ النِّيةِ جَازِمَةً.

ويتعلق بهذا القيد مسائل: منها: إِذَا نَوَى لَيْلَةَ الثَّلَاثِينَ مِنْ شَعْبَانَ أَنْ يَصُومَ غَدًا مِنْ  
رَمَضَانَ لَمْ يَخُلْ إِذَا أَنْ يَعْتَقِدَ كَوْنَهُ مِنْ رَمَضَانَ أَوْ لَا يَعْتَقِدُهُ، فَإِنَّ لَمْ يَعْتَقِدْهُ نَظَرَ إِنْ رَدَّ  
نِيَتَهُ فَقَالَ: أَصُومُ عَنِ رَمَضَانَ إِنْ كَانَ مِنْهُ وَإِلَّا فَأَنَا مَفْطَرُهُ أَوْ أَنَا مُتَطَوِّعٌ لَمْ يَقَعْ صَوْمُهُ عَنِ  
رَمَضَانَ إِذَا بَانَ أَنَّهُ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَصُنْمَهُ عَلَى أَنَّهُ فَرَضَ وَإِنَّمَا صَامَ عَلَى الشُّكِّ.

وقال أبو حنيفة، والمُزَنِّي: يقع عن رَمَضَانَ إِذَا بَانَ الْيَوْمُ مِنْهُ، كما لو قال: هَذَا زَكَاةُ مَالِي الْغَائِبِ، إِنْ كَانَ سَالِمًا، وَإِلَّا فَهُوَ تَطَوُّعٌ، فَبَانَ سَالِمًا يُجْزئُهُ.

قال الأَصْحَابُ: الفرق أن الأَضْلَ هُنَاكَ سَلَامَةُ الْمَالِ، فَلَهُ اسْتِضْحَابُ ذَلِكَ الْأَضْلِ وَهَاهُنَا الْأَضْلُ بَقَاءُ شَعْبَانَ، وَنَظِيرُ مَسْأَلَةِ الزَّكَاةِ مِمَّا نَحْنُ فِيهِ أَنْ يَنْوِي لَيْلَةَ الثَّلَاثِينَ مِنْ رَمَضَانَ صَوْمَ الْعَدِيِّ، إِنْ كَانَ مِنْ رَمَضَانَ، وَإِلَّا فَهُوَ مَفْطَرٌ، فَيُجْزئُهُ، لِأَنَّ الْأَضْلَ بَقَاءُ رَمَضَانَ. وَلَوْ قَالَ: أَصُومُ غَدًا مِنْ رَمَضَانَ، أَوْ تَطَوُّعًا أَوْ قَالَ: أَصُومُ أَوْ أَفْطَرُ، لَمْ يَصِحْ صَوْمُهُ، لِأَنَّ فِي الْأَوَّلِ وَلَا فِي الْآخِرِ، كَمَا إِذَا قَالَ: أَصُومُ أَوَّلًا أَصُومٌ، وَإِنْ لَمْ يُرَدِّدْ نِيَّتَهُ وَجَزَمَ بِالصَّوْمِ عَنْ رَمَضَانَ [لَمْ يَصِحْ أَيْضًا] فَإِنَّهُ إِذَا لَمْ يَعْتَقِدْ كَوْنَهُ مِنْ رَمَضَانَ لَمْ يَتَأْتِ مِنْهُ الْجَزْمُ بِالصَّوْمِ عَنْ رَمَضَانَ حَقِيقَةً، وَمَا يَعْضُرُ حَدِيثُ نَفْسٍ لَا أَعْتَبَرُ بِهِ. وَعَنْ صَاحِبِ «التَّقْرِيبِ» حِكَايَةً وَجِهَ: أَنَّهُ يَصِحُّ صَوْمُهُ، هَذَا إِذَا لَمْ يَعْتَقِدْ كَوْنَهُ مِنْ رَمَضَانَ.

وَإِنْ أَعْتَقَدَ كَوْنَهُ مِنْ رَمَضَانَ نَظَرَ: إِنْ لَمْ يَسْتَنْدِ عَقْدُهُ إِلَى مَا يُثِيرُ ظَنًّا فَلَا عِبْرَةَ بِهِ، وَإِنْ أَسْتَنْدَ إِلَى مَا يُثِيرُ ظَنًّا كَمَا إِذَا أَعْتَمَدَ عَلَى قَوْلٍ مِنْ يَثِقُ بِهِ مِنْ حُرٍّ أَوْ عَبْدٍ أَوْ أَمْرَأَةٍ أَوْ حَبِيبِينَ ذَوِي رُشْدٍ، وَنَوَى صَوْمَهُ عَنْ رَمَضَانَ أَجْزَأَهُ إِذَا بَانَ أَنَّهُ مِنْ رَمَضَانَ<sup>(١)</sup>؛ لِأَنَّ غَلْبَةَ الظَّنِّ فِي مِثْلِ هَذَا لَهُ حُكْمُ اليَقِينِ، كَمَا فِي أَوْقَاتِ الصَّلَاةِ، وَكَمَا إِذَا رَأَى الْهَلَالَ بِنَفْسِهِ، وَإِنْ قَالَ فِي نِيَّتِهِ وَالْحَالَةَ هَذِهِ: أَصُومُ عَنْ رَمَضَانَ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ رَمَضَانَ فَهُوَ تَطَوُّعٌ، فَقَدْ قَالَ الْإِمَامُ: ظَاهِرُ النَّصِّ أَنَّهُ لَا يَعْتَدُ بِصَوْمِهِ، إِذَا بَانَ الْيَوْمُ مِنْ رَمَضَانَ لِمَكَانِ التَّرَدُّدِ، قَالَ: وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ وَبِهِ قَالَ الْمُزَنِّي: أَنَّهُ يَصِحُّ لِأَسْتِنَادِهِ إِلَى أَضْلٍ ثُمَّ رَأَى طَرْدَ الْخِلَافِ فِيمَا إِذَا جَزَمَ أَيْضًا، وَيَدْخُلُ فِي قِسْمِ اسْتِنَادِ الْأَعْتِقَادِ إِلَى مَا يُثِيرُ ظَنًّا بِنَاءِ الْأَمْرِ عَلَى الْحِسَابِ، حَيْثُ جَوَازُهُ عَلَى التَّفْصِيلِ الَّذِي سَبَقَ - وَاللَّهُ أَعْلَمُ -.

ومنها إذا حكم القاضي بشهادة عدلين أو واحدٍ إذا جَوَّزْنَاهُ وَجَبَ الصَّوْمُ، وَلَمْ يَقْدَحْ مَا عَسَاهُ يَبْقَى مِنَ التَّرَدُّدِ وَالْأَرْتِيَابِ.

ومنها: المحبوس في المظمورة إذا - أَشْتَبَهَ عَلَيْهِ شَهْرُ رَمَضَانَ أَجْتَهَدَ وَصَامَ شَهْرًا بِالْأَجْتِهَادِ، كَمَا يَجْتَهَدُ لِلصَّلَاةِ فِي الْقِبْلَةِ وَالْوَقْتِ<sup>(٢)</sup>، وَلَا يَغْنِيهِ أَنْ يَصُومَ شَهْرًا مِنْ غَيْرِ اجْتِهَادٍ إِنْ وَافَقَ رَمَضَانَ<sup>(٣)</sup>.

(١) هكذا نقل الراجعي عن الأصحاب، وصرح به البغوي والمتولي، ولكن لم يذكر الصبيان وصرح به كله آخرون، منهم إمام الحرمين في النهاية فصرح ذوي الرشد.

(٢) كما يجتهد للصلاة في القبلة والوقت وذلك بأمانة كالربيع والخريف والحر والبرد.

(٣) لتردده في النية. فإن قيل: ينبغي أن يلزمه الصوم ويقضي كالمتهجر في القبلة، أجيب بأنه هنا لم يتحقق الوجوب ولم يظنه. وأما في القبلة فقد تحقق دخول وقت الصلاة وعجز عن شرطها، فأمر بالصلاة بحسب الإمكان لحرمة الوقت، ولو لم يعرف الليل من النهار واستمرت الظلمة، ففي

ثم إذا اجتهد وصام شهراً نظراً: إن وافق رمضان فذاك، وإن غلط بالتأخير أجزأه ذلك، ولم يلزم القضاء، ولا يضر كونه مأنبأ به على نيّة الأداء، كما إذا صَلَّى الظهر بنية الأداء على ظَنِّ بقاء وقتها، ثم تبين أن صَلَاتَهُ، وقعت في وقت العصر، لا قضاء عليه، وهل يكون صومه المأني به قِضَاءً أو أداء؟ فيه وجهان:

أظهرهما: أنه قضاء لوقوعه بعد الوقت.

**والثاني:** أنه أداء؛ لمكان العذر، والعذر قد يجعل غير الوقت وقتاً، كما في الجمع بين الصَّلَاتَيْنِ. ويتفرع على الوجهين، ما لو كان ذلك الشَّهْرَ ناقصاً وكان رمضان تاماً. إن قلنا: إنه قضاء لزمه يوم آخر، وإن قلنا: أداء فلا، كما لو كان رمضان ناقصاً، وإن كان الأمر بالعكس فإن قلنا: إنه قضاء فله إفطار اليوم الأخير إذا عرف الحال، وإن قلنا: أداء فلا، وإن وافق صَوْمُهُ سُؤَالَ فالصحيح منه تسعة وعشرون إن كان كاملاً، وثمانية وعشرون إن كان ناقصاً، فإن جعلناه قضاءً وكان رمضان ناقصاً، فلا شيء عليه على التقدير الأول ويقضى يوماً على التقدير الثاني وإن كان كاملاً قُضِيَ يوماً على التقدير الأول، وَيَوْمَيْنِ عَلَى التَّقْدِيرِ الثَّانِي، وإن جعلناه أداءً فعليه قضاء يَوْمٍ بكلِّ حَالٍ.

وإن وافق ذا الحجة، فالصحيح منه سِتَّةٌ وعشرون يوماً إن كان كاملاً، وخمسة وعشرون يوماً إن كان ناقصاً، فإن جعلناه قضاءً، وكان رمضان ناقصاً قُضِيَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ عَلَى التَّقْدِيرِ الْأَوَّلِ، وَيَوْمَيْنِ عَلَى التَّقْدِيرِ الثَّانِي، وإن كان كاملاً قُضِيَ أَرْبَعَةَ أَيَّامٍ عَلَى التَّقْدِيرِ الْأَوَّلِ، وَثَلَاثَةَ عَلَى الثَّانِي، وإن جعلناه أداءً قُضِيَ أَرْبَعَةَ أَيَّامٍ بكلِّ حَالٍ، وهذا مبني على ظاهر المَذْهَبِ في أن صوم أَيَّامِ التَّشْرِيقِ غير صحيح بِحَالٍ، فإن صححناه على أن للمتمتع أن يصومها وأن من له سبب في صومها بمثابة المَّتَمِّعِ، فذوا الحجة ك«شوال» ذكر هذا المستدرك أَبُو عَبْدِ اللَّهِ - رحمه الله -، وإن غلط بالتقديم على رَمَضَانَ نظر إن أدرك رَمَضَانَ عند تَبَيُّنِ الْحَالِ لَهُ فعليه أن يصومه بِإِلَّا خِلَافٍ، وإن لم يتبين له الحال إلا بعد مُضِيِّ رَمَضَانَ فقولان:

القديم: أنه لا يقضى، كالحجيج إذا أخطأوا فوقفوا اليوم العاشر يجزئهم.

والجديد: وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد - رحمهم الله -: أنه يقضى؛ لأنه أتى بالعبادة قَبْلَ وقتها، فلا يجزئه كالصَّلَاةِ، وبنى القفال وآخرون القولين على أنه لو وافق شَهْرًا بَعْدَ رَمَضَانَ كَانَ قِضَاءً أو أداءً، إن قلنا: بالأول فعليه القِضَاءُ، لأن القِضَاءَ لا يسبق الوقت، وإن قلنا بالثاني فلا قضاء؛ لأن ما بعد الوقت إن جاز أن يجعل وقتاً للعذر،

المجموع أنه يلزمه التحري، والصوم ولا قضاء عليه، فلو ظهر أنه كان يصوم الليل ويفطر النهار وجب القضاء كما صرح به في الكفاية عن الأصحاب.

فكذلك ما قبل الوقت يجوز أن يجعل وقتاً للعدر، كما في الجمع بين الصلاتين وعن أبي إسحاق طريقة أخرى قاطعة بوجوب القضاء وإن تبين بعد مُضِيِّ بَعْضِ رَمَضَانَ، فقد حكى في «النهاية» طريقتين:

أحدهما: طرد القولين في أجزاء ما مضى،

والثاني: القطع بوجوب الاستدراك إذا أدرك شيئاً من الشهر والأول أظهر والطريقان للقائلين بالقولين في الصورة الأولى، فأما أبو إسحاق فلا يفرق بينهما. إذا عرفت ما ذكرناه فأرجع إلى لفظ الكتاب.

وأَعْلَمُ أَنَّ قَوْلَهُ: والمعنى بالجازمة... الخ) أراد به أنه المقصد من التقييد بهذا القيد، تفسير اللفظ، وأن قوله: (لم يجز) معلم بالحاء والزاي.

وأن قوله: (نعم لا يضر التردد بعد حصول الظن)، إشارة إلى أن القادح هو التردد الذي لا يستند احتمال الرضائية فيه إلى دليل، ولا يترجح في ظنه فأما التجويز الذي يجمع الظن بكونه من رمضان فلا عبرة به.

وقوله: «لم يلزمه القضاء» معلّم بالحاء، والميم، والألف.

وقوله: (على أحد القولين) بالواو، لطريقة أبي إسحاق.

وقوله: (كان الشهر بدلاً في حقه) أراد به المنقول عن القفال معناه أن الشهر المأتي بصومه على هذا القول، إذا أقيم مقام رَمَضَانَ وليس المراد منه أنه قضاء يصير بدلاً عن الفائت؛ لأننا إذا فرعنا عليه، لا نقول بأنه يكفي شهره الناقص إذا كَمُلَ رمضان. ومن المسائل المتعلقة بقيد الجزم ما إذا نوت الحائض صَوْمَ الْغَدِ قبل أن ينقطع دمها، ثم أنقطع بالليل هل يصح صومها؟ إن كانت مبتدأة يتم لها بالليل أكثر الحيض أو معتادة عاداتها أكثر الحيض، وهو يتم بالليل صح إذا كانت معتادة عادة دون الأكثر، وكانت تُتِمُّ بالليل فوجهان:

أظهرهما: أنه يصح؛ لأن الظاهر استمرار عاداتها.

والثاني: لا؛ لأنها قد تختلف.

وإن لم يكن لها عادة وكان لا يتم أكثر الحيض بالليل، أو كان لها عادات مختلفة، لم يصح الصوم. وأعلم أن ركن النية، وإن كان لا يختص بصوم الفرض، إلا أن المذكور من مسائل في الكتاب مخصوص به، لأنه قال: (أما النية فعليه أن ينوي لكل يوم... إلى آخره ومعلوم أن النية بالقيود المذكورة مخصوصة بالفرض.

فرعان:

أحدهما: لو نوى الانتقال من صوم إلى صوم<sup>(١)</sup>، لم ينتقل إليه، وهل يبطل ما هو فيه، أم يبقى نفلاً؟ على وجهين، وكذا لو رفض نية الفرض عن الصوم الذي هو فيه<sup>(٢)</sup>.

الثاني: لو قال إذا جاء فلانٌ خرجت من صومي فهل هو خارج عن الصوم عند مجيئه؟ فيه وجهان فإن قلنا: نعم، فهل يخرج في الحال؟ فيه وجهان وكل ذلك كما في الصلاة، أورده في «التهذيب» وغيره.

قال الغزالي: الركن الثاني الإمساك عن المفطرات، وهي الجماع والاستمناء والاستيقاظ. قال الرافعي: لا بد للصائم من الإمساك عن المفطرات، وهي أنواع:

منها: الجماع وهو مبطل للصوم بالإجماع.

ومنها: الاستمناء<sup>(٣)</sup>، وسيأتي الكلام فيه.

ومنها: الاستيقاظ فمن تقياً عامداً أفطر، ومن ذرعه الفية لم يفطر.

روي أنه ﷺ قال: «مَنْ ذَرَعَهُ الْفَيْءُ وَهُوَ صَائِمٌ فَلَا قِضَاءَ عَلَيْهِ، وَمَنْ اسْتَقَّاهُ فَلْيَقْضِ»<sup>(٤)</sup>. وربما روي ذلك عن ابن عمر - رضي الله عنهما - موقوفاً<sup>(٥)</sup>.

وعن أبي الدرداء - رضي الله عنه - إلى رسول الله ﷺ: «قَاءَ فَأَفْطَرَ أَي: اسْتَقَّاهُ،

(١) كأن كان صائماً عن نذر فنوى قلبه إلى كفارة أو عكسه.

(٢) قال النووي الأصح: بقاؤه على ما كان واعلم أن انقلابه نفلاً على أحد الوجهين، إنما يصح في غير رمضان، وإلا فرمضان لا يقبل النفل عندنا ممن هو من أهل الفرض بحال. ينظر الروضة (٢١٩/٢).

(٣) أي شرط الصوم الإمساك عن الجماع وعن الاستمناء وهو إخراج المنى بغير الجماع محرماً كإخراجه بيده، أو غير محرماً كإخراجه بيد زوجته أو جاريتها. قال: فيفطر به لأن الإنزال هو المقصود الأعظم من الجماع، فإذا حرم الجماع من غير إنزال كان تحريم الإنزال أولى قال في التوسط والفتح. قال في الخادم: هذا في الواضح، أما الخشني المشكل فلا يفطر به، قاله الجيلي في الإعجاز. وهذا ظاهر إذا استمنى من أحد فرجه، أما لو استمنى من فرجه جميعاً فلا مرية في بطلان صومه، ثم رأيت في المهمات ما نصه. أما المشكل فلا يفطر بإنزاله من أحد الفرجين لاحتمال الزيادة قاله في البيان ونقله النووي في نواقض الوضوء من شرح المهذب فظهر ما ذكرته منقولاً والله الحمد. (قاله البكري).

(٤) أخرجه أبو داود (٢٣٨٠) والترمذي (٧٢٠) وقال حسن غريب، والنسائي في الكبرى وابن ماجه (١٦٦٧) والدارقطني (١٨٤/٢) وابن حبان أورده الهيثمي (٩٠٧)، والحاكم (٤٢٦/١) وقال صحيح على شرط الشيخين، وقال عبد الحق رجاله ثقات.

(٥) أخرجه مالك في الموطأ (٢٢٢/١).

قَالَ تَوْبَانُ: صَدَقَ أَنَا صَبَّيْتُ لَهُ الْوُضُوءَ<sup>(١)</sup>. واختلفوا في أنه لِمَ أفطر عند التقية عمداً. قال بعض الأصحاب: إنما أفطر؛ لأنه إذا تقياً رجع شيئاً مما خرج وإن قل، فذلك هو الذي أوجب الفطر، وإلا لما أفطر؛ لما روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما -: «أَنَّ الْفِطْرَ مِمَّا دَخَلَ وَالْوُضُوءَ مِمَّا خَرَجَ»<sup>(٢)</sup>.

ومنهم من قَالَ إن عينه مفطر كالإنزال تحويلاً على ظاهر الخبر.

قال في «العدة»: وهذا أصح، وعليه يتفرع، عد صاحب الكتاب الاستقاء مفطرة برأسها<sup>(٣)</sup>، وإلا فلو كانت مفطرة من جهة تضمنها رجوع شيء، لكانت من قبيل دخول الداخل؛ وعلى الوجهين يبني ما إذا تقياً منكوساً، أو تحفظ حتى أستيقن أنه لم يرجع منه شيء إلى جوفه هل يفطر؟

قال الإمام: ولو استقاء عمداً، أو تحفظ جهده فعليه القية ورجع شيء، فإن قلنا: الاستقاء مفطرة وإن لم يرجع منه شيء فهاهنا أولى، وإن قلنا لا يفطر إذا لم يرجع شيء، فهو كما في صورة المبالغة في المضمضة إذا سبق الماء إلى جوفه.

ويجوز أن يعلم قوله: (والاستقاء) بالحاء، لأن عنده الاستقاء بإطلاقها لا تفطر بل يُشترط أن يكون الخارج مِلءِ الفم.

قال الغزالي: وَدُخُولُ دَاخِلٍ، وَحَدُّ الدُّخُولِ أَنْ كُلَّ عَيْنٍ وَصَلَ مِنَ الظَّاهِرِ إِلَى الْبَاطِنِ فِي مَنْقَذٍ مَفْتُوحٍ عَنِ قَضْدٍ مَعَ ذِكْرِ الصَّوْمِ فَهُوَ مُفْطِرٌ، أَمَّا الْبَاطِنُ، فَهُوَ كُلُّ جَوْفٍ فِيهِ قُوَّةٌ مُحِيلَةٌ كَبَاطِنِ الدَّمَاعِ وَالْبَطْنِ وَالْأَمْعَاءِ وَالْمَثَانَةِ فَيَفْطِرُ بِالْحَقْنَةِ وَالسَّعُوطِ، وَلَا يَفْطِرُ بِالْأَكْتِحَالِ (م) وَالتَّقْطِيرِ (م ح و) فِي الْأَذْنَيْنِ، وَفِيمَا يَصِلُ إِلَى الْإِخْلِيلِ وَجَهَانِ، وَلَا يَفْطِرُ بِالْفَضْدِ وَالْحِجَامَةِ.

قال الرافعي: من أسباب الفطر دخول الشيء جوفه، وقد ضبطوا الداخل الذي

(١) أخرجه أبو داود (٢٣٨١) والترمذي (٨٧) والنسائي في الكبرى، وابن الجارود (٨) والدارقطني (١٨١/٢ - ١٨٢) وابن حبان أورده الهيثمي في الموارد (٩٠٨)، والحاكم (٤٢٦/١) والبيهقي (٢٢٠/٤) وقال الترمذي حسن صحيح، هكذا قاله النووي وقال البيهقي في خلافياته فيه مع الاضطراب من تكلم فيه ولا يقوم بإسناده حجة، وقال ابن منده: إسناده متصل صحيح على رسم أبي داود والنسائي، انظر خلاصة البدر (٣٢٠/١).

(٢) أخرجه البيهقي (٢٦١/٤).

(٣) هذا إذا كان عالماً بالتحريم عامداً مختاراً لذلك، فإن كان جاهلاً لقرب عهده بالإسلام أو نشأ بعيداً عن العلماء أو ناسياً أو مكرهاً فإنه لا يفطر، ومال في البحر إلى أن الجاهل يعذر مطلقاً والمعتمد خلافه كما قيده القاضي حسين بما ذكر.

يفطر بالعينِ الوَاصِلِ مِنَ الظَّاهِرِ إِلَى البَاطِنِ فِي مَنَقَدٍ مَفْتُوحٍ عَن قَصْدٍ مَعَ ذِكْرِ الصَّوْمِ، وفيه قيود: منها: البَاطِنُ الوَاصِلُ إِلَيْهِ، وفيما يُعْتَبَرُ فِيهِ وَجْهَانِ: مَفْهُومَانِ، مِنْ كَلَامِ الأئِمَّةِ - رَحِمَهُمُ اللهُ - تَغْرِیضاً وَتَصْرِیْحاً. أَحَدُهُمَا: أَنَّ المُعْتَبَرُ مَا يَقَعُ عَلَيْهِ أَسْمُ الجَوْفِ.

والثاني: يُعْتَبَرُ مَعَهُ أَنْ يَكُونَ فِيهِ قُوَّةُ تَحِيلِ الوَاصِلِ إِلَيْهِ مِنْ غِذَاءٍ، أَوْ دَوَاءٍ، وَهَذَا هُوَ الَّذِي أوردَهُ فِي الكِتَابِ، وَلَكِنِ المَوَافِقُ لِتَفْرِيعِ الأَكْثَرِينَ هُوَ الأَوَّلُ عَلَى مَا سَيَأْتِي، وَيَدُلُّ عَلَيْهِ أَنَّهُمْ جَعَلُوا الحَلْقَ كالجَوْفِ فِي بَطْلَانِ الصَّوْمِ بِوَصُولِ الوَاصِلِ، ذَكَرَهُ فِي «التَهْذِيبِ» وَحَكَاهُ الحَنَّاظِيُّ عَنِ ابْنِ القَاصِ وَأوردَهُ الإمامُ أَيْضاً أَنَّهُ إِذَا جَاوَزَ الشَّيْءُ الحَلَقُومَ أَفْطَرَ، وَمِنْ المَعْلُومِ أَنَّهُ لَيْسَ فِي الحَلْقِ قُوَّةُ الإِحَالَةِ، وَعَلَى الوَجْهَيْنِ مَعاً بَاطِنِ الدِّمَاغِ وَالبَطْنِ وَالأَمْعَاءِ وَالمِثَانَةِ مِمَّا يَفْطَرُ الوَاصِلُ إِلَيْهِ، حَتَّى لَوْ كَانَ عَلَى رَأْسِهِ «مَأْمُومَةً» أَوْ عَلَى بَطْنِهِ «جَائِفَةً»<sup>(١)</sup> فَوَضَعَ عَلَيْهَا دَوَاءً فَوَصَلَ إِلَى جَوْفِهِ، أَوْ إِلَى خَرِيْطَةِ دِمَاغِهِ بَطَلَ صَوْمُهُ. قَالَ الإمامُ وَصاحبُ «التَهْذِيبِ»؛ وَإِنْ لَمْ يَصِلْ إِلَى بَاطِنِ الأَمْعَاءِ وَإِلَى بَاطِنِ الخَرِيْطَةِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الدَّوَاءُ رَطْباً، أَوْ يَابِساً.

وعند أبي حنيفة - رحمه الله - لا يبطل باليابس، ولم يجعل الميثانة مما يفطر الوَاصِلِ إِلَيْهِ، وَفِي «المَعْتَمِدِ» حِكَايَةٌ وَجْهٌ يُوَافِقُ فِي المِثَانَةِ.

لَنَا مَطْلُوقٌ مَا رَوَى: «أَنَّ الفِطْرَ مِمَّا دَخَلَ».

وَقِيَاسُ المِثَانَةِ عَلَى سَائِرِ الأَجْوَابِ، وَفِيهَا قُوَّةُ إِحَالَةِ الدَّوَاءِ.

ثُمَّ فِي الفَضْلِ صُورٌ:

إِحْدَاهَا: الحَقِيقَةُ مُبْطِلَةٌ لِلصَّوْمِ؛ لِحَصُولِ الوُصُولِ إِلَى الجَوْفِ المُعْتَبَرِ.

وَعَنِ القَاضِي الحُسَيْنِ: أَنَّهَا لَا تُبْطِلُهُ وَهُوَ غَرِيبٌ، وَفِيهَا إِخْتِلَافٌ رَوَايَةً عَنِ مالِكِ.

الثَّانِيَةُ: السَّعُوطُ مُبْطِلٌ لِلصَّوْمِ أَيْضاً، إِذَا وَصَلَ إِلَى الدِّمَاغِ.

وعند مالك: لا يبطل إلا إذا نزل إلى الحلق منه شيء، وأعلم أن ما جاوز الخيشوم في الاستعاط، فقد حصل في حد الباطن، ودخل اللحم والأنف إلى منتهى الخيشوم، والغلصة<sup>(٢)</sup> له حكم الظاهر من بعض الوجوه، حتى لو خرج إليه القيء أو ابتلع منه نخامة، بطل صومه، ولو أمسك فيه شيئاً لم يبطل، ولو نجس وجب غسله، وله حكم الباطن من حيث إنه لو ابتلع منه الريق لا يبطل صومه، ولا يجب غسله على

(١) سيأتي توضيح ذلك في باب الجنائيات.

(٢) الغلصمة: رأس الحلقوم وهو الموضع النائي في الحلق والجمع غلاصم انظر المصباح (٢)



الجُنُبِ. الثالثة: لا بَأْسَ لِلصَّائِمِ بِالِاِكْتِحَالِ<sup>(١)</sup> إذ ليست العَيْنُ مِنَ الْأَجْوَابِ، وقد روي أن النَّبِيَّ ﷺ: «اِكْتَحَلَ فِي رَمَضَانَ وَهُوَ صَائِمٌ»<sup>(٢)</sup> ولا فرق بين أن يجد في الحَلْقِ مِنْهُ طَعْمًا، أو لا يجد، فإنه لا منفذ من العَيْنِ إِلَى الحَلْقِ، وما يَصِلُ إِلَيْهِ يَصِلُ مِنَ المَسَامِ.

وعن ماك وأحمد أنه إذا وجد في الحَلْقِ طَعْمًا مِنْهُ أَفْطَرَ.

الرَّابِعَةُ: فِي بَطْلَانِ الصَّوْمِ بِالتَّقْطِيرِ فِي الْأُذُنِ، بحيث يَصِلُ إِلَى البَاطِنِ فِيهِ وجهان: أحدهما: وبه قَالَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ: أَنَّهُ يَبْطُلُ كَالسَّعُوطِ.

والثاني: لَا يَبْطُلُ؛ لأنه لا منفذ من الْأُذُنِ إِلَى الدِّمَاغِ، وما يَصِلُ يَصِلُ مِنَ المَسَامِ فأشبهه الإِكْتِحَالُ، ويروي هذا الوجه عن الشَّيْخِ أَبِي عَلِيٍّ، والقَوْرَانِيِّ والقَاضِي الأَحْسَنِ، وهو الذي أورده صاحب الكتاب، لكن الأول أظهر عند أكثر الأَصْحَابِ، ولهم أن يقولوا: هَبْ أَنَّ الْأُذُنَ لَا مَنَفَذَ مِنْهَا إِلَى دَاخِلِ الدِّمَاغِ، لكنه نافذ إلى دَاخِلِ قحف الرِّأْسِ لا مَحَالَةَ، والوصول إليه كَافٍ فِي البَطْلَانِ، وَبَنَى الإِمَامُ هذا الخِلافَ على الوَجْهَيْنِ السَّابِقَيْنِ فيما يعتبر في البَاطِنِ الذي يَصِلُ إِلَيْهِ الشَّيْءُ فَإِن دَاخِلِ الْأُذُنِ جَوْفٌ لكن ليس فيه قوة الإِحَالَةِ، وعلى الوجهين تتفرع الصُّورَةُ الخَامِسَةُ، وهي ما إذا قطر في إحليله شيئًا، ولم يَصِلْ إِلَى المِثَانَةِ، ففي وَجْهِه يَبْطُلُ صَوْمُهُ، وهو الأَظْهَرُ، كما لَوْ وَصَلَ إِلَى حَلْقِهِ، ولم يَصِلْ إِلَى العَمْدَةِ.

وفي وجهه، لا يَبْطُلُ كَمَا لَوْ وَضِعَ فِي فَمِهِ شَيْئًا، وبهذا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وهو أختيَارُ

(١) في متن التنوير وشرحه الدر المختار أن لو ادهن أو اکتحل لا يفطر ولو وجد طعمه في حلقه . قال في رد المختار عليه أي طعم الكحل أو الدهن كما في السراج وكذا لو بزق فوجد لزقة في الأصح . بحر . قال في النهر: لأن الموجود في حلقه أنه داخل من المسام الذي هو خلل البدن والمفطر إنما هو الداخل من المنافذ للاتفاق على أن من اغتسل في ماء فوجد برده في باطنه أن لا يفطر وإنما كره الإمام الدخول في الماء، والتلف بالثوب المبلول لما فيه من إظهار الضجر في إقامة العبادة . وبالجملة فالشرط في المفطر أن يصل إلى الجوف وأن يستقر فيه، والمراد بذلك أن يدخل إلى الجوف ولا يكون طرفه خارج الجوف ولا متصلاً بشيء خارج من الجوف وأن يكون الوصول إلى الجوف من المنافذ المعتادة لأن المسام ونحوها من المنافذ التي لم تجر العادة بأن يصل منها شيء إلى الجوف، ومن ذلك يعلم أن الاحتقان بالحقن المعروف الآن عملها تحت الجلد سواء كان ذلك في العضدين أو الفخذين أو رأس الإيتيين أو في أي موضع من ظاهر البدن غير مفسد للصوم لأن مثل هذه الحقنة لا يصل منها شيء إلى الجوف من المنافذ المعتادة أصلاً . وعلى فرض الوصول فإنما تصل من المسام فقط، وما تصل إليه ليس جوفاً ولا في حكم الجوف . وهذا مذهب الأحناف - رضي الله عنهم - .

(٢) أخرجه ابن ماجة (١٦٧٨) والطبراني في مسند الشاميين (١٨٣٠) والبيهقي (٢٦٢/٤) . وانظر التلخيص الجبير (١٩٠/٢ - ١٩١) .

القَّالِ - رحمهما الله - وَتَوَسَّطَ بَعْضُ مُتَأَخَّرِي الْأَصْحَابِ، فَقَالَ: إِنْ وَصَلَ إِلَى مَا وَرَاءَ الْحَشْفَةِ أَفْطَرَ، وَإِلَّا لَمْ يَفْطَرَ تَشْبِيهًا بِالْقَمِّ وَالْحَلْقِ.

السَّادِسَةُ: لَا يَفْسُدُ الصَّوْمُ بِالْفُضْدِ وَالْحِجَامَةِ، لَكِنْ يَكْرَهُ خِيفَةُ الضَّغْفِ.

وقال أحمد: يفسد بالحجامة.

وبه قال ابن المنذر وأبن خزيمة من أصحابنا.

لنا: ما روي: «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ اخْتَجِمَ، وَهُوَ صَائِمٌ مُخْرِمٌ فِي حَجَّةِ الْوَدَاعِ»<sup>(١)</sup>.

وروي أنه ﷺ قال: «ثَلَاثٌ لَا يُفْطَرْنَ الصَّائِمُ الْقَيِّءُ وَالْحِجَامَةُ وَالْإِخْتِلَامُ»<sup>(٢)</sup>.

وأما لفظ الكتاب، فقوله: (وهو الداخل) هو المستقيم وفي كثير من النسخ (وحد الدخول)، وذلك يحوج إلى إلحاق وإضمار.

وقوله: (فيه قوة محيلة) يجوز إعلامه بالواو، إشارة إلى الوجه المكتفي بكون الباطن الواصل إليه جوفاً، حتى لو داوى خراجه على لحم الساق، والفضخذ فأوصل الدواء إلى داخل اللحم، أو غرز فيه حديدة لا يبطل صومه؛ لأنه ليس بجوف، وكذا لو أنتهى طرف السكين إلى مكان المخ، فإنه لا يعد عضواً مجوفاً.

وقوله: و(المثانة) مُعَلَّمٌ بِالْحَاءِ، وَالْوَاوِ، وَ(الحقنة، والسعوط) والاكتحال بالميم والألف، و(التقطير في الأذن) بالواو و(الحجامة) بالألف، والواو، وقد بيئنا وجه ذلك كله، - والله تعالى أعلم -.

قال الغزالي: وَلَا يَتَشْرَبُ الدِّمَاجُ الدُّهْنَ (ح) بِالْمَسَامِ، وَيُفْطَرُ إِذَا وُجِيَءَ بَطْنُهُ بِالسُّكَيْنِ وَإِنْ كَانَ بَعْضُ السُّكَيْنِ خَارِجًا. قال الراعي: من القيود المذكورة في الضابطة كون الواصل، وأصلاً من منفذ مفتوح، والقصد به الاحتراز عما إذا طلى رأسه، أو بطنه بالدهن فوصل إلى جوفه بتشرب المسام، فإن ذلك لا يبطل الصوم؛ لأنه لم يصل من منفذ مفتوح، كما لا يبطله الاغتسال والانغماس في الماء، وإن وجد له أثر في باطنه، ولو وجأ نفسه، فوصل السكين إلى جوفه، أو وجأ غيره بإذنه أفطر، سواء كان بعض السكين خارجاً، أو لم يكن، وكذا لو أبتلع طرف خيط، وطرفه الآخر بارز يفطر بوصول الطرف لواصل، ولا يعتبر الانفصال من الظاهر بالكليّة.

(١) أخرجه البخاري (١٩٣٨).

(٢) أخرجه الترمذي (٧١٩) والدارقطني (١٨٣/٢) والبيهقي (٢٦٤/٤) من حديث أبي سعيد، وانظر التلخيص (١٩٤/٢).

وخالف أبو حنيفة في المنسألتين ونظائرهما، ورأيت الحنطاطي حكى وجهين فيمن أدخل طرف حنيط في ذبوره أو في جوفه، وبعضه خارج، فعل يفطر، فيجوز أن يعلم لهذا قوله: (وإن كان بعض السكين خارجاً) مع الحاء بالواو).

فرع: لو أبتلع طرف خيط بالليل وطرفه الآخر خارج وأصبح كذلك فإن تركه لم تصح صلاته، وإن نزعه أو أبتلعه لم يصح صومه، فينبغي أن يبادر غيره إلى نزعه وهو غافل، فإن لم يتفق فالمحافظة على الصلاة، بنزعه، أو أبتلاجه أولى<sup>(١)</sup>؛ لأن الصوم يترك بالعذر، ويُقضى بخلاف الصلاة، وذكر في «التتمة» وجهاً آخر، وهو أن الأولى: أن يتركه كذلك، ويصلي على حسب حاله؛ لأنه شارح في الصوم، فلا ينبغي أن يفسده.

قال الغزالي: (أما القصد) فتعني به أنه لو طارت ذبابة إلى جوفه أو وصل غبار الطريق إلى باطنه أو أوجر بغير اختياره فلا يفطر إلا أن يوجر المغمى عليه معالجة فقيه وجهان.

قال الرافعي: ومن القيود كون الوصول عن قصد منه، فلو طارت ذبابة أو بعوضة إلى حلقه، أو وصل غبار الطريق، وعزبله<sup>(٢)</sup> الدقيق إلى جوفه، وغير ذلك لم يكن مفطراً، وإن كان إطباق الفم، وأجتناب المطروق، ومفارقة موضع الطريق ممكناً، لكن تكليف الصائم الاحتراز عن الأفعال المعتادة التي يحتاج إليها يجر عسراً شديداً، بل لو أفتح فاه حتى وصل الغبار إلى جوفه، فقد قال في «التهذيب»: أصح الوجهين أنه يقع عفواً، وشبهوا هذا الخلاف بالخلاف فيما إذا قتل البزاعيث عمداً، وتلوّث يده أنها هل يقع عفواً، ولو ربطت المرأة ووطئت أو أوجر بالسكين، أو وجيء بغير اختياره فلا إفطار، ونقل الحنطاطي، وجهين فيما لو أوجر بغير اختياره وهو غريب بمره. نعم، لو كان مغمى عليه، فأوجر معالجة وإصلاحاً فقيه وجهان، وفي «النهاية» قولان:

أحدهما: أنه يفطر؛ لأن هذا الإيجار لمصلحته فكأنه بإذنه وأختياره.

(١) لأن النزح موافق لغرض النفس فهو منسوب إليه عند تمكنه من الدفع، وبهذا فارق من طعنه بغير إذنه وتمكن من دفعه. قال الزركشي: وقد لا يطلع عليه عارف بهذا الطريق، ويريد هو الخلاص فطريقه أن يجبره الحاكم على نزعه ولا يفطر لأنه كالمكره، بل لو قيل أنه يفطر بالنزح باختياره لم يبعد تنزيلاً لإيجاب الشرع منزلة الإكراه كما إذا حلف ليطؤها في هذه الليلة فوجدها حائضاً لا يحث بترك الوطء. أهـ. قال الخطيب الشربيني: هذا القياس ممنوع لأن الحيض لا مندوحة له إلى الخلاص منه بخلاف ما ذكر.

(٢) الغريلة: إدارة الحب في الغربال لينتقي خبيثه ويبقى طيبه.

وأصحهما: أنه لا يفطر كإيجار غيره بغير اختياره.

وأعلم أن هذا الخلاف مُفْرَعٌ عَلَى أَنَّ الصُّوْمَ لَا يَبْطُلُ بِمَطْلُقِ الإِغْمَاءِ، وَإِلَّا فَالإِيجَاءُ مَسْبُوقٌ بِالْبُطْلَانِ، وَهَذَا الْخِلَافُ كَالْخِلَافِ فِي الْمَغْمَى عَلَيْهِ الْمَحْرَمُ إِذَا عُولَجَ بِدَوَاءٍ فِيهِ طِبِّبٌ، هَلْ تَلْزَمُهُ الْفِدْيَةُ.

قال الغزالي: وَلَوْ أبتَلَعَ دَمًا خَرَجَ مِنْ سِنِّهِ أَوْ سِنًا أَفْطَرَ بِخِلَافِ الرِّيقِ إِلَّا أَنْ يَخْتَمِعَ الرِّيقَ بِالْعَلَكِ فِيهِهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ رَدَّ النُّخَامَةَ إِلَى أَقْصَى الْقَمِّ ثُمَّ أبتَلَعَ أَفْطَرَ، وَلَوْ قَدَرَ عَلَى قَطْعِهِ مِنْ مَجْرَاهُ فَتَرَكَ حَتَّى جَرَى بِنَفْسِهِ فِيهِهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ سَبَقَ الْمَاءُ فِي الْمَضْمَضَةِ إِلَى بَاطِنِهِ فَقَوْلَانِ، وَإِنْ بَالَعَ فَقَوْلَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوْلَى بِالإِفْطَارِ، وَإِنْ جَرَى الرِّيقُ بِبَقِيَّةِ طَعَامٍ فِي خِلَالِ الأَسْنَانِ فَإِنْ قَصَرَ فِي تَخْلِيلِ الأَسْنَانِ فَهُوَ فِي صُورَةِ الْمُبَالِغَةِ، وَإِنْ لَمْ يَقْصُرْ فَهُوَ كَغَبَارِ الطَّرِيقِ، وَالْمَيْئِي إِنْ خَرَجَ بِالأَسْنَانِ أَفْطَرَ، وَإِنْ خَرَجَ بِمَجْرَدِ الْفِكْرِ وَالتَّنْظَرِ فَلَا، وَإِنْ خَرَجَ بِالقُبْلَةِ وَالْمَعَانِقَةِ مَعَ حَائِلٍ فَهُوَ كَالْمَضْمَضَةِ، وَالْمَضَاجِعَةِ مُتَجَرِّدًا كَالْمُبَالِغَةِ، وَتَكَرُّهُ القُبْلَةَ لِلشَّابِّ الَّذِي لَا يَمْلِكُ إِزْبَهُ، وَخُرُوجَ القَيْءِ كَالْمَيْئِي، وَلَوْ أَتْلَعَ نُخَامَةً مِنْ مَخْرَجِ الحَاءِ فِيهِ إِلْحَاقِهِ بِالأَسْتِقَاءِ وَجْهَانِ، وَمَخْرَجِ الحَاءِ مِنَ الظَّاهِرِ، وَفِي إِفْسَادِ القَضِيدِ شَرْعًا بِالإِكْرَاهِ قَوْلَانِ: أَصْحَمَا: أَنَّهُ يُفْطَرُ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِصَائِمٍ.

قال الرافعي: الفصل يجمع مسائل:

إحداها: أبتلاع الرِّيقِ لا يفطر؛ لأنه لا يمكن الاحتراز عنه، وبه يحيى الإنسان، وعليه حمل بعض المُفَسِّرِينَ قوله تعالى: ﴿وَجَعَلْنَا مِنَ الْمَاءِ كُلَّ شَيْءٍ حَيًّا﴾<sup>(١)</sup> وَإِنَّمَا لَا يَفْطَرُ بِشُرُوطٍ:

أحدها: أن يكون الرِّيقُ صرفاً، أما لو كان مخلوطاً بغيره مُتَغَيِّراً فَإِنَّهُ يَفْطَرُ بِأبتلاعه، سواء كان ذلك الغير طاهراً، كما لو كان يُقْتَلُ خَيْطاً مَصْبُوغاً، فتغير ريقه، أو نجساً كما لو دميت لثته<sup>(٢)</sup> وتغير ريقه، فلو أبيض، ولم يبق تغيره، فهل يفطر بأبتلاعه؟ فيه وجهان:

أظهرهما: عند الحنَّاطِيِّ، والقَاضِي الرُّوْيَانِيِّ لَا؛ لِأَنَّ ابْتِلاعَ الرِّيقِ مَبَاحٌ، وَلَيْسَ فِيهِ عَيْنٌ آخَرُ، وَإِنْ كَانَ نَجْسًا حَكْمًا.

(١) سورة الأنبياء، الآية ٣٠.

(٢) لأنه أجنبي عن الريق. قال الأذرعي: ولا يبعد أن يقال من عمت بلواه بدم لثته بحيث يجري دائماً أو غالباً أنه يسامح بما يشق الاحتراز منه، ويكفي بصفة الدم ويعفى عن أثره.

والثاني: وهو الأظهر عند الأكثرين، أنه يفطر؛ لأنه لا يَجُوزُ لَهُ أَتْيَاغُهُ، وَإِنَّمَا يَجُوزُ لَهُ أَتْيَاغُ الطَّاهِرِ. مِنْهُ، وَعَلَى هَذَا لَوْ تَنَاوَلَ بِاللَّيْلِ شَيْئاً نَجِساً وَلَمْ يَغْسِلْ فَمَهُ حَتَّى أَصْبَحَ فَأَبْتَلَعَ الرِّيقَ بَطَل صَوْمُهُ.

الثاني: أن يبتلعه من معدنه، فلو خرج إلى ظاهر فمه ثم رده بلسانه، أو غير لسانه، وأبتلعه بطل صومه.

ولو أخرج لسانه وعليه الريق ثم رده وأبتلع ما عليه ففيه وجهان:

أظهرهما - وهو المذكور في «النهاية» - : أنه لا يبطل صومه، لأن اللسان كيفما تقلب معدود من داخل الفم، فلم يفارق ما عليه معدته، ولو بل الخياط الخيط بالريق ثم رده إلى الفم على ما يعتاد عند القتل فإن لم يكن عليه رطوبة تنفصل، فلا بأس<sup>(١)</sup>، وإن كانت وأبتلعهما ففيه وجهان: عن الشيخ أبي محمد: أنه لا يضمر؛ لأن ذلك القدر أقل مما يبقى من الماء في الفم بعد المضمضة.

وقال الأكثرون: إنه ينطّل الصوم؛ لأنه لا ضرورة إليه، وقد أبتلعه بعد مفارقة المعدة، وخص في «التتمة» الوجهين بما إذا كان جاهلاً بأن ذلك لا يجوز، فأما إذا كان عالماً ينطّل صومه بلا خلاف.

الثالث: أن يبتلعه، وهو على هيئته المعتادة، أما لو جمعه ثم أبتلعه، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يبطل صومه، لأن الاحتراز عنه هين.

وأصحهما: أنه لا ينطّل، وبه قال أبو حنيفة - رحمه الله - لأنه مما يجوز أبتلاعه ولم يخرج من معدته فأشبهه ما لو أبتلعه متفرقاً.

فإن قلت: هذان الوجهان إن جرى في مطلق الجمع، فلم قال: إلا أن يجمع الريق بالعلك، وإن أختص بالجمع بالعلك فلم أطلتكم نقلهما؟

فالجواب: أنهما جاريان في مطلق الجمع نقلاً، وتوجيهاً، ولعله إنما تعرض للعلك؛ لأن الإمام قد ذكر أن الوجهين في صورة الجمع ناشئان من لفظ الشافعي - رضي الله عنه - حيث قال: «وأكره العلك؛ لأنه يحلب الفم»، وكأنه حاذر اجتماع الريق على خلاف العادة، وهذا شيء قد قاله بعض الشارحين.

وقال آخرون: أراد بقوله: (يحلب الفم أنه يطيب النكهة، ويزيل الخلوف؛ فلذلك كرهه، ولو كان العلك جديداً مفتتاً فوصل منه شيء إلى الجوف بطل صومه، كما لو

(١) لأنه لم يفصل شيء بدخول جوفه ونقل المتولي اتفاق الأصحاب على ذلك.

وضع سُكَّرَةً فِي فِيهِ وَأَبْتَلَعَ الرِّيْقَ بَعْدَ مَا ذَابَتْ فِيهِ، وَمَا قَدَّمْنَاهُ فِيمَا إِذَا كَانَ مَغْسُولًا مُسْتَعْمَلًا، أَوْ صَلْبًا لَا يَنْفَصِلُ مِنْهُ شَيْءٌ. وَقَوْلُهُ: (وَلَوْ ابْتَلَعَ دَمًا خَرَجَ مِنْ سَنِهِ، أَوْ سَنًا أَفْطَرَ) ظَاهِرٌ، وَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ دَاخِلَ الْفَمِ لَهُ حُكْمُ الظَّاهِرِ فِي هَذَا، وَأَنَّ أَحْتِمَالَ ابْتِلَاعِ الرِّيْقِ لَيْسَ لِمَجْرَدِ ابْتِلَاعِهِ مِنَ الْفَمِ، بَلْ لِدَعَاءِ الضَّرُورَةِ إِلَيْهِ.

**المسألة الثانية:** النخامة<sup>(١)</sup> إن لم تحصل في حد الظاهر<sup>(٢)</sup> من الفم فلا مبالاة بها، وإن حصلت فيه بانصبابها من الدماغ في الثقبية الثافدة منه إلى أقصى الفم فوق الحلقوم نظر إن لم يقدر على صرفه ومجّه حتى نزل إلى الجوف لم يضره، وإن رده إلى قضاء الفم، أو ارتد إليه ثم ابتلعه أفطر<sup>(٣)</sup>، وإن قدر على قطعة من مجراه ومجّه فتركه حتى جرى بنفسه ففيه وجهان حكاهما الإمام:

أحدهما: أنه لا مؤاخذه؛ لأنه لم يفعل شيئاً، وإنما أمسك عن الفعل وأوقفهما لكلام الأئمة إن تركه في مجراه مع القدرة على مجّه لتقصيره فيفطر. ونقل عن «الحاوي» وجه مطلق في الإفطار بالنخامة، والوجه تنزيلهما على الحالة التي حكى الإمام الخلاف فيها.

**الثالثة:** إذا تمضمض فسبق الماء إلى جوفه، أو استنشق فوصل الماء إلى دماغه فقد نقل المزني أنه يفطر، وقال في اختلاف أبي حنيفة وأبن أبي ليلى - رحمهما الله - أنه لا يفطر إلا أن يتعمد الأزدراد، وللأصحاب فيه طريقتان:

**أصحهما:** أن المسألة على قولين:

أحدهما: وبه قال مالك، وأبو حنيفة، والمزني - رحمهم الله -: أنه يفطر؛ لأنه وصل الماء إلى جوفه بفعله، فإنه الذي أدخل الماء فيه وأثفه.

**والثاني:** وبه قال أحمد وهو اختيار الربيع - رحمهما الله -: أنه لا يفطر؛ لأنه وصل بغير اختياره، فأشبهه غبار الطريق. **والثاني:** القّطع بأنه لا يفطر، حكاه المسعودي وغيره ثم من القائلين به من حمل منقول المزني على ما إذا تعمّد الأزدراد، ومنهم من حمل على ما إذا بالغ، وحمل النصّ الثاني على ما إذا لم يبالغ، ونفى الخلاف في الحالتين، وإذا قلنا بطريقة القولين فما محلهما؟ فيه ثلاثة طرق.

(١) وهي الفضلة الغليظة التي يلفظها الشخص من فيه، ويقال لها أيضاً النخاعة بالعين.

(٢) وهو مخرج الخاء المعجمة، وكذا الحاء المهملة وما حد الباطن فهو مخرج الهاء والهمزة.

(٣) على المذهب وبه قطع الجمهور، وحكى صاحب العدة والبيان وجهاً أنه لا يفطر لأن جنسها معفو عنه وهذا شاذ مردود.

أصحها: أن القولين فيما إذا لم يبلغ في المضمضة والاستنشاق فأما إذا لم يبلغ أفطر بلا خلاف.

وثانيتها: أن القولين فيما إذا بالغ، أما إذا لم يبلغ فلا يفطر بلا خلاف.

والفرق على الطريقتين أن المبالغة منهي عنها، وأصل المضمضة والاستنشاق مخوث عليه، فلا يحسن مؤاخذته بما يتولد منه بغير اختياره.

والثالث: طرد القولين في الحالتين، فإذا ميزنا حالة المبالغة عن حالة الأقتصار على أصل المضمضة والاستنشاق حصل عند المبالغة قولان مرتبان كما ذكر في الكتاب، وظاهر المذهب ما ذكرنا عند المبالغة الإفطار، وعند عدم المبالغة الصحة،

ولا يخفى أن محل الكلام فيما إذا كان ذاكر للصوم، أما إذا كان ناسياً، فلا يفطر بحال، وسبق الماء عند غسل الفم لنجاسة، كسبقة المضمضة، والمبالغة هاهنا للحاجة ينبغي أن تكون كالسبق في المضمضة بلا مبالغة، ولو سبق الماء من غسله تبرداً، أو من المضمضة في الكرة الرابعة فقد قال في «التهذيب»: إن بالغ بطل صومه، وإلا فهو مرتب على المضمضة، وأولى بالإفطار، لأنه غير مأمور به<sup>(١)</sup>.

الرابعة: لو بقي طعام في خلل أسنانه فأبتلعه عمداً، أفطر خلافاً لأبي حنيفة - رحمه الله - فيما إذا كان يسيراً، وربما قدر بـ«الحمصة»، وإن جرى به الريق من غير قصد منه فمنقول المزمي أنه لا يفطر، ومنقول الربيع أنه يفطر، وأختلف الأصحاب فمنهم من قال: فيه قولان كما في صورة المضمضة؛ لأن الطعام حصل في فمه بسبب غير مكره، وهو الأكل بالليل فأشبهه المضمضة، ومنهم من نفى كون المسألة على قولين، وهو الأصح، ثم من هؤلاء من حمل النص على حالين، حيث قال: لا يفطر أراد به ما إذا لم يقدر على تمييزه، ومجه، وحيث قال: يفطر أراد ما إذا قدر عليه، فأبتلعه، وتوسط الإمام من وجه آخر وتابعه صاحب الكتاب، فقال: «إن لم يتعهد تنقية الأسنان، ولم يُخلل، فهو كصورة المبالغة في المضمضة»، لأن الغالب في مثله الوصول إلى الجوف، وإن نقاها على الأعتياد في مثله فهو كغبار الطريق، ولك أن تقول: ترك التخليل إما أن يكون مكروهاً أو لا يكون، وإن لم يكن مكروهاً فلا يتوجه

(١) قال النووي: المختار في الرابعة، الجزم بالإفطار كالمبالغة، لأنها منهي عنها. ولو جعل الماء في فمه لا لغرض، فسبق، فقيل: يفطر. وقيل بالقولين، ولو أصبح ولم ينو صوماً، فتمضمض ولم يبلغ، فسبق الماء إلى جوفه ثم نوى صوم تطوع، صح على الأصح. قال القاضي حسين في «فتاويه»: إن قلنا: هذا سبق لا يفطر، صح، وإلا، فلا. قال: والأصح: الصحة في الموضوعين.

إلحاقة بصورة المبالغة، لأن الوصول هناك تَوَلَّدَ مِنْ أَمْرٍ مَكْرُوهٍ، وإن كان مكروهاً فالفرق ثابت أيضاً لأن ما بين الأسنان أَقْرَبُ إِلَى الظَّاهِرِ مِنَ المَاءِ عِنْدَ المُبَالِغَةِ، وربما يثبت في خلالها فلا ينفصل، ويتقدير أن ينفصل فالتمكن من أخذه وَمَجَّهٌ مِمَّا لَا يَبْعَدُ، والماء سَيَّالٌ إِذَا وَجَدَ مُنْحَدِرًا أَسْرَعَ فِي النَفُودِ، فكان وصوله إلى الجوف أقرب.

وليكن قوله: (فهو كصورة المبالغة) مُعْلَمًا بِالْحَاءِ، لأنهما مفترقان عنده فيفطر في صورة المبالغة، ولا يفطر هاهنا.

الخامسة: المَنِي إِنْ خَرَجَ بِالْأَسْتِمْنَاءِ أَفْطَرَ؛ لِأَنَّ الإِبْلَاجَ مِنْ غَيْرِ إِنْزَالِ مُبْطِلٍ، فَالْإِنْزَالُ يَنْتَوِعُ شَهْوَةً أَوْلَى أَنْ يَكُونَ مُفْطِرًا، وَإِنْ خَرَجَ بِمَجْرَدِ الْفِكْرِ<sup>(١)</sup> وَالنَّظَرِ لَشَهْوَةٍ لَمْ يَكُنْ مَفْطِرًا خَلَاْفًا لِمَالِكٍ فِي النَّظَرِ، وَعَنْ أَضْحَابِهِ فِي الْفِكْرِ اأَخْتِلَافِ، وَلِأَحْمَدَ حَيْثُ قَالَ: إِنْ كَرَّرَ النَّظَرَ حَتَّى أَنْزَلَ أَفْطَرَ.

لنا: أنه إنزال من غير مُبَاشَرَةٍ، فأشبه الاحتلام، وإن خَرَجَ بِمَبَاشَرَةٍ فِيمَا دُونَ الفَرْجِ أَوْ لِمَسِّ، أَوْ قَبْلَةَ أَفْطَرَ، لِأَنَّهُ أَنْزَلَ بِمَبَاشَرَةٍ، هَذَا مَا ذَكَرَهُ الْجُمْهُورُ، وَذَكَرَ الإِمَامُ أَنَّ شَيْخَهُ حَكَى وَجْهَيْنِ فِيمَا إِذَا ضَمَّ امْرَأَةً إِلَى نَفْسِهِ وَبَيْنَهُمَا حَائِلٌ، قَالَ: «وَهُوَ عِنْدِي كَسَبَقِ المَاءِ فِي صُورَةِ المَضْمُضَةِ، وَإِنْ ضَاجَعَهَا مُتَجَرِّدًا فَالْتَقَتِ البَشْرَتَانِ، فَهِيَ كَصُورَةِ المَبَالِغَةِ فِي المَضْمُضَةِ وَأَقْتَدَى صَاحِبُ الكِتَابِ بِهِ، فَأُورِدُ هَذَا التَّرْتِيبَ.

وتكره القُبْلَةَ للشباب الذي تحرك القبلة شهوته، ولا يأمن على نفسه، ولا تكره لِغَيْرِهِ وَإِنْ كَانَ الأَوَّلَى الأَحْتِرَازَ «كَانَ النَّبِيُّ ﷺ يُقْبَلُ وَهُوَ صَائِمٌ»<sup>(٢)</sup> وَعَنْ عَائِشَةَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يُقْبَلُ بَعْضَ نِسَائِهِ، وَهُوَ صَائِمٌ، وَكَانَ أَمْلَكَكُمْ لِإِزْبِهِ<sup>(٣)</sup>، وَمَنْ كَرِهْنَا لَهُ القَبْلَةَ فَهَلْ ذَلِكَ عَلَى سَبِيلِ التَّحْرِيمِ<sup>(٤)</sup> أَوْ التَّنْزِيهِ؟ حَكَى فِي «التَّمْتَةِ» فِيهِ وَجْهَانِ، والأول هو المذکور فِي «التَّهْذِيبِ» وَقَوْلُهُ: (وُخْرُوجِ القِيءِ كَالْمَنِيِّ)، إِشَارَةٌ إِلَى مَا قَدَمْنَا أَنَّهُ لَوْ

(١) وهو إعمال الخاطر في الشيء.

(٢) أخرجه مسلم (١١٠٧) من رواية السيدة حفصة رضي الله عنها.

(٣) أخرجه البخاري (١٩٢٧، ١٩٢٨) ومسلم (١١٠٦).

(٤) وهو المنصوص لأن فيه تعريضاً لإفساد العبادة ولحديث أبي هريرة أن رجلاً سأل النبي ﷺ عن المباشرة للصائم فرخص له، وأتاه آخر فتهادى، فإذا الذي رخص له شيخ، والذي نهاه شاب. أخرجه أبو داود (٣١٢/٢) حديث (٢٣٨٧)، والبيهقي في السنن (٢٣١/٤ - ٢٣٢). سأل رجل إمامنا الشافعي - رضي الله تعالى عنه - بقوله:

وضمة مشتاق الفؤاد جناح

سل العالم المكسي هل في تزاور

فأجاب بقوله:

تلاصق أكباد بهن جراح =

فقلت معاذ الله أن يذهب التقى



أستقاء أفطر، وإن خرج بغير اختياره فلا، ولو أقتلع نخامه من باطنه ولفظها، فقد حكى الشيخ أبو محمد فيه وجهين:

أحدهما: أنه يفطر به، إلحاقاً له بالاستقاء.

والثاني: لا، لأن الحاجة إليه مما تكثر، فليرخص فيه، وبهذا أجاب الحنيطي، وكثير من الأئمة ولم يذكروا غيره، ثم ذكر صاحب الكتاب أن مخرج «الحاء» من الباطن، ومخرج «الحاء» من الظاهر، ووجهه لأصح، فإن «الحاء» تخرج من الحلق، والحلق من الباطن، و«الحاء» تخرج مما قبل الغلصمه إلا أن المقصد في مثل هذا المقام الضابط الفارق بين الحدتين، ويشبه أن يكون قدر مما بعد مخرج الحاء من الظاهر أيضاً، والله أعلم.

السادسة: ذكرنا من قبل أنه لو أوجر مكرهاً لم يفطر، فلو أكره حتى أكل بنفسه ففيه قولان.

أحدهما: وبه قال أحمد: لا يفطر، لأن حكم اختياره ساقط، وأكله ليس منهيأ عنه، فأشبهه الناس.

والثاني: وبه قال أبو حنيفة - رحمه الله -: أنه يفطر، لأنه أتى بضد الصوم ذاكراً له، غايته أنه أتى به لدفع الضرر عن نفسه، لكنه لا أثر له في دفع الفطر، كما لو أكل أو شرب لدفع الجوع، أو العطش، وهذا أصح عند صاحب الكتاب، ويجري القولان فيما لو أكرهت المرأة حتى مكنت، وكذلك فيما إذا أكره الرجل حتى وطئ. إن قلنا بتصور الإكراه على الوطء. نعم، لا تجب الكفارة، وإن حكمتنا بالإفطار للشبهة. وإن قلنا: لا يتصور الإكراه على الوطء بطل صومه، ولزمه الكفارة.

وعند أحمد: يحصل الإفطار بالوطء مكرهاً، بخلاف ما قال في الأكل.

وقوله: (وفي فساد القصد شرعاً) أشار به إلى أن قيد القصد لا بد منه على ما ذكرناه في الضابط والقصد من حيث الحس موجود في حق المكره، ولكن في إلحاقه بالعدم شرعاً، وإفساده الخلاف المذكور. وقوله: (لأنه ليس بصائم) معناه أن الإكراه إنما يؤثر في دفع الإثم على ما قال رسول الله ﷺ: «رُفِعَ عَن أُمَّتِي الْخَطَأُ، وَالسَّنِيَانُ»<sup>(١)</sup> الخبير، وحصول الفطر لا يتعلق به إثم.

= قال الربيع: فسألت الشافعي كيف أفنى بهذا. فقال: هذا رجل قد أعرس في هذا الشهر شهر رمضان، وهو حديث السن، فسأل هل عليه جناح أن يقبل أو يضم من غير وطء فأفتيته بهذه الفتيا ولعل الشافعي غلب على ظنه أن ذلك لا يحرك شهوته.

وأعلم أن هذا التوجيه يتركّب على مُقَدِّمَتَيْنِ .

إحدهما: أن الإِكْرَاهَ إنما يُؤَثِّرُ فِي دَفْعِ الْمَأْتَمِ .

والثانية: أن هذا ليس بمأتم، واقتصر هاهنا على ذكر الثانية، وفي «الوسيط» على ذكر الأولى - والله تعالى أعلم - .

قال الغزالي: فَأَمَّا ذِكْرُ الصَّوْمِ أَخْتَرْنَا بِهِ عَنِ النَّاسِي لِلصَّوْمِ فَإِنَّهُ لَا يَفْطِرُ بِأَكْلِ وَلَا جَمَاعٍ (م و)، وَالغَالِطُ الَّذِي يَظُنُّ عَدَمَ طُلُوعِ الْفَجْرِ أَوْ غُرُوبِ الشَّمْسِ أَفْطَرَ وَيَلْزَمُهُ الْقَضَاءُ فِي الْآخِرِ . قال الرافعي: ومن القيود المُذْرَجَة فِي الضَّابِطِ الَّذِي سَبَقَ كَوْنُ الْوَصُولِ مَعَ ذِكْرِ الصَّوْمِ، فَأَمَّا إِذَا أَكَلَ نَاسِيًا نَظَرَ إِنْ قَلَّ أَكَلَهُ لَمْ يَفْطِرْ خِلَافًا لِمَالِكِ .

لنا: ما روي أنه ﷺ قال: «مَنْ نَسِيَ وَهُوَ صَائِمٌ فَأَكَلَ، أَوْ شَرِبَ فَلْيَتِمِّمْ صَوْمَهُ، فَإِنَّمَا أَطَعَمَهُ اللَّهُ وَسَقَاهُ»<sup>(١)</sup> . وإن كثر ففيه وجهان كالوجهين في بُطْلَانِ الصَّلَاةِ بِالْكَلَامِ الْكَثِيرِ، وَإِنْ أَكَلَ جَاهِلًا بِكَوْنِهِ مُفْطِرًا، وَكَانَ قَرِيبَ الْعَهْدِ بِالإِسْلَامِ، أَوْ نَشَأَ بِبَادِيَةٍ، وَكَانَ يَجْهَلُ مِثْلَ ذَلِكَ، لَمْ يَبْطُلْ صَوْمُهُ، وَإِلَّا قَبِيضٌ، وَلَوْ جَامَعَ نَاسِيًا لِلصَّوْمِ فَقَدْ نَقَلَ الْمُزْنِي أَنَّ صَوْمَهُ لَا يَبْطُلُ، وَلِلأَصْحَابِ فِيهِ طَرِيقَانِ:

أَصْحَهُمَا: الْقَطْعُ بِأَنَّهُ لَا يَبْطُلُ، كَمَا نَقَلَهُ أَعْتَبَارًا بِالْأَكْلِ<sup>(٢)</sup> .

والثاني: أنه يخرج على قولين كما في جماع المُخْرِمِ نَاسِيًا، وَمَنْ قَالَ بِهَذَا أَنْكَرَ مَا نَقَلَهُ الْمُزْنِي، وَقَالَ: لَا نَصَّ لِلشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فِيهِ .

ولو أكل على ظنّ أن الصُّبْحَ لَمْ يَطْلُعْ بَعْدَهُ، أَوْ إِنْ الشَّمْسُ قَدْ غَرَبَتْ، وَكَانَ غَالِطًا، فَقَدْ رَوَى الْمُزْنِي أَنَّهُ لَا يَجُوزُ صَوْمُهُ، وَوَافَقَهُ الْأَصْحَابُ عَلَى رِوَايَتِهِ فِي الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ، وَأَمَّا فِي الْأُولَى فَمِنْهُمْ مَنْ أَنْكَرَ مَا رَوَاهُ، وَقَالَ: لَا يُوجَدُ ذَلِكَ فِي كُتُبِ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَمَذْهَبِهِ: أَنَّهُ لَا يَبْطُلُ الصَّوْمُ إِذَا ظَنَّ أَنَّ الصُّبْحَ لَمْ يَطْلُعْ بَعْدَهُ؛ لِأَنَّ الْأَضْلَّ بَقَاءَ اللَّيْلِ، وَهُوَ مَعْدُورٌ فِي بِنَاءِ الْأَمْرِ عَلَيْهِ، بِخِلَافِ مَا فِي آخِرِ النَّهَارِ فَإِنَّ الْأَضْلَّ بَقَاءَ النَّهَارِ، فَالغَالِطُ فِيهِ غَيْرُ مَعْدُورٍ .

ومنهم من صحح ما رواه، وقال: لعلّه نقله سَمَاعًا، وَوَجْهَهُ بِأَنَّهُ تَحَقَّقَ خِلَافَ مَا ظَنَّهُ، وَالْيَقِينُ مُقَدَّمٌ عَلَى الظَّنِّ، وَلَا يَبْعُدُ أَسْتَوَاءُ حُكْمِ الغَالِطِ فِي دُخُولِ الْوَقْتِ وَخُرُوجِهِ

(١) أخرجه البخاري (١٩٣٣، ٦٦٦٩) ومسلم (١١٥٥)، والترمذي (٧٢١) وقال حسن صحيح، وأخرجه أبو داود (٢٣٩٨).

(٢) قضية تشبيه الجماع بالأكل أن يأتي فيه التفصيل بين أن يطول زمنه أولاً وهو كما قال الاسنوي متجه بل مجتبه في الجماع أولى لأنه دائر بين اثنين إن نسي أحدهما، ذكره الآخر بخلاف الأكل.

كما في الجُمعة، وهذا هو الأصح [والأشهر]<sup>(١)</sup> في المذهب. قال الأمام: فإن قيل: هَلَّا خَرَجَ ذَلِكَ عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِي خَطَا الْقَبْلَةِ. قلنا: المخطيء آخرًا لا يَكَادُ يُصَادِفُ أَمَارَةً ظَاهِرَةً فِي هُجُومِ اللَّيْلِ، وَأَسْتِضْحَابِ النَّهَارِ فِي مَعَارِضَةِ مَا يَبِينُ لَهُ، وَهُوَ مَعَ ذَلِكَ مُتَمَكِّنٌ مِنَ الصَّبْرِ إِلَى دَرْكِ الْيَقِينِ، فَاقْتَضَى ذَلِكَ الْفَرْقَ بَيْنَ الْبَايِنِ.

إذا عرفت ذلك وَعُدت إلى لفظ الكتاب فأغْلِمِ قوله: (فإنه لا يفطر) بالميم، وقوله: (ولا جماع) بالألف، لأن عند أحمد جماع النَّاسِي يُفْسِدُ الصَّوْمَ وبالواو، إشارة إلى طريقة الْقَوْلَيْنِ، فقد تعرض لِلْخِلَافِ فِيهِ فِي الْكِتَابِ فِي «فَضْلِ الْكُفَّارَةِ» وَإِنْ لَمْ يَذْكُرْهُ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ، وَلَوْ جَعَلْتَ «الواو» عَلَى قَوْلِهِ: (لا يفطر) ليشمل الأكل أيضاً لم يبعد، لأنه أطلق القول بأنه لا يفطر النَّاسِي به، وفي الكثير منه الْخِلَافُ الَّذِي سَبَقَ. وقوله في مسألة الغالط: (فمفطر)، يجوز أن يُعَلَّمَ بِالزَّايِ وَالْوَاوِ.

أما الزاي فلأن أبا سعيد المتولي حكى ذهاب المزني إلى أنه لا يفطر في الصورة الأولى، ومنهم من نقل ذهابَهُ إِلَيْهِ فِي الصُّورَتَيْنِ. وأما بالواو فلأمرين: أحدهما: ما حَكَيْتَنَا عَنْ بَعْضِ الْأَصْحَابِ فِي الصُّورَةِ الْأُولَى.

والثاني: أن الموفق بن طاهر حكى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْحَاقَ بْنِ خُزَيْمَةَ أَنَّهُ يَجْزئُهُ الصَّوْمَ فِي الطَّرْفَيْنِ.

وقوله: (فمفطر، ويلزمه القضاء) الجمع بينهما ضرب تأكيد، ولا ضرورة إليه، ثم لا يخفى أن الحكم بلزوم القضاء في الصَّوْمِ الْوَاجِبِ، أما في التطوع فيفطر ولا قضاء.

قال الغزالي: وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَأْكُلَ فِي آخِرِ النَّهَارِ إِلَّا بِتَقْيِينٍ، فَأَمَّا بِالْأَجْتِهَادِ فَفِيهِ خِلَافٌ وَفِي أَوَّلِ النَّهَارِ يَجُوزُ بِالْأَجْتِهَادِ، وَلَوْ هَجَمَ وَلَمْ يَتَّبِعِ الْخَطَأَ لَزِمَهُ الْقَضَاءُ فِي الْآخِرِ وَلَمْ يَلْزَمْ فِي الْأَوَّلِ.

قال الرافعي: لما تكلم في الغالط الذي أكل، ثم تبين خلاف ما ظنَّه أراد أن يبين أن الأكل ثم يجوز. أما في آخر النهار بالأحوط ألا يأكل إلا بتيقن غروب الشمس، لأن الأضل بقاء النهار، فيستصحب إلى أن يستيقن خلافه، ولو اجتهد وغلب على ظنَّه دخول الليل بوزدٍ وغيره ففي جواز الأكل وجهان:

أحدهما: وبه قال الأستاذ أبو إسحاق الإسفرايني: أنه لا يجوز، لقدرته على ذلك اليقين بالصير.

(١) في أو الأظهر.

وأصحهما: الجواز؛ لما روي «أَنَّ النَّاسَ أَفْطَرُوا فِي زَمَانِ عُمَرَ - رضي الله عنه - ثُمَّ انْكَشَفَ السَّحَابُ، وَظَهَرَتِ الشَّمْسُ».

وأما في أول النهار، فيجوز الأكل بالظن والاجتهاد؛ لأن الأضل بقاء الليل، ولو هجم وأكل من غير يقين ولا اجتهاد نظر إن تبين الخطأ فالحكم ما ذكرنا في الفضل السابق، وإن تبين الصواب فقد أستمروا الصوم على الصحة وليس لأحد أن يقول إذا أكل شاكاً في الغروب، وتبين الغروب، وجب ألا يصح صومه كما لو صلى شاكاً في الوقت، أو في القبلة من غير اجتهاد، وتبين له الصواب لا تصح صلاته، لأن هناك ابتداء العبادة وقع في حال الشك فمنع الانعقاد، وهاهنا انعقدت العبادة على الصحة، وشك في أنه هل أتى بما يفسدها ثم تبين عدمه ذكر هذا الفرق صاحباً «التتمة» و«المعتمد»، وإن لم يتبين الخطأ، ولا الصواب، وأستمر الإشكال، فينظر: إن اتفق ذلك في آخر النهار وجب القضاء؛ لأن الأضل بقاءه، ولم يبين الأكل على أمر يعارضه، وإن اتفق في أوه فلا قضاء، لأن الأضل بقاء الليل وجواز الأكل.

وروي بعض أصحابنا عن مالك وجوب القضاء في هذه الصورة، وتردد ابن الصباغ في ثبوتها عنه، ولو أكل في آخر النهار بالاجتهاد وقلنا لا يجوز الأكل بالاجتهاد كما لو أكل من غير يقين ولا اجتهاد<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي: وَلَوْ طَلَعَ الصُّبْحُ وَهُوَ مُجَامِعٌ فَتَزَعَ أَنْعَقَدَ (ز) الصُّومُ وَلَوْ أَسْتَمَرَ فَسَدَ . قال الرافعي: إذا طلع الصُّبْحُ وفي فيه طَعَامٌ بأكله فليلقُظْهُ، فَإِنْ أَبْتَلَعَهُ فَسَدَ صَوْمُهُ، ولو لفظه في الحال لكن سبق منه شيءٌ إِلَى جوفه بغير اختياره فقد نُقِلَ عن

(١) قال النووي: والأكل هجوماً بلا ظن حرام في آخر النهار قطعاً، وجائز في أوله. وقال الغزالي في «الوسيط»: لا يجوز، ومثله في «التتمة»، وهو محمول على أنه ليس مباحاً مستوي الطرفين، بل الأولى تركه. وقد صرح الماوردي والدارمي وخلاتق بأنه لا يحرم على الشاك الأكل وغيره، ولا خلاف في هذا، لقول الله تعالى: ﴿وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ...﴾ [البقرة: ١٨٧]. وضح عن ابن عباس - رضي الله عنهما - «كل ما شككت حتى يتبين لك».

عزاه المصنف في الشرح (٣٢٥/٦) للبيهقي وقال: إسناده صحيح. وفي رواية عن حبيب بن أبي ثابت قال: أرسل ابن عباس رجلين ينظران الفجر فقال: أحدهما: أصبحت وقال الآخر: لا. فقال: اختلفتما أرني شرابي. قال البيهقي: وروي هنا عن أبي بكر بن الصديق وعمر وابن عمر - رضي الله عنهم - وقول ابن عباس «أرني شرابي» جار على القاعدة أنه يحل الشرب والأكل حتى يتبين الفجر، ولو كان قد بين لما اختلف الرجلان فيه لأن خيريهما تعارضا. والأصل بقاء الليل. قلت: وأما في هذا الزمان فممكن الوقوف على معرفة الفجر بأسهل الطرق في استخدام المذياع أو الساعة مثلاً وغير ذلك مما هو معروف.

«الحاوي» فيه وجهان مخرجان من سَبَقِ الْمَاءِ فِي الْمَضْمُضَةِ<sup>(١)</sup>،

ولو طَلَعَ الصُّبْحُ، وهو مجامع فنزع في الحال صومه، نَصَّ عليه في «المختصر»،  
والمسألة تصور على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يحس وهو مجامع بتباشير الصبح، فينزع بحيث يوافق آخر النَّزْعِ ابتداء  
الطُّلُوعِ.

والثاني: أن يطلع الصُّبْحُ، وهو مُجَامِعٌ ويعلم بالطُّلُوعِ كما طَلَعَ ويتنزع كما علم.

والثالث: أن يمضي زمان بَعْدَ الطُّلُوعِ، ثم يعلم به.

أما هذه الصُّورَةُ الثَّالِثَةُ، فَلَيْسَتْ مُرَادَةً بِالنَّصِّ، بل الصُّومُ فِيهَا بَاطِلٌ، وَإِنْ نَزَعَ كَمَا  
عَلِمَ؛ لِأَنَّ بَعْضَ النَّهَارِ قَدْ مَضَى وَهُوَ مُشْغُولٌ بِالْجَمَاعِ، فَأَشْبَهَ الْعَالِطُ بِالْأَكْلِ هَذَا ظَاهِرُ  
الْمَذْهَبِ، وَالخِلَافُ الَّذِي مَرَّ فِيمَا إِذَا أَكَلَ عَلَى ظَنِّ أَنَّ الصَّبْحَ لَمْ يَطْلُعْ بَعْدَ فَبَانَ خِلَافَهُ  
عَائِدٌ هَاهُنَا بِلَا فَرْقٍ، وَعَلَى الصَّحِيحِ لَوْ مَكَثَ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ فَلَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِ، لِأَنَّ  
مُكَّتَهُ مَسْبُوقٌ بِطُلُوعِ الصُّومِ.

وأما الصورتان الأوليان، فقد حكى الموفق بن طاهر أن أبا إسحاق قال «النص  
محمول على الصُّورَةِ الْأُولَى، إما إِذَا طَلَعَ، وَأَخْرَجَ فَسَدَ صَوْمَهُ»، وَلَا شَكَّ فِي صِحَّةِ  
الصُّومِ فِي الصُّورَةِ الْأُولَى، لَكِنَّ حَمْلَ النَّصِّ عَلَيْهَا، وَالْحُكْمَ بِالْفَسَادِ فِي الثَّانِيَةِ مُسْتَبَعَدٌ  
لَا مُبَالَاهَ بِهِ؛ بَلْ قَضِيَّةُ كَلَامِ الْأَثْمَةِ نَقْلًا وَتَوْجِيهًا، أَنَّ الْمُرَادَ مِنْ مَسْأَلَةِ النَّصِّ الصُّورَةَ  
الثَّانِيَةَ، وَحُكْمُهَا خِلَافُ مَالِكٍ وَأَحْمَدَ، وَالْمَزْنِيَّ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - وَأَحْتَجُّوا عَلَيْهِمْ أَنَّ  
النَّزَعَ تَرَكَ الْجَمَاعَ، فَلَا يَتَعَلَقُ بِهِ مَا يَتَعَلَقُ بِالْجَمَاعِ، كَمَا لَوْ حَلَفَ أَلَّا يَلْبَسَ ثَوْبًا هُوَ  
لَابَسَهُ فَانْتَزَعَهُ فِي الْحَالِ لَا يَحْتَسِبُ. وَقَوْلُهُ: فِي الْكِتَابِ: (انْعَقِدْ صَوْمَهُ) أُعْلِمَ بِالْمِيمِ  
وَالْأَلْفِ وَالزَّيَّاءِ، إِشَارَةً إِلَى مَذَاهِبِهِمْ، وَيَجُوزُ أَنْ يُعْلَمَ «بِالْوَاوِ» أَيْضًا لِلْمَنْقُولِ عَنْ أَبِي  
إِسْحَاقَ، وَقَدْ رَوَى الْحَنَاطِيُّ أَيْضًا وَجْهًا فِي الْمَسْأَلَةِ، وَلَوْ طَلَعَ الْفَجْرُ، وَعَلِمَ بِهِ كَمَا طَلَعَ  
وَمَكَثَ وَلَمْ يَنْزِعْ فَسَدَ صَوْمُهُ، وَهَلْ عَلَيْهِ؟ الْكُفَّارَةُ؟ نَصَّ فِي «الْمَخْتَصَرِ» عَلَى أَنَّهَا  
تَجِبُ، وَأَشَارَ فِيمَا إِذَا قَالَ لِأَمْرَاتِهِ: إِنْ وَطَأْتِكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا فَغَيْبِ الْحَشْفَةَ،  
وطلقت، ومكث إلى أنه لا يجب المهرُ وأختلف الأصحاب على طريقتين:

أحدهما: أن فيها قولين نقلًا وتخريجًا.

أحدهما: وجوب الكفارة هاهنا، والمهر، ثم كما لو نزع وأولج ثانيًا.

(١) الصحيح: لا يفطر قاله النووي ينظر الروضة (٢/٢٢٩) لأن النزاع ترك الجماعة فأشبه ما لو حلف  
لا يلبس ثوبًا وهو لابس فتنزعه وسواء أنزل حال النزاع أم لا لتولده من مباشرة مباحة.

والثاني: لا يجب وَاحِدٌ مِنْهُمَا؛ لأن ابتداء الفعلِ كَانَ مَبَاحًا.

وأصحهما: القطع بوجوب الكفارة، ونفي المهر.

والفرق: أن ابتداء الفعل لم تتعلق به الكفارة، فتتعلق بانتهائه حتى لا يخلو الجماعُ في نَهَارِ رَمَضَانَ عمداً عن الكَفَّارَةِ وَالْوَطْءِ، ثم غير خَالٍ عن المقابلة بالمَهْرِ؛ لأن المَهْرَ في النكاح يقابل جميع الوَطْئَاتِ، وعند أبي حنيفة لا تَجِبُ الكَفَّارَةُ بِالْمُكْتَبِ، وأختاره المزني وساعدنا مالك وأحمد على الوجوب، والخلاف جَارٍ فيما إذا جَامَعَ نَاسِيًا ثُمَّ تَذَكَرَ الصَّوْمَ وَأَسْتَدَامَ، ثم تكلم الأئمة في هذه المَسَائِلِ، في أن أول الفجر كيف يدرك وَيُحَسُّ، ومتى عرف المترصد الطلوع كان الطلوع الحقيقي متقدماً عليه فكيف ليستمر قَرَضُ العِلْمِ بِهِ، كما طلع، وللشيخ أبي محمد في الجواب عنه مَسْلَكَانِ حَكَاهُمَا الإمامُ عَنْهُ.

أحدهما: أن المسألة موضوعة على التَّقْدِيرِ كدَابِ الفُقَهَاءِ فِي أَمْثَالِهَا.

والثاني: أَنَا تَعَبَّدْنَا بِمَا نَطَّلِعُ عَلَيْهِ، ولا معنى للصبح إلا ظهور الضوء للتأظر، وما قبله لا حكم له، فإذا كان الشَّخْصُ عَارِفًا بِالْأَوْقَاتِ وَمَنَازِلِ الْقَمَرِ وَكَانَ بِحَيْثُ لَا حَاطِلَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمَطْلَعِ وَتَرَصَّدَ فَمَتَى أَدْرَكَ فَهُوَ أَوَّلُ الصُّبْحِ الْمَعْتَبَرِ.

قال الغزالي: الْقَوْلُ فِي شَرَائِطِ الصَّوْمِ وَهِيَ أَرْبَعَةٌ: ثَلَاثَةٌ فِي الصَّائِمِ وَهِيَ النِّقَاءُ عَنِ الْحَيْضِ وَالْإِسْلَامَ وَالْعَقْلُ فِي جَمِيعِ النَّهَارِ، وَزَوَالَ الْعَقْلِ بِالْجُنُونِ مُفْسِدٌ وَلَوْ فِي بَعْضِ النَّهَارِ، وَأَسْتِزَارُهُ بِالنَّوْمِ لَيْسَ بِمُفْسِدٍ وَلَوْ فِي كُلِّ النَّهَارِ (و)، وَأَنْفِغَارُهُ بِالْإِغْمَارِ فِيهِ أَقْوَالٌ أَنَّهُ كَالنَّوْمِ أَوْ كَالْجُنُونِ، وَأَصَحُّ الْأَقْوَالِ أَنَّهُ إِنْ أَفَاقَ فِي أَوَّلِ النَّهَارِ لَمْ يَضُرَّهُ بَعْدَهُ الْإِغْمَاءُ.

### القول في شروط الصوم:

قال الرافعي: يشترط في الصَّائِمِ ثَلَاثَةٌ أُمُورٍ.

أحدها: النِّقَاءُ مِنَ الْحَيْضِ وَالنَّفَاسِ، فلا يصح صوم الخائض والنفساء على ما قدمناه في الحَيْضِ.

والثاني: الإسلام، فلا يصح صَوْمُ الْكَافِرِ أَصْلِيًّا كَانَ أَوْ مُرْتَدًّا، كما لا يصح مِنْهُ سَائِرُ الْعِبَادَاتِ، وهذان الشَّرْطَانِ مَعْتَبَرَانِ فِي جَمِيعِ النَّهَارِ، وحتى لو طَرَأَ حَيْضٌ، أَوْ رَدَةٌ فِي آخِرِ النَّهَارِ بَطَلَ الصَّوْمُ.

والثالث: العقل، فلا يصح صوم المجنون، ولو جُنَّ فِي أثنَاءِ النَّهَارِ فَظَاهِرٌ

المذهب بطلانُ صَوْمِهِ، كما لو جُنَّ في خِلَالِ صَلَاتِهِ تَبَطَّلَ صَلَاتُهُ.

وفيه وجه: أن عُرُوضَ الْجُنُونِ كَعُرُوضِ الْإِغْمَاءِ، وسيأتي حُكْمُهُ، وَعَبَّرَ الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ عَنِ هَذَا الْخِلَافِ فِي «المهذب» بقولين:

الأول: الجديد.

والثاني: القديم.

ولو نوى من الليل، ونام جَمِيعَ النَّهَارِ صَحَّ<sup>(١)</sup> صومه وعن أبي الطيب بن سلمة، والإضْطْحَرِي: أنه لا يصح، كما لو مغمى عليه جميع النهار، واحتجا على ذلك بقوله في «المختصر»: فإن أفاق في بَعْضِ النَّهَارِ، فَهُوَ صَائِمٌ يعني المغمى عليه، ثم قال: وكذلك إن أَصْبَحَ رَاقِدًا، ثم أستيقظ، فأشعر كلامه بأشترط الأستيقاظ في بَعْضِ النَّهَارِ، والمَذْهَبُ الأول. والفرق بين النَّوْمِ والإغْمَاءِ إن سلمنا أن مستغرقه مُبْطَلٌ وأن الإغْمَاءَ يخرجُه عن أهْلِيَّةِ الْخِطَابِ، ويلحقه بالمَجْنُونِ، والثَّائِمِ إذا نبه تنبه، ولهذا لا يسقط قِضَاءُ الصَّلَوَاتِ بِالنَّوْمِ، ويسقط بالإغْمَاءِ، ولو نوى من الليل ثم عرض له الإغْمَاءُ، فقد نَصَّ في «المختصر» في «باب الصَّوْمِ» أنه إذا كان مَفِيقًا في جزء من النَّهَارِ صَحَّ صَوْمُهُ، وفي «باب الظَّهَارِ» أنه إن كان مَفِيقًا في أول النَّهَارِ صَحَّ صَوْمُهُ<sup>(٢)</sup>، ويحكى مثله عن البويطي، وفي بعض كتبه أن المرأة إذا كانت صَائِمَةً فحاضت، أو أغمي عليها بَطَلْ صَوْمُهَا، وذلك يقتضي اشتراط الإفاقة في جميع النَّهَارِ.

وقال المُزْنِي: إذا نوى من اللَّيْلِ صَحَّ صَوْمُهُ، وإن استغرق الإغْمَاءَ جميعَ النَّهَارِ كالنوم، وخَرَجَ أَبُو سُرَيْجٍ من نَصِّه في الظَّهَارِ أنه يشترط الإفاقة في طَرْفِي النَّهَارِ، وقت طُلُوعِ الْفَجْرِ، ووقت غُرُوبِ الشَّمْسِ، وللأصْحَابِ في المسألة طَرِيقَانِ، إثبات الخِلَافِ ونفيه. أما الْمُتَّبِعُونَ لِلْخِلَافِ فَلَهُمْ طَرِقٌ:

أظهرها: أن المسألة على ثلاثة أقوال:

أصحها: نصه في «المختصر» في «باب الصوم» وبه قال أحمد، ووجهه الإمام بأن

(١) لبقاء أهلية الخطاب. والثاني: يضر كالإجماع وفرق الأول بأن الإغْمَاءَ يخرج عن أهلية الخطاب بدليل سقوط ولايته على ماله وعدم وجوب قضاء الصلاة عليه بخلاف النَّائِمِ فيهما فإن أفاق لظة من النهار صح صومه جزماً.

(٢) ومال إليه ابن الصلاح وصححه الغزالي والفارقي. وإنما اشترط الأول إفاقته لحظة لأن الإغْمَاءَ في الاستيلاء على العقل فوق النوم ودون الجنون، فلو قلنا: إن المتفرق منه لا يضر كالشوم لألحقنا الأقوى بالأضعف. ولو قلنا: إن اللحظة منه تضر كالجنون لألحقنا الأضعف بالأقوى فتوسطنا وقلنا: إن الإفاقة في لحظة كافية.

الدليل يقتضي اشتراط النيّة، مقرونة بجميع أجزاء العبادة، إلا أن الشزح لم يشترط ذلك، واكتفى بتقديم العزم دفعاً للعسر، فلا بد من أن يقع المعزوم عليه بحيث يتصور القصد إليه، وإمساك المغمى عليه لا يقع مقصوداً، فإذا استغرق الإغماء أمتنع التصحيح، وإذا وجدت الإفاقة في لحظة أثبتنا زمان الإغماء، زمان الإفاقة.

والثاني: أشرط الإفاقة في أول النهار.

وبه قال مالك - رحمه الله - ووجهه: أنه حالة الشروع في الصوم، فينبغي أن تجتمع فيه صفات الكمال، ولهذا خصّ أول الصلاة بأشراط النيّة فيه.

والثالث: أشرط الإفاقة في جميع النهار كالإفاقة عن الجنون، والنقاء عن الحيض. والطريق الثاني: أنه ليس في المسألة إلا قولان الأول والثاني.

وأما نصه الثالث فهو محمول على ما إذا كان الإغماء مستغرقاً، أو على إغماء الجنون، أو على أن جوابه رجع إلى الحيض دون الإغماء، وقد يقع مثل ذلك في كلام الشافعي - رضي الله عنه - حكى هذا الطريق والذي قبله الشيخ وأبو حامد وغيره.

والثالث: أن المسألة على خمسة أقوال، هذه الثلاثة المنصوصة، وقولان آخران مخرجان. أحدهما: ما ذكره المزني جعله بعض الأصحاب قولاً مخرجاً من النوم، وبه قال أبو حنيفة.

والثاني: ما ذكره ابن سريج، ووجهه بأن الصلاة لما أعتبرت النية فيها ولم تعتبر في جميعها أعتبرت في طرفها، كذلك حكم الإفاقة في الصوم، وأستضعفت الأمة هذا القول حتى غلط صاحب «الحاوي» ابن سريج في تخرجه، وقال: لا يعرف للشافعي - رضي الله عنه - ما يدل عليه. وأما التأفون للخلاف فلهم طريقان:

أحدهما: أن المسألة على قول واحد، وهو أشرط الإفاقة في أول النهار، وما ذكره في الصوم مطلق محمول على ما بينه في الظاهر.

وأظهرهما: أن المسألة على قول واحد، وهو أشرط الإفاقة في جزء من النهار، وتعيين أول النهار في نضه في الظاهر وقع على سبيل الاتفاق.

وأما النص الثالث فقد قدمنا تأويله.

ولو نوى بالليل، ثم شرب دواءً فزال عقله نهاراً فقد قال في «التهذيب» يرتب على ذلك الإغماء. إن قلنا: لا يصح الصوم في الإغماء فهانئ أولى وإن قلنا: يصح فوجهان: والأصح: أن عليه القضاء؛ لأنه كان بصنعه، ولو شرب المسكر ليلاً، وبقي سكره في جميع النهار، فعليه القضاء، وإن بقي النهار، ثم صحا فهو كالإغماء في بعض النهار، قاله في «التتمة». وأما لفظ الكتاب فمسلتا الجنون، والنوم معلمتان بالواو؛ لما حكينا من الوجهين.



وقوله: (في الإغماء أقوال) يجوز إعلامه «بالواو» للطريقة النافية للخلاف، وما أطلقه من الأقوال محمولاً على طريقة إثبات الأقوال الخمسة، لكنه ذكر منها ثلاثة:

أحدها: المخرج الذي اختاره المزي، وهو قوله: «كالنوم».

والثاني: منصوصة في بعض كتبه، وهو قوله: (كالجنون).

والثالث: منصوصه في «باب الظهار».

وأما القولان الباقيان فلم يذكرهما، ولو حملنا ما أطلقه على الأقوال الثلاثة التي ذكرها وقدرنا حصره خلاف المسألة فيها لكان صاحب الكتاب منفرداً بنقل هذه الطريقة.

وقوله: (كالنوم أو كالجنون) التشبيه بهما مبنئ على ظاهر المذهب فيهما، وجعله القول الثالث أصح الأقوال خلاف ما ذكره الجمهور، وإنما الأصح عندهم ما قدمنا ذكره، وما أطلقه من عبارات الزوال والانغمار والاستتار وإنما أخذه من الإمام حيث جعل لاختلال العقل مراتب:

أحدها: الجنون، وهو يسلب خواص الإنسان، ويكاد يلحقه بالبهائم.

والثانية: الإغماء، وهو يغشي العقل، ويغلب عليه حتى لا يبقى في دفعه اختيار.

والثالثة: النوم وهو مزيل للتمييز، لكنه سهل الإزالة، والعقل معه كالشيء المستور الذي يسهل الكشف عنه، قال: ودونها مرتبة رابعة وهي الغفلة، ولا أثر لها في الصوم وفقاً.

قال الغزالي: الرابع الوقت القابل للصوم وهو جميع الأيام إلا يوم العيدين (ح) وأيام التشريق (و) ولا يصح صوم المتمتع في أيام التشريق على الجديد، وصوم يوم الشك صحيح إن وافق نذراً أو قضاءً أو زداً، وإن لم يكن له سبب فهو منهي (م ح) وفي صحته وجهان كالصلاة في الأوقات المكروهة، ويوم الشك أن يتحدث برؤية الهلال من لا يثبت الهلال بشهادته كالعيدي والفساق.

قال الرافعي: أيام السنة تنقسم إلى الشك وغيره، وغيره ينقسم إلى يومي العيد، وأيام التشريق، وغيرها.

فأما غيرها من الأيام فهو قابل للصوم بلا استثناء. وأما يوماً العيد فلا يقبلانه خلافاً لأبي حنيفة - رحمه الله -؛ لأن عنده لو نذر صومهما كان له أن صوم فيهما. لنا: أنه روي عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ: «نهى عن صوم يومين: يوم

الأضحى، وَيَوْمِ الْفِطْرِ»<sup>(١)</sup>.

وأما أيام التَّشْرِيقِ فهل يجوز للمتمتع العادم لِلْهَدْيِ أن يصومها عن الثلاثة أيام اللّازمة في الحج؟ فيه قولان:

القديم - وبه قال مالك -: أنه يجوز؛ لما روى عن عائشة - رضي الله عنها - أن النَّبِيَّ ﷺ: «أَرْخَصَ لِمُتَمَتِّعٍ إِذَا لَمْ يَجِدِ الْهَدْيَ، وَلَمْ يَصُمْ الثَّلَاثَةَ فِي الْعَشْرِ أَنْ صَوْمَ أَيَّامِ التَّشْرِيقِ»<sup>(٢)</sup>. وإلى هذا ميل الشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ.

والجديد: أنه لا يجوز، بل هما في عدم قبول الصَّوم كالعبدین؛ لما روي أنه ﷺ قال: «لَا تَصُومُوا فِي هَذِهِ الْأَيَّامِ فَإِنَّهَا أَيَّامٌ أَكَلٍ وَشُرْبٍ وَبِعَالٍ»<sup>(٣)</sup> فإن فرعنا على القديم، فهل يجوز لغير المتمتع صَوْمُهَا؟ فيه وجهان:

قال أبو إسحاق: نعم؛ لأن تجوز صَوْمِهَا للمتمتع إنما كان لأنه صَوْمٌ لَهُ سَبَبٌ، فيجوز مثل هذا الصَّومِ لكل أحدٍ دون التَّطَوُّعات المحضة.

وقال الأكثرون: لا يجوز؛ لأن التَّهْنِيَّ عَامٌ، والرُّخْصَةُ وَرَدَتْ فِي حَقِّ الْمُتَمَتِّعِ خَاصَّةً<sup>(٤)</sup>، وذكر الإمام أن القاضي الحُسَيْنُ سلك مسلكاً يفضي إلى تنزيل يوم العيد منزلة يَوْمِ الشُّكِّ، قال: وما تراه قاله عن عقد.

وأما يوم الشُّكِّ<sup>(٥)</sup> فقد روي عن عَمَّارِ بْنِ يَاسِرٍ - رضي الله عنه - أنه قال: «مَنْ صَامَ الْيَوْمَ الَّذِي يُشْكُّ فِيهِ، فَقَدْ عَصَى أَبَا الْقَاسِمِ»<sup>(٦)</sup> فلا يصح صَوْمُهُ عَن رَمَضَانَ خِلافاً

(١) أخرجه البخاري (١٩٩٣) ومسلم (١١٣٨).

(٢) أخرجه الدارقطني (١٨٦/٢) من حديث ابن عمر، ورواه البخاري (١٩٩٧، ١٩٩٨) من حديث ابن عمر وعائشة.

(٣) أخرجه الدارقطني (١٨٧/٢) من حديث أبي هريرة وعبد الله بن حذافة. والبيهقي (٢٩٨/٤) وأخرجه مسلم (١١٤١) من حديث نبيشة والبعال ملاعبة الرجل أهله.

(٤) قال النووي: وإذا جوزنا لغير المتمتع، فهو مختص بصوم له سبب من واجب أو نفل. فأما ما لا سبب له، فلا يجوز عند الجمهور ممن ذكر هذا الوجه. وقال إمام الحرمين: هو كيوم الشك، وهذا القديم هو الراجح دليلاً، وإن كان مرجوحاً عند الأصحاب.

(٥) والمعنى فيه القوة على صوم رمضان وضعفه السبكي بعدم كراهة صوم شعبان وهو ممنوع لأن النفس إذا ألقت شيئاً هان عليها ولهذا كان صوم يوم وفطر يوم أفضل من استمرار الصوم.

(٦) أخرجه أبو داود (٢٣٣٤) والترمذي (٦٨٦) وقال حسن صحيح، والنسائي، (١٥٣/٤) وابن ماجه (١٦٤٥) والدارقطني (١٥٧/٢) وابن حبان ذكره الهيثمي في الموارد (٨٧٨) والحاكم (٤٢٣/١) - (٤٢٤) والبيهقي (٢٠٨/٤) وقال الدارقطني إسناده حسن ورجاله ثقات، وأخرجه البخاري تعليقاً (١١٩/٤).

لأحمد، حيث قال في رواية: إن كانت السماء مصحية كره صومه، وإلا وجب صومه عن رمضان. وفي رواية: إن صام الإمام صاموا، وإلا أفطروا، وعنه: رواية أخرى مثل مذهبتنا. لنا قوله ﷺ: «فإن عمم عليكم، فأكملوا عدة شعبان ثلاثين، ولا تستقبلوا رمضان بصوم يوم من شعبان»<sup>(١)</sup>. ويجوز صومه عن قضاء وتذوير وكفارة<sup>(٢)</sup>، وكذا إذا وافق وزده في التطوع بلا كراهية.

روي عن أبي هريرة: «أن النبي ﷺ قال لا تستقبلوا الشهر بيوم، أو يومين إلا أن يوافق ذلك صياماً كان يصومه أحدكم»<sup>(٣)</sup>.

وعن القاضي أبي الطيب، أنه يكره صومه عما عليه من فرض.

قال ابن الصبّاغ: وهذا خلاف القياس؛ لأنه إذا لم يكره منه ماله سبب من التطوع، فلأن لا يكره فيه الفرض كان أولى، ولا يجوز أن يصوم فيه التطوع الذي لا سبب له خلافاً لأبي حنيفة، ومالك - رحمهما الله - حيث قالوا: «لا كراهية في ذلك».

لنا حديث عمار وأيضاً فقد روي عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ: «نهى عن صيام ستة أيام أحدها اليوم الذي يشك فيه»<sup>(٤)</sup>. وهل يصح هذا الصوم؟ فيه وجهان كالوجهين في الصلاة، وفي الأوقات المكروهة.

أصحهما: لا؛ لأنه منهي عنه، كيوم العيد.

والثاني: نعم؛ لأنه قابل للصوم في الجملة. ولو نذر صومه فهو على هذين الوجهين؛ فإن قلنا: يصح فليصم يوماً آخر، ولو صامه خرج عن نذره، قاله في «التهذيب» ولا يخفى أن اليوم الموصوف بكونه يوم الشك هو الثلاثون من شعبان، ومتى يتصف بهذه الصفة؟ إن طبق الغيم ليلته فهو من شعبان، وليس بيوم شك لقوله ﷺ: «فإن عمم عليكم فأكملوا العدة ثلاثين»<sup>(٥)</sup> ولا أثر لظننا الرؤية لولا السحاب ليغد الهلال عن الشمس، وإن كانت السماء مصحية وتراعى الناس الهلال فلم يروه، فليس بيوم شك بطريق الأولى إن لم يتحدث بروية الهلال أحد، وإن وقع في السنة الناس أنه رؤي، ولم يقل عدل: أنا رأيته، أو قاله عدل، وفرعنا على أنه لا يثبت بقول واحد، أو

(١) أخرجه النسائي (١٥٣/٤ - ١٥٤) من رواية ابن عباس.

(٢) من غير كراهة على الأصح مسارعة لبراءة الذمة ولأن له سبباً فجاز كظنيره من الصلاة في الأوقات المكروهة.

(٣) أخرجه البخاري: (١٩١٤) ومسلم (١٠٨٢).

(٤) أخرجه الدراقطني (١٥٧/٢) بإسناد فيه الواقدي.

(٥) تقدم.

قاله عَدَدٌ مِنَ النَّسْوَةِ، أَوْ الْعَبِيدِ، أَوْ الْفُسَّاقِ، وَظَنَّ صِدْقَهُمْ، فَهُوَ يَوْمٌ شَكٌّ<sup>(١)</sup>، وَحَكَى الْمَوْفِقُ بْنُ طَاهِرٍ عَنِ أَبِي مُحَمَّدٍ الْبَاقِي، أَنَّهُ إِذَا كَانَتِ السَّمَاءُ مَصْحِيحَةً وَلَمْ يَرِ الْهَلَالُ فَهُوَ يَوْمٌ شَكٌّ، وَعَنِ الْأَسْتَاذِ أَبِي طَاهِرٍ، أَنَّ يَوْمَ الشُّكِّ مَا تَرَدَّدَ بَيْنَ الْجَائِزِينَ، مِنْ غَيْرِ تَرْجِيحٍ، فَإِذَا شَهِدَتْ امْرَأَةٌ، أَوْ عَبْدٌ، أَوْ صَبِيٌّ فَقَدْ تَرَجَّحَ أَحَدُ الْجَائِزِينَ، وَخَرَجَ الْيَوْمُ عَنْ كَوْنِهِ يَوْمَ شَكٍّ، وَالْمَشْهُورُ مَا تَقَدَّمَ.

ولو كان في السماء قِطْعٌ سَحَابٍ يُمْكِنُ أَنْ يَرَى الْهَلَالَ مِنْ خِلَالِهَا، وَأَنْ يَخْفَى تَحْتَهَا، فَقَدْ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ: إِنَّهُ يَوْمٌ الشُّكِّ، وَقَالَ غَيْرُهُ: إِنَّمَا يَكُونُ كَذَلِكَ بِشَرْطِ التَّحَدُّثِ عَلَى مَا سَبَقَ، وَتَوَسُّطِ الْإِمَامِ بَيْنَهُمَا، فَقَالَ: إِنْ كَانَ فِي بَلَدٍ يَسْتَقِلُّ أَهْلُهَا بِطَلَبِ الْهَلَالِ، فَلَمْ يَتَحَدَّثُوا بِرُؤْيَيْهِ، فَالْوَجْهَ أَنْ لَا يُجْعَلَ الْعَدُّ يَوْمَ شَكٍّ، وَإِنْ كَانَ فِي سَفَرٍ، وَلَمْ يَبْعُدْ رُؤْيَا أَهْلِ الْقَرْيَةِ فَيَحْتَمَلُ أَنْ يُجْعَلَ الْعَدُّ يَوْمَ شَكٍّ، - وَاللَّهُ أَعْلَمُ -.

إذا عرفت ذلك فأرجع إلى لفظ الكتاب، وأعلم قوله: (إلا يوم العيدين، وأيام التشريق) بالحاء و«الميم» و«الألف». أما «بالحاء» فلأن عنده صَوْمُهَا صَحِيحٌ عِنْدَ النَّذْرِ، فَتَكُونُ قَابِلَةً لِلصَّوْمِ. وأما بالميم؛ فلأن عنده يجوز للمتمتع صَوْمُ أَيَّامِ التَّشْرِيقِ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنِ أَحْمَدَ. وقوله: (ولا يصح صوم المتمتع في أيام التشريق) إن قرئ «بالواو» كان مقطوعاً عما سبق، وأحوج إلى إعلام ما سبق بالواو للقول القديم، فإنها قابلة للصَّوْمِ عَلَى ذَلِكَ الْقَوْلِ، وَإِنْ قُرِئَ فَلَا يَصِحُّ بِأَلْفَاءٍ تَرْتِيباً لَهُ عَلَى مَا سَبَقَ، كَانَ أَحْسَنَ، وَأَغْنَى عَنِ الْإِعْلَامِ بِالْوَاوِ، وَيَجُوزُ أَنْ يُعَلَّمَ قَوْلُهُ: (على الجديد) بالواو، ولأنه يقتضي إثبات خلاف في المسألة، وقد ذكر المُرْزَبِيُّ أَنَّ الْقَوْلَ الْقَدِيمَ فِي الْمَسْأَلَةِ مَرْجُوعٌ عَنْهُ، فَلَمْ يَثْبُتْ بَعْضُ الْأَصْحَابِ فِيهَا خِلَافاً.

وقوله: (فَهُوَ مُنْهِيٌّ) معلّم بالميم والحاء.

وقوله: (أن يتحدث برؤية الهلال) يجوز إعلامه بالواو. أما لما رويناه عن الشيخ فإنه لا يعتبر التحدث في تفسير يوم الشك، أو عن الأستاذ، فإنه يجعل خبر العبيد ونحوهم مخرجاً له عن كونه يوم شك.

قال الغزالي: الْقَوْلُ فِي السَّنَنِ وَهِيَ ثَمَانِيَةٌ: تَعْجِيلُ الْفِطْرِ بَعْدَ تَيْقُنِ الْغُرُوبِ بِتَهْنِئَةٍ أَوْ مَاءٍ، وَالْوِصَالُ مِنْهِيَ عَنْهُ وَتَأْخِيرُ السُّحُورِ مُسْتَحَبٌّ، وَكَذَا إِكْتِنَارُ الصَّدَقَاتِ وَكَثْرَةُ تِلَاوَةِ

(١) نعم من اعتقد صدق من قال إنه رآه يجب عليه الصوم، وتقدم صحة نية المعتقد لذلك ووقوع الصوم عن رمضان إذا تبين كونه منه. قال الخطيب في مغني المحتاج (٤٣٤/١) فلا تتأني بين ما ذكر في المواضع الثلاثة، أي لأن يوم الشك يحرم صومه هو على من لم يظن الصدق. هذا موضع. وأما من ظنه أو اعتقده صحت نية منه ووجب عليه الصوم، وهذا موضعان.

الْقُرْآنِ، وَالْأَغْتِكَافُ لَا سَبِيْمًا فِي الْعَشْرِ الْأَخِيرِ لِطَلَبِ لَيْلَةِ الْقَدْرِ، وَكَفَّ اللَّسَانَ عَنِ  
الْهَدْيَانِ، وَكَذَا كَفَّ النَّفْسَ عَنِ جَمِيعِ الشَّهَوَاتِ وَهُوَ سِرُّ الصَّوْمِ، وَتَرَكَ السَّوَاكَ بَعْدَ  
الرَّوَالِ، وَتَقْدِيمُ غُسْلِ الْجَنَابَةِ عَلَى الصُّبْحِ.

قال الرافعي: من سنن الصَّوْمِ تَعْجِيلُ الْفِطْرِ، قَالَ ﷺ: «لَا يَزَالُ النَّاسُ بِخَيْرٍ مَا  
عَجَّلُوا الْفِطْرَ»<sup>(١)</sup>. وإنما يستحب التعجيل بعد تَيَقُّنِ غُرُوبِ الشَّمْسِ، والسنة أن يفطر  
على تَمْرٍ، فإن لم يجد فَعَلَى «ماء»، روي أنه ﷺ قال: «مَنْ وَجَدَ التَّمْرَ فَلْيُفِطِرْ عَلَيْهِ،  
وَمَنْ لَمْ يَجِدِ التَّمْرَ فَلْيُفِطِرْ عَلَى الْمَاءِ، فَإِنَّهُ طَهُورٌ»<sup>(٢)</sup>.

وذكر القاضي الزوياني أنه يفطر على التمر، فإن لم يجد فعلى حَلَاوَةٍ أُخْرَى، فإن  
لم يجد فعلى الْمَاءِ، وعن القاضي حُسَيْنِ أَنْ الْأُولَى فِي زَمَانِنَا أَنْ يَفِطِرَ عَلَى «مَاءٍ» يَأْخُذُهُ  
بِكَفِّهِ مِنَ النَّهْرِ لِيَكُونَ أَبْعَدَ عَنِ الشُّبْهَةِ. وقوله في الكتاب: (على تمر أو ماء) ليس  
للتخيير، بل الأمر فيه على الترتيب كما بيناه.

ومنها: التَّسْحَرُ فَهُوَ مُنْدَوِّبٌ إِلَيْهِ، قَالَ ﷺ: «تَسْحَرُوا فَإِنَّ فِي السُّحُورِ بَرَكَةً»<sup>(٣)</sup>.

ويستحب تأخيره ما لم يقع في مَطْنَةِ الشُّكِّ.

روي: «أَنَّهُ كَانَ بَيْنَ تَسْحَرِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ مَعَ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -  
وَدُخُولِهِ فِي صَلَاةِ الصُّبْحِ قَدْرٌ مَا يَقْرَأُ الرَّجُلُ خَمْسِينَ آيَةً»<sup>(٤)</sup>.

ومنها: تَرَكَ الْوِصَالَ فَهُوَ مَكْرُوهٌ لِغَيْرِ النَّبِيِّ ﷺ روي عن ابن عمر - رضي الله  
عنهما - أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ: «نَهَى عَنِ الْوِصَالِ قَبِيلٌ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّكَ تُوَاصِلُ، فَقَالَ: إِنِّي  
لَسْتُ مِثْلَكُمْ، إِنِّي أَطْعَمُ وَأَسْقِي»<sup>(٥)</sup>.

قال الْمَسْعُودِيُّ: أَصْحَحُ مَا قِيلَ فِي مَعْنَاهُ أَنِّي أَعْطَى قُوَّةَ الطَّاعِمِ وَالشَّارِبِ.

وَالْوِصَالُ أَنْ يَصُومَ يَوْمَيْنِ فَصَاعِدًا، وَلَا يَتَنَاوَلُ بِاللَّيْلِ شَيْئًا، وَكَرَاهِيَةُ الْوِصَالِ  
كَرَاهِيَةُ تَحْرِيمٍ أَوْ تَنْزِيهِ؟ حَكَى عَنْ صَاحِبِ «الْمَهْذَبِ» وَغَيْرِهِ فِيهِ وَجْهَيْنِ:

(١) أخرجه البخاري (١٩٥٧) ومسلم (١٠٩٨) من رواية سهل بن سعد الساعدي.

(٢) أخرجه أبو داود (٢٣٥٥) والترمذي (٦٥٨) والنسائي في الكبرى، وابن ماجه (١٦٩٩) وذكره  
الهيثمي في الموارد (٨٩٢، ٨٩٣) والحاكم (٤٣١/١ - ٤٣٢) وقال صحيح على شرط البخاري  
وله شاهد على شرط مسلم فذكره.

(٣) أخرجه البخاري (١٩٢٣) ومسلم (١٠٩٥) من رواية أنس - رضي الله عنه -.

(٤) أخرجه البخاري (١٩٢١) ومسلم (١٠٩٧) من رواية زيد بن ثابت رضي الله عنه.

(٥) أخرجه البخاري (١٩٦٢) ومسلم (١١٠٢).

أحدهما: أنها كراهية تَحْرِيمٍ؛ لظاهر النَّهْيِ، ومبالغة النَّبِيِّ ﷺ في مَنَعِ مَنْ وَاصَلَ، والثاني: أَنَّهَا كَرَاهِيَةٌ تَنْزِيهِ؛ لَأَنَّ النَّهْيَ إِنَّمَا وَرَدَ مَخَافَةَ الضَّعْفِ، وهو أمرٌ غَيْرُ متحقق وظاهر كلام الشافعي - رضي الله عنه - هو الأَوَّلُ، فإنه بعد ما روى خبر الوصال قال: «وفرق الله - تعالى - بين رسوله وبين خلقه، في أمور أباحها له، وحظرها عليهم»، فأشعر ذلك بِكَوْنِهِ مَخْظُورًا، وأطلق في «التهديب» أن المواصل يَغْصَى، وذلك يُشْعِرُ بالحظر أيضاً.

ومنها: الجود والإفضال، فهو مندوب إليه في جميع الأوقات، وفي شهر رمضان أكد استحباباً أَقْتَدَاءَ بِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ فإنه: «كَانَ أَجُودَ النَّاسِ بِالْخَيْرِ، وَكَانَ أَجُودَ مَا يَكُونُ فِي رَمَضَانَ»<sup>(١)</sup>. والمعنى في تخصيص رمضان بزيادة الجود، وإكثار الصدقات تَفْرِيعِ الصَّائِمِينَ، والقائمين للعبادة بدفع حَاجَاتِهِمْ.

ومنها: كثرة تلاوة القرآن والمدارسة به، وهو أن يقرأ على غيره، ويقرأ عليه غيره: «كَانَ جَبْرِيلُ عَلَيْهِ السَّلَامُ يَلْقَى النَّبِيَّ ﷺ فِي كُلِّ لَيْلَةٍ مِنْ رَمَضَانَ فَيَتَدَارَسَانِ الْقُرْآنَ»<sup>(٢)</sup>. ومنها: الاعتكاف، لا سِيَّما في العَشرِ الأخير من رمضان لطلب ليلة القدر: «كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يُوَاطِبُ عَلَيْهِ»<sup>(٣)</sup>.

ومنها: أَنْ يَصُومَ الصَّائِمُ لِسَانَهُ عَنِ الكَذِبِ، والغَيْبَةِ، والمُشَاتِمَةِ، ونحوها، ويكف نفسه عَنِ الشَّهَوَاتِ بِكَفِّ الْجَوَارِحِ، فَهُوَ سِرُّ الصُّومِ، والمقصود الأعظم منه، روي عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «مَنْ لَمْ يَدَعْ قَوْلَ الزُّورِ، وَالْعَمَلَ بِهِ فَلَيْسَ لِلَّهِ حَاجَةٌ فِي أَنْ يَدَعَ طَعَامَهُ، وَشَرَابَهُ»<sup>(٤)</sup>.

وروي أنه ﷺ قال: «الصَّيَامُ جُنَّةٌ، فَإِذَا كَانَ أَحَدُكُمْ صَائِمًا، فَلَا يَزِقْ، وَلَا يَجْهَلْ، فَإِنْ أَمْرٌ قَاتَلَهُ، أَوْ شَاتَمَهُ، فَلْيَقُلْ: إِنِّي صَائِمٌ»<sup>(٥)</sup> قال الأئمة: معناه فليقل في نفسه ولينزجر. ومنها: ترك السُّوَالِكِ بَعْدَ الزُّوَالِ، لما ذكرنا في «سُنَنِ الوُضُوءِ» وأيضاً فقد روي عن خباب - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «إِذَا صُمْتُمْ فَاسْتَاكُوا بِالْعَدَاةِ، وَلَا تَسْتَاكُوا بِالْعَشِيِّ، فَإِنَّهُ لَيْسَ مِنْ صَائِمٍ تَبَيَسَ شَفَتَاهُ بِالْعَشِيِّ إِلَّا كَانَتْ نُورًا بَيْنَ عَيْنَيْهِ يَوْمَ»

(١) أخرجه البخاري (٦، ١٩٠٢، ٣٢٢٠، ٣٥٥٤، ٤٩٩٧) ومسلم (٢٣٠٧) من رواية ابن عباس - رضي الله عنهما - .

(٢) انظر التخریج السابق وهو بعض الحديث السابق.

(٣) أخرجه البخاري (٢٠٢٥) ومسلم (١١٧١) من حديث ابن عمر، وأخرجه البخاري (٢٠٢٦) ومسلم (١١٧٢) من حديث عائشة.

(٤) أخرجه البخاري (٦٠٥٧).

(٥) أخرجه البخاري (١٨٩٤، ١٩٠٤، ٥٩٢٧، ٧٤٩٢، ٧٥٣٨) مسلم (١١٥١).

الْقِيَامَةِ»<sup>(١)</sup>. وإذا أستاذك فلا فرق بين الرطب واليابس بشرط أن يحترز عن ابتلاع شظية وتجرع رطوبة، وقد روي عن علي، وأبن عمر - رضي الله عنهم -: «أَنَّهُ لَا بَأْسَ بِالسُّوَاكِ الرَّطْبِ»<sup>(٢)</sup>. وقوله في الكتاب: (ترك السُّوَاكِ) معلم بالميم والحاء؛ لأنهما لا يكرهانه بعد الزوال، وبالألف؛ لأن المسعودي في آخرين حكوا عن أحمد أنه لا يُكْرَهُ بعد الزوال في الثفل لِيَكُونَ أَبْعَدَ عَنِ الرِّيَاءِ فِي الْفَرْضِ وبالواو؛ لأن صاحب المعتمد حكى عن القاضي حسين مثل مذهب أحمد.

ومنها: يستحب تقديم غسل الجنابة عن الجماع، والاحتلام على الصبح، ولو أخره عن الطلوع لم يفسد صومه: «كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يُصْبِحُ جُنْبًا مِنْ جَمَاعِ أَهْلِهِ، ثُمَّ يَصُومُ»<sup>(٣)</sup> وما روي أنه ﷺ قال: «مَنْ أَصْبَحَ جُنْبًا فَلَا صَوْمَ لَهُ»<sup>(٤)</sup> محمول عند الأئمة على ما إذا أصبح مجامعاً وأستدامه، ولو طهرت الحائض ليلًا، وتوت الصوم، ثم اغتسلت بعد طلوع الفجر صح صومها أيضاً.

هذا شرح السنن الثمان التي ذكرها في الكتاب، ولا يخفى أن منها ما يعم الصوم، ومنها ما يخص صوم رمضان، وللصوم ورأها سنن.

منها: أن يقول عند الفطر ما روي عن معاذ - رضي الله عنه - قال: «كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: إِذَا أَفْطَرَ قَالَ: اللَّهُمَّ لَكَ صُمْتُ، وَعَلَى رِزْقِكَ أَفْطَرْتُ»<sup>(٥)</sup>.

ومنها: أن يفطر الصائمين معه، فإن عجز عن عشايتهم أعطاهم ما يفطرون به من شربه، أو تمره، أو غيرهما.

ومنها: الاحتراز عن الحجامه، والقبلة، والمعانقة، والعلك، وقد سبق ذكرها، وكذا الاحتراز عن ذوق الشيء ومضغ الطعام للطفل، وإن كان لا يقسد الصوم بذلك.

قال الغزالي: القسم الثاني في مبيحات الإفطار وموجباته، أما المبيح فهو المرض

(١) أخرجه الدارقطني (٢٠٤/٢) والبيهقي (٢٧٤/٤) وضعافه.

(٢) قال الحافظ ابن الملقن في أثر على غريب، انظر الخلاصة (٣٣٢/١) وأثر ابن عمر ذكره البخاري تعليقا، انظر التعليق للحافظ (١٥٤/٣) وابن أبي شيبة (٣٥/٣) والبيهقي (٢٧٣/٤).

(٣) أخرجه البخاري (١٩٢٥، ١٩٢٦، ١٩٣٠، ١٩٣١، ١٩٣٢) ومسلم (١١٠٩) من رواية أم سلمة، وعائشة - رضي الله تعالى عنهما.

(٤) انظر التخريج السابق.

(٥) أخرجه أبو داود (٢٣٥٨) من حديث معاذ بن زهرة مرسلًا، وأخرجه الدارقطني (١٨٥/٢)، والطبراني في الكبير (١٢٧٢٠) وفي إسناد الدارقطني عبد الملك بن هارون بن عترة، وقد تركه وقال السعدي دجال كذاب.

وَالسَّفَرُ الطَّوِيلُ، وَطَارِيءُ الْمَرَضِ فِي أَثْنَاءِ النَّهَارِ مُبِيحٌ، وَطَارِيءُ السَّفَرِ لَا يُبِيحُ، وَإِذَا زَالَا وَهُوَ غَيْرُ مُفْطِرٍ لَمْ يُبَحِ الْإِنْفَاطُ، وَالْمَسَافِرُ إِذَا أَصْبَحَ عَلَى نِيَّةِ الصَّوْمِ فَلَهُ الْإِنْفَاطُ، وَالصَّوْمُ أَحَبُّ مِنَ الْفِطْرِ فِي السَّفَرِ لِتَبْرِئَةِ الذِّمَّةِ إِلَّا إِذَا كَانَ يَتَضَرَّرُ بِهِ.

قال الرافعي: كلام هذا القسم في مُبِيحَاتِ الْإِنْفَاطِ، ثُمَّ فِي أَحْكَامِهِ.

أما المبيح فالمرض والسفر مبيحان بالإجماع، والنص، قال الله تعالى: ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ﴾<sup>(١)</sup> الآية، وعن النبي ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «إِنَّ اللَّهَ وَضَعَ عَنِ الْمَسَافِرِ الصَّوْمَ، وَشَطْرَ الصَّلَاةِ»<sup>(٢)</sup>.

وَشَرْطُ كَوْنِ الْمَرَضِ مُبِيحًا، أَنْ يَجْهَدَهُ الصَّوْمُ مَعَهُ، وَيَلْحَقَهُ ضَرَرٌ بِشَقِّ احْتِمَالِهِ عَلَى مَا عَدَدْنَا وَجْهَ الْمَضَارِ فِي التَّيْمُمِ، ثُمَّ الْمَرَضُ إِنْ كَانَ مُطْبِقًا فَلَهُ تَرْكُ النِّيَّةِ بِاللَّيْلِ، وَإِنْ كَانَ يُحِمُّ وَتَنْقَطِعُ نَظَرُ إِنْ كَانَ مَحْمُومًا وَقَتَ الشَّرُوعِ، فَلَهُ تَرْكُ النِّيَّةِ، وَإِلَّا فَعَلَيْهِ أَنْ يَتَوَيَّ مِنَ اللَّيْلِ، ثُمَّ إِنْ عَادَ وَأَحْتَاجَ إِلَى الْإِنْفَاطِ أَفْطَرَ، وَشَرْطُ كَوْنِ السَّفَرِ مُبِيحًا أَنْ يَكُونَ طَوِيلًا مُبَاحًا كَمَا سَبَقَ فِي الْقَضْرِ. ثُمَّ فِي الْفَضْلِ مَسَائِلُ:

إحداها: لو أَصْبَحَ صَائِمًا وَهُوَ صَحِيحٌ، فَمَرَضَ فِي أَثْنَاءِ النَّهَارِ، كَانَ لَهُ أَنْ يَفْطَرَ لَوْجُودِ الْمَعْنَى الْمُخَوِّجِ إِلَى الْإِنْفَاطِ مِنْ غَيْرِ اخْتِيَارِهِ، وَلَوْ أَصْبَحَ صَائِمًا مُقِيمًا، ثُمَّ سَافَرَ لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَفْطَرَ فِي ذَلِكَ الْيَوْمِ خِلَافًا لِأَحْمَدَ فِي رِوَايَةٍ، وَلِلْمِزْنِيِّ.

لنا: أَنْ الصَّوْمَ عِبَادَةٌ تَخْتَلِفُ بِالسَّفَرِ وَالْحَضَرِ، فَإِذَا أَنْشَأَهَا فِي الْحَضَرِ، ثُمَّ سَافَرَ غَلَبَ حُكْمُ الْحَضَرِ، كَالصَّلَاةِ، وَأَحْتَجَّ الْمِزْنِيُّ بِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ: «صَامَ فِي مَخْرَجِهِ إِلَى مَكَّةَ فِي رَمَضَانَ، حَتَّى بَلَغَ كُرَاعَ الْعَمِيمِ، ثُمَّ أَفْطَرَ»<sup>(٣)</sup>. وَبَنَى هَذَا الْاِحْتِجَاجَ عَلَى ظَنِّهِ أَنْ ذَلِكَ كَانَ فِي يَوْمٍ وَاحِدٍ. قَالَ الْأَصْحَابُ: وَهُوَ وَهْمٌ فَإِنَّ الْمَدِينَةَ وَكُرَاعَ الْغَمِيمِ مَسِيرَةٌ ثَمَانِيَّةُ أَيَّامٍ، وَالْمُرَادُ مِنَ الْحَدِيثِ أَنَّهُ صَامَ أَيَّامًا فِي سَفَرِهِ، ثُمَّ أَفْطَرَ، وَقَدْ قِيلَ: إِنْ الْمِزْنِيُّ تَبَيَّنَ لَهُ ذَلِكَ، ثُمَّ رَجَعَ عَنِ هَذَا الْاِحْتِجَاجِ، وَإِنْ لَمْ يَرْجِعْ عَنِ مَذْهَبِهِ.

وقوله في الكتاب: (وطاريء السفر لا يبيح)، يجوز أن يُعْلَمَ مَعَ الْأَلْفِ وَالزَّاي بِالْوَاوِ؛ لِأَنَّ الْحَثَّاطِيَّ حَكَى طَرِيقًا أَنْ الْمَسْأَلَةُ عَلَى وَجْهَيْنِ، وَأَيْضًا فَإِنَّ الْمَوْفِقَ أَبْنَ طَاهِرٍ زَعَمَ أَنَّ أَبْنَ خَيْرَانَ أَشَارَ إِلَيْهِ، وَعَلَى الْمَذْهَبِ الصَّحِيحِ لَوْ أَفْطَرَ بِالْجَمَاعِ لَزِمَهُ الْكُفْرَةُ

(١) سورة البقرة، الآية ١٨٤.

(٢) أخرجه النسائي (١٧٨/٤) من رواية عمرو بن أمية الضمري، وأخرجه أبو داود (٢٤٠٨) والترمذي

(٧١٥) والنسائي (١٨٠/٤) وابن ماجه (١٦٦٧).

(٣) أخرجه مسلم (١١١٤).



خلافاً لِأبي حنيفة، ومالك وأحمد في إحدى الروايتين.

ولو نوى المقيم بالليل، ثم سافرَ قَبْلَ طُلُوعِ الفَجْرِ فَإِنَّ فَارَقَ العُمْرَانَ قَبْلَ الطُّلُوعِ فَلَهُ أَنْ يَفْطِرَ، وَإِنْ فَارَقَهُ بَعْدَ الطُّلُوعِ فَلَا، لِأَنَّ أَبْتِدَاءَ صَوْمِهِ وَقَعَ فِي الحَضَرِ.

الثانية: لَوْ أَضْبَحَ المُسَافِرُ صَائِماً، ثُمَّ أَقَامَ فِي خِلَالِ النَّهَارِ، فَهَلْ لَهُ أَنْ يَفْطِرَ؟ ظاهر المذهب وبه قال أبو إسحاق أَنَّهُ لَمْ يَسَلْ لَهُ ذَلِكَ، كَمَا لَوْ أَفْتَحَ الصَّلَاةَ فِي السَّفَرِ، ثُمَّ نَوَى الإِقَامَةَ فِي أَثْنَائِهَا، أَوْ سَارَتْ بِهِ السَّفِينَةُ فَدَخَلَ البَلَدَ، وَهَذَا هُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ، وَعَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ لَهُ الْفِطْرَ لِأَنَّ الْفِطْرَ مُبَاحٌ لَهُ فِي أَوَّلِ النَّهَارِ مَعَ الْعِلْمِ بِحَالِ الْيَوْمِ، فَكَذَلِكَ فِي آخِرِهِ، كَمَا لَوْ اسْتَدَامَ السَّفَرُ.

ونقل عن «الحاوي» أن هذا هو المنصوص في حرمة.

ولو أصبح المريض صائماً ثم برأ في خلال النهار، فقد قطع كثيرون بأنه لا يجوز له الإفطار، وطرده صاحب «المهذب» حكاية الوجهين فيه ولعله الأولى.

الثالثة: المسافر إذا أَضْبَحَ عَلَى نِيَّةِ الصَّوْمِ، ثُمَّ بَدَأَ لَهُ الْفِطْرُ جَازَ لَهُ أَنْ يَفْطِرَ لِدَوَامِ الْعَذْرِ، وَقَدْ رَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ: «أَفْطَرَ بَعْدَ الْعَصْرِ بِكَرَاعِ الْعَمِيمِ بِقَدْحِ مَاءٍ، لَمَّا قِيلَ لَهُ: إِنَّ النَّاسَ يَشْتُقُّ عَلَيْهِمُ الصِّيَامُ»<sup>(١)</sup>.

وأبدى الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ، وَالْإِمَامُ فِي الْمَسْأَلَةِ اخْتِمَالاً، وَوَجْهًا. بِأَنَّهُ شَرَعَ فِي فِرْضِ الْمُقِيمِينَ فَلْيَنْزِمَهُ، كَمَا لَوْ شَرَعَ فِي الصَّلَاةِ مُتِمًّا ثُمَّ أَرَادَ الْقَصْرَ، وَإِذَا قَلْنَا: بِالْمَشْهُورِ، فَهَلْ يَكْرَهُ لَهُ الْإِفْطَارُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ عَنِ الْقَاضِي الْحُسَيْنِ.

الرابعة: لِلْمُسَافِرِ أَنْ يَصُومَ، وَلَهُ أَنْ يَفْطِرَ لِمَا رَوَى عَنْ أَبِي سَعِيدِ الْخَدْرِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - قَالَ: «عَزَوْنَا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ لَيْسَتْ عَشْرَةٌ مَضَتْ مِنْ رَمَضَانَ فِيمَا مِنْ صَامٍ، وَمِمَّا مَنْ أَفْطَرَ، فَلَمْ يَعْيبِ الصَّائِمُ عَلَى الْمُفْطِرِ، وَلَا الْمُفْطِرُ عَلَى الصَّائِمِ»<sup>(٢)</sup>. وَرَوَى أَنَّهُ ﷺ قَالَ لِحَمْزَةَ بِنِ عَمْرٍو الْأَسْلَمِيَّةِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: «إِنْ شِئْتَ فَصُمْ، وَإِنْ شِئْتَ فَأَفْطِرْ»<sup>(٣)</sup>. وَأَيُّهُمَا أَفْضَلُ؟ إِنْ كَانَ لَا يَتَضَرَّرُ بِالصَّوْمِ، فَالصَّوْمُ أَفْضَلُ.

وبه قال مالك وأبو حنيفة، وقد ذكرنا وجهه، وما يُحْكِي فِيهِ مِنَ الْخِلَافِ فِي صَلَاةِ الْمُسَافِرِينَ، وَإِنْ كَانَ يَتَضَرَّرُ بِالصَّوْمِ فَأَلْفِطِرْ أَفْضَلُ لَهُ، لِمَا رَوَى عَنْ جَابِرٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - قَالَ: «كُنَّا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ زَمَانَ عَزْوَةَ تَبُوكَ فَمَرَّ بِرَجُلٍ فِي ظِلِّ شَجَرَةٍ، يُرْسُ الْمَاءَ عَلَيْهِ، فَقَالَ مَا بَالَ هَذَا؟ قَالُوا: صَائِمٌ، فَقَالَ ﷺ: لَيْسَ مِنَ الْبِرِّ الصِّيَامُ فِي

(١) انظر الحديث السابق.

(٢) أخرجه مسلم (١١١٦).

(٤) أخرجه البخاري (١٩٤٢، ١٩٤٣) ومسلم (١١٢١).

السَّفَرِ<sup>(١)</sup>. وذكر في «التتمة» أنه لو لم يتضرر في الحَالِ لكنه كان يخاف الضَّعْفَ لو صام، وكان السَّفَرُ سَفَرًا حَجًّا، أو عَزْوًا فالأولى أن يفطر أيضاً، لما روي أنه ﷺ أمر النَّاسَ بِالْفِطْرِ عَامَ الْفَتْحِ، وقال: «تَقَوُّوا لِعِدْوِكُمْ»<sup>(٢)</sup>.

وقوله: (إلا إذا كان يتضرر) ضبط الإمام التضرر بخوف المرض، ولا شك أن خَوْفَ الْهَلَاكِ فِي مَعْنَاهُ. وأعام: أن أصل الْمَسْأَلَةِ قَدْ ذَكَرَهُ مَرَّةً فِي صَلَاةِ الْمُسَافِرِينَ، لكن زاد هنا شيئين:

أحدهما: بيان علة أَفْضَلِيَّةِ الصَّوْمِ.

والثاني: استثناء حالة التضرر ولو لم يذكرها، وأقتصر على ما أورده في هذا الموضوع لكفى.

وقوله: في أول الفصل: أما المبيح فهو المرض والسَّفَرُ يشعر ظاهره بحصر المبيح فيهما، لكن من غلبه الْعَطَشُ حَتَّى خَافَ الْهَلَاكَ فَلَهُ الْفِطْرُ، وَإِنْ كَانَ مُقِيمًا صَحِيحَ الْبَدَنِ<sup>(٣)</sup>.

قال الغزالي: أَمَّا مُوجِبَاتُ الْإِفْطَارِ فَأَرْبَعَةٌ الْأَوَّلُ الْقَضَاءُ وَهُوَ وَاجِبٌ عَلَيَّ كُلِّ تَارِكٍ بِرَدَّةٍ (ح) أَوْ سَفَرٍ أَوْ مَرَضٍ أَوْ إِغْمَاءٍ أَوْ حَيْضٍ، وَلَا يَجِبُ عَلَيَّ مَنْ تَرَكَ بِحُثُونٍ أَوْ صَبًا أَوْ كُفْرٍ أَصْلِيٍّ، وَمَا فَاتَ مِنْ بَعْضِ الشَّهْرِ فِي أَيَّامِ الْحُثُونِ لَا يُقْضَى (ح)، وَلَوْ أَفَاتَ فِي أَثْنَاءِ النَّهْرِ فَفِي قَضَاءِ ذَلِكَ الْيَوْمِ وَجِهَانٍ، وَلَا يَجِبُ التَّابِعُ فِي قَضَاءِ رَمَضَانَ.

قال الرافعي: مقصود الفضل الكلام فيمن يلزمه قضاء صوم رمضان، ولا شك أن من ترك التَّابِعَ الْوَاجِبَةَ عَمْدًا، أو سهواً فعليه القضاء، وكذلك كل من أفطر

نعم، لو كان إفطاره بحيث يوجب الكفارة، ففي القضاء خلاف سيأتي ذكره من بعد، وما فات يسبب الكفر لا يجب قضاؤه على الكافر الأصلي، قال الله تعالى: ﴿قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ﴾<sup>(٤)</sup> الآية، ويجب على المرتد خلافاً لأبي حنيفة - رحمه الله - على ما مر في الصلاة والمسافر والمريض إذا أفطراً قضيًا، قال الله

(١) أخرجه البخاري (١٩٤٦) ومسلم (١١١٥).

(٢) أخرجه مسلم (١١٢٠) وفيه اختلاف في اللفظ.

(٣) يرد على الحصر المكروه على الإفطار وإذا رأى مشرفاً على الغرق ولا يمكنه انقاده إلا بالفطر ويقضي وقد أبيح للحامل والمرضع عند الخوف على الولد وأما عند خوفهما على نفسيهما فهو داخل من قسم المرض.

(٤) سورة الأنفال، الآية ٣٨.

تعالى: ﴿فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾<sup>(١)</sup>. وما فات بالإغماء يَجِبُ قَضَاؤُهُ، سواء أَسْتغرِقَ جَمِيعَ الشَّهْرِ، أو لم يَسْتغرِقْ، لأنه نَوْعٌ مَرَضٌ يَغْشَى الْعَقْلَ بخِلافِ الجُنُونِ، ولهذا يَجُوزُ الإِغْمَاءُ عَلَى الْأَنْبِيَاءِ ﷺ ولا يَجُوزُ الْجُنُونُ عَلَيْهِمْ، وبخِلافِ الصَّلَاةِ حَيْثُ يُسْقِطُ الإِغْمَاءُ قَضَاءَهَا؛ لِأَنَّ الصَّلَاةَ تَتَكَرَّرُ، وَالإِغْمَاءُ قَدْ يَمْتَدُّ وَيَتَكَرَّرُ، فوجوب القضاة يَجْرُ عُسْرًا وَحَرَجًا، ونقل صاحب «التَهْذِيبِ» و«التَمْتَةِ» عَنِ ابْنِ سُرَيْجٍ أَنَّ الإِغْمَاءَ إِذَا أَسْتغرِقَ أَسْقَطَ الْقَضَاءَ، وَيَجِبُ عَلَى الْحَائِضِ قَضَاءُ أَيَّامِ الْحَيْضِ، كَمَا مَرَّ فِي الْحَيْضِ، وَلَا يَجِبُ الصَّوْمُ عَلَى الصَّبِيِّ، وَالْمَجْنُونِ، وَلَا قَضَاءَ عَلَيْهِمَا، وَلَا فَرْقَ فِي إِسْقَاطِ الْجُنُونِ، الْقَضَاءَ بَيْنَ أَنْ يَسْتَغْرِقَ الثَّهَارَ، أَوْ لَا يَسْتغْرِقَهُ، وَلَا بَيْنَ أَنْ يَسْتغْرِقَ الشَّهْرَ، أَوْ لَا يَسْتغْرِقَهُ. وَقَالَ مَالِكٌ: الْجُنُونُ لَا يَسْقِطُ الْقَضَاءَ كَالِإِغْمَاءِ، وَهُوَ إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ عَنِ أَحْمَدَ، فَلْيَكُنْ قَوْلُهُ (بِجُنُونِ) مُعْلَمًا بِالْمِيمِ وَالْأَلْفِ وَبِالْحَاءِ أَيْضًا، لِأَنَّ اللَّفْظَ يَشْمَلُ مَا إِذَا تَرَكَ بِالْجُنُونِ جَمِيعَ أَيَّامِ الشَّهْرِ، وَمَا إِذَا تَرَكَ بَعْضَهَا.

وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللَّهُ - إِذَا أَفَاقَ الْمَجْنُونُ فَهِيَ أَثْنَاءَ الشَّهْرِ، فَعَلِيهِ قَضَاءُ مَا مَضَى مِنَ الشَّهْرِ<sup>(٢)</sup>.

(١) سورة البقرة، الآية ١٨٤.

(٢) والوجه فيه - أن المجنون لم يأت بالواجب عليه فيما مضى من الشهر، فوجب عليه القضاء قياساً على المغمى عليه. وإنما قلنا: ذلك - لأنه لم يأت بالصوم، وقد وجب عليه فيما مضى. وإنما قلنا: إنه وجب عليه فيما مضى - لأن عموم النص يتناول، وهو قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ﴾ أي فرض. والمجنون موصوف بصفة الإيمان. وإذا ثبت أنه وجب عليه، وقد فاته لعدم الأهلية، يجب عليه القضاء إخراجاً له عن عهدة الواجب. فإن قيل: قولكم بأن الصوم وجب عليه. قلنا: لا نسلم. والدليل على عدم الوجوب أن تفسير الواجب أنه لو أتى به يثاب عليه ولو ترك يعاقب، وهذا منتف في حق المجنون. وأما الآية - قلنا: لا تتناول المجنون لأن شرط تناول الخطاب فهم الخطاب والقدرة على الفعل، ولم يوجد ذلك في حقه، بخلاف النائم والمغمى عليه/ لأنه وجد في حقهما دليل الفهم والقدرة وهو العقل، والحكم يدار على دليل الشرط لا على حقيقته، أما ههنا بخلافه، وصار كالمجنون المستوعب كل الشهر، فإنه لا يلزم القضاء مع وجود ما ذكرتم. الجواب: قوله: الواجب ما لو أتى به يثاب عليه ولو ترك يعاقب - قلنا: لا نسلم، بل الثواب بالفعل والعقاب بالترك حكم الوجوب، وحكم الشيء قد يتراخى عنه لمنافع. ثم نقول: الواجب عبارة عن فعل يقتضي استحقاق الثواب بالإتيان به، واستحقاق العقاب بتركه. وهذا إشارة إلى أن الوجوب وجوبان: أصل الوجوب وهو ما ذكرنا، ووجوب الأداء وهو ما ذكرتم. ومثاله: الواجبات الموسعة: فإنه لا يعاقب بتركها - كذا هذا. وأما قوله: شرط تناول الخطاب الفهم والقدرة. - قلنا: في الحال أم في الجملة؟ والفهم والقدرة موجودان في حق المجنون في الجملة، على تقدير الإفاقة، وذلك يكفي لتناول الخطاب، كما قلنا في النائم والمغمى عليه. قوله: وجد في حقهما دليل الفهم والقدرة، وهو العقل. قلنا: عنه جوابان:

أحدهما: أن الجنون عبارة عن استتار العقل لا عن عدم العقل فإن اللفظ ينبيء عنه لغة.

ويجوز أن يُعَلَّمَ بِالرَّوَايَةِ لِأَمْرِ ثَلَاثَةٍ:

أَحَدَهَا: أن فيما علق عن الشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ حِكَايَةَ قَوْلِ مِثْلِ مَذْهَبِ مَالِكٍ .

والثاني: أن المُحَامِلِيَّ ذَكَرَ أَنَّ الْمُزَنِيَّ نَقَلَ فِي «الْمَنْثُورِ» عَنِ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - مِثْلَ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ .

والثالث: أن المُحَامِلِيَّ فِي آخَرِينَ حَكَوْا عَنْ أَبِي سُرَيْجٍ مِثْلَ مَذْهَبِ مَالِكٍ، وَهَذَا يَنَافِي مَا نَقَلَ عَنْهُ فِي الإِغْمَاءِ، وَيُشْبِهُ أَنْ يَكُونَ أَحَدُهُمَا غَلَطًا، وَهَذَا أَقْرَبُ إِلَيْهِ، لِأَنَّ كُلَّ مَنْ نَقَلَ ضَعْفَهُ. وَقَوْلُهُ: (وَمَا فَاتَ مِنْ بَعْضِ الشَّهْرِ فِي أَيَّامِ الْجُنُونِ لَا يَقْضَى) جَارٍ مَجْرَى التَّوَكِيدِ، وَالإِضْاحِ، وَإِلَّا فَقَوْلُهُ (عَلَى مَنْ تَرَكَ بِجُنُونٍ) يَتَنَاوَلُهُ بِإِطْلَاقِهِ، وَلَوْ أَعَدَّتِ الْعَلَامَاتُ عَلَى قَوْلِهِ (لَا يَقْضَى) لِأَصَبَتْ .

أما علامة أبي حنيفة فظاهرة وأما غيرها فلأن من يأمر بالقضاء إذا أستغرق الجنون الشهر أولى أن يأمر به عند عدم الاستغراق، وما ذكرنا كله في الجنون الذي لم يتصل بسبب يقتضي القضاء، فأما إذا أرتد ثم جن، أو سكر، ثم جن، فقد روى الحنطي فيه وجهين في لزوم القضاء، ولعل الظاهر الفرق بين اتصاله بالردة واتصاله بالسُّكْرِ كَمَا مَرَّ فِي الصَّلَاةِ. وَقَوْلُهُ: (وَلَوْ أَفَاقَ فِي أَثْنَاءِ النَّهَارِ فِي قِضَاءِ ذَلِكَ الْيَوْمِ وَجِهَانٍ) هَذِهِ الصُّورَةُ مَعَادَةٌ فِي دَرَجٍ زَوَالِ سَائِرِ الْأَعْدَارِ فِي أَثْنَاءِ النَّهَارِ، حَيْثُ قَالَ: (وَفِي وَجُوبِ قِضَاءِ هَذَا الْيَوْمِ تَرَدَّدَ). وَنَسْرَحُهُ. وَلَا يَجِبُ التَّتَابِعُ فِي قِضَاءِ رَمَضَانَ، لَمَّا رَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ: «سُئِلَ عَنِ قِضَاءِ رَمَضَانَ فَقَالَ: «إِنْ شَاءَ قَرَّعَهُ، وَإِنْ شَاءَ تَابَعَهُ»<sup>(١)</sup> وَيَسْتَحِبُّ ذَلِكَ، لَمَّا رَوَى أَنَّهُ ﷺ: «مَنْ كَانَ عَلَيْهِ صَوْمٌ مِنْ رَمَضَانَ فَلْيَسْرُدْهُ وَلَا يَقْطَعْهُ»<sup>(٢)</sup>.

وأعلم قوله: (ولا يجب) بالميم، لأن الإمام نقل عن مالك - رحمهما الله - إيجاب التتابع فيه، وتابعه المصنف، لكن الذي رواه الأَكْثَرُونَ عن مالك: أنه لا يجب التتابع فيه، وإنما حكوا هذا المذهب عن داود، وبعض أهل الظاهر، وذكروا أنهم وإن أوجبوه لم يشرطوه للصحة.

والثاني: أن النائم والمغمى عليه عاجزان عن استعمال العقل، ولا فرق بين العديم والعاجز في حق الاستعمال، وأما الجنون المستوعب - قلنا: وجوب القضاء امتنع لمانع وهو الحرج، وإن كان ما ذكرنا من المقضى موجوداً، أما ههنا بخلافه. ينظر طريقة الخلاف ٦٩، ٧٠.

(١) أخرجه الدارقطني (١٩٣/٢) من رواية ابن عمر ثم قال: لم يسنده غير سفيان بن بشر، وقال البيهقي حديث لا يصح، انظر خلاصة البدر (٣٢٩/١).

(٢) أخرجه الدارقطني (١٩٢/٢) والبيهقي من رواية أبي هريرة وقال هذا حديث لا يصح فيه عبد الرحمن وأبي بن إبراهيم الكرمانى، ضعفه ابن معين والنسائي والدارقطني.

قال الغزالي: الثاني: الإمساك تشبيهاً بالصائمين وهو واجب على كل متعدي بالإفطار في شهر رمضان غير واجب على من أبيع له الإفطار إباحة حقيقيّة كالمسافر (ح) والمريض (ح) بعد القدوم والبرء في بقية النهار، ويجب على من أصبح يوم الشك مفطراً إذا بان أنه من رمضان على الصحيح.

قال الرافعي: الإمساك تشبيهاً بالصائمين من خواص رمضان، كالكفارة، فلا إمساك على من تعدى بالإفطار في نذر أو قضاء.

قال الإمام: والأمر بالإمساك مشبه بالتغليظ وطرف من العقوبة، ومضادة القصد، ثم الممسك متشبه وليس في عبادة بخلاف المحرم إذا أفسد إحرامه، ويظهر أثره في أن المحرم بعد فساد إحرامه لو ارتكب محظوراً لزمته الفدية، والممسك لو ارتكب محظوراً لا يلزمه شيء سوى الإثم، وفي الفصل صور.

إحداها: يجب الإمساك على كل من تعدى بالإفطار في رمضان، وكذا لو ارتد أو نوى الخروج من الصوم. إن قلنا إنه يبطل بنية الخروج، ويجب أيضاً على من نسي النية من الليل، وكان نسيانه يشعر بتزك الأهتمام بأمر العبادة، فهو ضرب تقصير، ويجوز أن يوجه الأمر بالإمساك بأن الأكل في نهار رمضان حرام على غير المعذور، فإن فاته الصوم بتقصير أو غير تقصير لم يرتفع التحريم. الثانية: لو أقام المسافر أو برأ المريض اللذان يباح لهما الإفطار في أثناء النهار، فلهما ثلاث أحوال:

إحداها: أن يصبِحاً صائمين، وداما عليه إلى زوال العذر، فقد ذكرنا المذهب، وخلاف ابن أبي هريرة فيه. والثانية: أن يزول عذرهما بعدما أفطر، فيستحب لهما الإمساك لحرمه الوقت، ولا يجب.

وبه قال مالك خلافاً لأبي حنيفة - رحمه الله - حيث أوجبه.

وبه قال أحمد في أصح الروايتين.

لنا أن زوال العذر بعد الترخيص، لا يؤثر كما لو قصر المسافر، ثم أقام والوقت باق، وإذا أكل فليخفيه كئلاً يتعرضاً للثمة، وعقوبة السلطان، ولهما الجماع بعد زوال العذر إذا لم تكن المرأة صائمة بأن كانت صغيرة، أو طهرت من الحيض ذلك اليوم.

والثالثة: أن يصبِحاً غير نائمين، ويحول العذر قبل أن يأكلاً، فهل يلزمهما الإمساك؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، كما لو يصل المسافر حتى أقام، لا يجوز له القصر.

وأصحهما: أنه لا يلزمه، لأن من أصبح تاركاً للنية فقد أصبح مفطراً، وكان كما

لو أكل، والوجهان مفرعان ظاهر المذهب في المذهب في الحالة الأولى، فأما من جوز له الأكل ثم فها هنا أولى أن يجوز. الصورة الثالثة: إذا أصبح يوم الشك مفطراً، ثم ثبت أنه من رمضان فلا يخفى أنه يلزمه قضاؤه، وهل يجب عليه إمساك بقية النهار؟ فيه قولان: أصحهما: نعم؛ لأن الصوم واجب عليه إلا أنه كان لا يعرفه، فإذا بان لزمه الإمساك. قال الإمام - رحمه الله - وتخريجه على القاعدة التي ذكرنا أن الأمر بالإمساك تغليظ وعقوبة، أنا قد نزل المخطيء منزلة العامد؛ لانتسابه إلى ترك التحفظ، ألا ترى أنا نحكم بحرمان القاتل خطأ عن الميراث.

والثاني: قاله في البويطي: لا، لأنه أظفر بعدد فلم يلزمه إمساك بقية النهار كالمسافر إذا قدم بعد الإفطار، وفرض أبو سعد المتولي هذين القولين فيما إذا بان أنه من رمضان، قبل أن يأكل شيئاً، ثم رتب عليه ما إذا بان بعد الأكل، فقال إن لم نوجب الإمساك ثم فها هنا أولى، وإلا فوجهان.

أظهرهما: الوجوب أيضاً. ولنعد إلى ما يتعلق بلفظ الكتاب.

قوله: (في شهر رمضان) ينه على ما قدمنا أن وجوب الإمساك من خواص رمضان. وقوله: (غير واجب على ما أبيع له الفطر) معلّم بالحاء، والألف، ثم اللفظ متناول للحالة الثانية، والثالثة من أحوال مسألة المسافر والمريض على ما فصلنا، فيجوز أن يعلم «بالواو» أيضاً للخلاف في الحالة الثالثة، وأيضاً فإنه حكى عن «الحاوي» وجهاً في أن المريض إذا أظفر ثم برأ هل يلزمه إمساك بقية النهار؟ وذكر أن الوجوب طريقه أصحابنا البغداديين، والمنع طريقة البصريين.

والفرق بين المريض والمسافر أن المريض إنما يفطر للعجز، فإذا قدر وجب أن يمسك، والمسافر يفطر رخصة؛ وإن أطاق الصوم. وقوله: (إباحة حقيقية) فيه إشارة إلى الفرق بين صورة المريض والمسافر، وصورة يوم الشك فإن أصح القولين وجوب الإمساك يوم الشك، وذلك لأن المسافر والمريض يُباح لهما الأكل مع العلم بحال اليوم، وكونه من رمضان حقيقة، وفي يوم الشك إنما أبيع الأكل، لأنه لم يتحقق كونه من رمضان، فإذا تحقق لزمه الإمساك.

وقوله: (بعد القدوم) لا يخفى رجوعه إلى المسافر، وإن تحلل بينهما ذكر المريض، ثم هو في أكثر النسخ بعد القدوم وقبله، وطرح بعضهم قبله، لأنه أوضح من أن يحتاج إلى ذكره، والممكن فيه أن يقال: إنما ذكره كيلا يتوهم أن المسافر إذا أكل وتقوى يلزمه الاقتصاد عليه تقديراً للأكل بقدر الحاجة، وثبت أن بعض المعتنن بهذا الكتاب جعل مكانه «والبرء» وهو حسن.

قال الغزالي: أما الصبا والجئون والكفر إذا زال لم يجب الإمساك على وجه،

وَيَجِبُ فِي وَجْهِهِ، وَيَجِبُ عَلَى الْكَافِرِ دُونَهُمَا فِي وَجْهِهِ، وَيَجِبُ عَلَى الصَّبِيِّ وَالْكَافِرِ دُونَ الْمَجْنُونِ فِي وَجْهِهِ لِأَنَّهُمَا مَأْمُورَانِ عَلَى الْجُمْلَةِ، وَفِي وَجُوبِ قَضَاءِ هَذَا الْيَوْمِ أَيْضاً تَرُدُّدٌ.

قال الرافي: إذا بلغ الصَّبِيُّ، أو أَفَاقَ الْمَجْنُونُ، أو أَسْلَمَ الْكَافِرُ فِي أَثْنَاءِ يَوْمٍ - مِنْ رَمَضَانَ، فَهَلْ - يَلْزِمُهُمْ إِمْسَاكُ بَقِيَةِ الْيَوْمِ؟ فِيهِ أَرْبَعَةٌ أَوْجُهُ:

أَصْحَهُمَا: لَا؛ لِأَنَّهُمْ لَمْ يَدْرِكُوا وَقْتاً يَسَعُ الصَّوْمَ، وَلَا أَمَرُوا بِهِ، وَالْإِمْسَاكُ تَبِعٌ لِلصَّوْمِ، وَلِأَنَّهُمْ أَفْطَرُوا بِعُدْرٍ فَأَشْبَهُوا الْمَسَافِرَ وَالْمَرِيضَ.

والثاني: نعم؛ لِأَنَّهُمْ أَذْرَكُوا وَقْتِ الْإِمْسَاكِ وَإِنْ لَمْ يَدْرِكُوا وَقْتِ الصَّوْمِ.

والثالث: أنه يجب على الكافر دون الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ، فَإِنَّهُمَا مَعْدُورَانِ، لَيْسَ إِلَيْهِمَا إِزَالَةٌ مَا بِهِمَا، وَالْكَافِرُ مَأْمُورٌ بِتَرْكِ الْكُفْرِ، وَالْإِثْنَانِ بِالصَّوْمِ.

والرابع: أنه يجب على الصَّبِيِّ، وَالْكَافِرِ دُونَ الْمَجْنُونِ. أَمَا الْكَافِرُ فَلَمَّا ذَكَرَ.

وأما الصَّبِيُّ، فَلِأَنَّهُ مُمْتَكِنٌ مِنَ الْإِثْنَانِ بِالصَّوْمِ، مَأْمُورٌ بِهِ أَمْرٌ تَدْرِيْبٌ عَلَى مَا مَرَّ فِي الصَّلَاةِ بِخِلَافِ الْمَجْنُونِ.

وقوله في الكتاب: (لم يجب الإِمْسَاكُ) مُعْتَمِدٌ بِالْحَاءِ، لِأَن مَذْهَبَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - مِثْلُ الْوَجْهِ الثَّانِي بِالْأَلْفِ؛ لِأَنَّهُ أَصَحُّ الرَّوَايَتَيْنِ عَنْ أَحْمَدَ.

وقوله: (ويجب) بِالْمِيمِ؛ لِأَن مَذْهَبَ مَالِكٍ كَالْوَجْهِ الْأَوَّلِ.

وإذا فهمت هذه الوجوه عرفت أن الكافر أو لاهم بِالْوَجُوبِ وَالْمَجْنُونُ أَوْلَاهُمْ بِالْمَنْعِ، وَالصَّبِيُّ بَيْنَهُمَا، فَلِكِ أَنْ تَرْتَبَ فَتَقُولَ، فِي وَجُوبِ الْإِمْسَاكِ عَلَى الْكَافِرِ وَجْهَانِ: إِنْ أَوْجَبْنَا فِيهِ الصَّبِيَّ وَجْهَانِ: إِنْ أَوْجَبْنَا فِيهِ الْمَجْنُونِ وَجْهَانِ، وَلِكِ أَنْ تَعَكْسَ، فَتَقُولَ: فِي وَجُوبِهِ عَلَى الْمَجْنُونِ وَجْهَانِ. إِنْ لَمْ يَجِبْ فِيهِ الصَّبِيُّ وَجْهَانِ.

وإن لم يجب في الكافر وَجْهَانِ، وَلِهَذَا التَّرْتِيبُ نَقَلَ صَاحِبُ «الْمُعْتَمَدِ» طَرِيقَةً قَاطِعَةً بِالْوَجُوبِ عَلَى الْكَافِرِ. هَذَا بَيَانُ الْخِلَافِ فِي وَجُوبِ الْإِمْسَاكِ، وَهَلْ عَلَيْهِمْ قَضَاءُ الْيَوْمِ الَّذِي زَالَ الْعُدْرُ فِي خِلَالِهِ؟ أَمَا الصَّبِيُّ إِذَا بَلَغَ فِي جِلَالِ الثَّهَارِ، فَيَنْظُرُ إِنْ كَانَ نَآوِيًا مِنَ اللَّيْلِ صَاحِبًا فَظَاهِرَ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ لَا قَضَاءَ عَلَيْهِ، وَيَلْزَمُهُ الْإِثْمَامُ.

ولو جَامَعَ بَعْدَ الْبُلُوغِ فِيهِ فَعَلِيهِ الْكَفَّارَةُ، وَفِيهِ وَجْهٌ: أَنَّهُ يُسْتَحَبُّ الْإِثْمَامُ وَيَلْزَمُهُ الْقَضَاءُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَنْوِ الْفَرْصَ، وَيَحْكِي هَذَا عَنْ أَبِي سُرَيْجٍ، وَإِنْ أَصْبَحَ مُفْطِرًا فِيهِ وَجْهَانِ: وَقَالَ فِي «التَّهْذِيبِ» قَوْلَانِ:

أحدهما: أَنَّهُ يَلْزَمُهُ الْقَضَاءُ كَمَا إِذَا أَذْرَكَ شَيْئًا مِنَ الْوَقْتِ يَلْزِمُهُ الصَّلَاةُ.

وأصحهما: وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -: لَا يَلْزَمُ، وَقَدْ ذَكَرْنَا الْفَرْقَ بَيْنَ

الصَّوْمِ وَالصَّلَاةِ، فِي «كِتَابِ الصَّلَاةِ» مَعَ طَرَفٍ مِنْ فِقْهِ الْمَسْأَلَةِ وَهَذَا الْخِلَافُ مُفْرَعٌ عَلَى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ فِي أَنَّهُ إِذَا بَلَغَ صَائِمًا فَلَا قَضَاءَ عَلَيْهِ فَمَا مِنْ يُوجِبُ الْقَضَاءَ ثُمَّ فَهَاهُنَا أَوْلَى بِأَنْ يُوجِبَ. وَأَمَّا إِذَا أَفَاقَ الْمَجْنُونُ أَوْ أَسْلَمَ الْكَافِرُ فَيُوجِبُ طَرِيقَانِ.

أحدهما: طَرُدُ الْخِلَافِ، وَهَذَا أَظْهَرَ عِنْدَ الْأَكْثَرِينَ، وَالْأَظْهَرُ مِنَ الْخِلَافِ أَنَّهُ لَا قَضَاءَ، وَيَحْكِي ذَلِكَ فِي الْكَافِرِ عَنِ نَصِّهِ فِي الْقَدِيمِ، «وَالْأَم»، وَالْبُيُوطِي.

والثاني: القَطْعُ بِالْمَنْعِ فِي حَقِّ الْمَجْنُونِ، لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ مَأْمُورًا بِالصَّوْمِ فِي أَوَّلِ النَّهَارِ، وَبِالْإِجَابِ فِي حَقِّ الْكَافِرِ، لِأَنَّهُ مُتَعَدِّ بِتَرْكِ الصَّوْمِ، وَهَذَا أَصَحُّ عِنْدَ صَاحِبِ «التَّهْذِيبِ». وَيَجُوزُ أَنْ يُعْلَمَ قَوْلُهُ فِيمَا سَبَقَ، (وَلَوْ أَفَاقَ فِي أَثْنَاءِ النَّهَارِ، فَبِجُوبِ قَضَاءِ هَذَا الْيَوْمِ وَجِهَانِ) بِالرَّوَاةِ إِشَارَةً إِلَى الطَّرِيقَةِ الْقَاطِعَةِ بِالْمَنْعِ، وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ هَاهُنَا (تَرَدَّدَ) لِهَذِهِ الطَّرِيقَةِ، وَالطَّرِيقَةُ الْجَازِمَةُ بِالْإِجَابِ فِي الْكَافِرِ، فَإِنَّهُ أَجَابَ عَنِ طَّرِيقَةِ طَرُدِ الْخِلَافِ فِي الصُّورِ إِلَّا أَنْ يَفْسِرَ التَّرَدُّدَ الَّذِي أَبْهَمَهُ بِتَرَدُّدِ الطَّرِيقِ فِي بَعْضِ الصُّورِ، وَالْقَوْلِ أَوْ الْوَجْهِ فِي بَعْضِهَا، وَهَلْ لِلْخِلَافِ فِي الْقَضَاءِ تَعَلُّقٌ بِالْخِلَافِ فِيهِ الْإِمْسَاكُ تَشْبُهًا؟ نَقَلَ الْإِمَامُ عَنِ الصَّيْدِلَانِيِّ أَنَّ مِنْ يُوجِبُ التَّشْبِهَ يَعْتَكِفُ بِهِ، وَلَا يُوجِبُ الْقَضَاءَ، وَمَنْ يُوجِبُ الْقَضَاءَ لَا يُوجِبُ التَّشْبِهَ.

وَعَنْ غَيْرِهِ مِنَ الْأَصْحَابِ أَنَّ الْأَمْرَ بِالْقَضَاءِ فَرَعُ الْأَمْرِ بِالْإِمْسَاكِ، فَمَنْ أَلْتَزَمَ الْإِمْسَاكَ أَلْتَزَمَ الْقَضَاءَ، وَمَنْ لَا فَلَآ، وَبَنَى صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ»، وَغَيْرُهُ الْخِلَافَ فِي جُوبِ الْإِمْسَاكِ عَلَى الْخِلَافِ فِي جُوبِ الْقَضَاءِ إِنْ أَوْجَبْنَا الْقَضَاءَ أَوْجَبْنَا، وَإِلَّا فَلَآ، فَهَذِهِ ثَلَاثَةُ طُرُقٍ، وَهِيَ عَلَى اخْتِلَافِهَا مُتَّفِقَةٌ عَلَى تَعَلُّقِ أَحَدِ الْخِلَافَيْنِ بِالْآخَرِ، وَالطَّرِيقُ الثَّانِي والثَّالِثُ يَشْكَلَانِ بِالْحَائِضِ وَالتَّفْسَاءِ إِذَا طَهَّرْنَا فِي خِلَالِ النَّهَارِ، فَإِنَّ الْقَضَاءَ وَاجِبٌ عَلَيْهِمَا لَا مَحَالَةَ؛ لِأَنَّ مُسْتَفْرَقَ الْحَيْضِ لَا يَسْقُطُ الْقَضَاءُ فَمَقْطَعُهُ أَوْلَى، وَالْإِمْسَاكُ غَيْرُ وَاجِبٍ عَلَيْهِمَا إِمَّا بِخِلَافِ عَلَى مَا رَوَاهُ الْإِمَامُ. وَإِمَّا عَلَى الْأَظْهَرِ، لِأَنَّ صَاحِبَ «المُعْتَمَدِ» حَكَى طَرُدَ الْخِلَافِ فِيهِمَا، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ لَمْ يَسْتَمِرَّ قَوْلُنَا بِأَنَّ الْقَضَاءَ فَرَعُ الْإِمْسَاكِ، وَلَا بِأَنَّ الْإِمْسَاكَ فَرَعُ الْقَضَاءِ، وَالطَّرِيقُ الْأَوَّلُ يَشْكَلُ بِصُورَةِ يَوْمِ الشُّكِّ، وَالمُعْتَمَدِي الْإِفْطَارَ فَإِنَّ الْقَضَاءَ لِأَرْزَمَ مَعَ التَّشْبِهِ وَاللَّهِ أَعْلَمُ.

قال الغزالي: وَمَنْ نَوَى التَّطَوُّعَ فِي رَمَضَانَ لَمْ يَنْعَقِدْ وَإِنْ كَانَ مُسَافِرًا لِتَعَيُّنِ الْوَقْتِ.

قال الراجزي: أَيَّامَ رَمَضَانَ مُتَّعِينَةً لَصَوْمِ رَمَضَانَ، فَإِنْ كَانَ الشَّخْصُ مَعْدُورًا بِسَفَرٍ أَوْ مَرَضٍ، فَمَا أَنْ يَتَرَخَّصَ بِالْفِطْرِ، أَوْ يَصُومَ عَنِ رَمَضَانَ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَصُومَ عَنِ فَرَضِهِ آخَرَ، أَوْ تَطَوُّعًا. وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ وَأَحْمَدُ.

وقال أبو حنيفة: للمسافر أن يصوم عن القضاء، والكفارة.



ولو صام عن تَطَوُّعٍ ففي رواية يقع تطوعاً، وفي رواية يَنْصَرَفُ إِلَى الْفَرْضِ.

وحكى الشيخ أبو محمد تردداً عن أصحابه في المريض الذي له الْفِطْرُ إِذَا تَحَمَّلَ الْمَشَقَّةَ، وصام عَنْ غَيْرِ رَمَضَانَ، وأعلمت الْمَسْأَلَةَ بِالْوَاوِ؛ لِأَنَّ الْإِمَامَ حَكِيَ خِلَافاً فَيَمَنْ أَصْبَحَ فِي يَوْمِ رَمَضَانَ غَيْرَ نَائٍ وَتَوَى التَّطَوُّعَ قَبْلَ الزُّوَالِ فمذهب الجماهير أنه لَا يَصِحُّ تَطَوُّعُهُ بِالصَّوْمِ، وعن أبي أسحاق أنه يصح، قال: فعلى قياسه يجوز للمسافر التَّطَوُّعَ بِهِ.

قال الغزالي: الثَّالِثُ الْكِفَّارَةُ وَهِيَ وَاجِبَةٌ عَلَى كُلِّ مَنْ أَفْسَدَ صَوْمَ يَوْمٍ مِنْ رَمَضَانَ بِجَمَاعٍ تَامَ أَثِمَ بِهِ لِأَجْلِ الصَّوْمِ (ح) فَلَا يَجِبُ عَلَى النَّاسِي إِذَا جَامَعَ، لِأَنَّهُ لَمْ يَفْطِرْ عَلَى الصَّحِيحِ، وَلَا عَلَى مَنْ جَامَعَ فِي غَيْرِ رَمَضَانَ.

قال الرافعي: الْأَضْلُ فِي كِفَّارَةِ الصَّوْمِ مَا رُوِيَ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ - رضي الله عنه -: «أَنَّ رَجُلًا جَاءَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَقَالَ: هَلَكْتُ وَأَهْلَكْتُ، قَالَ: مَا سَأَلْتُكَ؟ قَالَ: وَاقَعْتُ امْرَأَتِي فِي رَمَضَانَ، قَالَ: تَسْتَطِيعُ أَنْ تُعْتِقَ رَقَبَةً، قَالَ: لَا؛ قَالَ: فَهَلْ تَسْتَطِيعُ أَنْ تَصُومَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ. قَالَ: لَا قَالَ: فَهَلْ تَسْتَطِيعُ أَنْ تُطْعِمَ سِتِّينَ مِسْكِينًا. قَالَ: لَا، قَالَ: اجْلِسْ فَجَلَسَ، فَأَتَى النَّبِيَّ ﷺ بِعَرَقٍ فِيهِ تَمْرٌ - وَالْعَرَقُ: الْمِكْتَلُ الضَّخْمُ - فَقَالَ: خُذْ هَذَا فَتَصَدَّقْ بِهِ قَالَ: أَعْلَى أَفْقَرٍ مِنَّا؟ فَضَحِكَ النَّبِيُّ ﷺ حَتَّى بَدَتْ نَوَاجِذُهُ، وَقَالَ: أَطْعِمْنَاهُ عِيَالَكَ»<sup>(١)</sup>.

والكلام في مَوْجِبِ الْكِفَّارَةِ، ثُمَّ فِي كَيْفِيَّتِهَا.

أَمَّا الْأَوَّلُ فَقَدْ قَالَ: (وَهِيَ وَاجِبَةٌ عَلَى مَنْ أَفْسَدَ صَوْمَ يَوْمٍ مِنْ رَمَضَانَ بِجَمَاعٍ تَامَ أَثِمَ بِهِ، لِأَجْلِ الصَّوْمِ) وفي الضابطة قيود. مِنْهَا: الْإِفْسَادُ، فَمَنْ جَامَعَ نَاسِيًا لَا يَقْسُدُ صَوْمَهُ، عَلَى الصَّحِيحِ، كَمَا قَدَّمْنَاهُ، فَلَا كِفَّارَةَ عَلَيْهِ، وَإِنْ قُلْنَا: يَفْسُدُ صَوْمُهُ وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ، وَأَحْمَدُ، فَهَلْ تَلْزَمُهُ الْكِفَّارَةُ؟ فِيهِ وَجْهَانُ:

أحدهما - وبه قال أحمد -: لِانْتِسَابِهِ إِلَى التَّقْصِيرِ.

وأظهرهما - وبه قال مالك -: لَا؛ لِأَنَّهَا تَتَّبَعُ الْإِثْمَ.

وإذا عرفت ذلك وَسَمَّتْ قَوْلَ (فَلَا تَجِبُ) بِالْأَلْفِ، وَقَوْلَهُ: (لَمْ يَفْطِرْ) بِهِ وَبِالْمِيمِ، وَقَوْلَهُ: (عَلَى الصَّحِيحِ) أَي: مِنَ الطَّرِيقَيْنِ:

(١) أخرجه البخاري (١٩٣٦)، ٢٦٠٠، ٥٣٦٨، ٦٠٨٧، ٦١٦٤، ٦٧٠٩، ٦٧١٠، ٦٧١١، ٦٨٢١

ومسلم (١١١١) من حديث أبي هريرة.

ومنها: كون اليوم من رمضان فلا كفارة بإفساد التطوع، والنذر، والقضاء، والكفارة؛ لأن النقص ورد في رمضان، وهو مخصوص بفضائل لا يشركه غيره فيها.

قال الغزالي: وَلَا عَلَى الْمَرْأَةِ لِأَنَّهَا أَفْطَرَتْ بِوُضُوءِ أَوَّلِ جُزْءٍ مِنَ الْحَشْفَةِ إِلَى بَاطِنِهَا، وَفِيهِ قَوْلٌ قَدِيمٌ، ثُمَّ الصَّحِيحُ أَنَّ الْوُجُوبَ لَا يَلَاقِيهَا، وَقَبِلَ: يَلَاقِيهَا، وَالزَّوْجُ يَتَحَمَّلُ، وَلَا يَتَحَمَّلُ الرَّأْسِيُّ، وَلَا الزَّوْجُ الْمَخْنُونُ وَلَا الْمُسَافِرُ إِذْ لَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِمَا وَلَا عَنِ الْمَغْسِرَةِ فَإِنَّ وَاجِبَهَا الصَّوْمُ فَلَا يَقْبَلُ التَّحَمُّلُ، وَلَا كَفَّارَةَ عَلَى مَنْ أَفْطَرَ (ح م) بِغَيْرِ جَمَاعٍ مِنَ الْأَكْلِ وَمُقَدِّمَاتِ الْجَمَاعِ، وَيَجِبُ بِالزَّنَا وَجَمَاعِ الْأُمَّةِ وَوَطْءِ الْبَيْمَةِ (ح م) وَالْإِنْتَانِ فِي غَيْرِ الْمَاتِي (و). قال الرافعي: تَوْضُحُ فَهْمِ الْفَضْلِ ثُمَّ نَبِيْنُ أَنَّ مَسْأَلَةَ بَاطِنِ قَيْدِ تَتَعَلَّقُ.

المسألة الأولى: المرأة الموطوءة إن كانت مفطرة بحينص، وغيره، أو كانت صائمة، ولم يبطل صومها لكونها نائمة مثلاً، فلا كفارة عليها، وإن مكنت طائفة حتى وطئها الزوج، فقولان:

أحدهما: أنه يلزمها الكفارة، كما يلزم الرجل؛ لأن الكفارة عقوبة تتعلق بالوطء، فيستويان في لزومها كحد الزنا، وهذا أصح الروايتين عن أحمد، وبه قال أبو حنيفة، ويروى مثله عن مالك، وأبن المنذر، وهو اختيار القاضي أبي الطيب.

وأصحهما: أنه يختص الزوج بلزوم الكفارة.

وأحتجوا له بأمر: أحدهما: أن النبي ﷺ لم يأمر الأعرابي الذي واقع إلا بكفارة واحدة مع مساس الحاجة إلى البيان.

والثاني: حكى الكرابيسي أنه قال: صوم المرأة ناقص؛ لأنه يعرض أن يبطل بعروض الحينص، وإذا كان كذلك، لم يكن كامل الخزمة، فلمن تتعلق به الكفارة.

والثالث: ما ذكره في الكتاب، وستكلم فيه.

التفريع: إن قلنا بالأول: فلو لم تجب الكفارة على الزوج لكونه مفطراً، وجبت الكفارة عليها، وكذا لو لم يبطل صومه، بأن كان نائماً، فاستدخلت ذكره، أو كان نائماً، وهي ذاكرة. ويعتبر في حق كل واحد منهما حاله في اليسار والإعسار، وإن قلنا بالقول الأصح، فالكفارة التي يخرجها الزوج تختص به، ولا يلاقيها، أم تقع عنهما جميعاً، وهو يتحمل عنها؟ فيه قولان مستخرجان من كلام الشافعي - رضي الله عنه - وقد يعبر عنهما بوجهين:

أحدهما: أنها تختص به، ولا يلاقيها؛ لأنه لو تعلق الواجب بها لأمرت

بإخراجها.

والثاني: أنها يَلَاقِيهَا، وهو متحمل.

ووجهه صَاحِبَا «التَهْدِيبِ» و«التَمَتَةِ» بِالْحَاقِ الْكُفَّارَةَ بِشَمَنِ مَاءِ الْاِغْتِسَالِ، كَانَهُمَا قَدَرَاهُ مَتَّفَقاً عَلَيْهِ، لَكِنِ الْحَتَّاطِيُّ حَكَى طَرِيقاً آخَرَ قَاطِعاً بِأَنْ ثَمَنَ مَاءِ الْاِغْتِسَالِ عَلَيْهَا، لَا عَلَيْهِ، وَأَشَارَ إِلَى تَرْجِيحِهِ، ثُمَّ الْأَصَحُّ مِنْ هَذَيْنِ الْقَوْلَيْنِ عِنْدَ صَاحِبِ الْكِتَابِ هُوَ الْأَوَّلُ، وَبِهِ قَالَ الْحَتَّاطِيُّ وَأَخْرَوْنَ، وَذَكَرَ الْإِمَامُ أَنَّ ظَاهِرَ الْمَذْهَبِ هُوَ الثَّانِي، وَقَدْ يَحْتَجُّ لَهُ بِقَوْلِهِ فِي «المَخْتَصَرِ»: «وَالْكَفَّارَةُ عَلَيْهِ وَاحِدَةٌ عَنْهُ»، لَكِنِ مِنْ قَالَ بِالْأَوَّلِ حَمَلَهُ عَلَى أَنَّهَا تَجْزِيءُ عَنِ الْفَعْلَيْنِ جَمِيعاً، وَلَا يَلْزِمُهَا كَفَّارَةٌ خَاصَّةٌ خِلَافَ مَا قَالَهُ أَبُو حَنِيفَةَ، وَيَتَفَرَّعُ عَلَى هَذَيْنِ الْقَوْلَيْنِ صُورٌ:

إحداها: إذا أفطرت بالزُّنَا، أو بالوطء بالشُّبُهَةِ. فإن قلنا: الوجوب لا يلاقيها، فلا شَيْءٌ عَلَيْهَا. وإن قلنا بالثاني؛ فعليها الكفَّارة؛ لأن رابطة التَّحْمَلِ الزُّوجِيَّةِ، ونقل عن «الْحَاوِي» أَنَّ الْقَاضِيَّ أَبَا حَامِدٍ قَالَ: تَجِبُ الْكُفَّارَةُ عَلَيْهَا بِكُلِّ حَالٍ. الثَّانِيَّةُ: لَوْ كَانَ الزُّوجُ مَجْنُوناً وَقَلْنَا بِالْأَوَّلِ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهَا وَإِنْ قَلْنَا بِالثَّانِي: فوجهان:

أظهرهما: وهو المذكور في الكتاب أنه يَلْزِمُهَا الْكُفَّارَةُ؛ لِأَنَّ التَّحْمَلَ لَا يَلِيْقُ بِحَالِهِ، وَلِهَذَا لَمْ تَجِبْ عَلَيْهِ الْكُفَّارَةُ لِنَفْسِهِ.

والثاني: أنه يلزمه الكفَّارة لها: لِأَنَّ مَا لَهُ يَصْلُحُ لِلتَّحْمَلِ، وَإِنْ كَانَ مُرَاهِقاً، فَهُوَ كَالْمَجْنُونِ؛ لِأَنَّ الْمَذْهَبَ أَنْ فَعْلَهُ لَا يُوجِبُ الْكُفَّارَةَ، وَخَرَجَ بَعْضُ الْأَصْحَابِ مِنْ قَوْلِنَا: إِنَّ عَمَدَ الصَّبِيِّ عَمِدٌ أَنَّهُ يَلْزِمُهُ الْكُفَّارَةَ، فَعَلَى هَذَا هُوَ كَالْبَالِغِ، وَلَوْ كَانَ الزُّوجُ نَاسِيّاً أَوْ نَائِماً فَاسْتَدَخَلَتْ ذَكَرَهُ، فَالْحَكْمُ كَمَا ذَكَرْنَا فِي الْمَجْنُونِ.

الثالثة: لو كان الزُّوجُ مسافراً، والمرأة حاضرة، وأفطر بالجماع على قصد التَّرخُّصِ، فَلَا كُفَّارَةَ عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَقْصِدِ التَّرخُّصَ فوجهان في لزوم الكفَّارة.

أصحهما: أنَّهَا لَا تَلْزَمُ؛ لِأَنَّ الْإِفْطَارَ مُبَاحٌ لَهُ، فَيَصِيرُ شَبِيهَهُ فِي دَرَجَةِ الْكُفَّارَةِ، وَهَذَا حُكْمُ الْمَرِيضِ، الَّذِي يُبَاحُ لَهُ الْفِطْرُ إِذَا أَصْبَحَ صَائِماً، ثُمَّ جَامَعَ، وَالصَّحِيحُ إِذَا مَرَضَ فِي أَثْنَاءِ النَّهَارِ، ثُمَّ جَامَعَ فَحَيْثُ قُلْنَا بِوُجُوبِ الْكُفَّارَةِ، فَهُوَ كَعَيْبِهِ، وَحُكْمُ التَّحْمَلِ كَمَا سَبَقَ، وَحَيْثُ قُلْنَا: لَا كُفَّارَةَ فَهُوَ كَالْمَجْنُونِ، وَذَكَرَ أَصْحَابُنَا الْعِرَاقِيُّونَ فِيمَا إِذَا قَدِمَ الْمُسَافِرُ مَفْطِراً، فَأَخْبَرْتَهُ بِأَنَّهَا مَفْطِرَةٌ وَكَانَتْ صَائِماً أَنَّ الْكُفَّارَةَ عَلَيْهَا، إِذَا قَلْنَا: إِنَّ الْوُجُوبَ يَلَاقِيهَا، لِأَنَّهَا غَرَّتَهُ وَهُوَ مَعْدُورٌ، وَيَشْبَهُ أَنْ يَكُونَ هَذَا جَوَاباً عَلَى قَوْلِنَا: إِنَّ الْمَجْنُونُ لَا يَتَّحَمَلُ، وَإِلَّا فَلَيْسَ الْعُذْرُ هَاهُنَا أَوْضَحُ مِنَ الْعُذْرِ فِي الْمَجْنُونِ، - وَاللَّهُ أَعْلَمُ - . الرابعة: إِذَا فَرَعْنَا عَلَى الْقَوْلِ الثَّانِي وَهُوَ أَنَّ الْوُجُوبَ يَلَاقِيهَا، وَجِبَ أَعْتَابُ حَالِهِمَا، وَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يُتَّفِقَ حَالُ الزُّوجِ وَالْمَرْأَةِ أَوْ يَخْتَلِفُ.

فإن اتفق خالهُمَا، نظر إن كانا من أهل الإغْتاقِ وَالإِطْعَامِ أَجْزَأَ المَخْرَجِ عَنْهُمَا وَإِنْ كانا من أهلِ الصَّيَامِ إمَّا لِلإِعْسَارِ بالعِتْقِ، أو لِكَوْنِهِمَا مَمْلُوكَيْنِ، فعلى كُلِّ واحدٍ منهما صَوْمُ شَهْرَيْنِ؛ لأنَّ الصَّوْمَ عِبَادَةٌ بَدَنِيَّةٌ، ولا مَدْخُلٌ لِلتَّحْمَلِ فِي عِبَادَاتِ الأَبْدَانِ، وَإِنْ اختلفَ خَالُهُمَا لَمْ يَحُلْ إمَّا أَنْ يَكُونَ الزَّوْجُ أَعْلَى خَالاً مِنْهَا، أو تَكُونَ هِيَ أَعْلَى خَالاً مِنْهُ، فَإِنْ كانَ الزَّوْجُ أَعْلَى خَالاً نَظَرَ إِنْ كانَ هُوَ مِنْ أَهْلِ الإِغْتاقِ وَهِيَ مِنْ أَهْلِ الصَّيَامِ، وَالإِطْعَامِ فَفِيهِ وَجْهَانِ:

أظهرهما - ولم يذكر العراقيون غيره -: أنه يُجْزَىءُ الإِغْتاقُ عَنْهُمَا جَمِيعاً؛ لأنَّ مَنْ فَرَضَهُ الصَّيَامَ، أو الإِطْعَامَ يُجْزِئُهُ التَّكْفِيرُ بِالْعِتْقِ بِطَرِيقِ الأَوَّلَى.  
نعم، لو كانت أمةً فعليها الصَّوْمُ؛ لأنَّ الإِغْتاقَ لا يُجْزِئُ عَنْهَا.  
قال في «المهذب»: «إلا إذا قلنا: إن العبد يَمْلِكُ بِالتَّمْلِيكِ، فتكون الأمة كالحرة المُعْسِرة.»

والثاني: لا يُجْزِئُ عَنْهَا لِاِخْتِلافِ جِنْسِ الوَاجِبِ، وعلى هذا فعليها الصَّيَامُ في الصُّورَةِ الأَوَّلَى وَعَلَى مِنَ الإِطْعَامِ فِي الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ؟ فيها وجهان:

أظهرهما: أنه على الزَّوْجِ، فَإِنْ عَجَزَ فِي الحَالِ ثَبِتَ فِي ذِمَّتِهِ إِلَى أَنْ يَقْدَرَ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الكُفَّارَةَ عَلَى القَوْلِ الَّذِي عَلَيْهِ نَفَعُ مَعْدُودَةٍ مِنْ مَوْنَاتِ الزَّوْجَةِ اللَّازِمَةِ عَلَى الزَّوْجِ.

والثاني - ذكره في التهذيب -: أنه عليها؛ لأنَّ التَّحْمَلِ كالتَّدَاخُلِ لا يَجْزِئُ عِنْدَ اِخْتِلافِ الجِنْسِ، وَإِنْ كانَ هُوَ مِنْ أَهْلِ الصَّيَامِ، وَهِيَ مِنْ أَهْلِ الإِطْعَامِ فَالَّذِي قَالَهُ الأَئِمَّةُ أَنَّهُ يَصُومُ عَنْ نَفْسِ، وَيُطْعِمُ عَنْهَا؛ لِأَنَّ الصَّوْمَ لا يَتَحْمَلُ بِهِ، وَقَضِيَّةُ قَوْلِ مَنْ قَالَ بِإِجْزَاءِ الإِغْتاقِ عَنِ الصَّيَامِ فِي الصُّورَةِ السَّابِقَةِ إِجْزَاءٌ لِلصَّيَامِ عَنِ الإِطْعَامِ؛ لِأَنَّ مَنْ فَرَضَهُ الإِطْعَامَ لَوْ تَحْمَلُ المَسْقُتَةَ، وَصَامَ أَجْزَاءَهُ، وَالصَّوْمُ كَمَا لا يَتَحْمَلُ بِهِ لا يَتَحْمَلُ وَإِنْ كانتِ الزَّوْجَةُ أَعْلَى خَالاً مِنْهُ، نَظَرَ إِنْ كانتِ مِنْ أَهْلِ الإِغْتاقِ وَهُوَ مِنْ أَهْلِ الصَّيَامِ صَامَ عَنْ نَفْسِهِ، وَأَعْتَقَ عَنْهَا إِذَا قَدِرَ، وَإِنْ كانتِ مِنْ أَهْلِ الصَّيَامِ، وَهُوَ مِنْ أَهْلِ الإِطْعَامِ صَامَتْ عَنْ نَفْسِهَا، وَأَطْعَمَ الزَّوْجَ عَنْ نَفْسِهِ.

المسألة الثانية: إذا أَفسَدَ صَوْمَهُ بِغيرِ الجَماعِ كالأكلِ، والشُّرْبِ، والاسْتِمْناءِ، والمُبَاشراتِ، المَفْضِيَةِ إِلَى الإِنْزالِ فلا كُفَّارَةَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ النَّصَّ وَرَدَ فِي الجَماعِ وَمَا عَدَاهُ لَيْسَ فِي مَعْنَاهُ، وَهَلْ يَلْزِمُهُ الفِديَةُ؟ فِيهِ خِلافٌ سَيَأْتِي مِنْ بَعْدِ.

وقال مالك: تجب الكُفَّارَةُ بِكُلِّ إِفسادٍ يعصى به، إِلا الرُّدَّةَ والاسْتِمْناءَ والاسْتِقاءَ.  
وقال أبو حنيفة: تَجِبُ الكُفَّارَةُ بِتَنَاوُلِ ما يَقْصَدُ تَنَاوُلَهُ، وَلا تَجِبُ بِأَبْتِلاعِ الحِصاةِ وَالثَّوَاةِ، وَلا بِمَقْدَمَاتِ الجَماعِ.

وقال أحمد: لا تَجِبُ بالأكل والشُّرب، وتَجِبُ بالمُبَاشَرَاتِ المُفْسِدَةِ لِلصَّوْمِ.

الثالثة: تجب الكفارة بالزُّنَا وَجَمَاعِ الأُمَّةِ، وكذلك بِإِثْنَيْنِ البَهِيمَةِ، والإتيان في غير المأْتَى، ولا فرق بين أن ينزل أو لا ينزل.

وَدَهَبَ بَغْضُ الأَصْحَابِ إِلَى بِنَاءِ الكَفَّارَةِ فِيهَا عَلَى الحَدِّ، إن أوجبنا الحَدَّ فيهما أو أوجبنا الكَفَّارَةَ، وإلا فوجهان:

وعند أبي حنيفة - رحمه الله - إِثْنَانِ البَهِيمَةِ إِنْ كَانَ بِلَا إِنْزَالٍ لَمْ يَتَعَلَّقَ بِهِ الإِفْطَارُ فَضْلاً عَنِ الكَفَّارَةِ، وَإِنْ كَانَ مَعَ الإِنْزَالِ أَفْطَرَ وَلَا كَفَّارَةَ، وَفِي اللُّوَاطِ هَلْ يَتَوَقَّفُ الإِفْطَارُ عَلَى الإِنْزَالِ؟ فِيهِ رَوَايَتَانِ، وَإِذَا حَصَلَ الإِفْطَارُ فِي الكَفَّارَةِ رَوَايَتَانِ.

والأظهر: أن الإِفْطَارَ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى الإِنْزَالِ، وَأَنَّ الكَفَّارَةَ تَجِبُ.

وعند أحمد تَجِبُ الكَفَّارَةُ فِي اللُّوَاطِ، وَكَذَا فِي إِثْنَيْنِ البَهِيمَةِ عَلَى أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ.

وأعلم أن المَسَائِلَ الثَّلَاثَ فِي الفَضْلِ متعلقة بالقيِّدِ الثَّلَاثِ فِي الضَّابِطِ، وهو كون الإفساد بِجَمَاعٍ تَامٌ فيدخل فيه صور المسألة الثالثة، ويخرج صور الثانية، وأما الأولى فَقَدْ قَصَدَ صَاحِبُ الكِتَابِ بِوَضْفِ الجَمَاعِ بِالتَّمَامِ لِلاخْتِرَازِ عِنَهَا؛ لِأَنَّ المَرَأَةَ إِذَا جُوعِمَتْ حَصَلَ فَسَادُ صَوْمِهَا قَبْلَ تَمَامِ حَدِّ الجَمَاعِ بِوُضُوعِ أَوَّلِ الحَشْفَةِ إِلَى بَاطِنِهَا، فَالجَمَاعُ يَطْرَأُ عَلَى صَوْمِ قَاسِدٍ، وَبِهَذَا المَعْنَى عَلَّلَ أَصْحَحُ القَوْلِينَ، وهو أن المَرَأَةَ لَا تُؤْمَرُ بِإِخْرَاجِ الكَفَّارَةِ، وَيُرْوَى هَذَا التَّغْلِيلُ عَنِ الأَسْتَاذِ أَبِي طَاهِرٍ، وَطَائِفَةٍ، لَكِنِ الأَكْثَرِينَ زَيَّفُوهُ، وَقَالُوا: يَتَصَوَّرُ فَسَادُ صَوْمِهَا بِالجَمَاعِ، بِأَنَّ يُولِجُ وَهِيَ نَائِمَةٌ أَوْ نَاسِيَةٌ، أَوْ مَكْرَهَةٌ ثُمَّ تَسْتَيْقِظُ أَوْ تَتَذَكَّرُ أَوْ تُطَاوِعُ بَعْدَ الإِبْلَاجِ وَتَسْتَدِيمُهُ، وَالحَكْمُ لَا يَخْتَلِفُ عَلَى القَوْلِينَ، فَعَلَى هَذَا جَمَاعِ المَرَأَةَ إِذَا قَلْنَا: لَا شَيْءَ عَلَيْهَا وَالجُوبُ لَا يَلِاقِيهَا مِثْنَى عَنِ الضَّابِطِ.

وقوله: (وفيه قول قديم) أراد به القول الثاني، وهو أنها تُؤْمَرُ بِإِخْرَاجِ الكَفَّارَةِ، كَالرُّجُلِ وَهَذَا قَدْ نَقَلَهُ الإِمَامُ وَصَاحِبُ الكِتَابِ فِي «الوسيط» عَنِ «الإملاء»، وَليس تَسْمِيَةٌ قَدِيمًا مِنْ هَذَا الوَجْهِ، فَإِنَّ «الإملاء» مُحْسُوبٌ مِنَ الكُتُبِ الجَدِيدَةِ، وَلَكِنِ رَأَيْتُ بَعْضَ الأئِمَّةِ رَوَيْتَهُ عَنِ القَدِيمِ، وَ«الإملاء» مَعًا، وَيُشَبَّهُ أَنْ يَكُونَ بِهِ فِي القَدِيمِ قَوْلَانِ:

أحدهما: كالجديد؛ لِأَنَّ المُحَامِلِيَّ حَكَى القَوْلَ الصَّحِيحَ عَنِ الكُتُبِ الجَدِيدَةِ وَالقَدِيمَةِ جَمِيعًا. وَقَوْلُهُ: (ولا يتحمل الزاني) أَي عَلَى قَوْلِنَا: أَنَّ الوُجُوبَ يَلِاقِيهَا، وَالجُوبُ يَتَحَمَّلُ. وَأَمَّا مَوَاضِعُ العَلَامَاتِ.

فقوله: (ولا على المرأة) مَرْقُومٌ بِالحَاءِ وَالمِيمِ.

وقوله: (ولا الزوج المجنون، ولا المسافر) كلاهما بالواو لما قدمنا، وليس

قوله: (إذ لا كفارة عليهما) خَالِيًا فِي حَقِّ المَسَافِرِ عَنِ التَّفْصِيلِ، وَالخِلَافِ.

وقوله: (ولا عن المُعْسِرَةِ) يشمل ما إذا كانت معسرة، وهو قادرٌ على الإِغْتِاقِ، وفي هذه الصُّورة خلاف تقدم، فلا يبعد إعلامه بالواو.

وقوله: (ولا كفارة على من أفطر بغير جماع) معلم بالميم، والحاء، والألف، ويجوز أن يُعَلِّمَ بالواو أيضاً لأمر:

أحدها: أنه نقل عن «الحاوي» أن أبا علي بن أبي هريرة قال: «تجب بالأكل والشرب كفارة فوق كفارة المُرْضِعِ، والحَامِلِ، دُونَ كَفَّارَةِ الْمُجَامِعِ.

قال: أَفْضَى الْقُضَاةِ: وهذا مذهب لا يستند إلى خبر، ولا أثر، ولا قياس.

والثاني: أن أبا خلف الطَّبْرِيِّ<sup>(١)</sup>، وهو من تلاميذه القَقَالُ اختار وجوب الكفارة، بكل ما يَأْتِمُ بالإفطار به. والثالث: أن الحَنَّاظِيَّ ذكر أن عبد الحكم روى عنه إيجاب الكَفَّارَةِ فيما إذا جماع فيما دون الفرج، فأنزل.

ووطء البهيمة، والإيتان في غير المأتى معلّمان بالحاء والواو.

قال الغزالي: وَلَا تَجِبُ عَلَيَّ مَنْ ظَنَّ أَنَّ الصُّبْحَ غَيْرُ طَالِعِ فَجَامِعِ (ح).

قال الرافعي: إذا ظَنَّ أَنَّ الصُّبْحَ غَيْرُ طَالِعِ فَجَامِعِ، ثم تَبَيَّنَ خلافه، فحكم الإفطار قد مر، ولكن لا كفارة عليه؛ لأنه غير مأثوم بما فعل، فلا يَسْتَحِقُّ التَّغْلِيظَ.

قال الإمام - رحمه الله -: ومن قال بوجوب الكَفَّارَةِ على النَّاسِيِ بِالْجَمَاعِ يقول بمثله هاهنا، لتقصيره بِتَرْكِ البَحْثِ، ولو ظَنَّ أَنَّ الشُّمُسَ قد غربت فجامع، ثم بان خلافه، فقد ذكر صاحب «التهذيب» وغيره أنه لا كفارة عليه أيضاً، لأنها تَسْقُطُ بالشُّبْهَةِ، وهذا ينبغي أن يكون مُفْرَعاً عَلَى تجويز الإفطار والحالة هذه، وإلا فتجب الكَفَّارَةُ وفاء بالضابِطِ المَذْكُورِ، ولما يوجب الكفارة.

ولو أكل الصَّائِمُ ناسياً فَظَنَّ بِظُلَّانٍ صَوَّمَهُ فَجَامِعِ، فهل يفطر؟ فيه وَجْهَانِ: أحدهما: لا، كما لو سَلَّمَ عن ركعتين من الظُّهْرِ ناسياً، وتكلم غامداً لا تبطل صلاته.

وأصحهما - ولم يذكر الأكثرون غيره -: أنه يفطر، كما لو جَامِعَ على ظَنِّ أن الصبح لم يطلع فَبَانَ خِلَافُهُ، وعلى هذا فَلَا تَجِبُ الكَفَّارَةُ؛ لأنه وطئ وهو يعتقد أنه غَيْرُ صَائِمٍ. وعن القَاضِيِ أَبِي الطَّيِّبِ: أنه يحتمل أن تجب الكَفَّارَةُ؛ لأن هذا الظن لا يبيح الوطء، ولو أفطر المسافرُ بِالزَّنَا مترخصاً فلا كَفَّارَةُ عَلَيْهِ لأنه وإن أثم بهذا الجَمَاعِ

(١) محمد بن عبد الملك بن خلف السلمى - بضم السين - الطبري أخذ عن القفال وأبي منصور البعدي، مات في حدود سنة سبعين وأربعمائة، انظر طبقات الأسنوي (٧٦٠)، الأنساب (٧/

لكن لم يَأْتُمْ به بِسَبَبِ الصَّوْمِ، فَإِنَّ الْإِفْطَارَ جَائِزٌ لَهُ، وَلَوْ زَنَا الْمَقِيمُ نَاسِيًا لِلصَّوْمِ وَقَلْنَا: إِنَّ الصَّوْمَ يَفْسُدُ بِالْجَمَاعِ نَاسِيًا، فَلَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِ أَيْضًا عَلَى الْوَجْهِ الْأَصَحِّ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَأْتُمْ بِسَبَبِ الصَّوْمِ، فَإِنَّهُ كَانَ نَاسِيًا لَهُ. وَإِذَا تَأَمَّلْتَ هَذِهِ الصُّورَ عَرَفْتَ اشْتِرَاكَهَا فِي شَيْءٍ وَاحِدٍ، وَهُوَ أَنَّ الْمَجْمَاعَ فِيهَا مَأْتُومٌ بِالْجَمَاعِ بِسَبَبِ الصَّوْمِ، ثُمَّ مِنْهَا مَا لَا إِثْمَ فِيهِ، وَمِنْهَا مَا فِيهِ إِثْمٌ، وَلَكِنْ لَا بِسَبَبِ الصَّوْمِ، وَهِيَ مُتَعَلِّقَةٌ بِالْقَيْدِ الَّذِي ذَكَرَهُ آخِرًا، وَهُوَ قَوْلُهُ: (أَثْمٌ بِهِ لِأَجْلِ الصَّوْمِ) وَهَذَا يَجُوزُ أَنْ يَقْدَرَ وَصْفًا وَاحِدًا بِهِ يَحْصُلُ الْإِحْتِرَازُ عَنِ الصُّورِ كُلِّهَا فَحَيْثُ لَا إِثْمٌ، لَا إِثْمٌ بِسَبَبِ الصَّوْمِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَقْدَرَ وَصْفَيْنِ:

أحدهما: كونه مأثومًا به .

والثاني: كونه مأثومًا به بسبب الصَّوْمِ، فبالأول يحصل الاحتراز عن الصور التي لا إثم فيها وفيها جَمَاعُ الْمُرَاهِقِ وَالْمُسَافِرِ وَالْمَرِيضِ عَلَى قِصْدِ التَّرْخِصِ كَمَا سَبَقَ، وَبِالثَّانِي يَحْصُلُ الْإِحْتِرَازُ عَنِ الصُّورِ الَّتِي يَأْتُمْ فِيهَا لَا بِالصَّوْمِ.

قال الغزالي: وَتَجِبُ عَلَى الْمُتَقَرِّدِ (ح) بِرُؤْيِيَةِ الْهَلَالِ، وَعَلَى مَنْ جَامَعَ مِرَارًا كَفَّارَاتٍ (ح)، وَتَجِبُ عَلَى مَنْ جَامَعَ ثُمَّ أَنْشَأَ السَّفَرَ (ح). وَلَوْ طَرَأَ بَعْدَ الْجَمَاعِ مَرَضٌ أَوْ جُنُونٌ أَوْ حَيْضٌ سَقَطَ فِي قَوْلٍ وَلَمْ يَسْقُطْ فِي قَوْلٍ، وَتَسْقُطُ بِالْجُنُونِ وَالْحَيْضِ (م) دُونَ الْمَرَضِ (ح) فِي قَوْلٍ. قال الرافعي: فِي الْفَضْلِ ثَلَاثُ مَسَائِلَ:

أحداها: إِذَا رَأَى هَلَالَ رَمَضَانَ وَحَدَهُ وَجَبَ عَلَيْهِ صَوْمُهُ، وَإِذَا صَامَهُ وَأَفْطَرَ بِالْجَمَاعِ فَعَلِيهِ الْكَفَّارَةُ. وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ وَأَحْمَدُ، خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللَّهُ - .

لنا أنه هتك حُرْمَةَ يَوْمٍ مِنْ رَمَضَانَ بِإِفْسَادِ صَوْمِهِ بِالْجَمَاعِ، فَأَشْبَهَ سَائِرَ الْأَيَّامِ.

ولو رأى هلال شَوَّالٍ وَحَدَهُ، وَجَبَ عَلَيْهِ أَنْ يَفْطَرَ وَيَخْفِي إِفْطَارَهُ عَنِ النَّاسِ كَيْلَا يُتَّهَمَ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَحْمَدَ: أَنَّهُ لَا يَفْطَرُ بِرُؤْيِيَتِهِ وَحَدَهُ.

لنا ما روي أنه ﷺ قال: «صُومُوا لِرُؤْيِيَتِهِ وَأَفْطِرُوا لِرُؤْيِيَتِهِ»<sup>(١)</sup> وَإِذَا رُؤِيَ رَجُلٌ يَأْكُلُ يَوْمَ الثَّلَاثِينَ مِنْ رَمَضَانَ بِلَا عَذْرِ عَزَرَ عَلَيْهِ، فَلَوْ شَهِدَ أَنَّهُ رَأَى الْهَلَالَ لَمْ يَقْبَلْ؛ لِأَنَّهُ مَتَّهَمٌ يَرِيدُ إِسْقَاطَ التَّعْزِيرِ عَنِ نَفْسِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا شَهِدَ أَوْلَى فَرَدَّتْ شَهَادَتَهُ، ثُمَّ أَكَلَ لَا يَعْزُرُ. الثَّانِيَّةُ: لَوْ أَفْطَرَ بِالْجَمَاعِ ثُمَّ جَامَعَ فِي ذَلِكَ الْيَوْمِ ثَانِيًا، فَلَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِ إِذْ الْجَمَاعُ الثَّانِي لَمْ يَقْعُ مَفْسُدًا، وَلَوْ جَامَعَ فِي يَوْمَيْنِ، أَوْ فِي رَمَضَانَيْنِ فَعَلِيهِ كَفَّارَتَانِ، سِوَا كَفْرِ عَنِ الْأَوَّلِ، أَوْ لَمْ يَكْفُرْ، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ. قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: إِذَا جَامَعَ فِي يَوْمَيْنِ، وَلَمْ يَكْفُرْ عَنِ الْأَوَّلِ لَمْ يَلْزَمْهُ إِلَّا كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ. وَعَنْهُ فِيمَا إِذَا كَفَّرَ رَوَايَتَانِ، وَلَوْ جَامَعَ فِي

رمضانين فالمشهور أنه يلزمه كفارتان بِكُلِّ حَالٍ، وعنه رواية أخرى: أنه كالْيَوْمين.

وقال أحمد: إِذَا وَطِئَ فِي يَوْمين فَكَفَّرَ عَنِ الْأَوَّلِ فَعَلِيهِ كَفَّارَةٌ أُخْرَى؛ وَإِنْ لَمْ يُكْفَرْ فَلأَصْحَابِهِ فِيهِ أَخْتِلَافٌ. لَنَا أَنَّ صَوْمَ كُلِّ يَوْمٍ عِبَادَةٌ بِرَأْسِهَا، فَلَا تَتَدَاخَلُ كَفَارَتَاهُمَا كَالْحَجَّتَيْنِ إِذَا جَامَعَتْ فِيهِمَا.

الثالثة: إِذَا أَفْسَدَ صَوْمَهُ بِالْجَمَاعِ ثُمَّ أَنْشَأَ سَفْرًا طَوِيلًا فِي يَوْمِهِ لَمْ تَسْقُطْ عَنْهُ الْكَفَّارَةُ؛ لِأَنَّ السَّفَرَ الْمُنْشَأَ فِي أَثْنَاءِ النَّهَارِ لَا يَبِيحُ الْفِطْرَ فِيهِ فَعَرُوضُهُ لَا يُوْثِرُ فِيمَا وَجَبَ مِنَ الْكَفَّارَةِ، وَعَنْ صَاحِبِ «التَّقْرِيبِ» وَالْحَنَاطِيِّ أَنَّ سَقُوطَ الْكَفَّارَةِ مُخْرَجٌ عَلَى خِلَافِ سِنْدِكْرِهِ فِي نَظَائِرِهِ، وَيُرْوَى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللَّهُ - فِي الْمَسْأَلَةِ رَوَايَتَانِ:

أَصْحَبُهُمَا: أَنَّهَا لَا تَسْقُطُ، وَصَاحِبُ الْكِتَابِ لَمْ يَرَوْهُ فِي «الْوَسِيطِ» إِلَّا السَّقُوطَ؛ وَلِذَلِكَ أَعْلَمَ قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: (وَتَجِبُ عَلَيَّ مِنْ جَامِعٍ بِالْحَاءِ مَعَ الْوَاوِ).

ولو جامع ثم مرض، ففيه طريقان:

أحدهما: أنه لا تسقط الكفارة أيضاً كالسفر.

أظهرهما: وبه قال مالك وأحمد: أنه لا تَسْقُطُ لِأَنَّهُ هَتَكَ حَرَمَةَ الصَّوْمِ بِمَا فَعَلَ.

والثاني: تسقط؛ لِأَنَّ الْمَرَضَ الطَّارِئَ يَبِيحُ الْفِطْرَ، فَيَتَبَيَّنُ بِهِ أَنَّ الصَّوْمَ لَمْ يَقَعْ مُسْتَحَقًّا، وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَلَوْ طَرَأَ بَعْدَ الْجَمَاعِ جَنُونٌ أَوْ حَيْضٌ فَقَوْلَانِ أَشَارَ إِلَيْهِمَا فِي «اِخْتِلَافِ الْعِرَاقِيِّينَ». أَظْهَرُهُمَا: وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: أَنَّهَا تَسْقُطُ؛ لِأَنَّ الْجَنُونََ وَالْحَيْضَ يُتَأَفَّيَانِ الصَّوْمَ، فَيَتَبَيَّنُ بِعَرُوضِهِمَا أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ صَائِمًا فِي ذَلِكَ الْيَوْمِ.

والثاني: لا تسقط لَقَضِيهِ الْهَتَكِ أَوْلًا، وَالْمَسْأَلَةُ فِي الْحَيْضِ مُفْرَعَةٌ عَلَى أَنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا أَفْطَرَتْ بِالْجَمَاعِ تَلْزِمُهَا الْكَفَّارَةُ، وَعَرُوضُ الْمَوْتِ كَعَرُوضِ الْحَيْضِ وَالْجَنُونِ.

وَإِذَا جَمَعْتَ بَيْنَ الْمَرَضِ وَالْجَنُونِ وَالْحَيْضِ انْتَضَمَ فِيهَا ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ، كَمَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ، فَإِنَّ ضَمَمْتَ السَّفَرَ إِلَيْهَا، وَتَعَرَّضْتَ لِلطَّرِيقَةِ الْبَعِيدَةِ، حَصَلَتْ أَرْبَعَةُ أَقْوَالٍ، رَابِعُهَا أَنَّهُ يَسْقُطُ بِهَا دُونَ السَّفَرِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قال الغزالي: ثُمَّ هَذِهِ كَفَّارَةٌ مُرْتَبَةٌ كَكَفَّارَةِ الظَّهَارِ، وَفِي وَجُوبِ الْقَضَاءِ وَجَوَازِ الْعُدُولِ مِنَ الصَّوْمِ إِلَى الْإِطْعَامِ بِعُذْرٍ شِدَّةِ الْعُلْمَةِ، وَجَوَازِ تَفْرِيقِ الْكَفَّارَةِ عَلَى الرِّزْوَانَةِ وَالْوَالِدِ عِنْدَ الْفَعْقَرِ، وَأَسْتَفْرَارِ الْكَفَّارَةِ فِي الدَّمَةِ عِنْدَ الْعَجْزِ عَنِ جَمِيعِ هَذِهِ الْخِصَالِ وَقَتِ الْجَمَاعِ خِلَافًا، فَفِي وَجْهِ نَمِيلٍ إِلَى الْقِيَاسِ وَنَحْمِلُ هَذِهِ الْقَضَايَا فِي حَدِيثِ الْأَعْرَابِيِّ عَلَى خَاصِّيَّتِهِمَا، وَفِي وَجْهِ نَعْمَلُ بِظَاهِرِ الْحَدِيثِ.



قال الرافعي: القول في كيفية الكفارة إنما يستقصى في «باب الكفارات»<sup>(١)</sup>، والكلام الجملي أن هذه الكفارة مرتبة ككفارة الظهر، فيلزم عتق رقبة، فإن لم يجد فصيام شهرين، فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً لما ذكرنا في حديث أبي هريرة - رضي الله عنه - . وقال مالك: يتخير بين الخصال الثلاثة، وهو رواية عن أحمد، والأصح عنه مثل مذهبنا. ثم في الفصل صور:

إحداها: إذا أفسد صومه بالوقوع ولزمته الكفارة، هل يلزمه قضاء اليوم الذي أفسده معها؟ فيه ثلاثة أوجه، ومنهم من يقول قولان: ووجه للأصحاب، لأنه حكى عن الإمام أنه قال: يحتمل أن يجب القضاء، ويحتمل أن يدخل في الكفارة، ولكل وجه.

أحدهما: أنه لا يجب القضاء؛ لأن الخلل الحاصل قد أنجز بالكفارة، ولأنه ﷺ لم يأمر الأعرابي [بالقضاء مع] الكفارة.

وأصحهما: أنه يجب، لأنه روي في بعض الروايات أنه ﷺ قال للرجل: «واقض يوماً مكانه»<sup>(٢)</sup>.

وثالثها: أنه إن كفر بالصوم دخل فيه القضاء، وإلا فلا لاختلاف الجنس، قال: ولا خلاف في أن المرأة يلزمها القضاء إذا لم تلزمها الكفارة، ولا يتحمل الزوج، فإن الكفارة إذا كانت صوماً لم تتحمل فما ظنك بالقضاء. الثانية: شدة الغلظة هل يكون عذراً في العُدول من الصيام إلى الإطعام؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، لما روي أنه ﷺ قال للأعرابي الذي جاءه، وقد واقع: «صم شهرين»، قال: هل أتيت إلا من قبل الصوم؟ فقال: «أطعم ستين مسكيناً»<sup>(٣)</sup>.

والثاني: لا، لِمكان القدرة على الصوم، وسنذكر ما الأظهر منهما. الثالثة: لو كان من لزمته الكفارة فقيراً، فهل له صرْف الكفارة إلى أهله وأولاده؟ فيه وجهان.

أحدها: نعم لقوله ﷺ للأعرابي «أطعمه أهلَكَ وَعِيَالَكَ»<sup>(٤)</sup>.

(١) كصفة هذه الرقبة وبيان العجز عنها المجوز للانتقال إلى الصوم والعجز عن الصوم المجوز للانتقال إلى الاطعام، وبيان التابع وما يقطعه والإطعام وما يتعلق وغير ذلك في باب الكفارة.

(٢) أخرجه أبو داود من حديث هشام بن سعد عن الزهري عن أبي سلمة عن أبي هريرة، وأعله ابن حزم بهشام، وقد تابعه إبراهيم بن سعد، كما رواه أبو عوانة في صحيحه واحدة الدارقطني من حديث أبي أويس، وعبد الجبار بن عمر، عن الزهري عن حميد بن عبد الرحمن، عن أبي هريرة وهو وهم منهما في إسناده، وانظر التلخيص (٢/٢٠٦).

(٣) قال ابن الصلاح هذا اللفظ لا يعرف، وقال المحافظ في التلخيص (٢/٢٠٧) وهذا غفلة عما أخرجه البزار وساقه.

(٤) تقدم.

وأصحهما: لا، كالأزكوات، وسائر الكفارات.

وأما الحديث فلا نسلم أن الذي أمره بصرفه إلى الأهل والعيال كان كفارة، وهذا لأنه يحتمل أنه لم يملكه ذلك، وإنما أراد أن يملكه ليكفر، فلما أخبره بحاجته صرفه إليه صدقة، ويحتمل أنه ملكه وأمره بالتصدق به، فلما أخبره بحاجته أذن في أكليه وإطعامه عياله ليبين أن الكفارة إنما تجب إذا فضل عن الكفاية، وإن سلمنا أنه كان كفارة ولكن يحتمل أن النبي ﷺ تطوع بالتكفير عنه، فسوغ له صرفه إلى الأهل والعيال، فيكون فائدة الخبر أنه يجوز للغير التطوع بالكفارة عن الغير بإذنه، وأنه يجوز للمتطوع صرفه إلى أهل المكفر عنه وعياله، وهذه الاحتمالات بأسرها منقولة عن «الأم».

الرابعة: إذا عجز عن جميع الخصال فهل تستقر الكفارة في ذمته؟ قال الأصحاب: الحقوق المالية الواجبة لله تنقسم إلى ما تجب لأب سبب يباشره العبد، وإلى ما تجب بسبب يباشره، فالأول كزكاة الفطر إن كان قادراً وقت وجوبها وجبت، وإلا لم تستقر في ذمته إلى أن يقدر.

والثاني: على ضربين: ما يجب على وجه البدل، كجزاء الصيد فإن كان قادراً عليه فذاك، وإلا ثبت في ذمته إلى أن يقدر تغليبا لمعنى الغرامة، وما يجب لا على وجه البدل ككفارة الوفاق واليمين والقتل والظهار ففيها قولان:

أحدهما: أنها تسقط عند العجز، كزكاة الفطر، وبه قال أحمد:

وأصحهما: أنها لا تسقط كجزاء الصيد، فعلى هذا متى قدر على إحدى الخصال لزمته. واحتج للقول الأول بأن النبي ﷺ «لما أمر الأعرابي بأن يطعمه أهله وعياله لم يأمره بالإخراج في ثاني الحال»<sup>(١)</sup>، ولو وجب ذلك لأشبه أن يبين له.

ولمن رجح الثاني أن يقول: لم قلت: إن المصروف إلى الأهل والعيال لم يقع تكفيراً، فإننا روينا وجهاً مجوزاً له عند الفقر إن سلمنا ذلك، ولكن يحتمل أن يكون الغرض باقياً في ذمته ولم يبين له ذلك؛ لأن حاجته إلى معرفة الوجوب إنما تمس عند القدرة، وتأخير البيان إلى وقت الحاجة، وهذا الذي ذكرناه يوقفك على أنه لا يمكن الاستدلال بخبر الأعرابي في هذه الصورة، والتي قبلها على الجمع، وإنما يمكن الاستدلال به في إحدهما؛ لأن المأمور بصرفه إلى الأهل والعيال إما أن يكون كفارة أو لا يكون. إن كان لم يصح الاستدلال به في هذه الصورة.

وإن لم يكن لم يصح في الصورة السابقة.

(١) نازع في ذلك ابن عبد البر انظر التلخيص المصدر السابق.

وأعرف بعد هذا في لفظ الكتاب شيئين:

أحدهما: أنه أطلق ذكر الخلاف في الصور الأربع وفسره بوجهين، وهو مسلم في الصورة الثانية والثالثة.

وأما الأولى فقد ذكرنا أن من الأصحاب من يجعل الخلاف فيها قولاً، وكذا ذكره القفال في «شرح التلخيص».

وأما الرابعة فالجمهور حكوا الخلاف فيها قولين، وإنما أطلق صاحب الكتاب فيها الوجهين تقليداً للإمام.

والثاني: أنه بين أن أحد طرفي الخلاف في الصور جميعاً يوجه بالقياس.

والثاني: بظاهر الخبر وإذا جرينا على القياس حملنا قصة الأعرابي على خاصيته، وخاصة أهله.

قال الإمام: وكثيراً ما كان يفعل ذلك رسول ﷺ كما في الأضحية، وإرضاع الكبير ونحوهما، وهذا وإن كان على بُعد فهو أهون من تشويش أصول الشريعة.

واعلم أن مثل هذا التأويل إنما يصار إليه عند الاضطرار، ولنا عنه مندوحة أما في غير الصورة الثانية فقد بيئنا، وأما في الثانية فإنما يحتاج إلى تأويل الخبر، فيهما من يجعل الأظهر امتناع العدول إلى الإطعام بعذر شدة الغلظة، ومنهم صاحب الكتاب، فإنه أعاد المسألة في آخر «كتاب الكفارات» ورجح وجه الامتناع، وقضية كلام الأكثرين التجويز، ولم يورد صاحب «التهذيب» غيره، فإذا صرنا إليه عملنا بظاهر الخبر، وأستغنيا عن التأويل.

قال الغزالي: الرَّابِعُ: الْفِدْيَةُ وَهِيَ مُدٌّ مِنَ الطَّعَامِ مَصْرُفُهَا مَصْرُفُ الصَّدَقَاتِ.

قال الرافعي: الأصل في الفدية الخبر والأثر على ما سيأتي ذكرهما (وهي مُدٌّ مِنَ الطَّعَامِ) لكل يوم من أيام رَمَضَانَ، وجنسه جنس زكاة الفطر، فيعتبر على الأصح غالب قوت البلد، ولا يجزىء الدقيق والسويق كما مر.

وقوله: (مصرفها مصرف الصدقات) ليس المراد من الصدقات هاهنا الزكوات، فلا تصرف الفدية إلى الأصناف الثمانية، وإنما المراد التطوعات، وهي في الغالب مصروفة إلى الفقراء والمساكين، وكلُّ مُدٍّ بمثابة كَفَّارَةٍ تامة، فيجوز صرفُ عَدَدِ مِنْهَا إلى مسكين واحد، بخلاف أمداد الكفارة الواحدة، يجب صرف كل واحد منها إلى مسكين، كما سيأتي في موضعه، ويجوز أن يعلم قوله: (مد) بالحاء والألف؛ لأنه روي عن أبي حنيفة - رحمه الله - أنها مُدٌّ مِنْ بُرٍّ أَوْ صَاعٌ مِنْ تَمْرٍ.

وعن أحمد - رحمه الله - أنها «مد» مِنْ بُرٍّ أَوْ نِصْفِ صَاعٍ مِنْ تَمْرٍ أَوْ شَعِيرٍ.

قال الغزالي: تَحِبُّ بِثَلَاثَةِ طُرُقٍ: (أَحَدُهَا) فَوَاتَ نَفْسِ الصَّوْمِ فِيمَنْ تَعَدَّى بِتَرْكِهِ وَمَاتَ قَبْلَ الْقَضَاءِ فَيُخْرَجُ مِنْ تَرْكِهِ مُدًّا، وَقَالَ فِي الْقَدِيمِ: يَصُومُ عَنْهُ وَلِيَّهُ، وَلَا يَجِبُ عَلَى مَنْ فَاتَهُ بِالْمِرْضِ، وَيَجِبُ عَلَى الشَّيْخِ الْهَرِمِ عَلَى الصَّحِيحِ.

قال الرافعي: فقه الفصل مسألتان:

إحداهما: إذا فاته صوم يوم أو أيام من رمضان ومات قَبْلَ الْقَضَاءِ فَلَهُ حَالَتَانِ:

إحداهما: أن يكون موته بعد التمكن من الْقَضَاءِ، فلا بد من تَدَارُكِهِ بعد موته، وما طريقه؟ فيه قولان:

الجديد: وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد - رحمهم الله -: أن طريقه أن يطعم من تركته لكل يوم مُدًّا؛ لما روي مرفوعاً وموقوفاً على ابن عمر - رضي الله عنهما - «أَنَّ مَنْ مَاتَ وَعَلَيْهِ صَوْمٌ، فَلْيُطْعَمْ عَنْهُ مَكَانَ كُلِّ يَوْمٍ مِسْكِينَ»<sup>(١)</sup>، ولا سبيل إلى الصوم عنه، لأن الصوم عبادة لا تدخلها النِّيَابَةُ فِي الْحَيَاةِ، فَكَذَلِكَ بَعْدَ الْمَوْتِ كَالصَّلَاةِ.

والقديم: وبه قال أحمد: أنه يجوز لِوَلِيِّهِ أَنْ يَصُومَ عَنْهُ؛ لما روي عن عائشة - رضي الله عنها - أنه ﷺ قال: «مَنْ مَاتَ وَعَلَيْهِ صَوْمٌ صَامَ عَنْهُ وَلِيُّهُ»<sup>(٢)</sup> وإذا فرغنا على القديم فلو أمر الولي أجنبيّاً بأن يصوم عنه بأجرة أو بغير أجرة جاز، كما في الحج، ولو استقل به الأجنبي ففي إجزائه وجهان:

أظهرهما: المنع، والمعتبر على هذا القول الوَلَايَةُ، على مَا وَرَدَ فِي لَفْظِ الْخَبَرِ، أَوْ مَطْلُقِ الْقَرَابَةِ، أَوْ بِشَرطِ الْعَصُوبَةِ، أَوْ الْإِرْثِ تَوْقِفِ الْإِمَامِ - رَحِمَهُ اللَّهُ - فِيهِ، وَقَالَ: لَا تَقْلَ عِنْدِي فِي ذَلِكَ، وَأَنْتَ إِذَا فَحِصْتَ عَنْ نِظَائِرِهِ وَجَدْتَ الْأَشْبَهَ أَعْتَابَ الْإِرْثِ<sup>(٣)</sup>، وَاللَّهُ أَعْلَمُ. وَلَوْ مَاتَ وَعَلَيْهِ صَّلَاةٌ، أَوْ أَعْتَكَفَ لَمْ يَقْضَ عَنْهُ وَلِيُّهُ، وَلَا<sup>(٤)</sup> يَسْقُطُ عَنْهُ الْقِدْيَةُ، وَعَنْ الْبُويُطِيِّ: أَنَّ الشَّافِعِيَّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - قَالَ فِي الْاِعْتِكَافِ: يَعْتَكَفُ عَنْهُ

(١) أخرجه الترمذي (٧١٨) وابن ماجه (١٧٥٧) بإسناد ضعيف وقف على ابن عمر قاله الترمذي والبيهقي والدارقطني، انظر تلخيص الجبير (٢٠٨/٢).

(٢) أخرجه البخاري (١٩٥٢).

(٣) المختار، أن المراد مطلق القرابة. وفي «صحیح مسلم»: أن النبي ﷺ قال لامرأة تصوم عن أمها وهذا يبطل احتمال العصوبة. ينظر الروضة (٢٤٦/٢).

(٤) موضع منع الاعتكاف عن الميت إذا لم يكن في ضمن صوم فأما إذا نذر أن يعتكف يوماً صائماً. قال في التهذيب: إن قلنا: لا يفرد الصوم عن الاعتكاف أي وهو الأصح. وقلنا، يصوم الولي فهاهنا يعتكف عنه صائماً وإن كانت النِّيَابَةُ لَا تَجْرِي فِي الْاِعْتِكَافِ فهاهنا يجوز تبعاً لركعتي الطواف في الحج. ينظر الروضة (٢٤٦/٢).

وليه . وفي رواية: يطعم عنه ولية قال صاحب «التهذيب»: ولا يبعد تخريج هذا في الصلاة؛ فيطعم عن كل صلاة مُدًّا، وإذا قلنا بالإطعام في الاعتكاف فالقدر المقابل بالمد اعتكاف يوم بليته، هكذا حكاه الإمام عن رواية شيخه قال: وهو مشكل، فإن اعتكاف لحظة عبادة تامة، وإن قيس على الصوم، فالليل ثم خارج عن الاعتبار<sup>(١)</sup>.

الحالة الثانية: أن يكون موته قبل التمكن من القضاء، بأن لا يزال مريضاً من استهلال شول إلى أن يموت، فلا شيء في تركته ولا على ورثته<sup>(٢)</sup>، كما لو تلف ماله بعد الحول وقبل التمكن من الأداء لأشياء عليه.

المسألة الثانية: الشيخ الهرم الذي لا يطبق الصوم أو يلحقه مشقه شديدة فلا صوم عليه، وفي الفدية قولان:

أحدهما: ويحكى عن رواية البويطي وحرمله: أنها لا تجب عليه.

وبه قال مالك، كالمرضى الذي يرجى زوال مرضه إذا اتصل مرضه بالموت، وأيضاً فإنه سقط فرض الصوم عنه فأشبهه الصبي والمجنون.

وأصحهما: وبه قال أبو حنيفة وأحمد: أنها تجب، ويروى ذلك عن ابن عمرو ابن عباس وأنس وأبي هريرة - رضي الله عنهم - وقرأ ابن عباس «وَعَلَى الَّذِينَ يُطِيقُونَهُ فِدْيَةً طَعَامَ مَسْكِينٍ»<sup>(٣)</sup>، ومعناه: يُكَلَّفُونَ الصَّوْمَ فلا يطيقونه، والقولان جاريان في المريض الذي لا يرجى برؤه.

(١) قال النووي: لم يصحح الإمام الرافعي واحداً من الجديد والقديم في صوم الولي، وكأنه تركه لاضطراب الأصحاب فيه، فإن المشهور في المذهب: تصحيح الجديد. وذهب جماعة من محققي أصحابنا، إلى تصحيح القديم، وهذا هو الصواب. بل ينبغي أن يجزم بالقديم، فإن الأحاديث الصحيحة ثبتت فيه، وليس للجديد حجة من السنة. والحديث الوارد بالإطعام، ضعيف، من حديث ابن عمر - رضي الله عنهما - ولفظه: «من مات وعليه صيام، فليطعم عنه مكان كل يوم مسكين». الترمذي عن مثبته عن عثير بن القاسم عن أشعث عن محمد بن نافع عن ابن عمر مرفوعاً وقال غريب لا نعرفه مرفوعاً إلا من هذا الوجه، والصحيح أنه موقوف على ابن عمر. قال أشعث وهو ابن سوار ومحمد هو ابن عبد الرحمن بن أبي ليلى، وقال الحافظ في التلخيص ورواه ابن ماجه من هذا الوجه ووقع عنده عن محمد بن سيرين بدل محمد بن عبد الرحمن وهو وهم عنه من شيخه، وقال الدارقطني المحفوظ وقفه علي بن عمر وتابعه البيهقي على ذلك. تلخيص الحبير (٢/٢٢١) حديث (٥٠) فيعين القول بالقديم. ثم من جَوَّز الصيام جَوَّز الإطعام. ينظر الروضة (٢/٢٤٧).

(٢) قال في الخادم: يفهم من تمثيله بالمرضى. فرض المسألة في المعذور. فأما المتعدي بإفطار رمضان إذا مات قبل التمكن من القضاء فإنه تلزمه الفدية وبه صرح الرافعي في باب النذر. ينظر الروضة (٢/٢٤٧).

(٣) أخرجه أبو داود (٢٣١٨) وانظر التلخيص (٢/٢١٢).

وحكم صَوْمِ الكَفَّارَةِ والنَّذْرِ حُكْمُ صَوْمِ رَمَضَانَ، ولو نذر<sup>(١)</sup> في حال العجز صَوْماً، ففي انعقاده وجهان، وإذا أوجبنا الفدية على الشَّيْخِ، فلو كان معسراً هل تلزمه إذا قَدِرَ؟ فيه قولان كما ذَكَرْنَا فِي الكَفَّارَةِ، ولو كان رقيقاً فعتق ترتب الخلاف على الخلاف في زوال الإغسار، وأولى بأن لا يجب، لأنه لم يكن من أهل الفدية عند الإفطار.

ولو قدر الشيخ بعدما أفطر على الصَّوْمِ هل يلزمه الصوم قضاء؟ نقل صاحب «التهذيب» أنه لا يلزمه، لأنه لم يكن مخاطباً بالصَّوْمِ، بل كان مخاطباً بالفدية، بخلاف المَعْضُوبِ إذا أَحَجَّ الغَيْرَ عَنْهُ، ثم قد يلزمه الْحَجُّ فِي قَوْلِ، لأنه كان مخاطباً، بِالْحَجِّ ثم قال من عند نفسه: إذا قدر قبل أن يفدى عليه أن يصوم، وإن قدر بعد الفدية، فيحتمل أن يكون كالحج، لأنه كان مخاطباً بالفدية على توهم أن عذره غير زائل، وقد بانَ خِلَافُهُ. وأعلم: أن في كون الشَّيْخِ مخاطباً بالفدية دون الصوم كلاماً، فإن صاحب «التتمة» في آخرين نقلوا خلافاً، في أن الشيخ هل يتوجه عليه الخطاب بالصَّوْمِ ثم ينتقل للعجز إلى الفدية أم يخاطب بالفداء ابتداء<sup>(٢)</sup>؟ وبنوا عليه الوجهين في انعقاد نذره.

وإذا كان كذلك فلصاحب «التهذيب» أن يمنع قول من قال إنه لم يكن مخاطباً بالصَّوْمِ. وأما لفظ الكتاب فقوله: (فوات نفس الصوم) إنما أطلق اللفظ هكذا ليشمل القِضَاءَ، والأداء، فإن الفدية قد تجب مع القِضَاءِ على ما سيأتي، ثم ليس القَوَاتُ موجِباً للفدية على الإِطْلَاقِ بدليل الصَّبِيِّ، والمجنون، ومن لم يتمكن من القِضَاءِ؛ بل في بعض المواضع، وهو ما إذا أخرج القِضَاءُ مع الإمكان، وفي حَقِّ الشَّيْخِ الهرم، فلذلك قال فوات نفس الصوم فيمن تعدى بتركه، ثم قوله فيمن تعدى بتركه ينبغي أن يحمل على تَرْكِ الصَّوْمِ نفسه، لا على ترك الأداء؛ والتعدي بترك نَفْسِ الصَّوْمِ بعد ترك الأداء، إنما يكون بالتعدي في ترك القِضَاءِ، وقد يسبق إلى الفهم من لفظ صَاحِبِ الكِتَابِ هاهنا، وفي «الوسيط» أن المراد التعدي بترك الأداء لكن القولين المذکورين في أنه يصام عنه أو يطعم غير مخصوص به، بل الأكثرون من أصحابنا العراقيين إنما نقلوا القولين في المعذور بترك الأداء إذا تَمَكَّنَ من القِضَاءِ، ولم يقض.

وقوله: (يصوم عنه وليه) في الحكاية عن القديم، ليس المراد منه أنه يلزمه ذلك، وإنما القول القديم أنه يجوز له ذلك إن أراد، هكذا، أورده في «التهذيب»، وحكاه

(١) قال في الخادم: ما أطلقه في النذر وقد خالفه في باب النذر فقال: لو مات قبل إمكان صوم النذر يطعم عنه بخلاف رمضان. ينظر الروضة (٢/٢٤٧).

(٢) وقضيته أنه لا يخاطب بالصوم على الأرجح، وصححه في شرح المهذب. (قاله البكري في حاشيته على الروضة). ينظر الروضة (٢/٢٤٨).

الإمام عن الشيخ أبي محمد، وهو كالمتردد فيه .

ثم قوله: (يصوم) مُعَلِّمٌ بالحاء والميم لِمَا سبق، وبالألف أيضاً، لأن عند أحمد لا يَصُومُ عنه في قضاء رمضان، وفيه كلام الكتاب، ولكن لو كان عليه صَوْمٌ نذر، صَامَ عنه وَلَيْتَهُ، وعندنا لا فرق على القولين .

وقوله: (ولا يجب على من فاته بالمرض) المراد منه الحالة الثانية، وهي أن يستمر المرض، ويمنعه من الْقَضَاءِ، ولو أفطر بعذر السَّفَرِ ودام السَّفَرُ إلى الموت فلا شيء عليه أيضاً .

قال الغزالي: الثاني: مَا يَجِبُ بِفَضِيلَةِ الْوَقْتِ، وَهِيَ فِي حَقِّ الْحَامِلِ وَالْمُرْضِعِ فَإِذَا أَفْطَرْنَا خَوْفًا عَلَى وَلَدَيْهِمَا قَضَيْنَا وَأَفْتَدْنَا عَنْ كُلِّ يَوْمٍ مَدًّا، وَفِيهِ قَوْلٌ آخَرٌ: أَنَّهُ لَا يَجِبُ كَالْمَرِيضِ، وَهَلْ يُلْحَقُ بِهِمَا الْإِفْطَارُ بِالْعُدْوَانِ؟ وَمَنْ أَنْقَذَ غَيْرَهُ مِنَ الْهَلَاكِ وَأَفْتَقَرَ إِلَى الْإِفْطَارِ فِيهِ وَجْهَانِ .

قال الرافعي: الحامل والمرضع إن خافتا على أنفسهما أفطرتا<sup>(١)</sup> وقضتا ولا فدية عليهما كالمريض، وإن لم يخفَا من الصوم إلا على الولد فَلَهُمَا الْإِفْطَارُ وعليهما الْقَضَاءُ . وفي الفدية ثلاثة أقوال:

أصحها: وبه قال أحمد: أنها تجب؛ لما روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - في قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الَّذِينَ يُطِيقُونَهُ فِدْيَةٌ﴾<sup>(٢)</sup> أنه منسوخ الحكم إلا في حق الحامل والمرضع، وعن النبي ﷺ أنه قال في الحامل والمرضع: «إِذَا خَافَتَا عَلَى وَلَدَيْهِمَا أَفْطَرْتَا وَأَفْتَدْتَا»<sup>(٣)</sup> . والثاني: أنه تستحب لهما الفدية، ولا تجب، وبه قال أبو حنيفة، والمزني، واختاره القاضي الرَّوْيَانِيُّ في «الحلية»، ووجهه تشبيه الحامل بالمريض لأن الضرر الذي يصيب الولد يتأدى إليها، وتشبيه المرضع بالمسافر لأنهما يفطران، لثلا يمنعهما الصوم عما هما بصده وهو الإرضاع في حَقِّ هذه، والسَّفَرُ في حق ذلك، وقد يشبهان معاً بالمريض والمسافر من حيث إن الإفطار مَانِعٌ لما والقضاء يكفي تداركاً .

والثالث: وبه قال مالك: أنها تجب على المرضع دون الحامل، لأن المرضع لا تخاف على نفسها والحامل تخاف بتوسط الخوف على الولد، فكانت كالمريض،

(١) لم يبين ضابط الخوف وعند البندنجي أن تتضرر إضراراً بيناً مثل الضرر الذي ينشأ للمريض من الصوم . ينظر الروضة (٢/٢٤٩) .

(٢) تقدم .

(٣) جزء من حديث تقدم بلفظ «إن الله وضع عن المسافرين» .

ويحكى القول الأول عن «الأم»، والقديم، والثاني عن رواية حرملة، والثالث عن البويطي، وإذا قرعنا على الأصح فلا تتعدد الفدية بتعدد الأولاد في أصح الوجهين، وهو الذي أورده في «التهذيب».

وهل يفترق الحال بين أن ترضع ولدها، أو غيره بإجارة أو غيرها<sup>(١)</sup>؟ نفى صاحب «التتمة» الفرق، وقال: تظفر المستأجرة وتفدى؛ كما أن السفر لما أفاد جواز الإفطار لا يفترق الحال فيه بين أن يكون لغرض نفسه أو غرض غيره<sup>(٢)</sup>.

وأجاب صاحب الكتاب في «الفتاوى» بأن المستأجرة لا تظفر بخلاف الأم، لأنها متعينة طبعاً، وإذا لم تظفر فلا خيار لأهل الصبي، ولو كانت الحامل أو المرضع مسافرة أو مريضة فأفطرت على قصد الترخيص بالمرض والسفر فلا فدية عليها، وإن لم تقصد الترخيص ففي لزوم الفدية وجهان كالوجهين السابقين في المسافر إذا أظفر بالجماع.

ثم في الفصل مسألتان: إحداهما: إذا أظفر بغير الجماع عمداً في نهار رمضان هل تلتزمه الفدية مع القضاء فيه وجهان:

أحدهما: نعم، لأنها واجبة على الحامل، والمرضع مع قيام العذر، والترخيص في الإفطار، فلأن تجب عليه، مع أنه غير معذور كان أولى.

وأظهرهما: لا، لأنه لم يرد فيه توقيف، وحيث وجبت الفدية إنما وجبت جابرة، وهي لا تجبر ما تعدى، ولا يليق بعظم جريمته، ويخالف الحامل والمرضع، لأن هناك ارتفق بالإفطار شخصان فجاز أن يتعلق بهما بدلان وهما القضاء والفدية كالجماع، لما ارتفق به الرجل والمرأة تعين القضاء والكفارة العظمى، وهاهنا بخلافه، وقرب الإمام الوجهين في المسألة بالوجهين في أن من تعمد بترك الأبعاض هل يسجد للسُّهُو؟

الثانية: لو رأى مشرفاً على الهلاك بغرق وغيره وهو بسبيل من تخليصه ولكن

(١) قال في شرح المهذب: لعل الأرجح وجوبها على المرضع. قال في الخادم: وهو كما قال بل يجب القطع به إلى آخر ما ذكره. واعلم أن هذا في الحرة. أما الأمة المرضعة إذا أفطرت فإن الفدية تلتزمها ويكون ذلك في ذمتها إلى أن يعتق. (قاله القفال في فتاويه). قال: ولا يجوز لها أن تصوم عن هذه الفدية لأن هذه الفدية تجب مع قضاء الصوم. فهذا محض عدم فلا يكون الصوم بدلاً عنه. ينظر الروضة (٢/٢٤٩).

(٢) قال النووي: الصحيح قول صاحب «التتمة» وقطع به القاضي حسين في «فتاويه» فقال: يحل لها الإفطار، بل يجب إن أضر الصوم بالرضيع. وفدية الفطر، على من تجب؟ قال: يحتمل وجهين، بناءً على ما لو استأجر المتمتع، فعلى من يجب دمه؟ فيه وجهان. قال: ولو كان هناك مرضع، فأرادت أن ترضع صبياً، تقريباً إلى الله تعالى، جاز الفطر لها. ينظر الروضة (٢/٢٤٩).



افتقر في تخليصه إلى الإفطار فله ذلك<sup>(١)</sup> ويقضي، وهل تلزمه الفدية فيه وجهان:  
أظهرهما: وبه قال القفال: نعم لأنه فُطِرَ ارتفق به شَخْصَان، كما في حق  
المرضع. والحامل.

والثاني: لا، لأن إيجاب الفدية مع القضاء بعيد عن القياس، والتعويل في حق  
المرضع والحامل على التوقيف، والوجهان فيما ذكر الشيخ أبو محمد مبنيان على  
الخلافاً في وجوب الفدية على الحامل والمرضع إن أوجبناها فكذاك، هاهنا، وإلا  
فلا، وأشار مشيرون إلى تخريج الخلاف هاهنا مع التفريع على وجوب الفدية ثم وفرقوا  
بأن الإفطار ثم لإحياء نفس عاجزة عن الصوم خِلقة، فأشبه إفطار الشيخ الهرم، وهاهنا  
الغريق غير عاجز عن الصوم، - والله أعلم -.

وقوله في الكتاب: (ما تجب بفصيلة الوقت) معناه: أن الفدية قد تجب جبراً،  
لفوات فصيلة الوقت من تدارك أصل الصوم بالقضاء، وليس ذلك موجباً على الإطلاق  
بدليل المسافر والمريض، وإنما تجب في المواضع التي عدها، فلذلك قال: وهو في  
حق الحامل... إلى آخره وقوله: و(افتدنا) معلم بالحاء والزاي، ويجوز أن يعلم  
بالميم أيضاً، وكذا قوله: (لا يجب عليهما)، لأن مالكا يُفصل، فلا يقول بوجوبها  
عليهما ولا بنفيها عنهما.

قال الغزالي: الثالث: مَا يَجِبُ لِتَأْخِيرِ الْقَضَاءِ فَلِكُلِّ يَوْمٍ آخَرَ قِصَاؤُهُ عَنِ السَّنَةِ  
الأولى مع الإمكان مُدًّا، وَإِنْ تَكَرَّرَتِ السَّنُونَ فَفِي تَكَرُّرِهَا وَجْهَانِ.

قال الرافعي: من عليه قضاء رمضان وأخره حتى دخل رمضان السنة القابلة، نظر  
أن كان مسافراً أو مريضاً فلا شيء عليه بالتأخير، فإن تأخير الأداء بهذا العذر جائز  
فتأخير القضاء أولى بالجواز، وإن لم يكن وهو المراد من قوله: (مع الإمكان) فعليه مع  
القضاء لكل يوم مُدًّا. وبه قال مالك وأحمد خلافاً لأبي حنيفة، والمزني. لنا الأثر  
عن ابن عمر، وابن عباس - رضي الله عنهم - وعن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن النبي  
ﷺ قال: «مَنْ أَدْرَكَ رَمَضَانَ فَأَفْطَرَ لِمَرَضٍ، ثُمَّ صَحَّ، وَلَمْ يَقْضِهِ حَتَّى أَدْرَكَ رَمَضَانَ  
آخَرَ، صَامَ الَّذِي أَدْرَكَ، ثُمَّ يَقْضِي مَا عَلَيْهِ، ثُمَّ يُطْعِمُ عَنْ كُلِّ يَوْمٍ مِسْكِينًا»<sup>(٢)</sup>. ولو أخر  
حتى مضى رمضان فصاعداً، ففي تكرار الفدية وجهان:

(١) قال النووي: «قوله»: فله ذلك، فيه تساهل. ومراده: أنه يجب عليه ذلك، وقد صرح به أصحابنا.

مراده إنه يجب عليه ذلك وقد صرح به أصحابنا - والله أعلم - . ينظر روضة الطالبين (٢/٢٥٠).

(٢) أخرجه الدارقطني (٢/١٩٧) وضعفه، وقال البيهقي في خلافياته: لا يصح مرفوعاً، وقال في  
سننه ليس بشيء في إسناده متى وكان، قال: وروي موقوفاً على أبي هريرة بإسناد صحيح، وقال  
عبد الحق لا يصح في الإطعام شيء، انظر التلخيص (٢/٢١٠).

أحدهما: أنها لا تتكرر، بل تتداخل كالحُدود؛ لأن الفدية إنما وجبت في السنة الأولى، لأنه أخرج القضاء عن وقته وهو ما بين الرمضانين وهذا لا يتكرر.

والثاني: أنها تتكرر.

قال في «النهاية» وهو الأصح، لأنه يجب عليه فدية لتأخير سنة، فيجب فديتان لتأخير سنتين، والحقوق المالية لا تتداخل، ولو كان قد أفطر عدواناً، وعلقنا به الفدية فأخر القضاء فعليه لكل يوم فديتان واحدة للإفطار وأخرى للتأخير ولا تداخل لاختلاف الموجب، ورأيت فيما علق عن إبراهيم (المروزي) ترتيبه على ما لو أخر القضاء حتى مضى رمضان إن عددنا الفدية ثم فها هنا أولى، وإلا فوجهان لاختلاف جنس الموجب، وإذا أخر القضاء مع الإمكان ومات قبل أن يقضي وقلنا؟ الميت يُطعمُ عنه، فوجهان: أحدهما: أنه يخرج من تركته لكل يوم «مُدان» أحدهما لتأخير القضاء، والآخر لفوات أصل الصوم.

والثاني: ويحكى عن ابن سُرَيْج أنه يكفي مُدٌّ.

وأما إذا قلنا: إن المَيِّت صَام عنه فصوم الولي يَحْضَلُ به تدارك أصل الصَّوْم، ويفدى عنه للتأخير، وإذا فَرُغْنَا على الأصح وهو إخراج «مُدَّين» فلو كان عليه قضاء عشرة أيام فمات قبل أن يَقْضِي ولم يبق من شَعْبَانَ إِلَّا خمسة أيام أخرج من تركته خمسة عشر مُدًّا، عشرة لأصل الصَّوْم، وخمسة للتأخير؛ لأنه لو عاش لم يمكنه إِلَّا قَضَاء خمسة؛ ولو أفطر بغير عذر أوجبنا به الفدية وأخر حتى دخل رمضان السنة الثانية ومات قبل أن يقضي فالظاهر وجوب ثلاثة أمداد لكل يوم، فإن تكررت السنين زادت الأمداد، وإذا لم يبق بينه وبين رمضان السنة الثانية ما يتأتى فيه قضاء الفَائِثِ فهل يلزمه في الحال الفِديَّة عما لا يسع الوقت أم لا يلزم إلا بعد مَجِيء رمضان؟ فيه وجهان مشبهان لما إذا حلف لَيَسْرَبَنَّ ماء هذا الكوز غداً فانصب قبل الغد يحنث في الحال أو بعد مجيء الغد؟ ولو أراد تعجيل فدية التأخير قبل مجيء رمضان السنة القابلة ليؤخر القضاء مع الإمكان، ففي جوازه وجهان كالوجهين في جواز تعجيل الكفارة عن الحنث المحظور<sup>(١)</sup>، فهذا

(١) قال النووي: إذا أخر الشيخ الهرم المد عن السنة الأولى، فالمنهه أنه لا شيء عليه. وقال الغزالي في «الوسيط»: في تكرر مد آخر للتأخير وجهان. وهذا شاذ ضعيف. وإذا أراد الشيخ الهرم إخراج الفدية قبل دخول رمضان، لم يجز، وإن أخرجها بعد طلوع الفجر من يوم من رمضان، أجزاءه عن ذلك اليوم. وإن أداها قبل الفجر، ففيه احتمالان حكاهما في «البحر» عن والده، وقطع الدارمي بالجواز، وهو الصواب. قال الإمام الزبائدي: ويجوز للحامل تقديم الفدية على الفطر، ولا يقدم إلا فدية يوم واحد. وقد تقدم بعض هذه المسائل في باب تعجيل الزكاة. وقال في الخادم: الذي في البحر حكاية الجواز عن والده وعدم الجواز احتمال له.

شرح الطُّرُق الثلاثة الموجبة للفدية على ما فيها من الخِلاف، وإذا أردت حَصْرَهَا فقل: لا شك أن الفدية إنما تجب عند فوات الأداء وإذا فات الأداء فإما أن نوجب القضاء أيضاً، وهو في حق من مات قبل القضاء، وفي الشيخ الهرم أولاً يفوت، فإما أن يقع مؤخراً عن رمضان السنة القابلة وهو الطريق الثالث، أو لا يقع، فتجب لفضيلة الوقت في المواضع المذكورة في الطريق الثاني.

قال الغزالي: **فَأَمَّا صَوْمُ التَّطَوُّعِ فَلَا يَلْزَمُ (م ح) بِالشُّرُوعِ، وَكَذَا القَضَاءُ (م ح) إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَى الفَوْرِ.**

### «القول في صوم التطوع»:

قال الرافعي: من شرع في صوم تطوع أو في صلاة تطوع لم يلزمه الإتمام<sup>(١)</sup> ولا قضاء عليه لو خرج من صومه، وصلاته، وبه قال أحمد. وعند أبي حنيفة - رحمه الله - لا يجوز الإفطار بغير عذر، ويجب القضاء، سواء أظطر بعذر أو بغير عذر.

وقال مالك: إن خرج بغير عذر لزمه القضاء، وإلا فلا.

لنا: ما روي عن عائشة - رضي الله عنها - «دَخَلَ عَلَيَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَقُلْتُ: إِنَّا حَبْنَا لَكَ حَيْسًا، قَالَ: «أَمَا أَنَا كُنْتُ أُرِيدُ الصُّومَ، وَلَكِنْ قَرَّبِيهِ»<sup>(٢)</sup>. وعن أم هانئ - رضي الله عنها - قالت: دَخَلَ عَلَيَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَأَنَا صَائِمَةٌ؛ فَتَأَوَّلَنِي فَضَلَّ شَرَابِيهِ، فَشَرِبْتُ فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي كُنْتُ صَائِمَةً، وَإِنِّي كَرِهْتُ أَنْ أَرُدَّ سُورَكَ، فَقَالَ: «إِنْ كَانَ مِنْ قَضَاءٍ رَمَضَانَ فَصُومِي يَوْمًا مَكَانَهُ، وَإِنْ كَانَ تَطَوُّعًا، فَإِنْ شِئْتَ فَأَقْضِيهِ، وَإِنْ شِئْتَ فَلَا تَقْضِيهِ»<sup>(٣)</sup>. وعندنا يستحب الإتمام، وإن لم يجب، ولو أظطر فيستحب القضاء؛ ولا يكره الخروج منه بعذر، وإن كان بغير عذر فوجهان:

أظهرهما: أنه يكره.

ومن الأغذار أن يعزَّ على من أضافه امتناعه من الأكل، ولو شرع في صوم القضاء، هل له الخروج منه؟ نظر إن كان على الفور فلا، وإن كان على التراخي ففيه

(١) وكذا في سائر المندوبات إلا ما استثنى كالحج، فإنه يلزم بالشروع. انظر: شرح صحيح مسلم (٣٥/٨) - معالم السنن (١٣٤/٢) - المحصول للرازي (٣٥٥/١) ق ٢ - جمع الجوامع (٩٠/١) - المثور للزركشي (٢٤٢/٢).

(٢) أخرجه مسلم وقد تقدم، وانظر التلخيص (١٨٩/٢).

(٣) أخرجه أحمد (٣٤٣/٦ - ٣٤٤، ٣٤٤) وأبو داود (٢٢٥٦) والترمذي (٧٣١، ٧٣٢) وقال في إسناده قال، والنسائي في الكبرى، والدارقطني (١٧٤/٢ - ١٧٥).

وجهان: أحدهما: ويحكى عن القائل: أنه يجوز، لأنه متبرع بالشروع فيه، فأشبهه المسافر يشرع في الصوم، ثم يريد الخروج منه.

والثاني: لا يجوز، لأنه صار متلبساً بالفرض، ولا عذر به، فيلزمه إتمامه كما لو شرع في الصلاة في أول الوقت، والأول هو الذي أورده المصنف، وصاحب «التهذيب»، وطائفة، وقضية كلام الأكثرين ترجيح الثاني، وبه أجاب الروياني في «الحلية»، وحكاها صاحب «المعتمد» عن نصه في «الأم» وصوم الكفارة اللازمة بسبب حرام كالقضاء الذي هو على الفور، وما لزم بسبب غير مُحَرَّم كالقتل الخطأ فهو كالقضاء الذي هو على التراخي، وكذا النذر المطلق، وهذا كله مبني على انقسام القضاء إلى ما هو على الفور، وإلى ما هو على التراخي، وهو الأشهر، فالأول ما تعدى فيه بالإفطار لا يجوز تأخير قضائه؛ لأن جواز التأخير ترفيه لا يليق بحاله.

قال في «التهذيب» وليس له الحالة هذه التأخير بعذر السفر.

والثاني: ما لم يتعد به، كما في حق الحائض، والإفطار بعذر السفر، والمرض، فقضاؤه على التراخي ما لم يدخل رمضان السنة القابلة، وفي كلام بعض أصحابنا العراقيين ما يرفع هذا الفرق المحاملي يقول في «التجريد»، ومن أفطر في رمضان بعذر أو بغير عذر فطراً لا تجب به كفارة فالقضاء يلزمه، ووقته موسع إلى شهر رمضان الثاني، ويمكن تأييد ما ذكره بأنه قال في «المختصر»: «ومن صام متفرقاً أجزاءً، ومتتابعاً أحب إلي» والاستدلال أنه أطلق القول باستحباب التتابع في القضاء، ولو كان أحد نوعيه على الفور لكان التتابع فيه واجباً لا محجوباً. وقوله في الكتاب: (وكذا القضاء إذا لم يكن على الفور). قد عرفت مما سبق أنه يجب إعلامه بالواو، ثم فيه شيء من جهة اللفظ وهو أن هذا الكلام معطوف على قوله: (أما صوم التطوع فلا يلزم بالشروع)، فيكون أن القضاء إذا لم يكن على الفور لا يلزم بالشروع أيضاً، وإنما كان يحسن هذا أن لو كان ما هو على الفور يلزم بالشروع، وليس كذلك، بل هو لازم من ابتدائه إلى أنتهائه.

قال الغزالي: وَصَوْمُ التَّطَوُّعِ فِي السَّنَةِ صَوْمُ عَرَفَةَ وَعَاشُورَاءَ وَتَاسُوعَاءَ وَسِنَّةِ أَيَّامِ بَعْدَ عِيدِ رَمَضَانَ، وَفِي الشَّهْرِ أَيَّامُ الْبَيْضِ وَفِي الْأَسْبُوعِ الْأَتَيْنِ وَالْحَمِيسَ، وَعَلَى الْجُمْلَةِ صَوْمُ الدَّهْرِ مَسْنُونٌ بِشَرْطِ الْإِفْطَارِ يَوْمَ الْعِيدَيْنِ وَأَيَّامِ التَّشْرِيقِ.

قال الرافعي: الأيام التي يستحب التطوع بصومها تنقسم إلى: ما يتكرر بتكرار السنين، وإلى ما يتكرر بتكرار الشهور، وإلى ما يتكرر بتكرار الأسابيع.

أما القسم الأول: فمنه يَوْمُ عَرَفَةَ، روي أن النبي ﷺ قال: «صِيَامُ يَوْمِ عَرَفَةَ كَفَّارَةٌ

سَنَتَيْنِ»<sup>(١)</sup>. وهذا الاستحباب في حق غير الحجيج. فأما الحجيج فينبغي لهم ألاَّ يَصُومُوا، كي لا يَضْعُفُوا عن الدُّعَاءِ وأعمالِ الحج، ولم يصمه النبي ﷺ «عرفة»، وأطلق كَثِيرًا من الأئمة كونه مكروهاً؛ لما روي: أنه ﷺ «نَهَى عَن صَوْمِ يَوْمِ عَرَفَةَ بِعَرَفَةَ»<sup>(٢)</sup>. فَإِن كَانَ الشَّخْصُ بحيث لا يضعف بسبب الصَّوْمِ فقد قال أبو سَعْدِ المتولي الأول: أن يصوم حيازة للْفَضِيلَتَيْنِ، ونسب غيره هذا إلى مذهب أبي حنيفة - رحمه الله - وقال: الأولى عندنا ألاَّ يَصُومَ بِحَالٍ<sup>(٣)</sup>.

ومنه يوم عاشوراء روي أنه ﷺ قال: «صِيَامُ يَوْمِ عَاشُورَاءَ يُكْفِّرُ سَنَةً»<sup>(٤)</sup>. ويوم عاشوراء هو العاشر من المحرم، وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَصُومَ مَعَهُ تَاسِعَاءَ، وهو التاسع منه، لما روي أنه ﷺ قال: «لَأنَّ عِشْتُ إِلَى قَابِلٍ، لِأَصُومَنَّ الْيَوْمَ التَّاسِعَ»<sup>(٥)</sup>.

وفيه معنيان منقولان عن ابن عباس - رضي الله عنهما -.

أحدهما: الأَحْتِيَاظُ فَإِنَّهُ رُبَّمَا يَقَعُ فِي الْهَلَالِ غَلَطٌ<sup>(٦)</sup>، فيظن العاشر التاسع.

والثاني: مخالفة اليهود، فإنهم لا يصومون إلا يوماً واحداً، فعلى هذا لو لم يصم التاسع معه استحب أن يصوم الحادي عشر. ومنه ستة أيام من شَوَّالٍ، يستحب صَوْمُهَا.

وبه قال أبو حنيفة، وأحمد - رحمهما الله -؛ لما روي أنه ﷺ قال: «مَنْ صَامَ رَمَضَانَ، وَأَتْبَعَهُ بِسِتٍّ مِنْ شَوَّالٍ، فَكَأَنَّمَا صَامَ الدَّهْرَ كُلَّهُ»<sup>(٧)</sup>.

وعن مالك: أن صَوْمَهَا مكروهة، والأفضل أن يصومها متتابعةً وعلى الاتصال، ليوم العيد مبادرة إلى العبادة، وإياه عنى بقوله: (بعد عيد رمضان).

وعن أبي حنيفة - رحمه الله - أن الأفضل أن يفرقها في الشَّهْرِ.

وأما القسم الثاني فمنه أيام البيض، وهي الثالث عشر، والرابع عشر والخامس

(١) أخرجه مسلم (١١٦٢) من رواية أبي قتادة.

(٢) أخرجه البخاري (١٦٥٨)، ١٦٦١، ١٩٨٨، ٥٦٠٤، ٥٦١٨، ٥٧٣٦) ومسلم (١١٢٣) من رواية أم الفضل لبابة بنت الحارث.

(٣) قال النووي: قال البغوي وغيره: يوم عرفة، أفضل أيام السنة وسيأتي إن شاء الله تعالى في كتاب «الطلاق» التصريح بذلك مع غيره، في تعليق الطلاق على أفضل الأيام. ينظر الروضة (٢/٢٥٢).

(٤) أخرجه مسلم (١١٦٢) من رواية أبي قتادة.

(٥) أخرجه مسلم (١١٣٣)، ١١٣٤).

(٦) أخرجه الشافعي والبيهقي مرفوعاً انظر التلخيص (٢/٢١٣ - ٢١٤).

(٧) أخرجه مسلم (١١٦٤) وأبو داود (٢٤٣٣) والترمذي (٧٥٩) والنسائي في الكبرى، وابن ماجه

(١٧١٦).

عشر<sup>(١)</sup> لما روي أنه ﷺ: «أَوْصَى أَبَا ذَرٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بِصِيَامِهَا»<sup>(٢)</sup> وإنما يقال أيام البيض على الإضافة، لأن المعنى أيام الليالي البيض.

وأما القِسْمُ الثالثُ فمنه يوم الاثنين والخميس، روى أنه ﷺ: «كَانَ يَتَحَرَّى صَوْمَهُمَا»<sup>(٣)</sup>. وروى أنه قال: «تُعْرَضُ الْأَعْمَالُ يَوْمَ الْاِثْنَيْنِ وَالْخَمِيسِ، وَأُحِبُّ أَنْ يُعْرَضَ عَمَلِي وَأَنَا صَائِمٌ»<sup>(٤)</sup>.

ويكره<sup>(٥)</sup> إفراد يوم الجمعة بالصَّوْمِ، لما روي أنه ﷺ قال: «لَا يَصُومَنَّ أَحَدُكُمْ يَوْمَ الْجُمُعَةِ إِلَّا أَنْ يَصُومَ قَبْلَهُ أَوْ بَعْدَهُ»<sup>(٦)</sup>. وكذا إفراد يوم السبت، فإنه يوم اليهود، وقد روي أنه ﷺ قال: «لَا تَصُومُوا يَوْمَ السَّبْتِ إِلَّا فِيمَا افْتَرَضَ عَلَيْكُمْ»<sup>(٧)</sup>.

وأما قوله: (على الجملة صوم الدهر مسنون). فاعلم أن المسنون يطلق لمعنيين.

أحدهما: ما واطب عليه النبي ﷺ ولا شك أن صَوْمَ الدَّهْرِ ليس مسنوناً بهذا المعنى.

(١) قال النووي هذا هو المعروف فيها. ولنا وجه غريب حكاه الصيمري، والماوردي، والبغوي، وصاحب «البيان»: أن الثاني عشر، بدل الخامس عشر، فالاحتياط صومهما. - والله أعلم. - ينظر الروضة (٢٥٣/٢).

(٢) أخرجه النسائي (٢٢٢/٤ - ٢٢٣) وابن ماجه (٧٦١) وابن حبان ذكره الهيثمي في الموارد (٩٤٣)، (٩٤٤).

(٣) أخرجه الترمذي (٧٤٥) والنسائي (٢٢٢/٤ - ٢٢٣) وابن ماجه (١٧٣٩) وانظر التلخيص الحبير (٢١٤/٢ - ٢١٥).

(٤) أخرجه الترمذي (٧٤٧) وابن ماجه (١٧٤٠) من حديث أبي هريرة وأخرجه أبو داود (٢٤٣٦) والنسائي (٢٠١/٤ - ٢٠٢).

(٥) قال في شرح المذهب: موضع الكراهة ما إذا أفرده بلا سبب فلو وافق عادة له بأن نذر الصوم يوم شفاء مريضه أو قدوم زيد فوافق يوم الجمعة لم يكرهه وكذا لو نذر صوم يوم من الأسبوع وجهل عينه فسيأتي في كتاب النذر إن شاء الله لأنه يصوم يوم الجمعة. قال في الخادم: وفي آخر كتاب الصيام من الأم، قال الشافعي: ومن نذر أن يصوم يوم الجمعة فوافق يوم فطر أظفر وقضاه. قال: وهذا صريح في أنه لا يكره إفراده بالصوم إذ لو كرهه لما حكم بانعقاد نذره وذكر النووي في تعليقه على التنبيه أنه لو أراد اعتكاف يوم الجمعة وحده ولم يصم قبله ولا عزم على الصوم بعده فيحتمل أن يقال يكره له صومه للإفراد ويحتمل أن يقال يستحب لأجل الاعتكاف وليصح اعتكافه بالإجماع فإن أبا حنيفة يشترط فيه الصوم.

(٦) أخرجه البخاري (١٩٨٥) ومسلم (١١٤٤).

(٧) أخرجه أحمد (٣٦٨/٦) وأبو داود (٢٤٢١) والترمذي (٧٤٤) والنسائي في الكبرى وابن ماجه (١٧٢٦) والحاكم (٤٣٥/١) والبيهقي (٣٠٢/٤) من حديث الصماء، وابن حبان ذكره الهيثمي في الموارد (٩٤٠) من حديث عبد الله بن بشر.

والثاني: الندوب، وفي كون صَوْمِ الدَّهْرِ بهذه الصفة كَلَامٌ أيضاً، فإن صاحب «التهديب» - رحمه الله - في آخرين أطلقوا القول بِكَوْنِهِ مَكْرُوهًا، وأحتجوا بما روي أنه ﷺ قال لعبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - «وَلَا صَامَ مَنْ صَامَ الدَّهْرَ، صَوْمٌ ثَلَاثَةٌ أَيَّامٍ مِنْ كُلِّ شَهْرٍ صَوْمُ الدَّهْرِ»<sup>(١)</sup>. وبما روي أنه «نَهَى عَنِ صِيَامِ الدَّهْرِ»<sup>(٢)</sup>.

وفصّل الأكثرون فقالوا: إن كان يخاف منه ضرراً أو يُفَوِّتُ به حقاً فيكرهه وإلا فلا، وحملوا التَّهْيِي عَلَى الحَالَةِ الأُولَى، أو على ما إذا لم يفطر العيدين وأيام التشريق.

وقوله: شرط الإفطار يوم العيدين وأيام التشريق ليس المراد منه حقيقة الاشتراط، لأن إفطار هذه الأيام يخرج الموجود عن أن يكون صَوْمِ الدَّهْرِ، وإذا كان كذلك لم يكن شرطاً لاستثنائه، فإن استئنان صوم الدهر يستدعي تحققه، وإنما المراد منه أن صوم سوى هذه الأيام مسنون، - والله أعلم - . ولو نذر صوم الدهر لزم، وكانت الأعياد وأيام التشريق مستثناة عنه، وكذلك شَهْرُ رَمَضَانَ، وقضاؤه إذا فرض فواته بعذر أو بغير عذر، وهل تجب الفدية لما أخل به من النذر بسبب القضاء؟ حكى أبو القاسم الكرخي فيه جهين، والذي أجاب به صاحب «التهديب» أنه لا فدية، ولو نذر صوماً آخر بعد هذا التَّذْرٍ لم ينعقد، ولو لزمه صَوْمٌ كفارة صام عنها، وفدى عن التَّذْرِ، ولو أفطر يوماً من الدَّهْرِ فَلَا سَبِيلَ إِلَى الْقَضَاءِ، ولا فدية إن كان بعذر وإلا فتجب الفدية.

ولو نذرت المرأة صوم الدهر، فللزواج مَنَعُهَا، ولا قضاء ولا فدية، وإن أذن أو مات فلم تصم؛ لزمها الفدية<sup>(٣)</sup>، - والله أعلم - .

(١) أخرجه البخاري (١١٣١)، ١١٥٢، ١١٥٣، ١٩٧٤، ١٩٧٥، ١٩٧٦، ١٩٧٧، ١٩٧٨، ١٩٧٩، ١٩٨٠، ٣٤١٨، ٣٤١٩، ٣٤٢٠، ٥٠٥٢، ٥٠٥٣، ٥٠٥٤، ٥١٩٩، ٦١٣٤، ٦٢٧٧ ومسلم (١١٥٩) بألفاظ مختلفة.

(٢) أخرجه مسلم (١١٦٢) من حديث أبي قتادة.

(٣) قال النووي: ومن المسنون، صوم عشر ذي الحجة، غير العيد، والصوم من آخر كل شهر. وأفضل الأشهر للصوم بعد رمضان، الأشهر الحرم، ذو القعدة، وذو الحجة، والمحرم، ورجب. وأفضلها: المحرم، ويلى المحرم في الفضيلة، شعبان. وقال صاحب «البحر»: رجب أفضل من المحرم، وليس كما قال. قال أصحابنا: لا يجوز للمرأة صوم تطوع وزوجها حاضر، إلا بإذنه. ومن صرح به: صاحبنا «المهذب» و«التهديب». ويستثنى من إطلاق الشيخ يوم عرفة وعاشوراء وغيرهما من الراتب، فليس له منهما فيها على الأصح. ينظر الروضة (٢/٢٥٤).

## كِتَابُ الْأَعْتِكَافِ

قال الغزالي: الْأَعْتِكَافُ سُنَّةٌ مُؤَكَّدَةٌ لَا سِيَّامًا فِي الْعَشْرِ الْأَخِيرِ مِنْ رَمَضَانَ لِطَلَبِ لَيْلَةِ الْقَدْرِ، وَهِيَ فِي أَوْتَارِ الْعَشْرِ الْأَخِيرِ، وَمَيْلُ الشَّافِعِيِّ إِلَى الْحَادِي وَالْعَشْرِينَ، وَقِيلَ: إِنَّهَا فِي جَمِيعِ الشَّهْرِ، وَقِيلَ: فِي جَمِيعِ السَّنَةِ، وَلِذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَوْ قَالَ لِرِزْوَجْتِهِ فِي مُنْتَصَفِ رَمَضَانَ: أَنْتِ طَالِقِي لَيْلَةَ الْقَدْرِ لَمْ تُطَلَّقِي إِلَّا إِذَا مَضَتْ سَنَةٌ لِأَنَّ الطَّلَاقَ لَا يَقَعُ بِالشُّكِّ، وَيُخْتَمَلُ أَنْ تَكُونَ فِي النِّصْفِ الْأَوَّلِ.

قال الرافعي: الأصل في الاعتكاف الإجماع، والكتاب، والأخبار. أما الإجماع فظاهر.

وأما الكتاب، فقوله تعالى: ﴿وَطَهَّرَ بَيْتِي لِلطَّائِفِينَ وَالْمَاكِفِينَ﴾<sup>(١)</sup>.

وقال الله تعالى: ﴿وَلَا تَبَاشِرُوهُمْ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ﴾<sup>(٢)</sup>.

وأما الأخبار فسيأتي طرف منها، وأستفتح الكتاب بذكر شيئين: أحدهما: بيان استحباب الاعتكاف، وموضع تأكده.

والثاني: الكلام في لَيْلَةِ الْقَدْرِ.

أما الأول فالاعتكاف من الشرائع القديمة، وهو مستحب في جميع الأوقات، روي أنه ﷺ قال: «مَنْ اعْتَكَفَ فَوَاقَ نَاقَةٍ، فَكَأَنَّمَا أَعْتَقَ نَسَمَةً»<sup>(٣)</sup> وهو في العشر الأواخر من رمضان أكد استحباباً؛ اقتداء برسول الله ﷺ وطلباً لليلة القدر. «كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَغْتَكِفُ الْعَشْرَ الْأَوَّخِرَ مِنْ رَمَضَانَ حَتَّى قَبِضَهُ اللَّهُ تَعَالَى»<sup>(٤)</sup>.

واعلم أن استحباب الاعتكاف العشر الأخير مكرر، قد ذكره مرة في «سُنَنِ الصَّوْمِ». ومن رغب في المحافظة على هذه السنة فينبغي أن يدخل المسجد قبل غروب

(١) سورة البقرة، الآية ١٢٥. (٢) سورة البقرة، الآية ١٨٧.

(٣) غريب انظر التلخيص الحبير (٢/٢١٧).

(٤) أخرجه البخاري (٢٠٢٦) ومسلم (١١٧٢) من رواية السيدة عائشة - رضي الله عنها.



الشَّمْسِ يوم العشرين، حتى لا يفوته شيء من ليلة الحَادِي والعِشْرِينَ، ويخرج بعد غروب الشمس ليلة العيد، ولو مكث ليلة العيد فيه إلى أن يصلى فيه العيد، أو يخرج منه إلى المُصَلَّى كان أولى.

وأما الثاني. فاعلم أن ليلة القدر أفضل ليالي السنة، حَصَّ الله تعالى بها هذه الأمة، وهي باقية إلى يوم القيامة، وجمهور العلماء وفيهم الشافعي - رضي الله عنهم - على أنها في العشر الأخير من رمضان، وهي في أوتارها أَرْجَى، لما روي أنه ﷺ قال: «تَحْرُورًا لَيْلَةَ الْقَدْرِ فِي الْوَتْرِ مِنَ الْعَشْرِ الْأَوَّخِرِ مِنْ رَمَضَانَ»<sup>(١)</sup> وميل الشافعي - رضي الله عنه - إلى أنها ليلة الحادي والعشرين؛ لما روي عن أبي سعيد الخدري - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ: «كَانَ يَغْتَكِفُ الْعَشْرَ الْوَسْطَى مِنْ رَمَضَانَ فَأَغْتَكَفَ عَامًا، فَلَمَّا كَانَتْ لَيْلَةَ إِحْدَى وَعِشْرِينَ، وَهِيَ اللَّيْلَةُ الَّتِي كَانَ يَخْرُجُ فِي صَبِيحَتِهَا مِنْ اغْتِكَافِهِ، قَالَ: مَنْ كَانَ اغْتَكَفَ مَعِيَ فَلْيَغْتَكِفْ فِي الْعَشْرِ الْأَوَّخِرِ، قَالَ: قَدْ رَأَيْتُ هَذِهِ اللَّيْلَةَ، ثُمَّ أَنْسَيْتُهَا، وَرَأَيْتُي أَسْجُدُ فِي صَبِيحَتِهَا فِي مَاءٍ وَطِينٍ، فَالْتَمِسُوهَا فِي الْعَشْرِ الْأَوَّخِرِ، وَالْتَمِسُوهَا فِي كُلِّ وَتْرٍ، فَأَقْطَرَتِ السَّمَاءُ تِلْكَ اللَّيْلَةَ، وَكَانَ الْمَسْجِدُ عَلَى عَرِيشٍ، فَوَكَّفَ الْمَسْجِدُ، قَالَ أَبُو سَعِيدٍ: فَأَبْصَرْتُ عَيْنَايَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ انْصَرَفَ إِلَيْنَا، وَعَلَى جَنْبَتِهِ وَأَنْفِهِ أَثَرُ الْمَاءِ وَالطِّينِ مِنْ صَبِيحَةِ إِحْدَى وَعِشْرِينَ»<sup>(٢)</sup>.

وأبدى في بعض المواضع الميل إلى ليلة الثالث والعشرين، لما روي عن عبد الله بن أنيس - رضي الله عنه - أنه قال لرسول الله ﷺ «إِنِّي أَكُونُ بِبَادِيَتِي، وَإِنِّي أَصَلِّي بِهِمْ، فَمُرْنِي بِلَيْلَةٍ مِنْ هَذَا الشَّهْرِ، أَنْزِلْهَا الْمَسْجِدَ فَأَصَلِّي فِيهِ، فَقَالَ: أَنْزِلْ فِي لَيْلَةِ ثَلَاثِ وَعِشْرِينَ»<sup>(٣)</sup>. وجمع بين الليلتين في «المختصر»، فقال: ويشبه أن يكون في ليلة إحدى وعشرين، أو ثلاث وعشرين، والمعنى في إخفاء الله تعالى هذه الليلة، حَمَلَ النَّاسَ عَلَى إِحْيَاءِ جَمِيعِ لِيَالِي الْعَشْرِ بِالْعِبَادَةِ، رَجَاءَ إِصَابَتِهَا، وَعَلَامَةَ هَذِهِ اللَّيْلَةِ، أَنَّهَا طَلَقَتْ لَأَ حَارَةً، وَلَا بَارِدَةً، وَأَنَّ الشَّمْسَ فِي صَبِيحَتِهَا تَطْلُعُ بِيضَاءَ لَيْسَ لَهَا كَثِيرٌ شِعَاعٍ<sup>(٤)</sup>، ويستحب أن يُكْتَبَرُ فِيهَا مِنْ قَوْلِ «اللَّهُمَّ إِنَّكَ عَفْوٌ تُجِبُّ الْعَفْوَ فَأَعْفُ عَنِّي»<sup>(٥)</sup>.

(١) أخرجه البخاري (٢٠١٧، ٢٠١٩، ٢٠٢٠) ومسلم (١١٦٩).

(٢) أخرجه البخاري (٢٠١٨) ومسلم (١١٦٧).

(٣) أخرجه أبو داود (١٣٨٠) ومسلم (١١٦٨).

(٤) قال النووي: قال صاحب «البحر»: قال الشافعي - رحمه الله - في القديم: أستحب أن يكون اجتهاده في يومها، كاجتهاده في ليلتها. وقال في القديم: من شهد العشاء والصبح ليلة القدر، فقد أخذ بحظها منها. ينظر الروضة (٢/٢٥٦).

(٥) فيه حديث عائشة رضي الله عنها أخرجه الترمذي والنسائي، وابن ماجه، والحاكم والبزار.

وعند مالك: هي في العشر، ولا ترجيح لِيَغْضِ اللَّيَالِي عَلَى الْبَعْضِ.

وعند أبي حنيفة وأحمد - رحمهما الله - هي ليلة السَّابِعِ وَالْعِشْرِينَ، وهذا الذي ذكروه لا ينافي قوله في الكتاب: (وهي في أوتار العشر الأخير) فلا نعلمه بعلاماتهم، ولكن يجوز أن نعلمه بالحاء، لأنه روي عنه أنها محتملة في جميع السَّنَةِ، وروي في جميع الشَّهْرِ، والروايتان مستنبطتان مما نقل عنه أنه لو قال لزوجته: «أول يوم من رمضان أنت قال ليلة القدر» لا تطلق إلا مثل ذلك اليوم من السَّنَةِ الأخرى.

وعن ابن خزيمة من أصحابنا: أن ليلة القَدْرِ منقولة في ليالي العَشْرِ تُنْقَلُ فِي كُلِّ سَنَةٍ إِلَى لَيْلَةٍ جَمْعاً بَيْنَ الْأَخْبَارِ، وقوله: (وقيل: إنها في جميع الشهر) يشعر بأنه وجه للأصحاب، وقوله: (ولذلك لو قال لزوجته في منتصف شهر رمضان أنت طالق ليلة القدر لم تطلق إلا إذا مضت سنة) يشعر بأن المسألة مجزوم بها موجهة للوجه المنقول، وقد حكى في «الوسيط» المسألة هكذا عن نَصِّ الشافعي - رضي الله عنه - وكل واحد من نقل الوجه وتوجيهه محل التوقف.

أما النقل فلأنك لا تكاد تجد رواية احتمالها في جميع ليالي الشَّهْرِ، عن الأصحاب في شيء من كتب المذهب<sup>(١)</sup>.

وأما التوجيه، فلأن ما أجاب به في مسألة الطَّلَاق يخالف ما نقله الأئمة، فإنهم قالوا: إذا قال لامرأته: أنت طالق ليلة القَدْرِ فَإِنْ قَالَ قَبْلَ شَهْرِ رَمَضَانَ، أو في رمضان قبل مُضِيِّ شَيْءٍ مِنْ لَيَالِي الْعَشْرِ طَلَقْتَ بَانْقِضَاءِ اللَّيَالِي الْعَشْرِ، وإن قاله بعد مُضِيِّ بَعْضِ لَيَالِيهَا لَمْ تَطْلُقْ إِلَى مُضِيِّ سَنَةٍ، هكذا نقل الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ فِي «المهذب»، والإمام وغيرهما، ولم تر اعتبار مضي سنة في المسألة المذكورة إلا في كتب صاحب الكتاب.

وقوله: (إن الطلاق لا يقع بالشك، لكنه يقع بالظن الغالب). قال إمام الحرمين: الشافعي - رضي الله عنه - متردد في ليالي العَشْرِ، ويميل إلى بعضها ميلاً ضَعِيفاً، وانحصارها في العشر ثابت عنده بالظن القَوِيُّ، وإن لم يكن مقطوعاً به، والطلاق يناط وقوعه بالمَذَاهِبِ الْمَطْنُونَةِ. - والله أعلم -.

(١) قال النووي: قد قال المحاملي وصاحب «التنبيه»: تطلب ليلة القدر في جميع شهر رمضان. وقول الإمام الرافعي في أول المسألة: طلقت بانقضاء ليالي العشر، فيه تجوز تابع فيه صاحب «المهذب» وغيره. وحقيقته: طلقت في أول الليلة الأخيرة من العشر. وكذا قوله: إن قاله بعد مضي بعض لياليها، لم تطلق إلى مضي سنة، فيه تجوز، وذلك أنه قد يقول لها في أواخر اليوم الحادي والعشرين، فلا يقف وقوع الطلاق على سنة كاملة، بل يقع في أول الليلة الحادي والعشرين. ينظر الروضة (٢/٢٥٧).

قال الغزالي: وفي الكتاب ثلاثة فصول.

الفصل الأول في أركانه وهي أربعة الأول: الاعتكاف وهو عبارة عن اللبث في المسجد ساعة مع الكف عن الجماع، وهل يشترط الكف عن مقدمات الجماع؟ فيه قولان، ولا يشترط (ح و م) اللبث يوماً ولا يكفي العبور.

قال الرافعي: مقصود الفصل الأول: الكلام في أركان الاعتكاف، وهي فيما عدها أربعة: الاعتكاف، والنية، والمعتكف، والمعتكف.

الأول: الاعتكاف: وهو عبارة عن المقام في اللغة، يقال عكف وأعتكف، أي: أقام. وأما في الشريعة: فقد فسره في الكتاب باللبث في المسجد ساعة مع الكف عن الجماع، وفيه اعتبار أمور:

أحدها: اللبث وقد حكى الإمام - رحمه الله - في اعتباره وجهين:

أظهرهما - وهو المذكور في الكتاب -: أنه لا بُدُّ منه؛ لأن لفظ العكوف مشعر به. والثاني: أنه يكفي مجرد الحضور، كما يكفي الحضور بعرفة في تحقيق ركن الحج. ثم فرع على الوجهين فقال: إن اكتفينا بالحضور حصل الاعتكاف بالعبور حتى لو دخل من باب وخرج من باب ونوى فقد اعتكف، وإن اعتبرنا اللبث لم يكف ما يكفي في الطمأنينة في أركان الصلاة، بل لا بد وأن يزيد عليه بما يسمى إقامة وعكوفاً، ولا يعتبر السكون، بل يصح اعتكافه قاعداً، وقائماً ومتردداً في أجزاء المسجد، ولا يقدر اللبث بزمان، حتى لو نذر اعتكاف ساعة انعقد، ولو تقدر اعتكافاً مطلقاً خرج عن عهدة النذر بأن يعتكف لخطئة، واستحب الشافعي - رضي الله عنه - أن يعتكف يوماً، وذلك للخروج من الخلاف، فإن مالكا وأبا حنيفة - رحمه الله - لا يجوزان اعتكاف أقل من يوم، ونقل الصنيدلاني وجهاً: أنه لا بد من مكث يوماً، أو ما يدنو من يوم<sup>(١)</sup>؛ لأن ما دون ذلك معتاد في الحاجات التي تعز في المساجد، فلا تصلح للقربة، وقد عرفت مما ذكرنا أن قوله: (ولا يشترط اللبث يوماً) ينبغي أن يرقم بالميم والحاء والواو.

وقوله: (ولا يكفي العبور) بالواو، ويجوز أن يرقم به لفظ «اللبث» أيضاً في قوله: (وهو عبارة عن اللبث) ولا يخفى أن قوله: (ساعة) ليس المراد منه الواحدة من الساعات التي يقسم اليوم واللييلة عليهما، ولا سبيل إلى حملة على اللحظة وإن لطفت؛ لما ذكر الأئمة أنه لا بُد وأن يزيد على زمان الطمأنينة، ولأنه لو حمل على هذا المعنى

(١) قال النووي: ولو كان يدخل ساعة ويخرج ساعة، وكلما دخل نوى الاعتكاف صح على المذهب. وحكى الروياني فيه خلافاً ضعيفاً. ينظر الروضة (٢/٢٥٨).

لضاع، وأغنى لفظ (اللبث) عنه، فإذا هُوَ محمولٌ على القدر الذي يثبت اسم العكوف والإقامة فيه.

والثاني: كونه في المسجد، وهذا سيأتي شرحه في الركن الرابع.

والثالث: الكَفَّ عَنِ الْجَمَاعِ، فلا يجوز للمعتكف الجَمَاعِ، ولا سائر المباشرات بالشُهوة، ولقوله تعالى: ﴿وَلَا تَبَاشِرُوهُمْ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ﴾<sup>(١)</sup>. ولو جامع بَطَلْ أَعْتِكَافِهِ، سواءً جامع في المسجد أو جامع حين خرج لقضاء الحاجة<sup>(٢)</sup> إذا كان ذاكراً للاعتكاف عالماً بتحريم الجَمَاعِ، وهذا هو المراد من لفظ الكتاب، وإن أطلق الكف عن الجماع، فأما إذا جامع ناسياً للاعتكاف، أو جاهلاً بالتحريم، فهو كمنظيره في الصَّوْمِ. وقال مالك وأبو حنيفة وأحمد - رحمهم الله - يفسد الاعتكاف بجماع النَّاسِي، ولا فرق بين جَمَاعٍ وَجَمَاعِ، وروى المُزْنِي عن نَصِّهِ في بعض المواضع: أنه لا يفسد الاعتكاف من الوَطْءِ إِلَّا مَا يوجب الحَدَّ، فقال الإمام: قضية هذا ألا يفسد بإتيان البهيمة، إذا لم توجب به الحَدَّ، وكذلك بالإتيان في غَيْرِ المَأْتِي، والمذهب الأول<sup>(٣)</sup>.

ولو لمس أو قبل بشهوة أو باشر فيما دُونَ الفرج مُتَعَمِّداً، فهل يفسد اعتكافه؟ فيه طريقان:

أظهرهما: أن المسألة على قولين:

أحدهما: ويروى عن «الإملاء»: أنها تفسده؛ لأنها مباشرة محرمة في الاعتكاف، فأشبهت الجَمَاعِ.

والثاني: ويروى عن «الأم» أنها لا تفسده؛ لأنها مباشرة لا تبطل الحَجَّ، فلا تبطل الاعتكاف كالقبلة بغير شهوة.

والثاني: القطع بأنها لا تفسد، حكاه الشَّيْخَان أَبُو مُحَمَّدٍ، والمَسْعُودِي، والمشهور طريقة القولين، وما موضعهما؟ فيه ثلاثة طرق:

أحدها: أن القولين فيما إذا أنزل، فأما إذا لم ينزل لم يَبْطُل الاعتكاف بلا خلاف كَالصَّوْمِ.

وثانيها: أن القولين فيما إذا لَمْ يُنْزَلْ، أما إذا أَنْزَلَ بَطَلْ اعتكافه بلا خلاف، لخروجه عن أهلية الاعتكاف بالجنابة.

(١) سورة البقرة، الآية ١٨٧.

(٢) لمنافاته العبادة البدنية، واعلم أن جماعه في المسجد حرام مطلقاً إذا أدى إلى مكث فيه سواء كان معتكفاً أولاً وسواء كان اعتكافاً فرضاً أم نفلًا. ينظر الروضة (٢٥٨/٢).

(٣) نصه محمول على أنه لا يفسد بالوطء فيما دون الفرج.

وثالثها - وهو الأظهر -: طرد القولين في الحالين، والفرق على أحد القولين فيما إذا لم ينزل بين الاعتكاف والصوم، أن هذه الاستمتاع في الاعتكاف محرمة لعينها، وفي الصوم ليست محرمة لعينها، بل لخوف الإنزال، ولهذا يرخص فيها لمن لا تحرك القبلة شهوته. وإذا اختصرت الخلاف في المسألة قلت فيها ثلاثة أقوال أو وجوه:

أحدها: أنها لا تُفسد الاعتكاف، أنزل أو لم ينزل.

والثاني: تفسده، أنزل أو لم ينزل، وبه قال مالك.

والثالث - وبه قال أبو حنيفة والمزني وأصحاب أحمد -: أن ما أنزل منها أفسد الاعتكاف، وما لا فلا، والمفهوم من كلام الأضحاب بعد الفحص أن هذا القول أرجح، وإليه ميل أبي إسحاق المزوري، وإن استبعده صاحب «المهذب» ومن تابعه. أما القول بالفساد عند الإنزال فقد أطبق الجمهور على أنه أصح.

وأما المنع عند عدم الإنزال فقد نص على ترجيحه المحاملي، والشيخ أبو محمد، والقاضي الروياني، وغيرهم - رحمهم الله - وإيانا، والاستمناء باليد مرتب على ما إذا لمس فأنزل. إن قلنا: إنه لا يبطل الاعتكاف، فهذا أولى وإن قلنا يبطله، ففيه وجهان، والفرق كمال الاستمتاع والالتذاذ، ثم باصطكاك البشريين.

ولا بأس للمعتكف بأن يقبل على سبيل الشفقة والإكرام، ولا بأن يلمس بغير شهوة: «وَكَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يُذِنِي رَأْسَهُ لِتَرْجُلِهِ عَائِشَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - وَهُوَ مُعْتَكِفٌ»<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي: وَلَا يُشْتَرَطُ تَرْكُ التَّطْيِبِ وَتَرْكُ الْبَيْعِ وَالشَّرَاءِ (م و) وَتَرْكُ الْأَكْلِ (م ح) بَلْ يَصَحُّ الْأَعْتِكَافُ مِنْ غَيْرِ صَوْمٍ، فَإِنْ نَدَرَ أَنْ يَغْتَكِفَ صَائِمًا لَزِمَهُ كِلَاهُمَا، وَفِي لُزُومِ الْجَمْعِ قَوْلَانٌ، وَلَوْ نَدَرَ أَنْ يَغْتَكِفَ مُصَلِّيًا أَوْ يَصُومَ مُعْتَكِفًا لَمْ يَلْزَمْ الْجَمْعُ.

قال الرافعي: تَرْكُ التَّطْيِبِ لَيْسَ بِشَرْطٍ فِي الْعَتِكَافِ، بَلْ لِلْمُعْتَكِفِ أَنْ يَتَطَيَّبَ كَمَا لَهُ أَنْ يَرِجِلَ الرَّأْسَ، وَيَتَزَوَّجَ، وَيَتَزَوَّجَ بِخِلَافِ الْمُحْرِمِ، وَلَهُ أَنْ يَتَزَيَّنَ بِلِبَاسِ الثِّيَابِ إِذْ لَمْ يَنْقُلْ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ غَيَّرَ ثِيَابَهُ لِلْعَتِكَافِ. وَعَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ يَسْتَحِبُّ تَرْكُ التَّطْيِبِ، وَالتَّزَيَّنَ بِرَفِيعِ الثِّيَابِ، وَيَجُوزُ لَهُ أَنْ يَأْمُرَ بِإِصْلَاحِ مَعَاشِهِ، وَتَعَهْدَ ضِيَاعِهِ، وَأَنْ يَبِيعَ وَيَشْتَرِيَ، وَيَخِيطَ وَيَكْتُبَ، وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ، وَلَا يَكْرَهُ شَيْءٌ مِنْ هَذِهِ الْأَعْمَالِ إِذَا لَمْ تَكُنْ سَبَبًا إِذَا وَقَعَ فِي مَحَلِّ الْحَاجَةِ، وَإِنْ أَكْثَرَ أَوْ قَعَدَ يَحْتَرِفُ بِالْخِيَاطَةِ وَنَحْوِهَا كَرِهَ، وَلَكِنْ لَا يَبْطُلُ

(١) أخرجه البخاري (٢٩٥، ٢٩٦، ٣٠١، ٢٠٢٨، ٢٠٢٩، ٢٠٣١، ٢٠٤٦، ٢٩٢٥) ومسلم (٢٩٧).

اعتكافه. وعن مالك أنه إذا قعد فيه واشتغل بحرفته يبطل اعتكافه، ونقل عن القديم قول مثله في الاعتكاف المنذور ورواه بعضهم في مطلق الاعتكاف، والمذهب ما سبق؛ لأن ما لا يبطل قليله الاعتكاف لا يبطله كثيره، كسائر الأفعال<sup>(١)</sup>، ولو كان يشتغل بقراءة القرآن ودراسة العلم فهو زيادة خير.

وعن أحمد أنه لا يستحب له إلا ذكر الله - تعالى - والصلاة، ويجوز له أن يأكل في المسجد، والأولى أن يبسط سفرة ونحوها، لأنه أبلغ في تنظيف المسجد، وله أن يغسل اليد، والأولى غسلها في طست. ونحوها، حتى لا يبطل المسجد فيمنع غيره من الصلاة والجلوس فيه، ولأنه قد يستقذر، فيصان المسجد عنه، ولذا قال في «التهذيب»: ويجوز نضح المسجد بالماء المطلق ولا يجوز نضحه بالماء المستعمل<sup>(٢)</sup>، وإن كان طاهراً، لأن النفس قد تعافه، ويجوز الفصد والحجامة<sup>(٣)</sup> في المسجد بشرط أن يأمن التلويث، والأولى الاحتراز عنه، وفي البول في الطست احتمالان، ذكرهما ابن الصبّاغ، والأظهر: المنع، وهو الذي أورده صاحب «التممة»؛ لأنه قبيح، واللائق بتعظيم المسجد تنزيهه عنه، بخلاف الفصد والحجامة؛ ولهذا لا يمنع من استقبال القبلة، واستدبارها عند الفصد، ويمنع عند قضاء الحاجة، وليس من شرط الاعتكاف الصوم بل يصح الاعتكاف في الليل وحده، وفي العيد، وأيام التشريق خلافاً لأبي

(١) قال النووي: الأظهر، كراهة البيع والشراء في المسجد وإن قل، للمعتكف وغيره إلا بحاجة. وهو نصه في «البيوطي» وفيه حديث صحيح في النهي، - والله أعلم - . ينظر الروضة (٢/٢٥٩).

(٢) قال النووي: هذا الذي قاله البيهقي ضعيف والمختار أن المستعمل كالمطلق في هذا لأن النفس إنما تعاف شربه ونحوه وقد اتفق الأصحاب على جواز الوضوء في المسجد وإساقط ما به في أرضه مع أنه مستعمل ممن صرح به الشامل والتممة في هذا الباب ونقل ابن الصبّاغ إجماع العلماء على ذلك ولأنه إذا جاز غسل اليد في المسجد من غير طست كما صرح به الأصحاب فرسه بالمستعمل أولى لأنه أنظف من غسالة اليد. قال في الخادم: وللبغوي أن يفرق بوجهين: أحدهما: أن المتوضىء يفعل ذلك لحاجة إلى الوضوء بخلاف النضح بالمستعمل فإنه لا حاجة إليه.

والثاني: أن تلويث المسجد يحصل ضمناً للوضوء بخلاف النضح فإنه قد يكون قصداً والشيء يقتدر ضمناً ما لا يقتدر مقصوداً ولا يجوز قصد المسجد بالأشياء المستقرة وقد حكى الدارمي عن المزني أنه لا يجوز شرب الماء المستعمل على أن في إطلاقه الوضوء في المسجد شيئاً وهو ماء المضمضة والاستنشاق فإنه لا بد أن يمتزج بالبصاق وهو حرام على المختار فأما أن يتلعه في هذه الصورة صوناً للمسجد أو يقال أنه مستهلك فيقتدر. ينظر الروضة.

(٣) قال في الخادم: خرج بالفصد والحجامة غيرهما من الدماء كالذبح في القصاص فإنه لا يجوز في المسجد كما ذكره الرافعي في الجنائيات وقيل يجوز إذا بسطت الانطاع وأمن التلويث ثم هذا كله بالنسبة للآدمي فأما ذبح الدابة في المسجد فممنوع وإن جاز فعند الآدمي لأنه لا يؤمن نفق الدابة وتلويثها.

حنيفة، ومالك - رحمهما الله - حيث قالوا: الصوم شرط فيه، ولا يَصِحُّ في العيد، وأيام التشريق، ولا في الليالي المُجَرَّدَة، وعن أحمد روايتان:

أصحهما: مثل مذهبننا. لنا ما روي أن عمر - رضي الله عنه - سأل النبي ﷺ قال: «كُنْتُ نَذَرْتُ فِي الْجَاهِلِيَّةِ أَنْ أَعْتَكِفَ لَيْلَةً فِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ، فَقَالَ ﷺ: أَوْفِ بِنَذْرِكَ»<sup>(١)</sup>. ولو لم يصح الاعتكاف في الليلة المفردة، لما أمره بالوفاء بنذره، ويجوز أن يعلم قوله: (بل يصح الاعتكاف من غير صوم) مع علامات هؤلاء بالواو؛ لأن الشيخ أبا محمد وغيره نقلوا عن القديم قولاً مثل مذهبه.

إذا عرفت ذلك فلو نذر أن يَعْتَكِفَ يوماً هو فيه صائماً، أو أياماً هو فيها صائماً لزمه الاعتكاف في أيام الصوم؛ لأن الاعتكاف بالصَّوْمِ أفضل، وإن لم يكن مشروطاً به، فإذا التزمه بالنذر لزمه، كما لو التزم التتابع فيه، وليس له في هذه الصورة أفراد أحدهما عن الآخر بلا خِلاف، وليست هذه مسألة الكتاب.

ولو اعتكف في رمضان أجزاءه؛ لأنه لم يلتزم بهذا النذر صوماً، وإنما نذر الاعتكاف على صِفَةٍ، وقد وجدت، ولو نذر أن يَعْتَكِفَ صائماً، أو يعتكف بصوم لزمه الاعتكاف والصوم جميعاً بهذا النذر، وهل يلزمه الجَمْعُ بينهما؟ فيه وجهان:

أحدهما - وبه قال أبو علي الطبري -: لا، لأنهما عبادتان مختلفتان، فأشبه ما إذا نذر أن يُصَلِّيَ صائماً.

وأصحهما - ويحكى عن نَصِّه في «الأم» نعم؛ لما ذكرنا في المسألة السابقة، فلو شرع في الاعتكاف صائماً، ثم أفطر لزمه استئناف الصَّوْمِ والاعتكاف على الوجه الثاني، ويكفيه استئناف الصوم على الوجه الأول، ولو نذر اعتكاف أيام وليالٍ متتابعة صائماً وجامع ليلاً ففيه هذان الوجهان ولو اعتكف عن نذرة في رمضان أجزاءه عن الاعتكاف في الوجه الأول، وعليه الصَّوْمُ، وعلى الثاني لا يُجْزئه عن الاعتكاف أيضاً، ولو نذر أن يصوم معتكفاً ففيه طريقان:

أظهرهما: طرد الوجهين.

والثاني: وبه قال الشيخ أبو مُحَمَّد: القطع بأنه لا يجب الجمع، والفرق أن الاعتكاف لا يصلح وَصْفاً للصَّوْمِ، والصَّوْمُ يَصْلُحُ وَصْفاً للاعتكاف، فإنه من مُنْذوباته، ولو نذر أن يَعْتَكِفَ مُصَلِّياً، أو يُصَلِّيَ معتكفاً لزمه الصَّلَاةُ والاعتكاف، وفي لزوم الجمع طريقان:

(١) أخرجه البخاري (٢٠٣٢، ٢٠٤٣، ٣١٤٤، ٤٣٢٠، ٦٦٩٧) ومسلم (١٦٥٦).

أحدهما: طرد الوجهين .

وأصحهما: القطع بأن لا يجب، والفرق أن الصَّوم والاعتكاف متقاربان فإن كل واحدٍ منهما كَفٌ وإمساكٌ، والصَّلَاة أفعال مباشرة لا مناسبة بينها وبين الاعتكاف، ويخرج على هذين الطريقتين ما لو نذر أن يَعْتَكِفَ مُخْرَماً، فإن لم نوجب الجمع بين الاعتكاف، والصَّلَاة، فالقدر الذي يلزمه من الصَّلَاة هو القدر الذي يلزمه لو أفرِد الصَّلَاة بالنذر، وإن أوجبنا الجَمْعَ لزمه ذلك القَدْرُ في يَوْمِ اعتكافه، ولا يلزمه استيعاب اليوم بالصَّلَاة فإن كان نَذَرَ اعتكاف أيام مُصَلِّياً لزمه ذلك القَدْرُ في كُلِّ يَوْمٍ، هكذا أورده صاحب «التَهْذِيبِ» وغيره، وأنت بسبيل من أن تقول: ظاهر اللفظ يقتضي الاستيعاب فإنه جعل كونه مصلياً صِفَةً لاعتكافه، وإذا تركنا هَذَا الظَاهِرَ، فلم نعتبر تكرير القدر الواجب من الصَّلَاة في كل يوم، وهلا اكتفى به في جميع المُدَّة، ولو نذر أن يُصَلِّي صلاة يقرأ فيها سُورَةَ كَذَا، فعن القُّفَالِ: أن وجوب الجَمْعِ عَلَى الخِلَافِ، في وجوب الجَمْعِ بين الصَّوم والاعتكاف، ووجه لائح.

وقوله: (وفي لزوم الجمع قولان) التعبير عن الخلاف في المسألة بالقولين خلاف إيراد الجمهور. نعم، ردد الإمام الرواية بين القولين والوجهين.

وقوله: (لم يلزمه الجمع) لا بد من وَسْمِهِ بالواو؛ لما ذكرنا من الخِلَافِ في الصُّورَتَيْنِ، والذي أجاب به صاحب الكتاب موافق لما اخترناه معظم الأئمة فيما إذا نذر أن يعتكف مُصَلِّياً، ومخالفاً له فيما إذا نذر أن يصوم معتكفاً، سواء قدرنا جريانه عَلَى طريقة نفي الخلاف، أو اختياره نفي اللزوم مع تسليم الخلاف، فإن الأكثرين طردوا فيها الوجهين، وقالوا: الأظهر لزوم الجَمْعِ.

قال الغزالي: الثاني: النِّيَّةُ وَلَا بُدَّ مِنْهَا فِي الْإِبْتِدَاءِ وَيَسْتَمِرُّ حُكْمُهَا وَإِنْ دَامَ اِعْتِكَافُهُ سَنَةً، فَإِنْ خَرَجَ لِقَضَاءِ حَاجَةٍ أَوْ لِعَبْرَةٍ فَإِذَا عَادَ لَزِمَهُ اسْتِثْنَاءُ النِّيَّةِ، أَمَا إِذَا قَدَّرَ زَمَانًا فِي نِيَّتِهِ كَمَا لَوْ نَوَى أَنْ يَعْتَكِفَ شَهْرًا لَمْ يَلْزَمْهُ إِذَا خَرَجَ تَجْدِيدُ النِّيَّةِ فِي قَوْلٍ، وَلَزِمَهُ إِنْ طَالَتْ مُدَّةُ الخُرُوجِ فِي قَوْلٍ، وَلَزِمَ بِالخُرُوجِ لِعَبْرَةٍ قَضَاءِ الْحَاجَةِ قُرْبَ الزَّمَانِ أَوْ طَالَ فِي قَوْلٍ، وَنِيَّةُ الخُرُوجِ عَنِ اِعْتِكَافِ كَنِيَّةِ الخُرُوجِ عَنِ الصَّوْمِ.

قال الرافعي: لا بد من النية في ابتداء الاعتكاف كما في الصَّلَاة، ويجب التَّعَرُّضُ فِي الْمُنْدُورِ مِنْهُ لِلْفَرْضِيَّةِ؛ لِيَمْتَازَ عَنِ التَّطَوُّعِ<sup>(١)</sup>، ثم في الرُّكْنِ مَسْأَلَتَانِ:

(١) ولا يتعين سبب وجوبه بخلاف الصلاة والصوم لأن وجوب الاعتكاف لا يكون إلا بالنذر بخلافهما. ينظر الروضة (٢/٢٦١).



إحدهما: إذا نوى الاعتكاف لم يخل إما أن يُطْلَق، أو يعين بنيته زماناً، فإن أطلق كفاه ذلك وإن طال عكوفه، لكن لو خرج من المسجد، ثم عاد لزمه استئناف النية، سواء خرج لِقَضَاءِ الْحَاجَةِ أو لِغَيْرِهِ، فَإِنَّ مَا مَضَى عِبَادَةً تَامَةً.

والثاني: اعتكاف جديد.

وقال في «التتمة»: فلو أنه عزم عند خروجه أن يقضي حاجته ويعود كانت هذه العزيمة قائمة مقام النية، ولك أن تقول: اقتران النية بأول العبادة شرط فكيف يحصل الاكتفاء بالعزيمة السابقة على العود؟<sup>(١)</sup> وإن عين زماناً، كما إذا نوى اعتكاف يوم أو شهر فهل يحتاج إلى تجديدها إذا خرج وعاد؟ نقل في الكتاب فيه ثلاثة أقوال، وسماها في «الوسيط» وجوهاً، وهو الموافق لإيراد الأئمة - رحمهم الله - وهي حاصل ما ذكره في الطرق.

أحدها: أنه لا حاجة إلى تجديد النية؛ لأن النية شملت جميع المدة بالتعيين.

والثاني: أنه إن لم تطل مدة الخروج فلا حاجة إلى التجديد، وإن طالت فلا بد منه؛ لتعذر البناء، ولا فرق على هذا بين أن يكون الخروج لِقَضَاءِ الْحَاجَةِ أو لغيره.

والثالث: أنه إن أخرج لقضاء الحاجة لم يجب التجديد؛ لأنه لا بد منه فهو كالمستثنى عن النية، وإن خرج لِعَرَضٍ آخر فلا بد من التجديد لِقَطْعِهِ الاعتكاف، ولا فرق على هذا بين أن يطول الزمان، أو لا يطول. وهذا الثالث أظهر الوجوه، وزاد صاحب «التهديب» في التفصيل فقال: إن خرج لأمر يقطع التابع في الاعتكاف المتتابع فلا بد من تجديد النية، وإن خرج لأمر لا يقطعه نظر إن لم يكن منه بُدُّ كقضاء الحاجة والاعتسال عند الاحتلام فلا حاجة إلى التجديد، وإن كان منه بُدُّ أو طال الزمان ففي التجديد وجهان، وهذه الاختلافات مضطربة فيما إذا نوى مدة لتطوع الاعتكاف، وفيما إذا نذر أياماً ولم يشترط فيها التابع ثم دخل المعتكف على قصد الوفاء بالنذر أما إذا شرط التابع، أو كانت المدة المندورة متواصلة في نفسها فسيأتي حكم التجديد فيها.

الثانية: لو نوى الخروج من الاعتكاف ففي بطلان الاعتكاف الخلاف المذكور في بطلان الصوم بنية الخروج، والأظهر: أنه لا يبطل، وأفتى بعض المتأخرين ببطلان الاعتكاف؛ لأن مصلحته تعظيم الله تعالى كالصلاة وهي تختل بنقض النية، ومصلحة الصوم قهر النفس وهي لا تفوت بنية الخروج.

(١) أجيّب بأن نية الزيادة وجدت قبل الخروج فصار كمن نوى المدينتين بنية واحدة كما قاله فيمن نوى ركعتين نفلاً مطلقاً ثم نوى قبل السلام زيادة فإنه يصح بلا خلاف ويصير كمن نوى الأربع في أول دخوله. ينظر الروضة (٢/٢٦٢).

قال الغزالي: الثالث: الْمُعْتَكِفُ وَهُوَ كُلُّ مُسْلِمٍ عَاقِلٍ لَيْسَ بِجُنُبٍ وَلَا حَائِضٍ  
فَيَصِحُّ اعْتِكَافُ الصَّبِيِّ وَالرَّقِيقِ، وَالسُّكْرُ وَالرَّذَّةُ إِذَا قَارَنَّا الْأَبْتِدَاءَ مَتَاعَ الصُّحَّةِ، وَإِنْ طَرَأَ  
فَالرَّذَّةُ تُفْسِدُ وَالسُّكْرُ لَا يَفْسِدُ كَالْإِعْمَاءِ، وَقِيلَ: إِنَّهُمَا يَفْسِدَانِ، وَقِيلَ: إِنَّهُمَا لَا يَفْسِدَانِ،  
وَالْحَيْضُ مَهْمَا طَرَأَ قَطَعَ، وَالْجَنَابَةُ إِنْ طَرَأَتْ بِأَخْتِلَامٍ فَعَلَيْهِ أَنْ يُبَادِرَ إِلَى الْغُسْلِ وَلَا يَلْزَمُهُ  
الْغُسْلُ فِي الْمَسْجِدِ وَإِنْ أَمَكَنَ.

قال الرافعي: شرط في المعتكف أن يكون مسلماً عاقلاً نقيّاً عن الجنابة،  
وَالْحَيْضِ. والكلام فيمن يدخل في هذا الضبط ومن يخرج عنه.

فمن الداخلين فيه الصبي، والرقيق، والمرأة المزوجة، فيصح اعتكافهم، كما  
يصح صَوْمُهُمْ وصلاتهم، لكن لا يجوز للعبد أن يعتكف بغير إذن سيده<sup>(١)</sup>، لأن منفعة  
مستحقة للسيد، ولا المرأة المزوجة أن تعتكف بغير إذن زوجها؛ لأن الزوج يستحق  
الاستمتاع بها، وإن اعتكفا بغير إذن، كان للسيد إخراج العبد، وللزوج إخراج الزوجة،  
وكذلك لو اعتكفا بإذنها تطوعاً فإنه لا يلزم بالشروع.

وقال مالك ليس لهما الإخراج إذا أذنا، وبه قال أبو حنيفة - رحمه الله - في  
الزوج، وساعدنا في السيد، ولو نذرا اعتكافاً، نظر إن نذراه بغير إذن فلهما المنع من  
الشروع فيه، فإن أذنا في الشروع وكان الزمان مُتَعَيِّناً أو غير متعين ولكن شرطاً للتابع لم  
يجز لهما الرجوع، وإن لم يشرطاً للتابع فلهما الرجوع في أظهر الوجهين.

وإن نذرا بالإذن، نظر إن تعلق بزمان مُعَيَّن فلهما الشروع فيه بغير إذن، وإلا لم  
يشرعاً فيه إلا بإذن، وإذا شرعاً بالإذن لم يكن لهما المَنع من الإتمام، هكذا أورده أئمتنا  
العراقيون، وهو مبني على أن النذر المُعَلَّقُ إذا شرع فيه لَزِمَ إتمامه، وفيه خلاف قَدَّمَاهُ،

(١) قال في الخادم: يجب تقييده بزمن يفوت على السيد فيه منفعة لما وقع وإلا فلو حضر العبد في  
المسجد مع سيده أو وحده بإذن السيد فنوى الاعتكاف جاز. قال الشيخ برهان الدين: وكيف  
يتوهم في هذه الصورة أنه لا يجوز مع أنه يجوز له الجلوس بغير نية الاعتكاف وهو كما قال  
وأيدته بعضهم بما جزم به الرافعي في كتاب الإيمان بأن السيد له منه العبد من الذكر وقراءة القرآن  
في تردد أنه وصحح أن له الصوم والصلاة بغير إذن السيد إذا كان يضعف العبد عن الخدمة - وقال  
في الخادم أيضاً: لو نذره العبد بإذن السيد ثم باعه فليس للسيد المشتري منعه كما قاله المتولي  
لأنه مستحق قبل تملكه له. نعم له الخيار إن جهل ومثله أيضاً لو مات السيد فليس للوارث ذلك.  
نعم لو كان استحقاق الاعتكاف ينقصه عن الثلث بأن نجز قبل ذلك تبرعات ثم أذن العبد في  
الاعتكاف فللوارث إبطاله. قال بعضهم ولكن إنما يظهر إذا أذن السيد للعبد في مرض الموت فلو  
أذن له في الصحة في اعتكاف شهر مثلاً ومضت مدة شهر في صحة السيد ففيه نظر. ينظر  
الروضة (٢/٢٦٣).

ويستوي في جميع ما ذكرناه القِن، والمُدْبِر، وأمّ الوَلْد.

وأما المكاتب فله أن يعتكف بغير إذن السيد على أصح الوجهين، ومن نصفه حرٌّ ونصفه رقيق كالرقيق إن لم يكن بينه وبين السيد مهايأة، وإن كانت فهو في نوبة نفسه كالحر، وفي نوبة السيد كالرقيق، وأما من يخرج عنه فباعثار الإسلام والعقل يخرج الكافر والمجنون، والسكران، والمغمى عليه، فلا يصح منهم الاعتكاف إذ لا نية لهم.

ولو أرتد في أثناء أعتكافه، فالمنقول عن نَصه في «الأم» أنه لا يبطل أعتكافه، بل يبني إذا عاد إلى الإسلام، ونَص أنه لو سكر في اعتكافه، ثم أفاق يستأنف، وهذا حكم بطلان الاعتكاف، وللأصحاب فيهما طريقان:

أحدهما: تقرير النَّصِيْن.

والفرق أن السُّكْرَانَ مَمْنُوعٌ مِنَ الْمَسْجِدِ، قال الله تعالى: ﴿لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى﴾<sup>(١)</sup> أي: موضع الصلاة، فإذا شرب المُسْكِر، وَسَكِر، فقد أخرج نفسه عن أهليَّة اللَّبْثِ في المسجد، فنزل ذلك منزلة خروج منه، والمُرْتَدُّ غَيْرُ مَمْنُوعٍ مِنَ الْمَسْجِدِ؛ بل يجوز أستتابته فيه، وتمكينه من الدخول لاستماع القرآن ونحوه، فلم يجعل الارتداد متضمناً بطلان الاعتكاف، وأختار أصحاب الشَّيْخِ أَبِي حَامِدٍ هَذَا الطَّرِيقَ، وذكروا أنه المذهب، وسلم غيرهم ذلك في السُّكْرَانَ، ونازعوهم في عدم تأثير الرُّدَّةِ على ما سيأتي.

وأصحهما: التَّسْوِيَةُ بَيْنَ الرُّدَّةِ وَالسُّكْرِ، وفي كيفيتها طريقان:

أحدهما: أنهما على قولين:

أحدهما: أنهما لا يُبْطَلَانِ الْاِعْتِكَافِ.

أما الرُّدَّةُ فلما سبق.

وأما السُّكْرُ، فلأنه ليس فيه إلا تناول مُحْرَمٍ، وذلك لا ينافي الإعتكاف.

والثاني: أنهما يبطلان الإعتكاف أما السكر فلما سبق، وأما الردة فلخروج المُرْتَدِّ عن أهلية العبادة.

وأصحهما: الْجَزْمُ فِي الصَّوْرَتَيْنِ، وفي كيفته طرق.

أحدهما: أنه لا يبطل الإعتكاف بواحدٍ مِنْهُمَا، وكلامه في السُّكْرَانَ محمول على ما إذا خرج من المسجد، أو أخرج لإقامة الحَدِّ عليه.

وثانيها: أن السكر يبطله لامتداد زمانه، والرّدة كذلك إن طال زَمَانُهَا، وإلا فينبى، وكلامه في الردة محمول على حالة طُولِ الزمان.

وثالثها: ولم يورده إلا لإمام، وصاحب الكتاب رحمهما الله أن الرّدة تُبْطَلُ، لأنها تفوت شرط العبادة، والسكر لا يبطل، كالنوم والإغماء، وهو خلاف التّصين.

ورابعها: وهو الأصح، ويحكى ذلك عن الرّبيع: أنهما جميعاً مُبْطَلان، فإن كل واحد منها أشد من الخروج من المسجد، فإذا كان ذلك مبطلاً للإعتكاف فهما أولى، ونُصه في الرّدة مفروض فيما إذا لم يكن اعتكافه متتابعاً، وإذا عاد إلى الإسلام يبنى على ما مضى، لأن الردة لا تحبط العبادات السّابقة عندنا، ونصه في السكر مفروض في الإعتكاف المتتابع، والله أعلم. وأعرف في لفظ الكتاب شيئين:

أحدهما: أنه يشعر بأن الخلاف في أن الرّدة والسكر هل يخلان بالإعتكاف أم يستمر معهما بحالة؟ فإنه جعلهما مانعين من الصّحة إبتداءً، وفرض الخلاف في الفساد بعروضهما، وكلام الإمام كالصرح بمثل ذلك، وليس هو بِمُسَاعِدٍ عليه، بل الأصحاب جعلوا الخَلاف في أنه هل يبقى ما تقدّم على الردة والسكر معتداً به حتى يبنى عليه، أم يَبْطُلُ حَتَّى يَحْتَاجَ إِلَى الاستِثْنَاءِ إذا كان الإعتكاف متتابعاً؟ فأما زمان الردة والسكر فالمفهوم من نصّ الشافعي - رضي الله عنه - أنه لا اعتكاف فيه، فإن الكلام في أنه يبنى أو يستأنف إنما ينتظم عند حُصُولِ الاختِلالِ فِي الحَالِ، وقد نصّ أبو علي وغيره، على أن أيام الرّدة غير محسوبة من الإعتكاف بِالأشْكَ، إذ ليس للمرتد أهلية العبادة، ونقل صاحب «التّهذيب» في احتساب زمان السُّكْرِ وجهين، وقال: المذهب المنع.

والثّاني: أن إيراد الكتاب يقتضي تَرْجِيحِ الطّريقِ الَّذِي عَزَيْنَاهُ إِلَى رواية الإمام، وصاحب الكتاب، وقد صرح به في «الوسيط» ولم ير لغيرهما نقله فضلاً عن ترجيحه، ولو جُنَّ أو أغمى في عليه في خِلالِ الإعتكاف، فإن لم يخرج من المَسْجِدِ لم يبطل اعتكافه، لأنه معذور فيما عرض، وإن أخرج نظر إن لم يمكن حفظه في المسجد فكذلك، لأنه لم يحصل الخروج باختياره، فأشبهه مالو حمل العاقِلُ، وأُخْرِجَ مَكْرَهًا، وإن أمكن ولكن شقّ فيه الخلاف الذي نذكره في المريض إذا خرج، قال في «التّمتة»: ولا يحسب زمان الجنون من الاعتكاف، لأن العبادات البدنية لا تصح من المُجْتُونِ، وزمان الإغماء يحسب على المذهب، وفيه خلاف تخرجاً مما لو أغمى عَلَى الصّائِمِ. وأما اعتبار النقاء من الجنابة والحيض فيخرج منه الحائِضُ والجُنْبُ، فلا يصح منهما الإعتكاف، ومتى طرأ الحيض على المعتكفة فعليها الخُروجُ مِنَ المَسْجِدِ، ولو مَكَّتْ لم يحسب من الإعتكاف، وهل يبطل ما سبق أم يجوز البتاء عليه في الإعتكاف المتتابع؟ وقد ذكره في الفصل الثالث.

ولو طرأت الجنابة نظر إن طرأت بما يبطل الاعتكاف فلا يخفى الحكم، وإن طرأت بما لا يبطله كالاحتلام وبالجماع ناسياً والإنزال بالمباشرة فيما دون - الفرج، إذا قلنا: إنها لا تبطل فعلية أن يبادر إلى الغسل، كيلا يبطل تتابع اعتكافه، ثم إن لم يمكنه الغسل في المسجد فهو مضطر إلى الخروج، وإن أمكنه فيعذر في الخروج أيضاً، ولا يكلف الغسل في المسجد، فإن الخروج أقرب إلى المرؤة وصيانة حرمة المسجد. وقوله: (والحيض مهما طرأ قطع) ليس المراد منه قطع التتابع، فالكلام فيه سيأتي، وإنما المراد أنه يقطع الاعتكاف في الحال، وإذا كان كذلك فانقطاع الاعتكاف في الحال غير مخصوص بالحيض، بل زمان الجنابة أيضاً لا يحسب من الاعتكاف على الصحيح، فيه وجه حكاه صَاحِبُ «التَهْذِيبِ» وضعفه، فلو قال: والحيض والجنابة إذا طرأ قطعاً، ثم ذكر حكم الاحتلام كان أحسن.

قال الغزالي: (الرَّابِعُ الْمُعْتَكَفُ فِيهِ) وَهُوَ الْمَسْجِدُ وَيَسْتَوِي فِيهِ سَائِرُ الْمَسَاجِدِ، وَالْجَمَاعُ أَوْلَى بِهِ، وَلَا يَصِحُّ اعْتِكَافُ الْمَرْأَةِ فِي مَسْجِدٍ بَيْتِهَا عَلَى الْجَدِيدِ.

قال الرَّافِعِيُّ: الإِعْتِكَافُ يَخْتَصُّ بِالْمَسَاجِدِ<sup>(١)</sup>، وَيَسْتَوِي فِي الْجَوَازِ جَمِيعُهَا كَاسْتَوَائِهَا فِي تَحْرِيمِ الْمُكْتَبِ الْمَجْتَبِ، وَسَائِرِ الْأَحْكَامِ، وَيَدُلُّ عَلَيْهِ إِطْلَاقُ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ﴾<sup>(٢)</sup> وَعِنْدَ أَحْمَدَ: لَا يَصِحُّ الإِعْتِكَافُ إِلَّا فِي مَسْجِدٍ تَقَامُ فِيهِ الْجَمَاعَةُ، فَأَعْلَمَ قَوْلُهُ: ﴿وَيَسْتَوِي فِيهِ جَمِيعُ الْمَسَاجِدِ﴾ بِالْأَلْفِ، وَيَجُوزُ أَنْ يُعْلَمَهُ بِالرَّوَاوِ أَيْضاً؛ لِأَنَّ صَاحِبَ «الْمَعْتَمَدِ» ذَكَرَ أَنَّ الشَّيْخَ أَبَا حَامِدٍ حَكَى أَنَّ الشَّافِعِيَّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَوْ مَا فِي الْقَدِيمِ إِلَى مِثْلِ مَذْهَبِ الزَّهْرِيِّ، وَهُوَ إِخْتِصَاصُ الإِعْتِكَافِ بِالْمَجْسَدِ الْجَامِعِ، وَالْمَشْهُورِ الْأَوَّلِ، وَالْجَامِعِ أَوْلَى بِالِاعْتِكَافِ لِلخُرُوجِ مِنَ الْخِلَافِ، وَلِكثْرَةِ الْجَمَاعَةِ، وَثَلَا يَحْتَاجُ إِلَى الْخُرُوجِ لِصَلَاةِ الْجُمُعَةِ، وَهَذَا أَظْهَرَ الْمَعْنَى عِنْدَ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَوْ لَا يَدُ مِنْهُ فِي ثُبُوتِ الْأَوْلَوِيَّةِ؛ لِأَنَّهُ نَصَّ عَلَى أَنَّ الْمَرْأَةَ وَالْعَبْدَ وَالْمَسَافِرَ، يَعْتَكِفُونَ حَيْثُ شَاءُوا أَي: مِنَ الْمَسَاجِدِ؛ لِأَنَّهُ جَمَعَهُ عَلَيْهِمْ. وَلَوْ إِعْتَكَفَ الْمَرْأَةُ فِي مَسْجِدِ بَيْتِهَا، وَهُوَ الْمَعْتَزَلُ الْمَهْيَأُ لِلصَّلَاةِ هَلْ يَصِحُّ؟ فِيهِ قَوْلَانِ: الْجَدِيدُ وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ وَأَحْمَدُ: لَا؛ لِأَنَّ ذَلِكَ الْمَوْضِعَ لَيْسَ بِمَسْجِدٍ فِي الْحَقِيقَةِ، فَأَشْبَهَ سَائِرَ الْمَوَاضِعِ، وَيَدُلُّ عَلَيْهِ «أَنَّ نِسَاءَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - كُنَّ يَعْتَكِفْنَ فِي الْمَسْجِدِ»<sup>(٣)</sup>، وَلَوْ جَازَ اعْتِكَافُهُنَّ فِي الْبُيُوتِ لِأَشْبَهَ

(١) استثنى الأذريعي ما أرضه مستأجرة ووقف بناؤه مسجداً فلا يصح الاعتكاف فيه ونازع الزركشي وادعى أنه غير مسلم، والظاهر خلاف ما بحثه. ينظر الروضة (٢/٢٦٥).

(٢) سورة البقرة، الآية ١٨٧.

(٣) انظر التلخيص الحبير (٢/٢١٨) وقال: لم أره هكذا.

أن يلازمها والقديم وبه قال أبو حنيفة: نعم، لأنه مكان صلاتها كما أن المسجد مكان صلاة الرجال، وعلى هذا ففي جواز الإعتكاف فيه للرجل وجهان: وهو أولى بالمنع، ووجه الجواز أن نفل الرجل في البيت أفضل، والإعتكاف ملحق بالنوافل، وإذا قلنا بالجديد فكل امرأة يُكره لها حضور الجماعات، يكره لها الخروج للإعتكاف، والتي لا يكره لها ذلك لا يكره لها هذا<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي: (وَلَوْ عَيَّنَ مَسْجِدًا يَنْذِرُهُ، فَالصَّحِيحُ أَنَّ الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ يَتَّعَيْنُ، وَسَائِرَ الْمَسَاجِدِ لَا تَتَّعَيْنُ، وَفِي الْمَسْجِدِ الْأَقْصَى وَمَسْجِدِ الْمَدِينَةِ قَوْلَانِ، وَقِيلَ: إِنَّ الْكُلَّ لَا يَتَّعَيْنُ، وَقِيلَ: إِنَّ الْكُلَّ يَتَّعَيْنُ، وَأَمَّا الزَّمَانُ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ يَتَّعَيْنُ (و) كَمَا فِي الصَّوْمِ ثُمَّ يَقْضِي (و) عِنْدَ الْقَوَاتِ.

قال الرافعي: مقصود الفصل في تعيين مكان الاعتكاف وزمانه بالندر.

أما المكان فإن عيّن المسجد الحرام، تعين لمزيد فضله، وتعاق النسك.

وأن عين مسجد المدينة، أو المسجد الأقصى فهل يتعين فيه قولان.

أظهرهما: وبه وقال: أحمد، نعم؛ لأنهما مسجدان ورد الشرع بشد الرحال إليهما، المسجد الحرام.

والثاني: لا؛ لأنه لا يتعلق بهما نسك، فأشبهها سائر المساجد، وذكر الإمام أن من الأصحاب من خرج تعيين المسجد الحرام على هذين القولين. وإن عين المساجد الثلاثة ففي التعيين وجهان. وقال الكرخي: قولان عن ابن سريج.

أظهرهما: أنه لا يتعين كما لو عيّنهُ للصلاة.

والثاني: أنه يتعين؛ لأن الإعتكاف يختص بالمسجد بخلاف الصلاة لا تختص بالمسجد فلا يتعين لها المسج.

واحتج لهذا الوجه بأن الشافعي - رضي الله عنه - قال: لو أوجب على نفسه اعتكافاً في مسجدٍ فانهدم إعتكف في موضع منه، فإن لم يقدر خرج، فإذا بُني المسجد رجع وبنى على اعتكافه. ومن قال بالأول حمّله على ما إذا كان المعين أحد المساجد الثلاثة، أو ما إذا لم يكن في تلك القرية مسجد آخر، ومنهم من قطع بأن غير المساجد الثلاثة لا يتعين، ونفى الخلاف فيه. وإذا عرفت ما ذكرناه تبين لك أن في تعيين الجميع

(١) قال النووي: قد أنكر القاضي أبو الطيب وجماعة هذا القديم. وقالوا: لا يجوز في مسجد بيننا قولاً واحداً، وغلطوا من قال: قولان. ينظر الروضة (٢/٢٦٥).

خلافاً كما ذكره في الكتاب، وليس قوله: (وقيل الكل لا يتعين) محمولاً على طريقة قاطعة بنفسى التعين في الكل، فإنه لا صائر إليه في المسجد الحرام.

ولا قوله: (وقيل الكل يتعين) محمولاً على طريقة قاطعة بالتعين في الكل، فإنه لم ينقلها أحد في غير المساجد الثلاثة، ولكن الطريقة المذكورة أولاً قاطعة بالتعين في المسجد الحرام، وبعدم التعين فيما سوى المساجد الثلاثة، فالغرض من قوله (قيل وقيل) بيان أن كل واحد من القطعين قد نازع فيه بعض الأصحاب، ومتى حكمنا بالتعين فإذا عيّن المسجد الحرام لم يبق غيره مقامة، وإن عيّن مسجد المدينة لم يبق غيره مقامة إلا المسجد الحرام، وإن عين المسجد الأقصى لم يبق غيره مقامة، إلا المسجد الحرام، ومسجد المدينة، وإن حكمنا بعدم التعين، فليس له الخروج بعد الشروع لينتقل إلى مسجد آخر، لكن و كان ينقل في خروجه لقضاء الحاجة إلى مسجد آخر على مثل تلك المسافة، أو أقرب كان له ذلك في أصح الوجهين.

وأما الزمان ففي تعيينه بالتعين وجهان:

أحدهما: وهو المذهب: أنه يتعين حتى لا يجوز التقديم عليه، ولو تأخر كان ذلك قضاء الفائت.

والثاني: لا يتعين كما لا يتعين في نذر الطلأة والصدقة، والوجهان جاريان بعينهما، فيما إذا عين زمان الصوم، وقد ذكرهما في الكتاب في النذور، وسيأتي شرحه عليهما - إن شاء الله - وهذا الكلام يعرفك أن قوله: (فالمذهب أنه يتعين كما في الصوم) ليس كقياس التعين في الوجه الذي هو المذهب على التعين في الصوم، فإن الخلاف فيهما واحد، وإنما الغرض تشبيه الخلاف بالخلاف.

قال الغزالي: (الفضل الثاني في حكم النذر) والنظر في ثلاثة أمور: (الأول) في التابع فإذا قال: لله علي أن أعتكف شهراً يلزمه (و) التابع إلا إذا شرط، ولو قال: يوماً لم يخرق فريق الساعات على الأيام في أصح الوجهين، وإذا قال: أعتكف هذا الشهر لم يفسد أوله بفساد آخره، ولا يلزم التابع في قضائه، لأن التابع وقع ضرورة لا بقضائه، بل لو صرح وقال: أعتكف هذا الشهر متتابعاً لم يلزم التابع في القضاء على أحد الوجهين إذ التابع وقع ضرورة فلا أثر للفظه.

قال الرافعي: الاعتكاف المنذور يمتاز عن غير المنذور منه بأمور راجعة إلى كيفية لفظ النادر والتزامه، ومقصود الفضل الثاني الكلام في ثلاثة أمور منها.

أحدهما: في التابع.

من نذر اعتكافاً لم يخل إما أن يطلق أو يقدر مُدَّة، فإن أطلق فقد ذكرنا ما يلزمه. وما يستحب له، وإن قَدَّرَ مُدَّةً فإِذَا أُنْطَلِقَ أَوْ يُعَيَّنَ.

**الحالة الأولى:** أن يطلقها فينظر إن اشترط التتابع لزمه، كما اشترط التتابع في الصُّوم، وإن لم يشترطه بل قال: على شهر أو عشرة أيام لم يلزمه التتابع كما في نظره من الصُّوم، وخرج ابن سُرَيْجٍ قولاً: أنه يلزم، وبه قال مالك، وأبو حنيفة، وأحمد - رحمهم الل - كما لو حلف ألا يكلم زيداً شهراً يكون متتابعاً، وظاهر المذهب الأولى وهو المذكور في الكتاب، ولكن يستحب رعاية التتابع، وعلى هذا فلو لم يتعرض له لفظاً، ولكن نواة بقلبه فهل يلزمه؟ فيه وجهان: قال صاحب «التهذيب» وغيره:

**أصحهما:** أنه لا يلزمه، كما لو نذر أصل الإعتكاف بقلبه، ولو شرط التفرقة فهل يخرج عن العهدة بالتتابع؟ فيه وجهان:

**أصحهما:** نعم؛ لأنه أفضل كما لو عيّن غير المسجد الحرام، ويخرج عن العهدة بالإعتكاف في المسجد الحرام، ولو نذر اعتكاف يَوْمٍ فهل يجوز تفريق الساعات على الأيام؟ فيه وجهان:

**أحدهما:** نعم، تنزيلاً للساعات من اليوم منزلة الأيام من الشهر.

**أصحهما:** وبه قال أبو إسحاق والأشعثون: لا، لأن المفهوم من لفظ اليوم المتصل، وقد حكى عن الخليل أن اليوم اسم لما بين طلوع الفجر وغروب الشمس.

ولو دخل المسجد في أثناء النهار وخرج بعد الغروب ثم عاد قبيل طلوع الفجر ومكث إلى مثل ذلك الوقت فهو على هذين الوجهين ولو لم يخرج بالليل فجواب الأكثرين أنه يجزئه، سواء جوزنا التفريق أو منعه، لحصول التواصل بالبيتوته في المسجد. وعن أبي إسحاق أنه لا يجزئه تفرعاً على الوجه الثاني؟ لأنه لم بات بيوم متواصل الساعات الليلة ليست من اليوم، فلا فرق بين أن يخرج منها عن المسجد أولاً يخرج، وهذا هو الوجه. ولو قال في أثناء النهار: لله على أن أعتكف يوماً من هذا الوقت فقد أطبق حماة المذهب على أنه يلزمه دخول المعتكف من ذلك الوقت إلى مثله من اليوم الثاني، ولا يجوز أن يخرج بالليل ليتحقق التتابع، وفيه توقف من جهة المعنى؛ لأن الملتزم يوم، والتبعضان يوم وليلة، والليلة المتخللة ليست من اليوم، فلا تمنع التتابع بينهما، كما أنها لا تمنع وصف اليومين الكاملين بالتتابع، والقياس أن يجعل فائدة التقيد في هذه الصورة القطع بجواز التفريق لا غير، ثم حكى الإمام تفرعاً على جواز تفريق الساعات عن الأصحاب أنه يكفيه ساعات أقصر الأيام؛ لأنه لو اعتكف أقصر الأيام جاز، ثم قال: إن فرق على ساعات أقصر الأيام في سنين فالأمر كذلك، وإن اعتكف في أيام متباينة في الطول والقصر فينبغي أن ينسب اعتكافه في كل يوم



بالجزئية إليه إن كان ثلثاً فقد خرج عن ثلث ما عليه، وعلى هذا القياس، نظراً إلى اليوم الذي يوقع فيه الإعتكاف، ولهذا لو اعتكف بقدر ساعات أقصر الأيام من يوم طویل لم يكفه، وهذا الذي ذكره مُسْتَدْرَكُ حَسَنٍ، وقد أجاب عنه بما لا يشفى والله أعلم.

**الحالة الثانية:** أن يعين المدة المقدره، كما لو نذر أن يعتكف عشرة أيام من الآن، أو هذه العشرة أو شهر رمضان، أو هذا الشهر فعلية الوفاء، ولو أفسد آخره بالخروج بغير عُذْرٍ أو بسبب آخر لم يلزمه الاستئناف، ولو فاته الجميع لم يلزمه التتابع في الفَضَاءِ، لأن التتابع فيه كان ضمن حَقِّ الوَقْتِ، وضروراته لا أنه وقع مقصوداً فأشبهه التتابع في صَوْمِ رمضان، وهذا إذا لم يتعرض للتتابع، أما إذا صرَّح به فقال: أعتكف هذه العشرة، أو هذا الشهر متتابعاً، فهل يلزمه الاستئناف إذا أفسد آخره؟ وهل يجب التتابع في قضائه عند الفوات؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، لأن التتابع واقع ضرورة فلا أثر للفظه وتصريحه.

وأصحهما: نعم؛ لأن تصريحه به يدل على قعصده إياه، ويجوز أن يكون ذلك مقصوداً من تعيين الزمان.

وأعلم قوله: في الكتاب: (لم يفسد أوله آخره) بالألف، لأن في رواية عن أحمد يفسد ويجب الاستئناف.

قال الغزالي: (الثاني في استنباع الليالي) فإذا نذر اعتكاف شهر دخلت الليالي فيه ويكفيه شهر بالأهلة، ولو نذر اعتكاف يوم لم تدخل الليلة، ولو نذر عشرة أيام ففي الليالي المتخللة ثلاثة أوجه، وفي الثالث تدخل إن نذر التتابع وإلا فلا، وإذا نذر العشر الأخير فنقص الهلال كفاه التسع.

قال الرافعي: مقصود هذا النظر بيان أن الليالي متى تلزم إذا ينص عليها، ويقاس به الأيام إذا لم ينص عليها، وفيه صور.

إحدهما: لو نذر اعتكاف شهر لزمه الأيام والليالي؛ لأن الشهر عبارة عن الجميع إلا أن يقول أيام شهر، أو نهار هذا الشهر، فلا تلزمه الليالي، وكذا لو قال: ليالي هذا الشهر لا تلزم الأيام، ولو لم يتلفظ بتقييد ولا استثناء، ولكن نوى بقلبه ففيه وجهان:

أصحهما: وبه قبل أبو حنيفة: أنه لا يؤثر، ذكره في «التهذيب»، ثم إذا أطلق الشهر فدخل المسجد قبل الاستهلاك كفاه ذلك الشهر خرج ناقصاً أو كاملاً، وإن دخل في أثناء الشهر استكمل بالعدد.

**الثانية:** لو نذر اعتكاف يوم لم يلزمه ضم الليلة إليه إلا أن ينوي، فحينئذ يلزمه؛

لأن اليوم قد يطلق ويراد به اليوم بليته، وحكى الحنَاطي قولاً أنه يدخل الليل في هذا النذرِ إلا أن ينوي يوماً بلا ليلة، فيجوز أن يرقم قوله في الكتاب: (لم تدخل الليلة) بالواو لذلك، ولو نذر اعتكاف يومين ففي لزوم الليلة معهما ثلاثة أوجه.

أحدهما: لا تلزم إلا إذا نَوَّاهَا لِمَا سَبَقَ أن اليوم عبارة عما بين طلوع الفجر وغروب الشمس.

والثاني: تلزم إلا أن يريد بيباض النهار؛ لأنها ليلة تتخلل نهار الاعتكاف فأشبهه ما لو نذر اعتكاف العشر.

والثالث: إن نوى التابع أو قيد به لفظاً لزم ليحصل التواصل، وإلا فلا، وهذا أرجح عند الأكثرين، بل لم يذكروا خلافاً في لزومها إذا قيد بالتتابع، وذكر صاحب «المهذب» وآخرون أن الأول أظهر، والوجه التوسط إن كان المراد من التابع توالي اليومين فالحق ما ذكره صاحب «المهذب» وإن كان المراد تواصل الإعتكاف فالحق ما ذكره الأكثرون، ولو نذر اعتكاف ليلتين ففي النهار المتخلل بينها هذا الخلاف، ولو نذر أيام ثلاثة أيام أو عشرة أو ثلاثين يوماً، ففي لزوم الليالي المتخللة الوجوه الثلاثة.

وأشار الشيخ أبو محمد وطائفة إلى طريقة قاطعة بأن نذر اليومين لا يستتبع شيئاً من الليالي، والخلاق في الثلاثة فصاعداً، وحكى عن القفل في توجيهه أن العرب إذا أطلقت اليومين عنت مجرد النهار، وإذا أطلقت الأيام عنتها بلياليها، وهذا الفرق غير معلوم من أهل اللسان والله أعلم. وإنما قال (ففي الليالي المتخللة بينها) على أن الخلاق مخصوص بما بين الأيام المنذورة من الليالي، وهي تنقص عن عدد الأيام بواحد أبداً، ولا خلاق في أن الليالي لا تلزم بعدد الأيام، فإذا نذر يومين لم يلزم ليلتان بحال، وبه قال مالك وأحمد. وقال أبو حنيفة - رحمهم الله -: يلزم ليلتان، وقياس ما نقله الحنَاطي في اليوم الواحد مثله فُعرفه.

الثالثة: لو نذر العشر الأخير من بعض الشهور دخل فيه الأيام واليالي، وتكون الليالي هاهنا بعدد الأيام كما في نذر الشهر، وقد مر في اعتكاف العشر الأواخر من رمضان أنه متى يدخل المسجد ويخرج عن العهدة؟ إذا استهل الهلال كان الشهر كاملاً أو ناقصاً؛ لأن الاسم يقع على ما بين العشرين إلى آخر الشهر، ولو نذر أن يعتكف عشرة من آخر الشهر دخل المسجد آخر اليوم العشرين، أو فيبيل الحادي والعشرين فنقص الشهر لزمه قضاء يوم، لأنه جرد القصد إلى العشرة، وفي دخول الليالي ما حكيناه من الخلاف.

فرع: إذا نذر أن يعتكف اليوم الذي يقدم فيه فلان فقديم لئلا لم يلزمه شيء، وإن قدم نهاراً لزمه اعتكاف بقية النهار، وهل عليه قضاء ما مضى منه؟ فيه قولان أصحهما

وهو ظاهر نصّه في «المختصر»: لا؛ لأن الوجوب ثبت من حين القدوم.

والثاني: نعم؛ لأننا نتبين بقدومه أن ذلك اليوم من أوله يوم القدوم وبهذا قال المزني، وابن الحداد، وعلى هذا فيعتكف بقيّة اليوم، ويقضي بقدر ما مضى من يوم آخر، ولا يخلو الوقت عن العبادة بقدر الإمكان.

وقال المزني؛ الأولى أن يستأنف اعتكاف يوم ليكون اعتكافه موصولاً، ولو كان التّأذُر وقت القُدوم مريضاً، أو محبوباً قضي عند زوال العذر أما ما بقى من النهار أو يوماً كاملاً على اختلاف القولين، وعن القاضي أبي حامد وصاحب «الإفصاح» أنه لا شيء عليه؛ لعجزه وقت الوجوب كما لو نذرت المرأة صَومَومَ يوم بعينه فحاضت فيه.

قال الغزالي: (الثالث في الأستثناء) فإذا قال: أعتكف شهراً متتابعاً أخرج إلا لعيادة زيد لم يجز الخروج لغيره، ولو قال: لأخرج إلا لشغل يعن لي جاز (م و) الخروج لكل شغل ديني أو دنيوي لا كالنظارة والتّنزه، ولو قال: أتصدق بهذه الدراهم إلا أن أحتاج إليها، فالأظهر صحة الشرط، ولو قال: إلا أن يندو لي فالأظهر فساد الشرط.

قال الرافعي: إذا نذر بصفة التتابع شرط الخروج منه إن عرض عارض صح شرطه، لأن الإعتكاف إنما يلزمه بالتزامه، فيجب بحسب الالتزام، وعن صاحب «التقريب» والحناطي حكاية قول آخر: أنه لا يصح؛ لأنه شرط يخالف مقتضى الإعتكاف المتتابع فيلغى كما لو شرط المعتكف أن يخرج للجماع، وفيما علق عن الشيخ أبي محمد أن بالأول قال أبو حنيفة، والثاني قال مالك، وعن أحمد روايتان كالقولين فإن قلنا بالأول وهو الصحيح المشهور، فينظر أن عين نوعاً فقال؛ لا أخرج إلا لعيادة المرضى، أو عين ما هو أخص منه فقال: لا أخرج إلا لعيادة زيد، أو لتشييع جنازته إن مات خرج لما عيّنهُ دون غيره من الأشغال، وإن كان أهمّ منه وإن أطلق وقال: لا أخرج إلا لشغل يعن لي أو لعارض كان له أن يخرج لكل شغل ديني كحضور الجمعة، وعبادة المرضى، وصلاة الجنّازة، أو دنيوي كلقاء السلطان، واقتضاء الغريم، ولا يبطل التتابع بشيء من ذلك، ويشترط في الشغل الدنيوي أن يكون مباحاً، ونقل وجه عن «الحاوي» أنه لا يشترط، ولا عبارة بالنظارة والنزهة، فإن ذلك لا يعد من الأشغال ولا يغتنى به، ولو قال: إن عرض عارض قطعت الاعتكاف فالحكم كما لو شرط الخروج، إلا أن في شرط الخروج يلزمه العود عند قضاء تلك الحاجة، وفيما إذا قصد القطع لا يلزمه ذلك، وكذا لو قال: على أن أعتكف رمضان إلا أن أمرض أو

أسافر، فإذا مرض أو سافر فلا شيء عليه ولو نذر صلاةً وشرط الخروج منها إن عَرَضَ عَارِضٌ أو صوماً وشرط الخروج منه إن جَاعَ، أو أَضِيفَ فقيه وجهان:

أحدهما: وبه أجاب الأكثرون: أنه يَصَحُّ هذا الشَّرْطُ كما في الإعتكاف.

والثاني: لا يصح، ولا ينعقد النذر ويخالف الإعتكاف؛ لأن ما يتقدم منه على الخروج عبادة، وبعض الصَّلَاة، والصَّوْمُ ليس بعبادة.

ولو فرض ذلك في الحجّ انعقد النذر كما الإحرام المشروط، ولكن في جواز الخروج القولان المذكوران في كتاب «الحجّ» و«الصوم» و«الصلاة» أولى الخروج منهما عند أئمتنا العراقيين؛ لأنهما لا يلزمان بالشروع والالتزام مشروط، فإذا وجد العارض فلا يلزم، والحج يلزم بالشروع، وجعل الشيخ أبو محمد الحجّ أولى بجواز الخروج منه؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - «أَمَرَ ضِبَاعَةَ بِالْإِهْلَالِ بِشَرْطِ التَّحْلُلِ»<sup>(١)</sup>، ولو نذر التَّصَدُّقَ بعشرة دراهم، أو بهذه الدارهم إلا إن تعرض حاجة ونحوها فعلى الوجهين، والأظهر صِحْهُ الشَّرْطِ فإذا احتاج فلا شيء عليه، ولو قال في هذه القربات كلها إلا أن يبدو لي فوجهان.

أحدهما: أنه يصح الشَّرْطُ فلا شيء إذا بدأ له كَشَرَطِ سَائِرِ الْعَوَارِضِ.

وأظهرهما: وبه قال الشيخ أبو محمد لا يصح؛ لأنه تعليق الأمر بمجرد الخيرة، وذلك يَنَاقِضُ معنى الالتزام.

فإن قلت: إذا لم يَصِحَّ يبطل الالتزام من أصله، أو يلغى الشرط ويصح الالتزام.

فالجواب: أن صاحب «التهديب» حكم بعدم انعقاد النذر على قولنا: لا يصح شرط الخروج في الصَّوْمِ والصَّلَاة، وروى الإمام وجهين في صورة تقارب هذه وهي ما إذا نذر اعتكافاً متتابعاً، وشرط الخروج مهما أَرَادَ، قال هذا ضد التتابع فكأنه التزم التتابع ثم نفاه، ففي وجه يبطل الالتزام التتابع، وفي وجه يَلْزَمُ التتابع ويبطل الاستثناء، وشبه ذلك بشرائط فاسدة تقرن بالوقوف فإنما في مَسَلِّكَ يبطل الشَّرْطُ، وينفذ الوقف من أصله وفي مَسَلِّكَ يبطل الوقف من أصله والله أعلم.

قال الغزالي: ثُمَّ الزَّمَانُ الْمَضْرُوفُ إِلَى غَرَضِ الْمُسْتَنْثَنِي يَجِبُ قَضَاؤُهُ إِلَّا أَنْ يُعَيَّنَ الشَّهْرُ فَيَحْمَلُ اسْتِثْنَاؤُهُ عَلَى نَقْصَانِ الْوَقْتِ لَا عَلَى قَطْعِ التَّابِعِ فَقَطً.

قال الرافعي: إذا شرط الخروج لغرض وصَحَّحْنَاهُ فخرج لذلك الغرض هل يجب

(١) سيأتي في الحج.

تدارك الزمان المصروف إليه؟ بنظر إن نذر مُدَّة غير معينة كَشَهْرٍ مُطْلَقٍ، أو عشرة مُطْلَقَةٍ فيجب التَّدَارِكُ لِيَتِمَّ المدة المندورة، وتكون فائدة الشرط تنزيل ذلك الغرض مُنزلة قَضَاءِ الحاجة في أن التتابع لا ينقطع به، وإن عين المدة فنذر اعتكاف هذه العشرة أو شهر رمضان فلا يجب التَّدَارِكُ، لأنه لم ينذر إلا اعتكاف ما عدا ذلك الزَّمان من العشرة.

وقوله في «إلا أن يعين الشهر» لا يخفى أن ذكر الشهر جرى على سبيل ضَرْبِ المثال للمدة المعينة، وقوله: (فيحتمل استثناءه على نقصان الوقت لا على قطع التتابع فقط) معناه لا على نفي قَطْعِ التتابع فَحَدَفَ المُصَافَ وهو النفي هذا لا بد منه وهو مبين في «الوسيط» ثم الكلام بعد ذلك يحتمل من حيث اللفظ محملين. أحدهما: أن الاستثناء محمول فيما إذا كانت المدة مطلقة على نفي قَطْعِ التتابع فقط، إذ لا ضرورة إلى حمله على نقصان المُدَّةِ كما سبق، وهو يقول: إذا كانت المدة معينة يحمل الاستثناء على نقصان الوقت لا على ما حمل عليه عند الإطلاق، وهو نفي قطع التتابع فقط.

والثاني: أن يقال: أراد به أنه لا يحمل عند التعيين على نفي قَطْعِ التتابع فقط بل عليه وعلى نُقْصَانِ الوَقْتِ، والوجه حمله على الأول، لأن الثاني يَفْتَضِي إِفَادَتَهُ نفي قطع التتابع، وإنما يفيد أنه لو كان التتابع مَرَعِيًّا فيه ليقع الاستثناء صَائِنًا له عن الانقطاع، وقد قدمنا أن التتابع غير مرعى عِنْدَ تَعْيِينِ الزَّمان، نعم لو فرض التعرض للتتابع مع تعيين الزَّمان، وفرعنا على أن التتابع حينئذ يكون مَرَعِيًّا فينتظم المحمل الثاني أيضاً - والله أعلم -.

قال الغزالي: **الْفَضْلُ الثَّالِثُ فِي قَوَاعِ التَّابِعِ وَهُوَ انْقِطَاعُ شُرُوطِ الْاِعْتِكَافِ وَالْخُرُوجُ بِكُلِّ الْبَدَنِ عَنِ كُلِّ الْمَسْجِدِ بِغَيْرِ عُدْرٍ، فَلَوْ أَخْرَجَ رَأْسَهُ أَوْ رِجْلَهُ لَمْ يَضُرَّ، وَلَوْ أَذَّنَ عَلَى الْمَنَارَةِ وَبَابِهَا فِي الْمَسْجِدِ لَمْ يَضُرَّ، وَإِنْ كَانَ بِبَابِهَا خَارِجَ الْمَسْجِدِ وَهِيَ مُلْتَصِقَةٌ بِحَرِيمِ الْمَسْجِدِ فَثَلَاثَةٌ أَوْجُهُ، يَفْرُقُ فِي الثَّالِثِ بَعْدَ الْمُؤَذِّنِ الرَّائِبِ دُونَ غَيْرِهِ.**

قال الرافعي: الفصل معقود لبيان ما يقطع التتابع في الاعتكاف المتتابع ويخرج إلى الاستئناف وهو فيما ذكره حُجَّةُ الْإِسْلَامِ - رحمه الله - أمران.

أحدهما: انقطاع شروط الاعتكاف، والمفهوم من شروط الاعتكاف الأمور التي لا بد منها فيه كَكَفِّ النَّفْسِ عَنِ الْجَمَاعِ، وعن مقدماته في قول، لكن فيه كلامان:

أحدهما: أنه غير مجري على إطلاقه، لأن من شروط الاعتكاف النقاء عن الحيض، والجنابة، ومعلوم أن انقطاع هذا الشَّرْطِ بعروض الحيض والاحتلام لا يقطع التتابع.

والثاني: أن اللبث في الْمَسْجِدِ من الأمور التي لا بد منها في الاعتكاف، وإذا

خرج من المَسْجِدِ انقطع هذا الشَّرْطُ، فإذا الخروج من المسجد داخل في انقطاع شروط الاعتكاف، وقضية العَطْفِ ألا يدخل أحدهما في الآخر.

**الأمر الثاني:** الخروج بِكُلِّ البَدَنِ عَنْ كُلِّ المَسْجِدِ بغير عُذْرٍ، وفيه ثلاثة قيود:

أحدها: كَوْنُ الخُرُوجِ بِكُلِّ البَدَنِ والقصد به الاحتراز عما إذا أخرج يده، أو رأسه فلا يبطل اعتكافه؛ واحتجوا له بما روي أن رسول الله ﷺ: «كَانَ يُذْنِي رَأْسَهُ إِلَى عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا فَمَرَّ جِلْدُهُ وَهُوَ مُعْتَكِفٌ وَهُوَ فِي المَسْجِدِ»<sup>(١)</sup>. ولو أخرج إحدى رِجْلَيْهِ أو كِلَيْهِمَا وهو قاعدها مادَّهما فكذلك، وإن أتمد عليهما فهو خارج.

**الثاني:** كون الخروج عَنْ كُلِّ المسجد والقصد به الاحتراز عما إذا صعد المنار للأذان وللنارة حالتان:

إحدهما: أن يكون بابها في المَسْجِدِ، أو في رحبته المتصلة به فلا بأس بصُعودِهَا للأذان وغيره كصعود سطح المسجد ودخول بيت منه؛ ولا فرق بين أن يكون في نَفْسِ المَسْجِدِ أو الرحبة؛ وبين أن تكون خارجة عن سمت البِنَاءِ وتربيعه، وأبدى الإمام - رحمه الله - اِخْتِمَالاً فيما إذا كانت خارجة عن السمت قال: لأنها حينئذ لا تُعَدُّ مِنَ المَسْجِدِ، ولا يصح الاعتكاف فيها، وكلام الأئمة يَنَازِعُ فيما وجه به الاحتمال.

**الثانية:** إلاً يكون بابها في المَسْجِدِ ولا في رحبته المُتَّصِلَةِ به فهل يبطل اعتكاف المؤذن الرَّاتِبِ بصعودها للأذان؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، لأنه لا ضرورة إليه لإمكان الأذان على سَطْحِ المَسْجِدِ، فصار كما لو صعدا لغير الأذان، أو خرج إلى الأمير أو غيره ليعلمه بالصلاة.

**والثاني:** لا؛ لمعنيين.

أحدهما: أنها مبنية لِلْمَسْجِدِ معدودة من توابعه.

**والثاني:** أنه قد اعتاد صعودها للأذان والناس استأنسوا بصوته فيعذر فيه، ويجعل زمان الأذان مَسْتَثْنَى عن اعتكافه، وهذا أوضح المعنيين؛ لأن المنارة وإن كانت معدودة من توابع المسجد فهو إلى أن يصل إليها مُنْفَصِلٌ عن المسجد، ولو خرج إليها غير المؤذن الرَّاتِبِ للأذان رتب حكمه على الرَّاتِبِ إن أبطنا أعتكافه به فها هنا أولى، وإلا فيبني على المعنيين. إن قلنا بالثاني بطل وإن قلنا بالأول فلا، وإذا تركت الترتيب أطلقت ثلاثة أوجه كما في الكتاب.

(١) أخرجه البخاري (٢٩٥، ٢٩٦، ٣٠١، ٢٠٢١، ٢٠٢٩، ٢٠٣١، ٢٠٤٦، ٩٢٥) ومسلم (٢٩٧).

الثالث: الفرق بين الراتبِ وَغَيْرِهِ، قاله صاحب «التهذيب» وغيره: وهو الأصح.

وقوله: (ولو أذن على المنارة) التصوير في التأذين ينبه على أن الخروج إليها، وهي خارجة عن المسجد لغير الأذان لا يجوز بحال، لكنها إذا كانت في المسجد فلا فرق بين أن يضعدها للأذان أو غيره.

وقوله: (وإن كان بابها خارج المسجد، وهي ملتصقة بحريم المسجد فيه ثلاثة أوجه) يشعر بتقييد الخلاف بما إذا كانت ملتصقة بحريم المسجد، وفنائيه، لكن الأكثرين لم يشترطوا في صورة الخلاف سوى أن يكون بابها خارج المسجد كما قدمناه وزاد أبو القاسم الكرخي فنقل الخلاف فيما إذا كانت في رحبة منفصلة عن المسجد بينها وبين المسجد طريق. واعلم: أنه لو اقتصر في الضابط المذكور على الخروج عن المسجد، وحذف لفظتي «الكل» لكان الغرض حاصلاً، فإن من أخرج بغض بدنه لا يسمى خارجاً، ألا ترى أنه لو حلف أن لا يخرج من الدار فأخرج رأسه أو رجله غير معتمد عليهما لم يحنث، وكذا لا يقال: خرج من المسجد إلا إذا انفصل عن كله.

قال الغزالي: وَأَمَّا الْعُذْرُ فَعَلَى مَرَاتِبٍ: (الأولى) الخُرُوجُ لِقَضَاءِ الْحَاجَةِ وَهُوَ لَا يَضُرُّ، وَلَا يَجِبُ قَضَاءُ تِلْكَ الْأَوْقَاتِ وَلَا تَجْدِيدُ النَّيَّةِ عِنْدَ الْعَوْدِ، وَلَا فَرْقٌ بَيْنَ قُرْبِ الدَّارِ وَبُعْدِهَا (و) وَبَيْنَ أَنْ يَكْثُرَ الْخُرُوجُ (و) لِقَضَاءِ الْحَاجَةِ أَوْ يَقِلَّ، وَلَا بَأْسَ بِعِيَادَةِ الْمَرِيضِ فِي الطَّرِيقِ مَنْ عَيزَ تَعْرِيجَ، وَلَا بَأْسَ بِصَلَاةِ الْجَنَازَةِ مِنْ غَيْرِ اِزْوَارٍ عَنِ الطَّرِيقِ، وَكَذَا كُلُّ وَفْقَةٍ فِي حَدِّ صَلَاةِ الْجَنَازَةِ، وَإِنْ جَامَعَ فِي وَقْتِ قَضَاءِ الْحَاجَةِ انْقَطَعَ التَّائِبُ (و).

قال الرافعي: القيد الثالث كون الخروج بغير عُذْرٍ، وقد رتب العذر على مراتب:

إحداها: الخروج لقضاء الحاجة، فهو محتمل، روي عن عائشة - رضي الله عنها - «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ إِذَا اغْتَسَلَ عِنْدَ الْاِحْتِمَالِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ. وَهَلْ يَجُوزُ الْخُرُوجُ لِلْأَكْلِ؛ فِيهِ وَجْهَانِ:

أحدهما: وبه قال ابن سُرَيْجٍ: لا، لأن الأكل في المسجد ممكن.

والثاني: وبه قال أبو إسحاق: نعم؛ لأنه قد يستحيي منه، ويشق عليه، والأول أظهر عند الإمام وصاحب «التهذيب».

(١) أخرجه البخاري (٢٠٢٩، ٢٠٣٣، ٢٠٣٤، ٢٠٤١، ٢٠٤٥) ومسلم (٢٩٧)، وانظر الحديث السابق.

**والثاني:** أظهر عند الأكثرين، وحكاه الروياني عن نَصِّه في «الإملاء» وفي عبارة «المختصر» ما يدل عليه، ولو عطش ولم يجد الماء في المسجد فهو مَعْدُور في الخُروج، وإن وجده فَهَلْ له الخروج للشُّرب؟ فيه وجهان:

**أصحهما:** لا، فإنه لا يستحي منه، ولا يعد تركه من المروءة بخلاف الأكل، وقد أطلق في «التنبيه» القول بأن الخروج للأكل والشرب لا يضر، والوجه تأويله، ثم في الفصل مسائل:

**إحداها:** أوقات الخروج لقضاء الحاجة لا يجب تداركها، وله مأخذان.

**أحدهما:** أن الاعتكاف مستمر في أوقات الخروج لقضاء الحاجة، ولذلك لو جامع في ذلك الوقت بطل اعتكافه على الصحيح.

**والثاني:** أن زمان الخروج لقضاء الحاجة جعل كالمستثنى لفظاً عن المدة المنذورة، لأنه لا بُدُّ منه، وإذا فرغ وعاد لم يحتج إلى تجديد النية أما على المأخذ الأول فظاهر، وأما على الثاني فلأن اشتراط التتابع في الابتدء رابطة تجمع ما سوى تلك الأوقات، ومنهم من قال: إن طال الزمان ففي لزوم التجديد وجهان، كما لو أراد البناء على الوضوء بعد التفريق الكثير، ويجوز أن يعلم لهذا قوله: (ولا يجب تجديد النية) بالواو، فإنه أطلق الكلام إطلاقاً.

———— **الثانية:** لو كان في المسجد سقاية لم يكلف قضاء الحاجة فيها، لما فيه من المشقة وسقوط المروءة، وكذا لو كان في جوار المسجد صديق له وأمكنه دخول داره، فإن فيه مع ذلك قبول منه، بل له الخروج إلى داره إن كانت قريبة أو بعيدة غير متفاحشة البعد، فإن تفاحش بعدها ففيه وجهان:

———— **أحدهما:** يجوز أيضاً لما سبق، ولفظ الكتاب يوافق هذا الوجه لإطلاقه القول بأنه لا فرق بين قُرب الدار وبَعْدِهَا.

**والثاني:** المنع؛ لأنه قد يأتيه البؤل إلى أن يرجع فيبقى طول يومه في الذهاب، والمجيء إلا أن لا يجد في الطريق موضعاً للفرار، أو كان لا يليق بحاله أن يدخل لقضاء الحاجة غير داره، ونقل الإمام فيما إذا كثر خروجه لعارض يقتضيه الوجهين أيضاً، وقال: من أئمتنا من نظر إلى جنس قضاء الحاجة، ومنهم من خصص عدم تأثيره بما إذا قرب الزمان وقصر، وبالأول أجاب صاحب الكتاب، وهو قضية إطلاق المعظم لكن فيما إذا تفاحش البعد وجه المنع أظهر عند أئمتنا العراقيين. وذكر الروياني في «التجربة» أنه المذهب، ولو كانت له داران كل واحدة منهما بحيث يجوز الخروج إليها لو انفردت، وإحداها أقرب، ففي جواز الخروج إلى الأخرى وجهان:



أحدهما: وبه قال ابن أبي هريرة: يجوز كما لو انفردت.

وأصحهما: لا يجوز للاستغناء عنه، ولا يشترط لجواز الخروج إزهاق الطبيعة، وشدة الحاجة، وإذا خرج لم يكلف الإسراع، بل يمشي على سجيته المغمودة<sup>(١)</sup>.

**الثالثة:** لا يجوز الخروج لعيادة المريض، ولا لصلاة الجنابة<sup>(٢)</sup>، ولو خرج لقضاء الحاجة فعاد في الطريق مريضاً نظر إن لم يقف ولا أزوّر عن الطريق، بل اقتصر على السلام والسؤال فلا بأس، وإن وقف وأطال بطل اعتكافه، وإن لم يطل ففيه وجهان منقولان في «التتمة» و«العدة»، والأصح أنه لا بأس به، وأدعى الإمام إجماع الأصحاب عليه، ولو أזור عن الطريق قليلاً فعاده فقد جعلاه على هذين الوجهين، والأصح المنع لما فيه من إنشاء سبب لعنبر قضاء الحاجة، وقد روي «أنه ﷺ كان لا يسأل على المريض إلا مازاً في اعتكافه، ولا تعرج عليه»<sup>(٣)</sup> وإذا كان المريض في بيت من الدار التي يدخلها لقضاء الحاجة فالعدول لعيادته قليل، وإن كان في دار أخرى فكثير، ولو خرج لقضاء الحاجة فصلّى في الطريق على جنازة فلا بأس إذا لم ينتظرها ولا أזור عن الطريق، وحكى صاحب «التتمة» فيه الوجهين؛ لأن في صلاة الجنابة يفتقر إلى الوقفة.

وقال في «التهذيب»: إن كانت متعينة فلا بأس، وإلا فوجهان، والأظهر الأول، وجعل الإمام قدر صلاة الجنابة حد الوقفة اليسيرة، وتابعه المصنف وأحتملاه لجميع الأغراض. منها: أن يأكل لئلاً إذا فرغنا على أنه لا يجوز الخروج للأكل، لكن لو جامع في مروره بأن كان في هودج أو فرض ذلك في وقفة يسيرة ففي بطلان اعتكافه وجهان: أحصحهما: وهو المذكور في الكتاب: أنه يبطل، أما إذا قلنا باستمرار الاعتكاف في أوقات الخروج لقضاء الحاجة فظاهر، وأما إذا لم نقل به فلأن الجماع عظيم الوقع، فلاشتغال به أشد إغراضاً عن العبادة من إطالة الوقفة في عيادة مريض.

**والثاني:** أنه لا يبطل، لأنه غير معتكف في تلك الحالة ولم يصرف إليه زماناً، وإذا فرغ من قضاء الحاجة وأستنجى لم يلزمه نقل الوضوء إلى المسجد، بل يقع ذلك تابعاً، بخلاف ما إذا احتاج إلى الوضوء من غير قضاء الحاجة، كما لو قام من النوم لا

(١) قال النووي: «فلو تأنى أكثر من عادته. بطل اعتكافه على المذهب، ذكره في «البحر». ينظر الروضة (٢/٢٧١).

(٢) قال في الخادم: أطلق وهو مقيد بما إذا لم يكن قريباً للمريض وله من يقوم به، أما إذا كان من ذوي رحمه وليس له من يقوم به غيره فيجوز له الخروج: قال الماوردي وصرح بأنه مأمور بالخروج لذلك وإذا أعاد بنى وقيل ليستأنف. ينظر الروضة (٢/٢٧١).

(٣) أخرجه أبو داود (٢٤٧٢) بإسناد ضعيف من رواية عائشة - رضي الله عنها -، ومسلم (٢٩٧) موقوفاً عليها.

يجوز له الخروج ليتوضأ في أظهر الوجهين إذا أمكن الوضوء في المسجد.

وإذا وقفت على ما ذكرنا أعلمت قوله (من غير تعريج) بالواو والتعريج هو الوقوف، وكذا قوله: (ولا بأس بصلاة الجنابة) وقوله: (وكذا كل وقفة) وقوله: في مسألة الجماع: (انقطع التتابع).

قال الغزالي: (الرُّتْبَةُ الثَّانِيَةُ) الْخُرُوجُ بِعَذْرِ الْحَيْضِ غَيْرُ قَاطِعٍ لِلتَّابِعِ إِلَّا إِذَا قَصُرَتْ مَدَّةُ الْأَعْتِكَافِ وَأَمَكْنَ إِيدَاعُهَا فِي أَيَّامِ الطَّهْرِ فَفِيهِ وَجْهَانِ.

قال الرافعي: إذا حاضت المعتكفة لزمها الخروج، وهل ينقطع تتابع اعتكافها؟ إن كانت المدة المنذورة طويلة لا تخلو عن الحيض غالباً، فلا ينقطع، بل تبنى إذا طهرت كما لو حاضت في صوم الشهرين عن الكفارة، وإن كانت بحيث تخلو عن الحيض فقد قال الإمام وصاحب الكتاب: فيه وجهان، وقال آخرون قولان: أحدهما: أنه لا ينقطع به التتابع، لأن جنس الحيض متكرر بالجملة، فلا يؤثر في التتابع كقضاء الحاجة.

وأظهرهما: ينقطع، لأنها بسبيل من أن تشرع كما طهرت، وتودع الاعتكاف زمان الطهر، وأستبعد بعض الشارحين عبارة الوجهين من صاحب الكتاب، لأنه ذكر في صورة الرتبة الثالثة قولين مرتبين على الحيض، ولا يتنظم ترتيب القولين على الوجهين، ولا شك أنه لو أطلق عبارة القولين لكان أحسن، لكن ينبغي أن يعلم أن الأمر فيه هيئ من جهة المعنى من وجهين:

أحدهما: أن الذي يستحق الاستبعاد ترتيب القولين المنصوصين على وجهي الأضحاب، والقولان في تلك الصورة ليسا منصوصين، بل هما حاصلان من تصرف الأضحاب كما ستعرفه، والوجهان في الحيض ليسا على معنى افتراق الأضحاب وأختلافهم، وإنما هما مأخوذان من القولين في أنه هل يبطل التتابع بالحيض في صوم كفارة اليمين إذا شرطنا فيه التتابع؟ ومثل هذا الخلاف قد يسمى قولاً، ويسمى وجهاً، فالحاصل ترتيب قولين من تصرف الأضحاب على قولين مثلهما.

والثاني: أن الذي يستبعد هو بناء القولين على الوجهين، فإن المبنى عليه ينبغي أن يكون أقدم من المبنى، أما الترتيب فلا يعني به إلا أن أحد طرفي الخلاف في صورة أولى منه في صورة أخرى، ولا بعد في أن يكون قول الانقطاع في تلك الصورة أولى من وجه الانقطاع في صورة الحيض، والمذكور في الكتاب هو الترتيب دون البناء.

قال الغزالي: (الرُّتْبَةُ الثَّالِثَةُ) الْخُرُوجُ بِالْمَرَضِ أَوْ بِالنِّسْيَانِ أَوْ بِالْإِكْرَاهِ أَوْ لِأَدَاءِ شَهَادَةٍ مُتَمَيِّنَةٍ أَوْ تَمَكِينٍ مِنْ حَدِّ أَوْ حِدَّةٍ فَفِيهِ قَوْلَانِ مُرْتَبَانِ عَلَى الْحَيْضِ، وَأَوْلَى بِأَنْ يَنْقَطِعَ التَّابِعُ. قال الرافعي: في هذه الرتبة صور.

إحداها: المرض العارض للمعتكف على ثلاثة أضرب:

أحدها: المرض الخفيف الذي لا يشق معه المقام في المسجد، كالصداع، والحُمى الخفيفة، فلا يجوز الخروج من المسجد ولو خرج أنقطع التابع.

الثاني: المرض الذي يشق معه المقام في المسجد لحاجته إلى الفراش والخادم، وتردد الطبيب يُبيح الخروج، وإذا خرج فهل ينقطع التابع؟ فيه قولان:  
أظهرهما: لا، لدعاء الحاجة إليه، كالخروج لقضاء الحاجة.

والثاني: نعم، لأن المرض لا يغلب عروضه بخلاف قضاء الحاجة والحيض، فإنه يتكرر غالباً، فيجعل كالمستثنى لفظاً، والقول الأول منصوص عليه في «المختصر»، والثاني مُخرَج، خَرَجُوهُ من أحد القولين، في أن المرَضَ يقطع تتابع الصَّومِ في الكفارة.

الثالث: المرض الذي يخاف منه تلوُّث المسجد، كأنطلاق البطن، وإذْزارِ البَوْلِ، والجرح السائل، فالمشهور أن الخروج له لا يقطع التتابع لأضراره إليه، كالخروج لِلْحَيْضِ، وحكى الإمام عن بعض الأضحاب طرد القولين فيه. وإذا تأملت ذلك عرفت أن لفظ الكتاب وإن كان مطلقاً في حكاية الخلاف، فالضرب الأول غير مُراد منه، والثاني: مراد، وفي الثالث الطريقتان فهو على المشهور غير مُراد أيضاً.

(الثانية): لو خرج ناسياً هل ينقطع تتابعه؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، لأن اللبس مأمور به، والنسيان ليس بعذر في ترك المأمورات.

وأصحهما: لا، كما لا ينقطع بالجماع ناسياً، وكما لا يبطل الصوم بالأكل والجماع ناسياً، وأقتصر كثير من الأئمة على إيراد هذا الثاني، ومن أورد خلافاً عبَّر عنه بالوجهين، ولفظ القولين في هذه الصورة مخمُول على أن الخلاف مُخرَج من الخلاف في المرض، ومثل ذلك قد يسمى قولاً على ما سبق، وفي عبارة الإمام ما يبين ذلك فإن قلنا بالوجه الثاني، فذلك فيما إذا تذكَّر على القرب، أما إذا طال الزمان، فقد قال في «التتمة»: فيه وجهان كالوجهين في بطلان الصوم بالأكل الكثير ناسياً.

الثالثة: لو أكره حتى خرج ففيه قولان كالقولين فيما لو أكره وهو ضائم، والذي أجاب به الجمهور أنه لا ينقطع التابع، ولو أخرج السلطان ظُلماً في مصادرة وغيرها، أو خاف من ظالم فخرج وأستر فعلى القولين، لأنه لم يخرج بداعية نفسه، ولو أخرج لَحَقَّ توجهه عليه وهو يماطل به بطل اعتكافه؛ لأن التَّقْصِير منه، ولو أخرج لإقامة حدِّ عليه فسيأتي، ولو حمل فأخرج لم يبطل اعتكافه؛ كما لو أوجر الصائم الطعام لا يبطل صومه، ورأى الإمام تخريبه على الخلاف لحصول المفارقة عن المسجد بعارض غير غالب.

الرابعة: إذا دُعِيَ لأداء شَهَادَةٍ فَخَرَجَ لَهَا، نظر إن لم يكن متعيناً لأدائها أنقطع بتابع اعتكافه، سواء كان مُتَعَيِّناً عند التَّحْمُلِ، أو لم يكن، لأنه ليس له الخروج والحالة هذه لحصول الاستغناء عنه، وإن كان متعيناً لم يخل إما أن يكون متبرعاً عند التحمل أو يكون متعيناً، فإن كان متبرعاً فقد نُصِّ في «المختصر» على أنه ينقطع اعتكافه، وفي المرأة إذا خَرَجَتْ لِلْعَدَّةِ أنه لا ينقطع بل تبنى، واختلف الأصحاب على طريقين.

أحدهما: وبه قال ابن سريج: أنهما على قولين بالنقل والتخريج، ولا يخفى تَوَجُّيهما مِمَّا سَبَقَ فِي الصُّورِ، وبعضهم يُطَلِّقُ فِي الْمَسْأَلَةِ وجهين بدلاً عن القولين، والثاني وبه قال أبو إسحاق: تقرير النُّصَيْنِ.

والفرق أن التَّحْمُلَ إنما يكون للأداء، فإذا تحمّل باختياره فَقَدْ أَلْجَأَ نَفْسَهُ إِلَى الْأَدَاءِ، والنكاح لا يتأثر للعدة على أن المرأة إلى النكاح أَخْرَجَ مِنْهُ إِلَى التَّحْمُلِ، لتعلق مَصَالِحِهَا بِهِ، وظاهر المذهب في كُلِّ واحدة من الصورتين ما نُصِّ عليه، وإن كَانَ مُتَعَيِّناً عند التحمل أيضاً فهو مرتب على مَا إِذَا لَمْ يَكُنْ مُتَعَيِّناً، إن قلنا: لا ينقطع ثم هاهنا أولى، وإن قلنا: ينقطع فهاهنا وجهان، والفرق أنه لم يتحمل بِدَاعِيَتِهِ واختياره.

الخامسة: لو أخرج لإقامة حد عليه، نظر إن ثبت بإقراره أنقطع اعتكافه، وإن ثبت بينه فحاصل ما ذكره الأئمة فِيهِ طَرِيقَانِ كَالطَّرِيقَيْنِ فِيمَا لَوْ خَرَجَ لِأَدَاءِ الشَّهَادَةِ، إلا أن المنقول عن النُّصِّ هَاهُنَا أنه لا ينقطع، وأقتصر على الجواب عليه كثير من أئمتنا العراقيين، والفرق بينه وبين مسألة الشَّهَادَةِ أن الشهادة إنما تتحمل لتؤدي، فأختياره للتَّحْمُلِ أختيار للأداء، والجريمة الموجبة للحد لا يرتكبها المُجْرِمُ ليقام عليه الحد، فلم يجعل اختياره للسبب أختياراً له.

السادسة: لو لزم المعتكفة في خلال اعتكافها عدة بطلاق، أو وفاة فعليها الخروج لتعتد في مَسْكِنِهَا، وإذا خرجت فيبطل اعتكافها، أم تبنى بعد أنقضاء العدة؟ فِيهِ الطَّرِيقَانِ المذكوران في مسألة الشهادة، والأصحُّ البُتَاءُ.

وإن كان اعتكافها بإذن الزَّوْجِ، وقد عَيَّنَ مُدَّةً فَهَلْ يَلْزِمُهَا الْعَوْدُ إِلَى الْمَسْكَنِ عِنْدَ الطَّلَاقِ، أو فِي الْوَفَاةِ قَبْلَ اسْتِكْمَالِهَا؟ فِيهِ قَوْلَانِ يَذْكَرَانِ فِي الْعِدَّةِ فَإِنْ قُلْنَا: لَا، فخرجت بِطَلِّ اعتكافها بِإِلَّا خِلَافٍ، هذا بيان الصور التي نظمها فِي سَبِيلِ الْوَاحِدِ، ويجوز أن يعلم قوله: (فقولان) بالواو؛ لأنه أجاب فيهما جميعاً على طريقة طرد الخلاف، وفي الصور الثلاثة الأخيرة طريقة نافية للخلاف على مَا بَيَّنَّاهَا.

وأما ما ذكر من ترتيب الخِلاَفِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ عَلَى الْخِلَافِ فِي الْخَيْضِ، أولوية الانقطاع فوجهه أن الخَيْضَ متكرر بحكم الجبلة شبيهه بِقَضَاءِ الْحَاجَةِ، وهذه الْأُمُورُ عَارِضَةٌ لَا تَنْتَظِمُ، ورتب الإمام مع ذلك بعض هذه الصور على بعض، فجعل صورة

الشَّهَادَةُ رُتَبَةٌ عَلَى الْمَرَضِ، وَهِيَ أَوْلَى بِالْإِنْقِطَاعِ لِسَبْقِ التَّحْمُلِ مِنْهُ، وَصُورَةُ الْإِخْرَاجِ لِلْحَدِّ مُرْتَبَةٌ عَلَى الشَّهَادَةِ، وَهِيَ أَوْلَى بِالْإِنْقِطَاعِ لِكَوْنِ السَّبَبِ الْجَالِبِ لِلْإِخْرَاجِ مَعْصِيَةً - وَاللَّهُ أَعْلَمُ - . وَيَقْرَبُ مِنْ هَذِهِ الْمَسَائِلِ صَوْرَتَانِ .

إحداهما: يجب الخُرُوجُ لِصَلَاةِ الْجُمُعَةِ وَإِذَا - خَرَجَ هَلْ يَبْطُلُ اعْتِكَافُهُ؟ فِي قَوْلَانِ: وَيُقَالُ وَجِهَانِ:

إحداهما: وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَا، لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ ذَلِكَ كَقَضَاءِ الْحَاجَةِ .

وَأَصْحُهُمَا: وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ: نَعَمْ، لِسَهُولَةِ الْأَحْتِرَازِ عَنْ هَذَا الْخُرُوجِ بِأَنْ يَعْتَكِفَ فِي الْجَامِعِ، وَعَلَى هَذَا لَوْ كَانَ اعْتِكَافُهُ الْمَنْذُورَ أَقْلَ مِنْ أَسْبُوعٍ أَبْتَدَأَ مِنْ أَوَّلِ الْأَسْبُوعِ أَيَّنْ شَاءَ مِنَ الْمَسَاجِدِ، أَوْ فِي الْجَامِعِ مَتَى شَاءَ، وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ مِنْ أَسْبُوعٍ، فَيَجِبُ أَنْ يَبْتَدِئَ بِهِ فِي الْجَامِعِ، حَتَّى لَا يَحْتَاجَ إِلَى الْخُرُوجِ لِلْجُمُعَةِ، فَإِنْ كَانَ قَدْ عَيْنَ غَيْرَ الْجَامِعِ، وَقَلْنَا بِالتَّعْيِينِ فَلَا يَخْرُجُ عَنْ نَذْرِهِ إِلَّا أَنْ يَمْرُضَ فَتَسْقُطُ عَنْهُ الْجُمُعَةُ، أَوْ بِأَنْ يَتْرُكَهَا عَاصِيًا وَيَدُومُ عَلَى اعْتِكَافِهِ .

الثانية: إِذَا أَحْرَمَ الْمُعْتَكِفُ نَظَرَ أَنْ أَمَكَّنَهُ إِتِمَامُ الْعِتِكَافِ ثُمَّ الْخُرُوجُ لَزِمَهُ ذَلِكَ، وَإِنْ خَافَ فُوتَ الْحَجَّ خَرَجَ إِلَى الْحَجِّ وَبَطَلَ اعْتِكَافُهُ، فَإِذَا فَرَّغَ اسْتَأْنَفَ وَوَجَّهَهُ بَيْنَ .

قال الغزالي: ثُمَّ مَهْمَا لَمْ يَنْقَطِعْ فَعَلَيْهِ قَضَاءُ الْأَوْقَاتِ الْمَضْرُوفَةِ إِلَى هَذِهِ الْأَعْدَارِ، وَفِي لُزُومِ تَجْدِيدِ النِّيَّةِ عِنْدَ الْعُودِ خِلَافٌ .

قال الرافعي: كل ما يقطع التتابع يجوز إلى الاستئناف بنية جديدة، وكل عذر لم نجعله قاطعاً فكما فرغ منه يجب عليه أن يعود ويبنى، فلو أخر انقطع التتابع وتعدّر البناء، ولا بد من قضاء الأوقات المضروفة إلى ما عدا قضاء الحاجة من الأعدار فإنه غير معتكف فيها، وإنما لم يجب قضاء أوقات قضاء الحاجة لما قدمناه، وهل يجب تجديد النية عند العود. أما إذا خرج لقضاء حاجة، فقد مرّ وفي معناه ما لا بدّ منه كالخروج للاغتسال، وألحق به الأذان إذا جوّزنا الخُرُوجَ لَهُ أَمَالَهُ مِنْهُ بُدُّ فَيُجِبُهُ وَجِهَانُ:

أحدهما: أَنَّهُ يَجِبُ، لِأَنَّهُ خَرَجَ عَنِ الْعِبَادَةِ بِمَا عَرَضَ .

وأظهرهما: لَا؛ لِشُمُولِ النِّيَّةِ جَمِيعِ الْمُدَّةِ .

وأجرى الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ الْخِلَافَ فِيْمَا إِذَا خَرَجَ لِعَرَضٍ اسْتِثْنَاهُ ثُمَّ عَادَ .

ولو عين مدة ولم يتعرض للتتابع ثم جَامَعَ أَوْ خَرَجَ مِنْ غَيْرِ عُدْرٍ فَسَدَ اعْتِكَافُهُ ثُمَّ عَادَ لِيَتِمَّ الْبَاقِي، فَقَدْ أَجْرَى الْخِلَافَ فِي وَجُوبِ التَّجْدِيدِ .

قال الإمام: لكن المذهب هاهنا وجوب التَّجْدِيدِ<sup>(١)</sup>، لأن هذه عبادة مستقلة مُنْفَصِلَةٌ عما مضى، فإن خطر ببالك أن القول في تجديد النية قد تعرض له هاهنا وفي ركن النية، وذكره في الرتبة الأولى أيضاً، وتوهمت في كلامه تَكَرَّارَ فنذكر ما بينا أنه أراد بما ذكره في ركن النية الكلام في الاعتكاف المتطوع به، واعرِف أن المذكور هاهنا مخصوص بأَعْدَارِ الرُّتْبَةِ الثَّالِثَةِ فِي الْأَعْتِكَافِ الْمَنْدُورِ بِشَرْطِ التَّائِبِ، وَالْمَذْكُورُ فِي الرُّتْبَةِ الْأُولَى مَخْصُوصٌ بِقِضَاءِ الْحَاجَةِ فِي هَذَا النَّوعِ مِنَ الْأَعْتِكَافِ، فَإِذَا لَا تَكَرَّرَ.

نعم، لو ذكرها مجموعة في موضع واحد لاستفاد به اختصاراً، وكان الذَّهْنُ أَضْبَطَ لَهَا - وَاللَّهُ أَعْلَمُ - .

(١) قال النووي: لو قال: لله عليّ اعتكاف شهر نهاراً، صح، فيعتكف النهار دون الليل. نص عليه في «الأم». ولو قال: لله عليّ اعتكاف شهر بعينه، فبان أنه انقضى فلا شيء عليه. قال الروياني: قال أصحابنا: لو نذر اعتكافاً وقال إن اخترت جامعة أو إن اتفق لي جماع، جامعة لم ينعقد نذره - والله أعلم - . ينظر الروضة (٢/٢٧٤ - ٢٧٥).

## كِتَابُ الْحَجِّ (١)

قال الغزالي: وَلَا يَجِبُ فِي الْعُمُرِ إِلَّا مَرَّةً وَاحِدَةً، وَالنُّظْرُ فِي الْمُقَدَّمَاتِ وَالْمَقَاصِدِ وَاللَّوَاحِقِ الْقِسْمِ الْأَوَّلُ فِي الْمُقَدَّمَاتِ وَهِيَ الشَّرَائِطُ وَالْمَوَاقِيتُ.

قال الرافعي: قال الله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ (٢) وقال رسول الله ﷺ: «بَيْتِي الْإِسْلَامُ عَلَى خَمْسٍ» (٣) الحديث.

ولا يجب الحجُّ بأصل الشُّرْعِ فِي الْعُمُرِ إِلَّا مَرَّةً وَاحِدَةً؛ لِمَا رَوَى عَنْ أَبِي عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - قَالَ: خَطَبَنَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: «يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّ اللَّهَ كَتَبَ عَلَيْكُمْ الْحَجَّ»، فَقَامَ الْأَقْرَعُ بْنُ حَابِسٍ فَقَالَ: أَفِي كُلِّ عَامٍ يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَقَالَ: «لَوْ قُلْتَهَا لَوَجِبَتْ، وَلَوْ وَجِبَتْ لَمْ تَعْلَمُوا بِهَا، الْحَجُّ مَرَّةً فَمَنْ زَادَ فَتَطَوَّعٌ» (٤).

وقد يجب أكثر من مرة واحدة بعارض كالنَّذْر والقضاء؛ وكما أنا نوجب على قول: الإحرام بحج أو عمرة لدخول مكة على ما سيأتي. وليس من العوارض الموجبة الرِّدَّة، والإسلام بعدها، فمن حجَّ ثم ارتدَّ ثم عاد إلى الإسلام لم يلزمه الحج، خلافاً

(١) الجمع لغة: القصد، ومنه: حج إلينا فلان. أي قدم. انظر لسان العرب (٧٧٩/٢)، المغرب: (١٠٣)، المصباح المنير: (١٢١/١). واصطلاحاً: عرفه الحنفية بأنه: قصد موقع مخصوص وهو البيت بصفة مخصوصة في وقت مخصوص بشرائط مخصوصة. عرفه الشافعية بأنه: قصد الكعبة للنسك. عرفه المالكية بأنه: هو وقوف «بعرفة» ليلة عاشر ذي الحجة، وطواف بالبيت سبغاً، وسعى بين الصفا والمروة، كذلك على وجه مخصوص بإحرام. عرفه الحنابلة بأنه: قصد «مكة» للنسك في زمن مخصوص. انظر: الاختيار: (١٧٧)، مغني المحتاج: (٤٦٠/١)، نهاية المحتاج: (٢٣٣/٣)، الشرح الكبير: (٢٠٢/٢)، المبدع: (٢٨٣/٣)، كشف القناع: (٢/٣٧٥)، أسهل المدارك: (٤٤١/١)، الفواكه الدواني: (٤٠٦/١)، مجمع الأنهر: (٢٥٩/١).

(٢) سورة آل عمران، الآية ٩٧. (٣) تقدم في الصيام.

(٤) أخرجه أبو داود (١٧٢١) والنسائي (١١١/٥) وابن ماجه (٢٨٦٦) والحاكم (٤٤١/١)، وقال: صحيح على شرط الشيخين، والبيهقي (٣٢٦/٤) وأخرجه مسلم من حديث أبي هريرة - رضي الله عنه - (١٣٣٧).

لأبي حنيفة . وما أخذ الخلاف أن الرُّدَّةَ عنده مُخْبَطَةٌ لِلْعَمَلِ ، وعندنا إنما تحبطه بِشَرَطِ أَنْ يَمُوتَ عَلَيْهَا ، قال الله تعالى : ﴿ وَمَنْ يَزِدْكُمْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ ﴾ <sup>(١)</sup> الآية .

وساعد أحمد أبا حنيفة - رحمه الله - في المسألة ، ولكن لا من جهة هذا المأخذ ، ثم إن المصنف حصر مقصود الكتاب في ثلاثة أقسام :

أولها : المقدمات .

وثانيها : المقاصد .

وثالثها : اللوائح والخواتم .

وفي القسم الأول مقدمتان :

إحدهما : في الشَّرَائِطِ وَالْأُخْرَى فِي الْمَوَاقِيتِ .

وأعلم أنه جعل الميقات على قسمين زَمَانِيٍّ ، ومَكَانِيٍّ ، ولا شك أن الميقات الزماني من شرائط صِحَّةِ الْحَجِّ ، فالوجه حمل الشرائط وإن أطلقها على ما سوى الوقت ، لِئَلَّا يَدْخُلَ شَيْءٌ مِنْ أَحَدِي الْمَقْدَمَتَيْنِ فِي الْآخَرَى - والله أعلم - .

قال الغزالي : القول الأول : الشَّرَائِطُ وَلَا يُشْتَرَطُ لِصِحَّةِ الْحَجِّ إِلَّا الْإِسْلَامُ ، إِذْ يَجُوزُ لِلْوَلِيِّ أَنْ يَحْرِمَ (ح) عَنِ الصَّبِيِّ وَيَحْجَّ بِهِ وَلَا يُشْتَرَطُ لِصِحَّةِ الْمُبَاشَرَةِ إِلَّا الْإِسْلَامُ وَالتَّمْيِيزُ ، فَإِنَّ الْمُمَيَّزَ لَوْ حَجَّ بِإِذْنِ الْوَلِيِّ جَازٌ ، وَكَذَا الْعَبْدُ ، وَلَا يُشْتَرَطُ لَوْقُوعِهِ عَنْ حَجَّةِ الْإِسْلَامِ إِلَّا الْإِسْلَامُ وَالْحُرِّيَّةُ وَالتَّكْلِيفُ ، وَيَشْتَرَطُ لِوُجُوبِ حَجِّ الْإِسْلَامِ هَذِهِ الشَّرَائِطُ مَعَ الْإِسْتِطَاعَةِ .

قال الرافعي : الشُّخْصُ إما أن يجب عليه الحجُّ ، أو لا يجب . ومن يجب عليه إما يجزئه المَأْتِيُّ بِهِ عَنْ حَجَّةِ الْإِسْلَامِ ، حتى لا يجب عليه بعد ذلك بحالٍ أو لا يجزئه .

ومن لا يجزئه إما أن تصح مباشرته للحجِّ أو لا تصح . ومن لا تصح مباشرته إما أن يصح له الحجُّ أو لا يصح . فها هنا أربعة أحكام :

أحدها : مطلق صِحَّةِ الْحَجِّ لَهُ .

وثانيها : صِحَّتُهُ لَهُ مُبَاشَرَةً .

وثالثها : وقوعه عن حَجَّةِ الْإِسْلَامِ .

ورابعها : وجوب حَجَّةِ الْإِسْلَامِ .



وشروط هذه الأحكام مختلفة أما: الصَّحَّة المطلقة فلها شَرْطٌ واحد وهو الإسلام. فلا يصح الحج للكافر، كالصوم والصَّلَاة وغيرهما. ولا يشترط فيها التكليف؛ بل يجوز للولي أن يُحْرَمَ عن الصَّيِّبِ الذي لا يُمَيِّزُ<sup>(١)</sup>، وعن المجنون وأعلم قوله: (إذ يجوز للولي) بالحاء؛ لأن أبا حنيفة - رحمه الله - لا يُجَوِّزُهُ. وكذا قوله: (إلا الإسلام) لأنه لا يَصِحُّ الحَجُّ لصبي، وسيأتي جميع ذلك في الفَصل الحادي عشر من باب أعمال الحج وأما: صِحَّةُ المباشرة فلها شَرْطٌ زائد على الإسلام وهو التَّمْيِيزُ، فلا يَصِحُّ مباشرةً المجنون والصَّيِّبِ الذي لا يُمَيِّزُ، كَسَائِرِ العبادات. ويصح من الصبي المميز أن يحرم ويحج، ثم القول في أنه يستقل به أو يفتقر إلى إذن الولي موضعه الفصل المحال عليه. وقوله: (بإذن الولي) هذا التقييد دخيل في هذا الموضوع فإن المقصود هاهنا صحة مباشرته في الجملة. ولا يشترط فيها الحرية، بل يَصِحُّ من العبد مباشرة الحج كسائر العبادات. وأما وقوعه عن حجة الإسلام فله شَرْطان زائدان: أحدهما: البلوغ.

**والثاني: الحرية، والدليل على اعتبارهما، ما روي أنه ﷺ قال: «أَيُّمَا صَبِيٍّ حَجَّ، ثُمَّ بَلَغَ، فَعَلَيْهِ حَجَّةُ الْإِسْلَامِ، وَأَيُّمَا عَبْدٍ حَجَّ ثُمَّ عَتَقَ فَعَلَيْهِ حَجَّةُ الْإِسْلَامِ»<sup>(٢)</sup>.**  
والمعنى فيه أن الحَجَّ عبادة عُمرٍ لا تتكرر، فاعتبر وقوعها في حال الكمال. وإذا جمعت شرائط هذا الحكم قلت: هي أربع: الإسلام. والتَّمْيِيزُ. والبلوغ. والحرية. فإن اختصرت قلت هي ثلاث: الإسلام والتكليف والحرية. على ما ذكر في الكتاب. ولو تكلف الفقير الحَجَّ وقع حَجُّه عن الفرض كما لو تحمل الغني خطر

(١) هنا أمور لا بُدَّ من الوقوف عليها:

أحدها: أن الولي وهو الذي يلي المال لا فرق فيه بين الأب والجد، والوصي، وقيم الحاكم، وإليه ذهب الجمهور كما قاله في «شرح المذهب» واقتضاه كلام الرافعي، وقيل: لا يجوز للوصي ولا للقيم.

ثانيها: أنه لا يجوز لغيره كالجد مع وجود الأب وكالأب والأخ ونحوهما، وهو الصحيح وأجابوا عما توهمه الحديث السابق من جواز إحرام الأم باحتمال أنها كانت وصيته، أو أن الأجر الحاصل لهما إنما هو أجر الحمل والنفقة، إذ ليس في الحديث تصريح بأنها التي تحرم. وقيل: يجوز للجد في حياة الأب، وقيل له وللأم أيضاً. وقيل: يجوز لهؤلاء ولسائر العصابات. ثالثها: أنه لا فرق في الولي بين أن يكون محرماً أو حلالاً، ولا يشترط أيضاً حضور الصبي ومواجهته بالإحرام من أصح الوجهين، وكيفية إحرامه أن ينوي جعله محرماً. كذا نقله في «شرح المذهب».

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرک (١/٤٨١) وقال: صحيح على شرط الشيخين، والبيهقي (٤/٣٢٥)، وقال ابن حزم: رواه ثقات. وقال البيهقي: تفرد برفع محمد بن المنهال عن يزيد بن زريع. وقال ابن الملقن (١/٣٤٣) في «الخلاصة»: لم ينفرد بل تابعه عليه ثقات.

الطريق وحج. وكما لو تحمل المريض المشقة وحضر الجمعة. وأما وجوب حجة الإسلام فيعتبر فيه هذه الشرائط، فلا يخاطب بالحج كافر في كفره ولا عبد، ولا صبي، ولا مجنون. وله شرط زائد وهو الاستطاعة، قال الله تعالى: ﴿مَنْ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾، وكلام الكتاب من هذا الموضع إلى رأس المقدمة الثانية في المواقيت يتعلق بهذا الشرط.

قال الغزالي: والاستطاعة نوعان: الأول المباشرة والقُدرة عليها تتعلّق بالزاد والراحلة والطريق والبدن (أما الراحلة) فلا بُدَّ مِنْهَا وَلَا يَجِبُ (ح م) الحج على القوي على المشي إلا فيما دون مسافة القصر، ولا على من لم يستمسك على الراحلة ما لم يجد مخملاً أو شئ مخملاً مع شريك، فإن لم يجد الشريك لم يلزمه.

قال الرافي: استطاعة الحج نوعان: استطاعة مباشرته بنفسه، واستطاعة تحصيله بغيره. النوع الأول: استطاعة المباشرة، وتتعلق بأمر أربعة: أحدها: الراحلة<sup>(١)</sup>، والناس قسمان:

أحدهما: من بينه وبين مكة مسافة القصر فلا يلزمه الحج، إلا إذا وجد راحلة، سواء كان قادراً على المشي أو لم يكن، لكن القادر على المشي يستحب له أن لا يترك الحج، وفي كون الحج راكباً أو ماشياً أفضل أختلاف قول قد تعرض له صاحب الكتاب في النذور<sup>(٢)</sup>. وقال مالك: القادر على المشي يحج ماشياً لنا ما روي: «أنه سُئِلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ تَفْسِيرِ السَّبِيلِ فَقَالَ: زَادَ وَرَاحِلَةٌ»<sup>(٣)</sup>، إذا عرف ذلك فينظر إن كان يستمسك على الراحلة من غير مخمّل ولا يلحقه ضرر ولا مشقة شديدة، فلا يعتبر في حقه إلا وجدان الراحلة، وإلا فيعتبر مع وجدان الراحلة وجدان المخمّل أيضاً.

قال في «الشامل» وعلى هذا لو كان يلحقه مشقة غليظة في ركوب المحمل اعتبر في حقه الكنيسة<sup>(٤)</sup>، وذكر المحاملي وغيره من العراقيين: أن في حق المرأة يعتبر

- (١) فائدة: قال الجوهري: الراحلة هي اناقة التي تصلح لأن ترحل. قال: ويقال: الراحلة المركوب من الإبل ذكراً كان أو أنثى، وفي باب الربا من «شرح المذهب» أن الراحلة هو البعير التجيب. ويدخل في معنى الراحلة ما يستخدم حديثاً في سهولة النقل سواء كان بطريق البر أو البحر أو الجو.
- (٢) قال النووي: المذهب أن الركوب أفضل اقتداء برسول الله ﷺ، ولأنه أعون له على المحافظة على مهمات العيادة. ينظر الروضة (٢/٢٧٨).
- (٣) أخرجه الدارقطني (٢/٢١٦) والحاكم (١/٤٤٢) وقال: صحيح على شرط الشيخين، وأخرجه الترمذي، وابن ماجه من رواية ابن عمر، وقال الترمذي: حسن.
- (٤) والكنيسة: أعواد مرتفعة في جوانب المحمل يكون عليها ستر دافع للبرد والحر.

المحمل، وأطلقوا القول فيه؛ لأنه أُسْتَرَّ لها، وأليق بحالها، ثم العادة جارية بركوب اثنين في المحمل، فإن وجد مؤنة مَحْمَلٍ أو شِقِّ محمل وَوَجَدَ شَرِيكاً يجلس في الجانب الآخر لَزِمَهُ الْحَجُّ، وإن لم يجد الشريك فلا.

أما إذا لم يجد إلا مؤنة فظاهر، وأما إذا وجد مؤنة المحمل بتمامه فقد علله في «الوسيط» بأن بذل الزيادة خسران لا مقابل له، أي هو مؤنة مُنْجِيفَةٌ يَغْسِرُ أحوالها وكان لا يبعد تخريجه على الخلاف في لزوم أجره البَذْرَقَةُ<sup>(١)</sup>، وفي كلام الإمام إشارة إليه.

**والقسم الثاني:** من ليس بينه وبين مُكَّةَ مسافة القَصْر، بأن كان من أهل مكة، أو كان بينه وبينها دون مَسَافَةِ القَصْرِ، فإن كان قَوِيّاً على المشي لَزِمَهُ الْحَجُّ، ولم يعتبر في حقه وجدان الرّاحِلَةِ. وإن كان ضعيفاً لا يقوى على المشي أو يناله منه ضَرَرٌ ظاهر فلا بُدَّ من الرّاحِلَةِ، ومن المحمل أيضاً إن لم يمكنه الركوب دونه، كما في حَقِّ البعيد.

ووجدت لبعض المتأخرين من أئمة طبرستان تَخْرِيجَ وَجْهِ فِي أن القريب كالبعيد مُطْلَقاً، والمشهور الفرق، ولا يؤمر بِالرَّخْفِ بِحَالٍ وإن أمكن، وحيث أعتبرنا وجدان الراحلة والمحمل فالمراد منه أن يملكهما، أو يَتَمَكَّنُ من تحصيلهما مِلْكَاً أو أَسْتِجَاراً بَشْمَنِ المثل، أو أَجْرَةَ المثل. وأعلم: أنه يشترط أن يكون ما يصرفه إلى الراحلة مع المَحْمَلِ أو دونه فَاضِلاً عما يشترط كون الزَّادِ فَاضِلاً عنه، وسيأتي ذلك.

وقوله: (أما الراحلة فلا بد منها) قد عرفت أنه غير مُجْرَى على إطلاقه لوجوب الحج على القريب المتمكن من المشي.

وقوله: (ولا على من لا يستمسك على الراحلة) أي من غير محمل ونحوه لا مطلقاً، بخلاف قوله بعد هذا: (أما البدن فلا يعتبر فيه إلا قوة يستمسك بها على الراحلة) فإن المراد هناك الاستِمْسَاكُ عليها مُطْلَقاً. وقوله: (ما لم يجد محملاً، أو شِقِّ محمل مع شريك) الوجه صرف قوله: (مع شريك) إلى حالتي وجدان المَحْمَلِ ووجدان الشق؛ لأنه لو خصص بما إذا وجد الشق لكان ذلك حكماً باللزوم فيما إذا وجد مؤنة المحمل مطلقاً، وهو خلاف ما نقلناه في «الوسيط».

قال الغزالي: (وَأَمَّا الزَّادُ) فَهُوَ أَنْ يَمْلِكَ مَا يَبْلُغُهُ إِلَى الْحَجِّ فَاضِلاً عَنْ حَاجَتِهِ اعني بِهِ الْمَسْكَنَ وَالْعَبْدَ الَّذِي يَخْدُمُهُ وَدَسَتْ تَوْبِهِ وَنَفَقَةُ أَهْلِهِ إِلَى الْإِيَابِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَهْلٌ وَلَا مَسْكَنٌ فَفِي أَشْتِرَاطِ نَفَقَةِ الْإِيَابِ إِلَى الْوَطَنِ وَجَهَانِ، وَلَوْ أَحْتَاجَ إِلَى نِكَاحٍ لِيُخَوِّفَ الْعَنْتِ فَصَرَفَ الْمَالِ إِلَيْهِ أَهْمٌ، وَفِي صَرْفِ رَأْسِ مَالِهِ الَّذِي لَا يَقْدِرُ عَلَى التَّجَارَةِ إِلَّا بِهِ

(١) البذرة بذال مهملة ومعجمة هي الخفارة قال وهي عجمية معربة.

إِلَى الْحَجِّ وَجَهَانَ، وَمَنْ لَا نَفَقَةَ مَعَهُ فِي الطَّرِيقِ وَقَدَّرَ عَلَى الْكَسْبِ لَمْ يَلْزِمَهُ الْخُرُوجُ  
لِلْمَشَقَّةِ فِي الْجَمْعِ بَيْنَ الْكَسْبِ وَالسَّفَرِ.

قال الرافعي: المتعلق الثاني: الزاد. ويشترط لوجوب الحج أن يجد الزاد وأوعيته، وما يحتاج إليه في السفر إن كان له أهل وعشيرة في مدة ذهابه وإيابه إلى بلدة وإن لم يكونوا ففي اشتراطه لمدة الإياب وجهان:

أحدهما: لا يشترط؛ لأن البلاد في حق مثل هذا الشخص متقاربة.

وأصحهما: أنه يشترط؛ لما في الغربية من الوحشة ونزاع النفوس إلى الأوطان، ويجري الوجهان في اعتبار الرحلة للإياب، وهل يخصص الوجهان بما إذا لم يملك ببلدته مسكناً أم لا؟ أبدى الإمام - رحمه الله - فيه احتمالين ورأى الأظهر التخصيص.

وأغرب أبو عبد الله الحنطاطي فنقل وجهاً في أن مدة الإياب لا تعتبر في حق ذي الأهل والعشيرة أيضاً. ثم في الفصل مسائل:

إحداها: يشترط أن يكون الزاد والراحلة فاضلاً عن نفقة من تلزمه نفقتهم وكسوتهم مدة ذهابه ورجوعه.

الثانية: في اشتراط كونهما فاضلين عن المسكن والعبد لمن يحتاج إلى خدمته لزمانتيه، أو لمنصبه، وجهان:

أظهرهما - عند الأكثرين وهو المذكور في الكتاب -: الاشتراط، فيبقى عليه مسكنه وعبده كما يبقيان عليه في الكفارة<sup>(١)</sup>، ولأنه متعلق حاجته المهمة، فأشبهه دست<sup>(٢)</sup> ثوب يليق بمنصبه، وعلى هذا لو كان معه نقد جاز صرفه إليهما.

(١) والذي يتجه اعتماده أن اعتياد السكني أو الاستخدام بأجرة لا يمنع صرف ثمن مسكن وخادم إليهما، بخلاف ما إذا استحق منفعتهما بوقف أو وصية لاستغنائه حينئذ، فلا يجوز له صرف الثمن إليهما، بل يكلف صرفه للحج كما يكلف بيعهما لو كان له وخالف في ذلك الأسنوي، واحترز بالاحتياج عما لو كان له قن أو دار أو ثوب أو كتاب لا يليق به ألف أم لا، فيلزمه الإبدال بلائق إن كفاه التفاوت بينهما لمؤنة نسكه، وإنما لم يجب بيع المألوف مطلقاً في الكفارة؛ لأن لها بدلاً في الجملة فلا ينتقص في المرتبة الأخيرة وهي الصوم في القتل والإطعام في الظهار وجماع رمضان، وأيضاً فبابها أوسع بدليل أنه يكلف هنا لا هناك صرف رأس ماله وضيعته التي يستغلها، وإن بطلت تجاراته ومستغلاته، ولو لم يكن له كسب كما يلزمه صرفها في دينه، وفارق المسكن والخادم بأنه يحتاجهما حالاً. ذكر ذلك ابن حجر على مناسك المصنف (٩٨).

(٢) الدست من الثياب ما يلبسه الإنسان، وكفيه لتردده في حوائجه، والجمع: دسوت مثل فلس وفلوس. المصباح المنير (١/٢٦٣).

**والثاني** - وبه قال مالك -: لا يشترط، بل عليه بيع المسكن والخادم، والاكتفاء بالاكتراء؛ لأن الاستطاعة مفسرة في الخبر بالزاد والراحلة، وهو واجدٌ لهما، وهذا الوجه أصحُّ عند صاحب «التتمة»، وبه أجاب أبو القاسم الكرخي، وحكاه عن نصه في «الأم» ومن قال به فرق بين الحج والكفارة بأن العتق في الكفارة له بدلٌ معدولٌ إليه، والحج بخلافه، وهذا الخلاف كالخلاف في اعتبارهما في صدقة الفطر وقد مرّ.

فإن قلنا بالوجه الأول فذلك فيما إذا كانت الدارُ مستغرقةً بحاجته وكانت سكنى مثله والعبدُ عبداً مثله، فأما إذا أمكن بيع بعض الدار ووفى ثمنه بمؤنة الحج، أو كانا نفيسين لا يليقان بمثله ولو أبدلهما لوّفى التفاوت بمؤنة الحج لزمه ذلك، هكذا أطلقوه هاهنا، لكن في لزوم بيع الدار والعبد النفيسين المألوّفين في الكفارة وجهان، وقد أوردهما في الكتاب، ولا بد من عودهما - والله أعلم<sup>(١)</sup> -.

**الثالثة**: لو كان له رأس مال يتجر فيه وينفق من ربحه، ولو نقص لبطلت تجارته أو كان له مُستغلات ترتفع منها نفقته، فهل يكلف بيعها؟ فيه وجهان:

**أحدهما** - وبه قال أحمد وابن سريج -: لا، واختاره القاضي أبو الطيّب لثلاث ينسلخ من ذات يده ولا يلتحق بالمساكين.

**وأصحهما**: وبه قال أبو حنيفة - رحمه الله -: نعم، كما يكلف بيعها في الدّين، لأنه فسّر الاستطاعة في الخبر بالزاد، والراحلة، وهو واجدٌ لهما. ويفارق العبد والمسكن لأنه محتاج إليهما في الحال، وليس كذلك ما نحن فيه وإنما يتخذة ذخيصةً للمستقبل. **الرابعة**: إذا ملك مالاً فاضلاً عن الوجوه المذكورة لكنه كان محتاجاً إلى أن ينكح خاتماً عن العنت، فصرف المَال إلى مؤن النكاح أهم من صرفه إلى الحج، هذه عبارة الجمهور وعلّوه بأن حاجة النكاح ناجزة، والحج على التراخي، والأسبق إلى الفهم من التقديم الذي أطلقوه أنه لا يجب الحج والحالة هذه، فيصرف ما يملكه إلى مؤونات النكاح، وقد صرح الإمام بهذا المفهوم، لكن كثيراً من العراقيين وغيرهم قالوا: يجب الحج على من أراد التزوّج، لكن له أن يؤخره لوجوبه على التراخي ثم إن لم يخف العنت، فتقديم الحج أفضل، وإن خافه فتقديم النكاح أولى<sup>(٢)</sup>.

**الخامسة**: لو لم يجد مالاً يصرفه إلى الزاد لكنه كان كسوباً يكتسب ما يكفيه، وقد

(١) قال النووي: ليس جريانها بلازم، والفرق ظاهر، فإن للكفارة بدلاً، ولهذا اتفقوا على ترك الخادم، والمسكن في الكفارة، واختلفوا فيهما هنا ينظر الروضة (٢/٢٨١).

(٢) قال النووي: هذا الذي نقله عن كثير من العراقيين وغيرهم هو الصحيح في المذهب، وبه قطع الأكثرون ينظر الروضة (٢/٢٨٢).

أدخِر لِأَهْلِهِ النِّفْقَةَ فَهَلْ يَلْزِمُهُ الْحَجَّ تَعْوِيلاً عَلَى الْكَسْبِ حَكَى الْإِمَامُ عَنْ أَصْحَابِنَا الْعِرَاقِيِّينَ أَنَّهُ إِنْ كَانَ السَّفَرُ طَوِيلًا لَمْ يَلْزِمُهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَنْقَطِعُ عَنِ الْكَسْبِ لِعَارِضٍ، وَيَتَّقَدَّرُ أَنْ لَا يَنْقَطِعَ فَالْجَمْعُ بَيْنَ تَعَبِ الْكَسْبِ وَالسَّفَرِ تَعْظُمُ فِيهِ الْمَشَقَّةُ.

وَإِنْ كَانَ قَصِيرًا، نَظَرَ إِنْ كَانَ يَكْتَسِبُ فِي كُلِّ يَوْمٍ مَا يَكْفِيهِ وَلَا يُفْضَلُ عَنْهُ لَمْ يَلْزِمُهُ؛ لِأَنَّهُ يَنْقَطِعُ عَنِ كَسْبِهِ فِي أَيَّامِ الْحَجِّ فَيَتَضَرَّرُ وَإِنْ كَانَ كَسْبُهُ فِي يَوْمٍ يَكْفِيهِ لِأَيَّامِ لَزِمَهُ الْخُرُوجُ، قَالَ الْإِمَامُ: وَفِيهِ اِحْتِمَالٌ كَمَا أَنَّ الْقُدْرَةَ عَلَى الْكَسْبِ فِي يَوْمِ الْفِطْرِ لَا تَجْعَلُ كَحُصُولِ الصَّاعِ فِي مَلِكِهِ.

وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: (لَمْ يَلْزِمُهُ الْخُرُوجُ) مُعَلِّمٌ؛ لِأَنَّ عِنْدَ مَالِكٍ يَلْزِمُهُ ذَلِكَ، وَهَكَذَا قَالَ فَيَمُنْ أَمَكْنَهُ الْحَجَّ بِالسُّؤَالِ فِي الطَّرِيقِ، ثُمَّ لَفِظَ الْكِتَابَ مُطْلَقًا، وَقَضِيَّةٌ مَا نَقَلْنَاهُ التَّقْيِيدَ. وَقَوْلُهُ فِي أَوَّلِ الْفَصْلِ: (وَأَمَّا الزَّادُ فَهُوَ أَنْ يَمْلِكَ مَا يَبْلُغُهُ إِلَى الْحَجِّ) فِيهِ إِضْمَارٌ؛ لِأَنَّ كَوْنَهُ مَالِكًا لَمَا يَبْلُغُهُ لَا يَضْلُحُ تَفْسِيرًا لِلزَّادِ، وَالْمَعْنَى أَنَّ الْقُدْرَةَ عَلَى الزَّادِ هِيَ أَنْ يَمْلِكَ مَا يَبْلُغُهُ. وَقَوْلُهُ: (نَفَقَةُ أَهْلِهِ إِلَى الْإِيَابِ) أَيُّ إِنْ كَانَ لَهُ أَهْلٌ، وَالْمُرَادُ مِنَ الْأَهْلِ هَاهُنَا مَنْ يَلْزِمُهُ نَفَقَتَهُ لَا غَيْرَ، وَفِي قَوْلِهِ: (فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَهْلٌ) لَا يُمْكِنُ الْحَمْلُ عَلَى هَؤُلَاءِ فَحَسْبِ، إِذْ لَيْسَ ذَلِكَ مَوْضِعَ الْوَجْهَيْنِ، وَإِنَّمَا الْوَجْهَانِ فِيمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ عَشِيرَةٌ أَصْلًا كَذَا ذَكَرَهُ الصَّنِيدَانِيُّ وَغَيْرُهُ؛ لِأَنَّهُ يَعْظُمُ عَلَى الْإِنْسَانِ مَفَارِقَةُ الْعَشَائِرِ، فَلَا بَدَّ مِنْ أَعْتَابِ الْإِيَابِ إِذَا كَانَ الرَّجُلُ ذَا عَشِيرَةٍ.

قَالَ الْإِمَامُ: وَلَمْ يَتَعَرَّضْ أَحَدٌ مِنَ الْأَصْحَابِ لِلْمَعَارِفِ وَالْأَصْدِقَاءِ؛ لِأَنَّ الْاسْتِبْدَالَ بِهِمْ مَتَيْسِرٌ. وَقَوْلُهُ: (وَمَسْكَنٌ) يَشْعُرُ بِاعْتِبَارِ فَقْدَانِ الْمَسْكَنِ فِي حُصُولِ الْوَجْهَيْنِ، وَهُوَ جَوَابٌ عَلَى أَظْهَرِ الْاِحْتِمَالَيْنِ عِنْدَ الْإِمَامِ، كَمَا مَرَّ. وَاعْرِفْ فِي نِظَامِ الْكِتَابِ شَيْئِينَ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ لَمْ يَصْرَحْ بِاعْتِبَارِ كَوْنِهِ فَاضِلًا عَنِ نَفَقَتِهِ فِي نَفْسِهِ، لَكِنَّهُ مَفْهُومٌ مِنْ كَلَامِهِ فِي مَوَاضِعَ.

مِنْهَا: اعْتِبَارُ كَوْنِهِ فَاضِلًا عَنِ نَفَقَةِ الْأَهْلِ فَإِنَّهُ يَفْهَمُ اعْتِبَارَ كَوْنِهِ فَاضِلًا عَنِ نَفَقَتِهِ بِطَرِيقِ الْأُولَى. وَمِنْهَا: قَوْلُهُ: (فَفِي اشْتِرَاطِ نَفَقَةِ الْإِيَابِ وَجْهَانٌ) وَمَعْلُومٌ أَنَّهُ فِي نَفَقَةِ نَفْسِهِ لَا فِي نَفَقَةِ الْأَهْلِ، فَإِنَّهَا مَجْزُومٌ بِاشْتِرَاطِهَا إِلَى الْإِيَابِ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ لَمْ يَعْتَبِرْ كَوْنَهُ فَاضِلًا عَنِ الدَّيْنِ، وَلَا بُدَّ مِنْهُ، أَمَا إِذَا كَانَ حَالًا فَلَأَنَّهُ نَاجِزٌ وَالْحَجُّ عَلَى التَّرَاجِي، وَأَمَا إِذَا كَانَ مُؤَجَّلًا فَلَأَنَّهُ إِذَا صَرَفَ مَا مَعَهُ إِلَى الْحَجِّ، فَقَدْ يَحِلُّ الْأَجَلُ وَلَا يَجِدُ مَا يَقْضِي بِهِ الدَّيْنَ، وَقَدْ تَخْتَرَمَ الْمَنِيَّةُ فَتَبْقَى ذِمَّتُهُ مَرْتَهَنَةً.

وَفِيهِ وَجْهٌ أَنَّ الْمُدَّةَ إِنْ كَانَتْ بِحَيْثُ تَنْقُضِي بَعْدَ رَجُوعِهِ مِنَ الْحَجِّ لَزِمَهُ الْحَجُّ، وَلَوْ كَانَ مَالُهُ دَيْنًا فِي ذِمَّةِ إِنْسَانٍ نَظَرَ إِنْ تَيْسَّرَ تَحْصِيلُهُ فِي الْحَالِ بِأَنَّ كَانَ حَالًا وَمَنْ عَلَيْهِ

مليء مِقْر، أو عليه بَيِّنَةٌ فهو كالحَاصِل في يده، وإن لم يتيسر بأن كان من عليه منكراً ولا بينة أو كان مؤجلاً فهو كالمعدوم، وقد يتوصل المحتال بهذا إلى دفع الحَجِّ فيبيع ماله نسيئة إذا قرب وقت الخروج، فإن المال إنما يعتبر وَقْتُ خُرُوجِ النَّاسِ.

قال الغزالي: (وأما الطَّرِيقُ) فَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ أَمِيناً عَمَّا يَخَافُ فِي النَّفْسِ وَالْبُضْعِ وَالْمَالِ، فَلَوْ كَانَ فِي الطَّرِيقِ بَعْرٌ لَزِمَ الرُّكُوبُ عَلَى قَوْلِ لَيْلِيَةَ السَّلَامَةِ؛ وَلَمْ يَلْزَمْ فِي قَوْلِ اللَّخْطَرِ، وَلَزِمَ عَلَى غَيْرِ الْمُسْتَشْعِرِ فِي قَوْلِ دُونَ الْجَبَانِ، وَإِذَا لَمْ نُوْجِبْ فَلَوْ تَوَسَّطَ الْبَحْرُ وَأَسْتَوَتْ الْجِهَاتُ فِي التَّوَجُّهِ إِلَى مَكَّةَ وَالْأَنْصِرَافِ عَنْهَا فِيهِ الْوُجُوبُ الْآنَ وَجِهَانِ، وَأَسْتِطَاعَةُ الْمَرْأَةِ كَأَسْتِطَاعَةِ الرَّجُلِ لَكِنْ إِذَا وَجَدَتْ مَخْرَماً أَوْ نِسْوَةً (ح و) ثَقَابٍ مَعَ أَمْنِ الطَّرِيقِ، وَلَوْ كَانَ عَلَى الْمَرَاصِدِ مَنْ يَطْلُبُ الْمَالَ لَمْ يَلْزَمَهُ الْحَجُّ، وَفِي لُزُومِ أُجْرَةِ الْبَدْرِقَةِ وَجِهَانِ، وَإِذَا لَمْ يَخْرُجْ مَخْرُماً الْمَرْأَةُ إِلَّا بِأُجْرَةِ لَزِمَ عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ.

قال الرافعي: المتعلق الثالث: الطريق، ويشترط فيه الأمان في ثلاثة أشياء، قال الإمام: وليس الأمان الذي نذكره قطعياً، ولا يشترط أيضاً الأمان الذي يغلب في الحَضْر، بل الأمان في كل مكانٍ بحسب ما يليقُ به.

فأحد الأشياء الثلاثة: النفس، فلو خاف على نفسه من سَبْع، أو عَدُوٍّ في الطريق لم يلزمه الحج؛ ولهذا جاز التَّحَلُّلُ عن الإخرام بمثل ذلك، على ما سيأتي في باب الإخصار، وهذا إذا لم يجد طريقاً سواه، فإن وجد طريقاً آخر آمناً لزمه سلوكه، أما إذا كان مثل مسألة الأول فظاهر، وأما إذا كان أبعد فكذاك إذا وجد ما يَقْطَعُه به كما لو لم يجد طريقاً سواه، وذكر في «التتمة» وجهاً أنه لا يلزمه كما لو احتاج إلى بذل مؤنَّة زائدة في ذلك الطَّرِيق.

ولو كان في الطريق بَحْرٌ لَمْ يَخْلُ إما أن يكون له في البرِّ طريق أيضاً أو لا يكون، إن كان لزوم الحج، وإلا فَقَدْ قَالَ فِي «المختصر»: ولم يبين لي أن أوجب ركوب البحر لِلْحَجِّ ونص في «الأم» على أنه لا يجب، وفي «الإملاء» على أنه إن كان أكثر عيشه في البحر وَجِب، والأصحاب منقسمون إلى مثبتين لِلْخِلَافِ فِي الْمَسْأَلَةِ، وإلى نافرين له، وللمثبتين طريقتان:

أحدهما: أن المسألة على قَوْلَيْنِ مُطْلَقاً، حكاها الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ وَعَظِيْرُهُ.

أحدهما: أنه يلزم ركوبه للظواهرِ الْمُطْلَقَةِ فِي الْحَجِّ.

والثاني: لا؛ لما فيه من الخَوْفِ وَالْخَطَرِ.

وأظهرهما: أنه إن كان الغالب منه الهلاك إما باعتبار خصوص ذلك البحر، أو

لَهَيَّجَانِ الْأَمْوَاجِ فِي بَعْضِ الْأَحْوَالِ لَمْ يَلْزِمِ الرُّكُوبَ، وَإِنْ كَانَ الْغَالِبُ السَّلَامَةَ فِيهِ  
قولان:

أظهرهما: اللزوم كسلوك طريق البر عند غلبة السلامة.

والثاني: المنع؛ لأن عوارض البحر عسيرة الدفع، وعلى هذا لو اعتدل الاحتمال  
فيلحق بعلبة السلامة، أو بغلبة الهلاك تردد كلام الأئمة فيه وأما النافون للخلاف فلهم  
طرق:

أحدها: القطع بعدم اللزوم، وحمل نصح في «الإملاء» على ما إذا ركب ليعرض  
الأغراض فصار أقرب إلى الشط الذي يلي مكة.

والثاني: القطع باللزوم، وهذا قد أشار إليه الحنطي وغيره.

والثالث: وبه قال أبو إسحاق الإصطخري أنه إن كان الغالب الهلاك لم يلزمه،  
وإن كان الغالب السلامة لزم، واختلاف النص محمول على الحالين، وبهذا قال أبو  
حنيفة وأحمد - رحمهما الله -.

والرابع: تنزيل النصين على حالتين من وجه آخر إن كان الرجل ممن اعتاد ركوب  
البحر كالملاحين وأهل الجزائر لزمه وإلا فلا لصعوبته عليه، حكى الطريقة هكذا على  
هذا العراقيون وطائفة، ونقل الإمام عن بعض الأصحاب اللزوم عند جُزأة الراكب وعدمه  
عند استسعار، وهذا قريب من الطريقة الأخيرة، ويشبه أن يكون هو هي، وإنما  
الاختلاف في العبارة، ثم ذكر أن من الأصحاب من نزل النصين على الحالتين من غير  
تزييد قول. ومنهم: من قال: «لا يجب على المستشعر»، وفي غيره قولان:

ومنهم: من قال: يجب على غير المستشعر وفيه قولان، والصائرون إلى هذين  
الطريقين من المثبتين للخلاف. واتبع حجة الإسلام - رحمه الله - منقول الإمام - قدس  
الله روحه - وأستخرج من الطرق التي نقلها ثلاثة أقوال:

اللزوم مطلقاً، والمنع مطلقاً.

والفرق بين الجبان وغيره، والمستشعر والجبان هاهنا مطلقان بمعنى واحد، ولو  
قال: على غير المستشعر دون المستشعر أو على غير الجبان دون الجبان لكان أحسن  
وأقرب إلى الأفهام، وفي لفظ الكتاب ما ينبئك أن الخلاف مخصوص بما إذا كان  
الغالب السلامة حيث قال: (لغلبة السلامة) فإن كان الغالب الهلاك فالظاهر الجزم بالمنع  
على ما مر. التفريع إذا قلنا: لا يجب ركوبه فهل يستحب؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لما فيه من التفرير بالنفس.

وأظهرهما: نعم كما يستحب ركوبه للغزو، وقد روي أنه ﷺ قال: «لَا يَرْكَبَنَّ



أَحَدَ الْبَحْرِ إِلَّا غَازِيًا أَوْ مُغْتَمِرًا أَوْ حَاجًّا»<sup>(١)</sup> والوجهان فيما إذا كان الغالب السَّلامَة .

أما إذا كان الغالب الهلاكُ فَيَخْرُجُ الرُّكُوبُ، هكذا نَقَلَهُ الإمام، وحكى تردداً للأصحاب فيما إذا اعتدل الاحتمال وإذا لم نوجب الركوب، فلو توسط البحر هل له الانصراف أم عليه التماذي؟ فيه وجهان، وقيل: قولان، وهما مبنيان عند الأئمة على القولين في المُحَصَّرِ إذا أحاط العَدُوُّ بِهِ مِنَ الْجَوَانِبِ هل له التحلل؟ إن قلنا: له التحلل فله الانصراف، وإن قلنا: لا، فلا؛ لأنه لم يستفد به الخَلاصَ فليس له الانصراف. قال في «التتمة» وهو المذهب. وموضع الوجهين ما إذا أَسْتَوَى ما بين يديه وما خلفه في غالب الظَّن، فإن كان ما بين يديه أكثر لم يلزمه التَّمَادِي بلا خلاف على القول الذي عليه تفرع، وإن كان أقل لَزِمَ، وموضعهما عند التَّساوي ما إذا كان له في المنصرف طريق غير البحر، فإن لم يكن فَلَهُ الانصراف بلا خلاف كَيْلًا يحتاج إلى تحمل زيادة الأخطار، وجميع ما ذكرناه في حَقِّ الرجل. أما المرأة ففيها خلاف مرتب على الرَّجُل، وأولى بعدم الوجوب، لأنها أشد تَأَثُّراً بالأهوال، ولأنها عورة وربما تَتَكَشَّفُ لِلرُّجَالِ لضيق المكان. وإذا قلنا: بعدم الوجوب فنقول بعدم الاستحباب أيضاً، ومنهم من طرد الخِلاَفَ، وليست الأنهار العظيمة كجيحون في معنى البحر؛ لأن المقام فيها لا يطول، والخطر فيها لا يعظم، وفيه وجه غريب.

— والثاني: البضع. والغرض من ذكره بيان حكم المرأة في الطَّرِيقِ، قال في الكتاب: (واستطاعة المرأة كاستطاعة الرجل، ولكن إذا وجدت مُخْرَمًا إلى آخره) يسوي بين استطاعة الرجل واستطاعة المرأة إلا فيما يَتَعَلَّقُ بِالْمَخْرَمِ، وليس الأمر على هذا الإطلاق لِمَا مَرَّ من قول من اعتبر المَحْمَلِ فِي حَقِّهَا مطلقاً، وأيضاً فلما ذكرناه الآن في رُكُوبِ الْبَحْرِ. وأما ما يتعلق بِالْمَخْرَمِ فاعلم أنه: لا يجب عليها الْحَجُّ حتى تأمن على نَفْسِهَا، فإن خرج معها زَوْجٌ أو مَخْرَمٌ إما بنسب أو بغيره فذاك، وإلا فننظر إن وجدت نِسْوَةً ثِقَاتٍ يَخْرُجْنَ فعليها أن تَحُجَّ مَعَهُنَّ<sup>(٢)</sup>، وهل يشترط أن يكون مع واحدة منهن محرماً؟ فيه وجهان:

(١) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٣٩٣) ومن طريقه أبي داود (٢٤٨٩) والبيهقي (٣٣٤/٤)، وقال أحمد: غريب. وقال أبو داود: رواه مجهولون. وقال الخطابي: ضعفوا إسناده. وقال صاحب «الإمام»: اختلف في إسناده.

(٢) قضية تعبيره بالنسوة عدم الاكتفاء بالمرأتين، واقتضى كلامهم جماعة الاكتفاء بهما، لأنهن يصرن ثلاثاً، والمتبادر إلى الفهم من اعتبار كون النسوة ثقات اشتراط البلوغ فيهن، لأن من دون البلوغ لا يوصف غالباً بالثقة، وقد يرد على كلام الشيخ عبد المرأة، فإنه كالمحرم لها في السفر كما صرَّح به المرعشي. قال في الخادم: محل الوجوب مع النسوة إذا كان طريقاً آمناً كما قَيَّدَهُ الرافعي في نظير المسألة في تغريب المرأة.

أحدهما - وبه قال القفال -: نعم، ليكلم الرجال عنهن، ولتستعن التي معها محرم إذا أبتلين بنائبة.

وأصحهما: لا؛ لأن النساء إذا كثرن انقطعت الأطماع عنهن وكفين أمرهن، وإن لم تجد نسوة ثقاتٍ لم يلزمها الحج، هذا ظاهر المذهب، ووراءه قولان:

أحدهما: أن عليها أن تخرج مع المرأة الواحدة، يحكى هذا عن «الإملاء».

والثاني - وأختره جماعة من الأئمة -: أن عليها أن تخرج وحدها إذا كان الطريق مسلوفاً ويحكى هذا عن رواية الكرايبيسي.

وأحتج له بما روى عن عدي بن حاتم أن النبي ﷺ قال: «يَا عَدِيُّ إِنْ طَالَتْ بِكَ الْحَيَاةُ لَتَرَيْنَ الطَّعِينَةَ تَزْتَجِلُ مِنَ الْحَبِيرَةِ حَتَّى تَطُوفَ بِالْكَعْبَةِ لَا تَخَافُ إِلَّا اللَّهَ، قَالَ عَدِيُّ: فَرَأَيْتَ ذَلِكَ»<sup>(١)</sup>.

وأيضاً بأن المرأة لو أسلمت في دار الكفر لزمها الخروج إلى دار الإسلام، وإن كانت وخذها، ولمن ذهب إلى الأول أن يقول:

أما الحديث: فليس فيه ما يقتضي الوجوب.

وأما التي أسلمت: فخوفها لو أقامت هناك أكثر من خوف الطريق، هذا حكم الحج الفرض، وهل لها الخروج إلى سائر الأسفار مع النساء الخالص؟ فيه وجهان؛ لأنه لا ضرورة إليها.

والأصح عند القاضي الزوياني المنع، وليعلم قوله في الكتاب: (ولكن إذا وجدت مخزماً) بالواو؛ للقول الصائب إلى أنها تخرج وخذها، وقوله: (أو نسوة ثقات) أيضاً بالواو؛ لأمرين.

أحدهما: القول المكفي بالواحدة.

وثانيهما: الوجه الشارط لأن يكون مع بغضهن مخزماً وبالحاء؛ لأن عنده إذا لم يكن محرم وزوج فلا يجوز لها الخروج إلا أن تكون المسافة بينها وبين مكة دون ثلاثة أيام، ويروى عن أحمد مثله.

وفي كون المحرم أو الزوج شرط الوجوب أو التمكن أختلاف رواية عنهما، قال الموفق بن طاهر: ولأصحابنا مثل هذا التردد في النسوة الثقات، ولم يتعرض في الكتاب للزوج، وأقتصر على اشتراط المحرم أو النسوة الثقات لكنه كالمحرم بالاتفاق.

(١) أخرجه البخاري (٣٥٩٥) والحميدي (٩١٥) وأحمد في المسند (٢٥٧/٤) والدارقطني (٢/٢٢١)

وقوله: (مع أمن الطريق) مما يذكر لأستظهار والإيضاح، وإلا فقد سبق ما تعرف به أشرطاه.

والثالث: المال، فلو كان يخاف على ماله في الطريق من عدو أو رسدي<sup>(١)</sup> لم يلزم الحج وإن كان الرسدي يرضى بشيء يسير إذا تعين ذلك الطريق، ولا فرق بين أن يكون الذين يخاف منهم مسلمين أو كفاراً، لكن إذا كانوا كفاراً أو أطاقوا مقاومتهم فيستحب لهم أن يخرجوا ويقاتلوا لِيَتَأَلَّوا ثواب الحج والجهاد جميعاً، وإن كانوا مسلمين لم يستحب الخروج والقتال، ويكره بذل المال للرسديين، لأنهم يحرضون بذلك على التعرض للناس، ولو بعثوا بأمان الحجيج وكان أمانهم موثوقاً به أو ضمن لهم أمير ما يطلبونه وأمن الحجيج لزمهم الخروج، ولو وجدوا من يبذرقهم بأجرة ولو استاجروه لأمنوا في غَالِبِ الظَّنِّ فهل يلزمهم أستأجاره؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه خسران لدفع الظلم فأشبهه التسليم إلى الظالم.

والثاني: نعم؛ لأنه بذل الأجرة بذل مال بحق والمبذوق أهبة من أهب الطريق كالزَّالَّةِ وغيرها، وهذا أظهر عند الإمام، ورتب عليه لزوم استئجار المخرم على المرأة إذا لم يساعدها إلا بأجرة، وجعل اللزوم هاهنا أظهر؛ لأن الداعي إلى التزام هذه المؤنة معنى فيها فأشبهه زيادة مؤنة المخمّل في حق ما يحتاج إليه.

ويشترط لوجوب الحج وجود الزاد والماء في المواضع التي جرت العادة بحمل الزاد والماء منها، فإن كان العام عام جذب وخلا بعض تلك المنازل عن أهلها أو أنقطعت المياه لم يلزمه الحج؛ لأنه إن لم يحمل معه خاف على نفسه، وإن حملة لحقته مؤنة عظيمة، وكذلك الحكم لو كان يوجد فيها الزاد والماء ولكن بأكثر من ثمن المثل وهو القدر اللائق به في ذلك المكان والزمان، وإن جدهما بثمان المثل لزم التخصيل سواء كانت الأسعار غالية أو راحضة إذا وفى ماله ويحتمل حملهما قدر ما جرت العادة به في طريق مكة حرصها الله لحمل الزاد من الكوفة إلى مكة، وحمل الماء مرحلتين أو ثلاثاً إذا قدر عليه ووجد آلات الحمل، وأما علف الدابة فيشترط وجوده في كل مرحلة؛ لأن المؤنة تعظم في حمليه لكثرتة، ذكره صاحب «التهذيب» «والتمة» وغيرهما<sup>(٢)</sup>.

(١) الرصدي بفتح الراء مع إسكان الصاد وفتحها أيضاً هو الذي يرقب الناس. قال الجوهرى (٢/٤٧٤)؛ الرصد للشيء المراقب له تقول: رصده يرصده رصداً، ورصداً بالفتح والسكون، والترصد الترقب.

(٢) قال النووي: إذا ظن كون الطريق فيه مانع من عدو أو عدم ماء، أو علف، أو غير ذلك، فترك الحج، ثم بان أن لا مانع فقد لزمه الحج صرح به الدارمي، ولو لم يعلم وجود المانع ولا عدمه. قال الدارمي: إن كان هناك أصل عمل عليه، وإلا وجب الحج. ينظر الروضة (٢/٢٨٦).

قال الغزالي: (وَأَمَّا الْبَدَنُ) فَلَا يُعْتَبَرُ فِيهِ إِلَّا قُوَّةُ يَسْتَمْسِكُ بِهَا عَلَى الرَّاحِلَةِ، وَيَجِبُ عَلَى الْأَعْمَى إِذَا قَدَرَ عَلَى قَائِدٍ، وَيَجِبُ عَلَى الْمَحْجُورِ وَالْمُبْدِرِ، وَعَلَى الْوَلِيِّ أَنْ يُنْفِقَ عَلَيْهِ وَيُنْصَبَ عَلَيْهِ قَوَّامًا.

قال الرافعي: المتعلق الرابع: البدن، ويشترط فيه لأستطاعة المباشرة قوة يستمسك بها على الرّاحلة، والمراد أن يثبت على الرّاحلة من غير أن يلحقه مشقة شديدة، فأما إذا لم يثبت أصلاً، أو كان يثبت ولكن بمشقة شديدة فليس له أستطاعة المباشرة، سواء فرض ذلك لمرض أو غيره، روى أنه ﷺ قال: «مَنْ لَمْ يَخْبِسْهُ مَرَضٌ أَوْ حَاجَةٌ ظَاهِرَةٌ أَوْ سُلْطَانٌ جَائِزٌ فَلَمْ يَحْجُ فَلَيْمْتُ إِنْ شَاءَ يَهُودِيًّا وَإِنْ شَاءَ نَصْرَانِيًّا»<sup>(١)</sup>.

والقول في أنه متى يستتیب؟ ومتى لا يستتیب؟ سيأتي من بعد، ثم في الفصل مسألتان:

إحدهما: الأعمى إذا وجد مع الزّاد والرّاحلة قَائِدًا يلزمه الحج بنفسه؛ لأنه مستطيع له والقائد في حقه كالمخرم في حق المرأة، وبه قال أحمد، وعن أبي حنيفة - رحمهما الله - أختلاف رواية فروى عنه: أنه لا حجّ عليه، وهذه عبارة الكرخي في «مختصره»، وروى أنه لا يلزمه الخروج بنفسه ولكن يستتیب.

الثانية: المحجور عليه بالسّفه كغيره في وجوب الحجّ عليه إلا أنه لا يدفع المال إليه لتبذيره بل يخرج الولي معه لينفق عليه في الطّريق بالمعروف ويكون قوَّاماً عليه، ويفارق الصّبي والمجنون إذا أحرَمَ الوَلِيُّ عَنْهُمَا، فَإِنْ فِي إِنْفَاقِهِ مَا زَادَ بِسَبَبِ الْحَجْرِ مِنْ مَالِهِمَا خِلَافًا سَنَدَكْرَهُ؛ لِأَنَّهُ لَا وَجُوبَ عَلَيْهِمَا، وَإِذَا زَالَ مَا بِهِمَا لَزِمَهُمَا حُجَّةُ الْإِسْلَامِ، وَذَكَرَ فِي التَّهْذِيبِ: أَنَّهُ إِذَا شَرَعَ السَّفِيهِ فِي حَجِّ الْفَرْضِ أَوْ فِي حَجِّ نَذْرَةٍ قَبْلَ الْحَجْرِ بِغَيْرِ إِذْنِ الْوَلِيِّ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَحْلُلَهُ فَيُلْزِمُهُ أَنْ يَنْفِقَ عَلَيْهِ إِلَى أَنْ يَفْرَغَ، وَإِنْ شَرَعَ فِي حَجِّ تَطَوُّعٍ ثُمَّ حُجِرَ عَلَيْهِ فَكَذَلِكَ، وَلَوْ شَرَعَ فِيهِ بَعْدَ الْحَجْرِ كَانَ لِلْوَلِيِّ أَنْ يَحْلُلَهُ إِنْ كَانَ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لِلْحَجِّ يَزِيدُ عَلَى نَفَقَتِهِ الْمَعْهُودَةِ وَلَمْ يَكُنْ لَهُ كَسْبٌ وَإِنْ لَمْ يَزِدْ، أَوْ كَانَ لَهُ كَسْبٌ يَبْقَى مَعَ قَدْرِ النَّفَقَةِ لِلْحَجِّ وَجِبَ إِتْمَامُهُ، وَلَمْ يَكُنْ لِلْوَلِيِّ أَنْ يَحْلُلَهُ.

وقوله في الكتاب: (وعلى الولي أن ينفق عليه) أي من مال المحجور.

وقوله: (وينصب عليه قوَّاماً) أي إن لم يتول ذلك بنفسه.

(١) أخرجه البيهقي (٣٣٤/٤) وذكره ابن الجوزي في الموضوعات (٢/٢٠٩). وقال البيهقي: هذا الحديث - وإن كان إسناده غير قوي - فله شاهد من قول عمر بن الخطاب. وقال الدارقطني والعقيلي: لا يصح في هذا الباب شيء. انظر الخلاصة (١/٣٤٤ - ٣٤٥).

وأعلم أن الأئمة شرطوا في وجوب الحج أمرين آخرين لم يصرح بهما في الكتاب.

أحدهما: إمكان المسير وهو أن يبقى من الزمان عند وجدان الزاد والرأجلة ما يمكنه المسير فيه إلى الحج السير المعهود<sup>(١)</sup>.

أما إذا احتاج إلى أن يقطع في كل يوم أو في بعض الأيام أكثر من مَرَحَلَةٍ لم يلزمه الحج.

والثاني: قال صاحب «التهذيب» وغيره: يشترط أن يجد رفقة يخرج معهم في الوقت الذي جرت عادة أهل بلده بالخروج فيه، فإن خرجوا قبله لم يلزمه الخروج معهم، وإن أخرؤا الخروج بحيث لا يبلغون إلا بأن يقطعوا أكثر من مرحلة لم يلزمه أيضاً، وفي قوله بعد هذا الفصل (وله أن يتخلف عن أول قافلة) ما يشعر باعتبار وجدان القافلة، ومن أطلق القول باعتباره من الأصحاب فكلامه على غالب الحال، فإن كانت الطرق بحيث لا يخاف الواحد فيها فلا حاجة إلى الرفقة والقافلة، ذكره في «التتمة»، وبهذا الفقه يتبين دخول هذا الشرط تحت اعتبار أمن الطريق، وعن أحمد أن أمن الطريق وإمكان السير من شرائط الأداء دون الوجوب حتى لو استطاع والطريق مخوف أو الوقت ضيق استقر الوجوب عليه، وروي عن أصحاب أبي حنيفة - رحمه الله - اختلاف في أن أمن الطريق من شرائط الوجوب أو الأداء.

قال الغزالي: وَمَهْمَا تَمَّتِ الْأَسْتِطَاعَةُ وَجَبَ الْحَجُّ عَلَى التَّرَاخِي (م ح ز) وَلَهُ أَنْ يَتَخَلَّفَ عَنْ أَوَّلِ قَافِلَةٍ، فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ حَجِّ النَّاسِ تَبَيَّنَ عَدَمُ الْأَسْتِطَاعَةِ، وَإِنْ مَاتَ بَعْدَ الْحَجِّ فَلَا، وَإِنْ هَلَكَ مَالُهُ بَعْدَ الْحَجِّ وَقَبْلَ إِيَابِ النَّاسِ تَبَيَّنَ أَنْ لَا أَسْتِطَاعَةَ؛ لِأَنَّ نَفَقَةَ الْإِيَابِ شَرْطٌ فِي الْحَجِّ، فَإِنْ دَامَتْ الْأَسْتِطَاعَةُ إِلَى إِيَابِ النَّاسِ ثُمَّ مَاتَ أَوْ طَرَأَ الْعَضْبُ

(١) قال النووي: أنكر الشيخ أبو عمرو بن الصلاح على الإمام الرافعي - رحمهما الله - اعتراضه على الغزالي، وجعله إمكان السيد ركناً لوجوب الحج، وقال: إنما هو شرط استقرار الحج في ذمته ليجب قضاؤه من تركته لو مات قبل الحج، وليس شرطاً لأصل وجوب الحج، بل متى وجدت الاستطاعة من مسلم مكلف حر، لزمه الحج في الحال كالصلاة تجب بأول الوقت قبل مضي زمن يسعها، ثم استقرارها في الذمة يتوقف على مضي الزمان والتمكن من فعلهما. والصواب: ما قاله الرافعي، وقد نص عليه الأصحاب كما نقل لأن الله - تعالى - قال: ﴿وَاللَّهُ عَلَى النَّاسِ حَجُّ الْبَيْتِ مِنْ اسْتِطَاعَةٍ إِلَيْهِ سَبِيلًا﴾ (سورة آل عمران، الآية ٩٧) وهذا غير مستطاع فلا حج عليه، وكيف يكون مستطاعاً وهو عاجز حسناً؟ وأما الصلاة، فإنما تجب في أول الوقت لإمكان تميمها. ينظر الروضة (٢/٢٨٧).

لَقِي اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ عَصِيباً عَلَى الْأَظْهَرِ، وَتَضَيَّقَ عَلَيْهِ الْأَسْتِنَابَةُ إِذَا طَرَأَ الْعَضْبُ بَعْدَ الْوُجُوبِ، فَإِنْ أَمْتَنَعَ فَقِي إِجْبَارِ الْقَاضِي إِثَابَهُ عَلَى الْأَسْتِنَابَةِ وَجْهَانِ.

قال الرافعي: ذكر في «الوسيط»: أن المسائل المذكورة إلى هذا الموضع كَلَامٌ فِي أَرْكَانِ الاستِطَاعَةِ، وَمِنْ هَاهُنَا إِلَى رَأْسِ النُّوعِ الثَّانِي كَلَامٌ فِي أَحْكَامِهَا، وَلِئِنْ أَنْ تَقُولَ: الاستِطَاعَةُ إِحْدَى شَرَايِطِ وَجُوبِ الْحَجِّ كَمَا مَرَّ، وَقَدْ تَوَجَّدَ الاستِطَاعَةَ مَسْبُوقَةً بِسَائِرِ الشُّرُوطِ، وَقَدْ يَوْجَدُ غَيْرَهَا مَسْبُوقاً بِهَا فَلَمْ كَانَتْ هَذِهِ الْمَسَائِلُ أَحْكَامَ الاستِطَاعَةِ دُونَ غَيْرِهَا؟ وَبِتَقْدِيرِ أَنْ تَكُونَ أَحْكَامَ الاستِطَاعَةِ فِيهِ أَحْكَامٌ مُطْلَقٌ الاستِطَاعَةَ كَمَا سَتَعْرِفُهُ لَا أَحْكَامَ النَّوْعِ الْأَوَّلِ مِنْهَا، وَكَانَ ذَكَرَهَا بَعْدَ التَّوَعُّينِ أَحْسَنَ وَالْحَقُّ أَنَّهَا لَيْسَتْ بِأَحْكَامِ الاستِطَاعَةِ وَلَا سَائِرِ الشُّرُوطِ، لَكِنْ مَسَائِلُ هَذَا الْفَضْلِ تَتَعَلَّقُ بِكَيْفِيَّةِ ثُبُوتِ الْوُجُوبِ بَعْدَ اسْتِجْمَاعِ الشَّرَايِطِ وَأَنَّهُ مَتَى تَسْتَقَرُّ؟

ومسائل الفضل الثاني لا تَعَلَّقُ لَهَا بِالْوُجُوبِ أَيْضاً، وَمَقْصُودُ الْفَضْلِ أَنْ الْحَجَّ يَجِبُ عَلَى التَّرَاجِيحِ وَهُوَ فِي الْعُمُرِ كَالصَّلَاةِ بِالإِضَافَةِ إِلَى وَقْتِهَا.

وقال مالك وأحمد والمزني - رحمهم الله -: إنه على الفور، ويروى مثله عن أبي حنيفة - رحمه الله - .

لَنَا أَنَّ فَرِيضَةَ الْحَجِّ نَزَلَتْ سَنَةَ خَمْسٍ مِنَ الْهِجْرَةِ، وَأَخْرَجَهُ النَّبِيُّ ﷺ مِنْ غَيْرِ مَانِعٍ، فَإِنَّهُ خَرَجَ إِلَى مَكَّةَ سَنَةَ سَبْعٍ لِقِضَاءِ الْعُمْرَةِ وَلَمْ يَحْجِ، وَفَتَحَ مَكَّةَ سَنَةَ ثَمَانٍ، وَبَعَثَ أَبَا بَكْرٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَمِيرًا عَلَى الْحَجِّ سِتَّةَ تِسْعٍ، وَحَجَّ هُوَ سَنَةَ عَشْرِ وَعَاشَ بَعْدَهَا ثَمَانِينَ يَوْمًا ثُمَّ قُبِضَ إِلَى - رَحْمَةِ اللَّهِ تَعَالَى - .

إذا تقرر ذلك فلمن وجب عليه الحج بنفسه أو غيره أن يُؤَخَّرَهُ عَنْ أَوَّلِ سَنَةِ الإِمْكَانِ. نعم، لو خشي العضب<sup>(١)</sup> وقد وجب عليه الحج بنفسه ففي جواز التأخير وجهان:

أظهرهما: المنع، وإذا تَخَلَّفَ فَمَاتَ قَبْلَ حَجِّ النَّاسِ تَبَيَّنَ عَدَمُ الْوُجُوبِ لِتَبَيُّنِ عَدَمِ الاستِطَاعَةِ وَالإِمْكَانِ، وَعَنْ أَبِي يَحْيَى الْبَلْخِيِّ أَنَّهُ يَسْتَقَرُّ عَلَيْهِ، وَذَكَرَ فِي «الْمَذْهَبِ»: أَنَّ أَبَا إِسْحَاقَ أَخْرَجَ عَلَيْهِ نَصْرَ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فَرَجَعَ عَنْهُ، فَلَا يُعْلَمُ قَوْلُهُ: (تَبَيَّنَ عَدَمُ الاستِطَاعَةِ) بِالْوَاوِ، وَكَذَلِكَ وَإِنْ مَاتَ بَعْدَ مَا حَجَّ النَّاسُ اسْتَقَرَّ الْوُجُوبُ عَلَيْهِ وَلَزِمَ الإِجْحَاجُ مِنْ تَرِكْتِهِ.

(١) يقال: رجل معضوب زمن لا حراك به كان الزمانة غضبته ومنعته من الحركة والمعضوب هو الذي يُسَّ من قدرته على الحج بنفسه كذا فسره النووي، وينظر المصباح المنير (٥٦٧/٢).

قال في «التهذيب»: ورجوع القافلة لَيْسَ بِشَرْطٍ حَتَّىٰ لو مات بعد انتصاف ليلة النَّحْرِ، ومضى إمكان المَسِيرِ إلى مَتَى والرَّمِي بها، وإلى مَكَّةَ والطَّوْفِ بها استقر الفَرَضُ عليه، وإن مَاتَ أو جَنَّ قبل انتصاف ليلة النحر لم يستقر، وإن هَلَكَ ماله بعد إِيَابِ النَّاسِ أو مضى إمكان الإِيَابِ استقر الحَجُّ، وإن هلك بعد حَجِّهِمْ وقبل الإِيَابِ وإمكانه فوجهان:

أحدهما: الاستقرار كما في صورة المَوْتِ.

وأصحهما: وهو المذكور في الكتاب: أنه لَا يَسْتَقِرُّ بِخِلَافِ صُورِ المَوْتِ، لأنه إذا مات استغنى عن المال للرجوع، وهاهنا نفقة الرجوع لَا بُدَّ مِنْهَا، وهذا حيث نشترط نفقة الإِيَابِ فإن لم نشترطها تعين الوجهُ الأول، وإن أحصر الذين تَمَكَّنَ من الخروج معهم فتحللوها لم يستقر الفَرَضُ عَلَيْهِ، وإن سلكوا طريقاً آخَرَ فَحَجُّوا استقر، وكذا إذا حَجُّوا في السَّنَةِ التي بَعْدَهَا إذا عاش وبقي ماله.

وإذا دامت الاستطاعة وتحقق الإمكان ولم يحج حتى مات فهل يَعْصَى؟ فيه وجهان:

أحدهما: وبه قال أبو إسحاق لا؛ لأننا جَوَزْنَا له التأخير.

وأظهرهما: نعم وإلا ارتفع الحكم بالوجوب، والمجوز هو التأخير دون التَّفْوِيتِ، والوجهان كالوجهين فيما إذا مَاتَ في وسط الوقت قبل أداء الصَّلَاةِ، لكن الأظهر هُنَاكَ أنه لَا يَمُوتُ عَاصِياً، وسبب الفرق قد مرَّ هُنَاكَ، وبه قال ابنُ سُرَيْجٍ، وقَصَلَّ بَعْضُ الأَصْحَابِ فقال: إن كان شيخاً مات عاصياً، وإن كان شاباً فلا، والخلاف جارٍ فيما إذا كان صَحِيحَ البَدَنِ مستطيعاً فلم يحج حتى صار زَمِناً، والأظهر التَّعْصِيَةَ أيضاً، ولا نظر إلى إمكان الاستنابة فإنها في حكم بدل، والأصل المَبَاشَرَةُ، ولا يجوز تَرْكُ الأَصْلِ مع القُدْرَةِ عليه، ويتفرع على الحكم بالتعصية فرعان.

أحدهما: في تضييق الاستنابة عليه في صورة عُروض الزمّانة وجهان حكاهما الإمام - رحمه الله - .

أظهرهما: عنده وبه أجاب صاحب الكتاب - رحمه الله -: أَنَّهَا تَضْيِيقٌ لِخُرُوجِهِ بتقصيره عند استحقات التَّزْوِيهِ.

والثاني: له التأخير، كما لو بلغ معصوباً عليه الاستنابة على التراخي، ولك أن تشبه هذين الوجهين بوجهين قد مرَّ ذكرهما في قضاء الصَّوْمِ إذا تعدى بتفويته، وهل يَكُونُ على الفور؟ وإذا قلنا بالوجهِ الأول فلو امتنع وأخَّر هل يجبره القَاضِي على الاستنابة ويستأجر عليه؟ فيه وجهان:

أظهرهما: عند الإمام - رحمه الله تعالى - : لا ؛ لأن الحدود هي التي تتعلق بتصرف الإمام .

والثاني: نعم؛ تشبيهاً له بزكاة الممتنع، فإن كل واحد منهما تدخله النيابة .

الثانية: إذا قلنا: يموت عاصياً فمن أي وقت نحكم بعصيانه؟ فيه وجهان:

أحدهما: من أول سنة الإمكان لاستقرار الفرض عليه يومئذ .

وأظهرهما: وبه قال أبو إسحاق: من آخر سنة الإمكان بجواز التأخير إليها، وفيه وجه ثالث أنا نحكم بموته عاصياً من غير أن نسنده إلى وقت معين .

ومن فوائد الحكم بموته عاصياً أنه لو كان قد شهد عند القاضي ولم يقض بشهادته حتى مات فلا يقض كما لو بان له فسقه، ولو قضى بشهادته بين الأولى من سني الإمكان وأخراها فإن عصيانه من أخراها لم ينقض ذلك الحكم بحال، وإن عصيانه من أولها ففي نقضه القولان، فيما إذا بان الشهود فسقه، وقوله في الكتاب (ومهما تمت الاستطاعة) أي مع سائر الشرائط . وقوله: (أو طرأ العضب) أضل العضب القطع يقال: عضبت الشيء أعضبته إذا قطعته، سمي معضوباً لأن الزمانة التي عرضت له قطعت حركة أعضائه، وقيل: هو معصوب - بالصاد المهملة - كأنه ضرب على عصبه فانعزلت أعضاؤه عن عملها - والله أعلم - .

قال الغزالي: وَلَا بُدَّ مِنَ التَّرْتِيبِ (م ح) فِي الْحَجِّ فَيَبْدَأُ بِحُجَّةِ الْإِسْلَامِ ثُمَّ بِالْقَضَاءِ (و) ثُمَّ بِالنَّذْرِ ثُمَّ بِالتَّطَوُّعِ فَلَوْ غَيَّرَ هَذَا التَّرْتِيبَ وَقَعَ عَلَى هَذَا التَّرْتِيبِ وَلَعَثَ نَيْتُهُ، وَإِذَا حَجَّ عَنِ الْمُسْتَأْجِرِ وَهُوَ لَمْ يَحُجَّ عَنْ نَفْسِهِ وَقَعَ عَنْهُ دُونَ الْمُسْتَأْجِرِ (م ح) .

قال الرافي: حُجَّةُ الْإِسْلَامِ فِي حَقِّ مَنْ يَتَأَهَّلُ لَهَا تَقَدُّمٌ عَلَى حُجَّةِ الْقَضَاءِ، وَصُورَةُ اجْتِمَاعِهِمَا أَنْ يَفْسِدَ الرَّقِيقُ حُجَّةً ثُمَّ يَعْتَقُ فَعَلِيهِ الْقَضَاءُ، وَلَا يَجُزُّهُ عَنْ حُجَّةِ الْإِسْلَامِ فَإِنَّ الْقَضَاءَ يَتَلَوُّ تَلَوَّ الْأَدَاءِ؛ وَكَذَا حُجَّةُ الْإِسْلَامِ عَلَى حُجَّةِ النَّذْرِ، وَلَوْ اجْتَمَعَا مَعَ حُجَّةِ الْإِسْلَامِ قَدِمَتْ هِيَ، ثُمَّ الْقَضَاءُ الْوَاجِبُ بِأَضَلِّ الشَّرْعِ، ثُمَّ الْمَنْدُورَةُ تَقْدِيمًا لِلأَهَمِّ فَالأَهَمُّ .

ومن عليه حجة الإسلام ليس له أن يحج عن غيره، وكذا من عليه حجة نذر أو قضاء . قال أبو جنيفة ومالك - رحمهما الله - يجوز التطوع بالحج قبل أداء الفرض، ويجوز لمن عليه الحج أن يحج عن غيره، وأظهر ما روي عن أحمد - رحمه الله - مثل مذهبننا . لنا: ما روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ سَمِعَ رَجُلًا يَقُولُ لَيْتَكَ عَنْ شُبْرَمَةَ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ مَنْ شُبْرَمَةَ؟ قَالَ: أَخِي أَوْ قَرِيبٌ لِي فَقَالَ أَحَجَجْتَ عَنْ نَفْسِكَ؟ قَالَ: لَا، قَالَ حُجَّ عَنْ نَفْسِكَ، ثُمَّ عَنْ شُبْرَمَةَ، قَالَ: أَخِي أَوْ قَرِيبٌ لِي فَقَالَ



أَحْبَبْتَ عَنْ نَفْسِكَ؟ قَالَ: لَا، قَالَ حُجَّ عَنْ نَفْسِكَ، ثُمَّ عَنْ شُبْرَمَةَ - وَفِي رِوَايَةٍ - هَذِهِ عَنْكَ ثُمَّ حُجَّ عَنْ شُبْرَمَةَ<sup>(١)</sup>.

دل الحديث على أنه لا بد من تقديم فرضيه نفسه على ما لو استؤجر له، وفهم منه أنه لا بُدَّ من تقديم فرض على ما يُتَطَوَّعُ به، والعمرة إذا أوجبنها كَالْحَجِّ في جميع ذلك. وقوله في الكتاب: (ثم بالقضاء ثم بالنذر) اعْلَمَ بالواو؛ لأن الإمام - رحمه الله - أشار إلى تردد في تقديم القَضَاءِ على النَّذْرِ، وتابعه المصنف في «الوسيط».

والصَّحِيح: ما ذكره في الكتاب.

إذا تقرر ذلك فلو أنه غَيَّرَ الترتيبَ المَذْكُورَ فقدم ما يجب تأخيرُه لَعَثَ نَيْتُهُ، ووقع على الترتيب المَذْكُور. ولو استأجر المعضوب من يحج عن نذره وعليه حَجَّةُ الإسلام فنوى الأجير النذر وقع عن حَجَّةِ الإسلام.

ولو استأجر من لم يحج عن نفسه وهو الذي يسمى ضرورة ليحج عن المستأجر فنوى الحَجِّ عنه لغت إضافته ووقع عن الأجير.

وينبغي أن يُعْلَمَ قوله في الكتاب: (وقع عنه دون المستأجر) بالألف، لأن عن أحمد - رحمه الله - رواية أنه لا يقع عنه ولا عن المستأجر، بل يلغى، ولو نذر ضرورة أن يَحُجَّ في هذه السَّنَةِ ففعل وقع عن حَجَّةِ الإسلام وخرج عن نذره، وليس في نذره إلا تعجيل ما كان له أن يؤخره.

ولو استأجره لِلضَّرُورَةِ لِلْحَجِّ في الذَّمة جَاز، والطريق أن يَحُجَّ عن نفسه ثُمَّ عن المستأجر في سَنَةٍ بَعْدَهَا، وإجارة العين تفسد لأنَّه يتعين لها السَّنَةُ الأولى، فإن إجازة السنة القابلة لا تُجوز.

وإذا فسدت الإجازة نظر إن ظنه قد حَجَّ فبان ضرورة لم يستحق أجره لتغيره، وإن علم أنه ضرورة وقال: يجوز في اعتقادي أن يحج الضرورة عن غيره فَحَجَّ الأجير يقع عن نفسه كما تقدَّم، ولكن في استحقاقه أجره المثل قولان أو وجهان سيأتي

(١) أخرجه أبو داود في السنن (٤٠٣/٢) كتاب «المناسك» باب «الرجل يحج عن غيره الحديث (١٨١١)، وابن ماجه في السنن (٩٦٩/٢) كتاب «المناسك» باب «الحج عن الميت الحديث (٢٩٠٣)، وابن الجارود في المتقى ص (١٧٨) باب «المناسك» الحديث (٤٩٩)، وابن حبان في صحيحه أورده الهيثمي في موارد الظمان ص (٢٣٩) كتاب «الحج» باب «فيمن حج عن غيره» الحديث (١٦٢) والدارقطني في السنن (٢٦٧/٢ - ٢٦٨) كتاب «الحج» باب «المواقيت» الحديث (١٤٢) و(١٤٣)، والبيهقي في السنن الكبرى (٣٣٦/٤) كتاب الحج باب من ليس له أن يحج عن غيره وقال: إسناده صحيح ليس في هذا الباب أصح منه.

نظائرهما. ولو استأجر للحج من يحج ولم يعتمر أو للعمرة من اعتمر ولم يحج فقرن الأجير وأحرم بالنسكين جميعاً عن المستأجر أو أحرم بما استؤجر له عن المستأجر وبالأخر عن نفسه فقد حكى صاحب «التهذيب» وغيره فيه قولين:

الجديد: هما يقعان عن الأجير؛ لأن نسكي القرآن لا يتفرقان لاتحاد الإحرام، ولا يمكن صَرْفَ ما لم يأمر به المُستأجر إليه.

والثاني: أن ما استؤجر له يقع عن المستأجر والآخر عن الأجير، وعلى القولين لو استأجر رجلان من حج واعتمر أحدهما ليحج عنه، والآخر ليعتمر عنه فقرن عنهما، فعلى الأول يقعان عن الأجير، وعلى الثاني يقع عن كُلِّ واحدٍ منهما ما استأجره له. ولو استأجر المعضوب رجلين ليحجَّا عنه في سنة واحدة أحدهما حُجَّةَ الإسلام والآخر حُجَّةَ قضاء أو نذر، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز؛ لأن حجة الإسلام لا تتقدم على غيرها.

وأظهرهما: ويحكى عن نصه في «الأم» الجواز؛ لأن غيرها لا يتقدم عليها، وهذا القدر هو المرعي، فعلى الأول إن أحرم الأجيران معا يُصْرَفُ إحرامهما إلى نفسيهما، وإن سبق إحرام أحدهما وقع ذلك عن حُجَّةِ الإسلام عن المستأجر، وانصرف إحرام الآخر إلى نفسه. ولو أحرم الأجير عن المستأجر ثم نذر حَجًّا نُظِرَ إن نذر بعد الوقوف لم ينصرف حَجُّه إليه، ووقع عن المُستأجر، وإن نذر قبله فوجهان:

أظهرهما: انصرافه إلى الأجير.

ولو أحرم الرجل بحج تطوعاً ثم نذر حجاً بعد الوقوف لم ينصرف إلى النذر وإن كان قبله فعلى الوجهين، - والله أعلم -.

وقد ذكرنا في خلال الكلام ما يتعلق بلفظ الكتاب وبالقيد الذي أوردناه في أول الفصل يعرف أن قوله: (ولا بد من الترتيب في الحج إلخ) محمول على من يصح منه حُجَّةُ الإسلام وإلا فالصبي والعبد إذا حَجَّا فقد تقدم في حَقِّهما غير حجة الإسلام على حُجَّةِ الإسلام.

ولو استأجر المعضوب من يحج عن تلك السنة فأحرم الأجير عن نفسه تطوعاً فقد روى الإمام عن شيخه أن إحرامه ينصرف إلى المستأجر؛ لأن حُجَّةَ الإجارة في هذه السنة مستحقة عليه، والمستحق في الحَجِّ مقدم على غيره، وعن سائر الأصحاب أنه لا ينصرف؛ لأن استحقاقها ليس من حكم وجوب يؤول، إلى الحَجِّ وإنما يتقدم وَاجِبُ الحَجِّ على تطوعه إذا رَجَعَ الوجوب إلى نفس الحَجِّ.

قال الغزالي: التَّوَعُّ الثَّانِي: اسْتِطَاعَةُ اسْتِنَابَةِ، وَالتَّنْظَرُ فِي ثَلَاثَةِ أَطْرَافٍ: الطَّرْفُ

الأول جواز الاستنابة، وَإِنَّمَا تَجُوزُ لِلْعَاجِزِ عَنِ الْمُبَاشَرَةِ بِالْمَوْتِ أَوْ بِزَمَانَةٍ (م) لَا يُزْجَى زَوَالَهَا، وَإِنَّمَا يَجُوزُ فِي حَجَّةِ الْإِسْلَامِ إِذَا وَجِبَ بِالْإِسْتِطَاعَةِ أَوْ مَاتَ قَبْلَ الْوُجُوبِ أَوْ أَمْتَعَ الْوُجُوبَ لِعَدَمِ الْإِسْتِطَاعَةِ، وَفِي الْإِسْتِجَارِ لِلتَّطَوُّعِ قَوْلَانِ.

قال الرافعي: قد مر أن الاستطاعة نوعان: استطاعة مُبَاشَرَةٍ، واستطاعة استنابة، وحصل الفراغ عن أولهما وأما الثاني: فتمس الحاجة فيه إلى بيان أنه متى تجوز الاستنابة؟ ومتى تجب؟ ثم هي قد تكون بطريق الاستئجار، وقد تكون بغيره، فهذه أربعة أطراف، وقد تكلم فيها جميعاً لكن اختصر على ترجمة ثلاثة منها الجواز والوجوب والاستئجار. وأما الاستنابة بغير طريق الاستئجار فقد أدرج مسألتها في الطرف الثاني.

الأول: في حال جواز الاستنابة.

لا يخفى أن العبادات بعيدة عن قبول النية، لكن احتمال في الحج أن يحج الشخص عن غيره إذا كان المحجوج عنه عاجزاً عن الحج بنفسه إما بسبب الموت وإما بكبر أو زمانة أو مرض لا يُزجى زواله. أما بسبب الموت فلما روى عن بريدة قال «أثت امرأة النبي ﷺ فَقَالَتْ إِنَّ أُمِّي مَاتَتْ وَلَمْ تُحَجَّ، فَقَالَ حَجِّي عَنْ أُمِّكَ»<sup>(١)</sup>.

وأما بالكبر ونحوه فلما روى عن ابن عباس - رضي الله عنهما - «أَنَّ امْرَأَةً مِنْ خَثْعَمٍ قَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ فَرِيضَةَ اللَّهِ عَلَى عِبَادِهِ فِي الْحَجِّ أَذْرَكَتْ أَبِي شَيْخاً كَبِيراً لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يَسْتَمْسِكَ عَلَى الرَّاحِلَةِ أَفَأَحِجُّ عَنْهُ؟ قَالَ: نَعَمْ»<sup>(٢)</sup>.

ويروي «كَمَا لَوْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَقَضَيْتَهُ»<sup>(٣)</sup>.

والمعتبر أن لا يثبت على الراحلة أضلاً أو لا يثبت إلا بِمَشَقَّةٍ شَدِيدَةٍ، فالمقطوع اليدين أو الرجلين إذا أمكنه الثبوت على الراحلة من غير مشقة شديدة لا تجوز النيابة عنه، وكذا لا تجوز النيابة عن من لا يثبت على الراحلة لمرض يزجو زواله فإنه يتوقع مباشرته له، وكذا من وجب عليه الحج ثم جن لم يكن للولي أن ينيب عنه؛ لأنه زبماً يفوق فيحج بنفسه، فإن أنساب عنه ومات ولم يفق ففي إجزائه قولان كما لو استتاب من يرجو زوال مرضه فلم يزل، وهذا كله في حجة الإسلام، وفي معناها حجة التذرية، حكى ذلك عن نصح، ويلحق بهما القضاء.

(١) أخرجه مسلم (١١٤٩) والترمذي (٩٢٩) وأخرجه الترمذي (٩٢٩) وقال: حسن صحيح.

(٢) أخرجه البخاري (١٥١٣، ١٨٥٤) (١٨٥٥، ٤٣٩٩، ٦٢٢٨) ومسلم (١٣٣٤، ١٣٣٥) والبيهقي (٣٣٥/٤).

(٣) أخرجه ابن ماجه (٢٩٠٩).

وأما حجة التطوع فهل يجوز استنابة المَعْضُوبِ فيها واستنابة الوارث للميت؟ فيها قولان:

أحدهما: لا، لبعث العبادات البدنية عن قبول النِّيابة، وإنما جوزنا في الفَرْضِ للضرورة.

وأصحهما: وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد - رحمهم الله - نعم؛ لأنها عبادة تدخل النِّيابة في فرضها فتدخل في نفلها كأداء الزكاة، ولو لم يكن الميت قد حَجَّ ولا وجب عليه لعدم الاستطاعة ففي جواز الإخجاج عنه طريقان نقلهما الإمام.

أحدهما: طرد القولين؛ لأنه لا ضرورة إليه.

والثاني: القطع بالجواز لوقوعه عن حجة الإسلام.

فإن جوزنا الاستتجار للتطوع فللأجير الأجرة المسماة، ويجوز أن يكون الأجير عبداً أو صبيّاً بخلاف حجة الإسلام لا يجوز استتجارهما فيها؛ لأنهما لَيْسَا مِنْ أَهْلِهَا، وفي المنذورة الخِلاف المشهور في أنه يسلك بالنذر مسلك الواجبات أم لا، وإن لم نجوز الاستتجار للتطوع وقع الحج عن الأجير ولم يستحق المسمى، وفي أجرة المثل قولان مزيان عن «الأم»:

أحدهما: أنه لا يستحق أيضاً لوقوع الحج عنه.

وأظهرهما: عند المخاملي وغيره أنه يستحقها؛ لأنه دخل في العقد طامعاً في الأجرة وتلفت منفعتة عليه، وإن لم ينتفع بها المستأجر فصار كما لو استؤجر لِحَمَلِ طَعَامٍ مَعْضُوبٍ فحمل يستحق الأجرة<sup>(١)</sup>.

وأما لفظ الكتاب فقوله: (وإنما يجوز للعاجز عن المباشرة) ليست اللام في قوله (للعاجز) لإضافة فعل الاستنابة إليه؛ لأن العاجز بالموت لا يتصور منه الاستنابة وإنما المراد كون الاستنابة للعاجز، ثم هي قد تصدر منه وقد تصدر من غيره، ويجوز أن يرقم بالحاء والألف؛ لأن عند أبي حنيفة وأحمد تجوز الاستنابة للصحيح أيضاً في حجة التطوع. وقوله: (أو بزمانة) معلم بالميم؛ لأن عند مالك لا تجوز النِّيابة عن الحي وإنما تجوز عن الميت.

(١) قال النووي: قال المتولي: هذا الخلاف إذا جهل الأجير فساد الإجارة، فإن علم لم يستحق شيئاً بلا خلاف. قال: والمسألة مفروضة في المعضوب، فإن أوصى الميت بحجة تطوع، وقلنا: لا تدخله النِّيابة، فحج الأجير وقع عن نفسه، ولا أجرة له بلا خلاف لا على الوصي ولا على الوارث، ولا في التركة. ينظر روضة الطالبين (٢/٢٨٨، ٢٨٩).

وقوله: (وإنما تجوز في حجة الإسلام) يفهم الحصر فيها، لكن التذر والقضاء في معناه كما سبق، وإفهامه الحصر أعلم بالميم والحاء والألف إشارة إلى أنهم يجوزونها في حجة التطوع أيضاً.

وقوله: (أو مات قبل الوجوب إذا امتنع الوجوب لعدم الاستطاعة) جواب على طريقة نفي الخلاف في المسألة أو على أظهر القولين على الطريقة الأخرى فليعلم بالواو. واحتج في الجواز بما روى: «أَنَّ امْرَأَةً قَالَتْ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ إِنَّ قَرِيضَةَ الْحَجِّ أَذْرَكَتْ أَبِي شَيْخًا كَبِيرًا لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يَحِجَّ أَفَأَحِجُّ عَنْهُ؟ قَالَ: نَعَمْ»<sup>(١)</sup>.

وليس هذا الاحتجاج بقوي؛ لأن هذا الحديث هو حديث الخثعمية واللفظ المشهور في حديثها: «لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يَثْبُتَ عَلَى الرَّاحِلَةِ»<sup>(٢)</sup>. وذلك يدل على أن اللفظة التي نقلها - أن يثبت - محمولة على نفي استطاعة المباشرة وذلك لا ينفي وجوب الحج، والمسألة فيمن لا وجوب عليه، ويجوز أن يحتج له بحديث بُرَيْدَةَ فَإِنَّ الْمَرْأَةَ قَالَتْ: إِنْ أُمِّي مَاتَتْ وَلَمْ تَحِجَّ، وَلَمْ يَفْصَلِ الْجَوَابَ - وَاللَّهُ أَعْلَمُ -.

قال الغزالي: وَإِذَا اسْتَأْجَرَ الْمَغْضُوبَ حَيْثُ لَا يُزْجَى زَوَالِهِ فَمَاتَ أَوْ حَيْثُ لَا يُزْجَى بُرُؤُهُ فَشَفِي فِيهِ وَقُوعِ الْحَجِّ مَوْقِعَهُ قَوْلَانِ يُنْظَرُ فِي أَحَدِهِمَا إِلَى الْحَالِ وَفِي الْآخَرَ إِلَى الْمَالِ، إِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ لَا يَقَعُ عَنْهُ فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَقَعُ عَنْ تَطَوُّعِهِ وَيَكُونُ هَذَا عُدْرًا فِي تَقْدِيمِ التَّطَوُّعِ كَالصَّبَا وَالرُّقِّ، ثُمَّ يَسْتَحِقُّ الْأَجِيرُ الْأَجْرَةَ وَلَا يَجُوزُ الْحَجُّ عَنِ الْمَغْضُوبِ لِغَيْرِ إِذْنِهِ، وَيَجُوزُ عَنِ الْمَيْتِ مِنْ غَيْرِ وَصِيَّةٍ (م ح) وَيَسْتَوِي فِيهِ الْوَارِثُ وَالْأَجْنَبِيُّ.

قال الرافعي: المعلول الذي يرجى زوال علته ليس له أن يحج عن نفسه كما مر فإن أحج نظر إن شفي لم يجزئه ذلك قولاً واحداً، وإن مات ففيه قولان:

أحدهما: وبه قال أبو حنيفة - يجزئه؛ لأنه تبيين أنها كانت غير مرجوة الزوال.

الثاني: لا يجزئه؛ استنابة لم تكن جائزة له حينئذ قال الأئمة وهذا أظهر، وعلى عكسه لو كانت غير مرجوة الزوال فأحج عن نفسه ثم شفي فطريقان:

أظهرهما: وهو المذكور في الكتاب طرد القولين، وبالثاني قل أبو حنيفة، ويروي الأول عن مالك وأحمد - رحمهما الله -.

والثاني: القطع بأنه لا يجزئه.

(١) تقدم.

(٢) روى ذلك البيهقي بسند رجاله ثقات (٤/٣٢٩).

والفرق أن الخطأ في الصورة الأولى غير مستيقن؛ لجواز أن لا يكون المرصُ بِحَيْثُ يوجب اليأس ثم يزداد فيوجهه فيجعل الحكم للمال، وهاهنا الخطأ مستيقن إذ لا يجوز أن يكون اليأس حاصلاً ثم يزول، والطاردون للقولين في الصورتين قاوا: مأخذهما فيهما أن النظر إلى الحال أو إلى المال إن نظرنا إلى الحال لم يجزه في الصورة الأولى، وأجزأ في الثانية، وإن نظرنا إلى المال عكسنا الحكم فيهما، وربما شبه القولان بالقولين فيما إذا رأوا سواداً فظنوه عدوياً فَصَلُّوا صلاة الخوف ثم تبين خلافه هل تجزئهم الصلاة؟ والأظهر عدم الإجزاء؛ وقد عرفت مما ذكرنا أنه يجوز أن يكون قوله في الكتاب: (قولان) معلّمان بالواو للطريق الثاني في الصورة الثانية. التفریع: إن قلنا إن الحجة الماتی بها تُجزئه استحق الأجرة المسماة لا محالة.

وإن قلنا: إنها لا تجزئه فهل تقع عن تطوعه أم لا تقع عنه أصلاً؟ فيه وجهان:

أحدهما: حكى الإمام عن شيخه عن ألقفال أن من أئمتنا من قال: إنه يقع عن تطوعه ويكون العضب التاجز بمثابة الرق والصبا في كونه عذراً لتقديم التطوع على حجة الإسلام.

والثاني: أنها لا تقع عنه أصلاً كما لو استأجر ضرورة ليحج عنه وذكر صاحب الكتاب أن الأول هو الصحيح، لكن الإمام والجمهور استبعدوه، فإن قلنا: لا يقع عنه أصلاً فهل يستحق الأجير الأجرة؟ فيه قولان:

أحدهما: نعم؛ لأنه عمل له في اعتقاده.

وأصحهما: لا، لأن المستأجر لم ينتفع به، فإن قلنا: بالأول: فماذا يستحق الأجير الأجرة المسماة أم أجرة المثل؟ فيه وجهان مأخذهما أنا هل نتبين فساد الاستئجار أم لا؟ وإن قلنا: إنه يقع عن تطوعه فالأجير يستحق الأجرة، وماذا يستحقه المسمى أو أجرة المثل؟ عن الشيخ أبي محمد أنه لا يمتنع تخريجه على الوجهين؛ لأن الحاصل غير ما ابتغاه.

الثانية: لا يجزئ الحج عن المعضوب بغير إذنه بخلاف قضاء الدين عن الغير؛ لأن الحج يفترق إلى النية وهو أهل للإذن وللنية وإن لم يكن أهلاً للمباشرة، وروي في «التممة» عن أبي حامد المرورزي - رحمه الله - جواز الحج بغير إذنه، ويجوز الحج عن الميت، بل يجب عند استقراره عليه، سواء أوصى به أو لم يوصَ خلافاً لأبي حنيفة ومالك حيث قالوا: إن لم يوصَ لم يحج عنه ويسقط فرضه بالموت.

لنا: ما روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما -: «أَنَّ رَجُلًا جَاءَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّ أُخْتِي تَذَرَتْ أَنْ تَحُجَّ وَمَاتَتْ قَبْلَ أَنْ تَحُجَّ أَفَأَحُجُّ عَنْهَا فَقَالَ: لَوْ

كَانَ عَلَى أُخْتِكَ دَيْنٌ أَكُنْتُ قَاضِيَهُ؟ قَالَ: نَعَمْ، قَالَ: فَاقْضُوا حَقَّ اللَّهِ - تَعَالَى - فَهُوَ أَحَقُّ بِالْقَضَاءِ»<sup>(١)</sup>.

ويستوي في الحج عن الميت الوارث والأجنبي تشبيهاً بقضاء الدين.

قال الغزالي: الطَّرْفُ الثَّانِي فِي وُجُوبِ الْأَسْتِنَابَةِ وَذَلِكَ عِنْدَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهَا مِنَ الْمَكْلَفِ الْحُرِّ بِمَالٍ يَمْلِكُهُ فَاضِلًا عَنْ حَاجَتِهِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا وَإِفِيًا بِأَجْرَةِ الْأَجِيرِ رَاكِبًا، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ إِلَّا مَاشِيًا لَمْ يَلْزَمْهُ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ لِمَا فِيهِ مِنَ الْخَطَرِ عَلَى الْمَالِ.

قال الرافعي: قصد بهذا الطرف بيان أن الاستنابة متى تجب على المعضوب.

فأما وجوب الإحجاج عن الميت الذي وجب عليه الحج فقد تعرّض له في كتاب الوصية، والمعضوب تلزمه الاستنابة في الجملة، ولا فرق بين أن يطرأ العصب بعد الوجوب وبين أن يبلغ معضوباً واجداً للمال، وبه قال أحمد.

وعند مالك لا استنابة على المعضوب بحال، لأنه لا نيابة عن الحيّ عنده، ولا حج على من لا يستطيعه بنفسه.

وعن أبي حنيفة: أنه لا حج على المعضوب ابتداءً لكن لو طرأ العصب بعد الوجوب لم ينسقط، وعليه أن ينفق على من يحج عنه.

إذا تقرر ذلك فلو وجب الاستنابة عن المعضوب طريقان يشتمل هذا الفضل على أحدهما وهو أن يجد مالاً يستأجر به من يحج، والشرط أن يكون فاضلاً عن الحاجات المذكورة فيما لو كان يحج بنفسه إلا أنا اعتبرنا ثم أن يكون المضرورف إلى الزاد والراحلة فاضلاً عن نفقة عياله إلى الإياب، وهاهنا يعتبر أن يكون فاضلاً عن نفقتهم وكسوتهم يوم الاستئجار، ولا يعتبر بعد فراغ الأجير من الحج إلى إيايه، وهل تعتبر مدة الذهاب حكى صاحب «التهذيب» - رحمه الله - فيه وجهين:

أصحهما: إنها لا تُعتبر.

بخلاف ما لو كان يحج بنفسه فإنه إذا لم يفارق أهله يمكنه تحصيل نفقتهم.

قال الإمام: وهو كما في الفطرة لا يعتبر فيها إلا نفقة اليوم، وكذلك في الكفارات المرتبة إذا لم نشترط تخليف رأس المال، ثم إن وُفي ما يجده بأجرة أجير ركب فذاك، وإن لم يجد إلا أجرة ماشٍ ففي لزوم الاستئجار وجهان:

أصحهما: يلزم بخلاف ما لو كان يحج بنفسه، لا يكلف المشي؛ لما فيه من المشقة ولا مشقة عليه في المشي الذي تحمله الأجير.

(١) أخرجه البخاري (١٨٥٢، ٦٦٩٩، ٧٣١٥).

والثاني - ويحكى عن اختيار الفقهاء -: أنه لا يلزم؛ لأن الماشي على خطر، وفي بذل المال في أجرته تغريباً به، ولو طلب الأجير أكثر من أجره المثل لم يلزم الاستئجار، وإن رضي بأقل منها لزمه، وإذا امتنع من الاستئجار فهل يستأجر عليه الحاكم؟ فيه وجهان:

أشبههما: أنه لا يستأجر، وقوله في الكتاب: (من المكلف الحر) كالمستغنى عنه في هذا الموضع؛ لأنه قد سبق بيان اشتراط التكليف والحرية في وجوب الحج، وكلامنا الآن في شرط الاستطاعة، وإذا كنا في ذكر أحد شروط الشيء لم نحتاج إلى التعرض فيه لساير الشروط وإلا لا نجر بنا الأمر إلى ذكر كل شرط في كل شرط - والله أعلم -.

قال الغزالي: **وإن قدر ببذل الأجنبي مالا لم يلزمه القبول للمئة، وإن بذل أبنته الطاعة في الحج عنه وجب القبول (ح)، وإن بذل الأجنبي الطاعة أو الابن المال فوجهان، وإن كان الابن ماشياً ففي لزوم القبول وجهان، وإن كان معولاً في زاده على الكسب أو على السؤال فإخلاف مرتب، وأولى بأن لا يجب.**

قال الرافعي: الطريق الثاني: ألا يجد المال ولكن يجد من يحصل له الحج، وفيه صور:

إحداها: أن يبذل الأجنبي مالا ليستأجر به، وفي لزوم قبوله وجهان حكاهما الحنطي وغيره.

أحدهما: يلزم؛ لحصول الاستطاعة بما يبذله.

وأصحهما - وهو المذكور في الكتاب -: أنه لا يلزم؛ لما فيه من المئة الثقيلة.

والثانية: أن يبذل واحداً من بينه وبينه وأولادهم الطاعة في الحج، فيلزمه القبول والحج<sup>(١)</sup> خلافاً لأبي حنيفة وأحمد - رحمهما الله -.

لنا أن وجوب الحج معلق في نص القرآن بوجود الاستطاعة، وإنها تارة تكون بالنفس، وتارة بالأعوان والأنصار، ألا ترى أنه يصدق ممن لا يحسن البناء أن يقول: أنا مستطيع لبناء دار إذا تمكن منه بالأسباب والأعوان.

إذا تقرر ذلك فيشترط فيه أن لا يكون المطيع ضرورة ولا معسوماً وأن يكون

(١) قال النووي: حكى السرخسي في «الأمالي» وجهاً واحداً أنه لا يلزمه. ينظر روضة الطالبين (٢)



موثوقاً بِصِدْقِهِ، وإذا توسم أثر الطَّاعَةِ فَهَلْ يَلْزِمُهُ الأَمْرُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:  
أحدهما: لا؛ لأن الظَّنَّ قَدْ يُخْطِئُ.

وأظهرهما: نعم إذا وثق بالإجابة؛ الحصول لاستطاعة، وهذا ما اعتمده أصحاب  
الشيخ أبي حَامِدٍ وحكوه عن نَصِّ الشَّافِعِيِّ - رضي الله عنه -.

ولو بذل المطيع الطاعة فلم يأذن المُطَاعُ فهل ينوب الحاكم عنه؟ فيه وجهان:

أصحهما: لا؛ لأن مبنى الحجِّ على التَّراخِي، وإذا اجتمعت الشَّرَائِطُ ومات  
المطيع قبل أن يأذن فإن مضى وقت إمكان الحجِّ استقر في ذِمَّتِهِ وإلَّا فَلَا، ولو كان له  
من يطيع ولم يعلم بطاعته فهو كما لو كان له مالٌ موروثٌ ولم يَعْلَمْ بِهِ، وشبهه أَبُو  
الصَّبَّاحِ ذَلِكَ بما إذا نَسِيَ المَاءَ فِي رَحْلِهِ فِي سِقُوطِ الفِرْضِ قولان، وشبهه صاحب  
«المعتمد» بالضَّالِّ والمَغْضُوبِ وفي وجوب الزَّكَاةِ فيهما خلافٌ قد مرَّ.

ولك أن تفرق بين الحجِّ وغيره فتقول: وجب أن لا يلزم الحج بحالٍ؛ لأنه مُعَلَّقٌ  
بالاستِطَاعَةِ ولا استِطَاعَةٌ عِنْدَ عَدَمِ الشُّعُورِ بِالمَالِ والطَّاعَةِ.

وإذا بذل الولد الطاعة ثم أراد الرجوع فإن كان بَعْدَ الإِحْرَامِ لَمْ يَجِدْ إِلَيْهِ سَبِيلًا،  
وإن كان قَبْلَهُ رَجِعَ عَلَى أَظْهَرِ الوَجْهَيْنِ<sup>(١)</sup>.

والثالثة: أن يبذل الأجنبي الطاعة في لزوم القبول وَجْهَانِ.

أصحهما: وهو ظاهر نصه في «المختصر»، أنه يلزم لِحُصُولِ الاستِطَاعَةِ كما لو  
كان البَائِلُ الوَلَدَ.

والثاني: لا يلزم؛ لأن الوَلَدَ بِضَعَّةٍ مِنْهُ فَنَفْسُهُ كَنَفْسِهِ بخلاف غيره، والأخ والأب  
في بَذْلِ الطَّاعَةِ كالأجْنَبِيِّ؛ لأن اسْتِخْدَامَهُمَا ثَقِيلٌ، وفي بعض تعاليق الطبرية حكاية وجه  
أن الأب كالابن، كما أنهما يستويان في وجوب النفقة وغيره.

الرابعة: أن يبذل الولد المال في لزوم قبوله وَجْهَانِ:

أحدهما: يلزم كما لو بَدَّلَ الطَّاعَةَ.

وأصحهما - وبه قال أَبُو سُرَيْجٍ -: لا يلزم؛ لأن المِئْتَةَ في قبول المالِ أَعْظَمُ، ألا  
ترى أن الإنسان يستتكف عن الاستعانة بمالِ الغَيْرِ، ولا يستتكف عن الاستعانة ببدنه في

(١) قال النووي: وإذا كان رجوعه الجائز قبل أن يحج أهل بلده، تَبَيَّنَا أنه لم يجب على الأب، وقد  
ذكر الإمام الرافعي في كتاب «الرهن» هذه المسألة في مسائل بيع العدل الرهن. ينظر روضة  
الطالبين (٢/٢٩١).

الأشغال، والوجهان صَادِرَانِ مِنَ الْقَائِلِينَ بِعَدَمِ وُجُوبِ الْقَبُولِ مِنَ الْأَجْنَبِيِّ، فَإِنْ أَوْجِبْنَاهُ فَهَاهُنَا أُولَى.

ويذل الأب المال للابن كيدل الابن المال للأب أو كيدل الأجنبي؟ ذكر الإمام -  
 قدس الله روحه - فيه احتمالين:  
 أظهرهما: الأول.

فرع: جميع ما ذكرنا في بذل الطاعة مفروض فيما إذا كان رَاكِبًا، أما إذا بذل  
 الابن الطاعة على أن يحج عنه ماشياً ففي لزوم القبول وجهان:  
 أحدهما: لا يلزم كما لا يلزم الحج ماشياً.

والثاني: يلزم إذا كان قوياً فَإِنَّ الْمَشَقَّةَ لَا تَنَالُهُ، وَهَذَانِ الْوَجْهَانِ مَرْتَبَانِ عِنْدَ الشَّيْخِ  
 أَبِي مُحَمَّدٍ عَلَى الرَّجْحَيْنِ فِي لَزُومِ اسْتِثْجَارِ الْمَاشِيِّ قَالَ: وَهَذِهِ الصُّورَةُ أُولَى بِالْمَنْعِ؛  
 لِأَنَّهُ يَعْزُ عَلَيْهِ مَشْيُ وَلَدِهِ، وَفِي مَعْنَاهُ مَا إِذَا كَانَ الْمَطِيْعُ الزَّالِدَ وَأَوْجِبْنَا الْقَبُولَ، وَلَا  
 يَجِيءُ التَّرْتِيبُ فِيمَا إِذَا كَانَ الْمَطِيْعُ الْأَجْنَبِيَّ، وَإِذَا أَوْجِبْنَا الْقَبُولَ وَالْمَطِيْعُ مَاشٍ فَهُوَ فِيمَا  
 إِذَا كَانَ مَالِكاً لِلزَّادِ، فَإِنْ عَوَّلَ عَلَى الْكَسْبِ فِي الطَّرِيقِ فَفِي وَجُوبِ الْقَبُولِ وَجْهَانِ،  
 وَأُولَى بِالْمَنْعِ؛ لِأَنَّ الْمَكَاسِبَ قَدْ تَنْقَطِعُ فِي الْأَسْفَارِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَسُوباً أَيْضاً وَعَوَّلَ  
 عَلَى السُّؤَالِ فَأُولَى بِالْمَنْعِ؛ لِأَنَّ السَّائِلَ قَدْ بَرَدَ، فَإِنْ كَانَ يَرْكَبُ مَفَازَةً لَا يَجْدِي فِيهَا  
 كَسْبٌ وَلَا سُؤَالٌ لَمْ يَجِبِ الْقَبُولُ بِلَا خِلَافٍ إِذْ يَحْرَمُ عَلَيْهِ التَّغْيِيرُ بِالنَّفْسِ<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي: وَمَهْمَا تَحَقَّقَ وَجُوبُ الْحَجِّ فَالْعُمْرَةُ تَجِبُ (م ح) عَلَى الْجَدِيدِ.

قال الرافعي: فِي كَوْنِ الْعُمْرَةِ مِنْ فَرَائِضِ الْإِسْلَامِ قَوْلَانِ:

أصحهما - وبه قال أحمد -: أَنَّهَا مِنْ فَرَائِضِهِ كَالْحَجِّ، رَوَى عَنْ أَبِي عَبَّاسٍ - رَضِيَ  
 اللَّهُ عَنْهُمَا -: «أَنََّّهُ كَقَرْبَتَيْهَا فِي كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى وَأَتَمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ»<sup>(٢)</sup>.

وروى عن النبي ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «الْحَجُّ وَالْعُمْرَةُ فَرِيضَتَانِ»<sup>(٣)</sup>.

(١) قال النووي: إِذَا أَفْسَدَ الْبَاذِلُ حَجَّةً، انْقَلَبَ إِلَيْهِ كَمَا سَيَأْتِي فِي الْأَجِيرِ - إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى - . قَالَ  
 الدارمي: وَلَوْ بَدَّلَ لِأَبِيهِ فِقِيلاً، لَزِمَهُ، وَيَبْدَأُ بِأَيِّمَا شَاءَ، قَالَ: وَإِذَا قَبِلَ الْأَبُ الْبَدْلَ لَمْ يَجْزِلْهُ  
 الرَّجُوعَ، وَإِذَا كَانَ عَلَى الْمَعْضُوبِ حَجَّةٌ نَذَرَ، فَهِيَ كَحَجَّةِ الْإِسْلَامِ. يَنْظُرُ رُوضَةُ الطَّالِبِينَ (٢/٢٩٢).

(٢) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ تَعْلِيقاً بِصِيغَةِ الْجَزْمِ. انظُرْ تَعْلِيقَ التَّعْلِيقِ (٣/١١٧). وَقَالَ ابْنُ حَزْمٍ: وَرَدَ مِنْ  
 طَرَفِ صَاحِحٍ عَنْهُ أَنَّهَا وَاجِبَةٌ كَوَجُوبِ الْحَجِّ. انظُرْ الْخُلَاصَةَ (١/٣٤٧).

(٣) أَخْرَجَهُ الْحَاكِمُ فِي الْمُسْتَدْرَكِ (١/٤٧١) وَابْنُ بَيْهَقٍ (٤/٣٥١) وَقَالَ: الْأَصْحَحُ وَقَفَهُ عَلَى زَيْدِ بْنِ  
 ثَابِتٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - .

والثاني: وبه قال مالك وأبو حنيفة - رحمهما الله - أنها سنة؛ لما روي عن جابر - رضي الله عنه -: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ سُئِلَ عَنِ الْعُمْرَةِ أَوْاجِبَةٌ هِيَ؟ فَقَالَ: لَا وَإِنْ تَعْتَمِرُوا فَهِيَ أَفْضَلُ»<sup>(١)</sup>.

والأول هو قوله في الجديد، والثاني القديم.

وأشار بعضهم إلى ترديد القول فيه جديداً وقديماً.

وإذا قلنا بالوجوب فهي من شرائط مطلق الصُّحَّة، وصحة المباشرة والوجوب والإجزاء عن عمرة الإسلام على ما ذكرنا في الحج، وفي قوله: (ومهما تحقق وجوب الحج) إشارة إلى أن شرائط وجوب العمرة كشرائط وجوب الحج، وإن الاستِطَاعَةَ الوَّاحِدَةَ كَافِيَةً لهما جميعاً.

قال الغزالي: الطَّرْفُ الثَّلَاثُ فِي الْأَسْتِجَارِ وَالنُّظَرُ فِي شَرَائِطِهِ وَأَحْكَامِهِ، فَأَمَّا شُرُوطُهُ فَمَذْكُورَةٌ فِي الْإِجَارَةِ، وَلِتُرَاعَ هَهُنَا أَرْبَعَةٌ أُمُورٍ: الْأَوَّلُ أَنْ يَكُونَ الْأَجِيرُ قَادِرًا فَإِنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ كَانَ الطَّرِيقَ مَخُوفًا أَوْ طَالَتِ الْمَسَافَةُ مَعَ ضَيْقِ الْوَقْتِ لَمْ يَصِحَّ، وَلَا بَأْسَ بِهِ فِي وَقْتِ الْأَنْدَاءِ وَالثَّلُوجِ فَإِنَّ ذَلِكَ يَزُولُ، ثُمَّ لِيَبَادِرِ الْأَجِيرُ مَعَ أَوْلِ رُفْقَةٍ وَلَا يُلْزِمُهُ الْمُبَادَرَةُ وَخَدَهُ الثَّانِي أَنْ لَا يُضَيَّفَ لِحَجِّ إِلَى السَّنَةِ الْقَابِلَةِ (ح) إِلَّا إِذَا كَانَتِ الْمَسَافَةُ بِحَيْثُ لَا تَقْطَعُ فِي سَنَةٍ أَوْ كَانَتِ الْإِجَارَةُ عَلَى الذَّمَّةِ.

قال الرافعي: لك أن تعلم لفظ: (الاستئجار) بالحاء والألف، لأن عندهما لا يجوز الاستئجار على الحج كما في سائر العبادات ولكن يُزْرَقُ عليه، ولو استأجر كان ثواب النفقة للأمر، وسقط عنه الخطاب بالحج، ويقع الحج عن الحاج.

لنا: أنه عمل تدخُّله النيابة فيجزئ فيه الاستئجار كتفريق الرُّكَاةِ، وعندنا يجوز الحجُّ بالرزق<sup>(٢)</sup> كما يجوز بالإجارة، وذلك بأن يقول: حج عني وأعطيك نفقتك، ذكره في «العدة»، وإذا استأجره بالنفقة لم يصح؛ لأنها مجهولة والأجرة لا بُدَّ أن تكون معلومة. واعلم أن الاستئجار في جميع الأعمال على ضربين.

استئجار عين الشخص.

(١) أخرجه أحمد في المسند (٣/٣١٦) والترمذي (٩٣١)، وقال: حسن، والبيهقي (٤/٣٤٩) وانظر التلخيص (٢/٢٢٦).

(٢) قال في «المهمات»: المراد بالرزق ألا يستأجر، بل يعقد بصيغة الجمالة ونحوها، فيقول: من يحج عني فله ألف، أو حج عني وأعطيك ألفاً. قال في الخادم: وهذا مردود فإن الرزق غير الجمالة، ثم قال بعد كلام طويل: والحاصل أن المراتب ثلاثة: إجارة وجمالة والرزق.

والزام ذمته العمل .

فنظير الأول: من الحج أن يقول المعسوب: استأجرتك لِتَحُجَّ عَنِّي، أو يقول الوارث: لِتَحُجَّ عَنِّي .

ونظير الثاني: أن يقول: ألزمت ذمتك تَحْصِيلَ الْحَجِّ .

والضربان يفترقان في أمور ستعرفها .

ثم للاستئجار شروط لا بد منها ليصح، وإذا صحَّ فله آثار وأحكام وموضع ذكر ما يتعلق منها بمطلق الاستئجار «كتاب الإجارة» وقُصِّلَ هاهنا ما يتعلق بخصوص الحج فذكر أنه يراعي في الشروط أربعة أمور، وهذا الفصل يشتمل على اثنين منها .

وشرحها أن كل واحد من ضربي الإجارة إما أن يعين زمان العمل فيه، أو لا يعين، وإن عين فإما أن يعين السنة الأولى أو غيرها .

فأما في إجارة العين إن عينا السنة الأولى جاز بشرط أن يكون الخروج والحج فيما بقي منها مقدوراً للأجير، فلو كان مريضاً لا يمكنه الخروج أو كان الطريق مخوفاً أو كانت المسافة بحيث لا تقطع في بقية السنة لم يصح العقد؛ لأن المنفعة غير مقدور عليها، وإن عينا غير السنة الأولى بطل العقد كاستئجار الدار الشهر القابل .

نعم، لو كانت المسافة شاسعة لا يمكن قطعها في سنة لم يضر التأخير، والمعتبر السنة الأولى من سببي إمكان الحج من ذلك البلد .

وإن أطلقا ولم يعينا الزمان فهو محمول على السنة الأولى فيعتبر فيها ما ذكرنا .

وأما في الإجارة الواردة على الذمة فيجوز تعيين السنة الأولى وغيرها، وهو بمثابة الدين في الذمة قد يكون حالاً وقد يكون مؤجلاً، وإن أطلقا فهو كما لو عينا السنة الأولى<sup>(١)</sup> . إذا عرفت ذلك عرفت أن الأمرين المذكورين في الفضل ليسا ولاً وأجداً منهما شرطاً في مطلق الإجارة .

أما الثاني: فلا مجال له في الضرب الثاني منها، ولا هو بمضطرد في الأول كما صرح به في الكتاب .

(١) قال النووي: لو قال: من حج عني، أو أول من يحج عني فله ألف درهم، فسمعه رجلان فأحرما عنه أحدهما بعد الآخر، وقع الأول عن القائل، وله الألف، ووقع حج الثاني عن نفسه، ولا شيء له . وإن وقعا معاً وشك في وقوعهما معاً، وقع حججهما عنهما، ولا شيء لهما على القائل، لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر، صرح به القاضي حسين والأصحاب . ينظر روضة الطالبين (٢/٢٩٣) .

وأما الأول: وهو قدرة الأجير فلأنه لو كانت الإجارة على الذمة لم يقدح كونه مريضاً بحال؛ لإمكان الاستنابة، ولا يقدح خوف الطريق ولا ضيق الوقت أيضاً إن عيّن غير السنة الأولى.

وأما قوله: (ثم ليبادر الأجير مع أول رفقة) فأعلم أن قضية كلام المصنف والإمام تجوز تقديم الإجارة على خروج الناس وأن له انتظار خروجهم، ولا يلزمه المبادرة وحده، والذي ذكره جمهور الأصحاب على طبقاتهم ينازع فيه ويقتضي اشتراط وقوع العقد في زمان خروج الناس من ذلك البلد، حتى قال: صاحب «التهذيب»: لا يصح استئجار العين إلا في وقت خروج القافلة من ذلك البلد بحيث يشتغل عقيب العقد بالخروج أو بأسبابه من شراء الزاد ونحوه، فإن كان قبله لم تصح؛ لأن إجارة الزمان المستقبل لا تجوز، وبنوا على ذلك أنه لو كان الاستئجار بمكة لم يجز إلا في أشهر الحج ليمكنه الاشتغال بالعمل عقيب العقد، وعلى ما أورده المصنف فلو جرى العقد في وقت تراكم التلوج والأنداء فقد حكى الإمام فيه وجهين روى عن شيخه أنه يجوز؛ لأن توقع زوالها مضبوط، وعن غيره أنه لا يجوز لتعذر الاشتغال بالعمل في الحال بخلاف انتظار الرفقة فإن خروجها في الحال غير متعذر، والأول هو الذي أورده في الكتاب، وهذا كله في إجارة العين.

فأما الإجارة الواردة على الذمة فيجوز تقديمها على الخروج لا محالة<sup>(١)</sup>.

واعلم: أن الكلام في أن الأجير يبادر مع أول رفقة ولا يبادر وحده عند من لا يشترط وقوع العقد في زمان خروج الناس بتعلق بأحكام العقد وآثاره لا بشرائطه، وكان من حق الترتيب أن يؤخره ولا يخلطه بالشرايط.

فرع: ليس للأجير في إجارة العين أن يُنيب غيره؛ لأن الفعل مُصَافٍ إِلَيْهِ، فإن قال: لتحج عني بنفسك فهو أوضح، وأما في الإجارة على الذمة ففي «التهذيب» وغيره أنه إن قال: ألزمت ذمتك لتحصل لي حجةً جاز أن يُنيب غيره.

وإن قال: لتحج بنفسك لم يجز؛ لأن الأغراض تختلف باختلاف أعيان الأجراء،

(١) قال النووي أنكروا الشيخ أبو عمرو بن الصلاح على الإمام الرافعي هذا النقل عن جمهور الأصحاب قال: وما ذكره عن صاحب «التهذيب» يمكن التوفيق بينه وبين كلام الإمام، أو هو شذوذ من صاحب «التهذيب» لا ينبغي أن يضاف إلى جمهور الأصحاب، فإن الذي رأيته في «التممة» و«الشامل» و«البحر» وغيرها، مقتضاه: أنه يصح العقد في وقت يمكن فيه الخروج والسير على العادة، أو الاشتغال بأسباب الخروج. قال صاحب «البحر»: أما عقدها في أشهر الحج، فيجوز في كل موضع، لإمكان الإحرام في الحال، هذا كلام الشيخ أبي عمرو ينظر الروضة (٢/٢٩٤).

وهذا قد حكاه الإمام عن الصَّيْدَلَانِيِّ وَخَطَّأَهُ فِيهِ، وَقَالَ: بِبُطْلَانِ الْإِجَارَةِ فِي الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ؛ لِأَنَّ الدِّيْنِيَّةَ مَعَ الرُّبِطِ بِمَعْنَى يَتَنَاقَضَانِ فَصَارَ كَمَا لَوْ أَسْلَمَ فِي ثَمْرَةٍ بَسْتَانَ بَعِينَهُ، وَهَذَا إِشْكَالٌ قَوِيٌّ.

قال الغزالي: **الثالث أن تكون أعمال الحج معلومة للأجير، وفي اشتراط تعيين الميقات قولان، وقيل: إنه إن كان على طريقه ميقات واحد تعين، وإن أمكن أن يفضي إلى ميقتين وجب التعمين.**

قال الرافعي: أعمال الحج معروفة مضبوطة فإن علمها عند العقد فذاك، وإن جهلاها أو أحدهما فلا بد من الإعلام.

وهل يشترط تعيين الميقات الذي يحرم منه الأجير؟ قال في «المختصر»: نعم وعن «الإمام» وغيره أنه لا يشترط، وللأصحاب فيه طريقتان:

أظهرهما: أن المسألة على قولين، ويحكي ذلك عن ابن سريج وأبي إسحاق.

أحدهما: يشترط لاختلاف المواقيت قرباً وبعداً، واختلاف الأغراض باختلافها.

والثاني: لا يشترط ويتعين ميقات تلك البلدة على العادة العامة، وبهذا أجاب المحاملي في «المقنع» وذكر ابن عيذان أنه الصحيح، وشبهوا هذا الخلاف بالخلاف في التعرض لمكان التسليم في المسلم والمعاليق في إجارة الدابة.

والثاني: تنزيل النصين على حالين، ولمن قال به طريقتان:

أظهرهما: حمل النص الأول على ما إذا كان للبلد طريقتان مختلفتا الميقات، أو كان يفضي طريقها إلى ميقتين كالعقيق وذات عرق، وحمل الثاني على ما إذا كان لها طريق واحد له ميقات واحد.

والثاني: ويحكي عن ابن خيزان أمن حمل الأول على ما إذا استأجر حياً والثاني على إذا ما كان الاستئجار لميت، والفرق أن الحي له غرض واختيار، والميت لا اختيار له، والمقصود تبرئة ذمته، وهي تحصل بالإحرام من أي ميقات كان، فإن شرطنا تعيين الميقات فسدت الإجارة باهماله، لكن يقع الحج عن المستأجر؛ لوجود الإذن، ويلزمه أجره المثل، وإذا كانت الإجارة للحج والعمرة فلا بد من بيان أنه يفرد، أو يقرن، أو يتمتع؛ لاختلاف الأغراض بها.

قال الغزالي: **الرابع أن لا يفقد بصيغة الجعالة، فلو قال: من حج عني فله مائة فحج عنه إنسان نقل المرنبي صحته، وطرده الأصحاب في كل إجارة بلفظ الجعالة، والأقيس فساد المسمى والرجوع إلى أجره المثل لصحة الإذن.**

قال الرافعي: حكى الأئمة أن المزني - رحمه الله - نقل في المَثُور عن نَصِّه أنه لو قال المعضوب: من حَجَّ عني فله مائة درهم فَحَجَّ عنه إنسان استحق المائة، واختلاف الأصحاب فيه على وجهين:

أحدهما: وبه قال أبو إسحاق: أن هذا النَّص مقرر وتجوز الجعالة على كُلِّ عَمَلٍ يصح إيراد الإجارة عَلَيْهِ؛ لأن الجعالة جَائِزَةٌ مع كون العَمَلِ مَجْهُولاً فأولى أن تجوز مع العِلْمِ به.

والثاني - وبه قال المزني -: أن النَّصَّ مخالفٌ مُؤَوَّل ولا تجوز الجعالة على ما تجوز الإجارة عليه؛ لأن العمل غير معين فيها، وإنما يعدل إليها عند تَعَدُّرِ الإجارة للضَّرُورة، وعلى هذا فلو حَجَّ عنه إنسان فالمُسَمَّى ساقطٌ لِفَسَادِ العَقْدِ ولكن الحج يقع عن المَعْضُوبِ، وللعامل أَجْرَةٌ المِثْلِ لوجود الإذن وإن فسد العقد، وكذا الحكم فيما لو قال: من خَاطَ تَوْبِي فله كَذَا فخاطه إنسان وفيه وجه أنه يفسد الإذن؛ لأنه ليس موجهاً نحو معين. كما لو قال: وَكَلْتُ من أراد بِبَيْعِ دَارِي لا يصح التوكيل، فإذا تقرر ذلك فلفظ الكتاب هاهنا يرجح الوجه الصَّائِرُ إلى عدم صِحَّةِ الجعالة فإنه سماه الأقيس، وجعل عدم العقد بصيغة الجعالة من الأمور المَرعِيَّةِ، لكنه قد أعاد هذه المسألة في باب الجعالة، وإيراده هناك يقتضي ترجيح وجه الصِّحَّةِ وكلام الأكثرين إليه أميل.

وقوله: (ألاً يعقد بصيغة الجعالة) إن كان المراد منه أن لا يعقد الإجارة بصيغة الجعالة فهذا يوهم رجوع المنع إلى الصيغة، وكون الجعالة إجارة وليس كذلك بل هما عقدان مُخْتَلِفَا الأَرْكَانِ وإن كان المراد أنه لا يَغْقَدُ عَلَى الحَجِّ الجعالة ذهاباً إلى الوجه الثاني فَعَدُّهُ من شروط الإجارة بَعِيدٌ عن الاضْطِلاح؛ لأن الامتناع عن العقد الذي لا يجوز إيراده على الشَّيْءِ لا يعد شرطاً في ما يجوز إيراده عليه، وإلا فليكن الامتناع عن البيع وسائر ما لا يقبله الحَجُّ شرطاً في الإجارة.

قال الغزالي: أَمَا أَحْكَامُهُ فَنُظِّهْرُ بِأَحْوَالِ الأَجِيرِ وَهِيَ سَبْعَةٌ الأُولَى إِذَا لَمْ يَحْجَّ فِي السَّنَةِ الأُولَى أَنْفَسَحَتْ الإِجَارَةُ إِلا إِذَا كَانَتْ عَلَى الذَّمَّةِ فَلْيَلْمُسْتَأْجِرِ الخِيَارِ كِإِفْلَاسِ المُشْتَرِي وَقِيلَ: تَنْفَسِخُ فِي قَوْلِ كَانَتْ قِطَاعِ المُسْلِمِ فِيهِ، فَإِنْ حَكَمْنَا بِالخِيَارِ فَكَانَ المُسْتَأْجِرُ مَيْتاً فَلَيْسَ لِلوَارِثِ فَسُخُ الإِجَارَةِ فَإِنَّهُ يَجِبُ صَرْفُهُ إِلَى أَجِيرٍ آخَرَ فَأَجِيرُ المَيْتِ أُولَى.

قال الرافعي: أحكام مطلق الإجارة تذكر في بابها والتي يختص بالاستئجار على الحَجِّ مثبتة على اختلاف حال الأجير في عدم الوفاء بالملتزم، وهي فيما ذكر سَبْعُ أَحْوَالٍ. ووجه حصرها أن عدم الوفاء إما أن يكون بعدم اشتغاله به في السنة الأولى، وهو الحالة الأولى، أو بغير هذا الطريق، وهو إما بالشروع فيه على خلاف قضية

الإجارة أو بعدم الاستمرار عليها بعد الشروع على وفاقها، والأول إما بالمخالفة في الميقات وهو الحالة الثانية، أو في الأفعال وهو الثالثة.

والثاني: وهو إما أن يكون بتقصير منه أولاً، والأول إما بالإفساد وهو الرابعة، أو بتغيير النية وهو الخامسة.

والثالث: إما بالموت وهو السادسة، أو بالإحصار وهو السابعة.

وفقه الحالة الأولى أنه إذا لم يخرج إلى الحج في السنة الأولى إما بعذر أو بغير عذر فينظر إن كانت الإجارة على العين أنفسخت، وإن كانت في الذمة فينظر إن لم يعيناً سنة فقد قدمنا أن الحكم كما لو عيناً السنة الأولى، وذكر في «التهذيب» أنه يجوز التأخير عن السنة الأولى والحالة هذه لكن يثبت به الخيار للمستأجر.

وإن عيننا سنة إما الأولى أو غيرها فأخر عنها هل تنفسخ الإجارة؟ حكى الإمام - رحمه الله - فيه طريقين.

أظهرهما: أنه على قولين كالقولين فيما لو حل السلم والمسلم فيه منقطع.

أحدهما: يفسخ لفوات مقصود العقد.

وأصحهما: لا يفسخ كما لو أجزأ أداء الدين عن محله لا ينقطع.

والثاني: القطع بالقول الثاني.

وإذا قلنا بعدم الانفساخ فينظر إن صدر الاستئجار من المعضوب لنفسه فله الخيار لتعوق المقصود - كما لو أفلس المشتري بالثمن - فإن شاء أجاز ليحج في السنة الأخرى، وإن شاء فسخ واسترد الأجرة وارتفق بها إلى أن يستأجر غيره؛ وإن كان الاستئجار لميت في ماله وقد ذكر أصحابنا العراقيون أنه لا خيار لمن استأجر في فسخ العقد؛ لأن الأجرة متعينة لتحصيل الحج فلا انتفاع باستردادها، وتوقف الإمام فيما ذكره؛ لأن الورثة يستفيدون باسترداد الأجرة صرفها إلى من هو أحرى بتحصيل المقصود، وأيضاً فلأنهم إذا استردوها تمكنوا من إبدالها بغيرها، وأورد صاحب «التهذيب» وغيره أن على الولي مراعاة النظر للميت، فإن كانت المصلحة في فسخ العقد لخوف إفلاس الأجير أو هزبه فلم يفعل ضمن، وهذا هو الأظهر، ويجوز أن يحمل المنسوب إلى العراقيين على أحد أمرين رأيتهما للأئمة.

الأول: صور بعضهم المنع فيما إذا كان الميت قد أوصى بأن يحج عنه إنسان

بمائة مثلاً ووجهه بأن الوصية مستحقة الصرف إلى المعين.

الثاني: حكى الحنطلي: أن أبا إسحاق ذكر في الشرح أن المستأجر للميت أن

يرفع الأمر إلى القاضي ليفسخ العقد إن كانت المصلحة تقضيه وإن لم يستقل به فإذا نزل



مَا ذَكَرُوهُ عَلَى التَّوِيلِ الْأَوَّلِ ارْتَفَعَ الْخِلَافُ، وَإِنْ نَزَلَ عَلَى الثَّانِي هَانَ أَمْرُهُ.

ولو استأجر إنسان للميت من مال نفسه تطوعاً عليه فهذا كاستئجار المعضوب لنفسه فله الخيار، ولو قَدَّمَ الْأَجِيرُ الْحَجَّ عَلَى السَّنَةِ الْمَعِينَةَ جاز وقد زَادَ خَيْرًا.

ولنعد إلى ما يتعلق بلفظ الكتاب.

قوله: (إن لم يحج في السنة الأولى) أي بأن لم يشرع في أعماله وإلا فيدخل فيه ما إذا مات في أثناء الحج، وما إذا أحصر، وما إذا فاته بعد الشروع فيه، وهذه الصورة بأحكامها المذكورة من بعد.

وقوله: (إلا إذا كانت على الذمة فللمستأجر الخيار) غير مجرى على إطلاقه؛ لأنه لو عَيَّنَ غير السنة الأولى لم يؤثر تأخيره على السنة الأولى.

وقوله: (فللمستأجر الخيار كإفلاس المشتري) جواب على الطريقة الجازمة بِعَدَمِ الانفساخ؛ لقوله بعده: (وقيل: ينفسخ في قول).

وأما قوله: (فإن حكمنا بالخيار وكان المستأجر ميتاً فليس للوارث فسخ الإجارة) فاعلم أنا حكينا فيما إذا كان الاستئجار لميت الوجه المنقول عن العراقيين، والذي يقابله، ووراءه صورة أخرى وهي أن يستأجر المعضوب لِنَفْسِهِ ثم يموت وَيُوَخَّرُ الْأَجِيرُ الْحَجَّ عَنْ السَّنَةِ الْأُولَى هل يثبت الخيار للوارث؟ ولفظ الكتاب مشعر بهذه الصورة بعيد عن الأولى تصويراً وتوجيهاً فإنها فيما إذا كان الاستئجار لميت لا فيما إذا كان المستأجر ميتاً والأولى هي التي تكلم الأئمة فيها وأما الثانية فلم نَلْفَظُهَا مَسْطُورَةً، فإن حمل كلام الكتاب على الأولى وجعل ما ذكره جواباً على ما نقل عن العراقيين فهو بعيد، من جهة اللفظ، ثم ليكن مُعَلِّمًا بِالْوَاوِ الْمَوْجِهِ الْمَقَابِلِ لَهُ وقد ذكرنا أنه الأظهر، وإن حمل على الثانية فالحكم بأن الوارث لا خيار له بعيد من جهة المعنى والقياس ثبوت الخيار للوارث كما في خِيَارِ الْعَيْبِ ونحوه.

قال الغزالي: الثانية إِذَا خَالَفَ فِي الْمِيقَاتِ فَأَحْرَمَ بِعُمْرَةٍ عَنْ نَفْسِهِ ثُمَّ أَحْرَمَ بِحَجِّ الْمُسْتَأْجِرِ فِي مَكَّةَ، فَفِي قَوْلٍ لَا تُحْسَبُ الْمَسَافَةُ لَهُ لِأَنَّهُ صَرَفَهُ إِلَى نَفْسِهِ فَيَحْطُ مِنْ أَجْرَتِهِ بِمِقْدَارِ التَّفَاوُتِ بَيْنَ حَجِّهِ مِنْ بَلَدِهِ وَبَيْنَ حَجِّهِ مِنْ مَكَّةَ فَيَكْثُرُ الْمَخْطُوطُ، وَعَلَى قَوْلٍ: تُحْسَبُ الْمَسَافَةُ فَلَا يَحْطُ إِلَّا بِمِقْدَارِ التَّفَاوُتِ بَيْنَ حَجِّهِ مِنَ الْمِيقَاتِ وَحَجِّهِ مِنْ مَكَّةَ فَيَقِلُّ الْمَخْطُوطُ، وَإِنْ لَمْ يَتَمَيَّزْ عَنْ نَفْسِهِ وَأَحْرَمَ مِنْ مَكَّةَ فَعَلَيْهِ دَمُ الْإِسَاءَةِ، وَهَلْ يَنْجِبُ بِهِ حَتَّى لَا يَحْطُ شَيْءٌ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَنْجِبُ فَنَفِي أَحْتِسَابِ الْمَسَافَةِ فِي بَيَانِ الْقَدْرِ الْمَخْطُوطِ وَجْهَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوْلَى بِأَنْ يُحْتَسَبَ لِأَنَّهُ لَمْ يَضْرَفْ إِلَى نَفْسِهِ، وَلَوْ عَيَّنَ لَهُ

الْكُوفَةُ فَهَلْ يَلْزَمُهُ الدَّمُ فِي مُجَاوَزَتِهَا إِنْ حَاقَتْ لَهَا بِالْمِيقَاتِ الشَّرْعِيَّةِ؟ فَعَلَى وَجْهَيْنِ، وَلَوْ أَرْتَكَبَ مَخْطُوراً لَزِمَهُ الدَّمُ وَلَا حَطٌّ لِأَنَّهُ أَتَى بِتَمَامِ الْعَمَلِ.

قال الرافعي: في الفصل صورتان:

إحدهما: الأجير للحج إذا انتهى إلى الميقات المعين من المواقيت إما بتعيينهما إن اعتبرناه أو بتعيين الشُّرْعِ فلم يحرم بالحج عن المُسْتَأْجِرِ ولكن أحرم بِعُمْرَةٍ عن نفسه ثم لَمَّا فرغ منها أحرم بالحج عن المُسْتَأْجِرِ لم يخل إما أن يحرم به من غير أن يعود إلى الميقات أو يعود إلى الميقات فيحرم منه.

الحالة الأولى: أن لا يعود إليه؛ كما إذا أحرم من جوف مَكَّةَ فَيَصِحُّ الْحَجُّ عَنْ الْمُسْتَأْجِرِ بِحُكْمِ الإِذْنِ ويحط شيء من الأجرة المُسَمَّاة؛ لأنه لم يحج من الميقات وكان هو الواجب عليه، وفي قدر المحطوط اختلاف يتعلق بأصل وهو أنه إذا سار الأجير من بلدة الأجيورة وحجَّ فالأجرة تقع في مقابلة أعمال الحجِّ وحدها أو تتوزع على السَّيْرِ والأعمال؟ وسيأتي شرحه من بعد فإن أَوْقَعْنَاها في مقابلة أَعْمَالِ الْحَجِّ وحدها وَزَعَتْ الأجرة المُسَمَّاة على حُجَّةٍ من المِيقَاتِ وَحُجَّةٍ من جَوْفِ مَكَّةَ؛ لأن المقابل بالأجرة المُسَمَّاة على هذا هو الحجُّ من الميقات فإذا كانت أجرة حجة منشأة من الميقات خَمْسَةَ، وأجرة حجة منشأة من جوف مَكَّةَ ديناران فالتفاوت بثلاثة أخماس فيحط من الأجرة المُسَمَّاة ثلاثة أخماسها، وإن وَزَعْنَا الأجرة على السَّيْرِ والأَعْمَالِ جميعاً وهو الأظهر فقولان: أحدهما: أن المسافة لا تحتسب له هاهنا؛ لأنه صرفه إلى غرض نفسه حيث أحرم بالعمرة من الميقات، ومن عمل لنفسه لم يستحق أجرة على غيره؛ فعلى هذا توزع الأجرة المسماة على حجة تنشأ من بَلَدَةِ الإِجَارَةِ ويقع الإحرام بِهَا مِنْ المِيقَاتِ، وعلى حُجَّةٍ تنشأ من جَوْفِ مَكَّةَ فيحط بنسبة التفاوت من الأجرة المُسَمَّاة فإذا كانت أجرة الحُجَّةِ المنشأة من بلدة الإجارة مائة وأجرة الحجة المنشأة من مَكَّةَ عشرة حُطَّ من الأجرة المُسَمَّاة تِسْعَةُ أَعْشَارِهَا.

وأصحهما: أنه يحتسب قطع المسافة إلى الميقات لجواز أن يكون قُضِيَ منه تحصيل الحجِّ إلا أنه أراد رِنِحَ عُمْرَةٍ في أثناء سَفَرِهِ، فعلى هذا توزع الأجرة المسماة على حجة منشأة من بلدة الإجارة إحرامها من الميقات، وعلى حجة منشأة منها إحرامها من مَكَّةَ، فإذا كانت أجرة الأولى مائة وأجرة الثانية تِسْعِينَ حَطَطْنَا من المسمى عشرة، وإذا وقفت على ما ذكرنا تَحَصَّلَتْ على ثَلَاثَةِ أَقْوَالٍ، والثاني والثالث هما اللَّذَانِ أوردتهما الأكثرون منهم صاحب «التهديب» و«التتمة» وحكماهما أَبْنُ الصَّبَّاحِ وجهين مفرعين على توزيع الأجرة على السَّيْرِ وَالْعَمَلِ. وإما القولان المَذْكُورانِ في الكتاب فالأول منهما هو الثاني في الترتيب الذي ذكرناه.

والثاني: منهما يمكن تنزيله على الثالث ليوافق إيراد الأكثرين، وعلى هذا فقوله: (وعلى قول: تحتسب المسافة) أي في الصورة التي نحن فيها، وقوله: (فلا يحط إلا مقدار التفاوت بين حج من الميقات وحج من مكة) أي إحرامه من الميقات أو مكة وإنشاؤهما من بلدة الإجازة، ذلك إنما أراد القول الذي ذكرناه أولاً وهو واضح من كلامه في «الوسيط»، وكذلك أورده الإمام - رحمه الله - في «النهاية» وعلى هذا فظاهر المذهب غَيْرُ القولين المذكورين في الكتاب.

وقوله: (وعلى قول تحتسب المسافة) أي في الجملة لا في هذه الصورة، واعرف بعد هَذَا شيئين:

أحدهما: أن الحكم بوقوع الحج الذي أحرم به من مكة عن المستأجر ليس صافياً عن الإشكال؛ لأن المأمور به حجة يحرم بها من الميقات، وهذا الخصوص متعلق الغرض فلا يتناول الإذن غيره، ولهذا لو أمره بالبيع على وجه خاص مقصود لا يملك البيع على غير ذلك الوجه.

الثاني: أن الأجير في المسألة التي نحن فيها يلزمه دم لإحرامه بالحج بعد مجاوزة الميقات، وسنذكر خلافاً في غير صورة الاعتماد أن إساءة المجاوزة هل تنجر بإخراج الدَّم حتى لا يحط شيئاً من الأجرة أم لا؟ وذلك الخلاف عائد هاهنا، نص عليه ابنُ عَبْدِآن وغيره، فإذا الخلاف في قدر المحطوط مفرع على القول بأصل الحط، ويجوز أن نفرق بين الصورتين ونقطع بعدم الانجبار هاهنا؛ لأنه ارتفق بالمجازة حيث أحرم بالعمرة لنفسه.

الحالة الثانية: ولم يذكرها في الكتاب أن يعود إلى الميقات بعد الفراغ من العمرة ويحرم بالحج منه فهل يحط شيء من الأجرة؟ يبنى على الخلاف في الحالة الأولى.

إن قلنا: الأجرة موزعة على السير والعمل ولم يحسب السير هاهنا لانصرافه على العمرة فتوزع الأجرة المسماة على حجة منشأة من بلدة الإجازة إحرامها من الميقات، وعلى حجة من منشأة الميقات، من غير قطع مسافة، فإذا كانت أجرة الأولى عشرين مثلاً، وأجرة الثانية خمسة حططنا من المسمى ثلاثة أرباعه.

وإن قلنا: الأجرة في مقابلة العمل وحده أو وزعنا عليه وعلى السير واحتسبنا قطع المسافة هاهنا فلا حط وتجب الأجرة بتمامها، وهذا هو الأظهر ولم يذكر كثيرون غيره.

الصورة الثانية: إذا شرطاً في الإجازة ميقاتاً من المواقيت الشرعية أو قلنا: إنه يتعين ميقات بلده فجاوزه غير معتمر ثم أحرم بالحج عن المستأجر نظر إن عاد إليه وأحرم منه فلا دم عليه، ولا يحط من الأجرة شيء، وإن أحرم من جوف مكة أو بين

الميقات ومكة ولم يعد لزمه دم الإساءة بالمجازة، وهل ينجر به الخلل حتى لا يُحط شيء من الأجرة؟ نص في «المختصر» على أنه لا ينجر بل يرد من الأجرة بقدر ما ترك، ونقل عن القديم أنه يلزمه دم وحجته تامة ولم يتعرض للأجرة، واختلفوا على طريقتين.

أظهرهما: أن المسألة على قولين:

أحدهما: أن الدم يجبر الإساءة الحاصلة ويصير كأن لا مخالفة ويستحق تمام الأجرة.

وأظهرهما: أنه يحط؛ لأنه استأجره ليعمل وقد نقص منه فصار كما لو استأجره لبناء أذرع فنقص منها، والدم إنما وجب لِحَقِّ اللَّهِ تَعَالَى فلا ينجر بها حق آدمي، كما لو حنى المخرم على صبيد مملوك يلزمه الضمان مع الجزاء.

والثاني: وبه قال أبو إسحاق القطع بالقول الثاني إلا أنه سكت عن حكم الأجرة في القديم.

فإن قلنا: بحصول الانجبار فهل ننظر إلى قيمة الدم ونقابلها بقدر تفاوت الأجرة؟ حكى الإمام فيه وجهين:

أحدهما: وبه قال ابن سريج نعم حتى لا ينجر ما زاد على قيمة الدم.

وأظهرهما: لا؛ لأن المعول في هذا القول على انجبار الخلل، والشرع قد حكم به من غير نظر إلى القيمة وإن قلنا بعدم الانجبار وحططنا شيئاً ففي القدر المخطوط وجهان مبنيان على الأضل الذي سبقت الإشارة إليه وهو أن الأجرة في مقابلة ماذا؟

إن أوقفناها في مقابلة الأعمال وحدها وزعنا المسمى على حجة من الميقات وحجة من حيث أحرم.

وإن وزعناها على السير والعمل جميعاً - وهو الأظهر - وزعنا المسمى على حجة من بلدة الإجازة يكون إحرامها من الميقات، وعلى حجة منها يكون إحرامها من حيث أحرم، وعلى هذا يقل المحطوط بخلاف ما لو وزعنا على السير والعمل جميعاً ثم لم نحسب بقطع المسافة في الصورة الأولى فإنه يكثر المحطوط، وإذا نسبت هذه الصورة إلى الأولى ترتب الخلاف في إدخال المسافة في الاعتبار على الخلاف في الأولى، كما ذكره في الكتاب، وهذه أولى بالاعتبار؛ لأنه لم يصرف إلى نفسه، ثم حكى الشيخ أبو محمد - رحمه الله - وجهين في أن النظر إلى الفراسخ وحدها أم يعتبر مع ذلك السهولة والحزونة؟ والأصح الثاني.

واعلم أن الجمهور أوردوا في مسألة الانجبار على طريقة إثبات الخلاف قولين،

وصاحب الكتاب أطلق وجهين لكن الأمر فيه هَيْنُ فإنهما لَيْسَا بمنصوصين، ويجوز أن يعلم قوله: (وجهان) بالواو بطريقة نفي الخلاف.

ولو عدل الأجير عن طريق الميقات المتعين إلى طريق آخر ميقاته مثل ذلك الميقات أو أبعد فالمذهب أنه لا شيء عَلَيْهِ، هذا كله في الميقات الشرعي.

أما إذا عينا موضعاً آخر نظر إن كان أقرب إلى مكة من الميقات الشرعي فهذا الشُرْطُ فاسدٌ مُفسِدٌ للإجارة إذ ليس لِمَنْ يريد النسك أن يمر على الميقات غير محرم.

وأن كان أبعد كما لو عينا الكوفة فهل يجب على الأجير الدّم في مجاوزتها غير محرم؟ فيه وجهان قد حكاهما المسعودي وغيره - رحمهم الله - .

أحدهما: لا يجب؛ لأن الدم منوط بالميقات المحترم شرعاً فلا يلحق به غيره، ولأن الدّم يجب حقاً لله تعالى، والميقات المشروط إنما يتعين حقاً للمستأجر، والدم لا يجبر حق الأدمي.

وأظهرهما: وهو نصه في «المختصر»: أنه يلزمه؛ لأن تعينه وإن كان لحق الأدمي فالشّارع هو الذي حَكَمَ بِهِ وتَعَلَّقَ بِهِ حَقُّهُ.

فإن قلنا: بالأول حط قسط من الأجرة لا مَحَالَةً.

وإن قلنا: بالثاني ففي حصول الانجبار الوجهان، وكذلك لو لزمه الدّم بسبب ترك مأمور كالرّمي والمبيت، وإن لزمه بسبب ارتكاب محظور كاللبس والقلم لم يحط شيء من الأجرة؛ لأنه لم ينقص من العمل.

ولو شرط على الأجير أن يحرم في أول شوال فأخذه لَزِمَهُ الدّم، وفي الانجبار الخلاف المذكور، وكذا لو شرط أن يحج ماشياً فحج راكباً؛ لأنه ترك شيئاً مقصوداً، حكى الفرعان عن القاضي الحسين، ويشبه أن يكونا مفرعين على أن الميقات الشرطي كالميقات الشّرعي وإلا فلا يلزم الدّم كما في مسألة تعيين الكوفة - والله أعلم - .

قال الغزالي: **الثالثة** إِذَا أَمَرَ بِالْقِرَانِ فَأَفْرَدَ فَقَدْ زَادَ خَيْرًا، وَإِنْ قَرَنَ فَدَمُ الْقِرَانِ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ عَلَى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ أَمَرَ بِالْإِفْرَادِ فَقَرَنَ فَالدَّمُ عَلَى الْأَجِيرِ، وَبَرِئَتْ ذِمَّةُ الْمُسْتَأْجِرِ عَنِ الْحَجِّ بِالْعُمْرَةِ، لِأَنَّ الْقِرَانَ كَالْإِفْرَادِ شَرْعًا وَفِي حَطِّ شَيْءٍ مِنَ الْأَجْرَةِ مَعَ جَبْرِهِ بِالدَّمِ الْخِلَافُ السَّابِقُ، وَإِنْ أَمَرَ بِالْقِرَانِ فَتَمَتَّعَ كَانَ كَالْقِرَانِ عَلَى وَجْهِهِ، وَفِي وَجْهِهِ جُعِلَ مُخَالَفًا لَهُ وَعَلَيْهِ الدَّمُ، وَيَعُودُ الْخِلَافُ فِي حَطِّ شَيْءٍ مِنَ الْأَجْرَةِ.

قال الرافعي: قد أمر الاستئجار إذا كان لِكِلَا النسكين فلا بد من التعرض لجهة أدائهما، ويترتب عليه مسائل ذكر بَعْضَهَا فِي الْكِتَابِ وَأَعْرَضَ عَنْ بَعْضِهَا، وَنَحْنُ نَذَكُرُهَا

على الاختصار، وإن تغير ترتيب ما في الكتاب منها فليحتمل فإن الشرح، قد يدعو إليه.

**المسألة الأولى:** إذا أمره بالقران لم يخل إما أن يمثّل أو يعدل إلى جهة أخرى، فإن امتل وجب دم القران، وعلى من يجب فيه وجهان، وقال في «التهذيب» قولان: أصحابهما: على المستأجر؛ لأنه مقتضى الإحرام الذي أمر به وكأنه القارن بنفسه.

**والثاني:** على الأجير؛ لأنه قد التزم القران والدم من تتمته فكلّف به، فعلى الأول لو شرطاً أن يكون على الأجير فسدت الإجارة؛ لأنه جمع بين الإجارة وبيع المجهول كأنه يشتري الشاة منه وهي غير معينة ولا موصوفة، والجمع بين الإجارة وبيع المجهول فاسد، ولو كان المستأجر معسراً فالصوم يكون على الأجير؛ لأن بعض الصوم ينبغي أن يكون في الحج، والذي في الحجّ منهما هو الأجير، هكذا ذكره في «التهذيب».

وقال في «التتمة»: هو كما لو عجز عن الهدي والصوم ميعاً، وعلى الوجهين يستحق الأجرة بتمامها.

وإن عدل إلى جهة أخرى نظر إن عدل إلى الأفراد فحج ثم اعتمر فقد نقل عن نَصّه في «الكبير» أنه يلزمه أن يرد من الأجرة ما يخص العمرة، وهذا محمول على ما إذا كانت الإجارة على العين، فإنه لا يجوز تأخير العمل فيها عن الوقت المعين، وإن كانت في الذمة نظر إن عاد إلى الميقات للعمرة فلا شيء عليه، وقد زاد خيراً، ولا شيء على المستأجر أيضاً؛ لأنه لم يقرن، وإن لم يعد فعلى الأجير دم لمجاوزته الميقات للعمرة، وهل يحط شيئاً من الأجرة أم تنجبر الإساءة بالدم؟ فيه الخلاف السابق، وإن عدل إلى التمتع فقد أشار أبو سعيد المتولى إلى أنه إن كانت الإجارة إجارة عين لم يقع الحج عن المستأجر لوقوعه في غير الوقت المعين، وهذا هو قياس ما تقدّم، وإن كانت الإجارة على الذمة فينظر إن عاد إلى الميقات للحج فلا دم عليه ولا على المستأجر، وإن لم يعد ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجعل مخالفاً لتقارب الجهتين، فإن في القران نقصاناً في الأفعال وإحراماً من الميقات، وفي التمتع كمالاً في الأفعال، ونقصاناً في الإحرام لوقوعه بعد مجاوزة الميقات، فعلى هذا الحكم كما لو امتثل، وفي كون الدم على الأجير أو المستأجر الوجهان:

وأظهرهما: أنه يجعل مخالفاً؛ لأنه مأمور بالإحرام بالتسكين من الميقات، وقد ترك الإحرام بالحج منه، فعلى هذا يجب على الأجير الدم لإساءته، وفي حط شيء، من الأجرة الخلاف السابق، وذكر أصحاب الشيخ أبي حامد أنه يجب على الأجير دم

لِتَرْكِهِ الْإِحْرَامَ مِنَ الْمِيقَاتِ، وَعَلَى الْمُسْتَأْجِرِ دَمٌ آخَرَ؛ لِأَنَّ الْقُرْآنَ الَّذِي أَمَرَ بِهِ يَتَضَمَّنُهُ، وَاسْتَبَعْدَهُ ابْنُ الصَّبَّاحِ وَغَيْرُهُ.

**المسألة الثانية:** إذا أمره بالتمتع فامتثل فالحكم كما لو أمره بالقران فامتثل، وإن أفرد نظر أن قدم العُمرة وعاد للحج إلى الميقات فقد زاد خيراً، وإن أجزأ العُمرة فإن كانت الإجارة إجارة عَيْنٍ انفسخت فيها لفوات الوقت المُعَيَّنِ للعمرة فيود حصتها من المسمى، وإن كانت الإجارة عَلَى الدُّمَّةِ وعاد للعمرة إلى الميقات لم يلزمه شيء، وإن لم يعد فعليه دمٌ لترك الإحرام بالعمرة من الميقات، وفي حَطِّ شَيْءٍ مِنَ الأجرة الخلاف السابق، وإن قرن فالمنقول عن النص أنه قد زاد خيراً لأنه أحرم بالثُّسْكَيْنِ مِنَ الميقات وكان مأموراً بأن يحرم بالعمرة مِنْهُ وَيَبْحِجُ مِنْ مَكَّةَ، ثم إن عَدَّدَ الأفعال فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَإِلَّا فَقَدْ نَقَلُوا وَجْهَيْنِ فِي أَنَّهُ هَلْ يَحُطُّ شَيْئاً مِنَ الأجرة للاختصار في الأفعال، وفي أن الدم على المستأجر لأمره بما يتضمن الدم أم على الأجير لتقصان الأفعال؟ وكل ذلك مُخْرَجٌ عَلَى الخلاف المُقَدَّمِ فِي عكسه وهو ما إذا تَمَتَّعَ المأمور بالقران.

**المسألة الثالثة:** لو أمره بالإفراء وامتثل فذاك وإن قرن نظر إن كانت الإجارة عَلَى العَيْنِ فالعمرة واقعة لآ فِي وَفَّيْتَهَا فهو كما لو استأجره للحج وحده فقرن، وإن كانت في الدُّمَّةِ وقعا عن المستأجر؛ لِأَنَّ الْقُرْآنَ كَالْإِفْرَادِ شَرْعاً فِي أَخْرَاجِ النَّفْسِ عَنِ الْعَهْدِ، وَيَجِبُ عَلَى الأجير الدم، وهل يحط شيئاً من الأجرة أم ينجز الخلل بالدم؟ فيه الخلاف السابق. وإن تمتع فإن كانت الإجارة عَلَى العَيْنِ وقد أمره بتأخير العُمرة فقد وقعت في غير وَفَّيْتَهَا فيرد ما يخصها من الأجرة، وإن أمره بتقديمها أو كانت الإجارة عَلَى الدُّمَّةِ وقعا عن المُسْتَأْجِرِ، وَعَلَى الأجير دَمٌ إِنْ لَمْ يَعدْ لِلْحَجِّ إِلَى الميقات، وفي حَطِّ شَيْءٍ مِنَ الأجرة الخِلافُ السَّابِقُ.

وقوله في الكتاب (وفي حط شيء من الأجرة مع جبره بالدم) ظاهره يقتضي كَوْنُ الجبر مجزوماً به، وليس كذلك بل التردد في الحط تردد في أن خلل المُخَالَفَةِ هل ينجز بالدم أم لا على ما تَقَرَّرَ وَتَكَرَّرَ.

واعلم: أن المسائل مشتركة في أن العُدُولَ عَنِ الْجِهَةِ المأمور بها إلى غيرها غير قَادِحٍ فِي وَقُوعِ الثُّسْكَيْنِ عَنِ الْمُسْتَأْجِرِ، وفيه إشكال؛ لِأَنَّ مَا يَرَاعَى الإِذْنَ فِي أَصْلِهِ يُرَاعَى فِي تَفَاصِيلِهِ المقصود، فإذا خالف كان المَأْتِي بِهِ غَيْرَ المَأْدُونِ فِيهِ.

وأجاب الإمام - رحمه الله - عنه بأن مُخَالَفَةَ المُسْتَأْجِرِ مُشْبِهَةٌ بِمُخَالَفَةِ الشَّرْعِ فِي تَرْكِ المأمورات وارتكاب المَحْظُورَاتِ التي لا تفسد وهي لا تمنع الاعتداد بأصل الثُّسْكَيْنِ، وهذا لأن المستأجر لا يحصل الحج لنفسه، وإنما يحصله ليقع لله تعالى، فجعلت مخالفته كمخالفة الشرع.

ولك أن تقول: لم تشبه مخالفة المستأجر بمخالفة الشرع، ولا نسلم أن المستأجر لا يحصله لنفسه، بل يحصله ليخرج النفس عن عهدة الواجب، وللعمل المخرج كيفيات مخصوصة بعضها أفضل من بعض، فاليراع غرضه فيه، ثم الفارق أن مخالفة الشرع فيما لا يفسد يستحيل أن يؤثر في الإفساد، وإذا صحَّ فمحال أن يصح لغيره، وقد أتى به لنفسه.

وأما النسك الذي خالف فيه المستأجر فلا ضرورة في وقوعه عنه، بل أمكن صرفه إلى المباشرة على المعهود في نظائره، - والله أعلم -.

قال الغزالي: الرَّابِعَةُ إِذَا جَامَعَ الْأَجِيرُ فَسَدَ حُجُّهُ وَأَنْفَسَخَتِ الْإِجَارَةُ إِنْ وَرَدَتْ عَلَى عَيْنِهِ وَلَزِمَهُ الْقَضَاءُ لِنَفْسِهِ، وَإِنْ كَانَ عَلَى ذِمَّتِهِ لَمْ تَنْفَسَخْ، وَهَلْ يَقَعُ قَضَاؤُهُ عَنِ الْمُسْتَأْجِرِ أَوْ تَجِبُ حَجَّةٌ أُخْرَى سِوَى الْقَضَاءِ لَهُ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ.

قال الرافعي: إذا جامع الأجير فسَدَ حُجُّهُ. وأنقلب إلى الأجير فيلزمه الكفارة، والمضي في الفاسد والقضاء، ووجهه أنه أتى بغير ما أمر به، فإن المأمور به الحج الصحيح، والمأتي به الحج الفاسد، فينصرف إليه كما لو أمره بشراء شيء بصفة فاشترى على غير تلك الصفة يقع عن المأمور، وقد ينقلب الحج عن الحالة التي انعقد عليها إلى غيرها ألا ترى أن حج الصبي ينعقد تفلأ، ثم إذا بلغ قبل الوقوف ينقلب فرضاً.

فإن قيل: إنه موقوف في الابتداء.

قلنا: بمثله هاهنا: وروى صاحب «التهذيب» - رضي الله عنه - عن المزني - رحمه الله - إنه لا ينقلب إلى الأجير، بل يقع الفاسد والقضاء جميعاً عن المستأجر، وفي هذا تسليم لوجوب القضاء، لكن لرواية المشهورة عنه أنه لا انقلاب ولا قضاء أما أنه لا انقلاب، فلأن الإحرام قد انعقد عن المستأجر فلا ينقلب إلى غيره، وأما أنه لا قضاء فلأن من له الحج لم يفسده فلا يؤثر فعل غيره فيه، ولم يعز الحنطي هذا المذهب إلى المزني لكن قال: إنه حكاه قولاً، وإذا قلنا بظاهر المذهب فإن كانت الإجارة على العين انفسخت، والقضاء الذي يأتي به الأجير يقع عنه، وإن كانت في الذمة لم تنفسخ وعمن يقع القضاء؟ فيه وجهان، وقيل: قولان:

أحدهما: عن المستأجر، لأنه قضاء الأول، ولولاً فسادة ولوقع عنه.

وأصحهما: عن الأجير، القضاء يحكى الأداء، والأداء واقع عن الأجير، فعلى هذا يلزمه سوى القضاء حجة أخرى للمستأجر، فيقضى عن نفسه ثم عن المستأجر في سنة أخرى، أو ينسب من يحج عنه في تلك السنة، وحيث لا تنفسخ الإجارة، فللمستأجر خيار الفسخ، لتأخر المقصود وفرق أصحابنا العراقيون بين أن يستأجر



المَعْضُوبِ وبين أن تكون الإجارة لَمَيْتٍ في ثبوت الخِيَارِ وقد سبق نظيرة والكلام عليه والمواضع المحتاجة إلى العلامة بالزَّاي تشبهه.

قال الغزالي: **الْحَامِسَةُ** لَوْ أَحْرَمَ عَنْهُ ثُمَّ نَوَى الصَّرْفَ إِلَى نَفْسِهِ لَمْ يَنْصَرَفْ إِلَيْهِ وَسَقَطَ أُجْرَتُهُ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ؛ لِأَنَّهُ أَعْرَضَ عَنْهَا.

قال الرافعي: إذا أحرَمَ الأجير عن المُسْتَأْجِرِ، ثُمَّ صَرَفَ إِلَى نَفْسِهِ ظَنًّا مِنْهُ بِأَنَّهُ يَنْصَرِفُ وَأَتَمَّ الْحَجَّ عَلَى هَذَا الظَّنِّ فَالْحَجُّ لِلْمُسْتَأْجِرِ وَفِي اسْتِحْقَاقِ الأَجِيرِ الأُجْرَةَ قَوْلَانِ. أحدهما: أنه لا يستحق، لأنه أعرَضَ عنها، حيث قصد بالحجَّ نَفْسَهُ.

وأصحهما: أنه يستحق لِصِحَّةِ العَقْدِ فِي الإِبْتِدَاءِ، وَحصولِ غرضِ المُسْتَأْجِرِ، وَهَذَا الخِلافَ مجرى، فِيمَا إِذَا دَفَعَ ثَوْبًا إِلَى صَبَّاحٍ لِيصْبِغَهُ فأمسكه وَجحدَةً وَصبِغَهُ نَفْسَهُ، ثُمَّ رَدَّهُ هَلْ يَسْتَحِقُّ الأُجْرَةَ؟ وَقَسْ عَلَى هَذَا نَظَائِرَةٌ، وَإِذَا قُلْنَا بِاسْتِحْقَاقِ الأُجْرَةَ؟ فَالْمُسْتَحِقُّ الْمَسْمِيُّ أَوْ أُجْرَةُ المِثْلِ، حَكَى صَاحِبُ «التَّمَةِ» فِيهِ وَجْهَيْنِ.

أصحهما: الأول.

قال الغزالي: **السَّادِسَةُ** مَنْ مَاتَ فِي أَثْنَاءِ الْحَجِّ فَهَلْ لِلوَارِثِ أَنْ يَسْتَأْجِرَ أَجِيرًا لِيَبْنِيَ عَلَى حَجِّهِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ، فَإِنْ جَوَّزْنَا ذَلِكَ فَإِنْ مَاتَ بَيْنَ التَّحَلُّلَيْنِ أَحْرَمَ الأَجِيرُ إِحْرَامًا حُكْمُهُ أَنْ لَا يَحْرَمَ اللُّبْسَ وَالْقَلَمَ لِأَنَّهُ بِنَاءٌ عَلَى مَا سَبَقَ فَهُوَ كَالدَّوَامَةِ، فَعَلَى هَذَا إِذَا مَاتَ الأَجِيرُ فِي أَثْنَاءِ الْحَجِّ اسْتَحَقَّ قِسْطًا مِنَ الأُجْرَةِ، لِأَنَّ مَا سَبَقَ لَمْ يُحْبِطْ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يُمْكِنُ البِنَاءُ فَقَدْ حَبِطَ حَقُّ المُسْتَأْجِرِ فِيهِ اسْتِحْقَاقُهُ شَيْئًا وَجِهَانِ، وَلَوْ مَاتَ قَبْلَ الإِحْرَامِ فِيهِ اسْتِحْقَاقُهُ قِسْطًا لِسَفَرِهِ وَجِهَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوْلَى بِأَنْ لَا يَسْتَحِقَّ لِأَنَّ السَّفَرَ لَمْ يَتَّصِلْ بِالْمَقْصُودِ.

قال الرافعي: غرض الفصل بالكلام فيما إذا مات في أَثْنَاءِ الْحَجِّ، وَقَدْ قَدِمَ عَلَيْهِ مَقْدَمَةٌ وَهِيَ أَنَّ الحَاجَّ لِنَفْسِهِ إِذَا مَاتَ فِي أَثْنَاءِ الْحَجِّ هَلْ يَجُوزُ البِنَاءُ عَلَى حَجِّهِ؟ وَفِيهِ قَوْلَانِ: شَبْهُوهُمَا، بِالقَوْلَيْنِ فِي جَوَازِ البِنَاءِ عَلَى الأَذَانِ وَالخُطْبَةِ، وَفِي جَوَازِ الاسْتِخْلَافِ، وَإِنْ اخْتَلَفَتِ الصُّورُ فِي الأَظْهَرِ مِنْهَا.

**الجديد:** الصحيح أنه لا يجوز البناء، على الحجِّ؛ لأنه عبادة يفسد أولها بفساد آخرها فأشبهت الصوم، والصلاة، ولأنه لو أحصر، فتحلل ثم زال الحصر، فأراد البناء عليه لا يجوز، فإذا لم يجز له البناء على فعل نفسه فأولى أن لا يجوز لغيره البناء على فعله. **والقديم:** الجواز؛ لأن النيابة جارية، في جميع أفعال الحج فتجري في بعضها كتفريقة الزكاة.

التفريع: إن لم نجوز البناء حبط المأتي به إلا في حَقِّ الثواب ووجب الإخجاج من تركته إذا كَانَ مستقراً في ذمته، وإن جوزنا البناء فإما أن يتفق الموت وقد بقي وقت الإحرام بالحج، أو حين لم يبق وقته.

فأما في الحالة الأولى: فيحرم النائب بالحج، ويقف بعرفة، إن لم يقف الأضل ولا يقف إن وقف، ويأتي ببقية الأعمال ولا بأس بوقوع إحرام النائب وراء الميقات، فإنه مبني على إحرام أنثىء منه.

وأما في الحالة الثانية: فيم يحرم؟ فيه وجهان:

أحدهما: وبه قال أبو إسحاق أنه يحرم، بعمرة لفوات وقت الإحرام بالحج، ثم يطوف وَيَسْتَعِي، فيجزأه عن طَوَافِ الْحَجِّ، وَسَعْيِهِ ولا يبيت ولا يرمى فإنهما ليسا من أعمال العُمرة، ولكنهما يُجْبِرَانِ بِالذَّمِّ.

وأصحهما: أنه يحرم بالحج أيضاً، ويأتي ببقية الأعمال لأنه لو أحرم بالعُمرة، للزمه أفعال العُمرة، ولما انصرف إلى الحج والإحرام، ابتداء هو الذي يمتنع تأخيره عن أشهر الحج، وهذا ليس إحراماً مبتدأ، وإنما هو مَبْنِيٌّ عَلَى ما سبق، وعلى هذا فلو مات، بين التَّحْلُلَيْنِ، أحرم النائب إحراماً لا يُحْرَمُ اللبس والقلم وإنما يُحْرَمُ النِّسَاءُ؛ لأن إحرام الأصل لو بقي لكان بهذه الصفة.

واعلم: إن الإمام - رحمه الله - حكى الوجه الأول عن العراقيين، ونسب الثاني إلى المرأوزة، ولعل أن نسبته الثاني إلى المرأوزة، بمعنى أنه الذي أورده ولا يستمر نسبه إليهم بمعنى أنهم أبدعوه، ولا نسبه الأول إلى العراقيين، يعني أنهم اختاروه، ولا أنهم اقتصروا على ذكره، لأن كتبهم مشحونة بحكاية الوجهين، وناصة على تزجيج الثاني منهما.

وجميع ما ذكرنا فيما إذا مات قَبْلَ حُصُولِ التَّحْلُلَيْنِ، فأما إذا مات بعد حصولهما فقد قطع صاحب «التهديب»، وغيره بأنه لا يجوز البناء والحالة هذه إذ لا ضرورة إليه، لإمكان جبر ما بقي من الأعمال بالذم، وأوهم بعضهم إجراء الخلاف - والله أعلم - .

إذا عرفت هذه المقدمة، فنقول: لموت الأجير أحوال.

إحداها: أن يكون بعد الشروع في الأركان وقبل الفراغ منها فهل يستحق شيئاً من الأجرة فيه قولان:

أحدهما: لا؛ لأنه لم يسقط الفرض عن المستأجر، وهو المقصود فأشبه ما لو التزم له مالا ليرد عبده الأبق إليه فَرَدَّهُ إِلَى بَعْضِ الطَّرِيقِ ثُمَّ هَرَبَ.

والثاني: نعم؛ لأنه عمل بعض ما استؤجر له، فاستحق بقسطه من الأجرة، كما

لو استأجره لِيَخْيَاطَةَ ثَوْبٍ فحاط بعضه، ثم اختلفوا فصار صَائِرُونَ إِلَى أَنْ الْقَوْلَيْنِ مَبْنِيًّا عَلَى أَنْ الْبِنَاءِ عَلَى الْحَجِّ هَلْ يَجُوزُ أَمْ لَا إِنْ مَنَعْنَاهُ لَمْ يَلْزَمْ شَيْءٌ مِنَ الْأَجْرَةِ، لِأَنَّ الْمُسْتَأْجِرَ لَمْ يَنْتَفِعْ بِمَا فَعَلَهُ، وَإِنْ جَوَّزْنَاهُ لَزِمَ، وَفِي كَلَامِ أَصْحَابِنَا الْعِرَاقِيِّينَ مَا يَنْفِي هَذَا الْبِنَاءَ لِأَمْرَيْنِ:

أحدهما: أَنَّ ابْنَ عَبْدَانَ ذَكَرَ أَنَّ الْجَدِيدَ اسْتَحْقَاقُ الْأَجْرَةِ، وَالْقَدِيمَ خِلَافَهُ، وَذَلِكَ عَلَى عَكْسِ الْمَنْقُولِ فِي جَوَازِ الْبِنَاءِ.

والثاني: أَنَّ كَلِمَةَ الْأَصْحَابِ مُتَّفِقَةٌ عَلَى تَرْجِيحِ قَوْلِ الْمَنْعِ مِنْ قَوْلِي الْبِنَاءِ؛ وَقَدْ حَكَمَ كَثِيرٌ مِنْهُمْ بِتَرْجِيحِ قَوْلِ اسْتَحْقَاقِ إِمَّا صَرِيحاً فَقَدْ ذَكَرَهُ الْكَرْخِيُّ وَغَيْرُهُ.

وَأَمَّا دَلَالَةٌ فَلَأَنَّهُمْ أَشَارُوا إِلَى أَنَّ مَأْخِذَ الْقَوْلَيْنِ أَنَّ هَذَا الْعَقْدَ يَلْحَقُ بِالْإِجَارَاتِ أَوْ بِالْجَعَالَاتِ مِنْ حَيْثُ إِنَّ الْمَقْصُودَ عَاقِبَةَ الْأَمْرِ وَقَطْعَ الْمَسَافَةِ لَيْسَ بِمَقْصُودٍ، وَلَا بَدَّ مِنْهُ ثُمَّ إِنَّهُمْ اسْتَبَعَدُوا الْحَاقَةَ بِالْجَعَالَاتِ، وَعَدُوهُ إِجَارَةٌ، وَمَعْلُومٌ أَنَّ فِي الْإِجَارَةِ يَسْتَحِقُّ بَعْضُ الْأَجْرَةِ بِبَعْضِ الْعَمَلِ، وَأُورِدَ الْإِمَامُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - طَرِيقَةً مُتَوَسِّطَةً بَيْنَهُمَا، وَتَابِعَهُ صَاحِبُ الْكِتَابِ فَقَالَ: إِنْ جَوَّزْنَا الْبِنَاءَ؛ اسْتَحَقَّ قِسْطاً مِنَ الْأَجْرَةِ، لَا مَحَالَةَ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَأْجِرَ بِسَبِيلِ مِنْ إِتْمَامِهِ، وَإِنْ لَمْ تَجُوزْهُ فَفِي اسْتَحْقَاقِ الْخِلَافِ، وَوَجْهٌ عَدَمِ اسْتَحْقَاقِ أَنْ مَا عَمَلَهُ قَدْ حَبِطَ، وَلَمْ يَنْتَفِعْ الْمُسْتَأْجِرُ بِهِ، وَوَجْهٌ اسْتَحْقَاقِ: أَنَّهُ يَنْفَعُهُ فِي الثَّوَابِ وَإِنْ لَمْ يَنْفَعُهُ فِي الْإِجْزَاءِ؛ وَقَدْ أَتَى الْأَجِيرُ بِمَا عَلَيْهِ، وَالْمَوْتُ لَيْسَ إِلَيْهِ وَالْمَشْهُورُ مِنَ الْخِلَافِ الْقَوْلَانِ، وَصَاحِبُ الْكِتَابِ نَقَلَهُمَا وَجْهَيْنِ.

فَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ شَيْئاً فَذَلِكَ إِذَا مَاتَ قَبْلَ الْوُقُوفِ بِعَرَفَةَ، فَإِنْ مَاتَ بَعْدَهُ فَقَدْ حَكِيَ الْحَنَاطِيُّ فِيهِ وَجْهَيْنِ، وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ لَا فَرْقَ.

وَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ يَسْتَحِقُّ شَيْئاً فَالْأَجْرَةُ تُقَسِّطُ عَلَى الْأَعْمَالِ وَخَذَهَا، أَمْ عَلَيْهَا مَعَ السَّيْرِ فِيهِ طَرِيقَانِ، قَالَ الْأَكْثَرُونَ هُوَ عَلَى قَوْلَيْنِ:

أحدهما: أَنَّهَا تَقْسِطُ عَلَى الْأَعْمَالِ وَخَذَهَا؛ لِأَنَّ الْأَجْرَةَ تَقَابِلُ الْمَقْصُودَ، وَالسَّيْرِ تَسَبَّبَ إِلَيْهِ وَلَيْسَ مِنَ الْمَقْصُودِ فِي شَيْءٍ.

وَأَظْهَرُهُمَا: أَنَّهَا تُقَسِّطُ عَلَى الْعَمَلِ وَالسَّيْرِ جَمِيعاً، لِأَنَّ لِلْوَسَائِلِ حُكْمَ الْمَقْاصِدِ، وَتَعَبُ الْأَجِيرِ فِي السَّيْرِ أَكْثَرُ، فَيَبْعَدُ أَنْ لَا يُقَابِلُ بِشَيْءٍ؛ وَقَالَ ابْنُ سُرَيْجٍ - رَحِمَهُ اللَّهُ - إِنْ قَالَ: اسْتَجْرْتُكَ لِنَحْجٍ عَنِّي، فَالتَّوْزِيعُ عَلَى الْأَعْمَالِ وَخَذَهَا.

وَإِنْ قَالَ: لِنَحْجٍ مِنْ بَلَدٍ كَذَا، فَالتَّوْزِيعُ عَلَى السَّيْرِ وَالْأَعْمَالِ جَمِيعاً، وَنَزَلَ الثُّنَيْنِ عَلَى الْحَالِيَيْنِ، ثُمَّ هَلْ يَبْنِي عَلَى مَا فَعَلَهُ الْأَجِيرُ؟ يَنْظُرُ كَانَتْ الْإِجَارَةُ عَلَى الْعَيْنِ أَمْ نَفْسَتْ، وَلَا بِنَاءَ لورثة الْأَجِيرِ، كَمَا لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَنْبِي بِنَفْسِهِ، وَهَلْ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَنْ

يستأجر من يتمه؟ فيبني على القولين في جواز البناء، إن جَوُزَّاهُ فله ذلك، وإلا فلا، وإن كانت الاجارة على الذمة.

فإن قلنا: لا يجوز البناء، فَلِوَرْتَةِ الْأَجِيرِ أن يستأجروا من يَحُجُّ عَمَّنِ اسْتَوْجِرَ لَهُ، فإن أمكنهم الإحجاج عنه في تلك السنة لبقاء الوقت فذاك، وإن تأخر إلى السنة الأخرى ثبت الخيار، كما سبق، وإن جوزنا البناء فلورثة الأجير أن يتموا الحج، ثم القول في أن الثائب يَمَّ يَحْرَمُ وفي حكم إحرامه بين التحليلين على ما سبق.

الحالة الثانية: أن يكون بَعْدَ الْأَخْذِ فِي السَّيْرِ، وقبل الإحرام، فالمنقول عن نَصِّهِ فِي عَامَةِ كِتَابِهِ أَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ شَيْئاً مِنَ الْأَجْرَةِ، لأنه بسبب لا يَتَّصِلُ بِالْمَقْصُودِ، فصار كما لو قرب الأجير على البناء الآلات من موضع البناء ولم يبين لم يستحق شيئاً، وعن أبي بكر الصَّيْفِيِّ وَالْإِضْطِخْرِيِّ: أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ قِسْطاً مِنَ الْأَجْرَةِ؛ لِأَنَّهُمَا أَفْتِيَا سَنَةَ حَصْرِ الْقِرَامِطَةِ<sup>(١)</sup>، الْحَجِيجِ بِالْكُوفَةِ، بَأَنَّ الْأَجْرَاءَ يَسْتَحِقُّونَ مِنَ الْأَجْرَةِ بِقَدْرِ مَا عَمَلُوا.

ووجهه أن الأجرة تَقَعُ فِي مَقَابِلَةِ السَّيْرِ وَالْعَمَلِ جَمِيعاً أَلَا تَرَى أَنَّهُ تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمَسَافَةِ طَوَّلاً، وَقِصْراً، وَفَضَّلَ ابْنُ عَبْدِانِ الْمَسْأَلَةَ فَقَالَ: إِنْ قَالَ: اسْتَأْجَرْتُكَ لِتَحُجَّ مِنْ بَلَدٍ كَذَا، فَالْجَوَابُ عَلَى مَا قَالَاهُ، وَإِنْ قَالَ عَلَى أَنْ تَحُجَّ، فَالْجَوَابُ عَلَى مَا هُوَ الْمَشْهُورُ، وَهَذَا كَالْتَفْصِيلِ الَّذِي مَرَّ عَنِ ابْنِ سُرَيْجٍ.

والحالة الثالثة: ولم يذكرها في الكتاب: أن يكون موته بعد إتمام الأركان، وقبل الفَرَاغِ مِنْ سَائِرِ الْأَعْمَالِ، فينظر إن فات وقتها أو لم يفت، ولكن لم نجوز البناء فيجبر بالدم من مال الأجير، وفي رد شيء من الأجرة الخلاف السابق، وإن جوزنا البناء فإن كانت الإجارة على العين انفسخت، ووجب رد قسطها من الأجرة، واستأجر المستأجر من يرمي ويبيت، ولا دم على الأجير، وإن كانت على الذمة استأجروا وارث الأجير من يرمي ويبيت، ولا حاجة إلى الإحرام، لأنهما عمelan يؤتى بهما بعد التحليلين، ولا يلزم الدم ولا رد شيء من الأجرة ذكره في «التتمة».

قال الغزالي: السَّابِغَةُ لَوْ أَحْصَرَ فَهُوَ كَمَا لَوْ مَاتَ، وَلَوْ فَاتَ الْحَجُّ فَهُوَ كَالْإِنْسَادِ لِأَنَّهُ يُوجِبُ الْقَضَاءَ وَلَا يَسْتَحِقُّ شَيْئاً.

قال الرافعي: لو أحصر الأجير فله التَّحُلُّ، كما لو أحصر الحاج لنفسه فإن تحلل فعن من يقع ما أتى به؟ فيه وجهان:

أصحهما: عن المستأجر كما لو مات، إذ لم يوجد من الأجير تقصير.

والثاني: عن الأجير كما لو أفسده؛ لأنه لم يحصل غرضه، فعلى هذا دم

(١) أتباع حمدان بن قرمط خذلهم الله تعالى.

الإحصار عَلَى الأَجِير، وعلى الأول هو على المستأجر، وفي استحقاقه شيئاً من الأجرة الخِلاف المَذْكُور في الموت، وإن لم يتحلل وأقام على الإخْرَام حتى فاته الحَجَّ انقلب الحَجَّ إليه، كما في صورة الإفساد، ثم يتحلل بِعَمَلِ عُمْرَةٍ، وعليه دم الفَوَات، ولو فرض الفوات بنوم أو تأخر عن القَافِلة وغيرهما من غير إحصار انقلب المأتى به إلى الأجير أيضاً كما في الإفساد؛ لاشتراكهما في إيجاب القَضَاء؛ ولا شَيْءٌ لِلأَجِير ومن الأصحاب من أجرى فيه الخِلاف المذكور في الموت، ولا يخفى بعد الوُقُوف على ما ذَكَّرْنَا، أن قوله: (لو أحصر فهو كما لو مات) أراد به مَا إِذَا أَحصر وَتَحَلَّل، وأنه يجوز أن يعلم قوله: (كما لو مات) بالواو لأننا حكينا وجهاً أنه إِذَا تَحَلَّل وَقع المأتى به عن الأَجِير، وذلك الرَّجْح غير جارٍ في الموت، فلا يكون الإحصار كالموت على ذلك الرَّجْح، وأنه لو أعلم قوله: (فهو كالإفساد) بالواو، وكذا قوله: (يستحق شيئاً) جَارٍ مجرى التوكيد والإيضاح، وإلا ففي التَّشْبِيهِ بالإفساد ما يغني عنه، والله أعلم هذا تمام الكَلَام في المقدمة الأولى.

قال الغزالي: **المُقَدِّمَةُ الثَّانِيَّةُ: المَوَاقِيْتُ، وَالمِيقَاتُ الزَّمَانِيَّةُ لِلحَجِّ شَهْرُ شَوَّالٍ (ح) وَذُو القَعْدَةِ وَتِسْعٌ مِنْ ذِي الحِجَّةِ، وَفِي لَيْلَةِ العِيدِ إِلَى طُلُوعِ الفَجْرِ وَجِهَانٍ.**

قال الرافعي: ميقات الحج والعُمرة ينقسم إلى زمني ومكاني.

أما الزماني<sup>(١)</sup> فالكلام فيه في الحَجِّ، ثم في العمرة.

أما الحج فوقت الإخْرَام به شَوَّال، وذو القعدة، وتسع ليالٍ بأيامها من ذِي الحِجَّةِ، وفي ليلة النَّخْرِ وجِهَانٍ حكاهما: الإمام وصاحب الكتاب.

أصحهما: ولم يورد الجمهور سواه: أنها وقت له أيضاً؛ لأنها وقت للوُقُوف بعرفة، ويجوز أن يكون الوجه الآخر صادراً ممن يقول، أنها ليست وقتاً له، وسيأتي بيان ذلك الخِلاف في موضعه.

(١) الحكمة في تصيير الحج في أزمته المقررة وهي «شَوَّال وذو القعدة وبعض ذِي الحِجَّة» فهو علم العليم الحكيم أن حصول الطاعة في هذه الأوقات أبعث على طهارة النفس، ووقوع المعصية فيها أقوى تأثيراً في خبثها لما فيها من انتشار الروحية والاستعداد لتسلط الملكية على البهيمية فخصها بأن جعلها حُرماً ومواقيت لقيام هذا الركن الجليل من أركان الإسلام على أن الله العليم بما خلق الحكيم فيما صنع له أن يميّز ما شاء بما يشاء حسب ما يقتضيه علمه وتستدعيه حكمته. أما تراه ميّز من الأزمنة شهر رمضان بوجوب صومه ويوم الجمعة بعظيم احترامه ويوم عرفة بنسكه وليلة القدر بجعلها خيراً من ألف شهر وبعض الساعات بإيجاب الصلاة فيه كما ميّز من الأمكنة البلد الحرام بمناسك الحج والمنع من قطع شجره وصيد حيوانه ومن الأشخاص المرسلين صلوات الله وسلامه عليهم بالرسالة.

واعلم أن لفظ الشافعي - رضي الله عنه - في «المختصر» وأشهر الحجّ شوال وذو القعدة، وتسع من ذي الحجّة، وهو يوم عرفة فمن لم يدركه إلى الفجر من يوم النحر فقد فاتة الحجّ، وفيه مباحثتان.

إحداهما: قوله «وهو يوم عرفة» قال المسعودي معناه والتاسع يوم عرفة، وفيه معظم الحجّ.

وقوله: «فمن لم يدركه» اختلفوا في تفسير، فقال الأكثرون: أراد من لم يدرك الإحرام بالحجّ، إلى الفجر من يوم النحر.

وقال المسعودي: أراد من لم يدرك الوُقُوفَ بِعَرَفَةَ.

الثانية: اعترض ابن داود، فقال قوله: (وتسع من ذي الحجّة) إما أن يريد به الأيام أو الليالي، إن أراد الأيام فاللفظ مُخْتَلٌ؛ لأن جمع المذكر في العَدَدِ بالهاء؛ كما قال الله تعالى: ﴿وَتَمَانِيَةَ أَيَّامٍ﴾. وإن أراد الليالي فالمعنى مختل؛ لأن الليالي عنده عشر لا تسع، قال: الأصحاب هأهنا قسم آخر وهو أنه يريد الأيام والليالي جميعاً، والعرب تقلب التانيث في العدد، ولذلك قال: الله تعالى: ﴿أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾<sup>(١)</sup>.

وقال ﷺ: «وَأَشْتَرِطِ الْخِيَارَ ثَلَاثًا»<sup>(٢)</sup>.

والمراد الأيام والليالي، ثم هب أن المراد الليالي، ولكن أفردتها بالذكر؛ لأن أيامها ملحقة بها فأما الليلة العاشرة، فنهارها لا يتبعها فأفردتها بالذكر، حيث قال: (فمن لم يدركه إلى الفجر من يوم النحر) وهذا على تفسير الأكثرين.

وأما على تفسير المسعودي، فلم يمنع إنشاء الإحرام ليلة النحر، أن يتمسك بظاهر قوله: وتسع من ذي الحجّة، ولا يلزمه إشكال ابن داود،

وأعلم قوله في الكتاب: (وتسع من ذي الحجّة) بالحاء والألف؛ لأنهما يقولان وعشر من ذي الحجّة بأيامها، وبالميم؛ لأنه يقول وذو الحجّة كله، قال جماعة من الأصحاب: وهذا اختلاف لا يتعلق به حكم، وعن القفال أن فائدة الخلاف مع مالك كراهة العمرة في ذي الحجّة فإن عنده تكره العمرة في أشهر الحج، ثم اتفق مالك وأبو حنيفة وأحمد - رحمهم الله - على أن الإحرام بالحجّ ينعقد، في غير أشهره إلا أنه مكروه، ويجوز أن يعلم قوله: (وتسع من ذي الحجّة) بالواو أيضاً؛ لأن المُحَامِلِي حكى في «الأوسط» قولاً، عن «الإملاء» كمنهَب مالك.

(١) سورة البقرة، الآية ٢٣٤.

(٢) غريب، وقال ابن الصلاح: منكر لا يعرف. انظر خلاصة البدر المنير (١/٣٤٧).

وقوله: (والميعات الزماني للحج) أي للإحرام به، فأما الأفعال فسيأتي بيان أوقاتها.

قال الغزالي: وَأَمَّا الْعُمْرَةُ فَجَمِيعُ السَّنَةِ وَقْتُهَا، وَلَا تُكْرَهُ فِي وَقْتٍ أَضْلاً إِلَّا لِلْحَاجِّ الْعَاكِفِ بِمَنْى فِي شُغْلِ الرَّمْيِ وَالْمَبِيتِ لَا تَنْعَقِدُ عُمْرَتُهُ لِعَجْزِهِ عَنِ التَّشَاغُلِ بِهِ فِي الْحَالَةِ، وَلَوْ أَحْرَمَ قَبْلَ أَشْهُرِ الْحَجِّ بِحَجٍّ أَنْعَقَدَ إِخْرَامُهُ وَيَتَحَلَّلُ بِعَمَلِ عُمْرَةٍ، وَهَلْ يَقَعُ عَنْ عُمْرَةِ الْإِسْلَامِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ.

قال الرافعي: السَّنةُ كلها وقتٌ للإحرام بالعمرة، ولا يختص بأشهر الحج، وروى أنه ﷺ قال: «عُمْرَةٌ فِي رَمَضَانَ تَعْدِلُ حُجَّةً»<sup>(١)</sup>.

«وَأَعْتَمَرَتْ عَائِشَةُ - رضي الله عنها - مِنَ التَّعْتِيمِ لَيْلَةَ الْمُحَصَّبِ»<sup>(٢)</sup> وهي الليلة التي يرجعون فيها من مَتَى إلى مَكَّةَ، ولا يكره في وقت منها، وبه قال أحمد.

وقال أبو حنيفة يكره في خمسة أيام: يوم عرفة، ويوم النحر، وأيام التشريق، وقد قدمنا عن مالك كراهيته في أشهر الحج، وتوقف الشيخ أبو محمد في ثبوته عنه.

لنا، أن كل وقت لا يُكْرَهُ فيه القران بين النسكين لا يكره الأفراد بأحدهما.

أما على أبي حنيفة فكما قيل: يوم عرفة.

وأما على مالك فكالأفراد بالنسك الآخر، ولا يكره أن يعتمر في السنة مراراً بل يستحب الإكثار منها، وعن مالك أنه لا يعتمر في السنة إلا مرة.

لنا ما روي «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَعْمَدَ عَائِشَةَ فِي سَنَةٍ وَاحِدَةٍ مَرَّتَيْنِ»<sup>(٣)</sup>.

وقد يمتنع الإحرام بالعمرة لا باعتبار الوقت بل باعتبار عارض كمن كان محرماً بالحج لا يجوز له إدخال العمرة على أظهر القولين كما سنشرحه.

وإذا تحلَّ عنه التحللين، وعكف بمنى لشغل المبيت والرمي، لم ينعقد إحرامه بالعمرة، لعجزه عن التشاغل بأعمالها في الحال، نص عليه، قال: الإمام: وكان من حقِّ تِلْكَ المناسك، أن لا تقع إلا في زَمَانِ التَّحَلُّلِ، فإن نفر النفر الأول فله الإحرام

(١) أخرجه البخاري (١٧٨٢، ١٨٦٣) ومسلم (١٢٥٦).

(٢) أخرجه البخاري من طرق (٢٩٤، ٣٠٥، ٣١٦، ٣١٧، ٣١٩، ٣٢٨، ١٥١٦، ١٥١٨، ١٥٥٦،

١٥٦٠، ١٥٦١، ١٥٦٢، ١٦٣٨، ١٦٥٠، ١٧٠٩، ١٧٢٠، ١٧٣٣، ١٧٧٥، ١٧٦٢،

١٧٧١، ١٧٧٢، ١٧٨٣، ١٧٨٧، ١٧٨٨، ٢٩٥٢، ٢٩٨٤، ٤٣٩٥، ٤٤٠١، ٤٤٠٨،

٥٣٢٩، ٥٥٤٨، ٥٥٥٩، ٦١٥٧، ٧٢٢٩) ومسلم (١٢١١).

(٣) انظر التخريج السابق.

بها، لسقوط بقية الرُمي عنه، ثم في الفضل مسألة تتعلق بِوَقْتِ الإِحْرَامِ بِالْحَجِّ، وهي أنه لو أحرم بالحج في غير أشهره ما حكمه؟ لَأَشْكُ في أنه لا ينعقد إِحْرَامُهُ بِالْحَجِّ، ثم أنه نَصَّ في «المختصر» على أنه يَكُونُ عُمْرَةً، وفي موضع آخر على أنه يتحلل بِعَمَلِ عُمْرَةٍ، وللأضحاب فيه طريقتان:

أظهرهما: أن المسألة على قولين:

أصحهما: أن إحرامه ينعقد بعمرة؛ لأن الإِحْرَامَ شَدِيدَ التَّشْبِثِ وَاللُّزُومَ، فإذا لم يقبل الوقت، ما أحرم به أنصرف إلى ما يقبله.

والثاني: أنه لا ينعقد بِعُمْرَةٍ، ولكن يتحلل بِعَمَلِ عمرة كما لو فات حجة، لأن كل واحد من الزمانين ليس وقتاً للحج، فعلى الأول إذا أتى بأعمال العُمْرَةِ سقطت عنه عُمْرَةُ الإِسْلَامِ، إذا قلنا بافتراضها وعلى الثاني لا تسقط، وشبهوا القولين بالقولين في التَّحْرُمِ بِالصَّلَاةِ قَبْلَ وَقْتِهَا هل تنعقد نَافِلَةً؟ لكن الأظهر هناك أنه إن كان عالماً بالحال لم تنعقد نافلة، وهاهنا الأظهر انعقاد عمرة بكل حال لقوة الإحرام، ولهذا ينعقد مع السَّبَبِ المفسد له بأن أحرم مجامعاً. والطريق الثاني ففي القولين وله طريقتان:

أشهرهما: القطع بأنه يتحلل بِعَمَلِ عُمْرَةٍ، ولا ينعقد إِحْرَامُهُ عمرة؛ لأنه لم يَتَوَهَّأ.

والثاني: حكى الإمام قدس الله روحه عن بعض التَّصَانِيفِ أن إِحْرَامَهُ ينعقد بهما إن صرفه إلى العمرة كان عمرة صحيحة وإلا تحلل بعمل عمرة، والنصان ينزلان على هذين الحالين.

وقد عرفت من هذا أن المذكور في الكتاب طريق القولين، ولما كانا متفقين على انعقاد الإِحْرَامِ، وعلى أنه لا بد من عَمَلِ عُمْرَةٍ، وإذا أتى به تحلل لا جرم جزم بانعقاد الإِحْرَامِ وَحُصُولِ التَّحَلُّلِ، ورد القولين إلى الاحتساب به عن عُمْرَةِ الإِسْلَامِ.

ولك إعلام قوله: (قولان) بالواو للطريق الثاني، ولو أحرم قبل أشهرِ الْحَجِّ إِحْرَاماً مطلقاً، فإن الشَّيْخَ أبا على خرج على وجهين يأتي ذكرهما فيما إذا أحرم بالعُمْرَةِ قبل أشهرِ الْحَجِّ ثم أَدْخَلَ عليه الْحَجِّ في أشهره هل يجوز.

إن قلنا: يجوز انعقد إِحْرَامُهُ بِهِمَا، فإذا دَخَلَ أشهرِ الْحَجِّ فهو بالخيار في جعله حَجًّا أو عمرة أو قراناً، ويحكى هذا عن الخضري.

وإن قلنا: لا يجوز انعقد إِحْرَامُهُ بعمرة، وهذا هو جواب الجمهور في هذه المسألة، والقاطعون بأنه يتحلل بِعَمَلِ عُمْرَةٍ في الصورة الأولى، نزلوا نصه في «المختصر» على هذه الصورة - والله أعلم -.



قال الغزالي: **أما الميقات المكاني فهو في حق المقيم بمكة حُطَّة مَكَّة عَلَى رَأْيِي وَحُطَّة الحَرَمِ عَلَى رَأْيِي، وَالْأَفْضَلُ أَنْ يُحْرِمَ مِنْ بَابِ دَارِهِ، فَإِنْ أَحْرَمَ خَارِجَ الحَرَمِ فَهُوَ مُسِيءٌ.**

قال الرافعي: **تكلم في الميقات المكاني في الحج، ثم في العمرة، وفي الحج في حق المقيم بمكة وغيره<sup>(١)</sup>.**

أما المقيم بمكة إذا أراد الحج مكيًّا كان أو غيره فإنه يحرم منها، وميقاته نفس مكة أو حطة الحرم كلها فيه وجهان، وقال الإمام: قولان:

**أصحهما: نَفْسُ مَكَّة كما سيأتي من خبر ابن عباس - رضي الله عنهما - في المواقيت.**

(١) [الحكمة في اتخاذ الحج والعمرة في هذه البقع المطهرة: أولاً: إظهار قدرة الله القاهرة وقوته الغالبة لكل أمل بصير فإنه أظهر دينه الحنفي من تلك الأماكن المنبوذة والمحال المنقطعة بين قوم أدلهم الجهل وأوهنهم التخاذل حتى كادت تفنيهم الغلظة، ويبيدهم حب الانتقام ثم أيده بروح منه ونصره نصراً عزيزاً ومنحة قوة غالبية طَبَّقَ بها الأرض شرقاً وغرباً فخضع لأهله وهم متمسكون به من على وجه البسيطة من الملوك المتجبرين، وذوي العزة المتكبرين، وكان خير مرشد إلى الأمم وأقوم هادٍ إلى المدنية الصحيحة التي طلبها السابقون من الحكماء، وذوي العقول المنيرة فضلوا عنها ولم يهتدوا إليها وماتوا بحسرتها، فأهداها هذا الدين القويم إلى الأمم ففاز بها السابقون من أهله وتمسك ببعضها غيرهم، فنالوا من الخير بقدر ما أحرزوه منها وهجرها الآن ذووه، ففارتهم السعادة وألمت ألا تعطف عليهم إلا إذا ركنوا إلى أحكامه وتمسكوا بمدنيته هداهم الله إلى ذلك ووفقنا وإياهم إلى ما فيه الخير والنجاح إنه هو السميع المجيب.

ثانياً: تذكار ما وقع في تلك المواقع الطاهرة لعباد الله تعالى المكرمين من العوذ باللهم وتفضله عليهم بالقبول كذكر ما كان من التجاء أبي البشر وزوجه إلى الله في تلك البقاع والتوبة عليهما وغير ذلك مما سنذكر في الكلام على أفعال الحج ليقنتي الحاج بهم في الالتجاء ويتشبه بهم في اللياذ ويتصف بأدابهم مع رب الأرباب، ويتخلق بأخلاقهم الطاهرة، ويسير على سننهم المستقيم علَّه يلحق بهم في الغفران ويضاف إليهم في القبول.

وثالثاً: استجابة دعاء خليل الرحمن القائل فيه: **«رَبَّنَا إِنِّي أَسْكَنْتُ مِنْ ذُرِّيَّتِي بُوَادٍ غَيْرِ ذِي زُرْعٍ عِنْدَ بَيْتِكَ الْمُحَرَّمِ رَبَّنَا لِيُقِيمُوا الصَّلَاةَ فَاجْعَلْ أَفْتَدًا مِنَ النَّاسِ تَهْوِي إِلَيْهِمْ وَارْزُقْهُمْ مِنَ الثَّمَرَاتِ لَعَلَّهُمْ يَشْكُرُونَ»** كما استجاب له إذ قال: **«وَابْعَثْ فِيهِمْ رَسُولًا»** فإن في استجابة ذلك الدعاء عمار تلك الأمكنة الطاهرة وحياة أهلها أبناء إسماعيل عليه السلام.

ورابعاً: تمكن المسلمين من الاجتماع بدون رقيب، ولا عتيد فإن هاته الأماكن في جزيرة العرب التي أخلاها الإسلام من جميع ما سواه من الأديان، ولأنه جعل الأماكن المذكورة حرماً آمناً من أن تحلَّ به قدم شخص يخالف عقيدة الإسلام، فلا يجد الموحدون المجتمعون فيه من يضايقهم في اجتماعهم، ويحصى عليهم ما يسرون وما يعلنون - فيأخذون بأطراف الأحاديث، ويصلحون أمر دينهم وديانهم، وهم في حرز حصين وحيطة من رب العالمين.

فعلى هذا لو فارق البنيان وأخرم في حد الحرم فهو مُسِيءٌ يَلْزُمُهُ أن يريق دمًا إن لم يعد كما لو جاوز خطه قرية هي ميقات ثم أحرم.

والثاني: أن ميقاته خطه الحرم؛ لاستواء مكة وما وراءها من الحرم في الحرمة، ولهذا لا يكتفي للمكي إذا أراد أن يُحْرِمَ بِالْعُمْرَةِ أن يخرج عن خطه مكة، بل يحتاج إلى الخُروجِ عَنِ الْحَرَمِ، فعلى هذا إِحْرَامُهُ فِي الْحَرَمِ بَعْدَ مَجَاوِزَةِ الْعُمْرَانِ لَيْسَ بِإِسَاءَةٍ.

أما إذا أحرم بعد مجاوزة الحرم فقد أساء وعليه الدم إلا أن يعود قبل الوقوف بعرفة أما إلى مكة على الوجه الأول، أو إلى الحرم على الثاني، فيكون حينئذ كمن قدم الإحرام على الميقات.

وقوله في الكتاب: (على رأي) مفسر بالقولين على ما رواه الإمام - رحمه الله - وبالوجهين على ما رواه المصنف في «الوسيط»، وصاحبا «التتمة» و«المعتمد» ثم من أي موضع أحرم من عمران مكة جاز، وما الأفضل؟ فيه قولان.

أحدهما: أن الأفضل أن يتهيأ للإحرام ويحرم في المسجد قريباً من البيت.

وأظهرهما: أن الأفضل أن يحرم من باب داره، ويأتي المسجد مُحْرِمًا، وهذا هو الذي أجاب به في الكتاب، ويدل عليه ما روى أنه ﷺ قال: «إِنَّ أَفْضَلَ حَجٍّ أَنْ تُحْرِمَ مِنْ دَوِيرَةِ أَهْلِكَ»<sup>(١)</sup> (٢).

قال الغزالي: «أما الأفاقي فَمِيقاتُ مَنْ يَتَوَجَّهُ مِنْ جَانِبِ الْمَدِينَةِ ذُو الْحَلِيفَةِ، وَمِنْ الشَّامِ الْجُحْفَةُ، وَمِنْ الْيَمَنِ يَلْمَلَمُ، وَمِنْ نَجْدِ الْيَمَنِ، وَنَجْدِ الْحِجَازِ قَرْنٌ، وَمِنْ جِهَةِ الْمَشْرِقِ ذَاتُ عِزْقٍ، وَهَذِهِ الْمَوَاقِيتُ لِأَهْلِهَا وَلِكُلِّ مَنْ مَرَّ بِهَا، وَالَّذِي مَسْكَنُهُ بَيْنَ الْمِيقاتِ وَبَيْنَ مَكَّةَ فَمِيقاتُهُ مِنْ مَسْكَنِهِ، وَالَّذِي جَاوَزَ الْمِيقاتِ لَا عَلى قَصْدِ الشُّسْكِ فَإِذَا عَنَّ لَهُ الشُّسْكَ فَمِيقاتُهُ مِنْ حَيْثُ عَنَّ لَهُ.

قال الرافعي: غير المقيم إما أن يكون مسكنه وراء المواقيت الشرعية وهو الأفاقي، أو بينها وبين مكة والأول إذا انتهى إلى الميقات فلإما أن يكون مریداً للشُّسْكِ لا يكون، فهؤلاء ثلاثة أصناف.

ولا بد أولاً من بيان المواقيت الشرعية.

(١) أخرجه البيهقي (٣٠/٥) من رواية أبي هريرة بلفظ «من تمام الحج أن تحرم من دويرة أهلك» ثم قال: في رفعه نظر والمعروف أنه من قول علي - كرم الله وجهه - .

(٢) قال النووي: الأظهر عند أكثر أصحابنا، وبه قطع كثيرون من محققهم: أنه من الميقات أفضل، وهو المختار أو الصواب، للأحاديث الصحيحة فيه، ولم يثبت لها معارض.

وهي في حق المتوجهين من المدينة ذُو الحُلَيْفَةِ<sup>(١)</sup>، وهو على عشر مراحل، من مكة وعلى ميل من المدينة، وفي حق المتوجهين من الشَّام<sup>(٢)</sup> ومصر<sup>(٣)</sup> والمغرب الجُحْفَةَ<sup>(٤)</sup> وهي على خمسين فرسخاً من مكة، وفي حق المتوجهين من تهامة اليمن<sup>(٥)</sup> يَلْمَلَم، وقد يسمى الْمَلَم، وفي حق المتوجهين من نجد اليمن، ونجد<sup>(٦)</sup> الحجاز

(١) [ذُو الحُلَيْفَةِ، بضم الحاء وفتح اللام، موضع معروف، مشهور بينه وبين المدينة ستة أميال، وقيل: سبعة نقله عياض وغيره] ينظر المطلع ص (١٦٤).

(٢) الشام: إقليم معروف، يقال مسهلاً ومهموزاً، وشَّام بهمزة وبعدها مدة، نقل الثلاثة صاحب «المطالع». قال الجوهري: الشام بلاد، يذكر وتؤنث، ورجل شامي، وشَّام على فعالٍ، وشامي، أيضاً. حكاه سيويه. وفي تسميتها بذلك ثلاثة أقوال:

أحدها: أنها سُمِّيت بسام بن نوح؛ لأنه أول مَنْ نزلها، فجعلت السنين شيئاً تغييراً للفظ الأعجمي.

والثاني: أنها سُمِّيت بذلك لكثرة قراها، وتداني بغضها من بعض، فُسِّبَتْ بالشَّامات. والثالث: أنها سُمِّيت بذلك، لأن باب الكعبة مستقبل المَطَّلِع، فمن قابل طلوع الشمس، كانت اليمن عن يمينه، والشام عن يده الشُّؤْمِي ينظر المطلع ص (١٦٤).

(٣) ومصر: المدينة المعروفة، تذكر وتؤنث عن ابن السُّراج، ويجوز صَرْفُه وترك صرفه. قال أبو البقاء، في قوله تعالى: ﴿اهْبِطُوا مِصْرًا﴾ (سورة البقرة، الآية ٦١)، «مِصْرًا»: نكرة، فلذلك انصرف. وقيل: هو معرفة، وصرّف لسكون أوسطه، وتَرَك الصَّرْفَ جائز، وقد قرئ به، وهو مثل: هِنْدٍ، ودَعْدٍ. وفي تسميتها بذلك قولان:

أحدهما: أنها سميت بذلك؛ لأنها آخر حدود المشرق، وأول حدود المغرب، فهي حد بينهما. والمِصْر: الحد، قاله المفضل الضبي.

والثاني: أنها سُمِّيت بذلك، لقصدها الناس إليها، لقولهم: مَصَّرْتُ الشاة، إذا: حَلَبْتُها، فالناس يقصدونها، ولا يكادون يَزْغِبون عنها إذا نزلوها، حكاه ابن فارس عن قوم ينظر المطلع ص (١٦٤، ١٦٥).

(٤) والجحفة: بجيم مضمومة، ثم حاء مهملة ساكنة.

قال صاحب «المطالع»: هي قرية جامعة، بها منبر على طريق المدينة من «مكة»، وهي مَهَيَّعَةٌ وسُمِّيت الجُحْفَةَ، لأن السيل اجتحفها، وحمل أهلها، وهي على ستة أميال من البحر، وثماني مراحل من المدينة. وقيل: نحو سبع مراحل من «المدينة»، وثلاث من «مكة» ينظر المطلع ص (١٦٥).

(٥) قال صاحب «المطالع»: اليمن: كلُّ ما كان عن يمين الكعبة من بلاد الغور. قال الجوهري: اليَمَن: بلاد العرب، والنسبة إليها يَمَنِي، ويمان، مخففة، والألف عَرَضٌ عن ياء التَّسْبِ، فلا يجتمعان. قال سيويه: وبعضهم يقول: يمانِي بالتشديد. قال أمية بن خلف [الوافر:

يَمَانِيًّا يَطَّلُ يَسُدُّ كِيسراً  
ويَنْفُخُ دَائِماً لَهَبَ الشَّوَاظِ  
ينظر المطلع ص (١٦٥).

(٦) نَجْد، بفتح النون، وسكون الجيم، قال صاحب «المطالع»: وهو ما بين جَرَش إلى سواد «الكوفة»، وحده مما يلي المغرب: الحجاز، على يسار الكعبة، ونجد كلها من عمل اليمامة. =

قَرْنٌ<sup>(١)</sup> وفي حق المتوجهين من جهة المَشْرِقِ والعِرَاقِ وخراسان دَاتِ عِزْقٍ، وكل واحد من هذه الثلاثة من مَكَّةَ على مرحلتين، وقد ذكر الأئمة أن اليمن يشتمل على نَجْدٍ وتهامة وكذلك الحِجَاز، وإذا أُطْلِقَ ذكر نجد كان المراد منه نجد الحِجَاز، وميقات النجدين جميعاً قَرْنٌ.

وإذا قلنا: إن ميقات اليمن يَلْمَلَمُ أراد به تهامتها لا كل اليمن.

وأعلم: أن ما عدا دَاتِ عِزْقٍ من هذه المواقيت منصوص عليه، روي في الصَّحِيحِ عن ابن عباس - رضي الله عنهما - «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لِأَهْلِ الْمَدِينَةِ ذَا الْحُلَيْفَةِ، وَلِأَهْلِ الشَّامِ الْجُحْفَةَ، وَلِأَهْلِ نَجْدِ قَرْنٍ، الْمَنَازِلِ، وَلِأَهْلِ الْيَمَنِ يَلْمَلَمُ وَقَالَ هُنَّ لَهُنَّ وَلَمْ يَأْتِ عَلَيْهِنَّ مِنْ غَيْرِهِنَّ مِمَّنْ أَرَادَ الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ<sup>(٢)</sup>، وَمَنْ كَانَ دُونَ ذَلِكَ فَمَنْ حَيْثُ أَنْشَأَ حَتَّى أَهْلَ مَكَّةَ مِنْ مَكَّةَ وَأَخْتَلَفُوا فِي دَاتِ عِزْقٍ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أحدهما: أن توقيته مأخوذ من الاحتهاد؛ لما روى عن طاووس أنه قال: «لَمْ يُوقَّتْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ دَاتِ عِزْقٍ، وَلَمْ يَكُنْ حَيْثُ أَهْلُ الْمَشْرِقِ أَي: مُسْلِمِينَ»<sup>(٣)</sup>.

وفي الصَّحِيحِ عن ابن عمر - رضي الله عنهما - قال: «لَمَّا فَتِحَ هَذَانِ الْمِصْرَانِ أَتَوَا عَمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فَقَالُوا: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ حَدَّ لِأَهْلِ نَجْدِ قَرْنًا، وَهُوَ جَوْزٌ عَنِ طَرِيقِنَا، وَإِنَّا إِنْ أَرَدْنَا شَقَّ عَلَيْنَا، قَالَ: فَانظُرُوا حَذْوَهَا مِنْ طَرِيقِكُمْ فَحَدَّ لَهُمْ دَاتِ عِزْقٍ»<sup>(٤)</sup>.

والثاني: وإليه صَغُوُ الْأَكْثَرِينَ: أنه منصوص عليه، روي عن عائشة - رضي الله عنها -: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ وَقَّتْ لِأَهْلِ الْمَشْرِقِ دَاتِ عِزْقٍ»<sup>(٥)</sup> ولا يبعد أن ينص عليه والقوم

= وقال الجوهري: ونجد من بلاد العرب، وهو خلاف الغور: وهو تهامة كلها، وكل ما ارتفع من تهامة إلى أرض العراق، فهو نجد، وهو مذكر. ينظر: المطلع ص (١٦٦).

(١) وقَرْنٌ: بسكون الراء بلا خلاف، قال صاحب «المطالع»: وهو ميقات نجد على يوم وليلة من «مكة»، ويقال له: قَرْنُ الْمَنَازِلِ، وقَرْنُ الشَّعَالِبِ. ورواه بعضهم بفتح الراء، وهو غلط، إنما «قَرْنٌ»، بفتح الراء، قبيلة من اليمن، آخر كلامه، وقد غلط غيره من العلماء، ممن ذكره بفتح الراء، وزعم أن أويساً القرني منه، إنما هو من «قَرْنٍ»، بفتح الراء، بَطْنٌ مِنْ مُرَادٍ يَنْظُرُ الْمَطْلِعُ ص (١٦٦).

(٢) أخرجه البخاري (١٥٢٤، ١٥٢٦، ١٥٢٩، ١٥٣٠، ١٦٤٥) ومسلم (١١٨١).

(٣) أخرجه البيهقي. انظر التلخيص (٢٨٨/٢)، وخلاصة البدر (٣٥٢/١).

(٤) أخرجه البخاري (١٥٣١) والمصبران: «الكوفة» و«البصرة».

(٥) أخرجه أبو داود (١٧٣٩) والنسائي (١٢٥/٥) إلا أنهما قالوا: «العراق» بدل المشرق، وقال ابن

الملقن: إسناده صحيح.

مشركون يومئذ إذا علم إسلامهم، ويحتمل أن النصوص لم تبلغ عُمَرَ - رضي الله عنه - والذين أتوه فاجتهدوا فوافق اجتهادهم النص، ولو أحرم أهل المَشْرِيقِ من العقيق كان أفضل، وهو وإد وراء ذات عِزْقٍ مِمَّا يلي المشرق بقرب منها، لما روى عن ابن عباس - رضي الله عنهما -: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ وَفَتَّ لِأَهْلِ الْمَشْرِيقِ الْعَقِيقَ»<sup>(١)</sup>.

ولأن ذات عِزْقٍ مؤقتة بالاجتهاد على أحد الرايين، فالإحرام مما فوقها أحوط، وقد يخطر ببالك إذا انتهيت إلى هذا المقام البحث عن قَرْنٍ من وجهين:

أحدهما: أنه بتحريك الرء أو تسكينها، وإن كان الأول فهل هو الذي ينسب إليه أويس - رضي الله عنه - أم لا؟

والثاني: أنه قال في الخبر: قَرْنِ الْمَنَازِلِ فما هذه الإضافة؟ وهل هو للتمييز عن قرن آخر أم لا؟

والجواب: أما الأول فالسمع المعتمد فيه عن المتقين التسكين، ورأيته منقولاً عن أبي عبيد وغيره، ورواه صاحب الصُّحاح بالتحريك، وأدعى أن أويساً منسوب إليه.

وأما الثاني: فقد ذكر بعض الشَّارِحِينَ للمختصر أن القرن اثنان:

أحدهما: في هبوط يقال له: قرن الْمَنَازِلِ، والآخر: على ارتفاع يقرب منه، وهي القرية، وكلاهما ميقات - والله أعلم -.

إذا عرفت ذلك فالصنف الأول الأفافي الذي انتهى إلى الميقات وهو يريد التُّسُكَ فليس له مجاوزته غير مُخْرِمٍ، سواء أراد الحَجَّ أو العمرة أو القران، فإن جاوزه فقد أساء، وسيأتي حكمه، ولا فرق بين أن يكون من أهل تلك الناحية أو من غيرها، كالمشركي إذا جاء من المدينة، والشَّامي إذا جاء من نَجْدٍ؛ لقوله ﷺ: «هَنْ لَهْنٌ وَلِمَنْ أَتَى عَلَيْنَهُنَّ مِنْ غَيْرِ أَهْلِهِنَّ».

الثاني: الأفافي الذي انتهى إلى الميقات وهو غير مرید للتُّسُكِ، فننظر إن لم يكن على قَصْدِ التَّوَجُّهِ إلى مَكَّةَ، ثم عَنَّ له قصد التُّسُكِ بعد مجاوزته، فميقاته من حَيْثُ عَنَّ له هذا القَصْدُ، ولا يلزمه الرُّجُوع إلى الميقات، وقد أشار إليه في الخبر الذي سبق، حيث قال: فإن كان يريد الحج والعمرة، وإن كان على قَصْدِ التَّوَجُّهِ إلى مكة لحاجة غير التُّسُكِ، ثم عَنَّ له قصد النسك عند المجاوزة، فينبىء هذا على أن من أراد دخول

(١) أخرجه أبو داود (١٧٤٠) والترمذي (٨٣٢) وأحمد (٣٤٤/١) والبيهقي (٢٨/٥) وقال: تفرد به يزيد بن أبي زياد وهو صدوق أخرج له مسلم مقروناً. وقال أبو داود: لا أعلم أحداً ترك حديثه. وقال ابن الملقن في الخلاصة (٣٥٠/١): منقطع.

مكة هل يلزمه الإحرام بِنُسُكٍ؟ وفيه خلاف مذكور في الكتاب في فضل سنن دخول مكة، فإن ألزمناه فعليه إنشاؤه من الميقات، فيأثم بمجاوزه غير محرم كما إذا جاوزه على قصد النُسك غير محرم، وإن لم يلزمه الإحرام فهو كمن جاوزه غير قاصد للتوجه إلى مكة.

الثالث: الذي مسكنه بين أحد المواقيت وبين مكة فميقاته مسكنه، يعني: القرية التي يسكنها والحلة التي ينزلها البدوي؛ لقوله ﷺ بعد الذكر المواقيت: «فَمَنْ كَانَ دُونَهُنَّ فَمَهْلُهُ مِنْ أَهْلِهِ» وقوله في الكتاب: (والذي جاوز الميقات لا على قصد النسك إلخ) قد أطلق الكلام فيه إطلاقاً، ولا بد من التفصيل الذي ذكرناه، ويجوز أن يعلم قوله: (فميقاته حيث عن له) بالألف؛ لأن عند أحمد أنه إذا جاوز غير قاصد لدخول مكة، ثم عن له قصد النسك يلزمه العود إلى الميقات، فإن لم يعد فعليه دم.

قال الغزالي: والأحب أن يُحْرَمَ مِنْ أَوَّلِ جُزْءٍ مِنَ الْمَيْقَاتِ، وَإِنْ أَحْرَمَ مِنْ آخِرِهِ فَلَا بَأْسَ، وَلَوْ حَادَى مَيْقَاتًا فَمَيْقَاتُهُ عِنْدَ الْمُحَادَاةِ إِذِ الْمَقْصُودُ مِقْدَارُ الْبُعْدِ عَنِ مَكَّةَ، وَإِنْ جَاءَ مِنْ نَاحِيَةٍ لَمْ تُحَادِ مَيْقَاتًا وَلَا مَرَّ بِهِ أَحْرَمَ مِنْ مَرَحَلَتَيْنِ، فَإِنَّهُ أَقْلُ الْمَوَاقِيْتِ وَهُوَ ذَاتُ عِزْقٍ.

قال الرافعي: في الفصل صور:

إحداها: يستحب لمن يحرم من بعض المواقيت الشرعية، أن يحرم من أول جزء ينتهي إليه، وهو الطرف الأبعد من مكة، ليقطع الباقي مُحْرَمًا، ولو أحرم من آخره جاز؛ لوقوع الاسم عليه، ويستحب لمن ميقاته حلته أو قريته أيضاً أن يحرم من الطرف الأبعد، والاعتبار في المواقيت الشرعية بتلك المواضع لا بالقرى والأبنية، حتى لا يتغير الحكم لو خرب بعضها فنقلت العمارة إلى موضع آخر قريب منه، وسُمي بذلك الاسم.

الثانية: إذا سلك البحر أو طريقاً في البر لا ينتهي إلى واحد من المواقيت المعينة فميقاته الموضع الذي يُحَادِي الميقات المعين، فإن اشتبه عليه فليأتخ، وطريق الاحتياط لا يَخْفَى.

ولو حاذى ميقتين يتوسطهما طريقه نظر إن تساويا في المسافة إلى مكة وإلى طريقه جميعاً، أو في المسافة إلى مكة وحدها فميقاته الموضع الذي يُحَادِيها، وإن تساويا في المسافة إلى طريقه، وتفاوتا في المسافة إلى مكة ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يتخير إن شاء أحرم من الموضع المُحَادِي لِأَبْعَدِ الميقتين، وإن شاء أحرم من الموضع المحاذي لأقربهما.

وأظهرهما - وبه قال القفال -: أنه يحرم من الموضع المحاذي لأبعدهما، وليس

له انتظار الوصول إلى محاذة الأقرب، كما ليس للآتي من المدينة أن يجاوز ذَا الحُلَيْفَةِ، ليحرم من الجُحْفَةِ، وقد تَصَوَّرَ في هذا القِسْمِ محاذة الميقاتين دفعة واحدة، وذلك بانحراف أحد الطريقتين وألْتَوَاتِهِ لَوَعُورَةٍ وَغَيْرِهَا فلا كلام في أنه يحرم من موضع المحاذة، وحكى الإمام: وجهين في أنه منسوب إلى أبعَد الميقاتين أو أقربهما.

قال: وفائدتهما تظهر فيما إذا جاوز مَوْضِعَ المحاذة وانتهى إلى حَيْثُ يفضي إليه طريقاً الميقاتين، وأراد العَوْدَ لدفع الإساءة، ولم يعرف مَوْضِعَ المحاذة أيرجع إلى هذا الميقات أم إلى ذلك؟ وتابعه المصنف على رواية الوجهين في «الوسيط» وكلاهما لا يصرح بالتصوير في الصُّورَةِ التي ذكرتها كل التصريح، لكنه المفهوم مما ساقاه ولا أعرف غيره - والله أعلم -.

وإن تفاوت الميقاتان في المسافة إلى مكَّة وإلى طريقه فاعتبار بالقرْبِ إليه أو إلى مكَّة، فيه وجهان:

أولهما: أظهرهما، واعلم أن الأئمة فرضوا جميع هذه الأقسام فيما إذا توسط بين طريقتين يفضي كل واحد منهما إلى ميقات، ويمكن تصوير القِسْمِ الثالث والرابع في ميقاتين على يمينه أو شماله كذِي الحُلَيْفَةِ والجُحْفَةِ، فإن أحدهما بين يدي الآخر، فيجوز قَرْضُهُمَا على اليمين أو الشمال، وتساوي قريبهما إلى طريقه وتفاوته.

الثالثة: لو جاء من ناحية لا يحاذي في طريقهما ميقاتاً ولا يَمُرُّ به، فعليه أن يحرم إذا لم يبق بينه وبين مكَّة إلا مرحلتان، إذ ليس شيء من المواقيت أقل مسافة من هذا القدر.

وقوله في الكتاب: (فإنه أقل المواقيت وهو ذات عرق) إنما كان يحسن أن لو كانت ذات عرق أقل مسافة من كُلِّ ما سواها من المواقيت لكن قد مرَّ أن ذات عرقٍ مع يَلْمَمَ وَقَرْنَ متساوية في المسافة.

قال الغزالي: وَمَهْمَا جَاوَزَ مِيْقَاتَا غَيْرِ مُحْرِمٍ فَهُوَ مُسِيءٌ وَعَلَيْهِ الدَّمُ، وَيَسْقُطُ عَنْهُ بِأَنْ يَعُودَ إِلَى الْمِيْقَاتِ قَبْلَ أَنْ يَبْعُدَ عَنْهُ بِمَسَافَةِ الْقَضْرِ، وَإِنْ عَادَ بَعْدَ دُخُولِ مَكَّةَ لَمْ يَسْقُطْ، وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا فَوْجَهَانِ، ثُمَّ يَنْبَغِي أَنْ يَعُودَ أَوَّلًا ثُمَّ يُحْرِمَ مِنَ الْمِيْقَاتِ، فَإِنْ أَحْرَمَ ثُمَّ عَادَ مُحْرِمًا فَفِي سُقُوطِ الدَّمِ وَجَهَانِ، وَلَوْ أَحْرَمَ قَبْلَ الْمِيْقَاتِ كَانَ أَحَبَّ.

قال الرافعي: الفضل يشتمل على مسألتين:

إحْدَاهُمَا: إذا جاوز المَوْضِعَ الذي لزمه الأَحْرَامُ منه غير محرم أئيم، وعيه العَوْدُ إليه والإحْرَامُ مِنْهُ إن لم يكن له عذر، وإن كان كما لو خاف الانقطاع من الرُفْقَةِ، أو كان الطَّرِيقَ مخوفاً، أو الوقت ضيقاً أحرم وَمَضَى على وجهه، ثم إذا لم يَعُدْ فعليه دَمٌ،

لما روي عن ابن عَبَّاس - رضي الله عنهما - موقوفاً ومرفوعاً: «أَنْ مَنْ تَرَكَ نُسْكَاً فَعَلَيْهِ دَمٌ»<sup>(١)</sup>.

وإن عاد فلا يخلو إما أن يعود وينشئ الإحرام منه، أو يعود إليه بعد ما أحرم.

**فأما في الحالة الأولى:** فالذي نقله الإمام وصاحب الكتاب - رحمهما الله - أنه إن عاد قبل أن يبعد عن الميقات بمسافة القصر فلا دم عليه؛ لأنه حافظ على الواجب في تعب تحمُّله، وإن عاد بعد ما دخل مكة لم يسقط عنه الدم؛ لوقوع المحذور، وهو دخول مكة غير مُحْرِم مع كونه على قصد التُّسْك، وإن عاد بعد ما بعد عن الميقات بمسافة القصر فوجهان:

أظهرهما: أنه يسقط كما لو عاد بعد البعد عنه بهذه المسافة.

**والثاني:** لا يسقط لتأكد الإساءة بانقطاعه عن الميقات حدَّ السفر الطويل، هذا ما ذكره.

والجمهور قضوا بأنه لو عاد وأنشأ الإحرام منه فلا دم عليه، ولم يفصلوا بين أن يبعد أو لا يبعد، ولا بين أن يدخل مكة أو لا يدخلها، فعليك إعلام قوله: (وإن عاد بعد دخول مكة لم يسقط) بالواو، ومعرفة ما فيه.

**وأما الحالة الثانية:** وهي أن يحرم ثم يعود إلى الميقات محرماً فقد أطلق صاحب الكتاب وطائفة في سقوط الدم فيها وجهين، ورواهما القاضي أبو الطيب قولين: وجه عدم السقوط، وبه قال مالك وأحمد - رحمهما الله - تأكد الإساءة بإنشاء الإحرام من غير موضعه، وراعى الإمام - رحمه الله - من ذلك ترتيب هذه الحالة على التفصيل المذكور في الأولى فقال: إن قصرت المسافة ففي السقوط الخلاف، وإن طالت فالخلاف مرتب وأولى بالأيسر، فإن دخل مكة فأولى بعدم السقوط من الحالة الأولى.

وظاهر المذهب عند الأكثرين أن يفصل فيقال: إن عاد قبل أن يتبس بنسك سقط عنه الدم؛ لقطعه المسافة من الميقات محرماً وأداء المناسك بعده، وإن عاد بعد ما تلبس بنسك لم يسقط لتأديته بإحرام ناقص، ولا فرق بين أن يكون ذلك التُّسْك ركناً كالوقوف بعرفة، أو سنة كطواف القدوم، ومنهم من لم يجعل للتلبس بالسنة تأثيراً، وقال أبو حنيفة - رحمه الله - إذا أحرم بعد مجاوزة الميقات، وعاد قبل أن يتلبس بنسك، وكبى سقط عنه الدم، وإن عاد ولم يُلب لم يسقط.

وقوله في أول الفصل: (ومهما جاوز ميقاتاً غير محررم فهو مسيء وعليه الدم)

(١) أخرجه مالك في الموطأ (١/٢٩٠)، والبيهقي (٥/١٥٢).



يدخل فيه ما إذا جاوز عَالِماً، وما إذا جاوز جاهلاً أو ناسياً والأمر على هذا الإطلاق فيما يرجع إلى لزوم الدم؛ لأنه مأمور بالإحرام من الميقات، والنسيان ليس عذراً في ترك المأمورات، كالتنية في الصَّوم والصلاة، بخلاف ما إذا تَطَيَّبَ أو لبس ناسياً فإنهما من المَحْظُورَات، والنسيان عذر فيهما كما في الأكل في الصَّوم والكلام في الصَّلَاة.

وأما الإساءة فهي ثابتة على الإطلاق أيضاً إن أراد بكونه مسيئاً كونه مقصراً، وإن أراد الإثم فلا إثمَ عِنْدَ الْجَهْلِ والنسيان.

ويجوز أن يعلم قوله: (وعليه الدم) بالحاء؛ لأن عند أبي حنيفة - رحمه الله - الجائي من طريق المدينة إذا لم يكن مدنياً لو جاوز ذا الحُلَيْفَةِ وأحرم من الجُحْفَةِ لم يلزمه دم، ويروى ذلك في حق المدني وغيره.

**المسألة الثانية:** الإحرام من الميقات أفضل أو مما فوقه؟ روى البويطي والمزني في الجامع الكبير أنه من الميقات أفضل، وبه قال مالك وأحمد.

وقال في «الإملاء»: الأحب أن يحرم من دُوَيْرَةَ أَهْلِهِ، وبه قال أبو حنيفة، وللأصحاب طريقتان:

**أظهرهما:** أن المسألة على قولين:

**أحدهما:** أنه لا يستحب الإحرام مما فوقه: «لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمْ يُحْرِمِ إِلَّا مِنَ الْمَيْقَاتِ»<sup>(١)</sup> ومعلوم أنه يحافظ على ما هو الأفضل، ولأنَّ في الإحرام فوق الميقات تفريراً بالعباد؛ لما في مصابرتة والمحافظة على واجباته من العسر ولهذا المعنى أطلقوا مطلقون لفظ الكراهة على تقديم الإحرام عليه.

**أظهرهما:** أن الأحب أن يحرم من دُوَيْرَةَ أَهْلِهِ لان عمر وعلياً رضي الله عنهما فسرا الإتمام في قوله تعالى: (وأتموا الحج والعمرة لله بذلك)<sup>(٢)</sup>.

وروي أنه ﷺ قال: «مَنْ أَحْرَمَ مِنَ الْمَسْجِدِ الْأَقْصَى إِلَى الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ بِحَجَّةٍ أَوْ عُمْرَةٍ غَفِرَ لَهُ مَا تَقَدَّمَ مِنْ ذَنْبِهِ وَمَا تَأَخَّرَ»<sup>(٣)</sup>.

(١) قال الحافظ ابن حجر (٢/٢٢٩) لم أجده مروياً هكذا عند أحد، وكأنه أخذ بالاستقراء من حجته ومن عمره، وفيه نظر كبير.

(٢) سورة البقرة، الآية ١٩٦. وأثر على أخرجه الحاكم في المستدرک (٢/٢٧٦)، والبيهقي (٥/٣٠)، وانظر التلخيص (٢/٢٨٨).

(٣) أخرجه أحمد (٦/٢٩٩) وأبو داود (١٧٤١) وأخرجه ابن ماجة (٣٠٠١) وابن حبان، ذكره الهيثمي في الموارد (١٠٢١)، والطبري في الكبير (٢٣) رقم (٨٤٩، ١٠٠٦) والدارقطني (٢/٢٨٣، ٢٨٣) والبيهقي (٥/٣٠).

والطريق الثاني: القطع بالقول، وحمل الأول على التزبي بزَيِّ المحرمين من غير إخرام على ما يعتاده الشيعة.

ويخرج من فحوى كلام الأئمة طريقة ثالثة، وهي حمل الأول على إذا لم يأمن على نفسه من ارتكاب مَحْظُورَاتِ الإِخْرَامِ، وتنزيل الثاني على ما إذا أمن عليها.

وقوله في الكتاب: (ولو أحرَمَ قبل الميقات كان أحب) يجوز أن يكون جواباً على أظهر القولين، على الطريقة الأولى، ويجوز أن يكون ذهاباً إلى الثانية، وهو الذي قصده المصنف على ما أورده في «الوسيط» فإنه نسب استحباب التقديم إلى القديم، وكرهيته إلى الجديد، وذكر أن الجديد مؤول، وكيفما كان فليكن قوله: (أحب) معلماً بالواو مع الميم والألف.

وأعلم أن تسمية أحد القولين قديماً والآخر جديداً لم أره إلا له، والكتب التي عزی النصان إليها بأسرها معدودة من الجديد.

قال الغزالي: **أَمَّا الْعُمْرَةُ فَمِيقَاتُهَا مِيقَاتُ الْحَجِّ إِلَّا فِي حَقِّ الْمَكِّيِّ وَالْمُقِيمِ بِهَا، فَإِنَّ عَلَيْهِمُ الْخُرُوجَ إِلَى طَرَفِ الْجِلِّ وَلَوْ بِخَطْوَةٍ فِي أِبْتِدَاءِ الْإِخْرَامِ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ لَمْ يُغْتَدَّ بِعُمْرَتِهِ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ لِأَنَّهُ لَمْ يَجْمَعْ بَيْنَ الْجِلِّ وَالْحَرَمِ، وَالْحَاجُّ بِوُقُوفِ عَرَفَةَ جَامِعٌ بَيْنَهُمَا، وَأَفْضَلُ الْبَقَاعِ لِإِخْرَامِ الْعُمْرَةِ الْجُفْرَانَةُ ثُمَّ التَّنْعِيمُ ثُمَّ الْحَدَيْبِيَّةُ.**

قال الرافعي: لما فرغ من الكلام في الميقات المكاني في الحج اشتغل بالكلام فيه في العمرة.

والمعتمر إما أن يكون خارج الحرم أو فيه، فإن كان خارج الحرم فموضع إخرامه بالعمرة هو موضع إحرامه بالحج بلا فرق.

وإن كان في الحرم سواء كان مكياً أو مقيماً بمكة فالكلام في ميقاته الواجب، ثم في الأفضل.

أما الواجب: فهو أن يخرج إلى أدنى الجبل ولو بخطوة من أي جانب شاء: «لَأَنَّ عَائِشَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - لَمَّا أَرَادَتْ أَنْ تَعْتَمِرَ بَعْدَ التَّحْلِيلِ، أَمَرَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِأَنْ تَخْرُجَ إِلَى الْجِلِّ فَتُحْرِمَ»<sup>(١)</sup>.

فإن خالف وأحرم بها في الحرم، انعقد إحرامه، ثم له حالتان: أحدهما: أن لا يخرج إلى الجبل، بل يطوف وَيَسْعَى وَيَخْلِقُ، فهل يجزئه ذلك

(١) متفق عليه، وقد تقدم.

عن عمرته؟ فيه قولان محكيان عن نضه في «الأم».

أصحهما: نعم، وبه قال أبو حنيفة؛ لأن إخرامه قد انعقد، وأتى بعده بالأعمال الواجبة، لكن يلزمه دم؛ لتركه الإخرام من الميقات.

والثاني: أنه لا يجوز ما أتى به؛ لأن العُمرة أحدُ الشُّكُكين، فيشترط فيه الجَمْعُ بين الجِلِّ والحَرَمِ، كما في الحج، فإن الحَاجَّ لا بُدَّ له من الوُقُوفِ بعَرَفةَ، وأنها من الجِلِّ.

التفريع: إن قلنا بالأول فلو وطىء بعد الحَلْقِ لم يلزمه شيءٌ، لوقوعه بعد التَّحَلُّلِ، وإن قلنا بالثاني فالوطء واقعٌ قَبْلَ التحلُّلِ، لكنه يعتقد كونه بعد التحلل، فهو بمثابة وطءِ النَّاسِي، وفي كونه مفسداً قولان سيأتي ذكرهما، فإن جعلناه مفسداً فعليه المُضِي في الفَاسِدِ، بأن يخرج إلى الجِلِّ ويعود فيطوف ويسعى ويحلق، ويلزمه القضاء وكفارة الإفساد، ويلزمه دمٌ لِلْحَلْقِ أيضاً؛ لوقوعه قبل التحلل.

والحالة الثانية: أن يخرج إلى الجِلِّ ثم يعود فيطوف ويسعى، فيعتد بما أتى به لا مَحَالَةَ، وهل يسقط عنه دم الإساءة؟ حكى الإمام - رحمه الله - فيه طريقتين:

أحدهما: تخريجه على الخِلافِ المذكور في عَوْدٍ من جاوز الميقات إليه غير محرم.

والثاني: القطع بالسقوط، فإن المُسِيءَ هو الذي ينتهي إلى الميقات على قَصْدِ الشُّكِّ، ثم يجاوزه، وهذا المعنى لم يوجد هَاهُنَا، بل هو شبيهه بمن أحرم قبل الميقات، وهذا هو الذي أورده الأكثرون، فعلى هذا الواجب هو خروجه إلى الجِلِّ قبل الأعمال، إما في ابتداء الإحرام أو بعده.

وإن قلنا: لا يسقط الدم، فالواجب هو الخروج في ابتداء الإحرام، وقد أشار إليه في «الوسيط» فقال: ولو بخطوة في ابتداء الإحرام أو دوامه على رأى، وإذا كان كذلك فَلْيُعَلِّمْ قوله: (في ابتداء الإحرام) بالواو، ثم قوله: (فإن لم يفعل لم يعتد بعمرته على أحد القولين)، ظاهر اللفظ يقتضي كون الاعتداد بأفعال العمرة على القولين إذا لم يخرج إلى الجِلِّ في ابتداء الإحرام، وليس كذلك، بل موضع القولين ما إذا لم يخرج لا في الابتداء ولا بعده، حتى أتى بالأعمال فَلْيُؤَوِّل.

وقوله: (لم يعتد)، معلم بالحاء لما قدمنا.

وقوله أولاً: (إلا في حق المكي والمقيم بها) لا شك أن المراد من المكي الحاضر بمكة، فلو اقتصر على قوله: (في حق المقيم بمكة) لأغناه، ودخل فيه ذلك المكي.

وأما الأفضل: فأحب البقاع في أطراف الحِلِّ لإحرام العمرة أَلْجُغْرَانَةَ فإن لم يتفق فمن التَّنْعِيمِ، فإن لم يتفق فمن الحُدَيْبِيَّةِ، وليس النظر فيها إلى المَسَافَةِ، ولكن المتبع سنة رسول الله ﷺ<sup>(١)</sup> وقد نقلوا: «أَنَّهُ اعْتَمَرَ مِنَ الْجُغْرَانَةِ مَرَّتَيْنِ، مَرَّةً عُمْرَةَ الْقَضَاءِ، سَنَةَ سَبْعٍ، وَمَرَّةً عُمْرَةَ هَوَازِنَ»<sup>(٢)</sup> وَلَمَّا أَرَادَتْ عَائِشَةُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - أَنْ تُعْتَمِرَ أَمَرَ أَخَاهَا عَبْدَ الرَّحْمَنِ أَنْ يُعْمَرَهَا مِنَ التَّنْعِيمِ، فَأَعْمَرَهَا مِنْهُ»<sup>(٣)</sup> وصلى بالحديبية عام الحديبية، وأراد الدخول منها للعمرة، فَصَدَّهُ الْمُشْرِكُونَ عَنْهَا<sup>(٤)</sup> فقدم الشافعي - رضي الله عنه - ما فعله، ثم ما أمر به، ثم ما هم به.

والجُغْرَانَةُ على ستة فَرَايِخٍ من مكة.

والحديبية كذلك، وهي بين طريق جِدَّةٍ وطريق المدينة في منعطفٍ بين جبلين، وبها مسجد النبي ﷺ.

والتنعيم على فرسخ من مكة، وهو على طريق المدينة، وفيه مَسْجِدُ عَائِشَةَ - رضي الله عنها -، هذا تمام الكلام في القسم الأول من كتاب الحج.

(١) قال النووي: هذا هو الصواب. وأما قول صاحب «التنبيه»: والأفضل أن يحرم بها من التنعيم، فغلط.

(٢) انظر: خلاصة البدر المنير (١/٣٥١).

(٣) متفق عليه من حديثها. انظر التلخيص (٢/٢٣٠).

(٤) أخرجه البخاري (١٦٣٩، ١٦٤٠، ١٦٩٣، ١٧٠٨، ١٧٢٩، ١٨٠٦، ١٨٠٧، ١٨٠٨، ١٨١٠، ١٨١٢، ١٨١٣، ٤١٨٣، ٤١٨٤، ٤١٨٥)، ومسلم (١٢٣٠).

## القِسْمُ الثَّانِي مِنَ الْكِتَابِ فِي الْمَقَاصِدِ

### وَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَبْوَابٍ

#### الْبَابُ الْأَوَّلُ

قال الغزالي: فِي وَجْهِ أَدَاءِ التُّسْكِينِ، وَهُوَ ثَلَاثَةٌ: (الْأَوَّلُ) الْإِفْرَادُ وَهُوَ أَنْ يَأْتِيَ بِالْحَجِّ مُفْرَدًا مِنْ مَبَقَاتِهِ وَبِالْعُمْرَةِ مُفْرَدَةً مِنْ مَبَقَاتِهَا.

قال الرافعي: من أحرم بنسكٍ لزمه فِعْلُ أُمُورٍ وَتَرْكُ أُمُورٍ، والنظر في الأمور المفعولة من وجهين:

أحدهما: في كيفية أفعالهما.

والثاني: في كيفية أدائهما، باعتبار القران بينهما وعدمه، فلا جرم حصر كلام هذا القسم في ثلاثة أبواب:

أولها: في وجوه أداء التُّسْكِينِ.

وثانيها: في صِفَةِ الْحَجِّ وَتَبْيِينِ فِيهِ صِفَةِ الْعُمْرَةِ أَيْضًا.

وثالثها: في مَخْطُورَاتِ الْحَجِّ وَالْعُمْرَةِ، وإنما انقسم أدعاء التُّسْكِينِ إِلَى الْوَجْهِ الثَّلَاثَةِ، لِأَنَّهُ إِمَّا أَنْ يَقْرَنَ بَيْنَهُمَا وَهُوَ الْمَسْمُوعَرَانَا أَوْ لَا يَقْرَنُ، فِيمَا أَنْ يَقْدَمَ الْحَجُّ عَلَى الْعُمْرَةِ وَهُوَ الْإِفْرَادُ، أَوْ يَقْدَمُ الْعُمْرَةُ عَلَى الْحَجِّ وَهُوَ التَّمَتُّعُ، وَفِيهِ شُرُوطٌ سَتُظْهِرُ مِنْ بَعْدِ، فَإِذَا تَخَلَّفَ بَعْضُهَا، فَرُبَّمَا عَدَّتِ الصُّورَةُ مِنَ الْإِفْرَادِ، وَالْوَجْهُ جَمِيعًا جَائِزَةٌ بِالِاتِّفَاقِ. وَقَدْ رَوَى عَنْ عَائِشَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - أَنَّهَا قَالَتْ: «خَرَجْنَا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَمِنَّا مَنْ أَهَلَ بِالْحَجِّ، وَمِنَّا مَنْ أَهَلَ بِالْعُمْرَةِ، وَمِنَّا مَنْ أَهَلَ بِالْحَجِّ وَالْعُمْرَةِ»<sup>(١)</sup>.

وأما الأفضل منها، فإن قول الشافعي - رضي الله عنه - لا يختلف في تأخير القران

(١) تقدم.

عن الأفراد والتمتع؛ لأن أفعال التُّسْكِينِ فيهما أكمل منها في القرآن.

وقال أبو حنيفة - رحمه الله -: القرآن أَفْضَلُ مِنْهُمَا، ويحكى ذلك عن اختيار الْمُزْنِيِّ، وَأَبْنِ الْمُنْذِرِ، وَأَبِي إِسْحَاقِ الْمَرْوَزِيِّ؛ لما روى عن عائشة قالت: «سَمِعْتُ النَّبِيَّ ﷺ يَصْرُخُ بِهِمَا صُرَاخًا، يَقُولُ: لَبَّيْكَ بِحَجِّ وَعُمْرَةٍ»<sup>(١)</sup>.

لكن هذه الرواية معارضة بروايات أخر راجحة على ما سيأتي.

واختلف قوله في الأفراد والتمتع أيهما أفضل؟ قال في أختلاف الحديث: التمتع أفضل، وبه قال أحمد، وأبو حنيفة - رحمهما الله -؛ لما روى عن النبي ﷺ قال: «لَوْ اسْتَقْبَلْتُ مِنْ أَمْرِي مَا اسْتَدْبَرْتُ مَا سَقَّتْ الْهَدْيَ وَلَجَعَلْتُهَا عُمْرَةً»<sup>(٢)</sup>.

والاستدلال أنه ﷺ تمنى تقديم العمرة، ولولا أنه أفضل لما تمناه.

وقال في عامة كتبه: الأفراد أفضل، وهو الأصح، وبه قال مالك؛ لما روى عن جابر - رضي الله عنه -: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَفْرَدَ»<sup>(٣)</sup> وروى مثله ابنُ عَبَّاسٍ وَعَائِشَةُ - رضي الله عنهما<sup>(٤)</sup> - ورجح الشافعي - رضي الله عنه - رواية جابر على رواية رواة القرآن والتمتع بأن جابراً أقدم صحبة وأشد عناية بضبط المناسك وأفعال النبي ﷺ من لدن خروجه من المدينة إلى أن تحلل.

وأما قوله: (لو استقبلت من أمري) الخبر فإنما ذكر تطيباً لقلوب أصحابه واعتذاراً إليهم، وتمام الخبر ما روى عن جابر: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَحْرَمَ إِحْرَامًا مِنْهُمَا وَكَانَ يَنْتَظِرُ الْوَحْيَ فِي اخْتِيَارِ أَحَدِ الْوُجُوهِ الثَّلَاثَةِ، فَنَزَلَ الْوَحْيُ بِأَنَّ مَنْ سَاقَ الْهَدْيَ فَلْيَجْعَلْهُ حَجًّا، وَمَنْ لَمْ يَسُقْ فَلْيَجْعَلْهُ عُمْرَةً، وَكَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَطَلْحَةَ قَدْ سَاقَا الْهَدْيَ دُونَ غَيْرِهِمَا، فَأَمَرَهُمْ بِأَنْ يَجْعَلُوا إِحْرَامَهُمْ عُمْرَةً، وَيَتَمَتَّعُوا، وَجَعَلَ النَّبِيُّ ﷺ إِحْرَامَهُ حَجًّا فَشَقَّ عَلَيْهِمْ ذَلِكَ لِأَنَّهُمْ كَانُوا يَعْتَقِدُونَ مِنْ قَبْلِ أَنْ الْعُمْرَةَ فِي أَشْهُرِ الْحَجِّ مِنْ أَكْبَرِ الْكِبَائِرِ، فَالْنَبِيُّ ﷺ قَالَ ذَلِكَ، وَأَظْهَرَ الرَّغْبَةَ فِي مَوَافَقَتِهِمْ، لَوْ لَمْ أَسُقِ الْهَدْيَ»<sup>(٥)</sup> فإن الموافقة الجالبة للقلوب أهم بالتخصيل من فصيلة وقربة، واتفق الأصحاب على القولين، على أن النبي ﷺ

(١) أخرجه البخاري (١٥٥١، ١٧١٤، ١٧١٥، ٢٩٥١، ٢٩٨٦)، ومسلم (١٢٣٢).

(٢) أخرجه البخاري (١٥٥٧، ١٥٦٨، ١٥٧٠، ١٦٥١، ١٧٨٥، ٢٥٠٦، ٤٣٥٢، ٧٢٣٠، ٧٣٦٧) ومسلم (١٢١٣، ١٢١٤، ١٢١٥، ١٢١٦).

(٣) أخرجه البخاري (١٥٦٨) ومسلم (١٢١٨).

(٤) حديث ابن عباس عند مسلم (١٢٤٠)، وعائشة - رضي الله عنها - عند البخاري (١٥٦٢) ومسلم (٢١١).

(٥) قال الحافظ ابن حجر في التلخيص (١/٢٣٢)؛ لا أصل له، نعم رواه الشافعي من حديث طاوس مرسلًا...

كَانَ مُفْرِدًا عَامَ حَجَّةِ الْوَدَاعِ»، وحكى الإمام - رحمه الله - عن ابن سُرَيْج أنه كان متمتعاً ونقل عن بعض التصانيف شيئاً آخر في الفضل واستبعده وهو أن الأفراد مُقَدَّمٌ على القرآن والتمتع جَزْماً، والقولان في التمتع والقرآن أيهما أفضل؟ واعلم أن تقديم الأفراد على التمتع والقرآن مَشْرُوطٌ بأن يعتمر في تلك السنة.

أما لو أخر فكل واحد من التمتع والقرآن أَفْضَلُ منه؛ لأن تأخير العمرة عن سنة الحج مكروه.

وقوله في الكتاب: (وهو أن يأتي بالحج مفرداً من ميقاته وبالعمرة مفردة من ميقاتها)، أراد من ميقاتها في حَقِّ الْحَاضِرِ بمكة، ولا يلزمه العَوْدُ إلى ميقاتِ بلده، وفيما علق عن الشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ - رحمه الله - يأمره بالعود ويوجب دَمَ الْإِسَاءَةِ إن لم يُعُدْ، - والله أعلم -.

ثم الأفراد لا ينحصر في الصورة بل يلتحق بها من صور تختلف شروط التمتع صوراً سيأتي إليها.

قال الغزالي: (الثاني) الْقِرْآنُ وَهُوَ أَنْ يُحْرِمَ بِهِمَا جَمِيعاً فَيَتَّحِدَ الْمِيقَاتُ وَالْفِعْلُ (ح) وَتَنْدَرِجُ الْعُمْرَةُ تَحْتَ الْحَجِّ، وَلَوْ أُحْرِمَ بِالْعُمْرَةِ ثُمَّ أَدْخَلَ الْحَجَّ عَلَيْهِ قَبْلَ الطَّوَافِ كَانَ قَارِئاً، وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ لَقَا إِدْخَالَهُ، وَلَوْ أَدْخَلَ الْعُمْرَةَ عَلَى الْحَجِّ لَمْ يَصِحَّ فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَغَيَّرُ الْإِحْرَامُ بَعْدَ اتِّعَادِهِ.

قال الرافعي: الصورة الأضليَّة للقرآن أن يحرم بالحج والعمرة معاً، فتندرج العمرة تحت الحج، ويتحد الميقات والفعل، ويجوز أن يعلم قوله: (والفعل) بالحاء؛ لأن عند أبي حنيفة - رحمه الله - يأتي بطوافيين وسعيين أحدهما للحج والآخر للعمرة.

لنا: ما روي أن النبي ﷺ قال لعائشة - رضي الله عنها -: «وَطَوَافُكَ بِالْبَيْتِ وَسَعْيُكَ بَيْنَ الصَّفَا وَالْمَرْوَةِ، يَكْفِيكَ لِحَجَّتِكَ وَعُمْرَتِكَ»<sup>(١)</sup> وأيضاً فقد سلم الاكتفاء بإحرام واحد، وحلق واحد، فقيس السعي والطواف عليهما، ثم في الفضل مسألان:

إحدهما: لو أحرم بالعمرة أولاً ثم أدخل عليها الحج نظر إن أدخله عليها في غير أشهر الحج، ففيه ولم يتغير إحرامه بالعمرة، وإن أدخله عليها في أشهر الحج نظر إن أحرم بالعمرة في غير أشهر الحج، فهذه الصورة قد ذكرها في الكتاب في أول الباب الثاني، وستجدها عند الوصول إليها مشروحة - إن شاء الله تعالى -.

«وان أحرم بالعمرة في أشهر الحج، وأدخل عليها الحج في أشهره، وهو المقصود في هذا الموضع، فينظر إن لم يشرع في الطواف جازاً وصار قارناً؛ لأن عائشة - رضي الله عنها - أحرمت بالعمرة لما خرجت مع رسول الله ﷺ عام حجة الوداع، فحاضت ولم يملكها أن تطوف للعمرة، وخافت فوات الحج لو أخرته إلى أن تطهر، فدخل عليها النبي ﷺ وهي تبيكي، فقال: ما لك أنفست؟ قالت: بلى، قال: ذلك شيء كتبه الله على بنات آدم، أهلي بالحج واضعني ما يصنع الحاج غير ألا تطوفي بالبيت وطوافك يكفيك لحجك وعمرتك»<sup>(١)</sup> فأمرها ﷺ بإدخال الحج على العمرة؛ لتصير قارنة حتى لا يفوتها الحج، فإذا طهرت طافت للنسكين معاً وإن شرع في الطواف أو أتمه لم يجز إدخال الحج عليها ولم لا يجوز؟ ذكروا في تعليقه أربعة معان:

أحدها: أنه اشتغل بعمل من أعمال العمرة، واتصل الإحرام بمقصوده، فيقع ذلك العمل عن العمرة، ولا ينصرف بعده إلى القرآن.

والثاني: أنه أتى بفرض من فروض العمرة، فإن الفرائض هي المعينة، وما عداها لا يضُر أنصرفها إلى القرآن.

والثالث: أنه أتى بمعظم أفعال العمرة، فإن الطواف هو المعظم في العمرة، فإذا وقع عن العمرة لم ينصرف إلى غيرها.

والرابع: أنه أخذ في التحلل في العمرة، وحينئذ لا يليق به إدخال إحرام عليه؛ لأنه يقتضي قوة الإحرام وكماله، والمتحلل جازٍ في نقصان الإحرام، وشبه الشيخ أبو علي ذلك بما لو ارتدت الرجعية فراجعها الزوج في الردة، فإن الشافعي - رضي الله عنه - نُص على أنه لا يجوز؛ لأن الرجعة استباحة فلا تصح، والمرأة جارية إلى تخريم، وهذا المعنى الرابع هو الذي أورده أبو بكر الفارسي في «العيون» وحيث جوزنا إدخال الحج على العمرة، فذلك إذا كانت العمرة صحيحة، فإن أفسدها ثم أدخل عليها الحج ففيه خلاف سَنورده من بعد إن شاء الله تعالى.

المسألة الثانية: لو أحرم بالحج في وقته أولاً ثم أدخل عليه العمرة ففي جوازه قولان:

القديم: وبه قال أبو حنيفة: أنه يجوز، كما يجوز إدخال الحج على العمرة، والجامع أنهما نسكان يجوز الجمع بينهما.

والجديد: وبه قال أحمد - رحمه الله -: أنه لا يجوز؛ لأن الحج أقوى وأكد من

(١) أخرجه البخاري (٢٩٤، ٣٠٥) ومسلم (١٢١١).



العُمرة، لاختصاصه بالوقوف والرَّمي والمبِيت، والضعيف لا يَدْخُلُ عَلَى الْقَوِيَّ وَإِنْ كَانَ الْقَوِيَّ يَدْخُلُ عَلَى الضَّعِيفِ، أَلَا تَرَى أَنَّ فِرَاشَ مَلِكِ النِّكَاحِ لِمَا كَانَ أَقْوَى مِنْ فِرَاشِ مَلِكِ الْيَمِينِ لِإِخْتِصَاصِهِ بِإِفَادَةِ قُوَّةِ حَقُوقِ نَحْوِ الطَّلَاقِ، وَالظَّهَارِ، وَالْإِبْلَاءِ، وَالْمِيرَاثِ، لَمْ يَجِزْ إِدْخَالَ فِرَاشِ مَلِكِ الْيَمِينِ عَلَى فِرَاشِ مَلِكِ النِّكَاحِ، حَتَّى لَوْ اشْتَرَى أختٌ مَنْكُوحَتَهُ لَمْ يَجِزْ لَهُ وَطُؤُهَا، وَيَجُوزُ إِدْخَالَ فِرَاشِ النِّكَاحِ عَلَى فِرَاشِ مَلِكِ الْيَمِينِ، حَتَّى لَوْ نَكَحَ أختٌ أُمَّتَيْهِ، أَوْ أختٌ أُمَّ وَلَدِهِ حَلَّ لَهُ وَطُؤُهَا، وَأَيْضاً فَإِنَّهُ إِذَا أَدْخَلَ الْحَجَّ عَلَى الْعُمرة زاد بإدخاله أشياء لم تكن عَلَيْهِ، وَإِذَا أَدْخَلَ الْعُمرة عَلَى الْحَجِّ، لَمْ يَزِدْ شَيْئاً عَلَى مَا عَلَيْهِ، فَلَوْ جُوزَ أَنْ يَدْخُلَ الْعُمرةَ عَنْهُ بِالدَّمِ وَحْدَهُ، وَذَلِكَ مِمَّا لَا وَجْهَ لَهُ، وَإِلَى هَذَا الْمَعْنَى أَشَارَ فِي الْكِتَابِ بِقَوْلِهِ: (لأنه لم يتغير الإحرامُ به بعد انعقاده) فَإِنْ لَمْ يَجُوزْ إِدْخَالَ الْعُمرةَ عَلَى الْحَجِّ فَذَلِكَ، وَإِنْ جُوزَ فَإِلَى مَتَى تَجُوزُ؟ فِيهِ وَجُوهٌ مَفْرَعَةٌ عَلَى الْمَعْنَى الْأَرْبَعَةِ فِي الْمَسْأَلَةِ السَّابِقَةِ:

أحدها: أنه يجوز قَبْلَ طَوَافِ الْقُدُومِ، وَلَا يَجُوزُ بَعْدَ اشْتِغَالِهِ بِهِ؛ لِإِتْيَانِهِ بِعَمَلٍ مِنْ أَعْمَالِ الْحَجِّ، وَذَكَرَ فِي «التَّهْذِيبِ» أَنَّ هَذَا أَصَحُّ.

والثاني: ويحكى عن الخضرى: أنه يجوز بعد طَوَافِ الْقُدُومِ مَا لَمْ يَسْعَ، وَمَا لَمْ يَأْتِ بِفَرْضٍ مِنْ فُرُوضِ الْحَجِّ، فَإِنْ اشْتَغَلَ بِشَيْءٍ مِنْهَا فَلَا.

والثالث: يجوز، وَإِنْ اشْتَغَلَ بِفَرْضٍ مَا لَمْ يَقِفْ بِعَرَفَةَ، فَإِذَا وَقَفَ فَلَا، لِأَنَّهُ مُعْظَمُ أَعْمَالِ الْحَجِّ، وَعَلَى هَذَا لَوْ كَانَ قَدْ سَعَى فَعَلِيهِ إِعَادَةُ السَّعْيِ لَيَقَعُ عَنِ التَّسْكِينِ جَمِيعاً، كَذَا قَالَ الشَّيْخُ فِي مَعْظَمِ الْفُرُوعِ.

والرابع: يجوز وَإِنْ وَقَفَ مَا لَمْ يَشْتَغَلَ بِشَيْءٍ مِنْ أَسْبَابِ التَّحَلُّلِ مِنَ الرَّمْيِ وَغَيْرِهِ، فَإِنْ اشْتَغَلَ فَلَا، وَعَلَى هَذَا لَوْ كَانَ قَدْ سَعَى مَا ذَكَرَهُ الشَّيْخُ وَجُوبُ إِعَادَتِهِ، وَحَكَى الْإِمَامُ فِيهِ وَجْهَيْنِ، وَقَالَ: الْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يَجِبُ، وَيَجِبُ عَلَى الْقَارِنِ دَمٌ؛ لِمَا رَوَى عَنْ عَائِشَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - قَالَتْ: «أَهْدَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ أَزْوَاجِهِ بِقَرَّةٍ وَنَحْنُ قَارِنَاتٌ»<sup>(١)</sup> وَلَآنَ: الدَّمُ وَاجِبٌ عَلَى الْمُتَمَتِّعِ بِنَصِّ الْقُرْآنِ، وَأَفْعَالُ الْمُتَمَتِّعِ أَكْثَرُ مِنْ أَفْعَالِ الْقَارِنِ، فَإِذَا وَجِبَ عَلَيْهِ الدَّمُ فَلَانَ يَجِبُ عَلَى الْقَارِنِ كَأَنَّ أَوَّلَى، وَصَفَةَ دَمِ الْقَارِنِ كَصَفَةَ دَمِ الْمُتَمَتِّعِ، وَكَذَا بَدَلَهُ، وَعَنْ مَالِكٍ أَنَّ عَلَى الْقَارِنِ بَدَنَةً، وَحَكَى الْحَنَاطِيُّ عَنِ الْقَدِيمِ مِثْلَهُ.

لنا أن المتمتع أكثر ترفيهاً، لاستمتاعه بمحظورات الإحرام بين النسكين، فإذا اكتفى منه بشاة فلأن يكتفى بها من القارن كان أولى، - والله أعلم -.

(١) قال الحافظ في التلخيص (١/٢٣٣): لم أجده هكذا، وفي الصحيحين أنه أهدى عن نسائه بقرة.

قال الغزالي: الثالث: التمتع وهو أن يفرد العُمرة ثم الحج ولكن يتجدد الميقات إذا تحرم بالحج من جوف مكة، وله سنة شروط: الأول أن لا يكون من حاضري المسجد الحرام فإن الحاضر ميقاته نفس مكة فلا يكون قد ربح ميقاتاً، وكل من مسكته دون مسافة القصر حوالي مكة فهو من الحاضرين، والأقايي إذا جاوز الميقات غير مرید نُسكاً فكما دخل مكة أعتَمَر ثم حج لم يكن متمماً إذ صار من الحاضرين، إذ ليس يشترط فيه قصد الإقامة، الثاني أن يحرم بالعُمرة في أشهر الحج فلو تقدم تحللها لم يكن متمماً إذ لم يزحم الحج بالعُمرة في مظنته، ولو تقدم إخراجها دون التحلل ففيه خلاف، فإذا لم يكن متمماً ففي لزوم دم الإساءة لأجل أنه أحرَم بالحج من مكة لا من الميقات وجهان، الثالث: أن يقع الحج والعُمرة في سنة واحدة، الرابع: أن لا يعود إلى ميقات الحج فلو عاد إليه أو إلى مثل مسافته كان مفرداً، ولو عاد إلى ميقات كان أقرب من ذلك الميقات فوجهان، الخامس: أن يقع الشُكَّان عن شخص واحد، فلو أعتَمَر عن نفسه ثم حج عن المستأجر فلا يُمنع على أحد الوجهين، السادس: نية التمتع على أحد الوجهين تشبيهاً له بالجمع بين الصلاتين، والأصح: أنه لا يشترط كما في القرآن.

قال الرافي: التمتع هو أن يحرم بالعُمرة من ميقات بلديه، ويدخل مكة ويأتي بأعمال العُمرة، ثم ينشئ الحج من مكة، وسمي تمتعاً لاستمتاعه بمحضورات الإحرام بينهما، أو تمكنه من الاستمتاع لحصول التحلل.

وعند أبي حنيفة - رحمه الله - إن كان قد ساق الهدى لم يتحلل بفراغه من العُمرة، بل يحرم بالحج فإذا فرغ منه حلَّ منهما جميعاً، وإن لم يسق الهدى تحلل عند فراغه من العُمرة.

لنا أنه متمتع ما أكمل أفعال عمرته فأشبهه، ما إذا لم يسق الهدى.

وقوله: (أن يفرد العُمرة ثم الحج) فيه إشارة إلى أن أفعالهما لا تتداخل، بل يأتي بهما على الكمال، بخلاف ما في القرآن. وقوله: (لكن يتجدد الميقات إذ يحرم بالحج من جوف مكة)، معناه: أنه بالتمتع من العُمرة إلى الحج يربح ميقاتاً، لأنه لو أحرَم من ميقات بلديه لكان يحتاج بعد فراغه من الحج إلى أن يخرج من أدنى الحل، فيحرم بالعُمرة منه، وإذا تمتع استغنى عن الخروج؛ لأنه يُحرم بالحج من جوف مكة، فكان رابحاً أحد الميقاتين.

ويجب على المتمتع دم، قال الله تعالى: ﴿فَمَنْ تَمَتَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ﴾.

وإنما تجب بشروط:

أحدها: ألا يكون من حَاضِرِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ قَالَ اللهُ تَعَالَى: ﴿ذَلِكَ لِمَنْ لَمْ يَكُنْ أَهْلَهُ حَاضِرِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ﴾<sup>(١)</sup> والمعنى فيه: أن الحاضر بمكة ميقاته لِلْحَجِّ نفس مكة، فلا يكون بصورة التمتع رابعاً ميقاتاً، وكل من مسكنه دون مسافة القصر فهو من حَاضِرِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ، فإن زادت المسافة فلا، وبه قال أحمد، وعند أبي حنيفة - رحمه الله - حاضرو الْمَسْجِدِ أَهْلُ الْمَوَاقِيْتِ وَالْحَرَمِ وما بينهما.

وقال مالك: هم أهل مكة وذو طوى، وربما روي عنه أنهم أهل الحَرَمِ.

لنا أن من قرب من الشَّيْءِ ودنا منه كان حاضراً إيَّاه، يقال: حضر فلانٌ فلاناً إذا دنا منه، ومن كان مسكنه دون مسافة القصر فهو قريب نازل منزلة المقيم في نفس مكة، ولهذا لا يجوز للخارج إليه الترخص بالفِطْرِ وَالْقَصْرِ ونحوهما، على أن في مذهب أبي حنيفة بُعْداً فإنه يؤدي إلى إخراج القَرِيبِ من الحَاضِرِينَ، وإدخال البعيد فيهم؛ لتفاوت مسافاتِ الْمَوَاقِيْتِ، ثم المسافة التي ذكرناها مَزْعِيَّةٌ مِنْ نَفْسِ مَكَّةَ أو من الحرم؟ حكى إِبْرَاهِيمُ المروزي فيه وجهين: والثاني هو الدائر في عبارات أصحابنا العراقيين، ويَدُلُّ عليه أن الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ عبارة عن جَمِيعِ الْحَرَمِ؛ لقوله تعالى: ﴿فَلَا يَفْرُبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَذَا﴾<sup>(٢)</sup> ولو كان له مسكنان:

أحدهما: في حد القُرْبِ من الحرم والآخر في حَدِّ الْبُعْدِ، فإن كان مقامه بالبعيد أكثر فهو آفاقي، وإن كان بالقرب أكثر فهو من الحَاضِرِينَ، وإن استوى مقامه بهما نظر إلى ماله وأهله فإن اختلف بأحدهما أو كان في أحدهما أكثر فالحكم له، وإن استويا في ذلك أيضاً اعتبر حاله بَعَزْمِهِ، فأيهما عزم على الرُّجُوعِ إليه فَهُوَ من أَهْلِهِ، فإن لم يكن لَهُ عَزْمٌ فالاعتبار بالذي خرج منه.

ولو استوطن غريب بمكة فهو من الحَاضِرِينَ، ولو استوطن مَكِّيُّ بِالْعِرَاقِ فليس له حُكْمُ الْحَاضِرِينَ، والاعتبار بما آل إليه الأمر.

ولو قصد الغريب مكة ودخلها متمتعاً ناوياً الإقامة بها بعد الفراغ من النسكين، أو مِنَ الْعُمْرَةِ أو نوى الإقامة بها بعد ما اعتمر لم يكن من الحَاضِرِينَ، ولم يسقط عنه دَمٌ التمتع فإنَّ الإقامة لا تحصل بمجرد النية، وذكر حجة الإسلام - رحمه الله - في هذا الشُّرْطِ صورة هي من مواضع التوقف، ولم أجدها لغيره بَعْدَ الْبَحْثِ، وهي أنه قال: (والآفاقي إذا جاوز الميقات غير مرید نسكاً فلما دخل مكة اعتمر ثم حج لم يكن متمتعاً إذ صار من الحَاضِرِينَ، إذ ليس يشترط فيه قَصْدُ الْإِقَامَةِ) وهذه الصورة متعلقة أولاً

(٢) سورة التوبة، الآية ٢٨.

(١) سورة البقرة، الآية ١٩٦.

بالخلاف في أن من قَصَدَ مكة هل يلزمه الإِحْرَامُ بِحَجِّ أو عمرة أم لا؟ ثم ما ذكره من عدم اشتراط الإقامة مما تنازع فيه كلام عامة الأصحاب ونقلهم عن نَصِّه في «الإملاء» والقديم، فإنه ظَاهِرٌ في اعتبار الإقامة بل في اعتبار الاستيطان، - والله أعلم - . وفي «النهاية» و«الوسيط» حكاية وجهين: في صورة تُدَانِي هذه وهي أنه: لو جاوز الغَرِيبُ الميقاتَ وهو لا يريدُ نَسْكَاً ولا دخولَ الحَرَمِ، ثم بدأ له قريباً من مكة أن يَغْتَمِرَ فأعتمر منه وَحَجَّ بعدها على صورة التمتع هل يلزمه الدَّمُ.

أحد الوجهين: أنه لا يلزمه؛ لأنه لم يلتزم الإِحْرَامَ وهو على مسافة بعيدة، وحين خطر له ذلك كان على مَسَافَةِ الحَاضِرِينَ.

وأصحهما: يلزم؛ لأنه وجد صورة التمتع وهو غير معدود من الحَاضِرِينَ، فذكر في «الوسيط» في توجيه هذا الوجه أن اسم الحاضرِين لا يتناولُه إلا إذا كان في نفس مكة أو كان متوطناً حَوْلَهَا، فلم يعتبر التوطن فيمن هو بمكة واعتبره فيمن هو حَوْلِهَا، والنفس لا تنقاد لِهَذَا الفَرْقِ، ثم كما لا يَجِبُ الدَّمُ على المَكِّي إذا أتى بصورة التمتع لا يجب عليه إذا قرَنَ وبأن الأصل دم التمتع المنصوص عليه في الكتاب، فإذا لم يجب ذلك على المَكِّي لم يجب دم القرآن، وروى الحَاطِطِيُّ وجهاً أن عليه دم القرآن، ويشبه أن يكون هذا الاختلاف مبنياً على وجهين نقلهما صاحب «العدة» في أن دم القرآنِ دَمُ جَبْرِ أو دَمُ نُسْكِ، والمشهور أنه دَمُ جَبْرِ، وهل يجب على المَكِّي إذا قرَنَ إنشَاءَ الإِحْرَامِ من أدنى الحِلِّ كما لو أفرَدَ العمرة أم يجوز أن يحرم من جوف مكة إدراجاً للعمرة تحت الحج؟ فيه وجهان:

أصحهما الثاني: ويجريان في الافاق إذا كان بمكة وأراد القرآن

الشرط الثاني: أن يحرم بالعمرة في أشهرِ الحَجِّ فلو أحرم وَفَرَغَ مِنْ أَعْمَالِهَا قَبْلَ أشهرِ الحَجِّ ثم حج لم يلزمه الدم؛ لأنه يجمع بين الحَجِّ والعمرة في وَقْتِ الحَجِّ، فأشبهه المفرد لما لَمْ يجمع بينهما لم يلزمه دم، وقد ذَكَرَ الأئمة أن دَمَ التَّمَتُّعِ مَنُوطٌ مِنْ جِهَةِ المعنى بأمرين:

أحدهما: ربح ميقات كما سَبَقَ.

والثاني: وقوع العُمرة في أشهرِ الحَجِّ، وكانوا لا يزحمون الحَجَّ بالعمرة في مظلته ووقت إمكانه، ويستنكرون ذلك، فورد التمتع رخصةً وتخفيفاً، إذ الغريب قد يرد قبل عَرَافَةَ بأيام ويشق عليه استدامة الإحرام لو أحرم من الميقات، ولا سبيل إلى مجاوزته، فجاز له أن يعتمر ويتحلل.

ولو أحرم بها قبل أشهرِ الحَجِّ، وأتى بجميع أفعالها في أشهره، ففيه قولان:

أحدهما: يلزمه الدَّم، قال في القديم «الإملاء»: لأنه حصلت المَزاحمة في الأفعال وهي المقصودة والإحرام كالتمهيد لها.

وأصحهما: لا يلزمه قاله في «الأم» وبه قاله أحمد - رحمه الله - بأنه لم يجمع بين النسكين في أشهر الحج؛ لتقدم أحد أركان العُمرة عَلَيْهَا، وعن ابن سُرَيْج - رحمه الله - أن النصين محمولان على حالين، وليست المسألة على قولين، إن أقام بالميقات بعد إحرامه بالعمرة حتى دخل أشهر الحج أو عاد إليه مُخْرِماً بها في الأشهر لَزِمَهُ الدَّم، وإن جاوزه قَبْلَ الأشهر ولم يعد إليه لم يلزمه، والفرق حصوله بالميقات محرماً في الأشهر مع التمكن من الإحرام بالحج، وإن سبق الأحرام مَع بعض الأعمال أشهر الحج فالخلاف فيه مُرتَّب، إن لم نوجب الدم إذا سَبَقَ الإحرام وحده فها هنا أولى.

أوجبناه فوجهان، والظاهر: أنه لا يَجِبُ أيضاً.

وعن مالك - رحمه الله - أنه مهما حَصَلَ التحلل في أشهر الحج وجب الدم، وعند أبي حنيفة إذا أتى بأكثر أفعال العُمرة في الأشهر كان متمتعاً، وإذا لم نوجب دم التمتع في هذه الصورة، ففي وجوب دم الإساءة وجهان:

أحدهما: يجب، وبه قال الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ - رحمه الله - لأنه أحرم بالحج من مَكَّة دون الميقات.

وأصحهما: لا يجب؛ لأن المسيء من ينتهي إلى الميقات على قَصْدِ التُّسْك، ويجاوزه غير محرم، وها هنا قد أحرم بنسك وحافظ على حرمة البقعة. وقوله في الكتاب: (ولو تقدم إِخْرَامُهَا دون التحلل) يمكن تنزيهه على تقدم مجرد الإحرام.

وقوله: (دون التحلل) أي: دون الأعمال إذ التحلل بها يحصل، ويمكن تنزيهه على ما تشترك فيه هذه الصُّورة وصورة تقدُّم بَعْضِ الأعمال، وعلى التقديرين فتفسير الخلاف الذي أبهمه بين ما ذكرنا والإمام - رحمه الله - أورد بدل القولين وجهين، وهو خلاف رواية الجمهور.

ويجوز إعلام لفظ (الخلاف) بالواو لما مرَّ عن ابنِ سُرَيْج.

الثالث: أن يقع الحج والعمرة في سَنَةٍ واحدة، فلو اعتمر ثم حج في السنة القابلة فلا دم عليه، سواء أقام بمكة إلى أن حجَّ؛ أو رجع وعاد؛ لأن الدم إِنَّمَا يَجِبُ إِذَا زاحم بالعمرة حَجَّتَهُ في وَقْتِهَا، وترك الإحرام بحجته من الميقات مع حصوله بها في وقت الإمكان ولم يوجد وقد روي عن سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيْبِ قال: «كَانَ أَصْحَابُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ يَعْتَمِرُونَ فِي أَشْهُرِ الْحَجِّ فَإِذَا لَمْ يَحُجُّوا فِي عَامِهِمْ ذَلِكَ لَمْ يَهْدُوا»<sup>(١)</sup>.

(١) أخرجه البيهقي بإسناد حسن (٣٥٦/٤).

ويمكن رد هذا الشرط والشرط الثاني إلى شَيْءٍ وَاحِدٍ وهو وقوع العمرة في أشهر الحج التي حَجَّ فيها.

**والرابع:** ألا يعود إلى الميقات كما إذا أحرم بالحج من جَوْفِ مَكَّةَ واستمر عليه، فإن عاد إلى ميقاته الذي أنشأ العمرة منه وأحرم بالحج فلا دم عليه؛ لأنه لم يَزِيح ميقاتاً، ولو رجع إلى مثل مَسَافَةِ ذَلِكَ الميقات وأحرم منه فكذلك لا دم عليه؛ لأن المقصودَ قَطْعُ تِلْكَ المَسَافَةِ مُحْرَمًا. ذكره الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ وَعَازِمُهُ، ولو أحرم من جَوْفِ مَكَّةَ ثم عَادَ إِلَى الميقات مُحْرَمًا ففي سقوط الدَّمِ مِثْلِ الخِلاَفِ المَذْكُورِ فيما إذا جاوز الميقات غير محرم وعاد إليه مُحْرَمًا، ولو عاد إلى ميقاتٍ أقرب إلى مَكَّةَ من ذلك الميقات وأحرم منه كما إذا كان ميقاته الجُحْفَةَ فعاد إلى ذَاتِ عِزْقٍ، فهل هو كالعُودِ إلى ذلك الميقات؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، وعليه الدَّمُ، إذ لم يَعدْ إلى ميقاته، ولا إلى مثل مسافته.

**والثاني:** نعم؛ لأنه أَحْرَمَ مِنْ مَوْضِعٍ لَيْسَ ساكنوه من حَاضِرِي المَسْجِدِ الحَرَامِ، وهذا هو المَحْكِيُّ عن اخْتِيَارِ القَّالِ والمُعْتَبِرِينَ، أبدوه بأن دم التمتع خارج عن القِيَّاس لإحيائه كل ميقات بُسُكٍ فإذا أحرم بالحج من مسافة القَصْرِ بطل تمتعه وترفعه، فلا يقدح إيجاب الدَّمِ عليه بِحَالٍ، ولو دخل القَارُنُ مَكَّةَ قبل يَوْمِ عرفة ثم عاد إلى الميقات للحج هل يَلْزَمُهُ الدَّمُ؟ ذكر الإمام - رحمه الله - أنه مرتب على المتمتع إذا أحرم ثم عاد إليه إن لم يَسْقُطِ الدمُ ثُمَّ فهاهنا أولى، وإن أسقطنا فوجهان، والفرق أن اسم القرآن لا يزول بالعود إلى الميقات بخلاف التمتع.

قال الحنَّاطِيُّ: والأصح أنه لا يَجِبُ أيضاً، وقد نصَّ على في «الإملاء».

وقوله في الكتاب: (أن لا يعود إلى ميقات الحج) أراد إلى الميقات لِلْحَجِّ، وإلا فلا يحسن حَمْلُهُ على مُطْلَقِ الحَجِّ فإن المواقيت لا اخْتِصَاصَ لَهَا بالحجِّ، بل هي للنسكين سَوَاءً، ولا على حجة خاصة فإنه ميقات عمرة المتمتع لا ميقات حجة.

وقوله: (كان مُفْرَدًا) معلم بالحاء؛ لأن عند أبي حنيفة - رحمه الله - لا يكون مفرداً، ولا يسقط عنه دم التمتع حتى يعود إلى بلده ويلم بأهله.

**الخامس:** اختلفوا في أنه هل يشترط وقوع النسكين عن شَخْصٍ واحدٍ أم لا؟ فعن الخُضْرِيِّ: أنه يشترط كما يشترط وقوعهما في سَنَةٍ وَاحِدَةٍ، وقال الجُمْهُورُ: لا يشترط لأن زحمة الحج وترك الميقات لا يختلف.

إذا عرفت ذلك فهذا الأمر المختلف في اشتراطه يفرض فواته في ثلاثِ صُورٍ:

أحدها: أن يكون أجيراً مِنْ قِبَلِ شَخْصَيْنِ استأجره أحدهما للحج والآخر للعمرة.

**والثانية:** أن يكون أجيراً للعمرة فيعتمر للمستأجر ثم يَحُجُّ عَنْ نَفْسِهِ .

**والثالثة:** أن يكون أجيراً للحج فيعتمر لنفسه، ثم يحج عن المستأجر، وهذه الثلاثة هي التي أوردها في الكتاب، وقد ذكرها في صَدْرِ الحَالَةِ الثانية من أحوالِ الأَجِيرِ قبل هذا البيان حكمها فيما يتعلق باحتساب المسافة وخط الأجرة .

فإن قلنا بمذهب الجمهور فقد ذكروا أن نِصْفَ دَمِ التمتع على من يقع له الحج، ونصفه على من تقع له العُمرة، وليس هذا الكلام على هذا الإطلاق، بل هو محمول على تَفْصِيلِ ذكره صاحب «التهذيب» - رحمه الله - .

أما في الصورة الأولى فقد قال: إن أذنا في التمتع فالدّم عليهما نِصْفَانِ، وإن لم يأذنا فَهُوَ على الأَجِيرِ، وعلى قياسه إن أذن أحدهما دُونَ الآخر، فَالنِّصْفُ على الأذن والنصف على الأَجِيرِ، وأما في الصورتين الآخريتين فقد قال: إن أذن له المستأجر في التمتع بالدّم عليهما نصفان، وإلا فَالْكُلُّ على الأَجِيرِ ولنتبّه هَاهُنَا لِأُمُورٍ:

**أحدها:** إيجاب الدّم على المُسْتَأْجِرِينَ أو أحدهما، مفرع على الأصحّ في أن دَمَ القَرَانِ والتمتع على المُسْتَأْجِرِ، وإلا فهو على الأَجِيرِ بكل حال .

**الثاني:** إذا لم يأذن المُسْتَأْجِرِينَ أو أحدهما في الصورة الأولى، أو المُسْتَأْجِرِ في الصورة الثالثة وكان ميقات البلد معيناً في الإجازة أو نزلنا المطلق عليه، فلزمه مع دم التمتع دَمُ الإِسَاءَةِ لمن جاوز ميقات نسكه .

**والثالث:** إذا أوجبنا الدّم على المُسْتَأْجِرِينَ، فلو كانا مُعَسِّرِينَ فعلى كُلِّ وَاحِدٍ منهما خَمْسَةُ أَيَّامٍ، لكن صوم التمتع بعضه في الحجّ وبعضه بعد الرجوع، وهما لم يباشرا حَجّاً، فعلى قياس ما ذكره صاحب «التهذيب» تفريراً على قولنا: إن دم القَرَانِ والتمتع على المُسْتَأْجِرِ يكون الصَّوْمُ على الأَجِيرِ، على قياس ما ذكره صاحب «التتمة» ثم هو كما لو عجز المتمتع عن الصَّوْمِ والهَدْيِ جميعاً، ويجوز أن يكون الحكم على ما سيأتي في التمتع إذا لم يصم في الحج كيف يقضي؟ فإذا أوجبنا التفریق أَفْضَى تفریق الخمسة بنسبة الثلاثة والسَّبْعَةُ إلى تبيعض القسمين فيكملان ويصوم كل واحد منهما ستة أيام، وقس على هذا ما أوجبنا الدم في الصورتين الآخريتين على الأَجِيرِ والمُسْتَأْجِرِ، وإن فرعنا على الوجه المعزى إلى الخُضْرِيِّ فإذا اعتمر عن المُسْتَأْجِرِ ثم حج عن نفسه ففي كونه مسيئاً للخلاف الَّذِي مَرَّ فِيهِمَا إذا اعتمر قبل أشهر الحجّ ثُمَّ حَجَّ مِنْ مَكَّةَ، لكن الأصحّ هَاهُنَا أَنَّهُ مُسِيئٌ لِإِمْكَانِ الإِحْرَامِ بالحجّ جِئِن حَضَرَ المِيقَاتِ .

قال الإمام: فإن لم يلزمه الدّم، ففوات هذا الشرط لا يؤثر إلا في فوات فَضِيلَةِ التمتع على قولنا: أنه أفضل من الإفراد، وإن ألزمناه الدّم فله أثران، هذا أحدهما:

**والثاني:** أن المتمتع لا يجب عليه العود إلى الميقات، وإذا عاد وأحرم منه سقط عنه الدَّمُ بِلا خِلافٍ، والمسيء يلزمه العَوْدُ ففي سقوط الدم عنه خلاف، وأيضاً فإن الدَّمين يتفاوتان في البدل.

**السادس:** في اشتراط نية التمتع وجهان:

**أصحهما:** لا يشترط كما لا تشترط نية القران، وهذا لأن الدَّم مَنُوطٌ بِرِخْمَةِ الحَجِّ، وَرِنِحِ أَحَدِ السَّفَرَيْنِ، وذلك لا يختلف بالنية وعدمها.

**والثاني:** يشترط لأنه جمع بين عبادتين في وقت إحداهما، فأشبهه الجمع بين الصَّلَاتَيْنِ، لكن الفرق ظاهر، فإن أشهر الحَجِّ كما هي وقت الحَجِّ فهي وقت العمرة بخلاف وقت الصلاة، فإن قلنا باشتراطها ففي وقتها ثلاثة أوجه مأخوذة من الخِلاف في وقت نية الجَمْعِ بَيْنَ الصَّلَاتَيْنِ:

**أحدها:** أن وقتها حالة الإحرام بالعمرة.

**والثاني:** ما لم يفرغ من العمرة.

**والثالث:** ما لم يشرع في الحَجِّ.

قال الإمام - رحمه الله - واعتبار ما نحن فيه بنية الجمع بين الصَّلَاتَيْنِ في نِهَايَةِ الضَّعْفِ، لكن لو قيل: إنما يلزم الدَّم إذا كان على قَصْدِ الحَجِّ عند الانتهاء إلى الميقات وأتى بالعمرة فإنه قَدِمَ أدنى النسكين من أطول الميقاتَيْنِ، أما إذا لم يكن على قصد الحَجِّ أو كان على قَصْدِ الاقتصار على العمرة ثم اتفق الحَجِّ فلا دم عليه قياساً على من جاوز الميقات، لا على قصد التمسك، لكان هذا قريباً من مأخذ المناسك، - والله أعلم - . فهذا شَرْحُ الشُّرُوطِ المذكورة في الكتاب وورائها شرطان:

**أحدهما:** أن يحرم بالعمرة مِنَ الميقاتِ، فلو جاوزه مريداً للنسك ثم أحرم بها فالمنقول عن نصح أنه ليس عليه دَمٌ التَّمَتُّعِ، ولكن يلزمه دَمُ الإِسَاءَةِ، وقد أخذ بإطلاقه آخذون، وقال الأكثرون: هذا إذا كان الباقي بينه وبين مكة دون مسافة القصر فإن بقيت مسافة القصر، فعليه الدَّمَانِ مَعاً.

**والثاني:** حكى ابنُ خَيْرَانَ اشتراط وقوع النسكين في شهر واحد، وأباه عامة الأصحاب.

واعلم أن الشروط المذكورة معتبرة في لزوم الدَّم لا محالة على ما فيها من الوفاق والخلاف، وهل هي معتبرة في نفس التمتع؟

منهم: من يطلق اعتبارها بعينها، حتى إذا انخرم شَرَطُ مِنِ كانت الصورة صورة الأفراد، وعلى هذا قال في مَوَاضِعِ مِنَ الفُضْلِ: لم يكن متمتعاً، وهو ظاهر قوله في



أوله: (وله ستة شروط) ومنهم من لا يعتبرها في نفس التمتع وهذا أشهر، ولذلك رسموا صِحَّةَ التمتع من المَكِّي مسألة خلافية، فقالوا: يَصِحُّ عِنْدَنَا التمتع والقران من المَكِّي، وبه قال مالك - رحمه الله - .

وعند أبي حنيفة - رحمه الله - لا يَصِحُّ منه قران ولا تمتع، وإذا أحرم بهما ارتفضت عمرته، وإن أحرم بالحجَّ بعدما أتى بِشَوَاطِئِ من الطواف للعمرة ارتفض حَجَّه في قول أبي حنيفة، وعمرته في قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله -، وإن أحرم به بعدما أتى بأكثر الطواف مضى فيهما وأراق دمًا.

قال الغزالي: وَإِذَا وُجِدَتِ الشَّرَائِطُ فَمَكَّةُ مِيقَاتِ الْمُتَمَتِّعِ كَمَا أَنَّهَا مِيقَاتُ الْمَكِّيِّ، فَلَوْ جَاوَزَهَا فِي الْإِحْرَامِ لَزِمَهُ دَمُ الْإِسَاءَةِ مَعَ عَدَمِ التَّمَتُّعِ.

قال الرافعي: إذا أعتمر ولم يرد العود إلى الميقات فعليه أن يحرم من مَكَّةَ «أَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ أَصْحَابَهُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أَنْ يُحْرَمُوا مِنْ مَكَّةَ، وَكَانُوا مُتَمَتِّعِينَ»<sup>(١)</sup> وهي في حَقِّه كهي في حق المَكِّي، والكلام في الموضع الذي هو أولى لإحرامه، وفيما إذا خالف وأحرم خَارِجَ مَكَّةَ، إما في حد الحرم أو بعد مجاوزته إذ لم يعد إلى الميقات ولا إلى مساقته على ما ذكرنا في المكي، وإذا اقتضى الحال وجوب دم الإساءة لزم مضموماً إلى دَمِ التَّمَتُّعِ. واعترض صَاحِبُ الشَّامِلِ عليه فقال: دم التَّمَتُّعِ لا يجب إلا لِتَرْكِ الْمِيقَاتِ، فكيف يجب لذلك دم آخر.

أجابوا عنه: بأنا لا نسلم أنه يَجِبُ لِهَذَا القدر بل يجب لربح أحد الميقاتين، وزحمة الحجَّ بالعمرة على مَا مَرَّ، ويدل على تغاير سببهما تغايرهما في كيفية البَدَلِ، وبتقدير أن لا يجب دم التمتع إلا لِتَرْكِ الْمِيقَاتِ فإنما يَجِبُ ذلك لتركة الإحرام من ميقات بلده، وهذا الدم إنما يجب لتركة الإحرام مما صار ميقاتاً له ثانياً وهو مَكَّةَ.

وقوله في الكتاب: (فلو جاوزها في الإحرام لزمه دم الإساءة) مطلق لكن المراد منه ما إذا لم يعد إلى الميقات، ولا إلى مساقته على ما تبين من قبل، ووجوب دم التمتع والحالة هذه يبين أن الشرط في التمتع أن لا يعود إلى الميقات لإِحْرَامِ الْحَجِّ، لا أن يحرم من مَكَّةَ ومن قال الشرط أن يحرم من مَكَّةَ فهو غلط في العبارة.

قال الغزالي: وَإِنَّمَا يَجِبُ دَمُ التَّمَتُّعِ بِإِحْرَامِ الْحَجِّ، وَهَلْ يَجُوزُ تَقْدِيمُهُ بَعْدَ الْعُمْرَةِ

(١) قال الحافظ في التلخيص (١/٢٣٤): لم أجده هكذا، وفي الصحيحين عن جابر في حديث في أوله: حججنا مع النبي ﷺ الحديث - وفيه: وأقيموا حلالاً حتى إذا كان يوم التروية فأهلوا بالحج... .

عَلَى الْحَجِّ؟ فِيهِ قَوْلَانِ لِلتَّرَدُّدِ فِي تَشْبِيهِ الْعُمْرَةِ بِالْيَمِينِ مَعَ الْحَنْثِ فَإِنَّهُ أَحَدُ السَّبْعِينَ.

قال الرافعي: لما فرغ من القول في تصوير التمتع والشرائط المرعية فيه، أراد أن يتكلم في وقت وجوب الدم، وفي بدله وما يتعلق بهما، والتمتع يلزمه دم شاة إذا وجب، وبه فسر قوله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ﴾<sup>(١)</sup>.

وصفته صفة شاة الأضحية، ويقوم مقامه السُّحُ من البدنة والبقرة، ووقت وجوبه الإحرام بالحج، وبه قال أبو حنيفة - رحمه الله -؛ لأنه حينئذ يصير متمتعاً بالعمرة إلى الحج. وعن مالك - رضي الله عنه -: أنه لا يجب حتى يرمي جمرَةَ الْعَقَبَةِ فَيَتِمَّ الْحَجَّ، وإذا وجبَ جاز إراقتَه، ولم يتأقت بوقت كسائر دمَاءِ الجبرانات إلا أن الأفضل إراقتَه يوم النحر.

وقال مالك وأبو حنيفة وأحمد - رحمهم الله -: لا يجوز إراقتَه إلا يَوْمَ النَّحْرِ، وهل يجوز إراقتَه قَبْلَ الْإِحْرَامِ وبعد التَّحَلُّلِ مِنَ الْعُمْرَةِ؟ فيه قولان، وقيل: وجهان:

أحدهما: لا يجوز، كما لا يجوز الصُّومُ في هذه الحالة، وهذا لأن الهدى يتعلق به عمل البدن، وهي تفرقة اللُّحْمِ، والعبادات البدنية لا تقدم على وقت وجوبها.

وأصحها: الجواز؛ لأنه حَقٌّ مَالِيٌّ تعلق بسببين وهما: الفراغ من العمرة والشروع في الحج، فإذا وجد أحدهما جاز إِخْرَاجُهُ كَالزُّكَاةِ وَالْكَفَّارَةِ.

وقوله: (للتردد في تشبيه العمرة باليمين مع الحنث بها أحد السبعين).

معناه: أن أحد القولين مَوْجَّهٌ بِتَشْبِيهِ الْفَرَاغِ مِنَ الْعُمْرَةِ، وَالشُّرُوعِ فِي الْحَجِّ بِالْيَمِينِ مع الحنث، ومن نصر القول الثاني ينازع في هذا التشبيه، ويقول: الكفارة متعلقة باليمين منسوبة إليها، والدم ليس متعلقاً بالعمرة وإنما هو متعلق بالتمتع من العُسْرَةِ إِلَى الْحَجِّ، وهو خَصْلَةٌ واحدة، فإن فرعنا على جَوَازِ التَّقَدُّمِ عَلَى الْإِحْرَامِ بِالْحَجِّ، فهل يجوز التقديم على التَّحَلُّلِ مِنَ الْعُمْرَةِ؟ فيه وجهان:

أصحهما: المنع؛ لأن العمرة أحد السبعين فلا بد من تمامه كما لا بد من تمام النَّصَابِ فِي تَعَجِيلِ الزُّكَاةِ، ومنهم من قطع بهذا ونفى الخلاف، ولا خلاف في أنه لا يجوز التقديم على الشُّرُوعِ فِي الْعُمْرَةِ.

قال الغزالي: وَأَمَّا الْمُغْفِرُ فَعَلَيْهِ صِيَامُ عَشْرَةِ أَيَّامٍ، ثَلَاثَةٌ فِي الْحَجِّ بَعْدَ الْإِحْرَامِ وَقَبْلَ يَوْمِ النَّحْرِ، وَلَا تُقَدَّمُ (ح) عَلَى الْحَجِّ لِأَنَّهَا عِبَادَةٌ بَدَنِيَّةٌ، وَلَا يَجُوزُ فِي أَيَّامِ الشُّرْبِ

(١) سورة البقرة، الآية ١٩٦.

عَلَى الْجَدِيدِ، وَإِذَا تَأَخَّرَ عَنْ أَيَّامِ التَّشْرِيقِ صَارَ فَائِتًا وَلَزِمَ الْقَضَاءُ (ح)، وَأَمَّا السَّبْعَةُ فَأَوْلُ وَفَتْهَا بِالرُّجُوعِ إِلَى الْوَطَنِ، وَهَلْ يَجُوزُ فِي الطَّرِيقِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَقِيلَ: الْمَرَادُ بِهِ الرُّجُوعُ إِلَى مَكَّةَ، وَقِيلَ: الْفَرَاغُ عَنِ الْحَجِّ.

قال الرافعي: قوله: (وأما المعسر): ربما يوهم أن الصَّوْمَ إنما يعدل إليه المتمتع إذا لم يملك الهدي ولا ما يشتره به، وليس كذلك، بل له العدول إلى الصَّوْمِ وإن قدر على الهدي في بلده إذا عجز عنه في موضعه، لأن في بدله وهو الصوم تأقيتاً بكونه في الحج، فلا نظر إلى غير موضعه بخلاف الكفارات فإنه يعتبر فيها العدم المطلق إذ لا تأقيت فيها. إذا عرفت ذلك فإن المتمتع العادم للهدي يلزمه صَوْمُ عَشْرَةِ أَيَّامٍ بِنَصِّ الْقُرْآنِ، ويجعلها قسمين: ثلاثة وسبعاً.

أما الثلاثة فيصلومها في الحج، ولا يجوز تقديمها على الإحرام بالحج؛ خلافاً لأبي حنيفة، حيث قال: يجوز بعد الإحرام بالعمرة، ولأحمد حيث قال: في رواية بقول أبي حنيفة، وقال في رواية: يجوز بعد التحلل من العمرة.

لنا أن الصَّوْمَ عِبَادَةٌ بَدْنِيَّةٌ فَلَا تَقْدَمُ عَلَى وَفِيهَا كَالصَّلَاةِ وَسَائِرِ الْعِبَادَاتِ الْوَاجِبَةِ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَصُومَ شَيْئاً مِنْهَا فِي يَوْمِ النَّخْرِ، وَفِي جَوَازِ إِيقَاعِهَا فِي أَيَّامِ التَّشْرِيقِ قَوْلَانِ قَدَمْنَا ذَكَرَهُمَا فِي كِتَابِ الصَّوْمِ، وَالْمُسْتَحَبُّ أَنْ يَصُومَ الْأَيَّامَ الثَّلَاثَةَ قَبْلَ يَوْمِ عَرَفَةَ، فَإِنَّ الْأَحَبَّ لِلْحَاجِّ يَوْمَ عَرَفَةَ أَنْ يَكُونَ مَفْطِراً عَلَى مَا مَرَّ، وَإِنَّمَا يُمْكِنُ ذَلِكَ إِذَا تَقَدَّمَ إِحْرَامُهُ بِالْحَجِّ، بِحَيْثُ يَقَعُ بَيْنَ إِحْرَامِهِ وَيَوْمِ عَرَفَةَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، قَالَ الْأَصْحَابُ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - وَهَذَا هُوَ الْمُسْتَحَبُّ لِلْمَتَمَتِّعِ الَّذِي هُوَ مِنْ أَهْلِ الصَّوْمِ يَحْرَمُ قَبْلَ الْيَوْمِ السَّادِسِ مِنْ ذِي الْحِجَّةِ، لِيَصُومَ الثَّلَاثَةَ وَيَفْطُرَ يَوْمَ عَرَفَةَ، وَنَقَلَ الْحَنَاطِيُّ عَنْ شُرْحِ أَبِي إِسْحَاقَ وَجْهًا أَنَّهُ إِذَا لَمْ يُوْمَلْ هَدْيًا يَجِبُ عَلَيْهِ تَقْدِيمُ الْإِحْرَامِ، بِحَيْثُ يُمْكِنُ صَوْمُ الْأَيَّامِ الثَّلَاثَةَ قَبْلَ النَّخْرِ، وَأَمَّا الْوَاجِدُ لِلْهَدْيِ فَالْمُسْتَحَبُّ لَهُ أَنْ يَصُومَ يَوْمَ التَّرْوِيَةِ بَعْدَ الزَّوَالِ مَتَوَجِّهًا إِلَى مِثْيَ؛ لَمَا رَوَى عَنْ جَابِرٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: إِذَا تَوَجَّهْتُمْ إِلَى مِثْيَ فَأَهْلُوا بِالْحَجِّ»<sup>(١)</sup>.

فإذا فاته صَوْمُ الْأَيَّامِ الثَّلَاثَةِ فِي الْحَجِّ لَزِمَهُ الْقَضَاءُ خِلَافاً لِأَبِي حَنِيفَةَ حَيْثُ قَالَ: «يَسْقُطُ الصَّوْمُ وَيَسْتَقِرُّ الْهَدْيُ عَلَيْهِ» وَعَنْ ابْنِ سُرَيْجٍ وَأَبِي إِسْحَاقَ - رَحِمَهُمَا اللَّهُ - تَخْرِيجِ قَوْلِ مِثْلِهِ، وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ؛ لِأَنَّهُ صَوْمٌ وَاجِبٌ فَلَا يَسْقُطُ لِفَوَاتِ وَفِيهِ كَصَوْمِ رَمَضَانَ، وَإِذَا قَضَاهَا لَمْ يَلْزِمَهُ دَمٌ خِلَافاً لِأَحْمَدَ - رَحِمَهُ اللَّهُ -.

وأما السبعة فهي مقيدة بالرجوع، قال الله تعالى: ﴿وَسَبْعَةَ إِذَا رَجَعْتُمْ﴾<sup>(١)</sup> وما المراد من الرجوع؟ فيه قولان:

أصحهما: وهو نصه في «المختصر» وحرملة؛ أن المراد منه الرجوع إلى الأهل والوطن؛ لما روي أنه ﷺ قال للمتبعين: «مَنْ كَانَ مَعَهُ هَدْيٌ فَلْيُهْدِ وَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَلْيُضْمِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ وَسَبْعَةَ إِذَا رَجَعَ إِلَى أَهْلِهِ»<sup>(٢)</sup>.

وعن ابن عباس - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «ثَلَاثَةٌ فِي أَيَّامِ الْحَجِّ وَسَبْعَةٌ إِذَا رَجَعْتُمْ إِلَى أَصْوَارِكُمْ»<sup>(٣)</sup>.

والثاني: أن المراد منه الفراغ، وبهذا قال أبو حنيفة وأحمد - رحمهما الله -؛ لأن قوله: «وَسَبْعَةَ إِذَا رَجَعْتُمْ» مسبوق بقوله: «ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ» فينصرف إليه، وكأنه بالفراغ رَجَعَ عَمَّا كَانَ مُقْبِلًا عَلَيْهِ مِنَ الْأَعْمَالِ. فإن قلنا بالأول فلو تَوَطَّنَ مَكَّةَ بعد فَرَاغِهِ مِنَ الْحَجِّ صَامَ بِهَا، وإن لم يتوطنها لَمْ يَجْزِ صَوْمُهُ بِهَا، وهل يجوز في الطريق إذا توجه وطنه روى الصيقلاني وغيره فيه وجهين:

أحدهما: نعم؛ لأن ابتداء السير أول الرجوع.

وأصحهما: لا؛ لأنه تقديم العبادة البدنية على وقفيها، وبهذا قطع أصحابنا العراقيون تفرعاً على القول الأصح، وجعلوا الوجه الأول قولاً برأسه حملاً للرجوع في الآية على الانصراف من مكة، والوجه ما فعلوه، فإننا إذا جَوَزْنَا الصَوْمَ في الطريق فقد تركنا التوقيت بالعود إلى الوطن، وإذا فرعنا على أن المراد الفراغ من الحج والانصراف من مكة فلو أخره حتى يرجع إلى وطنه جاز، وهل هو أفضل أم التقديم أفضل مبادرة إلى العبادة؟ حكى العراقيون فيه قولين:

أصحهما: وبه قال مالك: أن التأخير أفضل تحرزاً عن الخلاف، وسواء قلنا: إن الرجوع هو الرجوع إلى الوطن، أو الفراغ من الحج، فلو أراد أن يوقع بعض الأيام السبعة في أيام التشريق لم يَجْزِ، وإن حكمنا بأنها قابلة للصوم، أما على القول الأول فظاهر، وأما على الثاني فلائنه يُعَدُّ فِي أَشْعَالِ الْحَجِّ وَأَنْ حَصَلَ التَّحَلُّلُ، ونقل بعضهم عن الشافعي - رضي الله عنه - : أن المراد من الرجوع هو الرجوع من منى إلى مكة، والإمام وصاحب الكتاب عدا هذا قولاً وراء قول الرجوع إلى الوطن، وقول الفراغ من الحج، لكن قضية كلام كثير من الأئمة أنه وقول الفراغ من الحج شيء واحد، وأن

(١) سورة البقرة، الآية ١٩٦.

(٢) أخرجه البخاري (١٦٩١) ومسلم (١٢٢٧).

(٣) أخرجه البخاري معلقاً بصيغة الجزم (١٥٧٢) وانظر التلخيص (٢/٢٣٤).

الغرض منه بيان ما ينزل عليه لفظ الرجوع في الآية وهو الأشبه، وتقدير أن يكون قولاً برأسه فعلى ذلك القول لو رجع من منى إلى مكة صَحَّ صومه وإن تأخر طَوَافَهُ للوداع، - والله أعلم -. ولنتكلم فيما يتعلق بلفظ الكتاب على الخصوص سوى ما أدرج في أثناء الكلام. أما قوله: (ثلاثة في الحج بعد الإحرام) أي بالحج وهو مُعَلَّمٌ بالحاء والألف لما قدمنا. وقوله: (وقبل يوم النحر) جواب على الجديد في أنه لا يجوز للمتمتع صَوْمُ أَيَّامِ التَّشْرِيقِ، فيجوز أن يُعَلَّمَ بالواو.

وقوله: (ولا يقدم على الحج) كالمكرر؛ لأن في قوله: (بعد الإحرام) ما يفيد، ولعله إنما أعاده ليعلق به العلة وهي قوله: (لأنها عبادة بدنية).

وقوله: (ولا يجوز في أيام التشريق على الجديد) مكرر، قد ذكره مرة في الصَّوْمِ ثم هو مَرْقُومٌ بالميم والألف لما كتبناه ثُمَّ.

وقوله: (فإذا تأخر عن أيام التشريق صار فائتاً) معناه: أن الفوات حاصِلٌ عند مُضِيِّ أَيَّامِ التَّشْرِيقِ لآ مَحَالَةٍ، فأما أنه بم يحصل إن لم نجعل أيام التشريق قَابِلَةً لِلصَّوْمِ فإنه يحصل بمضي يَوْمِ عَرَفَةَ، وأما إذا جَعَلْنَاهَا غير قابلة فإنه يحصل بمضيها، ويمكن أن يتأخر طواف الزِيَارَةِ عن أَيَّامِ التَّشْرِيقِ إِذْ لَا أَمَدَ لَهُ مِنْ جِهَةِ التَّأخِرِ، فيكون بعد في الحج لبقاء بَعْضِ الأَرْكَانِ عليه، لكن صَوْمُ الثَّلَاثَةِ بعد أيام التشريق لا يكون أداءً وإن بقي الطواف؛ لأن تأخره عن أَيَّامِ التَّشْرِيقِ مما يبعد وَيُنْدَرُ، فلا يقع مراداً من قوله تعالى: «ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ»<sup>(١)</sup>، بل هو مَحْمُولٌ عَلَى الغَالِبِ المُغْتَادِ. هكذا حكاها الإمام وغيره، وفي «التهديب» وجه ضعيف ينازع في ذلك.

وقوله: (بالرجوع إلى الوطن) مُعَلَّمٌ - بالميم والحاء والألف - لما تَقَدَّمَ، وقوله بعد ذلك: (وقيل: قولان) لا وجهان وقد مرَّ مَا فِيهِمَا.

قال الغزالي: ثُمَّ إِذَا فَاتَ الثَّلَاثَةَ قَضَى عَشْرَةَ أَيَّامٍ، وَيَفْرَقُ بَيْنَ الثَّلَاثَةِ وَالسَّبْعَةِ بِمِقْدَارِ مَا يَقَعُ الْفُرْقَةُ فِي الأَدَاءِ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ فِي صِحَّةِ اليَوْمِ الرَّابِعِ عَنْ هَذِهِ الْجِهَةِ قَوْلَانٍ، فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَصِحُّ (و) صَحَّ مَا بَعْدَهُ، وَجَعِلَ اليَوْمِ الرَّابِعُ كَالْإِفْطَارِ الْمُتَخَلِّلِ.

قال الرافعي: إذا لم يضم الثلاثة في الحج حتى فرغ ورجع لزمه صَوْمُ العَشْرَةِ، وقد حكينا خلاف أبي حنيفة وقولاً يوافق فيه، فإذا قلنا: بالمذهب فهل يجب التَّشْرِيقُ فِي القِضَاءِ بَيْنَ الثَّلَاثَةِ وَالسَّبْعَةِ؟ فيه قولان في رواية الحنَّاطِيّ والشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ - رحمهما الله -، ووجهان في رواية غيرهما.

(١) سورة البقرة، الآية ١٩٦.

أحدهما - وبه قال أحمد -: أنه لا يجب؛ لأن التفريق في الأداء يتعلق بالوقت، فلا يبقى حكمه في القضاء كالتفريق في الصلوات المؤداة، وهذا أصح عند الإمام وطائفة.

والثاني - وهو الأصح عند الأكثرين -: أنه يجب التفريق كما في الأداء، ويفارق تفريق الصلوات، فإن ذلك التفريق يتعلق بالوقت، وهذا يتعلق بالفعل وهو الحج والرجوع، فعلى هذا هل يجب التفريق بمثل ما يقع التفريق في الأداء؟ فيه قولان:

أحدهما: لا، بل يكفي التفريق بيوم، لأن المقصود انفصال أحد قسمي الصوم عن الآخر، وهذا حاصل باليوم الواحد، ويحكي هذا عن نصه في «الإملاء». وأصحهما: أنه يجب التفريق في القضاء بمقدار ما يقع به التفريق في الأداء، لتتم محاكاة القضاء للأداء، وفيما يقع به التفريق في الأداء أقوال أربعة تولد من أضلين سبقاً.

أحدهما: أن المتمتع هل له صوم أيام التشريق؟

والثاني: أن الرجوع إلى ماذا؟

فإن قلنا: ليس للمتمتع صوم أيام التشريق وقسرتنا الرجوع بالرجوع إلى الوطن، فالتفريق بأربعة أيام، ومدة إمكان مسيره إلى أهله على العادة الغالبة.

وإن قلنا: ليس له صومها، وقسرتنا الرجوع بالفراغ من الحج، فالتفريق بأربعة أيام لا غير لتمكنه من الابتداء بصوم السبعة كما مضت أيام التشريق.

وإن قلنا: للمتمتع صومها، وقسرتنا الرجوع بالرجوع إلى الوطن فالتفريق لمدة إمكان مسيره إلى أهله.

وإن قلنا: له صومها وقسرتنا الرجوع بالفراغ من الحج فوجهان:

أصحهما: بأنه لا يجب التفريق، لأنه يمكنه في الأداء على هذا أن يصوم أيام التشريق عن الثلاثة ويصل بها صوم السبعة.

والثاني: لا بد من التفريق بيوم، لأن الغالب أن يفطر يوم الرجوع إلى مكة، وأيضاً فإن الثلاثة تنفصل في الأداء عن السبعة بحالتين متغايرتين لوقوع أحدهما في الحج والآخر بعده، فينبغي أن يقيم في القضاء مقام ذلك التفريق بإفطار يوم، - والله أعلم -.

فإن أردت حصر الأقوال التي تجيء فيمن لم يضم الثلاثة في الحج مختصراً.

قلت: فيه ستة أقوال: لا صوم عليه، بل ينتقل إلى الهدي.

عليه صوم عشرة متفرقاً أو متتابعاً.

صَوْمُ عَشْرَةِ شَرْطِ التَّفْرِيقِ بِيَوْمِ فَصَاعِدًا.

بشرط التفريق بأربعة أيام ومدة إمكان المسير إلى الأهل<sup>(١)</sup>.

بشَرْطِ التَّفْرِيقِ بِأَرْبَعَةِ أَيَّامٍ فَحَسَبَ.

بشرط التفريق بمدة إمكان المسير فَحَسَبَ.

ولو صَامَ عَشْرَةَ أَيَّامٍ وَلَاءً، والتفريع على ظاهر المذهب، وهو لزوم القضاء، أجزاءه إن لم تُشَرِّطِ التَّفْرِيقَ، فإن شَرَطْنَا التَّفْرِيقَ وَاكْتَفَيْنَا بِيَوْمٍ لم يعتد باليوم الرابع، ويعتد بما بعده، ويجعل ذلك اليوم كالإفطار إذا لم يَقَعْ عَنْ هَذِهِ الْجِهَةِ، ولهذا لو نوى فيه تطوعاً أو قضاءً يُجْزئُهُ، فعلى هذا يَصُومُ يوماً آخر، وقد خرج عن العهدة وعن صاحب «التقريب» حكاية وجه ضعيف أنه لا يعتد بشيء مما بعد اليوم الرابع.

وحكى الحنَّاطِيُّ عن الإصطخري: وجهاً أضعف من هذا وهو: أنه لا يعتد بالثلاثة أيضاً إذا نَوَى التَّتَابُعَ، وإن شرطنا التفريق بأكثر من يومٍ لم يعتد بذلك القدر، ويقاس ما قبله وما بعده بما ذَكَرْنَا.

وأما لفظ الكتاب فقوله: (قضى عشرة أيام) لا يمكن حمله على القضاء المُقَابِلِ للأداء، فإن العشرة لا تكون قضاءً بهذا المعنى، لكون السبعة مؤداةً فيها، ولكن المراد قضاؤها في عَشْرَةِ أَيَّامٍ، أو المراد صَامَ عَشْرَةَ أَيَّامٍ معبراً بلفظ القضاء على ما يشترك فيه القضاء والأداء، ويجوز أن يُعَلَّمَ بالحاء والواو لما أعلم بهما قوله من قبل: (ولزم القضاء).

وقوله: (ويفرق بين الثلاثة والسبعة بمقدار ما يقع التفرقة في الأداء) لا يمكن من جهة النظم حمله على شرائط التفريق هكذا، وإن كان هو ظاهر المذهب عند عامة الأصحاب؛ لأنه لو كان هذا حكماً باشتراطه لم يصح أن يقول بعده: فإن لم يفعل ففي صحّة اليوم الرابع قولان، وأيضاً فإنه حكم بصحة ما بعد اليوم الرابع إن لم يصح اليوم الرابع، ومن شرط التفريق بذلك المقدار لا يكتفي بيوم، فكأنه أراد به هكذا ينبغي أن يفعل تحرزا عن الخلاف فإن لم يفعل ففيه الخلاف.

وقوله: (فإن لم يفعل ففي صحّة اليوم الرابع عن هذه الجهة قولان).

فيه إضمار معناه: فإن لم يفعل وَوَالِي بَيْنَ الْعَشْرَةِ وَإِلَّا فَلَا يُلْزَمُ مِنْ أَنْ لَا يُفْرَقَ بَيْنَ الثَّلَاثَةِ وَالسَّبْعَةِ بِمِقْدَارٍ مَا يَقَعُ عَلَيْهِ التَّفْرِيقُ فِي الْأَدَاءِ الْمُوَالَاةِ لَجَوَازِ التَّفْرِيقِ بِمِقْدَارٍ بِخِلَافِ ذَلِكَ الْمِقْدَارِ وَحَيْثُ لَا يُلْزَمُ أَنْ يَكُونَ صَائِماً الْيَوْمَ الرَّابِعَ حَتَّى يُقَالَ: هَلْ يَعْتَدُ بِهِ

(١) قال النووي: هذا هو المذهب وصححه في شرح المهذب ينظر «الروضة» (٢/٣٣١).

أم لا؟ ثم لا يخفى أن هذا الخلاف هو الخلاف في أن التفريق هل هو شرط أم لا؟ كما مرّ ثم يتعين اليوم الرابع، والحكم بأنه إن لم يصحّ صح ما بعده ذهاب إلى الاكتفاء في التفريق بيوم واحد، والظاهر خلافه على ما أوضحناه فيجب إعلام قوله: (صح ما بعده) بالواو لذلك، ثم للوجه المنقول عن صاحب التقريب.

فرع: كل واحد من صوم الثلاثة في الحج والسبعة بعده يستحب فيه التتابع ولا يجب<sup>(١)</sup>، وروى صاحب «المعتمد» تخريج قول في كفارة اليمين أنه يجب فيهما التتابع.

قال الغزالي: **وإن وجد الهدى بعد الشروع في الصوم لم يلزمه، ولو وجد قبل الشروع وبعد الإحرام بالحج يبني على أن العبرة في الكفارات بحالة الأداء أو بحالة الوجوب.**

قال الرافعي: إذا شرع في الصوم ثم وجد الهدى استحب له أن يهدي، ولا يلزمه سواء شرع في صوم الثلاثة أو في صوم السبعة، وبه قال مالك، وكذا أحمد - رحمهما الله - في رواية خلافاً للمزني في الحالتين، ولأبي حنيفة - رحمه الله - فيما إذا شرع في صوم الثلاثة، ولو فرغ من صوم الثلاثة وجد الهدى قبل يوم النحر يلزمه الهدى أيضاً عنده، وإن وجد بعده فلا، والخلاف في المسألة شبيه بالخلاف في القدرة على العتق بعد الشروع في صوم الشهرين وفي وجدان الماء بعد الشروع في الصلاة بالتميم.

ولو أحرم بالحج ولا هدي ثم وجده قبل الشروع في الصوم فيبني ذلك على أن الاعتبار في الكفارات بحالة الوجوب أو بحالة الأداء أو يعتبر أغلظ الحالتين، والخلاف فيه يذكر في موضعه - إن شاء الله تعالى - فإن اعتبرنا حالة الوجوب أجزأه الصوم، وإن اعتبرنا حالة الأداء أو أغلظ الحالتين لزمه الهدى، وهو المنقول عن نضه في هذه المسألة<sup>(٢)</sup>.

قال الغزالي: **ولو مات المتمتع قبل الفراغ من الحج سقط عنه الدم على أحد القولين نظراً إلى الآخر، ولو مات بعد الفراغ أخرج من تركته فإن مات مغسراً صام عنه وليه أو فدى كل يوم بمُدٍّ كما في رمضان، وقيل: إنه يزرعها هنا إلى الأضل وهو الدم.**

قال الرافعي: المتمتع الواجد للهدى إذا مات قبل الفراغ من الحج هل يسقط عنه الدم؟ حكى صاحب «النهاية» وغيره فيه قولين:

(١) صرح بهذا صاحب «الشامل» والجمهور. وقال الدارمي: في وجوب التتابع في كل واحد منهما وجهان.

(٢) أصحابهما: الاعتبار بوقت الأداء فيلزمه الهدى.



أحدهما: نعم؛ لأن الكفارة إنما تجب عند تمام التُسكين على سبيل الرقاهية،  
وربح أحد السفرين، وإذا مات قبل الفراغ لم يحصل هذا الغرض.

وأصحها: أنه لا يسقط بل يخرج من تركته؛ لأنه وجب بالإخرام بالحج والتمتع  
بالعمرة إلى الحج، وأنه موجود، ولو مات بعد الفراغ من الحج فلا خلاف في أنه  
يخرج من تركته. وأما الصوم فإن مات قبل التمكن منه: ففيه قولان:

أحدهما: أنه يهدي عنه؛ لأن الصوم قد وجب بالشروع في الحج فلا يسقط من  
غير بدل، وهذا مصور فيما إذا لم يجد الهدي في موضعه وله ببلده مال، وفيما إذا كان  
يُبَاع بِبَمْنِ عَالٍ.

والثاني: أنه يسقط؛ لأنه صوم لم يتمكن من الإتيان به، فأشبهه صوم رمضان،  
وهذا أصح قاله ابن الصباغ، وصاحب «التهذيب» وإن تمكن من الصوم فلم يصم حتى  
مات فهل هو كصوم رمضان؟ فيه طريقتان:

أصحهما: نعم؛ لأنه صوم مفروض فاته بعد القدرة عليه فعلى هذا يصوم عنه وليه  
في القول القديم، وفي الجديد يطعم عنه من تركته لكل يوم مُدًّا، فإن تمكن من جمع  
العشرة فعشرة أمداد، وإلا قبالسقط، وهل يجب صرقه إلى فقراء الحرم أم يجوز صرفه  
إلى غيرهم؟ فيه قولان:

أشبههما: الثاني.

والثاني: أنه لا ينزل منزلة صوم رمضان، وتجعل الفدية من خواص رمضان  
كال كفارة العظمى، وعلى هذا: فقولان:

أصحهما: أن الرجوع إلى الدم، لأنه أقرب إلى هذا الصوم من الأمداد، فيجب  
في قوت ثلاثة أيام إلى العشرة شاة، وفي يوم واحد ثلث شاة، ويومين ثلثا شاة، وعن  
أبي إسحاق إشارة إلى أن اليوم واليومين كإتلاف الشعرة والشعرتين من المحرم، وفيما  
يقابل به الشعرة الواحدة أقوال:

أحدها: مُدٌّ من طعام.

والثاني: دزهم.

والثالث: ثلث شاة.

والثاني: نقله الإمام والمصنف في «الوسيط» عن رواية صاحب التقریب أنه لا  
يجب شيء أصلاً.

فإن قلت: قد عرفت حكم ما إذا تمكن من الصوم وما إذا لم يتمكن فما يتمكن؟

قلنا: أما الثلاثة فالتمكن من صومها بأن يحرم بالحج لزمان يسع صومها قبل الفراغ ولا يكون به مَرَضٌ مانع، وذكر الإمام - رحمه الله - أنه لا يجب شيء في تركه ما لم ينته إلى الوطن؛ لأن دوام السفر كدوام المرض، وصوم الأيام الثلاثة وإن كان ثابتاً على الغرباء فلا يزيد تأكده على تأكد صوم رمضان أداء واستدراكاً، وهذا غير مُتَّضِحٍ لأن صوم الثلاثة بتعين إيقاعه في الحج وإن كانوا غرباء مُسَافِرِينَ بالنَّصِّ، فكيف ينهض السفر عذراً فيه؟ وكيف يُقَاسُ بِصَوْمِ رَمَضَانَ؟ وأما السبعة فإن فَسْرَتَنَا الرجوع بالرجوع إلى الوطن فله التَّأخِيرُ إلى الوُصُولِ إليه، وكأنه لا يمكن قبله وإن فَسْرَتَاهُ بالفراغ من الحجِّ فكذلك، ثم دوام السَّيْرِ عذر على ما ذكره الإمام - رحمه الله -.

وعن القاضي الحُسَيْنِ - رحمه الله - أنا إذا استحَببنا التَّأخِيرَ إلى أن يصل إلى الوطن تفريراً على أن الرجوع هو الفراغ من الحجِّ فهل يفدي عنه إذا مات في الطريق؟ فيه وجهان تخريباً من الوجهين فيما إذا ظَفَرَ بِالْمَسَاكِينِ ولم يدفع الزَّكَاةَ إليهم ليدفعها إلى الإمام فَتَلَفَ الْمَالُ، هل يضمن؟ ولا يخفى بعد ما ذَكَرْتَاهُ أن قوله: (صام عنه وليه أو فدى كل يوم بمد) ليس المراد منه التَّخْيِيرُ، وإنما هو إشارة إلى القولين القديم والجديد المذكورين في صيام رمضان، وأن قوله: (وقيل: إنه يرجع هاهنا إلى الأصل) قول لا وجه، وأن المراد من قوله: (فإن مات معسراً إلى آخره) ما إذا مات بعد التَّمَكُّنِ، وإن كان اللفظ مطلقاً، ويجوز أن يعلم قوله: (صام عنه وليه أو فدى كل يوم بمد) كلاهما بالحاء. أما الأول: فلأن أبا حنيفة - رحمه الله - لا يقول بصوم الولي.

وأما الثاني: فلما قدمنا أنه إذا لم يَصُمْ الثلاثة في الحجِّ سقط الصوم واستقر الهدْيُ، ولفظ الكتاب مطلق، ويجوز أن يُعَلَّمَ الأول بالميم والألف أيضاً.

## البَابُ الثَّانِي

### فِي أَعْمَالِ الْحَجِّ

#### وَفِيهِ أَحَدَ عَشَرَ فَضْلاً

### الْفَضْلُ الْأَوَّلُ

#### فِي الْإِحْرَامِ

قال الغزالي: وَيَتَعَقَّدُ بِمَجْرَدِ النَّيَّةِ (ح) مِنْ غَيْرِ تَلْبِيَةٍ، وَإِنْ أَرَمَ مُطْلَقاً ثُمَّ عَيَّنَ بِحَجِّ أَوْ عُمْرَةٍ أَوْ قِرَانٍ فَلَهُ ذَلِكَ، إِلَّا أَنْ يُحْرِمَ قَبْلَ أَشْهُرِ الْحَجِّ يُعَيَّنَ لِلْحَجِّ أَوْ يَدْخُلَ عَلَيْهِ الْحَجُّ بَعْدَ الْأَشْهُرِ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ (و).

قال الرافعي: فوصل الباب تفصيل ترجمته الجمالية غير الفصل الأخير، فإنه لا اختصاص له بهذا الباب، ولعلَّ غيره أليقُّ به، ومقصودُ الفَصلِ الأولِ الكلام فيما ينعقد به الإحرام، وفي كيفية انعقاده<sup>(١)</sup>، وينبغي للمحرم أن ينوي وَيُلَبِّي، فإن لم يَنْوِ وَلَبَّى فقد حكى عن رواية الربيع أنه يلزمه ما لَبَّى به، وقال في «المختصر»: وإن لم يرد حجاً ولا عمرةً فليس بِشَيْءٍ، واختلف الأَصْحَابُ على طريقتين:

أضعفهما: أن المسألة على قولين:

أصحهما: أن إحرَامَهُ لا ينعقد على ما ذَكَرَهُ في «المختصر» لأن الأعمال بالنيات.

والثاني: أنه يلزمه ما سَمَّى؛ لأنه التزمه بقوله، وعلى هذا لو أطلق التَلْبِيَةَ انعقد له إحرام مطلق يَضْرِفُهُ إلى ما شاء من كلا التُسْكِينِ أو أحدهما.

وأصحهما: القطع بِعَدَمِ الانعقاد وحمل منقول الربيع على ما إذا تلفظ بأحد التُسْكِينِ على التعيين ولم يَنْوِهِ ولكن نوى الإحرام المطلق فيجعل لفظه تفسيراً وتعييناً للإحرام المطلق<sup>(٢)</sup>.

واعرف هنا شيئين:

أحدهما: أن تنزيل لفظ «المختصر» على صورة المسألة يفتقر إلى إضمار؛ لأنه قد لا يريد حجاً ولا عمرة، ولكن يريد نفس الإحرام، فالمعنى حجاً ولا عمرة ولا أضلَّ الإحرام.

والثاني: أن جعل اللفظ المجرد تفسيراً في صورة التأويل، مشكل كجعله إحراماً في الابتداء، والظاهر أنه على تجرده لا يجعل تفسيراً على ما سيأتي، ولو نوى انعقد إحرَامُهُ، وإن لم يَلْبُ، وبه قَالَ مالك وأحمد - رحمهما الله - لأنه عبادة ليس في آخرها ولا في أثنائها نُطْقٌ وَاجِبٌ، فكذلك في ابتدائها كالطهارة والصوم، وعن أبي عَلِيٍّ بْنِ خَيْرَانَ وَابْنِ أَبِي هُرَيْرَةَ وَأَبِي عَبْدِ اللَّهِ الزُّبَيْرِيِّ - رحمهم الله - أن التلبية شرط لانعقاد الأحرام لإطباق النَّاسِ على الاعتناء به عِنْدَ الإحرام، وبه قال أبو حنيفة إلا أن عنده

(١) الإحرام يطلق على نية الدخول في الحج أو العمرة أو فيهما أو فيما يصلح لهما أو أحدهما وهو النسك. ومن الإحرام بهذا التفسير قول المصنف: أركان الحج خمسة: الإحرام ويحصل الدخول في ذلك بالنية، وسمي بذلك إما لاقتضائه دخول الحرم من قولهم: أحرم إذا دخل الحرم كأنجد إذا دخل نجداً، أو لاقتضائه تحريم الأنواع الآتية وما ذكرناه في تفسير الإحرام بالدخول في النسك قد قاله الأزهرى، ونقله عنه النووي في «نكت التنبيه»، واقتصر عليه.

(٢) قال النووي: هذا القول ضعيف جداً، والتأويل المذكور، أضعف منه؛ لأننا سنذكر قريباً - إن شاء الله تعالى - أن الإحرام المطلق، لا يصح صرفه إلا بنية القلب. ينظر الروضة (٢/٣٣٤).

سَوَّقَ الْهَدْيَ وَتَقْلِيدَهُ وَالتَّوَجُّهَ مَعَهُ يَقُومُ مَقَامَ التَّلْبِيَةِ، وَحَكَى الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ وَغَيْرُهُ قَوْلًا لِلشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - مِثْلَ مَذْهَبِهِ وَحَكَى الْحَنَاطِيَّ هَذَا الْقَوْلَ فِي الْوَجُوبِ دُونَ الْأَشْرَاطِ، وَذَكَرَ تَفْرِيحًا عَلَيْهِ أَنَّهُ لَوْ تَرَكَ التَّلْبِيَةَ لَزِمَهُ دَمٌ، وَإِذَا عَرَفْتَ أَنَّ التَّلْبِيَةَ هِيَ الْمُعْتَبَرَةُ دُونَ التَّلْبِيَةِ، فَيَتَرْتَبُ عَلَيْهِ أَنَّهُ لَوْ لَبَّى بِالْعُمْرَةِ وَتَوَى الْحَجَّ فَهُوَ حَاجٌّ، وَلَوْ كَانَ بِالْعَكْسِ فَهُوَ مُعْتَمِرٌ وَلَوْ تَلَفَظَ بِأَحَدِهِمَا وَنَوَى الْقُرْآنَ فَقَارِنَ، وَلَوْ تَلَفَظَ بِالْقُرْآنِ وَنَوَى أَحَدَهُمَا فَهُوَ مُحْرَمٌ بِمَا نَوَى وَأَعْلَمُ أَنَّ الْإِحْرَامَ تَارَةً يَنْعَقِدُ مَعِينًا بِأَنَّ يَنْوِي أَحَدَ التُّسْكِينِ عَلَى التَّعْيِينِ أَوْ كِلَيْهِمَا، وَلَوْ أَحْرَمَ بِحَجَّتَيْنِ أَوْ بِعَمْرَتَيْنِ لَمْ يَلْزِمَهُ إِلَّا وَاحِدَةً، خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللَّهُ - حَيْثُ قَالَ: يَلْزِمَانَهُ فَيَسْتَعْمَلُ بِوَاحِدَةٍ، وَتَكُونُ الْأُخْرَى فِي ذِمَّتِهِ، وَتَارَةً يَنْعَقِدُ مُطْلَقًا بِأَنَّ يَنْوِي نَفْسَ الْإِحْرَامِ وَلَا يَقْصِدُ الْقُرْآنَ، وَلَا أَحَدَ النَّسْكِينِ فَهُوَ جَائِزٌ، لَمَّا رَوَى «أَنَّهُ ﷺ أَحْرَمَ مُطْلَقًا وَانْتَهَرَ الْوَحْيَ»<sup>(١)</sup> وَيَفَارِقُ الصَّلَاةَ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ الْإِحْرَامَ بِهَا وَالتَّعْيِينِ بَعْدَ؛ لِأَنَّ التَّعْيِينَ لَيْسَ بِشَرْطٍ فِي انْعِقَادِ الْحَجِّ، وَلِهَذَا لَوْ أَحْرَمَ الضَّرُورَةُ عَنْ غَيْرِهِ انْصَرَفَ إِلَيْهِ وَلَوْ أَحْرَمَ بِالنَّفْلِ قَبْلَ الْفَرْضِ انْصَرَفَ إِلَى الْفَرْضِ، وَإِذَا أَحْرَمَ مُطْلَقًا فَيَنْظُرُ إِنْ أَحْرَمَ فِي أَشْهُرٍ فَلَهُ أَنْ يَصْرِفَهُ إِلَى مَا شَاءَ مِنَ الْحَجِّ وَالْعُمْرَةِ وَالْقُرْآنِ، وَالتَّعْيِينِ بِالتَّلْبِيَةِ لَا بِاللَّفْظِ، وَلَا يَجْزِي الْعَمَلُ قَبْلَ التَّعْيِينِ، ذَكَرَهُ الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ وَغَيْرُهُ، وَإِنْ أَحْرَمَ قَبْلَ الْأَشْهُرِ، فَإِنْ صَرَفَهُ إِلَى الْعُمْرَةِ صَحَّ، وَإِنْ صَرَفَهُ إِلَى الْحَجِّ بَعْدَ دُخُولِ الْأَشْهُرِ هَلْ يَجُوزُ؟ بَنَاهُ الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ عَلَى مَسْأَلَةٍ أُخْرَى وَهِيَ مَا لَوْ أَحْرَمَ بِالْعُمْرَةِ قَبْلَ أَشْهُرِ الْحَجِّ ثُمَّ أَرَادَ إِذْخَالَ الْحَجَّ عَلَيْهَا فِي الْأَشْهُرِ لِيَكُونَ قَارِنًا، وَفِي جَوَازِهِ وَجْهَانِ:

أحدهما: يجوز؛ لأنه إنما يصير داخلًا في الحج من وقت إحرامه به، ووقت إحرامه به صالح للحج.

والثاني: لا يجوز لأن ابتداء إحرامه وقع قبل الأشهر، والقارن في حكم ملبس بإحرام واحد، ألا ترى أنه لو ارتكب محظوراً لم يلزمه إلا فدية واحدة، فلو انعقد الحج وابتداء الإحرام سابق على الأشهر لانعقد الإحرام بالحج قبل الأشهر.

فإن قلنا بالوجه الأول فإذا أحرم مطلقاً ثم دخلت الأشهر فله أن يجعله حجاً وأن يجعله قراناً ويحكي هذا عن الحصري.

وإن قلنا: بالثاني حكمنا بانعقاد الإحرام المطلق عمرة، لأنه لا يحتمل أن ينصرف إلى غيرها، وعلى الأول ينعقد على الإبهام، ثم لو صرّفه إلى الحج قبل دخو الأشهر كان كما لو أحرم بالحج قبل الأشهر، وقد مضى الكلام فيه.

واعلم أن الصورتين معاً المبنية والمبني عليها مذكورتان في الكتاب.

وقوله (إلا أن يحرم قبل أشهر الحج ثم يعين للحج) أراد به ما إذا أحرم مطلقاً قبل الأشهر ثم صرفه إلى الحج في الأشهر.

وقوله: (أو يدخل عليه الحج بعد الأشهر) أراد به ما إذا أحرم بالعمرة في غير الأشهر، ثم أدخل الحج عليها في الأشهر، وإن لم يكن في اللفظ إنباء عنه، وقد أجاب فيهما جميعاً بالمنع وهو ظاهر المذهب في الصورة الأولى.

وأما في الثانية وهي صورة الإدخال فكانه تابع فيه الشيخ أبا علي: فإنه اختاره وحكاه عن عامة الأصحاب، لكن القفال اختار الجواز وبه أجاب صاحب «الشامل» وغيره ثم فيما ذكره من جهة اللفظ استدراك، فإنه استثنى صورتين مما إذا أحرم مطلقاً والصورة الثانية غير داخلية فيه حتى تستثنى، وما الأفضل من إطلاق الإحرام وتعيينه؟ فيه قولان: قال في «الإملاء»: الإطلاق أفضل، لما روي أنه ﷺ «أحرم مطلقاً»<sup>(١)</sup> وأيضاً فقد يعرض ما يمنعه من أحد النسكين، فإذا أطلق أمكن صرفه إلى الآخر.

وقال في «الأم» وهو الأصح: التعيين أفضل، وبه قال أبو حنيفة: - رضي الله عنه - لأنه أقرب إلى الإخلاص، وقد روى عن جابر - رحمه الله - قال: «قَدِمْنَا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَنَحْنُ نَقُولُ لَبَيْكَ بِالْحَجِّ»<sup>(٢)</sup> وعلى هذا فهل يستحب التلفظ بما عينه؟ فيه وجهان:

أصحهما: وهو المنصوص: لا بل يقتصر على النية؛ لأن إخفاء العبادة أفضل.

والثاني: وبه قال أبو حنيفة: نعم لخبر جابر - رضي الله عنه -، ولأنه يكون أبعد عن النسيان - والله أعلم -.

قال الغزالي: وَلَوْ أَهَلَ عَمْرُو بِإِفْلَالٍ كِإِفْلَالٍ زَيْدٍ صَحَّ، فَإِنْ كَانَ إِحْرَامٌ زَيْدٍ مُفْضَلاً أَوْ مُطْلَقاً كَانَ إِحْرَامٌ عَمْرُو كَذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ زَيْدٌ أَطْلَقَ أَوْلاً ثُمَّ فَضَلَهُ قَبْلَ إِحْرَامِ عَمْرُو نُزِلَ إِحْرَامٌ عَمْرُو عَلَى الْمُطْلَقِ نَظْراً إِلَى الْأَوَّلِ أَوْ عَلَى الْمُفْضَلِ نَظْراً إِلَى الْآخِرِ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ زَيْدٌ مُحْرَماً بَقِيَ إِحْرَامُهُ مُطْلَقاً إِلَّا إِذَا عُرِفَ أَنَّهُ غَيْرُ مُحْرِمٍ، فَإِنْ عُرِفَ مَوْتُهُ أَوْ تَعَقُّدَ لِعَمْرُو إِحْرَامٌ مُطْلَقاً عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ وَتَلَمَّتِ الْإِضَافَةُ فَإِنَّهُ نَصٌّ فِي «الأم» أَنَّهُ لَوْ أَحْرَمَ عَنِ مُسْتَأْجِرَيْنِ تَعَارَضْنَا وَأَتَعَقَّدَ عَنِ الْأَجِيرِ، وَكَذَا لَوْ أَحْرَمَ عَنِ نَفْسِهِ وَعَنِ الْمُسْتَأْجِرِ تَسَاقَطَتِ الْإِضَافَتَانِ وَبَقِيَ الْإِحْرَامُ عَنِ الْأَجِيرِ.

قال الرافعي: إذا أهل عمرو بما أهل به زيد جاز لما روي «أَنْ عَلِيًّا وَأَبَا مُوسَى -

رضي الله عنهما - قَدِمَا مِنَ الْيَمَنِ مُهْلِينَ بِمَا أَهَلَ بِهِ النَّبِيُّ ﷺ فَلَمْ يُنَكِرْ عَلَيْهِمَا»<sup>(١)</sup> ثم فيه ثلاث مسائل لأن زيدا إما أن يكون محرماً، أو لا يكون، وإن كان محرماً فإما أن يمكن الوقوف على ما أحرم به أو لا يمكن، والفضلُ مشتمل على مسألتين من الثلاث.

أحدهما: أن يكون زيد محرماً ويمكن الوقوف على ما أحرم به، فينعقد لعمرو مثل إحرامه، وإن كان محرماً بحج فعمرو أيضاً حاج، وإن كان معتمراً فمعتمر، وإن كان قارناً فقارن، وإن كان إحرامه مطلقاً انعقد لعمرو إحراماً مطلقاً أيضاً، ويتخير كما يتخير زيد، ولا يلزمه صرفُ إحرامه إلى ما يصرف إليه زيد، وفي «المعتمد» نقل وجه أنه يلزمه، والمشهور الأول، قال في «التهذيب»: إلا إذا أراد إحراماً كإحرام زيد بعد تعيينه. وإن كان إحرام زيد فاسداً فإحرام عمرو ينعقد مطلقاً. أو لا ينعقد أصلاً؟ عن القاضي أبي الطيب، حكاية وجهين فيه<sup>(٢)</sup>.

ولو أن زيدا كان قد أبهم إحرامه أولاً ثم فصله قبل إحرام عمرو ففيه وجهان:

أشبههما: أن إحرامه ينعقد مبهماً نظراً إلى أول إحرام زيد.

والثاني: ينعقد مفضلاً نظراً إلى آخره، والوجهان جاريان فيما لو كان زيد قد أحرم بعمرة ثم أدخل عليها الحج فعلى الأول لا يلزمه إلا العمرة، وعلى الثاني يكون قارناً. وموضع الوجهين ما إذا لم يخطر له التشبيه بأخر إحرام زيد في الحال، وإلا فالاعتبار بالأول بلا خلاف، وما إذا لم يخطر له التشبيه بابتداء إحرامه، وإلا فالاعتبار بالأول بلا خلاف، ولو أخبره زيد عما أحرم به ووقع في نفسه خلافه فيعمل بما أخبره عنه، أو بما وقع في نفسه. فيه وجهان:

وإذا أخبره عن إحرامه بالعمرة وجرى على قوله ثم بان أنه كان محرماً بالحج، فقد بان أن إحرام عمرو كان منعقداً بالحج، فإن فات الوقت تحلل من إحرامه للفوات وأراق دماً، وهو في ماله أو مال زيد للتغريب؟ فيه وجهان أورد المسألتين صاحب «المعتمد» وغيره.

الثانية: أن لا يكون محرماً أصلاً فينظر إن كان عمرو جاهلاً به انعقد إحرامه

(١) أخرجه البخاري (١٥٥٨) ومسلم (٢١٢٠) من حديث أنس - رضي الله عنه - . وحديث أبي موسى - رضي الله عنه - أخرجه البخاري (١٥٥٩، ١٥٦٥، ١٧٢٤، ١٧٩٥، ٤٣٤٦، ٤٣٩٧) ومسلم (١٢٢١).

(٢) قال النووي: الأصح انعقاده. قال القاضي أبو الطيب: وهذان الوجهان كالوجهين فيمن نذر صلاة فاسدة، هل ينعقد نذره بصلاة صحيحة، أم لا ينعقد؟ والأصح لا ينعقد. ينظر الروضة (٢/٣٣٦).

مطلقاً؛ لأنه جزم بالإحرام، وجعل له كيفية خاصة فيبقى أصل الإحرام وإن بطلت تلك الكيفية، وإن كان عالماً بأنه غير محرم فوجهان:

أحدهما: أنه لا ينعقد إحرامه أصلاً كما إذا قال: إن كان فلان محرماً فقد أحرمت فلم يكن محرماً.

وأصحهما: ولم يذكر الجمهور غيره: أنه ينعقد إحرامه مطلقاً؛ لما ذكرنا في صُورَةِ الْجَهْلِ، ويخالف ما إذا قال إن كان محرماً قد أحرمت، فإن هناك علق أصل إحرامه بإحرامه فلا جرم إن كان محرماً فهو محرم، وإلا فلا وهاهنا الأصل مجزوم به.

واستشهد في الكتاب لهذا الوجه بصورتين نصَّ عليها في «الأم»:

أحدهما: لو استأجره رجلان ليحج عنهما فأحرم عنهما لم ينعقد الإحرام عن واحد منهما، لأن الجمع غير ممكن، وليس أحدهما أولى بصرف الإحرام إليه، فلغت الإضافتان ووقع الحج عن الأجير، والتصوير في الإجارة على الذمة بين، وقد تصور في إجارة العين أيضاً وإن كانت إحدى الإجارتين فاسدة؛ لأن الإحرام عن الغير لا يتوقف على صحة الإجارة.

والثانية: لو استأجره رجل ليحج عنه، فأحرم عن نفسه وعن المستأجر، لغت الإضافتان وتساقطتا وبقي الأحرام عن الأجير، فلما لغت الإضافة في صورتين وبقي أصل الإحرام جاز أن يلغوا هنا التشبيه في الكيفية، ويبقى أصل الإحرام. ويحوز أن يعلم قول في الكتاب: (وانعقد عن الأجير) بالحاء، لأن عند أبي حنيفة، إن كان المستأجران أبوي الأجير وأحرم عنهما، أو أحرم عنهما من غير إجارة انعقد الإحرام عن أحدهما، وله صرفه إلى أيهما شاء، وعنه في المستأجرين لأجنبيين روايتان:

أظهرهما: مثل مذهبا.

وقوله: (بأن عرف موته) إشارة به إلى ما ذكره الإمام من أن العلم بأنه غير محرم لا يكاد يتحقق، فإن الاعتبار بالنية ولا يطلع عليها غير الله تعالى، وإنما يظهر التصوير إذا شبه إحرامه بإحرام زيد وهو يعرف أنه ميت.

والعم أن المسألتين والثالثة التي سنذكرها مفروضات فيما إذا أحرم في الحال بإحرام كإحرام الغير، أما لو علق بإحرامه في المستقبل فقال: إذا أحرم فأنا مُحْرَمٌ لَمْ يَصِحْ كما إذا قال: إذا جاء رأس الشهر فأنا مُحْرَمٌ لا يصير محرماً بمجيئه؛ لأن العبادات لا تعلق بالأخطار، كذا أورده صاحب «التهذيب» وغيره، ونقل في المعتمد وجهين في صحة الإحرام المعلق بطُلُوعِ الشَّمْسِ ونحوه، وقياس تجويز تعليق أصل الإحرام بإحرام الغير تجويز، هذا لأن التعليق موجود في الحالين، إلا أن هذا تعليق بمستقبل، وذاك

تعليق بِحَاضِرٍ، وما يقبل التعليق من العقود يقبلها جميعاً - والله أعلم -.

قال الغزالي: وَلَوْ مَاتَ لَوْ مَاتَ زَيْدٌ بَعْدَ الإِحْرَامِ أَوْ عَسَرَ مَرَاجَعَتَهُ فَهُوَ كَمَا لَوْ أَحْرَمَ مُفْضِلاً ثُمَّ نَسِيَ مَا أَحْرَمَ بِهِ، وَالْقَوْلُ الْجَدِيدُ أَنَّهُ لَا يُؤْخَذُ بِغَلْبَةِ الظَّنِّ أَجْتِهَاداً لَكِنْ يَبْنِي عَلَى اليَقِينِ فَيَجْعَلُ نَفْسَهُ قَارِناً قَتْبَرًا ذِمَّتُهُ عَنِ الْحَجِّ بَيِّقِينَ، وَكَذَا عَنِ العُمْرَةِ إِلاَّ إِذَا قُلْنَا: لَا يَجُوزُ إِذْخَالُ العُمْرَةِ عَلَى الْحَجِّ، فَإِنَّهُ يُحْتَمَلُ أَنَّهُ وَقَعَ الآنَ كَذَلِكَ، وَقِيلَ: النُّسْيَانُ عُذْرٌ فِي جَوَازِ إِذْخَالِ العُمْرَةِ عَلَى الْحَجِّ، فَإِنْ قُلْنَا: يَبْرَأُ عَنِ العُمْرَةِ فَعَلَيْهِ دَمُ القِرَانِ وَإِلاَّ فَلَا، وَإِنْ طَافَ أَوَّلًا ثُمَّ شَكَ فَيَمْتَنِعُ إِذْخَالُ الْحَجِّ لَوْ كَانَ مُعْتَمِراً فَطَرِيقُهُ أَنْ يَسْعَى وَيَخْلُقُ وَيَبْتَدِيءَ إِحْرَامَهُ بِالْحَجِّ وَيَتِمُّهُ فَيَبْرَأُ عَنِ الْحَجِّ بَيِّقِينَ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ حَاجِبًا فَغَايَتُهُ حَلْقٌ فِي غَيْرِ أَوَانِهِ وَفِيهِ دَمٌ، وَإِنْ كَانَ مُعْتَمِراً فَقَدْ تَحَلَّلَ ثُمَّ حَجَّ وَعَلَيْهِ دَمُ التَّمَتُّعِ، فَالِدَّمُ لِأَرَمٍ بِكُلِّ حَالٍ، وَلَا يَضُرُّهُ الشُّكُّ فِي الجِهَةِ فَإِنَّ التَّغْيِيصَ لَيْسَ بِشَرْطٍ فِي نِيَّةِ الكَفَّارَاتِ.

قال الرافعي: المسألة الثالثة: أن يكون زيد محرماً لكن يتعذر مراجعته بجنون أو غيبة أو موت بعد الإحرام وقد شبهها في الكتاب بمسألة طويلة الفقه فنشرها ثم نعود إلى هذه فنقول:

إذا أحرم بنسك معين من النسكين ثم نسيه قال في القديم: أحب أن يقرن وإن تَحَرَّى رجوت أن يجزئه ونص في الجديد على أنه قارن، ونقل الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ فِيهَا طَرِيقَيْنِ: أَحَدُهُمَا: نفي الخلاف في جواز التحري، ونص في الجديد على ما إذا شك، فلم يدر أنه أحرم بأحد النُّسَكَيْنِ أو قرن وأصحهما وهو رواية المعظم: أن المسألة على قولين. القديم: أنه يتحرى ويعمل بظنه؛ لإمكان إدراك المقصود بالتَّحَرِّيِّ كما في القِبْلَةِ والأواني. والجديد: أنه لا يتحرى؛ لأنه تلبس بالإحرام يقيناً ولا يتحلل إلا إذا أتى بأعمال المشروع فيه، فالطريق أن يقرن ويأتي بأعمال النسكين، وهذا كما لو شك في صلاته في عدد الركعات يبني على اليَقِينِ، ليتحقق الخروج عما شرع فيه، ويفارق التحري في القِبْلَةِ والأواني، لأن لها علامات تدل عَلَيْهَا، ولا دلالة هَاهُنَا واعلم أن هذا الفرق مبني على أن الاجتهاد يعتمد النظر في العلامات، وقد ذكرنا في كتاب الطَّهَارَةِ خلافاً فيه، وبتقدير أن يعتمد فناصر القول الأول قد لا يسلم انتفاء الأمارات هَاهُنَا، وبنى الشيخ أبو محمد - رحمه الله - على هذين القولين اختلاف أصحابنا فيما إذا اجتهد جَمَعَ فِي أَوَانٍ مِنْهَا اثْنَانِ فَصَاعِداً بِصِفَةِ الطَّهَارَةِ، وغلب على ظَنِّ كُلِّ وَاحِدٍ طَهَارَةٌ وَاحِدٌ هل يجوز اقتداء بعضهم ببعض؟ وقال هذا خلاف في أن الاقتداء هل يجوز بالتَّحَرِّيِّ والاجتهاد؟ التفرُّع إن قلنا: بالقديم فما غلب على ظنه أنه المشروع فيه من النسكين



مضى فيه وأجزأه، كما لو اجتهد في الثوب والقبلة وصلّى على مقتضى اجتهاده، وفي «شرح الفروع» ذكر وجه ضعيف أنه لا يجزئه الشك.

وفائدة التحري الخلاص من الإحرام.

وإن قلنا: بالجديد فللشك حالتان.

إحدهما: أن يعرض قبل الإتيان بشيء من الأعمال، فلفظ النص أنه قارن، قال الأضحاب معناه أنه ينوي القران ويجعل نفسه قارناً لا أنه يحكم بكونه قارناً لحصول الشك، وأغرب أبو عبد الله الحنطلي رحمه الله - فحكى قولاً أنه يصير قارناً من غير نية ثم إذا نوى القران وأتى بالأعمال تحلل، وبرتت ذمته عن الحج بيقين، وأجزأته عن حجة الإسلام لأنه إن كان محرماً بالحج لم يضر تجديد الإحرام به وإدخال العمرة عليه لا يقدح فيه جوازناه أم لا، وإن كان محرماً بالعمرة فإدخال الحج عليه جائز قبل الاشتغال بالأعمال.

وأما العمرة فهل تجزئه عن عمرة الإسلام إن فرضناها؟ ييني على أن العمرة هل يجوز إدخالها على الحج أم لا؟ إن جوازناه أجزأته أيضاً؛ لأنه إن كان محرماً بها فذاك، وإلا فقد أدخلها على الحج، وإن لم نجوز إدخال العمرة على الحج ففيه وجهان:

أصحهما: لا تجزئه، لاحتمال أنه كان محرماً بالحج، وامتناع إدخال العمرة عليه، والعمرة واجبة عليه فلا تسقط بالشك.

والثاني: ويحكى عن أبي إسحاق: أنها تجزئه ويجعل الاشتباه عذراً في جواز الإدخال، فإن حكمنا بإجزائهما جميعاً لزم دم القران، فإن لم يجد صام عشرة أيام، ثلاثة في الحج، وسبعة إذا رجع.

وإن قلنا: يجزئه الحج دون العمرة، ففي لزوم الدم وجهان:

أصحهما: أنه لا يجب؛ لأننا لم نحكم بإجزاء العمرة فلا يلزمه الدم بالشك، وهذا هو الذي أورده في الكتاب.

والثاني: يجب؛ لأنه قد نوى القران، وصحة نسكيه محتملة، فكما لا تحسب العمرة احتياطاً لا يسقط الدم احتياطاً.

الحالة الثانية: أن يعرض الشك بعد الإتيان بشيء من الأعمال وله حالات:

إحدها: أن يعرض بعد الوقوف بعرفة وقبل الطواف، فيجزئه الحج؛ لأنه إن كان محرماً به فذاك، وإن كان محرماً بالعمرة فقد أدخل الحج عليها قبل الطواف حيث نوى القران، وذلك جائز، ولا تجزئه العمرة؛ لاحتمال أنه كان محرماً بالحج فليس له إدخال العمرة عليه بعد الوقوف. هكذا أورده أبو القاسم الكرخي، وصاحب «التهذيب» وهو

جواب أولاً على أن العمرة لا تدخل على الحج بعد الوقوف، وقد قدمنا وجهاً آخر: أنها تدخل عليه ما لم يأخذ في أسباب التحلل.

ثم هو مفروض فيما إذا كان وقت الوقوف باقياً، فوقف ثانياً، وإلا فمن الجائز أنه كان محرماً بالعمرة، فلا يجزئه ذلك الوقوف عن الحج.

الثانية: أن يعرض بعد الطواف وقبل الوقوف، فإذا نوى القران وأتى بأعمال القران لم يجزئه حجّه؛ لاحتمال أنه كان محرماً بالعمرة، فيمتنع إدخال الحج عليها بعد الطواف. وأما العمرة فهل تجزئه؟ يبني على أن إدخال العمرة على أن إدخال العمرة على الحج هل يجوز؟ ويتقدير أن يجوز، هل يجوز بعد الطواف.

وأما العمرة فهل تجزئه؟ يبني على أن إدخال العمرة على الحج هل يجوز؟ ويتقدير أن يجوز فهل يجوز بعد الطواف أم لا؟ إن قلنا: نعم أجزأته، وإلا فلا؛ لجواز أنه كان محرماً بالحج وقد طاف، وهذا هو الأصح؛ لأنه شك في عين ما أحرم به، وفيما أدخله عليه، فأشبهه ما لو فاته ظهْر وعصر، وصلى إحداهما وشك فيما صلى يلزمه إعادتهما جميعاً، وذكر ابن الحداد في هذه الصورة: أنه يتم أعمال العمرة بأن يركع ركعتي الطواف، ويسعى، ويحلق أو يقصر، ثم يحرم بالحج، ويأتي بأعماله، وإذا فعل ذلك صح حجّه؛ لأنه إن كان محرماً بالحج لم يضر تجديد الأحرام، وإن كان محرماً بالعمرة، فقد تمتع ولا تصح عمرته؛ لاحتمال أنه كان محرماً بالحج ولم تدخل العمرة عليه إن لم ينو القران.

قال الشيخ أبو زيد وصاحب التفریب والأكثرين: إن فعل ذلك فالجواب ما ذكره لكن لو استفتانا لم نفت به؛ لجواز أنه كان محرماً بالحج، وأن هذا الحلق وقع في غير أوانه، وحينئذ يكون الحلق محظوراً، وهذا كما لو أبتلعت دجاجة إنسانٍ لؤلؤة غيره لا نفتي لصاحب اللؤلؤة بدبجها وإخراج اللؤلؤة، لكن لو فعل ذلك لم يلزمه إلا قدر التفاوت بين قيمتها حية ومذبوحة، وكذا لو استقبلت دابتان لشخصين على شاطئ، وتعذر مرورهما لا نفتي لأحدهما بإهلاك دابة الآخر، لكن لو فعل خلص دابته، ولم يغرّم إلا قيمة دابة الآخر، وسواء أفتينا له بذلك على ما ذكره ابن الحداد، أو لم نفت، فلو فعل لزمه دم؛ لأنه إن كان محرماً بالحج فقد حلق في غير أوانه، وإن كان محرماً بالعمرة فقد تمتع، فيريق دمًا عن الواجب عليه، ولا يعين الجهة، كما إذا كانت عليه كفارة قتل أو ظهار فأعتق ونوى عما عليه تجزئته؛ لأن التعيين في الكفارات ليس بشرط، فإن كان معسراً لا يجد دمًا ولا طعاماً صام عشرة أيام كما يصوم المتمتع فإن كان اللازم دم المتمتع فذاك، وإن كان دم الحلق أجزأه ثثة أيام والباقي تطوع، ولا يعين الجهة في صوم الثلاثة، ويجوز تعيين المتمتع في صوم السبعة، ولو اقتصر على صوم ثلاثة أيام هل

تبرأ ذمته؟ قضية ما ذكره الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ أَنَّهَا لَا تَبْرَأُ؛ لِأَنَّ شُغْلَ الذِّمَّةِ بِالدَّمِ مَعْلُومٌ، فَلَا بَدَّ مِنْ تَعْيِينِ الْبَرَاءَةِ.

قال الإمام - رحمه الله - ويحتمل أن تبرأ؛ لأن الأضلَّ براءة الذمة، والشغل غير معلوم، وأطلق المصنف - رحمه الله - في «الوسيط» وجهين، تعبيراً عن هذين الكلامين، ويجزئه الصَّوْمُ مع وجدان الطَّعَامِ؛ لِأَنَّ الطَّعَامَ لَا مَدْخَلَ لَهُ فِي دَمِ التَّمَتُّعِ، وفدية الحلق على التخيير قال الله تعالى: ﴿فَقَدِيدَةٌ مِنْ صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ﴾<sup>(١)</sup>، ولو أطمع هل تبرأ ذمته أم لا؟ لاحتمال أن اللازم دم التمتع؟ فيه كلامٌ للشَّيْخِ والإمام - رحمهما الله - وهذا كله فيما إذا استجمع الرجل شرائط لزوم الدَّمِ للتمتع، فإن لم يكن مستجمعاً كما لو كان مَكْتَباً لم يلزم الدَّمُ؛ لِأَنَّ شَرْطَ التَّمَتُّعِ مَفْقُودٌ، وَلِزُومِ دَمِ الْحَالِقِ مَشْكُوكٌ فِيهِ، وَإِذَا جُوزَ أَنْ يَكُونَ إِحْرَامُهُ أَوْلَى بِالْقِرَانِ فَهَلْ يَلْزَمُهُ دَمٌ آخَرَ مَعَ الدَّمِ الَّذِي وَصَفْنَاهُ؟ فِيهِ الْوَجْهَانِ السَّابِقَانِ.

الثالثة: أن يعرض الشُّكُّ بعد الطواف والوقوف فإن أتى ببقية أعمال الحج لم يجزئه حَجُّهُ وَلَا عَمْرَتَهُ.

أما الحجُّ فالجواز أنه كان محرماً بالعمرة فلا ينفع فيه الوقوف.

وأما العمرة: فلجواز أنه كان محرماً بالحجِّ، ولم يدخل عليه العمرة، فإن تَوَى الْقِرَانَ وَأَتَى بِأَعْمَالِ الْقَارِنِ، فإجزاء العُمْرَةَ يَبْنِي عَلَى أَنَّ الْعِمْرَةَ هَلْ تَدْخُلُ عَلَى الْحَجِّ بَعْدَ الْوُقُوفِ؟ وَقِيَاسُ الْمَذْكُورِ فِي الْحَالَةِ السَّابِقَةِ وَإِنْ لَمْ يَتَعَرَّضُوا لَهُ هَاهُنَا أَنَّهُ لَوْ أَتَمَّ أَعْمَالَ الْعِمْرَةِ وَأَحْرَمَ بِالْحَجِّ وَأَتَى بِأَعْمَالِهِ مَعَ الْوُقُوفِ أَجْزَاءَ الْحَجِّ وَعَلَيْهِ دَمٌ كَمَا سَبَقَ، وَلَوْ أَتَمَّ أَعْمَالَ الْحَجِّ، ثُمَّ أَحْرَمَ بِعِمْرَةٍ وَأَتَى بِأَعْمَالِهَا أَجْزَاءَ الْعِمْرَةِ، - وَاللَّهُ أَعْلَمُ -.

وفي المولدات وشروحها فرعان شبيهان بالسألة نُزِدَتْهُمَا بِهَمَا:

أحدهما: لو تمتع بالعُمْرَةَ إِلَى الْحَجِّ، وَطَافَ لِلْحَجِّ طَوَافَ الْإِفَاضَةِ ثُمَّ بَانَ لَهُ أَنَّهُ كَانَ مَحْدَثاً فِي طَوَافِ الْعُمْرَةِ لَمْ يَصِحَّ طَوَافُ ذَلِكَ وَلَا سَعِيهِ بَعْدَهُ؛ لِأَنَّ شَرْطَ صِحَّةِ السَّعْيِ تَقَدُّمُ طَوَافِ عَلَيْهِ، وَبَانَ أَنْ حَلَقَهُ كَانَ فِي غَيْرِ الْوَقْتِ، وَيَصِيرُ بِإِحْرَامِهِ بِالْحَجِّ مَدْخِلاً لِلْحَجِّ عَلَى الْعِمْرَةِ قَبْلَ الطَّوَافِ فَيَصِيرُ قَارِناً، وَيَجْزِيهِ طَوَافُهُ وَسَعْيُهُ فِي الْحَجِّ عَنِ الْحَجِّ وَالْعِمْرَةِ جَمِيعاً، وَعَلَيْهِ دَمَانِ، دَمٌ لِلْقِرَانِ، وَدَمٌ لِلْحَلْقِ فِي غَيْرِ وَقْتِهِ، وَإِنْ بَانَ أَنَّهُ كَانَ مَحْدَثاً فِي طَوَافِ الْحَجِّ تَطَهَّرَ وَأَعَادَ الطَّوَافَ وَالسَّعْيَ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ إِلَّا دَمٌ التَّمَتُّعِ إِذَا اجْتَمَعَتْ شُرُوطُهُ، وَإِنْ شَكَّ فَلَمْ يَدْرَ أَنَّهُ فِي أَيِّ طَوَافِيهِ كَانَ مَحْدَثاً فَعَلَيْهِ أَنْ يَعِيدَ الطَّوَافَ

(١) سورة البقرة، الآية ١٩٦.

والسعي، وإذا أعادهما صح حجه وعمرته؛ لأنه إن كان حدثه في طواف العُمرة، فقد صار قارناً بإحرام الحج، فيجزئه طوافه وسعيه المعادان عن النسكين جميعاً، وإن كان في طواف الحج فعمرته صحيحة، وكذا أعمال الحج سوى الطواف والسعي، وقد أعادهما، وعليه دم؛ لأنه إما قارن أو متمتع، وينوي بإراقته الواجب عليه، ولا يعين الجهة، وكذا لو لم يجد الدم فصام، والاحتياط أن يريق دماً آخر؛ لاحتمال أنه حالق قبل الوقت. نعم، لو لم يحلق في العُمرة على قولنا إن الحلق استباحةً مَحْظُورٌ فَلَا حاجة إليه، وكذا لا يلزمه عند تبين الحديث في طواف العمرة إلا دمٌ واحد.

**والثاني:** لو كانت المسألة بحالها إلا أنه جامع بعد أعمال العمرة ثم أحرَمَ بالحج، وهذا الفرع ينظر إلى الأصلين:

**أحدهما:** أن جماع الناس هل يُفسد التُّسْك فيوجب البدنة كجماع العامد أم لا؟ وفيه قولان سيأتي ذكرهما.

**والثاني:** أنه إذا فسد العمرة بالجماع ثم أدخل عليها، هل يدخل ويصير محرماً بالحج؟ فيه وجهان:

**أظهرهما:** عند الشيخ أبي محمد - رحمه الله - وبه أجاب ابنُ الحَدَّادِ: لا؛ لأن الإحرام بالفساد في حكم المنحل، وإذا انحَلَّ إحرام العمرة لم يدخل الحج عليها، كما لو أدخل الحج عليها بعد الطواف.

**والثاني:** نعم، وإليه ميل الأكثرين، وبه قال الشيخُ أبو زيد، وحكاه عن ابنِ سُرَيْجٍ؛ لأنه محرم بالعمرة، ولم يأت بشيء من أعمالها، فأشبهت الصَّحِيحَةَ، ولا أثر لكونها فاسدة، كما لا أثر لاقتران المفسد بالإحرام، فعلى هذا هل يكون الحج صحيحاً مجزئاً؟ فيه وجهان:

**أحدهما:** نعم؛ لأن المفسد متقدّم عليه، فلا يؤثر فيه.

**وأصحهما:** لا؛ لأن الإحرام واحد وَهُوَ فَاسِدٌ، ومحال أن يؤدي بالإحرام الفاسد تُّسْكٌ صَحِيحٌ، فعلى هذا ينعقد فاسداً أو صحيحاً ثم يفسد؟ فيه وجهان ذكروا نظيرهما فيما إذا أصبح في رمضان مجامعاً فطلع الفجر واستدام:

**أحدهما:** أنه ينعقد صحيحاً ثم يفسد، كما لو أحرَمَ مجامعاً انعقد صحيحاً ثم فسد.

**وأصحهما:** أنه ينعقد فاسداً إذا لو انعقد صحيحاً لما فسد؛ لأنه لم يوجد بعد انعقاد مفسد.

**فإن قلنا:** ينعقد فاسداً أو صحيحاً ويفسد مضي في النسكين وقضاهما وإن قلنا:

ينعقد صحيحاً ولا يفسد، قضى العمرة دون الحجّ، وعلي الوجوه الثلاثة يلزمه دمّ القرآن، ولا يجب عليه إلا بدنة واحدة؛ لأن الإحرام واحد، هكذا قاله الشيخ أبو عليّ، وحكى الإمام وجهين آخرين إذا حكمنا بأن عقاد حجّه على الفساد.

أحدهما: أنه يلزمه بدنة أخرى لإفساده الحجّ بإدخاله على العمرة الفاسدة.

والثاني: أنه يلزمه بدنة لإفساد العمرة وشاة لإذخال الحجّ عليها.

كما لو فسد نسكّه بالجماع، ثم جامع ثانياً، يجب عليه للجماع الثاني شاة في وجه. إذا وقفت على الأصلين فانظر أن قال: كان الحدث في طواف العمرة، فالطواف والسعي بعده فاسدان، والجماع واقع قبل التحلل، وفيه طريقتان:

أحدهما: وبه أجاب الشيخ: أنه كجماع الثاني، ففي إفساده القولان، إذ لا فرق بين أن ينسى فيجامع، وبين أن يجامع وعنده أنه قد تحلل، كما لا فرق بين أن يتكلم في الصلاة ناسياً، وبين أن يتكلم وعنده أنه قد تحلل.

والثاني: أنه لا ينزل منزلة الثاني، قال الإمام - رحمه الله -: وهذا كالخلاف فيما جامع على ظنّ أن الصبح غير طالع فبان خلافه، هل يفسد الصوم أم يجعل الغائط كالتاسي، فإن لم تفسد العمرة به صار قارناً بإخراجه بالحجّ، وعليه دمان: أحدهما: للقرآن.

والآخر: للخلق قبل وقته إلا إذا لم يخلق كما سبق، وإن أفسدنا العمرة به وبه أجاب ابن الحداد، فعليه بدنة للإفساد ودمّ للخلق قبل وقته، وإذا أحرم بالحجّ فقد أدخله على عمرة فاسدة، فإن لم يدخل فهو في عمرته كما كان، فيتحلل منها ويقضيها، وإن دخل وقتنا: بفساد الحجّ فعليه بدنة للإفساد، ودمّ للقرآن، ودمّ للخلق قبل وقته، ويمضي في الفاسدين ثم يقضيهما وإن قال: كان الحدث في طواف الحج فعليه إعادة الطواف والسعي، وقد صح نسكاه وليس عليه إلا دمّ التمتع، وإن قال: لا أدري أنه في أي الطوافين كان، أخذ في كل حكم بيقين، فلا يتحلل ما لم يعد الطواف والسعي؛ لاحتمال أن حدثه كان في طواف الحج، وهذا حكمه، ولا يخرج عن عهدة الحج والعمرة إن كانا لأزمين عليه لاحتمال كونه محدثاً في طواف العمرة، وتأثير الجماع في إفساد النُسكين على ظاهر المذهب، فلا تبرأ ذمته بالشك، فإن كان متطوعاً فلا قضاء لاحتمال الإفساد وعليه دمّ.

أما للتمتع إن كان الحدث في طواف الحجّ أو للحلاق قبل الوقت إن كان في طواف العمرة، ولا تلزمه البدنة؛ لاحتمال أنه لم تفسد العمرة، ولكن الاحتياط ذبح بدنة، وذبح شاة أخرى، إذا جوزنا إدخال الحج على العمرة الفاسدة، لاحتمال أنه صار قارناً بذلك، - والله أعلم -.

إذا عرفت هذا كله، وعدت إلى المسألة الثالثة من مسائل الإحرام المشبه بإحرام الغير، وهي أن يتعذر الوقوف على إحرام ذلك الغير، فأعلم أنها ما حكاها صاحب الكتاب وطائفة بمثابة نسيان ما أحرم به، ففيها القولان القديم والجديد، وقال الأكثرون: لا يَتَحَرَّى بِحَالٍ بَلْ يَنْوِي الْقِرَانَ، وحكوه عن نَصِّهِ فِي الْقَدِيمِ، والفرق في مسألة النسيان حَصَلَ الشُّكُّ فِي فِعْلِهِ فَلَهُ سَبِيلٌ إِلَى التَّحْرِي والتذكير، وفي المسألة الأخرى الشُّكُّ فِي فِعْلِ الْغَيْرِ، ولا سبيل إلى الاطلاع على نيته والتحري في فعله، فأعلم لهذا قوله: في الكتاب: (فو كما لو أحرم مفصلاً) بالواو، ويجوز أن يعلم قوله: (فالقول الجديد) بالواو؛ لما حكينا من الطريقة الثافية للخلاف عن الشَّيْخِ أَبِي عَلِيٍّ.

وقوله: (ولكن بيني على اليقين، فيجعل نفسه قارناً) مشعر بما هو المشهور، وهو أنه يصير قارناً بأن ينويه خلافاً لما حكاها الحنَّاطِي: أنه يصير قارناً من غير نية، ويجوز أن يعلم بالواو لِذَلِكَ، وأعلم بالألف أيضاً؛ لأن عند أحمد يتخير بين أن يجعله حجاً أو عمرة، لأن عنده فسخ الحج إلى العمرة جَائِزٌ، لكن هذا الإعلام إنما كان يحسن أن لو أُلْزِمْنَا جَعْلَ نَفْسِهِ قَارِئاً وَهُوَ غَيْرُ لَازِمٍ، وقد أوضح إمام الحرمين - رحمه الله - ذلك، فقال: لم يذكر الشافعي - رضي الله عنه - القرآن على معنى أنه لا بد منه، لكن ذكره ليستفيد الشك به التحلل مع براءة الذمة عن التُّسْكِينِ، فلو اقتصر بعد النسيان على الإحرام بالحج، وأتى بأعماله حصل التَّحَلُّلُ لا محالة، وتبرأ ذمته عن الحج؛ لأنه إن كان محرماً بالحج فذاك، وإن كان محرماً بالعمرة فقد أدخل الحج عليها ولا تبرأ ذمته عن العمرة؛ لجواز أنه كان من الابتداء محرماً بالحج، وعلى هذا القياس لو اقتصر على الإحرام بالعمرة، وأتى بأعمال القرآن حصل التحلل، وبرئت ذمته عن العمرة، إن جَوَزْنَا إِذْخَالَ الْعُمْرَةَ عَلَى الْحَجِّ؛ لأنه إما محرماً بها في الابتداء، أو مُدْخِلٌ لَهَا عَلَى الْحَجِّ، ولا تبرأ عن الحج، لجواز أنه كان من الابتداء محرماً بالعمرة ولم يحرم غيرها، ولو لم يجدد إحراماً بعد النسيان واقتصر على الإتيان بأعمال الحج يحصل التحلل أيضاً، ولكن لا تبرأ ذمته عن أحد التُّسْكِينِ؛ لشكه فيما أتى به، وإن اقتصر على أعمال العمرة، فلا يحصل التَّحَلُّلُ، لجواز أنه مُحْرِمٌ يحرم بالحج، ولم يتم أعماله. واختلفت رواية أصحابنا عن أبي حنيفة في المسألة، فنقل ناقلون عنه موافقة الجديد، منهم صاحب «الشامل»، وناقلون موافقة القديم، ومنهم صاحب «التهديب».

والرواية الثانية تقتضي إعلام قوله: (لا يأخذ بغلبة الظن) بالحاء، وقوله فيما إذا شك بعد الطواف: (فطريقة أن يسعى ويحلق إلى آخره) مشعر بالترخص فيه، والأمر به كما قدمناه عن ابنِ الحَدَّادِ، وقد صرح باختيار ذلك في «الوسيط». ووجهه الشيخ أبو عَلِيٍّ بأن الحلق في غير وقته قد يباح بالعدر، كما إذا كان به أذى من رأسه، وضرر الاشتباه لو لم يحلق أكثر لفوات الحج، لكن الأظهر عند الأكثرين: أنه لا يؤمر به على

ما مر فليعلم قوله: (فطريقه) بالواو لذلك، وقوله: (ويبتدىء إحرامه بالحج ويتمه) أي: عند الإمكان، وهو ما إذا بقي وقت الوقوف، وبالله التوفيق.

## الفصل الثاني

### في سنن الإحرام

قال الغزالي: وَهِيَ خَمْسَةٌ الْأُولَى الْغُسْلُ تَنْظُفًا حَتَّى يَسْنَ لِلْحَائِضِ وَالنَّفْسَاءِ، وَيَغْتَسِلُ الْحَاجُّ لِسَبْعَةِ مَوَاطِنَ، لِلْإِحْرَامِ، وَدُخُولِ مَكَّةَ، وَالْوُقُوفِ بِعَرَفَةَ، وَبِمُرْدَلَفَةَ، وَلِرَمِي الْجَمْرَاتِ الثَّلَاثِ؛ لِأَنَّ النَّاسَ يَجْتَمِعُونَ فِي هَذِهِ الْأَوْقَاتِ.

قال الرافعي: من سنن الإحرام أن يغتسل إذا أرادته روى: «أَنَّهُ صَلَّى ﷺ تَجَرَّدَ لِإِهْلَاكِهِ وَاغْتَسَلَ»<sup>(١)</sup>.

ويستوي في استحبابه الرجل والصبوي والمرأة وإن كانت حائضاً أو نفساء، لأن مقصود هذا الغسل التنظيف، وقطع الرائحة الكريهة، ودفع أذاها عن الناس عند اجتماعهم وقد روى: «أَنَّ أَسْمَاءَ بِنْتَ عُمَيْسٍ امْرَأَةَ أَبِي بَكْرٍ نَفَسَتْ بِذِي الْحُلَيْفَةِ، فَأَمَرَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ تَغْتَسِلَ لِلْإِحْرَامِ». ولو كانت يمكنها القيام بالميقات حتى تطهر، فالأولى أن تؤخر الإحرام حتى تطهر وتغتسل<sup>(٢)</sup>، ليقع إحرامها في أكمل حاليتها.

وإذا لم يجد المحرم ماءً أو لم يقدر على استعماله تيمم، لأن التيمم يثوب عن الغسل الواجب، فعن المندوب أولى، نص عليه في «الأم»، ويقدر ذكرنا في غسل الجمعة أن الإمام أبدى احتمالاً في أنه هل يتيمم إذا لم يجد الماء؟ وجعله صاحب الكتاب وجهاً، واختار أنه لا يتيمم، وذلك الاحتمال عائد هاهنا بلا شك، وإن لم يجد من الماء ما يكفيه للغسل توضاً، قاله في «التهذيب»<sup>(٣)</sup>.

وقوله في الكتاب: (حتى يسن للحائض والنفساء) يجوز إعلامه بالواو؛ لأن إبراهيم المرورودي - رحمه الله - حكى قولاً في أنه لا يسن لهما ذلك، وإذا اغتسلتا فهل تنويان؟ فيه نظر لإمام الحرمين - قدس الله روحه -، والظاهر: أنهما تنويان، لأنهما تقيمان مسنوناً.

(١) أخرجه الترمذي (٨٣٠) من رواية زيد بن ثابت وحسنه، وذكره ابن السكن في صحاحه، وضعفه ابن القطان. انظر: التلخيص (٣٥٦/٢).

(٢) أخرجه مسلم (١٢٠٩، ١٢١٠) من حديث عائشة وجابر - رضي الله عنهما -.

(٣) قال النووي: هذا الذي قاله في «التهذيب» قاله أيضاً المحاملي: فإن أراد أنه يتوضأ ثم يتيمم، فحسن، وإن أراد الاقتصار على الوضوء، فليس بجيد؛ لأن المطلوب هو الغسل، فالتيمم يقوم مقامه دون الوضوء. ينظر الروضة (٣٤٧/٢).

واعلم: أن الحجاج يسن له الغسل في مواطن قد عدّها في هذا الموضع، ومرة أخرى في كتاب صلاة الجمعة مع زيادة طواف الوداع، وكنا أحرنا شرح تلك الأغسال إلى هذا الموضع، فنقول:

أحدها: الغسل عن الإحرام، وقد عرفته.

والثاني: «الغسل لدخول مكة، يُزَوَى ذَلِكَ عَنْ فِعْلِ النَّبِيِّ ﷺ»<sup>(١)</sup>.

والثالث: الغسل للوقوف بعرفة عشيّة عرفة.

والرابع: الغسل للوقوف بمزدلفة غداة يوم النحر.

والخامس، والسادس، والسابع: ثلاثة أغسال لرمي الجمرات أيام التشريق؛ وسببها: أن هذه مواطن يجتمع لها الناس فاستحب فيها الاغتسال قطعاً للروائح الكريهة. وأغتسال يوم التشريق في حق من لم ينفر في الثغر الأول، فإن نفر سقط عنه غسل اليوم الثالث، وهذه الأغسال قد نص عليها الشافعي - رضي الله عنه - قديماً وجديداً، ويستوي في استحبابها الرجل والمرأة، وحكم الحائض ومن لم يجد الماء فيها على ما ذكرنا في الغسل للإحرام، وزاد في القديم غسلين آخرين:

أحدهما: لطواف الإفاضة.

والثاني: لطواف الوداع؛ لأن الناس يجتمعون لهما، ولم يستحبهما في الجديد؛ لأن وقتها متسع فلا تغلب الزحمة فيهما كغلبتها في سائر المواطن، وعن القاضي أبي الطيب - رحمه الله - حكاية غسل آخر عن القديم، وهو عند الحلق، فتصير أغسال الحج على هذا عشرة. قال الأئمة - رحمهم الله - ولم يستحب الشافعي - رضي الله عنه - الغسل لرمي جمرة العقبة يوم النحر لأمرين:

أحدهما: اتساع وقته، فإن وقته من انتصاف ليلة النحر إلى الزوال، ووقت رمي الجمرات من الزوال إلى الغروب، والتقريب بعد هذا من وجهين:

أحدهما: أن اتساع الوقت مما يقلل الزحمة.

والثاني: أن ما بعد الزوال وقت شدة الحر وانصباب العرق، فتكون الحاجة إلى دفع ما يؤذي الغير أكثر.

والثاني: أن في غسل العيد يوم النحر والوقوف بعرفة غنية عن الغسل رمي جمرة العقبة، لقرب وقتها منه<sup>(٢)</sup> - والله أعلم -.

(١) أخرجه البخاري (١٥٧٣) ومسلم (١٢٥٩).

(٢) قال النووي: قال الشافعي - رحمه الله - في «الأم»: أكره ترك الغسل للإحرام. وهذا الذي ذكره =



قال الغزالي: **الثَّانِيَةُ التَّطْيِبُ لِلْإِحْرَامِ وَلَا بِأَسِ بَطِيبٍ لَهُ جَزْمٌ (ح). وَفِي تَطْيِيبِ ثَوْبِ الْإِحْرَامِ قَضَاءٌ لَهُ خِلَافٌ، لِأَنَّهُ رُبَّمَا يَنْزِعُ فَيَكُونُ عِنْدَ اللَّبْسِ كَالْمُسْتَأْنَفِ، فَإِنْ اتَّفَقَ ذَلِكَ فِيهِ وَجُوبِ الْفِدْيَةِ وَجِهَانِ، وَبُسْتَحَبِ خِصَابِ الْمَرْأَةِ تَعْمِيمًا لِلْيَدِ لَا تَطْرِيفًا.**

قال الرافعي: يستحب أن يتطيب لإحرامه، لما روي عن عائشة - رضي الله عنها - قالت: «كُنْتُ أَطْيِبُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ لِإِحْرَامِهِ قَبْلَ أَنْ يُحْرِمَ وَلِحَلِّهِ قَبْلَ أَنْ يَطُوفَ بِالْبَيْتِ»<sup>(١)</sup>.

ولا فرق بين ما يبقى له أثر وَجُزْمٌ بعد الإحرام وبين ما لا يبقى.

قالت عائشة - رضي الله عنها -: «كَأَنِّي أَنْظُرُ إِلَى وَبِصِ الطَّيْبِ مِنْ مَفَارِقِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَهُوَ مُحْرَمٌ»<sup>(٢)</sup>.

ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب: (الثانية التطيب للإحرام) بالواو؛ لأن من الأضحاب من روى وجهاً: أنه ليس من السنن والمحجوبات، وإنما هو مباح، وأيضاً فإن اللفظ مُطْلَقٌ لا يفرق بين الرجال والنساء، والاستحباب شامل للمصنفين في ظاهر المذهب، وحكى في «المعتمد» قولاً عن نقل الداركي: أنه لا يستحب لهن التطيب بحال، ووجهها: أنه لا يجوز لهن التطيب بطيب تبقى عينه، أعلم قوله: (ولا بأس بطيب له جرم) - بالحاء وبالميم -.

وأما بالحاء فلأن شِرْذِمَةَ روت عن أبي حنيفة - رحمه الله - المنع من ذلك، ومنهم المصنف، ذكره في «الوسيط»، لكن الثابت عنه مثل مذهبنا.

وأما بالميم فلأن عند مالك يكره له التطيب بما تبقى رائحته بعد الإحرام، ويروى عنه مَنْعُ التطيب مطلقاً ثم إذا تطيب لإحرامه فله أن يستديم بعد الإحرام ما تطيب له، بخلاف ما إذا تطيبت المرأة ثم لزمته العدة يلزمها إزالته في وجهه؛ لأن في العدة حق الآدمي فتكون المضايقة فيها أكثر، ولو أخذه من موضعه بعد الإحرام ورده إليه أو إلى موضع آخر لزمته الفدية، وروى الحناطي - رحمه الله - فيه قولين، ولو أنتقل من موضع إلى موضع بإسالة العرق إياه فوجهان:

= في الغسل الرابع أنه للوقوف بمزدلفة، هو الذي ذكره الجمهور، وكذا نص عليه في «الأم». وجعل المحاملي في كتبه، وسليم الرازي، والشيخ نصر المقدسي الغسل الرابع للمبيت بمزدلفة، ولم يذكروا غسل الوقوف بها. ينظر الروضة (٢/٣٤٧).

(١) أخرجه البخاري (١٥٣٩، ١٧٥٤، ٥٩٢٢، ٥٩٢٨، ٥٩٣٠) ومسلم (١١٨٩).

(٢) أخرجه البخاري (٢٧١، ١٥٣٨، ٥٩١٨، ٥٩٢٣) ومسلم (١١٩٠).

أصحهما: أنه لا يلزمه شيء، لتولده عن مَثُوبٍ إليه مِنْ غَيْرِ قَصْدٍ مِنْهُ.

والثَّانِي: أن عليه الفدية إذا تركه، كما لو أصابه من مَوْضِعٍ آخَرَ، لأن في الحالتين أصاب الطَّيِّبُ بعد الإحرام موضعاً لم يكن عليه طيب، هذا كله في البَدَنِ، وفي تطيب إزار الإحْرَامِ وِجْهَانِ:

أحدهما: لا يجوز؛ لأن الثَّوبَ يُنْزَعُ وَيُلْبَسُ، وإذا نزعته ثم أعاده كان كما لو استأنف لِنِسِّ ثَوْبٍ مُطَيَّبٍ.

وأصحهما: أنه يجوز، كما يجوز تطيب البَدَنِ، وبعضهم يثقل هذا الخِلاَفَ قولين، والمشهور الأول، وفي «النهاية» وجه ثالث، وهو الفرق بين أن يبقى عليه عين بعد الإحْرَامِ فلا يجوز، وبين أن لا يبقى فيجوز، كما لو شد مسكاً في ثوبه واستدامه.

قال الإمام: والخلاف فيما إذا قَصَدَ تطيب الثوب.

أما إذا طيب بدنه فتعطر ثوبه تبعاً فلا حرج بلا خِلاَفٍ، وإلى هذا أشار في الكتاب حيث قال: (قصداً إليه) فإن جوزنا تطيب الثَّوبِ للإحْرَامِ فلا بأس باستدامه ما عليه بعد الإحْرَامِ كما في البدن، لكن لو نزعته ثم لبسه ففي الفدية وجهان:

أحدهما: لا يلزمه؛ لأن العادة في الثَّوبِ أن ينزع ويعاد فجعل عفواً.

وأصحهما: أنها تلزم كما لو أخذ الطيب من بَدَنِهِ ثم رَدَّهُ إليه، وكما لو ابتداء لبس ثوبٍ مطيب بعد الإحْرَامِ، وفي الفصل مسألة أخرى وهي: أن المرأة يستحب لها أن تخضب بالحناء يديها إلى الكوعَيْنِ قَبْلَ الإحْرَامِ.

وروى: «أَنَّ مِنَ السُّنَّةِ أَنْ تَمْسَحَ الْمَرْأَةُ يَدَيْهَا بِالْإِحْرَامِ بِالْحِنَاءِ، وَتَمْسَحَ وَجْهَهَا أَيْضاً بِشَيْءٍ مِنَ الْحِنَاءِ»<sup>(١)</sup>.

لأننا نأمرها في الإحْرَامِ بنوع تكشف، فلتستر لَوْنَ البَشْرَةِ بلون الحِنَاءِ، ولا يختص أضلُّ الاستحباب بحَالَةِ الإحْرَامِ، بل هو محبوب في غيرها من الأحوال: «رُوي أَنَّ امْرَأَةً بَاتَعَتْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَأَخْرَجَتْ يَدَهَا فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَيْنَ الْحِنَاءُ»<sup>(٢)</sup> نعم في حالة الإحْرَامِ، ولا فرق بين ذات الزوج والخلية، وفي سائر الأحوال يكره الخِضَابُ للخلية، قاله في «الشامل» وحيث يستحب فإنما يستحب تعميم اليَدِ بالخِضَابِ دون التنقيش،

(١) أخرجه الدارقطني (٢/٢٧٢) من رواية ابن عمر. وقال البيهقي: هذا حديث ليس بمحفوظ، انظر: خلاصة البدر (١/٣٥٧).

(٢) أخرجه أبو داود (٤١٦٥) من رواية عائشة بلفظ: (لا أباعك حتى تغيري كفيك) وإسناده مجهول، وله طريقان آخران واهيان. انظر: الخلاصة (١/٣٥٧) والتلخيص (٢/٢٣٦ - ٢٣٧).

والتشويد، والتطريف، فقد روي أن النبي ﷺ: «نَهَى عَنِ التَّطْرِيفِ»<sup>(١)</sup> وهو أن تختضب أطراف الأصابع، ويكره لها أن تختضب بعد الإحرام لما فيه من الزينة وإزالة الشعث، ولو فعلت ففيه كلام نذكره في الباب الثالث عند ذكر خضاب الرجل شعر لِحْيَتِهِ ورأسه - إن شاء الله تعالى<sup>(٢)</sup> - .

قال الغزالي: **الثالثة أن يتجرد عن المخيط في إزار ورداء أبيضين وتعلين.**

قال الرافعي: إذا أراد الإحرام تجرد عن مخيط ثيابه، إذ ليس للمحرم لبس المخيط على ما سيأتي، ويلبس إزاراً ورداءً وتعلين. روى أنه ﷺ قال: «لِيُحْرَمَ أَحَدُكُمْ فِي إِزَارٍ وَرِدَاءٍ وَتَعْلَيْنِ»<sup>(٣)</sup> ويستحب أن يكون الإزار والرداء أبيضين: «فَإِنْ أَحَبَّ الثِّيَابَ إِلَى اللَّهِ - تَعَالَى - الْبَيْضَ» وليكونا جديدين، فإن لم يجد فليكونا غسيلين، ويكره المصبوغ؛ لما روي عن عمر: «أَنَّهُ رَأَى عَلَى طَلْحَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - ثَوْبَيْنِ مَصْبُوعَيْنِ وَهُوَ حَرَامٌ، فَقَالَ: أَيُّهَا الرَّهْطُ إِنَّكُمْ أَيْمَةٌ يُهْتَدَى بِكُمْ فَلَا يَلْبَسُ أَحَدُكُمْ مِنْ هَذِهِ الثِّيَابِ الْمُصْبَغَةِ فِي الْإِحْرَامِ شَيْئاً»<sup>(٤)</sup>.

وقوله في الكتاب: (أن يتجرد عن المخيط في إزار إلى آخره) ينبغي أن يعلم فيه أن المعدود من السنن التجرد بالصفة المذكورة.

فأما مجرد التجرد فلا يمكن عدّه من السنن؛ لأن ترك لبس المخيط في الإحرام لازم، ومن ضرورة لزومه لزوم التجرد قبل الإحرام، وبالله التوفيق.

قال الغزالي: **الرابعة أن يُصَلِّيَ رَكَعَتَيِ الْإِحْرَامِ ثُمَّ يَلْبَسِي حَيْثُ تَنَبَّعْتُ بِهِ دَابَّتُهُ، وَفِي الْقَدِيمِ بِحَيْثُ يَتَحَلَّلُ عَنِ الصَّلَاةِ.**

قال الرافعي: يستحب أن يُصَلِّيَ قَبْلَ الْإِحْرَامِ رَكَعَتَيْنِ؛ لما روي أنه ﷺ: «صَلَّى بِيَدِي الْحَلِيفَةَ رَكَعَتَيْنِ ثُمَّ أَحْرَمَ»<sup>(٥)</sup>.

(١) قال الحافظ ابن حجر (٢/٢٣٧) لم أجده لكن روى الطبراني في ترجمة أم ليلي امرأة أبي ليلي، من حديث ابن أبي ليلي، قالت: بايعنا رسول الله ﷺ فكان فيما أخذ علينا: «أن تختضب الغمس، وتمشط بال غسل، ولا تقبل أيدينا من خضاب» انظر المعجم الكبير (٢٥) رقم (٣٣٤).

(٢) قال النووي: سواء في استحباب الخضاب العجوز والشابة، ولا تختضب الخنثى كما لا يختضب الرجل. ينظر الروضة (٢/٣٤٩).

(٣) أخرجه أبو عوانة من رواية ابن عمر، وأخرجه أحمد (٢/٣٤) وابن الجارود (٤١٦) وانظر التلخيص (٢/٢٣٧ - ٢٣٨).

(٤) أخرجه مالك في الموطأ (١/٢٣٩ - ٢٤٠).

(٥) أخرجه مسلم (١٢١٨) من حديث جابر - رضي الله عنه - الطويل، وأخرجه البخاري (١٥٥٤) ومسلم (١١٨٤) من حديث ابن عمر - رضي الله عنهما - .

وإنما يستحب ذلك في غير وقت الكراهية.

أما في أوقات الكراهية فأصح الوجهين الكراهة على ما مر في فضل الأوقات المكروهة<sup>(١)</sup>.

ولو كان إحرامه في وقت فريضة وصلّاها أغنته ذلك عن ركعتي الإحرام، ثم إذا صَلَّى نوى وتلّى، وفي الأفضل قولان:

أصحهما: أن الأفضل أن ينوي ويلبي حين تنبعت به دابته إن كان راكباً، وحين يتوجه إلى الطريق إن كان ماشياً، لما روي أن النبي ﷺ: «لَمْ يُهَلَّ حَتَّى انْبَعَثَ بِهِ دَابَّتُهُ»<sup>(٢)</sup>. قال الإمام - رحمه الله - وليس المراد من انبعث الدابة فورانها، بل المراد استواؤها في صوت مكة.

والثاني: أن الأفضل أن ينوي وتلّى كما تحلل من الصلاة وهو قاعد، ثم يأخذ في السير، وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد؛ لما روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ: «أَهْلٌ حَيْتُذِ»<sup>(٣)</sup>.

ويشتهر القول الأول: بالجديد.

والثاني: بالقديم.

ويروى أيضاً عن المناسك الصغير من «الأم» واختاره طائفة من الأصحاب، وحملوا اختلاف الرواية على: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَعَادَ التَّلْبِيَةَ عِنْدَ انْبِعَاثِ الدَّابَّةِ، فَظَنَّ مَنْ سَمِعَ أَنَّهُ حَيْتُذِ لَبِي، وَالْأَكْثَرُونَ عَلَى تَرْجِيحِ الْأَوَّلِ.

قال الغزالي: الخامسة أن يلبي عند التّية ويجددها عند كل صمود وهبوط وحدث حدث وفي مسجد مكة ومنى وعرفات، وفيما عداها من المساجد قولان، وفي حال الطواف ويستحب رفع الصوت بها إلا للنساء.

قال الرفاعي: لك أن تعلم قوله: (وأن يلبي عند النية) بالواو؛ لوجه قدمناه في أن

(١) قال النووي: والمستحب، أن يقرأ فيهما: ﴿قُلْ يَا أَيُّهَا الْكَافِرُونَ﴾ و﴿قُلْ هُوَ اللَّهُ أَحَدٌ﴾.

قال أصحابنا: فإن كان في الميقات مسجد استحب أن يصلبهما فيه. ينظر الروضة (٢/٣٤٩).

(٢) أخرجه البخاري (١٥١٥) من حديث جابر و(١٥٤٦) من حديث أنس و(١٥١٤، ١٥٤١) ومسلم (١١٨٤، ١١٨٦، ١١٨٧) من حديث ابن عمر - رضي الله عنهما -.

(٣) أخرجه أحمد (٢٣٥٨) وأبو داود (١٧٧٠) والترمذي (٨١٩) وقال: حسن غريب، والنسائي (٥/

١٦٢) والحاكم في المستدرک (٤٥١/١) وقال: صحيح على شرط مسلم، والبيهقي وضعفه (٥/

التلبية من واجبات الإحرام لآ من سنه، ثم تكثير التلبية في دوام الإحرام مستحب قائماً كان أو قاعداً، ركباً كان أو ماشياً، حتى في حالة الجنابة والحَيْض، وأنه ذَكَرَ لا إِعْجَازَ فِيهِ فَأَشْبَهَ التَّسْبِيحَ، وَقَدْ قَالَ ﷺ لِعَائِشَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - حِينَ حَاضَتْ: «أَفْعَلِي مَا يَفْعَلُ الْحَاجُّ غَيْرَ أَنْ لَا تَطُوفِي بِالنَّبِيِّ»<sup>(١)</sup>.

وتجديدها أفضل في كل صعود وهبوط، وحدوث حادث من ركوب أو نزول، أو انضمام رفاق، أو فراغ من صلاة، وعند إقبال الليل والنهار، ووقت السحر.

روى عن جابر - رضي الله عنه -: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يُلَبِّي فِي حَجَّتِهِ إِذَا لَقِيَ رَجُلًا أَوْ عَلَى أَكْمَةٍ، أَوْ هَبَطَ وَإِدْيَا، وَفِي أَذْيَارِ الْمَكْتُوبَةِ، وَمِنْ آخِرِ اللَّيْلِ»<sup>(٢)</sup>.

ويستحب الإتيان بها في مسجد مكة، وهو المسجد الحرام، ومسجد الخيف بموتى، ومسجد إبراهيم عليه السلام بعرفة، فإنها مواضع النسك، وفي سائر المساجد قولان: القديم: أنه لا يلبي فيها حذراً من التشويش على المتعبدين والمصلين، بخلاف المساجد الثلاثة، فإن التلبية معهودة فيها، ويروى هذا عن مالك - رحمه الله - .

والجديد: أنه يلبي فيها كسائر المساجد، ويدل عليه إطلاق الأخبار الواردة في التلبية، فإنها لا تفرق بين موضع وموضع، وهذا الخلاف على ما أورده الأكثرون في أصل التلبية، فإن استحبابه استحبنا رفع الصوت، وإلا فلا، وهو قضية نظم الكتاب.

وجعل إمام الحرمين الخلاف في أنه هل يستحب فيها أن يرفع الصوت بالتلبية؟ ثم قال: إن لم يؤثر رفع الصوت بالتلبية في سائر المساجد، ففي الرفع في المساجد الثلاثة وجهان، وهل تستحب التلبية في طواف القدوم والسعي بعده؟ فيه قولان:

الجديد: أنه لا يستحب؛ لأن فيها أذعيةً وأذكارةً خاصة فصار كطواف الإفاضة والوداع، وقد روى عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أنه قال: «لَا يُلَبِّي الطَّائِفُ».

والقديم: أنه يستحب ولكن لا يجهر بها، بخلاف طواف الإفاضة فإن هناك شرع في أسباب التحلل، فانقطعت التلبية، وهذا التوجيه يعرفك أن قوله في الكتاب: (وفي حالة الطواف قولان) محمول على طواف القدوم، وإن كان اللفظ مطلقاً، وفي غيره من أنواع الطواف لا يلبي بلا خلاف.

ويستحب رفع الصوت بالتلبية لقوله ﷺ: «أَتَانِي جِبْرِيلُ فَأَمَرَنِي أَنْ أَمُرَ أَضْحَابِي أَنْ

(١) تقدم، وزاد مالك: ولا بين الصفا والمروة حتى تطهرين.

(٢) أخرجه عبد الله بن ناجية في فوائده بإسناد غريب لا يثبت مثله، انظر: خلاصة البدر (١/٣٥٩) والتلخيص (٢/٢٣٩).

يَرْفَعُوا أَصْوَاتَهُمْ بِالتَّلْبِيَةِ»<sup>(١)</sup>. وروى أنه ﷺ قال: «أَفْضَلُ الْحَجِّ الْعَجَجُ وَالتَّجُّ»<sup>(٢)</sup>.

والعجج: هو رفعُ الصُّوتِ، وإنما يستحب الرفع في حَقِّ الرجل، ولا يرفع بحيث يجهده ويقطع صوته، والنساء يفتَصِرْنَ على إِسْمَاعِ أَنْفُسِهِنَّ، ولا يَجْهَرْنَ كما لا يجهرن بالقراءة في الصَّلَاةِ. قال القَاضِي الرُّوْيَانِي: ولو رفعت صوتها بالتلبية لم يحرم؛ لأن صوتها ليس بعَوْرَةٍ خلافاً لبعض أصحابنا. والأحب أن لا يزيد في التلبية على تلبية رسول الله ﷺ بل يُكْرَهُهَا، وبه قال أحمد، وعن أصحاب أبي حنيفة - رحمهم الله - أن الأحب الزيادة فيها، وتلبيته: «لَبَّيْكَ اللَّهُمَّ لَبَّيْكَ، لَبَّيْكَ لَا شَرِيكَ لَكَ لَبَّيْكَ، إِنَّ الْحَمْدَ وَالتَّعْمَةَ لَكَ وَالمَلَكُ، لَا شَرِيكَ لَكَ»<sup>(٣)</sup>.

وقوله: (إن قد تكسر) على تقدير الابتداء، وقد تفتح على معنى لأن الحمد<sup>(٤)</sup>. فإن رأى شيئاً يعجبه قال: لَبَّيْكَ إِنَّ العَيْشَ عَيْشُ الآخِرَةِ، ثبت ذلك عن رسول الله ﷺ<sup>(٥)</sup> وروى في بعض الروايات أنه قال في تلبيته: «لَبَّيْكَ حَقًّا حَقًّا تَعَبُدًا وَرِقًّا»<sup>(٦)</sup>.

ولو زاد على تلبية رسول الله ﷺ لما نقل بأنه مكروه روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أنه كان يزيد فيها: «لَبَّيْكَ لَبَّيْكَ لَبَّيْكَ وَسَعْدَيْكَ، وَالْخَيْرُ بِيَدَيْكَ، وَالرَّهْبَاءُ إِلَيْكَ وَالْعَمَلُ». ويستحب إذا فرغ من التلبية أن يُصَلِّيَ على النبي ﷺ وأن يسأل الله رِضْوَانَهُ وَالْحِجَّةَ، ويستعيذ به من النَّارِ، يقول: أَسْأَلُكَ رِضَاكَ وَأَسْأَلُكَ الْحِجَّةَ، وَأَعُوذُ بِكَ مِنَ النَّارِ، روي أن النبي ﷺ: «كَانَ إِذَا فَرَعَ مِنْ تَلْبِيَّتِهِ فِي حَجٍّ أَوْ عُمْرَةٍ سَأَلَ اللّٰهَ رِضْوَانَهُ وَالْحِجَّةَ، وَاسْتَعَاذَ بِرِحْمَتِهِ مِنَ النَّارِ»<sup>(٧)</sup>.

- (١) أخرجه مالك في الموطأ (٢٤٤/١) وأبو داود (١٨١٤) والترمذي (٨٢٩) وقال: حسن صحيح، والنسائي (١٦٢/٥) وابن ماجه (٢٩٢٢) والشافعي (٩٣٩) وأحمد (٥٥/٤، ٥٦) والحميدي (٨٥٣) والحاكم (٤٥٠/١) وقال: إسناده صحيح، والبيهقي (٤٢/٥).
- (٢) أخرجه الترمذي (٨٢٧) وقال: غريب وفيه انقطاع، وأخرجه ابن ماجه (٢٩٢٤) والحاكم في المستدرک (٤٥٠/١ - ٤٥١) وقال: صحيح الإسناد، وأخرجه البيهقي (٤٢/٥) وانظر التلخيص (٢٣٩/٢ - ٢٤٠). وقال الترمذي: العجج: رفع الصوت بالتلبية، والحج نحر البدن.
- (٣) أخرجه البخاري (١٥٤٩) ومسلم (١١٨٤) والترمذي (٨٢٥).
- (٤) قال النووي: الكسر أصح وأشهر.
- (٥) أخرجه الشافعي (٩٣٤) ومن طريقه البيهقي مرسلأ (٤٥/٥) والحاكم في المستدرک (٤٦٥/١) وابن خزيمة (٢٨٣١).
- (٦) قال الحافظ في التلخيص (٢٤٠/١): أخرجه البزار من حديث أنس، وذكر الدارقطني في «العلل» الاختلاف فيه، وساقه بسنده مرفوعاً، ورجح وقفه.
- (٧) قال الحافظ في التلخيص (٢٤٠/١): أخرجه الشافعي من حديث خزيمة بن ثابت، وفيه صالح بن محمد بن أبي زائدة أبو واقد الليثي، مدني ضعيف.

ثم يدعو بما أحب، ولا يتكلم في أثناء التلبية بأمر ونهي وغيرهما، لكن لو سلم عليه رد<sup>(١)</sup>، نص عليه<sup>(٢)</sup>، ومن لم يحسن التلبية بالعربية لبي بلسانه، وأعلم أنه يستحب الإتيان بالسُننِ الخمس على الترتيب المذكور في الكتاب.

نعم، لم أر ما يقتضي ترتيباً بين التطيب والتجرد.

ويستحب أيضاً للمحرم أن يتأهب للإحرام بحلق الشَّعر، وتقليم الظفر، وقص الشَّارب، وقد روي أنه ﷺ: «كَانَ إِذَا آزَادَ أَنْ يُحْرِمَ غَسَلَ رَأْسَهُ بِأَشْتَانٍ وَخَطَمِي<sup>(٣)</sup>» وبالله التوفيق.

## الفصل الثالث

### في سنن دخول مكة

قال الغزالي: وَهِيَ أَنْ يَغْتَسِلَ بِدِي طُوى، وَيَدْخُلَ مَكَّةَ مِنْ ثَنِيَّةِ كَدَاءِ، وَيَخْرُجَ مِنْ ثَنِيَّةِ كُدَيْ وَإِذَا وَقَعَ بَصْرُهُ عَلَى الْكَعْبَةِ قَالَ: اللَّهُمَّ زِدْ هَذَا الْبَيْتَ تَشْرِيفاً وَتَعْظِيماً وَتَكْرِيماً وَمَهَابَةً وَبِرّاً وَزِدْ مِنْ شَرَفِهِ وَعَظَمِهِ مِمَّنْ حَجَّهُ وَأَعْتَمَرَهُ تَشْرِيفاً وَتَعْظِيماً وَتَكْرِيماً وَمَهَابَةً وَبِرّاً، ثُمَّ يَدْخُلُ الْبَيْتَ مِنْ بَابِ بَنِي شَيْبَةَ فَيَوْمُ الرُّكْنِ الْأَسْوَدِ، وَيَبْتَدِئُ طَوَافَ الْقُدُومِ.

قال الرافعي: المحرم بالحج قد يقرب من مكة<sup>(٤)</sup> ووقت الوقوف ضيق، فيعدل عن الجادة إلى عرفة، فإذا وقف دخلها، وهكذا يفعل الحجاج الآن غالباً، وقد يتسع

(١) قال الزركشي: لم يصرح بأنه على سبيل الوجوب، أو الاستحباب وكلام الشافعي يقتضي أنه على الاستحباب، فإنه قال: وأحب أن يرد السلام بين ظهرائي التلبية، ولا بأس بالحاجة حتى يفرغ منها انتهى. ينظر الروضة (٢/٣٥١).

(٢) قال النووي: ويكره التسليم عليه في حال التلبية ينظر الروضة (٢/٣٥٢).

(٣) أخرجه الدارقطني (٢/٢٢٦) من رواية عائشة - رضي الله عنها -.

(٤) نقول: مكة بالميم، وبكة بالباء الموحدة، واختلفوا فيها على أقوال حكاهما في شرح المهذب: أحدها: أنهما اسمان للبلد.

والثاني: أن مكة بالميم اسم للحرم كله وبالباء اسم للمسجد.

والثالث: أن الميم للبلد والباء للبيت والمطاف.

والرابع: كالثالث لكن باستعارة المطاف. قال: وسميت مكة لمكها الجبارين من قولهم: مك الفصيل ضرع أمه إذا امتصه وبالباء؛ لأن الناس يدفع بعضهم بعضاً في المطاف لكثرة الزحام، والبك الدفع، ومكة أفضل الأرض عندنا خلافاً لمالك في تفضيل المدينة، ونقل القاضي عياض إجماع المسلمين على أن موضع قبر النبي ﷺ أفضل الأرض وأن الخلاف فيما سواه.

الوقت فيدخلونها، «ثُمَّ يَخْرُجُونَ مِنْهَا إِلَى عَرَفَةَ، وَهَكَذَا فَعَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ»<sup>(١)</sup>.  
وفي الفَضْلِ وما بعده ما هو مبني على التَّصْوِير الثاني، وهكذا هو في مصنفات  
عامة الأصحاب - رحمهم الله -، ونحن ننبه على ما يفترق فيه التَّصْوِيران في مواضع  
الحاجة - إن شاء الله تعالى.  
إذا عرفت ذلك فللدخول مكة سُنَن.

منها أن يغتسل بِذِي طُوًى وهو من سواد مكة قريب منها.  
روى عن ابن عمر - رضي الله عنهما - «أَنَّهُ كَانَ لَا يَقْدُمُ مَكَّةَ إِلَّا بَاتَ بِذِي طُوًى،  
حَتَّى يُضِيحَ وَيَغْتَسِلَ، ثُمَّ يَدْخُلُ مَكَّةَ، وَيَذْكُرُ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ فَعَلَهُ»<sup>(٢)</sup>.

واعلم أن القصد بقوله: (أن يغتسل بذي طوى) بيان استحباب موضع الغسل؛  
فأما كون الغسل للدخول مستحباً، فقد ذكره مرة في الفَضْلِ الثاني من هذا الباب ومرة  
قبل ذلك في كتاب الجُمُعَةِ. ومنها: أن يدخل من ثنية كَدَاءَ - بفتح الكاف والمد - وهو  
من أعلى مكة وإذا خرج خرج من ثنية كُدَى - بضم الكاف - وهو على ما يشعر به كلام  
الأكثرين بالمد أيضاً، ويدل عليه أنهم كتبوه بالألف ومنهم من قال: إنه بالياء<sup>(٣)</sup> وروى  
فيه شعراً وهو من أسفل مكة. وروى أن النبي ﷺ: «كَانَ يَدْخُلُ مَكَّةَ مِنَ الثَّنِيَّةِ الْعُلْيَا،  
وَيَخْرُجُ مِنَ الثَّنِيَّةِ السُّفْلَى»<sup>(٤)</sup>.

قال الأصحاب وهذه السُّنَّة في حق مَنْ جَاءَ مِنْ طَرِيقِ الْمَدِينَةِ وَالشَّامِ، وَأَمَّا  
الْجَاءُونَ مِنْ سَائِرِ الْأَقْطَارِ فَلَا يُؤْمَرُونَ بِأَنْ يَدُورُوا حَوْلَ مَكَّةَ، لِيَدْخُلُوا مِنْ ثَنِيَّةِ كَدَاءَ،  
وكذلك القول في إيقاع الغسل بِذِي طُوًى، وقالوا: إنما دخل النبي ﷺ من تلك الثنية  
اتفاقاً لا قصداً؛ لأنها على طريق المدينة، وهاهنا شيثان:

أحدهما: أن قضية هذا الكلام أن لا يتعلق بنسك واستحباب بالدخول من تلك  
الثنية في حق الجائين من طريق المدينة أيضاً، وهكذا أطلق الإمام نقله عن الصَّيْدَلَانِيِّ.

(١) قال الحافظ ابن حجر: لم أره هكذا لكنه الواقع، وصرح بذلك في عدة أحاديث صحيحة بغير  
هذا اللفظ ينظر: التلخيص (٢/٢٤١).

(٢) أخرجه البخاري (١٥٥٣، ١٥٥٤، ١٥٧٣، ١٥٧٤) ومسلم (١٢٥٩).

(٣) قال النووي: الصواب الذي أطبق عليه المحققون من أهل الضبط: أن الثنية السفلى، - بالقصر  
وتنوين الدال - ولا اعتداد بشياع خلافه عند غيرهم.  
وأما كتابته بالألف فليست ملازمة للمد.

والثنية: الطريق الضيق بين جبلين، وهذه الثنية عند جبل قعيقعان.

(٤) أخرجه البخاري (١٥٧٥، ١٥٧٦) ومسلم (١٢٥٧).



والثاني: أن الشَّيْخَ أَبَا مُحَمَّدٍ نازع فيما ذكره من موضع الثنية، وقال: ليست هي على طريق المدينة بل هي في جِهَةِ الْمُعَلَّاءِ، وهو في أعلى مكة، والمرور فيه يفضي إلى باب بَنِي شَيْبَةَ، ورأس الردم، وطريق المدينة يفضي إلى باب إِبْرَاهِيمَ عليه السلام.

ثم ذهب الشَّيْخُ إلى استحباب الدُّخُولِ منها، لِكُلِّ جَاءٍ تَأْسِياً بِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ والإمام سَاعِدَ الْجُمْهُورِ فِي الْحُكْمِ الَّذِي ذَكَرُوهُ، وشهد للشَّيْخِ بِأَنَّ الْحَقَّ فِي مَوْضِعِ الثَّنِيَّةِ مَا ذَكَرَهُ.

ومنها: إذا وَقَعَ بَصْرُهُ عَلَى الْبَيْتِ قَالَ مَا رَوَى فِي الْخَبَرِ: وَهُوَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ «كَانَ إِذَا رَأَى الْبَيْتَ رَفَعَ يَدَيْهِ، وَقَالَ اللَّهُمَّ زِدْ هَذَا الْبَيْتَ تَشْرِيفاً، وَتَعْظِماً وَتَكْرِيماً وَمَهَابَةً وَزِدْ مِنْ شَرَفِهِ، وَعَظْمِهِ مِمَّنْ حَجَّهُ أَوْ اعْتَمَرَهُ تَشْرِيفاً وَتَكْرِيماً وَتَعْظِماً وَبِرّاً»<sup>(١)</sup>.

ويستحب أن يضاف إليه «اللَّهُمَّ أَنْتَ السَّلَامُ وَمِنْكَ السَّلَامُ فَحَيِّنَا رَبَّنَا بِالسَّلَامِ» يروى ذلك عن عمر - رضي الله عنه<sup>(٢)</sup> -، ويؤثر أيضاً أن يقول: «اللَّهُمَّ إِنَّا كُنَّا نَحِلُّ عُقْدَةً، وَنَشُدُّ أُخْرَى وَنَهْبِطُ وَإِدْباً وَنَعْلُو آخَرَ حَتَّى أَتَيْنَاكَ غَيْرَ مَحْجُوبٍ أَنْتَ عَنَّا، إِلَيْكَ خَرَجْنَا وَبَيْنَكَ حَجَجْنَا، فَازْحَمْ مَلَقَى رِجَالِنَا بِفَنَاءِ بَيْتِكَ»<sup>(٣)</sup>.

ويدعو بما أحب من مهمات الدنيا والآخرة وأهمها سؤال المغفرة، واعلم أن بناء البيت رفيع يرى قبل دخول المسجد في موضع يقال له رأس الردم، إذا دخل الداخل من أعلى مكة، وحينئذ يقف ويدعو بما ذكرنا.

ومنها أن يقصد المسجد إذا فرغ من الدعاء ويدخله من باب بَنِي شَيْبَةَ، وقد أطبقوا على استحبابه لكل قادم؛ لأن النبي ﷺ<sup>(٤)</sup> «يَدْخُلُ الْمَسْجِدَ مِنْهُ قَصْداً لَا اتِّفَاقاً، فَإِنَّهُ لَمْ يَكُنْ عَلَى طَرِيقِهِ، وَإِنَّمَا كَانَ عَلَى طَرِيقِهِ بَابُ إِبْرَاهِيمَ عَلَيْهِ السَّلَامُ» والدوران حول المسجد لا يشق بخلاف الدوران حول البلد، وكان المعنى فيه: أن ذلك الباب في جهة باب الكعبة، والرُّكْنُ الْأَسْوَدُ وإن كان في زاوية المسجد، ويبتدىء عند دخوله بطواف القدوم. روي أن النَّبِيَّ ﷺ «حَجَّ فَأَوَّلُ شَيْءٍ بَدَأَ بِهِ حِينَ قَدِمَ أَنْ تَوَضَّأَ ثُمَّ طَافَ بِالْبَيْتِ»<sup>(٥)</sup> أو يؤخر تغيير ثيابه واكتراء منزله إلى أن يفرغ منه، نعم لو كان الناس في

(١) أخرجه الشافعي (١٠٢١) ومن طريقه البيهقي (٧٣/٥)، وفي إسناد عاصم بن سليمان كذاب.

(٢) أخرجه البيهقي (٧٣/٥) وفي إسناده نظر، انظر خلاصة البدر (٢٧/٢).

(٣) قال ابن الملقن في الخلاصة (٢٧/٢): لا أعرفه في خبر ولا أثر.

(٤) أخرجه البيهقي (٧٢/٥) من رواية ابن عمر، قال: إسناده غير محفوظ. ومن رواية عطاء وقال:

مرسل جيد، ومن رواية علي وابن عباس، وليس في كلها أن ذلك كان في الحج، وانظر التلخيص (٢٤٣/٢).

(٥) أخرجه البخاري (٢٦٤١) ومسلم (١٢٣٥).

المكتوبة حين دَخَلَ صَلَاةً مَعَهُمْ أَوْلَى، وكذا لو أُقِيمَت الْجَمَاعَةُ وهو في أثناء الطواف قَدَّمَ الصَّلَاةَ، وكذا لو خاف فوت فريضة أو سنة مؤكدة.

ولو قدمت المرأة نهاراً وهي ذات جَمَالٍ أو شريفة لا تبرز للرجالِ أخرجت الطَّوْفَ إِلَى اللَّيْلِ، وليس في حق من قدم الوقوف على دخول مكة طواف قدوم، وإنما هو في حَقِّ مَنْ دَخَلَهَا أَوْلَى لِسَعَةِ الْوَقْتِ، ويسمى أيضاً طواف الوُرُودِ وطواف التَّحِيَّةِ، لأنه تحية البُعْثَةِ يأتي به من دَخَلَهَا، سواء كان تاجراً أو حاجاً، أو دخلها لأمرٍ آخَرَ.

ولو كان معتمراً فطاف للعمرة أجزاءه ذلك عن طوافِ الْقُدُومِ، كما أن الفريضة عند دخول المسجد تُجْزِئُ عَنِ التَّحِيَّةِ، - والله أعلم -.

ولعلك تنظر في لفظ الكتاب في الدعاء عند رؤية البيت فتقول: إنه جمع أولاً بين المَهَابَةِ والبر، ولم يرووا في الخبر إلا المَهَابَةَ، وذكر أخيراً البر دون المَهَابَةِ، كذا رويتموه في الخبر ونقل المُرْزِي في «المختصر: المَهَابَةُ دون البر، فما الحال فيهما؟ فاعلم أن الجمع بين المَهَابَةِ والبر لم نره إلا لِصَاحِبِ الْكِتَابِ، ولا ذكر له في الخبر، ولا في كُتُبِ الْأَصْحَابِ، بل البيت لا يتصور منه بر، فلا يصح إطلاق هذا اللفظ إلا أن يعني البر إليه.

وأما الثاني فالثابت في الْخَبَرِ الْاِقْتِصَارِ عَلَى الْبِرِّ كَمَا أوردته، ولم يثبت الأئمة ما نقله المُرْزِي.

وقوله: (فيوم الركن الأسود) كالمستغنى عنه في هذا الوضع، إذ لا بد لكل طَائِفٍ أن يؤم الركن الأسود، ويبتدئ به على ما سيأتي في واجبات الطَّوْفِ، فلو لم يتعرض له هَاهُنَا كما لم يتعرض لسائر واجباتِ الطَّوْفِ لما ضَرَّهُ. وقوله: ويبتدئ بِطَوَافِ الْقُدُومِ مُطْلَقًا، لكنه محمول على ما سَوَى الْمَوَاضِعِ الَّتِي يَبْتَأَهَا.

واختلفوا في أن دخول مكة رَأْيًا أَوْلَى أم دخولها ماشياً على وجهين، وإن دخلها ماشياً فقد قيل: الأولى أن يكون حَافِيًا<sup>(١)</sup>. لما روي أنه ﷺ قال: «قَدْ حَجَّ هَذَا الْبَيْتِ سَبْعُونَ نَبِيًّا كُلُّهُمْ خَلَعُوا بَعَالَهُمْ مِنْ ذِي طَوَى تَعْظِيمًا لِلْحَرَمِ»<sup>(٢)</sup>.

(١) قال النووي: الأصح: ماشياً أفضل، وله دخول «مكة» ليلاً ونهاراً بلا كراهة، فقد ثبتت السنة فيها. والأصح أن النهار أفضل، وبه قال أبو إسحاق، واختاره صاحب «التهذيب» وغيره. وقال القاضي أبو الطيب وغيره: هما سواء في الفضيلة ينظر الروضة (٢/٣٥٤).

(٢) أخرجه ابن ماجه عن ابن عباس (٢٩٣٩) ومن حديث أبي موسى عند العقيلي في الضعفاء (١/٣٦) وهذان إستاندان لا يقوم بمثلهما حجة، انظر خلاصة البدر (٤/٢) التلخيص (٢/٢٤٢).

قال الغزالي: **وَكُلُّ مَنْ دَخَلَ مَكَّةَ غَيْرَ مُرِيدٍ نُسْكَاً لَمْ يَلْزَمْهُ (ح) الْإِحْرَامُ عَلَى أَظْهَرِ الْقَوْلَيْنِ وَلَكِنَّهُ يُسْتَحَبُّ كَتَبِيَّةُ الْمَسْجِدِ.**

قال الرافعي: من قصد دخول مكة لا لنسك له حالتان:

إحدهما: أن لا يكون ممن يتكرر دخوله كالذي يدخلها لزيارة أو تجارة أو رسالة، وكالمكي إذا دخلاً عَائِداً مِنْ سَفَرِهِ، فهل يلزمه أن يحرم بالحج أو العمرة؟ فيه طريقان:

أصحهما: وهو المذكور في الكتاب: أنه على قولين:

أحدهما: ويحكي عن مالك وأحمد: أنه يلزمه الإحرام بحج أو عمرة؛ لإطباق النَّاسِ عَلَيْهِ، والسُّنَنُ يندرج بها الاتفاق العملي.

وعن ابن عباس - رضي الله عنهما - أنه قال: لا يَدْخُلُ أَحَدٌ مَكَّةَ إِلَّا مُحْرِمًا<sup>(١)</sup>.

والثاني: أنه لا يلزمه ذلك، ولكن يستحب كَتَبِيَّةُ الْمَسْجِدِ، وما الأهر منهما؟ ذكر صاحب الكتاب: أن هذا القول الثاني أظهر، وبه قال الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ، وإليه مَيْلُ الشَّيْخِ أَبِي حَامِدٍ ومن تابعه، ورجح المسعودي وصاحب «التهديب» في آخرين قولَ الْوُجُوبِ، وبه أجاب صَاحِبُ «التلخيص» ولا فرق على القولين بين أن تكون دَارُهُ فَوْقَ الْمِيقَاتِ أو دونه، وعند أبي حنيفة إن كان داره فوق الميقات لَزِمَهُ، وإلَّا فَلَا.

وَالطَّرِيقُ الثَّانِي: الْقَطْعُ بِالِاسْتِحْبَابِ، وَيَحْكِي هَذَا عَنْ صَاحِبِ التَّقْرِيبِ.

وَالْحَالَةُ الثَّانِيَّةُ: أَنْ يَكُونَ مِمَّنْ يَتَكَرَّرُ دَخُولُهُ كَالْحُطَّائِينَ وَالصَّيَّادِينَ وَنَحْوِهِمْ، فَإِنْ قَطَعْنَا بِتَنْفِي الْوُجُوبِ فِي الْحَالَةِ الْأُولَى فَهَاهُنَا أُولَى، وَإِنْ سَلَكْنَا طَرِيقَةَ الْقَوْلَيْنِ فَهَاهُنَا طَرِيقَانِ:

أحدهما: طرد القولين.

وأصحُّهُمَا: الْقَطْعُ بِتَنْفِي الْوُجُوبِ، وبه أجاب في «التلخيص».

والفرق أن هؤلاء إن امتنعوا من الدخول انقطعوا عن مَعَايِشِهِمْ، ويتضرر به الناس، وأن دخلوا وأحرموا كل مرة شَقُّ عَلَيْهِمْ، وفيه وجه ضعيف: أنه يلزمهم الإحرام في كُلِّ سَنَةٍ مَرَّةً. التفرغ إن قلنا بالوجوب فلذلك شروط:

أحدها: أن يجيء الدَّاخِلُ مِنْ خَارِجِ الْحَرَمِ، فأما أهل الحرم فلا إحرام عليهم بلا

خلاف.

(١) أخرجه البيهقي (٧٣/٥) وابن عدي عنه مرفوعاً بإسناد ضعيف، ينظر: خلاصة البدر (٢٧/٢).

والثاني: أن لا يدخلها لِقِتَالٍ ولا خائفاً، فإن دخلها لِقِتَالِ بَاغٍ، أو قاطع طريقٍ، أو غيرهما، أو خائفاً منه، أو خائفاً مِنْ ظالمٍ، أو غريمٍ يحبسه وهو مُغَيَّرٌ لا يمكنه أن يطهر لأداء النسك لم يلزمه الإحرام بحال: «دَخَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مَكَّةَ عَامَ الْفَتْحِ غَيْرَ مُحْرِمٍ»<sup>(١)</sup>، لَأَنَّهُ كَانَ مُتَرَضِّدًا لِلْقِتَالِ، خَائِفًا غَدْرَ الْكُفَّارِ.

والثالث: أن يكون حُرّاً، أما العبيد فلا إحرام عليهم بِحَالٍ؛ لأن منافعهم مستحقة للِسَادَةِ، ولا فرق بين أن يأذنوا بالدخول أو لا يأذنوا؛ لأن الإذن في الدخول لا يتضمن الإذن في الإحرام، رواه الإمام عن اتفاق الأَصْحَابِ، ومن يلزم الإحرام بالدخول لا يبعد منه المنازعة في هذا التوجيه. وإن أذن السَيِّدُ لِعَبْدِهِ في الدخول محرماً فهل يكون حيتنئذ كالأحرار؟ فيه وجهان:

أقيسهما: لا؛ لأنه ليس من أهلِ فَرَضِ التُّسُكِ، فصار كما لو أذن له في حُضُورِ الْجُمُعَةِ. وإذا اجتمعت شرائط الوجوب ودخلها غير محرم فهل عليه القضاء؟ قال الإمام: فيه قولان، وقال غيرهما: وجهان:

أحدهما: نعم، تداركاً لِلْوَجِبِ، وسبيله على هذا أن يخرج ويعود محرماً، ولا نقول إن عوده يقتضي إحراماً آخر، كما لو دخلها على قصد التُّسُكِ يكفيه إحرامه بِذَلِكَ التُّسُكِ، ولا يلزمه بالدُّخُولِ إِحْرَامٌ آخَرَ، وكان الغرض أن لا يعرى دخوله عن الإحرام لِحُرْمَةِ الْبُقْعَةِ.

وأصحهما: وهو الذي أورده الأكثرون: أنه لا يجب وله علتان.

إحداهما: أنه لا يمكن القضاء؛ لأن دخوله الثاني يقتضي إحراماً آخر، وإذا لم يمكن القضاء لم كَمَنْ نذر صَوْمَ الدَّهْرِ وأفطر.

وفرع صاحب «التلخيص» على هذه العلة فقال: «لو لم يكن ممن يتكرر دخوله كالحطابين ثم صار منهم قضي بحصول الإمكان» وربما نقل عنه أنه يجب عليه أن يجعل نفسه منهم.

وأصحهما: وبه قال العِرَاقِيُّونَ والقَمَّال: أنه تَحِيَةُ البُقْعَةِ، فلا يقضي كتحية المسجد، وَرَزَيْقُوا العِلَّةَ الأولى بِمَا سَبَقَ فِي تَوْجِيهِ الْقَوْلِ الأَوَّلِ. وذكر القاضي ابنُ كَيْجٍ تفريراً على القول بالوجوب: أنه إذا انتهى إلى الميقات على قَصْدِ دُخُولِ مَكَّةَ يلزمه أن يُحْرِمَ مِنَ المِيقاتِ، ولو أُحْرِمَ بعد مجاوزته فعليه دَمٌ، بخلاف ما إذا ترك الإحرام أصلاً ورأساً؛ لأن نفس العِبَادَةِ لا تجبر بالدم.

(١) أخرجه مسلم (١٣٥٨) عن رواية جابر - رضي الله عنه - .

وهل ينزل دخول الحرم منزله دخول مكة فيما ذكرناه؟ قال بعض الشارحين: نعم، والمراد بدخول مكة فيما نحن فيه: دخول الحرم، ولا يبعد تخريجه على خلاف سبق في نظائره<sup>(١)</sup>. وقوله في الكتاب: (وكل من دخل مكة غير مرید نسكاً) فيه إشارة إلى أنه لو كان مریداً نسكاً يلزمه أن يدخلها محرماً على الوجه الذي مر في موضعه، وليس ذلك موضع الخلاف، ثم لفظ الكتاب وإن كان مطلقاً في حكاية الخلاف، فالمراد ما إذا اجتمعت الشُّرُوط المَذْكُورة.

ثم قوله: (لم يلزمه) معلم بالحاء والميم والألف، ويجوز أن يعلم قوله: (على أظهر القولين) بالواو للطريقة النافية للخلاف.

واعلم أن هذا الفضل لما كان مترجماً بسنن دخول مكة، وكان الإحرام عند الدخول في حق من لا يقصد التَّسَكُّ معدوداً من المستحبات على ما اختاره صاحب الكتاب استحسن إيراد المسألة في هذا الفضل.

قال الغزالي: **الْفَضْلُ الرَّابِعُ فِي الطَّوَافِ وَوَجِبَاتِهِ سِتَّةٌ: الْأَوَّلُ شَرَايِطُ الصَّلَاةِ مِنْ طَهَارَةِ الْحَدَثِ وَالْخَبَثِ وَسِتْرِ الْعَوْرَةِ إِلَّا أَنَّهُ يُبَاحُ فِيهِ الْكَلَامُ.**

قال الرافعي: للطواف بأنواعه وظائف واجبه وأخرى مسنونة:

**القسم الأول:** الواجبات وقد عدّها في الكتاب سبعة:

أحدها: الطهارة عن الحدث والخبث.

وستر العورة؛ كما في الصلاة، وبه قال مالك، لما روي أن النبي ﷺ قال: **«الطَّوَافُ بِالْبَيْتِ مِثْلُ الصَّلَاةِ إِلَّا أَنَّكُمْ تَتَكَلَّمُونَ فِيهِ، فَمَنْ تَكَلَّمَ فَلَا يَتَكَلَّمُ إِلَّا بِخَيْرٍ»**<sup>(٢)</sup>.

فلو طاف جنباً أو محدثاً أو عارياً أو طافت المرأة حائضاً أو طاف وعلى ثوبه أو بدنه نجاسة لم يعتد بطوافه وكذا لو كان يطأ في مطافه التَّجَاسَاتِ، ولم أر للأئمة رحمهم الله تشبيه مكان الطَّوَافِ بالطَّرِيقِ في حق المتنقل ماشياً أو راكباً، وهو تشبيه لا بأس به، ولو أحدث الطَّائِفُ في خلال طوافه نظر إن تعمد الحدث فقولان في أنه يبني أو يستأنف إذا توضأ، ويقال: وجهان:

(١) قال النووي: الصواب: اقطع بأن الحرم كمكة في هذا، وقد اتفق الأصحاب عليه، وصرح به خلافاً، منهم صاحب «الحاوي» والمحاملي في «المقنع» وغيره، والجرجاني في «التحرير» والشاسي في «المستظهر» والرويات في «الحلية»، وغيرهم. وعجب قول الرافعي: قال بعض الشارحين، مع شهرة هذه الكتب ينظر الروضة (٢/٣٥٧).

أحدهما: يستأنف كما في الصلاة.

وأصحهما: أنه يَبْنِي ويَحْتَمِل في الطواف ما لا يحتمل في الصلاة، كالفعل الكثير والكلام، وإن سبقه الحَدَّث رتب على حالة التعمد إن قلنا: يبني عند التعمد، فهأنا أولى، وإن قلنا: يستأنف فهأنا قولان أو وجهان: والأصح البناء، وهذا كله فيما إذا لم يَطَّل الفضل، فإن طَالَ فسيأتي حكمه، وحيث لا يجب الاستئناف فلا شك في استحبابه.

وقوله: (شرائط الصلاة) غير مجرى على ظاهره، فإن المعتبر في الطواف بَعْضُها وهو الطَّهارة، وسترُ العورة، ولا يعتبر فيه استقبال القبلة، وتَرْكُ الكلام، وترك الأفعال الكثيرة، وترك الأكل.

وأعلم قوله: (من طهارة الحدث والخبث وستر العورة) بالحاء؛ لأن عنده لو طاف جنباً أو محدثاً أو عارياً أو طافت المرأة حائضاً لزمَت الإعادة ما لم يفارق مكَّة، فإن فارقها أجزاء دَم شاةٍ إن طَاف مع الحَدَّث، وبدنه إن طَاف مع الجَنَابَةِ، وبالالف، لأن عند أحمد رواية مثله، إلا أن الإعلام بهما إنما يَصِحُّ إذا كان المراد من وجوب شرائط الصلاة في الطواف: اشتراطها فيه دون الوجوب المشترك بين الشرائط وغيره، فإننا قد نوجب الشيء ولا نشترطه، كركعتي الطَّوَّافِ في الطَّوَّافِ على أحد القولين، والذي حكيناه عن أبي حنيفة - رحمه الله - ينافي الاشتراط دون الوجوب المشترك، - والله أعلم -.

قال الغزالي: الثَّانِي التَّرْتِيبُ (ح) وَهُوَ أَنْ يَجْعَلَ الْبَيْتَ عَلَى يَسَارِهِ وَيَبْتَدِئَ بِالْحَجْرِ الْأَسْوَدِ، وَلَوْ جَعَلَهُ عَلَى يَمِينِهِ لَمْ يَصِحَّ، وَلَوْ اسْتَقْبَلَهُ بِوَجْهِهِ فِيهِ تَرَدُّدٌ، وَلَوْ ابْتَدَأَ بِغَيْرِ الْحَجْرِ لَمْ يُغْتَدَّ بِذَلِكَ الشُّوْطِ إِلَى أَنْ يَنْتَهِيَ إِلَى أَوَّلِ الْحَجْرِ فَمِنْهُ يَبْدَأُ الْأَخْتِسَابَ، وَلَوْ حَادَى آخِرَ الْحَجْرِ بَعْضَ بَدَنِهِ فِي ابْتِدَاءِ الطَّوَّافِ فِيهِ وَجْهَانِ.

قال الرافعي: هذا الواجب وما بعده قد يحوج إلى معرفة هيئة البيت، فنقدم في وَضْعِ الْبَيْتِ وما لحقه من التغيرات مقدمة مختصرة.

ونقول: لبيت الله تعالى أربعة أركان: ركنان يمانيان، وركنان شاميان، وكان لاصقاً بالأرض، وله بابان: شرقي وغربي، وذكر أن السُّنْبُلَ هَدَمَهُ قَبْلَ مَبْعَثِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بِعَشْرِ سِنِينَ، وأعادت قريش عمارته على الهيئة التي هُوَ عَلَيْهَا الْيَوْمَ، ولم يجدوا من النذور والهدايا والأموال الطيبة ما يفي بالنفقة، فتركوا من جَانِبِ الْحَجْرِ بَعْضَ الْبَيْتِ، وخلفوا الركنين الشاميين عن قواعد إبراهيم عليه السلام، وضيّقوا عرض الجدار من الركن الأسود إلى الشامي الذي يليه، فبقي من الأساس شبه الدكان مرتفعاً، وهو الذي يسمى

السَّادِرَانِ، وقد روى أن النبي ﷺ قال لعائشة - رضي الله عنها -: «لَوْلَا حَدِيثَانُ قَوْمِكَ بِالشُّرْكِ لَهَدَمْتُ الْبَيْتَ، وَلَبَيْتُهُ عَلَى قَوَاعِدِ إِبْرَاهِيمَ، فَأَلْصَقْتُهُ بِالْأَرْضِ، وَجَعَلْتُ لَهُ بَابَيْنِ شَرْقِيًّا<sup>(١)</sup> وَغَرْبِيًّا»، كما تمناه رسول الله ﷺ ثم لما استولى عليه الحجاجُ هدمه وأعادَه على الصُّورة التي هو عليها اليوم، وهي بناء قريش، والركن الأسود والباب في صَوْبِ الشَّرْقِ، والأسود هو أحد الرُّكْنَيْنِ اليمانيين، والباب بينه وبين أحد الشَّامِيِّين، وهو الذي يسمَّى عِرَاقِيًّا أَيْضًا، والباب إلى الأسود أقرب منه إليه، ويليه الركن الآخر الشَّامِي، والحَجْرُ بينهما، وسنصفه من بعد، والمِيزَابُ بينهما، ويلِي هذا الركن اليماني الآخر الذي هو عن يمين الأسود.

إذا عرفت ذلك فأعلم أن مما يعتبر في الطواف شيثان قد يعبر عنهما معاً بالترتيب، وقد يعبر به عن أحدهما.  
والأول قضية لفظ الكتاب.

أحدهما: أن يجعل البيت على يساره.

والثاني: أن يبتدىء بالحجر الأسود، فيحاذيه بجميع بدنه في مروره، وإنما اعتبر؛ لأن النبي ﷺ كذلك طَافَ وقال: «خُذُوا عَنِّي مَنَاسِكَكُمْ»<sup>(٢)</sup>.

فلو جعل البَيْتَ على يمينه كما إذا ابتدأ من الحجر الأسود ومَرَّ على وجهه نحو الركن اليماني، لم يعتد بِطَوَافِهِ، وقال أبو حنيفة - رحمه الله - يُعِيدُ الطَّوْفَ مَا دَامَ بِمَكَّةَ فَإِنْ فَارَقَهَا أَجْزَأَهُ دَمٌ شَاةٍ، ولو لم يجعله على يمينه ولكن استقبله بوجهه وطاف معترضاً، فعن القُّال فيه وجهان:

أحدهما: الجواز، لحصول الطَّوْفِ فِي يَسَارِ الْبَيْتِ.

والثاني: المنع؛ لأنه لم يُؤَلَّ الكعبة شِقَّةَ الأيسر، والخلاف جَارٍ فيما لَوْ ولأها شِقَّةَ الأيمن، ومَرَّ القَهْقَرِيَّ نحو الباب، والقياس: جريانه فيما لو استدبرها ومر مُعْتَرِضاً، وما الأظهر من هذا الخلاف الذي أورده صاحب التهذيب وغيره؟ في الصورة الثانية أنه يجوز ويكره، وقال الإمام: والأصح: المنع كما أن المصلي لما أمر بأن يولي الكعبة صَدْرَهُ ووجهه لم يجزه أن يوليها شقه وهذا أوفق لعبارة الأكثرين، فإنهم قالوا: يجب أن يجعل البيت على يساره، ولم يوجد ذلك في هذه الصورة، وقالوا: لو جعله

(١) أخرجه البخاري (١٢٦، ١٥٨٣، ١٥٨٤، ١٥٨٥، ١٥٨٦، ٣٣٦٨، ٤٤٨٤، ٧٢٤٣) وأخرجه مسلم (١٣٣٣).

(٢) أخرجه مسلم من حديث جابر (١٢١٨، ١٢٩٧).

على يمينه لَمْ يَصِحْ، وقد وجد ذلك في صورة الرجوع القهقري، ومن صَحَّح الطواف في هذه الصُورة، فالمعتبر عنده أن يكون تحرك الطائف ودورانه في يَسَارِ الْبَيْتِ لَا غَيْرَ، - والله أعلم -.

ولو ابتداءً الطَائِفُ من غير الْحَجَرِ الْأَسْوَدِ لم يعتد بما يفعله حتى ينتهي إلى الْحَجَرِ الْأَسْوَدِ فيكون منه ابتداء طوافه، كما لو قدم المتوضئ على غسل الوجه غسل عضوٍ آخر، فإننا نجعل غسل الْوَجْهِ ابتداء وضوءه، وينبغي أن يمر عند الابتداء بجميع بَدَنِهِ على الْحَجَرِ الْأَسْوَدِ، وذلك بأن لا يقدم جزءاً من بدنه على جزءٍ من الْحَجَرِ، فلو حاذاه ببعض بدنه وكان بعضه مجاوزاً إلى جانب الْبَابِ ففيه قولان:

الجديد: أنه لا يعتد بتلك الطوفة.

والقديم: أنه يعتد بها، وتكفي الْمُحَاذَاةَ بِبَعْضِ الْبَدَنِ، وهذا الخلاف كالخلاف فيما إذا استقبل الكعبة بِبَعْضِ بَدَنِهِ وَصَلَّى: هل تَصِحُّ صَلَاتُهُ؟ وفيما علق عن الشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ وغيره أن الخلاف تَمَّ مُخْرَجٌ مِنَ الْخِلَافِ فِي الطَّوَافِ، وعكس الإمام ذلك، فأشار إلى تَخْرِيجِ هَذَا من ذلك، ولو حَاذَى بِجَمِيعِ الْبَدَنِ بَعْضُ الْحَجَرِ دون البعض أجزاءه، كما يجزئه أن يستقبل بجميع بدنه بَعْضَ الْكَعْبَةِ، ذكره أصحابنا الْعِرَاقِيُّونَ.

وقوله في الكتاب: (لم يعتد بذلك الشوط)، الشوط هو الطوفة الواحدة، وَكِرَّةُ الشَّافِعِيِّ - رضي الله عنه - هذا اللفظ فاستحب أن يقال: طواف وطوافان.

وقوله: (ولو حاذى آخر الحجر) أراد بآخر الحجر البعض الذي يلي الْبَابِ، ولا حاجة إلى هذا التقييد، بل الْخِلَافُ جَارٍ فيما إذا حَاذَى جَمِيعَ الْحَجَرِ ببعض بدنه.

وقوله: (وجهان) اقتدى فيه بإمام الحرمين - رحمهما الله -، ومعظم الْأَصْحَابِ حكوا قولين منصوبين كما قَدَّمْنَا.

قال الغزالي: الثَّالِثُ: أَنْ يَكُونَ بِجَمِيعِ بَدَنِهِ خَارِجاً عَنِ الْبَيْتِ فَلَا يَمْشِي عَلَى شَادِرَوَانَ الْبَيْتِ وَلَا فِي دَاخِلِ مَحْوِطِ الْحَجَرِ، فَإِنَّ سِنَّةَ أَذْرُعِ مِنْهُ مِنَ الْبَيْتِ، وَلَوْ كَانَ يَمَسُّ الْجِدَارَ بِيَدِهِ فِي مُوَازَاةِ الشَّادِرَوَانَ صَحَّ (ح)؛ لِأَنَّ مُعْظَمَ بَدَنِهِ خَارِجٌ.

قال الرافعي: الطَّوَافُ الْمَأْمُورُ بِهِ هُوَ الطَّوَافُ بِالْبَيْتِ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَلْيَطُوفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ﴾<sup>(١)</sup> وإنما يكون طائفاً به إذا كان خارجاً عنه، وإلا فهو طَائِفٌ فِي الْبَيْتِ، إذا تقرر ذلك ففِي الْفَضْلِ صُورٌ:



**إحداها:** لو مشى على شاذروانِ البَيْتِ لم يصح طَوَافُه؛ لما ذكرنا أنه من البيت، وعن المُزَنِّي: أنه سماه تَازِيرِ البيت، أي: هو كالإِزَارِ له، وقد يقال: له التَّازِيرُ - بزائين وهو التأسيس.

**الثانية:** ينبغي أن يدور في طَوَافِهِ حول الحِجْرِ الذي ذكرنا أنه بين الرُّكْنَيْنِ الشَّامِيَيْنِ، وهو موضع حُوطٍ عليه بجدار قَصِيرٍ، بينه وبين كل واحد من الرُّكْنَيْنِ فتحة، وكلام جماعة من الأصحاب يقتضي كون جميعه من البيت، وهو ظاهر لفظه في المختصر، لكن الصحيح أنه ليس كذلك، بل الذي هو من البيت منه قدر ستة أذرع متصل بالبيت، روي أن عائشة - رضي الله عنها - قالت: «تَدْرُثُ أَنْ أَصَلِّيَ رُكْعَتَيْنِ فِي الْبَيْتِ فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ صَلِّي فِي الْحَجْرِ فَإِنَّ سِتَّةَ أَذْرُعٍ مِنْهُ مِنَ الْبَيْتِ»<sup>(١)</sup>. ومنهم من يقول: ستة أذرع أو سبعة كان الأمر فيه على التَّقْرِيبِ، ولفظ «المختصر» محمول على هذا القدر، فلو دخل إحدى الفتحتين وخرج من الأخرى فَهُوَ مَا شِ فِي الْبَيْتِ، لا يحسب له ذلك، ولا طوفه بعده، حتى ينتهي إلى الفَتْحَةِ التي دخل منها، ولو خلف القدر الذي هو من البيت، ثم اقتحم الجدار، وتخطى الحجر على السَّمْتِ، صَحَّ طَوَافُه<sup>(٢)</sup>.

**الثالثة:** لو كان يطوف، ويمس الجِدَارَ بيده في موازاة الشاذروان، أو أدخل يده في موازاة ما هو من البيت من الحِجْرِ، ففي صحة طوافه وجهان:

**أحدهما:** وبه أجاب في الكتاب: أنه يَصِحُّ؛ لأن معظم بَدَنِهِ خَارِجٌ، وحينئذ يصدق أن يقال: إنه طَافَ بِالْبَيْتِ.

**وأصحهما:** باتفاق فرق الأصحاب وفيهم الإمام: أنه لا يَصِحُّ؛ لأن بعض بَدَنِهِ فِي الْبَيْتِ، كما لو كان يضع إِحْدَى رِجْلَيْهِ أحياناً على الشاذروانِ ويقفز بالأخرى.

وقوله في الكتاب: (أن يكون بجميع بدنه خارج البيت) لفظ الجميع كالمستغنى عنه، فإنه لو اقتصر على قوله: (أن يكون ببدنه) كان المفهوم منه الجميع، وإذا تعرض له فَلَا شَكَّ أَنْ مِثْلَ هَذَا إِنَّمَا يَذْكَرُ تَأْكِيداً وَمِبَالِغَةً فِي أَنَّهُ لَا يَتَحَمَّلُ خُرُوجَ الْبَعْضِ، وهذا

(١) قال الحافظ ابن حجر في التلخيص (١/ ٢٤٤): لم أره بلفظ النذر، وفي السنن الثلاثة عنها قالت: كنت أحب أن أدخل البيت فأصلي فيه، فأخذ رسول الله ﷺ بيدي فأدخلني في الحجر، فقال لي: صلي فيه إن أردت دخول البيت. الحديث انظر سنن أبي داود (٢٠٠٨) والترمذي (٨٧٦) وقال: حسن صحيح، والنسائي (٢١٩/٥).

(٢) قال النووي: الأصح: أنه لا يصح الطواف في شيء من الحجر وهو ظاهر المنصوص، وبه قطع معظم الأصحاب تصريحاً وتلويحاً. ودليله: أن النبي ﷺ طاف خارج الحجر. ينظر روضة الطالبين (٢/ ٣٦١).

لا يليق به الجواب بالصحة، فيما إذا كان يمس الجدران بيديه في موازاة الشاذرون.  
وقوله (ولا في داخل محوط الحجر) مطلق، ولكن تعقيبه بقوله: (فإن ستة أذرع  
منه من البيت) يبين الحد الممنوع عن المشي فيه.

قال الغزالي: **الرابع**: أن يطوف داخل المسجد ولو في آخرياتها وعلى سطوحها  
وأزويتها فلو طاف بالمسجد لم يجز.

قال الرافعي: يجب ألا يوقع الطواف خارج المسجد، كما يجب أن لا يوقعه  
خارج مكة والحرم، ولا بأس بالحائل بين الطائف والبيت، كالسقاية والسواري، ولا  
بكونه في أخريات المسجد وتحت السقف، وعلى الأزوقة والسطوح، إذا كان البيت  
أرفع بناءً على ما هو اليوم، فإن جعل سقف المسجد أعلى فقد ذكر في «العدة» أنه لا  
يجوز الطواف على سطحه، ولو صح هذا لزم أن يقال: إذا انهدمت الكعبة والعياذ بالله  
لم يصح الطواف حول عرصتها، وهو بعيد، ولو اتسعت خطة المسجد اتسع المطاف،  
وقد جعلته العباسية أوسع مما كان في عصر رسول الله ﷺ<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي: **الخامس** رعاية العدة فلو اقتصر على ستة أشواط لم يصح (ح).

قال الرافعي: تجب رعاية العدة في الطواف، وهو أن يطوف سبعا، فلو اقتصر  
على ستة أشواط لم يجز<sup>(٢)</sup>، وبه قال مالك وأحمد - رحمهما الله -، لأن النبي ﷺ  
طاف سبعا، وقد قال: «خُذُوا عَنِّي مَنَاسِكَكُمْ»<sup>(٣)</sup>.

وعند أبي حنيفة - رحمه الله - لو اقتصر على أكثر الطواف وأراق عن الباقي دماً  
أجزأه، وبني على ذلك أنه لو كان يدخل في الأشواط كلها من إحدى فتحتي الحجر  
ويخرج من الأخرى كفاه أن يمشي وراء الحجر سبع مرات أو يريق دماً، وتدواره بما  
وراء الحجر يكون معتداً به في الأشواط كلها.

(١) قال النووي: أول من وسع المسجد الحرام بعد رسول الله ﷺ عمر بن الخطاب - رضي الله عنه -  
اشترى دوراً وزادها فيه، واتخذ للمسجد جداراً قصيراً دون القامة. وكان عمر أول من اتخذ  
الجدار للمسجد الحرام، ثم وسعه عثمان بن عفان - رضي الله عنه - كذلك، واتخذ له الأزوقة،  
وكان أول من اتخذها، ثم وسعه عبد الله بن الزبير في خلافته، ثم وسعه الوليد بن عبد الملك،  
ثم المنصور، ثم المهدي، وعليه استقر بناؤه إلى وقتنا هذا ينظر الروضة (٢/٣٦٢).

(٢) فلو ترك من السبع شيئاً وإن قل لم يجزه كما حكى المصنف ولو شك في العدد أخذ بالأقل كعدد  
ركعات الصلاة، ولو أخبره عدل بأنه ست استحب العمل بقوله قاله في الأنوار وجزم به السبكي  
بخلاف عدد الركعات، والفرق أن زيادة الركعات مبطله بخلاف الطواف.

(٣) تقدم.

قال الغزالي: السَّادِسُ رَكَعَتَانِ عَقِيبَ الطَّوَافِ مَشْرُوعَتَانِ وَلَيْسَتَا مِنَ الْأَرْكَانِ وَفِي جُوبِهِمَا قَوْلَانِ، وَلَيْسَ لِتَرْكِهِمَا جُزْأَنٌ؛ لِأَنَّهُ لَا يَفُوتُ إِذْ الْمُوَالَاةُ لَيْسَ بِشَرْطٍ فِي إِجْرَاءِ الطَّوَافِ عَلَى الصَّحِيحِ. قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا فَرَّغَ مِنَ الطَّوَافَاتِ السَّبْعِ صَلَّى رَكَعَتَيْنِ: (رُوي عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ فَعَلَ ذَلِكَ<sup>(١)</sup>) وهما واجبتان أو مسنونتان؟ فيه قولان:

أحدهما: واجبتان، وبه قال أبو حنيفة - رحمه الله -؛ لأن النبي ﷺ لما صَلَّى لهما تلا قوله تعالى: ﴿وَاتَّخِذُوا مِنْ مَّقَامِ إِبْرَاهِيمَ مُصَلًّى﴾<sup>(٢)</sup>. فأنهم أن الآية أمرٌ بهذه الصلاة والأمر للوجوب.

وأصحهما: مسنونتان، وبه قال مالك وأحمد - رحمهما الله -؛ لقوله ﷺ في حديث الأعرابي: «لَا إِلَّا أَنْ تَطَّوَعَ»<sup>(٣)</sup>.

واحتج الشيخ أبو علي لهذا القول بشيئين:

أحدهما: أنها لو وجبت للزم شيءٌ لتركها كالرَّمِي، وَلَا يَلْزَمُ.

والثاني: أنها لو وجبت لاختص فعلها بمكة، ولا يختص، بل يجوز في بلده، وأي موضع شاء، ولك أن تقول:

أما الأول: فيشكل بالأركان، فإنها واجبةٌ وَلَا تُجْبَرُ بِشَيْءٍ، وقد تعد هذه الصلاة منها على ما سيأتي، ثم الجبر بالدم إنما يكون عند فوات المَجْبُور، وهذه الصلاة لا تفوت إلا بأن يموت، وحيث لا يمتنع جبرها بالدم، قاله الإمام وغيره.

وأما الثاني: فلم لا يجوز أن تكون واجبات الحج وأعماله منقسمة إلى ما يختص بمكة وإلى ما لا يختص؟ ألا ترى أن الإحرام أحد الواجبات، ولا اختصاص له بمكة. والمستحب أن يقرأ في الأولى بعد الفاتحة: ﴿قُلْ يَا أَيُّهَا الْكَافِرُونَ﴾، وفي الثانية: ﴿قُلْ هُوَ اللَّهُ أَحَدٌ﴾ كَذَلِكَ رُوي عَنِ النَّبِيِّ ﷺ<sup>(٤)</sup>.

وَأَنْ يُصَلِّيَهُمَا خَلْفَ الْمَقَامِ<sup>(٥)</sup>، فإن لم يفعل ففي الحَجْرِ، فإن لم يفعل ففي

(١) أخرجه البخاري (١٦٢٣) ومسلم (١٢٦١).

(٢) سورة البقرة، الآية ١٢٥، والحديث عند البخاري (١٦٢٣) ومسلم (١٢٦١).

(٣) تقدم.

(٤) أخرجه مسلم من حديث جابر (١٢١٨).

(٥) ومال الأسنوي إلى أن فعلهما في الكعبة أولى منه خلف المقام، والأولى خلف المقام للإتيان كما في الصحيحين وقوله ﷺ: «خذوا عني مناسككم»، وقال الأذريعي في «التوسط»: ولا أحسب في أفضلية فعلهما خلف المقام خلافاً بين الأئمة وهو إجماع متوارث لا يشك فيه، وذهب سفيان الثوري - رحمه الله - إلى عدم جواز فعلهما في غير خلف المقام، كما نقله عنه ابن الصباغ وغيره.

المَسْجِدِ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ فِي أَي مَوْضِعٍ شَاءَ مِنَ الْحَرَمِ وَغَيْرِهِ، وَيَجْهَرُ بِالْقِرَاءَةِ فِيهِمَا لَيْلًا، وَيَسِرُّ نَهَارًا. وَإِذَا لَمْ نَحْكَمْ بِوَجوبِهِمَا فَلَوْ صَلَّى فَرِيضَةً بَعْدَ الطَّوْفِ حَسِبْتُ عَنْ رَكَعَتِي الطَّوْفِ اعْتِبَارًا بِتَحِيَةِ الْمَسْجِدِ. حَكَى ذَلِكَ عَنِ النَّصِّ فِي الْقَدِيمِ، وَالْإِمَامِ حَكَاهُ عَنِ الصَّنِيدَلَانِيِّ نَفْسِهِ، وَاسْتَبَعَدَهُ، وَتَخْتَصُّ هَذِهِ الصَّلَاةُ مِنْ بَيْنِ سَائِرِ الصَّلَوَاتِ بِشَيْءٍ وَهُوَ جِرْيَانُ النِّيَابَةِ فِيهَا، إِذْ يُؤَدِّيهَا عَنْهُ الْمَسْتَأْجِرُ.

وقوله في الكتاب: (ركعتان عقيب الطواف مشروعتان) أراد به التَّعَرُّضَ لِمَا يَشْتَرِكُ فِيهِ الْقَوْلَانِ، وَهُوَ أَضَلُّ الشَّرْعِيَّةِ، ثُمَّ بَيَّنَّ الْاِخْتِلَافَ فِي الْوَجوبِ.

وقوله: (وليستا من الأركان) أراد به أن الاعتداد بالطَّوْفِ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَيْهِمَا أَوْ شَيْئًا هَذَا شَأْنُهُ، وَقَدْ ذَكَرَهُ الْإِمَامُ أَيْضًا لَكِنْ فِي طَرِيقِ الْأَثْمَةِ مَا يَنَازِعُ فِيهِ؛ لِأَنَّهُمْ ذَكَرُوا الْقَوْلَيْنِ فِي طَوَافِ الْفَرَضِ، ثُمَّ قَالُوا: إِنْ كَانَ الطَّوْفُ تَطَوُّعًا فِيهِ طَرِيقَانِ:

أحدهما: الْقَطْعُ بَعْدَ الْوَجوبِ، وَبِهِ قَالَ أَبُو زَيْدٍ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ الطَّوْفُ لَيْسَ بِوَاجِبٍ، فَكَيْفَ يَكُونُ تَابِعَهُ وَاجِبًا.

والثاني: وَبِهِ قَالَ ابْنُ الْحَدَّادِ: طَرَدَ الْقَوْلَيْنِ، وَلَا يَبْعُدُ اشْتِرَاكُ الْفَرَضِ وَالنَّفْلِ فِي الشَّرَائِطِ، كَاشْتِرَاكِ صَلَاةِ الْفَرَضِ وَالتَّطَوُّعِ فِي الطُّهْرَةِ، وَسِتْرِ الْعُورَةِ، وَغَيْرِهِمَا، وَكَذَا اشْتِرَاكُهُمَا فِي الْأَرْكَانِ كَالرُّكُوعِ، وَالسُّجُودِ، وَغَيْرِهِمَا، وَمَعْلُومٌ أَنَّ هَذَا التَّوَجِيهَ ذَهَابَ إِلَى كَوْنِهِمَا رُكْنًا أَوْ شَرْطًا فِي الصَّلَاةِ، وَعَلَى التَّقْدِيرَيْنِ فَالاعتداد يتوقف عليهما.

وقوله: (في وجوبهما قولان) يجوز إعلامه بالواو؛ لِأَنَّهُ إِنْ أَرَادَ مَطْلَقَ الطَّوْفِ فِي النَّفْلِ مِنْهُ طَرِيقَةٌ قَاطِعَةٌ بِنَفْيِ الْوَجوبِ كَمَا عَرَفْتَهَا، وَإِنْ أَرَادَ الْفَرَضَ مِنْهُ فِيهِ طَرِيقَةٌ قَاطِعَةٌ بِالْوَجوبِ حَكَاهَا الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ.

وقوله: (وليس لتركهما جبران لأنه لا يفوت) معناه ما مر من أنه يحتمل تأخيرهما، ويجوز فعلهما في أي موضع شاء، ولكن حكى صاحب «التتمة» عن نص الشافعي - رضي الله عنه - أنه إذا أجزأ يستحب له إراقة دم.

وقوله: (إذ المولاة ليست بشرط في أجزاء الطواف) فيه أولاً تعرض لمسألة مقصودة وهي: أن الطائف ينبغي أن يوالي بين أشواط الطواف وأبعاضه، فلو خالف وفرَّق هل يجوز البناء على ما أتى به؟ فيه قولان:

أصحهما: الْجَوَازُ، وَهُمَا كَالْقَوْلَيْنِ فِي جَوَازِ تَفْرِيقِ الْوُضُوءِ، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهَا عِبَادَةٌ يَجُوزُ أَنْ يَتَخَلَّلَهَا مَا لَيْسَ مِنْهَا، بِخِلَافِ الصَّلَاةِ، وَالْقَوْلَانِ فِي التَّفْرِيقِ الْكَثِيرِ بِلَا عُدْرٍ، فَأَمَّا إِذَا فَرَّقَ يَسِيرًا أَوْ كَثْرًا بِالْعُدْرِ، فَالْحَكْمُ عَلَى مَا بَيَّنَّ فِي الْوُضُوءِ.

قال الإمام: والتفريق الكثير هو الذي يغلب على الظن تركه الطَّوْفِ.

أما بالإضراب عنه أو لظنه أنه أنهاه نَهَايْتَهُ.

ولو أقيمت المكتوبة في أثناء الطواف فتخليها بينها تَفْرِيقٌ بِالْعُدْرِ.

وقطع الطواف المفروض بِصَلَاةِ الْجَنَازَةِ وَالرَّوَاتِبِ مَكْرُوهٌ، إذ لا يحسن تَرْكُ فَرْضٍ لَعَيْنٍ بِالتَّطَوُّعِ أَوْ فَرْضٍ الْكِفَايَةِ.

إذا وقفت على المسألة فقوله: (لا يفوت، إذ الموالاة ليست بِشَرْطٍ فِي أَجْزَاءِ الطَّوْافِ) ليس تسليمًا لكون الركعتين من أجزاء الطواف فإن ذلك يناقض قوله من قبل: (إنهما ليستا من الأركان) ولكن المعنى: أن الموالاة إذا لم تشتط في أجزائه فأولى أن لا تشتط بينه وبين ما هو من توابعه، وهذا شَرْحٌ واجبات الطواف، وفي وجوب النية<sup>(١)</sup> فيه خِلَافٌ نذكره من بعد.

قال الغزالي: **أَمَّا سُنُّنُ الطَّوْافِ فَهِيَ خَمْسٌ: الْأُولَى أَنْ يَطُوفَ مَاشِيًا لَا رَاكِبًا، وَإِنَّمَا رَكَبَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِيُظْهَرَ لِيُسْتَفْتَى.**

قال الرافعي: القسم الثاني: من وظائف الطواف السُّنَنُ.

فمنها: أن يطوف ماشياً ولا يركب إلا بعذر مرض ونحوه كيلا يؤذي النَّاسَ، ولا يلوث المسجد: «وَقَدْ طَافَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي الْأَكْثَرِ مَاشِيًا، وَإِنَّمَا رَكَبَ فِي حَجَّةٍ<sup>(٢)</sup> الْوَدَاعِ لِيَرَاهُ النَّاسُ فَيَسْتَفْتِيَ الْمُفْتُونَ».

فإن كان الطائف مترشحاً للفتوى فله أن يتأسى بالنبي ﷺ فَيَرْكَبُ، ولو رَكَبَ مِنْ غَيْرِ عُدْرٍ أَجْزَاءَهُ وَلَا كِرَاهَةً، هَكَذَا قَالَ الْأَصْحَابُ.

وقال الإمام: وفي القلب من إِدْخَالِ الْبَهِيمَةِ الْمَسْجِدِ، ولا يؤمن تَلْوِيْهَا بِشَيْءٍ فَإِنْ أَمَكِنَ الْاسْتِثْنَاءَ فَذَلِكَ، وَإِلَّا فإِدْخَالُ الْبَهَائِمِ فِي الْمَسْجِدِ مَكْرُوهٌ.

ويجوز أن يعلم قوله: (أن يطوف ماشياً) بالميم والحاء؛ لأن عندهما ليس ذلك مِنَ السُّنَنِ، بل يجب أن يطوف ماشياً إن لم يكن له عذر، فإن ركب فعليه دم، وبالألف لأنه يروي عن أحمد مثله.

قال الغزالي: **الثَّانِيَةُ تَقْبِيلُ الْحَجْرِ الْأَسْوَدِ، وَمَسُّ الرُّكْنِ الْيَمَانِيِّ بِالْيَدِ، فَإِنْ مَنَعَتْ**

(١) إن استقل الطواف بأن لم يشمله نسك كسائر العبادات كالطواف المنذور والمقطوع به. قال ابن الرفعة: وطواف الوداع لا بد له من نية؛ لأنه يقع بعد التحلل، ولأنه ليس من المناسك عند الرافعي والنووي، بخلاف الذي شمله نسك، وهو طواف الركن للحج أو العمرة، وطواف القدوم، فلا يحتاج في ذلك إلى نية لشمول نية النسك له.

(٢) البخاري (١٦٠٧، ١٦١٢، ١٦١٣، ١٦٣٢، ٥١٩٢) ومسلم (١٢٧٢).

الرُّحْمَةَ عَنِ التَّقْبِيلِ أَقْتَصَرَ عَلَى الْمَسِّ أَوْ الْإِشَارَةِ، وَيُسْتَحَبُّ ذَلِكَ فِي آخِرِ كُلِّ شَوْطٍ،  
وَفِي الْأَوْتَارِ أَكْذُ.

قال الرافعي: ومن السنن أن يستلم الحجر بيده في ابتداء الطواف، لما روى عن جابر - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ: «بَدَأَ بِالْحَجَرِ فَاسْتَلَمَهُ وَفَاصَتْ عَيْنَاهُ مِنَ الْبُكَاءِ»<sup>(١)</sup>.  
وَيُقْبَلُهُ؛ لما روى عن عمر - رضي الله عنه - أنه قال وهو يطوف بالركن: «إِنَّمَا أَنْتَ حَجْرٌ وَلَوْلَا أَنِّي رَأَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقْبَلُكَ لَمَا قَبَلْتُكَ ثُمَّ تَقَدَّمَ قَبْلَهُ»<sup>(٢)</sup>.

ويضع جبهته عليه؛ لما روى عن ابن عباس - رضي الله عنهما -: «أَنَّهُ كَانَ يُقْبَلُ الْحَجَرَ الْأَسْوَدَ وَيَسْجُدُ عَلَيْهِ بِجَبْهَتِهِ» فإن منعه الرُّحْمَةُ من التقبيل اقتصر على الاستلام فإن لم يمكن اقتصر على الإشارة باليد، ولا يشير بالقم إلى التقبيل، ولا يقبل الركنين الشَّاميين ولا يستلمهما، ولا يقبل الركن اليماني، ولكن يستلمه باليد، وروى عن أحمد أنه يُقْبَلُهُ، وعند أبي حنيفة - رحمه الله - لا يستلمه ولا يُقْبَلُهُ.

لنا ما روى عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ: «كَانَ يَسْتَلِمُ الرُّكْنَ الْيَمَانِي وَالْأَسْوَدَ فِي كُلِّ طَوْفَةٍ، وَلَا يَسْتَلِمُ الرُّكْنَيْنِ اللَّذَيْنِ يَلِيَانِ الْحَجَرَ»<sup>(٣)</sup>.

قال الأئمة: ولعل الفرق ما تقدم أن اليمانيين على قواعد إبراهيم ﷺ دون الشَّاميين. ثم حكى الإمام أنه يتخير حين يستلم الركن اليماني بين أن يُقْبَلُ يده ثم يمس الرُّكْنَ كالذي ينقل خِدْمَةً إليه، وبين أن يمسّه ثم يقبل اليد كالذي ينقل يُمنأ إلى نفسه، وهكذا يتخير بين الوجهين إذا منَعَتْهُ الرُّحْمَةُ من تقبيل الْحَجَرِ، ولم يورد المعظم في الصورتين سِوَى الْوَجْهِ الثَّانِي.

وقال مالك - رضي الله عنه - لا يُقْبَلُ يَدُهُ فِيهِمَا، ولكنه بعد الاستلام يضع يَدَهُ عَلَى فِيهِ.

ولو لم يستلم الركن باليد، ولكنه وضع خشبة عليه ثم قَبَّلَ طَرَفَهَا جَارَ أَيْضاً<sup>(٤)</sup>، روى عن أبي الطُّفَيْلِ قال: «رَأَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَطُوفُ بِالْبَيْتِ عَلَى بَعِيرٍ وَيَسْتَلِمُ الرُّكْنَ بِمُخَجِّنٍ وَيُقْبَلُ الْمُخَجِّنَ»<sup>(٥)</sup>.

(١) أخرجه الحاكم في المستدرک (١/٤٥٤، ٤٥٥) من حديث جابر - رضي الله عنه - وله شاهد عنه من حديث ابن عمر.

(٢) أخرجه البخاري (١٥٩٧، ١٦٠٥، ١٦١٠) ومسلم (١٢٧٠).

(٣) أخرجه البخاري (١٦٩٠) ومسلم (١٢٦٧).

(٤) قال النووي: الاستلام بالخشبة ونحوها مستحب إذ لم يتمكن من الاستلام باليد الروضة (٢/٣٦٦).

(٥) أخرجه مسلم (١٢٧٥).

ويستحب تقبيل الحجر واستلامه واستلام الركن اليماني عند محاذاتهما في كُلِّ طوفة، وهو في الأوتار أكد؛ لأنها أفضل<sup>(١)</sup>.

وقوله في الكتاب: (اقتصر على المَسِّ أو الإِشَارَةَ) ليس تخييراً، ولكنه يمسّه وإن لم يمكنه اقتصر على الإِشَارَةَ كَمَا مَرَّ.

قال الغزالي: **الثالثة: الدعاء وهو أن يقول عند ابتداء الطواف: بِسْمِ اللَّهِ وَبِاللَّهِ وَاللَّهُ أَكْبَرُ اللَّهُمَّ إِيْمَانًا بِكَ وَتَضَدِيقًا بِكِتَابِكَ وَوَفَاءً بِعَهْدِكَ وَاتِّبَاعًا لِسُنَّةِ نَبِيِّكَ مُحَمَّدٍ عَلَيْهِ وَعَلَى آلِهِ السَّلَامِ.**

قال الرافعي: يستحب للطائف أن يقول في ابتداء طوافه: «بِسْمِ اللَّهِ وَبِاللَّهِ وَاللَّهُ أَكْبَرُ اللَّهُمَّ إِيْمَانًا بِكَ، وَتَضَدِيقًا بِكِتَابِكَ، وَوَفَاءً بِعَهْدِكَ، وَاتِّبَاعًا لِسُنَّةِ نَبِيِّكَ مُحَمَّدٍ ﷺ» روى ذلك عن عبد الله بن السائب - رحمه الله - عن النبي ﷺ<sup>(٢)</sup> ويقول بين الركنين اليمانيين: «رَبَّنَا آتِنَا فِي الدُّنْيَا حَسَنَةً وَفِي الآخِرَةِ حَسَنَةً وَقِنَا عَذَابَ النَّارِ»<sup>(٣)</sup>. وقد أورد الشيخ أبو محمد أنه يستحب له إذا انتهى إلى محاذة الباب وعلى يمينه مقام إبراهيم ﷺ أن يقول: «اللَّهُمَّ إِنَّ هَذَا الْبَيْتَ بَيْنَكَ وَالْحَرَمَ حَرَمُكَ وَالْأَمْنَ أَمْنُكَ وَهَذَا مَقَامُ الْعَائِدِ بِكَ مِنَ النَّارِ» ويشير إلى مقام إبراهيم ﷺ وإذا انتهى إلى الركن العِراقي أن يقول: «اللَّهُمَّ إِنِّي أَعُوذُ بِكَ مِنَ الشُّكِّ وَالشَّرِكِ، وَالنَّفَاقِ وَالشَّقَاقِ وَسُوءِ الْأَخْلَاقِ، وَسُوءِ الْمَنْظَرِ فِي الْأَهْلِ وَالْمَالِ وَالْوَلَدِ»، وإذا انتهى إلى ما تحت الميزاب من الحجر أن يقول: «اللَّهُمَّ أَظْلَمْتَنِي بِظُلْمِكَ يَوْمَ لَا ظِلَّ إِلَّا ظِلُّكَ، وَاسْقِنِي بِكَأْسِ مُحَمَّدٍ شَرَابًا هَيِّئْ لِي أَظْمَأً بَعْدَهُ أَبَدًا يَا ذَا الْجَلَالِ وَالْإِكْرَامِ».

وإذا صار بين الركن الشامي واليماني أن يقول: «اللَّهُمَّ اجْعَلْهُ حَجًّا مَبْرُورًا، وَسَعْيًا مَشْكُورًا، وَعَمَلًا مَقْبُولًا، وَتِجَارَةً لَنْ تَبُورَ، يَا عَزِيزُ يَا غَفُورُ»<sup>(٤)</sup>.

(١) قال النووي: ولا يستحب للنساء استلام، ولا تقبيل، إلا عند خلو المطاف في الليل أو غيره ينظر الروضة (٣٦٦/٢).

(٢) قال الحافظ ابن حجر في التلخيص (٢٤٧/٢) لم أجده هكذا. وقال ابن الملقن في «الخلاصة» (٨/٢): يستحيل أن يكون مرفوعاً، لأن رسول الله ﷺ يبعد أن يقول: واتباعاً لسنة نبيك إلا أن يكون على قصد التعليم.

(٣) أخرجه الشافعي (١٠٤٢) وأحمد (٤١١/٣) وأبو داود (١٨٩٢) والنسائي في المناسك من الكبرى، وابن حبان، وأورده الهيثمي في «الموارد» (١٠٠١) والحاكم (٤٥٥/١) وقال صحيح الإسناد.

(٤) قال الحافظ في التلخيص (٢٤٧/٢) أخرجه البزار من حديث أبي هريرة مرفوعاً، لكن لم يقيده بما عند الركن ولا بالطواف.

وإذا صار بين الركنين اليمانيين أن يقول: ما سبق، وذكر غيره أنه يقول عند الفراغ من ركعتي الطواف خلف المقام: «اللَّهُمَّ هَذَا بَلَدُكَ، وَمَسْجِدُكَ الْحَرَامُ، وَبَيْتُكَ الْحَرَامُ، أَنَا عَبْدُكَ وَابْنُ عَبْدِكَ وَابْنُ أَمَتِكَ بِذُنُوبٍ كَثِيرَةٍ وَخَطَايَا جَمَّةٍ وَأَعْمَالٍ سَيِّئَةٍ، وَهَذَا مَقَامُ الْعَائِدِ بِكَ مِنَ النَّارِ فَاعْفِرْ لِي إِنَّكَ أَنْتَ الْعَفُورُ الرَّحِيمُ، اللَّهُمَّ إِنَّكَ دَعَوْتَ عِبَادَكَ إِلَى بَيْتِكَ الْحَرَامِ، وَقَدْ جِئْتُ إِلَيْكَ طَالِباً رَحْمَتِكَ، مُبْتَغِياً مَرْضَاتِكَ، وَأَنْتَ مَنْتَثٌ عَلَيَّ بِذَلِكَ فَاعْفِرْ لِي وَارْحَمْنِي إِنَّكَ عَلَيَّ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ».

وعند محاذاة الميزاب: «اللَّهُمَّ إِنِّي أَسْأَلُكَ الرَّاحَةَ عِنْدَ الْمَوْتِ، وَالْعَفْوَ عِنْدَ الْحِسَابِ». ويدعو في طوافه بما شاء، ولا بأس بقراءة القرآن في الطواف، بل هي أفضل من الدعاء الذي لم يؤثر<sup>(١)</sup>، والدعاء المسنون أفضل منها، تأسيماً برسول الله ﷺ ونقل في «العدة» وجهاً آخر: أنها أفضل منه أيضاً.

قال الغزالي: الرَّابِعَةُ الرَّمْلُ فِي الْأَشْوَاطِ الثَّلَاثَةِ الْأُولَى وَالْهَيْئَةُ فِي الْأَخِيرَةِ، وَذَلِكَ فِي طَوَافِ الْقُدُومِ فَقَطْ عَلَى قَوْلٍ، وَفِي طَوَافِ بَعْدَهُ سَعْيٌ فَقَطْ عَلَى قَوْلٍ، وَإِنْ تَرَكَ الرَّمْلَ أَوَّلًا لَمْ يَقْضِهِ آخِرًا إِذْ تَقَوُّتْ بِهِ السَّكِينَةُ، وَلَوْ تَعَدَّرَ الرَّمْلَ مَعَ الْقُرْبِ لِلرَّحْمَةِ فَالْبُعْدُ أَوْلَى، وَلَوْ تَعَدَّرَ لِرَّحْمَةِ النِّسَاءِ فَالسَّكِينَةُ أَوْلَى، وَلْيَقُلْ فِي الرَّمْلِ: اللَّهُمَّ اجْعَلْهُ حَجًّا مَبْرُورًا وَذَنْبًا مَغْفُورًا وَسَعْيًا مَشْكُورًا.

قال الرافي: والأصل في الرَّمْلِ والاضطباع، ما روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال: «لَمَّا قَدِمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مَكَّةَ لِعُمْرَةِ الزِّيَارَةِ قَالَتْ قُرَيْشٌ: إِنَّ أَصْحَابَ مُحَمَّدٍ قَدْ أَوْهَنْتَهُمْ حُمَى يَثْرِبَ، فَأَمَرَهُمُ النَّبِيُّ ﷺ بِالرَّمْلِ وَالِاضْطِبَاعِ لِيَرَى الْمُشْرِكِينَ قَوَّتَهُمْ فَفَعَلُوا»<sup>(٢)</sup>.

ثم إن ذلك بقي سنة متبعة وإن زال السبب، روى عن عمر - رضي الله عنه - أنه قال: «فِيمَا الرَّمْلُ وَقَدْ نَفَى اللَّهُ الشُّرْكَ وَأَهْلَهُ وَأَعَزَّ الْإِسْلَامَ إِلَّا إِنِّي لَا أَحِبُّ أَنْ أَدَعَ شَيْئاً كُنَّا نَفْعَلُهُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ».

والرَّمْلُ هو: الإسراع في المشي مع تقارب الخطى، دون الوثوب والعدو، ويقال: إنه الحَبَبُ، وغلط الأئمة من ظن كونه دون الحَبَبِ.

(١) لأن الموضوع موضع ذكر، والقرآن أفضل الذكر، ولقوله - عليه الصلاة والسلام -: يقول الرب سبحانه وتعالى: «من شغله ذكري عن مسألتي أعطيته أفضل ما أعطى السائلين» وفصل كلام الله - تعالى - على سائر الكلام كفضل الله - تعالى - على خلقه، رواه الترمذي عند أبي سعيد الخدري وقال: حديث حسن.

(٢) أخرجه البخاري (١٦٠٢، ٤٢٥٦) ومسلم (١٢٦٦).



إذا تمهد ذلك فنورد مَسَائِلَ الْفَضْلِ وما ينضم إليها من صور:

إحداها: حيث يُسَنُّ الرَّمْلَ، فإنما يسن في الأشواط الثلاثة الأولى فأما الأربعة الأخيرة فالسنة فيها الهينة.

روي عن جابر: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا قَدِمَ مَكَّةَ أَتَى الْحَجَرَ فَاسْتَلَمَهُ، ثُمَّ مَشَى عَلَى يَمِينِهِ فَرَمَلَ ثَلَاثًا وَمَشَى أَرْبَعًا»<sup>(١)</sup> أو هل يستوعب الثلاثة الأولى بالرَّمْلِ؟ فيه قولان حكاهما الإمام:

أصحهما: وهو المشهور: نعم؛ لما روى: «أَنَّهُ ﷺ رَمَلَ مِنَ الْحَجْرِ إِلَى الْحَجْرِ ثَلَاثًا وَمَشَى أَرْبَعًا»<sup>(٢)</sup>.

والثاني: لا، بل يترك الرَّمْلَ في كل طَوْفَةٍ بين الركنين اليمانيين، لما روي: «أَنَّ أَصْحَابَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ كَانُوا يَتَّبِدُونَ بَيْنَهُمَا، وَذَلِكَ أَنَّهُ ﷺ كَانَ قَدْ شَرَطَ عَلَيْهِمْ عَامَ الصَّدِّ أَنْ يَتَخَلَّوْا عَنْ بَطْحَاءِ مَكَّةَ إِذَا عَادَ لِقَضَاءِ الْعُمْرَةِ» فلما عاد وفاقوا قعيقعان وهو: جبل في مقابلة الحجر والميزاب، وكانوا يظهرن القوة والجلادة حيث تقع أبصارهم عليهم، فإذا صاروا بين الركنين اليمانيين كَانَ الْبَيْتُ حَائِلًا بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ أَبْصَارِ الْكُفَّارِ<sup>(٣)</sup>.

الثانية: لا خلاف في أن الرَّمْلَ لا يُسَنُّ في كل طَوَافٍ، وفيه يسن؟ فيه قولان:

أحدهما: قال في «التهذيب» وهو الأصح:

الجديد: يسن في طواف القدوم والابتداء؛ لأنه أول العهد بالبيت، فيليق به النشاط والاهتزاز.

والثاني: إنما يُسَنُّ في طَوَافٍ يَسْتَعْقِبُ السُّغْيَ؛ لانتهائه إلى تَوَاضُلِ الْحَرَكَاتِ بَيْنَ الْجَبَلَيْنِ، وهذا أظهر عند الأكثرين ولم يتعرضوا لتاريخ القولين، ويشهد للأول ما روي: «أَنَّهُ ﷺ لَمْ يَزَمْ فِي طَوَافِهِ بَعْدَ مَا أَفَاضَ»<sup>(٤)</sup>.

(١) أخرجه مسلم (١٢١٨).

(٢) أخرجه البخاري (١٦٠٤) ومسلم (١٢٦٢).

(٣) قال الحافظ ابن حجر في التلخيص (٢/٢٤٩): لم أجده بهذا السياق، وللبخاري تعليقا، ووصله الطبراني، والإسماعيلي من حديثه: لما قدم النبي ﷺ لعامه الذي استأمن، قال: ارملوا ليرى المشركين قوتهم، والمشركون من قبل قعيقعان. قوله: (يتتدون) بالهاء المثناة المثقلة، والذال المهملة من التؤدة، ويقال: بازون بالباء الموحدة والزاي، يقال: تبازي في مشيته، إذا حرك عجزته.

(٤) أخرجه أبو داود (٢٠٠١) والنسائي في المناسك من الكبرى، وابن ماجه (٣٠٦٠)، والحاكم (١/٤٧٥).

وللثاني: «أَنَّهُ رَمَلَ فِي طَوَافِ عَمْرِهِ كُلِّهَا»<sup>(١)</sup> وَفِي بَعْضِ أَنْوَاعِ الطَّوَافِ فِي الْحَجِّ.

والذي يشتركان فيه استعقاب السَّغْيِ فعلى القولين لا رَمَلَ فِي طَوَافِ الْوَدَاعِ؛ لأنه ليس للقدوم، ولا يستعقب السعي، ويرمل من قدم مكة معتمراً؛ لوقوع طوافه عن القدوم واستعقابه السعي، ويرمل أيضاً الأفاقي الحاج إذا دَخَلَ مكة بعد الوقوف، وإن دخلها قبل الوقوف فهل يَزْمَلُ فِي طَوَافِ الْقُدُومِ؟ ينظر إن كان لا يسعى عقبيه ويؤخره إلى إثر طواف الإفاضة فعلى القول الأول يَزْمَلُ، وعلى الثاني لا، وإنما يرمل في طواف الإفاضة وإن كَانَ يَسْعَى عقبيه، فيرمل فيه على القولين، وإذا رمل فيه وَسَعَى بعده بلا يرمل في طواف الإفاضة إن لم يُرِدِ السَّغْيَ عَقَبِيَّه، وإن أَرَادَهُ فَكَذَلِكَ فِي أَصْحَ الْقَوْلِينَ، وإذا طَافَ للقدم وسعى بعده ولم يرمل فَهَلْ يَقْضِيهِ فِي طَوَافِ الْإِفَاضَةِ؟ فيه وجهان، ويقال: قولان:

أظهرهما: لا، كما لو ترك الرَّمَلَ فِي الثَّلَاثَةِ الْأُولَى لا يقضيه فِي الْأَرْبَعَةِ الْأَخِيرَةِ، وإن طاف ورمَلَ ولم يسع فجواب الأكثرين: أنه يرمل فِي طَوَافِ الْإِفَاضَةِ هَاهُنَا؛ لبقاء السَّغْيِ عَلَيْهِ، وكون هيئة الرَّمَلَ مع الاضطباع مرعية فيه، والسَّغْيِ تَبَعٌ للطواف، فلا يزيد فِي الْهَيْئَةِ عَلَى الْأَصْلِ. وهذا الجواب فِي غَالِبِ الظَّنِّ منهم مَبْنِيٌّ عَلَى الْقَوْلِ الثَّانِي، وإلا فلا اعتبار باستعقاب السَّغْيِ، وهل يرمل المكي المنشئ حَجَّهُ مِنْ مَكَّةَ فِي طَوَافِهِ؟ إن قلنا: بالقول الأول فلا، إِذْ لَيْسَ لَهُ طَوَافٌ قَدُومٌ ودخول.

وإن قلنا: بالثاني فنعم؛ لاستعقابه السَّغْيِ.

الثالثة: لو ترك الرَّمَلَ فِي الْأَشْوَاطِ الْأُولَى لم يَقْضِيهِ فِي الْأَخِيرَةِ؛ لأن الهيئة والسكينة مسنونة فيها استئنان الرَّمَلَ فِي الْأُولَى، فلو قضاه لَقَوَّتْ سَنَةٌ حَاضِرَةٌ، وهذا كما لو تَرَكَ الْجَهْرَ فِي الرُّكْعَتَيْنِ الْأُولَتَيْنِ لا يَقْضِيهِ فِي الْآخِرَتَيْنِ، ويخالف ما لو ترك سُورَةَ «الْجُمُعَةِ» فِي الرُّكْعَةِ الْأُولَى يَقْرَأُهَا مَعَ «الْمُنَافِقِينَ» فِي الثَّانِيَةِ؛ لأن الجمع ممكن هناك.

الرابعة: القرب من البيت مستحب للطائف تَبَرُّكاً بِهِ، ولا نظر إلى كَثْرَةِ الْخَطَى لَوْ تَبَاعَدَ، فَلَوْ تَعَدَّرَ الرَّمَلَ مَعَ الْقُرْبِ لِزُحْمَةِ النَّاسِ فَيَنْظُرُ إِنْ كَانَ يَجِدُ فُرْجَةً لَوْ تَوَقَّفَ تَوَقَّفَ لِيَجِدَهَا فَيَرْمَلُ فِيهَا، وَإِنْ كَانَ لَا يَزْجُو ذَلِكَ وَهُوَ الْمُرَادُ مِمَّا أُطْلِقَهُ فِي الْكِتَابِ فَالْبَعْدُ عَنِ الْمَيْتِ وَالْمَحَافِظَةِ عَلَى الرَّمَلَ أَوْلَى، لِأَنَّ الْقُرْبَ فَضِيلَةٌ تَتَعَلَّقُ بِمَوْضِعِ الْعِبَادَةِ، وَالرَّمَلَ فَضِيلَةٌ تَتَعَلَّقُ بِنَفْسِ الْعِبَادَةِ، وَالْفَضِيلَةُ الْمَتَعَلِّقَةُ بِنَفْسِ الْعِبَادَةِ أَوْلَى بِالرَّعَايَةِ، أَلَا تَرَى أَنَّ الصَّلَاةَ بِالْجَمَاعَةِ فِي الْبَيْتِ أَفْضَلُ مِنَ الْإِنْفِرَادِ بِهَا فِي الْمَسْجِدِ.

(١) أخرجه أبو داود في المصدر السابق، والنسائي أيضاً، والحاكم في المصدر السابق.

وإن كان في حَاشِيَةِ المطاف نِسَاء ولم يأمن مُصَادِمَتَهُنَّ لو تباعد، فالقرب من البَيْتِ والسَّكِينَةِ أُولَى من البُعْدِ والرَّمْلِ، تحرزاً عن مُصَادِمَتِيهِنَّ وَمَلَامَسَتِيهِنَّ.

وقوله في الكتاب: (ولو تعذر لزحمة النساء... إلى آخره) المراد منه هذه الصورة على ما دل عليه عبارة «الوسيط»، والمعنى: فإن تعذر البُعْدُ لِزَحْمَةِ النِّسَاءِ، ويجوز أن يحمل على ما إذا كان بالقرب أيضاً نساء وتعذر الرَّمْلُ في جميع المَطَافِ لخوف مُصَادِمَتِيهِنَّ، فإن الأُولَى والحالة هذه تَزُكُّ الرَّمْلَ.

الخامسة: ليكن من دعائه في الرمل<sup>(١)</sup>: «اللَّهُمَّ اجْعَلْهُ حَجًّا مَبْرُورًا وَدَنْبًا مَغْفُورًا وَسَعِيًّا مَشْكُورًا». روي ذلك عن النبي ﷺ<sup>(٢)</sup>.

ومتى تَعَدَّرَ الرَّمْلُ على الطَّائِفِ فينبغي أن يَتَحَرَّكَ في مِشْيِهِ، ويرى من نفسه أنه لو أمكنه الرَّمْلُ لَرَمَلَ. وإن طاف رَاكِبًا أو محمولاً ففيه قولان: أصحهما: أنه يَرْمُلُ به الحَامِلُ وَيُحَرِّكُ هو الدَّابَّةُ.

ومنهم: من خص القولين بالبَالِغِ المحمول، وقطع في الصبي المحمول بأنه يرمل به حَامِلُهُ، - والله أعلم -.

قال الغزالي: الخَامِسَةُ الاضْطِبَاعُ فِي كُلِّ طَوَافٍ فِيهِ رَمَلٌ وَهُوَ أَنْ يَجْعَلَ وَسَطَ إِزَارِهِ فِي إِبْطِهِ الِئْمَنِ، وَيَجْمَعُ طَرَفَيْهِ عَلَى عَاتِقِهِ الْأَيْسَرِ ثُمَّ يُدِيمُهُ إِلَى آخِرِ الطَّوَافِ فِي قَوْلِهِ وَإِلَى آخِرِ السَّعْيِ فِي قَوْلِهِ.

قال الرافعي: الاضْطِبَاعُ فِي كُلِّ طَوَافٍ فِيهِ رَمَلٌ، وهو افتعال من الضَّبْعِ وهو العضد. ومعناه: أن يجعل وَسَطَ رِذَائِهِ تَحْتَ مَنْكِبِهِ الْأَيْمَنِ، وطرفيه على عَاتِقِهِ الْأَيْسَرِ، ويبقى مَنْكِبُهُ الْأَيْمَنُ مَكْشُوفًا كَدَابِّ أَهْلِ الشُّطَارَةِ، وكل طَوَافٍ لَا يُسْنُّ فِيهِ الرَّمْلُ لَا يُسْنُّ فِيهِ الاضْطِبَاعُ، وما يسن فيه الرَّمْلُ يسن فيه الاضْطِبَاعُ، لكن الرَّمْلُ مَخْصُوصٌ بِالأَشْوَاطِ الثَّلَاثَةِ الْأُولَى والاضْطِبَاعُ يعم جميعها، ويسن في السَّعْيِ بين الجبلين بعدها أيضاً، على المشهور، ويخرج من منقول المَسْعُودِيِّ وغيره وجه أنه لا يسن، ويروى ذلك عن أحمد - رحمه الله -.

(١) قوله في الرمل محل هذا: إذا كان حاجاً فأما المعتمر فالمناسب أن يقول: اللهم اجعلها عمرة مبرورة، ويحتمل أيضاً استحباب التعبير بالحج مراعاة للحديث، ويقصد المعنى اللغوي، وهو القصد، وسكت المصنف وكذا الرافعي عما يقوله في الأربعة الأخيرة، ويستحب فيها كما قال في «التببية»: رب اغفر وارحم، وتجاوز عما تعلم، إنك أنت الأعز الأكرم: «اللهم آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا عذاب النار».

(٢) قال الحافظ ابن حجر في التلخيص (١/٢٥٠): لم أجده، وذكره البيهقي من كلام الشافعي، وانظر خلاصة البدر (١١/٢).

وهل يُسنُّ في ركعتي الطَّوَّافِ؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، كما في سائر أعمال الطواف.

وأصحهما: لا؛ لكرامية الاضطباع في الصَّلَاة، والخلاف فيهما متولد من اختلاف الأَصْحَابِ في لفظ الشافعي - رحمه الله - في «المختصر» وهو أنه قال: ويضطبع حتى يَكْمُلَ سَعْيُهُ. فمنهم من نقله هكذا.

ومنهم: من نقل حتى يكمل سَبْعَةَ، وهذا الاختلاف عند بعض الشارحين متولد من اختلاف النسخ، وعند بعضهم من اختلاف القِرَاءَةِ، لتقاربهما في الحَطِّ، فمن نقل سَعْيُهُ حكم بإدامة الاضطباع في الصَّلَاة والسَّعْيِ، ومن قال سبعة قال: لا يضطبع بعد الأشواط السَّبْعَةَ، وظاهر المذهب ويحكي عن نضه: أنه إذا فرغ من الأشواط ترك الاضطباع حتى يُصَلِّيَ الركعتين، فإذا فرغ منها أعاد الاضطباع وخرج للسَّعْيِ، وهذا يحوج إلى تأويل لفظ «المختصر» على التقديرين، فتأويله على التقدير الأول أنه يضطبع مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى، وعلى التقدير الثاني أنه يديم اضطباعه الأول إلى تَمَامِ الأشواط، ثم اللفظ ساكت عن أنه يعيده أو لا يعيده؟. وليس في حَقِّ النساءِ رَمْلٌ ولا اضطباع حتى لا ينكشفن، ولا تبدوا أعضاؤهن، وحكى القاضي ابنُ كَعْبٍ - رحمه الله عليه - وَجْهَيْنِ في أن الصَّبِيَّ هَلْ يَضْطَبِعُ؟ لأنه ليس فيه نصره ولا جلادة كالنُّسوة، والظاهر أنه يضطبع.

وقوله في الكتاب: (أن يجعل وسط إزاره) ذكر الرداء في هذا الموضع أليق، وكذلك قاله الشَّافِعِيُّ - رضي الله عنه - وعامة الأَصْحَابِ - رحمهم الله -.

وقوله: (إلى آخر الطواف في قول وإلى آخر السَّعْيِ في قول) إطلاق القولين فيه غَرِيبٌ، والذين رَووا الخِلافَ فيه رَووهما وجهين، إلا أن حُجَّةَ الإسلام - رحمه الله - نظر إلى استناد الخلاف إلى ما قَدَّمْنَا من قَوْلِ الشافعي - رضي الله عنه -، ثم عبارة الكتاب في القول الثاني تقتضي استحباب الاضطباع في ركعتي الطَّوَّافِ أيضاً، وفيه ما ذكرناه.

قال الغزالي: فَرَعٌ لَوْ طَافَ الْمُخْرَمُ بِالصَّبِيِّ الَّذِي أَحْرَمَ عَنْهُ أَجْزَأَ عَنِ الصَّبِيِّ إِلَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ قَدْ طَافَ عَنْ نَفْسِهِ فَإِنَّ الْحَامِلَ أَوْلَى بِهِ، فَيُنْصَرَفُ إِلَيْهِ وَلَا يَكْفِيهِمَا طَوَّافٌ وَاحِدٌ بِخِلافِ مَا إِذَا حَمَلَ صَبِيَّيْنِ وَطَافَ بِهِمَا فَإِنَّهُ يَكْفِي الصَّبِيَّيْنِ طَوَّافٌ وَاحِدٌ كَرَاكِبَيْنِ عَلَى دَابَّةٍ.

قال الرافعي: هذا الفرع لا اختصاص له بالصبي وإن صوره فيه، ولو اختص به لكان موضعه الفضل الأخير من الباب المعقود في حُكْمِ الصَّبِيِّ، ثم هو ناظر إلى مسألة نذكرها أولاً، وهي أن الطَّوَّافَ هَلْ يَجِبُ فِيهِ النِّيَّةُ؟ وفيه وجهان:

أحدهما: تجب؛ لأنه عبادة برأسه.

وأصحهما: لا تجب؛ لأنه في الحج والعمرة أحد الأعمال، فيكفي فيه نية التسلُّك في الابتداء، على هذا فهل يُشترط أن لا يصرفه إلى غرض آخر من طلب غريم ونحوه؟ فيه وجهان:

أظهرهما: نعم، وهما كالوجهين فيما إذا قصد في أثناء وضوءه لغسل باقي الأعضاء تبرداً ونحوه.

إذا عرفت ذلك فلو أن الرجل حملَ محرماً من صبي أو مريض أو غيرهما وطاف به، نظر إن كان الحامل حلالاً أو كان قد طافَ عن نفسه حُسبَ الطواف للمحمول بِشْرطِهِ، وإن كان محرماً ولم يَطْفَ عَن نَفْسِهِ نظر إن قصد الطَّوْفَ عَنِ المَحْمُولِ ففيه ثلاثة أوجه:

أظهرها: أنه يقع للمحمول دون الحامل، وينزل الحامل منزلة الدابة، وهذا يخرج على قولنا: أنه يشترط أن لا يصرف طوافه إلى غرض آخر.

والثاني: أنه يقع عن الحامل دون المحمول، وهذا يخرج على قولنا: أنه لا يشترط ذلك، فإن الطواف حينئذ يكون محسوباً له، وإذا حسب له لم ينصرف إلى غيره، بخلاف ما إذا حمل مُحْرَمِينَ وطاف بهما وهو حلالٌ أو مُحْرِمٌ، وقد طاف حيث يجزئهما جميعاً، فإن الطَّوْفَ ثم غير محسوبٍ لِلْحَامِلِ، والمحمولان كراكبي دابةٍ واحدةٍ، وربما يوجه هذا الوجه بالتشبيه بما إذا أحرم عن غيره، وعليه قَرَضَهُ.

والثالث: أنه يحسب لهما جميعاً؛ لأن أحدهما قد دارَ والآخر دِيرَ بِهِ. وإن قصد الطَّوْفَ عَن نَفْسِهِ وقع عنه، وهل يحسب عن المحمول؟ قال الإمام: لا، وحكى وفاق الأصحاب فيه، وبمثله أجاب فيما إذا قصد الطَّوْفَ لِنَفْسِهِ وَلِلْمَحْمُولِ، وصاحب «التهذيب» حكى في حصوله للمحمول مع الحُصُولِ لِلْحَامِلِ وجهين؛ لأنه دار به، ولو طاف به ولم يقصد واحداً من الأقسام الثلاثة فهو كما لو قصد نفسه أو كليهما.

وقوله في الكتاب: (لو طاف المحرم بالصبي الذي أحرم عنه) قد ذكرنا أن المسألة غير مخصوصة بما إذا كان المحمول صبيّاً، والأولى أن يقرأ قوله (أحرم به) على المجهول، إذ لا فرق بين أن يكون الحامل وإليه الذي أحرم به أو غيره، ثم لفظ الكتاب يقتضى عدم إجزائه للصبيِّ فيما إذا لم يَطْفَ الحامل مطلقاً، لأنه أطلق الاستثناء، لكن فيه التفصيل، والخلاف الذي كتبه، والظاهر فيما إذا قصد الطَّوْفَ للمحمول إجزاؤه للمحمول على ما تقرر، فإذا لفظ الكتاب محمول على ما إذا لم يقصد ذلك، وفي «الوسيط» ما يشير إليه.

وقوله: (ولا يكفیهما طواف واحد) معلم بالواو؛ لما مرَّ من الوجه الثالث، وبالحاء؛ لأن صاحب «التتمة» حكى عن أبي حنيفة - رحمه الله - مثله.

قال الغزالي: **الْفَضْلُ الْخَامِسُ فِي السَّغْيِ: وَمَنْ فَرَعَ مِنَ الطَّوَافِ أَسْتَلَمَ الْحَجَرَ وَخَرَجَ مِنْ بَابِ الصَّفَا وَرَقَى عَلَى الصَّفَا بِمِقْدَارِ قَامَةٍ حَتَّى يَقَعَ بَصْرُهُ عَلَى الْكَعْبَةِ وَيَدْعُو ثُمَّ يَمْشِي إِلَى الْمَرْوَةِ وَيَزِقُّ فِيهِ وَيَدْعُو، وَيُسْرِعُ فِي الْمَشْيِ إِذَا بَقِيَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمَيْلِ الْأَخْضَرِ الْمَعْلَقِ بِفَنَاءِ الْمَسْجِدِ نَحْوَ سِتَّةِ أَذْرُعٍ إِلَى أَنْ يُحَازِيَ الْمَيْلَيْنِ الْأَخْضَرَيْنِ ثُمَّ يَعُودُ إِلَى الْهَيْئَةِ.**

قال الرافعي: إذا فرغ من الطواف وركعتيه فينبغي أن يعود إلى الحجر الأسود ويستلمه، ليكون آخر عهده بالاستلام، كما افتتح طوافه به، ثم يخرج من باب الصفا وهو في محاذة الصلح بين الركنين اليمانيين؛ ليسعى بين الصفا والمروة، «ويبدأ بالصفا؛ لأن النبي ﷺ «بدأ به، وقال: ابدأوا بما بدأ الله به»<sup>(١)</sup>.

ويرقى على الصفا بقدر قامة رجل، حتى يترأى له البيت، ويقع بصره عليه، فإذا رقى عليه استقبل البيت وهلل وكبر وقال: «اللَّهُ أَكْبَرُ اللَّهُ أَكْبَرُ اللَّهُ أَكْبَرُ اللَّهُ أَكْبَرُ وَلِلَّهِ الْحَمْدُ، اللَّهُ أَكْبَرُ عَلَى مَا هَدَانَا، وَالْحَمْدُ لِلَّهِ عَلَى مَا أَوْلَانَا، لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَحْدَهُ لَا شَرِيكَ لَهُ، لَهُ الْمُلْكُ وَلَهُ الْحَمْدُ، يُخَيِّبُ وَيُجِيبُ، بِيَدِهِ الْخَيْرُ، وَهُوَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ، لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ، وَحْدَهُ لَا شَرِيكَ لَهُ، صَدَقَ وَعْدُهُ، وَنَصَرَ عَبْدَهُ، وَهَزَمَ الْأَحْزَابَ وَحْدَهُ، لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ، وَلَا نَعْبُدُ إِلَّا إِيَّاهُ، مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ، وَلَوْ كَرِهَ الْكَافِرُونَ». ثم يدعو بما أحب من أمر الدين والدنيا، ثم يعود إلى الذكر المذكور ثانياً، ثم يدعو ثم يعود إليه ثالثاً، ولا يدعو<sup>(٢)</sup>، وينزل من الصفا ويمشي إلى المروة ويرقى عليها أيضاً بقدر قامة رجل، ويأتي بالذكر والدعاء كما فعل على الصفا.

ثم أن المسافة بين الجبلين يقطع بعضها مشياً وبعضها عدواً.

وبين الشافعي - رضي الله عنه - عنه ذلك فقال: «ينزل من الصفا ويمشي على سجيته مشيه حتى يبقى بينه وبين الميل الأخضر المعلق بفناء المسجد وركنه قدر ستة

(١) أخرجه النسائي (٢٣٦/٥)، وأحمد في المسند (٣/٣٩٤) والبيهقي (١/٨٥)، وأخرجه مسلم بلفظ (أبدأ) (١٢١٨) ومالك في الموطأ (١/٢٦٧) وأحمد (٣/٣٢٠، ٣٢١، ٣٨٨) وأبو داود (١٩٠٥) والترمذي (٨٦٢) وابن ماجه (٣٠٧٤).

(٢) قال النووي: ولنا وجه: أنه يدعو بعد الثالثة وبه قطع الروياني وصاحب «التنبيه» والماوردي وغيرهم، وهو الصحيح، وقد صح ذلك في «صحيح مسلم» عن رسول الله ﷺ الروضة (٢/٣٧).

أذرع، فحينئذ يسرع في المشي، ويسعى سعيًا شديدًا، وكان ذلك الميل موضوعاً على متن الطريق في الموضع الذي منه يبدأ السعي إعلاماً، وكان السيلُ يهدمه، فرفعوه إلى أعلى ركن المسجد، ولذلك سمي مُعلَقاً، فوقع متأخراً عن مبتدأ السعي بستة أذرع، لأنه لم يكن موضع أليق منه على الأعلى، ويديم السعي حتى يتوسط بين الميئين الأخضرين اللذين أحدهما يتصل بفناء المسجد عن يسار الساعي، والثاني متصل بدار العباس فإذا حاذهما عاد إلى سجيّة المشي، حتى ينتهي إلى المروّة.

قال القاضي الروياني وغيره: هذه الأساس كانت في زمان الشافعي - رضي الله عنه - وليس هناك اليوم دار تعرف بدار العباس، ولا ميل أضخر وتغيرت الأسماء.

وإذا عاد من المروّة إلى الصفا سعى في موضع سعيه أولاً، ومشى في موضع مشيه، وليقل في سعيه «رَبِّ اغْفِرْ وَارْحَمْ وَتَجَاوَزْ عَمَّا تَعَلَّمَ إِنَّكَ أَنْتَ الْأَعَزُّ الْأَكْرَمُ»<sup>(١)</sup> وليكن من دعائه على الجبلين ما يؤثر عن ابن عمر - رضي الله عنهما - «اللَّهُمَّ اغصنني بدينك وطاعتك وطوعية رسولك، اللَّهُمَّ اجعلني ممن يحبُّك ويحبُّ ملائكتك ورسلك وعبادك الصالحين، اللَّهُمَّ آتني من خير ما توتي عبداك الصالحين، اللَّهُمَّ اجعلني من الأئمة المتقين، واجعلني من ورثة جنّة النعيم، واغفر لي خطيئتي يوم الدين»<sup>(٢)</sup> وجميع ما ذكرناه من وظائف السعي قولاً وفعلًا مشهور في الأخبار.

قال الغزالي: والترقي والدعاء وسرعة المشي سنن، ولكن فروع السعي بعد طواف ما شرط، فلا يصح الابتداء به، فإن نسي بعد طواف القدوم لا يستحب الإعادة بعده، ولا يشترط فيه الطهارة وشروط الصلاة بخلاف الطواف.

قال الرافعي: «لما تكلم في وظائف السعي مخلوطة واجباتها بسننها، أراد الآن أن يميز بينهما، فمن السنن: الرقي<sup>(٣)</sup> على الصفا والمروّة، والواجب هو السعي بينهما، وقد يتأتى ذلك من غير رقي بأن يلصق العقب بأصل ما يسير منه، ويلصق رؤوس أصابع رجليه بما يسير إليه من الجبلين.

(١) أخرجه الطبري في كتاب الدعاء مرفوعاً من حديث ابن مسعود والبيهقي موقوفاً (٩٥/٥). على ابن مسعود، وقال: هذا أصح الروايات في ذلك عنه، وعن ابن عمر.

(٢) أخرجه البيهقي (٩٥/٥) والطبراني في الدعاء والمناسك له من حديثه موقوفاً، وقال الضياء: إسناده جيد ينظر: التلخيص (٢٥١/٢).

(٣) استحباب الرقي خاص بالرجل أما المرأة فإنها لا ترقى كذا ذكره صاحب «التنبيه» ولم يذكره الرافعي، ولا المصنف في «شرح المهذب» والقياس أن يكون الخشي مستثنى أيضاً فائدة: يستحب في السعي الطهارة والستر والطهارة مع اشتراطه لهما في الطواف مشعر بالاستحباب فإن ركب لم يكن اتفاقاً كما قاله في «شرح المهذب» لكن في سنن الترمذي أن الشافعي كره الركوب.

وعن أبي حفص بن الوكيل: أنه يجب الرُّقْيُ عليهما بقدر قامَةِ رَجُلٍ.

لنا: اشتهار السعي من غير رُقْيٍ عن عثمان وغيره من الصّحابة - رضي الله عنهم - من غير إنكار. ومنها: الذُّكْر والذِّعَاء، فليس في تركهما إلا تَرْكُ فَضِيلَةٍ وَتَوَابٍ. ومنها: سرعة المشي في المَوْضِعِ المَذْكُورِ، والهيئة في البَاقِي كَالرَّمْلِ، والهيئة في الطَّوَافِ بالبيت ومنها: المُوَالاةُ فِي مَرَاتِ السَّعْيِ، وبين الطواف والسعي، ولا يشترط الموالاة بين الطواف والسعي، بل لو تَخَلَّلَ بينهما فصلٌ طویلٌ لم يقدح، قاله القفال وغيره.

نعم، لا يجوز أن يتخلل بينهما ركن بأن يطوف لِلقُدُومِ، ثم يقف بعرفة ثم يَسْعَى، بل عليه إعادة السَّعْيِ بعد طَوَافِ الإفاضة، وذكر في «التممة» أنه إذا طال الفَصْلُ بين مَرَاتِ السَّعْيِ، أو بين الطَّوَافِ والسَّعْيِ ففي إجزاء السَّعْيِ قولان، وإن لم يتخلل بينهما ركن والظاهر: ما سبق.

وأما الواجبات فمنها وقوع السَّعْيِ بَعْدَ الطواف، فلو سعى قبل أن يطوف لم يُحَسَبَ، إذ لم ينقل عن فعل رسول الله ﷺ فَمَنْ بَعَدَهُ السَّعْيِ إلا مرتباً على الطَّوَافِ ترتيب السُّجُودِ على الرُّكُوعِ، ولا يشترط وقوعه بعد طَوَافِ الرُّكْنِ، بل لو سعى عقيب طواف القدوم أجزاءه، ولا يستحب أن يعيده بعد طواف الإفاضة؛ لأن السَّعْيِ ليس قرينة في نفسه كالوقوف، بخلاف الطَّوَافِ، فإنه عبادة يتقرب بها وَحَدَّهَا.

وعن الشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ: أنه يكره إعادته فضلاً عن عدم الاستحباب.

ومنها: الترتيب وهو الابتداء بالصَّفا لقوله ﷺ «ابْدَأُوا بِمَا بَدَأَ اللَّهُ بِهِ»<sup>(١)</sup> فإن بدأ بالمَزْوَةِ لم يحسب مروره مِنْهَا إِلَى الصَّفا<sup>(٢)</sup>. وعن أبي حنيفة أنه لا يجب الترتيب فيجوز الابتداء بالمروة. ومنها: العدد، فلا بد من أن يَسْعَى بين الجَبَلَيْنِ سَبْعاً، ويحسب الذَّهَابُ مِنَ الصَّفا إِلَى المَزْوَةِ مَرَّةً، والعَوْدُ مِنْهَا إِلَى الصَّفا أُخْرَى، فيكون الابتداء بالصَّفا والخْتَمُ بالمروة، وذهب أَبُو بَكْرٍ الصَّيْرَفِيُّ إِلَى أن الذهاب والعود يحسب مرة واحدة؛ لينتهي إلى ما منه بدأ، كالطواف بالبيت، وكما أن في مَسْحِ الرَّأْسِ يذهب باليدين إلى القفا ويردهما ويكون ذلك مرة واحدة، ويروى هذا عن أبي عبد الرحمن بن بنت الشافعي - رضي الله عنه - وابن الوكيل.

لنا: إطباق الحَجِيجِ على ما ذكرنا من عصر رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا.

(١) تقدم قريباً.

(٢) قال النووي: ويشترط في المرة الثانية: أن يبدأ بالمروة. فلو أنه لما وصل المروة ترك العود في طريقه، وعدل إلى المسجد، وابتدأ المرة الثانية من الصفا أيضاً، لم يصح أيضاً على الصحيح. وفيه وجه شاذ في «البحر» وغيره. ينظر الروضة (٢/٣٧٢).



ولو شك في العدد أخذ بالأقل، وكذلك يفعل بالطواف، ولو طاف أو سعى وعنده أنه أتم العدد وأخبره غيره عن بقاء شيءٍ فالأحب أن يرجع إلى قوله؛ لأن الزيادة لا تُبطلها، ولو جرى على ما هو جازم به جازاً.

ولا يشترط فيه الطهارة، وستر العورة، وسائر شروط الصلاة كما في الوقوف وغيره من أعمال الحجّ، بخلاف الطواف فإنه صلاةٌ بالخبر.

ويجوز أن يسعى راكباً كما يجوز أن يطوف راكباً، والأحب الترجل، والنساء لا يسعين السعي الشديد، كما لا يزمّن<sup>(١)</sup>.

وقوله في الكتاب: (ولكن وقوع السعي بعد طواف ما شرط)، لفظ شامل لأنواع الطواف، غير أنه لا يتصور وقوع السعي بعد طواف الوداع، فإن طواف الوداع هو الواقع بعد أعمال المناسك، فإذا بقي السعي عليه لم يكن المأتي به طواف الوداع.

واعلم أن السعي ركن في الحجّ والعمرة، لا يحصل التحلل دونه<sup>(٢)</sup>، ولا يُجبر بالدم، وبه قال مالك.

وعند أبي حنيفة - رحمه الله - يُنَجَّبُ. وعن أحمد روايتان؛ أصحهما: مثل مذهبنا.

قال الغزالي: الفضل السادس في الوقوف بعرفة: والمستحب أن يخطب الإمام اليوم السابع من ذي الحجة بمكة بعد الظهر خطبة واحدة ويأمرهم بالعدو إلى منى ويخبرهم بمناسكهم ويخرج اليوم الثامن ويبيت ليلة عرفة بمنى ثم يخطب بعد الزوال بعرفة خطبة خفيفة ويجلس ثم يقوم إلى الثانية، ويبدأ المؤذن بالأذان حتى يكون فراغ الإمام مع فراغ المؤذن، ثم يصلي الظهر والعصر جميعاً.

قال الرافعي: نفتح الفصل بذكر شيئين:

أحدهما: أن الإمام إن لم يحضر بنفسه، فالمستحب أن لا يدخل الحجاج عن منصب يكون أميراً عليهم؛ ليقفوا دون رأيه، ويطيعوه فيما يتوهم، وقد بعث رسول الله ﷺ أبا بكر - رضي الله عنه - أميراً على الحجيج، في السنة التاسعة من الهجرة<sup>(٣)</sup>.

(١) قال النووي وقيل إن سعت في الخلوة بالليل، سعت كالرجل.

(٢) قال النووي: الأفضل أن يتحرى لسعيه زمن خلو المسعى، وإذا عجز عن السعي الشديد للزحمة، فليتبشبه بالساعي، كما قلنا في الرمل. ينظر الروضة (٢/٣٧٢).

(٣) أخرجه البخاري (٣٦٩، ١٦٢٢، ٣١٧٧، ٤٣٦٣، ٤٦٥٥، ٤٦٥٦، ٤٦٥٧) ومسلم (١٣٤٧).

والثاني: أن الحجيج إن ساروا من الميقات إلى الموقف قبل أن يدخلوا مكة كما يفعلونه اليوم فاتتهم خطبة اليوم السابع، والترتيب الذي ذكره في الفضل مصور في حق من يدخل مكة قبل الوقوف.

إذا عرفت ذلك فنقول: مَنْ كَانَ مِنَ الدَّاخِلِينَ قَبْلَ الْوُقُوفِ مُفْرِدًا بِالْحَجِّ، أَوْ قَارِنًا بَيْنَ النَّسَكَيْنِ، أَقَامَ بَعْدَ طَوَافِ الْقُدُومِ إِلَى أَنْ يَخْرُجَ إِلَى عَرَفَةَ، وَمَنْ كَانَ مَتَمَعًا طَافَ وَسَعَى وَحَلَّقَ وَتَحَلَّلَ مِنْ عُمْرَتِهِ، ثُمَّ يَحْرُمُ بِالْحَجِّ مِنْ مَكَّةَ، وَيَخْرُجُ عَلَى مَا مَرَّ فِي صُورَةِ التَّمَتُّعِ، وَكَذَلِكَ يَفْعَلُ الْمُقِيمُونَ بِمَكَّةَ، وَيَسْتَحِبُّ لِلْإِمَامِ أَوْ لِمَنْصُوبِهِ أَنْ يَخْطُبَ بِمَكَّةَ فِي الْيَوْمِ السَّابِعِ مِنْ ذِي الْحِجَّةِ بَعْدَ صَلَاةِ الظُّهْرِ خُطْبَةً وَاحِدَةً، بِأَمْرِ الْإِمَامِ النَّاسِ فِيهَا بِالْغَدُوِّ إِلَى مِئَةِ، وَيَخْبِرُهُمْ بِمَا بَيْنَ أَيْدِيهِمْ مِنَ الْمُنَاسِكِ<sup>(١)</sup>.

وعن أحمد أنه لا يخطب اليوم السابع.

لنا ما روي أن النبي ﷺ «خَطَبَ النَّاسَ قَبْلَ يَوْمِ التَّرْوِيَةِ بَيْنَ يَوْمِ وَاحِدٍ، وَأَخْبَرَهُمْ بِمُنَاسِكِهِمْ»<sup>(٢)</sup>.

وينبغي أن يأمر في خطبته المتمتعين بأن يطوفوا قبل الخروج للوداع، فلو وافق اليوم السابع يوم الجمعة خطب للجمعة وصلاتها، ثم خطب هذه الخطبة، فإن السنة فيها التأخير عن الصلاة، ثم يخرج بهم اليوم الثامن وهو يوم التروية إلى مئى، ومتى يخرج؟ المشهور أنه يخرج بهم بعد صلاة الصبح بحيث يوافقون الظهر بمئى.

وحكى القاضي ابن كج أن أبا إسحاق ذكر قولاً أنهم يصلون الظهر بمكة، ثم

(١) وقوله «بالغدو» يؤخذ منه استحباب خروجهم قبل الزوال، فإن العرب تقول: غداً لما قبل الزوال وراح لما بعده، وما اقتضاه كلامه هو المشهور كما نقله الرافعي هنا. وفيه قول جزم به الرافعي أيضاً في أواخر باب وجوه والإحرام أنهم يصلون الظهر بمكة ثم يخرجون وتابعه في الروضة على هذا الاختلاف. فائدتان:

أحدهما: يجوز في «مئى» التصريف وعدمه والتذكير والتأنيث، سميت بذلك لكثرة ما يتمنى فيها من الدعاء أي يراق ومن مكة إليها فرسخ. وقال المصنف: من مكة إلى مئى فرسخان. قال النووي والجمهور على الأول.

الثانية: أيام المناسك سبعة أولها سابع ذي الحجة وآخرها الثالث عشر، فالسابع لا يعرف له اسم. هكذا قاله المصنف في «شرح المذهب». قلت: وذكر علي بن أبي طالب في بيان عمل الحج أن اسمه يوم الزينة أي لأنهم كانوا يزينون فيه محاملهم وهوادجهم للخروج، وأما الثامن فاسمه يوم التروية بالتاء المثناة وسمي بذلك لأنهم كانوا يتروون فيه بحمل الماء معهم من مكة إلى عرفات والتاسع يوم عرفة، والعاشر يوم النحر، والحادي عشر يوم القربى بفتح القاف وتشديد الراء لأنهم قارون فيه بمئى. والثاني عشر: يوم النفر الأول. والثالث عشر: يوم النفر الثالث.

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرک (١/٤٦١) وصححه البيهقي (٥/١١١).

يخرجون وإذا خرجوا إلى مَنَى باتوا بها لَيْلَةً عَرَفَةَ، وصلّوا مع الإمام بِهَا الظُّهْرَ، والعَصْرَ والمَغْرِبَ، والعِشَاءَ، والصُّبْحَ يَوْمَ عَرَفَةَ عَلَى الْمَشْهُورِ، وعلى ما ذكره أبو إسْحَاقَ يصلون بها ما سوى الظهر، والمبيت ليلة عرفة بِمِنَى هَيْئَةً وليس بِسُكِّ يُجْبَرُ بِالْدَمِ، والغرض منه الاستراحة للسَّيْرِ من الغد إلى عرفة من غَيْرِ تَعَبٍ، وما ذكرناه من الخُروج بعد صَلَاة الصُّبْحِ أو التَّزْوِيَةِ فَذَلِكَ فِي غَيْرِ يَوْمِ الْجُمُعَةِ، فأما إذا كان يوم التَّزْوِيَةِ يَوْمَ الْجُمُعَةِ فالمستحب الخروج قَبْلَ طُلُوعِ الْفَجْرِ؛ لأن الخروج إلى السفر يَوْمَ الجمعة إلى حيث لا تُصَلَّى الجمعة حَرَامٌ أو مكروه على ما مرَّ في موضعه، وهم لا يُصَلُّونَ الْجُمُعَةَ بِمِنَى، وكذا لا يصلونها بِعَرَفَةَ لو كان يَوْمَ عَرَفَةَ يَوْمَ الْجُمُعَةِ؛ لأن الْجُمُعَةَ إنما تقام في دَارِ الْإِقَامَةِ. قال الشافعي: - رضي الله عنه - «فإن بنى بها قَرْيَةً وَأَسْتَوطنها أَرْبَعُونَ من أَهْلِ الْكَمَالِ أقاموا الْجُمُعَةَ والنَّاسَ معهم».

ثم إذا طَلَعَتِ الشَّمْسُ يوم عرفة عَلَى شِبْرِ سَارِوَا إلى عرفات، فإذا انتهوا إلى نَمْرَةَ ضُرِبَتْ قُبَّةٌ لِلْإِمَامِ بِهَا، روي أن النبي ﷺ «مَكَتَ بِمِنَى حَتَّى طَلَعَتِ الشَّمْسُ، ثُمَّ رَكِبَ وَأَمَرَ بِقَبَّةٍ مِنْ شَعْرِ أَنْ تُضْرَبَ لَهُ بِنَمْرَةَ فَتَنْزَلَ بِهَا»<sup>(١)</sup> فإذا زالت الشَّمْسُ خطب الإمام خُطْبَتَيْنِ، يُبَيِّنُ لَهُمْ فِي الْأُولَى مَا بَيَّنَّ أَيْدِيهِمْ مِنَ الْمَنَاسِكِ، وَيُحَرِّضُهُمْ عَلَى إِكْثَارِ الدَّعَاءِ وَالتَّهْلِيلِ بِالمَوْقِفِ، فإذا فرغ منها جَلَسَ بِقَدْرِ سُورَةِ الْإِخْلَاصِ، ثم يقوم إلى الخطبة الثانية، والمؤذن يأخذ في الأذان، ويخفف الخُطْبَةَ بِحَيْثُ يَفْرَغُ مِنْهَا، مع فراغ المؤذن من الإقامة، على ما رواه الإمام وغيره، ومن الأذان على ما رواه صاحب «التهديب» وغيره، قال هؤلاء: ثم ينزل فيقيم المؤذن وَيُصَلِّي بِالنَّاسِ الظُّهْرَ، ثم يقيمون قِيَصْلِي بِهِم العَصْرَ، على سبيل الجَمْعِ، هكذا فعل رسول الله ﷺ فِي حَجَّةِ الْوَدَاعِ<sup>(٢)</sup>.

وعند أبي حنيفة - رحمه الله - لا إقامة للعَصْرِ ويجعل الأذان قبل الخُطْبَةِ الْأُولَى كما في الْجُمُعَةِ وإذا كان الإمام مسافراً فالسنة له القَصْرُ، والمَكِّيُّونَ والمقيمون حَوَالِيهَا لا يَقْصِرُونَ خِلافًا لِمالِكِ.

وليقول الإمام إذا سلم «أَتَبُّوا يَا أَهْلَ مَكَّةَ، فَإِنَّا قَوْمٌ سَفَرٌ»، كما قاله رسول الله ﷺ<sup>(٣)</sup> والقول في أن الجمع يختص بالمسافرين من الحَجَّيجِ أو لا يختص قَدْمَانُهُ فِي كِتَابِ الصَّلَاةِ.

(١) أخرجه مسلم من حديث جابر الطويل (١٢١٨).

(٢) أخرجه الشافعي (١٠٦٣)، ومن طريق البيهقي (١١٤/٥) من رواية جابر - رضي الله عنه - ولم ينفرد به إبراهيم بن أبي يحيى كما قال البيهقي.

(٣) أخرجه أبو داود (١٢٢٩) والترمذي (٥٤٥) وأحمد (٤٣٠/٤، ٤٣١، ٤٣٢، ٤٤٠) وابن أبي شيبة في المصنف (٤٥٠/٢).

فإن قلت: نمرة التي ذكرتم النزول بها هل هي من حَدِّ عَرَفَةَ أم لا؟ وهل الخطبتان والصلّاتان بها أم بموضع آخر؟ قلنا: أما الأول: فإن صاحب «الشامل» وطائفة قالوا بأن نَمْرَةَ<sup>(١)</sup> موضعٌ من عَرَقاتٍ، لكن الأكثرين نفوا كونها من عَرَقاتٍ. ومنهم أبو القاسم الكرخي، والقاضي الزوياني، وصاحب «التهذيب» وقالوا: إنها موضعٌ قريبٌ من عَرَفَةَ.

وأما الثاني فإيراد موردين يشعر بأن الخطبتين والصلّتين بها، لكن رواية الجمهور أنهم ينزلون بها حتّى تزول الشمس، فإذا زالت ذهب الإمام بهم إلى مسجد إبراهيم عليه السلام وخطب وصلى فيه، ثم بعد الفراغ من الصلاة يتوجهون إلى الموقف، وهل المسجد من عَرَفَةَ؟ سنذكره من بعد. وإذا لم تُعدّ البقعة من عرفة فحيث أطلقنا أنهم يجمعون بين الصلّتين بعرفة عتينا به الموضع القريب منها.

واعلم أنه يسن في الحجّ أربع خطب:

إحداها: بمكة في المسجد الحرام اليوم السابع من ذي الحجة.

والثانية: بعرفة، وقد ذكرناهما.

والثالثة: يوم النحر.

والرابعة: يوم النفر الأول، ويخبرهم في كل خطبة عما بين أيديهم من المناسك وأحكامها إلى الخطبة الأخرى، وكلّها أفراد، وبعد الصلاة إلا يوم عَرَفَةَ، فإنه يخطب خطبتين قبل الصلاة.

وقوله في الكتاب: (ويبيت ليلة عرفة بمنى، ثم يخطب بعد الزوال لعرفة) معناه: أنه يغدو منها إلى عَرَقاتٍ ويخطب، ولفظ الكتاب يقتضي كون الموضع الذي يخطب فيه من عَرَفَةَ، وفيه ما قد عرفته.

وقوله: (خطبة خفيفة) إنما ذكر ذلك لأن المستحب فيها الخفة أيضاً، وإن لم تبلغ خفتها خفة الثانية؛ لما روي أن سالم بن عبد الله قال للحجاج: «وإن كنت تُريد أن تُصيب السنة فاقصِر الخطبة وعجل الوقوف»، فقال ابن عمر رضي الله عنهما صدق<sup>(٢)</sup>.

(١) نَمْرَةَ بفتح النون وكسر الميم، ويجوز إسكان الميم مع فتح النون وكسرها، وهي موضع بين طرف الحل وطرف عرفات، والمشهور طرف عرفات. واختلفوا لم سميت عرفات، فقيل لأن آدم وحواء تعارفا هناك، فإن آدم هبط بالهند وحواء بأرض جدة بضم الميم وقيل: لأن جبريل عرف فيه إبراهيم عليه السلام.

(٢) أخرجه البخاري (١٦٦٣).

وقوله: (ويجلس) أي: بعدها.

وقوله: (ثم يقوم إلى الثانية ويبدأ المؤذن بالأذان).

وأعلم: قوله (ويبدأ) بالحاء؛ لما ذكرنا أن عنده يُقَدَّمُ الأذان.

قال الغزالي: ثُمَّ يُقْبَلُونَ عَلَى الدُّعَاءِ إِلَى وَفْتِ الغُرُوبِ وَيَفِيضُونَ بَعْدَ الغُرُوبِ إِلَى مُزْدَلِفَةَ يُصَلُّونَ بِهَا المَغْرِبَ والعِشَاءَ.

قال الرافعي: السنة لِلْحَجِيجِ بَعْدَ الصَّلَاتَيْنِ أَنْ يَقِفُوا عِنْدَ الصُّخْرَاتِ وَيَسْتَقْبِلُوا القِبْلَةَ؛ لِأَنَّ النَبِيَّ ﷺ «وَقَفَّ وَاسْتَقْبَلَ القِبْلَةَ، وَجَعَلَ بَطْنَ نَاقَتِهِ إِلَى الصُّخْرَاتِ»<sup>(١)</sup>.

وهل الوقوف رَكِيبًا أَفْضَلُ؟ فيه قولان:

أحدهما: لا، بل سواء، قاله في «الأم».

وأظهرهما: وبه قال أحمد: «أَنَّ الوُقُوفَ رَكِيبًا أَفْضَلُ افْتِدَاءً بِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ»<sup>(٢)</sup>.

وليكون أقوى الدعاء، قاله في «الإمام» والذين. ويذكرون الله تعالى ويدعونه إلى غروب الشمس، ويكثرون من التهليل، روي أنه ﷺ قال: «أَفْضَلُ الدُّعَاءِ دَعَاءُ يَوْمِ عَرَفَةَ، وَأَفْضَلُ مَا قُلْتُهُ أَنَا وَالتَّبِيُّونَ مِنْ قَبْلِي لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ، وَخَدُّهُ لَا شَرِيكَ لَهُ»<sup>(٣)</sup>.

وأضيف إليه<sup>(٤)</sup> «لَهُ المُلْكُ، وَلَهُ الحَمْدُ، وَهُوَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ، اللَّهُمَّ اجْعَلْ فِي قَلْبِي نُورًا، وَفِي سَمْعِي نُورًا، وَفِي بَصَرِي نُورًا، اللَّهُمَّ اشْرَحْ لِي صَدْرِي، وَيَسِّرْ لِي أَمْرِي»، فإذا غربت الشمس دفعوا من عرفات منصرفين إلى مُزْدَلِفَةَ، وَيُؤَخَّرُونَ المَغْرِبَ إِلَى أَنْ يَصْلُوهَا مَعَ العِشَاءِ بِمزدلفة، وليكن عليهم في الدُّفْعِ السكينة والوقار؛ لكيلاً يتأذى البعض بمصادمة البعض، فإن وجد بعضهم فرجة أسرع، وروى أنه ﷺ «كَانَ يَسِيرُ حِينَ دَفَعَ فِي حَجَّةِ الوُدَاعِ العَنَقَ فَإِذَا وَجَدَ فَجْوَةً<sup>(٥)</sup>» نَصَّ<sup>(٦)</sup>. فإذا حصلوا بمزدلفة، جمع الإمام بهم بين المَغْرِبِ والعِشَاءِ، وحكم الأذان والإقامة لهما قَدَمًا في موضعه.

(١) أخرجه من مسلم من حديث جابر الطويل (١٢١٨).

(٢) أخرجه البخاري من رواية أم الفضل (١٦٥٨، ١٦٦١، ١٩٨٨، ٥٦٠٤، ٥٦١٨، ٥٦٣٦) ومسلم (١١٢٣).

(٣) أخرجه مالك (١٦٧/١ - ١٦٨) والبيهقي (١١٧/٥) من رواية طلحة بن عبد الله بن كريب، وهذا مرسل؛ لأن طلحة هذا تابعي كوفي، وقال البيهقي: وقد روى عن مالك بإسناد آخر موصولاً ووصله ضعيف.

(٤) أخرجه البيهقي (١١٧/٥) من حديث عمرو بن شعيب عن أبي عن جده، وإسناد عمرو بن شعيب حسن.

(٥) في الأصول فرجة، وما أثبتاه تبعاً للحافظ ابن حجر، حيث قال: ثبت في الرافعي فرجة وهو تحريف.

(٦) أخرجه البخاري (١٦٦٦، ٢٩٩٩، ٤٤١٣) ومسلم (١٢٨٠).

ولو انفرد بعضهم بالجمع بعرفة أو بمزدلفة أو صلى إحدى الصَّلَاتين مع الإمام والأخرى وَحْدَهُ جَازٌ، ويجوز أَنْ يُصَلِّيَ المغرب بعرفة أو في الطريق.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز، ويجب الجمع بمزدلفة، وذكر الشافعي - رضي الله عنه - أنهم لا يتنفلون بين الصَّلَاتين إذا جَمَعُوا ولا على إثرهما، أما بينهما فَلِرِعَايَةِ المَوَالاةِ، وأما على إثرهما فقد قال القاضي ابن كَيْحٍ في الشرح: لا يتنفل الإمام؛ لأنه متبوع فلو اشتغل بالنوافل لاقتدى به الناس وانقطعوا عن المَنَاسِكِ، فليشتغل بِجَمْعِ الحَصَا وغيره من المَنَاسِكِ. وأما المأموم ففيه وجهان:

أحدهما: لا يتنفل أيضاً كالإمام.

والثاني: أن الأمر وَاسِعٌ له؛ لأنه ليس بمتبوع، وهذا في النوافل المطلقة دون الرُّوَاتِبِ، والله أعلم.

ثم أكثر الأصحاب أطلقوا القول بأنه يؤخرهما إلى أن يأتي المَزْدَلِفَةَ، ومنهم من قال ذلك ما لم يَخْشَ قَوَاتٍ وَفَتٍ اخْتِيَارِ العِشَاءِ، فإن خَافَ لمكثهم في الطريق بِصَدِّ أو غيره لَمْ يُؤَخَّرْ، وجمع بالناس في الطَّرِيقِ، والمستحب أن يَنْصَرِفُوا مِنْ عَرَفَةَ إِلَى المَزْدَلِفَةَ فِي طَرِيقِ المَازَمِينِ، وهو الطريق بين الجبلين، أفتداء برسول الله ﷺ<sup>(١)</sup> والصَّحَابَةِ - رضي الله عنهم -.

واعلم أن من مَكَّةَ إِلَى مِئَةِ فَرَسَخَانِ، ومن مِئَةِ إِلَى عَرَفَاتٍ فَرَسَخَانِ، ومزدلفة مُتَوَسِّطَةٌ بَيْنَ مِئَةِ وَعَرَفَاتٍ، منها إلى كل واحدة منهما فرسخاً، ولا يقفون بها في مسيرهم مِنْ مِئَةِ إِلَى عَرَفَاتٍ.

وقوله في الكتاب: (ثم يقبلون على الدعاء إلى وقت الغروب)، ليس لإخراج وَفَتِ الغروب عن الحَدِّ، بل يَدْعُونَ عِنْدَهُ أيضاً.

قال الغزالي: وَالوَاجِبُ مِنْ ذَلِكَ مَا يَنْطَلِقُ عَلَيْهِ اسْمُ الحُضُورِ فِي جُزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ عَرَفَةَ وَلَوْ فِي النُّومِ (و) وَإِنْ سَارَتْ بِهِ دَابَّتُهُ، وَلَا يَكْفِي حُضُورُ الْمُغْمَى عَلَيْهِ. وَوَقْتُ الوُقُوفِ مِنْ زَوَالِ يَوْمِ عَرَفَةَ إِلَى طُلُوعِ الفَجْرِ مِنْ يَوْمِ العِيدِ، وَلَوْ أَنشَأَ الإِحْرَامَ لَيْلَةَ العِيدِ جَازٌ (و)؛ لِأَنَّ الحَجَّ عَرَفَةَ وَوَقْتَهُ بَاقٍ، وَقِيلَ: لَا يَجُوزُ إِلَّا بِالنَّهَارِ، وَلَوْ فَارَقَ عَرَفَةَ نَهَاراً وَلَمْ يَكُنْ حَاضِراً عِنْدَ الغُرُوبِ وَلَا عَادَ بِاللَّيْلِ تَدَارِكاً فَبِي وَجُوبِ الدَّمِ قَوْلَانِ: حَاصِلُهُمَا

(١) أخرجه البخاري (١٣٩، ١٨١، ١٦٦٧، ١٦٦٩، ١٦٧٢) ومسلم (١٢٨٠)، وقال الحافظ ابن حجر في التلخيص (٢/٢٥٤): وأما الموقوف عن الصحابة فلم أراه منصوصاً عن معين، إلا أنه ثبت في الصحيح أنهم كانوا معه ﷺ.

أَنَّ الْجَمْعَ بَيْنَ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ هَلْ هُوَ وَاجِبٌ، وَلَوْ وَقَفُوا الْيَوْمَ الْعَاشِرَ غَلَطًا فِي الْهَلَالِ فَلَا قَضَاءَ، وَلَوْ وَقَفُوا الْيَوْمَ الثَّامِنَ فَوَجَّهَانِ؛ لِأَنَّ هَذَا الْغَلَطَ نَادِرٌ.

قال الراجعي: الغرض الآن الكلام في كيفية الوقوف ومكانه وزمانه.

أما الكيفية بالمعتبر الحُضُور بشرط أن يكون أهلاً للعبادة، وفيه صور:

الأولى: لا فرق بين أن يحضرها ويقف وبين أن يمرّ بها؛ لقوله ﷺ «الْحَجُّ عَرَفَةٌ، فَمَنْ أَدْرَكَ عَرَفَةَ فَقَدْ أَدْرَكَ الْحَجَّ»<sup>(١)</sup>.

وذكر القاضي ابن كَيْج - رحمه الله - أن ابنَ القَطَانِ - رحمه الله - جعل الاكتفاء بالمرور المجرد على وجهين.

الثانية: لا فرق بين أن يحضر وهو يعلم أنها عَرَفَةٌ، وبين أن لا يعلم، وعن ابن الوكيل أنه إذا لم يعلم لم يجزه.

الثالثة: لو أحضرها نائماً، أو دخلها قبل وقت الوقوف ونَامَ حتى خرج الوقت أجزاء، كما لو بقي نائماً طول نهاره أجزاء الصوم على المذهب، وفيه وجه: أنه لا يجزئه، كما لو وقف مغمى عليه، قال في «التتمة»: والخلاف في هذه الصورة والتي قبلها مبني على أن كُلَّ رُكْنٍ من أركان الحج هل يجب إفراده بنيته لانفصال بغضها عن بغض أم يكفيها النية السابقة؟ ولو فرض في أشواط الطواف أو بعضها التزم لى هيئة لا تنقض الوضوء فقد قال الإمام: هذا يقرب من الخلاف في صَرْفِ الطَّوْفِ إِلَى غير جِهَةٍ التُّسْكِ، ويجوز أن يقطع بوقوعه موقعه.

الرابعة: لو حضر وهو مغمى عليه لم يجزه؛ لفوات أهلية العبادة؛ ولهذا لا يجزئه الصوم إذا كان مغمى عليه طول نهاره، وفيه وجه: أنه يجزئه اكتفاء بالحضور، والسكران كالمغمى عليه، ولو حضر وهو مجنون لم يجزه، قاله في «التتمة»، لكن يقع نقلاً كحج الصبي الذي لا تمييز له، ومنهم من طرد في الجنون الوجه المنقول في الإغماء.

الخامسة: لو حضر بعرفة في طَلَبِ غَرِيمٍ أو دابة نَادِيَةً<sup>(٢)</sup> كَفَاهَا، قال الإمام: ولم

(١) قال النووي: المختار: أن المسافة بين «مكة» و«منى» فرسخ فقط. كذا قاله جمهور العلماء المحققين منهم الأزرق وغيره ممن لا يحصى، - والله أعلم -.. ينظر الروضة (٢/٣٧٥).

(٢) أخرجه أبو داود (١٩٤٩) والترمذي (٨٨٩) وقال: والعمل عليه عند أهل العلم من الصحابة وغيرهم، وأخرجه النسائي (٢٦٤/٥) وابن ماجه (٣٠١٥) وابن حبان، ذكره الهيثمي في الموارد (١٠٠٩) والحاكم في المستدرک (١/٤٦٤، ٢/٢٧٨) والبيهقي (٥/١١٦، ١٥٢، ١٧٣).

يذكروا هاهنا الخلاف الذي سبق في صَرْفِ الطواف عن التُّسْكِ إلى جِهَةِ أُخْرَى، ولعل الفرق أن الطَّوْفَ قربةً برأسها بخلاف الوُقُوفِ، قال: ولا يتمتع طرد الخلاف فيه.

وأما المكان ففي أي مَوْضِعٍ وقف من عَرْفَةِ أَجْزَاءِ، روي أنه ﷺ قال: «كُلُّ عَرْفَةٍ مَوْقِفٌ»<sup>(١)</sup>. وبين الشافعي - رضي الله عنه - حَدُّ عَرْفَةِ فَقَالَ: «هي ما جاوز وَاِدِي عَرْنَةَ إلى الْجِبَالِ الْقَابِلَةِ مما يلي بساتين بَنِي عامر» وليس وادي عرنة من عرفة وهو على منقطع عرفة مما يلي منى و صوب مكة، روى أنه ﷺ قال: «عَرْفَةُ كُلُّهَا مَوْقِفٌ وَأَوَّزْتَفَعُوا عَن وَاِدِي عَرْنَةَ»<sup>(٢)</sup>.

ومسجد إبراهيم ﷺ صَدْرَهُ من عرنة، وآخره من عَرْفَاتٍ، ويميز بينهما بِصَخْرَاتٍ كَبَارٍ فُرِشَتْ هُنَاكَ، فمن وقف في صَدْرِهِ فَلَيْسَ واقفاً بعرفة، قال في «التهديب»: «ثم يقف الإمام للخطبة والصلاة وجبل الرحمة في وسط عرصة عَرْفَاتٍ، وموقف رسول الله ﷺ عنده مُعْرُوفٌ».

وأما الزمان ففيه مسألتان:

إحدهما: وقت الوقوف يدخل بزوال الشَّمْسِ يَوْمَ عَرْفَةَ، ويمتد إلى طُلُوعِ الْفَجْرِ يَوْمَ النَّحْرِ، وقال أحمد: يدخل وقته بطلوع الفجر يَوْمَ عَرْفَةَ؛ لما روى عن عروة بن مضرس الطائي - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «مَنْ صَلَّى مَعَنَا هَذِهِ الصَّلَاةَ يَغْنِيهِ الصُّبْحُ يَوْمَ النَّحْرِ، وَأَتَى عَرْفَاتٍ قَبْلَ ذَلِكَ لَيْلًا أَوْ نَهَارًا فَقَدْ تَمَّ حَجُّهُ وَقَضَى تَفْتَهُ»<sup>(٣)</sup>.

لنا: اتفاق المسلمين من عصر رسول الله ﷺ «عَلَى الوُقُوفِ بَعْدَ الزَّوَالِ»<sup>(٤)</sup>، ولو جاز قبله لما اتفقوا على تَرْكِهِ، وبهذا يستدل على أن المراد من الْحَبْرِ مَا بَعْدَ الزَّوَالِ.

إذا تقرر ذلك فلو اقتصر على الوقوف ليلاً كان مدركاً للحج على المَذْهَبِ الْمَشْهُورِ.

(١) يقال: نَدَّ البعير نَدًّا من باب ضرب، ونداداً بالكسر ونديداً نَفَرَ وذهب على وجهه شارداً فهو ناد. المصباح المنير (٢/٨٢٠).

(٢) أخرجه مسلم (١٢١٨).

(٣) أخرجه ابن حبان، ذكره الهيثمي في الموارد (١٠٠٨)، وعزاه الحافظ في التلخيص لابن ماجه من حديث جابر بلفظ «بطن عرنة» وفي إسناده القاسم بن عبد الله بن عمر العمري، كذبه أحمد، وأخرجه مالك بلاغاً بهذا اللفظ، وانظر بقية التخریج في التلخيص (١/٢٥٥).

(٤) أخرجه أحمد (٤/٢٦١، ٢٦٢) وأبو داود (١٩٥٠) وأخرجه الترمذي (٨٩١)، وقال: حسن صحيح، والنسائي (٥/٢٦٣) وابن ماجه (٣٠١٦) والدارقطني (٢/٢٤٠) والحاكم (١/٤٦٣) والبيهقي (٥/١١٦) وابن حبان، ذكره الهيثمي في الموارد.



ونقل الإمام - رحمه الله - عن بعض التَّصَانِيفِ فيه قولين واستبعده.

وعن شيخه أن الخِلاَفَ فيه مخصوصٌ بما إذا أنشأ الإحرام ليلة النحر، فإذا لخص ذلك خرج منه ثلاثة أوجه كما ذكر في «الوسيط».

أصحها: أن المقتصر على الوقوف ليلاً مدركٌ، سواء أنشأ الإحرام قبل لَيْلَةِ الْعِيدِ أو فِيهَا، وكلاهما جائز.

والثاني: أنه ليس بِمُدْرِكٍ على التقديرين.

والثالث: أنه مُدْرِكٌ بشرط تقديم الإِحْرَامِ عَلَيْهَا، ولو اقتصر على الوقوف نهاراً وأفاض قبل الغروب كان مدركاً وإن لم يجمع بين الليل والنهار في الوقوف، وقال مالك: لا يكون مدركاً.

لنا: خبر عُزْوَةَ الطَّائِي، وأيضاً فإنه لو اقتصر على الوقوف ليلاً كان مدركاً، فكذلك هَاهُنَا، وهل يُؤْمَرُ بِإِرَاقَةِ دَمٍ؟ نظر إن عاد قبل الغروب، وكان حاضراً بها حين غربت الشَّمْسُ فَلَا، وإن لم يُعَدَّ حَتَّى طَلَعَ الْفَجْرُ فَتَعَمَّ، وهل هو واجب أو مستحب؟ أشار في «المختصر» و«الأم» إلى وجوبه، ونص في «الإملاء» على الاستحباب.

وللأصحاب ثلاثة طرق رَوَاهَا الْقَاضِي أَبُو كَجَّ.

أصحها: أن المسألة على قولين:

أحدهما - وبه قال أبو حنيفة وأحمد - رحمهما الله - : وجوبُ الدَّمِ؛ لأنه ترك نسكاً<sup>(١)</sup>، وقد روى أنه ﷺ قال: «مَنْ تَرَكَ نُسْكَاً فَعَلَيْهِ دَمٌ»<sup>(٢)</sup>.

والثاني: أنه مستحب، قوله ﷺ في خبر عروة: «فَقَدْ تَمَّ حَجُّهُ» ولأنه أدرك من الوُقُوفِ ما أجزأه، فلم يجب الدَّمُ، كما لو وقف ليلاً، وهذا أصح القولين، قاله المَحَامِلِيُّ والزَّوْيَانِيُّ - رحمهما الله - وغيرهما، وفي «التهديب» أنه القولُ الْقَدِيمُ، فإن ثبتت المقدمتان فالمسألة مما يُفْتَى فيها على القولِ الْقَدِيمِ، لكن أبو القاسم الكَرَّخِيُّ - رحمه الله - ذكر أن الوجوب هو القديم، - والله أعلم -.

والطريق الثاني: عن أبي إسحاق أنه إن أفاض مع الإمام فهو مَعْدُورٌ، لأنه تابع، وإن انفرد بالإفاضة ففيه قولان:

(١) الأصل في ترك النسك إيجاب الدم إلا ما خرج بدليل، لأنه صح عن ابن عباس كما قاله في «شرح المهذب» أنه قال: من نسي نسكاً أو تركه، فلم يرق دمًا وقيل: إن أفاض وحده لزمه دم، وإلا فقولان.

(٢) تقدم.

والثالث: نفي الوجوب والجزم بالاستحباب مطلقاً.

وإذا قلنا: بالوجوب فلو عاد ليلاً فوجهان:

أظهرهما: أنه لا شيء عليه، كما لو عاد قَبْلَ الغُروبِ وَصَبَرَ حتى غَرَبَتِ الشَّمْسُ.

والثاني: يجب، ويحكى هذا عن أَبِي حَنِيفَةَ وأحمد - رحمهما الله - لأن التُّسُكَّ

هو الجمع بين آخر النَّهَارِ وأول اللَّيْلِ بِعَرَفَةَ.

المسألة الثانية: إذا غلط الحَجِيجُ فوقفوا غير يوم عرفة: فإما أن يغلطوا بالتأخير أو

بالتقديم.

الحالة الأولى: أن يغلطوا بالتأخير بأن وقفوا اليوم التاسع بعد كمال ذي القعدة

ثلاثين، ثم بان لهم أن الهلال كان قد أهل ليلة الثلاثين، وأن وقوفهم وقع في اليوم

العاشر، فيصح الحج، ولا يلزمهم القضاء، لما روى أنه ﷺ قال: «حَجُّكُمْ يَوْمَ تَحِجُّونَ»<sup>(١)</sup>.

وروى أيضاً أنه قال: «يَوْمُ عَرَفَةَ الْيَوْمُ الَّذِي تُعْرَفُ فِيهِ النَّاسُ»<sup>(٢)</sup>، ولأنهم لو

تكلفوا القضاء لم يأمنوا مثله في القضاء، ولأن في إلزام القضاء مَشَقَّةً عَظِيمَةً؛ لما فيه

من إحباط قَطْعِ الْمَسَافَاتِ الطَّوِيلَةِ، وإنفاق الأموال الكثيرة، وهذا إذ كان في الحجج

كثرة على المعتاد، فإن قَلُّوا على خلاف العادة أو لحقت شِدْذَةٌ يوم النحر فظنت أنه يوم

عرفة، وأن الناس قد أفاضوا فوجهان:

أحدهما: أنه لا قضاء عليهم أيضاً؛ هم لا يأمنون مثله في القضاء.

وأصحهما: يجب؛ إذ ليس فيه مَشَقَّةٌ عَامَّةٌ، وإذا لم يجب القضاء فلا فرق بين أن

يتبين الحال بعد يوم الوقوف، أو في ذلك اليوم، وهم وقوف بعد الزوال، وإن تبين قبل

الزوال فوقفوا بعده، فقد قال في «التهذيب» المذهب أنه لا يُجْزئُهُمْ، لأنهم وقفوا على

يقين الفوات وهذا غير مُسَلَّم؛ لأن عامة الأصحاب ذكروا أنه لو قامت البينة على رؤية

الهلال ليلة العاشر وهم بمكة لا يتمكنون من حُضُورِ الموقِفِ بِاللَّيْلِ يقفون من الغد

ويحتسب لهم، كما لو قامت البينة بعد غروب اليوم الثلاثين من رَمَاصَانَ على رؤية

الهلال يوم الثلاثين نَصَّ أنهم يصلون من الغد للعيد، فإذا لم نحكم بالفوات لقيام

الشَّهَادَةِ لَيْلَةَ الْعَاشِرِ لزم مثله في اليوم العاشر، ولو شهد واحداً أو عدد برؤية هلال ذي

(١) قال الحافظ ابن حجر في التلخيص (٢/٢٥٧): لم أجده هكذا، أو بمعناه الحديث الآتي.

(٢) أخرجه أبو داود في «مراسيله» من رواية عبد العزيز بن عبد الله بن خالد بن أسيد، وقال البيهقي

(١٧٦/٥): هذا مرسل جيد، وأخرجه الدارقطني (٢/٢٢٣ - ٢٢٤) وانظر التلخيص (٢/٢٥٦).

الحجّة وردت شهادتهم، لزمهم الوقوف اليوم التاسع عندهم، وإن كان الناس يقفون في اليوم بعده كمن شهد بروية هلال رمضان فردت شهادته يلزمه الصوم.

ولو وقفوا اليوم الحادي عشر لم يصح حجّهم بحال.

الحالة الثانية: أن يغلطوا بالتقديم ويقفوا اليوم الثامن، فينظر أن تبين لهم الحال قبل فوات وقت الوقوف لزمهم الوقوف في وقته، وإن تبين بعده فوجهان: أحدهما: أنه لا قضاء كما في الغلط في التأخير.

وأصحهما: عند الأكثرين: وجوب القضاء، وفرقوا من وجهين:

أحدهما: أن تأخير العبادة عن الوقت أقرب إلى الاحتساب من تقديمها على الوقت.

والثاني: أن الغلط بالتقديم يمكن الاحتراز عنه، فإنه إنما يقع الغلط في الحساب أو الخلل في الشهود الذين شهدوا بتقديم الهلال والغلط بالتأخير قد يكون للتغيم المانع من رؤية الهلال، ومثل ذلك لا يمكن الاحتراز عنه، ولو غلطوا في المكان فوقفوا بغير عرفة لم يصح حجّهم بحال. ونتكلم بعد هذا في لفظ الكتاب خاصة.

قوله: (والواجب من ذلك ما ينطلق عليه اسم الحضور في جزء من أجزاء عرفة) فيمن تعرض للفعالين الأولين كبقية الوقوف ومكانه.

وقوله: (ولو في النوم) معلم بالواو، وكذا قوله: (وإن سارت به دابته).

وقوله: (ولا يكفي حضور المنمى عليه) لما مر.

وقوله: (من الزوال) معلّم بالألف؛ لما حكيناه عن أحمد، وبالواو؛ لأن القاضي ابن كنج روى عن أبي الحسين وجهاً أنه لو وقف في أول الزوال وانصرف لم يجزئه بل يجب أن يكون الوقوف بعد مضيّ زمانٍ إمكان صلاة الظهر من أول الزوال.

وقوله: (ولو أنشأ إخرامه ليلة العيد جاز) والمسألة مكررة قد ذكرها مرة في فضل الميقات الزماني، واقتصر هاهنا على ذكر الوجه الأصح، وهو الجواز.

وقوله: (وقيل: لا يجوز إلا بالنهار) يعني: الوقوف، وكأنه فرع جواز إنشاء الإخرام ليلة العيد على امتداد وقت الوقوف إلى طلوع الفجر، ثم ذكر الوجه البعيد وهو أنه لا يمتد، وليست الليلة وقتاً له، ولو حمل قوله: (وقيل: لا يجوز) على أنه لا يجوز إنشاء الإحرام فيها لكان تعسفاً؛ لأنه قال: (إلا بالنهار) والإحرام لا تعلق له بالنهار، وأيضاً فإن ذلك الوجه قد صار مذكوراً في فضل المواقيت، فالحمل على فائدة جديدة أولى. وقوله: (ولا عاد بالليل تداركاً) فيه تقييد للقولين بما إذا لم يعد بالليل إشارة إلى أنه لو عاد لم يجب الدم جزماً، وهو الوجه الأصح، ويجوز أن يعلم بالواو؛ للوجه

الثاني، وبالحاء والألف أيضاً، لما سبق، ويجوز إعلام قوله: (قولان) بالواو، للطريقين المانعين من إطلاق الخلاف.

وقوله: (حاصلهما أن الجمع بين الليل والنهار هل هو واجب؟) أراد به ما ذكره الإمام أن القولين في وجوب الدّم يلزم منهما حصول قولين في وجوب الجمع بين الليل والنهار في الوقوف؛ لأن ما يجب جهزه من أعمال الحج لا بد وأن يكون واجباً، لكن في كلام الأصحاب ما ينازع فيه؛ لأنّ منهم من وجه قول عدم وجوب الدّم بأن الجمع ليس بواجب، فلا يجب بتزكّيه الدّم، فقدّر عدم وجوب الجمع متفق عليه.

## الفصل السابع

### في أسباب التحلل

قال الغزالي: فَإِذَا جَمَعَ الْحَجِيجُ بَيْنَ الْمَغْرِبِ وَالْعِشَاءِ بِمُزْدَلِفَةَ بَاتُوا بِهَا، ثُمَّ ارْتَحَلُوا عِنْدَ الْفَجْرِ، فَإِذَا أَنْتَهَوْا إِلَى الْمَشْعَرِ الْحَرَامِ وَقَفُوا وَدَعَوْا، وَهَذِهِ سُنَّةٌ، ثُمَّ يَتَجَاوَزُونَهُ إِلَى وَادِي مُحَسَّرٍ فَيَسْرِعُونَ بِالْمَشْيِ فَإِذَا وَافَوْا مِثَى بَعْدَ طُلُوعِ الشَّمْسِ رَمَوْا سِنَعِ حَصِيَّاتٍ إِلَى الْجَمْرَةِ الثَّالِثَةِ كَبَرُوا مَعَ كُلِّ حَصَاةٍ بَدَلًا عَنِ الثَّلْبِيَّةِ، ثُمَّ يَخْلِقُونَ وَيَنْحَرُونَ وَيَعُودُونَ إِلَى مَكَّةَ لَطَوَافِ الرُّكْنِ، ثُمَّ يَعُودُونَ إِلَى مِثَى لِلرُّمِي فِي أَيَّامِ التَّشْرِيقِ.

قال الرافعي: الحجيج يفيضون بعد غروب الشمس يوم عرفة إلى مزدلفة، فإذا انتهوا إليها جمعوا بين الصَّلَاتَيْنِ، وباتوا بها، وليس هذا المبيت برُكْنٍ، خلافاً لأبي عبد الرّحمن ابن بنت الشافعي - رضي الله عنه - وأبي بكر بن خزيمة من أصحابنا - رحمهم الله -؛ لما روي أنه ﷺ قال: «مَنْ تَرَكَ الْمَبِيتَ بِمُزْدَلِفَةَ فَلَا حَجَّ لَهُ»<sup>(١)</sup>.

لنا ما روى أنه ﷺ قال: «الْحَجُّ عَرَفَةَ، فَمَنْ أَدْرَكَهَا فَقَدْ أَدْرَكَ الْحَجَّ»<sup>(٢)</sup>. ثم هو نسكٌ مجبورٌ بالدّم في الجملة، وتفصيله أنه إن دفع منها ليلاً، نظر إن كان بعد انتصاف الليل فلا شيء عليه معذوراً كان أو غير معذور: «لأنّ سودة وأمّ سلمة أفاضتا في النصف الأخير بإذن رسول الله ﷺ ولم يأمرهما بدم ولا التفرّ الذين تفرّوا معهما»<sup>(٣)</sup>.

(١) قال المحب الطبري: لا أدري من أين أخذه الرافعي، وقال النووي: ليس بثابت ولا معروف، انظر: التلخيص (٢٥٧/٢) خلاصة البدر (١٨/٢).

(٢) تقدم.

(٣) متفق عليه من رواية عائشة - رضي الله عنها - أخرجه البخاري (١٦٨٠، ١٦٨١) ومسلم (١٢٩٠) وأبو داود (١٩٤٢) والنسائي (٢٦٢/٥).

وعن أبي حنيفة: أن غير المعذور يلزمه الدّم إن لم يعد ولم يقف بعد طلوع الفجر، وإن دفع قبل انتصاف الليل وعاد قبل طلوع الفجر فلا شيء عليه أيضاً، كما لو دفع من عرفة قبل الغروب وعاد، وإن لم يعد أو ترك المبيت أصلاً أراق دماً، وهل هو واجب أو مستحب؟ فيه طرق:

أظهرها: أنه على قولين كما ذكرنا في الإفاضة من عرفة قبل غروب الشمس.

وعن أحمد: روايتان كلقولين، وعن مالك هو واجب.

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - لا اعتبار بالمبيت، وإنما الاعتبار بالوقوف بالمزدلفة بعد طلوع الفجر، فإذا تركه لزمه دم.

والطريق الثاني: القطع بالاستحباب.

والثالث: القطع بالإيجاب، وحمل نصح على الاستحباب على ما إذا وقع بعد انتصاف الليل. يحكى هذا عن القاضي أبي حامد<sup>(١)</sup>. والأولى تقديم النساء والضعفة بعد انتصاف الليل إلى منى، روى عن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال: «كُنْتُ فِيمَنْ قَدَّمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مِنْ ضَعْفَةٍ أَهْلِهِ إِلَى مِنَى مِنَ الْمَزْدَلِفَةِ»<sup>(٢)</sup>.

وغير الضعفة يلبثون حتى يصلوا الصبح بها، ويغسلون بالصلاة، والتغليس هاهنا أشد استحباباً، وينبغي أن يأخذوا من المزدلفة الحصى للرمي؛ لأن بها جبلاً في أحجاره رخاوة، وليكونوا متاهبين للرمي، فإن السنة أن لا يشتغلوا عنه بشيء إذا انتهوا إلى منى، ولو أخذوا من موضع آخر جاز، لكن يكره أخذه من المسجد، لأنه فرشه، ومن الحش لنجاسته، ومن المرمى لما قيل: «إِنَّ مَنْ يُقْبَلُ حَجُّهُ يُرْفَعُ حَجْرُهُ وَمَا يَبْقَى فَهُوَ مَزْدُودٌ». وكم يأخذون منها؟ قال في «المفتاح»: سبعين حصاة، ليرمي يوم النحر وأيام التشريق على ما سئفصله، وهذا ظاهر لفظ «المختصر»، وقال الأكترون: سَبْعَ حَصِيَّاتٍ، ليرمي يوم النحر، وحكوه عن نصح في موضع آخر، وجعلوه بياناً لما أطلقه في «المختصر»، وعلى هذا فيأخذ لرمي أيام التشريق من وادي مُحَسَّرٍ أو غيره، وجمع بعضهم بينهما فقالوا: يستحب الأخذ من المزدلفة لجميع الرمي، لكنه لرمي أيام النحر أحب، ثم الجمهور قالوا: يتزود بالحصا ليلاً قبل أن يصلّي الصبح، وفي «التهذيب» أخر أخذها عن الصلاة، ثم يدفعون إلى منى، فإذا انتهوا إلى المشعر الحرام وقفوا على قرح، وهو

(١) قال النووي: لو لم يحضر «مزدلفة» في النصف الأول، وحضرها ساعة في النصف الثاني حصل الميت نص عليه في «الأم» وفي قول ضعيف نص عليه في «الإملاء» والتقديم يحصل ساعة بساعة بين نصف الليل وطلوع الشمس.

(٢) وفي قول: يشترط معظم الليل، والأظهر: وجوب الدم بترك المبيت. ينظر الروضة (٢/٣٧٩).

جَبَلٍ مِنَ الْمَشْعَرِ الْحَرَامِ وَيُقَالُ: هُوَ الْمَشْعَرُ، وَالْمَشْعَرُ مِنَ الْمَزْدَلِفَةِ فَإِنَّ الْمَزْدَلِفَةَ مَا بَيْنَ مَأْزَمِي عَرَفَةَ وَوَادِي مُحَسَّرٍ، وَيَذْكُرُونَ اللَّهَ - تَعَالَى - وَيَدْعُونَ إِلَى الْإِسْفَارِ قَالَ اللَّهُ - تَعَالَى -: ﴿فَاذْكُرُوا اللَّهَ عِنْدَ الْمَشْعَرِ الْحَرَامِ﴾<sup>(١)</sup>، وَالْأَحَبُّ أَنْ يَكُونُوا مُسْتَقْبِلِي الْقِبْلَةِ، وَلَوْ وَقَفُوا فِي مَوْضِعٍ آخَرَ مِنَ الْمَزْدَلِفَةِ تَأْدَى أَضْلُ السَّنَةِ، لَكِنَّهُ عِنْدَ الْمَشْعَرِ أَفْضَلُ<sup>(٢)</sup>، وَلَا يَجْبِرُ فَوَاتُ هَذِهِ السَّنَةِ بِالذَّمِّ كَسَائِرِ الْهَيَاتِ، فَإِذَا أَسْفَرُوا سَارُوا وَعَلَيْهِمُ السُّكِينَةُ، وَمَنْ وَجَدَ فَرَجَةً أَسْرَعَ كَمَا فِي الدَّفْعِ مِنْ عَرَفَةَ، فَإِذَا أَنْتَهَوْا إِلَى وَادِي مُحَسَّرٍ فَالْمَسْتَحَبُّ لِلرَّاكِبِينَ أَنْ يَحْرَكُوا دَوَابَّهُمْ، وَلِلْمَاشِينَ أَنْ يُسْرِعُوا قَدْرَ رَمِيَةِ بِحَجَرٍ يَرَوِي ذَلِكَ عَنْ جَابِرٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - عَنِ النَّبِيِّ ﷺ<sup>(٣)</sup>.

وقد قيل: إن النَّصَارَى كَانَتْ تَقْفُ ثَمَّ، فَأَمَرْنَا بِمُخَالَفَتِهِمْ، ثُمَّ يَسِيرُونَ عَلَى السُّكِينَةِ، فَيُؤَافُونَ مِنِّي بَعْدَ طُلُوعِ الشَّمْسِ، فَيَرْمُونَ سَبْعَ حَصِيَّاتٍ إِلَى جَمْرَةِ الْعَقَبَةِ، وَهِيَ فِي حَضِيضِ الْجَبَلِ مَتْرُقِبَةٌ عَنِ الْجَادَّةِ عَلَى يَمِينِ السَّائِرِ إِلَى مَكَّةَ، «وَلَا يَنْزِلُ الرَّاكِبُونَ حَتَّى يَرْمُوا كَمَا فَعَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ»<sup>(٤)</sup> وَالسَّنَةُ أَنْ يَكْبُرُوا مَعَ كُلِّ حَصَاةٍ، وَيَقْطَعُوا التَّلْبِيَةَ إِذَا ابْتَدَأُوا بِالرَّمْيِ. رَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ: «قَطَعَ التَّلْبِيَةَ عِنْدَ أَوَّلِ حَصَاةٍ رَمَاهَا»<sup>(٥)</sup>.

والمعنى فيه: أن التلبية شِعَارُ الْإِحْرَامِ، وَالرَّمْيُ أَخَذٌ فِي التَّحْلُلِ، وَعَنِ الْقَفَالِ: أَنَّهُمْ إِذَا رَحَلُوا مِنْ مَزْدَلِفَةَ مَزَجُوا التَّلْبِيَةَ بِالتَّكْبِيرِ فِي مَمَرِهِمْ، فَإِذَا أَنْتَهَوْا إِلَى الْجَمْرَةِ وَافْتَتَحُوا الرَّمْيَ مَحْضُوا التَّكْبِيرَ.

قال الإمام: ولم أر هذا لغيره، ثم إذا رموا جَمْرَةَ الْعَقَبَةِ نَحَرُوا إِنْ كَانَ مَعَهُمْ هَدْيٌ، فَذَلِكَ سُنَّةٌ، ثُمَّ بَعْدَ ذَبْحِ الْهَدْيِ يَخْلِقُونَ أَوْ يَقْضِرُونَ، وَإِذَا فَرَّغُوا مِنْهُ عَادُوا إِلَى مَكَّةَ، وَطَافُوا طَوَافَ الرُّكْنِ، وَيَسْعُونَ بَعْدَهُ إِنْ لَمْ يَطُوفُوا لِلْقُدُومِ، أَوْ لَمْ يَسْعُوا بَعْدَهُ، ثُمَّ يَعُودُونَ إِلَى مِنَى لِلْمِيَّتِ بِهَا، وَالرَّمْيُ أَيَّامَ التَّشْرِيقِ، وَلِيَعُودُوا إِلَيْهَا قَبْلَ أَنْ يَصِلُوا الظُّهْرَ،

(١) أخرجه الشافعي (١٠٧٧) والبخاري (١٦٧٧، ١٦٧٨، ١٦٧٩) ومسلم (١٢٩٣).

(٢) سورة البقرة، الآية ١٩٨.

(٣) لقوله تعالى: ﴿فَإِذَا أَفْضُتُمْ مِنْ عَرَفَاتٍ فَاذْكُرُوا اللَّهَ عِنْدَ الْمَشْعَرِ الْحَرَامِ﴾. ولأن النبي ﷺ ركب القصى حتى أتى على المشعر الحرام، فاستقبل القبلة، ودعا الله تعالى، وكبر وهلل ووجد، ولم يزل واقفاً حتى أسفر رماه مسلم عن جابر في حديثه الطويل. وفي التنبيه وغيره أنه يستحب أن يقول: اللهم كما وقفنا فيه وأرئتنا إياه فوقفنا لذلك كما هديتنا واغفر لنا وارحمنا كما وعدتنا لقولك وقولك الحق: ﴿فَإِذَا أَفْضُتُمْ مِنْ عَرَفَاتٍ﴾ إلى قوله: ﴿إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ ويكثر أيضاً من التلبية ومن قوله: ﴿اللَّهُمَّ رِنَا آتِنَا فِي الدُّنْيَا حَسَنَةً وَفِي الْآخِرَةِ حَسَنَةً وَقِنَا عَذَابَ النَّارِ﴾.

(٤) أخرجه مسلم (١٢١٨) من حديث جابر.

(٥) أخرجه مسلم من رواية جابر (١٢١٨).

(٦) أخرجه البخاري (١٥٤٣، ١٥٤٤، ١٦٧٠، ١٦٨٥، ١٦٨٦، ١٦٨٧) ومسلم (١٢٨١).

وهذه ترجمة جمالية لهذه الوظائف ومسائلهما على التفصيل بين يديك .

وقوله في الكتاب: (وهذه سنة) معلّم بالميم، إن ثبت ما رواه بعض أصحابنا عن مالك أن الوقوف بالمشعر الحرام واجب .

وقوله: (فيسرعون بالمشي) يجوز أن يعلم بالواو؛ لأنني رأيت في بعض الشروح أن الراكب يحرك دابته، أما الماشي فلا يعدو ولا يرمل .

وقوله: (إلى الجمرة الثالثة) المراد منها: جمرة العقبة وإنما تسمى الثالثة؛ لأن السائرين من منى إلى مكة يتعدون جمرتين قبلها، ثم يتتهون إليها، فهي الثالثة بالإضافة إلى منى، وقد ذكرنا أنها منحرفة عن متن الطريق، والجمرتان قبلها على منتهى .

وقوله: (ثم يخلقون وينحرون) قدم ذكر الحلق؛ لكن المستحب أن يكون النحر مقدماً على الحلق كما سيأتي - إن شاء الله تعالى - .

قال الغزالي: وللهج تحللان يحصل أحدهما بطواف الزيارة والآخر بالرمي، وأيهما قدم أو آخر فلا بأس، ويحل بين التحللين اللبس والقلم، ولا يحل الجماع، وفي التطيب والنكاح واللمس وقتل الصيد قولان، وإن جعلنا الحلق نسكاً صارت الأسباب ثلاثة فلا يحصل أحد التحللين إلا باثنين أي اثنين كانا، ويدخل وقت التحلل بالتصاف (ح م) ليلة النحر، ووقت فضيلته بطلوع الفجر يوم النحر، وفي كون الحلق نسكاً قولان، ولا خلاف أنه مستحب يلزم بالندب، فإن جعل نسكاً جاز (م ح) البداءة به في أسباب التحلل، وفسدت الغمرة بالجماع قبل الحلق؛ لأن التحلل لم يتم دونه، وإذا تركه لم ينجب بالدم لأن تداركه ممكن، فإن لم يكن على رأسه شعر فيستحب (ح) إمرار موسى على الرأس، ولا يتم هذا الشك بأقل من حلق ثلاث (م ح) شعرات من الرأس، ويقوم التفصير والتنف والإخراق مقام الحلق إلا إذا نذر الحلق، ولا حلق على المرأة، ويستحب لها التفصير .

قال الرافعي: لو ذهبت أراعي في الفضل ترتيب الكتاب، لم نظفر بالكشف الذي نفعته، فاحتمل التقديم والتأخير، واعرف ثلاثة أصول:

أحدها: أن قول الشافعي - رضي الله عنه - اختلف في أن الحلق في وقته هل هو نسك أم لا؟ فأحد القولين أنه ليس بنسك، وإنما هو استباحة مخظورة؛ لأن كل ما لو فعله قبل وقته لزمته الفدية، فإذا فعله في وقته كان استباحة كالطيب واللبس، وهذا لأنه يريد أن يتحلل فيتناول بعض ما حُظر عليه كما يتطيب .

وأصحهما: وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد - رحمهم الله - أنه نُسِكَ مُتَابَ عَلَيْهِ؛ لما روى أنه ﷺ قال: «إِذَا رَمَيْتُمْ وَحَلَقْتُمْ حَلَ لَكُمْ كُلُّ شَيْءٍ إِلَّا النَّسَاءَ»<sup>(١)</sup>.

علق الحَلَّ بالحَلْقِ كما عَلَّقَهُ بِالرَّمْيِ، وأيضاً فإن الحَلْقِ أفضل من التقصير، لما سيأتي، والتفضيل إنما يقع في العِبَادَاتِ دُونَ المَبَاحَاتِ، والقولان جاريان في العمرة، ووقته في العُمرة يدخل بِالْفَرَاغِ مِنَ السَّغْيِ، فعلى القولِ الأصح هُوَ مِنْ أَعْمَالِ النُّسْكِينِ، وليس هو بمثابة الرَّمْيِ والمَيْتِ، بل هو مَعْدُودٌ مِنَ الأَرْكَانِ، ولهذا لَا يُجَبَّرُ بِالدَّمِ، ولا تقام الفِدْيَةُ مَقَامَهُ حتى لو كانت برأسه عليه لا يتأتى مَعَهَا التَّعَرُّضُ لِلشَّعْرِ، فإنه يصبر إلى الإمكان ولا يفندي، ويخالف ما إذا لم يكن على رأسه شَعْرٌ، لا يُؤْمَرُ بِالحَلْقِ بعد التِّيَاتِ، لأن النِّسْكَ حَلَقٌ شَعْرٍ يشتمل الإحرام عليه، فإذا لم يكن شَعْرٌ لم يؤمر بهذا النُّسْكِ. ولو جامع المعتمر بعد السَّغْيِ وقبل الحلق فَسَدَتْ عُمْرَتُهُ؛ لوقوع جَمَاعِهِ قَبْلَ التَّحَلُّلِ، والنِّسَاءِ لَا يُؤْمَرَنَ بِالحَلْقِ؛ لما روى أنه ﷺ قال: «لَيْسَ عَلَى النَّسَاءِ حَلْقٌ وَإِنَّمَا يُقَصِّرُنَّ»<sup>(٢)</sup>.

والمستحب لهن في التقصير أن يأخذن من طَرَفِ شُعُورِهِنَّ بقدر أملة من جميع الجَوَانِبِ، وللرجال أيضاً إقامة التقصير مقام الحلق؛ لما روى عن جابر - رضي الله عنه -: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ أَصْحَابَهُ أَنْ يَخْلُقُوا أَوْ يَقَصِّرُوا»<sup>(٣)</sup>.

والأفضل لَهُم الحَلْقُ؛ لما روى أنه ﷺ قال: «رَجِمَ اللَّهُ الْمُحَلِّقِينَ، قِيلَ: وَالْمُقَصِّرِينَ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ: رَجِمَ اللَّهُ الْمُحَلِّقِينَ، قِيلَ: وَالْمُقَصِّرِينَ؟ قَالَ: رَجِمَ اللَّهُ الْمُحَلِّقِينَ؛ قِيلَ: وَالْمُقَصِّرِينَ؟ قَالَ وَالْمُقَصِّرِينَ»<sup>(٤)</sup>.

وكل وَاحِدٍ مِنَ الحَلْقِ والتَّقْصِيرِ يختص بِشَعْرِ الرُّأْسِ، ولا يحصل النُّسْكَ بِحَلْقِ شَعْرِ آخَرَ، أو تقصيره، وإن أَسْتَوَى الكُلُّ فِي وجوب الفدية إذا أخذ قَبْلَ الوَقْتِ؛ لأن الأَمْرَ وَرَدَّ فِي شَعْرِ الرُّأْسِ، وإذا حلق فالمستحب أن يبدأ بِالشَّقِّ الأَيْمَنِ<sup>(٥)</sup> ثم بالأَيْسَرِ،

(١) أخرجه أبو داود (١٩٧٨) والدارقطني (٢٧٦/٢) والبيهقي (١٣٦/٥) ومداره على الحجاج عن الزهري عن عروة عن عائشة - رضوان الله تعالى عليها - وابن أبي جهم، وأبي بكر بن حزم عن عمرة عنها. وقال أبو داود: حديث ضعيف، والحجاج لم ير الزهري ولم يسمع منه. وقال البيهقي: هذا الحديث من تخليطات الحجاج بن أرطاة.

(٢) أخرجه أبو داود (١٩٨٥) من رواية ابن عباس، وضعفه ابن القطان، انظر: خلاصة البدر ٢٠/٢ - (٢١).

(٣) أخرجه البخاري (١٥٦٨) ومسلم (١٢١٦).

(٤) البخاري (١٧٢٧) ومسلم (١٣٠١) من حديث ابن عمر - رضي الله عنهما - والبخاري (١٧٢٨) ومسلم (١٣٠٢) من حديث أبي هريرة - رضي الله عنه -.

(٥) أخرجه البخاري (١٧٠، ١٧١) ومسلم (١٣٠٥).



وأن يكون مستقبل القبلة، وأن يكبر بعد الفراغ، وأن يدفن شعره، والأفضل إن حلق جميع رأسه، وإن قصر فإن يقصر الجميع، أقل ما يجزئ حلق ثلاث شعرات أو تقصيرها، وفيها تكمل الفدية في الحلق المحظور.

ولنا في تكميل الفدية في الشعرة الواحدة رأي بعيد، وهو عائد في حصول التسك بحلقها، ولو حلق ثلاث شعرات في دفعات، أو أخذ من شعرة شيئاً، وعاد ثانياً، فأخذ منها شيئاً، وعاد ثالثاً، وأخذ، فإن كملنا الفدية لو كان محظوراً قلنا بحصول التسك به.

ولا فرق إذا قصر بين أن يكون المأخوذ مما يحاذي الرأس أو من المستزسل، وفي وجه: لا يغني الأخذ من المستزسل اعتباراً بالمسح.

وقال أبو حنيفة - رحمه الله -: أقل من حلق ربع الرأس.

وقال مالك: لا بد من حلق الأكثر، ولا يتعين للحلق والتقصير آلة، بل حكم التثف والإحراق والإزالة بالموسى والنورة والقص واحد.

ومن لا شعر على رأسه يستحب له إمرار الموسى على الرأس تشبهاً بالحالين.

قال الشافعي - رضي الله عنه -: ولو أخذ من شاربيه أو شعر لحيته شيئاً كان أحب إليّ لثلا يخلو من أخذ الشعر وعند أبي حنيفة - رحمه الله - يجب إمرار الموسى على الرأس. لنا: أن العبادة إذا تعلقت بجزء من البدن سقطت بفواته كغسل الأعضاء في الوضوء. وجميع ما ذكرنا فيما إذا لم يلتزم الحلق أما إذا التزمه فنذر الحلق في وقته تعين، ولم يقد التقصير مقامه، ولا التثف، ولا الإحراق، وفي استئصال الشعر بالمقص وإمرار الموسى من غير استئصال تردد للإمام، والظاهر المنع لفوات اسم الحلق.

ولو نذر استيعاب الرأس بالحلق ففيه تردد عن الفقهاء، ولها أخوات تذكر في النذور، ولو لبد رأسه في الإحرام فهل هو كالنذر؟ لأن ذلك لا يفعله إلا العازم على الحلق؟ فيه قولان: الجديد: لا، وهما كالقولين في أن التثف والإشعار هل ينزل منزلة قوله جعلتها ضحية؟ - والله أعلم -.

والأصل الثاني: أن أعمال الحج يوم النحر إلى أن يعود إلى متى أربعة على ما أسلفنا ذكرها: رمي جمرة العقبة، والذبح، والحلق والتقصير، والطواف، وهذا الطواف يسمى طواف الركن، لأنه لا بد منه في حصول الحج، ويسمى طواف الإفاضة للإتيان به عقيب الإفاضة من متى، وطواف الزيارة؛ لأنهم يأتون من متى زائرين للبيت، ويعودون في الحال، وربما سمي طواف الصدر أيضاً.

والأشهر: أن طواف الصدر هو طواف الوداع، والترتيب في الأعمال الأربعة على التسبق المذكور منسئون، وليس بواجب.

أما: أنه مسنون فلأنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَذَلِكَ فَعَلَهَا<sup>(١)</sup>.

وأما أنه ليس بواجب فلما روى عن عبد الله بن عمرو - رضي الله عنهما - قال: «وَقَفَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي حَجَّةِ الْوُدَاعِ بِمَنْى لِلنَّاسِ يَسْأَلُونَهُ، فَجَاءَ رَجُلٌ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي حَلَقْتُ قَبْلَ أَنْ أُرْمِيَ، قَالَ: ازْمِ وَلَا حَرَجَ، وَأَتَاهُ آخَرُ فَقَالَ: إِنِّي أَقْضَيْتُ إِلَى النَّبِيِّ قَبْلَ أَنْ أُرْمِيَ، فَقَالَ: ازْمِ وَلَا حَرَجَ، وَأَتَاهُ آخَرُ وَقَالَ: إِنِّي دَبَّحْتُ قَبْلَ أَنْ أُرْمِيَ، فَقَالَ: ازْمِ وَلَا حَرَجَ، فَمَا سُئِلَ عَنْ شَيْءٍ قَدَّمَ أَوْ آخَرَ إِلَّا قَالَ أَفْعَلُ وَلَا حَرَجَ»<sup>(٢)</sup>.

فلو ترك المبيت بمزدلفة، وأفاض إلى مكة وطاف قبل أن يرمي ويحلق، أو ذبح قبل أن يرمي ويحلق، أو ذبح قبل أن يرمي، فلا بأس ولا فدية، ولو حلق قبل أن يرمي وقبل أن يطوف فإن جعلنا الحلق نُسكاً فلا بأس، وإن جعلناه استباحة محظور فعليه الفدية؛ لوقوع الحلق قبل التحلل. وروى القاضي ابن كجج أن أبا إسحاق وابن القطان - رحمهم الله - ألزماه الفدية وإن جعلنا الحلق نُسكاً، والحديث حجة عليهما، ومؤيد القول الأصح وهو أن الحلق نُسكٌ.

وعن مالك وأبي حنيفة وأحمد - رحمهم الله - أن الترتيب بينهما واجب، ولو تركه فعليه دمٌ على تفصيل يذكرونه.

واعلم أن ما قدمناه من قطع الحاج التلبية إذا أخذ في الرمي مصور فيما إذا جرى على الترتيب المسنون، فإن بدأ بالطواف أو بالحلق إن جوزناه فيقطع التلبية حينئذ، نظراً إلى أنه أخذ في أسباب التحلل، وكذلك نقول: المعتمر يقطع التلبية إذا افتتح الطواف.

والأصل الثالث: أن المستحب أن يرمي بعد طلوع الشمس ثم يأتي بباقي الأعمال، فيقع الطواف في صحوة النهار، ويدخل وقتها جميعاً بانتصاف ليلة النحر، وبه قال أحمد. وعن أبي حنيفة ومالك: أن شيئاً منها لا يجوز قبل طلوع الفجر.

لنا: ما روي أن النَّبِيَّ ﷺ أمر أم سلمة ليلة النحر فرمته جمره العقبة قبل الفجر، ثم مضت، ثم أفاضت، وكان ذلك يومها من رسول الله ﷺ<sup>(٣)</sup>.

ومتى يخرج وقتها؟ أما الرمي: فيمتد وقته إلى غروب الشمس يوم النحر، وهل يمتد تلك الليلة؟ فيه وجهان:

أصحهما: لا.

(١) أخرجه مسلم من رواية جابر إلا الحلق، فإنه أخرجه من رواية أنس مسلم (١٢١٨)، و(١٣٠٥).

(٢) أخرجه البخاري (٨٣)، ١٢٤، ١٧٣٦، ١٧٣٧، ١٧٣٨، ١٧٣٩، ٦٦٦٥) ومسلم (١٣٠٦).

(٣) أخرجه أبو داود (١٩٤٢).

وأما الذَّبْحُ: فَالْهَذْيُ لَا يَخْتَصُّ بِزَمَانٍ، وَلَكِنْ يَخْتَصُّ بِالْحَرَمِ، بِخِلَافِ الصُّحَايَا، تَخْتَصُّ بِالْعِيدِ وَأَيَّامِ الشَّرِيقِ، وَلَا تَخْتَصُّ بِالْحَرَمِ.

وأما الحلق والطواف فلا يتأقت آخرهما، لكن لا ينبغي أن يخرج من مكة حتى يطوف، فَإِنْ طَافَ لِلْوِدَاعِ وَخَرَجَ وَقَعَ عَنِ الزُّيَارَةِ، وَإِنْ خَرَجَ وَلَمْ يَطْفُفْ أَضْلاً لَمْ تَحُلْ لَهُ النِّسَاءُ، وَإِنْ طَالَ الزَّمَانُ، وَقَضِيَةَ قَوْلِهِمْ لَا يَتَأَقَّتُ الطُّوَافُ مِنَ الطَّرْفِ الْآخِرِ أَنْ لَا يَصِيرَ قِضَاءً، لَكِنْ فِي «التَّيْمَةِ»: أَنَّهُ إِذَا تَأَخَّرَ عَنِ أَيَّامِ الشَّرِيقِ صَارَ قِضَاءً.

وعن أبي حنيفة - رحمه الله - آخر وقت الطواف آخر اليوم الثاني من أيام الشريق. إذا عرفت هذه الأصول فنقول: للحج تحللان، وللعمرة تحلل واحد.

قال الأئمة - رضي الله عنهم -: وذلك لأن الحج يطول زمانه، وتكثر أعماله بخلاف العمرة، فأبيح بعض محظوراته دفعة واحدة، وبعضها أخرى وهذا كالحيض والجنابة لما طال زمان الحيض جعل لارتفاع محظوراته محلان: انقطاع الدم، والاعتسال، والجنابة لما قصر زمانها جعل لارتفاع محظوراتها محل واحد.

ثم الكلام في فصلين:

أحدهما: فيما يحصل به التحلل.

أما الحج: فأسباب تحلله غير خارجة عن الأعمال الأربع، والذبح غير مغدود منها؛ لأنه لا يتوقف التحلل عليه.

بقي الرمي والحلق والطواف، فإن لم نجعل الحلق نسكاً، فلتحلل سببان: الرمي والطواف، فإذا أتى بأحدهما يحصل التحلل الأول، وإذا أتى بالثاني حصل الثاني، ولا بد من السعي بعجمي الطواف إن لم يسع من قبل، لكنهم لم يفردوه وعدوه مع الطواف سبباً واحداً، وإن جعلنا الحلق نسكاً فالثلاثة أسباب التحلل، فإذا أتى باثنين منها إما الرمي والحلق، أو الرمي والطواف أو الحلق والطواف حصل التحلل الأول، وإذا أتى بالثالث حصل الثاني، قال الإمام وشيخه: وكأننا نبغي التنصيف، لكن ليس للثلاثة نصف صحيح، فنزلنا الأمر على اثنين كما صنعنا في تملك العبد طلقتين ونظائره.

هذا ما أورده عامة الأصحاب، واتفقوا عليه، ووراءه وجوه منهجورة:

أحدها: عن أبي سعيد الإصطخري: أن دخول وقت الرمي بمثابة نفس الرمي في إفادة التحلل.

الثاني: عن أبي قاسم الداركي: أنا إن جعلنا الحلق نسكاً حصل التحللان معاً بالحلق والطواف، وبالرمي والطواف، ولا يحصل بالحلق والرمي إلا أحدهما.

والفرق: أن الطواف ركنٌ فما انضم إليه يقوى به، بخلاف الرمي والحلق، وهذا نزاع فيما سبق أن الحلق ركن على هذا القول. والثالث عن أبي إسحاق عن بعض الأصحاب: أنا وإن جعلنا الحلق نسكاً فإن أحد التحليلين يحصل بالرمي وحده وبالطواف وحده. ومن فاته الرمي ولزمه بدله فهل يتوقف التحلل على الإتيان ببديله؟ فيه أوجه:

أشبهها: نعم، تنزيلاً للبديل منزلة المبدل.

والثالث: إن افتدى بالدم توقف، وإن افتدى بالصوم فلا، طول زمانه.

وأما العمرة: فتحللها بالطواف والسعي لا غير إن لم نجعل الحلق نسكاً، وبهما مع الحلق إن جعلناه نسكاً، ولست أدري لم عدوا السعي من أسباب التحلل في العمرة دون الحج؟ ولم لم يعدوا أفعال الحج كلها أسباب التحلل كما فعلوا في العمرة؟ ولو اصطلحوا عليه لقالوا: التحلل الأول يحصل بها سوى الواجد الأخير، والثاني بذلك الأخير. ويمكن تفسير أسباب التحلل في العمرة بأركانها الفعلية، وأيضاً بالأفعال التي يتوقف عليها تحللها، ولا يمكن التفسير في الحج بواحد منهما.

أما الأول: فلإخراجهم الوقوف عنها.

وأما الثاني: فلإدخالهم الرمي فيها، مع أن التحلل لا يتوقف عليه ولا على بدله على رأي، وعلى كل حال فإطلاق اسم السبب على كل واحد من أسباب التحلل ليس على معنى استقلاله، بل هو كقولنا: اليمين والحج سبباً للكفارة، والنصاب والحول سبباً الزكاة.

والفصل الثاني فيما يحلل بالتحلل الأول ولا خلاف في أن الوطء لا يحل ما لم يوجد التحلان، لكن المستحب أن لا يطأ حتى يزمي في أيام التشريق، ويحل اللبس والقلم وستر الرأس والحلق إذا لم نجعله نسكاً بالتحلل الأول، روى أنه ﷺ قال: «إِذَا رَمَيْتُمْ وَحَلَقْتُمْ فَقَدْ حَلَّ لَكُمْ الطَّيْبُ وَاللَّبَاسُ وَكُلُّ شَيْءٍ إِلَّا النِّسَاءَ»<sup>(١)</sup>.

وفي عقد النكاح والمباشرة فيما دون الفرج كالقبلة والملامسة وقتل الصيد قولان: أحدهما: أنها تحل أما في غير الصيد فلأنهما مخظوران للإحرام لا يفسدانه، فأشبهها الحلق والقلم.

وأما في الصيد فلأنه لم يستثن في الخبر المذكور إلا النساء.

والثاني: لا يحل أما في غير الصيد فلتعلقها بالنساء، وقد روينا أنه ﷺ قال: «إِلَّا

النِّسَاء»<sup>(١)</sup>.

وأما في الصَّيْدِ فلقوله - تعالى - : ﴿لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ﴾<sup>(٢)</sup>.

والإِحْرَامُ بَاقٍ، ثم اتفقوا في مسألة الصَّيْدِ على أن قول الحل أصح، واختلفوا في النكاح والمباشرة، فذكر صاحب «التهديب» وطائفة: أن الأصح فيها: الحل، وقال آخرون بِلِ الْأَصْح: المنع، ومنهم المَسْعُودِي، وصاحب «التهديب» وهؤلاء أكثر عدداً، وقولهم أوفق لظاهر النص في «المختصر».

وفي التطيب طريقتان:

أشهرهما: أنه على القولين، وهذا ما أورده في الكتاب.

والثاني: القطع بالحل، وسواء أثبتنا الخلاف أو لم نثبتته فالمذهب أنه يحل، بل يستحب أنه يتطيب لحله بين التحليلين قالت عائشة - رضي الله عنها - «طَيَّبْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ لِإِحْرَامِهِ قَبْلَ أَنْ يُحْرِمَ، وَلِحَلِّهِ قَبْلَ أَنْ يَطُوفَ بِالْبَيْتِ»<sup>(٣)</sup>.

هذا شَرْحُ مَسَائِلِ الْفَضْلِ على الاختصار.

وأما لفظ الكتاب فقوله: (يحصل أحدهما بطواف الزيارة، والآخر بالرمي) جواب على قولنا: أن الحلق ليس بنسك.

ثم فرع من بعد على القول الآخر حيث قال: (وإن جعلنا الحلق نسكاً صارت الأسباب ثلاثة) غير أنه أدخل بينهما القول فيما يحل بين التحليلين، ولو لم يخلل بينهما شيئاً لكان أحسن.

ثم لا يخفى أن المراد من قوله: (بالرمي) رمي جمرة العقبة يوم العيد، ويحوز إعلامه بالواو؛ للوجه المنسوب إلى الإِضْطْخَرِي.

وقوله: (فلا بأس) مَرْقُومٌ بالميم والحاء والألف.

وقوله: (إلا بأثنين) للوجه المروي عن أبي إسحاق.

وقوله: (ويدخل وقت التحلل بانتصاف ليلة النحر) شبيه ما مر أن أسباب التحلل إنما يدخل وَقْتُهَا عند انتصاف لَيْلَةِ النَّحْرِ، لكن اللفظ يفتقر إلى تأويل؛ لأن وقت التحلل لا يدخل بمجرد انتصافها، بل لا بد مع ذلك من زَمَانٍ يسع الإتيان بأسباب التحلل ليترتب عليها.

(١) تقدم ضمن حديث: «إذا رميتم وحلقتهم فقد حل...».

(٢) تقدم (٣).

(٣) سورة المائدة، الآية ٩٥.

ثم قوله: (بانتصاف ليلة النحر) مُعَلَّمٌ بِالْحَاءِ وَالْمِيمِ؛ لما تقدم.

وقوله: (ولا خلاف في أنه مستحب، ويلزم بالنذر)، ليس صافياً عن الإشكال؛ لأن التوجيه الذي مرَّ يقتضي كونه من المباحات على قولنا: إنه ليس بنسك، وقد ذكر غيره أنه إنما يلزم بالنذر على قولنا: إنه نسك.

وقوله: (فيستحب إمرار الموسيقى) مُعَلَّمٌ بِالْحَاءِ. وقوله: (ولا يتم هذا النسك إلى آخره) بالواو، ولا تُعَلَّمُ بِالْحَاءِ وَالْمِيمِ؛ لأنهما لا يخالفان في عدم الاكتفاء بأقل من ثلاث، بل لا يكتفيان بالثلاث أيضاً، - والله أعلم -.

قال الغزالي: الْفَضْلُ الثَّامِنُ فِي الْمَبِيتِ وَالْمَبِيتِ بِمُزْدَلِفَةَ لَيْلَةَ الْعِيدِ وَبِمَنَى ثَلَاثَ لَيَالٍ بَعْدَهُ نُسُكٌ، وَفِي وُجُوبِهِ قَوْلَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ وَاجِبٌ فَيَجْبُرُ بِالْدَمِ (ح)، وَفِي قَدْرِ الدَّمِ قَوْلَانِ: أَخَذَهُمَا: دَمٌ وَاحِدٌ لِلْجَمِيعِ. وَالثَّانِي: دَمٌ لِمُزْدَلِفَةَ وَدَمٌ لِلْيَالِي مَنَى.

المرتب قال الرافعي: مبيت أزيد ليالٍ نُسُكٌ فِي الْحَجِّ: ليلة النحر بمزدلفة، وليالي أيام تَشْرِيبِ مَنَى، لكن مبيت الليلة الثالثة منها ليس نسكاً على الإطلاق، بل في حق من لم ينفر اليوم الثاني من أيام التشريق، على ما سيأتي في الْفَضْلِ التَّاسِعِ، ولفظ الكتاب محمول عليه وإن كان مطلقاً.

وفي الحد المعبر للمبيت قولان حكاهما الإمام عن ثقل شَيْخِهِ وَصَاحِبِ «التقريب».

أظهرهما: أن المعبر كونه بموضع المبيت في مُعْظَمِ اللَّيْلِ.

والثاني: أن الاعتبار بِحَالِ طُلُوعِ الْفَجْرِ، قال الإمام: وطردهما على هذا النَّسْكَ فِي مُزْدَلِفَةَ مُحَالٌ<sup>(١)</sup>؛ لأننا جوزنا الْخُرُوجَ مِنْهَا بَعْدَ انْتِصَافِ اللَّيْلِ، ولا ينتهون إليها إلا بَعْدَ غَيْبِوَةِ الشَّفَقِ عَالِيًا، ومن انتهى إليها والحالة هذه وخرج بعد انتصاف الليل لم يكن بها حال طُلُوعِ الْفَجْرِ، ولا فِي مُعْظَمِ اللَّيْلِ، فلا يتجه فيها إذا الاعتبار حالة الانتصاف، ولك أن تقول: هذه الاستحالة واضحة إن قيل بوجود المبيت، لكنه مستحبٌ على قول، وليس بواجب، فعلى ذلك القول لا يستحيل النذب إلى الكون بها في معظم الليل، أو حالة الطلوع، وتجويز خلافه.

ثم هذا النَّسُكُ مجبورٌ بِالْدَمِ، وهل هُوَ وَاجِبٌ أو مستحب؟ أما في ليلة مزدلفة فقد مرَّ. وأما غيرها ففيه قولان:

(١) قال النووي: المذهب ما نص عليه الشافعي - رحمه الله - في «الأم» وغيره أن الواجب في مبيت المزدلفة ساعة في النصف الثاني من الليل. ينظر الروضة (٢/٣٨٥).

أحدهما: وَاجِبٌ؛ لِمَا رَوَى أَنَّهُ ﷺ قَالَ: «مَنْ تَرَكَ نُسْكَأَ فَعَلَيْهِ دَمٌ»<sup>(١)</sup>.

والثاني: مستحب؛ لأنه غير لازِمٍ على المعذور كما سيأتي، ولو وجب الدَّمُ لما سَقَطَ بِالْعُذْرِ كَالْحَلْتِ وَاللَّبْسِ.

وروى القَاضِي أَبُو كَيْجٍ: طريقة أخرى قَاطِعَةً بِالْأَسْتِحْبَابِ، والمشهور طريقة القولين<sup>(٢)</sup>. ثم منهم من بناهما على قولين في أن المبيت هل هو وَاجِبٌ أم لا؟

في قول: نوجه؛ لأن النبي ﷺ «قَدْ أَتَى بِهِ وَقَدْ قَالَ خُذُوا عَنِّي مَنَاسِكَكُمْ»<sup>(٣)</sup>.

وفي قول: لا، كالمبيت ليلة عَرَفَةَ، وأشار الإمام إلى أن القولين في وجوب المبيت مُتَوَلِّدَانِ من القولين في وجوب الدَّمِ.

وما الأظهر منهما؟ اتفقوا على تشبيههما بالقولين في أن الدَّمُ على المفيض من عَرَفَةَ قبل العُروبِ وَاجِبٌ أو مستحب، وقد أريناك ترجيح قول الاستحباب ثم، فيشبه أن يكون هَاهُنَا مثله. وقد صَرَّحَ بِذَلِكَ القَاضِي أَبُو كَيْجٍ وغيره، وكلام كثيرين: يميل إلى تَرْجِيحِ الإِجَابِ، - والله أعلم -.

وقوله في الكتاب: (وفي وجوبه قولان) فإن قلنا: إنه واجب فيجبر بالدَّمِ، أراد فيجبر بالدَّمِ وجوباً، وإلا فأصلُ الجَبْرِ لا يتفرع على قولنا بوجوب المبيت خاصة.

ثم هو بناء لِلْخُلَافِ فِي وَجُوبِ الدَّمِ عَلَى الْخِلَافِ فِي وَجُوبِ الْمَبِيتِ عَلَى مَا نَقَلْنَاهُ عَنْ جَمَاعَةٍ مِنَ الْأَصْحَابِ، بقي الكلام في أن الدَّمُ متى يكمل وهل يزيد على الواحد أم لا؟ إن ترك مبيت ليلة النحر وحدها أراق دمًا، وإن ترك مبيت الليالي الثلاث فكذلك على المشهور؛ لأن مبيتها جنسٌ واحد متوزع عليهما توزع الرمي على الجَمَرَاتِ الثلاث. وعن صاحب «التقريب» رواية قول: إن في كل ليلة دمًا كما أن في رمي كل يوم دمًا، وإن ترك ليلة منها فبم يجبر؟ فيه ثلاثة أقوال:

أظهرها: بمد.

والثاني: بدرهم.

والثالث: بثلث دم، وهي كالأقوال في حَلْتِ شعرة واحدة، وسنذكرها بتوجيهها.

وإن ترك ليلتين فعلى هذا القياس وإن ترك مبيت الليالي الأربع فقولان:

(١) تقدم.

(٢) قال النووي: الأظهر الإيجاب. ينظر الروضة (٢/٣٨٥).

(٣) تقدم.

أحدهما: أن الجبر بدمٍ واحد؛ لأن المبيت جنس واحد.  
وأظهرهما: بدمَينِ.

أحدهما: ليلية مزدلفة.

والآخر: لليالي منى؛ لاختلافهما في الموضع وتفاوتهما في الأحكام.

قال الإمام: وهذا في حق من يقيد الليلة الثالثة بأن كان بمنى وقت الغروب؛ فإن لم يكن بها حينئذٍ، ولم يبيت، وأفردنا ليلة مزدلفة بدم فوجهان؛ لأنه لم يترك مبيت النسك إلا ليلتين:

أحدهما: عليه مُدَانٍ أو دِرْهَمَانٍ أو ثَلَاثًا دَمٍ.

والثاني: عليه دَمٌ كَامِلٌ؛ لتركه جنس المبيت بمنى، قال: وهذا أفقه، ولا بد من عوده فيما إذا ترك ليلتين من الثلاث دون ليلة مزدلفة إذا لم تقيد الثالثة.

وعند أبي حنيفة - رحمه الله - لا يَجِبُ الدَّمُ بترك المبيت بمنى، وهو رواية عن أحمد - رحمه الله -.

واعلم أن جميع ما ذكرناه في حلق غير المعذور.

أما إذا ترك المبيت لعذرٍ فهو مذكور في آخر الفصل.

قال الغزالي: وَالرَّمْيُ وَمَجَاوِزَةُ الْمَيْقَاتِ مَجْبُورَانِ بِالدَّمِ قَوْلًا وَاحِدًا وَالطَّوَافُ وَالسَّعْيُ وَالْوُقُوفُ وَالْحَلْقُ لَا تُجْبَرُ بِالدَّمِ قَوْلًا وَاحِدًا فَإِنَّهَا أَرْكَانٌ، وَالْمَيْتُ وَطَوَافُ الْوُدَاعِ وَالْجَمْعُ بَيْنَ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ بِعَرَفَةَ فِيهَا قَوْلَانِ.

قال الرافعي: لما ذكر الخلاف في أن المبيت إذا ترك هل يجب جزيه بالدم؟ وقدم نظيره في الجمع بين الليل والنهار بعرفة، أراد أن يجمع قولاً فيما يجبر من المناسك بالدم وما لا يجبر وفقاً، وما هو على الخلاف، ويتضح ذلك بتقسيم أعمال الحج وهي ثلاثة أقسام: أركان، وأبعاض، وهيئات، وسبيل الحضر أن كل عمل يعرض فيما أن يتوقف التحلل عليه فهو ركن، أو لا يتوقف، فيما أن يجبر بالدم فهو بعض، أو لا يجبر فهو هيئة. والأركان خمسة: الإحرام، والوقوف، والطواف والسعي، والحلق أو التقصير تفرعاً على قولنا: إنه نُسكٌ فإن لم نُقَلِّ به عادت إلى أربعة، وما سوى الوقوف أركان في العمرة أيضاً، ولا مدخل للجبران فيها بحال.

واعلم أن الترتيب معتبر في أركان الحج؛ لأن ما عدا الإحرام لا بُدَّ وأن يكون مؤخراً عنه، وأن الحلق والطواف لا بُدَّ وأن يكونا مؤخرين عن الوقوف، والسعي لا بد وأن يكون مؤخراً عن طواف، وإذا كان كذلك جاز أن نُعَدَّهُ مِنَ الْأَرْكَانِ، كما عدوا



التزتيب من أركان الوضوء والصلاة. ولا يقدح في ذلك عدم الترتيب بين الحلق والطواف، كما لا يقدح عدم اعتبار الترتيب بين القيام والقراءة في الصلاة.

وأما الأبعاض فمجاوزه الميقات والرمي مجبوران بالدم وفقاً. أما الأول فقد مرّ وأما الثاني فسيأتي، واختلف القول في خبر الجمع بين الليل والنهار بعرفة، وفي المبيت، وقد ذكرناهما في طواف الوداع، وسنذكره، فما جبر فهو من الأبعاض، وما لا فمن الهيئات، وفي طواف القدوم أيضاً وجه بعيد، سنذكره إن شاء الله تعالى.

قال الغزالي: وَلَا دَمَ عَلَى مَنْ تَرَكَ الْمَبِيتَ بِعُذْرٍ كَرَعَاةِ الْإِبِلِ وَأَهْلِ سِقَايَةِ الْعَبَّاسِ وَمَنْ لَمْ يُذْرِكْ عَرَفَةَ إِلَّا لَيْلَةَ النَّحْرِ، وَفِي إِلْحَاقِ غَيْرِ هَذِهِ الْأَعْدَارِ بِهَا وَجْهَانِ.

قال الرافعي: التاركون للمبيت بمنى أو مزدلفة بالعدن لا دم عليهم، وهم أصناف: فمنهم رعاة الإبل ومنهم أهل سقاية العباس، فهؤلاء إذا رموا جمرة العقبة يوم النحر أن ينفروا ويدعوا المبيت بمنى ليالي التشريق؛ لما روى عن ابن عمر أن العباس رضي الله عنه «استأذن النبي ﷺ أن يبيت بمكة ليالي منى من أجل السقاية، فأذن له»<sup>(١)</sup>.

وعن عاصم بن عدي - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ «رخص للرعاة أن يتركو المبيت بمنى، ويتركو يوم النحر جمرة العقبة، ثم يرموا يوم النحر الأول»<sup>(٢)</sup>.

وللصنفين جميعاً أن يدعوا رمي يوم ويقضوه في اليوم الذي يليه قبل رمي ذلك اليوم، وليس لهم أن يدعوا رمي يومين على التوالي، فإن تركوا رمي اليوم الثاني، بأن نفروا اليوم الأول بعد الرمي، عادوا في اليوم الثالث، وإن تركوا رمي اليوم الأول، بأن نفروا يوم النحر بعد الرمي، عادوا في اليوم الثاني، ثم لهم أن ينفروا مع الناس، وعن أبي الحسين وجه آخر: أنه ليس لهم ذلك.

وإذا غربت الشمس والرعاة بمنى فعليهم أن يبيتوا تلك الليلة ويرموا من العدى، ولأهل السقاية أن ينفروا بعد غروب الشمس.

والفرق أن الإبل لا ترعى بالليل والماء يجمع وتتعهد السقاية بالليل.

وأغرب أبو عبد الله الحنطلي فحكى وجهاً: أن أهل السقاية أيضاً لا ينفرون بعد الغروب، ثم رخصة أهل السقاية لا تختص بالعباسية؛ لأن المعنى يعمهم وغيرهم.

(١) متفق عليه أخرجه البخاري (١٦٣٤) ومسلم (٣٤٦/١٣١٥).

(٢) أخرجه مالك في الموطأ (٢٨٤/١ - ٢٨٥) والترمذي (٦٥٤ - ٦٥٥) وقال: حسن صحيح، وأخرجه أبو داود (١٩٧٥ - ١٩٧٦) والنسائي (٥/٢٧٣) وابن ماجه (٣٠٣٦، ٣٠٣٧) وذكره الهيثمي في الموارد (١٠١٥) والحاكم في المستدرک (٤٧٨/١) وقال: صحيح الإسناد.

وعن مالك وأبي حنيفة: أنها تختص بأولاد العباس - رضي الله عنهم -، وهو وجه لأصحابنا، ومنهم من ينقل الاختصاص ببني هاشم.

ولو استحدثت سقاية للحاج فللمقيم بشأنها ترك المبيت أيضاً، قاله في «التهذيب»، وذكر القاضي ابن كنج وغيره أنه ليس له ذلك، ومن المعذورين الذين ينتهون إلى عرفة ليلة النحر ويشغلهم الوقوف عن المبيت بمزدلفة فلا شيء عليهم، وإنما يؤمر بالمبيت المتفرغون له.

ولو أفاض الحاج من عرفة إلى مكة، وطاف للإفاضة بعد نصف الليل، ففاته المبيت لذلك فعن القفال: أنه لا يلزمه شيء تنزيلاً لاشتغاله بالطواف منزله اشتغاله بالوقوف. قال إمام الحرمين: وفيه احتمال؛ لأن من ينتهي إلى عرفة ليلاً مضطر إلى ترك المبيت، بخلاف المفيض إلى مكة. ومن المعذورين من له مال يخاف ضياعه لو اشتغل بالمبيت، أو مريض يحتاج إلى تعهده، أو كان يطلب عبداً أبقاً، أو يشتغل بأمر آخر يخاف فوته، ففي هؤلاء وجهان:

أصحهما: ويحكى عن نصح: أنه لا شيء عليهم بترك المبيت كالزكاة، وأهل السقاية، وعلى هذا فلهم أن يتفرغوا بعد الغروب.

والثاني: أنهم لا يلحقون بالرعاة وأهل السقاية؛ لأن شغلهم ينفع الحجيج عامة، وأعدار هؤلاء تخصهم، والله أعلم.

قال الغزالي: الفضل التاسع في الرمي وهو من الأبعاض المجبورة بالدم وهو رمي سبعين حصاة، سبعة أيام النحر إلى جمر العقبة، وإحدى وعشرين حصاة في كل يوم من أيام التشريق إلى ثلاث جمرات، ومن نقر في الثفر الأول سقط عنه رمي اليوم الأخير ومبيت تلك الليلة، فإن غربت الشمس عليه بمنى لزمه المبيت والرمي، ووقت الرمي في أيام التشريق بين الزوال والغروب، وهل يتمدى إلى الفجر؟ فيه وجهان.

قال الرافعي: إذا قرغ الحجيج من طواف الإفاضة عادوا إلى منى، وصلوا بها الظهر، ويخطب الإمام بهم بعد الظهر، ويعلمهم فيها سنة الرمي، والنحر، والإفاضة، ليتدارك من أحل بشيء منها، ويعلمهم رمي أيام التشريق، وحكم المبيت، والرخصة للمعذورين.

ونقل الحنطاي وجهاً: أن موضع هذه الخطبة مكة، ويستحب أن يخطب بهم اليوم الثاني من أيام التشريق، ويعلمهم جواز الثفر فيه، ويودعهم ويأمرهم بختم الحج بطاعة الله تعالى. وعند أبي حنيفة: لا تسن هذه الخطبة، ولا خطبة يوم النحر، ولكن يخطب بهم في اليوم الأول من أيام التشريق.

ثُمَّ فِي الْفَصْلِ مَسَائِلُ :

إحداها: أن الرَّمِيَّ معدودٌ من الأَبْعَاضِ، مجبورٌ بالدمِّ وَفَاقًا.

والثانية: جملة ما يرمى في الحَجِّ سبعون حَصَاةً، ترمى إلى جُمْرَةِ الْعَقْبَةِ يومِ النَّخْرِ سبع حَصَيَاتٍ، وإحدى وعشرون في كُلِّ يَوْمٍ مِنْ أَيَّامِ التَّشْرِيقِ إلى الْجَمْرَاتِ الثلاثِ إلى كلِّ وَاحِدَةٍ سبع تَوَاتِرِ الثَّقُلِ بِهِ قَوْلًا وَفِعْلًا.

والثالثة: الحَجِيحُ يبيتون بمني الليلتين الأولتين من ليالي التَّشْرِيقِ، فإذا رموا اليَوْمَ الثَّانِي فَمَنْ أَرَادَ مِنْهُمُ أَنْ يَنْفِرَ قَبْلَ غُرُوبِ الشَّمْسِ فَلَهُ ذَلِكَ، ويسقط عنه مبيت اللَّيْلَةِ الثَّالِثَةِ، والرَّمِيَّ مِنَ الْعَدِ، وَلَا دَمَ عَلَيْهِ وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَمَنْ تَعَجَّلَ فِي يَوْمَيْنِ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾<sup>(١)</sup>.

ومن لم ينفر حتى غربت الشمس فعليه أن يبيت الليلة الثالثة، ويرمى يومها، وبه قال مالكٌ وأحمد.

وعند أبي حنيفة: - رحمه الله - يسوغ النفر ما لم يطلع العَجْرُ.

لنا: ما روى عَنْ عُمَرَ - رضي الله عنه - أنه قال: «مَنْ أَدْرَكَهُ الْمَسَاءُ فِي الْيَوْمِ الثَّانِي فَلْيَقُمْ إِلَى الْعَدِ حَتَّى يَنْفِرَ مَعَ النَّاسِ»<sup>(٢)</sup>.

وإذا ارتحل فغربت الشمس قبل أن ينفصل عن مَنَى كان له أن ينفِرَ كَيْلًا يَحْتَاجُ إِلَى الْحَطِّ بَعْدَ التَّرْحَالِ.

ولو غربت الشمس وهو في شغل الارتحال، فهل له أن ينفِرَ؟ فيه وجهان:

أصحهما: لا.

ولو نفر قبل الغروب، وعاد لشغل إما بعد الغروب أو قبله، هل له أن ينفِرَ؟ فيه وجهان:

أصحهما: نعم، ومن نفر وكان قد تزود الحَصِيَّاتِ لِلْأَيَّامِ الثَّلَاثَةِ طَرَحَ مَا بَقِيَ عِنْدَهُ، أَوْ دَفَعَهُنَّ إِلَى غَيْرِهِ، قال الأئمة: ولم يؤثر شيء فيما يعتاده النَّاسُ مِنْ دَفْنِهَا.

وأعلم أن اليَوْمَ الثَّانِي مِنْ أَيَّامِ التَّشْرِيقِ يسمي يوم النَّفْرِ الْأَوَّلِ، والثالث منها النَّفْرِ الثَّانِي لِلْسَّبَبِ الَّذِي قَدْ عَرَفْتَهُ.

(١) سورة البقرة، الآية ٢٠٣.

(٢) أخرجه مالك في الموطأ (٢٨٤/١) والبيهقي (١٥٢/٥) عن عبد الله بن عمرو البيهقي (١٥٢/٥) عن عمر - رضي الله عنه -.

وأما الأول فيسمى يَوْمُ الْقَرِّ، لأن الناس فيه قارون بمنى.

وقوله في الكتاب: (لزمه المبيت والرمي) معلّم بالحاء، وقد أكثر إطلاق لفظ اللزوم ونحوه في المبيت على ما ذكرناه في وجوبه من الخِلاف.

والرابعة: وقت رمي يَوْمِ النَّحْرِ قد أسلفنا ذكره، ورمي أيام التشريق يَدْخُلُ وقته بِالزَّوَالِ، ويبقى إلى غُرُوبِ الشَّمْسِ.

وروى عن جابر - رضي الله عنه - أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ «رَمَى الْجَمْرَةَ يَوْمَ النَّحْرِ ضَحَى، ثُمَّ لَمْ، يَزِمِ فِي سَائِرِ الْأَيَّامِ حَتَّى زَالَتْ الشَّمْسُ»<sup>(١)</sup>.

وبهذا قال مالك وأحمد - رحمهما الله -.

وعند أبي حنيفة - رحمه الله - يجوز الرمي في اليوم الثالث قبل الزوال.

وهل يمتد وقتها إلى طلوع الفجر؟ أما في اليوم الثالث فلا لانقضاء أيام المناسك، وأما في اليومين الأولين فوجهان كما في رمي يَوْمِ النَّحْرِ.

أصحهما: أنه لا يمتد، ووجه الثاني التشبيه بالوقوف بعرفة، وفي المسألة بقايا سَنُورِدُهَا إن شاء الله تعالى.

قال الغزالي: وَلَا يُجْزَىءُ إِلَّا رَمَى الْحَجَرِ، فَأَمَّا رَمَى الزَّرْنِيخِ وَالْإِثْمِدِ وَالْجَوَاهِرِ الْمُنْطَبَعَةِ فَلَا، وَفِي الْفَيْرُوزِ وَالْيَاقُوتِ خِلَافٌ.

قال الرافعي: غرض الفضل بيان ما يرمي، ولا بد أن يكون حجراً، وبه قال مالك وأحمد؛ لما روي أنه ﷺ «رَمَى بِالْأَحْجَارِ، وَقَالَ بِمِثْلِ هَذَا فَازْمُوا»<sup>(٢)</sup>.

وأيضاً روي أنه ﷺ قال: «عَلَيْكُمْ بِحَصَا الْحَدَفِ»<sup>(٣)</sup>.

فيجزيء المرمر والبرام والكذبان وسائر أنواع الحجر، ومنها حجر الثورة قبل أن يطبخ ويصير نورة، وعن الشيخ أبي محمد تردد في حجر الحديد، والظاهر إجزاؤه فإنه حجر في الحال إلا أن فيه حديثاً كامناً يستخرج بالعلاج، وفيما يتخذ من الفصوص كالفيروز والياقوت والعقيق والزمرد والبلور والزبرجد وجهان:

(١) أخرجه مسلم (١٢٩٩) من حديث جابر، والترمذي (٨٩٤)، وأبو داود (١٩١٧١) والنسائي (٥/٢٧٠).

(٢) أخرجه النسائي (٢٦٨/٥)، وابن ماجه (٣٠٢٩)، وذكره الهيثمي في الموارد (١٠١١) والحاكم في المستدرک وقال: صحيح على شرط الشيخين.

(٣) أخرجه مسلم (١٢٨٢) من رواية الفضل بن العباس.

أصحهما: الإجزاء؛ لأنها أَحْجَازٌ.

والثاني: المنع؛ لأن السَّابِقَ إِلَى الْفَهْمِ من لفظ الْحَصَا غيرها، ولا يجزئ اللؤلؤ وما ليس بِحَجَرٍ من طبقات الأرض كالزَّرْنِيخِ والنورة والإثم والمدر والجص والجواهر المنطبعة كالتيارين وغيرها.

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - يجزئ الرمي بما لا ينطبع من طبقات الأرض كالزرنينخ والنورة ونحوهما.

والسنة أن يرمي بمثل حصا الخذف، وهو دون الأنملة طولاً. وعرضاً في قدر الباقلاء، ويضعه على بطن الإبهام ويرميه برأس السبابة، ولو رمي بأصغر من ذلك أو أكبر كرهه وأجزاه، ويستحب أن يكون طاهراً<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي: وَيَتَّبِعُ اسْمُ الرَّمِي فَلَا يَكْفِي الْوَضْعُ، وَلَوْ أَنْصَدَمَ بِمَحَلِّ فِي الطَّرِيقِ فَلَا بَأْسَ، وَلَوْ وَقَعَ فِي الْمَحْمَلِ فَتَقَضَّ صَاحِبُهُ فَلَا يُجْزَىءُ، وَلَوْ رَمَى حَجْرَيْنِ مَعاً فَرَمِيَهُ وَاحِدَةً وَإِنْ تَلَاخَقَا فِي الْوُقُوعِ، وَلَوْ أَتْبَعَ الْحَجَرَ الْحَجَرَ فَرَمِيَتَانِ وَإِنْ تَسَاوَيَا (و) فِي الْوُقُوعِ، وَالْعَاجِزُ يَسْتَنْبِئُ فِي الرَّمِي إِذَا كَانَ لَا يَزُولُ عَجْزُهُ وَقَتِ الرَّمِي، فَلَوْ أُغْمِيَ عَلَيْهِ لَمْ يَنْعَزِلْ نَائِيَةً؛ لِأَنَّهُ زِيَادَةٌ فِي الْعَجْزِ.

قال الرافعي: في الفضل مسائل:

إحداها: الذي ورد في الفضل من قول النبي ﷺ وفعله إنما هو الرمي فيتبع هذا الاسم حتى لو وضع الحجر في المرمى لم يعتد به، وفي شرح القاضي أبْنِ كَيْح: ونهاية الإمام: حكاية وجه أنه يعتد به اكتفاء بالحصول في المرمى، ولا بد مع الرمي من القصد إلى المرمى حتى لو رمى في الهواء ووقع في المرمى لم يعتد به، ولا يشترط بقاء الحجر في المرمى فلا يضر تدرجه وخروجه بعد الوقوع، لكن ينبغي أن يحصل فيه، فإن تردد في حصوله فيه فقد نقلوا فيه قولين:

الجديد: عدم الإجزاء، ولا يشترط كون الرامي خارج الجمره بل لو وقف في طرف منها ورمي إلى طرف جاز.

ولو انصدمت الحصاة المرمية بالأرض خارج الجمره أو بمحمل في الطريق أو عنق بعير أو ثوب إنسان ثم ارتدت ووقعت في المرمى اعتد بها لحصولها في المرمى

(١) قال النووي: جزم الإمام الرافعي - رحمه الله - بأن يرميه على هيئة الخذف فيضعه على بطن الإبهام، وهذا وجه ضعيف. والصحيح المختار: أن يرميه على غير هيئة الخذف ينظر الروضة (٣٩٢/٢).

بفعله من غير معاونة أحد، ويفارق ما لو انصدم السهْمُ بالأرض ثم أصاب الغَرَضَ لا يحسب به في المُسَابِقَةِ على أحد القولين؛ لأن المَقْصُودَ هاهنا إصابة المَرْمَى بفعله، وليس المقصود مجرد إصابة الغرض بل على وجه يعرف منه حذق الرامي وجودة رميه، ولو حرك صاحب المحمل المحمل فنفضها أو صاحب الثوب الثوب أو تحرك البعير فدفعها ووقعت في المرمى لم يعتد بها؛ لأنها ما حصلت في المرمى بِفِعْلِهِ.

وعن أحمد: أنه يعتد بها، ولو وقعت الحَصَاة على المحمل أو عُتِقَ البَعِيرِ ثم تدرجت إلى المَرْمَى ففي الاعتداد بها وجهان، ولعل الأشبه المنع؛ لجواز تأثرها بتحريك البعير أو صاحب المَحْمَلِ، ولو وقعت في غير المَرْمَى ثم تدرجت إلى المَرْمَى وردتها الرِّيحُ إليه فوجهان.

قال في «التهذيب»: الأصح: الإجزاء؛ لأنها حصلت فيه لا بفعل الغَيْرِ، ولا يجزىء الرمي عن القوس والدفع بالرُّجْلِ قاله في «العدة».

الثانية: يشترط أن يرمي الحصيات في صَنْعِ دفعات؛ لأن النَّبِيَّ ﷺ «كَذَلِكَ رَمَاهَا، وَقَالَ: خُذُوا عَنِّي مَنَاسِكَكُمْ»<sup>(١)</sup>، ولو رمى حصاتين معاً نظر إن وقعتا معاً فالمحسوب رميةً واحدةً، وكذا لو رمى سبعاً دفعةً واحدةً ووقعت دفعةً واحدةً أو مرتباً في الوقوع فرمية لانحداد الرمي، أو رميتين لتعدد الوقوع؟ فيه وجهان:

أصحهما: أولهما، وهو المذكور في الكتاب، ويروى الثاني عن أبي حنيفة - رحمه الله - ولو أتبع الحَجَرَ الحَجَرَ ووقعت الأولى قبل الثانية فهما رميتان، وإن تساويتا في الوقوع ففيه الوجهان.

والأصح: وهو المذكور في الكتاب: أنهما رميتان، وأجروا الوجهين فيما لَوَّ ووقعت الثانية قَبْلَ الأولى.

ولو رمى حَجْرًا قَدْ رَمَى مَرَّةً نظر إن رماه غيره أو رماه هو إلى جمرة أخرى أو إلى تلك الجمرة في يوم آخر جَاز، ويمكن أن يتأدى جميع الرَّمِيَاتِ بِسَنْعِ حَصِيَّاتٍ، وإن رماه هو إلى تلك الجمرة في ذلك اليوم فوجهان. قال في «التهذيب»:

أظهرهما: الجواز كما لو دفع إلى مِسْكِينٍ مَدًّا في كفارة ثم اشتراه ودفعه إلى آخر، وعلى هذا قد يتأدى جميع الرَّمِيَاتِ بِحَصَاةٍ وَاحِدَةٍ.

الثالثة: العَاجِزُ عن الرمي بنفسه لمرض أو حبس ينيب غيره ليرمي عنه؛ لأن الإِنَابَةَ جائزة في أَضَلِّ الحَجِّ فكذلك في أبعاضه، ويستحب أن يتناول النَّائِبُ الحَصَى إن

قدر عليه ويكبر هو، وكما أن الإنابة في أضلِّ الحجِّ إنما تجوز عند العلة التي لا يرجى زوالها فكذلك الإنابة في الرمي لكن النظر هاهنا إلى دوامها إلى آخر وقت الرمي، ولا ينفع الزوال بعده، وكما أن النائب في أضلِّ الحجِّ لا يحجُّ عن المنيب إلا بعد حجه عنه نفسه، فالنائب في الرمي لا يرمي عن المنيب إلا بعد أن يرمي عن نفسه، ولو فعل وقع عن نفسه، ولو أغمي عليه ولم يأذن لغيره في الرمي عنه لم يجز الرمي عنه، وإن أذن فللمأذون الرمي عنه في أصحِّ الوجهين، ولا يبطل هذا الإذن بالإغماء؛ لأنه واجب كما لا تبطل الاستنابة في الحجِّ بالموت بخلاف سائر الوكالات.

وإذا رمى النائب ثم زال عذر المنيب والوقت باق هل عليه إعادة الرمي؟ قال الأكثرون لا، وقد سقط الرمي عنه برمي النائب، وفي «التهذيب» أنه على القولين فيما إذا أحجَّ المريض عنه نفسه ثم برا.

وقوله في الكتاب: (لم ينزل نائبه) معلم بالواو، وقوله: (لأنه زيادة في العجز) معناه أن الداعي إلى هذه الإنابة عجز الحاج عن القيام بهذا الشك، فإذا طرأ الإغماء على المريض، ازداد العجز وتأكد الداعي، فكيف نقول بانقطاع النيابة؟! - والله أعلم -.

قال الغزالي: ولو ترك رمي يوم ففي تداركها بقية أيام التشريق قولان، فإن قلنا: يتدارك ففي كونه أداء قولان، فإن قلنا: أداء تأقت بما بعد الزوال وكان التوزيع على الأيام مستحباً، ولا بد في التدارك من رعاية الترتيب في المكان، فلو ابتدأ بالجمرة الأخيرة لم يجزه بل يبدأ بالجمرة الأولى ويختتم بجمرة العقبة، وفي وجوب تقديم القضاء على الأداء قولان، ومهما ترك الجميع يكفيه دم واحد في قول، ويلزمه أربعة دماء في قول لوظيفة كل يوم دم، وفي قول دمان: دم لجمرة العقبة ودم لإيام منى، وفي أقل ما يكمل به الدم ثلاثة أوجه: أحدها: وظيفة يوم، والثاني: وظيفة جمرة، والثالث ثلاث حصيات.

قال الرافعي: هذه البقية تنظم مسائل:

إحداها: إذا ترك رمي يوم القر عمداً أو سهواً هل يتداركه في اليوم الثاني أو الثالث؟ أو ترك رمي اليوم الثاني أو رمي اليومين الأولين هل يتداركه في الثالث؟ فيه قولان: أصحهما: نعم قاله في «المختصر» وغيره وبه قال أبو حنيفة كالرعاة وأهل السقاية. والثاني: لا كما لا يتدارك بعد أيام التشريق.

التفريع إن قلنا: بأنه لا يتدارك في بقية الأيام فهل يتدارك رمي اليوم في الليلة التي تقع بعده من ليالي التشريق؟ فيه وجهان، وهما مفرعان على الصحيح في أن وقته لا

يمتد الليلة على ما سبق. إن قلنا: بالتدارك فتدارك هو قضاء أو أداء؟ فيه قولان:

أحدهما: أنه قضاء؛ لمجاوزته الوقت المضروب له.

وأظهرهما: أنه أداء، ولولاه لما كان للتدارك فيه مدخل كما لا يتدارك الوقوف بعد فواته. التفریح إن قلنا: أداء فجملة أيام منى في حكم الوقت الواحد، وكل يوم للقدر المأمور به فيه وقت اختيار كأوقات الاختيار للصلوات، ويجوز تقديم رمي يوم التدارك على الزوال.

ونقل الإمام - رحمه الله - أن على هذا القول لا يمتنع تقديم رمي يوم إلى يوم لكن يجوز أن يقال: أن وقته يتسع من جهة الآخر دون الأول، فلا يجوز التقديم<sup>(١)</sup>.

وإن قلنا: إنه قضاء فتوزيع الأقدار المعينة على الأيام مستحق، ولا سبيل إلى تقديم رمي يوم إلى يوم ولا إلى تقديمه على الزوال، وهل يجوز بالليل؟ فيه وجهان: أصحهما: نعم؛ لأن القضاء لا يتأقت.

والثاني: لا؛ لأن الرمي عبادة النهار كالصوم، وهل يجب الترتيب بين الرمي المتروك ورمي يوم التدارك؟ فيه قولان: ويقال وجهان:

أصحهما: نعم، كما يجب الترتيب في المكان على ما سيأتي.

والثاني: لا، لأن الترتيب لحق الوقت فيسقط بخروج الوقت والوجهان عند الأئمة - رحمهم الله - مبنيان على أن المفعول تداركاً قضاءً أم أداءً، إن قلنا: أداء اعتبرنا الترتيب، وإن قلنا: قضاء فلا ترتيب كترتيب قضاء الصلوات الفائتة.

التفریح: إن لم نوجب الترتيب فهل يجب على أصحاب الأغذار كالرعاة؟ فيه وجهان، قال في «التتمة» ونظيره أن من فاته الظهر لا يجب عليه الترتيب بينه وبين العصر، ولو أخر الظهر بسبب يجوز الجمع ففي الترتيب وجهان:

ولو رمى إلى الجمرات كلها عن اليوم قبل أن يرمي إليها عن أمسه أجزاء، إن لم نوجب الترتيب؛ وإن أوجبناه فوجهان: أصحهما: أنه يجوزته ويقع عن القضاء؛ لأن مبنى الحج على تقديم الأولى فالأولى.

والثاني: لا يجوزته أصلاً وزاد الإمام - رحمه الله - فقال: لو صرف الرمي في قصده إلى غير التمسك، كما لو رمى إلى شخص أو دابة في الجمرة، وفي انصرافه عن التمسك الخلاف المذكور في الطواف فإن لم ينصرف وقع عن أمسه ولغى قصده، وإن

(١) قال النووي: الصواب الجزم بمنع التقديم، وبه قطع الجمهور تصريحاً ومفهوماً. ينظر الروضة



انصرف فإن شرطنا الترتيب لم يجزه أضلاً، وإن لم نشترطه أجزاءه عن يومه. ولو رمى إلى كل جمرة أربعة عشرة حصاة سبعاً عن أمسه وسبعاً عن يَوْمِهِ جَازًا، إن لم نعتبر الترتيب وإن اعتبرناه فلا يَجُوز، وهو نصه في «المختصر» هذا كُلُّه في رمي اليوم الأول والثاني من أيام التشريق.

أما إذا ترك رمي يَوْمِ النَّحْرِ ففي تداركه في أَيَّامِ التشريق طريقتان:  
أصحهما: أنه على القولين.

والثاني: القطع بأنه لا تدارك لمغايرة ذلك الرمي رمي أَيَّامِ التشريق في العدد، والوقت والحكم فإن ذلك الرمي يؤثر في التَّحَلُّلِ دون هذا الرَّمِي.

الثانية: يشترط في رمي أيام التشريق الترتيب في المكان وهو أن يرمي أولاً إلى الجمرة التي تلي مسجد الخيف، وهي أقرب الجمرات من مِنَى وأبعدها من مكة، ثم إلى الجَمْرَةِ الوُسْطَى، ثم إلى القصوى وهي جمرة العقبة، فلا يعتد برمي الثانية قبل تمام الأولى ولا بالثالثة قَبْلَ تَمَامِ الأوليين.

وعن أبي حنيفة - رحمه الله - لو نكسها أعاد فإن لم يفعل أجزاءه.

لنا أنه ﷺ: «رَتَّبَهَا وَقَدْ قَالَ: خُذُوا عَنِّي مَنَاسِكَكُمْ»<sup>(١)</sup> ولأنه نسكٌ مُتَكَرِّرٌ فيشترط فيه الترتيب كما في السَّعْيِ فلو ترك حصاةً ولم يدر من أين تركها أخذ بأنه تركها من الجَمْرَةِ الأولى، ويرمي إليها وَاحِدَةً ويعيد رمي الأخرتين، وفي اشتراط الموالاتة بين رَمِيِ الجمرات وَرَمِيَاتِ الجمرة الواحدة الخلاف المذكور في الطَّوَافِ.

والسنة أن يرفع اليَدَ عند الرمي فهو أهْوَنُ عليه، وأن يرمي أيام التشريق مستقبل القبلة، وفي يوم النَّحْرِ مستدبرها، هكذا ورد الخبر<sup>(٢)</sup>، وأن يكون نازلاً في رَمِيِ اليومين الأولين وَرَاكِباً في اليوم الأخير يرمي ويسعى عقيبه، كما أنه يَوْمِ النَّحْرِ يرمي ثم ينزل، هكذا أورده الجمهور، ونقلوه عن نصه في «الإملاء»، وفي «التتمة»؛ أن الصَّحِيح ترك الركوب في الأَيَّامِ الثلاثة<sup>(٣)</sup>. والسنة إذا رمى الجَمْرَةَ الأولى أن يتقدم قليلاً قدر ما لا يبلغه حَصِيَّاتُ الرامين، ويقف مستقبل القبلة ويدعو وَيَذْكُرُ الله تَعَالَى طَوِيلاً بقدر قِرَاءَةِ

(١) تقدم.

(٢) أخرجه البخاري (١٧٤٧، ١٧٤٨، ١٧٤٩، ١٧٥٠) ومسلم (١٢٩٦).

(٣) قال النووي: هذا الذي في «التتمة» ليس بشيء، والصواب: ما تقدم. وأما جزم الرافعي، بأنه يستدبر القبلة يوم النَّحْرِ، فهو وجه، قاله الشيخ أبو حامد وغيره. ولنا وجه: أنه يستقبلها. والصحيح: أنه يجعل القبلة على يساره، وعرفات على يمينه، ويستقبل الجمرة. فقد ثبتت فيه السنة الحديثة.

سُورَةَ الْبَقَرَةِ . وإذا رمى إلى الثانية فعل مثل ذلك، ولا يَقِفْ إذا رمى إلى الثالثة .

وقوله في الكتاب: (ولا بد في التدارك من رعاية الترتيب في المكان) قد يوهم اختصاص هذا الترتيب بالتدارك، لكنه لا يختص، والترتيب شرط في الابتداء والتدارك على نَسَقٍ وَاحِدٍ .

**الثالثة:** إذا ترك رمي بَعْضِ الأيام وقلنا بأنه يتدارك في بقية الأيام فَتَدَارَكَ فلا دَمَ عَلَيْهِ، وقد حصل الانجبار، وفيه قول أنه يلزمه الدَم مع التدارك كما لو أُخِّرَ قضاء رَمَضَانَ حتى أدركه رَمَضَانٌ آخر يقضي وَيُقْضَى، وَيُعْزَى هذا إلى تخريج ابن سُرَيْج - رحمه الله - . ولو نَفَرَ يوم النحر أو يوم القَرِّ قبل أن يرمي ثُمَّ عَادَ ورمى قبل الغروبِ وَقَعَ الموقع ولا دَمَ عَلَيْهِ، ولو فرض ذلك في النَّفَرِ الأول فكمثله في أَصْحَ الوجْهين:

**والثاني:** أنه يلزمه الدم؛ لأن النَّفَرَ في هذا اليوم سَائِعٌ في الجملة، فإذا نفر فيه خرج عن الْحَجِّ فلا يسقط الدَّمُ بعوده ولو لم يتدارك ما تركه، أو قلنا: لا يمكن التَّدَارِكَ لزم الدَّم لا محالة، وكم يجب يختلف ذلك بحسب قدر المتروك وفيه صُورٌ:

**إحداها:** إذا ترك رمي أَيَّامِ التَّشْرِيقِ والتَّضْوِيرِ فِيمَا إذا تَوَجَّهَ عليه رمي اليوم الثَّالِثِ أيضاً قولان:

**أحدهما:** يلزمه ثلاثة دِمَاءٍ؛ لأن رَمِي كُلِّ يَوْمٍ عِبَادَةٌ بِرَأْسِهَا .

**والثاني:** لا يجب أكثر من دَمٍ كما لا يجب لترك الجمرات الثلاث أكثر من دَمٍ، ولو ترك معها رمي يوم النحر أيضاً فَإِن قلنا: بالأول فعليه أَرْبَعَةُ دِمَاءٍ، وإن قلنا: بالثَّانِي فوجهان:

**أحدهما:** أنه لا يلزمه أكثر من دم لاتحاد جنس الرمي .

**وأصحهما:** أنه يلزمه دَمَانِ، أحدهما ليوم النَّحْرِ، والثاني لأَيَّامِ التَّشْرِيقِ؛ لاختلاف الرميين في الْحُكْمِ، وإذا ضُمَّت هَذَا الخِلافَ بَعْضُهُ إِلَى بَعْضٍ، وَالسُّؤالُ عن تَرْكِ رمي الأَيَّامِ الأربعة قَوْلٌ: فيه ثلاثة أقوال كما في الكتاب: دم، دمان أربعة دماء .

والأصح منها على ما ذكره في «التهذيب» إيجاب أربعة دِمَاءٍ، لكن الجمهور بنوا الأقوال الثلاثة على الْأَصْلِ السَّابِقِ فيما يتدارك مِنْ رَمِي هَذِهِ الأَيَّامِ، فَإِن قلنا: يتدارك رمي بعضها في الباقي اكتفينا بِدَمٍ؛ لأننا جعلنا الرَّمِي كَالشَّيْءِ الْوَاحِدِ، وإن قلنا: رمي يوم النحر لا يتدارك ورمي غيره يتدارك فقد جعلناها نَوْعَيْنِ مختلفين، فيلزمه دَمَانِ، وإن قلنا: إن شيئاً مِنْهَا لا يتدارك فعليه أربعة دِمَاءٍ؛ لأن رمي كل يوم على هذا يفوت بغروب شَمْسِيهِ، ويستقر في الذَّمَّةِ بدله، فَإِن لم نر ترجيح القول الموجب لأربعة دِمَاءٍ، لِأَمْرِ من خارج فقضية هذا البناء ترجيح القول المكتفي بِدَمٍ وَاحِدٍ، لاتفاقهم على أن الْأَصْحَ

التدارك كما مرَّ. الثانية: لو ترك رمي يوم النحر أو رمي واحد من أيام التشريق بأسره يلزمه دم، وإن ترك رمي بعض اليوم نُظِرَ إن كان من واحد من أيام التشريق فقد جمع الإمام فيه طُرُقاً:

أحدها: أن الجمرات الثلاث كالشعرات الثلاث، فلا يكمل الدم في بعضها، فإن ترك جمره ففيما يلزمه؟ الأقوال التي يأتي ذكرها في خلق شعره.

أصحها: مُدٌّ مِنْ طَعَامٍ.

والثاني: دِزْهَمٌ.

والثالث: دَمٌ وإن ترك جمرتين فعلى هذا أَلْقِيَّاسٌ، وعلى هذا لو ترك حصة من جمره فعن صاحب «التقريب»: أن على قولنا: في الجمره الواحدة ثلث دم يجب في حصة واحدة جزء من أحد وعشرين جزءاً من دم رعاية للتبويض، وعلى قولنا: إن فيها مُدّاً، أو درهماً يحتمل أن تُوجِبَ سُبْعُ مُدٍّ أو سُبْعُ دِزْهَمٍ، ويحتمل أن لا نبعضهما.

والطريق الثاني: أن الدم يكمل في وظيفة الجمره الواحدة، كما يكمل في وظيفة جمره يوم النحر، وفي الحصة والحصتين الأقوال الثلاثة:

والثالث - وهو الأظهر - : أن الدم يكمل بترك ثلاث حصيات، كما يكمل بخلق ثلاث شعرات، وفي الحصة والحصتين الأقوال الثلاث.

وأعلم أن الخلاف المذكور ليس في ترك الحصة والحصتين مطلقاً ولكن إن ترك حصة الجمره الأخيرة من آخر أيام التشريق ففيه الخلاف، وإن تركها من الجمره الأخيرة من يوم القر أو النحر الأول، ولم ينفر، فإن قلنا: الترتيب غير واجب بين التدارك ورمي الوقت صح رميه، لكنه ترك رمي حصة واحدة ففيه الخلاف، وإن أوجبنا الترتيب فهو على الخلاف السابق في أن الرمي بنية اليوم هل يقع عن الماضي؟ إن قلنا: نعم، تم المتروك بما أتى به في اليوم الذي بعده، لكنه يكون تاركاً لرمي الجمره الأولى، والثانية في ذلك اليوم فعليه دم، وإن قلنا: لا كان تاركاً رمي حصة ووظيفة يوم فعليه دم، إن لم نفردها كل يوم بدم، وإن أفردها فعليه دم لوظيفة اليوم، وفيما يجب لتترك الحصة الخلاف المذكور.

وإن تركها من إحدى الجمرتين الأوليين في أي يوم كان فعليه دم؛ لأن ما بعدها غير صحيح؛ لوجوب الترتيب في المكان، فهذا إذا ترك بعض رمي من أيام التشريق، وإن ترك بعض رمي من يوم النحر فقد ألحقه في «التهديب» بما إذا ترك من الجمره الأخيرة في اليوم الأخير.

وقال في «التتمة»: يلزمه دم وإن ترك حصة؛ لأنها من أسباب التحلل فإذا ترك

شيئاً منها لم يتحلل إلا بِبَدَلٍ كَامِلٍ - والله أعلم - .

وعن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه إن ترك من يَوْمِ النَّخْرِ أَرْبَعَ حَصَيَاتٍ فعليه دَمٌ، وإن ترك ثلاثاً فلا وفي سائر الأيام إن ترك إحدى عشرة حصة فعليه دَمٌ، وإن ترك عشرًا أو أقل فلا اكتفاء بالأكثر، وهذا يخالف الوجوه الثلاثة المذكورة في الكتاب فيما يكمل به الدَّمُ كلها، فلذلك أعلمت بالحاء، وحكى في «النهاية» وجهاً آخر غريباً وهو: أن الدَّمُ يكمل في حَصَاةٍ وَاحِدَةٍ.

فرع: قال أَبُو سَعِيدٍ المَتَوَلِي: لو ترك ثلاثَ حَصَيَاتٍ من جملة الأيام ولم يذُرِ موضعها أخذ بالأسوأ وهو أنه ترك واحدة من يَوْمِ النَّخْرِ وأخرى من الجَمْرَةِ الأولى يوم القَرِّ وأخرى من الجَمْرَةِ الثانية يوم النَّفْرِ الأوَّلِ.

ثم طَوَّلَ الكلام فيما يحصل له من ذَلِكَ، واختصاره: أنا إن لم نحسب ما يرميه بنية وظيفة اليَوْمِ عن الغائب فالْحَاصِلُ سِتُّ حَصَيَاتٍ مِنْ رَمِي يَوْمِ النَّخْرِ لَا غَيْرَ سواء شرطنا الترتيب بين التَّدَاوِكِ ورمي الوقت أم لا، فإن حسبناه فالْحَاصِلُ رَمِي يَوْمِ النَّخْرِ وَأَحَدُ أَيَّامِ التَّشْرِيقِ لَا غَيْرَ، سواء شرطنا الترتيب أم لا، وسببه لا يخفى على من أمعن النَّظْرَ في الْأَصُولِ السَّابِقَةِ.

واعلم أن الْحَاجَّ إذا فرغ من رَمِي اليَوْمِ الثَّالِثِ من أيام التَّشْرِيقِ فيستحب له أن يأتي المحصب، وينزل به ليلة الرابع عشر ويصلي به الظُّهْرَ والعَصْرَ والمغرب والعشاء، روى أن النبي ﷺ: «صَلَّى الظُّهْرَ وَالْعَصْرَ وَالْمَغْرِبَ وَالْعِشَاءَ بِالْبَطْحَاءِ ثُمَّ هَجَعَ بِهِمَا هَجْعَةً ثُمَّ دَخَلَ مَكَّةَ»<sup>(١)</sup>.

ولو ترك النزول به لم يلزمه شيءٌ، وروى عن عائشة - رضي الله عنها - أنها قالت: «نَزَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ المحصبَ وَلَيْسَ بِسُنَّةٍ فَمَنْ شَاءَ نَزَلَهُ وَمَنْ شَاءَ لَمْ يَنْزِلْهُ»<sup>(٢)</sup>.

وحد المحصب من الأبطح ما بين الجبلين إلى المقبرة سمي به لاجتماع الحصباء فيه يحمل السيل فإنه موضع منهبط.

(١) أخرجه البخاري (١٧٥٦) (١٧٦٤) من حديث أنس - رضي الله عنه - وأخرجه البخاري (١٧٦٨) ومسلم (١٣١٠) من حديث ابن عمر.

(٢) أخرجه البخاري (١٧٦٥) ومسلم (١٣١١) من حديث عائشة - رضي الله عنها - وأخرجه البخاري (١٧٦٦) ومسلم (١٣١٢) من حديث ابن عباس - رضي الله عنهما - .

## الفصل العاشر

### في طواف الوداع

قال الغزالي: وَهُوَ مَشْرُوعٌ إِذَا لَمْ يَبْقَ شُغْلٌ وَتَمَّ التَّحْلُلُ، فَلَوْ عَرَجَ بَعْدَهُ عَلَى شُغْلٍ بَطُلٌ إِلَّا فِي شِدِّ الرَّحَالِ، فَفِيهِ تَرَدُّدٌ، وَفِي كَوْنِهِ مَجْبُوراً بِالذَّمِّ قَوْلَانِ، وَلَا يَجِبُ عَلَى غَيْرِ الْحَاجِّ، وَمَهْمَا أَنْصَرَفَ قَبْلَ مُجَاوِزَةِ مَسَافَةِ الْقَضْرِ وَتَدَارَكَ جَازَ، وَالْحَائِضُ لَا يَلْزِمُهَا الذَّمُّ بِتَرْكِ طَوَافِ الْوَدَاعِ، فَإِنْ طَهَّرَتْ قَبْلَ مَسَافَةِ الْقَضْرِ لَمْ يَلْزِمُهَا الْعَوْدُ بِخِلَافِ الْمُقْصِرِ بِالتَّرْكِ، وَقِيلَ فِي الْمَسْأَلَةِ قَوْلَانِ بِالتَّنْظِيرِ وَالتَّخْرِيجِ حَاصِلُهُمَا: أَنَّ الْوَدَاعَ يَفُوتُ بِمُجَاوِزَةِ الْحَرَمِ أَوْ مُجَاوِزَةِ مَسَافَةِ الْقَضْرِ.

قال الرافعي: طَوَافُ الْوَدَاعِ ثَابِتٌ عَنِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِعْلاً وَقَوْلًا<sup>(١)</sup>.

أما الفعل فَظَاهِرٌ، وَأما القولُ فنحو ما روي عن أَبِي عَبَّاسٍ - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ قال: «لَا يَتَفَرَّقُ أَحَدُكُمْ حَتَّى يَكُونَ آخِرُ عَهْدِهِ بِالْبَيْتِ إِلَّا أَنَّهُ رَخَّصَ لِلْحَائِضِ»<sup>(٢)</sup>. ومضمون الفصل صور نشرحها ونضيف إليها ما لا غنى عنه.

إِخْدَاها: ذكر الإمام في «النهاية» أن طواف الوداع من مَنَاسِكِ الْحَجِّ وليس على الخارج من مَكَّةَ وداعٌ لخروجه مِنْهَا، وتابعه صَاحِبُ الْكِتَابِ لِأَنَّهُ قَالَ: وهو مشروع إذا لم يَبْقَ شُغْلٌ وتم التحلل، فَخَصَّهُ بِحَالِ تَمَامِ التَّحْلُلِ، وذلك إنما يكون في حَقِّ الخارج وأيضاً فقد صَرَّحَ مِنْ بَعْدِ وَقَالَ: ولا يجب على غَيْرِ الْخَارِجِ لَكِنْ صَاحِبًا «التَّهْدِيبِ» و«التتمة» وغيرهما أوردوا أن طَوَافِ الْوَدَاعِ ليس من جملة الْمَنَاسِكِ حتى يؤمر به من أراد مفارقة مَكَّةَ إِلَى مَسَافَةِ الْقَضْرِ، سواء كان مَكِّيًّا يريد سفراً أو آفاقياً يريد الرجوع إلى أَهْلِيهِ، وهذا أقرب تعظيماً للحرَمِ وتشبيهاً لاقتضاء خروجه للوداع باقتضاء دخوله الإحرام، ولأنهم اتفقوا على أن الْمَكِّيَّ إِذَا حَجَّ وهو عازم على أن يقيم بوطنه لا يؤمر بِطَوَافِ الْوَدَاعِ، وكذا الآفاقي إِذَا حَجَّ وأراد المقام بها، ولو كان من جُمْلَةِ الْمَنَاسِكِ لِأَنَّهُ أَنْ يعم الْحَجَّيجَ.

وعن أبي حنيفة - رحمه الله - أن الآفاقي إن نوى الإقامة بعد أن حلَّ له التُّفْرُ لم يسقط عنه الوداع.

(١) أخرجه البخاري (١٧٥٦) من رواية أنس - رضي الله عنه - .

(٢) أخرجه مسلم (١٣٢٧) بدو الاستثناء، وأخرجه البخاري (١٧٥٥) ومسلم (١٣٢٨) ولفظه: (أمر الناس أن آخر عهدهم بالبيت إلا أنه خفف عن الحائض).

الثانية: طواف الوداع ينبغي أن يقع بعد جميع الأشغال ويعقبه الخروج من غير مُكَّثٍ، فَإِنْ مَكَّثَ نظر إن كان لِغَيْرِ عُدْرٍ أو اشتغل بِغَيْرِ أسبابِ الخُروجِ من شراءِ مَتَاعٍ أو قَضَاءِ دَيْنٍ أو زيارةِ صَدِيقٍ أو عيادةِ مَرِيضٍ فعليه إِعادةُ الطَّوَّافِ خلافاً لِأبي حنيفة - رحمه الله - حيث قال: لا حاجة إلى الإعادة، وإن أقام بها شهراً أو أكثر، وإن اشتغل بأسباب الخروج من شراء الزَّادِ وَشَدَّ الرَّحْلِ ونحوهما فقد نقل الإمام فيه وجهين:

أحدهما: أنه يحتاج إلى الإعادة ليكون آخر عَهْدِهِ بالبيت.

وأصحهما: وبه أجاب المعظم أنه لا يحتاج؛ لأن المشغول بأسبابِ الخُروجِ مَشْغُولٌ بالخُروجِ غيرِ مُقِيمٍ.

الثالثة: طواف الوداع واجبٌ <sup>(١)</sup> مَجْبُورٌ بِالدَّمِ أو مستحبٌ غيرُ مَجْبُورٍ؟ فيه قولان كالقولين في الجَمْعِ بين اللَّيْلِ والنَّهَارِ بعرفة وأخوات تلك المَسْأَلَةِ ووجه الوجوب، وبه قال أبو حنيفة وأحمد لما روي أنه ﷺ قال: «لَا يَنْصَرِفَنَّ أَحَدُكُمْ حَتَّى يَكُونَ آخِرُ عَهْدِهِ الطَّوَّافِ بِالْبَيْتِ» <sup>(٢)</sup> وهذا أصح على ما قاله صاحب «التهذيب» و«العدة».

ووجه المنع وبه قال مالك أنه لو كان واجباً لوجب على الحائض جبره بالدم؛ لأن المعذور يفتدى عن الواجبات، واحتج لهذا القول أيضاً بأن طواف القدوم لا يجب جَبْرُهُ بِالدَّمِ، فكذلك طواف الوداع لكن عن صاحب «التقريب» إلحاق طواف القدوم بطواف الوداع في وجوب الجبر، وعلى التسليم بالفَرْقِ أن طواف القدوم تحية البقعة وليس مقصوداً في نفسه. ألا ترى أنه يدخل في طواف العُمرة وطواف الوداع مقصود في نفسه ولذلك لا يدخل تحت طواف آخر.

وقوله في الكتاب: (وفي كونه مجبوراً بالدم قولان، أي على سبيل الوجوب، إذ لا خلاف في أصل الجبر فإنه مستحب إن لم يكن واجباً، ويجوز إعلامه بالواو، لأن القاضي ابن كَعْبٍ روى طريقة قاطعة بنفي الوجوب.

الرابعة: إذا خرج من غير وداع وقلنا: بوجوب الدم ثم عادَ وَطَافَ فلا يخلو إما أن يعود قبل الانتهاء إلى مسافة القصر أو بعده، فأما في الحالة الأولى فيسقط عنه الدَّمُ، كما لو جاوز الميقات غير محرم ثم عاد إليه، وفي الحالة الثانية وَجْهَانِ.

أصحهما: أنه لا يسقط استقراره بالسَّفَرِ الطَّوِيلِ ووقوع الطَّوَّافِ بَعْدَ العودِ حَقّاً للخُروجِ الثَّانِي.

(١) قال الشيخ البلقيني: يستثنى من ذلك المتحيرة إذا تركت الوداع، فلا دم وفيه احتمال ذكره في «البحر».

(٢) أخرجه مسلم (١٣٢٧).

والثاني: يسقط كما لو عاد قبل الانتهاء إليها ولا يجب العود في الحالة الثانية، وأما في الأولى فسيأتي.

الخامسة: ليس على الحائض طواف الوداع: «لأنَّ صَفِيَّةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - حَاضَتْ فَأَذِنَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي أَنْ تَنْصَرِفَ بِلاَ وَدَاعٍ»<sup>(١)</sup>.

ثم إذا طهرت قبل مفارقة خطة مكة لزمها العود والطواف، وإن جاوزته وانتهت إلى مسافة القصر لم يلزمها، وإن لم تنته إلى مسافة القصر فالنص أنه لا يلزمها العود، ونص في المقصر بالترك أنه يلزمه العود فمنهم من قرر التّصنُّين وهو الأصح.

والفرق أن الحائض مأذونة في الانصراف من غير وداع والمقصر غير مأذون فيه.

ومنهم من قال: في الصورتين قولان: بالنقل والتخريج.

أحدهما: أنه يلزمه العود فيهما؛ لأنه بعد في حدّ حاضري المسجد الحرام.

والثاني: لا يلزمه؛ لأن الوداع يتعلق بمكة، فإذا فارقتها لم يفترق الحال بين أن يبعد عنها أو لا يبعد، فإن قلنا: بالثاني فالنظر إلى نفس مكة أو إلى الحرم؟ فيه وجهان:

أولهما: أظهرهما، وقد تقدّم نظيرُهُمَا فِي الْمَوَاقِيَتِ.

وقوله: (حاصلهما أن الوداع يفوت بمجاورة الحرم أو مجاوزة مسافة القصر) معناه أنا إذا أوجبنا العدة قبل مسافة القصر فإنما يحصل الفوات بالانتهاء إلى مسافة القصر، وإذا لم نوجبه فإنه يحصل الفوات بمجاورة الحرم، وفيه كلامان:

أحدهما: أن الفوات إنما يظهر على تقدير عدم تأدي الواجب بالطواف بعد العود، لكننا قد بينا تأدي الواجب به وسقوط الدم.

أما إذا فرض قبل الانتهاء إلى مسألة القصر فلا خلاف.

وأما إذا فرض بعده فعلى أحد الوجهين:

والثاني: أن تعليق الفوات بمجاورة الحرم على القول الثاني تفرّيع على أن المعتبر مجاوزة الحرم لكننا ذكرنا وجهاً آخر أن الاعتبار بنفس مكة، فعلى ذلك الوجه الفوات لو كان، ربما كان بمجاورة مكة وإن لم يجاوز الحرم، ثم إذا أوجبنا العود فعاد وطاف سقط الدم، وإن لم يعد لم يسقط، وإن لم نوجبه ولم يعد فلا دم على الحائض، ويجب على المقصر بالترك.

واعلم: أن طواف الوداع حكمه حكم سائر أنواع الطواف في الأركان

(١) أخرجه البخاري (٣٢٨، ١٧٣٣، ١٧٥٧) ومسلم (١٢١١).

والشَّرائط<sup>(١)</sup>، وعن أبي يعقوب الأبيوردي<sup>(٢)</sup> أن طواف الوداع يصح من غير طهارة وتجبر الطهارة بالدم، واستحب الشافعي - رضي الله عنه - للحاج إذا طَافَ لِلوَدَاعِ أَنْ يقف بحد الملتزم بين الركن والباب ويقول: اللَّهُمَّ الْبَيْتُ بَيْنَكَ وَالْعَبْدُ عَبْدُكَ وَابْنُ أُمَّتِكَ، حَمَلْتَنِي عَلَى مَا سَخَرْتَ لِي مِنْ خَلْقِكَ حَتَّى سَيَّرْتَنِي فِي بِلَادِكَ وَبَلَّغْتَنِي بِنِعْمِكَ حَتَّى أَعْتَمَّتَنِي عَلَى قَضَاءِ مَنَاسِكَكَ فَإِنْ كُنْتَ رَضِيتَ عَنِّي فَارْزُدْ عَنِّي رِضًا، وَإِلَّا فَلَا نَقْبَلُ أَنْ نُنْأَى عَنْ بَيْتِكَ ذَارِي، هَذَا أَوْأَنْ أَنْصِرَافِي إِنْ أَذْنْتَ لِي غَيْرَ مُسْتَبَدِّلٍ بِكَ، وَلَا بِبَيْتِكَ، وَلَا رَاغِبٍ عَنكَ، وَلَا عَنْ بَيْتِكَ اللَّهُمَّ أَضْحِبْنِي الْعَافِيَةَ فِي دِينِي، وَأَحْسِنْ مُنْقَلَبِي وَارْزُقْنِي طَاعَتِكَ مَا أَبْقَيْتَنِي. قال وما زاد فحسن، وزيد فيه: «وَأَجْمَعْ لِي خَيْرَ الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ إِنَّكَ قَادِرٌ عَلَى ذَلِكَ، ثُمَّ يُصَلِّي عَلَى النَّبِيِّ ﷺ وَيَنْصَرِفُ»<sup>(٣)</sup>.

وينبغي أن يتبع نظره البيت ما أمكنه ويستحب أن يشرب من ماء زمزم<sup>(٤)</sup>، وأن يزور بعد الفراغ من الحج قبر رسول الله ﷺ، وقد روى عنه أنه قال: «مَنْ زَارَنِي بَعْدَ مَوْتِي فَكَأَنَّمَا زَارَنِي فِي حَيَاتِي»<sup>(٥)</sup> «وَمَنْ زَارَ قَبْرِي فَلَهُ الْجَنَّةُ»<sup>(٦)</sup> (٧).

(١) قال الزركشي: والسنن حتى يستحب بعده ركعتان. صرح بهما في «التهذيب»، وفيه فائدة وهو الإعلام بأن المقام لهذه الصلاة لا يبطل الوداع، وليس هذا بلبث بعد الطواف، وإلا فكل طواف يستحب لدى الصلاة.

(٢) يوسف بن محمد، أبو يعقوب الأبيوردي، تخرج بأبي طاهر الزيادي، صنف التصانيف السائرة والكتب الفاتنة الساحرة. وقال ابن قاضي شعبة: والظاهر أنه من طبقة القفال. وقال السبكي: أحسبه توفي في حدود الأربعمائة إن لم يكن قبلها بقليل ينظر: ابن قاضي شعبة (١٩٩/١) ابن السبكي (٣٠/٤) العبادي (١٠٩) معجم المؤلفين (٣٢٨/١٣).

(٣) قال الحافظ ابن حجر: لم يسنده - أي الرافي هنا - وقال: وقد ورد في الوقوف عند الملتزم، ما رواه أبو داود من طريق المثنى بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن أبيه شعيب قال: طفت مع عبد الله، فلما جئنا دبر الكعبة. قلت: ألا تتعوذ؟ قال: نعوذ بالله من النار، ثم مضى حتى استلم الحجر، وأقام بين الركن والباب، فوضع صدره ووجهه وذراعيه وكفيه هكذا، ويسطهما بسطاً، ثم قال: رأيت رسول الله ﷺ يفعل. وانظر التلخيص (٢/٢٦٩).

(٤) أخرجه أحمد (٣/٣٥٧، ٣٧٢) وأخرجه ابن ماجه (٣٠٦٢) والبيهقي (٢٠٢/٥) وأبو نعيم في أخبار أصفهان (٣٧/٣) والعقيلي في الضعفاء (٢/٣٠٣) وابن عدي في الكامل (٤/١٤٥٥) وانظر التلخيص (٢/٢٦٨).

(٥) أخرجه الدارقطني (٢/٢٧٨) وفي إسناد مجهول.

(٦) أخرج الدارقطني عن ابن عمر بلفظ: «من زار قبري وجبت له شفاعتي» (٢/٢٧٨) وقال ابن خزيمة بعد روايته له: إن صح الخبر فإن في القلب من إسناده، ثم رجح أنه من رواية عبد الله بن عمر العمري الكبير الضعيف، وانظر التلخيص (٢/٢٦٦ - ٢٦٧).

(٧) قال النووي: يستحب للحاج دخول البيت حافياً، ما لم يؤذ أو يتأذ بزحام أو غيره. ويستحب أن =



## الفصل الحادي عشر

### في حكم الصبي

قال الغزالي: وللولي أن يحرّم عن الصبي الذي لم يميّز (ح) ويخصّره المواقف فيحصل الحج للصبي نفلاً، ولأنّ ذلك أيضاً وفي القيم وجهان، وهل للولي أن يحرّم عن المميّز؟ فيه وجهان، والمميّز يحرّم بإذن الولي، ولو استقلّ لم ينعقد على أحد الوجهين، أما المميّز فيتعاطى الأعمال بنفسه.

قال الرافعي: حج الصبي صحيح لما روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما -: «أن النبي ﷺ مرّ بامرأة وهي في محفّتها، فأخذت بعصدي صبي كان معها، فقالت: ألهذا حج، فقال ﷺ: نعم ولك أجر»<sup>(١)</sup>.

وعن جابر - رضي الله عنه - قال: «حججنا مع رسول الله ﷺ ومعتنا النساء والصبيان فليتنا عن الصبيان وزمينا عنهم»<sup>(٢)</sup>. والمنقول عن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه لا ينعقد إحرام الصبي لنفسه، ولا إحرام الولي له، وربما يقولون: أنه ينعقد ليتدرب ولا يعتد به، ولا يؤخذ بمقتضيات الإحرام.

إذا عرفت ذلك فإن حجّه يختص بأحكام يزعج بعضها إلى الإحرام وبعضها إلى الإحرام وبعضها إلى الأفعال، وبعضها إلى المؤنات، ولوزام المحظورات، فأراد أن يبين في هذا الفصل تلك الأحكام.

أما الإحرام فينظر إن كان الصبي مميّزاً أحرم بإذن الولي، وفي استقلاله وجهان: أحدهما: وبه قال أبو إسحاق يستقل، لأنه عبادة كما يستقل بالصوم والصلاة. وأظهرهما: لا يستقل؛ لأنه يفتقر إلى المال، وهو محجور عليه في المال، فإن

= يصلي فيه، ويدعو في جوانبه، وأن يكثر الاعتمار والطواف تطوعاً.

قال صاحب «الحاوي»: الطواف أفضل من الصلاة. وظاهر عبارة صاحب «المهذب» وآخرين في قولهم: أفضل عبادات البدن الصلاة، أنها أفضل منه، ولا ينكر هذا. ويقال: الطواف صلاة، لأن الصلاة عند الإطلاق لا تنصرف إليه، لا سيما في كتب المصنفين الموضوعة للإيضاح، وهذا أقوى في الدليل.

(١) أخرجه مالك في الموطأ (٢٩١/١) ومسلم (١٣٣٦) والشافعي (٧٥٣) وأبو داود (١٧٣٦) والنسائي (١٢٠/٥).

(٢) أخرجه الترمذي (٩٢٧) وقال: حديث غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وأخرجه ابن ماجه (٣٠٣٨)، وهو مضطرب كما قاله ابن القطان ينظر: خلاصة البدر (٢٩/٢).

قلنا بالأول، فللولي تَحْلِيلُهُ كما سيأتي، وليس له أن يُحْرِمَ عنه، وإن قلنا بالثاني فهل لِلْوَلِيِّ أن يحرم عنه؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، للاستغناء بعبارته.

والثاني: نعم؛ لأنه مُوَلَّى عليه بدليل عدم الاستقلال، قال الإمام - رحمه الله - وهذا ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ.

وإن لم يكن مميزاً أحرم عنه وَلِيِّه، سواء كان مُجَلَّلاً أَوْ مُحْرِمَماً، وسواء حَجَّ عن نفسه أم لا، ولا يشترط حضور الصبي ومواجهته في أصح الوجهين، والمجنون كالصَّبِيِّ الذي لا يميز يحرم عنه وليه، وذكر الْقَاضِي أَبُو كَيْجٍ وَالْحَنَّاظِيُّ - رحمهم الله -، أنه لا يجوز الإخْرَامَ عَنْهُ، إذ ليس له أَهْلِيَّةُ الْعِبَادَاتِ، والمغمى عليه لا يحرم عنه غيره؛ لأنه لَيْسَ بِزَائِلِ الْعَقْلِ، وبروءه مرجو على الْقَرْبِ.

وقال أبو حنيفة - رحمه الله -: إذا أغمى عَلَيْهِ في الطريق أَحْرَمَ عَنْهُ رُقُاقُوهُ.

فإن قلت: ومن الولي الذي يحرم عن الصَّبِيِّ أو يأذن له؟

قلنا: الأب يتولى ذلك، وكذا الجد وإن علا عِنْدَ عَدَمِ الأبِ، ولا يتولاه عند وجوده وفيه وجه تخريجاً مما إذا أسلم الجد والأب كافر يتبعه الطُفْلُ عَلَى رَأْيِ وَفِي الوصي والْقَيْمِ وجهان:

أحدهما: إنهما لا يتوليانه؛ لأنه تصرف في نَفْسِهِ كما لا يليان النكاح.

والثاني: أنهما يتوليانه كالأب والجد؛ لأنهم جميعاً يتصرفون في الْمَالِ ويراعون مصالحه، والأول أَرْجَحُ عِنْدَ الْإِمَامِ، لكن العراقيين من أَصْحَابِنَا أجابوا بالثَّانِي، وذكروا وجهين في الأَخِ والعَمِّ إذا لم يكن لهُمَا وصايا وإذن من الْحَاكِمِ.

أظهرهما: المنع، وفي «الأم» طريقان.

أحدهما: أن إحرامها عن الصَّبِيِّ مبنيٌّ على ولايتها التصرف في مَالِهِ، وفيه اختلاف قال الإِسْطَخْرِيُّ: تليه، وقال عامة الأصحاب لا تَلِيهِ.

والطريق الثاني: القطع بأنها تحرم، واحتجوا له بخبر ابن عباس - رضي الله عنهما - الذي رويناه في أول الفصل، وقالوا: الظاهر أنها كَانَتْ تحرم عن الذي رفعته من المحفة وبهذا الطريق أجاب صَاحِبُ الْكِتَابِ، والأول أَشْبَهُ بِكَلَامِ الْكَثِيرِينَ.

وأما الأفعال فَمَتَى صَارَ مُحْرِمَماً بإحرامه أو بإحرام الولي أتى بِمَا يَقْدِرُ عَلَيْهِ بنفسه، ويفعل به الولي ما يَفْعَلُ عَنْهُ، فإن قدر على الطَّوْفِ عَلَّمَ حتى يطوف، وإلا طَيفَ بِهِ عَلَى مَا سَبَقَ، والسُّغْيُ كَالطَّوْفِ، ويصلي عنه الولي ركعتي الطَّوْفِ إذا لم يكن مميزاً،

وإن كان مميزاً صلاحاً بنفسه، وحكى القاضي ابنُ كَيْجٍ وجهاً: أنه لا بُدَّ وأن يفعلها الولِيُّ بِكُلِّ حَالٍ، واشترط إحضاره بعرفة ولا يكفي حضور غيره عنه، وكذا يحضر بالمزدلفة والمواقف ويناول الأُحْجَارَ حتى يرميها إن قدر عليه، وإلا رمى عنه من لآ رَمَى عَلَيْهِ، ويستحب أن يَضَعَهَا فِي يَدِهِ أَوْلاً ثُمَّ يَأْخُذُ وَيُرْمِي.

وقوله في الكتاب: (للولي أن يحرم عن الصبي)، وقوله: (والمميز يحرم) معلمان بالحاء لما سبق.

وقوله: (فيحصل الحج للصبي نفلاً) كالمكرر في هذا الموضوع لِمَا سَبَقَ، أن التكليف شرط في الوقوع عن حجة الإسلام.

وقوله: (وفي القيم وجهان) يجوز إعلامه بالواو؛ لأن عن الدَارِكِيِّ طريقة قاطعة بنفي الجواز للقيَمِ ونحوه. وقوله: (وأما المميز فيتعاطى الأفعال) إنما تحسم هذه اللفظة لو كان الكلام قبلها في غير المميز لكن الكلام في المميز من قوله: (وهل للولي أن يحرم عن الصبي المميز).

قال الغزالي: وَمَا يَزِيدُ مِنْ نَفَقَةِ السَّفَرِ عَلَى الْوَلِيِّ أَوْ الصَّبِيِّ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ أِزْمَ الْمَحْظُورَاتِ لَمْ تَجِبْ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ نَظَرًا لَهُ فَإِنْ أَوْجِبَ فَعَلَى الْوَلِيِّ أَوْ الصَّبِيِّ فِيهِ وَجْهَانِ، وَيُفْسَدُ حُجُّهُ بِالْحِمَاجِ، وَفِي لُزُومِ الْقَضَاءِ خِلَافٌ مُرْتَبٌّ عَلَى الْبَدَنِيَّةِ وَأَوْلَى بِأَنْ لَا يَجِبَ، لِأَنَّهَا عِبَادَةٌ بَدَنِيَّةٌ، فَإِنْ أَوْجِبَ لَمْ يَصِحَّ مِنَ الصَّبِيِّ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ لِكَوْنِهِ فَرَضًا، فَإِذَا بَلَغَ لَزِمَهُ الْقَضَاءُ بَعْدَ الْفَرَاغِ عَنِ فَرَضِ الْإِسْلَامِ.

قال الرافعي: الغرض الآن الكلام في المؤنات وفدية المَحْظُورَاتِ، وفيه صور.

إحداها: القدر الزائد في النفقة بسبب السَّفَرِ فِي مَالِ الصَّبِيِّ، أو على الولي؟ فيه وجهان، ويقال: قولان:

إحدهما: أنه في مَالِ الصَّبِيِّ؛ لأن الحَجَّ يحصل له كما لو قبل له نكاحاً يكون المهر عليه؛ لأن النِّكَاحَ يحصل له.

وأصحهما: أنه على الولي وبه قال مالك وأحمد؛ لأنه الذي أدخله وورَّطه فيه، ويخالف النِّكَاحَ فَإِنَّ الْمَنْكُوحَةَ قَدْ تَفَوَّتَ وَالْحَجَّ يُمْكِنُ تَأْخِيرُهُ إِلَى أَنْ يَبْلُغَ؛ فعلى هذا لو أحرَمَ الصَّبِيُّ بِغَيْرِ إِذْنِهِ وَجَوَازِنَاهُ حَلَّلَهُ فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ أَتَّفَقَ عَلَيْهِ.

الثانية: يُمْنَعُ الصَّبِيُّ الْمُحْرَمِ مِنْ مَحْظُورَاتِ الْإِحْرَامِ فَلَوْ تَطْيَبَ أَوْ لَبَسَ نَاسِيًا فَلَا فِدْيَةَ كَالْبَالِغِ النَّاسِي، وَإِنْ تَعَمَّدَ فَقَدْ بَثُوهُ عَلَى أَصْلِ يَذْكَرُ فِي الْجِنَايَاتِ وَهُوَ أَنْ عَمَدَ الصَّبِيُّ عَمَدًا أَوْ خَطَأًا؟ إِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ خَطَأٌ فَلَا فِدْيَةَ.

وإن قلنا: عمد، وجبت وهو الأصح.

قال الإمام: المحققون قطعوا به؛ لأن عمده في العبادات كعمد البالغ؛ ألا ترى أنه إذا تعمّد الكلام بطلت صلاته، أو الأكل بطل صومه.

وعن الداركي نقل قول فارق بين أن يكون الصبي ممن يلتذ بالطيب واللباس، أو ممن لا يلتذ بذلك، ولو حلق أو قلم أو قتل صيداً، وقلنا: عمد هذه الأفعال وسهوها سواء على ما سيأتي وجبت الفدية.

وإن قلنا: يختلف حكم عمدها وسهوها فهي كالطيب واللباس، ومتى وجبت الفدية فهي على الولي أو في مال الصبي؟ فيه قولان:

أحدهما: في مال الصبي؛ لأن الوجوب بسبب ما ارتكبه.

وأصحهما: في مال الولي، وبه قال مالك؛ لأنه الذي أوقعه فيه وغرر بماله، وهذا إذا أحرم بإذنه فإن أحرم بغير إذن الولي وجوزناه فالفدية في مال الصبي بلا خلاف ذكره في «التتمة» ومتى وجبت الفدية في مال الصبي فإن كانت مرتبة فحكمها حكم كفارة القتل، وإلا فهل يجزي أن يتدىء بالصوم في الصغر؟ فيه وجهان: مبنيان على خلاف سنذكره إن شاء الله تعالى في أنه إذا أفسد الحج هل يجزئه قضاؤه في الصغر؟ وليس للولي والحالة هذه أن يفدي عنه بالمال؛ لأنه غير متعين، وعن أبي الحسين حكاية وجه أنه إن أحرم به الأب أو الجد فالفدية في مال الصبي، وإن أحرم به غيره فهي عليه.

الثالثة: إذا جامع ناسياً أو عامداً، وقلنا: إن عمده خطأ ففي فساده حجّه قولان: كالبالغ إذا جامع ناسياً والأظهر أنه لا يفسد، وإن قلنا: إن عمده عمد فسد حجّه، وإذا فسد هل عليه القضاء، فيه قولان:

أحدهما: لا، لأنه ليس أهلاً لوجوب العبادات البدئية.

وأصحهما: نعم، لأنه إحرام صحيح فيوجب إفساده القضاء كحج التطوع، وعلى هذا فهل يجزئه القضاء في الصبي؟ فيه قولان، ويقال: وجهان:

أصحهما: نعم، إعتباراً بالأداء.

والثاني: لا، وبه قال مالك وأحمد لأنه قرض، وهو ليس أهلاً لأداء قرض الحج بدليل حجة الإسلام.

وإذا قلنا: بهذا، ولم يقض حتى بلغ، نظر فيما أفسدها إن كانت بحيث لو سلمت عن الفساد لأجزائه عن حجة الإسلام بأن بلغ قبل فوات الوقوف تأدت حجة الإسلام بالقضاء وإن كانت لا تجزئه وإن سلمت عن الفساد لم تتأد، وعليه أن يبدأ بحجة

الإسلام، ثم يقضي، فإن تَوَى الْقَضَاءُ أولاً انصرف إلى حَجَّةِ الْإِسْلَامِ، وإن جوزنا القضاء في الصَّغَرِ فشرع في الْقَضَاءِ وبلغ قبل الْوُقُوفِ انصرف إلى حَجَّةِ الْإِسْلَامِ وعليه القضاء. ومهما فسد حجة ووجبنا القضاء وَجَبَتِ الْكُفَّارَةُ أيضاً، وإن لم نوجب الْقَضَاءَ ففي الكفارة وجهان.

**والأصح:** الوجوب، وقد يعكس هذا الترتيب فيقال: إن لم تلزمه الْفِدْيَةُ ففي الْقَضَاءِ خِلَافٌ والفرق أن الْقَضَاءَ عِبَادَةٌ بَدَنِيَّةٌ وحال الصبي أبعد عنها، وهذا الترتيب هو الذي ذكره في الكتاب، فقال: وفي لزوم الْقَضَاءِ خِلَافٌ مَرْتَبٌ عَلَى الْفِدْيَةِ، وإذا وَجَبَتِ الْكُفَّارَةُ فهي على الْوَلِيِّ أو في مال الصبي؟ فيه الخلاف السَّابِقُ.

وقوله: (ولو ازم المحظورات لا تجب على أحد الوجهين) هذا الوجه هو الذي يتخرج على قولنا: عمد الصَّبِيِّ خَطَأً، وإنما نجعل عمدَهُ خَطَأً؛ لأن حاله يناسب التخفيف، وإليه أشار بقوله: (نظراً له) وقوله: (يفسد حجه بالجماع) جوابٌ على الأصح من الخِلاف المذكور فيه. وقوله: (فإذا بلغ لزمه الْقَضَاءُ بعد الْفَرَاغِ عن فرض الإسلام) مُتَعَلِّقٌ بقوله: (لم يصح من الصبي على أحد الوجهين) ومفروح عليه.

واعلم أن حكم الْمَجْنُونِ حكم الصَّبِيِّ الذي لا يميز في جميع ذلك.

ولو خرج الْوَلِيُّ بِالْمَجْنُونِ بعدما استقر فَرَضُ الْحَجِّ عليه وأنفق عليه من ماله نظر أن لم يفتق حَتَّى فات الْوُقُوفُ غرم له الولي زِيَادَةً نَفَقَةَ السَّفَرِ، وإن أفاق وأحرم وَحَجَّ فلا غرم عليه، لأنه قضى ما وجب عليه، ويشترط إفاقته عِنْدَ الْإِحْرَامِ وَالْوُقُوفِ وَالطَّوَافِ وَالسَّغْيِ، ولم يتعرضوا لحالة الطواف وقياس كونه نسكاً اشتراط الإفاقة فيه كسائر الْأَرْكَانِ.

قال الغزالي: وَإِنْ بَلَغَ الصَّبِيُّ فِي حَجِّهِ قَبْلَ الْوُقُوفِ (ح) وَقَعَ عَنِ حَجَّةِ الْإِسْلَامِ فَإِنْ كَانَ قَدْ سَعَى قَبْلَهُ لَزِمَهُ الْإِعَادَةُ فِي أَصْحِ الْوَجْهَيْنِ، وَهَلْ يَلْزِمُهُ دَمٌ بِتَقْصَانِ إِخْرَامِهِ إِذَا وَقَعَ فِي الصُّبَا؟ فِيهِ قَوْلَانِ، وَعِنْتُ الْعَبْدِ فِي الْحَجِّ كَبُلُوغِ الصَّبِيِّ، وَلَوْ أَطْيَبَ الْوَلِيُّ الصَّبِيَّ فَالْفِدْيَةُ عَلَى الْوَلِيِّ، إِلَّا إِذَا قَصَدَ الْمُدَاوَاةَ فَيَكُونُ كَأَسْتِعْمَالِ الصَّبِيِّ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ.

قال الرافعي: الْفَضْلُ يشتمل على مسألتين:

الأولى: لو بَلَغَ الصَّبِيُّ فِي أَثْنَاءِ الْحَجِّ نظر أن بَلَغَ بعد الْوُقُوفِ بعرفة لم يجزئه عن حَجَّةِ الْإِسْلَامِ، ولا فرق بين أن يكون وَقْتُ الْوُقُوفِ بَاقِيًا أو فائتاً لكنه لم يَعُدْ إِلَى الْوُقُوفِ لِمَضِيِّ مُعْظَمِ الْعِبَادَةِ فِي حَالِ التَّقْصَانِ، ويخالف الصَّلَاةَ حيث تجزئه إذا بَلَغَ فِي أَثْنَائِهَا أو بعدها؛ لَأَنَّ الصَّلَاةَ عِبَادَةٌ تَكَرَّرَ، وَالْحَجُّ عِبَادَةٌ الْعُمُرِ فيعتبر وقوعها أو وقوع مُعْظَمِهَا فِي حَالِ الْكَمَالِ.

وعن ابن سُرَيْج - رحمه الله - أنه إِذَا بَلَغَ ووقت الوُقُوفِ بَاقِي يُجْزئُهُ عن حَجَّةِ الإِسْلَامِ وإن لم يعد إلى الموقف، وإن بلغ قبل الوقوف أو بلغ وهو واقف وقعت حجته عن حَجَّةِ الإِسْلَامِ، خلافاً لمالك حيث شرط فيه وقوع جميع الحَجِّ في حالة التكليف ولأبي حنيفة فإنه لا يعتد بإحرام الصبي على مَا سَبَقَ. وهل يجب إعادة السَّغِي لو كان قَدْ سَعَى عَقِيبَ طَوَافِ القُدُومِ قبل البلوغ؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، ولا بأس بتقديم السَّغِي كتقدم الإحرام.

وأصحهما: نعم، لوقوعه في حالة النقص، ويخالف الإحرام فإنه مُسْتَدَامٌ بعد البلوغ والسَّغِي، لاستدامته له، وقد بناوا الوجهين على أنه إذا وقع عن حَجَّةِ الإِسْلَامِ كيف تقديراً لإحرامه أنقول بأنه يتعين انعقاده في الأصل فرضاً، أو نقول بأنه انعقد نفلاً ثم انقلب فرضاً؟ فإن قلنا: بالأول فلا حَاجَةَ إلى الإِعَادَةِ، وإن قلنا: بالثاني فَلَا بُدَّ منها وَإِذَا وَقَعَ حَجُّهُ عَنِ حَجَّةِ الإِسْلَامِ فهل يلزمه دم؟ فيه طريقتان:

أظهرهما: وهو المذكور في الكتاب أنه على قولين:

أحدهما: نعم؛ لأن إحراماً مِنَ المِيقَاتِ نَاقِصٌ لأنه ليس بفرض.

وأصحهما: لا؛ لأنه أتى بما في وَسْعِهِ، ولم تصدر منه إِسَاءَةٌ.

وبنى الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ وَعَبْرُهُ القَوْلِينَ على الأَصْلِ المذكور: إن قلنا، بالتعيين فلا دم عليه، وإن قلنا بانعقاده نفلاً لزم.

والطريق الثاني: القطع بأنه لَا دَمَ عليه، وبه قال الإِصْطِخْرِيُّ وَأَبْنُ سَلَمَةَ، وهذا الخلاف فيما إذا لم يَعدْ بَعْدَ البلوغ إلى المِيقَاتِ، فإن عاد إليه لم يلزمه الدَّمُ بِحَالٍ؛ لأنه أتى بالممكن أولاً وآخراً، وبذل ما في وسعه، وفيه وجه بعيد.

والطَّوَافُ في العِمرَةِ كالوقوف في الحَجِّ، فلو بلغ قبله أجزاءه عمرته عن عِمرَةِ الإِسْلَامِ. وعتق العبد في أثناء الحَجِّ والعِمرَةِ كبلوغ الصَّبي في أثنائهما.

ولو أن ذُمياً أتى المِيقَاتِ مريداً للنسك فأحرم منه لم ينعقد إحرامه؛ لأنه ليس أهلاً للعبادات البدنية، فإن أسلم قبل فوات الوُقُوفِ ولزمه الحَجُّ فله أن يَحُجَّ مِنْ سَنَتِهِ، وأن يؤخر فإن الحَجَّ على التَّراخِي، فإن حَجَّ مِنْ سَنَتِهِ فعاد إلى المِيقَاتِ فأحرم منه أو أحرم من موضعه وعاد إليه محرماً فلا شَيْءَ عليه، وإن لم يعد لِرِمَّةِ الدَّمِ، كالمسلم إذا جَاوَزَهُ عَلَى قَصْدِ النُّسْكِ، ولا يجيء فيه الخلاف المذكور في الصَّبي إذا وقعت حَجَّتُهُ عَنِ حَجَّةِ الإِسْلَامِ؛ لأنه حين مر بالمِيقَاتِ كان بسبيل من أن يسلم ويحرم بخلاف الصبي.

وقال أبو حنيفة رحمه الله والمُزَنِّي: لا دم عليه، وعن أحمد روايتان:

المسألة الأخرى: ذكرنا الخلاف في وجوب الفدية إِذَا بَاشَرَ الصَّبي محظوراً وأنها

إِذَا وَجِبَتْ على من تجب.

فأما إذا باشره الولي بأن طيبه أو ألْبَسَهُ أو حَلَقَ رَأْسَهُ فينظر إنْ فَعَلَ ذَلِكَ لِحَاجَةٍ الصَّبِيِّ كما لو طيبه تَدَاوِيًا، فهل هو كمباشرة الصَّبِيِّ فيه وجهان:

أحدهما: لا، بل الفِدْيَةُ على الوَلِيِّ بلا خِلَافٍ تَقْدِيمًا للمباشرة.

وأصحهما: أنه كمباشرة الصبي، لأنه وليه، وإنما فعل ما فعل لِمُضْلَحَتِهِ، وقد قيل: أن مأخذ الوجهين أن الشافعي - رضي الله عنه - قال: «وتجب الفدية على المداوي» فقرأه بعضهم بكسر الواو حملاً على الولي وبعضهم بفتحها حملاً على الصبي، والوجهان شبيهان بالوجهين فيما إذا أُوجِزَ الْمُغْمَى عليه معالجة له في باب الصوم. ولو طيب الصبي لا لحاجة فالفدية عليه، وكذا لو طيبه أجنبي، وهل يكون الصبي طريقاً؟ فيه وجهان.

### الْبَابُ الثَّلَاثُ

#### فِي مَحْظُورَاتِ الْحَجِّ وَالْعُمْرَةِ

#### وَهِيَ سَبْعَةُ أَنْوَاعٍ

قال الغزالي: التَّوَعُّ الْأَوَّلُ: اللَّبْسُ وَيَحْرُمُ عَلَى الْمُحْرِمِ أَنْ يَسْتَرَّ رَأْسَهُ بِمَا يَعُدُّ سَائِرًا مِنْ خِرْقَةٍ أَوْ إِزَارٍ أَوْ عِمَامَةٍ، وَلَوْ تَوَسَّدَ بِوِسَادَةٍ أَوْ اسْتَقَطَّلَ بِالْمَحْمَلِ أَوْ انْتَمَسَ فِي مَاءٍ فَلَا بَأْسَ، وَلَوْ وَضَعَ وَنَبِيلاً عَلَى رَأْسِهِ أَوْ حَمَلًا فِيهِ قَوْلَانِ، وَلَوْ طَبَّنَ رَأْسَهُ فِيهِ أَحْتِمَالًا، وَلَوْ شَدَّ خَيْطًا عَلَى رَأْسِهِ لَمْ يَضُرَّ بِخِلَافِ الْعَصَابَةِ، وَأَقْلُ مَا يَلْزَمُ الْفِدْيَةَ أَنْ يَسْتَرَّ مَقْدَارًا سِثْرَهُ لِعَرْضِ شَجَعَةٍ أَوْ غَيْرِهَا.

قال الرافعي: مقصود الباب بيان ما يَحْرُمُ بسبب الإحرام بالحج أو العمرة وهي في تعديد صاحب الكتاب سبعة أنواع.

أحدها: اللَّبْسُ، والكلام في حق غير المعذور ثم في المعذور.

أما في حق غير المعذور، فالنظر في الرَّجُلِ، ثم في المرأة، ومن الرجل في الرَّأْسِ، ثم في سَائِرِ الْبَدَنِ.

أما الرَّأْسُ ففيه فَضْلَانِ.

أحدهما: فِي السَّائِرِ.

ولا يجوز للرجل أن يستر رأسه، قال ﷺ في المحرم الذي حَرَّ مِنْ بَعِيرَةٍ «لَا

تُحْمَرُوا رَأْسَهُ فَإِنَّهُ يُبَعَثُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ مُلَيَّيًا<sup>(١)</sup>.

ولا فرق بين أن يستر بمخيط كالقلنسوة، أو بغير مخيط كالعمامة والإزار والخرقة، وكل ما يعد ساتراً وإذا ستر لزمه الفدية، لأنه باشر محظوراً كما لو حلق.

ولو توسد بوسادة فلا بأس وكذا لو توسد بعمامة مكورة، لأن المتوسد يُعَدُّ فِي الْعُرْفِ حَاسِرَ الرَّأْسِ.

ولو استظل بِمَحْمَلٍ أو هودج فلا فدية عليه أيضاً، لأنه لا يعد ذلك سترًا للرأس، كما لو استظل ببناء، وكذلك لو انغمس في ماءٍ فاستوى الماء على رأسه، وخصص صاحب «التتمة» نفي الفدية في صورة الاستظلال بما إذا لم تمس المظلة رأسه، وحكم بوجوبها إذا كانت تَمَسُّهُ، وهذا التفصيل لم أره لغيره، وإن لم يكن بُدُّ منه فالوجه إلحاقه بوضع الزمبيل<sup>(٢)</sup> على الرأس.

والأصح فيه أن فديه كما سيأتي إن شاء الله تعالى. وعن مالك وأحمد - رحمهما الله -: أنه إذا استظل بالمحمل رَاكِبًا أفتدى، وإن استظل به نازلاً راجلاً فلا، وروى الإمام عن مالك الخلاف في صورة الأنغماس أيضاً.

لنا: في الاستظلال ما روي عن أم الحصين قالت: «حَجَجْتُ مَعَ النَّبِيِّ ﷺ حِجَّةَ الْوُدَاعِ فَرَأَيْتُ أُسَامَةَ وَبِلَالَ أَحَدَهُمَا آخِذًا بِخَطَامِ نَاقَتِهِ، وَالْآخَرَ رَافِعًا ثَوْبَهُ يَسْتُرُهُ مِنَ الْحَرِّ حَتَّى رَمَى جَمْرَةَ الْعَقَبَةِ»<sup>(٣)</sup>.

ولو وضع زنبيلاً على رأسه أو حملاً فقد ذكر أن الشافعي - رضي الله عنه - حكى عن عطاء: أنه لا بأس به<sup>(٤)</sup>، ولم يعترض عليه، وذلك يشعر بأنه ارتضاه فإن من عادته الرَّدُّ عَلَى الْمَذْهَبِ الَّذِي لَا يَرْتَضِيهِ، وعن ابن المنذر والشيخ أبي حامد أنه نص في بعض كتبه على وجوب الفدية، فمن الأصحاب من قطع بالأول ولم يثبت الثاني، ومنهم من أطلق قولين، وهو ما أورده في الكتاب، ووجه الوجوب ما يروي عن أبي حنيفة إن غطى رأسه فأشبهه ما لو غطاه بشيءٍ آخر، ووجه عدم الوجوب أن مقصوده نقل المتاع لا تغطية الرأس، على أن المحرم غير ممنوع من التغطية بما لا يقصد الستر به ألا ترى إلى

(١) تقدم.

(٢) يقال: زملته بثوبه تزميلاً فتزمل، مثل لفته به فتلف به. انظر المصباح المنير (١/٣٤٨).

(٣) أخرجه مسلم (١٢٩٨) وأبو داود (١٨٣٤) والنسائي (٥/٢٦٩ - ٢٧٠).

(٤) قال الحافظ ابن حجر في التلخيص: لم أقف عليه بعد.



ما روي أنه ﷺ «اِخْتَجَمَ عَلَى رَأْسِهِ وَهُوَ مُحْرَمٌ»<sup>(١)</sup>. وأيضاً فلو وضع يده على رأسه لم يضرب، وسواء ثبت الخلاف أم لا، فظاهر المذهب أنه لا فدية.

ولو طين رأسه ففي وجوب الفدية وجهان، كالوجهين فيما إذا صلى بالطين عورته وصلى هل يجزئه. والمذهب هاهنا وجوب الفدية، وفي تلك الصورة صحة الصلاة لوجود الستر والتغطية، وهذا إذا كان تخيئاً ساتراً أما المائع الذي لا يستر فلا عبرة به، وعلى هذا التفصيل حكم الحنء والمزاهم ونحوها.

## الفصل الثاني

في القدر الذي يقتضي ستره الفدية، ولا يشترط لوجوب الفدية استيعاب الرأس بالستر كما لا يشترط في فدية الحلق الاستيعاب، بل تجب الفدية بستر بعض الرأس، وضبطه أن يكون المستور قدراً يقصد ستره لغرض من الأغراض كشد عصاية، وإلصاق لُصوقٍ لِشَجَةِ ونحوها، هكذا ضبطه المصنف والإمام، فقد نفلاً وغيرهما أنه لو شد خيطاً على رأسه لم يضرب، ولم تجب الفدية؛ لأن ذلك لا يمنع من تسميته حاسر الرأس، وهذا ينقض الضابط المذكور؛ لأن ستر المقدار الذي يحويه شد هذا الخيط قد يقصد أيضاً لغرض منع الشعر من الانتشار وغيره، فالوجه النظر إلى تسميته حاسر الرأس ومستور جميع الرأس أو بعضه<sup>(٢)</sup> - والله أعلم -.

وقوله في الكتاب: (أن يستر مقداراً يقصد ستره إلى آخره) معلّم بالحاء؛ لأن عند أبي حنيفة - رحمه الله - لا تكمل الفدية إلا إذا ستر رُبع الرأس فصاعداً فإن ستر أقل من ذلك فعليه صدقة - والله أعلم -.

قال الغزالي: «أما سائر البدن فله ستره لكن لا يلبس المخيط الذي أحاطته الخيطة كالقميم، أو التسنج كالذرع، أو العقد كجبة اللبد، ولو ارتدى بقميم أو جبة فلا بأس وكذا إذا التحف نائماً، ولو لبس القباء لزمه الفدية وإن لم يَدْخُلَ اليد في الكم ولا بأس بعقد الإزار يتكّه تدخل في حُجزة، ولا بالهميان والمنطقة، ولا بلف الإزار على الساق».

قال الرافعي: ما سوى الرأس من البدن يجوز للمُحْرَمِ ستره، ولكن لا يجوز له

(١) أخرجه البخاري (١٨٣٥، ١٩٣٨، ٥٦٩٥، ٥٦٩٩، ٥٧٠٠، ٥٧٠١) ومسلم (١٢٠٢).

(٢) قال النووي: تجب الفدية بتغطية البياض الذي وراء الأذن، قاله الروياني وغيره، وهو ظاهر. ولو غطى رأسه بكف غيره، فالمذهب: أنه لا فدية، ككف نفسه. وفي «الحاوي» و«البحر» وجهان لجواز السجود على كف غيره.

لبس القَمِيصِ والسَّرَاوِيلِ والتَّبَانِ والخَفِ، روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ سُئِلَ عما يلبس المحرم من الثيابِ فقال: «لَا يَلْبَسُ الْقَمِيصَ وَلَا السَّرَاوِيلَاتِ وَلَا الْعَمَائِمَ وَلَا الْبِرَانِسَ وَلَا الْخِفَافَ إِلَّا أَحَدًا لَا يَجِدُ نَعْلَيْنِ فَلْيَلْبَسِ خُفَيْنِ وَلْيَقْطَعْهُمَا أَسْفَلَ مِنَ الْكَعْبَيْنِ»<sup>(١)</sup>.

ولو لبس شيئاً من ذلك مختاراً لزمه الفدية، سواء طَالَ زَمَانُ اللبْسِ أَوْ قَصُرَ.

وقال أبو حنيفة: إنما تلزم الفدية التامة إذا استدام اللبس يوماً كاملاً فإن كان أقل فَعَلَيْهِ صَدَقَةٌ. لنا: أنه بَاشَرَ مَحْظُورَ الإِحْرَامِ فتلزمه الفِدْيَةُ كما لَوْ حَلَقَ.

ولو لبس القباء تلزمه الفدية سواء أدخل يَدَيْهِ فِي الكَمِيْنِ وأخرجهما منهما أم لا، وبه قال مَالِكٌ وأحمد - رحمهما الله - خلافاً لأبي حنيفة - رحمه الله - في الحالة الثانية. لنا: أنه لبس مخيطاً على وجه معتادٍ فتلزمه الفِدْيَةُ كما لو لبسَ القَمِيصَ، وهذا لأن لبس القباء قد يدخل كفه فيه ويتركه كذلك.

ولو ألقى على نفسه قباء أو فرجياً وهو مضطجع، قال الإمام: إن أخذ من بدنه حتى ما إذا أقام عد لابساً فعليه الفِدْيَةُ، وإن كان بحيث لو قام أو قعد لم يستمسك عليه إلا بمزيد أمرٍ فلا. وقوله في الكتاب: (وإن لم يدخل اليد في الكم) يجوز أن يُعْلَمَ مع الحاء بالواو؛ لأنه نقل عن «الحاوي» أنه إن كان من أقبية خراسان قصير الذئيل ضيق الأكمام لَزِمَتِ الفدية وإن لم يدخل اليَدِ فِي الكُمِّ، وإن كان من أقبية العِرَاقِ طويل الذيل واسع الأَكِمَّةِ فلا فدية حتى يدخل يديه في كُمِّيهِ.

واعلم أن قولنا: لا يلبس المخيط، ترجمة لها جزآن لبسٍ ومخيط.

فأما اللبس فهو مرعي في وجوب الفدية على ما يعتاد في كل ملبوس، إذ به يحصل التَّرَفُّهُ والتَّنَعُّمُ فلو ارتدى بِقَمِيصٍ أو قباء، أو التحف فيهما أو اتزر بِسَرَاوِيلٍ فلا فدية عليه، كما لو اتزر بإزار خيط عليه رقع.

وأما المَخِيْطُ فخصوص الخياطة غير معتبر، بل لا فرق بين المخيط وبين المنسوج كالذرع، والمعقود كجبة اللبد، والملفق بعبه ببعض قياساً لغير المخيط على المخيط<sup>(٢)</sup>.

(١) أخرجه البخاري (١٣٤)، ٣٦٦، ١٥٤٢، ١٨٣٨، ١٨٤٢، ٥٧٩٤، ٥٨٠٣، ٥٨٠٥، ٥٨٠٦، ٥٨٤٧، ٥٨٥٢) ومسلم (١١٧٧).

(٢) هنا ثلاثة أمور:

أحدها: اللبس، والمعتبر فيه العادة في كل ملبوس، إذ به يحصل السرف، فلو ارتدى بالقميص أو اتزر بالسراويل، فلا فدية عليه كما لو اتزر بإزار مخيط من رقع.

الثاني: المخيط، وما في معناه. وهو المنسوج كالدرع ونحوه، وكذلك المعقود يعني الملقق =

وقد جمعها في الكتاب بقوله: (لا يلبس المخيط الذي أحاطته بالخياطة إلى آخره).

والمتخذ من القطن والجلد وغيرهما سواء، ويجوز أن يعقد الإزار ويشد عليه خيطاً ليثبت، وأن يجعل له مثل الحجة ويدخل فيها التكة إحصاءً وأن يشد طرف إزاره في طرف رداءه، ولا يعقد رداءه، وله أن يغرزه في طرف إزاره، ولو اتخذ لردائه شراً وعرى وربط الشرح بالعرى فأصح الوجهين أنه تجب الفدية؛ لأن هذه الإحاطة قريبة من الخياطة<sup>(١)</sup>. ولو شق الإزار نصفين ولف كل نصف على ساق وعقدته، فالذي نقله الأصحاب وجوب الفدية؛ لأنه حينئذ كالسراويل، ورأى الإمام أنها لا تجب بمجرد اللف والعقد، وإنما تجب إذا فرضت خياطة أو شرح وعرى.

وقوله في الكتاب: (ولا يلف الإزار على الساق) إن أراد به هذه الصورة فهو اتباع لرأي الإمام فليكن معلماً بالواو، وليعلم أن الظاهر خلافه، ويجوز أن يحمل على اللف من غير أن يشق، ويجعل له ذيلان، وعلى هذا فلا إعلم؛ إذ لا خلاف في أن للمحرم أن يشتمل بالرداء والإزار طائتين وثلاثاً ولا بأس بتقلد المصحف والسيف.

«قَدِمَ أَصْحَابُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ مَكَّةَ مُتَقَلِّدِينَ سُبُوفَهُمْ عَامَ عُمْرَةِ الْقِضَاءِ»<sup>(٢)</sup> ولا بأس أيضاً بشد الهميان والمنطقة على الوسط لحاجة النفقة ونحوها، وقد روى الترخيص فيه عن عائشة<sup>(٣)</sup> وأبن عباس<sup>(٤)</sup> - رضي الله عنهما - وروي عن مالك المنع، من شد الهميان والمنطقة لكن لم يثبت المتقنون في النقل الرواية عنه.

وقوله في أول الفصل: (أما سائر البدن فله ستره) يجوز أن يعلم بالحاء لأن عند أبي حنيفة - رحمه الله - يجب عليه كشف الوجه مع الرأس، وأيهما ستره فعليه الفدية. لنا: ما روى أنه ﷺ قال في المحرم الذي خر عن بعيه ومات «خَمَرُوا وَجْهَهُ وَلَا

= بعضه ببعض كالثوب من اللبد، ويؤخذ من التعبير بالمخيط وغيره أن مجرد الستر لا يحرم، وإنما يحرم ما ذكرناه، وكذا الورق كما قاله في «الكفاية». وإن زر الإزار أو شوكه أو خاطه، لم يجز، نص عليه في «الإملاء».

الثالث: سائر البدن ويؤخذ منه أنه يحرم أن يتخذ لساعده أو لعضو آخر شيئاً يخيظ به وهو كذلك على الأصح الذي أجاب به كثيرون كما قاله الرافعي.

(١) قال النووي: المذهب والمنصوص: أنه لا يجوز عقد الرداء، وكذا لا يجوز خلة بخلال أو سلّة، ولا ربط طرفه إلى طرفه بخيط ونحوه، - والله أعلم - ينظر الروضة (٤٠٣/٢).

(٢) أخرجه الشافعي عن إبراهيم بن يحيى، عن عبد الله بن أبي بكر، بهذا مرسلًا وله شاهد عند البخاري، انظر التلخيص (٢٨١/١).

(٣) أخرجه أبو بكر بن أبي شيبة والبيهقي من طريق القاسم عنها. انظر التلخيص (٢٨١/٢).

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة والبيهقي من طريق عطاء، انظر المصدر السابق.

تُخَمَّرُوا رَأْسَهُ»<sup>(١)</sup> الخبر.

قال الغزالي: أُمَّا الْمَرْأَةُ فإِحْرَامُهَا عَلَى وَجْهِهَا وَكَفِّئِهَا فَقَطْ، وَلَهَا أَنْ تَسْتَتِرَ بِثَوْبٍ مُتَجَافٍ عَنِ الْوَجْهِ وَأَقِيعَ بِإِزَائِهِ، هَذَا فِي غَيْرِ الْمَعْدُورِ.

قال الرافعي: ذكرنا حكم الستر واللبس في حق الرجل المُخْرِمِ.

أما المرأة فالوجه في حقها كالرأس في حق الرجل، ويعبر عن ذلك بأن إحرام الرَّجُلِ فِي رَأْسِهِ، وَإِحْرَامُ الْمَرْأَةِ فِي وَجْهِهَا، وَالْأَصْلُ فِيهِ مَا رَوَى أَنَّهُ ﷺ قَالَ: «لَا تَتَّقِبُ الْمَرْأَةُ وَلَا تَلْبَسُ الْقَفَازِينَ»<sup>(٢)</sup>.

وروى أنه ﷺ «نَهَى النِّسَاءَ فِي إِحْرَامِهِنَّ عَنِ الثَّقَابِ»<sup>(٣)</sup>.

وتستر الرأس وسائر البدن والقدر اليسير من الوجه الذي يلي الرأس لها سترة، إذ لا يمكن استيعاب الرأس بالستر إلا بستره. فإن قيل هلا قلت: تكشف جميع الوجه، ويعفى عن كشف الجزء الذي يليه من الرأس.

قيل: الستر أحوط من الكشف، وأيضاً فالمقصود إظهار شعار الإحرام بالاحتراز عن التَّنْقِيبِ، وستر الجزء المذكور لا يقدر فيه، والرأس عورةٌ كُلُّهُ فَيُسْتَرُّ.

ويجوز لها أن تسدل ثوباً على وجهها متجافياً عنه بخشبة وغيرها، كما يجوز للرَّجُلِ الاستظلال بالمخمل والمظلة، ولا فرق بين أن يفعل ذلك لحاجة من دفع حر أو برد أو فتنة أو لغير حاجة، فإن وقعت الخشبة فأصاب الثوب وَجْهَهَا من غير اختيارها ورفعته في الحال فلا فدية، وإن كان عمداً أو استدامته وجبت الفدية.

ويجوز للمرأة لبس المخيط من القميص والسراويل والخُفِّ وغيرها، روي أنه ﷺ قَالَ: «وَلْتَلْبَسَنَّ بَعْدَ ذَلِكَ مَا أَحَبَّ مِنْ أَلْوَانِ، الثِّيَابِ مُعْضَفَرًا، أَوْ حَزْرًا، أَوْ حُلِيًّا، أَوْ سَرَائِيلَ، أَوْ قَمِيصًا، أَوْ حُفًّا»<sup>(٤)</sup> وإذا ستر الخنثى المشكل رأسه أو وجهه فلا فدية لاحتمال أنه امرأة في الصورة الأولى، ورجل في الثانية، وإن سترهما جميعاً وجبت.

وقوله في الكتاب: (أما فإِحْرَامُهَا فِي وَجْهِهَا فَقَطْ) أعلم بالواو، لأن منهم من صَمَّ الكَفَيْنِ كما ستعرفه في مسألة القفازين.

(١) أخرجه البيهقي (٥٤/٥) وله شاهد عنده أيضاً.

(٢) أخرجه البخاري (١٨٣٨) من رواية ابن عمر.

(٣) أخرجه أبو داود (١٨٢٧) وأحمد (٢٢/٢) والحاكم في المستدرک (٤٨٦/١) وقال: صحيح على شرط مسلم، والبيهقي (٥٢/٥).

(٤) انظر التخریج السابق.

قال الغزالي: **أَمَّا الْمَعْدُورُ بِحَرٍّ أَوْ بَرْدٍ فَلَهُ اللَّبْسُ وَلَكِنْ يَلْزَمُهُ الْفِدْيَةُ، وَإِنْ لَمْ يَجِدْ إِلَّا سَرَائِيلَ وَلَوْ فَتَقَهُ لَمْ يَتَأْتْ مِنْهُ إِزَارٌ فَلْيَلْبَسْ وَلَا فِدْيَةَ عَلَيْهِ لِلْخَبْرِ، وَكَذَا إِذَا قُطِعَ الْخُفُّ أَسْفَلَ الْكَعْبَيْنِ، وَأَسْتَبَارَ ظَهْرَ الْقَدَمِ بِهِ كَأَسْتَبَارِهِ بِشِرَاكِ النَّعْلِ.**

قال الرافعي: قد عرفت حكم غير المعذور.

وأما المعذور ففيه صور:

أحدها: لو احتاج الرجل إلى ستر الرأس أو لبس المخيط بعذر حرٍّ أو برِّدٍ أو مداواةٍ جاز له ذلك، وكذا المرأة لو احتاجت إلى ستر الوجه، ولكن تجب الفدية كما إذا احتاج إلى الحلق بسبب الأذى جاز الحلق ولزمت الفدية على ما نصَّ عليه القرآن.

الثانية: لباس المحرم الرِّداء والإزار والتغلان على ما مرَّ، فلو لم يجد الرِّداء لم يجز له لبس القميص، بل يرتدي ويتوشح به، ولو لم يجد الإزار ووجد السراويل نُظِرَ، إن لم يتأتَّ اتخاذ إزار منه إما لصغره أو لفقد آلات الخياطة أو لخوف التخلف عن القافلة فله لبسه؛ لما روى أنه ﷺ قال: «مَنْ لَمْ يَجِدِ الْإِزَارَ فَلْيَلْبَسِ السَّرَاوِيلَ»<sup>(١)</sup> وإذا لبسه فلا فدية عليه. وقال أبو حنيفة ومالك: تجب الفدية.

وإن تَأَتَّى اتخاذ إزارٍ منه فلبسه على هيئته فهل تلزمه الفدية؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، كما لو لبس الخف قبل أن يقطعه.

والثاني: لا، لإطلاق الخبر، وفي الخف أمر بالقطع على ما روينا في خبر ابن عمر - رضي الله عنهما -، وبالوجه الأول أجاب الإمام، وتابعه المصنف حيث قيّد فقال: (ولو فتقه لم يتأت منه إزار فلا فدية) ولكن الأصح عند الأكثرين: إنما هو الوجه الثاني، وإذا لبس السراويل لفقد الإزار ثم وجده فعليه النزح، ولو لم يفعل فعليه الفدية.

وقوله في الكتاب: (فلا فدية للخبر) المراد من الخبر ما روينا، وما الاستدلال به على نفي الفدية من جهة أنه يقتضي تجويز اللبس عند فقد الإزار، والأصل في مباشرة الجائزات نفي المؤاخظة.

الثالثة: إذا لم يجد النعلين لبس المكعب أو قطع الخف أسفل من الكعب ولبسه، وهل يجوز لبس الخف المقطوع والمكعب مع وجود النعلين؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لشبهه بالنعل ألا ترى أنه لا يجوز المسح عليه.

وأصحهما: لا؛ لأن الإذن في الخبر بقيد شرط: أن لا يجد النعلين، وعلى هذا

(١) أخرجه البخاري (١٧٤٠، ١٨١٢، ١٨٤١، ٥٨٠٤، ٥٨٥٣) ومسلم (١١٧٨).

لو لبس الخف المقطوع لفقد النعلين ثم وجد النعلين نزع الخف، فلو لم يفعل افتدى، وإذا جاز لبس الخف المقطوع لم يضر استتار ظهر القدم مما بقي منه لحاجة الاستمسك، كما لا يضر استتاره بشراك النعل.

فإن قلت: ما معنى عدم وجدان الإزار والنعل.

قلنا: المراد منه أن لا يقدر على تحصيله، إما لفقده في ذلك الموضع، أو لعدم بذل المالك إيّاه، أو لعجزه عن الثمن إن باعه أو للأجرة إن أجره ولو بيع بغبن أو نسيئة لم يلزمه شراؤه، ولو أعير منه وجب قبوله، ولو وهب لم يجب، ذكر هذه الصورة القاضي أبو كَيْحٍ وقد كتبنا نظائرها في الماء للطهارة والثوب لستر العورة وبالله التوفيق.

قال الغزالي: وَلَيْسَ لِلرَّجُلِ لِبْسُ الْقَفَازِينَ فِي الْيَدَيْنِ، وَلِلْمَرْأَةِ ذَلِكَ فِي أَصْحِ الْقَوْلَيْنِ، وَإِنْ اتَّخَذَ لِلْحَيْبَةِ خَرِيطَةً فَفِي إِحْقَاقِهِ بِالْقَفَازِينَ تَرَدُّدٌ.

قال الرافعي: ليس للرجل لبس القفازين كما ليس له لبس الخفين، وهل للمرأة ذلك؟ فيه قولان:

أحدهما: قال: في «الأم» و«الإملاء» لا، وبه قال مالك وأحمد - رضي الله عنهما -؛ لما روى أنه ﷺ: «نَهَى النِّسَاءَ فِي إِخْرَامِهِنَّ عَنِ لِبْسِ الْقَفَازِينَ»<sup>(١)</sup> وأيضاً فإن اليد عضو لا يجب على المرأة ستره في الصلاة، فلا يجوز لها ستره في الإحرام كالوجه.

والثاني: وهو منقول المزني نَعَم، وبه قال أبو حنيفة - رحمه الله -؛ لما روي أنه ﷺ قال: «إِحْرَامُ الْمَرْأَةِ فِي وَجْهِهَا»<sup>(٢)</sup> فخص الوجه بالحكم، وذكر في الكتاب أن هذا أصح القولين، لكن أكثر النقلة على ترجيح الأول، منهم صاحب «التهذيب» والقاضي الرَوَيْانِي، فإن جوزنا لها لِبْسَهُمَا فلا فدية إذا لَبَسَتْ، وإلا وجبت الفدية ولو اختضبت بالحناء وألقت على يدها خِرْقَةٌ فوقه أو ألقته على اليد من غير حنّاء، فعن الشيخ أبي مُحَمَّدٍ أنها إن لم تشد الخرقه فلا فدية، وإن شدته فعلى قولي القفازين، ورتب الأكثرون فقالوا: إن قلنا: لها لبس القفازين فلا فدية عليها، وإن منعنا ففي وجوب الفدية هاهنا قولان:

أحدهما: تجب، ويروى عن «الأم».

والثاني: لا تجب، ويروى عن «الإملاء» والقولان على ما ذكر القاضي أبو الطيّب

(١) تقدم.

(٢) أخرجه الدارقطني (٢/٢٩٤) والبيهقي من رواية ابن عمر، وضعفه الحاكم، والصحيح وقفه عليه قاله العقيلي والبيهقي والدارقطني، انظر خلاصة البدر المنير (١/٣٢).

وغيره مبنيان على المعنى المحرم للباس القفازين، وفيه قولان مستخرجان:

أحدهما: أن المحرم تعلق الإحرام بيدها تعلقه بوجهها؛ لأن واحداً منهما ليس بعورة، وإنما جاز الستر بالكُمَيْنِ للضرورة، فعلى هذا تَجِبُ الفدية في صُورَةِ الخِرْقَةِ.

والثاني: أن المُحَرَّم كون القفازين ملبوسين معمولين لِمَا لبس بعورة من الأعضاء فألْحَقًا بالخفين في حَقِّ الرجل، فعلى هذا لا فدية في الخِرْقَةِ، وهذا أَصَحُّ القولين، وإذا أوجبنا الفِدْيَةَ تعليلاً بالمعنى الأول فهل تجب الفدية بمجرد الحِثَاءِ؟ فيه ما سبق في الرجل إذا أخضب رأسه بالحِثَاءِ، ولو اتخذ الرجل لساعده أو لعضو آخر شيئاً مخيطاً أو لِيَخِيَّتِهِ خريطة يعلقها إذا اختضب فهل تلتحق بالقفازين؟ فيه تردد عن الشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ.

الأصح: الالتحاق، وبه أجاب كثيرون، ووجه المنع أن المقصود الاجتناب عن الملابس المعتادة وهذا لَيْسَ بِمُعْتَادٍ.

قال الغزالي: أَلْتَوُّعُ الثَّانِي: أَلْتَطِيبُ وَتَجِبُ الفِدْيَةُ بِأَسْتِعْمَالِ الطَّيْبِ قُضْدًا، وَالطَّيْبُ كُلُّ مَا يُفْصَدُ بِهِ رَائِحَةُ كَالرَّغْفَرَانِ وَالْوَرَسِ وَالْوَرْدِ وَالتَّرْجِسِ وَالبَنْفَسِجِ وَالرَّيْحَانِ الْفَارِسِيِّ، دُونَ الفَوَاكِهِ كَالْأَثْرُجِ وَالسَّفْرَجَلِ وَالأَدْوِيَةِ كَالقُرْنُفْلِ وَالدَّارِ صَبِيئِي وَأَزْهَارِ البَوَادِي كَالقَبِيضُومِ، وَفِي دُهْنِ الوَرْدِ وَالبَنْفَسِجِ وَجَهَانِ، وَالبَانُ وَدَهْنُهُ لَيْسَ بِطَيِّبٍ، وَإِذَا تَنَاوَلَ الحَبِيصَ المَرْغَفَرَ فَأَنْصَبِغَ لِسَانُهُ لَزِمَتْ الفِدْيَةُ بِدَلَالَةِ اللُّؤْنِ عَلَى نَقَاءِ الرَّائِحَةِ، وَإِذَا بَطَلَ رَائِحَةُ الطَّيْبِ فَلَا يَخْرُمُ أَسْتِعْمَالُ جِزْمِهِ عَلَى الصَّحِيحِ كَمَاءِ وَرْدٍ إِذَا وَقَعَ فِي مَاءٍ وَأَتَمَحَقَّ.

قال الرافعي: استعمال الطيب من جملة مَحْظُورَاتِ الإحْرَامِ؛ لما روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ قال: «لَا يَلْبَسُ مِنَ الثِّيَابِ شَيْئاً فِيهِ رَغْفَرَانٌ وَلَا وَرَسٌ»<sup>(١)</sup>.

ويتعلق به الفدية كسائر المحظورات، وقد ضبط في الكتاب مناط الفدية فقال: (وتجب الفدية باستعمال الطيب قُضْدًا) وهذا الضابط يتركب عن ثلاثة أمور: الطيب، والاستعمال، والقُضْد.

أما الطيب، فالمعتبر فيه أن يكون معظم الغرض منه التطيب واتخاذ الطيب منه، أو يظهر فيه هذا الغرض فالمسك، والعود، والعنبر، والكافور، والصندل، طيب لا مَحَالَةٌ، ثم ما له رَائِحَةُ طيبة من نَبَاتِ الأَرْضِ أنواع:

منها: ما يطلب للتطيب واتخاذ الطيب منه، كالورد، والياسمين، والخيري، وكذا

الرَّغْفَرَانِ وَإِنْ كَانَ يَطْلُبُ لِلصَّبْغِ وَالتَّدَاوِي أَيْضاً، وَالْوَرَسَ وَهُوَ فِيمَا يُقَالُ أَشْهَرُ طَيْبٍ فِي بِلَادِ الْيَمَنِ. وَمِنْهَا: مَا يَطْلُبُ لِلأَكْلِ وَالتَّدَاوِي غَالِباً فَلَا تَتَعَلَقُ بِهِ الْفَدِيَّةُ كَالْقَرْنَفَلِ، وَالدَّارِ صِينِي، وَالسَّنْبَلِ، وَسَائِرِ الْأَبَاذِيرِ الطَّيْبَةِ، وَكَذَا السَّفْرَجَلِ، وَالتَّفَاحِ، وَالبَطِيخِ، وَالأْتْرَجِ وَالتَّنَارِجِ. قَالَ الْإِمَامُ: وَفِي النَّفْسِ مِنَ الأْتْرَجِ وَالتَّنَارِجِ شَيْءٌ فَإِنْ قَصِدَ الأَكْلَ وَالتَّدَاوِي فِيهِمَا لَيْسَ بِأَغْلَبَ مِنْ قَصْدِ التَّطْيِبِ لَكِنْ مَا وَجَدْتَهُ فِي الطَّرِيقِ إِلْحَاقَهُمَا بِالفَوَاكِهِ، وَقَدْ يَتَجَهَّ بِمَعْنَى تَرْزِينِ الْمَجَالِسِ فِيهِمَا، - وَاللَّهُ أَعْلَمُ -.

ومنها: ما يتطيب به ولا يتخذ منه الطيب كالنرجس والريحان الفارسي، وهو الضميران والمرزنجوش<sup>(١)</sup> ونحوهما، ففيه قولان:

القديم: أنه لا تتعلق بها الفدية؛ لأن هذه الأشياء لا تبقى لها رائحة إذا جفت، وقد روي أن عثمان - رضي الله عنه -: «سُئِلَ عَنِ الْمَحْرَمِ، هَلْ يَدْخُلُ الْبُسْتَانَ؟ قَالَ: نَعَمْ وَيَسْمُ الرِّيحَانَ»<sup>(٢)</sup>.

والجديد: التعلق لظهور قصد التطيب منها، كالورد والزعفران، وهذا ما أورده في الكتاب.

وأما البنفسج فالمنقول عن نضه أنه ليس بطيب، وأختلف الأضحاب فيه، فمن ذاهب إلى ظاهر النص، يزعم أن الغرض منه التداوي دون التطيب، ومن طارد فيه قولي الريحان يدعي أن المنقول عنه جواب على أحد القولين، ومن قاطع بأنه طيب كالورد والياسمين وهذا أصح الطرق.

وأختلف الصائرون إليه في تأويل النص، فقيل: أراد به البنفسج الجاف، فإنه بعد الجفاف لا يصلح إلا للتداوي، وقيل: أراد به بنفسج الشام والعراق، فإنه لا يتطيب به، وقيل: أراد به المربي والسكر المستهلك فيه، وفي اللينوفر قولاً النرجس والريحان، ومنهم من قطع بأنه طيب.

ومنها: ما ينبت بنفسه ولا يستنبت كالشحيح، والقيصوم، والشقائق، فلا تتعلق بها الفدية، لأنها لا تُعدُّ طيباً ولو عدت طيباً لاستنبتت وتعهدت كالورد.

وأنوار الأشجار المثمرة، كالتفاح والكمثري، وغيرها لا تتعلق بها الفدية أيضاً، وكذا العصفور، وبه قال أحمد وقال أبو حنيفة - رحمه الله -: تتعلق بها الفدية.

(١) المرزنجوش بميم مفتوحة ثم راء مهملة ثم زاي معجمة ثم نون ثم جيم. قيل: هو نبت له ورق يشبه الآس وقيل: الآس.

(٢) أخرجه الطبراني في الصغير، مجمع الزوائد (٣/٢٣٢) وانظر التلخيص (٢/٢٨٢).



لنا: أن النبي ﷺ: «ذَكَرَ فِيمَا رُوِيَ عَنْهُ الْمُعْضَفَرُ جَمَلَةَ الثِّيَابِ الَّتِي يَلْبَسُهَا الْمُحْرِمُ»<sup>(١)</sup>. والجئاء ليس بطيب، فإن أزواج رسول الله ﷺ: «كُنَّ يَخْتَضِبْنَ بِهِ وَهُنَّ مُحْرِمَاتٌ»<sup>(٢)</sup>. وقال أبو حنيفة: هو طيب.

واعرف: وراء ما ذكرناه شيئين غريبين.

أحدهما: نقل الحنّاطي عن بعض الأصحاب وجهين: في الورد والياسمين والخيري<sup>(٣)</sup>، ولك أن تعلم قوله في الكتاب: (والورد) بالواو لذلك.

والثاني: ذكر الإمام عن بعض المصنفين أن من أصحابنا من يعتبر عادة كل ناحية فيما يتخذ طيباً، قال: وهذا فاسد يشوش القواعد.

ثم في الفصل مسائل:

إحداها: الأدهان ضربان: دهن ليس بطيب كالزيت والشيرج، وسيأتي القول فيه في النوع الثالث، ودهن هو طيب، فمنه دهن الورد، وقد حكى الإمام وصاحب الكتاب فيه وجهين:

أحدهما: أنه لا تتعلق به الفدية؛ لأنه لا يقصد للتطيب.

وأصحهما: ولم يورد الأكثرون سواه، أنه تتلق به الفدية، كما تتعلق بالورد نفسه، ومنه دهن البتفسج، والوجه ترتيبه على البتفسج، إن لم تتعلق الفدية بنفس البنفسج فبدهنه أولى، وإن علقتها بنفس البنفسج، ففي دهنه الخلاف المذكور في دهن الورد، ويجوز إعلام قوله في الكتاب: (وجهان) بالواو.

وأما: في دهن الورد، فلأن الإمام - رحمه الله - نقل عن شيخه طريقة قاطعة بأنه طيب. ورد التردد إلى دهن البنفسج.

وأما في دهن البنفسج فلأننا قدمنا طريقة قاطعة في البتفسج بأنه ليس بطيب، وهي عائدة في الدهن بطريق الأولى، ثم لم يختلفوا في أن ما طرح فيه الورد والبنفسج دهن الورد والبنفسج، فأما إذا طرحا على السمس حتى أخذ رائحة ثم استخرج من الدهن، فجواب المعظم أنه لا تتعلق به الفدية، لأنه ريح مجاورة.

(١) تقدم.

(٢) أخرجه الطبري في الكبير (١١٨٦) وانظر التلخيص (٢/٢٨١ - ٢٨٢).

(٣) الخيري هو بخاء معجمة مكسورة ثم ياء ساكنة بنقطتين من تحت ثم راء مهملة مشددة نبت طيب الريح مأخوذ من الخير وهو الكرم.

وعن الشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ: أنه أشرف وألطف مما يغلي فيه الورد والبنفسج، لتشرب السَّمْسَمِ ما بينهما وهي الطيبة المقصودة منهما.

ومنه: دهن ألبان، نقل الإمام عن نص الشافعي - رضي الله عنه - أنه ليس بطيب، وكذا البان نفسه، وهذا ما أورده المصنف، وأطلق الأكترون القَوْلَ، بأن كل واحد منهما طيب، ويشبه أن لا يكون هذا خلافاً محققاً، بل الكلامان محمولان على توسط، حكاها صاحب «المهذب» و«التهذيب» وهو أن دهن البان المنشوش وهو المغلي في الطيب طيبٌ، وغير المنشوش ليس بطيب<sup>(١)</sup>.

الثانية: لو أكل طعاماً فيه زعفران أو طيبٌ آخر، واستعمل مخلوطاً بالطيب لا بجهة الأكل، نظر إن استهلك الطيب فيه، فلم يبق له ريحٌ ولا طعم ولا لون لم تجب الفدية، وإن ظهرت هذه الأوصاف فيه وجبت الفدية، وإن بقيت الرائحة وحدها فكذا، لأنها الغرض الأعظم من الطيب، وإن بقي اللون وحده فطريقان:

أظهرهما: وبه قال ابنُ سُرَيْجٍ، وابنُ سَلَمَةَ أن المسألة على قولين:

أحدهما - وهو ظاهر ما نقله المزني -: أن الفدية تجب؛ لبقاء بعض الأوصاف كما لو بقي الريح.

وأصحهما: عند المعظم أنها لا تجب؛ لأن اللون ليس بالمقصود الأصلي منه، بل هو زينة، وأيضاً فإن مجرد اللون لو اقتضى الفدية لوجب الفدية في المعصفر.

والطريق الثاني - وبه قال أبو إسحاق -: القطع بالقول الثاني، والصائرون إليه انقسموا إلى مغلط للمزني، وإلى حامل لما نقله على ما إذا بقي الريح مع اللون.

ولو بقي الطعم وحده فطريقان:

أظهرهما - وبه قال القفال -: أنه كالريح.

والثاني - وبه قال الشيخ أبو مُحَمَّدٍ -: أنه كاللون فيجيء فيه الطريقان.

ولو أكل الخلنجين، فينظر في استهلاك الورد فيه وعدمه، ويخرج على هذا التفصيل. فإن قلت: قد عرفت ما حكيت، لكني إذا نظرت في حكم المصنف بلزوم الفدية في تناول الخبيص المزعفر سبق إلى فهمي أنه اكتفى ببقاء اللون المجرد للزوم الفدية على خلاف ما ذكرت أنه الأصح، فهل هو كذلك أم لا؟

(١) قال النووي: وفي كون دهن الأترج طيباً وجهان حكاهما الماوردي والرويانى وقطع الدارمي: بأنه طيب. ينظر الروضة ٤٠٧/٢.

فأقول: ليس في لفظ الكتاب ما يقتضي التصوير في بقاء اللون وحده، بل يتناول الخبيص المزعفر وأنصبغ اللسان به يشتمل ما إذا بقيت الرائحة مع اللون، وما إذا لم يبق، فيحمل اللفظ على الحالة الأولى، لئلا يخالف جوابه الأصح عند الجمهور وفيهم الإمام، ويؤيده أنه قال عقيبه: لدلالة اللون على بقاء الرائحة، ولو كان التصوير في بقاء اللون وحده لما انتظم دعوى دلالة على بقاء الرائحة، وعلى كل حال فقولُه: (لزمته الفدية) مُعَلِّمٌ بالحاء، لأن أبا حنيفة - رحمه الله - لا يوجب الفدية بأكل الطيب أصلاً.

الثالثة: لو خفيت رائحة الطيب، أو الثوب المطيب بمرور الزمان عليها أو بغيره، وغيره، نظر إن كان بحيث لو أصابه الماء فاحت الرائحة منه لم يجز استعماله، فإن بقي اللون فقد قال الإمام - رحمه الله -: فيه وَجْهَانِ مَبْنِيَانِ عَلَى الْخِلَافِ الْمَذْكُورِ فِي أَنْ مَجْرَدَ اللَّوْنِ هَلْ يَعْتَبَرُ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَعْتَبَرُ، وَحَكِي أَيْضاً تَرَدُّداً لِلأَصْحَابِ فِيمَا إِذَا انْغَمَرَ قَدْرٌ مِنَ الطَّيْبِ، فِي الْكَثِيرِ مِمَّا لَيْسَ بِطَيِّبٍ كَمَا وَرَدَ انْمَحَقٌ فِي مَاءٍ كَثِيرٍ.

منهم: من قال: تجب الفدية باستعماله لاستيقان اتصال الطيب به، وكون الرائحة مغمورة لا زائلة.

ومنهم من قال - وهو الأصح -: لا تجب الفدية لِفَقْدِ الرَّائِحَةِ وَفَوَاتِ مَقْصُودِ التَّطْيِيبِ، فَلَوْ انْغَمَرَ الرَّائِحَةُ وَلَكِنْ بَقِيَ الطَّعْمُ أَوْ اللَّوْنُ فِيهِ الْخِلَافُ السَّابِقُ.

قال الغزالي: وَمَعْنَى الْأَسْتِعْمَالِ الْإِصَاقُ بِالْبَدَنِ أَوْ الثُّوبِ، فَإِنْ عَبَقَ بِهِ الرِّيحُ دُونَ الْعَيْنِ بِجُلُوسِهِ فِي حَانُوتِ عَطَّارٍ أَوْ فِي بَيْتٍ يُجَمَّرُ سَاكِنُوهُ فَلَا فِدْيَةَ، وَلَوْ أَخْتَوَى عَلَى مَجْمَرَةٍ لَزِمَتِ الْفِدْيَةَ، وَلَوْ مَسَّ جِزْمَ الْعُودِ فَإِنْ عَبَقَ بِهِ رَائِحَتُهُ فَقَوْلَانِ، وَلَوْ حَمَلَ مِسْكَاً فِي قَارُورَةٍ مُصَمَّمَةِ الرَّأْسِ فَلَا فِدْيَةَ، وَإِنْ حَمَلَهُ فِي قَارَةٍ غَيْرِ مَشْفُوقَةٍ فَوَجْهَانِ، وَلَوْ طَيَّبَ فِرَاشَهُ وَنَامَ عَلَيْهِ حَرَمٌ.

قال الرافعي: الأمر الثاني: الاستعمال، وهو أن يلمص الطيب ببذنه، أو ملبوسه على الوجه المعتاد في ذلك الطيب، فلو طيب جزءاً من بدنه بغالية، أو مسك مسحوق أو ماء ورد لزمته الفدية.

وعن أبي حنيفة - رحمه الله -: أن الفدية التامة إنما تلزم إذا طيب عضو، أو رُبِعَ عَضْوٍ فَإِنْ طَيَّبَ أَقْلَ مِنْهُ لَمْ يَلْزَمْهُ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَتَّفِقَ الْإِصَاقُ بِظَاهِرِ الْبَدَنِ، أَوْ بَاطِنِهِ كَمَا لَوْ أَكَلَهُ أَوْ احْتَقَنَ بِهِ أَوْ اسْتَعَطَّ، وَقِيلَ: لَا تَجِبُ الْفِدْيَةُ فِي الْحَقْنَةِ وَالسَّعُوطِ، ثُمَّ فِي الْفَصْلِ صُور:

إحداها: لو عَبَقَ بِهِ الرِّيحُ دُونَ الْعَيْنِ بِأَنْ جَلَسَ فِي حَانُوتِ عَطَّارٍ، أَوْ عِنْدَ الْكَعْبَةِ

وهي تخمر<sup>(١)</sup> أو في بيت يخمر ساكنوه فلا فدية، لأن ذلك لا يسمى تطيباً، ثم إن قصد الموضع لا لاشتتام الرائحة لم يُكره، وإن قصده لاشتتامها كره على أصح القولين. وعن القاضي حسين - رحمه الله - أن الكراهة ثابتة لا محالة، والخلاف في وجوب الفدية. ولو احتوى على مجمرة فتبخّر بالعود بدنه، أو ثيابه لزمته الفدية، لأن هذا طريق التطيب منه، وعن أبي حنيفة أنه لا فدية فيه.

ولو مسّ طيباً فلم يعلق بيده شيء من عينه، ولكن عبقّت به الرائحة، فهل تلزمه الفدية؟ فيه قولان:

أحدهما: لا، وهو منقول المُرزني؛ لأن الرائحة قد تحصل بالمُجاورة من غير مُماسة، فلا اعتبارَ بها.

والثاني: ويروى عن «الإملاء»، نعم؛ لأن المقصود الرائحة وقد عبقّت به، وذكر صاحب العدة وغيره، أن هذا أصح القولين، وكلام الأكثرين يميل إلى الأول.

الثانية: لو شدّ المسك أو العنبر أو الكافور في طرف ثوبه أو وضعت المرأة في جيبها أو لبست الحليّ المحشو بشيءٍ منها وجبت الفدية، فإن ذلك طريق استعمالها، ولو شمّ الورد فقد تطيب به، ولو شم ماء الورد فلا، بل الطريق فيه أن يصبّه على بدنه، أو ثيابه، ولو حمل مسكاً أو طيباً آخر في كيس، أو خرقة مشدودة، أو قارورة مصممة الرأس، أو حمل الورد في ظرف فلا فدية، لأنه لم يستعمل الطيب، حكى ذلك عن نصه في «الأم» وحكى الزويتاني وغيره فيه وجهاً، أنه إن كان يشم قصداً لزمه الفدية وإن حمل مسكاً في كيس أو خرقة غير مشقوقة فوجهان:

أحدهما - وبه قال الفقهاء -: تجب الفدية وحمل الفارة تطيب.

وأصحهما: وبه قال الشيخ أبو حامد: لا تجب: نفس الفارة، ليس بطيب، وإنما الطيب المسك، وبينه وبينه حائل، فأشبه صورة القارورة أي المصممة.

ولو كانت الفارة مشقوقة، أو القارورة مفتوحة الرأس، فقد قالوا بوجوب الفدية، وليس ذلك واضحاً من جهة المعنى، فإنه لا يعد ذلك تطيباً.

الثالثة: لو جلس على فراش مطيب، أو أرض مطيبة ونام عليهما مفضياً ببدنه أو ملبوسه إليهما لزمته الفدية، وجعل ملاقاته بمثابة لبس الثوب المطيب، كما تجعل ملاقة الشيء التنجس بمثابة لبس الثوب النجس، فلو فرش فوقه ثوباً ثم جلس، أو نام لم تجب الفدية، لكن لو كان الثوب رقيقاً كره، ولو داس بنعله طيباً لزمته الفدية لأنها ملبوسة له.

(١) والتخمير: التبخير، المصباح المنير (١/١٤٩).

قال الغزالي: وَأَمَّا الْقَصْدُ فَلَاخْتِرَازُ بِهِ عَنِ النَّاسِي إِذْ لَا فِدْيَةَ عَلَيْهِ، وَكَذَا إِذَا جَهَلَ كَوْنَ الطَّيْبِ مُحَرَّمًا، وَلَوْ عَلِمَ أَنَّهُ طَيِّبٌ وَلَمْ يَعْلَمْ أَنَّهُ يَغْتَبَقُ بِهِ لَزِمَتِ الْفِدْيَةُ، وَلَوْ أَلْقَى عَلَيْهِ الرِّيحُ طَيِّبًا فَلْيَبَادِرْ إِلَى غُسْلِهِ فَإِنْ تَوَانَى لَزِمَتَهُ الْفِدْيَةُ.

قال الرافعي: الأمر الثالث كون الاستعمال عن قصد، فلو تطيب ناسياً لإحرامه أو جاهلاً بتحريم الطيب لم تلزمه الفدية، وعذر، كما لو تكلم ناسياً في الصلاة، أو أكل ناسياً فيس الصوم، وقد روى: «أن رجلاً أتى النبي ﷺ وعليه جُبَّةٌ وهو متضمنخ بالخلوق، فقال: إني أحرمت بالعمرة وهذه عليّ فقال ﷺ ما كنت تصنع في حَجَّتِكَ، قال: كنت أنزع هذه، وأغسل هذا الخلوق، فقال ﷺ: «مَا كُنْتُ صَانِعاً فِي حَجِّكَ فَاصْنَعْ فِي عُمْرَتِكَ»<sup>(١)</sup>.

ولم يوجب عليه الفدية لِجَهْلِهِ، وعند مالك وأبي حنيفة والمزني - رحمهم الله - تجب الفدية عَلَى النَّاسِي وَالْجَاهِلِ.  
وعن أحمد - رحمه الله - روايتان.

وإن علم تحريم الاستعمال وجهل وجوب الفدية لزمته الفدية، فإنه إذا عَلِمَ بالتحريم فحقه الامتناع.

ولو علم تَحْرِيمَ الطَّيْبِ، وجهل كَوْنَ الْمَنْسُوسِ طَيِّبًا، فجواب الأكثرين أنه لا فدية؛ لأنه إذا جهل كون ذلك الشيء طيباً فقد جهل تحريم استعماله، وحكى الإمام مع ذلك وجهاً آخر أنها تجب. ولو مس طيباً رطباً وهو يظن أنه يابس لا يعلق به شيء منه، ففي وجوب الفدية قولان:

أحدهما: تجب؛ لأنه قصد التطيب مع العلم بِكَوْنِهِ طَيِّبًا.

والثاني: لا تجب لِجَهْلِهِ بكونه طيباً، كم لو جهل كونه طيباً، وبالقول الأول أجاب صاحب الكتاب، وَرَجَّحَهُ الْإِمَامُ - رحمه الله - وغيره، ولكن طَائِفَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ رَجَّحُوا الثَّانِي. وذكر صاحب «التهديب» أنه القول الجديد، - والله أعلم -.

ومتى لصق الطيب ببدنه أو ثوبه على وجه لا يوجب الفدية بأن كان ناسياً، أو ألقته الرِّيحُ عَلَيْهِ، فعليه أن يبادر إلى غُسْلِهِ وتنحيته، أو معالجته بما يقطع رائحته، والأولى أن يأمر غيره به، وإن باشره بنفسه لَمْ يَضُرْ<sup>(٢)</sup>؛ لأن قصده الإزالة، فإن تواني

(١) أخرجه البخاري (١٥٣٦، ١٧٨٩، ١٨٤٧، ٤٣٢٩، ٤٩٨٥) ومسلم (١١٨٠).

(٢) محل كون الأولى أن يأمر غيره أن يكون الغير حلالاً متبرعاً كما نبه عليه الزركشي. وقال في الخادم: أيضاً قالوا: إذا كان محدثاً ومعه من الماء ما لا يكفي الوضوء والطيب غسل به الطيب =

فيه، ولم يزل مع الإمكان فعلية الفدية، فإن كَانَ زَمِيناً لا يقدر على الإزالة فلا فدية عليه، كما لو أكره على التطيب، قاله في «التهديب»<sup>(١)</sup> - والله أعلم -.

قال الغزالي: **التَّوْعُ الثَّلَاثُ تَرْجِيلُ شَعْرِ الرَّأْسِ وَاللَّحْيَةِ بِالذَّهْنِ مُوجِبٌ لِلْفِدْيَةِ وَلَوْ دَهَنَ الْأَصْلَعُ رَأْسَهُ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ الشَّعْرُ مَخْلُوقاً فَوْجَهَانِ.**

قال الرافعي: حكم الدهن المطيب قَدْ مَرَّ.

وأما غير المطيب: كالشيرج، ودهن الجوز، واللوز وفي معناها السمن والزبد فلا يجوز استعماله في الرأس واللحية، لما فيه من ترجيل الشعر وتزيينه، والمحرم منعت بالشعث الذي يُضَادُ ذَلِكَ. ولو كان أقرع أو أصلع فدهن رأسه أو أمرّد فدهن ذقنه فلا فدية عليه، إذ ليس فيه تزيين شعر. وإن كان مخلوق الرأس فوجهان:

أحدهما: ويروى عن المزني: أنه لا فدية إِذْ لَا شَعْرٍ.

وأصحهما: الوجوب، لتأثيره في تحسين الشعر الذي ينبت بَعْدَهُ.

ويجوز تدهين سائر البدن شعره، وبشْرْتُهُ فإنه لا يقصد تحسينه وتزيينه، ولا فرق بين أن يستعمل الدهن في ظاهر البدن، أو باطنه.

ولو كان على رأسه شجة فجعل الدهن في داخلها، فلا شيء عليه.

وعن مالك أنه إذا استعمل الدهن في ظاهر بدنه فعليه الفدية.

وعند أبي حنيفة إذا استعمل الزيت والشيرج وجبت الفدية، سواء استعمل في رأسه أو في لحيته، أو في سائر بدنه إلا أن يداوي به جُرْحَهُ، أو شقوق رِجْلَيْهِ، وهذه إحدى الروايتين عن أحمد.

**والثانية:** وهي الأصح: أن استعمالها لا يوجب الفدية، وإن كان في شعر الرأس واللحية فيجوز أن يعلم قوله في الكتاب: (يوجب الفدية) بالألف لهذه الرواية.

وقوله: (ترجيل شعر الرأس واللحية) يشعر بتخصيص المنع بتدهين الشعر حتى لا

= لأن للوضوء بدلاً وغسل الطيب لا بدل له. قال صاحب الوافي: وعندني الأولى أن يتوضأ به ثم عله لكن المنقول عن النص يوافق قول الجمهور. قال الشيخ البلقيني حاكياً عن نص «الأم» ما نصه: ومن أمكنه الماء غسله فلو وجد ماء قليلاً إن غسله به لم يكفه لوضوئه غسله به وتيمم؛ لأنه مأمور بغسله ولا رخصة له في تركه إذا قدر على غسله، وهذا مرخص له في التيمم إذا لم يجد ماء. خ ك.

(١) قال النووي: ولو لصق به طيب يوجب الفدية لزمه أيضاً المبادرة إلى إزالته. ينظر الروضة (٢/ ٤٠٩).

يمنع من تدهين المواضع التي لا شَغَرَ عليها من الرأس، وقد صَرَّحَ المزنِي في «المختصر» بهذا المفهوم، لكن قال المَسْعُودِي في الشَّرْح: ليس الأمر على ما قاله المَزْنِي، بل هو منهي عن استعمال الدهن في الرأس والوجه كله، وإن لم يكن عليه شَغْر؛ لأنه موضع الشَّغْرِ، لكن بشكل هذا بما سبق في الأَفْرَع والأَمْرَد.

قال الغزالي: وَلَا يُكْرَهُ فِي الْجَدِيدِ الْغَسْلُ وَلَا غَسْلُ الشَّعْرِ بِالسُّدْرِ وَالْخَطْمِيِّ، وَلَا بَأْسَ بِالِاتِّخَالِ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ طِيبٌ، وَفِي إِحْقَاقِ الْخِضَابِ لِلشَّعْرِ بِالتَّرْجِيلِ تَرَدُّدٌ.

قال الراجعي: في الفصل صور:

إحداها: يجوز للمُحْرِم أن يَغْتَسِلَ، ويدخل الحَمَام ويزيل الدَّرَن عن نَفْسِهِ، لما روى عن أبي أيوب - رضي الله عنه -: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يَغْتَسِلُ، وَهُوَ مُحْرَمٌ»<sup>(١)</sup> «وَدَخَلَ ابْنُ عَبَّاسٍ - رضي الله عنهما - حَمَامَ الْجُحْفَةِ مُحْرِمًا، وَقَالَ: إِنَّ اللَّهَ - تَعَالَى - لَا يَغْبَأُ بِأَوْسَاخِكُمْ شَيْئًا»<sup>(٢)</sup>. هل يكره ذلك؟ المشهور: أنه لا يُكْرَهُ.

وحكى الحنَّاطِيُّ والإمام: قَوْلًا عن القديم: أَنَّهُ يُكْرَهُ.

الثانية: يستحب أن لا يُغْسِلَ رَأْسَهُ بِالسُّدْرِ وَالْخَطْمِيِّ؛ لما فيه من التزيين، لكنه جائز لا فدية فيه بخلاف التدهين، فإنه يؤثر في التنمية مع التزيين.

وإذا غسل رأسه فينبغي أن يرفق في الدَّلِكِ حتى لا يتفق شَغْرُهُ، ولم يذكر الإمام ولا المصنف في «الوسيط» خلافاً في كراهة غسله بالسُّدْرِ وَالْخَطْمِيِّ، لكن الحنَّاطِيُّ حكى القول القديم فيه أيضاً، فيجوز أن يعلق قوله: (ولا يكره في الجديد) بالمسألتيْن إتياناً للخلافِ فيهما.

الثالثة: لا يجوز أن يَكْتَحِلَ بِكُحْلِ فِيهِ طِيبٌ.

وعن أبي حنيفة - رحمه الله - جوازه، وما لا طِيبَ فيه يجوز الاتِّخَالُ به، ثم منقول المزنِي أنه لا بَأْسَ بِهِ، وعن «الإملاء» أنه يُكْرَهُ، وتوسط المتوسطون فقالوا: إن لم يكن فيه زينة كالتوتيا الأبيض لم يكره الاتِّخَالُ به، وإن كان فيه زينة كالإثمد فيكره إلا لِحَاجَةِ الرَّمَدِ، ونحوه. الرابعة: روى الإمام عن الشَّافِعِيِّ - رضي الله عنه - اختلاف قولٍ في وجوب الفدية إذا خضب الرجل لِخَيْتِهِ. وعن الأصحاب طُرُقاً في مأخذه.

أحدها: التردد في أن الحِئَاءَ هل هو طيب، وهذا غريب، والأصحاب قاطعون بأنه ليس بِطِيبٍ على ما مرُّ.

(١) أخرجه البخاري (١٨٤٠) ومسلم (١٢٠٥).

(٢) أخرجه الشافعي، والبيهقي (٦٣/٥) بإسناد فيه ابن أبي يحيى.

والثاني: أن من يختضب قد يتخذ لموضع الخضاب غلاباً يحيط به، فهل يلحق ذلك بالملبوس المعتاد؟ وقد سبق الخلاف فيه.

والثالث: هو الأظهر: أن الخضاب تزيين للشعر، فتردد القول في التحاقه بالترجيل بالدهن، والظاهر أنه لا يلتحق به، ولا تجب الفدية في خضاب اللحية، ثم قال الإمام على المأخذ الأول: لا شيء على المرأة إذا خضبت يدها بعد الإحرام، وعلى الثاني والثالث يجري التردد أما على الثاني فظاهر.

وأما على الثالث فاشبه الغلاف بالقفازين، وقد عرفت من قبل خضابها يديها، وخضاب الرجل شعر الرأس. ويجوز للمحرم أن يفتصد، ويختجم ما لم يقطع شعراً ولا بأس بنظره في المرأة. وعن الشافعي - رضي الله عنه - أنه كرهه في بعض كتبه<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي: النُّوعُ الرَّابِعُ التَّنْظُفُ بِالْحَلْقِ، وَفِي مَعْنَاهُ الْقَلْمُ، وَتَجِبُ بِهِ الْفِدْيَةُ سِوَاءَ أَبَانَ الشَّعْرَ بِإِحْرَاقٍ أَوْ تَتْفٍ أَوْ غَيْرِهِ مِنْ رَأْسِهِ أَوْ مِنَ الْبَدَنِ، وَلَوْ قَطَعَ يَدَ نَفْسِهِ وَعَلَيْهِ شَعْرَاتٌ فَلَا فِدْيَةَ، وَلَوْ أَمْتَشَطَ لِحْيَتَهُ فَأَتَتْ شَعْرَاتٌ لَزِمَتِ الْفِدْيَةَ، وَإِنْ شَكَّ فِي أَنَّهُ كَانَ مُتَسَلِّماً فَأَنْفَصَلَ أَوْ اتَّيَّفَ بِالْمُشْطِ فَفِي الْفِدْيَةِ قَوْلَانِ لِمُعَارَضَةِ السَّبَبِ الظَّاهِرِ أَضْلُ الْبِرَاءَةِ.

قال الرافعي: حلق الشعر قبل أو إن التحلل محظور، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَخْلِقُوا رُؤُوسَكُمْ﴾<sup>(٢)</sup> الآية، وتتعلق به الفدية، فإن الله تعالى أوجب الفدية على المغدور في الحلح حيث قال تعالى: ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضاً أَوْ بِهِ أذى مِنْ رَأْسِهِ﴾<sup>(٣)</sup> الآية، وإذا وجبت الفدية على المغدور فعلى غير المغدور أولى<sup>(٤)</sup>، ولا فرق بين شعر الرأس والبدن. أما شعر الرأس فمَنْصُوصٌ عَلَيْهِ.

وأما غيره فالتنظيف والترفة في إزالته أكثر. وذكر المحاملي أن في رواية عن مالك

(١) قال النووي: المشهور من القولين: أنه لا يكره، ويجوز للمحرم إنشاد الشعر الذي يجوز للحلال إنشاده. والسنة: أن يلبد رأسه عند إرادة الإحرام، وهو أن يعقص شعره، ويضرب عليه الخطمي، أو الصمغ، أو غيره ما لدفع القمل وغيره، وقد صحت في استحبابه الأحاديث، واتفق أصحابنا عليه وصرحوا باستحبابه. ونقله صاحب «البحر» أيضاً عن الأصحاب.

(٢) سورة البقرة، الآية ١٩٦. (٣) سورة البقرة، الآية ١٩٦.

(٤) الآية تدل على التحريم في شعر الرأس فقسنا عليه شعر سائر الجسد، وكذلك إزالة الظفر أيضاً لما فيهما من الترفه، وعبر في «المحرر» بحلق الشعر وقلم الظفر، وتعبير الكتاب أولى. قال في «الدقائق»: لأن إزالة الشعر تناول الحلق والتصف والإحراق والقص والإزالة بالنورة، وكذلك أيضاً إزالة الظفر تناول القلم والكسر وغيرهما. ومراد المصنف هنا بالإزالة إنما هو إزالتها من نفسه كما تقدمت الإشارة إليه، واعلم أن إزالة الشعرة الواحدة حرام أيضاً، وهو لا يؤخذ من كلامه هنا لتعبيره بالشعر.



لا تتعلق الفِذْيَةُ بشعر البدن. والتقصير كالحلق، كما أنه في معناه عند التحلل وقلم الأظفار كحلق الشعر، فإنها تزال للتنظيف والترفيه، وليس الحكم في الشعر منوطاً بخصوص الحلق، بل بالإزالة والإبانة فيلحق به التثف والإخراق وغيرهما، وكذلك يلحق بالقلم الكسر والقلع.

ولو قطع يده أو بعض أصابعه وعليها الشعر والظفر فلا فِذْيَةٌ عَلَيْهِ، لأن الشعر والظفر تابعان هاهنا غير مقصودين بالإبانة، وعلى هذا القياس لو كشط جلدة الرأس فلا فِذْيَةٌ عَلَيْهِ، والشعر تابع وشبه ذلك بما لو كانت تحته امرأتان صغيرة وكبيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة يبطل النكاح، ويجب المهر<sup>(١)</sup> ولو قتلها لا يجب المهر؛ لأن البضع تابع عند القتل غير مقصود، ولو أمتشط لحيته فانتفت شعيرات فعليه الفِذْيَةُ، وإن شك في أنه كان منسلاً فأنفصل أو أنتفت بالمشط، فقد حكى الإمام وصاحب الكتاب في وجوب الفدية قولان، وقال الأكثرون: فيه وجهان:

أحدهما: أنها تجب؛ لأن الأصل بقاؤه ثابتاً إلى وقت الامتشاط، ولأنه سبب ظاهر في حصول الإبانة، فيضاف إليه كما أن الإجهاض يضاف إلى الضرب.

وأصحهما: أنها لا تجب؛ لأن التثف لم يتحقق، والأصل براءة الذمة عن الفِذْيَةِ.

قال الغزالي: وَيَكْمُلُ الدَّمُ فِي ثَلَاثِ شَعْرَاتٍ، وَفِي الْوَاحِدَةِ مَدٌّ فِي قَوْلٍ، وَذَرَاهِمٌ فِي قَوْلٍ، وَثَلَاثُ دَمٍ فِي قَوْلٍ، وَدَمٌ كَامِلٌ فِي قَوْلٍ.

قال الرافعي: ستعرف في باب الدماء فدية الحلق، وأن إراقة الدماء إحدى خصالها، ولا يعتبر في وجوبها تامة حلق جميع الرأس، ولا قلم جميع الأظفار بالإجماع، ولكن يكمل الدم في حلق ثلاثة شعرات، وقلم ثلاثة أظفار من أظفار اليد والرجل، سواء كانت من طرف واحد، أو من طرفين خلافاً لأبي حنيفة - رحمه الله - حيث قال: لا يكمل الدم حتى يخلق ربع الرأس، أو يقلم خمسة أظفار من طرف واحد، ولمالك - رضي الله عنه - حيث قال: لا يكمل بحلق ثلاث شعرات، وإنما يكمل إذا حلق من رأسه القدر الذي يحصل به إمطة الأذى، ولأحمد - رحمه الله - حيث قدر في رواية بأربع شعرات، والرواية الثانية عنه مثل مذهبتنا.

لنا أن المفسرين ذكروا في قوله تعالى: ﴿فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضاً أَوْ بِهِ أَذًى مِنْ رَأْسِهِ فَفَدِيَةٌ﴾<sup>(٢)</sup> أن المعنى فحلق فِذْيَةٌ.

(١) ما ذكره من وجوب المهر هو قول مخرج، والصحيح المنصوص أن الواجب على المرضعة إنما هو نصف المسمى كما ذكره الشيخ في باب الرضاع.

(٢) سورة البقرة، الآية ١٩٦.

ومن حلق ثلاث شعرات فقد حلق، وهذا إذا حلقها دفعة واحدة في مكان واحد، فإن فرّق زماناً، أو مكاناً فسيأتي في النوع السادس حكمه. وإن اقتصر على حلق شعرة واحدة أو شعرتين ففيه أقوال:

**أظهرها:** وهو الذي ذكره في أكثر كتبه أن في شعرة مداً من طعام، وفي شعرتين مُدَّين<sup>(١)</sup>؛ لأن تبعض الدم عسر، والشُرْعُ قد عدل الحيوان بالطعام في جزاء الصيد وغيره، والشُعْرَةُ الْوَاحِدَةُ هِيَ النَّهْيَةُ فِي الْقِلَّةِ، والمد أقل ما وجب في الكفارات فقبولت به.

**والثاني:** في شعرة دِرْهَم، وفي شعرتين دِرْهَمَيْنِ؛ لأن تبعض الدم عسير، وكان الشاة تقوم في عهد رسول الله ﷺ بثلاثة دراهم تقريباً، فاعتبرت تلك القيمة عند الحاجة إلى التوزيع.

**والثالث:** رواه الحميدي عن الشافعي: في شعرة ثلث دم، وفي شعرتين ثلثا دم، تقسيطاً للواجب في الشعرات الثلاث على الأحاد، وقد ذكر أن هذا القول منقول في تزك الحصة والحصاتين، فخرج هاهنا، وذكر في القول الثاني مثله.

**الرابع:** حكاه صاحب «التقريب» وغيره أن الشعرة الواحدة تقابل بدم كامل، وهو اختيار الأستاذ أبي طاهر، ووجهه بأن محظورات الإحرام لا تختلف بالقلة والكثرة، كما

(١) اعلم أن هذه المسألة من المسائل المهمة المشككة، وقل من تظن لسرها. وذلك لأن من حلق أو قلم ثلاثة فصاعداً فإنه مخير بين إراقة دم وإخراج ثلاثة أصع وصيام ثلاثة أيام كما ستعرفه فهلا ذكروا التخيير في هذه المسألة؟ وكيف جازت الأقوال التي أشار إليها المصنف وصرح بها غيره؟ فنقول: قد تقرر أنه يتخير في إزالة الثلاث بين الخصال الثلاث التي ذكرناها، فإذا قلم ظفراً أو حلق شعرة، فإنه يتخير أيضاً بين الثلاثة المذكورة، فإن اختار الصيام صام يوماً واحداً جزءاً، وإن اختار الطعام أخرج صاعاً جزءاً أيضاً، وإن اختار الدم فهو محل الأقوال:

أحدها: يجب في ثلث الدم عملاً بالتقسيط، وهي أقيس الأقوال كما قاله القاضي الحسين والمتولي.

**والثاني:** يجب درهم؛ لأن تبعض الدم تحقير، وكانت الشاة تقوم في عهد رسول الله ﷺ بثلاثة دراهم تقريباً، فاعتبرت تلك القيمة عند الحاجة إلى التوزيع.

قال في شرح المذهب: وما قالوه من التقويم بالثلاثة مجرد دعوى لا أصل لها.

**الثالث:** وهو الأظهر كما قاله الرافي. قال: ونص عليه الشافعي في أكثر كتبه أنه يجب مد، لأن التبعض فيه عسير كما تقدم، والشرع قد عدل الحيوان بالطعام في جزاء الصيد وغيره، والشعرة الواحدة هي النهاية في القلة، والمد أقل ما وجب في الكفارات فقبولت به، وما ذكرته في تصوير هذه المسألة رأيت لصاحب «البيان» في كتابه المسمى: «بالمسؤول عما في المذهب من الإشكال» قاله في الخادم.

في الطَّيِّبِ وَاللِّبَاسِ، فإذا عرفت ما ذكرناه أعملت قوله: (في ثلاث شعرات) بالحاء والميم والألف، ولك أن تُعَلِّمَ الحكم في الأحوال الأربعة بالحاء؛ لأنه لا يوجب فيما دون الرُّبْعِ شيئاً مقدراً، وإنما يوجب صدقة، وأن تُعَلِّمَ قوله: (ودرهم في قول) بالواو؛ لأن من الأصحاب من لم يثبت قولاً للشافعي، وادعى أنه ذكره حكاية عن مذهب عطاء، والخلاف في الشَّعْرَةَ والشَّعْرَتَيْنِ جَارٍ فِي الظُّفْرِ وَالظُّفْرَيْنِ.

ولو قلم دون القدر المعتاد كان كما لو قصر الشعر.

ولو أخذ من بعض جوانبه ولم يأت على رأس الظفر فقد قال الإمام: إن قلنا: يَجِبُ فِي الظُّفْرِ الواحد ثلث دم، أو درهم، فالواجب فيه ما يقتضيه الحِسَابُ، وإن قلنا: يجب فيه مُدٌّ فلا سبيل إلى تبييضه - والله أعلم -.

قال الغزالي: وَإِنْ حَلَقَ بِسَبَبِ الْأَدَى جَاَزَ وَلَزِمَ الْفِدْيَةَ، وَإِنْ نَبَتَتْ شَعْرَةٌ فِي دَاخِلِ الْجَفْنِ فَلَا فِدْيَةَ فِي تَنْفِئِهَا؛ لِأَنَّ مُؤْذِنَتِهَا كَالصَّيْدِ الصَّائِلِ، وَالنَّسْيَانُ لَا يَكُونُ عُذْرًا فِي الْحَلْقِ وَالْإِتْلَاقَاتِ عَلَى أَظْهَرِ الْقَوْلَيْنِ.

قال الرافعي: مقصود الفصل حكم المَعْدُورِ فِي الْحَلْقِ، والذي سبق كان مع غير المَعْدُورِ، ونعم صور العذر أنه لا يأتى بالحلق، وفي الفدية صور:

إحداها: لو كثرت الهوامُ فِي رَأْسِهِ، أو كانت به جراحة وأحوجه إذا هام إلى الحلق فله ذلك، وعليه الفدية. كان كَعَبُ بَنِ عَجْرَةَ يوقد تحت قدره، والهوام تنثر من رأسه فمر به رسول الله ﷺ فقال: «أَيُّؤْذِيكَ هَوَامُ رَأْسِكَ؟ قَالَ: نَعَمْ، قَالَ فَاحْلِقْ وَأَنْسُكْ بِدَمٍ أَوْ صُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، أَوْ تَصَدَّقْ بِفَرَقٍ مِنَ الطَّعَامِ عَلَى سِتَّةِ مَسَاكِينٍ»<sup>(١)</sup> وَالْفَرَقُ: ثَلَاثَةٌ أَصْعَ، وكذا الحكم لو كَانَ كَثِيرَ الشُّغْرِ، وكان يتأذى بالحَرِّ.

الثانية: لو نبتت شعرة، أو شعرات فِي دَاخِلِ الْجَفْنِ، وكان يتأذى بِهَا فله قَلْعُهَا، ولا فدية عليه؛ لأن التأذي هاهنا من نفس الشعر فهي كَالصَّيْدِ الصَّائِلِ عَلَى الْمُحْرَمِ بخلاف الصورة الأولى.

وعن الشَّيْخِ أَبِي عَلِيٍّ طَرِيقَةٌ أُخْرَى فِي الْمَسْأَلَةِ، وهي تخريج الضَّمَانِ عَلَى وَجْهَيْنِ بِنَاءِ عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِيمَا إِذَا عَمَتِ الْجَرَادُ الْمَسَالِكَ، واضطر إلى وطئها وإتلافها.

ولو طال شَعْرُ حَاجِبِهِ وَرَأْسِهِ وَعَظَى عَيْنَهُ قَطَعَ الْقَدْرَ الْمُغَطِّيَّ، ولا فدية عليه.

(١) أخرجه البخاري (١٨١٤، ١٨١٥، ١٨١٦، ١٨١٧، ١٨١٨، ٤١٥٩، ٤١٩٠، ٤١٩١، ٤٥١٧، ٥٦٦٥، ٥٧٠٠٣، ٦٧٠٨) ومسلم (١٢٠١).

وكذا لو انكسر ظفره وتأذى به قطعة، ولا يقطع معه من الصحيح شيئاً.

الثالثة: ذكرنا أن النسيان يُسْقِطُ الْفِدْيَةَ فِي الطَّيْبِ وَاللَّبَاسِ، وكذلك الحكم فيما عَدَا الْوَطْءِ مِنَ الْاسْتِمْتَاعَاتِ، كَالْقُبْلَةِ وَاللَّمْسِ بِالشَّهْوَةِ، وَلَوْ وَطِئَ نَاسِيًا فِيهِ خِلَافٌ سِيَاتِي، وهل يسقط الْفِدْيَةُ فِي الْحَلْقِ، وَالْقَلَمِ؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، كما في الاستمتاع.

وأصحهما: لا، لأن الإتلافات لا فَرْقَ فِيهَا بَيْنَ الْعَمْدِ وَالْخَطَأِ، كَمَا فِي ضَمَانِ الْأَمْوَالِ، وَهَذَا مَنْصُوصٌ، وَالْأَوَّلُ مُخَرَّجٌ مِنْ أَحَدِ قَوْلَيْهِ فِيمَا إِذَا حَلَقَ الْمُغْمَى عَلَيْهِ، فَإِنَّهُ نَصَّ ثُمَّ عَلَى قَوْلِهِ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَطَعَ بِمَا نَصَّ عَلَيْهِ، وَامْتَنَعَ مِنَ التَّخْرِيجِ، وَفَرَّقَ بَانَ النَّاسِيَّ يَعْقِلُ مَا يَتَعَطَّاهُ بِخِلَافِ الْمُغْمَى عَلَيْهِ، وَالْمَجْنُونُ وَالصَّبِيُّ الَّذِي لَا يُمَيِّزُ كَالْمُغْمَى عَلَيْهِ. ويجوز إعلام قوله: (على أظهر القولين) بالواو، لأنه أجاب بالطريقة المبينة للخلاف. وقوله: (في الحلق والإتلافات) يدخل فيه قتل الصيد، ويقتضي كونه على الخلاف، وهكذا قال الأكثرون، وأشار مشيرون إلى تخصيص الخِلافِ بِالْحَلْقِ، وَالْقَلَمِ وَالْقَطْعِ بِأَنَّهُ لَا أَثَرَ لَهُ فِي قَتْلِ الصَّيْدِ.

قوله: (والنسيان لا يكون عذراً) أراد في إسقاطِ الْفِدْيَةِ، فَأَمَّا الْإِثْمُ فَالنَّسِيَانُ بِسَقَطِهِ كَمَا فِي سَائِرِ الْمَحْظُورَاتِ.

قال الغزالي: وَلَوْ حَلَقَ الْحَلَالُ شَعْرَ الْحَرَامِ بِإِذْنِهِ فَالْفِدْيَةُ عَلَى الْحَرَامِ، وَإِنْ كَانَ مُكْرَهاً وَإِنْ (ج) فَعَلَى الْحَلَالِ، وَإِنْ كَانَ سَاكِناً فَقَوْلَانِ.

قال الرافعي: إذا حلق شعر غيره فإما أن يكون الْحَالِقُ حَرَاماً وَالْمَخْلُوقُ حَلَالاً، أَوْ بِالْعَكْسِ، أَوْ يَكُونَا حَرَامَيْنِ، أَوْ حَلَالَيْنِ.

أما الْحَالَّةُ الْأَخِيرَةُ فَلَا يَخْفَى حُكْمُهَا.

وأما الأولى فلا مَنَعَ مِنْهَا، وَلَا يَجِبُ عَلَى الْحَالِقِ شَيْءٌ، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ، وَأَحْمَدٌ خِلَافاً لِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللَّهُ - حَيْثُ قَالَ: لَيْسَ لِلْمُخْرِمِ أَنْ يَحْلُقَ شَعْرَ غَيْرِهِ، وَلَوْ فَعَلَ فَعَلَيْهِ صَدَقَةٌ. لَنَا أَنَّ هَذَا الشَّعْرَ لَيْسَ لَهُ حُرْمَةٌ الْإِحْرَامِ، فَجَازَ لَهُ حَلْقُهُ كَشَعْرِ الْبَيْهَمَةِ.

وأما: إِذَا حَلَقَ الْحَلَالُ أَوْ الْحَرَامُ شَعْرَ الْحَرَامِ فَقَدْ أَسَاءَ، ثُمَّ يَنْظُرُ إِنْ حَلَقَ بِأَمْرِهِ فَالْفِدْيَةُ عَلَى الْمَخْلُوقِ، لِأَنَّ فِعْلَ الْحَالِقِ بِأَمْرِهِ مُضَافٌ إِلَيْهِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ حَلَفَ أَنْ لَا يَخْلُقَ رَأْسَهُ فَأَمَرَ غَيْرَهُ فَحَلَقَ حَنْثٌ فِي يَمِينِهِ، وَلَئِنْ يَدُهُ ثَابِتَةٌ عَلَى الشَّعْرِ، وَهُوَ مَأْمُورٌ بِحِفْظِهِ. إِمَّا عَلَى سَبِيلِ الْوَدِيعَةِ أَوْ الْعَارِيَةِ كَمَا سَيَأْتِي، وَكِلَاهُمَا إِذَا تَلَفَ فِي يَدِهِ بِأَمْرِهِ يَضْمَنُ. إِنْ حَلَقَ لَا بِأَمْرِهِ، فَيَنْظُرُ إِنْ كَانَ نَائِماً أَوْ مَكْرَهاً أَوْ مُغْمَى عَلَيْهِ، ففیه قولان:

أصحهما: أن الفدية على الحَالِقِ، وبه قال مَالِكٌ وأحمدُ - رحمهما الله - لأنه الْمُقَصِّرُ، ولا تقصير من المَخْلُوقِ، وهذا ما أورده في الكِتَابِ.

والثاني: وبه قال أبو حنيفة - رحمه الله -: أنها على المخلوق واختاره المُزَنِّي - رحمه الله -: لأنه المرتفق به، وقد ذكر المُزَنِّي أن الشَّافِعِي - رضي الله عنه - قد خط على هذا القول، لكن الأصحاب نقلوه عن البويطي، ووجدوه غير مخطوط عليه، وبنوا القولين على أن استحفاظ الشُّعْرِ في يد المحرم جَارِ مجرى الوَدِيعَةِ، لا مَجْرَى العَارِيَةِ وفيه جوابان. إن قلنا بالأول فالفدية على الحَالِقِ، كما أن ضمان الوَدِيعَةِ عَلَى الْمُتَلَفِ دُونَ المودع. وإن قلنا بالثاني، وجبت على المَخْلُوقِ وجوب الضَّمَانِ عَلَى المُسْتَعِيرِ قالوا: والأول أظهر؛ لأن العَارِيَةَ هي التي يمسكها لمنفعة نفسه، وقد يريد المحرم الإزالة دون الإمْسَاكِ، وأيضاً فإنه لو احترق شَعْرُهُ بتطير الشَّرَرِ، ولم يقدر على التطفية لا فدية عليه، ولو كان كالمستعير لوجبت عليه الفِدْيَةُ.

التفريع: إن قلنا: الفدية على الحَالِقِ، نظر إن فدى قَدَاك، وإن امتنع مع القدرة فهل للمخلوق مطالبته بِإِخْرَاجِهَا؟ فيه وجهان، وجواب الأكثرين أن له ذلك بناء على أن المُخْرِمَ كالمُودِعِ، والمودع خَصْمٌ فِيمَا يُؤْخَذُ منه، ويتلف في يديه.

ولو أخرج المخلوق الفدية بإذن الحالق جاز، أو بِغَيْرِ إِذْنِهِ لا يَجُوزُ في أَصَحِّ الوجهين، وبه قال ابْنُ القَطَّانِ وَأَبُو عَلِيٍّ الطَّبْرِي: كما لو أخرجها أَجْنَبِي بِغَيْرِ إِذْنِهِ، وإن قلنا: إن الفِدْيَةَ على المَخْلُوقِ، فينظر إن فدى بالهَدْيِ أو الإطعام رَجَعَ بِأَقْلِ الأمرين من الطَّعَامِ، أو قيمة الشاة على الحَالِقِ، وَلَا يرجع بِمَا زَادَ؛ لأن الفِدْيَةَ على التَّخْيِيرِ، وهو مُتَطَوِّعٌ بِالزِّيَادَةِ، وإن فدى بالصَوْمِ فَهَلْ يَرْجِعُ؟ فيه وجهان:

أظهرهما: لا، وعلى الثاني بم يرجع؟ فيه وجهان.

أظهرهما: بثلاثة أمدادٍ مِنَ طَعَامٍ، لأن صَوْمَ كُلِّ يَوْمٍ مُقَابِلٌ بمد.

الثاني: بما يرجع به، لو فدى بالهَدْيِ أو الإطعام، ثم إِذَا رَجَعَ فَإِنَّمَا يرجع بعد الإِخْرَاجِ في أَصَحِّ الوجهين.

والثاني: له أن يأخذ منه، ثم يخرج، وهل لِلْحَالِقِ أن يفدي على هَذَا القَوْلِ. أما بالصوم فلا، لأنه متحمل، والصوم لا يتحمل.

وأما بِغَيْرِهِ فَتَنَعَمْ، ولكن بِإِذْنِ المَخْلُوقِ؛ لأن في الفِدْيَةَ معنى القُرْبَى، فلا بد من نِيَّةٍ مَنْ لِقَاةِ الوُجُوبِ.

وإن لم يكن نائماً ولا مُغْمَى عَلَيْهِ، ولا مكرهاً لكنه سكت عن الحَلْقِ، ولم يمنع منه فقد قال في الكتاب فيه قولان، وقال المعظم: وجهان:

أحدهما: أن الحُكْمَ كما لو كَانَ نَائِمًا؛ لأن السُّكُوتَ لَيْسَ بِأَمْرٍ، ألا ترى أن السُّكُوتَ عَلَى إِتْلَافِ الْمَالِ لا يكون أَمْرًا بِالإِتْلَافِ.

وأصحهما: أنه كما لو حلق بأمره؛ لأن الشَّعْرَ عِنْدَهُ إِذَا كَالْوَدِيعَةَ، أو كالعارية، وعلى التقديرين يَجِبُ الدَّفْعُ عَنَّهُ.

ولو أمر حلالاً حَلَالًا بِحَلْقِ شَعْرٍ حَرَامٍ، وهو نائم فالفِئْدَةُ عَلَى الأَمْرِ إن لم يعرف الحَالِيَّ الحَالِ، وإن عرف فعليه في أصح الوجهين.

قال الغزالي: التَّوَعُّ الخَامِسُ: الجِمَاعُ وَنَتِيجَتُهُ الفَسَادُ وَالْقَضَاءُ وَالْكَفَّارَةُ، وَإِنَّمَا يَفْسُدُ بِالجِمَاعِ قَبْلَ التَّحَلُّلِ (ح) وَفِيمَا بَيْنَهُمَا فَلَا، وَفِي العُمْرَةِ قَبْلَ السَّغْيِ إِلا إِذَا قُلْنَا: الحَلْقُ نُسْكَ فَيَفْسُدُ قَبْلَ الحَلْقِ، وَلَيْسَ لِلْعُمْرَةِ إِلا تَحَلُّلٌ وَاحِدٌ.

قال الرافعي: قال الله تعالى: ﴿فَلَا رَفْكَ وَلَا فَسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ﴾<sup>(١)</sup> أي: لا ترفثوا ولا تفسقوا، والرَّفْثُ مفسر بالجماع، فالجماع في الحج والعمرة نتائج، فمِنهَا فساد النُّسْكِ، يروى ذلك عن عمر<sup>(٢)</sup> وعلي<sup>(٣)</sup> وأبي عباس<sup>(٤)</sup> وأبي هريرة<sup>(٥)</sup> وغيرهم من الصَّحَابَةِ - رضي الله عنهم - أجمعين.

واتفق الفقهاء عليه بعدهم، وإنما يفسد الحج بالجماع إذا وَقَعَ قَبْلَ التحللين لِقُوَّةِ الإِخْرَامِ، ولا فرق بين أن يقع قبل الوُقُوفِ بِعَرَفَةَ أو بَعْدَهُ خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ - رحمه الله - حيث قَالَ: لا يفسد بِالْجِمَاعِ بَعْدَ الوُقُوفِ، ولكن تَلَزَمَ بِهِ الفِئْدَةُ.

— وأما الجماع بين التحللين فلا أَثَرَ لَهُ فِي الفَسَادِ.

وعن مالك وأحمد - رحمهما الله - أنه يفسد ما بقي من إِخْرَامِهِ ويقرب منه ما ذَكَرَهُ القَاضِي ابْنُ كَيْجٍ أَنَّ أبا القَاسِمِ الدَّرَكِيَّ، وَأبا عَلِيَّ الطَّبْرِيَّ حَكَيَا قَوْلًا عَنِ القَدِيمِ أَنَّهُ يَخْرُجُ إِلَى أَدْنَى الجِلِّ، وَيَجِدُّدُ مِنْهُ إِخْرَامًا وَيَأْتِي بِعَمَلِ عُمْرَةٍ.

وأطلق الإمام نقل وجه أنه مفسد كما قبل التحلل، وَتَفْسُدُ العَمْرَةُ أَيْضًا بِالْجِمَاعِ قَبْلَ حُصُولِ التَّحَلُّلِ، وَوَقْتُ التَّحَلُّلِ مِنْهَا مَبْنِيٌّ عَلَى الإِخْلَافِ السَّابِقِ فِي الحَلْقِ، فَإِنْ لَمْ نَجْعَلْهُ نُسْكَ فَإِنَّمَا يَفْسُدُ بِالْجِمَاعِ قَبْلَ السَّغْيِ، وَإِنْ جَعَلْنَاهُ نُسْكَ فَيَفْسُدُ أَيْضًا بِالْجِمَاعِ قَبْلَ

(١) سورة البقرة، الآية ١٩٧.

(٢) أخرجه مالك في الموطأ بلاغاً، وأسنده البيهقي عن حديث عطاء عن عمر وفيه إرسال، وأخرجه سعيد بن منصور من طريق مجاهد عن عمر وهو منقطع، انظر التلخيص (١/٢٨٢ - ٢٨٣).

(٣) انظر المصدر السابق.

(٤) انظر المصدر السابق.

(٥) انظر المصدر السابق.

الْحَلْقِ. وقال أَبُو حَنِيفَةَ - رحمه الله - : إنما يفسد إذا جَامَعَ قَبْلَ أَنْ يَطُوفَ أَرْبَعَةَ أَشْوَاطٍ، وأما بعد ذلك فَلَا. ويجوز أن يُعَلَّمَ لذلك قوله في الكتاب: (قبل السعي) وقوله: (قبل الحلق) كلاهما بالحاء.

واعلم أن التفصيل الذي ذكره في أن الجِمَاعَ يفسدها قَبْلَ الْحَلْقِ أو لا يُفْسِدُهَا إِلَّا إذا وقع قَبْلَ السَّعْيِ مَبْنِيًّا عَلَى الْحَلْقِ، هل هو نُسْكٌ ضَرَبٌ مِنَ الْبَسْطِ وَالْإِيضَاحِ، وَإِلَّا فَإِذَا عَرَفْنَا فِي هَذَا الْمَوْضُوعِ أَنَّ الْجِمَاعَ قَبْلَ التَّحَلُّلِ مَفْسُدٌ، وَعَرَفْنَا مِنْ قَبْلِ الْخِلَافِ فِي أَنَّ الْحَلْقَ هَلْ هُوَ نُسْكٌ أَمْ لَا، لا يشبه علينا التفصيل المذكور. واللواط، وإتيان البهيمه في الإفساد كاللوطِ فِي الْفَرْجِ، وبه قال أحمد خلافاً لأبي حنيفة - رحمه الله - فيهما ولمالك - رحمه الله - في إِيْتَانِ الْبَهِيمَةِ، وروى ابنُ كَيْجٍ وَجْهًا كَمَذْهَبِ مَالِكٍ.

قال الغزالي: ثُمَّ يَجِبُ الْمُضِيُّ فِي فَاسِدِهَا بِإِتْمَامِ مَا كَانَ تَنْمَةً لَوْلَا الْإِفْسَادُ، ثُمَّ عَلَيْهِ بَدَنَةٌ إِنْ أَفْسَدَ، وَإِنْ كَانَ بَيْنَ التَّحَلُّلَيْنِ فَشَاءَ وَقِيلَ: بَدَنَةٌ، وَقِيلَ: لَا يَجِبُ شَيْءٌ، وَالْجِمَاعُ الثَّانِي بَعْدَ الْإِفْسَادِ فِيهِ شَاءَ، وَقِيلَ: بَدَنَةٌ، وَقِيلَ: لَا شَيْءَ بَلْ يَتَدَاخَلُ.

قال الرافعي: سائر العِبَادَاتِ لا حرمة لها بَعْدَ الْفَسَادِ، ويصير الشَّخْصُ خَارِجًا مِنْهَا لَكِنِ الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ وَإِنْ فَسَدَ يَجِبُ الْمُضِيُّ فِيهَا، وذلك بإتتمام ما كان يفعله، لولا عرُوضُ الْفَسَادِ، وروى عن عمر<sup>(١)</sup> وعلي<sup>(٢)</sup> وأبْنِ عَبَّاسٍ<sup>(٣)</sup> وأبي هريرة<sup>(٤)</sup> - رضي الله عنهم - أنهم قالوا: «مَنْ فَسَدَ حَجُّهُ مَضَى فِي فَاسِدِهِ، وَقَضَى مِنْ قَابِلٍ».

ومن نتائج الفساد الكفارة، وهي بدنة، والقول في كيفية وجوبها، وما يقوم مقامها مذكور في بَابِ الدَّمَاءِ.

وعند أبي حنيفة - رحمه الله - إن جامع قبل الوقوف لا تجب الفِدْيَةُ، وإنما يجب فيه دم شاة، وهذا مع تسليمه حصول الفساد، والحالة هَذِهِ، ولذلك أعلم قوله: (وعليه بدنه إن أفسد) بالحاء، والعمرة كالحج في وُجُوبِ الْبَدَنَةِ.

وعن أبي إسحاق: أن بعض أصحابنا ذهب إلى أنه لا يَجِبُ فِي إِفْسَادِهَا إِلَّا شاة، لأنخفاض رتبتها عَن رُتْبَةِ الْحَجِّ، ثم في الْفَضْلِ مَسْأَلَتَانِ:

إحدهما: لو جامع بين التحللين وفرعنا على الصَّحِيحِ، وهو أنه لا يُفْسِدُ فَمَا يَجِبُ؟ فِيهِ قَوْلَانِ:

أظهرهما: شاة، لأنه لا يتعلق فساد الحج به، فأشبهه المباشرة فيما دُونَ الْفَرْجِ.

(٢) تقدم.

(١) تقدم.

(٤) تقدم.

(٣) تقدم.

واختار المزماني هذا القول، وأشار في «المختصر» إلى تخريجه للشافعي - رضي الله عنه -، وقيل: إنه حكاه في غير «المختصر» عن نسه.

والثاني: أن الواجب بدنه، لأنه وطء محظور في الحجّ، فأشبهه الوطء قبل التحلل، وبهذا قال مالك وأحمد، ونقل الإمام بدل القولين وجهين، ووجهاً ثالثاً، وهو أنه لا يجب فيه شيء أصلاً، وهو ضعيف؛ لأن الوطء لا ينقص عن سائر محظورات الإحرام، وهي بين التحليلين موجبة للفدية على ظاهر المذهب، وإذا عرفت ذلك علمت قوله: (فشاء) وقوله: (لا يجب شيء) بالميم والألف، وقوله: (بدنه) وقوله: (لا يجب شيء) بالزاي.

الثانية: إذا فسد حجه بالجماع ثم جامع ثانياً، فينظر إن لم يفد عن الأول ففي وجوب شيءٍ للثاني قولان:

أحدهما: لا يجب، بل يتدخلان كما لو جامع في الصوم مرتين لا تجب إلا كفارة واحدة.

وأصحهما: أنه لا تداخل لبقاء الإحرام، ووجوب الفدية بارتكاب سائر المحظورات بخلاف الصوم، فإنه بالجماع الأول قد خرج عنه، وإن فدى عن الأول فلا تداخل على المشهور، ومنهم من طرد القولين، وبعضهم خصص القولين في الحالين بما إذا طال الزمان بين الجماعين، واختلف المجلس، وقطع بالتداخل فيما إذا لم يكن كذلك، وحيث قلنا: بعدم التداخل ففيما يجب بالجماع الثاني قولان:

أحدهما: بدنه كما في الجماع الأول.

وأظهرهما: شاة؛ لأنه محظور لا يتعلق به فساد التمسك، فأشبهه سائر المحظورات، وإذا اختصرت هذه الاختلافات قلت في المسألة ثلاثة أقوال على ما ذكره في الكتاب:

أظهرها: أن الجماع الثاني يوجب شاة، وبه قال أبو حنيفة - رحمه الله -.

والثاني: أنه يوجب بدنه.

والثالث: أنه لا يوجب شيئاً وبه قال مالك.

وعند أحمد - رحمه الله - إن كفر عن الأول وجب للثاني بدنة، ويجوز أن يعلم لهذه المذاهب قوله: (فيه شاة) بالميم، والألف، وقوله: (بدنة) بالميم والحاء، وقوله: (لا شيء) بالحاء والألف.

قال الغزالي: ثم إذا أتمّ الفاسد يلزمه القضاء، ويتأدى بالقضاء ما كان يتأدى



بِالْأَدَاءِ مِنْ فَرَضِ إِسْلَامٍ أَوْ غَيْرِهِ، فَإِنْ كَانَ تَطَوُّعاً فَيَجِبُ الْقَضَاءُ وَلَا يَتَأَدَّى بِهِ غَيْرُ التَّطَوُّعِ، وَفِي وَجوبِ الْقَضَاءِ عَلَى الْفَوْرِ وَجِهَانٍ، وَكَذَا فِي الْكُفَّارَةِ وَقَضَاءِ الصُّومِ إِذَا وَجَبَا بَعْدَ وَانٍ، وَإِنْ كَانَ بِسَبَبِ مَبَاحٍ فَلَا يَضِيقُ، وَقَضَاءُ الصَّلَاةِ الْمَثْرُوكَةِ عَمْداً عَلَى الْفَوْرِ لِيَتَلَقَّى الْقَتْلُ بِهِ، وَإِذَا أَحْرَمَ مِنْ مَكَانٍ لَزِمَهُ فِي الْقَضَاءِ أَنْ يُحْرَمَ مِنْ ذَلِكَ الْمَكَانِ، وَلَا يَلْزِمُهُ أَنْ يُحْرَمَ فِي ذَلِكَ الزَّمَانِ بَلْ لَهُ التَّأْخِيرُ.

قال الرافعي: إفساد الحج يقتضي القضاء بالاتفاق، وقد روينا عن كبار الصحابة - رضي الله عنه - أنهم قالوا: «وَقَضَى مِنْ قَابِلٍ»، ولا فرق في وجوب القضاء بين حج الفرض، وحج التطوع، فإن التطوع يصير بالشروع فرضاً أيضاً، وقضاء كل حجة يجزى عما كان يجزى آداؤها لولا الفساد فلا يتأدى بالفرض غيره، ولا بالتطوع غيره.

ولو أفسد القضاء بالجماع لزمته الكفارة، ولم يلزمه إلا قضاء واحد؛ لأن المقضي واحد، ويتصور القضاء في عام الإفساد بأن يحصر بعد الإفساد، ويتعذر عليه المضي في الفاسد فيتحلل، ثم يتفق زوال الحضر، والوقت باقٍ فيشتغل بالقضاء. هذا أضل الفضل، ويتعلق به صور:

إحداها: في كيفية وجوب القضاء وجِهَانٍ:

أحدهما: أنه على التراخي، كما كان الأداء على التراخي.

وأصحهما: أنه على الفور؛ لأنه لزم، وتضييق بالشروع، ويدل عليه ظاهر قول الصحابة - رحمه الله عنهم - أنه يقضي من قَابِلٍ، وعن القفال: إجراء هذا الخلاف في كل كفارة وجبت بعد وانه؛ لأن الكفارة في وضع الشرح على التراخي كالحج.

وأما الكفارة الواجبة من غير عدوان فهي على التراخي لا محالة، وأجرى الإمام - رحمه الله - الخلاف في المتعدي بترك الصوم أيضاً، والكلام في انقسام قضاء الصوم إلى الفور والتراخي، والخلاف فيه قد مر في كتاب الصوم.

قال الإمام: والمتعدي بترك الصلاة يلزمه قضاؤها على الفور بلا خلاف على المذهب؛ لأن المصمم على ترك القضاء مقتول عندنا، ولا يتحقق هذا إلا مع توجه الخطاب بمبادرة القضاء وهذا ما أورده المصنف حكماً وتوجيهاً، وفي التوجيه وقفة؛ لأن أكثر الأصحاب لم يعتبروا فيما يناط به القتل ترك القضاء على ما عرفت في باب تارك الصلاة. وأما الحكم فاعلم أن في وجوب الفور وجهين في حق المتعدي.

أحدهما - وبه أجاز في الكتاب -: أنه يجب، لأن جواز التأخير نوع تزفيه

وتخفيف، والمتعدّي لا يستحق ذلك، ويحكى هذا عن أبي إسحاق وهو الأشبه على ما ذكرنا في ترك الصّوم.

والثاني: أنه لا يجب إذ الوقت قد فات واستوت بعده الأوقات، وربما رجح العراقيون هذا الوجه.

وأما غير المتعدّي فالمشهور أنه لا يلزمه القوم في القضاء، روي أن النبي ﷺ: «فَاتَتْهُ صَلَاةُ الصُّبْحِ فَلَمْ يُصَلِّهَا حَتَّى خَرَجَ مِنَ الْوَادِي»<sup>(١)</sup>.

ونقل في «التهديب» وجهاً أنه يلزمه لقوله ﷺ: «فَلْيُصَلِّهَا إِذَا ذَكَرَهَا»<sup>(٢)</sup>.

الثانية: إن كان قد أحرم في الأداء قبل الميقات مثل إن أحرم من الكوفة أو من دُوَيْرَةَ أَهْلِهِ لزمه أن يخرج في القضاء من ذلك الموضع، لأن ما بين ذلك الموضع مسافة لزمه قطعها مُحْرِمًا في الأداء، فيلزمه في القضاء كما بين الميقات ومكة، ولو جاوزه أراق دماً كما لو جاوز الميقات الشَّرْعِي.

وإن كان قد أحرم بَعْدَ مجاوزة الميقاتِ نظر إن جاوزه مسيئاً لزمه في القضاء أن يحرم من الميقات الشَّرْعِي، وليس له أن يُسِيءَ ثَانِيًا، وهذا معنى قول الأصحاب يحرم في القضاء من أغلظ الموضوعين عليه من الميقات، أو من حيث أحرم في الأداء، وإن جاوزه غير مُسِيئٍ بأن لم يرد التُّسُك، ثم بَدَأَ لَهُ فَأَحْرَمَ، ثم أفسد فقد حكى الشيخ أَبُو عَلِيٍّ فِيهِ وجهين:

أحدهما - وهو الذي أورده صاحب «التهديب» -: أن عليه أن يحرم في القضاء من الميقاتِ الشَّرْعِي، لأنه الواجبُ فِي الْأَضَلِّ.

وأصحهما: عند الشيخ أَبِي عَلِيٍّ: أنه لا يلزمه ذلك، بل له أن يحرم من ذلك الموضع سَلُوكًا بالقضاء مَسَلِّكَ الْأَدَاءِ، وهذا لو اعتمر المتمتع من الميقات ثم أحرم بالحج من مكة وأفسده لا يلزمه في القضاء أن يحرم من الميقات، بل يكفي أن يُحْرِمَ مِنْ جَوْفِ مَكَّةَ. ولو أفرد الحج ثم أَحْرَمَ بِالْعُمْرَةِ مِنْ أَدْنَى الْجِلِّ ثم أفسدها يكفي أن يحرم في قَضَائِهَا مِنْ أَدْنَى الْجِلِّ، والوجهان مفروضان فيما إذا لم يرجع إلى الميقات فما فوقه. أما إذا رجع ثم عاد فَلَا بُدَّ مِنَ الْإِحْرَامِ مِنَ الْمِيْقَاتِ.

واعلم قوله في الكتاب: (لزمه في القضاء أن يحرم من ذلك المكان) بالميم والحاء؛ لأن مالكا وأبا حنيفة - رحمهما الله - قالا: يحرم في قضاء الحج من الميقات، وفي قضاء العمرة من التَّعْطِيمِ. ولا يجب أن يحرم بالقضاء في الزمان الذي أحرم فيه

بالأداء، بل له التأخير عنه مثل أن يُحرم بالأداء في سؤال، له أن يُحرم بالقضاء في ذي القعدة، وفرقوا بين الزمان والمكان بأن اعتناء الشرع بالميقات المكانية أكمل، ألا ترى أن مكان الإحرام يتعين بالتأخير، وزمانه لا يتعين حتى لو نذر الإحرام بالحج في سؤال له أن يؤخره، وظني أن هذا الاستشهاد لا يسلم عن النزاع.

الثالثة - ولم يذكرها في الكتاب -: لو كانت المرأة مُحْرمةً أيضاً نظر إن جامعها وهي نائمة أو مُكْرَهةً لم يفسد حجها، وإلا فسد، وحينئذ يجب على كل واحد منهما بدنة أو لا يجب إلا بدنة واحدة؟ فيه قولان: والأصح الثاني.

ثم تلك البدنة تختص بالرجل، أن يلاقيها وهو متحمل عنها؟ فيه قولان كما سبق في الصوم، وقطع قاطعون بلزوم البدنة عليها بخلاف الصوم؛ لأن هناك يخصل الفطر قبل تمام حقيقة الجماع، وغير الجماع لا يوجب الكفارة.

وإذا خرجت الزوجة للقضاء فهل يجب على الزوج ما زاد من النفقة بسبب السفر؟ فيه وجهان: قال في «العدة»: ظاهر المذهب منهما الوجوب.

وإذا خرجت معاً للقضاء فليفترقا في الموضع الذي اتفقت الإصابة فيه كيلاً تدعوه الشهوة إلى المعاودة، فإن معهد الوصال مشوق، وهل يجب؟ فيه قولان:

القديم: نعم، وبه قال أحمد؛ لما روى عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أنه قال: «فإذا أتيا المكان الذي أصابا فيه ما أصابا تفرقا»<sup>(١)</sup>.

والجديد: لا، وبه قال أبو حنيفة، كما لا يجب في سائر المنازل، ويستحب أن يتفرقا من حين الإحرام، وذهب مالك إلى وجوبه.

قال الغزالي: ولو أفسد القارن ففي لزوم دم القران وجهان، وتفتوت العمرة بفساد القران، وهل تفتوت بقوات الحج في القران؟ فيه وجهان، ووجه الفرق أن التحلل عن الفاتية بأعمال العمرة.

قال الرافعي: يجوز للمفرد بأحد النسكين إذا فسده أن يقضيه مع الآخر قارناً، وأن يتمتع بالعمرة إلى الحج، ويجوز للمتمتع والقارن القضاء على سبيل الأفراد، ولا يسقط دم القران بالقضاء على سبيل الأفراد خلافاً لأحمد - رحمه الله -.

إذا عرفت ذلك ففي الفضل مسألتان:

(١) أخرجه البيهقي بإسناد جيد، ورواه أبو داود في مراسيله مرفوعاً وهو ضعيف ينظر: خلاصة البدر (٤١/٢).

إحدهما: إذا جامع القَارِن لم يخل إما أن يُجَامِع قبل التَّحْلِيلِ الأوَّل أو بعده.  
 الحالة الأولى: أن يجامع قبله فيفسد نسكاه، ويجب عليه بدنة واحدة لاتحاد الإحرام، وهل يلزم دَمُ الْقَرَانِ مَعَ الْبَدَنَةِ؟ فيه وجهان:  
 أحدهما: لا؛ لأنه لم يتمتع بِقَرَانِهِ، وقد ذَاقَ وَيَالَ الْإِفْسَادِ فيكفي به.  
 وأظهرهما: ولم يورد المعظم سواه؛ نعم؛ لأنه لزم بالشروع فلا يسقط بالإفساد.

وعن أبي حنيفة - رحمه الله - لا بدنة إلا مَعَ الْإِفْسَادِ كما سبق، ويلزمه شَاتَانِ لأنهما نُسْكَانِ، ثم إذا اشتغل بقضائهما فإن قرن، أو تمتع فَعَلَيْهِ دَمٌ آخِر، وإلا فقد أشار الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ - رحمه الله تَعَالَى - إِلَى خِلَافٍ فِيهِ<sup>(١)</sup>، ومال مالك إلى أنه لا يَجِبُ شَيْءٌ آخِر.

الثانية: أن يجامع بعد التَّحْلِيلِ الأوَّلِ فَلَا يَفْسُدُ واحد من نُسْكَيهِ، واحتج له بأن عروض المفسد بعد التحلل من العبادة لا يُؤَثِّرُ، ألا ترى أنه إذا سلم التسليمة الأولى من الصَّلَاةِ، ثم أتى بِمُفْسِدٍ لم تفسد صَلَاتُهُ، ولا فرق بين أن يكون قد أتى بِأَعْمَالِ الْعُمْرَةِ، أو لم يَأْتِ بِهَا، وعن الأودني أنه إذا لم يَأْتِ بِشَيْءٍ مِنْ أَعْمَالِ الْعُمْرَةِ تفسد الْعُمْرَةَ، والمذهب الأوَّل؛ لأن الْعُمْرَةَ فِي الْقَرَانِ تَتَّبِعُ الْحَجَّ فِي الْحُكْمِ، ولهذا يَجِلُّ لِلْقَارِنِ معظم محظورات الإحرام بعد التحلل الأوَّلِ وإن لم يَأْتِ بِأَعْمَالِ الْعُمْرَةِ.

ولو قدم القارن مَكَّةَ وَطَافَ وَسَعَى، ثم جامع بَطَلَّ نُسْكَاهُ جَمِيعاً، وإن كان ذلك بَعْدَ أَعْمَالِ الْعُمْرَةِ. ثم الواجب في هذه الحالة بدنة أو شاة؟ فيه قولان قد سَبَقَا.

المسألة الثانية: القارن إذا فاته الْحَجُّ لفوات الوُوقُوفِ، هل يقضي بفوات عمرته؟ فيه قولان: وقال الإمام وصاحب الكتاب وَجْهَانِ:

أظهرهما: نعم، اتباعاً للعمرة للحج كما تفسد بِفَسَادِهِ، وَتَصِيحُّ بِصِحَّتِهِ.

والثاني: لا، لأن وَقْتَهَا مُوسَّعٌ، ويخالف الفساد؛ لأن من فاته الْحَجَّ يتحلل بعمل عمرة فلا معنى لتفويت عمرته مع إتيانه بِهَا، واتساع وقتها، وإذا قُلْنَا: بفواتهما فعليه دَمٌ وَاحِدٌ للفوات، ولا يسقط عنه دَمُ الْقَرَانِ، وإذا قَضَاهُمَا فَالْحُكْمُ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ فِي قَضَائِهِمَا عِنْدَ الْإِفْسَادِ، وإن قرن أو تمتع فعليه دَمٌ ثَلَاثٌ، وَإِلَّا فَعَلَى الْخِلَافِ.

(١) قال النووي: المذهب وجوب دم آخر إذا أُنرد في القضاء، وبه قطع الجمهور. قصد قطع به الشيخ أبو حامد والماوردي والمحاملي والقاضي أبو الطيب في كتابيه والمتولي، وخلائق آخرون؛ وهو مراد الإمام الرافعي بقوله في أوائل هذا الفرع: لا يسقط دم القرآن لكنه ناقض بهذه الحكاية عن أبي علي. ينظر الروضة (٤١٦/٢).

قال الغزالي: وَالْجَمَاعُ دَائِرٌ بَيْنَ الْأَسْتِمَاعَاتِ وَالْأَسْتِهْلَاكَاتِ، فَإِنَّ الْحَقَّ بِالْأَسْتِمَاعِ كَانَ النَّسِيَانُ عُذْرًا فِيهِ.

قال الرافعي: جميع ما ذكرنا في جماع العامد العالم بالتحريم فأما إذا جامع ناسياً، أو جاهلاً بالتحريم ففي فساد حجه قولان:

القديم - وبه قال أبو حنيفة، ومالك المزني - رحمه الله -: أنه يفسد؛ لأن سبب مُعَلِّقٍ بِهِ وَجُوبِ الْقَضَاءِ، فَأَشْبَهَ الْفَوَاتِ فِي اسْتِوَاءِ عَمْدِهِ وَسَهْوِهِ.

والجديد: أنه لا يفسد إلا أن يُعَلِّمَ فيدوم عليه، ووجهه أن الْحَجَّ عِبَادَةٌ تَتَعَلَّقُ الْكِفَاةَ بِفُقَادَتِهَا، فَيَخْتَلِفُ حُكْمُهَا بِالْعَمْدِ وَالسَّهْوِ، كَالصُّومِ وَفَارَقَ الْفَوَاتِ؛ لِأَنَّ الْفَوَاتِ يَتَعَلَّقُ بِارْتِكَابِ مَحْظُورٍ، وَلَا يَخْفَى افْتِرَاقَ الطَّرْفَيْنِ فِي الْأَصُولِ.

وقوله: (والجماع دائر بين الاستمتاع والاستهلاكات إلى آخره)، أشار به إلى ما ذكروه الأئمة أن معنى الاستمتاع بَيِّنٌ فِي الْجَمَاعِ، وَفِيهِ مِثَابَةُ الْاسْتِهْلَاكِ، وَلِهَذَا يَضْمَنُ بِهِ الْمَهْرَ بِالْقَوْلَانِ مَبْنِيَانِ عَلَى أَنَّ أَيَّ الْمَعْنِيَيْنِ يَرْجِعُ إِنْ رَجَحْنَا مَعْنَى الْاسْتِمَاعِ فَرَقْنَا بَيْنَهُمَا كَمَا فِي الطَّيِّبِ وَاللَّبَاسِ، وَهُوَ الْأَصَحُّ.

وقوله: (كان النسيان عذراً فيه) مُعَلِّمٌ بِالْحَاءِ وَالْمِيمِ وَالزَّيِّ، لَمَا عَرَفْتَهُ مِنْ مَذْهَبِهِمْ، وَلَوْ أَكْرَهَ عَلَى الْوَطْءِ، فَمَنْهُمْ مَنْ جَعَلَ الْفُسَادَ عَلَى وَجْهِينِ بِنَاءً عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِي النَّاسِي، وَعَنْ أَبِي عَلِيٍّ بْنِ أَبِي هُرَيْرَةَ - رحمه الله - الْقَطْعُ بِالْفُسَادِ ذَهَاباً إِلَى أَنْ إِكْرَاهِ الرَّجُلِ عَلَى الْوَطْءِ مَمْتَنَعٌ وَلَوْ أُخْرِمَ عَاقِلًا، ثُمَّ جُنَّ فَجَامَعَ فِيهِ الْقَوْلَانِ فِي جَمَاعِ النَّاسِي<sup>(١)</sup> - وَاللَّهُ أَعْلَمُ -.

قال الغزالي: وَيُفْسِدُ الْحَجَّ بِالرُّدَّةِ طَالَتْ أَوْ قَصُرَتْ، فَلَوْ عَادَ إِلَى الْإِسْلَامِ لَمْ يَلْزَمْ الْمُضِي فِي الْفَاسِدِ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ لِأَنَّ الرُّدَّةَ مُخِطَّةٌ.

قال الرافعي: لما تكلم فيما يفسد الحج، وهو الجماع أراد أن يبين أن المُفْسِدَ هَلْ هُوَ مُخْتَصِرٌ فِيهِ أَمْ لَا؟ وَفَقَهُ الْفَضْلُ أَنَّ الْأَصْحَابَ اخْتَلَفُوا فِي أَنَّ عَرُوضَ الرُّدَّةِ فِي الْحَجِّ وَالْعَمْرَةِ يَفْسِدُهُمَا عَلَى وَجْهِينِ:

أحدهما: أنها لا تُفْسِدُهُمَا، لَكِي لَا يَعْتَدُ بِالْمَاتِي بِهِ فِي زَمَانِ الرُّدَّةِ عَلَى مَا مَرَّ نَظِيرُهُ فِي الْوُضُوءِ وَالْأَذَانِ.

(١) ما ذكره المصنف هنا وتبعه النووي في «الروضة» يتمشى على رأي مرجوح وهو أن عمد المجنون خطأ، والأظهر أن عمد المجنون عمد.

وأصحهما - وهو المذكور في الكتاب -: أنها تفسدهما كما تُفسد الصَّوم والصَّلَاةَ، ولا فرق على الوجهين بين أن يطول زَمَانُهَا أو يقصر، وإذا قلنا: بالفساد فوجهان:

أظهرهما: أنه يبطل التُّسُكُ بالكُلِّيَّةِ، حتى لا يمضي فيه لا في الردة ولا إذا عادَ إلى الإسلام، لأن الرُّدَّةَ محببَةٌ لِلْعِبَادَةِ.

والثاني: أن سَبِيلَ الْفَسَادِ هَاهُنَا كَسَبِيلِهِ عِنْدَ الْجَمَاعِ، فيمضي فيه لَوْ عَادَ إِلَى الْإِسْلَامِ، لكن لا تجب الكُفَّارَةُ كما أن إفساد الصَّوْمِ بالردة لا تتعلق به الكفارة، ومن قال بالأول فرق بينها وبين الجماع بمعنى الإخْبَاطِ، وأيضاً فإن ابتداء الإخْرَامِ لا ينعقد مع الرُّدَّةِ بِحَالٍ، وفي انعقاده مع الجَمَاعِ ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه ينعقد على الصَّحَّةِ، فإن نزع في الحَالِ فذاك، وإلا فَسَدَ نُسُكُهُ، وعليه البدنة والقضاء، والمُضِيِّ فِي الْفَاسِدِ.

والثاني: أنه ينعقد فاسداً، وعليه القضاء، والمُضِيِّ فِيهِ مَكْتٌ أَوْ نَزَعٌ، ولا تجب الفِدْيَةُ إِنْ نَزَعَ فِي الْحَالِ، وإن مكث وجبت، وَهَلْ هِيَ بَدَنَةٌ أَوْ شَاءَ؟ يخرج على القولين في نَظَائِرِ هَذِهِ الصُّورَةِ.

الثالث: أنه لا ينعقد أصلاً كما لا تنعقد الصلاة مع الحَدَثِ.

قال الغزالي: النَّوْعُ السَّادِسُ مُقَدِّمَاتُ الْجَمَاعِ كَالْقَبْلَةِ وَالْمَمَاسَةِ، وَكُلُّ مَا يَنْقُضُ الطَّهَارَةَ مِنْهَا يُوجِبُ الْفِدْيَةَ أَنْزَلَ أَوْ لَمْ يُنَزَلْ (م)، وَلَا تَجِبُ الْبَدَنَةُ إِلَّا بِالْجَمَاعِ، وَأَمَّا النَّكَاحُ وَالْإِنْكَاحُ لَا يَنْعَقِدَانِ مِنَ الْمُحْرَمِ (ح) وَلَا فِدْيَةٌ فِيهِ.

قال الرَّافِعِيُّ: مقصود الفصل مسألتان:

إحدهما: ليس للمُحْرَمِ التَّقْيِيلُ بِالشَّهْوَةِ وَلَا الْمَبَاشَرَةَ فِيمَا دُونَ الْفَرْجِ، كَالْمَفَاخَذَةِ وَاللَّمْسِ بِالشَّهْوَةِ قَبْلَ التَّحَلُّلِ الْأَوَّلِ، فَإِنِ الْاِعْتِكَافُ يَحْرَمُ جَمِيعَ ذَلِكَ وَمَعْلُومٌ أَنَّ الْاِحْرَامَ أَوْلَى بِتَخْرِيْمِهِ فِيهِ، وَفِي حِلِّهَا بَعْدَ التَّحَلُّلِ الْأَوَّلِ مَا مَرَّ مِنَ الْخِلَافِ، وَحَيْثُ ثَبِتَ التَّخْرِيمُ وَبَاشَرَ شَيْئاً مِنْهَا عَمْداً وَجِبَتْ عَلَيْهِ الْفِدْيَةُ، رَوَى عَنْ عَلِيِّ (١) وَأَبْنِ عَبَّاسٍ (٢) - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا -: «أَتُهُمَا أَوْجِبَا بِالْقَبْلَةِ شَاءَ» وَإِنْ كَانَ نَاسِياً لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ بِلَا خِلَافٍ؛ لِأَنَّهُ اسْتَمْتَعَ مَحْضُ، وَلَا يُفْسِدُ شَيْءٌ مِنْهَا الْحَجَّ، وَلَا يُوجِبُ الْبَدَنَةَ بِحَالٍ سِوَاهُ، أَنْزَلَ أَوْ لَمْ يُنَزَلْ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيْفَةَ.

(١) أخرجه البيهقي (١٦٨/٥) وقال: منقطع.

(٢) أخرجه البيهقي (١٦٨/٥) وهو منقطع.

وعند مالك: يفسد الحج إذا أنزل، وهو أظهر الروايتين عن أحمد.

لنا أنه استمتاع لا يتعلق به الحد فلا يفسد الحج كما لو لم ينزل، وليكن قوله: (ولا تلزم البدنة إلا بالجماع) معلماً بالميم والألف لما روينا عنهما، وأيضاً فلأن عند أحمد روايتين في أنه تجب بدنة أو شاة تفرعاً على عدم الفساد في صورة الإنزال، وأيضاً فلأنه روى عنه هذا الخلاف في صورة عدم الإنزال، وقد نجد في النسخ إعلام قوله: (أو لم ينزل) بالميم، لأن صاحب الكتاب حكى في «الوسيط» عن مذهب مالك أنه لا يجب الدم عند الإنزال، والأغلب على الظن أنه وهم فيه:

فرعان:

الأول: الاستمناء باليد يوجب الفدية في أصح الوجهين.

الثاني: لو باشر دون الفرج، ثم جامع هل تدخل الشاة في البدنة أو يجبان جميعاً؟ فيه وجهان:

المسألة الثانية: لا ينعقد نكاح المخرج، ولا إنكاحه ولا نكاح المحرمة، ولا يستحب خطبة المخرج، وخطبة المخرمة، والقول في هذه المسألة، والخلاف فيها وتفاريعها يأتي في كتاب النكاح - إن شاء الله تعالى -.

قال الغزالي: فإن قيل: فلو باشر هذه المحظورات كلها فهل يتداخل الواجب؟ قلنا: إن اختلف الجنس كالاستهلاك والاستمتاع لم يتداخل، وإن اختلف النوع في الاستهلاك كالقلم والحلق لم يتداخل أيضاً، وجزاء الصيود لا يتداخل، وإن اتحد النوع والزمان في الاستمتاع تداخل، كما إذا لبس العمامة والسراويل والخف على التواتر المعتاد فيكفيه دم واحد، وإن تخلله زمان فاصل فقولان في الاتحاد، ومهما تخلل التكفير تعدد، وإن اختلف النوع في الاستمتاع كالطيب واللبس، فالأصح التعدد، وإن كان العذر شاملاً كما إذا حلق وطمب بسبب شجة أو طمب مزاراً بسبب مرض واحد ففي التداخل وجهان، ولو حلق ثلاث شعرات في ثلاثة أوقات وقلنا: لا أثر لتفريق الزمان فالواجب دم وإلا فثلاثة دراهم على قول، أو ثلاثة أمداد على قول.

قال الرافعي: الغرض الآن الكلام فيما إذا وجد من المحرم من محظورات الإحرام شيئان فصاعداً، وبيان أنه متى تعدد الفدية، ومتى تتداخل، ولو آخر هذا الفصل إلى أن يذكر النوع السابع أيضاً لكان أحسن في الترتيب.

وجملة القول فيه أن المحظورات تنقسم إلى استهلاك كالحلق، وأستمتع كالطيب وإذا باشر محظورين، فإما أن يكون أحدهما من قسم الاستهلاك، والآخر من

الاستمتاع، أو يكونا معاً من قِسْمِ الاستِهْلَاكِ، أو من قِسْمِ الاستِمْتَاعِ.

**الحالة الأولى:** أن يكون أحدهما من هذا، والآخر من ذلك، فينظر إن لم يستند إلى سَبَبٍ وَاحِدٍ، كَحَلْقِ الرَّأْسِ ولبس القميص تعددت الفِذْيَةُ ولا تتداخل؛ لأن السَّبَبَ مُخْتَلِفٌ، ولا تتداخل عند اِخْتِلَافِ السَّبَبِ، كما في الحدود، وإن استند إلى سَبَبٍ وَاحِدٍ، كَمَا إِذَا أَصَابَ رَأْسُهُ شَجَّةً، واحتاج إلى حَلْقِ جَوَانِبِهَا وسترها بضماد فيه طيب فوجهان: أصحهما: أنه لا تتداخل أيضاً؛ لاختلافِ أسبابِ الفِذْيَةِ.

**والثاني:** أنها تتداخل؛ لأن الدَّاعِيَ إلى جَمِيعِهَا شَيْءٌ وَاحِدٌ.

**الحالة الثانية:** أن يكون كِلَاهُمَا مِنْ قِسْمِ الاستِهْلَاكِ، فلا يخلو إما أن يكونوا مما لا يقابل بالمثل، أو بما يقابل به، أو أحدهما من هَذَا، والآخر من ذَاكَ، فأما الضَّرْبُ الْأَوَّلُ، فينظر إن اختلف نَوْعُهُ كَالْحَلْقِ، وَالْقَلَمِ، فَلَا تَدَاخُلُ، ويجب لِكُلِّ وَاحِدٍ فِذْيَةٌ، سواء وجد علي سبيل التفريق أو التوالي في مَكَانٍ وَاحِدٍ، أو مكانين كالحدود لا تتداخل إذا اختلفت أسبابها، ولا فرق بين أن يوجد النوعان بفعلين أو في ضمن فعل واحد، كما لو لبس ثوباً مُطَيَّباً بلزمه فِذْيَتَيْنِ. وفيه وجه أنه لَا يَجِبُ إِلَّا فِذْيَةٌ وَاحِدَةٌ.

وإن اختلف النوع كما إذا كَانَ المَوْجُودُ مِنْهُ الحَلْقُ لا غير فقد سَبَقَ أَنْ حُكِّمَ ثَلَاثُ شَعْرَاتٍ يِقَابِلُ بَدَمٍ وَاحِدٍ، ولو حلق جميع الرأس دفعة واحدة في مَكَانٍ وَاحِدٍ لم يلزمه إِلَّا فِذْيَةٌ وَاحِدَةٌ؛ لِأَنَّهُ يُعَدُّ فِعْلاً وَاحِداً. وكذا لو حلق شَعْرَ رَأْسِهِ وبدنه على التَّوَاصُلِ.

وعن الأنماطي: أنه يلزمه فِذْيَةٌ لِشَعْرِ الرَّأْسِ، وَفِذْيَةٌ لِشَعْرِ البَدَنِ.

ولو حَلَقَ شَعْرَ رَأْسِهِ فِي مَكَانَيْنِ أَوْ فِي مَكَانٍ وَاحِدٍ، ولكن في زمانين متفرقين ففِي التَّدَاخُلِ طَرِيقَانِ:

أحدهما - وبه قال القَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ: أنه كما لو اتحد نوع الاستمتاع، واختلف المكان والزمان واستعرفه.

وأصحهما - وبه قال الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ: القَطْعُ بِعَدَمِ التَّدَاخُلِ، لِأَنَّهُ إِتْلَافٌ، فيضمن كل واحد ببده كما في قَتْلِ الصَّيُودِ، ويخالف ما إِذَا حَلَقَ شَعْرَهُ، أو قلم أظافره دفعةً وَاحِدَةً، فإن وجوب الفدية الواحدة لَيْسَ عَلَى سَبِيلِ التَّدَاخُلِ، بل لأن الموجود فِعْلٌ وَاحِدٌ. ولو حلق ثلاثَ شَعْرَاتٍ فِي ثَلَاثَةِ أَمْكَنَةٍ أَوْ ثَلَاثَةِ أَوْقَاتٍ مُتَّفَرِّقَةٍ.

فإن قلنا: إِنَّ كُلَّ شَعْرَةٍ تَقَابِلُ بِثَلَاثَ فَرَقٍ بَيْنَ أَخْذِهَا دَفْعَةً وَاحِدَةً، أو في دفعات. وإن قلنا: إن الشَّعْرَةَ الْوَاحِدَةَ تَقَابِلُ بِمُدٍّ أَوْ دِرْهَمٍ، وَالشَّعْرَتَيْنِ بِمُدَّيْنِ أَوْ دَرَاهِمَيْنِ، فينبني على الإخلاف الَّذِي ذَكَرْنَاهُ الْآنَ، وإن لم تعدد الفِذْيَةَ فيما إِذَا حَلَقَ الرَّأْسَ فِي دَفْعَتَيْنِ، أو دفعات، ولم نجعل لتفريق الزَّمانِ أثراً فالواجب فِيهَا دَمٌ، كما لو



أَخَذَهَا دَفْعَةً وَاحِدَةً، وَإِنْ عَدَدْنَاهَا وَجَعَلْنَا التَّفْرِيقَ مُؤَثَّرًا قَطَعْنَا حُكْمَ كُلِّ شَعْرَةٍ عَنِ الْآخِرِينَ، وَأَوْجِبْنَا فِيهَا ثَلَاثَةَ ذَرَاهِمٍ عَلَى قَوْلٍ، وَثَلَاثَةَ أَمْدَادٍ عَلَى قَوْلٍ.

**والضرب الثاني:** ما يقابل بمثله، وهو إتلاف الصيود، فتتعدد فديتها، سواء فدى عن الأول، أو لم يفد، اتحد المكان أو اختلف، وإلى أو فرق؛ لأن سبيلها سبيل ضمان المتلفات، وحكم الضرب الثالث حكم الضرب الثاني بلا فرق.

**الحالة الثالثة:** أن يكون كلاهما من قسم الاستمتاع فلا يخلو إما أن يتجدد النوع أو يختلف.

**القسم الأول:** أن يتحد كما لو تطيب بأنواع من الطيب، أو لبس أنواعاً من المخيط كالعمامة، والقميص، والسراويل، والخف، أو نوعاً واحداً مرة بعد أخرى، فينظر إن فعل ذلك في مكان واحد على التوالي فلا تعدد؛ لأن جميعه يعد خطة واحدة.

قال الإمام: ولا يقدر في التوالي طول الزمان في مضاعفة القميص، وتكوير العمامة، ويشبه هذا بالرضعة الواحدة في الرضاعة، والأكلة الواحدة في اليمين، وهذا ما أشار إليه صاحب الكتاب بقوله: (على التابع المعتاد).

وإن فعل ذلك في مكانين أو مكان واحد، ولكن تخلل زمان فاصل، فينظر إن لم يتخلل التكفير بينهما فقولان:

الجديد - وبه قال أبو حنيفة - : أنه يجب للثاني فدية أخرى، كما في الإتلاف.

والقديم: أنه لا يجب، وتداخل؛ لأن الفدية تجب لحق الله تعالى، ويفرق فيها بين العامد، والناسي فأشبهت الجنائيات الموجبة للحدود.

فإن قلنا: بالأول فذلك إذا لم يجمعها سبب واحد.

أما إذا تطيب أو لبس مراراً لمرضى واحد: فوجهان: كما ذكرنا في الحالة الأولى: وأصحهما: التعدد أيضاً.

وإن تخلل بينهما تكفير فلا خلاف في وجوب فدية أخرى، كما في باب الحدود.

وإن كان قد نوى بما أخرجه الماضي، والمستقبل جميعاً فينبى على أن تقديم الكفارة على الجنب المحظور، هل يجوز أم لا؟

إن قلنا: لا: فلا أثر لهذه التبة.

وإن قلنا: نعم: فوجهان:

أحدهما: أن الفدية ملحقه بالكفارة في جواز التقديم، فلا يلزمه للثاني شيء.

والثاني: المنع: كما لا يجوز للصائم أن يكفر قبل الإفطار.

والقسم الثاني: أن يختلف النوع، كما إذا لیس وتطيب، فوجهان في تعدد الفدية، وإن اتحد المكان، وتواصل الزمان.

أحدهما: أنها لا تتعدد؛ لأن المقصد واحد. وهو الاستمتاع، ويحكي هذا عن ابن أبي هريرة.

وأصحهما: التعدد؛ لتباين السبب، ومنهم من نظر إلى اتحاد السبب، وتعدده، كما قدمنا نظيره، وما ذكرنا كله في غير الجماع، أما إذا تكرر منه الجماع فقد ذكرنا حكمه من قبل.

هذا شرح الفضل، ولا تلمني على ما لحق مسأله من التقديم والتأخير، فالذي أوردته أحسن ما حصرني من طرق الشرح، وفوق كل ذي علم عليم.

ويجوز أن يعلم قوله: (وجزاء الصيد لا يتداخل أيضاً)، بالحاء، لأن عند أبي حنيفة - رحمه الله - أنها لا تتداخل إذا قتلها، إلا على قصد رفض الإحرام. فأما إذا قتلها قاصداً رفض الإحرام لم يجب إلا جزاء واحد.

قال الغزالي: النوع السابع إتلاف الصيد، ويحرم بالحرم والإحرام كل صيد مأكول ليس مائياً من غير فزق بين أن يكون مستأنساً (م) أو وحشياً منلوماً أو مباحاً (م)، ويحرم التعرض لأجزائه وليبيضه، وما ليس مأكولاً فلا جزاء فيه (ح) إلا إذا كان تولد من مأكول وغير مأكول، وصيد البحر حلال.

قال الرافعي: من محظورات الإحرام الاصطياد. قال الله تعالى: ﴿لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ﴾<sup>(١)</sup> وقال الله تعالى: ﴿وَحُرْمٌ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرْمًا﴾<sup>(٢)(٣)</sup>.

(١) سورة المائدة، الآية ٩٥.

(٢) سورة المائدة، الآية ٩٦.

(٣) وهذا الاستدلال إنما عم على تقدير أن يكون المراد في الآية بالصيد إنما هو المصدر، ولكن الذي يقتضيه السياق أن المراد به اسم للمفعول أعني المصاد، وحيثذا فيكون المراد من تحريمه تحريم أكله، لأنه لا بد من إضمار شيء، فيكون لكون الأعيان لا توصف بحل ولا حرمة، وإضمار أكله وصيده معاً. ممتنع لما تقدر في علم الأصول أن المقتضى لا عموم له، فتعين إضمار البعض المتبادر إلى الفهم منه وهو الأكل، ولا يلزم من تحريم الأكل تحريم الاصطياد. تنبيه: الصيد كل متوحش طبعاً لا يمكن أخذه إلا بحيلة، فقول المصنف: اصطياد يعني الاحتيال في أخذ المتوحش، ولذلك استغنى به المصنف عن قيد التوحش، والعبارة في المتوحش بالجنس فلا يفترق الحال فيه بين أن يستأنس أم لا؟ خلافاً لما لك، واحتراز بالمأكول عما لا يؤكل كالذئب ونحوه، فإنه يجوز اصطياده لأن قتله جائز، وهي اللباب للمحامي أن البربوع لا يؤكل في أصح =

ولا يختص تحريمه بالإحرام، بل سَبَبٌ آخَر، وهو كونه في الحَرَم، ولما اشترك السببان فيما يقتضيانه من التحريم والجزاء، ومعظم المسائل جَرَتْ العادة بخلط أحدهما بالآخر، وذكر ما يَشْتَرِكَانِ فيه، وما يختص به كُلُّ وَاحِدٍ منهما في هَذَا المَوْضِعِ، فقد جعل صاحب الكتاب الكلام في السَّبَبِ الأول في نظرين:

أحدهما: في الصيد المحرم، وفيما يجب به ضمانه.

والثاني: في أن الضَّمَانَ مَاذَا؟

أما الأول فالصَيْدُ الْمُحْرَمُ كل مأكول متوحش ليس مَائِيًا، هذه عبارة صَاحِبِ الكِتَابِ في «الْوَسِيْطِ»، واستغنى هاهنا بلفظ الصيد عن المتوحش، فإنه لا يقع عن الحَيَوَانَاتِ إلا نسية، وبين ما يدخل في الضَّابِطِ المَذْكُورِ، ويخرج عنه بصور:

إحداها: لا فرق بين المستأنس والوَخْشِيِّ؛ لأنه وإن استأنس لا يبطل حكم توحشه الأصلي، كما أنه لو توحش إنسي لا يحرم التَّعْرُضُ لَهُ إِبْقَاءً لِحُكْمِهِ الْأَصْلِيِّ.

وقال مالك: لا جزاء في المستأنس، ولا فرق في وجوب الجزائين بين أن يكون الصَيْدُ مملوكاً لإنسان، أو مباحاً، نعم يجب في المملوك مع الجزاء، ما بين قِيَمَتِهِ حَيًّا ومذبوحاً لِحَقِّ المَالِكِ<sup>(١)</sup> وعن المزني: أنه لا جزاء في الصيد المملوك. لنا ظَاهِرُ الْقُرْآنِ.

الثَّانِيَة: كما يحرم التعرض للصَيْدِ، يحرم التعرض لأجزائه بالجرح والْقَطْعِ؛ لأن النبي ﷺ قال في الحرم: «لَا يُتَّقَرُ صَيْدُهَا»<sup>(٢)</sup>.

ومعلوم أن القطع والجرح أعظم من التنفير، وإذا جرحه ونقصت الجِرَاحَةُ مِنْ قِيَمَتِهِ، فسيأتي القول فيما يجب عليه في النَّظَرِ الثَّانِي، وإن بَرِيَءٍ ولم يبق نقصان ولا أثر، فهل يلزمه شيء؟ فيه وجهان:

هذا كالخلاف فيما إذا جرحه فأنْدَمَلَتْ الجِرَاحَةُ، ولم يبق نَقْصٌ وَلَا شَيْئٌ، هل

= القولين، ومع ذلك يجب جزاؤه، واحترز بالبري عن البحري، فإنه لا يحرم للآية السابقة، ولا فرق فيه بين أن يكون البحر في الحرم أم في الحل كما هو مقتضى إطلاق الرافيعي وغيره، لكن في البحر عن الصيمري تحريم الاصطياد منه يعني من بحر الحرم، والبحري هو الذي لا يعيش إلا في البحر، فإن عاش في البحر والبر فهو كالبري تغليبا للتحريم. قاله في الخادم.

(١) قال النووي: قال أصحابنا: هذا إذا قلنا: ذبيحة المحرم حلال. فإن قلنا: ميتة، لزمه له كل القيمة، وقد ذكره الرافيعي بعد هذا بقليل. وقال الماوردي وغيره: وإذا قلنا: ميتة، فالجلد للمالك. ينظر الروضة (٢/٤١٩).

(٢) أخرجه البخاري (١٥٧٨، ١٨٣٤) ومسلم (١٣٥٣).

يجب شيء؟ فيجري الخلاف فيما تُتَفَ ريشه فَعَادَ كَمَا كَانَ.

الثالثة: بَيُّضُ الطَّائِرِ المَأْكُولِ مضمون بقيمته، خلافاً لمالك حيث قال: فيه عشر قيمة البائض، وللمزني حيث قال: لا يضمن أضلاً، لنا: ما روي عن كعب بن عجرة - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ: «قَضَى فِي بَيُّضِ نَعَامِ أَصَابَهُ المُحْرِمُ بِقِيَمَتِهِ»<sup>(١)</sup>.  
فإن كانت مَذْرَعَةً، فلا شيء عليه بِكَسْرِهَا<sup>(٢)</sup>؛ كما لو قد صيداً ميتاً إلا في بيض النعامة ففيها قيمتها؛ لأن قَشْرَهَا مُتَنَفِّعٌ بِهِ. قاله في الشَّامِلِ.

ولو نفر طائراً عن بيضته التي احتضنها ففسدت فعليه القيمة.

ولو أخذ بَيُّضَ دَجَاجَةٍ فأحضنها صيداً فَفَسَدَ بَيُّضُهُ، أو لم يحضنه ضمنه؛ لأن الظاهر أن الفَسَادَ نَشَأَ مِنْ ضَمِّ بَيُّضِ الدَّجَاجَةِ إِلَى بَيُّضِهِ.

ولو أخذ بَيُّضَةَ صَيْدٍ، وأحضنها دجاجة فهو في ضمانها إلى أن يخرج الفَرْخُ، ويصير ممتنعاً، حتى لو خَرَجَ، ومات قبل الامتناع، لزمه مثله من النِّعَمِ، ولو كَسَرَ بَيُّضَةً، وفيها فَرْخٌ ذُو رُوحٍ فَطَارَ وسلم، فلا شيء عَلَيْهِ وإن مات، فعليه مِثْلُهُ مِنَ النِّعَمِ.

ولو حَلَبَ لَبَنَ صَيْدٍ، فقد قَالَ كثير من أئمتنا مِنَ العِرَاقِيِّينَ وغيرهم: إنه يضمن، وحكوا عَنِ أَبِي حَنِيفَةَ - رحمه الله - أنه إن نقص الصَّيْدُ بِهِ ضَمِنَهُ وَإِلَّا فَلَا، واحتجوا عليه بأنه مأكول انفصل من الصَّيْدِ فأشبهه البَيُّضُ، وذكر القَاضِي الرُّوْيَانِي فِي التَّجْرِبَةِ أنه لا ضَمَانَ فِي اللَّبَنِ، بِخِلَافِ البَيُّضِ، فإنه بعرض أن يخلق مِنْهُ مثله.

الرابعة: مَا لَيْسَ بِمَأْكُولٍ مِنَ الدَّوَابِّ والطيور صنفان: مَا لَيْسَ لَهُ أَضْلٌ مَأْكُولٌ، وما أَحَدٌ أَضْلِيَّةٍ مَأْكُولٌ.

أما الصَّنْفُ الأول فلا يحرم التعرض له للإحرام، ولو قتله المَحْرِمُ، لم يلزمه الجَزَاءُ، وبه قال أَحْمَدُ، وروى أنه ﷺ قال: «يَقْتُلُ المَحْرِمُ السَّبْعَ العَادِيَّ»<sup>(٣)</sup>.

ومعلوم أن الأَسَدَ وَالثَّمَرَ وَالفَهْدَ سَبَاعٌ عَادِيَّةٌ.

(١) أخرجه الدارقطني (٢/٢٤٧) والبيهقي (٥/٢٠٨) وإسناده ضعيف.

(٢) مراد المصنف بالمذرة التي صارت دماً، فإن الأصح نجاستها، أما التي اختلطت بياضها بصفرتها، فالظاهر أنها مضمونة كاللبن؛ لأنها مأكولة والشيخ في «شرح المهذب» في باب النجاسة فسر المذرة بالمختلطة دون المستحيلة، فقال: البيضة الطاهرة إذا استحالت دماً، فالأصح نجاستها، ولو صارت مذرة، وهي ما اختلط بياضها بصفرتها فهي طاهرة بلا خلاف. وقال في كلام له على «المهذب»: المذرة عند أهل اللغة الفاسدة، وقد تطلق على التي اختلطت بياضها بصفرتها.

(٣) أخرجه أبو داود (١٨٤٨) والترمذي (٨٣٨) وقال: حسن، وابن ماجه (٣٠٨٩) وفيه يزيد بن أبي زياد وهو ضعيف. انظر التلخيص (٢/٢٧٤).

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - يجب الجزاء بِقَتْلِ غَيْرِ الْمَمْلُوكِ مِنَ الصَّيْدِ، إِلَّا الذُّئْبَ، وَالْفَوَاسِقَ الْخَمْسَ، وقال مالك - رحمه الله - ما لا يهتدي بالإجزاء، يجب الجزاء فيه كالصَّغْرِ وَالْبَازِي.

ثم الحيوانات الدَّاخلَة في هذا الصنف على أَضْرَب:

منها: ما يستحب قتلها للمُحْرَم، وغيره، وهي المؤذيات بطبعها، نحو الفواسق الخمس، روي أنه ﷺ قال: «خَمْسٌ فَوَاسِقٌ يَقْتُلْنَ فِي الْحَرَمِ، الْغُرَابُ وَالْحِدَاةُ وَالْعَقْرَبُ وَالْفَأْرَةُ وَالْكَلْبُ الْعَقُورُ»<sup>(١)</sup>.

وروي أنه قال: «خَمْسٌ مِنَ الدَّوَابِّ لَيْسَ عَلَى الْمُحْرَمِ فِي قَتْلِهنَّ جُنَاحٌ، فَذَكَرَهُنَّ»<sup>(٢)</sup>.

وفي معناها البَحِيَّةُ، والذئب، والنسر، والعقاب، والبق، والبرغوث، والزنبور<sup>(٣)</sup>.

ولو ظهر القمل على بَدَنِ الْمُحْرَمِ أو ثيابه لم يكره تنحيته، ولو قتله لم يلزمه شيء. ويكره له أن يفلي رأسه ولحيته وإن فعل فأخرج منها قملةً فقتلها تصدق، ولو بلقمة، نص عليه، وهو عند الأكثرين محمول على الاستحباب، ومنهم من قال: إنه يجب ذلك لما فيه من إزالَة الأذى عَنِ الرَّأْسِ.

ومنها: الحيوانات التي فيها منفعة ومَضْرَّة، كالفهد، والصفرة، والبازي، فلا يستحب قتلها لما يتوقع من المنفعة، ولا يكره لما يخاف من المَضْرَّة.

ومنها: التي لا تظهر فيها منفعة، ولا مَضْرَّة، كالخنافس، والجعلان، والسرطان، والرخمة، والكلب الذي ليس بعقور، فيكره قتلها<sup>(٤)</sup>.

ولا يَجُوزُ قَتْلُ النَّحْلِ، والنمل، والخطاف، والصفدع<sup>(٥)</sup>، لورود النَّهْيِ

(١) أخرجه البخاري (١٨٢٩، ٣٣١٤) ومسلم (١١٩٨).

(٢) أخرجه البخاري (١٨٢٦، ٣٣١٥) ومسلم (١١٩٩).

(٣) قال ابن الملقن (٣٥/٢): بل ورد النص فيهما.

(٤) قال النووي: قوله: إن الكلب الذي ليس بعقور يكره قتله، مراده كراهة تنزيه. وفي كلام غيره ما يقتضي التحريم.

والمراد: الكلب الذي لا منفعة فيه مباحة، فأما ما فيه منفعة مباحة، فلا يجوز قتله بلا شك، سواء في هذا الكلب الأسود، وغيره. والأمر بقتل الكلاب منسوخ.

(٥) قال الزركشي: هو محمول على ما إذا لم يؤذ فإن أذى جاز إلحاقها بالفواسق الخمس وذكر الأزهري في «التهذيب»: أن المراد بالنمل المنهي عن قتله في الحديث الطويل التي تكون في الحشرات وهي لا تؤذي، واستفدنا من هذا التفسير أن النمل الطويل الذي يقال له السليماني إذا دخل البيوت وأذى جاز قتلها. انتهى.

عن<sup>(١)</sup> قتلها، وفي وجوب الجزاء بقتل الهدهد، والسرذ، خلاف، مبني على الخلاف في جواز أكلها.

**والصنف الثاني:** ما أحد أصلية مأكول، كالمتولد بين الذئب، والضبع، وبين حمار الوحش، وجمار الأهل، فيحرم التعرض له، ويجب الجزاء فيه احتياطاً<sup>(٢)</sup>، كما يحرم أكله احتياطاً.

واعلم أن الصنف الأول يخرج عن الضابط المذكور، بقيد المأكول، لكن الصنف الثاني يدخل فيه، ويحرم الضبط، والوجه أن يزداد فيه فيقال: كل صيد هو مأكول، أو في أصله مأكول.

**الخامسة:** الحيوانات الإنسية كالتعم، والخيل والدجاج، يجوز للمخرم ذبحها، ولا جزاء عليه، وأما ما يتولد من الوحشي، والإنسي، كالمتولد من اليعقوب، والدجاجة، أو الطيبي، والشاة فيجب في ذبحه الجزاء احتياطاً كما في المتولد من المأكول وغير المأكول وطريق إدراجيه في الضابط يقاس بما ذكرناه فيه.

**السادسة:** إنما يحرم صيد البر على المخرم دون صيد البحر، قال الله تعالى: ﴿أَحَلَّ لَكُم صَيْدَ الْبَحْرِ﴾<sup>(٣)</sup>. الآية، قال الأصحاب: وصيد الخبر الذي لا يعيش إلا في البحر، أما ما يعيش في البر، والبحر، فهو كالبر، والطيور المائية التي تغوص في الماء، وتخرج من صيود البر، لأنها لو تركت في الماء لهلكت، والجراد من صيد البر، يجب الجزاء بقتله، وبه قال عمر<sup>(٤)</sup>، وأبْنُ عَبَّاسٍ<sup>(٥)</sup> - رضي الله عنهما -؛ وحكى الموفق أبْنُ طَاهِرٍ، وغيره قولاً غريباً: أنه من صيود البحر، لأنه يتولد من روث السمك - والله أعلم -.

= وقال في المهمات: المراد بالنمل هنا إنما هو النمل الكبير المعروف بالسليمانى كذا قال الخطابي، وكذلك البغوي في شرح السنة المسمى: «بالاستقصاء» نقلاً عن الإيضاح للصيمري فقال: إن الذي يؤذي منه يجوز قتله. قال: بل يستحب لأنهم سألوا ابن عباس عنها فقال: تلك ضالة لا شيء فيها. انتهى ما أردته من المهمات.

(١) أخرجه أحمد (٣٠٦٧) وأبو داود (٥٢٦٧) وابن ماجه (٣٢٢٤) وابن حبان، ذكره الهيثمي في الموارد (١٠٧٨).

(٢) قال النووي: قال الشافعي - رحمه الله -: فإن شك في شيء من هذا، فلم يدر أخطاه وحشي مأكول أم لا، استحب فداؤه. تنظر الروضة (٤٢٢/٢).

(٣) سورة المائدة، الآية ٩٦.

(٤) أخرجه البيهقي، وذكره ابن الملقن في الخلاصة عن ابن عمر. انظر الخلاصة (٤٢/٢)، وانظر التلخيص (٢٨٣/٢).

(٥) أخرجه الشافعي والبيهقي. انظر خلاصة البدر (٤٢/٢)، والتلخيص (٢٨٣/٢).

قال الغزالي: وَيُضْمَنُ هَذَا الصَّيْدُ بِالْمُبَاشَرَةِ وَالسَّبَبِ وَالْيَدِ، وَالسَّبَبُ كَنَصْبِ شَبَكَةٍ أَوْ إِزْسَالِ كَلْبٍ أَوْ أَنْحِلَالٍ رِبَاطِهِ بِنَوْعِ تَقْصِيرِ فِي رَنْطِهِ أَوْ تَنْفِيرِ صَيْدٍ حَتَّى يَتَعَثَّرَ قَبْلَ سُكُونِ نِفَارِهِ، وَكُلُّ ذَلِكَ يُوجِبُ الضَّمَانَ إِذَا أَفْضَى إِلَى التَّلْفِ، وَلَوْ حَفَرَ الْمُحْرِمُ بِثَرًّا فِي مَلِكِهِ لَمْ يَضْمَنْ مَا يَتَرَدَّى فِيهِ، وَلَوْ حَفَرَ فِي الْحَرَمِ فَوَجَّهَانَ، وَلَوْ أَرْسَلَ كَلْبًا حَيْثُ لَا صَيْدَ فَعَرَّضَ صَيْدًا فِي الضَّمَانَ وَجَّهَانَ.

قال الرافعي: قد عرفت أن الصيد المحرم أي: صَيْدٌ هُوَ، والغرض الآن بيان الجهات التي يضمن بها ذلك الصَّيد، وهي ثلاثة:

الأولى: مباشرة الإثلاف<sup>(١)</sup>، وهي ثلاثة:

والثانية: التسبب إليه، وموضع تفسيره وضبطه كتاب الجنایات، وتكلم هَاهُنَا في

صور:

إحداها: لو نصب شَبَكَةً فِي الْحَرَمِ أَوْ نَصَبَ الْمُحْرِمُ شَبَكَةً، فتعقل بِهَا صَيْدٌ وَهَلَكَ، فَعَلَيْهِ الضَّمَانُ، سواء نَصَبَهَا فِي مَلِكِ نَفْسِهِ، أَوْ مَلِكِ غَيْرِهِ، لأن نصب الشبكة يقصد بها الاضْطِیَادُ، فهو بمثابة الأخذ باليد<sup>(٢)</sup>.

الثانية: لو أرسل كلباً فأتلف صَيْدًا، وجب عليه الضَّمَانُ<sup>(٣)</sup> لأن إرسَالَ الكَلْبِ يسبب إلى الهَلَاكِ ولو كان الكلب مربوطاً فحل رباطه فَكَذَلِكَ، لأن السبع شديد الضَّرَاوَةَ بالصَّيْدِ، فيكفي في قَضْدِ الصَّيْدِ حَلُّ الرِّبَاطِ، وإن كان الاضْطِیَادُ لا يتم إلا بالإغْرَاءِ. ولو أنحل الرباط لتقصيره في الرَنْطِ نزل ذلك منزلة الحَلِّ، وحكى الإمام - رحمه الله - في هذه الصورة تردد الأئمة، فليكن قوله: (أو أنحل رباطه) معلماً بالوَأْوِ لذلك، وحيث أوجبنا الضَّمَانَ في هذه المسائل، فذلك إذا كان ثمَّ صَيْدٌ، فإن لم يكن فأرسل الكلب أو حل رباطه فظهر صَيْدٌ فوجهان:

(١) ولا فرق فيها بين أن يكون المباشر مخطئاً أو متعمداً عالماً أو جاهلاً ذاكراً أو ناسياً.

(٢) قال النووي: ولو نصب الشبكة أو الأحبولة وهو حلال، ثم أحرم فوقع بها صيد لم يلزمه شيء ذكره القفال، وصاحب «البحر» وغيرهما. وهو معنى نص الشافعي - رحمه الله تعالى - ينظر الروضة (٢/٤٢٢ - ٤٢٣).

(٣) أطلق الشيخ وفصل القاضي أبو الطيب والماوردي والحسين والرويانى والجرجاني في المعاينة بين المعلم فيضمن وبين غيره فلا يضمن، لأن غير المعلم لا ينسب إلى فعل المرسل، بل إلى اختيار الكلب، ولهذا لا يؤكل ما اصطاده، وعزاه القاضي الحسين لنص الشافعي في «الإملاء»، وحكاه في «شرح المهذب» عن الماوردي وحده. قال: وفيه نظر، وينبغي أن يضمن بإرساله، لأنه سبب وهو كما قال مشكل. وقضية إطلاق غيرهم التسوية بين المعلم وغيره. قاله الزركشي.

أحدهما: أنه لا يضمن، إذا لم يوجد منه قَصْدُ الصَّيْدِ.

وأرجحهما: على ما رَوَاهُ الإِمَامُ: أنه يضمن لِحُصُولِ التَّلَفِ بسبب فعله، وجهله لا يقدر فيه، كما سنذكره في حَفْرِ البِئْرِ<sup>(١)</sup>.

الثالثة: لو نفر المُخْرِمُ صَيْدًا فَتَعَثَّرَ فَهَلَكَ، أو أَخَذَهُ سَبْعَ أو انصدم بِشَجَرٍ، أو جبل وجب عليه الضَّمَانُ، سواء قصد تنفيره أو لم يقصد، ويكون في عهدة المنفر إلى أن يعود الصَّيْدُ إلى طبيعة السُّكُونِ والاستقرار، فلو هلك بعد ذلك فلا شيء عليه، ولو هلك قبل السكون النفار، ولكن بأقاة سماوية، ففي الضَّمَانِ وجهان:

أحدهما: يجب، ويكون دوام أثر النفار كالمضمنة،

وأشبههما: أنه لا يجب، لأنه لم يهلك بسبب من جهة المُخْرِمِ، وَلَا تَحَتَّ يده.

الرابعة: لو حفر المُخْرِمُ، أو حفر في الحرم بئراً في محل عدوان، فتردى فيها صَيْدٌ وهلك، فعليه الضَّمَانُ ولو حفره في ملكه أو في مَوَاتٍ، فأما في حق المحرم، فظاهر المَذْهَبِ أنه: لا ضمان: كما لو تردت فِيهَا بِهَيْمَةٌ، أو آدمي، ونقل صاحب «التتمة» وجهاً غريباً: أنه يجب الضمان. وأما في الحرم، فوجهان مشهوران:

أحدهما: أنه لا ضمان، كَمَا لو حَفَرَ المُخْرِمُ في مِلْكِهِ.

والثاني: يجب؛ لأن حُرْمَةَ الحَرَمِ لَا تَخْتَلِفُ، وصار كما لو نصب شَبَكَةً في الحَرَمِ في ملكه، وأوماً صاحب «التهديب» - رحمه الله - إلى تَرْجِيحِ التَّوَجُّهِ الأَوَّلِ، لكن الثَّانِي أشبه، ويحكي ذلك عن الربيع وصاحب «التلخيص»، ولم يورد في «التتمة» غيره<sup>(٢)</sup>.

قال الغزالي: وَلَوْ دَلَّ حَلَالًا عَلَى صَيْدٍ عَصَى وَلَا جَزَاءَ عَلَيْهِ، وَفِي تَحْرِيمِ الأَكْلِ عَلَيْهِ مِنْهُ قَوْلَانِ، وَمَا دَبَّحَهُ بِنَفْسِهِ فَأَكَلَهُ حَرَامٌ عَلَيْهِ، وَهَلْ هُوَ مَيْتَةٌ فِي حَقِّ غَيْرِهِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ، وَكَذَا صَيْدُ الحَرَمِ.

قال الرافعي: في الفصل مسألتان:

إحدهما: لو دَلَّ الحلالُ محرماً على صَيْدٍ فقتله وجب الجَزَاءُ على المُخْرِمِ وَلَا

(١) قال النووي: قال القاضي أبو حامد وغيره: يكره للمحرم حمل البازي وكل صائد. فإن حملة فأرسله على صيد فلم يقتله، فلا جزاء، لكن يأثم، ولو انفلت بنفسه فقتله، فلا ضمان. - والله أعلم - ينظر روضة الطالبين (٢/٤٢٣).

(٢) قال النووي: وقيل: إن حفرها للصيد، ضمن، وإلا فلا، واختاره صاحب «الحاوي» - والله أعلم - ينظر روضة الطالبين (٢/٤٢٣).



شَيْءٌ عَلَى الْحَلَالِ، سواء كان الصَّيْدُ فِي يَدِهِ، أو لم يكن.

نعم، هو مُسَيءٌ بِالْإِعَانَةِ عَلَى الْمَعْصِيَةِ، ولو دلَّ الْمُخْرِمُ حَلَالاً عَلَى صَيْدٍ قَتَلْتَهُ نَظَرَ إِنْ كَانَ الصَّيْدُ بِيَدِ الْمُخْرِمِ وَجِبَ عَلَيْهِ الْجَزَاءُ؛ لِأَن حِفْظَهُ وَاجِبٌ عَلَيْهِ، وَمَنْ يَلْزِمُهُ الْحِفْظُ يَلْزِمُهُ الضَّمَانُ إِذَا تَرَكَ الْحِفْظَ كَمَا لَوْ دَلَّ الْمُدْعَى السَّارِقَ عَلَى الْوَدِيعَةِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِهِ وَهُوَ مَسْأَلَةُ الْكِتَابِ فَلَا جَزَاءَ عَلَى الدَّالِّ، وَلَا عَلَى الْقَاتِلِ، أَمَا الْقَاتِلُ فَلِأَنَّهُ حَلَالٌ، وَأَمَا الدَّالُّ فَكَمَا لَوْ دَلَّ رَجُلًا عَلَى قَتْلِ إِنْسَانٍ لَا كِفَارَةَ عَلَى الدَّالِّ، وَسَاعَدْنَا مَالِكٌ - رَحِمَهُ اللَّهُ - عَلَى ذَلِكَ.

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - إن كانت الدلالة ظاهرة فلا جزاء عليه، وإن كانت خفية ولولها لما رأى الحلال الصيد يجب الجزاء، وسلم في صيد الحرم أنه لا جزاء على الدال. وعن أحمد: أن الجزاء يلزم الدال، والقاتل بينهما.

وقوله في الكتاب: (وفي تحريم الأكل منه عليه قولان) صريح في إثبات الخلاف في أن المحرم هل يجوز له أن يأكل من الصيد الذي دل عليه الحلال حتى قتله؟ لكن الوجه أن تغير هذه اللفظة، ويجوز أن يجعل مكانها: وفي وجوب الجزاء عليه عند الأكل منه قولان، أما التغيير فلأنك إذا بحثت لم تر نقل الخلاف في جواز الأكل للمحرم، والصورة هذه لا لغير صاحب الكتاب، ولا له في «الوسيط» وغيره، بل وجدتهم جازمين بحرم الأكل على المخرم مما صيد له أو باعنته بسلاح وغيره، أو بإشارته ودلالته محتجين عليه بما روى أنه ﷺ قال: «لَحْمُ صَيْدِ الْبَرِّ حَلَالٌ لَكُمْ فِي الْإِحْرَامِ مَا لَمْ تَضْطَاطُوهُ، أَوْ لَمْ يُضْطَظْ لَكُمْ»<sup>(١)</sup>.

وبما روي أن أبا قتادة - رضي الله عنه - خرج مع النبي ﷺ فتخلف عن بعض أصحابه وهو حلال وهم محرمون فرأوا حُمْرَ وَخَشٍ فَاسْتَوَى عَلَى فَرَسِهِ ثُمَّ سَأَلَ أَصْحَابَهُ أَنْ يَنَاولُوهُ سَوْطاً فَأَبَوْا، فَسَأَلَهُمْ زُمْحَهُ فَأَبَوْا فَأَخَذَهُ وَحَمَلَ عَلَى الْحُمْرِ فَعَقَرَ مِنْهَا أَتَاناً، فَأَكَلَ مِنْهَا بَعْضُهُمْ وَأَبَى بَعْضُهُمْ فَلَمَّا أْتَى رَسُولَ اللَّهِ ﷺ سَأَلُوهُ فَقَالَ «هَلْ مِنْكُمْ أَحَدٌ أَحَدَ أَمْرَةٍ أَنْ يَحْمِلَ عَلَيْهَا، أَوْ أَشَارَ إِلَيْهَا، قَالُوا: لَا، قَالَ فَكُلُوا مَا بَقِيَ مِنْ لَحْمِهَا»<sup>(٢)</sup>.

(١) أخرجه أبو داود (١٨٥١) والترمذي (٨٤٦) وقال: قال الشافعي: وهو أحسن شيء روى في الباب وأقرب وأعله بأن قال: لا نعرف للمطلب سماعاً عن جابر، وأخرجه النسائي (١٨٧/٥) وابن حبان، ذكره الهيثمي في الموارد (٩٨٠) والحاكم (٤٧٦/١) وصححه، والبيهقي (٥/١٩٠).

(٢) أخرجه البخاري (١٨٢١، ١٨٢٢، ١٨٢٣، ١٨٢٤، ٢٥٧٠، ٢٨٥٤، ٢٩١٤، ٤١٤٩، ٥٤٠٦، ٥٤٠٧، ٥٤٩٠، ٥٤٩١، ٥٤٩٢) ومسلم (١١٩٦).

أشعر ذلك بالتحريم إذا كان الاضطهاد بإعانتة، أو دلالتة، أو له، وعجيب أن يكون نَقْلُ الْقَوْلَيْنِ صَوَاباً ثم يغفل عنه كل من عَدَاهُ مِنَ الْأَصْحَابِ، وهو أيضاً في غير هذا الكتاب. وأما جواز التبديل بما ذكرت فلأن الْقَوْلَيْنِ في أن ما صيد للمحرم أو بدلالته أو بإعانتة لو أكل منه هل يلزمه جزاؤه؟ مشهوران.

أحد القولين وهو القديم وبه قال مالك وأحمد - رحمهما الله -: أنه يَلْزَمُهُ الْقِيَمَةُ بِقَدْرِ مَا أَكَلَ؛ لأن الأكل فعل محرم في الصيد فيتعلق به الجزاء كَالْقَتْلِ، ويخالف ما لو ذَبَحَهُ، وأكله حيث لا يلزم بالأكل جزاء؛ لأن وجوبه بِالذَّبْحِ أغنى عن جَزَاءٍ آخَرَ.

والجديد: أنه لا يلزم؛ لأنه ليس بِتَمَامٍ بعد الذبح، ولا يؤول إلى النماء، فلا يتعلق بإتلافه الْجَزَاءُ، كما لو أتلف بيضة مذرة.

واعلم أن هذه المسألة مذكورة في الكتاب من بعد، وتبديل اللفظ بها يفضي إلى التكرار، لكنني لا أدري على ماذا يحمل إن لم يحتمل التكرار؟

ولو أمسك محرماً صيداً حتى قَتَلَهُ غيره، نظر إن كان حلالاً فيجب الجزاء على الْمُحْرِمِ لِتَعَدِّيهِ بِالْإِمْسَاكِ والتعريض لِلْقَتْلِ، وهل يرجع به على الْخِلَافِ؟

قال الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ: لا؛ لأنه غير ممنوع من التَّعْرِضِ لِلصَّيْدِ.

وقال القاضي أَبُو الطَّيْبِ: نعم.

هذا ما أورده في «التهذيب» وشبهه بما إذا غضب شيئاً فأتلفه متلف في يده يضمن الغاصب، ويرجع على المتلف، وإن كان محرماً أيضاً فوجهان:

أظهرهما: أن الجزاء كله على القاتل؛ لأنه مباشرٌ، ولا أثر للإمساك مع المُبَاشَرَةِ.

والثاني: أن لكل واحد من الفعلين مدخلاً في الهلاك، فيكون الجزاء بينهما نصفين، وقال في «العدة»: الصحيح أن الممسك يضمنه باليد، والقاتل يضمنه بالإتلاف، فإن أخرج الممسك الضمان رجع به على المتلف، وإن أخرج المتلف لم يرجع على المُمْسِكِ<sup>(١)</sup>.

(١) قال النووي: قال صاحب «البحر»: لو رمى حلال صيداً، ثم أحرم، ثم أصابه، ضمنه على الأصح، ولو رمى محرماً ثم تحلل، بأن قصر شعره، ثم أصابه، فوجهان. ولو رمى صيداً، فنقد منه إلى صيد آخر، فقتلها، ضمنها وتعقب بأنه يستثنى من الضمان مسائل:

منها: ما لو باض حمام أو غيره في فراشه أو نحوه وفرخ، ولم يمكن دفعه إلا بالتعرض له ففسد بذلك.

ومنها: ما لو انقلب عليه في نومه فأفسده أو جن فقتل صيداً، فإن قيل: هذا إتلاف والمجنون =

المسألة الثانية: إذا ذبح المُخْرِمُ صَيْدًا لم يحل له الأكل منه، وهل يحل الأكل منه لغيره؟ فيه قولان:

الجديد: وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد - رحمهم الله -: أنه ميتة، لأنه ممنوع من الذبح لمعنى فيه فصار كذبيحة المجوسي، فعلى هذا لو كان مملوكاً وجب مع الجزاء القيمة للمالك.

والقديم: أنه لا يكون ميتة، ويحل لغيره الأكل منه، لأن من يحل بذبحه الحيوان الإنسي يحل بذبحه الصيّد كالأحلال، فعلى هذا لو كان الصيد مملوكاً فعليه مع الجزاء ما بين قيمته حياً ومذبوحاً للمالك، وهل يحل له بعد زوال الإحرام؟ فيه وجهان:

أظهرهما: لا، وفي صيّد الحَرَمِ إذا ذبح طريقان:

أظهرهما: طرد القولين، والآخر: القَطْعُ بِالْمَنْعِ.

والفرق أن صيّد الحَرَمِ منع منه جميع النَّاسِ في جميع الأحوال فكان أكد تحريماً، وليكن قوله: (وكذا صيّد الحَرَمِ) مُعَلِّماً بالواو لمكان الطَّرِيقَةِ الأُخْرَى.

قال الغزالي: وَإِثْبَاتُ الْيَدِ عَلَيْهِ سَبَبُ الضَّمَانِ، إِلَّا إِذَا كَانَ فِي يَدِهِ فَأَحْرَمَ، فَبِئْسَ لُزُومٍ رَفَعَ الْيَدَ قَوْلَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَلْزَمُ فِي زَوَالِ مِلْكِهِ قَوْلَانِ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَلْزَمُ فَلَوْ قَتَلَهُ ضَمِنَ لِأَنَّهُ ابْتِدَاءٌ إِنْثِلَابٍ، وَلَوْ اشْتَرَى صَيْدًا وَقُلْنَا: إِنَّ الْإِحْرَامَ لَا يَقْطَعُ دَوَامَ الْمِلْكِ فَبِئْسَ قَوْلَانِ كَمَا فِي الْعَبْدِ الْمُسْلِمِ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَرِثُ ثُمَّ يَزُولُ مِلْكُهُ.

قال الرافعي: الثالثة من جهات الضمان إثبات اليد.

ويد المُخْرِمِ على الصيد إما أن يقع ابتداءها في حال الإحرام، أو يكون ابتداءها سابقاً على الإحرام.

أما إثبات اليد عليه ابتداء في حال الإحرام فهو حرام غير مُفِيدٍ لِلْمِلْكِ، فإذا أخذ صيّداً ضمنه كما يضمن الغاصب ما يتلف في يده، بل لو تولد تلف الصيد بما في يده لَزِمَهُ الضَّمَانُ كما لو كان راكب دابة فأتلفت صيّدًا بِعَضِّهَا، أو رَفَسَهَا، وكذا لو بَالَتْ فِي الطَّرِيقِ فزلق به صيّد، وهلك كما لو زلق به آدمي، أو بهيمة.

= فيه كالماتل، أجبب بأنه وإن كان إتلافاً فهو حق لله - تعالى - ففرق فيه بين من هو من أهل التمييز وغيره.

ومنها: ما لو أخذ الصيد تخليصاً من سبع أو مداوياً له، أو ليعمهده فمات في يده.

ومنها: لو صال عليه فقتله دفعاً فلا ضمان في الجميع.

أما لو انفلت بعيره فأصاب الصَّيد، فلا شيء عليه، نص على ذلك كله. وأما إذا تقدم ابتداء اليد على الإحرام، فإن كان في يده صَيْدٌ مملوك له ثم أحرم فهل يلزمه رفع اليد عنه؟ فيه قولان:

أحدهما: لا، كما لا يلزمه تَسْرِيحُ زَوْجَتِهِ وإن حرم ابتداء النكاح عليه.

والثاني: نعم؛ لأن الصَّيْدَ لا يراد للدَّوَامِ، فتحرم استدامته كالطَّيْبِ واللَّبَاسِ، ويحرم عليه النُّكَاحُ فإنه يقصد للدوام، وهذا أصحُّ القولين على ما ذكره الْمُحَامِلِيُّ، والكَرْخِيُّ، وغيرهما من الْعِرَاقِيِّينَ.

واعلم: أنا نعني برفع اليد الإزسال، والإطلاق الكلي.

وقال مالك وأبو حنيفة، وأحمد - رحمهم الله - يجب رفع اليد المتأبدة عنه، ولا يجب رفع اليد الحُكْمِيَّةَ، والإرسال المُطْلَقَ.

التفريع: إن لم نوجب الإزسال فهو على ملكه، له بيعه وهبته، لكن لا يجوز له قتله، ولو قتله يجب الجزاء كما لو قَتَلَ عَبْدَهُ يَلْزَمُهُ الْكَفَّارَةُ، ولو أرسله غيره لزمه القيمة للمالك، وإن قتله فكذلك فإن كان محرماً لزمه الجزاء أيضاً، ولا شيء على المالك كما لو مات. وإن أوجبنا الإزسال فهل يزول ملكه عنه؟ فيه قولان:

أحدهما: وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد - رحمهم الله - : لا، كما لا يبين زوجته.

والثاني: نعم، كما يزول جِلُّ الطَّيْبِ، واللباس، وهذا أصحُّ عند العراقيين، وعكس بعض الأصحاب الترتيب فوضع القولين في زَوَالِ الْمَلِكِ أولاً، ثم قال إن قلنا: لا يزول الملك ففي وجوب الإزسال قولان، والأمر فيه قريب التفريع إن قلنا يزول ملكه فأرسله غيره، أو قتله فلا شيء عليه، ولو أرسله المُنْحَرِمَ فأخذه غيره ملكه، ولو لم يرسله حتى تحلل فهل عليه إزساله؟ فيه وَجْهَانِ:

أحدهما: وهو المنصوص نعم، لأنه كان مستحق الإزسال فلا يرتفع هذا الاستحقاق بتعديه بالإمساك.

والثاني: ويحكى عن أبي إسحاق: أنه لا يجب، ويعود ملكاً له كالعصير إذا تَخَمَّرَ، ثم تَحَلَّلَ، وحكى الإمام - رحمه الله - على هذا القول وجهين في أنه يزول بِتَنْفُسِ الْإِحْرَامِ، أو الإحرام يوجب عليه الإزسال، فإذا أرسل حينئذ يزول، والأول أشبه بكلام الجمهور. وإن قلنا: لا يزول ملكه عنه فليس لغيره أخذه، ولو أخذه لم يملكه، ولو قتله ضَمِنَتْهُ، وهو بمثابة المتفلت من يده، وعلى القولين جميعاً لو مات الصَّيْدُ في يده بعد إمكان الإزسال لزمه الجزاء؛ لأنهما مفرعان على وجوب الإزسال، وهو مقصر

بالإمساك. ولو مات الصيّد قبل إمكّان الإرسال فقد حكم الإمام - رحمه الله - وجهين في وجوب الضمّان، وقال: المذهب وجوبه، ولا خلاف في أنه لا يجب تقديم الإرسال على الإخرام. قوله في الكتاب: (ففي لزوم رفع اليد قولان) يجوز أن يُعَلَّم لفظ القولين بالواو، لأن القاضي ابن كَيْج روى عن أبي إسحاق طريقة قاطعة بأنه لا لزوم، وحيث قال بالإرسال أراد به الاستحباب.

وقوله: (لأنه ابتداء إتلاف) أراد به أنا على هذا القول، وإن جوزنا استدامة اليد، والمملك، فلا يجوز الإتلاف؛ لأن الإتلاف ليس باستدامة، وإنما هو ابتداء فعل، وكان الأحسن في التعبير عن هذا الغرض أن يقول: لأن الإتلاف ابتداء، ثم في الفصل مسألتان:

إحدهما: لو اشترى المخرم صيّدًا، أو اتهبه أو أوصي له فقبل يفرع ذلك على الخلاف الذي سبق.

إن قلنا: إن الملك يزول عن الصيّد بالإخرام لا يملكه بهذه الأسباب؛ لأن من مُنِع من إدامة الملك فهو أولى بالمنع من ابتدائه.

وإن قلنا: لا يزول ففي صحّة الشراء والهبة قولان بناء على القولين فيما إذا اشترى الكافر عبداً مسلماً، ويدل على المنع ما روى أن الصّغْب بن جُثَامَةَ. أَهْدَى لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ جِمَاراً وَحَشِيئاً فَرَدَّهُ عَلَيْهِ، فَلَمَّا رَأَى مَا فِي وَجْهِهِ قَالَ: «إِنَّا لَمْ نَرُدَّ عَلَيْكَ إِلَّا أَنَا حُرْمٌ»<sup>(١)</sup> فإن صححنا هذه العقود فذاك، وإلا فليس له القبض، فإن قبض فهلك في يده فعليه الجزاء لله تعالى، والقيمة للبائع، وإن رده عليه سقطت القيمة، ولا يسقط ضمّان الجزاء إلا بالإرسال؛ وإذا أرسل كان كما إذا اشترى عبداً مرتدّاً قتل في يده، وفي أنه من ضمان من يتلف؟ خلاف سنذكره في موضعه إن شاء الله تعالى<sup>(٢)</sup>.

الثانية: إذا مات له قريب، وفي ملكه صيّد هل يرثه؟ إن جوزنا الشراء وغيره من الأسباب الاختيارية نعم، وإلا فوجهان، والأظهر ثبوته؛ لأن لا اختيار فيه، وعلى هذا فقد ذكر الإمام وصاحب الكتاب أنه يزول ملكه عقيب ثبوته بناء على أن الملك يزول عن الصيّد بالإخرام، وفي «التهذيب» وغيره ما ينازع في زواله عقيب ثبوته؛ لأنهم

(١) أخرجه البخاري (١٨٢٥، ٢٥٧٣) ومسلم (١١٩٣).

(٢) قال النووي: كذا ذكر الإمام الرافعي هنا، أنه إذا هلك في يده، ضمنه بالقيمة للأدمي مع الجزاء، وهذا في الشراء صحيح، أما في الهبة، فلا يضمن القيمة على الأصح، لأن العقد الفاسد كالصحيح في الضمان، والهبة غير مضمونة، وقد ذكر الرافعي هذا الخلاف في كتاب «الهبة»: وسيأتي - إن شاء الله تعالى -.

قالوا: إذا ورثه فعليه إزساله، فإن باعَهُ صَحَّ، ولا يسقط عنه ضمان الجزاء حتى لو مات في يد المُشْتَرِي يجب الجزاء على البائع، وإنما يسقط عنه إذا أرسله المشتري.

وإن قلنا بأنه لا يرث فالملك في الصَّيْد لسائر الورقة، وإحرامه بالإضافة إلى الصَّيْد مانع من مَوَانِع الميراث.

كذا أورده أبو سَعِيد المتولي، وذكر أبو القَاسِم الكَرخِي على هذا الوجه أنه أحق به، فيوقف حتى يتحلل فيتملكه<sup>(١)</sup>.

ولو اشترى صيداً من إنسانٍ ووجد به عيباً وقد أحرم البائع، فإن قلنا: يملك الصيد بالإرث يُرَدُّ عليه، وإلا فوجهان؛ لأن منع الردِّ إضراراً بالمشتري.

ولو باعَ صَيْداً وهو حلالٌ، وأحرم ثم أفلس المشتري بالثمن لم يكن له الرجوع على الأصح؛ كالشراء والانتهاج بخلاف الإرث، فإنه قهري.

ولو استعار المحرم صيداً أو أودع عنده كان مضموناً بالجزاء عليه، وليس له التعرض له، فإن أرسله سقط عنه الجزاء، وضمن القيمة للمالك، وإن رَدَّهُ إلى المالك لم يسقط عنه ضمانُ الجزاء ما لم يرسله المالك<sup>(٢)</sup> وحيث صار الصيد مضموناً على المحرم بالجزاء، فإن قَتَلَهُ حلالاً في يده فالجزاء على المحرم، وإن قتله محرم آخر، فهل الجزاء عليهما أو على القاتل، ومن في يده طريق؟ فيه وجهان<sup>(٣)</sup>.

قال الغزالي: وَإِنْ أَخَذَ صَيْدًا لِيَدَاوِيَهُ كَانَ وَدِيعةً (ح)، وَالتَّاسِي كَالْعَامِدِ فِي الْجَزَاءِ لَا فِي الْإِثْمِ، وَلَوْ صَالَ عَلَيْهِ صَيْدٌ فَلَا ضَمَانَ فِي دَفْعِهِ، وَلَوْ أَكَلَهُ فِي مَخْمَصَةٍ ضَمِنَ، وَلَوْ عَمَّتِ الْجَزَاءُ الْمَسَالِكَ فَتَحَطَّأَهُ الْمُحْرَمُ فَقِيهَ جِهَانِ.

قال الرافعي: في هذه البقية صور:

إحداها: لو خُلِّصَ المحرم صيداً من فَمِ هِرَّةٍ أو سَبِيعٍ، أو مِن شِقِّ جِدَارٍ أو أخذه

(١) قال النووي: هذا المنقول عن أبي القاسم الكرخي، هو الصحيح، بل الصواب المعروف على المذهب، وبه قطع الأصحاب في الطريقتين. فممن صرح به الشيخ أبو حامد، والدارمي، وأبو علي البندنجي، والمحاملي في كتابيه، والقاضي أبو الطيب في «المجرد»، وصاحب «الحاوي»، والقاضي حسين، وصاحب «العدة» و«البيان». قال الدارمي: فإن مات الوارث قبل تحلله، قام وارثه مقامه. ينظر الروضة (٢/٤٢٦).

(٢) قال النووي: نقل صاحب «البيان» في باب العارضة، عن الشيخ أبي حامد: أن المحرم إذا استودع صيداً لحلال، فتلف في يده، لم يلزمه الجزاء، لأنه لم يمسكه لنفسه. ينظر: الروضة الطالبين (٢/٤٢٧).

(٣) قال النووي: أصحهما الثاني ينظر روضة الطالبين (٢/٤٢٧).

ليداويه ويتعهده فمات في يده، هل يضمن؟ فيه قولان كما لو أخذ المَغْضُوبَ مِنْ الغَاصِبِ ليرده على المالك فهلك في يده.

أحدهما: وبه قال أبو حنيفة - رحمه الله - يضمن؛ لأن المستحق لم يرض بيده، فتكون يده يدَ ضَمَانٍ.

والثاني: لا يضمن، لأنه قصد المَضْلَحَةَ، فتجعل يده ودِيْعَةً، والقولان معاً منصوبان في عيون المسائل، وإيراده يقتضي تَرْجِيحِ الثَّانِي مِنْهُمَا، وهو المذكور في الكتاب.

الثانية: الناسي كَالْعَامِدِ فِي وجوب الجزاء<sup>(١)</sup>، في الإثم، أما افتراقهما في الإثم فلما روى أنه ﷺ قال: «رُفِعَ عَن أُمَّتِي الخَطَأُ وَالتَّسْيَانُ»<sup>(٢)</sup> الخبر.

وأما استواؤهما في وجوب الجزاء، فلأن الإثْلَافَ يوجب الضَّمَانَ على العامدِ والخَاطِئِ على نسق واحد، بدليل الضَّمَانَاتِ الواجبة للآدميين، وخرج بعض الأصحاب في وجوب الضمان على النَّاسِي قولين؛ لأنه حكى عن نَصِّه قولان فيما إذا أحرم ثم جُنَّ، وقتل صيداً.

أحدهما: وجوب الضمان لما ذكرنا.

والثاني: المنع؛ لأن الصَّيْدَ على الإباحة، وإنما يخاطب بترك التعرض له من هو أهل للتكليف والخِطَابِ.

وقد ذكرنا هذا الخِلافَ مرة في النوع الرابع من المَحْظُورَاتِ.

وقوله في الكتاب (والناسي كالعامد) يجوز إعلامه بالواو لذلك، وبالآلف أيضاً، لأن أبا نصر بن الصَّبَّاحِ ذكر أن في رواية عن أحمد لا جزاء على المَخْطِئِ بِحَالٍ.

الثالثة: لو صال الصيد على محرم، أو في الحرم فقتله دفعاً فلا ضمان عليه؛ لأنه بالصيال التحق بالمُؤَدِّيَاتِ.

وعن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه يجب، ولو ركب إنساناً صيداً وصالاً على مُحْرِمٍ ولم يمكن دفعه إلا بقتل الصيد فقتله، فالذي أورده الأكثرون أنه يجب عليه الضَّمَانُ؛ لأن الأذى هَاهُنَا ليس من الصَّيْدِ. وحكى الإمام أن القُقَالَ - رحمه الله - ذكر فيه قولين:

(١) والتعمد في الآية خرج مخرج الغالب، فلا مفهوم له وبعدم التفرقة بين العمد والخطأ والتسبان. قال أبو حنيفة ومالك وأحمد والجمهور، وقال العبداري: هو قول الفقهاء كافة، وخالف في ذلك مجاهد كما نقله ابن المنذر.

(٢) تقدم.

أحدهما: أن الضمان على الراكب، ولا يطالب به المحرم.

والثاني: أنه يطالب المخرم ويرجع بما غرم على الرّاكِب.

وإن ذبح صَيْدًا في مخمصة أو كله ضمن؛ لأنه أهلكه لمنفعة نفسه من غير إيذاء من الصيّد. ولو أكره مُخْرِمٌ أو محل في الحرم على قتل صَيْدٍ فقتله فوجهان:

أحدهما: أنا الجزاء على المُكْرِه.

والثاني: على المُكْرِه، ثم يرجع على المُكْرِه، وعن أبي حنيفة: أن الجزاء في

صيد الحرم على المكروه، وفي الإحرام على المكروه<sup>(١)</sup>.

الرابعة: ذكرنا أن الجراد مما يضمن بالقيمة ويبيضه مضمون بالقيمة كأصله، فلو

وطئها عامداً، أو جاهلاً ضمن، ولو عمت المسالك ولم يجد بدأ من وطئها فوطئها فقي

الجزء قولان، وقال الإمام وصاحب الكتاب وجهان:

أحدهما: يجب لأنه قتلها لمنفعة نفسه فصار كما لو قتل صيداً في المخمصة.

وأظهرهما: لا يجب؛ لأنها ألجأته إليه، فأشبه صورة الصيَال.

وحكى الشيخ أبو محمد - رحمه الله - طريقة أخرى قاطعة بأنه لا جزاء، فيجوز أن

يُعلّم قوله: (وجهان) بالواو لذلك. ولو باض صيد في فراشه، ولم يمكنه رفعه إلا

بالتعرض للبيّض ففسد بذلك فقيه هذا الخلاف.

قال الغزالي: التَّنَظَّرُ الثَّانِي فِي الْجَزَاءِ فَالْوَاجِبُ فِي الصَّيْدِ مِثْلُهُ مِنَ النَّعْمِ (ح) أَوْ

طَعَامٍ بِمِثْلِ قِيَمَةِ النَّعْمِ، أَوْ صِيَامٍ يَغْدِلُ الطَّعَامَ كُلَّ يَوْمٍ مُدًّا، فَإِنْ أَنْكَرَ مَدًّا كَمَلَّ وَهُوَ عَلَى

التَّخْيِيرِ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِثْلِيًّا كَالْعَصَافِيرِ وَغَيْرِهَا فَقَدَّرَ قِيَمَتَهُ طَعَامًا أَوْ عَدَلَ ذَلِكَ صِيَامًا،

وَالعِبْرَةُ فِي قِيَمَةِ الصَّيْدِ بِمَحَلِّ الإِتْلَافِ، وَفِي قِيَمَةِ النَّعْمِ بِمَحَلِّ مَكَّةَ؛ لِأَنَّهُ مَحَلُّ ذَبْحِهِ.

قال الرافعي: الصيد ينقسم إلى مثلي ونعني به ماله مثل من النعم، وإلى ما ليس

بمثلي.

أما الأول فجزاؤه على التخيير والتعديل، فيتخير بين أن يذبح مثله فيتصدق به

على مساكين الحرم، إما بأن يفرق اللحم أو يملك جملته إياهم مذبحاً، ولا يجوز أن

يخرجه حياً، وبين أن يقوم المثل دراهم، ثم لا يجوز أن يتصدق بالدراهم، ولكن إن

شاء أشتري بها طعاماً وتصدق به على مساكين الحرم، وإن شاء صام عن كل مُدٍّ من

الطعام يوماً، حيث كان قال الله تعالى: ﴿فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعْمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ

(١) قال النووي: أصحهما الثاني. ينظر الروضة (٢/٤٢٨).



مِنْكُمْ ﴿١﴾. إلى قوله (صياماً).

أما الثاني: وهو ما ليس بمثلي كَالْعَصَافِيرِ وغيرها من الطيور على ما ستعرف ضرورها ففيه قيمته، ولا يتصدق بِهَا، بل يجعلها طَعَاماً، ثم إن شاء تصدق بها، وإن شاء صَامَ عَنْ كُلِّ مَدِّ يَوْماً، فإن انكسر مد في القسمين صَامَ يَوْماً، لأن الصُّومَ لا يتبعض، وإذا تأملت هذا التفصيل عرفت أن للجزاء ثلاثة أركان في القِسْمِ الأول، الحيوان والطعام، والصيام وركنين في الثاني، وهما الطعام والصيام وهي أو هما على التخيير في ظاهر المذهب، وعن رواية أبي ثور قول أنها على الترتيب، وهو أضعف الروايتين عن أحمد، وقال مالك - رحمه الله - إن لم يخرج المثل عن المِثْلِي يقوم الصيد لا المثل. وقال أبو حنيفة - رحمه الله - لا يجب المِثْلُ، بل عليه قيمة الصَّيْدِ، فإن شاء تَصَدَّقَ بِهَا، وإن شاء اشترى بها شيئاً من النَّعْمِ التي تجزىء في الأضحية فذبح، وإن شاء صَرَفَهَا إِلَى الطَّعَامِ، فأعطى كُلَّ مِسْكِينٍ نِصْفَ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ، أو صَاعاً من غيره، أو صَامَ عَنْ كُلِّ نِصْفِ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ أو صَاعٍ مِنْ غَيْرِهِ يَوْماً.

وعن أحمد أنه لا يخرج الطعام، وإنما التقويم بالطعام لمعرفة قَدْرِ الصِّيَامِ، وحكاية هذه المذاهب تنبئك أن قوله: في الكتاب (مثله من النعم) ينبغي أن يكون مُعَلِّماً بالحاء.

وقوله: (أو طعام) بالألف.

وقوله: (مثل قيمة النعم) بالميم.

وقوله: (لكل مد يوم) بالحاء.

وقوله: (على التخيير) بالألف والواو.

وإذا لم يكن الصيد مثلياً فالعبرة في قيمته بِمَحَلِّ الإِتْلَافِ، وإن كان مثلياً وأراد تقويم مثله من النَّعْمِ ليرجع إلى الإِطْعَامِ، أو الصيام فالعبرة في قيمته بمكة يومئذ.

هذا نصه، ونقل بعض الشَّارِحِينَ فيه طريقتين:

أصحهما: الجريان على ظَاهِرِ النصين.

أما اعتبار قيمة محل الإِتْلَافِ في الحالة الأولى فقياساً على كل مُتْلَفٍ متقوم.

وأما اعتبار قيمة مكة في الأخرى، فلأن مَحَلَّ ذَبْحِ المِثْلِ مَكَّةٌ لو كان يذبح، فإذا عدل عنه عدل بقيمته في مَحَلِّ الذَّبْحِ.

والطريق الثاني: أنهما على قولين، وحيث اعتبرنا قيمة محل الإلتلاف فقد ذكر الإمام احتمالين في أن المعتمر في الصرف إلى الطَّعَامِ سعر الطَّعَامِ في ذلك المكان أيضاً، أو سعر الطَّعَامِ بمكة، والظاهر منهما الثاني.

قال الغزالي: **وَالْمِثْلِيُّ كَالنُّعَامَةِ فِيهِ بَدَنَةٌ، وَفِي حِمَارِ الْوَحْشِ بَقَرَةٌ، وَفِي الضَّبِّ كَبِشٌ، وَفِي الْأَزْنَبِ عَنَاقٌ، وَفِي الظَّبْيِ عَنَزٌ، وَفِي الْيَرْبُوعِ جَفْرَةٌ، وَفِي الصَّغِيرِ صَغِيرٌ، وَيَحْكُمُ بِالْمُمَاتِلَةِ عَدْلَانٌ، فَإِنْ كَانَ الْقَاتِلُ أَحَدَهُمَا وَهُوَ مُخْطِئٌ غَيْرُ فَاسِقٍ فَفِي جَوَازِهِ وَجْهَانٌ، وَفِي الْحَمَامِ شَاةٌ، وَفِي مَعْنَاهُ الْقُمْرِيِّ وَالْفَوَاحِثِ وَكُلُّ مَا عَبَّ وَهَدَرَ، وَمَا دُونَهُ فِيهِ الْقِيَمَةُ، وَمَا قَوْفُهُ فِيهِ قَوْلَانٌ، أَحَدُهُمَا الْقِيَمَةُ قِيَاساً، وَالثَّانِي: الْإِحَاقَةُ بِالْحَمَامِ.**

قال الرافعي: من المهم في الباب معرفة أن المثل ليس معتبراً على التَّحْقِيقِ، وإنما هو معتبر على التَّثْرِيبِ، وليس معتبراً في القيمة، بل في الصورة والخلقة؛ لأن الصحابة - رضي الله عنهم - حكموا في النَّوعِ الواحد من الصيد بالنوع الواحد من النَّعْمِ مع اختلاف البلاد، وتفاوت الأزمان واختلاف القِيمِ بحسب اختلافها، فعلم أنهم اعتبروا الخَلْقَةَ والصُّورَةَ. إذا تقرر ذلك فالكلام في الدُّوَابِ، ثم في الطيور أما الدواب فما ورد فيه نَصٌّ، فهو متبع، وكذلك كل ما حكم فيه عَدْلَانٌ من الصَّحَابَةِ أو التابعين، أو من أهل عصر آخر من النَّعْمِ أنه مثل للصيد المقتول يتبع حكمهم، ولا حاجة إلى تحكيم غيرهم. قال الله تعالى: **﴿يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾** (١) وقد حَكَمَا.

وعن مالك أنه لا بد من تحكيم عَدْلَيْنِ من أهل العَصْرِ، وقد روي عن النبي ﷺ **«أَنَّهُ قُضِيَ فِي الضَّبِّ (٢) بِكَبِشٍ»** (٣) وعن الصحابة - رضي الله عنهم - أنهم قضوا في النَّعَامَةِ ببذنة، وفي حمار الوَحْشِ وبقر الوحش بِبَقَرَةٍ، وفي الْعَزَالِ بِعَنَزٍ، وفي الْأَزْنَبِ بعناق، وفي اليربوع بجفرة، وعن عثمان (٤) - رضي الله عنه - أنه حكم في أم حُبَيْنِ

(١) سورة المائدة، الآية ٩٥.

(٢) قال في «المهمات»: الضبع في اللغة هو الأنتى من هذا الحيوان، وأما الذكر فإنه ضبعان بضاد مكسورة وفي آخر نون. ينظر روضة الطالبين (٢/٤٣٠).

(٣) أخرجه أبو داود (٣٨٠١) والترمذي (١٧٩٢) وقال: سألت البخاري عنه فقال: حديث صحيح، وأخرجه النسائي (٧/٢٠٠) وابن ماجه (٣٢٣٦) وابن حبان، ذكره الهيثمي في الموارد (٩٧٩) والحاكم في المستدرک (١/٤٥٣) والبيهقي (٩/٣١٩).

(٤) أخرجه الشافعي والبيهقي بإسناد ضعيف ينظر خلاصة البدر المنير (٢/٤٣).

بِحِلَانٍ، وعن عطاء<sup>(١)</sup> ومجاهد<sup>(٢)</sup> أنهما حكما في الوبر بِشَاةٍ.

قال الشافعي - رضي الله عنه - إن كانت العرب تأكله ففيه جفرة، لأنه ليس بأكبر بدلاً منها، وعن عطاء<sup>(٣)</sup> أن في الثُعْلَبِ شَاةٌ، وعن عمر - رضي الله عنه -<sup>(٤)</sup> أن في الضب جدياً، وعن بعضهم أن في الإبل بقرة.

واعرف هاهنا شيئين:

أحدهما: تفسير ما يشكل من هذه الألفاظ.

أما العناق: فهو اسم الأنثى من ولد المعز. قال أهل اللغة: وهي عناق من حين تولد إلى أن ترعى، والجفرة هي: الأنثى من ولد المعز، تفتطم، وتفصل عن أمها، وتأخذ في الرعي، وذلك بعد أربعة أشهر، والدُّكْرُ جفر، هذا معناهما في اللغة، ويجب أن يكون المراد من الجفرة هاهنا ما دُونَ العِنَاقِ، فإن الأرنب خير من اليربوع.

وأما جبين دابة على خلقة الحرباء عظيمة البطن، ومنه ما روي «أَنَّهُ ﷺ قَالَ مُمَازِحًا لِيَلَالٍ - رضي الله عنه - وَقَدْ تَدَخَّرَجَ بَطْنُهُ: أُمُّ حُبَيْنٍ»<sup>(٥)</sup>.

قال الشيخ أبو محمد: وأرى هذا الحيوان من صغار الضَّبِّ حتى يفرض مأكولاً.

واعلم أن في جِلِّ أم حبين تردداً ذكره في كتاب الأطمعة إن شاء الله تعالى، والقول بوجود الجَزَاءِ مُفْرَعٌ عَلَى الجِلِّ. وأما الحُلَانُ فمنهم من فسره بالحمل، ومنهم من فسره بالجدي، والحُلَامُ كالحلان.

والوبر دابة كالجَرَادِ، إلا أنها أنبل وأكرم منها، وهي كحلاء من جنس بنات عرس تكون في الفلوات، وربما أكلها البديون، والأنثى وبرة.

الثاني: قد نجد في كتب بعض الأصحاب أن في الظبي كِبْشَاً، وفي الغزال عَنزَاً، وهكذا أورد أبو القاسم الكرخي، وزعم أن الظبي ذَكَرُ الغَزَالِ، وأن الغَزَالِ الأنثى، قال الإمام: والذي ذكره هؤلاء وَهَمُّ بِلِ الصَّحِيحِ أن في الظَّبِيِّ عَنزَاً، وهو شديد الشبهِ به، فإنه أجرد الشَّعْرِ، متقلص الذَّنْبِ وأما الغزال فهو وَلَدُ الظَّبِيِّ، فيجب فيه ما يَجِبُ فِي الصَّغَارِ، فهذا هو القول فيما ورد فيه نَقْلٌ.

(١) انظر التلخيص (٢/٢٨٥).

(٢) انظر المصدر السابق.

(٣) أخرجه البيهقي (٥/١٨٤) بغير إسناد.

(٤) أخرجه الشافعي، والبيهقي (٥/١٨٥) وإسناده ضعيف. انظر الخلاصة (٢/٤٣).

(٥) انظر خلاصة البدر المنير (٢/٤٣).

وأما ما لم ينقل فيه عن السلف شيء فيرجع فيه إلى قولِ عَدْلَيْنِ<sup>(١)</sup>، قال الله تعالى: ﴿يَخُكِّمُ بِهِ ذَوْا عَدَلٍ مِنْكُمْ﴾<sup>(٢)</sup> وليكونا فقيهين كَيْسَيْنِ، وهل يجوز أن يكونَ قَاتِلُ الصَّيْدِ أَحَدَ الْحَكَمَيْنِ؟ أو يكونا قَاتِلَا الصَّيْدِ الْحَكَمَيْنِ؟ إن كان القتل عمداً عدواناً فلا؛ لأنه يورث الفسق، والحكم لا بد وأن يكون عدلاً وإن كان خطأ أو كان مضطراً إليه فوجهان:

أحدهما: وبه قال مالك: أنه لا يجوز، كما لا يجوز أن يكون المُثْلِفُ أَحَدَ الْمُقَوِّمَيْنِ.

وأصحهما: أنه يجوز: لما روي «أَنَّ رَجُلًا قَتَلَ ضَبًّا فَسَأَلَ عَنْهُ عُمَرُ - رضي الله عنه - فَقَالَ: اخُكِّمُ فِيهِ، فَقَالَ؛ أَنْتَ خَيْرٌ مِنِّي وَأَعْلَمُ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ، فَقَالَ: أَنَا أَمْرُتُكَ أَنْ تَخُكِّمَ فِيهِ، وَلَمْ أَمْرُكَ أَنْ تُزَكِّيَنِي، فَقَالَ الرَّجُلُ: أَرَى فِيهِ جَذِيًّا، قَالَ عُمَرُ - رضي الله عنه - فَذَلِكَ<sup>(٣)</sup> فِيهِ».

وأيضاً فإنه حق الله تعالى، فيجوز أن يكون المؤمن عليه أميناً فيه، كما أن رب المال أمين في الزكاة.

ولو حكم عدلان بأن له مثلاً وآخران بأنه لا مثل له، فالأخذ بقول الأولين أولى، قاله في «العدة»<sup>(٤)</sup>. وأما الطيور فتقسم إلى حمام وغيره، أما الحمام ففيه شاة، روي ذلك عن<sup>(٥)</sup> عمر، وعثمان<sup>(٦)</sup>، وعلي<sup>(٧)</sup>، وابن عمر<sup>(٨)</sup>، وابن عباس<sup>(٩)</sup> وعاصم بن عمر<sup>(١٠)</sup>،

(١) قال في الخادم: ليس فيه تصريح باستحباب ولا اشتراط، ونقل في «شرح المهذب» عن الشافعي والأصحاب استحبابه، ثم نقل في الخادم عن الماوردي عن النص الوجوب، ونقله أيضاً عن البيهقي قال: فتحصل في المسألة قولان: أفيهما الوجوب.

(٢) سور المائدة، الآية ٩٥.

(٣) أخرجه البيهقي (١٨٢/٥) وإسناده صحيح.

(٤) قال النووي: (ولو حكم عدلان بمثل، وعدلان بمثل آخر، فوجهان في «الحاوي» و«البحر»: أصحهما: يتخير.

والثاني: يلزمه الأخذ بأعظمهما، وهما مبنيان على اختلاف المفتين. (ينظر روضة الطالبين ٢/٤٣٢).

(٥) أخرجه الشافعي، انظر التلخيص (٢٨٥٨).

(٦) أخرجه الشافعي، انظر المصدر السابق.

(٧) قال الحافظ ابن حجر في التلخيص (٢٨٦/١): لم أقف عليه.

(٨) أخرجه ابن أبي شيبة، انظر المصدر السابق.

(٩) أخرجه الثوري، وابن أبي شيبة، والشافعي، والبيهقي من طرق، انظر المصدر السابق.

(١٠) أخرجه الشافعي، انظر المصدر السابق.

وعطاء<sup>(١)</sup>، وابن المسيب<sup>(٢)</sup>، وغيرهم، - رضي الله عنهم - وعلام بُني ذلك؟ فيه وجهان: أحدهما: أن إيجابها لما بَيَّنَّهُمَا مِنَ الشَّبَهِ، فإن كل واحد منهما يألف البيوت، ويأنس بالناس.

وأصحهما: أن مستنده توقيفُ بَلَّغَهُمْ فِيهِ.

وأما غيره، فإن كان أصغر من الحمام في الجثة كالزُرْزور، والصُّغْوَة، والبلبل، والصَّنْبِرَة<sup>(٣)</sup>، والوَطْوَاط، فالواجب فيه القيمة قياساً<sup>(٤)</sup> وقد روى عن الصحابة - رضي الله عنهم - أنهم حكموا في الجراد بالقيمة ولم يقدرُوا.

وأن كَانَ أَكْبَرُ مِنَ الْحَمَامِ، أو مِثْلًا لَهُ ففِيهِمَا قَوْلَانِ:

أحدهما: أن الْوَاجِبُ شَاةٌ، لأنها لما وجبت في الْحَمَامِ، فلأن تجب فيما هو أكبر منه كان أولى.

والثاني: وهو الجديد وأحد قوليهِ في القديم: أن الواجب القيمة، قياساً، كما لو كان أصغر.

وعن الشيخ أبي محمد: أن بناء القولين على المأخذين السَّابِقَيْنِ، إن قلنا: وجوب الشاة توقيف صرف، ففي الأكبر أيضاً شاة أستدللاً، وإن قلنا: إنه مأخوذ من الْمُشَابَهَةِ بَيْنَهُمَا فَلَا، وقوله في الكتاب: (ففيها بدنة)، وفي حمار الوحش بقرة، إلى آخرها) يجوز إعلامها بالحاء، لأن أبا حنيفة - رحمه الله - لا يوجب المثل في شَيْءٍ من الصيود. وقوله: (وفي الصغير صغير) أراد به أن كل جنس من الصيود المثلية، يعتبر فيما يجب فيه من النَّعْمِ المماثلة في الصَّغَرِ وَالكَبَرِ، ففي الصَّغِيرِ صَغِيرٌ، وفي الكبير

(١) أخرجه ابن أبي شيبة، انظر المصدر السابق.

(٢) أخرجه البيهقي، انظر المصدر السابق.

(٣) قال الجوهري: وقد جاء في الشعر قنبرة كما تقولها العامة. وقال البطليوسي في شرح أدب الكاتب «وقنبرة» أيضاً بإثبات النون، قال: وهي لغة فصيحة وهو ضرب من الطير يشبه الحمرة وكنية الذكور منه أبو صابر وأبو الهيثم والأنتى أم العملق. (ينظر حياة الحيوان ٢/٢٨٣).

(٤) قال الاسنوي: هذا الذي ذكره من وجوب القيمة في الوطواط غير مستقيم، وذلك لأن القاعدة التي ذكرها هو وغيره أن ما لا يحل أكله لا يحرم على المحرم التعرض له، ولا يجب الجزاء بقتله إلا المتولد بين المأكول وغيره تغليبا للحرمة والوطواط لا يحل أكله، كما قال في باب الأطعمة وعبر عنه بالخفاش، ولم يحك فيه خلافاً. انتهى ما أردته منه ونقل في الخادم أن الجزاء إنما يجب فيه تقدير كونه مأكولاً فقال في «الأم»: الوطواط فوق العصفور دون الهدهد، ففيه إن كان مأكولاً قيمته وذكر عن عطاء فيه ثلاثة دراهم.

كبير، لظاهر قوله تعالى: ﴿مِثْلَ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعْمِ﴾<sup>(١)</sup>، والكلمة معلّمة بالميم، لأن عند مالك الواجب الكبير، وإن كان الصبيد صغيراً، وقوله: (وهو مخطيء غير فاسق) قد عرفت مما مرّ أنه لم يذكره. وقوله: (وفي الحمام شاة) معلم بالميم؛ لأن مالكا إنما يوجب الشاة في حمامة الحرم، وأما حمامة الجبل، إذا قتلها المخرم فالواجب عنده فيها القيمة. وقوله: (وفي القمري والفواخت وكل ما عب وهدر) ظاهره يقتضي خروج هذه الطيور عن تفسير الحمام، وإلحاقها به في الحكم لكن المشهور، أن اسم الحمام يقع على كل ما عب وهدر فمنه صغائر وكبار، ويدخل فيه اليمام، وهي التي تألف البيوت، والقمري، والفاخنة، والداس، والفاس، والقطا.

والعب هو: شرب الماء جرعاً، وغير الحمام من الطيور تشربه قطرة قطرة، والهدير هو ترجيعه صوته وتغريده، والأشبه: أن ما له عب فله هدير، ولو اقتصروا في تفسير الحمام على العب لكفاهم ذلك.

يدل عليه نص الشافعي - رضي الله عنه - في «عيون المسائل»، قال: «وما عب في الماء عباً فهو حمام، وما شرب قطرة قطرة كالدجاج، فليس بحمام».

قال الغزالي: فروع يجوز مقابلة المريض بالمريض، وفي مقابلة الذكر بالأنثى مع التساوي في اللحم والقيمة ثلاثة أقوال، في الثالث تؤخذ الأنثى عن الذكر كما في الزكاة بخلاف عكسه.

قال الرافعي: رسم المسائل المذكورة في هذا الموضع إلى رأس السبب الثاني فروعاً، ونحن نشرحها واحداً واحداً.

أحدها: المريض من الصيود يقابل بالعوراء، وإن اختلف الجنس فلا، كالعوراء بالجرباء، وإن كان عور أحدهما باليمين، وعور الأخرى باليسار ففي الإجزاء وجهان:

أصحهما: ولم يورد العراقيون غيره: الإجزاء لتقارب الأمر فيه، ولو قابل المريض بالصحيح، أو المعيب بالسليم، فقد زاد خيراً.

وقال مالك: إن ذلك واجب، ويفدى الذكر بالذكر، والأنثى بالأنثى، وهل يفدى الذكر بالأنثى وبالعكس؟ أما فداء الذكر بالأنثى فقد ذكرُوا أن إشارة النص مختلفة فيه، وللأصحاب فيه طريقتان:

أظهرهما: أن المسألة على قولين:

أحدهما: المنع، لأنهما مُخْتَلِفَانِ فِي الْخِلْقَةِ، وذلك مما يقدح في الْمُثَلِّيَّةِ.

وأصحهما: الجواز، كما في الزُّكَاةِ، ولأن هذا اختلاف لا يقدح في المقصود الأصلي، فأشبه الاختلاف في اللُّونِ.

والطريق الثاني: تنزيل النصين على حالين إن أراد الذبح لم يجز؛ لأن لحم الذَّكَرِ أطيب، وإن أراد التقويم جاز؛ لأن قيمة الأُنثى أكثر.

وقيل: إن لم تلد الأُنثى جاز، وإن ولدت فلا، لأن الولادة تُفْسِدُ اللَّحْمَ، وإذا جوزنا ذَبْحَ الأُنثى عن الذَّكَرِ، فهل هو أولى؟ قال بعضهم: نعم؛ لأن لحم الأُنثى أَرْطَبُ، وقال القاضي أَبُو حَامِدٍ: لا؛ لأن لَحْمَ الذَّكَرِ أَطْيَبُ. وأما فداء الأُنثى بالذَّكَرِ ففي جوازه وَجْهَانِ، ويقال: قولان كما سبق، وحكى الإمام طريقة أخرى أن فداء الذكر بالأُنثى جَائِزٌ، لآ محالة كما في الزُّكَاةِ، وإنما التردد في عَكْسِهِ، وإذا اختصرت هذه الاختلافات خرج منها ثلاثة أقوال كما ذكر في الكِتَابِ، وإذا تأملت ما حكيناه من كلام الأصحاب وجدتهم طاردين للخلاف مَعَ نقصان اللَّحْمِ.

وقال الإمام - رحمه الله -: إن كان ما يخرج ناقصاً في طيب اللحم، أو في القيمة لم يجزه بلا خلاف، والخلاف مخصوص بما إذا لم يكن فيه واحد من النقصانين، وإلى هذا أشار صاحب الكتاب بقوله: (مع تساوي اللحم والقيمة).

قال الغزالي: وَلَوْ قَتَلَ ظَبِيَّةً حَامِلاً أَخْرَجَ طَعَاماً بِقِيَمَةِ شَاةٍ حَامِلٍ حَتَّى لَا تَقُوتَ فَضِيلَةُ الْحَمَلِ بِالذَّبْحِ، وَقِيلَ: يَذْبَحُ شَاةً حَائِلاً بِقِيَمَةِ الْحَامِلِ، وَإِنْ أَلْقَتْ الظَّبْيَةُ جَنِيناً مَيْتاً فَلَيْسَ فِيهِ إِلَّا مَا يَنْقُصُ مِنَ الْأُمِّ، وَإِنْ أَنْفَصَلَ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ فَعَلَيْهِ جَزَاؤُهُ.

قال الراعي: الفرع الثاني: إذا قتل صيداً حاملاً من ظبية وغيرها، قابلناه بمثله من النَّعْمِ حَامِلاً، لأن الحمل فضيلة مقصودة فلا سبيل إلى إهمالها، لكن لا تذبح الحَامِلِ؛ لأن فضيلة الحَامِلِ بالقيمة لتوقع الولد<sup>(١)</sup>، وإلا فلحم الحَائِلِ خَيْرٌ من لَحْمِهِ، فإذا ذبح فاتت فضيلته من غير فائدة تحصل للمساكين، فيقوم المثل حاملاً، ويتصدق بقيمته طعاماً، وفي وجه يجوز أن يذبح حائلاً نفساً بقيمة حَامِلِ وسط، ويجعل التفاوت بينهما كالتفاوت بين الذَّكَرِ والأُنثى.

ولو ضرب بطنَ صَيْدٍ حَامِلٍ فَأَلْقَى جَنِيناً مَيْتاً، نظر إن ماتت الأم أيضاً فهو كما لو

(١) قال في الخادم: وقد يوهم تعينه أي التصديق بقيمته طعاماً، وليس كذلك بل هو مخير إن شاء اشترى بها طعاماً وتصدق به وإن شاء صام عن كل مد يوماً كغير الحامل كما صرح به في «شرح المهذب» و«الكفاية» ونقله الماوردي عن النص وأنه إذا أراد الصيام كان أزيد أياماً.

قتل حَامِلاً<sup>(١)</sup>، وإن عاشت ضمن النقص الذي دَخَلَ على الأم، ولا يضمن الجنين بخلاف جنين الأمة يضمن بقيمة عَشْرِ الأم؛ لأن الحمل يزيد في البهائم فيمكن إيجاب ما بين قيمتها حائلاً وحاملاً، وينقص في قيمة الآدميات فلا يمكن اعتبار ذلك، وإن أَلْقَتْ جنيناً حياً، ثم ماتا ضمن كل واحد منهما بانفراده، وإن مات الولد وعاشت الأم ضمن الولد بانفراده، وضمن النقص الذي دخل على الأم.

قال الغزالي: **وَإِنْ جَرَحَ ظَبِيًّا فَتَقَصَّ مِنْ قِيمَتِهِ الْعُشْرُ فَعَلَيْهِ الطَّعَامُ بِعُشْرِ ثَمَنِ شَاةٍ كَيْلًا يَخْتِاجُ إِلَى التَّجْزِئَةِ وَقِيلَ: عَشْرُ شَاةٍ.**

قال الرافعي: الفرع الثالث: قال الشافعي - رضي الله عنه - في «المختصر». إن جرح ظبياً فنقص من قيمته العشر، فعليه عشر من ثمن شاة، وقال المُرْزِي تخريجاً عليه عَشْرُ شَاةٍ. واختلف الأَصْحَابُ في ذلك فقال الأكثرون: الأمر على ما قاله المُرْزِي، لأن كل الظبية مُقَابِلُ الشَاةِ، فيقابل بعضها ببعضها تحقيقاً للمماثلة، وهؤلاء رفعوا الخلاف وقالوا: إنما ذكر الشافعي - رضي الله عنه - القيمة، لأنه قد لَا يَجِدُ شريكاً في ذَبْحِ شَاةٍ، ويتعذر عليه إخراج العشر بقسطه من الحَيَوَانِ، فأرشدته إلى ما هو الأسهل، فإن جزاء الصيد على التخخير، فعلى هذا هو مخير بين إخراج العَشْرِ، وبين أن يصرف قيمته إلى الطَّعَامِ ويتصدق به، وبين أن يصوم عن كل مُدٍّ يوماً، ومنهم من جَرَى على ظَاهِرِ النَّصِّ، وقال: الواجب عشر القيمة، وأثبت في المسألة قولين المنصوص وما أخرجه المُرْزِي - رحمه الله - وهذا ما أوردَهُ في الكتاب.

أما وجه التخريج فقد، عرفته.

وأما وجه المنصوص فهو أننا لو أوجبنا العَشْرَ لاحتاج إلى التجزئة والتقسيم، وفيه حرج وعسر، فوجب أن نعدل إلى غَيْرِهِ كما عدلنا عن إيجاب جُزْءٍ من بعير في خَمْسٍ من الإِبِلِ إلى شَاةٍ، ولا يلزم من مقابلة الجملة بالمثل مقابلة الجزء بجزء من المثل، ألا ترى أنه لو أتلَفَ حنطةً على إنسان لَزِمَهُ مِثْلُهَا، ولو بَلَّهَا ونقص قيمتها لا يجب عليه إلا مَا نَقَصَ، فعلى هذا لو لم يرد الإطعام ولا الصِّيَامُ، ما الذي يخرج؟ حكى القاضي ابْنُ كَيْجٍ: عن بعضهم أنه إن وجد شريكاً أخرجه ولم يخرج الدرهم وإلا فعليه إخراجها. وعن أبي هريرة أن له إخراجها وإن وَجَدَ شريكاً.

(١) قال في الخادم: أطلق التحاقه بالحامل وموضعه إذا ماتا معاً من غير ترتيب أما لو ألقته ميتاً، ثم ماتت الأم، فعليه أن يفدي الأم بمثلها من النعم والولد بما نقص من قيمة أمه بإسقاطه. حكاة صاحب «الشامل» وغيره عن النص، وقطع به الشيخ أبو حامد، ولم يورد ابن الرفعة غيره، وصدر به صاحب «الذخائر»، وحكى الفوراني أن حكمهما حكم الماخض إذا أصابها فماتت.



وعن أبي إسحاق: أنه مخير بين إخراج العُشْرِ، وبين إخراج الدَّرَاهِمِ فهذه ثلاثة أوجه. ونقل أبو القاسم الكرخي وغيره: أنه لا يجزئه إخراج عُشْرِ المِثْلِ، وقال في «التهذيب»: لا يتصدق بالدَّرَاهِمِ، ولكن يصرفها إلى الطَّعَامِ ويتصدق به، أو يصوم عن كل مُدٍّ يوماً. وهذا ما أشار إليه في الكتاب، حيث قال: (فعليه الطعام بعشر ثمن المثل) والأشبه من هذا كله تفريراً على المنصوص إن أثبتنا الخلاف تعين الدراهم، - والله أعلم -. وقوله: (بعشر ثمن شاة) أراد بالثمن القيمة كما في لفظ الشافعي - رضي الله عنه -. واعلم: أن جميع ما ذَكَرْنَاهُ فيما إذا كان الصَّيْدُ مثلياً، فأما إذا جَنَى عَلَى صَيْدٍ غير مثلي فلا كلام في أن الواجب ما نقص من القيمة - والله أعلم -.

قال الغزالي: وَلَوْ أَرَمَنْ صَيْدًا فَتَمَّامُ جَزَائِهِ، فَإِنْ قَتَلَهُ غَيْرُهُ فَعَلَيْهِ جَزَاؤُهُ مَعِيًّا، وَلَوْ أَبْطَلَ قُوَّةَ الْمَشْيِ وَالطَّيْرَانَ مِنَ النَّعَامَةِ فَفِي تَعْدُدِ الْجَزَاءِ وَجْهَانِ:

قال الرافعي: ما ذكرنا في الفرع الثالث مصور فيما إذا اندمل الجُرْحُ وبقي الصيد ممتنعاً إما بعدوه كالغَزَالِ، أو بطيرانه كالحَمَامِ، فأما إذا اندمل الجرح وصار الصيد زمناً فهذا هو الفرع الرابع، وفيما يلزم به وجهان:

أصحهما: وهو المذكور في الكتاب وبه قال أبو حنيفة - رحمه الله -: أنه يلزم به جَزَاءٌ كَامِلٌ، لأنه بالأزمان صَارَ كَالْمُتَلَفِ، ولهذا لو أزمَنَ عبداً يلزمه تمام قيمته.

الثاني: ويحكى عن ابن سُرَيْجٍ: أنه يجب عليه قدر النُقْصَانِ؛ لأنه لم يهلك بالكلية، ألا ترى أن الباقي مَضْمُونٌ لو قتله محرم آخر، فعلى هذا يجب قِسْطٌ مِنَ المِثْلِ، أو من قيمة المِثْلِ في الكلام السابق.

ولو جاء محرم آخر وقتله إما بعد الاندَمَالِ أو قبله فعليه جزاؤه زمناً لما ذكرنا أن المعيب يقابل بمثله، ويبقى الجزاء على الأول بحاله، ومنهم من قال: إن أوجبنا جزاءً كاملاً عاد هَاهُنَا إلى قدر النقصان؛ لأنه يبعد إيجاب جزاءين لمتلف واحد، ولو عاد المزمَنُ وقتله نظر إن قتله قبل الاندَمَالِ فليس عليه إلا جَزَاءٌ واحد، كما لو قطع يَدِي رَجُلٍ ثم حَزَّ رِقْبَتَهُ قبل الاندَمَالِ لا يلزمه إلا يَدِيَّةٌ واحدة، وخرج ابن سُرَيْجٍ - رحمه الله - - ثم أن أَرَشَ الطرفَ ينفرد عن يَدِيَّةِ النفسِ، فيجزي مثله هاهنا. وإن قتله بعد الاندَمَالِ، أفرد كل واحد منهما بحكمه، ففي القتل جزاؤه زمناً، وفيما يجب بالإزمان؟ الخلاف السابق، وإذا أوجبنا بالإزمان جزاءً كاملاً، فلو كان للصيد امتناعان كالنعامة لها امتناع بشدة العدو، وامتناع في الجناح فأبطل أحد امتناعيه ففيما يلزمه؟ وجهان:

أحدهما: أنه يتعدد الجزاء لتعدد الامتناع.

وأصحهما: أنه لا يتعدد؛ لاتحاد المنع، وعلى هذا فَمَا الَّذِي يجب؟ قال الإمام:

الغالب على الظن أنه يعتبر ما نقص، لأن امتناع النعامة في الحقيقة واحد إلا أنه يتعلق بالرجل، والجنح فالزائل بعض الامتناع.

ولو جرح صيداً فغاب، ثم وجد ميتاً ولم يدرك أنه مات بجراحته، أو بسبب حادث فواجب جزاء كامل أو ضمان الجرح فقط، كما لو علم أنه مات بسبب آخر؟ فيه قولان<sup>(١)</sup> - والله أعلم -.

قال الغزالي: وَإِذَا أَكَلَ مِنْ لَحْمِ صَيْدٍ ذَبَحَهُ غَيْرُهُ حَلَّ لَهُ إِلَّا إِذَا صِيدَ لَهُ (ح) أَوْ صَيْدَ بِدَلَالَتِهِ فَلَا يَحِلُّ لَهُ الْأَكْلُ مِنْهُ، فَإِنْ أَكَلَ فِيهِ وَجُوبَ الْجَزَاءِ قَوْلَانِ، وَلَوْ أَكَلَ مِنْ صَيْدٍ ذَبَحَهُ لَمْ يَتَكَرَّرِ الْجَزَاءُ (ح) بِالْأَكْلِ.

قال الرافعي: الفرع الخامس: قد مر أن المُنْحَرَم يحرم عليه الاصطياد والأكل من صيد ذبحه، وأنه يحرم عليه الأكل أيضاً مما اصطاد له خلالاً، أو بإعانتة، أو بدلالته، فأما ما ذبحه حلالاً من غير إعانتة ودلالته فلا يحرم الأكل منه، لما روينا من حديث أبي قتادة<sup>(٢)</sup> وغيره، وقوله في الكتاب: (إذا صيد له) مُعَلَّمٌ بِالْحَاءِ، لأن عند أبي حنيفة إذا لم يعن، ولم يأمر به لم يحرم عليه؛ ولا عبرة بالاصطياد له من غير أمره، ولم يحك حجة الإسلام - رحمه الله - هاهنا خلافاً في حل ما صيد بدلالته، وحكي قبل في هذا قولين، والحق ما فعله هاهنا، وتكلمنا على المذكور من قبل، وشرحنا في أثناء الكلام المسألة التي أوردها هاهنا، وهي قوله: (فإن أكل) أي مما صيد له، أو بدلالته ففي وجوب الجزاء قولان: ولو أكل المحرم من صيد ذبحه بنفسه لم يلزمه الأكل شيء آخر، وقال أبو حنيفة - رحمه الله - يلزمه القيمة بقدر ما أكل، وسلم في صيد الحرم أنه لا يلزم في أكله بعد الذبح شيء آخر. لنا: قياس الأول على الثاني.

قال الغزالي: وَلَوْ اشْتَرَكَ الْمُحْرِمُونَ فِي قَتْلِ صَيْدٍ وَاحِدٍ أَوْ قَتَلَ الْقَارِئُ صَيْدًا أَوْ قَتَلَ الْمُحْرِمُ صَيْدًا حَرَمِيًّا اتَّحَدَ (ح) اتَّحَدَ الْجَزَاءُ لِاتِّحَادِ الْمُتَلَفِ.

قال الرافعي: الفرع السادس: إذا اشترك محرمان، أو محرمون في قتل صيد لم يلزمهم إلا جزاء واحد، وبه قال أحمد خلافاً لأبي حنيفة ومالك - رحمهما الله - حيث قالاً: يجب على كل واحد جزاء كامل.

لنا أن المقتول واحد فيتحد جزاؤه كما لو اشتركوا في قتل صيد حريمي، ويفارق ما إذا اشترك جماعة في قتل آدمي حيث يجب على كل واحد منهم كفارة كاملة على

(١) قال النووي: أظهرهما الثاني. (ينظر الروضة ٢/٤٣٥).

(٢) تقدم.

الصحيح؛ لأن كفارة الصيد تتجزأ، ألا ترى أنها تختلف بصغر المقتول وكبره، ويجب إذا جرح الصيد بقدر النقصان، وكفارة آدمي لا تختلف بصغر المقتول وكبره، ولا تجب في الأطراف. ولو اشترك محل ومحرم في قتل صيد، فعلى المحرم نصف الجزاء، ولا شيء على المجل. ولو قتل المحرم القارن صيداً لم يلزمه إلا جزاء واحد، وكذا لو باشر غيره من محظورات الإحرام، وبه قال مالك وكذا أحمد في أظهر الروايتين خلافاً لأبي حنيفة حيث قال: يلزمه جزآن.

لنا ما سبق في الصورة الأولى. ولو قتل المحرم صيداً حرمياً لم يلزمه إلا جزاء واحد لاتحاد المتلف، وهذا كما أن الدية لا تتغلظ مراراً باجتماع أسباب التغليظ.

قال الغزالي: السبب الثاني للتحريم: الحرم وجزاؤه كجزاء الإحرام (ح)، ويجب على من رمى من الجبل إلى الحرم أو بالعكس، ولو قطع سهمهم في مروه هواء طرف الحرم فوجهان، ولو تحطى الكلب طرف الحرم فلا جزاء إذا لم يكن له طريق سواه، ولو أخذ حمامة في الجبل فهلك فزحها في الحرم أو بالعكس ضمن الفرخ.

قال الرافعي: صيد حرم مكة حرام على المجل والمحرّم روي عن النبي ﷺ أنه قال: «إن الله تعالى حرم مكة، لا يختلي خلاها ولا يعضد شجرها، ولا يفتقر صيدها، قال العباس: إلا الأذخر يا رسول الله فإنه لسيوتنا وقبورنا، فقال: إلا الأذخر»<sup>(١)</sup>.

والقول في الصيد المحرم، وفيما يجب به الجزاء، وفي أن الجزاء ماذا يقاس بما سبق في الإحرام إلا أن المحرم ليس له ذبح الصيد الذي يملكه، وفي وجوب إرساله إذا أحرم الخلاف الذي مرّ، ولو أدخل المحرم صيداً مملوكاً له كان له أن يمسكه ويذبحه كيف شاء كالنعم؛ لأنه صيد الحلّ دون الحرم.

وقال أبو حنيفة وأحمد - رحمهما الله - ليس له ذبحه، ولو ذبح. فعليه الجزاء.

واعلم قوله في الكتاب: (وجزاؤه كجزاء الإحرام) بالحاء؛ لأن عند أبي حنيفة لا مدخل للصيام في جزاء صيد الحرم. لنا أنه صيد مضمون بالجزاء، فكان جزاؤه كجزاء الصيد في حق المحرم. ثم في الفصل مسألتان:

إحدهما: لو رمى من الجبل إلى صيد في الحرم فقتله فعليه الضمان؛ لأنه أصاب الصيد في موضع آمن، ولو رمى من الحرم إلى صيد في الحل فقتله فعليه الضمان

(١) أخرجه البخاري (١٣٤٩، ١٥٨٧، ١٨٣٣، ١٨٣٤، ٢٠٩٠، ٢٤٣٣، ٢٧٨٣، ٢٨٢٥، ٣٠٧٧، ٣١٨٩، ٤٣١٣) ومسلم (١٣٥٣) من حديث ابن عباس، وأخرجه البخاري (١١٢)، (٢٤٣٤) (٦٨٨٠) ومسلم (١٣٥٥) من حديث أبي هريرة - رضي الله عنه -.

أيضاً؛ لأن الصَّيْدَ مُحْرَمٌ عَلَى مَنْ فِي الْحَرَمِ، وكذا الحكم في إِزْسَالِ الْكَلْبِ.

وكذا لو رمى حَلَالٌ إِلَى صَيْدٍ فَأَحْرَمَ قَبْلَ أَنْ يُصِيبَهُ، أو رمى مُحْرِمٌ إِلَى صَيْدٍ فَتَحَلَّلَ قَبْلَ أَنْ يُصِيبَهُ، وَجِبَ الضَّمَانُ فِي الْحَالَتَيْنِ.

ولو رمى إِلَى صَيْدٍ بَعْضُهُ فِي الْحِلِّ، وَبَعْضُهُ فِي الْحَرَمِ، وَجِبَ الضَّمَانُ أَيْضاً تَغْلِيباً لِلْحُرْمَةِ، وَالِاعْتِبَارَ بِالْقَوَائِمِ، وَلَا نَظَرَ إِلَى الرَّأْسِ، وَلَوْ رَمَى مِنَ الْحِلِّ إِلَى صَيْدٍ فِي الْحِلِّ وَلَكِنْ قَطَعَ السَّهْمَ فِي مَرُورِهِ هَوَاءَ الْحَرَمِ، فَفِي وَجُوبِ الضَّمَانِ وَجِهَانِ:

أحدهما: لَا يَجِبُ لَوْ قَوِيَ الطَّرْفَيْنِ فِي الْحِلِّ، فَصَارَ كَمَا لَوْ أُرْسِلَ كَلْباً فِي الْحِلِّ إِلَى صَيْدٍ فِي الْحِلِّ فَتَخَطَى طَرَفَ الْحَرَمِ.

والثاني: يَجِبُ، لِأَنَّهُ أَوْصَلَ السَّهْمَ إِلَيْهِ فِي الْحَرَمِ، وَيُخَالَفُ مَسْأَلَةَ الْكَلْبِ؛ لِأَنَّ لِلْكَلْبِ فِعْلاً وَاخْتِيَاراً، وَالسَّهْمَ لَا اخْتِيَارَ لَهُ، وَلِهَذَا قَالُوا: لَوْ رَمَى إِلَى صَيْدٍ فِي الْحِلِّ فَعَدَا الصَّيْدُ وَدَخَلَ الْحَرَمَ فَأَصَابَهُ السَّهْمُ وَجِبَ الضَّمَانُ، وَبِمِثْلِهِ لَوْ أُرْسِلَ كَلْباً لَا يَجِبُ، وَلَوْ رَمَى إِلَى صَيْدٍ فِي الْحِلِّ فَلَمْ يَصِبْهُ، وَأَصَابَ صَيْداً فِي الْحَرَمِ وَجِبَ الضَّمَانُ، وَبِمِثْلِهِ لَوْ أُرْسِلَ كَلْباً لَا يَجِبُ فَدَلَّ عَلَى الْفَرْقِ، وَيُشَبَّهُ أَنْ يَكُونَ هَذَا أَظْهَرَ الْوَجْهَيْنِ، وَلَمْ يُورَدِ صَاحِبُ «الْعُدَّة» غَيْرِهِ. ثُمَّ فِي مَسْأَلَةِ إِزْسَالِ الْكَلْبِ وَتَخَطِيهِ طَرَفِ الْحَرَمِ إِنَّمَا لَا يَجِبُ الضَّمَانُ إِذَا كَانَ لِلصَّيْدِ مَقَرٌّ آخَرَ، فَأَمَّا إِذَا تَعَيَّنَ دُخُولُهُ الْحَرَمَ عِنْدَ الْهَرَبِ، فَالضَّمَانُ وَاجِبٌ لَا مُحَالَةٌ، سِوَاهُ كَانَ الْمُزْسِلُ عَالِماً بِالْحَالِ أَوْ جَاهِلاً، غَيْرَ أَنَّهُ لَا يَأْتِمُ إِذَا كَانَ جَاهِلاً.

الثانية: لَوْ أَخَذَ حِمَامَةً فِي الْحِلِّ، أَوْ قَتَلَهَا فَهَلَكَ فَرخُهَا فِي الْحَرَمِ، ضَمِنَ الْفَرْخَ؛ لِأَنَّهُ أَهْلَكَهُ بَقْطَعٍ مِنْ يَتَعَهَّدُهُ عَنْهُ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ رَمَى مِنَ الْحِلِّ إِلَى الْحَرَمِ، وَلَا يَضْمَنُ الْحِمَامَةَ؛ لِأَنَّهَا مَأْخُوذَةٌ الْحِلِّ، وَعَلَى عَكْسِهِ لَوْ أَخَذَ الْحِمَامَةَ مِنَ الْحَرَمِ أَوْ قَتَلَهَا فَهَلَكَ فَرْخُهَا فِي الْحِلِّ ضَمِنَ الْحِمَامَةَ وَالْفَرْخَ جَمِيعاً، أَمَا الْحِمَامَةُ فَلِأَنَّهَا مَأْخُوذَةٌ مِنَ الْحَرَمِ وَأَمَّا الْفَرْخَ فَكَمَا لَوْ رَمَى مِنَ الْحَرَمِ إِلَى الْحِلِّ، وَلَمَّا جَمَعَ صَاحِبُ الْكِتَابِ بَيْنَ الطَّرْفَيْنِ اقْتَصَرَ فِي الْحُكْمِ عَلَى مَا يَشْتَرِكَانِ فِيهِ وَهُوَ ضِمَانُ الْفَرْخِ، وَسَكَتَ عَنِ ضَمَانِ الْحِمَامَةِ.

ولو نفر صيداً حرمياً قاصداً أو غير قاصد تعرض للضمان، حتى لو مات بسبب التنفير بصدمة أو أخذ سبع لزمه الضمان، ولو دخل الحل فقتله حلال فعلى المنفر الضمان أيضاً، قاله في «التهذيب» بخلاف ما لو قتله مُحْرِمٌ يكون الجزاء عليه تقديماً للمباشرة. فرع: لو دخل الكافر الحرم وقتل صيداً وجب عليه الضمان؛ لأن هذا ضمان يتعلق بالإتلاف فأشبه ضمان الأموال. وقال الشيخ أبو إسحاق الشيرازي: يحتمل عندي أن لا يجب، لأنه غير ملتزم حرمة الحرم.

قال الغزالي: وَنَبَاتُ الْحَرَمِ أَيْضاً يَحْرُمُ قَطْعُهُ أَغْنِي مَا يَنْبُتُ بِتَفْسِهِ دُونَ مَا يُسْتَنْبَتُ، وَيُسْتَنْتَى عَنْهُ الْإِذْخِرُ لِحَاجَةِ السُّقُوفِ، وَلَوْ أَخْتَلَى الْحَشِيشُ لِلْبَهَائِمِ جَازًا (ح) عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، كَمَا لَوْ سَرَّحَهَا فِيهِ، وَلَوْ اسْتَنْبَتَ مَا يَنْبُتُ أَوْ نَبَتَ مَا يُسْتَنْبَتُ كَانَ النَّظَرُ إِلَى الْجِنْسِ (و) لَا إِلَى الْحَالِ حَتَّى لَوْ نَقَلَ أَرَاكًا حَرَمِيًّا وَغَرَسَهُ فِي الْجِلِّ لَمْ يَنْقَطِعْ حُكْمُ الْحَرَمِ، ثُمَّ فِي قَطْعِ الشَّجَرَةِ الْكَبِيرَةِ بَقْرَةً (م ح) وَفِي الصَّغِيرَةِ شَاةً (م ح)، وَفِيمَا دُونَهُمَا الْقِيَمَةُ كَمَا فِي الصَّيْدِ، وَفِي الْقَدِيمِ لَا يَجِبُ (ح) فِي النَّبَاتِ ضَمَانٌ.

قال الرافعي: قطع نبات الحرم حرام كاصطياد صيده للخير الذي قدمناه، وهل يتعلق به الضمان؟ فيه قولان:

أصحهما: وبه قال أبو حنيفة وأحمد - رحمهما الله - : نعم؛ لأنه ممنوع من إتلافه لِحُرْمَةِ الْحَرَمِ، فيجب به الضمان كالصَّيْدِ.

والثاني: ويحكي عن القديم: لا، وبه قال مالك، لأن الإخرام لا يوجب ضمان الشجرة فكذلك الحرم.

إذا عرفت ذلك فنفضّل ونقول: النبات شجر وغيره؛ أما الشجر فيحرم التعرض بالقطع، والقلع لِكُلِّ شجر رطب غير مؤذٍ حَرَمِيٍّ، فيخرج بقيد الرطب الشجر اليابس فلا شيء في قطعه، كما لو قد صيداً ميتاً نصفين، وبقيد غير المؤذي العوسج، وكل شجرة ذات شوكٍ فإنها بمثابة الفواسق وسائر المؤذيات فلا يتعلق بقطعها ضمانة.

هذا هو المشهور، ونقل صاحب «التتمة» وجهاً آخر أنها مضمونة، وزعم أنه الصَّحِيح لِإِطْلَاقِ الْخَبَرِ، ويفارق الحيوانات، فإنها تقصد بالأذية ويخرج بقيد الحرمي أشجار الجبل، ولا يجوز أن يقطع شجرة من أشجار الحرم، وينقلها إلى الجبل محافظة على حرمتها، ولو نقل فعليه الرُّدُّ بخلاف ما لو نقل من بقعة من الحرم إلى أخرى لا يؤمر بالرد، وسواء نقل أشجار الحرم وأغصانها إلى الجبل أو الحرم، فينظر إن لم ينبت فعليه الجزاء، وإن نبت في الموضع المنقول إليه فلا جزاء عليه، ولو قلعها قَالِعٌ لزمه الجزاء استبقاء لِحُرْمَةِ الْحَرَمِ، وعلى عكسه لو قَلَع شجرة من الجبل وعرسها في الحرم فنبتت فلا يثبت لها حُكْمُ الْحَرَمِ، بخلاف الصَّيْدِ يدخل الحرم، فيجب الجزاء بالتعرض له؛ لأن الصَّيْدَ ليس بأصل ثابت، فالوجه اعتبار مكانه، والشجر أصل ثابت فله حكم منبته، حتى لو كان أصل الشجرة في الحرم وأغصانها في الجبل فقطع من أغصانها شيئاً فعليه ضمانة الغصن، ولو كان عليه صيد فأخذه فلا جزاء عليه، وعلى عكسه لو كان أصلها في الجبل، وأغصانها في الحرم، وقطع غصناً منها فلا شيء، ولو كان عليه صيد فأخذه فعليه الجزاء.

وإذا قطع غصناً من شجرة حرميّة، ولم يخلف فعلية ضمّان الثّقصان، وسبيله سبيل جرح الصّيد، وإن أخلف في تلك السنة لكون الغصن لطيفاً كالسّواك وغيره فلا ضمّان، وإذا وجب الضمان فلو نبت مكان المقطوع مثله ففي سقوط الضمان قولان كالقولين في السنّ إذا نبت بعد القلع.

ويجوز أخذ أوراق الأشجار، لكنها لا تهش حذراً من أن يصيب لحاها.

وأما الشجرة التامة فتضمن ببقرة إن كانت كبيرة، وبشاة إن كانت دونها، يروى ذلك عن أبين الزبير<sup>(١)</sup>، وأبين عباس<sup>(٢)</sup> - رضي الله عنهم - ومثل هذا لا يطلق إلا عن توقيف. قال الإمام: ولا شك فإن البدنة في معنى البقرة، وأقرب قول في ضبط الشجرة المضمونة بالشاة أن تقع قريبة من سبع الكبيرة، إن الشاة من البقرة سبعاً، فإن صغرت جداً فالواجب القيمة. والأمر في ذلك كله على التعديل، والتخيير كما في الصّيد، وهل يعم التحريم والضمان ما ينبت بنفسه من الأشجار، وما يستتبت أم يختص بالدرب الأول؟ ذكروا فيه قولين:

أحدهما: التعميم، لأن لفظ الخبر مطلق.

والثاني: وبه قال أبو حنيفة - رحمه الله - التخصيص بالدرب الأول تشبيهاً للمستتبات بالحيوانات الإنسية وبالزرع والأول أصح عند أئمتنا العراقيين، وتابعهم الأكثرون، ومنهم من قطع به لكن الإمام، وصاحب الكتاب أجابا بالثاني، وإذا قلنا: به زاد في الضابط قيدا آخر، وهو كون الشجر مما ينبت بنفسه، وعلى هذا يحرم قطع الطرفاء والأراك والعصاة وغيرها من أشجار البوّادي، وأدرك في «النهاية» العوسج فيها، لكنه ذو شوك، وفيه ما كتبناه، ولا تحرم المستتبات مثمرة كانت كالنخل والكرم، أو غير مثمرة كالصنوبر، والخلاف، ومما يتفرع على هذا القول، أنه لو استتبت بعض ما ينبت بنفسه على خلاف الغالب، أو نبت بعض ما يستتبت الأم ننظر، حكى الإمام عن الجمهور أن النظر إلى الجنس والأصل فيجب الضمان في الصّورة الأولى، ولا يجب في الثانية، وعن صاحب «التلخيص» أن النظر إلى القصد والحال فيعكس الحكم فيهما، والأول هو الذي أورده في الكتاب.

وأما غير الأشجار فإن حشيش الحرم لا يجوز قطعه للخبر، ولو قطعه فعلية قيمته إن لم يخلف، وإن أخلف فلا، ولا يخرج على الخلاف المذكور في الشجرة، فإن الغالب هاهنا الإخلاف فأشبهه سنّ الصبي.

ولو كان يابساً فلا شيء في قطعه كما ذكرنا في الشجر، لكن لو قطعه فعلية

(١) قال الحافظ في التلخيص (٢/٢٨٧): أخرجه الشافعي.

(٢) انظر المصدر السابق.

الضَّمَان؛ لأنه لو لم يقطع لنبت ثانياً، ذكره في «التهذيب»، ويجوز تسريح البهائم في حشيشه لترعى خلافاً لأبي حنيفة وأحمد - رحمهما الله - .

لنا: أن الهدايا كانت تساق في عَصْرِ رسول الله ﷺ وأصحابه - رضي الله عنهم - وما كانت تشد أفواهاها في الحَرَم.

ولو اختلف الحشيش ليعلفه البهائم ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز، لقوله ﷺ: «لَا يُخْتَلَى خَلَاءَهَا»<sup>(١)</sup>.

وأظهرهما: الجواز، كما لو سَرَحَهَا فيه، ويستثنى عن المنع الإذخر لحاجة السقوف كما ورد في الخبر، ولو احتيج إلى شيء من نبات الحرم للدواء فهل يجوز قطعه؟ وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه ليس في الخبر إلا استثناء الإذخر.

وأصحهما: الجواز؛ لأن هذه الحاجة أهم من الحاجة إلى الإذخر - والله أعلم - .

وليهن عليك ما لحق مسائل الكتاب من تغيير الترتيب فقد أعلمتك مراراً أن الشرح قد يحوج إليه، وقوله: (دون ما يستنبت) مُعَلِّم بالواو للقول الأصح عند الأكثرين، وبالألف لأن مذهب أحمد على ما رواه أصحابنا مثل ذلك القول.

وقوله: (كما لو سرحها فيها) بالحاء والألف، وقوله: (كان النظر إلى الجنس) بالواو، وقوله: (حتى لو نقل أراكاً حرمياً، وغرسه في الحل لم ينقطع حكم الحرم) ليس مذكوراً على سبيل الاحتجاج للوجه الناظر إلى اعتبار الجنس، والأصل، فإن هذه الصورة لا تسلم عن نزاع من ينازع في اعتباره. وقال الإمام - رحمه الله -: إذا كان صاحب «التلخيص» يعتبر القصد فلا تثبت الحرمة لهذه الشجرة إذا غرست في الحرم، فما ظنك إذا غرست في الحل، فلعله ذكره تفريراً على ذلك الوجه.

وقوله: (ثم في قطع الشجرة الكبيرة بقرة) لفظ البقرة والشاة معلمان بالحاء، لأن عنده الواجب القيمة دون الحيوان كما ذكر في الصيد، وبالميم؛ لأن عنده لا جزاء في الشجر، وكذلك لفظ القيمة، وقوله: (فيما دونها القيمة) يبين أنه أراد بالصغيرة المتوسطة، وإلا فاسم الصغيرة يتناول ما ليست بكبيرة كيف كانت.

فرع: يكره نقل تراب الحرم وأحجاره إلى سائر البقاع<sup>(٢)</sup>، والبرام يجلب من حد

(١) تقدم.

(٢) قال النووي: الأصح: أنه لا يجوز إخراج تراب الحرم، ولا أحجاره إلى الحل. ويكره إدخال تراب الحل وأحجاره الحرم. وبهذا قطع صاحب «التهذيب» والمحققون من أصحابنا. وأما ستر =

الحل، ولا يكره نقل ماء زمزم، كانت عائشة - رضي الله عنها - تنقله، وقد روى أن النبي ﷺ: «استهدأه من سهل بن عمرو عام الحُدَيْبِيَّةِ»<sup>(١)</sup> قال الشيخ أبو الفضل بن عبدان: لا يجوز قطع شيء من ستر الكعبة ونقله وبيعه وشرائه، خلاف ما يفعله العامة يشترونه من بني شَيْبَةَ، وربما وضعوه في أوراق المصاحف، ومن حمل منه شيئاً فعليه رده.

قال الغزالي: وَيُلْحَقُ حَرَمُ الْمَدِينَةِ بِمَكَّةَ فِي التَّحْرِيمِ، وَفِي الضَّمَانِ وَجِهَانِ، أَحَدُهُمَا لَا، إِذْ وَرَدَ فِيهِ سَلْبُ ثِيَابِ الصَّائِدِ فَهِيَ جَزَاؤُهُ، ثُمَّ السَّلْبُ لِلسَّالِبِ، وَقِيلَ: أَنَّهُ لِبَيْتِ الْمَالِ، وَقِيلَ: أَنَّهُ يُفْرَقُ عَلَى مَحَاوِيجِ الْمَدِينَةِ، وَإِنَّمَا يَسْتَحِقُّ السَّلْبَ إِذَا أَضْطَادَ أَوْ أَتْلَفَ (و)، وَالشَّجَرُ وَالصَّيْدُ فِي السَّلْبِ سَوَاءٌ.

قال الرافعي: لا يباح التعرض لصيد حرم المدينة وأشجاره، وهو مكروه أو محرم؟ نقل في «التممة» تردد قول، وحكى بعضهم فيه وجهين، والصحيح وبه قال مالك وأحمد - رحمهما الله - : أنه مُحَرَّمٌ لما روى أنه ﷺ قال: «إِنَّ إِبْرَاهِيمَ حَرَّمَ مَكَّةَ وَإِنِّي حَرَمْتُ الْمَدِينَةَ مِثْلَ مَا حَرَّمَ إِبْرَاهِيمُ مَكَّةَ لَا يُنْفَرُ صَيْدُهَا، وَلَا يُغْضَدُ شَجَرُهَا، وَلَا يُخْتَلَى خَلَاهَا»<sup>(٢)</sup>.

وروي أنه قال: «إِنِّي أَحَرَّمُ مَا بَيْنَ لَابَتْنِي الْمَدِينَةَ أَنْ يُقَطَعَ عِضَاهُهَا، أَوْ يُقْتَلَ صَيْدُهَا»<sup>(٣)</sup>.

ويجوز إعلام قوله في الكتاب: (التحريم) بالواو لمكان الوجه الآخر، وبالحاء أيضاً؛ لأن عند أبي حنيفة أنه لا يحرم.

وإذا قلنا: بالتحريم، ففي ضمان صيدها ونباتها قولان:

= الكعبة، فقد قال الحلبي - رحمه الله - أيضاً: لا ينبغي أن يؤخذ منها شيء. وقال صاحب «التلخيص»: لا يجوز بيع أستار الكعبة. وقال الشيخ أبو عمرو بن الصلاح - رحمه الله - بعد أن ذكر قول ابن عبدان والحلي: الأمر فيها إلى الإمام، يصرّفها في بعض مصارف بيت المال بعباً وعطاءً، واحتج بما رواه الأزرقى صاحب كتاب «مكة»: أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - كان ينزع كسوة البيت كل سنة، فيقسمها على الحاج. وهذا الذي اختاره الشيخ حسن متعين، لثلا يتلف بالبلى، وبه قال ابن عباس، وعائشة، وأم سلمة - رضي الله عنهم - قالوا: ويلبسها من صارت إليه من جنب وحائض وغيرهما. ولا يجوز أخذ طيب الكعبة، فإن أراد التبرك، أتى بطيب من عنده فمسحها به، ثم أخذه. (ينظر الروضة ٢/٤٤٠).

(١) أخرجه البيهقي (٢٠٢/٥) من رواية ابن عباس، وجابر - رضي الله عنهما -.

(٢) أخرجه مسلم (١٣٦٢) من حديث جابر، ومن حديث أبي سعيد (١٣٧٤).

(٣) أخرجه مسلم من رواية سعد بن أبي وقاص - رضي الله عنه - (١٣٦٣).



الجديد وبه قال مالك: لا يضمن؛ لأنه ليس بمحل التسك فأشبهه مواضع الجَمَى، وإنما أثبتنا التحريم للنصوص.

والقديم وبه قال أحمد: أنه يضمن، وعلى هذا فما جزاؤه؟ فيه وجهان:

أحدهما: أن جزاءه كجزاء حرم مكة لاستوائهما في التحريم.

وأظهرهما: وبه قال أحمد: أن جزاءه أخذ سلب الصائد، وقاطع الشجر، لما روى أن سعد بن أبي وقاص - رضي الله عنه -: «أَخَذَ سَلْبَ رَجُلٍ قَتَلَ صَيْدًا فِي الْمَدِينَةِ، وَقَالَ سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: «مَنْ رَأَى رَجُلًا يَضْطَاذُ بِالْمَدِينَةِ فَالْيَسْلِبِ»<sup>(١)</sup>. وعلى هذا فقيما يسلب؟ وجهان الذي أورده الأكثرون أنه يسلب منه ما يسلبه القاتل من قتل الكفار.

والثاني: أنه لا ينحى بهذا نحو سلب القتل في الجهاد، وإنما المراد من السلب هاهنا الثياب فحسب، وهذا ما أورده الإمام وتابعه المصنف فقال: (إذ ورد فيه سلب ثياب الصائد) فقيد بالثياب، وعلى الوجهين ففي مصرفه وجهان مشهوران:

أظهرهما: أنه للسلب كسلب القتل، وقد روي أنهم كلموا سغداً في هذا السلب فقال: «مَا كُنْتُ لِأَزْدٍ طَعْمَةً أَطْعَمَنِيهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ»<sup>(٢)</sup>.

والثاني: أنه لمحاويج المدينة وقرائها كما أن جزاء صيد مكة لِفُقَرَائِهَا، ووجه ثالث حكاه الشيخ أبو محمد عن الأستاذ أبي إسحاق، والقائل: أنه يوضع في بيت المال، وسيله سبيل السهم المترصد للمصالح.

وقوله في الكتاب: (ففي الضمان وجهان) اقتدى فيه بالإمام، والمشهور في المسألة قولان: وقوله: (إذ ورد فيه سلب ثياب الصائد في الصيد) معناه أن واجب هذه الجناية هو السلب الذي ورد في الجزاء، إذ لو وجب الجزاء لوقع الاكتفاء به، كما في صيد مكة، وعنى بالضمان الجزاء دون المشترك بينه وبين السلب، فاعرف ذلك.

وقوله: (وإنما يستحق السلب إذا اصطاد، أو أتلف) قصد به التعرض لما ذكره الإمام، حيث قال: غالب ظني أن الذي يهم بالصيد لا يسلب حتى يصاد، ولست أدري أيسلب إذا أرسل الصيد أم ذلك إذا أتلف الصيد<sup>(٣)</sup>؟ ولفظ «الوسيط» لا يسلب إلا

(١) أخرجه أحمد في المسند (١٤٦٠) وأبو داود (٢٠٣٧) وإسناد رجاله ثقات.

(٢) هي عند أبي داود في المصدر السابق.

(٣) قال النووي: ذكر صاحب «البحر» وجهين: في أنه هل يترك للمسلوب من ثيابه ما يستر عورته؟ واختار أنه يترك وهو قول صاحب «الحاوي» وهو الأصوب. (ينظر الروضة ٤٤١/٢).

إذا اصطاد، أو أرسل الكلب، ويحتمل التأخير إلى الإلتلاف.

واعلم أن السابق إلى الفهم من الخبر، وكلام الأئمة أنه يسلب إذا اصطاد، ولا يشترط الإلتلاف.

وأما قوله: (والشجرة والصيد في السلب سواء)، فهو بين - والله أعلم -.

قال الغزالي: وَوَرَدَ النَّهْيُ عَنِ صَيْدِ وَجِّ الطَّائِفِ وَتَبَاتِيهَا، وَهُوَ نَهْيٌ كَرَاهِيَةٌ يُوجِبُ تَأْدِيماً لَأَصْمَاناً.

قال الرافعي: وج الطائف واد بصحراء الطائف، وليس المراد منه نفس البلدة قال الشافعي - رضي الله عنه - أكره صيده، وعن الشنخ أبي علي حكاية تردد في أنه تحريم، أو مجرد كراهية، ولفظ الكتاب كالصريح في الثاني، لكن الصحيح عند عامة الأضحاب الأول؛ لما روى أنه ﷺ. قال: «صَيْدُ وَجِّ الطَّائِفِ مُحْرَمٌ لِلَّهِ»<sup>(١)</sup>.

وعلى هذا فهل يتعلق به ضمانه؟ منهم من قال: نعم، وحكمه حكم حرم المدينة، وقال صاحب «التلخيص» والأكثر: لا، إذ لم يرد في الضمان نقل، لكن يؤدب.

فرع: «التَّقِيحُ لَيْسَ يُحْرَمُ، لَكِنْ حَمَاهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِإِبْلِ الصَّدَقَةِ» وَنَعَم الْجِزْيَةُ<sup>(٢)</sup>، فلا تملك أشجاره وحشيشه، وفي وجوب كل الضمان على من أتلفها وجهان:

أحدهما: لا يجب، كما لا يجب في صيده شيء، وأظهرهما: يجب؛ لأنه ممنوع منها، وكانت مضمونه عليه بخلاف الصيد، فإن الاصطياد فيه جائز، وعلى هذا فضمانها القيمة، ومصرفها مصرف نعم الصدقة والجزية<sup>(٣)</sup>.

(١) أخرجه أبو داود (٢٠٣٢) من رواية محمد بن عبد الله الطائفي عن أبيه عن عروة بن الزبير عن أبيه. قال أبو حاتم الرازي: محمد ليس بالقوي، وأخرجه البخاري في التاريخ (١٤٠/١/١) والعقيلي (٩٣١٤).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٠٨٤) والحاكم (٦١/٢) والبخاري (٢٣٧٠) بلاغاً من قول ابن شهاب، وأخرجه ابن حبان وذكره الهيثمي في الموارد (١٦٤١)، والبيهقي (١٤٦/٦).

(٣) قال النووي: ينبغي أن يكون مصرفه بيت المال. (ينظر الروضة ٤٤٢/٢).

## القِسْمُ الثَّالِثُ مِنْ كِتَابِ الْحَجِّ فِي اللُّوَاحِقِ

وَفِيهِ بَابَانِ

### الأوَّلُ فِي مَوَانِعِ الْحَجِّ

قال الغزالي: وَهِيَ سِتَّةٌ: الأوَّلُ: الإِخْصَارُ وَهُوَ مُبِيحٌ لِلتَّحَلُّلِ مَهْمَا أختَاجَ فِي الدَّفْعِ إِلَى قِتَالِ أَوْ بَدَلِ مَالٍ، وَإِنْ كَانُوا كُفَّاراً وَجِبَ الْقِتَالُ إِلَّا إِذَا زَادُوا عَلَى الضَّعْفِ، وَلَوْ أَحَاطَ الْعَدُوُّ مِنَ الْجَوَانِبِ لَمْ يَتَحَلَّلْ عَلَى قَوْلٍ لِأَنَّهُ لَا يُرِيحُ مِنْهُ التَّحَلُّلُ كَمَا لَا يَتَحَلَّلُ بِالْمَرَضِ (ح)، وَلَوْ شَرَطَ التَّحَلُّلَ عِنْدَ الْمَرَضِ فَفِي جَوَازِ التَّحَلُّلِ قَوْلَانِ.

قال الرافعي: كان حجة الإسلام - رحمه الله - قد قسم كتاب الحج إلى ثلاثة أقسام: المقدمات، والمقاصد وقد حصل الفراغ منهما.

والثالث: اللواحق، وفيه بابان ترجم أولهما بموانع الحج، ولم يرد بها موانع وجوبه أو الشروع فيه، وإنما أراد العوارض التي تعرض بعد الشروع فيه وتمنع من إتمامه، وهي فيما عدها ستة أنواع:

أحدها: الإخصار<sup>(١)</sup>، فإذا أخصر العدو المُخْرِمِينَ عن المُضِيِّ فِي الْحَجِّ مِنْ جَمِيعِ الطَّرِيقِ كَانَ لَهُمْ أَنْ يَتَحَلَّلُوا؛ لِأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ «أَخْصَرَ وَأَصْحَابُهُ بِالْحَدِيثِ»، فَأَنْزَلَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿فَإِنْ أَخْصَرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ﴾<sup>(٢)</sup>.

والمعنى: فإن أخصرتم فتحللتهم، أو أردتم التحلل فما استيسر من الهدى، فإن

(١) تقول العرب أحصره إحصاراً وحصره حصرأ أي منعه لكن الأشهر كما قاله أن يقال أحصر بالهمزة وحصره العدو بلا همز، وقيل حصر وأحصر فيهما. وأما من الاصطلاح، فهو المنع عن إتمام أركان الحج أو العمرة واحتزنا بالأركان عما لو منع من الرمي والمبيت، فإنه لا يجوز له التحلل كما نقله في شرح المهذب عن الروياني وغيره لأنه يتعلق في التحلل بالطواف والحلق. ويقع حجه مجزئاً عن حجة الإسلام ويجبر الرمي والمبيت.

(٢) أخرجه البخاري (١٨٠٩) عن ابن عباس (١٦٣٩)، (١٦٤٠)، (١٦٩٣)، (١٦٤٠)، (١٦٩٣)، (١٧٠٨)، (١٧٢٩)، (١٨٠٦)، (١٨٠٧)، (١٨٠٨)، (١٨١٠)، (١٨١٢)، (١٨١٣)، (١٨١٣)، (٤١٨٣)، (٤١٨٤)، (٤١٨٥) وقول: فأنزل الله الخ، صحيح مشهور بالاتفاق، كما قاله الشافعي.

نفس الإحصار لا يوجب هدياً، والأولى أن لا يعجل التحلل إن وسع الوقت، فربما يزول المنع فيتمون التسك، وإن كان ضيقاً فالأولى التعجيل كي لا يفوت الحج، ويجوز للمحرم بالعمرة التحلل أيضاً عند الإحصار<sup>(١)</sup>، وعن مالك: أنه لا يجوز التحلل في العمرة؛ لأنه لا يخاف فواتها.

أما أن النبي ﷺ «تَحَلَّلَ بِالْإِحْصَارِ عَامَ الْحَدَيْبِيَّةِ، وَكَانَ مُخْرِماً بِالْعُمْرَةِ»<sup>(٢)</sup>.  
إذا عرفت ذلك ففي الفصل مسائل:

إحدهما: لو منعوا ولم يتمكنوا من المسير إلا ببذل مال، فلهم أن يتحللوا ولا يبذلوا المال، وإن قل إذ لا يجب احتمال الظلم في أداء الحج بل يكره البذل، إن كان الطالبون كفاراً لما فيه من الصغار، وإن احتاجوا إلى قتال ليسيروا، نظر إن كان المانعون مسلمين فلهم التحلل ولا يلزمهم القتال، وإن قدروا عليه لما فيه من التفرير بالنفس، وإن كانوا كفاراً فقد حكم صاحب الكتاب بوجوب القتال، إذا لم يزد عدد الكفار على الضعف، وهكذا حكى الإمام - رحمه الله - عن بعض المصنفين، ولم يرتضه على هذا الإطلاق، بل شرط فيه وجدانهم السلاح وأهبة القتال، وقال: إذا وجدوا الأهبة وقد صدتهم الكفار، فلا فرار ولا سبيل إلى التحلل.

وأنت إذا فحصت عن كتب الأكثرين وجدتهم يقولون: لا يجب القتال على الحجيج، وإن كان العدو كفاراً وكان في مقابلة كل مسلم أقل من مشركين غير أنهم إن كانوا كفاراً وكان بالمسلمين قوة فالأولى: أن يقاتلوا ويمضوا نُصْرَةَ للإسلام وإثماً للحج، وإن كان بالمسلمين ضعف أو كان العدو مسلمين، فالأولى: أن يتحللوا، ويتحرزوا عن قتال تحرزاً عن سفك دماء المسلمين، ولهؤلاء أن يقولوا للإمام: لا نزاع في أنهم لو قاتلوا المسلمين والصورة ما ذكرت لم يكن لهم الفرار، لكن يجوز أن

(١) لشرط الإحصار المقتضي للتحلل أن يكون عن الأركان خاصة فلو منع عن الرمي والمبيت فلا يجوز له التحلل كما نقله الشيخ في شرح المهذب عن الروياني وغيره لأنه متمكن من التحلل بالطواف والحلق ويقع حجه مجزياً عن حجة الإسلام ويجبر المبيت والرمي بالدم ومحل ما ذكره الشيخ فيما إذا لم يتيقن انكشاف العدو فإن تيقن فقال الماوردي: فينظر إن كان في الحج وتيقن انكشافهم في مدة يمكن إدراك الحج بعدها أو في العمرة وتيقن انكشافهم عن قرب وهو ثلاثة أيام لم يجز التحلل، وقول الشيخ لثلا يفوت الحج أي فيلزمه القضاء على وجه لكن الأصح لا يجب القضاء هنا وقول الشيخ: كان لهم أن يتحللوا يفهم أن التحلل مستحب غير واجب وهو أحد كلامي ابن الرفعة وقال إن كلام الأصحاب دال عليه وصرح به القاضي أبو الطيب والبندنجي وقال - أعني ابن الرفعة - أيضاً ظاهر كلام التنبية أن التحلل واجب وهو ظاهر قوله ﷺ لأصحابه: قوموا فانحروا ثم احلقوا].

(٢) انظر التخريج السابق.

يمنعهم من الحج ولا يقاتلوهم لو تركوا الحج، فهل يلزمهم ابتداء القتال ليمضوا؟ هذا موضع الكلام، وعلى كل حال فلو قاتلوهم كان لهم أن يلبسوا الدروع والمغافر، ثم يفدون كما إذا لبس المحرم المَخِيْطَ لدفع حر أو برد.

الثانية: ما ذكرنا من جواز التَّحْلُلِ مفروض فيما إذا مَنَعُوا من المضي دون الرجوع والسير في صوب آخر.

فأما إذا أحاط العدو بهم من الجوانب كلها ففيه وجهان كذا نقل المعظم، وقال الإمام والمصنف قولان:

أحدهما: ليس لَهُمَا التَّحْلُلُ، لأنه لا يربحهم، والحالة هذه ولا يستفيدون به أمناً، وصار كالمريض ليس له التحلل.

وأصحهما: أن لهم التحلل؛ لأنهم يستفيدون به الأمن من العدو الذي بين أيديهم.

الثالثة: ليس للمحرم التَّحْلُلِ بعذر المرض، وبه قال مالك وأحمد - رحمهما الله - يصبر حتى يَبْرَأَ، فَإِنْ كَانَ مُحْرَماً بِعُمْرَةٍ أتمَّهَا، وَإِنْ كَانَ مُحْرَماً بِحَجٍّ وَفَاتَهُ تَحَلُّلٌ بِعَمَلِ عُمْرَةٍ؛ لأنه لا يستفيد بالتَّحْلُلِ زوال المرض.

وعن ابن عباس - رضي الله عنهما -: (أنه لا حَصْرَ إِلَّا حَصَرَ الْعَدُوَّ)، وقال أبو حنيفة - رحمه الله -: يجوز التَّحْلُلُ بالمرض، وهذا إذا لم يشترط التَّحْلُلُ عند المرض.

أما إذا شرط أنه إذا مرض تحلل، فقد نص في القديم على صحة هذا الشرط، وعلق القول في الجديد بصحة حديث ضبَاعَةَ بِنْتِ الزَّبِيرِ - رضي الله عنهما - وهو ما روي أن النبي ﷺ قال لها: «أَمَا تُرِيدِينَ الْحَجَّ، فَقَالَتْ: أَنَا شَاكِيَةٌ فَقَالَ: حُجِّي وَاشْتَرِطِي أَنْ تَحِلِّي حَيْثُ حُجِسْتِي»<sup>(١)</sup>: وللأصحاب فيه طريقتان: أثبت عامتهم فيه خلافاً، وقالوا: إنه صحيح في القديم، وفي الجديد قولان:

أظهرهما: الصحة للحديث، وبه قال أحمد.

والثاني: المنع، وبه قال مالك وأبو حنيفة - رحمهما الله - لأنه عبادة لا يجوز الخروج منها بغير عذر، فلا يجوز بالشرط كالصَّلَاةِ المفروضة، وعن الشيخ أبي حامد وغيره: أنه صحيح جزماً بصحة الحديث ولو شرط التَّحْلُلُ لغرض آخر كضلال الطريق ونفاذ النفقة والخطأ في العدد، فهو كما لو شرط التَّحْلُلُ عند المرض، وعن الشيخ أبي محمد: أنه لغو لا محالة، والخلاف مخصوص بالمرض لورود الخبر فيه.

(١) أخرجه البخاري (٥٠٨٩) ومسلم (١٢٠٧) من رواية السيدة عائشة - رضي الله عنها -.

التفريع: إن صححنا الشرط، فهل يلزمه الهدي للتحلل إن كان قد شرط التحلل بالهدي؟ نعم، وإن كان قد شرط التحلل بلا هدي، فلا، وإن أطلق فوجهان:

أظهرهما: وبه قال أبو إسحاق والداريقي: أنه لا يلزم أيضاً لمكان الشرط، ولو شرط أن يقلب حجه عمرة عند المرض، فهو أولى بالصحة من شرط التحلل رواه القاضي ابن كنج عن نسه.

ولو قال: إذا مرضت فأنا حلال فيصير حلالاً بنفس المرض، أم لا بد من التحلل؟ فيه وجهان، والمنصوص منهما الأول، - والله أعلم -.

قال الغزالي: وَتَحَلَّلَ الْمُخَصِّرُ هَلْ يَقِفُ عَلَى إِزَاقَةِ دَمِ الْإِحْصَارِ؟ (ح) فِيهِ قَوْلَانِ، فَإِنْ كَانَ مُغْسِراً وَقُلْنَا: إِنَّ الصَّوْمَ بَدَلٌ فَمَنْ تَوَقَّفَهُ الْقَوْلَانِ الْمُرتَبَانِ، وَأَوْلَى بِأَنْ لَا يَتَوَقَّفَ؛ لِأَنَّ الصَّوْمَ طَوِيلٌ، وَلَا يَشْتَرَطُ (ح) بَعَثَ الدَّمَ إِلَى الْحَرَمِ، وَإِذَا قُلْنَا: لَا يَتَوَقَّفُ فَيَتَحَلَّلُ بِالْحَلْقِ أَوْ بِنَيْتِ التَّحَلُّلِ، وَلَا قَضَاءَ (ح) عَلَى الْمُخَصِّرِ.

قال الراجعي: مقصود الفصل ثلاث مسائل:

إحداها: في أن تحلل المخصر بم يحصل؟ وهذه المسألة تحوج إلى معرفة أصليين:

الأول: أنه يجب على المخصر إذا تحلل دم شاة، وبه قال أبو حنيفة وأحمد - رحمهما الله -، وقال مالك: يتحلل، ولا دم عليه.

لنا قوله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ﴾، وهذا إذا لم يجز من المحرم شرط سابق.

فأما إذا كان قد شرط عند إحرامه أنه يتحلل إذا أحصر ففي تأثير هذا الشرط في إسقاط الدم طريقتان، منهم من خرج على وجهين، كما إذا شرط التحلل عند المرض وتحلل بالشرط وقد ذكرناه.

والأصح: القطع بأنه لا يؤثر؛ لأن التحلل بالإحصار جائز، وإن لم يشترط فالشرط لاغٍ بخلاف التحلل بالمرض.

والأصل الثاني: أن القول قد اختلف في أن دم الإحصار هل له بدل أم لا؟ ويتقدير أن يكون له بدل، فكيف سبيله وهو على الترتيب أو التخيير، وهذا ستعرفه حق المعرفة في الباب الثاني إن شاء الله تعالى.

إذا تقرر ذلك، فنقول: إن قلنا: إن دم الإحصار لا بدل له، وكان واجداً للدم فيذبح ويتوى التحلل عنده، وإنما اعتبرت نية التحلل؛ لأن الذبح قد يكون للتحلل،

وقد يكون لغيره فلا بد من قصد صارف، وإن لم يجد الهدى إما لإعساره أو غير ذلك، فهل يتوقف التحلل على وجدانه؟ فيه قولان:

أحدهما: نعم، وبه قال أبو حنيفة؛ لأن الهدى أقيم مقام الأعمال، ولو قدر على الأعمال لم يتحلل إلا بها، فإذا عجز لا يتحلل إلا ببدلها.

وأصحهما: لا، بل له التحلل في الحال؛ لأن التحلل إنما أبيض تخفيفاً ورفقاً حتى لا يتضرر بالمقام على الإحرام، ولو أمرناه بالصبر إلى أن يجد الهدى لتضرر، وعلى التقديرين فلا بد من نية التحلل، وهل يجب الحلق؟ بناء الأئمة على الأصل الذي سبق، وهو أن الحلق نُسك أم لا؟ إن قلنا: نسك، فنعم.

وإن قلنا: استباجة محظور فلا، فيخرج من هذا.

أما إذا اعتبرنا الذَّبْح والحَلْق مع النِّيَّة والتحلل، يحصل بثلاثتها، وإن أخرجنا الذَّبْح عن الاعتبار فالتَّحَلُّل يحصل بالحَلْق مع النِّيَّة أو بمجرد النية فيه وجهان، وهذا ما أراداه المصنف بقوله:

وإذا قلنا: لا يتوقف فيتحلل بالحلق أو بنية فالتحلل أي؟ فيه وجهان:

وإن قلنا: إنَّ دَمَ الإِخْصَار له بدل، فإن كان يطعم فتوقف التحلل عليه كتوقفه على الذَّبْح، وإن كان يصوم فكذلك مع ترتب الخلاف، ومنع التوقف هاهنا أولى؛ لأن الصوم يفتقر إلى زمان طويل فتكون المَشَقَّة في الصَّبْر على الإحرام أعظم.

المسألة الثانية: لا يشترط بعث دم الإحصار إلى الحرم بل يذبحه حيث أحصر ويتحلل، وبه قال أحمد:

وقال أبو حنيفة - رحمه الله -: يجب أن يبعث به إلى مكة ويوكل إنساناً ليذبحه يوم النَّحْر إن كان حاجاً وأي يوم شاء إن كان مُعْتَمِراً ثم يتحلل.

لنا: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَحْصَرَ عَامَ الْحُدَيْبِيَّةِ، فَذَبَحَ بِهَا، وَهِيَ مِنَ الْحَلِّ»<sup>(١)</sup>.

ولأنه موضع التَّحَلُّل فكان موضعاً لذبح الهدى. كالحرم، وكما يذبح دم الإحصار حيث أحصر فكذلك ما لزمه من دماء المَحْظُورَات قبل الإحصار، وما حمله معه من هدي، ويفرق لحومها على مساكين ذلك الموضع، وهذا كله إذا كان مصدوداً عن الحرم، فأما إذا كان مصدوداً عن البيت دون أطراف الحرم، فهل له أن يذبح في الحل؟ ذكروا فيه وجهين:

(١) تقدم قريباً.

والأصح: أن له ذلك.

الثالثة: في أنه هل يجب القضاء على المُخَصَّر وهذه المسألة بشرحها مع المسائل الثلاثة بها مجموعة في آخر الباب - إن شاء الله تعالى - .

قال الغزالي: الثَّانِي لَوْ حَبَسَ السُّلْطَانُ شَخْصاً أَوْ شِرْذِمَةً مِنَ الْحَجَّاجِ فَهُوَ كَالْإِحْصَارِ الْعَامِّ، وَقِيلَ: فِيهِ قَوْلَانِ، وَقِيلَ يَجُوزُ التَّحَلُّلُ وَالْقَوْلَانِ فِي وُجُوبِ الْقَضَاءِ .

قال الرافعي: قد تكلمنا في الحصر العام الذي يشمل الرفقة .

وأما الحصر الخاص الذي يتفق لأحد أو شردمة من الرفقة فينظر فيه، إن لم يكن المحرم معذوراً فيه كما إذا حبس بسبب دين وهو متمكن من أدائه فليس له التحلل بل عليه أن يؤديه ويمضي في حجه، فإن فاته الحج في الحبس فعليه أن يسير إلى مكة ويتحلل بعمل عمرة، وإن كان معذوراً فيه كما إذا حبسه السلطان ظمناً أو بدين وهو لا يتمكن من أدائه، وهذا هو المقصود في الكتاب، ففيه طريقتان:

أحدهما: وهو ما أورده المرازمة أن في جواز التحلل به قولين:

أحدهما: لا يجوز كما في المرض وخطأ الطريق، وأصحهما: أنه يجوز؛ لأن الإحصار سبب يبيح التحلل لكل فيبيح للبعض كإتمام الأعمال .

وأظهرهما وهو ما أورده العراقيون: القطع بالجواز كما في الحصر العام؛ لأن مشقة كل أحد لا تختلف بين يتحمل أن غيره مثلها أو لا يتحمل، وهؤلاء ردوا الخلاف إلى أنه هل يجب القضاء إذا تحلل بالحصر الخاص؟ وسيأتي ذلك .

واعلم أن لفظ الكتاب آخراً يتعرض لهاتين الطريقتين .

وقوله أولاً: «فهو كالإحصار العام»، يشعر بطريقة ثلاثة تقطع بجواز التحلل وعدم القضاء كما في الإحصار العام ولم أر نقلها لغيره - والله أعلم - .

قال الغزالي: الثَّالِثُ الرُّقُّ فَللسيد منْعُ عَبْدِهِ إِنْ أَحْرَمَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، وَإِذَا مَنَعَ تَحَلَّلَ كَالْمُخَصَّرِ . قال الرافعي: إِحْرَامُ الْعَبْدِ يَنْعَقِدُ سِوَاءَ كَانِ بِإِذْنِ السَّيِّدِ أَوْ دُونَ إِذْنِهِ ثُمَّ إِنْ أَحْرَمَ بِإِذْنِهِ لَمْ يَكُنْ لَهُ تَحْلِيلُهُ سِوَاءَ بَقِيَ نُسْكُهُ صَحِيحاً أَوْ أَفْسَدَهُ، وَلَوْ بَاعَهُ - وَالْحَالَةَ هَذِهِ - مِنْ غَيْرِهِ لَمْ يَكُنْ لِلْمَشْتَرِيِّ تَحْلِيلُهُ لَكِنْ لَهُ الْخِيَارُ إِنْ كَانَ جَاهِلاً بِإِحْرَامِهِ، وَإِنْ أَحْرَمَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ فَالْأَوْلَى أَنْ يَأْذَنَ لَهُ فِي إِتْمَامِ النُّسْكِ، وَلَوْ حَلَّلَهُ جَازٍ؛ لِأَنَّ تَقْرِيرَهُ عَلَى الْحَجِّ يَعْطَلُ مَنَافِعَهُ عَلَيْهِ .

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : له تحليله سواء أحرم بإذنه أو بغير إذنه، وإذا أذن



له في الإحرام فله الرجوع قبل أن يحرم، فإن رجع ولم يعلم العبد به فأحرم فله تخليله، في أصح الوجهين، وهما مبنيان على الخلاف في نفوذ تصرفات الوكيل بعد العزل وقبل العلم.

ولو أذن له في العُمرة فأحرم بالحج فله تخليله، ولو كان بالعكس لم يكن له تحليله؛ لأن العمرة دون الحج والحج فوقها.

قال في «التهذيب»: وظني أنه لا يسلم عن النزاع والخلاف<sup>(١)</sup>.

ولو أذن له في التمتع، فله منعه من الحج بعدما تحلل عن العمرة، وليس له تحليله عن العمرة ولا عن الحج بعد الشروع.

ولو أذن له في الحج أو في التمتع، فقرن لم يجز تحليله.

ولو أذن له أن يحرم في ذي القعدة فأحرم في شوال فله تحليله قبل ذي القعدة وبعد دخوله لا، وإذا أفسد العبد حجه بالجماع فعليه القضاء؛ لأنه مكلف بخلاف الصبي على أحد القولين وهل يجب قضاؤه في الرق عن الواجب؟ فيه قولان كما ذكرنا في الصبي إذا قضى في الصبي، فإن احتسبناه لم يجب على السيد أن يأذن له في القضاء، إن كان إحرامه الأول بغير إذنه، وكذلك إن كان بإذنه، في أصح الوجهين، وكل دم يلزمه بسبب ارتكاب المَحْظُورَات كالتَّيْبِ واللِّبَاسِ وقاتل الصيد والقوات، فلا يجب على السيد سواء أحرم بإذنه أو بغير إذنه.

وأما العبد فلا ملك له حتى يذبح، لكن لو ملكه السيد فعلى القديم: يملك ويلزمه إخراجه، وعلى الجديد لا يملك، وإذا لم يملك، ففرضه الصوم، وللسيد منعه منه في حال الرق إن كان إحرامه بغير إذنه، وكذلك إن كان بإذنه على أصح الوجهين؛ لأنه لم يأذن في موجهه، ولو قرن أو تَمَتَّع بغير إذن السيد فدم القرآن، أو التمتع حكمه حكم دماء المَحْظُورَات، أما إذا قرَنَ أو تَمَتَّعَ بالإذن، فهل يجب الدَّمُ على السيد.

الجديد: أنه لا يجب، وفي القديم قولان بخلاف ما لو أذن لعبد في التَّكَاحِ فنكح يكون السيد ضامناً للمهر، في القديم قولاً واحداً؛ لأنه لا يدل للمهر، وللدم بدل وهو الصوم، والعبد من أهله، وعلى هذا لو أحرم بإذن السيد فأحصر فتحلل.

فإن قلنا: لا بدل لدم الإحصار فالسيد ضامناً له في القديم قولاً واحداً.

وإن قلنا: له بدل ففي صَيَّرَ وَرَثَهُ ضامناً له قولان في القديم، وإذا لم نوجب الدَّم

(١) قال النووي: ذكر الدارمي في الصورتين وجهين، لكن الأصح قول صاحب التهذيب. ينظر (روضة الطالبيين ٢/٤٤٨).

على السيد فالواجب على العبد الصوم، وليس للسيد المنع منه في أصح الوجهين لإذنه في سببه.

ولو ملكه السيد هدياً، وقلنا: إنه يملك إراقة، وإلا لم تجز إراقتة، ولو أراقه السيد عنه بإذنه، فهو على هذين القولين، ولو أراق عنه بعد موته جاز قولاً واحداً؛ لأنه قد حصل اليأس عن تكفيره، والتملك بعد الموت ليس بشرط، ولهذا لو تصدق عن ميت جاز.

وقد «أمر النبي ﷺ سغداً - رضي الله عنه -، أن يتصدق عن أمه بعد موتها»<sup>(١)</sup>، ولو عتق العبد قبل الصوم وجد الهدي فعليه الهدي، إن اعتبرنا في الكفارات حالة الأداء أو الأغلظ، وإن اعتبرنا حالة الوجوب فله الصوم، وهل له الهدي؟ فيه قولان. وينعقد نذر الحج من العبد، وإن لم يأذن له السيد في أصح الوجهين ويكون في ذمته، فلو أتى به حال الرق هل يجزئه؟ فيه وجهان:

إذا عرفت هذ المسائل، فحيث جوزنا للسيد التحليل أردنا به أنه يأمره بالتحلل؛ لأنه يستقل بما يحصل به التحلل، وغايته أن يستخدمه ويمنعه من المضي، ويأمره بازتيكاب محظورات الإحرام أو يفعلها به، ولا يرتفع الإحرام بشيء من ذلك، خلافاً لأبي حنيفة - رحمه الله - حيث قال: إذا أمره باستعمال المحظورات أو ألبسه المخيط أو طيبه أو كانت أمة فوطئها حصل التحلل، وإذا جاز للسيد التحليل جاز للعبد التحلل؛ لأن المحصر بغير حق يجوز له التحلل، فللمحصر بالحق أولى؛ وبم يتحلل إن ملكه السيد هدياً؟

وقلنا: إنه يملك فيذبح وينوي التحلل، وإلا فهل هو كالحُر؟ فيه طريقتان:

أحدهما: نعم، حتى يتوقف تحلله على وجدان الهدي.

إن قلنا: إن دم الإحصار لا يدل له، وذلك يفتقر إلى العتق هاهنا، وعلى الصوم إن قلنا: إن دم الإحصار له بدل كل ذلك على أحد القولين:

وعلى أصحهما: لا توقف، ويكفيه نية التحلل.

وأصحهما: القطع بهذا القول الثاني، وبه قال أبو إسحاق: لعظم المشقة في

(١) أخرجه أبو داود (١٦٧٩، ١٦٨٠) من رواية الحسن عنه، والحسن لم يدرك سعداً، وأخرجه النسائي (٢٥٤/٦ - ٢٥٥) وابن ماجه (٣٦٨٤) من رواية سعيد ابن المسيب عنه وهو منقطع، وسعيد لم يدركه أيضاً، وأخرجه الحاكم من طريقين (٤١٤/١) وأخرجه ابن حبان، ذكره الهيثمي في الموارد.

أَنْتَظَارِ الْعِتْقِ، ولأن منافعه مستحقة للسيد، وقد يريد استعماله فيما يمنع منه المحرم كالاصطياد وإصلاح الطيب، فيتضرر ببقاء الإحرام، وحكم أم الولد والمُذَبَّر والمعلق عتقه بصفة، وَمَنْ نَصَفَهُ حُرَّ حُكْمِ الْقِنِّ الْمَخْضِ، ولو أحرم المُكَاتِبَ بغير إذن المولى، فمنهم من جعل جواز تحليله على قولين بناء على القولين في سَفَرِ التَّجَارَةِ، وهل يمنعه السَّيِّدُ منه؟ ومنهم من قطع بجواز التحليل؛ لأنه لا منفعة للسَّيِّدِ في سفر الحج، وله منفعة في سفر التجارة، وقوله في الكتاب: «فللسيد منع عبده»، أي من إتمام الحج ويجوز أن يُعَلِّمَ بالروا؛ لأن ابن كج حكى وجهاً غريباً: أنه ليس للسيد ذلك لتعيينه بالشروع تخريباً من أحد القولين في الزَّوْجَةِ إِذَا أَحْرَمَتْ بِالتَّطَوُّعِ، وأن يُعَلِّمَ قوله: «بغير إذنه» بالحاء. لأن أبا حنيفة - رحمه الله - يُجَوِّزُ المنع على الإطلاق؛ فلا حاجة عنده إلى التقييد، وقوله: تحلل كالمحصر إن أراد التشبه في جواز التحلل فذاك، وإلا ففي الكيفية تفاوت لا يخفي ما قدمناه.

قال الغزالي: الرَّابِعُ الزَّوْجِيَّةُ، وَفِي مَنَعِ الزَّوْجِ زَوْجَتَهُ مِنْ فَرْضِ الْحَجِّ (م ح) قَوْلَانِ، فَإِذَا أَحْرَمَتْ فِي الْمَنَعِ قَوْلَانِ مُرْتَبَانِ، وَكَذَا إِذَا أَحْرَمَتْ بِالتَّطَوُّعِ، فَإِنْ مُنِعَتْ تَحَلَّلَتْ كَالْمَحْصِرِ، فَإِنْ لَمْ تَفْعَلْ فَلِلزَّوْجِ مُبَاشَرَتُهَا وَإِئْتِمَارُهَا عَلَيْهَا.

قال الرافعي: المستحب للمرأة أن لا تحرم دون إذن زوجها وللزوج أن يحج بها، فإذا أرادت أداء فرض الحج عليها، فهل للزوج أن يمنعها منه؟ فيه قولان:

أحدهما: لا، ولها أن تحرم بغير إذنه؛ لأنه عبادة مفروضة فأشبهت الصوم والصلاة المفروضين، ويحكى هذا عن كتاب اختلاف الحديث، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد - رحمهم الله -.

وأصحهما: أن له المنع، لما روي أن النبي ﷺ قَالَ: «فِي أَمْرَةِ لَهَا زَوْجٌ، وَلَهَا مَالٌ، وَلَا يَأْذُنُ لَهَا زَوْجُهَا فِي الْحَجِّ، لَيْسَ لَهَا أَنْ تَنْطَلِقَ إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا»<sup>(١)</sup>. ولأن الحج على الشراخي، وحق الزوج على الفور فكان أولى بالتقديم ويخالف الصوم والصلاة؛ لأن مدتهما لا تطول، فلا يلحق الزوج كثير ضرر.

وحكى بعضهم طريقة قاطعة بالقول الأول، والمشهور الأول، فإن قلنا: ليس له منعها، فلو أحرمت بغير إذنه فليس له أن يحللها بطريق الأولى لتضيقه بالشروع.

وإن قلنا: له منعها في الابتداء، ففي التحليل قولان:

(١) أخرجه الدارقطني (٢/٢٢٣) والطبراني في الصغير (٥٨٢) والبيهقي (٥/٢٢٣) من رواية ابن عمرو في إسناده مجهول، وهو العباس بن محمد بن شافع، انظر التلخيص (٢/٢٨٩ - ٢٩٠).

أظهرهما: أنَّ له ذلك كما له تحليل العبد إذا أحرم بغير إذنه.

والثاني: لا لنضيقه وخروجه عن احتمال التراخي بالشروع.

وأما حجة التطوع فله أن يمنعه منها في الابتداء، وإن أحرمت بغير إذنه فطريقان: إن جوزنا التحليل في الفرض فها هنا أولى وإن لم نجوز ثم فها هنا قولان:

أحدهما: ليس له تحليلها، لألتحاقها بالفرائض بالشروع.

وأصحهما: أن له التحليل كما له التحليل من صوم التطوع وصلاة التطوع، وإنما يصير الحج فرضاً بالشروع، إذا كان الشروع مسوغاً.

وقوله في الكتاب: (وكذا إن أحرمت بالتطوع) أراد به أن الخلاف في هذه المسألة، وفي تحليل المحرمة بالفرض كل واحد منهما مرتب على الخلاف في جواز منعها من حج الفرض ابتداء؛ لأن الترتيب كالترتيب، فإن مسألة التطوع أولى بالجواز والمسألة الأخرى أولى بالمنع.

وحيث قلنا بجواز التحليل، فمعناه الأمر بالتحلل كما ذكرنا في العبد، وتحللها كتحلل الحر المحصر بلا فرق، فلو لم تتحلل فللزواج أن يستمتع بها، والإثم عليها، هكذا حكاه الإمام عن الصيدلاني ثم توقف فيه؛ لأن المحرمة لحق الله تعالى كالمتردة فيحتمل أن يمنع الزوج من الاستمتاع إلى أن تتحلل فرعان:

أحدهما: قال القاضي ابن كج: لو كانت مطلقة، فعليه حبسها للعدة، وليس لها التحلل إلا أن تكون رجعية، فيراجعها ويحللها.

الثاني: الأمة المزدوجة، لا يجوز لها الإحرام إلا بإذن الزوج والسيد جميعاً.

قال الغزالي: الخامس للأبوين من الولد من التطوع بالحج، ومن الفرض على أحد الوجهين. قال الرافعي: من له أبوان أو أحدهما، فالمستحب له أن لا يحج دون إذنها أو إذنه، ولك واحد منهما منعه من حج التطوع في الابتداء؛ «لأن رجلاً استأذن رسول الله ﷺ في الجهاد فقال: ألك أبوان فقال: نعم، فقال: استأذنتهما فقال: لا قال: ففيهما فجاهد»<sup>(١)</sup>.

اعتبر استئذانهما في الجهاد مع أنه من فروض الكفايات، فلأن يعتبر في التطوع كان ذلك أولى، ولو أحرم بها فهل لهما المنع؛ فيه قولان سبق نظيرهما وتوجيههما، وحكى القاضي ابن كج وجهاً ضعيفاً: أنه ليس لهما المنع في الابتداء أيضاً، وأما حج

(١) أخرجه البخاري (٣٠٠٤، ٥٩٧٢) ومسلم (٢٥٤٩).

الفرض، فقد حكى القاضي: ابن كج وجهاً ضعيفاً أنه ليس لهما المنع وفي الابتداء طريقان:

أحدهما: تخريجه على قولين كما في منع الزوج والزوجة.

وأصحهما: ولم يورد الجمهور غيره أن لا منع لهما وليس له طاعتهما في ترك الفرض، ولو أحرم به بغير إذنهما فلا منع بحال، ونقل فيه وجه ضعيف أيضاً، إذا عرفت ذلك فقوله: للأبوين منع الولد من التطوع بالحج، يجوز حمله على المنع في الابتداء، ويجوز حمله على التحليل يعد الإحرام، وعلى التقديرين فليكن معلماً بالواو.

وأما إثباته الخلاف في التمتع من حج الفرض فهو خلاف المشهور سواء حمل على ابتداء المنع أو على التحليل ولم أجد حكاية الخلاف فيها لغير صاحب الكتاب، إلا للقاضي ابن كج، وصاحب الكتاب قد أعاد المسألة في كتاب السير ولم يتعرض للخلاف - والله أعلم -.

قال الغزالي: السَّادِسُ لِمُسْتَحِقِّ الدِّينِ مَنَعُ الْمُحْرَمِ المُوَسِّرِ مِنَ الخُرُوجِ، وَليْسَ لَهُ التَّحَلُّلُ بَلْ عَلَيْهِ الأَدَلَّةُ، فَإِنْ كَانَ مُعْسِراً أَوْ كَانَ الدِّينُ مُوجِباً لَمْ يُمْتَنِعْ مِنَ الخُرُوجِ.

قال الرافعي: إذا كان عليه دين وهو موسر، فلمستحق الدين أن يمنعه من الخروج، لا لأن حقه في منعه من الحج ولكن يحبسهُ ليستوفي حقه منه، فإن كان قد أحرم، فقد ذكرنا أنه ليس له التحليل والحالة هذه، بل عليه أن يقضي دينه ويمضي، وإن كان معسراً فلا مطالبة ولا منع؛ لأنه منظر إلى ميسرة، وكذا لو كان الدين مؤجلاً لا منع إذ ليس عليه تسليم في الحال ولا يتوجه للمستحق مطالبة، والأولى أن لا يخرج، حتى يوكل من يقضي الدين عليه عند حلول الأجل. واعلم: أن الكلام في أن مستحق الدين متى يمنعه ومتى لا يمنعه لا يختص بسفر الحج، بل يعم الأسفار كلها، وقد ذكره المصنف عاماً في كتاب التفليس على ما سيأتي فلو طرحه هاهنا لما ضر.

قال الغزالي: فَأَمَّا مَنْ فَاتَهُ الوُقُوفُ بِعَرَفَةَ بِنَوْمٍ أَوْ سَبَبٍ فَعَلَيْهِ أَنْ يَتَحَلَّلَ بِأَعْمَالِ العُمْرَةِ، وَيَلْتَمِئَهُ القَضَاءُ وَدَمُ الفَوَاتِ، بِخِلَافِ المُخَصَّرِ فَإِنَّهُ مَعْفُورٌ.

قال الرافعي: مضمون الفصل قول وجيز في حكم فوات الحج وفواته بفوات الوقوف، روي أنه ﷺ قال:

«الحج عرفة من لم يذكر عرفة قبل أن يطلع الفجر فقد فاتته الحج»<sup>(١)</sup>. وإذا

(١) أخرجه الدارقطني من رواية ابن عباس وابن عمر (٢/٢٤١) وتقدم حديث الحج عرفة، وانظر

حصل الفوات فله التحلل كما في الإحصار؛ لأن في بقائه محرماً حرجاً شديداً يعسر احتمالاً وبم يتحلل؟

قال في «المختصر» وغيره: يطوف ويسعى ويحلق، وقال في «الإملاء»: يطوف ويحلق، ولم يتعرض للسعي، واتفق الأصحاب على أن الأمر بالحلّ مبنى على أنه نسك، وعلى أن الطواف لا بد منه، واختلفوا في السعي على طريقتين: أشبههما: أنه على قولين:

أحدهما: أنه لا يجب السعي؛ لأن السعي ليس من أسباب التحلل، ألا ترى أنه لو سعى عقيب طواف القدوم بجزئه، ولو كان من أسباب التحلل لما جاز تقديمه على الوقوف.

وأصحهما: أنه يجب السعي مع الطواف.

لما روي عن عمر - رضي الله عنه - أنه قال: لأبي أيوب الأنصاري - رضي الله عنه - وقد فاته الحج، «أَصْنَعْ مَا يَصْنَعُ الْمُعْتَمِرُ، وَقَدْ حَلَلْتَ، فَإِنْ أَدْرَكَكَ الْحَجُّ قَابِلًا فَحُجَّ، وَآهَدِ مَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ»<sup>(١)</sup>.

والطريق الثاني: القطع بالقول الثاني، وحمل ما في «الإملاء» على الاختصار وإلا يجاز، فإن السعي كالتابع للطواف فاكتفي بذكر الأصل أو حمله على ما إذا كان قد سعى عقيب طواف القدوم لا يلزمه الإعادة ولا يجب عليه الرمي، والمبيت بمنى، وإن أدرك وفيه مع الأعمال المذكورة خلاف للمزني - رحمه الله - وذكر أن الإصطخري مال إليه.

لنا: ما روينا عن عمر - رضي الله عنه -، وقد اشتهر ذلك في الصحابة - رضوان الله عليهم - ولم ينكر عليه منكر، ويخالف ما إذا أفسد الحج، فإن هناك هو مأمور بالوقوف، والرمي والمبيت من توابع الوقوف، فأمر بهما وهاهنا بخلافه، وليس أمرنا إياه بالطواف، وسائر أعمال العمرة لانقلاب إحرامه بفوات الحج عمرة، ولا نقول باختسابها عن عمرة الإسلام، وعن أحمد: أنه ينقلب إحرامه عمرة، وعن الشيخين أبي محمد وأبي علي: رواية وجه ضعيف مثل مذهبه.

لنا أن إحرامه انعقد بأحد التُسْكِينِ فلا ينصرف إلى الآخر كما لو أحرم بالعمرة لا ينصرف إلى الحج.

ثم مَنْ فاته الحج إن كان حجّه فرضاً فهو في ذمته كما كان، وإن كان تطوعاً فعليه قضاؤه كما لو أفسده، وعن أحمد رواية: أنه لا قضاء عليه.

(١) أخرجه بنحوه مالك في الموطأ (٣٦١/١) وهو عند البيهقي في السنن الكبرى (١٧٤/٥).

لنا حديث عمر - رضي الله عنه - ويخالف الإحصار، فإنه معذور فيه، والفوات لا يخلو عن ضرب تقصير، وفي لزوم الفور في القضاء الخلاف الذي سبق مثله في الإفساد، ولا يلزم قضاء العمرة مع قضاء الحج خلافاً لأبي حنيفة حيث قال: يلزمه قضاؤهما، أما الحج فلأنه تَلَبَّسَ به وما أتمه، وأما العمرة فلأنه أتى بأعمالها ولم تحسب له.

لنا: أنه أحرم بأحد النسكين ولم يتممه فلا يلزمه قضاء الآخر كما لو أحرم بالعمرة وأفسدها أو بالحج وأفسده، ويجب على مَنْ فات حجه مع القضاء دم للفوات خلافاً لأبي حنيفة.

لنا حديث عمر - رضي الله عنه -؛ ولأن الفوات سبب يجب القضاء.

فيلزم به الهدي كالإفساد، ولا يلزم أكثر من دم واحد، وعن صاحب «التقريب» رواية قول مخرج: أنه يلزم دمان: أحدهما للفوات.

والثاني: لأنه في قضائه كالتمتع من حيث أنه تحلل عن الأول وشرع في الثاني، وتمكن بينهما من الاستمتاع.

وقوله في الكتاب: (فأما من فاته الوُفُوفُ بعرفة) فمن فاته الحج كذلك، وفي ذكر اليوم إشارة إلى أنه لا فرق بين أن يكون سبب الفوات سبباً فيه نوع عذر أو شيئاً هو تقصير صرف.

وقوله: (فعليه أن يتحلل بأعمال العمرة)، يجوز إعلامه بالواو للقول الذهاب إلى أنه لا حاجة إلى السعي، فعلى ذلك القول جميع أعمال العمرة غير لازم، وبالزاي لأن على مذهبه لا يكفي أعمال العمرة بل يجب معها الرمي والمبيت.

وقوله: (ويلزمه القضاء) بالألف، وقوله (ودم الفوات) بالحاء لما مر.

وقوله: «بخلاف المحصر فإنه معذور»، أراد به الإشارة إلى الفرق في القضاء، فإن الدم لازم فيهما جميعاً - والله أعلم -.

قال الغزالي: فَلَوْ أُخْصِرَ فَأَخْتَارَ طَرِيقاً أَطْوَلَ فَفَاتَهُ، أَوْ صَابَرَ الْإِحْرَامَ عَلَى مَكَانِهِ تَوَقُّعاً لِزَوَالِ الْإِحْصَارِ فَفَاتَهُ فَبَيَّ الْقَضَاءِ قَوْلَانِ لِتَرْكُوبِ السَّبَبِ مِنَ الْإِحْصَارِ وَالْفَوَاتِ، وَلَوْ صُدَّ بَعْدَ الْوُقُوفِ عَنِ لِقَاءِ الْبَيْتِ لَمْ يَجِبِ الْقَضَاءُ عَلَى الصَّحِيحِ (و) كَمَا قَبْلَ الْوُقُوفِ، وَالْمُتَمَكِّنُ مِنْ لِقَاءِ الْبَيْتِ إِذَا صُدَّ مِنْ عَرَفَةَ فَبَيَّ وَجُوبِ الْقَضَاءِ عَلَيْهِ قَوْلَانِ.

قال الرافعي: كنت أخرجت الكلام في أن المحصر هل يقضي؟ وهذا موضع ذكره، فإنه كالقاعدة التي عليها بناء هذه المسائل، فنقول: إذا حصر فتحلل نظر إن كان نسكه

تطوعاً، فلا قضاء عليه، وبه قال مالك وأحمد، خلافاً لأبي حنيفة - رحمه الله - .

لنا: «إِنَّ الَّذِينَ صَدُّوا مَعَ النَّبِيِّ ﷺ بِالْحُدَيْبِيَّةِ، كَانُوا أَلْفًا وَأَرْبَعَمِائَةٍ، وَالَّذِينَ اغْتَمَرُوا مَعَهُ فِي عُمْرَةِ الْقَضَاءِ، كَانُوا نَفَرًا يَسِيرًا، وَلَمْ يَأْمُرِ الْبَاقِينَ بِالْقَضَاءِ»<sup>(١)</sup>.

وإن لم يكن نسكه تطوعاً، نظر إن لم يكن مستقراً عليه كحجة الإسلام في السنة الأولى من سني الإمكان فلا حج عليه إلا عند اجتماع الشروط بعد ذلك، وإن كان مستقراً عليه كحجة الإسلام فيما بعد السنة الأولى، من سني الإمكان وكالتذر والقضاء، فهو باق في ذمته كما كان لو شرع في صلاة ولم يتمها تبقى في ذمته، إذا تقرر ذلك فهاهنا مسائل:

إحداها: لو صُدَّ عن طريق، وهناك طريق آخر نظر إن تمكن من سلوكه بأن وجد شرائط الاستطاعة فيه لزمه سلوكه ولم يكن له التحلل سواء كان ذلك الطريق قصيراً أو طويلاً، وسواء كان يرجو الإدراك أو يخاف الفوات أو يتيقنه كما لو أحرم في أول في ذي الحجة وهو بالعراق مثلاً يجب عليه المضي والتحلل بعمل عمرة ولا يجوز التحلل في الحال؛ وإذا سلكه كما أمرناه به ففاته الحج تحلل بعمل عمرة، وهل يلزمه القضاء؟ فيه قولان:

أحدهما: نعم، كما لو سلك هذا الطريق ابتداء ففاته بضلال الطريق وغيره.

وأظهرهما: لا؛ لأنه بذل ما في وسعه فأشبهه ما إذا صُدَّ مطلقاً؛ ولأن هذا الفوات نشأ من الإحصار، فإن المسألة مصورة فيما إذا اختصَّ الطريق الآخر بطول أو حُرُوفَة وغيرهما، وكان الفوات لذلك حتى لو استويا من كل وجه، فيجب القضاء لا محالة؛ لأن الموجود فوات محض، قاله الإمام وغيره، وإن لم يتمكن من سلوك الطريق الآخر فهو كالصُدَّ المطلق.

الثانية: وقد تعرض لها في الكتاب قبل هذا الفصل: أن ما ذكرنا من نفي القضاء هو حكم الإحصار العام.

فأما في الإحصار الخاص قولان: أو وجهان:

أحدهما وبه قال أبو الحسين والداركي: أنه يجب القضاء كما لو منعه المرض عن إتمام النسك يلزمه القضاء.

وأظهرهما: وبه قال القاضي أبو حامد وأبو علي الطبري: أنه لا قضاء، كما في الإحصار العام؛ لأن مشقة المصابرة على الإحرام لا تختلف في حق صاحب الواقعة ولا

(١) أخرجه البخاري (٥٦٣٩) ومسلم (١٨٥٦).



تشبه المرض؛ لأنه يبيح التحلل على ما سبق بخلاف المرض.

**الثالثة:** لو أحصر فلم يتحلل بل صابَرَ الإِحْرَامَ متوقِعاً زواله ففاته الحج، والإِحْصَارُ دائم، فلا بد من التحلل بعمل عمرة، وفي القضاء طريقان:

**أظهرهما:** وهو الذي أورده في الكتاب: طرد القولين المذكورين في المسألة الأولى.

**والثاني:** القطع بوجود القضاء لتسببه بالمصابرة إلى الفوات، فإنه لو تحلل لما تصور الفوات.

وقوله في الكتاب: (لتركب السبب من الفوات) والإِحْصَارُ معناه: أن سبب التحلل ليس هو الفوات المَخْضُ حتى يجزم بوجود القضاء ولا الإِحْصَارُ المَخْضُ حتى يجزم بسقوطه، بل التحلل بمجموع الأمرين فاختلف القول فيه، ثم يجوز أن يقدر هذا الكلام إشارة إلى توجيه الوجهين، ويجوز أن يقدر توجيهاً لقول الوجوب وحده إذا اجتمع الموجب والمسقط وجب أن يثبت الوجوب احتياطاً.

**الرابعة:** لا فرق في جواز التحلل بالإِحْصَارِ بين أن يتَّفَقَ قبل الوقوف أو بعده، ولا بين أن يحصر عن البيت خاصة أو عن الموقف خاصة أو عنهما جميعاً خلافاً لأبي حنيفة حيث قال: إذا أحصر بعد الوقوف لا يجوز له التحلل، ولا يجوز التحلل حتى يحصر عن البيت والموقف جميعاً.

لنا أنه مصدود عن إتمام نسكه بغير حق فكان له التحلل كما في صورة النزاع.

ثم إن كان الإِحْصَارُ قبل الوقوف وأقام على إحرامه حتى فاته الحج نظر إن زال الحصر، وأمكته التحلل، بالطواف والسعي يلزمه ذلك وعليه القضاء والهدي للفوات، وإن لم يزل الحصر تحلل بالهدي، وعليه مع القضاء هديان.

**أحدهما:** للفوات.

**والثاني:** للتحلل. وإن كان الإِحْصَارُ بعد الوقوف فإن تحلل فذاك، وهل يجوز البناء عليه لو انكشف العذر؟ فيه الخلاف الذي مرَّ في موضعه. فعلى الجديد: لا يجوز. وعلى القديم: يجوز، فيحرم إحراماً ناقصاً، ويأتي ببقية الأعمال، وعلى هذا فلو لم يبين مع الإمكان، فهل عليه القضاء؟

نقل الإمام - رحمه الله - فيه وجهين، وإن لم يتحلل حتى فاته الرمي والمبيت، فهو فيما يرجع إلى وجوب الدَّمِ بفواتهما كغير المحصر وبم يتحلل؟ يبنى على أصليين.

**أحدهما:** أنَّ الحَلْقَ نسك أم لا؟

والثاني: أن زمان الرمي هل يقام مقام الرمي؟ وقد سبق القول في كليهما.  
وقد سبق القول في كليهما.

فإن قلنا: الحلق نسك، حلق وتحلل التحلل الأول.

وإن قلنا: إنه ليس بنسك حصل التحلل الأول بمضي زمان الرمي، وعلى التقديرين فالطواف باق عليه؛ فمتى أمكنه أن يطوف طاف وقد تم حجه، ثم إذا تحلّل بالإحصار الواقع بعد الوقوف، فهل يلزمه القضاء؟

ذكر الإمام - رحمه الله - أن «صاحب التقريب» حكى فيه قولين، وطردهما في كل صورة أتى بها بعد الإحرام بنسك لتأكيد الإحرام بذلك النسك، فإن العراقيين جزموا بنفي القضاء، قال: وهذا أمثل، فإنه تحلل بالحصر المحض وسواء ثبت الخلاف أم لا، فظاهر المذهب أنه لا قضاء.

وقوله في الكتاب: (على الصحيح) يجوز حملة على الصحيح من القولين جواباً على طريقة إثبات الخلاف؛ ويجوز أن يحمل على الصحيح من الطريقتين، ولو صد عن عرفة ولم يصد عن مكة فيدخل مكة ويتحلل بعمل عمرة، وفي وجوب القضاء قولان؛ لأنه محصر تحلل بعمل عمرة كمن صد عن طريق وسلك غيره ففاته الحج، وقد قدمنا ذلك؛ - وبالله التوفيق - .

## اليَابُ الثَّانِي فِي الدَّمَاءِ

### وَفِيهِ فَضْلَانِ

#### الْفَضْلُ الْأَوَّلُ

قال الغزالي: فِي أْبْدَالِهَا وَهِيَ أَنْوَاعُ: الْأَوَّلُ: دَمُ التَّمْتَعِ وَهُوَ دَمٌ تَرْتِيبِ وَتَقْدِيرِ كَمَا فِي الْقُرْآنِ، وَفِي مَعْنَاهُ دَمُ الْفَوَاتِ وَالْقِرَانِ. الثَّانِي: جَزَاءُ الصَّنِيدِ وَهُوَ دَمٌ تَعْدِيلِ وَتَخْيِيرِ (و) فِي نَصِّ الْقُرْآنِ. الثَّلَاثُ: دَمُ الْحَلْقِ وَهُوَ دَمٌ تَخْيِيرِ وَتَقْدِيرِ إِذْ يَتَخَيَّرُ بَيْنَ شَاةٍ وَثَلَاثَةِ أَصْعٍ مِنْ طَعَامٍ كُلُّ صَاعٍ أَرْبَعَةُ أَمْدَادٍ يُطْعِمُهُ سِتَّةَ مَسَاكِينٍ، وَبَيْنَ صِيَامِ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَهَذِهِ الثَّلَاثُ مَنْصُوصٌ عَلَيْهَا.

قال الرافعي: الدَّمَاءُ الواجبة في المَنَاسِكِ<sup>(١)</sup> سواء تعلقت بترك مأمور أو ارتكاب

منهى إذا أطلقناها أردنا دم شاة، فإن كان الواجب غيرها كالبدنة في الجماع فيقع النقص عليه، ولا يجزئ فيها جميعاً إلا ما يجزئ في الأضحية، إلا في جزاء الصئد فيجب المثل في الصغير صغير، وفي الكبير كبير، وكل من لزمه شاة جاز له أن يذبح مكانها بقرة أو بدنة إلا في جزاء الصيد، وإذا ذبح بدنة أو بقرة مكان الشاة فالكل فرض حتى لا يجوز أكل شيء منها، أو الفرض السبع حتى يجوز له أكل الباقي فيه وجهان.

ولو ذبح بدنة ونوى التصديق بسبعها عن الشاة الواجبة عليه وأكل الباقي جاز له ذلك، وله أن ينحر البدنة عن سبع شياه لزمته.

ولو اشترك جماعة في ذبح بقرة أو بدنة، وأراد بعضهم الهدي والبعض الأضحية والبعض اللحم جاز خلافاً لأبي حنيفة، حيث قال: لا يجوز إلا أن يريد جميعهم القرية ولمالك حيث قال: لا يجوز إلا أن يكونوا أهل بيت واحد. ولا يجوز أن يشترك اثنان في شاتين لإمكان انفراد كل واحد بواحدة.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن كلام الباب يقع في فصلين:

أحدهما: في كيفية وجوبها، وما يقوم مقامها.

والثاني: في مكانها وزمانها، والبحث في الأول من وجهين:

أحدهما: النظر في أن أي دم يجب على الترتيب، وأي دم يجب على التخخير، وهاتان الصفتان متقابلتان.

فمعنى الترتيب: أنه يتعين عليه الذبح، ولا يجوز العدول عنه إلى غيره إلا إذا عجز عنه، ومعنى التخخير: أنه يفوض الأمر إلى خبرته، فله العدول إلى غيره مع القدرة عليه.

والثاني: النظر في أن أي دم يجب على سبيل التقدير، وأي دم يجب على سبيل التعديل، وهاتان الصفتان متقابلتان، فمعنى التقدير: أن الشرع قدر البدل المعدول إليه ترتيباً أو تخييراً بقدر لا يزيد ولا ينقص، ومعنى التعديل: أنه أمر فيه بالتقويم، والعدول إلى الغير بحسب القيمة، وهذا اللفظ مأخوذ من قوله تعالى: ﴿أَوْ عَدَلْ ذَلِكَ صِيَاماً﴾<sup>(١)</sup>.

وكل دم يُحسب الصفات المذكورة لا يخلو عن أربعة أوجه:

أحدها: الترتيب والتقدير.

(١) سورة المائدة، الآية ٩٠.

وثانيها: الترتيب والتعديل.

وثالثها: التخيير والتقدير.

ورابعها: التّخيير والتّعديل.

وأما تفصيلها فهي على ما ذكر في الكتاب ثمانية أنواع:

أحدها: دم التمتع، وهو دم ترتيب وتقدير على ما ورد في نص الكتاب.

قال الله تعالى: ﴿فَمَنْ تَمَتَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ﴾<sup>(١)</sup> الآية، وقد بينا شرح القول، وبيننا فيه أنّ دمّ القرآن في معناه، وفي دم الفوات قولان نقلهما القاضي ابن كج.

أصحهما: ولم يورد الأكترون غيره أنه كدم التمتع في الترتيب والتقدير وسائر الأحكام؛ لأن دم التمتع إنما وجب لترك الإحرام من الميقات، والنسك المتروك في صورة الفوات أعظم.

وقد روي عن عمر - رضي الله عنه - أنه أمر الذين فاتهم الحج بالقضاء من قائل، ثم قال: ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ وَسَبْعَةَ إِذَا رَجَعْتُمْ﴾<sup>(٢)</sup>.

والثاني: أنه كدم الجّماع في الأحكام، إلا أن ذلك بدنة، وهذا شاة، ووجه الشبه. اشتراك الصورتين في التفريط المخرج إلى القضاء.

الثاني: جزاء الصيد: وهو دم تخيير وتعديل.

وقال الله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعْمِ﴾<sup>(٣)</sup> الآية، وما فيه التّخيير يختلف يكون الصيد مثلياً أو غير مثلي على ما سبق في موضعه، وجزاء شجر الحرم كجزاء الصيد.

الثالث: دم الحلق وفديته وهو دم تخيير وتقدير، فإذا حلق جميع شعره أو ثلاث شعرات تخير بين أن يذبح شاة، وبين أن يتصدق بعرق من طعامه على ستة مساكين، وبين أن يصوم ثلاثة أيام، والعرق ثلاثة أصع، وكل صاع أربعة أمّداد، فتكون الأصع الثلاثة اثني عشر مُدّاً، نصيب كل مسكين مُدّان، وفي سائر الكفّارات لا يزداد لكل مسكين على مد، هذا هو المشهور.

وحكى في «العدة» وجهاً آخر أنه لا يتقدر ما يصرف إلى كل مسكين، وإنما أخذ التّخيير في هذا الدّم من نص الكتاب.

(١) سورة البقرة، الآية ١٩٦.

(٢) سورة البقرة، الآية ١٩٦.

(٣) سورة المائدة، الآية ٩٥.

قال الله تعالى: ﴿فَقِيذِيَّةٌ مِنْ صِيَامٍ، أَوْ صَدَقَةٍ، أَوْ نُسُكٍ﴾<sup>(١)</sup>.

وأما التَّقْدِيرُ فهو مأخوذ من حديث كعب بن عجرة، وقد روينا في باب المَحْظُورَاتِ.

وقوله في الكتاب: (دم الفوات) يجوز إعلامه بالواو لما روينا من القول الثاني.

وقوله: (وتخيير في جزاء الصَّيْدِ) بالواو، لقول حكينا عن رواية أبي ثور من قبل أنه على الترتيب.

وقوله: (فهذه الثلاث منصوص عليها) أي ورد نص الكتاب أو الخبر في كيفية وجوبها وما عداها مقيس بها.

قال الغزالي: **الْوَاجِبَاتُ الْمَجْبُورَةُ بِالِدَمِّ فِيهَا دَمٌ تَغْدِيلٌ وَتَرْتِيبٌ، وَقِيلَ: إِنَّهُ كَدَمِ التَّمَتُّعِ فِي التَّقْدِيرِ أَيْضاً.**

قال الرافعي: **الدَّمُ الْمَنُوطُ بِتَرْكِ الْمَأْمُورَاتِ كَالْإِحْرَامِ مِنَ الْمَيْقَاتِ وَالرَّمِيِّ وَالْمَيْبِيتِ بِمُزْدَلَفَةَ لَيْلَةِ الْعِيدِ، وَيَمْنَى لِيَالِي التَّشْرِيقِ، وَالِدَفْعِ مِنْ عَرَفَةَ قَبْلَ غُرُوبِ الشَّمْسِ، وَطَوَافِ الْوُدَاعِ فِيهِ وَجِهَانُ:**

أحدهما: أنه دم ترتيب وتعديل.

أمَّا التَّرْتِيبُ فَالْحَاقِقُ لَهُ بِدَمِ التَّمَتُّعِ لَمَّا فِي التَّمَتُّعِ مِنْ تَرْكِ الْإِحْرَامِ مِنَ الْمَيْقَاتِ.

وأما التَّعْدِيلُ فَجُزْئاً عَلَى الْقِيَاسِ، وَالتَّقْدِيرُ لَا يَعْرِفُ إِلَّا بِتَوْقِيفٍ، فَعَلَى هَذَا يَلْزِمُهُ ذَبْحُ شَاةٍ، فَإِنْ عَجَزَ قَوْمُ الشَّاةِ دَرَاهِمَ، وَاشْتَرَى بِهَا طَعَاماً يَتَصَدَّقُ بِهِ، فَإِنْ عَجَزَ صَامٌ عَنْ كُلِّ مُدٍّ يَوْمًا، وَإِذَا تَرَكَ رَمَى حِصَاةٍ، فَقَدْ ذَكَرْنَا أَقْوَالَ فِي أَنَّ الْوَاجِبَ مَدٌّ أَوْ دَرَاهِمٌ أَوْ ثَلَاثُ شَاةٍ، فَإِنْ عَجَزَ فَالطَّعَامُ وَالصُّومُ عَلَى مَا يَقْتَضِيهِ التَّعْدِيلُ بِالْقِيَمَةِ.

**والوجه الثاني:** أنه يلحق بدم التمتع في التقدير، كما ألحق به في الترتيب، ويكون الواجب دم ترتيب وتقدير، فإن عجز عن الدم صام ثلاثة في الحج وسبعة بعد الرجوع، وفي تعليق بعض المَرَاوِرَةَ وَجْهٌ آخَرٌ - تَفْرِيعاً عَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي -: وَهُوَ أَنَّ الصُّومَ الْمَعْدُولَ إِلَيْهِ هُوَ صَوْمٌ فَدِيَّةٌ الْأَذَى دُونَ الْعِشْرَةِ وَمَا الْأَظْهَرُ مِنَ الْوَجْهِينِ؟

إيراد الكتاب يشعر بترجيح الوجه الأول، وبه قال القاضي ابن كج والإمام وغيرهما، الثاني أظهر في المذهب، ولم يورد العراقيون وكثير من سائر الطبقات غيره، وحكى القاضي ابن كج وَجْهًا ثَالِثًا ضَعِيفًا: أنه دم تخيير وتعديل كجزاء الصَّيْدِ.

(١) سورة البقرة، الآية ١٩٦.

قال الغزالي: الخَامِسُ: الْأَسْتِمْتَاعَاتُ كَالطَّيْبِ وَاللُّبْسِ وَمُقَدَّمَاتِ الْجِمَاعِ فِيهِ دَمٌ تَرْتِيبٌ وَتَعْدِيلٌ، وَفِيهِ قَوْلٌ آخَرُ: أَنَّهُ دَمٌ تَخْيِيرٌ تَشْبِيهًا بِالْحَلْقِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ دَمٌ تَقْدِيرٌ أَيْضًا إِمْتَامًا لِلتَّشْبِيهِ، وَأَمَّا الْقَلَمُ فَفِي مَعْنَى الْحَلْقِ.

قال الرافعي: دم التّطيب والتّدهن واللبّاس ومقدمات الجماع دم ترتيب أو تخيير فيه قولان أو وجهان:

أحدهما: أنه دم ترتيب كدم التمتع؛ لأنه مُتْرَفَةٌ بهذه الاستمتاع كما أن المتمتع مُتْرَفَةٌ بِالْتَّمَتِ.

وأظهرهما وبه قال أبو إسحاق: أنه دم تخيير تشبيهاً بفدية الحلق لاشتراكهما جميعاً في التّرفه وإحاقها بالحلق أولى منه بالتمتع، فإن الدم ثمّ إنّما وجب لترك الإحرام من الميقات.

فإن قلنا بالأول، ففي كونه دم تقدير أو تعديل وجهان:

أحدهما: أنه دم تقدير إتماماً للتّشبيه بدم التمتع.

وأظهرهما: أنه دم تعديل كجزاء الصّيد؛ لأن التقدير إنّما يؤخذ من التّوقيف.

إن قلنا: بالثاني، ففي كونه دم تقدير أو تعديل أيضاً وجهان:

أظهرهما: أنه دم تقدير إتماماً للتّشبيه بالحلق، والحاصل من هذه الاختلافات أربعة أوجه:

أحدها: الترتيب والتعديل، وثانيها: التخيير والتعديل، وثالثها: التخيير والتقدير، وهذه الثلاثة هي المذكورة في الكتاب.

ورابعها: الترتيب والتقدير، وأظهر الوجه: الثالث، وإيراد الكتاب يشعر بترجيح الأول، وبه قال صاحب «التهديب»، وهذا الاختلاف لا يجيء في قلم الأظفار بل هو مُلْحَقٌ بِالْحَلْقِ بلا خلاف لاشتراكهما في معنى التّرفه والاستهلاك جميعاً، - والله أعلم -.

قال الغزالي: السّادِسُ: دَمُ الْجِمَاعِ، وَفِيهِ بَدَنَةٌ أَوْ بَقْرَةٌ أَوْ سَبْعٌ مِنَ الْغَنَمِ فَإِنْ عَجَزَ قَوْمٌ الْبَدَنَةَ دَرَاهِمَ وَالذَّرَاهِمَ طَعَامًا وَالطَّعَامَ صَيَامًا، فَهُوَ دَمٌ تَعْدِيلٌ وَتَرْتِيبٌ، وَقِيلَ: إِنَّهُ دَمٌ تَخْيِيرٌ كَالْحَلْقِ، وَقِيلَ: بَيْنَ الْبَدَنَةِ وَالْبَقْرَةِ وَالشَّاةِ أَيْضًا تَرْتِيبٌ.

قال الرافعي: في خصال فدية الجماع وجهان:

أصحهما: أنها خمس: ذبح بدنة، وذبح بقرة وذبح سبع من الغنم، والإطعام بقدر قيمة البدنة على ما عرفت من سبيل التعديل، والصيام عن كل مُدٍّ يوماً.

**والثاني:** حكاه القاضي ابن كج: أن خصالها الثلاث الأول، فإن عجز عنها فالهدي في ذمته إلى أن يجد تخريجاً من أحد القولين في دم الإخصار وسنذكره، فإن جرينا على الصحيح، وهو إثبات الخصال الخمس، فهذا الدم دم تعديل لا محالة، لأننا في الجملة نقوم البدنة، وهل هو دم ترتيب أو تخيير؟ فيه قولان، ومنهم من يقول وجهان:

**أصحهما:** أنه دم ترتيب، فعليه بدنة إن وجدها، وإلا فبقرة، وإلا فسيح من الغنم، وإلا قوم البدنة دراهم، والدراهم طعاماً، ثم فيه وجهان:

**أحدهما:** أنه يصوم عن كل مُد يوماً، فإن عجز عن الصيام أطعم كما في كفارة الظهار والقتل.

**وأصحهما:** ولم يورد الجمهور غير أن الترتيب على العكس، ويتقدم الطعام على الصيام، لأننا لم نجد في المناسك تقديم الصيام على الإطعام في غير هذا الدم فكذلك هاهنا.

وإنما قدمت البدنة على البقرة وإن قامت مقامها في الضحايا لأن الصحابة - رضي الله عنهم - نصّوا على البدنة، وذلك يقتضي تعيينها، وبينها وبين البقرة بعض التفاوت، **ألا ترى إلى قوله ﷺ: «مَنْ رَاحَ فِي السَّاعَةِ الْأُولَى فَكَأَنَّما قَرَّبَ بَدَنَةً، وَمَنْ رَاحَ فِي الثَّانِيَةِ فَكَأَنَّما قَرَّبَ بَقْرَةً»**<sup>(١)</sup>. وإنما أقيم الإطعام والصيام مقامها تشبيهاً بجزاء الصيد، إلا أن الأمر ثم على التخيير، وهاهنا على الترتيب؛ لأنه يشبه القوات في إيجاب القضاء، وموجب القوات مرتب.

**والقول الثاني:** أنه دم تخيير؛ لأنه سبب تجب به البدنة، فيكون على التخيير كقتل النعامة، وأيضاً فإن الجماع ملحق بالاستهلاكات على ما سبق، فتكون فديته على التخيير كفدية الحلق، وعلى هذا فقيم يثبت التخيير وجهان:

**أظهرهما:** أنه يتخير بين البدنة والبقرة والسبع من الغنم، كما لو لزمه سبعة دماء. **وأما الإطعام والصيام فهما على الترتيب ولا عدول إليهما، إلا إذا عجز عن الذبح.**

**والثاني:** أنه يتخير بين الكل كما في قتل النعامة، وكما أن في فدية الحلق يتخير بين الصيام والصدقة والتسك، وقد ذكر القفال وآخرون: أن القولين في أن دم الجماع دم ترتيب أو تخيير مبني على أن الجماع استهلاك أو استمتاع، إن جعلناه استهلاكاً فهو

على التخيير، كفدية الحَلْقِ والقَلَمِ، وإن جعلناه استمتاعاً فهو على الترتيب كفدية الطيب واللباس والتمتع. واعلم أن هذا التشبيه في الطيب واللباس كلام مَنْ يجعل الأمر ثم على الترتيب، وقد سبق ما فيه من الخلاف. وقوله في الكتاب: (قَوْمَ الْبَدَنَةِ دَرَاهِمٌ)، يجوز إعلامه بالواو، للوجه المنسوب إلى حكاية ابن كعب.

وقوله: (وَالذَّرَاهِمُ طَعَامًا وَالطَّعَامُ صِيَامًا) باقي الكلام محذوف، والمعنى: وأطعم فإن عجز صام، ثم إيراد الكتاب قد يوهم ترجيح قول التخيير بين البدنة والبقرة والشاة على الترتيب، لكن الأظهر عند الأكثرين الترتيب فيها أيضاً، وإيراد «الوسيط» يوافقه.

قال الغزالي: السَّايِعُ: الْجَمَاعُ الثَّانِي أَوْ بَيْنَ التَّحْلِيلَيْنِ إِنْ قُلْنَا: فِيهِ شَاةٌ فَهَوُ كَالْقَبْلَةِ، وَإِنْ قُلْنَا: بَدَنَةٌ فَكَالْجَمَاعِ الْأَوَّلِ.

قال الرافعي: قد سبق الخلاف في أن الجماع الثاني يوجب البدنة أو الشاة، وكذا الجماع بين التحليلين، فإن أوجبنا البدنة فهي في الكيفية كالجماع الأول قبل التحليلين، وإن أوجبنا الشاة فهي كفدية القبلة وسائر مقدمات الجماع، وهذا ظاهر.

قال الغزالي: الثَّامِنُ: دَمُ التَّحْلِيلِ بِالْإِخْصَارِ وَهُوَ شَاةٌ فَإِنْ عَجَزَ فَلَا بَدَلَ لَهُ فِي قَوْلٍ، وَفِي قَوْلٍ: بَدَلُهُ كَدَمِ التَّمَتُّعِ، وَفِي قَوْلٍ: كَدَمِ الْحَلْقِ، وَفِي قَوْلٍ: كَدَمِ الْوَاجِبَاتِ الْمَجْبُورَةِ. قال الرافعي: على المحصر دم شاة للتحلل، ولا معدل عنه إن وجد الشاة، وإلا فهل لهذا الدم من بدل؟

فيه قولان:

أصحهما وبه قال أحمد: نعم، كسائر الدماء الواجبة على المحصر.

والثاني: وبه قال أبو حنيفة - رحمه الله -: لا، لأن الله تعالى لم يذكر لدم الإحصار بدلاً، ولو كان له بدل لأشبهه أن يذكره كما ذكر بدل غيره.

التفريع: إن قلنا: له بدل، فما ذلك البدل؟ فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: الصوم، وبه قال أحمد - رحمه الله - كدم التمتع؛ لأن التحلل والتمتع جميعاً مشروعان تخفيفاً وترفيفاً وفيهما جميعاً ترك بعض النسك، فيلحق أحدهما بالآخر.

والثاني: الإطعام، لأن قيمة الهدي أقرب إليه من الصيام، وإذا لم يرد نص فالرجوع إلى الأقرب أولى.

والثالث: لكل واحد منهما مدخلاً في البداية كفدية الحلق، ووجه الشبه بينهما أن المحصر دفع أذى العدو والإحرام عن نفسه، كما أن الحالق يبغي دفع أذى الشعر.



التفريع: إن قلنا: إن بَدَلَهُ الصوم فما ذلك الصوم؟ فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: وبه قال أحمد - رحمه الله -: صوم المتمتع عشرة أيام.

والثاني: صوم فدية الأذى ثلاثة أيام.

والثالث: ما يقتضيه التَّعْدِيلُ، وإنما يدخل الطعام في الاعتبار على هذا القول ليعرف به قدر الصوم لا ليطعم.

وإن قلنا: إن بدله الإطعام، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه مقدر كَفَيْدِيَةِ الأذى، وهو إطعام ثلاثة أصع ستة مساكين.

الثاني: أنه يطعم ما يقتضيه التعديل.

وإن قلنا: لكل واحد مدخلاً فيه فهل بينهما ترتيب؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، كما في فدية الحَلْقِ.

وأصحهما: نعم كالترتيب بين الهَدْيِ وبدله، فعلى الأول قدر الطَّعام والصَّيَام كقدرهما في الحَلْقِ، وعلى الثاني الطريق بينهما التَّعْدِيلُ.

إذا عرفت ذلك فانظر في لفظ الكِتَابِ، وأعلم قوله: (ولا بدل له في قول) بالألف، ويقابله أن له بدلاً، وما هو؟ ذكر فيه أقوالاً ثلاثة:

أحدها: أن بدله كبديل دم التمتع، وهذا مختصر قولنا: إن بدله الصَّوم، وإن ذلك الصوم صوم التمتع.

والثاني: أن بدله كبديل دم الحلق، وهذا مختصر قولنا: إن للإطعام والصيام معاً مدخلاً في البدلية، وإن الأمر فيهما على التخيير والتقدير.

والثالث: أن بدله كبديل دم الواجبات المَجْبُورَةِ، وهذا مختصر قولنا: لكل واحد منهما مدخل فيه، والأمر فيهما على الترتيب والتعديل، فعلى الأول هو دم ترتيب وتقدير. وعلى الثاني دم تخيير وتقدير وعلى الثالث دم ترتيب وتعديل، وهذا حكم دماء الواجبات المَجْبُورَةِ على الأَرْجَحِ عند صاحب الكتاب على ما مر، فإن لم نقل بذلك لم يستمر هذا التشبيه، والأصح في المسألة التي نحن فيها: الترتيب والتعديل، قاله القاضي الروياني وصاحب «التهذيب»، وغيرهما - رحمهم الله - وهو اختيار المَزْنِي - رضي الله عنه - والله أعلم --.

## الفصل الثاني

### في مكان إراقة الدماء وزمانها

قال الغزالي: وَلَا تَخْتَصُّ دِمَاءَ الْمَحْظُورَاتِ وَالْجُبُرَاتِ بِزَمَانٍ بَعْدَ جَرَيَانِ سَبَبِهَا بِخِلَافِ دَمِ الضَّحَايَا، وَدَمِ الْفَوَاتِ يُرَاقُ فِي الْحَجَّةِ الْفَائِتَةِ، أَوْ فِي الْحَجَّةِ الْمَقْضِيَةِ فِيهِ قَوْلَانِ.

قال الرافعي: مقصود الفصل بيان زمان إراقة الدماء ومكانها.

أما الزمان: فالدماء الواجبة في الإحرام إما لارتكاب محظورات أو جبراً لترك مأمور لا اختصاص لها بزمان، بل يجوز في يوم النحر وغيره، وإنما الضحايا هي التي تختص بيوم النحر وأيام التشريق. وعن أبي حنيفة - رحمه الله - أن دم القران والتمتع لا يجوز ذبحه قبل يوم النحر.

لنا القياس على جزاء الصيد ودم التطيب والحلق.

ثم ما عدا دم الفوات يُرَاقُ فِي النَّسْكِ الَّذِي هُوَ فِيهِ.

وأما دم الفوات فيجوز تأخيره إلى سنة القضاء، وهل يجوز إراقة في سنة الفوات؟ فيه قولان:

أحدهما: وهو نصه في «الإملاء»: أنه يجوز كدم الإفساد يُرَاقُ فِي الْحَجَّةِ الْفَاسِدَةِ.

وأصحهما: أنه لا يجوز ويجب تأخيره إلى سنة القضاء لظاهر خبر عمر - رضي الله عنه - حيث قال: «حج من قابل وأهد ما استيسر من الهدى»<sup>(١)</sup>.

فإن قلنا بالأول فوقت وجوبه سنة الفوات، وكان الفوات أوجب شيئين: الدم والقضاء، فله تعجيل أحد الواجبين وتأخير الثاني.

وإن قلنا بالثاني ففي وقت الوجوب وجهان:

أصحهما: أن الوجوب مئوط بالتحريم بالقضاء، كما أن دم التمتع منوط بالتحريم بالحج، ووجه الشبه أن مَنْ فَاتَ حَجَّهُ يَتَحَلَّلُ مِنْ نَسْكِ وَيَتَحَرَّمُ بِأَخْرَ كَالْمَتَمِّعِ، إِلَّا أَنَّ نَسْكَ الْمَتَمِّعِ يَقَعَانِ فِي سَنَةٍ وَاحِدَةٍ، وَالْقَضَاءُ يَقَعُ فِي سَنَةٍ أُخْرَى وَلَمَّا بَيْنَهُمَا مِنَ الشَّبهِ، فَنَقُولُ: لَوْ ذَبِحَ قَبْلَ التَّحَلُّلِ عَنِ الْفَائِتِ لَمْ يَجْزِهِ عَلَى الْأَصَحِّ كَمَا لَوْ ذَبِحَ الْمَتَمِّعَ قَبْلَ

الفراغ من العمرة، هذا إذا كفر بالدم، أما إذا كان بصوم، فإن قلنا: إن الكفارة تجب بالتحريم بالقضاء فصيام الأيام الثلاثة لا يتقدم على القضاء لا محالة؛ لأن العبادة البدنية لا تقدم على وقتها، وبصوم السبعة بعد الرجوع، وإن قلنا: إنها تجب بالفوات، فقد حكى الإمام - رحمه الله - في جواز صوم الأيام الثلاثة في الحجة الفاتئة وجهين:

وجه المنع: أنه في إحرام ناقص، والذي عهدناه إيقاع الثلاثة في نسك كامل.

قال الغزالي: وَأَمَّا الْمَكَانُ فَيَخْتَصُّ (ح) جَوَازُ الْإِرَاقَةِ بِالْحَرَمِ، وَالْأَفْضَلُ فِي الْحَجِّ مِئِي، وَفِي الْعُمْرَةِ عِنْدَ الْمَرْوَةِ؛ لِأَنَّهُمَا مَحَلٌّ تَحَلُّلُهُمَا، وَقِيلَ: لَوْ ذَبَحَ عَلَى طَرَفِ الْحَرَمِ جَازًا، وَقِيلَ: مَا لَزِمَ بِسَبَبٍ مُبَاحٍ لَا يَخْتَصُّ بِمَكَانٍ.

قال الرافعي: الدماء الواجبة على المحرم تنقسم إلى دم الإحصار، وما لزم المحصر من دماء المَحْظُورَات، وإلى سائر الدماء.

أما القسم الأول: فقد ذكرنا حكمه في فضل الإحصار.

وأما الثاني وهو المقصود في الكتاب: وإن كان اللفظ مطلقاً فيتعهد بالحرم، ويجب تخصيص لحومها بمساكين الحرم، ويجوز صرفها إلى القاطنين والغرباء الطارئين، لكن الصرف إلى القاطنين أولى.

وهل يختص ذبحها بالحرم؟ فيه قولان:

أصحهما: نعم، وبه قال أبو حنيفة، لأن النبي ﷺ «أَشَارَ إِلَى مَوْضِعِ النَّخْرِ مِنْ مِئِي، وَقَالَ: هَذَا النَّخْرُ وَكُلُّ فَجَاجٍ مَكَّةَ مَنْحَرٌ»<sup>(١)</sup>.

ولأن الذبح حق متعلق بالهذي، فيختص بالحرم كالتصدق.

والثاني: لا يختص؛ لأن المقصود هو اللحم، فإذا وقعت تفرقة في الحرم وانصرف إلى مساكنه حصل العَرَضُ. فعلى الأول: لو ذبح خارج الحرم لم يعتد به، وعلى الثاني: لو ذبح خارج الحرم ونقل إليه وفرقه جاز، لكن يشترط أن يكون الثقل والتفريق قبل تغيير اللحم، وإلى هذا أشار في الكتاب في العبارة عن هذا القول، حيث قال: (وقيل: لو ذبح على طرف الحرم جاز) ولا فرق فيما ذكرناه بين دم التمتع والقرآن وسائر الدماء الواجبة بسبب منشأ في الحرم، وبين الدماء الواجبة بسبب منشأ في الحل.

وفي القديم قول إن ما أنشئ سببه في الحل يجوز ذبحه وتفريقه في الحل كدم الإحصار وبه قال أحمد والمذهب الأول، واحتج له بقوله تعالى في جزاء الصيد:

(١) أخرجه أبو داود (١٩٠٧) ومسلم (١٢١٨).

﴿هَذَا بِأَنَّ الْكُفْبَةَ﴾<sup>(١)</sup> أطلق ولم يفصل بين أن يقتل الصيد في الحل أو الحرم، ولا فَرَّقَ أيضاً بين أن يكون السبب الموجب الدم مباحاً أو بعذر كالحلِّق للأذى، أو مطلقاً كالتمتع والقرن بين أن يكون محرماً، وذكر الإمام أن صاحب «التقريب» حكى وجهاً: أن ما لزم بسبب مباح لا يختص ذبحه ولا تفرقة لحمه بمكان، وأن شيخه حكى وجهاً: أنه لو حلق قبل الانتهاء إلى الحرم ذبح وفرق حيث حلق وهما ضعيفان، وصاحب الكتاب أورد الأول منهما، ثم أفضل مواضع الحرم للذبح في حق الحاج مئى، وفي المعتمر المَرَوَّة، لأنهما محل تحللها، وكذلك حكم ما يسوقانه من الهدى<sup>(٢)</sup>، ولو كان يتصدق بالإطعام بدلاً عن الذبح فيجب تخصيصه بمساكين الحرم، بخلاف الصوم فإنه يأتي به حيث يشاء؛ لأنه لا غرض فيه للمساكين<sup>(٣)</sup>، وعند أبي حنيفة يجوز صرف اللحم والطعام إلى غير مساكين الحرم، وإنما الذي يختص بالحرم الذبح، وإذا ذبح الهدى في الحرم ففرق منه لم يجزه عما في ذمته، وعليه إعادة الذبح، أو شرى اللحم والتصدق به، وفيه وجه: أنه يكفي التصدق بالقيمة، وقال أبو حنيفة - رحمه الله -: لا شيء عليه.

قال الغزالي: وَأَخْتِنَامُ الْكِتَابِ بِمَعْنَى الْأَيَّامِ الْمَعْلُومَاتِ وَهِيَ الْعَشْرُ الْأَوَّلُ مِنْ ذِي الْحِجَّةِ وَفِيهَا الْمَنَاسِكُ، وَالْمَعْدُودَاتُ فَهِيَ أَيَّامُ التَّشْرِيقِ وَفِيهَا الْهَدَايَا وَالضَّحَايَا، - وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ - .

قال الرافعي: ختم الكتاب بذكر معنى الأيام المعلومات والأيام المعدودات، قد ذكرهما الله تعالى في آيتين من كتابه، فالمعلومات هي العشر الأول من ذي الحجة آخرها يوم النحر، وبه قال أحمد - رحمه الله - في رواية، ويروى عنه مثل ما روي عن مالك، وهو أنها يوم النحر ويومان بعده، وعند أبي حنيفة - رحمه الله - المعلومات:

(١) سورة المائدة، الآية ٩٥.

(٢) قال النووي قال القاضي حسين في «الفتاوى»: ولو لم يجد في الحرم مسكيناً، لم يجوز نقل الدم إلى موضع آخر، سواء جَوَّزْنَا نَقْلَ الزَّكَاةِ، أم لا، لأنه وجب لمساكين الحرم، كمن نذر الصدقة على مساكين بلد فلم يجدهم، يصبر إلى أن يجدهم، ولا يجوز نقلها، ويخالف الزكاة على قول، لأنه ليس فيها نص صريح بتخصيص البلد بها، بخلاف هذا. ينظر الروضة (٢/٤٥٧ - ٤٥٨).

(٣) قال النووي: قال صاحب «البحر»: أقل ما يجزىء أن يدفع الواجب إلى ثلاثة من مساكين الحرم إن قدر. فإن دفع إلى اثنين مع قدرته على ثالث، ضمن. وفي قدر الضمان، وجهان: أحدهما: الثلث.

والثاني: أقل ما يقع عليه الاسم، وتلزمه النية عند التفرقة، قال: فإن فَرَّقَ الطعام، فهل يتعين لكل مسكين مدٌّ كالكفارة، أم لا؟ وجهان:

الأصح: لا يتقيد، بل تجوز الزيادة على مدٍّ، والنقص منه.

والثاني: لا يجوز أقل منه ولا أكثر - والله أعلم - ينظر الروضة (٢/٤٥٨).

ثلاثة أيام: يوم عرفة، ويوم النحر، واليوم الأول من أيام التشريق، فعنده اليوم الأول داخل في المَعْدُودَاتِ والمَعْلُومَاتِ معاً، وعند مالك - رحمه الله - الأول والثاني من أيام التشريق داخلان فيها. لنا: التفسير عن ابن عباس - رضي الله عنهما - والأخذ به أولى؛ لأن الأشبه بغير المسميات عند تباير الأسماء.

وأما المَعْدُودَاتِ: فهي أيام التشريق بلا خلاف.

وقوله في الكتاب: (وفيها المناسك) أراد به أصول المناسك، فإن تَوَابَعَهَا قد يتأخر بعضها إلى أيام التشريق، وقوله: (وفيها الهدايا والضحايا)، لك أن تبحث فيه، فتقول: هذا يقتضي تخصيص الهدايا بهذه الأيام، وقد ذكر من قبل أن دماء الجَبْرَانَاتِ والمَحْظُورَاتِ، لا تختص بزمان، واسم الهدى يقع عليها كما يقع على ما يسوقه المحرم، فإن أراد هاهنا ما يسوقه المحرم فهل يختص ذبحه بهذه الأيام على ما هو قضية اللفظ أم لا؟ فاعلم أن المراد في هذا الموضوع بالهدايا ما يسوقها المحرم، وفي اختصاصها بيوم النحر وأيام التشريق وجهان:

أحدهما: وهو الذي أورده في «التهديب»: أنها لا تختص كدماء المحظورات.

وأظهرهما هو الذي أورده صاحب الكتاب والعراقيون: أنها تختص كالأضحية، فعلى هذا لو أخرج الذبْحَ حتى مضت هذه الأيام، نظر إن كان هدياً واجباً ذبح قضاء، وإن كان تطوعاً فقد فات، وإن ذبح فقد قال الشافعي - رضي الله عنه -: هي شاة لحم، ولا يخفى أن لفظ الكتاب يحتاج إلى تأويل، فإن الذي جرى ذكره أيام التشريق لا غير، والذبح لا يختص بها، بل يوم النحر في معناها لا محالة - والله أعلم -.

واعلم أن في «المختصر» باباً في آخر كتاب الحج ترجمه بنذر الهدى، وعلى ذلك جرى الأصحاب فذكروا هاهنا فروعاً ومسائل كثيرة، لكن صاحب الكتاب آخر إيراده منها إلى كتابي الأضحية والتذر اقتداء بالإمام - رحمه الله - ونحن نشرح ما ذكره ونضم إليه ما يحسن إيراده - إن شاء الله تعالى -، لكن نذكر نبذاً لا بد من معرفتها فنقول: من قصد مكة لحج أو عمرة، فيستحب له أن يهدي إليها شيئاً من النعم «أهدى رسول الله ﷺ مائة بدنة<sup>(١)</sup> ولا يلزم ذلك إلا بالتذر، وإذا ساق هدياً تطوعاً، أو نذراً نظر، إن ساق بدنة أو بقرة فيستحب أن يقلدها نعلين، وليكن لهما قيمة ليتصدق بها، وأن يُشعرها أيضاً، والإشعار الإعلام، والمراد هاهنا أن يضرب صفحة سنّامها اليمنى بحديدة وهي مستقبله للقبلة فديمها ويلطخها بالدم ليعلم من رآها أنها هدي، فلا يستجيز التعرض لها. وقال أبو حنيفة: لا إشعار، ومالك وأحمد استحباب الإشعار، ولكن قالوا: يشعرها من الجانب الأيسر.

(١) أخرجه البخاري (١٧١٨) من حديث علي، ومسلم (١٢١٨).

لنا ما روى عن ابن عباس أن النبي ﷺ «صَلَّى الظُّهْرَ بِذِي الْحُلَيْفَةِ، ثُمَّ دَعَا بِبَدَنَةٍ فَأَشْعَرَهَا فِي صَفْحَةِ سَنَامِهَا الْأَيْمَنِ»<sup>(١)</sup> وإن ساق غنماً استحَبَّ تقليدها، ولكن بِخُرْبِ القَرَبِ، وهي عُرَاها وَأَذَانُهَا لا بالتعل؛ لأنها ضعيفة يثقل عليها حمل النعال<sup>(٢)</sup>.

وقال مالك وأبو حنيفة: لا يستحب تقليد الغنم.

لنا ما روي أنه ﷺ «أَهْدَى مَرَّةً مَقْلَدَةً»<sup>(٣)</sup> ولا يستحب إشعارها لأنها ضعيفة، ولأن شعرها يمنع من ظهور الدم، ثم إذا قُلِدَ النعم وأشعرها لم تصر بذلك هَدْيًا واجباً على أصح القولين، كما لو كتب الوقف على باب داره لا تصير وقفاً. وإذا عطب الهَدْيُ الذي ساقه في الطريق، ينظر إن كان تطوعاً فهو ماله يفعل به ما يشاء من بيع وأكل وغيرهما، وإن كان واجباً فعليه ذبحه، فلو تركه حتى هلك ضمنه، وإذا ذبحه غمس النعل الذي قُلِدَ في دمه، وضرب بها صَفْحَةَ سَنَامِهَا، وتركه ليعلم من مرَّ به أنه هَدْيٌ فيأكل منه، وهل تتوقف الإباحة على أن يقول: أبحته لمن يأكل منه، فيه قولان:

أصحهما عند صاحب «التهذيب»: أنه لا حاجة إليه؛ لأنه بالنذر زال ملكه عنه، وصار للناس، ولا يجوز للمهدي ولا لأغنياء الرقعة الأكل منه، وفي فقرائها وجهان:

أصحهما: أنه ليس لَهُمُ الأكل أيضاً لما روي أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال فيه: «لَا تَأْكُلُ مِنْهَا أَنْتَ وَلَا أَحَدٌ مِنْ أَهْلِ رِفْقَتِكَ»<sup>(٤)</sup> - والله ولي التوفيق -<sup>(٥)</sup>.

### تم الجزء الثالث

ويليه الجزء الرابع، وأوليه:

### «كتاب البيع»

(١) أخرجه مسلم (١٢٤٣).

(٢) وفي الأفضل مما تقدم من الإشعار والتقليد، وجهان:

أحدهما: يقدم الإشعار، وقد صح فيه حديث في «صحيح مسلم».

والثاني: يقدم التقليد، وهو المنصوص. وضح ذلك من فعل ابن عمر - رضي الله عنهما - قال صاحب «البحر»: وإن قرن هديين في جبل، أشعر أحدهما في سنانه الأيمن، والآخر في الأيسر، ليشاهدا، وفيما قاله احتمال - والله أعلم - ينظر الروضة (٤٥٩/٢).

(٣) أخرجه البخاري (١٧٠١، ١٧٠٢، ١٧٠٣، ١٧٠٤) ومسلم (١٣٢١).

(٤) أخرجه مسلم (١٣٢٦).

(٥) ثبت في ط قوله: (تم الربيع الأول وهو ربيع العبادات من كتاب العزيز في شرح الوجيز بحمد الله تعالى وعونه، ويتلوه في هذا المجلد أيضاً كتاب البيع، ولقد نقلنا هذه الدرر النفيسة من نسخة كتبت على يد المغفور له (أبو) بكر بن محمود بن بابا، في سنة سبع وستين وستمئة هجرية على صاحبها أفضل الصلاة وأزكى التحية).



فهرس محتويات  
الجزء الثالث  
من  
العزیز شرح الوجیز





## الفهرس

٣	.....	باب أداء الزكاة وتعجيلها
١٤	.....	القول في تعجيل الزكاة
٣٥	.....	القول في تأخير الزكاة
٤٣	.....	القول في بيع مال الزكاة
٤٨	.....	القول في رهن المال الزكوي
٥٠	.....	القول في زكاة المعشرات
٨٨	.....	زكاة النقدين
١٠٣	.....	باب زكاة التجارة
١٢٨	.....	زكاة المعادن والركاز
١٤٤	.....	القول في زكاة الفطر

### ١٧٩٥٧ ————— كتاب الصيام

١٨٢	.....	القول في ركن الصوم
٢٠٧	.....	القول في شروط الصوم
٢٤٤	.....	القول في صوم التطوع

### كتاب الاعتكاف

٢٥٢	.....	الفصل الأول: في أركانه وهو أربعة
٢٥٢	.....	الركن الأول: الاعتكاف
٢٥٧	.....	الركن الثاني: النية
٢٥٩	.....	الركن الثالث: المعتكف

٢٦٢	الركن الرابع: المعتكف فيه
٢٦٤	الفصل الثاني: في حكم النذر والنظر في ثلاثة أمور
٢٦٤	الأول: في التتابع
٢٦٦	الثاني: في استتباع الليالي
٢٦٦	الثالث: في الاستثناء
٢٧٠	الفصل الثالث: في قواطع التتابع

### كتاب الحج

٢٨١	شرائط الحج
٣١٢	أحكام الحج
٣٢٦	مواقيت الحج
	القسم الثاني من الكتاب في المقاصد وفيه ثلاثة أبواب
٣٤٢	الباب الأول: في وجوه أداء النسكين، وهو ثلاثة
٣٤٢	الأول: الأفراد
٣٤٤	الثاني: القران
٣٤٧	الثالث: التمتع
٣٦٣	الباب الثاني: في أعمال الحج وفيه أحد عشر فصلاً
٣٦٣	الفصل الأول: في الإحرام
٣٧٦	الفصل الثاني: في سنن الإحرام
٣٨٤	الفصل الثالث: في سنن دخول مكة
٣٩٠	الفصل الرابع: في الطواف
٣٩٨	سنن الطواف
٤٠٧	الفصل الخامس: في السعي
٤١٠	الفصل السادس: في الوقوف بعرفة
٤٢١	الفصل السابع: في أسباب التحلل
٤٣١	الفصل الثامن: في المبيت

- ٤٣٥ ..... الفصل التاسع: في الرمي
- ٤٤٦ ..... الفصل العاشر: في طواف الوداع
- ٤٥٠ ..... الفصل الحادي عشر: في حكم الصبي
- ٤٥٦ ..... الباب الثالث: في محظورات الحج وهو سبعة أنواع
- ٤٥٦ ..... النوع الأول: اللبس
- ٤٦٤ ..... النوع الثاني: التطيب
- ٤٧١ ..... النوع الثالث: ترجيل شعر الرأس واللحية بالدهن
- ٤٧٣ ..... النوع الرابع: التنظف بالحلق
- ٤٧٩ ..... النوع الخامس: الجماع
- ٤٨٧ ..... النوع السادس: مقدمات الجماع
- ٤٩١ ..... النوع السابع: إتلاف الصيد
- القسم الثالث من كتاب الحج في اللواحق وفيه بابان
- ٥٢٤ ..... الباب الأول: في موانع الحج وهي ستة
- ٥٢٤ ..... الأول: الإحصار
- الثاني: لو حبس السلطان شخصاً أو شردمة من الحجيج فهو
- ٥٢٩ ..... كالإحصار العام
- ٥٢٩ ..... الثالث: الرق
- ٥٣٢ ..... الرابع: الزوجية
- ٥٣٣ ..... الخامس: للأبوين منع الولد من التطوع بالحج
- ٥٣٤ ..... السادس: لمستحق الدين منع المحرم الموسر من الخروج
- ٥٣٩ ..... الباب الثاني: في الدماء وفيه فصلان
- ٥٣٩ ..... الفصل الأول: في أبدالها وهي أنواع
- ٥٤٠ ..... النوع الأول: دم التمتع
- ٥٤١ ..... النوع الثاني: جزاء الصيد
- ٥٤١ ..... النوع الثالث: دم الحلق
- ٥٤٢ ..... النوع الرابع: الدم المنوط

- ٥٤٣ ..... النوع الخامس: الاستمعات
- ٥٤٣ ..... النوع السادس: دم الجماع
- ٤٥٤ ..... النوع السابع: الجماع الثاني
- ٥٤٥ ..... النوع الثامن: دم التحلل
- ٥٤٧ ..... الفصل الثاني: في مكان إراقة الدماء وزمانها

# العقود

شرح الوجيز  
المعروف بالشرح الكبير

تأليف

الإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافي الفروي الشافعي

المؤلف سنة ٦٢٣ هـ

تحقيق وتعليق

شيخ علي محمد معوض      شيخ عادل أحمد عبد الموجود

للجزء الرابع

يحتوي على الكتب التالية:

البيع - السام والقرض - الرهن

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

## جميع الحقوق محفوظة

جميع حقوق الملكية الادبية والفنية محفوظة لدار الكتب العلمية بيروت - لبنان ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تضخيد الكتاب كاملاً أو مجزأً أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو برمجته على اسطوانات ضوئية إلا بموافقة الناشر خطياً.

Copyright ©  
All rights reserved

Exclusive rights by DAR al-KOTOB al-ILMIYAH Beirut - Lebanon. No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

الطبعة الأولى  
١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م

دار الكتب العلمية  
بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف، شارع البحري، بناية ملكارت  
تلفون وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٢٥ - ٦٠٢١٣٣ (١ ٩٦١) ٠٠  
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH  
Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif, Bohtory st., Melkart bldg., 1st Floor.  
Tel. & Fax : 00 (961 1) 60.21.33 - 36.61.35 - 36.43.98  
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

# بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## كِتَابُ الْبَيْعِ

### وَالنَّظَرُ فِي خَمْسَةِ أَطْرَافٍ

#### الأوَّلُ فِي صِحَّتِهِ وَفَسَادِهِ وَفِيهِ أَرْبَعَةُ أَبْوَابٍ

#### البَابُ الأوَّلُ فِي أَرْكَانِهِ

قال الغزالي: وهي ثلاثة: الأوَّل: الصِّيغَةُ وَهُوَ الإِيجَابُ وَالْقَبُولُ، أَعْتَبِرَ لِلدَّلَالَةِ عَلَى الرِّضَا البَاطِنِ، وَلَا تَكْفِي المَعَاطَاةَ (م ح و) أَضْلاً، وَلَا الأَسْتِيجَابَ (م) وَالإِيجَابَ وَهُوَ قَوْلُهُ: بِعْنِي بَدَلْ قَوْلُهُ: أَشْتَرَيْتُ عَلَى أَصَحِّ الوُجْهَيْنِ، بِخِلَافِ النِّكَاحِ فَإِنَّهُ لَا يَجْرِي مُعَافَاةً، وَيَتَعَقَّدُ البَيْعُ بِالكِنَايَةِ مَعَ الثَّبَتِ عَلَى الأَصَحِّ كَالكِتَابَةِ وَالخَلْعِ، بِخِلَافِ النِّكَاحِ فَإِنَّهُ مُقَيَّدٌ بِقَيِّدِ الشَّهَادَةِ. قال الرافعي: الأصل في البيع (١).

(١) مقابلة شيء بشيء على وجه المعاوضة، فيدخل فيه ما لا يصح تملكه كاختصاص، وما إذا لم تكن صيغة، وخرج بوجه المعاوضة، رد السلام في مقابلة ابتدائه، فيطلق على مطلق المعاوضة قال الشاعر:

مَا بَعَثَكُمْ مُهَجَّتِي إِلَّا بِوَضْلِكُمْ      وَلَا أَسْلَمَهَا إِلَّا بِأَيْدِي  
فَإِنْ وَقَيْتُمْ بِمَا قُلْتُمْ وَقَيْتُ أَنَا      وَإِنْ عَدَرْتُمْ فَإِنَّ الرَّهْنَ تَحْتَ يَدِي

ولفظه في الأصل مصدر، فلذا أفرد وإن كان تحته أنواع، ثم صار اسماً لما فيه مقابلة، ثم هو مصدر باع قال صاحب المختار: «(باع) الشيء يبيعه (بيعاً) و(بيعاً) شراه وهو شاذ وقياسه مَبَاعاً و(باعه) اشتراه فهو من الأضداد وفي الحديث: «لا يَخْطُبُ الرَّجُلُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ وَلَا يَبِيعُ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ» أي لا يشتري على شراء أخيه؛ لأن النهي وقع على المشتري لا على البائع، والشيء (مبيع) و(مبيوع) مثل مخيط ومخيوط. ويقال للبائع والمشتري (بيعان) بتشديد الياء، و(أباع) الشيء عرضه للبيع و(الابتياح) الاشتراء، ويقال (بيع) الشيء على ما لم يسم فاعله بكسر الباء ومنهم من يقلب الياء أوأاً فيقول (بوع) الشيء». ومعناه شرعاً تارة يلحظ فيه أحد سقى العقد الذي يسمى من يأتي به بائعاً، فيعرف بأنه تملك بعوض على وجه مخصوص. وتارة يلحظ فيه أحد سقى العقد الذي يسمى من يأتي به مشترياً، فيعرف بأنه تملك بعوض على وجه مخصوص. وتارة يلحظ فيه المرآب من الشقين، فيعرف بأنه عقد معاوضة مالية تنفيذ ملك عين أو منفعة على التأييد لا على وجه القرية، فقولنا عقد جنس وشأنه الإدخال، لكن إذا كان بينه وبين فصله عموم من وجه فيخرج بكل منهما ما دخل في عموم الآخر؛ ولذلك قالوا=



= أخرج بالعقد المعاوضة. وبالمعاوضة نحو الهدية. وبالمالية نحو النكاح. وبإفادة ملك العين الإجارة. وبغير وجه القرية القرض. والتقييد بالتأيد لتخرج الإجارة أيضاً. وإخراج الشيء الواحد بقيدتين غير معيب. وهذا أولى من التعريف، بأنه مقابلة مال بمال على وجه مخصوص؛ من التعريف بالأعم المحال على مجهول. ولو عرف أيضاً بأن عقد معاوضة محضة مقتضى ملك عين أو منفعة على الدوام لا على وجه القرية، لكان وافياً بالمقصود، فخرج بالمعاوضة الهبة، وبالمحضة النكاح، ويملك العين الإجارة، وبغير وجه القرية القرض، والمراد بالمنفعة المؤيدة بيع حق الممر للماء مثلاً؛ لأنه لا يصل الماء إلى محله إلا بواسطة ملك غيره. هل البيوع الجائزة من أجل المكاسب وأطيبها، أو غيرها من المكاسب أجل منها، اختلف الناس في ذلك: فقال قوم: الزراعات أجل المكاسب كلها، وأطيب من البيوع وغيرها، لأن الإنسان في الاكتساب بها أعظم توكلاً، وأقوى إخلاصاً وأكثر لأمر الله تفويضاً وتسليماً. وقال آخرون: إن الصناعات أجل كسباً منها، وأطيب من البيوع وغيرها؛ لأنها اكتساب ينال بكد الجسم وإجهد النفس، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «إِنَّ اللَّهَ - تَعَالَى - يُحِبُّ الْعَبْدَ الْمُخْتَرِفَ» فظاهر الاحتراف بالنفس دون المال. وقال آخرون: البيوع أجل المكاسب كلها، وأطيب من الزراعات وغيرها، وهو أشبه بمذهب الشافعي والعراقيين حتى إن محمد بن الحسن قيل له: هلا صنعت كتاباً في الزهد فقال قد فعلت قيل فما ذلك الكتاب قال هو كتاب البيوع. والدليل: على أن البيوع أجل المكاسب كلها إذا وقعت على الوجه المأذون فيه، أن الله عز وجل صرح في كتابه بإحلالها فقال: «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» ولم يصرح بإحلال غيرها، وردت عائشة قالت قال رسول الله ﷺ: «أَطْيَبُ مَا أَكَلَ الرَّجُلُ مِنْ كَسْبِهِ» والكسب في كتاب الله التجارة، وروى واقع بن خديج قال: قال رجل يا رسول الله أي العمل أطيب فقال: «عَمَلُ الرَّجُلِ وَكُلُّ بَيْعٍ مَبْرُورٌ». ولأن البيوع أكثر مكاسب الصحابة وهي أظهر فيهم من الزراعة والصناعة، ولأن المنفعة بها أعم والحاجة إليها أكثر؛ لأن ليس أحد يستغني عن ابتياع مأكول أو ملبوس، وقد يستغني عن صناعة وزراعة. فإن قيل: فقد روى سلمان فقال: «لا تكن أول من يدخل السوق ولا آخر من يخرج منها؛ فإن فيها باض الشيطان وفرخ» فاقترضى أن يكون مكروهاً. نقول هذا غلط: كيف يصح أن يكره ما صرح الله بإحلاله في كتابه، وإنما المراد بذلك أن لا يصرف أكثر زمانه إلى الاكتساب، ويشغل به عن العبادة، حتى يصير إليه منقطعاً وبه متشغلاً، كما روي عن علي بن أبي طالب - كرم الله وجهه -، أن رسول الله ﷺ: «نهى عن السوم قبل طلوع الشمس» يريد أن الرجل لا يجعله أكثر همه حتى يتبدى به في صدر يومه، لا أنه حرام. فإن قيل: فقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «يَا تَجَارُ كُلُّكُمْ فُجَارٌ إِلَّا مَنْ أَخَذَ الْحَقَّ وَأَعْطَى الْحَقَّ» فجعل الفجور فيهم عموماً، ومعاطاة الحق خصوصاً، وليست هذه صفات أجل المكاسب. قيل: إنما قال ذلك؛ لأن من البيوع ما يحل، ومنها ما يحرم، ومنها ما يكره. كما روي عنه أنه قال: «لَوْ اتَّجَرَ أَهْلُ الْجَنَّةِ مَا اتَّجَرُوا إِلَّا فِي الْبُرِّ، وَلَوْ اتَّجَرَ أَهْلُ النَّارِ فِي النَّارِ مَا اتَّجَرُوا إِلَّا فِي الصَّرْفِ» قال ذلك استحباباً في التجارة في البر، وكراهة التجارة في الصرف. وحكمه مشروعية البيع أنه لا يخفى على المستبصر أن مشروعية البيع من أهم دواعي الحياة، وأسمى وسائل العمران، وأصل سبيل الاستعمار؛ إذ عليه تدور رحى الحياة، وعلى قوائمه تحمل عروش الانتظامات والقوانين، وبه =

الإجماع<sup>(١)</sup>، وآيات الكتاب نحو قوله: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾<sup>(٢)(٣)</sup> وقوله تعالى:

= تبادل المنافع بين المالكين؛ كيف لا ولولا البيع وما يتعلق به من الإجارة والقرض والرهن ما استقام نظام، ولا حصلت راحة بين الأنام، ولولاه ما انشق الكون، وانتظمت المعيشة الدنيوية، وسهلت طرق المرافق الحيوية، فبالبيع ظهرت مدنية الإنسان، قال حكيم: «الإنسان مدني بالطبع» يعني كل فرد من أفراد المجموع الإنساني محتاج إلى أفراد في ضرورة تبادل منافع، وضروريات حاجياته احتياج الكل إلى أجزائه، والعرش إلى قوائمه لأنه كلما تأخر الدين ربا ما عليه وزاد حتى يستفرك جميع ما عنده من العروض، وما يملك من المزارع فيستولي عليه المرابي ويأخذه بغير حق ظلماً وطمعاً، نعم يأكل مال أخيه المسلم من غير فائدة عادت عليه، ولا ثمرة من المال ردت إليه، ولا انتفع إلا بالخسارة، وذهاب ما عنده من العروض والتجارة، وأنت تعلم ما دفعه إلا العوز، ولا دعاه إلا الاحتياج؛ لكن بالبيع أمكنه، ويمكنه، أن يتحاشى هذا الضرر، ويتجنب البؤس ويعيش عيشة راضية؛ ولذلك أحل الله البيع وحرم الربا، وشدد النكير على فاعليه في كتابه الأقدس فقال: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً﴾ وقال: ﴿يَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبَا وَيُزِيهِ الصَّدَقَاتِ﴾ وقال: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ، وَفَرُّوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ، وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ فقد شدد النكير على فاعليه، وهددهم بالحرب إن لم يتتهوا؛ ولذلك قال رسول الله ﷺ: «أَثَانٌ يُحَارِبُهُمَا اللَّهُ وَرَسُولُهُ: أَكْلُ الرِّبَا، وَعَقَاؤُ الدِّبْيَةِ» ثم من لطيف رفق الله بالمتعاقدين أيضاً أن جعل لهما الخيار؛ لدفع المضرة وسهولة المعاملة، حتى لا يجحف أحد المتعاقدين؛ إذ ربما يجد في البيع عيباً باطنياً لا يتنبه له إلا بالرؤية والإمعان والفكرة، فجعل لهما الخيار لكي يتمكننا من التنقيب والتفتيش (وبالجملة): فالبيع عنوان الوفاق ورائد الرشاد والركن الركين الذي تنبني عليه مصالح عزيزة تعود على الإنسان بالخير والفضل في الدنيا والسعادة في الآخرة.

(١) أما الإجماع فمن الأمة فظاهر فهم لا ينكرونه. وكذا الصحابة فقد أجمعوا على حله. فقد روي أن أبا بكر كان تاجراً في البر. وروي عن عمر - رضي الله عنه - أنه كان تاجراً في الطعام والأقط. وروي عن عثمان أنه كان تاجراً في البر والبحر. وروي عن العباس - رضي الله عنه - أنه كان تاجراً في العطر. وعلى ذلك جرت أحوال الصحابة قبل البعثة وبعدها. فمفهم من كان يفرد جنساً منها ومنهم من كان يقلب في جميع صنوفها كعثمان. إذاً تقرر حل البيع.

(٢) سورة البقرة، الآية ٢٧٥.

(٣) لبيان جهة الدلالة من هذه الآية نقول: إنها تحتل أربعة أقاويل:

أحدهما: أنها عامة وأن لفظها لفظ عموم يتناول إباحتها كل بيع إلا. ما خصه الله بالدليل؛ ووجه ذلك هو أن النبي ﷺ لما نهى عن ساعات كانوا يستعملونها، ولم يقصد إلى بيان الجائز بل قصد بيان فاسدها؛ دل ذلك على أن الآية قد شملت إباحتها ساعات كلها فاستثنى منها ما لا يجوز منها؛ فعلى هذا هل هي عامة أريد بها العموم؟ أو عامة أريد بها الخصوص؟ على قولين:

أحدهما: أنها عامة أريد بها العموم وإن دخلها التخصيص.

والثاني: أنها عامة أريد بها الخصوص. والفرق بينهما من وجهين:

= أحدهما: أنه العموم الذي يجري على العموم، وإن دخله التخصيص، ما يكون المراد باللفظ أكثر، وما ليس مراداً باللفظ أقل.. والعموم الذي أريد الخصوص، ما يكون المراد باللفظ أقل وما ليس مراداً باللفظ أكثر.

والثاني: أن البيان فيما أريد به الخصوص متقدم على اللفظ، وفيما أريد بها العموم متأخر عن اللفظ أو مقترن. وعلى كلا القولين يجوز الاستدلال بها على إباحة البيوع المختلفة، ما لم يقم دليل التخصيص على إخراجها عن عمومها.

القول الثاني: إنها مجملة لا يفعل منها صحة بيع من فساده إلا ببيان من السنة. وجه ذلك أن من البيوع ما لا يجوز، ومنها ما يجوز، وليس في الآية ما يميز الجائز من غير الجائز؛ فاقضى أن تكون من المجمل الذي لا يعقل المراد من ظاهره إلا ببيان يقترن به؛ فعلى هذه اختلف الأصحاب هل هي مجملة بنفسها للتعارض أو بغيرها على وجهين:

أحدهما: أنها مجملة بنفسها للتعارض فيها؛ لأن قوله - تعالى -: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ يقتضي جواز البيع متفاضلاً. وقوله: ﴿وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ يقتضي بتحريم البيع متفاضلاً. فصار أولها معارضاً لآخرها، فوقع الله جمان فيها بنفسها.

الوجه الثاني: أنها مجملة بغيرها. وذلك أنها تقتضي جواز كل بيع من غرر وغيره. وقد وردت السنة بالمنع من الغرر من الملامسة والمنازعة وغير ذلك. فصارت السنة معارضة لها؛ فوقع الإجمال فيها بغيرها.

القول الثالث: أنهما دخلا فيها جميعاً؛ فتكون عامة دخلها التخصيص ومجملة لحقها التفسير؛ لقيام الدلالة عليهما. ثم اختلف الأصحاب في دخول ذلك فيها على ثلاثة أوجه:

أحدهما: أن العموم في اللفظ والإجمال في المعنى فيكون اللفظ عموم دخله التخصيص؛ والمعنى مجملاً دخله التفسير.

والوجه الثاني: أن العموم في أول الآية. وهو قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ والإجمال في آخرها. وهو قوله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ فيكون أول الآية عاماً دخله التخصيص. وآخرها مجملاً دخله التفسير.

والوجه الثالث: أن اللفظ كان مجملاً. فلما بينه النبي ﷺ صار مجملاً عاماً؛ فتكون داخلة في المجمل قبل البيان. وفي العموم بعد البيان. فعلى هذا الوجه يجوز الاستدلال بظواهرها في البيوع المختلف فيها كالقول الثاني.

القول الرابع: إنها تناولت بيئاً معهوداً. ونزلت بعد أن أحل النبي ﷺ بيوعاً. وحرّم بيوعاً. وكان قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ هو الذي بينه الرسول من قبل وعرفه المسلمون منه. فترتب الكتاب على السنة، وتناولت بيئاً معهوداً هذه الآية. وإنما كان كذلك؛ لأن الله تعالى قال: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ فأدخل فيه الألف واللام وذلك يدخل في الكلام لأمرين، إما لجنس أو معهود. فلو لم يكن الجنس مراداً لخروج بعضه منه ثبت أن المعهود مراد. فعلى هذا لا يجوز الاستدلال بظواهرها على صحة بيع ولا فساده. بل يرجع في حكم ما اختلف فيه إلى الاستدلال بما تقدمها من السنة التي عرف بها البيوع الصحيحة من الفاسدة. وإذا كان كذلك صار الفرق بينه وبين المجمل من وجه وبينه، وبين العموم من وجهين. فأما الوجه الذي يقع به =

﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾<sup>(١)(٢)</sup> والأخبار نحو ما روي عن رافع بن خديج

= الفرق بينه وبين المجمع. فهو أن بيان النبي ﷺ فيما نهى عنه من البيوع وأمره سابق الآية وبيان المجمع مقترن باللفظ أو متأخر عنه على مذهب من يجوز تأخير البيان فافتقرا من هذا الوجه. وأما الوجهان اللذان يقع بهما الفرق بينه وبين العموم:

فأحدهما: تقديم البيان في المعهود. واقتران التخصيص بالعموم. وثانيهما: جواز الاستدلال بظاهر العموم فيما اختلف فيه من البيوع. وفساد الاستدلال بظاهر المعهود فيما اختلف فيه من البيوع].

(١) سورة النساء، الآية ٢٩.

(٢) لبيان جهة الدلالة من هذه الآية نقول في تفسيرها ليتضح ذلك أما قوله: ﴿لَا تَأْكُلُوا﴾ فمعناه لا

تأخذوا فببر عن الأخذ بالأكل، لأنه معظم ما يقصد بالأخذ كما قال تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا﴾ أي يأخذون. وأما قوله: ﴿أَمْوَالِكُمْ﴾ ففيه تأويلان: أحدهما: أنه أراد مال كل إنسان نفسه أي لا تأخذه فيصرفه في المحظورات.

والثاني: أن معناه لا يأخذ بعضكم مال بعض كما قال تعالى: ﴿لَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ﴾ أي لا يقتل بعضكم بعضاً. وأما قوله: ﴿بِالْبَاطِلِ﴾ ففيه ثلاث تأويلات: أحدها: أنه لا يصرف في المحظورات.

والثاني: أن لا يؤخذ الانتهاب والغارات على عاداتهم في الجاهلية.

الثالث: أن المراد لباطل التجارات الفاسدة المألوفة عندهم في الجاهلية. وأما قوله: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ فلفظ الا موضوع في اللغة للاستثناء، لكن اختلف العلماء في المراد في هذا الموضوع على أربعة أقاويل:

أحدها: أن «إلا» في هذا الموضوع لم يرد بها الاستثناء. وإنما معناه معنى لكن فيصير تقدير الآية: لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ولكن كلوها تجارة عن تراض منكم كقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَاً﴾ معناه وما كان لمؤمن أن يقتل عمداً ولا خطأ، لكن إن قتله خطأ فتحرير رقبة مؤمنة، وبهذا قال أبو إسحاق المرزوي.

الثاني: أن معنى «إلا» في هذا الموضوع معنى الواو، ويكون تقدير الآية: لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل، وكلوها تجارة عن تراض كقوله تعالى: ﴿لَوْ كَانَ فِيهَا إِلَهَةٌ إِلَّا اللَّهُ لَفَسَدَتَا﴾ أي والله لفسدتا وكقول الشاعر:

وكل أخ يفارقه أخوه      لعمر أبيك إلا الفرقدان

أي والفرقدان أيضاً سيفترقان، ولو أراد الاستثناء لقال إلا الفرقدين.

الثالث: أن معنى إلا في هذا الموضوع معنى الاستثناء، غير أنه من مضمحل عليه مظهر ليصح أن يكون الاستثناء من جنس المستثنى منه فيكون تقدير الكلام: لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ولا بالتجارة إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم. وهذا قول من منع الاستثناء من غير جنسه، وجعلوا ذلك كقوله تعالى: ﴿أَجَلْتُ لَكُمْ بَهِيمَةَ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُنْتَلَىٰ عَلَيْكُمْ؛ غَيْرُ مُجْلِي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ﴾ فإن معناه أحلت لكم بهيمة الأنعام والصيد إلا وأنتم محرمون، فيحرم عليكم الصيد.

والرابع: أن ذلك استثناء من غير جنسه؛ والدليل على جواز الاستثناء من غير جنس قوله =

أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ «سُئِلَ عَنِ أَطْيَبِ الْكَسْبِ، فَقَالَ: عَمَلُ الرَّجُلِ بِيَدِهِ وَكُلُّ بَيْعٍ مَبْرُورٍ»<sup>(١)</sup>.

ولفقه هذا الكتاب أبواب مُنتشرة ومسائل كثيرة جمعها المصنف في خمسة أطراف، وسبيل ضبطها أن البيع إما صحيح أو فاسد، وبتقدير الصحة فهو إما جائز أو لازم، وعلى التقديرين فإما أن يقترن به القبض أو لا يقترن، وعلى التقديرين فالألفاظ المستعملة فيه إما التي تتأثر بقرائن عُرْفِيَّة تقتضي زيادة على موجب اللُّغة أو نقصاناً، وإمَّا غيرها، وعلى التقديرين فالمتبايعان قد يكونا جُرْبَيْن، وقد يكون أحدهما رقيقاً، وباعتبار آخر قد يعرض لهما الاختلاف في كيفية البيع وقد لا يعرض، والأحكام تختلف بحسب هذه الأحوال، فالطَّرَفُ الأول في الصُّحَّة والفساد.

والثاني: في الجواز واللزوم.

والثالث: في حكم البيع قبل القبض وبعده.

والرابع: في الألفاظ المُتَأَثِّرَةُ بالقرائن.

والخامس: في مُدَايِنَةُ الْعَيْدِ واختلاف المُتَبَايِعِينَ.

والطرف الأول في صحة البيع<sup>(٢)</sup> وفساده: وفيه أبواب:

تعالى: «لَا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْوًا إِلَّا سَلَامًا» وليس السلام من جنس اللغو، وقوله تعالى: «فَسَجَدَ الْمَلَائِكَةُ كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ إِلَّا إِبْلِيسَ» وليس إبليس من جنس الملائكة وقوله: «فَاتَّبَعَهُمْ عَذَابٌ مِنِّي إِنَّ رَبَّ الْعَالَمِينَ» تعالى الله إلا أن يكون من جنس من استثنى منهم. وقال الشاعر:

وبلدة ليس بها أنيس إلا اليعافير وإلا العيس  
الأنيس الناس. واليعافير حمير الوحش. والعيس الإبل فاستثنى اليعافير والعيس من جملة الناس.

(١) أخرجه الحاكم في المستدرک (١٠/٢) والبيهقي في السنن الكبرى (٥/٢٦٣) وقال: إنه خطأ، وقال ابن أبي حاتم: مرسل أشبه انظر خلاصة البدر (٢/٥٠) والتلخيص (٣/٣).

(٢) قال ابن قتيبة، وغيره: يقال بعث الشيء بمعنى شريته، ويقال شريت بمعنى اشتريت وأكثر استعمال بعته إذا أزلت الملك عنه بالمعاوضة، واشتريته إذا تملكته بها. قال الأزهري: العرب تقول بعث بمعنى بعث ما كنت تملكته، وبعث بمعنى اشتريت قال: وكذلك شريت بالمعنيين قال وكل واحد بيع؛ لأن الثمن والمثمن كل منهما مبيع. وقال بعته أبيعته، فهو مبيع ومبيوع كميخيط ومخيوط قال الخليل المحذوف من مبيع واو مفعول؛ لأنها زائدة فهي بالحذف أولى. قال الأخفش: المحذوف بين الكلمة. قال المازني كلاهما حسن. وقول الأخفش أنيس، والاتباع الاشتراء. وبياعته وتبايعنا واستبعته سألته أن يبيعي. وأبعت الشيء عرضته للبيع وبيع الشيء بكسر الباء وضمها والكسر أفصح. وبوع بضم الباء لغة فيه، وأما الشراء ففيه لغتان مشهورتان (أفصحهما) المد (والثانية) القصر فمن كتبه بالألف، وإلا فبالياء وجمعه أشرية وهو جمع نادر، ويقال شريت الشيء اشتريته شرياً إذا بعته وإذا اشتريت قال تعالى: «وَمِنَ النَّاسِ مَنْ =

أحدها: في أركانه وهي ثلاثة ترجمها في «الوسيط» فقال: هي العاقد، والمعقود عليه، وصيغة العقد، فلا بد منها لوجود صورة العقد هذا لفظه.

ولك أن تبحث فتقول: إن كان المراد أنه لا بد من وجودها لتدخل صورة البيع في الوجود، فالزمان والمكان وكثير من الأمور بهذه المثابة فوجب أن تعد أركاناً، وإن كان المراد أنه لا بد من حضورها في الذهن ليتصور البيع، فلا نسلم أن العاقد والمعقود عليه بهذه المثابة، وهذا لأن البيع فعل من الأفعال، والبائع لا يدخل في حقيقة الفعل، ألا ترى أنا إذا عددنا أركان الصلاة والحج، لم نعد المصلي والحاج في جملتها، وكذلك مورد الفعل، بل الأشبه أن الصيغة أيضاً ليست جزءاً من حقيقة فعل البيع، ألا ترى أنه ينتظم أن يقال: هل المعاطاة بيع أم لا؟

ويجب عنه مسؤول بلا، وآخر بنعم.

والوجه أن يقال: البيع مقابلة مال بمال، وما أشبه ذلك فيعتبر في صحته أمور.  
منها: الصيغة.

ومنها: كون العاقد بصفة كيت وكيت.

ومنها: كون المعقود عليه كذا وكذا. ثم أحد الأركان على ما ذكره الصيغة، وهي الإيجاب من جهة البائع، بأن يقول: بعت أو اشتريت، أو «ملكتك»، وفي «ملكك» وجه منقول عن «الحاوي»، والقبول من جهة المشتري بأن يقول: قبلت، ويقوم مقامه «ابتعت» و«اشتريت» و«تملكت»، ويجري في «تملكت» مثل ذلك الوجه.

وإنما جعلنا قوله: «ابتعت» وما بعده قائماً مقام القبول، ولم نجعله قبولاً لما ذكره إمام الحرمين، من أن القبول على الحقيقة ما لا يتأتى الابتداء به.

= يَشْتَرِي لَهُوَ الْحَدِيثُ وقال تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِقَمَنٍ بَخْسٍ دَرَاهِمٍ مَعْدُودَةٍ﴾. ولا ينافي ذلك قول من جعلها ستة؛ لأن العاقد يشمل البائع والمشتري، والمعقود عليه يشمل الثمن والمثمن، والصيغة تشمل الإيجاب والقبول. أما الإشهاد فليس بواجب عليه عندنا بل مستحب. واستدل عليه للاستحباب بقوله تعالى: ﴿وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ هذا مذهبننا، قال به أبو أيوب الأنصاري وأبو سعيد الخدري والشعبي، والحسن، وأصحاب الرأي، وأحمد، وإسحاق وبهذا قال جمهور الأمة من السلف إلى الخلف. قال ابن المنذر: قالت طائفة يجب الإشهاد على البيع، وهو فرض لازم يعصي تاركه، قال: روينا هذا عن ابن عباس: قال وكان ابن عمر إذا باع بعقد أشهد. قال روينا نحو هذا عن أبي بردة بن أبي موسى، وأبي سليمان المرعشي، واحتجوا بقوله تعالى: ﴿وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ واحتج الجمهور بالأحاديث الصحيحة: «أن النبي ﷺ باع واشترى ولم ينقل عنه الإشهاد فيه» وكذلك الصحابة في زمنه، وبعده، وحملوا الآية الكريمة على الاستحباب لما ذكرناه].

فأما إذا أتى بما يتأتى الابتداء به، فقد أتى بأحد شِقَيِ العقد، ولا فرق بين أن يتقدم قول البائع: «بعت» على قول المشتري: «اشتريت»، وبين أن يتقدم قول المشتري: «اشتريت» فيصح البيع في الحالتان، ولا يشترط اتفاق اللَّفْظَيْنِ، بل لو قال البائع: اشتريت فقال المشتري: «تملكت» أو «ابتعت»، أو قال البائع: «ملكته»، فقال المشتري: «اشتريت» صح؛ لأن المعنى واحد.

وقوله: «اعتبر للدلالة على الرضا» يريد به أن المقصود الأصلي هو التراضي لئلا يكون واحد منهما أكلاً مال الآخر بالباطل، بل يكونا تاجرَيْنِ عن تراض، على ما قاله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾<sup>(١)</sup> الآية إلا أن الرضا يعتبر أمر باطن، يعسر الوقوف عليه، فنيط الحكم باللفظ الظاهر، ثم في بعض النسخ «على الرضا الباطن»، وفي بعضها «على الرضا في الباطن» وهما صحيحان، ويتعلق بهذه القاعدة مسائل ثلاث:

إحداها: المعاطاة ليست بيعاً على المذهب المشهور؛ لأن الأفعال لا دلالة لها بالوضع، وقصود الناس فيها تختلف.

وعن ابن سريج فيها تخريج قول الشافعي - رضي الله عنه - أنه يكتفي بها في المحقرات؛ لأن المقصود الرضا، (وبالقرائن) يعرف حصوله، وبهذا أفتى القاضي الروياني (وغيره) وذكروا المستند التخرُّج صوراً:

منها: لو عَطِبَ الهذلي في الطريق فغمس الثعل الذي قلده بها في الدَّمِ وضرب بها صَفْحَةَ سَنَامِهِ، هل يجوز لِلْمَازِنِ الأكل منه؟ ذكرنا فيه قولين وخلافاً سيأتي في موضعه - إن شاء الله تعالى -.

ومنها: لو قال لزوجته: إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق، فوضعت الألف بين يديه ولم تتلفظ بشيء يملكه ويقع الطلاق، وفي الاستشهاد بهذه الصورة نظر.

ومنها: لو قال لغيره: اغسل هذا الثوب فغسله وهو ممن يعتاد الغسل بالأجرة، هل يستحق الأجر فيه؟ خلاف سيأتي ذكره في موضعه، ثم مثلوا المحقرات بالتأفة من البقل، والرطل من الخبز، وهل من ضابط؟

سمعت والدي - رحمه الله تعالى - وغيره يحكي ضابطها بما دون نصاب السرقة، والأشبه الرجوع فيه إلى العادة، فما يعتاد فيه الاقتصار على المعاطاة بيعاً ففيه التخرُّج، ولهذا قال صاحب «التنمة» مُعَبِّراً عن التخرُّج: ما جرت العادة فيه بالمعاطاة فهي بيع

(١) سورة البقرة، الآية ١٨٨.

فيه، وما لا كَالدَّوَابِّ والجَوَارِي والعَقَارِ فلا. وإذا قلنا بظاهر المذهب، فما حكم الذي جرت العادة من الأخذ والعطاء؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه إباحة، وبه أجاز القاضي أبو الطيب - رحمه الله تعالى - حين سأله ابن الصَّبَّاح عنه، قال: فقلت له: لو أخذ بقطعة ذهب شيئاً فأكله ثم عاد يطالبه بالقطعة، هل له ذلك؟ قال: لا، قلت: فلو كان إباحة لكان له ذلك، قال: إنما أباح كل واحد منهما بسبب إباحة الآخر له.

قلت: فهو إذا معاوضة، وأصحهما: أن حكمه حكم المقبوض بسائر العقود الفاسدة، فلكل واحد منهما مطالبة الآخر بما سلمه إليه ما دام باقياً، ويضمانه إن كان تالفاً فلو كان الثمن الذي قبضه البائع مثل القيمة، فقد قال المصنف في «الإحياء»: هذا مستحق ظَفَرٍ بمثل حقه والمالك راض، فله تملكه لا محالة.

وعن الشيخ أبي حامد: أنه لا مطالبة لواحد منهما على الآخر، وتبرأ ذمتها بالتراضي، وهذا يشكل بسائر العقود الفاسدة فإنه لا بَرَاءة، وإن وجد الرضا.

وقوله: «فلا تكفي الْمُعَاظَةَ أصلاً» مُعَلَّمٌ بالواو والحاء والميم، لأن أبا حنيفة يجعلها بيعاً في الْمُحَقَّرَاتِ التي جرت العادة فيها بِالْاِكْتِفَاءِ بِالْأَخْذِ وَالْعَطَاءِ.

وقال مالك: ينعقد البيع بكل ما يعده النَّاسُ بيعاً، واستحسنه ابنُ الصَّبَّاحِ.

المسألة الثانية: لو قال: «بعني»، فقال البائع: «بعتك»، نظر إن قال بعد ذلك: اشتريت، أو قبلت انعقد البيع لا محالة، وإلا فوجهان في رواية بعضهم، وكذلك أورده المصنف هنا وقولان في رواية آخرين، وكذلك أورده في «النكاح».

أحدهما: أنه لا ينعقد، وبه قال أبو حنيفة والمُزَنِّي؛ لأنه يحتمل أن يكون غرضه استيانة رغبة البائع في البيع.

والثاني: ينعقد وبه قال مالك لأن المقصود وجود لفظ دال على الرضا بموجب العقد، والاستدعاء الجازم دليل عليه، والكلام فيما إذا وجد ذلك.

وعن أحد روايتان كالقولين، وفي نظير المسألة من النكاح طريقان مذكوران في موضعهما، والأصح فيه الانقعاد باتفاق الأئمة.

وأما هاهنا فادعى صاحب الكتاب أن الأصح المنع، وفزق بينها بأن النكاح لا يجري معاوضة في الغالب، فتكون الرُّغْبَةُ معلومة من قبل، ويعتبر قوله: زوجني استدعاء جزماً، والبيع كثير ما يقع معاوضة، لكن الذي عليه الجمهور وترجيح الانقعاد هاهنا أيضاً، ولم تتعرض طائفة لحكاية الخلاف فيه.

ولو قال البائع: «اشتر مئتي كذا»، فقال المشتري: «اشتريت»، فقد سَوَّى بينهما



في «التّهذيب» بين هذه الصورة والصورة السابقة، وأورد بعضهم: أنه لا ينعقد البيع، والفرق بينهما بأن قول المشتري «يعني» موضوع للطلب، ويعتبر من جهة الطالب مبتدئاً، أو القبول مجيباً، وقول البائع اشترت كذا، لم يوضع للبدء ولا للإيجاب، فلا بُدّ من جهته من بذل أو إيجاب، ويني على هذا أنهما لو تبايعا عبداً بعبداً، وعقدا البيع بلفظ الأمر، فأيهما جعل نفسه باللفظ بائعاً، أو مشترياً لزمه حكمه، حتى لو قال الأمر: «يعني عبدك هذا صح لتنزله نفسه منزلة المشتري ولو قال: اشتر مني عبدي لم يصح لتنزله نفسه منزلة البائع، ولو قال المشتري تبغني عبدك بكذا أو قال: بعثني بكذا، فقال: بعث لم ينعقد البيع، حتى يقول بعده: اشترت، وكذا لو قال البائع: «اشتر داري بكذا»، أو «اشترت مني داري» فقال: «اشترت» لا ينعقد، حتى يقول بعده: بعت.

**المسألة الثالثة:** قال الأئمة: كل تصرف يستقل به الشخص، كالطلاق والعتق والإبراء فينعقد بالكنيات مع النية انعقاده بالصريح، وما لا يستقل به الشخص، بل يفترق إلى الإيجاب والقبول فهو على ضربين:

أحدهما: ما يفترق إلى الإشهاد، كالنكاح وبيع الوكيل إذا شرط الموكل عليه الإشهاد، فهذا لا ينعقد بالكناية؛ لأن الشهود لا يطلعون على المقصود والنيات والإشهاد على العقد لا بد منه، وقد يتوقف في هذا التوجيه؛ لأن القرائن بما تتوفر، فيبعد الاطلاع على ما في باطن الغير.

**والثاني:** ما لا يفترق إليه فهو أيضاً على ضربين:

أحدهما: ما يقبل (مقصودة) التعليق بالغرر كالكتابة والخلع، فينعقد بالكناية مع النية. قال الشافعي - رضي الله عنه - لو قال لامرأته: أنت بائن بألف، فقالت: قبلت ونوباً صح الخلع.

**والثاني:** ما لا يقبل كالبيع والإجازة وغيرهما، وفي انعقاد هذه التصرفات بالكناية مع النية وجهان:

أحدهما: لا ينعقد؛ لأن المخاطب لا يدري بم خوطب؟

وأظهرهما: أنه ينعقد كما في الكتابة والخلع.

ومثال الكناية في البيع؛ أن يقول خذه، أو تسلّمه مني بألف أو أدخله في ملكك أو جعلته لك بكذا ملكاً، وما أشبه ذلك، ولو قال: سلطتك عليه بألف، فهل هو من الكناتيات أم لا؟ كما لو قال: أبختك لك بألف اختلفوا فيه، ولو كتب إلى غائب بالبيع ونحوه ترتب ذلك على أن الطلاق هل يقع بالكتابة؟ إن قلنا: لا يقع، فهذه العقود أولى بأن لا تتعقد.

وإن قلنا: نعم، فوجهان في انعقادها بالكنايات.

فإن قلنا: تنعقد، فالشرط أن يقبل المكتوب إليه، كما أطلع على الكتاب على الأصح ليقترن القبول بالإيجاب بحسب الإمكان، ولو تباع حاضران بالكتابة ترتب ذلك على حال النية، إن منعنا فهاننا أولى، وإلا فوجهان، وحكم الكتابة على القِرْطاس والرِّق واللُّوح والأرض والنُّقش على الحَجَر والحَشَبِ واحد، ولا عبرة بِرِشْم الأحرف على الماء، وألْفُوا في مُسَوِّدَات بعض أئمة طَبَرِسْتَانَ تفريقاً على انعقاد البيع بالكتابة، أنه لو قال: بعث من فلان وهو غائب، فلما بلغه الخبر قال: قلت ينعقد البيع، لأن النطق أقوى من الكتابة. وقال أبو حنيفة: لا ينعقد، نعم لو قال: بعث من فلان، وأرسل إليه رسولاً بذلك فأخبره فقيل: انعقد كما لو كاتبه.

قال الإمام: والخلاف في البيع ونحوه هل ينعقد بالكتابة مع النية مفروض فيما إذا انعدمت قرائن الأحوال.

فأما إذا توفرت وأفادت التفاهم فيجب القطع بالصحة، نعم النكاح لا يصح بالكتابة، وإن توفرت القرائن لأمرين:

أحدهما: أن الإثبات عند الجحود من مقاصد الإِشْهَاد، وقرائن الحال لا تنفع فيه.

والثاني: أن النكاح مخصوص بضرب من التَّعْبُد والاحتياط لحرمة الأَبْضَاع، وفي البيع المقيد بالإشهاد، وذكر في «الوسيط» أن الظاهر انعقاده عند توفّر القرائن، وهذا نظر منه في النكاح إلى معنى التَّعْبُد دون وقع الجحود.

وقوله في الكتاب: «الصُّيغَةُ وهي الإيجاب والقبول» يقتضي اعتبار الصيغتين فيما إذا باع الرجل مال ولده من نفسه، أو بالعكس، نظراً إلى إطلاق اللفظ، وفيه وجهان توجيههما في غير هذا الموضوع، فإن اكتفينا بصيغة واحدة، فالمراد ما عدا هذه الصُّورَةَ، ويتعلق بالصيغة مسائل أخر سكت عنها في الكتاب.

إحداها: يشترط أن لا يطول الفصل بين الإيجاب والقبول، ولا يتخللها كلام أجنبي عن العقد، فإن طال أو تخلل لم ينعقد، سواء تفرّقاً عن المجلس أم لا، ولو مات المشتري بعد الإيجاب وقبل القبول ووارثه حاضر فوجهان عن الدَّارِكِي: أنه يصح، والأصح: المنع.

الثانية: يشترط أن يكون القبول على وفق الإيجاب حتى لو قال: «بعث بألف صحيحة» فقال: «قبلت بألف قراضاً» أو بالعكس، أو قال: «بعث جميع كذا بألف» فقال: «قبلت نصفه بخمسائة» لم يصح.

ولو قال: «بعتك هذا بألف» فقال: «قبلت نصفه بخمسمائة ونصفه بخمسمائة» فقد قال في «التتمة»: يصح؛ لأن هذا تصريح بمقتضى الإطلاق ولا مخالفة، ولك أن تقول إشكالاً سيأتي القول في أن تفصيل الثمن من موجبات تعدد الصفقة، وإذا كان كذلك فالبايع هاهنا أوجب بَيِّعَةً واحدة، والقابل قبل بيعتين لم يوجبهما البائع، ولا يخفى ما فيه من المخالفة.

وفي «فتاوى القفال» أنه لو قال: بعتك بألف درهم، فقال: «اشتريت بألف وخمسمائة» يصح البيع وهو غريب.

الثالثة: لو قال المتوسط للبايع: «بعته بكذا»، فقال: «نعم» أو بعته، وقال للمشتري: «اشتريت بكذا»، فقال: «نعم»، أو «اشتريت»، هل ينعقد البيع؟ فيه وجهان: أحدهما: لا، لأن واحداً منهما لم يخاطب الآخر.

وأظهرهما: ما دلّ عليه إيراد صاحب «التهذيب» والرؤياني: الانعقاد لوجود الصيغة والتراضي.

الرابعة: لو قال: «بعته منك هذا بألف»، فقال: قبلت صح البيع بخلاف النكاح يشترط فيه على رأي أن يقول: «قبلت نكاحها» احتياطاً للأيضاع.

الخامسة: لو قال: «بعته هذا بألف إن شئت» فقال: «اشتريت» فوجهان:

أحدهما: أنه لا ينعقد لما فيه من التعليل، كما لو قال: «إن دخلت الدار».

وأظهرهما: أنه ينعقد، لأن هذه صفة يقتضيها إطلاق العقد، فإنه لو لم يشأ لم يَتَيَسَّر.

السادسة: يصح بيع الأخرس وشراؤه بالإشارة والكتابة، وهذا يبين أن الصيغة بخصوصها ليست داخلة في البيع نفسه.

واعلم: أن جميع ما ذكرناه فيما ليس بضمني من المبيعات، فأما البيع الضمني فيما إذا قال: أعتق عبدك عني علي بألف فلا يعتبر فيه الصيغ التي قدمناها، ويكفي فيه الالتماس، والجواب لا محالة - وبالله التوفيق -.

قال الغزالي: الرُّكْنُ الثَّانِي العَاقِدُ وَشَرَطُهُ التَّكْلِيفُ فَلَا عِبَارَةَ لِصَبِي (ح م) وَلَا مَجْتُونٍ بِإِذْنِ الوَلِيِّ وَدُونِ إِذْنِهِ، وَكَذَلِكَ لَا يَفِيدُ قَبْضُهُمَا المِلْكَ فِي الهَيْبَةِ، وَلَا تَعَيَّنَ الحَقُّ فِي اسْتِيفَاءِ الدَّيْنِ وَيُتَمَتَّدُ إِخْبَارُهُ عَنِ الإِذْنِ عِنْدَ فَتْحِ البَابِ، وَالمِلْكَ عِنْدَ إِصْصَالِ الهَدِيَّةِ عَلَى الأَصْحَحِ.

قال الرافعي: لفظ العاقد بنظم البائع والمشتري، ويعتبر فيهما لصحة البيع

التكليف<sup>(١)</sup>، فلا ينعقد البيع بعبارة الصبي والمجنون لا لنفسهما ولا لغيرهما، سواء كان الصبي مميزاً أو غير مميز، سواء باشر بإذن الولي أو دون إذنه، ولا فرق بين بيع الاختبار وغيره على ظاهر المذهب، وبيع الاختبار هو الذي يمتحنه الولي ليستبين رشده عند مُناهزة الحلم، ولكن يفوض إليه الاستيلاء وتدبير العقد، فإذا انتهى الأمر إلى اللفظ أتى به الولي.

وعن بعض أصحابنا: تصحيح بيع الاختبار.

وقال أبو حنيفة: إن كان مميزاً وباع أو اشترى بغير إذن الولي انعقد موقوفاً على إجازته، وإن باع بإذنه نفذ، ويكون دالاً على أن الولي أذن له في التصرف في ماله، ومتصرفاً لنفسه إن أذن له في التصرف في مال نفسه، حتى لو أذن له في بيع ماله بالعُبن فَبَاعَ نفذ، وإن كان لا ينفذ من الولي، ووافقه أحمد على أنه ينفذ إذا كان بإذن الولي، لئلا ينفذ مكلّف فلا ينعقد بيعه وشراؤه كالمجنون وغير المميز.

إذا عرفت ذلك فلو اشترى الصبي شيئاً وقبض المبيع فتلف في يده، أو أتلفه لا ضَمَان عليه في الحال ولا بعد البلوغ، وكذا لو استقرض مالا؛ لأن المالك هو المضيع بالتسليم إليه، وما دام باقياً للمالك الاسترداد، ولو سلم ثمن ما اشتراه فعلى الولي استرداده، والبائع يردده على الولي، فإن رده على الصبي لم يبرأ عن الضمان، وهذا كما لو عرض الصبي ديناراً على صَرَّافٍ لِيُنْقَدَهُ أو متاعاً على مُقَوِّمٍ لِيَقْوِمَهُ، فإذا أخذه لم يجز له رده على الصبي، بل يردده على وليه إن كان للصبي، وعلى مالكة إن كان له مالك، فلو أمره ولي الصبي بدفعه إليه، فدفعه سقط عنه الضمان إن كان المِلْكُ للولي، وإن كان للصبي فلا كما لو أمره بإلقاء مال الصبي في البحر ففعل يلزمه الضمان.

(١) لغة: من الكلفة بمعنى المشقة، وفي الاصطلاح: قال ابن سراقمة من أصحابنا في أول كتابه: «أصول الفقه»: حده بعض أهل العلم بأنه إرادة المكلّف من المكلّف فعل ما يشق عليه اه. وقال الماوردي في «أدب الدنيا والدين»: الأمر بطاعة، والنهي عن معصية، ولذلك كان التكليف مقروناً بالرغبة والرهبية، وكان [ما] <sup>(١)</sup> تخلل كتابه من الفصص عظة واعتباراً تقوى معها الرغبة ويزداد بها الرهبية. وقال القاضي: هو الأمر بما فيه كلفة: أو النهي عما في الامتناع عنه كلفة، وعدّ الندب والكرهية من التكليف. وقال إمام الحرمين: هو إلزام ما فيه كلفة، وعلى هذا فالندب والكرهية لا كلفة فيهما، لأنها تنافي التخيير. قال في «المنحول»: وهو المختار، وفيه نظر، لأن التخيير عبارة عما خير بين فعله وتركه، والندب مطلوب الفعل مثاب عليه، فلم يحصل التساوي، وما نقلناه عن القاضي تبعنا فيه إمام الحرمين، لكن الذي في «التقريب» للقاضي: أنه إلزام ما فيه كلفة كمقالة الإمام فليظنر، ففعل له قولين. وزعم الإمام أن الخلاف لفظي. والحاصل أنه يتناول الحظر والوجوب قطعاً، ولا يتناول الإباحة قطعاً إلا عند الأستاذ أبي إسحاق، وفي تناوله الندب والكرهية خلاف. ينظر البحر المحيط (١/٣٤١).

ولو تباع صبيان وتقابضا، فأتلف كل واحد منهما ما قبضه نظر، إن جرى ذلك بإذن الوليين فالضمان عليهما، وإلا فلا ضمان عليهما، وعلى الصبيين الضمان؛ لأن تسليمهما لا يعد تسليطاً وتضييعاً، ثم في الفصل مسألتان:

**إحدهما:** كما لا ينفذ بيع الصبي وشراؤه، لا ينفذ نكاحه وسائر تصرفاته، نعم في تدبير المميز ووصيته خلاف مذكور في «الوصايا»، وإذا فتح الباب وأخبر عن إذن أهل الدار في الدخول، أو أوصل هدية إلى إنسان وأخبر عن إهداء مهديها، فهل يجوز الاعتماد عليه؟ نظر إن انضمت إليه قرائن أورثت العلم بحقيقة الحال، جاز الدخول والقبول، وهو في الحقيقة عمل بالعلم لا يقوله وإن لم تنضم، نظر إن كان غلاماً غير مأمون القول فلا يعتمد، وإلا فطريقان:

**أحدهما:** تخريجه على وجهين ذكراً في قبول روايته.

**وأصحهما:** القطع بالاعتماد تمسكاً بعادة السلف، فإنهم كانوا يعتمدون أمثال ذلك ولا يضيقون فيها.

وقوله في الكتاب: «على الأصح في هاتين الصورتين» يجوز أن يريد به من الوجهين جواباً على الطريق الأول، ويجوز أن يريد من الطريقتين ذهاباً إلى الثاني.

**الثانية:** كما لا تصح تصرفاته اللفظية لا يصح قبضه في تلك التصرفات، فإن للقبض من التأثير ما ليس للعقد، فلا يفيد قبضة الموهوب الملك له، وإن أتهب له الولي ولا لغيره إذا أمره الموهوب منه بالقبض له، ولو قال مستحق الدين لمن عليه الدين: «سلمت حقّي إلى هذا الصبي» فسلم قدر حقه لم يبرأ عن الدين، وكان ما سلمه باقياً على ملكه، حتى لو ضاع منه فلا ضمان على الصبي، لأن المالك ضيعه حيث سلمه إليه، وإنما بقي الدين بحاله؛ لأن الدين مرسل في الذمة لا يتعين إلا بقبض صحيح، فإذا لم يصح القبض لم يزل الحق المطلق عن الذمة، كما إذا قال لمن عليه الدين: «ألقي حقّي في البحر» فألقى قدر حقه لا يبرأ، ويخالف ما إذا قال مالك الوديعة للمودع: «سلمت مالي إلى هذا الصبي» فسلم خرج عن العهدة؛ لأنه امتثل أمره في حقه المتعين، كما لو قال: «ألقيها في البحر» فامتثل، ولو كانت الوديعة لصبي فسلمها إليه ضمن سواء كان بإذن الولي أو دون إذنه، إذ ليس له تضييعها وإن أمره الولي به.

قال الغزالي: **أما إسلام العاقِد فلا يشترط إلا إسلام المشتري في شراء العبيد المسلم والمصحف (ح) على أصح القولين دفعا للذلل، ويصح شراء الكافر أباه المسلم على أصح الوجهين، وكذلك كل شراء يستعقب العتاقة، ويصح استئجاره وأزتهائه للعبيد المسلم على أقيس الوجهين، لأنه لا ملك فيه كالإعارة والإيداع عنده، ولا يمنع من الرد**

بِالْعَيْبِ، وَإِنْ كَانَ يَتَّضَعُّ أَنْقِلَابَ الْعَبْدِ الْمُسْلِمِ إِلَى الْكَافِرِ عَلَى أَظْهَرِ الْمَذْهَبَيْنِ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ فِيهِ قَهْرِيٌّ كَمَا فِي الْإِزْثِ.

قال الرافعي: إسلام البائع والمشتري ليس بشرط في صحة مطلق البيع والشراء، لكن لو اشترى الكافر عبداً مسلماً ففي صحته قولان:

أصحهما: وبه قال أحمد وهو نصه في «الإملاء»: أنه لا يصح، لأن الرُّقَّ ذلٌّ، فلا يصح إثباته للكافر على المسلم كما لا يتكح الكافر المسلمة.

والثاني: وبه قال أبو حنيفة: أنه يصح؛ لأنه طريق من طرق المَلِكِ، فيملك به الكافر على المسلم كالإزث. والقولان جاريان فيما لو وهب منه عبد مسلم فقبل، أو وصى له بعبد مسلم، قال في «التتمة»: هذا إذا قلنا: المَلِكُ في الوصية يحصل بالقبول.

فإن قلنا: يحصل بالموت ثبت بلا خلاف كالإرث، ولو اشترى مصحفاً أو شيئاً من أخبار الرسول ﷺ ففيه طريقان:

أحدهما: وبه أجاب في الكتاب: طرد القولين:

وأظهرهما: القطع بالبطلان، والفرق أن العبد يمكنه الاستغاثة ودفع الذل عن نفسه.

قال العراقيون: والكتب التي فيها آثار السلف - رضي الله عنهم - كالمصحف في طرد الخلاف، ولا منع من بيع كتب أبي حنيفة من الكافر لخلوها من الآثار والأخبار.

وأما كتب أصحابه - رضي الله عنهم - فمشحونة بها فحكمها حكم سائر الكتب المشتملة عليها، وامتنع المأوردي في «الحاوي» من إلحاق كتب الحديث والفقه بالمصحف، وقال: إن بيعها منه صحيح لا محالة.

وهل يؤمر بإزالة الملك عنها؟ فيه وجهان<sup>(١)</sup>:

التفريع: إن قلنا: لا يصح شراء الكافر العبد المسلم، فلو اشترى قريبه الذي يعتق عليه كآبيه وابنه ففيه وجهان:

أحدهما: لا يصح أيضاً، لما فيه من ثبوت الملك للكافر على المسلم.

وأصحهما: الصحة، لأن الملك المستعقب للعِثْقِ شاء المالك أو أبي ليس بإذلال، ألا تَرَى أن للمسلم شراء قريبه المسلم، ولو كان ذلك إذلالاً لما جاز له إذلال

(١) الخلاف في بيع العبد والمصحف والحديث والفقه إنما هو في صحة العقد، مع أنه حرام بلا خلاف. ينظر روضة الطالبين (٧/٣).

ابنه، والخلاف جَارٍ في كل شيء يستعقب العتق، كما إذا قال الكافر لمسلم: «أعتق عبدك المسلم عني بعوض أو بغير عوض فأجابه إليه، وكما إذا أقر بحرّية عبد مسلم في يد غيره ثم اشتراه، ورتب الإمام الخلاف في هاتين الصورتين على الخلاف في شراء القريب، وقال الأول منهما أولى بالصحة؛ لأن الملك فيها ضمّني، والثانية أولى بالمنع؛ لأن العتق وإن حكم به فهو ظاهر غير محقق بخلاف صورة القريب، فإن العتق لا يحصل عقب الشراء، وإنما يزول الملك بإزالته، ومنهم من جعله على وجهي شراء القريب، ويجوز أن يستأجر الكافر المسلم على عمل في الذمة، لأنه كدين في ذمته، وهو بسبيل من تحصيله بغيره، وإن كانت الإجارة على العين، ففيه وجهان حرّاً كان الأجير أو عبداً. أحدهما لا تصح، لأنها لو صحّت لاستحق استعماله، وفيه إذلال له فصار كالشراء على القول الذي عليه التفرّيع.

**وأظهرهما: الصحة؛** لأن الإجارة لا تفيد ملك الرقبة، ولا تسلطاً تاماً، وهو في يد نفسه إن كان حرّاً، وفي يد مولاه إن كان عبداً، وإنما استوفى منفعته بعوض. وعلى هذا فهل يؤمر بإزالة ملكه عن المنافع بأن يؤجره من مسلم؟ فيه وجهان:  
جواب الشيخ أبي حامد منهما: أنه يؤمر<sup>(١)</sup>.

وذكر في صحة ارتهان الكافر العبد المسلم وجهين، وأعادهما مع زيادة في «كتاب الرهن»، ونوجههما ثم إن شاء الله تعالى، ولا خلاف في جواز إعارته منه وإيداعه، لأنه ليس فيهما ملك رقبة ولا منفعة ولا حق لازم<sup>(٢)</sup>.

وإذا باع الكافر عبداً مسلماً كان قد أسلم في يده أو ورثه بثوب، ثم وجد بالثوب عيباً فهل له أن يرده ويسترد العبد؟ حكى الإمام فيهما وجهين، وتابعه المصنف في «الوسيط». والحق أن له رد الثوب لا محالة، والوجهان في استرداد العبد، وهكذا نقله صاحب «التهذيب» وغيره.

**أحدهما:** أنه ليس له استرداده، وإلا كان متملكاً للمسلم بسبب اختياري، فعلى هذا يسترد القيمة ويجعل العبد كالهالك.

**وأظهرهما:** على ما ذكره صاحب الكتاب أن له ذلك، لأن الاختيار في الرد. أما عود العوض إليه فهو قهري كما في الإرث هكذا وجهه في «الوسيط» وفيه إشكال لأننا لا نفهم من الملك القهري سوى الذي يتعلق سببه بالاختيار، ومن الاختياري

(١) وإذا صححتنا إجارة عينه فهي مكروهة نص عليه الشافعي - رضي الله عنه - .

(٢) الأصح: صحة ارتهانه العبد المسلم والمصحف ويسلم إلى عدل. وفي «الإعارة» وجه: إنها لا تجوز وبه جزم صاحب «المهذب» و«التنبيه» والجرجاني: وهو ضعيف ينظر الروضة (٨/٣).

سوى الذي يتعلق سببه بالاختيار، وإلا فنفس الملك بعد تمام السبب قهري أبداً، ومعلوم أن عود الملك بهذا التفسير اختياري لا قهري، والأصوب في توجيهه ما قيل أن الفسخ بالعيب يقطع العقد، ويجعل الأمر كما كان وليس كإنشاء العقود، ولهذا لا تثبت به المنفعة، فإذا كان الأمر كذلك كان نازلاً منزلة استدامة الملك، ولو وجد المشتري بالبعد عيباً والتصوير كما ذكرنا، فأراد رده واسترداد الثوب، فقد حكى الإمام عن شيخه طرد الخلاف؛ لأنه كما لا يجوز للكافر تملك المسلم لا يجوز للمسلم تملك المسلم إياه، وعن غيره القطع بالجواز، إذ لا اختبار للكافر هاهنا في التملك بحال.

وقوله في الكتاب: «ولا يمنع من الرد بالعيب» إلى آخره، ينظم صورتين اللتين ذكرناهما، لكن التوجيه المذكور في الثانية أظهر.

ولو باع الكافر العبد المسلم ثم تقابلا، ففيه الوجهان، إن قلنا: الإقالة فسخ، وإن قلنا: إنها بيع لم ينفذ، ولو وكل كافر مسلماً ليشترى له عبداً مسلماً لم يصح، لأن العقد يقع للوكيل أولاً، وينتقل إليه آخراً، ولو وكل مسلم كافرأ ليشترى له عبداً مسلماً، فإن سمي الموكل في الشراء صح، وإلا فإن قلنا: يقع الملك للوكيل أولاً لم يصح، وإن قلنا: يقع للموكل صح، وهل يجوز أن يشتري الكافر العبد المرتد؟ فيه وجهان لبقاء علة الإسلام، وهذا كالخلاف في أن المرتد هل يقتل بالذمي؟

وإذا اشترى الكافر عبداً كافرأ فأسلم قبل القبض، هل يبطل البيع؟ كما لو اشترى عسيراً فتخمر قبل القبض أولاً يبطل كما إذا اشترى عبداً فأبق قبل القبض؟ فيه وجهان؟ وإن قلنا: لا يبطل فهل يقبضه المشتري؟ أو ينصب الحاكم من يقبض عنه، ثم يأمره بإزالة الملك فيه وجهان:

جواب القفال منهما في «فتاويه»: أنه لا يبطل ويقبضه الحاكم وهو الأظهر، هذا كله تفريع على قول المنع.

أما إذا صححنا شراء الكافر العبد المسلم، نظر إن علم الحاكم به قبل القبض فيمكنه من القبض، أو ينصب مسلماً يقبض عنه فيه وجهان، ثم إذا حصل القبض أو علم به بعد القبض أمره بإزالة الملك على الوجه الذي في الفصل التالي لهذا الفصل - إن شاء الله تعالى -.

قال الغزالي: وَلَوْ أَسْلَمَ عَبْدٌ لِكَافِرٍ طَوَّلَبَ بَيْنِيهِ، فَإِنْ أَعْتَقَ أَوْ أَرَأَى الْمَلِكَ عَنْهُ بِجَهَةِ كَفَى، وَتَكْفِي الْكِتَابَةِ عَلَى أَسَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَا تَكْفِي الْحَيْلُولَةَ وَالْإِجَارَةَ وَفَاقًا إِلَّا فِي الْمُسْتَوْلَدَةِ؛ لِأَنَّ الْإِعْتِقَاقَ تَعْخِيرَ وَالْبَيْعَ مُتَمَتِّعًا (و)، ثُمَّ يَسْتَكْسِبُ بَعْدَ الْحَيْلُولَةِ لِأَجَلِهِ، وَلَوْ مَاتَ الْكَافِرُ قَبْلَ الْبَيْعِ بَيْعٌ عَلَى وَارِثِهِ.



قال الرافعي: إذا كان في ملك الكافر عبد كافر وأسلم لم يقر في يده دفعاً للذل عن المسلم، وقطعاً لسلطنة الكافر عنه.

قال الله عز وجل: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾<sup>(١)</sup> ولا يحكم بزوال ملكه، بخلاف ما إذا أسلمت المرأة تحت الكافر؛ لأن ملك النكاح لا يقبل النقل من شخص إلى شخص فتعين البطلان، وملك الثمن يقبل النقل، وبه يحصل دفع الذل فيصير إليه، ويؤمر بإزالة ملكه عنه ببيع أو عتق أو هبة أو غيرها، فأبي جهة أزال الملك حصل الغرض، ولا يكفي الرهن والتزويج والإجارة والحيلولة، وهل تكفي الكتابة؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، لاستمرار الملك على رقبة المكاتب.

وأظهرهما: نعم، لأن الكتابة تفيد الاستقلال، ويقطع حكم السيد عنه.

فإن قلنا بهذا فالكتابة صحيحة، وإن قلنا بالأول فوجهان:

أحدهما: أنها فاسدة وبيع العبد.

والثاني: أنها صحيحة إن جوزنا بيع المكاتب ببيع مكاتباً، وإلا فسخت الكتابة وبيع، فإن امتنع الكافر من إزالة الملك عنه باعه الحاكم عليه بضمن المثل، كما يبيع مال الممتنع من أداء، الحق، فإن لم يتفق الظفر لمن يتاعه بضمن المثل فلا بد من الصبر، ويحال بينه وبين الكافر إلى الظفر ويتكسب له وتؤخذ نفقته منه. هذا كله في المملوك القرن. أما إذا أسلمت مستولدة الكافر فلا سبيل إلى نقلها إلى الغير بالبيع والهبة ونحوهما على المذهب الصحيح، وهل يجبر على إعتاقها؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم لأنها مستحقة العتاقة، فلا يبعد أن يؤثر عروض الإسلام في

تقديمها.

وأصحهما: وهو المذكور في الكتاب: لا لما فيه من التخيير، فعلى هذا يحال

بينهما ويتفق عليها وتتكسب له في يد غيره.

ولو مات الكافر الذي أسلم العبد في يده صار العبد إلى وارثه ويؤمر بما كان يؤمر

به المورث، فإن امتثل فذاك وإلا بيع عليه كما ذكرنا في المورث<sup>(٢)</sup>، وليس قوله في

(١) سورة النساء، الآية: ١٤١.

(٢) لا يجوز إدخال عبد مسلم في ملك كافر إلا في مسائل:

منها: الإرث.

ومنها: أن يسترجعه بإفلاس المشتري.

ومنها: أن له الرجوع في هبته لولده.

= ومنها: إذ رد بعيب اختلفاً في حدوثه وقدمه فيه، وحلف المشتري على ما ادعاه رجع على سيده الكافر.

ومنها: إذا قال لمسلم أعتق عبدك عني، فأعتقه وصححناه.

ومنها: إذا كَاتَبَ عَبْدَهُ الْكَافِرُ، فَأَسْلَمَ الْعَبْدُ ثُمَّ عَجَزَ عَنِ النُّجُومِ بِنَفْسِهِ أَوْ بِتَعَجُّيزِهِ لَهُ، رَجَعَ إِلَيْهِ. ذَكَرَهُ صَاحِبُ اللَّبَابِ.

ومنها: ما إذا اشترى مَنْ يَغْتَنُّ عَلَيْهِ، دَخَلَ فِي مَلِكِهِ، ثُمَّ عَتَّقَ عَلَيْهِ. وَلَهُ أَنْ يَسْتَأْجِرَهُ عَلَى عَمَلٍ فِي الذِّمَّةِ وَعَلَى عَيْنِهِ عَلَى الْأَصْحَحِ، وَيُؤْمَرُ بِأَنْ يُؤْجِرَهُ لِمُسْلِمٍ، كَمَا قَطَعَ بِهِ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ. وَمِنْهَا: أَنْ يَغْتَنِّي الْكَافِرُ نَصِيْبَهُ الْمُشْتَرَكِ مِنْ عَبْدٍ مُسْلِمٍ وَهُوَ مُوسِرٌ، فَإِنَّ الْبَاقِيَ يَدْخُلُ فِي مَلِكِهِ؛ كَمَا ذَكَرَهُ الْبُغْوِيُّ وَغَيْرُهُ.

ومنها: وَلَدُ أُمَّتِي الْمُسْلِمَةِ الْحَادِثُ فِي مَلِكِهِ.

ومنها: وَلَدُ مُسْتَوْلَدَتِهِ الْحَادِثُ فِي مَلِكِهِ أَيْضاً، حَكَمَهُ حَكَمُ أُمِّهِ.

ومنها: ما إذا رجع إليه عبده المسلم بوجود عيب ثبت قبله، فللمشتري الرد على الصحيح.

ومنها: إذا تباع كافرين عبداً كافراً، ثم أسلم العبد قبيل القبض، ثبت للمشتري الخيار، فيرجع على البائع.

ومنها: إذا باع الكافر عَبْدَهُ الْمُسْلِمَ لمسلم بشرط الخيار للمشتري، فاختار الفسخ، رجع إليه.

ومنها: إذا اشترى الوكيل الكافر لموكله المسلم عبداً مسلماً، بأن قال اشتريته لموكلي زيداً، ولم يضيف الثمن إلى ذمته، فالجديد وجهان، قال ابن الرفعة: أظهرهما أنه للمباشر كما نص عليه في الأم.

ومنها: ما إذا وَرَثَ الْكَافِرُ عَبْدًا كَافِرًا فَأَسْلَمَ، ثُمَّ بَاعَهُ فَظَهَرَ دِينَ عَلَى الْمَيْتِ، وَلَمْ يَكْرَهُ الْوَارِثُ قَبْضَ الثَّمَنِ، فَالْأَصْحَحُ فَسْخُ الْبَيْعِ فِيهِ، وَيَعُودُ إِلَى مَلِكِ الْوَارِثِ.

ومنها: إذا تباع كافرين كافرًا بشرط الخيار للبائع، فأسلم العبد، فإنه يدخل في ملك الكافر بانقضاء خيار البائع.

ومنها: إذا رده بفوات الشرط كالكتابة والخياطة ونحوهما.

ومنها: إذا اشتراه بشار فأسلم، ثم اختلطت الثمار ولم تتميز بعد، وفسخ العقد، رجع إليه.

ومنها: إذا كان للكافر عبدٌ مسلمٌ مغضوبٌ، فباعه لقادر على انتزاعه، فعجز قبل قبضه، فإن للمشتري الفسخ، فيرجع إلى سيده الكافر.

ومنها: إذا باعه لمسلم رآه قبل العقد، ثم وجد المبيع عند القبض متغيراً، فله الفسخ.

ومنها: إذا باعه لمسلم بثمن حال، فظهر ماله غائباً في مسافة القصر، فللكافر الفسخ، لتضرره بالصبر.

ومنها: أن يبيع العبد المسلم لمسلم، ثم يتقايلا، فإنه لا يجوز إن جعلنا الإقالة بيعاً. وإن جعلناها فسخاً، وهو الصحيح. فعلى الوجهين في الرد بالعيب كما ذكره الرافعي.

ومنها: أن يبيعه بضربة من الطعام، فيجد المشتري تحتها دكةً، فله الفسخ لتدليسه على المشتري بما فعله، فيرجع إليه.

ومنها: إذا وطئ الكافر جارية مسلمة لولده، فحملت منه، فإنها تنتقل إليه وتصير مستولدة له.

كما ذكره الرافعي وأقره النووي في الروضة على ذلك.

= ومنها: إذا وطئ المسلم أمة كافرة على ظن أنها زوجته الأمة، فأنت بولد من ذلك الوطء، فالولد مسلم للكافر.

ومنها: أن يصدق الكافر زوجته عبداً كافراً، فيسلم العبد، ثم يقتضي الحال رجوعه أو بعضه. ومنها: إذا خَالَعَ الكَافِرُ زَوْجَتَهُ الكَافِرَةَ على عبد كافر، فأسلم ثم اقتضى الحال فَسَخَّ الخَلْعِ، إما بعبء أو فوات شرط، فإنه يرجع.

ومنها: إذا أَسْلَمَ عَبْدٌ لكَافِرٍ بعد أن جنى جنائياً توجب ما لا يتعلق برقبته، فباعه بعد اختيار الفداء، فَتَعَدَّ الفِدَاءُ لعدم تحصيله له، أو تأخر لإفلاسه، فسخ البيع وعاد إلى الكافر.

ومنها: إذا جاهد الكافر مع المسلمين بإذن الإمام فَغَنِمُوا، والغنيمة عبيد كلها، فأسلموا ورضخ الإمام له عبداً منهم، كان له ذلك.

ومنها: أن يكون بين كافرين، أو كافر ومسلم عبيد مسلمون أو بعضهم. قلنا: أن القسمة إفراز، قال صاحب المهمات فقياس المذهب يقتضي الجواز فحينئذ يدخل المسلم في ملك الكافر.

ومنها: إذا أَسْلَمَ الكَافِرُ بإذن موكله المسلم رَأْسَ مال سلم من مال نفسه في عبد مسلم لموكله، وسماه في العقد، فحين حضر المسلم فيه وهو العبد، أنكر الموكل ما أذن فيه ولا بينه. رجع العبد إلى الوكيل الكافر.

ومنها: إذا اشترى كافر مرتداً. ففي صحته وجهان في الشرح والروضة، مقتضاها الصحة، فعلى هذا لو تاب العبد المرتد، ورجع إلى الإسلام، فباعه. ثم ظهر به عيب، فرده. رجع إلى ملك الكافر.

ومنها: ما إذا اشترى كافر كافراً فأسلم قبل قبضه، ففي المسألة وجهان. فإن قلنا لا يبطل، ففي قبض المشتري له أو من عينه الحاكم ليقبض عنه وجهان قطع القفال في فتاويه بعدم البطلان ويقبضه الحاكم. قال النووي في أصل الروضة، وهذا هو الصحيح.

ومنها: إذا اشترى المكاتب المسلم عبداً كافراً من كافر، ثم عجز عن النجوم أو عجزه السيد، رجع إلى سيده الكافر.

ومنها: إذا كاتب الكافر عبده، فَاسْتَرَقَ ثم أسلم ورجع إلى الإسلام، وعجز عن النجوم، رجع إلى سيده.

ومنها: إذا باع الكافر عبده المسلم بثوب، ثم وَجَدَ بالثوب عيباً، فالمذهب أنَّ له رَدَّ الثوبِ، ويرجع العبد إلى سيده الكافر. ذكره في الروضة.

قال: ولو اشترى شيئاً لغيره بإذنه بمال نفسه ولم يسمه، وقع له دون غيره وإن سماه في العقد من غير إذنه، لم يقع له ويقع لمن باشره.

ومنها: إذا اشترى الكافر لولده الصغير جارية في الذمة، فأسلمت وَوَجَدَ بها عيباً قديماً، ولم يرد، انقلب الشراء إلى أبيه وَكَرَّمَهُ الثَمَنُ من مال نفسه كما هو مقتضى كلام المتولي.

ومنها: [إذا أسلم الكافر في عبد مسلم لنفسه، صح في أصح الطريقتين ولا اعتراض عليه حتى يقبض كما ذكره السبكي في شرحه] ينظر الأغنياء (١/٤٤٩ - ٤٥٦).

الكتاب: «بيع على وارثه» تخصيصاً للبيع القهري بالوارث فاعرف ذلك.  
وقوله: «والحيلولة وفاقاً»، لفظ الوفاق لا يتعلق به كثير غرض.

قال الغزالي: الرُّكْنُ الثَّلَاثُ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ وَشَرَايِطُهُ خَمْسَةٌ، أَنْ يَكُونَ طَاهِرًا، مُتَّعِمًا بِهِ، مَمْلُوكًا لِلْعَاقِدِ، مَقْدُورًا عَلَى تَسْلِيمِهِ، مَعْلُومًا الْأَوَّلُ الطَّهَارَةُ فَلَا يَجُوزُ بَيْعُ السَّرْجِينِ (م ح) وَالْكَلْبِ (م ح) وَالْخِنْزِيرِ وَالْأَعْيَانِ النَّجَسَةِ، كَمَا لَا يَجُوزُ بَيْعُ الْخَمْرِ وَالْعَذْرَةِ وَالْحَيْفَةِ وَفَاقًا وَإِنْ كَانَ فِيهَا مَنْفَعَةٌ، وَالذُّهْنُ إِذَا نَجَسَ بِمِلَاقَةِ النَّجَاسَةِ صَحَّ بَيْعُهُ (م) وَجَازَ اسْتِضْبَاحُهُ عَلَى أَظْهَرِ الْقَوْلَيْنِ.

قال الرافعي: يعتبر في المبيع ليصح بيعه شروط:

أحدها: الطهارة، فالشيء النجس ينقسم إلى ما هو نجس العين، وإلى ما هو نجس بعارض. فأما القسم الأول فلا يصح بيعه، فمنه الكلب والخنزير، وما تولد منهما أو من أحدهما.

رَوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ: «أَنَّهُ نَهَى عَنِ تَمَنِ الْكَلْبِ»<sup>(١)</sup>.

وروى جابر - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ حَرَّمَ بَيْعَ الْخَمْرِ وَالْمَيْتَةِ وَالْخِنْزِيرِ وَالْأَصْنَامِ»<sup>(٢)</sup> ولا فرق بين أن يكون الكلب معلماً أو غير معلّم وبهذا قال أحمد.

وعن أبي حنيفة - رضي الله عنه - يجوز بيع الكلب إلا أن يكون عقوراً ففيه روايتان. وعن أصحاب مالك اختلاف فيه منهم من لم يجوزه، ومنهم من جوز بيع الكلب المأذون في إمساكه.

ومنه: السُّرْجِينِ<sup>(٣)</sup> والبَوْل لا يجوز بيعهما، كما لا يجوز بيع الميئة والعذرة، والجامع نجاسة العين، وساعدنا أحمد فيما نذهب إلى نجاسته منهما.  
وقال أبو حنيفة: يجوز بيع السُّرْجِينِ<sup>(٤)</sup>.

(١) أخرجه البخاري (٢٢٣٧، ٢٢٨٢، ٥٣٤٦، ٥٧٦١) ومسلم (١٥٦٧) من حديث أبي مسعود وعقبة بن عمرو، ومسلم (١٥٦٩) من حديث جابر.

(٢) أخرجه البخاري (٢٢٣٦، ٤٢٩٦، ٤٦٣٢) ومسلم (١٥٨١).

(٣) في أ السرقين وهما بمعنى واحد.

(٤) استدلالاً بأنه فعل الأمصار في سائر الإعصار من غير تكبير ولأن محل ما جاز الانتفاع به من غير ضرورة جاز بيعه كسائر الأموال. ورد عليهم بأن هذا إنما يفعله جهال الناس فلم يكن فعلهم حجة على من سواهم، وأما قياسهم بعله أنه منتفع به منتقض بالحر والوقف وأم الولد.

وقوله في الكتاب: «كما لا يجوز بيع الخمر والعذرة والجيفة وفاقاً وإن كان فيها منفعة»، أشار به إلى الجواب عن عذر يديه أصحاب أبي حنيفة إذا احتجنا عليهم في المنع من بيع الكلب والسرجين بالقياس على بيع الخمر والعذرة والجيفة، فإنها لما كانت نجسة العين امتنع بيعها بالاتفاق، قال: ليس لزاعم منهم أن يزعم أن المنع من البيع في صورة الوفاق، إنما كان لخلوهما عن المنفعة؛ لأن كل واحد منهما لا يخلو عن ضرب منفعة. أما الخمر فبغرض أن تصير فلا تكون عارية عن المنفعة في الحال، ألا ترى أن الصغير اليوم منتفع به لما يتوقع حال كبره، وأما العذرة فإنها يسمدُ بها الأرض، وأما الجيفة فتقطع منها جوارح الصيد، ثم المنع من بيع الجيفة ليس متفقاً عليه في جميع أجزائها؛ لأن الحكاية عن أبي حنيفة تجوز بيع جلدها قبل الدبّاغ، وإنما المتفق عليه اللحم، ويجوز بيع الفَيْلَج<sup>(١)</sup> وفي باطنه الدود الميتة؛ لأن إبقائها فيه من مصالحها، كالحيوان يصح بيعه والنجاسة في باطنه، وفي بيع بَزْر القز وَقَازَةَ المِسْك خلاف مبني على الخلاف السابق في طهارتها وأما القسم الثاني وهو: ما نجس بعارض فهو على ضربين:

أحدهما: النجس الذي يمكن تطهيره كالثوب النجس والخشبة النجسة والآجر النجس بملاقة النجاسة، فيجوز بيعها؛ لأن جوهرها طاهر، وإزالة النجاسة عنه هيئنة، نعم ما استتر بالنجاسة التي وردت عليها يخرج بيعه على بيع الغائب.

والثاني: ما لا يمكن تطهيره كالحلّ، واللبن والدُّبْس إذا تنجّست لا يجوز بيعها<sup>(٢)</sup> كما لا يجوز بيع الخمر والبَوْل والدُّهْن<sup>(٣)</sup> النُّجْس، إن كان نجس العين فلا سبيل إلى بيعه بحال، وذلك كدهن الميتة، وإن نجس يعارض ففي بيعه خلاف مبني على أنه هل يمكن تطهيره؟

(١) الفَيْلَج - بالفاء - هو القز. ويجوز بيعه وفيه الدود سواء كان ميتاً أو حياً، وسواء باعه وزناً أو جزافاً، صرح به القاضي حسين في فتاويه. قال الأذرعى: عبارة القاضي من الفتاوى إن باعه جزافاً جاز بلا خلاف وإن باعه وزناً وفيه الدود جاز؛ لأن حيوان طاهر منتفع به، والانتفاع هو اتخاذ البزر منه، وإن كان ميتاً فالظاهر أنه يجوز أيضاً؛ لأنه في وجه طاهر فإن كمال الانتفاع إنما يكون إذا كان الدود فيه، ولم يكن متقوماً ليحصل منه الإبريسم، فلم ينف الخلاف إلا في بيع الجزاف، وأما بيعه وزناً فلم أره بعد التنقيب عليه لغيره، والظاهر أنه من فقهه ثم قال: ورأيت في تعليقه القاضي المشهورة ببلادنا في باب بيع الغرر ما لفظه والقز الذي فيه دود يجوز بيعه جزافاً، فإن باعه وزناً لم يجز لأنه وجه العقد على القز ويريد أن يسلم إليه البعض من غير القز وهو الدود الذي فيه وقال في المرة الثانية يجوز بيعه إلى آخر ما ذكره وحاصله اختلاف كلام القاضي.

(٢) وحكى النووي في شرح المذهب الإجماع على الامتناع.

(٣) سواء كان زيتاً أو سمناً أو شيرجاً.

فعن ابن سريج وأبي إسحاق: يمكن تطهيره، وعن صاحب «الإيضاح» وغيره: أنه لا يمكن، وهو الأظهر فعلى هذا لا يجوز بيعه، وعلى الأول فيه وجهان:

أحدهما: أنه يجوز كالثوب النجس، ويُخكى عن ابن أبي هريرة.

وأصحهما: وبه قال أبو إسحاق: لا يجوز، لما روي «أنه ﷺ سئلَ عَنِ الْفَأْرَةِ تَمُوتُ فِي السَّمَنِ فَقَالَ: إِنْ كَانَ جَامِداً فَأَلْقُوها، وَمَا حَوْلَهَا، وَإِنْ كَانَ ذَائِباً فَأَرِيقُوهُ»<sup>(١)</sup>.

ولو كان جائزاً لما أمرنا بإراقتة، وهذا أجود ما يحتج به على امتناع التطهير.

وخرجوا على هذين الوجهين بيع الماء النجس؛ لأن تطهيره بالمكاثرة ممكن، وأشار بعضهم إلى الجزم بالمنع، وقال: إنه ليس بتطهير، ولكنه يستحيل ببلوغه قلتين من صفة النجاسة إلى الطهارة كالخمر يتخلل.

واعلم: أن هذا الخلاف صادر ممن يجوز بيع الماء في الجملة.

أما من منع بيعه مطلقاً على ما استعرفه فلا فرق عنده بين الطاهر والنجس منه.

وذكر الإمام بناء مسألة الدهن على وجه آخر فقال: إن قلنا: يمكن تطهيره جاز بيعه، وإلا ففيه قولان<sup>(٢)</sup> مبنيان على جواز الاستصباح. واعلم: أن مسألة كون الاستصباح مكروهاً قد مرت بشرحها، مرة في آخر «صلاة الخوف».

وقوله: «إذا نجس بملاقة النجاسة». التقييد يكون نجاسته بالملاقة محتاج إليه ليجيء القولان في البيع وغير محتاج إليه ليجيء القولان في الاستصباح لما سبق.

وقوله: «على أظهر القولين» غير مساعد عليه في البيع، بل الظاهر عند الأصحاب منعه وبه قال مالك وأحمد خلافاً لأبي حنيفة، ويجوز نقل الدهن النجس إلى الغير عند الأصحاب إلى الغير بالوصية كما تجوز الوصية بالكلب.

وأما هبته والصدقة به فعن القاضي أبي الطيب: منعهما<sup>(٣)</sup>، ويشبه أن يكون فيهما ما في هبة الكلب من الخلاف.

(١) أخرجه أبو داود (٣٨٤٢، ٣٨٤٣) وابن حبان، ذكره الهيثمي في الموارد (١٣٦٤) وأحمد في المسند (٢/٢٣٢، ٢٣٣، ٢٦٥) وانظر التلخيص (٤/٣).

(٢) هذا الترتيب غلط ظاهر وإن كان قد جزم به في «الوسيط». وكيف يصرح ببيع ما لا يمكن تطهيره؟ قال المتولي: في بيع الصبغ النجس طريقان. أحدهما: كالزيت.

والثاني: لا يصح قطعاً لأنه لا يمكن تطهيره وإنما يصبغ به الثوب ثم يغسل. ينظر روضة الطالبين (١٣/٣).

ينبغي أن يقطع بصحة الصدقة به للاستصباح ونحوه: وقد جزم المتولي بأنه يجوز نقل اليد فيه بالوصية وغيرها. قال الشافعي - رضي الله عنه - في «المختصر»: لا يجوز اقتناء الكلب إلا =

قال الغزالي: الثاني: المنفعة وبيع ما لا منفعة فيه لِقَلَّتْهُ كَالْحَبَّةِ مِنَ الْحِنْطَةِ، أَوْ لِيَخْسِيَتِهِ كَالْحَنَافِسِ وَالْحَشْرَاتِ وَالسُّبَاعِ (و) الَّتِي لَا تَصِيدُ بَاطِلًا، وَكَذَلِكَ مَا أَسْقَطَ الشَّرْعُ مَنَفَعَتَهُ كَأَلَاتِ الْمَلَاهِي (و)، وَيَصِحُّ بَيْعُ الْفِيلِ وَالْفَهْدِ وَالْهَرَّةِ، وَكَذَا الْمَاءُ (و) وَالتُّرَابُ وَالْحَبَاةُ وَإِنْ كَثُرَ وَجُودُهَا لِتَحْقِيقِ الْمَنَفَعَةِ، وَيَجُوزُ بَيْعُ (م ح) لَبَنِ الْأَدَمِيَّاتِ؛ لِأَنَّهُ طَاهِرٌ مُتَّفَعٌ بِهِ.

قال الرافعي: الشرط الثاني: كون المبيع منتفعاً به، وإلا لم يكن مالاً وكان أخذ المال مقابله قريباً من أكل المال بالباطل، ولخلو الشيء عن المنفعة سببان:

أحدهما: القلة كالحبة من الحنطة والحبتين والزبيبة وغيرها فإن ذلك القدر لا يعد مالاً، ولا يبذل في مقابله المال، ولا ينظر إلى ظهور الانتفاع إذا ضم هذا القدر إلى أمثاله، ولا إلى ما يفرض من وضع الحبة الواحدة في الفخ، ولا فرق في ذلك بين زمان الرخص والغلاء، ومع هذا فلا يجوز أخذ الحبة والجبتين من صبرة الغير، إذ لو جوزناه لا نجر ذلك إلى أخذ الكثير.

ولو أخذ الحبة ونحوها، فعليه الرد، فإن تلفت فلا ضمان، إذ لا مالية لها، وعن الفقهاء: أنه يضمن مثلها.

والثاني: الخسة كالحشرات<sup>(١)</sup>، واعلم: أن الحيوانات الطاهرة على ضربين:

أحدهما: ما ينتفع به فيجوز بيعه كالغنم والبغال والحمير، ومن الصيود كالأطباء<sup>(٢)</sup>

= لصيد أو ماشية أو زرع، وما في معناها هذا نصه. واتفق الأصحاب على جواز اقتنائه لهذه الثلاثة، وعلى اقتنائه لتعليم الصيد ونحوه، والأصح: جواز اقتنائه لحفظ الدور والدروب وتربية الجرو لذلك وتحريم اقتنائه قبل شراء الماشية والزرع، وكذا كلب الصيد لمن لا يصيد. ويجوز اقتناء السرجين وتربية الزرع به لكن يكره واقتناء الخمر المذكور في كتاب «الرهن» ينظر روضة الطالبين (٣/١٣ - ١٤).

(١) يستثنى من ذلك ما يؤكل منها كالقنفذ، والضب، وأم حبين، وكذا بيع العلق لمنفعة امتصاص الدم على الأصح.

(٢) قال الكرخي الطباء ذكور الغزلان والأنثى الغزال قال الإمام وهذا وهم فإن الغزال ولد الظبية إلى أن يشتد ويطلع قرناه قال الإمام النووي الذي قاله الإمام هو المعتمد وقول صاحب التنبيه فإن أتلف ظبياً ماخضاً قال النووي صوابه ظبية ماخضاً لأن الماخض الحامل ولا يقال في الأنثى إلا ظبية والذكر ظبي وجمعت الظبية على ظباء كركوة وركاء لأن ما كان على فعله بفتح أوله من المعتل ممدود ولم يخالف هذا إلا القرية فإنها جمعت على قرى على غير قياس فجاء مخالفاً للباب فلا يقاس عليه قاله الجوهري وتكنى الظبية أم الخشف وأم شادن وأم الطلا والطباء مختلفة الألوان وهي ثلاثة أصناف صنف يقال له الأرام وهي ظباء بيض خالصة البياض الواحد منها ريم =

والغِزْلَان<sup>(١)</sup>، ومن الجوارح كالصُّقُور<sup>(٢)</sup> والبُرْزَا والفُهود، ومن الطيور كالحَمَام والعَصَافير والعُقَاب<sup>(٣)</sup> ومنه ما ينتفع بلونه أو صوته كالطاوس والزُّرُور<sup>(٤)</sup> وكذا الفيل

= ومساكنها الرمال ويقال إنها ضأن الظباء لأنها أكثر لحوماً وشحوماً وصنف يسمى العفر والأوانها حمر وهي قصار الأعناق وهي أضعف الظباء عدواً تألف المواضع المرتفعة من الأرض والأماكن الصلبة قال الكمي:

وكنا إذا جبار قوم أردنا بكيد حملناه على قرن أعفرا

يعني نقتله ونحمل رأسه على السنان وكانت الأسنان فيما مضى من القرون وصنف يسمى الأدم طوال الأعناق والقوائم بيض البطون وتوصف الظباء بحدة البصر وهي أشد الحيوان نفوراً ومن كيس الظبي أنه إذا أراد أن يدخل كناسه يدخل مستدبراً ويستقبل بعينه ما يخافه على نفسه وخشفاً فإن رأى أن أحداً أبصره حين دخوله لا يدخل وإلا دخل ويستطيب الحنظل ويلتذ بأكله ويرد البحر فيشرب من مائه المر الزعاق قال ابن قتيبة ولد الظبية أول سنة طلا بفتح الطاء وخشف بكسر الخاء المعجمة ثم في السنة الثانية جذع ثم في الثالثة ثني ثم لا يزال ثنياً حتى يموت [ينظر حياة حيوان (١/١٢٣)].

(١) ولد الظبية إلى أن يقوى ويطلع قرناه. ينظر حياة الحيوان (٢/٢١٨).

(٢) الطائر الذي يصاد به قاله الجوهري وقال ابن سيده الصقر كل شيء يصيد من البراة والشواهين والجمع أصقر وصقور وصقورة وصقار وصقارة قال سيبويه إنما جاؤوا بالهاء في مثل هذا الجمع تأكيداً نحو بعولة والأنثى صقرة والصقر هو الأجدل ويقال له القطامي وكنيته أبو شجاع وأبو الأصبع وأبو الحمراء وأبو عمرو وأبو عمران وأبو عوان قال النووي في شرح المهذب قال أبو زيد الأنصاري المروزي يقال للبراة والشواهين وغيرهما مما يصيد صقور واحداً صقر والأنثى صقرة وزقر بإبدال الصاد زايًا وسقر بإبدالها سيناً وقال الصيدلاني في شرح المختصر كل كلمة فيها صاد وقاف فيها اللغات الثلاث كالصاق والبزاق والبساق وأنكر ابن السكيت بسق وقال إنما معناه طال قال الله تعالى والنخل باسقات أي مرتفعات].

(٣) العقاب: طائر معروف والجمع أعقب؛ لأنها مؤنثة وأفضل بناء يختص به جمع الإناث مثل عناق وأعناق وذراع وأذرع والكثير عقبان وعقاين جمع الجمع. ينظر حياة الحيوان (٢/١٥١).

(٤) بضم الزاي طائر من نوع العصفور، سمي بذلك لزرزرته أي تصويته قال الجاحظ: كل طائر قصير الجناح كالزراير والعصافير إذا قطعت رجلاه لم يقدر على الطيران، كما إذا قطعت رجل الإنسان فإنه لا يقدر على العدو، وسيأتي حكمه - إن شاء الله تعالى - في باب العين المهملة في العصفور. ينظر حياة الحيوان (٦/٢). قلت كلامه يوهم أن الزرور لا يحل أكله مع أنه حلال بلا خلاف كما ذكره في شرح المهذب قال الزركشي: مراده بالزرور ما يزداد في ثمنه لأجل صوته فيصح بيعه سواء كان يؤكل أم لا كالثعالب الذي يصوت والصدرد على أن في الكفاية عن تعليق البندنجي تحريم الزرور لأنه نوع من الغربان. واعلم أنه لا يأتي الخلاف في الجارية المغنية إذا زادت قيمتها لأجل الغناء في العصفور المصوت الزائد قيمته لأجل صوته بل يقطع فيه بالصحة لأن مباح غير مكروه بخلاف الغناء. قال الزركشي أيضاً: وعلم منه أي من قوله أو صوته جواز حبس الطيور لقصده ذلك وبه صرح القفال في فتاويه.



والهرة، وكذا القرد، فإنه يتعلم الأشياء فيعلم، ويجوز أيضاً بيع دود القز لما فيه من المنفعة، وبيع النخل في الكوارة صحيح، إن كان قد شاهد جميعها، وإلا فهو من صورة بيع الغائب، وإن باعها وهي طائرة من الكوارة، فمنهم من صحح البيع كبيع الثعم المسيية في الصخراء، وهذا ما أورده في «التتمة»، ومنهم من منعه إذ لا قدرة على التسليم في الحال، والعود غير موثوق، وهذا ما أورده في «التهديب»<sup>(١)</sup>.

والضرب الثاني: ما لا يُنتفع به فلا يجوز بيعه، كالخنافس والعقارب والحيات وكالفأزة والتَّمَل ونحوها، ولانظر إلى منافعها المعدودة في الخواص؛ فإن تلك المنافع لا تلحقها بما يبعد في العادة مالا، وفي معناها السباع التي لا تصلح للاضطهاد والقتال عليها الأسد والذئب والتَّمَر ولا نظر إلى اقتناء الملوك للهبة والسياسة، فليست هي من المنافع المعتبرة، ونقل أبو الحسن العبادي وجهاً: أنه يجوز بيع النمل؛ بـ«عسكرمُكْرَم»<sup>(٢)</sup>، لأنه يعالج به السكر، و«نصيين»<sup>(٣)</sup> لأنه تعالج به العقارب الطيارة.

(١) الأصح الصحة قاله النووي (١٥/٣).

(٢) بضم الميم، وسكون الكاف، وفتح الراء، وهو مُفْعَل من الكرامة: وهو بلد مشهور من نواحي خوزستان منسوب إلى مكرم بن معز الحارث أحد بني جَعْفُونَة بن الحارث بن ثَمِير بن عامر بن صعصعة، وقال حمزة الأصبهاني: رُسْتُبَاذ تعريب رُسْتَم كُوَاد، وهو اسم مدينة من مدن خوزستان خربها العرب في صدر الإسلام ثم اختطت بالقرب منها المدينة التي كانت مُعسكر مكرم بن معز الحارث صاحب الحجاج بن يوسف، وقيل: بل مكرم مولى كان للحجاج أرسله الحجاج بن يوسف لمحاربة خُرزاد بن باس حين عصى ولحق بإيذَج وتحصن في قلعة تعرف به، فلما طال عليه الحصار نزل مستخفياً ليلاحق بعبد الملك بن مروان فظفر به مكرم ومعه ذرتان في قلنسوته فأخذه وبعث به إلى الحجاج، وكانت هناك قرية قديمة فيها مكرم ولم يزل يبني ويزيد حتى جعلها مدينة وسمها عسكر مكرم وبها عقارب جرارات عظيمة يعالج بلذعها المفلوجون، حكى الفقيه عبد الوهاب بن محمد العسكري أن مفلوجاً من أصبهان حمل إلى عسكر مكرم، ليعالج بلذع العقارب فطرح على باب خان من الجانب الشرقي، وقد فرغت وهجرت لكثرة ما بها من الجرارات، فرأيت العليل طريحاً بها لا يمكنه أن ينقلب من جنب إلى جنب ولا أن يتكلم، فبات بها ليلة، فلما كان الغد وجدوه جالساً يتكلم فصيحاً وقام ومشى، فقال له الطبيب: انتقل الآن من هذا المكان، فإنه لذعتك واحدة أبرأتك وقام بحرارتها برد الفالج، فإن لذعتك أخرى تقتلك، فانتقل من هذا الموضع وصلح حاله. ينظر معجم البلدان (١٣٩/٤)، آثار البلاد (٢٢٢).

(٣) لَنصيين: بالفتح ثم الكسر ثم ياء علامة الجمع الصحيح، ومن العرب من يجعلها بمنزلة الجمع فيعربها في الرفع بالواو وفي الجر والنصب بالياء، والأكثر يقولون نصيين ويجعلونها بمنزلة ما لا ينصرف من الأسماء، والنسبة إليها نصيبي ونصييني، فمن قال نصييني أجراه مجرى ما لا ينصرف وألزمه الطريقة الواحدة مما ذكرنا، ومن قال نصيبي جعله بمنزلة الجمع ثم رده إلى واحدة ونسب إليه: وهي مدينة عامر من بلاد الجزيرة على جادة القوافل من الموصل إلى الشام بينها وبين سنجار تسعة فراسخ، وبينها وبين الموصل ستة أيام، وبين دُنَيْسَر يومان عشرة فراسخ، =

وعن القاضي حسين حكاية وجه في صحة بيعها لأنها طاهرة، والانتفاع بجلودها متوقع في المآل، ولا يجوز بيع الجِذَاء<sup>(١)</sup> والرَّخْمَةَ<sup>(٢)</sup> والغُرَاب، فإن كان في أجنحة بعضهما فائدة جاء فيها الوجه الذي حكاها القاضي، هكذا قاله الإمام، لكن بينهما فرق؛ لأن الجلود تدبغ فتطهر، ولا سبيل إلى تطهير الأجنحة<sup>(٣)</sup>، وفي بيع العَلَق وجهان:

أظهرهما: الجواز لمنفعة امتصاص الدَّم والسُّم إن كان يقتل بالكثرة، ويتنفع بقليله كالسُّقْمونيا والأفْيُون جاز بيعه، وإن قتل كثيره وقليله، فجواب الجمهور فيه المنع، ومال الإمام وشيخه إلى الجواز، ليدسَّ في طعام الكافر، وفي بيع الجِمَار الزُّيْن الذي لا منفعة فيه وجهان:

= وعليها سور كانت الروم بنته وأتمه أنوشروان الملك عند فتحه إياها [ينظر معجم البلدان (٥) / ٣٣٣].

(١) الحداء بكسر الحاء المهملة أخس الطير وكنيته أبو الخطاف وأبو الصلت ولا تقل حداء بفتح الحاء لأنها الفأس التي لها رأسان وقد جاء في الحديث الحديا على وزن الثريا كذا قيده الأصلي وقد جاء الحدياة بغير همز وفي بعض الروايات الحديثة بالهمزة كأنه تصغير ذكره الصاغاني قال وصواب تصغيره الحديثة بالهمز وإن ألقيت حركة الهمزة على الياء شدتها وقلت الحدية على مثال عليه وفي الحديث لا بأس بقتل الحدو.

(٢) الرخمة بالتحريك طائراً يقع يشبه النسر في الخلفة وكنيتها أم جعران وأم رسالة وأم عجيبة وأم قيس وأم كبير ويقال لها الأنوق والجمع رخم والهاء فيه للجنس قال الأعشى:

يا رخمأ قاط على مطلوب يعجل كف الخارمي المطيب

مطلوب اسم جبل والمطيب معناه الذي يطلب طيب النفس بالاستنجاء ومنه الاستطابة وتسمى الرخمة بالأنوق كما تقدم ويقال لها ذات الاسمين لذلك وهي تحمق مع تحرزها قال الكمي:

وذات اسمين والألوان شتى تحمق وهي كيسة الحويل

الحيلة وذكر عند الشعبي الروافض فقال لو كانوا من الدواب لكانوا حمرأ ولو كانوا من الطير لكانوا رخمأ من طبع هذا الطائر أنه لا يرضى من الجبال إلا بالموحش منها ولا من الأماكن إلا بأسحقها وأبعدها من أماكن أعدائه ولا من الهضاب إلا بصخورها لذلك تضرب العرب المثل بالامتناع ببيضه فيقولون أعز من بيض الأنوق كم تقدم والأنثى منه لا تمكن من نفسها غير ذكرها وتبيض بيضة واحدة وربما أنامت وهي من أم الطير وهي ثلاثة اليوم والغراب والرخمة (وحكمها) تحريم الأكل [أروى البيهقي عن عكرمة بن عباس - رضي الله تعالى عنهما - قال نهى رسول الله ﷺ عن أكل الرخمة وإسناده ليس بقوي وقال الإمام العلامة القرطبي: في تفسير آخر سورة الأحزاب كالذين آذوا موسى بقولهم أنه قتل أخاه فتكلمت الملائكة بموته ولم يعرف موضع قبره إلا الرخمة فلذلك جعله الله أصم أبكم وكذلك رواه الحاكم المستدرک وفي كتاب تواريخ الأنبياء عليهم الصلاة والسلام وقال الزمخشري إنها تقول في صباحها سبحان ربي. ينظر حياة الحيوان.

(٣) وجه الجواز الانتفاع بريشها في النبل فإنه وإن قلنا بنجاسته يجوز الانتفاع به في النيل وغيره من اليابسات. ينظر الروضة (١٦/٣).

أظهرهما: المنع، بخلاف العبد الزَّمن فإنه يتقرب بإعتاقه.  
والثاني: الجواز لغرض الجلد في المآل.

وقوله في الكتاب: «باطل» يجوز أن يعلم بالواو للوجه الذي ذكرنا في الأسد ونحوه، وأيضاً فإن صاحب «التتمة» نقل في بيع ما لا منفعة فيه لقلته وجهين، ثم في الفصل صور:

إحداها: آلات المَلَاهِي كالمزَامِير والطَّنَابِير وغيرهما، فإن كانت بحيث لا تعدُّ بعد الرُّضِّ والحلِّ مالاً، فلا يجوز بيعهما، والمنفعة التي فيها لما كانت محظورة شرعاً كانت ملحقة بالمنافع المعدومة حساً، وإن كان الرُّضَّاص يعد مالاً، ففي جواز بيعها قبل الرُّضِّ وجهان:

أحدهما: الجواز، لما فيه من المنفعة المتوقعة.

وأظهرهما: المنع؛ لأنهما على هيئة آلة الفسق ولا يقصد بها غيره، وتوسط الإمام بين الوجهين فذكر وجهاً ثالثاً وهو: أنها إن اتخذت من جواهر نفيسة صح بيعها؛ لأنها مقصودة في نفسها وإن اتخذت من خشب ونحوه فلا، وهذا أظهر عنده وتابعه المصنف في «الوسيط»، لكن جواب عامة الأصحاب المنع المطلق، وهو ظاهر لفظه هاهنا، ويدل عليه خبر جابر المَرْوِي في أول الركن.

فرع: الجارية المغنّية إذا اشتراها بألفين، ولولا الغناء لكانت لا تطلب إلا بألف حكى الشيخ أبو علي المحمودي: أفنى ببطلان البيع، لأنه بذل مال في مَغْصِيَةٍ وعن الشيخ أبي زيد: أنه إن قصد الغناء بطل، وإلا فلا.

وعن الأودنِي: أن كل ذلك استحسان، والقياس الصحة<sup>(١)</sup>.

الثانية: بيع المياه المملوكة صحيح؛ لأنه ظاهر منتفع به.

وفيه وجه: أنه لا سبيل إلى بيعه، ولا نبسط القول في المسألة بذكرها في «إحياء الموات» إن شاء الله تعالى فإن أقسام المياه من المملوك وغير مذكورة ثم وصحة البيع من تفاريع الملك.

الثالثة: إذا جوزنا بيع الماء، ففي بيعه على<sup>(٢)</sup> شطّ النهر، وبيع التراب في

(١) الأصح: قول الأودنِي. قال إمام الحرمين: هو القياس السديد. ولو بيعت بألف صح قطعاً ويجري الخلاف في كبش النطاح، والديك، والهراش، ولو باع إناء من ذهب وفضة صح قطعاً لأن المقصود الذهب فقط ذكره القاضي أبو الطيب: قال المتولي: يكره بيع الشطرنج قال: والنرد إن صلح ليأدق الشطرنج فكالشطرنج وإلا فكالمزمار. ينظر روضة الطالبين (١٦/٣).

(٢) الشط جانب الرادي والنهر.

الصحراء، وبيع الحجارة فيما بين الشُعَاب الكثيرة الأحجار وجهان نقلهما في «التُّمَّة». أحدهما: لا يجوز أنه بذل المال لتحصيله مع وجدان مثله بلا مُؤَنَّة وتعب نفسه. وأصحهما وهو المكذور في الكتاب: أنه يجوز؛ لأن المنفعة فيها يَسِيرَةٌ ظاهرة، وإمكان تحصيلها من مثله لا يَقْدَح في صحته.

الرابعة: بيع لَبَنِ الْأَدَمِيَّاتِ صحيح، خلافاً لأبي حنيفة ومالك، ولأحمد - رضي الله عنه - أيضاً في إحدى الروايتين، لنا أنه مال طاهر متفَع به فأشبهه لَبَنُ الشَّاةِ.

قال الغزالي: **الثَّالِثُ أَنْ يَكُونَ مَمْلُوكاً لِمَنْ وَقَعَ الْعَقْدُ لَهُ، فَبَيْعُ الْفُضُولِيِّ مَالِ الْغَيْرِ لَا يَقِفُ (ح) عَلَى إِجَازَتِهِ عَلَى الْمَذْهَبِ الْجَدِيدِ، وَكَذَلِكَ بَيْعُ الْغَاصِبِ وَإِنْ كَثُرَتْ تَصَرُّفَاتُهُ فِي أَثْمَانِ الْمَغْضُوبَاتِ عَلَى أَفْسِسِ الْوَجْهَيْنِ فَيُحْكَمُ بِبُطْلَانِ الْكُلِّ، وَلَوْ بَاعَ مَالَ أَبِيهِ عَلَى ظَنِّ أَنَّهُ حَيٌّ فَإِذَا هُوَ مَيِّتٌ وَالْمَبِيعُ مَلِكٌ الْبَائِعِ حُكْمٌ بِصَحَّةِ الْبَيْعِ عَلَى أَسَدِ الْقَوْلَيْنِ.**

قال الرافعي: الشرط الثالث في المبيع: كونه ملكاً لمن يقع العقد له إن كان يباشره لنفسه، فينبغي أن يكون له، فإن كان يباشره لغيره بولاية أو وكالة، فينبغي أن يكون لذلك الغير.

وقوله هنا «لا لمن وقع العقد له»، يبين أن المراد من قوله: مملوكاً للعاقِد في أول الركن ما أوضحه هاهنا.

واعلم: أن اعتبار هذا الشرط ليس متفقاً عليه، ولكنه مفرع على الأصح كما ستعرفه - إن شاء الله تعالى - هذا الفصل ثلاث:

أحدها: إذا باع مال الغير بغير إذن ولا ولاية ففيه قولان:

الجديد: أنه لاغ لما روي أنه ﷺ قال لحكيم بن حزام: «لَا تَبِيعَ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ»<sup>(١)</sup>.

وأيضاً فإن بيع الآبِقِ غير صحيح مع كونه مملوكاً له، لعدم القدرة على التسليم، فيبيع ما لا يملك ولا قدرة على تسليمه أولى.

والقديم: أنه ينعقد موقوفاً على إجازة المالك إن أجاز نفذ، وإلا لَعَا لما روي أنه ﷺ «دَفَعَ دِينَاراً إِلَى عُرْوَةَ الْبَارِقِيِّ لِيَشْتَرِيَ بِهِ شَاةً فَاشْتَرَى بِهِ شَاتَيْنِ، وَبَاعَ إِحْدَاهُمَا

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٠٣) والترمذي (١٢٣٢) والنسائي (٢٨٩/٧) وابن ماجه (٢١٨٧) والبيهقي (٢٦٧/٥)، (٣٣٩).

بِدَيْنَارٍ، وَجَاءَ بِشَاةٍ وَدَيْنَارٍ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: بَارَكَ اللَّهُ فِي صَفْقَةِ يَمِينِكَ<sup>(١)</sup> والاستدلال أنه باع الشاة الثانية من غير إذن النبي ﷺ ثم انه أجازته، ولأنه عقد له تَنْجِيزٌ في الحال فينعقد موقوفاً كالوصية، والقولان جاريان فيما لو زوج أمه الغير أو ابنته أو طلق منكوحته أو عتق عبده أو أجز داره أو وهبها بغير إذنه، ولو اشترى الفضولي لغيره شيئاً، نظر إن اشترى بغيره ما له ففيه قولان، وإن اشترى في الذمة، نظر إن أطلق ونوى كونه للغير، فعلى الجديد يقع عن المباشر، وعلى القديم يتوقف على الإجازة، فإن رد نفذ في حقه، ولو قال: اشتريت لفلان بألف في ذمتي، فالحكم كما لو اشترى بعين ماله، ولو اقتصر على قوله: «اشتريت لفلان بألف»، ولم يصف الثمن إلى ذمته، فعلى الجديد فيه وجهان:

أحدها: يلغو العقد وتُلغُو التسمية والثاني يقع العقد عن المباشر<sup>(٢)</sup> وعلى القديم: يتوقف على إجازة ذلك الغير، فإن رد ففيه وجهان، ولو اشترى شيئاً لغيره بمال نفسه، نظر إن لم يسمه وقع العقد عن المباشر سواء أذن ذلك الغير أم لا، وإن سماه نظر إن لم يأذن له لَعَتِ التسمية، وهل يقع عنه أم يبطل من أصله؟

فيه وجهان، وإن أذن له، فهل تلغو التسمية؟ فيه وجهان، إن قلنا: نعم، فيبطل من أصله أو يقع عن العاقد فيه وجهان، وإن قلنا: لا وقع عن الآذن، والثمن المدفوع يكون قرضاً أو هبة فيه وجهان.

ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب: «لا يقف على إجازته» بالميم والألف والحاء. أما الميم؛ فلأن مذهب مالك كالقول القديم، وأما الألف فلأن عن أحمد روايتين كالقولين. أما الحاء؛ فلأن مذهب أبي حنيفة كالقول القديم في البيع والنكاح.

وأما في الشراء فقد قال في صورة شراء المطلق: يقع عن جهة العاقد ولا ينعقد موقوفاً، وعن أصحابه، اختلاف فيما إذا سمي الغير، وشرط الوقف عند أبي حنيفة أن يكون للعقد تَنْجِيزٌ في الحال مالكاً كان أو غير مالك حتى لو أعتق عبد الطفل أو طلق امرأته لا يتوقف على إجازته بعد البلوغ، والمعتبر إجازة من يملك التصرف عند العقد، حتى لو باع مال الطفل فبلغ وأجاز لم ينفذ، وكذا لو باع مال الغير ثم ملكه وأجاز.

قال الشيخ أبو محمد: ولا نخالف في ذلك أبا حنيفة إذا فرعنا على القديم.

وذكر إمام الحرمين: أن العراقيين لم يعرفوا القول القديم في المسألة وقطعوا بالبطلان وهذا إن استمر اقتضى إعلام قوله «على المذهب الجديد» بالواو، وإنما أتوقف

(١) أخرجه أبو داود (٣٣٨٤، ٣٣٨٥) والترمذي (١٢٥٨) وابن ماجه (٢٤٠٢).

(٢) قال في «المهمات» الأصح وقوعه عن المباشر كما ذكر ذلك الراجعي في «باب الوكالة».

فيه، لأن الذي ألقته في كتب العراقيين الاقتصار على ذكر البطلان<sup>(١)</sup> لا نفى الخلاف المذكور والمفهوم من إطلاق لفظ القطع في مثل هذا المقام، وفرق بين أن لا يذكر الخلاف وبين أن لا يبقى.

**المسألة الثانية:** لو غصب أموالاً وباعها وتصرف في أثمانها مرة بعد أخرى ففيه

قولان:

**أصحهما:** البطلان<sup>(٢)</sup>.

**والثاني:** للمالك أن يجيزها ويأخذ الحاصل منها، وصورة المسألة وما فيها من القولين قريبة من الأولى، ويزاد فيها عُسر تتبع العقود الكثيرة بالنقض والإبطال ورعاية مصلحة المالك، وعلى هذا الخلاف يبنى الخلاف في أن الغاصب إذا ربح في المال المغصوب يكون الربح له أو للمالك على ما سيأتي في «باب القراض» وغيره - إن شاء الله تعالى -.

**الثالثة:** لو باع مال أبيه على ظن أنه حي وهو فضولي فَبَانَ أنه كان ميتاً يومئذ،

وأن المبيع ملك للعاقدة ففيه قولان:

**أصحهما:** أن البيع صحيح لصدوره من المالك، ويخالف ما لو أخرج دراهم، وقال: إن مات مورثي فهذا زكاة ما ورثته، وكان قد ورث لا يجزئه؛ لأن الثبوت لا بد منها في الزكاة، ولم تُبَيِّن نيته على أصل، وفي البيع لا حاجة إلى النية.

**الثاني:** أنه باطل؛ لأن هذا العقد وإن كان منجزاً في الصورة فهو في المعنى معلق، والتقدير: إن مات مورثي فقد بعته، وأيضاً فإنه كالعابث عند مباشرة العقد لا اعتقاده أن المبيع لغيره، ولا يبعد تشبيه هذا الخلاف بالخلاف في أن بيع الهازل هل ينعقد؟ وفيه وجهان، والخلاف في بيع التلجئة وصورته: أن يخاف غصب ماله أو الإكراه على بيعه فيبيعه من إنسان بيعاً مطلقاً، ولكن توافقاً قبله على أنه لدفع الشر لا على حقيقة البيع، وظاهر الذهب: انعقاده، وفيه وجه، ويجري الخلاف فيما إذا باع العبد على ظنه أنه أبق أو مكاتب، فإذا هو قد رجع أو فسخ الكتابة، ويجري أيضاً فيما

(١) قال النووي: قد ذكر هذا القديم من العراقيين، المحاملي في «اللباب» والشاشي، وصاحب «البيان»، ونص عليه في «البويطي»، وهو قوي، وإن كان الأظهر عند الأصحاب هو الجديد. ينظر روضة الطالبين (١٨/٣).

(٢) صورة المسألة: أن يكون التصرف في عين المغصوب، فإما لو اشترى في الذمة ثم سلم المغصوب عما التزم صح قطعاً. قيل ولا يحسن قول المهمات محلها يعني القولين إذا تصرف في العين وإن باع في الذمة وربح، فالربح للغاصب في الجديد لأن الكلام في صحة وما ذكره خلاف في الربح بعد الجزم بالصحة.

إذا زوج أمة أبيه على ظن أنه حي ثم بان موته، هل يصح النكاح؟

فإن صح فقد نقلوا وجهين فيما إذا قال: إن مات أبي فقد زوجتك هذه الجارية، وبهذا يضعف توجيه قول البطلان بأنه وإن كان منجزاً في الصورة فهو معلق في المعنى، لأننا لا نجعل هذا التعليق مفسداً، وإن صرح به على رأي فما ظنك بتقديره.

واعلم: أن القولين في المسائل الثلاث يعبر عنهما بقولي وقف العقود، وحيث قال المصنف في الكتاب: «ففيه قولاً وقف العقود» أراد به هذين القولين، وإن لم يذكر هذا اللقب هاهنا وإنما سمي بالوقف؛ لأن الخلاف آيل إلى أن العقد هل ينعقد على الوقف أم لا؟ فعلى قول: ينعقد في المسألتين موقوفاً على الإجازة أو الرد وفي الثانية: موقوفاً تبين على الموت أو الحياة، وعلى قول: لا ينعقد موقوفاً بل يبطل، ثم ذكر الإمام أن الصحة ناجزة على قول الوقف، لكن الملك لا يحصل إلا عند الإجازة، وأن الوقف يطرد في كل عقد يقبل الاستنابة كالمبايعات والإيجارات والهبات والعنق، والطلاق والنكاح وغيرها.

قال الغزالي: **الرابع** أن يكون مقدوراً على تسليمه فلا يصح بيع الأبق والضال والمغضوب، وإن قدر المشتري على انتزاعه من يد الغاصب دون البائع صح على أسد الوجهين، ثم لهُ الخيار إن عجز، ويصح حمام البرج نهاراً اعتماداً على العود لئلا لا يصح على أصح الوجهين.

قال الرافعي: **الشرط الرابع**: القدرة على التسليم<sup>(١)</sup>، ولا بد منها ليخرج العقد عن أن يكون بيع غرر ويوثق بحصول العوض، ثم فوات القدرة على التسليم قد يكون من حيث الحس، وقد يكون من حيث الشرع، وصور هذا الفصل من الضرب الأول وهي ثلاث:

**أحدها**: بيع الضال والأبق<sup>(٢)</sup> باطل عرف موضعه أو لم يعرف؛ لأنه غير مقدور

(١) قال ابن الرفعة: الصواب التعبير بالتسلم بضم اللام؛ لأن التسليم فعل البائع وسيأتي في بيع المغضوب أن قدرة البائع ليست شرطاً ويكفي قدرة المشتري.

(٢) فائدة: قال الأزهري: الضال لا يقع إلا على الحيوان إنساناً أو غيره، والأبق لا يطلق على العبد إلا إذا كان ذهابه من غير خوف ولا كد في العمل، فإن كان كذلك فهو هارب، كذا ذكره الثعالبي في كتاب «سر اللغة» في آخر الفصل الثالث من الباب الثالث. ويقال: أبق العبد يابق على وزن ضرب يضرب، وعلى وزن علم يعلم. قال في التوسط: قال الإمام في الأساليب اختلف أئمتنا في بيع الأبق في مسألتين:

الأولى: إذا أبق عبده فقال له قائل أعتقه عني بألف فأجابه.

على تسليمه في الحال هذا هو المشهور، قال الأئمة: ولا يشترط في الحكم بالبطلان اليأس من التسليم، بل يكفي ظهور التعذر، وأحسن بعض الأصحاب فقال: إذا عرف مكانه وعلم أنه يصل إليه إذا رام الوصول فليس له حكم الأبق.

الثانية: إذا باع الملك ماله المغصوب نظر إن كان يقدر على استرداده وتسليمه صح البيع، كما يصح بيع الوديعة والعارية وإن لم يقدر نظر إن باعه ممن لا يقدر على انتزاعه من يد الغاصب لم يصح لما سبق<sup>(١)</sup> وإن باعه ممن يقدر على انتزاعه منه ففي صحة البيع وجهان:

أحدهما: لا يصح؛ لأن البائع يجب عليه التسليم وهو عاجز.

وأصحهما: الصحة؛ لأن المقصود وصول المشتري إلى المبيع، وعلى هذا إن علم المشتري حقيقة الحال فلا خيار له، ولكن لو عجز عن الانتزاع لضعف عرض له أو قوة عرضت للغاصب فله الخيار<sup>(٢)</sup>، وفيه وجه آخر أشار إليه الإمام، وإن كان جاهلاً عند العقد فله الخيار؛ لأن البيع لا يلزمه كلفة الانتزاع.

وقوله في الكتاب: «ثم له الخيار إن عجز» المراد منه حالة العلم؛ لأن عند الجهل لا يشترط العجز في ثبوت الخيار، ويجوز أن يعلم بالواو للوجه المشار إليه.

ولو باع الأبق ممن يسهل عليه رده، ففيه الوجهان المذكوران في المغصوب، ويجوز تزويج الأبقة والمغصوبة وإعتاقهما، وذكر في البيان: أنه لا يجوز كتابة المغصوب؛ لأن الكتابة تقتضي مكنة التصرف وهو ممنوع منه.

= والثانية: إذا اشترى رجل أباه الأبق أو ولده ففي صحة البيع وجهان. قال صاحب التوسط: والأشبه الصحة فيهما وهو ظاهر في الأولى فيما إذا أراد عتقه تطوعاً لا عن كفارته ويشبه أن يلتحق بما ذكره ما لو اشترى من شهد بعته ورداً ومن كان أقر بحريته.

(١) يستثنى البيع الضمني كما لو قال أعتق عبدك عني بكذا فإنه يصح كما هو مذكور في باب كفارة الظهار ولا خفاء أنه لو باعه من الغاصب نفسه صح كما جزم به الرافعي في باب الشركة وقال ابن الرفعة هنا أنه لا يعرف فيه خلافاً. قاله البكري.

(٢) قال ابن الرفعة: لو كانت قدرة المشتري تحتاج إلى مؤنة ينبغي إبطال العقد وهو ظاهر وعن فتاوي القفال أنه لو قال المشتري عند الحاكم كنت أظن أنني أقدر على قبضه والآن لا أقدر عليه فيحلف ويحكم بأن البيع لم يتعقد وأما إن قال: كنت أقدر عليه لكن حدث بيني وبينه عداوة فذلك لا أقدر عليه حلف المشتري فسخ البيع ولم يتبين أن العقد لم يتعقد. وقال ابن الرفعة: لا خلاف أن البيع لا يبطل بطريان العجز. نعم إن انكشف الحال على أن المشتري كان عاجزاً حين العقد كالبائع فهل يتبين بطلان العقد يتجه تخريجه على ما لو باع صبرة على ظن أنها على أرض مستوية فبان تحتها دكة فهل يبطل العقد لاختلاف الظن أو يثبت الخيار، فيه اختلاف.



الثالثة: لا يجوز بيع السمك في الماء والطير في الهواء، وإن كان مملوكاً له لما فيه من العَرَر، ولو باع السمك في بركة لا يمكنها الخروج منها، نظر إن كانت صغيرة يمكن أخذها من غير تعب ومشقة صح بيعها لحصول القدرة، وإن كانت كبيرة لا يمكن أخذها إلا باحتمال تعب شديد، ففيه وجهان أوردهما ابنُ سُرَيْج فيما رأيت له من جوابات «جامعه الصغير» وغيره:

أظهرهما: المنع، وبه قال أبو حنيفة كبيع الأبق، وبدل عليه ما روى عن ابن مسعود أنه قال: «لَا يَشْتَرِي السَّمَكَةَ فِي الْمَاءِ، فَإِنَّهُ عَرَزٌ، وَقَدْ نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنِ بَيْعِ الْعَرَزِ».

وهذا كله فيما إذا لم يمنع الماء رؤية السمك فإن منع الرؤية لكدورته فهو على قولي بيع الغائب، إلا أن لا يعلم قلة السمك وكثرتها وشيئاً من صفاتها فيبطل لا محالة، وبيع الحمام في البُرج على التفصيل المذكور في البركة، ولو باعها وهي طائرة اعتماداً على عادة عودها بالليل، ففيه وجهان كما ذكرنا في التُّحل:

أصحهما على ما ذكره في الكتاب: المنع، وبه قال الأكثرون إذ لا قدرة في الحال، وعودها غير موثوق به إذ ليس لها عقلٌ باعث<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي: وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ نَضْفٍ مِنْ سَيْفٍ أَوْ نَضْفٍ قَبْلَ التَّفْصِيلِ؛ لِأَنَّ التَّفْصِيلَ يَنْقُضُهُ وَالْبَيْعُ لَا يُوجِبُ نَقْضَانَ غَيْرِ الْمَبِيعِ، وَيَصِحُّ بَيْعُ ذِرَاعٍ مِنْ كِرْيَاسٍ لَا يَنْقُضُ بِالْفَضْلِ عَلَى الْأَصْحِ، وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ مَا عَجَزَ عَنْ تَسْلِيمِهِ شُرْعاً وَهُوَ الْمَرْهُونُ، وَإِذَا جَنَى الْعَبْدُ جَنَابَةً تَفْتَضِي تَمَلُّقَ الْأَرْضِ بِرَقَبَتِهِ صَحَّ بَيْعُهُ عَلَى أَقْوَى الْقَوْلَيْنِ وَكَانَ التَّزَاماً لِلْفِدَاءِ لِأَنَّهُ لَمْ يَخْجُزْ عَلَى نَفْسِهِ فَيَقْدِرُ عَلَى مَا لَا يَقْوَتْ حَقَّ الْمَجْنُونِ عَلَيْهِ ثُمَّ لِلْمَجْنُونِ عَلَيْهِ خِيَارُ الْفَسْخِ إِنْ عَجَزَ عَنِ اخْتِارِ الْفِدَاءِ.

قال الرافعي: في الفصل ثلاث مسائل:

إحداها: لو باع نصفاً أو ربعاً أو جزءاً آخر شائعاً من سيف أو إناء أو نحوهما فهو صحيح، وذلك الشيء مشترك بينهما.

(١) قال النووي: ولو باع ثلجاً أو جمداً وزناً، وكان ينماع إلى أن يوزن، لم يصح على الأصح، وسيأتي هذا - إن شاء الله تعالى - في المسائل المنتورة في آخر كتاب الإجارة. - والله أعلم - أي في شرح الرافعي ولا تصحيح فيها فيه وهل تبطل ابتداء أو حتى ينماع. قال في الخادم: ولها شبهة في مسألة الصلاة وقد بقي من مدة الخف قليل. انتهى وكلام الروضة كالصريح أو صريح في أنه تبطل ابتداء.

ولو عيّن نصفاً أو ربعاً وباعه لم يصح؛ لأن التسليم لا يمكن إلا بالقطع والكسر، وفيه نقص وتضييع للمال، ولو باع ذراعاً فصاعداً من ثوب نظر إن لم يعيّن الذراع فسنذكره من بعد - إن شاء الله تعالى -، وإن عيّن نظر إن كان الثوب نفيساً ينقص ثمنه بالقطع، فهل يصح البيع؟ فيه وجهان حكاهما ابن الصَّبَّاح وغيره:

أحدهما: نعم - وبه قال صاحب «التقريب» - كما لو باع ذراعاً معيناً من أرض أو

دار.

وأظهرهما: وهو الذي أورده الشيخ أبو حامد وحكاه صاحب «التلخيص» عن نصح: لا؛ لأنه لا يمكن التسليم إلا باحتمال التَّقْصَانِ والضَّرَرِ، وفرقوا بينه وبين الأرض بأن التَّمْيِيزَ في الأرض يحصل بالعلامة بين التَّصْيِيتَيْنِ من غير ضرر، ولمن نصر الأول أن يقول: قد تتضيق مَرَاتِقُ البُقْعَةِ بالعلامة وتنقص القيمة، فوجب أن يكون الحكم في الأرض على التَّفْصِيلِ أيضاً.

واعترض ابن الصَّبَّاح على معنى الضَّرَرِ بأنهما إذا رضيا به واحتملاه وجب أن يصح البيع، كما يصح بيع أحد زوجي الخُفِّ وإن نقص تفريقهما من قيمتهما، والقياس طرد الوجهين في صورة السَّيفِ والإِنَاءِ؛ لأن المعنى لا يختلف، وإن كان الثوب مما لا ينقص بالفصل والقطع كالكَرْبَاسِ الصَّفِيقِ، فقد حكى صاحب الكتاب وشيخه فيه وجهين:

أصحهما: وهو الذي أورده الجمهور: أنه يصح، لزوال المعنى المذكور.

والثاني: المنع؛ لأن التفصيل لا يَخْلُو عن تغيير لغير المبيع، وهذا فيما أورده الإمام، واختيار صاحب «التلخيص»، وكان سببه إطلاق لفظه في «التلخيص» بعد ذكر لو باع ذراعاً من الأرض قال: ولو قال ذلك في الثوب، لم يجز قاله نصاً، وأيضاً قال في «المفتاح» من ثوب ذراعاً على أن يقطعه لم يَجُزْ بحال، إلا أن الأكثرين حملوا كلامه على الثوب الذي ينقص بالفصل، ولو باع جزءاً معيناً من جدار أو أُسْطُوَانَةٍ، نظر إن كان فوقه شيء لم يجز؛ لأنه لا يمكن تسليمه إلا بهدم ما فوقه، وإن لم يكن نظر إن كان قطعة واحدة من طين أو خشب أو غيرهما لم يجز، وإن كان من لَبْنٍ أو أَجْرٍ هكذا أطلقت في «التلخيص»، وهو محمول عند الأئمة على ما لو جعل في النهاية شق نصف من الأَجْرِ واللَّبْنِ دون أن يجعل المقطع نصف سمكها، وفي تجويز البيع إذا كان من لَبْنٍ أو أَجْرٍ إشكال، وإن جُعل النهاية ما ذكره من وجهين:

أحدهما: أن موضع الشَّقِّ قطعة واحدة من طين أو غيره، فالفصل الوارد عليه

وارد على ما هو قطعة واحدة.

**والثاني:** هَبَّ أنه ليس كذلك لكن رفع بعض الجدار ينقص قيمة الباقي، وإن لم يكن قطعة واحدة فليفسد البيع، ولهذا قالوا: لو باع جذعاً في بناء لم يصح؛ لأن الهدم يوجب نقصان، فأى فرق بين الجذع والأجر، وكذا لو باع فصاً في خاتم، وذكر بعض الشارحين لـ«المفتاح» في تفاريع هذه المسألة: أنه لو باع داراً إلا بيتاً في صدرها لا يلي شارعاً ولا ملكاً له على أنه لا ممر له في المبيع لا يصح البيع، وهذا باب في فتحه بعد، ويتأكد بمثله المثل إلى الوجه الذي نصره ابن الصباغ.

**المسألة الثانية:** لا يصح بيع المرهون بعد الإقباض وقَبْلَ الانفِكَاك<sup>(١)</sup> لأنه عاجز عن تسليمه شرعاً لما فيه من تفويت حق المرتهن.

**الثالثة:** الجناية الصادرة من العبد قد تقتضي المال، إما متعلقاً برقبته أو بدمته، وقد تقتضي القصاص، وموضع تفصيله غير هذا، فإن أوجبت المال متعلقاً بدمته لم يقدح ذلك في البيع بحال، وإن أوجبه متعلقاً برقبته، فهل صح بيعه؟ نظر إن باعه بعد اختيار الفداء فنعم، هكذا أطلقه في «التهذيب»<sup>(٢)</sup> وإن باعه قبله وهو معسر فلا لما فيه من إبطال حق المجني عليه، ومنهم من طرد الخلاف الذي ذكره في المؤسّر، وحكّم بثبوت الخيار للمجني عليه إن صح، وإن كان موسراً فطريقان:

**أصحهما:** أن المسألة على قولين:

**أصحهما:** أنه لا يصح البيع؛ لأن حق المجني عليه متعلق به فمنع صحة بيعه كحق المرتهن في المرهون بل أولى، لأن حق المجني عليه أقوى، ألا ترى أنه إذا جنى العبد المرهون تقدم حق المجني عليه على حق المرتهن.

(١) صورة المسألة أن يبيعه لغير مرتهنه فإن باعه لمرتهنه وتردد الشيخ أبو محمد فيما إذا أوجب الراهن أولاً. قال الأذوعي: واعلم أن توقف البيع على إذن المرتهن ليس على إطلاقه كما سنوضحه في باب - إن شاء الله تعالى - ونعجل أنه لو جنى المرهون والأرض يصير تبع منه بقدره وإن تعذر بيع بعضه أو نقص بالتبعض يبيع كله وما فضل يكون رهناً. أعلم أن هذه المسألة قد أعادها المصنف في «باب الرهن» مستوفاة فراجعها منه.

(٢) الأصح أن السيد إذا اختار الفداء لا يلزمه لأنه وعد مجرد فالذي في التهذيب إنما يتجه إذا قلنا إن الفداء يلزم ونبه عليه جماعة منهم الشيخ الإمام السبكي وغيره. واعلم أن محل المنع كما قال في الخادم إذا باعه لغير المجني عليه فإن باعه للمجني عليه بالأرض فإن جهلاً أو أحدهما عدد الإبل الواجبة إرشاداً أو أسنانها لم يصح الشراء وإن علماه ولم يبق إلا الجهل بأوصافها ففي صحة الشراء الخلاف في مصالحة المجني عليه عن إبل الدية على مال كذا قاله الرافعي في الفروع المشورة قبيل كتاب الديات. وقال في البحر: هناك المنصوص صحة البيع كالمرهون من مرتهنه، وقال أبو إسحاق: لا يجوز بيعه قطعاً. انتهى. وإطلاق النص يقتضي الصحة مطلقاً سواء باعه بغير أرض الجناية أم بأرضه.

والثاني وبه قال أبو حنيفة وأحمد والمُزني: أنه يصح لأن هذا الحق تعلق به من غير اختيار المالك، فلا يمنع صحة البيع كحق الزكاة ويخالف المرهون، لأنه بالرهن منع نفسه من التصرف وهاهنا لم يعقد عقداً، ولم يحجز نفسه عن التصرف، وفي «التتمة» أن بعض أصحابنا خرج قولاً ثالثاً وهو أن البيع موقوف، فإن فداه نفذ وإلا فلا.

والطريق الثاني: القطع بالمنع كما في المرهون.

التفريع: إن لم نصحح البيع فالسيد على خيرته، إن شاء فداه، وإلا سلمه لبيع في الجناية، وإن صححنا فالسيد مختار للفداء ببيعه مع العلم بجنانيته فيجبر على تسليمه، لأنه بالبيع فوت محل حقه فأشبه ما لو أعتقه أو قتله، وبهذا قال أبو حنيفة.

وفيه وجه: أنه ليس مختاراً للفداء، بل هو على خيرته إن أفدى أمضى البيع وإلا فسخ، وعلى الأول وهو المذهب لو تعذر تحصيل الفداء، أو تأخر لإفلاسه أو غيبته، أو صبره على الحبس فسخ البيع، وبيع في الجناية لأن حق المجني عليه أقدم من حق المشتري، هذا إذا أوجبت الجناية المال بأن كانت خطأ أو شبه عمد، أو كانت واردة على الأموال، وكذا الحكم لو أوجبت القصاص، لكن المستحق عفاً على مال ثم فرض البيع.

فأما إذا أوجبت القصاص ولا عفو فطريقان:

أحدهما: طرد القولين وبه قال ابنُ خَيْرَانَ، ومن القائلين بهذه الطريقة من بنى القولين على أن موجب العمد ماذا؟ إن قلنا: موجب القود المحض صح ببيعه كبيع المرتد، وإن قلنا: موجب أحد الأمرين فهو كبيع المرهون.

وأصحهما: القطع بالصحة لبقاء المالية بحالها، وتوقع الهلاك كتوقع موت المريض المشرف على الموت، وإذا وقع السؤال عن بيع العبد الجاني مطلقاً، فالجواب فيه ثلاث طرق:

أحدها: أنه إن كانت الجنائية موجبة للقصاص فهو صحيح، وإن كانت موجبة للمال فقولان:

والثاني: إن كانت موجبة للمال فهو غير صحيح، وإن كانت موجبة للقصاص

فقولان:

والثالث: طرد القولين في الحالتين، ولو أعتق السيد العبد الجاني، نظر إن كان معسراً فأصح القولين: أنه لا ينفذ، وإن كان موسراً ففي نفوذه ثلاثة أقوال:

أصحهما: النفوذ.

وثانيها: أنه موقوف إن فداه نفذ، وإلا فلا. ومنهم من قطع بالنفوذ إذا كان

موسراً، وبعدم التَّفُؤْذ إذا كان معسراً بخلاف المرهون والفرق أما عند اليسار فلأنه بسبيل من نقل حق المجني عليه إلى ذمته باختيار الفداء، فإذا اعتق انتقل الحق إلى ذمته، وفي الرهن بخلافه.

وأما عند الإعسار فلأن حق المجني عليه متعلق بالرقبة، ولا تعلق له بذمة السيد، وفي حق المرتهن متعلق بهما جميعاً، فنفوذ الإعتاق هاهنا يبطل الحق بالكلية، وفي الرهن غايته قطع أحد التَّعْلِقِينَ واستيلاد الجانية كإعتاقها، ومتى فدا السيد العبد الجاني يفديه بأقل الأمرين من الأرش، وقيمة العبد أو بالأرض بالغاً ما بلغ فيه خلاف يأتي في موضعه - إن شاء الله تعالى - والأصح الأول<sup>(١)</sup>.

وأما لفظ الكتاب فقد عرفت بما أقيت عليك من الشرح أن قوله: «ولا يصح بيع نصف من سيف» معناه: بيع نصف معين، وكذا قوله: «بيع ذراع من كِرْبَاس»، ولفظ التَّنْضُل لا يختص بالسَّهْم، ألا ترى أن صاحب «الصحاح» يقول في تعريفه: والتَّنْضُل نصل السَّهْم والسَّيْف والسُّكَيْن والرُّمَح.

وقوله: «الْفَضْل ينقصه والبيع لا يوجب نقصان غير المبيع، أراد به أن التسليم لا يحصل إلا بالتفصيل والقطع والتسليم لا بد منه، فلو صححنا البيع، وألزمناه القطع كان هذا إلزام تنقيص فيما ليس مبيعاً، وهذه عبارة صاحب «النهاية»، ثم نظم الكتاب قد يوهم خروج هذه المسألة عن صور العجز الشرعي، بل حصر العجز الشرعي في المرهون؛ لأنه ذكر المسألة، ثم قال: ولا يصح بيع ما عجز عن تسليمه شرعاً وهو المرهون، لكنه عدها في «الوسيط» من صورة، وقال: البيع لا يلزم تنقيص عن المبيع، والشرع قد يمنعه منه إذا كان فيه إسْرَاف.

وقوله: «جناية تعلق الأرض برقبته»، يجوز أن يقرأ تعلق - بفتح التاء واللام - ويجوز أن يقرأ «تعلق» على إيقاع فعل التعليق على الجناية.

وقوله: «صح بيعه على أقوى القولين» ترجيح لقول الصحة، لكن الشافعي - رضي الله عنه - نص على القولين في «المختصر»، وصرح باختيار المنع، وبه قال طبقات الأصحاب، ثم يجوز أن يعلم ذكر الخلاف بالواو للطريقة القاطعة بالمنع، وكذا قوله: «وكان التزاماً للفداء للوجه الذي سبق ذكره».

(١) ولو ولدت الجارية، لم يتعلق الأرش بالولد قطعاً، ذكره القاضي أبو الطيب في «نماء الرهن» ينظر الروضة (٢٣/٣). وكذا ذكره هنا في «باب الرهن» ولفظه لنا القياس على ولد الجانية فإن الأرش لا يتعلق به بالاتفاق وتعرض له أيضاً في كتاب النكاح وقد نص عليه الشافعي في الأم في جناية المدبر.

وقوله: «لأنه لم يحجر على نفسه...» إلى آخره إشارة إلى الفرق بينه وبين المرهون.

قال الغزالي: الخامس: العلم وليكن المبيع معلوم العين، والقدر، والصفة، أما العين فالجهل به مبطل، ونعني به أنه لو قال: بعت منك عبداً من العبيد (ح) أو شاة من القطيع بطل (ح)، ولو قال: بعت صاعاً من هذه الصبرة وكانت معلومة الصيعان صح ونزل على الإشاعة وإن كانت مجهولة الصيعان لم يصح على اختيار القفال لتعذر الإشاعة ووجود الإبهام، وإبهام ممر الأرض المبيعة كإبهام نفس المبيع، ويصح بيت من دار دون حق الممر جائز على الأصح.

قال الرافعي: الشرط الخامس: كون المبيع معلوماً<sup>(١)</sup> ليعرف أنه ما الذي ملك بإزاء ما بذل فينفي الغرر، ولا شك أنه لا يشترط العلم به من كل وجه، فبين ما يعتبر العلم به وهو ثلاثة أشياء: عين المبيع، وقدره، وصفته.

أما العين: فالقصد به أنه لو قال: «بعت عبداً من العبيد، أو أحد عبدي، أو عبيدي هؤلاء أو شاة من هذا القطيع» فهو باطل، هكذا لو قال: بعتهم إلا واحداً ولم يعين المستثنى، لأن المبيع غير معلوم، ولا فرق بين أن تتقارب قيم العبيد، والشيء أو تتباعد، ولا بين عدد من العبيد وعدد، ولا بين أن يقول على أن تختار أيهم شئت، أولاً يقول، ولا إذا قال: ذلك بين أن يقدر زمان الاختيار أو لا يقدر. وعن أبي حنيفة: أنه إذا قال: بعتك أحد عبدي أو عبيدي الثلاثة على أن تختار من شئت في ثلاثة أيام أو دونها صح العقد، وأغرب المتولي فحكى عن القديم قولاً مثله، ووجهه بأن الشرع

(١) يستثنى صور:

أحدها: اختلاط حمام برج ببرج آخر وباع أحدهما ماله لصاحبه فإنه يصح على الأصح وكذا البيع لثالث في هذه الصورة بشرط أن يعلم كل واحد قيمة ملكه أو يتصالحا على قدر.

ثانيها: بيع صاع من صبرة مجهولة الصيعان فإن المبيع واحد مبهم.

ثالثها: إذا باع المال الزكوي بعد الوجوب وقبل إخراج الزكاة فالأصح بطلانه في قدر الزكاة وصحته في الباقي وهو غير معين.

رابعها: إذا أعار أرضاً للبناء والغراس ثم رجع واتفق على بيع الأرض والبناء والغراس بثمن واحد فالمذهب القطع بالصحة للحاجة.

خامسها: بيع الفقاع في كورة والشرب من السقاء وشرب الدابة من الحوض.

سادسها: أرض بين اثنين لا يعلم أحدهما مقدار حقه منها فباعا جميعها من رجل ثم عرف نصيبه. قال الروياني في الفروع المنشورة آخر الباب: يصح إذا جوزنا تفريق الصفقة لأن ما تناوله البيع لفظاً معلوم. قال: وفي كلام الأصحاب ما يدل عليه.

أثبت الخيار في هذه المدة بين العوضين ليختار هذا الفسخ أو هذا الإمضاء، فجاز أن يثبت له الخيار بين عبيدين، وكما تتقدر نهاية الاختيار بثلاث تتقدر نهاية ما يتخير به من الأعيان بثلاثة، ولا يخفى ضعف هذا التوجيه، ووجه المذهب القياس على ما إذا زاد العبيد على ثلاثة، ولم يجعل له الاختيار لو زاده على الثلاث، أو فرض ذلك في الثياب والدواب وغير العبيد من الأعيان وعلى النكاح فإنه لو قال: أنكحتك إحدى ابنتي أو بناتي لا يصح النكاح، ولو لم يكن له إلا عبد واحد فحضر في جماعة من العبيد، وقال السيد: بعثك عبيدي من هؤلاء والمشتري يراهم، ولا يعرف عين عبده فحكمه حكم بيع الغائب قال في «التتمة».

وقال صاحب «التهذيب»: عندي هذا البيع باطل، لأن المبيع غير متعين وهو الصحيح، ثم قال في الفصل مسألتان:

أحدهما: في بيع صاع من الصبرة، والرأي أن يقدم عليهما فصلان:

أحدهما: أن بيع الجزء الشائع من كل جملة معلومة<sup>(١)</sup> من أرض ودار وعبد وصبرة وثمرة وغيرها صحيح، نعم لو باع جزءاً شائعاً من شيء بمثله من ذلك الشيء، كما إذا كان بينهما نصفين فباع هذا نصفه بنصف ذاك فوجهان:

أحدهما: أنه لا يصح البيع، لأنه لا فائدة فيه.

وأصحهما: الصحة لاجتماع الشرائط المرعية في العقد، وله فوائد:

منها: لو ملكا أو أحدهما نصيبه بالهبة من أبيه انقطع ولأبيه الرجوع. ومنها: لو ملكه الشراء ثم أطلع بعد هذا التصرف على عيب لم يملك الرد على بائعه.

ومنها: لو ملكته صداقاً، وطلّقها الزوج قبل الدخول لم يمكن له الرجوع فيه.<sup>(٢)</sup>

ولو باع الجملة واستثنى منها جزءاً شائعاً فهو صحيح أيضاً.

مثاله: أن يقول: بعثك ثمرة هذا الحائط إلا ربعها أو قدر الزكاة منها، ولو قال: بعثك ثمرة هذا الحائط بثلاثة آلاف درهم إلا ما يخص ألفاً، فإن أراد ما يخصه إذا وزع عن الثمرة على المبلغ المذكور صح، وكان استثناء الثلث، وإن أراد ما يساوي ألفاً عند التقويم فلا لأنه مجهول.

(١) التغيير بالمعلومة لعل المراد بالمرتبعة وإلا فلا حاجة القيد.

(٢) ولو باع نصفه بالثلث من نصف صاحبه، ففي صحته الوجهان: أصحهما: الصحة ويصير بينهما أثلاثاً، وبهذا قطع صاحب «التقريب»، واستبعده الإمام، وقد ذكر الإمام الرافعي هذه المسألة في كتاب «الصلح». ينظر الروضة (٢٤/٣).

**الفصل الثاني:** لو باع ذراعاً من أرض أو دار أو ثوب ينظر إن كانا يعلمان جملة ذرعانها، كما إذا باع ذراعاً، والجملة عشرة فالبيع صحيح، وكأنه قال: بعث العشر قال الإمام: إلا إن يقين يعني فيفسد كقوله: شاة من القطيع، ولو اختلفا فقال المشتري: أردت الإشاعة فالعقد صحيح، وقال البائع: بل أردت معيناً فقيمن يصدق؟ احتمالات<sup>(١)</sup> وذكر أيضاً تخريج وجه في فساد العقد، وإن لم نعن بالذراع معيناً، وستعرف كيفيته - إن شاء الله تعالى - وإن كانا لا يعلمان أو أحدهما ذرعان الدار والثوب لم يصح البيع؛ لأن أجزاء الأرض والثوب تتفاوت غالباً في المنفعة والقيمة والإشاعة متعذرة.

وعن أبي حنيفة: أنه لا يصح البيع سواء كانت الذرعان معلومة أو مجهولة ذهاباً إلى أن الذراع اسم بقعة مخصوصة فيكون البيع مبهماً، ولو وقف على طرف الأرض وقال: بعثك كذا أذراعاً من موقفي هذا في جميع العرض إلى حيث ينتهي في الطول صح البيع في أحد الوجهين.

إذا عرفت الفصلين فنقول: إذا قال: بعثك صاعاً من هذه الصبرة بكذا فله حالتان:

أحدهما: أن يعلم مبلغ صيغان الصبرة فالعقد صحيح، ونقل إمام الحرمين في تنزيهه خلافاً للأصحاب، منهم من قال: المبيع صاع من الجملة مشاع، أي صاع كان، لأن المقصود لا يختلف، فعلى هذا يبقى المبيع ما بقي صاع، وإذا تلف بعض الصبرة لم يتسقط على المبيع وغيره.

ومنهم من نزل الأمر على الإشاعة وقال: إذا كانت الصبرة مائة صاع فالمبيع عشر العشر، وعلى هذا لو تلف بعض الصبرة تلف بقدره من المبيع، هذا ما أورده الجمهور في هذه الحالة ومنهم صاحب الكتاب.

والثانية: أن لا يعلم أو أحدهما مبلغ صيغانها، ففي صحة البيع وجهان:

أحدهما: وهو اختيار القفال: أنه لا يصح؛ لأن المبيع غير معين ولا موصوف فأشبهه ما لو باع ذراعاً من أرض أو ثوب وجملة الذرعان مجهولة، أو باع صاعاً من ثمرة النخل.

والثاني: هو للحكاية عن نصح: أنه صحيح والمبيع صاع منها أي صاع كان حتى لو تلف جميعها سوى صاع واحد تعين العقد فيه، والبائع بالخيار بين أن يسلم من أعلى الصبرة أو من أسفلها، وإن لم يكن الأسفل مرثياً؛ لأن رؤية ظاهر الصبرة كروية

(١) أرجحهما البائع.



كلها<sup>(١)</sup>، ويفارق صورة الاستشهاد؛ لأن أجزاء الصبرة الواحدة لا تختلف غالباً بخلاف تلك الصورة. قال المعتبرون: والوجه الثاني أظهر في المذهب، ولكن القياس الأول؛ لأنه لو فرق صِينَعَانِ الصُّبْرَةِ وقال: بعثك واحداً منها لم يصح، فما الفرق بين أن تكون متفرقة أو مجتمعة، وأيضاً لأنه لو قال: بعثك هذه الصبرة إلاّ صاعاً منها لا يصح العقد، إلاّ أن تكون الصُّبْرَانِ معلومة، ولا فرق بين استثناء المعلوم من المجهول واستثناء المجهول من المعلوم في كون الباقي مجهولاً، وفيما جُمِعَ من فتاوى القفال: أنه كان إذا سُئِلَ عن هذه المسألة يفتي بالوجه الثاني مع ذهابه إلى الأول، ويقول المستفتي يستفتي عن مذهب الشافعي - رضي الله عنه - لا عما عندي، ثم ذكر الأئمة للخلاف في المسألة مأخذين.

أحدهما: حكوا خلافاً في أن علة بطلان البيع فيما إذا قال: بعث عبداً من العبيد ماذا؟ فمن قائل: علته العَرَرُ مع سهولة الاجتناب عنه، ومن قائل: علته أنه لا بد للعقد من مورد يتأثر به كما في التُّكَّاحِ، قالوا: والخلاف الذي نحن فيه مبني عليه، فعلى الثاني لا يصح وعلى الأول يصح، إذ لا عَرَرٌ لتساوي أجزاء الصُّبْرَةِ والثاني: قال الإمام: هو مبني على الخلاف في تنزيل العقد عند العلم بالصُّبْرَانِ، إن قلنا: المبيع ثم مشاع في الجملة فالبيع باطل لتعذر الإشاعة.

وإن قلنا: المبيع صاعٌ غير مشاع فهو صحيح هاهنا أيضاً، وهذا البناء لا يسلم عن النزاع لما ذكرنا أن الجمهور نزلوه في صورة العلم على الإشاعة مع جعلهم الأظهر هاهنا الصحة فكأنهم نزلوه على الإشاعة إن أمكن، وإلاّ قالوا: المبيع صاع أي صاع كان لاستواء الغرض. ثم ادّعى الإمام أن من لا يرعى الجزئية والإشاعة يحكم ببطلان البيع فيما إذا باع ذراعاً من أرض معلومة الدَّرْعَانِ، وهذا هو الوجه الذي سبقت الإشارة إليه، ولم أر له ذكراً إلاّ في كتابه.

المسألة الثانية: قوله: وإبهام ممرّ الأرض المبيعة كإبهام نفس المبيع، صورتها أن يبيع أرضاً محفوفة بملكه من جميع الجهات، وشرط أن للمشتري حق الممرّ إليها من جانب ولم يعين، فالبيع باطل؛ لأن الأغراض تتفاوت باختلاف الجوانب، ولا يؤمن إفضاء الأمر إلى المنازعة، فجعلت الجهالة في الحقوق كالجهالة في المعقود عليه.

أما إذا عين الممرّ من جانب فيصح البيع، وكذا لو قال: بعثكها بحقوقها، وثبت

(١) وأما الاستدلال الأول بأنه لو فرقت صيعانها فباع صاعاً لم يصح، فهكذا قطع به الجمهور، وحكى صاحب «المهذب» في تعليقه من الخلاف عن شيخه القاضي أبي الطيب صحة بيعه لعدم الغرر والصحيح. المنع. ينظر الروضة (٢٦/٣).

للمشتري حق الممر من جميع الجوانب، كما كان ثابتاً للبائع قبل البيع، وإن أطلق البيع ولم يتعرض للممر ففي المسألة وجهان:

أظهرهما: أن مطلق البيع يقتضي حق الممر لتوقف حق الانتفاع عليه، فعلى هذا البيع صحيح، كما لو قال: بعتكها بحقوقها.

والثاني: أنه لا يقتضيه، لأنه لم يتعرض له، فعلى هذا هو كما لو نفى الممر وفيه وجهان:

أحدهما: أن البيع صحيح لإمكان التدرج إلى الانتفاع بتحصيله ممراً.

وأصحهما عند الإمام وغيره: البطلان لتعذر الانتفاع بها في الحال، ولو أن الأرض المبيعة كانت ملاصقة للشارع، فليس للمشتري طروق ملك البائع، فإن العادة في مثلها الدخول من الشارع فينزل الأمر عليها، ولو كانت ملاصقة لملك المشتري فلا يتمكن من المرور فيما أبقاه البائع لنفسه بل يدخل فيه من ملكه القديم، وأبدى الإمام احتمالاً قال: وهذا إذا أطلق البيع، أما إذا قال: «بحقوقها» فله المرور في ملك البائع، وصاحب الكتاب رجح من وجهي مسألة نفى الممر وجه الصحة، لكن الأكثرين على ترجيح مقابله، وتوسط في «التهديب» فقال: إن أمكن اتخاذ ممر من جانب صح البيع، وإلا فلا، ولو باع داراً، واستثنى لنفسه بيتاً فله الممر، وإن نفى الممر نظر إن أمكن اتخاذ ممر آخر صح، وإن لم يمكن فوجهان، ووجه المنع ما قدمناه عن شارح «المفتاح»<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي: **أَمَّا الْقَدْرُ فَالْجَهْلُ بِهِ فِيمَا فِي الذِّمَّةِ ثَمناً أَوْ مُثَمناً مُبْطِلٌ كَقَوْلِهِ: بَعْتُ بِرِزَّةٍ هَذِهِ الصَّنَجَةَ، وَلَوْ قَالَ: بَعْتُكَ هَذِهِ الصَّنَجَةَ كُلَّ صَاعٍ بِدِرْهَمٍ صَحَّ (ح)، وَإِنْ كَانَتْ مَجْهُولَةً الصَّنِيعَانِ، لِأَنَّ تَفْصِيلَ الثَّمَنِ مَعْلُومٌ وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ جُمْلَتَهُ، وَالغَرَرُ يَنْتَفِي بِه، فَإِنْ كَانَ مُعَيَّناً فَالْوَزْنُ غَيْرُ مَشْرُوطٍ بَلْ يَكْفِي عِيَانُ صُنْبَرَةِ الحِنْطَةِ وَالدَّرَاهِمِ، فَإِنْ كَانَ تَحْتَهَا دَكَّةٌ تَمْنَعُ تَخْمِينَ الْقَدْرِ فَيُخْرِجُ عَلَى قَوْلِي بَيْعِ الغَائِبِ لِاسْتِوَاءِ الغَرَرِ، وَقَطَعَ بَعْضُ الْمُحَقِّقِينَ بِالبُطْلَانِ لِغُسْرِ إِبْتَاتِ الخِيَارِ مَعَ جَرَيَانِ الرُّؤْيَةِ.**

قال الرافعي: المبيع قد يكون في الذمة وقد يكون معيناً، والأول: هو السلم<sup>(٢)</sup>، والثاني: وهو المشهور باسم البيع، والضمن فيهما جميعاً قد يكون في الذمة، وإن كان

(١) أصحهما البطلان كمن باع ذراعاً من ثوب ينقص بالقطع.

(٢) هذا إذا كان بلفظ السلم، فإن كان بلفظ البيع خاصة كان قال: اشتريت منك ثوباً صفته كذا بهذه الدراهم فهو بيع على الأصح عند الشيخين كما سيأتي في كتاب السلم.

يشترط في السلم التسليم في مجلس العقد، وقد يكون معيناً، فما كان في الذمة من العوضين، فلا بد وأن يكون معلوم القدر حتى لو قال: بعتك ملء هذا البيت<sup>(١)</sup> حنطة «أو بزنة هذه الصنجة ذهباً» لم يصح البيع، وكذا لو قال: «بعث هذا بما باع به فلان فرسه أو ثوبه» وهما لا يعلمانه أو أحدهما، لأنه غرر يسهل الاجتناب عنه.

وحكى وجه أنه يصح لإمكان الاستكشاف وإزالة الجهالة، فصار كما إذا قال: بعتك هذه الصبرة كل صاع منها بدرهم يصح البيع، وإن كانت الجملة مجهولة في الحال نقله في «التتمة».

وذكر بعضهم: أنه إذا حصل العلم قبل التفريق صح البيع، ولو قال: بعتك بمائة دينار إلا عشرة دراهم لم يصح، إلا أن يعلما قيمة الدينار بالدراهم<sup>(٢)</sup>.

ولو قال: بعتك بألف من الدراهم والدينانير لم يصح؛ لأن قدر كل واحد منهما مجهول، وعن أبي حنيفة: أنه يصح.

وإذا باع بدراهم أو دينانير فلا بد من العلم بنوعهما، فإن كان في البلد نقد واحد أو نقود، ولكن الغالب التعامل بواحد منها انصرف العقد إلى المعهود، وإن كان فلوساً<sup>(٣)</sup> إلا أن يعين غيره، وإن كان نقد البلد مخشوشاً فقد ذكرنا وجهين في صحة التعامل به في «كتاب الزكاة» إلا أنا خصصنا الوجهين بما إذا كان مقدار الثقرة مجهولاً، وربما نقل العراقيون الوجهين على الإطلاق، ووجهوا المنع بأن المقصود غير مميز عما ليس بمقصود، فأشبه ما لو ثيب اللبن بالماء ويبيع فإنه لا يصح، وكيف ما كان فالأصح الصحة، وإذا فرعنا عليه أنصرف العقد عند الإطلاق إليه، وحكى صاحب «التتمة» وجهاً ثالثاً في التعامل بالدراهم المغشوشة وهو: أنه إن كان الغش غالباً لم يجز، وإن كان مغلوباً فيجوز، وأدعى أن هذا مذهب أبي حنيفة واختيار القاضي الحسين، ولو باع شيئاً بدراهم مغشوشة ثم بان أن نقرتها يسيرة جداً فله الرد، وعن أبي الفياض تخريج وجهين فيه، وإن كان في البلد نقودان أو نقود مختلفة، وليس بعضها أغلب من بعض فالبيع

(١) وكلامه يشعر أنه لو لم يكن المعقود عليه في الذمة في هذين المثالين بأن قال: بعتك ملء هذا البيت من هذه الحنطة أو برته هذه الصنجة من هذا الذهب أنه يصح وهو كذلك على الصحيح كما ذكره في الروضة في باب السلم. انتهى وهو كما قال: إلا أنه عبر بالكوز.

(٢) ينبغي ألا يكفي علمهما بالقيمة، بل يشترط معه قصدهما استثناء القيمة. وذكر صاحب «المستظهر» فيما إذا لم يعلم حال العقد قيمة الدينار بالدراهم، ثم علما في الحال طريقتين: أصحهما: لا يصح كما ذكرنا.

والثاني: على وجهين. ينظر الروضة (٢٧/٣).

(٣) كلامه يقتضي أن الفلوس من جملة النقود وهو وجه في باب الربا إذا راجت.

باطل حتى يعين، وتقويم المُتلفات يكون بغالب نقد البلد، فإن كان في البلد نقدان فصاعداً ولا غالب عين القاضي واحداً للتقويم.

ولو غلب من جنس العرض نوع، فهل ينصرف الذكر إليه عند الإطلاق؟ فيه وجهان: المحكي عن أبي إسحاق: أنه ينصرف كما ذكرنا في العقد..

قال في «التتمة» وهو المذهب: ومن صورته أن يبيع صاعاً من الحنطة بصاع منها، أو بشعير في الدمة ثم أحضر قبل الفرق.

وكما ينصرف العقد إلى التقد الغالب ينصرف في الصفات إليه أيضاً حتى لو باع بدينار أو بعشرة، والمعهود في البلد الصّحاح انصرف العقد إليه، وإن كان المعهود المكسرة فكذا.

قال في «البيان»: إلا أن تتفاوت قيم المكسرة فلا يصح، وعلى هذا القياس لو كان المعهود أن يوجد نصف الثمن من هذا والتصف من ذاك، أو أن يوجد على نسبة أخرى فالبيع صحيح محمول عليه.

وإن كان يعهد التعامل بهذا مرة وبهذا مرة ولم يكن بينهما تفاوت صح البيع، ويسلم ما شاء منهما، وإن كان بينهما تفاوت بطل البيع، كما لو كان في البلد نقدان غالبان وأطلق. ولو قال: بعث بألف صحاح ومكسرة فوجهان:

أظهرهما: أنه يبطل، لأنه لم يبين قدر كل واحد منهما.

والثاني: يصح ويحمل على التنصيف، ويشبه أن يكون هذا الوجه جارياً فيما إذا قال بألف ذهباً وفضة<sup>(١)</sup> ولو قال: بعث بدينار صحيح فجاء بصحيحين وزنهما مثقال فعليه القبول؛ لأن الغرض لا يختلف بذلك، ولو جاء بصحيح وزنه مثقال ونصف قال في «التتمة»: عليه قبوله والزيادة أمانة في يده، والحق أنه لا يلزمه القبول لما في الشركة من الضرر.

وقد ذكر صاحب «البيان» نحواً من هذا، ولكن إن تراضيا عليه جاز، وحينئذ لو أراد أحدهما كسره وامتنع الآخر لم يجبر عليه لما في هذه القسمة من الضرر.

ولو باع نصف دينار صحيح وشرط أن يكون مدوراً جاز إن كان يعم وجوده، وإن لم يشرط فعليه شق وزنه نصف مثقال، فإن سلم إليه صحيحاً أكثر من نصف مثقال وتراضياً على الشركة فيه جاز.

ولو باعه شيئاً بنصف دينار صحيح ثم باعه شيئاً آخر بنصف دينار صحيح، فإن

(١) لا جريان له هناك والفرق كثرة التفاوت بين الذهب والفضة فيعظم الغرر.

سَلِمَ صحيحاً عنهما فقد زاده خيراً، وإن سلم قطعتين وزن كل واحدة نصف دينار جاز، وإن شرط في العقد الثاني تسليم صحيح عنهما فالعقد الثاني فاسد والأوّل ماض على الصّحة، إن جرى الثاني بعد لزومه، وإلّا فهو إلحاق شرط فاسد بالعقد في زمان الخِيَار، وسيأتي حكمه.

ولو باع بنقد قد انقطع عن أيدي الناس فهو باطل لعدم القدرة على التّسليم، وإن كان لا يوجد في تلك البلدة ويوجد في غيرها، فإن كان الثمن حالاً أو مؤجلاً إلى مدة لا يمكن نقله فهو باطل أيضاً، وإن كان مؤجلاً إلى مدة يمكن نقله صح، ثم إن حلّ الأجل وقد أحضره فذاك، وإلّا فيبني على أن الاستبدال عن الثمن هل يجوز؟ إن قلنا: لا فهو كما لو انقطع المسلم فيه.

وإن قلنا: نعم فيستبدل ولا يفسخ العقد.

وفيه وجه: أنه يفسخ، وإن كان يوجد في البلد إلا أنه عزيز. فإن قلنا: يجوز الاستبدال عن الثمن صحّ العقد، فإن وجد فذاك وإلّا تبادلاً وإن قلنا: لا لم يصح.

ولو كان القدر الذي جرى به التّعامل موجوداً ثم انقطع، إن جوزنا الاستبدال تبادلاً، وإلّا فهو كانقطاع المسلم فيه.

ولو باع شيئاً بنقد معين أو مطلقاً، وحملناه على نقد البلد، فأبطل السلطان ذلك النقد لم يكن للبائع إلّا ذلك النقد، كما لو أسلم في حنطته فرخصت ليس له غيرها.

وفيه وجه آخر: أنه مخير إن شاء، أجاز العقد بذلك النّقد، وإن شاء فسّخه، كما لو تعيب المبيع قبل القبض، وعن أحمد: أنه يجب تسليم النقد الجديد بالقيمة.

وإذا وقفت على هذه المسائل فاعلم: أن صاحب الكتاب لما ذكر أن العلم بقدر العوض لا بد منه إذا كان في الذمة احتاج إلى بيان مسألة هي كالمستثناة عن هذه القاعدة، وهي أنه لو قال: بعثك هذه الصُّبْرَةَ كل صاع بدرهم يصح العقد، وإن كانت الصُّبْرَةَ مجهولة الصُّنْعَانِ وقدر الثمن مجهولاً، وبه قال مالك وأحمد، وكذا الحكم لو قال: بعثك هذه الأرض أو هذا الثوب، كل ذراع بدرهم أو هذه الأغنام، كل واحدة بدينار.

وقال أبو حنيفة: إذا كانت الجملة مجهولة صح البيع في مسألة الصُّبْرَةَ، وفي قَفِيرٍ واحد دون الباقي.

وفي مسألة الأرض والثوب لا يصح في شيء، وهذا ما حكاه القاضي ابن كَجَّج عن أبي الحسين في الصور كلها، وجه الصحة: أن الصُّبْرَةَ مشاهدة، والمشاهدة كافية في الصحة على ما سنذكره، ولا يضر الجهل بمبلغ الثمن؛ لأن تفصيله معلوم، والغَرَرُ

يرتفع به، فإنه يعلم أقصى ما تنتهي إليه الصُّبْرَة، وقد رغب فيها على شرط مقابلة كل صَاع بدرهم كما كانت.

ولو قال: بعتك عشرة من هؤلاء الأغنام بكذا لم يصح، وإن علم عدد الجملة بخلاف مثله في الصُّبْرَة والأرض والثوب؛ لأن قيمة الشاة تختلف، فلا يدري كم العشرة من الجملة؟ كذا ذكره في «التهذيب» وقياس ما قدمناه من عدم الصحة، فيما إذا باع ذراعاً من ثوب أو من أرض مجهولة الذرعان تعليلاً بأن أجزاء الأرض والثوب تختلف، أو يكون قوله: بعتك كذا ذراعاً من الأرض وهي معلومة الذرعان، كقوله: بعتك كذا عدداً من هذه الأغنام وهي معلومة العدد فليسوا بينهما في الصحة أو عدمها.

ولو قال: بعتك من هذه الصُّبْرَة كل صاع بدرهم لم يصح؛ لأنه لم يبيع جميع الصُّبْرَة، ولا بين المبيع منها، وعن ابن سُرَيْج: أنه يصح في صاع واحد، كما لو قال: بعتك قَفِيزاً من الصُّبْرَة بدرهم، ولو قال: بعتك هذه الصبرة بعشرة دراهم كل صاع بدرهم، أو قال مثله في الثوب والأرض، نظر إن خرج كما ذكر صح البيع، وإن خرج زائداً أو ناقصاً فقولان: قال في «التهذيب»: أصحهما: أنه لا يصح البيع، لأنه باع جملة الصُّبْرَة بالعشرة بشرط مقابلة كل صاع منها بدرهم، والجمع بين هذين الأمرين عند الزيادة والتقصان محال.

والثاني: أنه يصح لإشارته إلى الصُّبْرَة ويلغى الوصف، وعلى هذا إن خرج ناقصاً للمشتري الخيار، فإن أجاز فيجوز بجميع الثمن لمقابلة الصبرة به أو بالقسط لمقابلة صبرة كل صاع بدرهم، فيه وجهان، وإن خرج زائداً فلمن تكون الزيادة؟ فيه وجهان: أظهرهما: أنها للمشتري، لأن جملة الصُّبْرَة مبيعة منه، فعلى هذا لا خيار له، وفي البائع وجهان:

أصحهما: أنه لا خيار له أيضاً؛ لأنه رضي ببيع جميعها.

والثاني: أن الزيادة للبائع، وعلى هذا لا خيار له، وفي المشتري وجهان:

أصحهما: ثبوت الخيار إذا لم يسلم له جميع الصبرة.

هذا ما نذكره الآن في أحد القسمين، وهو أن يكون العوض في الذمة، فأما إذا كان معيناً فلا يشترط معرفة قدره بالوزن والكيل حتى لو قال: بعتك هذه الدراهم أو هذه الصُّبْرَة صح، ويكفي عيَانُ الدراهم والصبرة ربطاً للعقد بالمشاهدة، نعم حكوا قولين في أنه هل يكره بيع الصبرة جُزْأً<sup>(١)</sup>.

(١) أظهرهما يكره وقطع به جماعة وكذا البيع بعبارة الدراهم مكروهة.

وعن مالك: إن علم البائع قدر كيلها لم يصح البيع حتى يبينه، وحكى إمام الحرمين عنه أنه لا بد من معرفة المقدار، فلا يصح بيع الصبرة جزافاً ولا بالدرهم جزافاً، ولو كانت الصبرة على موضع من الأرض فيه ارتفاع وانخفاض، أو باع السمن ونحوه في طرف مختلف الأجزاء دقة وغلظاً، فقد حكى المصنف في «الوسيط» ثلاث طرق، وقضية إيراد الإمام الاقتصار على الأول والثالث.

أظهرهما: وبه قال الشيخ أبو محمد: أن في صحة البيع قولي بيع الغائب؛ لأن انخفاض الأرض وارتفاعها وغلظ الطرف ودقته يمنع تخمين القدر، وإذا لم يفد العيان إحاطة كان كعدم العيان في احتمال العَرَر.

والثاني: القطع بالبطلان؛ لأننا إذا صححنا بيع الغائب أثبتنا فيه الخيار عند الرؤية، والرؤية حاصلة هاهنا فيبعد إثبات الخيار معها، ولا سبيل إلى نفيه لمكان الجهالة، وهذان الطريقتان هما المذكوران في الكتاب، والطريقة الثانية ضعيفة، وإن نسبت إلى المحققين؛ لأن الصفة والمقدار مجهولان في بيع الغائب، ومع ذلك خرجناه على قولين، فكيف نقطع بالبطلان هاهنا مع معرفة بعض الصفات بالرؤية؟ فإن قلنا بالصحة فوق إثبات الخيار هاهنا معرفة مقدار الصبرة أو التمكن من تخمينه برؤية ما تحتها.

والطريق الثالث: نقله الإمام عن رواية الشيخ أبي علي في «مهذب الكبير»: القطع بالصحة، ذهباً إلى أن جهالة المقدار غير جائزة بعد المشاهدة، فإن فرعنا على البطلان فلو باع الصبرة والمشتري يظن أنها على استواء الأرض ثم بأن تحتها دكة، هل يتبين بطلان العقد؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم وبه قال الشيخ أبو محمد لأننا تبينا بالآخرة أن العيان لم يفد علماً. وأظهرهما: لا، ولكن للمشتري الخيار تنزيلاً لما ظهر منزلة الغيب والتدليس، - هذا ما أورده صاحب «الشامل» وغيره - ولو قال: بعتك هذه الصبرة إلا صاعاً، فإن كانت معلومة الصبيغان صح، وإلا فلا وبه قال أبو حنيفة.

وقال مالك: يصح، وإن كانت مجهولة الصبيغان، واحتجوا للمذهب بما روي «أن النبي ﷺ نهى عن الثنيا في التبع»<sup>(١)</sup>.

ثم اختلفوا في وجه الاحتجاج، فذكر الماوردي في «الحاوي»: أن المراد من الخبر: الصورة التي نحن فيها.

(١) أخرجه مسلم (١٥٣٦) والترمذي (١٢٩٠) والنسائي (٢٩٦/٧) وابن حبان، وذكره الهيثمي في الموارد (١١١٤).

وقال قائلون: الخبر ينفي احتمال الاستثناء مطلقاً، فإن ترك العمل به في موضع وجب ألا يترك هاهنا - والله أعلم - .

قال الغزالي: **أَمَّا الصُّفَّةُ فَمِنَ اشْتِرَاطِ مَعْرِفَتِهَا بِالْعَيْنِ قَوْلَانِ، أَحْتَارَ الْمُزْنِيَّ الْأَشْتِرَاطَ وَأَبْطَلَ بَيْعَ (ح م) مَا لَمْ يَرَهُ وَشِرَاءَهُ وَلَعَلَّهُ أَصَحُّ الْقَوْلَيْنِ، وَفِي الْهَبَةِ قَوْلَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوْلَى بِالصُّحَّةِ، وَعَلَى الْقَوْلَيْنِ يُخْرَجُ شِرَاءُ الْأَعْمَى؛ لِأَنَّهُ يُقَدَّرُ عَلَى التَّوَكُّيلِ بِالرُّؤْيَةِ وَالْفَسْخِ عَلَى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ، وَنَصَحَ سَلْمُ الْأَعْمَى اعْتِمَاداً عَلَى الْوَضْفِ، وَكَذَلِكَ الْأَكْمَةُ إِلَّا عَلَى رَأْيِ الْمُزْنِيِّ فَإِنَّهُ أَوْلَى كَلَامِ الشَّافِعِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَلَى غَيْرِ الْأَكْمَةِ.**

قال الرافعي: في الفصل مسائل:

إحداها: في بيع الأعيان الغائبة والحاضرة التي لم تر قولان، قال في القديم وفي «الإملاء» والصفرف من الجديد: إنه صحيح، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد لما روي أنه ﷺ قال: «مَنْ اشْتَرَى شَيْئاً لَمْ يَرَهُ فَلَهُ الْخِيَارُ إِذَا رَأَاهُ»<sup>(١)</sup> ومعلوم أن الخيار إنما يثبت في العقود الصحيحة؛ ولأنه عقد مُعَاوَضَةٌ فلم يكن من شرطه رؤية المعقود عليه كالنكاح.

وقال في «الأم» والبويطي: لا يصح، وهو اختيار المزني، ووجهه أنه بيع غَرَرٍ، وقد «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنِ بَيْعِ الْغَرَرِ»<sup>(٢)</sup>.

ولأنه بَيْعٌ مَجْهُولُ الصُّفَّةِ عِنْدَ الْعَاقِدِ حَالِ الْعَقْدِ فَلَمْ يَصِحْ بِيَعِهِ، كَمَا لَوْ أَسْلَمَ فِي شَيْءٍ وَلَمْ يَصْفِهِ، وَاشْتَهَرَ الْقَوْلُ الْأَوَّلُ بِالْقَدِيمِ وَالثَّانِي بِالْجَدِيدِ، وَاخْتَلَفُوا فِي مَحَلَّتَيْهِمَا عَلَى طَرِيقَيْنِ:

أصحهما: عند ابن الصَّبَّاحِ وصاحب «التتمة» وغيرهما: أن القولين مُطْرَدَانِ فِي الْمَبِيعِ الَّذِي لَمْ يَرَهُ الْمُتَبَايِعَانِ كِلَاهُمَا، وَفِيمَا لَمْ يَرَهُ أَحَدُهُمَا.

والثاني: أن القولين فيما إذا شاهده البائع دون المشتري، أما إذا لم يشاهده البائع فالبيع باطل قولاً واحداً؛ لأن الأختتاب عن هذا الغرر سهل على البائع، فإنه المالك والمتصرف في المبيع، ومنهم من جعل البيع أولى بالصحة؛ لأن البائع معرض عن الملك والمشتري محصل له فهو أجدر بالأختياط، وهذا يوجب خروج طريقة ثالثة وهي: القطع بالصحة إذا رآه المشتري، وتخصيص الخلاف فيما إذا لم يره، وفي

(١) أخرجه الدارقطني (٤/٣ - ٥) والبيهقي (٥/٢٦٨) وقال الدارقطني باطل.

(٢) أخرجه مسلم (١٥١٣) عن أبي.



«البيان» إشارة إلى هذه الطريقة الثالثة، والقولان في شراء الغائب وبيعه يجريان في إجارته، وفيما إذا أجز غائبة أو صالح عليها، أو جعلها رأس مال السلم في مجلس العقد، ولو أصدقها عيناً غائبة أو خالها عليها أو عفا عن القصاص على عين غائبة صحَّ النكاح، وحصلت البيئونة وسقط القصاص، وفي صحة المسمى القولان، فإن لم يصح وجب مهر المثل على الرجل في النكاح وعلى المرأة في الخلع، ووجب الدية على المعفو عنه، ويجريان أيضاً في هبة الغائب ورهنه، وهما أولى بالصحة؛ لأنهما ليسا من عقود المُعَاتَبَات، بل الرهن والواهب مَعْبُوثَان لا محالة، والمُرْتَهَن والمُتَّهَب مرتفقان لا محالة، ولهذا قيل: إنا إذا صححناهما فلا خيار عند الرؤية إذ لا حاجة إليه.

الثانية: إذا لم نجوز شراء الغائب وبيعه لم يجز بيع الأعمى وشراؤه، وإن جَوَزناه فوجهان:

أظهرهما: أنه لا يجوز أيضاً، والفرق أنا إذا جَوَزنا شراء الغائب ثبت فيه خيار الرؤية، وهانئ لا سبيل إلى إثبات خيار الرؤية إذ لا رؤية، فيكون كبيع الغائب على شَرَط أن لا خيار.

والثاني: أنه يجوز، ويقام وصف غيره له مقام رؤيته، كما تقام الإشارة مقام النطق في حق الأخرس وبهذا قال مالك وأبو حنيفة وأحمد وقد يعبر عما ذكرنا بأن يقال في بيعه وشراؤه طريقان:

أحدهما: أنه على قولي شراء الغائب.

والثاني: القطع بالمنع، وبنى يَأْتُونَ هذين الطريقتين على أنه هل يجوز للبصير إذا صححنا منه شراء الغائب أن يوكل غيره بالرؤية وبالفسخ، أو الإجازة على ما يستصوبه؟ وفيه وجهان.

أظهرهما: أنه يجوز كالتوكيل في خيار العيب وخيار الحلف.

والثاني: لا يجوز؛ لأن هذا الخيار مربوط بإرادة من له الخيار، ولا تعلق له بعرض ولا وصف ظاهر، فأشبه ما لو أسلم الكافر على عشر نسوة ليس له أن يوكل بالاختيار، فإن صححنا التوكيل خرج بيعه وشراؤه على قولي شراء الغائب، وإلاً قطعنا بالفساد؛ لأنه لو صح لتمكن منه جهالة لا نزول، ولما أفضى الأمر إلى قرار، وإذا قلنا: لا يصح بيع الأعمى وشراؤه، فلا يصح منه الإجازة والرهن والهبة أيضاً، وهل له أن يكتب عبده؟ قال في التهذيب: لا.

وقال في التتمة: المذهب أن له ذلك تغليبا للعتق، ويجوز له أن يؤجر نفسه وللعبد الأعمى أن يشتري نفسه وأن يقبل الكتابة على نفسه؛ لأنه لا يجهل نفسه ويجوز

له أن ينكح وأن يزوج موليته تفريراً على أن العمى غير قَادِح في الولاية، والصدّاق عين مال لم يثبت المسمّى، وكذلك لو خالغ الأعمى على مال، وأما إذا أسلم في شيء أو باع سَلماً إليه فينظر إن عمي بعد ما بلغ سن التَّمييز، فهو صحيح، لأن السلم يعتمد الأوصاف، وهو - والحالة هذه - مميز بين الألوان ويعرف الأوصاف، ثم يوكل من يقبض عنه على الوصف المشروط، وهل يصح قبضه بنفسه؟ فيه وجهان:

أصحهما: لا، لأنه لا يميز بين المستحق وغيره، وإن كان أكمّه أو عمي قبل ما بلغ سن التَّمييز فوجهان:

أحدهما: أنه لا يصح سلمه، لأنه لا يعرف الألوان ولا يميز بينها، وبهذا قال المُرزَبِي، ويحكى عن ابن سريج وابن خَيْرَان وابن أَبِي هُرَيْرَةَ أيضاً، واختاره صاحب «التهذيب». وأصحهما عند العراقيين وغيرهم ويحكى عن أَبِي إِسْحَاق المُرُوزِي، وبه أجاب في الكتاب: أنه يصح؛ لأنه يعرف الصفات والألوان بالسَّماع، ويتخيل فرقاً بينهما، فعلى هذا إنما يصح إذا كان رأس المال موصوفاً غير معين في المجلس.

أما إذا كان معيناً فهو كبيع العَيْن الغائبة. وكل ما لا نصحه من الأعمى من التصرفات فسييله أن يوكل عنه، ويحتمل ذلك للضرورة<sup>(١)</sup> - والله أعلم -.

ولترجع إلى ما يتعلّق بلفظ الكتاب من الفوائد.

قوله: «الصفة...» إلى قوله: «فأبطل بيع ما لم ير وشراءه»، جواب على طريقة طَرْد القولين في البيع والشراء وهو الأشهر.

قوله: «ولعله أصح القولين» إنما فرض القول فيه، لأن طائفة من أصحابنا مالوا إلى قول التصحيح وأفتوا به، وقد تابعهم صاحب التهذيب والرويانى عليه.

وعن الخُضْرِي: أنه كان لا يجزم بالفساد إذا سئل عن بيع الغائب، بل يقول: إن لم يصح الخبر فالقياس فساده.

وقوله: «على القولين»: يخرج شراء الأعمى مصيراً إلى طرد القولين في شراء الأعمى، وليكن معلماً بالواو للطريقة القاطعة بالمنع، وإليها ذهب الأكثرون وقوله: «إنه يقدر على التوكيل» إشارة إلى ما سبق من مضي الطريقتين، وجعله الصّحّة أصح الوجهين غير منازع فيه، لكن ذهاب الأكثرين إلى القطع بالمنع يُشَوِّش ذلك البناء، لأن قياس ترجيح وجه الصّحّة يرجح طريقة القولين.

(١) لو كان الأعمى رأى شيئاً مما لا يتغير. صح بيعه وشراؤه إياه إذا صححنا ذلك من البصير وهو المذهب. ينظر الروضة (٣/٣٢).

وقوله: «فإنه أول كلام الشافعي - رضي الله عنه - على غير الأكمه» أراد به أن الشافعي - رضي الله عنه - أطلق القول في جواز سلم الأعمى، فقال المُرْنِي في «مختصر سننه»: أن يكون أراد الشافعي - رضي الله عنه - لمعرفتي بلفظ الأعمى الذي عرف الألوان قبل أن يعنى، وأما من خَلِقَ أعمى فإنه لا معرفة له بالألوان وحكم بفساد سلمه.

قال الغزالي: التفریح: إن شَرَطْنَا الرُّؤْيَةَ فَالرُّؤْيَةَ السَّابِقَةَ كَالْمَقَارَنَةِ (و) فِيمَا لَا يَتَغَيَّرُ غَالِبًا، وَلَيْسَ أَسْتَقْصَاءُ الوُصْفِ كَالرُّؤْيَةِ عَلَى الْأَظْهَرِ، وَرُؤْيَةُ بَعْضِ الْمَبِيعِ كَافِيَةٌ إِنْ دَلَّ عَلَى الْبَاقِي لِكُونِهِ مِنْ جَنْبِهِ أَوْ كَانَ ضَوَانًا لَهُ خِلْقَةً كَقَشِيرِ الرُّمَانِ وَالْبَيْضِ.

قال الرفاعي: لما فرغ من ذكر القولين في شراء الغائب والصّور المُلْحَقَة به أراد أن يفرع عليها، فعد في هذا الفصل فروعاً على قولنا باشتراط الرُّؤْيَة، وفي الفصل الذي يليه فروعاً على القول المقابل له. فأما فروع هذا الفصل الذي ذكرها فهي ثلاثة:

أحدها: لو اشترى غائباً رآه قبل العقد نظر إن كان ممّا لا يتغير غالباً كالأراضي والأواني والحديد والتُّحَاس، ونحوها، أو كان لا يتغير في المدة المتخلّلة بين الرُّؤْيَة والشراء صح العقد لحصول العلم الذي هو المقصود<sup>(١)</sup>.

(١) قال الشيخ الأسنوي في المهمات: صورته أن يخلط الأنموذج بالصبرة قبل البيع فإن أدخله في البيع ولم يدخله في الصبرة فيكون بمنزلة عينين رأى أحدهما. ذكره البغوي في الفتاوى، وهو متعين لا شك فيه. قال الأذري: واعلم أن لفظ الفتاوى إذا أخرج كفاً من جوائق وباعه ما في الجوائق جوزة الشيخ القفال وهو قول أبي حنيفة - رحمه الله - ولم يجوزه أصحابنا لأن المبيع غير المرمي ولو باع الكف مع ما في الجوائق لا يخلو إما إن يرد إليه ثم باعه أو لم يرد، فإن رد إليه ثم باعه فهو كما لو باعه شيئاً رأى بعضه دون بعض ولا يكون كصبرة رأى بعضها لأنه رأى الكف متميزاً وإن لم يرد إليه وباعهما فهو كما لو باع عينين رأى إحداهما دون الأخرى. قال: وكذلك صبرة من حنطة جعلها صبرتين ثم رأى إحداهما ثم باعهما فيكون كمن باع عينين رأى أحداهما دون الأخرى ولا يجعل كصبرة واحدة رأى ظاهرها لأن المرئي متميز عن غير المرئي وشرط صحة العقد في رؤية البعض أن لا يتميز المرئي عن غير المرئي أو يكون المرئي من صلاح غير المرئي كالجوز يرى قشره يجوز أن يكون مما يستدل برؤيته بعضه على رؤية كله لكونها غير مختلفة في الغالب كالصبرة من الحنطة فإذا تميز لا يجوز كما إذا رأى شيئاً لا يستدل برؤية بعضه على رؤية كله كصبرة البطيخ فالتميز مشاهد فيما لا يختلف صفاته ينزل منزلة تميز الصفات، ولو جعل الصبرة صبرتين فأراه إحداهما ثم خلطهما فهو كما لو رأى بعض المبيع. انتهى. قال الأذري: وإذا تأملت كلامه علمت أن ما نقله الأسنوي عنه غير سديد بل قضية كلامه أنه لا يصح البيع لا بعد الرد ولا قبله بخلاف رؤية ظاهر الصبرة وإن الأصحاب على خلاف ما قاله القفال، وكلام القاضي في التعليق يوافق كلام البغوي وترجيح المنع خلافاً للقفال.

وقال الأتماطي: لا يصح، لأن ما كان شرطاً في العقد ينبغي أن يوجد عنده كالقدرة على التسليم في البيع والشهادة في النكاح، والمذهب الأول. واحتج الإضطخري على الذاب عن الأتماطي في المسألة، فقال: رأيت لو كان في يده خاتم فأراه غيره حتى نظر إلى جميعه ثم غطاه بكفه ثم باعه منه هل يصح؟

قال: لا، قال: رأيت لو دخل داراً، ونظر إلى جميع بيوتها، وعلا إليها ثم خرج منها واشتراها هل يصح؟ قال: لا، قال: رأيت لو دخل أرضاً ونظر إلى جميعها، ثم وقف في ناحية منها واشتراها، هل يصح؟ فتوقف فيه، ولو ارتكبه لكان مانعاً بيع الأراضي والضباع التي لا تشاهد دفعة واحدة فإنه خلاف الإجماع.

ثم إذا صححنا الشراء، فإن وجده كما رآه أولاً فلا خيار له، وإن وجده متغيراً فقد حكى المصنف: فيه وجهين في «الوسيط».

أحدهما: أنه يتبين بطلان العقد لتبين انتفاء المعرفة.

وأصحهما: وهو الذي أورده الجمهور: أنه لا يتبين ذلك لبناء العقد في الأصل على ظن غالب ولكن له الخيار.

قال الإمام: وليس المعنى بتغيره تعييه، فإن خيار العيب لا يختص بهذه الصورة، ولكن الرؤية بمثابة الشرط في الصفات الكائنة عند الرؤية، وكل ما فات منها فهو بمثابة ما لو تبين الخلف في الشرط.

وإن كان المبيع ممّا يتغير في مثل تلك المدة غالباً، كما إذا رأى ما يتسارع إليه الفساد من الأطعمة، ثم اشتراه بعد مدة صالحة فالبيع باطل، وإن مضت مدة يحتمل أن يتغير فيها ويحتمل ألا يتغير أو كان المبيع حيواناً ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يصح البيع لما فيه من العَرَر، ويحكي هذا عن المزني. وعن ابن أبي هريرة.

وأصحهما: الصحة، لأن الظاهر بقاؤه بحاله، فإن وجده متغيراً فله الخيار، وإذا اختلفا فقال البائع: هو بحاله، وقال المشتري: بل تغير، فوجهان:

أحدهما: أن القول قول البائع؛ لأن الأصل عدم التغير واستمرار العقد.

وأظهرهما: وهو المحكى عن نصه في «الصرف»: أن القول قول المشتري مع يمينه؛ لأن البائع يدعى عليه الاطلاع على المبيع على هذه الصفة، والرّضاه وهو ينكره، فأشبه ما إذا ادّعى عليه الاطلاع على العيب وأنكر المشتري.

والثاني: استيفاء الأوصاف على الحد المعبر في السلم، هل يقوم مقام الرؤية؟ وكذا سماع وصفه بطريق التواتر فيه وجهان:

أحدهما: نعم، لأن ثمرة الرؤية المعرفة وهما يفيدانها، فعلى هذا يصح البيع على القولين ولا خيار.

وأصحهما: لا، لأن الرؤية تطلع على أمور تضيق عنها العبارة.

ثم الصائرون إلى هذا الوجه ومنهم أصحابنا العراقيون اختلفوا في أن استقصاء الوصف هل يشترط على قولنا بصحة بيع الغائب على ما ستعرفه - إن شاء الله تعالى - .

الثالث: إذا رأى بعض الشيء دون بعض، نظر إن كان ممّا يستدل برؤية بعضه على الباقي صح البيع كما إذا رأى ظاهر الصبرة من الحنطة والشعير؛ لأن الغالب أن أجزاءها لا تختلف، وتعرف جملة برؤية ظاهرها، ثم لا خيار له إذا رأى باطنه، إلا إذا خالف باطنه ظاهره.

وفي «التتمة»: أن أبا سهل الصغلوكي حكى قولاً عن الشافعي - رضي الله عنه - لا تكفي رؤية ظاهر الصبرة بل لا بد من تقليبها ليعرف حال باطنها أيضاً، وهكذا حكاه أبو الحسن العبادي عن الصغلوكي نفسه.

وقال: إنما ألجأ إليه ضرورة نظر المبيع، والمذهب المشهور هو الأول.

وفي معنى الحنطة والشعير، صبرة الجوز واللوز والدقيق؛ لأن الظاهر استواء ظاهرها وباطنها، ولو كان شيء منها في وعاء فرأى أعلاه، أو رأى أعلا السمن والخل وسائر المائعات في ظروفها كفى، ولو كانت الحنطة في بيت وهو مملوء منها، فرأى بعضها من الكوة أو الباب كفى إن عرف سعة البيت وعمقه، وإلا فلا.

وكذا حكم الجمد في المجمدة، ولا يكفي رؤية صبرة البطيخ والرمان والسفرجل؛ لأنها تباع في العادة عدداً وتختلف اختلافاً بيننا فلا بد من رؤية واحد واحد، وكذا لا يكفي في شراء السلّة من العنب والخوخ ونحوهما رؤية الأعلى لكثرة الاختلاف فيها، بخلاف صبرة الحبوب والتمر إن لم تلتزق حباته، فصبرته كصبرة الجوز واللوز، وإن التزقت كالقوصرة<sup>(١)</sup> فيكفي رؤية أعلاها على الصحيح.

وعن الصيمري حكاية خلاف في القطن في العذل: أنه هل يكفي رؤية أعلاه أم لا بد من رؤية جميعه؟

قال: والأشبه عندي أنه كقوصرة التمر.

(١) صورة المسألة كما ذكره الماوردي أن يكون حال البيع ذاكراً للأوصاف فإن نسيها في المدة ونحوه فهو بيع غائب نقله عنه في شرح المذهب واستغربه قال: ولم يتعرض له الجمهور. قال الأذري: وما ذكره الماوردي ظاهر وصرح به الروياني ولم يذكر ابن الرفعة في الكفاية وغيره.

ولو رأى أنموذجاً وبنى أمر البيع عليه نظر إن قال: بعتك من هذا النوع كذا فهو باطل؛ لأنه لم يعين مالا ولا راعي شرط السلم، ولا يقوم ذلك مقام الوصف في السلم على الصحيح؛ لأن الوصف اللفظ يمكن الرجوع إليه عند الإشكال.

ولو قال: بعتك الحنطة التي في هذا البيت، وهذا الأنموذج منها، نظر إن لم يدخل الأنموذج في البيع ففيه وجهان:

أحدهما: صحة البيع، تنزيلاً له منزلة استقصاء الوصف.

وأصحهما: المنع؛ لأن المبيع غير مرئي، ولا يشبه استقصاء الوصف لما ذكرنا في السلم، وإن أدخله في البيع فعن القفال وغيره: القطع بالصحة كما لو رأى بعض الصبرة.

وعن بعض الأئمة القطع بالمنع قال إمام الحرمين: والقياس ما قاله القفال، ولا يخفى أن مسألة الأنموذج إنما تفرض في المتماثلات<sup>(١)</sup>.

وإن كان ذلك الشيء مما لا يستدل برؤية بعضه على الباقي، نظر إن كان المرئي صواناً للباقي كقشر الرمان والبييض كفى رؤيته، وإن كان معظم المقصود مستوراً؛ لأن صلاحه في إبقائه فيه.

وكذا لو اشترى الجوز واللوز في القشرة السفلى، ولا يصح بيع اللب وحده فيها، لا على القول الذي يفرع عليه ولا على القول الآخر؛ لأن تسليمه لا يمكن إلا بكسر القشر، وفيه تغيير عين المبيع.

ولو رأى المبيع من وراء قارورة هو فيها لم يكف؛ لأن المعرفة التامة لا تحصل به، ولا يتعلّق صلاح بكونه فيها، بخلاف السمك يراه في الماء الصافي يجوز بيعه، وكذا الأرض يعلوها ماء صاف، لأن الماء من صلاحها ولا يمنع معرفتها، وإن لم يكن كذلك لم تكف رؤية البعض على هذا القول وأما على القول الآخر ففيه كلام موضعه الفصل الذي يلي هذا الفصل.

واعلم أن الرؤية كل شيء على حسب ما يليق به، ففي شراء الدار لا بد من رؤية البيوت والسقوف والسطوح والجدران داخلاً وخارجاً، ومن رؤية المستحم والبالوعة، وفي البستان من رؤية الأشجار والجدران ومسائل الماء، ولا حاجة إلى رؤية أساس البنيان وغيره من الأشجار ونحوه.

(١) مراده بالمتماثلات المتساوي الأجزاء كالحبوب ونحوها لا المثلي كما توهمه ابن الرفعة. نبه عليه الأذرعي.

وفي «الجُرْجَانِيَّاتِ» لأبي العباس الرُّوْيَانِيّ ذكر وجهين في اشتراط رؤية طريق الدار، ومجرى الماء الذي تدور به الرُّحَى وفي شراء العبد لا بد من رؤية الوَجْه والأطراف، ولا يجوز رؤية العَوْرَة، وفي باقي البدن وجهان:

أظهرهما: وهو المذكور في «التهذيب»: أنه لا بد من رؤيته، وفي الجارية وجوه: أحدها: يُعتبر رؤية ما يُرى من العبد.

والثاني: رؤية ما يبدو عند المِهْنَة.

والثالث: يكفي رؤية الوَجْه والكَعْبَيْن، وفي رؤية الشعر وَجْهَان في «التهذيب»:

أصحهما: اشتراطها، ولا يشترط رؤية الأَسْتَان واللِّسَان في أصح الوجهين.

وفي الدُّوَاب لا بد من رؤية مَقْدَمِهَا ومُؤَخَّرِهَا وقَوَائِمِهَا، ويجب رفع السَّرَج والإكاف والجُلّ وعن بعض الأصحاب: أنه لا بد من أن يجري الفَرَس بين يديه ليعرف سَيْرَهُ. والثوب المطوي لا بد من نشره.

قال الإمام: ويحتمل عندي أن نصصح بيع الثياب التي لا تُنَشَّر بالكلية إلا عند القطع لما في نشرها من التَّنْقِيس<sup>(١)</sup>، وتلحق بالجوز واللوز لا يعتبر كسرها لرؤية اللُّبُوب مع أنها معظم المقصود، ثم إذا نشرت فما كان صفيقاً كالذَّبْيَاج المقش فلا بد من رؤية كلا وجهيه، وفي معناه البُسْطُ والزَّلَالِيهِ<sup>(٢)</sup>، وما كان رقيقاً لا يختلف وجهاه كالكَرْزِيَّاس يكفي رؤية أحد وجهيه في أصح الوجهين. ولا يصح بيع الثياب التُّوزِيَّة<sup>(٣)</sup> في المُسُوح على هذا القول.

قال الإمام: وَعُموْم عرف الزمان محمول على المُحَافَظَة على المالية والأعراض عن رعاية حدود الشرع. وفي شري المصحف والكتب لا بد من تَقْلِيب الأوراق ورؤية جميعها، وفي البياض لا بد من رؤية جميع الطّاقَات.

وذكر أبو الحسن العبادي: أن الفُقَاع يفتح رأسه، وينظر فيه بقدر الإمكان حتى يصح بيعه، وصاحب الكتاب أطلق المُسَامَحة في «الإحياء» فيما أظن<sup>(٤)</sup> - والله أعلم -.

(١) قال القفال في «شرح التلخيص» لو اشترى الثوب المطوي وصححناه فنشره، واختار الفسخ، وكان لطيه مؤنة، ولم يحسن طيه لزم المشتري مؤنة الطي كما لو اشترى شيئاً ونقله إلى بيته فوجد به عيباً فإن مؤنة الرد على المشتري. ينظر الروضة (٣/٣٦).

(٢) جمع مفردة الزلية بكسر الزاي، وهو نوع من البسط. المصباح المنير (١/٣٤٧).

(٣) بفتح المثناة من فوق ويفتح الواو المشددة ثم زاي نسبة إلى توز بلدة من بلاد فارس مما يلي الهند.

(٤) وقول الغزالي أصح.

قال الغزالي: وَإِنْ لَمْ تُشْتَرَطِ الرُّؤْيَةُ فَبَيْعُ اللَّبَنِ فِي الضَّرْعِ بَاطِلٌ (م) لِتَوَقُّعِ اخْتِلَافِهِ بِغَيْرِ الْمَبِيعِ وَعَسْرِ التَّسْلِيمِ، وَلَوْ اشْتَرَى ثَوْباً نَصْفَهُ فِي صُنْدُوقٍ، فَالْتَّصُّ أَنَّهُ بَاطِلٌ لِأَنَّ الرُّؤْيَةَ سَبَبُ اللُّزُومِ وَعَدَمُهَا سَبَبُ الْجَوَازِ فَيَتَنَاقَضَانِ عَلَى مَحَلِّ وَاحِدٍ لَا يَتَّبَعُضُ، وَلَوْ قَالَ: بَعْتُ مَا فِي كُمِّي لَمْ يَصِحَّ (و) مَا لَمْ يَذْكَرِ الْجِنْسَ، وَمَهْمَا رَأَى الْمَبِيعَ فَلَهُ الْخِيَارُ، وَلَهُ الْفَسْخُ قَبْلَ الرُّؤْيَةِ دُونَ الْإِجَارَةِ؛ لِأَنَّ الرُّضَا قَبْلَ حَقِيقَةِ الْمَعْرِفَةِ لَا يَتَصَوَّرُ، وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ.

قال الرافعي: أمهات مسائل الفصل أربع:

إحداها: بيع اللبن في الضرع باطل، وعن مالك - رضي الله عنه -: أنه إذا عرف قدر جلابها في كل دفعة صح وإن باعه أياماً.

لنا ما روي عن ابن عباس - رضي الله عنه -، أن النبي ﷺ «نَهَى أَنْ يُبَاعَ صُوفٌ عَلَى ظَهْرٍ، أَوْ لَبَنٌ فِي ضَرْعٍ»<sup>(١)</sup>.

ولأنه مجهول القدر لتفاوت حسن الضروع، ولأنه يزداد شيئاً فشيئاً لا سيما إذا أخذ في الحلب وما يحدث ليس من المبيع، فلا يتأني التمييز والتسليم، ولو قال: بعتك من اللبن الذي في ضرع هذه البقرة كذا لم يجز أيضاً على الصحيح؛ لأن وجود القدر المذكور في الضرع لا يستيقن.

وفيه وجه: أنه يجوز كما لو باع قدراً من اللبن في الطزف فيجي فيه قولاً ببيع الغائب. ولو حلب شيئاً من اللبن فأراه ثم باعه رطلاً في الضرع، فقد نقلوا فيه وجهين كما في مسألة الأئموذج.

قال الإمام: وهذا لا يتفدح إذا كان المبيع قدراً لا يتأني حله إلا ويتزايد اللبن فإن المانع قائم، والحالة هذه فلا ينفع إبداء الأئموذج، نعم لو كان المبيع يسيراً وابتدر إلى الحلب فلا يفرض، والحالة هذه ازدياد شيء به مبالاة فيحتمل التجويز، لكن إذا صورنا الأمر هكذا، فلا حاجة إلى إبداء الأئموذج في التخريج على الخلاف بل صار صائرون إلى إلحاقه ببيع الغائب، وآخرون حتموا الباب وألحقوا القليل بالكثير، وصاحب الكتاب في «الوسيط» حكى الخلاف في صورة أخرى تناسب هذه، وهي أن يقبض على قدر من الضرع ويحكم شده ويبيع ما فيه.

وقوله في الكتاب: «وإن لم نشترط الرؤية فبيع اللبن في الضرع باطل لا يخفى أن هذا ليس تفرعاً على هذا القول خاصة، بل هو على قول اشتراط الرؤية أولى بأن يبطل،

(١) أخرجه الدارقطني (١٤/٣) وقال: تفرد به عمر بن فروخ مرفوعاً وليس بالقوي، والمحفوظ وقته عليه. احتمال للإمام.



وإنما ذكره عند التفريع على هذا القول ليعرف أنه وإن صحَّ شراء ما لم ير، لم يصح بيع اللبن في الضرع لمعنى الاختيلاط.

ونختم المسألة بصور تشبهها:

إحداها: لا يجوز بيع الصوف على ظهر الغنم لما مر من الخبر، ولأن مطلق اللفظ يتناول جميع ما على ظاهر الجلد، ولا يمكن استيعابه إلا بإيلاَم الحيوان، وإن شرط الجزَّ فالعادة في المقدار المَجزُوز تختلف، وبيع المجهول لا يجوز.

وعن مالك - رضي الله عنه -: أنه يجوز لشرط الجزَّ.

وحكاه القاضي ابن كَجَّ وجهاً لبعض الأصحاب، ويجوز بيع الصوف على ظهر الحيوان بعد الذكاة، إذ ليس في استيفاء جميعه إيلاَم.

وتجوز الوصية باللبن في الضرع، وبالصوف على ظهر الغنم بخلاف البيع.

الثانية: بيع الشاة المذبوحة قبل السلخ باطل، سواء بيع اللحم وحده أو الجلد وحده، أو بيعاً معاً، لأن المقصود اللحم وهو مجهول، ولا يجوز بيع الأكارع والروس قبل الإبانة، وفي الأكارع وجه مذكور في «التتمة»، ويجوز بيعها بعد الإبانة نيئةً ومشويةً، ولا اعتبار بما عليها من الجلد فإنها مأكولة، وكذا المسموط يجوز بيعه نيئاً ومشويةً، وفي التِّي احتمال عند الإمام.

الثالثة: بيع المسك في الفأرة باطل، سواء بيع معها أو دونها كاللحم في الجلد، ولا فرق بين أن يكون رأس الفأرة مفتوحاً أو لا يكون للجهل بالمقصود، وفصل في «التتمة» إذا كانت مفتوحة فقال: إن لم تتفاوت ثخانتها، وشاهد المسك فيه صح البيع، وإلا فلا. وعن ابن سريج: أنه يجوز بيعه مع الفأرة تشبيهاً لها بالجوز واللوز.

ولو رأى المسك خارج الفأرة ثم اشتراه بعد الرّد إليها صحَّ، فإن كان رأسها مفتوحاً فرأى أعلاه فيجوز، وإلا فعلى قولي بيع الغائب<sup>(١)</sup>.

(١) قال النووي: قال أصحابنا: لو باع المسك المختلط بغيره، لم يصح، لأن المقصود مجهول. كما لا يصح بيع اللبن المخلوط بماء. ولو باع سمناً في ظرف، ورأى أعلاه مع ظرفه أو دونه، صح. فإن قال: بعته بظرفه، كل رطل بدرهم، فإن لم يكن للظرف قيمة، بطل. وإن كان، فقد قيل: يصح وإن اختلفت قيمتهما، كما لو باع فواكه مختلطة، أو حنطة مختلطة بشعير وزناً أو كيلاً. وقيل: باطل، لأن المقصود السمن، وهو مجهول، بخلاف الفواكه، فكلها مقصودة. وقيل: إن علما وزن الظرف والسمن، جاز، وإلا، فلا، وهذا هو الأصح، صححه الجمهور، وقطع به معظم العراقيين. وإن باع المسك بفأرة، كل مثقال بدينار، فكالسمن بظرفه، ذكره البغوي وغيره. - والله أعلم - ينظر الروضة (٣/٣٧).

المسألة الثانية: لو رأى بعض الثوب المبيع، وبعضه الآخر في صندوق أو جراب لم يره. فقد حكى المزني عن نصح أن البيع باطل، ورأى كونه مقطوعاً به واحتج به لاختياره بطلان بيع الغائب، وقال: إذا بطل بيع ما لم يره بعضه، فلأن يبطل بيع ما لم يره كله كان أولى.

وللأصحاب في المسألة طريقان: فقال قائلون منهم أبو إسحاق: المسألة على قولين، كما لو لم يَرَ شيئاً منه، وحيث أجاب الشافعي - رضي الله عنه - بالبطلان، أجاب على أحد القولين في بيع الغائب، والاقتضاء على أحد القولين في بعض الصور لا يستبدع، ألا ترى أنه اقتصر على قول التصحيح في كثير من المواضع؟ وسلم آخرون منهم صاحب «الإفصاح» أبو علي ما قرره المُرْزِيُّ من الجَزْمِ بالبطلان، وفرقوا بوجهين:

أحدهما: أن ما نظر إلى بعضه بسهل النَّظَرِ إلى باقيه بخلاف الغائب فقد يعسر إحضاره وتدعو الحاجة إلى بيعه.

والثاني: أن الرؤية فيما يراه سبب اللزوم وعدمها فيما لم يره سبب الجواز والعقد واحد، لا يتصور إثبات الجواز واللزوم فيه معاً ولا يمكن تبعض المعقود عليه في الحكمين. قال جمهور الأئمة: والصحيح الطريقة الأولى والفرقان فاسدان، أما الأول فلأننا على قول تجوز بيع الغائب نجوز بيع ما في الكم مع سهولة إخراجه، وأما الثاني فلأن وجود سبب الرَّدِّ في البعض يكفي في رَدِّ الكل كما إذا وجد ببعض المبيع عيباً.

وإذا عرفت ما ذكرناه عرفت أن ما اقتصر على ذكره في الكتاب تفریباً على هذا القول غير ما هو الصحيح عند الجمهور.

هذا كله فيما إذا كان المبيع شيئاً واحداً، أما إذا كان المبيع شيئين، ورأى أحدهما دون الآخر، فإن أبطلنا شراء الغائب، لم يصح المبيع فيما لم يره، وفيما رآه قولاً تفریق الصِّفْقَة، فإن صححنا شراء الغائب ففي صحّة العقد فيهما قولان؛ لأنه جمع في صفة واحدة بين مختلفي الحكم، لأن ما رآه لا خيار فيه، وما لم يره يثبت فيه الخيار، فإن صححنا فله رد ما لم يره وإمساک ما رآه.

المسألة الثالثة: إذا لم نشترط الرؤية فلا بد من ذكر جنس المبيع بأن يقول: بعتك عبدي أو فرسي ولا يكفي قوله: بعتك ما في كمي أو كفي أو خزائتي أو ما ورثته من أبي إذا لم يعرفه المشتري هذا ظاهر المذهب.

وحكى الإمام وجهاً: أنه يصح وإن لم يذكر الجنس؛ لأن المرعى على القول الذي عليه يفرع أن يكون المبيع معيناً، والجهالة لا تزول بذكر الجنس فلا معنى لاشتراطه، فعلى هذا لا يشترط ذكر النوع بطريق الأولى.

وعلى قولنا: إنه يشترط ذكر الجنس، فالظاهر أنه لا بد من ذكر النوع أيضاً، بأن يقول: عبدي التركي، أو فرسي العربيّ.

وأوهم الإمام خلافاً فيه، فقال: لم يشترط أصحاب القفال ذلك واشترطه العراقيون، وربما أشعر قوله في الكتاب: «ما لم يذكر الجنس» بالاختفاء بذكر الجنس والاستغناء عن ذكر النوع أيضاً، وإذا جرينا على الظاهر، فلو كان له عبدان من النوع المذكور فلا بد من أن يزيد ما يقع به التمييز من التعرض للسُن أو غيرها، وإن لم يكن إلا واحد فوجهان:

أصحهما وبه قال أبو حنيفة، ويحكى عن نصح في «الإملاء» والقديم: أنه يكفي ذكر الجنس والنوع، ولا يجب التعرض للصفات، لأن الخيار ثابت والاستدراك حاصل به، فلا حاجة إلى الوصف.

والثاني: وبه قال مالك: أنه لا بد من التعرض إلى الصفات، وعلى هذا فوجهان: أحدهما وبه قال أبو علي الطبريّ: أنه يشترط ذكر صفات السلم، لأنه مبيع غير مشاهد فاعتبر فيه التعرض للصفات كالمسلم فيه، وهذا مذهب أحمد.

وأقربهما وبه قال القاضي أبو حامد: أنه يكفي التعرض لمعظم الصفات، وضبط ذلك بما يوصف المدعي به عند القاضي.

المسألة الرابعة إذا قلنا: لا بد من الوصف فوصف، نظر إن وجدته على ما وصفه ففي ثبوت الخيار وجهان:

أحدهما: لا يثبت، وبه قال أحمد بسلامة المعقود عليه بصفاته، ويحكى هذا عن القاضي الحسين.

وأصحهما وبه قطع قاطعون: أنه يثبت لما سبق من الخير.

وإن وجدته دونما وصفه فله الخيار لا محالة، وإن قلنا: لا حاجة إلى الوصف فللمشتري الخيار عند الرؤية سواء شرطه أو لم يشترطه وفي كتاب القاضي ابن كَجَّ أن أبا الحسين حكى عن بعض أصحابنا: أنه لا بد من اشتراط خيار الرؤية حتى يثبت، وهل له الخيار قبل الرؤية؟ أما الإجازة فظاهر المذهب أنها لا تنفذ؛ لأن الإجازة رضاً بالعقد وإلزام له، وذلك يستدعي العلم بالمعقود عليه وأنه جاهل بحاله، ولو كفى قوله: أجزت مع الجهل لأغنى قوله في الابتداء: اشترت.

وحكى في «التمة» وجهاً: أنه ينفذ تخريباً من تصحيح الشرط، إذا اشترى بشرط أن لا خيار وأما الفسخ، فإن نفذنا الإجازة فالفسخ أولى، وإن لم ننفذ الإجازة، ففي الفسخ وجهان:

أحدهما: أنه لا ينفذ أيضاً؛ لأن الخيار في الخبر منوط بالرؤية.

وأصحهما: أنه ينفذ؛ لأن حق الفسخ ثابت له عند الرؤية مغبوطاً كان أو مغبوتاً، فلا معنى لاشتراط الرؤية في نفوذه، وإذا كان البائع قد رأى المبيع، فهل يثبت له الخيار كما يثبت للمشتري؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، كخيار المجلس يشتركان فيه.

وأصحهما: لا، وهو نصه في الصّرف، ولأنه أحد المتبايعين، فلا يثبت له الخيار مع تقدم الرؤية كالمشتري.

ولو باع ما لم يره وصححنا العقد، فهل يثبت الخيار له؟ فيه وجهان:

أصحهما: عند المرأوزة وبه قال أبو حنيفة: لا، لأن جانب البائع بعيد عن الخيار بخلاف جانب المشتري، ولهذا لو باع شيئاً على أنه معيب، فبان صحيحاً لا خيار له، ولو اشتراه على أنه صحيح فبان معيباً له الخيار.

والثاني: يثبت، لأنه جاهل بالمعقود عليه فأشبه المشتري، وهذا هو الذي أورده الشيخ أبو حامد ومن تابعه، قالوا: والخيار كما يثبت للمشتري عند النقصان يثبت للبائع عند الزيادة، ألا ترى أنه لو باع ثوباً على أنه عشرة أذرع فبان أحد عشر ذراعاً يثبت للبائع الخيار؟ ثم خيار الرؤية على الفور أو يمتد امتداد مجلس الرؤية، فيه وجهان:

أحدهما وبه قال ابن أبي هريرة: أنه على الفور، لأنه خيار تعلق بالأطلاع على حال المبيع فأشبه الرد بالعيب.

والثاني: وبه قال أبو إسحاق: أنه يمتد امتداد مجلس الرؤية؛ لأنه خيار ثبت قضية للعقد، فتعلق بالمجلس كخيار المجلس.

قال صاحب «التهذيب»: وهذا أصح، والوجهان عند الشيخ أبي محمد مبنيان على مسألة أخرى، وهي أنه هل يثبت خيار المجلس مع خيار الرؤية؟ وفيه وجهان:

أحدهما: أنه يثبت كما يثبت في شراء الأعيان الحاضرة.

والثاني: لا يثبت الاستغناء بخيار الرؤية عنه، فعلى الأول خيار الرؤية على الفور، وإلا لأثبتنا خيار مجلسين، وعلى الثاني يمتد امتداد مجلس الرؤية. وزاد الإمام ترتيباً فقال: إن أثبتنا خيار المجلس، فهذا الخيار على الفور، وإلا فوجهان. وقوله في الكتاب: «لأفيه وجه آخر» أراد الوجه الصائر إلى نفوذ الإجازة على ما أوضحه في «الوسيط» لا الوجه الصائر إلى نفوذ الفسخ، وإن كان اللفظ يحتملها فرعان:

أحدهما: لو تلف المبيع في يد المشتري قبل الرؤية، ففي انفساخ البيع وجهان

كنظيره في خيار الشرط، ولو باعه قبل الرؤية لم يصح، بخلاف ما لو باع في زمن خيار الشرط يجوز على الأصح، لأنه يصير مجيزاً للعقد، وهاهنا لا إجازة قبل الرؤية لما سبق.

**الثاني:** نقل القاضي الرويني وصاحب «التتمة» وجهاً: أنه يعتبر على قول اشتراط الرؤية الذوق في الخَلِّ ونحوه، والشَّم في المِسْك ونحوه، واللَّمس في الثياب ونحوها، فإن كفيئاتها المقصودة بهذه الطرق تعرف، والمشهور أنها لا تعتبر، وإنما هي ضرب انتفاع واستعمال.

**فرع ثالث:** ذكر بعضهم: أنه لا بد من ذكر موضع المبيع، فلو كان في غير بلد التباع وجب تسليمه في ذلك البلد، ولا يجوز شرط تسليمه في بلد التباع، بخلاف السلم فإنه مضمون في الذمة، والعين الغائبة غير مضمونة في الذمة، فاشتراط نقلها يكون يتبعاً وشرطاً.

**فرع رابع:** قال حجة الإسلام في «الوسيط»: ووقع في الفتاوى: أنه رأى رجل ثوبين ثم سرق أحدهما فاشتري الرجل الثوب الباقي وهو لا يدري المسروق أيهما، فقلت: إن تساوت صفة الثوبين وقدرهما وقيمتهما كنصفي كزباس واحد صح العقد، فإنه اشترى معيناً مرثياً معلوماً، وإن اختلفا في شيء من ذلك، خرج على قولي بيع الغائب، لأنه ليس يدري أن المشتري منهما الطويل أو القصير مثلاً، فلم تفد الرؤية السابقة العلم بحال المبيع عند العقد فلا تغنى، وهذا الذي ذكره يتأيد بأحد الرأيين فيما إذا لم يملك إلا عبداً واحداً فحضر في نفر من العبيد، فقال سيده: بعتك عبدي من هؤلاء، والمشتري يراهم وهو لا يعرف عين ذلك العبد.

**فرع خامس:** إذا لم تشترط الرؤية واختلفا، فقال البائع للمشتري: قد رأيت المبيع، وقال المشتري: ما رأيته، ففيه وجهان:

**أحدهما:** أن القول قول البائع، لأنه اختلاف في سبب الخيار، فأشبه ما لو اختلفا في قدم العيب.

**وأظهرهما:** عند أبي الحسن العبادي: أن القول قول المشتري، كما لو اختلفا في اطلاعه على العيب. هذا إذا لم نشترط الرؤية، فإن شرطناها وفرض هذا الاختلاف، فقد ذكر المصنف في فتاويه: أن القول قول البائع؛ لأن للمشتري أهلية الشراء وقد أقدم عليه، فكان ذلك اعترافاً منه بصحة العقد، ولا ينفك هذا عن الخلاف - والله أعلم - (١)

(١) قال من زيادته: هذه مسألة اختلافهما في مفسد العقد وفيها الخلاف المعروف والأصح أن القول قول مدعي الصحة وعليه فرعها الغزالي. ادعى الشيخ جمال الدين في المهمات أن الذي أفتى به الغزالي وجرى عليه الشيخان مردود نقلاً وبحثاً ونقل عن التتمة والبحر وتعليق القاضي حسين =

## البَابُ الثَّانِي فِي الْفَسَادِ بِجِهَةِ الرِّبَا

### «القول في باب الربا»

قال الغزالي: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: لَا تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ وَالْوَرِقَ بِالْوَرِقِ وَالْبُرَّ بِالْبُرِّ وَالتَّمْرَ بِالتَّمْرِ وَالشَّعِيرَ بِالشَّعِيرِ وَالمِلْحَ بِالمِلْحِ إِلَّا سَوَاءً بِسَوَاءٍ عَيْنًا بِعَيْنٍ يَدًا بِيَدٍ<sup>(١)</sup>، فَمَنْ بَاعَ شَيْئًا مِنْ هَذِهِ المَطْعُومَاتِ بِجِنْسِهِ فَلْيَزَعْ المُمَاثِلَةَ بِمِغْيَارِ الشَّرْعِ وَالحُلُولِ أَغْنِي ضِدَّ النَّسِيبَةِ وَالتَّقَابُضِ (ح) فِي المَجْلِسِ فَإِنْ بَاعَ بِغَيْرِ جِنْسِهِ لَمْ يَسْقُطْ إِلَّا رِعَايَةُ المُمَاثِلَةِ فِي القَدْرِ، وَفِي مَعْنَى المَطْعُومَاتِ كُلِّ مَا يَظْهَرُ فِيهِ قَضْدُ الطَّعْمِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَقْدَرًا حَتَّى السَّفَرَجَلِ (و) وَالرَّغْرَقَانِ (م) وَالتُّبْنِ الأَزْمِنِيِّ (م)؛ لِأَنَّ عِلَّةَ رِبَا الفَضْلِ فِيهِ الطَّعْمُ (م ح) وَلَكِنْ فِي المُتَجَانِسِينَ، وَعِلَّةُ تَحْرِيمِ النَّسَاءِ وَوُجُوبِ التَّقَابُضِ الطَّعْمُ (م ح) فَقَطْ، وَإِذَا بَاعَ مَطْعُومٌ بِمَطْعُومٍ فَهُوَ فِي مَحَلِّ الحُكْمِ بِتَحْرِيمِ النَّسَاءِ وَوُجُوبِ التَّقَابُضِ، وَعِلَّةُ الرِّبَا فِي النُّقْدَيْنِ كَوْنُهُمَا جَوْهَرِي الأَثْمَانِ (ح) فَتَجَرِي فِي الحَلِيِّ وَالأَوَانِي المُتَّخَذَةِ مِنْهُمَا، وَلَا يَجُوزُ سَلْمٌ شَيْءٍ فِي غَيْرِهِ إِذَا كَانَا مُشْتَرَكَيْنِ فِي عِلَّةِ النُّقْدِيَّةِ أَوْ فِي الطَّعْمِ.

قال الرافعي: لما كان الطرف الأول من الكتاب معقوداً في صحة البيع وفساده، وقد تكلم في الباب الأول في الأركان وشروطها، وجب النظر في أسباب الفساد، وتارة يكون لاختلال في الأركان أو في بعض شروطها، وإذا عرفت اعتبارها عرفت أن فقدانها مفسد، وتارة يكون لغيره من الأسباب، فجعل بقية أبواب الطرف في بيانها، فمنها الربا<sup>(٢)</sup>.

= وتعليق الجويني وغيرهم أن القول قول المشتري وأطال في تقرير ذلك. قال الأذري - رحمه الله تعالى -: غالب من ذكره يرى ترجيح قبول قول مدعي الفساد وأما مسألتنا فطريقة أصحاب الفقهاء ما ذكره في الجزم بتصديق المشتري وهي أصح القولين والطريق الثاني أن المسألة على وجهين كما ذكره المصنف يعني به الشيخ النووي ثم أطال في ذلك إلى أن قال: فلم يغلط الغزالي ولا المصنف وأما اختلاف الترجيحين فقضية أخرى.

(١) أخرجه مسلم (١٥٨٧) والشافعي (١٢٩٥) والبيهقي (٢٧٦٥).

(٢) الربا حرام كله قليله وكثيره وهو من الكبائر بل من أكبرها حتى قيل إنه لم يحل في شريعة قط وربما استؤنس لهذا بقول الله تعالى في حق اليهود: ﴿فَبَطَلْنَا مِنْ أَلْدِينِ هَادُوا حَرَمْنَا عَلَيْهِمْ طَيِّبَاتٍ أُحِلَّتْ لَهُمْ وَبِصَدْقِهِمْ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ كَثِيرًا وَأَخْلَيْهِمْ الرِّبَا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ﴾.

- = **الدليل عليه:** والدليل على ذلك الكتاب. والسنة. والإجماع أما الكتاب فقول الله تعالى: **«الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَاتَّقَهَا فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ. يَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبَا وَيُرِي الصَّدَقَاتِ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ كُلَّ كَفَّارٍ أَيَّمِ الْإِنْسَانِ الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ لَهُمْ أَجْرُهُمْ جَدِّدَ رَبُّهُمْ وَلَا خَوْفٌ عَلَيْهِمْ وَلَا هُمْ يَحْزَنُونَ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ فَمَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ زُؤُوسٌ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظَلَّمُونَ»** واليك تفسيرها بإيجاز مع بيان وجه الدلالة. معنى قوله تعالى: **«يَأْكُلُونَ الرِّبَا»** أي يتعاملون به فالمراد بالأكل الأخذ وإنما عبر به لأن الأكل أظهر مقاصده فيكون المعنى الذين يربون «والتخبط» الضرب على غير استواء و«المس» الجنون و«المحق» الاستئصال والهلاك وقيل المراد به ذهاب البركة. ووجه الدلالة واضح مما يأتي:
- أولاً:** صريح قوله تعالى: **«وَحَرَّمَ الرِّبَا»** فَإِنَّهُ إِخْبَارٌ مِنْهُ تَعَالَى بِأَنَّ الرِّبَا مُحْرَمٌ عِنْدَهُ فَإِذَا كَانَ هَذَا الْخَبْرُ مُرَاداً بِهِ النَّهْيُ عَنْهُ كَانَ أَبْلَغُ فِي الدَّلَالَةِ عَلَى التَّحْرِيمِ مِنْ صَرِيحِ النَّهْيِ.
- ثانياً:** ما اقترن به هذا من الوعيد الشديد فقد ذكرت الآيات عقوبات خمساً لأكل الربا هي:
- ١ - التخبط عند قيامهم في الدنيا أو في الآخرة كالذي يتخبطه الشيطان من المس. أما في الدنيا فيظهر ذلك في سيرهم المختل فيسلكون سبيل المجانين بسبب ما عندهم من الشره بجمع المال فلا يكاد يشك من يراهم في أن عندهم خيلاً فهذا قال بعض المفسرين. وأما في الآخرة فقد قيل تنتفخ بطنه يوم القيامة بحيث لا تحمله قدماه وكلما رام النهوض سقط فيكون بمنزلة الذي أصابه مس من الشيطان فيصير كالمصروع.
  - ٢ - الخلود في النار وذلك لا يكون إلا عن كبيرة من الكبائر تقرب من الكفر حتى كأنها الكفر بذاته وفي ذلك من التهويل ما لا يخفى.
  - ٣ - المحق قال الله تعالى: **«يَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبَا»** والمراد به الهلاك والاستئصال أو ذهاب البركة والاستمتاع كما تقدم حتى لا ينتفع به هو وولده من بعده بحيث لو فرض أنه أنفقه في أوجه الخير كان مردوداً عليه فلا يعود عليه بثواب ولا لذة وعلى الجملة فالربا وإن كثر فالإلى قُلْ يصير.
  - ٤ - الكفر. يشير إلى ذلك قوله تعالى: **«إِنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ»** وقوله: **«وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ كُلَّ كَفَّارٍ أَيَّمِ الْإِنْسَانِ»** فَإِنَّ فِيهِمَا إِشَارَةً إِلَى أَنَّ الْمَصْرُوعَ عَلَيْهِ عَرَضَةٌ لِأَنَّ يَطْبَعُ عَلَى قَلْبِهِ حَتَّى يَسْلُبَ الْإِيمَانَ رَأْسَ النِّعَمِ وَمَصْدَرَ الْخَيْرِ.
  - ٥ - الحرب. قال تعالى: **«فَأَذْنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ»** وفي هذا إعلام بأن جريمة الربا من أعظم الجرائم التي تستوجب محاربة الله ورسوله. فعن ابن عباس: **«يُقَالُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ لِلْمُرَابِي حُذِّ سَيْلَاخُكَ لِلْحَرْبِ»** ويروى أَنَّ قَبِيصاً جِئِنَ نَزَلَتْ هَذِهِ الْآيَاتُ قَالُوا لَا قِيلَ لَنَا بِحَرْبِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ وَتَرَكَوْا الرِّبَا، هَذَا فَضْلاً عَمَّا أَشَارَ إِلَيْهِ قَوْلُهُ تَعَالَى: **«لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظَلَّمُونَ»** من تسجيل الظلم على من تقاضى أكثر مما أعطى. وأما السنة فما روي عن البخاري ومسلم أن رسول الله ﷺ قال: **«اجْتَنِبُوا السَّبْعَ الْمُؤَيَّبَاتِ»** قيل يا رسول الله وَمَا هِيَ؟ قال: الشُّرْكُ بِاللَّهِ وَالسُّحْرُ وَقَتْلُ النَّفْسِ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَأَكْلُ الرِّبَا وَأَكْلُ مَالِ الْيَتِيمِ وَالتَّوَلِّيَ يَوْمَ الرِّجْفِ. =

وَقَذَفُ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ النَّافِلَاتِ» وما روي أيضاً عن النبي ﷺ أنه لعن آكل الربا وموكله وشاهديه وكتابه، فعده من الموبقات المحبطات للعمل التي أمر باجتنابها يجعله من الكبائر كما أن لعن فاعله والمعاون عليه بكتابة أو شهادة فيه من تفضيح جريمته ما هو كفيل بعدم قربانه. وأما الإجماع. فقد أجمعت الأمة سلفاً وخلفاً على أن الربا محرم ولم يوجد مخالف لهذا الإجماع. حكمة تحريم الربا يرى بعض الفقهاء أن تحريم الربا من الأمور التعبدية أي تعبدنا الشارع به ولم تظهر لنا حكمته وإن كان في الواقع لا يخلو عن حكمة غير أننا لم نطلع عليها وما علينا إلا أن نمثل أمر الشارع ونهيه. ولكن من ينظر في الشريعة الإسلامية نظرة فحص وتأمل يرى من الواضح أنها قد امتازت بمميزات خلقية وعمرانية تجلت في التشريعات المختلفة. من ذلك ما هو ملموس في تحريمها الخمر والميسر حفظاً للعقول وصيانة للأموال. وضنا بالإنسان عن العبث الذي لا يناسب العقلاء وكذلك ما يشاهد في إباحة السلم من حكمة رائعة إذ يعود على المعوزين بتفريج كربتهم مع صون حق رب المال في الاسترباح المشروع وعلى هذا النمط جاء تحريمها الربا على الآخذ والمعطي دفعا لما يجره التعامل به من الشحناء والبغضاء واستئصال المعروف والتعاون من النفوس وحلول الأثانية والشره مكانهما، إذ من لا يعطي إلا بالزيادة يقطع نفسه من المجتمع الإنساني اقتطاعاً ويسلب إنسانيته ويلحق بالحيوانات الضارية التي لا تحب أن يشاركها في فريستها حيوان آخر. هذا فضلاً عما يسببه الربا من العطلة وعدم الميل للعمل والانصراف عن الزراعة والصناعة والركون إلى استقلال إخوانه المسلمين وغبنهم غبناً قهرياً لا مبرر له. ويحسن هنا أن نسوق عبارة الدهلوي في كتابه: «حجة الله البالغة» حيث يقول: «وسر التحريم أن الله تعالى يكره الرفاهية البالغة كالتحرير والارتفاقات المحرجة إلى الإمعان في طلب الدنيا كآنية الذهب والفضة وحلى غير مقطع من الذهب كالسوار والخلخال والطوق والتدقيق في المعيشة والتعمق فيها لأن ذلك مرد لهم في أسفل السافلين وصارف لأفكارهم إلى ألوان مظلمة وحقيقة الرفاهية طلب الجيد من كل ارتفاق والإعراض عن ردينه. كما نذكر عبارة الفخر الرازي حيث يقول: «قد ذكروا في سبب تحريم الربا وجوهاً:

الوجه الأول: أن الربا يقتضي أخذ مال الإنسان من غير عوض لأن من يبيع الدرهم بالدرهمين نقداً أو نسيئة يحصل له زيادة درهم من غير عوض، ومال الإنسان متعلق حاجته وله حرمة عظيمة قال ﷺ: «حُرْمَةُ مَالِ الْمُسْلِمِ كَحُرْمَةِ دَمِهِ» فوجب أن يكون أخذ ماله من غير عوض محرماً. فإن قيل لم لا يجوز أن يكون بقاء رأس المال في يده مدة مديدة عوضاً عن الدرهم الزائد: وذلك لأن رأس المال لو بقي في يده هذه المدة لكان يمكن المالك أن يتجر فيه ويستفيد بسبب تلك التجارة ربحاً فلما تركه في يد المدين وانتفع المدين به لم يبعد أن يدفع إلى رب المال وذلك الدرهم الزائد عوضاً عن انتفاعه بماله. قلنا إن هذا الانتفاع الذي ذكرتم أمر موهوم قد يحصل وقد لا يحصل، وأخذ الدرهم الزائد أمر متيقن فتفويت المتيقن لأجل الأمر الموهوم لا ينفك عن نوع ضرر.

الوجه الثاني: ما قاله بعضهم من أن الله تعالى حرم الربا من حيث إنه يمنع الناس عن الاشتغال بالمكاسب وذلك لأن صاحب الدرهم إذا تمكن بوساطة عقد الربا من تحصيل درهم زائد نقداً كان أو نسيئة خف عليه اكتساب وجه المعيشة فلا يكاد يتحمل مشقة الكسب والتجارة =



= والصناعات الشاقة وذلك يفضي إلى انقطاع منافع الخلق. ومن المعلوم أن مصالح العالم لا تنتظم إلا بالتجارات والحرف والصناعات والعمارات.

الوجه الثالث: ما قيل إن السبب في تحريم عقد الربا أنه يفضي إلى انقطاع المعروف بين الناس من القرض لأن الربا إذا حرم طابت النفوس بقرض الدرهم واسترجاع مثله. ولو حل الربا لكانت حاجة المحتاج تحمله على أخذ الدرهم بدرهمين فيفضي ذلك إلى انقطاع المواسة والمعروف والإحسان.

الوجه الرابع: أن الغالب أن يكون المقرض غنياً والمستقرض فقيراً فالقول بتجوز عقد الربا تمكين للغني من أن يأخذ من الفقير الضعيف مالاً زائداً وذلك غير جائز برحمة الرحيم. ومما يبين حكمة تحريم الربا المضارة بالمجتمع الإنساني. وآثاره السيئة في العمران ما نقله صاحب المنار في تفسيره عن الشيخ محمد عبده حيث قال: قال الأستاذ الإمام في الدرس ما مثاله: يقول كثير من الناس الذين تعلموا وتربوا تربية عصرية وأخذوا الشهادات من المدارس بل ومنهم أكبر من هؤلاء إن المسلمين منوا بالفقر وذهبت أموالهم إلى أيدي الأجانب وفقدوا الثروة والقوة بسبب تحريم الربا فإنهم لاحتياجهم للأموال يأخذونها بالربا من الأجانب ومن كان غنياً منهم لا يعطي بالربا فمال الفقير يذهب ومال الغني لا ينمو. ويجعلون هذه المسألة أهم المسائل الاجتماعية والعمرائية عند المسلمين يعنون أنه ما جنى على المسلمين إلا دينهم قال: وهذه أوام لم تقل عن اختيار فإن المسلمين في هذه الأيام لا يحكمون الدين في شيء من أعمالهم ومكاسبهم ولو حكموه في هذه المسألة لما استدانوا بالربا وجعلوا أموالهم غنائم لغيرهم. فإن سلمنا أنهم تركوا أكل الربا لأجل الدين فهل يقول المشبهون إنهم تركوا الصناعة والتجارة والزراعة لأجل الدين؟ ألم تسبقنا جميع الأمم إلى إتقان ذلك فلماذا لم نتقن سائر أعمال الكسب لنعوض منها على أنفسنا ما فاتنا من كسب الربا المحرم علينا وديننا يدعونا إلى أن نسبق الأمم في إتقان كل شيء؟ الحق أن المسلمين في الأغلب قد نبذوا الدين ظاهراً فلم يبق عندهم منه إلا تقاليد وعادات أخذوها بالوراثة عن آبائهم ومعاشرهم فمن يدعي أن الدين عائق لهم عن الترقى فقد عكس القضية وأضاف إلى جهالاتهم شرأ منها وإنما يجيء هذا من عدم البصيرة والتأمل في حال الأمة من بدايتها إلى ما انتهت إليه ولو عرفت الأمة نفسها لطرقت ماضيها كما تعرف حاضرها ولكن جهلها بنفسها وعدم قراءة ماضيها هو الذي أوقعها فيما هي فيه من البلاء العظيم فهي لا تدري من أين أخذت ولا كيف سقطت بعد ما ارتفعت. أقول: يعني أنها ارتفعت بالدين وسقطت بتركه مع الجهل بالسبب وأفضى بها الجهل إلى أن صارت تجعله علة الرقي والارتفاع هي عين العلة والسقوط والانحطاط ومن ذلك استدانة أفرادنا وحكوماتنا من الأجانب بالربا فإنها أضاعت قوتنا وملكتنا، وكان الدين لو اتبعناه عاصماً منها فنحن ننسى مثل هذه الفائدة الكبرى للدين في الموضوع نفسه ونذكر من سيئات الدين أنه حرم الربا. ولو لم يحرمه لجاز أن يكسب بعض أغنيائنا أكثر مما يكسبون الآن. وقد أشار الأستاذ إلى هذا المعنى فقال: إن أثر الربا فينا لا يمكننا أن نزيله بمئات من السنين ولو أننا حافظنا على أمر الدين فيه لكانا بقينا لأنفسنا: فتأمل قوله بقينا لأنفسنا. وقال في تفسير: «ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا» الخ ما مثاله: مسألة الربا مسألة كبيرة اتفقت فيها الأديان ولكن =

= اختلفت فيها الأمم. فاليهود كانوا يرابون مع غيرهم والنصارى يرابي بعضهم بعضاً ويرابون سائر الناس. وقد كان المسلمون حفظوا أنفسهم من هذه الرذيلة زمناً طويلاً ثم قلدوا غيرهم ومنذ نصف قرن فشت المراتب بينهم في أكثر الأقطار وكانوا قبل ذلك يأكلون الربا بالحيلة التي يسمونها شرعية وقد أباحها بعض الفقهاء في استثمار مال اليتيم وطالب العلم المنقطع. ومنها مسألة السبحة المشهورة. وهي أن يتفق الدائن مع المدين على أن يعطيه مائة إلى سنة بمائة وعشر مثلاً فيعطيه المائة نقداً ويبيعه سبحة بعشرة في الذمة فيشتريها ثم يهديها إليه. على أن الذين يأكلون الربا من المسلمين لا يزالون قليلين جداً ولكن الذين يوكولونه غيرهم كثيرون جداً حتى لا تكاد تجد مُمَوِّلاً في هذه البلاد سالمأً من الاستدانة بالربا إلا قليلاً. والسبب في ذلك تقليد حكاهم في هذه السنة بل كثيراً ما كان حكام هذه البلاد يلزمون الرعية بها إلزاماً لأداء ما يفرضونه عليهم من الضرائب والمصادرات ومن هنا نرى أن الأديان لم يمكنها أن تقوم ميل جماهير الناس إلى أكل الربا حتى كأنه ضرورة يضطرون إليها ومن حجتهم عليها أن البيع مثل الربا فكما يجوز أن يبيع الإنسان السلعة التي ثمنها عشرة دراهم بعشرين درهماً بسيئة يجوز له أن يعطي المحتاج العشرة دراهم على أن يرد إليه بعد سنة عشرين درهماً لأن السبب في كل من الزيادتين الأجل. هكذا يحتج الناس في أنفسهم كما يحتج الحكومات بأنها لو لم تأخذ المال بالربا لاضطرت إلى تعطيل مصالحها أو خراب أرضها. والله تعالى قد أجاب عن دعوة مماثلة البيع بالربا بجواب ليس على طريقة أجوبة الخطباء المؤثرين ولا على طريقة أقيسة الفلاسفة والمنطقيين، ولكنه على سنة هداية الدين، وهو أن الله أحل البيع وحرم الربا وقد جعل أكثر المفسرين هذا الجواب من قبيل إبطال القياس بالنص أي أنكم تقيسون في الدين والله تعالى لا يجيز هذا القياس ولكن المعهود في القرآن مقارعة الحجبة بالحجة وقد كان الناس في زمن التنزيل يفهمون معنى الحجبة في رد القرآن بذلك القول إذ لم يكن عندهم من الاصطلاحات الفقهية المسلمة ما هي أصل عندهم في المسائل لا يفهمون الآيات إلا به ولا ينظرون إليها إلا لتحويلها إليه وتطبيقها على آرائهم ومذاهبهم فيه. والمعنى الصحيح أن زعمهم مساوات الربا للبيع في مصلحة التعامل بين الناس إنما يصح إذا أبيع للناس أن يكونوا في تعاملهم كالذئاب كل واحد ينتظر الفرصة التي تمكنه من افتراس الآخر وأكله ولكن هاهنا إله رحيم يضع لعباده من الأحكام ما يريهم على التراحم والعطف وأن يكون كل منهم عوناً للآخر لا سيما عند شدة الحاجة إليه. ولذلك جرم عليهم الربا الذي هو استغلال ضرورة إخوانهم وأحل البيع الذي لا يختص الربح فيه بأكل الغني الواجد مال الفقير الفاقد. فهذا وجه للتباين بين الربا والبيع يقتضي فساد القياس. وهناك وجه آخر وهو أن الله تعالى جعل طريق تعامل الناس في معاشهم أن يكون استفادة كل واحد من الآخر بعمل ولم يجعل لأحد منهم حقاً على الآخر بغير عمل لأنه باطل لا مقابل له. وبهذه السنة أحل البيع لأن فيه عوضاً يقابل عوضاً وحرم الربا لأنه زيادة لا مقابل لها والمعنى أن قياسكم فاسد لأن في البيع من الفائدة ما يقتضي حله وفي الربا من المفسدة ما يقتضي تحريمه. ذلك أن البيع يلاحظ فيه دائماً انتفاع المشتري بالسلعة انتفاعاً حقيقياً لأن من يشتري قمحاً مثلاً فإنما يشتريه ليأكله أو ليبيعه وهو في كل ذلك ينتفع به انتفاعاً حقيقياً «وأقول - والثمن في هذا مقابل للمبيع مقابلة مرضية للبائع =

= والمشتري باختيارهما - وأما الربا، وهو عبارة عن إعطاء الدراهم، والمثلثات وأخذها مضاعفة في وقت آخر، فما يؤخذ منه زيادة عن رأس المال لا مقابل له من عين ولا عمل. «وأقول - وهي لا تعطي بالرضا والاختيار بل بالكراه والاضطرار». ثم وجه ثالث لتحريم الربا من دون البيع: وهو أن التقدين إنما وضعا؛ ليكونا ميزاناً لتقدير قيم الأشياء التي ينتفع بها الناس في معاشهم، فإذا تحول هذا وصار النقد مقصوداً بالاستغلال، فإن هذا يؤدي إلى انتزاع الثروة من أيدي أكثر الناس، وحصرها في أيدي الذين يجعلون أعمالهم قاصرة على استغلال المال بالمال؛ فينمو المال ويروو عندهم، ويخزن في الصناديق والبيوت المالية المعروفة: «بالبنوك» وينجس العاملون في أعمالهم، لأن الربح يكون معظمه من المال نفسه وبذلك يهلك الفقراء. ولو وقفت الناس في استغلال المال عند حد الضرورة، لما كان فيه مثل هذه المضرات، ولكن أهواء الناس ليس لها حد تقف عنده بنفسها أي فلا بد لها من الوازع الذي يوقها بالاتقاع، أو الإلزام، لذلك حرم الله الربا وهو لا يشرع للناس الأحكام بحسب أهوائهم وشهواتهم كأصحاب القوانين، ولكن بحسب المصلحة الحقيقية العامة الشاملة. وأما واضعو القوانين، فإنهم يضعون للناس الأحكام، بحسب حالتهم الحاضرة، التي يرونها موافقة لما يسمونه الرأي العام من غير نظر في عواقبها ولا في أثرها في تربية الفضائل، والبعد عن الرذائل، وإننا نرى البلاد التي أحلت قوانينها الربا فقد عفت فيها رسوم الدين وقلَّ فيها التعاطف، والتراحم، وحلت القسوة محل الرحمة، حتى إن الفقير فيها ليموت جوعاً، ولا يجد من يوجد عليه بما يسد رمقه؛ فمנית من جراء ذلك بمصائب أعظمها ما يسمونه المسألة الاجتماعية وهي مسألة تألب الفعلة، والعمال على أصحاب الأموال واغتصابهم المرة بعد المرة، لترك العمل وتعطيل المعامل والمصانع لأن أصحابها لا يقدرون عملهم قدره، بل يعطونهم أقل مما يستحقون وهم يتوقعون من عاقبة ذلك انقلاباً كبيراً في العالم؛ ولذلك قام كثير من فلاسفتهم وعلمائهم يكتبون الرسائل والأسفار في تلافى شر هذه المسألة، وقد صرح كثير منهم بأنه لا علاج لهذا الداء إلا رجوع الناس إلى ما دعاهم إليه الدين. وقد ألف تولستوي الفيلسوف الروسي كتاباً سماه: «ما العمل» وفيه أمور يضطرب لفظاعتها القارئ وقد قال في آخره: «إن أوروبا نجحت في تحرير الناس من الرق ولكنها غفلت عن رفع نير الدينار «الجنيه» عن أعناق الناس الذين ربما استعبدتهم المال يوماً ما». قال - رحمه الله تعالى -: «وهذه بلادنا قد ضعف التعاطف والتراحم فيها وقل الإسعاد والتعاون منذ فشا فيها الربا وإنني لأعي وأدرك ما مر بي منذ أربعين سنة. كنت أرى الرجل يطلب من الآخر فرضاً فيأخذه صاحب المال إلى بيته ويوصد الباب عليه معه ويعطيه ما طلب بعد أن يستوثق منه باليمين أنه لا يحدث الناس بأنه اقترض منه لأنه يستحي أن يكون في نظرهم متفضلاً عليه» قال: «رأيت هذا من كثيرين في بلاد متعددة ورأيت من وفاء من يقترض أنه يغني المقرض عن المطالبة بالمحاكمة. ثم بعد خمس وعشرين سنة رأيت بعض هؤلاء المحسنين لا يعطي ولده قرضاً طلبه إلا بسند وشهود فسألته أما أنت الذي كنت تعطي الغريب ما يطلبون والباب مقفل وتقسم عليهم أو تحلفهم ألا يذكروا ذلك. قال: نعم. قلت: فما بالك تستوثق من ولدك ولا تأمنه على مالك إلا بسند وشهود وما علمت عليه من سوء؟ قال لا أعرف سبب ذلك إلا أنني لا أجد الثقة التي كنت أعرفها في نفسي: قلت وأخبرني أن هذا =

قال الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾<sup>(١)</sup>.

وقال عز وجل: ﴿وَدَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾<sup>(٢)</sup>. وعن رسول الله ﷺ: «أَنَّهُ لَعَنَ أَكْلَ الرِّبَا وَمَوْكَلَهُ وَكَاتِبَهُ وَشَاهِدَهُ»<sup>(٣)</sup>. والحديث الذي صدر به الباب بعض ما رواه الشافعي - رضي الله عنه - «المختصر».

قال: أخبرنا عبد الوهاب، عن أيوب، عن محمد بن سيرين، عن مسلم بن يسار ورجل آخر، عن عبادة بن الصامت - رضي الله عنهم - أن النبي ﷺ قال: «لَا تَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالذَّهَبِ، وَلَا الْوَرِقَ بِالْوَرِقِ، وَلَا الْبُرَّ بِالْبُرِّ وَلَا الشَّعِيرَ بِالشَّعِيرِ، وَلَا التَّمْرَ بِالتَّمْرِ، وَلَا الْمِلْحَ بِالْمِلْحِ، إِلَّا سَوَاءٌ بِسَوَاءٍ، عَيْنًا بَعَيْنٍ يَدًا بِيَدٍ، وَلَكِنْ يَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالْوَرِقِ، وَالْوَرِقَ بِالذَّهَبِ، وَالْبُرَّ بِالشَّعِيرِ، وَالشَّعِيرَ بِالْبُرِّ وَالتَّمْرَ بِالْمِلْحِ، وَالْمِلْحَ بِالتَّمْرِ، كَيْفَ شِئْتُمْ، يَدًا بِيَدٍ» قال: «وَنَقَصَ أَحَدُهُمَا التَّمْرُ أَوْ الْمِلْحُ، وَزَادَ الْآخَرُ فَمَنْ زَادَ أَوْ اسْتَزَادَ فَقَدْ أَرَبَى»<sup>(٤)</sup>. ذكر بعض الشارحين: أن الرجل الآخر الذي أبهم ذكره هو: عبد الله بن عبيد الله المعروف بابن هُرْمَزٍ.

وقوله: «وَنَقَصَ أَحَدُهُمَا التَّمْرُ أَوْ الْمِلْحُ»، يعني: أحد الرجلين، ولم يبين الَّذِي نقص منهما كأنه شك فيه، وشك أيضاً في أن ما نقصه التمر أو الملح.

وقوله: وزاد الآخر يعني الذي لم ينقص.

واختلفوا في قوله: «فمن زاد أو استزاد» فمنهم من قال: هذا شك آخر من الشافعي - رضي الله عنه -، ومنهم من قال: إن النبي ﷺ قد يلفظ بهما جميعاً، وأراد بقوله: «زاد» أعطى الزيادة، وبقوله: «أو استزاد» أخذ الزيادة أو طلبها.

وشبه ذلك بما روي أنه ﷺ قال: «الرَّائِشِي وَالْمُرْتَشِي فِي الثَّارِ»<sup>(٥)</sup>. واعلم أن الربا ثلاثة أنواع: ربا الفضل: وهو زيادة أحد العوضين على الآخر في القدر.

وربا النساء وهو أن يبيع مالاً بمال نسيئة، سمي به لاختصاص أحد العوضين بزيادة الحُلُول. وriba اليَد؛ وهو أن يَفْبِضَ أحد العوضين دون الآخر، وفي الخبر ذكر ستة أشياء وهي: الثَّقْدَانُ، وَالْمَطْعُومَاتُ الأربعة، والحكم غير مقصور عليها باتفاق

= الذي سأله عن ذلك هو والده - رحمهما الله تعالى - ١٥١. ينظر زواجر ابن حجر (١٧٩/١) وما بعده، النيسابوري (٨٠/٣) وما بعدها، المنار (١٠٦/٣)، المبسوط ج ١٢، القرطبي ج ٣، الفخر الرازي ج ٢.

(١) سورة البقرة، الآية ٢٧٥. (٢) سورة البقرة، الآية ٢٧٨. (٣) أخرجه مسلم (١٥٩٨). (٤) انظر التخریج قبل السابق. (٥) أخرجه الطبراني في الصغير (٥٨) والحاكم (١٠٣/٤) وانظر التلخيص (٨/٣).

جمهور العلماء، لكن الربا ثبت فيها لمعنى، فيلحق بها ما يُشَارِكُهَا فِيهِ.

فأما الأشياء الأربعة، فللشافعي - رضي الله عنه - قولان في علة الربا فيها: الجديدة: أن العلة هو الطعم<sup>(١)</sup>، لما روى معمر بن عبد الله قال: كنت أسمع رسول الله ﷺ يقول: «الطَّعَامُ بِالطَّعَامِ مِثْلُ بِمِثْلِ»<sup>(٢)</sup> علق الحكم باسم الطعام، والحكم المعلق بالاسم المشتق معلل بما منه الاشتقاق، كالقطع المعلق باسم السارق، والجلد المعلق باسم الزاني. والقديم: أن العلة فيها الطعم، مع الكيل والوزن.

واحتجوا له بما روي أن النبي ﷺ قال: «الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ وَزَنًا بِوَزْنٍ، وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ كَيْلًا بِكَيْلٍ»<sup>(٣)</sup>.

فعلى هذا يثبت الربا في كل مطعوم مكيل أو موزون، دون ما ليس بمكيل ولا موزون كالسفرجل، والرمان والبيض والجوز والأترج والتاريخ.

وعن الأوديني من أصحابنا: أنه تابع ابن سبيرين في أن العلة الجنسية، حتى لا يجوز بيع مال بجنسه متفاضلاً.

وقال مالك: العلة الأقتيات، فكل ما هو قوت أو يستصلح به القوت يجري فيه الربا، وقصد بالقيد الثاني إدراج الملح.

وقال أبو حنيفة: العلة الكيل حتى يثبت الربا في الجص والثورة وسائر المكيلات. وعن أحمد روايتان: إحداهما: كقول أبي حنيفة.

والأخرى: كقول الشافعي - رضي الله عنه - الجديد. وإذا عللنا بالطعم، إما مع انضمام التقدير إليه أو دونه تعدي الحكم إلى كل ما يقصد ويعد للطعم غالباً إما تقوتاً أو تأدماً، أو تفكهاً أو غيرها، فيدخل فيه الحبوب والقواكه، والبقول والتوابل وغيرها، ولا فرق بين ما تؤكل نادراً كالبلوط والطرثوث<sup>(٤)</sup> أو غالباً، ولا بين أن يؤكل وحده أو مع غيره، وفي الرعفران وجهان:

أصحهما: أنه يجري فيه الربا، لأن المقصود الأظهر منه الأكل تنعماً أو تدأوياً إلا أنه يخلط بغيره.

(١) الطعم بضم الطاء هو الأكل، تقول قد طعمه أي أكله، وطعم يطعم طعاماً على وزن شرب يشرب شرباً إذا أكل قاله الجوهري.

(٢) أخرجه مسلم (١٥٩٢). (٣) أخرجه البيهقي.

(٤) نبات دقيق مستطيل يضرب إلى الحمرة، وهو دباغ للمعدة يجعل في الأدوية منه مَرٌّ ومنه حلو ينظر المصباح المنير (١/٥٠٥).

والثاني: لا يجري؛ لأنه يقصد منه الصنغ واللون غالباً، وبهذا قال القاضي أبو حامد فيما حكاه ابن كج، وأبو حيان التوحيدي في بعض «رسائله» ولا فرق بين ما يؤكل للتداوي كالإهليلج<sup>(١)</sup> والبليج<sup>(٢)</sup> والسقمونيا<sup>(٣)</sup> وغيرهما، وبين ما يؤكل لسائر الأغراض على المذهب.

وفي «التتمة» حكاية وجه: أن ما يهلك كثيره، ويستعمل قليله في الأدوية كالسقمونيا، لا يجري فيه الربا.

وأما الطين، فالخزسانتي منه ليس بربوي، لأنه لا يعد مأكولاً ويسفه آكله، وعن الشيخ أبي محمد: الميل إلى أنه ربوي.

والأزميني دواء فهو كالإهليلج، وفيه وجه آخر: أنه لا ربا فيه كسائر أنواع الطين، وإلى هذا ذهب القاضي ابن كج.

وفي ذهن البتفسح والورد، واللبان، وجهان:

أصحهما: أن فيها الربا، فإنها متخذة من السمسيم المكتسب رائحة من غيره، وإنما لا تؤكل في العادة ضنة بها، وفي دهن الكتان وجهان:

أظهرهما: أنه ليس مال الربا لأنه لا يعد للأكل، ودهن السمك كذلك، لأنه يعد للاستصباح وتدهين السفن.

قال الإمام: وهذا يظهر جعله مال الربا، فإنه جزء من السمك.

ونقل صاحب «البيان» وجهين في حب الكتان والزنجبيل، ووجهين عن الصيمري في ماء الورد، وذكر أنه لا ربا في العود والمصطكي، والأشبه أن ما سوى العود كله ربوي<sup>(٤)</sup>، وفي كون الماء ربوياً إذا فرغنا على صحة بيعه، وثبوت الملك فيه وجهان:

(١) بكسر الهمزة واللام الأولى مع فتح الثانية معرب شجر ينبت في الهندوس بل والعين ثمرة على هيئة حب الصنوبر. المعجم الوسيط (٣٢/١).

(٢) بكسر الباء واللام وفتح الثانية دواء هندي المصباح المنير (٨٣/١).

(٣) بفتح السين والقاف والمد، قيل يونانية، وقيل سريانية وهي نبات يستخرج من جذوره راتنج مسهل ينظر المصباح المنير (٣٨١/١).

(٤) قوله والأشبه إن ما سوى العود كله ربوي يحتمل أن يريد به ما نقله عن البيان في حب الكتان والزنجبيل وماء الورد هو ما فهمه الشيخ وصحح الروياني أن حب الكتان ربوي وصحح الماوردي وغيره أن حب الكتان والزنجبيل ليسا ربويين لأن الأغلب عدم الأكل وإن أكلا نادراً. وأما دهن بزر الكتان ودهن السمك فقد قال الرافعي في صدر كلامه ما سبق وتبعه في الروضة وذكر في البحر أن ظاهر المذهب أنهما ربويان لأنه يؤكل ويشرب ويقلى به السمك. قال الأزرعي: ونص =

أصحهما: أنه ربوي.

قال الشيخ أبو حامد: ومن لا يجعله ربوياً يقول: العلة في الربويات أنها مأكولة، ومن يجعله ربوياً، يقول: العلة إنها مطعومة.

والثاني أعم؛ لأن المأكولية لا تطلق في الماء والمَطْعُومِيَّة تطلق.

قال الله تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَطْعَمْهُ فَإِنَّهُ مِنِّي﴾<sup>(١)</sup>.

ولا ربا في الحيوان؛ لأنه لا يؤكل على هَيْئَتِهِ، نعم ما يُباح أكله على هيئته كالسَّمَك الصَّغِير على وجه يجري فيه الربا، هكذا قاله في «الثَّمَّة».

وحكى الإمام عن شيخه وعن صاحب «التقريب» تردداً فيه وقطع بالمنع؛ لأنه لا يعد للأكل، وأما التَّقْدَان فعن بعض الأصحاب: أن الربا فيهما لعينهما لا لعلته، والمشهور أن العلة فيها صلاح التَّئِمَّة الغالبة، وإن شئت قلت: جوهرية الأثمان غالباً، والعبارتان تشملان التَّبَر والمَضْرُوب والحُلِّي والأواني المُنْخَذة منهما، وفي تعدي الحكم إلى الفلوس إذا راجت حكاية وجه لحصول معنى التئمة، والأصح خلافه لانتفاء التئمة الغالبة.

وقال أبو حنيفة وأحمد: العلة فيهما الوزن، فيتعدى الحكم إلى كل موزون كالْحَدِيد، والرَّصَاص والقطن.

لنا أنه لو كانت العلة الوزن لتعدي الحكم إلى المعمول من الحديد والنحاس، كما تعدى إلى المعمول من الذهب والفضة وقد سلموا أنه لا يتعدى.

ولو باع التَّبَر أو المَضْرُوب بالحُلِّي من جنسه وجب رعاية الثمائل.

وعن مالك - رضي الله عنه - أنه يجوز أن يزيد ما يقابل الحُلِّي بقدر قيمة الصنعة.

إذا تقرررت هذه الأصول فنقول: إذا بيع مال بمال لم يخل، إما أن لا يكونا ربويين أو يكونا ربويين.

فأما في الحالة الأولى وهي تتضمن ما إذا لم يكن واحد منهما ربوياً، وما إذا كان

= الأم يشير إليه، ثم قال وأما ترجيحه في أصل الروضة أنه ربا في حب الكتان وماء الورد فهو جيد لكنه عكس كلام الرافعي من غير بيان. وأما نقله الوجهين في العود فسهو بلا شك ولم أر فيه خلافاً. وقال الزركشي: أن محل الخلاف في الزنجبيل في غير العربي فأما الزنجبيل العربي فربوي قطعاً. قاله الصيمري والماوردي والرويانى.

(١) سورة البقرة، الآية ٢٤٩.

أحدهما ربوياً فلا تجب رعاية التَّمَاثِل ولا الحُلُول [ولا التَّقَابُض] <sup>(١)</sup>، ولا فرق في ذلك بين أن يتَّفَق الجنس أو يختلف، حتى لو أسلم ثوباً في ثوب أو ثوبين، أو باع حيواناً بحيوانين من جنسه جاز.

(١) وقد وردت في السنة عدة أحاديث تدل على أنه يشترط في بيع بعض الأجناس شروط خاصة زيادة على ما يشترط في البيع عامة، وهذه الأجناس ستة: القمح، والشعير، والتمر، والملح، والذهب، والفضة. فإذا بيع بعض جنس منها ببعضه اشترط الحلول والتقابض في المجلس والتماثل كيلاً إن كانا مما يكال ووزناً إن كان مما يوزن. وإن بيع بعض جنس من الأربعة المطعومة ببعض جنس آخر منها أو بيع الذهب بالفضة اشترط الحلول والتقابض فقط، فإن لم يتحقق في جنس الشروط المذكورة كان البيع فاسداً وكان من الربا المحرم شرعاً، وقد أطل الفقهاء في بيان أحكام بيع هذه الأجناس، وجرى الخلاف بين العلماء هل هذا الحكم خاص بالأجناس الستة المذكورة أم يتحقق في غيرها مما يشبهها؟ فحكى عن طاوس وقتادة أنهما قصرا الربا على هذه الأجناس، وهذا مذهب داود وجميع أهل الظاهر، ونفاة القياس وقالوا: ما عدا هذه الأجناس يبقى بيعها على أصل الإباحة بقوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع﴾. ورأى غير الظاهرية أن حكم الربا غير خاص بهذه الأجناس الستة، بل يتعدها إلى الأجناس التي تشبهها في علة الربا ولكنهم اختلفوا في علة الربا في هذه الأجناس. فريق يقرر أن العلة الطعم في المطعوم والشمية في الذهب والفضة، وفريق يرى أن العلة الوزن في الموزون والكيل في المكيل وإن لم يكن مطعوماً ولا نقدياً، وفريق يرى أن العلة الوزن في الموزون والكيل في المكيل وإن لم يكن مطعوماً ولا نقداً كالقطن والصوف وترجع أنواع الربا في الجملة إلى ثلاثة: ربا الفضل، وriba النسيتة، وهذان يحرمان في الأجناس المذكورة، ويزاد عليهما نوع ثالث هو ربا القرض، وهو الزيادة التي يأخذها المقرض، وهذه الأنواع توعده الله سبحانه وتعالى على عدم تركها بالحرث في قوله: ﴿يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين، فإن لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله﴾ كما توعده عليه بأشد العذاب في قوله: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا، فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله، ومن عاد فأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون﴾. والذي يهمننا أن ننبه عليه أن الربا الحاصل في هذا الزمان في المعاملات الحديثة مع البنوك أو الشركات أو المصالحح أو الأفراد، إنما هو ربا القرض لا ربا بيع الأجناس التي ذكرناها. فإيداع الأفراد لأجل معين نظير فائدة معينة تقابل ما سيحصل عليه البنك من استثمار هذه النقود في المدة المتفق عليها ويزيد مقدار الفائدة كلما زادت المدة المحدودة للإيداع. وإيداع آخر: إيداع النقود بإخطار، أي لا يستطيع المودع أن يسحب من البنك مما أودعه إلا بعد أن يخطر البنك بمدة تحدد في الاتفاق كأسبوعين في الغالب ويأخذ المودع في سبيل هذا الإيداع فائدة تقل نسبياً عن فائدة الإيداع لأجل. فالحكم في هذين النوعين من الإيداع أنهما ربا إذ يتقاضى المودع فائدة على أمواله المودعة مع وجود المداينة بين البنك والمودع. فالمودع في النوع الأول دائن للبنك بمبلغ محدود الأجل، وهذا في النوع الثاني دائن للبنك بمبلغ يحل هو أو بعضه بعد مضي المدة المتفق عليها بعد الإخطار، ويتقاضى كل منهما فائدة عن دينه بنسبة مبلغ الدين ومقدار الأجل، وهذا أم ولا شك، وقد خالف في ذلك اتباعاً لهواه أو دنيا مؤثرة أو إعجاباً برأيه. ونسأل الله العلي القدير أن يجنبنا مواطن الزلل. آمين آمين.



لما روي عن عبد الله بن عمر أنه قال: «أمرني رسول الله ﷺ أن أشترى ببيعراً ببيعيرين إلى أجل»<sup>(١)</sup>.

وعند أبي حنيفة: لا يجوز إسلام الشيء في جنسه.

وعن مالك: يجوز عند التساوي، ولا يجوز عند التفاضل.

وأما في الحالة الثانية: فينظر هذا ربوي بعلّة، وذاك ربوي بعلّة، أو هما ربويان بعلّة واحدة.

فإن اختلفت العلة لم تجب رعاية التماثل ولا الحلول ولا التفاضل، ومن صور هذا القسم أن يسلم أحد التقيدين في البرّ أو يبيع الشعير بالذهب نقداً أو نسيئة.

وإن اتفقت العلة، فينظر إن اتحد الجنس كما لو باع الذهب بالذهب والبرّ بالبرّ، ثبت فيه أنواع الربا الثلاثة، فيجب رعاية التماثل والحلول والتفاضل في المجلس، وإن اختلف الجنس لم يثبت النوع الأول، ويثبت النوعان الباقيان.

مثاله: إذا باع ذهباً بفضة أو برّاً بشعير لم تجب رعاية المماثلة، ولكن يجب رعاية الحلول والتفاضل قال رسول الله ﷺ في آخر خبر عبادة: «فبيعوا كيف شئتم، يداً بيدي»<sup>(٢)</sup>.

أباح التفاضل بقوله: «كيف شئتم» واعتبر التفاضل بقوله: «يذاً بيدي»، وإذا كان التفاضل معتبراً، كان الحلول معتبراً، فإنه لو جاز التأجيل لجاز تأخير التسليم إلى مضي المدة.

وعند أبي حنيفة: لا يشترط التفاضل إلا في الصرف، وهو بيع التقد بالتقد، وبه قال أحمد في رواية.

لنا: أن النبي ﷺ ذكر النقيدين وغيرهما في حديث «عبادة» في قرن واحد، ثم قال: «إلا يداً بيدي»<sup>(٣)</sup>.

فسوى في اعتبار التفاضل بين الذهب بالذهب والبر بالبر - والله أعلم -.

ولنعد إلى لفظ الكتاب.

قوله: «فمن باع شيئاً من هذه المَطْعُومات بجنسه...» إلى آخره شروع منه في

(١) أخرجه أبو داود (٣٣٥٧) والدارقطني (٦٩/٣) والحاكم (٥٦/٢ - ٥٧) وقال: صحيح على شرط مسلم، والبيهقي (٢٨٧/٥) وذكر له شاهد.

(٢) تقدم.

(٣) تقدم.

بيان الحكم في أحد صنفَي الأموال المذكورة في الخبر وهو المَطْعُومَات، ثم ما يجب رعايته في هذه المَطْعُومَات يجب رعايته في سائر المَطْعُومَات كما بينه بقوله: «وفي معنى هذه المَطْعُومَات»، وكذلك في التقدين.

وقوله: «بِمِغْيَارِ الشَّرْعِ»، يعني الكيل والوزن على ما سيأتي ذكره في موضعه - إن شاء الله تعالى -.

قوله: «والتقايض في المجلس» معلّم بالحاء والألف لما سبق أنهما لا يعتبر أنه في المَطْعُومَات، ويجوز أن يعلم بهما أيضاً.

قوله: «لم يسقط إلا رعاية المُمَاثِلَة في القدر» وقوله: «وإن لم يكن مقدراً» قصد به التّعريض للقول القديم، وليكن معلّماً بالواو لذلك القول، وكذلك السَّفَرَجَل، وكذا الرُّعْفَرَان، والطين الأزْمِنِي لما حكينا فيهما.

وقوله: «لأن علة ربا الفضل فيه»، أي في المَطْعُومَات المذكورة في الخبر وغيرها.

وقوله: «الطّعم» معلّم بالميم والحاء والألف، لما سمعنا من مذاهبيهم.

وقوله: «ولكن في المتجانسين»، معناه أن الطّعم لا يوجب تحريم ربا الفضل على الإطلاق، ولكن بشرط تجانس العَوَضَيْن، واختلفوا في أن الجِنْسِيَة هل هي وصف من العلة أم لا؟

فذهب الشيخ أبو حامد وطبقته إلى أنها وصف من العلة، وقالوا: العلة على القديم مركبة من ثلاثة أوصاف.

وعلى الجديد من وصفين، واحتراز المَرَاوِزَة من هذا الإطلاق.

وقالوا: الجنسية شرط، ومنهم من قال: هي محل عمل العلة كالإحصان بالإضافة إلى الزنا، وبهذا يشعر قوله في الكتاب: «ولكن في المتجانسين».

واحتج هؤلاء بأنها لو كانت وصفاً لأفادت تحريم النساء بمجردهما كما أفاد الوصف الآخر وهو الطّعم تحريم النساء بمجردده وليس كذلك، فإن الجنس بانفراده لا يحرم النساء. وللأولين أن يمنعوا إفادة ما هو وصف، لعلّة ربا الفضل تحريم النساء، ويقولوا: قد يفيد وقد لا يفيد، وليس تحت هذا الاختلاف كثير طائل.

وقوله: «وعلة تحريم النساء ووجوب التقايض الطعم فقط»، أي من غير اشتراط التّجانس، ووجوب التقايض يتلازمان، وينحى بكل واحد منهما نحو الآخر، وقد نرى الأئمة لما بينهما من التّقَارِبِ يستغنون بذكر أحدهما عن الآخر.

وقوله: «فإذا بيع مَطْعُومٌ بمَطْعُومٍ، فهو في محل الحكم بتحريم النساء ووجوب

التقايض» أي سواء تجانسا أم لا، وهو المذكور للتأكيد والإيضاح، وإلا ففي قوله: «وعلة تحريم النسأ...» إلى آخره ما يفيد.

وقوله: «وعلة الربا في التَّقْدِينِ كونهما جوهرِي الأثمان» معلّم بالحاء والألف والواو أيضاً للوجه الصائر إلى أن الحكم فيهما غير معلل، ثم لا بُدَّ من إفادتها حرمة التَّفَاضِلِ مِنَ الْجِنْسِيَّةِ، إمّا شرطاً أو وصفاً كما سبق، ومجرد التَّقْدِينِ فِي إِفَادَةِ تَحْرِيمِ النَّسْأِ وَوَجُوبِ التَّقَابُضِ كَمَجْرَدِ الطَّعْمِ، فَلِذَلِكَ قَالَ: «ولا يجوز سلم شيء في غيره إذا كانا مشتركين في علة التَّقْدِينِ أَوْ الطَّعْمِ»، فإن في السّلم يفقد التقايض وكذا الحلول غالباً. وقوله: «أو الطعم» مكرر ذكره مرة في قوله: «وعلة تحريم النسأ...» إلى آخره، وأخرى في قوله: «فإذا بَيْعَ مَطْعُومٌ بِمَطْعُومٍ...» إلى آخره وهذه مرة ثالثة، وقد تورث المبالغة في الإيضاح إشكالاً.

فرع: حيث اعتبر التَّقَابُضُ فَلَوْ تَفَرَّقَا قَبْلَ التَّقَابُضِ بَطَلَ الْعَقْدُ، وَلَوْ تَقَابُضًا بَعْضُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْعَوَاضِينَ ثُمَّ تَفَرَّقَا بَطَلَ فِي غَيْرِ الْمَقْبُوضِ، وَفِي الْمَقْبُوضِ قَوْلًا تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ. وَالتَّخَايِيرُ فِي الْمَجْلِسِ قَبْلَ التَّقَابُضِ بِمِثَابَةِ التَّفَرُّقِ يَبْطُلُ الْعَقْدُ خِلَافًا لِابْنِ سَرِيحٍ. وَلَوْ وَكَّلَ أَحَدُهُمَا وَكِيلاً بِالْقَبْضِ، وَقَبْضُ قَبْلَ مَفَارَقَةِ الْمَوْكَلِ مَجْلِسُ الْعَقْدِ جَازٌ وَإِنْ قَبْضَ بَعْدَهُ فَلَا.

آخر: بيع مال الرّبا بجنسه مع زيادة لا يجوز إلا بتوسط عقد آخر.

مثاله: إذا أراد بيع دراهم أو دنانير صحاحاً بمكسرة أكثر من وزنها يبيع الدراهم بالدنانير والدنانير بالدراهم أو بعرض، ثم إذا تقايضا وتفرقا أو تخايرا اشترى بالدراهم، أو بذلك العرض المكسرة.

كما أمر رسول الله ﷺ: «عَامِلٌ خَنِيْبٌ أَنْ يَبِيْعَ الْجَمْعَ بِالذَّرَاهِمِ، ثُمَّ يَبْتَاْعَ بِهَا جَنْبِيًّا»<sup>(١)</sup>. والجنيب هو أجود التمر، والجمع كل لون من التمر لا يعرف له اسم، ولا فرق بين أن يتخذ ذلك عادة أو لا يتخذه عادة، خلافاً لمالك حيث قال: يجوز مرة واحدة، ولا يجوز أن يتخذه عادة. ولو اشترى المكسرة بعرض ماله قبل أن يقبضه لم يجز، وإن اشترأها به بعد قبضه وقبل التفرق والتخاير.

قال ابن سريج وغيره: يجوز، وهو الأصح بخلاف ما لو باعه من غير بائعه قبل التفرق والتخاير، حيث لا يجوز لما فيه من إسقاط خيار العاقد الآخر، وهاهنا يحصل بما يجري بينهما إجازة العقد الأول.

(١) أخرجه البخاري (٢٠٨٠) ومسلم (١٥٩٥) من حديث أبي سعيد.

وعن صاحب «التقريب» أنه مبني على الخلاف في المِلْك في زمن الخِيَار.  
فإن قلنا: إنه يمنع انتقال الملك لم يجز؛ لأنه باع ما لم يملكه.  
فهذا وجه من الحيلة. ووجه ثان: وهو أن يقرض الصّاح من الآخر ويستقرض  
منه المكسرة، ثم يبريء كل واحد منهما صاحبه.  
ووجه ثالث: وهو أن يهب كل واحد منهما ماله من الآخر.

ووجه رابع: وهو أن يبيع الصّاح بمثل وزنها من المكسرة، ويهب صاحب  
المكسرة الزيادة منه، فيجوز جميع ذلك إذا لم نشط في إقراضه وهبته وبيعه ما يفعل  
الآخر<sup>(١)</sup>. ولو باع النصف الشائع من دينار قيمته عشرة دراهم بخمسة جاز، ويسلم إليه  
الكل ليحصل تسليم النصف، ويكون النصف الآخر أمانة في يده بخلاف ما لو كان له  
عشرة على غيره فأعطاه عشرة عدداً فوزنت فكانت إحدى عشر ديناراً كان الدينار الفاضل  
للمقبوض منه على الإشاعة، ويكون مضموناً عليه؛ لأنه قبض لنفسه.  
ثم إذا سلم الدرّاهم الخمسة فله أن يستقرضها ويشتري بها النصف الآخر، فيكون  
جميع الدينار له، وعليه خمسة دراهم.

ولو باع الكل بعشرة وليس مع المشتري إلا خمسة فدفعها إليه، واستقرض منه  
خمسة أخرى وردها إليه عن الثمن جاز، ولو استقرض الخمسة المدفوعة فوجهان:  
أصحهما: الجواز<sup>(٢)</sup>.

قال الغزالي: **ثُمَّ النَّظْرُ فِي ثَلَاثَةِ أَطْرَافٍ، أَوْلَاهَا طَرَفُ الْمُمَاثَلَةِ، فَمَا كَانَ مَكِيلًا عَلَى  
عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَلَا يَجُوزُ فِيهِ إِلَّا الْكَيْلُ، وَمَا كَانَ مَوْزُونًا فَبِالْوِزْنِ، وَمَا لَمْ يَثْبُتْ فِيهِ  
نَقْلٌ فَالْوِزْنُ فِيهِ أَحْصَرُ (ح)، وَقِيلَ: الْكَيْلُ جَائِزٌ، لِأَنَّهُ أَعْمٌ، وَقِيلَ: يُنظَرُ إِلَى عَادَةِ الْوَقْتِ  
(و)، وَمَا لَا يُقَدَّرُ كَالْبَطِيخِ (و) فَلَا خَلَاصَ فِيهِ عَنِ الرَّبَا إِلَّا مَا لَهُ حَالَةٌ جَفَافٌ وَهُوَ حَالَةٌ  
كَمَالِهِ فَيُوزَنُ، وَالْجَهْلُ حَالُ الْعَقْدِ بِالْمُمَاثَلَةِ كَحَقِيقَةِ الْمَفَاضَلَةِ، فَلَا يَصِحُّ بَيْعُ ضَبْرَةٍ  
بِضَبْرَةٍ جُرَافًا وَإِنْ خَرَجْنَا مُتَمَاثِلَتَيْنِ.**

(١) هذه الطرق - وإن كانت جائزة عندنا - فهي مكروهة إذا نويّا ذلك، ودلائل الكراهة أكثر من أن  
تحصى. ينظر الروضة (٤٥/٣).

(٢) وقع في الروضة: لم يكف على الأصح. قال الأذري: المنصوص عليه في الصرف الصحة  
وصحيحه الشيخ أبو حامد، والقاضي أبو الطيب، وابن الصباغ، وغيرهم. وهو الأصح في أكثر  
نسخ الرافعي، وفي شرحه الصغير أيضاً، ووقع في بعض نسخ الكبير، أن الأصح المنع ومنها  
اختصر في الروضة والصواب الأول. ينظر الروضة (٤٥/٣).

قال الرافعي: قد مرَّ في الفصل السابق أن المماثلة بمعيار الشرع مرعية، وأن الحكم يختلف بين أن يكون الرُّبويان متجانسين وبين ألا يكونا متجانسين، وذلك يحوج إلى بيان مِغيار الشرع، وإلى بيان أنها في أي حالة تعتبر، وإلى معرفة التَّجانس في مظانِّ الأشكال فعقد فيها ثلاثة أطراف من الكلام:

أحدها: في طريق المماثلة.

اعلم أن معيار الشرع الذي تراعى به المماثلة هو الكَيْل والوزن، فالمكيل لا يجوز بيع بعضه ببعض وزناً، ولا يضر مع الاستواء في الكيل التفاوت في الوزن.

والموزون لا يجوز ببيع بعضه ببعض كَيْلاً، ولا يضرُّ مع الاستواء في الوزن التَّفَاوُت في الكيل روي أنه ﷺ قال: «الدَّهَبُ بِالدَّهَبِ وَزناً بِوزنٍ، وَالْحِنْطَةُ بِالْحِنْطَةِ كَيْلاً بِكَيْلٍ»<sup>(١)</sup>.

والتقدان من الأشياء الستة المذكورة في خَبَرِ «عُبَادَةَ» موزونان، والأربعة المطعومة مكيلة.

نعم لو كان الملح قِطْعاً كِبَاراً ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يُسْحَق ويباع كَيْلاً فإنه الأصل فيه.

وأظهرهما: أنه يباع وزناً نظراً إلى ما له من الهيئة في الحال، وكذا كل شيء يتجافى في الكَيْل يباع بعضه ببعض وزناً.

وكل ما كان مكَيْلاً بالحِجَاز على عهد رسول الله ﷺ فالمعتبر فيه الكيل، وكل ما كان موزوناً فالمعتبر فيه الوزن، ولو أحدث النَّاس خلاف ذلك فلا اعتبار به. وعن أبي حنيفة: أنه يعتبر فيه غالب عادات البلدان، رواه صاحب «التهذيب».

وما لم يكن على عهد رسول الله ﷺ أو كان، لا يعلم أنه كان يكال أو يوزن، أو علم أنه يكال مرة ويوزن أخرى، ولم يكن أحدهما أغلب.

فقد ذكر المَتَوَلَّى أنه إن كان أكبر جِزْماً من التَّمْر فالاعتبار فيه بالوزن، لأنه لم يعهد الكيل بالحِجَاز فيما هو أكبر من التمر، وإن كان مثله أو أصغر منه ففيه وجوه:

أحدها: أن المعتبر فيه الوزن؛ لأنه أخصر وأقلُّ تفاوتاً.

والثاني: الكيل؛ لأنه أعم فإن أكثر الأشياء الستة المذكورة في الحديث مكيل، وأيضاً فإن أغلب المطعومات في عهد رسول الله ﷺ كانت مكَيْلاً.

(١) أخرجه مسلم (١٩٥١).

والثالث وهو الأشبه: أنه ينظر إلى عادة الوقت؛ لأن الشيء إذا لم يكن محدوداً في الشَّرْع كان الرجوع فيه إلى عادة النَّاس كما في القبض والحِزْز، وعلى هذا فالمعتبر آية بلدة؟ عن الشيخ أبي حامد، وغيره؛ أن المعتبر عادة أكثر البلاد فإن اختلفت عاداتها ولا غالب اعتبر ذلك الشيء بأشبه الأشياء به.

وذكر صاحب «المهذب» و«التهذيب» أن النظر إلى عادة بلد البيع هو الأحسن. والوجه الرابع: أنه يعتبر بأقرب الأشياء شبيهاً به، كما إذا شككنا في الحيوان أنه مُسْتَطَاب أو مستخبث نلحقه بأقرب الأشياء شبيهاً به.

والخامس: حكاة الإمام عن شيخه: أنه تثبت الخيرة بين الكيل والوزن. ثم منهم من خصَّص هذا الخلاف بما إذا لم يكن للشيء أصل معلوم المعيار، أما إذا استخرج من أصل هذا حاله فهو معتبر بأصله، ومنهم من أطلق.

ومما أفاده الإمام في هذا الموضع أنه لا فرق بين المكيال المعتاد في عصر رسول الله ﷺ وسائر المكاييل المحدثه بعده، كما أنا إذا عرفنا التساوي بالتعديل في كفتي الميزان نكتفي به، وإن لم نعرف قدر ما في كل كفة.

وفي الكيل بالقضعة ونحوها مما لا يعتاد الكيل به حكاية تردد عن القفال، والظاهر الجواز والوزن بالطيار والقرسطون وزن.

وقد يتأتى الوزن بالماء بأن يوضع الشيء في ظرف ويلقى على الماء، وينظر إلى مقدار غوصه لكنه ليس وزناً شرعياً، ولا عرفياً.

والظاهر: أنه لا يجوز التعويل في الرويات عليه<sup>(١)</sup> - والله أعلم -.

هذا كله في الشيء المقدر يباع بجنسه.

فأما ما لا يقدر بكيل ووزن كالبطيخ والقثاء والرمان والسفرجل.

فإن قلنا مثل هذا لا ربا فيه جاز يبيع بعضه ببعض، كيف شاء.

حتى قال القفال لو جُفِف شيء منها، وكان يوزن في جفافه لم يجز، فيه الربا أيضاً؛ لأن أكمل أحواله حال الرطوبة، وهو ليس مال ربا في تلك الحالة.

قال الإمام: والظاهر خلاف هذا، فإنه في حال الجفاف مطعوم مقدر.

وإن قلنا: فيه الربا وهو القول الجديد وكلام الكتاب مفرع عليه فيجوز بيعه بغير

(١) قد عول أصحابنا عليه في أداء المسلم فيه وفي الزكاة في مسألة الإناء بعضه ذهب وبعضه فضة وقد ذكرناه في بابهِ ولكن الفرق ظاهر. ينظر الروضة (٤٦/٣).

جنسه كيف شاء . وأما بجنسه، فينظر فإن كان مما يجفف كالبطيخ الذي تفلق وحب الرُّمَّان الحامض فلا يجوز بيع بعضه ببعض في حال الرُّطوبة كبيع الرُّطب بالرُّطب، ويجوز في حالة الجفاف بشرط التساوي، وهذا حكم كل ما يُجفَّف من الثمار، وإن كان مقدراً كالشمش والحوخ والكمشري الذي يفلق .

وحكى الإمام وجهاً: أنه لا يجوز بيعها في حالة الجفاف أيضاً بجنسها إذ ليس يتقرر لها حالة كمال . وإن كان مما لا يجفف كالقثاء ونحوه، فهل يجوز بيع بعضها ببعض في حال الرطوبة؟ فيه قولان: وكذا في المقدرات التي لا تجفف كالرُّطب الذي لا يتمر، والعنب الذي لا يترب .

أصحهما: المنع، كبيع الرطب بالرطب .

والثاني: الجواز، لأن معظم منافع هذه الأشياء في رطوبتها فيبيع بعضها ببعض كبيع اللبن باللبن، فعلى هذا إن لم يمكن كيِّله كالبطيخ والقثاء بيع وزناً، وإن أمكن كالتفاح والتين فيباع وزناً أو كَيْلاً وجهان:

أصحهما: أولهما، لأن الوزن أخصر، ولا بأس على الوجهين بتفاوت العدد .

إذا عرفت طريق المماثلة في الباب فمن فروعه أن يريد شريكاً في شيء من مال الرُّبَا قسمته بينهما، فهو مبني على أن القسمة بيع أو إفراز فإن قلنا بالأول وهو الأصح فلا يجوز قسمة المكييل بالوزن، ولا قسمة الموزون بالمكييل .

وما لا يباع بعضه ببعض كالعنب والرُّطب فلا يقسم أيضاً .

وإن قلنا بالثاني جاز قسمة المكييل بالوزن وبالعكس، ويجوز قسمة الرطب ونحوه بالوزن . لا يجوز قسمة الثمار بالخِزَص على رُؤوس الأشجار .

إن قلنا: إنها بيع . وإن قلنا: إفراز فقد حكى الشيخ أبو حامد عن نصه: الجواز في الرطب والعنب؛ لأن للخِزَص مدخلاً فيهما دون سائر الثمار، ومنهم من أطلق المنع . ومن فروعه أنه لا يجوز بيع مال الربا بجنسه جُزَافاً، ولا بالتَّخْمِين والتَّحْرِي خلافاً لمالك حيث اكتفى في المكييلات بالتَّحْرِي إذا كانا في بادية .

فلو باع صُبْرَة من الحنطة بِصُبْرَة أو دراهم بدراهم جُزَافاً، أو بالتَّخْمِين لم يجز، سواء خرجتا متماثلتين أم لا، أمَّا إذا ظهر التَّفَاضُل فظاهر .

وأما إذا لم يظهر فاحتجوا له بأن التساوي شرط، وشرط العقد يعتبر العلم به عند العقد .

ألا ترى أنه لو نكح امرأة لا يدري أهي معتدة أم لا، أو هي أخته من الرضاع أم لا، لا يصح النكاح؟

ولا فرق بين أن يجهل كلتا الصُّبْرَتَيْنِ أو إحداهما.

روي أن النبي ﷺ: «نَهَى عَنْ بَيْعِ الصُّبْرَةِ مِنَ الثَّمْرِ لَا يَعْلَمُ مَكِيلَهَا بِالْكَيْلِ الْمُسَمَّى مِنَ الثَّمْرِ»<sup>(١)</sup>.

ولو قال: بعتك هذه الصُّبْرَةَ بتلك الصُّبْرَةَ مكيالة أو كيلاً بكيل، أو هذه الدراهم بتلك موازنة، أو وزناً بوزن، فإن كالأَوْ وَرَئًا وخرجتا متساويتين صح العقد، وإلا فقولان. قال في «التهذيب»:

أصحهما: البطلان، لأنه قابل الجملة بالجملة، وهما متفاوتتان.

والثاني: أنه يصح في الكبيرة بقدر ما يقابل الصُّغِيرَةَ لمقابلته صاعاً بصاع، ولمشتريها الخيار إذا لم يسلم له جميعها، وحيث قلنا بالصحة فلو تفرقا بعد تقابض الجملتين وقبل الكيل والوزن فهل يبطل العقد؟ فيه وجهان:

أصحهما: لا، لوجود التَّقَابُضِ في المجلس

والثاني: نعم، لبقاء العلة بينهما.

ولو قال: بعتك هذه الصُّبْرَةَ بِكَيْلِهَا مِنْ صُبْرَتِكَ وَصُبْرَتِهِ صَغِيرَةً وَصُبْرَةَ الْمُخَاطَبِ كَبِيرَةً صح لحصول المماثلة بين العوضين، ثم إن كالأَوْ كالأَوْ في المجلس وتقابضاً تمَّ العقد، وما زاد من الكبيرة لصاحبها، وإن تَقَابُضًا الْجُمْلَتَيْنِ وتفرقا قبل الكيل فعلى ما سبق من الوجهين.

ولو باع صُبْرَةَ حِنْطَةٍ بِصَبْرَةِ شَعِيرٍ جُزْأً جُزْأً جَازًا، ولو باعها بها صاعاً بصاع أو بصاعين فالحكم كما لو كانتا من جنس واحد.

وقوله في الكتاب: «وما لم يثبت فيه نقل فالوزن أَخْصَرُ» أي: فيتعين ذلك وإيراد الكتاب يقتضي ترجيح هذا الوجه.

وقوله: «وقيل: الكيل جائز» ظاهره يقتضي تجويز الكيل مع تجويز الوزن، وحينئذ يكون هذا الوجه وجه التخيير لكنه لم يرد ذلك، وإنما أراد وجه تعيين الكيل، وذلك بين من التَّوَجُّهِ<sup>(٢)</sup>.

وقوله: «وما لا يُقَدَّرُ كَالْبَطِيخِ فلا خلاص فيه عن الرِّبَا...» إلى آخره جواب على

(١) أخرجه مسلم (١٥٣٠).

(٢) قال أكثر أصحابنا: إذا باع صبرة حنطة بصبرة شعير صاعاً بصاع وخرجتا متساويتين صح، وإن تفاضلتا فرضي صاحب الزائدة بتسليم الزيادة تم البيع ولزم الآخر قبولها. وإن رضي صاحب الناقصة بقدرها من الزائدة أمر العقد. وإن تشاحا فسح البيع. ينظر الروضة (٤٨/٣).



القول المانع من بيع بعضه ببعض في حالة الرطوبة، وليكن معلماً بالواو؛ للقول الآخر.  
وقوله: «فيوزن» يجوز إعلامه بالواو؛ لأن المعنى فيباع وزناً.  
وقد حكينا وجهاً: أنه لا يباع في حالة الجفاف أيضاً.

قال الغزالي: وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْهَرَوِيِّ (ح) بِالْهَرَوِيِّ، وَلَا بِأَحَدِ الثَّبْرَيْنِ عَلَى الْخُلُوصِ، وَلَا بِبَيْعِ مُدٍّ وَدِرْهَمٍ (ح) بِمُدٍّ وَدِرْهَمٍ لِأَنَّ حَقِيقَةَ الْمُمَاثَلَةِ غَيْرُ مَعْلُومَةٍ، وَلَوْ رَاطَلَ مِائَتِي دِينَارٍ وَسَطَ بِمِائَةِ دِينَارٍ عِنْتِي وَمِائَةِ دِينَارٍ رَدِيءٍ لَمْ يَجُزْ؛ لِأَنَّ مَا فِي أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ إِذَا وُزِعَ عَلَى مَا فِي الْجَانِبِ الثَّانِي بِأَعْتِبَارِ الْقِيَمَةِ أَفْضَى إِلَى الْمُقَاضَلَةِ إِذْ لَا تُعْلَمُ الْمُقَاضَلَةُ إِلَّا بِتَقْدِيرِ الْقِيَمَةِ، وَالتَّقْوِيمُ تَخْمِينٌ وَجَهْلٌ لَا يُفِيدُ مَعْرِفَةَ فِي الرِّبَا، فَمَهْمَا أَشْتَمَلَتِ الصَّفَقَةُ عَلَى مَالِ الرِّبَا مِنَ الْجَانِبَيْنِ وَأَخْتَلَفَ الْجِنْسُ فِي أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ، أَوْ فِي كِلَا الْجَانِبَيْنِ، أَوْ اخْتَلَفَ النَّوْعُ فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ (ح).

قال الرافعي: مقصود الفصل بيان القاعدة المعروفة بـ«مُدَّ عَجْوَةٍ» ثم يتصل بها ما يناسبها والقدر الذي تشترك فيه مسائل الفصل أن تشتمل الصَّفَقَةُ عَلَى مَالِ الرِّبَا مِنَ الْجَانِبَيْنِ، ويختلف مع ذلك أحد العوضين أو كلاهما جنساً أو نوعاً أو صفة، ثم لا يخلو إما أن يكون مال الربا من الجانبين من جنس واحد أو من جنسين.

القسم الأول: أن يكون مال الربا من الجانبين من جنس واحد، وفيه تقع القاعدة المقصودة.

فمن صورته أن يختلف الجنس من الطرفين، أو من أحدهما كما إذا باع مُدَّ عَجْوَةٍ ودرهماً بِمُدَّ عَجْوَةٍ، ودرهمٍ أو بِمُدِّي عَجْوَةٍ، أو بدرهمين، أو باع صاع حِنْطَةٍ وصاع شعير بصاع حِنْطَةٍ وصاع شعير أو بِصَاعِي حِنْطَةٍ، أو صَاعِي شعير.

ومن صورته أن يختلف النوع والصفة من الطرفين أو أحدهما كما إذا باع مُدَّ عَجْوَةٍ وَمُدَّ صَيْحَانِيٍّ<sup>(١)</sup> بِمُدِّي عَجْوَةٍ أو بِمُدِّي صَيْحَانِيٍّ، أو بِمُدِّي عَجْوَةٍ أو بِمُدِّي صَيْحَانِيٍّ، أو باع مائة دينار جيد ومائة دينار رديء، بمائتي دينار جيد أو رديء أو وسط أو مائة جيدة ومائة رديئة، فلا يصح البيع في شيء من هذه الصور ونظائرها.

لما روي عن فضالة بن عبيد قال: «أَتَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ وَهُوَ بِخَيْبَرَ بِقِلَادَةٍ فِيهَا خَزْرٌ وَذَهَبٌ تُبَاعُ، فَأَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ بِالذَّهَبِ الَّذِي فِي الْقِلَادَةِ فَنَزَعَ وَخَذَهُ، ثُمَّ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الذَّهَبُ وَزَنًا يَوْزَنُ».

(١) قال الجوهري: العجوة تمر وهو من أجود تمر المدينة والصيحاني منه كما قاله الأزهري.

ويروى أنه قال: «لَا يُبَاعُ مِثْلُ هَذَا حَتَّى يُفْصَلَ وَيُمَيَّزَ»<sup>(١)</sup>.

والمعنى: أن قضية العقد إذا اشتمل أحد طرفيه على مالين مختلفين وزع مال الطرف الآخر عليهما باعتبار القيمة، وذلك يوجب المفاضلة أو الجهل بالمماثلة.

أما إن قضيته ما ذكرنا فلأنه لو باع شقصاً من عقار وسيفاً بألف، وزع عليهما الألف باعتبار القيمة حتى إذا كانت قيمة الشقص مائة، وقيمة السيف خمسين يأخذ الشفيع الشقص بثلاثي الألف، وأيضاً فلو اشترى شينين بألف فوجد بأحدهما عيباً، وأراد رده وحده بالعيب يرده بما يخصه من الألف إذا وزع عليهما باعتبار قيمتها، وكذلك لو خرج أحدهما مستحقاً وأجاز المبيع في الآخر يجيزه بما يخصه من الألف باعتبار القيمة.

وأما أنه يلزم منه أحد الأمرين، فلأنه إذا باع مدأ ودرهماً بمدين، فإما أن تكون قيمة المد الذي هو مع الدرهم أكثر من درهم أو أقل أو درهماً، فإن كان أكثر مثل أن يكون قيمته درهمين، فيكون المد ثلاثي ما في هذا الطرف، فيقابلة ثلثا المدين من الطرف الآخر، فيصير كأنه قابل مدأ بمد وثلث، وإن كان أقل مثل أن يكون قيمته نصف درهم، فيكون المد ثلث ما في هذا الطرف، فيقابلة ثلث المدين من الطرف الآخر، فيصير كأنه قابل مدأ بثلاثي مد.

وإن كان قيمته درهماً فلا تظهر المفاضلة، والحالة هذه لكن المماثلة فيها تستند إلى التقويم، والتقويم تخمين قد يكون صواباً وقد يكون خطأ، والمماثلة المعتمدة في الربا هي المماثلة الحقيقية، وهذه الطريقة مطردة فيما إذا باع مدأ ودرهماً بمد ودرهم، لأن المدين من الجانبين إن اختلفت قيمتهما مثل إن كان مد زيد يساوي درهمين ومد عمرو يساوي درهماً، فمد زيد ثلثا ما في هذا الطرف يقابله من الطرف الآخر ثلثا مد وثلثا درهم، ويبقى ثلث مد وثلث درهم في مقابلة درهم، فإذا وزعنا صار ثلث مد في مقابلة نصف درهم، لأن قيمة مد عمرو درهم، وثلث درهم في مقابلة نصف درهم، فتظهر المفاضلة. وإن لم تختلف قيمتهما لم تظهر المفاضلة، لكن المماثلة تخمين على ما مر.

واعترض الإمام على هذه الطريقة بأن العقد لا يقتضي في وضعه توزيعاً مفصلاً، بل مقتضاه مقابلة الجملة بالجملة، أو مقابلة الجزء الشائع ممّا في أحد الشقين بمثله مما في الشق الآخر بأن يقابل ثلث المد، وثلث الدرهم بما يقابل ثلث المدين، يعني إذا باع مدأ ودرهماً بمدين، ولا ضرورة إلى تكلف توزيع يؤدي إلى التفاضل، وإنما يصار إلى التوزيع المفصل في مسألة الشفعة لضرورة الشفعة.

(١) أخرجه مسلم (١٩٥١).

قال: والمعتمد عني في التعليل أنا تعبدنا بالمماثلة تحقيقاً.

وإذا باع مدّاً ودرهماً بمدّين، لم تتحقق المماثلة فيفسد العقد.

ولناصريها أن يقولوا: أليس قد ثَبَّتَ التوزيع المفصل في مسألة الشفعة؟ ولولا كونه قضية للعقد لكان ضم السيف إلى الشقص من الأسباب الدافعة للشفعة، فإنها قد تندفع بأسباب وعوارض.

وأما قوله: «إنا تعبدنا بتحقيق المماثلة» فللخصم أن يقول: تعبدنا بتحقيق المماثلة، فيما إذا تمحضت مقابلة شيء منها بجنسه أو على الإطلاق، إن قلت بالثاني فممنوع، وإن قلت بالأول فسلم، لكنه ليس صورة المسألة، فهذا نقل المذهب المشهور وتوجيهه.

ومن الأصحاب من صحّح العقد فيما إذا باع مد عجوة ودرهماً بمد عجوة ودرهم، والدّرهمان من ضرب واحد، والمدان من شجرة واحدة، وفيما إذا باع صاع جنطة وصاع شعير بمثلهما وصاعا الجنطة من ضرب واحدة، وصاعا الشعير كذلك مع العلم باتحاد القيمة. ويحكى هذا عن القاضي أبي الطيب الطبري والقاضي الحسين وذكر الروياني في «البحر»: أنه المذهب وغلط من قال غيره.

ومن صور هذا الأصل: أن يبيع ديناراً صحيحاً وديناراً مكسوراً بدينار صحيح وآخر مكسّر أو بصحيحين أو بمكسرين، إذا كانت قيمة المكسّر دون قيمة الصحيح.

وعن صاحب «التقريب» حكاية وجه: أن صفة الصّحة في محل المسامحة، ثم الأئمة أطلقوا القول بالبطلان في حكايتهم عن المذهب المشهور.

وذكر أبو سعيد المتولّي: أنه إذا باع مدّاً ودرهماً بمدّين، يبطل العقد في المدّ المضموم إلى الدرهم، وفيما يقابله من المدّين، وهل يبطل في الدرهم وما يقابله من المدّين؟

فيه قولاً تفريق الصّفقة، وعلى هذا قياس ما لو باعها بدرهمين، أو باع صاع جنطة وصاع شعير بصاعي جنطة أو صاعي شعير، ويمكن أن يكون كلام من أطلق محمولاً على ما فصله.

ولو كان الجيد مخلوطاً بالردّي، فباع صاعاً منه بمثله أو بجيد أو رديء جاز لأن التوزيع إنما يكون عند تمييز أحد العوضين بالآخر.

أما إذا لم يميز فهو كما لو باع صاعاً وسطاً بجيد أو رديء.

واعلم: أن صورة البطلان مفروضة فيما إذا قابل جملة ما في أحد الطرفين بجملة ما في الطرف الآخر.

وأما عند التفصيل كما إذا تبايعا مدَّ عَجْوَة ودرهماً بمد ودرهم، وجعلا المدَّ في مقابلة المدَّ والدرهم في مقابلة الدرهم أو جعلوا المدَّ في مقابلة الدرهم والدرهم في مقابلة المدَّ، فيجوز ذلك بمثابة صنفين متباينين.

القسم الثاني ولم يذكره في الكتاب: أن يكون مال الربا من الطرفين من جنسين، وفي الطرفين أو أحدهما شيئاً آخر، فينظر إن اختلف العوضان في علة الربا، فيجوز كما إذا باع ديناراً أو درهماً، بصاع حنطة أو صاع شعير.

وإن اتفقا، فإن كان التَّقَابُضُ شرطاً في جميع العوض جاز أيضاً، كما لو باع صاع حنطة وصاع شعير بصاعي تمر أو صاع تمر وصاع ملح، وإن كان التَّقَابُضُ شرطاً في البعض كما لو باع صاع حنطة ودرهماً بصاعي شعير، ففيه قولاً الجمع بين مختلفي الحكم؛ لأن ما يقابل الدرهم من الشعير لا يشترط فيه التَّقَابُضُ، وما يقابل الحنطة منه يشترط فيه التَّقَابُضُ.

وأما لفظ الكتاب فقوله: «ولا يصح بيع الهَرَوِيّ بالهَرَوِيّ»، الهروي: نقد فيه ذهب وفضة، فيبيع بعضه ببعض بيع ذهب وفضة بذهب وفضة.

وقوله: «لأن حقيقة المماثلة غير معلومة» وجهه ما ذكرناه في «المُرَاطَلَة» من بعد.

وقوله: «ولو راطل مائتي» لفظ الشافعي - رضي الله عنه - فمعناه إذا قوله: «ولا يصح بيع الهَرَوِيّ» معلّم بالحاء، وكذا قوله في مسألة المُرَاطَلَة لم يجز؛ لأن عند أبي حنيفة يصح البيع فيهما، وفي جميع الصور التي ذكرناها، حتى قال: لو باع قرطاساً وديناراً فيه بمائة دينار يصح، وقوله: «لم يجز» معلّم بالألف أيضاً، لأن عند أحمد لا يضر اختلاف النوع والصفة بعد اتحاد الجنس، وبالواو لأن صاحب «البيان» حكى عن بعض أصحابنا مثله، وأيضاً فإن الإمام رأى الصُّحَّةَ في مسألة المُرَاطَلَة.

هذا مع تنصيصه على أنه رأى آه خارج عن مذهب الشافعي - رضي الله عنه - وأصحابه.

وقوله: «تخمين وجهل» أراد بالجهل هاهنا عدم العلم، وإلا فالجهل معناه المشهور هو الجزم، يكون الشيء على خلاف ما هو عليه ضد الظن والتخمين، فلا يكون الشيء تخميناً وجهلاً بذلك المعنى:

وقوله: «فمهما اشتملت الصفة...» إلى آخره محمول على الجنس الواحد، وتقديره مهما اشتملت الصفة على الجنس واحد من أقوال الربا، وإلا انتقض الضابط بما إذا باع ذهباً وفضة بحنطة أو بحنطة وشعير، وبما إذا باع حنطة وشعيراً بتمر أو بتمر وملح.

ثم لنختم الفصل بسرد صور فنقول إذا باع صاع حِنْطَة بصاع حِنْطَة، وفيهما أو في أحدهما فصل وهو عقد التَّيْنِ أَوْ زَوَانٍ؛ وهو حب أسود رَقِيقٌ يكون في الحِنْطَة، لم يجز؛ لأنه يأخذ شيئاً في المكيال، فإن كان في أحدهما لزم التَّفَاضُل، وإن كان فيهما لزم الجهل بالتماثل، وكذا لو كان فيهما أو في أحدهما مَدْرَأً وحبّات شعير.

وضبط الإمام المنع بأن يكون الخَلِيطُ قدرأ، لو «مِيزُ بَانَ عَلَى الْمِكْيَالِ».

فأما ما لا يبين على المكيال إذا مِيز، فلا مبالاة به.

وإن كان فيهما أو في أحدهما دِقَاق تبن أو قليل تُرَابٍ لم يضر؛ لأن ذلك لم يدخل في تَضَاعَفِ الحِنْطَة ولا يظهر في المكيال، بخلاف ما إذا باع موزوناً بجنسه، وفيهما أو في أحدهما قليل تراب حيث لا يجوز؛ لأنه يؤثر في الوزن كم كان.

ولو باع حنطة بشعير، وفي كل واحد منهما أو أحدهما حَبَّاتٍ من الآخر يَسِيرَة صح البيع؛ وإن كثرت فلا.

قال الإمام: وليس المعتبر كونه بحيث يؤثر في المكيال ولا كونه متمولاً.

أما التأثير في المكيال، فلأن المماثلة غير مرعية عند اختلاف الجنس، وأما التمول، فلأنه مفرداً غير مقصود، فالمعتبر أن يكون الشعير الذي خالطته الحنطة قدرأ يقصد تمييزه ليستعمل شعيراً وكذا بالعكس.

ولو باع داراً بذهب فظهر فيها معدن الذهب، فهل يصح البيع؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، كبيع دار مؤهت بالذهب تمويهاً يحصل منه شيء بذهب.

وأصحهما: نعم؛ لأنه بائع بالإضافة إلى مقصود الدار.

ولو باع داراً فيها بئر ماء [بدار فيها بئر] ماء، وفرعنا على أن الماء ربوي، ففي

صحة البيع وجهان: أصحهما: الصحة لما ذكرنا من معنى التبعية<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي: الطَّرْفُ الثَّانِي فِي الْحَالَةِ الَّتِي تُعْتَبَرُ الْمُمَائِلَةُ فِيهَا، وَقَدْ سُئِلَ رَسُولُ

اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ الرُّطْبِ بِالتَّمْرِ فَقَالَ: أَيْنَقُصُ الرُّطْبِ إِذَا جَفَّ فَقِيلَ: نَعَمْ فَقَالَ: فَلَا إِذَا،

فَتَبَّهَ عَلَى أَنَّ الْمُمَائِلَةَ تُرَاعَى حَالَةَ الْجَفَافِ وَهُوَ حَالُ كَمَالِ الشَّيْءِ، وَلَا خَلَاصَ فِي

الْمُمَائِلَةِ قَبْلَهُ فَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الرُّطْبِ بِالرُّطْبِ (م ح ز) وَلَا بِالتَّمْرِ، وَكَذَا الْعَبَبُ (ح)، وَكُلُّ

فَاكِهَةٍ (و) كَمَالُهَا فِي جَفَافِهَا وَهُوَ حَالَةُ الْأَدْحَارِ.

(١) فقال الأزرعي: هذا إنما يتجه إذا قلنا: إن ماء البئر يدخل في بيع الدار تبعاً وهو وجه غريب

والمشهور أنه كالثمرة الموبرة لا تدخل إلا بالشرط.

قال الرافعي: أموال الربا تنقسم إلى ما يتغير من حال إلى حال وإلى ما لا يتغير، والتي تتغير منها تعتبر المماثلة في بيع الجنس بالجنس منها في أكمل أحوالها، فمن المتغيرات الفواكه، فتعتبر المماثلة في المتجانسين منها حالة الجفاف، ولا يغني التماثل في غير تلك الحالة.

روي عن سعد بن أبي وقاص أن النبي ﷺ سُئِلَ عن بيع الرُّطْبِ بالتمر فقال: «أَيْتَقُصُّ الرُّطْبُ إِذَا يَبَسَ؟ قَالُوا: نَعَمْ، قَالَ: فَلَا إِذَا»<sup>(١)</sup>.

ويروى «فَنَهَى عَنْ ذَلِكَ»، أشار النبي ﷺ بقوله: «أَيْتَقُصُّ الرُّطْبُ إِذَا يَبَسَ؟» إلى أن المماثلة عند الجفاف تعتبر، ونبهه به على علة فساد بيع الرطب بالتمر، وإلا فنقصان الرطب إذا جف أوضح من أن يبحث أو يسأل عنه.

إذا تقرر ذلك فلا يجوز بيع الرُّطْبِ بالتمر ولا بالرطب. أما بالتمر فليقن التفاوت عند الجفاف. وأما بالرطب فللجهل بالمماثلة؛ لأنه لا يعرف قدر النقصان منهما، وقد يكون قدر الناقص من أحدهما أكثر من الآخر، وكذا لا يجوز العنب بالعنب والزبيب، وكذا كل ثمرة لها حالة الجفاف كالتين والمشمش والخوخ والبطيخ والكمثرى الذين يفلقان والإجاص والرُّمَّان الحامض، لا يباع رطبها برطبها ولا بيباسها، ويجوز بيع الحديد بالعتيق، إلا أن تبقى الثداوة في الجديد، بحيث يظهر أثر زوالها في المكيال.

وأما ما ليس له حالة جفاف كالعنب الذي لا يتزيب، والرطب الذي لا يتتمر، والبطيخ والكمثري الذين لا يفلقان والرُّمَّان الحلو والبادنجان والقزع والبقول، ففي بيع بعضها ببعض قولان ذكرناهما من قبل.

وعند أبي حنيفة: يجوز بيع الرطب بالتمر وبالرطب وكذا في نظائره، وساعدنا مالك وأحمد على منع بيع الرطب بالتمر، وساعدنا أبا حنيفة على تجويز بيع الرُّطْبِ بالرُّطْبِ وبه قال المُرْتَبِي.

ويستثنى عن بيع الرطب بالتمر صورة العرايا، وهي مذكورة من بعد.

قوله: «وكذا كل فاكهة كمالها بعد جفافها»، يجوز إعلامه بالواو؛ لأن الإمام حكي وجهاً في المشمش والخوخ، وما لا يعم تجفيفه عموم تجفيف الرطب؛ أنه يجوز بيع بعضها ببعض في حال الرطوبة، لأن رطوبتها أكمل أحوالها، والتجفيف في حكم النادر.

(١) أخرجه مالك في الموطأ (٥٣/٢) والشافعي (١٣٠٤) وأحمد (١/١٧٥، ١٧٩) وأبو داود (٣٣٥٩) (٣٣٦٠) والترمذي (١٢٢٥) وقال: حسن صحيح، والنسائي (٧/٢٦٨) وابن ماجه (٢٢٦٤).

وأما ما أجراه من لفظ «الادِّخَارُ فَإِنَّ طَائِفَةً مِنَ الْأَصْحَابِ ذَكَرُوهُ وَآخَرُونَ أَعْرَضُوا عَنْهُ، وَلَا شَكَّ أَنَّهُ غَيْرُ مَعْتَبَرٍ لِحَالَةِ التَّمَاثُلِ فِي جَمِيعِ الرِّبَوِيَّاتِ، أَلَا تَرَى أَنَّ اللَّيْنَ لَا يَدْخُرُ، وَيَبَاعُ بَعْضُهُ بِبَعْضٍ؟ فَمَنْ أَعْرَضَ عَنْهُ فَذَلِكَ، وَمَنْ أَطْلَقَهُ أَرَادَ اعْتِبَارَهُ فِي الْفَوَاقِئِ وَالْحُبُوبِ لَا فِي جَمِيعِ الرِّبَوِيَّاتِ فَاعْرِفْ ذَلِكَ.

قال الغزالي: **وَأَدِّخَارُ الْحَبِّ إِذَا بَقِيَ حَبًّا فَلَا يُدْخَرُ الدَّقِيقُ (ح و م) وَمَا يَتَّخَذُ مِنْهُ، وَلَا الْحِنْطَةُ الْمُقْلِيَّةُ وَالْمَبْلُولَةُ، وَيُدْخَرُ السُّنْسِيمُ وَالذُّهْنُ وَالزَّبِيبُ وَالْحَلُّ، وَكَمَالُ مَنْقَعَةِ اللَّيْنِ أَنْ يَكُونَ لَبَنًا أَوْ سَمْنًا أَوْ مَخِيضًا دُونَ مَا عَدَاهُ مِنْ سَائِرِ أَخْوَالِهِ، وَكَذَا كُلُّ مَعْرُوضٍ عَلَى النَّارِ مِنْ دِنِسٍ أَوْ لَحْمٍ فَلَا كَمَالَ فِيهِ، وَمَا عُرِضَ لِلتَّمْيِيزِ كَالعَسَلِ فَهُوَ عَلَى الْكَمَالِ، وَإِذَا نُزِعَ النَّوَى مِنَ التَّمْرِ بَطَلَ (و) كَمَالُهُ، بِخِلَافِ الْعَظْمِ إِذَا نُزِعَ مِنَ اللَّحْمِ إِذْ لَيْسَ فِي إِبْقَائِهِ صَلَاحٌ لِادِّخَارِهِ.**

قال الرافعي: في الفصل مسائل:

إحداها: لِلْحِنْطَةِ وَنَحْوِهَا مِنَ الْحُبُوبِ حَالَتَانِ:

إحدهما: مَا قَبْلَ التَّنْقِيَةِ مِنَ الْقَشْرِ وَالتَّنْبِنِ، وَسَيَأْتِي حُكْمُ بَيْعِهَا فِيهِمَا - إِنْ شَاءَ اللَّهُ

تعالى -.

والثانية: مَا بَعْدَهَا فَيَجُوزُ بَيْعُ بَعْضِهَا بِبَعْضٍ مَا بَقِيَ عَلَى هَيْئَتِهَا بِشَرَطِ تَنَاهِي جَفَافِهَا، فَإِذَا بَطَلَتْ تِلْكَ الْهَيْئَةُ فَقَدْ خَرَجَتْ عَنْ حَالَةِ الْكَمَالِ، فَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْحِنْطَةِ بِشَيْءٍ مِمَّا يَتَّخَذُ مِنْهَا مِنَ الْمَطْعُومَاتِ كَالدَّقِيقِ وَالسُّوَيْقِ وَالْخُبْزِ وَالتَّنْشَا، وَلَا بِمَا فِيهِ شَيْءٌ مِمَّا يَتَّخَذُ مِنَ الْحِنْطَةِ كَالْمَصَلِّ فِيهِ الدَّقِيقُ وَالْقَالُودِجُ فِيهِ التَّنْشَا.

وكذا لَا يَجُوزُ بَيْعُ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ بَعْضُهَا بِبَعْضٍ لَخُرُوجِهَا عَنْ حَالَةِ الْكَمَالِ، وَعَدَمُ الْعِلْمِ بِالْمِثَالَةِ، وَلَوْ كَانَ الْعُوضَانُ عَلَى حَالَةِ الْكَمَالِ هَذَا مَا يَفْتَى بِهِ مِنَ الْمَذْهَبِ.

ونقل الحسين وهو المعروف بـ«الكَرَابِيسِيِّ» عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ: تَجْوِيزُ بَيْعِ الْحِنْطَةِ بِالدَّقِيقِ، فَمِنْهُمْ مَنْ جَعَلَهُ قَوْلًا آخَرَ لِلشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -، وَبِهِ قَالَ أَبُو الطَّيِّبِ بْنِ سَلْمَةَ، وَوَجْهُهُ أَنَّ الدَّقِيقَ نَفْسَ الْحِنْطَةِ، إِلَّا أَنَّ أَجْزَاءَهَا قَدْ تَفَرَّقَتْ، فَأَشْبَهَ بَيْعَ حِنْطَةِ صَغِيرَةِ الْحَبَّاتِ بِحِنْطَةِ كَبِيرَةِ الْحَبَّاتِ، وَعَلَى هَذَا فَالْمِغْيَارُ الْكَبِيلُ.

ومِنْهُمْ مَنْ لَمْ يَثْبِتْهُ قَوْلًا، وَقَالَ: أَرَادَ بِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ مَالِكًا - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَأَحْمَدَ. وَجَعَلَ الْإِمَامُ مَنقُولَ الْكَرَابِيسِيِّ شَيْئًا آخَرَ: وَهُوَ أَنَّ الدَّقِيقَ مَعَ الْحِنْطَةِ جَنْسَانِ، حَتَّى يَجُوزَ بَيْعُ أَحَدِهِمَا بِالْآخَرِ مُتَفَاضِلًا، وَيَشْبَهُ أَنْ يَكُونَ هُوَ مُنْفَرَدًا بِهَذِهِ الرَّوَايَةِ.

وحكى البُوطِيُّ وَالمُزَنِّيُّ فِي «الْمَنْشُورِ» قَوْلًا: أَنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُ الدَّقِيقِ بِالدَّقِيقِ، وَإِنْ

امتنع بيعه بالحنطة، كما يجوز بيع الدهن بالدهن، وإن امتنع بيعه بالسَّمْسَم.

وفي بيع الخبز الجاف المدقوق بمثله قول: أنه يجوز لإمكان كيله والأمن من التفاضل فيه وهذا رواه الشيخ أبو حامد والعراقيون عن رواية حرملة، والشيخ أبو عاصم العبادي وآخرون عن رواية ابن مِقْلَاص.

ورد الإمام رواية ابن مِقْلَاص إلى شيء آخر، وهو تجويز بيع الحنطة بالشويق، وجعلهما جنسين:

وقال مالك - رضي الله عنه -: يجوز بيع الحنطة بالدقيق، وبه قال أحمد في أظهر الروايتين، إلا أن مالكا يعتبر الكيل، وأحمد يجوز الكيل والوزن.

وقال أبو حنيفة: يجوز بيع الدقيق بالدقيق بشرط تساويهما في الثعومة والخشونة، ولا يجوز بيع الحنطة المقلية بالمقلية ولا غيرها لتغيرها عن هيئتها واختلاف الحبات في التأثير بالنار، ولا بيع الحنطة المبلولة بالمبلولة ولا غيرها لما في المبلولة من الانتفاخ والتجافي، فإن جفت لم يجز أيضاً لتفاوت جنسها عند الجفاف، وإذا منع مجرد البلب بيع البعض بالبعض، فالتى نُحِيت قشرتها بعد البلب بالتبريس أولى أن لا يباع بعضها ببعض. قال الإمام: في الجاروس عندي احتمال إذا نجيت قشرتها، وكما أن المبلولة مجاوزة حالة الكمال، فالتى لم يتم جفافها غير واصلة إلى حالة الكمال، وإن أفركت وأخرجت من السنابل.

ويجوز بيع الحنطة وما يتخذ منها من المطعومات بالنخالة، لأنها ليست مال الربا، وكذا بيع المسوسة بالمسوسة إذا لم يبق فيهما شيء من اللب قاله في «النهاية».

الثانية: السَّمْسَم وغيره من الحبوب التي يتخذ منها الأدهان على حالة الكمال ما دامت على هيئتها كالأقوات فلا يجوز بيع طحينها بطحينها كبيع الدقيق بالدقيق.

والدهن المستخرج منها على حالة الكمال أيضاً، حتى يجوز بيع بعضها ببعض متماثلاً.

وفيه وجه: أن بيع الدهن بالدهن لا يجوز؛ لأن الدهن لا يستخرج إلا بعد طرح حلاوة أو ملح على الطحين، فيلتحق بصورة مدَّ عَجْوَة، والمذهب الأول.

ويجوز أن يكون للشيء حالاً كمالاً، ألا ترى أن الزبيب والخَلُّ كلاهما على حالة الكمال مع أن أصلهما العنب؟ وكذلك العصير على حالة الكمال في أصح الوجهين، حتى يجوز بيع عصير العنب بعصير العنب، وعصير الرطب بعصير الرطب، والمعيار فيه، وفي الدهن الكيل.

ويجوز بيع الكُسْب بالكُسْب أيضاً إن لم يكن فيه خلط، فإن كان فيه خلط لم



يَجْزُ، والأدهان المطيبة كدهن الورد والبَنَفْسَج والنيلوفر كلها مستخرجة من السَّمْسَم، فإذا فرعنا على جريان الربا فيها جاز بيع بعضها ببعض، إن رَبَى السَّمْسَم فيها ثم استخرج دهنه، وإن استخرج الدهن ثم طرح أوراقها فيه لم يجز، لأن اختلاطها به يمنع معرفة التماثل. وعصير الرُّمَان والثَّفَاح وسائر الأثمار كعصير الرطب والعنب، وكذا عصير قَصَبِ السكر، ويجوز بيع خَلِّ الرُّطْبِ بَخَلِّ الرطب وخال العنب بَخَلِّ العنب، لأنه على هيئة الأذخار، والمعيار فيه الكيل، ولا يجوز بيع خَلِّ الزَّيْبِ بمثله ولا بيع خل التمر بمثله، لما فيهما من الماء، وأنه يمنع معرفة التماثل بين الخلين.

وكذا لا يجوز بيع خل العنب بخل الزبيب، ولا خل الرطب بخل التمر؛ لأن في أحد الطرفين ماء فيلزم التفاضل بين الخلين.

ولا يجوز أيضاً بيع خل الزبيب بخل التمر، إذا فرعنا على أن الماء ربوي، لأن في الطرفين ماء، والمماثلة بين الجانبين غير معلومة<sup>(١)</sup>.

ويجوز بيع خَلِّ الزبيب بخل الرطب، وخال التمر بخل العنب، لأن الماء في أحد الطرفين، والمماثلة بين الخلين غير معتبرة تفرعاً على الصحيح، في أنهما جنسان.

**الثالثة:** اللبن حالة الكمال يباع بعضه ببعض بخلاف الرطب، لأن اللبن يؤكل على هيئته في الأكثر، ومعظم منافعه تقوت بقوات تلك الهيئة.

وأما الرطب فما يؤكل منه في الحال يعد عجالة تَفْكُهُ، والمقصود الأعظم اقتناؤه قوتاً، فجعل حال كمال كل واحد منهما ما يليق به، وحكم الرائب والحامض والخاثر منه ما لم يكن مغلياً حكم الحليب في الحال حتى يباع البعض منهما بالبعض أو بالحليب، ولا نظر إلى أن الشيء إذا خثر كان أثقل، وما يحويه المكيال من الخاثر يزيد في الوزن على الرقيق من جنسه؛ لأن المعيار في اللبن الكيل نص عليه الجمهور.

وإذا حصل الاستواء في الكيل فلا مبالاة بتفاوت الوزن، كما في الحنطة الصلبة مع الرخوة، وفي كلام الإمام ما يقتضي تجويز الكيل والوزن جميعاً.

ويجوز بيع السمن بالسمن أيضاً؛ لأنه يدخر ولا يتأثر بالنار تأثر انعقاد ونقصان، وإنما يعرض على النار للتصفية، فالمعيار فيه الكيل إن كان ذاتياً والوزن إن كان جامداً،

(١) فإن قلنا: الماء غير ربوي فمقتضى كلام الرافعي جوازه وبه صرح الجمهور. وقيل: فيه القولان فيمن جمع بين عقدين مختلفي الحكم: لأن الخلين يشترط فيهما القبض في المجلس خلاف الماءين. وممن ذكر هذا الطريق البغوي في كتابه التعليل في شرح مختصر المزني. وهذا الطريق هو الصواب ولعل الأصحاب اقتصروا على أصح القولين وهو أنه يجوز جمع مختلفي الحكم. ينظر الروضة (٣/٥٣).

قاله في «التهذيب»، وهو متوسط بين وجهين أطلقهما العراقيون .

فحكوا عن المنصوص: أنه يوزن، وعن أبي إسحاق: أنه يكال، ويجوز بيع المَخِيض بالمَخِيض إذا لم يكن فيهما ماء، ومال المَتَوَلَّى إلى المنع، لأنه ليس على حالة الادخار، ولا على حال كمال المنفعة، فليكن كبيع الدقيق بالدقيق، ولا يجوز بيع الأَقْط بالأَقْط والمَصْل بالمَصْل والجُبْن بالجُبْن لتأثرها بالثَّار ولأنها لا تخلو عن مخالطة شيء، فالملح خليط الأقط، والدقيق خليط المصل، والآنْفَحَة خليط الجبن، وهل يجوز بيع الزُّبْد بالزُّبْد؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، كبيع السَّمْن بالسَّمْن .

وأصحهما: لا، لأن الزُّبْد لا يخلو عن قليل مَخِيض، وأنه يمنع معرفة المُمَاتِلَة، وعلى هذا لا يجوز بيعه بالسَّمْن لتحقق المفاضلة، ولا يجوز بيع اللَّبْن بكل ما يتخذ منه من السَّمْن والمَخِيض وغيرهما كبيع الحِنْطَة بما يتخذ منها .

وقوله في الكتاب: «وكمال منفعة اللبن أن يكون لبناً أو سمناً أو مخيضاً، لا يمكن إجراؤه على ظاهره، لأنه ليس كونه لبناً كمال منفعته، وإنما هو حال منفعته، ولو طرح لفظ «المنفعة» وقال: حال كمال اللبن: أن يكون لبناً أو مخيضاً أو سمناً لكان أولى، ويجوز إعلام قوله: «دون ما عداه من أحواله» بالواو للوجه المذكور في الزبد .

الرابعة: المعروض من مال الرِّبَا على الثَّار ضربان:

أحدهما: المعروض للعقد والطبخ كالذُّبْس واللَّحْم المَشْوِي، وفي جواز بيع الذُّبْس بمثله وجهان:

أحدهما: يجوز، لإمكان ادخاره، ولتأثير النار فيه غاية يعرفها أهل البَصْر .

وأصحهما: وهو المذكور في الكتاب: أنه لا يجوز، لأن النار تأخذ بعض العصير فيصير دِبْساً، وقد المأخوذ منه يختلف اختلافاً بيناً، فلا ندري المُمَاتِلَة بين أجزاء العَصِير، وفي بيع السكر بالسكر، والفاسد بالفاسد، واللِّبَاء باللِّبَاء وجهان كما في الذُّبْس . ولا يجوز بيع قصب السكر بقصب السكر ولا بالسكر كبيع الرطب بالرطب والتمر بالتمر . وأمَّا اللحم إذا بيع بجنسه، فإن كانا طَرَبِين أو أحدهما لم يجز، لأن معظم منافع اللحم تنتفي بعد التقديد فهو كالرطب والعنب .

وعن ابن سُرَيْج: أنه يجوز كبيع اللبن باللبن، وإن كانا مُقَدَّدِين جاز، إلا أن يكون فيهما أو في أحدهما من المِلْح ما يظهر في الوزن .

قال الأئمة: ويشترط أن يتناهى جَفَافه بخلاف التمر يباع الحديث منه بالحديث وبالعتيق؛ لأنه مكيل وأثر الرُّطُوبَة الباقية لا تظهر في المِكْيَال، واللحم موزون وأثر

الرطوبة يظهر في الميزان، هذا إذا لم يكن اللحم مطبوخاً أو مشوياً. أما المطبوخ والمشوي فلا يجوز بيعها بمثلها ولا بالثي لما ذكرنا من اختلاف تأثير النار. وعن أبي حنيفة: يجوز بيع المطبوخ بالثي متماثلاً. وعن مالك: تجوز به متماثلاً ومتفاضلاً.

**الضرب الثاني:** المعروض للتمييز والتنقية فهو على حالة الكمال يجوز بيع بعضه ببعض كالسمن على ما مر، وكالذهب والفضة يعرضان على النار لتمييز الغش، وفي العسل المصفى بالنار وجهان:

أحدهما: أنه خارج عن الكمال، لأن النار قد تعقد أجزاءه.

وأظهرهما وهو المذكور في الكتاب: أنه على الكمال؛ لأن المقصود من عرضه تمييز الشمع عنه، ونار التمييز لينة لا تؤثر في التعقيد أشبه المصفى بالمشمش، ولا يجوز بيع الشهد بالشهد؛ لأن الشمع يمنع معرفة التماثل بين العسلين، ولا بالعسل لظهور التفاضل، ويجوز بيع الشمع بالعسل والشهد بلا حجر؛ لأن الشمع ليس من أموال الربا، ومعيار الساي في العسل على ما ذكرناه في السمن.

**الخامسة:** التمر إذا نزع منه الثوى بطل كماله لأنه يبطل ادخاره، ويتسارع إليه الفساد فلا يجوز بيع منزوع الثوى بمثله ولا بغير المنزوع، وقيل: يجوز بيع المنزوع بمثله، لأن الثوى ليس من جنس التمر فلا يضر فصله عنه، وإنما لم يشترط ذلك لما فيه من المشقة. وحكى الإمام الخلاف في بيع المنزوع بالمنزوع أيضاً ومفلق المشمش والخوخ ونحوهما لا يبطل كمالها بنزع الثوى في أصح الوجهين؛ لأن الغالب في تجفيفها نزع الثوى، ولا يبطل كمال اللحم بنزع العظم، لأنه لا يتعلق صلاح ببقائه، وهل يشترط النزع في جواز بيع بعضه ببعض؟ فيه وجهان:

أظهرهما عند الأكثرين: نعم، وبه قال أبو إسحاق.

**والثاني** ويحكى عن الإضطخري: أنه يسامح به، وعلى هذا يجوز بيع لحم الفخذ بالجنب، ولا نظر إلى تفاوت أقدار العظام كتفاوت الثوى.

هذا شرح مسائل الفصل وما يناسبها، وإذا نظرت في هذا الطرف عرفت أن النظر في حالة الكمال إلى أمرين في الأكثر:

أحدهما: كون الشيء بحيث يتهيأ لأكثر الانتفاعات المطلوبة منه.

**والثاني:** كونه على هيئة الأذخار لكنهما لا يعتبران جميعاً، فإن اللبن ليس بمدخر، والسمن ليس بمتهيء الانتفاعات المطلوبة من اللبن، وكل واحد من المعنيين غير مكفى به أيضاً، لأن الثمار التي لا تدخر تتهيأ لأكثر الانتفاعات المطلوبة منها، والدقيق مدخر وليس على حالة الكمال على ما سبق، ولا تساعدني عبارة ضابطة، كما

أحب في تفسير الكمال، فإن ظفرت بها ألحقها بهذا الموضع وبالله التوفيق.

قال الغزالي: الطَّرْفُ الثَّالِثُ فِي مَعْنَى الْجِنْسِيَّةِ، وَالْأَدَقَّةُ وَالْأَلْبَانُ وَالْخُلُولُ وَالْأَدْمَانُ مُخْتَلِفَةٌ بِاخْتِلَافِ أَصُولِهَا، وَفِي لُحُومِ الْحَيَوَانَاتِ قَوْلَانِ: أَحْصَهُمَا: أَنَّهَا مُخْتَلِفَةٌ لِتَفَاوُتِ الْمَعْنَى وَإِنْ اتَّفَقَ الْأَسْمُ، وَأَعْضَاءُ الْحَيَوَانِ الْوَاحِدِ كَالْكَزْبِ وَالْكَبِدِ وَالشَّخْمِ أَجْنَاسٌ عَلَى الْأَظْهَرِ إِنْ جَعَلْنَا اللَّحْمَ أَجْنَاسًا، وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ (ح و) اللَّحْمِ بِالْحَيَوَانِ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ لِلنَّهْيِ عَنْهُ، وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ دُهْنِ السُّنْسِمِ بِالسُّنْسِمِ، وَلَا بَيْعُ السَّمْنِ بِاللَّبَنِ وَإِنْ جَارَ بَيْعُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِجِنْسِهِ.

قال الرافعي: عرفت في صدر الباب أن بيع المال الربوي بجنسه مشروع برعاية المماثلة وبغير جنسه غير مشروع بها، والتجانس والاختلاف قد يظهر، فلا يحتاج إلى التخصيص عليه، وقد يقع في محل الإشكال والاشتباه، وموضوع الطرف بيان مواضع الاشتباه، وفيه مسألتان:

إحدهما: اختلف قول الشافعي - رضي الله عنه - في أن لحوم الحيوان جنس أو جنسان: فأحد القولين: أنها جنس واحد؛ لأنها مشتركة في الاسم الذي لا يقع بعده التمييز إلا بالإضافة، فأشبهت أنواع الرطب والعتب، وتخالف الثمار المختلفة، فإنها وإن اشتركت في اسم الثمرة لكنها تمتاز بأسمائها الخاصة.

وأصحهما وبه قال أبو حنيفة والمزني: أنها أجناس مختلفة لأنها فروع أصول مختلفة، فأشبهت الأدقة والأخباز.

وعن مالك: أن اللحوم ثلاثة أجناس: الطيور، والدواب أهليتها ووحشيتها، والبحريات. وبه قال أحمد في أحد الروايتين وعنه روايتان أخرتان كالقولين.

التفريع: إن جعلناها جنساً واحداً، فلا فرق بين لحوم الحيوانات البرية أهليتها ووحشيتها، وكذا لحوم البحريات جنس واحد، وفي لحوم البريات مع البحريات وجهان:

أحدهما: وبه قال أبو علي الطبري والشيخ أبو حامد: أنهما جنسان، وكذلك لو حلف أن لا يأكل اللحم لا يَحْتَثُ بلحوم الحيتان.

والثاني: أنهما جنس واحد لشمول الاسم.

قال الله تعالى: ﴿وَمِنْ كُلِّ تَأْكُلُونَ لَحْمًا طَرِيًّا﴾<sup>(١)</sup>، وهذا هو اختيار القاضي أبي

(١) سورة النحل، الآية ١٤.

الطَّيْبِ ابْنِ الصَّبَّاعِ، وهو الذي أورده في «التهذيب».

وإن جعلناها أجناساً، فحيوان البرِّ مَعَ حيوانِ البَحْرِ جنسان، ثم الأهلِيَّاتِ من حيوان البرِّ جنس، والوَحْشِيَّاتِ جنس، ثم لكل واحد من القسمين أجناس، فلهوم الإبل على اختلاف أنواعها جنس واحد، ولهوم البقر والجواميس وغيرها جنس واحد، ولهوم الغنم ضأنها ومِعْزُها جنس، والبقر الوحشي جنس، والظَّبَاءِ جنس، وفي الطَّبَاءِ مع الإبل تردد للشيخ أبي محمد واستقرار جوابه على أنهما كالضَّانِّ والمِعْزِ، وأما الطُّيُورِ والعَصَافِيرِ على اختلاف أنواعها جنس، والبطوط جنس، وعن الربيع أن الحمام بالمعنى المتقدم في الحج وهو ما عب، وهدر جنس، فيدخل فيه القُمْرِيُّ والدَّبْسِيُّ والفَاخْتَةُ، وهذا اختيار جماعة منهم الإمام وصاحب «التهذيب»، واستبعده أصحابنا العراقيون، وجعلوا كل واحد منهما جنساً برأسه، والسُّمُوكُ من حيوان البحر جنس، وفي غنم الماء وبقره وغيرها مع السُّمُوكِ، وكذا في بعضها مع بعض قولان:

أصحهما: أنها أجناس كَحَيَوَانَاتِ البرِّ، وهل الجراد من جنس اللحوم؟  
فيه وجهان: إن قلنا: نعم، فهو من البرِّياتِ أو البَحْرِياتِ فيه وجهان<sup>(١)</sup>.

وفي أعضاء الحيوان الواحد كالكَرْشِ والكَبِدِ والطَّحَالِ والقَلْبِ، والرُّةِ طريقتان:

أشهرهما: أنا إن قلنا: إن اللحم أجناس، فهذه أولى لاختلاف أسمائها وصفاتها. وإن قلنا: إنها جنس واحد ففيها وجهان، لأن من حلف أن لا يأكل اللحم، لا يَحْتَثُ بأكل هذه الأشياء على الصحيح، وهذا كالخلاف في أن لحم السمك جنس برأسه أو هو من جنس سائر اللحوم؛ لأن من حَلَفَ أن لا يأكل اللحم لا يَحْتَثُ بأكل السمك.

والثاني عن القَفَّالِ: أنا إن جعلناها جنساً واحداً فهذه الأشياء مجانسة لها، وإن جعلناها أجناساً فوجهان لأتحد الحيوان، وصار كلحم الطَّيْرِ وشحمه.

وقوله في الكتاب: «أجناس على الأظهر»، إن جعلنا اللحم أجناساً إلى هذه الطَّرِيقَةِ أقرب، ولو قال: «وإن لم نجعل اللحم أجناساً»، لكان ذلك للطَّرِيقَةِ الأولى، وكيف ما قدرت التَّرتِيبُ فظاهر المذهب أنها أجناس، والمخ جنس آخر، وكذلك الجِلْدُ<sup>(٢)</sup> وشَحْمُ الظَّهْرِ مع شَحْمِ البَطْنِ جنسان، وسِنَامُ البعير معهما جنس آخر، والرَّأْسُ والأَكْرَاعُ من جنس اللحم، وفي الأَكْرَاعِ احتمال عند الإمام.

(١) أصحهما الأول.

(٢) المعروف أن الجلد ليس ربوياً فيجوز بيع جلد بجلود وبغيرها فلا حاجة إلى قوله: إنه جنس آخر. ينظر الروضة (٥٦/٣).

وأما الأديّة والخُلُول والأذّهان فهي أجناس مختلفة على المشهور؛ لأنها أصول فروع مختلفة وهي من أموال الربا، فأجرى عليها حكم أصولها بخلاف اللحم فإن أصولها وهي الحيوانات ليست ربّوية، وكذا عصير العنب مع عصير الرُّطْب جنسان ودبّسُهُما كذلك، وفي الأديّة حكاية قول عن «أمالي حرملة». أنها جنس واحد، وأبعد منه وجه ذكروه في الخُلُول والأذّهان، ويجري مثله في عصير العنب مع عصير الرطب.

وأما الألبان ففيها طريقتان:

أظهرهما: عند الأكثرين: أنها على قولين كما في اللّحمين، فعلى الأصح يجوز بئع لبن الغنم بلبن البقر متفاضلاً، وبيع أحدهما بما يتخذ من الآخر، ولبن الضأن والمعز جنس واحد، ولبن الوغل مع المعز الأهلي جنسان اعتباراً بالأصول.

والطريق الثاني: وهو قضية إيراد الكتاب: القطع بأنها أجناس مختلفة، والفرق أن الأصول التي حصل اللبن منها باقية بحالها وهي مختلفة، فيدام حكمها على الفروع بخلاف أصول اللحم.

ويَبُوض الطيور أجناس إن جعلنا اللحوم أجناساً، وإن جعلناها جنساً واحداً، فهي أجناس أيضاً على أصح الوجهين.

والزيت المعروف مع زيت الفجل جنسان، وهو دهن يتخذ من بزر الفجل، يسمى زيتاً لأنه يصلح لبعض ما يصلح له الزيت المعروف.

ومنهم من قال: حكمهما حكم اللّحمين، والتمر المعروف مع الهندي جنسان.

وعن ابن القَطّان وجه: أنهما جنس واحد. وفي البطيخ المعروف مع الهندي وجهان أيضاً، وكذا في القثاء مع الخيار<sup>(١)</sup>.

والبقول كالهندبا والتنع وغيرهما أجناس، إذا قلنا: بجرّيان الربا فيها، ودهن السمن وكسبه جنسان، كالمخيض والسمن، وفي عصير العنب مع خله وجهان:

أظهرهما: أنهما جنسان لإفراط التفاوت في الاسم والصفة والمقصود، وفي السكر والقانيد وجهان أيضاً:

أظهرهما: أنهما جنسان لاختلاف قصبهما، والسكر والنبات والطبرزد جنس واحد، والسكر الأحمر وهو القوالب عكر الأبيض ومن قصبه، ومع ذلك ففي التجانس تردد للأئمة لمخالفتها في الصفة. قال الإمام: ولعل الأظهر: أنه جنس من السكر.

(١) الأصح أنهما جنسان.

المسألة الثانية: بيع اللحم بالحيوان المأكول من جنسه باطل وهو قول مالك وأحمد خلافاً لأبي حنيفة والمزني.

لنا ما روي أن النبي ﷺ: «تَهَى عَنْ بَيْعِ اللَّحْمِ بِالْحَيَوَانِ»<sup>(١)</sup>.

وإن باعه بحيوان مأكول لا من جنسه، كما لو باع لحم الشاة بالبقرة، فيبني على أن اللحمين جنس أو أجناس.

إن قلنا: إنهما جنس فهو باطل أيضاً.

وإن قلنا: أجناس، فقولان:

أحدهما: وبه قال مالك وأحمد: أنه صحيح، كما لو باع اللحم باللحم.

وأصحهما: أنه باطل لعموم الخبر.

روي أن جزوراً نحررت على عهد أبي بكر - رضي الله عنه - فجاء رجل بعناق وقال: أعطوني جزءاً بهذه العناق، فقال أبو بكر - رضي الله عنه -: لا يصلح هذا.

وإن باعه بحيوان غير مأكول كعبد أو حمار ففيه قولان:

أصحهما عند القائل: المنع لظاهر الخبر.

والثاني: الجواز؛ لأن سبب المنع بيع مال الربا بأصله المشتمل عليه، ولم يوجد ذلك هاهنا وفي بيع الشحم والألية والطحال والقلب والكلىة والرئة بالحيوان وجهان، وكذا في بيع السنام بالأبل.

أحدهما: يجوز؛ لأن التهي ورد في بيع اللحم بالحيوان.

وأصحهما: المنع، لأنه في معناه، وعلى هذا الخلاف بيع الجلد بالحيوان إن لم يكن مذبوغاً، وإن كان مذبوغاً فلا منع، وعلى الوجهين أيضاً بيع لحم السمك بالشاة، ولا يجوز بيع دهن السمسم ولا كُشبه بالسمسم، ولا يبيع دهن الجوز بلب الجوز، ولا يبيع السمن باللبن، كما لا يجوز بيع اللحم بالحيوان، وبيع دقيق الحنطة بالحنطة.

وذكر الإمام هاهنا إشكالاً وطريق حله.

أما الإشكال، فهو: أن السمسم جنس في نفسه لا أنه دهن وكُشبه، واللبن جنس في نفسه لا أنه سمن ومخيض، ولهذا جاز بيع السمسم بالسمسم، واللبن باللبن، وإن كان لا يجوز بيع الدهن والكسب بالدهن والكسب، وبيع السمن والمخيض بالسمن

(١) أخرجه مالك في الموطأ (٧٠/٢) عن سعيد مرسلأ، والحاكم (٣٥/٢) عن الحسن عن سمرة، والبيهقي (٢٩٦/٥).

والمخيض، وإذا كان جنساً برأسه وجب أن يجوز بيع السمسم بالدهن، كما جاز بيع السمسم بالسمسم.

وأما الحل: هو أنه إذا قوبل السمسم بالسمسم، واللبن باللبن، فالعوضان متجانسان في صفتها الناجزة، فلا ضرورة إلى تفريق الأجزاء وتصوير ما يكون حيثنذ، وإذا قوبل السمسم بالدهن، فلا يمكننا جعل السمسم مخالفاً للدهن، مع اشتمال السمسم على الدهن، وإذا ارتفعت المخالفة جاءت المجانسة، ولا شك أن مجانستهما في الدهنية فاضطر إلى اعتبارها، وإذا اعتبرناها كان ذلك بيع دهن وكسب بدهن.

قوله في الكتاب: «إن جاز بيع كل واحد منهما بجنسه»، إشارة إلى هذا الإشكال، ويجوز بيع الجوز بالجوز واللوز باللوز، ولا بأس بما عليهما من القشر؛ لأن الصلاح يتعلق به، ثم المعيار في الجوز الوزن، لأنه أكبر من التمر، وفي اللوز الكيل، ويجوز أيضاً بيع لب الجوز ولب اللوز بلب اللوز لأنه أكبر.

وفيه وجه: أنه لا يجوز بيع اللب باللب. لخروجه عن حالة الأذخار، وبهذا أجاب في «التمة».

وحكى القاضي ابن كنج عن نص الشافعي - رضي الله عنه -: أنه لا يجوز بيع الجوز بالجوز، واللوز باللوز، مع القشر، وبيع البيض بالبيض، كبيع الجوز بالجوز، فيجوز على الظاهر، وإن كان في القشر، والمعيار فيه الوزن، ويجوز بيع لبن الشاة بغير اللبن من الشاة، وكذا باللبنون إذا لم يكن في ضرعها لبن، إن جرى البيع عقيب الحلب، وإن كان في ضرعها لبن لم يجز؛ لأن اللبن في الضرع يأخذ قسماً من الثمن، ألا ترى أنه وجب التمر في مقابلته في المصرة؟ وكذا لو باع شاة في ضرعها لبن بشاة في ضرعها لبن كما لو باع حيواناً ولبناً بحيوان ولبن.

وعن أبي الطيب ابن سلمة: أنه يجوز كبيع السمسم بالسمسم، وبيع البيض بالدجاجة كبيع اللبن بالشاة، ولو باع لبن الشاة ببقرة في ضرعها لبن.

فإن قلنا: الألبان جنس واحد لم يجز.

وإن قلنا: إنها أجناس فقولان للجمع بين مختلفي الحكم، فإن ما يقابل اللبن من اللبن يشترط فيه التقابض، وما يقابله من الحيوان لا يشترط فيه التقابض - والله أعلم -

فرو: الربا يجري في دار الحرب جريانه في دار الإسلام؛ لأن النصوص الواردة فيه مطلقة.

وبه قال مالك وأحمد.

وعن أبي حنيفة: أن الربا في دار الحرب إنما يجري بين المسلمين المهاجرين،



فأما بين حَرْبَيْنِ وبين مسلمين لم يهاجرا أو أحدهما، فلا ربا - والله أعلم - .

### البَابُ الثَّالِثُ فِي الْفَسَادِ مِنْ جِهَةِ النَّهْيِ

قال الغزالي: **وَالْمَنْهَاهِي قِسْمَانِ: أَحَدُهُمَا مَا يَدُلُّ عَلَى فَسَادِ الْعَقْدِ وَذَلِكَ كَنَهْيِهِ عَنِ بَيْعِ اللَّحْمِ بِالْحَيَوَانِ (ح) وَبَيْعِ مَا لَمْ يَقْبَضْ، وَبَيْعِ الطَّعَامِ حَتَّى يُجْرِيَ فِيهِ الصِّعْمَانُ، وَبَيْعِ الْكَالِيَةِ بِالْكَالِيَةِ، وَبَيْعِ الْعَرَرِ، وَبَيْعِ الْكَلْبِ وَالْحَنْزِيرِ، وَبَيْعِ عَسَبِ الْفَحْلِ وَهُوَ نُطْفَتُهُ.**

قال الرافعي: مقصود الباب عدد البياعات التي ورد فيها نهى خاص، والترجمة تقتضي انقسام الفساد إلى ما يكون للنهي وإلى ما يكون لغيره، لكن يمكن أن يقال: لإفساد إلا للثَّهْيِ، فإن الربا الذي أفرده بالذكر منهى عنه أيضاً، وكذا تفريق الصَّفقة إذا منعنا عنه، وكل فاسد منهى عنه إمَّا نهى خاص وإمَّا نهى عام.

ثم ما ورد فيه النهي من البيوع قد يحكم بفساده قضية للنهي وهو الأغلب وقد لا يحكم، وهو حيث يقارن البيع ما يعرف عود النهي إليه كالمنع عن البيع حالة النداء، فإننا نعلم أن المنع غير متوجه نحو خصوص البيع، وإنما هو متوجه نحو ترك الجمعة حتى لو تركها بسبب آخر فقد ارتكب المنهي، ولو باع في غير تلك الحالة لم يُصَادَفْهُ نَهْيٌ.

القسم الأول: ما حكم فيه بالفساد وهو أنواع:

فمنها: بيع اللحم بالحيوان وقد مر.

ومنها: بيع ما لم يقبض وبيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان، وبيع الكالِيَةِ بِالْكَالِيَةِ وسنشرحها من بعد - إن شاء الله تعالى - .

ومنها: بيع العَرَرِ<sup>(١)</sup>.

فمنه بيع ما لم يقدر على تسليمه وقد سبق.

ومنه أن يبيع مال الغير.

«ومنه أن يبيع ما ليس عنده، روي أن النبي ﷺ نهى عنه حكيم بن حزام»<sup>(٢)</sup>.

وله تفسيران:

أحدهما: أن يبيع ما هو غائب عنه.

(١) حقيقة العَرَر كما قاله الشيخ أبو علي: كل عقد عقد على ما يجوز أن يتم ويجوز أن لا يتم، مأخوذ من العر وهو الستر، وفسره الماوردي والصيمري بالتردد بين جانبيين متضادين الأغلب منهما أخوفهما. وقيل ما انطوى أمره وخيفت عاقبته.

(٢) تقدم.

والثاني: أن يبيع ما لا يملكه ليشتريه فيسلمه.

ومنها: بيع الكلب والخنزير، وقد تقدم ذكره في شرط طهارة المبيع.

ومنها ما روي أنه ﷺ: «نَهَى عَنْ بَيْعِ عَسْبِ الْفَحْلِ»<sup>(١)</sup>.

وروي أنه «نَهَى عَنْ تَمَنِ عَسْبِ الْفَحْلِ»<sup>(٢)</sup>.

وهذه رواية الشافعي - رضي الله عنه - في «المختصر»، قال في «الصحيح»:

العَسْبُ: الذي يؤخذ على ضِرَابِ الْفَحْلِ<sup>(٣)</sup> وَعَسْبِ الْفَحْلِ أيضاً: ضِرَابُهُ، ويقال: ماؤه، فهذه ثلاثة مَعَانٍ.

والثالث: هو الذي أطلقه في الكتاب.

والثاني: هو المشهور في الفقهيات، ثم ليس المراد من الخبر في الرواية الأولى

الضَّرَابُ، فإن نفس الضَّرَابِ لا يتعلّق به نهى ولا منع من الإيذاء أيضاً، بل الإعارة للضراب محبوبة، ولكن الثمن المذكور في الرواية الثانية مُضْمَرٌ فيه هكذا قالوه.

ويجوز أن يحمل العَسْبُ على الكِرَاءِ على ما هو أحد المعاني، فيكون نهياً عن

إِجَارَةِ الْفَحْلِ للضَّرَابِ، ويستغنى عن الإضْمَارِ وأما على الرواية الثانية فالمفسرون

للعَسْبِ بالضَّرَابِ ذكروا أن المراد من الثَّمَنِ الكِرَاءُ، وقد يسمى الكِرَاءُ تَمَنّاً مجازاً،

ويجوز أن يفسر العَسْبُ بالماء، ويقال: هذا نهى عن بيعه، والحاصل: أن بذل المال

للضَّرَابِ ممتنع بطريق البيع؛ لأن ماءه غير متقوم، ولا معلوم، ولا مقدور على

تسليمه. وأما بطريق الاستئجار: ففيه وجهان قد ذكرهما في الكتاب في «باب

الإجارة».

أصحهما: المنع<sup>(٤)</sup> أيضاً وبه قال أبو حنيفة وأحمد لأن فعل الضَّرَابِ غير مقدور

عليه للمالك بل يتعلّق باختيار الفَعْلِ.

والثاني وبه قال ابن أبي هريرة ويحكى عن مالك: أنه يجوز كالأستئجار لتلقيح

(١) أخرجه البخاري (٢٢٨٤) وأبو داود (٣٤٢٩) والترمذي (١٢٧٣) والنسائي (٣١٠/٧).

(٢) انظر التخریج السابق.

(٣) أعلم أن الضراب بكسر الصاد هو طروق الفحل للأثني، فعلى التفسير الأول وهو المشهور في

كتب الفقه كما قاله الرافعي لا بد في الحديث من تقدير لأن نفس العسب وهو الضراب لا يتعلّق

بالنهي لأنه ليس من أفعال المكلفين، والإعارة له محسوبة فيكون التقدير أجرة عسب الفحل،

وحينئذ يكون دليلاً على تحريم استئجاره كذلك، وهو الأصح.

(٤) وتعبيره بالأصح يقتضي أن الخلاف وجهان وصرح في المحرر بأنه قولان فقال: في الأصح

القولين.

التُّخْل، ويجوز أن يعطي صاحب الأثني صاحب الفحل شيئاً، على سبيل الهدية خلافاً لأحمد - والله أعلم - .

قال الغزالي: وَحَبِلَ الْحَبْلَةَ وَهُوَ نِتَاجُ النَّتَاجِ، وَالْمَلَايِيحِ وَهِيَ مَا فِي بَطُونِ الْأُمَهَاتِ، وَالْمَضَامِينِ وَهِيَ مَا فِي أَضْلَابِ الْفُحُولِ.

قال الرافي: ما روي عن ابن عمر أن النبي ﷺ: «نَهَى عَنِ بَيْعِ حَبْلِ الْحَبْلَةِ»<sup>(١)</sup> وحبل<sup>(٢)</sup> الحبله هو نِتَاجُ النَّتَاجِ، ثم ذكروا للخبر تفسيرين:

أحدهما: أن يبيع الشيء إلى أن ينتج نِتَاجُ هذه الدابة.

والثاني: أن يبيع نِتَاجُ النَّتَاجِ نفسه.

والأول: هو تفسير ابن عمر، وبه أخذ الشافعي - رضي الله عنه - .

والثاني: تفسير أبي عبيد وأهل اللُّغَةِ، وكلا البيعين باطل.

أما الأول: فلأنه بيع إلى أجل مجهول.

وأما الثاني: فلأنه بيع ما ليس بمملوك ولا معلوم ولا مقدور على تسليمه.

ومنها: ما روي عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ: «نَهَى عَنِ بَيْعِ الْمَلَايِيحِ وَالْمَضَامِينِ»<sup>(٣)</sup>.

فالملاييح: ما في بَطُونِ الْأُمَهَاتِ مِنَ الْأَجْتَةِ، الواحدة ملقوحة من قولهم: لَقِحت، كَالْمَخْنُونِ مِنْ جُنِّ، وَالْمَخْمُومِ مِنْ حُمِّ، وَالْمَضَامِينُ: ما في أَضْلَابِ الْفُحُولِ، سُمِّيَ بِذَلِكَ لِأَنَّ اللَّهَ - تَعَالَى - ضَمَّنَهَا فِيهَا، وَكَانُوا فِي الْجَاهِلِيَةِ يَبِيعُونَ ما فِي بطنِ النَّاقَةِ، وما يحصل من ضِرَابِ الْفُحْلِ فِي عامٍ أو أعوامٍ، وسبب بطلانها من جهة المعنى بين<sup>(٤)</sup> . . .

(١) أخرجه البخاري (٢١٤٣) ومسلم (١٥١٤).

(٢) والحبل مصدر واستعماله هنا مجاز من وجهين:

أحدهما: إطلاقه على البهائم مع أنه مختص بالآدميات بالاتفاق، وإنما يقال للبهائم الحمل بالميم كما نقله النووي في تهذيب الأسماء واللغات.

الثاني: أن المراد بهذا المصدر هو اسم المفعول وهو المحبول كما أطلق الحمل وأريد به. وأما الحيلة فقيل جمع حامل كفاسق وفسقة، وقيل: مفرد والتاء للتأنيث إشعاراً بأنها أنثى حتى تلد.

(٣) أخرجه البزار (١٢٦٧) كشف الأستار، وانظر خلاصة البدر (٥٦/٢) والتلخيص (١٢/٣).

(٤) [والملاييح: جمع ملقوحة أي ملقوح بها من قولهم لقتهم لقت بضم اللام، ولا يكون الملاييح إلا لما في بطون الإبل خاصة. كذا قاله أبو عبيد في غريب الحديث. وذكر الجوهرى نحوه أيضاً] المضامين، فقال الأزهرى: سميت بذلك لأن الله تعالى أودعها ظهورها فكانها ضمتها.

قال الغزالي: وَيَبِيعُ الْمُلَامَسَةَ وَهُوَ أَنْ يَجْعَلَ اللَّمْسَ بَيْعاً، وَالْمُنَابَذَةَ بِأَنْ يَجْعَلَ التَّبْدُ بَيْعاً، وَرَمَى الْحَصَاةَ وَهُوَ أَنْ يَمِينَنَّ لِلْبَيْعِ مَا تَقَعُ الْحَصَاةُ عَلَيْهِ، وَيَمْتَعِنِينَ فِي بَيْعَةٍ فَيَقُولُ: بَعْتُ بِالْفَيْنِ نَسِيئَةً أَوْ بِالْفِ نَقْدًا فَخُذْ بَأَيْهِمَا شِئْتَ.

قال الرافعي: ومنها: ما روي عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ: «نَهَى عَنِ بَيْعِ الْمُلَامَسَةِ، وَالْمُنَابَذَةِ»<sup>(١)</sup>.

وللملامسة تأويلان:

أحدهما: إن أتى بثوب مطوي أو في ظلمة فيلمسه المُستَم، فيقول صاحب الثوب: بِعْتُكَ هَذَا بِكَذَا، بشرط أن يقوم لمسك مقام نظرك، ولا خيار لك إذا رأيت، وهو تأويل الشافعي - رضي الله عنه - في «المختصر»، وهذا البيع باطل.

أما إذا أبطلنا بيع الغائب فظاهر. وأما إذا صححناه فلاشترط قيام اللمس مقام النظر. قال الإمام: ويتطرق إلى هذا احتمال من جهة أن من اشترى شيئاً على شرط نفي خيار الرؤية، ففي صحة الشرط خلاف فلا يمتنع أن يكون هذا على ذلك الخلاف، وبهذا الاحتمال أجاب أبو سعد المتوَلِّي في كتابه.

الثاني: وهو المذكور في الكتاب: أن يجعل نفس اللمس بيعاً، ومثله الإمام بأن يقول صاحب الثوب لطالبه: إذا لمست ثوبي فهو مبيع منك بكذا، وهو باطل لما فيه من التعليل والمعدول عن الصيغة الشرعية، وذكر في «التتمة»: أن هذا في حكم المعاطاة.

والثالث: أن يبيعه شيئاً على أنه متى لمسه فقد وجب البيع وسقط خيار المجلس وغيره، وهو فاسد للشرط الفاسد. وأما بيع المُنَابَذَةِ فله تأويلات:

أحدها: أن يجعل التَّبْدُ بَيْعاً، فيقول أحدهما للآخر: أَنبِذْ إِلَيْكَ ثُوبِي، وَتَبْدُ إِلَيَّ ثُوبَكَ عَلَى أَنْ كُلِّ وَاحِدٌ مَبِيعٌ بِالْآخِرِ، أَوْ يَقُولُ: أَنبِذْ إِلَيْكَ ثُوبِي بِعَشْرَةِ، وَتَبْدُ إِلَيَّ ثُوبَكَ فَيَكُونُ التَّبْدُ بَيْعاً، وَهَذَا تَأْوِيلُ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فِي «الْمَخْتَصَرِ»، وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ، وَوَجْهُ بَطْلَانِ الْعَقْدِ: اخْتِلَالُ الصِّيغَةِ.

قال الأئمة: ويجيء فيه الخلاف المذكور في المُعَاطَاة؛ فَإِنَّ الْمُنَابَذَةَ مَعَ قَرِينَةِ الْبَيْعِ هِيَ الْمُعَاطَاةُ بَعِينَهَا.

والثاني: أن يقول: بِعْتُكَ هَذَا بِكَذَا عَلَى أَنِّي إِذَا تَبَّدْتُهُ إِلَيْكَ فَقَدْ وَجِبَ الْبَيْعُ، وَحُكْمُهُ مَا مَرَّ فِي الْمَلَامَسَةِ.

(١) أخرجه البخاري (٣٦٨، ٥٨٤، ٥٨٨، ١٩٩٣)، (٢١٤٥) ومسلم (١٥١١).

والثالث: أن المراد منه نبذ الحَصَاة، وسنفسره.

ومنها: ما روي عن أبي هريرة - رضي الله عنه -: أن النبي ﷺ: «نَهَى عَنْ بَيْعِ الْحَصَاةِ»<sup>(١)</sup>. وله تأويلات:

أحدها: أن يقول: بعثك ثوباً من هذه الأثواب وازم بهذه الحَصَاة فعلى أيهما وقعت فهو المبيع، أو يقول: ازم بهذه الحَصَاة، فعلى أي موضع بَلَّغْتَ من الأرض يكون مبيحاً منك.

والثاني: أن يقول: بعثك هذا بكذا على أنك بالخيار إلى أن أرمي بهذه الحَصَاة.

والثالث: أن يجعل نفس الرمي بيعاً، فيقول البائع: إذا رميت بهذه الحَصَاة فهذا الثوب مبيع منك بعشرة، والبيع باطل في الصور الثلاث.

أما في الأولى فللجهل بالمبيع.

وأما في الثانية فلكون الخيار مجهولاً.

وأما في الثالثة فلاختلال الصيغة.

ومنها ما روي عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أيضاً أن النبي ﷺ: «نَهَى عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ»<sup>(٢)</sup>.

وله تأويلان مذكوران في «المختصر»:

أحدهما: وهو المذكور في الكتاب: أن يقول: بعثك هذا العبد بألف نقداً أو بألفين إلى نسيت، فخذ بأيهما شئت أو شئت أنا، فهذا العقد باطل للجهل بالعوض، كما لو قال: بعثك هذا العبد أو هذه الجارية بكذا، ولو قال: بعثك بألف أو بألفين إلى سنة، أو قال: بعثك نصف هذا العبد بألف ونصفه بألفين صح البيع، ولو قال: بعثك هذا العبد بألف نصفه بستمائة لم يصح؛ لأن ابتداء الكلام يقتضي توزيع الثمن على المُثْمَنِ بِالسُّوِيَةِ وآخره يناقضه، هكذا نقله صاحب «التهذيب» حكماً وتعليلاً.

والثاني: أن يقول: بعثك هذا العبد بألف على أن تبيني دارك بكذا، أو اشترى مني داري بكذا فهو باطل؛ لأنه بيع وشرط، هذا وسنذكر المعنى في بطلانه على الأثر - إن شاء الله تعالى -.

(١) أخرجه مسلم (١٥١٣).

(٢) أخرجه الترمذي (١٢٣١) وقال: حسن صحيح، وأبو داود (٣٤٦١) والنسائي (٣٩٦/٧) والحاكم (٤٥/٢).

قال الغزالي: وَعَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ، فَلَوْ بَاعَ بِشَرْطٍ قَرْضٍ، أَوْ بِشَرْطٍ بَيْعٍ آخَرَ، أَوْ شَرَطَ عَلَى بَائِعِ الزَّرْعِ أَنْ يَخْصِدَهُ (و)، أَوْ كَانَ مِمَّا يَبْقَى عُلُقَةً بَعْدَ الْعَقْدِ يَثْبُتُ نِزَاعٌ بِسَبَبِهَا لَمْ يَجْزِ.

قال الرافعي: ومن البيوع التي ورد النهي عنها البيع المشروط.

روي أن النبي ﷺ: «نَهَى عَنِ بَيْعٍ وَشَرْطٍ»<sup>(١)</sup>.

قال حجة الإسلام: مطلق الخبر يقتضي امتناع كل شرط في البيع لكن المفهوم من تعليقه أنه إذا انضمَّ الشرط إلى البيع بقيت علقته بعد العقد. يثور بسببها منازعة، وقد يفضي ذلك إلى فوات مقصود العقد، فحيث تفقد هذه العلة تستثنى عن الخبر، ولذلك يتثنى عنه شروطاً ورد في تصحيحها نصوص.

اعلم: أن الشرط في العقد ينقسم إلى فاسدٍ وإلى صحيح، فالفاسد منه يفسد العقد أيضاً على المذهب، وفيه شيء سنورده من بعد - إن شاء الله تعالى -، والفصل يشتمل على أمثلة من الشروط الفاسدة، ثم يليه بيان الشروط الصحيحة.

فمن الشروط الفاسدة: إذا باع عبده بألف بشرط أن يبيعه داره أو يشتري منه داره، أو بشرط أن يقرضه عشرة لم يصح، لأنه جعل الألف ورفق العقد الثاني ثمناً، واشترط العقد الثاني ثمناً، واشترط العقد الثاني فاسد فبطل بعض الثمن، وليس له قيمة معلومة حتى يفرض التوزيع عليه وعلى الباقي، وإذا أتيا بالبيع الثاني نظر إن كانا يعلمان بطلان الأول صح وإلا فلا لأنهما يأتیان به على حكم الشرط الفاسد، هكذا نقله صاحب «التهذيب» وغيره والقياس صحته، وبه قطع الإمام، وحكاه عن شيخه في «كتاب الرهن»<sup>(٢)</sup>.

ولو اشترى زرعاً واشترط على بائعه أن يخصده، ففيه ثلاث طرق:

أحدها: وبه قال أبو إسحاق: أن هذا التصرف شراء للزرع، واستئجار للبائع على الحصاد، فيجيء فيه القولان فيما لو جمع بين صفتين مختلفي الحكم؛ وهذا هو اختيار ابن الصباغ.

والثاني: أن شرط الحصاد باطل قولاً واحداً؛ لأنه شرط عملاً فيما لم يملكه،

(١) أخرجه الحاكم في معرفة علوم الحديث (١٢٨) ومن طريقه ابن حزم في المحلى (٤١٥/٨) وأخرجه الطبراني في الأوسط، وانظر التلخيص (٢/٣).

(٢) قال في شرح المهذب: الأول أصح لأن المواطأة لا يعتقد لزوم الوفاء بها، بخلاف مسألتنا فنظيرها من مسألتنا أن يعلمنا بفساد الشرط وللأذرعى بحث في الصحة.

فأشبه ما لو استأجره لِخِيَاطة ثوب لم يملكه، وفي صحة البيع قولاً تفریق الصفقة.

والثالث وهو الأصح: أنهما باطلان.

أما شرط العمل فلما ذكرنا، وأيضاً فلأنه شرط ينافي قضية العقد؛ لأن قضية العقد كون القطع على المشتري.

وأما البيع فلأن الشرط إذا فسد فسد البيع، وكذا الحكم لو أفرد الشراء بعوض والاستئجار بعوض، فقال: اشتريت هذا الزرع بعشرة على أن تحصده بدرهم؛ لأنه جعل الإجارة شرطاً في البيع، فهو في معنى بيعتين في بيعة وفي التأويل.

الثاني ولو قال: اشتريت هذا الزرع واستأجرتك على حصاده بعشرة، فقال: بعث، وأجرت ففيه طريقان:

أحدهما: أنهما على القولين في الجمع بين مختلفي الحكم.

والثاني: أن الإجارة باطلة قولاً واحداً.

ثم إذا فسدت الإجارة، ففي فساد البيع قولاً تفریق الصفقة.

ولو قال: اشتريت هذا الزرع بعشرة واستأجرتك لتحصده بدرهم صح الشراء، ولا تصح الإجارة؛ لأنه استأجره على العمل فيما لم يملكه، ونظائر مسألة الزرع يقاس بها، كما إذا اشترى ثوباً، وشرط عليه صبغه أو خياطته، أو لبناً وشرط عليه طبخه، أو نعلأ على أن ينعل به دابته، أو عبداً رضيعاً على أن يتم إرضاعه، أو متاعاً على أن يحمله إلى بيت والبائع يعرف بيته، فإن لم يعرف بطل البيع لا محالة، ولو اشترى حطباً على ظهر بهيمة مطلقاً فيصح العقد، ويسلمه إليه في موضعه أم لا يصح حتى يشترط تسليمه إليه في موضعه؛ لأن العادة قد تقتضي حمله إلى داره؟

حكى صاحب «التتمة» فيه وجهين<sup>(١)</sup> - والله أعلم..

قال الغزالي: **إِلَّا فِي مَوَاضِعَ عِدَّةٍ اسْتَفْتِيَتْ بِالنُّصُوصِ (أَحَدَهَا) شَرْطُ الْأَجْلِ الْمَعْلُومِ وَالثَّانِي شَرْطُ الْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ وَالثَّلَاثُ شَرْطُ وَثِيقَةِ الثَّمَنِ بِالرَّهْنِ بَعْدَ تَغْيِينِ الْمَرْهُونِ، وَبِالْكَفِيلِ بَعْدَ تَغْيِينِهِ، وَبِالشَّهَادَةِ وَلَا يُشْتَرَطُ فِيهَا التَّغْيِينُ، وَمَهْمَا تَعَدَّرَ الْوَفَاءُ بِالرَّهْنِ الْمَشْرُوطِ أَوْ وَجَّهَ بِهِ عَيْنًا فَلَهُ فُسْخُ الْعَقْدِ.**

قال الرافعي: من الشروط الصحيحة في البيع شرط الأجل المعلوم في الثمن.

(١) أصحهما الصحة.

قال الله تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَسْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾<sup>(١)</sup>.

وَرُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ: أَمَرَ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَمْرٍو أَنْ يُجَهِّزَ جَيْشاً وَأَمَرَهُ أَنْ يَبْتَاعَ ظَهراً إِلَى خُرُوجِ الْمُصَدِّقِ<sup>(٢)</sup> وَإِنْ كَانَ مَجْهولاً، كَقَدومِ زَيْدٍ أَوْ مَجِيءِ المَطَرِ، وَإِقْباضِ المَبِيعِ فَهُوَ فَاسِدٌ.

وذكر القاضي الرُّويانِيُّ: أنه لو أُجِّلَ الثمن إلى ألف سنة بطل العقد للعلم بأنه لا يبقى إلى هذه المدة، ويسقط الأجل بالموت كما لو أُجِّرَ ثوباً ألف سنة لا يصح، فعلى هذا يشترط في صحة الأجل مع كونه معلوماً احتمال بقائه إلى المدة المضروبة<sup>(٣)</sup>.

ثم موضع الأجل ما إذا كان العوض في الذمة، فأما ما ذكره في المبيع أو في الثمن المعين، مثل أن يقول: اشتريت بهذه الدنانير على أن أسلمها في وقت كذا فهذا فاسد؛ لأن الأجل رفق أثبت لتحصيل الحق في المدة والمعين حاصل، ولو حلَّ الأجل فأجل البائع المشتري مدة، أو زاد في الأجل قبل حلول الأجل المَضْرُوبِ أولاً، فهو وعد لا يلزم خلافاً لأبي حنيفة فيهما، وساعدنا على أن بدل الإثلاف لا يتأجل وإن أجله، وقال مالك - رحمه الله - تعالى: يتأجل.

لو أوصى من له دين حال على إنسان بإمهاله مدة، فعلى ورثته إمهاله تلك المدة، لأن التبرعات بعد الموت<sup>(٤)</sup> تلزم، قاله في «التتمة».

وحكى هو وصاحب «التهذيب» وجهين فيما لو أسقط من عليه الدين المؤجل الأجل فهل يسقط حتى يتمكن المستحق من مطالبته في الحال؟

أصحهما: أنه لا يسقط؛ لأن الأجل صفة تابعة، والصفة لا تفرد بالإسقاط، ألا ترى أن مستحق الحنطة الجيدة أو الدنانير الصّحاح لو أسقط صفة الجودة أو الصحة لا تسقط؟

ومنها: شرط الخيار ثلاثة أيام على ما سيأتي - إن شاء الله تعالى -.

ومنها: شرط وثيقة الثمن بالرهن والكفيل والشهادة فيصح البيع بشرط أن يرهن

(١) سورة البقرة، الآية ٢٨٢.

(٢) أخرجه الدارقطني والبيهقي، وانظر حديث اشترى بعيراً ببعيرين إلى أجل.

(٣) لا يشترط احتمال بقائه إليه بل ينتقل إلى وارثه لكن التأجيل بألف سنة وغيرها مما يبعد بقاء الدنيا إليه فاسد.

(٤) يستثنى من الكفيل ما لو باع عيناً من رجلين، وشرط أن كلاً منهما يضمن الآخر لم يصح العقد وإن كان يصح أن يشترط على المشتري أن يضمنه غيره بالثمن كذا جزم به القاضي الحسين في باب الضمان من تعليقه وكذا الغزالي في البسيط.



المُشْتَرِي بِالثَّمَنِ، أو يتكفل به كفيل أو يشهد عليه، سواء كان الثمن حالاً أو مؤجلاً ولا يخفى وجه الحاجة إلى التوفيق بهذه الجهات.

وقد قال تعالى: ﴿فِرْهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾.

وقال: ﴿وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾<sup>(١)</sup>.

وكذلك يجوز أن يشترط المشتري على البائع كفيلاً بالعُهدَة، ولا بد من تعيين الرهن والكفيل والمعتبر في الرهن المشاهدة أو الصفة، كما يوصف المسلم فيه، وفي الكفيل المشاهدة أو المعرفة بالاسم والنسب، ولا يكفي الوصف بأن يقول رجل موسر ثقة، هذا هو النقل [عن الأصحاب].

ولو قال قائل: الاكتفاء بالصفة أولى من الاكتفاء بمشاهدة من لا يعرف حاله لم يكن بيعيد، وهل يشترط التعيين في شرط الإشهاد؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، كما في الرهن والكفيل.

وأصحهما: لا، وهو المذكور في الكتاب؛ لأن المطلوب في الشهود العدالة لإثبات الحق عند الحاجة بخلاف الرهن والكفيل، فإن الأغراض فيهما تتفاوت، ولصاحب الوجه الأول أن يقول: وقد يكون بعض العدول أوجه، وقوله: «أسرع قبولاً» فيتفاوت الغرض في أعيانهم أيضاً» وادعى الإمام القطع بالوجه الثاني، ورد الخلاف إلى أنه لو عين الشهود هل يتعيّنون أم لا؟ وهل يجب التعرض لكون المرهون عند المرتهن أو عند عدل؟ فيه وجهان:

أظهرهما: لا، بل إن اتفقا على يد المرتهن أو بيد عدل فذاك، وإلا جعله الحاكم في يد عدل، وليكن المشروط رهنه عند غير المبيع.

أما إذا شرط أن يكون المبيع نفسه رهناً بالثمن لم يصح الرهن؛ لأن المرهون غير مملوك له بَعْدَ وَلَا المبيع، هكذا أطلقه الجمهور، وأورد الإمام فيه تفصيلاً كما سيأتي، والمطلقون وجهوه بأمور.

منها: أن الثمن إما مؤجل يجوز حبس المبيع لاستيفائه، أو حال فله حبسه لاستيفائه، فلا معنى للحبس بحكم الرهن.

ومنها: تنافض الأحكام، فإن قضية الرهن كون المال أمانة، وأن يسلم الدّين أولاً، وقضية البيع بخلافه.

(١) سورة البقرة، الآية ٢٨٢.

ومنها: أن فيه استثناء منفعة الاستيثاق، ولا يجوز أن يستثنى البائع بعض منافع المبيع لنفسه. ومنها: قال بغض المتأخرين: المشتري لا يملك رهن المبيع، إلا بعد صحة المبيع، فلا تتوقف عليه صحة البيع، كيلا يؤدي إلى الدور، وللنزاع مجال في هذه التوجيهات.

أما الأول: فإن كان الثمن مؤجلاً، لا يجوز حبس المبيع إذا لم يَجْرِ رهن، فإن جرى رهن فهو موضع الكلام، وإن كان حالاً فيجوز أن يتقوى أحد الجنسين بالآخر. وأما الثاني: فبتقدير الصّحة يبقى المال مضموناً بحكم البيع استيفاءً لما كان، ويسلم الدين أولاً لإقدامه على الرهن.

وأما الثالث: ففي جواز استثناء بعض المنافع تفصيل سنذكره - إن شاء الله تعالى. وأما الرابع: فمسلم أنه لا يتوقف صحة البيع على الرهن لكن لا كلام فيه، وإنما الكلام في أنه هل يمنع صحة البيع؟ فهذا كلام المطلقين. وأما التفصيل: فإن الإمام ذكر أن المسألة مبنية على البداءة في التسليم بمن.

فإن قلنا: البداءة بالبائع، أو قلنا: يُخَيَّرَان معاً، أو قلنا لا اختيار ما لم يبدأ أحدهما فسد البيع؛ لأنه شرط يبطل مقتضى البيع لتضمنه حبس المبيع إلى استيفاء الثمن. وإن قلنا: البداءة بالمشتري فوجهان:

أحدهما: أنه يصح هذا الشرط لموافقته مقتضى العقد.

والثاني: لا يصح ويفسد البيع لما سبق من تناقض الأحكام، والأظهر عند صاحب الكتاب هو الوجه الأول، وأنت إذا تَنَبَّهت إلى الأصل المبني عليه عرفت حال هذا البناء قوة وضعفاً.

ولو شرط أن يرهنه بالثمن بعد القبض، ويرده إليه فالبيع باطل أيضاً لبعض المعاني المذكورة. ولو رهنه بالثمن من غير شرط صح إن كان بعد القبض، وإن كان قبله فلا إن كان الثمن حالاً، لأن الحبس ثابت له، وإن كان مؤجلاً فهو كما لو رهن المبيع قبل القبض بدين آخر، ثم إذا لم يَزَهَن المشتري ما شرطه، أو لم يتكفل الذي عينه فلا إجبار، لكن للبائع الخيار، ولا يقوم رهن وكفيل آخر مقام المعين، فإن فسخ فذاك، وإن أجاز فلا خيار للمشتري. ولو عيّن شاهدين فامتنعا من تحمل الشهادة.

فإن قلنا: لا بد من تعيين الشاهدين، فللبائع الخيار أيضاً.

وإن قلنا: لا حاجة إليه أيضاً، فلا.

ولو باع بشرط الرهن فهلك الرهن قبل القبض أو تعيب أو وجد به عيباً قديماً، فله الخيار في البيع، وإن تعيب قبل القبض، فلا خيار.

ولو ادعى الراهن أنه حدث بعد القبض، وقال المُرتَهَن: بل قبله، فالقول قول الراهن استئدامة للبيع، ولو هلك الرهن بعد القبض أو تعيب ثم أطلع على عيب قديم به فلا أزش له، وهل له فسخ البيع؟ فيه وجهان:

أصحهما: لا؛ لأن الفسخ إنما يثبت إذا أمكنه ردّ الرهن كما أخذ.

وأما لفظ الكتاب فقوله: «شرط وثيقة الثمن» لفظ الثمن وإن كان مطلقاً، ولكن المراد منه [ما] إذا كان في الدّمة، فإن الأعيان لا يرهن بها، وفي ضَمَانِهَا تفصيل طويل يذكر في موضعه - إن شاء الله تعالى -، وهذا كما ذكرناه في الأجل.

وقوله: «بعد تعيين المرهون» يجوز إعلامه بالميم والحاء.

أما الميم، فلأن عند مالك - رضي الله عنه - لا يشترط تعيين المرهون بل ينزل المطلق على ما يصلح أن يكون رهناً لمثل ذلك الثمن في العادة. وأما بالحاء، فلأن عند أبي حنيفة لو قال: رهنتك أحد هذين العبدین جاز، كما ذكره في البيع.

وقوله: «وبالكفيل بعد تعيينه»، يجوز إعلامه بالواو، لأن في كتاب القاضي ابن كجّ: أنه لا حاجة إلى تعيين الكفيل، وإذا أطلق أقام من شاء ضميناً - والله أعلم -.

قال الغزالي: وَالرَّابِعُ شَرْطُ عِتْقِ الْعَبْدِ أَحْتَمَلُ لِحَدِيثِ بُرَيْرَةَ، وَالْقِيَاسُ إِنِّطَالُ الشَّرْطِ، وَقَدْ قِيلَ بِهِ، ثُمَّ لِلْبَائِعِ الْمُطَابَقَةُ بِالْعِتْقِ عَلَى الْأَصْحَحِ، فَإِنَّ أَبِي الْمُشْتَرِي أُجْبِرَ عَلَيْهِ (و)، وَإِنْ شَرَطَ أَنْ يَكُونَ الْوَلَاءُ لَهُ صَحَّ الشَّرْطُ (و) لِذِلَالَةِ الْحَبْرِ.

قال الرافعي: في بيع الرقيق بشرط العتق قولان:

أحدهما: أنه لا يصح كما لو باعه بشرط أن يبيعه أو يهبه، وبهذا قال أبو حنيفة.

وأصحهما: أنه يصح، وعلى هذا فقي صحة الشرط قولان:

أحدهما وهو ما حكاه العراقيون عن رواية أبي ثور: أنه باطل.

لظاهر ما روي أنه ﷺ قال: «مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ فَهُوَ بَاطِلٌ»<sup>(١)</sup>. وأصحهما: وبه قال مالك وأحمد في أصح الروايتين: أنه صحيح.

لما روي «أَنَّ عَائِشَةَ - رضي الله عنها - اشترت بُرَيْرَةَ وَشَرَطَ مَوَالِيهَا أَنْ تُعْتَقَهَا، وَيَكُونَ وَلَاؤُهَا لَهُمْ، فَلَمْ يُنْكَزِ النَّبِيُّ ﷺ إِلَّا شَرْطَ الْوَلَاءِ، وَقَالَ: شَرْطُ اللَّهِ أَوْثَقُ، وَقَضَاءُ اللَّهِ أَحَقُّ، وَالْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»<sup>(٢)</sup>.

(١) أخرجه البخاري (٤٥٦، ١٤٩٣) ومسلم (١٥٠٤).

(٢) انظر التخریج السابق.

وقوله: «والقياس إبطال الشرط»، أراد مع تصحيح، العقد على ما دل عليه كلامه في «الوسيط».

قال: لأن المصير إلى إبطال العقد مع الحديث لا وجه له، وإن قال قائلون به، وتأويل إذنه في الشرط أنه كان يثق بعائشة - رضي الله عنها - أنها تفي به تَكْرُماً لا أنه لازم.

التفريع: إن صححنا شرط العتق فذلك إذا أطلق أو قال: بشرط أن تعتقه عن نفسك.

أما إذا قال: بشرط أن تعتقه عني فهو لاغ<sup>(١)</sup>، ثم العتق المشروط حق من؟ فيه وجهان:

أظهرهما: أنه حق الله عز وجل كالملتزم بالثذر.

والثاني: أنه حق البائع، لأن اشتراطه يدل على تعلق غرضه، به والظاهر أنه تسامح في الثمن إذا شرط العتق.

فإن قلنا: إنه حق البائع فله المطالبة به لا محالة.

وإن قلنا: إنه حق الله - تعالى - فوجهان:

أحدهما: أنه ليس له المطالبة به، إذ لا ولاية له في حقوق الله عز وجل.

وأصحهما: أنه ليس له ذلك؛ لأنه ثبت بشرطه وله غرض في تحصيله، وإذا أعتقه المشتري، فقد وفى بما ألتزم والولاء له.

وإن قلنا: العتق حق البائع؛ لأنه صدر عن ملكه وإن امتنع، فهل يجبر عليه؟ فيه وجهان، وقيل: قولان:

أصحهما عند المصنف: أنه يجبر عليه.

والثاني: لا، ولكن للبائع الخيار في فسخ البيع، وهما مبنيان على أن العتق حق من؟

(١) أي العقد كما صرح به في شرح المهذب والمطلب لأنه يتضمن نقل الملك إليه وبقائه على ملكه مع سلامة الثمن له وذلك أبلغ من شرط عدم التسليم. قال الزركشي، هذا في غير البيع الضمني. أما لو قال أعتق عبدك عني على كذا بشرط أن يكون الولاء لك، ففي التتمة في باب الخلع المذهب المشهور أن الشرط يفسد ويقع العتق عن المستدعي وعليه القيمة. انتهى. وقد يقال لا استثناء بل العقد فاسد أيضاً بدليل عدم لزوم المسمى وإنما يقع عنه وتلزمه القيمة لالتماسه العتق على عوض وإسعاف المالك بما سأله وهنا لم يعتقه المالك عن المستدعي مجاناً فوجبت القيمة فليتأمل.

إن قلنا: إنه حق الله عز وجل فيجبر عليه .

وإن قلنا: إنه حق البائع، فلا يجبر كما في شرط الرهن والكفيل .

وإذا قلنا: بالإجبار، فهل يخرج على الخلاف في المولى إذا امتنع من الطلاق حتى يعتق القاضي على رأي، أو يحبسه حتى يعتق على رأي أو لا طريق سوى الحبس حتى يعتق؟

أبدى الإمام فيه احتمالين:

والأول: هو المذكور في «التتمة» .

قال الإمام: والخلاف في الإجبار لا يبعد طرده في شرط الرهن والكفيل من جهة القياس، لكن لم يطرده .

وإذا قلنا: العتق حق للبائع، فلو أسقطه سقط كما لو شرط رهناً أو كفيلاً ثم عفا عنه .

وعن أبي محمد: أن شرط الرهن والكفيل أيضاً لا يفرد بالإسقاط كحق الأجل .

وهل يجوز إعتاق هذا العبد عن الكفارة؟

إن قلنا: إن العتق حق الله عز وجل فلا، كإعتاق المنذور عتقه عن الكفارة .

وإن قلنا: إنه حق البائع فكذلك إن لم يسقط حقه، وإن أسقطه جاز على أصح الوجهين .

والثاني: لا يجوز، لأن البيع بشرط العتق لا يخلو عن مُحَابَاة، فكأنه أخذ على العتق عوضاً، ويجوز له الاستخدام والوطء، والأكساب الحاصلة<sup>(١)</sup> له، ولو قتل كانت القيمة له، ولا يكلف صَرَفُهَا إلى عبد آخر ليعتقه، وليس له أن يبيعه من غيره، ويشترط العتق عليه في أصح الوجهين؛ لأن العتق مستحق عليه فليس له نقله إلى غيره، هل يجزي إيلاد الجارية عن الإعتاق؟ فيه وجهان:

أصحهما: لا، بل عليه أن يعتقها .

ولو مات العبد قبل أن يعتقه ففيه أوجه:

أظهرها: أنه ليس عليه إلا الثمن المسمى؛ لأنه لم يلتزم غيره .

والثاني: أن عليه مع ذلك قدر التفاوت بين ثمن مثله مشتري مطلقاً، وثمن مثله

(١) سكت عن جواز الإجارة، وحكى الدارمي فيها وجهين، وصحح المنع وتابعه النووي في شرح المذهب .

مشتري بشرط العتق، ومنهم من زاد في هذا الوجه أنه يعرف قدر التَّفَاوُت هكذا، ويجب عليه مثل نسيته من الثَّمَن المسمى.

والثالث: أن البائع بالخيار إن شاء أجاز العَقْد ولا شيء له، وإن شاء فسخ البيع ورد ما أخذ من الثمن، ويرجع بقيمة العقد عليه.

وحكى بعضهم بدل هذا الوجه: أنه يفسخ العقد لتعذر إِمضائه، إذ لا سبيل إلى إيجاب شيء على المُشْتَرِي من غير تَقْوِيَت ولا إلزام ولا إلى الاكتفاء بالمسمى، فإن البائع لم يَرِضْ به إلا بشرط العتق، وهذه الوجوه مُفْرَعَةٌ على أن العِتْق للبائع، أو هي مطردة، سواء قلنا: إنه للبائع أو لله تعالى - فيه رأيان [للإمام]:

أظهرهما: الثاني<sup>(١)</sup>. ولو اشترى عبداً بشرط أن يديره أو يكاتبه أو يعتقه بعد شهر أو سنة، أو داراً بشرط أن يجعلها وقفاً، ففي هذه الشروط وجهان:

أصحهما: أنها ليست كشرط العِتْق بل يبطل البيع بها، وجميع ما ذكرناه في شرط العِتْق مفروض فيما إذا لم يتعرض للولاء، فأما إذا شرط مع العتق كون الولاء للبائع ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يبطل البيع، لأن شرط الولاء تغيير ظاهر لِمُقْتَضَى العقد لتضمنه نقل الملك إلى البائع، وارتفاع العقد.

والثاني: أنه يصح لحديث بريرة، فإن عائشة - رضي الله عنها - أخبرت رسول الله ﷺ أن مواليتها لا يبيعونها إلا بشرط أن يكون الولاء<sup>(٢)</sup> لهم، فقال رسول الله ﷺ: «أَشْتَرِي وَأَشْتَرِي لِهَمْ الْوَلَاءُ»، أذن في الشراء بهذا الشرط، وهو لا يأذن في باطل، وعلى هذا ففي صحة الشرط قولان نقلهما الإمام:

أحدهما: أنه لا يصح.

لما روي أنه ﷺ: «حَطَبَ بَعْدَ ذَلِكَ وَقَالَ: مَا بَالُ أَقْوَامٍ يَشْتَرُونَ شُرُوطاً لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ فَهُوَ بَاطِلٌ، شَرَطَ اللَّهُ أَوْثُقًا، وَقَضَاءُ اللَّهِ أَحَقُّ، وَالْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»<sup>(٣)</sup>.

والثاني: أنه يصح؛ لأنه إذن في اشتراط الولاء، وهو لا يأذن في باطل، وهذا هو الذي أورده صاحب الكتاب.

(١) وهذا الثاني مقتضى كلام الأصحاب وإطلاقهم.

(٢) تقدم قريباً.

(٣) تقدم قريباً.

واعلم: أنه خلاف ما اتفق عليه جمهور الأصحاب، فإنهم أطبقوا على أن شرط الولاء يفسد البيع، وحكوا قولاً ضعيفاً على خلافه عن رواية الإضطخري أو تخريجه، ثم على ذلك القول الضعيف قضوا بفساد الشرط، وقصروا الصّحة على العقد، ولا تكاد تجد حكاية الخلاف في صّحة الشرط بعد تصحيح العقد، إلا للإمام - رحمه الله تعالى - وفي حديث بريرة إشكال أفسدنا العقد أو صححناه، وأفسدنا الشرط أو صححناه.

أما إذا أفسدنا العقد أو الشرط فلائذنه في الشراء واشتراط الولاء، وأما إذا صححناهما فلخطبته بعد ذلك وإنكاره على هذا الشرط.

وكيف يجوز أن يأذن في شراء الشيء ثم ينكر عليه ويبطله، إلا أن الصّائرين إلى الفساد لم يثبتوا الإذن في شرط الولاء، وقالوا: إن هشاماً تفرّد به ولم يتابعه سائر الرواة عليه، فيحمل على وهم وقع له، لأن النبي ﷺ لا يأذن فيما لا يجوز، وبتقدير الثبوت فقد تكلموا عليه من وجوه لا تطول بذكرها.

وأما من صححهما قال: إنه نهاهم عن الإتيان بمثل هذه الشروط، ولما جرت أنكر عليهم لارتكابهم ما نهاهم عنه، لكنه صححه وقد ينهي عن الشيء ثم يصححه.

ولو جرى البيع بشرط الولاء دون شرط العتق بأن قال: بعته بشرط أن يكون الولاء لي إن أعتقته يوماً من الدهر.

فقد ذكر في «التتمة»: أن العقد هاهنا باطل بلا خلاف، إذ لم يشترط العتق حتى يحصل الولاء تبعاً له.

ولو اشترى أباه أو ابنه بشرط أن يعتقه.

فعن القاضي حسين: أن العقد باطل لتعذر الوفاء بهذا الشرط، فإنه يعتق عليه قبل أن يعتقه<sup>(١)</sup> - والله أعلم -.

قال الغزالي: الحامس أن يشترط ما لا يبقى علقه ككل شرط يوافق العقد من القبض وجواز الانتفاع، أو ما لا يتعلّق به عرض كشرطه أن لا يأكل إلا الهريسة، وهذا أسئني بالقياس، وكذلك شرطه أن يكون حياً أو كاتياً وكلّ وصف مقصود.

قال الرافعي: غرض الفصل التّعرض لأقسام الشروط التي لا تفسد العقد بعد ما

(١) قد حكى الرافعي في كتاب: «كفارة الظهار» عن ابن كج: أنه لو اشترى عبداً بشرط أن يعلق عتقه بصفته لم يصح البيع على الأصح. وحكى وجهين فيما لو اشترى جارية حاملاً بشرط العتق فولدت ثم اعتقها هل يتبعها الولد؟ وأنه لو باع عبداً بشرط أن يبيعه المشتري بشرط العتق فالمذهب: بطلان البيع وعن ابن القطان أنه على وجهين. ينظر الروضة (٦٧/٣).

تقدم ذكره، والأصحاب قد ضبطوا صحيح الشروط وفسادها في تفسير هو كالترجمة، والتفاصيل المذكورة في مواضعها، قالوا: الشرط ينقسم إلى ما يقتضيه مطلق العقد، وإلى ما لا يقتضيه، فالأول كالقبض وجواز الانتفاع والرد بالعيب ونحوها، فلا يضر التعرض لها ولا ينفع.

**والثاني:** ينقسم إلى ما يتعلّق بمصلحة العَقْد وإلى ما لا يتعلّق، فالأول قد يتعلّق بالثمن كَشَرْطِ الرُّهن والكفيل، وقد يتعلّق بالثمن كشرط أن يكون العبد حَبَّازاً أو كاتباً، وقد يتعلّق بالطرفين كشرط الحَبَّاز، فهذه الشُّروط لا تفسد العَقْد وتصح في نفسها.

**والثاني:** ينقسم إلى ما لا يتعلّق به غرض يورث تنافساً وتنازاعاً، وإلى ما لا يتعلّق، فالأول كشرط أن لا يأكل إلا الهَرِيَسَةَ<sup>(١)</sup>، أو لا يلبس إلا الحَزَّ وما أشبه ذلك، هذا لا يفسد العقد وَيَلْغُو في نفسه، هكذا قاله صاحب الكتاب وشيخه.

لكن في «التتمة»: أنه لو شرط ما يقتضي إلزام ما ليس بلازم، كما لو باع بشرط أن يصلي النوافل، أو يصوم شهراً غير رمضان، أو يصلي الفرائض في أول أوقاتها يفسد العقد؛ لأنه أوجب ما ليس بواجب، وقضية هذا فساد العقد في مسألة الهَرِيَسَةَ والحَزَّ أيضاً.

**والثاني:** كشرطه أن لا يقبض ما اشتراه، ولا يتصرّف فيه بالبيع والوَطْء ونحوهما، وكشرط بيع آخر أو قرض وكشرطه أن لا خسارة عليه في ثمنه، يعني لو باعه وخسر في

(١) قال الشيخ جمال الدين الإسنوي: نص الشافعي في الأم على البطلان وساق النص ولفظه: فإذا باع الرجل العبد على أن لا يبيعه من فلان أو على أن يبيعه من فلان أو على أن لا يستخدمه أو على أن يتفق عليه كذا وكذا، أو على أن يخارجه، فالبيع كله فاسد إلى آخر ما ذكره ووافقه عليه بعض أصحابه وهذا النص ليس فيه تصريح بما قاله. قال في الخادم: وليس في هذا النص نقص لمسألتنا من وجهين:

أحدهما: أن قوله على أن يتفق عليه كذا وكذا فيه الإشارة إلى التقدير بتقدير معلوم، ونفقة الرقيق بالكفاية، فإذا شرط فيها قدرأ معلوماً بطل لأنه قد يزيد على الكفاية فيتضرر السيد بخلاف صورة الهريسة فإنه إنما شرط عليه أن يؤدي الواجب من أحد الأنواع التي يتأدى الواجب ببعضها فصح ولم يلزمه الوفاء به لأن الواجب على السيد أحدها فأشبهه خصال الكفارة لا يتعين أحدها بالتعين.

الثاني: إن في مسألة الهريسة شيئاً واحداً ومسألة الأم فيها ذكر شيئين. ومعناه أن يجمع له بين آدمين أو نوعين من الأطعمة وذلك مما لا يلزم السيد لأنه لا يلزمه أن يتفق على رقيقه أكثر من نوع واحد، فإذا شرط عليه الجمع بين نوعين فقد شرط عليه ترفيحه، فلم يصح كما لو باع بشرط أن يرفهه بترك الخدمة وحاصل الفرق أن في مسألة الهريسة شرط عليه الواجب وهو كفاية العبد وعينه في الهريسة. وأما مسألة الأم فشرط عليه ما لا يجب عليه أصلاً.



ثمنه ضمن له الثَّقُصَان، فهذه الشَّرَائِطُ وأشباهاها فاسدة مفسدة للبيع، إلا شرط العِتَقُ كما مر. وقوله في الكتاب: «وهذا استثنى بالقياس»، أراد به ما سبق أن المفهوم من نهيه عن بيع وشرط دفع محذور المُنَازَعَة الثائرة من الاِشْتِرَاطِ والعلاقة الباقية بينهما بسببه، وهذا المعنى مقصود في هذه الصورة.

وأما ما يوافق مقتضى العَقْد فهو ثابت، ذكر أو لم يذكر.

وأما ما لا يتعلق به غرض فلا يتنازعان في مثله غالباً.

وأما شرط الكتابة والخبر وسائر الأوصاف المقصودة، فإنها لا تتعلق بإنشاء أمر في المستقبل، بل هي أمور حاضرة ناجزة، والظاهر أن الشَّارِط لا يلتزمها إلا وهي حاصلة، فإذا هذه الشرائط وإن كانت مستثناة عن صورة اللفظ لكنها منطبقة على المعنى المفهوم منه.

قال الغزالي: قَلَوْ شَرَطَ أَنْ يَكُونَ حَامِلًا فَقَوْلَانِ، وَلَوْ شَرَطَ أَنْ تَكُونَ لَبُونًا، فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ كَشَرِطِ الْكِتَابَةِ. قال الرافعي: إِخْدَى مَسْأَلَتِي الْفَصْل: أن يبيع جارية أو دابة بشرط أن تكون حاملاً، وتقدم عليها أن يبيع الحمل لا يجوز لا من مالك الأم ولا من غيره لما مر في النهي عن بيع المَلَايِيقِ، فإنه غير معلوم ولا مقدور.

ولو باع حاملاً مطلقاً دخل الحمل<sup>(١)</sup> في البيع تبعاً، وهل يقابله قسط من الثمن؟ فيه خلاف نذكره في موضعه - إن شاء الله تعالى -.

ولو باع الحامل واستثنى حملها، ففي صحة البيع وجهان منقولان في «النهاية»:

أحدهما: أنه يصح، كما لو باع الشَّجْرَة، واستثنى الثمرة قبل بُدُو الصَّلَاحِ.

وأصحهما: وبه أجاب الجمهور: أنه لا يصح؛ لأن الحمل لا يجوز إفراده بالعقد، فلا يجوز استثناءه كأعضاء الحيوان، ولو كانت الأم لواحد والحمل لآخر، فهل لمالك الأم يبيعها من مالك الحمل أو غيره؟ فيه وجهان، وكذا لو باع جارية حاملاً بِحُرِّ. الذي ذكره المعظم: أنه لا يصح؛ لأن الحمل لا يدخل في البيع، فكأنه استثناء.

والثاني وهو اختيار الإمام وصاحب الكتاب: أنه يصح، ويكون الحمل مُسْتَثْنَى شرعاً.

(١) محل دخول الحمل ما إذا كان الحمل للبائع، أما لو كان الحمل لغير مالك الأم بأن أوصى بالحمل لشخص وبالأُم لآخر وخرج ذلك من الثلث وقبلًا فباع مالك الأم وقلنا بصحة البيع على الوجه الضعيف لم يدخل الحمل.

إذا تقرر ذلك فلو باع جارية أو دابة بشرط أنها حامل، ففي صحة البيع قولان، ويقال: وجهان مبنيان على أن الحمل هل يعلم أم لا؟

فإن قلنا: لا، لم يصح شرطه.

وإن قلنا: نعم، صح، وهو الأصح، وخص بعضهم الخلاف بغير الآدمي، وقطع بالصحة في الجوّاري لأن الحمل في الجوّاري عَنِب، فاشتراط الحمل إعلام بالعَنِب، فتصير كما لو باعها على أنها أبقّة أو سارقة، ولو قال: بعتك هذه الدابة وحملها، ففي صحة العقد وجهان.

عن أبي زيد: أنه يصح؛ لأنه داخل في العقد عند الإطلاق، فلا يضر التّنصيص عليه، كما لو قال: بعتك هذا الجِدَار وأساسه.

والأصح: وبه قال ابن الحَدّاد والشيخ أبو علي: أنه لا يصح؛ لأنه جعل المَجْهول مبيعاً مع العلوم، وما لا يجوز بيعه وحده لا يجوز بيعه مقصوداً مع غيره بخلاف ما إذا باع بشرط أنها حامل، فإنه جعل الحَامِلية وصفاً تَابِعاً، وهذا الخلاف يجري فيما إذا قال: بعتك هذه الشاة وما في ضرعها من اللبن.

وفي قوله: بعتك هذه الجُبّة وحشوها طريقان<sup>(١)</sup>: منهم من طرد الخلاف، ومنهم من قطع بالجواز؛ لأن الحَشْو داخل في الجُبّة مسمى فذكره ذكراً ما دخل في اللفظ، فلا يدل التّنصيص عليه، والحمل غير داخل في مسمى الشاة فذكره ذكراً الشيء المَجْهول مع المعلوم.

وإذا قلنا بالبطلان في هذه الصورة، فقد قال الشيخ أبو علي في بيع الظّهارة والبطانة: في صورة الجُبّة قولاً تفريق الصّفقة، وفي صورة الدابة يبطل البيع في الكل.

والفرق أن الحشو يمكن معرفة قيمته عند العقد، والحمل واللبن لا يمكن معرفتهما حينئذ فيتعذر التوزيع.

قال الإمام: وهذا حسن؛ لكننا نُجْري قَوْلِي التّفريق حيث يتعذر التوزيع، كما لو باع شاة وخنزيراً، أو باع حاملاً وشرط وضعها لرأس الشهر ونحوه لم يصح البيع قولاً واحداً، لأنه غير مقدور عليه قاله في «الشامل».

(١) قال في شرح المهذب: إذ قال بحشوها أو وحشوها فطريقان أصحهما الصحة قطعاً ثم ذكر التعليل المذكور في الروضة والذي استقر عليه رأي الشيخ تقي الدين السبكي الفرق بين الواو والباء، فإذا قال بعتكها أو حملها أو الجبة وحشوها أو الجدر وأساسه بطل. وإن قال بعتكها بحملها أو الجبة بحشوها أو الجدار بأساسه صح، واللغة تقتضيه وكلام الشافعي لا يخالفه.

وبيض الطير كحمل الجارية والدابة في جميع ذلك .  
 والمسألة الثانية: لو باع شاة بشرط أنها لبون، ففيه طريقتان:  
 أحدهما: أنها على الخلاف في البيع بشرط الحمل .  
 والثاني: القطع بصحة البيع .

والفرق أن شرط الحمل يقتضي وجود الحمل عند العقد وهو غير معلوم، وشرط كونها لبوناً لا يقتضي وجود اللبن حيثئذ، وإنما هو اشتراط صفة فيها، فكان بمثابة شرط الكتابة والخبر في العقد حتى لو شرط كون اللبن في الضرع كان بمثابة شرط الحمل، وطريقة طرد الخلاف أظهر، لأنه نص في «الأم» على قولين في السلم في الشاة اللبون، إلا أن قول الصحة هاهنا أظهر منه في المسألة الأولى .

قوله في الكتاب: «فالأصح أنه كشرط الكتابة»، يجوز أن يريد من الطريقتين .  
 والأولى: أن يريد من القولين جواباً على الطريقة الأولى .

واعلم أن قوله: «كشرط الكتابة» بالحاء؛ لأن عند أبي حنيفة: لا يصح البيع بهذا الشرط، ولذا قال في شرط الحمل: «ولو شرط أنها تدر كل يوم كذا رطلاً من اللبن لم يصح البيع»؛ لأن ذلك لا ينضبط ولا يقدر عليه، فصار كما لو شرط في العبد أنه يكتب كل يوم عشرة أوراق .

ولو باع شاة لبوناً واستثنى لبنها، ففي صحة العقد وجهان:

أصحهما: أنه لا يصح، كما لو استثنى الحمل في بيع الجارية، والكسب في بيع السمس، والحب في بيع القطن - والله أعلم .-

وفي الشروط الصحيحة باتفاق أو على اختلاف مسائل آخر نشير إلى بعضها في هذا الموضوع على الاختصار:

منها: البيع بشرط البراءة من العيوب .

ومنها: بيع الثمار بشرط القطع، وسنشرحهما - إن شاء الله تعالى .-

ومنها: ما لو باع مكيلاً أو موزوناً أو مذبوحاً، بشرط أن يكال في مكيال معين، أو يوزن بميزان معين، أو يُذرع بذراع معين، أو شرط ذلك في الثمن، ففيه خلاف ونورده في السلم - إن شاء الله تعالى - وفي معناه تعيين رجل يتولى الكيل والوزن .

ومنها: لو باع داراً واستثنى لنفسه سكنها، أو دابة واستثنى ظهرها، نظر إن لم يبين مدة لم يصح العقد، وإن بين ففيه خلاف مذكور في الكتاب في آخر الإجارة .

والأصح: أنه يبطل العقد، وذهب أحمد إلى صحته .

ومنها: لو شرط أن لا يسلم المبيع حتى يستوفي الثمن، نظر إن كان موجلاً بطل العقد، وإن كان حالاً بطل على أن البداءة في التسليم بمن، فإن جعلنا ذلك من قضايا العقد لم يضر ذكره، وإلا فسد العقد.

ومنها: لو قال: بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم على أن أزيدك صاعاً، فإن أراد هبة صاع أو يبعه من موضع آخر فهو باطل؛ لأنه شرط عقد في عقد، وإن أراد أنها إن خرجت عشرة أصع أخذت تسعة دراهم فإن كانت الصيعان مجهولة لم يصح، لأنه لا يدري حصة كل صاع، وإن كانت معلومة صح، فإن كانت عشرة فقد باع صاعاً وتسعاً بدرهم ولو قال: بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم على أن أنقصك صاعاً، فإن أراد رد صاع إليه فهو فاسد؛ لأنه شرط عقد في عقد، وإن أراد أنها إن خرجت تسعة أصع أخذت عشرة دراهم، فإن كانت الصيعان مجهولة لم يصح، وإن كانت معلومة صح، وإذا كانت تسعة أصع فيكون كل صاع بدرهم وتسع.

وعن صاحب «التقريب»: أنه لا يصح في صورة العلم أيضاً، لأن العبارة لا تُبنى عن المجمل المذكور، ولو قال: بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم، على أن أنقصك صاعاً أو أزيدك صاعاً، ولم يبين إحدى الجهتين فهو باطل.

ومنها: لو باع قطعة أرض على أنها مائة ذراع، فخرجت دون المائة فيه قولان:

أحدهما: بطلان البيع؛ لأن قضية قوله: بعتك هذه الأرض أن لا يكون غيرها مبيعاً، وقضية الشرط أن لا تدخل بالزيادة في البيع، فوقع التضاد وتعدّر التصحيح.

وأظهرهما وقطع به قاطعون: أنه صحيح تغليياً للإشارة وتنزيلاً لخلف الشرط في المقدار منزلة خلفه في الصفات، وبهذا قال أبو حنيفة، فعلى هذا للمشتري الخيار بين الفسخ والإجازة، ولا يسقط خياره بأن يحطّ البائع من الثمن قدر النقصان، وإذا أجاز فيجوز بجميع الثمن قدر النقصان أو بالقسط، فيه قولان كما في تفريق الصفقة، لكن الأظهر هاهنا، أنه يجوز بجميعه؛ لأن المتناول بالإشارة تلك القطعة لا غير، ولو كانت المسألة بحالها، وخرجت القطعة أكثر من المائة، ففي صحة البيع قولان أيضاً إن صححناه. فالمشهور: أن للبائع الخيار، فإن أجاز كانت كلها للمشتري ولا يطالبه للزيادة بشيء. وفيه وجه آخر اختاره صاحب «التهذيب»: أنه لا خيار للبائع، ويصح البيع في الكلّ بالثمن المسمى، وينزل شرطه منزلة ما لو شرط كون المبيع مبيعاً فخرج سليماً لا خيار له.

فعلى المشهور لو قال المشتري: لا نفسخ فإني أقنع بالقدر المشروط سابقاً والزيادة لك، فهل يسقط خيار البائع؟ فيه قولان عن رواية صاحب «التقريب» وغيره:

أحدهما: نعم لزوال الغبنة عن البائع.

والثاني: لا، لأن ثبوت حق المشتري على الشيوع يَجْرُ ضرراً، وهذا أظهر، وبه قال الإمام.

ورجع ابن سُرَيْج الأول في «جوابات الجامع الصغير» لمحمد - رحمهما الله تعالى - ولو قال: لا نفسخ حتى أزيدك في الثمن لما زاد لم يكن له ذلك، ولم يسقط به خيار البائع بلا خلاف، ويقاس بهذه المسألة ما إذا باع الثوب على أنه عشرة أذرع، أو القطيع على أنه عشرون رأساً، أو الصُبْرَة على أنها ثلاثون صاعاً، وفرض نقصاناً أو زيادة. وفرق صاحب «الشامل» بين الصُبْرَة وغيرها، فروى أن الصُبْرَة إذا زادت على القدر المشروط يرد الفضل، وإن نقصت وأجاز المشتري يُجيز بالحصة وفيما عداها يُجيز بجميع الثمن، لأن أجزائها تتساوى فلا يَجْرُ التوزيع جهالة.

ومنها: لو قال لغيره: بع عبدك من زيد بألف على أن عليّ خمسمائة، فباعه على هذا الشرط هل يصح البيع؟ فيه قولان لابن سُرَيْج:

أظهرهما: لا، لأن الثمن يجب جميعه على المشتري، وهاهنا جعل بعضه على غيره.

والثاني: نعم، ويجب على زيد ألف وعلى الآخر خمسمائة، كما لو قال: ألتق متاعك في البخر على أن عليّ كذا.

قال الغزالي: وَمَهْمَا فَسَدَتْ هَذِهِ الشَّرَائِطُ فَسَدَ بِفَسَادِهَا الْعَقْدُ، وَالْأَصَحُّ أَنَّ شَرْطَ نَفْيِ خِيَارِ الْمَجْلِسِ وَالرُّؤْيِيَةِ فَاسِدٌ.

قال الرافعي: ما يصح من البيوع لولا الشرط إذا ضم إليه شرط لم يخل ذلك الشرط، إما أن يكون صحيحاً أو فاسداً، فإن كان صحيحاً فالعقد صحيح لا محالة، وإن كان فاسداً فلا يخلو، إما أن يكون شيئاً لا يفرد بالعقد، وإما أن يكون شيئاً يفرد بالعقد، فإن كان الأول نظر إن لم يتعلق به غرض يورث تنافساً وتنازعاً، فلا يؤثر ذلك في العقد على ما سبق.

قال الإمام: ومن هذا القبيل ما إذا عين الشهود لتوثيق الثمن، وقلنا: إنهم لا يتعينون فلا يفسد به العقد؛ لأننا إذا ألغينا تعيين الشهود فقد أخرجناه، عن أن يكون من مقاصد العقد، وإن تعلق به غرض فسد العقد بفساده للنهي عن بيع وشرط<sup>(١)</sup>، ولأنه يفضي إلى المتازعة، ولأنه يوجب الجهل بالعوض، وكل ذلك قد تقدم.

وعن أبي نُؤرٍ رواية قول: أن فساد الشرط لا يتعدى إلى فساد العقد بحال، لقصة بريرة، فإنه ﷺ أنكروا على الشرط وأبطلوه ولم يفسد العقد. وإن كان مما يفرد بعقد كالرهن والكفيل، فهل يفسد البيع بشرطهما على نعت الفساد؟ فيه قولان:

أظهرهما: وبه قال أبو حنيفة: نعم كسائر الشروط الفاسدة.

والثاني: وبه قال المُزنيُّ؛ لا؛ لأنه يجوز إفراده عن البيع، فلا يوجب فساده فساد البيع كالصداق في النكاح لا يوجب فساده فساد النكاح.

إذا عرفت ما ذكرناه عرفت أن قوله في الكتاب: «ومهما فسدت هذه الشرائط فسد بفسادها العقد» غير مجرى على إطلاقه.

وأما قوله: «والأصح أن شرط نفي خيار المجلس والرؤية فاسد»، فلا يخفى أنه ليس له كبير تعلق بهذا الموضوع.

ثم فقهه أنه إذا باع شيئاً بشرط نفي خيار المجلس وقبله المشتري، هل يصح هذا الشرط؟ فيه طريقتان:

أظهرهما: أن المسألة على قولين:

أحدهما: أنه يصح لقوله ﷺ: «الْمُتَبَايِعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَّفِقَا إِلَّا بَيِّعَ الْخِيَارِ»<sup>(١)</sup>.

وأراد البيع الذي يغني عنه الخيار، واستثناءه من قوله: «الخيار».

وأصحهما: أنه لا يصح.

لما روي أنه ﷺ قال: «الْمُتَبَايِعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَّفِقَا أَوْ يَتَّخِارَا»<sup>(٢)</sup>.

وهذا ما نص عليه في البويطي والقديم.

وقوله: «إلا بيع الخيار» المراد منه أن يقطع الخيار بعد العقد وهو التخيير،

وقيل: أراد إلا بيعاً شرط فيه الخيار، فإن الخيار في ذلك البيع يبقى بعد التفرق، والاستثناء على هذا راجع إلى قوله: «ما لم يتفقا».

والطريق الثاني: القطع بالقول الثاني، وإليه ذهب أبو إسحاق بعدما كان يقول

بطريقة القولين.

فإن صححنا الشرط صح البيع ولزم، وإن أفسدنا الشرط، فهل يفسد البيع؟ فيه

وجهان:

(١) أخرجه البخاري (٢١٠٧، ٢١٠٩، ٢١١١، ٢١١٢، ٢١١٣، ٢١١٦) ومسلم (١٥٣١).

(٢) انظر التخريج السابق.

أصحهما: نعم؛ لأنه شرط يُتأني مقتضى العقد، فأشبهه ما إذا قال: بِعْتُكَ بشرط أن لا أسلمه، وإذا سلكت سبيل الاختصار قلت في المسألة ثلاثة أقوال أو وجوه: أصحهما: فساد الشرط والعقد جميعاً.

ولو شرط نفي خيار الرؤية على قول صححة بيع الغائب، فقد طرد الإمام وصاحب الكتاب فيه الخلاف، والأكثر قطعوا بأنه فاسد مفسد.

والفرق أنه لم ير المبيع ولا عرف حاله، فنفي الخيار فيه يؤكد العَرَر، ونفي خيار المجلس لا يمكن عَرَرًا بل هو مُخَلٌّ لمقصود العقد، وإنما أثبتته الشُّرْع على سبيل التَّخْفِيف رفقاً بالمتعاقدين، فجاز أن لا يقدر نفيه.

وقوله في الكتاب: «والأصح أن نفي خيار المجلس» أراد الأصح من الوجوه جواباً على طريقة إثبات الخلاف في الصورتين، وهذا الخلاف شبيه بالخلاف في البيع، بشرط البراءة من العيوب وسيأتي من بعد.

ويتفرع على هذا الخلاف ما إذا قال لبعده: إذا بعتك فأنت حرٌّ ثم باعه بشرط نفي الخيار.

فإن قلنا: البيع باطل أو قلنا: الشرط أيضاً صحيح لم يعتق.

أما على التقدير الأول، فلأن اسم المبيع يقع على الصحيح ولم يوجد.

وأما على الثاني، فلأن ملكه قد زال والعقد قد لزم، ولا سبيل إلى إعتاق ملك الغير. وإن قلنا: إن العقد صحيح والشرط فاسد عتق لبقاء الخيار ونفوذ العتق من البائع في زمن الخيار. وعند أبي حنيفة، ومالك؛ لا يعتق إلا أن يبيع بشرط الخيار، لأن خيار المجلس غير ثابت عندهما.

قال الغزالي: وَالْعَقْدُ الْفَاسِدُ لَا يُقَيِّدُ الْمَلِكَ (ح) وَإِنْ اتَّصَلَ الْقَبْضُ بِهِ، وَإِنْ كَانَتْ جَارِيَةً فَوَطَّئَهَا وَجَبَ الْمَهْرُ وَتَبَتِ النَّسَبُ لِلشُّبُهَةِ، وَالْوَلَدُ حُرٌّ.

قال الرافعي: إذا اشترى شيئاً فاسداً بشرط فاسد أو بسبب آخر، ثم قبضه لم يملكه بالقبض، ولا ينفذ تصرفه فيه، وبه قال أحمد ومالك.

وقال أبو حنيفة: إن اشترى ما لا قيمة له كالدَّم والمَيْتَةَ فالحكم كذلك، فإن اشتراه بشرط فاسد، وبما له قيمة في الجملة كالخمر والخنزير، ثم قبض المبيع بإذن البائع ملكه ونفذ تصرفه فيه، لكن للبائع أن يسترده بجميع زوائده، ولو تلف في يده أو زال ملكه عنه يبيع أو هبة أو إعتاق فعليه قيمته، إلا أن يشتري عبداً بشرط العتق، فإنه قال: يفسد العقد، وإذا تلف في يده فعليه الثمن.

لنا أنه بيع مسترد بزوائده المُتَّصِلة والمُنْفَصِلة فلا يثبت الملك فيه للمشتري، كما لو اشترى بدم أو ميتة.

إذ تَقَرَّرَ ذلك فعلى المُشْتَرِي رَدُّ المَقْبُوض بالبيع الفاسد ومؤنة رده كالمَغْضُوب، ولا يجوز حيسه لاسترداد الثمن، ولا يتقدم به على الغرماء خلافاً لأبي حنيفة في المسألتين. وحكى القاضي ابن كَجِّ مثله وجهاً عن الإضطرّخي، ونقل القاضي حسين عن نَصِّ الشَّافِعِي - رضي الله عنه - جواز الحبس، والظاهر الأول، ويلزمه أجره المثل للمدة التي كان في يد سواء استوفى المنفعة أو تلفت تحت يده أو بقيت في يده، فعليه أَرْشُ التُّقْصَانِ، وإن تلف فعليه قيمته أكثر ما كانت من يوم القبض إلى يوم التُّلْفِ كالمغضوب؛ لأنه مخاطب كل لحظة من جهة الشرع برده.

وفيه وجه آخر: أنه تعتبر قيمته يوم التُّلْفِ كالعارية.

وعن الصَّيْدَلَانِيِّ، وغيره حكاية وجه ثالث: أنه يعتبر قيمته يوم القبض، وقد يعبر عن هذا الخلاف بالأقوال.

وما حدث في يده من الزوائد المُتَّصِلة كالولد والثمرة، والمُتَّصِلة كتعلم الحرفة، والسُّنَمِ مضمون عليه كزوائد المغضوب وفيه وجه: أنه لا يضمن الزيادة عند التلف.

ولو أتفق على العبد المبيع مدة لم يرجع بها على البائع، إن كان عالماً بفساد البيع، فإن كان جاهلاً فعن الصَّبَّعِيِّ أنه على وجهين:

ولو كان المبيع جارية فَوَطَّئَهَا المشتري، فإن كانا جاهلين فلا حدَّ ويجب المهر، وإن كانا عالمين وجب الحدَّ.

وإن اشتراها بميتة أو دم أو خمر أو بشرط فاسد لم يجب لاختلاف العلماء كالوَطْءٍ في النِّكَاحِ بلا ولي ونحوه.

قال الإمام: ويجوز أن يقال: يجب الحد، لأن أبا حنيفة لا يبيح الوطء، وإن كان يثبت الملك بخلاف الوطء في النكاح بلا ولي.

وإذا لم يجب الحدَّ يجب المهر، ولا عبرة بالإذن الذي يتضمنه التملك الفاسد، وإن كانت بكرًا وجب مع مهر البكر أَرْشُ البكارة.

أما: مهر البكر فللاستمتاع بها.

وأما الأرش فلإتلاف ذلك الجزء.

ولو استولدها فالولد حُرٌّ للشُّبْهَةِ، وعليه قيمته إن خرج حيًّا باعتبار يوم الوضع، وتستقر القيمة عليه بخلاف ما لو اشترى جارية واستولدها، فخرجت مستحقة بغرم قيمة



الولد ويرجع على البائع لأنه غره، ثم الجارية لا تصير أم ولد في الحال، فإن ملكها يوماً من الدهر ففيه قولان: وإن دخل على الأم نقض بالحمل، أو الوضع وجب الأرش، وإن خرج الولد ميتاً فلا قيمة، لكن إن سقط بجناية جان وجبت الغرة على عاقلة الجاني، وعلى المشتري أقل الأمرين من قيمة الولد يوم الولادة والغرة، ويطلب به المالك من شاء من الجاني والمشتري، ولو ماتت في الطلق لزمه قيمتها، وكذلك لو وطئ أمة الغير بالشبهة فأحبها فماتت في الطلق، وهذه الصورة وأخواتها مذكورة في «باب الرهن» في الكتاب، وسنقف على شرحها إن شاء الله تعالى.

ولو اشترى شيئاً فاسداً ثم باعه من آخر، فهو كالغاصب يبيع المغصوب، فإن حصل في يد الثاني فعليه رده إلى المالك، فإن تلف في يده نظر إن كانت قيمته في يديهما سواء، أو كانت في الثاني أكثر رجع المالك بالجميع على من شاء منهما، والقرار على الثاني لحصول التلف في يده، وإن كانت القيمة في يد الأول أكثر، فضمن النقصان على الأول، يرجع به على أيهما شاء، والقرار على الثاني لحصول التلف في يده، وكل نقص حدث في يد الأول لا يكون الثاني مطالباً به، وكل نقص حدث في يد الثاني يكون الأول مطالباً به ويرجع على الثاني، وكذلك حكم أجرة المثل والله أعلم هنا.

قال الغزالي: وَلَا يَنْقَلِبُ الْعَقْدُ صَحِيحاً، بِخِلَافِ الشَّرْطِ وَإِنْ كَانَ فِي الْمَجْلِسِ (ح)، وَلَا يَصِحُّ شَرْطُ أَجَلٍ (ح) وَخِيَارٍ وَزِيَادَةٍ تَمِّنُ (ح) وَمَثْمَنٍ بَعْدَ لُزُومِ الْعَقْدِ، وَالْأَقْبَسُ مَنَعُهُ أَيْضاً فِي حَالَةِ الْجَوَازِ.

قال الرافعي: هذه البقية تشتمل على مسألتين:

إحدهما: لو فسد البيع بشرط فاسد ثم حذف الشرط لم ينقلب العقد صحيحاً، سواء كان الحذف في المجلس أو بعده.

وعن أبي حنيفة أنه إن كان الحذف في المجلس انعقد صحيحاً، ولنا مثله وجه نذكره بما فيه في «كتاب السلم» - إن شاء الله تعالى -.

واحتج الأصحاب بأن العقد الفاسد لا عبرة به، فلا يكون لمجلسه حكم بخلاف العقد الصحيح.

الثانية: لو زاد في الثمن أو المثل، أو زاد شرط الخيار أو الأجل، أو قدرهما نظر إن كان ذلك بعد لزوم العقد لم يلتحق بالعقد؛ لأن زيادة الثمن لو التحقت بالعقد، لوجبت على الشفيع كأصل الثمن ولا يجب، وكذا الحكم عندنا في رأس المال السلم والمسلم فيه والصدقات وغيرها، وكذا الخط عندنا لا يلتحق بالعقد، حتى يأخذ الشفيع

بما سمي في العقد لا بما بقي بعد الحطّ. وعند أبي حنيفة: الزيادة في المثلّين والصدّاق ورأس المال السّلم تلزم، وكذا في الثّمن إن كان باقياً، وإن كان تالفاً فله مع أصحابه اختلاف فيه، ولا يثبت في المسلم فيه على المشهور، وشرط الأجل يلتحق بالعقد في الثمن والأجرة والصدّاق وسائر الأعواض، قال: وأما الحطّ فإن الحطّ نقص يلتحق بالعقد دون حطّ الكل.

وإن كانت هذه الإلحاقات قبل لزوم العقد، فإن كانت في مجلس العقد أو في زمان الخيار المشروط ففيه أوجه:

أحدها: أنها لا تلتحق لتتمام العقد كما بعد اللزوم، وهذا أقيس عند صاحب الكتاب، وفي «التتمة» أنه الصحيح.

والثاني عن أبي زيد والفقّال: أنها تلتحق في خيار المجلس دون خيار الشّروط؛ لأن مجلس العقد كفسس العقد، ألا ترى أنه يصلح لتعيين رأس مال السلم والعوض في عقد الصرف بخلاف زمان الخيار المشروط؟

وأصحهما عند الأكثرين: أنها تلتحق إمّا في مجلس العقد فلما ذكرنا، وإمّا في زمان الخيار المشروط فلأنه في معناه من حيث إن العقد غير مستقر بعد، والزيادة قد يحتاج إليها لتقرير العقد، فإن زيادة العوض من أحدهما، تدعو الآخر إلى إمضاء العقد، ويؤيد هذا الوجه أن الشافعي - رضي الله عنه - نص في كتاب «السلم»؛ أنه لو أطلق السلم ثم ذكر الأجل قبل التفريق صح ولزم، ثم هذا الجواب مطلق أم هو مخصوص ببعض الأقوال في الملك في زمن الخيار؟

اختار العراقيون أنه مطلق، وحكوا عن أبي علي الطّبري أنه مفرع على قولنا: إن الملك في زمان الخيار للبائع.

فأما إذا قلنا: إنه للمشتري، أو قلنا: إنه موقوف وأمضينا العقد لم يلتحق بما بعد اللزوم.

وإن قلنا: إنه موقوف واتفق الفسخ فليلتحق ويرتفع بارتفاع العقد، وهذا ما اختاره الشّيخ أبو علي، ووجهه بأننا إذا قلنا: إن الملك للمشتري فالزيادة في الثمن لا يقابلها شيء من المثلّين، وكذا الأجل والخيار لا يقابلها شيء من العوض، وحينئذ يمتنع الحكم بلزومهما وهو تابعه صاحب «التهذيب» وغيره على ما اختاره.

وإذا قلنا: إنها تلتحق، فالزيادة تجب على الشّفيح كما تجب على المشتري، وفي الحطّ قبل اللزوم مثل هذا الخلاف، فإن التحق بالعقد انحطّ عن الشّفيح أيضاً، وعلى هذا الوجه ما يلتحق بالعقد من الشروط الفاسدة قبل انقضاء الخيار بمثابة ما لو اقترنت

بالعقد في إفساده، وإن حطَّ جميع الثمن كان كما لو باع بلا ثمن - والله أعلم -.

قال الغزالي: الْقِسْمُ الثَّانِي مِنَ الْمَتَاهِي مَا لَا يَدُلُّ عَلَى الْفَسَادِ وَهُوَ كُلُّ مَا نُهِيَ عَنْهُ لِمُجَاوَزَةِ ضَرَرٍ إِثَاءَ دُونَ خَلَلٍ فِي نَفْسِهِ، وَمِنْهُ النَّهْيُ عَنِ الْأَخْتِكَارِ، <sup>(١)</sup> وَالْتَسْعِيرِ.

قال الرافعي: أما ترجمة القسم فقد مرَّ ما فيها في أول الباب.

وأما: فِقْهُ الْفَضْلِ فَمَسْأَلَتَانِ:

إحداهما: الاحتكار مَنهِيٌّ عنه ثم هو مكروه أو محرَّم.

قال بعض الأصحاب: إنه مكروه.

والأصح: التحريم؛ لما روي أنه ﷺ قال: «لَا يَخْتَكِرُ إِلَّا خَاطِئٌ» <sup>(٢)</sup> أي: آثِمٌ.

وروي أنه ﷺ قال: «الْجَالِبُ مَرْزُوقٌ، وَالْمُخْتَكِرُ مَلْعُونٌ» <sup>(٣)</sup>.

وروي أيضاً «مَنْ اخْتَكَرَ الطَّعَامَ أَرْبَعِينَ لَيْلَةً فَقَدْ بَرِيَءٌ مِنَ اللَّهِ وَبَرِيَءٌ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ مِنْهُ» <sup>(٤)</sup>. والاحتكار: أن يشتري ذو الثروة الطعام في وقت الغلاء، ولا يدعه للضعفاء ويحبسه لبيعه منهم بأكثر عند اشتداد حاجاتهم.

ولا بأس بالشراء في وقت الرُّخص لبيع في وقت الغلاء ولا أن يشتري في وقت الغلاء لنفقة نفسه وعياله، ثم لو فضل شيء فيبيعه في وقت الغلاء، ولا بأن يمسك غلَّةً ضَيَعْتَهُ لبيع في وقت الغلاء، ولكن الأولى أن يبيع ما فضل عن كفايته، وهل يكون إمساكه مكروهاً؟ ذكروا فيه وجهين، وتحريم الاحتكار يختص بالأقوات، ومنها الثمر والزبيب ولا يعم جميع الأطعمة.

(١) الاحتكار لغة: قال الجوهرى: احتكار الطعام: جمعه وحبسه يتربص به الغلاء، قال: وهو الحكرة بضم الحاء، وقال ابن فارس: الحكرة حبس الطعام إرادة علامته، قال: وهو الحكر. والحكر يعني بفتح الحاء وفتح الكاف وإسكانها. انظر: تحرير التنبيه (٢٠٨)، المصباح المنير (٢٢٦/١). واصطلاحاً: عرفه الحنفية بأنه: اشتراء طعام ونموه، وحبسه إلى الغلاء أربعين يوماً. عرفه الشافعية بأنه: شراء القوت في وقت الغلاء ليمسكه ويبيعه بعد ذلك بأكثر من ثمنه للتضييق حينئذ. عرفه المالكية بأنه: حبس الطعام إرادة الغلاء. عرفه الحنابلة بأنه: أن يشتري القوت للتجارة ويحبسه ليقل ويغلو. انظر: حاشية ابن عابدين (٢٨٢/٥)، نهاية المحتاج (٧٥/٣)، شرح الزرقاني على موطأ مالك (١٩٩/٣)، كشاف القناع (٣٥/٢).

(٢) أخرجه مسلم (١٦٠٥).

(٣) أخرجه ابن ماجه بإسناد فيه ضعف (٢١٥٣).

(٤) أخرجه أحمد (٤٨٨٠) والبخاري (١٣١١) انظر كشف الأستار، والحاكم (١١/٢ - ١٢) وأورده ابن الجوزي في الموضوعات (٢٤٢/٢) وانظر القول المسدد ص (٢٧، ٢٨، ٢٩) والتلخيص (١٣/٣).

الثانية: لا ينبغي للإمام أن يُسعر «رُوي أن السُّعْرَ غَلَا عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالُوا يَا رَسُولَ اللَّهِ: سَعَّرْنَا، فَقَالَ: «إِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ هُوَ الْمُسَعِّرُ الْقَابِضُ الْبَاسِطُ الرَّازِقُ، وَإِنِّي لَأَرْجُو أَنْ أَلْقَى رَبِّي، وَلَيْسَ أَحَدٌ مِنْكُمْ يَطْلُبُنِي بِمَظْلَمَةٍ بَدَمٍ وَلَا مَالٍ».

وهل يجوز ذلك؟ إن كان في وقت الرُّخص فلا، وإن كان في وقت الغلاء فوجهان؟

أحدهما، وبه قال مالك: يجوز رفقا بالضعفاء.

وأصحهما: أنه لا يجوز تمكيناً للناس من التصرف في أموالهم؛ ولأنهم قد يمتنعون بسبب ذلك عن البيع فيشتد الأمر.

وعن أبي إسحاق: أنه لو كان يجلب الطعام إلى البلد فالتسعير حرام، وإن كان يزرع بها وهو عند الغلاء فيها فلا يحرم.

وحيث جوزنا التسعير فذلك في الأطمعة، ويلتحق بها علف الدواب في أظهر القولين.

وإذا سَعَّرَ الإمام عليه فخالف استحق التَّغْزِيرِ، وفي صحة البيع وجهان منقولان في «التمة».

قال الغزالي: وَأَنْ يَبِيعَ حَاضِرٌ لِبَادٍ وَهُوَ أَنْ يَتَرَبَّصَ بِسَلْعَتِهِ إِلَيَّ أَنْ يُغَالِي فِي ثَمَنِهَا فَيَفُوتَ الرَّزْقُ وَالرَّبْحُ عَلَى النَّاسِ.

قال الرافعي: عن جابر وأبي هريرة - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ قال: «لَا يَبِيعُ حَاضِرٌ لِبَادٍ»<sup>(١)</sup>.

وصورته: أن يحمل البدوي<sup>(٢)</sup> أو القروي متاعه إلى البلد، ويريد بيعه بسعر اليوم ليرجع إلى موضعه، ولا يلتزم مؤنة الإقامة، فيأتيه البلدي ويقول: ضع متاعك عندي وارجع لأبيعه لك على التدرج بأعلى من هذا السعر.

وهو مأثور به بشروط:

أحدها: أن يكون عالماً بورود النهي فيه، وهذا شرط يعمُّ جميع المتأهلي.

(١) أخرجه مسلم (١٥٢٢) والترمذي (١٢٢٣) وأبو داود (٣٤٤٧) والنسائي (٢٥٦/٧) وابن ماجه (٢١٧٦).

(٢) قال الجوهري: تقول بدا أي خرج إلى البادية ونزلها فهو باد. قال تعالى: ﴿يُودُوا لَوْ أَنَّهُمْ بَادُونَ فِي الْأَعْرَابِ﴾ أي نازلون. والغريب يتناول أهل القرى والبادي والبحار، وإنما عبروا أولاً بالبادي تبعاً لقوله - عليه الصلاة والسلام -: «لَا يَبِيعُ حَاضِرٌ لِبَادٍ دَعَا النَّاسَ يَرْزُقُ اللَّهُ بَعْضُهُمْ مِنْ بَعْضٍ».

وثانيها: أن يظهر من ذلك المتاع سعة في البلد، فإن لم يظهر إما لكبير البلد وقلة ذلك الطعام، أو لعموم وجوده أو رخص السعر فيه، ففيه وجهان: أوقفهما لمطلق الخير: أنه يحرم.

والثاني: لا؛ لأن المَعْنَى المَحْرَم تفويت الرزق والرزح على الناس، وهذا المعنى لم يوجد هاهنا.

وثالثها: أن يكون المَتَاع المَجْلُوب مما تعم الحاجة إليه كالقوت والأوط وسائر أطعمة القرى.

فأما ما لا يحتاج إليه إلا نادراً فلا يدخل تحت النهي، قاله في «التهذيب».

ورابعها: أن يعرض الحَضْرِي ذلك على البَدْوِي ويدعوه إليه.

فأما إذا أتمس البدوي منه ببيعه تدريجاً، أو قصد الإقامة في البلد لبيعه كذلك، فسأل البدوي تفويضه إليه فلا بأس به؛ لأنه لم يضر بالناس، ولا سبيل إلى منع المالك عنه، لما فيه من الإضرار به.

ولو أن البَدْوِي استَشَار الحَضْرِي فيما فيه حظه، فهل يرشده إلى الأذخار والبيع على التدرج؟

حكى القاضي ابن كَجَّج عن أبي الطيب بن سلمة، وأبي إسحاق المَرُوزِي: أنه يجب عليه إرشاده إليه بدلاً للنصيحة.

وعن أبي حَفْص بن الوَكِيل: أنه لا يرشده إليه توسيعاً على الناس.

ثم لو باع الحَضْرِي للبَدْوِي عند اجتماع شرائط التحريم صح البيع وإن أتم، واحتج الشافعي - رضي الله عنه - بما روي في بعض الروايات أن النبي ﷺ قال في آخر الخبر: «دَعُوا النَّاسَ يَرْزُقُوا اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ بَعْضُهُمْ مِنْ بَعْضٍ».

ولولا صحة البيع، لما كان في فعله تفويت على الناس.

قال الغزالي: وَأَنْ يَتَلَقَّى الرَّجُلَانِ وَيَكْذِبَ فِي سِعْرِ سِلْعَتِهِمْ فَيَشْتَرِيهَا رَخِيصاً فَلِلْبَائِعِ الْخِيَارُ إِذَا عَرَفَ كَذِبَهُ؛ لِأَنَّهُ تَغْيِيرٌ.

قال الرافعي: روي أنه ﷺ قال: «لَا تَلْقُوا الرَّجُلَانَ لِلْبَيْعِ»، وفي رواية «فَمَنْ تَلَقَّاهَا فَصَاحِبُ السَّلْعَةِ بِالْخِيَارِ بَعْدَ أَنْ يَقْدَمَ السُّوقَ»<sup>(١)</sup>.

(١) أخرجه البخاري (٢١٥٨، ٢١٦٣، ٢٢٧٤) ومسلم (١٥٢١).

وصورته أن يتلقى الإنسان طائفة<sup>(١)</sup> يحملون متاعاً إلى البلد فيشتره منهم قبل قدوم البلد ومعرفة سعره، فيأثم إن كان عارفاً بالخبر قاصداً لتلقي الرُكبان، لكن البيع صحيح، ولا خيار لهم قبل أن يقدموا ويعرفوا السُّعر، وبعده يثبت الخيار إن كان الشراء بأرخص من سعر البلد، سواء أخبر كاذباً أو لم يخبر، وإن كان الشراء بسعر البلد، أو أكثر ففي ثبوت الخيار وجهان:

أحدهما: يثبت وبه قال الإصطخري وابن الوكيل لظاهر الخبر.

وأصحهما: لا يثبت؛ لأنه لم يوجد تَغْرِيرٌ وَخِيَانَةٌ، وأجرى الوجهان فيما إذا ابتداء الباعة والتمسوا منه الشراء عن علم منهم بسعر البلد أو غير علم.

ولو لم يقصد التلقي، بل خرج لشغل آخر من اضطياد وغيره، فرأهم مقبلين فاشترى منهم شيئاً، فهل يعصى؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه لم يَتَلَقَّ.

وأظهرهما عند الأكثرين: نعم لشمول المعنى فعلى الأول لا خيار لهم وإن كانوا

مَعْبُونِينَ.

وقيل: إن أخبر عن السُّعر كاذباً ثبت الخيار، وحيث ثَبَّتَ الخيار في هذه الصورة، فهو على الفور كخيار العيب أو يمتد ثلاثة أيام، فيه وجهان كما في خيار التَّضْرِيَةِ.

أصحهما: أولهما.

ولو تلقى الرُكبان، وباع منهم ما يقصدون شراءه في البلد، فهل هو كالتلقي للشراء؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن التَّهْيِيَّ إِنَّمَا ورد عن الشراء.

والثاني: نعم؛ لما فيه من الاستيِّداد بالرِّفق الحاصل منهم.

وعن مالك: أن البيع باطل في صورة تَلَقِّي الرُكبان، وكذلك بيع الحاضر للبادي.

فيجوز أن يعلم الفصلان بالميم إشارة إليه، وبمثله قال أحمد في بيع الحاضر للبادي. وإذا تأملت ما أوردناه عرفت أن قوله في الكتاب: «ويكذب في سعر سلعتهم» ليس بشرط في ثبوت الخيار. - والله أعلم -.

قال الغزالي: وَنَهَى عَنِ السُّؤْمِ عَلَى السُّؤْمِ، وَهُوَ بَعْدَ قَرَارِ الثَّمَنِ وَقَبْلَ الْعَقْدِ، وَنَهَى

(١) التعبير بالطائفة مثال لا قيد فتلقى الحالب الواحد كتلقي الطائفة.

عَنِ الْبَيْعِ عَلَى الْبَيْعِ، وَهُوَ بَعْدَ الْعَقْدِ وَقَبْلَ اللَّزُومِ، وَنَهَى عَنِ النَّجْشِ، وَهُوَ أَنْ يَرْفَعَ قِيَمَةَ السَّلْعَةِ وَهُوَ غَيْرُ رَاغِبٍ فِيهَا لِيُخَدَعَ الْمُشْتَرِي بِالْتَّرْغِيبِ.

قال الرافعي: مقصود الفصل الكلام في ثلاثة من المناهي في البيع:

أحدها: روي عن ابن عمر وأبي هريرة - رضي الله عنهم - أن النبي ﷺ قال: «لَا يَسُومُ الرَّجُلُ عَلَى سَوْمِ أَخِيهِ»<sup>(١)</sup>.

وصورته: أن يأخذ شيئاً ليشتريه، فيجيء غيره إليه ويقول: ردّه حتى أبيع منك خيراً منه بأرخص، أو يقول لمالكه: استرده لأشتره منك بأكثر، وإنما يحرم ذلك بعد استقرار الثمن.

فأما ما يطاف به فيمن يزيد وطلبه طالب، فلغيره الدخول عليه والزيادة في الثمن.

روي «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَادَى عَلَى قَدْحٍ، وَجَلَسَ لِبَعْضِ أَصْحَابِهِ، فَقَالَ رَجُلٌ: هُمَا عَلَيَّ بِدِرْهَمٍ، ثُمَّ قَالَ آخَرُهُمَا عَلَيَّ بِدِرْهَمَيْنِ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «هُمَا لَكَ بِدِرْهَمَيْنِ»<sup>(٢)</sup>.

وإنما يحرم إذا حصل التراضي صريحاً، فإن جرى ما يدل على الرضا، ففي تحريم السوم على سوم الغير وجهان كالقولين في تحريم الخطبة في نظيره. والجديد: أنه لا يحرم.

وهل السكوت من أدلة الرضا إذا لم يقترن به ما يشعر بالإنكار.

فأما في الخطبة فنعم.

وأما هاهنا قال الأكثرون: لا. بل هو كالتصريح بالرد، وعن بعضهم: أنه كما في الخطبة حتى يخرج علي الخلاف.

وثانيها: عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ قال: «لَا يَبِيعُ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ»<sup>(٣)</sup>.

وصورته: أن يشتري الرجل شيئاً، فيدعوه غيره إلى الفسخ لبيعه خيراً منه

(١) أخرجه البخاري (٢١٤٠، ٢١٤٨، ٢١٥٠، ٢١٥١، ٢١٦٠، ٢١٦٢، ٢٧٢٣، ٢٧٢٧، ٥١٤٤، ٥١٥٢، ٦٦٠١) ومسلم (٥١٥) وحديث بن عمر أخرجه الدارقطني (٧٤/٣).

(٢) أخرجه أبو داود (١٦٤١) والترمذي (١٢١٨) وقال: حديث حسن والنسائي (٢٥٩/٧) وابن ماجه (٢١٩٨) وأحمد (١٠٠/٣) والتلخيص (١٥/٣).

(٣) أخرجه البخاري (٢١٣٩، ٢١٦٥، ٥١٤٢) ومسلم (١٤١٢).

بأرخص، وفي معناه الشراء على الشراء، وهو أن يدعو البائع إلى الفسخ ليشتريه منه بأكثر. ولا شك أن ذلك إثمًا يكون عند إمكان الفسخ.

ثم الشافعي - رضي الله عنه - صوره فيما إذا كان المُتَبَاعَانِ في مجلس العقد بعد، وعليه جرى كثير من الشارحين، ونقلوا عن أبي حنيفة أن المراد من البيع على البيع هو السُّوم؛ لأن عنده خيار المجلس لا يثبت، فلا يتصور البيع على البيع.

وقال قائلون: مُدَّة الخِيَارِ المشروط كزمان المجلس، وهذا هو الوجه.

وقوله في الكتاب: «وقيل: للزوم» يبطل الخيارين جميعاً.

وشروط القاضي ابن كَجِّحٍ لتحريم البيع على البيع شرطاً، وهو أن لا يكون المشتري مَغْبُوتاً غيباً مفراطاً، فإن كان فله أن يعرفه ويبيع على بيعه، لأنه ضرب من التُّصِيحَة.

قالوا: ولو أَدَانَ البائع في البيع على بيعه، ارتفع التحريم خلافاً لبعض الأصحاب.

وثالثها: عن ابن عمر «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنِ النَّجْشِ»<sup>(١)</sup>.

وصورته: أن يزيد في ثمن السلعة المعروضة للبيع وهو غير راغب فيها ليخدع الناس ويرغبهم فيها فهو محرم؛ لما فيه من الخديعة، لكن لو انخدع إنسان واشتراها صح العقد، ولا خيار له إن لم يكن ما فعله النَّاجِشُ عن مَوَاطَأةِ البائع، وإن كان عن مواطأته فوجهان:

أحدهما، وبه قال أبو إسحاق: أنه يثبت الخيار للتدليس كما في التُّصْرِيَة.

وأشبههما عند الأئمة، وبه قال ابن أبي هريرة: أنه لا خيار؛ لأن التفريط من جهته حيث اغتَرَّ بقوله ولم يحتط بالبحث عن ثقات أهل الخبرة، وتخالف صورة التُّصْرِيَة إذ لا تفريط من المشتري.

وقد حكى صاحب الكتاب هذين الوجهين في فصول خيار التُّقِيصَة، وجعل وجه ثبوت الخيار أقيس.

ولو قال البائع: أعطيتُ بهذه السلعة كذا، فصدقه المشتري واشتراه ثم بَانَ خلافه، فإن ابن الصَّبَاغِ خَرَجَ ثبوت الخيار له على هذين الوجهين.

وعن مالك: أن شراء المُتَخَدَعِ في صورة النَّجْشِ غير صحيح، وهو رواية عن أحمد ضعيفة.

واعلم: أن الشافعي - رضي الله عنه - أطلق القول في «المختصر» بتُّغْصِيَة

(١) أخرجه البخاري (٢١٤٢) (٦٩٦٣) ومسلم (١٥١٦).



الناجش، وشرط في تعصية من باع على بيع أخيه أن يكون عالماً بالحديث الوارد فيه .

قال الشارحون: السبب فيه أن النجش خديعة، وتحريم الخديعة واضح لكل أحد، ومعلوم من الألفاظ العامة، وإن لم يكن يعلم هذا الخبر بخصومه، والبيع على بيع الأخ إنما عرف تحريمه من الخبر الوارد فيه، فلا يعرفه من لا يعرف الخبر<sup>(١)</sup>.

وذكر بعضهم: أن تحريم الخِدَاع يعرف بالعقل وإن لم يرد شُرْع.

ولك أن تقول: كما أن النَّجْش خديعة فالبيع على بيع الأخ إضرار، وكما أن تحريم النَّجْش يعرف من الألفاظ العامة في تحريم الخِدَاع، فكذلك تحريم البَيْع على البَيْع يعرف من الألفاظ العامة في تحريم الإضرار، وإن لم يعلم الخبر الوارد فيه بخصومه .

وأما الكلام الثاني فليس معتقدنا، ومن قال به فقد يَطْرُدُه في الإضرار.

والوجه: توقيف المَعْصِيَةِ على مطلق معرفة الحُزْمَةِ، إمَّا من عموم أو من خصوص .

قال الغزالي: وَنَهَى أَنْ تُؤَلَّهَ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَذَلِكَ فِي الصَّغِيرِ، فَإِنْ فُرِّقَ بَيْنَهُمَا بِالْبَيْعِ فَفِي نَسَادِ الْبَيْعِ قَوْلَانِ، لِأَنَّ التَّنْسِيمَ تَفْرِيقَ مُحَرَّمٍ فَكَأَنَّهُ مُتَعَدِّرٌ.

قال الرافعي: عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لَا تُؤَلَّهَ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا»<sup>(٢)</sup>.

وعن أبي أيوب - رضي الله عنه - أنه ﷺ قال: «مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ وَوَلَدِهَا فَرَّقَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَجْبَتِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»<sup>(٣)</sup>.

وعن عبادة بن الصَّامِت - رضي الله عنه - عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لَا يُفَرِّقُ بَيْنَ الْأُمِّ وَوَلَدِهَا، قِيلَ إِلَى مَتَى؟ قَالَ: حَتَّى يَبْلُغَ الْغُلَامُ وَتَحِيضَ الْجَارِيَةَ»<sup>(٤)</sup>.

فهذه الأخبار ونحوها عرَّفَتْنَا تحريم التفريق بين الجارية وولدها الصغير بالبيع

(١) قال في المهمات: نص الشافعي على المسألة وشرط في تحريم النجش أن يعلم بالحديث، كذا نقله البيهقي في السنن الكبير، وساق لفظه ثم قال: وذكر الشافعي في اختلاف الحديث نحوه إلى آخر ما ذكره وجرى عليه في التوسط.

(٢) أخرجه البيهقي في الحضانة من رواية أبي بكر بإسناد ضعيف، وأبو عبيد في غريبه بإسناد ضعيف مرسل، انظر الخلاصة (٦٢/٢) والتلخيص (١٥/٣).

(٣) أخرجه الدارمي (٢٤٨٢) والترمذي (١٢٨٣) وقال: حسن غريب، والحاكم (٥٥/٢) وقال: صحيح على شرط مسلم، وأحمد في المسند (٤١٤/٥) والدارقطني (٦٧/٣).

(٤) أخرجه الدارقطني (٦٨/٣) والحاكم وصححه (٥٥/٢) وتعقبه الذهبي بقوله موضوع.

والقسمة والهبة وغيرها، ولا يحرم التفريق في العتق، ولا في الوصية، فلعل الموت يكون بعد انقضاء زمان التحريم. وفي الرد بالعيب اختلاف للأصحاب، وعن الشيخ أبي إسحاق الشيرازي: أنه لو اشترى جارية وولدها الصغير، ثم تفاسخا البيع في أحدهما جاز، وحكم التفريق في الرهن المذكور في «كتاب الرهن»<sup>(١)</sup>.

وإذا فرق بينهما بالبيع والهبة ففي الصحة قولان: أحدهما: يصح، وبه قال أبو حنيفة؛ لأن النهي لما فيه من الإضرار لا يحلل في نفس البيع.

وأصحهما: المنع؛ لما روي عن علي - رضي الله عنه - أنه «فَرَّقَ بَيْنَ جَارِيَةٍ وَوَلَدِهَا فَتَهَاهُ النَّبِيُّ ﷺ عَنْ ذَلِكَ وَرَدَّ الْبَيْعَ»<sup>(٢)</sup>.

ولأن التسليم تفريق محرم فيكون كالمعتذر، لما مر أن العجز قد يكون حسياً وقد يكون شريعياً. وحكى أبو الفرج البزاز أن القولين فيما إذا كان التفريق بعد سقي الأم ولدها اللبأ، فأما قبله فلا صحة جزماً؛ لأنه تسبب إلى هلاك الولد، وإلى متى يمتد تحريم التفريق؟ فيه قولان: أحدهما: إلى البلوغ، وبه قال أبو حنيفة لخبر عبادة.

وأظهرهما: وهو الذي نقله المزني: أنه إلى سنّ التَّمْيِيزِ، وهو سبع أو ثمان على التقريب، لأنه حينئذ يستغنى عن التَّعَهُدِ والحَصَانَةِ، ويقرب من هذا مذهب مالك، فإن عنده يمتد التحريم إلى وقت سقوط الأسنان.

وقوله في الكتاب: «وذلك في الصغر» يوافق القول الأول لفظاً، ويكره التفريق بعد البلوغ، ولكن لو فرق بالبيع أو الهبة صح خلافاً لأحمد.

ولو كانت الأم رقيقة والولد حُرّاً، وبالعكس فلا مَنَعٌ من بَيْعِ الرَّقِيقِ ذكره في «التَّمْتَةِ»، والتَّفْرِيقِ بَيْنَ الْبَيْهِيْمَةِ وولدها بعد استغنائه عن اللَّبَنِ جائز.

وعن الصَّيْنَمِرِيِّ حكاية وجه آخر<sup>(٣)</sup>.

وهل الجذّة والأب وسائر المحارم كالأم في تحريم التَّفْرِيقِ؟ هذه الصُّورَةُ مذكورة

(١) ذكر في الرهن أنه إذا رهن الأم دون الولد أن الأصح يباعان معاً ولا يفرق بينهما. وقضيته ترجيح المنع هنا أيضاً وبه صرح في باب التقليل في الكلام على الرجوع ولم يحك الأصبخري في أدب القضاء عن الشافعي غيره وجعلها خلافية بين الشافعي وأبي حنيفة. وقال في الكفاية: المذهب هذا ضعيف الجواز.

(٢) أخرجه أبو داود (٢٦٩٦) والحاكم (٥٤/٢) وانظر التلخيص (١٦/٣).

(٣) قال النووي: [هذا الوجه الشاذ في منع التفريق بين البهيمه وولدها، هو في التفريق بغير الذبح. وأما ذبح أحدهما، فجائز بلا خلاف].

في كتاب السير وسنأتي في الشرح عليها - إن شاء الله تعالى - والآن نختم الباب بذكر أنواع آخر ورد النهي عنها.

منها: ما هو من القسم الأول. ومنها: ما هو من القسم الثاني، فما هو من القبيل الأول بيع المُحَاقَلَة والمُزَايَنَة وسنذكرهما. ومنها: ما روي أنه ﷺ «نَهَى عَنِ بَيْعِ الْمَجْرِي»<sup>(١)</sup>. وفسره أبو عبيدة بما في الرحم. وقيل: وهو الزُّنَا. وقيل: للحاملة والزَّان.

ومنها: ما روي أنه ﷺ «نَهَى عَنِ بَيْعِ الْعُرْيَانِ»<sup>(٢)</sup> ويقال له: العَرَبُونَ أيضاً، وصورته: أن يشتري سلعة من غيره، ويدفع إليه دراهم على أنه إن أخذ السلعة فهي من الثمن، وإلا فهي للمدفع إليه مجاناً، وتفسر أيضاً بأن تدفع الدراهم إلى صانع ليعمل له ما يريده من خاتم يصوغه، أو خف يخززه أو ثوب ينسجه على أنه إن رضيه فالمدفع من الثمن، وإلا لم يسترده منه وهما متقاربان.

ومنها: ما روي أنه ﷺ «نَهَى عَنِ بَيْعِ السِّنِينَ»<sup>(٣)</sup>. وله تفسيران: أحدهما: أن يبيع ثمرة التُّخْلِ سنين.

والثاني: أن يقول: بعتك هذه السنة على أنه إذا انقضت السنة فلا بيع بيننا، فأرد أنا الثمن، وترد أنت المبيع. ومنها: ما روي أنه ﷺ «نَهَى عَنِ بَيْعِ وَسَلْفٍ»<sup>(٤)</sup>. وهو البيع بشرط القرض وقد مر. ومنها: ما روي أنه ﷺ «نَهَى عَنِ ثَمَنِ الْهَرَّةِ»<sup>(٥)</sup>.

قال القفال: أراد الهرة الوحشية، إذ ليس فيها منفعة استثناس ولا غيره.

ومنها: بيع السلاح من أهل الحرب لا يصح، لأنه لا يُزَادُ إلا للقتال، فيكون بيعه منهم تقوية لهم على قتال المسلمين، ويجوز بيع الحديد منهم؛ لأنه لا يتعين للسلاح.

ومنها: ما روي أنه ﷺ «نَهَى عَنِ بَيْعِ الْحَبِّ حَتَّى يُفْرَكَ»<sup>(٦)</sup>.

«وَرَوَى التُّهَيْ عَنِ بَيْعِ الْعَنْبِ حَتَّى يَسْوَدَ»، «وَعَنْ بَيْعِ الثَّمَارِ حَتَّى تَنْجُو مِنْ

(١) أخرجه البيهقي (٣٤١/٥) من رواية ابن عمر، وقال: تفرد بن موسى بن عبيدة، وهو ضعيف.

(٢) أخرجه مالك في الموطأ (٦٠٩/٢) وأبو داود (٣٥٠٢) وابن ماجه (٢١٩٢، ٢١٩٣).

(٣) أخرجه مسلم (١٥٥٤).

(٤) أخرجه الطيالسي (٢٢٥٧) وأحمد (١٧٨/٢) وأبو داود (٣٥٠٤) والترمذي (١٢٣٤) وقال: حسن صحيح، والنسائي (٢٨٨/٧) وفي (٢٩٥/٧) وابن ماجه (٢١٨٨).

(٥) أخرجه مسلم بلفظ المنصور (١٥٦٩).

(٦) أخرجه أبو داود (٣٣٧١) والترمذي (١٢٢٨) وقال: حسن غريب، وابن ماجه (٢٢١٧) والحاكم (١٩/٢) والبيهقي (٣٠١/٥).

الْعَاهَةِ<sup>(١)</sup>. وسيأتي القول فيها - إن شاء الله تعالى - ومما هو من قبيل القسم الثاني بيع الرطب والعنب ممن يتوهم أنه يتخذ منهما النبيذ والخمر مكروه<sup>(٢)</sup>، وإن تحقق فمنهم من قال: مكروه ومنهم من قال: حرام، وعلى التقديرين فلو باع صح<sup>(٣)</sup>، خلافاً لمالك، وكذا بيع السِّلَاح من البُعَاة وقُطَاع الطريق مكروه لكنه صحيح، ويكره مبايعة من اشتملت يده على الحلال والحرام، سواء كان الحلال أكثر أو بالعكس، ولو بايعه لم يحكم بالفساد<sup>(٤)</sup>. وعن مالك أن مبايعة من أكثر ماله حرام باطل.

وليس من المَنَاهي بيع العِيَنَةِ<sup>(٥)</sup>، وهي أن يبيع شيئاً من غيره بثمن مؤجل ويسلمه

(١) أخرجه مسلم (١٥٣٥).

(٢) أعلم أن هذه المسألة في هذا الفصل تقتضي ثلاثة أمور:

أحدها: ورود النهي عن البيع.

والثاني: تحريمه.

والثالث: صحته.

فأما النهي فلم يذكروا عليه دليلاً يخصه إلا ما روي أنه - عليه الصلاة والسلام - قال: «من حسن العنب زمن القطاف حتى يبيعه من يهودي أو نصراني أو من يعلم أنه يتخذه خمراً فقد أدم على النار على بصره» رواه ابن حبان في ضعفائه في ترجمة الحسن بن مسلم التاجر وضعفه بسببه، لكن استدلل له البيهقي في السنن الكبرى بما رواه ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «لعن الله الخمر وشاربها وساقياها وبتاعها ومبتاعها وعاصرها ومعتصرها وحاملها، والمحمولة إليه والآكل منها» رواه أيضاً الترمذي برواية أخرى. ووجه الاستدلال أنه يدل على النهي عن المسبب إلى الحرام وهذا منه. وأما التحريم فينظر إن لم يتحقق لم يحرم بل يكره، وإن تحقق أي ظن ظناً غالباً كما قال في المطلب فوجهان حكاهما الرافعي من غير تصحيح أصحابهما كما قال المصنف أنه يحرم، والثاني: لا يحرم وعليه الأكثرون كما قاله صاحب التمه والبحر عنه ورأيته منصوصاً عليه في الأم. ونظائر المسألة في المهمات فراجعها. قاله في التوسط.

(٣) قال النووي: الأصح [التحريم]. قال الغزالي في «الإحياء»: بيع الغلمان المرء، إن عرف بالفجور

بالغلمان، له حكم بيع العنب من الخمر. وكذا كل تصرف يفضي إلى معصية [ينظر الروضة (٨٠/٣)].

(٤) قال النووي: قال أصحابنا: لو دخل قرية يسكنها مجوس، لم يصح شراء اللحم منها حتى يعلم

أهليّة الذابح، لأن الأصل التحريم، فلا يزال إلا يقين أو ظاهراً. ينظر الروضة (٨١/٣).

(٥) الأولى حذف ليس، في قوله: ليس من المناهي بيع العينة نظر عظيم، فقد روى ابن عمر - رضي

الله عنهما - قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: إذا ضن الناس بالدينار والدرهم وتبايعوا بالعينة

واتبعوا أذناب البقر وتركوا الجهاد في سبيل الله، أنزل الله بهم بلاء فلا يرفعه حتى يراجعوا دينهم.

رواه الإمام أحمد في المسند، ورواه أبو داود في سننه بإسناد صحيح إلى حيوة بن شريح المصري

عن إسحاق أبي عبد الرحمن الخراساني أن عطاء الخراساني حدثه أن نافعاً حدثه عن ابن عمر -

رضي الله عنهما - قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إذا تبايعتم بالعينة وأخذتم أذناب البقر

ورضىتم بالزرع وتركتم الجهاد، سلط الله عليكم ذلاً لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم، وإسناد

هذين الحديثين حسنان، والحديث يدل على أن العينة محرمة وإلا لما أدخلها في جملة ما استحقوا به العقوبة، وقد جاء عن الأوزاعي عن النبي ﷺ أنه قال: لياتين على الناس زمان يستحلون الربا بالبيع وبينهما حريرة، يعني العينة، وجاء عن أنس وابن عباس - رضي الله عنهم -: هذا مما حرمه الله ورسوله ﷺ يعني العينة، وفي رواية أنه سأل أنس بن مالك - رضي الله عنه - عن العينة فقال: إن الله لا يخذع هذا مما حرمه الله ورسوله ﷺ. رواه محمد بن عبد الله الكوفي الحافظ المعروف بمطين في كتاب البيوع، والصحابي إذا قال حرم الله تعالى ورسوله ﷺ أو أمر الله تعالى ورسوله ﷺ أو أوجب الله تعالى ورسوله ﷺ أو قضى الله تعالى ورسوله ﷺ ونحو هذا، فإن حكمه حكم ما لو روي لفظ رسول الله ﷺ على التحريم والأمر والإيجاب والقضاء ليس في هذا إلا خلاف شاذ لأن رواية الحديث بالمعنى جائزة، وهو أعلم بمعنى ما سمع فلا يقدم أن يقول أمراً وحرم أو نهى إلا بعد أن يثق بذلك واحتمال الوهم مرجوح كاحتمال غلط السمع ونسيان القلب. وعن أبي إسحاق السبيعي عن امرأته أنها دخلت على عائشة - رضي الله عنها - هي وأم ولد زيد بن أرقم وامرأة أخرى فقالت لها أم ولد زيد إنني بعثت من زيد غلاماً بثمانمائة نسيئة واشتريته بستمائة نقداً، فقالت: أبلغني زيداً أن قد أبطلت جهادك مع رسول الله ﷺ إلا أن تتوب بفس ما اشتريت وبفس ما شريت. رواه الإمام أحمد وروى حرب الكرماني عن جدة إسرائيل قالت: دخلت على عائشة في نسوة فقالت ما حاجتكن؟ فكان أول من سألها أم محبة فقالت: يا أم المؤمنين هل تعرفين زيد بن أرقم؟ قالت: نعم، قالت: فإني بعته جارية بثمانمائة درهم إلى العطاء، وإنه أراد بيعها فابتعتها بستمائة درهم نقداً، فأقبلت عليها وهي غضبية فقالت: بفس ما شريت وبفس ما اشتريت أبلغني زيداً أنه قد أبطل جهاده إلا أن يتوب وأفحمت صاحبتنا فلم تتكلم طويلاً، ثم إنه سهل عنها فقالت: يا أم المؤمنين: أرأيت إن لم آخذ إلا رأس مالي، فتلث عليها: «فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله». (سورة البقرة، الآية ٢٧٥). فهذه أحاديث تبين أن رسول الله ﷺ حرم هذا حديث ابن عمر الذي فيه تغليظ العينة، وفي حديث عائشة قطع التحريم وتغليظ له، ولولا أن عند أم المؤمنين علماً من رسول الله ﷺ لا تستريب فيه أن هذا محرم لم تستحسن أن تقول مثل هذا الكلام بالاجتهاد لا سيما إن كانت قصدت أن العمل يبطل بالردة، واستحلال مثل هذا كفر لأنه من الربا واستحلال الربا كفر ولكن عذر زيد عليه الرحمة والرضوان أنه لم يعلم أن هذا محرم، ولهذا أمرت بإبلاغه، فمن بلغه التحريم وتيقن ذلك لقيام الحجة عنده ثم أصر عليه لزمه هذا وإن لم تكن قصدت هذا بل قصدت أن هذا من الكبائر التي يقاوم إثمها ثواب الجهاد فيصير بمنزلة من يعمل حسنة وسيئة بقدرها فكانه ما عمل شيئاً. ومعلوم أن هذا لو كان مما يسوغ فيه الاجتهاد لم يكن مأثماً فضلاً عن أن يكون من الكبائر، فلما قطعت بأنه من الكبائر وأمرت بإبلاغه ذلك، علم أنها علمت أن هذا لا يسوغ فيه الاجتهاد، وما ذلك إلا عن علم وإلا فالاجتهاد لا يحرم الاجتهاد، وأيضاً فكون العمل يبطل الجهاد لا يعلم بالاجتهاد، فهؤلاء الصحابة مثل: عائشة وابن عباس وأنس بن مالك أفتوا بتحريم ذلك وغلظوا فيه في أوقات مختلفة ولم يبلغنا أن أحداً من الصحابة بل ولا من التابعين رخص في ذلك بل عامة التابعين من أهل المدينة والكوفة وغيرهم على تحريم ذلك ولا يجوز أن يقال فزيد ابن أرقم عليه الرحمة والرضوان قد فعل هذا لأنه لم يقل إن هذا حلال بل يجوز أن يكون فعله =

إلى المشتري، ثم يشتريه قبل قبض الثمن بأقل من ذلك نقداً، وكذا يجوز أن يبيع بثمان نقداً ويشتري بأكثر منه إلى أجل، سواء قبض الثمن الأول أو لم يقبضه.

وقال مالك وأبو حنيفة وأحمد - رضي الله عنهم -: لا يجوز أن يشتري بأقل من ذلك الثمن قبل قبضه، وجوز أبو حنيفة أن يشتري بسلعة قيمتها أقل من قدر الثمن. لنا أنه ثمن يجوز بيع السلعة به من غير بائعها، فيجوز من بائعها كما لو اشتراه بسلعة أو بمثل ذلك الثمن أو أكثر، ولا فرق بين أن يصير بيع العينة عادة غالبية في البلد، أو لا يصير على المشهور. وأفتى الأستاذ أبو إسحاق والشيخ أبو محمد بأنه: إذا صار عادة صار البيع الثاني كالمشروط في الأول، فيبطلان جميعاً، ولهذا نظائر سنذكرها في مواضعها - إن شاء الله تعالى - وليس من المناهي بيع رباع مكة حرسها الله تعالى بل هو جائز. وعن مالك وأبي حنيفة: أنه لا يجوز.

لنا اتفاق الصحابة فمن بعدهم - رضي الله عنهم - عليه، وليس من المناهي أيضاً بيع المصحف وكتب الحديث. وعن الصيمري: أن بيع المصحف مكروه قال: وقد قيل إن الثمن يتوجه إلى الدفتين، لأن كلام الله عز وجل لا يباع، وقيل: إنه بدل من أجرة النسخ<sup>(١)</sup>.

= جرياً على العادة من غير تأمل فيه ولا اعتقاد. ولهذا قال بعض السلف: أضعف العلم الرؤية، يعني أن يقول: رأيت فلاناً يفعل كذا، ولعله قد فعله ساهياً، وقال إياس بن معاوية: لا تنظر إلى عمل الفقيه ولكن سله يصدقك، ولهذا لم يذكر عنه أنه أصر على ذلك بعد قول عائشة - رضي الله عنها -، وكثيراً ما يفعل الرجل النبل الشيء مع ذهوله عما في ضمنه من مفسدة، فإذا نه انبته وإذا كان الفعل محتملاً لهذا ولما هو أكثر منه، لم يجز أن ينسب لأجله اعتقاد حل هذا إلى زيد - رضي الله عنه - لا سيما وأم ولده إنما دخلت على عائشة - رضي الله عنها - مستغيثة وقد رجعت عن هذا العقد إلى رأس مالها فعلم أنهما لم يكونا على بصيرة منه وإن لم يتم العقد بينهما، وقول السائلة لعائشة - رضي الله عنها -: «فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف». دليل يبين أن التغليظ إنما كان لأجل أنه ربا لا لأجل جهالة الأجل، فإن هذه الآية إنما هي في حق الغائب من الربا.

(١) قال النووي: لو نصح الشافعي - رضي الله عنه -، على كراهة بيع المصحف. وقال الروياني وغيره: لا يكره، وسائر الكتب المشتملة على ما يباح الانتفاع به، يجوز بيعها بلا كراهة. ومن المناهي: البيع في وقت النداء يوم الجمعة، وسبق بيانه في بابها. ومنها في الحديث: نهى عن بيع المضطر. قال الخطابي: فيه تأويلان:

أحدهما: المراد به: المكروه، فلا يصح بيعه إن أكره بغير حق، وإن كان بحق، صح. والثاني: أن يكون عليه ديون مستغرقة، فتحتاج إلى بيع ما معه بالوكس، فيستحب أن لا يبتاع منه، بل يعان، إما بهبة، وإما بقرض. وإما باستمهال صاحب الدين. فإن اشترى منه، صح. ومنها: النهي عن بيع المصرة، والنهي عن بيع ما فيه عيب، إلا أن يبيته، وكلاهما حرام، إلا أنه ينعقد.

## الباب الرابع

### في الفساد من جهة تفريق الصفقة

قال الغزالي: وَمَهْمَا بَاعَ الرَّجُلُ مِلْكَ نَفْسِهِ وَمِلْكَ غَيْرِهِ فَفِي صِحَّةِ بَيْعِهِ فِي مِلْكَهِ قَوْلَانِ، وَلَوْ كَانَ مَا بَطَلَ الْبَيْعَ فِيهِ حَرًّا أَوْ خَمْرًا أَوْ خِنْزِيرًا أَوْ مَا لَا قِيَمَةَ لَهُ فَقَوْلَانِ مُرْتَبَانٍ وَأَوْلَى بِالْبُطْلَانِ، وَلِلْبُطْلَانِ عِلَّتَانِ: إِحْدَاهُمَا أَنَّ الصَّنِغَةَ مُتَّحِدَةٌ فَإِذَا فَسَدَتْ فِي بَعْضِ الْمُقْتَضِيَّاتِ لَمْ تَقْبَلِ التَّجَرِّي وَالْأُخْرَى أَنَّ الثَّمَنَ فِيمَا يَصِحُّ يَصِيرُ مَجْهُولًا، وَعَلَى هَذِهِ الْعِلَّةِ لَا يَمْتَنِعُ تَفْرِيقُ الصَّفَقَةِ فِي الرُّهْنِ وَالْهَبَةِ إِذْ لَا عِوَضَ فِيهِمَا، وَلَا فِي النُّكَاحِ فَإِنَّهُ لَا يَفْسُدُ بِالْجَهْلِ بِالْعِوَضِ.

قال الرافعي: هذا باب التفرع، كثير التردد في قواعد الفقه ولطول تفاريعه لم ير المُرْنِيَّ إيداع مسائله في «المختصر»، وييض ورقة أو ورقتين ليلخصها، أو يقتصر على ذكر أوضح القولين فيها، ثم لم يتفق له ذلك فبقي في النسخ القديمة بعض البياض.

وللقفال وأصحابه تقسيم حاضر لمسائل الباب في نهاية الحسن، إلا أن إيراد الكتاب لا ينطبق عليه كل الانطباق، والتقسيم المناسب له أن يقال: إذ أجمع بين شيئين في صفقة واحدة لم يخل إما أن يجمع بينهما في عقد واحد، أو في عقدين مختلفي الحكم.

القسم الأول: أن يجمع بينهما في عقد واحد، فله حالتان:

إحدهما: أن يقع التفریق في الابتداء.

والأخرى: أن تقع في الانتهاء.

فأما في الحالة الأولى: فينظر، إن جمع بين شيئين يمتنع الجمع بينهما من حيث هو جمع فلا يخفى بطلان العقد في الكل كما لو جمع بين أختين في النكاح، أو بين

ومنها: النهي عن البيع في المسجد، وسبق تفصيله في الاعتكاف.

ومنها: يكره غبن المسترسل، ويكره بيع العينة، وسبق بيانه.

ومنها: ما قاله صاحب «التلخيص». قال: نهى عن بيع الماء، وهو محمول على ما إذا أفرد ماء عين أو بئر أو نهر بالبيع فإن باعه مع الأرض، بأن باع أرضاً مع شربها من الماء في نهر أو واد، صح، ودخل الماء في البيع تبعاً. وكذا إذا كان الماء في إناء، أو حوض أو غيرهما مجتمعاً، فبيعه صحيح مفرداً وتابعاً. - والله أعلم - [ ينظر الروضة (٨٣/٣). ]

خمس نسوة<sup>(١)</sup> وإن لم يكن كذلك، فإما أن يجمع بين شيئين كل واحد منهما قابل لما أورده عليه من العقد، وإما أن لا يكون كذلك، فإن كان الأول كما لو جمع بين عَيْتَيْن في البيع يصح العقد فيهما، ثم إن كان من جنسين كعبد وثوب، أو من جنس واحد، لكنهما مختلفا القيمة كعَبْدَيْن وَزَع الثَّمْن عليهما باعتبار القيمة، وإن كانا من جنس واحد، وكانا مُتَّفَقِي القيمة كَقَفِيزِي حِنْطَة واحدة يوزع عليهما باعتبار الأجزاء، وإن كان الثاني: فإما أن لا يكون واحد منهما قابلاً لذلك العقد، كما لو باع خمراً وميتة فلا يخفى حكمه. وإما أن يكون أحدهما قابلاً، فالذي هو غير قابل ضربان:

أحدهما: أن يكون متقومًا، كما لو باع عبده وعبد غيره صفقة واحدة، ففي صحة البيع في عبده قولان:

أصحهما<sup>(٢)</sup>: وهو اختيار المُزَنِّي أنه يصح، لأنه باع شيئين مختلفي الحكم، فيأخذ كل واحد منهما حكم نفسه كما لو باع شِفْصاً مشفوعاً وثوباً؛ ثبتت الشَّفْعَة في الشَّفْص دون الثوب، وأيضاً فإن الصَّفْقَة إذا اشتملت على صحيح وفساد، فالعقد صحيح في الصحيح، وقصر الفساد على الفاسد، ومثلوا ذلك بما إذا شهد عَدْل فاسق، لا يقضي برد الشهادتين ولا بقبولهما، بل تلك مقبولة وهذه مردودة.

ولو قال قائل: قدم زيد وعمرو، وكان قدم زيد دون عمرو لا يقضي بالصدق

(١) قال الأذري: هذا يومهم أنه لو كان في الخمس أختان ونحوهما بطل في الجميع بلا خلاف وليس كذلك بل يبطل في الأختين وفي البواقي قولاً تفريق الصفقة كما صرحوا به هناك وكذا لو كان فيهن أمة وهو ممن يحل له نكاح الأمة تبطل في الخمس وإن كان ممن لا يحل له نكاحها بطل فيها وصح في الأربع على الأصح إلى آخر ما ذكره. ولا شك أن مراد الشيخ أنه إذا لم يكن في الخمس أختان وإنما أطلق ذلك لوضوحه وتقريره في بابه ولكن لا بأس بالتنبيه عليه. خ ك.

قال في المهمات: ترجيح الرافعي وغيره قول بالصحة ليس مذهب الشافعي - رضي الله عنه - فإنه إذا كان للمجهد قولان وعلم المتأخر منهما كان الأول مرجوعاً عنه. والثاني هو مذهبه بلا نزاع والقول بالصحة قد رجح عنه واستقر مذهب على القول بالبطلان كذا ذكره الربيع في الأم قبيل كتاب اللقيط الصغير وعبر بقوله إن البطلان هو آخر قوله وهذه دقيقة غفلوا عنها فينبغي التفتن لها لا سيما وهي جارية في أبواب كثيرة انتهى. ووافق الأذري في التوسط والزرکشي في الخادم وغيرهما من المتأخرين وإذا قلنا بالصحة على رأي الشيخين والعمل عليها فيستثنى مسائل:

منها: إذا أجز الراهن العين المرهونة مدة تزيد على محل الدين فالصحيح بطلان الجميع كما ذكر الشيخ في باب الرهن خلافاً للمتولي. نعم فيه شيء سأذكره - إن شاء الله تعالى - في الرهن.

ومنها: إذا استعار شيئاً ليرهنه بدين فزاد عليه بطل في الكل على الصحيح.

ومنها: إذا فاضل في الربويات كما لو باع صاعاً بصاعين فإنه يبطل في الجميع.

ومنها: إذا زاد في العرايا على القدر الجائز وهو ما دون خمسة أوسق فإنه يبطل في الجميع.



فيهما ولا بالكذب فيهما، بل ذلك صدق وهذا كذب.

والثاني: لا يصح لأحد معنيين.

الأول: أن اللَّفْظَةَ واحدة فلا يتأتى تبعضها، فإما أن يغلب حكم الحرام على الحلال أو بالعكس.

والأول أولى، لأن تصحيح العقد في الحرام يمتنع، وإبطاله في الحلال غير ممتنع.

والثاني: أن الثَّمَنَ المسمى يتوزع عليهما باعتبار القيمة، ولا يدرى حصة كل واحد منهما عند العقد، فيكون الثمن مجهولاً، وصار كما لو قال: بعتك عبدي هذا بما يقابله من الألف إذا وزع عليه، وعلى عبد فلان فإنه لا يصح، وهاتان العِلَّتَانِ على ما حكاه أكثر الثَّقَالِينِ منسوبة إلى الأَصْحَابِ، ولهم خلاف في أنَّ العلة أيهما ورواهما القاضي ابن كَجَّ عن الشَّافِعِيِّ - رضي الله عنه -، وقال: له قولان في أن العِلَّةَ هذه أم هذه.

والضرب الثاني: ألا يكون متقوماً، وهو على نوعين:

أحدهما: أن يتأتى تقدير التَّقْوِيمِ فيه من غير فرض تغيير في الخِلْفَةَ، كما لو باع حرّاً وعبداً، فإن الحر غير متقوم، لكن يمكن تقدير القيمة فيه من غير تغيير في الخِلْفَةَ، ففي صحة البيع في العبد طريقتان:

أحدهما: القَطْعُ بالفساد؛ لأن المضموم إلى العبد ليس من جنس المَبَيْعَاتِ، ولأنا سنذكر في التَّفْرِيعِ الحاجة إلى التوزيع، والتوزيع هاهنا يحوج إلى تقدير شيء في الموزع عليه، وهو غير موجود فيه.

وأصحهما: طرد القولين.

قال الإمام: ولو قلنا: في صحة البيع قولان مرتبان على ما إذا باع عبداً مملوكاً والآخر مغصوباً لأفاد ما ذكرنا من نقل الطريقتين، وهكذا كل ترتيب، ونقل عن شيخه أن القولين على الطريقة الثانية فيما إذا كان المشتري جاهلاً بحقيقة الحال، فإن كان عالماً فالوجه القطع بالبطلان، كما لو قال: بعتك عبدي بما يخصه من الألف إذا وزع عليه وعلى عبد فلان، ولو باع عبده ومكاتبه أو أمته أو أم ولده فليس ذلك كما لو باع عبداً وحرّاً بل هو من صور الضرب الأول؛ لأن المكاتب وأم الولد متقومان بالإتلاف.

والنوع الثاني أن لا يتأتى تقدير التقويم فيه من غير فرض تغيير في الخِلْفَةَ، كما لو باع خلاً وخمرة، أو مُدَكَّاةً وميته، أو شاةً وخنزيراً، ففي صحة البيع في الخُلِّ والمذكاة والشاة خلاف مرتب على الخلاف في العبد والحر، والفساد هاهنا أولى لأن تقدير

القيمة غير ممكن هاهنا إلا بفرض تغيير الخلقة، وحينئذ لا يكون المقوم هو المذكور في العقد.

وقال أبو حنيفة: العقد فاسد في الكل في الضرب الثاني، وأما في الضرب الأول فيصح في الحلال ويتوقف في المضموم إليه على الإجازة.

وصحح مالك البيع في الحلال في الضربين جميعاً، وعن أحمد روايتان كقولي الشافعي - رضي الله عنه - .

ولو رهن عبده وعبده غيره من إنسان، أو وهبهما منه، أو رهن عبداً أو حراً، أو وهبهما هل يصح الرهن والهبة في المملوك؟

يترتب ذلك على البيع إن صححنا ثم، فكذلك هاهنا وإلا ففيه قولان مبنيان على العلتين إن عللنا بامتناع تجزئة العقد الواحد فلا يصح وإن عللنا بجهالة العوض يصح، إذ لا عوض هاهنا حتى يفرض الجهل فيه، وعلى هذا الترتيب ما إذا زوج منه مسلمة ومجوسية، أو أخته وأجنبيته، لأن جهالة العوض لا تمنع صحة النكاح.

وقوله في الكتاب أحدهما: «أن الصفقة متحدة»، وفي بعض النسخ «أن الصيغة متحدة» وكلاهما مستقيم، وزاد الإمام في هذه العلة قيداً، فقال: العقد متحد في نفسه، فإذا تطرق الفساد إليه، وجب أن لا ينقسم، إذ لم يبين على العلة والسريان، وقصد به الاحتراز عن العتق والطلاق وما في معناهما.

قال الغزالي: **وَلَوْ اشْتَرَى عَبْدَيْنِ وَأَنْفَسَخَ الْعَقْدُ فِي أَحَدِهِمَا بِالثَّلْثِ قَبْلَ الْقَبْضِ أَوْ بِسَبَبٍ يُوجِبُ الْفَسْخَ فِي الْأَنْفَسَاخِ فِي الْبَاقِي قَوْلًا تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ، وَأَوْلَى بِأَنْ لَا يَنْفَسَخَ فِي الْبَاقِي.**

قال الرافعي: الحالة الثانية: أن يقع التفريق في الانتهاء وهو على ضربين:

أحدهما: أن لا يكون اختيارياً، كما لو اشترى عبدتين ثم قبّل أن يقبضهما تلف أحدهما، فإن العقد يفسخ فيه، وهل يفسخ في الثاني؟ فيه طريقتان:

أحدهما: أنه على القولين فيما لو جمع بين مملوك وغير مملوك تسوية بين الفساد المقرون بالعقد والفساد الطارئ قبل القبض، كما يسوّى في العيب بين المقرّون بالعقد وبين الطارئ قبل القبض، وهذا قد حكاه القاضي عن أبي إسحاق المرّوزي.

وأصحهما: القطع بعدم الانفساخ في الثاني؛ لأن الانفساخ طراً بعد العقد فلا يتأثر به الآخر، كما لو نكح أختين دفعة واحدة، ثم ارتفع نكاح إحداهما برودة أو رضاع لا يرتفع نكاح الأخرى، وأيضاً فإن علة الفساد إما الجمع بين الحلال والحرام، وإما

جَهَالَةَ الثَّمَنِ، ولم يوجد الجمع بين الحلال والحرام، والثمن ثابت كله في الابتداء، والسقوط الطارىء لا يؤثر في الانفساخ، كما لو خرج المبيع معيباً وتعدّر الرد لبعض الأسباب والثمن غير مقبوض، فيسقط بعضه على سبيل الأرش، ولا يلزم منه فساد العقد، والطريقان جاريان فيما إذا تفرّقا في السّلم، وبعض رأس المال غير مقبوض أو في الصّرف، وبعض العوض غير مقبوض وانفسخ العقد في غير المقبوض، هل ينفسخ في الباقي؟

هذا إذا تلف أحدهما في يد البائع قبل أن يقبضهما، فأما إذا قبض أحدهما وتلف الآخر في يد البائع، ترتب الخلاف في انفساخ العقد في المقبوض على الصّورة السابقة، وهذه أولى بعدم الانفساخ لتأكد العقد في المقبوض بانتقال الضّمان فيه إلى المشتري، هذا إذا كان المقبوض باقياً في يد المشتري، فإن تلف في يده ثم تلف الآخر في يد البائع، فالقول بالانفساخ أضعف لتلف المقبوض على ضمانه، وإذا قلنا بعدم الانفساخ فهل له الفسخ؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم. وترد قيمته.

والثّاني: لا، وعليه حصّته من الثّمن، ولو اكترى داراً مدّة وسكنها بعض المدّة، ثم انهدمت الدّار انفسخ العقد في المستقبل، وهل ينفسخ في الماضي؟ يخرج على الخلاف في المقبوض التالف في يد المشتري.

فإن قلنا: لا ينفسخ، فهل له الفسخ؟ فيه الوجهان:

فإن قلنا: ليس له ذلك فعليه من المسمى ما يقابل الماضي.

وإن قلنا: له الفسخ فعليه أجره المثل للماضي، ولو انقطع بعض المسلم فيه عند المحل، والباقي مقبوض أو غير مقبوض، وقلنا: لو انقطع الكلّ ينفسخ العقد فيه انفسخ في المنقطع، وفي الباقي الخلاف المذكور فيما إذا تلف أحد الشّئين قبل قبضهما، وإذا قلنا: لا ينفسخ فله الفسخ، فإن أجاز فعليه حصّته من رأس المال لا غير.

وإن قلنا: لو انقطع الكلّ لم ينفسخ العقد، فالمسلم بالخيار إن شاء فسخ العقد في الكل، وإن شاء أجاز في الكلّ، وهل له الفسخ في القدر المنقطع والإجازة في الباقي؟

فيه قولان بناء على الخلاف الذي سنذكره في الضرب الثاني.

الضرب الثاني: أن يكون اختيارياً، كما لو اشترى عبدين صفقة واحدة، ثم وجد بأحدهما عيباً فهل له إفراده بالرّد؟

جزم الشّيخ أبو حامد في «التعليق» بأنه ليس له ذلك.

والمشهور: أنه على قولين وبنوهما على جواز تفريق الصفقة إن جوزنا تجويز الأفراد وإلا فلا، وقياس هذا البناء أن يكون قول التجويز أظهر، ولكن صرح كثير من الصائرين إلى جواز التفريق بأن منع الإقرار أصح، واختجوا له بأن الصفقة وقعت مجتمعة ولا ضرورة إلى تفريقها فلا تفرق، والقولان مفروضان في العبدین، وفي كل شيئين لا يتصل منفعة أحدهما بالآخر، فأما في زوجي الخف ومضراعي الباب، فلا سبيل إلى أفراد المعيب بالرد بحال، وارتكب بعضهم طرد القولين فيه، ولا فرق على القولين<sup>(١)</sup> بين أن يفتق ذلك بعد القبض أو قبله.

وعن أبي حنيفة: أنه لا يجوز أفراد المعيب بالرد قبل القبض ويجوز بعده إلا أن تتصل منفعة أحدهما بالآخر، فإن لم تجوز الأفراد، فلو قال: رددت المعيب هل يكون هذا رداً لها؟ عن الشيخ أبي علي رواية وجهين فيه:

أصحهما: لا، بل هو لغو<sup>(٢)</sup>، ولو رضي البائع بإفراده جاز في أصح الوجهين وإن جوزنا الأفراد، فإن رده استرد قسطه من الثمن، ولا يسترد الجميع إذ لو صرنا إليه لأخلىنا بعض المبيع عن المقابل، وعلى هذا القول لو أراد رد السليم والمعيب معه فله ذلك أيضاً. وفيه وجه ضعيف، ولو وجد العيب بالعبدین معاد وأراد أفراد أحدهما بالرد جرى القولان.

ولو تلف أحد العبدین أو باعه ووجد في الباقي عيباً، ففي إفراده قولان مرتبان، وهذه الصورة أولى بالجواز لتعذر ردهما جميعاً<sup>(٣)</sup>.

فإن قلنا: يجوز الأفراد رد الباقي واسترد من الثمن حصته، وسبيل التوزيع تقدير

(١) قال الزركشي: مقتضى كلامهم أنه لا فرق بين أن تختلف قيمة العينين أو لا كالكرين من الطعام لكن نص الشافعي في البويطي أنه لو اشترى مكيلاً أو موزوناً فوجد بيعه عيباً فله إفراده بالرد لعدم الضرر وقال المتولي: إن جوزنا في العبدین فهنا أولى وإلا فوجهان مأخذهما أن النظر إلى الضرر أو إلى منع التفريق شرعاً والأول أصح. خ ك.

(٢) قال في المهمات: قياس المذهب يكون ذلك مسقطاً لخياره فإنه إعراض واشتغال بما لا يفيد وتقصير، وحينئذ فلا يتمكن بعد ذلك من الفسخ على خلاف ما يوهمه كلامه. قال في التوسط: وهذا ظاهر في العالم بالحكم إن أريد الإلغاء مطلقاً مطلقاً، ولا أحسبه مراداً بل المراد أنه لا يترتب عليه رد المعيب بمفرده. وأما الجاهل فيعذر كما يعذر في كون الخيار على الفور أو أصل الخيار إلى آخر ما ذكره. خ ك.

(٣) قال الزركشي: قضية البناء أن يكون الأصح جواز الرد وكون ذلك غير المتبادر إلى الذهن. وقال الأذري: ومقتضى هذا البناء أن يكون قول الجواز هذا أظهر. ثم قال في آخر كلامه ما نصه ومما ذكرته من الترتيب يعرف أن الأظهر الجواز لكن النص الذي سنذكره عن البويطي والنص الذي سنذكره عن اختلاف العراقيين كلاهما يدل على خلافه وهو ما يقتضي كلام الماوردي أنه الأصح.

العبدین سلیمین وتقویمهما، ویقسط الثمن المسمى على القیمتین، فلو اختلفا في قيمة التالف فادعی المشتري ما یقتضي زیادة الواجب على ما اعترف به البائع ققولان:

أصحهما: وقد نص علیه في «اختلاف العراقيين»: أن القول قول البائع مع یمنه؛ لأنه ملك جميع الثمن بالبيع، فلا رجوع علیه إلا بما اعترف به.

والثاني: أن القول قول المشتري؛ لأنه تلف في يده، فأشبهه الغاصب مع المالك إذا اختلفا في القيمة؛ لأن القول قول الغاصب الذي حصل الهلاك في يده.

وإن قلنا: لا يجوز الإفراد فوجهان، ويقال: قولان:

أحدهما: أنه يضم قيمة التالف إلى الباقي ويردهما ويفسخ العقد، وهذا اختيار القاضي أبي الطيب، واحتج له بأن النبي ﷺ «أمر في المصرة برد الشاة، وبديل اللبن الهالك»<sup>(١)</sup>.

فعلى هذا لو اختلفا في قيمة التالف، فالقول قول المشتري مع یمنه؛ لأنه حصل التلف في يده وهو الغارم.

وروي في «التتمة» وجهاً آخر: أن القول قول البائع، لأن المشتري يريد إزالة ملكه عن الثمن المملوك.

وأصحهما: أنه لا یصح له، ولكنه يرجع بأزش العيب، لأن الهلاك أعظم من العيب، ولو حدث عنده عيب ولم يتمكن من الرد، فعلى هذا لو اختلفا في قيمة التالف عاد القولان السابقان؛ لأنه في الصورتين یرد بعض الثمن، إلا أنه على ذلك القول یرد حصّة الباقي، وعلى هذا القول یرد أزش العيب، والنظر في قيمة التالف إلى يوم العقد، أو يوم القبض فيه مثل الخلاف الذي سیأتي في اعتبار القيمة لمعرفة أزش العيب القديم.

وإذا عرفت ما ذكرنا لم یخف عليك أن قوله في الكتاب: «ولو اشترى عبدين وانفسخ العقد في أحدهما بالتلف قبل القبض» إشارة إلى الحالة الأولى.

قوله: «أو بسبب یوجب الفسخ» يمكن حمله على الحالة الثانية، وهو الأقرب إلى اللفظ، ويمكن حمله على سائر الصور المذكورة في الحالة الأولى نحو الصرف والسلام، وتأول لفظ الفسخ والله أعلم.

قال الغزالي: وَالْأَصْحَحُّ أَنَّ الْفَسَادَ مَفْضُورٌ عَلَى الْفَاسِدِ إِلَّا إِذَا صَارَ ثَمَنٌ مَا يَصِحُّ الْعَقْدُ عَلَيْهِ مَجْهُولًا حَتَّى لَوْ بَاعَ عَبْدًا لَهُ نِصْفُهُ صَحَّ فِي نِصْبِهِ إِذْ حِصَّتْهُ نِصْفُ الثَّمَنِ،

(١) أخرجه البخاري (٢١٤٨، ٢١٥٠) ومسلم (١٥١٥).

وَكَذًا بَيْعُ جُمْلَةِ الثَّمَارِ وَفِيهَا عَشْرُ الصَّدَقَةِ، بِخِلَافِ مَا لَوْ بَاعَ أَرْبَعِينَ شَاةً وَفِيهَا الزُّكَاةُ إِذْ حِصَّةُ الْبَاقِي مَجْهُولَةٌ.

قال الرافعي: أدرج في الفصل صوراً تتفرع على عِلَّتِي قول الفساد من قولِي التَّفْرِيقِ: منها: لو باع شيئاً يتوزع الثَّمَنُ على أجزائه بعضه له وبعضه لغيره، كما لو باع عبداً له نصفه، أو صاع حِنْطَةً له نصفه، أو صاعي حنطة أحدهما له، والآخر لغيره صفقة واحدة، ترتب ذلك على ما لو باع عبدين أحدهما له والآخر لغيره، إن صححنا فيما يملكه فكذلك هاهنا، وإلا فقولان:

إن عللنا بالجمع بين الحلال والحرام لم يصح، وإن عللنا بجهالة الثَّمَنِ صح؛ لأن حِصَّةَ المملوك هَاهُنَا معلومة.

ومنها: لو باع جملة الثَّمَارِ وفيها عشر الصدقة، فهل يصح البيع في قدر الزكاة؟ قد بينه في «باب الزكاة».

فإن قلنا: لا يصح، فالترتيب في الباقي، كما ذكرنا. فيما لو باع عبداً له نصفه؛ لأن توزيع الثَّمَنِ على ما له يبيعه وما ليس له معلوم على التفصيل.

ومنها: لو باع أربعين شاةً وفيها قدر الزكاة، وفرعنا على امتناع البيع في قدر الزكاة، فالترتيب في الباقي كما مر فيما لو باع عبده وعبد غيره.

ومما يتفرع على هاتين العلتين لو ملك زيد عبداً، وعمرو عبداً، فباعهما صفقة واحدة بثمان واحد، ففي صحة العقد قولان، وكذا لو باع من رجلين عبدين له هذا من هذا، وهذا من هذا بثمان واحد، إن عللنا بالجمع بين الحلال والحرام صح، وإن عللنا بجهالة العوض لم يصح؛ لأن حِصَّةَ كل واحد منهما مجهولة<sup>(١)</sup>.

ومنها: قال في «التتمة»: لو باع عبده وعبد غيره، وسمى لكل واحد منهما ثمناً، فقال بعثك هذا بمائة وهذا بخمسين، إن عللنا باجتماع الحلال والحرام فسد العقد، وإن عللنا بجهالة الثمن صح في عبده.

(١) تقدم أن أصح العلتين الجمع فعلى هذا تكون قضية هذا البناء الصحة لكن الذي صححه الشيخ في شرح المهذب وتصحيح التنبيه البطلان ونقله الرافعي في الصداق عن النص. ورأيت في الخادم أن قضية البناء ترجيح البطلان وهذا ما يظهر وإلا إذا قلنا الأرجح التعليل بالجهالة، ويستثنى من هذا الحكم مسألتان:

إحداهما: إذا رجع المعير في الأرض المستعارة وكان المستعير قد بنى فيها أو غرس ثم باعا ذلك كله بثمان واحد فالأصح الصحة للحاجة إلى قطع النزاع.

الثانية: حمام البرج المختلط بحمام آخر إذا باعا ذلك بثمان واحد صح.

ولكن أن تقول: سنذكر أن تفصيل الثمن من أسباب تعدد العقد، وإذا تعدد وجب القضاء بالصحة على التعليلين.

إذا تقرر ذلك فاعلم: أن قوله: «والأصح أن الفساد مقصور على الفاسد...» إلى آخره توسط بين القولين، وترجيح لقول الصحة في المملوك إذا كان المبيع ممّا يتوزع الثمن على أجزائه، ولقول الفساد فيما إذا كان المبيع مما يتوزع الثمن على قيمته، وهذا قد اختاره صاحب الكتاب في آخرين، لكن الأكثرين لم يفرقوا بين الحالتين ورجحوا الصحة على الإطلاق - والله أعلم -.

قال الغزالي: **ثُمَّ مَهْمَا قَضَيْتَا بِالصَّحَّةِ فَلِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ إِذْ لَمْ يُسَلِّمْ لَهُ جَمِيعَ مَا اشْتَرَاهُ، وَيَأْخُذُ الْبَاقِي إِنْ أَجَازَ بِقِسْطِهِ مِنَ الثَّمَنِ عَلَى أَصْحَ الْقَوْلَيْنِ لَا بِكُلِّ الثَّمَنِ.**

قال الرافعي: مقصود الفصل: التفريع على قولي تفريق الصفقة من أصلهما، والرأي أن نفرد كل مرتبة بالذكر، فنقول: إذا باع ماله وماله غيره صفقة واحدة وصححنا البيع في ماله نظر، إن كان المشتري جاهلاً بالحال فله الخيار؛ لأنه دخل في العقد على أن يسلم له كل المبيع ولم يسلم، فإن أجاز فكم يلزمه من الثمن؟ فيه قولان:

أحدهما: جميعه. لأنه لَعَا ذكر المضموم إلى ماله، فيقع جميع الثمن في مقابلة ما صح العقد فيه.

وأصحهما وبه قال أبو حنيفة: أنه لا يلزم إلا حصّة المملوك من الثمن إذا وزع على القيمتين؛ لأنه أوقع الثمن في مقابلهما جميعاً، فلا يلزم في مقابلة أحدهما إلا قسطه، وما موضع القولين؟

قال قائلون: موضعهما أن يكون المبيع مما يتقسّط الثمن على قيمته، فإن كان مما يتقسّط على أجزائه على ما مر نظائره، فالواجب قسط المملوك من الثمن قولاً واحداً، والفرق أن المصير إلى التقسيط هاهنا لا يورث جهالة في الثمن عند العقد وثمّ بخلافه، ومنهم من طرد القولين وهو الأظهر، لأن الشافعي - رضي الله عنه - نصّ على قولين فيما إذا باع الثمار بعد وجوب العشر فيها، وأفسدنا البيع في قدر الزكاة دون غيره، أن الواجب جميع الثمن أو حصته.

فإن قلنا: الواجب جميع الثمن فلا خيار للبائع إذا ظفر بما ابتغاه.

وإن قلنا: الواجب القسط فوجهان:

أحدهما: أن له الخيار إذا لم يسلم له جميع الثمن.

وأصحهما: أنه لا خيار له؛ لأن التفريط من حيث باع ما لا يملكه وطمع في

ثمنه، وإن كان المشتري عالماً بالحال فلا خيار له، كما لو اشترى معيباً وهو عالم بعيبه، وكم يلزمه من الثمن فيه القولان كما لو كان جاهلاً وأجاز، وقطع قاطعون بوجود الجميع هاهنا؛ لأنه التزمه عالماً بأن بعض المذكور لا يقبل العقد.

ولو باع عبداً وحرّاً أو خلاً وخمراً أو مُدْكَاةً وَمَيْتَةً، أو شاةً وخنزيراً وصححنا العقد فيما يقبله، وكان المشتري جاهلاً بالحال وأجاز، أو عالماً ففيما يلزمه من الثمن طريقان:

أحدهما: القطع بوجود جميع الثمن، لأن ما لا قيمة له لا يمكن التوزيع على قيمته، ويحكى هذا عن صاحب «التلخيص».

وأصحهما: طرد القولين.

فإن قلنا: الواجب قسط من الثمن فكيف تعتبر هذه الأشياء في التوزيع، فيه وجهان:

أصحهما: عند المصنف أنه ينظر إلى قيمتها عند من يرى لها قيمة.

والثاني: أنه يقدر الخمر خلاً، ويوزع عليهما باعتبار الأجزاء، وتقدر المَيْتَةُ مُدْكَاةً، والخنزير شاةً، وتوزع عليهما باعتبار القيمة.

ومنهم من قال: يقدر الخمر عصيراً، والخنزير بقرة<sup>(١)</sup>.

ولو نكح مُسَلِّمةً وَمَجُوسِيَّةً في عقد واحد وصححنا نكاح المسلمة.

فالصحيح المشهور: أنه لا يلزم جميع المسمى للمسلمة بلا خلاف، لأننا إذا أثبتنا الجميع في البيع أثبتنا الخيار أيضاً وهاهنا لا خيار، فإيجاب الجميع إجحاف ولا مدفع له.

وعن رواية الشيخ أبي علي قول: أنه يلزم لها جميع المسمى، لكن له الخيار في رد المسمى والرجوع إلى مهر المثل.

قال الإمام: وهذا لا يدفع الضرر، فإن مهر المثل قد يكون مثل المسمى أو أكثر، وما الذي يلزم إذا قلنا بالصحيح؟ فيه قولان:

أظهرهما: مهر المثل.

وثانيهما: قسطنها من المسمى إذا وزع على مهر مثلها ومهر مثل المَجُوسِيَّة.

(١) [هذا الذي صححه الغزالي، احتمال للإمام. والصحيح: هو الثاني، وبه قطع الدارمي والبخاري وآخرون، وحكاه الإمام عن طوائف من أصحاب القفال] ينظر الروضة (٣/٨٩).



ولو اشترى عبيدین وتلف أحدهما قبل القبض وانفسخ العقد فيه، وقلنا: لا ينفسخ في الباقي فله الخيار فيه فإن أجاز فالواجب قسطه من الثمن؛ لأن الثمن وجب في مقابلتهما في الابتداء، فلا ينصرف إلى أحدهما في الدوام.

وعن أبي إسحاق المرُوزي طرد القولين فيه.

فرع: لو باع شيئاً من مال الرِّبَا بجنسه، ثم خرج بعض أحد العوضين مستحقاً، وصححنا العقد في الباقي وأجاز، فالواجب حصته بلا خلاف؛ لأن الفصل بينهما حرام. لو باع معلوماً ومجهولاً لم يصح البيع في المجهول، وفي المعلوم يبنى على ما لو كانا معلومين وأحدهما لغيره.

وإن قلنا: لا يصح فيما له لم يصح هاهنا في المعلوم.

وإن قلنا: يصح فيه قولان مبنيان على أنه كم يلزمه من الثمن؟

ثم إن قلنا: الجميع صح، ولزمه هاهنا أيضاً جميع الثمن.

وإن قلنا: حصته من الثمن لم يصح هاهنا لتعذر التوزيع.

ومنهم من حكى قولاً: أنه يصح وله الخيار، فإن أجاز لزمه جميع الثمن، واعلم: أن لصاحب «التلخيص» والشارحين لكلامه تخريج مسائل دُورِيَّة على القول تفريق الصفقة، لم أوتر إخلاء هذا المجموع عن طرف منها فعقدت له فصلاً.

### «فصل»

قال صاحب «التلخيص» في «التلخيص» في القول الذي يرى تفريق الصفقة: يقع للشافعي - رضي الله عنه - مسائل من الدور، من ذلك: لو باع مريض قَفِيْزَ حِنطَةَ بقفيز حنطة، وكان قفيز المريض يساوي عشرين، وقفيز الصَّحِيْح يساوي عشرة، ومات المريض ولا مال له غيره، ففيها قولان:

أحدهما: أن البَّيْع باطل.

والآخر: أن البَّيْع جائز في ثلثي قفيز بثلثي قفيز ويبطل في الثلث، ولكل واحد منهما الخيار في إبطال البَّيْع.

وفيه قول آخر: أنه لا خيار لهما فيه، هذا لفظه.

وإنما صور في الجنس الواحد من مال الرِّبَا لتجتمع أشكال الدَّور والرِّبَا.

وأول ما يجب معرفته في المسألة وأخواتها أن مُحَابَاة المريض مرض الموت في البيع والشراء نازلة منزلة هَبِيْتِه وسائر تَبْرُعَاتِه في الاعتبار من الثلث، فإن زادت على

الثُلث ولم تجز الورثة ما زاد، كما لو باع عبداً يساوي ثلاثين بعشرة، ولا مال له غيره يرتدُّ البيع في بعض المبيع، وما الحُكْم في الباقي؟ فيه طريقتان:

أحدهما: القطع بصحة البيع فيه؛ لأنه نفذ في الكل ظاهر، والرد في البعض تَذَارُكٌ حادث، وهذا أصح عند صاحب «التهديب»، ووجهه بأن المُحَابَاة في المَرَضِ وصية، والوصية تقبل من العَرَر ما لا يقبله غيرها.

وأظهرهما عند أكثرهم: أنه على قولي تفريق الصفقة.

وإذ قلنا بصحة البيع في الباقي، ففي كيفيتها قولان: ويقال وجهان:

أحدهما: أن البيع يصحُّ في القدر الذي يحتمله الثُلث، والقدر الذي يوازي الثمن بجميع الثمن ويبطل في الباقي؛ لأنه اجتمع للمشتري معاوضة ومحابة فوجب أن يجمع بينهما، فعلى هذا يصح العقد في ثلثي العبد بالعشرة، ويبقى مع الورثة ثلث العبد وقيمته والثمن وهو عشرة، وذلك مثل المُحَابَاة وهي عشرة، ولا تدور المسألة على هذا القول.

والثاني: أنه إذا ارتدَّ البيع في بعض المبيع، وجب أن يرتد إلى المشتري ما يقابله من الثمن. فعلى هذا تدور المسألة؛ لأن ما ينفذ فيه البيع يخرج من التركة، وما يقابله من الثمن يدخل فيها، ومعلوم أنَّ ما ينفذ فيه البيع يزيد بزيادة التركة وينقص بنقصانها، فيزيد المبيع بحسب زيادة التركة، وتزيد التركة بحسب زيادة المقابل الداخل، ويزيد المقابل الداخل بحسب زيادة المبيع وهذا دور، ويتوصل إلى معرفة المقصود بطرق:

منها: أن ينظر إلى ثلث المال وينسبه إلى قدر المُحَابَاة، ويجيز البيع في المبيع بمثل نسبة الثلث من المحابة فنقول في هذه الصور:

ثلث المال عشرة، والمحابة عشرون، والعشرة نصف العشرين، فيصح البيع في نصف العبد، وقيمته خمسة عشر بنصف الثمن وهو خمسة، كأنه اشترى سدسه بخمسة، وثلثه وصية له تبقى مع الورثة نصف العبد وهو خمسة عشر، والثمن خمسة فالمبلغ عشرون، وذلك مثل المحابة، وتحكى هذه الطريقة عن محمد بن الحسن.

ومنها: طريقة الجبر يقول: صح البيع في شيء من العبد، وقابله من الثمن مثل ثلث ذلك الشيء، لأن الثمن مثل ثلث العبد، وبقي في يد الورثة عبد إلا شيء، لكن بعض النقصان انجبر بثلث الشيء العائد، فالباقي عندهم عبد إلا ثلثي شيء، وثلثا شيء قدر المحابة، وعبد إلا ثلثي شيء، مثل وإذا كان عبد إلا ثلثي شيء مثلي ثلثي شيء، وكان عديلاً لشيء وثلث شيء، فإذا أجبرنا العبد بثلثي شيء، وزدنا على عديله مثل ذلك كان العبد عديلاً للشيئين، فعرفنا أن الشيء الذي نفذ فيه البيع نصف العبد، ولا أظن بإيراد سائر الطرق كطريقة الخطأ بين الدينار والدرهم وغيرها في هذا الموضوع.

فإن قلت: ما حال الخلاف الذي ذكرتم أنهما قولان للشافعي - رضي الله عنه - أو وجهان للأصحاب وأيهما كان؟ فما الأظهر منهما؟ الجواب:

أما الأول فإن الإمام قال: ما أراهما منصوصين، ولكنهما مستخرجان من معاني كلام الشافعي - رضي الله عنه - لكن القفال والأستاذ أبو منصور البغدادي وغيرهما ذكروا أن الأول منصوص عليه، والثاني مخرج لابن سريج.

وأما الثاني: فإن إيراد كثيرين يميل إلى ترجيح القول الأول وبه قال ابن الحَدَّاد لكن الثاني أقوى في المعنى، وهو اختيار أكثر الحساب، وبه قال ابن القاص وابن اللبَّان، وتابعهم إمام الحرمين وأدعى أنه اختيار ابن سريج، لكن في هذه الدغوى نظر، فإن الأستاذ أبو منصور وغيره نسبوا القول الأول إلى اختيار ابن سريج، - والله أعلم -.

إذا تقرر ذلك عدنا إلى مسألة «التلخيص».

إن قلنا: بالأول فالبيع باطل فيها بلا خلاف؛ لأن مقتضاه صحة البيع في قدر ثلث وهو ستة وثلثان، وفي القدر الذي يقابل من قفيزه قفيز الصحيح وهو نصفه، فيكون خمسة أسداس قفيز في مقابلة قفيز، وذلك ربا.

وإن قلنا: بالثاني صح البيع في ثلثي قفيز المريض بثلثي الصحيح ويطل في الباقي، وقطع قاطعون هاهنا بهذا القول الثاني، كي لا يبطل غرض الميت في الوصية.

قال في «التهذيب»: وهو الأصح ووجهه إما على طريقة النسبة، فلأن ثلث مال المريض ستة وثلثان، والمحابة عشرة، وستة وثلثان ثلثا عشرة، فقلنا بنفوذ البيع في ثلثي القفيز.

وإما على طريق الجبر، فلأن البيع نفذ في شيء وقابله من الثمن مثل نصفه، فإن قفيز الصحيح نصف قفيز المريض وبقي في يد الورثة قفيز إلا شيء، لكن يحصل لهم نصف شيء، والباقي عندهم قفيز إلا نصف شيء، فنصف شيء هو المحابة، وما في يدهم وهو قفيز ناقص بنصف شيء مثلاه، والهاء كناية عن النصف، وإذا كان قفيز ناقص بنصف شيء مثلي نصف شيء كان عديلاً للشئ الكامل، فإذا جبرنا وقابلنا صار قفيز كامل عديل شيء ونصف شيء، فعرف أن الشئ ثلثا قفيز، وقد عرفت بما ذكرنا أن القول الثاني من القولين اللذين أطلقهما صاحب «التلخيص» علام ينبغي.

وأما الأول فخرجه على قولنا: إن البيع يصح في قدر الثلث، وما يوازي الثمن بجميع الثمن ظاهر لما فيه من الرِّبَا، ويجوز أن يكون مبنياً على قولنا: إن الصفقة لا تفرق جواباً على طريقة طرد القولين في صور المحابة.

وأما قوله: «ولكل واحد منهما الخيار في إبطال البيع» فهو خطأ في جانب ورثة

المريض باتفاق الأصحاب؛ لأننا لو أثبتنا لهم الخيار لأبطلوا المحاباة أصلاً ورأساً بفسخ البيع، ولا سبيل إليه لتسليط الشرع إياه على ثلث ماله، وكذا خطأه في قوله: «وفيه قول آخر: أنه لا خيار لهما في جانب المشتري»، لأن تبعض الصفقة على المشتري من موجبات الخيار بكل حال، ولو كانت المسألة بحالها لكن قفيز المريض يساوي ثلاثين، وقلنا: بتقسيم الثمن صح البيع في نصف قفيز بنصف القفيز، ولو كانت بحالها لكن قفيز المريض يساوي أربعين صح البيع في أربعة أضعاف القفيز، وعليك تخريج الفتوى على الطريقتين، ثم قال صاحب «التلخيص»: ولو كان المريض قد أكل القفيز الذي أخذ استوت المسائل كلها، فيجوز بيع ثلث قفيز بثلث قفيز.

قال الشارحون لكتابه: إذا أتلّف المريض المحابي القفيز الذي أخذه ثم مات، وفرّنا على القول الذي يجيء عليه الدور صح البيع في ثلثه بثلث قفيز صاحبه، سواء كانت قيمة قفيز المريض عشرين أو ثلاثين أو أكثر؛ لأن ما أتلّفه قد نقص من ماله.

أما ما صح فيه البيع فهو ملكه وقد أتلّفه، وأما ما بطل فيه البيع فعليه ضمانه، فينتقص قدر العزم من ماله، ومتى كثرت القيمة كان المصروف إلى الغرم أقل والمحاباة أكثر، ومتى قلت كان المصروف إلى الغرم أكثر والمحاباة أقل، ولنوضح ذلك في صورتين:

إحدهما: إذا كانت قيمة قفيز المريض عشرين، وقيمة قفيز الصحيح عشرة، وقد أتلّفه المريض فنقول على طريقة النسبة مال المريض عشرون، وقد أتلّف عشرة يحطها من ماله، فبقي عشرة كأنها كل ماله والمحاباة عشرة، فثلث ماله هو ثلث المحاباة، فيصح البيع في ثلث القفيز على القياس الذي مر، وعلى طريقة الجبر صح البيع في شيء من قفيز المريض، ورجع إليه مثل نصفه فعند ورثته عشرون إلا نصف شيء، لكنه قد أتلّف عشرة فالباقي في أيديهم عشرة إلا نصف شيء، وذلك مثل نصف شيء فيكون مثل شيء، فإذا جبرنا وقابلنا كانت عشرة مثل شيء ونصف شيء، فالعشرة نصف القفيز فيكون القفيز الكامل مثل ثلاثة أشياء، فالشيء ثلث القفيز وامتحانه أن ثلث قفيز المريض ستة وثلثان، وثلث قفيز الصحيح في مقابلته ثلاثة وثلث، فتكون المحاباة بثلاثة وثلث، وقد بقي في يد الورثة ثلثا قفيز، وهو ثلاثة عشر وثلث يؤدي منه قيمة ثلثي قفيز الصحيح، وهو ستة وثلثان يبقى في أيديهم ستة وثلثان وهي مثل المحاباة.

الثانية: قفيز المريض يساوي ثلاثين وباقي المسألة بحالها، فعلى طريقة النسبة نقول: مال المريض ثلاثون وقد أتلّف عشرة بحطها من ماله يبقى عشرون كأن كل ماله والمحاباة عشرون؛ وثلث ماله هو ثلث المحاباة فيصح البيع في ثلث القفيز.

وعلى طريقة الجبر نقول: صح البيع في شيء من قفيز المريض، ورجع إليه مثل

ثلثه، والباقي ثلاثون إلا ثلثي شيء، لكنه أثلف عشرة، فالباقي عشرون إلا ثلثي شيء، وذلك مثل ثلثي شيء فيكون مثل شيء وثلث شيء، فإذا جبرنا وقابلنا كان عشرون مثل شيئين، فعرفنا أن الشيء عشرة وهي ثلث الثلاثين، وامتحانه أن ثلث قفيز المريض عشرة، وثلث قفيز الصَّحِيح في مقابلة ثلاثة وثلث، فالمحابة بستة وثلثي، وقد بقي في يد الورثة ثلثا قفيز، وهو عشرون يؤدي منه قيمة ثلثي قفيز الصحيح، وهو ستة وثلثان، يبقى في أيديهم ثلاثة عشرة وثلث وهي مثل المحابة، هذا كله فيما إذا أثلف صاحب القفيز الجيد ما أخذه.

أما إذا أثلف صاحب القَفيْز الرديء ما أخذه ولا مال له سوى قَفيْزه، ففي الصورة الأولى وهي ما إذا كانت قيمة قَفيْزه عشرين، وقيمة قفيز الآخر عشرة يصح البيع في الحال في نصف القَفيْز الجيد وقيمه عشرة، ويحصل للورثة في مقابلته نصف القفيز الرديء وقيمه خمسة، فتبقى المحابة بخمسة، ولهم نصف الآخر غرامة لما أثلف عليهم، فتحصل لهم عشرة، وهي مثل المحابة، والباقي في ذمة مُثْلِف القَفيْز الجيد، ولا تجوز المُحَابَة في شيء إلا بعد أن يحصل للورثة مثلاه.

وفي الصورة الثانية: وهي ما إذا كانت قيمة قفيزه ثلاثين.

قال الأستاذ أبو منصور: يصح البيع في نصف القفيز الجيد وهي خمسة عشر، والمحابة ثلثه وهو خمسة، وقد حصل للورثة القفيز الرديء وقيمه عشرة وهي ضعف المحابة، ويبقى في ذمة المشتري خمسة عشرة، كلما حصل منها شيء جازت المُحَابَة في مثل ثلثه.

وغلطه إمام الحرمين فيما ذكره من وجهة أنا إذا صححنا البيع في نصف الجيد، فإنما نصححه بنصف الرديء وهو خمسة، فتكون المُحَابَة بعشرة لا بخمسة، وإذا كانت المُحَابَة بعشرة فالواجب أن يكون في يد الورثة عشرون، وليس في يدهم إلا عشرة.

فالصواب: أن يقال: يصح البيع في ربع القفيز الجيد، وهو سبعة ونصف بربع الرديء، وهو درهمان ونصف فتكون المُحَابَة بخمسة، وفي أيدي الورثة ضعفها عشرة.

قال صاحب «التلخيص»: فإن كانت المسألتان بحالهما، وكانا جميعاً مريضين والقفيزان بحالهما لم يؤكل منهما شيء فاستقلا، فأقال كل واحد منهما صاحبه، فمن أبطل البيع أبطله ومن أجاز البيع أجاز في المسألة الأولى في سبعة أثمان قفيز، وأبطله في ثمن وأجاز الإقالة خمسة أثمان، وأبطلها في ثمنين وفي المسألة الثانية، أجاز البيع في خمسة أثمان، وأبطله في ثلاثة أثمان وأجاز الإقالة في ثلاثة أثمان، وأبطلها في ثمنين. وقوله: «فإن كانت المسألتان»، أراد بإحدى المسألتين ما إذا كانت قيمة القفيز الجيد عشرين، وبالأخرى ما إذا كانت قيمته ثلاثين، وقيمة الرديء عشرة، والذي ينبغي

أن يعرف في مقدمة هذه الصورة أنه كما تعتبر محاباة المريض في البيع من الثلث، كذلك تعتبر مُحَابَاتِهِ الإِقَالَةَ من الثلث، سواء قدرت الإِقَالَةَ فسحاً أو بيعاً جديداً.

إذا عرفت ذلك فنقول: إذا باع مريض قفيز حنطة يساوي عشرين من مريض بقفيز حنطة يساوي عشرة، ثم تقايلا وماتا من مرضهما، والقفيزان بحالهما، ولا مال لهما سواهما، ولم تجز الورثة ما زاد من مُحَابَاتِهِمَا على الثلث، فإن منعنا تفريق الصفقة، وقلنا بالتصحيح بجميع الثمن، فلا بيع ولا إقالة.

وإن قلنا: بالتصحيح بالقسط، فيدور كل واحد مما نفذ فيه البيع والإقالة على الآخر؛ لأن البيع لا ينفذ إلا في الثلث، والإقالة تزيد ماله، فيزيد ما نفذ فيه البيع، وإذا زاد ذلك زاد مال الثاني، فيزيد ما نفذ فيه الإقالة.

فالطريق أن يقال: صح البيع في شيء من القفيز الجيد، ورجع إليه من الثمن نصف ذلك الشيء فبقي في يده عشرون إلا نصف شيء، وفي يد الآخر عشرة ونصف شيء، ثم إذا تقايلا فالإقالة إنما تصح في ثلث مال المقيّل، فيأخذ ثلاثة عشر وثلث نصف شيء، وهو ثلاثة وثلث وسدس شيء فيضمه إلى مال الأول، وهو عشرون إلا نصف شيء يصير ثلاثة وعشرين وثلثاً إلا ثلث شيء وهذا يجب أن يكون مثلي المُحَابَاةِ أولاً، وهو نصف شيء، فيكون ذلك كله مثل شيء، فإذا جبرنا وقابلنا كان ثلاثة وعشرون وثلث مثل شيء وثلث شيء يبسط الشيء، والثلث أثلاثاً يكون أربعة، والشيء ثلاثة أربعة، فإذا أردنا أن نعرف كم الشيء من ثلاثة وعشرين وثلث انكسر، فسيبيلنا أن نصحح السُّهُامَ بأن نجعل كل عشرة ثلاثة؛ لأن الزائد على العشرين ثلاثة وثلث، وهو ثلث العشرة، وإذا جعلنا كل عشرة ثلاثة أسهم صاروا ثلاثة وثلث سبعة أسهم، فتزيد قسمتها على الأربعة، والسبعة لا تنقسم على الأربعة، فنضرب سبعة في أربعة، فيكون ثمانية وعشرين، فالشيء ثلاثة أرباعها وهي إحدى وعشرون، فلما عرفنا ذلك رجعنا إلى الأصل وقلنا: العشرون التي كانت قيمة القفيز صارت أربعة وعشرين؛ لأننا ضَرَبْنَا كل ثلاثة وهي سهام العشرة في أربعة، فصارت اثني عشر، تكون العشرون أربعة وعشرين، وقد صح البيع منهم في إحدى وعشرين، وذلك سبعة أثمان أربعة وعشرون، وإذا عرفنا ذلك وأردنا التصحيح من غير كسر، جعلنا القفيز الجيد ستة عشرة، والقفيز الرديء ثمانية، وقلنا: صح البيع في سَبْعَةِ أثمان الجيد، وهي أربعة عشر بسبعة أثمان الرديء وهو سبعة، فتكون المُحَابَاةُ بسبعة، ويبقى في يد بائع الجيد تسعة: سهمان بقيا عنده، وسبعة أخذها عَوْضاً، ويجعل في يد الآخر خمسة عشر؛ لأنه أخذ أربعة عشر، وكان قد بقي في يده سهم، فلما تقابلنا نفذت الإقالة في عشرة، وهي خمسة أثمان القَافِيز الجيد بخمسة أثمان القفيز الرديء وهي خمسة، فقد أعطى عشرة وأخذ خمسة،

فالمحابة بخمسة، والحاصل من ذلك كله: المستقر في يد الأول أربعة عشر مثلاً محابة سبعة، وفي يد الثاني عشرة مثلاً محابة خمسة، ولو كانت المسألة بحالها والقفيز الجيد يساوي ثلاثين فنقول: صحَّ البيع في شيء منه، ورجع إليه من الثمن مثل ثلث ذلك الشيء، فبقي في يده ثلاثون إلاّ ثلثي شيء، وفي يد الآخر عشرة وثلثا شيء، فإذا تقايلا أخذنا ثلاثة عشر وثلثي شيء، وذلك ثلاثة دراهم وثلث وتسعا شيء يضم إلى مال الأول، فيصير ثلاثة وثلثين وثلثاً إلاّ أربعة أتساع شيء، وهو مثلاً المحابة وهي ثلثا شيء، فيكون مثل شيء وثلث شيء، فإذا جبرنا وقابلنا صار ثلاثة وثلثون وثلث مثل شيء، وسبعة أتساع شيء، فعلمنا أنّ ثلاثة وثلثين يجب أن تقسم على شيء وسبعة أتساع شيء، فييسط هذا المبلغ أتساعاً، يكون ستة عشر يكون الشيء منه تسعة، والعدد المذكور لا ينقسم على ستة عشر، فنصحح السهام بأن نجعل كل عشرة ثلاثة؛ لأن الزائد على الثلاثين، ثلاثة وثلث وذلك ثلث العشرة، وإذا فعلنا ذلك صارت ثلاثة وثلثون وثلث عشرة أسهم يحتاج إلى قسمتها على ستة عشر، وعشرة لا تنقسم على ستة عشر، لكن بينهما موافقة بالنصف، فنضرب جميع أحدهما في نصف الآخر تكون ثمانين، فنرجع إلى الأصل ونقول: الثلاثون التي كانت قيمة القفيز صارت اثنين وسبعين، لأننا ضربنا كلّ ثلاثة وهي سهام العشرة في ثمانية، فصارت أربعة وعشرين، فتكون الثلاثون اثنين وسبعين، والشيء كان تسعة من ستة عشر صار مضروباً في نصف العشرة وهي خمسة فيكون خمسة وأربعين، وذلك خمسة أثمان اثنين وسبعين، فعرّفنا صحة البيع في خمسة أثمان القفيز الجيد. فإن أردنا التّصحیح على الاختصار من غير كسر جعلنا القفيز الجيد أربعة وعشرين ليكون القفيز الرديء هو ثلاثة وثمان صحيح، وقلنا: صح البيع في خمسة أثمان الجيد، وهي خمسة عشر بخمسة أثمان الرديء، وهي خمسة تكون المحابة بعشرة، ويبقى في يد بائع الجيد أربعة عشر، تسعة بقيت عنده، وخمسة أخذها عوضاً، ويجعل في يد الآخر ثمانية عشر؛ لأنه أخذ خمسة عشر، وكان قد بقي عنده ثلاثة، فلما تقايلا نفذت الإقالة في تسعة، وهي ثلاثة أثمان الجيد بثلاثة أثمان الرديء وهي ثلاثة، فقد أعطى تسعة وأخذ ثلاثة تكون المحابة بستة، فيستقر في يد الأول عشرون؛ تسعة أخذها بحكم الإقالة، وأحد عشر هي بقية الثمن، وقد بقيت عنده من أربعة عشر بعد رد الثلاثة، وذلك مثلاً محاباته بستة - والله أعلم - .

وحكى إمام الحرمين عن بعض مَنْ لقيه من أفاضل الحُساب في الصورتين وأخواتهما تمهيد طريقة مبنية على أصول سهلة المأخذ.

منها: أنّ القفيز الجيد في هذه المسائل يعتبر بالأثمان فيقدر ثمانية أسهم، وينسب الرديء إليه باعتبار الأثمان.

ومنها: أن محاباة صاحب الجيد لا تبلغ أربعة أثمان قط، ولا تنقص عن ثلاثة أثمان قط، بل تكون بينهما، فإذا أردت أن تعرف قدرها، فانسب القفيز الرديء إلى الجيد، وخذ مثل تلك النسبة من الثمن الرابع، وإذا أردت أن تعرف ما يصح البيع فيه من القفيز، فانسب الرديء فيه إلى المحاباة في الأصل، وزد مثل تلك النسبة على التبرع، فالمبلغ هو الذي يصح فيه البيع، وإذا أردت أن تعرف ما يصح فيه تبرع المقييل فانظر إلى تبرع بائع الجيد، واضربه في ثلاثة أبدأ، وقابل الحاصل من الضرب بالقفيز الجيد، فما زاد على القفيز فهو تبرعه، فإن أردت أن تعرف ما صححت فيه الإقالة، فزد على تبرعه بمثل نسبة زيادتك على تبرع صاحبه، فالمبلغ هو الذي صحت الإقالة فيه.

مثاله في الصورة الأولى: نقول: القفيز الجيد ثمانية والرديء أربعة، فالرديء نصف الجيد، فالتبرع في ثلاثة أثمان ونصف ثمن، وإذا نسبنا الرديء إلى أصل المحاباة وجدناه مثله، لأن المحاباة عشرة من عشرين، فزيد على التبرع مثله يبلغ سبعة أثمان، فهو الذي صح البيع فيه، وإذا أردنا أن نعرف تبرع المقييل ضربنا تبرع الأول في ثلاثة تكون عشرة ونصفاً، وزيادة هذا المبلغ على الثمانية اثنان ونصف، فعرفنا أن تبرعه في ثمين ونصف، فإن أردنا أن نعرف ما تصح فيه الإقالة زدنا على الثمين والنصف مثله تكون خمسة أثمان، ولا يخفى تخريج الصورة الأخرى ونحوها على هذه الطريقة - والله الموفق.

قال الغزالي: وَأَصَحُّ الْقَوْلَيْنِ أَنَّهُ لَوْ جَمَعَ بَيْنَ عَقْدَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ فِي صَفَقَةٍ وَاحِدَةٍ كَالْإِجَارَةِ وَالسَّلْمِ، أَوْ الْإِجَارَةِ وَالْبَيْعِ، أَوْ النَّكَاحِ وَالْبَيْعِ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ: زَوَّجْتُكَ جَارِيَتِي وَبِعْتُكَ عَبْدِي بَدِينَارٍ، فَالْمَقْدُ صَحِيحٌ وَإِنْ اخْتَلَفَتْ فِي الدَّوَامِ أَحْكَامُهُمَا.

قال الرافعي: ذكرنا في أول الباب: أن الجمع في صفقة واحدة بين شيئين؛ إما أن يكون في عقد واحد، أو في عقدين مختلفي الحكم، وقد فرغنا من القسم الأول.

وأما القسم الثاني: فإذا جمع في صفقة واحدة بين الإجارة والسلم، أو الإجارة والبيع، ففيه قولان<sup>(١)</sup>:

(١) قال الزركشي: ما حاصله للقولين شروط لم يصرحوا بها لكنها تؤخذ من مجاري كلامهم في الأبواب:

الأول: أن يتفقا في اللزوم، فلو كان أحدهما لازماً والآخر جائز كالبيع والجمالة وكالبيع والمسابقة، فإن الصفقة تبطلهما كليهما قطعاً ولا يتخرج على القولين كما قاله في الروضة في باب المسابقة.

الثاني: أن يمكن أفراد كل مما جمع على الوجه المقصود في الأول. فيخرج بذلك ما إذا خالغ زوجته على إرضاع ولده منها مدة معينة وعلى طعام في ذمتها. ووصفه بصفات السلم وجعله =



أحدهما: أنه لا يصح واحد من العقدين، لأنهما مختلفا الحكم، إذ الإجارة والسلم يختلفان في أسباب الفسخ والانفساخ، وكذا الإجارة والبيع يختلفان في الحكم، فإن التآقيت شرط في الإجارة ومبطل للبيع، وكمال القبض في الإجارة لا يتحقق إلا بانقضاء المدة، لأنه قبل ذلك يعرض الانفساخ بخلاف البيع، وإذا اختلفت الأحكام فربما يعرض ما يوجب فسخ أحدهما، فيحتاج إلى التوزيع وتلزم الجهالة.

وأصحهما: أنهما جميعاً صحيحان؛ لأن كل واحد منهما قابل للعقد الذي أورده عليه على الانفراد، فالجمع بينهما لا يضر، واختلاف الحكم لا أثر له، ألا ترى أنه لو باع شقصاً من دار وثوباً يجوز، وإن اختلفا في حكم الشفعة واحتجنا إلى التوزيع بسببه؟. وصورة الإجارة والسلم: أن يقول: أجرتك هذه الدار سنة، وبعتك كذا سلماً بكذا. وصورة الإجارة والبيع: أن يقول: بعتك عبدي هذا، وأجرتك داري سنة بكذا، وعلى القولين ما إذا جمع بين بيع عين وسلم، أو بيع وصرف وغيره، بأن باع ديناراً أو ثوباً بدراهم لاختلاف الحكم، فإن قبض رأس المال شرط في السلم، والتقابض شرط في الصرف، ولا يشترط ذلك في سائر البيوع.

= منجماً على أقساط معلومة بينهما فإنه قد جمع بين إجارة وسلم والمسلم يكون في أجناس وفي جنس إلى آجال ومع ذلك فالنص وطريقة الجمهور صحة الخلع من غير تخريج على القولين لأنه لا يمكن أن يخالغ على الإرضاع ثم يخالغ على الإطعام المذكور لقوات العصمة بالخلع الأول، فتفريق الخلع غير ممكن وتفريق البيع والإجارة هنا ممكن.

الثالث: أن يكون الاختلاف في الموضوع لا في العارض ليخرج ما لو باع شقصاً ومنقولاً كثوب فإنه يصح قطعاً لأن موضوع العقد فيهما واحد، وإنما جاء الاختلاف من أمر خارج عنه وبه يعلم غلط من أورده على إطلاق الرافي الاختلاف فإنه ليس المراد مطلق الأحكام بل أسباب الفسخ والانفساخ وبأن الدارمي صرح بجريان القولين فيهما كما سبق. نعم لو اشترى شقصاً مشفوعاً وسيفاً والمشتري باعهما قبل أخذ الشفيع بالشفعة كان في بيعه القولان كما قاله الإمام لأن بيعه يشتمل على ما ينتقض وما لا ينتقض، وينبغي تنزيل إطلاق الدارمي على هذه الصورة وهو أولى.

الرابع: أن لا يكون مع الاختلاف اتفاق في الأثر الذي يترتب عليه المقصود ليخرج بذلك ما إذا خلط ألفين له بألف لغيره وشاركه على أحدهما وفارضه على الآخر فإنه يصح قطعاً ولا يتخرج على القولين.

الخامس: أن لا يكون أحد العقدين غير متأثر بفساد عوضه ليخرج الجميع بين النكاح والبيع فإن النكاح يصح قطعاً على المشهور.

السادس: أن يكون المخاطب بالعقدين أهلاً لهما في الجملة ليخرج ما إذا كاتب عبده وباعه شيئاً بعوض مقسط بقسطين فصاعداً، فإن البيع باطل. والكتابة تصح على المذهب فيهما وإنما قلنا في الجملة ليخرج بذلك مسألة المزج في الرهن فإنهما يصحان لتأهل المتعاقدين لهما في الجملة لأن الرهن من مصالح البيع والقرض فاغتر من وجه كما يغتفر شرطه بخلاف البيع مع الكتابة.

ولو جمع بين البيع والنكاح، بأن قال: زوجتك جاريتي هذه، وبعتك عبدي هذا بكذا، والمخاطب ممن يحل له نكاح الأمة، أو قال: زوجتك ابنتي وبعتك عبدها، وهي صغيرة أو كبيرة وكُلته بالبيع صح النكاح بلا خلاف، وفي البيع والمسمى في النكاح القولان، إن صححنا وزع المسمى على قيمة المبيع ومهر مثل المرأة، وإلا وجب في النكاح مهر المثل.

ولو جمع بين البيع والكتابة، بأن قال لعبده: كاتبك على نجمين وبعتك عبدي، هذا جميعاً بألف، فإن حكمنا بالبطلان في الصورة السابقة فهانئنا أولى، وإلا فالبيع باطل، إذ ليس للسيد البيع منه قبل أداء النجوم، وفي الكتابة قولان.

واعلم: أن من الأصحاب من لا يعد هذا الفصل من صور تفريق الصفقة، لأننا في قول نبطل العقدین جميعاً، وفي قول نصحهما جميعاً، فلا تفريق - والله أعلم - .

قال الغزالي: وَتَعَدُّ الصَّفَقَةُ بِتَعَدُّ الْبَائِعِ، وَبِتَفْصِيلِ الثَّمَنِ مِثْلَ أَنْ يَقُولَ: بَيْعْتُ هَذَا بِبَيْزِهِمْ وَهَذَا بِبَيْزَانِ، وَهَلْ تَعَدُّ بِتَعَدُّ الْمُشْتَرِي؟ فِيهِ قَوْلَانِ.

قال الرافعي: لما كان محل القولين في مسائل الباب ما إذا اتحدت الصفقة دون ما إذا تعددت، حتى لو باع ماله في صفقة واحدة ومال غيره في صفقة أخرى صحت الأولى بلا خلاف، وجب النظر في أنها متى تتحدد؟ ومتى تتعدد؟ فإذا سمي لكل واحد من الشئيين ثمناً مفصلاً، فقال: بعتك هذا بكذا وهذا بكذا، وقبل المشتري كذلك على التفصيل، فهما عقدان متعددان، ولو جمع المشتري في القبول فقال: قبلت فيهما فكذلك على المذهب؛ لأن القبول يترتب على الإيجاب، فإذا وقع ذلك مفزقاً فكذلك القبول. وقيل: إن لم تجوز تفريق الصفقة لم يجز الجمع في القبول.

وتتعدد الصفقة أيضاً بتعدد البائع، وإن اتحد المشتري والمعقود عليه كما إذا باع رجلان عبداً من رجل صفقة واحدة، وهل تتعدد بتعدد المشتري، مثل أن يشتري رجلان عبداً من واحد؟ فيه قولان: أصحهما: نعم، كما في طرف البائع.

والثاني: لا؛ لأن المشتري يبني على الإيجاب السابق، فالنظر إلى من صدر منه الإيجاب، والقولان على ما ذكر الإمام مأخوذان من قولين يأتي ذكرهما في أن المُشْتَرِيَيْنِ إذا جُدا بالعبء عيباً، وأراد أحدهما أفراد نصيبه بالرد، هل له ذلك؟ إن قلنا: نعم، عددنا الصفقة، وإلا فلا، وللتعدد والاتحاد وراء ما نحن فيه آثار أخرى.

منها: أنا إذا حكمنا بالتعدد، فوفى أحد المشتريين نصيبه من الثمن، وجب على البائع تسليم قسطه من المبيع كما يسلم المشاع، وإن حكمنا بالاتحاد لم يجب تسليم شيء إلى أحدهما، وإن وفى جميع ما عليه حتى يوفى الآخر لثبوت حق الجنس للبائع،

كما لو اتَّحد المشتري ووفى بعض الثمن لا يسلم إليه قسط من المبيع، على أن فيه وجهاً: أن يسلم إليه القسط إذا كان المبيع مما يقبل القسمة ومنها: أنا إذا قلنا: بالتعدد، فلو خاطب واحد رجلين فقال: بعث منكما هذا العبدَ بألف، وقبل أحدهما نصفه بخمسائة، ففي صحته وجهان:

أحدهما: يصح؛ لأنه في حكم صَفَقَتَيْنِ.

وأصحهما: أنه لا يصح؛ لأن الإيجاب وقع جملة، وأنه يقتضي جوابهما جميعاً.

ويجري الوجهان فيما لو قال مالكاُ عبد لرجل: بعتنا منك هذا العبد بألف، فقبل نصيب أحدهما يعينه بخمسائة، وقد يعرض للناظر تخريج خلاف في تعدد الصفقة بتعدد البائع من وجهين ذكرهما، فيما إذا باع رجلان عبداً مشتركاً بينهما من إنسان، هل لأحدهما أن ينفرد بأخذ شيء من الثمن؟ أحدهما وبه قال المُرْزِي: أنه لا ينفرد، ولعلنا نذكرهما بتوجيههما في غير هذا الموضع - إن شاء الله تعالى -.

قال الغزالي: وَإِذَا جَرَى الْعَقْدُ بِوَكَالَةٍ فَلَأَصْحُ أَنْ الْأَعْتِمَادَ عَلَى الْمُوَكَّلِ فِي تَعَدُّهِ وَأَتَّحَادِهِ. قال الرافعي: إذا وكل رجلان رجلاً بالبيع أو الشراء، وقلنا: إن الصفقة تتعدد بتعدد المشتري، أو وكل رجل رجلين بالبيع أو الشراء، فالاعتبار في تعدد العقد وأتَّحاده بالعاقِد أو المعقود له فيه وجوه:

أحدها وبه أجاب ابن الحَدَّاد: أن الاعتبار بالعاقِد؛ لأن الأحكام تتعلق به، ألا ترى أن المعبر رؤيته دون رؤية الموكل، وخيار المجلس يتعلق به دون الموكل؟ والثاني وبه قال أبو زيد والخضري: أن الاعتبار بالمعقود له؛ لأنَّ الملك يثبت له وهذا أصح عند صاحب الكتاب، والأول أصح عند الشيخ أبي علي والأكثرين.

والثالث ويحكى عن أبي إسحاق: أن الاعتبار في طرف البيع بالمعقود له، وفي طرف الشراء بالعاقِد، والفرق أن العقد يتم في جانب المشتري بالمباشر دون المعقود له، ألا ترى أن المعقود له لو أنكر كون المباشر مأذوناً وقع العقد عن المباشر، وفي جانب البيع لا يتم بالمباشر، حتى لو جحد المعقود له الإذن بطلا البيع.

قال الإمام: وهذا الفرق فيما إذا كان التوكيل بالشراء في الذمة.

فأما إذ وكله بشراء عبد بثوب له معين، فهو كالتوكيل بالبيع.

والرابع: ذكره في «التمة»: أن الاعتبار في جانب الشراء بالموكل، وفي البيع بهما جميعاً، فأيهما تعدد، تعدد العقد، ووجه أن العقد يتعدد بتعدد الموكل في حق الشفيع، ولا يتعدد بتعدد الوكيل، حتى لو اشترى الواحد شِقْصاً لاثنين، كان للشفيع أن يأخذ

حِصَّةَ أَحَدِهِمَا، وبالعكس لو اشترى وكيلان شِقْصاً لواحد لم يَجُزْ للشفيع أخذ بعضه، وفي جانب البيع حكم تعدُّد الوكيل والموكل واحد، حتى لو باع وكيل رجلين شِقْصاً من رجل ليس للشفيع أخذ بعضه، وإذا ثبت ما ذكرناه في حكم الشفاعة فكذلك في سائر الأحكام، ويتفرع على هذه الوجوه فروع:

إحداها: لو اشترى شيئاً بوكالة رجلين فخرج معيماً، وقلنا: الاعتبار بالعاقد، فليس لأحد الموكلين أفراد نصيبه بالرد، كما لو اشترى ومات عن ابنين وخرج معيماً، لم يكن لأحدهما أفراد نصيبه بالرد، وهل لأحد الموكلين والابنين أخذ الأرش إن وقع اليأس عن رد الآخر بأن رضي به فنعم، وإن لم يقع فكذلك في أصح الوجهين.

الثاني: لو وكل رجلان رجلاً ببيع عبده لهما، أو وكل أحد الشريكين صاحبه، فباع الكل ثم خرج معيماً، فعلى الوجه الأول لا يجوز للمُشْتَرِي رد نصيب أحدهما، وعلى الوجه الآخر يجوز. ولو وكل رجل رجلين ببيع عبده فباعه من رجل، فعلى الأول يجوز للمشتري رد نصيب أحدهما، وعلى الوجه الأخرى لا يجوز.

ولو وكل رجلان رجلاً بشراء عبد أو وكل رجل رجلان بشراء عبد له ولنفسه ففعل، وخرج العبد معيماً فعلى الوجه الأول والثالث ليس لأحد الموكلين أفراد نصيبه بالرد، وعلى الثاني والرابع يجوز.

وعن القفال: أنه إن علم البائع أنه يشتري لاثنين، فلاأحدهما رد نصيبه لرضا البائع بالتشقيض، وإن جهله البائع فلا.

الثالث: لو وكل رجلان رجلاً ببيع عبد، ورجلان رجلاً بشرائه، فتبايع الوكيلان وخرج معيماً. فعلى الوجه الأول لا يجوز التفريق. وعلى الوجه الآخر يجوز. ولو وكل رجل رجلين ببيع عبد ورجلين آخرين بشرائه، فتبايع الوكلاء. فعلى الوجه الأول يجوز التفريق. وعلى الوجه الآخر لا يجوز - والله أعلم -.

قال الغزالي: التَّنْظَرُ الثَّانِي، (فِي لُزُومِ اتِّحَادِ الْعَقْدِ وَجَوَازِهِ) وَالْأَصْلُ فِي الْبَيْعِ اللَّزُومُ وَالْخِيَارُ عَارِضٌ، ثُمَّ يَنْقَسِمُ الْخِيَارُ إِلَى خِيَارِ التَّرْوِي، وَإِلَى خِيَارِ التَّقْيِصَةِ، وَخِيَارِ التَّرْوِي مَا لَا يَتَوَقَّفُ عَلَى قَوَاتٍ وَصَفٍ، وَلَهُ سَبَبَانِ: (أَحَدُهُمَا): الْمَجْلِسُ فَيُثْبِتُ (م ح) خِيَارُ الْمَجْلِسِ فِي كُلِّ مُعَاوَضَةٍ مَخْضَةٍ مِنْ بَيْعٍ وَسَلَمٍ وَصَرْفٍ وَإِجَارَةٍ (ح) إِلَّا فِيمَا يُسْتَعْقَبُ عِتَاقَهُ كَشِرَاءِ الْقَرِيبِ وَشِرَاءِ الْعَبْدِ نَفْسَهُ (و)، وَلَا يَثْبُتُ فِيمَا لَا يُسَمَّى بَيْعاً لِأَنَّ مُسْتَنْدَهُ قَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «الْمُتَبَايَعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا».

قال الرافعي: ذكرنا في أول البيع: أنه أدرج كلام الكتاب في خمسة أطراف،

وهذا أو أن الفراغ من الطرف الأول، والشروع في الطرف الثاني، وهو الكلام في لزوم العقد وجوازه، ولا تناقض في إبداله لفظ الطرف هاهنا وبعده بالنظر، فالأمر فيه سهل .  
وقوله: «الأصل في البيع اللزوم، والخيار<sup>(١)</sup> عارض» ليس المراد منه عروض

(١) [فالخيار: اسم مصدر للفعل اختار، والمصدر هو الاختيار، ومعناه في اللغة طلب خير الأمرين والاتجاه إليه. وفي اصطلاح العلماء: طلب خير الأمرين من إمضاء العقد أو فسخه. وإذا فمعناه اصطلاحاً أخص مطلقاً من معناه لغة وذلك ظاهر].

وحكمة مشروعية الخيار: من المعلوم لدى الفقهاء أن الخيار لا يدخل إلا عقود المعاوضات المالية اللازمة وجه الحكمة في شرعيته، وستطوع لك بشرح ذلك بعض الشرح فنقول الأصل الذي يبنى عليه هل هذه العقود هو الرضا التام، إذ هو مناط حل الأموال والانتفاع بها، يقول الله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ ويقول الرسول صلوات - الله وسلامه عليه -: «لَا يَحِلُّ مَالٌ أَمْرِيءٍ مُسْلِمٍ إِلَّا عَنْ طِبِّبِ نَفْسِهِ» فالرضا، وهو ما قام بنفس العاقدين من إرادتهما تبادل العوضين هو في الحقيقة علة الملك، والتصرفات المترتبة عليه في هذه العقود. إلا أن هذه العلة لما كانت خفية لا يطلع عليها، أقيمت الصيغة وما قام مقامها من الكتابة وإشارة الأخرس مقام تلك العلة؛ لأنها دليل عليها. والعرف كذلك جار بين الناس على أن أساس هذه العقود هو الرضا التام، وامتلاء النفس بالرغبة فتراهم يتراوضون البيع، ويتداولون فيه حتى تطمئن نفوسهم إليه، وتطيب إلى انعقاده، ومثل البيع سائر هذه العقود. لهذا احتاط الشارع الحكيم فأجاز لكل من العاقدين أن يشترط الخيار لنفسه مدة معلومة يتروى فيها؛ لأنه قد لا يظهر له وجه المصلحة حالاً، وقد يريد أن يعرض المعقود عليه على خبير فتى يثق به؛ ليرى ما إذا كان يحقق الغرض المقصود منه أم لا؟ حتى يكون العقد عليه قائماً على أساس من الرضا المكين والرغبة الصادقة. كما أنه قد يظهر في المعقود عليه حالة خاصة تهدم الرضا الحاصل عند العقد أو تنقصه. كظهور عيب قديم به ينقص القيمة أو يخل بوجه المنفعة التي يستعمل من أجلها. أو يكون البائع قد دلس على المشتري في البيع بما لو علم به حين العقد لامتنع عن الشراء، أو لأنقص الثمن على أقل تقدير. أو يكون المشتري قد اشترط في المبيع وصفا مرغوباً فيه فلم يف به البائع، فأجاز الشارع في هذه الأحوال وغيرها لمن وقع عليه ضرر أو احتل رضاه أن يفسخ العقد متى شاء، كما أن له أن يمضيه إن رضي بذلك. وإنما كان الرضا التام هو أساس هذه العقود المالية؛ لأن المال عصب الحياة، وزينة الدنيا، وقرين البنين في القرآن الكريم، وقد جبلت الأنفس على الشح به لا سيما فيما هو عن طريق المعاوضة التي تظهر فيها المكابسة واستمالة كل واحد منهما لصاحبه فتجد الواحد من الناس قد يتبرع بالآلاف من الجنيهات، وهو مع ذلك يأنف أن يغبن في بضع قروش عن طريق البيع أو الشراء ولذلك شرع الخيار].

هو من إضافة الشيء إلى ظرفه أي الخيار الثابت ما دام مجلس العقد قائماً، والسبب فيه هو العقد نفسه. وحكمة تدارك ما قد يكون لحق أحد العاقدين من غبن أو خديعة. ومجلس العقد هو مكان البيع، والمراد به هنا العاقدان ما دام مجتمعين، ولو جاوزا مكان البيع فلو تفرقا بأبدانهما قيل إن مجلس العقد قد انفض. ويعرف خيار المجلس بأنه حق كل من العاقدين في فسخ البيع أو إمضائه بسبب العقد ما دام مجتمعين أو لم يخير أحدهما البيع، فإذا اختار =

= أحدهما البيع فقد لزم في حقه ولو لم يفارق صاحبه. وإذا فخير المجلس ينتهي بأحد الشئتين التفرق بالأبدان واختيار البيع. والذي يؤخذ من هذا التعريف أن كل بيع ينعقد جائزاً فيثبت لكل من العاقدين حق فسخه استقلالاً، وأن هذا الجواز ينتهي ويخلفه اللزوم بأحد الشئتين المتقدمين. وهذا هو مذهب الشافعية والحنابلة وجماهير الصحابة والتابعين وفقهاء الأمصار، وهو أيضاً مذهب الظاهرية فقد جعلوا لكل من العاقدين حق فسخ البيع ما دام مجلس العقد قائماً، ولكن على معنى آخر غير الذي ذهب إليه الجمهور. وهذا المعنى هو أن عقد البيع لا يتم عندهم إلا بالتفرق أو التخاير، فما لم يوجد أحدهما فالعقد غير تام بل وغير صحيح فلكل منهما فسخه لذلك. بينما هو عند الجمهور عقد تام ولكن متصف بصفة الجواز. ويقابل هذا المذهب - أعني مذهب الجمهور - مذهب الخنفة والمالكية وإبراهيم النخعي. فإنهم يرون أن عقد البيع ينعقد لازماً فليس يجوز لواحد منهما ما دامت صيغة العقد تمت بالإيجاب والقبول أن يفسخ البيع استقلالاً كما هو مذهب الأولين.

حجة الجمهور: هي السنة والمعقول. أما السنة:

فأولاً: ما روي عن ابن عمر - رضي الله عنه - عن رسول الله ﷺ أنه قال: «الْمُبْتَاعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَّفَقَا أَوْ يَقُولَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ: اخْتَرْ» وهذا الحديث قد رُوِيَ عن ابن عمر بروايات كثيرة نكتفي منها بهذه الرواية - وهذا الحديث متفق عليه.

وثانياً: ما روي عن حكيم بن حزام - رضي الله عنه - أنه قال: قال رسول الله ﷺ: «الْبَائِعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَّفَقَا فَإِنْ صَدَقَا وَبَيَّنَّا بُورِكَ لُهُمَا فِي بَيْعِهِمَا، وَإِنْ كَذَبَا وَكُتِمَا مُحِقَّتْ بَرَكَةُ بَيْعِهِمَا» متفق عليه كذلك.

وثالثاً: ما روي عن أبي الوضيء قال: غزونا غزوة، فنزلنا، منزلاً، فباع صاحب لنا فرساً بغلام، ثم أقاما بقية يومهما وليتھما، فلما أصبحا من الغد قام الرجل إلى فرسه يسرجه فندم، فأتى الرجل وأخذه بالبيع، فأبى الرجل أن يرفعه إليه. فقال بيني وبينك أبو برزة صاحب النبي ﷺ. فأتيا أبا برزة في ناحية العسكر، فقالا له هذه القصة. فقال: أترضيان أن أقضي بينكما بقضاء رسول الله ﷺ. قال رسول الله ﷺ: «الْبَائِعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَّفَقَا» وما أراكما افترقتما - أخرجه أبو داود وابن ماجه مختصراً بدون القصة.

وجه الدلالة من هذه الأحاديث ظاهر حيث جعل النبي ﷺ للمتبايعين الخيار في البيع بعده إلى التفرق. لأنهما لا يكونان متبايعين حقيقة إلا وقد وقع بينهما البيع، إذ هو وصف مشتق منه، والبيع حقيقته الإيجاب والقبول، وفي الحديث زيادة انتهاء الخيار بتخير أحدهما صاحبه، وهي زيادة عدل ثقة فتكون مقبولة. والمتبادر من التفرق إنما هو التفرق بالأبدان لا بالأقوال، والتبادر من أمارات البيعة، وفي قصة أبي برزة ما يدل عليه؛ لأن البيع كان قد تم بينهما. وقد ظهر من هذه الأحاديث أن الخيار ثابت لهما بعد البيع إلى أن يتفرقا بأبدانهما أو يخير أحدهما صاحبه. وهذا هو معنى خيار المجلس. وأما المعقول - فهو أن الحاجة داعية إلى شرع هذا الخيار، لأن الإنسان قد يندفع إلى البيع تحت تأثير رغبة ملحة، أو خوف فوات فرصة، فيغالي في الثمن إن كان مشترياً ويتساهل فيه إن كان بائعاً، وبعد أن يحصل له ويرتاح باله تعاوده الفكرة فيرى غبنه فيود لو تخلص منه. فشرع خيار المجلس موفر على العاقد هذه الرغبة، وموافق للمصلحة =

العامة لا سيما، ومجلس العقد عهد محلاً للمداوات والمشاورات والأخذ والرد في أمر البيع

وحجة الحنفية: والمالكية هي الكتاب والأثر والمعقول أما الكتاب:

فأولاً: قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ أباح الله تعالى الأكل من مال الغير بعد حظره بطريق التجارة عن تراض، وهي تصدق بمجرد الإيجاب القبول ما دامنا ناشئين عن اختيار وإرادة حرة غير مفيدة. ومن المعلوم أنه لو ثبت لهما الخيار بالعقد لما أبيع لهما الأكل بمجرد العقد لحق الآخر في الفسخ فدلّت إباحة الأكل بمجرد العقد على أنه ينعقد لازماً. والتجارة هي تليب المال بالبيع والشراء.

وثانياً: قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْمُقَدَّاتِ﴾ وقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ﴾ والبيع قبل التفرق والتخاير يصدق عليه أنه عقد، وأنه عهد فيكون واجب الوفاء، ولا يكون واجب الوفاء إلا حيث كان لازماً إذ لو كان جائزاً يجوز فسخه لم يكن واجب الوفاء.

وثالثاً: قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذْ تَبَايَعْتُمْ﴾ أمر الله - جل شأنه - بالتوثق بالشهادة على البيع بعده قبل الخيار منعاً للتجاهد والتناكر، وفي هذا ما يدل على أن البيع إذا صدر صدر لازماً، وإلا لم يكن للتوثق بالشهادة من فائدة لجواز فسخ البيع حيثئذ. وأما الأثر:

فأولاً: قوله ﷺ: «الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ» ويسلك به في الاستدلال على المطلوب مسلك الآيات الكريمة، فيقال والعقد بمجرد الإيجاب والقبول شرط يلتزمان فيكون واجب الوفاء.

وثانياً: ما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «الْمَيْبَعُ وَالْمُتَبَايَعُ بِالْخِيَارِ حَتَّى يَتَفَرَّقَا إِلَّا أَنْ تَكُونَ صَفَقَةً خِيَارٍ، وَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَفَارِقَهُ خَشْيَةً أَنْ يَسْتَقْبِلَهُ» وهذا دليل على أن صاحبه لا يملك الفسخ إلا من جهة الاستقالة، وهي هنا قبل التفرق لأنه منهي عن التفرق قبلها. ومن المعلوم أن الاستقالة لا تكون إلا في البيع اللازم، فدل ذلك على أن البيع قبل التفرق لازم.

وثالثاً: ما روي عن ابن عمر - رضي الله عنه - قال: «كنا مع النبي ﷺ في سفر فكننت على بكر صعب لعمر فكان يغلبنني فيتقدم أمام القوم فيزجره عمر ويرده، ثم يتقدم فيزجره عمر ويرده. فقال النبي ﷺ لعمر: «بِغْيَيْهِ». فقال هو لك يا رسول الله. قال: «بِغْيَيْهِ». فباعه من رسول الله ﷺ. فقال النبي ﷺ: «هُوَ لَكَ يَا عَبْدَ اللَّهِ بِنَ عُمَرَ تَصْنَعُ بِهِ مَا شِئْتَ». رواه البخاري. فهذا بيع صحيح من عمر - رضي الله عنه - للنبي ﷺ، ولم يحصل بعد البيع تفرق؛ لأن الركب كان مندفعاً سوياً، كما أنه لم يحصل اختيار وإلا لذكر، وقد وهبه الرسول لابن عمر بعد البيع فوراً فدل صنيعه هذا على أن البيع ينعقد لازماً لا خيار فيه، وإلا لما وهبه له قبل انقضاء الخيار؛ لأن التصرف في المبيع أثناء الخيار غير جائز كما هي دعاكم.

وابعاً: قالوا نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر، ومن الغرر أن يثبت لهما خيار بعد البيع إلى التفرق، وهو غير معلوم متى يكون؟ فيكون خياراً مجهول المدة يفسد البيع كجهالة المدة في شرط الخيار.

خامساً: ما روي عن عمر - رضي الله عنه - قال: «البيع صفقة أو خيار» قسم عمر البيع قسمين: بيع صفقة وبيع خيار، ومن الضرورة أن بيع الصفقة غير بيع الخيار؛ لأنه قسمه فيكون هناك بيع فيه خيار، وبيع لا خيار فيه هو الذي عبر عنه بالصفقة. وأنتم أيها القوم الذين أنبتم خيار المجلس، أثبتموه في كل بيع، فأين هو البيع الذي لا خيار فيه والذي أشار إليه عمر =

= رضي الله عنه -؟. وأما المعقول:

فأولاً: قاسوا البيع على النكاح بجامع أن كلا منهما عقد معاوضة، والنكاح ينعقد لازماً، فكذا البيع والبيع كما يحتاج إلى التروي يحتاج إليه النكاح أيضاً.

وثانياً: قالوا في جواز الفسخ من أحدهما استقلالاً بموجب الخيار جواز إبطال حق الآخر حتى يده على ملكه الذي آك إليه بمقتضى العقد من غير رضاه، وهو غير جائز شرعاً إذ لا ينزع من أحد حقه قهراً عنه. هذا وقد احتج المالكية بأنه عمل أهل المدينة على خلاف موجب أحاديث خيار المجلس، وهي أحاديث لا تخرج عن كونها أحاديث آحاد، وعمل أهل المدينة يقدم عليها؛ لأن الأخذ بعملهم أثبت من الأخذ بأحاديث الآحاد، إذ عملهم بمنزلة سنة عملية منقولة بطريق التواتر في بلد هي مهبط الوحي ومنتدى أصحاب الرسول صلوات الله وسلامه عليه وعليهم أجمعين. فإجماعهم على العمل بخلاف حديث لا يكون إلا وقد ثبت لديهم ما ينسخه إذا كان صريح الدلالة. فكيف والأحاديث الدالة على ثبوت خيار المجلس تحتل التأويل فهي إما منسوخة وإما محمولة على وجه غير الذي تحملونها عليه. وقد اعترض على الجمهور من قبل الفريق الآخر بأن أحاديث: «الْمُتَبَايِعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَّفِقَا» لا تدل على دعوكم إلا إذا كان المراد بالتبايعين فيها من تمت بينهما عقدة البيع بالإيجاب والقبول، وهذا ما لا نسلمه لكم، بل المراد بهما المتشاغلان بالبيع المتساومان فيه. فإن دفعتم بأن الوصف حينئذ يكون مجازاً فيها؛ لأنه مشتق من البيع، والبيع لا يكون إلا بتمام الصيغة، والمتشاغلان لم يتم البيع بينهما بعد، ولا يصار إلى المجاز إلا بعد تعذر إرادة الحقيقة، وهي غير متعذرة هنا قلنا في جواب هذا الدفع بل إطلاقه على المتشاغلين هو الحقيقة، وعلى من تم بينهما البيع مجاز. أما الأول فلأنه إطلاق للوصف حال الانصاف، وهو حقيقة باتفاق، وأما الثاني فلأنه إطلاق للوصف بعد انقضاء الانصاف وهو مجاز على المذهب المنصور. وعند إيجاب أحدهما قبل قبول الآخر يصدق عليهما أنهما متشاغلان بالبيع فليكن هذا هو المراد من المتبايعين ويكون الخيار الثابت لهما حينئذ هو خيار القبول. على معنى أن للقابل أن يقبل البيع بعد إيجاب الموجب، وأن يروه وأن للموجب أن ينقض إيجابه، قبل قبول القابل وأن يظل متمسكاً به حتى يقبل. فإن دفعتم دفعاً آخر بأن حمل الحديث على خيار القبول يجعله عديم الجدوى عارياً من الفائدة؛ لأن كل أحد يفهم هذا المعنى الذي حملتم عليه الحديث فليست هناك حاجة إلى النص عليه ممن نزه عن لفظ الحديث وسقطه. قلنا في الجواب بل الفائدة ههنا محققة وهي دفع توهم أنه إذا أوجب أحدهما البيع فقد لزم الآخر ولو لم يقبل بسبب التراضي الحاصل قبل الإيجاب. وعلى ما اخترنا من أن الحديث محمول على خيار القبول يكون المراد من التفرق الذي جعل غاية للخيار هو تفرق الأقوال لا الأبدان كما تزعمون، وليس هذا القول منا قولاً جزافاً بدون ما دليل يؤيده أو سناد يعتمد عليه بل الدليل بأيدنا قوي متين من ذلك قوله تعالى: ﴿وَمَا تَفْرُقُ الَّذِينَ أَوْتُوا الْكِتَابَ إِلَّا مِنْ بَعْدِ مَا جَاءَتْهُمْ الْبَيِّنَةُ﴾ وقوله ﷺ: «افْتَرَقَتْ بَنُو إِسْرَائِيلَ عَلَى اثْنَتَيْنِ وَسَبْعِينَ فِرْقَةً وَسَتَفْتَرِقُ أُمَّتِي عَلَى ثَلَاثٍ وَسَبْعِينَ فِرْقَةً» إذ المراد من التفرق فيها التفرق في الاعتقاد، ومثل هذا فاش في الصرف واللغة، والأصل في الإطلاق هو الحقيقة وتفرق الأقوال بأن يقول العاقد الآخر بعد إيجاب الأول: لا أقبل البيع أو لا اشتري، أو بأن =



= يرجع الموجب في إيجابه قبل قبول القابل، فيبطل خيار القبول حينئذ فإن أبيت إلا أن يكون التفرق في الحديث مراداً منه التفرق بالأبدان سلمناه لكم، ومنعنا أن يكون هذا حجة لكم على أن عقدة البيع قد تمت بالإيجاب والقبول؛ لأن التفرق بالأبدان متصور قبل القبول أيضاً بأن يذهب القابل بعد إيجاب الموجب ذهاباً وإلا على الأعراض عن البيع أو يفعل الموجب مثل ذلك قبل القبول فينقطع خيار القبول به أيضاً وهو مذهبنا. فإن قلتم قوله ﷺ: «أَوْ يَقُولُ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ: أَخْتَرُ» يدل على أن الاختيار بعد البيع؛ لأن معنى اختر اختر إمضاء البيع أو فسخه فكذلك التفرق الحقيقية وفي قصة أبي برزة ما يدل عليه؛ لأن البيع كان قد تم بينهما. وقد ظهر من هذه الأحاديث أن الخيار ثابت لهما بعد البيع إلى أن يتفرقا بأبدانهما، أو يخير أحدهما صاحبه. وهذا هو معنى خيار المجلس. وأما المعقول - فهو أن الحاجة داعية إلى شرع هذا الخيار، لأن الإنسان قد يندفع إلى البيع تحت تأثير رغبة ملحة، أو خوف فوات فرصة فيغالي في الثمن إن كان مشترياً ويتساهل فيه إن كان بائعاً، وبعد أن يحصل له ويرتاح باله تعاوده الفكرة فيرى غيبه فيود لو تخلص منه. فشرع خيار المجلس موفر على العاقد هذه الرغبة، وموافق للمصلحة العامة لا سيما ومجلس العقد عهد محلاً للمداولات والمشاورات والأخذ والرد في أمر البيع.

وحجة الحنفية: والمالكية هي الكتاب والأثر والمعقول أما الكتاب:

فأولاً: قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ أباح الله تعالى الأكل من مال الغير بعد حظر بطريق التجارة عن تراض، وهي تصدق بمجرد الإيجاب القبول ما دام ناشئين عن اختيار وإرادة حرة غير مقيدة. ومن المعلوم أنه لو ثبت لهما الخيار بالعقد لما أبيع لهما الأكل بمجرد العقد لحق الآخر في الفسخ، فدلّت إباحة الأكل بمجرد العقد على أنه ينعقد لازماً. والتجارة هي تقليب المال بالبيع والشراء. فالعقد لا يكون عقداً واجب الوفاء حتى يتم ركنه الصيغة والتفرق، وكذلك البيع والتجارة لا يكونان بيعاً وتجارة معتداً بهما شرعاً، وترتب عليهما نقل الملك وحل الأكل وجواز التصرف إلا بالصيغة والتفرق. قال ابن حزم وهو يناقش أدلة الحنفية في صدد احتجاجهم لمذهبهم بقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ «الذي أانا بهذه الآية هو الذي من عنده تدري ما هي التجارة المباحة لنا مما حرم علينا، وما هو التراضي الناقل للملك من التراضي الذي لا ينقل الملك، ولولاه لم نعرف شيئاً من ذلك. وهو الذي أخبرنا أن العقد ليس بيعاً ولا هو تجارة، ولا هو تراضياً ولا ينقل ملكاً إلا حين يستضيف إليه التفرق عن موضعهما أو التخيير فهذا هو البيع والتجارة». ويمثل هذا أجاب عن احتجاجهم بقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِتُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ والذي حمل الظاهرية على أن يجعلوا التفرق داخلاً في عقدة البيع وغيره هو مثل قوله ﷺ: «كُلُّ بَيْعٍ لَا بَيْعَ بَيْنَهُمَا حَتَّى يَتَفَرَّقَا» حيث نفى البيع قبل التفرق، فتكون حقيقة الشرعية معدومة قبله. وأما غير الظاهرية فهذه الآيات والأحاديث - وإن كانت مطلقة وعامة شاملة لكل عقد وبيع وتجارة - إلا أنها مقيدة أو مخصصة بالأحاديث التي ذكروا الإثبات خيار المجلس جمعاً بين الأدلة، فيكون المراد من العقود والتجارات والبيوع العقود والتجارات والبيوع اللازمة، ولا تكون كذلك حتى يكون التفرق بالأبدان عن مجلس =

= العقد أو اختيار البيع. قال المثبتون لخيار المجلس: وهذه الأحاديث التي ذكرنا ظاهرة فيه بل تكاد وتكون نصوصاً قاطعة واصفة، ولكنكم تعسفتم في تأويلها، وحملتوها على غير محلها، خروجاً بالكلم عن مواضعه، فاضطرتونا بهذا إلى منازلتكم في معركة الحق فيها في جانبنا واضح قوي. والظاهر من صنيعكم أيها المانعون بأحاديث خيار المجلس هذا الصنيع، وتأويلها مثل هذا التأويل الذي إليه تذهبون، أنكم لما وجدتم سندها بالغاً من الصحة مبلغاً شأوه بعيد على من رام أن يجرحه أو يجد فيه مغزى الغامز أردتم أن تجرحوها من جهة المتن والدراية. فقلتم مرة أحاديث مضطربة لروايتها بروايات مختلفة فيها زيادة، وفيها نقص، ولعمري الله ما سلمت لكم هذه الدعوى، فإن القدر الذي به يثبت خيار المجلس قد اتفقت عليه كل الأحاديث، وما في بعضها من زيادة فهي زيادة لا تضر. ومرة أخرى حملتموها على غير محلها قاطعين بذلك طوراً وظانين طوراً آخر. ذهبتم هذا المذهب الصعب لكي توهموا عدم صلاحية هذه الأحاديث المقطوع بصحتها البالغة حد الشهرة، لتقييد إطلاق الآيات التي احتججتم بها لنفي خيار المجلس. وقولكم: إن المراد من المتبايعين في الحديث المتشاعلان بالبيع لا من تم البيع بينهما، وإن هذا الإطلاق إطلاق حقيقي؛ لأنه إطلاق للوصف حال الاتصاف، ولأنه يفهم من قول القائل - زيد وعمرو هناك يتبايعان - أنهما يتشاوران في البيع، ويتراوضان فيه على جهة التبادر، وهي أمانة الحقيقة قولكم هذا باطل مناف للوصف واللغة. أما منافاته للعرف فظاهر؛ لأن العرف يفرق بين المتبايعين، وبين المتشاعلين بالبيع المتساومين فيه، وأما أنتم فلم تفرقوا؛ وجعلتم الكل شيئاً واحداً. وأما منافاته للغة؛ فلأنكم تزعمون أن إطلاق المتبايعين على المتشاعلين حقيقة؛ لأنه إطلاق للوصف حال الاتصاف، وهذا منكم مخالطة ظاهرة؛ لأن هذا الوصف مشتق من البيع، والبيع حقيقته مركبة من ركنين: الإيجاب والقبول، فما دام لم يوجد القبول لم توجد حقيقة البيع فيكون إطلاق المتبايعين على المتساومين حينئذ إطلاقاً للوصف قبل الاتصاف، وهو مجاز باتفاق. يقول الإمام الشافعي - رضي الله عنه -: وقد حمل بعض الناس الحديث على التفرق في الكلام، وهذا محال لا يجوز في اللسان إنما يكونان قبل التساوم غير متساومين، ثم يكونان متساومين قبل التبايع، ثم يكونان بعد التساوم متبايعين، وناهيك بالشافعي حجة في اللغة وثقة في النقل. ثم لو سلم لكم أن إطلاق المتبايعين على التساوم حقيقة لكان هذا اللفظ - المتبايعان - مجازاً من وجه آخر، لأن الثابت قبل قبول القابل بائع واحد لا بائعان، فلو جاريتاكم وسلمنا لكم كذلك أن إطلاق هذا الوصف على من تم بينهما البيع مجاز، لكان مجازنا خيراً من مجازكم، وأولى منه بأن يحمل الحديث عليه؛ لأنه مجاز مشهور. وقد حاول الكمال أن يجعل إطلاق المتبايعين على المتشاعلين بالبيع بعد صدور الإيجاب وقبل القبول من قبيل الإطلاق الحقيقي لا المجازي، فقال ما معناه لأن البيع من المواضع التي تصدق الحقيقة فيها بوجود جزء من معنى اللفظ، لعدم تصور اجتماع أجزاء في الوجود دفعة واحدة، لأنه من المصادر السيالة التي تنفصي أجزاؤها أولاً بأول، وإلا تصدق الحقيقة بوجود جزء منها لم توجد لها حقائق البتة، وهذا ما يباه العقل واللغة والعرف. وذلك لأن البيع هو الإيجاب والقبول، ولا يتصور اجتماعهما معاً، فإذا أوجب البيع أحدهما، ولم يقبل الآخر بعد يقال وجدت حقيقة البيع، وحيث وجدت =

= الحقيقة صدق على كل من المتشاعلين أنه بائع حينئذ. نظير ذلك المخبر لا حقيقة له إلا حال النطق بالخبر، لأنها حال المباشرة وأجزاؤه لا تقوم به دفعة واحدة لتصدق حقيقته حال قيام المعنى بل على التعاقب. «وهذا في يقيني قياس مع الفارق؛ لأن البيع مثل الأخبار الأول حقيقته ربط القبول بالإيجاب، والثاني حقيقته ربط الخبر بالمبتدأ والبائع مثل المخبر. فكما لا يسمى المتكلم بالمبتدأ مخبراً لعدم وجود الربط بعد. كذلك لا يسمى الموجب بائعاً لعدم الربط. ولكنه إذا شرع في التكلم بالخبر سمي مخبراً لوجود الربط الذي هو حقيقة الأخبار. كذلك إذا شرع القابل في القبول سمي بائعاً؛ لوجود حقيقة البيع، وهي ربط القبول بالإيجاب وسمي الموجب أيضاً بائعاً حينئذ؛ لتنزيل كلايهما منزلة كلام واحد. فلنا أن نختار أن حقيقة البيع إنما هي في حال قبول القابل فقط، وأن إطلاق البائع على كل منهما قبله وبعده مجاز لا يقال إن تصور خيار القبول حينئذ ممكن بأن يرجع الموجب أو القابل في حال النطق بالقبول عن قوله. لأننا نقول مثل هذا البعيد جداً لو جازه زمن النطق بالقبول، فلا تحمل عليه أحاديث خيار المجلس. بقي أن يقال ما دمنا قد اخترنا أن إطلاق البائع على كل منهما بعد البيع وقبله مجاز، فما المرجح لأن يراد من المتبايعين في الحديث من ثم البيع بينهما حتى يكون محمولاً على خيار المجلس ولماذا لم يكن الأمر بالعكس بأن يراد منهما من لم يتم البيع بينهما ولكنهما يتشاغلان به حتى يكون الحديث محمولاً على خيار القبول؟ لأننا نقول المرجح موجود؛ لأن المجاز الأول مشهور بخلاف الثاني والمشهور مقدم على غير المشهور بل الصاحبان من الحنفية يقدمانه على الحقيقة غير المستعملة». «بقي قول الكمال إنه يفهم بطريق التبادر من قولنا زيد وعمرو هناك يتبايعان أنهما يتشاغلان بالبيع، ويتراوضان فيه والتبادر أمانة الحقيقة. فلنا ألا نسلم أن التبادر دائماً أمانة الحقيقة، وإنما هذا عند التجرد عن القرائن. فإنه قد يتبادر المعنى المجازي لقريئة دالة عليه. والتبادر هنا نشأ عن القرينة الحالية. لأن حالة المباشرة التي من أجلها يطلق لفظ البائع على كل منهما حقيقة حالة يسيرة جداً هي حالة النطق بالقبول، وزمنها لا يسع مجيء المتكلم من عند البائعين، وتكليمه المخاطب بهذا القول. فبالضرورة يفهم من قوله - هناك يتبايعان - أنهما يتراوضان فيه» بعد هذا التحقيق الذي تنهار له كل اعتراضات الحنفية والمالكية على الجمهور في استدلالهم بأحاديث الخيار على أن المراد منه خيار المجلس - نرجع إلى ما كنا فيه من دحض اعتراضاتهم تفصيلاً من قبل الجمهور. قلتم أيها المنكرون لخيار المجلس حين أوردنا عليكم أن حمل الحديث على خيار القبول يجعله عديم الجدوى؛ لأن كل واحد يعرف بالعادة والعرف أن العاقدين ما دام لم يوجد القبول هما بالخيار إن شاء عقدا البيع، وإن شاء لم يعقدها. قلتم بل الفائدة محققة، وهي دفع توهم أن القابل ملزم بالبيع بمجرد إيجاب الموجب للرضا السابق. وهذا توهم لا أصل له؛ لأن عرف الناس في المعاملة على خلافه ولو فرض حصول هذا التوهم عند بعض الناس فهو من قبيل النادر جداً، ولا يحصل إلا لمن جهل العرف والعادة، وإذا جهلها فهو بالحديث أشد جهلاً. وقلتم إن المراد بالفرق تفرق الأقوال. وضربتم لذلك الأمثال زاعمين أنه يطلق حقيقة عليه أيضاً. وكيف نسلم لكم ذلك؟ وأهل اللغة الموثوق بنقلهم ومعرفتهم باللسان يفرقون بين افترق وتفرق؛ فالأولى في الأقوال، والثانية في الأبدان. وعلى ذلك يكون استعمال كل منهما موضع الأخرى مجازاً. فإذن =

=  
أصررتم على أن الأصل في الاستعمال الحقيقية جاريناكم ملتسبين الترجيح من دليل آخر، والدليل - بحمد الله - بأيدينا سافر قوي من الحديث نفسه، ومن عمل الصحابة، وأقوالهم بينما أنتم ليس لكم من دليل سوى الاستعمال، وهو دليل مشترك بيننا وبينكم، بل نحن أسعد خطابه منكم. أما دليلنا من الحديث؛ فهو ما ورد في بعض ألفاظ الحديث المروي عن ابن عمر: «وإن تفرقا بعد أن تبایعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع» ومعنى وجب ثبت ولزم فقد رتب لزوم البيع على التفرق، وهو يدل على أن التفرق بعد البيع، وأنه بالأبدان، لأن التفرق قبل البيع يلزم عدم وجوده لا لزومه. فكيف والحديث نفسه يصرح بأن التفرق بعد البيع، ولا يكون بعد البيع إلا ويكون بالأبدان ودل قوله ﷺ: «ولم يترك واحد منهما البيع» على أن للعاقبة فسخ البيع بعد حصوله. ومما هو صريح في أن التفرق في الحديث مراد منه التفرق بالأبدان ما رواه البيهقي من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ: «حتى يتفرقا من مكانهما». وأما دليلنا من عمل الصحابة وأقوالهم فهو ما وردت به بعض الروايات الصحيحة: «وكان ابن عمر - رحمه الله - إذا بايع رجلاً فأراد ألا يقيله قام فمشى هنيئة ثم رجع»، وكذلك ما ورد في قصة الرجلين اللذين احتكما إلى أبي بركة من قوله: «ما أراكما افترقتما»، وكان هذا القول من بعد تمام البيع، وهذا وحده كاف في أن يراد منه التفرق بالأبدان، فكيف وهو يعني به هذا المعنى أيضاً؟. فإن دفعتم بأن هذا فهم لهما في الحديث، ولسنا بملزمين به قلنا، ومن المتفق عليها بيننا أن الصحابي أعلم الناس بما روى لمشاهدته التنزيل، وعلم بالحادثة التي قبل فيها الحديث، فكيف ولم يعلم لهما مخالف من الصحابة؟ يقول صاحب الفتح: «لا يعلم لابن عمر ولا لأبي بركة مخالف من الصحابة». وتقولون في قوله ﷺ: «أو يقول أحدهما لصاحبه: اختز» أي اختر قبول البيع وهذا باطل من وجوه؛ لأن التخيير قسيم التفرق، وهو بعد البيع كما بينا فكذلك التخيير؛ ولأن أحدهما شامل للبايع والمشتري على البديل، ولا يتأتى هذا إلا في خيار المجلس بخلاف خيار القبول، فإن الذي يمكن أن يصدر منه لفظ اختر هو الموجب وحده؛ ولأنه قد ورد بعض الروايات مصرحاً في التخيير بعد البيع نذكر منها ما روي عن جابر - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ خير أعرابياً بعد البيع» رواه الترمذي وصححه، وإذا فقد وضح - والحمد لله - أن أحاديث الخيار محمولة على خيار المجلس بل لا تحتمل غيره وليست كما تدعون محمولة على خيار القبول. وأنها لذلك صالحة لتقييد إطلاق الآيات التي استدلتتم بها على نفي خيار المجلس، لا سيما ودلالة العموم في هذه الآيات ظنية باتفاق، لأنها مقيدة بأحاديث وآيات أخر دالة على حرمة كثير من المعاملات، ولنرجع بعد كل هذا إلى مناقشة باقي أدلة المنكرين. أما احتجاجهم بقوله ﷺ: «المُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ» فيسلك به مسلك الآيات، فهو عام مخصوص بأحاديث خيار المجلس. وأما احتجاجهم بحديث عمرو بن شعيب: «الْبَيْعُ وَالْمُبْتَاعُ بِالْخِيَارِ... الخ» فعجب عجاب أن تجعلوه دليلاً لكم، وهو دليل لنا عليكم؛ لأن المراد بالإقالة في الحديث إنما هو الفسخ، والدليل على هذا من وجوه:

الأول: أنه - عليه الصلاة والسلام - أثبت لكل من البيع والمبتاع الخيار ما لم يتفرقا ثم ذكر الاستقالة، ومعلوم أن من له الخيار غير محتاج إليها، فدل لك على أن المراد بها الفسخ.

الثاني: أنه منع من مفارقة المجلس خشية الاستقالة، وهي غير مختصة به، وإنما المختص به الفسخ فكان هو المراد منها.

الثالث: أن الاستقالة باتفاق لا بد فيها من رضا الطرفين، والنهي عن مفارقة المجلس خشية الاستقالة يدل على أن لصاحبه أن يقبله بدون رضاه، وهذا لا يكون إلا في الخيار فحملت الاستقالة عليه. وأما استدلالكم بحديث ابن عمر - رضي الله عنه - : «كنا مع النبي ﷺ في سفر فكنت على بكر صعب لعمر... الحديث» فيرد عليه أنه - وإن لم يحصل تفرق - فمن الجائز أن يكون النبي ﷺ خير عمر، وليس بلازم أن يذكره الراوي، كما أنه لم يذكر الثمن مع أنه لا بد منه هكذا قال بعضهم، وفيما قاله نظر؛ لأن الثمن ركن من أركان البيع فذكر البيع وحده متضمن لذكره، وليس كذلك التخيير. ولأن هذه القصة لا يخلو أمرها من أن تكون قبل حديث الخيار، فيكون قد نسخها أو بعده، فيكون الخيار معلوماً غير محتاج للنص عليه من الراوي. وأفضل من هذا أن يقال لو فرض وأن الرسول ﷺ لم يخير عمر، فتصرفه بالهبة بعد البيع لا يدل على نفي خيار المجلس؛ لأنه أنس الرضا من عمر بدليل أنه كان يود أن يهبه البكر بدون مقابل. وأما قولكم نهي النبي ﷺ عن بيع الغرر، ومن الغرر أن يثبت لهما خيار لا يعرفان متى ينتهي؛ فمردود بأنه - وإن كان مجهول الأمد - لكن لكل واحد منهما أن يخير صاحبه فيختار إما إمضاء البيع، وإما فسخه. فما عليه إن كان يريد إمضاءه إلا أن يمشي بضع خطوات فينتزع الخيار، ويلزم البيع الطرفين. فمثل هذه الجهالة اليسيرة مفتقرة شرعاً؛ لأنها لا تفضي إلى نزاع، ولا توقع في ضرر لا مخرج منه سيما والعادة قاضية بأن مجلس العقد لا يدوم طويلاً، بل هو فترة وجيزة يتفرقان بعدها، فقول أبي حنيفة - رحمه الله - أرايت لو كانا في سفينة - فهو فضلاً عن كونه معارضة للحديث بالرأي من الصور النادرة على أن لهما مخرجاً آخر غير التفرق هو التخيير. وعلى هذا فخيار المجلس يفارق خيار الشرط إذا كان مجهول الأمد؛ لأنه قد يطول فيفضي إلى المضارة والشحناء، وليس في مقدور واحد منهما أن يلزم البيع بفعله في كل حال كخيار المجلس. هذا وأما استدلالكم بأثر عمر - رضي الله عنه - البيع صفقة أو خيار - فهو - فضلاً عن كونه لا يعارض الحديث لأنها أحق منه بأن تتبع ولا حجة في قول أحد مع قول رسول الله ﷺ، وفضلاً عن أن جماهير الصحابة على خلافه، وفضلاً عن كونه غير مروى عنه من طريق تصح، وفضلاً عن كونه روى عنه هو نفسه ما يخالفه - فضلاً عن هذا كله هو غير معارض للحديث بل مؤول بما يوافقه. فقد أوله ابن حزم بما يوافق مذهبه من أن البيع غير صحيح حتى يكون التفرق أو التخيير حيث أول الصفقة بما تم من البيع بالتفرق، والخيار بما تم منه بالتخيير. وأوله صاحب المفني من الحنابلة بأن البيع نوعان نوع شرط فيه الخيار، ونوع لم يشرط فيه، وهو الصفقة، وهذا لا ينافي ثبوت خيار المجلس، لأنه يثبت بغير الشرط. وسماء صفقة لقصر مدة الخيار فيه فكأنه تم بمجرد التصاق. والآن وقد فرغنا من مناقشة أدلة النافين من الكتاب والسنة، فما علينا إلا أن نناقش أدلتهم من المعقول.

فأولاً: يرد على قياسهم البيع على النكاح بأنه قياس مع الفارق؛ لأن المال غير مقصود في النكاح لذاته بخلاف البيع والمال هو الذي عهد فيه المكايسة والشح لأن البيع ينقل ملك الرقبة، والنكاح لا يبيح إلا ضرباً من الانتفاع، وملك الرقبة أقوى، فالاحتياج فيه إلى التروي =

الجواز على اللزوم بعد ثبوت اللزوم، لكن المواد منه أحد أمرين:

**أولهما:** أن البيع من العقود التي يقتضي وضعها اللزوم ليتمكن كل واحد من المتعاقدين من التصرف فيما أخذه آمنة من نقض صاحبه عليه.

**والثاني:** أن الغالب من حالات البيع اللزوم، والجواز لا يثبت إلا في الأقل، ومن البيانات أن المراد من اللزوم انفكاكه عن الخيار، ومن الجواز كونه بحال ثبوت الخيار، ثم الخيار على قسمين؛ لأنه إما أن لا يتوقف على فوات شيء بل يتعلق بمجرد التّشهي، وهذا ما عبر عنه بخيار التّروي، وإما أن يتوقف على فوات شيء مظنون الحصول، وهذا ما عبر عنه بخيار التّقيصة.

أما القسم الأول فقد ذكر في الكتاب أن له سببين، وهو مفرع على قولنا: إن بيع الغائب لا يصح، فإن صححناه أثبتنا خيار الرؤية، ومعلوم أنه لا يتوقف على فوات شيء فتصير الأسباب ثلاثة:

**السبب الأول:** كونهما مجتمعين في مجلس العقد، ولكل واحد من المتابعين فسخ البيع ما لم يتفرقا أو يتاخيرا على ما سنفضله، وبه قال أحمد.

وقال مالك وأبو حنيفة: لا خيار بالمجلس<sup>(١)</sup>.

= أكثر من النكاح؛ لأن ثبوت الخيار في النكاح بعد العقدة يضع من شأن الرجل والمرأة، ويجرح شعورهما، ويجعلهما كالسلع محلاً للأخذ والرد. وهذه فروق في نظري غير مؤثرة، ولكننا ذكرناها تبعاً للقوم. والفرق المؤثر الصحيح في نظري هو أن عقد النكاح من العقود التي لا تدخلها الخيارات باتفاق الخصوم أنفسهم؛ لأنها على خلاف مقتضاها بديل عدم دخول الإقالة فيها بل وعلى خلاف مقصودها؛ لأن مقصودها الدوام والاستمرار. فقياس البيع على النكاح باعتبار اللزوم بمجرد العقد ليس بأولى من قياسه عليه باعتبار عدم صحة الإقالة. فما الذي رجح القياس الأول على الثاني؟

وثانياً: يرد على قولهم - إن في جواز الفسخ من أحدهما استقلالاً جواز إبطال حق الآخر بدون رضاه - بأن ثبوت الحق إنما هو بالشرع، والشرع نفاه إلى انتهاء الخيار كما قال الكمال وهو منكم. هذا وأما استدلال المالكية بإجماع أهل المدينة على العمل بخلاف موجب أحاديث خيار المجلس، فهو مبني على أن إجماعهم حجة ولم يوافقهم عليه غيرهم على أن الإجماع لم يسلم لهم فهذا ابن أبي ذئب ممن قال بمشروعية خيار المجلس، وكان يقول يستتاب مالك لمخالفته الحديث. وما أدري ما هذا الإجماع وعلماء المدينة القدامى كانوا كلهم أو جلهم على القول بخيار المجلس؟ نذكر منهم من الصحابة ابن عمر رأس علماء الصحابة بالمدينة ومن التابعين ابن المسيب كبير فقهاء المدينة من التابعين. نقل ذلك ابن حزم عن البخاري في طائفة كبيرة من الصحابة والتابعين ينظر فتح القدير (٨٢/٥).

لنا ما روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ قال: «الْمُتَابِعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْخِيَارِ عَلَى صَاحِبِهِ مَا لَمْ يَتَّفَرَّقَا إِلَّا بِبَيْعِ الْخِيَارِ»<sup>(١)</sup>.

ولنفصل القول فيما يثبت فيه خيار المجلس من العقود وما لا يثبت، والعقود ضربان:

أحدهما: العقود الجائزة، إما من الجانبين كالشركة، والوكالة والقراض والوديعة والغارية، أو من أحدهما كالضمان والكتابة، فلا خيار فيهما. أما الجائزة من الجانبين فلأنهما بالخيار فيها أبداً، فلا معنى لخيار المجلس. وأما الجائزة من أحد الجانبين، فمثل هذا المعنى في حق مَنْ هي جائزة في حقه، والآخر دخل فيهما موطناً نفسه على العبن، ومقصود الخيار: أن ينظر ويتروى ليدفع العبن عن نفسه، وكذا الحكم في الرهن، نعم لو كان الرهن مشروطاً في بيع وأقبض قبل التفريق أمكن فسخ الرهن بأن يفسخ البيع حتى يفسخ الرهن تبعاً.

وحكى القاضي ابن كج عن بعض الأصحاب وجهاً: أنه يثبت الخيار في الكتابة.

وعن ابن خيران: أنه يثبت في الضمان وهما غريبان.

والضرب الثاني: العقود اللازمة وهي نوعان: العقود الواردة على العبن، والعقود الواردة على المنفعة.

أما النوع الأول: فمنه أنواع البيع كالصرف وبيع الطعام بالطعام والسلم والتولية والتشريك وصلاح المعاوضة، فيثبت فيها خيار المجلس جميعاً لظاهر الخبر، ويستثنى صور:

إحداها: إذا باع مال نفسه من ولده أو بالعكس، ففي ثبوت خيار المجلس وجهان:

أحدهما: لا يثبت؛ لأن الذي ورد في الخبر لفظ «المتبايعين»، وليس هاهنا متبايعان.

وأصحهما: يثبت؛ لأنه أقيم مقام الشخصين في صحة العقد فكذلك في الخيار، ولفظ الخبر ورد على الغالب، فعلى هذا يثبت للمولى خيار وللطفل خيار، والولي نائب عنه، فإن ألزم لنفسه وللطفل لزم، وإن ألزم لنفسه بقي الخيار للطفل، فإذا فارق المجلس لزم العقد في أصح الوجهين.

والثاني: لا يلزم إلا بالإلزام؛ لأنه لا يفارق نفسه، وإن فارق المجلس.

الثانية: لو اشترى من يعتق عليه كآبيه وابنه فالذي ذكره في الكتاب: أنه لا يثبت فيه خيار المجلس واتبع فيه الإمام، حيث نقل أن لا خيار فيه على المشهور؛ لأنه ليس عقد مُعَابَتَة من جهة المشتري؛ لأنه وطن نفسه على العَبْن المالي.

وأما من جهة البائع فهو وإن كان عقد مُعَابَتَة لكن النظر إلى كونه عتاقه.

ثم حكى الأوديني: أنه يثبت تمسكاً بظاهر قوله ﷺ: «لَنْ يَجْزِيَ وَلَدٌ وَالِدَهُ، إِلَّا بِأَنْ يَجِدَهُ مَمْلُوكًا فَيَشْتَرِيَهُ فَيَعْتِقَهُ»<sup>(١)</sup>.

فإنه يقتضي إنشاء إعتاق بعد العقد، والأكثرون بنوا ثبوت الخيار في المسألة على الخلاف في أقوال الملك في زمن الخيار فإن قلنا إنه للبائع، فلهما الخيار ولا نحكم بالعتق، حتى يمضي زمان الخيار.

وإن قلنا: إنه موقوف فلهم الخيار أيضاً، فإذا أمضينا العقد تبين أنه عتق بالشراء.

وإن قلنا: إن الملك للمشتري فلا خيار له ويثبت للبائع، ومتى يعتق؟ فيه وجهان:

أظهرهما: أنه لا يحكم بالعتق حتى يمضي زمان الخيار، ثم يحكم حينئذ بعتقه من يوم الشراء.

والثاني: أنه يعتق في الحال، وعلى هذا هل يبطل خيار البائع؟ فيه وجهان كالوجهين فيما إذا أعتق المشتري العبد الأجنبي في زمان الخيار على قولنا: إن الملك له.

قال صاحب «التهذيب»: ويحتمل أن يحكم بثبوت الخيار للمشتري أيضاً تفريراً على أن الملك في زمان الخيار له، وأن العبد لا يعتق في الحال؛ لأنه لم يوجد منه الرضا إلا بأصل العقد، فإذا ما في الكتاب يخالف مقالة الأكثرين؛ لأن الصحيح من أقوال الخيار قول التوقف، أو قول انتقال الملك إلى المشتري على ما سيأتي، - إن شاء الله تعالى - وعلى التقدير الأول: يثبت الخيار لهما.

وعلى الثاني: يثبت للبائع، والمذكور في الكتاب نفيه على الإطلاق.

الثالثة: الصحيح: أن بيع العبد من نفسه جائز، وعلى هذا فهل فيه خيار المجلس؟

(١) أخرجه مسلم (١٥١٠).



قال في الكتاب: لا، وبمثله أجاب في «التتمة»، حيث نزله منزلة الكتابة<sup>(١)</sup>.

وذكر أبو الحسن العبادي مع هذا وجهاً آخر: أنه يثبت فيه الخيار، ومال إلى ترجيحه. الرابعة: ذكروا وجهين في ثبوت الخيار في شراء الجَمْد في شِدَّة الحرِّ، لأنه يتلف بمضي الزمان<sup>(٢)</sup>.

الخامسة: إن صححنا بيع الغائب، ولم نثبت خيار المجلس مع خيار الرؤية فهذا البيع من صور الاستثناء، وكذا البيع بشرط نفي خيار المجلس إن صححنا البيع والشرط، وقد مرت المسألتان.

هذا هو الكلام في البيع بأنواعه، ولا يثبت خيار المجلس في صلح الحِطِيطَة والإِبْرَاء؛ لأنه شرع فيهما على يقين بأن لا حظَّ له فيهما، ولا في الإقالة. إن قلنا: إنها فسخ.

وإن قلنا: إنها بيع ففيها الخيار، ولا يثبت أيضاً في الحِوَالَة إن لم نجعلها معاوضة، وإن جعلناها معاوضة فكذلك في أظهر الوجهين؛ لأنها ليست على قواعد المعاوضات، إذ لو كانت كذلك لبطلت، لأن بيع الدَّيْن بالدَّيْن لا يجوز، ولا يثبت أيضاً في الشُّفْعَة للمشتري، وفي ثبوته للشفيع وجهان:

وجه الثبوت: أن سبل الأخذ بالشفعة سبل المعاوضات، ألا تَرَى أنه يثبت فيه الرد بالعيب، والرجوع بالعهد؟

ووجه المنع: أن المشتري لا يَخِيَار له، وتخصيص خيار المجلس بأحد الجانبين بعيد، فإن أثبتناه فعن بعضهم أن معناه: أنه بالخيار بين الأخذ والتَّرك ما دام في المجلس، هذا مع تفريعنا على قول الفور.

وغلَط إمام الحرمين ذلك القائل.

وقال الصحيح: أنه على الفور، ثم له الخيار في نقض الملك ورده، ومن اختار عين ماله المبيع من المفلس لزمه ولا خيار له.

وروى القاضي ابن كَجِّج؛ أن أبا حسن حكى وجهاً: أنه بالخيار ما دام في المجلس، وهذا شبيهه بالخلاف في الشُّفِيع، ولا خيار في الوَقْف كما في العِنَق ولا في الهِبَة إن لم يكن فيها ثواب، وإن وهب بشرط الثواب أو مطلقاً.

(١) صحح الرافي في الشرح الصغير والنووي في شرح المهذب عدم الثبوت.

(٢) صحح النووي في شرح المهذب ثبوت الخيار.

وقلنا: إنه يقتضي الثواب فوجهان:

أظهرهما: أنه لا يثبت، لأنه لا يسمى ببيعاً والخبر ورد في المُتَبَاعِينَ، ويثبت الخيار في القسمة إن كان فيها رد، وإلا فإن جرت بالإيجاب فلا خيار فيها، وإن جرت بالتراضي فينبني على أنها بيع أو إفراز حق.  
إن قلنا: إفراز حق لم يثبت.

وإن قلنا: بيع، فكذلك في أصح الوجهين. وأما النوع الثاني، وهو العقد الوارد على المنفعة: فمنه النكاح، فلا يثبت فيه خيار المجلس للاستغناء عنه بسبق التأمّل غالباً، ولا يثبت في الصّدَاق المسمى أيضاً على أصح الوجهين؛ لأن المال تبع في النكاح.

والثاني: يثبت، فإن الصّدَاق عقد مستقل، فعلى هذا إن فسخ وجب مهر المثل، وعلى هذين الوجهين ثبوت خيار المجلس في عوض الخُلْع، ولا مدفع للفرقة بحال.  
ومنه: الإجارة، وفي ثبوت خيار المجلس فيها وجهان:

أحدهما وبه قال الإصطخري وصاحب «التلخيص»: يثبت؛ لأنها معاوضة لازمة كالبيع، بل هي ضرب من البيع.

والثاني وبه قال أبو إسحاق وابن خيران: لا يثبت؛ لأن عقد الإجارة مشتمل على العَرَر؛ لأنه عقد على معدوم والخيار غرر، فلا يضم عَرَر إلى عَرَر، وبالوجه الأول أجاب صاحب الكتاب، ورجحه صاحب «المهذب» وشيخه الكرخي.  
وذكر الإمام وصاحب «التهذيب» والأكثر: أن الأصح هو الثاني.

وعن القفال في طائفة: أن الخلاف في إجارة العين.

أما الإجارة على الذمة فيثبت فيها خيار المجلس لا محالة، بناء على أنها مُلْحَقَةٌ بالسلم، حتى أنه يجب فيها قبض البدل في المجلس.

فإن قلنا بثبوت الخيار في إجارة العين فابتداء المدة يحسب من وقت انقضاء الخيار بالفرق، أم من وقت العقد؟

حكى الإمام فيه خلافاً.

قيل: يحسب من وقت انقضاء الخيار؛ لأن الاحتساب من وقت العقد يعطل المنافع على المُكْتَرِي أو المكري، وعلى هذا لو أراد المكري أن يكرهه من غيره في مدة الخيار، قال: لا مجيز له فيما أظن، وإن كان محتملاً في القياس.

والصحيح: أنه يحسب من وقت العقد، إذ لو حسب من وقت انقضاء الخيار

لتأخر ابتداء مدة الإجارة عن العقد، فيكون كإجارة الدَّار السنة القابلة وهي باطلة، وعلى هذا فعلى من تحسب مدة الخيار؟

إن كان قبل تسليم العين إلى المستأجر فهي محسوبة على المكري.

وإن كان بعد التسليم، فوجهان مبنيان على أن المبيع إذا هلك في يد المشتري في زمان الخيار، من ضمان من يكون؟

أصحهما: أنه من ضمان المشتري، فعلى هذا هي محسوبة على المُسْتَأْجِر، وعليه تمام الأجرة.

والثاني: أنها من ضمان البائع، فعلى هذا يحسب على المكري، ويحط من الأجرة بقدر ما يقابل تلك المدة. وأما المساقاة ففي ثبوت خيار المجلس فيها طريقان:

أظهرهما: أنه على الخلاف المذكور في الإجارة.

والثاني: القطع بالمنع، لأن العَرَر فيه أعظم؛ لأن كل واحد من المتعاقدين لا يدري ما يحصل له، فلا يضم إليه غرر آخر.

والمسابقة كالإجارة، إن قلنا: إنها لازمة وكالعقود الجائزة، إن قلنا: إنها جائزة.

وقوله: «ولا يثبت فيما لا يسمى ببيعاً»، يجوز إعلامه بالواو للوجوه الصَّائِرَة إلى ثبوته في الكِتَابَة والخُلْع، وسائر ما حكينا الخلاف فيه - والله أعلم -.

قال الغزالي: وَنَقَطَعَ الْخِيَارَ بِلَفْظِ يَدُلُّ عَلَى الْوُجُوبِ وَتَمَامِ الرِّضَا، وَبِمَفَارَقَةِ الْمَجْلِسِ بِالْبَدَنِ، وَهَلْ يَنْطَلِقُ بِالْمَوْتِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ، أَحْسَنُهُمَا أَنَّهُ لَا يَنْطَلِقُ كَخِيَارِ الشَّرْطِ (و ح) فَيَنْبَغِي لِلْوَارِثِ، وَلَوْ فُرِّقَ بَيْنَهُمَا عَلَى إِكْرَاهٍ فَيَبْطُلَانِ الْخِيَارَ خِلَافًا، وَيَنْبَغِي عِنْدَ جُنُونِ أَحَدِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ قَبْلَ التَّفَرُّقِ لِلْقِيمِ.

قال الرافعي: مقصود الفصل الكلام: فيما ينقطع به خيار المجلس وجملته، أن كل عقد ثبت فيه هذا الخيار فإنه ينقطع بالتخاير، وبأن يتفرقا بأبدانهما عن مجلس العقد.

أما التخاير: فهو أن يقولوا: تخايرنا أو اخترنا إمضاء العقد أو أمضيته أو أجزناه، أو الزمناء وما أشبهها.

ولو قال أحدهما: اخترت انقطع خياره، ويبقى خيار الآخر كما في خيار الشرط إذا أسقط أحدهما الخيار.

وفي وجه: لا يبقى خيار الآخر أيضاً؛ لأن الخيار لا يتبعض في الثبوت، فلا يتبعض في السقوط.

ولو قال أحدهما لصاحبه: اختر أو خيرتك، فقال الآخر: اخترت انقطع خيارهما جميعاً، وإن سكت لم ينقطع خياره وينقطع خيار القائل في أصح الوجهين؛ لأن قوله: اختر رضا منه باللزام، وقد روي في بعض الروايات أنه ﷺ قال: «أَوْ يَقُولُ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ: اخْتَرْ»<sup>(١)</sup>.

ولو قال أحدهما: اخترت، وقال الآخر: فسخت، قدم الفسخ على الإجازة.

ولو تقابضا في المجلس، وتبايعا العوضين بيعاً ثانياً صح البيع الثاني على المشهور، وهو قول ابن سُرَيْجٍ؛ لأن البيع الثاني منهما رضاً بلزوم الأول.

وعن صاحب «التقريب»: أنه مبني على أن الخيار هل يمنع انتقال الملك؟

إن قلنا: يمنع لم يصح.

ولو تقابضا في عقد الصِّرف، ثم أجازا في المجلس، لزم العقد، وإن أجازاه قبل

التقابض فوجهان:

أحدهما: أن الإجازة لاغية؛ لأن القبض متعلق بالمجلس، وهو باق فبقي حكمه

في الخيار.

والثاني: أنه يلزم العقد وعليهما التَّقَابُضُ<sup>(٢)</sup>، فإن تفرقا قبل القَبْضِ انفسخ العقد،

ولا يعصيان إن تفرقا عن تراضٍ، فإن انفرد أحدهما بالمُقَارَعة عصى.

وأما التفرق: فهو أن يتفرقا بأبدانهما، فلو أقاما في ذلك المجلس مدة طويلة، أو

قاما وتماشيا منازل فهما على خيارهما، هذا هو المذهب<sup>(٣)</sup>، ووراءه وجهان:

(١) تقدم.

(٢) صححه النووي في شرح المهذب.

(٣) الاتفاق على أن خيار المجلس يتبدى بمجرد الفراغ من العقد، وأنه ينتهي بأحد الشئتين. التفرق بالأبدان، واختيار البيع. أما التفرق فلأن كل أحاديث الخيار نصبت عليه. فيلزم البيع بعد التفرق سواء كان التفرق منهما معاً بأن قاما عن المجلس معاً، ويمم كل منهما وجهة غير وجهة صاحبه، أو كان من أحدهما بأن ترك صاحبه فقام ومشى كما كان يفعل ابن عمر - رضي الله عنه -: إذا ما أراد أن يلزم صاحبه بالبيع. وأما الاختيار فعن أحمد رواية بأنه غير قاطع للخيار؛ لأن أكثر الروايات وردت بدونه. وعنه رواية أخرى بأنه قاطع له وهي الموافقة للجمهور والمعتمدة في مذهب الحنابلة؛ لأن التخيير زيادة عدل ثقة وردت من طريق صحيح فتكون مقبولة، ويجب العمل بها. والاختيار أن يقول كل واحد منهما اخترت البيع أو كلمة تؤدي معناها كأمضيته فيلزم البيع في حقهما معاً ولو قال أحدهما ذلك دون الآخر لزم البيع في حقه فقط هذا كله لا خلاف فيه إلا في وجه شاذ للشافعية لا يعول عليه في المذهب أنه يلزم في حقهما في المسألة الثانية قياساً على التفرق من أحدهما. ولو قال أحدهما لصاحبه اخترت فسكت فالاتفاق بين الشافعية والحنابلة أنه لا يسقط خيار الساكت. أما خيار القائل ففيه =

احتمالان في المذهبين:

**الاحتمال الأول:** وهو الصحيح في المذهبين أنه يبطل خياره لقوله ﷺ: «أَوْ يَقُولَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ اخْتَرْ» فإنه غاية لثبوت الخيار، وهذا في حق قائله؛ ولأنه بهذا القول قد جعل لصاحبه ما ملكه من الخيار فصارت بيده عقدة البيع أصالة عن نفسه ونيابة عن صاحبه.

**والاحتمال الثاني:** عدم بطلان خياره بل يبقى كما هو كأن لم يصدر منه هذا القول - قاسوه على ما لو جعل لزوجته الخيار في الطلاق فلم تختبر شيئاً حيث يكون له طلاقها، ولا يسقط حقه منه بمجرد قوله لها اختاري نفسك إن شئت. وقد أوجب عن هذا القياس بأنه في الطلاق جعل لها ما لا تملك فكان تملكاً في حقها، فإذا لم تختبر شيئاً فلم يوجد القبول الذي لا بد منه في التملك فيبقى الطلاق على ملك صاحبه لعدم الناقل للملك، وهو العقد المركب من الإيجاب والقبول، ولم يجد سوى الإيجاب من طرف الزوج. وههنا في البيع كل واحد منهما يملك الخيار فكان جعل الخيار لصاحبه إسقاطاً لحقه منه، والأسقاط لا يحتاج إلى قبول الطرف الثاني هذا في التخبير بعد البيع، أما التخبير معه كأن تبايعا على أن لا خيار مجلس لهما. فمذهب الحنابلة - صحة البيع والشرط. ومذهب الشافعية فيه ثلاثة أوجه؛ وجه بعدم صحة البيع، وهو الأصح في المذهب، ووجه بصحة البيع وبطلان الشرط، وعلى هذا يكون لهما خيار المجلس كما لو لم يشترط فيه، ووجه بصحة البيع، والشرط حجة مذهب الحنابلة، والوجه الثالث من مذهب الشافعية هي السنة والمعقول. أما السنة فقوله ﷺ: «فَإِنْ خَيْرَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ فَتَبَايَعَا عَلَى ذَلِكَ فَقَدْ وَجِبَ الْبَيْعُ» وقوله - عليه الصلاة والسلام -: «إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْبَيْعُ كَانَتْ عَنْ خِيَارٍ، فَإِنْ كَانَ الْبَيْعُ عَنْ خِيَارٍ وَجِبَ الْبَيْعُ» حيث رتب لزوم البيع على التبايع على الخيار، والمراد به اختيارهما لزوم البيع لا خيار الشرط، وإلا لتنافى مع قوله - عليه الصلاة والسلام -: «فَقَدْ وَجِبَ الْبَيْعُ». وأما المعقول - فمن وجوه:

**الوجه الأول:** قياسه على خيار الشرط جاز إسقاطه في المجلس فجاز إسقاطه في العقد، كذلك خيار المجلس جاز إسقاطه في المجلس فجاز في العقد، لأن ما أثر في المجلس أثر في العقد؛ لكون المجلس حريم العقد، وهذا قياس غريب إذ كيف يجوز قياس ما هو حكم العقد على ما لا يثبت إلا بالشرط.

**الوجه الثاني:** خيار المجلس جعل رفقاً بهما لتدارك ما قد يلحقهما من غبن، فجاز لهما شرط إسقاطه؛ لأنه حقهما.

**الوجه الثالث:** قالوا: الخيار في أصله غرر جوز للحاجة فجاز إسقاطه دفعاً للضرر. وحجة الوجه الأول من مذهب الشافعية - هو القياس. قالوا: إنه خيار يثبت بعد البيع فلم يجز إسقاطه قبله؛ لأنه إسقاط للشيء قبل تحقق سببه وهو لا يصح. أصله خيار الشفيع يثبت بالبيع فلم يجز إسقاطه قبله، كما لو قال للمشتري: إشتري ولا شفعة لي، فإنه يجوز له الأخذ بالشفعة لعدم صحة هذا التنازل شرعاً، وإذا كان الشرط غير صحيح، فالبيع غير صحيح كذلك. ثم قالوا إن الأحاديث التي استدلت بها الحنابلة محمولة على ما بعد البيع. وحجة الوجه الثاني من مذهب الشافعية - هو أن هذا الشرط لا يؤدي إلى الجهل بالعوض أو المعوض فلا يفسد العقد بفساده بل يلغو الشرط ويكون العقد صحيحاً والخيار ثابتاً.

أحدهما: قال بعض الأصحاب: لا يزيد الخيار على ثلاثة أيام، لأنها نهاية الخيار المشروط شرعاً.

والثاني: أنه لو لم يتفرقا، ولكن شرعا في أمر آخر وأعرضا عما يتعلّق بالعقد

= قلنا فيما سبق: إن المراد بالفرقة فرقة الأبدان، فلو أقاما ما شاء الله أن يقيما لم يبرحا مكانهما أو مشيا معاً سوياً فراسخ وأميالاً، فالخيار باقٍ ولكل منهما فسخ البيع إن أراد وهذا أمر متفق عليه، ولا يعول على رأي بعض الشافعية أنه لا ينبغي أن تزيد مدته على ثلاثة أيام كخيار الشرط، أو ألا يشرعا في أمر آخر بعد إعراضاً عن البيع عرفاً، فإنها آراء شاذة في المذهب - فضلاً عن أنها مصادقة لإطلاق الحديث. وكذلك اتفقوا على أن أحدهما لو فارق المجلس وبقي الآخر فيه أن البيع يلزمهما معاً، وهذا بخلاف الاختيار حيث يلزم البيع المختار وحده. أما وجه الفرق بينهما فلم أراه لأحد. ولعله هو أن الفرقة تشملهما معاً عرفياً فيما لو فارق أحدهما صاحبه فيصدق عليهما أنهما افترقا، وهذا بخلاف الاختيار لا يكون وصفاً لهما مما لو اختار أحدهما فقط، إنما يكون وصفاً له فاستتبع أثره من لزوم العقد في حقه. والتفرق قد ورد مطلقاً في الشرع لم يبين له حد يرجع إليه عند الاختلاف، فدل ذلك على أن الشارع أراد ما يتعارفه الناس منه، فما عدوه تفرقا قطع الخيار، وما لم يعدوه لم يقطعه، وقد ضرب الفقهاء لذلك أمثلة كثيرة فيما لو كانا في بيت، أو سوق، أو صحراء، أو في عرض البحر في سفينة، وليس من شأننا استقصاء هذه الأمثلة ما دمتنا قد بينا القاعدة التي تدور عليها وترد إليها.

أما هل يجوز: لأحدهما مفارقة صاحبه خشية أن يفسخ البيع؟ فنقول: اتفق الفقهاء على أن أحدهما لو فارق صاحبه لا على هذه النية بل لطوارئ من الطوارئ التي تستدعي مفارقة المجلس جاز له ذلك. بل لو فارق على نية إبرام البيع بدون أن يخاتل صاحبه أو يخادعه يكون موسعاً عليه - إن شاء الله تعالى - ولكنهم اختلفوا في المفارقة خشية الفسخ. فالشافعية والظاهرية على حل ذلك، وهو رواية عن أحمد، وقد استدلوها بما روي عن ابن عمر - رضي الله عنه -: «بعت من أمير المؤمنين عثمان مالا بالوادي بمال له بخبير فلما تباعنا رجعت على عقبي حتى خرجت من بيته خشية أن يرادني البيع»، رواه البخاري، وهو صريح في أن المفارقة كانت خشية الرد. والحنابلة على الصحيح عندهم على أن المفارقة على هذه النية حرام لما رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «الْبَيْعُ وَالْمُبْتَاعُ بِالْخِيَارِ حَتَّى يَتَفَرَّقَا إِلَّا أَنْ تَكُونَ صَفَقَةً خِيَارٍ وَلَا يَجُلُّ لَهُ أَنْ يَفَارِقَهُ خَشْيَةَ أَنْ يَسْتَقْبِلَهُ» رواه أصحاب السنن الأربعة إلا ابن ماجه، ورواه أحمد، والبيهقي، وحسنه الترمذي، وهو نفي في الحرمة؛ لأنه نفي الحل من صيغ التحريم شرعاً. وعمرو بن شعيب عن أبيه عن جده تلقاه الناس بالقبول، فصار المصير إلى العمل برواية هذه واجباً. فقول ابن حزم لو صح هذا الحديث لقلنا به، ولكنه لم يصح لا يقدر في العمل بموجبه لتحسين الترمذي له. وقد ذكر الأثر من أحمد أنه ذكر له فعل ابن عمر، وحديث عمرو بن شعيب، فقال - هذا الآن قول النبي ﷺ. أما الأولون فقد حملوا حديث عمرو هذا على الاستحباب، وجعلوه من باب الإرشاد، وحسن المعاملة، ولا دليل لهم على هذا البتة، وعلى أي حال فالمفارقة خشية الفسخ سواء كانت حلالاً أو حراماً قاطعة للخيار ملزمة للبيع لم يخالف في هذا أحد من الفقهاء الذين قالوا بمشروعية خيار المجلس؟ انتهى كلام شيخنا الشيخ مندور.

وطال الفصل انقطع الخيار، نقله صاحب «البيان».

ثم الرجوع في التفرق إلى العادة، فما يعده الناس تفرقاً يلزم به العقد، فلو كانا في دار صغيرة، فالتفرق بأن يخرج أحدهما منها أو يصعد السطح، وكذا لو كانا في مسجد صغير أو سفينة صغيرة..

وإن كانت الدار كبيرة، جعل التفرق بأن يخرج أحدهما من البيت إلى الصخر، أو يدخل من الصحن في بيت أو صفة، وإن كانا في صحراء أو سوق فإذا ولى أحدهما ظهره الآخر ومشى قليلاً حصل التفرق، وكان ابن عمر - رضي الله عنهما - «إذا ابتاع شيئاً وأزاد أن يوجب البيع، قام ومشى قليلاً»<sup>(١)</sup>.

وعن الإضطخري: أنه يشترط أن يتعد بحيث إذا كلم صاحبه على الاعتیاد من غير رفع الصوت لم يسمع، ولا يحصل التفرق بأن يرخي بينهما ستر أو يشق بينهما نهر، وهل يحصل بأن يبني بينهما جدار من طين أو جص؟ فيه وجهان:

أصحهما: لا؛ لأنه في مجلس العقد، وألحقه الإمام بما إذا حمل أحدهما وأخرج، وسيأتي الكلام فيه - إن شاء الله تعالى -.

وصحن الدار والبيت الواحد إذا تفاحش أتساعهما كالصحراء، ولو تناديا متباعدين وتبايعا، صح البيع، وما حكم الخيار؟

قال الإمام: يحتمل أن يقال: لا خيار؛ لأن التفرق الطارئ قاطع للخيار، فالمقارن يمنع ثبوته، ويحتمل أن يقال: يثبت ما دام في موضعهما، وهذا ما أورده المتولي<sup>(٢)</sup>. ثم إذا فارق أحدهما موضعه وبطل خياره، هل يبطل خيار الآخر أو يدوم، إلى أن يفارق مكانه؟ فيه احتمالان للإمام<sup>(٣)</sup>.

ثم في الفصل ثلاث مسائل:

إحداها: إذا مات أحد المتبايعين في مجلس العقد، فقد نص في «المختصر» في البيوع: أن الخيار لوارثه، وفي المكاتب: أنه إذا باع ولم يتفرقا حتى مات المكاتب وجب البيع.

(١) أخرجه البخاري بنحوه (٢١١٦) ومسلم (١٥٣١).

(٢) قال ابن الرفعة: هذا ظاهر إذا لم يقصد أحدهما جهة الآخر أما لو قصدها فالذي يظهر القطع به دوام الخيار.

(٣) الأصح: ثبوت الخيار، وأنه متى فارق أحدهم موضعه بطل خيار الآخر، ولو تبايعا، وهما في بيتين من دار أو صحن وصفه ينبغي أن يكونا كالمتباعدين فيما ذكرنا، وأن يثبت الخيار حتى يفارق أحدهما. ينظر الروضة (١٠١/٣).

وللأصحاب في النصين ثلاثة طرق:

أظهرها: أن في الصورتين قولين بالنقل والتخريج وبه قال القاضي أبو حامد وأبو إسحاق:

أحدهما: أنه يلزم البيع؛ لأنه خيار يسقط بمفارقة المكان، فمفارقة الدنيا أولى.

وأصحهما: أنه لا يلزم، بل يثبت للوارث والسيد كخيار الشرط والعيب.

والثاني: القطع بثبوت الخيار للوارث والسيد.

وقوله «في المكاتب: وجب البيع»، أراد به أنه لا يبطل بموته كالكتابة.

والثالث: تقرير النصين، والفرق أن الوارث خليفة المورث، فيقوم مقامه في الخيار، والسيد ليس خليفة للمكاتب، وإنما يأخذ ما يأخذ بحق الملك، والعبد المأذون إذا باع أو اشترى ومات في المجلس كالمكاتب فيجزيء فيه هذا الخلاف، وكذلك في الوكيل بالشراء إذا مات في المجلس، هل للموكل الخيار؟

وهذا إذا فرعنا على أن الاعتبار بمجلس الوكيل في الابتداء وهو الصحيح، وروى وجه: أن الاعتبار بمجلس الموكل.

التفريع: إن لم يثبت الخيار للوارث فقد انقطع خيار الميِّت.

وأما الحي ففي «التهذيب»: أن خياره لا ينقطع حتى يفارق ذلك المجلس.

وذكر الإمام تفريعاً على هذا القول: أنه يلزم العقد من الجانبين، ويجوز تقدير خلاف فيه لما مر، أن هذا الخيار لا يتبعض في السقوط كما هو في الثبوت<sup>(١)</sup>.

وإن قلنا: يثبت الخيار للوارث، فإن كان حاضراً في المجلس امتد الخيار بينه وبين العاقد الآخر، حتى يتفرقا أو يتخايرا.

وإن كان غائباً فله الخيار، إذا وصل الخبر إليه، ثم هو على الفور أو يمتد امتداد مجلس بلوغ الخبر إليه، فيه وجهان:

وجه الأول: أن المجلس قد انقضى، وإنما أثبتنا له الخيار كيلا يعطل حقاً كان للمورث.

وجه الثاني: أن الوارث خليفة المورث فليثبت له مثل ما ثبت للمورث، وهذان

(١) قال النووي: [قول صاحب «التهذيب» أصح، وفيه وجه ثالث حكاه القاضي حسين: يمتد حتى يجتمع هو والوارث. ورابع حكاه الروياني: أنه ينقطع خياره بموت صاحبه. فإذا بلغ الخبر الوارث، حدث لهذا الخيار معه] ينظر الروضة (١٠٢/٣).



الْوَجْهَانِ كَالْوَجْهَيْنِ فِي خِيَارِ الشَّرْطِ إِذَا وَرَثَهُ الْوَارِثُ، وَكَانَ بَلُوغُ الْخَبْرِ إِلَيْهِ بَعْدَ انْقِضَاءِ مَدَّةِ الْخِيَارِ، فَفِي وَجْهِهُ هُوَ عَلَى الْفَوْرِ، وَفِي وَجْهِهِ: يَدُومُ مِثْلَ مَا كَانَ يَدُومُ لِلْمُورِثِ لَوْ لَمْ يَمُتْ.

هذا ترتيب الأكثرين، وبنى بآثون ثبوت الخيار للوارث على وَجْهَيْنِ نَقْلُوهُمَا فِي كَيْفِيَةِ ثُبُوتِهِ لِلْعَاقِدِ الْبَاقِي:

أحدهما: أَنَّ لَهُ الْخِيَارَ مَا دَامَ فِي مَجْلِسِ الْعَقْدِ، فَإِذَا فَارَقَهُ بَطَلَ، فَعَلَى هَذَا يَكُونُ خِيَارَ الْوَارِثِ فِي الْمَجْلِسِ الَّذِي يَشَاهِدُ فِيهِ الْمَبِيعَ لِتَأْمَلُ وَيَخْتَارُ مَا فِيهِ الْحَظُّ.

وَالثَّانِي: أَنَّ خِيَارَهُ يَتَأَخَّرُ إِلَى أَنْ يَجْتَمَعَ مَعَ الْوَارِثِ فِي مَجْلِسٍ وَاحِدٍ، فَعَلَى هَذَا حَيْثُذُ يَثْبُتُ الْخِيَارُ لِلْوَارِثِ<sup>(١)</sup>.

فِرْع: إِذَا وَرَثَهُ اثْنَانِ فَصَاعِدًا، وَكَانُوا حَاضِرًا فِي مَجْلِسِ الْعَقْدِ، فَلَهُمُ الْخِيَارُ إِلَى أَنْ يَفَارِقُوا الْعَاقِدَ الْآخَرَ، وَلَا يَنْقَطِعُ الْخِيَارُ بِمَفَارَقَةِ بَعْضِهِمْ عَلَى الْأَصَحِّ.

وَإِنْ كَانُوا غَائِبِينَ عَنِ الْمَجْلِسِ، فَفِي «التتمة»: أَنَا إِنْ قَلْنَا فِي الْوَارِثِ الْوَاحِدِ: يَثْبُتُ الْخِيَارُ فِي مَجْلِسِ مَشَاهِدَةِ الْمَبِيعِ، فَلَهُمُ الْخِيَارُ إِذَا اجْتَمَعُوا فِي مَجْلِسٍ وَاحِدٍ.

وَإِنْ قَلْنَا لَهُ الْخِيَارُ إِذَا اجْتَمَعَ مَعَ الْعَاقِدِ، فَكَذَلِكَ لَهُمُ الْخِيَارُ إِذَا اجْتَمَعُوا مَعَهُ، وَمَتَى فَسَخَ بَعْضُهُمْ وَأَجَازَ بَعْضُهُمْ، فَفِي وَجْهِهِ لَا يَنْفَسَخُ فِي شَيْءٍ.

وَالْأَصَحُّ: أَنَّهُ يَنْفَسَخُ فِي الْكُلِّ كَالْمُورِثِ لَوْ فَسَخَ فِي حَيَاتِهِ فِي الْبَعْضِ، وَأَجَازَ فِي الْبَعْضِ<sup>(٢)</sup>.

المسألة الثانية: إِذَا حَمَلَ أَحَدُ الْمُتَعَاقِدِينَ، وَأَخْرَجَ مِنَ الْمَجْلِسِ مُكْرَهًا، نَظَرَ إِنْ مُنِعَ مِنَ الْفَسْخِ أَيْضًا بِأَنْ سُدَّ فَوْهُ لَمْ يَنْقَطِعْ خِيَارُهُ عَلَى أَظْهَرِ الطَّرِيقَيْنِ<sup>(٣)</sup>، إِذْ لَمْ يَوْجَدْ مِنْهُ مَا يَدُلُّ عَلَى الرُّضَا بِاللِّزُومِ.

(١) [حاصل الخلاف في خيار المجلس للوارث الغائب، أربعة أوجه. منها ثلاثة جمعها القاضي حسين:

أصحها: يمتد الخيار حتى يفارق مجلس الخبر.  
والثاني: حتى يجتمعا. والثالث: على الفور. والرابع: يثبت له الخيار إذا أبصر المبيع، ولا يتأخر]. ينظر الروضة (٣/١٠٢).

(٢) سواء فسخ بعضهم في نصيبه فقط أو في الجميع.

(٣) قال الأذرعى: إطلافاً يعني الروضة والشرح يقتضي أنه لا فرق بين أن يكون عقد ربا أو غيره وسبق في باب الربا عن الصيمري أنه لا فرق بين المكره وغيره وتكلفا عليه، فإن صح فلعله لضيق باب الربا أو إن القبض شرط فلم يختلف حكمه بالنسبة إلى المكره.

والثاني: أن في انقطاعه وجهان كالقولين في صورة الموت، وهنا أولى ببقاء الخيار؛ لأن إبطال حقه قهراً مع بقاءه بعيد، فإن لم يُمنع من الفسخ فطريقان على العكس: أظهرهما: أنه في انقطاع الخيار وجهين:

أحدهما: وبه قال أبو إسحاق: ينقطع، لأن سُكُوته عن الفسخ مع القدرة رضا بالإمضاء. وأصحهما: أنه لا ينقطع؛ لأنه مكره في المفارقة وكأنه لا مفارقة، والسكوت عن الفسخ لا يبطل الخيار كما في المجلس.

الثاني: القطع بالانقطاع، وهو اختيار الصيّدلاني، فإن قلنا: ينقطع خياره، انقطع خيار الماكث أيضاً، وإلا فله التصرف بالفسخ والإجازة إذا وجد التمكّن، وهل هو على الفور؟ فيه ما سبق من الخلاف. فإن قلنا: لا، وكان مستقراً حين زايله الإكراه في مجلس ابتداء الخيار امتد الخيار امتداد ذلك المجلس، وإن كان مازاً فإذا فارق في مروره مكان التمكّن، انقطع خياره وليس عليه الانقلاّب إلى مجلس العقد ليجتمع مع العاقد الآخر إن طال الزمان، وإن لم يطل ففيه احتمال عند الإمام.

وإذا لم يبطل خيار المُخْرَج لم يبطل خيار الماكث أيضاً، إن منع من الخروج معه، وإن لم يمنع بطل في أصح الوجهين. . ولو ضربا حتى تفرقا بأنفسهما، ففي انقطاع الخيار قولان كما في حث المكره.

ولو هرب أحدهما لم يتبعه الآخر مع التمكّن بطل خيارهما، وإن لم يتمكّن من متابعتها، ففي «التهذيب»: أنه يبطل خيار الهارب دون الآخر<sup>(١)</sup>.

المسألة الثالثة: إذا جُن أحد المتعاقدين أو أغمي عليه لم ينقطع الخيار، لكن يقوم وليّه أو الحاكم مقامه، فيفعل ما فيه الحظّ من الفسخ والإجازة.

وفيه وجه مخرج من الموت، أنه ينقطع، وعلى المذهب: لو فارق المجنون مجلس العقد. قال الإمام: يجوز أن يقال: لا ينقطع الخيار؛ لأن التصرف انقلب إلى القوام عليه، ويعارضه أنه لو كان كذلك لكان الجنون كالموت.

ولو خرس أحد المتعاقدين في المجلس، فإن كانت له إشارة مفهومة أو كتابة، فهو على خياره، وإلا نصب الحاكم نائباً عنه.

وقوله: «في مسألة الموت»: فيه قولان يجوز إعلامه بالواو، للطريقين الآخرين.

(١) [أطلق الفوراني، والمتولي، وصاحب «العدة» و«البيان» وغيرهم: أنه يبطل خيارهم بلا تفصيل، وهو الأصح، لأنه تمكّن من الفسخ بالقول، ولأن الهارب فارق مختاراً، بخلاف المكره، فإنه لا فعل له] ينظر الروضة (٣/ ١٠٣ - ١٠٤).

وقوله: «كخيار الشرط» معلّم - بالحاء والألف - لأن عند أبي حنيفة وأحمد خيار الشرط غير موروث، وبالواو أيضاً؛ لأن عن صاحب «التقريب»: أن بعض أئمتنا خرج قولاً من خيار المجلس في خيار الشرط: أنه لا يورث.

وقوله: «ويثبت عند جنون أحد المتعاقدين»، معلّم بالواو لما مر.

قال الغزالي: وَلَوْ تَنَازَعَا فِي جَرَيَانِ التَّفْرِقِ، فَلأَصْلُ عَدَمُهُ، وَمَنْ يَدْعِيهِ يُطَالَبُ بِالْبَيِّنَةِ، وَلَوْ تَنَازَعَا فِي الْفَسْخِ بَعْدَ الْإِتِّفَاقِ عَلَى التَّفْرِقِ، فَلأَصْلُ عَدَمِ الْفَسْخِ (و).

قال الرافعي: في الفصل صورتان هيئتتا الخطب.

إحدهما: لو جاء الْمُتَعَاقِدَانِ معاً، فقال أحدهما: تفرقتا بعد البيع، وأنه قد لزم، وأنكر الثاني التفرق وأراد الفسخ، فالقول قول الثاني مع يمينه؛ لأن الأصل دوام الاجتماع، وعلى من يدعي خلافه البيينة<sup>(١)</sup>.

ولك أن تقول: هذا بين إن قصرت المدة، ولكنها إن طالت فدوام الاجتماع خلاف الظاهر، وإن كان على وفاق الأصل، فلا يبعد تخريجه على الخلاف المشهور في تعارض الأصل والظاهر، والأصحاب لم يفرقوا بين الحالين.

الثانية: اتفقا على التفرق، وقال أحدهما: فسخت قبله وأنكر الآخر، فالقول قول الآخر مع يمينه؛ لأن الأصل عدم الفسخ، وعلى المدعي البيينة، هذا هو الظاهر، وبه أجاب في الكتاب.

وعن صاحب «التقريب»: أن القول قول من يدعي الفسخ؛ لأنه أعرف بتصرفه. ولو اتفقا على عدم التفرق وتنازعا هكذا.

ففي «التهذيب»: أن دعوى مدعي الفسخ فسخ.

قال الغزالي: السَّبَبُ الثَّانِي: الشَّرْطُ قَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ لِحِبَّانَ بْنِ مُنْقِذٍ وَكَانَ يُخَدَعُ فِي الْبَيْعِ: إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْ لَا خِلَابَةَ، وَأَشْتَرِاطُ الْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، وَلَا يَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَيْهِ (م)، وَلَا التَّقْدِيرُ بِمُدَّةٍ مَجْهُولَةٍ، وَلَا الْإِبْهَامُ فِي أَحَدِ الْعَبْدَيْنِ.

قال الرافعي: الأصل في خيار الشرط الإجماع، وما روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أَنَّ رَجُلًا ذَكَرَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ يُخَدَعُ فِي الْبَيْعِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ «إِذَا

(١) [قال الشيخ الإمام السبكي - رحمه الله -: ينبغي أن يقال من سبق بدعوى الفسخ قبل قوله وإن تساوبا أو سبق أحدهما بدعوى التفرق صدق الثاني. قال الأزرعي وعن ابن القطان حكاية أوجه: أحدهما: يصدق من سبق الدعوى] موافقاً لهذا الوجه.

بَايَعَتْ قَقْلَ لَا خِلَابَةَ»<sup>(١)</sup>.

وروي أن ذلك الرجل كان حبان بن منقذ<sup>(٢)</sup> أصابته أمة في رأسه، فكان يخدع في البيع، فقال له النبي ﷺ: «إِذَا بَايَعْتَ، قَقْلُ: لَا خِلَابَةَ، وَجَعَلَ الْخِيَارَ ثَلَاثًا» وفي رواية، «وَجَعَلَ لَهُ بِذَلِكَ الْخِيَارَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ».

وفي رواية «قُلْ: لَا خِلَابَةَ وَلَكَّ الْخِيَارُ ثَلَاثًا»<sup>(٣)</sup>.

وهذه الروايات كلها في كتب الفقه، ولا تلقى في مشهورات كتب الحديث سوى الرواية المقتصرة على قوله: «لَا خِلَابَةَ».

وهذه الكلمة في الشرع عبارة عن اشتراط الخيار ثلاثاً<sup>(٤)</sup>، فإذا أطلقها عالمين

(١) أخرجه البخاري (٢١١٧) ومسلم (١٥٣٣).

(٢) هذا أحد القولين فيه، والأشهر أنه منقذ بن عمرو والد حبان، ذكره البخاري في التاريخ، انظر خلاصة البدر (٦٦/٢).

(٣) انظر الخلاصة (٦٦/٢) التلخيص (٢١/٣).

(٤) وخيار الشرط: هو أن يكون للعاقدين، أو لأحدهما حق فسخ البيع أو إمضائه بسبب اشتراطهما أو أحدهما الخيار. مثاله أن يتبايعا على أن الخيار لهما أو للبائع أو للمشتري. والفقهاء على أنه يشترط فيه في المعقود عليه أن يكون معلوماً، فلو قال: بعتك هذين الثوبين على أن تكون بالخيار في أحدهما، فالبيع فاسد للضرر، لجهالة اللازم منهما بسبب جهالة ما فيه الخيار، وأن يكون معيناً فلا يدخل المسلم فيه لعدم تعيينه؛ لأنه شرع للحاجة، ولا حاجة في المسلم فيه قبل قبضه تستدعي شرعية هذا الخيار لعدم الوقوف عليه. وألا يشترط قبضه في المجلس كالربوي ورأس مال السلم. لاختلاف اللوازم. لأن لازم وجوب القبض في المجلس عدم جواز تأخيره. ولازم خيار الشرط جواز تأخير القبض حتى يتبين له وجه المصلحة. وهذان لازمان متنافيان. وكذلك شرطوا فيه أن يكون من هو له معلوماً، فلو قال: بعتكما هذه السلعة على أن أحكما بالخيار، إن شاء فسخ البيع وإن شاء أمضاه، فالبيع غير صحيح لجهالة من يلزمه البيع منهما وجماهير العلماء وأعيان الفقهاء قائلون بمشروعية خيار الشرط وجوازه في الجملة، ولم تقف على مخالف لهم في هذا إلا ابن حزم وحده. وأما الثوري، وعبد الله بن شبرمة، فادعى ابن رشد أنهما مثل ابن حزم. ولكن النقل عنهما مضطرب فبينما نرى ابن حزم يقول في موضع: «وقال ابن شبرمة وسفيان الثوري لا يجوز البيع إذا شرط فيه الخيار للبائع أولهما. وقال سفيان فاسد بذلك فإن شرط الخيار للمشتري عشرة أيام أو أكثر جاز». نراه يقول في موضع آخر: «وتفريق سفيان، وابن شبرمة من كون الخيار للبائع أو لهما فلم يجيزاه، وبين أن يكون للمشتري وحده، فأجازه سفيان لا معنى له». فالنص الأول دال على عدم مشروعية خيار الشرط للبائع، وحده أو مع المشتري، وأما المشتري وحده فقيه احتمالان:

الاحتمال الأول: أنهما متفقان على جوازه له، وإن اختلفا من حيث المدة التي تضرب له.

والاحتمال الثاني: أن يكون سفيان هو القائل بالجواز وحده بدليل إفراده بالذكر آخرأ. والنص =

= الثاني وإن احتمل هذين التأويلين إلا أنه في الثاني أظهر بخلاف النص الأول؛ فهو في الأول منهما أظهر فهذان نصان متعاكسان في حد ذاتهما، وإن كانا من حيث السياق لا يحتملان إلا المعنى الأول وإلا لما جعلهما ابن حزم من جملة أخصامه. ويقول النووي: «فرع في مذاهب العلماء في شرط الخيار، وهو جائز بالإجماع واختلفوا في ضبطه فمذهبنا أنه يجوز ثلاثة أيام فما دونها، وبه قال أبو حنيفة، وعبد الله بن شبرمة وهذا النقل يؤخذ منه أن ابن شبرمة موافق للجمهور يمكن تلخيص المهم من أدلة ابن حزم من عرض كلامه الذي صال فيه على الفقهاء جميعاً بلسان لاذع وطعن جارح فيما يأتي:

**الدليل الأول:** البيع مع اشتراط الخيار باطل لبطلان هذا الشرط؛ لأنه ليس في كتاب الله ولا في سنة رسوله ﷺ وكل شرط شأنه كذلك فهو باطل بنص قوله - عليه الصلاة والسلام -: «مَا بَالَ أَقْوَامٍ يَشْتَرُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ. مَنْ اشْتَرَطَ شَرْطًا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ، وَإِنْ اشْتَرَطَهُ مِائَةَ مَرَّةٍ، وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ. كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ، كِتَابِ اللَّهِ أَحَقُّ. وَشَرْطُ اللَّهِ أَوْثَقُ» والحديث - وإن لم يتعرض إلا لكتاب الله - إلا أن سنة رسوله مثله؛ لأن الله أمر بطاعته في كتابه فمن أطاعه فكأنما أطاع الله. ويلاحظ هنا أن ابن حزم ينكر أشد إنكار الأدلة التي ساقها الجمهور تأييداً لمشروعية اشتراط الخيار.

**الدليل الثاني:** ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لَا يَفْتَرِقُ بَيْعَانِ إِلَّا عَن تَرَاضٍ» وهذا حديث مرسل كما يعترف ابن حزم نفسه، ولكنه يقول: إن القوم يفتخرون باتباع المرسل، والاحتجاج به، ومع ذلك فقد خالفوا هذا الحديث؛ لأن اشتراط الخيار لا يكون منه الرضا بالبيع، وكل من قال بجواز اشتراطه جوز للعاقد أن يفارق صاحبه مع بقاء الخيار فيكون الاقتراق لا عن تراض.

**الدليل الثالث:** يزعم ابن حزم أنه لا يكون هناك بيع إلا ويعقبه انتقال ملك ولا بد. فيقال لهؤلاء القوم. هل ينتقل الملك في زمن الخيار أم لا ينتقل؟ فإن قالوا: لا. فهو عن قولنا. إن هذا البيع غير صحيح. لأنه لا معنى لصحته إلا استتباع آثاره. وإن قالوا: نعم. فلم الخيار، وقد تم البيع وانتقل الملك؟ وإن قالوا ينعقد في حق من ليس له الخيار ولا ينعقد في حق من له الخيار. قيل لهم هذا تخيلط؛ لأنه لا يكون هناك بيع إلا وهناك بائع ومبتاع وقد اقتصرتم على أحدهما.

**الدليل الرابع:** قياس البيع على النكاح يجامع أن كلاً منهما عقد معاوضة لازم. والنكاح لا يجوز فيه اشتراط الخيار، وهذا أمر مجمع عليه، فكذلك يجب أن يكون البيع. وهذا دليل يورده ابن حزم على الجمهور إلزاماً لأنه غير قائل بالقياس. هذا هو أهم ما يؤخذ من أدلة ابن حزم على إبطاله البيع الذي اشترط فيه الخيار. وله غير هذه الأدلة. آثرنا تركه إما لوضوح بطلانه. وإما لأنه يؤخذ عليه لا له. وهناك أدلة غير هذه أيضاً تذكرها كتب الخلاف ناسية لها إلى من قال بعدم جواز اشتراط الخيار في البيع. نذكرها تمييزاً للبحث وإيفاء لحقه. نلخصها فيما يلي:

أولاً: البيع مع اشتراط الخيار غرر. وقد نهى الرسول - عليه الصلاة والسلام - عن بيع الغرر. أما وجه الغرر فيه؛ فلا أنه لا يدري أيتم البيع أم ينقص؟ ولا متى يتم؟ وهذه جهالة فاحشة لا =

= تحتملها عقود المعاوضات المالية. ولأن البيع مع اشتراط الخيار في قوة المعلق، كأنه قال بعتك هذا الشيء إن أخذت إمضاء البيع، وتعليق البيع يبطله؛ لأنه لا يدري متى ينعقد؟ ولا أينعقد أم لا؟ وهذه مخاطرة بالأموال تشبه القمار.

ثانياً: شرط الخيار مخالف لمقتضى العقد. لأن مقتضاه اللزوم، وشرط الخيار يجعله غير لازم. وكل شرط يخالف مقتضى العقد فهو باطل!!! هذه هي أدلة المانعين لاشتراط الخيار في البيع عرضنا لها عرضاً موجزاً سريعاً. فأما أدلة المجوزين - وهم جماهير العلماء - فإنهم استدلوها بأدلة من السنة والمعقول.

أما أدلتهم من السنة: فتتضمن في أربعة أحاديث:

الحديث الأول: ما رواه عبد الرازق في مصنفه من حديث أبان بن أبي عباس عن أنس - رضي الله عنه -: «أن رجلاً اشترى من رجل بعبيراً واشترط عليه الخيار أربعة أيام. فأبطل رسول الله ﷺ البيع وقال: «الْخِيَارُ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ» وهذا حديث صريح في جواز اشتراط الخيار في البيع، وأنه إلى ثلاثة أيام.

الحديث الثاني: ما روي عن ابن عمر - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: «الْخِيَارُ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ» أخرجه الدارقطني في سننه من طريق أحمد بن عبد الله بن ميسرة.

الحديث الثالث: ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «الْمُتَّيِّعَانِ بِالْخِيَارِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ مَا لَمْ يَفْتَرِقَا لِأَبْيَعِ الْخِيَارِ» حديث صحيح. ووجه الاستدلال به على المطلوب هو أن الرسول - عليه الصلاة والسلام - استثنى من لزوم البيع في حال الافتراق البيع الذي عقد على الخيار. وهذا هو البيع مع اشتراط الخيار.

الحديث الرابع: وهو أعظم ما عول عليه القوم في هذا المقام فما روي أن حبان بن منقذ بن عمرو الأنصاري كان يغبن في البياعات، فقال له النبي ﷺ: «إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْ لَا خَلَاءَةَ، وَلِي الْخِيَارُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ» روي هذا الحديث بهذا اللفظ في كتب كثير من الحنفية كفتح القدير والزليعي والمبسوط. وهذه الرواية أصرح روايات هذا الحديث الذي روي بألفاظ كثيرة، من حيث يريد الفقهاء أن يستدلوا بها على مشروعية خيار الشرط، ولذا آثرنا ذكرها دون غيرها. وجه الاستدلال بهذا الحديث على المطلوب هو أمره - عليه الصلاة والسلام - لحبان أن يشترط الخيار لنفسه، ليدفع عنها الغبن الذي يلحقه من جراء انخداعه في البياعات، إذا ما تبين له ذلك فيما بعد بفسخ البيع واسترداده الثمن إن كان قد دفعة.

وأما المعقول: فهو أن الحاجة قد تدعو إلى هذا النوع من البيوع - أعني البيع مع شرط الخيار - إما لأن العاقد غير خبير بالسوق أو بالسلعة فيحتاج إلى شرط الخيار لنفسه أو لغيره ممن يرى فيه الكفاءة ويثق في ذمته ونصحته ليدفع عن نفسه مغبة الغبن والخديعة. وإما لأنه يريد أن يختبر المبيع حتى يرى ما إذا كان يحقق الغرض الذي ابتاعه من أجله؟. وإما لأنه يريد أن يعرضه على صديق له أو قريب يهيمه أن يكون راضياً عن السلعة. وهكذا من الأغراض الوجيهة التي لا يمكن للعاقد أن يقطع برأي حاكم فيها حين العقد، ويحتاج أن يتروى فيها، ويتثبت غاية التثبت حتى يكون الرضا قائماً على أساس قوي، وركن متين من العلم الصحيح، فيشترط الخيار حتى إذا لم يعجبه فسخ البيع وتخلص من لزمه له. وفي مثل هذا بقول صاحب =

= المبسوط: «إذا كان بعض العقود يجوز للحاجة كالإجارة فجاوز خيار الشرط أولى» ولعل وجه قول صاحب المبسوط هذا هو أن الإجارة كالبيع بل هي في حقيقة الأمر نوع منه؛ لأنها بيع المنفعة، وإن اختلفت بأحكام خاصة والمبيع في البيع يشترط فيه أن يكون مقدور التسليم. والمنفعة في الإجارة ليست كذلك؛ لأنها معدومة في الحال فهي غير مقدورة التسليم، وحتى هي في المستقبل لا توجد إلا شيئاً فشيئاً. ولكنها مع هذا جوزت للحاجة الداعية إليها؛ لأنه ليس كل واحد قادراً على تملك العين فلو لم تجز لتعطلت منافع الناس وشق عليهم هذا الأمر. فإذا كان بعض العقود التي هي الأصل يجوز للحاجة فأولى أن يجوز شرط الخيار للحاجة؛ لأنه وصف للعقد يمنع من لزومه والوصف كالفرع. وأنه يتسامح في الفروع ما لا يتسامح في الأصول. هذا وقد أغرب بعض العلماء على ما لهم من تجلّة واحترام فقال بأن شرط الخيار أمر مجمع على جوازه حتى جعله النووي أقوى ما يستدل به في هذا المقام. ويرد على ابن حزم من حيث الدليل الأول القائل. شرط الخيار شرط ليس في كتاب الله، وكل شرط كذلك فهو باطل. بأن المراد ليس في كتاب الله ما يخالفه بدليل قوله فيما بعد: «قضاء الله أحق وشرط الله أوثق» فإن أبيت ذلك وحملت الكلام على ظاهره فلا نسلم لك أن هذا الشرط ليس في كتاب الله. كيف وهو في سنة رسول الله ﷺ وسنة رسوله ككتابه باعترافك أنت؟ فإن زعمت أنها لا تثبت مشروعية خيار الشرط لضعف بعضها، ولعدم دلالة البعض الآخر قلنا لك، إذا فقد انتقل النزاع بيننا وبينك إلى الأحاديث هل تدل أو لا تدل؟ فإن رأيت أنت أنها لا تدل فنحن نرى أنها تدل. فدع هذا الدليل بمعزل وخصه معنا في هذه الأحاديث. سلمنا لك أن هذه الأحاديث لا تدل على مشروعية خيار الشرط، فماذا تريد بقولك شرط الخيار شرط ليس في كتاب الله؟ أتعني ليس فيه بخصوصه أم ليس فيه بعمومه؟ إن عنيت الأول. قلنا لك نعم. فكان ماذا؟ أتزعم وكل شرط ليس في كتاب الله بخصوصه فهو باطل؟ فمن أين لك هذا؟ والحديث نفسه لا يدل على ما ذكرت فهذه دعوى عريضة تحتاج إلى البرهان، ولن تجد إليه سبيلاً. وإن عنيت الثاني. قلنا لك: لا. لأنه في كتاب الله بهذا المعنى يقول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ والبيع مع اشتراط الخيار عقد يجب الوفاء به ولكن في حدود الشرط أي أنه يجب على من لا خيار له من العاقدين أن يوفر على العاقد الآخر حقه الذي اكتسبه بشرط الخيار؛ لأن هذا الشرط يعتبر كذلك عقداً إذ لا بد فيه من تراضي الطرفين عليه كالعقود. ويقول الرسول ﷺ: «المُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطاً أَحَلَّ حَرَاماً أَوْ حَرَّمَ حَلَالاً» وشرط الخيار لم يحل حراماً، ولم يحرم حلالاً، فيكون واجب الوفاء، ولا يكون كذلك إلا إذا كان صحيحاً معتبراً شرعاً. ومن حيث الدليل الثاني «لا يفترق بيعان إلا عن تراض» قولك فيه النهي عن بقاء الخيار بعد التفرق مسلم، والمراد به خيار المجلس، فإن زعمت أن الحديث عام، قلنا هو مخصوص بأحاديث خيار الشرط جمعاً بين الأدلة. ومن حيث الدليل الثالث القائل: لا يكون بيع إلا ويكون معه نقل ملك ولا بد الخ. نقول له: نختر أن الملك لا ينتقل ولا يلزمه عدم صحة البيع كما تزعم، بل يكون العقد صحيحاً، ويتأخر الملك لوجود المانع، وهو خيار الشرط ومن المعلوم أن المانع لا يبطل المقتضى، ولا يسلبه سببته بدليل أنه إذا زال عمل المقتضى عمله. أو نختر أنه ينتقل وقولك لا فائدة إذا من الخيار غير =

= صحيح. بل هنا الفائدة محققة؛ لأن الملك وإن انتقل به عندنا فإنه ينتقل لا على سبيل اللزوم بل على الجواز. فتكون فائدة الخيار حينئذ هي جواز فسخ البيع إن لم يوافق رغبة العاقد، وهي فائدة جليلة. والذي ليس الأمر عليك ظنك أن الملك إذا انتقل انتقل على اللزوم وفي هذا ننازعك. ومن حيث الدليل الرابع قياس البيع على النكاح فهو قياس مع الفارق من جملة وجوه:

- ١ - النكاح لا يحتمل الإقالة بخلاف البيع.
- ٢ - لا يقدم المرء على النكاح في الغالب إلا بعد استشارة ومعرفة بمن ستعاشره بخلاف البيع.
- ٣ - النكاح مبناه على المكارمة، وأما البيع فمبناه على المكايسة.
- ٤ - ثبوت الخيار في النكاح يجعل المرأة أو الرجل بمتزلة السلعة التي هي محل للأخذ والرد وتبادل الأيدي، وهذا يحط من كرامة الإنسان وشرفه، وكل فارق من هذه الفروق يكفي لدفع قياس البيع على النكاح فما بالك لو اجتمعت كلها وتضافرت جميعها. هذا ما يرد على أدلة ابن حزم. ويرد على أدلة كتب الخلاف أن تنسبها للمانعين أيضاً.

من حيث الدليل الأول: القائل بأن البيع مع شرط الخيار فيه غرر وقد نهى عن بيع الغرر. بأن الذي نهى عن بيع الغرر هو الذي أجاز البيع مع شرط الخيار، فلو فرض فيه غرر لكان غير داخل في النهي عن بيع الغرر بل مستثنى منه جمعاً بين الأدلة، على أن الغرر الذي فيه ليس إلا من جهة عدم العلم بإمضاء العقد أو فسخه، وهذا غرر يسير لا يوجب نزاعاً أو ضرراً؛ لأنه مضروب له مدة معلومة بتراضيهما، فكل واحد منهما يبني أمره على أسوأ الفروض. على أن خيار المجلس فيه نفس هذا الغرر، ومع هذا فلم يمنع من صحة البيع. وليس عقد البيع في خيار الشرط معلقاً، وإنما المعلق هو الحكم بتأخيره إلى أن يجيز العاقد، وهذا هو نفس مقتضى اللفظ. لأن قول البائع أو المشتري بعث أو اشترت على أي بالخيار إنما هو لتعليق ما بعد «على» على ما قبلها كقولك: آتيك على أن تأتيني، المعلق إتيان المخاطب على إتيان المتكلم، وهذا بخلاف: آتيك إن أتيتني، فإنه بالعكس فبطل قياس الأول على الثاني. وحيث صار التعليق في الحكم أصبح الغرر فيه من جهة عدم العلم بإمضاء العقد أو فسخه.

ومن حيث الدليل الثاني؛ القائل مقتضى البيع اللزوم وشرط الخيار مخالف له. بأن النص قد ورد بجواز اشتراط الخيار في البيع، وهو مقدم على المقتضى بالضرورة. ولنا أن نقول. إن زعمتم أيها المانعون أن اللزوم مقتضى عقد البيع مطلقاً منعنا ذلك، وقلنا هذا محل النزاع بيننا وبينكم، وإن زعمتم أنه مقتضاه إذا لم يقيد بشرط الخيار، فكذا إذا قيد به منعنا هذا القياس، لأن اللزوم كان مقتضى العقد عند عدم التقييد بالشرط لدلالة العقد حينئذ على تمام الرضا. وهذا بخلاف العقد مع التقييد بشرط الخيار لا يدل على تمام الرضا. وعلى هذا فيكون العقد الدال على تمام الرضا هو المقتضى للزوم وهو غير موجود في العقد مع اشتراط الخيار.

ثانياً أدلة المجوزين: والآن وقد فرغنا من مناقشة أدلة المانعين لخيار الشرط، فلنأخذ في مناقشة أدلة المجوزين له وهم جماهير العلماء كما سبقت الإشارة إليه فيرد عليهم من حيث الحديث الأول والثاني بأنهما ضعيفان لا يهضمان حجة على المطلوب فالأول منهما من رواية أبان بن أبي عباس وهو مجمع على عدم الاحتجاج بحديثه، والثاني منهما في طريقه أحمد بن عبد الله =



= بن ميسرة وقد ضعفه الدارقطني. وقال ابن حبان. لا يحل الاحتجاج به. ولذا فأغلب العلماء على عدم الاعتداد بهما في أدلة خيار الشرط.

ومن حيث الحديث الثالث: «الْمُتَبَايَعَانِ بِالْخِيَارِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ مَا لَمْ يَفْتَرِقَا إِلَّا بَيْعَ الْخِيَارِ» فهو إنما يدل للجمهور لو كان قوله ﷺ: «إِلَّا يَبِيعُ الْخِيَارِ» مستثنى من لزوم البيع في حال التفرق، كما ذهب إلى هذا فريق منهم. أما إذا كان مستثنى من ثبوت الخيار للمتبايعين مدة عدم افتراقهما عن مجلس العقد، فهو بعيد كل البعد عن الاحتجاج به لهذا المذهب. إذ يكون معنى الحديث على هذا أن الخيار الثابت بالعقد ينتهي بأحد الشئتين؛ إما بالتفرق عن مجلس البيع؛ وإما باختيار البيع في أثناء قيام المجلس المذكور. والحديث كما يحتمل الوجه الذي ذكره يحتمل هذا الوجه أيضاً، وكان يكفي هذا في عدم صلاحية الحديث للاحتجاج به على مشروعية خيار الشرط. فكيف والتأويل الذي ذكرناه هو الموافق لأحاديث أخر في معناه نذكر منها هذا الحديث: «الْمُتَبَايَعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَفْتَرِقَا أَوْ يَقُولَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ: اخْتَرْ» وربما قال: «أَوْ يَكُونُ بَيْعَ الْخِيَارِ» فقد بينت هذه الرواية أن المراد بقوله: «بَيْعَ الْخِيَارِ» هو أن يقول أحدهما لصاحبه اختر، لا سيما وجميع روايات هذا الحديث الصحيحة قد وردت من طريق ابن عمر - رضي الله عنه -.

ومن حيث الحديث الرابع: وهو قوله - عليه الصلاة والسلام - لحبان بن منقذ: «إِذَا بَايَعْتَ قَعْلٌ لَأَخْلَابَةَ وَلِيَّ الْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ»، فقد ورد هذا الحديث بروايات كثيرة، نكتفي منها بذكر أربع روايات تجمع شتيها:

١ - عن ابن عمر - رضي الله عنه - قال: ذكر رجل لرسول الله ﷺ أنه يخدم في البيوع فقال: «مَنْ بَايَعْتَ قَعْلٌ لَأَخْلَابَةَ» متفق عليه.

٢ - وعنه أيضاً. أن منقذاً سفع في رأسه في الجاهلية مأمومة، فخبلت لسانه، فكان إذا بايع يخدم في البيع. فقال له رسول الله ﷺ: «بَايِعْ، وَقُلْ لَأَخْلَابَةَ، ثُمَّ أَنْتَ بِالْخِيَارِ ثَلَاثًا» رواه الحميدي في مسنده من طريق سفيان عن محمد بن إسحاق عن نافع.

٣ - ما روي أن رسول الله ﷺ قال لحبان بن منقذ، أو لأبيه منقذ بن عمرو الأنصاري على اختلاف في ذلك: «إِذَا بَايَعْتَ قَعْلٌ لَأَخْلَابَةَ، وَلَكَ الْخِيَارُ ثَلَاثًا».

٤ - ما روي أن حبان بن منقذ بن عمرو الأنصاري - رضي الله عنه - كان يغيب في البياعات، فقال له النبي ﷺ: «إِذَا بَايَعْتَ قَعْلٌ لَأَخْلَابَةَ، وَلِيَّ الْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ» وهي الرواية التي اقتصرنا عليها فيما مضى، أما الروايتان الأولى والثانية. فتاقتان في كتب الحديث، وأما الثالثة فتوجد في بعض كتب المالكية كالمقدمات لابن رشد، والبداية لابن رشد الحفيد، وأما الرابعة فتوجد في كتب الحنفية.

أما الرواية الأولى: من الروايات الأربع - وهي أصح روايات هذا الحديث - فليس فيها ذكر للخيار، ولا لمدته صراحة. ولكن يفهم منها بطريق الفحوى والسياق ثبوت الخيار لدفع الغبن عند اشتراط عدم الخلافة في البيع، وإلا لم يكن لهذا الشرط فائدة. وهي لهذا بعيدة كل البعد عن أن يحتج بها لثبوت خيار الشرط في البيع الذي لا سبب له غير الشرط. ولهذا يقول الكمال في فتح القدير: «والعجب ممن قال: الأصل في جواز شرط الخيار - ثم ذكر هذا =

= الحديث ثم قال: وهو لا يمس المطلوب».

وأما الرواية الثانية: فهي - وإن ذكر فيها الخيار ومدته - فقد ذكرا لا على سبيل الشرط وإنما لبيان مدة الخيار الذي استفيد من قوله - عليه الصلاة والسلام -: «إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْ لَا خُلَابَةَ» فتكون مدة هذا الخيار خيار الغبن مقدرة شرعاً بثلاثة أيام وبهذا تكون هذه الرواية بمنأى عن إثبات شرط الخيار كالأولى لأنها بيان لها.

وأما الرواية الثالثة: فيحتمل أن يكون - ولك الخيار ثلاثاً - جملة مستأنفة ذكرت لبيان مدة خيار الغبن شرعاً، فتكون كالرواية الثانية من حيث المعنى، وهذا هو المتبادر ويحتمل أن يكون عطفاً على: «لَا خُلَابَةَ» فيكون مأموراً بهذين القولين أعني أنه يجب عليه - ليكون له حق فسخ البيع - أن يشترط عدم الخلاية، وأنه بالخيار ثلاثة أيام - وهذه الرواية تدل على المطلوب من هذا الوجه بتعسف. ولكن لما كان التأويل الأول هو الموافق للرواية الثانية الصريحة فيه، وجب أن يكون هو المتعين. لا سيما والحديث بجميع رواياته قيل في واقعة واحدة.

وأما الرواية الرابعة: فصريحة في اشتراط الخيار ومدته ولكن هذه الرواية لم تذكر في كتب الحديث، ولذلك يقول الشوكاني: «قال ابن الصلاح. وأما رواية الاشتراط فمنكرة لا أصل لها» ويمثل هذا قال النووي في المجموع ناسباً هذه الرواية إلى الوسيط وبعض كتب الفقه وإذ ظهر أمر هذه الرواية من الضعف والتهافت أصبحنا في حل من إهدارها وعدم التعويل عليها. ثم هي - على فرض التسليم بصحتها جداً - لا تدل على جواز شرط الخيار في البيع إلا إذا تقدمه شرط عدم الخلاية أيضاً؛ لأنه مأمور بالقولين معاً. وبناء عليه. إذا ظهر له غبن رد وإلا فلا. مع أن شرط الخيار الذي قال بجوازه الجمهور لا يشترط فيه تقدم شرط عدم الخلاية. وله مع ذلك. الرد، ولو لم يكن هناك غبن نعم قد يمكن أن يقال: إن شرط عدم الخلاية إنما هو تصريح بحكمة مشروعية اشتراط الخيار. ومن المعلوم المقرر أن الحكمة لا يلزم طردها في جميع أفراد موضوعها، وإذا فيصح شرط الخيار بدون لا خلاية مثلاً. وله أن يرد المبيع ولو لم يكن هناك غبن لما بينا أن الحكمة لا يلزم طردها ولكن مثل هذا اعتساف للكلام، وخروج به عن مواضعه فضلاً عن أنه مبني على رواية ضعيفة لا أصل لها. ولكن من أين أخذ الفقهاء هذه الرواية، وأمرها ما ذكرنا لعلهم أخذوها من الرواية الثالثة من الروايات الأربع التي ذكرنا مؤولين لها التأويل الثاني الذي شرحناه إذ هو موافق لهذه الرواية في المعنى. هذا وأما الكلام على سند هذا الحديث - بجميع رواياته التي صرح فيها بالخيار ومدته -، وأنه من رواية رجل مدلس -، أو أن هذا الحديث خاص بذلك الرجل الذي قيل في شأنه -، فترى أن له موضعاً هو به أليق، وهو خيار الغبن.

وأما المعقول: هذا ما يرد على الجمهور من حيث الأحاديث التي أيدوا بها مذهبهم. وأما المعقول الذي ذكروه لتبرير جواز شرط الخيار - وهو أن الحاجة قد تدعو إليه - فيكفي في دفعه أنه شرط يخالف مقتضى العقد كما يدعون، وما هذا شأنه يجب رده لا اعتباره. وقياسه على الإجارة لا يصح، لأنه قد ورد النص بجوازها. فإن قيل وقد ورد النص بجواز شرط الخيار. قلنا أين هو وقد رأيت مبلغ ما ذكرتم؟ على أن هذا يطرح المعقول جانباً ويجعل الكلام داتراً حول النصوص فحسب!!! اه كلام شيخنا الشيخ مندور.

بمعناها كان كالتصريح بالاشتراط، وإن كانا جاهلين لم يثبت الخيار، وإن علم البائع دون المشتري، ففيه وجهان عن ابن القَطَّان:

أحدهما: لا يثبت لعدم التراضي.

والثاني<sup>(١)</sup> يثبت لظاهر قوله: «قُلْ لَا خِلَابَةَ، وَلَكِ الْخِيَارُ ثَلَاثًا».

وأما اللفظة المروية في الكتاب، وهي قوله: «وَلِيَّ الْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ»، فلا تكاد توجد في كتب الحديث ولا الفقه، نعم في شرح «مختصر الجويني» للموفق بن طاهر «قُلْ: لَا خِلَابَةَ وَأَشْتَرِطُ الْخِيَارَ ثَلَاثًا»، وهما متقاربان.

إذا عرفت ذلك ففي الفصل ثلاث صور:

إحداها: لا يجوز شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام ولو زاء. فسد العقد؛ لأن الخيار غرر، فلا يزداد على ما ورد به الخبر.

وقال مالك: تجوز الزيادة بحسب الحاجة حتى لو اشترى صَبِغَةً يحتاج النَّظْرَ فيها إلى شهر فصاعداً يجوز شرطه.

وعن أحمد: تجوز الزيادة من غير تحديد، ويجوز شرط ما دون الثلاث بطريق الأَوْلَى، لكن لو كان المبيع مِمَّا يتسارع إليه الفَسَادُ فيبطل البيع أو يصح، ويباع عند الإِشْرَافِ على الفساد، ويقام ثمنه مقامه.

حكى «يحيى اليمن» عن بعض من لقيه فيه وجهين<sup>(٢)</sup>.

وقال مالك: إن كان المبيع مِمَّا يعرف حاله بالنُّظْرِ ساعة أو يوماً لم تجز الزيادة، ويشترط أن تكون المدة مُتَّصِلَةٌ بالعقد حتى لو شرطاً خيار ثلاثة، فما دونها من آخر الشهر أو متى شاء، أو شرطاً خيار الغد دون اليوم فسد العقد؛ لأنه إذا تراخت المدة عن العقد لزم، وإذا لزم لم يعد جائزاً، ولهذا لو شرطاً خيار الثلاثة ثم أسقط اليوم الأول، سقط الكل.

الثانية: لا يجوز شرط الخيار مطلقاً، ولا تقديره بمدة مجهولة، ويفسد العقد به خلافاً لمالك، حيث قال: يصح، ويحمل على ما تقتضيه العادة فيه، لنا القياس على الأجل.

ولو شرطاً الخيار إلى وقت طلوع الشمس من الغد جاز، ولو قالوا: إلى طلوعها.

(١) زيادة منكرة، ينظر التلخيص والخلاصة.

(٢) أصحهما الأول الروضة (١٠٥/٣).

فعن الزبيري: أنه لا يجوز؛ لأن السماء قد تكون متغيمة فلا تطلع وهذا بعيد، فإن التَّغيم إنما يمنع من الإشراق وأتصال الشعاع لا من الطلوع، وفي الغروب لا فرق بين أن يقول: إلى الغروب، أو إلى وقت الغروب بالاتفاق<sup>(١)</sup>.

ولو تبايعا نهراً بشرط الخيار إلى الليل أو بالعكس لم يدخل فيه الليل والنهار، كما لو باع شيئاً إلى رمضان لا يدخل رمضان في الأجل.  
وقال أبو حنيفة: يدخل الليل والنهار.

**الثالثة:** لو باع عبيد بشرط الخيار في أحدهما لا على التعيين فسد العقد، كما لو باع أحدهما لا على التعيين. وقال أبو حنيفة - رحمه الله - يجوز في العبدین والثوبين والثلاثة، ولا يجوز في الأربعة وما زاد، كما قال في البيع، ولو شرطاً الخيار في أحدهما على التعيين، ففيه قولاً الجمع بين مختلفي الحكم، وكذا لو شرطاً في أحدهما خيار يوم، وفي الآخر خيار يومين، فإن صححنا البيع ثبت الخيار فيما شرط، وكما لو شرط فيهما ثم أراد الفسخ في أحدهما، فعلى قولي تفريق الصفقة في الرد بالعيب.

ولو اشترى اثنان شيئاً من واحداً صفقة واحدة بشرط الخيار، فأحدهما الفسخ في نصيبه، كما في الرد بالعيب، ولو شرط لأحدهما الخيار دون الآخر، ففي صحة البيع قولان: الأصح: الصحة.

**فرع:** ابتاع على شرط أنه إن لم يتقده الثمن إلى ثلاثة أيام، فلا بيع بينهما، أو باع على شرط أنه إن رد الثمن في ثلاثة أيام فلا بيع بينهما فهذا شرط فاسد، كما إذا تبايعا على شرط أنه إن قدم زيد اليوم فلا بيع بينهما.

وعن أبي إسحاق: أنه يصح العقد، والمذكور في الصورة الأولى شرط الخيار للمشتري، وفي الثانية شرطه للبائع - والله أعلم -.

قال الغزالي: وَأَوَّلُ مُدَّتِهِ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ مِنْ وَقْتِ الْعَقْدِ لَا مِنْ وَقْتِ التَّفَرُّقِ عَلَى الْأَصَحِّ، وَلَا يَتَوَقَّفُ الْفَسْخُ بِهِ عَلَى حُضُورِ (ح) الْخَضْمِ وَقَضَاءِ الْقَاضِي (ح).

قال الرافعي: إذا تبايعا بشرط الخيار ثلاثة فما دونها، فابتداء المدة من وقت العقد أو التفرق فيه وجهان:

**أصحهما:** من وقت العقد، وبه قال ابن الحداد لأن ثبوته بالشرط، والشرط وجد في العقد.

(١) قال النووي الأصح خلاف قول الزبيري الروضة (٣/١٠٥).

والثاني: من وقت التفرق أو التّخاير، ونقل الإمام عن صرّ إليه تعليين:

أحدهما: أن الخيارين متماثلان، المثلان لا يجتمعان.

والثاني: أن الظاهر، أن الشارط يبغى بالشّرط إثبات ما لولا الشرط لما ثبت، وخيار المجلس ثابت وإن لم يوجد الشّرط فيكون المقصود ما بعده.

ولك أن تقول: أما الأول فليس الخيار إلا واحداً، لكن له جهتان: المجلس والشرط، وذلك لا بعد فيه، كما أنه قد يثبت الخيارُ بجهة الخلف والعيب معه.

وأما الثاني: فتنزيل الشرط على ما ذكره يورث الجهالة؛ لأن وقت التفرق مجهول.

والوجهان على ما روى الشيخ أبو علي وغيره مطردان في الأجل لكن بالترتيب، إن جعلنا الخيار من وقت العقد فالأجل أولى، وإلا فوجهان، والفرق أن الأجل لا يثبت إلا بالشّرط، فالنظر فيه إلى وقت الشّرط، والخيار قد يثبت من غير شرط، فمقصود الشّرط إثبات ما لولاه لما ثبت، وأيضاً فإن الأجل وإن شارك الخيار في منع المطالبة بالثمن لكنه يخالفه من وجوه، واجتماع المختلفين غير مستنكر.

التفريع: إن قلنا بالأول، فإذا انقضت المدة وهما مصطحبان بعد، انقطع خيار الشّرط، وبقي خيار المجلس، وإن تفرّقا والمدة باقية فالحكم بالعكس، ولو أسقطا أحد الخيارين لم يسقط الآخر، ولو قالوا: ألزمتنا العقد وأسقطنا الخيار مطلقاً سقطا، ولو شرط الاحتساب من وقت التفرق بطل الشرط والعقد؛ لأنه مجهول.

وعن رواية صاحب «التقريب» وجه: أنهما صحيحان.

وإن قلنا بالوجه الثاني، فإذا تفرقا انقطع خيار المجلس، واستؤنف خيار الشّرط، ولو أسقطا الخيار قبل التفرق بطل خيار المجلس، ولا يبطل الآخر في أصح الوجهين؛ لأنه غير ثابت بعد، ولو شرط الاحتساب من وقت العقد فوجهان:

أصحهما: صحّة العقد والشّرط، وبناهما الإمام على التعليين السابقين، إن عللنا باجتماع الخيارين بطلا، وإلا صحا؛ لأن التصريح بالاحتساب من العقد يبين أنه ما أراد بالشرط ما بعد التفرق، ولو شرط الخيار بعد العقد وقبل التفرق، وقلنا بشبوته فالحكم على الوجه الثاني لا يختلف.

وعلى الأول فالاحتساب من وقت الشرط لا من وقت العقد ولا من وقت التفرق، هذا شرح إحدى مسألتني الفصل.

والثانية: لمن له خيار الشّرط من المتعاقدين فسخ العقد حضر صاحبه أو غاب، وبه قال مالك وأحمد.

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - ليس له الفسخ إلا بحضور صاحبه .

لنا: أنه أحد طرفي الخيار فلا يتوقف على حضور المتعاقدين كالإجازة، وأيضاً فإنه إذا لم يفتقر في رفع العقد إلى صاحبه، وجب أن لا يفتقر إلى حضوره، كما لو طلق زوجته ولا يفتقر نفوذ هذا الفسخ إلى الحاكم، لأنه فسخ متفق على ثبوته بخلاف الفسخ بالعتة فإنه مختلف فيه - والله أعلم - .

قال الغزالي: وَيَثْبُتُ خِيَارُ الشَّرْطِ فِي كُلِّ مُعَاوَضَةٍ مَخْضَةٍ مِمَّا هُوَ بَيْعٌ، إِلَّا فِي الصَّرْفِ وَالسَّلْمِ وَمَا يَسْتَعْقِبُ الْعَتَقَ مِنَ الْبُيُوعِ .

قال الرافعي: غرض الفصل بيان ما يثبت فيه خيار الشرط من العقود وما لا يثبت .

والقول الجملي فيه: أنه مع خيار المجلس يتلازمان في الأغلب لكن خيار المجلس أسرع وأولى ثبوتاً من خيار الشرط؛ لأن زمان المجلس أقصر غالباً فربما انفكاً لذلك، فإن أردت التفصيل فراجع ما سبق في خيار المجلس .

واعلم: أنهما متقاربان في صور الخلاف والوفاق، إلا أن البيوع التي يشترط فيها التقابض في المجلس كالصرف وبيع الطعام بالطعام، أو القبض في أحد العوضين كالسلم لا يجوز شرط الخيار فيها، وإن ثبت خيار المجلس؛ لأن ما يشترط فيه القبض لا يحتمل فيه التأجيل، والخيار أعظم غرراً من الأجل؛ لأنه مانع من الملك أو من لزومه فهو أولى بأن لا يحتمل، وأيضاً فالمقصود من اعتبار القبض أن يتفرقا، ولا علة بينهما تحرزاً من الربا أو من بيع الكالئء بالكالئء ولو أثبتنا الخيار لبقيت العلة بينهما بعد التفرق، إلا أن خيار الشرط لا يثبت في الشفعة بلا خلاف، وكذا في الجلالة على ما حكاه العراقيون مع نقلهم الخلاف في خيار المجلس .

قال الإمام: ولا أعرف فرقاً بين الخيارين، إلا أن الوجه الغريب المذكور في خيار المجلس للبايع من المفلس لم يطرد هاهنا، إلا أن في الهبة بشرط الثواب طريقة عن القاضي أبي الطيب قاطعة بنفي خيار الشرط، وإلا أن في الإجازة أيضاً طريقة مثل ذلك .

أما في إجازة العين فلما في هذا الخيار من زيادة تعطل المنفعة .

وأما في الإجازة على الذمة فبناء على تنزيلها منزلة السلم، وحكم شرط الخيار المذكور في كتاب الصداق .

وقوله في الكتاب: «وما يستعقب العتق من البيوع»، لا بد من إعلانه بالواو، والقول فيه على ما ذكرنا في خيار المجلس ولم يستثن في لفظ الكتاب بيع الطعام بالطعام ولا بد منه - والله أعلم - .

قال الغزالي: **ثُمَّ إِنْ كَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ وَخَدَهُ فَالْمَبِيعُ بَاقٍ عَلَى مِلْكِهِ عَلَى الْأَصَحِّ، وَإِنْ كَانَ لِلْمُشْتَرِي وَخَدَهُ فَالْمِلْكُ مُتَقَلِّ (وَح) إِلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ لهُمَا فَثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ:**

(أَحَدُهُمَا) أَنَّهُ مَوْثُوفٌ فَإِنْ اسْتَقَرَّ الْعَقْدُ تَبَيَّنَ زَوَالُ الْمِلْكِ بِنَفْسِ الْعَقْدِ، وَإِنْ فُسِّخَ تَبَيَّنَ أَنَّهُ لَمْ يَزُلْ الْمِلْكُ وَلَمْ يَتِمَّ السَّبَبُ، وَالْكَسْبُ وَالتَّنَاجُ وَالْوَطْءُ وَالْأَسْتِيلَادُ وَالْعِنْتُ وَغَيْرُ ذَلِكَ مِنَ الطَّوَارِيءِ فُرُوعُ الْمِلْكِ فَيَنْتَظَرُ آخِرُ الْأَمْرِ وَمَا يَسْتَقَرُّ عَلَيْهِ آخِرًا يُقَدَّرُ وَجُودُهُ أَوْلاً (و).

قال الرافعي: تقدم على فقه الفصل مقدمة، وهي أن الخيار إما أن يشترط لأحد المتعاقدين أو لكليهما أو لغيرهما، فإن شرط لأحدهما أو لهما فهو جائز.

إما للمشتري، فلحديث جبان.

وإنما للبائع أولهما. فبالقياس عليه والإجماع، ويجوز أن يشترط لأحدهما خيار يوم، وللآخر خيار يومين أو ثلاثة، وإن شرط لغيرهما فذلك الغير إما أجنبي، أو الموكل الذي وقع العقد له، فإن كان أجنبياً فقولان:

أحدهما: أنه يفسد العقد والشرط، لأنه خيار يتعلّق بالعقد، فيختص بالمتعاقدين كخيار العيب.

وأصحهما، وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد - رضي الله عنهم - أنهما صحيحان، لأنه خيار يثبت بالشرط للحاجة، وقد تدعو الحاجة إلى شرطه للأجنبي لكونه أعرف بحال المعقود عليه، ويجري القولان في بيع العبد بشرط الخيار للعبد، ولا فرق على القولين بين أن يشترط أو أحدهما الخيار لشخص واحد، وبين أن يشترط هذا الخيار لواحد، وهذا للآخر. وإذا قلنا: بالأصح، ففي ثبوت الخيار لمن شرط أيضاً قولان أو وجهان:

أصحهما، وهو ظاهر نصح في الصرف: أنه لا يثبت اقتصاراً على الشرط، كما إذا شرط لأحدهما لا يثبت للآخر.

والثاني: يثبت، وبه قال أبو حنيفة وأحمد، وعللوه بمعنيين:

أحدهما: أن شرط الخيار للأجنبي يشعر باستيفاء الشارط الخيرة لنفسه بطريق الأولى.

والثاني: أنه يستحيل ثبوت الخيار لغير المتعاقدين لا على سبيل النيابة، وخرّج الإمام عليهما ما لو شرط الخيار للأجنبي دونهما، فعلى المعنى الأول يختص بالأجنبي، وعلى الثاني لا يختص ويفسد الشرط، فإن لم يثبت الخيار للعاقده مع الأجنبي، فمات الأجنبي في زمان الخيار، ثبت الآن له في أصحّ الوجهين [كذا] قاله في «التهديب».

فإن أثبتنا الخيار للعاقده مع الأجنبي، فلكل واحد منهما الاستقلال بالفسخ، ولو

فسخ أحدهما وأجاز الآخر فالفسخ أولى، ولو اشترى شيئاً على أن يؤمر فلاناً، فيأتي بما يأمره به من الفسخ والإجازة، فالمنقول عن نَصِّه في «الإملاء» على مسائل مالك: أنه يجوز وليس له الرد حتى يقول: استأمرته فأمرني بالفسخ<sup>(١)</sup>، وتكلموا فيه من وجهين:

أحدهما: أنه لماذا شرط أن يقول: استأمرته؟ قال الذين خصوا الخيار المشروط للأجنبي به: هذا جواب على المذهب على الذي قلناه ومؤيد له.

وقال الآخرون: إنه مذكور احتياطاً.

والثاني: أنه أطلق في التصوير شرط المؤامرة، فهل يحتمل ذلك؟

الصحيح: أنه لا يحتمل، واللفظ محمول على ما إذا قيد المؤامرة بالثلاث فما دونها.

وقيل: يحتمل الإطلاق والزيادة على الثلاث كما في خيار الرؤية.

وأما إذا كان ذلك الغير هو الموكل ثبت الخيار للموكل دونه.

واعلم: أن الوكيل بالبيع والشراء له شرط الخيار للموكل في أظهر الوجهين؛ لأن ذلك لا يضره وطرد الشيخ أبو علي الوجهين في شرط الخيار لنفسه أيضاً، وليس للوكيل بالبيع شرط الخيار للمشتري، ولا للوكيل بالشراء شرط الخيار للبائع، فإن خالف بطل العقد، وإذا شرط الخيار لنفسه وجوزناه أو أذن فيه صريحاً ثبت له الخيار، ولا يفعل إلا ما فيه الحظ للموكل؛ لأنه مؤتمن بخلاف الأجنبي المشروط له الخيار لا يلزمه رعاية الحظ هكذا ذكره، ولناظر أن يجعل الخيار له ائتماناً، وهو أظهر إذا جعلناه نائباً عن العاقد، ثم هل يثبت الخيار للموكل معه في هذه الصورة؟

فيه الخلاف المذكور فيما إذا شرط للأجنبي، هل يثبت للعاقد؟

وحكى الإمام فيما إذا أطلق الوكيل شرط الخيار بالإذن المطلق من الموكل ثلاثة

أوجه: أن الخيار يثبت للوكيل، أو للموكل، أو لهما<sup>(٢)</sup>.

(١) كفسخت البيع ورفعته واسترجعت المبيع، وفي الإجازة أجزته، وما في معنى ذلك كقوله: رددت الثمن، وهكذا كما قاله الرافعي في باب التفليس.

(٢) قال النووي: [أصحهما]: للوكيل. ولو حضر الموكل مجلس العقد، فحجر على الوكيل في خيار المجلس، فمنعه الفسخ والإجازة، فقد ذكر الغزالي كلاماً معناه: أن فيه احتمالين: أحدهما: يجب الامتثال، وينقطع خيار الوكيل، قال: وهو مشكل، لأنه يلزم منه رجوع الخيار إلى الموكل، وهو مشكل.

والثاني: لا يمثل، لأنه من لوازم السبب السابق، وهو البيع، ولكنه مشكل، لأنه يخالف شأن الوكالة التي مقتضاها امتثال قول الموكل، وهذا الثاني أرجح، وهذا معنى كلام الغزالي في «البيسط» و«الوسيط». وليس في المسألة خلاف وإن كانت عبارته موهمة [إثبات خلاف] ينظر الروضة (١٠٨/٣).



إذا قررت المُقدمة فللشافعي - رضي الله عنه - ثلاثة أقوال في أن الملك في البيع في زمان الخيار لمن هو؟

أحدها وبه قال أحمد: أنه للمشتري؛ لأن البيع قد تمَّ بالإيجاب والقبول، فثبت الخيار فيه لا يمنع الملك كخيار العيب، وعلى هذا فالملك في الثمن للبائع.

والثاني وبه قال مالك: أنه باقٍ للبائع لنفوذ تصرفاته، وقد روي أنه ﷺ قال: «لَا بَيْعَ بَيْنَهُمَا حَتَّى يَتَفَرَّقَا».

وعلى هذا فالملك في الثمن للمشتري.

والثالث: أنه موقوف فإن تم البيع، بان حصول الملك للمشتري من وقت البيع، وإلا بان أن ملك البائع لم يزل وكذا يتوقف في الثمن، ووجهه: أن البيع سبب الزوال، إلا أن شرط الخيار يشعر بأنه لم يرض بعد بالزوال جزماً، فوجب أن يتربص وينتظر عاقبة الأمر، وفي موضع الأقوال طرق:

أحدها: أن الخلاف فيما إذا كان الخيار لهما، إما بالشرط أو في خيار المجلس. أما إذا كان لأحدهما فهو المالك للمبيع لنفوذ تصرفه فيه.

ويحكى هذا عن صاحب «التقريب»، وهو قريب مما أورده في الكتاب.

والثاني: أنه لا خلاف في المسألة، ولكن إن كان الخيار للبائع فالملك له، وإن كان للمشتري فهو له، وإن كان لهما فهو موقوف، وتنزل الأقوال على هذه الأحوال وهو اختيار القاضي الرؤباني في «الحلية».

والثالث: طرد الأقوال في الأحوال، وهو أظهر عند عامة الأصحاب منهم العراقيون والحليي، وإذا جرت الأقوال فما الأظهر منها؟

قال الشيخ أبو حامد ومن نحا نَحْوَهُ: الأظهر أن الملك للمشتري، وبه قال الإمام. وقال الآخرون: الأظهر: الوقف، وبه قال صاحب «التهذيب»، والأشبه: توسط ذكره جماعة، وهو: أنه إن كان الخيار للبائع، فالأظهر: بقاء الملك له، وإن كان للمشتري فالأظهر: انتقاله إليه، وإن كان لهما فالأظهر: الوقف، وعلى هذا تَتَفَارَقُ الأحوال من الأقوال، لا في تخصيص الخلاف ببعضها.

وقال أبو حنيفة: إن كان الخيار لهما أو للبائع فالملك للبائع، وإن كان للمشتري زال ملك البائع، ولم يحصل للمُشتري.

التفريع لهذه الأقوال فروع كثيرة الأنشعاب:

منها ما يورد في سائر الأبواب، ومنها ما يختص بهذا الموضوع، وصاحب الكتاب

أشار إلى بعض صور: منها: كسب العبد والجارية المبيعين في زمان الخيار، فإن تم المبيع بينهما فهو للمشتري، إن قلنا: الملك له أو موقوف.

فإن قلنا: الملك للبائع، فوجهان قال الجمهور: الكسب له؛ لأنه للمالك حين حصوله. وعن أبي علي الطبري: أنه للمشتري؛ لأن سبب ملكه موجود أولاً، وقد استقر عليه آخراً فيكتفي به، وإن فسخ البيع فهو للبائع، إن قلنا: الملك للبائع أو موقوف. وإن قلنا: للمشتري، فوجهان:

أصحهما: أنه له، وعن أبي إسحاق: أنه للبائع نظراً إلى المال، وبنى صاحب «التتمة» الوجهين على أن الفسخ رفع للعقد من حينه، أو من أصله.

إن قلنا بالأول فهو للمشتري. وإن قلنا بالثاني فللبائع، وفي معنى الكسب اللبّن والبيض والثمرة ومهر الجارية إذا وطئت بالشبهة.

ومنها: التتاج، فإن فرض حدوث الولد وانفصاله، في زمان الخيار لامتداد المجلس فهو كالكسب، وإن أو كانت البهيمة أو الجارية حاملاً عند البيع، وولدت في زمان الخيار، فيبنى على أن الحمل هل يأخذ قسطاً من الثمن؟ فيه قولان:

أحدهما: لا؛ لأن الحمل كالجزء منها، فأشبهه سائر الأعضاء، فعلى هذا هو كالكسب وبلا فرق. وأصحهما: نعم، كما لو بيع بعد الانفصال مع الأم، فعلى هذا الحمل مع الأم كعنين تباعان معاً، فإن فسخ البيع فهما للبائع، وإلا فللمشتري.

ومنها: العتق، وهو مؤخر في لفظ الكتاب لكن تقديمه أليق بالشرح.

فنقول: إذا كان المبيع رقيقاً فأعتقه البائع، في زمان الخيار المشروط لهما أو للبائع نفذ إعتاقه على كل حال، أما إذا كان المملك له فظاهر، وأما على غير هذا القول؛ فلأنه بسبيل من الفسخ، والإعتاق يتضمّن الفسخ فينقل المملك إليه قبيله وإن أعتقه المشتري. فإن قلنا: الملك للبائع لم ينفذ إن فسخ البيع، وإن تم فكذلك في أصح الوجهين. والثاني: ينفذ اعتباراً بالمال.

وإن قلنا بالوقف، فالعتق موقوف أيضاً، إن تم العقد بآن وإلا فلا.

وإن قلنا: إن الملك للمشتري، ففي نفوذ العتق وجهان:

أصحهما: وهو ظاهر النص: أنه لا ينفذ، صيانة لحق البائع عن الإبطال.

وعن ابن سريج: أنه ينفذ لمصادفته الملك.

ثم اختلفوا فمن مطلق نقل النفوذ عنه، ومن فارق بين أن يكون موسراً فينفذ وبين أن يكون معسراً فلا ينفذ، كما في الرهن.

فإن قلنا: لا ينفذ، فاختر البائع الإجازة، ففي الحكم بنفوذه الآن وجهان:  
 إن قلنا: ينفذ فمن وقت الإجازة أو الإعتاق وجهان:  
 أظهرهما: أولهما.

وإن قلنا بوجه ابن سريج ففي بطلان خيار البائع وجهان:  
 أحدهما: يبطل، وليس له إلا الثمن.

وأظهرهما: لا يبطل، ولكن لا يرد العتق بل وإذا فسخ أخذ قيمة العبد كما في نظيره من الرّد بالعيب، هذا إذا كان الخيار لهما أو للبائع، أما إذا كان الخيار للمشتري نفذ إعتاقه على جميع الأقوال؛ لأنه إما مصادف للملك أو إجازة، وليس فيه إبطال حق الغير، وإن أعتقه البائع.

فإن قلنا: إن الملك للمشتري لم ينفذ تم البيع أو فسخ، ويجيء فيما لو فسخ الوجه الناظر إلى المآل.

وإن قلنا بالوقف، لم ينفذ إن تم البيع وإلا نفذ.

وإن قلنا: إنه للبائع، فإن اتفق الفسخ فهو نافذ، وإلا فقد أعتق ملكه الذي تعلق به حق لازم، فهو كإعتاق الراهن.

ومنها: الوطء، فإن كان الخيار لهما أو للبائع، فالكلام في وطاء البائع ثم في وطاء المشتري، ومنها وطاء البائع، ففي حلّه طرق:

أحدها: أنا إن جعلنا الملك له فهو حلال، وإلا فوجهان:

وجه الحل: أنه يتضمن الفسخ على ما سيأتي - إن شاء الله تعالى - وفي ذلك عود الملك إليه معه أو قبيله.

والثاني: أنا إن لم نجعل الملك له فهو حرام، وإن جعلناه له فوجهان، وجه التحريم ضعف الملك.

والثالث: عن الشيخ أبي محمد: القطع بالحل على الإطلاق، والظاهر من هذا كله: الحل إن جعلنا الملك له، والتحريم إن لم نجعله له، ولا مهر عليه بحال.

وأما وطاء المشتري فهو حرام، أما إن لم يثبت الملك له فظاهر، وأما إن أثبتناه فهو ضعيف كملك المكاتب، ولكن لا حدّ عليه على الأقوال لوجود الملك أو لشبهه الملك، وهل يلزمه المهر إن تم البيع بينهما؟

فلا، إن قلنا: الملك للمشتري أو موقوف.

وإن قلنا: إنه للبائع وجب المهر له.

وعن أبي إسحاق: أنه لا يجب نظراً إلى المآل، وإن فسخ البيع وجب المهر للبائع. إن قلنا: الملك له أو موقوف. وإن قلنا: إنه للمشتري، فلا مهر عليه في أصح الوجهين. ولو أولدها فالولد حُرٌّ ونسب على الأقوال، وهل يثبت الاستيلاء؟

إن قلنا: الملك للبائع فلا، ثم إن تَمَّ البيع أو ملكها بعد ذلك، ففي ثبوته حينئذ قولان كالقولين إذا وطىء جارية الغير بالشبهة ثم ملكها، وعلى الوجه الناظر إلى المال إذا تم البيع نفذ الاستيلاء بلا خلاف، وعلى قول الوُفِّف إن تم البيع بآن ثبوت الاستيلاء وإلا فلا، فلو ملكها يوماً عاد القولان:

وعلى قولنا: إن الملك للمشتري ففي ثبوت الاستيلاء الخلاف المذكور في العتق، فإن لم يثبت في الحال وتم البيع بآن ثبوته.

ثم رتب الأئمة الخلاف في الاستيلاء على الخلاف في العتق، واختلفوا في كفيته، فَمَنَّ صائر إلى أن الاستيلاء أولى بالثبوت، ومن عاكس لذلك، ووجههما مذكور في الكتاب في «الزهن».

قال الإمام: ولا يبعد الحكم باستوائهما لتعارض الجهتين، والقول في وجوب قيمة الولد على المشتري كالقول في المهر.

نعم، إن جعلنا الملك للبائع وفرضنا تمام البيع، فللوجه الناظر إلى المآل مأخذ آخر، وهو القول بأن الحمل لا يعرف، أما إذا كان الخيار للمشتري وحده، فحكم حل الوطء كما مر في حل الوطء للبائع إذا كان الخيار له أو لهما، وأما البائع فيحرم عليه الوطء هاهنا، ولو وطىء فالقول في وجوب المهر وثبوت الاستيلاء ووجوب القيمة كما ذكرنا في طرق المشتري إذا كان الخيار لهما أو للبائع، هذا شرح الفروع المذكورة في الكتاب وَقَدَّأها فروع:

أحدها: إذا تلف المبيع باقّة سماوية في زمان الخيار، نظر إن كان قبل القبض انفسخ البيع بلا شك، وإن كان بعده وقلنا: الملك للبائع انفسخ أيضاً؛ لأننا نحكم بالانفساخ عند بقاء يده، فعند بقاء ملكه أولى فيستردّ الثمن ويغرم للبائع القيمة، ويجيء في القيمة المَعْرُوفَة الخلاف المذكور في كيفية غرامة المُسْتَعِير والمُسْتَأَم.

وإن قلنا إن الملك للمشتري أو موقوف فوجهان أو قولان:

أحدهما: أنه ينفسخ أيضاً لحصول الهلاك قبل استقرار العقد.

وأصحهما: أنه لا ينفسخ لدخوله في ضمان المُشْتَرِي بالقبض، ولا أثر لولاية الفسخ كما في خيار العيب.

وإن قلنا بالانفساخ فعلى المشتري القيمة، قال الإمام: وهاهنا يقطع باعتبار قيمة يوم التلف؛ لأن الملك قبل ذلك للمشتري، وإنما يقدر انتقاله إليه قُبيل التَّلَف، وإن قلنا: بعده الانفساخ، فهل ينقطع الخيار؟

فيه وجهان:

أحدهما: نعم، كما ينقطع خيار الرَّد بالعيب بتلف المبيع.

وأصحهما: لا، كما لا يمتنع التَّحَالُف بتلف المبيع ويخالف الرَّد بالعيب؛ لأن الضَّرَر ثم يندفع بالأزْرِش. فإن قلنا بالأول استقر العَقْد ولزم الثمن.

وإن قلنا بالثاني، فإن تَمَّ العقد لزم الثمن، وإلَّا وجبت القِيمَةُ على المشتري. واسترد الثمن، فإن تنازعا في تعيين القيمة، فالقول قول المشتري، وعن بعض الأصحاب طريقة أخرى في المسألة وهي، القطع بعدم الانفساخ.

وإن قلنا: إن الملك للبائع وذكروا تفريعاً عليه، أنه لو لم يفسخ حتى انقضى زمان الخيار، فعلى البائع رد الثمن، وعلى المشتري القيمة؛ لأن المبيع تلف على ملك البائع، فلا يبقى الثمن على ملكه. قال الإمام: وهذا الخليط ظاهر.

الثاني: لو قبض المشتري المبيع في زمان الخيار، وأتلفه متلف قبل انقضائه إن قلنا: إنَّ الملك للبائع، انفسخ البيع كما في صورة التَّلَف؛ لأن نقل الملك بعد الهلاك لا يمكن.

فإن قلنا: إنه للمشتري أو موقوف نظر إن أتلفه أجنبي فيبنى على أن لو تلف. إن قلنا: يفسخ العقد ثم، فهذا كإتلاف الأجنبي المبيع قبل القبض، وسيأتي حكمه - إن شاء الله تعالى - وإن قلنا: لا يفسخ، وهو الأصح فكذلك هاهنا، وعلى الأجنبي القيمة والخيار بحاله، فإن تَمَّ البيع فهي لِلْمُشْتَرِي وإلَّا فللبائع، ولو أتلفه المشتري استقر الثمن عليه، فإن أتلفه في يد البائع وجعلنا إتلافه قبضاً، فهو كما لو تلف في يده، وإن أتلفه البائع في يد المشتري.

ففي «التتمة»: يبنى على أن إتلافه كإتلاف الأجنبي أو كالتلف بأفة سماوية، وستعرف الخلاف فيه.

والثالث: لو تلف بعض المبيع في زمان الخيار بعد القبض، كما لو اشترى عبيدين فمات أحدهما، ففي الانفساخ فيما تلف الخِلاف السَّابِق إن انفسخ جاء في الانفساخ في الباقي قولاً تفريق الصفقة، وإن لم يفسخ بقي خياره في الباقي إن قلنا: بجواز رد أحد العبيدين، إذا اشترهما بشرط الخيار، وإلَّا ففي بقاء الخيار في الباقي الوجهان، وإذا بقي الخيار فيه وفسخ رَدّه مع قيمة الهالك.

فروع: إذا قبض المبيع في زمان الخيار ثم أودعه عند البائع فتلف في يده، كما لو تلف في يد المشتري حتى إذا فرعنا على أن الملك للبائع يفسخ البيع، ويسترد المشتري الثمن ويغرم القيمة، حكاها الإمام عن الصيدلاني؛ ثم أبدى في وجوب القيمة احتمالاً لحصول التلف بعد العود إلى يد المالك.

واعلم: أنه لا يجب على البائع تسليم المبيع، ولا على المشتري تسليم الثمن في زمان الخيار، ولو تبرع أحدهما بالتسليم لم يبطل خياره، ولا يجبر الآخر على تسليم ما عنده، وله استرداد المدفوع وقيل ليس له استرداده، وله أخذ ما عند صاحبه دون رضاه، كما لو كان التسليم بعد لزوم المبيع.

الرابع: لو اشترى زوجته بشرط الخيار ثم خاطبها بالطلاق في زمان الخيار؛ فإن تم العقد بينهما وقلنا: إن الملك للمشتري أو موقوف لم يقع الطلاق، وإن قلنا: إنه للبائع وقع.

وإن فسخ وقلنا: إنه للبائع أو موقوف وقع.

وإن قلنا: للمشتري فوجهان<sup>(١)</sup> عن رواية الصنميري، وليس له الوطاء في زمان الخيار، لأنه لا يدري أياً بالملك أو بالزوجة؟ هكذا حكى عن نصه، وفيه وجه آخر. وأما ما يتعلق بلفظ الكتاب.

فقوله: «فالمبيع باق على ملكه معلّم بالألف».

وقوله: «على الأصح» يمكن أن يريد به الأصح من الطريقتين ويمكن أن يريد به الأصح من الأقوال، وعلى التقدير الثاني يجوز إعلامه بالواو للطريقة النافية للخلاف.

وقوله: «فالمملك منتقل إليه» معلّم بالحاء والميم، والواو.

وقوله: «ثلاثة أقوال» بالواو.

وقوله: «موقوف» بالحاء والميم والألف، ووجه ذلك كله ما مر.

وقوله: «فينتظر آخر الأمر...» إلى آخره عبارة أجراها على قول الوقف، ومعناها أن ما يستقر عليه العقد آخراً من الفسخ والإمضاء يقدر وجوده في الابتداء، فإن فسخ قدرنا أنه لم يجر بينهما عقداً، وإن أمضى قدرناه من الابتداء، هذا ما ينطبق اللفظ عليه - والله أعلم -.

قال الغزالي: وَيَخْصُلُ الْفَسْخُ بِوَطْءِ الْبَائِعِ (و) وَبَيْنِهِ وَعِنْتِهِ وَهَيْبَتِهِ مَعَ الْقَبْضِ وَإِنْ

(١) الأرجح منهما عدم الوقوع كما صححه المصنف - رحمه الله - في كتاب الطلاق.

كَانَ مِنْ وَلَدِهِ، وَلَا تَحْصُلُ الْإِجَارَةُ (و) بِسُكُوتِهِ عَلَى وَطْءِ الْمُشْتَرِي، وَمَا جَعَلْنَاهُ فَسْخًا مِنْ الْبَائِعِ فَهُوَ إِجَارَةٌ (و) مِنَ الْمُشْتَرِي إِنْ وُجِدَ، وَكَذَا الْإِجَارَةُ وَالتَّزْوِيجُ فِي مَعْنَى الْبَيْعِ (و) مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَالْعَرَضُ عَلَى الْبَيْعِ وَالْإِذْنُ فِيهِ لَا يَقْطَعُ خِيَارَ الْبَائِعِ.

قال الرافعي: لا يخفى فيما تحصل به الإجازة من الألفاظ، وما لا يحصل به الفسخ، كقول البائع: فسخت البيع، واسترجعت المبيع، ورددت الثمن.

وعن الصيمري: أن قول البائع في زمان الخيار: لا أبيع حتى يزيد في الثمن، وقول المشتري: لا أفعل اختياراً للفسخ، وكذا قول المشتري: لا أشتري حتى تنقص لي من الثمن، وقول البائع: لا أفعل، وكذا طلب البائع حلول الثمن المؤجل، وطلب المشتري تأجيل الثمن الحال، ثم في الفصل صور.

أحدها: إذا كان للبائع خيار فوطئه في زمان الخيار فسخ لإشعاره باختياره الإمساك ويخالف الرجعة لا تحصل بالوطء؛ لأن الرجعة لتدارك النكاح، وابتداء النكاح لا يحصل بالفعل، فكذا تداركه، والفسخ هاهنا لتدارك ملك اليمين، وابتدائه يحصل تارة بالقول، وأخرى بالفعل، وهو السني فكذا تداركه جاز أن يحصل بالفعل.

وحكى الإمام عن بعض الخلافين وجهاً: أن وطء البائع ليس بفسخ تخريباً من الخلاف في أن الوطاء هل يكون تعييناً للمملوكة والمنكوحة عند إبهام العتق والطلاق؟

وروى القاضي ابن كج وجهاً: أنه إنما يكون فسخاً إذا نوى به الفسخ، وعلى المذهب لو قبّل أو باشر فيما دون الفرج بشهوة هل يكون فسخاً؟ فيه وجهان:

قال أبو إسحاق: نعم، وهذا ما أورده صاحب «التهديب»، ويمثله أجاب في الاستخدام وركوب الدابة. لكن الأظهر في المذهب: أنهما لا يتضمنان الفسخ.

الثانية: إعتاق البائع إن كان له الخيار فسخ بلا خلاف، وفي بيعه وجهان:

أحدهما: ليس بفسخ لأن الأصل بقاء العقد فيستصحب إلى أن يوجد الفسخ صريحاً وإنما جعلنا العتق فسخاً لقوته.

وأصحهما: أنه فسخ؛ لدلالاته على ظهور التدم، وعلى هذا ففي صحة البيع المأتي به وجهان: أصحهما: صحته كالعتق.

والثاني: المنع؛ لأن الشيء الواحد لا يحصل به الفسخ. والعقد جميعاً، كما أن التكبير الثانية في الصلاة بنية الشروع يخرج بها من الصلاة فلا يشرع بها في الصلاة، ويجري هذا الخلاف في الإجازة والتزويج وكذا في الرهن والهبة إن اتصل بهما القبض، ولا فرق بين أن يهب ممن لا يتمكن من الرجوع في هبته، ويبيّن أن يهب ممن يتمكن

كما لو وهب من ولده؛ لأن الملك في صورتين زائل، والرجوع إعادة لما زال، وإن تجرّد الرهن والهبة عن قبض فالحكم فيه كما في العرض على البيع وسيأتي - إن شاء الله تعالى - . الثالثة: إذا علم البائع أن المشتري يطأ الجارية وسكت عليه هل يكون مجيزاً؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم لإشعاره بالرّضا، وأيد ذلك بقوله في «المختصر»: ولو عجل المشتري فوطئها وأجلها قبل التفرق في غفلة من البائع، فاختار البائع الفسخ كان على المشتري مهر مثلها قيد بما إذا وطئ في غفلة من البائع.

وأصحهما: لا كما لو سكت على بيعه وإجارته، وكما لو سكت على وطء أمته لا يسقط به المهر، وهذا هو المذكور في الكتاب.

ولو وطئ بالإذن حصلت الإجازة، ولم يجب على المشتري مهر ولا قيمة ولد، وثبت الاستيلاء بلا خلاف، وما مر في الفصل السابق مفروض فيما إذا باع ولم يأذن له البائع في الوطاء ولا علم به.

الرابعة: وطء المشتري هل يكون إجازة منه؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، بل له الفسخ بعد ذلك، كما له الرد بالعيب بعد الوطاء.

وأصحهما: وبه أجاب في الكتاب: نعم؛ لأن وطء البائع اختيار للمبيع، فكذا وطء المشتري، وبخالف الرد بالعيب لأنه عند الوطاء جاهل بالحال، حتى لو كان عالماً يسقط الخيار. ولو أعتق المشتري نظر إن أعتق بإذن البائع نفذ، وحصلت الإجازة من الطرفين، وإن أعتق بغير إذنه ففي نفوذه ما سبق، فإن نفذ حصلت الإجازة، وإلا فوجهان حكاهما الإمام.

أظهرهما: الحصول أيضاً لدلالته على اختيار الملك.

قال: ويتوجه أن يقال: إن أعتق وهو يعلم عدم نفوذه لم يكن إجازة بلا خلاف.

ولو باع أو وقف أو وهب أو قبض بغير إذن البائع لم ينفذ، ولا يجيء فيها الخلاف المذكور في العتق لاختصاصه بمزيد القوة والغلبة، وهل يكون إجازة؟

قال أبو إسحاق: لا؛ لأن الإجازة لو حصلت لحصلت ضمناً للتصرف فإذا لغا التصرف فلا إجازة.

وقال الإسطخري: نعم لدلالته على الرضا والاختيار، وهذا أصح عند الأصحاب. ولو باشر هذه التصرفات بإذن البائع أو باع من البائع نفسه صح التصرف على أصح الوجهين.



قال في «الشامل»: وعلى الوجهين جميعاً يلزم البيع، ويسقط الخيار، ولكن قياس ما مر أن يكون سقوط الخيار، إن قلنا: بعدم نفاذها على الوجهين، ولو أذن له البائع في طَحن الحِنطة المبيعة فطحنها كان مجيزاً، ومجرد الإذن في هذه التصرفات لا يكون إجازة من البائع، حتى لو رجع قبل التصرف كان على خياره، ذكره الصيدلاني وغيره.

الخامسة: في العرض على البيع والإذن والتوكيل فيه وجهان، وكذا في الرهن والهبة دون القبض.

أحدهما: أن هذه التصرفات فسخ من جهة البائع، وإجازة من جهة المشتري لدلالاتها على الاستيثار بالبيع، ولهذا يحصل بها الرجوع عن الوصية.

وأظهرهما، وهو المذكور في الكتاب: أنها ليست بفسخ ولا إجازة، فإنها لا تقتضي إزالة ملك وليست بعقود لازمة، ومن المحتمل صدورهما عن تردده في الفسخ والإجازة<sup>(١)</sup>.

ولو باع المبيع في زمان الخيار بشرط الخيار.

قال إمام الحرمين: إن قلنا: لا يزول ملك البائع فهو قريب من الهبة الخالية عن القبض، وإن قلنا: يزول ففيه احتمال أيضاً؛ لأنه أبقى لنفسه مستدركاً.

وقوله في الكتاب: «لا يقطع خيار البائع» لا معنى للتخصيص بالبائع فإنه كما لا

(١) قال الأذري في القوت والتوسط: إن أراد بالإذن التوكيل فيه فهو عطف للشيخ على نفسه، وإن أراد إذن البائع أي للمشتري في البيع فقد نقلنا عن الصيدلاني أنه لا يكون بمجرد إجازة قاطعة للخيار ولا يمكن جريان الوجهين فيه لاستحالة فسخ من البائع نعم يمكن جريانهما في أنه إجازة لما سبق عن القاضي الحسين والذي سبق له عن القاضي الحسين أنه حكى فيما إذا أذن في الوطاء، ولم يطاء وجهين في بطلان خيار البائع بمجرد الإذن. قال الزركشي: وهذا عجيب مراده الإذن في العرض على البيع وهو غير التوكيل في البيع وغير الإذن المطلق في البيع، وهذا الذي قاله الزركشي إن كان النقل كما قاله فهو حسن لكن فيه بعد لأن الخلاف في نفس العرض وأما الإذن في العرض هل فيه الوجهان؟ لم أر من تعرض لذلك، والأذري أكثر اطلاعاً من صاحب الخادم والخادم مأخوذ من التوسط كما يظهر بمراجعة الكتابين ثم اعترض الزركشي عليه أيضاً فقال وقوله يلزم عطفه الشيء على نفسه مردود بل هو من عطف الخاص على العام فإن الإذن مطلق والتوكيل إذن خاص فيوجد الإذن حيث لا وكالة كالعبد المأذون وكما لو صدرت الوكالة فاسدة فإنه لم توجد حقيقتها ولم تصرف المأذون له صح التصرف لحصول الإذن وبقائه. انتهى وهذا الذي قاله في الخادم صحيح لكن ليس مراد الأذري ذلك، وإنما مراده بالنسبة إلى الصورة المذكورة وإلا فأصاغر الطلبة تعرف هذا الذي ذكره ثم اعترض عليه ثالثاً فقال: وقوله ولا يمكن جريان الوجهين إلى آخره ممنوع بل يمكن جريانهما في أنه إجازة ثم حكى ما نقله الأذري عن القاضي حسين.

يقطع خيار البائع لا يقطع خيار المشتري، ولو أبدل لفظ البائع بالبيع لم يكن به بأس،  
والمواضع المُخْتَاة إلى الإعلام من لفظ الكتاب بَيِّنَةٌ مِمَّا أوردناه، - والله أعلم - .

قال الغزالي: **وَلَوْ اشْتَرَى عَبْدًا بِجَارِيَةٍ وَأَعْتَقَهُمَا مَعًا تَعَيَّنَ الْعِتْقُ فِي الْعَبْدِ عَلَى الْأَصَحِّ (ح) تَقْدِيمًا لِلِإِجَازَةِ عَلَى الْفُسْخِ.**

قال الرافعي: إذا اشترى عبداً بجارية ثم أعتقهما معاً، نظر إن كان الخيار لهما عتقت الجارية، بناء على ما مر أن إعتاق البائع نافذ متضمن للفسخ، ولا يعتق العبد المشتري، وإن جعلنا الملك فيه لمشتريه لما فيه من إبطال حق صاحبه على الأصح، وعلى الوجه الذي قلنا بنفاذ إعتاق المشتري تفريعاً على أن الملك للمشتري؛ يعتق العبد ولا تعتق الجارية. وإن كان الخيار لمشتري العبد وهو المراد من مسألة الكتاب لم يحكم بعتهما معاً، وعن أبي حنيفة: أنهما يعتقان.

لنا: أنه لا ينفذ إعتاقهما على التعاقب فكذلك دفعة واحدة، وفيمن يعتق منهما وجهان: أحدهما، وهو ما أورده ابن الصباغ: أنه يعتق الجارية؛ لأن تنفيذ العتق فيها فسخ وفي العبد إجازة، والفسخ والإجازة إذا اجتمعا نفذ الفسخ، ولهذا لو فسخ أحد المتبايعين وأجاز الآخر قدم الفسخ.

وأصحهما، وبه أجاب ابن الحداد: أنه يعتق العبد؛ لأن الإجازة إبقاء للعقد، والأصل فيه الاستمرار. قال الشيخ أبو علي: الوجهان مبنيان على أن الملك في زمان الخيار للبائع أو المشتري.

إن قلنا بالأول فالعبد غير مملوك لمشتريه، وإنما ملكه الجارية فينفذ العتق فيها.

وإن قلنا بالثاني فملكه العبد فينفذ العتق فيه، ثم حكى وجهاً ثالثاً وهو: أنه لا يعتق واحد منهما؛ لأن عتق كل واحد منهما يمنع عتق الآخر، وليس أحدهما أولى من الآخر فيتدافعان. وإن كان الخيار لبائع العبد وحده فالمعتق بالإضافة إلى العبد مشتري، والخيار لصاحبه، وبالإضافة إلى الجارية بائع والخيار لصاحبه، وقد سبق الخلاف في إعتاقهما والصورة هذه، والذي يخرج منه الفتوى: أنه لا حكم بنفوذ العتق في واحد منهما في الحال، فإن فسخ صاحبه البيع فهو نافذ في الجارية، وإلا ففي العبد.

ولو كانت المسألة بحالها وأعتقهما مشتري الجارية، فقس الحكم بما ذكرنا.

وقيل: إن كان الخيار لهما عتق دون الجارية على الأصح، وإن كان الخيار للمعتق وحده فعلى الوجه الثلاثة في الأول يعتق العبد، وفي الثاني: تعتق الجارية، ولا يخفى الثالث.

قال الغزالي: **(الْقِسْمُ الثَّانِي خِيَارُ التَّقْبِصَةِ) وَهُوَ مَا يَثْبُتُ بِقَوَاتِ أَمْرِ مَظْنُونٍ نَشَأَ الظَّنُّ**

فِيهِ مِنَ التَّزَامِ شَرْطِيٌّ، أَوْ قَضَاءٍ عُرْفِيٍّ، أَوْ تَغْرِيرٍ فِعْلِيٍّ أَمَّا التَّزَامُ الشَّرْطِيُّ فَهُوَ أَنْ يَقُولَ: بَعْتُ بِشَرْطٍ أَنَّهُ كَاتِبٌ أَوْ خَبَّازٌ أَوْ مُتَّجِعِدُ الشُّعْرِ فَإِنْ فُقِدَ فَلِلْمُشْتَرِيِ الْخِيَارُ، وَكَذَلِكَ كُلُّ وَضْفٍ يَتَعَلَّقُ بِهِ غَرَضٌ أَوْ مَالِيَّةٌ.

قال الرافعي: لما فرغ عن الأول من قسمي الخيار، وهو خيار التَّزَامِ شرعي في الثاني، وهو خيار التَّقْيِيضَةِ المنوط بفوات شيء في المعقود عليه كأن يتوقع ويظن حصوله، وذلك الظن على ما ذكره ينشأ من أحد ثلاثة أمور:

أولها: أن يشرط العاقد كَوْنَ المعقود عليه بتلك الصِّفَةِ.

وثانيها: اطِّراد العُرْفِ بحصولها فيه.

وثالثها: أن يفعل العاقد ما يورث ظَنَّ حصولها فالأول مثل قوله: بَعْتُ هذا العبد بشرط أنه كاتب أو خباز.

واعلم: أن الصِّفَاتِ الملتزمة بالشرط قسمان:

أحدهما: الصِّفَاتِ الَّتِي تتعلَّقُ بها زيادة مالية فيصح التزامها، والخلف فيها يثبت الخيار كالغيب.

والثاني: الصِّفَاتِ الَّتِي لا تتعلَّقُ بها زيادة مالية وهي قسمان:

أحدهما: التي يتعلَّقُ بها غرض معقول والخلف فيها يثبت الخيار أيضاً وفاقاً أو على اختلاف فيه وذلك بحسب قوة الغرض وضعفه.

والثاني: التي لا يتعلَّقُ بها غرض معقول، فاشتراطها يُلغُو ولا خيار يفقدها، ولتقص الصور على هذه الأقسام:

فإذا شرط كون العبد خَبَّازاً أو كاتباً أو صائغاً فهو من القسم الأول، ويكفي أن يوجد من الصفة المشروطة ما ينطلق عليه الاسم، ولا تشترط النهاية فيها ولو شرط إسلام العبد فَبَانَ كافرًا، فله الرد لفوات فضيلة الإسلام، وكذا لو شرط تهوُّد الجارية أو تنصُّرها فَبَانَتْ مجوسية، ولو شرط كفر الرقيق فَبَانَ مسلماً ثبت الخيار على المذهب، وبه قال أحمد لا لنقيضة ظهرت، ولكن لأن الكافر يشتريه المسلم والكافر، والمسلم لا يشتريه إلا المسلم فقط فتقل فيه الرغبات.

وقيل: إن كان قريباً من بلاد الكفر أو في ناحية أغلب أهلها الذميون ثبت الخيار وإلا فلا. وقال أبو حنيفة والمزني: لا خيار أصلاً.

ولو شرط بَكَارَةَ الجارية فَبَانَتْ ثيباً فله الرد، ولا فرق بين أن تكون الجارية المُشْتَرَاة بهذا الشرط مزوجة أو غير مزوجة.

وعن أبي الحسن: أن أبا إسحاق قال: لا خيار إذا كانت مزوجة؛ لأنها وإن كانت بكرةً فالافتراض مستحق للزوج ولا غرض للمشتري في بكارتها، والمذهب الأول؛ لأن الزوج قد يطلقها فتخلص له، ولو شرط ثباتها فبانت بكرةً فوجهان:

أحدهما: أنه يثبت الخيار؛ لأنه قد يضعف عن مباشرة البكر فيريد الثيب.

وأصحهما: أنه لا خيار؛ لأن البكر أفضل وأكثر قيمة فصار كما لو شرط كون العبد أمياً فبان كاتباً، أو فاسقاً فبان عفيفاً، ولو شرط السبوط في الشعر فبان جعداً، فعلى هذين الوجهين؛ لأن السبوط قد يكون أشهى إلى بعض الناس، ولو شرط الجعودة فبان سبوطاً ثبت الخيار.

فإن قلت: ذكرتم في بيع الأمة أن رؤية الشعر معتبرة على أصح الوجهين والشعر إذا رؤي عرفت جعودته وسبوطته فكيف تصورون المسألة؟

فالجواب: أن خروجها على تجويز بيع الغائب وعلى أن رؤية الشعر غير معتبرة واضح. وأما على الأصح فإن الشعر قد يرى ولا تعرف جعودته وسبوطته لعروض ما يستوي الحالتان عنده من الأبتال وقرب العهد بالتشريح ونحوهما.

ولو ليس تخعيد السبوط أو بالعكس فسيأتي ذلك - إن شاء الله تعالى - ولو شرط كون العبد خصياً فبان فخلاً، أو بالعكس ثبت الرد؛ لشدة اختلاف الأغراض.

وذكر أبو الحسن العبادي: أنه لا رد في الصورة الأولى؛ لأن الفحولة فضيلة ولو شرط كونه مختوناً فبان أفلأفله الرد وبالعكس لا يرد.

قال في «التتمة»: إلا أن يكون العبد مجوسياً وثم مجوسيون يشترون الأفلأف بزيادة فله الرد.

ولو شرط كونه أحمق أو ناقص الخلقة فهو لغو.

واعلم: أن خيار الخلق على الفور، ويبطل بالتأخير على ما سنذكر في المعيب - إن شاء الله تعالى - ولو تعذر الرد بهلاك وغيره فله الأزش، كما في العيب، ومسائل الفضل بأسرها مبنية على أن الخلف في الشرط لا يوجب فساد البيع.

وحكى الحنطاطي قولاً غريباً أنه يوجهه - والله أعلم -.

قال الغزالي: (وأما القضاء الغزفي) فهو السلامة عن العيوب المذمومة فمهما فاتت ثبت الخيار، وذلك بكل عيب ينقص القيمة، والخصي معيب وإن زادت قيمته، واعتياد الزنا والسرقه والإباق والبزل في الفراش (ح) عيب، والبحر والصنان (ح) الذي لا يقبل المعالجة ويتخالف العادة عيب في العبيد والإماء، وكون الضئعة منزل الجنود، ونقل الخراج عيب.

قال الرافعي: الثاني من أسباب الظن أطراد العرف فَمَنْ دخل في العَقْد لتحصيل مال كان ظاناً صفة السلامة فيه، لأن سلامة الأشخاص والأعيان عن العيوب المَذْمُومة هي الغالبة، والغلبة من موجبات الظن، وحيثذ يكون بذله المال في مقابلة السليم، فإذا تبين العيب وجب أن يتمكّن من التدارك، والأصل فيه من جهة الثقل ما روي عن عائشة - رضي الله عنها -: «أَنَّ رَجُلًا اشْتَرَى غُلَامًا فِي زَمَانِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَكَانَ عِنْدَهُ مَا شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ثُمَّ رَدَّهُ مِنْ عَيْبٍ وَجَدَهُ»<sup>(١)</sup>. ومن باع عينا وهو يعلم بها عيباً وجب عليه أن يبيته<sup>(٢)</sup> روي أنه ﷺ قال: «لَيْسَ مِنَّا مَنْ عَشَنَّا»<sup>(٣)</sup>.

وعن عقبة بن عامر - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «الْمُسْلِمُ أَخُ الْمُسْلِمِ لَا يَجِلُّ لِمَنْ بَاعَ مِنْ أَخِيهِ بَيْعًا يَعْلَمُ فِيهِ عَيْبًا إِلَّا بَيَّتَهُ لَهُ»<sup>(٤)</sup>.

إذا تقرر ذلك ففي الفصل ذكر عيوب<sup>(٥)</sup> معدودة:

(١) أخرجه الشافعي (١٢٦٧) وأبو داود (٣٥٠٨) والترمذي (١٢٨٥، ١٢٨٦) والنسائي (٢٥٤/٧) وابن ماجه (٢٢٤٢، ٢٢٤٣) وأحمد (٤٩/٦، ٨٠، ١١٦) وابن حبان، ذكره الهيثمي في الموارد (١١٢٥، ١٢٢٦) والحاكم في المستدرک (١٥/٢) وقال ابن حزم: لا يصح، انظر خلاصة البدر (٦٧/٢).

(٢) ويجب أيضاً على غير البائع ممن علمه إعلام المشتري.

(٣) أخرجه أبو داود (٣٤٥٢) ولفظه: ليس منها من غش، وأخرجه مسلم بلفظ من غشناه (١٠١) والترمذي (١٣١٥) وابن ماجه (٢٢٢٤).

(٤) أخرجه ابن ماجه (٢٢٤٦) والحاكم (٢٨/٢) وقال: صحيح على شرطهما.

(٥) العيب والعيبة والعباب بمعنى واحد، وهو ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة مما يعد نقصاً. ويقال عاب المتاع وعابه زيد يتعدى ويلزم. وإضافة الخيار إليه من إضافة الشيء إلى سببه أي خيار سببه ومشوّه ظهور عيب بالمبيع.

ومعناه: في الاصطلاح ثبوت حق فسخ البيع، وإمضائه بظهور عيب بالمبيع كان عند البائع ولم يعلم به المشتري وقت البيع. والكتاب في الغالب قصروا التعريف على المشتري، لأن الغالب في العيب أن يكون بالمبيع، وكذلك فعلنا، وسننهج هذا النهج بالنسبة للأحكام والآثار أيضاً منعاً من تشعب الكلام مع الأعلام بأن كافة الأحكام التي تجري في جانب المشتري إذ اظهر عيب بالمبيع تجري أيضاً إذا ظهر عيب بالثمن في جانب البائع وأن العيب في الثمن كالعيب في المبيع سواء بسواء.

وثبوت حق: الفسخ للمشتري بسبب العيب أعم من أن يكون دلس به البائع عليه - أي كتمه عنه - أو لم يدلس به، بأن كان هو الآخر غير عالم به؛ لأنه إنما شرع دفعاً للضرر عن المشتري، والضرر ثابت في الحالين على السواء. إلا أنه في حال التدليس يكون البائع آثماً ومرتكباً وزراً عظيماً؛ لأن التدليس غش وخداع ومكر سيء، وكل ذلك حرام يقول الرسول ﷺ: «مَنْ عَشَنَّا فَلَيْسَ مِنَّا» ويقول: «الدُّنْيُ النَّصِيحَةُ».

ولكن الحرمة: شيء وصحة البيع شيء آخر، فالفقهاء كلهم متفقون على صحة المعيب الذي لا يعلم المشتري بعيبه، سواء كان البائع عالماً بالعيب أو غير عالم به، أما إذا كان غير عالم به فالأمر ظاهر، وأما إذا كان عالماً به فقاوسه على بيع المصراة صح بيعها مع التدليس بالتصرية بنص الحديث، وظهور قلة اللين في موطن ظن كثرته إن لم يكن عيباً فهو قريب منه، وأيضاً قول الرسول ﷺ: «الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَّفَقَا فَإِنْ صَدَقَا وَبَيَّنَّا بُرْكَ لُهُمَا فِي بَيْعِهِمَا، وَإِنْ كَذَبَا وَكَتَمَا مُحَقَّتْ بَرَكَةُ بَيْعِهِمَا» دال على الصحة حيث مسمى البيع مع الكتمان بيعاً، وهو دليل الصحة إلا أنه محقوق البركة، وهو دليل الحرمة ثم النهي مع ذلك راجع إلى معنى في العاقد خاصة هو غشه وتدليسه لا إلى معنى في العقد أو المعقود عليه حتى يكون البيع فاسداً.

وللمشتري: الخيار مع ذلك قياساً على بيع المصراة حيث ثبت للمشتري حق فسخ البيع بالتصرية، ليدفع عن نفسه الغبن بل الخيار يثبت للمشتري هنا من باب أولى، لأن التصرية ليست بعيب أعني قلة اللين بل من باب فوت كمال مظنون، وأيضاً فقد روى أبو داود بسنده إلى عائشة - رضي الله عنها -: «أن رجلاً ابتاع غلاماً فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم ثم وجد به عيباً فخاصمه إلى النبي ﷺ فرده عليه فقال الرجل: يا رسول الله قد استغل غلامي فقال رسول الله ﷺ: «الْحَرَجُ بِالضَّمَانِ» وهو نص في المطلوب. ولأن مقتضى العقد هو السلامة، لأنها الأصل في المبيع، والعيب طارئ عليه، والعقد عند الإطلاق ينصرف إلى ما هو الأصل أو الشأن في المبيع سيما وقد تأيد هذا الأصل بالعرف، فالناس في بيعاتهم على أن المبيع يجب أن يكون خالياً من كل عيب ينقص القيمة، أو يحدث خللاً بأوجه النفع منه فالمشتري حين دخل في البيع دخل على هذا الأساس، فلو الزمناء البيع مع ظهور عدم تحقق هذا الأساس لكان إلزاماً له بغير ما رضي به في حقيقة الأمر. ويدل على أن الأصل في المبيع هو السلامة من العيوب ما روي عن العلاء بن خالد بن هوذة - وهو صحابي أسلم بعد حنين - قال: كتب لي رسول الله ﷺ كتاباً -: «هَذَا مَا اشْتَرَى الْعَدَاءُ بَنُ خَالِدِ بْنِ هُوَذَةَ مِنْ مُحَمَّدٍ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ اشْتَرَى مِنْهُ عَبْدَةً أَوْ أُمَّةً لَادَاءً وَلَا غَائِلَةً وَلَا خَبِئَةَ بَيْعِ الْمُسْلِمِ الْمُسْلِمِ» والداء هو العلة، والغائلة من الاغتيال، وهو الاحتيال على العاقد من حيث لا يشعر ليتبر من ماله بالباطل، والخبيئة من الخبث عند الطيب، وهو الحرام، كما أن الطيب هو الحلال. دل قوله - عليه الصلاة والسلام -: «بَيْعِ الْمُسْلِمِ الْمُسْلِمِ» على أن شأن بيع المسلمين ما خلت عن العيوب المذكورة. والمراد من قوله: «لَادَاءً» أي يجله المشتري، بخلاف ما لو علمه فإنه من البيع الحلال.

ثم الخيار: بين رد المبيع واسترداد الثمن إن كان قد دفعه وبين إمساكه بدون أرش العيب، وهذا عند الشافعية، والحنفية، والظاهرية، والمالكية، إلا أنه عند الأخيرين إذا كان العيب يسيراً لا ينقص من الثمن إلا قليلاً، وكان في الدور والعقار فليس للمشتري في هذه الحالة إلا حق المطالبة بأرش العيب مع إمساك المبيع، لأن موضوع العقد مما يراد للقنية في العادة فلا يفسخ العقد فيه من أجل هذا النقص اليسير. وعند الحنابلة مخير بين هذين، وبين إمساكه مع أرش العيب أيضاً. وهذا كله إذا لم يتعذر الرد، فأما إن تعذر فله أخذ الأرض باتفاق تعريضاً عما فوته عليه العيب من حقه في سلامة المبيع. وجه مذهب الجمهور - هو قياس العيب على =

= القصرية، فكما أنه ليس للمشتري في المصرة إلا الإمساك بالثمن أو الرد، فكذلك ليس له في العيب إلا الخيرة بين هذين وأيضاً البائع لم يرض بخروج المبيع عن ملكه إلا بالثمن الذي أخذه فيه، فلو أجزى للمشتري الإمساك مع المطالبة بالأرش لنقص الثمن عمار فيه البائع. ومع ذلك فضرر المشتري يزول بالرد فلا يمكن من الإمساك مع الأرش؛ لأن فيه إضراراً بالبائع، وقد أمكن رفع الضرر عنه بدونهما إضراراً بالبائع، فلا يصار إلى الحالة الضارة مع إمكان غيرها، فالرسول - عليه الصلاة والسلام - يقول: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ». ولأن بظهور العيب تبين أن رضا المشتري بالمبيع لم يكن قائماً على أساس صحيح، فيمكن من الرضا من جديد بإعطائه الخيار في البيع، والنتيجة المنطقية لهذا أن يمكس بالثمن المتفق عليه، أو يرد المبيع إن شاء كحاله في ابتداء البيع. ولأن العيب فوت وصف هو السلامة، والأوصاف كما يقول الحنفية لا يقابلها شيء من الثمن؛ لكونها لم تقصد إلا تبعاً لقصد العين فلا تزامنها في تقسيط الثمن. ووجه مذهب الحنابلة - هو أن المبيع بظهور تعييه قد نقص عن الثمن الذي قدره له المشتري، وارتضاه به، فوجب أن يعوض عنه إن اختار إمساك المبيع طالباً تعويضه، والبائع إما أن يكون عالماً بالعيب حين البيع فيكون هو المقصر بتدليسه على المشتري، وإما ألا يكون عالماً فيكون الثمن الذي قبضه في مقابل السليم في ظنه، كذلك لا في مقابل المعيب والوفاء بالعقد مطلوب شرعاً، وقد أمكن الوفاء بالمبيع على هذا الوجه بدون كبير ضرر على البائع، ولأن العيب عبارة عن فوات جزء من المبيع، فكان للمشتري حق المطالبة بأرشه، كما لو اشترى عشرة أفزة فبانت تسعة حيث يكون له حق المطالبة بقيمة الفيز العاشر.

والتعويض: الذي يستحقه المشتري من جراء العيب - وهو المسمى بالأرش - جزء من الثمن نسبتاً إليه كنسبة ما نقص العيب من القيمة. فإذا كانت قيمة السلعة مائة واشتراها بثمانين فظهرت معيبة بعيب ما فإنها تقوم معيبة بهذا العيب، فإذا قومت بخمس وسبعين فقد نقص العيب من قيمتها الربع فينقص من الثمن كذلك، ويعطاه المشتري وهو عشرون ويصير كأنه اشترى بستين.

ويشترط في: المبيع الذي يثبت فيه خيار العيب أن يكون معيناً بالتعيين فلا يثبت في المبيع في الذمة؛ لأن الذي التزمته الذمة هو السليم فالمعيب ليس بمبيع، ولذا فالبايع يجبر على آخر سليم بدله. ولا في المعين الغائب الموصوف؛ لأنه موضوع خيار الرؤية نعم لو قبضه المشتري ورضي به، ثم ظهر به عيب قديم فله الخيار للعيب لكونه بالقبض صار معيناً بالتعيين.

ويشترط في: العيب الذي يرد به المبيع:

أولاً: أن يكون قديماً موجوداً بالمبيع، وهو بيد البائع سواء كان موجوداً به قبل العقد أو حدث بعده، وقبل القبض لكون المبيع حينئذ من ضمان البائع بخلاف ما لو حدث بعد القبض لكونه حينئذ من ضمان المشتري. نعم إن استند العيب الحادث عند المشتري إلى سبب متقدم والمبيع بيد البائع كقطع يده عنده لسرقة بيد البائع كان له الرد؛ لأن هذا العيب - لتقدم سببه - كالمقدم، وهذا هو مذهب الشافعية.

وثانياً: ألا يكون المشتري عالماً به وقت العقد أو وقت القبض، وإلا فليس له الخيار لرضاه بالعيب حينئذ.

= ثالثاً: ألا يكون البائع قد شرط البراءة من كل عيب يوجد به فإن شرط شرطاً كهذا فلا خيار للمشتري عملاً بموجب الشرط الذي قبله وارتضاه.

رابعاً: ألا يمكن مع ذلك إزالة العيب بسهولة وبدون كلفة، فإن أمكن ذلك أو كان العيب يسيراً لا ينقص القيمة في العادة، أو كان المبيع لا يخلو عن مثله في العادة فلا خيار للمشتري أيضاً. خامساً: وأن يكون العيب مع هذا كله باقياً و زال قبل أن يعلم به المشتري، فليس له الرد لزوال سببه وقالت الظاهرية له الرد، لأن العبرة بوجود العيب وقت البيع.

وسواء بعد: هذا في ثبوت الخيار للمشتري، أكان العيب جسيماً أو غير جسيم، ما دام ينقص القيمة أو يفوت به غرض صحيح، أو كان ظاهراً أو خفياً، ما دام قد ثبت أن المشتري لم يكن عالماً به وقت البيع، وسواء مع هذا علم البائع ودلس به على المشتري أو لم يعلم به. والعيب أعم من أن يكون راجعاً إلى نقص وصف كفساد حنطة وعرج حصان، أو نقص تصرف ككون العبد أعسر أي يعمل بيده الشمال دون اليمين؛ لأن الشمال في العادة أضعف من اليمين، وككون الأرض عليها حق ارتفاق للغير لا يعلم به المشتري، وهلم جرا من كل عيب ينقص القيمة أو يفوت به غرض من الأغراض التي يقصد المبيع من أجلها في العادة. وسواء أكانت هذه العيوب جبلية طبيعية أو طارئة عارضة قضاء وقدراً، أو بفعل فاعل لا فرق بين هذا كله في أن المشتري يثبت به حق فسخ البيع أو المطالبة بالعوض من أجله.

والعيب الذي: رد به المبيع فسرهُ الشافعية بما ينقص القيمة أو العين نقصاً يفوت به غرض صحيح، وفسرهُ المالكية بما ينقص الثمن، أو المبيع، أو التصرف، أو تخاف عاقبته كجذام الأبوين، وهو قريب من مذهب الشافعية، لأن كل ما ينقص القيمة ينقص الثمن عند المشتري، وكل ما ينقص التصرف أو تخاف عاقبته ينقص القيمة في العادة، وفسرهُ الحنفية، والحنابلة، والظاهرية، بما ينقص الثمن في عرف التجار. وسواء أكان نقص الثمن كبيراً أو يسيراً لا يفرق الفقهاء بين هذا، اللهم إلا الظاهرية شرطوا أن يكون نقصه بما لا يتغابن به التجار في العادة، ومن هذا يتضح أن نقص القيمة محل وفاق بين المذاهب، غاية الأمر شرط الظاهرية أن يكون النقص جسيماً لا يسيراً، وأما نقص العين - وإن لم ينقص القيمة ما دام يفوت به غرض صحيح - فهو مما انفرد به الشافعية والمالكية، وقد اختلفت المذاهب كثيراً في التطبيق تبعاً لاختلاف وجهة النظر في تفسير العيب، وللعرف الساري في العصور الذي وضعت فيه هذه المسائل المختلف عليها؛ لأن المرجح فيها أولاً وأخيراً إلى العرف وما دام العرف هو الحكم، فلتترك الخوض فيها تاركين الأمر لعرف التجار وأرباب البياعات.

والفسخ بالعيب: هل هو فور الاطلاع على العيب أم أنه يمتد حتى يوجد دليل الرضا بالبيع؟. مذهب الشافعية - أن الرد بالعيب على الفور فليبادر المشتري بالرد على العادة فلو كان يأكل فعلم بالعيب فهو مهمل حتى يفرغ منه، أو كان في صلاة فحتى يتمها، وإن علم ليلاً وشق عليه الرد فيه فحتى يصبح. فالمراد من الفورية عندهم هو المبادرة بالرد على العادة، بحيث لا يعذر إذا تأخر. فلو أراد أن يرفع الأمر إلى القاضي فعليه أن يشهد على أنه يريد الفسخ، ولا يكتفي بمجرد إبداء رغبته في إنهاء الأمر إلى القاضي. وإنما ذهبوا هذا المذهب، لأن الأصل في البيع هو اللزوم، وجواز الفسخ عارض له للحاجة فيتقدر بقدرها، وهي تتدفع بمضي وقت =



منها: لو اشترى عبداً فوجده حَصِيّاً<sup>(١)</sup> أو مَجْبُوباً فله الرد؛ لأن الفَخْل يصلح لما لا يصلح له الحَصِي، وقد دخل في العقد على ظن الفُحُولَة؛ لأن الغالب سلامة الأعضاء، فإذا فات ما هو متعلق الغرض وجب ثبوت الرّد، وإن زادت القيمة باعتبار آخر.

ومنها: الزنا<sup>(٢)</sup> والسَّرقة عيان لتأثيرهما في نقصان القيمة.

وقال أبو حنيفة: الزنا عيب في الإمام دون العبيد، نعم لو ثبت زنا العبد عند الحاكم ولم يقم عليه الحدّ بعد ثبت الرد.

ومنها: الإباق وهو من أفضح عيوب المماليك<sup>(٣)</sup>. ومنها: البؤل في الفراش عيب في العبيد والإماء إذا كان في غير أوانه، أما في الصغر فلا. وقدره في «التهذيب» بما دون سبع سنين.

= يتمكن فيه من الفسخ فإذا لم يفسخ لزمه البيع، عدم الفسخ حينئذ دليل الرغبة في إمساك المبيع؛ ولأن خيار العيب ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال؛ فكان فورياً كخيار الأخذ بالشفعة فإنه إن لم يطالب بها عقب علمه بالبيع سقط حقه. ومذهب المالكية - أن السكوت لعذر لا يمنع من الرد مطلقاً، ولغيره إن كان أقل من يوم رد بلا يعين، وإن كان يوماً أو يومين رد مع يمينه أنه ما رضي البيع في هذه المدة، فإن كان أكثر من ذلك فلا رد له؛ لأنه في العادة لا يؤخر مثل هذا الزمن إلا وقد رضي البيع، فلا تسمع منه دعوى عدم الرضا فيما بعد لأن الظاهر يكذبه. ومذهب الحنفية والحنابلة على الصحيح عندهم - أن الفسخ بالعيب يستمر حقاً للمشتري من وقت العلم بالعيب إلى أن يرضى بالبيع صراحة كرضيت البيع، أو دلالة كلبسه الثوب المبيع؛ لأنه خيار شرع لدفع ضرر محقق عمن شرع له، فكان على التراخي كخيار القصاص لولي القتل الخيار بينه وبين الدية أو العفو على سبيل التراخي. ومذهب الظاهرية قريب من مذهب الحنفية، بل هو في الواقع أوسع منه؛ لأن استخدام المبيع أو التصرف فيه بما لا يخرج عن ملكه لا يمنع من الرد على البائع عندهم؛ لأن التصرف كما يزعم ابن حزم لا يدل على الرضا، وإنما الذي يدل عليه صريح القول. ومن هذا يظهر أن الشافعية غلبوا جانب البائع فحفظوا على المشتري التأخير في الرد؛ لأن فيه إضراراً به، وقد يكون مع هذا حسن النية حين البيع، وأن الحنفية - ومن حذا حذوهم - غلبوا جانب المشتري فوسعوا عليه لأنه المظلوم. وأما المالكية فقد التزموا خطة وسطى فرأوا في الإلزام بالمبادرة إجحافاً بحق المشتري، وفي الإمهال بدون توقيت إضراراً بالبائع، ففرضوا للرد مهلة يسيرة يوماً أو يومين، فإن لم يرد فيها بطل حقه في الرد، وألزم بالبيع بالثمن المتفق عليه. هذا والاتفاق حاصل على أنه في أي وقت ظهر العيب جاز للمشتري الرد. أعني أن الفقهاء لم يحذوا ما بين العقد وبين ظهور العيب بوقت معلوم لا يجوز للمشتري الرد بعده. فله الرد ولو ظهر العيب بعد سنة من تاريخ التعاقد ما دام لم توجد منه أو عنده حالة تمنع الرد شرعاً. وقال شيخنا الشيخ مندور.

(١) وغير العبد من الحيوان كالعبد كما صرح به الجرجاني في البهيمه.

(٢) واللواط وكذا تمكيته نفسه.

(٣) محل الرد به في حال عوده إلى يده، أما حال إباحة فليس له الرد قطعاً، وليس له الأرش على الصحيح لأنه لم يئأس من الرد.

وقال أبو حنيفة: إنه عيب في الإمام دون العبيد.

ومنها: البَخْرُ والصَّنَان عيبان، خلافاً<sup>(١)</sup> لأبي حنيفة في العبيد.

لنا أنهما يؤذيان عند الخِذْمَة والمُكَالْمَة وينقصان القيمة، والبَخْرُ الذي نجعله عيباً هو الناشئ من تغيّر المَعْدَة، دون ما يكون لفلج<sup>(٢)</sup> الأسنان، فإن ذلك يزول بتنظيف الفم، والصَّنَان الذي نجعله عيباً هو المستحکم الذي يخالف العادة، دون ما يكون لعارض عرق أو حركة عنيفة أو اجتماع وسخ.

ومنها: كون الضيعة أو الدار منزل الجنود عيب؛ لأنه يقلل الرغبات.

قال القاضي حسين في «فتاويه»: وهذا إذا اختصت من بين ما حوالها بذلك.

فأما إذا كان ما حوالها من الدور بمثابة فلا رد به، وكونها ثقيلة الخراج عيب أيضاً<sup>(٣)</sup>، وإن كُنَّا لا نرى أصل الخراج في تلك البلاد؛ لتفاوت القيمة والرغبات، ونعني بثقل الخراج أن يكون فوق المعتاد في أمثالها، وعن حكاية أبي عاصم العبادي وجه: أنه لا رد بثقل الخراج ولا بكونها منزل الجنود لأنه خلل في نفس المبيع.

وألحق في «التتمة» بهاتين الصورتين ما إذا اشترى داراً فوجد بقربها قصارين يؤذون بصوت الدق ويزعزعون الأبنية، أو أرضاً فوجد بقربها خنازير تفسد الزرع.

ولو اشترى أرضاً وهو يتوهم ألا خراج عليها فبان خلافه، نظر إن لم يكن على مثلها خراج فله الرد، وإن كان على مثلها ذلك القدر فلا رد.

(١) وفي تعليق القاضي حسين أن الصنان ليس بعيب ولا فرق فيه وفي البخر بين العبد والأمة لأنهما يؤذيان وقت الخدمة والمكالمة. وقيد الإمام والغزالي فتبعهما الرافعي واعتراض في الذخائر بأن التعبير بالفلج لا يسمى بخراً، وهو اعتراض صحيح.

(٢) في الروضة لفلج.

(٣) قال في المهمات: فإن قيل كيف يتصور أن تكون الأرض خراجية يصح بيعها قلنا: ذكر الرافعي في زكاة النبات ما يؤخذ منه تصويره. فقال: نقلاً عن بعضهم من غير مخالفة ما نصه. قيل: «يجوز أن يقال الظاهر أن اليد للملك». والظاهر أن الخراج ما ضرب إلا بحق فلا يترك أحد الظاهرين للآخر أي إلا بيقين كما ذكره في أصل الروضة. قال في المهمات: ومقتضى ما قاله تصديقه وأنه يصح بيعها. قال: ويتصور أيضاً بما إذا ضرب الخراج على أملاك ظلماً نعم لو صالحنا الكفار على أن تكون الأرض لهم وأن يعطوا خراجاً فإن الخراج جزية تسقط بالإسلام كما قاله الأصحاب وحيثئذ فلو باعوا الأرض لهم والحالة هذه فهل يصح أم لا فيه نظر. وقد اختلف المالكية في المسألة على قولين.

وَأَمَّا لَفْظُ الْكِتَابِ فَقَوْلُهُ: «فَمَهْمَا فَاتَتْ» يَعْنِي السَّلَامَةَ.

وقوله: «وذلك» أي فواتها. وقوله: «بكل عيب ينقص القيمة» لا يصلح للضبط، لمسألة الخَصِي، وربما يذكر في آخر الفصل ما يصلح له. وقوله: «واعتياد الزنا...» إلى آخره يشعر باعتبار الاعتياد في الأمور المذكورة وليس كذلك.

أما في الزنا فقد نصوا على أنه لو زنا مرة في يد البائع فللمشتري الرد وإن تاب وحسنت حاله؛ لأن تهمة الزنا لا تزول عنه ألا ترى أن الحُرَّ إذا زنا لا يجد قاذفه وإن تاب. وأمَّا الإتيان فعن أبي علي الزجاجي: «أنه لو أبق في يد البائع فللمشتري الرد به. وإن لم يَأْبُق في يده. وهذا ما اختاره القاضي حسين وقال: الفعلة الواحدة في الإتيان يجوز أن تعد عيباً أبدياً، كالوطء في إبطال الحصانة، والسرقه قريية من هذين.

وأما البول في الفراش فالأظهر اعتبار الاعتياد فيه، - والله أعلم -.. وقوله: «الصَّنَان الذي لا يقبل العلاج» هذا القيد لا حاجة إليه، كما في سائر العلل والأمراض، والإمام لم يذكره هكذا.

وإنما قال: إذا كان لا يندفع إلا بعلاج يخالف المعتاد وهو مستقيم، هذا ما يتعلق بفقهاء الكتاب ولفظه، ونعد بعده عيوباً.

فمنها: كون الرقيق مجنوناً أو مُخْبِلاً أو أَيْبَلَةً أو أَيْرِصَ أو مَجْدُوماً أو أَشَلَّ أو أَقْرَعَ، أو أَصَمَّ أو أَعْمَى أو أَعُورَ أو أَخْفَشَ أو أَجْهَرَ أو أَغْشَى أو أَخْشَمَ أو أَيْكَمَ أو أَرْتَّ لا يفهم، أو فقيد حاسة الذوق، أو فقيد إصْبُح أو أُنْمَلَةٌ، أو فقيد الظفر والشعر، كذا قاله في «التتمة». ومنها: كونه ذا إصْبُح زائدة، أو سَنَ شَاغِبَةٍ، أو مَقْلُوع بعض الأسنان، أو أَدْرَدَا، وكون البهيمة ذَرْدَاءَ، إلا في السُنَّ المعتاد، وكونه ذا قُرُوح أو ثَالِيل كثيرة، أو بَهَقٌ<sup>(١)</sup> قاله الصيمري، وكونه مريضاً مرضاً مخوفاً، وكذا في سائر الحيوانات، كذا قاله في «التتمة»، وكونه أبيض الشعر في غير أوانه، ولا بأس بحمرته، وكونه<sup>(٢)</sup> تماماً أو

(١) [البهق - بفتح الباء الموحدة والهاء - وهو بياض يعتري الجلد يخالف لونه، ليس بيرص. وأما السن الشاغية، فهي الزائدة المخالفة لنبات الأسنان. والأخفش، نوعان: أحدهما: ضعيف البصر خلقة.

والثاني: يكون بعلة حدثت، وهو الذي يبصر بالليل دون النهار، وفي يوم الغيم دون الصحو، وكلاهما عيب. وأما الأجهر - بالجيم - فهو الذي لا يبصر في الشمس. والأعشى: هو الذي يبصر بالنهار، ولا يبصر بالليل. والمرأة عشواء. والأخشم: الذي في أنفه داء لا يشم شيئاً. وتقدم بيان الأرت في صفة الأئمة] ينظر الروضة الطالين (١١٩/٣).

(٢) لإخفاء أن الأمة هنا كالعبد.

سَاجِرًا أو قاذفًا للمحصنات، وكونه مقامراً أو تاركاً للصلاة أو شارباً للخمر<sup>(١)</sup>. وفي «الرقم» للعبادي: أنه لا يَرَدُّ بالشرب وترك الصلاة.

وكونه خُنثى مشكلاً أو غير مشكل، وعن بعض المتأخرين: أنه إن كان رجلاً وكان يبول من فرج الرجال فلا رد، وكون العبد مخنثاً أو ممكناً من نفسه، وكون الجارية رَتْقاءً أو قَرْناءً أو مُسْتَحَاضَةً أو مُعْتَدَّةً أو محرمة، أو مُتْرَوجَةً، وكون العبد متزوجاً. وفي «البيان» حكاية وجهه في التزوج<sup>(٢)</sup>. وتعلق الدَّين بـرقتبهما، ولا رد بما يتعلق بالذمة.

وكونهما مُرتدين. ولو كانا كافرين أصليين فمنهم من قال: لا رد في العَبيد، ولا في الإماء، سواء كان ذلك الكفر مانعاً من الاستمتاع، كالتَّمَجُّس والتنصر والتوثن، أو لم يكن كالتهود والتنصر، هذا ما أورده في «التمة».

والأظهر، وهو المنقول في «التهذيب»: أنه لو وجد الجارية مجوسية أو وثنية، فله الرد، ولو وجدها كتابية أو وجد العبد كافراً، أي [كُفِّرَ كان]، فلا رد إن كان قريباً من بلاد الكفر بحيث لا تقل فيه الرغبات، وإن كان في بلاد الإسلام بحيث تقل الرغبات في الكافر، وتنقص قيمته فله الرد، ولو وجد الجارية لا تحيض وهي صغيرة أو آيسة فلا رد، وإن كانت في سن تحيض النساء في مثلها غالباً فله الرد، وكذا إذا تناول طهرها وجاوز العادات الغالبة فله الرد بكون الجارية حاملاً، ولا رد به في سائر الحيوانات. وقال في «التهذيب»: يثبت به الرد.

ومنها: كون الدَّابة جَمُوحاً<sup>(٣)</sup> أو عضوضاً أو رموحاً<sup>(٤)</sup>، وكون الماء المشتري مشمساً، قاله الرُّوْيَانِيُّ في «التجربة».

- 
- (١) [قال في التوسط: أطلق الشيخان المسألة من غير فرق بين المسلم والكافر ويحتمل أن لا يكون ذلك عيباً في الرقيق الكافر]. ينظر روضة الطالبين (٣/١١٩).
- (٢) إذا كان أحرم بإذن السيد للمشتري الخيار وإلا فلا لأن له تحليله كالبائع وقد قدمنا هذا في آخر كتاب «الحج». ينظر الروضة (٣/١٢٠).
- (٣) الجمح بالكسر هو امتناع الدابة على ركبها تقول: جمحت الدابة بالفتح جموحاً وجماحاً فهي جموح قاله الجوهري.
- (٤) رموحاً بفتح الراء وبالحاء المهملتين، وهي التي تضرب برجلها فائدة: العيوب ستة أقسام: أحدها: عيب البيع، ومثله عيب الغزاة، وكذا عيب الزكاة على وجه وقيل كالأضحية. الثاني: عيب الأضحية والهدى والعقيقة، وضابطه ما نقص اللحم. الثالث: عيب الإجارة وهو ما يؤثر في المنفعة تأثيراً يظهر به تفاوت في الأجرة. الرابع: عيب النكاح وهو ما ينضر عن الوطء ويكسر شهوة القوقان. ينظر الروضة (٣/١٢٠).

والرَّمْل تحت الأرض إن كانت مما تطلب للبناء، والأحجار، وإن كانت مما تطلب للزرع والغرس، ولا رد بكون الرقيق رطب الكلام أو غليظ الصُّوت أو سيء الأدب، أو ولد الزنا أو مغنياً، أو حَجَّاماً أو أَكُولاً أو زَهِيداً، وتردَّ الذَّابة بالزَّهَّادة، ولا بكون الأمة ثيباً، إلا إذا كانت صغيرة، وكان المعهود في مثلها البَكَارة ولا بكونها عقيماً، وكون العبد عتيباً، وعن الصيمري إثبات الرد بالعُتَّة، وهو الأظهر عند الإمام ولا بكون الأمة مَخْتُونَة أو غير مختونة، وكون العبد مختوناً أو غير مختون، إلا إذا كان كبيراً يخاف عليه من الختان.

وقيل: لا تستثنى هذه الحالة أيضاً، ولا بكون الرقيق ممن يعتق على المشتري، ولا بكون الأمة أخته من الرِّضَاع أو النَّسَب أو موطوءة أبيه، أو ابنه، بخلاف المحرمة والمعتدة؛ لأن التحريم ثم علم يقلل الرغبات، وهاهنا يختص التحريم به.

ورأى القاضي ابن كَجِّج: إلحاق ما نحن فيه بالمحرمة والمعتدة، ولا أثر لكونها صائمة وفيه وجه ضعيف.

ولو اشترى شيئاً ثم بَانَ له أن بائعه باعه بوكالة أو وصاية أو ولاية أو أمانة<sup>(١)</sup> فهل له الرد لخطر فساد النيابة؟

حكى القاضي الماوردِي في وجهين<sup>(٢)</sup>، ونقل وجهين أيضاً فيما لو بَانَ كون العبد مبيعاً في جناية عمد وقد تاب عنها، وإن لم يتب فهو عيب، والجناية خطأ ليست بعيب، إلا أن تكثر.

ومن العيوب: كون المبيع نجساً إذا كان مما ينقص بال غسل، وخشونة مشي الذَّابة بحيث يخاف منها السقوط، وأشرب البهيمة لبن نفسها. وذكر القاضي أبو سعد بن أحمد في «شرح أدب القاضي» لأبي عاصم العبادي فصلاً في عيوب العبيد والجواري.

ومنها: اضْطِكَاك الكَفَّين، وانقلاب القَدَمَين<sup>(٣)</sup> إلى الرَّخْشي والخَبَلان الكثيرة، وأثار الشَّجَاج والقُرُوح والكَي، وسواد الأسنان، وذَهَاب الأَشْفَار، والكَلْفُ المُغَيَّر للَبَشْرَة، وكون إحدى يدي الجارية أكبر من الأخرى، والحُفْر في الأسنان، وهو تراكم الوسخ الفاحش في أصولهما<sup>(٤)</sup>، هذا ما حضر ذكره من العيوب، ولا مطمع في استيعابها، لكن إن أردت ضبطاً فأشدُّ العبارات تلخيصاً ما أشار إليه الإمام - رحمه الله

(١) والمراد بالأمانة بيع الملتقط ونحوه. (٢) الأصح أنه لا رد.

(٣) في «الروضة» اضطكاك الكعبين وانقلاب القدمين.

(٤) في فتاوى الغزالي: إذا اشترى أرضاً فبان أنها تنزُّ إذا زادت دجلة وتضر بالزرع فله الرد إن قلت الرغبة بسببه. ينظر الروضة (٣/١٢٢).

تعالى -، وهو أن يقال: يثبت الرد بكل ما في المعقود عليه من منقص للقيمة أو العين نقصاناً يفوت به غرض صحيح، بشرط أن يكون الغالب في أمثال المبيع عدمه<sup>(١)</sup>.

وإنما اعتبرنا نقصان العين لمسألة الخَصِي، وإنما لم نكتف بنقصان العين بل شرطنا فوات غرض صحيح به، لأنه لو بَانَ قطع فُلُقَة يسيرة من فخذة أو ساقه لا تورث شيئاً ولا تفوت غرضاً لا يثبت الرد، ولهذا قال صاحب «التقريب»: لو قطع من أذن الشاة ما يمنع التّضحية ثبت الرد وإلا فلا، وإنما اعتبرنا الشرط المذكور؛ لأن الثّيابة مثلاً في الإماء، معنى ينقص القيمة، لكن لا ردّ بها؛ لأنه لا يمكننا أن نقول: الغالب فيهن عدم الثّيابة، - والله أعلم -.

قال الغزالي: وَكُلُّ عَيْبٍ حَدَثَ قَبْلَ الْقَبْضِ فَهُوَ مِنْ ضَمَانِ الْبَائِعِ، وَالرَّدُ يُثَبَّتُ بِهِ، وَمَا حَدَثَ بَعْدَهُ فَلَا خِيَارَ بِهِ (م). وَإِنْ اسْتَنَّدَ إِلَى سَابِقِ كَالْقَطْعِ بِسَرْقَةٍ سَابِقَةٍ وَالْقَتْلِ بِرَدِّهِ سَابِقَةٍ وَالْأَفْتِرَاحِ بِنِكَاحِ سَابِقٍ فَمِنْهُ خِلَافٌ.

قال الرافعي: العيب ينقسم إلى ما كان موجوداً قبل البيع فيثبت به الرد، وإلى ما حدث بعده، فينظر إن حدث قبل القبض فكمثل؛ لأن المبيع قبل القبض من ضمان البائع، وإن حدث<sup>(٢)</sup> بعده فله حالتان:

(١) قيل يرد عليه صور:

منها: إذا كان به برص واعلم به ثم اطلع على برص آخر لم ينقص به القيمة فإنه يرد. ومنها: قطع الأصبع الزائدة إذا وجد عند البائع واندمل فلا يثبت للمشتري الرد بزوالها كما قاله البغوي والمتولي. اعلم أنه لما شرح بعض أفراد العيوب ذكر ضابطاً شاملاً لما ذكره وما لم يذكره، فإنما نقصان العين خاصة، واحترز به عما لو قطع من فخذة قطعة يسيرة لا يفوت بها غرض صحيح. وأما التقييد بالغلبة فراجع إلى القيمة والعين، فأما في القيمة وهو ما اقتصر عليه الرافعي فاحترز به عن الثبوتية في الأمة الكبيرة فإنها لا تقتضي الرد لأنه ليس الغالب فيهن عدمها، وأما في العين فاحترز به عن خلع الأستان في الكبير فإنه لا رد به بلا شك، وقد جزم في المطلب بامتناع الرد بيباض الشعر في الكبير وهو نظير ما نحن فيه.

(٢) مقتضاه أنه لا فرق بين أن يكون بعد انقضاء الخيار أم قبله، فأما بعده فواضح، وأما قبله فبالقياس كما قاله في المطلب، بناء على أنه لو تلف في هذه الحالة هل يفسخ؟ فيه طرق أرجحها كما قاله الرافعي في الكلام على أقوال الملك أنا إن قلنا الملك للبائع انفسخ وإلا فلا، فإن قلنا يفسخ فحدوث العيب والحالة هذه كحدوثه قبل القبض وإن قلنا لا يفسخ فلا أثر لحدوثه. وفي الحاوي عند ابن أبي هريرة ثبوت الرد، ثم أبدى أعني الماوردي من عند نفسه مع ذلك. قال: إلا أن يستند إلى سبب متقدم كقطعه بجناية سابقة فيثبت الرد في الأصح نظراً إلى سببه الذي استند إليه والثاني أنه لا يثبت لأنه قد تسلط على التصرف بالقبض فدخل المبيع في ضمانه أيضاً. فعلى هذا يرجع بالأرش.

إحدهما: أن لا يستند إلى سبب سابق على القبض فلا رد به .

وقال مالك: عهدة الرقيق ثلاثة أيام إلا في الجنون والمُجذّم والبرص، فإنها إذا ظهرت إلى سنة ثبت الخيار .

لنا القياس على ما بعد الثلاثة .

والحالة الثانية: أن يستند إلى سبب سابق على القبض وفيها صور:

إحداها: بيع العبد المرتد صحيح على المذهب كبيع العبد المريض المشرف على الهلاك .

وحكى الشيخ أبو علي وجهاً: أنه لا يصح تخريجاً من الخلاف في العبد الذي قتل في المُحاربة، إن تاب قبل الظفر به فبيعه كبيع العبد الجاني لسقوط العقوبة المُتَحَمَّة، وكذا إن تاب بعد الظفر وقتلنا بسقوط العقوبة وإلا فثلاثة طرق:

أظهرها: عند كثير من الأئمة: أن يبيعه كبيع المرتد .

والثاني: وهو اختيار أبي حامد وطائفة القطع بمنع بيعه إذ لا منفعة فيه لاستحقاق قتله بخلاف المرتد فإنه ربما يسلم .

والثالث: وبه قال القاضي أبو الطيب: أنه كبيع الجاني .

إذا عرفت ذلك فإن صححنا البيع في هذه الصور فقتل العبد المرتد أو المُحارب أو الجاني جنابة توجب القصاص، نظر إن كان ذلك قبل القبض انفسخ البيع، وإن كان بعده وكان المشتري جاهلاً بحاله ففيه وجهان:

أحدهما، وبه قال أحمد وابن سريج وابن هريرة والقاضي أبو الطيب: أنه من ضمان المشتري؛ لأن القبض سلطة على التصرّف فيدخل المبيع في ضمانه أيضاً، لكن تعلّق القتل بركبته كعيب من العيوب، فإذا هلك رجع على البائع بالأرض، وهو نسبة ما بين قيمته مستحق القتل، وغير مستحق القتل من الثمن .

وأصحهما، وبه قال أبو حنيفة وابن الحَدّاد وأبو إسحاق: أنه من ضمان البائع؛ لأن التلف حصل بسبب كان في يده فأشبه ما لو باع عبداً مغضوباً فأخذه المستحق منه، فعلى هذا يرجع المشتري عليه بجميع الثمن، ويخرج على الوجهين مؤنة تجهيزه من الكفن والدّفن وغيرهما، ففي الأول هي على المشتري، وفي الثانية على البائع .

وإن كان المشتري عالماً بالحال عند الشراء أو تبين له بعد الشراء ولم يرد، فعلى الوجه الأول: لا يرجع بشيء كما في سائر العيوب .

وعلى الثاني: فيه وجهان:

أحدهما، ويحكى عن أبي إسحاق وهو اختيار أبي حامد: أنه يرجع بجميع الثمن إتماماً للتشبيه بالاستحقاق.

وأصحهما عند الجمهور وهو قول ابن الحداد: أنه لا يرجع بشيء لدخوله في العقد على بصيرة أو إمساكه مع العلم بحاله<sup>(١)</sup>، وليس هو كظهور الاستحقاق من كل وجه، ولو كان كذلك لما صح بيعه أصلاً.

الثانية: بيع العبد الذي وجب عليه القطع قصاصاً أو بسرقة صحيح بلا خلاف، فلو قُطع في يد المشتري عاد التفصيل المذكور في الصورة السابقة، فإن كان جاهلاً بحاله حتى قطع، فعلى قول ابن سريج ومن ساعده: ليس له الرد؛ لأن القطع من ضمانه ولكن يرجع على البائع بالأرض، وهو ما بين قيمته مستحق القطع وغير مستحقه من الثمن. وعلى الأصح: له الرد واسترجاع جميع الثمن، كما لو قطع في يد البائع، فلو تعذر الرد بسبب، فالنظر في الأرض على هذا الوجه إلى التفاوت بين العبد السليم والأقطع، وإن كان المشتري عالماً فليس له الرد ولا الأرض.

قال الشيخ أبو علي: ولا يجيء هاهنا الوجه المحكي عن أبي إسحاق في القتل؛ لأنه لا يبقى ثم شيء ينصرف العقد إليه وهاهنا بخلافه - والله أعلم -.

الثالثة: لو اشترى جارية مزوجة، ولم يعلم بحالها حتى وطئها الزوج بعد القبض، فإن كانت ثيباً فله الرد، وإن كانت بكرأ فنقصت بالافتراض، فهو من ضمان البائع أو المشتري؟ فيه الوجهان.

(١) [قال النووي قال صاحب «التلخيص»: كل ما جاز بيعه، فعلى متلفه القيمة، إلا في مسألة، وهو العبد المرتد يجوز بيعه، ولا قيمة على متلفه قال الفقهاء: هذا صحيح، لا قيمة على متلفه، لأنه مستحق الإتلاف. قال: وكذا العبد إذا قُتِلَ في قطع الطريق، فقتله رجل، فلا قيمة عليه، لأنه مستحق القتل. قال: فهذا يجوز بيعه، ولا قيمة على متلفه، فهذه صورة ثانية والمراد بالقيمة هنا الضمان والمعنى أن متلف ما يجوز بيعه يضمنه بقيمته إن كان متقوماً ومثله إن كان مثلياً لا خصوص القيمة المقابلة للمثل وإلا لزم أن يضمن متلف المثل بالقيمة]. قال في التوسط: ذكر المصنف في باب قطع الطريق إن قتل المحارب فيه يعني القصاص. ويعني الحدود، ولا يتمحض حد الله تعالى، ثم ذكر أنه لو قتل شخص بغير إذن الإمام إن راعينا القصاص تلزمه الدية وإلا فلا وحيثد قضية ذلك أنا إن قلنا محض حق الله تعالى فهدر وإن قلنا بالأصح أن فيه معنى القصاص فعلى قاتله بغير إذن الإمام القيمة لمالكه كما على قاتل الحر والحالة هذه الدية، لورثته وحيثد فلاستثناء أي الذي زاده الفقهاء على وجه مرجوح وهو ظاهر جلي. قيل: يرد على الحصر الصائل والزاني المحصن. وصورته: أن يزني ذمي ثم يلتحق بدار الحرب ثم يسترق فإذا أتلفه متلف. والحالة هذه فلا شيء عليه. ينظر الروضة (٣/١٢٤).



إن جعلناه من ضمان البائع فللمشتري الرد بكونها مزوجة، فإن تعذر الرد بسبب رجوع بالأرش، وهو ما بين قيمتها بكرة غير مزوجة ومزوجة مفتضة من الثمن.

وإن جعلناه من ضمان المشتري فلا رد له وله الأرش، وهو ما بين قيمتها بكرة غير مزوجة ويكرأ مزوجة من الثمن. وإن كان عالماً بكونها مزوجة، أو علم ورضي فلا رد له، فإن وجد بها عيباً قديماً بعدما اقتضت في يده فله الرد، إن جعلناه من ضمان البائع وإلا يرجع بالأرش، وهو ما بين قيمتها مزوجة ثيباً سليمة ومثلها معيبة<sup>(١)</sup>.

الرابعة: اشترى عبداً مريضاً وتمادى المرض إلى أن مات في يد المشتري، فعن الشيخ أبي محمد فيه طريقتان:

أحدهما: أنه على الخلاف المذكور في الصورة السابقة، ويحكى هذا عن الحلبي.

وأظهرهما وأشهرهما: القطع بأنه من ضمان المشتري؛ لأن المرض يزداد شيئاً فشيئاً إلى الموت، والرد خصلة واحدة وجدت في يد البائع، فعلى هذا إذا كان جاهلاً رجع بالأرش، وهو ما بين قيمته صحيحاً ومريضاً.

وتوسط صاحب «التّهذيب» بين الطريقتين، فقطع فيما إذا لم يكن المرض مخوفاً بكونه من ضمان المشتري، وجعل المرض المخوف والجرح الساري على الوجهين.

واعلم: أن هذه الصورة والخلاف فيها قد ذكرها في أحكام بيع الثمار وإن لم تكن مذكورة في هذا الموضع، وإذا وقفت على هذا الشرح، عرفت أن الخلاف في قوله في الكتاب: «فيه خلاف» ليس منصوصاً في أنه هل يثبت خيار الرد في جميع الصور المذكورة، لأن في صورة قتل المرتد، إن جعلناه من ضمان المشتري فلا رد لهلاك المبيع، وإن جعلناه من ضمان البائع فيفسخ البيع، ويتبين تلفه على ملك البائع، وحيث لا معنى لخيار الرد، فإذاً الخلاف في هذه الصورة في أنه من ضمان من؟

على ما تقرّر في الصورتين الباقيتين يصح في خيار الرد بناء على هذا الأصل - والله أعلم -.

(١) قيل في التوسط: عبارة القاضي حسن وهو ما بين قيمتها مزوجة ثيباً سليمة ومثلها معيبة. فأما اعتبار الثبوتية الحادثة بعد لم يقل به أحد. قال في الخادم: وهذا اعتراض ساقط فإنه إنما اعتبر الثبوتية لأنه قاعدة الرجوع بالأرش أن ينسب إلى أقله قيمة من يوم العقد إلى القبض على الأصح والأمة كانت يوم العقد والقبض بكرة لكن لما علم المشتري بتزويجها ورضي به فقد أسقط اعتبار البكارة وصار كأنه اشتراها وهي ثيب فوجب تقدير اعتبار قيمتها ثيباً لأننا لو اعتبرنا قيمتها بكرة لأضرنا بالبائع والزمنه ما لم يلزمه.

قال الغزالي: (وَأَمَّا التَّغْرِيرُ الْفِعْلِيُّ) فَهُوَ أَنْ يُصْرِيَ صَرْعَ الشَّاةِ حَتَّى يَجْتَمِعَ اللَّبْنُ وَيُخَيَّلَ غَزَارَةَ اللَّبْنِ فَمَهْمَا أَطْلَعَ عَلَيْهِ وَلَوْ بَعْدَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ رَدَّهَا (ح) وَرَدَّ مَعَهَا صَاعًا مِنْ تَمْرٍ بَدَلًا عَنِ اللَّبْنِ الْكَائِنِ فِي الضَّرْعِ الَّذِي تَعَدَّرَ رَدُّ عَيْنِهِ لِأَخْتِلَاطِهِ بِغَيْرِ الْمَسِيحِ لَوُرُودِ الْخَبْرِ، وَلَوْ تَحَقَّقَتِ الشَّاةُ بِنَفْسِهَا، أَوْ صُرِّي الْأَثَانُ، أَوْ الْجَارِيَةُ أَوْ لَطَّخَ الثُّوبُ بِالْمِدَادِ مُخَيَّلًا أَنَّهُ كَاتِبٌ فَلَا خِيَارَ لَهُ (ح و)؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ فِي مَعْنَى النَّصُوصِ، وَأَخَوَطُ الْمَذْهَبَيْنِ أَنْ غَيْرَ التَّمْرِ لَا يَقُومُ مَقَامَ التَّمْرِ، وَأَنَّ قَدْرَ الصَّاعِ لَا يَنْقُصُ (و) بِقَلَّةِ اللَّبْنِ وَلَا يَزِيدُ بِكَثْرَتِهِ لِلاتِّبَاعِ.

قال الرافعي: السبب الثالث من أسباب الظن: الفعل المغرر، والأصل في صورة التضرية وهي أن يربط أخلاف الناقة<sup>(١)</sup> أو غيرها ويترك حلابها يومين أو أكثر حتى

(١) قال في التوسط: شد الأخلاف خرج على الغالب بل لو تركها أياماً بلا حلب من غير شد الأخلاف بقصد غزارة اللبن ليراه المشتري فهو كالشد بلا خلاف وإنما المعبر ترك حلبها قصداً. قال في الخادم: ولا حاجة للتقييد باليوم. قال أبو عبيد: المصرة هي الناقة أو البقرة أو الشاة يصرى اللبن في ضرعها أي يجمع ويحبس، ومنه يقال صريت اللبن وصريته بالتخفيف والتشديد. وقال الإمام الشافعي - رضي الله عنه - التصرية أن تربط أخلاف الناقة أو الشاة وتترك من الحلب اليومين والثلاثة حتى يجتمع لها لبن فيراه مشتريها كثيراً فيزيد في ثمنها. قالوا فظاهر قول أبي عبيد أن المصرة مأخوذة من التصرية، وهي الجمع، وظاهر قول الشافعي أنها مأخوذة من الصر وهو الربط. ثم ضعفوا قول الشافعي بأنه لو كانت مأخوذة من الصر لكان يقال لها المصرة؛ لأن لامها حيثنذ راء لا ياء. والذي يترأى في نظري أن قول الشافعي لا يخالف قول أبي عبيد بدليل أنه قال - التصرية أن تربط أخلاف الناقة حتى يجتمع لها لبن - فبين أن معنى التصرية هو الجمع. غاية ما في الأمر تكفل بزيادة بيان طريقهم في هذا الجمع، وعادتهم السائدة فيه بينهم فقال: - أن تربط الأخلاف اليومين والثلاثة، وفي معنى التصرية التحفيل، وقد وردت بعض الروايات الصحيحة مصرحة بهذا اللفظ أيضاً. ومنه قيل لمجامع الناس: محافل. والفقهاء كلهم على أن التصرية للبيع حرام، لأنها غش، وخداع، ومكر سيء، واحتيال على أكل أموال الناس بالباطل، والرسول - عليه الصلاة والسلام - يقول: «مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا». وكلهم كذلك على أن بيع المصرة مع ذلك صحيح، لأن الرسول ﷺ لم يحكم ببطلان بيعها، وإنما جعل فقط الخيار لمبتاعها، وهو لا يكون إلا في عقد صحيح. وإنما اختلفوا في هل يثبت لمشتريها الخيار أم لا يثبت؟ فأبو حنيفة، ومحمد بن الحسن، - ويقولهما يفتى في المذهب الحنفي - على أنه لا خيار للمشتري في شرائه المصرة، بل البيع لازم له، وعليه الإمساك بالثمن المتفق عليه. والشافعية، والمالكية، والحنابلة، والظاهرية، وزفر، وأبو يوسف، من الحنفية وبعد ذلك جماهير العلماء على أن للمشتري الخيار بين الرد وبين الإمساك بالثمن المتفق عليه إذا كانت المصرة من بهيمة الأنعام، ولم يكن المشتري عالماً بالتصرية وقت الشراء. حجة أبي حنيفة ومحمد - أن مطلق البيع يقتضي صفة السلامة فيكون لازماً ما دام قد تحقق مقتضاه وبانعدام اللبن بالكلية لا تذهب صفة السلامة فيقتلها من باب أولى. فلا رد بالتصرية لأنها عبارة عن ظهور قلة اللبن. وقد اعترض الجمهور على ذلك بأن التصرية، وإن لم تكن عيباً لكن فيها تدليس وتغريب بالمشتري، وهو يثبت =

له حق الرد كمن اشترى قفة ثمار فوجد في أسفلها حشيشاً مثلاً حيث يكون له حق الرد للتفريز. وقد أجاب الحنفية عن هذا الاعتراض بجوابين:

أولهما: بأن المشتري في المصرة معتز لا مغرور؛ لأن كبر الضرع قد يكون لغزارة اللب؛ وقد يكون لغزارة اللحم فتكتمه على أمر كان يمكنه أن يعلم من البائع اغترار منه بكثرة اللب. وهذا بخلاف قفة الثمار لا معنى لها إلا على أن كل ما فيها ثمر، فالمشتري فيها مغرور لا معتز، ومضلل عليه لا ضال.

وثانيهما: بالفرق على فرض أن المشتري هنا أيضاً مغرور بأن التفريز في قفة الثمار ينقص المقدار وهو عيب، وهذا بخلاف التصرية. وحجة الجمهور هي المنقول والمعقول.

أما المنقول: فما روي عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «لَا تَصِرُوا الْإِبِلَ وَالْغَنَمَ فَمَنْ ابْتَاعَهَا بَعْدَ ذَلِكَ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَخْلِبَهَا إِنْ رَضِيَهَا أَمْسَكَهَا، وَإِنْ سَخِطَهَا رَدَّهَا وَصَاعًا مِنْ تَمْرٍ». وهو حديث متفق عليه. وللبخاري وأبي داود: «مَنْ اشْتَرَى غَنَمًا مِصْرَاءَ فَاحْتَلَبَهَا فَإِنْ رَضِيَهَا أَمْسَكَهَا، وَإِنْ سَخِطَهَا فَفِي حَلْبَتِهَا صَاعٌ مِنْ تَمْرٍ» ولمسلم: «إِذَا مَا اشْتَرَى أَحَدُكُمْ لُحْمَةً مِصْرَاءَ أَوْ شَاءَ مِصْرَاءَ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَخْلِبَهَا إِمَّا هِيَ، وَإِلَّا فَلْيُرَدِّهَا وَصَاعًا مِنْ تَمْرٍ». وللجماعة إلا البخاري: «مَنْ اشْتَرَى مِصْرَاءَ فَهُوَ مِنْهَا بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهَا وَمَعَهَا صَاعًا مِنْ تَمْرٍ لِأَسْمَاءَ». هذه الروايات كما ترى كلها صحيحة، متفق على صحتها، وكلها عن أبي هريرة - رضي الله عنه - وهي صريحة، ونص في ثبوت الخيار للمشتري إذا ما اشترى مصراة، فاحتلبها فإنه بخير النظرين، إما أن يمسك بالثمن المتفق عليه، وإما أن يرد لا تحتل غير هذا البتة، ومن حملها غيره فقد تكلف مركباً صعباً. وقد روي هذا الحديث بطرق غير هذه، بعضها جيد وبعضها ضعيف، وفي بعضها زيادة، وفي بعضها نقص، وفي بعضها تغيير، وتبديل. ففي بعضها صاع من تمر، وفي بعضها صاع فقط، وفي بعض آخر مثل أو مثلي لبنيها قمحاً. وهذه الروايات بعضها عن ابن عمر، وبعضها عن أنس، وبعضها عن ابن مسعود - رضي الله عنهم - وإن كان الصحيح عن ابن مسعود موقوفاً عليه، وبعضها عن رجل من الصحابة، وهي بسند جيد. وكلها قوية، وجيدة، وضعيفة متظاهرة متضاربة في ثبوت الخيار للمشتري، إذا ما اشترى مصراة فاحتلبها، فظهر له أمرها، وانتضح له عوارها.

وأما المعقول: فأثبتوا الرد بالتصرية قياساً على ما لو سود شعر الجارية الشمطاء، فباعها، فأنكشف للمشتري حالها حيث يكون له حق الرد للتضليل عليه. وعلى ما لو حبس البائع ماء الرحي، ثم أرسله عند بيعها تقريراً بالمشتري بجريان مائها على الدوام، حيث يكون له الرد أيضاً، وذلك لوجود التدليس والتفريز في التصرية أيضاً. إلا أن - والحق يقال هذه قياسات مذهبية - لا تلزم الحنفية لأنهم ينازعون فيها أيضاً. هذا فضلاً عن أن الحكم في هذه المسائل المقيس عليها إنما أخذ من حكم المصرة قياساً عليها، فقياس المصرة عليها حينئذ دور وقلب للموضوع. وقد دفع الحنفية في صدر هذه الأدلة من المنقول فما شقوا غليلاً، وأجلبوا عليها بخيلهم ورجلهم فما أغنوا قليلاً، وتألّبوا عليها إلماً واحداً فما زرعوا منها ثابتاً، وما قرعوا لها صفاة، ثم ارتدوا عنها وهي هي قوة وثباتاً ووضوح دلالة وسطوع برهان وحجة. وملخص =

= اعترضاتهم على هذه الأحاديث ينحصر في مقامين؛ المقام الأول: مقام الرد والطمع. والمقام الثاني: مقام التسليم مع التأويل.

المقام الأول: يشمل ثلاث أحوال:

الحال الأولى: رد هذه الأحاديث لمخالفتها القياس الصحيح والأصول المعترف بها شرعاً.

الحال الثانية: ردها لكونها منسوخة بأحاديث آخر.

الحال الثالثة: ردها لاضطرابها اضطراباً لا تقوم معه حجة على إثبات الخيار.

الحال الأولى: أما مخالفتها للقياس وللأصول فمن وجوه أشهرها:

أولاً: من المعلوم شرعاً أنه لا تضمن عين مع وجودها بل ترد هي بعينها. واللبن قد يكون موجوداً لدى المشتري فكيف يرد التمر عنه مع وجوده؟.

ثانياً: الأصل في ضمان المتلفات هو المثل إن كانت من المثليات والقيمة إن كانت من القيميات فكيف يضمن اللبن بالتمر وهو لا مثل ولا قيمة؟

ثالثاً: الأصل في الضمان أن يزيد ويتقص تبعاً لزيادة المضمون ونقصانه، ولبن المصرة يختلف قلة وكثرة تبعاً لاختلاف الجنس والنوع والجو والمرعى، وهكذا وضمانه دائماً هو صاع التمر لا يزداد عليه، ولا يتقص منه.

وأبداً: قالوا إن ثبت حقاً خيار التصرية فهو ملحق ولا بد بخيار العيب لشبهه به، وخيار العيب غير مؤقت على معنى لو اطلع المشتري على العيب في أي وقت، ولو بعد سنة من البيع ثبت له حق الرد بالعيب، بينما نصت هذه الأحاديث على تأقيت خيار التصرية بثلاثة أيام، فلو مضت الثلاث ثم علم بالتصرية فلا خيار له فكان مخالفاً لخيار العيب من هذه الناحية. وهذا الحديث لم يرو من طريق صحيح غير طريق أبي هريرة - رضي الله عنه -، وأبو هريرة عندنا إذا ما خالفت رواية القياس الصحيح قدم القياس عليها، إذا كانت روايته في الفقه؛ لأنه لم يكن ذا بصر نافذ فيه، وقد ظهر تساهله في بعض مسائله، وكان من أجل ذلك عرضة لإنكار بعض الصحابة عليه. فهذا ابن عباس - رضي الله عنه - يرد عليه رواية الوضوء من حمل الجنابة قاتلاً: «أتوضأ من حمل عيدان يابسة؟» وحديث الوضوء مما مسته النار قاتلاً: «لو توضأت بماء ساخن أكننت أتوضأ منه؟».

الحال الثانية: وهي نسخ هذه الأحاديث فإنهم اختلفوا في الناسخ لها فقبل هو قوله ﷺ: «الْحَرَاجُ بِالضَّمَانِ» لأن المصرة لو تلفت عند المشتري كانت من ضمانه فتكون فضلاتها له ومنها اللبن بموجب هذا الحديث، وإذا كان اللبن له فهو لا يضمه. وقبل الناسخ نهي - عليه الصلاة والسلام -: «عَنْ بَيْعِ الدَّيْنِ بِالْدَّيْنِ» لأن لبن المصرة قد صار ديناً في ذمة المشتري، فإذا ألزم في ذمته صاعاً بدله كان من قبيل بيع الدين بالدين، أو فسخ الدين في الدين وقيل الناسخ غير هذا مما هو أضعف شأناً ودلالة على النسخ مما ذكرنا فضرينا صفاً عن ذكره. وإذا ظهر أن أحاديث خيار التصرية منسوخة بما ذكرنا، فقد بطل التمسك بها لثبوت الخيار لا سيما ومخالفتها للأقيسة الصحيحة مما يقوي الظن بمنسوخيتها.

الحال الثالثة: وأما اضطرابها فهو ما تقدم من أن هذه الأحاديث رويت بألفاظ كثيرة، وهي مع ذلك متعارضة يدفع بعضها في صدر بعض. نذكر منها: «رَدُّهَا وَرَدُّ مَعَهَا صَاعاً مِنْ تَمْرٍ» «صَاعاً =

= مِنْ طَعَامٍ، «صَاعاً» مِثْلَ أَوْ مِثْلَى لَبَيْهَا فَمَحَا «صَاعاً مِنْ تَمْرٍ لَأَسْمَرَاءَ» وَالسَّمَرَاءُ هِيَ الْقَمْحُ «صَاعاً مِنْ طَعَامٍ لَأَسْمَرَاءَ» وَاضْطِرَابُ الْحَدِيثِ اضْطِرَاباً لِهَذَا لِاضْطِرَابِ لِسْقَطِهِ عَنْ دَرَجَةِ الْحِجَةِ.

المقام الثاني: مقام التسليم مع التأويل أي التسليم هنا بصحة الأحاديث، وكونها غير منسوخة، وتأويلها بما لا يتعارض مع مذهب الحنفية من نفيهم خيار التصرية. فيقول فيه صاحب الميسوط ما معناه - ولهذا كله يحمل الحديث على التأويل، وإن بعد فهو خير من الرد فيحمل على أن المشتري كان اشتراها على أنها غزيرة اللبن فكان شراءً فاسداً لفساد هذا الشرط، والمبيع في الشراء الفاسد يرد مع زوائده، ولكن اللبن كان قد فقد عند المشتري فدعاهما الرسول ﷺ فصالحهما على أن يرد المشتري صاعاً من تمر، فكان اللبن، وكان صاع التمر قيمة اللبن في هذا الزمان، فظنه الراوي ضماناً عن اللبن على وجه الإلزام في جميع العصور والأزمان فرواه بهذه الصيغة العامة، ومثل هذا يقع كثيراً من بعض الرواة لغفلة أو قلة فهم. وقد أجاب الجمهور عن اعتراضات الحنفية بأجوبة إجمالية وأجوبة تفصيلية.

أما أجوبتهم: الإجمالية فتتلخص في أن هذا الحديث حديث التصرية بجميع طرقه أصل برأسه يجب أتباعه والعمل بموجبه كسائر نصوص الكتاب والسنة لا فرق بين نص ونص، ومحاولة إخضاع نص صريح صحيح للقياس أو إبعاده بالكلية إذا كان يخالفه هذه المحاولة هي قلب للوضع، ومخالفة للأصول المتفق عليها بين الفقهاء من تقديم النصوص على الأقيسة، وأنه لا يصار إليها إلا بعد فقدان النصوص الصحيحة الثابتة، فكان اعتذاركم عن عدم العمل بالحديث لمخالفة الأصول هو عين الخروج على الأصول وكنتم كالمستجير من الرمضاء بالنار. وهذا خبر صحيح مشهور مستفيض صالح لتخصيص عمومات الكتاب والسنة، حتى عند الحنفية أنفسهم الذي يجوزون تخصيص العام بالمشهور. لأن الحديث - وإن كان آحاد الأصل على فرض قصره على أبي هريرة - رضي الله عنه - فالرواية له عن أبي هريرة كثير، والحديث قد استفاض في القرن الثاني والثالث وما بعدهما، فأصبح بمنزلة المتواتر المجمع على العمل به بله المشهور. لا سيما وقد كان يفتي به أبو هريرة نفسه، وابن مسعود شيخ الحنفية الأول، وإمام طريقتهم، ولا يعرف لهما مخالف من الصحابة. ومحاولة الطعن في الحديث بكون راوية أبي هريرة، وقد ظهر تساهله في الرواية في مسائل الفقه محتجين بمثل ما روي عن ابن عباس من رواية لبعض رواياته هي محاولة غير مجدية، وغير سديدة أيضاً. فلعل ابن عباس زاد روايته لما ثبت عنده مما يخالفها من روايات أخر يراها أرجح، وفي الوقت نفسه يعضدها القياس. وقد فعل مثل فعل ابن عباس مع أبي هريرة أمير المؤمنين عمر بن الخطاب، وأمير المؤمنين علي بن أبي طالب مع غير أبي هريرة من أجلاء الصحابة، ولم نسمع عليهم مثل هذا الطعن الذي طعن به أبو هريرة - رضي الله عنه - ولو فرض أن ابن عباس رد رواية أبي هريرة بمحض الرأي والقياس فابن عباس محجوج بالحديث، وليس رأيه حجة على الحديث. وأبو هريرة قد كان عند ابن عباس نفسه بالمنزلة الرفيعة، والمحل الملحوظ، يفتي بحضرتة، وابن عباس يثني عليه، فقد روي أن رجلاً من مزينة طلق امرأته ثلاثاً قبل أن يدخل بها، فأتى ابن عباس يسأله، وعنده أبو هريرة فقل ابن عباس إحدى المعضلات يا أبا هريرة، فقال أبو هريرة: واحدة تبينها =

= ثلاث تحرمها، فقال ابن عباس: زيتنها يا أبا هريرة، أو قال: نورتها أو كلمة تشبهها يعني أصاب. فأبو هريرة كان أكرم على ابن عباس مما يظن القوم، وأفضل عنده منه عندهم. ولسنا بهذا نحاول الدفاع عن أبي هريرة بعد ما دافع عنه الرسول ﷺ وزكاة، ودعا له بكثرة الحفظ، وإنما هي كلمة جردنا إليها جراً. ولا نقول كما قال بعض الكتاب: إن هذا الحديث لم ينفرد به أبو هريرة وحده، فإني أشعر بوخز ضميري لو قلت هذا القول، فأبو هريرة فيه الكفاية بل هو فوق الكفاية، فضلاً عن أنه يفتح باباً للحنفية في الطعن والتجريح، لا مخلص منه إلا بتزكية أبي هريرة آخرة الأمر ودعوى الاكتفاء به. هذا مع أن رد حديث أبي هريرة لمثل هذا الذي ذكره الحنفية يجردنا إلى مواقف محرجة، ويوقعنا في مسائل شائكة ما كان أحرانا بالابتعاد عنها، فإنه أكثر الصحابة رواية للحديث، وشطر كبير من الدين يتوقف على حديثه وحده، فاللهم لا حول ولا قوة إلا بالله. ثم القول بأن الحديث منسوخ - بما ذكروا من الأحاديث - فهي على فرض أنها تعارضه يتوقف القول بناسخيتها على تأخرها، وهذا ما لا سبيل لهم إليه. فكيف مع هذا وهذه الأحاديث لا تعارض حديث التصرية؟ وأما الاعتراض على الحديث بأنه مضطرب متناقض فجميع طرق الحديث الصحيحة - والحمد لله - لا اضطراب فيها ولا تعارض. أما الروايات المضطربة فهي الروايات الضعيفة، وهذه نسقطها من حسابنا. وتأويل الحديث على الوجه الذي ذكروا يكفيننا في دفعه أنه بعيد بعداً لا يتصوره العقل. كيف وصاحب المبسوط نفسه يعترف بأنه تأويل بعيد؟.

وأما الأجوبة التفصيلية: فنتناول اعتراضاتهم على الحديث واحداً واحداً فتفنيدها تفنيدها مبنية أن شيئاً منها لا يخالف الأصول، ولا القياس، ولا يعارض نصاً صحيحاً من النصوص بل هو موافق لها جميعاً، فأما الاعتراض بأنه لا تضمن عين مع وجودها، فصحيح ومسلم إذا لم تتغير أوصافها، فأما لو تغيرت فإنها تضمن مع وجودها؛ لأنها حينئذ تكون في حكم المفقودة، ولبن التصرية مع فرض وجوده لدى المشتري من هذا القبيل؛ لأنه بالحلاب ومضي الوقت ذهب طراوته، وتغير عن طبيعته، واضمحلت حلاوته. وأما الاعتراض بأن الأصل في الضمان هو المثل أو القيمة، والتمر ليس أحدهما، فهذا إذا كان المضمون معلوماً معيناً حتى يعلم مثله أو قيمته، أما إذا لم يكن كذلك كلبن التصرية فإنه يختلط باللبن الحادث عند المشتري على ملكه، ولا سبيل إلى تمييز أحدهما عن الآخر حتى يعلم قدره بيقين. فصاع التمر إذا تقدير من الشارع لبديل اللبن قطعاً للنزاع، وحسماً للخصام والجدال. غاية ما هناك ما الحكمة في جعل التمر مكان اللبن؟ والحكمة فيه ظاهرة بأن طعام القوم الغالب فيهم حينئذ إنما كان اللبن والتمر فلما ذهب اللبن على البائع عوض بدله التمر لقيامه مقامه في الغذاء. وبهذا أيضاً يجاب عن الاعتراض بأن بدل المتلف يقل ويكثر تبعاً لقلته وكثرته، والصاع هنا واحد لا يزيد ولا ينقص. وأما الجواب عن هذا الاعتراض بنحو بدل الموضحة فإنه خمس من الإبل لا تزيد ولا تنقص، مع أن الموضحة ليست بحالة واحدة، فخارج عن محل النزاع، لأن هذا في العقوبات، ومحل النزاع هو الضمانات. وأما الاعتراض بأن خيار التصرية مؤقت، وخيار العيب غير مؤقت، فإنما كان الأمر كذلك، لأن العيب لا يعلم متى يوقف عليه فكان من المصلحة عدم تحديده، بينما التصرية تعلم غالباً في ظرف الثلاثة الأيام؛ لأن نقصان الخلاب في اليوم الثاني قد يكون لتغير =

= المكان أو المرعى فإذا جاء اليوم الثالث موافقاً للثاني علم أن كثيرة اللبن في اليوم الأول إنما كانت لأجل التصرية. هذا هو جواب الاعتراضات الواردة على الحديث من حيث مخالفتها للأصول والقياس. وأما الاعتراضات الواردة عليه من حيث هو منسوخ فهناك جوابها. قولهم: إنه منسوخ بحديث: «الْخَرَجُ بِالضَّمَانِ» فهذا فرع أنه يعارضه، ولا معارضة بينهما - إن شاء الله - لأن الخراج هو الغلة، كما جاء مصرحاً به في بعض الروايات، والمراد بها الحادثة على ملك المشتري، لكونه من ضمانه حيثئذ. ولبن التصرية موجود وقت البيع فهو للبايع في الأصل لكونه حدث على ملكه، وعلى ذلك فهو مبيع كالأصل ويأخذ قسطاً من الثمن. فإن تلف عند المشتري وجب عليه ضمانه إن فسخ البيع لكونه كجزء المبيع. وعلى فرض أنه يعارضه فهو عام، وحديث التصرية خاص، والواجب حمل العام على الخاص، ومع هذا فليس حديث الخراج بالضمان في قوة حديث التصرية حتى يعارضه. وقولهم إنه منسوخ بنهي - عليه الصلاة والسلام - عن بيع الدين بالدين، فهذا حديث ضعيف لا يعارض حديث التصرية، ولو عارضه فهو عام مخصوص به، وقد قال الشوكاني في بيان عدم التعارض بين الحديثين: - ولو صح حديث النهي عن بيع الدين بالدين، فليس صاع التمر ديناً في ذمة المشتري؛ لأنه يجب عليه توفيقه حالاً مع رد المصرة - والتحقق أن لبن التصرية مملوك للمشتري بالمقد كالأصل، فإذا هلك هلك على ضمانه، ولكنه إن رد العين فقد وجب عليه للبايع بدله صاع التمر ابتداءً في ذمته. وقد أضرنا عن اعتراضات آخر غير ما ذكر لأنها أقل شأنًا وأسهل دفعاً. وإذا تبين سقوط اعتراضات الحنفية على حديث التصرية علمنا أن الحديث صالح للحجية، وليس بعد أن يصح الحديث وتصلح للاستدلال حاجة إلى دليل آخر يعضده فسواء صحت أقيسة الجمهور أم لم تصح، فمذهبهم في هذه الخلافية ظاهر الصواب، وحيثئذ يكفي في رد دليل أبي حنيفة، وعدم نهوضه حجة على مذهبه، أنه قياس في مقابلة النص، وهو باطل باتفاق العلماء.

وههنا مسائل:

الأولى: لم يأت نص تصريح في أحاديث التصرية على البقر، ولكن الجمهور قاسها على الإبل والغنم من باب أولى، لأنه إذا وجب الصاع في لبنيهما، وهو أقل عادة من لبن البقر؛ فلأنه يجب في لبنيها من باب أولى، هذا مع أن بعض روايات الحديث قد وردت بصيغة عامة شاملة: «مَنْ اشْتَرَى مِصْرَاءَ إِلَّا أَنهَا عَلَى كُلِّ حَالٍ غَيْرِ صَرِيحَةٍ فِي الْبَقْرِ».

الثانية: إذا كان المبيع مصراً من غير بهيمة الأنعام، فهل يرد من أجل التصرية أم هذا الحكم مقصور على الأنعام؟ المالكية، والصحيح من مذهبي الشافعية، والحنابلة، أن التصرية في غير الأنعام يرد من أجلها المبيع؛ لأنها تغريب بما يزيد من أجله الثمن، ولعموم لفظ الحديث: «مَنْ اشْتَرَى مِصْرَاءَ». والصحيح من مذهب الشافعية أنه في حال الرد لا يجب عليه الصاع، إلا في المأكول وحده قياساً على النعم، بينما غيرهم لا يوجب الصاع مطلقاً لأن لبن غير الأنعام لا يعتاض عنه غالباً، وليس مثله في الغذاء، وإن كان قد يقصد لتربية الحيوان. وحديث المصرة قد تضمن حكماً بالرد للتغريب، وهذا هو المقيس عليه الرد في غير النعم، وحكماً بوجود الصاع، وهذا لا يقاس عليه لبن غير الأنعام؛ لأن لا يساويه من حيث القيمة ولا المنفعة. وفريق من الشافعية، والحنابلة، يرون عدم جواز رد المبيع من غير بهيمة الأنعام؛ بسبب التصرية، لأن الأحاديث قد وردت بلفظ الإبل والشاة فقيس عليهما ما في معناهما وهو =

= البقر، وصيغة الحديث العامة محمولة على الصيغة الخاصة؛ لأن الحديث في الأصل واحد - وإن تعددت طرقه ورواياته.. وأيضاً الأصل في البيع هو اللزوم، فلا يعدل عنه إلا للدليل، والدليل لم إلا في بهيمة الأنعام، وليس غيرها مثلها حتى يقاس عليها.

الثالثة: هل لا بد في الصاع من أن يكون تمراً أم يكفي صاع من طعام غير التمر؟ الصحيح من مذهبي الشافعية والحنابلة هو تعين التمر، وهو أيضاً مذهب الظاهرية، لأن أغلب الأحاديث نصت عليه؛ ولأن الرسول - عليه الصلاة والسلام - يقول: «صَاعاً مِنْ تَمْرٍ لَا سَمْرَاءَ» والسمرء هي الحنطة، وإذا لم تجز عن التمر فغيرها من باب أولى. والصيغة العامة: «صَاعاً مِنْ طَعَامٍ» مراد منها خاص هو التمر؛ لأنه المطعوم في ذلك الزمان جمعاً بين الأحاديث. والروايات الأخر التي تنص على غير التمر ضعيفة، وفي بعض طرقها من اشتهر بالوضع والكذب. والتمر يشترط فيه أن يكون وسطاً، لا جيداً ولا رديئاً، ولو أخرج الجيد فقد تطوع خيراً. والصحيح من مذهب المالكية أنه يكفي غالب قوت البلد كزكاة الفطر، والنص على التمر؛ لأنه كان غالب قوتهم في هذا الأوان. ولأن صيغة: «صَاعاً مِنْ طَعَامٍ» عامة والنص على التمر لا يخصها؛ لأنه فرد من أفراد العام حكم عليه بحكم العام. وصيغة: «صَاعاً مِنْ تَمْرٍ لَا سَمْرَاءَ» لم يقصد منها سوى أن إيجاب السمرء لا يتعين رفقاً بالمشتري. وأيضاً إزام التمر فيه حرج شديد، ومشقة كبيرة لا سيما في البلاد التي لا يوجد فيها أو يوجد ولكن بقله. ويرى ابن قيم الجوزية أن هذا المذهب أعدل المذاهب. فإن فقد التمر فما الحكم عند الشافعية ومن لف لفهم؟ أما عند الشافعية فالواجب قيمة بالمدينة، وقيل قيمة أقرب بلاد التمر إليه. وأما عند الحنابلة والظاهرية فالواجب قيمة في موضع الفقد. الشافعية على القولين نظروا إلى محله الذي يكثر فيه؛ فأوجبوا القيمة باعتباره رفقاً بالمشتري؛ لأنه غارم والحنابلة نظروا إلى محل وجوب التمر فأوجبوا القيمة باعتباره.

الرابعة: هل يتعدد الصاع بتعدد المصرة أم الواجب فيها كلها صاع واحد؟. الظاهرية على أن الواجب صاع واحد، سواء كانت المصرة واحدة أو اثنتين، أو ألفاً، أو أكثر، وهذا أيضاً مذهب أكثر المالكية، وحجتهم في ذلك قوله ﷺ: «مَنْ اشْتَرَى عَنَّمَا مِصْرَةً فَاخْتَلَبَهَا فَإِنْ رَضِيَهَا أَمْسَكَهَا، وَإِنْ سَخَطَهَا فَفِي حَلَّتِيهَا صَاعٌ مِنْ تَمْرٍ» حيث جعل الصاع في حلبة الغنم، وهو صادق بأي جمع كان. ولأن كثرة اللبن غير منظور إليها بدليل إيجاب الصاع في لبن البقرة، وهو فوق لبن الشاة. والشافعية والحنابلة والمالكية على الراجح لديهم على أن الصاع يتعدد بتعدد المصرة. وحجتهم هي قوله ﷺ: «مَنْ اشْتَرَى مِصْرَةً» وهو يتناول الواحدة على انفراد والواحدة في ضمن الكل فيكون في كل واحدة من المجموع صاع. ولأن الواجب في شيء على انفراد يتعدد بتعدد الاجتماع.

الخامسة: اتفق الكل على أن المشتري إذا اختار إمساك المصرة أمسكها بثمانها المتفق عليه، وليس له أن يطالب بأرش النقص الحاصل؛ بسبب التصرية كخيار العيب بل هنا أولى؛ لأن المبيع سليم؛ ولأنه - عليه الصلاة والسلام - قال: «فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَحْلَبَهَا إِذَا هِيَ، وَإِلَّا فَلْتَرُدَّهَا وَصَاعاً مِنْ تَمْرٍ». وقوله: «إِذَا هِيَ» مشعر بذلك ودال عليه.

السادسة: لو رضي بالمصرة فأمسكها، ثم وجد بها عيباً فردها من أجله، فهل يجب عليه الصاع أم لا يجب؟ الشافعية والحنابلة على أن المشتري يجبر على وقع الصاع لأنه بدل اللبن، =



= وهو لا يتغير بكون الرد للتصرية أو للعيب. والظاهرة والمالكية على الراجح لديهم على أن المشتري لا يجبر على دفع الصاع؛ لأن الرد حيثئذ للعيب، والحديث على وجوب الصاع على الرد بسبب التصرية.

السابعة: هل إذا كان لبين التصرية موجود يجب رده مع صاع التمر أم لا يجب؟. الظاهرية نعم يجب رده مع الصاع حلياً كان أو عقيداً أو مخيضاً، ولو نقص عن قيمته حلياً رد فرق ما بين القيمتين أيضاً، فإن كان استهلكه وجب عليه رد لبين مثله. وحجتهم أن اللبنة مشتري مع المصرة صفقة واحدة، والواجب إمساك الصفقة أو ردها لا يفرق بينها في الحالين. والتمر عندهم ليس في مقابلة اللبنة وإنما وجب تعبداً. والجمهور على أن المشتري لا يجب عليه رد اللبنة؛ لأن الصاع بدل عنه، ولا يجمع بين العوض والمعوض؛ وهذا هو أيضاً ما يشير إليه قوله - عليه الصلاة والسلام -: «فَقِي حَلِيَّتَهَا صَاعٌ مِنْ تَمْرٍ» حيث جعل صاع التمر في مقابل الحلبة، وهي اللبنة المحلوب. وقول ابن حزم: «إن الحلبة تطلق على الفعل حقيقة، وعلى المحلوب مجازاً فلا يعدل عن الحقيقة إلا لنص» يؤخذ منه أن الصاع عنده في مقابل الفعل، وهو رأي يمر عليه المرء من الكرام. إلا أن الحنابلة قالوا: لو كان اللبنة بحاله لم يتغير، فللمشتري أن يرده وحده، ويجبر البائع على قبوله في الأصح. لأن اللبنة موجود بحالة لم يتغير، وقد قدر المشتري على رده، فلا يجبر على رد بدله مكانه. وقال الشافعية: لا يجبر البائع على قبوله مكان التمر، ولكن إن رضي جاز لذهاب طراوته بالحلب. وقال المالكية: ليس له أن يرد اللبنة بدل التمر، وإن رضي البائع. لأن برد المصرة تعين الصاع في ذمة المشتري، فلو رد اللبنة مكانه، لكان البائع قد باعه الصاع باللبنة فيكون من قبيل بيع الدين قبل قبضه، وهو لا يجوز. ثم الفقهاء جميعهم على أن المشتري لو علم بالتصرية قبل الحلب جاز له رد المصرة بدون الصاع؛ لأنه رد الصفقة كما هي بلينها الذي لا يزال في ضرعها، كما أنهم اتفقوا أيضاً على أنه لا شيء على المشتري في اللبنة الحادث عنده بعد لبين التصرية، لأنه نماء ملكه الخاص.

الثامنة: لو صرنا أحد بدون علم البائع فهل للمشتري الرد كما لو صرنا البائع نفسه؟. إن قلنا إن العلة في الرد بالتصرية هي التفرير بالمشتري، فليس له الرد هنا، وإن قلنا هي دفع الضرر عن المشتري الذي قد وطن نفسه على خلافه عند البيع فله الرد. والقولان في مذهب الشافعية والصحيح منهما هو القول بجواز الرد.

التاسعة: لو علم المشتري بالتصرية في حدود الثلاثة أيام كان له الخيار، وهل هو حيثئذ فوري أو يمتد ثلاثة أيام؟ أعني من وقت العلم بالعيب قولان في مذهب الشافعية، الصحيح منهما الأول كخيار العيب، وهذان القولان عند الحنابلة كذلك. فلو مضت الثلاث بدون أن يعلم بالتصرية سقط هذا الخيار عند الشافعية، وهناك قول في مذهب الحنابلة بعدم السقوط، بل يثبت في أي وقت علم بالتصرية كخيار التدليس بالعيوب سواء بسواء. ومذهب المالكية كمذهب الشافعية فعندهم لو علم بالتصرية في اليوم الثاني سقط الخيار، فإن لم يكف الثاني امتد إلى الثالث، وليس له بعد الثلاث الرد بحال.

العاشرة: اتفقت المذاهب على أن التدليس بالعيوب يثبت للمشتري حق رد المبيع، واختلفت =

يجتمع اللبن في ضرعها، فيتخيل المشتري غزارة لبنها ويزيد في الثمن. واشتاقها من قولهم: صرّ الماء في الحوض ونحوه: أي جمعه.

وتسمى المَصْرَاةُ مُحَقَّلَةٌ أيضاً، وهو من الحفل، وهو الجمع أيضاً، ومنه قيل للجمع: محفل. وهذا الفعل حرام لما فيه من التّدليس<sup>(١)</sup>، ويثبت به الخيار للمشتري، وبه قال مالك وأحمد خلافاً لأبي حنيفة.

لنا ما روي عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أنه ﷺ قال: «لَا تُصِرُّوا فِي الْإِبِلِ وَالْعَنَمِ لِلْبَيْعِ، فَمَنْ أبتَاعَهَا بَعْدَ ذَلِكَ فَهُوَ بِخَيْرٍ لِلنُّظَرَيْنِ مِنْ بَعْدِ أَنْ يَخْلِبَهَا، إِنْ رَضِيَهَا أَمْسَكَهَا وَإِنْ سَخِطَهَا رَدَّهَا، وَصَاعاً مِنْ تَمْرٍ».

وروي: (بَعْدَ أَنْ يَخْلِبَهَا ثَلَاثًا).

وقوله: بعد ذلك: أي بعد هذا النهي.

وعن أبي هريرة - رضي الله عنه - أيضاً أن النبي ﷺ قال: «مَنْ اشْتَرَى شَاةً مُصْرَاةً فَهُوَ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، فَإِنْ رَدَّهَا رَدَّ مَعَهَا صَاعاً مِنْ تَمْرٍ لَا سَمْرَاءَ»<sup>(٢)</sup>.

وعن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ قال: «مَنْ بَاعَ مُحَقَّلَةً فَهُوَ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، فَإِنْ رَدَّهَا رَدَّ مَعَهَا مِثْلَ لَبْنِهَا قَمْحاً»<sup>(٣)</sup> إذا تقرر ذلك، ففي الفصل مسائل:

إحداها: كيف يثبت خيار التصرية؟ فيه وجهان:

= فيما ليس بعيب، ولكنه يفقد المبيع كمالاً، هل يكون التّدليس به مثبتاً للمشتري حق الرد كالعيب أم لا؟ ومدار الخلاف على حديث التصرية، وقد علمت موقف الحنفية منه، وهذا موقفهم أيضاً في كل ما يشبه التصرية. وأما الجمهور فبعد أن قالوا بجواز الرد بذلك اختلفوا في تفسير التّدليس. فهو عند الشافعية كل ما كان أمارة قوية على أن المبيع كما ظن المشتري. فيثبتون الرد بتسويد الشعر، ولا يثبتونه بتلطيف ثوب العبد بالمداد إغراء بأنه كاتب؛ لأن هذا أمارة ضعيفة لاحتمال أن يكون ممن يحترف صناعة المداد. بينما المالكية يجعلون له حق الرد بكل فعل يفعله البائع، بالمبيع قاصداً به كماله، ولو كان أمارة ضعيفة. ولذلك كان للمشتري عندهم حق رد العبد الملطخ ثوبه بالمداد. والذي يظهر هو رجحان مذهب الشافعية؛ لأن الأصل في البيع هو اللزوم والمصرأة استثنيت من هذا الأصل للحديث والتصرية أمارة قوية، على أن البهيمة كثيرة اللبن، فلا يلحق بها إلا كل ما كان في معناها تقليلاً؛ لمخالفة الأصل والقياس. ينظر الخيار في الفقه الإسلامي لشيخنا الشيخ مندور.

(١) قال في المهمات: هذا يوهم اختصاص التحريم بقصد البيع وليس كذلك فقد جزم صاحب التتمة بالتحريم سواء أراد البيع أم لا من إيذاء الحيوان. ينظر الروضة الطالبيين (١٢٥/٣).

(٢) تقدم.

(٣) أخرجه أبو داود (٣٤٤٦) وابن ماجه (٢٢٤٠) وإسناده ضعيف، انظر الخلاصة (٦٨/٢).

أحدهما، وبه قال أبو حامد المروزي: أنه يمتد ثلاثة أيام لظاهر الخبر.

والثاني: وهو الأصح، وبه قال ابن أبي هريرة: أنه على الفور كخيار العيب، وما ذكره في الخبر بناء على الغالب، إذ التُّصْرِيَةُ لا تبيِّن فيما دون الثلاثة غالباً؛ لأنه يحمل التقصان على اختلاف العلف وتبدل الأيدي وغيرهما، وللوجهين فروع:

أحدهما: لو عرف التُّصْرِيَةُ قبل ثلاثة أيام بإقرار البائع، أو بشهادة الشهود ثبت له الخيار على الفور في الوجه الثاني. وعلى الأول يمتد إلى آخر الثلاثة، وابتدائها من وقت العقد أو من وقت التُّمَرَّق، يعود فيه الوجهان المذكوران في خيار الشرط.

والثاني: لو عرف التُّصْرِيَةُ في آخر الثلاثة أو بعدها ذكر في «الحاوي»: أن على الوجه الأول: لا خيار له لامتناع مجاوزة الثلاث كما في خيار الشرط.

وعلى الثاني يثبت، وعلى هذا فهو على الفور بلا خلاف.

والثالث: لو اشترى وهو عالم بكونها مُصْرَاةً، فعلى الأول: له الخيار أخذاً بظاهر الخبر. وعلى الثاني لا خيار كسائر العيوب.

الثانية: ظهور التُّصْرِيَةُ إن كان قبل الحلب رده ولا شيء عليه، وإن كان بعده فاللبن إما أن يكون باقياً أو تالفاً، إن كان باقياً فلا يكلف المشتري رده مع المصراة؛ لأن ما حدث بعد البيع ملك له، وقد اختلط بالمبيع وتعذر التمييز، وإذا أمسكه كان بمثابة ما لو تلف، وإن أراد رده فهل يجب على البائع أخذه؟ فيه وجهان.

أحدهما: نعم؛ لأنه أقرب إلى استحقاقه من بدله.

وأصحهما: لا، لذهاب طَرَاوَتِهِ بِمُضِيِّ الزَّمان، ولا خلاف في أنه لو حمض وتغير لم يكلف أخذه، وإن كان اللبن تالفاً رد مع المصراة صاعاً من تمر، ولا يخرج ردها على الخلاف في تفريق الصَّفقة لتلف بعض المبيع وهو اللبن أتباعاً للأخبار الواردة في الباب على أن اللبن في رأي لا يقابله قسط من الثمن، وهل يتعين للضم إليها جنس التمر وقدر الصَّاع؟ أما الجنس، ففيه وجهان:

أصحهما: عند الشيخ أبي محمد وغيره: أنه يتعين التمر [ولا يعدل عنه، لقوله ﴿صَاعاً مِنْ تَمْرٍ لَا سَمْرَاءَ﴾. ويحكى هذا عن أبي إسحاق، وعلى هذا لو أعوز التمر قال الماوردي: يرد قيمته بالمدينة. والثاني: لا يتعين، وعلى هذا فوجهان:

أصحهما: أن القائم مقامه الأقوات كما في صدقة الفطر.

قال الإمام: لكن لا يتعدى هاهنا إلى الأقط بخلاف ما في صدقة الفطر للخبر، وعلى هذا فوجهان:

أحدهما: أنه يخير بين الأقوات، لأن في بعض الروايات ذكر التَّمْر، وفي بعضها ذكر القمح فأشعر بالتخير، ويحكى هذا عن ابن أبي هريرة.

وأصحهما: أن الاعتبار بغالب قوت البلد كما في صدقة الفطر، ويحكى هذا عن مالك والإِضْطْخَرِي وتخرِيج ابن سريج.

والوجه الثاني حكاة الشيخ أبو محمد: أنه يقوم مقامه غير الأقوات، حتى لو عدل إلى مثل اللبن، أو إلى قيمته عند إعواز المثل أجبر البائع على القبول اعتباراً بسائر المُتَلَفَات، وهذا كله فيما إذا لم يَرْضَ البائع.

فأما إذا تراضيا على غير التَّمْر من قوت أو غيره، أو على رد اللبن المحلوب عند بقاءه جاز بلا خلاف، كذا قاله صاحب «التهذيب» وغيره، ورأيت القاضي ابن كج حكى وجهين في جواز إبدال التمر بالبر عند اتفاقهما عليه.

وأما القدر: ففيه وجهان أيضاً:

أصحهما: أن الواجب صاع قلّ اللبن أو كثر، لظاهر الخبر، والمعنى فيه: أن اللبن الموجود عند البيع يختلط بالحادث بعده ويتعذر التمييز، فتولى الشارع تعيين بدل له قطعاً للخصومة بينهما، وهذا كإيجاب العُرّة في الجنين مع اختلاف الأجنّة ذكورة وأنوثة، والأزّش في الموضحة مع اختلافها صغراً وكبراً.

والثاني: أن الواجب يتقدّر بقدر اللبن؛ لما سبق من رواية ابن عمر - رضي الله عنهما - وعلى هذا فقد يزداد الواجب على الصّاع، وقد ينقص، ثم منهم من خصّ هذا الوجه بما إذا زادت قيمة الصّاع على نصف قيمة الشاة، وقطع بوجود الصّاع فيما إذا نقصت عن النّصف، ومنهم من أطلقه إطلاقاً، ومتى قلنا بالوجه الثاني فقد قال الإمام تعتبر القيمة الوسط للتمر بالحجاز، وقيمة مثل ذلك الحيوان بالحجاز، فإذا كان اللبن عشر الشاة مثلاً أوجبنا من الصّاع عشر قيمة الشاة.

فرع: اشترى شاة بصاع تمر فوجدها مُصْرَأة، فعلى الأصح يردها ويرد صاعاً، ويسترد الصاع الذي هو ثمن وعلى الثاني تقوم مُصْرَأة وغير مصْرَأة، ويجب بقدر التفاوت من الصاع.

فرع: غير المُصْرَأة إذا حلب لبنها ثم ردها بعيب.

قال في «التهذيب»: يرد بدل اللبن كما في المُصْرَأة.

وفي تعليق أبي حامد حكاية عن نصه: أنه لا يرد؛ لأنه قليل غير معتنى بجمعه، بخلاف ما في المُصْرَأة، ورأى الإمام تخرِيج ذلك على أن اللبن هل يأخذ قسطاً من الثمن أم لا؟ والصحيح الأخذ.

الثالثة: لو لم يقصد البائع التَّصْرِيَةَ لكن ترك الحلاب ناسياً أو لشغل عرض، أو تحققت هي بنفسها، فهل يثبت الخيار؟ وجهان:

أحدهما: لا، وبه أجب في الكتاب لعدم التدليس.

والثاني: نعم؛ لأن ضرر المشتري لا يختلف، فصار كما لو وجد بالمبيع عيباً لم يعلمه البائع، وهذا أصح عند صاحب «التهديب».

الرابعة: خيار التصرية لا يختص بالنعم، بل يعم سائر الحيوانات المأكولة، وفي «الحاوي» ذكر وجه: أنه يختص.

ولو اشترى أتاناً فوجدها مُصْرَأة، فوجهان أيضاً:

أحدهما: أنه لا يرد، إذ لا مبالاة بلينها.

وأصحهما: أنه يثبت الرد؛ لأنه مقصود لتربية الجَحْش، وعلى هذا فالمذهب: أنه لا يرد اللبِن؛ لأنه نجس.

وقال الإصطخري: يرد لذهابه إلى أنه طاهر مشروب.

ولو اشترى جارية فوجدها مُصْرَأة، فوجهان أيضاً:

في أحدهما: لا يرد؛ لأنه لا يقصد لبينها، إلا على ندور.

وفي أصحهما: يرد؛ لأن عَزارة ألبان الجَوَّاري مطلوبة في الحَصَانَة مؤثرة في القيمة، فعلى الأول يأخذ الأَرَش، قاله في «التهديب»، وعلى الثاني: هل يرد معها بدل اللبِن؟ وجهان:

أظهرهما: لا؛ لأن لبِن الآدميات لا يعتاض عنه غالباً.

الخامسة: هذا الخيار غير مَنُوط بخصوص التَّصْرِيَةَ، بل بما فيها من المعنى المشعر بالتَّلبِيس، فيلحق بها ما يشاركها فيه حتى لو حبس ماء القنَّاة أو الرِّحى ثم أرسله عند البيع أو الإجارة، فتخيل المشتري كثرته، ثم تبين له الحال فله الخيار، وكذا لو حَمَّر وجه الجارية، أو سَوَّد شعرها أو جَعَّده، أو أرسل الزُّنْبُور في وجهها حتى ظنها المشتري سَمِينَة، ثم بَانَ خلاف المظنون.

ولو لطح ثوب العبد بالمِدَاد، أو ألبسه ثوب الكَتَبَة أو الحَبَّازين، وخيل كونه كاتباً أو خبازاً فَبَانَ خلافه، فوجهان:

أحدهما: يثبت الخيار للتَّلبِيس.

وأصحهما: أنه لا خيار؛ لأن الإنسان قد يلبس ثوب الغير عارية، فالذُّنْب للمشتري حيث اغْتَرَّ بما ليس فيه كثير تغرير، ويجري الوجهان فيما لو أكثر عَلَفَ البهيمة

حتى انتفخ بطنها، فتخيل المشتري كونها حاملاً، أو أرسل الزئبور في ضرعها حتى انتفخ فظنها لَبُوناً؛ لأن الحمل لا يكاد يلتبس على الخبير، ومعرفة اللبن متيسرة بعَضْر الثدي بخلاف صورة التُّضْرِيَّة.

وأما لفظ الكتاب فقوله: «ولو بعد ثلاثة أيام»، يجوز إعلامه بالواو للوجه الذاهب إلى أنه لو تبين التُّضْرِيَّة بعد الثلاثة، لم يثبت الخِيَارِ. قوله: «ردها» بالحاء.

وقوله: «بدلاً عن اللبن الكائن في الضرع» أي: عند البيع، وظاهر اللفظ يقتضي ردَّ الصَّاع، وإن نفي اللبن وهو أصح الوجهين كما مر.

وقوله: «لورود الخبر»، تعليل لقوله: «ردها وردّ معها». وقوله: «فلا خيار» معلم بالواو وهو في صورتَي الأتان والجارية، جواب على خلاف اختيار الأكثرين. وقوله: «وأحوط المذهبين» أي: الوجهين.

وقوله: «للاتباع»، إشارة إلى ما ذكره الأئمة من أن ماخذ الخلاف في المسألتين ونحوهما الاقتصار على مورد الخبر واتباعه أو رعاية المعنى.

فرع: لو بَأَنَّت التُّضْرِيَّة، ثم درَّ اللبن على الحد الذي شعرت به التُّضْرِيَّة واستمر كذلك، ففي ثبوت الخيار وجهان كالوجهين فيما إذا لم يعرف العيب القديم إلا بعد زواله، وكالقولين فيما إذا اعتقت الأمة تحت العبد، ولم تعرف عتقها حتى عُتِق الزَّوْج.

فرع: رضي بامسك المَصْرَاة، ثم وجد بها عيباً قديماً، نص أنه يردُّها ويرد بدل اللبْن أيضاً.

وعن رواية الشيخ أبي علي وجه: أنه كما لو اشترى عبيد، فتلف أحدهما وأراد رد الآخر، فتخرج على تفريق الصفقة - والله أعلم -.

قال الغزالي: وَثُبُوتُ الْخِيَارِ بِالْكَذِبِ فِي مَسْأَلَةِ تَلْقَى الرُّكْبَانَ مِنْ بَابِ التَّغْرِيبِ، وَكَذَلِكَ خِيَارُ التَّجَشُّسِ إِذَا كَانَ عَنْ اتِّفَاقِ مُوَاطَاةِ الْبَائِعِ عَلَى أَقْبَسِ الْمَذْهَبَيْنِ، وَلَا يَثْبُتُ (م) بِالْعَبْنِ خِيَارٌ إِذَا لَمْ يَسْتَبْدِ إِلَى تَغْرِيبِ يُسَاوِي تَغْرِيبَ الْمَصْرَاةِ حَتَّى لَوْ اشْتَرَى جَوْهَرَةً رَأَاهَا فَإِذَا هِيَ رُجَاةٌ فَلَا خِيَارَ.

قال الرافعي: الخيار في تلقي الرُّكْبَانَ<sup>(١)</sup> قد ذكره في المَنَاهِي وشرحناه، والغرض

(١) الركبان: جمع راكب ضد الراجل، وهو الماشي والتعبير جرى على الغالب، وإلا فمثل الراكب الماشي فيما يذكر، ويسمى أيضاً خيار تلقي الجلب مصدر بمعنى المجلوب. ومعناه ثبوت الخيار =

= للجالبين إذا باعوا شيئاً ممن تلقاهم، ثم هبطوا البلد فوجدوا أنهم قد باعوا بأقل من سعر السوق. والأصل فيه هو ما روي عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: «نهى النبي ﷺ أن يتلقى الجلب فإن تلقاه إنسان فابتاعه فصاحب السلعة فيها بالخيار إذا ورد السوق». وقد ذهب بعضهم إلى بطلان هذا البيع للنهي عنه، ولكنهم محجوجون بالحديث نفسه؛ لأن النبي - عليه الصلاة والسلام - جعلهم بالخيار إذا هبطوا السوق، ولا يكون الخيار إلا في بيع صحيح. وقد اختلف في علة النهي. هل المقصود منه دفع الضرر عن الجالب؛ لأنه في الغالب يبيع بسعر أقل من سعر السوق أم المقصود هو دفع الضرر عن أهل البلد بحرمانهم من اشتراكهم في السلع المجلوبة؛ ولأنها تباع لهم بسعر أعلى مما لو هبط الجالبون أنفسهم السوق وتولوا بيعها؟ أم أن هذا النهي لا علة له أصلاً بل هو حكم تعبيدي؟. بالأخير قال الظاهرية فأحكام الشريعة عندهم تعبد محض لا تعلل ولا يقاس عليها. ولذلك فهم يجعلون الخيار للجلاب مطلقاً إذا هبطوا السوق سواء غبنوا في البيع أو لم يغبنوا عملاً بإطلاق الحديث. وبالثاني قال المالكية فالمنع عندهم من التلقي مقصود منه مصلحة أهل الأسواق الذين جلسوا يبتغون فضل الله ورحمته، ويتربون ورود أهل البضاعات إليهم ليتسابقوا في الشراء منهم. والنتيجة الحتمية لهذا الرأي أن الجالب لا حق له في فسخ البيع، إذا هبط السوق، وتبين أنه قد غبن. وهذا هو مذهب المالكية بعينه. إلا أنهم اختلفوا هل يجبر المتلقي على إشراكه أهل السوق في السلعة دفعاً للضرر عنهم بقدر الإمكان أم لا يجبر لأن البيع قد وقع صحيحاً، ولا ينزع من أحد ملكه قهراً عنه؟ روايتان: ويمثل قول المالكية قال الحنفية إلا أنهم يفترون عن المالكية من جهة أن البائع لا يجبر على إشراك أهل السوق عندهم قولاً واحداً. وهذا آت من جهة أنهم راعوا مصلحة المستهلكين من أهل البلد لا مصلحة التجار والممولين كما هو رأي المالكية. وبالأول قال الشافعية، فالمنع عندهم مقصود منه مصلحة الجالب نفسه، فلو هبط السوق، وتبين أنه قد غبن في السعر ولو غبناً يسيراً فهو بالخيار، إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أمضاه بالثمن المتفق عليه. فلو لم يكن هناك غبن فلا خيار ولا حرمة. وحجتهم على هذا أن النبي ﷺ جعل للجلاب الخيار إذا هبط السوق، وما ذلك إلا لمعرفة بالسعر حينئذ، فلا يفسخ إلا إذا عرف أنه مغبون، وإلا لم يكن لهذا التقييد من فائدة. ويفرق بعض الشافعية بين ثبوت الخيار للبائع إذا تلقاه المشتري فاشتري منه بغبن، وبين عدم ثبوته له إذا اشتري منه المشتري بغبن في الحضر، بأن المشتري في الحالة الأولى غرر بالبائع حيث أخبره بالسعر على غير حقيقته، وهذا فرق غير وجيه؛ لأنه لو اشتري منه فغبنه كان له الخيار ولو لم يخبره بسعر السوق. وأيضاً لو دلس البائع على المشتري في السعر في الحضر فقال أعطيت في هذه السلعة كذا وكذا، فصدقه المشتري فلا خيار له كالنجش سواء بسواء، وإذا فالتغري غير معتبر عندهم في إثبات الخيار للمغبون، وأما الحنابلة فالظاهر من شأنهم أنهم يجعلون المقصود من النهي عن تلقي الجلب هو مراعاة المصلحتين معاً مصلحة الجلاب، ومصلحة أهل الأمصار. فجعلوا الجالب بالخيار إذا غبن غبناً فاحشاً، وحرّموا التلقي إذا تضرر به أهل المصر، وهذا كما هو ظاهر، أعدل المذاهب. والنص لا يفيد سوى قصر الخيار على الجلاب، والحرمة أمر وراء ذلك. هذا ومذهب الحنفية والمالكية القائل إنه لا خيار للجلاب إذا باعوا بغبن فهبطوا السوق، وتبينوا =

هاهنا التثبيته على أن مستنده التّغريب كما في التّصيرية، وكذا خيار النّجش<sup>(١)</sup> إن أثبتناه،

= الحقيقة مخالف لصريح النص. ومحاولة استخراج علة خاصة من النص تتنافى وثبوت الخيار لهم محاولة تهدم النص، وهي في الوقت نفسه عكس ما هو المعروف لدى جميع العلماء من أنه يؤخذ النص بعد ثبوت صحته على أنه مسلم الحكم ثم يبحث بعد ذلك عن العلة التي تتفق وحكمه. وقد ذهب قلة من العلماء إلى أن تلقي الركبان للشراء منهم غير محرم بحال، محتجين بما روي عن ابن عمر - رضي الله عنه - قال: «كنا نتلقى الركبان فنشتري منهم الطعام، فهانا النبي ﷺ أن نبيعه حتى يبلغ به سوق الطعام» حيث عبر: «بكنا نتلقى» وهي صيغة دالة على التكرار، والنبي - عليه الصلاة والسلام - مع معرفته بهذا لم ينكره عليهم، وإنما أنكر على المشتريين أن يبيعوا الطعام حيث شروه، وأوجب عليهم أن يهبطوا به السوق أولاً. وهذا أمر وراء التلقي للركبان للشراء منهم. وهذا مذهب ضعيف غاية الضعف؛ لأن النهي عن التلقي للشراء قد ثبت بأحاديث أخر أصح، وأصرح على أنه لا مانع من العمل بموجب الحديثين معاً فيكون التلقي للشراء منهم حراماً، والبيع حيث الشراء حراماً مراعاة للجانبين؛ جانب الركبان وجانب أهل الأمصار. والذي يظهر أن هذا الحديث يصلح متمسكاً للحنفية والمالكية في قصرهم علة النهي عن تلقي الركبان على دفع الضرر عن أهل المصر. لأن الرسول ﷺ نهاهم عن بيع ما شروا من الجلب حتى يهبطوا السوق، وهذا طبعاً مقصود منه مصلحة أهل الأمصار، فيكون النهي عن تلقي الركبان للشراء منهم مقصوداً منه مصلحة أهل الأمصار أيضاً. ولكنه مع ذلك متمسك ضعيف؛ لأن إثبات الخيار للركبان إذا هبطوا السوق يجعلهم مقصودين من النهي أيضاً. ينظر تكملة المجموع (٣٢٧/١٢)، مغنى المحتاج (٣٧/٢) المحلى (٤٥٠/٨).

(١) النجش في اصطلاح الفقهاء هو أن يزيد في ثمن السلعة من لا يريد شراءها ليقر من يريد شراءها فيشتريها بأكثر من قيمتها. وهو مأخوذ من ينجش الصيد ينجشه ينجشاً إذا استثاره ليبيده، فكما أن الصائد يحتال على الصيد بعمله هذا ليقضيه، فالناجش يحتال على المشتري حتى يشتري السلعة بأكثر مما تستحق. فالفعل يدل لغة وشرعاً على الاحتيال والمكر والخداع. ومعنى خيار النجش على هذا ثبوت حق فسخ البيع للمشتري في كل بيع قد غر فيه على النحو الذي بيناه. والنجش في البيع حرام باتفاق الفقهاء، إذا أدى إلى بيع السلعة بأكثر من قيمتها للنهي عنه، فقد صح عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لَا تَنَاجِشُوا» والمعنى فيه أنه تغريب وتحايل وإيقاع الأذى بالغير. فإن لم يؤد إلى بيع السلعة بأكثر من قيمتها فهو أيضاً حرام عند الشافعية لعموم النهي، ولأن المشتري يتأذى به على كل حال إذ لولا النجش لكان من الممكن أن يشتريها بأقل سعراً مما اشترى، والرسول - عليه الصلاة والسلام - يقول: «دَعُوا النَّاسَ يَزُوقُوا اللَّهَ بَعْضُهُمْ مِنْ بَعْضٍ». بينما هو حلال عند الحنفية؛ لأنه يؤدي إلى نفع مسلم - هو البائع - من غير إضرار بغيره؛ لأن الفرض أن المشتري اشتراها بقيمتها أو أقل. وأكثر العلماء على أن النجش وإن أدى إلى بيع السلعة بأكثر من قيمتها فهو لا يفسد البيع؛ لأن النهي راجع إلى أمر خارج عن العقد. وقليل منهم هم الذين قالوا إن النجش يفسد البيع، لأن مطلق النهي عندهم يقتضي الفساد ويروى هذا عن أحمد، وينسبه بعضهم أيضاً إلى أهل الظاهر. والذي رأيناه لابن حزم أن البيع صحيح للمشتري الخيار. والذين قالوا إن البيع صحيح اختلفوا في إثبات الخيار للمشتري إذا غبن. وكل قال بموجب مذهبه في الخيار بالغين. فلا خيار له عند الشافعية والحنفية، وله الخيار عند الحنابلة وابن حزم للتضليل عليه. وقال الأولون هو المقصر. وأما المالكية ففصلوا تفصيلاً أراه وجيهاً، فقالوا إن ثبت علم البائع بغرض الناكش، فللمشتري الخيار لسوء نية البائع؛ ولأنه حينئذ يكون =



وقد تكلمنا فيه من قبل . وأما مسألة الغبن<sup>(١)</sup> : فاعلم : أن مجرد الغبن لا يثبت الخيار وإن تفاحش ، خلافاً لمالك حيث قال : إن كان الغبن فوق الثلث ثبت الخيار للمغبون ، ونقل بعض أصحاب أحمد مثله ، وقدره بعضهم بما فوق السدس .

وفي كتب أصحابنا عنه إن كان المغبون ممن لا يعرف المبيع ولا هو ممن لو توقف لعرفه ثبت الخيار . لنا قصة حبان بن مُنقذ - رضي الله عنه - «فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمْ

= شبيهاً بالمدلس . وإن لم يثبت علم البائع بفرضه ، فلا خيار للمشتري ؛ لأنه ليس حينئذ إلا الغبن ، وهو لا يوجب الخيار عندهم كما سبق توضيح هذا .

(١) الغبن في اللغة هو النقص ، والمراد به في اصطلاح الفقهاء أن يكون أحد العوضين في البيع مقابلاً بأقل مما يساويه باعتبار القيمة . كمن يشتري ما قيمته مائة بمائة وثلاثين أو بسبعين . فمعنى خيار الغبن على هذا هو ثبوت حق فسخ البيع ، أو إمضائه لمن وقع عليه غبن من المتعاقدين . . كالمشتري في الحالة الأولى ، والبائع في الثانية في المثال المذكور . وشرط ثبوت هذا الخيار للمغبون ألا يكون على علم بالغبن وقت البيع ، وأن يكون الغبن مع ذلك غبناً فاحشاً لا يتغابن التجار بمثله في العادة ، وإلا فلا خيار له إما لرضائه بالغبن وقت البيع ، وإما لأنه يسير لا يرفع العقد من أجله .

والعلماء : على أن البيع مع الغبن صحيح لم يخالف في هذا إلا بعض الظاهرية - فإنهم أبطلوا البيع لأن الرسول ﷺ نهى عن إضاعة المال ، والمشتري الشيء بأكثر من قيمته ، والبائع له بأقل من قيمته كلاهما مضيع لماله وسواء عندهم علم العاقدان بالغبن وتراضيا به أو لم يعلماه . وهذا مذهب غريب ويكفي في الرد عليه أن ابن حزم وهو المعروف بغيرته على مذهب الظاهرية والدفاع عنه أحر دفاع لم يرتض هذا الرأي ، فقال ما حاصله إن دليلهم هذا لو صح ما شمل إلا حالة واحدة ، وهي حالة الجهل بالغبن ، أما حالة العلم به فالدليل بعيد عنها كل البعد . وليس هذا من قبيل إضاعة المال أو السرف فيه ، إنما يكون هذا في المحرم الذي حرمه الله أو رسوله ، والبيع بغبن ليس منه . نعم لو كان العاقد محجوراً عليه التصرف بسوى المصلحة الراجحة فباع بغبن فاحش فبيعه غير صحيح لأنه لا مصلحة مع الغبن الفاحش ، وذلك كالولي في مال الصبي والوكيل في مال الموكل .

وإذا كان : من الثابت أن البيع صحيح مع الغبن الفاحش فهل للمغبون من العاقدين الخيار أم ليس له الخيار؟ يرى ابن حزم أن الخيار مشروع لمن غبن من العاقدين في البيع أو الشراء ؛ لأن الرسول ﷺ جعل لحبان بن منقذ الخيار ثلاثاً إذا قال لا خلاية ، فكان البيع بغبن صحيحاً وللمغبون الخيار . وأيضاً الغبن كالعيب كلاهما ينقص القيمة وقد ثبت الخيار للعيب فيثبت للغبن كذلك . وذهب الشافعية والمالكية والحنفية إلى عدم ثبوت الخيار للغبن في الجملة . محتجين بالكتاب والسنة والمعقول أما الكتاب فقوله تعالى : «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» وقوله تعالى : «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» والبيع مع الغبن تجارة عن تراض ، وعقد فيكون لازماً واجب الوفاء ، وليس هناك مانع يمنع من هذا من شرط يشترطه العاقدان ، أو مانع يكون ثابتاً بالعرف كشرط السلامة من العيوب . وأما السنة فما روي من أن حبان بن منقذ كان يغبن في البياعات فذكر ذلك لرسول الله ﷺ فقال : «إِذَا بَايَعْتَ قَعْلًا لَا خَلَابَةَ وَلَكَ الْخِيَارُ ثَلَاثًا» حيث لم =

= يجعل له الرسول الخيار لمجرد الغبن، وإنما الذي جعله له هو الخيار إذا شرط عدم الغبن أو الخديعة، وهذا شيء آخر غير محل النزاع. وأما المعقول فقالوا الفرض أن المبيع سليم، ولا تدليس من البائع فيه، فيكون البيع صحيحاً لازماً، والغبن الواقع على أحد العاقدين إنما كان نتيجة تقصيره أو تهوره في أمر يتطلب الأناة والروية، وجرى العرف فيه على المكايسة والحدق والمهارة في استلاب العاقد، واستدراجه إلى عقد الصفقة على وجه يكون له فيه الحظ الأوفر. وإذا فالغبن مفروض حصوله في البيع، ولا عرف قائم على الرد به حتى يلحق بالعيب. إلا أن الحنفية قالوا إذا ثبت أن البائع أو الدلال قد غر المشتري مثلاً حتى غبنه غبناً فاحشاً فإن الرد يكون جائزاً له حيثئذ، كأن يقول له لقد أعطيت في هذه السلعة كذا وكذا فما رضيت وصدقه المشتري في قوله وهو من الكاذبين لتغريه به حيثئذ وفريق من المالكية وهم البغداديون جعلوا للمغبون الخيار إذا كان الغبن بمقدار ثلث القيمة فأكثر، لقوله ﷺ للذي أراد أن يوصي بماله عند الوفاة: «الثُّلُثُ وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ» فدل على أن الثلث كثير، ومن شأن الكثير أن تشح به النفوس، وعلى أن ما دون الثلث قليل، ومن شأن القليل أن تجود به النفوس. هذا وأما الحنابلة فاثبتوا الخيار من أجل الغبن في ثلاث صور:

الصورة الأولى: تلقي الركبان.

والصورة الثانية: النجش في البيع.

أما الصورة الثالثة: وهي المسترسل بالبيع أو الشراء إذا غبن غبناً فاحشاً فهي موضوع كلامنا الآن. والمسترسل عندهم هو الجاهل بقيمة السلعة، ولا يحسن مع ذلك المبايعة. وقال أحمد - رضي الله عنه -.. المسترسل الذي لا يحسن أن يماكس. وفي لفظ: الذي لا يماكس. فكأنه استرسل إلى البائع مثلاً فأخذ ما أعطاه من غير مماكسة ولا معرفة بغبنه. وعلى ذلك فمذهبهم قريب من مذهب ابن حزم، إلا أنهم يزيدون عليه أن يكون العاقد مع ذلك لا يحسن المبايعة للاتماس عذر له في غبنه، ولأن من غبنه حيثئذ استغل عدم معرفته فزاد السعر وضلل عليه.

ثم الفقهاء: قاطبتهم على أن الغبن اليسير لا يثبت للمغبون حق فسخ البيع بل عليه إمضاؤه بالثمن المتفق عليه؛ لأن مثل هذا الغبن لا بد منه في غالب البيوع التي تراد للغنم والريح. أما الغبن الفاحش فهو الذي يثبت للمغبون حق الفسخ عند من ذهب إلى جواز الفسخ به، فإن لم يفسخ لم يكن له الحق في المطالبة بمقدار ما غبن به بل يمسكه بالثمن المتفق عليه. وأما ما هو الغبن الفاحش! فقد اختلفوا في تفسيره، فهو عند الحنفية ما لا يدخل تحت تقويم المقومين. وعند الشافعية ما لا يحتمل غالباً أو ما لا يتغابن التجار بمثله في العادة، وهو قريب من الأول. وعلى كل حال فتعريفنا الحنفية والشافعية قريبان من بعضهما؛ لأن ما يدخل تحت تقويم المقومين من شأنه أن يحتمل غالب وما لا يحتمل في الغالب لا يدخل تحت تقويم المقومين. نعم يفترق المذهبان في بعض الصور؛ بأن يكون الغبن لا يدخل تحت تقويم المقومين، ولكنه يزيد عن تقويمهم شيئاً يسيراً كواحد في عشرة مثلاً، فإنه يكون غبناً فاحشاً عند الحنفية وغير فاحش عند الشافعية لكونه يفتقر غالباً، وإذ قد عرفت معنى الغبن الفاحش سهل عليك معرفة الغبن اليسير فإنه مقابل له. والمراد بالمقومين أهل الخبرة بالبياعات ممن يغشون الأسواق، ولهم معرفة بالسلع والأسعار وبالأخص السلعة موضوع العقد. وأكثر الفقهاء =

على ترك هذا الضابط بدون تقدير؛ لأن الزمن هو الكفيل بتقديره لاختلاف الأعراف باختلاف الأزمان، فما يعد غبناً فاحشاً في عصر قد يكون غير فاحش في عصر آخر. وهذا مسلوك وجيه ما داموا قد عرفوا الغبن الفاحش بما لا يتغابن بمثله في العادة أو بما لا يدخل تحت تقويم المقومين. وقليل من الفقهاء هو الذي قدره بقدر مخصوص ومع ذلك فقد اختلفوا في التقدير. فبعض المالكية والحنابلة قدره بالثلث فأكثر، وقدره بعض آخر بالسدس فما فوق. ويروى عن محمد بن الحنفية أنه قدره بما زاد عن نصف عشر القيمة. وقدره نصر بن يحيى منهم أيضاً بما زاد عن نصف العشر في العروض وعن العشر في الحيوان وعن الخمس في العقار وفي كل ماله سعر محدد بما زاد عنه أو نقص. وأساس اختلاف هذه التقديرات هو اختلاف المقومين في تقدير قيم السلع فإنهم يختلفون في العقار كثيراً، وفي الحيوان قليلاً، وفي العروض أقل، وما له سعر محدد فلا اختلاف فيه. ومن هذا يظهر أن نصر بن يحيى راعى في تقديره عرف التجار في بيعهم وشرائهم، فماذا عليه لو ترك الأمر لهم فإن الأنظار في هذا تختلف باعتبار الزمان والمكان؟ وقد اعترض الجصاص فيما روي عن محمد من التحديد فقال - إنه لم يخرج مخرج التقدير في الأشياء، كلها لأن ذلك يختلف باختلاف السلع، ومنها ما يعد أقل من ذلك غبناً فيه، ومنها ما لا يعد أكثر من ذلك غبناً فيه.. وأما من حدده بالثلث مستنداً بقوله ﷺ: «الثُلُثُ وَالثُلُثُ كَثِيرٌ» فقد أغرب لأن الحديث في الوصية، وليس في محل النزاع فضلاً عن أنه يلزم أن يكون التقدير بالثلث حينئذ تقديراً شرعياً والكل متفق على أن مبنى الغبن الفاحش هو العرف والعادة. ولا أعلم حجة وجيهة لمن قدره بالسدس. هذا ولو تصرف المغبون في المبيع بعد علمه بالغبن سقط حقه في الرد ووجب عليه إمساكه بالثمن المتفق عليه. قال شيخنا الشيخ مندور آراء الفقهاء في خيار الغبن تتلخص في مذهبين اثنين؛ مذهب ينكره ويرى عدم مشروعيته، ومذهب يعترف به ويرى مشروعيته في الجملة. وهذان المذهبان قد تجاذبا في الاستدلال قوله تعالى: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» وقوله ﷺ لجبان بن منقذ: «إِذَا بَايَعْتَ قَعْلًا لَأَخْلَابَةٍ ثُمَّ أَنْتَ فِي كُلِّ سِلْعَةٍ ابْتِغَيْتَهَا بِالْخِيَارِ ثَلَاثًا». أما الآية فأظهر وجوهاً يدل للقائلين بعدم مشروعية خيار الغبن؛ لأن المدار في الرضا هو الرضا الموجود وقت العقد وهو موجود منهما معاً. وقد بينا فيما سبق أن لا عرف قائم على شرط عدم الغبن في البيع حتى يكون ملحقاً بالعيب. وأما الحديث فقد تكلمنا على رواياته في خيار الشرط بما لا مزيد عليه. والذي نريد أن نقوله هنا هو أن هذا الحديث يدل أيضاً لمن ذهب إلى عدم مشروعية خيار الغبن. نعم يدل على المشروعية من وجه آخر غير وجه محل النزاع، وذلك فيما إذا شرط العاقد عدم الخلافة في البيع أو الشراء كما هو نص الحديث حيث يكون للمغبون من العاقدين - والحال ما ذكر - حق فسخ البيع؛ لأنه لم يسلم له ما شرط من عدم الغبن. فإذا مضت ثلاثة أيام، ولم يفسخ البيع سواء علم بالغبن أو لم يعلم به سقط هذا الحق، وأصبح البيع لازماً في حقه لا يجد عنه انفساكاً إلا من عيب يتبينه فيما بعد. فالثلاثة الأيام تأقيت من الشارع الخيار الثابت لمن شرط عدم الخلافة في البيع. أي أنه ليس على العاقد إلا أن يقول عند البيع لا خلافة، فيكون له بموجب هذا الشرط الخيار ثلاثاً، وليس بضروري أن يشرط للخيار ثلاثاً، فرواية الاشتراط منكراً لا أصل لها. ومثل الخلافة فيما ذكر الغبن والخديعة وما جرى هذا =

يُثَبِّتُ لَهُ الْخِيَارَ بِالْعَبْنِ، وَلَكِنْ أَرْشَدَهُ إِلَى شَرْطِ الْخِيَارِ، لِيَتَذَرَكَ عَبْنَهُ عِنْدَ الْحَاجَةِ»<sup>(١)</sup>.

إذا تَقَرَّرَ ذلك فلو اشترى زجاجة وهو يتوهمها جوهرية بثمان كبير فلا خيار له ولا عبرة بما لحقه من العَبْنِ؛ لأن التَّقْصِيرَ من جهته حيث جرى على الوهم المجرد، ولم يراجع أهل الخبرة.

ونقل المَتَوَلَّى وجهاً: أنه كسواء الغائب، والرؤية التي لا تفيد المعرفة ولا تنفي الغرر كالمعدومة، ولك أن لا تستحسن لفظ الكتاب حيث قال: «ولو اشترى جوهرية رأها»، ويقول: ليس التصوير فيما لو اشترى جوهرية، وإنما التصوير فيما لو اشترى زجاجة توهمها جوهرية، - والله أعلم -.

قال الغزالي: هَذِهِ أَسْبَابُ الْخِيَارِ وَمُوجِبَاتُهُ (أَمَّا دَوَائِعُهَا وَمُسْقِطَاتُهَا) أَخْبَى فِي خِيَارِ التَّقْصِيرِ فَهِيَ أَرْبَعَةٌ: (الْأَوَّلُ) شَرْطُ الْبَرَاءَةِ مِنَ الْعَيْبِ صَحِيحٍ عَلَى أَقْبَسِ الْقَوْلَيْنِ، وَيَفْسُدُ (ح) الْعَقْدُ بِهِ عَلَى الْقَوْلِ الثَّانِي، وَيَصِحُّ الْعَقْدُ وَيُلْغَوُ الشَّرْطُ (ح) فِي قَوْلِ ثَالِثٍ، وَيَصِحُّ فِي الْحَيَوَانِ وَيَفْسُدُ فِي غَيْرِهِ (ح) فِي قَوْلِ رَابِعٍ.

قال الرافعي: إذا باع بشرط أنه بريء من كل عيب بالمبيع، هل يصح هذا

= المجري، ولا اعتبار بقصر ابن حزم هذا الحق على من قال لا خلاية، فإنه تعنت ظاهر لا دليل عليه سوى التمسك بحرفية النصوص. ومقتضى ذلك أنه إن لم يكن هناك غبن واقع على من شرط هذا الشرط، فلا رد له؛ لأنه قد سلم له ما شرط. وهذا هو عين ما روي عن الإمام أحمد بن حنبل - رضي الله عنه - حيث قال فيمن قال عند البيع لا خلاية: «أرى ذلك جائزاً وله الخيار إذا كان خليه، وإن لم يكن خليه فليس له خيار». وأما قول ابن حزم إنه يكون بالخيار مطلقاً ما دام قد قال عند البيع لا خلاية؛ لأن النبي ﷺ قد جعل حبان بالخيار مطلقاً، ولم يقل له أنت بالخيار إذا غبنت فقول عجيب لأن معنى لا خلاية لا خديعة فما دام لم يخدعه فقد وفى له بما شرط، فكيف يكون له الخيار؟ فلا جرم كان معنى قوله - عليه الصلاة والسلام - ثم أنت بالخيار ثلاثاً - على التقييد بما إذا كانت هناك خلاية. والقول بخلاف هذا يجعل كلمة لا خلاية مجرد كلمة، تقال عند البيع لإثبات الخيار من غير نظر إلى معناها، وما تدل عليه أو بعبارة أخرى طلسم لجلب الخيار. وقد اعترض بعضهم على الحديث بأن بجميع الروايات التي صرح بالخيار من طريق محمد بن إسحاق، وهو مدلس، ولكن صرح النووي في المجموع بأنه إنما يرد من رواية المدلس الرواية المعنونة، وروايات ابن إسحاق هنا مصرح فيها بالسماع، فتكون مقبولة عند جمهور المحققين، واعترض بعض آخر بأن الخيار كان خصوصية لحبان كما أنه كان لا يدع التجارة، وكان في عقده ضعف، ويكفي في الرد عليهم أن الأصل في التشريع هو العموم، فلا يعدل عنه إلا لدليل قاطع وكل ما ذكره إنما هو من قبيل التخرص والتخمين. ينظر المحلى (٤٤٣/٨)، بدائع الصانع (٣٠/٦)، الخيار للشيخ مندور الشرح الكبير (٦٩/٤).

(١) تقدم حديث حبان.

الشرط<sup>(١)</sup>؟ فيه طريقتان:

(١) كل عيب يحدث عند المشتري فهو من ضمانه، كما أن كل عيب يظهر أنه كان عند البائع فهو من ضمانه. وإذا كان الفقهاء في الأولى قد اتفقت كلمتهم على أنه لا يجوز أن يكون شيء من العيوب التي تحدث عند المشتري من ضمان البائع، ولو بشرط يشرطه على نفسه إلا الإمام مالك في عهدة الرقيق خاصة. فإنهم في الثانية قد اتفقوا على أنه يجوز للبائع أن يخلي ذمته من العيوب التي قد تكون بالمبيع، وهو في حوزته فيصبح غير ضامن لها. وتكون من ضمان المشتري نفسه، فلا يحق له الرجوع بالمبيع على البائع. وهذا يكون بشرط البراءة من العيوب. وهو أمر متفق عليه في جملة مختلف في تفصيله وشروطه. وإنما اتفقوا على أنه من ضمان المشتري في هذه الحالة؛ لأن العلة في عدم ضمانه العيب القديم غير متوفرة هنا. وهذه العلة هي عدم الرضا بالمبيع معيماً لأنه أول خيار العيب قد دخل في العقد على ظن سلامة المبيع من العيوب. ولكن البائع لما باعه شارطاً براءته من العيوب التي قد تكون موجودة بالمبيع وقت البيع وقبل المشتري البيع على هذا الشرط كان داخلاً في العقد، وهو يفرض المبيع معيماً بالفعل، فكان راضياً به على أي وصف كان معيماً أو سليماً. ثم الحاجة قد تدعو إلى هذا النوع من البيوع، فقد تكون بالبائع حاجة إلى أن يتصرف في الثمن حالاً ويصعب عليه تحصيله فيما لو ورد المبيع عليه بسبب عيب من العيوب التي قلما يخلو عنها شأن المبيع، ولا يرضى بأن تشتغل ذمته باستدانته. والمشتري بعد هذا هو المقصر في عدم فحص المبيع بدقة وعناية واستعانته بأهل الخبرة إن لم يكن أهلاً لذلك، سيما والبائع قد أعذر إليه بهذا الشرط، وفي هذا الأعدار ما يحمله على بذل مجهود أوفر في قلب السِّلعة وتفتيشها. ومعنى البراءة من العيوب هو أن يقول البائع للمشتري: بعثك هذه السلعة على أنني بريء من كل عيب يظهر بها، أو على ألا ترد علي عيب مثلاً، ويقبل المشتري البيع على هذا الشرط. وقد اختلف الفقهاء في مدى شرط البراءة من العيوب.

**فقال الحنفية:** يصح البيع بشرط البراءة من كل عيب وسواء سمي العيوب أو لم يسمها ظاهرة أو خفية، علم بها البائع وقت البيع أو لم يعلم بها. وقد أيدوا رأيهم هذا بأن الرد بالعيب حق المشتري وحده، وقد قبل البيع ملتزماً إسقاط هذا الحق فيعمل بالتزامه، وهذا الدليل كما ترى جار في كل عيب.

**وقالت الشافعية:** على الراجح لديهم لو شرط البراءة من العيوب فإنه لا يبرأ إلا من عيب باطن بالحيوان لم يعلمه. والمراد بالباطن ما لا يطلع عليه غالباً. فالشرط عندهم في براءة البائع إذا باع على البراءة ينحصر في كل عيب خفي إذا كان بالحيوان فقط، ويكون البائع مع ذلك غير عالم به وقت البيع، فإن اختلف أحد هذه الشروط فشرط البراءة غير صحيح. وقد احتج الشافعية لمذهبهم بأن قبول المشتري البيع على هذا الشرط إبراء للبائع من ضمان العيوب التي قد توجد بالمبيع، وهو عنده وهذه العيوب مجهولة للمشتري، لأن الفرض أنه غير عالم بها والإبراء من المجهول لا يصح شرعاً؛ لأن الإبراء تملك، وتمليك المجهول لا يصح باتفاق غاية ما هناك خرج عن هذا الأصل صورة واحدة. وهي ما إذا كان العيب خفياً بالحيوان ولم يعلم به البائع. للدليل وهو ما روى مالك في الموطأ: «أن ابن عمر - رضي الله عنه - باع غلاماً بشانمائة درهم، وباعه بالبراءة، فقال الذي ابتاعه وهو زيد بن ثابت لعبد الله بن عمر: بالعبد داء لم تسمه لي، فاخصمنا إلى عثمان - رضي الله تعالى عنه - فقضى على ابن عمر أن يحلف لقد =

= باعه وما به داء يعلمه، فأبى عبد الله أن يحلف، وارتجع العبد، فباعه بألف وخمسمائة فدل قضاء عثمان على صحة البراءة من العيب في بيع العبد إذا لم يعلم بعيبه البائع، وقيس بالعبد سائر الحيوان، بقول الإمام الشافعي - رضي الله عنه -: «ولأن الحيوان يفارق ما سواه لأنه يفتدي بالصحة والسقم، وتحول طباعه، وقلما يبرأ من عيب يظهر أو يخفى فدعت الحاجة إلى التبرء من العيب الباطن فيه؛ لأنه لا سبيل إلى معرفته وتوقيف المشتري عليه». فعند الشافعي ليس غير الحيوان كالحَيوان، لأنه لا تحول طباعه كتحوله، وليس الظاهر كالباطن، لأن البائع غير معذور في الجهل به.

وقالت المالكية: على المشهور عندهم: لا ينتفع البائع بالبراءة من العيوب إلا في بيع الرقيق خاصة بشرطين ألا يعلم بالعيب وقت البيع، وأن يكون مع ذلك قد مكث عنده مدة تكفي في العادة لظهور ما قد يكون به من العيوب. فلو باعه فور شرائه مثلاً شارطاً البراءة من العيوب لم يصح هذا الشرط. وحجتهم على ذلك هي قصة عبد الله وزيد المتقدمة؛ لأن موردها كان عبداً فاقتصر عليه، وبقي ما عداه على القياس وهو ضمانه من البائع.

وأما الحنابلة: فعندهم روايتان؛ أولاها لا يبرأ البائع إلا من كل عيب علمه المشتري دون ما جهله، وثانيتها يبرأ من كل عيب لم يعلمه هو وقت البيع. أما الرواية الأولى، فهي محل فراق وليست تمس موضوع النزاع، اللهم إلا من ناحية الأنكار له كلية إذ مفهوم هذه الرواية أن شرط البراءة من العيوب التي يجهلها المشتري غير صحيح مطلقاً، ولعل حجتهم هو الجهل بالمبرأ منه، وأما الرواية الثانية، القائلة ببراءة البائع من كل عيب لم يعلم به وقت البيع فحجتهم عليها هي القصة المذكورة أيضاً، ولم يروا فارقاً بين الحيوان وغيره، وليس في القصة أكثر من أن موضوعها كان عبداً، ولم يكن هذا إلا من قبيل المصادفة، فلا يصح أن تتمسك بمعناها الضيق المحدود بل كل ما ثبت أنه من معناها فهو من مضمولها. والذي يؤخذ من قضاء عثمان إنما هو شرط عدم علم البائع بالعيب حين البيع إثباتاً لحسن نيته وفراراً من الغش والتدليس والتحايل على أكل أموال الناس بالباطل. فنقول اتفق الحنفية والشافعية على مقدمتين:

الأولى: أن التمليك لا بد فيه من العلم بالمملك، فلا يصح تمليك المجهول للغرر لعدم القدرة على التسليم.

والثانية: أن الإسقاط لا يشترط فيه العلم بالساقط لأن الساقط يتلاشى من تلقاء نفسه فليست هناك حاجة إلى التسليم. واختلفوا في الإبراء هل هو تمليك أو إسقاط؟ فقالت الحنفية هو إسقاط؛ لأنه لا يحتاج إلى قبول فكان كالطلاق، والعناق المتفق على أنها إسقاط ولذا لو طلق نساءه أو أعتق عبيده، وهو لا يعلمهم صح طلاقه وعتقه بلا خلاف. وقالت الشافعية هو تمليك لأنه يرتد بالرد، ولا يصح تعليقه كما لو أبرأ مديونه من دينه، فقال المديون لا أقبل أو قال إن جاء فلان من سفره مثلاً فقد أبرأتك مما لي عليك، فإن الإبراء لا يصح في صورتين، وهذا أمانة أنه تمليك لا إسقاط، إذ الإسقاط لا يبطل بالرد ولا بالتعليق اتفاقاً. إذا فهمت ذلك علمت أن الفريقين متفقان على أن الإبراء فيه آثار من التمليك وآثار من الإسقاط، والاختلاف بينهم في إلحاقه بأيهما تبعاً لقوة هذه الآثار وضعفها على حسب ما يتراءى لكل منهم، ونحن إذا ما نظرنا في الأمر نظرة فاحصة سائرة فإنه يتبين لنا أن الإبراء تنازل من صاحب الحق عن =

= حقه لمن عليه الحق فالإبراء إسقاط بالنسبة لصاحب الحق تملك بالنسبة لمن عليه الحق. وإذا فلا مانع يمنع من اجتماع آثارهما فيه، وإذا ما كان بين هذه الآثار عناد وتضاد، فالحكم طبعاً إنما هو للأقوى والأرجح منها. وليس الإبراء في هذا كالطلاق والعناق؛ لأن الإبراء كما بينا إسقاط حق كان يجب على المبرأ منه أداءه وتوفيته لمن له الحق، ولا كذلك الطلاق والعناق فلا جرم لم يستلزم التملك، ولا شيئاً من آثار التملك. وهنا - إتماماً للفائدة - نقول: لماذا غلبوا جانب الإسقاط على جانب التملك في الإبراء فلم يوجبوا فيه القبول؟ لأن القبول إنما يحتاج إليه في كل تملك يتعكس فيه البدلان؛ لأن كلا من المتعاقدين يتنازل عن ملكه في بدله للآخر فاحتيج لخروجه عن ملكه إلى صريح القول، والإبراء لا يتعكس فيه بدلان؛ لأنه ليس فيه سوى بدل واحد هو للمبرأ فاحتيج إلى قوله في التنازل عنه، ولم يحتج إلى قول الآخر؛ لأنه لا بدل له يتنازل عنه في مقابل بدل صاحبه، وكفي في دخول بدل صاحبه في ملكه ألا يرد. ولماذا غلبوا جانب التملك على جانب الإسقاط في الإبراء، فقالوا إنه يرتد بالرد ويبطل بالتعليق؟ الجواب أن الإبراء لما كان يلزمه التملك، ولا يدخل شيء في ملك أحد قهراً عنه ارتد بالرد، وبطل كذلك بالتعليق؛ لأن التملك لا يقبله لما فيه من الغرر، ولأنه يشبه القمار. بعد هذا نقول: الجهل بالمبرأ منه هل يبطل الإبراء أم لا يبطله؟ كان مقتضى النظر أن يكون الجهل كالتعليق كلاهما يبطل الإبراء لما يستلزمه من التملك. وفي اعتقادي أن هذا نظر سطحي غير شامل؛ لأن غرر التعليق في الإبراء لا يزول، وهو تردد الملك بين الثبوت وعدمه، بينما غرر الجهل يزول في الإبراء؛ لأن غرره الذي هو عدم القدرة على التسليم لا وجود له في الإبراء، إذ لا حاجة إلى التسليم فيه بل ينتقل الحق من ذمة المبرأ إلى ذمة المبرأ فيمنحي من تلقاء نفسه لاتحاد الذمتين في شخص المبرأ منه. وحيث كان الأمر كذلك فالجهل بالمبرأ منه لا يبطل الإبراء. ولتعلم أن الجهل من حيث هو جهل لا يبطل التملك فكثيراً ما يدخل عقود التملك، ولا يبطلها كما لو ابتاع قرح طعام من صبرة، وإنما يبطلها من حيث إنه يفضي إلى عدم القدرة على التسليم. وبعد الفراغ من هذا التحقيق نقول: إن البائع حين باع شارباً البراءة من كل عيب قد يكون بالمبيع، وقبل المشتري البيع على ذلك يعد - والحال هذه - مبرأً للبائع من العيوب التي يضمنها له بمقتضى أصل العقد ولما كان هذا الإبراء تصرفاً صادراً من أهله في محله؛ لأن الرد بالعيب حقه وحده، ولم يوجد مانع يمنع من صحته أو نفاذه من تعليق أو رد كان صحيحاً ونافذاً شرعاً لوجود المقتضى وانتفاء المانع. وبناء على ذلك يكون الإبراء من جميع العيوب صحيحاً لا فرق بين عيب وعيب ولا بين مبيع ومبيع ولا بين ما إذا كان البائع يعلم بالعيب وقت البيع أو لا يعلم. هذا هو ما يقتضيه مجرد النظر. ولكن إذا نظرنا في القصة المتقدمة، وعلمنا بيقين أنها لا تدل إلا على شرط عدم علم البائع بالعيب في بيع البراءة لاتفاق ثلاثتهم عليه وهم من مبرزي الصحابة في الفقه والفتوى ولم نعلم مع هذا مخالفاً لهم من الصحابة إذا نظرنا للأمر من هذه الناحية أيضاً تبين لنا رجحان مذهب الحنابلة لأنه قد تلاقى فيه النظر مع الأثر. وهذا طبعاً بناء على الرواية القائلة بصحة بيع البراءة مع شرط ألا يكون البائع عالماً بالعيب بقيت هنا مسألة لم نتكلم عليها بعد وهي: هل البراءة من العيوب تنصرف إلى الموجود منها حين العقد فقط أم تشملها وما يحدث قبل القبض؟. قالت الشافعية ومحمد بن =

أشهرهما، وبه قال ابن سريج وابن الوكيل والإيضاحي: أنه على ثلاثة أقوال:  
أحدها: أنه يبرأ ولا يرد عليه بحال، وبه قال أبو حنيفة لقوله ﷺ: «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ  
شُرُوطِهِمْ»<sup>(١)</sup>.

وأيضاً فإن خيار العيب إنما يثبت لاقتضاء مطلق العقد السلامة فإذا صرح بالبراءة  
فقد ارتفع الإطلاق.

وثانيها: أنه لا يبرأ عن عيب ما؛ لأنه خيار ثابت بالشُّرع فلا ينفي بالشُّرط كسائر  
مقتضيات العقد، وأيضاً فإن البراءة من جملة المرافق، فلتكن معلومة كالرهن والكفيل،  
والعيوب المطلقة مجهولة، وبهذا القول قال أحمد في رواية، وعنه في رواية أخرى: أنه  
لا يبرأ عما لا يعلمه دون ما يعلمه.

وثالثها، وهو الأصح ويروى عن مالك: أنه لا يبرأ في غير الحيوان بحال، ويبرأ  
في الحيوان عما لا يعلمه دون ما يعلمه، لما روي: «أَنَّ ابْنَ عُمَرَ - رضي الله عنهما -  
بَاعَ عَبْدًا مِنْ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ - رضي الله عنه - بِسَمَائِمَاتٍ دِزْهَمٍ بِشُرْطِ الْبَرَاءَةِ، فَأَصَابَ زَيْدٌ بِهِ  
عَيْبًا، فَأَزَادَ رَدَّهُ عَلَى ابْنِ عُمَرَ - رضي الله عنهما - فَلَمْ يَقْبَلْهُ، فَتَرَافَعَا إِلَى عُثْمَانَ - رضي  
الله عنه - فَقَالَ عُثْمَانُ لِابْنِ عُمَرَ: أَنْخِلِفْ أَنْتَ لَمْ تَعْلَمْ بِهَذَا الْعَيْبِ؟ فَقَالَ: لَا، فَرَدَّهُ  
عَلَيْهِ، فَبَاعَهُ ابْنُ عُمَرَ - رضي الله عنهما - بِأَلْفِ دِزْهَمٍ»<sup>(٢)</sup>.

فَرَّقَ عُثْمَانُ وَزَيْدٌ - رضي الله عنهما - بين أن يكون العيب معلوماً أو لا يكون،  
والفرق بينهما من جهة المعنى أن كتمان المعلوم يلتبس، [فلا يبرأ منه] والفرق بين  
الحيوان وغيره ما ذكره الشافعي - رضي الله عنه - قال: الحيوان يغتذي بالصحة والسقم  
ونُحُولَ طَبَائِعِهِ وَقَلَّ مَا يَبْرَأُ مِنْ عَيْبٍ يَخْفَى أَوْ يَظْهَرُ. معناه: أنه يغتذي ويأكل في حالتي  
صحته وسقمه ونحول طبيعته، وقل ما ينفك عن عيب خفي أو ظاهر، فيحتاج البائع إلى  
هذا الشرط فيه ليتق بلزوم البيع.

= الحسن وزفر. لا يدخل في البراءة إلا العيب الموجود وقت العقد. وفرعوا على ذلك أن  
للمشتري الحق في أن يرد المبيع بعيب حدث قبل القبض وبعد العقد. لأن المتبادر من شرط  
البراءة هو انصرافه إلى الموجود حين الشرط فقط فيقتصر عليه، ويبقى ما عداه على الأصل.  
وقال أبو حنيفة وأبو يوسف. يدخل في البراءة الموجود وقت العقد والحادث قبل القبض.  
وفرعوا على ذلك أنه ليس للمشتري الحق في أن يرد بعيب حدث قبل القبض. لأن الغرض من  
شرط البراءة هو إلزام البيع بإسقاط حق المشتري في وصف السلامة وهو يتناول الموجود حين  
العقد والحادث قبل القبض. ينظر الخيار للشيخ مندور.

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٩٥) بلفظ المسلون.

(٢) أخرجه مالك في الموطأ (٤٨/٢) وانظر التلخيص (٢٤/٣).



والطريق الثاني، وبه قال ابنُ خَيْرَانَ وأبو إِسْحَاقَ: القطع بالقول الثالث، ونصه في «المختصر»، واختلاف العراقيين بهذا أشدَّ إشعاراً، وزاد القاضي المَآوِزِيَّ طريقةً ثالثةً حكاهما عن ابن أبي هريرة، وهي أنه يبرأ في الحيوان من غير المعلوم دون المعلوم، ولا يَبْرَأُ في غير الحيوان من المعلوم، وفي غير المعلوم قولان، ويخرج من منقول الإمام طريقةً رابعة، وهي إثبات ثلاثة أقوال في الحيوان وغيره، وثالثها الفرق بين المعلوم وغير المعلوم. ولو قال: بِعْتُكَ بشرط ألاَّ ترد بالعيب جرى فيه هذا الاختلاف، وزعم صاحب «التتمة»: أنه فاسد قطعاً مفسد للبيع.

ولو عين بعض العيوب، وشرط البراءة عنه، نظر إن كان ممَّا لا يُعَين مثل أن يقول: بشرط براءتي من الزنا والسرقه والإباق، برىء منها بلا خلاف؛ لأن ذكرها إعلام وإطلاع عليها، وإن كان مما يعين كالبرص، فإن أراه قدره وموضعه فكمثل، وإن لم يره فهو كشرط البراءة مطلقاً لتفاوت الأغراض باختلاف قدره وموضعه هكذا فصلوه، وكأنهم تكلموا فيما يعرفه في المبيع من العيوب.

فأما ما لا يعرفه ويريد البراءة عنه لو كان فقد حكى الإمام تفرعاً على فساد الشرط فيه، مخرجاً على ما ذكرنا من المعنيين في التعليل.

التفريع: إن بطل هذا الشرط، ففي العقد وجهان: أحدهما: يبطل كسائر الشروط الفاسدة.

وأظهرهما: أنه يصحُّ لاشتهار القصة المذكورة بين الصحابة - رضي الله عنهم - وعدم إنكارهم - رضي الله عنهم - أيضاً فإنه شرط يؤكد العقد، ويوافق ظاهر الحال، وهو السلامة عن العيوب، وإن صحَّ فذلك في العيوب الموجودة عند العقد. أما الحادثة بعده وقبل القبض، فيجوز الرُّدُّ بها.

ولو شرط البراءة عن العيوب الكائنة، والتي تحدث فيه وجهان:

أصحهما، ولم يذكر الأكثرون غيره: أنه فاسد، فإن أفرد ما سيحدث بالشرط فهو بالفساد أولى، وإن فرعنا على القول الثاني، فكما لا يَبْرَأُ عما علمه وكتمه كذلك لا يَبْرَأُ عن العيوب الظاهرة من الحيوان لسهولة البحث عنها والوقوف عليها، وإنما يَبْرَأُ من عيوب باطن الحيوان التي لا يعلمها.

ومنهم من اعتبر نفس العلم ولم يفرق بين الظاهر والباطن، وهل يلحق ما مأكوله في جوفه بالحيوان؟ قيل: نعم لفساد الوقوف.

وقال الأكثرون: لا لتبديل أحوال الحيوان، هذا فقه الفصل.

وأما لفظ الكتاب، فاعلم: أنه لما عد أنواع خيار النقيصة، أراد أن يبين ما يسقطه فقال: هذه أسباب الخيار، أما دوافعه ومسقطاته وإنما جمع بين هاتين اللفظتين؛ لأن

منها ما يدفع كشرط البراءة، ومنها ما يسقط بعد الثبوت كالتقصير، وإنما قال: «أعني في خيار التقيصة»؛ لأن هذه الأمور لا تعلق لها بخيار التروي، على أن جميعها لا يشمل أنواع خيار التقيصة أيضاً، فإن شرط البراءة لا مدخل له في خيار الخلف، وخيار التضرية. ثم لا يخفى أن إيراد الكتاب إنما يتمشى على طريقة إثبات الأقوال، وأنه أدرج فيه الخلاف وفي أن فساد الشرط هل يتعدى إلى فساد العقد؟ وقوله: «ويصح في الحيوان ويفسد في غيره»، إنما يخرج على الطريقة التي نقلها الإمام، ومواضع العلامات سهلة المدرك على العارف بما قدمنا - والله أعلم -.

قال الغزالي: (الثاني): هلاك المعقودة عليه، فلو أطلع على عيب العبد بعد موته فلا رد إذ لا مردود، فلو كان العبد قائماً والثوب الذي هو عوضه تالفاً رد العبد بالعيب ورجع إلى قيمة الثوب، والعنق والأنثيلاد كالهلاك، وهل يجوز أخذ الأرض بالتراضي مع إمكان الرد؟ فيه وجهان، وإذا عجز عن الرد فله الأرض، وهو الرجوع إلى جزء من الثمن يعرف قدره بمعرفة نسبة قدر نقصان العيب من قيمة المبيع فيرجع من الثمن بمثل نسبته، وزوال الملك عن المبيع يمنعه من الرد في الحال، ولا يمنع طلب الأرض في الحال لتوقع عود الملك على الأصح، ولو عاد الملك إليه ثم أطلع على عيب فله الرد على الأصح، فالزائل العائد كالذي لم يزل.

قال الرافعي: من موانع الرد: أن لا يتمكن المشتري من رد المبيع، وذلك قد يكون لهلاكه وقد يكون مع بقاءه.

وعلى التقدير الثاني، فربما كان لخروجه عن قبول النقل من شخص إلى شخص، وإنما كان مع قبوله للنقل.

على الثاني فربما كان لزوال ملكه، وربما كان مع بقاءه لتعلق حق مانع. وكلام الكتاب يتعرض لأكثر هذه الأحوال، فنشرح ما تعرض له، ونضم الباقي إليه مختصرين، وبالله التوفيق.

الحالة الأولى والثانية: إذا هلك المبيع في يد المشتري، بأن مات العبد أو قتل أو تلف الثوب أو أكل الطعام، أو خرج عن أن يقبل النقل من شخص إلى شخص، كما إذا أعتق العبد أو ولد الجارية أو وقف الضيعة، ثم عرف كونه معيباً فقد تعدد الرد لفوات المردود، ولكن يرجع على البائع بالأرض<sup>(١)</sup>، وبه قال أحمد، وقال أبو حنيفة: لا أرض له إذا هلك بنفسه بالقتل ونحوه.

(١) يستثنى من هذا الأصل مسائل:

لنا القياس على العتق والموت بجامع أنه عيب اطلع عليه بعد اليأس عن الرد، والأرش جزء من الثمن نسبته إليه نسبة ما ينقص العيب من قيمة المبيع لو كان سليماً إلى تمام القيمة، وإنما كان الرجوع بجزء من الثمن؛ لأنه لو بقي كل المبيع عند البائع، كان مضموناً عليه بالثمن، فإذا احتبس جزء منه كان مضموناً بجزء من الثمن.

مثاله: إذا كانت القيمة مائة دون العيب وتسعين مع العيب، فَالْتَفَاوْتُ بالعشر، فيكون الرجوع بعشر الثمن؟ وإن كان مائتين فبعشرين، وإن كان خمسين فبخمسة، والاعتبار بأي قيمة؟ نقل عن نصه في موضع أن الاعتبار بقيمة يوم البيع.

وعن رواية ابن مفلّص: أن الاعتبار بقيمة يوم القبض، فمنهم من جعلهما قولين، وأضاف إليهما ثالثاً وهو أصحها وهو أن الاعتبار بأقل القيمتين منهما.

**وجه الأول:** أن الثمن يومئذ قابل المبيع.

**ووجه الثاني:** أنه يوم دخول المبيع في ضمانه.

**ووجه الثالث:** أن القيمة إن كانت يوم البيع أقل، فالزيادة حدثت في ملك المشتري، وإن كانت يوم القبض أقل فما نقص، نقص من ضمان البائع.

والأكثر قطعوا باعتبار أقل القيمتين، وحملوا كل نص على ما إذا كانت القيمة المذكورة أقل، وإذا ثبت الأرش، فإن كان الثمن بعد في ذمة المشتري فيبرأ عن قدر الأرش بمجرد الاطلاع على العيب أو يتوقف على الطالب، فيه وجهان:

**أظهرهما:** الثاني، وإن كان قد وفاه وهو باق في يد البائع، فيتعين لحق المشتري أو يجوز للبائع إيداله؛ لأنه غرامة لحقته، فيه وجهان:

**أظهرهما:** الأول، ولو كان المبيع باقياً والثمن تالفاً جاز الرد ويأخذ مثله إن كان مثلياً، وقيمه إن كان متقوماً أقل ما كانت من يوم البيع إلى القبض؛ لأنها إن كانت يوم العقد أقل فالزيادة حدثت في ملك البائع، وإن كانت يوم القبض أقل، فالنقصان من ضمان المشتري، ويشبه أن يجيء فيه الخلاف المذكور في اعتبار الأرش، ويجوز الاستبدال عنه كما في القرض، وخروجه عن ملكه بالبيع ونحوه كالتلف.

= منها: إذا كان المبيع ربوياً وعلم غيبه بعد تلفه وكان قد اشتراه بجنسه؛ فإنه يمتنع أخذ الأرش على الصحيح بل يفسخ ويسترد الثمن ويغرم بدله.

ومنها: إذا لم تنقص القيمة بالعيب كما لو خرج خصياً.

ومنها: لو باعه بشرط الرهن على الثمن وأقبضه إياه ثم هلك أو تغيّب ثم بأن عيب قديم بالرهن فلا أرش. جزم به الرافعي في الكلام على بيع وشرط. قال: والأصح لا فسخ أي الرهن لتعذر رده كما أخذه.

ولو خرج وعاد، فهل يتعين لأخذ المشتري أو للبائع إبداله؟ فيه وجهان:

أصحهما: أولهما، وإن كان الثمن باقياً بحاله، فإن كان معيناً في العقد أخذه، وإن كان في الذمة وبعده، ففي تعيينه لأخذ المشتري وجهان، وإن كان ناقصاً، نظر إن تلف بعضه أخذ الباقي بدل التالف، وإن رجع النقصان إلى الصفة كالتشكّل ونحوه لم يفرم الأرش في أصح الوجهين، كما لو زاد زيادة متصلة يأخذها مجاناً.

فرع: لو لم تنقص القيمة بالعيب، كما لو خرج العبد خصياً فلا أرش كما لا رد.

فرع آخر: لو اشترى عبداً بشرط العتق، ثم وجد به عيباً بعدما أعتقه.

نقل القاضي ابن كج عن أبي الحسين بن القطان: أنه لا أرش له هاهنا، لأنه وإن لم يكن معيباً لم يمسكه، ونقل عنه وجهين فيما إذا اشترى من يعتق عليه ثم وجد به عيباً، قال: وعندي له الأرش في صورتين.

الحالة الثالثة: إذا زال ملكه عن المبيع ثم عرف العيب فلا رد في الحال، وهل يرجع بالأرش إن زال الملك بعوض كالهبة بشرط الثواب والبيع؟ فقولان:

أحدهما: نعم، لتعذر الرد، كما لو مات العبد وأعتقه، وهذا مخرج خرجه ابن سريج، وفي رواية البوطي ما يقتضيه، وعلى هذا لو أخذ الأرش ثم رده عليه مشتره بالعيب، فهل يرده مع الأرش ويسترد الثمن؟ فيه وجهان:

أصحهما وهو المنصوص: أنه لا يرجع بالأرش، ولم لا يرجع؟

قال أبو إسحاق وابن الحداد: لأنه استدرك الظلّامة، وروج المعيب كما روج عليه. وقال ابن أبي هريرة؛ لأنه لم ييأس من الرد، فربما يعود إليه ويتمكّن من رده، وهذا أصح المعنيين عند الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب، ورأيته منصوصاً عليه في اختلاف العراقيين، وإن زال الملك بغير عوض فعلى تخريج ابن سريج يرجع بالأرش، وعلى المنصوص فيه وجهان مبنيان على المعنيين، إن عللنا بالأول يرجع؛ لأنه لم يستدرك الظلّامة، وإن عللنا بالثاني فلا؛ لأنه ربما يعود إليه.

ومنهم من حكى القُطْع بعدم الرجوع هاهنا، وأيد به المعنى الثاني.

ولو عاد الملك إليه بعد ما زال، نظر أزال بعوض أولاً بغير عوض.

القسم الأول: أن يزول بعوض كما لو باع، فينظر هل عاد بطريق الرد بالعيب أو

غيره؟ [وفيه قسمان]:

القسم الأول: أن يعود بطريق الرد بالعيب، فله أيضاً رده على بائعه؛ لأنه زال التّعذر الّذي كان وتبين أنه لم يستدرك الظلّامة، وليس للمشتري الثاني رده على البائع

الأول؛ لأنه ما تلقى الملك منه، ولو حدث به عيب في يد المشتري الثاني ثم ظهر عيب قديم، فعلى تخريج ابن سريج: للمشتري الأول أخذ الأرش من بائعه كما لو لم يحدث عيب، ولا يخفى الحكم بينه وبين المشتري الثاني، وعلى الأصح ينظر إن قبله المشتري الأول مع العيب الحادث، خير بائعه فإن قبله فذاك، وإلا أخذ الأرش منه.

وعن أبي الحسين: أنه لا يأخذه واسترداده رضا بالمعيب وإن لم يقبله، وغرم الأرش للثاني ففي رجوعه بالأرش على بائعه وجهان:

أحدهما: لا يرجع، وبه قال ابن الحداد؛ لأنه ربما قبله بائعه، لو قبله هو فكان متبرعاً بغرامة الأرش.

وأظهرهما: أنه يرجع، لأنه ربما لا يقبله بائعه فيتضرر.

قال الشيخ أبو علي: يمكن بناء هذين الوجهين على ما سبق من المعنيين إن عللنا بالأول، فإذا غرم الأرش زال استدراك الظلامة فيرجع، وإن عللنا بالثاني فلا يرجع؛ لأنه ربما يرتفع العيب الحادث فيعود إليه.

قال: وعلى الوجهين جميعاً لا يرجع ما لم يغرم للثاني، فإنه ربما لا يطالبه الثاني بشيء، فيبقى مستدركاً للظلامة.

ولو كانت المسألة بحالها، وتلف المبيع في يد المشتري الثاني، أو كان عبداً فأعتقه، ثم ظهر العيب القديم رجع الثاني بالأرش على الأول، والأول بالأرش على بائعه بلا خلاف لحصول اليأس عن الرد، لكن هل يرجع على بائعه قبل أن يغرم المشتري؟ فيه وجهان مبنيان على المعنيين، وإن عللنا باستدراك الظلامة فلا يرجع ما لم يغرم وإن عللنا بالثاني يرجع، ويجري الوجهان فيما لو أبراه الثاني هل يرجع هو على بائعه؟

القسم الثاني من الأول: أن يعود إليه لا بطريق الرد، كما إذا عاد بإرث أو اتّهاب أو قبول وصية أو إقالة، فهل له رده على بائعه؟ فيه وجهان ذوا مأخذين:

أحدهما: البناء على المعنيين السابقين، إن عللنا بالأول لم يرد، وبه قال ابن الحداد؛ لأن استدراك الظلامة قد حصل بالبيع، ولم يبطل ذلك الاستدراك بخلاف ما لو رد عليه بالعيب. وإن عللنا بالثاني يرد لزوال العذر وحصول القدرة على الرد، كما لو رد عليه بالعيب.

والثاني: أن الملك العائد هل ينزل منزلة غير الزائل؟

ففي جواب: نعم؛ لأنه عين ذلك المال وعلى تلك الصفة. وفي جواب: لا؛ لأنه ملك جديد والملك نقص لذلك، وهذا أصل يخرج عليه مسائل:

منها: لو أفلس بالثمن وقد زال ملكه عن المبيع وعاد، هل للبائع الفسخ؟

ومنها: لو زال ملك المرأة عن الصَّدَاق وعاد ثم طلقها قبل المسيس، هل يرجع في نصفه أو يبطل حقه من العين كما لو لم يعد؟ ومنها: لو وهب من ولده وزال ملك الولد وعاد، هل للأب الرجوع؟ ولو عاد إليه بطريق الشراء، ثم ظهر عيب قديم كان في يد البائع الأول، فإن عللنا بالمعنى الأول، لم يرد على البائع الأول لحصول الاستدراك ويرد على الثاني، وإن عللنا بالثاني فإن شاء رد على الثاني، وإن شاء رد على الأول، وإذا رد على الثاني فله أن يرده عليه، وحينئذ يرد هو على الأول، ويجيء وجه: أنه لا يرد على الأول بناء على أن الزائل العائد كالذي لم يعد، ووجه: أنه لا يرد على الثاني؛ لأنه لو رد عليه لرد هو ثانياً عليه، وسنذكر نظيره.

**القسم الثاني:** أن يزول بلا عوض، فينظر إن عاد لا بعوض أيضاً، فجواز الرد مبني على أنه: هل يأخذ الأرش لو لم يعد؟ إن قلنا: لا، فله الرد؛ لأن ذلك لتوقع العود. وإن قلنا: يأخذ، فهل ينحصر الحق فيه أو يعود إلى الرد عند القدرة؟ فيه وجهان، وإن عاد بعوض كما لو اشتراه، فإن قلنا: لا رد في الحالة الأولى فكذلك هاهنا، ويرد على البائع الأخير.

وإن قلنا: يرد، فهاهنا يرد على الأول أو على الأخير، أو يتخير فيه ثلاثة أوجه خارجه مما سبق.

**فرع:** باع زيد شيئاً من عمرو ثم اشتراه منه، وظهر به عيب كان في يد زيد، فإن كانا عالمين بالحال فلا رد، وإن كان زيد عالماً فلا رد له ولا لعمرو أيضاً لزوال ملكه ولا أرش له على الصحيح لاستدراك الظلامة أو لتوقع العود، فإن تلف في يد زيد، أخذ الأرش على التعليل الثاني، وهكذا الحكم لو باعه من غيره، وإن كان عمرو عالماً فلا رد له ولزيد الرد، وإن كانا جاهلين فلزيد الرد إن اشتراه بغير جنس ما باعه أو بأكثر منه، ثم لعمرو أن يرد عليه وإن اشتراه بمثله فلا رد لزيد في أحد الوجهين؛ لأن عمراً يرده عليه، فلا فائدة فيه، وله ذلك في أحدهما؛ لأنه ربما يرضى به فلا يرد، ولو تلف في يد زيد ثم عرف به عيباً قديماً، فحيث يرد لو بقي يرجع بالأرش، وحيث لا يرد لا يرجع.

**الحالة الرابعة:** إذا تعلق به حق كما لو رهنه ثم عرف العيب فلا رد في الحال، وهل يأخذ الأرش؟

إن عللنا باستدراك الظلامة فنعم، وإن عللنا بتوقع العود فلا، وعلى هذا فلو تمكن من الرد، ولو حصل اليأس أخذ الأرش، ولو كان قد أجر ولم نجوز بيع المستأجر فهو كالرهن، وإن جوزناه فإن رضى البائع به مسلوب المنفعة مدة الإجارة رد عليه، وإلا تعدد الرد، وفي الأرش الوجهان، ويجريان فيما لو تعدد الرد بغصب أو

إباق، ولو عرف العيب بعد تزويج الجارية أو العبد، ولم يرض البائع بالأخذ، قطع بعضهم بأن المشتري يأخذ الأرض هاهنا. أما على المعنى الأول فظاهر.

وأما على الثاني؛ فلأن النكاح يراد للدوام، فالأبس: حاصل واختار القاضي الروياني وصاحب «التتمة» ما ذكروه، ولو عرفه بعد الكتابة، ففي «التتمة» أنه كالتزويج.

وذكر الماوردي: أنه لا يأخذ الأرض على المعنيين، بل يصبر؛ لأنه قد استدرك الظلامة بالنجوم، وقد يعود إليه بالعجز فبرده.

**والأظهر:** أنه كالرهن، وأنه لا يحصل استدراك بالتزويج.

وقوله في الكتاب: «فله الأرش»، وهو الرجوع إلى جزء من الثمن لا يعود وقوله: «هو إلى الأرش»، فإن الأرش ليس هو الرجوع إلى الثمن، وإنما هو جزء من الثمن، بل المعنى أن استحقاق الأرش هو الرجوع إليه.

وقوله: «ولا يمتنع طلاب الأرش في الحال لتوقع عود الملك»، معناه: أنا لا نقول بامتناع طلب الأرش بسبب هذا التوقع، لا أنه تعليل لعدم الامتناع، ثم اعلم: أن طريقة الجمهور بناء طلب الأرش في الحال، والرد عند العود على المعنيين كما حكيناها مهذبة، وصاحب الكتاب وشيخه بنوا الرد عند المآل على أن الزائل العائد كالأذي لم يزل أو كالأذي لم يعد، وبنوا أخذ الأرش في الحال على الرد في المآل، إن لم يجز الرد في المآل جاز أخذ الأرش في الحال، وإن جاز ففي الأرش في الحالة للحيلولة وجهان كالقولين في شهود المآل إذا رجعوا، هل يفرمون للحيلولة؟

ومثل هذا التصرف محمود في الفقه، لكن الذهاب إلى أن طلب الأرش في الحال جائز خلاف المذهب المشهور.

فاعرف ذلك، وقد أجاب صاحب الكتاب فيما إذا وجد بالشقص عيباً بعد أخذ الشفع بأنه لا أرش له، على خلاف ما رجحه هاهنا والخلاف واحد - والله أعلم -.

قال الغزالي: (الثالث): القصير بعد معرفة العيب سبب بطلان الخيار وفوات المطالبة بالأرش لتقصيره، وتزك التفسير بأن يرد عليه في الوقت إن كان حاضراً، وإن كان غائباً أشهد شاهدتين حاضرتين فإن لم يكن حاضراً عند القاضي.

قال الرافعي: الرد بالعيب على الفور<sup>(١)</sup>، ويبطل بالتأخير من غير عذر؛ لأن

(١) هذا محله في المبيع المعين، أما الموصوف إذا قبض وظهر به عيب فإن قلنا: لا يملك إلا بالرضا فلا يعتبر الفور إذ الملك موقوف على الرضا. وإن قلنا: يملك بالقبض فيجوز أن يقال أنه على الفور والأوجه المنع. قاله الإمام ونقله الرافعي عنه في باب الكتابة ولم يخالفه وعلله الإمام بأنه =

الأصل في البيع اللزوم، فإذا أمكنه الرّد وقصر لزمه حكمه، ولا يتوقف على حضور الخضم وقضاء القاضي، وقال أبو حنيفة: إن كان قبل القبض، فلا بد من حضور الخصم ولا يشترط رضاه، وإن كان بعده، فلا بد من رضاه أو قضاء القاضي، لنا ما مر في خيار الشرط.

إذا تقرر ذلك فالمبادرة إلى الرد معتبرة بالعادة، فلا يؤمر بالعدو والرّكض ليرد، ولو كان مشغولاً بصلاة أو أكل أو قضاء حاجة، فله التأخير إلى أن يفرغ، وكذا لو اطلع حين دخل وقت هذه الأمور فاشتغل بها فلا بأس، وكذا لو لبس ثوباً أو أغلق باباً، ولو وقف عليه ليلاً، فله التأخير إلى أن يصبح<sup>(١)</sup>. وإذا لم يكن عذر، فقد ذكر حجة الإسلام هاهنا وفي «الوسيط»: أنه إن كان البائع حاضراً يرد عليه، وإن كان غائباً تَلَفَّظ بالرد، وأشهد عليه شاهدين، فإن عجز حضر عند القاضي وأعلمه الرد، ولو رفع إلى القاضي، والمردود عليه حاضر.

قال في «الوسيط»: هو مقصر، وأشار في «النهاية» إلى خلاف فيه، وقال: هذا ظاهر المذهب، لكنه ذكر في الشّفعة: أن الشفيع لو ترك المشتري، وابتدر إلى مجلس الحكم واستغدى عليه، فهو فوق مطالبة المشتري؛ لأنه ربما يحوجه آخراً إلى المرافعة، وحكياً معاً وجهين فيما إذا تمكّن من الإشهاد فتركه، ورفع إلى القاضي، وفي الترتيب المذكور إشكال؛ لأن الحضور في هذا الموضع، إما أن يعنى به الاجتماع في المجلس أو السكون في البلدة.

فإن كان الأول، فإذا لم يكن البائع عنده، ولا وجد الشهود لم يسع إلى القاضي، ولا يسعى إلى البائع، واللائق بمن يمنع من المبادرة إلى القاضي، إذا وجد البائع أن

= ليس معقوداً عليه، وإنما يثبت الفور فيما يؤدي رده إلى رفع العقد إبقاء للعقد. قال في المهمات: واستفدنا من ذلك أن كل حق ثبت في الذمة لا يجب فيه الرد على الفور سواء كان مبيعاً كما إذا أسلم بلفظ البيع أو كان ثمناً للمبيع أو دين سلم. انتهى. واعلم أنه يستثنى مما ذكر الشيخ مسائل:

منها: الجاهل به لقرب عهده بالإسلام.

ومنها: إباق العبد المبيع في يد البائع قبل القبض، فإن المشتري إذا اطلع عليه فأخر الرد لم يبطل حقه بل لو صرح بإسقاطه قبل قبضه لم يسقط على الأصح.

ومنها: لو وجبت زكاة المال على المشتري ثم اطلع على عيب قديم فليس له الرد بالعيب قبل إخراج الزكاة إذ للساعي الأخذ من عينها ولا يبطل حق الرد بالتأخير قبل الأداء لعدم تمكنه منه كما ذكره في كتاب الزكاة.

(١) هذا ظاهر إذا لم يتمكن من الحاكم لا الشهود ولا البائع كما يفهمه كلام المتولي وغيره وصرح به ابن الرفعة فقال: إن لم يتمكن من السير إليه من غير كلفة فلا فرق بين الليل والنهار.



يمنع منها إذا أمكنه الوصول إليه. وإن كان الثاني، فأى حاجة إلى أن يقول: شاهدين حاضرين، ومعلوم أن الغائب عن البلد لا يمكن إشهاده على التفسيرين يكون حضور مجلس الحكم مشروطاً بالعجز عن الإشهاد بعيد.

أما على الأول: فلأن حضور مجلس الحكم قد يكون أسهل عليه من إحضار من يشهده، أو الحضور عنده.

وأما على الثاني: فلأنه لو اطلع على العيب وهو حاضر في مجلس الحكم ينفذ فسخه ولا يحتاج إلى الإشهاد، بل يتعين عليه ذلك إن أراد الفسخ، فظهر أن الترتيب الذي يقتضيه ظاهر لفظ الكتاب غير مرعي.

واعلم بعد ذلك: أن القول في كيفية المُبادرة وما يكون تقصيراً وما لا يكون، إنما يبسط في «كتاب الشفعة»، وأذكر هاهنا ما لا بد منه، فأقول: الذي فهمته من كلام الأصحاب أن البائع إذا كان في البلد رد عليه بنفسه أو بوكيله، وكذا لو كان وكيله حاضراً، ولا حاجة إلى المرافعة، ولو تركه ورفع الأمر إلى مجلس الحكم فهو زيادة توكيد.

وحاصل هذا: تخييره بين الأمرين، وإن كان غائباً عن البلد رفع الأمر إلى مجلس الحكم<sup>(١)</sup>.

قال القاضي الحسين في «فتاويه» يدعي شراء ذلك الشيء من فلان الغائب بثمن معلوم، وأنه أقبضه الثمن، ثم ظهر العيب، وأنه فسخ البيع وقيم البيئته على ذلك في وجه مسخر<sup>(٢)</sup> ينصبه القاضي، ويحلفه القاضي مع البيئته؛ لأنه قضاء على الغائب، ثم يأخذ المبيع منه ويضعه على يدي عدل، والثمن يبقى ديناً على الغائب فيقتضيه القاضي من ماله، فإن لم يجد له سوى المبيع باعه فيه، إلى أن ينتهي إلى الخضم أو القاضي في الحالتين، لو تمكن من الإشهاد على الفسخ هل يلزمه ذلك؟ فيه وجهان:

منقول صاحب «التتمة» وغيره منهما: اللزوم<sup>(٣)</sup>، ويجري الخلاف فيما إذا أخرج بعذر مرض أو غيره، ولو عجز في الحال عن الإشهاد، فهل عليه التلّفظ بالفسخ؟ فيه وجهان:

(١) أي ولا يؤخر لقدمه ولا للمسافرة إليه وإطلاق الغيبة قليل المسافة وكثيرها، توقف فيه في المطلب ثم مال إليه وعلله بأن في تكليف الخروج عن البلد حرجاً لا يليق بما نحن فيه لا سيما مع وجود الحاكم وكيفية الرفع على ما قاله القاضي حسين في فتاويه.

(٢) سيأتي بيان ذلك في كتاب القضاء وهو الذي يعمل بلا أجر.

(٣) [قال في الشرح الصغير: إنه الأشبه بالترجيح عندهم، وفي المحرر أنه أظهر الوجهين. والمراد بالإشهاد هو الإشهاد على طلب الفسخ كما اقتضاه كلام الرافي في كتاب الشفعة، ومقتضى كلام الغزالي هنا أن الإشهاد على نفس الفسخ وصرح بإشهاد اثنين. قال في المطلب: وهو على سبيل الاحتياط]. ينظر روضة الطالبين (٣/١٣٥).

أصحهما: عند الإمام وصاحب «التهذيب»: أنه لا حاجة إليه، وإذا لقي البائع فسلم عليه لم يضر، ولو اشتغل بمحادثته بطل حقه، ولو أخر الرد مع العلم بالعيب، ثم قال: أخرت لأنني لم أعلم أن لي حق الرد فإن كان قريب العهد بالإسلام، أو نشأ في بادية لا يعرفون الأحكام قبل قوله، وممكن من الرد، وإلا فلا، ولو قال: لم أعلم أنه يبطل بالتأخير قبل قوله؛ لأنه مما يخفى على العوام<sup>(١)</sup>.

وحيث بطل حق الرد بالتقصير يبطل حق الأرش أيضاً.

وليس لمن له الرد أن يمسك المبيع ويطلب الأرش خلافاً لأحمد، وليس للبائع أيضاً أن يمنعه من الرد ليغرم له الأرش، ولو رضي بترك الرد على جزء من الثمن أو على مال آخر، ففي صحة هذه المصالحة وجهان:

أحدهما وبه قال أبو حنيفة ومالك وابن سريج: أنها تصح كالصلح عن حق القصاص على مال.

وأظهرهما: المنع؛ لأنه خيار فسخ فأشبهه خيار الشرط والمجلس، وعلى هذا يجب على المشتري رد ما أخذ، وفي بطلان حقه من الرد وجهان:

أحدهما: يبطل؛ لأنه أخر الرد مع الإمكان وأسقط حقه.

وأصحهما: المنع، لأنه نزل عن حقه على عوض، ولم يسلم له العوض فيبقى على حقه، ولا يخفى أن موضع الوجهين ما إذا كان يظن صحة المصالحة.

أما إذا علم فسادها بطل حقه بلا خلاف - والله أعلم -.

قال الغزالي: وَيَتْرُكُ الْاِتِّفَاعَ فِي الْحَالِ، وَيَنْزِلُ عَنِ الدَّائِبَةِ إِنْ كَانَ رَاكِبًا، وَيَضَعُ عَنَّهُ إِكْفَانَهُ وَسَرْجَهُ فَإِنَّهُ اِتِّفَاعٌ، وَلَا يَحُطُّ عِدَارَهُ فَإِنَّهُ فِي مَحَلِّ الْمُسَامَحَةِ إِلَّا أَنْ يَغْسَرَ عَلَيْهِ الْقَوْدُ فَيَعْدِرَ فِي الرُّكُوبِ إِلَى مُصَادَفَةِ الْخَصْمِ أَوْ الْقَاضِي.

قال الرافعي: كما أن تأخير الرد مع الإمكان تقصير، وكذلك الاستعمال والانتفاع والتصرف لإشعارها بالرضا والاختيار، فلو كان المبيع رقيقاً فاستخدمه في مدة طلب الخصم أو القاضي بطل حقه، وإن كان بشيء خفيف كقوله: اسقني، أو ناولني الثوب، أو أغلق الباب، ففيه وجه: أنه لا أثر له؛ لأن مثل هذا قد يؤمر به غير المملوك، وبهذا

(١) [إنما يقبل قوله: لم أعلم أن الرد على الفور، وقول الشفيع: لم أعلم أن الشفعة على الفور، إذا كان ممن يخفى عليه مثله، وقد صرح الغزالي وغيره بهذا في كتاب «الشفعة»]. ينظر روضة الطالبين (٣/١٣٥).

أجاب القاضي الماوردي وغيره، ولكن الأشهر: أنه لا فرق<sup>(١)</sup>.

ولو ركب الدابة لا للرد بطل حقه، وإن ركبها للرد أو للسقي فوجهان:

أظهرهما: البطلان أيضاً؛ لأنه ضرب انتفاع كما لو وقف على عيب الثوب فلبسه للرد. نعم لو كانت جموحاً يعسر قودها وسوقها فيعذر في الركوب.

والثاني وبه قال أبو حنيفة وابن سُرَيْج في «جوابات الجامع الصغير»: أنه لا يبطل؛ لأنه أسرع للرد، وعلى الأول لو كان قد ركبها للانتفاع فاطلع على عيب بها لم يَجْز استدامته وإن توجه للرد، ولو كان لابساً فاطلع على عيب الثوب في الطريق فتوجه للرد ولم ينزع فهو معذور؛ لأن نزع الثوب في الطريق غير معتاد، كذا قاله الماوردي.

ولو علف الدابة وسقاها في الطريق لم يضر، وكذا لو حلب لبن البهيمة في الطريق؛ لأنه مما حدث في ملكه، ولو كان عليها سرج أو أكاف فتركها عليها بطل حقه؛ لأنه استعمال وانتفاع<sup>(٢)</sup>، ولولا ذلك لاحتاج إلى حمل أو تحميل<sup>(٣)</sup>، ويعذر بترك العذار أو اللجام لأنهما خفيفان، ولا يعد تعليقهما على الدابة انتفاعاً؛ ولأن القود يعسر دونهما. وسئل الشيخ أبو حامد عما لو أنعلها في الطريق، فقال: إن كانت تمشي بلا نعل بطل حقه، وإلا فلا.

ولك أن تعلم قوله في الكتاب: «ويترك الانتفاع» بالواو، وكذا قوله: «ينزل عن الدابة»، وقوله: «ويضع»؛ لأن القاضي الروباني نقل جواز الانتفاع في الطريق مطلقاً، حتى روي عن أبيه جواز وطء الجارية<sup>(٤)</sup> الشيب.

وقوله: «إلا أن يعسر عليه القود»، راجع إلى قوله من قبل: «إن كان راكباً» وإن تخلل بينهما كلام آخر، - والله أعلم -.

(١) قال القفال في «شرح التلخيص»: لو جاء العبد بكوز ماء فأخذ الكوز لم يضر؛ لأن وضع الكوز في يده كوضعه على الأرض؛ فإن شرب ورد الكوز إليه فهو استعمال.

(٢) هذا إذا لم يحصل بنزعه ضرر للدابة فإن حصل أو خيف منه كما إذا كانت قد عرقت وخيف من نزعه أن تهتوي فتتأذى فلا يكون ترك النزع في الحال تقصيراً لأنه يعييبها فيكون مانعاً من الرد. قاله ابن الرفعة.

(٣) وإطلاق الرافي وتعليقه أنه لا فرق بين أن يكونا متعينين مع الدابة أو يكونا له. وفيه نظر. وقيل لا يضر الاستعمال اليسير لقوله: اسقني أو أغلق الباب وقيل: لا يضر الاستعمال مطلقاً إذا لم يحصل فيه تأخير. فائدة: الإكاف بكسر الهمزة ويقال أيضاً الوكاف بواو مكسورة.

(٤) لو اشترى عبداً فأبى قبل القبض، فأجاز المشتري البيع، ثم أراد الفسخ، فله ذلك ما لم يعد العبد إليه. وذكره الإمام الرافي في آخر المسائل المنتورة في آخر كتاب «الإجارة» وسأذكره إن شاء الله تعالى هناك. ينظر الروضة (٣/١٣٧).

قال الغزالي: الرَّابِعُ الْعَيْبُ الْحَادِثُ مَا نَعِيَ مِنَ الرَّدِّ، وَطَرِيقُ دَفْعِ الظُّلَامَةِ أَنْ يَضْمَ أَرْشَ الْحَادِثِ إِلَى الْمَبِيعِ وَبَرْدَهُ، أَوْ يَغْرَمَ الْبَائِعُ لَهُ أَرْشَ الْعَيْبِ الْقَدِيمِ، فَإِنْ تَنَازَعَا فِي تَغْيِينِ أَحَدِ الْمَسْلُوكَيْنِ، فَلْأَصَحُّ أَنْ طَالِبُ أَرْشِ الْقَدِيمِ أَوْلَى بِالْإِجَابَةِ؛ لِأَنَّ أَرْشَ الْعَيْبِ الْحَادِثِ غُرْمٌ دَخِيلٌ لَمْ يَفْتَضِهِ الْعَقْدُ.

قال الرافعي: إذا حدث بالمبيع عيب في يد المشتري بجناية أو آفة، ثم أطلع على عيب قديم فلا يمكن الرد قهراً<sup>(١)</sup> لما فيه من الإضرار بالبائع، ولا يكلف المشتري القناعة به، لما فيه من الإضرار به، ولكن يعلم المشتري البائع بالحال، فإن رضي به معيماً قيل للمشتري: إما أن ترده، وإما أن تقنع به معيماً ولا شيء، وإن لم يرض فلا بد من أن يضم المشتري أَرْشَ الْعَيْبِ الْحَادِثِ إِلَى الْمَبِيعِ ليرده، أو أن يغرم البائع للمشتري أَرْشَ الْعَيْبِ الْقَدِيمِ ليمسكه رعاية للجانبين، فإن توافقا على أحد هذين المسلكين فذاك<sup>(٢)</sup>، وإن تنازعا فدعا أحدهما إلى الرد مع أَرْشَ الْعَيْبِ الْحَادِثِ، ودعا الآخر إلى الإمسك وغرامة أَرْشَ الْعَيْبِ الْقَدِيمِ، فحاصل ما اشتمل كلام الأصحاب عليه وجوه اختصرها الإمام:

أحدها: أن المتبع رأى المشتري، ويجبر البائع على ما يقوله؛ لأن الأصل أن لا يلزمه تمام الثمن إلا بمبيع سليم، فإذا تعذر ذلك فوضت الخيرة إليه، ولأن البائع ملبس بترويح المبيع، فكان رعاية جانب المشتري أولى، ويروى هذا الوجه عن مالك وأحمد، وعن أبي ثور: أنه نصه في القديم.

والثاني: أن المتبع رأي البائع؛ لأنه إما غارم أو آخذ ما لم يرد العقد عليه.

والثالث وهو الأصح: أن المتبع رأى من يدعو إلى الإمسك والرجوع بأَرْشِ الْعَيْبِ الْقَدِيمِ، سواء كان هو البائع أو المشتري لما فيه من تقرير العقد، وأيضاً فالرجوع بأَرْشِ الْعَيْبِ الْقَدِيمِ يستند إلى أصل العقد؛ لأن قضيته ألاً يستقر الثمن بكماله إلا في مقابلة السليم، وضم أَرْشِ الْعَيْبِ الْحَادِثِ إِدْخَالَ شَيْءٍ جَدِيدٍ لَمْ يَكُنْ فِي الْعَقْدِ، فكان الأول أولى، فعلى هذا لو قال البائع: رده مع أَرْشِ الْعَيْبِ الْحَادِثِ، فللمشتري أن يأتي ويغرم ويأخذ أَرْشَ الْعَيْبِ الْقَدِيمِ ولو أراد المشتري أن يرده مع أَرْشِ الْعَيْبِ الْحَادِثِ

(١) محل عدم الرد إذا لم يستند العيب الحادث إلى سبب متقدم، فإن أسند إليه فله الرد. لأن كل من المالكين فيه جمع بين المصلحتين ورعاية للجانبين.

(٢) محل التخيير فيمن تصرف لنفسه، فأما من باع عن غيره بولاية أو نيابة فيفعل الأخط. لما فيه تقرير العقد، وأيضاً فالمرجوع بأَرْشِ الْعَيْبِ الْقَدِيمِ يستند إلى أصل العقد لأن قضيته أن لا يستقر الثمن بكماله إلا في مقابلة التسليم.

فللبائع أن يأتي ويغرم أرض القديم وما ذكرناه من إعلام المشتري البائع يكون على الفور، حتى لو أخره من غير عذر بطل حقه من الرّد والأرّش، إلا أن يكون العيب الحادث قريب الزوال غالباً كالرّمْد والحُمى، فلا يعتبر الفور في الإغلام على أحد القولين، بل له انتظار زواله ليرده سليماً عن العيب الحادث من غير أرّش، ومهما زال الشيء الحادث بعد ما أخذ المشتري أرّش العيب القديم، فهل له الفسخ ورد الأرض؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، وأخذ الأرّش إسقاط للرد.

والثاني: نعم، والأرّش للحيلولة ولو لم يأخذه ولكن قضى القاضي بشبوته، فوجهان بالترتيب، وأولى بجواز الفسخ.

ولو تراضيا ولا قضاء فوجهان بالترتيب وأولى بالفسخ، وهو الأصح في هذه الصورة، وأما بعد الأخذ فالأصح المنع، وكذا بعد الحكم عند صاحب «التهذيب».

ولو عرف العيب القديم بعد زوال الحادث رد.

وفيه وجه ضعيف، ولو زال العيب القديم قبل أخذ أرّشه لم يأخذه، وإن زال بعد أخذه ورده، ومنهم من جعله على وجهين، كما لو ثبت سنّ المجني عليه بعد أخذ الدية، هل يرد الدية؟. واعلم: أن كل ما يثبت الرّد على البائع لو كان في يده يمنع الرد إذا حدث في يد المشتري، وما لا ردّ به على البائع لا يمنع الرّد، إذا حدث في يد المشتري، إلا في الأقل، فلو خصى العبد ثم عرف عيباً قديماً فلا ردّ وإن زادت قيمته، ولو نسي القرآن أو الحرفة ثم عرف به عيباً، فلا ردّ لِنَقْصَانِ القيمة، ولو زوجها ثم عرف بها عيباً فكذلك، قال الرّوْثاني: إلا أن يقول الزوج: إن ردك المشتري بعيب فأنت طالق، إن كان ذلك قبل الدخول فله الرد لزوال المانع بالرد.

ولو عرف عيب الجارية المشتراة من ابنه أو أبيه بعد ما وطئها وهي ثيب، فله الرد وإن حرمت على البائع؛ لأن القيمة لا تنقص بذلك، وكذا لو كانت الجارية رضية، فأرضعتها أم البائع أو ابنته في يد المشتري ثم عرف بها عيباً، وإقرار الرقيق على نفسه في يد المشتري بدين المعاملة، أو بدين الإتلاف مع تكذيب المولى، لا يمنع من الرد بالعيب القديم، وإن صدقه المولى على دين الإتلاف منع، فإن عفا المقر له بعد ما أخذ المشتري الأرّش، هل له الفسخ ورد الأرض؟

فيه وجهان جاريان فيما إذا أخذ الأرّش لرهنه أو كتابته العبد، أو إياقه أو غضبه، ونحوها إن مكّناه من ذلك ثم زال المانع من الرد.

قال في «التهذيب»:

أصحهما: أنه لا فسخ.

فرع: حدث في يد المُشْتَرِي نكتة بياض بَعَيْنِ العبد، ووجد نكتة قديمة ثم زالت أحدهما، فقال البائع: الزائلة القديمة فلا رد ولا أَرَش، وقال المشتري: بل الحادثة ولي الرد، يتحالفان على ما لا يقولان، فإن حلف أحدهما دون الآخر قضى بموجب يمينه، وإن حلفا استفاد البائع بيمينه دفع الرد، واستفاد المشتري بيمينه أخذ الأرش، فإن اختلفا في الأرش فليس له إلا الأقل لأنه المستيقن.

وقوله في الكتاب: «فالأصح أن طالب أَرَش القديم» يغني عن الأوجه الثلاثة، ويجوز أن يعلم قوله: «أولى» بالميم والألف، لما حكينا من مذهبهما، - والله أعلم -.

قال الغزالي: وَإِنْ كَانَ الْمَبِيعُ حُلِيًّا وَقَدْ قُوِلَ بِمِثْلِ وَزَنِهِ فَبِضْمِ الْأَرَشِ إِلَيْهِ أَوْ اسْتِزَادَ جُزْءٌ مِنَ الثَّمَنِ لِلْعَيْبِ الْقَدِيمِ يُوقَعُ فِي الرَّبَا، قَالَ ابْنُ سُرَيْجٍ: يَفْسُخُ الْعَقْدُ لِتَعَدُّرِ إِمْضَائِهِ وَلَا يُرَدُّ الْحُلِيِّ بَلْ يُغْرَمُ بِالذَّهَبِ إِنْ كَانَ مِنْ فِضَّةٍ، أَوْ عَلَى الْعَكْسِ حَذَرًا مِنْ رَبَا الْفَضْلِ وَهُوَ الْأَصْحَحُ، وَقِيلَ: إِنَّهُ لَا يُبَالِي بِذَلِكَ إِذِ الْمَحْذُورُ الزِّيَادَةُ فِي الْمُقَابَلَةِ فِي ابْتِدَاءِ عَقْدِهِ.

قال الرافعي: إذا اشترى حُلِيًّا من ذهب أو فضة وزنه مائة مثلاً بمائة من جنسه، ثم اطلع على عيب قديم وقد حدث عنده عيب آخر، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدهما، وبه قال ابن سريج: أنه لا يرجع بالأرش؛ لأنه لو أخذ الأرش لنقص الثمن عن المائة فتصير المائة مقابلة بما دونها، وذلك رباً ولا يرده مع أَرَش العيب الحادث؛ لأن المردود حيثئذ يزيد على المائة المستردة، وذلك رباً فيفسخ العقد لتعذر مصابه، ولا يرد الحُلِيِّ على البائع لتعذر رده دون الأرش ومع الأرش فيجعل بمثابة ما لو تلف، ويغرم المشتري قيمته من غير جنسه معيباً بالعيب القديم سليماً عن العيب الحادث.

والثاني، وبه قال الشيخ أبو حامد: أنه يفسخ البيع، ويرد الحُلِيِّ مع أَرَش الثَّقْصَانِ الحادث ولا يلزم الربا، فإن المقابلة بين الحُلِيِّ والثلثين وهما متماثلان.

والعيب الحادث مضمون عليه كعيب المَأْخُودِ على جهة السُّومِ فعليه غرامته.

والثالث عن صاحب «التقريب» والدَّارِكِيِّ: أنه يرجع بأَرَش العيب القديم كما في غير هذه الصورة، والمماثلة في مال الرِّبَا إنما تشترط في ابتداء العقد وقد حصلت، والأرش حق ثبت بعد ذلك لا يقدر في العقد السابق.

واعلم: أنَّ الوجه الأول والثاني متفقان على أنه لا يرجع بأَرَش العيب القديم وأن

يفسخ العقد، وإنما اختلافهما في أنه يرد الحُلِّي مع أرش النقص أو يمسكه ويرد قيمته، وأما صاحب الوجه الثالث فقياسه تجويز الرُّدِّ مَعَ الأَرش أيضاً، كما في سائر الأموال، وإذا أخذ الإرش فقد قيل: يجب أن يكون من غير جنس العوضين، كيلا يلزم ربا الفضل.

**والأظهر:** أنه يجوز أن يكون من جنسهما؛ لأن الجنس لو امتنع أخذه لامتنع أخذ غير الجنس، لأنه يكون بيع مال الربا بجنسه مع شيء آخر، وذلك من صور «مُدَّ عَجْوَة». ثم إن صاحب الكتاب رأى الأصح: الوجه المنسوب إلى ابن سريج، وهو غير مساعد عليه بل اختيار القاضي الطُّبري وصاحب «المهذب» ومعظم العراقيين: إنما هو الثاني، واختيار الإمام وغيره: الثالث.

وذكر الإمام: أن أبعد الوجوه ما قاله ابن سريج.

وقوله: «فبضم الأَرش إليه أو استرداد جزء من الثمن يوقع في الربا» قيل ذكر الخلاف، إنما كان يحسن كل الحسن أن لو كان ذلك متفقاً عليه وكان الاختلاف في طريق الخَلَّاص وليس كذلك، بل صاحب الوجه الثاني لا يرى ضم الأَرش إليه موقِعاً في الربا، وصاحب الثالث لا يرى الاسترداد موقِعاً فيه، والأحسن في النظم أن يذكر قول ابن سريج أولاً، ويعلّل تعذر الإِمضاء بذلك.

وقوله: «وقيل إنه لا يبالي بذلك» يمكن تنزيهه على الوجه الثاني وعلى الثالث.

ولو عرف العيب القديم بعد تلف الحُلِّي عنده، فالَّذِي أوردته صاحب «الشَّامِل» و«التَّمَّة»: أنه يفسخ العقد ويسترد الثمن، ويغرم قيمة التالف، ولا يمكن أخذ الأَرش للربا. وفيه وجه آخر: أنه يجوز أخذ الأَرش، قال في «التَّهذِيب» وهو الأصح: وعلى هذا ففي اشتراط كونه من غير الجنس ما مر، ولا يخفى أَنَّ الْمَسْأَلَةَ لا تختص بالحُلِّي والنقدين، بل تجري في كل مال من أموال الربا بيع بجنسه، - والله أعلم -.

قال الغزالي: وَإِذَا أَنْعَلَ الدَّابَّةَ وَأَرَادَ رَدَّهَا بِالْعَيْبِ فَلْيَنْزِعِ النَّعْلَ، وَإِنْ كَانَ نَزَعُ النَّعْلِ يَعْيبُهَا فَلْيَسْمَخْ بِالنَّعْلِ، وَإِلَّا فَلْيَسْ لَهْ عَلَى الْبَائِعِ أَرشٌ وَلَا قِيمَةَ النَّعْلِ، وَإِنْ صَبَغَ النَّوْبَ بِمَا زَادَ فِي قِيمَتِهِ فَطَلَبَ قِيمَةَ الصَّبْغِ لَهُ وَجَهٌ، وَلَكِنْ إِذْخَالَ الصَّبْغَ وَهُوَ دَخِيلٌ فِي مَلِكِ الْبَائِعِ كِإِذْخَالَ أَرشِ الْعَيْبِ الْحَادِثِ.

قال الرافعي: في الفصل صورتان:

**الأولى:** إذا أنعل الدَّابَّة المُشْتَرَاة، ثم وقف على عيب قديم بها، ينظر إن لم يعيها نزع النَّعْلَ فله النزع والرُّدُّ وإن لم ينزع والحالة هذه لم يجب على البائع القبول، وإن كان النزع يخرم ثقب المَسَامِير، ويتعيَّب الحافر به فنزع بطل حقه من الرد والأَرش،

وكان تعيبه بالاختيار قطعاً للخيار، وفيه احتمال للإمام، ولو ردها مع الثعل أجز البائع على القبول، وليس للمشتري طلب قيمة الثعل، فإنه حقير في معرض رد الدابة، ثم ترك الثعل من المشتري [هل هو] تملك، حتى يكون للبائع لو سقط أو إعراض حتى يكون للمُشتري؟ فيه وجهان: أشبههما: الثاني.

الثانية: لو صبغ الثوب بما زاد في قيمته ثم عرف عيبه، فإن رضي بالرد من غير أن يطالب بشيء، فعلى البائع قبوله ويصير الصبغ ملكاً له، فإنه صفة الثوب لا تزياله وليس كالثعل، هذا لفظ إمام الحرمين قال: ولا صائر إلى أنه يرد الثوب ويبقى شريكاً بالصبغ، كما يكون مثله في المغصوب، ولاحتمال يتطرق إليه، وإن أراد الرد وأخذ قيمة الصبغ، ففي وجوب الإجابة على البائع وجهان:

أظهرهما: لا تجب لكن يأخذ المشتري الأرش. ولو طلب المشتري أرش العيب، وقال البائع: رد الثوب لأغرم لك قيمة الصبغ ففيمن يجاب منهما؟ وجهان: الذي أورده ابن الصبغ والمثولي: أن المجاب البائع، ولا أرش للمشتري.

ولما حكى الإمام الخلاف في الطرفين ذكر أن الصبغ الزائد قد جرى مجرى أرش العيب الحادث في طرفي المطالبة، ومعناه: أنه إذا قال البائع: رد مع الإرش، وقال المشتري: بل أمسك وأخذ الأرش، ففيمن يجاب؟ وجهان.

وكذا إذا قال المشتري: أردّه مع الأرش، وقال البائع بل أغرم الأرش، وهذا ظاهر للمتأمل في الوجوه الثلاثة المذكورة هناك، إذا أفرد أحد الجانبين بالنظر، ووجه المشابهة بين الصبغ الزائد وأرش العيب الحادث ما أشار إليه صاحب الكتاب، وهو أن إدخال الصبغ في ملك البائع مع أنه دخيل في العقد كإدخال الأرش الدخيل، ثم ظاهر لفظ الكتاب يقتضي عود الوجوه الثلاثة هاهنا حتى يقال: المجاب منهما في وجه من يدعو إلى فضل الأمر بالأرش القديم، وقد صرح به في «الوسيط»، ولكن رواية الوجه الثالث لا تكاد توجد لغيره، ويتقدير ثبوته فقد بينا، ثم إن الأصح: الوجه الثالث، وهاهنا قضية إيراد الأئمة: أنه لا يجاب المشتري، إذا طلب الأرش كما مر.

وقوله: «فطلب قيمة الصبغ له وجه» المعنى الذي ينبغي أن تنزل عليه هذه الكلمة أن طلب قيمة الصبغ ليس كطلب قيمة الثعل، فإن الثعل تابع بالإضافة إلى الدابة حقير والصبغ بخلافه، فإن هذا الطلب متجه وذاك مستنكر. ولو قصر الثوب ثم وقف على العيب، فيبنى على أن القصاره عين أو أثر؟ إن قلنا بالأول، فهي كالصبغ. وإن قلنا بالثاني رد الثوب ولا شيء له، كالزيادات المتصلة، وعلى هذا فقس نظائره، - والله أعلم -.



قال الغزالي: وَلَا يَرُدُّ الْبَطِيخُ (ح و) وَالْجَوْزُ وَالْبَيْضُ بَعْدَ الْكَسْرِ وَإِنْ وَجَدَهُ مَعِيًّا بَلْ يَأْخُذُ أَرْشَ الْعَيْبِ، وَقِيلَ: إِنَّ لَهُ الرُّدَّ (م ح و ز) وَضَمَّ أَرْشَ الْكَسْرِ إِلَيْهِ.

قال الرافعي: إذا اشتري ما مأكوله في جوفه كالْبَطِيخِ وَالرَّانِجِ وَالرُّمَّانِ وَالْجَوْزِ وَاللُّوزِ وَالْبَنْدُقِ<sup>(١)</sup>، وَالْبَيْضُ فَكَسْرُهُ وَوَجَدَهُ فَاسِداً، يَنْظُرُ إِنْ لَمْ يَكُنْ لِفَاسِدِهِ قِيَمَةٌ، كَالْبَيْضَةِ الْمَذْرُوبَةِ الَّتِي لَا تَصْلُحُ لَشَيْءٍ، وَالْبَطِيخَةُ الشَّدِيدَةُ التَّغْيِيرِ رَجَعَ الْمُشْتَرِي بِجَمِيعِ الثَّمَنِ نَصَّ عَلَيْهِ، وَكَيْفَ سَبِيلُهُ؟ قَالَ مَعْظَمُ الْأَصْحَابِ: يَتَبَيَّنُ فَسَادُ الْبَيْعِ لَوُرُودِهِ عَلَى غَيْرِ مَتَقَوْمٍ.

وعن القفال في طائفة: أنه لا يتبين الفساد، لكنه على سبيل استدراك الظلّامة، فكما يرجع بجزء من الثمن عند انتقاص جزء من المبيع يرجع بكله عند فوات كل المبيع، وتظهر ثمرة هذا الخلاف في أن القُشُورَ الْبَاقِيَةَ بَمَنْ تَخْتَصُّ، حَتَّى يَكُونَ عَلَيْهِ تَطْهِيرُ الْمَوْضِعِ عَنْهَا.

وإن كان لفاსده قيمة كالرَّانِجِ وَيَبِيضُ الثَّعَامِ وَالْبَطِيخِ إِذَا وَجَدَهُ حَاطِضاً أَوْ مَدُوداً<sup>(٢)</sup> بَعْضُ الْأَطْرَافِ، فَلِلْكَسْرِ حَالَتَانِ.

إحدهما: أَنْ لَا يَرْقُفَ عَلَى ذَلِكَ الْفَسَادِ، إِلَّا بِمَثَلِهِ فِيهِ قَوْلَانِ:

أحدهما، وبه قال أبو حنيفة والمزني: أنه ليس الرد قهراً، كما لو عرف عيب

(١) الفندق الجوز البُنْعَرِيّ. قال في المصباح المنير: وفي بعض التصانيف. الفندق هو البندق.

(٢) رد ولا أَرَشَ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ مَعْذُورٌ فِي الْأَطْرَافِ فِي تَعَاطِيهِ لِاسْتِكْشَافِ الْعَيْبِ فَيَكُونُ ذَلِكَ مِنْ ضَمَانِ الْبَائِعِ لِتَسْلِيْطِ الْمُشْتَرِي عَلَيْهِ بِالْبَيْعِ.

وَالْقَوْلُ الثَّانِي: أَنَّهُ يَرُدُّ، وَلَكِنْ يَرُدُّ مَعَهُ الْأَرْضَ رِعَايَةً لِلْجَانِبِينَ. لِأَنَّهُ نَقَصَ لَا يَعْرِفُ الْعَيْبَ إِلَّا بِهِ فَيُثْبِتُ فِيهِ الرَّدَّ مَعَ الْغَرَمِ بِالْقِيَاسِ عَلَى الْمَصْرَاةِ فَعَلَى هَذَا يَغْرَمُ مَا بَيْنَ قِيَمَتِهِ صَحِيحاً مَعِيًّا وَمَكْسُراً مَعِيًّا.

وَالثَّلَاثُ: لَا يَرُدُّ أَصْلاً كَسَائِرِ الْعَيْبِ. وَعَلَى هَذَا يَأْتِي مَا سَبَقَ فِي الْعَيْبِ الْحَادِثِ.

فَائِدَةٌ: الرَّانِجُ هُوَ الْجَوْزُ الْهِنْدِيُّ يَفْتَحُ النَّوْنَ، وَقِيلَ بِكَسْرِهَا وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ الْفَارَابِيُّ وَالْبَطِيخُ بِكَسْرِ الْبَاءِ وَيُقَالُ أَيْضاً الطَّبِيخُ بِتَقْدِيمِ الطَّاءِ. حَكَاهُمَا ابْنُ فَارَسٍ. وَقَوْلُهُ مَدُودٌ وَهُوَ بِكَسْرِ الْوَاوِ مِثْلُهُ أَيْضاً الْمَسُوسُ كَذَا ضَبَطَهُمَا الْجَوْهَرِيُّ.

تَنْبِيْهُ: الْمُرَادُ بِالْبَيْضِ كَمَا قَالَ الرَّافِعِيُّ بَيْضَ النَّعَامِ وَالْبَطِيخِ الْمَدُودُ مَا كَانَ مَدُوداً أَحَدَ الْجَوَانِبِ حَتَّى يَكُونَ لَهَا قِيَمَةٌ بَعْدَ الْكَسْرِ فَيَصِحُّ إِجَابُ الْأَرْضِ. وَأَمَّا بَيْضُ الدِّجَاجِ وَالْبَطِيخِ الْمَدُودِ جَمِيعُهُ فَيَبْطُلُ الْعَقْدُ فِيهِمَا وَيَرْجَعُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ لَوُرُودِهِ عَلَى غَيْرِ مَتَقَوْمٍ. وَقِيلَ: إِنَّهُ يَرْجَعُ بِذَلِكَ يَعْنِي الثَّمَنَ لَكِنْ عَلَى سَبِيلِ اسْتِدْرَاكِ الظَّلَامَةِ وَيَكُونُ الْعَقْدُ بَاقِياً كَمَا يَرْجَعُ جُزْءٌ مِنَ الثَّمَنِ عِنْدَ نَقْصِ جُزْءٍ مِنَ الْبَيْعِ وَفَائِدَةُ الْخِلَافِ كَمَا قَالَ الرَّافِعِيُّ أَنَّ الْقُشُورَ لِلْبَائِعِ أَوْ لِلْمُشْتَرِي.

الثوب بعد قطعه، وعلى هذا هو كسائر العيوب الحادثة، فيرجع المشتري بأرش العيب القديم، أو يضم أرش النقصان إليه ويرده كما سبق.

وقوله في الكتاب: «بل يأخذ الأرش» إن لم يتراضيا على الرد مع الأرش؛ لأنه لا يعدل عنه بحال.

والثاني: له ذلك، وبه قال مالك وكذا أحمد في رواية؛ لأنه نقص لا يعرف العيب إلا به، فلا مبيع الرد كالمُصرّة، وإيراد الكتاب: يقتضي ترجيح القول الأول، وبه قال صاحب «التهذيب»، لكن القاضي الماوردي والشيخ أبا حامد ومن تابعه رجحوا الثاني، وبه قال القاضي الرؤياني وغيره.

وإذا فرعنا على الثاني، فهل يغرم أرش الكسر؟ فيه قولان:

أحدهما: نعم، وهو الذي أورده في الكتاب، كما يرد المصرة ويغرم.

والثاني: لا؛ لأنه لا يعرف العيب إلا به فهو معذور فيه، والبائع بالبيع كأنه سلطه عليه، وهذا أصح عند صاحب «التهذيب» وغيره. فإن قلنا بالأول غرم ما بين قيمته صحيحاً فاسد اللب ومكسوراً فاسد اللب، ولا نظر إلى الثمن.

الحالة الثانية: أن يمكن الوقوف على ذلك الفساد بأقل من ذلك الكسر، فلا رد كما في سائر العيوب.

وعن أبي إسحاق: أن بعض الأصحاب طرد القولين.

إذا عرفت ذلك فكسر الجوز ونحوه، وثقب الرّانج من صور الحالة الأولى، وكسر الرّانج وتَرْضِيض بيض النعام من صور الحالة الثانية، وكذا تقوير البَطِيخ الحامض إذا أمكن معرفة حموضته بَعْرَز شيء فيه، وكذا التَّقْوِير الكبير إذا أمكن معرفتها بالتَّقْوِير الصغير، والتَّدْوِيد لا يعرف إلا بالتَّقْوِير، وقد يحتاج إلى الشَّقِّ ليعرف، وقد يستغنى في معرفة حال البَيْض بالْقَلْقَلَة عن الكسر، وليست الحموضة بعيب في الرُّمَان بخلاف البَطِيخ، فإن شرط في الرمان الحلاوة فَبَانَ حامضاً بالغرز رده، وإن بَانَ بالشَّقِّ فلا.

فرع: إذا اشترى ثوباً مطويّاً، وهو ممّا ينقص بالتَّشْر، فنشره ووقف على عيب به لا يوقف عليه إلا بالتَّشْر وفيه القولان، كذا أطلقه الأصحاب على طَبَقَاتِهِمْ، مع جعلهم بيع الثوب المَطْوِي من صور بيع الغائب، ولم يتعرض الأئمة لهذا الإشكال فيما رأته إلا من وجهين:

أحدهما: ذكر إمام الحرمين: أن هذا الفرع مبني على تَضْحِيح بيع الغائب.

والثاني: قال صاحب «الحاوي» وغيره: إن كان مطويّاً أكثر من طَاقَيْن لم يصح

الْبَيْعِ إِنْ لَمْ نَجُوزْ خِيَارَ الرَّوْيَةِ<sup>(١)</sup>، وَإِنْ كَانَ مَطْوِيًّا عَلَى طَاقِينَ يَصِحُّ الْبَيْعُ؛ لِأَنَّهُ يَرَى

(١) هو من إضافة الشيء إلى شرطه، وأما سببه فهو عدم الرؤية وأصله في مبيع معين غير مرئي عند العقد عليه. أما كونه غير مرئي فلأنه موضوع هذا الخيار؛ لأن سببه هو عدم رؤية المبيع، وأما شرط كونه معيناً فلأن الثابت في الذمة إن جاء على الوصف الذي وصف به فقد لزم المشتري قبوله ولا يجوز له رده وإن جاء على غير ما وصف فله رده لا لثبوت خيار الرؤية فيه ولكن لأنه غير المبيع. ويعرف خيار الرؤية - بأنه حق المشتري في فسخ البيع وإرضائه عند رؤية المبيع المعين الذي لم يره عند العقد. مثاله أن يقول البائع للمشتري بعثك محصول أرضي بجهة كذا من القمح هذا العام على أن يكون ثمن الأردب كذا فيقبل المشتري وهو لم يسبق له أن رأى هذا القمح. اتفق الفقهاء قاطبة على صحة بيع المعين الحاضر المشاهد عند البيع، وأنه يكون بيعاً بتاً لازماً لا انفكاك منه إلا بسبب آخر كالعييب. وكما اتفقوا على هذا اتفقوا على صحة بيع الموصوف في الذمة، وعلى أنه لازم لهما فإن جاء على الوصف أجبر المشتري على قبوله، وإن لم يجيء فله رده لأنه غير المبيع. هذا متفق عليه في الجملة وإن اختلفوا في بعض الشروط اللازمة لتوفرها فيه وفي الأجل هل هو من شرطه أم لا؟. ولكنهم اختلفوا في بيع المعين الغائب عن مجلس العقد، والذي لم يسبق للمشتري أنه رآه. هل يصح بيعه أم لا يصح؟ وإذا قلنا بالصحة فهل من شرط صحته ثبوت الخيار فيه للمشتري إذا رآه؟ وعلى أي حال يكون ثبوت هذا الخيار؟ ويلاحظ هنا بنوع أخص أن كتب الخلاف كثيرة الخلط ولذا وجهنا جل اهتمامنا إلى كتب المذاهب المعتمدة نستقي منها الحكم والدليل إن عثرنا عليه. فمذهب الحنفية - هو صحة بيعه سواء وصف للمشتري أم لم يوصف لكن بشرط أن يعلم المشتري جنسه على أقل تقدير ثم للمشتري الخيار إذا رآه مطلقاً أعني سواء كان مطابقاً للوصف - فيما إذا وصف - أو لم يطابق. ومذهب المالكية - أن الغائب المذكور إن لم يوصف للمشتري فلا يصح بيعه إلا مع شرط خيار الرؤية، وإن وصف صح بيعه بالشرط المذكور من باب أولى وبدونه أيضاً ولكن بشرطين ألا يضمن بعده وأن تشق رؤية. فإن جاء كما وصف فالمشتري مجبر على قبوله وإلا فهو بالخيار لتخلف الوصف. ومذهب الحنابلة - أنه إن وصف بصفة السلم صح بيعه ولزم المشتري قبوله إن جاء على الوصف، وإن جاء على غير ما وصف فهو بالخيار لتخلف الوصف. وإن لم يوصف بوصف السلم فيبعه باطل. ومذهب الشافعية في القديم قريب من هذا المذهب. ومذهب الظاهرية - أنه إن وصف صح البيع ولزم المشتري ما دام مطابقاً للوصف وإلا فالبيع باطل مفسوخ. ومذهب الشافعية - هو عدم صحة بيعه على كل حال سواء وصف للمشتري أو لم يوصف. فمذهبهم مقابل لمذهب الجمهور في الجملة، ولمذهب الحنفية على خط مستقيم:

أما الحنفية: فاستدلوا لمذهبهم بالأثر والمعقول. أما الأثر:

فأولاً: قوله ﷺ: «مَنْ اشْتَرَى شَيْئاً لَمْ يَرَهُ فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِذَا رَأَاهُ» روي هذا الحديث مسنداً ومرسلاً. فقوله - عليه الصلاة والسلام -: «مَنْ اشْتَرَى شَيْئاً لَمْ يَرَهُ» صادق بما إذا وصف وبما لم يوصف، وبما شرط فيه خيار الرؤية وما لم يشرط فيه. وقوله: «فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِذَا رَأَاهُ» فيه أن الخيار معلق بالرؤية فحسب، فيكون له خيار الرؤية فيما اشتراه بالعموم السابق. وفي هذا ما يدل على أن خيار الرؤية من لوازم العقد على الغائب المذكور.

ثانياً: قالوا المبيع المذكور مال مقدور التسليم، ولا ضرر في بيعه فكان جائزاً كسائر البيوع =

المشروعة. وعدم الضرر جاء من ثبوت الخيار للمشتري إذا رآه لأنه إذا لم يعجبه فسخ البيع واسترد الثمن إن كان قد دفعه.

وأما المالكية: فمذهبهم يتلخص في دعويين:

الأولى: صحة بيع الغائب المجهول على خيار الرؤية.

والثانية: صحة بيع الغائب الموصوف بدون شرط خيار الرؤية وللمشتري الخيار إذا رآه قد تخلف وصفه. وهم في الدعوى الأولى لم يجعلوا خيار الرؤية من مقتضيات العقد على الغائب كما فعل الحنفية؛ لأن مقتضى العقد إنما يعرف بالشرع ولم يرد دليل صحيح على أن خيار الرؤية مقتضى العقد على الغائب. وهم من أجل ذلك لم يعتمدوا حديث: «مَنْ اشْتَرَى شَيْئاً لَمْ يَرَهُ... الخ». وكل ما يمكن أن يؤخذ من كتبهم في الاستدلال على هذه الدعوى. هو أنه لو لم يشرط خيار الرؤية، لكان هذا البيع بيع غرر مثار للشحناء والنزاع لجهالة المبيع وهذا بخلاف ما لو شرط المشتري أنه بالخيار إذا رآه لانقطاع النزاع بسبب هذا الشرط لأن المشتري حينئذ يكون هو وحده حر التصرف إن شاء فسخ البيع وإن شاء أمضاه. وأما الدعوى الثانية فهي ذات شقين: الأول منهما صحة بيع المعين الغائب الموصوف.

والثاني منهما أن الخيار للمشتري إذا رآه في حال تخلف الوصف فحسب.

أما الشق الأول: فالدليل عليه قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ إذ هو عام يتناول كل بيع، فلا يجوز إخراج شيء منه إلا بالدليل ولم يدل دليل من كتاب ولا من سنة ولا من قياس صحيح على إخراج بيع الغائب الموصوف من حكم هذا العموم، وليس هو من بيوع الغرر المنهي عنها، لأن الوصف يقوم مقام الرؤية في العلم بالبيع. قال رسول الله ﷺ: «لَا تُنْعَتُ الْمَرْأَةُ لِلزَّوْجِ حَتَّى كَأَنَّهُ يَنْظُرُ إِلَيْهَا» فجعل النعت منزلاً منزلة الرؤية. وكذلك يستدل له بقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ إذ بالوصف يتحقق الرضا بخلاف غير الموصوف لأنه لا رضا إلا بعد العلم وهو كما يعتمد الرؤية يعتمد الوصف. ومن الدليل عليه أيضاً قوله ﷺ: «لَا تَبَيْعُوا الْحَبَّ فِي سُنْبُلِهِ حَتَّى يَبْيَضَّ فِي أَكْمَامِهِ» لأن الحب في سنبله مستور فهو منزل منزلة الغائب، وبياضه إنما يعرف بالفرك. فإذا جاز بيعه وهو في سنبله على صفة ما فرك منه جاز بيعه على الوصف كذلك بدون الفرك ما دام المبيع هو غير ما فرك في الحالين. ويمكن أن يستدل له بالقياس على السلم بجامع أن كلا منهما مبيع موصوف غير مرئي.

وأما الشق الثاني: فبالقياس له على خيار العيب فكما يثبت للمشتري الخيار إذا اطلع على عيب قديم بالمبيع لم يعلم به حين العقد كذلك يثبت له الخيار، إذا تخلف وصف وصف به المبيع لأن العيب ما هو إلا تخلف وصف السلامة ولما كان مذهب الحنابلة هو عين الدعوى الثانية من مذهب المالكية كانت الأدلة المتقدمة صالحة لتأييد مذهب الحنابلة.

وأما الظاهرية: فالذي يعنيها من مذهبهم هو قولهم إن الغائب الموصوف إذا ما تخلف وصفه فإلبيع فيه باطل وقد استدلوا له بأن المشتري إنما عقد على موصوف بصفة كذا فإذا ما تخلف الوصف كان ذلك المبيع غير المعقود عليه في حقيقة الأمر فيكون البيع باطلاً لو رده على غير محل.

وأما الشافعية: فاستدلوا لمذهبهم الجديد أعني لبطلان بيع الغائب مطلقاً موصوفاً أو غير موصوف بالسنة والقياس أما السنة:

= فأولاً: قوله ﷺ: «لَا تَبِيعَ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ» لأن عند تستعمل في حالين في الحاضر القريب، وفيما هو في حوزة الشخص وملكه وإن كان بعيداً. والحديث صالح لشمول الحالين معاً فيحمل عليهما فكما لا يجوز أن تبيع الحاضر غير المملوك لك لا يجوز أن تبيع الغائب وإن كان ملكك لأن كلا منهما يصدق عليه أنه ليس عندك في الجملة.

وثانياً: ما صح ثبوته عنه ﷺ من النهي عن بيع الغرر. وهذا النوع من البيوع فيه غرر كبير لأنه لا عين مرئية ولا صفة مضمونة في الذمة. والوصف مهما بولغ فيه فلن يقوم مقام الرؤية. وكيف يكون هذا وقد شاع في الناس هذا المثل السائر - ليس الخبر كالعياق - وقولهم - ليس من رأى كمن سمع - فالقول بأن الوصف كالرؤية في تحصيل العلم تشكيك في مقام الضرورة. أما السلم فإنما صح للدليل الصحيح، ولأن الذمة فيه ضامنة فإذا جاء المسلم فيه على ما وصف فالأمر ظاهر، وإلا فالمسلم إليه مجبر على غيره مما يتحقق فيه الوصف. وأما الغائب المذكور فالذمة غير ضامنة له لكونه معيناً. وأما القياس - فقالوا إنه في معنى بيع حبل الحبله كل منهما معين مجهول والوصف في الغائب لا يرفع الجهالة أو لا يرفع منها إلا قليلاً لا يسوغ صحة البيع. ثم ما يدرينا؟ لعل الغائب يمنع مانع من تسلمه، فيكون غير مضمون العاقبة كحبل الحبله أيضاً. ونوقشت أدلة الحنفية من السنة:

أولاً: بأن حديث - من اشترى شيئاً لم يره - المسند منه في رجاله عمر الكردي. يقول الدارقطني فيه كان يضع الأحاديث والراوي عنه داهر بن نوح. وهو مجهول غير معروف. والمرسل منه - فضلاً عن أن في حجية خلافاً - في رجاله أبو بكر بن أبي مريم وهو ضعيف. فإذا كان حال الحديث ما ذكرنا فكيف ينهض حجة على حكم من الأحكام؟.

وثانياً: بأن قصة مبايعة عثمان وطلحة لو صلحت دليلاً فهي لا تدل لدعوى الحنفية كاملة أعني سواء كان الغائب موصوفاً أو غير موصوف لأن هذه قصة عين وهي لا تدل على العموم، إذ من الجائز أن يكونا قد توأما الأرض نعم هي تدل لصحة بيع الغائب الموصوف بيقين؛ لأن الأرض إن كانت قد وصفت فالأمر واضح، وإن لم تكن قد وصفت فصحة بيع الموصوف أولى. ونوقشت أدلتهم من المعقول:

أولاً: بأن القياس على النكاح غير صحيح؛ لأن النكاح مبناه على المساهلة والمكارمة. ومبنى البيع على الشح والمكايسة؛ ولأن في إلزام رؤية المرأة هنكاً لحرمتها وجرحاً لشعورها فقد يردا ولا يخطبها.

وثانياً: بأن القياس الثاني أعني القياس على صحة بيع المعين الحاضر المشار إليه إذا جهل وصفه كثوب لا يعلم عدد زرعائه وهو مشار إليه فهو فضلاً عن كونه دليلاً على جزء الدعوى لكون المقيس عليه لا خيار فيه إن سلم كونه دليلاً فضلاً عن ذلك لا يدل على صحة بيع الغائب غير الموصوف. لأن الحاضر المشار إليه تقوم الرؤية فيه مقام الوصف أعني الوصف الذي يريده المشتري ككونه بلون خاص أو ذا نقش خاص وعدم سؤاله عن ذرع الثوب قد يكون لأن ليس مقصوداً له أو لأن الأمر فيه ليس كبيراً وأخيراً هو المقصر بعدم السؤال أو الذرع لكون الثوب مهيناً لديه حاضراً.

وثالثاً: وأما معقولهم القائل مال مقدور التسليم ولا ضرر في بيعه لثبوت خيار الرؤية للمشتري. =

= فيقال لهم أثبتوا أولاً وقبل كل شيء أن خيار الرؤية على النحو الذي ذهبتم إليه مشروع ثم انفوا بعد ذلك حصول شيء من الضرر معه، فإنكم لن تجدوا إلى ذلك سبيلاً. وها أنتم قد رأيتم مبلغ الأدلة التي سقتموها لتدعيم هذا الرأي.

ونوقشت أدلة المالكية:

أولاً: من حيث استدلالهم لصحة بيع الغائب المجهول على خيار الرؤية بانتفاء الغرر. بأن عليهم قبل كل شيء أن يأتونا ببيع يصح شرعاً ثم ليشرطوا بعد ذلك من الشروط ما لا يورث غرراً في البيع، وأما أن يأتونا ببيع لا يصح لولا الشرط فهذا قلب للموضوع. لأن الشروط في الأصل منهي عنها في البيع لكونها تورث غرراً فيه، لأنها قد لا تتحقق أو تورث ضرراً بأحد العاقدين. بدليل أنه نهى عن بيع وشرطين وبيع وسلف، وإنما جوزت للحاجة. فهي منظور فيها أنها متممة لمقصود البيع منفصلة عنه لا أنها داخلة في صحة ومتوقف عليها.

وثانياً: من حيث قياسهم بيع الغائب الموصوف على السلم، بأنه قياس مع الفارق لأن الذمة ضامنة المسلم فيه والغائب المذكور غير مضمون فيها لكونه معيناً. نعم بإثبات الخيار للمشتري قياساً على خيار العيب يتم هذا القياس، لكون الغرر الذي جاء من عدم ضمان الذمة له مدفوعاً بإثبات الخيار للمشتري.

ونوقش: دليل الظاهرية على بطلان بيع الغائب الموصوف إذا ظهر تلف الوصف لكونه غير المبيع. بأن البيع كان يبطل حقاً لو كانت الأوصاف مقصودة أصالة في البيع مع أنها لم تقصد إلا تبعاً لقصده العين فأمرها بالنسبة للعين ثانوي في الغالب، فإبطال البيع بتخلفها قد يكون فيه إضرار بالمشتري نفسه الذي أبطلتم العقد من أجله. فالنظر يقضي في مثل هذه الحالة أن يترك الأمر للمشتري يقدره بمقاييس المنفعة العائدة عليه من البيع. وليس هذا نظراً فحسب بل مقاييس الشريعة دالة عليه. أليس لو اشترى مصراة وهو يظنها حلوباً فتخلف ظنه فالبائع صحيح مع تخلف وصف الحلابة الذي ظنه؟ فما الفرق بين هذا وبين تخلف الوصف الذي شرطه؟ هذا مع بأن البائع في التصرية هو الذي حملة على الظن الذي ظنه بسبب تصريحه كما أنه في شرط الوصف حملة على ظن صدقه وأن الأمر كما وصف.

ونوقشت: أدلة الشافعية من السنة:

أولاً: بأن حديث: «لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ» مراد منه ما ليس ملكك بدليل قصته وهي ما: «روي أن حكيم بن حزام قال: يا رسول الله، إن الرجل يطلب مني سلعة ليست عندي، فأبيعها منه ثم أدخل السوق فأستجدها فأشريها فأسلمها إليه، فقال ﷺ: «لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ» لا سيما وهذا اللفظ قد ورد في سؤال السائل نفسه مراداً منه ما ليس ملكه، والأصل مطابقة الجواب السؤال. على أن الشافعية أنفسهم يقولون لو رأى العين الغائبة قبل البيع بمدة لا تتغير فيها عادة، فالبائع صحيح مع أنها ليست عنده بالمعنى الذي ذكروا.

وثانياً: بأن حديث النهي عن بيع الغرر لا يشمل الغائب الموصوف؛ لأن بالوصف ترتفع الجهالة وإثبات الخيار للمشتري إذا تخلف الوصف يزول الضرر الذي يلحق المشتري نعم العلم بالوصف أدنى مرتبة من العلم بالرؤية، ولكن المقصود من المبيع يعرف بالوصف؛ لأنه إنما يذكر الأوصاف التي يراها كافية في تحقيق طلبته، وهذه المعرفة لا تفتقر كثيراً عن المعرفة بالرؤية، ونوقشت أدلتهم من المعقول بأن القياس على حبل الحبله لو صح فإنما يجري في بيع الغائب المجهول، أما =

= الموصوف فلا يجري فيه هذا القياس فهو دليل فقط على جزء الدعوى .

والذي نختاره: من هذه المذاهب، ونراه أقوى من حيث الحاضر المستور فالمراد بالحاضر المستور ما يصح بيعه لولا الستر، والمراد بالستر ما ليس بخلفي كعدل فيه ثياب، وإناء فيه زيت أو صبرة من القمح مثلاً حيث باطنها مستور بظاهرها. فلا يدخل في بيع حبل الحبلية، أو الدهن في السمسم أو الجوز في قشره مثلاً. والحاضر المستور إما مستور كله وإما مستور بعضه. فإن كان مستوراً كله كثياب في عدل مقل عليها فحكمه حكم بيع الغائب في الفصل المتقدم لأنه في معناه. وإن كان مستوراً بعضه دون بعض فلا يخلو، الأمر من أن يكون المكشوف دالاً على المستور أو غير دال عليه. فإن كان الأول وذلك في المثلى كصبرة من الأرز يعان ظاهرها فهذا قد اتفق الفقهاء والشافعية منهم على صحة بيعه، فإن خرج الباطن أقل جودة من الظاهر فللمشتري الخيار إن شاء أمضى البيع وإن شاء فسخه. وإنما اتفقوا على الصحة في هذه الصورة لأنه كالمرئي جميعه كما أن الظاهر دليل على الباطن. وإن كان الثاني وهذا في المتقوم فهو كالمستور كله؛ لأن الظاهر لا يغني عن الباطن شيئاً، ولا يقوم مقامه. وعمى المشتري ينزل منزلة غياب المبيع بالنسبة له لو كان مبصراً لأن المبيع بالنسبة في الحالين غير مرئي. وعدم الرؤية هو مناط اختلاف المذاهب في حكم بيع الغائب. ولا فرق بين أن يكون عدم الرؤية راجعاً لوصف في المبيع كغيبته وستره أو لوصف في العاقد كعماه. ولذا فالمذاهب في صحة بيع الأعمى وشراؤه هي المذاهب في صحة بيع الغائب وعدم صحته. إلا أنا مع ذلك سنبين ذلك بعض بيان. فنقول: مذهب الحنفية هو صحة بيعه وشراؤه، وله الخيار إذا اشترى لأنه يصدق عليه أنه اشترى ما لم يره فيكون داخلياً في عموم الحديث. وسواء عندهم أكان المقصود من المبيع مما يدرك بحاسة البصر، أو مما يدرك بغيرها من الحواس كالشم أو الذوق. فما يدرك بحاسة البصر يكون له الخيار فيه إذا وصف له وما يدرك بحاسة الشم يكون له الخيار فيه إذا شمه كالمسك. وهكذا سائر الحواس. وإنما كان الأمر كذلك لأن المراد بالرؤية العلم بالمقصود من المبيع. فتكون من باب عموم المجاز. إذ هناك مبيعات لا يكتفي فيها بمجرد الرؤية كما لو اشترى طيباً مثلاً لا بد من شم رائحته حتى يثبت له خيار الرؤية اتفاقاً. وظاهر أن الخيار إنما يثبت للأعمى بما ذكر إذا لم يوصف له قبل البيع أو لم يشمه. أو يذقه، وهكذا؛ لأن هذا منه منزل منزلة الرؤية. ومذهب المالكية والحنابلة أن المبيع إن كان مما يدرك المقصود منه بغير الرؤية كالروائح والمذوقات صح بيعه وشراؤه منه إن شمه أو ذاقه ولا خيار له لأنه كالبصير في ذلك وإن كان مما يدرك المقصود منه بالرؤية فلا يصح بيعه ولا شراؤه حتى يوصف له ويكون له الخيار إذا اشترى وتخلف الوصف كالبصير في المبيع الغائب الموصوف وأما الشافعية فلم يصححوا له بيعاً ولا شراءً مطلقاً كمدبهم في بيع الغائب بل عليه أن يوكل. نعم إذا رأى المبيع فعمي فعقد عليه في ظرف مدة لا يتغير فيها غالباً فعقده هذا صحيح كما لو رأى البصير المبيع ثم غاب عليه فعقد عليه في ظرف هذه المدة. وعرف الناس في معاملاتهم يشهد برجحان مذهب المالكية والحنابلة. رؤية قبل البيع أما الغائب الذي سبقت رؤيته فإن كانت المدة الفاصلة بين العقد والرؤية طويلة من شأن المبيع أن يتغير فيها غالباً فحكم البيع هنا هو حكم في الغائب الذي لم ير قبل البيع، لأن هذه الرؤية تعتبر كلا رؤية لعدم الوثوق ببقاء المبيع بحاله. وإن كانت المدة الفاصلة مدة قصيرة لا يتغير فيها المبيع =

= غالباً فالمذاهب هنا مجمعة على صحة البيع؛ لأن الأصل هو بقاء المبيع على حاله التي كان عليها حين الرؤية. ومع هذا فإن وجد المشتري المبيع على صفته التي رآه عليها قبل العقد فالبيع لازم له فلا يجوز له رد المبيع وهذا محل وفاق حتى عند الحنفية أيضاً، وليس كالفائب لأنه يصدق عليه أنه اشترى ما رأى فليس من مشمولات الحديث وإن وجده قد تغير فهو بالخيار. وهذا طبعاً عند غير الظاهرية، وأما هم فيكون البيع باطلاً عندهم كمذهبهم في تخلف الوصف. وهل هذا الخيار خيار رؤية أم خيار خلف الوصف؟ عند الحنفية من القليل الأول. لأنه بالتغير ثبت أن تلك الرؤية السابقة لم تقع معلمة بأوصافه عند البيع فكان وجود الرؤية وعدمها سيان فكان العقد وقع على مغيب لم تسبق رؤيته فكان الخيار خيار رؤية. وعند الأئمة الثلاثة من القليل الثاني؛ لأنه ما أقدم على شرائه إلا وهو يعلم أنه على الوصف الذي رآه عليه من قبل فلما ظهر تخلفه كان له الخيار لهذا. وفي الحق لو ذهب غير الحنفية مذهبهم في إثبات خيار الرؤية لاتفقت وجهة نظرهم مع الحنفية. فكل بنى على مذهبه في خيار الرؤية. قد ظهر من هذا:

- ١ - أن خيار الرؤية بمعنى كونه لازماً من لوازم العقد على الغائب وما في حكمه لم يذهب إليه في حقيقة الأمر إلا الحنفية.
- ٢ - وأنه عند المالكية لا يكون إلا بالشرط كخيار الشرط بحيث لو خلا البيع عن شرطه لم يستوجبه بل تارة يكون باطلاً كالعقد على الغائب المجهول، وتارة يكون صحيحاً لازماً كالعقد على الغائب الموصوف.
- ٣ - وظهر بهذا أن خيار الرؤية عند الحنفية من قبيل الخيارات التي تثبت بوضع الشرع وعند المالكية من قبيل ما يثبت بالشرط.
- ٤ - وأن المالكية والحنابلة يسمون خيار الرؤية في المبيع الغائب الموصوف إذا رؤي متخلفاً وصفه خيار خلف الوصف.
- ٥ - وأن الشافعية قائلون بخيار الرؤية على هذا المعنى الأخير، ولكن في الغائب الذي سبقت رؤيته وفي الحاضر المستور بعضه إذا كان مما يعاين بالمثل والنموذج.
- ٦ - وأن الوصف غير معتبر عند الحنفية في الغائب والمستور فلو جاء على الوصف فللمشتري الخيار أيضاً، وخالفهم في هذا المالكية والحنابلة.
- ٧ - نعم لو شرط المشتري خيار الرؤية في الغائب الموصوف فإنهم يوافقون الحنفية في هذه الحالة (وهذا عند المالكية).
- ٨ - وأن الظاهرية تفردوا عن غيرهم ببطلان البيع إذا ظهر تخلف الوصف في الموصوف. ثبوته للمشتري وحده إذا كان البيع مقايضة سلعة بسلعة ثبت خيار الرؤية لكلا العاقلين لأن كلا منهما في حقيقة الأمر بائع مشتر، فإن لم يثبت له بوصف كونه بائعاً ثبت له بوصف كونه مشترياً وهذا لا خلاف فيه. أما إذا كان البيع بالنقد فإن خيار الرؤية يثبت للمشتري وحده سواء على المعنى الذي ذهب إليه الحنفية أو المالكية أو الحنابلة، والتوجيه مختلف لاختلاف المذاهب في معنى خيار الرؤية ومداه. فعند الحنفية والمالكية؛ لأن الأصل في البيع هو اللزوم خولف هذا الأصل بالنسبة للمشتري. للحديث عند الحنفية فإن الخيار فيه مرتب على الاشتراء. وللحاجة =



= عند المالكية أعني ليخف غرره باشتراط الخيار له فيما يجهله بخلاف البائع فالمفروض فيه دائماً هو علمه بما يبيع فليست هناك حاجة ملحة لشرطه له. وعند الحنابلة الوصف مقصود منه مصلحة المشتري فكان له الخيار وحده إذا تخلف لوقوع الضرر عليه نعم يتجه أن يقال إذا ظهر المبيع موصوفاً بصفات أعلى مما وصف بها يكون للبائع الخيار كذلك قياساً على المشتري في الأولى. ولكنهم لم يعطوه هذا الحق قياساً على ما لو باع سليماً يظنه معيباً حيث لا يكون له الخيار إذا ما تبين جلية الأمر. ثم إن قصة عثمان وطلحة - سواء أكانا قد توامفا المبيع أو لم يتوامفا - دالة على أن الخيار للمشتري وحده لقول الراوي لما تحاكما إلى جبير: «فقضى على عثمان أن البيع جائز، وأن النظر لطلحة لأنه ابتاع مغيباً». نعم قال الحنابلة لو قلنا بصحة بيع الغائب غير الموصوف فباع ما لم يره كان له الخيار كالمشتري فائسين له على خيار الشرط، وخيار العيب ثبت كل منهما للمشتري والبائع فكذلك هذا الخيار. ولا وجه لهذا القياس، لأن المعنى الذي لأجله كان الخيار للمشتري في خياري العيب والشرط موجود لدى البائع. ولا كذلك هنا. فضلاً عن أن البائع لو فسخ فلا احتمال الزيادة وهي غير موجبة للفتح في جانبه كما لو باع سليماً على ظن أنه معيب. «خيار الرؤية يجعل البيع قبل الرؤية غير لازم» وذلك لعدم تمام الرضا بالبيع من المشتري وهو يلزم عدم لزوم البيع كخيار الشرط. ويكون غير لازم من جهة المشتري وفي قول عند المالكية من جهتهما معاً. ولكنه ضعيف. فللمشتري أن يفسخ البيع إن أراد بمقتضى عدم اللزوم لا بمقتضى خيار الرؤية فإنه معلق بالرؤية ولم توجد بعد. ويستمر له هذا الحق ما دامت لم توجد الرؤية حتى ولو أجاز البيع؛ لأن هذه الأجازة غير معتبرة شرعاً لأن الرضى لا يتحقق قبل الرؤية. وقد أورد الكمال في فتح القدير إشكالاً على ثبوت حق الفسخ للمشتري قبل الرؤية حاصلة. أن إثبات قدرة الفسخ والإجازة - التي هي عبارة عن الخيار - معلق بالرؤية ولما كان البيع في الأصل يقتضي اللزوم فقبل الرؤية يلزم مقتضاه، وهو اللزوم حتى توجد الرؤية وعندها تثبت قدرة الفسخ والإجازة معاً. وهذا كلام مقبول لدى العقل وبالنسبة لقواعد المذهب غير مقبول. لأن هذا الخيار يمنع تمام الحكم عند الحنفية فلو لزم البيع قبل الرؤية لاستلزم تمام الحكم لأنه لا معنى للزوم شيء لم يتم حكمه بعد. هذا وأما حكم البيع قبل الرؤية عند الحنابلة. في الغائب الموصوف فهو اللزوم، فليس للمشتري أن يفسخ قبل الرؤية بل ولا بعدها ما دام المبيع قد جاء على الوصف لتمام البيع قبل الرؤية وبعدها بالرضا الناشئ عن العلم بالبيع بواسطة وصفه. وإنما ثبت له الخيار إذا رآه متخلفاً وصفه بالقياس على ما لو ظهر المبيع معيباً بعيب عند البائع. «متى ينتهي خيار الرؤية؟» إن للمشتري حق فسخ البيع قبل الرؤية بموجب عدم لزومه وهذا الحق يستمر إلى حين رؤية المبيع. ثم لو رآه فرضي به فور الرؤية أو تصرف فيه تصرفاً دالاً على الرضا به فقد لزمه المبيع وانقطع الخيار الذي ثبت له بموجب الرؤية. وهذا لا خلاف فيه. ولكنه إن رأى المبيع فسكت ولم يتصرف فيه فما حكم خيار الرؤية؟ أينقطع الخيار ويلزمه المبيع؟ أم لا ينقطع ولا يلزمه المبيع حتى يرضى به صراحة بالقول أو دلالة بالفعل؟ هنا تختلف المذاهب. فالشافعية بناء على المذهب القديم القائل بصحة بيع الغائب مع ثبوت خيار الرؤية. والحنابلة بناء على رواية عندهم بهذا المعنى أيضاً. عند كل منهما قولان:

= القول الأول: أن خيار الرؤية ينقطع فور رؤية المشتري المبيع إذا لم يفسخ البيع.

والقول الثاني: أنه لا ينقطع حتى ينفض مجلس الرؤية. وعلى كل من القولين فخيار الرؤية في المذهبين مؤقت بالرؤية أو بمجلسها. ومذهب الحنفية مقابل لهذا المذهب. فخيار الرؤية عندهم غير مؤقت بل يثبت بالرؤية ويمتد إلى أن يرضى المشتري بالمبيع صراحة أو دلالة. وهناك قول لبعض مشايخ المذهب أن خيار الرؤية مؤقت بعد الرؤية بزمن يتمكن فيه من الفسخ. فإذا لم يفسخ لزمه البيع وانقطع الخيار، وهذا الرأي موافق للقول الأول من المذهب الأول.

أما المذهب الأول: فقد علل القول الأول منه بأن هذا الخيار يسمى خيار رؤية فوجب أن يكون عندها هكذا علله بعضهم وهو لعمرى يصلح دليلاً على أن خيار الرؤية لا يكون قبل الرؤية، وإنما يكون بعدها وهذا كاف في التسمية. وعلله آخرون - بأن سبب ثبوت هذا الخيار هو جهالة أوصاف المبيع بدليل أنه لو رآه قبل البيع لم يثبت. والجهالة تزول بالرؤية فيسقط الخيار لزوال سببه كخيار العيب يسقط بزوال العيب. وكان ينبغي - بناء على هذا - ألا يملك الفسخ بعد الرؤية متصلاً بها لزوال سببه، إلا أنه ملكه لدفع الضرر عن نفسه ضرورة. وهذه الضرورة تزول بمضي وقت يتمكن فيه من الفسخ ولم يفسخ ويكفي في نقص هذا التعليل. أن سبب ثبوت هذا الخيار ليس هو الجهالة من حيث هي، بل من حيث هي منبئة عن عدم الرضا. وبالاطلاع على المبيع، وإن علمت أوصافه فلم يوجد الرضا بعد. لأنه في الغالب يحتاج إلى روية وإمعان ومراجعة. وأما محاولة دفعه كما فعل الزيلعي بأن جهالة الوصف ليست علة لثبوت هذا الخيار بدليل أنه لم يثبت قبل الرؤية لتعلقه بالرؤية فهي محاولة غير مجدية. لأنها -

أولاً: على خلاف رأي المشايخ في المذهب في أن سبب خيار الرؤية هو جهالة الوصف وقد يعبرون عن ذلك في بعض الأحيان بعدم الرؤية والمؤدي واحد؛ لأن المراد جهالة الوصف بسبب عدم الرؤية.

وثانياً: من حيث عدم ثبوت الخيار قبل الرؤية لأن الرؤية شرط في ثبوته لا سبب والشئ كما لا يتقدم على سببه لا يتقدم على شرطه. وعلله قوم آخرون بأنه خيار تعلق بالرؤية فكان على الفور كخيار الرد بالعيب. وهذا في نظرنا أحسن تعليل وأوجه دليل. إذ كل من خياري العيب والرؤية سببه موجود حين البيع وهو في الأول العيب، وفي الثاني الجهالة وكل منهما شرطه الرؤية والاطلاع، وخيار العيب يسقط فور الاطلاع على العيب فكذا ينبغي أن يسقط خيار الرؤية فور الاطلاع على المبيع. يؤيد هذا أن خيار العيب هو من جهة أخرى يثبت لجهالة المبيع عند العقد عليه كذلك. إذ بظهور العيب يتبين أن تلك الرؤية الحاصلة عند العقد لم تكن رؤية كاملة. فهما أيضاً من جهة السبب في حقيقة الأمر سيان. وإن اختلفت العبارة. وكل ما يرد على هذا الدليل هو أنه دليل مذهبي لأن خيار العيب عند الشافعية - أصحاب هذا الدليل - فوري. بينما هو عند الحنفية كخيار الرؤية. فكل منهما في الواقع قد بنى على مذهبه في خيار العيب. هذا هو دليل القول الأول من مذهبي الشافعية والحنابلة، وأما دليل القول الثاني منهما، وهو أن الخيار يتقدر بمجلس الرؤية فلو قام عنه قبل أن يفسخ فقد لزمه البيع. فهو أن العقد على الغائب إنما يتم بالرؤية فبصير كأنه عقد عندها فيثبت خيار كخيار المجلس. هذا ولبعض الشافعية هنا كلام في تبيان منشأ القولين في المذهب - المذهب القديم - نحكيه لطرافته قال ما =

= حاصله إذا قلنا بصحة بيع الغائب فبيع بشرطه فهل العقد قبل الرؤية تام أو غير تام؟ قال بعضهم ليس بتام لأن تمامه بالرضا، وهو معدوم قبل الرؤية وعلى هذا يثبت لكل منهما حق فسخ البيع، وقال بعضهم هو تام فليس لواحد منهما حق فسخه، ولكن يثبت لهما خيار المجلس ما دام مجتمعين ثم قال فالخلاف في خيار الرؤية مبني على هذا فمن ذهب إلى أنه ليس بتام أثبت للمشتري خياراً كخيار المجلس عند الرؤية ومن قال هو تام جعل الخيار فور الرؤية؛ لأن خيار المجلس ثبت لهما قبل الرؤية.

أما المذهب الثاني: وهو عدم توقيت خيار الرؤية وهو مذهب الحنفية فقد استدلوا له بالحديث والمعقول. أما الحديث فحديث فحديث خيار الرؤية نفسه - من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه، لأنه قد جعل للمشتري بالخيار بعد مطلق الرؤية لم يقيدتها بفورية أو غيرها فلا جرم قلنا بثبوت هذا الخيار له بعد الرؤية ودوامه إلى أن يرضى بالبيع فيقطع. فدعوى الفورية أو غيرها زيادة على النص. وأما المعقول - فهو أن خيار الرؤية ثبت حكماً لانعدام الرضا فيبقى إلى أن يوجد ما يبطل عدم الرضا، وليست الرؤية وحدها بكافية في إبطاله، إنما يكون ذلك بصريح الرضا أو دلالته. ويرد على قولهم إن الحديث مطلق فتقيده بفورية أو غيرها زيادة على النص. إنهم أول من ناقض نفسه في هذا حيث أسقطوا خيار المشتري إذا تصرف قبل الرؤية في المبيع تصرفاً لا يمكن رفعه أو يوجب حقاً للغير مع أن الحديث عام في ثبوت الخيار بعد الرؤية للمشتري سواء وجد منه مثل هذا التصرف أم لم يوجد. ولكنهم قالوا نخصه بما إذا لم يوجب موجب شرعي سقوط الخيار كالتصرف المذكور. وحاصله تقدير مخصص بالعقل. فنقول ونحن كذلك نقيد إطلاق الحديث بالعقل من وجهين:

الوجه الأول: أن الخيارات شرعت رخصة على خلاف القياس بدافع الحاجة. وما كان كذلك يتقدر بمقدار ما يدفع تلك الحاجة ورؤية المقصود من المبيع كافية في دفع تلك الحاجة، فالزيادة عليها زيادة من غير موجب.

الوجه الثاني: الأصل في عقد البيع هو اللزوم ووقت الخيار مستثنى من أوقات لزومه، والأصل عدم التوسع في الاستثناء من غير مقتض يقتضيه. والقول بثبوت الخيار للمشتري إلى ما شاء الله حتى يحصل منه الرضا بالبيع هو في حقيقة الأمر هدم لهذا الأصل فضلاً عن كونه يضر بالبائع ضرراً بليغاً والنبي - عليه الصلاة والسلام - يقول: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ». ويرد على معقولهم بأن خيار الرؤية - وإن ثبت حكماً لانعدام الرضا كما يقولون - فالمقصود منه دفع مضرة المشتري، وثبوت الخيار له إلى أن يرضى فيه مضرة بالبائع كذلك، والضرر لا يزال بالضرر. والواقع أن القول بانقطاع الخيار فور الرؤية فيه إجحاف كبير بالمشتري وبامتداده إلى أن يرضى بالبيع فيه ضرر بالغ بالبائع. ونرى أن تقديره بمجلس الرؤية ميزان عادل.

أما وقد ثبت: أن خيار الرؤية غير مؤقت عند الحنفية وأنه يمتد من الرؤية إلى أن يوجد ما يبطله من المشتري ف يتم البيع في حقه، فما هو هذا الذي يبطل الخيار؟ يبطله:

أولاً: الرضا الصريح، وذلك بالقول كرضيت البيع، وأجزته وأسقطت حقي من الخيار. وهكذا.

وثانياً: الرضا دلالة - كالتصرف فيه بتصرف دال على الرضا بالبيع وإمضائه في العرف والعادة. ثم هذا التصرف إن كان لا يمكن رفعه كالأعتاق والتدبير، أو كان يمكن رفعه ولكن يوجب حقاً للغير كالبائع المطلق أو بشرط الخيار للمشتري وحده، لأن عقدة البيع أصبحت بيده وحده =

جميع الثوب من جانبه وهذا أحسن، لكن المَطوي على طاقين لا يرى من جانبه، إلا أحد وجهي الثوب، وفي الاكتفاء به تفصيل وخلاف قد سبق، ووراء ما ذكره تزيلان:

أحدهما: أن يفرض رؤية الثوب قبل الطّي، والطي قبل البيع، ويستمر الفزع.

والثاني: أن ما ينتقص بالتشّر مرة ينتقص بالتشّر مرتين فوق ما ينتقص به مرة واحدة، فلو نشر مرة وبيع وأعيد طيّه ثم نشره المشتري، وزاد النقصان بذلك انتظم الفزع، - والله أعلم -.

قال الغزالي: وَإِذَا اشْتَرَى عَبْدًا مِنْ رَجُلَيْنِ فَلَهُ أَنْ يُفْرِدَ (ح) أَحَدَهُمَا بِرَدِّ نَصِيْبِهِ،

= بعد أن خرج المبيع عن ملك البائع وكالرهن والإجارة فمثل هذا التصرف، وإن أبطل خيار الرؤية فهو كذلك يبطل حق الفسخ الثابت للمشتري قبل الرؤية إن صدر منه قبلها وبمقتضى هذا يلزم العقد في حقه ولا يكون له خيار الرؤية فيما بعد. وقد يبدو هذا عجيباً لأول وهلة. وذلك لأن الحنفية يقررون كما سبقت الإشارة إليه أنه لو رضي بالبائع صراحة قبل الرؤية فحقه من الفسخ لا ينقطع فإذا كان هذا حال الرضا الصريح، فما بالهم أبطلوه بالرضا دلالة وهو دون الصريح؟. ولكن سرعان ما يزول هذا العجب إذا علمنا أن الحنفية يسقطون حق المشتري في الفسخ في هذه الحالة لا من حيث دلالة فعله على الرضا بدليل أنه لو تصرف تصرفاً يمكن رفعه ولا يوجب للغير حقاً وهو مع ذلك دال على الرضا بالبيع عادة كركوبه الدابة المشتراة قبل أن توصف له إذا كان أعمى، فإن حقه من الفسخ لا يسقط. وإنما يسقطونه من حيث زوال سلطنته على المبيع على وجه لا يمكن تداركه شرعاً. بيان ذلك. أن التصرف المذكور تصرف صدر عن أهله في محله لملكه للمبيع في الجملة فينفذ وبعد نفوذه يتعذر فسخه لأن الفرض أنه لا يمكن رفعه أو يوجب للغير حقاً فكان من ضرورة صحة التصرف المذكور قبل الرؤية سقوط حق المشتري في الفسخ ولزوم البيع في حقه على الدوام. أما إذا كان هذا التصرف يمكن رفعه، ولا يوجب حقاً للغير كالبائع بشرط الخيار له وكالمساومة والهبة من غير إقباض فإنه إن صدر قبل الرؤية فلا يبطل حقه في الفسخ لأنه دون الرضا الصريح والفسخ غير متعذر. وإن صدر بعد الرؤية أبطل خيار الرؤية لدلالته على الرضا بالبيع.

ثالثاً: تعيب المبيع أو هلاكه لكونه لا يعرى عن مقدمة عيب إذا ما أصابه شيء من ذلك، وهو عنده لامتناع الرد بسبب العيب وقد سبق توجيه هذا في خيار الشرط.

رابعاً: مما يبطل خيار الرؤية أيضاً عند الحنفية موت المشتري صاحب الخيار بناء على أصلهم من عدم توريث خيار الرؤية. وقصارى القول فكل ما يبطل خيار الشرط عندهم يبطل خيار الرؤية. وقد ذكروا ضابط ما يبطل خيار الشرط فقالوا - هو أن يفعل في المبيع ما لا يحتمن به أو يمتحن به ولكن لا يحل في غير ملك أو يحل ولكن فعله مرة ثانية - وليس كل ما يبطل خيار الرؤية يبطل خيار الشرط. فإنه لو قبض المبيع، وهو يراه بطل خيار الرؤية لدالات هذا القبض عادة على الرضا، ولكنه لا يبطل خيار الشرط لأن الاختبار الذي هو مقصود من شرط الخيار لا يمكن عادة إلا مع القبض. ومن هذا يظهر أن الحنفية توسعوا فيما يبطل خيار الرؤية فراراً من تضرر البائع بشيوته للمشتري حتى يحصل منه ما يدل على الرضا بتوسعهم هنا فيما يدل عليه بنظر بقية كلام شيخنا في الخيار من الفقه الإسلامي.

وَإِذَا اشْتَرَى رَجُلَانِ عَبْدًا مِنْ وَاحِدٍ فَلأَحَدِهِمَا أَنْ يُفْرَدَ نَصِيبَ نَفْسِهِ بِالرُّدِّ عَلَى أَصْحَ الْقَوْلَيْنِ .

قال الرافعي: المبيع في الصفقة الواحدة إما شيء واحد أو شيئين، فإن كان الثاني كما لو اشترى عبيدين فخرجا مَعَيَّنَ فله ردهما، وكذا لو خرج أحدهما معيياً، وأما أفراد المبيع بالرد فقد ذكرناه في «تفريق الصفقة».

وإن كان الأول كما لو اشترى داراً أو عبداً فخرج معيياً فليس له رد بعضه، إن كان الباقي قائماً في ملكه لما فيه من تَشْقِيقِ ملك البائع عليه، فإن رَضِيَ البائع جاز في أصح الوجهين، وإن كان الباقي زائلاً كما إذا عرف العيب بعد بيع بعض المبيع، فقد حكى الشيخ أبو علي في رد الباقي طريقين: أحدهما: أنه على قولين بناء على تفريق الصفقة.

وأصحهما: القطع بالمنع<sup>(١)</sup>، كما لو كان الباقي قائماً في ملكه، وعلى هذا فهل يرجع بالأرْش؟

إما للقدر المبيع فكما ذكرنا فيما إذا باع الكل، وإما للقدر الباقي فوجهان: قال في «التهذيب»:

أصحهما: أنه يرجع لتعذر الرد، ولا ينتظر عود الزائل ليرد الكل، كما لا ينتظر زوال العيب الحادث، والوجهان جاريان فيما إذا اشترى عبيدين، وباع أحدهما ثم عرف العيب ولم نجوز رد الباقي، هل يرجع بالأرْش؟

ولو اشترى عبداً ومات وخلف ابنين فوجد بهما عيباً، فالأصح وهو قول ابن الحداد: أنه لا ينفرد أحدهما بالرد؛ لأن الصفقة وقعت مَتحدة، ولهذا لو سلم أحد الابنين ونصف الثمن لم يلزم البائع تسليم النصف إليه. وفيه وجه: أنه ينفرد؛ لأنه رد جميع ما ملك. هذا كله فيما إذا اتَّحَدَ الْمُتَعَاقدَانِ.

أما إذا اشترى رجل عبداً من رجلين وخرج معيياً فله أن يفرد نصيب أحدهما بالرد؛ لأن تعدد البائع يوجب تعدد العقد، وأيضاً فلا يَتَشَقَّقُ على المردود عليه ما خرج عن ملكه.

ولو اشترى رجلان عبداً من واحد فقولان:

أصحهما: أن لأحدهما أن ينفرد بالرد؛ لأنه رد جميع ما ملك كما ملك، وبهذا قال أحمد، وكذا مالك في رواية<sup>(٢)</sup>.

(١) هذا ظاهر إذا باع ذلك لغير بائعه، أما لو باعه لبائعه فقال القاضي حسين المذهب أن له الرد وخالفه صاحبه المتولي والبيغوي.

(٢) هذا الخلاف يبنى على أن الصفقة هل تعدد بتعدد المشتري. وقد سبق.

والثاني: يحكى عن رواية أبي ثور وبه قال أبو حنيفة: أنه ليس له الانفراد؛ لأن العبد خرج عن ملك البائع كاملاً، والآن يعود إليه بعضه، وبعض الشيء لا يشتري بما يخصه من الثمن لو بيع كله.

التفريع: إن جوزنا الانفراد فانفرد أحدهما فتبطل الشركة بينهما، ويخلص للمُمسك ما أمسك وللراد ما استرد، أو تبقى الشركة بينهما فيما أمسكه الممسك واسترده الراد. حكى القاضي الماوردي فيه وجهين:  
أصحهما: أولهما.

وإن منعنا الانفراد فذاك، فيما ينتقص بالتبعض؟

أما ما لا ينتقص كالجوب، ففيه وجهان مبيان على أن المانع ضرر التبعض أو اتحاد الصفقة<sup>(١)</sup>.

ولو أراد الممنوع من الرد الأرش.

قال الإمام: إن حصل اليأس من إمكان رد نصيب الآخر بأن أعتقه وهو معسر فله أخذ الأرش، وإن لم يحصل نظر إن رضي صاحبه بالعيب فيبني على أنه لو اشترى نصيب صاحبه وضمه إلى نصيبه وأراد أن يرد الكل ويرجع بنصف الثمن، هل يجبر على قبوله كما في مسألة النعل؟ وفيه وجهان:

إن قلنا: لا، أخذ الأرش.

وإن قلنا: نعم، فكذلك في أصح الوجهين، لأنه توقع بعيد، وإن كان صاحبه غائباً لا يعرف الحال، ففي الأرش وجهان من جهة الخيلولة التأخر.

ولو اشترى رجلان عبداً من رجلين، كان كل واحد منهما مشترياً ربع العبد من كل واحد من البائعين، فلكل واحد ردة الربع إلى أحدهما.

ولو اشترى ثلاثة من ثلاثة كان كل واحد منهم مشترياً تسع العبد من كل واحد من البائعين. ولو اشترى رجلان عبيدين من رجلين، فقد اشترى كل واحد من كل واحد ربع كل واحد فلكل واحد ردة جميع ما اشترى من كل واحد عليه.

ولو ردة ربع أحد العبيدين وحده ففيه قولاً التفريق.

ولو اشترى بعض عبد في صفقة وباقيه في صفقة، إما من البائع الأول أو غيره فله

(١) سكت الشيخ عن الترجيح. قال الأذري: نص البويطي شاهد للأول فليكن هو الأصح ونقل ابن الرفعة في المطلب أن الشافعي نص في الأم على الجواز في هذه أيضاً.

رد أحد البغضين خاصة لتعدد الصفقة، ولو علم بالعيب بعد العقد الأول، ولم يمكنه الرد فاشترى الباقي، فليس له رد الباقي وله رد الأول عند الإمكان، - والله أعلم -.

قال الغزالي: **وَإِذَا تَنَازَعَا فِي قَدَمِ الْعَيْبِ وَحُدُوثِهِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ إِذَا الْأَصْلُ لِرُؤْمِ الْعَقْدِ فَيُخْلَفُ أَنِّي بَعْتُهُ وَأَقْبَضْتُهُ وَمَا بِهِ عَيْبٌ.**

قال الرافعي: إذا وجد بالمبيع عيباً، فقال البائع: إنه حدث عند المشتري، وقال المشتري: بل كان عندك، نظر إن كان العيب ممّا لا يحتمل حدوثه بعد البيع كالإضيح الزائدة، وشين الشجة المتدملة، والبيع جرى أمس، فالقول قول المشتري من غير يمين، وإن لم يحتمل تقدمه كالجراحة الطرية، وقد جرى البيع والقبض منذ سنة، فالقول قول البائع من غير يمين، وإن كان ممّا يحتمل حدوثه، قدمه كالبرص وهو المراد من مسألة الكتاب، فالقول قول البائع مع يمينه؛ لأن الأصل لزوم العقد واستمراره<sup>(١)</sup>، وكيف يخلف؟ ينظر في جوابه لدعوى المشتري، فإذا ادعى المشتري بأن بالمبيع عيباً كان قبل البيع أو قبل القبض، وأراد الرد فقال في الجواب: ليس له الرد علي بالعيب الذي يذكره، أو لا يلزمني قبوله حلف على ذلك، ولا يكلف التعرض لعدم العيب يوم البيع ولا يوم القبض لجواز أنه أقبضه معيباً وهو عالم به، أو أنه رضي به بعد البيع، لأنه لو نطق به لصار مدعياً مطالباً بالبينة، ولو قال في الجواب: ما بعته إلا سليماً أو ما أقبضته إلا سليماً، فهل يلزمه أن يحلف كذلك، أو يكفيه الاقتصار على أنه لا يستحق الرد، أو لا يلزمني قبوله؟ فقيه وجهان:

أحدهما: أنه يكفيه الجواب المطلق كما لو اقتصر عليه في الجواب.

وأظهرهما: أنه يلزمه التعرض لما تعرض له في الجواب لتكون اليمين مطابقة للجواب، ولو كان له غرض في الاقتصار على الجواب المطلق، لوجب الاقتصار عليه في الجواب، وهذا ما أورده صاحب «التهذيب» وغيره، وهذا التفصيل والخلاف جاريان في جميع الدعاوى والأجوبة.

(١) يستثنى من ذلك مسألتان:

إحدهما: إذا اختلفا بعد التفاوض فالقول قول المشتري لأن الأصل براءة ذمته.

الثانية: إذا ادعى المشتري وجود عيبين في يد البائع فاعترف بأحدهما وادعى حدوث الآخر فالقول قول المشتري لأن الرد ثبت بإقرار البائع فلا يبطل بالشك. قاله ابن القطان في المطارحات وجعل ذلك قاعدة عامة حيث كان العيب يثبت فالقول البائع وحيث كان يبطله فالقول قول المشتري. قال ابن الرفعة: ولا بد في هاتين المسألتين من اليمين فإن نكل لم ترد على البائع لأنها إنما تزداد إذا كانت تثبت للمردود عليه حقاً ولا حق له هنا نعم لا يثبت للمشتري الرد.

إذا تقرّر ذلك فاعلم: أنّ لفظ الشّافعي - رضي الله عنه - في المسألة: أن القول قول البائع مع يمينه على البتّ لقد باعه بريئاً من هذه العيوب.

واعترض المُزنيّ فقال: ينبغي أن يحلف لقد أقبضته بريئاً من العيب؛ لأن ما يحدث قبل القبض يثبت الرد كالسابق على البيع.

وتكلّم الأُصحاب على اعتراضه بحسب الخِلاف المذكور، فمن اعتبر كون اليمين على وفق الجواب قال: أراد الشافعي - رضي الله عنه - ما إذا ادعى المشتري عيباً سابقاً على الرد وأراد الرد به، وقال البائع في الجواب: بعته وما به هذا العيب فيحلف كذلك. ولو قال المُشتري: قبضته معيباً، ونفاه البائع في الجواب حلف كما ذكره المُزنيّ، وإذا اقتصر في الجواب على أنه لا يستحقّ الرد لم يلزمه ذكر هذا ولا ذاك.

ومن قال: تكفي اليمين على نفي الاستحقاق بكل حال، قال: لم يقصد الشافعي - رضي الله عنه - أن الآن على ماذا يحلف ولأي وقت يتعرض، ولكن أراد أن يبين أنه يحلف على البتّ، فلا يقول مثلاً: بعتُه وما أعلم به عيباً، ولكن يقول: بعته وما به عيب، ويجوز اليمين على البتّ إذا اختبر حال العبد، وأطلع على خفايا أمره، كما يجوز بمثله الشّهادة على الإعسار وعدالة الشهود وغيرهما.

وعند عدم الاختبار يجوز الاعتماد على ظاهر السّلامة إذا لم يعرف ولا ظنّ خلافه. وقوله في الكتاب: «بعتُه وأقبضته، وما به عيب» محمول على ما إذا نفى في جواب المشتري العيب في الحاليتين، واعتبرنا موافقة اليمين للجواب لفظاً ومعنى، وإلاّ فمَدَار الردّ التعيب عند القبض، حتى لو كان معيباً عند البيع وقد زال العيب، فلا رد له بما كان، بل مهما زال العيب قبل العلم أو بعده وقبل الرد سقط حقّ الردّ.

ولو زعم المشتري أن بالمبيع عيباً وأنكره البائع فالقول قوله<sup>(١)</sup>؛ لأن الأصل السلامة ودوام العقد، ولو اختلفا في بعض الصّفات أنه هل هو عيب؟ فالقول قول البائع أيضاً مع يمينه، وهذا إذا لم يعرف الحال من غيرهما.

وقال في «التهديب»: فإن قال واحد من أهل العلم به: إنه عيب ثبت الرد به.

واعترى صاحب «التتمة» شهادة اثنين، ولو ادعى البائع علم المشتري بالعيب أو تقصيره في الرد، فالقول قول المشتري، - والله أعلم -.

قال الغزالي: وَلَا يَمْتَنِعُ الرَّدُّ بِوَطْءِ الثُّيْبِ (ح)، وَالْأَسْتِخْدَامِ، وَلَا بِالزَّوَائِدِ (ح)

(١) قال في المطلب: إنه القياس ويؤيده ما سيأتي في الديات في معرفة الحمل في الخلفات أنه لا بد من عدلين.



الْمُنْفَصِلَةِ، بَلْ تُسَلَّمُ (م) الزَّوَائِدُ لِلْمُشْتَرِي إِنْ حَصَلَتْ بَعْدَ الْقَبْضِ، وَكَذَلِكَ لَوْ حَصَلَتْ قَبْلَ الْقَبْضِ عَلَى أَقْبَسِ الْوَجْهَيْنِ، وَالْحَمْلُ الْمَوْجُودُ عِنْدَ الْعَقْدِ يُسَلَّمُ أَيْضاً لِلْمُشْتَرِي عَلَى أَصَحِّ الْقَوْلَيْنِ.

قال الرافعي: أصل مسائل الفصل: أن الفسخ يدفع العقد عن حينه<sup>(١)</sup> لا من أصله؛ لأن العقد لا ينعطف حكمه على ما مضى، فكذلك الفسخ.

هذا هو المذهب الصحيح، وفيما إذا انفسخ قبل القبض وجه: أنه يرد العقد من أصله لأن العقد ضعيف بعد فإذا فسخ فكأنه لا عقد، وفي «التتمة» ذكر وجه: أنه يرفع العقد من أصله مطلقاً تخريجاً من القول بوجود مهر المثل، إذا فسخ التكاك بعيب حدث بعد المسيس. إذا عرف ذلك فالمسائل ثلاث:

إحداها: لا خلاف أن الاستخدام لا يمنع من الرد من العيب، وأما الوطاء فالجارية إما بكر أو ثيب، فإن كانت ثيباً فوطء المشتري لا يمنع الرد بالعيب، وإذا رد لم يضم إليه مهراً وبه قال مالك، وهو رواية عن أحمد. وقال أبو حنيفة: يمنع. لنا أنه معنى لا يوجب نقصاً ولا يشعر برضا، فأشبهه الاستخدام. ووطء البائع والأجنبي بالشبهة كوطء المشتري لا يمنع الرد، ووطئهما عن طواعية منها زنا وذلك عيب حادث<sup>(٢)</sup> هذا إذا وطئت بعد القبض، وإن وطئها المشتري قبل القبض، لم يمنع الرد ولا يصير قابضاً لها، ولا مهر عليه إن سلمت وقبضها، وإن تلفت قبل القبض فهل عليه المهر للبائع؟

فيه وجهان مبنيان على أن العقد إذا انفسخ بتلف قبل القبض يفسخ من أصله أو من حينه، وفيه وجهان:

(١) قال في الخادم: ليس معنى الرفع من أصله تبين عدم الملك. فإن قيل ما الفائدة في الرفع من أصله فإن الزوائد التي بعد القبض على التقديرين للمشتري ولم يصر أحد إلى أنها للبائع بناء على أنه من أصله. فالجواب من وجهين:

أحدهما: لعل قائله يريد من أصله بالإضافة إلى حينه ولا يقال مثل هذا يجيء الرد قبل القبض ولم يقولوا به بل جزموا على القول بأنه من أهله أن الزوائد للبائع، وإنما كان كذلك لاستقرار العقد بالقبض والاستقرار قبل القبض فعود وعلى هذا اقتصر في المطلب.

الثاني: أن المراد بالرفع من حيث إبطال أي فسخ العقد السابق واستصحاب ما كان قبله حتى يكون العائد بالفسخ هو الملك المستفاد بالسبب المتقدم على العقد المفسوخ وهذا المعنى أخص من القطع فإن الطلاق قطع للتكاك وليس برفع، فكل رفع قطع ولا عكس إلى آخر ما ذكره. وهذا موضع مهم.

(٢) وقال القاضي حسين: إلا أن تكون مشهورة بالزنا بحيث لا تنقص قيمتها بهذه الزنية. قال في التوسط: وحيث لا يكون عيباً حادثاً.

أصحهما: الثاني، وبه قال ابن سُرَيْج.

وإن وطئها أجنبي وهي زانية، فهو عيب حدث قبل القبض<sup>(١)</sup>، وإن كانت مكرهة فَلِلْمُشْتَرِي المهر، ولا خيار له بهذا الوطاء، ووطء البائع كوطء الأجنبي، لكن لا مهر عليه إن قلنا: إن جنابة البائع قبل القبض كالألف السَّماوية.

وأما البكر، فافتصاصُها بعد القبض نقص حادث<sup>(٢)</sup>، وقبله جنابة على المبيع قبل القبض، فإن افتصاصها أجنبي بغير آلة الافتصاص فعليه ما نقص من قيمتها، وإن افتض بآلته فعليه المهر وأرش البكارة، ويدخل فيه أو يفرد؟ فيه وجهان:

أصحهما: يدخل، فعليه مهرٌ مثلها<sup>(٣)</sup> بكرأ.

والثاني: يفرد، فعليه أرشُ البكارة، ومهر مثلها ثيباً، ثم المشتري إن أجاز العقد، فالكل له، وإلا فقدر أرشُ البكارة للبائع لعودها إليه ناقصة والباقي للمشتري.

وإن افتضها البائع، فإن أجاز المشتري فلا شيء على البائع، إن قلنا: إن جنابته كالألف السَّماوية.

وإن قلنا كجنابة الأجنبي فالحكم كما في الأجنبي، وإن فسح المشتري فليس على البائع أرشُ البكارة، وهل عليه مهر مثلها ثيباً إن افتض بآلته؟

يبني على أن جنابته كالألف السَّماوية أم لا فإن افتضها المشتري استقر عليه من الثمن بقدر ما نقص من قيمتها، فإن سلمت حتى قبضها فعليه الثمن بكامله، وإن تلفت قبل القبض فعليه بقدر نقصان الافتصاص من الثمن، وهل عليه مهر مثل ثيب إن افتضها بآلة الافتصاص؟

يبني إلى أن العقد يفسخ من أصله أو من حينه هذا هو الصحيح.

وفيه وجه: أن افتصاص المشتري قبل القبض كافتصاص الأجنبي.

المسألة الثانية: الزيادة في المبيع ضربان: متصلة و منفصلة.

أما المتصلة كالسمن، وتعلم العبد الحرفة والقرآن، وكبير الشجرة، فهي تابعة لرد

(١) قيل يستثنى منه إذا اشترى أمة مزوجة فزالت بكارتها بعد القبض بوطء الزوج فلا يمنع الرد على الأصح، ومحل الخلاف في الجاهل أما العالم فلا رد له.

(٢) تقييده بالافتصاص يفهم أنها لو كانت بكرأ غوراً فوطئها ولم تزل بكارتها أنه كوطء الثيب. قال في التوسط: وهو ظاهر مراده لا نقض.

(٣) قال في التوسط: أعلم أن ما رجحاه هنا من دخول أرش البكارة في المهر قد اضطرب كلامهما فيه اضطراباً شديداً ثم ذكر أن الحاصل ثلاث مواضع مختلفة إلى آخر ما ذكره.

الأصل ولا شيء على البائع بسببها<sup>(١)</sup>.

وأما المنفصلة كما إذا أجز المبيع وأخذ أجرته، وكالولد والثمرة وكسب العبد ومهر الجارية إذا وطئت بالشبهة، فإنها لا تمنع الرد بالعيب وتسلم للمشتري، وبه قال أحمد. وقال أبو حنيفة: الولد والثمرة يمنعان الرد بالعيب، والكسب والغلة لا يمنعان، لكن إن رد قبل القبض ردهما الأصل، وإن رد بعده بقياً له.

وقال مالك: يرد مع الأصل الزيادة التي هي من جنس الأصل وهي الولد، ولا يرد ما كان من غير جنسه كالثمرة.

لنا ما روي: «أَنَّ مَخْلَدَ بْنَ خَفَافٍ ابْتِاعَ غُلاماً اسْتَعْلَهُ ثُمَّ أَصَابَ بِهِ عَيْباً، فَقَضَى لَهُ عَمْرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ - رضي الله عنه - بِرَدِّهِ وَعَلْتِهِ، فَأَخْبَرَهُ عَزْوَةٌ عَنْ عَائِشَةَ - رضي الله عنهما - أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى فِي مِثْلِ هَذَا أَنَّ الْخَرَجَ بِالضَّمَانِ، فَرَدَّ عَمْرٌ - رضي الله عنه - قَضَاءَهُ، وَقَضَى لِمَخْلَدٍ بِالْخَرَجِ»<sup>(٢)</sup>.

ومعنى الخبر: أن ما يخرج من المبيع من فائدة وغلة، فهو للمشتري في مقابلة أنه لو تلف كان من ضمانه، ولا فرق بين الزوائد الحادثة قبل القبض، والزوائد الحادثة بعده مهما كان الرد بعد القبض، وإن كان الرد قبله ففي الزوائد وجهان بناء على أن الفسخ والحالة هذه رفع للعقد من أصله أو من حينه.

والأصح: إنها تسلم للمشتري أيضاً.

وقوله في الكتاب: «وكذلك إن حصلت قبل القبض على أقيس الوجهين»، يقتضي كون الزوائد الحاصلة قبل القبض على وجهين، وإن كان الرد بعد القبض لكنه ليس كذلك، كذا قاله الإمام وغيره.

وموضع الوجهين ما إذا كان الرد قبل القبض. فاعرف ذلك. واعلم أنه لو نقصت البهيمة أو الجارية بالولادة امتنع الرد للنقص الحادث، وإن لم يكن الولد مانعاً، وتكلموا في أفراد الجارية بالرد، وإن لم تنقص بالولادة من جهة أنه تفريق بين الأم والولد.

فقال قائلون: لا يجوز الرد، ويتعين الأرش إلا أن يكون الوقوف على العيب بعد بلوغ الولد سناً لا يحرم بعده التفريق.

وقال آخرون: لا يحرم التفريق هاهنا للحاجة، وسنذكر نظيره في «الرهن» - إن شاء الله تعالى -.

(١) لأن الملك قد تجدد بالفسخ فكانت الزيادة المتصلة فيه مانعة الأصل قياساً على العقد.

(٢) أخرجه الشافعي (١٢٦٥) والبيهقي (٣٢١/٥).

## المسألة الثالثة: عرفت حكم الولد الحادث بعد البيع .

فأما إذا اشترى جارية أو بهيمة حاملاً، ثم وجد بها عيباً، فإن كانت حاملاً بعد ردها كذلك، وإن وضعت الحمل ونقصت بالولادة فلا رد، وإن لم تنقص ففي رد الولد معها قولان بناء على أن الحمل هل يعرف ويأخذ قسطاً من الثمن أم لا؟ والأصح نعم، ويخرج على هذا الخلاف: أنه هل للبائع حبس الولد إلى استيفاء الثمن؟ وأنه لو هلك قبل القبض هل يسقط من الثمن بحصته؟ وأنه هل للمشتري بيع الولد قبل القبض؟ فإن قلنا: له قسط من الثمن جاز الحبس وسقط الثمن، ولم يُجزِ البَيع، وإلا انعكس الحكم. ولو اشترى نخلة وعليها طلع غير مؤبر، ووجد بها عيباً بعد التأبير، ففي الثمرة طريقان:

أظهرهما: أنه على القولين في الحمل تشبيهاً للثمرة في الكمّام بالحمل في البطن.

والثاني: القطع بأنها تأخذ قسطاً من الثمن؛ لأنها مشاهدة متيقنة، ولو اشترى جارية أو بهيمة حائلاً فحبلت، ثم أطلع على عيب، فإن نُقصت بالحمل فلا رد إن كان الحمل في يد المشتري، وإن لم تُنقص أو كان الحمل في يد البائع فله الرد، وحكم الولد مَبْنِي على الخلاف السابق.

إن قلنا: إنه يعرف ويأخذ قسطاً من الثمن يبقى للمشتري، فيأخذه إذا انفصل. وحكى القاضي الماوردي وجهاً آخر أنه للبائع لاتصاله بالأم عند الرد.

وإن قلنا: إنه لا يعرف ولا يأخذ قسطاً فهو للبائع<sup>(١)</sup>، ويكون تبعاً للأم عند

(١) قال في المهمات: ذكر في نظيره من الفلاس ما يخالفه فقال: ولو كانت حائلاً عند الشراء حاملاً عند الرجوع ففي رجوع البائع في الحمل قولان والأكثر ما يكون إلى ترجيح قول الرجوع وذكروا أنه المنصوص لأن الحامل مانع فكذا في الرجوع قال: والصواب التسوية بينهما إلى آخر ما ذكره. قال في الخادم: والفرق بين البابين من وجوه:

أحدهما: أن في الفلاس التقصير من المشتري لأنه مقصر بترك توفير الثمن فناسب التغليب عليه وأن يرجع البائع إلى متاعه وإن كان حالاً. وأما العيب فالتدليس جاء فيه من جهة البائع فهو المقصر فناسب إبقاء الحمل على ذلك المشتري.

الثاني: أن ذلك المفلس على العين غير مستقر لأنه لم يقبض الثمن بخلاف المشتري الذي لم يحجر عليه.

الثالث: أن رجوع البائع في الفلاس قهري بسبب زوال المقابل بخلاف المشتري والرد بالاختيار والقهري يستتبع بخلاف غيره.

الرابع: أنا لو قلنا يرجع في الأم دون الحمل في باب الفلاس لكننا قد حجزنا على البائع في ملكه لأنه لا يمكنه بيع الأم حتى تضع الحمل لأنه لا يصح بيع الحامل بحمل الغير لعدم إمكان التوزيع بخلاف المشتري فإنه حجر على نفسه بالرد.

الفسخ، كما يكون تبعاً لها عند العقد، وأطلق بعضهم القول بأن الحمل الحادث نقص، إما في الجوارى فلأنه يؤثر في النشاط والجمال وإما في البهائم فلأنه ينقص لحم المأكول، ويخل بالحمل عليها والركوب.

ولو اشترى نخلة واطلعت في يده ثم أطلع على عيب، فلمن الطلع؟ فيه وجهان<sup>(١)</sup>. ولو كان على ظهر الحيوان صوف عند البيع فجزه ثم عرف به عيباً رد الصوف معه، فإن استجز ثانياً وجزه ثم عرف العيب لم يرد الثاني لحدوثه في ملكه، وإن لم يجز رده تبعاً<sup>(٢)</sup>. ولو اشترى أرضاً فيها أصول الكرات ونحوه، وأدخلناها في البيع فنبتت في يد المشتري، ثم عرف بالأرض عيباً يردّها، ويبقى الثابت للمشتري، فإنها ليست تبعاً للأرض، ألا ترى أن الظاهر منها في ابتداء البيع لا يدخل فيه؟ - والله أعلم -.

قال الغزالي: **وَالْإِقَالَةُ فَسْخٌ (م) عَلَى الْجَدِيدِ الصَّحِيحِ، وَلَا يَتَوَقَّفُ الرَّدُّ بِالْعَيْبِ عَلَى حُضُورِ الْحُضْمِ وَقَضَاءِ الْقَاضِي (ح).**

قال الرافعي: **الإقالة بعد البيع جائزة، بل إذا ندم أحدهما على الصفقة استحسب للآخر أن يقيله.**

روي أنه عليه السلام قال: **«مَنْ أقالَ أَخاهُ الْمُسْلِمَ صَفَقَةً كَرِهَهَا، أقالَ اللَّهُ عَثْرَتَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ».** والإقالة: أن يقول المتبايعان: تقابلنا أو تفاسخنا، أو يقول أحدهما: أقلتكَ فيقول الآخر: قبلت، وما أشبه ذلك، وفي كونها بيعاً أو فسخاً<sup>(٣)</sup> قولان:

الخامس: أنا لو لم نقل بالرجوع في الفلس لانتفت فائدة التقديم وعدم المضاربة لأننا لو أبقينا الحمل للمفلس فقد أثبتنا للغرماء المزاحمة مع البائع فيما بيده بخلاف المشتري فإنه لا مزاحمة فهذا قلنا يتبع الولد في الفلس دون الرد بالعيب.

(١) قال في التوسط: الأصح الأندراج. وقال الشيخ الإمام السبكي: أنه الذي يتجه أن يكون الأصح.

(٢) ما جزم به من أن الصواب الحادث إذا لم يجزه رده مشكل على ما قاله في الحمل فكان قياسه أن يرده. وأجاب في الخادم بأنه لما كان متصلاً باللحم أشبه الزيادة المتصلة كالسمن. كذا قاله صاحب الكافي.

(٣) **والإقالة:** قيل مأخوذة من القول فهمزتها حيثئذ للسلب أي أزال القول السابق. وقيل مأخوذة من القيل وعلى هذا فعينها ياء لا واو. ويدل له قولهم قلت البيع بكسر القاف، وقال البيع قَيْلاً. وأقال البيع بمعنى فسخه، وبناء على أن الهمزة للسلب يكون الفسخ لازماً للمعنى الوضعي؛ لأن إزالة القول - وهو العقد - يلزمه رفع البيع. فالإقالة مصدر أقال، واسم مصدر قال بمعنى فسخ لأنه يقال أيضاً قال البيع إقالة. ومعناها في الاصطلاح رفع البيع برضا العاقدين كتقابلنا البيع، أو يقول أحدهما أقلته ويقبل الآخر وإذا فلا بد في الإقالة من رضا العاقدين معاً بها فليس لأحدهما أن يستبد بها وحده. وهي في هذا تخالف الفسخ بالخيار إذ لمن هو له أن يفسخ البيع إن شاء من غير توقف على رضا صاحبه. والفرق بينهما أن الخيار يجعل العقد غير لازم في حق من هو له =

أحدهما، وبه قال مالك: أنها بيع؛ لأنها نقل ملك بعوض بإيجاب وقبول، فأشبهت التولية.

وأصحهما: أنها فسخ، إذ لو كانت بيعاً لصحت مع غير البائع، وبغير الثمن.

وذهب بعضهم إلى أن القولين في لفظ الإقالة.

فأما إذا قالوا: تفاسخنا، فهو فسخ لا محالة.

وأما الإقالة فلا تكون إلا حيث يكون العقد لازماً لهما. نعم تشبه الإقالة الخيار من جهة أنهما لا يدخلان إلا عقود المعاوضات المالية اللازمة القابلة للفسخ. ثم الإقالة جائزة شرعاً؛ لأن العقد حقهما وآثار المترتبة عليه وقف عليهما فلهما رفعه. بل هي مندوبة لأنها غالباً لا تكون إلا تحت ضغط الحاجة والرسول - عليه الصلاة والسلام - يقول «مَنْ أَقَالَ تَادِمًا تَبِعَتْهُ أَقَالَ اللَّهُ عَثْرَتَهُ».

وقد اختلف في الإقالة هل هي فسخ أو بيع؟

فالشافعي وابن حنبل وأبو حنيفة على أنها فسخ، ومالك على أنها بيع؛ إلا في الطعام والشفعة والمرابحة، وأبو يوسف على أنها بيع فإن لم تحتل البيع فهي فسخ فإن لم تحتمله فهي باطلة. ومحمد على أنها فسخ فإن لم تحتل الفسخ فهي بيع فإن لم تحتمله فهي باطلة. وجهة من قال إنها فسخ هي أن الفسخ معناها اللغوي والأصل مطابقة المعنى الشرعي للمعنى اللغوي حتى يقوم الدليل على خلافه. فإن لم تحتل الفسخ كانت باطلة، ولا تحمل على البيع لأن البيع ضد الفسخ، واللفظ لا يحتمل ابتداء ضده حتى يحمل عليه عند تعذر معناه الحقيقي. وقال محمد: بل تحمل على البيع إذا تعذر الفسخ؛ لكونها تحتل البيع في الجملة، إذ هي بيع في حق ثالث حيث يجوز له المطالبة بالشفعة فيها كما هو مذهب الحنفية. ولكن أبا حنيفة يجب بنا جعلناها بيعاً في حق ثالث للضرورة، وهي ثبوت حكم البيع بها من نقل الملك ببدل فلئن صرفت عن معنى البيع في حقهما فلا تصرف عنه في حق غيرهما إذا اقتضاه أمر آخر. وأيضاً اعتبرت بيعاً في حق ثالث لثلا يفوت مقصود الشارع من شرع الشفعة في بعض الصور إذ هي قد شرعت لدفع ضرر الخلطة أو الجوار وهو موجود في الإقالة. ووجهة من قال إنها بيع هي أنه رأى حد البيع منطبقاً عليها؛ لأنها مبادلة المال بالمال على التراضي وهو حد البيع ولأنها تبطل بهلاك السلعة قبل القبض ويرد المبيع فيها بالعيب وهذه هي أحكام البيع، وعلى هذا فهي بيع حقيقة لانطباق حده وحكمه عليها. ويزيد أبو يوسف على هذا: إنها وضعت في الأصل للفسخ ثم حملت على البيع لما ذكر، فإن لم تحتله كانت مستعملة فيما وضعت له وهو الفسخ. ويرد على من قال إنها بيع بأن حد البيع ليس مبادلة المال بالمال تراضياً فحسب بل مع زيادة ابتداء، والموجود في الإقالة المبادلة على سبيل العود. وبأنه لا يلزم من ثبوت لازم شيء لشيء أن يكون إياه لجواز أن يكون لازم حقيقتين مختلفتين أي أنه لازم عام. وفائدة الخلاف في كونها بيعاً أو فسخاً تظهر في الإقالة من المبيع قبل قبضه فمن قال: هي بيع لا يصحها؛ لأن بيع المبيع قبل قبضه لا يجوز، ومن قال هي فسخ جعلها صحيحة لأن برفع العقد يعود المبيع إلى ملك صاحبه. ومع ذلك فلا بد في الإقالة من أن تكون بالثمن فلا يزداد عليه أو ينقص منه لأن حقيقتها هي المبادلة بالثمن الذي اتفق عليه أولاً؟ قاله شيخنا الشافعي مندور.

واعلم: أن القول الثاني مَنْصُوص في الجديد، وأما الأول فمنهم من حكاه وجهاً، والأكثرون نقلوه عن نَصِّه في القديم، وعن أبي حنيفة: أن الإقالة فسخ في حق المُتَعاقدين يبيع في حق غيرهما.

**الضرع:** إن كانت يبعاً تجدد بها الشفعة، وإن كانت فسحاً فلا، خلافاً لأبي حنيفة.

ولو تقايلا في الصِّرف وجب التَّقَابُض في المجلس، إن كانت يبعاً وإن كانت فسحاً فلا، وتجاوز الإقالة قبل القَبْض المبيع إن كانت فسحاً، وإن كانت يبعاً فهي كبيع المبيع من البائع قبل القبض، وتجاوز في السَّلْم قبل القبض إن كانت فسحاً، وإن كانت يبعاً فلا، ولا تجوز الإقالة بعد تَلَف المبيع إن كانت يبعاً، وإن كانت فسحاً فوجهان:

**أحدهما:** المنع كالرُّد بالعيب.

**وأصحهما:** الجواز، وهو اختيار أبي زيد، كالفسخ بالتحالف، فعلى هذا يرد المشتري على البائع مثل المبيع إن كان مثلياً، وقيمته إن كان متقوماً.

ولو اشترى عَبدَين وتلف أحدهما، ففي الإقالة في الثاني وجهان بالترتيب، إذ القائم تُصَادفه الإقالة فيستتبع التَّالِف.

وإذا تقايلا، والمبيع في يد المشتري بعد، لم ينفذ تصرف البائع فيه إن كانت يبعاً، ونفذ إن كانت فسحاً، فإن تلف في يده انفسخت الإقالة إن كانت يبعاً وبقي البيع بحاله، وإن كانت فسحاً فعلى المشتري الضَّمان؛ لأنه مقبوض على حكم العوض، كالمأخوذ قَرْضاً أو سَوْماً، والواجب فيه إن كان مُتَقوماً أقل القِيمَتَيْن من يوم العَقْد والقبض، ولو تعيَّب في يده فإن كان يبعاً تخير البائع بين أن يُجيز الإقالة ولا شيء له، وبين أن يفسخ ويأخذ الثمن، فإن كان فسحاً غرم أَرش العيب، ولو استعمله بعد الإقالة، فإن جعلناها يبعاً فهو كالمبيع يستعمله البائع، وإن جعلناها فسحاً فعليه الأُجْرَة، ولو عرف البائع بالمبيع عيباً كان قد حدث في يد المشتري قبل الإقالة فلا رد له إن كانت فسحاً، وإن كانت يبعاً فله رده، ويجوز للمشتري حبس المبيع لاسترداد الثمن على القولين. ولا يشترط ذِكر الثمن في الإقالة، ولا تصح إلاً بذلك الثمن، فلو زاد أو نقص فسدت وبقي البيع بحاله حتى لو أقاله على أن ينظر بالثمن، أو على أن يأخذ الصَّحاح عن المُكسرة لم يجز، ويجوز لِلورثة الإقالة بعد موت المُتَباعين، وتجاوز الإقالة في بعض المبيع كما تجوز في كله.

قال الإمام هذا إذا لم تلزم جهالة.

أما إذا اشترى عَبدَين، وتَقايلا في أحدهما مع بقاء الثاني لم يجز، على قولنا: إنه يبيع للجهل بحصة كل واحد منهما.

وتجوز الإقالة في بعض المُسَلَّم فيه أيضاً، لكن لو أقاله في البُغض ليعجل له الباقي، أو عجل المُسَلَّم إليه البعض ليُثقله في الباقي فهي فاسدة<sup>(١)</sup>.

وأما قوله: «ولا يتوقَّف الرد بالعيب...» إلى آخره، فقد ذكرته من قبل.

ونختم الباب بفروع:

أحدها: الثمن المُعين إذا خرج معيباً يرد بالعيب كالمبيع، فإن لم يكن معيباً فيستبدل ولا يفسخ العقد، سواء خرج معيباً بخشونة أو سواد، أو ظهر أن سَكَّته مخالفة لسَكَّة الثُّد الذي تناوله العقد أو خرج نحاساً أو رصاصاً.

ولو تَصَارفا وتقابضا، ثم وجد أحدهما بما قبض خَللاً فله حالتان:

إحدهما: أن يَرَدَّ العقد على مُعينين، فإن خرج أحدهما نحاساً فالعقد باطل؛ لأنه بَانَ أنه غير ما عقد عليه.

وقيل: إنه صحيح تغليباً للإشارة، وهذا إذا كان له قيمة، فإن لم يكن لم يجيء فيه هذا الخلاف، وإن خرج بعضه بهذه الصِّفة بطل العقد فيه، وفي الباقي قولاً تَفْرِيق الصِّفَّة إن لم تبطل فله الخيار، فإن أجاز والجنس مختلف، بأن تبايعا فِضَّةً بذهب، جاء القولان في أن الإجازة بجميع الثمن أو بالحِصَّة، وإن كان الجنس متفقاً، فالإجازة بالحِصَّة لا محالة لامتناع الفُضَّل.

وإن خرج أحدهما خَسِئاً أو أَسْوَدَ، فَلَمَن أخذ الخِيَارَ، ولا يجوز الاستبدال، وإن خرج بعضه كذلك فله الخِيَار أيضاً، وهل له الفسخ في المعيب والإجازة في الباقي؟ فيه قولاً التَفْرِيق، فإن جوزنا فالإجازة بالحِصَّة؛ لأن العقد صح في الكُلِّ فإذا ارتفع في البعض كان بالقِسْط.

الحالة الثَّانية: أن يرد على ما في الذمة ثم يَحْضُرَا ويتقابضا فإن خرج أحدهما نحاساً وهما في مجلس العقد استبدل، وإن تفرقا فالعقد باطل؛ لأن المقبوض غير ما ورد عليه العقد، وإن خرج خَسِئاً أو أَسْوَدَ، فإن لم يتفرقا بعد فهو بالخيار بين الرِّضَا به وبين الاستبدال، وإن تفرقا فهل له استبداله؟ فيه قولان:

(١) قال القفال في شرحه «التلخيص»: لو تقايلا، ثم اختلفا في الثمن، ففيه ثلاثة أوجه، سواء قلنا: الإقالة بيع، أو فسخ، أصحابها، وهو قول ابن المرزبان: أن القول قول البائع. والثاني: قول المشتري. والثالث: يتحالفان وتبطل الإقالة، قال الدارمي: وإذا تقايلا وقد زاد المبيع، فالزيادة المتميزة للمشتري، وغيرها للبائع. قال: ولو اختلفا في جود الإقالة، صدق منكرها. قال: ولو باعه، ثم تقايلا بعد حلول الأجل ودفع [الثمن] استرجعه المشتري في الحال، ولا يلزمه أن يصبر قدر الأجل. وإن لم يكن دفعه، سقط ويرثا جميعاً. ينظر الروضة ٣/ ١٥١



أحدهما: لا؛ لأنه قبضه بعد التفريق.

وأصحهما: نعم، كالمُسَلَّم فيه إذا خرج معيباً، وهذا لأن القبض الأول صحيح، إذ لو رَضِيَ به جاز، والبدل مأخوذ، فقام مقام الأول، ويجب أخذ البَدَل قبل التَّفريق عن مجلس الرَّد.

وإن خرج البعض كذلك وقد تفرقا، فإن جوزنا الاستبدال استبدله، وإلا فهو بالخيار بين فسخ العقد في الكل والإجازة، وهل له الفسخ في ذلك القدر والإجازة في الباقي؟ فيه قولان التفريق.

ورأس مال السَلَم حكمه حكم عوض الصَّرَف، ولو وجد أحد المتصاريفين بما أخذ عيباً بعد تلفه، أو تباعاً طعاماً بطعام، ثم وجد أحدهما بالمأخوذ عيباً بعد تلفه، نظر إن ورد العقد على معينين، أو على ما في الذمة وعين، وقد تفرقا ولم نُجَوِّز الاستبدال، فإن كان الجنس مختلفاً فهو كبيع العرض بالتقد، وإن كان متفقاً ففيه الخلاف الذي سبق في مسألة الحُلِيِّ، وإن ورد على ما في الذمة ولم يتفرقا بعد عزم ما تلف عنده ويتسبدل، وكذا إن تفرقا وجوزنا الاستبدال.

ولو وجد المُسَلَّم إليه برأس مال السَلَم عيباً بعد تَلْفِهِ عنده، فإن كان معيناً أو في الذمة وعين وقد تفرقا ولم نجوز الاستبدال، فيسقط من المُسَلَّم فيه بقدر نُقْصَان العيب من قيمة رأس المال، وإن كان في الذمة وهما في المجلس يقوم التالف ويستبدل، وكذا لو كان بعد التَّفريق إذا جوزنا الاستبدال.

الثاني: باع عبداً بألف وأخذ بالألف ثوباً، ثم وجد المشتري بالعبد عيباً ورده.

فعن القاضي أبي الطَّيِّب: أنه يرجع بالثوب؛ لأن الثوب إنما ملكه بالثمن، وإذا فسخ البيع سقط الثمن عن ذمة المشتري فيفسخ بيع الثوب به.

وقال الأكثرون: يرجع بالألف، لأن الثوب مملوك بعقد آخر، ولو مات العبد قبل القبض وانفسخ البيع.

قال ابن سُرَيْج: يرجع بالألف دون الثوب؛ لأن الانفِساخ بالتلف يقطع العقد ولا يرفعه من أصله وهو الأصح. وفيه وجه آخر.

الثالث: باع عصيراً خلواً فوجد المشتري به عيباً بعد ما تَخَمَّر، فلا سبيل إلى رَدِّ الخمر، لكن يأخذ الأرش فإن تخلل فللبائع أن يسترده، ولا يدفع الأرش. ولو اشترى ذمي خمرأ من ذمي ثم أسلما، وعرف المشتري بالخمر عيباً استرد جزءاً من الثمن على سبيل الأرش ولا رد، ولو أسلم البائع وحده فلا رَدُّ أيضاً، ولو أسلم المشتري وحده فله الرد قاله ابن سُرَيْج، وعَلَّله بأن المُسَلَّم لا يتملك الخمر، ولكن يُزِيل يده عنه.

الرابع: مُؤَنَّة رَدِّ المَبِيعِ بعد الفسخ بالعيب على المشتري، ولو هلك في يده ضَمِنَتْهُ. الخامس: لو اختلفا في الثمن بعد رد المبيع، فعن أبي الحسين أنَّ ابن أبي هريرة قال: أَعْيَتَنِي هذه المسألة.

والأوَّلَى: أنَّ يتحالفا وتبقى السَّلعة في يد المشتري، وله الأَرش على البائع، قيل له: إذا لم يتبين الثَّمَن، كيف يُعَرَف الأَرش؟ قال: أَحْكُم بالأَرش من القدر المتفق عليه، قاله أبو الحسين.

وحكى أبو محمد الفارسي عن أبي إسحاق: أن القول قول البائع؛ لأنه الغارم، كما لو اختلفا في الثمن بعد الإقالة، وهذا هو الصحيح.

ولو وقعت الحاجة إلى الرجوع بالأَرش فاختلفا في الثَّمَن، فالقول قول البائع أو المشتري.

روى القاضي ابن كَجِّ فيه قولين، والأصح الأول.

السَّادس: أوصى إلى رجل ببيع عبده أو ثوبه وشراء جارية بثمانه وإعتاقها، ففعل الوَصِي ذلك ثم وجد المُشْتَرِي عيباً بالعبد، فله رده على الوَصِي، ومطالبته بالثمن كما يرد على الوكيل والوصي يبيع العَبْد المَرْدود ويدفع الثمن إلى المشتري، ولو فرض الرد، بالعيب على الوكيل فهل للوكيل بيعه ثانياً؟ فيه وجهان:

أحدهما، وبه قال أبو حنيفة: نعم، كالوصي ليتم البيع على وجه لا يرد عليه.

وأصحهما: لا، لأنه امتثل المأمور، وهذا ملك جديد فيحتاج فيه إلى إذن جديد ويخالف الإيصاء، فإنه تَوَلِيَّة وتفويض كُلِّي.

ولو وكله بأن يبيع بشرط الخيار للمشتري فامتثل ورد المشتري.

فإن قلنا: يملك البائع لم يزل فله بيعه ثانياً.

وإن قلنا: زال وعاد فهو كالرد بالعيب، ثم إذا باعه الوصي ثانياً، نظر إن باعه بمثل الثمن الأول فذاك، وإن باعه بأقلَّ فالنقصان على الوصي، أو في ذمة الوصي، فيه وجهان:

أصحهما: الأول وبه قال ابن الحَدَّاد؛ لأنه إنما أمره بشراء الجارية بثمان العبد لا بالزيادة عليه، وعلى هذا لو مات العبد في يده كما رد غَرِم جميع الثمن.

ولو باعه بأكثر من الثمن الأول، فإن كان ذلك لزيادة قيمة أو رَغْبَة رَاغِبٍ دفع قدر الثمن إلى المشتري والباقي للوارث، وإن لم يكن كذلك، فقد بَانَ أنَّ البيع الأول باطل لِلْعَبْنِ.

ويقع عِتق الجارية عن الوَصِي بأن اشترى الجارية في الذمة، فإن اشترها بِعَيْنِ

ثمن العبد لم ينفذ الشراء ولا الإغتاق، وعليه شراء جارية أخرى بهذا الثمن، وإعتاقها عن الموصي، هكذا أطلقه الأصحاب، ولا بُدُّ فيه من تقييد وتأويل، لأن بيعه بالعين وتسليمه عن علم وبصيرة بالحال خيانة، والأمين ينعزل بالخيانة، فلا يتمكّن من شراء جارية أخرى<sup>(١)</sup>، - والله أعلم -.

قال الغزالي: (النُّظْرُ الثَّلَاثُ) فِي حُكْمِ الْعَقْدِ قَبْلَ الْقَبْضِ وَبَعْدَهُ، وَلَا بُدَّ مِنْ بَيَانِ حُكْمِ وَصُورَتِهِ وَوُجُوبِهِ (أَمَّا الْحُكْمُ) فَهُوَ أَنْتِقَالَ الضَّمَانِ إِلَى الْمُشْتَرِي وَالتَّسَلُّطُ عَلَى التَّصْرِيفِ إِذِ الْمَبِيعُ قَبْلَ الْقَبْضِ فِي ضَمَانِ الْبَائِعِ (م)، وَلَوْ تَلَفَ أَنْفَسَخَ الْعَقْدُ، وَإِتْلَافُ الْمُشْتَرِي قَبْضٌ مِنْهُ، وَإِتْلَافُ الْأَجْنَبِيِّ لَا يُوجِبُ الْأَنْفَسَاحَ عَلَى أَصْحَابِ الْقَوْلَيْنِ، وَلَكِنْ يَثْبُتُ الْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي، وَإِتْلَافُ الْبَائِعِ كِإِتْلَافِ الْأَجْنَبِيِّ عَلَى الْأَصَحِّ.

قال الرافعي: مقصود هذا النظر بيان حكم المبيع قبل القبض وبعده على ما فصلناه في أول البيع، وتكلم حجة الإسلام - رحمه الله - فيه في ثلاثة أمور:

أحدها: حكم القبض وثمرته.

والثاني: أَنَّ الْقَبْضَ بِمَ يَنْخَصِلُ؟

والثالث: وَجُوبُهُ وَالْإِجْبَارُ عَلَيْهِ.

أما الأول فَلِلْقَبْضِ حِكْمَانِ:

أحدهما: انتقال الضمان إلى المشتري، فإن المبيع قبل القبض من ضمان

(١) ليس في كلام الأصحاب، أنه باع بالعين عالماً، فالصورة مفروضة فيمن لم يعلم الغين، ولا يحتاج إلى تكلف تصويرها في العالم وأن القاضي جدد له ولاية. وهذه مسائل ألحقها. لو اشترى سلعة بالف في الذمة، فقضاه عنه أجنبي متبرعاً، فردت السلعة ببيع، لزم البائع رد الألف. وعلى من يرد؟ وجهان:

أحدهما: على الأجنبي، لأنه الدافع.

والثاني: على المشتري، لأنه يقدر دخوله في ملكه. فإذا رد المبيع، رد إليه ما قابله، وبهذا الوجه قطع صاحب «المعاينة» ذكره في باب الرهن. قال: ولو خرجت السلعة مستحقة، رد الألف على الأجنبي قطعاً، لأننا تبيّننا أن لا ثمن ولا بيع. قال أصحابنا: إذا انعقد البيع، لم يتطرق إليه الفسخ إلا بأحد سبعة أسباب، خيار المجلس، والشرط، والعيب، وخلف المشروط المقصود، والإقالة، والتحالف، وهلاك المبيع قبل القبض. قال القفال، والصيدلاني، وآخرون: لو اشترى ثوباً وقبضه وسلّم ثمنه، ثم وجد بالثوب عيباً قديماً، فردّه، فوجد الثمن معيباً ناقص الصفة بأمر حدث عند البائع، يأخذه ناقصاً، ولا شيء له بسبب النقص. وفيه احتمال لإمام الحرمين، ذكره في باب تعجيل الزكاة. ينظر الروضة ٣/١٥٤ - ١٥٥.

البائع<sup>(١)</sup>، ومعناه: أنه لو تلف انفسخ العَقْد وسقط الثمن. وعن مالك وأحمد فيما رواه ابن الصَّبَّاح أنه إذا لم يكن المبيع مَكِيلًا ولا مَوْزُونًا ولا معدوداً فهو مِنْ ضَمَانِ المشتري، ومنهم من أطلق رواية الخلاف عنهما.

لنا أنه قبض مستحق بالبيع، فإذا تعذَّر انفسخ البيع كما لو تفرقا في عقد الصَّرْف قبل التَّقَابُض. إذا تقرر ذلك فلو أبرأ المشتري البائع عن ضمان المبيع قبل القبض، هل يَبْرَأ حتى لو تلف لا يفسخ العقد ولا يسقط الثمن.

نقل صاحب «التَّهْذِيب» فيه قولين:

أصحهما: أنه لا يَبْرَأ، وحكم العقد لا يتغير، ثم إذا انفسخ البيع كان المَبِيعُ هَالِكًا على ملك البائع، حتى لو كان عبداً كان مُؤَنَّةً تجهيزه على البائع، وكيف التقدير؟

أنقول بانتقال الملك إليه قبل الهلاك، أو يرتفع العقد من أصله؟ فيه وجهان أخرجهما ابن سُرَيْج:

أصحهما، وهو اختياره واختيار ابن الحَدَّاد: أنه لا يرتفع مِنْ أصله، كما في الرد بالعيب والزوائد الحادثة في يد البائع من الولد واللبن والبيض والكسب وغيرها تخرج

(١) أورد في الغام تبعاً لشيخه الإمام البلقيني على الحضرة مسائل:

منها: رجوع البالغ بإفلاس المشتري فإن ألحقه الشيخ بالعيب فكان ينبغي جعل العيب والخلف شيئاً واحداً.

ومنها إذا اشترى المفلس شيئاً في الذمة وكان البائع جاهلاً بحاله فله الخيار.

ومنها: غيبة مال المشتري إلى مسافة القصر يثبت للبائع الفسخ على الصحيح.

ومنها: تعذر إضاءة البيع كما في اختلاط الثمار.

ومنها: تعذر قبض المبيع بجهد البائع أو غضب غاصب.

ومنها: جهل غضب المبيع مع القدرة على الانتزاع وكذا لو علم به لكن طرأ العجز.

ومنها: مسألة الصبره يظنها على استواء ويمكن رجوعها إلى العيب.

ومنها: إذا بقيت الثمرة للبائع وكان سقي الشجر يضر بأحدهما وتنازعا فسخ العقد.

ومنها: اشترى عيناً غائبة رآها قبل العقد فوجدها متغيرة فله الخيار وليس المراد كما قاله الإمام بالمتغير حدوث عيب.

ومنها: مسألة الحجارة المدفونة في الأرض المبيعة إذا كان القلع والترك مضرين أو القلع مضرًا ولم ينزل البائع الأحجار ثبت الخيار للمشتري.

ومنها: بيع المريض محاباة إما لو ارث أو أجنبي بزائد على الثلث ولم يجز الوارث.

ومنها: اشترى كاتباً أو متصفاً بصفة يزيد في ثمنه ثم زالت بنسيان في يد البائع يثبت للمشتري

الخيار، وإن لم يكن فواتها عيباً كما قاله ابن الرفعة، وبقيت مسائل أخر ذكرها الشيخ البلقيني في التدريب قد يجاب عنها.

على هذين القولين، وقد ذكرنا نظيرهما في الرد بالعيب قبل القبض، وطردهما طاردون في الإقالة إذا جعلناها فسحاً، وخرجوا عليهما الزوائد.

**والأصح:** فيها جميعاً: أنها للمشتري، وتكون أمانة في يد البائع، ولو هلكت والأصل باقٍ فالبيع باقٍ بحاله، ولا خيار للمشتري، وفي معنى الزوائد الركاز الذي يجده العبد، وما وهب منه فقبله وقبضه، وما أوصى له فقبله، هذا حكم التالف بالآفة السماوية. أما إذا أتلف المبيع قبل القبض، فله ثلاثة أقسام:

**الأول:** أن يُتلفه المشتري فهو قبض منه على المذهب<sup>(١)</sup>، لأنه أتلف ملكه، فأشبه ما إذا أتلف المالك المغصوب في يد الغاصب يَبْرَأُ الغاصب من الضمان، ويصير المالك مسترداً بالإتلاف.

وحكى الشيخ أبو علي وغيره وجهاً: أن إتلافه ليس بقبض، ولكن عليه القيمة للبائع ويسترد الثمن، ويكون التلّف من ضمان البائع، هذا عند العِلْم. أما إذا كان جاهلاً بأن قدم البائع الطعام المبيع إلى المشتري فأكله، هل يُجعل قابضاً؟

قال القاضي حسين - رحمه الله - فيه وجهان تفريعاً على القولين، فيما إذا قَدِمَ الغاصب الطعام المغصوب إلى المالك فأكله جاهلاً، هل يبرأ الغاصب؟ إن لم نجعله قابضاً، فهو كما لو أتلف البائع.

**والثاني:** أن يُتلفه أجنبي ففيه طريقتان: أظهرهما: أنه على قولين:

**أحدهما:** أنه كالتلف بأفة سماوية لتعذر التسليم.

(١) يستثنى منه مسائل:

منها: لو أتلفه دفعاً لصياله لم يكن قبضاً على الأصح.  
ومنها: لو قتله المشتري بالرد وكان هو الإمام أو ما دونه ونحوهما لم يكن قبضاً وينسخ البيع وإن كان غيرهما استقر العقيد كما نقله قبيل باب الديات عن فتاوى البغوي.  
ومنها: لو قتل العبد في قطع الطريق فقتله السيد فكذلك كما أشار إليه القفال في شرح التلخيص.

ومنها: لو قتله المشتري قصاصاً. قال ابن الرفعة: يظهر أنه كالأجنبي فيكون كالأفة ولكون الحق له خالف قتل المرتد، واعلم أن قول الشيخ «وإتلاف المشتري قبض» ظاهر في المشتري لنفسه. أما المشتري بطريق الوكالة فإن إتلافه كالأجنبي سواء أذن له الموكل في القبض أم لم يأذن، أما إذا لم يأذن فواضح. وأما إذا أذن فلأنه لم يأذن له إلا في القبض الشرعي ولو اشترى الولي للصبي سلعة فوثب عليها أو أتلفها فهل يكون قبضاً. قال في الخادم: صرح القاضي الحسين في الجنائيات بأنه يكون قبضاً، وكلام الرافعي هناك يخالفه إلى آخر ما ذكره.

وأصحهما، وبه قال أبو حنيفة وأحمد: أنه ليس كذلك ولا يفسخ البيع<sup>(١)</sup>، لقيام القيمة مقام المبيع، لكن للمشتري الخيار، إن شاء فسخ واسترد الثمن ويغرم البائع الأجنبي، وإن شاء أجاز وغرم الأجنبي.

والثاني: القطع بالقول الثاني، ويحكى هذا عن ابن سُرَيْج. وإذا قلنا به، فهل للبائع حبس القيمة لأخذ الثمن؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، كما يحبس المُزْتَهَن قيمة المرهون.

وأظهرهما: لا؛ لأن الحبس غير مقصود بالعقد حتى ينتقل إلى البديل بخلاف الرهن، ولهذا لو أتلف الراهن المرهون غرم القيمة، والمشتري إذا أتلف المبيع لا يغرم القيمة ليحبسها البائع، وعلى الأول لو تلفت القيمة في يده بأفة سَمَاوِيَة، هل يفسخ البيع لأنها بدل المبيع؟ فيه وجهان:

أظهرهما: لا.

والثالث: أن يتلفه البائع فطريقان:

أظهرهما: أنه على قولين.

أصحهما: انفساخ البيع كما في الآفة السماوية؛ لأن المبيع مضمون عليه بالثمن، فإذا أتلفه سقط الثمن، وبهذا قال أبو حنيفة.

والثاني: المنع كإتلاف الأجنبي؛ لأنه جنى على ملك غيره، فعلى هذا إن شاء المشتري فسخ البيع وسقط الثمن، وإن شاء أجاز وغرم البائع القيمة وأدى الثمن، وقد يقع ذلك في أقوال الناقص.

والثاني: القطع بالقول الأول، فإن لم نحكم بالانفساخ عاد الخلاف في حبس القيمة. وعن الشيخ أبي محمد: القطع بأنه لا حبس هاهنا لتعديه بإتلاف العين.

ولو باع شِقْصاً من عبد، وأغتنق باقيه قبل القبض وهو موسر، عتق كله وانفسخ البيع وسقط الثمن، إن جعلنا إتلاف البائع كآفة السماوية، وإن جعلناه كإتلاف الأجنبي

(١) محل ما ذكره الشيخ إذا أتلفه الأجنبي تعدياً فإن أتلفه بحق من قصاص وغيره، كان كإتلافه بالآفة السماوية قطعاً فيفسخ البيع وكذا كل موضع لا يضمه الأجنبي بالإتلاف كقتله بحراية أو ردة أو دفعاً لصلبائه كما سبق أو قتل العبد في حال قتال البغاة أو في قتال أهل الردة وكذلك إتلاف الصبي الذي لا يميز بغير أمر أحد فإنه لا يتعلق به ضمان على الأرجح ويستثنى أيضاً استيلاء الأب جارية اشتراها ابنه قبل القبض لكن في هذه يكون قبضاً. قال في الخادم: ويجب أن يكون محل التخيير في غير الصرف ونحوه فإن التقايبض لم يوجد وهو شرط الصحة. ووجه عدم الفسخ وهو الأصح في الشرح الصغير في أوائل الصداق أنه جار على ملك غيره كإتلاف الأجنبي.

فللمشتري الخيار، ولو استعمل البائع المبيع قبل القبض، فلا أجرة عليه إن جعلنا إتلافه كالآفة السماوية، وإلا فعليه الأجرة. وإتلاف الأعجمي والصبي الذي لا يميز بأمر البائع أو المشتري كإتلافهما وإتلاف المميز بأمرهما كإتلاف الأجنبي.

وذكر القاضي الحسين - رحمه الله -: أن إذن المشتري للأجنبي في الإتلاف يلغو، وإذا أتلف فله الخيار، وأنه لو أذن البائع في الأكل والإخراف ففعل، كان التلّف من ضمان البائع بخلاف ما إذا أذن للغاصب ففعل يبرأ، لأن الملك ثم مستقر.

ورأيت في «فتاوى القفال» أن إتلاف عبد البائع كإتلاف الأجنبي، وكذا إتلاف عبد المشتري بغير إذنه، فإن أجاز جعل قابضاً، كما لو أتلفه بنفسه، وإن فسخ اتبع البائع الجاني، وأنه لو كان المبيع علفاً فاعتلفه حمار المشتري بالنهار يفسخ البيع، وإن اعتلفه بالليل لا يفسخ وللمشتري الخيار، فإن أجاز فهو قابض، وإلا طالبه البائع بقيمة ما أتلفه حماره، وفي بهيمة البائع أطلق القول بإتلافها كالآفة السماوية، قيل له: هلاً فرقت فيها أيضاً بين الليل والنهار؟ فقال: هذا موضع التروي.

ولو صال العبد المبيع على المشتري في يد البائع فقتله دفعاً، فعن الشيخ أبي علي: أنه لا يستقر الثمن عليه.

وعن القاضي: أنه يستقر لأنه أتلفه في غرض نفسه<sup>(١)</sup>.

ولو أخذ المشتري المبيع بغير إذن البائع، فللبائع الاسترداد إذا ثبت له حق الفسخ، فإن أتلفه في يد المشتري ففيه قولان عن رواية صاحب «التقريب»:

أحدهما: أن عليه القيمة ولا خيار للمشتري لاستقرار العقد بالقبض، وإن كان ظالماً فيه.

والثاني: أنه يجعل مسترداً بالإتلاف كما أن المشتري قابض بالإتلاف، وعلى هذا فيفسخ البيع أو يثبت الخيار للمشتري.

قال الإمام - رحمه الله -: الظاهر الثاني.

واعلم: أن وقوع الذرة في البحر قبل القبض بمثابة التلف، يفسخ به البيع، وكذا انفلات الطير، والصيد المتوحش، كذا قاله في «التممة».

ولو غرق البحر الأرض المشتراة، أو وقع عليها صخور عظيمة من جبل بجنبها،

(١) قول أبي علي أصح. ولهذا لا يضمنه الأجنبي ولا المحرم لو كان صيدا. وكذا لو صال المغصوب على مالكة فقتله دفعاً لم يبرأ الغاصب سواء علم أنه ملكه أم لا وفي العالم وجه شاذ وسيأتي إيضاحه في أول كتاب الغصب - إن شاء الله تعالى - (ينظر الروضة ٣/١٦٣).

أو ركبها رمل فهي بمثابة التلّف أو أثرها ثبوت الخيار، فيه وجهان: الأشبه الثاني.

ولو أبق العبد قبل القبض، أو ضاع في انتهاب العسّكر لم يفسخ البيع لبقاء المالية ورجاء العود. وفيه وجه: أنه يفسخ كما في التلّف.

ولو غصبه غاصب فليس إلا الخيار، فإن أجاز لم يلزمه تسليم الثمن، وإن سلمه فعن القفال: أنه ليس له الاسترداد لتمكّنه من الفسخ، وإن أجاز ثم أراد الفسخ فله ذلك، كما لو انقطع المسلم فيه، فأجاز ثم أراد الفسخ؛ لأنه يتضرر كل ساعة، وحكي عن جواب القفال مثله، فيما إذا أتلف الأجنبي المبيع قبل القبض، وأجاز المشتري لبيع الجاني، ثم أراد الفسخ.

وقال القاضي في هذه الصورة: وجب أن لا يمكن في هذه الصورة من الرجوع؛ لأنه رضي بما في ذمة الأجنبي فأشبهه الجوّالة.

ولو جحد البائع العين قبل القبض، فللمشتري الفسخ لحصول التّعذر.

وأما لفظ الكتاب فقوله: «أما الحكم فهو انتقال الضمان إلى المشتري، والتسليط على التصرف» ترجمة لحكمي القبض معاً، وشرح الحكم الثاني وتفصيله يبتدىء من قوله، وقد نهى رسول الله ﷺ، وما قبل ذلك يتعلّق بالحكم الأول، وقوله: «في ضمان البائع» معلّم بالميم والألف، وكذا قوله: «انفسخ العقد»، وقوله: «قبض منه» بالواو، وقوله: «على أصح القولين» بالواو للطريقة الجازمة، وقوله: «كإتلاف الأجنبي على الأصح»، جواب على طريقة إثبات القولين، فيجوز إعلام الأصح بالواو، وإعلام قوله: «كإتلاف الأجنبي» بالحاء لما سبق، ثم قضية ما ذكره: أن يكون الأصح في إتلاف البائع ثبوت الخيار لا الانفاسخ؛ لأن الأمر كذلك في إتلاف الأجنبي، لكن جمهور الأصحاب - رحمهم الله - على أن الانفاسخ أصح، فاعرف ذلك.

فرع: منقول عن فتاوى القاضي:

باع عبداً من رجل، ثم باعه من آخر وسلّمه إليه، وعجز عن انتزاعه وتسليمه إلى الأول، فهذا جناية منه على المبيع، فينزل منزلة الجناية الحسية حتى يفسخ البيع في قول، ويثبت للمشتري الخيار في الثاني، بين أن يفسخ وبين أن يجيز ويأخذ القيمة من البائع، ولو أنه طالب البائع بالتسليم وزعم قدرته عليه، وقال البائع: أنا عاجز حلف عليه، فإن نكل حلف المدعي على أنه قادر ثم حبس إلى أن يسلم أو يقيم بينته على عجزه، ولو ادعى المشتري الأول على الثاني العلم بالحال فأنكر حلفه، فإن نكل حلف هو، وأخذه منه - والله أعلم -.

قال الغزالي: وإن تعيبت المبيع بأفة سماوية قبل القبض فللمشتري الخيار، فإن



أَجَازَ يُجِيزُ بِكُلِّ الثَّمَنِ، وَلَا يُطَالِبُ بِالْأَرْضِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ التَّعْيِبُ بِجِنَايَةِ أَجْنَبِيٍّ فَيُطَالِبُهُ بِالْأَرْضِ، وَكَذَا إِنْ كَانَ بِجِنَايَةِ الْبَائِعِ عَلَى الْأَصَحِّ.

قال الرافعي: ذكرنا حكم التلّف والإتلاف العارين قبل القبض، فأما إذا طرأ عيب أو نُقْصَانٌ، نظر إن كان بأفة سماوية، كما إذا عمي العبد أو سُلِّتَ يده أو سقطت، فللمشتري الخيار إن شاء فسخ وإلا أجاز بجميع الثمن، ولا أرض له مع القدرة على الفسخ، وإن كان بجناية جَانٍ عادت الأقسام الثلاثة:

أولها: أن يكون الجاني هو المشتري، فإذا قطع يد العبد مثلاً قبل القبض، فلا خيار له لحصول النقص بفعله، بل يمتنع بسببه الرّد بسائر العيوب القديمة أيضاً، ويجعل قابضاً لبعض المبيع حتى يستقر عليه ضمانه، وإن مات العبد في يد البائع بعد الأندمال، فلا يضمن اليد المقطوعة بأرضها المقدر، ولا بما نقص من القيمة بالقطع وإنما يضمنها بجزء من الثمن كما يضمن الكل بالثمن، وفي مقداره وجهان:

أصحهما، وبه قال ابن سُرَيْج وابن الحَدَّاد: أنه يقوم العبد صحيحاً ثم يقوم مقطوعاً ويعرف التفاوت بينهما فيستقر عليه من الثمن بمثل تلك النسبة.

بيانه: إذا قوم صحيحاً بثلاثين ومقطوعاً بخمسة عشر، فعليه نصف الثمن، ولو قوم مقطوعاً بعشرين، فعليه ثلث الثمن.

والثاني، ويحكى عن القاضي أبي الطيب: أنه يستقر من الثمن بنسبة أرض اليد من القيمة وهو النصف، وعلى هذا لو قطع يديه وأندمكتا، ثم مات العبد في يد البائع وجب على المشتري تمام الثمن، وهذا كله تفريع على المذهب الصحيح، وهو أن إتلاف المشتري قبض منه، وعلى الوجه المنسوب إلى رواية الشيخ أبي علي: أنه لا يجعل قابضاً لشيء من العبد، وعليه ضمان اليد بأرضها المقدر وهو نصف القيمة كالأجنبي، وقياسه: أن يكون له الخيار.

وثانيها: إذا قطع أجنبي يده قبل القبض، فللمشتري الخيار إن شاء فسخ وتبع البائع الجاني، وإن شاء أجاز البيع بجميع الثمن وغرم الجاني.

قال القاضي الماوردي: وإنما يَغْرَمُهُ إذا قبض العبد أما قبله فلا، لجواز موت العبد في يد البائع وانفساخ البيع، ثم الغرامة الواجبة على الأجنبي نصف القيمة ما نقص من القيمة بالقطع، فيه قولان جاريان في جِرَاحِ العبد مطلقاً، والأصح: الأول.

وثالثها: إذا قطع البائع يد العبد قبل التسليم، فإن جعلنا جنايته كالأفة السماوية، فللمشتري الخيار وإن شاء فسخ واستردّ الثمن، وإن شاء أجاز بجميع الثمن، وإن جعلناها كجناية الأجنبي فله الخيار أيضاً، إن فسخ فذاك، وإن أجاز رجع بالأرض على

البائع وفي قَدْرِهِ القَوْلَانِ المذكورانِ في الأجنبي، وصاحب الكتاب جعل القول الصَّائِرَ إلى أن جناية البائع كجناية الأجنبي أصح، لكن معظم الأصحاب على ترجيح القول المقابل له.

وقوله: «إلا أن يكون التَّعْيِبُ بجناية أجنبي» استثناء منقطع، فإنه لا يدخل فيما قبله حتى يحمل على حقيقة الاستثناء.

قال الغزالي: وَتَلَفُ أَحَدِ الْعَبْدَيْنِ يُوجِبُ الْأَنْفَسَاخَ فِي ذَلِكَ الْقَدْرِ (و) وَسُقُوطُ قِسْطِهِ مِنَ الثَّمَنِ، وَالسَّقْفُ مِنَ الدَّارِ كَأَحَدِ الْعَبْدَيْنِ، لَا كَالْوَصْفِ عَلَى الْأَظْهَرِ.

قال الرافعي: إذا اشترى عبيد وتلف أحدهما قبل القبض انفسخ البيع فيه، وفي الثاني قولاً تُفْرِقُ الصَّفَةَ فَإِنْ قَلْنَا: لا يفسخ وأجاز، فبكم يجيزه؟

قد ذكرناه في باب التَّفْرِيقِ، وفيه ما يقتضي إعلام قوله: «قسطه من الثمن» بالواو وقد أورد المسألة في الكتاب، وإنما أعادها ليبيّن أن المسألة الثانية دائرة بين هذه المسألة وبين صور العيب، فلذلك تردد الأصحاب فيها.

وصورتها: أن يحترق سقف الدار المبيعة قبل القبض، أو يتلف بعض أبنيتها، وفيه وجهان:

أحدهما: أنه كتعيب المبيع، مثل عمى العبد وسقوط يده وما أشبههما.

وأظهرهما: أنه كتلف أحد العبيد حتى يفسخ البيع، وفي الباقي الخلاف؛ لأن السقف يمكن إفراده بالمبيع بتقدير الانفصال بخلاف يد العبد.

قوله: «لا كالوصف»، فيه إشارة إلى أن التَّفْصِيلَ ينقسم إلى فوات صفة وهو العيب، وإلى فوات جزء، وذلك ينقسم إلى ما لا ينفرد بالقيمة والمالية كيد العبد، وهي في معنى الاتباع والأوصاف، وإلى ما ينفرد كأحد العبيد وأحد الصّاعين، وذكر بعض المتأخرين: أنه إذا احترق من الدار ما يفوت الغرض المطلوب منها، ولم يبق الأطراف يفسخ البيع في الكل، ويجعل فوات البعض في مثل ذلك كفوات الكل.

قال الغزالي: وَقَدْ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يُقْبَضْ، وَلَا يُقَاسُ عَلَى الْبَيْعِ الْعَيْتُقُ (و) وَالْهَبَةُ (و) وَالرُّهْنُ، وَكَذَلِكَ لَا يُقَاسُ عَلَيْهِ الْإِجَارَةُ، وَالتَّرْوِيجُ عَلَى الْأَصَحِّ.

قال الرافعي: الحكم الثاني للقبض التسلط على التصرف، فلا يجوز بيع المبيع قبل القبض عقاراً كان أو منقولاً، لا بإذن البائع ولا دونه، لا قبل أداء الثمن، ولا بعده خلافاً لأبي حنيفة - رحمه الله - حيث قال: يجوز بيع العقار قبل القبض، ولمالك - رحمه الله - حيث جَوَّزَ بيع غير الطعام قبل القبض، وكذا بيع الطعام إذا اشتراه جزافاً،

ولأحمد - رحمه الله - حيث جوز بيع ما ليس بِمَكِيلٍ، ولا مَوْزُونٍ، ولا مَعْدُودٍ، ولا مَذْرُوعٍ قبل القبض، ويروى عن مالك وأحمد - رحمهما الله - ما بينه وبين هذه الرّواية بعض التّفاوت.

لنا ما روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ قال: «مَنْ أبتاعَ طَعَاماً، فَلَا يَبِغُهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ»<sup>(١)</sup>.

وقال ابن عباس - رضي الله عنهما - «أما الَّذِي نَهَى عَنْهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَهُوَ الطَّعَامُ أَنْ يُبَاعَ حَتَّى يُسْتَوْفَى، قَالَ: وَلَا أَحْسِبُ كُلَّ شَيْءٍ إِلَّا مِثْلَهُ»<sup>(٢)</sup>.

وروي أنه ﷺ: «نَهَى عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يَقْبَضْ، وَرَبِحَ مَا لَمْ يُضْمَنْ»<sup>(٣)</sup>.

وروي أنه لَمَّا بَعَثَ عَتَاباً إِلَى مَكَّةَ، قَالَ: «أَنْتَهُمْ عَنْ بَيْعِ مَا يَقْبِضُوا، وَرَبِحَ مَا لَمْ يُضْمَنُوا»<sup>(٤)</sup>.

وذكر الأصحاب عن طريق المَعْنَى سَبِيحِينَ:

أحدهما: أن الملك قبل القبض ضعيف، لكون المبيع مِنْ ضَمَانِ البائع وانفساخ البيع لو تلف، فلا يفيد ولاية التصرف.

والثاني: أنه لا يتوالى ضماناً عقدين في شيء واحد، ولو نفذنا البيع من المشتري لأقضي الأمر إليه، لأن المبيع مضمون على البائع للمشتري، وإذا نفذ منه صار مضموناً عليه للمشتري الثاني، فيكون الشيء الواحد مضموناً له وعليه في عقدين والاعتماد على الأخير، والأفلمعترض أن يقول: تعنون بضعف الملك الانفساخ لو فرض تلف أو شيئاً آخر، إن عينتم شيئاً آخر فهو ممنوع، وإن عينتم الأول فلم قلتم: إن هذا القدر يمنع صحة البيع؟

وأما الثاني: فلا يعرف، لكون المبيع من ضمانه معنى سوى أنه لو تلف يفسخ البيع ويسقط الثمن، فلم لا يجوز أن يصح البيع؟ ثم لو تلف في يد البائع يفسخ البيعان ويسقط الثمنان، ويتبين أنه هلك في يده.

إذا تقرر ذلك فهل الإعتاق كالبيع؟ فيه وجهان:

أحدهما، ويحكى عن ابن خَيْرَانَ: نعم؛ لأنه إزالة ملك كالبيع.

(١) أخرجه البخاري (٢١٢٤، ٢١٢٦، ٢١٣٣، ٣١٣٦) ومسلم ١٥٢٦.

(٢) أخرجه البخاري ٢١٣٥ ومسلم ١٥٢٥.

(٣) تقدم، وهو عند ابن ماجه ٢١٨٨.

(٤) أخرجه البيهقي ٢١٣/٥ من رواية ابن عباس وضعفه.

وأصحهما: لا، بل يصح الإغتاق ويصير قابضاً به لقوة العتق وغلبيته، ولهذا يجوز إعتاق الآبق دون بيعه، هذا إذا لم يكن للبائع حق الحبس، بأن كان الثمن مؤجلاً أو حالاً، وقد أذاه المشتري، فإذا ثبت حق الحبس.

منهم مَنْ يُنزله منزلة إعتاق الرّاهن.

والصحيح: أنه ينفذ كما في الحالة الأولى بخلاف إغتاق الراهن، لأن الراهن حجر على نفسه بالرهن، والرهن أنشئ ليحبسه المرتهن.

ولو وقف المبيع قبل القبض، ففي «التتمة»: أنه يبني على أن الوقف هل يفتقر إلى القبول؟ إن قلنا: نعم، فهو كالبيع.

وإن قلنا بالثاني، فهو كالإغتاق، وبهذا أجاب صاحب «الحاوي»<sup>(١)</sup>، وقال: إنه يصير قابضاً حتى لو لم يرفع البائع يده عنه يصير مضموناً بالقيمة، وكذا قال في إياحة الطّعام للفقراء والمساكين، إذا كان قد اشتراه جُزأفاً، وللكتابة كالبيع في أصح الوجهين، إذ ليس له قوة العتق وغلبيته، والاستيلاء كالعتق. وفي هبة المبيع قبل القبض ورهنه وجهان، ويقال قولان:

أحدهما: أنهما صحيحان، لأن التسليم غير لازم فيهما بخلاف البيع، وهذا ما أورده في الكتاب.

وأصحهما عند عامة الأصحاب: المنع لضعف المِلْك، فإنه كما يمنع البيع يمنع الهبة، ألا ترى أنه لا يصح زهن المكاتب وهبته؟ كما لا يصح بيعه، وقطع بعضهم بمنع الرهن إذا كان محبوساً بالثمن، وإذا صححناهما فنفس العقد ليس بقبض، بل يقبضه المشتري من البائع، ثم يسلمه من المُتَّهَب، أو المرتهن، ولو أذن للمُتَّهَب أو المرتهن حتى قبضه.

ففي «التهديب»: أن يكفي ذلك، ويتم به البيع والهبة والرهن بعده.

(١) صحح في شرح المهذب مقالة الماوردي إلحاقاً له بالعتق، وعلى قول صاحب التتمة إن كان الوقف على جهة عامة لم يحتج إلى القبول فيلزم نفوذه وكونه على معين يحتاج إلى القبول على ما صححها الرافعي فليس له تأثير قوي فإن التزويج يحتاج إلى القبول أيضاً مع أنه ينفذ قبل القبض، وحكى الرافعي في كتاب الرهن مثل هذا التفصيل عن المتولي وتعقبه وصحح القطع بأنه يبطل مطلقاً ولا يلتحق بالعتق. قال في الخادم: فيحتمل أن يكون رأيه هنا كذلك، وما أطلقه هنا محمول على ذلك ويشهد له أن الروياني في الحلية أطلق أن الوقف كالبيع في المنع وينبغي أن يكون الراجح إلحاقه بالبيع، وإن لم يشترط القبول لأنه ليس ملحقاً بالعتق في السراية ولا في الشراء بخلاف الوقف ويحتمل الفرق بين مسألتنا والرهن، فإن الراهن حجر على العين باختياره بخلافه هنا وبأن حق الحبس هناك أقوى.

وقال أفضى القضاة المأوردية: لا يكفي ذلك للبيع وما بعده، ولكن ينظر إن قصد قبضه للمشتري صح قبض البيع، ولا بد من استثناء قبض للهبة، ولا يجوز أن يأذن له في قبضه من نفسه لنفسه، وإن قصد قبضه لنفسه لم يحصل القبض للبيع ولا للهبة، فإن قبضها يجب أن يتأخر عن تمام البيع والإقراض والتصدق، كالهبة والرهن، ففيهما الخلاف.

وفي إجارة المبيع قبل قبضه وجهان:

أحدهما: يصح؛ لأن مورد عقد الإجارة غير مورد عقد البيع، فلا يتوالى ضماناً عقدين من جنس واحد.

والثاني: لا يصح، لضعف الملك ولأن التسليم مستحق فيها كما في البيع.

والأصح عند المعظم: الثاني، وعند صاحب الكتاب الأول.

وفي تزويج المشتري الجارية قبل القبض مثل هذين الوجهين، لكن الأصح في التزويج الصحة بالاتفاق، ومنهم من أشار إلى وجه ثالث فارق بين أن يكون للبائع حق الحبس فلا يصح التزويج؛ لأنه نقص، وبين أن لا يكون فيصح، وطرد مثله في الإجارة إذا كانت منقصة، وإذا صححنا التزويج فوطء الزوج لا يكون قبضاً.

وعن أبي حنيفة - رحمه الله -: أنه قبض، وكما لا يجوز بيع المبيع قبل القبض، لا يجوز جعله أجرة في إجارة، وعضواً في صلح، وكذا لا يجوز السلم والإشراك والتولية.

وعن مالك: أنه يجوز الإشراك والتولية، وحكاه الشيخ أبو علي عن بعض الأصحاب.

وجميع ما ذكرناه فيما إذا تصرف مع غير البائع.

أما إذا باع من البائع فوجهان:

أحدهما: الجواز، كبيع المغضوب من الغاصب.

وأصحهما: المنع كالبيع من غيره<sup>(١)</sup>.

والوجهان فيما إذا باع بغير جنس الثمن، أو بزيادة أو نقصان أو تفاوت صفة،

(١) قال في شرح المهذب: لأن من يشتري ما في يد نفسه يصير قابضاً في الحال وتعبير المصنف بالأصح اقتضى قوة الخلاف، وليس كذلك فقد عبر عنه في شرح المهذب بقوله: وحكى جماعة من الخراسانيين وجهاً شاذاً ضعيفاً: إنه يجوز بيعه للبائع هذا لفظه.

ولاً فهو إقالة بصيغة البيع، كذا قاله في «التتمة»<sup>(١)</sup>. ولو وهب منه أو رهن فطريقان:

أحدهما: القطع بالمنع، لأنه يجوز أن يكون نائباً عن المشتري في القبض.

وأصحهما فيما نقل صاحب «التهديب»: أنه على القولين، فإن جوزنا فإذا أذن له في القبض عن الهبة أو الرهن ففعل أجزاء، ولا يزول ضمان البيع في صورة الرهن، بل إذا تلف يفسخ العقد، ولو رهنه عن البائع بالثمن، فقد مرَّ حكمه.

فرع لابن سُرَيْج: باع عبداً بثوب وقبض الثوب، ولم يسلم العبد له بيع الثوب، وليس للأخر بيع العبد، فلو باع الثوب وهلك العبد في يده بطل العقد فيه، ولا يبطل في الثوب ويغرم قيمته لبائعه، ولا فرق بين أن يكون هلاك العبد بعد تسليم الثوب أو قبله، لخروجه عن ملكه بالبيع، ولو تلف العبد والثوب في يده، غرم لبائع الثوب القيمة ورد على مشتريه الثمن.

قال الغزالي: وَيَبْعُ الْمِيرَاثِ وَالْوَصِيَّةَ وَالْمِلْكَ الْعَائِدُ بِالْفَسْخِ قَبْلَ الْقَبْضِ وَالْأَسْتِزَادِ جَائِزٌ، وَإِنَّمَا الْمَانِعُ يَدُ تَقْتَضِي ضَمَانَ الْعَقْدِ، وَلِذَلِكَ لَا يَجُوزُ بَيْعُ الصَّدَاقِ قَبْلَ الْقَبْضِ إِذَا قُلْنَا: إِنَّهُ مَضْمُونٌ عَلَى الزَّوْجِ ضَمَانَ الْعَقْدِ، وَكَذَلِكَ فِي بَدْلِ الْخَلْعِ وَالصُّلْحِ عَنِ دَمِ الْعَمْدِ.

قال الرافعي: المال المستحق للإنسان عند غيره قسمان: عَيْن في يده وذَيْن في ذمته.

أما الثاني: فيأتي في الفصل التالي لهذا الفصل - إن شاء الله تعالى -.

وأما القسم الأول: فما له في يد الغير إما أن يكون أمانة أو مضموناً.

الضرب الأول: الأمانات، فيجوز للمالك بيعها لتمام الملك عليها، وحصول القدرة على التسليم، وهي كالوديعة في يد المودع، ومال الشركة والقراض في يد الشريك والعامل، والمال في يد الوكيل بالبيع ونحوه، وفي يد المرتهن بعد انفكاك الرهن، وفي يد المستأجر بعد انقضاء المدة، والمال في يد القيم بعد بلوغ الصبي رشيداً، وما احتطبه العبد واكتسبه وقبله بالوصية، قبل أن يأخذه السيد.

ولو ورث مالا فله بيعه قبل قبضه، إلا إذا كان المورث لا يملك بيعه أيضاً، مثل ما اشتراه ولم يقبضه.

(١) ومعناه أنا إن نظرنا إلى معاني العقود كان إقالة، وحيثئذ فيصح جزماً، وإن نظرنا إلى الصيغة كان بيعاً، وحيثئذ فيأتي فيه الوجهان في البيع من البائع. هكذا أوضحه القاضي الحسين.

ولو اشترى من مورثه شيئاً ومات المورث قبل التسليم فله بيعه، سواء كان على المورث دين أو لم يكن، وحق الغريم يتعلق بالثمن، فإن كان له وارث آخر لم ينفذ بيعه في قدر نصيب الآخر حتى يقبضه.

ولو أوصى له بمال فقبل الوصية بعد موت الموصي، فله بيعه قبل أخذه، ولو باعه بعد الموت وقبل القبول جاز، إن قلنا: الوصية تملك بالموت وإن قلنا: تملك بالقبول، أو هو موقوف فلا.

**الضرب الثاني:** المضمونات، وهي ضربان مضمون بالقيمة، ومضمون بعوض في عقد معاوضة.

**الضرب الأول:** المضمون بالقيمة: وهذا الضمان يسمى ضمان اليد، فيصح بيعه قبل القبض أيضاً لتمام الملك فيه، فإنه لو تلف تلف على ملكه، ويدخل فيه ما صار مضموناً بالقيمة بعقد مفسوخ وغيره، حتى لو باع عبداً فوجد المشتري به عيباً وفسخ البيع كان للبائع بيع العبد، وإن لم يسترده.

قال في «التتمة»: إلا إذا لم يؤد الثمن، فإن للمشتري حبه إلى استرجاع الثمن. ولو فسخ السلم لانقطاع السلم فيه، فللمسلم بيع رأس المال قبل استزاده، وكذا للبائع بيع المبيع إذا فسخ بإفلاس المشتري ولم يسترده بعد. ويجوز بيع المال في يد المشتعير والمستام، في يد المشتري والمتهب في الشراء والهبة الفاسدين، وكذا بيع المغصوب من الغاصب.

**الضرب الثاني:** المضمون بعوض في عقد معاوضة، فلا يصح بيعه قبل القبض لتوهم الانفساخ بتلفه، وذلك كالمبيع والأجرة، والعوض المصالح عليه عن المال.

وفي بيع المرأة الصداق قبل القبض، قولان مبيّنان على أن الصادق مضمون في يد الزوج ضمان اليد أو ضمان العقد، وموضع بيانهما «كتاب الصداق».

**والأصح:** أنه مضمون ضمان العقد، والقولان جاريان في بيع الزوج بدل الخلع قبل القبض، وبيع العاقبة عن القود المال المعقود عليه قبل القبض لمثل هذا المأخذ، والله أعلم. - ووراء ما ذكرنا صورة أخرى إذا تأملت لها لم يخف عليك، أن كل واحدة منها من أي ضرب هي:

فمنها: حكى صاحب «التلخيص» عن نص الشافعي - رضي الله عنه - أن الأرزاق التي يخرجها السلطان للناس، يجوز بيعها قبل القبض. فمن الأصحاب من قال: هذا إذا أفرزه السلطان، فتكون يد السلطان في الحفظ يد المفرز له، ويكفي ذلك لصحة البيع. ومنهم من لم يكتف بذلك، وحمل النص على ما إذا وكل وكيلاً بقبضه فقبضه

الوكيل، ثم باعه الموكل، وإلا فهو بيع شيء غير مملوك، وهذا ما أورده القفال في الشرح<sup>(١)</sup>.

ومنها: بيع أحد الغانمين نصيبه على الإشاعة قبل القبض، صحيح إذا كان معلوماً كما إذا كانوا خمسة، فالخمس لأهل الخمس، والباقي على خمسة أسهم، فيكون نصيب الواحد أربعة من خمسة وعشرين، هذا إذا حكمنا بثبوت الملك في الغنيمة، وفيما تملك به الغنيمة خلاف سيذكر في موضعه - إن شاء الله تعالى - .

ومنها: إذا رجع فيما وهب لولده له يبعه قبل استزاده.

وقال القاضي ابن كنج: ليس له ذلك.

ومنها: الشفيع إذا تملك الشفص.

قال في «التهديب»: له يبعه قبل القبض، وقال في «التتمة»: ليس له ذلك؛ لأن الأخذ بالشفعة معاوضة<sup>(٢)</sup>.

وللموقوف عليه أن يبيع الثمرة الخارجة من الشجرة الموقوفة قبل أن يأخذها.

ومنها: إذا استأجر صبأغاً ليصبغ له ثوباً وسلمه إليه، فليس للمالك يبعه، ما لم يصبغه لأن له أن يحبسه إلى أن يعمل ما يستحق به العوض، وإذا صبغه فله يبعه قبل الأستزاد إن وقى الأجرة، وإلا فلا؛ لأنه يستحق حبسه إلى استيفاء الأجرة.

ولو استأجر قصاراً لقصر وسلمه إليه، فلا يجوز يبعه ما لم يقصره، وإذا قصره فيبني على أن القصار عین، فتكون كمسألة الصبغ أو أثر فله البيع، إذ ليس للقصار الحبس، وعلى هذا قياس صوغ الذهب ورياضة الدابة ونسج العزل.

ومنها: إذا قاسم شريكه فيبيع ما صار له قبل القبض من الشريك على أن القسمة يبع أو إفراز.

ومنها: إذا أثبت صينداً بالرمي أو وقع في شبكته، فله يبعه وإن لم يأخذه، ذكره صاحب «التلخيص» في هذا الموضع.

قال القفال: وليس هو مما نحن فيه فإنه إذا أثبتته كان في قبضته حكماً.

(١) قال النووي: الأول أصح وأقرب إلى النص وقوله: وبه قطع القفال، يعني بعدم الاكتفاء لا بالتأويل المذكور، فإني رأيت في شرح التلخيص للقفال المنع المذكور. قال: ومراد الشافعي - رضي الله عنه - بالرزق، الغنيمة ولم يذكر غيره ودليل ما قاله الأول أن هذا القدر من المخالفة للقاعدة احتمال للمصلحة والرفق بالخير، لمسيب الحاجة، الروضة (٣/١٧١).

(٢) والثاني أقوى كما رجحه النووي في الروضة.



فرع: تصرف المشتري في زوائد المبيع قبل القبض، مثل الولد والثمرة بينى على أنها تعود إلى البائع لو عرض انفساخ أو لا تعود إن عادت لم يتصرف فيها كما في الأصل، وإلا تصرف.

ولو كانت الجارية حاملاً عند البيع، وولدت قبل القبض، إن قلنا: الحمل يقابله قسط من الثمن لم يتصرف فيه، وإلا فهو كالولد الحادث بعد البيع.

قال الغزالي: **وَالْمَبِيعُ سِوَاءَ كَانَ مَنْقُولًا أَوْ عَقَارًا (ح) فَيَمْتَنِعُ (م) بَيْعُهُ قَبْلَ الْقَبْضِ، وَإِنْ كَانَ دَيْنًا كَالْمُسْلَمِ فِيهِ فَكَمِثْلُ (م)، وَكُلُّ دَيْنٍ ثَبَتَ لَا بِطَرِيقِ الْمُعَاوَضَةِ بَلْ بِقَرْضٍ أَوْ بِإِتْلَافٍ فَيَجُوزُ الْإِسْتِبدَالُ عَنْهُ وَلَكِنْ بِشَرْطِ قَبْضِ الْبَدْلِ فِي الْمَجْلِسِ عَلَى الْأَصْح، وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الدَّيْنِ مِنْ غَيْرِ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ عَلَى الْأَصْح، وَالْأَظْهَرُ مَنْعُ الْحَوَالَةِ بِالْمُسْلَمِ فِيهِ، وَعَلَيْهِ لِأَنَّ فِي الْحَوَالَةِ مَعْنَى الْأَعْتِيَاضِ، وَيَجُوزُ (و) أَنْ يَسْتَبْدَلَ عَنِ الثَّقْدِ بِالثَّقْدِ وَإِنْ كَانَ ثَمَنًا (و) لِلْحَدِيثِ هَذَا إِذَا لَمْ يَكُنْ مُعَيَّنًا، فَإِنْ عُيِّنَ تَعَيَّنَ (ح)، وَأَمْتَنَعَ (ح) الْأَسْتِبدَالُ عَنْهُ، وَأَنْفَسَخَ الْعَقْدُ بِتَلْفِهِ (ح).**

قال الراجعي: قوله: «والمبيع سواء كان منقولاً أو عقاراً فيمتنع بيعه قبل القبض» كأنه قصد به التعرض لمذهب أبي حنيفة - رحمه الله - في العقار والتدرج به، إلى ذكر ما إذا كان المبيع ديناً، وإلا فقد سبق ما يعرف منه امتناع بيع المبيع قبل القبض.

وشرح الفصل يحوج إلى تقديم وتأخير في مسائله، فلا نبأ بذلك.

اعلم أن من مسائل القسم الأول، وهو أن يكون المستحق عيناً في يد الغير، ما إذا باع متاعاً بدراهم أو دنانير معينة، فليس للبائع التصرف فيهما قبل القبض، وذلك لأن الدرهم والدنانير متعينان بالتعيين كالمبيع، فلا يجوز للمشتري إبدالها بمثلها، ولو تلفت قبل القبض انفسخ البيع، ولو وجد البائع بها عيباً لم يستبدلها، بل يرضى بها أو يفسخ العقد، وبهذا قال أحمد.

وقال أبو حنيفة: لا تتعين، ويجوز إبدالها بمثلها، وإذا تلفت قبل القبض لا يفسخ العقد، وإذا وجد بها عيباً له الاستبدال.

لنا القياس على طرف البيع، وأيضاً فإن الدراهم والدنانير يتعينان في الغضب والوديعة، فكذلك هاهنا.

ولو أبدلها بمثلها أو بغير جنسها برضا البائع، فهو كبيع المبيع من البائع.

القسم الثاني: الدين في ذمة الغير، وهو على ثلاثة أضرب؛ لأنه إما أن يكون مثمناً أو ثمنياً أو لا مثمناً ولا ثمنياً.

وقبل الشروع في هذه الأضرِب نذكر أصلاً، وهو: أن الثمن ماذا والمثمن ماذا؟  
وجملة ما قيل فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أن الثمن ما ألصق به الباء، لأن هذه الباء تسمى باع الثمين ويحكي هذا عن القفال.

والثاني: أن الثمن: هو النقد؛ لأن أهل العرف لا يطلقون اسم الثمن على غيره، والمثمن ما يقابل ذلك على اختلاف الوجهين:

والثالث، وهو الأصح: أن الثمن: هو النقد والمثمن ما يقابله، فإن لم يكن في العقد نقد، أو كان العوضان نقدين، فالثمن ما ألصق به الباء والمثمن ما يقابله.

ولو باع أحد النقيدين بالآخر، فعلى الوجه الثاني، لا مثمن فيه، ولو باع عرضاً بعرض فعلى الوجه الثاني لا ثمن فيه، وإنما هو مقابضة. ولو قال: بعتك هذه الدراهم بهذا العبد. فعلى الوجه الأول العبد ثمن، والمثمن الدراهم. وعلى الثاني والثالث في صحة العقد وجهان، كالتسليم في الدراهم والدنانير، لأنه جعل الثمن مثمناً، فإن صححنا فالعبد مثمن. ولو قال: بعتك هذا الثوب بعبد ووصفه صح العقد.

فإن قلنا: الثمن ما ألصق به الباء فالعبد ثمن، ولا يجب تسليم الثوب في المجلس، وإن لم نقل بذلك ففي وجوب تسليم الثوب وجهان.

في وجه: لا يجب، إذ لم يجر بينهما لفظ السلم.

وفي وجه: يجب اعتباراً بالمعنى.

إذا عرفت هذه المقدمة.

فالضرب الأول: المثمن وهو المسلّم فيه فلا يجوز الاستبدال عنه ولا بيعه<sup>(١)</sup> من

غيره.

رُوِيَ عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ، فَلَا يَضْرِفُهُ إِلَّا غَيْرُهُ»<sup>(٢)</sup>.

وأيضاً فإن المبيع مع تعيينه لا يجوز بيعه قبل القبض، فالمسلم فيه مع كونه مرسلأ

في الذمة أولى، وهل للحوالة مدخل في المسلم فيه؟

(١) اعلم أن المبيع الثابت في الذمة إذا عقد عليه بغير لفظ السلم ليس مسلماً على الصحيح كما ستعرفه في السلم ومع ذلك فلا يعتاض عنه بلا شك.

(٢) أخرجه أبو داود ٣٤٦٨ وابن ماجه ٢٢٨٣ وإسناده ضعيف، وقال البيهقي: والاعتماد على حديث النهي عند بيع الطعام حتى يستوفي.

إما به، بأن يحيل المسلم إليه بحقه على مَنْ له عليه دين قرض أو إتلاف.  
 وإما عليه، بأن يحيل المسلم من له عليه دين قرض أو إتلاف على المسلم إليه،  
 فيه ثلاثة أوجه:

أصحها: لا، لما فيه من تبديل المسلم فيه بغيره.

والثاني: نعم، تخريجاً على أن الحوالة استيفاء وإيفاء لا اعتياض.

والثالث: لا تجوز الحوالة عليه؛ لأنها بيع سلم بدين، وتجاوز الحوالة به على القرض ونحوه؛ لأن الواجب على المسلم إليه توفير الحق على المسلم، وقد فعل هكذا. حكى الوجه الثالث إمام الحرمين وهو حاصل ما رواه القاضي ابن كج عن أبي علي الطبري، وأبي الحسين بعد رواية الوجه الثاني عن ابن الوكيل.

وعكس صاحب الكتاب - رحمه الله - الوجه الثالث في «الوسيط» وقال: تجوز الحوالة عليه؛ ولا تجوز به، ولا أخاله<sup>(١)</sup> ثباً.

الضرب الثاني: الثمن، فإذا باع بدراهم أو دنانير في الذمة، ففي الاستبدال عنها قولان:

القديم: أنه لا يجوز، لمطلق النهي عن بيع ما لم يقبض، وأيضاً فإنه عوض في معاوضة، فأشبهه المسلم فيه.  
 والجديد: الجواز.

لما روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - قال: «كُنْتُ أبيعُ الإِبِلَ بِالبَقِيعِ بالدَّنَانِيرِ، وَأأخُذُ مَكَانَهَا الوَرِقَ، وَأبيعُ بالوَرِقِ، وَأأخُذُ مَكَانَهَا الدَّنَانِيرِ، فَاتَيْتُ النَّبِيَّ ﷺ فَسَأَلْتُهُ عَن ذَلِكَ، فَقَالَ: لَا بَأْسَ بِهِ بِالقِيمَةِ».

ويروى أنه قال: «لَا بَأْسَ إِذَا تَفَرَّقْتُمَا وَلَيْسَ بَيْنَكُمَا شَيْءٌ»<sup>(٢)</sup>.

وعن القاضي أبي حامد وأبي الحسين - رحمهما الله -: القطع بالقول الثاني.

وإذا باع شيئاً بغير الدراهم والدنانير في الذمة، فجواز الاستبدال عنه يبنى على أن الثمن ما ألصق به باء الثمنين أو غيره.

إن قلنا: إنه هو، فيجوز الاستبدال عنه كالنقدين، وادعى في «التهذيب»: أنه المذهب. وإن لم تُثقل بذلك فلا يجوز، لأن ما ثبت في الذمة مثنياً لا يجوز أن يستبدل

(١) أي لا أظن أن هذا النقل ثابت عن الأصحاب.

(٢) أخرجه أبو داود (٣٣٥٤، ٣٣٥٥) والترمذي (١٢٤٢) والنسائي ٢٨١/٧ وابن ماجه ٢٢٦٢ وابن حبان، ذكره الهيثمي في الموارد ١١٢٨ والحاكم ٤٤/٢ والبيهقي ٢٨٤/٥.

عنه، والأجرة كالثمن والصداق وبدل الخلع، كذلك إن قلنا: إنهما مضمونان ضمان عقد، وإلا فهما كبديل الإلتلاف التفريع: إن منعنا الاستبدال عن الدراهم، فذاك في استبدال العروض عنها، فأما استبدال نوع منها عن نوع، أو استبدال الدنانير عن الدراهم، ففيه وجهان عن صاحب «التقريب» لاستوائهما في مقصود الزواج، وإن جوزنا الاستبدال عنها وهو الصحيح فلا فرق بين بدل وبدل، ثم ينظر إن استبدل عنها ما يوافقها في علة الربا، كما إذا استبدل عن الدراهم الدنانير، فيشتروا قبض البلد في المجلس، وكذا إذا استبدل عن الحنطة المبيع بها شعيراً، إن جوزنا ذلك ففي اشتراط تعيين البديل عند العقد وجهان:

أحدهما: يشترط، وإلا فهو بيع دين بدين.

وأصحهما: أنه لا يشترط كما لو تصارفا في الذمة، ثم عينا وتقابضا في المجلس. وإن استبد عنها ما لا يوافقها في علة الربا، كما إذا استبدل عن الدراهم طعاماً أو ثياباً، نظر إن عين البديل جاز، وهل يشترط قبضه في المجلس؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، وهو اختيار الشيخ أبي حامد، ويحكي عن أبي إسحاق؛ لأن أحد العوضين دين فيشترط قبض الثاني كراس ملك السلم.

وأصحهما عند الإمام وصاحب «التهذيب»: أنه لا يشترط، كما لو باع ثوباً بدرهم في الذمة، لا يشترط قبض الثوب في المجلس، ويحكي هذا عن ابن سريج.

وإن لم يعين البديل، ولكن كان موصوفاً في الذمة، فعلى ما سبق من الوجهين إن جوزنا فلا بد من التعيين في المجلس، وفي اشتراط القبض الوجهان<sup>(١)</sup>.

الضرب الثالث: ما ليس بثمن ولا مضمن كدين القرض والإلتلاف، فيجوز الاستبدال عنه بلا خلاف<sup>(٢)</sup>، كما لو كان في يده عين مال بغصب أو غارية، يجوز بيعه

(١) فتلخص أن هذا القسم وهو غير الموافق لا يشترط تعيينه في العقد ولا في قبضه في المجلس على الأصح بل تعيينه فيه، وعلى هذا يكون قولهم إن ما في الذمة لا يتعين إلا بالقبض محمول على ما بعد اللزوم أما قبله فيتعين رضاهما ويترك ذلك منزلة الزيادة والمط. هكذا قاله في المطلب، والذي قاله جيد وهو يقتضي إلحاق زمن خيار الشرط في ذلك بخيار المجلس.

(٢) ذكره في المحرر وعلمه في الشرحين باستقراره بخلاف دين السلم. وقوله: والإلتلاف يشعر بأنه أي الإلتلاف. إذا اقتضى إيجاب المثل في المثل أو إيجاب ما ليس بقيمة المتلف ولا مثله كالدرهم المأخوذة في الحكومات وغير ذلك لا يصح الاستبدال عنه وليس كذلك بل يجوز لكونه مستقراً ويؤخذ منه الجواز في مسائل:

منها: الدين الموصى به، والواجب بتقدير الحاكم في المتعة أو بسبب الضمان وكذلك زكاة الفطر إذا كان الفقراء محصورين وغير ذلك، وفي الدين الثابت نظر محتمل تخريجه على أن الحوالة بيع أم لا، ويحتمل أن ينظر إلى أصله وهو المحال فيعطى حكمه.

منه ويفارق المسلم فيه فإنه غير مستقر لجواز أن يطراً ما يقتضي انفساخ السلم، وهذا مستقر. ثم الكلام في اعتبار التعيين والقبض على ما سبق.

وفي «الشامل» أن القرض إنما يستبدل عنه إذا استهلكه، أما إذا بقي في يده فلا، لأننا إن قلنا: إن القرض يملك بالقبض فبدله غير مستقر في الذمة؛ لأن للمقرض أن يرجع في عينه، وإن قلنا: يملك بالتصرف، فالمستقرض متسلط عليه وذلك يوجب ضعف ملك المقرض، فلا يجوز الاعتياض عنه - والله أعلم -.

ولا يجوز استبدال المؤجل عن الحال ويجوز العكس، وكان من عليه المؤجل قد عجله. واعلم: أن الاستبدال بيع ممن عليه الدين وقد تبين حكمه، فأما بيعه من غير ممن عليه كما إذا كان على إنسان مائة، فاشتري من آخر عبداً بتلك المائة فقولان: أحدهما: أنه يجوز، كيبعه ممن عليه.

وأصحهما: المنع لعدم القدرة على التسليم، وعلى الأول يشترط أن يقبض مشتري الدين من عليه، وأن يقبض بائع الدين العوض في المجلس، حتى لو تفرقا قبل قبض أحدهما بطل العقد<sup>(١)</sup>.

ولو كان له دين على إنسان، ولآخر مثله على ذلك الإنسان، فباع أحدهما ما له عليه بما لصاحبه وقبل الآخر لم يصح، إن اتفق الجنس أو اختلف. «لِنَهْيِهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ الْكَالِيِّ بِالْكَالِيِّ»<sup>(٢)</sup>. وقوله في الكتاب: «وكل دين ثبت لا بطريق المعاوضة، بل بقرض أو بإتلاف» لا شبهة أن دين الإتلاف ثبت لا بطريق المعاوضة.

وأما دين القرض فسيأتي في فصل القرض: - إن شاء الله تعالى - أنه ليس على سبيل المعاوضات أيضاً. وقوله: «ولكن يشترط قبض البدل في المجلس على الأصح» أي: من الوجهين، وترجيح وجه الاشتراط خلاف ما ذكرنا عن اختيار الإمام وصاحب «التهذيب»، لكنه متأكد بظاهر نصه في «المختصر»، وبه قال جماعة من الأصحاب.

وقوله: «ويجوز أن يستبدل عن النقد بالنقد وإن كان ثمناً»، أي: استبدال أحد النقدين عن الآخر لا يختص بدين القرض والإتلاف، بل يجري في الثمن أيضاً، وليعلم قوله: «وإن كان ثمناً» بالواو للقول الآخر، وأراد بالحديث ما روينا عن ابن عمر - رضي الله عنهما -.

قال الغزالي: «أما صورة القبض فيحكم فيه بالعادة، ففي المقار يكفي فيه التحلية،

(١) قال النووي الأظهر الصحة.

(٢) أخرجه الدارقطني ٧١/٣، ٧٢، والحاكم ٥٧/٢ والبيهقي ٢٩٠/٥.

وَفِي الْمَنْقُولِ يَكْفِي فِيهِ الثَّقُلُ، وَلَا يَكْفِي التَّخْلِيَةَ (م ح)، وَقَدْ قِيلَ: يَخْضَلُ أَنْتَقَالَ  
الضَّمَانِ بِالتَّخْلِيَةِ، وَمَا يُشْتَرَى مُكَائِلَةً فَتَمَامُ الْقَبْضِ فِيهِ بِالثَّقُلِ، وَالكَئِيلِ، فَإِذَا اشْتَرَى  
مُكَائِلَةً وَبَاعَ مُكَائِلَةً فَلَا بُدَّ لِكُلِّ بَيْعٍ (و) مِنْ كَيْلٍ جَدِيدٍ لِيَتِمَّ الْقَبْضُ لِلْحَدِيثِ.

قال الرافعي: قد تم بيان الأمر الأول، وهو حكم القبض وثمرته، وهذا أول  
الشروع في الأمر الثاني، وهو أن القبض بم يحصل؟ والقول الجملي فيه: أن الرجوع  
فيما يكون قبضاً إلى العادة، ويختلف بحسب اختلاف المال. وتفصيله: أن المال إما أن  
يباع من غير اعتبار تقدير فيه، أو يباع معتبراً فيه تقدير.

الحالة الأولى: أن لا يعتبر فيه تقدير، إما لعدم إمكانه أو مع إمكانه، فينظر إن  
كان المبيع ممّا لا ينقل كالدار والأراض، فقبضه بالتخلية بينه وبين المشتري، وتمكينه  
من اليد والتصرف بتسليم المفتاح إليه، ولا يعتبر دخوله وتصرفه فيه، ويشترط كونه  
فارغاً عن أمتعة البائع<sup>(١)</sup>، فلو باع داراً فيها أمتعة للبائع توقف التسليم على تفرغها،  
وكذا لو باع سفينة مشحونة بأمتعة لكون البائع مستعملاً للمبيع متفعلاً به<sup>(٢)</sup>.

ولو جمع البائع متاعه في بيت من الدار، وخلق بين المشتري وبين الدار، حصل  
القبض فيما عدا ذلك البيت.

وفي اشتراط حضور المتبايعين عند المبيع ثلاثة أوجه منقولة في «التهديب».  
أحدها: يشترط، فإن حضرا عنده، وقال البائع للمشتري: دونك هذا ولا مانع  
حصل القبض، وإلا فلا.

والثاني: أنه يشترط حضور المشتري عنده دون البائع ليتأتى إثبات اليد عليه.  
والثالث، هو الأظهر: أنه لا يشترط حضور واحد منهما؛ لأن ذلك قد يشق، فإذا  
خلق بينه وبين المبيع، فقد أتى بما عليه فليتصرف، وعلى هذا فهل يشترط أن يمضي  
زمان إمكان المضي إليه؟ فيه وجهان:

الأصح: الاشتراط وفي معنى العقار الشجر الثابت، والتمر المبيعة على الشجرة  
قبل أوان الجذاذ. وإن كان المبيع من جملة المنقولات، فالمذهب المشهور، وبه قال

(١) قال الأذري في القوت: أمتعة المستعير والمستأجر والموصى له بالمنفعة والغاصب كأمتعة البائع  
إلا أن يكون هو المشتري فالظاهر أنه لا يشترط التفريع منها لصحة القبض. قال: وزعم شارح أن  
تقييده بأمتعة البائع يخرج ما عداه وإخراج أمتعة غير المشتري غلط فاحذره. وقال في الخادم:  
التقييد بأمتعة البائع خرج مخرج الغالب أي فلا مفهوم له، ثم ذكر ما ذكره الأذري.

(٢) وقد حكى الرافعي بعد هذا وجهاً عند بيع الأرض المزروعة في باب الألفاظ المطلقة في البيع،  
أنه لا يصح بيع الدار المشحونة، وأن إمام الحرمين، ادعى أنه ظاهر المذهب. قلت المحكي  
هناك إنما هو في صحة القبض لا في صحة البيع. ينظر روضة الطالبين ٣/١٧٥.

أحمد: أنه لا يكفي فيه التخلي، بل لا بد من النقل والتحويل.

وقال مالك وأبو حنيفة: إنه يكفي التخلي كما في العقار، وعن رواية حرمله قول مثله، وفيه وجه آخر: أن التخلي كافية لنقل الضمان إلى المشتري غير كافية للتسلط على التصرف؛ لأن البائع أتى بما عليه والمقصر المشتري حيث لم ينقل، فليثبت ما هو حق البائع. وجه ظاهر المذهب ما روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - قال: «كُنَّا نَشْتَرِي الطَّعَامَ مِنَ الرُّكْبَانِ جُزْأَفًا، فَتَهَانَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ نَبِيعَهُ حَتَّى نَنْقُلَهُ مِنْ مَكَانِهِ»<sup>(١)</sup>.

وأيضاً فإن العادة في قبض المنقول النقل، فعلى هذا يأمر العبد بالانتقال من موضعه، ويسوق الدابة أو يقودها<sup>(٢)</sup>.

وإذا كان المبيع في موضع لا يختص بالبائع كموت ومسجد وشارع، أو في موضع يختص بالمشتري، فالتنقل من حيز إلى حيز كافٍ. وإن كان في دار البائع أو في بقعة مخصوصة به، فالتنقل من زاوية إلى زاوية، أو من بيت إلى داره أو من دار إلى بيت آخر بدون إذن البائع لا يكفي لجواز التصرف، ولكن يكفي لدخوله في ضمانه، وإن نقل بإذنه حصل القبض، وكأنه استعار ما نقل إليه المال. ولو اشترى الدار صح أمتعة فيها صفقة واحدة، فخلى البائع بينه وبينها حصل القبض في الدار، وفي الأمتعة وجهان:

أصحهما: أنه لا بد فيها من النقل كما لو بيعت وحدها.

والثاني: أن القبض يحصل فيها أيضاً تبعاً، وبهذا أجاب الماوردي، وزاد فقال: لو اشترى صبرة ولم ينقلها حتى اشترى الأرض التي عليها الصبرة، وخلى البائع بينه وبينها حصل القبض في الصبرة<sup>(٣)</sup>.

ولو لم يتفقا على القبض، ولكن جاء البائع بالمبيع وامتنع المشتري من قبضه أجبره الحاكم عليه، فإن أصر أمر الحاكم من يقبضه عنه، كما لو كان غائباً<sup>(٤)</sup>.

ولو جاء البائع بالمبيع فقال المشتري: ضعه، فوضعه بين يديه حصل القبض،

(١) أخرجه البخاري (٢١٣١، ٢١٣٧) ومسلم ١٥٣٦.

(٢) ولا يكفي استعماله [الدابة] وركوبها بلا نقل، وكذا وطء الجارية على الصحيح. ذكره في «البيان». قال في المهمات: صورته إذا كان بغير إذن البائع، فإن كان بإذنه حصل القبض.

(٣) قال النووي: قال ولو استأجرها، فوجهان. الصحيح: أنه ليس قبضاً.

(٤) قيل كيف يلتم هذا مع قوله بعد أنه لو وضعه بين يديه ولم يقل المشتري شيئاً أو قال لا أريده، حصل القبض على الأصح. والجواب: أنه مفرغ على الوجه المرجوح فيما إذا قال المشتري لا أريده أنه لا يحصل به القبض. قال في الخادم: كذا صرح لرفعة في الكفاية، ثم قال: ومقتضى ما وجه به الإمام عدم حصول القبض أن لا يجبره الحاكم ولا يستنسب من يقبض عنه.

وإن وضعه بين يديه ولم يقل المشتري شيئاً أو قال: لا أريده، فوجهان:

أحدهما: أنه لا يحصل القبض، كما لا يحصل به الإيداع.

وأصحهما: يحصل لوجوب التسليم، كما لو وضع الغاصب المغصوب بين يدي المالك يبرأ عن الضمان، فعلى هذا للمشتري التصرف فيه، ولو تلف فهو من ضمانه، لكن لو خرج مستحقاً، ولم يجر إلا وضعه بين يديه، فليس للمستحق مطالبة المشتري بالضمان؛ لأن هذا القدر لا يكفي لضمان الغصب.

ولو وضع المديون الدين بين يدي مستحق الدين، ففي حصول التسليم خلاف مرتب على البيع، وهذه الصورة أولى بعدم الحصول لعدم تعيين الملك.

وهل للمشتري الاستقلال بنقل المبيع؟ إن كان قد وقى الثمن، أو كان الثمن مؤجلاً فنعم، كما أن للمرأة قبض الصداق بدون إذن الزوج إذا سلمت نفسها، وإلا فلا وعليه الرد؛ لأن البائع مستحق الحبس لاستيفاء الثمن ولا ينفذ تصرفه فيه، لكن يدخل في ضمانه.

فروع: دفع ظرفاً إلى البائع، وقال: اجعل المبيع فيه ففعل لا يحصل التسليم، إذ لم يوجد من المشتري ما هو قبض والظرف غير مضمون عليه، لأنه استعمله في ملك المشتري بإذنه، وفي مثله في السلم يكون الظرف مضموناً على المسلم إليه؛ لأنه استعمله في ملك نفسه.

ولو قال للبائع: أعرنى ظرفك، واجعل المبيع فيه ففعل، لا يصير المشتري قابضاً أيضاً.

الحالة الثانية: أن يباع الشيء مع اعتبار تقدير فيه كما إذا اشترى ثوباً، أو أرضاً مُدَارَعَةً، أو متاعاً موازنة، أو صُبْرَةً حِنْطَةً مُكَائِلَةً، أو معدوداً بالعدّد فلا يكفي للقبض ما مر في الحالة الأولى، بل لا بُدَّ مع ذلك من الدرع أو الوزن أو الكيل أو العد؛ وكذا لو أسلم في أصع أو إناء من طعام، لا بد في قبضه من الكيل أو الوزن، فلو قبض جُزَافاً ما اشتراه مُكَائِلَةً دخل المقبوض في ضمانه، وأما تصرفه فيه بالبيع ونحوه، فإن باع الكل لم يصح؛ لأنه قد يزيد على القدر المستحق.

وإن باع ما يستيقن أنه له، فوجهان عن أبي إسحاق: أنه يصح.

وقال ابن أبي هريرة، وساعده الجمهور: لا يصح لعدم القبض المستحق بالعقد.

وقبض ما اشتراه كيلاً بالوزن ووزناً بالكيل كقبضه جُزَافاً.

ولو قال الدافع: خذه فإنه كذا، فأخذه مصداقاً له، فالقبض فاسد أيضاً حتى يجري

اكتيال صحيح، فإن زاد رد الزيادة، وإن نقص أخذ الباقي.



ولو تلف المقبوض، فزعم الدافع أنه كان قدر حقه أو أكثر؛ وزعم المدفوع إليه أنه كان دون حقه أو قدره، فالقول: قوله.

قال الشيخ أبو حامد وغيره: ومعنى التصديق المذكور في صورة المسألة أن يحمل خبره على الصدق، ويأخذه بناء عليه، فأما إذا أقر بجريان الكيل لم يسمع منه خلافه، وفسر إمام الحرمين البيع مَكَايِلَة، بأن يقول: بِعْتِكَ هَذِهِ الصُّبْرَةَ كُلَّ صَاعٍ بَدْرَهُمْ، وَهُوَ مِنْ صَوْرَهَا.

ومنها: أن يقول: بعتكها على أنها عشرة أصع.

ومنها: أن يقول: بعتك عشرة أصع منها، وهما يعلمان صيعانها أو لا يعلمان إذا جوزنا ذلك.

وإذا اعتبر في المبيع كيل أو وزن، فليس على البائع الرضا بكيل المشتري، وعلى المشتري الرضا بكيل البائع، بل يتفقان على كَيْالٍ، فإن لم يتراضيا نصب الحاكم أميناً يتولاه ذكره في «الحاوي».

ولو كان لزيد طعام على رجل سلماً، ولآخر مثله على زيد، فأراد زيد أن يوفي ما عليه مما له على الآخر، فقال: اذهب إلى فلان، واقبض لنفسك مما لي عليه، فقبضه فهو فاسد، وكذا لو قال: احضر معي لأقبضه وأكتاله لك وفعل، لما روي عن النبي ﷺ مرسلًا ومسنداً أنه: «نَهَى عَنِ بَيْعِ الطَّعَامِ حَتَّى يَجْرِيَ فِيهِ الصَّاعَانِ، يَعْنِي صَاعَ الْبَائِعِ وَصَاعَ الْمُشْتَرِي»<sup>(١)</sup>.

وعلى هذا الخبر بناء مسائل الباب.

وإذا فسد القبض فالمقبوض مضمون على الآخذ، وهل تبرأ ذمة الدافع عن حق زيد؟ فيه وجهان:

أصحهما: نعم، وهما مبنيان على القولين، فيما إذا باع نجوم الكتابة وقبضها المشتري، هل يعتق المكاتب؟

فإن قلنا: لا يبرأ، فعلى القابض رد المقبوض إلى الدافع.

ولو قال زيد: اذهب إليه واقبضه لي، ثم قبضه مني لنفسك بذلك الكيل، أو قال: احضر معي لأقبضه لنفسي، ثم تأخذه أنت بذلك الكيل ففعل، فقبضه لزيد في المسألة الأولى، وقبض زيد لنفسه في الصورة الثانية صحيح، وتبرأ ذمة الدافع عن حقه، والقبض الآخر فاسد، والمقبوض مضمون عليه، وفي قبضه لنفسه في الصورة

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٢٢٨) الدارقطني ٨/٣ والبيهقي ٣١٦/٥.

الأولى وجه آخر: أنه صحيح، وسنذكره في نظائره، ويؤيده أنه لو كان المبيع في يد المشتري عند البيع صح قبضه لنفسه على تفصيل سيأتي - إن شاء الله تعالى - في «الرهن» فإن حجة الإسلام ذكر طرفاً منه هناك.

ولو اكتال زيد وقبضه لنفسه، ثم كاله على مشتريه وأقبضه، فقد جرى الصّاعان وضح القبضان، ثم إن كان وقع في الكيل الثاني زيادة أو نقصان، ينظر إن كان قدر ما يتفق بين الكيلين، فالزيادة لزيد والنقصان عليه ولا رجوع له، وإن كان كثيراً تبين أن في الكيل الأول غلطاً أو تغليطاً فيرد زيد الزيادة، ويرجع بالنقصان.

ولو أن زيداً لما اكتاله لنفسه لم يخرج من المكيال وسلّمه كذلك إلى مشتريه فوجهان:

أحدهما: أنه لا يصح القبض الثاني، حتى يخرج ويبتدىء كيلاً.

وأظهرهما عند الأكثرين: أن استدامته في المكيال كابتداء الكيل، وهذه الصورة كما تجري في ديني السلم تجري أيضاً فيما إذا كان أحدهما مستحقاً بالسلم، والآخر بقرض أو إتلاف.

ونختم شرح الفصل بكلامين في شرح لفظ الكتاب:

أحدهما: قوله: «تمام القبض فيه بالنقل والكيل»، لفظ التمام إنما كان يحسن أن لو اقتصر على ذكر الكيل ليكون ذلك إشارة إلى النقل الكافي، فما سبق غير كافٍ هاهنا، بل لا بد من تنمة له وهو الكيل، أما إذا وقع التعرض للأمرين جميعاً، فلفظ التمام مستغنى عنه.

والثاني: قوله: «فلو اشترى مكايلة وباع مكايلة»، يمكن تنزيهه على صورة السلم، ويمكن أن يكون شراء المعين وبيعه مراداً، ولكن البيع حيثئذ يقع بعد ما اكتاله لنفسه، وإلاً فهو باطل لكونه قبل القبض، وظاهر قوله: «فلا بد من كيل جديد»، يوافق الوجه الذاهب إلى أن استدامته في المكيال غير كافية.

وقوله: «ولا تكفي التخلية»، يجوز إعلامه بالحاء والميم والواو لما رواه حرمله.

وقوله: «يحصل انتقال الضمان بالتخلية» بالألف.

فرع: مؤنة الكيل الذي يفتقر إليه القبض على البائع، كمؤنة إحضار المبيع الغائب، ومؤنة وزن الثمن على المشتري لتوقف التسليم عليه، ومؤنة نقد الثمن هل هي على البائع أو المشتري، وحكى صاحب «الحاوي» فيه وجهين<sup>(١)</sup>.

(١) ينبغي أن يكون الأصح أنها على البائع قال في المطلب أنه الأشبه.

قال الغزالي: **وَلَيْسَ لِأَحَدٍ (و) أَنْ يَقْبِضَ لِنَفْسِهِ مِنْ نَفْسِهِ فَيَتَوَلَّى الطَّرْفَيْنِ، إِلَّا الْوَالِدَ يَقْبِضُ لِوَالِدِهِ مِنْ نَفْسِهِ، وَلِنَفْسِهِ مِنْ وَلَدِهِ كَمَا يَفْعَلُ ذَلِكَ فِي طَرَفِي الْبَيْعِ.**

قال الرافعي: للمشتري أن يوكل بالقبض، كما له أن يوكل بالعقد، وكذا للبائع أن يوكل بالإقباض، ويعتبر في ذلك أمران:

أحدهما: أن لا يوكل المشتري من يده يد البائع كعبده ومُستولده ولا بأس بتوكيل ابنه وأبيه ومُكاتبه، وفي توكيل عبده المأذون في التجارة وجهان: أصحهما: أنه لا يجوز.

ولو قال للبائع: **وَكُلِّ مِنْ يَقْبِضُ لِي مِنْكَ ففعل جاز، ويكون وكيل المشتري، وكذا لو وكل البائع بأن يأمر مَنْ يشتري منه للموكل.**

**والثاني:** ألا يكون القابض والمقبض واحداً، فلا يجوز أن يوكل البائع رجلاً بالإقباض وبوكالة المشتري بالقبض كما لا يجوز أن يوكله هذا بالبيع، وذلك بالشراء ليتولى الطرفين.

ولو كان عليه طعام أو غيره من سلم أو غيره، فدفع إلى المستحق دراهم، وقال: **أشتر بها مثل ما تستحقه واقبضه لي ثم اقبضه لنفسك، ففعل صحَّ الشراء والقبض للموكل، ولا يصح قبضه لنفسه لأتحد القابض والمقبض، وامتناع كونه وكيلاً لغيره في حق نفسه، هذا هو المشهور.**

وحكى المسعودي وجهاً: أنه يصح قبضه لنفسه، وإنما المُمْتنع أن يقبض من نفسه لغيره، ولو قال: **أشتر بهذه الدراهم لي واقبضه لنفسك، ففعل صحَّ الشراء ولم يصح قبضه لنفسه؛ لأن حق الإنسان لا يتمكن الغير من قبضه لنفسه، ويكون المقبوض مضموناً عليه، وهل تبرأ ذمة الدافع عن حق الموكل، فيه ما مر من الوجهين.**

ولو قال: **أشتر لنفسك، فالتوكيل فاسد، إذ كيف يشتري بمال الغير لنفسه، وتكون الدراهم أمانة في يده؛ لأنه لم يقبضها ليمتلكها، فإن اشترى نظر إن اشترى في الذمة وقع عنه، وأدى الثمن من ماله، وإن اشترى بعينها فهو باطل، وذكر ابن سُرَيْج وجهاً: أنه صحيح. ولو أذن لمستحق الحنطة أن يكتال من الصبرة حقه، ففيه وجهان:**

**أصحهما:** أنه لا يجوز؛ لأن الكيل أحد رُكني القبض، وقد صار نائباً فيه من جهة البائع متاصلاً لنفسه.

**والثاني:** يجوز؛ لأن المقصود منه معرفة المقدار والمقبض هو البائع.

ويستثنى عن الشرط الثاني ما إذا اشترى الأب لابنه الصغير من مال نفسه، أو

لنفسه من مال ابنه الصغير، فإنه يتولى طرفي القبض كما يتولى طرفي البيع، وهل يحتاج إلى النقل والتحويل في المنقول؟ روى القاضي الماوردي فيه وجهين:

والأظهر: اعتباره كما يعتبر الكيل إذا باع بالكيل.

وقوله في الكتاب: «وليس لأحد أن يقبض لنفسه» يجوز إعلامه بالواو لما رواه المسعودي، ثم هذا اللفظ غير مُجْرَى على إطلاقه لما استعرفه - إن شاء الله تعالى - فيما إذا كان المبيع في يد المشتري.

وقوله: «إلا الوالد يقبض لولده من نفسه، استثناء منقطع، وإلا فهو غير داخل في قبض الإنسان لنفسه من نفسه، هذا تمام الكلام في صورة القبض. وينبغي أن نتذكر الآن ما مرَّ أن إتلاف المشتري المبيع<sup>(١)</sup> قبض، وإن لم توجد فيه هذه الصورة.

وقبض الجزء الشائع إنما يحصل بتسليم الجميع، ويكون ما عدا المبيع أمانة في يده<sup>(٢)</sup>، ولو طلب القسمة قبل القبض.

قال في «التتمة»: يجاب إليه.

أما إذا جعلنا القسمة إفراراً فظاهر.

أما إذا جعلناها بيعاً، فإن الرضا غير معتبر فيه؛ لأن الشريك يجبر عليه، وإذا لم يعتبر الرضا جاز أن لا يعتبر القبض كما في الشفعة. - والله أعلم -.

قال الغزالي: وَأَمَّا وَجُوبُ التَّسْلِيمِ بَعْمُ الطَّرْفَيْنِ وَالْبَدَأَةُ بِالْبَائِعِ (ح م) فِي قَوْلِ، وَبِالمُشْتَرِي فِي قَوْلِ، وَتَسَاوِيَانِ (م ح) فِي أَعْدَلِ الأَقْوَالِ فَمَنْ أِبْتَدَأَ أَجْبَرَ صَاحِبَهُ، فَإِنْ سَلَّمَ البَائِعُ طَالِبَ المُشْتَرِي بِالثَّمَنِ مِنْ سَاعَتِهِ، فَإِنْ كَانَ مَالُهُ غَائِباً أَشْهَدَ عَلَيَّ وَقَفَّ مَالِهِ أَيْ حَجَرَ عَلَيْهِ (و)، فَإِنْ وَقَى أَطْلَقَ الوَقْفَ عَنْهُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ فَهُوَ مُفْلِسٌ، وَالبَائِعُ أَحَقُّ (ح) بِمَتَاعِهِ هَذَا لَفْظُ الشَّافِعِيِّ - رضي الله عنه -، وَهَذَا حَجْرٌ سَبَبُهُ مَسِيئَةُ الحَاجَةِ إِلَيْهِ خِيفَةَ قَوَاتِ أَمْوَالِهِ بَتَّصُرْفِهِ، وَذَلِكَ عِنْدَ أَمْتِنَاعِ الفَسْحِ بالفَلْسِ، وَقِيلَ بِإِنْكَارِ الحَجْرِ لَكُنْهُ خِلَافٌ نَصُّ الشَّافِعِيِّ - رضي الله عنه -.

(١) ومما يستثنى أيضاً إذا كان المبيع خفيفاً يتناول باليد فقبضه بالتناول واحتواء السيد عليه، كذا قاله المحاملي وصاحب «التتبية» وغيرهم لأنه يعد قبضاً. (ينظر الروضة ٣/ ١٨٠).

(٢) محل ما ذكره الشيخ إذا كان الباقي ملك البائع أما لو كان لغيره وتسلمه المشتري بغير إذن شريكه قيده بضممان كما ذكره الشيخ في فتاويه.

قال الرافعي: الأمر الثالث: وجوب لتسليم. لا شك أن على كل واحد من المُتبايعين تسليم العوض الذي استحقه الآخر، لكن لو اختلفا فقال البائع: لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن، وقال المشتري: لا أؤدي الثمن حتى أقبض المبيع، ففيه أربعة أقوال:

أحدها: أن الحاكم يجبرهما على التسليم، فيأمر كل واحد منهما بإحضار ما عليه فإذا أحضرا سلم الثمن إلى البائع والمبيع إلى المشتري لا يضره بأيهما بدأ ويأمرهما بالوضع عند عدل ليفعل العدل ذلك، ووجهه أن كل واحد منهما يستحق قبض ما عند الآخر، فلا سبيل إلى تكليف الإبقاء، فيؤمر بإبقائه كما لو كان لكل واحد منهما وديعة عند الآخر وتنازعا هكذا.

والثاني: أنه لا يجبر واحداً منهما، ولكن يمنعهما من التخاصم، فإذا سلم أحدهما ما عليه أجب الآخر، ووجهه أن على كل واحد إيفاء واستيفاء، ولا سبيل إلى تكليف الإيفاء قبل الاستيفاء.

والثالث، وبه قال مالك وأبو حنيفة: أنه يجبر المشتري على تسليم الثمن أولاً؛ لأن حقه متعين في المبيع، وحق البائع غير متعين في الثمن، فيؤمر بالتعيين.

والرابع: وبه قال أحمد، وهو الأصح: يُجبر البائع على تسليم المبيع أولاً؛ لأنه لا يخاف هلاك الثمن، فملكه مستقر فيه وتصرفه فيه بالحوالة والاعتياض نافذ، وملك المشتري في المبيع غير مستقر، فعلى البائع التسليم ليستقر.

وفي المسألة طريقة أخرى وهي: القَطْع بالقول الرابع، وحمل الأول والثاني على حكاية مذهب الغير، وما روي عن نصّه في «الأم» واستغربه.

وأما الثالث: فهو من تخريج بعضهم، وليس منصوصاً عليه.

واختار الشيخ أبو حامد هذه الطريقة، ومنقول المزملي في «المختصر» يمكن تنزيله على القول الرابع، وبه قال الأكثرون، ويمكن تنزيله على الأول وبه قال المسعودي، وهذا كله فيما إذا كان الثمن في الذمة. فإن كان معيناً سقط القول الثالث.

سقط القول الثالث<sup>(١)</sup> وإن تبايعا عرضاً بعرض سقط القول الرابع أيضاً.

(١) الذي قطع به الجمهور وهو المذهب: أنه يسقط الرابع أيضاً كما إذا باعه عرضاً بعرض لأن الثمن يتعين بالتعيين عندنا. للخلاف شروط:

أحدهما: أن يكون بعد لزوم العقد فلو كان في زمن الخيار لم يجبر ولو تبرع أحدهما بتسليم ما عنده لم يجبر الآخر وله استرداد المدفوع على الأصح كما ذكره الشيخ في باب الخيار. =

وبقي قولان:

أحدهما: أنهما يُجبران.

والثاني: لا يُجبران، ويشبه أن يكون الأول أظهر، وبه قال أحمد، وهو الذي أورده في «الشامل».

التفريع: إن قلنا: يجبر البائع على تسليم المبيع أولاً، أو قلنا: لا يجبر، ولكنه تبرع وابتدأ بالتسليم أجبر المشتري على تسليم الثمن في الحال، إن كان حاضراً في المجلس، وإلا فللمشتري حالتان:

إحدهما: أن يكون مؤسراً فإن كان ماله في البئد يُحجر عليه، إلى أن يسلم الثمن<sup>(١)</sup> كيلا يتصرف في أملاكه بما يفوت حق البائع، وحكى صاحب الكتاب هاهنا وفي «الوسيط» وجهاً: أنه لا يحجر عليه، ويمهل إلى أن يأتي بالثمن، ولم أر لغيره نقل هذا الوجه على هذا الإطلاق. فإن قلنا بالمذهب المشهور، فقيم يحجر عليه؟ قال عامة الأصحاب: يحجر عليه في المبيع وفي سائر أمواله.

ومنهم من قال: لا يحجر عليه في سائر أمواله إن كان ماله وافياً بديونه، وهذا ما أورده صاحب «التهذيب» وعلى هذا فهل يدخل المبيع في الاحتساب؟ فيه وجهان:

ثانيهما: أن يكون كل منهما عقد لنفسه، فإن كان وكيلاً عن البائع لم يجيء القول المخرج ولا عدم إجبارهما، فإن كانا معاً وكيلين تعين القول بإجبارهما. حكاها الإمام في التفليس. قيل: وقضية كلام الحاوي مجيء القولين الأولين.

ثالثهما: أن لا يكون تصرفه مبنياً على الاحتياط فالمكاتب لا يسلم المبيع قبل القبض كما ذكره الشيخ في باب الكتابة وفي معناه ولي اليتيم.

رابعهما: أن لا يتعلق بعقده حق لغيره كالرهن والفلس، فإذا باع الحاكم مال المفلس لا يسلم حتى يقبض الثمن ويجبر المشتري قطعاً. قاله ابن القبطان، وعن أبي إسحاق أنه يجيء قول بإجبارهما.

خامسها: أن يكون الثمن في الذمة حالاً فإن كان مؤجلاً أجبر البائع قطعاً.

سادسها: أن يكون المبيع في يد البائع فلو كان المبيع عند العقد في يد المشتري والثمن المعين في يد البائع فالمشهور أنه لا حق للآخر في التعليق به بل يتسلط على التصرف فيما ملكه لا بمجرد لزوم العقد.

سابعها: أن يمكن تسليم كل منهما فلو أبق العبد لم يجبر المشتري على تسليم الثمن قطعاً.

ولا فرق على الصحيح بين أن تكون أمواله وافية بالثمن أم لا، ولهذا سماه الغزالي وغيره بالحجر الغريب، وفي توقف هذا الحجر على سؤال البالغ خلاف ظاهر النص أنه لا يتوقف. قاله في المطلب وحكى أيضاً عن ظاهر النص ومقتضى قول الأكثرين أن الحجر لا ينفك بمجرد التسليم بل لا بد من فك القاضي.

أشبههما: أنه يدخل<sup>(١)</sup>.

وإن كان ماله غائباً عن البلد، فينظر إن كان على مسافة القَصْر، فلا يكلف البائع الضبر إلى إحضاره، وفيما يفعل؟ وجهان:

أحدهما: أنه يباع في حقه، ويؤدي من ثمنه.

والأظهر عند الأكثرين: أن له أن يفسخ البيع لتعذر تحصيل الثمن كما لو أفلس المشتري بالثمن، فإن فسخ فذاك، وإن صبر إلى الإحضار فالحجر على ما سبق.

وحكى الإمام عن ابن سُرَيْج: أنه لا فسخ، ولكن يرد المبيع إلى البائع، ويحجر على المشتري ويمهل إلى الإحضار، وادعى في «الوسيط»: أنه الصحيح.

وإن كان دون مسافة القَصْر، فهو كما لو كان في البلد، أو كما لو كان على مسافة القَصْر فيه وجهان<sup>(٢)</sup>.

الحالة الثانية: أن يكون معسراً، فهو مفلس والبائع أحق<sup>(٣)</sup> بمتاعه [هذا هو الصحيح المنصوص].

وفيه وجه: أنه لا فسخ ولكن تباع السلعة ويوفى من ثمنها حق البائع، فإن فضل شيء فهو للمشتري، والمنصوص الأول.

وأما لفظ الكتاب: فقوله: «والبداءة بالبائع» معلّم بالميم والحاء، وكذا قوله: «ويتساويان»، وقوله: «وبالمشتري» بالألف، ويجوز أن يعلم لفظ «الأقوال» بالواو إشعاراً بالطريقة النافية للخلاف. وقوله: «هذا لفظ الشافعي» - رضي الله عنه - ليس هو هو لكنه قريب منه، ولفظه في «المختصر»: «فإن غاب ماله أشهد على وقف ماله، وأشهد على وقف السلعة، فإذا دفع أطلق عنه الوقف، فإن لم يكن له مال فهو مفلس والبائع أحق بسلعته».

واعلم: أن هذا النص ظاهر في أنه إذا حجر عليه يحجر في السلعة المبيعة، وفي

(١) هذا الحجر، يخالف الحجر على المفلس من وجهين:

أحدهما: أنه لا يسلط على الرجوع إلى عين المال.

والثاني: أنه لا يتوقف على ضيق المال عن الوفاء. واتفقوا، على أنه إذا كان محجوراً عليه بالفلس، لم يحجر أيضاً هذا الحجر، لعدم الحاجة إليه. (ينظر روضة الطالبين ٣/١٨٢).

(٢) أصحهما الأول وبه قطع في «المحرر» المصدر السابق.

(٣) قضية كلامه أن الفسخ يعيب الفلس، وحينئذ فلا بد من تقدم الحجر والمراد بالمعسر هنا أن لا يملك غير المبيع سواء كان قدر الثمن أو أقل أو أكثر.

سائر الأموال سواء كانت وافية بالديون أو لم تكن، ويمكن الاحتجاج به لما نقله الإمام عن ابن سريج، وهو أنه لا فسخ عند الغيبة، فإنه لم يثبت في الغيبة إلا الحجر، وخص أحقيته بالمتاع بحالة الإفلاس.

وقوله: «وذلك عند امتناع الفسخ بالفلس»، أراد به أنه لا حَجْر عند إمكان الفسخ بالفلس، وادعى في «الوسيط» الوفاق فيه، لكن ذكرنا أن من أثبت الفسخ عند الغيبة قال: إن اختار الصبر إلى الإحضار يحجر عليه، وجميع ما ذكرنا من الأقوال، والتفريع جار فيما إذا اختلف المكري والمكترى في البداءة بالتسليم بلا فرق، ثم هاهنا أمرُهم لا بد من ذكره، وهو: أن طائفة توهمت أن الخلاف في البداءة بالتسليم خلاف في أن البائع هل له حق الحبس أم لا؟

إن قلنا: البداءة بالبائع، فليس له حبس المبيع إلى استيفاء الثمن وإلا فله ذلك، ونازع الأكثرون فيه، وقالوا: هذا الخلاف مفروض فيما إذا كان نزاعهما في مجرد البداءة، وكان كل واحد منهما يبذل ما عليه ولا يخاف فوت ما عند صاحبه، فأما إذا لم يبذل البائع المبيع، وأراد حبسه خوفاً من تعذر تحصيل الثمن فله ذلك بلا خلاف، وكذلك للمشتري حق حبس الثمن خوفاً من تعذر تحصيل الثمن، نص على ذلك الشيخ أبو حامد، وأقضى القضاة الماوردي - رحمهما الله - . والمُتَبِتُونَ من المتأخرين قالوا: إنما يحبس البائع المبيع إذا كان الثمن حالاً، أما المؤجل فليس له حبسه لاستيفائه لرضاه بتأخيره، ولو لم يتفق التسليم حتى حلّ الأجل فلا حبس أيضاً، ولو تبرع بالتسليم لم يكن له رده إلى حبسه، وكذا لو أعاره من المشتري في أصح الوجهين<sup>(١)</sup>، ولو أودعه إياه فله ذلك، ولو صالح من الثمن على مال، لم يسقط حق الحبس لاستيفاء العوض. ولو اشترى بوكالة اثنين شيئاً، ووفى نصف الثمن عن أحدهما لم يجب على البائع تسليم النصف بناءً على أن الاعتبار بالعاقد.

ولو باع بوكالة اثنين، فإذا أخذ نصيب أحدهما من الثمن فعليه تسليم النصف، هكذا ذكره في «التهذيب»، وفيه كلامان:

أحدهما: أن العبد المشترك بين الرجلين إذا باعه مالكا، ففي انفراد أحدهما يأخذ نصيبه من الثمن وجهان، وكان أخذ الوكيل لأحدهما مبنياً على ثبوت الانفراد لو باعا بأنفسهما.

الثاني: أنا إذا قلنا: إن الاعتبار في تعدد الصفقة واتحادها بالعاقد، فينبغي أن

(١) استشكل الإمام تصوير الإعارة فإنها بعد لزوم العقد لا تصح من البائع لأنه غير مالك وجوابه أن المراد منها نقل اليد كما قالوا في إعارة المرتهن للراهن.



يكون تسليم النصف على الخلاف فيما إذا أخذ البائع بعض الثمن، هل عليه تسليم قسطه من المبيع؟ وفيه وجهان ذكرناهما في «باب التفريق»، - والله أعلم -.

هذا وليعلم المُطَّلِع على هذا السُّفْر الجليل أنه ضاق المُقَام في هذا الجزء عن أن ندون به باقي كتاب البيوع من شرح العزيز على متن «الوجيز» للإمام الأجد والعلامة الأوحّد الإمام الرافعي - رحمه الله رحمة واسعة ولقد ألجأتنا الضُّرورة حتى وقفنا على موقف كان لا يحسن الوقوف عليه، فإلى هنا نختم هذا الجزء، ونفتتح الجزء التالي - إن شاء الله تعالى - بقول المصنف: النظر الرابع في موجب ألفاظ الكتاب المطلقة، وتأثيرها باقتران العرف - والله ولي التوفيق -.

## [النظر الرابع]

قال الغزالي: النَّظْرُ الرَّابِعُ مِنَ الْكِتَابِ فِي مُوجِبِ الْأَلْفَاظِ الْمُطْلَقَةِ وَتَأْيِيرِهَا بِأَقْبِرَانِ الْعُرْفِ، وَهِيَ ثَلَاثَةٌ أَقْسَامٍ: الْأَوَّلُ: مَا يُطْلَقُ فِي الْعَقْدِ، فَمَنْ اشْتَرَى شَيْئاً بِمِائَةٍ فَقَالَ لِعَبْرِهِ: وَلَيْتِكَ هَذَا الْعَقْدَ فَقَبِلَ أَنْتَقَلَ الْمَلِكُ إِلَيْهِ بِالْمِائَةِ، وَسَلَّمَ الزَّوَائِدَ لِلأَوَّلِ (و)، وَتَتَجَدَّدُ الشُّفْعَةُ بِجَرَيَانِ هَذَا الْبَيْعِ (و)، وَلَوْ حَطَّ عَنِ الْمِائَةِ لَحِقَّ الْحَطُّ (و) الْمُشْتَرِي الثَّانِي؛ لِأَنَّهُ فِي حَقِّ الثَّمَنِ كَالْبَيْتَاءِ.

قال الرافعي: عرفت في أول البيع أن كلام هذا النظر فيما يقع والألفاظ المتأثرة بالقرائن المنضمة إليها تنقسم إلى: راجعة إلى مطلق العقد، وإلى راجعة إلى الثمن خاصة.

أما القسم الأول فمقصوده بيان لفظين يشتمل الفصل على أحدهما، وهي التولية<sup>(١)</sup>.

والتولية: أن يشتري شيئاً ثم يقول لغيره: ولَيْتِكَ هَذَا الْعَقْدَ فَيَجُوزُ، وَيَشْتَرِ قَبُولَهُ فِي الْمَجْلِسِ عَلَى قَاعِدَةِ التَّخَاطُبِ بِأَنْ يَقُولَ: قَبِلْتُ أَوْ تَوَلَّيْتُ، وَيَلْزَمُهُ مِثْلُ الثَّمَنِ الْأَوَّلِ جِنْساً وَقَدراً وَوَصْفاً، وَلَا يَشْتَرِ ذَكَرَهُ إِذَا عَلِمَاهُ؛ فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْهُ الْمُشْتَرِي أَعْلَمَهُ أَوَّلاً ثُمَّ وَلاهُ الْعَقْدَ، وَهَذَا الْعَقْدُ بَيْعٌ يَشْتَرِ فِيهِ الْقُدْرَةَ عَلَى التَّسْلِيمِ وَالتَّقَابُضِ إِذَا كَانَ صَرْفاً، وَسَائِرِ الشُّرُوطِ، وَلَا يَجُوزُ قَبْلَ قَبْضِ الْمَبِيعِ عَلَى مَا مَرَّ فِي النَّظَرِ الثَّلَاثِ.

وَالزَّوَائِدُ الْمُتَفَصِّلَةُ قَبْلَ التَّوَلِّيَةِ، تَبْقَى لِلْمَوْلَى، وَلَوْ كَانَ الْمَبِيعُ شَيْئاً مَشْفُوعاً، وَعَفَى الشَّفِيعَ، تَجَدَّدَتِ الشُّفْعَةُ بِالتَّوَلِّيَةِ.

وَلَوْ حَطَّ الْبَائِعُ بَعْدَ التَّوَلِّيَةِ بَعْضَ الثَّمَنِ، انْحَطَّ عَنِ الْمَوْلَى أَيْضاً، وَلَوْ حَطَّ<sup>(٢)</sup> الْكُلَّ فَكَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ وَإِنْ كَانَ بَيْعاً جَدِيداً فَخَاصِيَّتُهُ وَفَائِدَتُهُ التَّنْزِيلُ عَلَى الثَّمَنِ الْأَوَّلِ.

وَعَنِ الْقَاضِي حَسِينٍ: أَنَّ الْوَجْهَ التَّرَدُّدُ فِي جَمِيعِ هَذِهِ الْأَحْكَامِ فَعَلَى رَأْيِي يَجْعَلُ

(١) التولية اصطلاحاً نقل جميع المبيع إلى المولى بمثل الثمن المثلي، أو قيمته المتقوم بلفظ: ولَيْتِكَ. انظر حاشية الجمل ١٧٧/٢.

(٢) الحط بيع المبيع مع حط منه موزع على الأجزاء. انظر المصدر السابق.

المولى نائباً عن المولى فتكون الزوائد للموئى، ولا تتجدد الشفعة ويلحق الحط المولى وعلى رأي تعكس هذه الأحكام، وتقول: هي بيع جديد، وظاهر المذهب الفرق بين الزوائد والشفعة وبين الحط، وعلى هذا لو حط البعض قبل التولية لم تجز التولية إلاً بالباقي، ولو حط الكل لم تصح التولية.

ومن شرط التولية: أن يكون الثمن مثلياً ليأخذ المولى مثل ما بذل، فلو اشتراه بعرض لم يجز فيه التولية.

قال في «التتمة»: إلاً إذا انتقل ذلك العرض من البائع إلى إنسان فولاه العقد. قال: ولو اشتراه بعرض وقال: قال عليّ بكذا وقد وليتك العقد بما قام عليّ، أو أرادت المرأة عقد التولية على صداقها بلفظ القيام، أو أراد الرجل التولية على ما أخذه من عوض الخلع، ففي جميع ذلك وجهان.

ولو أخبر الموئى عمّا اشترى به وكذب، فمنهم من قال: هو كالكذب في عقد المرابحة<sup>(١)</sup> وسيأتي إن شاء الله ومنهم من قال: يُحط قدر الخيانة قولاً واحداً.

قال الغزالي: ولو قال: أشركتكَ في هذا العقد على المناصفة كان تولية في نصف المبيع، ولو لم يذكر المناصفة فالأصح التزليل على الشطر.

قال الرافعي: اللفظة الثانية: الاشتراك وهو أن يشتري شيئاً ثم يشرك غيره فيه ليصير بعضه له بقسطه من الثمن، ثم إن نص على المناصفة أو غيرها فذاك، وإن أطلق الاشتراك فوجهان:

أحدهما: أنه يفسد العقد للجهل بمقدار العوض كما لو قال: بعتك بمائة ذهباً أو فضة.

والثاني: يصح ويحمل على المناصفة كما لو أقر بشيء لزيد وعمرو يحمل على المناصفة.

والأول: هو الذي أورده في «التهذيب» والثاني: أصح عند صاحب الكتاب وهو ما أورده في «التتمة» والإشراك في البعض كالتولية في الكل في الأحكام التي ذكرناها<sup>(٢)</sup>.

(١) المرابحة اصطلاحاً بيع بمثل الثمن، أو ما قام عليه به مع ربح موزع على الأجزاء. انظر الجمل ١٧٧/١.

(٢) قال النووي: قطع القفال من شرح «التلخيص» بالوجه الثاني ورجحه في المحرر وهو الأصح. قال القفال وصورة التصريح بالإشراك في النصف أن يقول: أشركتكَ بالنصف ولو قال: أشركتكَ في النصف كان له الربح.

قال الغزالي: الْقِسْمُ الثَّانِي مَا يُطْلَقُ فِي الثَّمَنِ مِنَ الْفَاطِ الْمُرَابِحَةِ، فَإِذَا قَالَ: بَعْتُ بِمَا اشْتَرَيْتُ وَرَبِحَ دَهْ يَزِدُهُ وَكَانَ قَدْ اشْتَرَى بِمِائَةِ أَسْتَحَقُّ مِائَةً وَعَشْرَةً، وَلَوْ قَالَ بِحِطِّ دَهْ يَزِدُهُ وَكَانَ قَدْ اشْتَرَى بِمِائَةٍ وَعَشْرَةٍ أَسْتَحَقُّ مِائَةً (و).

قال الرافعي: بَيْعُ الْمُرَابِحَةِ جَائِزٌ مِنْ غَيْرِ كِرَاهَةٍ، وَهُوَ عَقْدٌ بَيْنَى الثَّمَنِ فِيهِ عَلَى ثَمَنِ الْمِيعِ الْأَوَّلِ مَعَ زِيَادَةِ مِثْلِ أَنْ يَشْتَرِيَ شَيْئاً بِمِائَةٍ، ثُمَّ يَقُولُ لِغَيْرِهِ: بَعْتُ هَذَا بِمَا اشْتَرَيْتَهُ وَرَبِحَ دَهْ يَزِدُهُ أَوْ بِرَبِيحِ دَرَاهِمٍ لِكُلِّ عَشْرَةٍ، أَوْ فِي كُلِّ عَشْرَةٍ وَيَجُوزُ أَنْ يَضُمَّ إِلَى رَأْسِ الْمَالِ شَيْئاً ثُمَّ يَبِيعُهُ مُرَابِحَةً، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ: اشْتَرَيْتَهُ بِمِائَةٍ، وَقَدْ بَعْتَهُ بِمِائَتَيْنِ وَرَبِحَ دَهْ يَزِدُهُ وَكَانَهُ قَالَ: بَعْتُ بِمِائَتَيْنِ وَعَشْرِينَ.

وكما يجوز البيع مرابحة يجوز مُحَاطَةٌ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ: بَعْتُ مَا اشْتَرَيْتُ بِحِطِّ دَهْ يَزِدُهُ وَفِي الْقَدْرِ الْمَخْطُوطِ وَجِهَانِ:

أحدهما: أَنَّهُ يَحِطُّ مِنْ كُلِّ عَشْرَةٍ وَاحِدٌ [كَمَا زِيدَ فِي الْمُرَابِحَةِ عَلَى كُلِّ عَشْرَةٍ وَاحِدًا] (١).

وأصحهما: وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ أَنَّهُ يَحِطُّ مِنْ كُلِّ أَحَدٍ عَشْرٍ وَاحِدًا؛ لِأَنَّ الرِّبْحَ فِي الْمُرَابِحَةِ جِزَاءٌ مِنْ أَحَدٍ عَشْرٍ، فَلِيَكُنْ كَذَلِكَ الْحِطُّ فِي الْمُحَاطَةِ وَلَيْسَ فِي حِطِّ وَاحِدٍ مِنَ الْعَشْرِ رِعَايَةً لِنِسْبَةِ دَهْ يَزِدُهُ.

فإذا كان قد اشترى بمائة فالثمن على الوجه الأول تسعون، وعلى الثاني تسعون وعشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم حطاً لتسعة من تسعة وتسعين ولجزء من أحد عشر جزءاً من الدرهم الباقي.

ولو كان قد اشترى بمائة وعشرة فالثمن الآن على الوجه الأول تسعة وتسعون، وعلى الثاني مائة وعلى هذا القياس، وصور كثير من العراقيين وغيرهم المسألة فيما إذا قال: بعت بما اشتريت بحط درهم من كل عشرة وأوردوا فيها الوجهين.

قال إمام الحرمين: وَهُوَ غَلَطٌ فَإِنَّ فِي هَذِهِ الصِّيغَةِ تَصْرِيحاً بِحِطِّ وَاحِدٍ مِنْ كُلِّ عَشْرَةٍ فَلَا مَعْنَى لِلتَّرَدُّدِ فِيهِ وَإِنَّمَا مَوْضِعُ التَّرَدُّدِ لَفْظِ دَهْ يَزِدُهُ وَهَذَا اعْتِرَاضٌ بَيِّنٌ.

وذكر القاضي الماوردي وغيره: أَنَّهُ إِذَا قَالَ بِحِطِّ دَرَاهِمٍ مِنْ كُلِّ عَشْرَةٍ فَالْمَخْطُوطُ وَاحِدٌ مِنْ عَشْرَةٍ، وَلَوْ قَالَ بِحِطِّ دَرَاهِمٍ لِكُلِّ عَشْرَةٍ فَالْمَخْطُوطُ وَاحِدٌ مِنْ أَحَدٍ عَشْرٍ.

قال الغزالي: وَلَوْ قَالَ: بِعْتُكَ بِمَا قَامَ عَلَيَّ أَسْتَحَقُّ مَعَ الثَّمَنِ مَا بَدَلَهُ مِنْ أُجْرَةٍ

الدَّلَالِ وَالْكَيْالِ وَكَرَاءِ الْبَيْتِ، وَلَا يَسْتَحِقُّ مَا أَنْفَقَهُ فِي عَلْفِ الدَّابَّةِ، وَلَا أُجْرَةَ مِثْلِهِ إِنْ كَانَ يَغْمَلُ بِنَفْسِهِ أَوْ كَانَ الْبَيْتُ مِلْكَهُ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ خُرْجِ التَّجَارَةِ.

قال الرَّافِعِيُّ: بيع المُرابحة يفرض بعبارات أكثرها دوراناً على الألسن ثلاث:

إحداها: بعت بما اشتريت، أو بما بذلت من الثمن، وبيع كذا.

والثانية: بعت بما قام عليّ وبيع كذا، ويختلف حكم العبارتين في الدّاخل تحتها، وفيما يجب الإخبار عنه كما سنفصله من بعد، فإذا قال: بعت بما اشتريت لم يدخل فيه سوى الثمن، وإذا قال: بما قام عليّ، دخل فيه مع الثمن أجره الكَيْال والدَّلَال والحَمَال والحارس والقَصَار والدَفَاء والصَّبَاغ وقيمة الصَّبِيغ وأجرة الحَتَان وتَطْيِين الدَّار، وسائر المؤونات التي تلتزم للاسترباح وألْحَقُّ بها كِرَاءُ الْبَيْتِ الَّذِي فِيهِ الْمَتَاع.

قال الإمام: لأن التَّربص ركن في التَّخاير وانتظار الأَسْعَار.

وأما المؤونات التي يقصد بها اسْتِبْقَاءُ الْمَلِكِ دُونَ الاسْتِرْبَاحِ كَنَفَقَةِ الْعَبْدِ وَكَسَوْتِهِ وَعَلْفِ الدَّابَّةِ فَلَا تَدْخُلُ فِيهِ، وَيَقَعُ فِي ذَلِكَ مَقَابِلَةُ الْمَنَافِعِ وَالْفَوَائِدِ الْمُسْتَوْفَاةِ مِنَ الْمَبِيعِ.

وفي «التتمة» حكاية وجه: أنها تدخل أيضاً، والمشهور الأول، نعم العلف الزائد للتَّسْمِينِ يَدْخُلُ فِيهِ ذَكَرُهُ الْقَاضِي حَسِينٌ وَغَيْرُهُ، وَأُجْرَةُ الطَّبِيبِ إِنْ اشْتَرَاهُ مَرِيضاً كَأُجْرَةِ الْقَصَّارِ وَنَحْوِهَا لِزِيَادِ قِيَمَتِهِ بِزَوَالِ الْمَرَضِ، فَإِنْ حَدَثَ الْمَرَضُ فِي يَدِهِ فَهِيَ كَالنَّفَقَةِ وَفِي مُؤَنَةِ السَّائِسِ تَرَدَّدَ عِنْدَ الْإِمَامِ.

والأظهر: إلحاقها بالعلف.

ولو قصر الثوب بنفسه أو كَالِ أَوْ حَمَلِ أَوْ طَيَّنَ الدار بنفسه لم تدخل الأجرة فيه؛ لأن السَّلْعَةَ لَا تَعُدُّ قَائِمَةً عَلَيْهِ إِلَّا بِمَا بَدَلَ، وَكَذَا لَوْ كَانَ الْبَيْتُ مِلْكَهُ، وَكَذَا لَوْ تَطَوَّعَ مَتَطَوَّعًا بِالْعَمَلِ أَوْ بِإِعَارَةِ الْبَيْتِ فَإِنْ أَرَادَ اسْتِدْرَاكَ ذَلِكَ فَسَيَلَّهُ أَنْ يَقُولَ: اشْتَرَيْتَ، أَوْ قَامَ عَلَيَّ بِكَذَا، وَعَمِلْتَ فِيهِ مَا أُجْرَتَهُ كَذَا، وَقَدْ بَعْتِكَ بِهِمَا وَرَبِحَ كَذَا.

والعبارة الثالثة: أن يقول: بعتك برأس المال وبيع كذا، فالمذهب الظاهر أنه كما لو قال بما اشتريت، لأن السَّابِقَ إِلَى الْأَفْهَامِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ الثَّمَنُ، وَعَنْ الْقَاضِي أَبِي الطَّبِيبِ أَنَّهُ كَمَا لَوْ قَالَ بَعْتُ بِمَا قَامَ عَلَيَّ وَهُوَ اخْتِيَارُ ابْنِ الصَّبَاغِ.

وذكر صاحب «التتمة» أن المَكْسَ (١) الَّذِي يَأْخُذُهُ السَّلْطَانُ يَدْخُلُ فِي لَفْظَةِ الْقِيَامِ، وَإِنْ فِي دَخُولِ الْقَدَاءِ إِذَا جَنَى الْعَبْدُ فَفَدَاهُ وَجَهَيْنَ.

(١) المكس الضريبة يأخذها المكاس ممن يدخل البلد من التجار. انظر المعجم الوسيط ٢/٨٨٨.

والذي أورده الأكثرون: أنه لا يدخل فداء الجنائية، ولا ما أعطاه واسترد به المَغْضُوب في شيء من الألفاظ والعبارات الثلاث<sup>(١)</sup> تجري في المَحَاطَة جريانها في المُرَابِحَة.

قال الغزالي: فَلَوْ كَانَ مِقْدَارُ مَا أُشْتَرِيَ بِهِ أَوْ قَامَ عَلَيْهِ مَجْهُولًا لِلْمُشْتَرِي الثَّانِي عِنْدَ الْعَقْدِ بَطُلٌ (و) عَقْدُهُ.

قال الرَّافِعِيُّ: ينبغي أن يكون رأس المال أو ما قامت به السلعة عليه معلوماً عند المتبايعين في بيع المُرَابِحَة، فإن تبايعا وأحدهما جاهل به، ففي صحة العقد<sup>(٢)</sup> وجهان: أصحهما: وهو المذكور في الكتاب أنه لا يصحُّ للجهل بالثمن كما في غير المُرَابِحَة، وعلى هذا فلو أزيلت الجهالة في المجلس لم ينقلب العقد صحيحاً، وفيه وجه أنه ينقلب صحيحاً، وبه قال أبو حنيفة.

والثاني: أنه يصح؛ لأن الثمن فيه مبني على الثمن في العقد الأول، والرجوع إليه سهل فصار كالشَّفِيع بطلب الشفعة قبل الإحاطة بمبلغ الثمن يجوز لسهولة معرفته، وعلى هذا ففي اشتراط إزالة الجهالة في المجلس وجهان.

ومهما كان الثمن دراهم مُعَيَّنَة غير معلومة الوزن، ففي جواز بيعه مرابحة الخلاف المذكور.

والأصح: المنع حتى يعرف.

وإذا تأملت ما ذكرنا تبين لك أن قوله للمشتري الثاني ليس لتخصيص الحكم بالمشتري، بل لو كان مجهولاً للبائع لكان الحكم كذلك.

قال الغزالي: وَيَجِبُ (ح) عَلَى الْبَائِعِ حِفْظُ الْأَمَانَةِ بِالصَّدْقِ فِي قَدْرِ مَا أُشْتَرِيَ بِهِ وَبِالْإِخْبَارِ عَمَّا طَرَأَ فِي يَدِهِ مِنْ عَيْبٍ مُنْقِصٍ أَوْ جِنَائِيَّةٍ (ح)، وَلَا يَلْزَمُ الْإِخْبَارُ عَنِ الْعَيْبِ (و) فِي الْعَقْدِ، وَلَا عَنِ الْبَائِعِ وَإِنْ كَانَ وَلَدَهُ (ح و)، وَيَجِبُ ذِكْرُ تَأْجِيلِ الثَّمَنِ.

قال الرَّافِعِيُّ: بيع المُرَابِحَة مبني على الأمانة لاعتماد المُشْتَرِي نظر البائع

(١) أي الألفاظ الثلاثة وهي الشراء والقيام ورأس المال.

(٢) أي كما لو قال بعثك بما اشتريته ولم يقل مرابحة، والثاني يصح لأن الثمن فيه مبني على ثمن العقد الأول، فصار كطلب الشفيع الشفعة قبل العلم هكذا علله الرافعي وذكر القاضي الحسين نحوه فقال: لأنه إذا قال مرابحة كان مبنياً على الثمن الأول بخلاف ما إذا لم يقله. قال: بدليل ما لو خان فيه فإنه لا حط ولا خيار. والثالث: يصح لما ذكرناه غير أنه يشترط معرفته قبل التفرق كالتقابض في الربويات. قاله في التوسط.

وَأَسْتَفْصَاهُ وَرِضَاهُ لِنَفْسِهِ مَا رَضِيَهِ الْبَائِعُ مَعَ زِيَادَةِ يَبْدُلُهَا، فَعَلَى الْبَائِعِ الصَّدَقُ فِي الْإِخْبَارِ عَمَّا اشْتَرَى بِهِ وَعَمَّا قَامَ بِهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ يَبِيعُ بِلَفْظِ الْقِيَامِ.

ولو اشترى بمائة وخرج عن ملكه، ثم اشتراه بخمسين فرأس ماله خمسون، ولا يجوز ضمّ الثمن الأول إليه. ولو اشتراه بمائة وباعه بخمسين، ثم اشتراه ثانياً بمائة فرأس ماله مائة، ولا يجوز أن يخبر بمائة وخمسين من قبل خسارته خمسين.

ولو اشتراه بمائة وباعه بمائة وخمسين، ثم اشتراه بمائة فإن كان يبيعه مُرَابِحَةً بِلَفْظِ رَأْسِ الْمَالِ، وبلفظ ما اشترتت أخبر بمائة، ولا يلزمه أن يحطّ منه ربح البيع الأول، كما لم يجز في الصورة الأولى ضمّ الخُسران إلى المائة، وعن أبي حنيفة وأحمد أنه يجب حط ربح البيع الأول، وإن باعه بلفظ «قام عليّ» فوجهان:

أحدهما ويحكى عن ابن سُرَيْج: أنه لا يخبر إلا بخمسين، فإن أهل العرف يعدون السُّلعة والحالة هذه قائمة عليه بذلك.

وأصحهما: أنه يخبر بمائة، لأن المِلْك الأخير قائم عليه بمائة.

ويكره أن يواطىء وكيله يبيع ما اشتراه منه، ثم يشتريه بأكثر ليخبر به في المُرَابِحَةِ ولو فعل. قال ابن الصَّبَّاح: يثبت للمشتري الخيار وخالفه غيره.

ولو اشترى سلعة ثم قبل لزوم العقد الحقاً بالثمن زيادة أو نُقْصَاناً، وصححناه، فالثمن ما استقر عليه العقد، وإن حطّ عنه بعض الثمن بعد لزوم العقد وباع بلفظ «ما اشترتت» لم يلزمه حط المحطوط عنه، خلافاً لأبي حنيفة، وإن باعه بلفظ «قام عليّ» لم يخبر إلا بالباقي. فإن حط الكل، لم يجز يبيعه مُرَابِحَةً بهذا اللفظ، ولو حط عنه بعض الثمن بعد جريان المُرَابِحَةِ لم يلحق الحطّ المشتري منه.

وعن الشيخ أبي محمد وجه: أنه يلحق كما في التَّوَلِيَةِ والإِشْرَاكِ.

ولو اشترى شيئاً بعرض وباعه مُرَابِحَةً بلفظ الشراء أو بلفظ القيام، ذكر أنه اشتراه بعرض قيمته كذا، ولا يقتصر على ذكر القيمة، لأن البائع بالعرض يشدد فوق ما يشدد البائع بالتَّقْد.

ولو اشترى بدين على البائع، فإن كان مليئاً غير مماطل لم يجب الإخبار عنه وإن كان مماطلاً وجب لأنه يشتريه بالزيادة للتَّخْلُص من التَّقَاضِي.

ويجوز أن يبيع مُرَابِحَةً بعض الشيء الذي اشتراه ويذكر قسطه من الثمن، وكذا لو اشترى قَفِيزِي حِنْطَةً ونحوها، وباع إحداهما مُرَابِحَةً.

ولو اشترى عبيدين أو ثوبين وأراد بيع أحدهما مُرَابِحَةً، فسبيله أن يعرف قيمة كل واحد منهما يوم الشراء، ويوزع الثمن على القيمتين، ثم يبيعه بحصّته من الثمن.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز بيع أحدهما مُرَابِحَةً؛ لأن التَّوْزِيعَ بِالْقِيَمَةِ تَحْمِينٌ.  
ثم في الفَضْلِ صور:

إحدهما: يجب الإخبار عن العيوب الطَّارِئَة في يده<sup>(١)</sup> سواء حدث العيب بأفة سماوية أو بجنايته أو بجنايته أجنبي؛ لأن المشتري يبني العقد على العقد الأول، ويتوهم بقاء المبيع على ما كان، ولا فرق بين ما ينقص العَيْن وما ينقص القيمة كما في الرد، وعن أبي حنيفة أنه لا يجب الإخبار عن العيب الحادث بالأفة السماوية.

ولو أُطْلِعَ على عيب قديم واختار إمساكه ذكره في بيع المُرَابِحَةِ، ولو تعذَّر رده لعيب حادث وأخذ الأَرْضَ فإن باعه مُرَابِحَةً بلفظ «قام عليّ» حطَّ الأَرْضَ وإن باعه بلفظ ما اشترت ذكر ما جرى به العقد، ويجب أن يذكر أيضاً العيب واسترداد الأَرْضَ فإن الأَرْضَ المستردَّ جزء من الثمن. ولو أخذ أرض الجناية ثم باعه، فإن باع بلفظ «ما اشترت» ذكر الثمن، وأخبر بالجناية، وإن باع بلفظ «قام عليّ» فوجهان:

أحدهما: أنه نازِلٌ منزلة الكسب والزيادات والمبيع قائم عليه بِتَمَامِ الثمن.

وأصحهما: أنه يحط الأَرْضَ من الثمن كأَرْضِ العيب، والمراد من الأَرْضَ هاهنا قدر التَّقْصَانِ لا المَأْخُودَ بتمامه، فإذا قطعت يد العبد وقيمه مائة، فنقص منها ثلاثون يأخذ خمسين، ويحط من الثمن ثلاثين لا خمسين، وحكى الإمام وجهاً آخر: أنه يحط جميع المَأْخُودَ من الثمن. ولو نقص من القيمة أكثر من الأَرْضَ المقدر حط ما أخذ من الثمن، وأخبر عن قيامه عليه بالباقي، وأنه نقص من قيمته كذا.

الثانية: إذا كان قد اشتراه بَعْنٍ، فهل يلزمه الإخبار عنه؟ فيه وجهان:

أصحهما: عند الإمام وهو المذكور في الكتاب: أنه لا يلزم؛ لأنه باع ما اشترى كما اشترى.

والثاني: يلزم، لأن المشتري منه اعتمد على نظره ويعتقد أنه لا يحتمل العَبْنُ، فليخبره ليكون على بَصِيرَةٍ من أمره.

وقضية كلام الأكثرين ترجيح هذا الوجه لأمرين:

أحدهما: أنهم قالوا: لو اشتراه بَدِينٍ من مماطل وجب الإخبار عنه، لأن الغالب

(١) اعلم أنه يجب على كل بائع بيان جميع العيوب كما تقرر في بابه، لكن هاهنا لا يكفي ذكر ذلك بل لا بد من بيان حدوث ما حدث منها عنده، ولو لم يبينه لتوهم المشتري أنه كان عند الشراء على ما هو عليه الآن وأن الثمن المعدول كان في مقابله مع العيب ولو كان به عيب قديم ثم اطلع عليه بعد الشراء ورضي به فلا بد من بيانه أيضاً.



أنه يشتري من مثله بالزيادة، وقد مرّ ذلك. والثاني: أنهم قالوا: لو اشترى من ابنه الطفل وجب الإخبار عنه؛ لأن الغالب في مثله الزيادة في الثمن نظراً للطفل، واحترازاً عن التهمة، فإذا وجب الإخبار عن ظن العَيْن؛ فلأن يجب عند تعيينه كان أولى، وإن اشتراه من ولده البالغ أو من أبيه، فأصحّ الوجهين باتفاق الأئمة أنه لا يجب الإخبار عنه كما لو اشترى من زوجته أو مكاتبه، وفي «الشامل» ما يقتضي تردداً في المكاتب، وعند أبي حنيفة وأحمد إذا اشتراه من ابنه أو أبيه وجب الإخبار عنه.

الثالثة: إذا اشتراه بثمن مؤجل وجب الإخبار عنه، وللتفاوت الظاهر بين المؤجل والمعجل في المالية، وفي البيان حكاية وجه غريب أنه لا يجب التعرض له.

الرابعة: لا يجب الإخبار عن وطء الثيب، ولا عن مهرها الذي تأخذه، ولا عن الزيادات المنفصلة كالولد واللبن والصوف والثمرة، ولو كان حاملاً يوم الشراء، أو كان ضرعها لبن أو على ظهرها صوف أو على الثخلة طلع فاستوفاهما حط بقسطها من الثمن، وهذا في الحمل مبني على أنه يقابله قسط من الثمن.

قال الغزالي: فَإِنْ كَذَبَ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ فَبِي أَنْتِخَقَاكِ حَطُّ قَدْرِ التَّفَاوُتِ قَوْلَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَحْطُ فَلَهُ الْخِيَارُ لِكَوْنِهِ مَظْلُوماً بِالتَّلْبِيسِ إِلَّا إِذَا كَانَ عَالِماً بِكَذِبِهِ، وَالْأَصْحَحُّ أَنْ لَا خِيَارَ لِلْبَائِعِ إِنْ قُلْنَا: يَحْطُ وَلَا لِلْمُشْتَرِي.

قال الرافعي: إذا قال: اشتريته بمائة وباعه مائة، ثم بان أنه اشتراه بتسعين إما بإقراره أو بالبينة، فالبيع صحيح على المذهب، لأن غاية ما فيه التغير والتدليس، وذاك لا يمنع صحة البيع كما لو روج عليه معيباً، وعن رواية القاضي أبي حامد وغيره وجه: أنه لا يصح لكون الثمن مجهولاً عند العقد ويحكى هذا عن مالك.

وإذا قلنا بظاهر المذهب، فلا يخلو كذبه في هذا الإخبار إما أن يكون خيانة أو غلطاً، أما في الحالة الأولى فقولان منصوصان في اختلاف العراقيين.

أصحهما: وهو المنقول في «المختصر» وبه قال أحمد: أنا نحكم بانحطاط الزيادة، وحصتها من الربح لأنه تملك باعتبار الثمن الأول، فيحط الزائد عليه كما في الشفعة<sup>(١)</sup>.

والثاني وبه قال أبو حنيفة: أنا لا نحكم لأنه سمي ثمناً معلوماً وعقد به العقد

(١) مقتضى هذه العلة أن الحط هنا ليس كحط أرش العيب حتى يحتاج إلى طلب وإنشاء بل يبين أن هذا العقد لم يعقد إلا بما بقي وهو كذلك على ما قاله الإمام وغيره وجزم به في الكفاية. والثاني: لا يحط شيء لأنه سمي ثمناً وعقد به ولا فرق على القولين بين أن يظهر ذلك بإقراره أو بالبينة.

فليجب وإن كان مُلبساً. وأما في الحالة الثانية فالمنصوص القول الأول والثاني مخرج من مثله في الحالة الأولى.

التفريع: إن حكمنا بالانحطاط فهل للمشتري الخيار؟

نقل المُزنيُّ أنه، يثبت، وقال في اختلاف العراقيين: لا يثبت، فمن الأصحاب من قال: في المسألة قولان:

أظهرهما: لأنه لا خيار له لأنه قد رضي بالأكثر، فأولى أن يرضى بالأقل.

والثاني وبه قال أبو حنيفة: أنه يثبت الخيار لأنه إن بان كذبه بالإقرار لم يؤمن كذبه ثانياً وثالثاً، وإن بان بالبيئة فقد تخالف الظاهر والباطن، وأيضاً فقد يكون له غرض في الشراء بذلك المبلغ لتجلة قسم وإنقاذ وصيته ونحوهما، ومنهم من حمل النص الأول على ما إذا تبين كذب البائع بالبيئة، والثاني على ما إذا تبين بإقراره، والفرق أنه إذا ظهر بالبيئة خيانه لم تؤمن خيانه من وجه آخر، والإقرار يشعر بالأمانة وبذل النصح. والطريقة الأولى أظهر.

فإن قلنا: له الخيار فأمسك بما يبقى بعد الحط فهل للبائع الخيار فيه وجهان وقيل: قولان:

إحدهما: نعم، لأنه لم يسلم له ما سماه في العقد.

وأظهرهما: لا، إذ يعد أن يصير تلبسه أو غلظه سبباً لثبوت الخيار له.

ومنهم من خصَّ الوجهين بصورة الخيانة، وقطع بثبوت الخيار عند الغلط، فإن حكمنا بعدم الانحطاط فللمشتري الخيار، لأن البائع قد غره إلا أن يكون عالماً بكذب البائع، فيكون كما لو اشترى معيماً وهو عالم بعيبه، وإذا أثبت الخيار، فلو قال البائع: لا تفسح فإني أحط الزيادة عنك، ففي سقوط خياره وجهان، وجميع ما ذكرناه فيما إذا كان المبيع باقياً، أما إذا ظهر الحال بعد هلاك المبيع، فإن القاضي المأوردي ذكر: أنه تنحط الخيانة، وحصتها من الربح قولاً واحداً، والظاهر جريان القولين في الانحطاط، فإن قلنا بالانحطاط، فلا خيار للمشتري؛ لأن البائع قد لا يزيد القيمة، فالفسخ ورد القيمة يضر به. وأما البائع فإن لم يثبت له الخيار عند بقاء السلعة، فكذلك هاهنا، وإن أثبتناه ثم ثبت هاهنا، كما لو وجد بالعبد عيباً، والثوب الذي هو عرضه تالف.

وإن قلنا: بعدم الانحطاط فهل للمشتري الفسخ، فيه وجهان:

أظهرهما: كما لو عرف العيب بعد تلف المبيع، ولكن يرجع بقدر التفات وحصته من الربح، كما يرجع بأرش العيب، وعن أبي حنيفة أنه لا يفسخ ولا يرجع بشيء.

ولو كان قد اشتراه بضمن مؤجل وحال، فلم يتبين كونه مؤجلاً لم يثبت الأجل في حق المشتري الثاني، ولكن له الخيار، وكذلك إذا ترك ذكر شيء آخر مما يجب ذكره.

وقوله في الكتاب: فإن كذب في شيء من ذلك ففي استحقاق حط قدر التفاوت قولان، يقتضي إثبات الخلاف فيما إذا أخبر عن سلامة المبيع وكان معيباً أو عن حلول الثمن وكان مؤجلاً، كما لو أخبر عن القدر كاذباً، وقد صرح في «الوسيط» بذلك، فيما إذا لم يخبر عن العيب فضلاً عن أن يخبر عن السلامة كاذباً، ولكن لم أر لغير المصنف رحمه الله تعرضاً لذلك، فإن ثبت الخلاف فالسبيل على قول الحط النظر إلى القيمة وتقسيط الثمن عليها<sup>(١)</sup> والله أعلم.

قال الغزالي: وَلَوْ كَذَبَ بِنُقْصَانِ الثَّمَنِ وَصَدَقَهُ الْمُشْتَرِي، فَالْأَصْحَحُ أَنْ لَا تَلْحَقَهُ الزِّيَادَةُ إِذِ الْعَقْدُ لَا يَحْتَمِلُ الزِّيَادَةَ وَلَكِنْ لِلْبَائِعِ الْخِيَارُ إِنْ صَدَقَهُ الْمُشْتَرِي، وَإِنْ كَذَبَهُ فَلَا تُسْمَعُ بَيِّنَتُهُ وَدَعْوَاهُ لِأَنَّهُ عَلَى تَقْيِضِ مَا سَبَقَ مِنْهُ، وَإِنْ ذَكَرَ وَجْهًا مُخْتَلِفًا فِي الْعَلَطِ فَتُسْمَعُ دَعْوَاهُ عَلَى رَأْيِ لِبَعْضِ الْأَصْحَابِ مُتَّبِعِهِ.

قال الرافعي: تكلمنا فيما إذا كذب المشتري في قدر الثمن بالزيادة غلطاً أو خيائناً، أما إذا كذب بالنقصان بأن قال: كان الثمن أو رأس المال، أو ما قامت به السلعة على مائة، وباع مائة ثم عاد، وقال: غلطت، وإنما هو مائة وعشرة، فننظر إن صدقة المشتري، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يصح البيع، كما لو غلط بالزيادة.

وأصحهما عند الإمام وصاحب «التهذيب»: أنه لا يصح لتعذر إرضائه، فإن العقد لا يحتمل الزيادة، وأما النقصان فهو معهود بدليل الأثر<sup>(٢)</sup>.

فإن قلنا بالأول، فأصح الوجهين أن الزيادة لا تثبت، ولكن للبائع الخيار.

والثاني: أنها تثبت مع ربحها، وللمشتري الخيار.

وقوله في الكتاب: (فالأصح أن العقد لا يحتمل الزيادة) إلى آخره، أراد به الوجهين الأخيرين المفترعين على وجه الصحة، وذلك جواب منه بالصحة، وهو الذي أورده القاضي الماوردي.

وقوله آخراً: (إن صدقة المشتري) تكرر غير محتاج إليه، فإنه قد تبين ذلك في

(١) قال النووي: المعروف في المذهب: أنه لاحظ بذلك ويندفع الضرر عند المشتري بثبوت الخيار.

(٢) قال النووي: الأول أصح وبه قطع المحاملي والجرجاني وصاحب «المهذب» والشاشي وخلائق.

التصوير أولاً، وإن كذبه المشتري فهذا يفرض على وجهين:

أحدهما: أن لا يبين للغلط وجهاً محتملاً، فلا يقبل قوله، ولو أقام عليه بيّنة لا تسمع دعواه؛ لأن اعترافه بأن الثمن مائة يكذب قوله الثاني وبيئته، فلو زعم أن المشتري عارف بصدقه، والتمس تخليفه على أنه لا يعرف ذلك، فوجهان في أنه هل يجاب؟ أحدهما: لا يجاب، كما لا تسمع بيئته.

والثاني: يجاب؛ لأنه ربما يقر عند عرض الثمن عليه<sup>(١)</sup> فعلى هذا إن نكل هل ترد اليمين على المدعي؟

فيه وجهان<sup>(٢)</sup> بناء على أن اليمين المردودة بعد نُكُول المدعى عليه كالإقرار من جهة المدعى عليه، أو كالبيّنة من جهة المدعي، وهذا أصل يشرح في موضعه إن شاء الله تعالى. فعلى الأول يرد، وعلى الثاني لا، ثم إذا قلنا بتحليف المشتري، فإنما يحلف على نفي العلم، فإن حلف أمضى العقد على ما حلف عليه، وإن نكل ورددنا اليمين فالبايع يحلف على القطع، وإذا حلف فللمشتري الخيار بين إمضاء العقد بما حلف عليه، وبين الفسخ كذا أطلقوه، وقضية تنزيه منزلة إقرار المدعى عليه أن يعود فيه ما ذكرنا في حالة التصديق.

والثاني: أن يبيّن للغلط وجهاً محتملاً مثل أن يقول ما كنت اشتريته بنفسي، وإنما اشتراه وكيلي وأخبرني أن الثمن مائة فبان خلافه، أو ورد عليّ كتاب منه فبان مزوراً، أو كتب يقول: راجعت جريدتي فغلطت من ثمن متاع إلى غيره فتسمع دعواه للتخليف؛ لأن بيان هذه الأعدار يحرك ظنّ صدقه، ومنهم من طرد الخلاف في التخليف.

وسماع البيّنة يترتب على التخليف إن قلنا: لا تحليف فالبيّنة أولى ألا تُسمع، وإن قلنا: له التحليف ففي البيّنة وجهان:

والأظهر: أنها تسمع أيضاً.

وقوله في الكتاب: (فلا تسمع بيئته ودعواه) جواب على أنه ليس له التخليف، وإلا فالتّمكين من التخليف يتضمّن سماع البيّنة والإصغاء إليها، وعلى مقابلته قوله: «فتسمع دعواه على رأي» يشعر بسماع البيّنة وجواز التخليف، والله أعلم.

فرع: قوله في المرابحة: بعتك بكذا يقتضي أن يكون الرّبح من جنس الثمن الأول، ولكن يجوز أن يجعل الرّبح من غير جنس الأصل، ولو قال: اشتريت بكذا، أو

(١) قال النووي: أصحهما: له تخليفه وبه قطع المحاملي في «المقنع» وغيره. ينظر الروضة ٣/١٩٣.

(٢) قال النووي: أصحهما تُرَدُّ. ينظر الروضة ٣/١٩٣.

بعتك به، وربح درهم على كل عشرة، فالربح يكون من نقد البلد لإطلاقه الدرهم، والأصل مثل الثمن سواء كان من نقد البلد أو غيره. فرع: لو أتهب بغير عوض لم يجز بيعه مرابحة، إلا أن يبين القيمة ويبيع بها مرابحة، وإن أتهب بشرط الثواب ذكره، وبيع به مرابحة، وإذا أجز داراً بعبء أو نكحت على عبد، أو خالغ زوجته عليه، أو صالح من الدم عليه لم يجز بيع العبد مرابحة بلفظ الشراء، ويجوز بلفظ قام علي ويذكر في الإجارة أجرة مثل الدار، وفي النكاح والخلع مهر المثل، وفي الصلح عن الدم الدية.

واعلم أن الأئمة أطبقوا على تصوير المرابحة فيما إذا قال: بعته بما اشتريت وربح كذا، أو بما قام علي، ولم يذكروا فيه خلافاً، وفيما إذا أوصى لإنسان بنصيب ابنه ذكروا وجهاً: أنه لا يصح إذا قال: بمثل نصيب ابني فكأنهم اقتصروا هاهنا على إيراد ما هو الأصح، وإلا فلا فرق بين البابين<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي: القِسْمُ الثَّالِثُ مَا يُطْلَقُ فِي الْمَبِيعِ، وَهِيَ سِتَّةُ أَلْفَاظٍ: الْأَوَّلُ: لَفْظُ الْأَرْضِ وَفِي مَعْنَاهَا الْعَرِضَةُ وَالسَّاحَةُ وَالْبُقْعَةُ، وَلَا تُنْدرِجُ تَحْتَهَا الْأَشْجَارُ وَالْبِنَاءُ عَلَى أَصْحَ الْقَوْلَيْنِ، إِلَّا إِذَا قَالَ: بَعْتُ الْأَرْضَ (و) بِمَا فِيهَا.

قال الرافعي: ذكر في هذا القسم ألفاظاً تمس الحاجة إلى معرفة ما يندرج فيها، وما لا يندرج منها: الأرض والعريضة والساحة والبقعة، فإذا قال: بعتك هذه الأرض، وكان فيها أبنية وأشجار نظر، إن قال: دون ما فيها من البناء والشجر لم تدخل هي في البيع، وإن قال: بعتكها بما فيها دخلت الأبنية والأشجار، وكذا لو قال: بعتكها بحقوقها على المشهور وحكى الإمام وجهاً: أنها لا تدخل وحقوق الأرض الممر، ومجرى الماء وما أشبههما، وإن أطلق فنصه هاهنا: أنها تدخل، ونص فيما لو رهن الأرض، وأطلق أنها لا تدخل، وللأصحاب فيها طرق:

أحدها: أن فيهما قولين بالثقل والتخريج:

وجه الدخول: أنها للدوام والثبات في الأرض فأشبهت أجزاء الأرض، ولهذا يلحق بها في الأخذ بالشفعة. ووجه المنع: خروجها عن مسمى الأرض.

والثاني: تقرير النصيين، والفرق أن البيع قوي لإزالة الملك، فيستتبع الشجر والبناء، والرهن بخلافه، ولهذا يكون الثمء الحادث من أصل المبيع للمشتري، ولم يكن الثمء الحادث من أصل المزهون مرهوناً، والثالث: ويحكي عن ابن سريج: القطع

(١) قال النووي: هذا التأويل خلاف مقتضى كلامهم، والفرق ظاهر فإن السابق إلى الفهم من قوله بما اشتريت أن معناه بمثل ما اشتريت، وحذفه اختصاراً، ولا يظهر هذا التقرير في الوصية.

بعدم الدخول في البيع والرهن جميعاً، ونصه هاهنا محمول على ما إذا قال بحقوقها، وكذا الحكم في الرهن ولو قال بحقوقها، وما أظهر من هذا الخلاف.

ذكر صاحب الكتاب أن الأصح منها أنها لا تدخل اقتداء بإمام الحرمين، ولا شك أنه أوضح في المعنى؛ لكن عامة الأصحاب رحمهم الله على أن ظاهر المذهب دخولها، ورأوا أصح الطرق تقرير النصين، والله أعلم.

قال الغزالي: وَأَصْوَلُ الْبُقُولِ كَالْأَشْجَارِ، وَالزُّرُوعُ لَا تَنْدَرِجُ قُطْعَانًا، وَلَا الْبِنْدُرُ وَإِنْ كَانَ كَامِنًا، وَالْأَصْحَحُ أَنَّهَا لَا تَمْنَعُ صِحَّةَ بَيْعِ الْأَرْضِ كَمَا لَوْ بَاعَ دَارًا مَشْحُونَةً بِأَمْتِعَةٍ، نَعَمْ إِنْ جَهِلَ الْمُشْتَرِي فَلَهُ الْخِيَارُ لِتَضْرُرِهِ بِتَعْطِيلِ الْمَنْفَعَةِ، وَالْأَصْحَحُ أَنَّهُ يَدْخُلُ فِي ضَمَانِ الْمُشْتَرِي (ح) وَيَدِيهِ بِالتَّسْلِيمِ إِلَيْهِ وَإِنْ تَعَدَّرَ انْتِفَاعَهُ سَبَبَ الزُّرْعِ.

قال الرافعي: في الفصل مسألتان:

إحدهما: الزرع ضربان:

الأول: ما لا تؤخذ ثمرته وفائدته مرة بعد أخرى، وإنما يؤخذ دفعة واحدة كالحنطة والشعير، فلا يدخل في مطلق بيع الأرض؛ لأنه ليس للثبات والدوام، وكان كنفولات الدار، ويصح بيع الأرض، وإن كانت مزروعة على أصح الطريقتين كما لو باع داراً مشحونة بأمتعة، ولا يخرج على الخلاف في بيع الدار المستأجرة؛ لأن يد المستأجر حائلة ثم. ومنهم من خرّجه على القولين.

قال الجمهور: لو كان في معنى تلك الصورة لوجب أن يقطع بالفساد، لأن مدة بقاء الزرع مجهولة، وإذا قلنا بالصحيح فللمشتري الخيار، إن كان جاهلاً بالحال بأن كانت رؤية الأرض سابقة على البيع، وإن كان عالماً فلا خيار له، وهل نحكم بصيرورة الأرض في يد المشتري، ودخولها في ضمانه إذا خلى البائع بينه وبينها؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنها مشغولة بملك البائع كما ذكرنا فيما إذا كانت الدار المبيعة مشحونة بأمتعة البائع فيما قبل.

وأظهرهما: نعم، لحصول التسليم في الرقبة وهي المبيعة، ويخالف صورة الاستشهاد؛ لأن التفرغ ثم فئات في الحال، على أن الإمام أورد في تلك الصورة وجهاً أيضاً، وادّعى أنه ظاهر المذهب.

وإذا كان في الأرض جزر أو فجّل أو سلّق أو نؤم ولو لم يدخل في بيع الأرض، كالحنطة والشعير، وكل زرع لا يدخل في البيع لا يدخل، وإن قال: بغت الأرض بحقوقها، يحكى ذلك عن الشيخ أبي حامد، ورأيته لمنصور التميمي في المستعمل

أيضاً، ولا يؤمر البائع بقطع الزرع الذي يَبْقَى له في الحال بل له إبقاؤه إلى أَوَانِ الحَصَادِ خلافاً لأبي حنيفة، وعند وقت الحصاد يؤمر بالقطع والتفريغ، وعليه تسوية الأرض وقلع العروق التي يضر بقاؤها بالأرض كعروق الدُّرة تشبيهاً بما إذا كان في الدار أمتعة لا يتسع لها باب الدار ينقض، وعلى البائع ضمانه.

**الضرب الثاني:** ما تؤخذ ثمرته وفائدته مرة بعد أخرى في سنتين أو أكثر، كالكَرْمِ والْحِجَازِيِّ والنَّجَسِ والبَنْفَسِجِ، فالظاهر من ثمارها عند بيع الأرض يبقى للبائع، وفي دخول الأصول الخلاف الذي سبق في الأشجار، وفي النَّجَسِ والبَنْفَسِجِ وجه: أنهما من الضرب الأول.

وما يُجَزَّ مراراً كَالْقَتِّ والقَصَبِ والهِنْدِيَاءِ<sup>(١)</sup> وَالتُّغْنَاعِ والكَرَفِسِ والطَّرْحُونِ<sup>(٢)</sup>، تبقى جزئها الظاهرة عند البيع للبائع، وفي دخول الأصول الخلاف.

وعن الشيخ أبي محمد القطع بأنها تدخل في بيع الأرض؛ لأنها كَامِنَةٌ فيها نازلة منزلة أجزائها بخلاف الأشجار، فيجوز أن نعلم لذلك قوله في الكتاب: «وأصول البقول كالأشجار» بالواو، وإذا قلنا بدخولها فليشترط على البائع قطع الجزة الظاهرة؛ لأنها تزيد ويشبهه المبيع بغيره ولا فرق بين أن يكون ما ظهر بالغاً أو أَوَانِ الجَزِّ أو لا يكون.

قال في «التتمة»: إلاً القَصَبِ فإنه لا يكلف بقطعه، إلا أن يكون ما ظهر قدراً يتففع به، ولو كان في الأرض أشجار، خلاف ما يقطع من وجه الأرض فهي كَالْقَصَبِ.

**الثانية:** لو كانت الأرض المبيعة مَبْدُورَةً، ففي البذر الكامل مثل التَّفْصِيلِ المذكور في الزروع فالْبُدْرُ الذي لا تَبَاتُ لنباته، ويؤخذ دفعة واحدة لا يدخل في بيع الأرض، ويبقى إلى أَوَانِ الحَصَادِ، وللمشتري الخيار أن كان جاهلاً به، فإن تركه البائع له سقط خياره، وعليه القبول، ولو قال: آخذه وأفرغ الأرض سقط خياره أيضاً، إن أمكن ذلك في زمان يسير.

والبُدْرُ الذي يدوم نباته كَتَوَى الثُّخْلِ والجَوْزِ واللُّوزِ وبذر الكُرَاتِ، ونحوه من البقول حكمه في الدخول تحت بيع الأرض حكم الأشجار، وجميع ما ذكرنا في المسألتين مفروض فيما إذا أطلق بيع الأرض، فأما إذا باعها مع الزرع، أو البذر فإنما نوره في خلال اللفظ السادس، إن شاء الله تعالى.

(١) بقل زراعي حولي، ومحول من الفصيلة المركبة يطبخ ورقه أو يجعل سلطه. انظر المعجم الوسيط ١٠٠٧/٢.

(٢) الطرخون بقلة زراعية معمرة، تزرع لرائحة أوراقها، وهذه الأوراق تؤكل وهي خضر مع الطعام. انظر المعجم الوسيط ٥٥٩/٢.

قال الغزالي: وَالْحِجَارَةُ إِنْ كَانَتْ مَخْلُوقَةً فِي الْأَرْضِ أَنْدَرَجَتْ، وَإِنْ كَانَتْ مَدْفُونَةً فَلَا، وَعَلَى الْبَائِعِ الثَّقُلَ وَالتَّفْرِيفَ وَتَسْوِيَةَ الْحَفْرِ، فَإِنْ كَانَتْ تَعْيِبُ بِهِ الْأَرْضُ أَوْ تَتَعَطَّلُ بِهِ مَنَفَعَةٌ فِي مُدَّةِ الثَّقُلِ فَلَهُ الْخِيَارُ عِنْدَ الْجَهْلِ، فَإِنْ أَجَازَ فَلَاظْهَرُ أَنْ لَهُ طَلَبُ أَجْرَةِ الْمَنَفَعَةِ فِي هَذِهِ الْمُدَّةِ، وَفِي مُدَّةِ بَقَاءِ الزَّرْعِ، وَكَذَلِكَ لَهُ طَلَبُ أَشْرِ التَّعْيِبِ، فَإِنْ تَرَكَ الْبَائِعُ الْحِجَارَةَ بَطَلَ خِيَارُ الْمُشْتَرِي، لِأَنَّهُ غَيْرُ مُضَرَّرٍ بِالْبَقَاءِ، ثُمَّ لَا يَمْلِكُهُ بِمُجَرَّدِ الْإِعْرَاضِ (و) إِلَّا إِذَا جَرَى لَفْظُ الْهَبَةِ وَشَرْطُهَا.

قال الرَّافِعِيُّ: الْحِجَارَةُ إِنْ كَانَتْ مَخْلُوقَةً فِي الْأَرْضِ، أَوْ مَشْتَبَةً دَخَلَتْ فِي بَيْعِ الْأَرْضِ. وَإِنْ كَانَتْ تَضُرُّ بِالزَّرْعِ وَالْعَرْسِ، فَقَدْ ذَكَرْنَا فِي عِدَادِ الْعُيُوبِ أَنَّهُ عَيْبٌ إِذَا كَانَتْ الْأَرْضُ مِمَّا تَقْصَدُ لِذَلِكَ وَفِيهِ وَجْهٌ: أَنَّهُ لَيْسَ بِعَيْبٍ، وَإِنَّمَا هُوَ قَوَاتٌ فَضِيلَةٌ، وَإِنْ كَانَتْ مَدْفُونَةً فِيهَا لَمْ تَدْخُلْ فِي الْبَيْعِ كَالْكَنْزِ وَالْأَقْمِشَةِ فِي الدَّارِ، ثُمَّ لَا يَخْلُو.

إما: أَنْ يَكُونَ الْمُشْتَرِي عَالِماً بِالْحَالِ، أَوْ جَاهِلاً.

فَإِنْ كَانَ عَالِماً فَلَا خِيَارَ لَهُ فِي فَسْخِ الْعَقْدِ، وَإِنْ تَضَرَّرَ بِقَلْعِ الْبَائِعِ، وَلَهُ إِجْبَارٌ الْبَائِعِ عَلَى الْقَلْعِ وَالنَّقْلِ تَفْرِيفاً لِمَلِكِهِ بِخِلَافِ الزَّرْعِ فَإِنَّ لَهُ أَمِداً يَنْتَظِرُ، وَلَا أَجْرَةَ لِلْمُشْتَرِي فِي مَدَّةِ الْقَلْعِ وَالثَّقُلِ، وَإِنْ طَالَتْ كَمَا لَوْ اشْتَرَى دَاراً فِيهَا أَقْمِشَةً، وَهُوَ عَالِمٌ بِهَا لَا أَجْرَةَ لَهُ فِي مَدَّةِ الثَّقُلِ وَالتَّفْرِيفِ، وَيَجِبُ عَلَى الْبَائِعِ إِذَا نَقَلَ تَسْوِيَةَ الْأَرْضِ.

وَإِنْ كَانَ جَاهِلاً فَلِلْحِجَارَةِ مَعَ الْأَرْضِ أَرْبَعَةُ أَحْوَالٍ:

الحالة الأولى: أَنْ لَا يَكُونَ فِي قَلْعِهَا وَلَا فِي تَرْكِهَا ضَرَرٌ فَإِنْ لَمْ يَحُوجِ الثَّقُلُ وَتَسْوِيَةَ الْأَرْضِ إِلَى مَدَّةٍ لِمِثْلِهَا أَجْرَةٌ، وَلَمْ تَنْقُصِ الْأَرْضُ بِهَا فَلِلْبَائِعِ النَّقْلَ، وَعَلَيْهِ تَسْوِيَةُ الْأَرْضِ، وَلَا خِيَارَ لِلْمُشْتَرِي، وَلَهُ إِجْبَارُ الْبَائِعِ عَلَى الثَّقُلِ، وَحَكَى الْإِمَامُ وَجْهاً: أَنَّهُ لَا يَجِبُ وَالْخِيَرَةُ لِلْبَائِعِ، وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ.

الحالة الثانية: أَنْ لَا يَكُونَ فِي قَلْعِهَا ضَرَرٌ وَيَكُونَ فِي تَرْكِهَا ضَرَرٌ، فَيُؤْمَرُ الْبَائِعُ بِالنَّقْلِ، وَلَا خِيَارَ لِلْمُشْتَرِي كَمَا لَوْ اشْتَرَى دَاراً فَلَحِقَ سَقْفُهَا خَلَلٌ يَسِيرٌ يُمْكِنُ تَدَارِكُهُ فِي الْحَالِ، أَوْ كَانَتْ مُنْسَدَةً بِالْوَعَةِ فَقَالَ الْبَائِعُ: أَنَا أَصْلَحُهُ وَأَتَقْنَهَا فَلَا خِيَارَ لِلْمُشْتَرِي.

الثالثة: أَنْ يَكُونَ الْقَلْعُ وَالتَّرْكُ جَمِيعاً مُضَرِّينَ، فَلِلْمُشْتَرِي الْخِيَارَ سِوَاءِ جَهْلِ أَصْلِ الْأَحْجَارِ، أَوْ كَوْنِ قَلْعِهَا مُضْراً، وَلَا يَسْقُطُ خِيَارُهُ بِأَنْ يَتَرَكَ الْبَائِعُ الْأَحْجَارَ لَمَّا فِي نَقْلِهَا مِنَ الضَّرَرِ وَهَلْ يَسْقُطُ بِأَنْ يَقُولَ لِلْمُشْتَرِي: لَا تَفْسُخْ لِأَغْرَمَ لَكَ أَجْرَةَ الْمِثْلِ لِمَدَّةِ النَّقْلِ؟

فِيهِ وَجْهَانِ عَنِ رِوَايَةِ صَاحِبِ «التَّقْرِيبِ».

أصحهما: لَا، كَمَا لَوْ قَالَ الْبَائِعُ: لَا نَفْسُخِ الْبَيْعَ بِالْعَيْبِ لِأَغْرَمَ لَكَ الْأَرْضَ ثُمَّ إِنْ



اختار المشتري البيع فعلى البائع النقل وتسوية الأرض سواء كان النقل قبل القبض أو بعده، وهل تجب أجره المثل لمدة النقل إن كان النقل قبل القبض فيبني على أن جناية البائع قبل القبض كأفة سماوية أو كجناية الأجنبي.

إن قلنا: بالأول لم تجب وإن قلنا بالثاني فهو كما لو نقل بعد القبض، وإن كان الثقل بعد القبض فوجهان.

أصحهما: عند الشيخ أبي حامد: أنها لا تجب؛ لأن إجازته رضا بتلف المنفعة في مدة الثقل.

وأصحهما: على ما يقتضيه كلام الأكثرين وبه قال أبو إسحاق: أنها تجب كما لو جنى على المبيع بعد القبض عليه ضمانه، وقد يختصر فيقال: في وجوب الأجرة ثلاثة أوجه:

ثالثها وهو الأظهر: الفرق بين أن يكون الثقل قبل القبض فلا تجب، أو بعده فتجب، ويجري مثل هذا الخلاف في وجوب الأرش، لو بقي في الأرض بعد التسوية نقصان وعيب وفي مأخذ الخلاف في الأرش ولزوم التسوية مزيد كلام مذكور في الغضب.

الرابعة: أن يكون في قلعها ضرر، ولا يكون في تركها ضرر، فللمشتري الخيار، فإن أجاز ففي الأجرة والأرش ما مر، ولا يسقط خياره بأن يقول للبائع: أقلع واغرم الأجرة، أو أرش النقص كذا قاله في «التهديب»، ويجيء فيه مثل الخلاف المذكور في الحالة الثالثة، ولو رضى بترك الأحجار في الأرض سقط خيار المشتري إبقاء للعقد، ثم ينظر إن اقتصر على قوله: تركتها إلى المشتري فهو تملك، أو مجرد إعراض لقطع الخصومة، فيه وجهان كالوجهين في ترك الثقل على الدابة المردودة بالعيب.

أحدهما: أنه تملك ليكون سقوط الخيار في مقابلة ملك حاصل.

وأظهرهما: وهو الذي ذكره في الكتاب: أنه قطع للخصومة لا غير.

فإن قلنا بالأول: فلو قلعها المشتري يوماً فهي له، ولو أراد البائع الرجوع فيها لم يكن له وإن قلنا بالثاني فهي للبائع، ولو أراد الرجوع قال الأكثرون: له ذلك ويعود خيار المشتري. وقال الإمام: لا رجوع ويلزمه الوفاء بالترك، وإن قال: وهبتها منك، فإن رآها من قبل واجتمعت شرائط الهبة حصل الملك، ومنهم من طرد الخلاف؛ لأنه لا ينبغي حقيقة الهبة وإنما يقصد دفع الفسخ، وإن لم تجتمع شرائط الهبة، ففي صحتها للضرورة وجهان، إن صححناها ففي إفادة الملك ما ذكرنا في لفظ الترك.

واعلم أن جميع ما ذكرنا فيما إذا كانت الأرض بيضاء، أما إذا كان فيها غراس فينظر إن كانت حاصلة يوم البيع واشتراها مع الأرض، فنقصان الأشجار وتعبئها بالإحجار، كتعبئ الأرض في إثبات الخيار وسائر الأحكام، وإن أحدثها المشتري بعد

الشراء، فينتظر إن أحدثها عالماً بالأحجار فللبائع قَلْعُها، وليس عليه ضمان نقصان الغِرَّاس، وإن أحدثها جاهلاً، ففي ثبوت الخيار وجهان:

وجه الثبوت أن الضرر ناشئ من إيداعه الأحجار في الأرض.

والأصح أنه لا يثبت لرجوع الضَّرر إلى غير المبيع، فإن كانت الأرض تنقص بالأحجار أيضاً نظر إن لم يورث الغرَّس وقلع المغروس نقصاناً في الأرض فله القلع والفسخ، وإن أورث الغرَّاس أو القلع نقصاناً فلا خيار في الفسخ، إذ لا يجوز له رد المبيع ناقصاً ولكن يأخذ الأرض وإذا قلع البائع الأحجار فانتقص الغرَّاس فعليه أرش النقص بلا خلاف، ولو كان فوق الأحجار زرع إما للبائع أو للمشتري، ففي «التهذيب» أنه يترك إلى أوان الحصاد؛ لأن له غاية منتظرة بخلاف الغرَّاس، ومنهم من سوى بينه وبين الغرَّاس<sup>(١)</sup>.

إذا تقرر فقه الفصل فالحاجة بعده إلى معرفة ما ذكر في الكتاب، وإحلال كل شيء محله.

أما قوله: (وعلى البائع النقل والتفريغ وتسوية الحفر) فاعلم أن الجمع بين النقل والتفريغ ضرب إنضاح، وإلا فنقل الحجارة عن الموضع دون التفريغ محال، ثم الكلام مجري على إطلاقه في صورة العلم باشتغال الأرض على الأحجار المدفونة، وكذا في صورة الجهل حيث لا يثبت الخيار، وحيث ثبت فكذلك إن أجاز المشتري.

وأما إذا فسح فلا يخفى أنه لا يكلف بالتَّقل وتسوية الحفر، ثم تكلم الإمام في أنهم لم أوجبوا تسوية الحفر على البائع، وعلى الغاصب إذا حفر في الأرض المغصوبة، ولم يوجبوا على من هدم الجدار أن يعيده، وإنما أوجبوا الأرش.

وأجاب عنه بأن طمَّ<sup>(٢)</sup> الحفيرة لا يكاد يتفاوت، وهيئات الأبنية تختلف وتتفاوت فيشبه ذلك بذوات الأمثال، وهذا بذوات القيم، حتى لو رفع لبنة أو لبنتين من رأس الجدار، وأمکن الرد من غير اختلاف في الهيئة كان ذلك كطمَّ الحفيرة فهذا ما ذكره، وفي وجوب الإعادة على هادم الجدار خلاف يذكره في كتاب الصلح إن شاء الله تعالى.

وقوله: (فله الخيار عند الجهل) محمول على الحالة الثالثة والرابعة فأما في الأولى والثانية فقد عرفت أنه لا خيار.

(١) قال النووي: الأصح: قول صاحب «التهذيب» وقد وافقه جماعة. قال صاحب «الإبانة» إذا قلع البائع الأحجار بعد الحصاد فعليه تسوية الأرض. ينظر الروضة ٣/١٩٩.

(٢) طمَّ الحفرة بالتراب ونحوه: ردمها وسواها بالأرض. ينظر المعجم الوسيط ٢/٥٧٢.

وقوله: (فالأظهر أن له طلب أجره المنفعة في هذه المدة، وفي مدة بقاء الزرع).

أما أجره مدة النقل فقد تكلمنا فيها، وبيننا أن الأظهر الفرق بين أن يكون النقل قبل القبض أو بعده، وأما في مدة بقاء الزرع فوجهان عن رواية صاحب «التقريب» الذي أورده المعظم: أنه لا تجب الأجرة، وتقع تلك المدة مُستثناة كما لو باع داراً مشحونة بأقمشة لا يستحق المشتري الأجرة لمدة التفريغ.

والثاني: وهو الأظهر عند صاحب الكتاب: أنها تجب، ولفظ المنفعة في قوله: «أجرة المنفعة» في قوله حشو لا يضر إسقاطه إذ ليس الأجرة إلا عوض المنفعة.

وقوله: (فإن ترك البائع الحجارة بطل خيار المشتري) مُصور في الحالة الرابعة لا غير؛ لأنه لا خيار للمشتري في الأولى والثانية حتى يفرض سقوطه.

وأما في الثالثة، فقد ذكرنا أن ترك الحجارة لا يسقط الخيار.

وقوله: (لأنه غير متضرر بالبقاء) فيه إشارة إلى التصوير في الحالة المذكورة.

وقوله: (ثم لا يملكه بمجرد الإعراض معلّم بالواو).

وقوله: (إلا إذا جرى لفظ الهبة) استثناء منقطع، ويجوز أن يعلم قوله: (وشرطها) بالواو، للوجه الذي ذكرناه في أنه لا تعتبر اجتماع الشروط.

قال الغزالي: اللَّفْظُ الثَّانِي: الْبَاغُ وَفِي مَعْنَاهُ الْبُسْتَانُ، وَهُوَ مُسْتَتَبِعٌ لِلْأَشْجَارِ، وَلَا يَتَنَاوَلُ الْبِنَاءَ عَلَى الْأَظْهَرِ، وَأَمَّا أَسْمُ الْقَرْيَةِ وَالْدُّسْكَرَةِ (٣) يَتَنَاوَلُ الْبِنَاءَ وَالشَّجَرَ.

قال الرَّافِعِيُّ: إِذَا قَالَ: بَعْتُكَ هَذَا الْبَاغَ وَالْبُسْتَانَ دَخَلَ فِي الْبَيْعِ الْأَرْضَ وَالْأَشْجَارَ وَالْحَائِطَ، وَفِي دَخُولِ الْبِنَاءِ الَّذِي فِيهِ مَا سَبَقَ فِي دَخُولِهِ تَحْتَ الْأَرْضِ، وَفِي الْعَرِيشِ الَّذِي تَوْضِعُ عَلَيْهِ الْقُضْبَانُ تَرَدَّدَ لِلشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ، وَالظَّاهِرُ عِنْدَ الْإِمَامِ دَخُولُهُ، وَذَكَرُوا أَنَّ لَفْظَ الْكَرْزِ كَلْفِظِ الْبُسْتَانِ، وَلَكِنَّ الْعَادَةَ فِي نَوَاحِينَا إِخْرَاجَ الْحَائِطِ عَنِ مَسْمَى الْكَرْمِ، وَإِدْخَالَهُ فِي مَسْمَى الْبُسْتَانِ، وَلَا يَبْعَدُ أَنْ يَكُونَ الْحُكْمُ عَلَى مَا اسْتَمَرَ الْاِضْطِلَاحُ بِهِ.

ولو قال: هذه الدار بستان دخلت الأبنية والأشجار جميعاً.

ولو قال: هذا الحائط بستان، أو هذه المحظوظة دخل الحائط المحيط وما فيه من الأشجار، وفي البناء الخلاف السابق، هكذا ذكره في «التهذيب»، ولا يتضح في لفظ المحظوظة فرق بين الأبنية والأشجار فليدخلا، أو ليكونا على الخلاف.

ولو قال: بعتك هذه القرية دخل في البيع الأبنية والساحات التي تحيط بها الصُور، وفي الأشجار التي وسطها الخلاف، اختيار الإمام وصاحب الكتاب دخولها بخلاف اختيارهما في لفظ الأرض.

وأما المزارع فلا تدخل في البيع، ألا ترى أنه لو حلف لا يدخل القرية لم يَحْتِث بدخوله المزارع؟ ولو قال: بعتهما بحقوقها لم تدخل أيضاً، بل لا بد من نَص على المزارع، وفي «النهاية» أنها تدخل إذا قال: بحقوقها وهما غريان. (١)

قال الغزالي: **الْفُظُّ الثَّلَاثُ الدَّارُ وَلَا يَنْدَرُجُ تَحْتَهُ الْمَنْقُولَاتُ إِلَّا مِفْتَاحَ الْبَابِ أَسْتَثْنَاهُ صَاحِبُ «التَّلْخِيصِ»، وَيَنْدَرُجُ تَحْتَهُ الثَّوَابِثُ وَمَا أُثْبِتَ مِنْ مَرَافِقِ الدَّارِ لِلْبَقَاءِ كَالْأَبْوَابِ وَالْمَعَالِيقِ، وَفِي الْأَشْجَارِ وَحَجَرِ الرَّحَا وَالْأَجَانَاتِ الْمُثَبَّتَةِ خِلَافًا، وَفِي مَعْنَاهَا الرُّفُوفُ، وَالسَّلَالِيمُ الْمُثَبَّتَةُ بِالْمَسَامِيرِ.**

قال الرافعي: إذا قال: بعته هذه الدار دخل في المبيع الأرض والأبنية على تنوعها حتى يدخل الحمام المغدود من مرافقها، وحكي عن نصح أن الحمام لا يدخل، وحملوه على حمامات الحجاز، وهي بيوت من خشب تنقل، ولو كان في سَطِهَا أشجار ففي دُخُولِهَا ما سبق في دُخُولِهَا تحت بيع الأرض، ونقل الإمام في دخولها ثلاثة أوجه:

**ثالثها:** الفرق بين أن يكثر بحيث يجوز تسمية الدار بستاناً فلا يدخل في لفظ الدار وبين أن لا تكون كذلك فتدخل.

وأما الآلات في الدار فهي على ثلاثة أجزاء:

أحدهما: المنقولات كالذلولو والبكرة والرشا والمجارف والسرور والرفوف الموضوععة على الأوتاد، والسلاليم التي لم تستمر ولم تُطِين، والأقفال والكُنُوز والدقائين، فلا يدخل شيء منها في البيع، نعم في مفتاح المغلاق المثبت وجهان: أحدهما: أنه كسائر المنقولات.

وأصحهما: ويحكي عن صاحب «التلخيص»: أنه يدخل؛ لأنه من توابع المغلاق المثبت، وفي ألواح الذكاكين مثل هذين الوجهين لأنها أبواب لها، وإن كانت تنقل وتردد في القوقاني من حجر الرحى مثل هذين الوجهين إن أدخلنا التختاني، والأصح: الدخول. **والثاني:** ما أثبت تمتة للدار ليدوم فيها ويبقى كالسقف والأبواب المنصوبة، وما عليها من المعاليق والحلق والسلايل والضباب تدخل في البيع؛ فإنها مغدودة من أجزاء الدار.

**الثالث:** ما أثبت على غير هذا الوجه كالرفوف والذنان والأجانات المثبتة والسلاليم المسمرة والأوتاد المثبتة في الأرض والجدران، والتختاني من حجر الرحى،

(١) قال النووي: قد قال الغزالي وغيره: قوله: بعته الدسكرة كبعتك القرية. ينظر الروضة ٣/٢٠٠.

وخبث القَصَار، ومَعَجَن الحَبَّاز، ففي جميع ذلك وجهان:

أصحهما: أنها تدخل لثباتها واتصالها.

**والثاني:** لا تدخل لأنها إنما أثبتت لِسهولة الازْتِفَاق بها، كي لا تَتَرَعَزَع وتتحرك عند الاستعمال. وأشار الإمام إلى القطع بدخول الحَجَرَيْن في بيع الطَّاحونة، وبدخول الأَجَانَات المُثَبَّتة إذا باع باسم المدبغة والمصبغة، وأنَّ الخلاف في دخولها تحت بيع الدَّار وفي «التتمة» أن أصل الخلاف في هذه المسائل الخلاف، في تجويز الصلاة إلى العصا المَعْرُوزة في سطح الكَعْبَة، إن جوزنا فقد عدناها من البناء فتدخل، وإلا فلا، وهذا يقتضي التَّشْوِيه بين اسم الدَّار والمدبغة<sup>(١)</sup>.

قوله في الكتاب: «ويندرج تحته الثوابت، وما أثبت من مرافق الدار» كأنه يعني بالثَّوَابِت ما هو ثابت في نفسه من غير إثبات، أو ما هو من ضرورات الدار، وبما أثبت من المرافق ما سواها.

فروع:

**أحدها:** لا يدخل مَسِيل الماء في بيع الأرض، وكذا لا يدخل فيه شربها من القنَّاة، أو الثَّهْر المملوكين إلا أن يشترط أو يقول بحقوقها، وحكى أبو عاصم العبادي وجهاً: أنه يكفي ذكر الحقوق.

وإذا كان في الدَّار المبيعة بئر ماء دخلت في المبيع، والماء الحاصل في البئر لا يدخل، أما إذا لم نجعله مملوكاً فظاهر وأما إذا جعلناه مملوكاً فلأنه نَمَاء ظاهر، فأشبهه الثمار المُوَثَّرَة، وفي «التهاية» حكاية وجه: أنه يدخل إذا جعلناه مملوكاً، وينزل منزلة الثمار التي لم تُوَثَّر؛ لأنه العرف فيه، وإن شرط دخوله في البيع صَحَّ على قولنا: إنَّ الماء مملوك بل لا يصح البيع دون هذا الشرط، وإلا اختلط ماء المُشْتَرِي بماء البائع وانفسخ البيع<sup>(٢)</sup>، وذكر الخلاف في الماء، وتفاريعه مؤخر إلى إحياء الموات.

**والثاني:** لو كان في الأرض أو الدَّار معدن ظاهر، كالنَّفْط والمِلْح والَعَاز والكِبْرِيْت فهو كالماء وإن كان باطناً كالذَّهَب والْفِضَّة دخل في البيع، إلا أنه لا يجوز بيع ما فيه معدن الذَّهَب بالذهب من جهة الرُّبَا، وفي بيعه بالفضة قولان للجمع في الصَّفَقَة الواحدة بين البَيْع والصَّرْف.

(١) قال النووي: ويجري الوجهان في قدر الحمام قاله في «التتمة». ينظر الروضة ٢٠٢/٣.

(٢) قال النووي: هذا الشرط على قولنا الماء مملوك، فإن قلنا لا يملك صح البيع مطلقاً، بل لا يجوز شرطه لأنه لا يملكه، ويكون المشتري أحق به لأنه في يده كما لو توصل صيد في أرضه.

الثالث: باع داراً في طريق غير نافذ دخل حريمها في البيع، وفي دخول الأشجار الخلاف الذي سبق، وإن كان في طريق نافذ لم يدخل الحريم، والأشجار في البيع، بل لا حريم لمثل هذه الدار، على ما سنذكر في إحياء الموات إن شاء الله تعالى.

قال الغزالي: اللَّفْظُ الرَّابِعُ: الْعَبْدُ وَلَا يَتَنَاوَلُ مَالَ الْعَبْدِ وَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ يَمْلِكُ بِالتَّمْلِيكِ، وَفِي ثِيَابِهِ الَّتِي عَلَيْهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهُ، وَفِي الثَّالِثِ يَنْدَرُجُ سَاتِرُ الْعَوْرَةِ دُونَ غَيْرِهِ، وَالْوَجْهُ الصَّحِيحُ تَحْكِيمُ الْعُرْفِ. قال الرَّافِعِيُّ: العبد إذا ملكه السيد، مالا هل يملكه؟

فيه قولان يذكران بتوجيههما في باب معاملات العبيد. إذا عرف ذلك فلو ملكه سيده مالا ثم باعه، وشرط المال ثم باعه وشرط المال لنفسه فلا كلام وإن أطلق بيعه لم يتبعه المال أيضاً. أما إذا قلنا: إنه لا يملك فظاهر.

وأما إذا قلنا إنه يملك فلأن اللفظ لا يتناول المال، وهو بسبيل من الرجوع فيه، وكان ترك التعرض للمال رجوعاً. وإن باعه مع المال.

فإن قلنا: إنه لا يملك ما ملكه اعتبر فيه شرائط المبيع حتى لو كان مجهولاً أو غائباً لم يصح البيع، وكذا لو كان ديناً، والثلث دين وكذا لو كان ذهباً، والثلث ذهباً، ولو كان ذهباً والثلث فضة أو بالعكس، فعلى قولنا الجمع بين البيع والصرف.

وإن قلنا: إنه يملك فقد نص أن المال ينتقل إلى المشتري مع العبد، وأنه لا بأس بكونه مجهولاً أو غائباً، ويحتمل ذلك عن أبي سعيد الإصطخري أن المال تابع، وقد يحتمل في التابع ما لا يحتمل في الأصل ألا ترى أن الجهل في الحمل واللبن التابعين محتمل؟ وكذا الجهل بحقوق الدار.

وعن ابن سريج وأبي إسحاق أن المال ليس بمبيع لا أصلاً ولا تبعاً، ولكن شرطه للمبتاع كتبعية له على العبد كما كان للمشتري انتزاعه عنه، كما كان للبائع الانتزاع منه فعلى هذا لو كان المال ربوياً، والثلث من جنسه فلا بأس، وعلى الأول لا يجوز ذلك ولا يحتمل الربا في التابع كما في الأصل، وأصح المعنيين عند الأصحاب الثاني.

هذه إحدى مسألتني الفصل.

والثانية: الثياب<sup>(١)</sup> التي على العبد، هل تدخل في بيعه؟ فيه وجهان:

أحدهما: الاقتصار على اللفظ كما أن السرج لا يدخل في بيع الدابة.

(١) المراد بثياب العبد ما كان عليه حالة العقد وفي شرح مسلم أن الأمة كالعبد فلو عبر بالرقيق لكان أعم. فرع: باع سفينة. قال الروياني ففي دخول آلتها المنفصلة التي يستغنى عنها وجهان وهما كالوجهين في المفتاح.

والثاني: تدخل، وعلى هذا فوجهان:

أحدهما: أن ما عليه من الثياب تدخل اعتباراً بالعرف، وبه قال أبو حنيفة.

والثاني: يدخل سائر العورة دون غيره.

وقوله في الكتاب: (والتوجه الصحيح تحكيم العرف)، ربما يشعر بوجه رابع، لكن المنقول ليس إلا الوجوه الثلاثة، فهو إذن ترجيح لوجه دخول ما عليه من الثياب، لكن صاحب «التهذيب» وغيره رجحوا الوجه الصائر إلى أن شيئاً منها لا يدخل في البيع، وكذا قالوا في عذار الدابة.

وأما نعلها فيدخل، وكذا بزة<sup>(١)</sup> الناقة إلا أن يكون من ذهب أو فضة<sup>(٢)</sup>.

قال الغزالي: اللَّفْظُ الْخَامِسُ: الشَّجَرُ وَيَنْدَرُجُ تَحْتَهُ الْأَغْصَانُ وَالْأَوْرَاقُ حَتَّى وَرَقِ الْفِرْصَادِ عَلَى الْأَصْحِ وَكَذَا الْعُرُوقُ، وَيَسْتَحِقُّ الْإِنْقَاءَ مَغْرُوساً، وَلَا يَسْتَحِقُّ الْمَغْرَسَ عَلَى الْأَصْحِ مِنَ الْقَوْلَيْنِ، وَلَكِنْ يَسْتَحِقُّ مَنَفَعَتَهَا لِلْإِنْقَاءِ.

قال الرافعي: في الفصل مسألتان:

إحدهما: أغصان الشجرة تدخل في مطلق بيعها لأنها معدودة من أجزاء الشجرة، نعم لا يدخل الغصن اليابس في بيع الشجرة الرطبة؛ لأن العادة فيه القطع كما في شمار. قال في «التهذيب»: ويحتمل أن يدخل كالصوف على ظهر الغنم، وتدخل العروق أيضاً في مطلق بيع الشجرة، وكذلك الأوراق إلا أن شجرة الفِرْصَادِ<sup>(٣)</sup> إذا بيعت في الربيع، وقد خرجت أوراقها ففي دخولها تحت البيع وجهان:

أصحهما: انها تدخل كما في غير وقت الربيع وكما في سائر الأشجار.

وقال: أبو إسحاق انها لا تدخل لأنها كثمار سائر الأشجار، وفي أوراق شجر التُّبُق ذكر طريقتين في «التتمة» أظهرهما: أنها كأوراق غيرها من الأشجار.

والثاني: أنها كأوراق الفِرْصَادِ، لأنها تلتقط ليغسل بها الرأس.

(١) حلقة من صُفْرِ أو غيره في أحد جانبي أنف البعير للتذليل. ينظر المعجم الوسيط ٥٣/١.

(٢) قال الأدرعي: والحلقة التي تُكْتَبُ بها البغلة كالبرة، والعرف قاض بالمسامحة بها وإن كان من فضة. قال في الخادم: والمعنى في استثناء ذلك يعني البرة في الذهب والفضة أن استعماله حرام، وما حرم استعماله لا يتبع وبه يظهر أن الاستثناء لا يختص بالبرة بل النعل كذلك يعني نقل الدابة. وكذا لو اتخذ للعبد حلياً يحرم استعماله كالطوق والدبليج لا يدخل، وكذا لو حلى الشاة بالذهب والفضة وباعها فإن تحليتها حرام كما قاله الدارمي وغيره.

(٣) الفِرْصَادُ: اسم يطلق على التوت. انظر المعجم الوسيط ٦٨٩/٢.

الثانية: لو باع شجرة يابسة نابتة فعلى المشتري تفريغ الأرض عنها للعادة.

قال في «التتمة» فلو شرط إبقاءها فسد البيع، كما لو اشترى الثمرة بعد التأبير وشرط عدم القطع عند الجُذاذ، ولو باعها بشرط القطع أو القلع جاز، وتدخل العُروق في البيع عند شرط القلع، ولا تدخل عند شرط القطع بل تقطع عن وجه الأرض، وإن كانت الشجرة رطبة فباعها بشرط الإبقاء أو شرط القلع اتبع الشرط ولو أطلق جاز الإبقاء أيضاً للعادة كما لو اشترى بناء يستحق إبقاءه وهل يدخل المغرس في البيع؟ وجهان.

وقال الإمام وصاحب الكتاب رحمهما الله: قولان:

أحدهما ويحكى عن أبي حنيفة: نعم؛ لأنه يستحق منفعته لا إلى غاية، وذلك لا يكون إلا على سبيل الملك، ولا وجه لتملكه إلا دخوله في المبيع.

وأصحهما: لا لأن اسم الشجرة لا يتناوله، وقد يستحق غير المالك المنفعة لا إلى غاية كما لو أعار جذاره ليضع الجذع عليه، فعلى الوجه الأول لو انقلعت الشجرة أو قلعها المالك، كان له أن يغرّس بدلها، وله أن يبيع الغرس، وعلى الثاني ليس له ذلك، ويجري الخلاف فيما لو اشترى أرضاً، وشرط البائع لنفسه شجرة منها أن المغرس يبقى له أيضاً أم لا والله أعلم.

قال الغزالي: وَإِنْ كَانَ عَلَيْهَا ثَمْرَةٌ مُؤَبَّرَةٌ لَمْ يَنْدَرِجْ تَحْتَهُ، وَعَنِيرُ الْمُؤَبَّرَةِ تَنْدَرِجُ (ح)، وَفِي مَعْنَى الْمُؤَبَّرَةِ كُلُّ ثَمْرَةٍ بَارِدَةٍ ظَهَرَتْ لِلنَّاطِرِينَ، وَإِذَا تَأَبَّرَ بَغْضُ الثَّمَارِ حُكِمَ بِانْقِطَاعِ التَّبَعِيَّةِ فِي الكُلِّ نَظْرًا إِلَى وَقْتِ التَّأْبِيرِ لِعُسْرِ تَتَبُعِ العِنَاقِيدِ، هَذَا إِذَا اتَّحَدَ التَّنَوُّعُ وَشَمِلَتِ الصَّفَقَةُ، فَإِنْ اخْتَلَفَا أَوْ أَحَدُهُمَا فَفِيهِ خِلَافٌ.

قال الرافعي: بيان أن الثمرة متى تدرج في بيع الشجرة؟ ومتى لا تدرج؟ والأصل في الباب ما روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ قال: «مَنْ بَاعَ نَخْلَةً بَعْدَ أَنْ تُؤَبَّرَ فَتَمَرَتْهَا لِلْبَائِعِ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ»<sup>(١)</sup>.

وروي أن رجلاً ابتاع نخلاً من آخر، واختلفا: فقال المبتاع: أنا أبرته بعدما ابتعت، وقال البائع أنا أبرته من قبل البيع فتحاكما إلى النبي ﷺ ف قضى بالثمرة لمن أبر منها<sup>(٢)</sup> وأول ما يحتاج إلى معرفته تفسير التأبير.

اعلم أن النخيل فُحُولٌ وَإِنَاثٌ، ومعظم المقصود من طلع الفُحُول استصلاح الإناث بها، والذي يبدو منها أولاً أكمة صغيرة، ثم تكبر وتطول حتى تصير كأذان

(١) أخرجه البخاري ٢٢٠٣، ومسلم ١٥٤٣ من رواية ابن عمر.

(٢) أخرجه بنحوه الشافعي مرسلًا والأصلي في الدلائل مسنداً من رواية ابن عمر قاله الحافظ.



الحُمُر، فإذا كبرت تشققت فتظهر العنّاقيد في أوساطها، فبذر فيها طلع الفُحول الحاصل من رطبها أجود، فالتشقيق وذو طلع الفُحول فيها هو التّأبير، وقد يسمى تلقيحاً أيضاً، ثم الأكثرون يسمون الكِمَام الخارج كله طلعاً، والإمام خصّ اسم الطَّلَع بما يظهر من الثور على العنقود عند تشقُّق الكِمَام، ثم المتعهدون للتّخيل لا يؤثرون جميع الأكمّة، ولكن يكتفون بتأبير البعض، والباقي ينشق بنفسه، وينبت ریح الفُحول إليه، وقيل قد لا يؤثّر في الحائط شيء، وتتشقق الأكمّة بنفسها إذ كبرت، إلا أن رطبه لا يجيء جيداً، وكذلك الخارج من الفُحول ينشق بنفسه ولا يشقق غالباً.

إذا تقرر ذلك، فإذا باع نخلة عليها ثمرة، وشرطاها للبائع لم تندرج في بيع النخلة، وإن شرطها للمشتري اندرجت، وإن أطلقا وهي مسألة الكتاب نظر إن كانت مؤثّرة لم تندرج في البيع، وكذا لو لم تؤثّر وتشققت الأكمّة بنفسها اعتباراً لظهور المقصود، وإن لم تؤثّر ولا تشققت هي اندرجت في البيع، وبه قال مالك وأحمد.

وقال أبو حنيفة: تبقى الثمار للبائع أثرت أو لم تؤثّر.

لنا ما سبق من الخبر، وأيضاً فإن لها حالة كُمون وظهور بأصل الخِلقَة، فيتبع الأصل في حالة الكُمون اعتباراً بحال البهيمَة والجارية، ولو باع الفحول من التّخيل بعد تشقُّق طلوعها لم يندرج الطَّلَع في البيع، وإن لم يتشقق فوجهان:

أظهرهما: الاندراج كما في طلع الإناث.

والثاني: أنه لا يندرج، لأن طلع الفحل يؤكل على هيئته، ويطلب لتلقيح الإناث به، وليس له غاية مُتنتظرة بعد ذلك، فكان ظهوره كظهور ثمرة لا قشّر لها، بخلاف طلع الإناث فإنه يعني بثمرته فاعتبر ظهورها.

ثم الكلام في أمرين:

أحدهما: ما عدا النخيل من الأشجار أقسام:

أولها: ما يفصل منه الورق كشجر الفِرْضاد، وقد ذكرنا حكمه.

قال في «البيان» وشجر الحنّاء ونحوه، يجوز أن تلحق بشجر الفِرْضاد، ويجوز أن يقال: إذا ظهر ورقه فهي للبائع بلا خلاف؛ لأنه لا ثمرة لها سوى الورق، وللفِرْضاد ثمرة مأكولة.

وثانيها: ما يقصد منه الورد، وهو على ضربين:

أحدهما: ما يخرج في كِمَام ثم يفتح كالورد الأحمر، فإذا بيع أصله بعد خروجه وتفتحه فهو للبائع، كطلع النخل المتشقق، وإن بيع بعد خروجه وقبل تفتحه، فهو للمشتري كالطلع قبل التشقق، وعن الشيخ أبي حامد أنه يكون للبائع أيضاً.

**والثاني:** ما يخرج ورده ظاهراً كالياسمين، فإن خرج ورده فهو للبائع وإلا فللمشتري.

**وثالثها:** ما يقصد منه الثمرة، وهو على ضربين:

أحدهما: ما تخرج ثمرته بارزة بلا قشر ولا كمام، كالتين فهو كالياسمين، وألحق العنب بالتين، وإن كان لكل حبة منه قشر لطيف، يتشقق ويخرج منها نور لطيف؛ لأن مثل ذلك موجود في ثمر النخل بعد التأبير، ولا عبرة به.

**والثاني:** ما لا يكون كذلك، وهو على ضربين:

أحدهما: ما تخرج ثمرته في نور، ثم يتناثر النور، فتبرز الثمرة بلا حائل كالمشمش<sup>(١)</sup> والتفاح والكمثري وما أشبهها، فإن باع الأصل قبل انعقاد الثمرة فإنها تنعقد على ملك المشتري وإن كان النور قد خرج، وإن باعه قبل الانعقاد، وتناثر النور فهي للبائع وإن باعه بعد الانعقاد قبل تناثر النور فوجهان:

أحدهما: أنها للمشتري تنزيلاً للاستتار بالنور منزلة استتار ثمر النخل بالكمام.

**والثاني:** أنها للبائع تنزيلاً لها منزلة استتارها بعد التأبير بالقشر الأبيض، وهذا أرجح عند أبي القاسم الكرخي، وصاحب «التهذيب» لكن الأول هو المحكي عن نصه في البويطي، وعن أبي إسحاق، واختاره ابن الصباغ والقاضي الروياني، والله أعلم.

**والثاني:** ما يبقى له حائل على الثمرة المقصودة، وله ضربان:

أحدهما: ما له قشرة واحدة كالرمان.

فإذا بيع أصله، وقد ظهر الرمان بقشره فهو للبائع، ولا اعتبار بقشره لأن إبقاءه من مصلحته، وإن لم تظهر فالذي يظهر يكون للمشتري.

**والثاني:** ما له قشرتان كالجوز واللوز والفستق والرمانج، فإن باعها قبل خروجها فإنها تخرج على ملك المشتري، وإن باعها بعد الخروج فتبقى على ملك البائع، ولا يعتبر في ذلك تشقق القشرة العليا، على أصح الوجهين.

**والثاني:** يعتبر، وبه قال الشيخ أبو حامد وطبقته. واعلم أن أشجار الصنوبرين الأخيرين منها ما يخرج ثمره في قشره من غير نور كالجوز والفستق.

ومنها: ما يخرج في نور ثم يتناثر عنه كالرمان واللوز، وما ذكرنا من الحكم فيما

(١) النور هو الزهر على أي لون كان وقيل ما كان أبيض والزهر ما كان أصفر. والمشمش بكسر الميم قاله الجوهري وحكى أبو عبيدة الفتح.

إذا بيع الأصل بعد تَنَاطُر الثَّوَر عنه، فإن بيع قبله عاد فيه الكلام السابق.  
 فرع: الكَرْسُف وهو القُطْن نوعان:

أحدهما: ما له ساق تبقى سنين، وتثمر كل سنة، وهو كَرْسُف الحجاز والبصرة والشَّام، فهو كَالثُّخْلِ إن بيع أصله قبل خروج الجوزق أو بعده وقبل تَشَقُّقه، فالحاصل لِلْمُشْتَرِي وإن بيع بعد التَشَقُّق فهو للبائع.

والثاني: ما لا يبقى أكثر من سنة فهو كالزرع، فإن باعه قبل خروج الجوزق أو بعده، وقبل تكامل القطن فلا بد من شرط القطع، ثم إن لم يتفق القطع حتى خرج الجوزق، فهو للمشتري لحدوثه من عين ملكه.

في «التهديب»: وإن باعه بعد تَكَامُل القطن، فإن تشقق الجوزق صح البيع مطلقاً، ودخل القطن في البيع بخلاف الثمرة المُوَبَّرَة، لا تدخل في بيع الشَّجَرَة، لأن الشَّجَرَة مقصودة لثمار سائر الأعوام، ولا مقصودها هنا سوى الثمرة المَوْجُودَة، وإن لم يَتَشَقَّق لم يجز البيع في أصح الوَجْهَيْن؛ لأن المقصود مستتر بما ليس من صلاحه، بخلاف الجوز واللُّوز في القِشْرَة السُّفْلَى.

الأمر الثاني: لا يشترط لبقاء الثمرة على ملك البائع التَّأْيِير في كل كِمَام وَعُنُقُود لما في تتبع ذلك من العسر بل إذا باع نخلة أبر بعض طَلْعها بقي الكل للبائع، وجعل غير المُوَبَّر تابعاً للمُوَبَّر، وذلك أولى من أن يعكس، فيجعل المُوَبَّر تابعاً لغير المُوَبَّر؛ لأن المُوَبَّر ظاهر وإتباع الباطن الظاهر أولى، كما أن باطن الصُّبْرَة تبع لظاهرها في الرؤية، ولأن الباطن صائر إلى الظهور بخلاف العكس.

ولو باع نخلات طلع بعضها مُوَبَّر وطلع البعض غير مُوَبَّر، فلها حالتان:

إحدهما: أن يكون في بُسْتَان واحد، فينظر إن اتَّحد النوع، وباعها صفقة واحدة، فالحكم كما في النَّخْلَة الواحدة، إذا أبر بعض ثمرها دون بعض، وإن أفرد ما لم يؤبر طلعه فوجهان:

أحدهما: أنه يبقى للبائع، وأيضاً لدخول وقت التَّأْيِير، والاكتفاء به عن نفس التَّأْيِير.

وأصحهما: أنه يكون للمشتري، لأنه ليس في المبيع شيء مُوَبَّر، حتى يجعل غير المُوَبَّر تبعاً له، فيبقى تبعاً للأصل، وإن اختلف النوع فوجهان:

أحدهما، وبه قال ابن خيران: أن غير المُوَبَّر يكون للمشتري والمُوَبَّر للبائع؛ لأن لاختلاف النوع تأثيراً بينا، في اختلاف الأيدي وقت التَّأْيِير. وأصحهما: أن الكل يبقى للبائع كما لو اتحد النوع دفعاً لضرر اختلاف الأيدي وسوء المشاركة.

**الحالة الثانية:** أن يكون في بستانين فحيث قلنا في البستان الواحد، إن كل واحد من المؤبّر وغير المؤبّر يفرد بحكمه فهاهنا أولى، وحيث قلنا بأن غير المؤبّر يتبع المؤبّر فهاهنا وجهان:

**أصحهما:** أن كل بستان يفرد بحكمه، والفرق أن لاختلاف البقاع تأثيراً في وقت التأبير، وأيضاً فإنه يلزم في البستان الواحد صررُ اختلاف الأيدي، وسوء المشاركة، ولأن للخطة الواحدة من التأثير في الجمع ما ليس للخطتين، ألا ترى أن خطة المسجد تجمع بين [الإمام والمأموم]<sup>(١)</sup>، وإن اختلف البناء وتباعدت المسافة بينهما، ولا فرق بين أن يكون البستانان متلاصقين أو متباعدين.

فروع:

**أحدهما:** إذا باع نخلة وبقيت الثمرة له، ثم خرج طلع آخر من تلك النخلة أو من نخلة أخرى، حيث يقتضي الحال اشتراكهما في الحال ففيه وجهان:

**أصحهما:** أن الطلع الجديد للبائع أيضاً، لأنه من ثمرة العام.

وقال ابن أبي هريرة: إنه للمشتري، لأنه حدث من ملكه بعد البيع.

**الثاني:** لو جمع في صفقة واحدة بين فحول النخل وإنائها، كما لو جمع بين نوعين من الإناث.

**الثالث:** قال في «التهديب»: تشقق بعض الجوزق من الكرسف كتشقق الكل وما تشقق من الورد يبقى للبائع، وما لم يتشقق يكون للمشتري، وإن كانا على شجرة واحدة ولا يتبع البعض البعض، بخلاف ثمر النخل، لأن المتشقق لا يقطع بل يترك إلى إدراك الكل، وما تشقق من الورد يُجتنى ولا يترك إلى تشقق الباقي، وذكر أيضاً أن التين والعنب إن ظهر بعضه دون بعض، فما ظهر يكون للبائع، وما لم يظهر يكون للمشتري، وهذه الصورة الأخيرة محل التوقف، والله أعلم.

وأما لفظ الكتاب فقوله: (وغير المؤبّر يندرج) يحتاج إلى قيد آخر، وهو أن لا يتشقق بنفسه إذ لو تشقق لما اندرج، وإن لم يؤثر على أن بعضهم، فسر التأبير بما يدخل فيه التشقيق والتشقق، فعلى ذلك الاصطلاح يستمر الكلام على ظاهره.

وقوله: (كل ثمرة بارزة ظهرت للناظرين) أي إما في ابتداء الوجود كالتين، أو بالتفتح كالوزد، أو بالخروج من الثور على التفصيل السابق.

وقوله: (نظراً إلى وقت التأبير) هذا التوجيه يقتضي أن يكون أحد البستانين تابعاً

(١) في ب: المأموم والإمام.

لآخر لدخول وقت التأبير، لكن الظاهر خلافه على ما مرّ، فهو إذا محمول على نخيل البُستان الواحد، وفي قوله: (هذا إذا اتحد النوع، وشملت الصفقة) مثل هذا الكلام المعني وإن اتحد البستان، إلا أن يجب بالوجه الآخر والله أعلم.

قال الغزالي: وَلَيْسَ لِمُشْتَرِي الْأَشْجَارِ أَنْ يُكَلِّفَ قَطْعَ الثَّمَارِ، بَلْ لَهُ (ح) الْإِبْقَاءُ إِلَى أَوَانِ الْقَطَافِ لِلْغَرْفِ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ أَنْ يَسْقِيَ الْأَشْجَارَ إِذَا كَانَ يَخْتِاجُ إِلَيْهِ إِنْ لَمْ يَكُنْ يَتَضَرَّرُ صَاحِبُهُ، وَإِنْ تَقَابَلَ الضَّرَرَانِ فَأَيُّهُمَا أَوْلَى بِهِ؟، فِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهٍ: أَصْحَبُهَا: أَنَّ الْمُشْتَرِيَ أَوْلَى إِذَا التَّرَمَّ الْبَائِعُ سَلَامَةَ الْأَشْجَارِ لَهُ، وَفِي الثَّلَاثِ: يَتَسَاوَيَانِ فَيَنْسَخُ الْعَقْدُ لِتَعَدُّرِ الْإِمْضَاءِ إِنْ لَمْ يَضْطَلِحَا، وَمَهْمَا لَمْ يَتَضَرَّرِ الثَّمَارُ بِالسَّقْيِ وَتَضَرَّرَ الشَّجَرُ بِتَرْكِ السَّقْيِ فَعَلَى الْبَائِعِ السَّقْيُ أَوْ الْقَطْعُ.

قال الرافعي: في الفصل صور:

إحداها: إذا باع الشجرة، وبقيت الثمرة للبائع، فإن شرط القطع في الحال لزمه القطع، وإن أطلق فليس للمشتري أن يكلفه القطع في الحال، بل له الإبقاء إلى أوان الجذاذ في النخل، والقطف في العنب، وبه قال مالك وأحمد وقال أبو حنيفة: يلزمه القطع في الحال، ولو شرط الإبقاء فسد. لنا: أن مطلق العقد محمول على المعتاد، والمعتاد في الثمار الإبقاء، حتى لو كانت الثمرة من نوع يعتاد قطعها قبل النضج يكلف القطع، وإذا جاء وقت الجذاذ لا يمكن من أن يأخذها على التدرج، ولا يؤخر إلى نهاية النضج. واعلم: أنه حكى اختلاف القول في جواز إبقاء الثمار في صورتين:

إحدهما: لو تعذر السقي لانقطاع الماء، وعظم ضرر النخيل بإبقاء الثمار، ففيه قولان منقولان عن «الأم». قال أبو القاسم الكرخي: أصحابهما: أنه له الإبقاء دفعاً للضرر عن المشتري. الثانية: لو أصاب الثمار آفة، ولم يكن في إبقائها فائدة، هل له الإبقاء؟ عن رواية صاحب «التقريب» فيه قولان:

الصورة الثانية: سقي الثمار عند الحاجة على البائع، وعلى المشتري تمكينه من دخول البستان ليسقي فإن لم يأت منه نصب الحاكم أميناً للسقي، ومؤنته على البائع، وإذا كان السقي ينفع الثمار والأشجار معاً، فلكل واحد من البائع والمشتري السقي، وليس لآخر منعه، وإن كان بضرهما معاً فليس لأحدهما السقي، إلا يرضى الآخر<sup>(١)</sup>، وإن أضر بالثمار ونفع الأشجار، فأراد المشتري أن يسقي، ونازعه البائع فوجهان:

(١) وعبرة المهذب والوسيط «إن لم يكن على الآخر ضرر ويؤخذ منه عدم المنع عند إنتفاء الضرر والنفع لأنه تعنت».

قال ابن أبي هريرة: للمشتري السقي، ولا يبالي برضا البائع، لأنه قد رضي به حين أقدم على هذا العقد، وقال أبو إسحاق: يفسخ العقد لتعذر إمضائه إلا بإضرار أحدهما، فإن سامح أحدهما الآخر أقر، وهذا أظهر، وإن أضر بالأشجار ونفع الثمار، وتنازعا جرى الوجهان، فعند ابن أبي هريرة للبائع السقي.

وقول أبي إسحاق لا يختلف فهذا ما نقله الجمهور، واقتصرُوا عليه.

وحكى الإمام وصاحب الكتاب في صورتين ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يجب المشتري إلى مطلوبه، لأنه التزم سلامة الأشجار للبائع.

وثانيها: أن يجب البائع لاستحقاقه إبقاء الثمار.

والثالث: يتساويان، وترجيح الوجه الأول مما لم أره إلا لصاحب الكتاب.

ولو كان السقي يضر بأحدهما، وترك السقي يمنع حصول زيادة في جانب الثاني، ففي التحاقه بتقابل الضرر احتمالان عند الإمام.

الصورة الثالثة: لو لم يسق البائع، وتضرر المشتري ببقاء الثمار لامتناعها رطوبة الأشجار، أجبر على السقي أو القطع فإن تعذر السقي لانقطاع الماء فيه القولان السابقان<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي: اللَّفْظُ السَّادِسُ: بَيْعُ الثَّمَارِ وَمَوْجِبُ إِطْلَاقِهِ اسْتِحْقَاقُ الْإِبْقَاءِ إِلَى الْقِطَافِ، فَإِنْ كَانَ بَعْدَ بُدْوَ الصَّلَاحِ صَحَّ بِكُلِّ حَالٍ، وَمَوْجِبُ الْإِطْلَاقِ التَّبَعِيَّةُ (ح)، وَإِنْ كَانَ قَبْلَهُ بَطَلٌ (ح) إِلَّا بِشَرْطِ الْقَطْعِ؛ لِأَنَّهَا تَتَعَرَّضُ لِلْعَاهَاتِ فَلَا يُوْتَقُ بِالْقُدْرَةِ عَلَى التَّسْلِيمِ إِلَى الْقِطَافِ، وَقَدْ نَهَى عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنِ بَيْعِ الثَّمَارِ حَتَّى تَنْجُوَ مِنَ الْعَاهَةِ، وَلَوْ اشْتَرَاهَا صَاحِبُ الشَّجَرَةِ فَلَا يَجِبُ شَرْطُ الْقَطْعِ (و)، وَلَوْ بَاعَ الشَّجَرَةَ وَبَقِيَتْ الثَّمَارُ لَهُ لَمْ يَجِبْ شَرْطُ الْقَطْعِ؛ لِأَنَّ الْمَبِيعَ هُوَ الشَّجَرُ وَلَا خَوْفَ فِيهِ، وَلَوْ بَاعَ الشَّجَرَةَ مَعَ الثَّمَرَةِ فَلَا يُشْتَرَطُ الْقَطْعُ لِقَدِّ الْعِلَّةِ الْمَذْكُورَةِ، وَلَوْ أُطْرِدَ عُزْفُ قَوْمٍ يَقْطَعُ الثَّمَارَ فِيهِ الْإِحْقَاقِ الْعُزْفِ الْخَاصِّ بِالْعَامِّ خِلَافٌ.

قال الرَّافِعِيُّ: قد ذكرنا في اللفظ الخامس حكم بيع الأشجار دون التعرض للثمار، والغرض الآن الكلام في بيع الثمار دون التعرض للأشجار، وهي إما أن تباع بعد بُدْوَ الصَّلَاحِ، أو قبله.

(١) قال النووي: هذان القولان فيما إذا كان للبائع نفع في ترك الثمرة، فإن لم يكن وجب القطع بلا خلاف، كذا قاله الإمام وصاحب التهذيب.

**الحالة الأولى:** إذا بيعت بعد بُدُو الصَّلَاحِ جاز مطلقاً، وبشرط إبقائها إلى وقت الجُدَاذ، وبشرط القَطْعِ سواء كانت الأصول للبائع أو للمشتري أو لغيرهما.

لما روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن رسول الله ﷺ: نَهَى عَنِ بَيْعِ الثَّمَارِ حَتَّى يَبْدُو صِلَاحُهَا<sup>(١)</sup>.

والحكم بعد الغاية، يخالف الحُكْمَ قبلها.

ثم عند الإِطْلَاقِ يجوز الإِبقاء إلى أوان الجُدَاذ للعرف، وشرط التبعية تصريح بما هو من مقتضيات العقد، وساعدنا مالك وأحمد على ما ذكرناه.

وعند أبي حنيفة لا يجوز البيع بشرط الإبقاء، ويلزم القطع في الحال في صورة الإِطْلَاقِ، ولا يجوز أن يبيع الثمار بعد بدون الصلاح مع ما يحدث بعدها خلافاً لمالك.

**الحالة الثانية:** إذا بيعت قبل بُدُو صلاحها فيما أن تُباع مفردة عن الأشجار أو معها.

**الحالة الأولى:** أن تُباع مفردة عن الأشجار، فالأشجار تصور على وجهين:

أحدهما: أن تكون للبائع أو لغير المتعاقدين، فلا يجوز بَيْعِ الثمار مطلقاً ولا بشرط الإبقاء، ويجوز بشرط القَطْعِ.

أما الجواز بشرط القطع فمجمع عليه، وأما إنه لا يجوز مطلقاً وبشرط الإبقاء، فلما سبق من الخير، فإن ظاهره يمنع من مطلق البيع، المَشْرُوطُ بالقَطْعِ إجماعاً فيعمل به فيما عداه، والمعنى الفارق بين ما بعد بُدُو الصلاح وقبله، أن الثمار بعد بدو الصَّلَاحِ تَأْمَنُ مِنَ الْعَاهَاتِ وَالْجَوَائِحِ غَالِباً لِكِبَرِهَا وَغِلْظِ نَوَاهَا وَقَبْلَ بَدْوِ الصَّلَاحِ تَسْرِعُ إِلَيْهَا الْعَاهَاتُ لضعفها، فإذا تلفت لم يَبْقُ شيء في مقابلة الثمن، وكان ذلك من قبل أكل المال بالباطل وإلى هذا المعنى أشار باللفظ المروي في الكتاب، وهو أنه ﷺ: «نَهَى عَنِ بَيْعِ الثَّمَارِ حَتَّى تَنْجُو مِنَ الْعَاهَةِ»<sup>(٢)</sup>.

وروي أنه ﷺ قال: «أرأيت إذا مَنَعَ اللَّهُ الثَّمْرَةَ، فِيمَ يَسْتَحِلُّ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ»<sup>(٣)</sup>.

فأما إذا شرط القطع، فيتبين أن غرضه هو الحضرم والبَلْحِ وأنه حاصل، هذا هو المعنى المشهور، وحكى الإمام مع ذلك معنى آخر عن بعض الأصحاب، وهو أن الثمار قبل بُدُو الصَّلَاحِ تَكْبُرُ أَجْزَاؤُهَا كِبَرًا ظَاهِرًا، وتلك الأجزاء من أجزاء الشجرة

(١) أخرجه البخاري ٢١٢٦، ومسلم ١٥٢٦.

(٢) تقدم.

(٣) متفق عليه من رواية أنس، واللفظ للبخاري لكنه قال يأخذ بدل يستحل.

امتصاصها رطوبتها، فيتعذر الإبقاء لذلك، كما يتعذر البيع بشرط أن يأكل العبد المبيع من مال البائع، وساعدنا مالك وأحمد على قولنا.

وقال أبو حنيفة: لا يصح البيع بشرط الإبقاء ويصح مطلقاً، ويؤمر بقطعه في الحال وهذا ذهاب إلى أن مقتضى الإطلاق القطع، إذ به يحصل التسليم.

وعندنا مقتضى الإطلاق الإبقاء بناء على العادة العامة، كما تنزل الدرهم المطلقة في العقد على التثنية الغالب، فالإجارة المطلقة على المنازل الموهودة في الطريق، والتسليم يجب بحسب العادة، ألا ترى أنه لو باع داراً فيها أمتعة كثيرة لا يلزمه نقلها في جنح الليل، ولا أن يجمع كل حمال في البلد لتعجيل التسليم، ولكن يتقل على العادة.

ثم ها هنا فروع:

أحدها: وقد ذكره في الكتاب لو كان في البلاد الشديدة البرد كروم لا تنتهي ثمارها إلى الحلاوة، واعتاد أهلها قطع الحصرم ففي بيعها وجهان عن القفال: أنه يصح من غير شرط القطع تنزيلاً لعادتهم الخاصة منزل العادات العامة، وقد ذكرنا أن العقد المطلق محمول على المعتاد، فيكون القطع المعهود كالمشروط، وامتنع الأكثرون من ذلك، ولم يروا تواطؤ قوم مخصوصين بمثابة العادات العامة، وهذا الخلاف يجري فيما لو جرت عادة قوم بانتفاع المرتهن بالمرهون، حتى تنزل عادتهم على رأي منزلة شرط الانتفاع، ويحكم بفساد الرهن، وأشار إمام الحرمين - رحمه الله - إلى تخريج ذلك على مسألة السر والعلانية.

الثاني: إذا باع بشرط القطع وجب الوفاء به، ولو تراضيا على الترك فلا بأس، وكان بدو الصلاح ككبر العبد الصغير، وعن أحمد أنه يبطل البيع وتعود الثمرة إلى البائع.

الثالث: قال في «التمة»: إنما يجوز البيع بشرط القطع<sup>(١)</sup> إذا كان المقطوع منتفعاً به كالحصرم واللوز ونحوهما.

فأما ما لا منفعة فيه كالجوز والكمثري، فلا يجوز بيعه بشرط القطع.

الوجه الثاني: أن تكون الأشجار للمشتري، مثل أن يبيع الشجرة من إنسان بعد ظهور الثمرة، وتبقى الثمرة له على ما مر، ثم يبيع الثمرة من مالك الشجرة، أو يوصي بالثمرة لإنسان، ثم يبيع الموصي له الثمرة من الوارث، فهل يشترط القطع؟ فيه وجهان:

(١) قال في التوسط: هذا الشرط ذكره المتولي والرويانى ولا حاجة إليه فان كل بيع كذلك. قاله في التوسط.



أصحهما عند الجمهور: نعم لشمول الخبر والمعنى، فإن المبيع هو الثمرة، ولو تلفت لم يَبَقَ في مقابلة الثمر شيء، ولكن يجوز له الإبقاء، ولا يلزمه الوفاء بالشرط هاهنا إذ لا معنى لتكليفه قطع ثماره من أشجاره.

والثاني: وهو الذي أورده في الكتاب أنه لا حاجة إلى شَرْطِ القطع، لأنه يجمعها ملك مالك واحد، فأشبهه ما لو اشتراها معاً، وسيأتي ذلك، ولو باع الشجرة وعليها ثمرة مؤبرة فبقيت للبائع، فلا حاجة إلى شرط القَطْع لأن المبيع هو الشُّجْرَة، وهي غير متعرّضة للعاهات، والثمار مملوكة له بحكم الدوام، ولو كانت الثمرة غير مؤبرة فاستثنائها لنفسه، فهل يجب القطع؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، لأن الثمار والحالة هذه مندرجة لولا الاستثناء، فكان كملك مبتدأ.

وأصحهما: أنه لا يجب لأنه في الحقيقة استدامة ملك، فعلى هذا له الإبقاء إلى وقت الجُذَاذ، ولو صرح بشرط الإبقاء جاز، وعلى الأول لا يجوز<sup>(١)</sup>.

الحالة الثانية: أن تباع الثمار مع الأشجار، فيجوز من غير شرط القَطْع، بل لا يجوز شرط القطع فيه<sup>(٢)</sup>، أما إنه يجوز من غير شرط القَطْع فلما روي أنه ﷺ قال: «مَنْ بَاعَ نَخْلَةً بَعْدَ أَنْ تُؤَبَّرَ فَتَمَرَّتْهَا لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ». جواز شرط الثمرة للمبتاع مع الأصل مطلقاً.

والمعنى فيه أن الثمرة هاهنا تتبع الأصل، والأصل غير متعرّض للعاهة، وقد يحتمل في الشيء إذا كان تابعاً ما لا يحتمل فيه إذا أفرد بالتصرف، كالحمل في البطن واللبن في الضرع، وأما إنه لا يجوز شرط القطع فيه فليما فيه من الحجر عليه في ملكه.

(١) قال النووي: قال الإمام: إذا قلنا: يجب شرط القطع، فأطلق، فظاهر كلام الأصحاب أن الاستثناء باطل، والثمرة للمشتري. قال: وهذا مشكل، فإن صرف الثمرة إليه مع التصريح باستثنائها محال. قال: فالوجه عدُّ الاستثناء المطلق شرطاً فاسداً مفسداً للعقد في الأشجار، كاستثناء الحمل.

(٢) لأن فيه حجراً على المشتري في ملكه، والفرق بينه وبين ما إذا باعها من صاحب الأصل ما ذكرناه من التبعية، ولقائل إن يقول لا أثر لهذا الشرط في مسألة الكتاب لأنه لا غرض فيه للبائع كما سبق مثله في بيع العبد بشرط إطعامه. كذا لو بيع البطيخ والباذنجان ونحوهما قبل بدو الصلاح مع أصوله فالأصح ما دل عليه كلام الرافعي أنه كبيع الثمر مع الشجر، وقيل لا بد من شرط القطع لضعف أصولها. قاله في التوسط.

قال النووي: لو قطع شجرة عليها ثمرة، ثم باع الثمرة وهي عليها، جاز من غير شرط القطع، لأن الثمرة لا تبقي عليها، فيصير كشرط القطع.

ثم نتكلم في عبارات الكتاب. وقوله: «بكل حال» معلّم بالحاء؛ لأنه يتناول البيع بشرط التّبعية، وقد سبق أن أبا حنيفة لا يجوزّه.

قوله: (وموجب الإطلاق التبعية) مستغنى عنه لأن في قوله: (وموجب إطلاقه استحقاق الإبقاء على القَطَاف) ما يغني عنه، ثم هو معلّم بالحاء، وكذا قوله: (بطل إلا بشرط القطع) لما مر. وقوله: «لأنها تتعرض للعاهات، فلا يوثق بالقدرة على التسليم إلى القطاف»، أراد به أن تمام التسليم إنما يحصل بالقطف، وهو يعرض الجوائح والآفات قبل ذلك، فالقدرة على التسليم إذاً غير موثوق بها لكن في كون الأمر كذلك مزيد كلام ستعرفه في مسألة الجوائح، وما بعدها إن شاء الله تعالى.

وقوله: (لقد العلة المذكورة) أراد به أن تمام التسليم هاهنا يحصل بالتّخلية، ولا يتوقف على القَطَاف لكون الأصول مملوكة له.

وقوله: (ففي إلحاق العرف الخاص بالعام خلاف) ليس فيه تصريح بحكم المسألة، لكن فيه إشارة إلى مأخذها، معناه في الاستغناء عن شرط القطع، خلاف وجه الاستغناء حمل المطلق على القطع المعهود، كما يحمل المطلق على الإبقاء المعهود، ذهاباً إلى أن المعهود بالعرف الخاص كالمعهود العام.

قال الغزالي: **ثُمَّ اتَّفَقُوا عَلَى أَنَّ وَثْقَ بُدْوِ الصَّلَاحِ كَافٍ (ح) كَمَا فِي التَّائِبِيرِ وَلَكِنْ بِشَرْطِ اتِّحَادِ الْجِنْسِ، وَكَذَلِكَ يَنْبَغِي أَنْ يَتَّحِدَ النَّوْعُ وَالْبُسْتَانُ وَالْمَلِكُ، وَالصَّفَقَةُ، فَلَوْ اخْتَلَفَ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ فَفِيهِ خِلَافٌ، وَصَلَاحُ الثَّمَارِ بِأَنْ يَطِيبَ أَكْلُهَا وَيَأْخُذَ النَّاسُ فِي الْأَكْلِ وَذَلِكَ بِظُهُورِ مَبَادِيِ الْحَلَاوَةِ.**

قال الرافعي: في الفصل قاعدتان لا بد من معرفتهما في الباب:

الأولى: لا يشترط للاستغناء عن شرط القطع بدو الصلاح في كل عنقود، بل إذا باع ثمار شجرة بدأ الصلاح في بعضها صح من غير شرط القطع، ولو باع ثمار أشجار بدأ الصلاح في بعضها، نظر إن اختلف الجنس لم يعتبر بدو الصلاح في أحد الجنسين حكم الجنس الآخر، حتى لو باع الرطب والعنب صفقة واحدة، ولم يبد الصلاح في أحدهما وجب شرط القطع فيه، وإن اتحد الجنس فالنظر في اتحاد النوع واختلافه، وبتقدير الاتحاد فالنظر في اتحاد البستان وتعددّه، وبتقدير الاتحاد فالنظر في بيعها صفقة واحدة، وإفراد ما لم يبد الصلاح فيه بالبيع وحكم الأقسام على ما مر في البابين بلا فلاق حتى أن الأصح أنه لا يبيعه عند الأفراد، وأنه لا أثر لاختلاف النوع، وأنه لا يتبع بستان بستاناً، وبهذا قال أحمد، وعن مالك أن البستان يتبع البستان إذا تجاوزا، وربما نقل عنه الضبط ببساتين البلدة الواحدة، هذه إحدى القاعدتين.

بقي قوله: «والملك» اعلم أن المصنف - رحمه الله - حكى خلافاً في اشتراط اتّحاد الملك، ورُيِّما يشير إليه كلام الإمام ولا بُدُّ من البَحْث عن موضعه وكيفيته، فنقول: إذا بدأ الصِّلَاح في ملك غيره، ولم يبد في ملكه لم يخل: إما أن يكونا في بستان واحد، أو في بستانين.

فإن كانا في بستان واحد، وباع ملكه فقد ذكرنا وجهين، فيما لو كان الكل ملكه، وأُفرد ما لم يبد في الصِّلَاح بالبيع وهل يعطى له حكم ما بدأ فيه الصِّلَاح حتى يستغنى فيه عن شَرْط القَطْع أم لا؟ وهو المراد من الخلاف في اعتبار اتّحاد الصَّفقة، فإن ثبت الخِلاف في اعتبار اتّحاد الملك والحالة هذه، فسبيله أن يقال: أحد الوجهين أن الحكم، كما لو كان ما بدأ فيه الصِّلَاح ملكه، فيطرد الوجهان.

والثاني: القطع بالمنع، وإن كانا في بُستانين فقد نقل الإمام القطع بأنه لا عبْرَة به، ولا نظر إلى بُدُو الصِّلَاح في بستان غير البائع، لكننا إذا لم نفرق فيما بدأ فيه الصِّلَاح من ذلك البُستان، ولم يدخل في البيع بين أن يكون ملك البائع أو ملك غيره، فقياسه أن لا يفرق فيما بدأ فيه الصِّلَاح في بستان آخر أيضاً إذا لم يشترط اتحاد البستان، والله أعلم.

ثم حيث ثبت الخلاف في اعتبار اتّحاد الملك هاهنا فهو جائز في التأيير أيضاً، وإن لم يجر ذكره ثم، والظاهر أنه غير معتبر في الموضوعين.

والثانية: بُدُو الصِّلَاح في الثمار بظهور النَّضج ومبادئ الحلاوة، وزوال العُقوصَة أو الحُموضة المُفْرطين، وذلك فيما لا يتلون بأن يتموه ويلين وفيما يتلون بأن يحمر أو يصفر أو يسود. «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنِ بَيْعِ الثَّمَارِ حَتَّى تَزْهَى، قِيلَ يَا رَسُولَ اللَّهِ وَمَا تَزْهَى؟ قَالَ: حَتَّى تَحْمَرَ أَوْ تَصْفَرَ»<sup>(١)</sup>.

واعلم أن هذه الأوصاف، وإن كان يعرف بها بُدُو الصِّلَاح في الثمار، لكنها ليست ولا واحد منها بشرط في تفسير بُدُو الصِّلَاح، لأن القِثَاء لا يفرض فيه نَضْج ولا حَلَاوَة، وليس فيه عُقوصَة ولا حُموضة حتى تزول، بل يُسْتَطاب أكله في الصغر كما يستطاب في الكِبَر، ولذلك قال في الكتاب: «بأن يطيب أكلها ويأخذ الناس في الأكل»، فاعتبر مع طيب الأكل أخذ الناس فيه، وذلك في القِثَاء بأن يكبر بحيث يجتنى في الغالب ويؤكل، وفي الصغر تؤكل على سبيل الثُدور، وأيضاً فإن بُدُو الصِّلَاح في الزرع يحصل عند اشتداد الحَب، ولا يفرض فيه عُقوصَة ولا حموضة، ولا نَضْج وحلاوة على أن اعتبار الأكل غير معتبر في تفسير مطلق بُدُو الصِّلَاح أيضاً، لأن صاحب

(١) عصف الطعام عصف عصفاً وعفوصة كان فيه مرارة وتقبض. انظر المعجم الوسيط ٦١٧/٢.

(٢) أخرجه البخاري ٢١٩٨، ومسلم ١٥ - ١٥٥٥.

«التهديب» ذكر أن بيع أوراق الفِرْصَاد، قبل تناهياها لا يجوز إلا أن يشترط القطع وبعده يجوز مطلقاً، ويشترط القطع، فجعل تناهي الورق صلاحاً له وأنه غير مأكول.

إذا تقرر ذلك، فلو قال قائل: بدو الصَّلَاح في هذه الأشياء صَيَّرَتْهَا إِلَى الصِّفَةِ الَّتِي تَطْلُب غالباً لكونها على تلك الصِّفَةِ لكان قد ذكر عبارة شاملة، والله أعلم.

قال الغزالي: وَيَبِيعُ الْبَطِيخُ إِنْ كَانَ مَعَ الْأَصُولِ يَتَّقَيْدُ (و) بِشَرْطِ الْقَطْعِ قَبْلَ الصَّلَاحِ إِلَّا إِذَا بَاعَ مَعَ الْأَرْضِ، وَيَبِيعُ أَصُولَ الْبَقْلِ لَا يَتَّقَيْدُ بِهِ إِذَا لَا يَتَعَرَّضُ لِلآفَةِ.

قال الرَّافِعِيُّ: يبيع البطيخ قبل بُدُو صلاحه لا يجوز من غير شَرْطِ الْقَطْعِ، وإن بدا الصلاح في كله أو بعضه نظر: إِنْ كَانَ يخاف خروج غيره، فلا بد من شَرْطِ الْقَطْعِ أيضاً؛ لأنه إذا وجب شرطه خوفاً من الْجَائِحَةِ الَّتِي الغالب فيها العدم، فلأن يجب خوفاً من الاختلاط الذي الغالب فيه الوجود كان أولى، فإن شرط الْقَطْعِ ثم لم يتفق حتى خرج غيره، واختلط المبيع بغير المبيع ففي انفساخ البيع قولان نذكرهما في نظائرها.

وإن كان لا يخاف خروج غيره جاز بيعه من غير شرط الْقَطْعِ، هذا إذا أفرد الْبَطِيخَ بالبيع ووراءه حالتان:

إحدهما: لو أفرد أصوله بالبيع، ذكر العراقيون وغيرهم أنه يَجُوزُ ولا حاجة إلى شرط الْقَطْعِ إذا لم يخف الاختلاط كبيع الزُّرْعِ الَّذِي اشتاد حَبُهُ ثم الحمل الموجود يبقى للبائع، وما يحدث بعده يكون للمشتري، وإن خِيفَ اختلاط الحملين فلا بد من شرط القطع، فإن شرط ولم يتفق القطع حتى وقع الاختلاط، ففيه طريقتان سنذكرهما في تَظْيِيرِهِمَا. ولو باع قبل خروج الحمل، فلا بد من شرط الْقَطْعِ أو الْقَلْعِ كالزُّرْعِ الْأَخْضَرِ، وإذا اشترطه ثم أتفق بقاؤه حتى خرج الحمل، فهو للمشتري.

الثانية: لو باع الْبَطِيخَ مع أصوله، فجواب الإمام وصاحب الكتاب أنه لا بُدَّ من شرط الْقَطْعِ بخلاف ما إذا باع الثمرة مع الشجرة؛ لأن الشجرة غير متعرضة للْجَائِحَةِ، والبطيخ مع أصولها متعرضة لها، فلو باعها مع الأرض استغنى عن شرط القطع، وكان الأرض هاهنا كالأشجار ثم. وقضية ما نقلناه في بَيْعِ الْأَصُولِ وحدها، إذا لم يَخْفَ الاختلاط أنه لا حاجة إلى شرط القطع، فليعلم قوله: (يتقيد (و) بشرط القطع) بالواو لذلك، وقوله: (ويبيع أصول البقل) إلى آخره منازع فيه أيضاً، وسأذكره في الفصل التالي لهذا والْبَادِنَجَانِ، وشجرة كَالْبَطِيخِ في الأحوال الثلاث.

فرع لابن الْحَدَّادِ: لو باع نِصْفَ الثَّمَرِ عَلَى رُؤُوسِ الْأَشْجَارِ مَشَاعاً قبل بُدُو الصلاح، لم يصح وَعَلَّوهُ بِأَنَّ البيع والحالة هذه يفتقر إلى شرط القطع، ولا يمكن قطع النصف إلا بقطع الكُلِّ فتضرر البائع بِتُقْصَانِ غير المبيع أشبه ما إذا باع نصفاً معيناً من

سيف، وما ذكره من أن قطع النصف لا يمكن إلا بقطع الكل إنما يستمر بتقدير دوام الإشاعة وامتناع القسمة، أما إذا جَوَزْنَا قِسْمَةَ الثَّمَارِ فِي حَالِ الرُّطُوبَةِ بِنَاءٍ عَلَى أَنَّهَا إِفْرَازٌ فَيُمْكِنُ قَطْعَ النُّصْفِ مِنْ غَيْرِ قَطْعِ الْكُلِّ، بَأَن يَقسَمُ أَوْ لَا فليُكِن مَنعُ البَيعِ بِنَاءً عَلَى القَوْلِ بِامْتِنَاعِ القِسْمَةِ لَا مَطْلَقاً، وَعَلَى هَذَا يَدُلُّ كَلَامُ ابْنِ الحَدَّادِ.

قال القاضي أبو الطيب وهو الصحيح: ولو باع نصفها مع نصف النخل صح، وكانت الشمار تابعة، ولو كانت الشجرة لواحد، والثمرة لآخر فباع صاحب الثمرة نصفها من صاحب الشجرة فوجهان بناء على الخلاف في اشتراط القطع هاهنا ولو كانت الثمار والأشجار مشتركة بين رجلين، فاشتري أحدهما نصيب [صاحبه من الثمرة لم يجز، ولو اشتري نصيب<sup>(١)</sup> صاحبه من الثمرة بنصيبه من الشجرة لم يجز مطلقاً، ويجوز بشرط القطع، لأن جملة الثمار تصير لمشتري الثمرة، وجملة الأشجار للآخر، وعلى مشتري الثمرة قطع الكل؛ لأنه بهذه المعاملة التزم قطع النصف المشتري بالشرط، والتزم تفرغ الأشجار لصاحبه، وبيع الشجرة على أن يفرغها للمشتري جائز، وكذا لو كانت الأشجار لأحدهما والثمرة بينهما، فاشتري صاحب الشجرة نصيب صاحبه من الثمرة بنصف الشجرة على شرط القطع جاز.

قال الغزالي: وَلَا بُدَّ مِنَ الْاِخْتِيَاظِ فِي أَمْرَيْنِ: أَحَدُهُمَا: أَنْ تَكُونَ الثَّمَارُ بَادِيَةً إِلَّا عَلَى قَوْلِ تَجْوِيزِ بَيْعِ الغَائِبِ، أَوْ فِيمَا صَلَاحُهُ فِي إِبْقَائِهِ فِي الكِمَامِ كَالرُّمَانِ، وَفِي اسْتِنَارِ الحِنْطَةِ بِالسُّنْبَلَةِ وَالْأَزْرَةِ بِالقِشْرَةِ وَالبَقْلَاءِ وَالجَوْرِزِ بِالقِشْرَةِ العُلْيَا خِلَافَ (م ح) مَشْهُوَةٌ أَنْ الصَّلَاحُ هَلْ يَتَعَلَّقُ بِبِقَائِهِ فِيهَا؟

قال الرافعي: لَا يَجُوزُ بَيْعُ الزَّرْعِ الْأَخْضَرِ إِلَّا بِشَرطِ القَطْعِ<sup>(٢)</sup> لِمَا سَبَقَ فِي الثَّمَارِ، فَإِنَّ بَاعَهُ مَعَ الأَرْضِ جَازٌ تَبَعاً، وَكَذَا لَا يَجُوزُ بَيْعُ البُقُولِ فِي الأَرْضِ دُونَ الأَرْضِ إِلَّا بِشَرطِ القَطْعِ أَوْ القَلْعِ سِوَاهُ كَانِ مِمَّا يُجْزُ مَرَاراً أَوْ لَأ. يَجْزُ إِلَّا مَرَّةً وَاحِدَةً، هَكَذَا أوردَهُ صَاحِبُ «التَهذِيبِ» وَغَيرِهِ، وَهُوَ خِلَافُ قَوْلِهِ فِي الكِتَابِ: (وَبِيعِ أَصُولَ البَقْلِ لَا يَتَقَيَّدُ بِهِ) فَاعْلَمْ وَأَعْلَمْ. وَلَوْ بَاعَ الزَّرْعَ بَعْدَ اسْتِدَادِ الحَبِّ، فَهُوَ كَمَا لَوْ بَاعَ الثَّمَارَ بَعْدَ بَدْوِ

(١) سقط في ب.

(٢) مراد المصنف بالزرع ما ليس بشجر فيدخل فيه البقول، وقد صرح بها في المحرر وقوله إلا بشرط القطع يقتضي أن اشتراط القلع لا يكون مصححاً للبيع وليس كذلك. ولهذا قال في المحرر إلا بشرط القطع والقلع. لأن بقاءه فيه من مصلحته، ومن ذلك قصب السكر كما صرح به في المطلب قبيل الكلام على المحاكمة ونقل عن الماوردي جوازه وإن كان مزروعاً وجزم به في الاستقصاء أيضاً. وأما الكتان إذا بدا صلاحه فقال في المطلب أيضاً يظهر جوازه لأن ما يغزل منه ظاهر.

الصلاح، فلا حاجة إلى شرط القطع، ولكن يشترط ظهور المقصود، فلو باع ثمرة لا كَمَام<sup>(١)</sup> لهُمَا كالتين والعنب والكُمثري جاز، سواء باعها على الشجرة أو على وجه الأرض، ولو باع الشعير أو السُّلت مع السَّنابل جاز بعد الحصاد وقبله، لأن الحيات ظاهرة في السُّبلة، ولو كان للثمرة أو كَمَام، لا يزال إلا عند الأكل كالرُّمَّان والعَلَس فكمثل، ما له كَمَامان يزال أحدهما ويبقى الآخر إلى وقت الأكل، كالجوز واللوز، والرَّانج يجوز بيعه في القشرة السفلى، ولا يجوز في العليا لا على رأس الشجر، ولا على وجه الأرض لتستر المقصود بما ليس من صلاحه، وفيه قول أنه يجوز ما دام رطباً<sup>(٢)</sup> في القشرة العليا، وبه قال ابن القاص والإصطخري لتعلق الصلاح به من حيث أنه يصون القشرة السفلى ويحفظ رطوبة اللب، ويبع الباقياء في القشرة العليا على هذا الخلاف، وادعى الإمام أن الأظهر فيه الصحة؛ لأن الشافعي - رضي الله عنه - أمر بعض أعيانه بأن يشتري له الباقياء الرطب<sup>(٣)</sup>.

وما لا ترى حباته في السُّبلة كالحنطة والعَدَسِ والسُّنَمِسِم لا يجوز بيعه في السُّبلة دون السُّبلة ومعها قولان:

والقديم: الجواز لما روي أن النبي ﷺ «نَهَى عَنِ بَيْعِ الْحَبِّ حَتَّى يَشْتَدَّ» وقد اشتد.

والجديد: لتستر المقصود بما لا يتعلق به الصلاح كبيع تراب الصَّاعَةِ والكُدْس بعد الدباسة وقبل التثنية والأرز كالشعير يباع في السَّنابل - لأنه يدخر في قشره وبهذا قال ابن القاص وأبو علي الطبري، ومنهم من قال: هو كالحنطة.

(١) الكمام بالكسر أوعية الطلع واحدها كم بكسر الكاف وكماية والجمع كمام وأكاميم. قاله الجوهري.

(٢) لأنه يصون القشرة السفلى ويحفظ رطوبة اللب فكان من مصلحته وفي شرح التلخيص للفتال عن الربيع أنه قال: مر الشافعي ببغداد بباب الطاق فأعطاني كسرة فاشترت له بها الباقياء الأخضر، وفي شرحه أيضاً للشيخ أبي علي، وفي تعليق القاضي الحسين نحوه أيضاً. والكسرة هي القطعة من الدرهم والدنانير ويكسر منه للحوائج الصغار ومع ذلك قول الفقهاء الدراهم المكسرة والقراضة، وتسمية القطعة بالكسرة كان مشهوراً أيضاً في بلاد الشرق وهو صحيح في اللغة أيضاً. قال الجوهري: الكسرة هي القطعة من الشيء.

(٣) قال النووي: المنصوص في الأم أنه لا يصح بيعه قال صاحب التهذيب وغيره هو الأصح، وبه قطع صاحب التنبية هذا إذا كان الجوز واللوز والباقياء رطباً، فإن بقي في قشره الأعلى فييس لم يجز بيعه وجهاً واحداً إذا لم تجوز بيع الغائب كذا قاله الإمام، وصاحب التهذيب وغيرهما، وحكى فيه صاحب التتمة وجهاً أنه يصح، وإن أبتلنا بيع الغائب، ويصح بيع طلع النخل مع قشره في الأصح.

ولا يجوز بيع الجَزْر والثوم والبَصَل والفِجَل والسَّلَق في الأرض لتستر المقصود، ويجوز بيع أوراقها الظاهرة بشرط القَطْع، وبيع القَنْبِيْط في الأرض لظهوره، وكذا نوع من السَّلْجَم، يكون ظاهراً ويجوز بيع اللُّوز في القَشْرَة العُلْيَا قبل انعقاد السفلى؛ لأنه مأكول كله كاللُّمَّاح، وهو القول بالمنع في صور الفَضْل مقطوع به أم هو مفرع على قول منع بيع الغائب. ذكر الإمام أنه مفرع عليه أما إذا جَوَزْنَا بيع الغائب صَحَّ البَيْعُ فيها جميعاً، وعلى هذا جرى في الكتاب، حيث قال: (الإ على قول تجويز بَيْعِ الغَائِبِ) وفي «التهديب»: أن المنع في بيع الجَزْر وما معناه في الأرض ليس مبنياً على بيع الغائب؛ لأنه في بيع الغَائِبِ يمكن رد المبيع بعد رؤيته بصفته، وهاهنا لا يمكن<sup>(١)</sup>، وعند أبي حنيفة ومالك وأحمد يصح البيع في جميع صورة الفضل.

وإذا قلنا بالمنع فلو باع الجَوَزَ مثلاً في القَشْرَة العُلْيَا مع الشجرة أو باع الحِنطَة في سنبها مع الأرض فطريقان:

أحدهما: أن البيع باطل في الجَوَز والحب، وفي الشجرة والأرض قولاً تفريق الصَّفَقَة.

وأصحهما: القَطْع بالمنع في الكل للجهل بأحد المقصودين وتعذر التوزيع.

ولو باع أرضاً مبذورة مع البذر، فقد قيل: يصحُّ البَيْعُ في البذر تبعاً للأرض، والمذهب بطلان البيع فيه، ثم في الأرض الطريقان، ومن قال بالصحة في الأرض لا يذهب إلى التوزيع بل يوجب جميع الثمن بناء على أحد القولين، فيما لو باع ماله ومال غيره، وصححنا البيع في ماله وخيرناه فإنه إذا أجاز يجيز بجميع الثمن، والله أعلم.

قال الغزالي: الثاني أن يَحْدَرَ مِنَ الرِّبَا فَلَوْ بَاعَ الحِنطَة فِي سُنْبِلِهَا بِحِنطَة فِيهَا المَحَاقِلَة (٣) (م) المَنْهِي عَنْهَا وَهِيَ رِبَا إِذْ لَا يُمْكِنُ الكَيْلُ فِي السَّنَابِلِ، وَكَذَا لَوْ بَاعَ الرُّطْبَ بِالثَّمْرِ أَيْضاً فِيهَا المَزَابِنَة المَنْهِي عَنْهَا.

قال الرافعي: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنِ المَحَاقِلَة وَالمَزَابِنَة». (٢)

فالمَحَاقِلَة هي بيع الحِنطَة في سُنْبِلِهَا بِالحِنطَة الصَّافِيَة على وجه الأرض.

والمَزَابِنَة: هي بَيْعِ الرُّطْبِ على رأس النَّخْلِ بِالثَّمْرِ على وجه الأرض.

روي عن جابر - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ «نَهَى عَنِ المَحَاقِلَة وَالمَزَابِنَة».

(١) قال النووي: هذا أصح، ونقله الماوردي عن جمهور الأصحاب ونقل عن بعضهم كقول إمام الحرمين في الجزر ونحوه.

(٢) أخرجه البخاري ٢١٨٦، ومسلم ١٥٤٦.

فالمُحَاقَلَةُ: أن يبيع الرجل الزرع بمائة فرق من الحِنْطَةِ.

والمُزَابَنَةُ أن يبيع التمر على رُؤوس النَّخْلِ بما به فرق من تمر فهذا التُّسْمِيرُ إن كان من النبي ﷺ فذاك، وإن كان من الرَّاوي فهو أعرف بتفسير ما رواه<sup>(١)</sup>.

والمُحَاقَلَةُ: مأخوذة من الحَقْل، وهي السَّاحَةُ الَّتِي تزرع، سميت مُحَاقَلَةً لتعلقها بزرع في حَقْل. والمُزَابَنَةُ مأخوذة من الزَّيْن، وهو الدَّفْعُ سميت بذلك؛ لأنها مبنية على التُّخْمِين؛ والغَبْنُ فيها مَمَّا يكثر فيريد المَغْبُونُ دفعه، والغابن إمضاءه فيتدافعان والمعنى أن كل واحد منهما يبيع مال الرُّبَا بجنسه من غير تَحْقِيقِ المساواة في المِغْيَارِ الشَّرْعِيِّ؛ لأن المِغْيَارَ فيهما الكيل، ولا يمكن كيل الحِنْطَةِ في السَّنَابِلِ، ولا كيل الرُّطْبِ على رُؤوس النَّخْلِ، والتخمين بالخَوْصِ لا يغني، كما لو كان كل واحد منهما على وجه الأرض، وفي المُحَاقَلَةِ شيثان آخران:

أحدهما: أنه يبيع الحِنْطَةَ والتَّيْنَ بالحِنْطَةِ.

والثاني: أن المقصود مُسْتَتِرٌ بما ليس من صلاحه، ولو باع الشَّعِيرَ في سُنْبُلِهِ بالحِنْطَةِ على وجه الأرض، أو الرُّطْبِ على رأس النَّخْلِ بجنس آخر من الثَّمَارِ على الشجر، أو على وجه الأرض فلا بأس لكن يتقايضان بالتسليم فيما على وجه الأرض، وبالتخلية فيما على الشجر، ولو باع الزرع قبل ظهور الحَبِّ بالحَبِّ فلا بأس أيضاً، لأن الحشيش غير مَطْمُومٍ.

ويجوز أن يُعَلِّمَ قوله: فهي المحاقلة وقوله: فهي المزابنة بالميم لأن عن مالك أن المُحَاقَلَةَ هي إكْتِرَاءُ الأَرْضِ ببعض ما يخرج منها من الثلث أو الربع أو غيرها.

والمُزَابَنَةُ هي ضَمَانُ الصُّبْرَةِ بقدر معلوم، بأن يقول أضمن لك صُيْرَتَكَ بكذا صاعاً، إن زاد فلي وإن نقص فعلي، ويستثنى عن المُزَابَنَةِ ما ذكره على الأثر.

قال الغزالي: وَلَا خَبَرَ فِي التُّخْمِينِ بِالْحَرْصِ، إِلَّا فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ (ح) إِذَا بَاعَهَا حَرْصاً بِمَا تَعُوذُ إِلَيْهِ عَلَى تَقْدِيرِ الْجَفَافِ وَهِيَ الْعَرَابَا (م) الَّتِي أَرْخَصَ فِيهَا، وَالْأَظْهَرُ: الْجَوَازُ فِي قَدْرِ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ، وَمِثْلُ الْمَرْئِي رَجِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى إِلَى تَخْصِيصِ الْجَوَازِ بِمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ لِتَرَدِّ الرَّاوي فِيهِ، فَلَوْ زَادَ عَلَى خَمْسَةِ أَوْسُقٍ فِي صَفَقَاتِ جَازٍ (ح)، وَكَذَا إِذَا تَعَدَّدَ الْمُشْتَرِي وَاتَّحَدَ الْبَائِعُ، وَلَوْ اتَّحَدَ الْمُشْتَرِي وَتَعَدَّدَ الْبَائِعُ فَبِهِ

(١) أخرجه الشافعي ١٢٧٤، والبيهقي ٣٠٧/٥، وهو متفق عليه بنحوه، وأخرجه البخاري ٢٣٨١،



خِلَافٌ، وَوَجْهُ الْفَرْقِ النَّظَرُ إِلَى جَانِبِ مَنْ حَصَلَ الرُّطْبُ فِي مَلِكِهِ؛ لِأَنَّ الرُّطْبَ مَحَلُّ الْحَرْصِ الَّذِي هُوَ خِلَافُ الْقِيَاسِ، هَذَا فِي الرُّطْبِ بِالثَّمْرِ، فَأَمَّا فِي الرُّطْبِ بِالرُّطْبِ فَقِيهِ خِلَافٌ، وَكَذَا فِي غَيْرِ الْمَحَاوِجِ إِذَا تَعَاطَوْا (ح) الْعَرَايَا.

قال الرَّافِعِيُّ: عن جابر - رضي الله عنه «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنِ الْمُرَابَنَةِ: بَيْعِ الثَّمْرِ بِالثَّمْرِ، إِلَّا أَنَّهُ رَخَّصَ فِي الْعَرِيَّةِ»<sup>(١)</sup>.

بيع العرايا<sup>(٢)</sup> جائز، وهو أن يبيع رطب نخلة أو نخلتين باعتبار الحرص بقدر كيله من الثمر سميت عرية؛ لأنه عرى أي أفرد نخله أو نخلتين ببيع رطبها<sup>(٣)</sup>، وذهب مالك وأبو حنيفة إلى أن العرية أن يفرد نخلة أو نخلتين، فيهب ثمرتها لرجل حتى تجتنى كل يوم ثم تنثرم بدخوله حائطه فعند مالك يشتريها منه بخرصها تمراً، ولا يجوز ذلك لغير رب البستان، وعند أبي حنيفة له أن يستردها منه، وله أن يُعْطِيَهُ بِخَرْصِهَا تَمْرًا، وساعدنا أحمد على تفسير العرية إلا أن عنه رواية أن الرطب يباع بمثله تمراً.

لنا ما روي عن بن أبي حثمة - رضي الله عنه - «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنِ بَيْعِ الثَّمْرِ بِالثَّمْرِ إِلَّا أَنَّهُ رَخَّصَ فِي الْعَرِيَّةِ أَنْ تَبَاعَ بِخَرْصِهَا تَمْرًا يَأْكُلُهَا أَهْلُهَا رُطْبًا»<sup>(٤)</sup>.

ولا تجوز العرايا من غير خرص، وسبيل الخرص ما ذكرناه في الزكاة، ويجب التقابض في المجلس بتسليم الثمر إلى البائع بالكيل، وتخليّة البائع بينه وبين النخلة، وإن كان الثمر غائباً عنهما أو كانا غائبين عن النخل فأحضره أو حضر عندهما جاز، ثم إن لم يظهر تفاوت بين الثمر المجمعول عوضاً وبين ما في الرطب من الثمر بأن أكيل الرطب في الحال فذاك، وإن ظهر تفاوت، نظر إن كان قدر ما يقع بين الكيلين لم يضر وإن كان أكثر فالعقد باطل، وفيه وجه أن يصح في الكثير بقدر القليل، ولمشتري الكثير الخيار إذا لم يسلم له الجميع، ويجوز بيع العرايا في العنب، كما يجوز في الرطب وفي سائر الثمار قولان:

أصحهما: المنع، لأنها متفرقة مستورة بالأوراق، فلا يتأتى الخرص فيها، وثمره

(١) قال الحافظ: أخرجه الشافعي عن سفيان عن ابن جريج عن عطاء عنه، واتفق الشيخان عليه عن ابن عيينة.

(٢) العرايا جمع عرية وهي ما يفرد صاحبها للأكل وهي فعلية بمعنى فاعلة عند الأزهرى والجمهورى كما قاله في شرح مسلم، وعلى ذلك سميت بذلك لأنها عريت في حكم البستان فهي عارية وبمعنى مفعول عند الهروي وغيره لأن صاحبها يعروها أي يأتيها من قولهم عراه إذا أتاه.

(٣) تقييده بالرطب يومه أن البسر ليس كذلك، وصرح الماوردي بالتسوية.

(٤) أخرجه الشافعي ١٢٧٨، وبنحوه عند البخاري ٢١٩١، ومسلم ١٥٤٠.

التَّخِيل والكُرُوم متدلّية ظاهرة، ثم في الفصل ثلاث مسائل:

إحداها: في القدر الذي يجوز فيه بيع العَرَايا، ويجوز بيع العَرَايا فيما دون خمسة أوسق من التمر، ولا يجوز فيما زاد عليها، وفي الخمسة قولان: أحدهما: وهو منقول المزني أنه يجوز لإطلاق خبر سهل بن أبي حثمة<sup>(١)</sup> - رضي الله عنه -.

والثاني، وهو مختار المزني: المنع؛ لأن النهي عن المُرَابِنَة معلوم مُحَقَّق، والرُّخْصَة في قدر الخمسة مشكوك فيها، وذلك لأن الشافعي - رضي الله عنه - روي عن مالك عن داود بن الحُصَيْن عن أبي سفيان مَوْلَى بن أبي أحمد عن أبي هريرة - رضي الله عنه - «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَرْخَصَ فِي بَيْعِ الْعَرَايَا، فِيمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ أَوْ فِي خَمْسَةِ أَوْسُقٍ - الشُّكُّ مِنْ دَاوُدَ<sup>(٢)</sup> - فَيَسْتَصْحَبُ الْمَعْلُومَ الْمَحْقُوقَ، وَالْقَوْلَ الْأَوَّلَ أَظْهَرَ عِنْدَ صَاحِبِ الْكِتَابِ.

والثاني أظهر عند صاحب «التهديب»، والقاضي الرُّوْيَانِي وغيرهما، وهو مذهب أحمد، والقدر الذي يمنع من بيع العَرَايا فيه، إنما يمنع في الصَّفَقَة الواحدة.

أما لو باع قدراً كبيراً في صفقات فلا منع، وكذا لو باع صفقة واحدة من رجلين، ما يخص كل واحد منهما القدر الجائز خلافاً لأحمد في المسألتين، ولو باع رجلان من واحد فوجهان:

أصحهما: أن الحكم كما لو باع واحد من رجلين؛ لأن تعدد الصَّفَقَة بتعدد البائع أظهر من تعددها بتعدد المشتري، كما ذكرنا في الرد بالعيب.

والثاني، وبه قال صاحب «التلخيص»: لا يجوز الزيادة على خمسة أوسق نظراً إلى مشتري الرطب، لأنه محل الخَرْصِ الَّذِي هو خلاف قياس الرُّبُوبَات، فلا ينبغي أن يدخل في ملكه أكثر من القدر المحتمل دفعة واحدة، ولو باع رجلان من رجلين صَّفَقَة واحدة لم يجز في أكثر من عشرة أوسق، ويجوز فيما دونها وفي العشرة قولان:

الثانية: جميع ما ذكرناه في بيع الرُّطْب بالتمر، أما لو باع الرطب على النخل وبالرطب على النخيل<sup>(٣)</sup> خَرَصاً فيهما، أو بالرطب على وجه الأرض كيلاً فيه ففي جوازه أوجه:

أصحها، وبه قال الإِضْطَخْرِي: لا يجوز؛ لأن الرُّخْصَة إنما تثبت للحاجة إلى

(١) سهل بن أبي حثمة عامر بن ساعدة الأنصاري الحارثي صحابي صغير، قال الحافظ الذهبي: أظنه توفي زمن معاوية، انظر الخلاصة ٤٢٥/١.

(٢) أخرجه البخاري ٢١٩٠، ومسلم ١٥٤١. (٣) سقط في ب.

تحصيل الرطب، ومالك الرطب مستغنى عنه أو حاجته إليه أدنى فلا يلحق بصورة الرخصة.

والثاني وبه قال ابن خَيْرَان: أنه يجوز لأنه ربما يَشْتَهِي ما عند غيره.

والثالث: أنه إن اختلف النوعان جاز، ويحكى هذا عن أبي إسحاق وحكى الشيخ أبو حامد وآخرون عنه تخصيص هذا التفصيل بما إذا كان على النخيل، والمنع فيما إذا كان أحدهما على وجه الأرض، والفرق أنه قد يزيد النوع الذي عند صاحبه ويريد أن يأكله رطباً على التدرج، وما على وجه الأرض لا يمكن أن يؤكل رطباً على التدرج، لأنه يفسد أو يجف، ولو باع الرطب على وجه الأرض بالرطب على وجه الأرض لم يَجُز؛ لأنه ليس في معنى صورة الرخصة من حيث إن أحد المعاني فيها أن يأكله طرياً على التدرج، وهذا لا يتحقق فيما على وجه الأرض، وذكر القفال في شرح «التلخيص»: أنه على الخلاف؛ لأنه إذا جاز البيع، وأحدهما أو كلاهما على رأس النخل خزصاً، واحتملت الجهالة فلأن يجوز مع تحقق الكيل في الجانبين كان أولى.

الثالثة: فيمن يجوز له بيع العرايا، ويجوز ذلك لمحاويج الناس، وفي أغنيائهم قولان:

أصحهما: الجواز لإطلاق الألفاظ التي رويناها.

والثاني: لا يجوز ذكره في اختلاف الحديث، وبه قال أحمد والمزني، لما روي عن زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ - رضي الله عنه - «أَنَّهُ سَمِيَ رَجُلًا مُحْتَاجِينَ مِنَ الْأَنْصَارِ شَكُوا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّ الرُّطْبَ يَأْتِي وَلَا تَقْدُ بِأَيْدِيهِمْ يَبْتَاعُونَ بِهِ رُطْبًا يَأْكُلُونَهُ مَعَ النَّاسِ، وَعِنْدَهُمْ فَضُولٌ قُوتِهِمْ مِنَ الثَّمَرِ فَرَخَّصَ لَهُمْ أَنْ يَبْتَاعُوا الْعَرَايَا بِخَرْصِهَا مِنَ الثَّمَرِ»<sup>(١)</sup>.

ومن قال بالأول قال: هذه حكمة شرعية، ثم قال: يعم الحكم كما في الرمل والاضطباع في الطواف ونظائرهما، ومنهم من بنى الخلاف في هذه المسائل على أن الخرز أصل بنفسه يقام مقام الكيل أو ليس كذلك، ويتبع مورد النص والله أعلم.

قال الغزالي: وَإِذَا أَجْتَاكَ الْأَقَّةُ الثَّمَارَ قَبْلَ الْقِطَافِ وَبَعْدَ التَّخْلِيَةِ، فَهِيَ مِنْ ضَمَانِ الْبَائِعِ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ، وَمِثْلُ الْجَدِيدِ إِلَى أَنَّهُ لَيْسَ مِنْ ضَمَانِهِ (م)، وَمَا فَاتَ بِأَقَّةِ السَّرِقَةِ لَيْسَ مِنْ ضَمَانِهِ عَلَى الْأَصَحِّ، وَيَجِبُ عَلَى الْبَائِعِ أَنْ يَسْقِي الْأَشْجَارَ لِتَرْبِيَةِ الثَّمَارِ، فَإِنْ

(١) قال ابن الملقن: رواه الشافعي هكذا في الأم في اختلاف الحديث والبيهقي في المعرفة بإسناد منقطع، وضعفه ابن حزم وأصله بدون هذه القصة في الصحيحين في البخاري ٢١٨٤، ومسلم ١٥٣٩. انظر خلاصة البدر المنير ٧٥/٢.

تَرَكَ السَّقِيَّ فَفَسَدَتِ الثَّمَارُ فَهِيَ مِنْ ضَمَانِهِ، فَإِنْ لَمْ تَفْسُدْ بَلْ فَاتَتْ فِيهِ انْفِسَاخِ الْعَقْدِ خِلَافًا، كَمَا فِي مَوْتِ الْعَبْدِ الْمُقْبُوضِ بِمَرَضٍ تَقَدَّمَ عَلَى الْقَبْضِ.

قال الرَّافِعِيُّ: الكلام من هذا الموضع إلى رأس النُّظَرِ الخامس في أحكام الثمار المبيعة على رأس الأشجار، وما يعرض لها من العوارض الجَوَائِحِ، كالْحَرِّ وَالْجَرَادِ وَالْحَرِيْقِ ونحوها وقد قدم إمام الحرمين على بيان حكمها أصليين لا غنى عن معرفتهما، وينفعان في أثناء المسألة.

أحدهما: أنه إذا بَاعَ الثَّمَارَ بعد بُدُوِّ الصَّلَاحِ، يلزمه سَقِي الأَشْجَارِ قبل التَّخْلِيَةِ وبعدها قدر ما يَثْمُو به الثمار ويسلم عن التَّلَفِ والفساد<sup>(١)</sup>. واحتج له بأن التَّسْلِيمِ واجب عليه، والسَّقِي من تِمَّةِ التَّسْلِيمِ كَالْكَيْلِ فِي الْمَكْيَلَاتِ وَالْوِزْنِ فِي الْمَوْزُونَاتِ، فيكون على البائع فلو شرط كونه على المشتري بطل العقد؛ لأنه على خلاف قضيته.

والثاني: أن المشتري يَتَسَلَّطُ على التَّصْرُفِ فِي الثَّمَارِ بَعْدَ جريان التَّخْلِيَةِ من كل وجه.

إذا تقرر ذلك فَلِلْجَوَائِحِ حالتان:

أحدهما: أن تعرض قبل التَّخْلِيَةِ فهي من ضمان البائع فإن تلف جميع الثمار انفسخ العقد، ولو تلف بعضها انفسخ فيه، وفي الباقي قولاً للتفريق.

والثانية: أن تعرض بعد التَّخْلِيَةِ، فينظر إن باعها بعد بُدُوِّ الصَّلَاحِ، ففيه طرق، وأحدها فيه قولان:

أحدهما: أن الجَوَائِحِ من ضمان البائع، وبه قال أحمد لما روي أن النبي ﷺ «أَمَرَ بِوَضْعِ الْجَوَائِحِ»<sup>(٢)</sup>.

وأصحهما وهو الجديد، وبه قال أبو حنيفة: أنها من ضَمَانِ المشتري؛ لأن القَبْضَ حصل بالتَّخْلِيَةِ، فصار كما لو هلك بعد القَطَافِ، والخبر مَحْمُولٌ على الاستِحْبَابِ، ويشعر به ما روي «أَنَّ رَجُلًا ابْتِاعَ ثَمْرَةً فَأَذْهَبَتْهَا الْجَائِحَةُ، فَسَأَلَهُ أَنْ يَضَعَ عَنْهُ أَنْ لَا يَفْعَلَ، فَذَكَرَ ذَلِكَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: تَأَلَّى أَنْ لَا يَفْعَلَ خَيْرًا، فَأَخْبَرَ الْبَائِعُ بِمَا ذَكَرَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَسَمَحَ بِهِ لِلْمُبْتَاعِ»<sup>(٣)</sup>.

(١) محله فيما عادته السقي أما البعلي فلا وهذا عند الإمكان فلو غارت العين أو انقطع النهر ففي السلسلة للشيخ أبي محمد الجويني ما يقتضي أنه لا يكلف تحصيل ماء آخر.

(٢) أخرجه مسلم ١٥٥٤.

(٣) قال ابن الملقن: أخرجه الشافعي ١٢٨٧، بإسناده من رواية عمرة، ولفظه تأبى، وقال قال الشافعي هو مرسل، والبيهقي ٣٠٥/٥، وقال قد أسند لكنه ضعيف. انظر الخلاصة ٧٥/٢.

وتأيد القول الأول بالأصل الأول، والثاني بالثاني، ولا فرق على القولين بين أن يُقْلَ أو يكثر. وقال مالك: يوضع الثلث فصاعداً، ولا يوضع ما دونه. وإن باع الثمار قبل بُدُوّ الصلاح بشرط القطع، ولم يقطعها حتى أضعها الجائحة، ففيه ثلاثة طرق: أظهرها: أنه على القولين.

والثاني: أنها من ضَمَانِ المُشْتَرِي قولاً واحداً لتفريطه بترك القطع، وأيضاً لأنه لا علاقة بينهما إذ لا يجب السُّقْي على البائع، والحالة هذه، ويحكى هذا عن القائل.

والثالث: أنها من ضمان البائع قولاً واحداً؛ لأنه إذا شرط القطع كان القبض فيه بالقطع والنقل. ويتفرّع على كونها من ضَمَانِ البائع أمور:

الأول: أن المحكوم بكونه من ضَمَانِ البائع ما تلف قبل أوان الجُذَاز، أما ما تلف بعد أوان الجُذَاز وإمكان النقل ففيه قولان: ويقال وجهان:

أحدهما: أنها من ضمان المُشْتَرِي لتقصيره بالترك.

والثاني: من ضمان البائع أيضاً، لأن التسليم لا يتم ما دامت الثمار متصلة بملك البائع، ويشبه أن يكون الأول أرجح. قال الإمام: وموضع الخلاف ما إذا لم يَكُن التأخير بحيث يعد تقصيراً وتضييعاً كالיום، واليومين، فإن كان كذلك فلا مَسَاحَ للخلاف.

الثاني: لو تلف بعض الثمار فالحكم على هذا القول كما لو تلف قبل التخلية، ولو عابت الثمار بالجوائح ولم تتلف ثبت الخيار على هذا القول كما لو عابت قبل التخلية، وعلى الجديد لا يثبت.

الثالث: لو ضاعت الثمار بَعْضُ أو سرقة فوجهان:

أحدهما: أنها من ضمان البائع أيضاً بناء على أن التسليم لا يتم إلا بالتخلية.

والثاني: أنها من ضمان المُشْتَرِي لتمكّنه من الاحتراز عنه بنصب الحافظين، وأيضاً فإن الرجوع على الجاني بالضمان مُتيسر، وهذا أصح عند صاحب الكتاب والأكثرين، فمن يقول به يقطع بأن المَعْصُوب والمسروق من ضمان المُشْتَرِي، والقائل الأول يجعلهما على القولين وهو ما أورده العِرَاقِيون<sup>(١)</sup>.

(١) قال النووي: إذا قلنا بالقديم، فاختلفا في الفئات بالجائحة، فقال البائع: ربع الثمرة. وقال المُشْتَرِي: نصفها، فالقول قول البائع، لأن الأصل براءة ذمته وعدم الهلاك. قال في «التتمة»: لو اختلفا في وقوع الجائحة، فالغالب أنها لا تخفى، فإن لم تُعرف أصلاً، فالقول قول البائع بلا يمين. وإن عرف وقوعها عاماً، فالقول قول المُشْتَرِي بلا يمين. وإن أصابت قوماً دون قوم، فالقول قول البائع بيمينه، لأن الأصل عدم الهلاك ولزوم الثمن. ينظر الروضة ٣/٢٢٠.

واعلم أن ما ذكرناه من القولين في الآفات السَّماوية التي لا نِسَبَة لها إلى البائع بحال، فأما إذا ترك السَّقِي وعرضت في الثمار آفة بسبب العَطَش، فتتكلم أولاً فيما إذا تلفت به ثم فيما إذا تعيبت، وإن كان ترتيب الكتاب عكسه.

أما: إذا تلفت ففيه طريقان:

أحدهما: أن في انفساخ البيع قولين أيضاً، يحكى هذا عن أبي علي الطَّبْرِي.

وأصحهما: القطع بالانفساخ لاستناد هذه الآفة إلى ترك السَّقِي المستحق بالعقد قبل التَّخْلِيَة، وما يستند إلى سبب سابق على القبض، قد ينزل منزلة ما لو سَبَقَ بنفسه، كما ذكرنا في القتل بالردة السابقة، والقطع بالسرقة السابقة، وموت العبد من المرض المتقدم على القبض.

فإن قلنا بعدم الانفساخ فعلى البائع الضمان من القيمة والمِثْل، وإنما يجب ضمان ما تلف ولا ينظر إلى ما كان ينتهي إليه لولا العارض.

وأما إذا فسدت بالتَّعْيِب فللمشتري الخيار، وإن جعلنا الجَوَائِح من ضمانه.

قال الإمام: لأن الشرع ألزم البائع بتنمية الثمار بالسَّقِي، فالتَّعْيِب الحادث بترك السَّقِي كالتَّعْيِب المتقدم على القبض، ولو أفضى التَّعْيِب إلى التَّلَف، نظر، إن لم يشعر به المشتري حتى تلف عاد الخلاف في الانفساخ ولزم الضمان على البائع، إن قلنا بعدم الانفساخ، ولا خيار بعد التلف هكذا ذكره الإمام، وإن شعر به ولم يفسخ حتى تلفت، فيغرم البائع في وجه لعدوانه ولا يغرم في آخر لتقصير المشتري بترك الفسخ مع القدرة عليه.

فرع: لو باع الثمار مع الأشجار، فتلفت الثمار بجائحة قبل التَّخْلِيَة بطل العقد فيها، وفي الأشجار قولان: وإن تلفت بعد التَّخْلِيَة فهي من ضمان المشتري قولاً واحداً، لأن العلائق منقطعة هاهنا والثمرة مُتَّصِلَة بملك المشتري<sup>(١)</sup>.

فرع: لو اشترى طعاماً مُكَايَلَة، وقبضه جُزْأً فاهلك في يده، ففي انفساخ العقد وجهان: لبقاء علقه الكيل بينهما<sup>(٢)</sup>.

قال الغزالي: وَإِنْ بَاعَ الْقِيَاءَ أَوْ مَا يَغْلِبُ عَلَيْهِ التَّلَاحِقُ وَعَسَرَ التَّسْلِيمُ بَطَلَ عَلَى الْأَصْحَ، فَإِنْ كَانَ نَادِراً وَاتَّفَقَ ذَلِكَ قَبْلَ الْقَبْضِ انْفَسَخَ الْعَقْدُ عَلَى قَوْلٍ، وَلَعَلَّ الْأَظْهَرَ أَنَّهُ

(١) قال النووي: ولو كانت الثمرة لرجل، والشجرة لآخر، فباعها لصاحب الشجرة، وخلى بينهما، ثم تلفت، فمن ضمان المشتري بلا خلاف، لانقطاع العلائق. ينظر الروضة ٣/٢٢٠، ٢٢١.

(٢) قال في الخادم والأرجح الانفساخ.

يَنْفَسِخُ، وَلَكِنْ لِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ (و) إِنْ لَمْ يَهَبِ الْبَائِعُ مَا تَجَدَّدَ مِنْهُ، فَإِنْ وَهَبَ سَقَطَ خِيَارُهُ، وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ بَعْدَ التَّخْلِيَةِ، فَإِنْ قُلْنَا: إِنَّ الْجَوَائِزَ مِنْ ضَمَانِهِ فَهُوَ كَمَا قَبْلَ التَّخْلِيَةِ.

قال الرَّافِعِيُّ: ومن العوارض اختلاط الثمار المبيعة بغيرها لتلاحقها.

أما الاختلاط الذي يبقى معه التمييز فلا اعتبار به.

وأما غيره فإذا باع الثمرة بعد بُدُو الصلاح والشجر يثمر في السنة مرتين، فينظر إن كان ذلك مما يغلب التلاحق فيه وعلم أن الحمل الثاني يختلط بالأول، كالتين والبطيخ والقثاء والباذنجان لم يصح البيع إلا بشرط أن يقطع المشتري ثمرته عند خوف الاختلاط. وفيه قول أو وجه: أنه موقوف إن سمح البائع بما حدث تبين انعقاد البيع، وإلا تبين أنه لم ينعقد من أصله، والأصح الأول لما مر في بيع البطيخ، ثم إذا شرط القطع ولم يتفق حتى حصل التلاحق والاختلاط، فالحكم كما لو اتفق التلاحق فيما يندر فيه التلاحق، فإن كان ما يندر فيه التلاحق، وعلم عدم الاختلاط، أو لم يعلم أنه كيف يكون الحال فيصح البيع مطلقاً، وبشرط القطع والتبعية، وإن حصل الاختلاط فله حالتان:

إحدهما: أن يحصل قبل التخلية فقولان:

أحدهما: أنه يفسخ البيع لتعذر تسليم المبيع قبل القبض.

وأظهرهما: على رأي المصنف، وهو اختيار المزني؛ أنه لا يفسخ لبقاء عين المبيع، وإمكان إفضاء البيع، فعلى هذا يثبت للمشتري الخيار؛ لأنه أعظم من إباق العبد المبيع. وعن صاحب «التقريب» حكاية قول أنه لا خيار أيضاً، وأن الاختلاط قبل القبض كالاختلاط بعده، والمذهب الأول، ثم إن قال البائع: أسمح بترك الثمرة الجديدة للمشتري، ففي سقوط خياره وجهان:

أحدهما: لا يسقط لما في قوله من المنة.

وأصحهما: وهو المذكور في الكتاب: أنه يسقط كما سبق في الإعراض عن نغل الدابة المردودة بالعيب، ولو باع الثمرة قبل بُدُو الصلاح بشرط القطع ثم لم يتفق القطع حتى حصل الاختلاط جرى القولان في الانفساخ، وهما جاريان فيما إذا باع حنطة فانهاال عليها مثلها قبل القبض، وكذا في المائعات ولو اختلط الثوب بأمثاله أو الشاة المبيعة بأمثالها. فقد قال في «التتمة»: المذهب هاهنا انفساخ البيع لأنه يورث الاشتباه وأنه مانع من صحة البيع لو فرض في الابتداء، وفي الحنطة غاية ما يلزم الإشاعة، وإنها غير مانعة.

وفيه وجه: أنه لا ينفسخ لإمكان تسليمه بتسليم الكل ولو باع جَزَةً من القَثِّ بشرط القطع ولم يقطعها حتى طال، وتعذر التمييز جرى القولان ومنهم من قطع بعدم الانفساخ هاهنا تشبيهاً لطولها بكبر الثمرة والشجرة وسمن الحيوان وهو ضعيف، لأن البائع يجبر على تسليم الأشياء المذكورة بزيادتها، وهاهنا لا يجبر على تسليم ما زاد.

والثانية: أن يحصل بعد التُّخْلِيَةِ، ففيه طريقان:

أحدهما، وبه قال المزني: القطع بعدم الانفساخ، كما لو كان المبيع حِنْطَةً فانثالت عليها حِنْطَةٌ أخرى بعد القبض.

والثاني: أنه على القولين في الحالة الأولى بخلاف مسألة الحِنْطَةِ؛ لأن هناك قد تم التَّسْلِيمُ وانقطعت العَلَاثِقُ بينهما، وفي الثمار لم تنقطع العَلَاثِقُ؛ لأن البائع يدخل الحَايِطُ لِلسَّقْفِي، وتعهد النَّخِيلُ وغير ذلك، ويمكن بناء الطَّرِيقَيْنِ على ما ذكره الإمام وصاحب الكتاب، وهو أن حكم المَسْأَلَةِ مأخوذ من الخلاف في الجَوَائِحِ، إن جعلناها من ضمان المشتري أجبنا بالطريقة الأولى، وإن جعلناها من ضمان البائع أجبنا بالثانية، إلا أن قضية هذا البناء أن يكون القطع بعدم الانفساخ أظهر، وعامة الأصحاب على تَرْجِيحِ طَرِيقَةِ القَوْلَيْنِ. وإذا قلنا بعدم الانفساخ، فإن تصالحا وتوافقا على شيء فذاك، وإلا فالقول قول صاحب اليد في قدر حق الآخر، ومن صاحب اليد في صورة الثمار فيه وجهان بناء على أن الجوائح من ضمان البائع والمشتري.

ووجه ثالث: وهو أنها في يدهما جميعاً، وفي صورة الحِنْطَةِ صاحب اليد هو المشتري، فالقول قوله في قدر حق البائع، فإن كان المشتري قد أودعه الحِنْطَةَ بعد القبض ثم حصل الاختلاط، فالقول قول البائع، في قدر حق المشتري، والله أعلم.

وإذا تأملت ما ذكرناه علّمت قوله في الكتاب (انفسخ البيع) بالزاي، وقوله: (للمشتري الخيار) بالواو، وكذا قوله: (سقط خياره). ثم هاهنا مسألة أخرى لا بد من ذكرها، وهي أن يبيع شجرة عليها ثمرة تبقى للبائع، وهي مما تثمر في السنة مرتين ويغلب عليها التلاحق، فلا يصح البيع إلا بشرط أن يقطع البائع ثمرته عند خوف الاختلاط، ويجيء فيه الخلاف المذكور فيما إذا كان البيع الثمرة، ثم إذا تباعا بهذا الشَّرْطِ، ولم يَتَّقِ القَطْعُ حتى حصل الاختلاط، أو كانت الشجرة مما ينذر فيها التلاحق أو الاختلاط، فاتفق ذلك نقل المزني قولين في الانفساخ، وللأصحاب طريقان.

فعن أبي علي ابن خَيْرَانَ والطَّبْرِيِّ: القطع بعدم الانفساخ، وتخطئة المزني فيما نقل؛ لأن الاختلاط وتعذر التَّسْلِيمِ لم يوجد في المبيع ما إذا كان المبيع الثمار، وأثبت الأكثرون القولين، ونقلوهما عن نصه في «الأم».



وقالوا: الاختلاط وإن لم يوجد في المبيع، لكنه وجد في المقصود بالعقد، وهو الثمرة الحادثة فإنها مقصود المشتري من الشراء، فجاز أن يجعل كالمبيع.

فإن قلنا بعدم الانفساخ، نظر إن سمح البائع بترك الثمرة القديمة أُجبر المشتري على القبول، [وإن رضي المشتري بترك الثمرة الحادثة أُجبر البائع على القبول]<sup>(١)</sup> وأقر العقد، ويشبه أن يجيء في الإيجابار على القبول خلاف، وإن استمر على النزاع، فالمثبتون للقولين قالوا: انفسخ العقد بينهما، كما لو كان المبيع الثمرة والقاطعون قالوا: لا فسخ؛ بل إن كانت الثمرة والشجرة في يد البائع، فالقول قوله في قدر ما يستحقه المشتري مع يمينه، وإن كانتا في يد المشتري فالقول قوله في قدر ما يستحقه البائع.

قال صاحب «التهذيب»: وهذا هو القياس، لأن الفسخ لا يفيد رفع النزاع لبقاء الثمرة الحادثة للمشتري، وإن قلنا بالانفساخ استرد المشتري الثمن ورد الشجرة مع جميع الثمار ذكر صاحب «التتمة».

(١) سقط في ب.

## النَّظَرُ الْخَامِسُ مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ فِي مُدَايِنَةِ الْعَبِيدِ وَالتَّحَالْفِ، وَفِيهِ بَابَانِ الْأَوَّلُ فِي مُعَامَلَةِ الْعَبِيدِ

قال الغزالي: وَالنَّظَرُ فِي الْمَأْذُونِ لَهُ فِي التِّجَارَةِ وَغَيْرِهِ أَمَّا الْمَأْذُونُ فَالنَّظَرُ فِيمَا يَجُوزُ لَهُ وَفِي الْعَهْدَةِ وَفِيمَا يَقْضِي مِنْهُ ذُبُونَهُ أَمَّا مَا يَجُوزُ لَهُ فَكُلُّ مَا يَنْدَرِجُ تَحْتَ اسْمِ التِّجَارَةِ أَوْ كَانَ مِنْ لَوَازِمِهِ فَلَا يَنْكِحُ وَلَا يُوَاجِرُ (ح) نَفْسَهُ، وَلَا يَتَعَدَّى (ح) النَّوْعَ الَّذِي رُسِمَ لَهُ الْإِتِّجَارُ فِيهِ، وَلَا يَأْذُنُ (ح) لِعَبِيدِهِ فِي التِّجَارَةِ إِلَّا بِتَوْكِيلِ مُعَيَّنٍ، وَلَا يَتَّخِذُ (ح) الدَّخْوَةَ لِلْمُجَهِّزِينَ، وَلَا يَعْمَلُ سَيِّدَهُ (ح)، وَلَا يَتَصَرَّفُ (ح) فِيمَا اكْتَسَبَ بِاخْتِطَابٍ وَاضْطِيبَانٍ وَاتِّهَابٍ، ثُمَّ لَا يَنْعَزِلُ (ح) بِالْإِبَاقِ، وَلَا يَسْتَفِيدُ (ح) الْإِذْنَ بِالسُّكُوتِ وَإِذَا رَكِبْتَهُ الدُّيُونَ لَمْ يَزَلْ (ح) مِلْكُ سَيِّدِهِ عَمَّا فِي يَدِهِ، وَيُقْبَلُ إِقْرَارُهُ (ح) بِالذَّيْنِ لِأَبِيهِ وَأَبْنَيْهِ.

قال الرَّافِعِيُّ: أَوْضَحْنَا فِي أَوَّلِ «كِتَابِ الْبَيْعِ» أَنَّ كَلَامَ هَذَا النَّظَرِ فِي مُدَايِنَةِ الْعَبِيدِ، وَاخْتِلَافِ الْمَتْبَاعِينَ وَفِيهِمَا بَابَانِ:

الأول: فِي مُدَايِنَتِهِمْ وَالْمُرَادُ مِنَ الْمُدَايِنَةِ الْاسْتِيفَاضَ وَالشِّرَاءَ بِالنَّسِيبَةِ، وَليْسِ الْبَابُ مَقْصُورًا عَلَى بَيَانِ ذَلِكَ، بَلْ هُوَ وَافٍ بِأَحْكَامِ سَائِرِ مُعَامَلَاتِهِمْ لَكِنِّهِمْ تَبَرَّكُوا بِتَرْجُمَةِ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - وَالْعَبْدُ إِذَا مَأْذُونٌ فِي التِّجَارَةِ أَوْ غَيْرِهِ. الْقِسْمُ الْأَوَّلُ: الْمَأْذُونُ فِي التِّجَارَةِ، وَالْكَلامُ فِيهِ يَقَعُ فِي ثَلَاثَةِ أُمُورٍ:

أحدهما: فِيمَا يَجُوزُ لَهُ مِنَ التَّصَرُّفَاتِ، وَمَا لَا يَجُوزُ.

وثانيها: فِي أَنَّ الطَّلَبَ فِي الدُّيُونِ الْوَاجِبَةِ بِمُعَامَلَاتِهِ عَلَى مَنْ تَتَوَجَّهُ.

وثالثها: فِي أَنَّهَا مِنْ أَيْنَ تُؤَدَّى.

أما الأول: فَاعْلَمْ أَنَّهُ يَجُوزُ لِلسَّيِّدِ أَنْ يَأْذُنَ لِعَبْدِهِ فِي التِّجَارَةِ، وَفِي سَائِرِ التَّصَرُّفَاتِ كَالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ إِجْمَاعًا<sup>(١)</sup>، وَلِأَنَّهُ صَحِيحُ الْعِبَارَةِ، وَمَنْعُهُ مِنَ التَّصَرُّفِ لِحَقِّ السَّيِّدِ، فَإِذَا

(١) أما غير المأذون له في التجارة لا يصح شراؤه بغير إذن سيده في الأصح لأنه لا يمكن ثبوت =

أمره به فقد ارتفع المانع، ويستفيد المأذون في التجارة بهذا الإذن كل ما يندرج تحت اسم التجارة، أو كان من لوازمها وتوابعها، كالنُّشْر والطِّي وحمل المَتَاع إلى الحَانُوت، والرد بالعيب والمُخَاصَمَة في العهدة ونحوها، ولا يستفيد به غير ذلك، وهذا القول الجملي تُقْضُله صور. منها: ليس للمأذون في التجارة أن يُنكح، كما أنه لَيْسَ للمأذون في النكاح أن يتجر، لأن كل واحد منهما غير متناول باسم الآخر.

ومنها: ليس له أن يُؤَاجِرَ نفسه؛ لأنه لا يملك التصرف في رقبته، فكذلك في منفعته. وعن الحلبي حكاية وجه: أنه يملك ذلك، وهو قول أبي حنيفة، وهل له إيجار أموال التجارة كالعبيد والدواب؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، كما لا يؤاجر نفسه.

وأصحهما: نعم؛ لأن التُّجَّارَ قد يعتادون ذلك؛ ولأن المنفعة من فوائد المال فيملك العقد عليها، كالصُوف واللبن.

ومنها: لو أذن له السيد في التجارة في نوع من المال لا يصير مأذوناً في سائر الأنواع، وكذا لو أذن في التجارة شهراً أو سنة لم يكن مأذوناً بعد تلك المدة، خلافاً لأبي حنيفة فيهما، وسلم أنه لو دفع إليه ألفاً ليشتري به شيئاً لا يصير مأذوناً في التجارة، ولو دفع إليه ألفاً وقال: اتجر فيه فله أن يشتري بعين ما دفع إليه، ويقدره في ذمته ولا يزيد عليه، ولو قال: اجعله رأس مالك وتصرف أو اتجر، فله أن يشتري بأكثر من القدر المدفوع إليه. ومنها: ليس للمأذون في التجارة أن يأذن لعبده في التجارة، خلافاً لأبي حنيفة، ولو أذن له السيد في ذلك ففعل جاز، ثم ينعزل مأذون المأذون بعزل السيد، سواء انتزعه من يد المأذون أو لم ينتزعه خلافاً لأبي حنيفة فيما إذا لم ينتزعه، وهل له أن يوكل عبده في آحاد التصرفات؟ فيه وجهان:

أصحهما: عند الإمام وهو الذي أورده في الكتاب نعم؛ لأنها تصدر عن نظرة، وإنما المُتَمَتِّعُ أن يقيم غيره مقام نفسه.

= الملك له لأنه ليس أهلاً للملك، ولا لسيدته بعوض في ذمته لأنه لم يرض به ولا في ذمة العبد لما فيه من حصول أحد العوضين لغير من يلزمه الآخر. والثاني: يصح، ونسبه الماوردي والقاضي أبو الطيب إلى الجمهور لأنه متعلق بالذمة ولا حجر للسيد على ذمته، ولهذا قال الإمام هنا لا احتكام للسادة على ذم عبيدهم ولا يملكون إلزام ذمهم مالا حتى لو أجبر عبده على ضمان أو شراء متاع لم يصح وإن كان محل الديون التي تلزم بالإذن إنما هو الكسب وهو ملك للسيد، لكن لا استقلال للإكساب في هذا الباب ما لم يتحقق تعلق الدين بأجل الذمة. قال في المهمات: قيد الشيخ في التنبية والجرجاني بما إذا كان العبد رشيداً وسبقهما إليه الماوردي فقال: يشترط أن يصح تصرفه لنفسه لو كان حراً. انتهى. وقال في التوسط: لم أر ذلك في الحاوي.

والثاني: لا؛ لأن السيد لم يَرْضَ بتصرف غيره، وهذا قضية ما أورده في «التهذيب»<sup>(١)</sup>.

ومنها: ألا يتخذ الدُّعْوَةَ للمجهزين<sup>(٢)</sup>، وألاً يتصدق<sup>(٣)</sup>، ولا ينفق على نفسه من مال التجارة؛ لأنه ملك السيد، وعند أبي حنيفة له ذلك.

ومنها: لا يعامل سيده بيعاً وشراءً، لأن تصرفه لسيفه بخلاف المكاتب يتصرف لنفسه، وقال أبو حنيفة: له أن يعامل سيده، وربما قيد ذلك بما إذا ركبته الدُّيُون.

ومنها: ما اكتسبه المأذون من الاختطاب والاضطهاد والأتهايب وقبول الوصية، والأخذ من المعدن، هل ينضم إلى مال التجارة حتى يتصرف فيه؟ فيه وجهان:

أحدهما: وهو الذي أورده الفُوزاني، والإمام وصاحب الكتاب لا لأنه لم يحصل بجهة التجارة، ولا سلمه السيد إليه ليكون رأس المال.

والثاني: نعم، لأنه من جملة أكسابه، وهذا أصح عند صاحب «التهذيب».

ومنها: العبد المأذون لا ينعزل بالإيق، بل له التصرف في البلد الذي خرج إليه، إلا إذا خصَّ السيد الإذن بهذا البلد<sup>(٤)</sup>.

وقال أبو حنيفة: يصير محجوراً عليه.

لنا: أن الإيق عصيان فلا يوجب الحَجْر، كما لو عصى السيد من وجه الآخر، ولو أذن لجاريتته في التجارة ثم استولدها ففيه هذا الخلاف، ولا خلاف في أن له أن يأذن لمستولده في التجارة.

ومنها: إذا رأى عبده يبيع ويشترى فسكت عنه لم يصِرْ مأذوناً له في التجارة، خلافاً لأبي حنيفة.

لنا: القياس على ما لو رآه ينكح فسكت عليه لا يكون سكوته إذناً في النكاح.

(١) قال النووي: وليس له أن يوكل أجنبياً، كالوكيل لا يوكل، بخلاف المكاتب، لأنه يتصرف لنفسه. ينظر الروضة ٢٢٤/٣.

(٢) قال في الخادم: قال بعضهم كان المراد بالمجهزين السماسرة والذين يأتون الزبون فهو من مصالح التجارة ثم قال من عند نفسه: المراد المجهزون للسفر وهذه اللفظة لم أر من فسرها غير المطرزي في المعرب فقال: والمجاهز هو عند العامة الغني من التجارة وكأنه أريد المجهز وهو الذي يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع أو يسافر به فحرف إلى المجاهز.

(٣) شمل كلامه القليل والكثير. قال في الخادم: وهو محمول على ما إذا علم عدم رضا السيد به وإلا فيجوز.

(٤) وفي «التتمة» وجه ضعيف: أنه لا يصح تصرفه في الغيبة. ينظر الروضة ٢٢٥/٣.

ومنها: إذا ركبته الدُّيُون لم يزل ملك سيده عما في يده، فلو تصرف فيه يبيع أو هبة أو إعتاف بإذن المأذون والغرماء جاز، ويكون الدين في ذمة العبد، وإن أذن العبد دون الغرماء لم يُجْزَ وإن أذن الغرماء دون العبد فوجهان<sup>(١)</sup>.

وعن أبي حنيفة: أنه إذا ركبته الدُّيُون يزول ملك سيده عما في يده، ولا يدخل في ملك الغرماء. ومنها: إقرار المأذون بين المعاملة مقبول على ما سيأتي في «باب الإقرار» ولا فرق بين أن يقر بها لأجنبي أو لابنه أو ابنته. وقال أبو حنيفة: لا يقبل إقراره لهما، وهذا الخلاف كالخلاف في إقرار المريض لوارثه. وأما إقرار المأذون لغير دين المعاملة، وإقرار غير المأذون فالكلام فيهما منه ما هو مذكور في الإقرار، ومنه ما هو مذكور في السرقة، وسيتهي الشرح إليهما إن شاء الله تعالى.

قال الغزالي: وَلَا يُكْتَفَى بِقَوْلِهِ: (ح) إِنِّي مَأْذُونٌ، بَلْ لَا بُدَّ مِنْ سَمَاعِ مِنَ السَّيِّدِ أَوْ بَيِّنَةٍ عَادِلَةٍ، وَيُكْتَفَى بِالشُّيُوعِ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَيُكْتَفَى بِقَوْلِهِ فِي الْحَجْرِ.

قال الرافعي: من عامل المأذون وهو لا يعرف رقه فتصرفه صحيح، ولا يشترط علمه بحاله، ذكره في «النهاية»، ومن عرف رقة لم يُجْزَ له أن يعامله حتى يعرف إذن السيد، ولا يكفي قول العبد: أنا مأذون؛ لأن الأصل عدم إذن المُستحق، فأشبه ما إذا زعم الراهن إذن المرتهن في بيع المرهون.

وقال أبو حنيفة: يكفي قول العبد كما يكفي قول الوكيل.

قال الأصحاب: ليس هما سواء؛ لأن في الوكيل لا حاجة إلى دعوى الوكالة، بل يجوز معاملته بناء على ظاهر الحال، وإن لم يدع شيئاً، وهاهنا بخلافه، وإنما يعرف كونه مأذوناً إما بسماع الإذن من السيد، أو ببينة تقوم عليه، ولو شاع في الناس كونه مأذوناً فوجهان:

أصحهما: أنه يكفي به أيضاً لأن إقامة البينة لكلّ معامل ممّا يعسر، ولو عرف كونه مأذوناً، ثم قال: حجر عليه السيد لم يعامل فإن قال السيد: لم أحجر عليه فوجهان:

أصحهما: أنه لا يعامل أيضاً؛ لأنه العاقد والعقد باطل بزعمه.

والثاني: وبه قال أبو حنيفة: أنه يجوز معاملته اغتيماداً على قول السيد، ولو عامل المأذون من عرف رقه ولم يعرف إذنه، ثم بان كونه مأذوناً فهو ملحق عند الأئمة بما إذا باع مال أبيه على ظن أنه حي فإذا هو ميت، ويقرب منه قولان حكاهما الحلبي فيما إذا

(١) أصحهما لا يجوز وصحة البغوي لأن الدين يتعلق بذمة العبد ولم يرض.

كذب مدعي الوكالة، ثم عامله فظهر صدقه في دعوى الوكالة.

فرع: لو عرف كونه مأذوناً فعامله، ثم امتنع من التسليم إلى أن يقع الإشهاد على الإذن، فله ذلك خوفاً من حَظَرِ إنكار السيد، كما لو صدق مُدَّعي الوكالة بقبض الحق، ثم امتنع من التسليم حتى يشهد الموكَّل على الوكالة.

فرع: حكي في «التتمة» قولين في جواز معاملة من لا يعرف رقه وحرية:

أظهرهما: الجواز؛ لأن الأصل والغالب في الناس الحرية.

والثاني: المنع؛ لأن الأصل بقاء الحجر وما حكيناه عن «النهاية» في صدر الفصل، كأنه جواب على الأظهر والله تعالى أعلم.

قال الغزالي: **أَمَّا الْعُهُدَةُ فَهِيَ مُطَالِبٌ (و) يَدْيُونِ مُعَامَلَتِهِ، وَكَذَا سَيِّدُهُ عَلَى الْأَظْهَرِ، وَقِيلَ: السَّيِّدُ لَا يُطَالِبُ أَضْلاً، وَقِيلَ: يُطَالِبُ إِنْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِ الْعَبْدِ وَفَاءً، وَيُطْرَدُ هَذَا الْخِلَافُ فِي عَامِلِ الْقِرَاضِ مَعَ رَبِّ الْمَالِ، وَقِيلَ بِطَرْزِهِ أَيْضاً فِي الْمُوَكَّلِ إِذَا سَلَّمَ إِلَى وَكِيلِهِ أَلْفًا مُعَيَّنَةً، وَإِنْ عَتَقَ الْعَبْدَ طَوْلَبَ بِهِ، فَإِنْ عَرَّمَهُ فَنِي رُجُوعِهِ عَلَى السَّيِّدِ وَجْهَانِ.**

قال الرافعي: القول في لفظ العُهدَة وتفسيرها موضعه غير هذا.

وأما فقه الفصل فإذا باع المأذون سلعة وقبض الثمن فاستحقت السلعة، وقد تلف الثمن في يد العبد فللمشتري الرجوع ببذله على العبد، لأنه المباشر للعقد.

وفي وجه: لا رجوع على العبد لأن يده يد السيد، وعبارته مستعارة في «الوسيط» وفي مطالبة السيد ثلاثة أوجه رتبها الإمام:

أصحهما: أنه يطالب أيضاً؛ لأن العقد له، فكأنه البائع والقابض للثمن.

والثاني: لا يطالب لأن السيد بالإذن قد أعطاه استقلالاً، فشرط من يعامله قصر الطمع على يده وذمته.

والثالث: أنه إن كان في يد العبد وفاء، فلا يطالب السيد لحصول غرض المشتري، وإلا فيطالب.

وعن ابن سريج: أنه إن كان السيد قد دفع إليه عين مال، وقال: بئها أو خذ ثمنها وأتجر فيه، أو قال: اشتري هذه السلعة وبعها وأتجر في ثمنها ففعل، ثم ظهر الاستحقاق وطالبه المشتري بالثمن، فله أن يطالب السيد بقضاء الدين عنه؛ لأنه أوقعه في هذه العرامة، وإن اشترى باختياره سلعة وباعها ثم ظهر الاستحقاق فلا، ولو اشترى المأذون شيئاً للتجارة ففي مطالبة السيد بالثمن الأوجه والوجه الأول والثاني جاريان في عامل القراض مع رب المال لتنزيل رب المال العهدة على المال المعين، ولو أن الرجل

سلم إلى وكيله ألفاً، وقال: اشتر لي عبداً وأد هذا في ثمنه، فأشترى الوكيل ففي مطالبته الموكل بالثمن طريقان:

أحدهما: أنه يطالب، ولا حكم لهذا التغيين مع الوكيل؛ لأن الوكيل سفير مخض، والمأذون مستخدم يلزمه الامتثال والتزام ما ألزمه السيد ذمته.

وأقيسهما: طرذ الوجهين فيه وإذا توجهت الطلبة على العبد لم تندفع بعثته، لكن في رجوعه بالمعزوم بعد العتق وجهان:

أحدهما: يرجع لانقطاع استحقاق السيد بالعتق.

وأظهرهما: لا يرجع؛ لأن المؤدى بعد العتق كالمستحق بالتصرف السابق على الرق، وهذا كالخلاف في أن السيد إذا أعتق العبد الذي أجره في أثناء مدة الإجارة هل يرجع بأجرة مثله للمدة الواقعة بعد العتق.

قال الغزالي: ولو سلم إلى عبده ألفاً ليتجر به فأشترى بعينه شيئاً وتلف الألف انفسخ العقد، وإن اشترى في الذمة ثلاثة أوجه، الثالث أن للمالك الخيار إن شاء فسح وإن شاء أجاز وأبدل الألف.

قال الرافعي: إذا سلم إلى عبده ألفاً ليتجر به فأشترى بعينه شيئاً، ثم تلف الألف في يده انفسخ العقد، كما لو تلف المبيع قبل القبض، وإن اشترى في الذمة على عزم صرف الألف إلى الثمن ففي المسألة وجهان:

أحدهما: أنه يفسخ أيضاً؛ لأنه حصر إذنه في التصرف في ذلك الألف، وقد فات محل الإذن.

وأصحهما: أنه لا يفسخ، وعلى هذا فوجهان:

أحدهما: أنه يجب للسيد ألف آخر، لأن العقد وقع له والثمن غير متعين فعليه الوفاء بإتمامه.

والثاني: أنه لا يلزمه ذلك، ولكنه إن أخرج ألفاً آخر أمضى العقد، وإلا فللبائع فسخ العقد، ويشبه أن يكون هذا أظهر، وهو اختيار الشيخ أبي محمد، وإذا ترك الترتيب حصل في المسألة ثلاثة أوجه كما ذكر في الكتاب، ووراءها وجه رابع وهو أن الثمن يكون في كسب العبد، والوجهان في الأصل كالوجهين فيما إذا دفع ألفاً قراضاً إلى رجل، فأشترى شيئاً في الذمة، وتلف الألف عنده، هل على رب المال ألف آخر أو يتقلب العقد إلى العامل؟

إن قلنا بالأول فعلى السيد ألف آخر.

وإن قلنا بالثاني انفسخ العقد، وإذا قلنا على السيد ألف آخر فهل يتصرف العبد فيه بالإذن السابق أم لا بد من إذن جديد؟

فيه وجهان وهما كالوجهين، في أنه إذا أخرج ألفاً آخر في صورة القراض فرأس المال ألف أو ألفان.

إن قلنا: ألف فلا بد من إذن جديد. وإن قلنا: ألفان كفى الإذن السابق قال الإمام: والألف الجديد، إنما يطالب به البائع دون العبد، ولا شك أن العبد لا يمد يده إلى ألف من مال السيد، وأنه لا يتصرف فيما تسلمه البائع، وإنما تظهر فائدة الخلاف فيما إذا ارتفع العقد بسبب من الأسباب ورجع الألف<sup>(١)</sup>، والله أعلم.

قال الغزالي: **أَمَّا قَضَاءُ دَيْوْنِهِ فَمِنْ مَالِ التَّجَارَةِ، لَا مِنْ رَقَبَتِهِ (ح)، وَفِي تَعَلُّقِهِ بِاِكْتِسَابِهِ مِنَ الاِحْتِطَابِ وَغَيْرِهِ وَجْهَانِ.**

قال الرَّافِعِيُّ: الأمر الثالث أن ديون التجارة من أين تؤدي، ولا شك أن ديون معاملات المأذون مؤداة مما في يده من مال التجارة، سواء فيه الأرباح الحاصلة بتجارته ورأس المال، وهل يؤدي من اكتسابه بغير طريق التجارة كالاصلطيد، والاحتطاب؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، كسائر أموال السيد.

وأصحهما: نعم، كما يتعلق به المهر، وثبوت النكاح، ثم ما فضل من ذلك يكون في ذمته إلى أن يعتق، وهل يتعلق بما يكتسبه بعد الحجر؟ فيه وجهان:

قال في التهذيب: أصحهما: أنها لا تتعلق به ولا تتعلق برقبته ولا بذمة السيد.

أما أنها لا تتعلق برقبته، فإنه دين لزمه برضاء من له الدين فوجب أن لا يتعلق برقبته، كما لو استقرض بغير إذن السيد، وخالفنا أبو حنيفة فيه.

وأما أنه لا يتعلق بذمة السيد، فلأن ما لزمه بمعاوضة مقصودة بإذنه وجب أن تكون متعلقة بكسب العبد، كالثقة في النكاح، ولو كان للمأذونة أولاد لم تتعلق الديون بهم، خلافاً لأبي حنيفة في الذين ولدوا بعد الإذن في التجارة، ولو أتلف السيد ما في يد المأذون من أموال التجارة فعليه ما أتلف بقدر الدين، ولو أنه قتل المأذون وليس في يده مال لم يلزم قضاء الدين.

(١) قال صاحب «التهذيب»: لو اشترى المأذون شيئاً بعرض فتلّف الشيء ثم خرج العرض مستحقاً فالقيمة في كسبه أم على السيد؟ وجهان. ينظر الروضة ٣/٢٢٧.



هذه مسائل الكتاب وما يناسبها، وفي المأذون فروع كثيرة، تذكر في مواضع متفرقة. والذي نورد في هذه الخاتمة أنه لو تَصَرَّفَ فيما في يد المأذون بِبَيْعٍ أو هِبَةٍ أو إغْتِاقٍ ولا ذَيْنَ على العبد فهو جائز. وفي وجه: يشترط أن يقدم<sup>(١)</sup> عليه حجراً، وإن كان عليه ذَيْنَ فقد سبق حكم تصرفه.

وإذا باع العبد أو أعتقه صار مَحْجُوراً عليه في أصحِّ الوجهين، وفي قضاء ديونه مما يكتسبه في يد المشتري الخلاف المذكور فيما يكتسبه بعد الحَجْر عليه، واعلم أن المسائل الخلافية بيننا وبين أبي حنيفة في المأذون ينبي أكثرها على أنه يتصرف لنفسه أو لسيده، فعنده يتصرف لنفسه وعندنا لسيده، ولذلك نقول: إنه لا يبيع نَسِيئَةً ولا بدون ثمن المثل، ولا يسافر بمال التجارة إلا بإذن السيد، ولا يتمكن من عزل نفسه بخلاف الوكيل. فرع: لو أذن لعبد في التَّجَارَةَ مطلقاً ولم يعين مالاً، فعن أبي طاهر الزَّيَّادِي أنه لا يصح هذا الإذن، وعن غيره أنه يصح، وله التَّصَرُّفُ في أنواع الأموال، هذا تمام القسم الأول<sup>(٢)</sup>.

قال الغزالي: وَأَمَّا غَيْرُ الْمَأْذُونِ فَلَا يَتَّصَرَّفُ بِمَا يَضُرُّ سَيِّدَهُ كَالنِّكَاحِ فَإِنَّهُ لَا يَنْعَقِدُ دُونَ إِذْنِهِ، وَالْأَقْبَسُ جَوَازُ أَتْهَابِهِ، وَقَبُولُهُ الْوَصِيَّةَ فَيَدْخُلُ فِي مِلْكِ سَيِّدِهِ كَمَا يَدْخُلُ بِاخْتِطَابِهِ، وَيَخْلَعُ زَوْجَتَهُ، وَلَا يَصِحُّ (ز) ضَمَانُهُ وَشِرَاؤُهُ عَلَى الْأَصْح، لِأَنَّهُ عَاجِزٌ عَنِ الْوَفَاءِ بِالْمُلْتَزِمِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ يَصِحُّ كَمَا فِي الْمُفْلِسِ، وَلَا يَمْلِكُ الْعَبْدُ بِتَمْلِيكِ السَّيِّدِ (م) عَلَى الْقَوْلِ الْجَدِيدِ.

قال الرَّافِعِيُّ: القسم الثاني غير المأذون في التجارة، وهو قد يكون مأذوناً في غير التجارة، وقد لا يكون مأذوناً أصلاً، والمسائل الدَّاخلَةُ في هذا القِسْمِ منتشرة في الأبواب، والتي أوردها في هذا الموضع خمس: إحداها: ليس للعبد أن ينكح بغير إذن السيد، لأنه لو جاز نكاحه لكان له أن يَطَأَ متى شاء، وأنه يورث ضعف البَيْئَةِ ويتضرر به السيد، هذا حكم كل تصرف يتعلّق برقبة العبد.

(١) في ط يقدم.

(٢) قال النووي: قال في التهذيب لو جنى على المأذون أو كانت أمه فوطئت بشبهه لا تقتضي ديون التجارة من الأرش والمهر ولو اشترى المأذون من يعتق على سيده بغير إذنه لم يصح على الأظهر، فإن قلنا يصح ولم يكن على المأذون دين عتق على المولى، وإن كان دين ففي عتقه قولان، كما لو اشترى بإذن المولى، وإن اشترى بإذنه صح، فإن لم يكن على المأذون دين، عتق وإن كان فقولان أحدهما لا يعتق، والثاني يعتق ويغرم قيمته للغرماء، لو مات المأذون وعليه ديون مؤجلة وفي يده أموال حلت المؤجلة كما تحل بموت الحر ذكره القاضي حسين في الفتاوى.

الثانية: الهبة من عبد الإنسان والوصية له هبة ووصية للسيد، وفي صحة قبوله فيهما من غير إذن السيد وجهان:

أحدهما: وبه قال الإضطخري: المنع لعدم رضاه بثبوت الملك.

وأصحهما: الصحة، لأنه اكتساب لا يعقب عوضاً، فأشبه الاختطاب والاضطهاد بغير إذنه، وأيضاً فإنَّ العبد إذا خالغ زوجته صحَّ وثبت العوض ويدخل في ملك السيد قهراً، فكذلك هاهنا، وصورة الوصية قد ذكرها صاحب الكتاب في الوصية.

الثالثة: في صحة ضمانه بغير إذن السيد وجهان مُعادان في كتاب الضمان، وشرحهما بذلك الموضع أليق.

الرابعة: هل يصحُّ شراؤه دون إذن السيد؟ فيه طريقتان:

أظهرهما: أن فيه وجهين:

أحدهما وبه قال ابن أبي هريرة: نعم؛ لأنه يعتمد الذمة ولا حجر على ذمته.

وأصحهما: لا، وبه قال أبو إسحاق والإضطخري، لأنه لو صح فيما أن يثبت الملك له، وليس هو أهلاً؛ لأن يملك أو لسيدته وذلك إما بعوض يلزمه أو بعوض يكون في ذمة العبد، والأول ما رَضِيَ به السيد.

والثاني: ممتنع لما فيه من حصول أحد العوضين لغير من يلتزم الثاني، وبنوا الوجهين على القولين في أن المُفلس المحجور عليه إذا اشترى شيئاً هل يصح؟

ووجه الشبه أن كل واحد منهما صحيح العبارة، وإنما حجر عليه لحق الغير.

والطريق الثاني: القطع بالبطلان، ويفارق المفلس؛ لأنه أهل للتملك<sup>(١)</sup>.

التفريع: إن صححنا شراؤه، فمنهم من قال: إنَّ المَلِكَ لِلسَّيِّدِ، والبائع إن علم رقه لم يطالبه بشيء حتى يعتق، وإن لم يعلم فهو بالخيار بين الصبر إلى العتق وبين أن يفسخ ويرجع إلى عين ماله.

ومنهم من قال: الملك للعبد والسيد بالخيار بين أن يقر عليه، وبين أن ينتزعه من يده، وللبائع الرجوع إلى عين المبيع ما دام في يد العبد لتعذر تحصيل الثمن كما لو أفلس المشتري بالثمن، وإن تلف في يده فليس له إلا الصبر إلى أن يعتق، وإن انتزعه السيد فهل للبائع الرجوع؟

فيه وجهان: الذي أورده الأكثرون أنه لا يرجع، كما لو زال يد المشتري عما

(١) في ب للتملك.

اشتراه ثم أفلس بالثمن، وفي «التتمة» أن الصحيح، أنه يرجع أيضاً بناءً على أن المَلِك يحصل للسيد ابتداءً، لا بالانتزاع وإن أفسدنا شرائه، فللمالك استرداد العَيْن ما دامت باقية سواء كانت في يد العبد، أو في يد السيد، وإن تلفت في يد العبد تَعَلَّقَ الضَّمَانُ بدمته، وإن تلفت في يد السيد فللبائع مطالبته بالضمان، وإلا ليس له مطالبة العبد بعد العتق ولا يجب على السيد الضمان بأن رآه فلم يأخذه من يد العبد ولو أدى الثمن من مال السيد فله استرداده، والاستقراض في جميع ما ذكرناه كالشراء، وللعبد إجارة نفسه بإذن السيد، وكذا له يَبِّع نفسه ورهنها في أصح الوجهين، ولو اشترى العبد أو باع لغيره وكالة بغير إذن السيد ففيه وجهان:

ذكر في التتمة أنهما مبيان على الخلاف فيما لو اشترى لنفسه، والأصح المنع لما فيه من تعلق العُهْدَة بالوكيل.

وقوله في الكتاب: «ولا يصح ضمانه وشرائه» يجوز إعلامه بالحاء؛ لأن أبا حنيفة يصحح شراءه، وإيراد «الوسيط» يدل على أن المراد من قوله: (على الأصح)، الأصح من الطرفين.

وقوله في الكتاب: (وقيل: إنه يصح كما في المفلس) إشارة إلى الطريق الثاني. المعنى يصح في قول كما في المفلس.

وقوله: (لأنه عاجز عن الوفاء بالملتزم) وجهه في الضمان ظاهر، فإن الأداء في الحال متعذر عليه، وأما في الشراء فهو مبني على أن للسيد أخذ المبيع منه فلا يبقى للثمن متعلق في الحال.

الخامسة: العبد هل يملك بتملك السيد فيه قولان:

القديم: نعم، وبه قال مالك لما روي أنه ﷺ قال: «مَنْ بَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ أَضَافَ الْمَالَ إِلَيْهِ»<sup>(١)</sup>.

والجديد: لا، وبه قال أبو حنيفة، كما لا يملك بالإرث وتمليك غير السيد، ولأنه مملوك فأشبهه البهيمة، وعن أحمد: روايتان كالقولين.

فإن قلنا بالقديم فللسيد الرجوع عنه متى شاء، وليس للعبد التصرف فيه إلا بإذن السيد، وله أن يشتري الجارية التي ملكها أباه إن أذن له فيه، وعن الأستاذ أبي إسحاق: منعه لضعف الملك، وإن لم يأذن له في الشراء فليس له ذلك، وفيه وجه، ولو كان له عبدان فملك كل واحد منهما صاحبه، فالحكم للتملك الثاني، وهو رجوع عن الأول

(١) أخرجه البخاري ٢٣٧٩، ومسلم ١٥٤٣.

فإن وقعا دفعة واحدة من وكيلين تدافعا<sup>(١)</sup> والله أعلم.

## البَابُ الثَّانِي فِي التَّحَالْفِ

قال الغزالي: وَالنَّظَرُ فِي سَبَبِهِ وَكَيْفِيَّتِهِ وَحُكْمِهِ، أَمَا السَّبَبُ فَهُوَ التَّنَازُعُ فِي تَفْصِيلِ الْعَقْدِ وَكَيْفِيَّتِهِ بَعْدَ الْإِتِّفَاقِ عَلَى الْأَصْلِ، كَالْخِلَافِ فِي قَدْرِ الْعَوْضِ (ح) وَجَنْبِهِ، وَقَدْرِ الْأَجْلِ (ح) وَأَصْلِهِ (ح)، وَسَرَطِ الْكَفِيلِ (ح) وَالْخِيَارِ (ح) وَالرَّهْنِ (ح) وَعَئِيرِهِ، فَمُوجِبُهُ التَّحَالْفُ سِوَاهُ كَانَتْ السَّلْعَةُ قَائِمَةً أَوْ هَالِكَةً (ح م) جَرَى مَعَ الْعَاقِدِ، أَوْ مَعَ وَرَثَتِهِ، قَبْلَ الْقَبْضِ أَوْ بَعْدَهُ (ح) لِقَوْلِهِ ﷺ: «إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ تَحَالْفًا وَتَرَدًّا.

قال الرَّافِعِيُّ: الْأَصْلُ فِي الْبَابِ مَا رَوَى عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْبَائِعِ وَالْمُبْتَاعُ بِالْخِيَارِ»، وَمَعْنَاهُ أَنَّ الْمُبْتَاعَ بِالْخِيَارِ بَيْنَ إِمْسَاكِهِ بِمَا حَلَفَ عَلَيْهِ الْبَائِعُ، وَبَيْنَ أَنْ يَحْلِفَ عَلَى مَا يَقُولُهُ لِلرَّوَايَةِ الْأُخْرَى: «إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ تَحَالْفًا»<sup>(٢)</sup>.

وفي رواية: «إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ، وَلَا بَيِّنَةٌ لِأَحَدِهِمَا تَحَالْفًا»<sup>(٣)</sup>.

إذا عرفت ذلك، فكلام الباب يقع في ثلاثة فصول:

أحدها: في السَّبَبِ الْمَحْجُوجِ إِلَى التَّحَالْفِ، وَمَتَى تَبَايَعِ اثْنَانِ ثُمَّ وَقَعَ بَيْنَهُمَا اخْتِلَافٌ، فَذَلِكَ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مَعَ الْإِتِّفَاقِ عَلَى عَقْدٍ صَحِيحٍ أَوَّلًا مَعَهُ.

القسم الأول أن يَخْتَلِفَا مَعَ الْإِتِّفَاقِ عَلَى عَقْدٍ صَحِيحٍ مِثْلَ أَنْ يَخْتَلِفَا فِي قَدْرِ الشَّمَنِ، فِيَقُولُ الْبَائِعُ: بَعْتُكَ هَذَا بِمِائَةٍ، فِيَقُولُ الْمَشْتَرِي: بِخَمْسِينَ، فَيَنْظُرُ إِنْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ قَضَى بِهَا، وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً عَلَى مَا يَقُولُهُ سَمِعْنَا مِنْ حَيْثُ إِنْ

(١) قال النووي: قال في التهذيب لو أولدها فالولد مملوك للعبد، ولا يعتق عليه؛ لنقصان ملكه فإذا عتق، عتق الولد. قال: والمدير والمعلق عتقه على صفة كالقن فلا يحل لهم الوطء على الجديد وإن أذن السيد فيه، وفي حله على القديم ما ذكرنا، ومن بعضه حر إذا ملك بحريته مالا فاشترى جارية ملكها ولا يحل له وطؤها على الجديد ويحل في القديم بإذن السيد ولا يحل بغير إذنه لأنه بعض مملوك فلم يصح التسري ولا يحل للمكاتب التسري بغير إذن سيده وبإذنه قولان كتبرعه، وقيل إن حررنا التسري على العبد فالمكاتب أولى وإلا فقولان.

(٢) أخرجه الترمذي ١٢٧٠، وقال ابن الملقن بعد ما عراه للترمذي: وهو منقطع لأن عوناً لم يدرك ابن مسعود، قال الترمذي والبيهقي: وروي من أحد عشر طريقاً آخر كلها متكلم فيها، قال الشافعي: هو منقطع لا أعلم أحد يصله عنه. قلت: قد وصله عنه علقمه كما أخرجه الطبراني في أكبر معاجمه فليستفد ٩٩٨٧. انظر خلاصة البدر ٧٦/١.

(٣) قال ابن الملقن: غريبة. الخلاصة ٧٦/٢.

كل واحد منهما مدع ومدعى عليه، ثم إن قلنا بالتساقط فكان لا بينة، وإلاً توفقنا إلى ظهور الحال، وإن لم يكن لواحد منهما بينة فيتحالفان، لأن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه في تملك السلعة فالبائع مدع وزيادة الثمن، ومدعى عليه في تملك السلعة بالأقل، والمشتري بالعكس، فإذا لم يكن بينة حلف كل واحد منهما، ولا فَرْق في ذلك بين أن تكون السلعة قائمة، أو هالكة.

وقال أبو حنيفة: إنما يتحالفان عند قِيَامِ السَّلْعَةِ، أما إِذَا هَلَكَتْ، فالقول قول المُشْتَرِي مع يمينه. وعن أحمد روايتان كالمذهبيين. وعن مالك مثل ذلك، ورواية ثالثة عن ابن المنذر هي أنه إن كان قبل القَبْض تحالفاً، وإن كان بعده فالقول قول المشتري، لنا ما سبق من إطلاق الأخبار، وقياس حالة الهلاك على حالة البقاء، لا فرق أيضاً بين أن يقع الاختلاف بين المُتَبَايِعِينَ، أو ورثتهما بعدهما.

وقال أبو حنيفة: إن كان المبيع مَقْبُوض تحالفاً، وإلاً فالقول قول ورثة المبتاع.

ولو اختلفا في جنس الثمن، أو بعض صفاته، فهو كالخلاف في القدر، وكذا الاختلاف في قدر المبيع بأن يقول البائع: بعتك هذا العبد، ويقول المشتري: هذا العبد، وهذا الثوب والاختلاف في قدر المبيع، والثمن بأن يقول البائع: بعتك هذا العبد بألف، ويقول المشتري: بعتنه وهذه الجارية بألفين، ولو قال البائع: بعتك هذا العبد فقال المشتري: بعتنى هذه الجارية ولم يختلفا في الثمن، نظر إن كان الثمن معيناً تحالفاً كما لو اختلفا في جنس الثمن، وإن كان الثمن في الذمة، فوجهان:

أحدهما: أنهما يتحالفان أيضاً كما لو كان معيناً، وبهذا أجاب ابن الحداد، واختاره القاضي أبو الطيب، وابن الصباغ - رحمهم الله -.

والثاني: أنه لا تحالف؛ لأن المبيع مختلف فيه، والثمن ليس بمعين حتى يربط به العقد، ويحكى هذا عن الشيخ أبي حامد، واختاره الإمام وصاحب «التتمة»، ونظير المسألة من الصّدَاق أن يقول الزوج: أضدقتك أباك فقالت: بل أمي، وقد أوردها صاحب الكتاب في آخر «كتاب الصّدَاق» ورأى الأصح التحالف، فإن قلنا: لا تحالف حلف كل واحد منهما على نفي ما يدعيه صاحبه، ولم يجمع أحدهما في اليمين بين النفي والإثبات، ولا يتعلق بينهما فُسْخٌ ولا انفساخ، ولو كانت المسألة بحالها، وأقام كل واحد منهما بينة على ما ذكره سلمت الجارية للمشتري، وأما العبد فقد أقر البائع ببيعه، وقامت بينة عليه، أو لم تقم فإن كان في يد المشتري أقر عنده، وإن كان في يد البائع، فوجهان:

أحدهما: أنه يسلم إلى المشتري ويجبر على قبوله.

**والثاني:** لا يجبر لأنه ينكر ملكه فيه، فعلى هذا يقبضه الحاكم وينفق عليه من كسبه، فإن لم يكن له كسب، ورأى الحظ في بيعه وحفظ ثمنه فعل، ولو أنفقا على المبيع والتمن، واختلفا في شرط الخيار أو قدره أو شرط الرهن بالتمن أو الكفيل أو شرط الأجل أو قدره، جرى التحالف أيضاً، خلافاً لأبي حنيفة وأحمد حيث قالوا: الاختلاف في شروط العقد لا يقتضي التحالف، ولكن القول قول من منعها<sup>(١)</sup>.

لنا إطلاق الأخبار السابقة، والرؤية المذكورة في الكتاب، ولا تخفى المواضع المستحقة للعلامات من ألفاظ الكتاب.

قال الغزالي: **وَيَجْرِي فِي كُلِّ مُعَاوَضَةٍ، كَالصُّلْحِ عَنِ دَمِ الْعَمْدِ، وَالخُلْعِ، وَالنِّكَاحِ، وَالْإِجَارَةِ، وَالْمُسَاقَاةِ، وَالْقِرَاضِ، وَالْجَعَالَةِ، وَلَكِنْ أَثَرُهُ فِي بَدْلِ الدَّمِ وَالْبُضْعِ الرَّجُوعُ إِلَى بَدْلِ الْمِثْلِ لَا فَسْخُ الخُلْعِ وَالنِّكَاحِ، وَلَوْ قَالَ: وَهَبْتُ هَذَا مِنِّي فَقَالَ: لَا بَلْ بَعْتُهُ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي أَنَّهُ مَا وَهَبَ، وَلَمْ يَتَحَالَفَا إِذْ لَمْ يَتَّفِقَا عَلَى عَقْدٍ.**

قال الرافعي: في الفصل مسألتان:

إحدهما: أن التحالف لا يختص بالمبايعات، بل يجري في سائر عقود المعاوضات من السلم والإجارة والمساقاة والقراض والجعالة والصلح عن الدم والخلع والصدّاق والكتابة طرداً للمعنى، ثم في البيع ونحوه يُفسخ العقد بعد التحالف، أو يفسخ ويترادان كما سيأتي إن شاء الله تعالى، وفي الصلح عن الدم لا يعود استحقاق، بل إن التحالف في الرجوع إلى الدية، فكذلك لا يرتد البضع، ولكن في النكاح ترجع المرأة إلى مهر المثل، وفي الخلع يرجع إليه الزوج، وسيعود ذكر هذا الكلام في كتابيهما، ثم ذكر الإمام - قدس الله روحه - في هذا الموضع إشكالاً. فقال: أي معنى للتحالف في القراض مع أنه جائز، وكل واحد منهما بسبيل من فسخه بكل حال، وأيد ذلك بأن القاضي الحسين منع من التحالف في البيع في زمان الخيار ومكانه لإمكان الفسخ بسبب الخيار، وأجاب بأن التحالف ما وُضع للفسخ، ولكن عُرضت الأيمان رجاء أن ينكل الكاذب، فيقرر العقد بيمين الصادق، فإذا لم يتفق ذلك وأصرراً فُسخ العقد للضرورة، ونازع القاضي فيما ذكره لإشكالات قررها، ثم مال بالآخرة إلى موافقته، ورأى في القراض أن يفضّل، فيقال: التحالف قبل الخوض في العمل لا معنى له، وأما بعده فالنزاع يؤول إلى مقصود لا خيرة فيه من ربح أو أجر مثل، فيتحالفتان والجعالة كالقراض.

(١) في ب: نفيها.

الثانية: لو قال: بِعْتُكَ هَذَا بِالْأَلْفِ، فقال: بِلِ وَهَيْتِنِيهِ، فلا تحالف إذ لم يتفقا على عقد، ولكن يحلف كل واحد منهما على نفي ما يدعيه صاحبه، فإذا حلفا فعلى مدعي الهبة رده بزوائده، هذا هو المشهور ووراءه شيان.

أحدهما: عن صاحب «التقريب» رواية قول أن القول قول مدعي الهبة، لأنه مالك باتفاقهما وصاحبه يدعي عليه، والأصل براءة ذمته عنه.

والثاني: أطلق في «التممة» وجهاً أنهما يتحالفان، وأدعى أنه الصحيح، ولو قال: بعتك هذا بألف فقال بِلِ وَهَيْتِنِيهِ حلف كل واحد منهما على نفي ما يدعيه صاحبه، ورد الألف واسترد العين، ولو قال: رهتكه بألف استقرضته، فقال: بِلِ بعته بألف، فالقول قول المالك مع يمينه وترد الألف، ولا يمين على الآخر، ولا يكون رهناً؛ لأنه لا يدعيه قاله في «التهذيب».

قال الغزالي: وَلَوْ تَنَازَعَا فِي شَرْطٍ مُّفْسِدٍ فَكَذَلِكَ، وَالْأَصْحَحُ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ مَنْ يُنْكَرُ الشَّرْطَ الْفَاسِدَ، وَلَوْ رَدَّ الْمَبِيعَ عَلَيْهِ بِعَيْبٍ فَقَالَ: هَذَا لَيْسَ مَا قَبَضْتَهُ مِنِّي فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ، وَإِنْ جَرَى ذَلِكَ فِي الْمُسَلَّمِ فِيهِ فَعِيهِ خِلَافٌ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ لَمْ يَغْتَرِفْ لَهُ بِقَبْضِ صَحِيحٍ، وَقَالَ ابْنُ سُرَيْجٍ: إِنْ كَانَ بِحَيْثُ لَوْ رَضِيَ بِهِ لَوْ قَعَّ عَنْ جِهَةِ الِاسْتِحْقَاقِ لِرُجُوعِ التَّفَاوُتِ إِلَى الصِّفَةِ فَهُوَ كَالْمَبِيعِ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ صَحِيحٌ فِيهِ لَوْ رَضِيَ بِهِ.

قال الرافعي: القسم الثاني: أن يختلفا من غير الاتفاق على عقد صحيح بأن يدعي أحدهما صحة العقد، والآخر فساده كما إذا قال: بعتك بألف، فقال المشتري: بل بألف وزق خمر أو قال أحدهما: شرطنا في العقد شرطاً مفسداً، وأنكر الآخر فلا تحالف، وفيمن القول قوله وجهان:

أصحهما عند صاحب «التهذيب»: أن القول قول من يدعي الفساد مع يمينه؛ لأن الأصل عدم العقد الصحيح، وبقاء الملك للمالك، وصار كما لو اختلفا في أصل البيع.

وأصحهما عند المصنف، وهو اختيار الشيخ أبي حامد، وابن الصباغ: أن القول قول من يدعي الصحة؛ لأن الظاهر من العقود الجارية بين المسلمين الصحة، واحتج لهذا الوجه بنصه في البويطي فيمن أسلم إلى رجل في طعام واختلفا فادعى المسلم إليه أنه شرط فيه الخيار، وأنكره المسلم أن القول قول المسلم مع يمينه، وأيضاً فلو قال: هذا الذي يعتنيه حر الأصل، وقال البائع: بل هو مملوك، فالقول قول البائع وذكر الأئمة تخريج الوجهين على أصليين:

أحدهما عن القاضي أبي الطيب: أن أصل الوجهين قولان للشافعي - رضي الله عنه - فيمن تكفل برجل ثم اختلفا، فقال تكفلت على أن الخيار ثلاثاً، وأنكر المكفول

له أن القول قول الكفيل أو المكفول له . والثاني عن القائل أن أصلهما القولان فيمن قال لفلان: علي ألف من ثمن الخمر، هل يوآخذ بأول كلامه أم يقبل قوله من ثمن الخمر؟ إن قلنا بالثاني، فالقول قول من يدعي الفساد.

وإن قلنا بالأول، فالقول قول من يدعي الصحة، ولمخرج أن يخرج الوجهين على قولنا تقابل الأصل والظاهر، ولو قال: بعتك بألف، فقال: بل بخمر أو بثمان مجهول. ففي «التهذيب» نقل طريقين.

أظهرهما: طرد الوجهين.

والثاني: القطع بالفساد؛ لأنه لم يقر بشيء ملزم، وإذا فرعنا على أن القول قول من يدعي الصحة، فلو قال: بعتك بألف، فقال: بل بخمسمائة وزق خمر، وحلف البائع على نفي سبب الفساد صدق فيه وبقي النزاع في قدر الثمن فيتحالفان.

ثم الفصل يشتمل على مسألة أخرى في اختلاف المتبايعين من وجه آخر، وهي أن يشتري عبداً مثلاً ثم يجيء بعبد ويريد رده بعيب فيه فيقول البائع: ليس هذا ما ابتعته وقبضته مني، فالقول قول البائع لأن الراد يريد الفسخ، والأصل مضيئه على السلامة، ولو فرض ذلك في التسلم، أو قال: ليس هذا على الوصف الذي أسلمت اليك فيه، ففيه وجهان:

أحدهما: أن القول قول المسلم إليه مع يمينه، كما أن القول قول البائع، وبهذا أجاب في «التمة».

وأصحهما: أن القول قول المسلم، لأن اشتغال ذمته بمال السلم معلوم، والبراءة غير معلومة، ويفارق صورة البيع؛ لأنهما اتفقا على قبض ما ورد عليه الشراء، وتنازعا في سبب الفسخ، والأصل استمرار العقد، والوجهان جاريان في الثمن في الذمة أن القول قول القابض أو الدافع، وعن ابن سريج وجه ثالث: وهو أنه يفرق بين ما يمنع صحة القبض وبين العيب الذي يمنعها، فإذا كان الثمن دراهم في الذمة وفرض هذا النزاع، وكان ما أراد البائع رده زيوفاً ولم يكن ورقاً، فالقول قول البائع لإنكار أصل القبض الصحيح، وإن كانت ورقاً لكنها رديئة النوع لخشونة أو اضطراب سكة، فالقول قول المشتري، لأن أصل القبض قد تحقق، ولو رضي به لوقع المقبوض عن الاستحقاق، ولا يخفى التفصيل في المسلم فيه، ولك أن تقول: المعنى الفارق في المسلم فيه ظاهر، فإن الاعتياض عنه غير جائز، ولكن في الثمن لو رضي بالمقبوض لوقع عن الاستحقاق، وإن لم يكن ورقاً متى كانت لو قيمة؛ لأن الاستبدال عن الثمن جائز على الصحيح.



وقوله في الكتاب: «لرجوع التفاوت إلى الصفة»، أراد صفات الجَوَدَةِ والرِّدَاوَةِ، فَإِنْ أَخَذَ الرَّدِيءُ عَنِ الْجَيِّدِ جَائِزًا، وَإِنَّمَا الْمَانِعُ مِنَ الْأَخْذِ تَغَايُرُ الْجِنْسِ، وَلَوْ كَانَ الثَّمَنُ مَعْيِيًّا فَهُوَ كَالْمَبِيعِ، فَإِذَا وَقَعَ فِيهِ هَذَا الْاِخْتِلَافُ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي مَعَ يَمِينِهِ.

قال في «التهذيب»: لو كان المعين نحاساً لا قيمة له فالقول قول الرّاد، لأنه يدعي بقاء ملكه وفساد العقد، ولك أن تقول ينبغي أن يكون هذا على الخلاف فيما إذا ادعى أحدهما صحة العقد والآخر فساده، ولو اشترى طعاماً كيلاً وقبضه بالكيل أو وزناً وقبضه بالوزن، أو أسلم فيه وقبضه، ثم جاء وادعى نقصاناً فيه نظر إن كان قدر ما يقع مثله في الكيل والوزن قَبْلَ، وإلا فقولان عن رواية الربيع.

أحدهما: أن القول قول القابض مع يمينه؛ لأن الأصل بقاء حقه، ويحكى هذا عن أبي حنيفة ورجحه صاحب «التهذيب».

والثاني ويحكى عن مالك: أن القول قول الدافع مع يمينه؛ لأنهما اتفقا على القبض والقابض يدعي الخطأ فيه، فيحتاج إلى البيّنة كما لو اقتسما، ثم جاء أحدهما وادعى الخطأ فيه، يحتاج إلى البيّنة وهذا أصح عند القاضي أبي الطيب وغيره، ولو اختلف المتبايعان في القبض، فالقول قول المشتري ولو باع عَصِيْرًا وحصل القبض فوجد خَمْرًا. فقال البائع: تخمر في يدك، وقال المشتري: بل سلمته خمرًا، والقبض فاسد وأمكن الأمران جميعاً، فقولان:

أحدهما: أن القول قول البائع لأن الأصل بقاء الحلاوة.

والثاني: أن القول قول المشتري، لأن الأصل عدم القبض الصحيح.

ولو قال أحدهما: أنه كان خمرًا عند البيع، فهذا يدعي فساد العقد والآخر يدعي صحته وقد سبق حكمه، وبهذا يقاس ما لو باعه لبناً فأخذه المشتري في ظرف ثم وجدت فيه فأرة، وتنازعا في نجاسته عند القبض وعند البيع.

ولو قال المشتري: بعث العبد بشرط أنه كاتب، وأنكره البائع فوجهان:

أحدهما: أن القول قول البائع كما لو اختلفا في العيب.

والثاني: أنهما يتخالفان كما لو اختلفا في الأجل أو الخيار.

قال في «التتمة»: وهذا أصح، ولو كان الثمن مؤجلاً، واختلفا في انقضاء الأجل فالأصل بقاؤه.

قال الغزالي: **أَمَّا كَيْفِيَّةُ الْيَمِينِ فَالْبَدَاءَةُ (ح) بِالْبَائِعِ، وَفِي السَّلَامِ بِالْمُسَلِّمِ إِلَيْهِ، وَفِي الْكِتَابَةِ بِالسَّيِّدِ؛ لِأَنَّهُمَا فِي رُتْبَةِ الْبَائِعِ، وَفِي الصَّدَاقِ بِالزَّوْجِ؛ لِأَنَّهُ فِي رُتْبَةِ بَائِعِ الصَّدَاقِ،**

وَأَثَرُ التَّحَالِفِ يَظْهَرُ فِيهِ لِأَنَّ فِي البُضْعِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ يَبْدَأُ بِالمُشْتَرِي وَهُوَ مُخْرَجٌ، وَقِيلَ: يَتَسَاوِيَانِ فَيَقْدَمُ بِالْقُرْعَةِ أَوْ بِرَأْيِ القَاضِي، ثُمَّ يَخْلِفُ البَائِعُ يَمِينًا وَاحِدًا وَيَجْمَعُ بَيْنَ الثَّقْفِي وَالْإِثْبَاتِ، وَيَقْدَمُ (و) الثَّقْفِي فَيَقُولُ: وَاللَّهِ مَا بَعْتُهُ بِأَلْفٍ بَلْ بَعْتُهُ بِأَلْفَيْنِ، فَإِنْ حَلَفَ البَائِعُ عَلَيْهِمَا وَنَكَلَ المُشْتَرِي عَنِ أَحَدِهِمَا قَضِي عَلَيْهِ، وَفِيهِ قَوْلٌ مُخْرَجٌ أَنَّهُ لَا يَجْمَعُ فِي يَمِينٍ وَاحِدَةٍ بَيْنَ الثَّقْفِي وَالْإِثْبَاتِ بَلْ يَخْلِفُ البَائِعُ عَلَى الثَّقْفِي ثُمَّ المُشْتَرِي عَلَى الثَّقْفِي، ثُمَّ البَائِعُ عَلَى الإِثْبَاتِ ثُمَّ المُشْتَرِي عَلَى الإِثْبَاتِ فَيَتَعَدَّدُ الِجْمَعُ.

قال الرافعي: الفصل الثاني في كيفية التحالف: وقاعدته أن يحلف كل واحد من المتعاقدين على إيجاب ما يقوله، ونفي ما يقوله صاحبه.

ثم فيه مسألتان:

إحدهما: فيمن يبدأ به من المتعاقدين، وقد نص في البيع أنه يبدأ بالبائع، وفي المسلم أنه يبدأ بالمسلم إليه، وفي الكتابة بالسيد وهذه النصوص متوافقة وفي الصداق أنه يبدأ بالزوج، وظاهره يخالف سائر النصوص؛ لأن الزوج شبيهة بالمشتري، ونص في الدعوى، أنه إن بدأ بيمين البائع خير المشتري، وإن بدأ بيمين المشتري خير البائع وهذا يشعر بالتسوية والتخير، وللأصحاب طريقتان:

أظهرهما: أن المسألة على ثلاثة أقوال:

أظهرهما: أن البداية بالبائع، وبه قال أحمد، واحتجوا له بأن جانبه أقوى؛ لأن ملكه على الثمن يتم بالعقد، وملك المشتري على المبيع لا يتم بالعقد، ولأن المبيع يعود إليه بعد التحالف.

والثاني: أن البداية بالمشتري، وبه قال أبو حنيفة؛ لأن البائع يدعي عليه زيادة الثمن، والأصل براءة ذمته عنها فيقوى بذلك جانبه.

والثالث: أنه لا بداية بل يتساويان؛ لأن كل واحد منهما مدع عليه فلا ترجيح.

وعن الشيخ أبي حامد أن هذا أقيس، وإن كان الأول ظاهر المذهب وعلى هذا فوجهان:

أظهرهما: أن الحاكم مخير في ذلك يبدأ بمن أتفق.

والثاني: أنه يقرع بينهما كما يقرع بين المتساويين إلى مجلسه.

والطريق الثاني: القطع بأن البداية بالبائع، ومن قال بهذا قطع بأن البداية في اختلاف الزوجين بالزوج على ما نص عليه وقرره من وجهين:

أحدهما: أن أثر تحالف الزوجين، إنما يظهر في الصِّدَاقِ دون البُضْعِ، والزوج هو الذي ينزل عن الصِّدَاقِ فكان كالبائع له.

والثاني: أن تقديم البائع إنما كان لقوة جانبه بحُصُولِ المبيع له بعد التحالف وفي النِّكَاحِ يبقى البُضْعُ للزوج.

وأما نصه في «كتاب الدَّعَاوَى» فستعرف تأويله إن شاء الله تعالى.

إذا قلنا بطريقة إثبات الخلاف، فإن قدمنا البائع لم يخف من ينزل منزلته في سائر العُقُودِ وفي الصِّدَاقِ يأتي وجهان:

أحدهما: أن البداية بالمرأة لِمَا مَرَّ وَإِنْ قدمنا المشتري، نقله صاحب «التهذيب» وغيره. وأوقفهما للنص: أن البداية بالزوج لِمَا مَرَّ، وَإِنْ قدمنا المشتري فالفِيَّاسُ انعكاس الوجهين والله أعلم.

ثم هاهنا أمران:

أحدهما: أن جميع ما ذكرناه في الاستِخْبابِ دون الإيجاب، والاشتراط نص عليه الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ وصاحب «التهذيب» و«التتمة»، وهو أحد ما حمل عليه نصه في الدَّعَاوَى.

والثاني: أن تقديم أحد الجانِبَيْنِ مخصوص بِمَا إذا بَاعَ عرضاً بضمن في الدَّمَةِ.

فأما إذا تَبَادَلَا عرضاً بعرض فلا تتجه إلا التسوية ذكره الإمام، وينبغي أن يخرج ذلك على أن الثَّمَنَ ماذا؟ وقد سبق الخلاف فيه.

المسألة الثَّانِيَّةُ في تعدد اليمين وصفتها: ظاهر نص الشَّافِعِيِّ - رضي الله عنه - الاكتفاء بيمين واحدة من كل واحد من المتعاقدين بجميع فيها بين الثَّقِيَّ والإثْبَاتِ، فيقول البائع: ما بعث بخمسائة وإنما بعث بألف، ويقول المشتري: ما اشتريت بألف وإنما اشتريت بخمسائة، ولو كان في يد رجلين دَارٌ فادَّعى كل واحد منهما أن جميعها له فالنص أن كل واحد منهما يحلف على مجرد نفي استحقاق صاحبه ما في يده، فلو حلف أحدهما ونكل الآخر فالحالف يحلف يميناً أخرى للإثْبَاتِ، وللأصحاب فيهما طريقتان:

أصحهما: تقريرُ النَّصِّينِ، والفرق أن منفي كل واحد منهما في ضِمْنِ مثبتة، لأن العقد واحد بالاتِّفَاقِ والتَّنَازُعِ في صِفَتِهِ فكأن الدعوى واحدة فجاز التعرض في اليمين الواحدة للنفي والإثبات، وفي مسألة الدَّارِ منفي كل واحد منهما ممتاز عن مثبتة، فلا معنى لِيَمِينِهِ على الإثْبَاتِ قبل نكول صاحبه.

والثاني: التصرف بتخريج قول من مسألة الدار، فيما نحن فيه.

ووجهه الجري على قياس الخصومات، فإنَّ يمين الإثبات لا يُبَدَأُ بها في غير القسامة، وهل يتصرف بتخريج قول ما نحن فيه في مسألة الدار أيضاً؟ قال الأكثرون: نعم، حتى يكون قولان بالنقل والتخريج. وقال الشيخ أبو حامد والإمام: لا، وهو الحق لأن كل واحد منهما لا يحتاج فيما في يده إلى الإثبات، واليمين على الإثبات يمين الرد، فكيف يخلف الأول يمين الرد وصاحبه لم ينكل بعد، وكيف يخلفها الثاني وقد حلف صاحبه. التفریع: إن اکتفينا بيمين واحدة يجمع فيها بين النفي والإثبات، فإذا حلف أحدهما ونكل عن الثاني، قضى للتحالف سواء نكل عن النفي والإثبات جميعاً، أو عن أحدهما، والنكول عن البعض كهو عن الكل وينبغي أن يقدم النفي على الإثبات؛ لأن النفي هو الأصل في الأيمان. وعن الإضطخري: أنَّ الإثبات مقدم؛ لأنه المقصود وهذا الخلاف في الاستحباب أو الاستحقاق.

والأظهر: الأول، ونقل الإمام الثاني.

وإن قلنا: يخلف أولاً على مجرد النفي، فلو أضاف إليه الإثبات كان لغواً، وإذا حلف من وقعت البداية به على النفي عرضت اليمين على الثاني، فإن نكل حلف الأول على الإثبات وقضى له، وإن نكل عن الإثبات لم يقض له لاحتمال صدقه في نفي ما يدعيه صاحبه، وكذبه فيما يدعيه. ثم عن الشيخ أبي محمد أنه كما لو تحالفا، لأن المرذودة عليه عن يمين الرد نازلة في الدعاوى منزلة حلف التاكيل أولاً، ولو نكل الأول عن اليمين حلف الآخر على النفي والإثبات وقضى له ولو حلفا على النفي فوجهان:

أصحهما وبه قال الشيخ أبو محمد: أنه يكفي ذلك، ولا حاجة بعده إلى يمين الإثبات؛ لأن المحجوز إلى الفسخ جهالة الثمن وقد حصلت.

والثاني: أنه تعرض يمين الإثبات عليهما، فإن حلفا تم التحالف، وإن نكل أحدهما قضى للتحالف، والقول في أنه يقدم يمين النفي أو الإثبات بما ذكرنا على تقدير الاكتفاء بيمين واحدة، ولو عرضت اليمين عليهما فنكلا جميعاً فيه وجهان للإمام:

أحدهما: أن تناكلهما كتحالفهما، كما أنه إذا تداعى رجلان مولوداً كان ذلك كتحالفهما.

والثاني: أنه يوقف الأمر وكانهما تركا الخصومة<sup>(١)</sup>.

قوله في الكتاب في المسألة الأولى: (وقيل: إنه يبداً بالمشتري وهو مخرج) إنما

(١) قال النووي: هذان الوجهان، ذكرهما إمام الحرمين احتمالين لنفسه، وذكر أن أئمة المذهب لم يتعرضوا لهذه المسألة، ثم ذكر في آخر كلامه أنه رأى التوقف لبعض المتقدمين. وقال الغزالي في «السيط»: له حكم التحالف على الظاهر. والأصح: اختيار التوقف. ينظر الروضة ٣/٢٣٦.

ذكر ذلك؛ لأنه مأخوذ من نَصَه في الصَّدَاق، يجوز إعلام قوله، وقيل في الموضوعين بالواو للطريق القاطعة بأن البداية بالبائع. وقوله: (فالبداة بالبائع) مُعَلِّمٌ بالحاء. وقوله: (يبدأ بالمشتري) بالألف. وقوله: (يتساويان) بهما. وقوله: (فيتقدم بالقرعة أو برأي القاضي) ليس لِلتَّخْيِيرِ، وإنما أراد به الوجهين اللَّذَيْنِ قَدِمَاهُمَا.

وقوله: (ويقدم النَّفِي) في الْمَسْأَلَةِ الثَّانِيَةِ مَعْلَمٌ بالواو.

وقوله: (بل يحلف البائع على النفي) إلى آخره مفرع على أن البداية بالبائع.

قال الغزالي: **أَمَّا حُكْمُ التَّحَالْفِ فَهُوَ إِنْشَاءُ الْفَسْخِ إِذَا اسْتَمَرَ عَلَى التَّرَاجِ، وَفِيهِ قَوْلٌ مُخْرَجٌ أَنَّهُ يَنْفَسَخُ، ثُمَّ الْقَاضِي يَفْسَخُ، أَوْ مِنْ (و) أَرَادَ مِنَ الْمُتَعَاقِدِينَ فِيهِ وَجْهَانِ.**

قال الرَّافِعِيُّ: الفصل الثالث في حكم التحالف وثمرته إذا تحالف المتعاقدان، ففي العقد وجهان:

أحدهما: أنه يَنْفَسَخُ كما يَنْفَسَخُ النُّكَاحُ بِتَحَالْفِ الْمُتَلَاعِنِينَ؛ ولأن التَّحَالْفَ يحقُّ ما قالاه، ولو قال البائع: بعت بألف، فقال المشتري: اشتريت بخمسائة لم ينعقد، فكذلك هاهنا.

وأصحهما وهو المنصوص: أنه لا يَنْفَسَخُ؛ لأن البينة أقوى من اليمين، ولو أقام كل واحد منهما بينة على ما يقوله لا يفسخ العقد، فباليمين أولى أن لا يفسخ.

التفريع: إن قُلْنَا بالأول فلو تصادقا على أخذ الثمن لم يعد نافذاً، بل لا بد من تجديد عقده، وهل يَنْفَسَخُ في الحال أو نتيين ارتفاعه من أصله؟ فيه وجهان:

أظهرهما: أولهما لِنَفْوَذِ تَصَرُّفَاتِ الْمُشْتَرِي قَبْلَ الْاِخْتِلَافِ.

ويحكي الثاني عن أبي بكر الفارسي.

وإن قلنا بالأصح، فالْحُكْمُ يدعوها بعد التَّحَالْفِ إِلَى الْمُوَافَقَةِ، فينظر هل يعطى المشتري ما يقوله البائع من الثمن؟ فإن فعل أجبر البائع عليه وإلا نظر هل يقنع البائع بما يقوله المشتري؟ فإن فعل فذاك وإلا فيحيتنذ يحتاج إلى فسخ العقد، وَمَنْ الَّذِي يَفْسَخُهُ؟ فيها وجهان: أحدهما: الحاكم كالفسخ بالعنة، لأنه فسخ مجتهد فيه.

وأظهرهما: أن للمتعاقدين أيضاً أن يفسخا، ولأحدهما أن ينفرد به كالفسخ بالعيب. قال الإمام: وإذا قلنا: الحاكم هو الَّذِي يفسخ فذاك إذا استمرَّ على التَّرَاجِ ولم يفسخا أو التمسوا الفسخ فأما إذا عرضنا عن الخُصُومَةِ ولم يتوافقا على شيء ولا فسخا ففيه تردد، ثم إذا فسخ العَقْدُ ارتفع في الظَّاهِرِ، وهل يرتفع في الباطن؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: لا؛ لأن سبب الْفَسْخِ تَعَدُّرُ إِمضَائِهِ لِعَدَمِ الْوُقُوفِ عَلَى الثَّمَنِ، وإنه أمر

يتعلق بالظاهر. والثاني: نعم؛ كالفسخ يتعلق بالعيب.

والثالث: إن كان البائع صادقاً فنعم لتعذر وصوله إلى حقه كما لو فسخ بإفلاس المشتري، وإن كان كاذباً فلا تمكنه من الوصول إلى ما ثبت له، وهل يجري مثل هذا الخلاف إذا فرغنا على انفساخ العقد بنفس التحالف، أم يجزم بالارتفاع باطناً أيضاً؟

اختلفوا فيه، وإذا قلنا بالارتفاع باطناً تراذاً وتصرف كل واحد منهما فيما عاد إليه، وإن منعناه لم يجز لهما التصرف، لكن لو كان البائع صادقاً فقد ظفرَ بمال من ظلمه لما استرد المبيع فله بيعه، إما بالحاكم في أحد الوجهين أو بنفسه في أصحابهما واستيفاء حقه من ثمنه. واعلم أن جميع ما ذكرناه مفرغ في قالب واحد، وهو أن يكون اختلافهما في قدر الثمن، وللإمام عبارة نحو هذه الصورة، وسائر صور الاختلاف، وهي أن الفسخ إن صدر من المحق فالوجه تنفيذه باطناً، وإن صدر من المبطل فالوجه منعه، وإن صدر منهما جميعاً فلا شك في الانفساخ باطناً، وليس ذلك موضع الخلاف.

قال المصنف في «الوسيط»: كما لو تقايلا، وإذا صدر من المبطل ولم ينفذه باطناً فطريق الصادق إنشاء الفسخ، وإن أراد الملك فيما عاد إليه، وإن صدر من القاضي فالظاهر الانفساخ باطناً لينتفع به المحق.

قال الغزالي: ثُمَّ يَرُدُّ عَيْنَ الْمَبِيعِ عِنْدَ التَّفَاسُخِ إِنْ كَانَ قَائِمًا وَإِلَّا فَقِيَمَتُهُ عِنْدَ التَّلْفِ اعْتِبَارًا بِقِيَمَتِهِ يَوْمَ التَّلْفِ عَلَى الْأَصَحِّ، وَقِيلَ: يُعْتَبَرُ يَوْمُ الْقَبْضِ، وَلَوْ كَانَ الْمَبِيعُ عَبْدَيْنِ وَتَلَفَ أَحَدُهُمَا ضَمَّ قِيَمَةَ التَّالِفِ إِلَى الْقَائِمِ، وَلَوْ كَانَ تَعَيَّبَ فِي يَدِهِ ضَمَّ أَرْضَ الْعَيْبِ إِلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ أَبْقَى أَوْ مَكَاتَبَ أَوْ مَرْهُونًا أَوْ مَكْرَى غُرِمَ الْقِيَمَةُ، وَإِذَا ارْتَفَعَتِ الْمَوَانِعُ فَبِي رَدِّ الْعَيْنِ وَاسْتِرْدَادِ الْقِيَمَةِ خِلَافٌ.

قال الرافعي: إذا انفسخ البيع بالتحالف أو فسخ، فعلى المشتري رد المبيع إن كان قائماً بحالة.

لما روي أنه ﷺ قال: «إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ تَحَالَفًا وَتَرَادًا»<sup>(١)</sup> ويسلم له الولد والثمرة والكسب والمهر، وإن كان تالفاً فعليه قيمته، سواء كانت أكثر من الثمن الذي يدعيه البائع أو أقل، وفي القمية المعتبرة وجوه. وقال الإمام أقوال:

(١) قال الحافظ: رواه مالك بلاغاً عن ابن مسعود، ورواه أحمد والترمذي وابن ماجه بإسناد منقطع، والطبراني في الكبير مرفوعاً بلفظ البيعان إذا اختلفا في البيع ترادان، رواه ثقات، لكن اختلف في عبد الرحمن بن صالح وما أظنه حفظه فقد جزم الشافعي أن طرق هذا الحديث عن ابن مسعود ليس فيها شيء موصول.

**أصحها:** عند المصنف: أن الاعتبار بقيمة يوم التلف؛ لأن مورد الفسخ العين لو بقيت، والقيمة خلف عنها، فإذا فات الأصل، فحيثما ينظر إليها.

**والثاني:** أنه يعتبر قيمة يوم القبض؛ لأنه وقت دخول المبيع في ضمانه، ثم ما يعرض من زيادة أو نقصان فهو في ملكه، ولم يذكر في الكتاب سوى هذين.

**والثالث:** أنه يعتبر أقل القيمتين؛ لأنها إن كانت يوم العقد أقل فالزيادة حدثت في ملك المشتري، وإن كانت يوم القبض أقل فهو يوم دخوله في ضمانه، وقد ذكرنا نظير هذه الثلاثة في القيمة التي نعتبرها لمعرفة الأرش.

**والرابع** وقد أورده مع الأول في «التهديب»: أن الاعتبار بأقصى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف؛ لأن يده يد ضمان فتعتبر أعلى القيم.

قال الشيخ أبو علي: هذا الخلاف ناظر إلى أن العقد يرتفع من أصله أو من حينه. إن قلنا بالأول فالواجب أقصى القيم.

وإن قلنا بالثاني اعتبرنا قيمة يوم التلف.

ولو اشترى عبيدين وتلف أحدهما، ثم اختلفا وتحالفا، هل يرد العبد الباقي؟

فيه الخلاف المذكور في مثله، وإذا وجد الباقي معيباً، إن قلنا: يرد، فيضم قيمة التالف إليه، وفي القيمة المعبرة الأوجه، ولعل باحثاً يقول: لم كان الأصح هاهنا غير الأصح في القيمة المعبرة لمعرفة الأرش؟

والجواب: يجوز أن يكون السبب فيه ما أشار إليه الإمام، وهو أن النظر إلى القيمة ثم ليس ليغرم ولكن ليعرف منها الأرش الذي هو جزء من الثمن، وكذلك العوض فيما إذا تلف أحد العبيدين ووجد عيباً بالباقي وجوزنا إفراده بالرّد، يوزع الثمن على قيمة التالف والباقي، وهاهنا المغرم القيمة فكان النظر إلى حالة الإلتلاف أليق، وإن كان المبيع قائماً إلا أنه قد تعيب رده مع الأرش، وهو قدر ما نقص من القيمة؛ لأن الكل مضمون على المشتري بالقيمة، فيكون البعض مضموناً ببعض القيمة، بخلاف ما لو تعيب المبيع في يد البائع وأفضى الأمر إلى الأرش يجب جزء من الثمن؛ لأن الكل مضمون على البائع بالثمن، فكذلك البعض.

قال الشيخ أبو علي: وهذا أصل مُطرد في المسائل أن كل موضع لو تلف الكل كان مضموناً على الشخص بالقيمة، فإذا تلف البعض كان مضموناً عليه ببعض القيمة كالمغضوب وغيره، إلا في صورة:

وهي أنه إذا عجل زكاة ماله، ثم تلف ماله قبل الحول وكان ما عجله تالفاً يغرم المسكين القيمة، ولو كان معيباً ففي الأرش وجهان، وهذه المسألة قد بينها في

موضعها، وميل الشيخ إلى طرد الأصل فيها. ثم التلّف قد يكون حقيقياً، وقد يكون حكماً؛ كما لو كان المشتري قد وقف المبيع، أو أعتقه، أو باعه، أو وهبه وأقبضه فتجب القيمة، وهذه التصرفات ماضية على الصّحة.

وعن أبي بكر الفارسي: أنه يتبين بجريان التّحالف فسادها وتردّ العين.

والتّعيب أيضاً قد يكون حقيقياً، وقد يكون حكماً، كما لو زوج الجارية المبيعة أو العبد المبيع، فعليه ما بين قيمتها مزوجة وخلية، وتعود إلى البائع والنكاح بحاله، وعن الفارسي: أنه يبطل النكاح أيضاً، ومهما اختلفا في قدر القيمة.

والأرض فالقول قول المشتري؛ لأنه الغارم ولو كان العبد المبيع قد أبق من يد المشتري حين تحالفا لم يمتنع الفسخ، لأن الإباق لا يزيد على التلّف، ويغرم المشتري قيمته لتعذر الوصول إليه، وكذا لو كاتبه كتابة صحيحة، ولو رهنه فالبائع بالخيار بين أخذ القيمة وبين الصّبر إلى انفكك الرهن، ولو أجره فيبني على أن بيع المستأجر هل يجوز؟ إن قلنا: لا، فهو كما لو رهنه.

وإن قلنا: نعم، فللبائع أخذه لكنه يترك عند المستأجر إلى انقضاء المدة، والأجرة المُسمّاة للمشتري، وعليه للبائع أجرة المثل للمدة الباقية. وإن كان قد أجره من البائع فله أخذه لا محالة، وفي انفساخ الإجارة وجهان كما لو باع الدار المُكرّاة من المُكتر.

إن قلنا: لا يفسخ، فعلى البائع المُسمّى للمشتري، وعلى المشتري أجرة مثل المدة الباقية للبائع، وإذا غرّم القيمة في هذه الصورة، ثم ارتفع السبب الحائل وأمكن الرد، هل تسترد القيمة وترد العين؟ يبنى ذلك على أنه قبل ارتفاع الحائل ملك من؟ أما الأبق فيه وجهان: أحدهما: أنه يبقى للمشتري والفسخ لا يرد على الأبق كالمبيع، وإنما هو وارد على القيمة. وأصحهما: أنه في إباقه ملك للبائع، والفسخ وارد عليه، وإنما وجبت القيمة للحيلولة. وأما المرهون والمكاتب ففيهما طريقتان:

أحدهما: طرد الوجهين.

وأظهرهما، وبه قال الشيخ أبو محمد: القّطع ببقاء الملك للمشتري، كما أنّ المشتري إذا أفلس بالثمن والعبد أبق يجوز للبائع الفسخ والرجوع إليه، ولو كان مرهوناً أو مكاتباً له ذلك، وأما المكري إذا منعنا بيعه فهو كالمرهون، والمكاتب والأبق؛ لأن حق المكري يتعلّق بمورد البيع والفسخ، وهو فيه احتمالان للإمام: فإذا قلنا ببقاء الملك للمشتري فالفسخ وارد على القيمة، كما في صورة التلّف فلا رد ولا استرداد، وإن قلنا بانقلابه إلى البائع، ثبت الرد والاسترداد عند ارتفاع الحيلولة، والله أعلم.

وتختم الباب بفروع:



أحدها: لو اختلف المُتَبَايعان، ثم حلف كل واحد منهما بعد التحالف أو قبله بحرية العبد المبيع إن لم يكن الأمر كما قال، فلا يعتق العبد في الحال؛ لأنه ملك المشتري، وهو صادق بزعمه، ثم إن فسخ العقد أو عاد العبد إلى البائع بسبب آخر عتق عليه، لأن المشتري كاذب بزعمه، والعبد قد عتق عليه، فهو كمن أقرَّ بحرية العبد ثم اشتراه، ولا يعتق في الباطن إن كان البائع كاذباً، ويعتق على المشتري إن كان صادقاً، وولاء هذا العبد موقوف لا يدعيه البائع ولا المشتري.

ولو صدق المشتري البائع حكم يعتقه عليه، ويرد الفسخ إن تفاسخا، كما لو رد العبد بعيب، ثم قال: كنت أعتقه يرد الفسخ ويحكم بعتقه، ولو صدق البائع المشتري، نظر إن حلف البائع بالحرية أولاً ثم المشتري، فإذا صدقه البائع عقب يمينه، ثم عاد العبد إليه لم يعتق؛ لأنه لم يكذب المشتري بعد ما حلف بالحرية حتى يجعل مقرراً بعته، وإن حلف المشتري بحريته أولاً ثم حلف البائع، ثم صدقه عتق إذا عاد إليه، لأن حلفه بعد حلف المشتري تكذيب له وإقرار بالحرية عليه.

ولو كانت المسألة بحالها لكن المبيع بعض العبد، فإذا عاد إلى ملك البائع عتق ذلك القدر عليه ولم يقوّم عليه الباقي؛ لأنه لم يحصل العتق بمباشرة، بل بإقرار على غيره، فصار كما لو خلف اثنين وعبداً فقال أحدهما: أعتق أبي هذا العبد وأنكره الآخر، يعتق نصيب المقر ولا يقوّم عليه الباقي، وهذا الفرع من مولدات ابن الحَدَّاد - رحمه الله - .

الثاني: إذا جرى البيع بين وكيلين واختلفا، ففي تحالفهما وجهان:

وجه المنع: أن غرض اليمين ليخاف الظالم فيقر، وإقرار الوكيل على موكله غير مقبول<sup>(١)</sup>.

الثالث: لو كان المبيع جارية ووطنها المشتري ثم اختلفا وتحالفا، إن كانت ثيباً فلا شيء عليه مع ردها، وإن كانت بكرأ ردها مع أرش البكارة؛ لأنه نقصان جزء، وإذا ترفع المتنازعان إلى مجلس الحكم، ولم يتحالفا بعد فهل للمشتري وطء الجارية؟ فيه وجهان:

أصحهما: نعم؛ لبقاء ملكه، وبعد التحالف وقبل الفسخ وجهان مرتبان، وأولى بالتحريم لإشرافه على الزوال.

(١) ينبغي أن يكون الأصح: التحالف وفائدته الفسخ أو أن ينكل أحدهما فيحلف الآخر ويقضي له إذا قلنا: حلفاً مع النكول كالبينة. ينظر الروضة ٢٤٠/٣.

الرابع: لو تقايلا المتبايعان، أورد المشتري المبيع بِعَيْبٍ بعد قبض البائع الثمن، واختلفا في قدر الثمن، فالقول قول البائع مع يمينه؛ لأن العقد قد ارتفع، والمشتري يدعي زيادة، والأصل عدمها<sup>(١)</sup>.

(١) قال النووي: لو قال البائع بعث الشجرة بعد التأبير فالشجرة لي، فقال المشتري: بل قبله، فلي فالقول قول البائع، لأن الأصل بكاء ملكه، ولو اشترى عبيد فتلغ أحدهما ووجد بالآخر عيباً فرده وقلنا يجوز رد أحدهما فاختلف في قيمة التحالف فالقول قول البائع على الأظهر لأنه ملك الثمن فلا يزال ملكه إلا عما يقربه والثاني قول المشتري كالغارم وذكر في التتمة وجهاً أنهما إذا اختلفا في صفة البيع لا يتحالفان بل القول قول البائع لأنه الصفة المشروطة نلحقه بالعيب فصار كدعواه عيباً لو اختلف في وقت وجود العيب كان القول قول البائع والصحيح أنهما يتحالفان كما سبق وبه قطع الأصحاب قال في التتمة لو اختلفا في انقضاء الأجل حكى عن نصه أن القول قول البائع، قال أصحابنا صورة المسألة في السلم لأن الأجل في السلم حق البائع فإذا ادعى المسلم انقضاءه فقد ادعى استحقاق مطالبه والبائع المسلم إليه ينكرها فالقول قول ولأن اختلافها في انقضاء الأجل مع اتفاقهما على قدره اختلاف في تاريخ العقد فكان المسلم يدعي وقوعه في شهر، والمسلم إليه ينكره فلو اختلفا في أصل العقد كان القول قول منكره، فكذا هنا، وأما في باب الشراء فالأجل حق المشتري، فالقول قوله لما ذكرنا من العلتين فلو باع شيئاً، ومات فظهر أن المبيع كان لابن الميت فقال المشتري: باعه عليك أبوك في صغرك لحاجة وصدقه الابن أن الأب باعه في صغره لكن قال لم يبعه علي بل باعه لنفسه متعدياً. قال الغزالي في الفتاوى: القول قول المشتري لأن الأب نائب الشرع فلا يتهم إلا بحجة كما لو قال: اشترت من وكيلك فقال هو وكيلي ولكن باع لنفسه فالقول قول المشتري.

## كِتَابُ السَّلْمِ (١) وَالْقَرْضِ، وَفِيهِ بَابَانِ الْأَوَّلُ، فِي شَرَائِطِهِ

قال الغزالي: وَالْمُتَّفَقُ عَلَيْهِ مِنْهَا خَمْسَةٌ: الْأَوَّلُ: تَسْلِيمُ رَأْسِ الْمَالِ فِي الْمَجْلِسِ جَبْرًا لِلْمَقْرَرِ فِي الْجَانِبِ الْآخِرِ، وَلَوْ كَانَ فِي الذِّمَّةِ فَعَيْنٌ فِي الْمَجْلِسِ فَهُوَ كَالْتَّعْيِينِ فِي الْمَقْدِ، وَكَذَلِكَ فِي الصَّرْفِ، وَفِي مِثْلِ ذَلِكَ فِي بَيْعِ الطَّعَامِ خِلَافًا، وَمَهْمَا فُسِّخَ السَّلْمُ اسْتُرِدَّ عَيْنُ رَأْسِ الْمَالِ وَإِنْ كَانَ قَدْ عَيَّنَ بَعْدَ الْمَقْدِ عَلَى الْأَصَحِّ.

قال الرَّافِعِيُّ: قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى﴾ (الآية. (٢))

وعن ابن عباس - رضي الله عنهما - أَنَّ الْمُرَادَ مِنْهُ السَّلْمُ (٣).

وروي أن النبي ﷺ قَدِمَ الْمَدِينَةَ وَهُمْ يُسَلِّفُونَ فِي التَّمْرِ السَّنَةَ وَالسَّنَتَيْنِ وَرُبَّمَا قَالَ: وَالثَّلَاثَ، فَقَالَ: «مَنْ أَسْلَفَ فَلْيُسَلِّفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مَعْلُومٍ» (٤).

وجمع في هذا الكتاب بين السَّلْمِ والقَرْضِ لتقاربهما واشتراكهما لفظاً ومعنى.

أما اللفظ فلأن كل واحد منهما يسمى سَلْفًا.

وأما المعنى فلأن كل واحد منهما إثبات مال في الذِّمَّةِ مبذول في الحال.

(١) السلم لغة: والسلم بالتحريك السلف، وأسلم في الشيء وسلم وأسلف بمعنى واحد والاسم السلم. انظر لسان العرب: ٢٠٨١/٣، المصباح المنير: ٢٨٦/٢، تحرير التنبيه: ٢٠٩. واصطلاحاً: عرفه الحنفية بأنه: عبارة عن نوع بيع معجل فيه الثمن - هو أخذ عاجل بأجل. عرفه الشافعية بأنه: بيع موصوف في الذمة. عرفه المالكية بأنه: بيع شيء موصوف في الذمة بغير جنسه مؤجلاً. عرفه الحنابلة بأنه: عقد على موصوف في بذمة مؤجل بشئ مقبوض بمجلس عقد. انظر: مغني المحتاج: ١٠٢/٢، مواهب الجليل: ٥١٤/٤، مطالب أولي النهي: ٢٠٧/٣، حاشية ابن عابدين: ٢٠٣/٤، أسهل المبارك: ٣١١/٢، كشاف القناع: ٢٨٨/٣.

(٢) سورة البقرة (٢٨٢).

(٣) أخرجه البيهقي ١٨/٦ بإسناد صحيح.

(٤) أخرجه البخاري ٢٢٣٩، ومسلم ١٦٠٤.

وذكروا في تفسير السَّلْم عبارات متقاربة:

منها: أنه عقد على موصوف في الذِّمَّة ببدل يعطى عاجلاً.

ومنها: أنه اسلاف عوض حاضر في عوض موصوف في الذِّمَّة.

ومنها: أنه تسليم عاجل في عوض لا يجب تعجيله.

واعلم أن السَّلْم بيع على ما مر، وقد سبق القول فيما يعتبر لصحة البيع.

والسَّلْم يختصُّ بأمر، عقد الباب الأول لبيانها، وإنما قال: والمتفق عليه منها خمسة، لأن معظم الأئمة جعلوا شرائط السَّلْم سبعة، وضموا إلى الخمس العِلْم بقدر رأس المال، وبيان موضع التسليم، وفيهما اختلاف قول كما سيأتي إن شاء الله تعالى وقد أدرجهما حُجَّة الإسلام في أثناء الكلام لكن لم يفردهما بالترجمة، وقد تعمد أكثر من السَّبْع، وحقيقة الأمر في مثل ذلك لا تختلف.

الشُّرْط الأول: تسليم رأس المال في مجلس العقد<sup>(١)</sup>، واحتج لاشتراطه بأن المُسَلَّم فيه ذَيْن في الذِّمَّة، فلو أخر تسليم رأس المال عن المجلس لكان ذلك في معنى بيع الكالِي بالكالِي<sup>(٢)</sup>؛ لأن تأخير التسليم نازل منزلة الذِّينِيَّة في الصِّرف وغيره.

وقوله في الكتاب: (جبراً للغرر في الجانب الآخر) أراد به أن الغرر في المُسَلَّم فيه احتمال للحاجة، فجبر ذلك بتأكيد العوض الثاني بالتعجيل كيلا يعظم الغرر في الطرفين. إذا تقرر ذلك فلو تفرقا قبل قبض رأس المال بطل العقد، وبه قال أبو حنيفة وأحمد.

وقال مالك: إن تأخر التسليم مدة يسيرة كاليوم واليومين لم يضر، وإن تأخر مدة طويلة بطل العقد، ولو تفرقا قبل تسليم بعضه بطل العقد فيما لم يقبض، وسقط بقسطه من المُسَلَّم فيه، والحكم في المقبوض كما لو اشترى شَيْئَيْن فتلف أحدهما قبل القبض<sup>(٣)</sup>.

ويجوز أن يجعل رأس المال منقعة عبد أو دار مدة معلومة وتسليمها بتسليم العين. ولا يشترط تعيين رأس المال عند العقد.

ولو قال: أسلمت إليك ديناراً في ذمتي في كذا ثم عَيَّن وسلَّم في المجلس جاز،

(١) المراد ما دام الخيار باقياً حتى لو تخايراً أي تقابضاً أبطل السلم كتنظيره من الربا كما هو منقول عن القفال في شرح التلخيص.

(٢) كالأدين كلئاً: تأخر فهو كالِيء. انظر المعجم الوسيط ٢/٨٧٩.

(٣) يؤخذ من هذا ثبوت الخيار وبه صرح في الأنوار وجزم السبكي بخلافه. مغني المحتاج ٢/١٠٣.

وكذلك في الصَّرْف، ولو باع ديناراً بدينار أو بدراهم في الذمة ثم عين وسلم في المجلس جاز.

ولو باع طعاماً بطعام في الذمة ثم عين وسلم في المجلس فوجهان:

أحدهما: المنع؛ لأن الوصف فيه يطول بخلاف الصَّرْف، فإنَّ الأمر في التَّقْوَد أهون؛ ولهذا يكفي فيها الإطلاق ولا يكفي في العروض.

والثاني: الجواز، ويصفه كما يصف السلم فيه، والأشبهه بكلام الشيخ أبي علي والأئمة أن هذا أظهر، وظنِّي أنه تقدم ذكر هذا الخلاف أو نظيره، ولو قبض رأس المال ثم أودعه المسلم إليه قبل التفرق جاز. ولو رده عليه بدين كان له عليه.

قال أبو العباس الرُّوبَانِيُّ: لا يصح؛ لأنه تصرف منه قبل انبِرام مَلِكِهِ عليه، فإذا تفرقا، فمن بعض الأصحاب أنه يصح السَّلْم بحصول القبض، وانبِرام المَلِك ويستأنف إقباضه للدين، ولو كان له في ذمَّة الغَيْرِ ذَرَاهِم فقال: أسلمت إليك الدراهم التي في ذمتك في كذا، نظر إن شرط الأجل فيه فهو باطل؛ لأنه بيع الدين بالدين، وإن كان حالاً ولم يسلم المسلم فيه قبل التفرق فكمثل، وإن أحضره وسلمه فوجهان:

أحدهما: يصح، كما لو صالح من تلك الدراهم على دنانير وسلمها في المجلس.

وأظهرهما: المنع؛ لأن قبض المسلم فيه ليس بشرط وإن كان السلم حالاً فلو وجد لكان متبرعاً به، وأحكام البيع لا تُبْنَى على التبرعات، ألا تَرَى أنه لو باع طعاماً بطعام إلى أجل ثم تبرعاً بالإحضار لم يجز. وأطلق صاحب «التَّمْتِة» الوجهين في أن تسليم المسلم فيه في المجلس وهو حال هل يغني عن تسليم رأس المال؟ والأظهر: المنع.

ولا يجوز أن يحيل المسلم برأس المال على غيره، وإن قبضه المسلم إليه من المحال عليه في المجالس؛ لأن بالحوالة يتحوَّل الحق إلى ذمة المَحَال عليه، فهو يؤديه من جهة نفسه لا من جهة المسلم ولو قبضه المسلم وسلمه إلى المسلم إليه جاز، ولو قال للمحال عليه: سلَّمته إليه، ففعل لم يَكْفِ لصحة المسلم؛ لأن الإنسان في إزالة ملكه لا يصير وكيلاً للغير، لكن يجعل المسلم إليه وكيلاً عن المسلم في قبض ذلك، ثم السَّلْم يقتضي قبضاً ولا يمكنه أن يقبض من نفسه، ولو أحال المسلم إليه برأس المال الذي على المسلم فتفرقا قبل التسليم فالعقد باطل، وإن جعلنا بالحوالة قبضاً؛ لأن المعبر في السَّلْم القبض الحقيقي، ولو أحضر رأس المال، فقال المسلم إليه: سلمه إليه ففعل صح، ويكون المحتال

وكيلاً عن المسلم إليه في القبض<sup>(١)</sup>.

ولو كان رأس المالِ دراهم في الذمة فصالح عنها على مال لم يصح، وإن قبض ما صالح عليه، ولو كان عبداً فأعتقه المسلم إليه قبل القبض لم يصح، إن لم نصّح إعتاق المشتري قبل القبض، وإن صححناه فوجهان:

وجه الفرق: أنه لو نفذ لصار قابضاً من طريق الحكم، وأنه غير كافٍ في السلم بدليل الحوالة، فعلى<sup>(٢)</sup> هذا إن تفرقا قبل قبضه بطل العقد، وإن تفرقا بعده صحّ، وفي نفوذ العتق وجهان. ومتى فسخ السلم بسبب يقتضيه<sup>(٣)</sup> وكان رأس المال معيناً في ابتداء العقد وهو باقٍ رجوع المسلم إليه، وإن كان تالفاً رجع إلى بدله، وهو المثل أو القيمة، وإن كان رأس المال موصوفاً في الذمة، ثم عجل في المجلس وهو باقٍ فهل له المطالبة بعينه أم للمسلم إليه الإتيان ببده؟ فيه وجهان:

الوجه الثاني: أن العقد لم يتناول ملك العين ووجه الأول وهو الأصح: أن المعين في المجلس كالمعين في العقد.

فرع: وإذا وجدنا رأس المال في يد المسلم إليه واختلفاً، فقال المسلم: أبضتكم بعد التفرق، وقال المسلم إليه: بل قبله وأقام كل واحد منها بينة على ما قاله، فبينته المسلم إليه أولى؛ لأنها نافلة، يحكى ذلك عن ابن سريج.

قال الغزالي: وأصحّ القولين وهو اختيار المرزبي أنّ رأس المال إذا كان جُزافاً غير مقدّر جاز العقد (ح) كما يجوز في البيع وكما يجوز مع الجهل بقيمته.

قال الرافعي: عرفت أنّ رأس المال يجوز أن يكون في الذمة ثم يسلم في المجلس، ويجوز أن يكون معيناً في العقد، فعلى التقدير الأول لا بد من معرفة قدره وذكر صفاته إذا كان عرضاً وعلى التقدير الثاني هل تكفي معاينته؟ فيه قولان:

أحدهما: لا، بل لا بد من بيان صفاته ومعرفة مقداره بالكيل في المكيلات، والوزن في الموزونات، والزرع في المزروعات؛ لأنه أحد العوضين في السلم، فلا يجوز أن يكون جُزافاً كالعرض الثاني، وأيضاً فإن السلم لا يتم في الحال، وإنما هو

(١) فيصح العقد في إحالة المسلم، والفرق ما وجهوا به ذلك أن القبض فيه يقبض عن غير وجهة السلم بخلافه هنا والحوالة بكل تقدير فاسدة لتوقف صحتها على صحة الاعتياض عن المحال به وعليه وهي منتفية في رأس مال السلم ولأن صحتها تستلزم صحة السلم بغير قبض حقيقي. (قاله الخطيب).

(٢) أي فعلى القول بالفرق وهو الإبطال هاهنا بخلاف البيع.

(٣) كانقطاع المسلم فيه عند حلوله.

عقد منتظر تمامه بتسليم المسلم فيه، وربما ينقطع ويكون رأس المال تالفاً، فلا يدري إلى ماذا يقع الرجوع، وبهذا القول قال مالك وأحمد، واختاره أبو إسحاق.

وأصحهما وبه قال المزني: أن المُعَايَنَةَ كافية كما في البيع واحتمال الفسخ ثابت في البيع كما في السلم، هذا في المِثْلِيَّات. ولو كان رأس المال متقوماً وضبطت صفاته بالمُعَايَنَةَ، ففي اشتراط معرفة قيمته طريقان، منهم مَنْ طرد القولين.

والأكثر قطعوا بصحة السلم، ولا فرق على القولين بين السلم الحال والمؤجل. ومنهم من خصص القولين بالسلم المؤجل، وقطع في الحال بأن المُعَايَنَةَ كافية كما في البيع، ثم موضع القولين ما إذا تفرقا قبل العلم بالقدر والقيمة. أما إذا علما ثم تفرقا، فلا خلاف في الصَّحَّة، وبنى كثير من الأصحاب على هذين القولين أنه هل يجوز أن يجعل رأس مال السلم ما لا يجوز السلم فيه؟ إن قلنا بالأصح فيجوز، وإلا فلا.

قال الإمام: وليس ذلك على هذا الإطلاق، بل الدرَّة الثَّمِينَةُ إذا عرفنا قيمتها، وبالغا في وصفها، وجب أن يجوز جعلها رأس مال؛ لأن منع السلم فيها من الإعزاز في الوصف يشبه عَرَّة الوجود، ولا معنى لاشتراط عموم الوجود في رأس المال، وإذا جَوَزْنَا السلم ورأس المال جُزَافٌ ثم اتفق الفسخ وتنازعا في قدره فالقول قول المسلم إليه لأنه غارم<sup>(١)</sup> وقوله في الكتاب: (وأصح القولين) يجوز إعلامه بالواو؛ لأن السلم إما حال أو مؤجل. أما الحال ففيه طريقة قاطعة بالصَّحَّة، وأما المؤجل ففي كتاب القاضي ابن كَيْجٍ طريقة قاطعة بالمنع.

وقوله: (جاز العقد) مُعَلَّم بالميم والألف، ويجوز إعلامه بالحاء أيضاً؛ لأن عنده إن كان رأس المال مَكِينًا أو موزوناً وجب ضبط صفاته، وإن كان مذروعاً أو مَعْدُوداً فلا يجب. قوله: (وكما يجوز مع الجهل بقيمته) جواب على طريقة الأكثرين.

قال الغزالي: الشَّرْطُ الثَّانِي أَنْ يَكُونَ الْمُسَلِّمُ فِيهِ ذِينًا، فَلَا يَنْعَقِدُ فِي عَيْنٍ؛ لِأَنَّ لَفْظَ السَّلْمِ لِلذِّنِّ، وَهَلْ يَنْعَقِدُ بَيْنَعَا؟ فِيهِ قَوْلَانِ، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: بَعْتُ بِلَا تَمَنِ هَلْ يَنْعَقِدُ هَبَةً؟ وَالْأَصْحَحُ الْإِبْطَالُ لِتَهَانَتِ اللَّفْظِ، وَلَوْ أَسْلَمَ بِلَفْظِ الشَّرَاءِ انْعَقَدَ، وَهَلْ يَنْعَقِدُ سَلْمًا لِيَجِبَ تَسْلِيمُ رَأْسِ الْمَالِ فِي الْمَجْلِسِ؟ فَعَلَى وَجْهَيْنِ، مَنْشُؤُهُمَا تَقَابُلُ النَّظَرِ إِلَى اللَّفْظِ وَالْمَعْنَى.

(١) قال النووي: إذا كان رأس المال دراهم أو دنائير حمل على غالب نقد البلد. فلو استوت لم يصح حتى يبين كالثمن في البيع.

قال الرَّافِعِيُّ: يشترط في المسلم فيه أن يكون ذَيْناً؛ لأن لفظ السَّلْمِ والسَّلْمِ موضوع للذَّيْنِ<sup>(١)</sup>، ولو استعمل لفظ السَّلْمِ في العَيْنِ فقال: أسلمت إليك هذا الثوب في هذا العبد فليس ما جاء به سَلْماً<sup>(٢)</sup>، وفي انعقاده بيعاً قولان:

أحدهما: ينعقد نظراً إلى المعنى.

وأظهرهما: لا؛ لاختلال اللَّفْظِ، ولو قال: بعث هذا بلا ثمن أو على أن لا ثمن لي عليك فقال: اشتريت وقبضه، هل يكون هبة؟ فيه مثل هذين القولين عن رواية القاضي. وهل يكون المقبوض مضموناً على القابض؟

فيه وجهان، ولو قال: بعث هذا ولم يتعرض للثمن أصلاً لم يكن ذلك تمليكاً والمقبوض مضمون، ومنهم من طرد فيه الوَجْهَيْنِ، ولو أسلم بلفظ الشُّرَاءِ فقال: اشتريت منك ثوباً أو طعاماً صفته كذا بهذه الدراهم، فقال: بعته منك انعقد؛ لأن كل سلم بيع، فإذا استعمل لفظ البيع فيه فقد استعمله في موضعه، بخلاف اسْتِعْمَالِ لفظ السَّلْمِ في البيع، إذ لَيْسَ كل بيع بِسَلْمٍ، وإذا انعقد فهو سَلْمٌ اعتباراً بالمعنى، أو بيع اعتباراً باللفظ، فيه وجهان:

الأصح على ما ذكره صاحب «التهذيب» وغيره: أن الاعتبار باللفظ، فعلى هذا لا يجب تسليم الدراهم في المجلس.

ويثبت فيه خيار الشُّرْطِ، وهل يجوز الاعتياض عن الثوب؟

فيه قولان كما في الثمن.

ومنهم من قطع بالمنع؛ لأنه مَقْصُودُ الجِنْسِ كالمَبِيعِ، وفي الأمان الغالب قصد المَالِيَّةِ لا قصد الجِنْسِ.

وإن قلنا: الاعتبار بالمعنى<sup>(٣)</sup> وهو الصحيح عند ابن الصَّبَّاحِ، فهو سَلْمٌ حتى يجب

(١) واعلم أن شرط الماهية لا بد أن يكون مغايراً لها، لأن الشرط غير المشروط ولك جزء من أجزائها أيضاً لأن الجزء داخل في الماهية والشرط خارج عنها، وحينئذٍ فكيف يصح أن يجعل الدينية شرطاً في المسلم مع أنها داخلة في حقيقته، فإن قيل إنما تعرض لاشتراطه توطئة لذكر الأحكام المختصة به. قلنا: نعم يتعرض له ولكن لا يعبر بالشرط، وقد يعتذر عنه بأن الشرط يطلق في عرف الفقهاء لمعنى لا بد منه.

(٢) لانتفاء الدينية.

(٣) هذه المسألة وقع فيها اضطراب للنووي والرافعي نبهت عليه في المهمات. وعلى أن الفتوى على ترجيح السلم اعتماداً على نص الشافعي وغيره. تنبيه: تقييد النووي هذه المسألة بالدراهم ليس بشرط بل لو كانت في الذمة كانت على الخلاف المتقدم أيضاً كما صرح به الرافعي. لكننا =



تسليم الدراهم في المجلس، ولا يثبت فيه خيار الشُرْط، ولا يجوز الاغتياض عن الثوب، ولو قال: اشتريت ثوباً صفته كذا في ذمتك بعشرة دراهم في ذمتي، فإن جعلناه سلماً وجب تعيين الدراهم وتسليمها في المجلس، وإن جعلناه بيعاً لم يجب<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي: وَلَا يُشْتَرَطُ (ح) فِي الْمُسْلَمِ فِيهِ كَوْنُهُ مُؤَجَّلًا، وَيَصِحُّ سَلْمُ الْحَالِ (ح) (م) وَلَكِنْ يُصْرَحُ بِالْحُلُولِ، فَإِنْ أَطْلُقَ فَهُوَ مَحْمُولٌ عَلَى الْأَجْلِ لِاقْتِضَاءِ الْعَادَةِ الْأَجَلِ، فَإِنْ أَطْلُقَ ثُمَّ ذَكَرَ الْأَجَلَ قَبْلَ التَّفْرِقِ جَازَ نَصٌّ عَلَيْهِ.

قال الرافعي: السَّلْمُ الْحَالُ صَحِيحٌ خِلَافاً لِأَبِي حَنِيفَةَ وَمَالِكٍ وَأَحْمَدَ.

لنا أن في الأجل ضرب من العَرَر؛ لأنه رُبَّمَا يقدر في الحال، ويعجز عند المحل، فإذا جاز مؤجلاً فهو حالاً أجوز، وعن الغرر أبعده، إذا عرف ذلك فلو صرح بالحلول أو التأجيل فذاك، وإن أطلق فوجهان، وقيل: قولان:

أحدهما: أن العقد يبطل؛ لأن مطلق العقود يجمل على المعتاد، والمعتاد في السَّلْمِ التَّأجيل، وإذا كان كذلك فيفسد، ويكون كما لو ذكر أجلاً مجهولاً.

والثاني: يَصِحُّ ويكون حالاً كالتَّمَنُّ فِي الْبَيْعِ الْمَطْلُوقِ وَبِالْوَجْهِ الْأَوَّلِ أَجَابَ صَاحِبُ الْكِتَابِ، لَكِنِ الْأَصَحُّ عِنْدَ الْجُمْهُورِ هُوَ الثَّانِي، وَبِهِ قَالَ فِي «الْوَسِيطِ»، وَفِي بَعْضِ نُسخِ الْكِتَابِ بَدَلَ قَوْلِهِ: «فَهُوَ مَجْهُولٌ عَلَى النَّصِّ» فَهُوَ مَحْمُولٌ عَلَى الْأَجْلِ، وَهُمَا مُتَقَارِبَانِ فِي الْغُرُضِ، وَأَمَّا النَّصُّ فَيُمْكِنُ تَنْزِيلُهُ عَلَى مَا حَكَى عَنِ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّهُ قَالَ: وَيَذَكَرُهُ حَالاً أَوْ مُؤَجَّلًا فَاعْتَبِرْ ذِكْرَ الْحُلُولِ كَالْتَّأجيلِ، وَلَوْ أَطْلَقَا الْعَقْدَ ثُمَّ أَلْحَقَا بِهِ أَجَلًا فِي مَجْلِسِ الْعَقْدِ، فَالنَّصُّ لِحُوقِهِ وَهُوَ الْمَذْهَبُ، وَيَجِيءُ فِيهِ الْخِلَافُ الَّذِي تَقَدَّمَ فِي سَائِرِ الْإِلْحَاقَاتِ، وَلَوْ صرَّحَا بِالتَّأجيلِ فِي مَثْنِ الْعَقْدِ، ثُمَّ أَسْقَطَاهُ فِي الْمَجْلِسِ سَقَطَ، وَصَارَ الْعَقْدُ حَالاً، ذَكَرَهُ الْمَسْعُودِيُّ وَغَيْرُهُ.

واعلم أن في نصح على لحوق الأجل الملحوق في المجلس دليلاً ظاهراً على صحة العقد عند الإطلاق، وإلا فالعقد الفاسد كيف ينقلب صحيحاً وكيف يعتبر مجلسه؟ وهذا أصل بنى عليه مسألة وهي: أن الشرط الفاسد للعقد إذا حذفه في المجلس هل ينحذف وينقلب العقد صحيحاً أم لا؟

= إن جعلناه سلماً فلا إشكال في وجوب تعيين الدراهم وتسليمها في المجلس وإن جعلناه بيعاً لم يجب التسليم. وأما التعيين فمقتضى كلام الرافعي أنه لا يجب وليس كذلك بل لا بد منه، ولا يؤدي إلى بيع الدين بالدين وهو باطل بالإجماع وقد نبه عليه هنا، وصرح به المحاملي والفارقي. (١) قال الأزرعي: يجب حمل كلامهما على أنه لا يجب التسليم. أما التعيين فلا بد منه وإلا لصار بيع دين بدين وهو باطل إجماعاً.

ظاهر المذهب أنه لا ينحذف ولا ينقلب العقد صحيحاً، وقد ذكرناه من قبل .

وعن صاحب «التقريب» وجهاً: أنهما لو حذفوا الأجل المجهول في المجلس انحذف وصار العقد صحيحاً، واختلفوا في جريان هذا الوجه في سائر المُفْسَدَات كالأخيار والرهن الفاسدين وغيرهما، فمنهم من أجراه .

قال الإمام: والأصح: تخصيصه بالأجل؛ لأن بين الأجل والمجلس مناسبة لا توجد في سائر الأمور، وفي أن البائع لا يملك مطالبة المشتري بالثمن في المجلس، كما لا يملكها في مدة الأجل، فلم يبعد إصلاح الأجل في المجلس، واختلفوا أيضاً في أن زمان الخيار المشروط هل يلحق بالمجلس في حذف الأجل المجهول تفرعاً على هذا الوجه؟

والأظهر: أنه لا يلحق به .

قال الغزالي: ثُمَّ لَا يَجُوزُ تَأْكِيثُ الْأَجْلِ بِالْحَصَادِ وَالذِّيَّاسِ (م) وَمَا يُخْتَلَفُ وَقْتُهُ، وَيَجُوزُ (و ح) بِالْتَيْرُوزِ وَالْمَهْرَجَانِ، وَكَذَا بِفَضْحِ (و) النَّصَارَى وَفَطْرِ الْيَهُودِ (و) إِنْ كَانَ يَنْعَلُ دُونَ مُرَاجَعَتِهِمْ، وَفِي قَوْلِهِ: إِلَى نَفْرِ الْحَجِيجِ، أَوْ إِلَى جَمَادَى وَجَهَانٍ: وَالْأَصْحَحُ: صِحَّتُهُ، وَالتَّنْزِيلُ عَلَى الْأَوَّلِ، وَلَوْ قَالَ: إِلَى ثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ اخْتَسَبَ بِالْأَهْلَةِ (ح) إِلَّا شَهْرًا وَاحِدًا أَنْكَسَرَ فِي الْإِبْتِدَاءِ فَيُكْمَلُ ثَلَاثِينَ، وَلَوْ قَالَ: إِلَى الْجُمُعَةِ أَوْ رَمَضَانَ جَلُّ بِأَوَّلِ جُزْءِ مِنْهُ، وَلَوْ قَالَ: فِي الْجُمُعَةِ أَوْ فِي رَمَضَانَ فَهُوَ مَجْهُولٌ لِأَنَّهُ جَعَلَهُ ظَرْفًا، وَلَوْ قَالَ: إِلَى أَوَّلِ الشَّهْرِ أَوْ إِلَى آخِرِهِ فَالْمَشْهُورُ الْبُطْلَانُ لِأَنَّهُ يُعْبَرُ بِهِ عَنْ جَمِيعِ النُّصَبِ الْأَوَّلِ وَالنُّصَبِ الْأَخِيرِ .

قال الرافعي: غرض الفصل: أنهما إذا ذكرا أجلاً في السلم وجب أن يكون معلوماً. قال: «إلى أجل معلوم» وفيه صور:

إحداها: لا يجوز تأكيته بما يختلف وقته كالحصاد والذئاس<sup>(١)</sup> وقدم الحاج، خلافاً لمالك .

لنا أن ذلك يتقدم تارةً ويتأخر أخرى، فأشبهه مجيء المطر .

ولو قال: إلى العطاء لم يجز إن أراد وصوله، وإن أراد وقت خروجهن وقد عيّن

(١) داس الحنطة يدوسه دوساً ودياساً مثل الدرّاس ومنهم من ينكر كون الذئاس من كلام العرب، ومنهم من يقول هو مجاز وكانه مأخوذ من داس الأرض دوساً إذا شدد وطأه عليها يقدمه . ينظر المصباح ٢٧٦/١ .

السلطان له وقتاً جاز بخلاف ما إذا قال: إلى وقت الحصاد، إذ ليس له وقت مُعَيَّن.

ولو قال إلى الصَّيف أو إلى الشتاء لم يجز، إلا أن يريد الوقت، ويجوز إعلام قوله في الكتاب: (وما يختلف وقته) بالواو؛ لأن القاضي أبا القاسم ابن كَجَّ ذكر أن ابن خُزَيْمَةَ يجوز التَّأْقِيتَ بالميسرة.

لما روي أن النبي ﷺ «اشْتَرَى مِنْ يَهُودِيٍّ شَيْئاً إِلَى الْمَيْسِرَةِ»<sup>(١)</sup>.

الثانية: التَّأْقِيتُ بشهور الفُزْس والرُّوم جائز كالتَّأْقِيتِ بشهور العَرَب؛ لأنها معلومة<sup>(٢)</sup> مضبوطة، وكذا التَّأْقِيتُ بالنَّيْرُوز<sup>(٣)</sup> والمِهْرَجَان<sup>(٤)</sup>؛ لأنهما يومان معلومان كالعيد وعرفة وعاشوراء.

وفي «النهاية» نقل وجه: أنه لا يجوز التأقيت بهما، ووجهه الإمام بأن النَّيْرُوزَ والمِهْرَجَانَ يطلقان على الوقتين الذين تنتهي الشمس فيهما إلى أوائل بُرْجِي الحَمَل والمِيزَانَ، وقد يَتَّفِقُ ذلك لَيْلاً ثم ينجس مَسِيرُ الشَّمْسِ كل سنة بمقدار رُبع يوم وليلة، ولو وقتنا بفضح النَّصَارَى، نص الشافعي - رضي الله عنه - على أنه لا يجوز، فأخذ بعض الأصحاب بإطلاقه اجتناباً عن التأقيت بمواقيت الكفار، وعامتهم فَصَلُوا فقالوا: إن اختص بمعرفة وقته الكفار فالجواب ما ذكره، لأنه لا اعتماد على قولهم، وإن عرفه المسلمون أيضاً جاز كالتَّيْرُوزَ والمِهْرَجَانَ، ثم اعتبر معتبرون فيهما جميعاً معرفة المُتَعَاقِدِينَ، والأكثرون اكتفوا بمعرفة الناس، وسواء اعتبر معرفتهما أم لا، فلو عرفا كفى، وفيه وجه: أنه لا بد من معرفة عدلين من المُسْلِمِينَ سواهما؛ لأنهما قد يختلفان، فلا بد من مَرْجِعٍ، وفي معنى الفُضْحِ<sup>(٥)</sup> سائر أعياد أهل المِلَل، كَفَطْرَ الْيَهُود ونحوه.

(١) أخرجه الترمذي ١٢١٣، والنسائي ٢٩٤/٧، والحاكم ٢٣/٢، وقال: صحيح على شرط البخاري.

(٢) فالأشهر العربية واضحة شهر منها ثلاثون يوماً وشهر تسع وعشرون يوماً إلا إذا الحججة فإنها تسع وعشرون وخمس وسدس، فالسنة العربية ثلاثمائة وأربع وخمسون يوماً وخمس وسدس يوم، وأما شهور الفرس وهم فارس فعدة كل شهر منها ثلاثون يوماً إلا الأخير فعدته خمسة وثلاثون، فتكون سنتهم ثلاثمائة وخمسة وستين يوماً. وأما شهور الروم فالثاني والسابع والتاسع والثاني عشر كل منها ثلاثون يوماً والخامس ثمانية وعشرون وربع يوم والسبعة الباقية أحد وثلاثون فتكون سنتهم ثلاثمائة وخمسة وستين يوماً وربع يوم فإذا صار الربع أكثر من نصف يوم زيد في الخامس يوم، فتصير أيامه تسعة وعشرين وأيام تلك السنة ثلاثمائة وستة وستون، والشهور السريانية كالرومية إلا في التسمية.

(٣) وهو نزل الشمس ببرج الميزان كما سيأتي في كلام المصنف.

(٤) وهو بكسر الميم وقت نزولها يرجح الحمل كما سيأتي في كلام المصنف.

(٥) قال النووي: الفصح بكسر الفاء وإسكان الصاد والحاء المهملتين، وهو عيد لهم معروف، وهو =

الثالثة: لو وقتا بقر الحجاج<sup>(١)</sup> وقيدوا بالأول أو الثاني جاز، وإن أطلقا فوجهان: أحدهما: أن الأجل فاسد؛ لتردد المحل بين الثقلين.

وأصحهما، ويحكى عن نضه: أنه صحيح، ويحمل على الثفر الأول؛ لتحقق الاسم به، وعلى هذا الخلاف التوقيت بشهر ربيع أو جمادى أو بالعيد.

ولا يحتاج إلى تعيين السنة إذا حملنا المذكور على الأول، وحكى عن «الحاوي» أن التوقيت بالثفر الأول أو الثاني لأهل مكة جائز؛ لأنه معروف عندهم ولغيرهم وجهان، وأن في التوقيت بيوم القر لأهل مكة وجهين أيضاً؛ لأنه لا يعرفه إلا خواصهم، وهذا غير فقيه؛ لأننا إن اعتبرنا علم المتعاقدين فلا فرق، وإلا فهي مشهورة في كل ناحية عند الفقهاء وغيرهم<sup>(٢)</sup>.

الرابعة: لو أجلا إلى سنة أو سنين فمطلقه محمول على السنين الهلالية، فإن قيداً بالفارسية أو الرومية أو الشمسية تقيد بالمذكور.

ولو قال بالعدد فهي ثلاثمائة وستون يوماً، وكذا مطلق الأشهر محمول على الشهور الهلالية، ثم ينظر إن جرى العقد في أول الشهر اعتبر الجميع بالأهلة تامة كانت أو ناقصة، وإن جرى بعد مضي بعض الشهر عد الباقي منه بالأيام واعتبرت الشهور بعده بالأهلة ثم يتم المنكسر بالعدد ثلاثين، وأتما كان كذلك لأن الشهر الشريعي هو ما بين الهلالتين؛ إلا أن في الشهر المنكسر لا بد من الرجوع إلى العدد كيلا يتأخر ابتداء الأجل عن العقد، وفيه وجه: أنه إذا انكسر الجميع، فيعتبر الكل بالعدد، ويحكى هذا عن أبي حنيفة، والمذهب الأول.

وضرب الإمام مثلاً للتأجيل بثلاثة أشهر مع فرض الانكسار فقال: عقدا وقد بقي من صفر، ونقص الربيعان وجمادى، فيحسب الربيعان بالأهلة ويضم جمادى إلى اللحظة الباقية من صفر، ويكملان بيوم من جمادى الآخرة سوى لحظة، ثم قال: كنت أود في هذه الصورة أن يكتفي بالأشهر الثلاثة، فإنها جرت عربية كوامل، وما تمناه هو الذي نقله أبو سعد المتولي وغيره، وقطعوا بحلول الأجل بأنسلاخ جمادى في الصورة

= لفظ عربي. والفطير عيد اليهود ليس عربياً، وقد طرد صاحب الحاوي الوجه في الفصح في شهور القرس وشهور الروم.

(١) المراد يوم النفر لا نفس النفر لأنه قد يتقدم أو يتأخر.

(٢) قال النووي: يوم القر بفتح القاف وتشديد الراء وهو الحادي عشر من ذي الحجة، سمي به لأنهم يقرون فيه بمنى، وينفرون بعده الثقلين في الثاني عشر والثالث عشر، وهذا الوجه الذي ذكر في (الحاوي) قوي، ودعوى الإمام الرافعي - رحمه الله - شهرته عند غير الفقهاء، ومن في معناهم لا تقبل، بل ربما لا يعرف القر الكثير من المتفهمين.

المذكورة، وأن العدد يُزاعى فيما إذا جرى العقد في غير اليوم الأخير وهو الصواب، والله أعلم.

الخامسة: لو قال: إلى الجمعة أو إلى رَمَضَانَ حَلَّ بأول جزء منه؛ لتحقق الاسم به، وربما يقال انتهاء يوم الجمعة، وانتهاء شَغْبَانَ والمقصود واحد، ولو قال: محله في الجمعة أو في رمضان فوجهان عن ابن أبي هريرة: أنه يجوز، ويحمل على الأول، كما لو قال: أنت طالت في يوم كذا.

وأصحهما: المنع؛ لأنه جعل اليَوْمَ أو الشهر ظرفاً، فكأنه قال: محله وقت من أوقات يوم كذا<sup>(١)</sup>، وفرقوا بَيْنَهُ وَبَيْنَ الطَّلَاقِ، بأن الطلاق يجوز تَعْلِيْقُهُ بِالْمَجَاهِيلِ والأغْزَارِ، بخلاف السَّلْمِ. قال ابن الصَّبَّاحِ نعم، لكن لو كان هذا من ذلك القَبِيلِ لوقع في الجزء الأخير دون الأول وهذا أحسن، والفرق مُشْكَلٌ.

ولو قال: إلى أول شهر كذا أو آخره، فعن عامة الأصحاب: بُطْلَانُهُ؛ لأن اسم الأول يقع على جميع النُصْفِ فلا بد من البَيِّنِ، وإلا فهو مجهول.

وقال الإمام وصاحب «التهذيب»: وجب أن يصحَّ ويحمل على الجزء الأول من كل نصف على قياس مسألة النَّفْرِ، وأيضاً فإنه إذا أجل إلى يوم حمل على أوله وإن كان اسم اليوم عبارة عن جميع الأجزاء، وأيضاً فإن الأمر في الطَّلَاقِ على ما ذكرناه، وأيضاً فإنه لو قال: إلى شهر كذا حمل على أول جزء منه.

وقوله: إلى أول شهر كذا أقرب إلى هذا المَعْنَى ممَّا إذا أُطْلِقَ ذكر الشهر قال الإمام: وقد يحمل النصف الأول على الجزء الأول، والآخر على الجزء الآخر، وسينتهي إلى وجه كما أشار إليه في «الطلاق».

فرع: لو أسلم في جنس واحد إلى أجلين أو آجال دفعة واحدة كما لو أسلم في وَفْرٍ حِنْطَةٍ يسلمه بِنَجْمَيْنِ، أو أسلم في جِنْسَيْنِ إلى أجل كما لو أسلم في حِنْطَةٍ وشعير إلى شهر، ففي الصورتين قولان:

أحدهما: البطلان؛ لأنه ربما يتعدَّر تسليم بعض التُّجُومِ أو بعض الأَجْناسِ، فيرتفع العقد فيه، ويتعدَّى إلى الباقي فيصير التَّنْجِيمِ شَرْطاً متضمناً رفع العقد.

(١) قال النووي: قال جمهور الأصحاب إذا قال في يوم كذا، أو شهر كذا، أو سنة كذا لا يصح على الأصح، وسورا بينهما وحكى الطبري في العد وجهاً: أنه يصح في يوم كذا دون الشهر، وجعل صاحب الحاوي هذه الصور على مراتب فقال من الأصحاب من قال يبطل في السنة دون الشهر قال: فأما اليوم فالصحيح فيه الجواز لقرب ما بين طرفيه، والأصح المعتمد ما قدمناه.

وأصحهما: الصحة، كما لو باع بثمان منجم أو بجنسين، والخلاف ناظر إلى أن الصَّفقة هل تفرق؟ واعلم أن الكلام في أن التَّأجيل ليس بشرط في السَّلْم، وفي أن شرط الأجل ماذا؟ لا اختصاص له بهذا الموضوع، وربما كان ذكره بعد الفراغ من الشروط كلها أليق والله أعلم.

قال الغزالي: الشَّرْطُ الثَّلَاثُ أَنْ يَكُونَ الْمُسْلِمُ فِيهِ مَقْدُورًا عَلَى تَسْلِيمِهِ، فَلَا يَصِحُّ السَّلْمُ فِي مَنْقَطَعٍ لَدَى الْمَحَلِّ، وَلَا يَضُرُّ الانْقِطَاعُ قَبْلَهُ (ح) وَلَا بَعْدَهُ، وَلَا يَكْفِي الْوُجُودُ فِي قَطْرِ آخِرٍ لَا يَعْتَادُ نَقْلَهُ إِلَيْهِ فِي غَرَضِ الْمُعَامَلَةِ، وَلَوْ أَسْلَمَ فِي وَقْتِ الْبَاكُورَةِ فِي قَدْرِ كَثِيرٍ يَغْسُرُ تَحْصِيلَهُ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ طَرَأَ الانْقِطَاعُ بَعْدَ انْعِقَادِ السَّلْمِ فَأَصَحَّ الْقَوْلَيْنِ أَنَّهُ لَا يَنْفَسَخُ، بَلْ لَهُ الْخِيَارُ كَمَا فِي إِبَاقِ الْعَبْدِ الْمَبِيعِ، وَلَوْ تَبَيَّنَ الْعَجْزُ قَبْلَ الْمَحَلِّ فَبِي تَنْجِيزِ الْخِيَارِ أَوْ تَأْخُرِهِ إِلَى الْمَحَلِّ قَوْلَانِ.

قال الرَّافِعِيُّ: هذا الشَّرْطُ ليس من خَوَاصِ السَّلْمِ بل يعم كل بيع على ما مر، وإنما تُعْتَبَرُ الْقُدْرَةُ عَلَى التَّسْلِيمِ عند وجوب التسليم، وذلك في البيع والسَّلْمِ، الحال في الحال وفي السَّلْمِ المؤجل عند المحل<sup>(١)</sup> فلو أسلم في منقطع لدى المحل كما لو جعل محل الرُّطْبِ الشِّتَاءِ لم يصح، وكذا لو أسلم فيما يندر وجوده كَلَحْمِ الصَّيْدِ، حيث يعز فيه الصَّيْدُ، وإن كان يغلب على الظَّن وجوده، لكن لا يتوصل إلى تحصيله إلا بمشقة عظيمة كالقدر الكثير من البَاكُورَةِ، ففيه وجهان:

أقربهما إلى كلام الأكثرين: البطلان؛ لأنه عقد غرر، فلا يتحمل فيه مُعَانَاةُ الْمَشَاقِ الْعَظِيمَةِ.

وأقسمهما عند الإمام: الصَّحَّةُ؛ لأن التحصيل ممكن، وقد التزمه المُسْلِمُ إليه، ولو أسلم في شيء ببلد لا يُوجَدُ مثله فيه ويوجد في غيره.

قال في «النهاية»: إن كان قريباً منه صح، وإن كان بعيداً لم يصح، قال: ولا تعتبر مَسَافَةُ الْقَصْرِ هَاهُنَا، وإنما التَّقْرِيبُ فِيهِ أَنْ يُقَالَ: إن كان يعتاد نقله إليه في غرض الْمُعَامَلَةِ لا في معرض لا للتحف والمُضَادَرَاتِ صَحَّ السَّلْمُ، وإلا فلا، ويجيء في آخر الفصل ما ينازع في الإعراض عن مسافة القصر.

ولو كان المسلم فيه عام الوجود عند المحل فلا بأس بانقطاعه قبله أو بعده.

(١) أي ففي السلم الحال تشترط القدرة عند العقد، وفي السلم المؤجل عند الحلول. خلافاً لأبي حنيفة في اشتراط ذلك من حين العقد إلى المحل لما سبق أنه عليه الصلاة والسلام قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار الستين والثلاث، ومن المعلوم انقطاعها في هذه المدة.

وعند أبي حنيفة: يشترط عموم الوجود من وقت العقد إلى المحل.

واحتج الشافعي - رضي الله عنه - بالحديث المذكور في أول الباب، (وهو أنهم كانوا يُسَلِّفُونَ فِي الثَّمَارِ السَّنَةَ وَالسَّنَتَيْنِ) والثمار لا تبقى هذه المدة بل تنقطع، وإذا أسلم فيما يعم وجوده، ثم انقطع عند المحل لِجَائِحةِ فقولان:

أحدهما: أنه يَنْفَسِخُ العقد، كما لو تلف البع قبل القبض.

وأصحهما وبه قال أبو حنيفة: لا يَنْفَسِخُ؛ لأن المسلم فيه يتعلّق بالذمّة، فأشبهه ما إذا أفلس المشتري بالثمن، لا ينفسخ العقد ولكن للبائع الخيار، ولأن هذا العقد ورد على مقدور في الظاهر، فعروض الانقطاع كإباق العبد المبيع، وذلك لا يقتضي إلاّ الخيار، فكذلك هاهنا المسلم يتخير بين أن يفسخ العقد، أو يصبر إلى وجود المسلم فيه. ولا فرق في جريان القولين بين ألا يوجد المسلم فيه عند المحل أصلاً، وبين أن يكون موجوداً، فيسوّف المسلم إليه حتى ينقطع.

وعن بعض الأصحاب أن القولين في الحالة الأولى.

أما في الثانية: فلا يَنْفَسِخُ العقد بحال لوجود المسلم فيه، وحصول القدرة، فإن أجاز ثم بدّأه مكن من الفسخ كزوجة المولى إذا رضيت بالمقام، ثم ندمت<sup>(١)</sup>.

وجهه الإمام بأن هذه الإجازة إنظار والإنظار تأجيل، والأجل لا يلحق العقد بعد لزومه، وقد يتوقف الناظر في كونها إنظاراً، ويميل إلى أنها إسقاط حق ورضا بما عرض، كإجازة زوجة العتّين، ويجوز أن يقدر فيه وجهان؛ لأن الإمام حكى وجهين في أنه لو صرح بإسقاط حق الفسخ هل يسقط؟ قال: والصحيح أنه لا يسقط. ولو قال المسلم إليه للمسلم: لا تصبر وخذ رأس مالك، فللمسلم أن لا يجيبه.

وفيه وجه. ولو حل الأجل بموت المسلم إليه في أثناء المدة والمسلم فيه منقطع جرى القولان، ذكره في «التتمة»، قال: وكذا لو كان موجوداً عند المحل وتأخر التسليم لغية أحد المتعاقدين، ثم حضر والمسلم فيه منقطع، ولو انقطع بعض المسلم فيه فقد ذكرنا حكمه في «تفريق الصّفقة»، ولو أسلم في شيء عام الوجود عند المحل ثم عرضت آفة علم بها انقطاع الجنس لدى المحل، فيتنبّز حكم الانقطاع في الحال، أو يتأخر إلى المحل، فيه وجهان: أحدهما: يتنبّز حتى يَنْفَسِخُ العقد على قول، ويثبت الخيار على الثاني لتحقق العجز في الحال.

(١) قال النووي: هذا هو الصحيح، وذكر صاحب التتمة في باب التفليس وجهين في أن هذا الخيار على الفور أم لا كالوجهين في خيار من ثبت له الرجوع في المبيع بالإفلاس.

وأظهرهما: لا؛ لأنه لم يَجِءْ وقت وجوب التسليم، وهذا الخلاف مأخوذ من الخلاف فيما إذا حلف ليأكلن هذا الطَّعام غداً، فتلف قبل الغدِّ أنه يَحْتَثُ في الحال أو يتأخَّر الحثُّ إلى الغدِّ؟

قوله في الكتاب: «ففي تَنْجِيزِ الْخِيَارِ أو تأخيره» تفریع على أن الثَّابِت بالانقطاع الخيار دون الانْفِسَاح، وعلى القول الآخر يَتَنَجِّز الانْفِسَاح، واللَّفْظ العام ما سبق، وإطلاقه القولين في الْمَسْأَلَةِ اتِّبَاع للإمام، والوجه الحمل على القولين المخرجين، وحيثُ لا يبقى بينهما وبين الوجهين كثير فرق.

فإن قيل: فيم يحصل الانقطاع؟

قيل: إن لم يوجد المسلم فيه أصلاً، بأن كان ذلك الشيء يَثْبُتُ في تلك البلدة، وقد أصابته جَائِحَةٌ مستأصلة، فهذا انقطاع حقيقي، وفي معناه ما لو كان يوجد في غير تلك البلدة، ولكن لو نقل إليها لفسد، وما إذا لم يوجد إلا عند قوم مَخْصُورِينَ، وامتنعوا من بيعه، ولو كانوا يبيعونه بثمن غَالٍ وجب تحصيله ولم يكن ذلك انقطاعاً، وإن أُمكِنَ نقل المسلم فيه من غير تلك البلدة إليها وجب نقله إن كان في حَدِّ القرب، وبم يضبط؟

أما صاحب «التهذيب» في آخرين فإنهم نقلوا وجهين:

أقربهما: أنه يجب نقله مما دون مَسَافَةِ القصر.

والثاني: من مَسَافَةِ لو خرج إليها بُكْرَةً أمكنه الرجوع إلى أهله لَيْلًا.

وأما الإمام فإنه جرى على الإغراض عن مسافة الْقَصْرِ، وقال: إن أُمكِنَ النُّقْلَ عسر، فالأصح: أن السَّلْمَ لا يَنْفَسَخُ قطعاً، ومنهم من طرد فيه القولين.

قال الغزالي: وَأَصَحُّ الْقَوْلَيْنِ: أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ تَعْيِينُ مَكَانِ التَّسْلِيمِ، بَلْ يَنْزِلُ الْمُطْلَقُ

عَلَى مَكَانِ الْعَقْدِ. قال الرَّافِعِيُّ: السَّلْمُ إما مؤجل أو حال:

أما الْمُؤَجَّلُ فقد حكى عن نص الشَّافِعِيِّ - رضي الله عنه - اختلاف في أنه، هل

يجب تعيين مكان التسليم؟ وانقسم الأصحاب إلى ثَلَاثَةِ أَقْوَامٍ ومُتَّبِعِينَ.

أما الثَّلَاثَةُ: فعن أبي إِسْحَاقَ المَرْوَزِيِّ: أنه إن جرى العقد في موضع يصلح

للتسليم فلا حاجة إلى التَّعْيِينِ، وإن جرى في مَوْضِعٍ غير صالح فلا بد من التَّعْيِينِ،

وحمل النصين على الحالين. وعن ابنِ الْقَاصِمِ: أن المسلم فيه إن كان لحمله مَوْنَةٌ،

وجب التَّعْيِينِ، وإلا فلا، وحمل النصين على الحالين، وبهذا قال أبو حنيفة، وهو

اختيار القاضي أبي الطَّيِّبِ فهذان طريقتان.



وأما المُثَبِّتُونَ فلهم طرق: أحدها وبه قال صاحب الإفصاح والقاضي أبو حامد: أن المسألة على قولين مطلقاً. والثاني: أنه إن لم يكن الموضع صالحاً وجب التَّعْيِينُ لا محالة، وإن كان صالحاً فقولان. والثالث: إن لم يكن لحمله مُؤَنَةٌ فلا حاجة إلى التَّعْيِينِ، وإن كان له مُؤَنَةٌ فقولان. وهذا أصح عند الإمام. ويروى عن اختيار القفال: ووجه اشتراط التَّعْيِينِ أن الأغراض تتفاوت بتفاوت الأمكنة، فلا بد من التَّعْيِينِ قَطْعاً للنزاع، كما لو باع بِدَرَاهِمٍ وفي البلد نقود مختلفة، ووجه عدم الاشتراط وبه قال أحمد: القياس على البيع، فإنه لا حاجة فيه إلى تَعْيِينِ مكان التسليم، ووجه الفرق بين الموضع الصالح وغير الصالح أطراد العُزْفِ بالتَّسْلِيمِ في الموضع الصالح، واختلاف الأغراض في غيره، ووجه الفرق بين ما لحمله مُؤَنَةٌ وغيره قريب من ذلك.

والفتوى من هذا كله على وجوب التَّعْيِينِ إذا لم يكن الموضع صالحاً، أو كان لحمله مُؤَنَةٌ، وعدم الاشتراط في غيرها تَبَيَّنَ الحَالَتَيْنِ، ومتى شرطنا التَّعْيِينِ فلو لم يَعيَّنِ فسد العقد، وإن لم نشرطه فإن عين تَعيَّنِ.

وعن أحمد رواية: أن هذا الشرط يفسد السَّلْمَ، وإن لم يَعيَّنِ حمل على مكان العقد. وفي «التتمة»: أنه إذا لم يكن لحمله مُؤَنَةٌ سلمه في أي موضع صالح شاء، وذكر وجهاً فيما إذا لم يصلح المَوْضِعُ لِلتَّسْلِيمِ: أنه يحمل على أقرب موضع صالح، ولو عين موضعاً لتسليم، ففيه ثلاثة أوجه ذكرها القاضي ابن كَجَّ:

أحدها: أنه يتعين ذلك الموضع.

والثاني: لا، وللمسلم الخيار.

والثالث: يتعين أقرب موضع صالح.

وأما السَّلْمُ الحال فلا حاجة فيه إلى تَعْيِينِ مكان التَّسْلِيمِ كالبيع، ويتعيَّنُ مكان العقد، لكن لو عينا موضعاً آخر جاز بخلاف البيع؛ لأن السَّلْمَ يقبل التَّأْجِيلَ، فيقبل شَرْطاً يتضمن تأخير التسليم بالإحصار، والأعيان لا تحتمل التَّأْجِيلَ، فلا تحتمل شرطاً يتضمن تأخير التَّسْلِيمِ، وحكم الثمن في الذمة حكم المسلم فيه، وإن كان معيناً فهو كالمبيع قال في «التهذيب»: ولا نعني بمكان العَقْدِ ذلك الموضع بعينه، بل تلك المحلة والله أعلم<sup>(١)</sup>.

(١) قال النووي: قال في «التتمة»: الثمن في الذمة والأجرة إذا كانت ديناً، وكذا الصداق، وعوض الخلع، والكتابة، ومال الصلح عن دم العمد، وكل عوض ملتزم في الذمة، له حكم السلم الحال، إن عين للتسليم مكان، جاز، وإلا تعين موضع العقد، لأن كل الأعراض الملتزمة في الذمة تقبل التأجيل كالمسلم فيه. ينظر الروضة ٣/٢٥٤.

قال الغزالي: الشَّرْطُ الرَّابِعُ أَنْ يَكُونَ مَعْلُومَ الْمِقْدَارِ «بِالْوِزْنِ أَوْ الْكَيْلِ»، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَنْ أَسْلَمَ فَلْيُسَلِّمْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوِزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ، وَلَا يَكْفِي الْعَدُّ فِي الْمَعْدُودَاتِ، بَلْ لَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ الْوِزْنِ فِي الْبَطِيخِ وَالْبَيْضِ، وَالْبَاذِنِجَانِ، وَالرُّمَّانِ، وَكَذَا الْجَوْزِ، وَاللُّوزِ إِنْ عُرِفَ نَوْعٌ لَا يَتَفَاوَتْ فِي الْقُشُورِ غَالِبًا، وَيُجْمَعُ فِي اللَّبَنِ بَيْنَ الْعَدِّ وَالْوِزْنِ».

قال الرَّافِعِيُّ: يشترط أن يكون المسلم فيه معلوم القدر للخبر<sup>(١)</sup>، والإعلام تارة تكون بالكيل، وأخرى بالوزن أو العدد أو النوع.

وقوله في الحديث: «في كيل معلوم ووزن معلوم» ينبغي أن يعرف فيه شيان:

أحدهما: أنه ليس أمراً بالجمع بين الكيل والوزن، بل الجمع قد يكون مُبْتَلَاً، كما لو أسلم في ثوبٍ ووصفه وقال: وزنه كذا أو أسلم في مائة صَاعٍ حِنْطَةٍ عَلَى أَنْ يَكُونَ وَزْنَهَا كَذَا، لَا يَصِحُّ لِأَنَّهُ يُوْرثُ عِزَّةَ الْوُجُودِ.

قال الشيخ أبو حامد: لكن لو ذكر وزن الخشب مع الصِّفَاتِ الْمَشْرُوطَةِ جاز؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ زَائِداً أَمَكْنَ نَحْتُهُ حَتَّى يَعُودَ إِلَى الْقَدْرِ الْمَشْرُوطِ. إِذَا تَقَرَّرَ ذَلِكَ فَالْمُرَادُ مِنَ الْخَبْرِ الْأَمْرُ بِالْكَيْلِ فِي الْمَكْيَلَاتِ، وَالْوِزْنَ فِي الْمَوْزُونَاتِ.

الثَّانِي: هَذَا الْأَمْرُ وَرَدَ عَلَى الْعَادَةِ الْعَالِيَةِ فِي التَّوَعِينِ لَا لِلتَّعْيِينِ، فَيَجُوزُ ذِكْرُ الْوِزْنِ فِي الْمَكْيَلَاتِ، وَالْكَيْلِ فِي الْمَوْزُونَاتِ، الَّتِي يَتَأْتَى فِيهَا الْكَيْلُ بِخِلَافِ الرَّبَوِيَّاتِ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ هَاهُنَا مَعْرِفَةَ الْمِقْدَارِ، وَكُلٌّ وَاحِدٌ مِنْهُمَا مَعْرُوفٌ، وَثَمَّ نَصُّ الشَّارِعِ عَلَى طَرِيقِ الْمِمَاتِلَةِ فَوْجِبَ الْإِتْبَاعُ.

وعن أبي الحسين ابن القَطَّانِ: أَنَّ بَعْضَ الْأَصْحَابِ مَنَعَ مِنَ السَّلْمِ كَيْلًا فِي الْمَوْزُونَاتِ وَالْمَشْهُورِ الْأَوَّلِ، لَكِنْ إِمَامُ الْحَرَمَيْنِ حَمَلَ مَا أَطْلَقَهُ الْأَصْحَابُ عَلَى مَا يَعْتَادُ الْكَيْلُ فِي مِثْلِهِ ضَابِطًا.

أما لو أسلم في فُتَاتِ الْمَسْكِ وَالْعَنْبَرِ وَنَحْوَهُمَا كَيْلًا لَمْ يَصِحْ؛ لِأَنَّ لِلْقَدْرِ الْيَسِيرِ مِنْهُ مَالِيَةً كَبِيرَةً، وَالْكَيْلُ لَا يَعْدُ ضَابِطًا فِيهِ.

ثم في الفصل صورتان:

إحدهما: السَّلْمُ فِي الْبَطِيخِ وَالْقِيَاءِ وَالرُّمَّانِ وَالسَّفْرَجَلِ، وَالْبَاذِنِجَانِ وَالْبَيْضِ جَائِزٌ، وَالْمَعْتَبَرُ فِيهَا الْوِزْنُ دُونَ الْكَيْلِ؛ لِأَنَّهَا تَتَجَاوَى فِي الْمَكْيَالِ، وَدُونَ الْعَدَدِ لِكَثْرَةِ

(١) خير ابن عباس من أسلف في شيء... البخاري (٢٢٣٩) ومسلم (١٦٠٤/١٢٧).

التفاوت فيه، والناس يكتفون بالعدد تعويلاً على العيان وتسامحاً، وكذا لا يجوز السلم في الجوز واللوز عدداً ويجوز وزناً، وفي الكيل وجهان نقلهما صاحب «البيان» المذكور: منهما في «الشامل»: الجواز، وكذا في الفسقي والبندق<sup>(١)</sup>.

واستدرك الإمام فقال: قشور الجوز واللوز أيضاً، وليحمل ما أطلقه الأضحاح على النوع الذي لا تختلف قشوره في الغالب.

وعن أبي حنيفة: أنه يجوز السلم عدداً في البيض والجوز، ولا يجوز السلم في البقول جزماً لاختلافهما، وإنما السلم فيها بالوزن، ولا يجوز السلم في البطيخة الواحدة، والسفزجلة الواحدة، ولا في عدد منها؛ لأنه يحتاج إلى ذكر حجمها ووزنها، وذلك يورث عزة الوجود.

وقوله في الكتاب: (ولا يكفي العد في المعدودات) يجوز إعلامه بالحاء لما حكيناه عنه، ثم هو غير مجري على إطلاقه؛ لأن التقدير في الحيوانات إنما يكون بالعد دون الوزن والكيل. وقوله: (بل لا بد من ذكر الوزن) بعد قوله: (ولا يكفي العد) قد يوهم الحاجة إلى ذكر الوزن مع العد وليس كذلك، بل هو مفسد كما سبق.

والمراد: أن المعتبر الوزن، ولا نظر إلى العد.

الثانية: يجمع في اللبن بين العد والوزن، فيقول: كذا لبنة كل واحدة كذا؛ لأنها تضرب عن اختيار، فالجمع فيها بين العد والوزن لا يورث عزة، ثم الأمر فيها على التفريب دون التحديد<sup>(٢)</sup>.

قال الغزالي: وَلَوْ عَيَّنْ مِكيالاً لَا يُعْتَادُ كَالْكُوْزِ فَسَدَ الْعَقْدُ، وَإِنْ كَانَ يُعْتَادُ فَسَدَ الشَّرْطُ وَصَحَّ الْعَقْدُ عَلَى الْأَصَحِّ لِأَنَّهُ لَفَوْ، وَلَوْ أَسْلَمَ فِي ثَمْرَةٍ بُسْتَانٍ بَعِيْنِهِ بَطْلٌ لِأَنَّهُ يَنَافِي الدِّيْنِيَّةَ، وَإِنْ أَضَافَهُ إِلَى نَاجِيَةٍ كَمَعْقَلِي الْبَصْرَةِ جَازَ إِذِ الْغَرَضُ مِنْهُ الْوَضْفُ.

(١) قال الشيخ النووي في شرح الوسيط المسمى بالتنقيح، هذا التفصيل لإمام الحرمين والمشهور في المذهب الذي أطلقه الأصحاب ونص عليه الشافعي - رضي الله عنه - جواز السلم في الجوز واللوز وزناً، وهل يجوز كيلاً؟ وجهان المنصوص المنع. وقال أبو إسحاق: يجوز هكذا قال في المهذب وغيره والصحيح الجواز كيلاً ووزناً إذا أمكن كيله. نص عليه في الأم. وقول الشيخ «وكذا الفسقي والبندق» يوهم جريان الخلاف فيهما. قال الشيخ السبكي، ولا أظن فيهما خلافاً.

(٢) قال النووي: هكذا قال أصحابنا الخراسانيون: يشترط في اللبن الجمع بين العدد والوزن. ولم يعتبر العراقيون أو معظمهم الوزن. ونص الشافعي - رضي الله عنه - في آخر كتاب السلم من «الأم» على أن الوزن فيه مستحب، لو تركه فلا بأس، لكن يشترط أن يذكر طوله وعرضه وثخنته، وأنه من طين معروف. ينظر الروضة ٢٥٥/٣.

قال الرَّافِعِيُّ: في الفصل مسألتان:

إحدهما: لو عَيَّن للكَيْلِ مَا لَا يَعْتَادُ الكَيْلُ بِهِ كَالْكُوزِ<sup>(١)</sup> فسد السلم؛ لأن مِلْئَهُ مجهول القدر؛ ولأن فيه غَرَرٌ لَا حَاجَةَ إِلَى اِحْتِمَالِهِ، فَإِنَّهُ قَدْ يَتَلَفُ قَبْلَ المَحَلِّ، وَفِي البَيْعِ لَوْ قَالَ: بَعْتُكَ مِلْءَ هَذَا الكُوزِ مِنْ هَذِهِ الصُّبْرَةِ فَوْجَهَانَ بِنَاءِ عَلَى المَعْنِيِّينَ.

والأصح: الصُّحَّةُ اِعْتِمَاداً عَلَى المَعْنَى الثَّانِي.

وَلَوْ عَيَّنَ فِي البَيْعِ أَوْ السَّلْمِ مَكْيَالاً مَعْتَاداً، فَهَلْ يَفْسُدُ العَقْدُ؟ فِيهِ وَجَهَانٌ:

أحدهما: نَعَمْ لَتَعْرُضَهُ لِلتَلَفِ.

وأصحُّهُمَا: لَا، وَيُلْتَمَى الشَّرْطُ كَسَائِرِ الشُّرُوطِ الَّتِي لَا غَرَضَ فِيهَا.

وَالسَّلْمُ الحَالُ كَالْمَوْجَلِّ، أَوْ كَالْبَيْعِ فِيهِ وَجَهَانٌ:

جواب الشيخ أبي حامد منهما: أنه كالموجل؛ لأن الشافعي - رضي الله عنه قال: لو أصدقها<sup>(٢)</sup> مِلْءَ هَذِهِ الجِرَّةِ خِلاَءً لَمْ يَصِحَّ، لِأَنَّهَا قَدْ تَنكَسِرُ فَلَا يُمْكِنُ التَّسْلِيمَ، كَذَلِكَ هَاهُنَا.

ولو قال: أسلمت إليك في ثوب كهذا الثوب أو في مائة صاع من الحنطة لهذه الحنطة، فقد قال العراقيون: لا يصح إذ ربما يتلف ذلك المحضر كما في مسألة الكوز.

وفي «التهذيب»: أنه يصح ويقوم مقام الوصف.

ولو أسلم في ثوب ووصفه ثم أسلم في ثوب آخر بتلك الصفة إن كانا ذاكرين لتلك الأوصاف.

الثانية: لو أسلم في حنطة ضيعة بعينها أو ثمرة بُسْتَانٍ بَعَيْنِهِ أَوْ قَرْيَةٍ صَغِيرَةٍ لَمْ يَجُزْ وَعَلَّلُوهُ بِشَيْئَيْنِ:

أحدهما: أَنَّ تِلْكَ البُقْعَةَ قَدْ تُصِيبُهَا جَائِحَةٌ فَتَنْقَطِعُ ثَمْرَتُهُ وَحِنْطَتُهُ، فإِذَا فِي التَّعْيِينِ غَرَرٌ لَا ضَرُورَةَ إِلَى اِحْتِمَالِهِ.

والثاني وهو المذكور في الكتاب: أَنَّ التَّعْيِينِ يَنَافِي الدِّينِيَّةَ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَضِيقُ مَجَالَ التَّخْصِيلِ، وَالمُسْلِمُ فِيهِ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ دَيْناً مَرَسَلاً فِي الدُّمَّةِ؛ لِتَيْسُرِ أَدَاؤِهِ.

وإن أسلم في ثمرة ناحية أو قرية كبيرة، نظر إن أراد المسلم فيه تنوع المسلم فيه كمعقلي البصرة، فإنه مع معقلي بغداد صنف واحد، لكن كل واحد منهما يمتاز عن

(١) لأنه مجهول، ولأن فيه غرراً لأنه قد يتلف قبل المحل.

(٢) في ط: أسلم في.

الآخر بصفات وخواص، بالإضافة إليها تفيد فائدة الأوصاف، وإن لم تُفد تنوعاً فوجهان:

أحدهما: أنه كَتَفِين المَكْيَال لخلوه عن الفائدة.

وأصحهما: الصُّحَّة؛ لأنه لا يتقطع غالباً ولا يتضيق به المجال.

قال الغزالي: الشُّرْطُ الخَامِسُ مَعْرِفَةُ الأَوْصَافِ، فَلَا يَصِحُّ السَّلْمُ إِلَّا فِي كُلِّ مَا يَنْضَبُ مِنْهُ كُلُّ وَصْفٍ تَخْتَلِفُ بِهِ القِيَمَةُ اخْتِلَافاً ظَاهِراً لَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ بِمِثْلِهِ فِي السَّلْمِ، وَلَا يَصِحُّ فِي المُمْتَلِطَاتِ المَقْصُودَةِ الأَذْكَانِ كالمَرَقِ والحَلَاوِي والمَعْجُونَاتِ، والخِفافِ والقِسيِّ والنَّبَالِ، والأَصْحُ أَنَّهُ يَصِحُّ فِي العَتَابِي والحَزِّ وَإِنْ اخْتَلَفَت اللُّحْمَةُ والسُّدَى لِأَنَّهُ فِي حُكْمِ الجِنْسِ الوَاحِدِ كَالشَّهْدِ (و) واللَّبَنِ، وَكَذَلِكَ مَا لَا يَقْصِدُ خَلْطَهُ: كَالخَبْزِ وَفِيهِ المِلْحُ، والجَبْنُ وَفِيهِ الإِنْفَعَةُ، وَكَذَا دُهْنُ البَنْفَسِجِ والبَانِ، وَفِي خَلِّ الرُّبِيِّ، وَالثَّمْرِ وَفِيهِ المَاءُ تَرَدُّدٌ.

قال الرَّافِعِيُّ: أقدم فقه الفصل ثم أتكلم في الضُّبْط الَّذِي حَاوَلَهُ.

أما الفِقه فهو أن معرفة أوصاف المسلم فيه بذكرها في العَقْد شرط، فلا يصح السَّلْمُ فيما لا تنضبط أوصافه، أو تنضبط، وأهملاً بعض ما يجب ذكره؛ لأن البيع لا يحتمل جهالة المعقود عليه وهو عين؛ فلأن لا يحتملها السَّلْمُ وهو ذَيْن كان أَوْلَى، ولتَعَدُّر الضبط أسباب:

منها: الاختلاط، والمُمْتَلِطَاتُ أربعة أنواع؛ لأن الاختِلَاطَ إمَّا أن يقع بالاختبار أو خَلْقَةً والأول إمَّا أن يتفق وجميع أخلَاطِها مقصودة، أو يتفق والمقصود واحد، والأول إمَّا أن يكون بحيث يَتَعَدُّر ضبط أخلَاطِها أو بحيث لا يَتَعَدُّر.

الشُّوعُ الأول: المختلطات المقصودة الأركان التي لا تنضبط أقدار أخلَاطِها وأوصافها، كالهَرَائِسِ ومعظم المَرَقِ والحَلَوِي والمَعْجُونَاتِ والحَوَارِشَاتِ، والغالية المركبة من المسك والتَعَبِيرِ والعُودِ والكافُورِ، فلا يصح السَّلْمُ في شيءٍ منها للجهل بما هو متعلق الأغراض، وكذا الخِفافِ والنِّعَالِ لاشتغالها على الظَّهارةِ والبِطَانَةِ والحَشْوِ؛ لأن العبارة تضيق عن الوَفَاءِ بذكر أطرافها وانعطافاتها، وفي «البيان» أن الصِّيمري حكى عن ابن سُرَيْجِ جواز السَّلْمِ فيها، وبه قال أبو حنيفة، وكذا القِسيِّ لا يجوز السلم فيها لاشتغالها على الخَشْبِ والعَظْمِ والعَصَبِ.

وأما التَّبَلُّ فقد نقل فيه اختلاف نص، واتفقوا على أنه لا خلاف فيه، واختلاف النَّصِّ محمول على اختلاف أحواله، فلا يجوز السلم فيه بعد التَّخْرِيطِ والعمل عليه.

أما إذا كان عليه عَصَبٌ وَرِيْشٌ وَنَضْلٌ فللمعنيين:  
أحدهما: أنه من الْمُخْتَلَطَاتِ .

والثاني: اختلاف وَسَطِهِ وطرقيه دَقَّةً وَغَلْظًا، وتعذَّر ضبطه، وأنه من أي موضع يأخذ من الدقة في الغَلْظِ، أو بالعكس ولم يأخذ، وأما إذا لم يكن فللمعنى الثاني، ويجوز السَّلْمُ قبل التَّخْرِيطِ والعمل عليه لتيسر ضبطه، والمَعَازِلُ كالتَّبَالِ والتَّزْيِاقِ المَخْلُوطِ كالعالية، فإن كان تَبَاتًا واحداً أو حجراً جاز السلم فيه .

النوع الثاني: الْمُخْتَلَطَاتِ المقصودة الأركان التي تَنْضِبُ أقدارها وصفاتها، كالثِيَابِ العَتَائِيَّةِ والخُزُوزِ المُرْكَبَةِ من الإِبْرَيْسِيمِ والوَبْرِ وَفِي السلم، فيه وجهان:  
أحدهما: المنع كالسَّلْمِ في العالية والمَعْجُونَاتِ .

وأصحهما عند المصنف ومعظم العراقيين: الجَوَازُ؛ لأن قدر كل واحد من أَخْلَاطِهَا مِمَّا يسهل ضَبْطُهُ، ويحكى هذا عن نص الشافعي - رضي الله عنه - وبه أجاب القاضي ابن كَجَّ، ويخرج على الوجهين السَّلْمُ في الثوب المعمول عليه بالإبزة بعد التَّسْيِجِ من غير جنس الأصل كالإِبْرَيْسِيمِ على القِطْنِ أو الكِتَّانِ، وإن كان تركيبها بحيث لا تنضبط أركانها فهي كالمَعْجُونَاتِ .

النوع الثالث: الْمُخْتَلَطَاتِ التي لا يقصد منها إلا الخَلِيطِ الواحد كالخُبْزِ وفيه المِلْحُ، لكنه غير مقصود في نفسه، وإنما يراد منه إصلاح الخبز، وفي السَّلْمِ فيه وجهان:

أصحهما عند الإمام: أنه جائز، وبه قال أحمد، وهو الذي أورده في الكتاب؛ لأن المِلْحَ مستهلك فيه، والخبز في حكم الشيء الواحد .

والثاني، وهو الأصح عند الأكثرين: المنع لوجهين:

أحدهما: الاختلاط، واختلاف الغرض بحسب كثرة المِلْحِ وقلته وتعذَّر الضبط .

والثاني: تأثير النَّارِ فيه، وفي السَّلْمِ في الجُبْنِ مثل هذين الوجهين، لكن الجُمهور مطبقون على ترجيح وجه الجواز، كأنهم اعتمدوا في الخُبْزِ المعنى الثاني، ورأوا أن عمل النَّارِ في الخُبْزِ يختلف، وفي الجُبْنِ بخلافه، والله أعلم .

والوجهان جَارِيَانِ في السَّمَكِ الذي عليه شيء من المِلْحِ، وفي خَلِّ التَّمْرِ والزَّيْبِ وجهان أيضاً:

أحدهما، وإليه ميل الصَّيْمَرِيِّ والإمام: منع السلم فيهما، لما فيهما من الماء كما لا يجوز السَّلْمُ في المَخِيضِ .

وأظهرهما عند الأكثرين: الجواز؛ لأنه لا غنيّة به عن الماء، فإنّ قوامه به، بخلاف المَخِيض إذ لا مَصْلَحَة له في الماء والأَيْطُ كالجبن<sup>(١)</sup> وفي «التتمة»: أن المَصْلُ كالمخيض؛ لما فيه من الدَّقِيق والأدهان المطيبة كدهن البَنْفَسَج والبَانِ والوَزْدِ إنْ خالطها شيء من جِزْمِ الطَّيْبِ لم يَجْزِ السَّلْمُ فيها، وإن تَرَوَّحَ السُّمِسْمُ بها ثم اعتصر جاز.

النوع الرابع: الْمُخْتَلَطَاتُ خَلْقَة، ومثلها الإمام بالشَّهْدِ واللَّبَنِ وعد الشَّهْدِ من الْمُخْتَلَطَاتُ أظهر من عد اللَّبَنِ منها؛ لأن في ركني الشَّهْدِ امتيازاً ظاهراً واللَّبَنِ شيء واحد، إلا أنه بعرض أن يحصل منه شيان مختلفان، وفي السَّلْمِ في الشَّهْدِ وجهان:

أحدهما: المنع؛ لأن الشَّمْعَ فيه، قد يقلّ وقد يكثر، فأشبهه سائر الْمُخْتَلَطَاتُ، وهذا ما رواه القاضي ابن كَجَّ عن نصح.

وأصحُّهما: الجواز؛ لأن اخْتِلَاطَهُ خَلْقِي فأشبهه الثَّوْرِي في التَّمْرِ، وكما يجوز السَّلْمُ في الشَّهْدِ يجوز في كل واحد من رُكْنَيْهِ. وأما اللبن فلا خلاف في جَوَازِ السَّلْمِ فيه.

وقوله في أول الفصل: (فلا يصح السلم) إلى قوله: (لا يتغابن الناس بمثله في السلم) هكذا هو في بعض النسخ، وفي بعضها ما لا يَتَغَابَنُ النَّاسُ بمثله، وهما صحيحان، ومعنى الأول: لا يحتمل الناس إهمال مثل ذلك الاختلاف والثَّقُفَّانِ، ومعنى الثاني: أنه لا بأس بأن لا تنضب من الأوصاف التي لا يبالي بها ويحتمل فواتها.

ثم اعلم أن من الأصحاب من يقول: يجب التَّعَرُّضُ للأوصاف التي يختلف بها العَرَضُ، ومنهم من يعتبر الأوصاف التي تختلف بها القيمة.

ومنهم من يجمع بينهما وليس شيء منها معمولاً بإطلاقه؛ لأن كون العَبْدِ ضعيفاً في العمل وقوياً وكاتباً وأميناً وما أشبه ذلك أوصاف يختلف بها العَرَضُ والقيمة، ولا يجب التَّعَرُّضُ لهاثماً.

قوله: (لا يصح السلم إلا في كذا)، يقتضي صحة السلم في كذا؛ لأن الاستثناء من التَّفْصِي إثبات وليس ذلك على الإِطْلَاقِ، بل لو انضَبَطَ منه كل وصف تختلف به القيمة ولكن كان عزيز الوجود لا يصح السَّلْمُ فيه.

(١) قال الأذري: أطلقاً - يعني الشيخين - الجواز في الجبن. وقال الماوردي: لا يجوز السلم في الجبن العتيق والقديم إذ لا حد له. قال الأذري: ولأنه بمنزلة المعيب، ولا يجوز السلم في المعيب كالحنطة العفنة أو المسوسة. وعبارة نص الأم «ولا خير في أن يقول جبن عتيق ولا قديم لأن أقل ما يقع عليه اسم العتيق والقديم غير محدود».

قال الغزالي: وَأَمَّا مَا يَقْبَلُ الوُضْفَ لِكِنِّ يَفْضِي الإِطْنَابُ فِيهِ إِلَى عِرَّةِ الوُجُودِ كَاللَّالِيَةِ الكِبَارِ، وَاليَوَاقِيتِ، وَالجَارِيَةِ الحَسَنَاءِ مَعَ وَلَدِهَا إِلَى غَيْرِ ذَلِكَ مِمَّا يَعْرُ وَجُودُهُ فَإِنَّ ذَلِكَ يُوجِبُ عُسْرًا فِي التَّسْلِيمِ فَلَا يَجُوزُ السَّلْمُ فِيهِ.

قال الرَّافِعِيُّ: قد سبق أن السَّلْمَ فيما يندر وجوده لا يجوز؛ لأنه عقد غرر فلا يحتمل إلا فيما يوثق بتسليمه، ثم الشيء قد يكون نادر الوجود من حيث جنسه ك لحم الصَّيْدِ في موضع العِرَّةِ وقد لا يكون كذلك؛ إلا أنه بحيث إذا ذكرت أوصافه التي بينا أنه يجب التَّعْرُضُ لها عز وجوده لندرة اجتماعها، وفي هذا القسم صورتان:

إحدهما: لا يجوز السَّلْمَ في اللَّالِيَةِ الكِبَارِ وَاليَوَاقِيتِ وَاليَزْبَجِدِ وَالمُرْجَانِ؛ لأنه لا بد فيها من التَّعْرُضِ لِلْحَجْمِ وَالشَّكْلِ وَالمُوزَنِ وَالمُصَفَّاءِ؛ لعظم تَفَاوُتِ القِيَمَةِ بِاِخْتِلَافِ هَذِهِ الأوصافِ، واجتماع المَذْكُورِ فيها نادر، ويجوز في اللَّالِيَةِ الصَّغَارِ إذا عم وجودها كَيْلًا وَوزنًا<sup>(١)</sup>.

ويم يضبط التَّوَعِينِ قال قائلون: ما يطلب لِلتَّداوِيِ فهو صغير، وما يطلب لِلتَّزِينِ فهو كبير.

وعن الشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ أَنِ ما وَزنه سدس دينار يجوز السَّلْمَ فِيهِ، وَإِنْ كان يطلب منه التَّزِينِ لعموم وجوده، والوجه أن يكون اعتبار السُّدُسِ بالتقريب.

الثانية: لو أسلَمَ في جارية ولدها، أو جارية وأختها، أو عَمَّتِها، أو شاة وَسَخَلَتْها لم يَجُزْ؛ لأن اجتماع الجارية المَوْصُوفَةِ بِالمُشْرُوطَةِ نادر، هكذا أطلقه الشافعي - رضي الله عنه -، وعامة الأصحاب - رضي الله عنهم -<sup>(٢)</sup>.

وفصل الإمام فقال: لا يمتنع ذلك في الزُّنْجِيَةِ التي لا تكثر صفاتها، ويمتنع في السَّرِيَةِ التي تكثر صفاتها، وإلى هذا التَّفْصِيلِ أشار في الكتاب بقوله: (والجارية الحسنة)، وهذا مفرع على أن الصفات التي يجب التعرض لها تختلف باختلاف الجوارى، ولم تفصل الآية القول فيه كما ستعرفه إن شاء الله تعالى لكن في موضع السَّلْمِ إشكال على الإطلاق؛ لأنهم حكوا عن نصه: أنه لو شرط كون العبد كاتباً أو

(١) قال النووي: هذا مخالف لما تقدم في الشرط الخامس عن إمام الحرمين إن ما لا يعد الكيل فيه ضبطاً لا يصح السلم فيه كَيْلًا فكانه اختار هنا ما تقدم من إطلاق الأصحاب.

(٢) فإن قيل إنه شرط كون الرقيق كاتباً أو الجارية ماشطة فإنه يندر ذلك مع اجتماع الصفات، ومع ذلك يصح كما سيأتي. أجيب بأن ذلك وصف يسهل تحصيله بالاكْتِسَابِ بخلاف البنوة والأخوة وهذا الجواب لا يأتي في السلم الحال لأنه يجب تسليمه في الحال فلا يتمكن مع ذلك من التأخير للتعليم.



الْجَارِيَةَ مَا شَيْطَةَ جاز، وَلَمَدَعُ أَنْ يَدْعِي نُذْرَةَ اجْتِمَاعِ صِفَةِ الْكِتَابَةِ وَالْمَشْطُ مَعَ الصِّفَاتِ الَّتِي يَجِبُ التَّعَرُّضُ لَهَا، بَلْ قَضِيَّةٌ مَا أَطْلَقُوهُ تَجْوِيزَ السَّلْمِ فِي عِبْدٍ وَجَارِيَةٍ بِشَرَطِ كَوْنِ هَذَا كَاتِبًا وَتِلْكَ مَا شَيْطَةَ، وَكَمَا يَنْدُرُ كَوْنُ أَحَدِ الرَّقِيقِينَ وَلِذَا لِلْآخِرِ مَعَ اجْتِمَاعِ الصِّفَاتِ الْمَشْرُوطَةِ فِيهِمَا، فَكَذَا يَنْدُرُ كَوْنُ أَحَدِهِمَا كَاتِبًا وَالْآخِرُ مَا شَيْطًا مَعَ اجْتِمَاعِ تِلْكَ الصِّفَاتِ، فَلَنْسُوِي بَيْنَ الصُّورَتَيْنِ فِي الْمَنْعِ وَالتَّجْوِيزِ.

ولو أسلم في جارية وشرط كونها حاملاً فطريقان:

أظهرهما: المنع؛ وعللوه بأن اجتماع الحمل مع الصفات المشروطة نادر، وهذا يؤيد الإشكال الذي أوردناه.

والثاني وبه قال أبو إسحاق وأبو علي الطبري وابن القطن: أنه على قولين بناء على أن الحمل هل له حكم أم لا؟

إن قلنا: نعم، جاز، وإلا فلا، لأنه لا يعرف حصوله، وهما كالقولين في الشراء بهذا الشرط، ولو شرط كون الشاة المسلم فيها لبونا فقولان منصوصان، وقد ذهب الشيخ أبو حامد إلى ترجيح قول الجواز كما مر في شراء الجارية بشرط أنها لبون، لكن قضية توجيه أظهر الطريقين في صورة الحمل تقتضي ترجيح المنع هاهنا أيضاً، وبه أجاب صاحب «التهديب».

قال الغزالي: وَيَجُوزُ السَّلْمُ فِي الْحَيَوَانَ (ح) لِلْأَخْبَارِ وَالْآثَارِ فِيهِ فَيَتَعَرَّضُ لِلنُّوعِ، وَاللُّؤْنِ، وَالذُّكُورَةِ، وَالْأُنْثَوِيَّةِ وَالسَّنِّ فَيَقُولُ عَبْدٌ تُزَكِّي أَسْمُرُ ابْنُ سَبْعِ طَوِيلٍ أَوْ قَصِيرٍ أَوْ رَنِيحٍ، ثُمَّ يَنْزِلُ كُلُّ شَيْءٍ عَلَى أَقْلِ الدَّرَجَاتِ، وَلَا يُشْتَرَطُ وَضْفُ أَحَادِ الْأَعْضَاءِ إِذْ يُنْفَضِي اجْتِمَاعُهَا إِلَى عِزَّةِ الْوُجُودِ، وَفِي الْكُخْلِ وَالذَّعَجِ وَتَكَلُّمِ الْوَجْهِ وَالسَّمَنِ فِي الْجَارِيَةِ، وَمَا لَا يَعْرِزُ وَجُودُهُ وَلَكِنْ قَدْ يُعَدُّ اسْتِقْصَاءً فِيهِ تَرَدُّدٌ، وَكَذَا فِي ذِكْرِ الْمَلَاخَةِ وَيَقُولُ فِي الْبَعِيرِ: ثَبِي أَحْمَرٌ مِنْ نَعَمِ بَنِي فَلَانٍ غَيْرُ مَوْدُونٍ أَيْ غَيْرُ نَاقِصِ الْخِلْقَةِ، وَيَتَعَرَّضُ فِي الْخَيْلِ لِللُّؤْنِ، وَالسَّنِّ، وَالنُّوعِ، وَلَا يَجِبُ التَّعَرُّضُ لِلشَّيْآتِ كَالْأَعْرُ وَاللُّطِيمِ، وَيَتَعَرَّضُ فِي الطُّيُورِ لِلنُّوعِ، وَالْكَبِيرِ، وَالصَّغَرِ مِنْ حَيْثُ الْجِنَّةُ.

قال الرَّافِعِيُّ: يَجُوزُ السَّلْمُ فِي الْحَيَوَانَ، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ وَأَحْمَدٌ خِلَافاً لِأَبِي حَنِيفَةَ؛ لَمَا رَوَى عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو بْنِ الْعَاصِ قَالَ: «أَمَرَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ أَشْتَرِيَ بَعِيرًا بِبَعِيرَيْنِ إِلَى أَجَلٍ»<sup>(١)</sup>.

(١) تقدم في باب الربا.

وعن علي - رضي الله عنه - : «أَنَّ بَاعَ بَعِيرًا لَهُ بَعْشَرِينَ بَعِيرًا إِلَى أَجَلٍ»<sup>(١)</sup>.  
وعن ابن عمر - رضي الله عنهما - : «أَنَّ اشْتَرَى رَاحِلَةً بِأَرْبَعَةِ أْبَعْرَةٍ يُوقِيهَا صَاحِبُهَا  
بِالرَّيْدَةِ»<sup>(٢)</sup>. وهذه ونحوها هي الأخبار والآثار التي أجمل ذكرها في الكتاب.

ثم الحيوان أنواع: فمنها الرقيق فإذا أسلم فيه وجب التَّعْرُضُ لأمور:  
أحدها: النوع، فيبين أنه تُركي أو رومي أو هندي، وهل يجب التعرض لصنف  
النوع إن كان فيه اختلاف؟ فيه قولان:

أظهرهما: الوجوب.

والثاني: اللون. فيبين أنه أبيض أو أسود، ويصف البياض بالسُمرة أو الصُّفرة،  
والسواد بالصفاء أو الكُدُورة، وهذا إذا اختلف لون الصنف المذكور، فإن لم يقع فيه  
اختلاف أغنى ذكره عن اللون.

والثالث: الذُكُورة والأُنُثة.

والرابع: السِّن فيقول: محتلم أو ابن ست أو سبع، ثم الأمر في السِّن على  
التقريب، حتى لو شرط كونه ابن سبع مثلاً بلا زيادة ولا نقصان، لم يجز لِنُدْرَةِ الظفر  
به، والرجوع في الاحتلام إلى قول العبد، وفي السِّن يُعْتَمَدُ قوله إن كان بالغاً، وقول  
السيد: إن ولد في الإسلام وإلاً فالرجوع إلى التُّخَّاسِين<sup>(٣)</sup> فتعتبر طنونهم.

والخامس: القَدُّ<sup>(٤)</sup>، فيبين أنه طويل أو قصير أو زَنج<sup>(٥)</sup>؛ لأن القيمة تتفاوت بها  
تفاوتاً ظاهراً.

وأعلم قوله في الكتاب: (طويل أو قصير) بالواو؛ لأن الإمام نقل عن العراقيين  
أنه لا يعتبر ذكر القَدِّ، وتابعه صاحب الكتاب في «الوسيط».

لكن كتب العراقيين مَشْخُونَةٌ بأنه يجب ذكره، ولم يتعَرَّضُوا لخلاف فيه، والله  
أعلم.

(١) أخرجه البيهقي ٢٨٨/٥ من رواية الحسن بن محمد عنه وقال النووي بينهما انقطاع. ينظر  
الخلاصة ٧٨/٢.

(٢) أخرجه مالك ٦٩/٢ والشافعي (١٣٠٨) والبيهقي ٣٨٨/٥، وذكره البخاري بغير إسناد ٤١٩/٤.  
(٣) النخاس بنون وحاء معجمة بائع الرقيق والدواب وأصله من النخس وهو الضرب باليد على  
الكفل.

(٤) لو ضبطه بالأشبار صح ومقتضى كلام الوسيط أنه لا يصح.  
(٥) الربيع بفتح الراء وسكون الموحدة وهو ما بين الطويل والقصير.

واعتبروا التعرض لأمرٍ سَادِسٍ، وهو الجَوْدَةُ، وهذا لا يختص بالرفيق ولا بالحيوان، وستعرف حكمه من بعد إن شاء الله تعالى.

وقوله: (ثم ينزل كل شيء على أقل الدرجات) معناه: أنه إذا أتى بما يقع عليه اسم الوصف المشروط كفى ووجب القبول؛ لأن الرتب لا نهاية لها، وهذا كما ذكرنا فيما إذا باع العبد بشرط أنه كاتب أو خَبَّاز، والمسألة لا اختصاص لها بهذا الموضع، بل تعم كل مسلم فيه، ولا يشترط وصف كل عضو على حِثَالِه بأوصافه المقصودة، وإن تفاوت بها الغرض والقيمة؛ لأن ذلك يورث عزة المَوْصُوف، لكن في التعرّض للأوصاف التي يعتني بها أهل البصر وترغب بها في الأرقاء كالْكُخْل والدَّعَج<sup>(١)</sup> وتكَلُّم الوجه وسمن الجارية وما أشبهها وجهان: أحدهما وبه قال الشيخ أبو محمد: أنه يجب؛ لأنها مقصودة ولا يورث ذكرها العزة.

وأظهرهما: أنه لا يجب؛ لأن الناس يتسامحون بإهمالها، ويعدون ذكرها استقصاء. وعن القَفَّال: تردد رأي في المَلَاخَة بناء على أنها من جملة المعاني، أو المرجع بها إلى ما يميل إليه طبع كل أحد.

والأظهر: أنه لا يعتبر.

واعلم أن الشَّافعي - رضي الله عنه - ذكر في السَّلْم في العبد أنه يقول: خماسي أو سداسي وأنه ييصف سنه، واختلفوا في التفسير فمنهم من قال: أراد بالخماسي والسداسي التعرض للقدّ يعني خمسة أشبار أو ستة أشبار.

ومنهم من قال: أراد به السن، يعني ابن خمس أو ست فمن قال بالأول حمل قوله: «يصف سنه» على المعنى الثاني، ومن قال بالثاني حمل قوله: «يصف سنه» على الأسنان المعروفة، وأنه يذكر أنه مُفْلَج الأسنان أو غيره، وذلك من طريق الأولى دون الاشتراط، كالتعرض لجَعْوَدَة الشَّعر أو سُبُوطِيَه. وحكى المسعودي أي الخَمَاسي والسُدَّاسي صنفان من عبيد النوبة معروفان عندهم. فرع: ذكر الشيخ أبو حامد في آخرين: أنه لا يجب ذكر الثِيَابَة والبَكَارَة في الجارية. وعن الصَّيْمَرِي: أنه يجب، وبه أجاب صاحب «المهذب» وهو الأولى. آخر: لو شرط كون العبد يهودياً أو نصرانياً جاز كشرط كونه خبازاً، ولو شرط كونه ذا زوجة، وكون الجارية ذات زوج، فعن الصَّيْمَرِي: أنه جائز<sup>(٢)</sup>، وزعم أن ذلك مما لا يندر، وعنه أنه لو شرط كونه سارقاً أو

(١) هو شدة سواد العين مع سعتها.

(٢) بخلاف كونه شاعراً لأن الشعر طبع لا يمكن تعلمه فيعز وجوده بالأوصاف المذكورة وبخلاف خفة الروح وعذوبة الكلام وحسن الخلق للجهالة.

زانياً أو قاذفاً جاز أيضاً، بخلاف ما لو شرط كون الجارية مغنية أو قوادة، وفرق بأنها صناعة محظورة، وتلك أمور تحدث كالعَمَى والعَوْر وقطع اليد، وهذا فرق لا يقبله ذهنك<sup>(١)</sup>.

ثالث: لو أسلم جارية صغيرة في كبيرة فعن أبي إِسْحَاقَ: أنه لا يجوز؛ لأنها قد تكبر وهي بالصفّة المشروطة فيسلمها بعد أن يطأها، فتكون في معنى استيفراض الجوّاري.

والصحيح: الجواز، كإسلام صغّار الإبل في كبارها، وهل يتمكن من تسلمها عما عليه؟ فيه وجهان لاتحاد الثمن والمثمن<sup>(٢)</sup>:

إن قلنا: يتمكّن، فلا مبالاة بالوطء كوطء الثيب وردها بالعيب.

ومن أنواع الحيوان الإبل، ولا بد من التعرض فيها لأمر:

أحدها: الذكورة والأنوثة.

وثانيها: السّن، فيقول ابن مَخَاصٍ أو ابن لُبُونٍ أو ثنيي.

وثالثها: اللّون، فيقول أحمر أو أسود أو أزرق.

ورابعها: النوع، مثل أن يقول: من نَعَم بني فلان ورتّاجهم، وهذا فيما إذا كثر عددهم وعرف بهم يتّاج كطَيء وبني قَيْس، فأما النسبة إلى الطائفة القليلة فهو كتعيين البُسْتَان في الثمار. ولو اختلف نتاج بني فلان، وكان فيها أَرْحِيَّة ومُهْرِيَّة ومَجِيدِيَّة فأظهر القولين: أنه لا بد من التّعيين. وأما قوله: غير (مودون) فإن الشافعي - رضي الله عنه - ذكر في «المختصر» أنه يقول في السلم في البعير غير مودون نفي من العيوب سبّط الخلق، مُحَقَّر الجَبْتَيْن، والمودون: غير ناقص الخلق، والسبّط: المديدُ القامة، الوافر الأعضاء، ومحقر الجنبين عظيمها وواسعها، وانفق الأصحاب على أن ذكر هذه الأمور ليست بشرط، وإنما هو ضرب من التأكيد.

(١) قال الزركشي: الفرق صحيح إذ حاصله أن الغناء والضرب بالعود لا يحصل إلا بالتعليم وهو محظور وما أدى إلى محظور محظور بخلاف الزنا والسرقه ونحوهما، فإنها عيوب تحدث من غير تعلم وفرق بوجه آخر وهو أن الغناء ونحوه لا بد فيه من التعلم وفرق بوجه آخر وهو أن الغناء ونحوه لا بد فيه مع التعلم من الطبع القابل لذلك وهو غير مكتسب فلم يصح وهذا أولى إذ يعتبر على الأول أن يكون الغناء محظوراً بآلة محرمة بخلافه على هذا مع أن التحقيق أن الغناء ليس محرماً مطلقاً وإنما الحرم إذا كان بآلة في الهيئة الاجتماعية.

(٢) قال في الخادم: الراجح التمكن وقد قال في الروضة آخر الباب من زوائده ولو اتفق كون رأس المال على صفة المسلم فيه فأحضره فوجهان أصحهما يجب قبوله والثاني لا يجوز.

ومنها: الخَيْلُ، فيجب التعرض فيها لما يجب التعرض له في الإبل، ولو ذكر معه الشيات<sup>(١)</sup> كالأغز والمُحَجَّل واللَّطِيم<sup>(٢)</sup> كان أولى، ولو أهملهما جاز، وحمل قوله: «أشقر أو أذهم» على البهيم، وكذا القول في البغال والحَمِير والبقر والغنم، وما لا يتبين نوعه بالإضافة إلى قوم يتبين بالإضافة إلى بلد وغيره.

ومنها: الطيور، ويجوز السلم فيها كالتعم وغيرها.

وقال في «المهذب»: لا يجوز؛ لأنه لا يضبط سننها ولا يعرف قدرها بالذراع، فعلى المشهور يوصف منها النوع والصغر والكبر من حيث الجئة، ولا يكاد يعرف سننها، فإن عرف وصف به، ويجوز السلم في السمك والجراد حياً وميتاً عند عموم الوجود، ويوصف كل جنس من الحيوان بما يليق به.

قال الغزالي: وَيَقُولُ فِي اللَّحْمِ: لَحْمُ بَقْرٍ أَوْ عَنَمٍ ضَانٍ أَوْ مَعَزٍ ذَكَرٍ أَوْ أُنْثَى خَصِيٍّ أَوْ غَيْرِ خَصِيٍّ رَضِيْعٍ أَوْ فَطِيمٍ مَغْلُوفَةٍ أَوْ رَاعِيَةٍ مِنَ الْفَخْدِ أَوْ مِنَ الْجَنْبِ، وَلَا يَشْتَرَطُ نَزْعُ الْعَظْمِ.

قال الرافعي: السلم في اللحم جائز خلافاً لأبي حنيفة.

لنا أنه يمكن ضبط صفاته فأشبه الثمار، ويجب فيه بيان أمور:

أحدها: الجنس، فيقول: لحم إبل أو بقر أو غنم.

والثاني: النوع، فيقول: لحم بقر أهلي أو جواميس، ولحم ضأن أو معز.

الثالث: الذكورة والأنوثة، وإذا بين الذكورة فليبين أنه خصي أو غير خصي.

والرابع: السن، فيقول: صغير أو كبير، ومن الصغير رضيع أو فطيم، ومن الكبير جذع أو ثني.

والخامس: يبين أنه من راعية أو مغلوفة؛ لأن كل واحد من النوعين مطلوب من وجه. قال الإمام: ولا اكتفاء بالعلف بالمخرة والمرات حتى ينتهي إلى مبلغ مؤثر في اللحم. فإن قلت: أطلق الأصحاب قولهم باعتبار هذا الأمر ولفظ الشافعي - رضي الله عنه - في «المختصر»، ويقول في لحم البعير خاصة بغير راع فكيف الجمع؟

فالجواب: أن النص محمول على عاداتهم، فإنهم كانوا لا يغلفون إلا الإبل، فلم

(١) أي اللون المخالف لمعظم لون الفرس.

(٢) وهو ما سالت غرته في أحد شقي وجهه وقال الماوردي: ولا يجوز السلم في فرس أبلق لعدم انضباطه وفي البحر وجه أنه يجوز.

يفتقروا إلى التقييد في غير الإبل، فأما حيث جرت العادة بعلف غيره فلا بُدَّ من بيانه.

والسادس: يبين موضعه أهو من الفخذ أو الجنب أو الكتف لاختلاف الأغراض؟

وفي كتب العراقيين اعتبار أمر شائع، وهو بيان السمن والهزال، ولا يجوز شرط الأعجف؛ لأن العجف هزال عن علة، وشرط العنب مفسد على ما سيأتي إن شاء الله تعالى ويجوز في اللحم المملح والقديد إذا لم يكن عليه عين الملح، فإن كان فقد مر الخلاف في نظيره، ثم إذا أطلق السلم في اللحم وجب قبول ما فيه من العظم على العادة، وإن شرط نزع العظم جاز ولم يجب قبوله، ويجوز السلم في الشحم والأبنة والكبد والطحال والكلى والرئة.

وإذا أسلم في لحم الصيد ذكر ما يجب ذكره في سائر اللحوم، لكن الصيد الذكر لا يكون إلا فحلاً وراعياً، فلا حاجة إلى التعرض للأمرين.

قال الشيخ أبو محمد والمقتدون به: ويبين أنه صيد بأخولة أو بسهم أو بجارحة، ويبين أنها كلب أو فخذ؛ لأن صيد الكلب أطيب لطيب نكهته، وفي لحم الطير والسّمك يبين الجنس والنوع والصغر والكبر من حيث الجثة، ولا حاجة إلى ذكر الذكورة والأنوثة إلا إذا أمكن التمييز وتعلق به الغرض، ويبين موضع اللحم إذا كان الطير والسّمك كثيرين، ولا يلزم قبول الرأس والرجل من الطير، والذنب من السمك.

قال الغزالي: وَلَا يَسْلَمُ فِي الْمَطْبُوحِ وَالْمَشْوِيِّ إِذَا كَانَ لَا يُعْرَفُ قَدْرُ تَأْثِيرِ النَّارِ فِيهِ بِالْعَادَةِ.

قال الرافعي: لا يجوز السلم في اللحم المطبوخ والمشوي لاختلاف الغرض باختلاف تأثير النار فيه وتعذر الضبط، وفي السلم في الخبز وجهان ذكرناهما في فصل المختلطات.

وجه الجواز: أن لتأثير النار فيه نهاية مضبوطة كالسمن والذنب والسكر والفانيد كالخبز<sup>(١)</sup> فيجري في مثلها الوجهان، وأشار الإمام إلى طريقة قاطعة بجواز السلم في السكر والفانيد وفي اللبأ الوجهان:

(١) قضيته عدم صحة السلم في ذلك وفي تصحيح التنبيه للشيخ النووي صحة السلم في السكر وقال: إن ناره لطيفة. قال السبكي: ومن قال إن نار السكر لطيفة لا عهد له بعمل السكر، ونقل الشيخ الإمام البلقيني عن نص الأم جواز السلم في السكر. واعلم أن الخلاف في الدبس محله حيث لم يخالطه ماء أو لم يؤثر فيه النار وإلا فيبطل قطعاً. قيل: وما ذكره الشيخ عن صاحب التتمة في اللبأ سهو فإن الذي فيها القطع بالمنع.

اختيار الشيخ أبي حامد: المنع. واختيار القاضي أبي الطيب: الجواز.

فأما ما جفف ولم يطبخ فيجوز السَّلْم فيه بلا خلاف، ويقرب من صور الخلاف تردد صاحب «التقريب» في السَّلْم في الماء، وزُدَّ لاختلاف تأثير النار فيما يتصعد ويُقَطَّر، واستبعد إمام الحرمين وجه المنع فيها جميعاً، ولا عبرة بتأثير الشمس بل يجوز السَّلْم في العسل المُصَفَّى بالشمس، وفي العسل المُصَفَّى بالنار والوجهان في الدُّبْس ونحوه، ومما يوجه به المنع أن النار تعيبه وتسرع الفساد إليه.

قال الغزالي: **وَفِي السَّلْمِ فِي الْحَيَوَانَاتِ بَعْدَ التَّنْقِيَةِ مِنَ الشُّمُورِ قَوْلَانِ لِيَتَرَدَّدَا بَيْنَ الْحَيَوَانَاتِ وَالْمَعْدُودَاتِ، وَالْأَصْحُ فِي الْأَكَارِعِ الْجَوَازُ لِقَلَّةِ الْاِخْتِلَافِ فِي أَجْزَائِهَا.**

قال الرَّافِعِيُّ: **فِي السَّلْمِ فِي رُؤُوسِ الْحَيَوَانَاتِ الْمَأْكُولَةِ قَوْلَانِ:**

أحدهما: الجواز، وبه قال مالك وأحمد، كالسَّلْمِ في جملة الحيوان، وكالسَّلْمِ في لحم الفَحْدِ وسائر الأعضاء.  
وأظهرهما: المنع.

وبه قال أبو حنيفة؛ لاشتغالها على أبعاض مختلفة كالمناخِرِ والمَشَافِرِ وغيرها، وتعذر ضبطها، ويخالف السَّلْمِ في الحيوان، فإن المقصود جملة الحيوان من غير تجريد النظر إلى آحاد الأعضاء، ويخالف السَّلْمِ في لحوم سائر الأعضاء، فإن لحم سائر الأعضاء أكثر من عظمها والرأس على العكس، والأَكَارِعُ كالرؤوس<sup>(١)</sup>.

ورأى صاحب الكتاب، الجواز فيها أصح لأنها أقرب إلى الضبط، لكن الجمهور على الأول بل عن القاضي أبي الطيب الرمز إلى القطع بالمنع فيها.  
فإن قلنا: بالجواز فيهما فذلك بشروط:

أحدها: أن تكون مُنْقَاةً من الصوف والشعر، فأما السَّلْمِ فيها من غير تنقية فلا يجوز لتستر المقصود بما ليس بمقصود.

والثاني: أن توزن، فأما بالعدد فلا لاختلافها في الصغر والكبر.

والثالث: أن تكون نَيَّةً، فأما المَطْبُوحَةُ والمَشْوِيَةُ فلا سَلْمَ فيها بحال، وفي كتاب القاضي ابن كج اعتبار شرط آخر: وهو أن تكون المَشَافِرِ والمَنَاخِرِ مُنْحَاةً عنها، وهذا لا اعتماد عليه.

وقوله في الكتاب: (لترددها بين الحيوانات والمعدودات) إشارة إلى توجيهه

(١) قال النووي: فإذا جوزناه في الأَكَارِعِ فمن شرطه أن يقول: من الأيدي والأرجل.

القولين، فوجه الجواز الشبه بالحيوانات، ووجه المنع أن الوزن لا يكفي فيها لكون الكبر مقصوداً منها، فتلحق بالمعدودات، ولا يجوز السلم فيها بالعد كما سبق، وفي لفظ «المختصر» إيماء إلى هذا الكلام، فإنه قال: وأرى الناس تركوا وزن الرؤوس؛ لما فيها من الصوف وأطراف المشافر والمناخر وما أشبه ذلك؛ لأنه لا يؤكل.

قال الغزالي: وَيَجُوزُ السَّلْمُ فِي اللَّبَنِ، وَالسَّمَنِ، وَالزُّبْدِ، وَالْمَخِيضِ وَالْوَبْرِ، وَالصُّوفِ، وَالْقَطْنِ، وَالْإِبْرَسِمِ، وَالْعَزَلِ الْمَضْبُوعِ وَعَبْرِ الْمَضْبُوعِ، وَكَذَا فِي الثِّيَابِ بَعْدَ ذِكْرِ النَّوْعِ وَالذَّقَّةِ وَالغَلْظِ وَالطُّوْلِ وَالْعَرْضِ، وَكَذَا فِي الْحَطَبِ وَالخَشَبِ، وَالْحَدِيدِ، وَالرِّضَاصِ، وَسَائِرِ أَصْنَافِ الْأَمْوَالِ إِذَا اجْتَمَعَتِ الشَّرَائِطُ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا.

قال الرافعي: في الفصل صور:

أحداها: يجوز السلم في اللبن، ويبين فيه ما يبين في اللحم، سوى الأمر الثالث والسادس، ويبين نوع العلف لاختلاف العرض بذلك، ولا حاجة إلى ذكر اللون ولا إلى ذكر الحلاوة، فإن أطلق ينصرف إلى الحلو، بل لو أسلم في اللبن والحامض لم يجز؛ لأن الحموضة عيب فيه، ولو أسلم في لبن يومين أو ثلاثة فإنما يجوز ذلك إذا بقي حلواً في تلك المدة، وفي السلم في السمن ما يبين في اللبن، ويذكر أنه أبيض أو أصفر.

وهل يحتاج إلى التعرض للحديث والعتيق؟

قال الشيخ أبو حامد: لا، بل العتيق معيب لا يصح السلم فيه.

وقال القاضي أبو الطيب: العتيق المتغير هو المعيب لا كل عتيق فيجب البيان، وفي الزبد يذكر مثل ما في السمن، ويذكر أنه زيد يومه أو أسه، ويجوز السلم في اللبن كيلاً ووزناً، لكن لا يكال حتى تسكن الرغوة، ويوزن قبل سكونها، وكذا السمن يكال ويوزن، إلا إذا كان جامداً يتجافى في المكيال فيتعين الوزن، وليس في الزبد إلا الوزن، وكذا في اللبء المجفف، وقبل الجفاف هو كاللبن، وإذا جوزنا السلم في الجبن وجب بيان نوعه وبلده وأنه رطب أو يابس.

وأما قوله: (والمخيض) فاعلم أن المخيض الذي فيه ماء لا يجوز السلم فيه، نص عليه الشافعي - رضي الله عنه - وقد أدرجناه في أثناء المختلطات، فالذي ذكره محمول على ما إذا مخض اللبن من غير ماء وحينئذ فوصفه بالحموضة لا يضر؛ لأن الحموضة مقصودة فيه.

الثانية: إذا أسلم في الصوف قال: صوف بلد كذا لاختلاف العرض به ويبين لونه وطوله وقصره، وأنه خريفي أو ربيعي، فالخريفي أنظف، وأنه من ذكور أو إناث فصوف الإناث أشد نعومة واستغنوا بذلك عن ذكر اللين والخشونة، ولا يقبل إلا نقياً من الشوك



والبعر، وإن شرط كونه مغسولاً جاز إلا أن يعيبه الغسل والوَبْر والشعر كالصوف والطريق فيهما الوزن.

**الثالثة:** يبين في القطن بلده ولونه<sup>(١)</sup>، وكثرة لحمه وقلته، والخشونة والنعومة، وكونه عتيقاً أو حديثاً إن اختلف الغرض به، والمطلق يحمل على الجاف وعلى ما فيه الحب، ويجوز في الحليج وفي حب القطن، ولا يجوز في القطن في الجوزق قبل التشقق، وأما بعده ففي «التهديب»: أنه يجوز.

وقال في «التتمة»: ظاهر المذهب أنه لا يجوز لاستتار المقصود بما لا مصلحة فيه، وهذا ما أطلق العراقيون حكاية عن النص.

**الرابعة:** يبين في الإبر سيم بلده ولونه ودقته وغلظه، ولا حاجة إلى ذكر الخشونة والنعومة، ولا يجوز السلم في القز وفيه الدود حية كانت أو ميتة؛ لأنها تمنع معرفة وزن القز بعد خروج الدود.

وإذا أسلم في الغزل ذكر ما ذكر في القطن، ويذكر الدقة والغلظ أيضاً، ويجوز السلم في غزل الكتان أيضاً، ويجوز شرط كونه مضبوغاً، ولا بد من بيان الصنغ.

**الخامسة:** إذا أسلم في الثياب بين الجنس أنه من إبرنيسم أو كتان أو قطن، والنوع والبلد الذي ينسج فيه إن اختلف به الغرض، وقد يغني ذكر النوع عنه، وعن الجنس أيضاً ويبين الطول والعرض والغلظ والدقة والصفاء فيه والرقه والنعومة والخشونة، ويجوز في المقصور والمطلق محمول على الخام، ولا يجوز في اللبيس لأنه لا ينضب، ويجوز فيما صبغ غزله قبل النسج، كالبرود، والمشهور في كتب الأصحاب أنه لا يجوز في المصبوغ بعد النسج، ووجوه بشيئين:

**أحدهما:** أن الصنغ عين مرئية وهو مجهول المقدار، والغرض يختلف باختلاف أقداره.

**والثاني:** أنه يمنع معرفة النعومة والخشونة وسائر صفات الثوب.

وحكى الإمام عن طائفة منهم شيخه أنه يجوز، وبه قال صاحب «الحاوي» وهو

(١) قال الأزرعي: ذكر اللون متعين في بعض الثياب كالحرير والقز والوبر، وكذا القطن ببعض البلاد منه أبيض ومنه أشقر حلفة وهو عزيز وتختلف الأغراض والقيم بذلك. وقد سبق إلى ذكرها الشيخ أبو حامد فقال: والغلظ والرقه والصفاء والدقة. والتعريف يفيد اشتراط أحدهما فقط ومعرفة ما يقابله ولا شك أن الغلظ والرقه راجعان إلى كيفية الغزل والأخيران إلى كيفية النسج. فالصفاء كما قاله في المسح على الخفين هو انضمام بعض الخيوط إلى بعض مأخوذ من الصفق وهو الضرب والدقة تباعدها. وليس مذكوراً.

القياس، ولو صح التوجيهان لما جاز السِّلْم في المنسوج بعد الصبغ أيضاً، وفي الغزل المصبوغ<sup>(١)</sup> أيضاً.

وعن الصيمري تجويز السِّلْم في القميص والسراويلات، إذا ضبطت طولاً وعرضاً وضيقاً وسِعة<sup>(٢)</sup>.

السادس: الخشب أنواع منها: الحطَب، فإذا أسلم فيه ذكر نوعه وغلظه ودقته وأنه من نفس الشجر أو أغصانه ووزنه، ولا يجب التَّعرض للرطوبة والجفاف، والمطلق محمول على الجاف، ويجب قبول المَعْوَج والمستقيم.

ومنها: ما يطلب للبناء، كالجُدُوع فيبين فيها النوع والطول والغلظ والدقة، ولا حاجة إلى ذكر الوزن خلافاً للشيخ أبي محمد، ولو ذكر جاز بخلاف الثياب.

قال الشيخ أبو حامد: لأنه يمكن أن ينحت منها عنه ما يزيد على القدر المشروط، ولا يجوز السِّلْم في المَخْرُوط لاختلاف أعلاه وأسفله<sup>(٣)</sup>.

ومنها: ما يطلب ليغرس فيسلم فيه بالعدد، ويذكر النوع والطول والغلظ.

ومنها ما يطلب ليتخذ منه القِسيّ والسُّهَام، فيذكر فيها التُّوع والدقة والغلظ، وزاد بعضهم التَّعرض لكونه سَهْلِيّاً أو جَبَلِيّاً؛ لأن الجبلي أصلح لها، ومنهم من اعتبر التَّعرض للوزن أيضاً وفي خشب البناء.

السابعة: إذا أسلم في الحديد ذكر نوعه، وأنه ذكر أو أنثى ولونه وخشونته ولينه وفي الرِّصَاص يذكر نوعه من قلعي وغيره، وفي الصخر من شبه وغيره ولونهما وخشونتهما ولينهما، ولا بد من الوزن في جميع ذلك، وكل شيء لا يتأتى وزنه بالقَبَّان لكبره يوزن بالعرض على الماء، هذا شرح الصور التي نص عليها صاحب الكتاب، وترد فيها بصور على الاختصار، فنقول:

العلم في المنافع كتعليم القرآن وغيره جائز، ذكره الروياني، ويجوز السلم في الدراهم والدنانير، على أصح الوجهين؛ لأنه مال يسهل ضبطه.

(١) في ط: المنسوج.

(٢) ذكر في باب الخلع أنه لا يجوز السلم في القمص والسراويلات إذا ضبطت. قال في المهمات، والفتوى على ما في الخلع. وقال الأذرعى: الأقرب ما ذكره الصيمري ونقله عن الماوردي والروياني.

(٣) استثنى في الوسيط ما إذا تناسب على وجه يمكن ضبطه ولا يختلف. قال في المطلب: وهذا لا نزاع فيه.

والثاني وبه قال أبو حنيفة: أنه لا يجوز، وعلى الأول يشترط أن يكون رأس المال غير الدرّاهم والدنانير<sup>(١)</sup>.

ويجوز السّلم في أنواع العطر العامة الوجود والكافور ويذكر وزنها ونوعها، فيقول: عتبر أشهب أو غيره، قطاع أو فتات.

ويجوز السّلم في الزجاج والطين والجصّ والثورة، وحجارة الأرحية والأبنية والأواني، ويذكر نوعها وطولها وعرضها وغلظها، ولا حاجة إلى ذكر الوزن<sup>(٢)</sup>.

ولا يجوز في البرام<sup>(٣)</sup> المعمولة، ولا في الكيزان والحباب والطوب والمناثر والقماقم والطناجر<sup>(٤)</sup> لندرة اجتماع الوزن مع الصفات المشروطة، ولتعذر ضبطها، نعم ما يصب منها في القالب يجوز السّلم فيه؛ لأنه لا يختلف، وكذا في الأسطال المربعة، كما يجوز في مربعات الصّرم وقطع الجلود وزناً، ولا يجوز في الجلود على هيئتها لتفاوتها دقّة وغلظاً وتعذر ضبطها.

ويجوز السّلم في الكاغد عدداً ويبين فيه النوع والطول والعرض.

وفي اللبن والآجر، وفي الآجر، وجه لتأثير النار فيه، ولا يجوز السّلم في العقار؛ لأنه يحتاج فيه إلى بيان المكان، وإذا بين تعين. ولا يجوز في العلس والأرز لاستتارهما بالكمام، ويجوز في الدقيق.

وعن الداركي: أنه لا يجوز، وإذا أسلم في الثمر بين النوع، فيقول مغلبي أو بزني، والبلد، فيقول: بَغْدَادِي أو بَصْرِي، واللون، وصغر الحبات وكبرها، وكونه حديثاً أو عتيقاً، ولا يجب تقدير المدة التي مضت عليه، والحنطة وسائر الحبوب كالتمر، وفي الرطب يبين جميع ذلك سوى الحديث والعتيق.

وفي «الوسيط»: أنه يجب التعرض لذلك في الرطب، ولا حاجة إليه في البز والحبوب، وهو خلاف النّص وما عليه عامة الأصحاب، وفي العسل يبين أنه جبلي أو

(١) قال في زيادته: اتفق أصحابنا على أنه لا يجوز إسلام الدراهم في الدنانير ولا عكسه سلماً مؤجلاً، وفي الحال، وجهان محكيان في البيان وغيره، الأصح المنصوص في الأم في مواضع: أنه لا يصح، والثاني يصح بشرط قبضها في المجلس، قاله القاضي أبو الطيب.

(٢) قال النووي: عدم اشتراط الوزن في الأرحية هو الأصح، وبه قطع الشيخ أبو حامد والبيهقي، وآخرون، وقطع الغزالي باشتراطه وادعى إمام الحرمين الاتفاق عليه وليس كما ادعى.

(٣) جمع برمة وهي القدر وتقيدها بالمعمولة كأنه للاحتراز عن الهبوب في الغالب وحيثذ يكون ذلك قديماً.

(٤) بكسر الطاء قاله الصفاي وهو عجمي معرب والمراد به الدمست.

بَلَدِي، صَيْفِي أَوْ خَرِيفِي، أَيْضُ أَوْ أَصْفَرُ، وَلَا حَاجَةَ إِلَى ذِكْرِ الْحَدِيثِ وَالْعَتِيقِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَخْتَلِفُ الْغَرَضُ بِهِ، وَيَقْبَلُ مَا رَقَّ بِسَبَبِ الْجَزِّ وَلَا يَقْبَلُ مَا رَقَّ رَقَّةَ عَيْبٍ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وهذا باب لا ينحصر فاغتنن بالمذكور عن المتروك.

قال الغزالي: فَإِنْ شَرَطَ الْجَوْدَةَ جَارَ، وَنَزَلَ عَلَى أَقْلِ الدَّرَجَاتِ، وَإِنْ شَرَطَ الْأَجُودَ لَمْ يَجْزُ إِذْ لَا يَغْرَفُ أَقْصَاهُ، وَإِنْ شَرَطَ الرِّدَاءَةَ فَكَذَلِكَ لَا يَجُوزُ فَإِنْ شَرَطَ الْأَزْدَ جَارَ عَلَى الْأَصْحِ، لِأَنَّ طَلَبَ الْأَزْدِ عِنَادَ مَخْضٍ فَلَا يَثُورُ بِهِ نِزَاعٌ، وَالْوَصْفُ الَّذِي بِهِ التَّعْرِيفُ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ بِلَغَةٍ يَغْرَفُهَا غَيْرُ الْمُتَعَارِقِينَ.

قال الرَّافِعِيُّ: مضمون الفصل مسألتان:

إحدهما: ذهب العراقيون من مشايخنا إلى اشتراط التَّعَرُّضِ لِلجَوْدَةِ أَوْ لِلرِّدَاءَةِ، فِي كُلِّ مَا يَسْلَمُ فِيهِ، وَعَلَّلُوهُ بِأَنَّ الْقِيَمَةَ، وَالْأَغْرَاضَ تَخْتَلِفُ بِهِمَا وَظَاهِرُ النَّصِّ يُوَافِقُ مَا ذَكَرُوهُ، وَقَالَ غَيْرُهُمْ: لَا حَاجَةَ إِلَى غَيْرِهِ، وَيَحْمَلُ الْمُطْلَقَ عَلَى الْجَيِّدِ، وَهُوَ الْأَظْهَرُ<sup>(١)</sup>، وَإِيرَادُ الْكِتَابِ يُوَافِقُهُ.

وسواء قلنا بالاشتراط أو لم نقل، فإذا شرط الجَوْدَةَ نزل على أقل الدرجات، كما إذا شرط صِفَةَ أُخْرَى، وَلَوْ شَرَطَ الْأَجُودَ لَمْ يَجْزُ؛ لِأَنَّ أَقْصَاهُ غَيْرُ مَعْلُومٍ، فَكَأَنَّهُ شَرَطَ شَيْئاً مَجْهُولاً، وَأَيْضاً فَإِنَّهُ مَا مِنْ جَيِّدٍ<sup>(٢)</sup> يَأْتِي بِهِ إِلَّا وَالْمُسْلِمُ يَطَالِبُهُ بِمَا هُوَ أَجُودُ مِنْهُ تَمَسُّكاً بِاللَّفْظِ فَيُدُومُ النِّزَاعُ بَيْنَهُمَا، وَإِنْ شَرَطَ الرِّدَاءَةَ فَقَدْ أُطْلِقَ فِي الْكِتَابِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ، وَفَصَّلَ كَثِيرُونَ فَقَالُوا: شَرَطَ رِدَاءَةَ النُّوعِ يَجُوزُ لِانْتِزَابِهِ، وَشَرَطَ رِدَاءَةَ الْعَيْبِ وَالصِّفَةِ لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهَا لَا تَنْضَبُطُ، وَمَا مِنْ رَدِيءٍ إِلَّا وَهَنَّاكَ خَيْرٌ مِنْهُ، وَإِنْ كَانَ رَدِيئاً فَيَفْضِي إِلَى النِّزَاعِ<sup>(٣)</sup>. وَاعْلَمْ أَنَّ الْمُسْلِمَ فِيهِ لَا بُدَّ مِنَ التَّعَرُّضِ لَهُ عَلَى مَا سَبَقَ، وَإِنْ لَمْ يَنْصَحْ عَلَى النُّوعِ، وَتَعَرَّضَ لِلرَّدِيءِ تَعْرِيفاً لِلنُّوعِ فَذَلِكَ مُحْتَمَلٌ لَا مُحَالَةَ، وَإِنْ نَصَّ عَلَى النُّوعِ فَذَكَرَ الرِّدَاءَةَ حَشْوً. وَأَمَّا رِدَاءَةُ الصِّفَةِ فَالَّذِي حَكَيْنَاهُ عَنِ الْعِرَاقِيِّينَ يَقْتَضِي تَجْوِيزَ اشْتِرَاطِهِ؛ لِأَنَّهُمْ ذَكَرُوا فِي مُقَابَلَةِ الْجَوْدَةِ، وَلَا شَكَّ أَنَّهُمْ لَمْ يَرِيدُوا بِهَا جَوْدَةَ النُّوعِ، وَلَهُمْ أَنْ يَعْتَرِضُوا فَيَقُولُوا: هَبْ أَنْ رِدَاءَةَ الصِّفَةِ لَا تَنْضَبُطُ، لَكِنَّ الْجَوْدَةَ أَيْضاً كَذَلِكَ، وَقَدْ نَزَلْنَاهَا عَلَى أَقْلِ الدَّرَجَاتِ، فَلَمْ لَا تَفْعَلْ فِي الرِّدَاءَةِ مِثْلَهُ، وَإِنْ شَرَطَ الْأَزْدَ ففِيهِ قَوْلَانِ، وَيُقَالُ

(١) قال النووي: قوله ظاهر النص مما ينكر عليه، فقد نص عليه في مواضع من (الأم) نصاً صريحاً.

(٢) في ط: شيء.

(٣) قال النووي: وقد قال بالبطلان أيضاً إمام الحرمين، والأصح: الصحة، وبه قطع العراقيون، ونص عليه الشافعي - رضي الله عنه - في الأم نصاً صريحاً في مواضع.

وجهان: أحدهما، وهو المنصوص في «المختصر»: أنه لا يجوز؛ لأنه لا يوقف على أقصاه كما في الأجود.

وأصحهما: الجواز؛ لأنه إذا أتى برديء لم يطالبه المسلم بما هو أردأ منه، وإن طالبه به فكان معانداً فيمنع منه، ويجبر على قبوله.

ولك أن تعلم قوله في الكتاب: (وإن شرط الجودة لم يجز) بالواو؛ لأن في تعليق الشيخ أبي حامد أن من أصحابنا من خرج قولاً أنه جائز، وكذلك قوله: (فكذلك لا يجوز) لما قدمناه والله أعلم.

الثانية: صفات المسلم فيه المذكورة في العقد تنقسم إلى مشهورة عند الناس وإلى غير مشهورة، وذلك قد يكون لدقة معرفتها كما في الأدوية والعقاقير، وقد يكون لغرابة الألفاظ المستعملة فيها، فلا بد من معرفة المتعاقدين بها، فلو جهلاها أو أحدهما لم يصح العقد، وهل يكفي معرفتها؟ فيه وجهان:

أظهرهما: لا، وهو المنصوص، بل لا بد من أن يعرفها غيرهما ليرجع إليه عند تنازعهما.

والثاني: أنه يكفي معرفتهما، والنص محمول على الاحتياط، فإن قلنا بالأول فهذا شرط آخر للسلم، وهل تعتبر فيها الاستفاضة أم يكفي معرفة عدلين سواهما؟ فيه وجهان:

أظهرهما: الثاني.

ويجري الوجهان فيما إذا لم يعرف المكيال إلا عدلان.

واعلم أن جميع ما ذكرناه الآن من معرفة المتعاقدين وغيرهما يخالف ما قدمنا في مسألة فُضح النَّصاري من بعض الوجوه، ولعل الفرق أن الجهالة هناك راجعة إلى الأجل، وهاهنا راجعة إلى المعقود عليه فجاز أن يحتمل من نيل الجهالة ما لا يحتمل من هذه، والله تعالى أعلم.

## الباب الثاني

### في أداء المسلم فيه والقرض

قال الغزالي: أما المسلم فيه فالتَّظَرُّ فِي صِفَتِهِ وَرَمَانِهِ وَمَكَانِهِ (أَمَا صِفَتُهُ) فَإِنْ أَتَى بِغَيْرِ جِنْسِهِ لَمْ يُقْبَلْ لِأَنَّهُ اِعْتِيَاضٌ وَذَلِكَ غَيْرُ جَائِزٍ فِي الْمُسْلِمِ فِيهِ، وَإِنْ كَانَ مِنْ جِنْسِهِ وَلَكِنَّهُ أَجْوَدُ وَجِبَ قَبُولُهُ، وَإِنْ كَانَ أَرْدَأَ مِنْهُ جَارَ قَبُولُهُ وَلَمْ يَجِبْ، وَإِنْ أَتَى بِنَوْعٍ آخَرَ

أَسْلَمَ فِي الرَّبِيبِ الْأَبْيَضِ فَجَاءَ بِالْأَسْوَدِ، فَفِي جَوَازِ الْقَبُولِ وَجْهَانِ إِذْ يَكَادُ أَنْ يَكُونَ اغْتِيَاضًا.

قال الرَّافِعِيُّ: قوله: «والقرض» معطوف على «الأداء» على المسلم فيه، لأنه لم يقصر الكلام في القرض على أدائه، بل تكلم في فصول منها الأداء.

إذا عرفت ذلك، فاعلم أن الاعتياض عن المسلم فيه قبل القبض غير جائز لما مرّ في النّظر الثالث من «كتاب البيع»، فلا يجوز أن يستبدل عنه غير جنسه، وإن لم يختلف الجنس، فإما أن لا يختلف.

الحالة الأولى: أن لا يختلف، فينظر إن أتى بالمسلم فيه على الصفة المشروطة وجب قبوله، وإن أتى به على صفة أجود مما شرط جاز قبوله، وفي الوجوب وجهان: أحدهما: لا يجب لما فيه من المنة.

وأصحهما وهو المذكور في الكتاب: أنه يجب، لأن إتيانه به يشعر بأنه لا يجد سبيلاً إلى إبراء ذمته بغيره، وذلك يهون أمر المنّة، وإن أتى به أردأ ممّا شرط جاز القبول ولم يجب.

الحالة الثانية: أن يختلف كما لو أسلم في الثمر المغقلي، فجاء بالبرني، أو في الربيب الأبيض فجاء بالأسود، أو في الثوب الهروي فجاء بالمزوي، فلا يجب على المسلم قبوله لاختلاف الأغراض باختلاف الأنواع.

ومنهم من حكى وجهاً آخر: أنه تمسكاً بقول الشافعي - رضي الله عنه - وأصل ما يلزم السلف قبوله ما سلف فيه أن يأتيه به من جنسه. فإن قلنا بالأول فهل يجوز قبوله؟ فيه وجهان:

أظهرهما وبه قال الشيخ أبو حامد: لا؛ لأنه يشبه الاعتياض، كما لو اختلف الجنس.

والثاني: نعم، كما لو اختلفت الصفة، وذكروا خلافاً في أن التفاوت بين التركيبي والهندي من العبيد تفاوت جنس أو تفاوت نوع.

والصحيح: الثاني، وفي أن التفاوت بين الرطب أو التمر، وبين ما يسقى بماء السماء، وما يسقى بغيره تفاوت نوع أو صفة والأشبه الأول.

فرع: ما أسلم فيه كيلاً لا يجوز قبضه وزناً وبالعكس، وعند الكيل لا يزلزل المكيال ولا يوضع الكف على جوانبه.

آخر: إذا أسلم في الحنطة وجب تسليمها نقية من الزوان والمدّر والثراب، فإن

كان فيها شيء قليل من ذلك، وقد أسلم كيلاً جاز، وإن أسلم وزناً لم يجز<sup>(١)</sup>.

ويجب تسليم التمر جافاً<sup>(٢)</sup>، والرطب صحيح غير مشدخ<sup>(٣)</sup>.

قال الغزالي: (أما الزمان) فلا يطالب به قبل المحل ولكن إن جاء به قبله وله في التّعجيل غرض بأن كان بالدين رهن أو ضامن أو كان يظهر (و) خوف الانقطاع وجب القبول، كما يجب قبول النجوم من المكاتب قبل المحل، وإن لم يكن له غرض سوى البراءة نظر فإن كان للممتنع غرض بأن كان في زمان نهب أو غارة أو كانت دابة يحدّر من علفها فلا يجبر، وإن لم يكن من الجانبين غرض فقولان في الإيجاب.

قال الرافعي: السلم إما مؤجل أو حال، فإن كان مؤجلاً فلا يخفى أنه لا يطالبه بالمسلم فيه قبل المحل، وإلا لبطل فائدة التأجيل، ولو أتى المسلم إليه به قبل المحل، وامتنع المسلم من قبوله، فترتيب صاحب الكتاب يخالف ترتيب الجمهور، فنذكر ما ذكره ثم نعود إلى ما أورده.

قال الجمهور: إن كان له في الامتناع غرض كما إذا كان وقت نهب، أو كان المسلم فيه حيواناً يحدّر من علفه، أو ثمرة أو لحماً يريد أكله عند المحل طرياً، أو كان مما يحتاج إلى مكان مؤونة كالحنطة والقطن الكثيرين، فلا يجبر على القبول لتضرره، وإن لم يكن به غرض في الامتناع، فإن كان للمؤدي غرض في التّعجيل سوى براءة الذمة كما لو كان به رهن يريد فكاهه، أو ضامن يريد براءته يجبر على القبول، كالمكاتب يعجل النجوم ليعتق يجبر السيد على قبولها، وهل يلتحق بهذه الأعداء خوفه من انقطاع الجنس قبل الحلول ففيه وجهان:

المذكور منهما في الكتاب: أنه يلحق لما في التأخير من خطر انفساخ العقد، أو ثبوت حق الفسخ، وإن لم يكن للمؤدي غرض سوى البراءة ففيه قولان:

أحدهما: أنه لا يجبر المستحق على القبول؛ لأن التّعجيل كالشبرع بمزيد، فلا يكلف تقلد المنة.

(١) قال النووي: هكذا أطلق جمهور الأصحاب، وقال صاحب «الحاوي»: فيما إذا أسلم كيلاً، إلا أن يكون لإخراج التراب مؤونة، فلا يلزمه قبولها. قال في «البيان» دقاق التبن كالتراب. ينظر الروضة ٢٧٠/٣.

(٢) لو في أول جفافه لأنه قبل جفافه لا يسمى تمراً ولا يجزى ما تنهى جفافه حتى لم يبق فيه نداوة لأن ذلك نقص كما ذكره ابن الرفعة والسبكي وغيرهما.

(٣) وهو البسر يعالج بالغمر ونحوه حتى يتشدخ أي يترطب، وهو يسمى بالمعمول في بلاد مصر.

وأصحهما وهو المنصوص في «المختصر»: أنه يجبر؛ لأن براءة الذمة غرض ظاهر، وليس للمستحق غرض في الامتناع فيمنع من التّعنت، وإن تقابل غرض المُمْتنع والمؤدي، فقد حكى الإمام فيه طريقين:  
أحدهما: أنهما يتساقطان.

وأصحهما: أن المَزْعِيّ جانب المستحق، وحكى أيضاً عن بعضهم طرد القولين فيما إذا كان للمعجل غرض في التّعجيل، ولم يكن للممتنع غرض في الامتناع، وهو غريب. وأما صاحب الكتاب فإنه راعى جانب المؤدي أولاً فقال: «إن كان له غرض في التّعجيل يجبر الممتنع على القبول، وإلا فإن كان له غرض في الامتناع فلا يجبر، وإلا فقولان»، ولا يخفي مخالفته لطريقة الجمهور، فإن ذكره عن ثبت فهو منفرد بما نقل، وإلا فقد التّبس الأمر عليه. والله أعلم.

وحكم سائر الديون المؤجلة فيما ذكرنا حكم المُسَلَّم فيه.

وأما السَّلْم الحال فالمطالبة فيه متوجهة في الحال، ولو أتى المسلم إليه بالمسلم فيه، وأبى المسلم قبوله، نظر إن كان للمعجل غرض سوى البراءة أجبر على القبول، وإلا فطريقان:

أحدهما: أنه على القولين وجه عدم الإيجاب أنه يقول: الحق لي فلي أن أؤخره إلى أن أشاء.

وأصحهما: أنه يجبر على القبول أو الإبراء، وحيث ثبت الإيجاب فلو أصر على الامتناع أخذه الحاكم، فروي أن أنساً - رضي الله عنه - كاتب عبداً له على مال، فجاء العبد بالمال، ولم يقبله أنس فأتى العبد عمر - رضي الله عنه - فأخذ المال منه، ووضعه في بيوت المال<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي: (أما المكان) فَمَكَانُ الْعَقْدِ فَلَوْ ظَفَرَ بِهِ فِي غَيْرِهِ وَكَانَ فِي الثَّقَلِ مُؤْنَةً لَمْ يُطَالَبْ بِهِ، وَلَكِنْ يُطَالَبُ (و) بِالْقِيَمَةِ لِلْحَيْلُولَةِ، ثُمَّ لَا يَكُونُ عَوْضاً إِذْ يَبْقَى اسْتِحْقَاقُ الدَّيْنِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُؤْنَةً طَالَبَ بِهِ، وَفِي مُطَالَبَةِ الْغَاصِبِ بِالْمِثْلِ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ مَعَ لُزُومِ الْمُؤْنَةِ خِلَافٌ تَغْلِيظاً عَلَيْهِ.

قال الرَّافِعِيُّ: إذا عتِن في السَّلْم مكان التسليم، أو لم يعين وقلنا: يتعين وجب التسليم فيه، فلو ظفر المسلم به في غير ذلك المكان نظر: إن كان لنقله مؤنة لم يطالب

(١) أخرجه البيهقي ٣٣٤/١٠ بنحوه، وذكره الشافعي في (الأم) بلا إسناد.



به، وهل يطالب بالقيمة لِلْحَيْلُولَةِ؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن أخذ العوض عن المسلم فيه قبل القبض غير جائز.

والثاني: نعم؛ لوقوع الحيلولة بينه وبين حقه، وهذا ما أورده صاحب الكتاب في هذا الموضوع، لكنه أعاد المسألة في «باب الغضب»، وذكر فيها الخلاف.

والأصح في المذهب هو الوجه الأول، ولم يورد العراقيون، وصاحب «التهذيب» سواه، وإذا فرعنا عليه فللمسلم الفسخ واسترداد رأس المال، كما لو انقطع المسلم فيه، وإن لم يكن لنقله مؤنة كالدراهم والدنانير فله مطالبته به، وأشار الإمام إلى خلاف فيه، ولو ظفر المالك بالغاصب في غير مكان الغصب أو الإتلاف فهل يطالبه بالمثل؟ حكى فيه خلافاً هاهنا، وذكر في «الغضب» أنه لا يطالب إلا بالقيمة، وهو الأظهر. ولنشرح المسألة ثم إن شاء الله تعالى.

وقوله في أول الفصل: (أما المكان فمكان العقد) محمول على ما إذا عينا مكان العقد، أو أطلقا ولم يشترط تعيين المكان. وقوله: (ثم لا يكون عوضاً إذ يبقى استحقاق الدين) أراد به أن القيمة المأخوذة لا تكون عوضاً عن المسلم فيه، بل يبقى استحقاق المسلم فيه بحاله حتى إذا عاد إلى مكان التسليم يطالبه به، ويرد القيمة، ولمن نصر ظاهر المذهب أن يقول: لو صح هذا الكلام لوجب أن يحكم بمثله في انقطاع المسلم فيه. ولو أتى المسلم إليه بالمسلم فيه في غير مكان التسليم، وأبى المستحق قبوله، فإن كان لنقله مؤنة أو كان الموضوع مخوفاً لم يجبر، وإلا فوجهان بناء على القولين في التعجيل قبل المحل، فإن رضي وأخذه لم يكن له أن يكلفه مؤنة النقل<sup>(١)</sup>.

### «باب القرض»

قال الغزالي: **أَمَّا الْقَرْضُ فَأَدَاؤُهُ كَالْمُسْلَمِ فِيهِ وَلَكِنْ يَجُوزُ الْاِغْتِيَاضُ عَنْهُ، وَيَجِبُ الْمِثْلُ فِي الْمِثْلِيَّاتِ، وَفِي ذَوَاتِ الْقِيمِ وَجِهَانِ أَشْبَهُهُمَا بِالْحَدِيثِ أَنَّ الْوَاجِبَ الْمِثْلُ، اسْتَفْرَضَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بَكْرًا وَرَدَّ بَاذِلًا (٣) وَالْقِيَاسُ الْقِيمَةُ.**

قال الرافعي: الإقراض مندوب<sup>(٢)</sup> إليه فيه من الإعانة على البر وكشف كربة

(١) قال النووي: أصحهما: إيجابه. ولو اتفق كون رأس المال على صفة المسلم فيه، فأحضره، فوجهان مشهوران. أصحهما: يجب قبوله. والثاني: لا يجوز. ينظر الروضة ٣/٢٧٢.

(٢) قال الأذري: يستثنى من نديبته ما إذا علم من حال المقرض أنه ينفقه في معصية أو مكروه وقد يحرم في القسم الأول إذا غلب على ظنه لأنه أعانه على المعصية. وقال الزركشي في شرح المنهاج، قد يجب لعارض كالمضطر، ولو اقترض الماء لعادته وجب قبوله في الأصح وقد يحرم

المُسلم، وفي الفصل مسائل: إحداهما: أداء القرض في الصفة والزمان والمكان، كما ذكرنا في المسلم فيه، نعم لو ظفر بالمستقرض في غير مكان الإقراض، وكان المال مما لنقله مؤنة، فلا خلاف في جواز مطالبته بالقيمة، ثم لو إذا أخذها واجتمع في مكان الإقراض فهل له رد القيمة والمطالبة بالمثل؟ وهل للمستقرض مطالبته برد القيمة؟

فيه وجهان، والقيمة التي يطالبه بها هي قيمة بلد الإقراض يوم المطالبة، وكذا في السلم يطالب بقيمة بلد العقد عند من جوز المطالبة بالقيمة.

الثانية: يجوز الاعتياض عن المقرض، وقد ذكر هذه المسألة مرة.

الثالثة: ستعرف في «العُضْب» أن المال ينقسم إلى مثلي وإلى مُتَقَوْم، فإذا استقرض مثلياً رد مثله، وإذا استقرض مُتَقَوْماً، فوجهان.

أقيسهما، واختاره الشيخ أبو حامد: أنه يرد القيمة كما لو أتلف متقوماً على إنسان تلزمه القيمة.

وأظهرهما: أنه يرد المثل من حيث الصورة، واختاره الأكثرون؛ لما روي أن النبي ﷺ «استقرض بكرةً ورَدَّ بِأَزْلًا»<sup>(١)</sup> والبكر الفتي من الإبل والبازل الذي له ثمان سنين.

وروي أنه ﷺ «استسلف بكرةً فأمر برد مثله»<sup>(٢)</sup>.

فإن قلنا بالأول: فالاعتبار بقيمة يوم القبض إن قلنا: يملك القرض في القبض.

وإن قلنا: يملك بالتصرف فبالأكثر من يوم القبض إلى يوم التصرف.

وفيه وجه: أن الاعتبار بيوم القبض، وإذا اختلفا في قدر القيمة أو في صفة المثل فالقول قول المستقرض.

قال الغزالي: **ثُمَّ النَّظَرُ فِي رُكْنِ الْقَرْضِ وَشَرْطِهِ وَحُكْمِهِ (أَمَّا رُكْنُهُ) فَمِنْ جِهَةِ اللَّفْظِ صِبْغَةَ دَالَّةٍ عَلَيْهِ كَقَوْلِهِ: أَفْرَضْتُكَ، وَفِي اشْتِرَاطِ الْقَبُولِ وَجَهَانِ، وَجَهُ الْمَنْعِ أَنْ هَذِهِ إِبَاحَةٌ إِنْتِلَافٍ بِعَوْضٍ وَهِيَ مُكْرَمَةٌ وَلِذَلِكَ يَجُوزُ الرُّجُوعُ (م) عَنْهُ فِي الْحَالِ، وَلَا يَجُوزُ (م) شَرْطُ الْأَجْلِ فِيهِ، وَأَمَّا الْمُفْرَضُ فَكُلُّ مَا جَازَ السَّلْمُ فِيهِ جَازَ قَرْضُهُ إِلَّا الْجَوَارِي فَيُفِيهَا قَوْلَانِ**

الاقتراض كما لو علم صرفه في معصيته وفي باب الشهادات من الروضة أنه يجوز الاقتراض لمن علم لنفسه القدرة على الوفاء فإن علم العجز لم يجز إلا أن يعلم صاحب المال أنه عاجز عن وفاء ما اقترضه ولا يحل له أن يظهر الغنى ويخفي الفاقة عن المقرض كما لا يجوز إخفاء الغنى وإظهار الفاقة عند أخذ الصدقة.

(٢) هو بعض الحديث المذكور.

(١) أخرجه مسلم (١٦٠٠).

مَنْصُوصَانِ، وَالْقِيَاسُ الْجَوَازُ، وَمَا لَا يَجُوزُ السَّلْمُ فِيهِ إِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ يَرُدُّ فِي الْمُتَقَوِّمَاتِ الْقِيَمَةَ فَيَصِحُّ أَيْضاً إِقْرَاضُهُ.

قال الرَّافِعِيُّ: عد حجة الإسلام - رحمه الله - تعالى أركان القرض ثلاثة كما فعل في «البيع»، وهي الصَّيْغَةُ، والمُقْرَضُ، والمَقْرَضُ، لكن أهمل هاهنا ذكر المقترض لوضوح حاله، والعلم بأنه لا يصح الإقراض إلا من جازت التصرف، ويعتبر فيه أهلية التبرع؛ لأن القرض تبرع أو فيه شائبة التبرع،<sup>(١)</sup> ألا ترى أنه لا يقرض الولي مال اليتيم<sup>(٢)</sup> إلا للضرورة؟ ولذلك لا يجوز شرط الأجل؛ لأن المتبرع ينبغي أن يكون بالخيار في تبرعه، وإنما يلزم الأجل في المعاوضات.

وأما الصيغة فالإيجاب لا بد منه<sup>(٣)</sup>، وهو أن يقول: أقرضتك أو أسلفتك، أو خذه بمثله، أو خذه وأصرفه في حوائجك ورد بدله، أو ملكتك على أن ترد بدله، ولو اقتصر على قوله: «املكتك» كان هبة، فإن اختلفا في ذكر البدل فالقول قول المخاطب<sup>(٤)</sup>.

وأما القبول ففي اشتراطه وجهان:

أصحهما، ولم يورد المعظم سواه: أنه يشترط كما في البيع وسائر التملكيات.

والثاني: لا يشترط؛ لأن القرض إباحة إثلاف على شرط الضمان فلا يستدعي القبول، وأدعى الإمام أن هذا أظهر<sup>(٥)</sup>.

وقرب هذا الخلاف من الخلاف في أن القرض لم يملك بالقبض أو بالتصرف.

(١) أي، فلا يصح من المحجور عليهم ولا من المكاتب والولي إلا للضرورة. نعم يستثنى من كلامهم القاضي فإنه يجوز له قرض مال المحجور عليه من غير ضرورة على ما هو مذكور في الشرح والروضة في كتاب الحجر وعلة بكثرة انشغاله. وأما المقرض فيكفي فيه أن يكون أهلاً للمعاملات.

(٢) في ط: الطفل.

(٣) يستثنى من اشتراط الإيجاب والقبول في القرض صور منها: اللقيط المحتاج إذ أنفق عليه المسلمون كان له حكم القرض حتى يرجعوا به عليه بعد يساره في الأصح. ومنها، إذا أوجبنا إطعام الجائع وكسوة العاري كان سبيله سبيل القرض كما قاله الإمام حتى يرجع به الدافع بعد اليسار. ومنها: إطعام المضطر فإن الأصح أن للمطعم أن يرجع عليه.

(٤) قال النووي: وحكي وجه أن القول قول الدافع، وهو متجه، وفي التتمة وجه: أن الاقتصار على «ملكتك» قرض.

(٥) قال النووي: وقطع صاحب التتمة بأن لا يشترط الإيجاب ولا القبول، بل قال الرجل أقرضتني كذا، أو أرسل إليه رسولا فبعث إليه المال صح القرض، وكذا لو قال رب المال أقرضتك هذه الدراهم، وسلمها إليه ثبت القرض.

وقوله في الكتاب: «وهي مكرمة» أراد به أن سبيله سبيل الميراث والتبرعات، لا سبيل المعارضات والمعاملات، أو فيه شائبة من هذه وشائبة من هذه، ولهذا لم يجب التقايض فيه إذا كان المقرض ربوياً.

واحتج في الكتاب لهذا الأصل بشيئين:

أحدهما: أن للمقرض الرجوع عنه في الحال، وهذا سنذكره من بعد.

والثاني: أنه لا يجوز شرط الأجل فيه ولا يلزم بحال.

وقال مالك: يثبت الأجل في القرض ابتداء وانتهاء.

إما ابتداء: فبأن يقرضه مؤجلاً.

وإما انتهاء: فبأن يقرضه حالاً ثم يؤجله.

وأما المقرض فالأموال ضربان:

أحدهما: ما يجوز السلم فيه، فيجوز إقراضه حيواناً كان أو غيره، نعم في إقراض

الجواري قولان:

أحدهما، ويحكى عن المزني: أنه جائز، وهو القياس عند الإمام وصاحب

الكتاب إلحاقاً للجواري بالعبيد.

وأظهرهما: المنع، لنهي السلف عن إقراض الولائد.

قال الأصحاب: وهما مبنيان على الخلاف في أن القرض بما يملك، وفي كيفية

البناء طريقان.

قال قائلون: إن قلنا: يملك بالقبض جاز إقراضها، وإلا فلا، لما في إثبات اليد

من غير المالك من خوف الوقوع في الوطء.

وعن الشيخ أبي علي أما إن قلنا: يملك بالقبض لم يجز إقراضها؛ لأنه إذا ملكها

فربما يطؤها، ثم يستردها المقرض فيكون ذلك في صورة إعارة الجواري للوطء، وإن

قلنا: لا يملك بالقبض فيجوز؛ لأنه إذا لم يملكها لم يطأها، وفيما حكى عن نصه في

الجديد رمز إلى هذه الطريقة.

وقوله: في الكتاب «قولان منصوصان» اقتدى فيه بالإمام، وكلام غيرهما لا

يتعرض لكونهما منصوصين، بل العراقيون رووا عن نصه قديماً وجديداً المنع، ونقلوا

الجواز عن بعض الأصحاب نقل الوجوه، ويشبه أن يكون مخرجاً على الأصل

المذكور، وكيف ما كان فالخلاف مخصوص بالجارية التي تحل للمستقرض.

فأما المحرمة بَسَبٍ أو رِضَاعٍ أو مُصَاهَرَةٍ فلا خلاف في جواز إقراضها منه <sup>(١)</sup>.

الضَّرْبُ الثاني: ما لا يجوز السَّلْمُ فيه، كالألاليء الكبار وغيرها، فجواز إقراضه مبني على أن الواجب في المتقومات المثل أو القيمة.

إن قلنا بالأول لم يجز، لتعذر ضبطه حتى يوجد مثله.

وإن قلنا بالثاني جاز، وفي إقراض الخبز وجهان كما في السلم فيه:

أحدهما: لا يجوز، وبه قال أبو حنيفة، وهو الأصح عند صاحب «التهذيب».

والثاني: يجوز؛ به قال أحمد للحاجة العامة، وإطباق الناس عليه، وهذا ما اختاره ابن الصَّبَّاح وغيره، ولا بأس لو رتب فقيل: إن جوزنا السلم فيه جاز إقراضه، وإلا فوجهان للحاجة وقد أشار صاحب «البيان» إلى هذا الترتيب، ثم ذكر إن جوزنا قرضه وجب رد مثله وزناً، إن قلنا: يجب في المتقومات المثل من حيث الصورة، وإن قلنا: يجب فيها القيمة فالواجب القيمة، فإن شرطنا رد المثل ففي جوازه وجهان <sup>(٢)</sup>.

ويجب أن يكون المقرض معلوم القدر ليتأتى قضاؤه، ويجوز إقراض المكيل وزناً، والموزون كيلاً كما في السَّلْم.

وعن القفال: أنه لا يجوز إقراض المكيل بالوزن، بخلاف السَّلْم فإنه لا يسوي بين رأس المال والمسلم فيه، وزاد فقال: لو أتلَفَ مائة من من الحِنطة ضمنها بالكيل، ولو باع شِقْصاً مَشْفُوعاً بمثله بمائة من الحِنطة، ينظر كما هي بالكيل فيأخذ الشفيع بمثلها كيلاً، والأصح في الكل الجواز هذا إتمام الكلام في أركان القرض.

قال الغزالي: **أَمَّا شَرْطُهُ فَهُوَ أَنْ لَا يَجُزَّ الْقَرْضُ مَنَفَعَةً، فَلَوْ شَرَطَ زِيَادَةَ قَدْرِ أَوْ صِفَةً فَسَدَ وَلَمْ يَفِذْ جَوَازُ التَّصْرُفِ، وَلَوْ شَرَطَ رَدَّ الْمَكْسَرِ عَنِ الصَّحِيحِ، أَوْ تَأْخِيرَ الْقَضَاءِ (م) لَمَّا شَرْطُهُ وَصَحَّ الْقَرْضُ عَلَى الْأَصَحِّ لِإِنَّهُ عَلَيْهِ لَا لَهُ، وَلَوْ شَرَطَ رَهْنًا أَوْ كَفِيلًا بِهِ جَازَ فَإِنَّهُ إِحْكَامٌ عَيْنِهِ، وَلَوْ شَرَطَ رَهْنًا بِدَيْنٍ آخَرَ فَسَدَ، وَلَوْ قَالَ: أَقْرَضْتُكَ بِشَرْطِ أَنْ**

(١) قال النووي: هذا الذي جزم به من جواز إقراض المحرم هو الذي قطع به الجماهير، وقال في (الحاوي) إن كانت ممن لا يستبيحها المستقرض بأن اقتراضها محرم، أو امرأة فوجهان، قال البغداديون: يجوز؛ وقال البصريون: لا يجوز، ويصرن جنساً لا يجوز قرضه.

(٢) قال النووي: قطع صاحب التتمة والمستظهري بجواز قرضه وزناً، واحتج صاحبها الشامل والتتمة بإجماع أهل الأمصار على فعله في الأعصار بلا إنكسار، وهو مذهب أحمد - رضي الله عنه - وأبي يوسف ومحمد وذكر صاحب التتمة وجهين في إقراض الخمير الحامض أحدهما الجواز لأطراد العادة وفي فتاوى القاضي حسين لا يجوز اقتراض الروبة، لأنها تختلف بالحموضة قال: ولا يجوز إقراض المنافع، لأنه لا يجوز السلم فيها، ولا إقراض ماء القناة، لأنه مجهول.

أَقْرَضَكَ غَيْرَهُ صَحَّ وَلَمْ يَلْزَمَهُ الْوَعْدُ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ فَإِنَّهُ يَفْسُدُ بِمِثْلِهِ إِذْ يَصِيرُ ذَلِكَ الْقَرْضُ جُزْءاً مِنَ الْعَوَضِ الْمَقْصُودِ.

قال الرافعي: عن رسول الله ﷺ «أَنَّهُ نَهَى عَنِ قَرْضِ جَرٍّ مَنفَعَةٍ».

وروي أنه قال: «كُلُّ قَرْضٍ جَرٍّ مَنفَعَةٍ فَهُوَ رِبَا»<sup>(١)</sup>.

فلا يجوز أن يقرضه بشرط أن يرد الصحيح عن المكسر أو الجيد عن الرديء، ولو شرط زيادة في القدر فكذلك إن كان المال ربوياً، وإلا فوجهان:

أحدهما: يجوز لما روي عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال: «أَمَرَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ أَجْهَزَ جَيْشًا فَتَفَدَّتِ الْإِبِلُ، فَأَمَرَنِي أَنْ أَخَذَ بَعِيرًا بَعِيرَيْنِ إِلَى أَجَلٍ».

وأصحهما: المنع لما سبق، وهذا الحديث محمول على السلم، ألا ترى أنه قال: إلى أجل، والقرض لا يقبل الأجل. ولو شرط رده ببلد آخر لم يجز لما فيه من دفع خطر الطريق. وإذا جرى القرض بشيء من هذه الشروط كان فاسداً للخبر، وكما لو باع بشرط فاسد. وفي «البيان» نقل وجه أنه لا يفيد، لأنه عقد مسامحة وإرفاق، ولو أقرض من غير شرط ورد المستقرض ببلد آخر وأجود أو أكثر جاز.

قال رسول الله ﷺ: «خِيَارُكُمْ أَحْسَنُكُمْ قَضَاءً».

ولا فرق بين الربويات وغيرها، ولا فرق بين أن يكون الرجل مشهوراً برد الزيادة أو لا يكون. وفيه وجه: أنه لا يجوز رد الزيادة في الربويات؛ ووجه: أنه لا يجوز إقراض المشهور برد الزيادة تنزيلاً للمعتاد منزلة المشروطة، ثم في الفصل صور:

إحداها: لو أقرضه بشرط أن يرد عليه أرداد أو يرد المكسر عن الصحيح، لَعَا الشَّيْءَ، وهل يفسد العقد؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنه على خلاف قضية العقد كشرط الزيادة.

وأصحهما: لا، لأن المنهي عنه جَرُّ المقرض النَّفْعِ إِلَى نَفْسِهِ، وهاهنا لا نفع له في الشرط، وإنما النفع للمستقرض، وكأنه زاد في المسامحة ووعده وعداً حسناً، وإيراد بعضهم يشعر بالخلاف في صحة الشرط، ولو شرط تأخير القضاء وضرب له أجلاً، نظر إن لم يكن للمقرض فيه غرض، فهو كشرط رد المكسر عن الصحيح، وإن كان له فيه

(١) قال الحافظ في التلخيص: قال عمر بن بكر في المغني: لم يصح فيه وأما إمام الحرمين فقال: إنه صح، وتبعه الغزالي، وقد رواه الحرث بن أبي أسامة في مسنده من حديث علي باللفظ الأول، وفي إسناده سوار بن مصعب، وهو متروك، ورواه البيهقي في المعرفة عن فضالة بن عبيد موقوفاً بلفظ «كل قرض جر منفعة فهو وجه من وجوه الربا».

غرض بأن كان زمان نهب والمقرض مليء، فهو كالتأجيل لغير غرض، أو كشرط رد الصحيح عن المكسر، فيه وجهان:

أظهرهما: الثاني.

الثانية: يجوز أن يقرضه بشرط الرهن أو الكفيل وكذا بشرط أن يشهد أو يُقرّ به عند الحاكم؛ لأن هذه التوثيقات لأحكام عين القرض، لا أنها منافع زائدة، ولو شرط رهنًا بدين آخر فهو كشرط زيادة الصفة، وستعود هذه الصورة مفصلة إن شاء الله تعالى في «كتاب الرهن».

الثالثة: لو أقرضه بشرط أن يقرضه مالا آخر صح ولم يلزمه ما شرط، بل هو وعد وعده، وكذا لو وهب منه ثوباً بشرط أن يهب منه غيره، ويخالف ما إذا باع بشرط قرض أو هبة أو بيع آخر بحيث يفسد البيع، لأنهما جعلتا رفق القرض أو الهبة أو البيع الآخر مع الشروط المذكورة مثلاً ثمناً، والشرط لغو، فيسقط بسقوطه بعض الثمن ويصير الباقي مجهولاً، وقد روي أن النبي ﷺ «نَهَى عَنْ بَيْعٍ وَسَلْفٍ»<sup>(١)</sup> وفسروه بأن يبيع شيئاً بشرط أن يقرضه المشتري، وفي المسألة وجه: أن الإقراض كالبيع بشرط الإقراض. وقوله في الكتاب: (فلو شرط زيادة قدر أو صفة فسد) يجوز أن يريد به فسد الشرط، ولم يفسد القرض جواز التصرف، ويجوز أن يريد به فسد القرض ولم يفسد جواز التصرف. وعلى التقديرين: يجوز أن يكون معلماً بالواو.

أما على التقدير الأول فلائه أطلق الكلام إطلاقاً، وقد حكينا وجهاً في جواز شرط زيادة القدر في غير الربويات. وأما على التقدير الثاني فللوجه المنقول عن «البيان».

وقوله: (أو تأخير القضاء لغا شرطه) شرط تأخير القضاء هو التأجيل، وقد ذكر مرة أنه لا يجوز شرط الأجل فيه إلا أنه أعاده مع نظيره ليقين أن فسادهما لا يفسد القرض. وقوله: «صح القرض» معلّم بالواو ولما نقلناه أولاً.

قال الغزالي: وَأَمَّا حُكْمُهُ فَهُوَ التَّمْلُكُ وَلَكِنْ بِالْقَبْضِ أَوْ بِالتَّصَرُّفِ فِيهِ قَوْلَانِ: أَتَيْسُهُمَا: أَنَّهُ بِالْقَبْضِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَقَاعَدُ عَنِ الْهَبَةِ، وَلِلْعَوَضِ فِيهِ مَدْخَلٌ، وَعَلَى هَذَا الْأَصْحَحُ أَنَّهُ لَوْ أَرَادَ الرَّجُوعُ فِي عَيْنِهِ جَارَ، لِأَنَّهُ أَقْرَبُ إِلَى حَقِّهِ مِنْ بَدَلِهِ، وَلَهُ الْمُطَابَقَةُ بِبَدَلِهِ لِلخَبَرِ، وَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُ بِالتَّصَرُّفِ فَقِيلَ: إِنَّهُ كُلُّ تَصَرُّفٍ يَزِيلُ الْمِلْكَ فَيُخْرِجُ عَنْهُ الرَّهْنَ وَالتَّزْوِيجَ، وَقِيلَ: كُلُّ تَصَرُّفٍ يَتَعَلَّقُ بِالرَّقَبَةِ فَيُخْرِجُ عَنْهُ الْإِجَارَةَ، وَقِيلَ: كُلُّ تَصَرُّفٍ يَسْتَدْعِي نَفُوذَهُ الْمِلْكَ فَيُخْرِجُ عَنْهُ الرَّهْنَ إِذْ رَهْنُ الْمُسْتَعَارِ جَائِزٌ.

(١) تقدم في الربا.

قال الرَّافِعِيُّ: لا شك أن المستقرض يمتلك ما استقرضه، ولكن فيما يملك به قولان متفرعان من كلام الشافعي - رضي الله عنهما - .

أصحهما: أنه يملك بالقبض؛ لأنه إذا قبضه ملك التصرف فيه من جميع الوجوه؛ ولو لم يملكه لما ملك التصرف فيه؛ ولأن الملك في الهبة يحصل بالقبض، ففي القرض أولى؛ لأن للعوض مدخلاً فيه.

والثاني: أنه يملك بالتصرف؛ لأنه ليس بتبرع محض، إذ يجب فيه البذل، وليس على حقائق المعاوضات كما سبق، فوجب أن يكون تملكه بعد استقرار بدله.

التفريع: إن قلنا: يملك بالقبض فهل للمقرض أن يرجع فيه ما دام باقياً في يد المستقرض بحاله؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا صيانة لملكه، وله أن يؤدي حقه من موضع آخر، وهذا ما ذكره في «التهذيب».

وأظهرهما عند الأكثرين: أن له ذلك؛ لأنه يتمكن من تغريمه بدل حقه عند الفوات، فلأن يتمكن من مطالبته بعينه كان أولى، ولا يبعد أن يرجع فيما ملكه غيره، كما يرجع الواهب في الهبة.

وقوله في الكتاب: «وله المطالبة ببذله للخبر» ليس مسألة أخرى، بل المعنى أن له المطالبة ببذل ملكه عند فواته جبراً لحقه، فأولى أن يكون له المطالبة بما كان عين ملكه، وكثيراً ما يقرأون قوله للجبر للخبر، وظني القريب من اليقين أنه خطأ؛ لأنه ليس في كتب المصنف، ولا في كتب غيره ذكر خبر يستدل به على أن للمقرض المطالبة ببذل القرض مع بقاء عينه.

وأما للجبر فهو مناسب للمعنى المذكور، وهو الذي أورده الإمام، والمصنف في «الوسيط» وغيره. وعن مالك أنه ليس للمقرض الرجوع فيما أقرضه حتى يقضي المستقرض وطره منه، أو يمضي مدة زمان يسع لذلك.

ولو رد المستقرض عين ما أخذه فعلى المقرض القبول لا محالة.

وإن قلنا: إنه يملك بالتصرف فمعناه أنه إذا تصرف تبين لنا ثبوت الملك قبله، ثم في ذلك التصرف وجوه:

أظهرها: أنه كل تصرف يزيل الملك.

والثاني: كل تصرف يتعلق بالرقبة.

والثالث: كل تصرف يستدعي الملك، فعلى الوجوه يكفي البيع والهبة والإعتاق



والإتلاف ولا يكفي الرهن والتزويج والإجارة وطحن الحنطة وخبز الدقيق، وذبح الشاة على الوجه الأول<sup>(١)</sup>. ويكفي ما سوى الإجارة على الثاني، وما سوى الرهن على الثالث، لأنه يجوز أن يستعير للرهن شيئاً ليرهنه كما سيأتي إن شاء الله تعالى<sup>(٢)</sup>.

وقوله: «رهن المُستَعَار جائز» يعني: المُستَعَار للرهن لا مطلق المُستَعَار.

وعن الشيخ أبي حامد عبارة أخرى، وهي أن التصرف الذي يملك به القرض هو الذي يقطع رجوع الواهب، والبائع عند إفلاس المشتري.

وإذا فرعنا على الوجه الأول فهل يكفي البيع بشرط الخيار؟

إن قلنا: أنه لا يزيل الملك فلا.

وإن قلنا: إنه يزيله فوجهان؛ لأنه لا يزيل صفة اللزوم.

ومن فروع القولين أنه إذا كان المقرض حيواناً وقلنا: إنه يملك بالقبض فنفقته على المستقرض.

وإن قلنا: يملك بالتصرف فهي على المقرض إلى أن يتصرف المستقرض، ولو استقرض من يعتق عليه عتق عليه إذا قبضه على القول الأول، ولم يعتق على الثاني.

قال صاحب «التهذيب»: ويجوز أن يقال: يعتق، ويحكم بالملك قبيله<sup>(٣)</sup>.

(١) قال النووي: فتكون هذه العقود باطلة. ينظر الروضة ٢٧٧/٣.

(٢) في ط: أبي محمد.

(٣) قال النووي: قال في (المهذب) لو قال أقرضتك ألفاً، وقيل وتفرقا ثم دفع إليه ألفاً، فإن لم يطل الفصل جاز، وإلا فلا، لأنه لا يمكن البناء مع طول الفصل، وإذ جوزنا إقراض الخبز فوجهان: أحدهما: يصح الشرط لأنه مبناه على المساهلة، والرفق قال الشاشي قال القاضي أبو حامد: إذا أهدى المستقرض للمقرض هدية جاز قبولها بلا كراهة، هذا مذهبننا، ومذهب ابن عباس وكرهها ابن مسعود، قال المحاملي وغيره من أصحابنا: يستحب للمستقرض أن يرد أجود مما أخذ للمحدث الصحيح في ذلك، ولا يكره لمقرض أخذ ذلك، ولو أقرضه نقداً فأبطل السلطان المعاملة به فليس له إلا النقد الذي أقرضه، نص عليه الشافعي - رضي الله عنه - ونقله عنه أيضاً ابن المنذر، وقد سبق نظيره في البيع وفي فتاوى القاضي حسين أنه لو قال أقرضني عشرة، فقال: خذها من فلان فأخذها منه لا يكون قرضاً، بل هنا توكيل بقبض الدين، فيبعد القبض لا بد من قرض جديد، ولو كانت العشرة في يد فلان معينة ودبعية أو غيرها صح.

## كِتَابُ الرَّهْنِ

قال الغزالي: وَفِيهِ أَرْبَعَةٌ أَبْوَابٍ:

### البَابُ الْأَوَّلُ فِي أَرْكَانِهِ

وَهِيَ أَرْبَعَةٌ: الرَّاهِنُ وَالْمَرْهُونُ وَالْمَرْهُونُ بِهِ وَصِيعَةُ الرَّهْنِ الرَّكْنُ الْأَوَّلُ الْمَرْهُونُ وَفِيهِ ثَلَاثَةٌ شَرَائِطُ: الْأُولَى أَنْ يَكُونَ عَيْنًا فَلَا يَجُوزُ رَهْنُ الدِّينِ، لِأَنَّ الرَّهْنَ عِبَارَةٌ عَنِ وَثِيقَةِ دَيْنٍ فِي عَيْنٍ، وَإِذَا كَانَ عَيْنًا لَمْ يَشْتَرَطْ (ح) فِيهِ الْإِفْرَازُ بَلْ يَصِحُّ رَهْنُ الشَّائِعِ وَيَكُونُ عَلَى الْمَهَائِيَةِ كَمَا فِي شُرَكَاءِ الْمَلِكِ.

قال الرَّافِعِيُّ: أصلُ الرَّهْنِ <sup>(١)</sup> مجمع عليه، والكتاب والسنة متعرضان له.

قال - تعالى -: ﴿قَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ <sup>(٢)</sup>.

﴿وَرَهْنٌ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ دِرْعُهُ مِنْ يُرَيْدِي فِتْوَفِي وَهِيَ مَرْهُونَةٌ عِنْدَهُ﴾ <sup>(٣)</sup>.

(١) الرهن لغة الثبوت والدوام، يقال: مائة راهن، أي: راكد، ونعمة راهنة، أي: ثابتة دائمة، وقيل: هو من الحنيس. قال الله تعالى: ﴿كُلُّ أَمْرٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ﴾ [الطور: ٢١] وقال: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ [المدثر: ٣٨] وجمعه رِهَانٌ، كَحَبْلٍ وَجِبَالٍ (١)، وَرَهْنٌ كَسَفَبٌ وَسَقَفٌ، عن أبي عمرو بن العلاء. قال الأخفش: وهي قبيحة، وقيل: رُهْنٌ جمع رِهَانٍ، ككِتَابٍ وَكُتُبٍ، ويقال: رَهْنَتُ الشَّيْءِ وَأَرْهَنْتُهُ بِمَعْنَى، قال المصنف رحمه الله: وهو في الشرع: المال الذي يجعل وثيقة بالدَّيْنِ، ليستوفى من ثمنه إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه. انظر: لسان العرب: ٣/ ١٧٥٧ - ١٧٥٨، المصباح المنير: ١/ ٣٣٠، الصحاح: ٥/ ٢١٢٨، المغرب: ١/ ٣٥٦. واصطلاحاً: عرفه الحنفية بأنه: جعل الشيء محبوباً بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالدَّيْنِ، وعرفه الشافعية بأنه: جعل عين مال متمولة وثيقة بدين ليستوفى منها عند تعذر وفائه. وعرفه المالكية بأنه: مال قبضه توثقاً به من دين. وعرفه الحنابلة بأنه: المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفى من ثمنه إن تعذر استيفاؤه من ذمة الغريم. انظر: تكملة فتح القدير: ١٠/ ١٣٥، مجمع الأنهر: ٢/ ٥٨٤، حاشية الشرقاوي على شرح التحرير: ٢/ ١٠٩، مغني المحتاج: ٢/ ١٢١، حاشية الدسوقي: ٣/ ٢٣١، أسهل المدارك: ٢/ ٢٦٦، الإقناع في فقه الحنابلة: ٢/ ١٥٠، المغني لابن قدامة: ٤/ ٣٦١.

(٢) سورة البقرة (٢٨٣).

(٣) أخرجه البخاري (٢٠٦٨، ٢٠٩٦، ٢٢٠٠، ٢٢٥١، ٢٢٥٢، ٢٣٨٦، ٢٥٠٩، ٢٥١٣،

٢٩١٦) (٤٤٦٧) ومسلم (١٦٠٣).

ووجه إدراج حجة الإسلام رحمه الله تعالى كلام الكتاب في الأبواب الأربعة. أن الرهن إما صحيح أو فاسد، والصحيح منها إما جائز، أو لازم وكيفما كان فقد يتفق المتعاقدان على كيفية العقد الجاري بينهما، وقد يتنازعان فيه.

فالباب الأول: فيما يعتبر في صحته.

والثاني: في الرهن الجائز وأحكامه.

والثالث: في اللازم وأحكامه.

والرابع: في التنازع.

وقد عد أركان الرهن أربعة: الراهن، والمرهون به، والصيغة، والعاقدة.

ولو جمع بين المرهون والمرهون به، وجعل ما يتعلق بالعقد ركناً كما فعل في البيع، وكما جعل من يصدر منه العقد ركناً لجواز، ولو فصل الثمن عن البيع كما فعل هاهنا لجواز، ومثل هذا يرجع إلى مجرد رسم وترتيب، والمقصود لا يختلف. الأول: المرهون وله شروط:

أحدهما: أن يكون عيناً، أما الدّين ففي جواز رهنه وجهان:

أحدهما: الجواز تنزيلاً لما في الذم منزلة الأعيان، ألا ترى أنه يجوز شراء ما في الذمة وبيعه سلماً؟

وأصحهما: وهو المذكور في الكتاب المنع؛ لأن الدّين غير مقدور على تسليمه، ومنهم من رتب هذا الخلاف على الخلاف في بيع الدّين، والرهن أولى بالمنع، لأنه لا يلزم إلا بالقبض والقبض لا يصادق ما تناوله العقد، ولا مستحقاً بالعقد، والقبض في البيع يصادف مستحقاً بالعقد؛ لأن البيع سبب الاستحقاق، ولا يشترط كون المرهون مفروزاً؛ بل يصح المرهون الشائع، سواء رهن من شريكه أو غيره، وسواء كان ذلك مما يقبل القسمة أو لا يقبلها<sup>(١)</sup>، وبه قال مالك وأحمد رحمهما الله تعالى وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يجوز رهنه من غير الشريك، وفي رهنه من الشريك روايتان.

لنا: إلحاق الرهن بالبيع والشائع بالمفروز، ولو رهن نصيبه من بيت معين من الدار المشتركة بإذن الشريك صح، وبغير إذنه وجهان عن ابن سريج.

أصحهما: عند الإمام أنه يصح كما يصح بيعه<sup>(٢)</sup>.

(١) قلت سواء كان الباقي من المشاع أم الراهن أم لغيره. ينظر روضة الطالبين ٢٨٢/٣.

(٢) قال النووي وممن وافق الإمام في تصحيح صحته، الغزالي في «البيسط»، وصاحب «التتمة» وغيرهما، أما طرد الخلاف في البيع فشاذ، فقد قطع الأصحاب بصحته، والله أعلم. ينظر روضة الطالبين ٢٨٢/٣.

والثاني: لا؛ لأنه ربما تنفق القسمة ويقع هذا البيت في نصيب صاحبه، فيكون قد رهن ملك غيره ويخالف البيع، فإنه إذا باع زال ملكه عن البيت واستحالت المقاسمة معه، وهذا أرجح عند صاحب «التهذيب»، وأدعى أن الحكم في البيع مثله.

وإذا قلنا بالوجه الأول، واتفقت القسمة كما قررناه فهو كتلف المرهون، أو يغرّم قيمته فيه احتمالان للإمام أوجهما: الثاني إضافة للفوات إليه، وكيف ينزل منزلة الآفة السماوية، وقد حصل له في قطر آخر من الدار مثل ما كان له في ذلك البيت، وعن الإمام محمد بن يحيى توسط بين الاحتمالين، وهو: أنه إن كان مختاراً في القسمة غرم القيمة، وإن كان مجبراً فهو كالفوات<sup>(١)</sup>.

ثم القبض في الرهن المشاع بتسليم الكل، فإذا حصل القبض جرت المهياة بين المرتهن والشريك في الرهن جريانها بين الشريكين ولا بأس بتبعض اليد بحكم الشيوخ، كما لا بأس به لاستيفاء الرهن المنافع<sup>(٢)</sup> واعلم: أن لفظ العين الذي ترجم به هذا الشرط يطلق بالمعنى المقابل للدين ويطلق بالمعنى المقابل بالمنفعة، وكل واحد من المعنيين معتبر في المرهون، أما بالمعنى الأول فقد عرفته.

وأما بالثاني، فقد ذكر ابن الصبّاغ وغيره: أنه لو رهن بالدين سكنى دار مدة لم يصح؛ لأنه إن كان مؤجلاً فالمنافع إلى حلول الأجل وإن كان حالاً فبقدر ما يتأخر الدين يتلف جزء من المرهون فلا يحصل الاستيثاق.

قال الغزالي: **الثانية أن لا يمتنع إثبات يد المرتهن عليه كرهن المصحف (ح) والعبد (ح) المسلم من الكافر فيه خلاف مرتب على البيع، وكذا رهن الجارية الحسناء ممن ليس بعديل فهو مكروه، ولكن إن جرى فالأصح صحته.**

قال الرافعي: فقه الشرط صورتان:

(١) قال النووي: هذا المذكور تفريع على الصحيح الذي قطع به جماهير الأصحاب: أن هذه الدار تقسم قسمة واحدة. وشذ صاحب «التتمة» فقال: لا تقسم قسمة واحدة، بل يقسم البيت وحده، ويسلم نصيب الراهن للمرتهن، ثم يقسم الباقي، كما لو باع نصيبه من ذلك البيت. وقد أشار صاحب «المهذب» ومن تابعه، إلى أنهما إذا اقتسما فخرج البيت في نصيب شريكه، يبقى مرهوناً، وهذا ضعيف. والمتحصل من هذا الخلاف: أن المختار جواز قسمتهما جملة، وأن لا يبقى مرهوناً، بل يغرّم. ينظر روضة الطالبين ٢٨٢/٣ - ٢٨٣.

(٢) قال النووي: قال أصحابنا: إن كان المرهون مما لا ينقل خلى الراهن بين المرتهن وبينه، سواء حضر الشريك أم لا، وإن كان مما ينقل لم يحصل قبضه إلا بالنقل ولا يجوز نقله بغير إذن الشريك، فإن أذن قبض وإن امتنع، فإن رضي المرتهن بكونها في يد الشريك جار وناب عنه في القبض وإن تنازعا، نصب الحاكم عدلاً يكون في يده لهما فإن كان له متفعة أجره.

**الأولى:** في رهن العبد المسلم من الكافر طريقان: أحدهما: وبه قال أبو إسحاق، والقاضي أبو حامد أنه على القولين في بيعه منه إن صححناه جعل في يدي عدل من المسلمين<sup>(١)</sup>.

**والثاني** وبه قال صاحب «الإفصاح»: القطع بجوازه؛ لأنه لا ملك فيه للكافر، ولا انتفاع، وإنما هو مجرد استيثاق والظاهر جوازه، أثبت الخلاف أم لا، ورهن المصحف منه يترتب على رهن العبد ورهن السلاح من الحربي يترتب على بيعه منه.

**الثانية** عن الشيخ أبي علي رواية قول: إن رهن الجارية الحسنة لا يجوز إلا أن تكون محرماً للمرتهن، والمذهب المشهور جواز رهن الجوازي مطلقاً ثم إن كانت صغيرة لا تشتهى بعد فهي كالعبد وإلا فإن رهن من محرم أو امرأة فذاك؛ وإن رهن من رجل أجنبي فإن كان ثقة وعنده زوجته أو جاريته أو نسوة يؤمن معهن من الإمام بها فلا بأس أيضاً، وإلا فلتوضع عند محرم لها أو امرأة ثقة، أو عدل بالصفة المذكورة في المرتهن، فإن شرط وضعها عند غير من ذكرنا، فهو شرط فاسد لما فيه من الخلوة بالأجنبية وخوف الفتنة، وألحق الإمام بالصغير الحسنة الخسيصة مع دَمَامَة<sup>(٢)</sup> الصورة، لكن الفرق بينهما بين.

ولو كان المرهون خُثِي فهو كما لو كان جارية، إلا أنه لا يوضع عند المرأة. وقوله في الكتاب (من ليس بعدل) يشعر بجواز الرهن من العدل بلا كراهة، ولفظ «الوسيط» كالمصرح بذلك، لكن المعظم ما قنعوا بالعدالة، وشرطوا معها أن يكون ذا أهل كما سبق.

وإذا عرفت الصورتين عرفت أن اعتبار هذا الشرط مختلف فيه، وفي العبارة المذكورة لترجمته نظر، والله أعلم.

قال الغزالي: **الثالثة** أن تكون العين قابلة للبيع عند حلول الأجل، فلا يجوز رهن أم الولد، والوقف، وسائر أراضي العراق من عبادان إلى الموصل طوياً، ومن القادسية إلى حلوان عرضاً، فإنه وقف على اعتقاد الشافعي - رضي الله عنه - وقفها عمر - رضي الله عنه - على المسلمين بعد تملكها عنوة، وقال ابن سريج: هي ملك.

(١) قال النووي: وإذا صححنا رهن العبد والمصحف عند الكافر، ففي «تهذيب» الشيخ نصر المقدس الزاهد وغيره: إن العقد حرام، وفي التهذيب للبغوي إنه مكروه، ذكره في كتاب الجزية، والله أعلم.

(٢) الدمامة بالذال المهملة هي القباحة. قال في «الخادم» ومن أعجمها فقد صحف فإن ذاك من الدم نقيض المدح.

قال الرَّافِعِيُّ: مقصود الرُّهن أو من مقاصده استفتاء الحق من ثمن المرهون عند الحاجة، فيشترط قبوله للبيع، وما لا يجوز بيعه كالحُرِّ، وأم الولد والمكاتب، والوقف لا يجوز رهنه<sup>(١)</sup>، وذكر الشَّافِعِيُّ - رضي الله عنه - والأصحاب رحمهم الله هاهنا طرفاً

(١) للقاعدة القائلة: كل ما جاز بيعه جاز رهنه وذلك إلا في مسائل منها: المنافع يجوز بيعها بالإجازة؛ إذ هي بيع للمنافع، ولا يجوز رهنها لعدم تصور القبض فيها.

ومنها: إذا رهن نصفه المشاع من بيت معين يحتمل القسمة مشاع بينهما، ففيه وجهان أصحهما عند البغوي أنه لا يصح، وإن جاز بيعه، وعند الإمام والغزالي والمتولي وغيرهم صحته كالبيع، فالاستثناء على ترجيح البغوي.

ومنها: العين المستأجرة، ففي جواز بيعها من غير المستأجر قولان أظهرهما الصحة. وحكى ابن الرفعة في رهنها من غير الراهن طريقتين، إحداهما القطع بالمنع، والطريقة الثانية، أنها على القولين في البيع، قال: وظاهر هذا أن الرهن أولى بالبطلان من البيع، والفرق بينهما أن الرهن لم يتم إلا بالقبض، وقبض المستأجر مع الأجنبي لا يتأتى فيفوت مقصود المرتهن بخلاف البيع، فإن صحته ولزومه لا يتوقفان على القبض.

ومنها: إذا رهن الوارث التركة في دين عليه، وعلى الميت دين، لا يصح الرهن على المذهب، ولا يجوز رهن المستعار والمغضوب بغير إذن مالكة.

ومنها: العبد الجاني إذا لم يصح بيعه، فرهنه أولى وإن صح بيعه، ففي رهنه قولان لأن الجناية الطارئة يقدم حق صاحبها على حق المرتهن، والجنابة المتقدمة على الرهن أولى، فإن عفى المستحق على مال، ففي بطلان الرهن من أصله وجهان حكاهما الإمام والغزالي. وإن قلنا بالبطلان، فلو حفر بئراً، ثم رهنها، فوقع فيها شخص بعد الرهن، تعلق الأثر بريقته، وفي بطلان الرهن وجهان وهنا أولى بالمنع لأن الحفر ليس سبباً ثابتاً بخلاف الجنابة. ولو أعتق الراهن العبد المرهون عن نفسه، نفذ عتقه من موسر، ولزمه قيمته للمرتهن يَوْمَ عَتَقَهُ لتكون رهناً مكانه.

ومنها: الشجرة التي تثمر في السنة مرتين، إذا رهنها مع الثمرة الحاصلة بدين، لا يحل إلا بعد خروج الثانية واختلاطها بالأولى اختلاطاً لا يمكن فيه التمييز من غير شرط القطع عند خروج الثانية، لم يصح الرهن.

ومنها: المرهون، يصح بيعه من الراهن بعد القبض وقبل الانفكاك، ومن المرتهن مع حضور الراهن على الصحيح، وكذا الوديعة والعارية وهل يعتبر زمن إمكان القبض لجواز التصرف وانتقال الضمان وجهان أصحهما نعم. كما هنا في الشرح ولو أذن له في بيعه ليعجل له المؤجل، لم يصح. أو ليكون الثمن رهنًا، لم يصح البيع في الأظهر، كما لو أذن له بشرط أن يرهن عنده عيناً غيرها. قال السبكي في شرحه: ومعنى قول النووي في منهاجه: ليعجل له المؤجل، يعني إذا شرط ذلك لفظاً. أما إذا قصد ولم ينطق به، فلا يلتفت إليه، ولو نطق به على غير صورة الشرط، كما إذا قال: أذنت لك في بيعه لتعجل المؤجل. قال: والذي يظهر أن هذا ليس بشرط، فلا يلتفت إليه. ويكون الإذن والبيع صحيحين بشرط عدم نية الاشتراط، وإن كان الدين حالاً، فالإذن والبيع صحيح قطعاً. ولا يصح رهنه بدين آخر على الجديد إلا أن يفسخ المرتهن الرهن، ثم يرهنه بهما. ولو جنى المرهون فقده المرتهن بإذن الراهن ليكون =

من الكلام في أرض الخراج، ولا شك أنه دخيل في الباب، وفي السير عودة إليه، فنؤخره إليه، إن شاء الله تعالى ونقتصر الآن على حظ الرهن منه فنقول:

سواد العراق وقف على المسلمين على الأظهر، وكل أرض هي كذلك لا يجوز رهنها كسائر الوقوف وأبنيتها وأشجارها إن كانت من تربتها، وغرُوسها التي كانت قبل الوقف فهي كالأرض، وإن أحدثت فيها من غيرها جاز رهنها، فإن رهننت مع الأرض فهو من صور تفريق الصفقة في الرهن، وكذا رهن الأرض مطلقاً.

إن قلنا: إن البناء والغراس يدخلان فيه، وإذا صحَّ الرهن في البناء والغراس، فلا خراج على المرتهن، وإنما هو على الراهن فإنه مضروب على الأرض، فإن أداه المرتهن بغير إذنه فهو متبرع، وإن أداه بإذنه وبشرط الرجوع رجوع، وإن لم يشترط الرجوع فوجهان جاربان في أداء دين الغير بإذنه مطلقاً، وظاهر النص الرجوع.

= رهنأ بهما. صح على المذهب.

ومنها: الدين لا يصح رهنه على الصحيح، وإن قلنا يصح بيعه.

ومنها: إذا تزوج العبد بإذن مولاه بصدائق معين، وقبِل السيد الصداق في ذمته، فإنه لا يصح أن يرهن العبد عند الزوجة على الصداق؛ لأن الدين مضمون على العبد، فلم يجز أن يجعل رهنأ في الدين كما ذكره الماوردي. وحكى ابن الرفعة فيها احتمالاً: إذا قلنا إن الرهن لا يتعلق بريقته.

ومنها: الجارية الحسنة، لا يصح رهنها عند غير المحرم على قول، والراجح الصحة. وتوضع عند امرأة أو أجنبي ثقة له نساء، وليس للراهن وطؤها سواء كانت بكرأ أو ثيبأ، عزَل أم لا، فلو وطىء كان عليه أزشُّ البكارة إن افتضاها، فإن شاء جعله رهنأ أو قبضه له من الدين. ولو أتت المرهونة بولد ادعى الراهن أنه منه بإذن المرتهن، وادعى المرتهن أنه من زنى أو من زوج، فالقول قول الراهن من غير يمين، إن صدقه المرتهن بالإذن في الوطاء، وأنه وطىء، وأنها ولدت، وإمكان الولد منه، فإن أنكروا شيئاً من ذلك، كان القَوْلُ قَوْلُهُ؛ لأن الأصل عدمه، كما ذكره النووي في أصل الروضة.

ومنها: ما يتسارع إليه الفساد إذا رهنه بدين مؤجل، وشرط أن لا يباع قبل حلول الأجل، فهو باطل قطعاً. وإن شرط بيعه عند إشرافه على الفساد وجعل ثمنه زهناً مكانه، صح، ولزم الوفاء به، وإن لم يشترط واحداً منهما لم يصح الرهن على الأظهر، وهو اختيار العراقيين. ذكره ابن عبد السلام في قواعد الكبرى. فلو باعه المرتهن بغير إذن الحاكم خوف فساد، ووضع الثمن عند عدل فادعى تلفه، أخذ الراهن حقه من المرتهن، ورجع المرتهن على العدل، فلو تلف الثمن في يد العدل، ثم خرج الرهن مستحقاً، فللمشتري الخيار بين أن يرجع بالثمن على الراهن، أو العدل والقرار على الراهن. فإن قال قائل: ما الفرق بين هذه المسألة وبين ما إذا مات الراهن، فأمر الحاكم عدلاً ببيع الراهن، فباعه وقبض ثمنه، فتلف ثم خرج مستحقاً، رجع المشتري في مال الراهن ولم يضمن العدل شيئاً على الأصح؟ قيل: الفرق بينهما أنه في هذه المسألة نائب عن الحاكم، والحاكم لا يضمن بخلاف الأولى، فإنه نائب عنهما، فدل على الفرق بينهما. وبعض هذه الفروع ذكرها المصنف في أثناء شرحه. ينظر الاعتناء ١/٥٠١ - ٥٠٤.

وقوله: (عند حلول الأجل) أي: إذا كان الدين مؤجلاً، فإن كان حالاً فالشرط أن يكون قابلاً للبيع في الحال وقوله: (وسائر أراضي العراق) أي: جميعها وقد مر نظيره.

قال الغزالي: وَيَجُوزُ رَهْنُ الْأُمِّ دُونَ وَلَدِهَا إِذْ لَا تَفْرِقَةُ فِي الْحَالِ، وَعِنْدَ الْبَيْعِ تُبَاعُ الْأُمُّ دُونَ الْوَلَدِ عَلَى رَأْيِ، وَيُقَالُ: هَذِهِ تَفْرِقَةٌ ضَرُورِيَّةٌ، وَعَلَى رَأْيِ تُبَاعُ مَعَهُ، ثُمَّ يَخْتَصُّ الْمُرْتَبَهُنَّ بِقِيَمَةِ الْأُمِّ فَتَقْوَمُ الْأُمُّ مِنْفَرَدَةً فَإِذَا هِيَ مِائَةٌ وَمَعَ الْوَلَدِ فَهِيَ مِائَةٌ وَعِشْرُونَ فَتَقُولُ: حِصَّةُ الْوَلَدِ سُدُسٌ كَيْفَمَا اتَّفَقَ الْبَيْعُ، وَقِيلَ: إِنَّ الْوَلَدَ أَيْضاً يُقَدَّرُ قِيَمَتُهُ مُفْرَداً حَتَّى تَقِلَّ قِيَمَتُهُ فَتَكُونُ عَشْرَةَ مَثَلًا فَيُقَالُ: هُوَ جُزْءٌ مِنْ أَحَدٍ عَشَرَ جُزْءاً فَيَقْسَمُ عَلَى هَذِهِ النِّسْبَةِ.

قال الرافعي: التفریق بین الأم ولدها الصغير ممنوع منه، وفي إفساده البيع قولان سبقا، ويصح رهن أحدهما دون الآخر.

قال الشافعي رضي الله عنه: لأن ذلك ليس بتفرقة بينهما.

قيل: معناه أن الرهن لا يوجب تفرقة؛ لأن الملك فيهما باقٍ للراهن والمنافع له، فيمكنه أن يأمرها بتعهد الولد وحضائته، وإذا كان كذلك وجب تصحيح الرهن، ثم ما يتفق بعده من بيع وتفریق فهو من ضرورة إلقاء الرهن إليه.

وقيل: معناه أنه لا تفرقة في الحال، وإنما التفرقة تقع عند البيع، وحينئذ يحذر منها بأن يبيعهما معاً، ومن قال بالأول، لم يبال بإفراد أحدهما عن الآخر بالبيع إذا وقعت الحاجة إلى البيع.

والأصح: التفسير الثاني وأنها يباعان جميعاً، ويوزع الثمن على قيمتهما<sup>(١)</sup> وكيف يوزع قدم الإمام على بيانه مسألة هي مقصودة في نفسها فنأتم به في تقديمها، ثم نعود إلى هذه.

أما تلك المسألة فهي ما إذا رهن أرضاً بيضاء، ثم نبت فيها نخيل.

ولها حالتان:

إحدهما: أن يرهن الأرض، ثم يدفن فيها الثوى أو يحملها السيل، أو الطير إليها

(١) محل الخلاف كما قاله الشيخ أبو علي في شرح التلخيص نقلاً عن الأصحاب إذا لم يكن للراهن مال غيرهما، فلو كان له مال سوى الجارية ولدها كلف قضاء الدين منه لأن بيعها وحدها وبيع الولد معها ضرورة فلا يصار إليها مع وجود المال ونقله أيضاً ابن يونس في شرح الوجيز عن أبي إسحاق المروزي، وظاهر كلام الماوردي موافقة ذلك حيث قال: إن أمكن الراهن قضاء الدين من ماله لم تبع عليه وإلا بيعت مع الولد على الصحيح. قال في الخادم بعد نقله ذلك: لكن كلام الشيخ أبي حامد والروياتي يشعر بالتخيير. ينظر روضة الطالبين ٣/٢٨٥.



فتنبت فهي للراهن، ولا يجبر في الحال على قلعها، فلعله يؤدي الدّين من موضع آخر، فإذا مست الحاجة إلى بيع الأرض، نظر إن وفى ثمن الأرض لو بيعت وحدها بالدّين بيعت وحدها، ولم تعلق النخيل، وكذا لو لم تَف به إلا قيمة الأرض وفيها الأشجار كقيمتها بضاء، وإن لم تف به ونقصت قيمتها بالأشجار، فللمرتهن قلعها لبيع الأرض بضاء، إلا أن يأذن الراهن في بيعها مع الأرض، فيباعان ويوزع الثمن عليهما.

هذا إذا لم يكن الراهن محجوراً عليه بالإفلاس فإن كان كذلك، فلا قلع بحال لتعلق حق الغرماء بها، بل يباعان ويوزع الثمن عليهما فما يقابل الأرض يختص به المرتهن، وما يقابل الأشجار يقسم بين الغرماء فإن انتقصت قيمة الأرض بسبب الأشجار، حسب النقصان على الغرماء؛ لأن حق المرتهن في أرض فارغة، وإنما منع من القلع لرعاية جانبهم، فلا يهمل جانبه بالكلية.

الحالة الثانية: أن تكون الثوى مدفونة في الأرض يوم الرهن، ثم تنبت فإن كان المرتهن جاهلاً بالحال، فله الخيار في فسخ البيع الذي شرط فيه هذا الرهن، فإن فسخ فذاك، وإلا فهو كما لوم كان عالماً وإن كان عالماً فلا خيار.

وإذا بيعت الأرض مع النخيل وزع الثمن عليهما، والمعتبر في الحالة الأولى قيمة أرض فارغة، وفي الثانية قيمة أرض مشغولة؛ لأنها كانت كذلك يوم الرهن. وفي كيفية اعتباره قيمة الأشجار وجهان نقلهما الإمام في الحالتين:

أظهرهما: أن الأرض تقوّم وحدها فإذا قيل: هي مائة قومت مع الأشجار، فإذا هي مائة وعشرون فالزيادة بسبب الأشجار عشرون، وهي سدس المائة والعشرين فيراعى في ثمنها نسبة الأسداس.

والثاني: أننا كما قوّمنا الأرض وحدها نقوم الأشجار وحدها ثانية، فإذا قيل: هي خمسون عرفنا أن النسبة بالأثلاث.

واعلم أن في المثال المذكور لإيضاح الوجهين تكون قيمة الأرض ناقصة بسبب الاجتماع؛ لأننا فرضنا قيمتها وحدها مائة، وقيمة الأشجار وحدها ثابتة خمسين، وقيمة المجموع مائة وعشرين.

عدنا إلى مسألة الأم والولد، فإذا بيعا معاً فأردنا التوزيع.

قال الإمام: فيه طريقتان:

أحدهما: أن التوزيع عليهما كالتوزيع على الأرض والأشجار فتعتبر قيمة الأم وحدها، وفي الولد الوجهان.

والثاني: أن الأم لا تقوّم وحدها بل تقوّم مع الولد خاصة؛ لأنها رهنّت وهي ذات

ولد، والأرض رهنت بلا أشجار، وهذا ما أورده الأكترون، نعم لو حدث الولد بعد الرهن والتسليم من نكاح أو زنا، وبيعا معاً فللمرتهن قيمة جارية لا ولد لها، وصاحب الكتاب اقتصر على رواية الطريق الأول، لكن نقله الوجه الثاني هاهنا وفي «الوسيط» يخالف منقول الإمام لأنه قال: تقدر قيمة الولد أيضاً مفرداً والوجه ما نقله الإمام كما تقدر قيمة الأشجار ثابتة لا مقلوعة.

وقوله: (حتى تقل قيمته) أي: هكذا يكون لكونه ضائعاً، وتمثيله المسألة بما إذا كانت قيمة الولد عشرة، يناسب ما نقله، ومثل في «الوسيط» بما إذا كانت قيمة الولد خمسين، وليس ذلك مع كون قيمتهما مائة وعشرين على ما فرضه الإمام في الوجه الأول، فإذا كانت وحدها مائة وكانت مع الولد مائة وعشرين استحال أن يكون الولد وحده خمسين لضياعه.

قال الغزالي: وَرَهْنٌ مَا يَتَسَارَعُ إِلَيْهِ الْفَسَادُ بِدَيْنٍ مُؤَجَّلٍ قَبْلَ حُلُولِ أَجَلِهِ صَحِيحٌ إِنْ شَرَطَ الْبَيْعَ وَجَعَلَ الثَّمَنَ رَهْنًا، وَإِنْ شَرَطَ مَنَعَهُ قَبَاطِلٌ، وَإِنْ أَطْلَقَ فَقَوْلَانِ، وَلَا خِلَافَ أَنَّهُ لَوْ طَرَأَ مَا يَعْرِضُهُ لِلْفَسَادِ يَبَاعُ وَيَجْعَلُ بَدْلَهُ رَهْنًا.

قال الرافعي: إذا رهن شيئاً رطباً يتسارع إليه الفساد، نظر إن أمكن تحجيفه كالرطب والعنب صح رهنه وجفف<sup>(١)</sup>، وإن لم يمكن كالثمرة التي لا تحجف والمرقّة والزّيحان والجمد فرهنه، إن كان بدين حال يصح، ثم إن بيع في الدين أو قضى الدين من موضع آخر فذاك، والأبيع وجعل الثمن رهناً كثيراً يضيع ولا تفوت الوثيقة، فلو تركه المرتهن حتى فسد.

قال في «التهذيب»: إن كان الراهن أذن له في بيعه ضمن وإلا لم ضمن، ويجوز أن يقال: عليه رفع الأمر إلى القاضي لبيعه<sup>(٢)</sup>.

وإن كان رهنه بمؤجل، فله ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يتعلم حلول الأجل قبل فساده فهو كرهنه بدين حال.

والثانية: أن يعلم عكسه، فإن شرط في الرهن بيعه عند الإشراف على الفساد،

(١) حفظاً للرهن، والمجفف له هو المالك ومؤنته عليه كما قال صاحب المطلب، أما إذا كان يحل قبل فساده بزمان يسع البيع، فإنه يباع على حاله.

(٢) قال النووي: هذا الاحتمال الذي قاله الإمام الرافعي رحمه الله قوي أو متعين، وقد قال صاحب «التتمة» في هذه الصورة: إن سكتنا حتى فسد، أو طلب المرتهن بيعه فامتنع الراهن، فهو من ضمان الراهن، وإن طلب الراهن بيعه فامتنع المرتهن فمن ضمان المرتهن. ينظر الروضة ٢٨٧/٣.

وجعل ثمنه رهناً صح، ولزم الوفاء بالشرط، وإن شرط ألا يباع بحال قبل حلول الأجل، فهو فاسد مفسد للرهن لمناقضته مقصود الوثيقة، وإن لم يشترط هذا ولا ذاك فقولان:

أحدهما: وبه قال أبو حنيفة وأحمد: يصح الرهن ويبيع عند تعرضه للفساد كما لو شرطه، لأن الظاهر أنه لا يقصد فساد ماله.

والثاني: لا يصح؛ لأنه مرهون لا يمكن استيفاء الحق منه عند المحل، والبيع قبله ليس من مقتضيات الرهن، وهذا أصح عند أصحابنا العراقيين، وميل من سواهم إلى الأول، وهو الموافق لنص الشافعي رضي الله عنه في «المختصر»<sup>(١)</sup>.

والثالثة: أن لا يعلم واحد من الأمرين وكانا محتملين، ففي جواز الرهن المطلق قولان مرتبان على القولين في القسم الثاني، والصحة هاهنا أظهر.

ولو رهن ما لا يتسارع إليه الفساد فطراً ما عرضه للفساد قبل حلول الأجل كما إذا ابتلت الحنطة وتعذر التجفيف، فلا يفسخ الرهن بحال، وإن منع الصحة في الابتداء على قول، كما أن إباق العبد يمنع صحة العقد، وإذا طرأ لم يوجب الانفساخ، ولو طرأ ذلك قبل المرهون ففي الانفساخ وجهان، كما في عروض الجنون والموت، وإذا لم يفسخ يباع ويجعل الثمن رهناً مكانه<sup>(٢)</sup>.

قال الغزالي: وَيَجُوزُ رَهْنُ الْعَبْدِ (ح) الْمُرْتَدِّ كَمَا يَجُوزُ بَيْعُهُ، وَرَهْنُ الْعَبْدِ الْجَانِي يَنْبَغِي عَلَى جَوَائِزِ بَيْعِهِ، وَنَصُّ الشَّافِعِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَلَى أَنَّ رَهْنَ الْمُدْبِرِ بَاطِلٌ، وَفِيهِ قَوْلٌ مُخَرَّجٌ مُنْفَاسٌ أَنَّهُ صَحِيحٌ، وَكَذَا رَهْنُ الْمُعَلَّقِ عِنْتَهُ بِصِفَةٍ، وَقِيلَ: إِنَّهُ بَاطِلٌ إِذْ لَا يَفْقُوهُ الرَّهْنُ عَلَى دَفْعِ عِنْتِ جَرَى سَبَبُهُ.

قال الرافعي: في الفصل أربع صور:

إحداها: رهن العبد المرتد كبيعة وقد مر، والمذهب صحتهما، ثم إن كان المرتهن عالماً برده، فلا خيار له في فسخ البيع المشروط فيه الرهن، وإن كان جاهلاً فله الخيار، فإن قتل قبل القبض فله فسخ البيع، وإن قتل بعده فهو من ضمان من؟ فيه وجهان مقرران في البيع، فإن جعلناه من ضمان الرهن فللمرتهن فسخ البيع، وإن جعلناه من ضمان المرتهن فهو كما لو مات في يده، فلا فسخ ولا

(١) قال النووي: قال الإمام الرافعي في «المحرر» أظهرهما: لا يصح الرهن. ينظر الروضة ٣/٢٨٨.

(٢) قال النووي الأرجح: إنه لا يفسخ، وهذا الذي قطع به من أنه إذا لم يفسخ يباع، هو المذهب ونقل الإمام: إن الأئمة قطعوا بأنه يستحق بيعه، ونقل صاحب «الحاوي» فيه قولين.

أزش<sup>(١)</sup>. ورهن العبد المُحَارِب كبيعه. وقوله: (ويجوز رَهْن العبد المرتد كما يجوز بيعه) مُعَلِّمان بالواو لما قدمناه وبالزاي؛ لأن الموفق ابن طاهر روى عن المزني المنع منهما.

الثانية: رهن العبد الجاني مرتب على بيعه، إن لم يصح بيعه فرهته أولى، وإن صح ففي رهنه قولان، وفرقوا بينهما بأن الجناية العارضة في دوام الرهن تقتضي تقديم حق المجني عليه، فإذا وجدت أولاً منعت من ثبوت حق المرتهن.

التفريع: إن لم يصح الرهن ففداه السيد، أو أسقط المجني عليه حقه، فلا بد من استئناف رهن وإن صححناه.

فقد قال المَسْعُودي: إنه يكون مختاراً للفداء كما سبق في البيع، ويمثله أجباب الإمام، لكن ابن الصَّبَّاح قال: لا يلزمه الفداء بخلاف ما في البيع والعتق، لأن محل الجناية باقي هاهنا، والجناية لا تُنَافِي الرهن<sup>(٢)</sup>، ألا ترى أنه لو جنى وهو مرهون تعلقت الجناية به، ولا يبطل الرهن؟

- (١) قال النووي: ولو رهنه عبداً مريضاً، لم يعلم بمرضه المرتهن حتى مات في يده فلا خيار له، قاله في «المعاينة» قال: لأن الموت بآلم حادث، بخلاف قتل المرتد. ينظر الروضة ٢٨٩/٣.
- (٢) قال النووي: قال البغوي أيضاً: يكون ملتزماً للفداء. ولكن الأكثرين قالوا كقول ابن الصَّبَّاح، منهم الشيخ أبو حامد، والماوردي، وصاحب «العدة» وغيرهم. قالوا: هو مخير بين فدائه وتسليمه للبيع في الجناية. فإن فداه، بقي الرهن، والأبيع في الجناية وبطل الرهن إن استغرقه الأرض، والأبيع بقدره، واستقر الرهن في الباقي، وإذا قلنا: لا يصح رهن الجاني، فسواء كان الأرض درهماً، والعبد يساوي الوفاً، أم غير ذلك، نص عليه الشافعي - رضي الله عنه - والأصحاب. وأما إثبات الخيار للمرتهن في فسخ البيع المشروط فيه رهته، ففيه تفصيل في «الحاوي» وغيره. إن كان عالماً بالجناية، فلا خيار في الحال. فإن اقتصر منه في طرفه، بقي رهناً، ولا خيار للمرتهن في البيع لعلمه بالعيب. وإن قتل قصاصاً، فإن قلنا: إنه من ضمان البائع، فله الخيار كما لو بَانَ مستحقاً، وإن قلنا: من ضمان المشتري، فلا خيار، لأنه معيب علم به، وإن عفا مستحق القصاص على ما له فإن فداه، بقي رهناً، ولا خيار للمرتهن، وإن بيع للجناية، بطل الرهن. وفي الخيار الوجهان. وإن عفا عن القصاص، سقط أثر الجناية. أما إذا كان جاهلاً بالجناية، فإن علم قبل استقرار حكمها، بخير. فإن فسخ، وإلا فيصير عالماً، وحكمه ما سبق. وإن لم يعلم إلا بعد استقرار حكمها على قصاص طرف، لم يبطل الرهن بالقصاص، لكن للمرتهن الخيار. وإن كان قصاص نفس، بطل الرهن. وفي الخيار الوجهان. وإن استقر حكمها على مال، فإن فداه، كان كالعفو على مال. وإن بيع، بطل الرهن. وفي الخيار الوجهان. وإن عفا بلا مال، سقط أثر الجناية، ثم إن لم يتب العبد من الجناية وكان مصرأً، فهذا عيب، فللمرتهن الخيار. وإن تاب، فهل ذلك عيب في الحال؟ وجهان. فإن قلنا: عيب فله الخيار، وإلا، فوجهان: أحدهما: يعتبر الابتداء فيثبته. والآخر: ينظر في الحال، هذا كلام صاحب «الحاوي» وفيه نقاش. ينظر الروضة ٢٨٩/٣ - ٢٩٠.

وإذا صححنا الرهن والواجب القصاص، ومنعناه والواجب المال فـرهن والواجب القصاص، ثم عفى المُستحق على مال فيبطل الرهن من أصله، أو هو كجناية تصدر من المرهون، حتى يبقى الرهن لو لم يبع في الجناية فيه وجهان:

اختر الشيخ أبو محمد أولهما، وإذا قيل به فلو كان قد حفر بئراً في محل عدوان، فتردّى فيها بعد ما رهن، ففي تبين الفساد وجهان، والفرق أنه في الصورة الأولى رهن وهو جان وهاهنا بخلافه.

**الثالثة:** قال الشافعي - رضي الله عنه -: ولو دبره ثم رهنه كان الرهن مفسوخاً أي باطلاً، وللأصحاب في رهن المُدبّر طرق:

أحدها، وبه قال ابن سريج: أنه على قولين مبنيين على أن التذبير وصية أو تعليق عتق بصفة.

إن قلنا: بالأول صح الرهن.

وإن قلنا بالثاني لم يصح على الأصح، كما لو رهن المُعلق عتقه بصفة يحتمل أن تتقدم على المحل، ويحتمل أن تتأخر.

**والثاني:** القطع بالمنع؛ لأن السيد قد يموت فجأة، فيبطل مقصود الرهن، ولا يقف على موته ليبيعه قبله، ومن قال بهذا قال: التذبير وإن جعل وصية فهو أكد من سائر الوصايا بدليل أنه يتنجز بالموت، والرهن ليس بصريح في الرجوع فجاز أن يؤثر في سائر الوصايا، ولا يؤثر في التذبير.

**والثالث:** القطع بجواز رهنه كيجه.

**التفريع:** إن صححنا الرهن بناء على أنه وصية، فيبطل التذبير ويكون بالرهن راجعاً عنه، وهو اختيار المزني، وإن أبطناه بناء على أنه تعليق عتق بصفة، فالتذبير باقٍ بحاله، ولا يحصل الرجوع إلا بتصرف مزيل للملك، وكذا الحكم إن قلنا بالطريقة الثانية.

وإن قلنا بالثالثة فالتذبير باقٍ أيضاً، وهو مرهون مدبر، فإن قضى الراهن الدين من غيره فذاك، وإن رجع في التذبير وباعه في الدين بطل التذبير، وإن امتنع من الرجوع فيه ومن يبيعه فإن كان له مال آخر أجبر على قضائه منه، وإلا فوجهان عن أبي إسحاق.

**أصحهما:** أنه يباع في الدين ويفسخ التذبير.

**والثاني:** أنه يحكم بفساد الرهن، ومن قال بهذا حمل قول الشافعي - رضي الله عنه - وكان الرهن مفسوخاً عليه.

بقي الكلام في أن أظهر الطرق ماذا؟ وفي أن الأظهر من صحّة الرهن وفساده ماذا؟ أما الأول فالحق ما ذكره صاحب «الشامل»، وهو أن الطريق الأول أقرب إلى القياس.

والثاني: أقرب إلى النص.

والثالث: أبعد الثلاثة.

أما كون الأول أقرب إلى القياس فلأن في كون التّدبير وصية، أو تعليق عتق بصفة قولين معروفين، وقضية كونه وصية صحة الرهن.

وأما كون الثاني أقرب إلى النص، فلأن كلامه في «الأم» كالصّريح في القطع بالمنع؛ لأنه قال: «ولو دبره ثم رهنه كان الرهن مفسوخاً»، ولو قال: رجعت عن التّدبير، ثم رهنه فقولان، فخص القولين بما بعد الرجوع.

وأما الثاني فعامة الأصحاب مائلون إلى تَرْجِيح البطلان، كما نص عليه وربما وجهوه بأن العتق مستحق بالتّدبير، فلا يقوى الرهن على دفعه، واختار الإمام وصاحب الكتاب ترجيح الصحة. قال الإمام: أما إذا قلنا: إنه وصية فظاهر.

وأما إذا قلنا: إنه تعليق عتق بصفة؛ فلأنه مع ذلك محسوب من الثلث، بخلاف العتق المعلق النازل في حياة المعلق، والذّين محسوب من رأس المال.

ولو مات ولم يخلف إلا هذا العبد، والدين مستغرق ولا رهن لصرفناه إلى الدين، ولم نبال ارتفاع العتق، فلا معنى لمنعه من الرهن لغرض العتق.

وقوله في الكتاب (وفيه قول مخرج) إنما سماه مخرجاً؛ لأن المنصوص البطلان، وهذا مخرج من أن التّدبير وصية، وطريقة القولين هي التي أوردتها في الكتاب، ويجوز الإعلام بالواو لغيرهما.

الرابعة: الرهن المعلق عتقه بصفة تصوره على وجوه: أحدها: أن يرهّن بدين حال أو مؤجل يتيقن حلوله قبل وجود الصفة، فهو صحيح ويباع في الدين، فلو لم يتفق بيعه حتى وجدت الصفة، فبينى على القولين في أن أمر الاعتبار في العتق المعلق بحالة التعليق، أم بحالة وجود الصفة؟ إن قلنا: بالأول عتق، وللمرتهن فسخ البيع المشروط فيه الرهن إن كان جاهلاً<sup>(١)</sup>.

(١) قال النووي: هذا الذي جزم به من ثبوت الفسخ للمرتهن على هذا القول، هو الذي جزم به صاحب «التهذيب» وجزم صاحب «التتمة» بأنه لا خيار له، وقد سقط حقه، لأن الرهن سلم له ثم بطل فصار كموته، والأول: أصح، وأقيس. ينظر روضة الطالبين ٣/٢٩١.

وإن قلنا بالثاني فهو كإعتاق المرهون، وسيأتي.

والثاني: أن يرهن بدين مؤجل، يتيقن وجود الصفة قبل حلوله، ففيه طريقان:

عن صاحب الإفصاح: أنه على القولين في رهن ما يتسارع إليه الفساد، فعلى قول: يباع إذا قرب أوان وجود الصفة، ويجعل ثمنه رهناً.

قال الإمام: وهذا البناء إنما ينتظم إذا قلنا بنفوذ العتق المعلق قبل الرهن عند وجود الصفة حالة الرهن.

أما إذا لم نقل بذلك فلا نخاف تسارع الفساد إليه، وفوات الوثيقة فيوجه الخلاف بشيء آخر، وهو أن الرهن هل يصلح دافعاً للعتق المستحق بالتعليق؟ فتارة نقول: نعم كالبيع وأخرى نقول: لا لضعفه.

والطريق الثاني، وهو المشهور: القطع بالمنع لفوات مقصود الرهن قبل المحل، وليس ذلك كرهن ما يتسارع إليه الفساد؛ لأن الظاهر من حال صاحب الطعام الرضا بالبيع عند خوف الفساد كيلاً يضيع، والظاهر من حال المعلق إمضاء العتق.

والثالث: أن لا يتيقن واحد من الأمرين، بل يجوز تقديم الصفة على حلول الدين وبالعكس فقولان:

أصحهما: المنع لما فيه من الغرر.

والثاني: وبه قال أبو حنيفة وأحمد: أنه يصح؛ لأن الأصل استمرار الرق.

وقال القاضي أبو الطيب: هذا مخرج من تجويز رهن المدبر بناء على أن التدبير تعليق عتق بصفة.

وعن صاحب «الإفصاح» طريقة قاطعة بالمنع هاهنا، فهذا كلام الأصحاب في المسألة، وقد عرفت منه فتواهم بالبطلان، وإيراد صاحب الكتاب يقتضي ترجيح الصحة هاهنا، والله أعلم.

قال الغزالي: وَيَصِحُّ رَهْنُ الثَّمَارِ بَعْدَ بُدْوَ الصَّلَاحِ، وَالْأَصْحَحُّ جَوَازُهُ أَيْضاً قَبْلَ بُدْوَ الصَّلَاحِ وَأَنْ لَمْ يَشْتَرِطِ الْقَطْعَ، وَلَكِنْ عِنْدَ الْبَيْعِ يُشْتَرِطُ الْقَطْعَ، وَقِيلَ: لَا يَجُوزُ إِلَّا بِالتَّضْرِيحِ بِالْإِذْنِ فِي شَرْطِ الْقَطْعِ عِنْدَ الْبَيْعِ.

قال الرافعي: إذا رهن الثمار على الأشجار، فأما أن يرهنها مع الأشجار، أو وحدها.

الحالة الأولى: أن يرهنها مع الأشجار، فينظر إن كانت الثمرة مما يمكن تجفيفها

صحَّ الرهن، سواء بدأ الصلاح فيها أو لم يَبْدُ، وسواء كان الدين حالاً أو مؤجلاً، وإن كانت مما لا يمكن تجفيفها، ولم نصحح رهن ما يتسارع إليه الفساد فطريقان:

أشبههما: أنه لا يصح في الثَّمَار، وفي الأشجار قولاً تفريق الصفقة.

والثاني: يصح فيهما قولاً واحداً، وتكون الثمار تابعة للأشجار.

الحالة الثانية: أن يرهنها وحدها، فإن لم يمكن تجفيفها، فهو كرهن ما يتسارع إليه الفساد على وجه الأرض، وإن أمكن تجفيفها، فإما أن يرهن قبل بُدُو الصلاح أو بعده.

القسم الأول: أن يرهن قبل بُدُو الصَّلَاح، فإن رهنها بدين حال، وشرط قطعها وبيعها أو بيعها بشرط القطع جاز، وإن أطلق فقولان: أحدهما: لا يجوز، كما لا يجوز بيعها مطلقاً.

وأصحهما: الجواز لأن حق المرتهن لا يبطل باجتياحها، وحق المشتري يبطل، وأيضاً فإن الحلول قرينة نازلة منزلة شرط القطع.

وإن رهنها بدين مؤجل نظر إن كان يحل مع بلوغ الثمار أو ان الإدراك أو بعده فهو كما لو كان حالاً، وإن كان يحل قبل بلوغها أو ان الإدراك، فإن رهنها مطلقاً فقولان:

أصحهما: أنه لا يصح؛ لأن العادة في الثمار الإبقاء إلى الإدراك فأشبه ما لو رهن شيئاً على أن لا يبيعه عند المحل إلا بعد أيام.

والثاني: يصح؛ لأن مقتضى الرهن البيع عند المحل، فكأنه شرط بيعه عند المحل، وإن رهنها بشرط القطع عند المحل فطريقان:

منهم: من طرد القولين، ووجه المنع التشبيه بما إذا باع بشرط القَطْع بعد مدة.

ومنهم: مَنْ قطع بالجواز، وإليه أشار الشيخ أبو حامد وصاحب «التهذيب».

وعن صاحب «التقريب» طريقة قاطعة بالمنع فيما إذا رهنها مطلقاً، كما إذا باعها.

والقسم الثاني: أن يرهن بعد بدو الصَّلَاح، فيجوز بشرط القطع ومطلقاً إن رهنها بدين حال أو مؤجل هو في معناه، وإن رهنها بمؤجل يحل قبل بلوغها أو ان الإدراك، فعلى ما ذكرنا في القسم الأول.

إذا وقفت على هذا التَّفْصِيل، عرفت أن مطلق قوله في الكتاب (ويصح رهن الثَّمَار بعد بُدُو الصَّلَاح) على ماذا يجب تنزيله وقوله: (وقيل) هو القول الثاني، ومتى صح رهن الثمار على الأشجار، فَمُؤَنَّة السَّقِي والجُدَاذ والتَّجْفِيف على الراهن دون المرتهن، فإن لم يكن له شيء باع الحاكم جزءاً منها وأنفق عليها، ولو توافق الرَّاهِن



والمرتهن على ترك السقي جاز بخلاف علف الحيوان، وحكى الروياني على بعض الأصحاب، أنه يجبر عليه كما يجبر على علف الحيوان، وأدعى أنه الأصح، وإذا أراد أحدهما قطع الثمرة قبل أوان الجذاذ فلآخر أن يمتنع منه، وبعد أوان الجذاذ ليس له ذلك، بل يباع في الدين إن حل وإلا أمسكه رهناً.

فرعان:

أحدهما: الشجرة التي تثمر في السنة مرتين، يجوز رهن ثمرتها الحاصلة بالدين الحال والمؤجل الذي يحل قبل خروج الثمرة الثانية، وقبل اختلاطها بالأولى، وإلا فإن شرط أن لا تقطع عند خروج الثانية لم يصح، وإن شرط قطعها صح، وإن أطلق فقولان، فإن صححا أو رهن بشرط القطع، ثم لم يتفق القطع حتى حصل الاختلاط، ففي بطلان الرهن قولان، كالقولين في البيع إذا عرضت هذه الحالة قبل القبض والرهن بعد القبض كالبيع قبله، لأن المرتهن إنما يتوثق بعد القبض، فهو والمرهون عنده كالبائع والمبيع محبوس عنده. فإن قلنا؟ يبطل الرهن فذاك.

وإن قلنا: لا يبطل، فلو أنفق قبل القبض بطل، وفيه وجه سيأتي نظيره فيما إذا تخمّر العصير قبل القبض، وإن لم يبطل، فإن رضي الراهن بأن يكون الكل رهناً أو توافقاً على أن يكون النصف من الجملة مثلاً رهناً فذاك، وإن تنازعا في قدر المرهون، فالقول قول الراهن مع يمينه، كما لو اختلطت الحنطة المرهونة بحنطة أخرى للراهن.

وقال المزني: القول قول المرتهن مع يمينه؛ لأن اليد له كما لو تنازعا في ملك.

وأجاب الأصحاب بأن اليد تدل على الملك دون الرهن، ألا ترى أنه لو قال: من في يده المال رهنتيه، وأنكر المالك كان القول قوله.

وذكر الروياني في مسألة الحنطة، إن طرد الخلاف محتمل لتعذر الفرق.

الثاني: إذا رهن زرعاً بعد اشتداد الحب، نظر إن كان ترى حباته من السنبله صح، وإلا فقولان كما في البيع.

والأصح: المنع.

ولو رهنه وهو بقل فهو كما لو رهن الثمرة قبل بدو الصلاح.

وعن صاحب «التلخيص»: أنه لا يجوز إذا كان الدين مؤجلاً قولاً واحداً، وإن صح بشرط القطع عند المحل؛ لأن الزرع لا يجوز بيعه إذا تسنبل، وقد يتفق الحلول في تلك الحالة؛ ولأن زيادة الزرع بالطول، فهي كثمرة تحدث وتختلط بالمرهون، وزيادة الثمرة بغير الحبة فهي كالسمن.

قال الغزالي: فَإِنْ قِيلَ: هَلْ يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ الْمَرْهُونُ مِلْكَاً لِلرَّاهِنِ؟ قُلْنَا: لَا فَقَدْ نَصَّ الشَّافِعِيُّ عَلَى أَنَّهُ لَوْ اسْتَعَارَ الرَّهْنُ جَارَ، وَفِي تَغْلِيْبِ حَقِيْقَةِ الضَّمَانِ أَوْ الْعَارِيَةِ تَرَدُّدُ قَوْلٍ، وَالْأَوْلَى أَنْ يُقَالَ: هُوَ فِيمَا يَدُوْر الرَّاهِنِ وَالْمُرْتَهِنِ رَهْنٌ مَحْضٌ وَفِيمَا بَيْنَ الْمُعِيرِ وَالْمُسْتَعِيرِ عَارِيَةٌ، وَفِيمَا بَيْنَ الْمُعِيرِ وَالْمُرْتَهِنِ حُكْمُ الضَّمَانِ أَغْلَبُ فَيَرْجِعُ فِيهِ مَا دَامَ فِي يَدِ الرَّاهِنِ، وَلَا يَرْجِعُ بَعْدَ الْقَبْضِ عَلَى الْأَصْحَحْ؛ لِأَنَّهُ ضَمِنَ لَهُ الدَّيْنُ فِي عَيْنِ مِلْكِهِ وَيَقْدِرُ عَلَى إِجْبَارِ الرَّاهِنِ عَلَى فَكِّهِ بِأَدَاءِ الدَّيْنِ؛ لِأَنَّهُ مُعِيرٌ فِي حَقِّهِ إِنْ كَانَ الدَّيْنُ حَالاً، وَإِنْ كَانَ مُؤَجَّلاً فَقَوْلَانِ، وَلَا يَبَاعُ فِي حَقِّ الْمُرْتَهِنِ إِلَّا إِذَا أَعْسَرَ الرَّاهِنُ، وَلَوْ تَلَفَ فِي يَدِ الْمُرْتَهِنِ فَلَا ضَمَانَ عَلَى أَحَدٍ عَلَى الْأَصْحَحْ، وَإِنْ تَلَفَ فِي يَدِ الرَّاهِنِ ضَمِنَ لِأَنَّهُ مُسْتَعِيرٌ، وَالْأَصْحَحْ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ فِي هَذِهِ الْإِعَارَةِ ذِكْرُ قَدْرِ الدَّيْنِ وَجِنْسِهِ وَمَنْ يَرْهَنُ عِنْدَهُ لِأَنَّ مَعْنَى الضَّمَانِ ظَاهِرٌ فِيهِ وَالْفَرْصُ يَخْتَلِفُ بِهِ.

قال الرَّافِعِيُّ: لما كان حجة الإسلام يتكلم في هذا الركن في شرائط المرهون، بحث عن أنه هل يشترط كون المرهون ملكاً للراهن؟

والجواب الجملي: أنه ليس بشرط على المذهب.

والتفصيل: أنه إذا استعار عبد الغير ليرهنه بدينه فرهنه، فسييل هذا العقد سبيل العارية أو الضمان فيه قولان:

أحدهما: سبيل العارية؛ لأنه قبض مال الغير بإذنه لينتفع به ضرب انتفاع فأشبهه، ما لو استعاره للخدمة.

وأصحهما: أن سبيله سبيل الضمان، ومعناه أنه ضمن دين الغير في رقة ماله، كما لو أذن لعبده في ضمان دين غيره يصح وتكون ذمته فارغة، وكما ملك أن يلزم ذمته دين الغير وجب أن يملك التزامه في عين ماله؛ لأن كل واحد منهما محل حقه وتصرفه، ولو قال المديون لغيره: ارهن عبدك بديني من فلان فهو كما لو قبضه ورهنه.

وقوله: في الكتاب (وفي تغليب حقيقة الضمان أو العارية تردد) قول أشار به إلى ما ذكره الإمام من أن في العقد شبهاً من هذا وشبهاً من ذلك، وليس القولان في أنه يتمحض عارية أو ضماناً وإنما هما في أن المغلب أيهما.

وقوله: (والأولى أن يقال: هو فيما يدور بين الراهن والمرتهن) ليس للإشعار بتردد في هذه القضية، ولكن أراد أنه لا ينبغي أن نحكم بتغليب أحد الطرفين على الإطلاق، بل نفصل التفصيل الذي ساقه.

وقوله: (وفيما بين المعير والمستعير) إلى آخره غير مساعد عليه، بل على قول

الضَّمان المعير ضامن في عين ماله، والمستعير مضمون عنه، وليس ما بين المُعِير والمُسْتَعِير عارية محضة على ما سنبين في التفريع إن شاء الله - تعالى - .

وذكر في الوسيط أن القولين مستخرجان من تردُّد الشَّافعي - رضي الله عنه - في أحكام المسألة، لكن الشيخ أبا حامد في آخرين نقلوهما عن الرُّهن الصغير منصوصين، ثم لهما فروع كثيرة ذكر بعضها في الكتاب فنشرحه ونضم إليه ما يتفق.

فمنها: أن على القولين جميعاً هذا التصرف جائز، ويخالف ما لو باع مال الغير لنفسه؛ لأن البيع معاوضة فلا يملك الثمن من لا يملك الثمن، والرهن اشتياق يحصل بما لا يملك كما يحصل بالكفالة والإشهاد، وعن ابن شُرَيْج أنا إذا جعلناه عارية لم يصح هذا التصرف لأن الرهن ينبغي أن يلزم بالقبض، والعارية لا تلزم فعلى هذا يشترط في الرهن كون المرهون ملكاً للراهن.

والصحيح: الأول الكلام في أن هذه العارية هل تلزم؟ سيأتي إن شاء الله - تعالى - . ثم العارية قد تحرم كما إذا أعار بقعة لدفن ميت ودفن فيها.

ومنها: لو أذن في رهن عبده، ثم رجع عنه قبل الرهن أو بعده، وقبل أن يقبضه المرتهن كان له ذلك. أما على قول العارية فظاهر. وأما على قول الضمان فلأنه بعد لم يلزم ألا ترى أن المستعير مخير في فسخ الرهن قبل القبض؟

وإذا لم يلزم في حقه وهو المديون، فأولى أن لا يلزم في حق غيره.

وأما بعد قبض المرتهن فلا رجوع على قول الضمان، وعلى قول العارية وجهان:

أحدهما، وبه قطع الشيخ أبو محمد: أن له أن يرجع جرياً على مقتضى العارية.

وأظهرهما، وبه قال القاضي: لا يرجع وألا لم يكن لهذا الرهن معنى، ولا يحصل به توثق. وعن صاحب «التقريب»: أنه إذا كان الدين مؤجلاً؛ ففي جواز الرجوع قبل حلول الأجل وجهان لما فيه من الإذن بمدة كما لو أعار للغراس مدة، ومتى حكمنا بالرجوع فرجع، وكان الرهن مشروطاً في بيع، فللمرتهن فسخ البيع إذا كان جاهلاً بالحال والله أعلم. ومنها: هل للمالك إجبار الراهن على فك الرهن؟

أما من قال له أن يرجع ويسترد المال متى شاء بناء على قول العارية، فلا حاجة عنده إلى هذا.

وأما من لم يقل بذلك فإن قلنا: إنه عارية فله إجباره على الفك.

وإن قلنا: إنه ضمان، فإن كان الدين حالاً فكذلك لاستخلاص ملكه المشغول بوثيقه الرهن ولا يخرج على الخلاف في أن الضامن هل يملك إجبار الأصيل على الأداء لتبرئة ذمته بسببها للشغل الذي أثبتته بأداء الدين؟ وإن كان مؤجلاً فليس له إجباره

عليه، كمن ضمن ديناً مؤجلاً لا يطالب الأصيل بتعجيله لتبراً ذمته، ثم إذا حل الأجل وأمهل المرتهن الراهن، فللمالك أن يقول: إما أن ترده إليّ، أو تطالبه بالدين ليؤدي فينفك الرهن، كما إذا ضمن ديناً مؤجلاً ومات الأصيل، للضامن أن يقول: إما أن تطالب بحقك من التركة أو تبرئني. وقوله: في الكتاب: «لأنه معير في حقه، إن كان الدين حالاً»، هذا التعليل يقتضي القدرة على الإيجاب، سواء كان الدين حالاً أو مؤجلاً، كما عرفته فكان الأحسن أن يقدم ويؤخر، فيقول: إنه يقدر عليه إن كان الدين حالاً؛ لأنه معير في حقه، وإن كان مؤجلاً فقولان، وإيراد «الوسيط» قريب من ذلك، ثم وجه أحد القولين بأنه معير. والثاني: بأن فيه إلزام أداء الدين قبل لزومه.

ومنها: إذا حل أجل الدين أو كان حالاً.

قال الإمام: إن قلنا: إنه ضمان، فلا يباع في حق المرتهن إن قدر للراهن على أداء الدين، إلا بإذن مجدد، وإن كان معسراً فتباع، وإن سخط المالك.

وإن قلنا: إنه عارية فلا يباع إلا بإذن مجدد، سواء كان الرّاهن موسراً أو معسراً، قال: وقياس طريق القاضي حيث حكم بلزوم الرهن على قول العارية تجوز بيعه عند الإغسار من غير مراجعة كما على قول الضمان، وتابعه المصنف على ما ذكره ليعلم قوله: (إلا إذا أعسر الراهن)، لما حكاه علي قول العارية، ولك أن تقول: الرهن وإن صدر من المالك، فإنه لا يسقط على البيع إلا بإذن جديد، فإن رجع ولم يأذن، فحيث يباع عليه على ما سيأتي إن شاء الله تعالى، فإذا المراجعة لا بد منها، ثم إذا لم يأذن في البيع، فقياس المذهب أن يقال: إن قلنا: إنه عارية فيعود الوجهان في أنه، هل يمكن من الرجوع؟

وإن قلنا: إنه ضمان ولم يؤد الدين الراهن، فلا يمكن من الإبراء وبيع عليه معسراً كان الرّاهن أو موسراً، كما لو ضمن في ذمته يطالب موسراً كان الأصيل أو معسراً، ثم إذا اتفق بيعه في الدين نظر إن بيع بقدر قيمته يرجع المالك على الرّاهن على القولين، وإن بيع بأقل قدرًا تغابن الناس بمثله، فعلى قول العارية يرجع بتمام القيمة، وعلى قول الضمان لا يرجع إلا بما بيع؛ لأنه لم يفض الضامن من الدين إلا ذلك القدر، وإن بيع بأكثر من القيمة يرجع بما بيع على قول الضمان، وعلى قول العارية وجهان: ذهب الأكثرون: إلى أنه لا يرجع إلا بالقيمة؛ لأن العارية بها تضمن.

وقال القاضي أبو الطيب: يرجع بما بيع؛ لأنه ثمن ملكه، وقد صرف إلى دين الرّاهن وهذا أحسن، واختاره ابن الصّبّاغ والإمام والقاضي الروياني.

ومنها: لو تلف في يد المرتهن.

إن قلنا: إنه عارية فعلى الراهن الضمان، كما لو تلف في يده.

وإن قلنا: إنه ضمان فلا شيء؛ لأنه لم يسقط الحق عن ذمته، ولا شيء على المرتهن بحال؛ لأنه يمسكه رهناً لا عارية، وإن تلف في يد الرّاهن فقد أطلق في الكتاب أنه يضمن؛ لأنه مستعير، وفي تعليق الشيخ أبي حامد بناؤه على القولين، كما لو تلف في يد المرتهن. ولو جنى في يد المرتهن فبيع في الجنابة.

فإن قلنا: إنه عارية فعلى الراهن القيمة. وقال الإمام: هذا إذا قلنا: إن العارية تضمن ضمان المغصوب، وإلا فلا شيء عليه. وإن قلنا: إنه ضمان فلا شيء عليه في هذه الصورة، وأشار في «المختصر» إلى القولين، وإلى ترجيح قول الضمان فقال رضي الله عنه: فلو أذن في الرهن فرهنه فجنى فبيع في الجنابة، فأشبه الأمرين أنه غير ضامن.

ومنها: إذا قلنا: إنه ضامن وجب بيان جنس الدين وقدره وصفته في الحلول والتأجيل وغيرهما لاختلاف أغراض الضمان بذلك، وذكر أبو علي الزّجاجي<sup>(١)</sup> أنه أجاز في القديم السكوت عن ذكر الحلول والتأجيل، وهل يجب بيان من يرهن عنده؟

عن صاحب «التقريب» فيه وجهان:

**والأصح:** الوجوب وعلى القولين إذا عين شيئاً من ذلك لم تجز مخالفته، نعم لو عين قدراً جاز أن يرهن بما دونه، ولو زاد فمنهم من قال: يبطل في الزائد، وفي المأذون قولاً تفريق الصفة، والصحيح البطلان في الكل للمخالفة. كما لو باع الوكيل بالغبن الفاحش، لا نقول يصح البيع في القدر الذي يساوي الثمن.

وإذا قال المستعير: أعرني لأرهنه بألف أو من فلان فأعاره، كان ذلك كتنقييد المعير بنفسه على أظهر الوجهين تنزيلاً للإسعاف على الالتماس<sup>(٢)</sup>.

ومنها: لو أعتقه المالك فإن قلنا: إنه ضمان، فقد حكى الإمام عن القاضي أنه ينفذ، وتوقف فيما ذكره وذكر في «التهذيب» أنه كإعتاق المرهون.

(١) الحسن بن محمد بن العباس القاضي أبو علي الطبري الزجاجي - بضم الزاي وتخفيف الجيم، قال السبكي: أراه توفي في حدود الأربعمائة، وقال ابن قاضي شعبة: ولا دليل على ما ادعاه، انظر ابن قاضي شعبة (١٣٩/١ - ١٤٠) الشيرازي (٩٦) ابن السبكي (٢/٢١١، ٣/١٤٦) معجم المؤلفين (٣/٢٨٤).

(٢) قال النووي: وإذا قلنا: عارية، فله أن يرهن عند الإطلاق بأي جنس شاء، وبالحال والمؤجل. قال في «التتمة» لكن لا يرهنه بأكثر من قيمته؛ لأن فيه ضرراً. فإنه لا يمكنه فكه إلا بقضاء جميع الدين. ولو أذن في حال فرهنه بمؤجل، لم يصح كعكسه، لأنه لا يرضى أن يحال بينه وبين عبده إلى أجل. ينظر الروضة ٣/٢٩٥.

وإن قلنا: إنه عارية فعن القاضي أنه على الخلاف من إعتاق المرهون، وهذا بناء على لزوم هذا الرهن على قول العارية.

وفي «التهذيب»: أنه يصح ويكون رجوعاً، وهو بناء على عدم اللزوم.

ومنها: لو قال مالك العبد: ضمنت ما لفلان عليك في رَقَبَةِ عبيدي هذا، قال القاضي: يصح ذلك على قول الضمان، ويكون كالإعارة للرهن.

قال الإمام: وفيه تردّد من جهة أنّ المضمون له لم يقبل، ويجوز أن يعتبر القبول في الضمان المتعلّق بالأعيان تقريباً له بالمرهون.

وإن قلنا: إنه لا يعتبر في الضمان المطلق في الذمة.

فرع: لو قضى المالك الدّين من مال نفسه انفك الرّهن، ثم رجوعه على الراهن يتعلّق بكون القضاء بإذن الراهن أو عدمه، وسيأتي ذلك في باب الضّمان، فإن اختلف في الإذن فالقول قول الراهن، ولو شهد المرتهن للمالك قبلت شهادته؛ لأنه لا يجزّ به نفعاً ولا يدفع ضرراً، ولو رهن عبده بدين الغير دون إذنه جاز، ولو بيع فيه فلا رجوع.

قال الغزالي: الركن الثاني المرهون به وله ثلاثة شرائط أن يكون ديناً ثابتاً لازماً، فلا يزهن بعين، ولا بدين لم يثبت بعد كقوله: رهنتك بما تقرضه مني أو بالثمن الذي ألتزمه بالشراء منك، ولو قال: بعث منك العبد بألف وأزتهنت الثوب به، فقال: اشتريت ورهنت جاز على الأصح، لأن شرط الرهن في البيع جائز للحاجة فمزجه به أولى وأكد، ولكن ليتقدّم من الخطابين والجوابين لفظ البيع، وليتأخّر لفظ الرهن حتى يتأخّر تمام الرهن عند تمام البيع.

قال الرافعي: يشترط في المرهون ثلاثة أمور:

أحدها: أن يكون ديناً<sup>(١)</sup>، أما الأعيان المضمونة في يد الغير إما بحكم العقد كالبيع، أو بحكم ضمان اليد كالمغصوب والمستعار والمأخوذ على جهة السوم فلا

(١) قال الزركشي وغيره اعلم من هذا الشرط أن ما جرت به العادة من أخذ رهن على عارية الكتب الموقوفة أو غيرها لا يصح لأن المرهون به كونه ديناً لكن في فتاوى القفال أنه يصح الشرط وأنه لو شرط ذلك في كتاب الوقف لزم اتباعه وهذا مشكل من ثلاثة أمور: أحدها: كونه رهناً بالعين التي ليست مضمونة ولا خلاف في بطلانه. ثانيها: كون الراهن أحد المستحقين والراهن لا يكون مستحقاً فكيف يرهن المستحق. ثالثها: المقصود بالرهن الوفاء من ثمن المرهون عند التلف وهذا الموقوف لو تلف في يد الموقوف عليه من غير تعد لم يضمه فخرج عن قاعدة الرهن ولهذا قال الزركشي إن ما قاله القفال مردود وفي هذا اللفظ خشونة.

يصح الرهن بها؛ لأن غرض الرهن بيع المرهون واستيفاء الحق من ثمنه عند الحاجة، ويستحيل استيفاء تلك الأعيان من ثمن المرهون.

ونقل الإمام وجهاً: أنه يجوز الرهن بها بناء على تجويز ضمان الأعيان المضمونة، والفرق على قول المذهب أن الضمان التزام في الذمة، فلو لم تلتف العين المضمونة لم يجز الالتزام ضرراً، وفي الرهن دوام الحجر في المرهون يجر ضرراً ظاهراً، وعن مالك أن الرهن بالأعيان المضمونة جائز، وعند أبي حنيفة أنه يجوز بكل عين تضمن بالمثل أو القيمة.

والثانية: كونه ثابتاً.

أما الذي لم يثبت بعد فلا يجوز الرهن به، كما إذا رهنه بما يستقرضه منه، أو بضمن ما يشتريه منه، لأنه وثيقة حق فلا تتقدم على الحق كالشهادة، وبهذا قال أحمد، وقال أبو حنيفة ومالك: إنه جائز وحكاه القاضي ابن كنج وجهاً عن بعض الأصحاب، إذا عين ليستقرضه.

ومنهم: من قال: لو تراهننا بالثمن، ثم لم يتفرقا حتى تبايعا صح الرهن إلحاقاً للحاصل في المجلس بالمقترن بالإيجاب والقبول، وعلى المذهب لو ارتهن قبل ثبوت الحق وقبضه كان مأخوذاً على جهة سؤم الرهن، فإذا استقرض أو اشترى لم يصر رهناً إلا بعقد جديد، نص عليه الشيخ أبو حامد وغيره، وفيه وجه: أنه يصير رهناً.

ولو امتزج الرهن بسبب ثبوت الدين بأن قال: بعتك هذا العبد بألف، وارتهنت هذا الثوب به. فقال المشتري: اشتريت ورهنت.

أو قال: أقرضتك هذه الدرهم وارتهنت بها عبدك، فقال: استقرضتها ورهنته فوجهان:

أصحهما: وهو ظاهر النص: صحة الرهن؛ لأن شرط الرهن في البيع والقرض جائز لحاجة الوثيقة، وكذلك مزجه بهما بل أولى؛ لأن الوثيقة هاهنا أكد، فإن الشرط ربما لا يفي به.

والثاني: أنه فاسد، وبه قال أبو إسحاق وهو القياس؛ لأن أحد شقي الرهن متقدم على ثبوت الدين.

واحتج له بأنه لو قال لعبدك: كاتبك على ألف درهم، وبعث منك هذا الثوب بكذا، فقال: قُبلت الكتابة والبيع لا يصح البيع، وأجيب عنه بفرقين:

أحدهما: أن العبد لا يصير أهلاً للمعاملة مع مولاه إلا بعد أن تتم الكتابة.

الثاني: أن الرهن من مصالح البيع، والبيع ليس من مصالح الكتابة.

ولو قال البائع: ارتهنت وبعته، وقال المشتري: اشتريت ورهنت لم يصح، لتقدم أحد شقي الرهن على شقي البيع. وكذا لو قال: ارتهنت وبعته، وقال المشتري: رهنت واشتريت، لم يصح لتقدم أحد شقي الرهن على أحد شقي البيع.

وبهذا قال في الكتاب، لكن يتقدم الخطابين والجوابين إلى آخر معناه أن شرط الصّحة تقدم خطاب البيع على خطاب الرهن، وتقدم جواب البيع على جواب الرهن.

وإن شئت قلت: الشرط أن يقع أحد شقي الرهن بين شقي البيع، والآخر بعد شقي البيع. ولو قال: يعني عبدك بكذا، ورهنت به هذا الثوب، فقال البائع: بعته وارتهنت، فيبنى على الخلاف في مسألة الاستيجاب والإيجاب.

ولو قال البائع: بعته بكذا على أن ترهنتي دارك به.

فقال المشتري: اشتريت ورهنت فوجهان قال بعضهم: يتم العقد بما جرى وذكر في «التتمة» أنه ظاهر النص.

وقال القاضي لا يصح، بل يشترط أن يقول بعده: ارتهنت أو قبلت؛ لأن الذي وجد منه شرط إيجاب الرهن لا استيجابه، كما لو قال: أفعل كذا لتبيني لا يكون مستوجباً للبيع، وهذا أصح عند صاحب «التهذيب»، وللأول أن يقول: الصورة المشبه بها لا تناظر هذه؛ لأنه لم يصرح في تلك الصورة بالالتماس، وإنما أخبر عن السبب الداعي إلى ذلك الفعل، وهو الرغبة في البيع وهاهنا باع، وشرط عليه الرهن، وهو مشتمل على الألتماس، أو أبلغ منه ألا ترى أن أبا العباس الرؤياني حكى في «الجزائيات» وجهاً أن شرط الرهن في البيع يغني عن استئناف رهن بعد البيع، ويكون الشرط بمنزلة الإيجاب والقبول. ويجوز إعلام قوله في الكتاب: «وليتقدم وليتأخر» بالواو للوجه المنقول عن رواية ابن كنج، وللوجه القائل بوقوع البيع في مجلس الرهن.

قال الغزالي: وَكُلُّ دَيْنٍ لَا مَصِيرَ لَهُ إِلَى اللَّزُومِ كَنُجُومِ الْكِتَابَةِ لَا يَصِحُّ الرَّهْنُ بِهِ، وَمَا هُوَ لِزِمٍّ أَوْ مَصِيرُهُ إِلَى اللَّزُومِ كَالثَّمَنِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ جَارَ الرَّهْنُ بِهِ، وَمَا أَصْلُهُ عَلَى الْجَوَازِ لَكِنْ قَدْ يَصِيرُ إِلَى اللَّزُومِ كَالجَعْلِ فِي الْجَعَالَةِ فِيهِ وَجَهَانٌ، وَالْأَصَحُّ الْمَنْعُ لِأَنَّ سَبَبَ وَجُودِهِ لَمْ يَتِمَّ قَبْلَ الْعَمَلِ فَكَأَنَّهُ غَيْرُ ثَابِتٍ.

قال الرافعي: الأمر الثالث: كونه لازماً والديون الثابتة ضربان:

أحدهما: ما لا مصير له إلى اللزوم بحال كنجوم الكتابة، فلا يصح الرهن به؛ لأن الرهن للتوثيق والمكاتب بسبيل من إسقاط النجوم متى شاء، فلا معنى لتوثيقها، وعند أبي حنيفة يصح الرهن بها.



والثاني: غيره وهو إما لازم في حال الرهن أو غيره.

والأول: يصح الرهن به سواء كان موصوفاً بحالة الجواز أو لم يكن، وسواء كان مستقراً كالقرض وأرض الجنابة، أو ثمن المبيع المقبوض أو غير مستقر، كالثمن قبل قبض المبيع والأجرة قبل استيفاء المنفعة، والصدقات قبل الدخول.

وأما الثاني فينظر إن كان الأصل في وصفه اللزوم، كالثمن في مدة الخيار صح الرهن به أيضاً لقرب حاله من اللزوم وأيضاً فإن شرط الرهن في البيع جائز، مع أن الثمن غير ثابت بعد فها هنا أولى قال الإمام: وهذا يتفرع على أن الخيار لا يمنع نقل المالك في الثمن إلى البائع، وأما إذا جعلناه مانعاً، فالظاهر منع الرهن لوقوعه قبل ثبوت الدين، ولا شك في أنه لا يباع المرهون في الثمن، ما لم تمض مدة الخيار، وإن كان الأصل في وصفه الجواز، كالجعل في الجعالة فوجهان:

أحدهما: يصح الرهن به لانتهاؤ الأمر فيه إلى اللزوم كالثمن في مدة الخيار.

وأصحهما: المنع؛ لأن الموجب للجعل هو العمل، وبه يتم الموجب فكأنه، لا ثبوت له قبل العمل، وموضع الوجهين ما بعد الشروع في العمل وقبل تمامه.

أما التقييد بما بعد الشروع؛ فلأنه لا ثبوت للجعل قبل الشروع بحال، وكيف يتخيل ذلك وليس ثم مستحق معين؟

وأما التقييد بما قبل التمام؛ فلأن الجعل بعده لازم، ثم لبان أن يبني الوجهين على الوجهين في جواز رجوع المالك بعد الشروع في العمل، ويقول: إن لم نجوز الرجوع، فقد لزم الجعل من قبله فيصح الرهن به، فإن لم يصح الرهن به<sup>(١)</sup>، والرهن يعوض المسابقة يبني على أنها إجارة أو جعالة. إن قلنا بالأول فالرهن به كالرهن بالأجرة.

وإن قلنا بالثاني فهو كالرهن بالجعل.

فرع: يجوز الرهن بالمنافع المستحقة بالإجارة، إن وردت على الدئمة، وتباع عند الحاجة وتحصل المنفعة من ثمنه، وإن كانت إجارة عين، لم يجز لفوات الشرط الأول.

فرع: لا يجوز رهن الملاك بالركاة، ولا العاقلة بالدية قبل تمام الحول، لفوات الشرط الثاني ويجوز بعده.

(١) قال النووي: هذا الذي جزم به الإمام الرافعي هو الصواب، لكن ظاهر كلام كثيرين من الأصحاب، أو أكثرهم، إجراء الوجهين قبل الشروع في العمل، لا سيما عبارة «الوسيط» وتعليه. ينظر روضة الطالبين ٣/٢٩٨.

واعلم أن التوثيق بالرهن والضمان شديد التقارب، فما يجوز الرهن به يجوز ضمانه، وبالعكس إلا أن ضمان العهدة جائز، ولا يجوز الرهن بها، هذا ظاهر المذهب والفرق ما مرّ ومنهم من سوى بينهما في العهدة أيضاً، ووفى بتمام التلازم، وأما في طرف الإثبات فعن الفقهاء أنه يجوز الرهن بها كالضمان<sup>(١)</sup>.

وأما في طرق النفي فسيأتي في باب الضمان إن شاء الله تعالى.

قال الغزالي: وَلَا يُشْتَرَطُ فِي الدَّيْنِ أَنْ لَا يَكُونَ بِهِ رَهْنٌ بَلْ تَجُوزُ الزِّيَادَةُ فِي قَدْرِ الْمَرْهُونِ بِدَيْنٍ وَاحِدٍ، وَفِي الزِّيَادَةِ فِي الدَّيْنِ عَلَى مَرْهُونٍ وَاحِدٍ قَوْلَانِ، وَأَخْتِيَارُ الْمُزْنِي جَوَازُهُ (ح).

قال الرافعي: ليس من شرط الدين المرهون به أن لا يكون به رهن، بل يجوز أن يرهن بالدين الواحد رهناً بعد رهن، ثم هو كما لو رهنهما معاً.

ولو كان الشيء مرهوناً بعشرة وأقرضه عشرة أخرى، على أن يكون مرهوناً بها أيضاً فقولان:

القديم: وبه قال مالك والمزني أنه جائز، كما تجوز الزيادة في الرهن بدئين واحد.

والجديد؛ وبه قال أبو حنيفة: أنه لا يجوز كما لا يجوز رهنه عند غير المرتهن، وإن وفى بالدينين جميعاً، فإن أراد توثيقهما فسخا، وليستأنفا رهناً بالعشرين، ويفارق الزيادة في الرهن بدئين واحد؛ لأن الدين شغل الرهن ولا ينعكس، فالزيادة في الرهن شغل فارغ، والزيادة في الدين شغل مشغول.

ونقل القاضي ابن كنج وغيره أن له في الجديد قولاً آخر كالقديم، وسواء كان كذلك أم لا فالأصح المنع، ولو جنى العبد المرهون ففداه المرتهن بإذن الراهن على أن يكون العبد مرهوناً بالفداء، والدين الأول نص في «المختصر» على جوازه، وللأصحاب طريقتان:

أظهرهما: القطع بالجواز؛ لأنه من مصالح الرهن من حيث أنه يتضمن استيفاءه.

والثاني: أنه على القولين وبناهما بأنون على أن المشرف على الزوال إذا استدرك وصين عن الزوال، يكون استدراكه كإزالته وإعادة، أو هو محض استدامة وفيه خلاف.

(١) قال النووي: كذا قال الشيخ أبو حامد في «التعليق» والغزالي في «الوسيط» ما صح ضمانه، صح الرهن به إلا من مسألة العهدة وليستثنى أيضاً، أن ضمان رد الأعيان المضمونة صحيح على المذهب بها، باطل على الصحيح، ومن استثنى الغزالي في «الوسيط». ينظر الروضة ٣/٢٩٨، ٢٩٩.

إِنْ قَلْنَا بِالْأَوَّلِ فَكَأَنَّهُمَا فَكَمَا الرَّهَانِ وَاسْتَأْنَفَا. وَإِنْ قَلْنَا بِالثَّانِي، ففِيهِ الْقَوْلَانِ، وَعَلَى هَذَا الْأَصْلِ خَرَجُوا الْخِلَافَ، فِيمَا إِذَا كَانَ عَلَى الشَّجَرَةِ ثَمْرَةٌ غَيْرَ مُؤَبَّرَةٍ، فَبَاعَهَا وَاسْتَنْتَى الثَّمَارَ لِنَفْسِهِ، هَلْ يَحْتَاجُ إِلَى شَرْطِ الْقَطْعِ وَقَدْ سَبَقَ؟

ولو اعترف الراهن بأن المرهون مرهون بعشرين، ثم ادعى أنه رهن أولاً بعشرة، ثم رهن بعشرة أخرى ونازعه المرتهن، فإن فرعنا على القديم فلا ثمره لهذا الاختلاف.

وإن قلنا بالجديد، فالقول قول المرتهن مع يمينه؛ لأن اعتراف الراهن يقوي جانبه ظاهراً، ولو قال المرتهن في جوابه: فسحنا الرهن الأول واستأنفنا بالعشرين رهناً، فالقول قول المرتهن لاعتضاد جانبه بإقرار صاحبه، أو قول الراهن لأن الأصل عدم الفسخ، فيه وجهان ميل الصيّدلاني إلى أولهما.

والأصح عند صاحب «التهذيب»: الثاني، ورتب عليه فقال: لو شهد شاهدان أنه رهن بألف ثم بألفين، فلا يحكم بأنه رهن بألفين، إذ لم يصرح الشهود بأن الثاني كان بعد فسخ الأول.

ولو رهنه بعشرة ثم استقرض عشرة أخرى، ليكون رهناً بهما وأشهد شاهدين أنه مرهون بالعشرين، فإن لم يعلم الشاهدان كيفية الحال، شهدا بما سمعا وحكم الحاكم بأنه مرهون بالعشرين، نعم لو قال عند الإسهاد: كان مرهوناً بعشرة فجعلته رهناً بعشرين، ونقل الشاهدان ما سمعاه، فهل يحكم بكونه رهناً بالعشرين إذا كان الحاكم ممن يذهب إلى القول الجديد؟

حكى الإمام عن صاحب التقريب فيه وجهين.

وإن عرفا كيفية الحال نظر إن كانا يعتقدان جواز الإلحاق، فهل لهما أن يشهدا بأنه مرهون بالعشرين، أو يشهدان بما عليه الأمر في الباطن؟

فيه وجهان، وإن كانا يعتقدان امتناع الإلحاق لم يشهدا إلا بما جرى في الباطن وفيه شيء بعيد، وهذا التفصيل فيما إذا كانا يشهدان على نفس الرهن، وفيه صور الجمهور. أما إذا كانا يشهدان على إقرار الرهن فالوجه تجويزه مطلقاً<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي: الرُّكْنُ الثَّلَاثُ الصَّبِيغَةُ، وَلَا يَخْفَى اشْتِرَاطُ الْإِجَابِ وَالْقَبُولِ فِيهِ،

(١) قال النووي: كذا أطلق الجمهور هذا التفصيل، وقال صاحب «الحاوي»: إن كان الشاهدان مجتهدين، ففيه التفصيل، وإن كانا غير مجتهدين، لم يجز مطلقاً، ولزمهما شرح الحال. ولو مات وعليه دين مستغرق، فرهن الوارث التركة عند صاحب الدين على شيء آخر أيضاً، ففي صحته الوجهان بناء على القولين. ينظر الروضة ٣/٣٠٠.

وَكُلُّ شَرْطٍ قُرْنٌ بِهِ مِمَّا يُوَافِقُ مُفْتَضَى مُطْلَقِهِ، أَوْ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ غَرَضٌ أَضْلاً فَلَا يَقْدَحُ، وَمَا بَغْيَرٍ مُوجِبِهِ كَشَرْطِ الْمَنْعِ مِنْ بَيْنِهِ فِي حَقِّهِ فَهُوَ مُفْسِدٌ، وَمَا لَا يَغْيَرُ مُطْلَقَهُ وَلَكِنْ يَتَعَلَّقُ بِهِ غَرَضٌ كَقَوْلِهِ: بِشَرْطٍ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهِ الْمُزْتَهِنُ فَقَوْلَانِ فِي فَسَادِ الرَّهْنِ.

قال الرَّافِعِيُّ: الإيجاب والقبول مُتَعَبَّرَانِ فِي الرَّهْنِ اعْتِبَارَهُمَا فِي الْبَيْعِ، وَالْخِلَافُ فِي الْمَعَاطَاةِ<sup>(١)</sup>، وَالِاسْتِجَابُ وَالِإِجَابُ عَائِدٌ بِرُمَّتِهِ هَاهُنَا.

ثم اعلم أن الرهن ينقسم إلى ما شرط في عَقْدٍ كما لو باع، أو أجز بشرط الرهن بالثمن أو الأجرة، أو أسلم بشرط الرهن بالمسلم فيه، أو نكح بشرط الرهن بالصدّاق، وإلى ما لا يشترط ويسمى رهن التبرع، والرهن المبتدأ في القسّم الأول إذا قال: بعتك داري بكذا على أن ترهنني به عبدك، فقال: اشتريت ورهنت، فقد قدمنا خلافاً في أنه يتم الرهن أم لا بد، وأن يقول بعد: ارتهنت فعلى الأول يقوم الشرط مقام القبول كما يقوم الاستيجاب مقامه.

ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب: «اشتراط الإيجاب والقبول» بالواو للخلاف المذكور في المعاطاة، ولما حكيناه عن الجزجائيات أن التشارط يغني عن الإيجاب والقبول، ثم يتعلق بالصيغة مسائل يشتمل الفصل على واحدة منها، وهي أن الشروط في الرهن على ضربين:

أحدهما: ما هو من قضايا الرهن، فلا يضر التعرض له لا في رهن التبرع، ولا في الرهن المشروط في العقد، وإنما هو تصريح بمُفْتَضَى الرهن، وذلك كقوله: على أن يباع في دينك وقت الحاجة، أو يتقدم به عند تراحم الغرماء، أو لا أبيعها إلا بإذتك.

والثاني: ما ليس من قضاياها، وهو الذي يتعلق بمصلحة العقد كالإشهاد، أو الذي لا يتعلق به غرض كقوله: «بشرط أن لا يأكل إلا الهَرِيسَةَ»، والحكم فيها على ما سبق في البيع. وأما غيرهما فهو على نوعين:

أحدهما: ما ينفع المُزْتَهِنَ ويضرّ الراهن، كما إذا رهن عبداً بشرط أن يرهن منه غيره، أو بشرط أن لا ينفك الرهن بعد أداء الدّين شهرأ، أو يكون منافع المرهون أو زوائده مملوكة للمرتهن فالشرط فاسد، ثم أن كان الرهن رهن تبرع فقولان:

أصحهما: أنه فاسد أيضاً، لما فيه من تغيير قضية العقد.

والثاني، وبه قال أبو حنيفة: أنه لا يفسد؛ لأن الرهن تبرع من الراهن، وهذا

(١) وصورة المعاطاة هنا كما ذكره المتولي أن يقول له أقرضني عشرة لأعطيك ثوبي هذا رهناً، فيعطى العشرة ويقبضه الثوب.

الشرط فيه تبرع آخر، وأحد التبرعين لا يبطل ببطلان الثاني، كما لو أقرضه الصّاح بشرط رد المكسرة يلغو الشرط ويصح القرض، وإن كان الرهن مشروطاً في بيع، نظر إن لم يجز الشرط جهالة الثمن، كما إذا شرط في البيع رهناً عن أنه يبقى محبوساً عنده بعد أداء الثمن شهراً، ففي إفساد الرهن القولان في رهن التبرع، فإن فسد ففي فساد البيع القولان، في أن الرهن وسائر العقود المستقلة، إذا شرطت في البيع على نعت الفساد، هل تفسد البيع؟

وقد ذكرناهما في باب البياعات المنهي عنها.

فإن قلنا بصحة البيع للبياعات الخيار، صح الرهن أو فسد؛ لأنه إن صح لا يسلم له الشرط، وإن لم يصح فلا يسلم له أصل الرهن، ولو جز الشرط جهالة الثمن، كما إذا شرط في البيع رهناً، وشرط أن يكون منافعه وزوائده للمرتهن فالبيع باطل؛ لأن المشروط استحقاقه يصير من الثمن وهو مجهول، وإذا بطل البيع بطل الرهن والشرط لا محالة، هذا ما نقله الربيع واتفق عليه الجماهير، ووراء كلامان:

أحدهما: نقل المزماني في المسألة: أن للبياعات الخيار في فسخ البيع وإثباته، وحسبت أنه ذهب إلى تصحيح العقد، إذا حذف منه الشرط الفاسد، واعترض عليه بأنه خلاف أصله في أن الفاسد لا خيار فيه، والأصحاب خطئوه في نقله وحسابه.

والثاني: أن القاضي ابن كجّ حكى طريقة أخرى أنّ في فساد الرهن قولين، وإن فسد ففي فساد البيع قولان كما سبق، وكلام ثالث حسن استدركه أصحابنا العراقيون: وهو أنّ الحكم بالبطلان فيما إذا أطلق، وقال: بعثك هذا العبد بألف لترهن به دارك وتكون منفعتها لي، فأما إذا قيد وقال: تكون منفعتها لي سنة أو شهراً، فهذا جمع بين البيع والإجارة في صفة واحدة وقد سبق حكمه.

النوع الثاني: ما ينفع الراهن ويضر المرتهن، كما لو قال: رهنتك بشرط أن لا تبيعه عند المحل، أو لا تبيعه بعد المحل، إلا إذا مضى شهر، أو إلا بما أرضى أو بأكثر، من ثمن المثل فهو فاسد مفسد للرهن، وفي كتاب القاضي ابن كجّ أن ابن خيزان قال: يجيء في إفساد الرهن القولان المذكوران في النوع الأول، وهو غريب والفرق على المذهب أن ما ينفع المرتهن يزيد في الوثيقة، ويؤكد ما وضع العقد له، وما يضره يحل به، فإن كان الرهن مشروطاً في بيع، عاد القول في فساد الرهن المشروط، فإن لم يفسد للبياعات الخيار.

قال الغزالي: وَإِذَا قَالَ: رَهْنْتُكَ الْأَشْجَارَ بِشَرْطِ أَنْ تُحْدِثَ الثَّمَارَ مَرْهُونَةَ فَبِي صِحَّةِ الشَّرْطِ قَوْلَانِ، وَلَوْ شَرِطَ عَلَيْهِ رَهْنٌ فِي بَيْعِ قَائِدٍ فَظَنَّ لُزُومَ الْوَفَاءِ بِهِ فَرَهْنٌ فَلَهُ (و)

الرُّجُوعُ عَنْهُ، كَمَا لَوْ ظَنَّ أَنَّ عَلَيْهِ دَيْنًا فَأَدَّاهُ ثُمَّ تَبَيَّنَ خِلَافَهُ.

قال الرَّافِعِيُّ: في الفصل مسألتان:

الأولى: زوائد المرهون غير مرهونة عند إطلاق الرهن كما سيأتي، لكن لو رهن الشجرة بشرط أن تحدث الثمرة مرهونة، أو الشاة بشرط أن يحدث التنتاج مرهوناً، فقولان: قال في القديم: والرهن اللطيف يصح الشرط ويتعدى الرهن إلى الزوائد؛ لأن الرهن عند الإطلاق إنما لا يسرى إلى الزوائد لضعفه، فإذا قوى بالشرط سرى.

وقال في الأم: لا يصح، وهو الأصح لأنها معدومة مَجْهُولَةٌ، فلا يصح الرهن فيها، ومنهم من قطع بهذا، وأول الأول حكاه القاضي ابن كَجْرٍ رحمه الله.

التفريع: إن صححناه، ففي اكتساب العبد إذا شرط كونه مرهوناً وجهان للشيخ أبي محمد، والأظهر المنفع، لأنها ليست من أجزاء الأصل، وإن أفسدناه ففي صحة الرهن خلاف له مخرجان:

أحدهما: القولان في فساد الرهن لفساد الشرط الذي ينفع المرتهن.

وثانيهما: أنه جمع في هذا الرهن بين معلوم ومجهول، فيجيء فيه الخلاف الذي في تفريق الصَّفَقَةِ، فإن كان الرهن بهذا الشرط مشروطاً في بيع، فإن صححنا الشرط أن أو أفسدناه وصححنا الرهن صح البيع وللبائع الخيار، ولأففي البيع القولان في أن إفساد الرهن المشروط في البيع، هل يفسد البيع؟ وإذا اختصرت قلت: في المسألة أربعة أقوال: صحة الشرط والرهن والبيع، وصحة البيع دونهما، وصحتهما دون الشرط، وبطلان الكل، ولو رهن وشرط كون المتافع مرهونة، فالشرط باطل، ولا يجري فيها القولان المذكوران في الزوائد.

فرع: لو أقرض بشرط أن يرهن به شيئاً، وتكون منافعه مملوكة للمقرض، فالقرض فاسد؛ لأنه جَرٌّ منفعة، وإذا بطل الرهن، وإن شرط كون المنافع مرهونة أيضاً، فالشرط فاسد والقرض صحيح؛ لأنه لا يجر منفعة، وفي صحة الرهن القولان.

المسألة الثانية: لو قال: أقرضتك هذا الألف بشرط أن ترهن به، وبالألف الذي لي عليك كذا، أو بذلك الألف وحده، فالقرض فاسد على ما مر في بابهِ. ولو قال المستقرض: أقرضني ألفاً على أن أرهن به، وبالألف القديم الذي لك عليّ أو بذلك الألف فقط فقد نقل الإمام فيه تردداً بناء على أن القبول من المستقرض غير معتبر، والأصح اعتباره، والتسوية بين أن يصدر الشرط من المقرض ويقبله المستقرض وبين عكسه، وكذا لو باع بشرط أن يرهن بالثمن، والدين القديم أو بذلك الدين رهناً، فالبيع باطل كما تقدم.

إذا تذكرت ذلك فلو رهن المستقرض أو المشتري كما شرط، لم يخل إما أن يعلم فساد ما شرط، أو يظن صحته، فإن علم الفساد فينظر إن رهن بالألف القديم صح، وإن رهن بهما لم يصح بالألف الذي فسد قرضه؛ لأنه لم يملكه، وإنما هو مضمون في يده للمقرض، والأعيان لا يرهن بها، وفي صحته بالألف القديم قولاً تفریق الصَّفقة، فإن صح لم يوزع، بل كان الكل مرهوناً بالألف القديم، لأن وضع الرهن على توثيق كل بعض من أبعاض الدين بجميع المرهون ولو تلف الألف الذي فسد القرض فيه في يده صار دَيْنًا في ذمته، وصح الرهن بالألفين حيثئذ.

وأما عند ظن الصَّحة فإذا رهن بالألف القديم، فعن القاضي: أنه لا يصح الرهن، كما لو أدى ألفاً على ظن أنه عليه ثم تبين خلافه، له الاسترداد ويتبين بطلان الأداء، وعن الشيخ أبي محمد وغيره صحته بخلاف صورة الاستشهاد؛ لأن أداء الدين يستدعي سبق ثبوته، وصحة الرهن لا تستدعي سبق الشروط، ولو رهن بالألفين، وقلنا: إن الصَّفقة تفرق، فصحته بالألف القديم على هذا الخلاف، وكذا لو باع بشرط بيع آخر فأنشأ البيع الثاني ظاناً صحة الشرط، وقد ذكرنا هذه الصورة في موضعها، وهذه الصورة والخلاف فيها شبيه بما إذا باع مال أبيه، على ظن أنه حي فكان ميتاً على رأي يجعل ظنه مانعاً صحة الإقدام، لأنه ربما لم يبع لو عرف حقيقة الحال.

وقوله في الكتاب: (ولو شرط عليه رهن في بيع فاسد) أراد به صورة خلاف الشيخ، والقاضي على ما بينه في «الوسيط»، لكنه اقتصر هاهنا على جواب القاضي، والمعنى شرط عليه رهن في بيع فاسد بدين قديم.

وقوله: فظن لزوم الوفاء به، ليس المراد اللزوم الذي يفيد الإيجاب، فإن الرهن المشروط لا يجبر عليه بحال، ولكن المراد صحة الشرط ولوازمها.

وقوله: (فله الرجوع) يشعر بالصَّحة، وتفويض الأمر فيه إلى خيرة الرهن، وهذا الظاهر غير معمول به، بل أحد القائلين يلغيه، والثاني يجعل سبيله سبيل سائر الرهون حتى يلزم، ولا يتمكن الرهن من الرجوع عنه.

قال الغزالي: وَلَوْ قَالَ: رَهْنُكَ الْأَرْضَ فَفِي أُنْدِرَاجِ الْأَشْجَارِ تَحْتَهُ، وَكَذَا فِي أُنْدِرَاجِ الْأَسِّ تَحْتَ الْجِدَارِ، وَفِي أُنْدِرَاجِ الْمَفْرَسِ تَحْتَ الشَّجَرِ قَوْلَانِ، وَكَذَا فِي الثَّمَارِ غَيْرِ الْمُؤَبَّرَةِ وَفِي الْجَبِينِ وَاللَّبَنِ فِي الضَّرْعِ خِلَافٌ، وَكَذَا فِي الصُّوفِ الْمُسْتَجَرِّ عَلَى ظَهْرِ الْحَيَوَانِ، وَفِي الْأَغْصَانِ الْخِلَافُ، وَوَجْهُ الْأَخْرَاجِ مِنَ اللَّفْظِ ضَعْفُ الرَّهْنِ عَنِ الْاسْتِبَاعِ.

قال الرافعي: نظر الفصل في جملة من الألفاظ المطلقة في المرهون، وتمس الحاجة إلى البحث عما يدخل فيها ويخرج، وحاصله، صور:

أحدها: في اندراج الأبنية والأشجار التي في الأرض تحت رهن الأرض مطلقاً الخلاف الذي ذكرناه في البيع.

الثانية: في دخول العرس تحت رهن الشجر خلاف مرتب على الخلاف في البيع، والرهن أولى بالمنع لضعفه، وفي معناه دخول الآس تحت الجدار وتدخل الثمرة المؤبّرة تحت رهن الشجرة بحال، وفي غير المؤبّرة قولان.

وقال في «الوسيط» وجهان:

أحدهما: تدخل كما في البيع.

وأصحهما: أنها لا تدخل؛ لأن الثمار الحادثة بعد استقرار العقد لا يثبت فيها حكم الرهن، فالموجودة عند العقد أولى، وبهذا يفارق البيع.

ومنهم من قطع بعدم الدخول ونفي الخلاف، وعند أبي حنيفة تدخل الثمار في الرهن بكل حال بناء على أن رهن الشجرة دون الثمرة لا يصح، ويجوز أن يعلم قوله: (وكذا في الثمار غير المؤبّرة) بالواو للطريقة المذكورة، بل يجوز إعلام قوله: (قولان) - بالواو - أيضاً؛ لأن منهم من نفى الخلاف في المسائل كلها.

أما في اندراج الأشجار تحت رهن الأرض فقد سبق في المبيع.

وأما في الآس والمغرس فللطريقة المتولدة من ترتيب الخلاف على الخلاف في البيع، وقد صرح بنقلها المتولّي، ولا يدخل البياض بين الأشجار تحت رهن الأشجار، إن كان بحيث يمكن إفراده بالانتفاع، وإن لم ينتفع به إلا بتبعية الأشجار، فكذلك على أشهر الطريقتين.

وعن صاحب «التقريب» والشيخ أبي محمد: أنه على الوجهين في المغارس، ويدخل في رهن الأشجار الأغصان والأوراق، نعم التي تفصل غالباً كأغصان الخلاف وورق الآس والفرضاد، فيها القولان المذكوران في الثمار التي لم تؤبّر.

الثالثة: في اندراج الجنين تحت رهن الحيوان الحامل، خلاف نعود لشرحه بعد إن شاء الله تعالى والغرض من ذكره هاهنا التنبيه على تقارب مأخذ الخلاف فيه، والخلاف في الثمار غير المؤبّرة وأحد الخلافين مرتب على الآخر، والجنين أولاً بالاندراج؛ لأنه لا يقبل التصرف على الانفراد، فبالأحرى أن يكون تبعاً.

وفي اللبن في الضنع طريقتان: عن أبي الحسين: القطع بأنه لا يدخل.

والمشهور أنه على الخلاف، ثم هو عند بعضهم في مرتبة الجنين، وعند آخرين في مرتبة الثمار لتيقن وجوده، وسواء أثبت الخلاف أم لا، فالظاهر أنه لا يدخل في الرهن، وهو الذي أورده في «التّهذيب».



وفي الصّوف على ظهر الحيوان طريقتان:

أحدهما: القطع بدخوله إلحاقاً بالأجزاء والأعضاء، نقله في «التّمة».

وأظهرهما: أنه على قولين:

أحدهما: الدخول كالأغصان والأوراق في الشجر.

وأصحهما: المنع كما في الثمار، لأن العادة فيه الجَزّ، ونقل بعضهم بدل القولين وجهين وزاد وجهاً ثالثاً، وهو: الفَرْق بين الصّوف القصير الذي لا يعتاد جَزّه، وبين المنتهي إلى حَدّ يجزّ والمُسْتَجِز بكسر الجيم: البالغ أو ان الجز.

وقوله: (ووجه الإخراج من اللفظ ضعف الرهن عن الاستتباع) أي في كل صورة فاق الرهن فيها البيع.

فروع: لو قال: رهنتك هذا الحُقّ بما فيه، أو هذه الخَريطة بما فيها، وما فيهما غير معلوم مرثي صح الرهن في الظرف والمَظروف، وإلا لم يصح الرهن في المظروف، وفي الحُقّ والخَريطة قولاً تفريق الصّفقة، وما نص عليه في «المختصر» من الصّحة في الحُقّ وعدمها في الخريطة، فسببه أنه وضع المسألة في حق له قيمة يقصد مثله بالرهن، وفي خَريطة ليست لها قيمة تقصد بالرهن، وحينئذ يكون المقصود ما فيها، وإن كان اللَّفْظ مضافاً إليهما جميعاً، وما فيهما بحيث لا يصح الرهن فيه يبطل فيهما جميعاً، وفي وجه يصح الرهن فيهما جميعاً، وإن كانت قليلة القيمة اعتباراً باللفظ، ولو عكست التّصوير في الحُقّ والخَريطة كان الحكم بالعكس مما نص عليه ولا فرق. ولو قال: رهنتك الظرف دون ما فيه صحّ الرهن فيه مهما كانت له قيمة، وإن قلّت، لأنه إذا أفرده فقد وجه الرهن نحوه وجعله المقصود، وإن رهن الظرف ولم يتعرض لما فيه نفيّاً أو إثباتاً، فإن كان بحيث يقصد بالرهن وحده فهو المرهون لا غير، وإن كان لا يقصد منفرداً لكنه متمول فالمرهون الظرف وحده أو مع المَظروف، فيه وجهان حكاهما الإمام:

أصحهما: أولهما: ويجيء على قياسه وجهان، فيما إذا لم يكن متمولاً أن الرهن ينزل على المظروف أو يلغى<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي: الرُّكْنُ الرَّابِعُ: العَاقِدُ فَلَا يَصِحُّ إِلَّا يَمُنَّ يَصِحُّ مِنْهُ البَيْعُ، وَفِيهِ زِيَادَةٌ

(١) قال النووي: قال إمام الحرمين، والغزالي في «البيضا» كما ذكرناه في الرهن، يجري مثله في البيع حرفاً حرفاً، فيما إذا قال: بعتك الخريطة بما فيها، أو وحدها، أو الخريطة، لأن مأخذه اللفظ. ينظر الروضة ٣/٣٠٤.

شَرَطَ وَهُوَ كَوْنُهُ مِنْ أَهْلِ التَّبَرُّعِ، وَلِذَلِكَ لَا يَصِحُّ لِوَلِيِّ الطِّفْلِ أَنْ يَرْهَنَ مَالَهُ إِلَّا لِمَصْلَحَةٍ ظَاهِرَةٍ، وَهُوَ أَنْ يَشْتَرِيَ بِمِائَةِ مَا يُسَاوِي مِائَتَيْنِ وَلَا يُسَاوِي الْمَرْهُونَ أَكْثَرَ مِنْ مِائَةٍ حَتَّى لَوْ تَلَفَ لَمْ يَكُنْ فِيهِ مَا لَا يَجْبِرُهُ الْمُشْتَرِي، إِلَّا إِذَا كَانَ فِي وَقْتِ بَجُورٍ فِيهِ الْإِيدَاعُ خَوْفًا مِنْ النُّهْبِ فَيَجُوزُ الرَّهْنُ، وَكَذَا الْمُكَاتَبُ (و) وَالْمَأْذُونُ (و)، وَيَجُوزُ لِلْوَلِيِّ الْارْتِهَانُ عِنْدَ عُسْرِ اسْتِيفَاءِ الْحَقِّ أَوْ تَأْجُلِهِ مَهْمَا بَاعَ بِنَسِيئَةٍ مَعَ الْغِبْطَةِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَرْهَنَ عَقَارَهُ لِحَاجَةِ ظَاهِرَةٍ فِي الْقُوْتِ حَتَّى لَا يَفْتَقِرَ إِلَى بَيْعِهِ.

قال الرَّافِعِيُّ: يعتبر في المتعاقدين التكليف كما في البيع، لكن الرهن تبرع فإن صدر من أهل التبرع في ماله فذاك، وإلا فالشرط وقوعه على وفق المصلحة والاحتياط، إذ مقصود هذه التوطئة التدرج إلى الكلام في ثلاثة فصول:

أولها: رهن الولي مال الصبي والمجنون والمخجور عليه بالسفاهة، وارتهانه لهم مشروط بالمصلحة والاحتياط، فمن صور الرهن على وجه المصلحة أن يشتري للطفل ما يساوي مائتين بمائة نسيئة، ويرهن به ما يساوي مائة من ماله فيجوز؛ لأنه إذا لم يعرض تلف ففيه غبطة ظاهرة، وإن تلف المرهون كان في المشتري ما يجبره، ولو لم يساعد البائع إلا برهن ما يزيد على مائة أعرض عن هذه المعاملة؛ لأن الرهن يمنع من التصرف، وربما يتلف فيتضرر به الطفل، نعم لو كان المرهون ما لا يتلف في العادة كالعقار، فعن الشيخ أبي محمد الميل إلى تجويزه.

قال الإمام: وهو منقاس: لكنه خلاف ظاهر المذهب.

ومنها: إذا كان الزمان زمان نهب، أو وقع حريق وخاف الولي على ماله، فله أن يشتري عقاراً، ويرهن بالثمن شيئاً من ماله إذا لم يتهياً أداؤه في الحال، ولم يبيع صاحب العقار عقاره إلا بشرط الرهن، وذلك؛ لأن الإيداع المجرد في مثل هذه الحالة جائز ممن لا يمتد النهب إلى يده فهذه أولى.

ولو استقرض شيئاً والحالة هذه ورهن به لم يجز قاله الصيدلاني؛ لأنه يخاف التلف على ما يقرضه خوفاً على ما يرهنه، وأنت بسبيل من أن تقول: إذا لم يجد من يأخذه وديعة، ووجد من يأخذه رهنًا، وكان المرهون أكثر قيمة من القرض، وجب أن يجوز رهنه.

ومنها: أن يستقرض الولي له لحاجته إلى الثقة أو الكسوة أو توفية ما يلزمه، أو لإصلاح ضياعه ومرمئها ارتقاباً لغلتها أو لحلول ما له من الدين المؤجل، أو لتفائق متاعه الكاسيد، فإن لم يرتقب شيئاً من ذلك، فبيع ما تعدر رهنه أولى من الاستقراض.

وأما الازْتِهَانُ فمن صور المصلحة، فيه أن يتعدَّرَ على الولي استيفاء دين الصبي فيرتهن به إلى أن يتيسر الاستيفاء. ومنها: أن يكون دينه مؤجلاً، إما بأن ورثه كذلك، أو باع الولي ماله نسيئةً بالغبطة، ولا يجوز الاكتفاء بِسَارِ المشتري، بل لا بد من الازْتِهَانِ بالثمن، وفي «النهاية» رمز إلى خلاف ذلك أخذاً من جواز إبطاع ماله، وإذا ارتهن جاز أن يرتهن بجميع الثمن، وفيه وجه أنه لا بد وأن يستوفي ما يساوي المبيع تقدماً، وإنما يرتهن ويؤجل بالإضافة إلى الفاضل<sup>(١)</sup>.

ومنها: أن يقرض ماله أو يبيعه لضرورة نهب، ويرتهن به أو بالثمن، قال الصنيدلاني: والأولى ألا يرتهن إذا كان المرهون مما يخاف تلفه؛ لأنه قد يتلف ويرفع الأمر إلى حاكم يرى سقوط الدين بتلف الرهن، وحيث جاز للولي الرهن فالشرط أن يرهن عند أمين يجوز الإيداع منه، ولا فرق في جميع ذلك بين الأب والجد والوصي والحاكم وأمينه، نعم حيث يجوز الرهن أو الارتهان، فللأب والجد أن يعاملا نفسهما، ويتوليا الطرفين وليس لغيرهما ذلك، وإذا تَوَلَّى الأب الطرفين فكيفية القبض سنذكرها إن شاء الله تعالى في رهن الوديعة من المودع.

### [القول في رهن المكاتب وارتھانه]

الفصل الثاني: رهن المكاتب وارتھانه جائزان بشرط النظر والمصلحة كما ذكرنا في حق الطفل<sup>(٢)</sup>.

ومنهم: من قال: لا يجوز الرهن استقلالاً، وبإذن السيد قولان بناء على أن الرهن تبرع، وتفصيل صور الازْتِهَانِ كما في الفصل الأول، وفيه وجه آخر أنه لا يجوز

(١) قال النووي: هذا الوجه حكاه بعض العراقيين عن الإصطخري. وقول الغزالي: إنه مذهب العراقيين، ليس بجيد، ولا ذكر لهذا الوجه في معظم كتب العراقيين. وإنما اشتهر الخلاف عندهم، فيما إذا باع ما يساوي مائة نقداً، ومائة وعشرين نسيئة بمائة وعشرين نسيئة، وأخذ بالجميع رهناً، ففيه عندهم وجهان. الصحيح وظاهر النص، وقول أكثرهم إنه صحيح. قال صاحب «الحاوي»، وشيخه الصميري، وصاحب «البيان» وآخرون من العراقيين: فإن جوزنا البيع نسيئة، فشرطه كون المشتري ثقة موسراً، ويكون الأجل قصيراً. قال: واختلفوا في حد الأجل الذي لا تجوز الزيادة عليه، فقيل: سنة، وقال الجمهور: لا يتقدر بالسنة، بل يعتبر عرف الناس. ويشترط كون الرهن وافياً بالثمن، فإن فقد شرطاً من هذه، بطل البيع، ويلزم أن يشهد عليه، فإن ترك الأشهاد، ففي بطلان البيع وجهان. ينظر روضة الطالبين ٣/ ٣٠٥ - ٣٠٦.

(٢) يستثنى صورتان:

إحدهما: رهنه وارتھانه مع سيده. ثانيهما: لو رهن شيئاً على ما يؤدي به النجم الأخير لإفضائه إلى العتق كما قاله في الخادم.

له الاستقلال بالبيع نسيئة بحال، ويأذن السيد يخرج على الخلاف في تبرعاته.

**الفصل الثالث: في المأذون، فإن دفع إليه السيد مالا ليتجر فيه فهو كالمكاتب إلا من وجهين:**

أحدهما: أن رهنه أولى بالمنع من جهة أن الرهن ليس من عقود التجارات، وشبهه الإمام بإجارة الرقاب، وفي نفوذها منه خلاف سبق في موضعه.

والثاني: أن له البيع نسيئة بإذن السيد بلا خلاف، وإن قال له: أتجر بجاهك ولم يدفع إليه مالا، فله البيع والشراء في الذمة حالا ومؤجلا، وكذا الرهن والارتهان إذ لا ضرر فيه على السيد، فإن فضل في يده مال كما لو دفع إليه مالا<sup>(١)</sup>.

وقوله في الكتاب: (إلا لمصلحة ظاهرة) يجوز إعلامه بالواو؛ لأن القاضي ابن كنج حكى وجهاً: أنه لا يجوز رهن مال الطفل بحال من الأحوال.

وقوله: (إلا إذا كان في وقت يجوز فيه الإيداع)، هذا الاستثناء في نظم الكتاب يرجع إلى اشتراط مساواة قيمة المرهون للدين، فإنه يجوز أن يكون في زمان النهب أكثر من الدين، بل هو عذر يجوز الرهن على ما نلاحظ.

وقوله: (وكذا المكاتب والمأذون) معلّمان بالواو.

### الباب الثاني: في القبض والطوارئ قبله

قال الغزالي: القبض ركن في الرهن لا يلزم (م) إلا به، وكيفية في المنقول والمقار ما ذكرنا في البيع، ولا يصح إلا من مكلف، ويجوز للمرتهن أن ينيب غيره إلا عند الراهن ومستولذته لأن يدهما يد الراهن، ويستنيب مكاتب الراهن، وفي عبده المأذون خلاف.

قال الرافعي: كلام الباب يقع في قسمين:

أحدهما: بيان اعتبار القبض، وأنه بم يحصل ومن يصح؟

أما الاعتبار الأول فإن القبض ركن في لزوم الرهن<sup>(٢)</sup>، فلو رهن ولم يقبض كان

(١) قال النووي: قوله: إن رهنه أولى بالمنع، يعني منعناه في المكاتب فهانئ أولى، وما لا فوجهان. وهذا ترتيب الإمام، وقطع الشيخ أبو حامد وصاحبنا «الشامل» و«التهذيب» بأنه كالمكاتب. ينظر روضة الطالبين ٣/٣٠٧.

(٢) شرطه بالإذن في الدين أن يجد له القدر كما نص عليه في البويطي حيث قال إذا قال لوكيله أو رسوله أو عبده اشتر بالدين فلا يجوز حتى يقول من دينار إلى مائة.

له ذلك، نعم لو كان مشروطاً في بيع فللبائع الخيار.

وقال مالك: يلزم الرهن بنفسه، وعن أحمد مثله إلا في المكيلات والموزونات.

لنا: أنه عقد إرفاق يحتاج إلى القبول، فلا يلزم إلا بالقبض كالقرض.

وأما أنه بم يحصل؟ فسيبيله في العَقَار والمنقول ما تقرر في البيع، ويعود الخلاف المذكور في أن التَّخْلِيَةَ، هل تكفي في المنقول أم لا بد من النقل؟ وعن القاضي القطع بأنه لا يكفي التَّخْلِيَةَ في الرهن؛ لأن القبض مستحق في البيع، وهاهنا بخلافه، ويتعلق بهذا الأصل فروع مذكورة في الفصل الَّذِي بعد هذا الفصل.

وأما أنه مِمَّن يصح فهو الذي يصح منه العقد، وتجري النيابة في القبض جَرَيَانَهَا في العقد، لكن لا يجوز للراهن إنبابة المرتهن؛ لأن الواحد لا يتولى طرفي القبض كما بَيَّنَّا في البيع، وكما لا ينيب له لا ينيب عبده ولا مُدَبَّرَه ولا أم ولده؛ لأن يَدَهُمْ يَدُهُ، ولا بأس بإنابة مُكَاتَبِهِ لاستقلاله باليد والتصرف، وفي عبده المأذون وجهان:

أحدهما: الجواز لانفراده باليد والتصرف.

وأصحهما: المنع فإنه عبده القَرْن، وهو متمكن من الحجر عليه<sup>(١)</sup>، وهذا كُلُّهُ قد أشرنا إليه في البيع، وعن الشيخ أبي علي حكاية وجه ثالث، وهو أن المأذون إن لم تركبه الديون لم يجز إنبابته، وإن ركبته جاز لانقطاع سلطة السيد عما في يده، ومشايعته المكاتب.

قال الغزالي: وَلَوْ رَهَنَ مِنَ الْمُودِعِ نَصَّ أَنَّهُ يَفْتَقِرُ إِلَيَّ إِذْنِ جَدِيدٍ، وَفِي الْهَبَةِ مِنَ الْمُودِعِ نَصَّ أَنَّهُ يَلْزَمُ، فَقِيلَ قَوْلَانِ بِالنُّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ، وَقِيلَ بِالْفَرَقِ لِضَعْفِ الرَّهْنِ، ثُمَّ لَا بُدَّ (و) مِنْ مِضِيِّ زَمَانٍ يُمَكِّنُ الْمَسِيرُ فِيهِ إِلَيَّ الْبَيْتِ الَّذِي فِيهِ الرَّهْنُ حَتَّى يَلْزَمَ، وَنَصَّ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ لَا يَكُونُ قَبْضًا مَا لَمْ يَصِلْ إِلَيَّ بَيْتِهِ، وَقِيلَ: إِنَّ ذَلِكَ إِنَّمَا يُشْتَرَطُ عِنْدَ التَّرُدِّ فِي بَقَائِهِ لِئَتَيَّقَنَ وُجُودَهُ، وَالْأَصَحُّ: (و) أَنَّهُ لَوْ بَاعَ مِنَ الْمُودِعِ دَخَلَ فِي ضَمَانِهِ بِمَجْرَدِ الْبَيْعِ.

(١) لانفراده باليد والتصرف كالمكاتب وفرق الأول بأن السيد متمكن من الحجر عليه، فإن قيل لو وكل رجل العبد في شراء نفسه من مولاه صح مع أنه لا يصح لو وكل مولاه فليست هنا يد العبد كيد مولاه، أوجب بأن شراء العبد نفسه من مولاه صحيح في الجملة لتشوق الشارع إلى العتق فلم ينظروا فيه إلى تنزيل العبد منزلة مولاه في ذلك.

قال الرَّافِعِيُّ: في الفصل مسألتان:

إحدهما: لو أودع مالا عند إنسان ثم زَهَنَهُ منه، فظاهر نصه أنه لا بد من إذن جديد في القبض. ولو وهبه منه فظاهر نَصُهُ أنه يحصل القبض من غير إذن جديد، وللأصحاب فيهما طريقتان مشهوران، وثالث غريب.

أظهر المشهورين: أن فيهما قولين:

أحدهما: أنه لا حاجة في واحد من العقدين إلى الإذن في القبض، بل إنشاؤهما مع الذي في يده المال، يتضمّن الإذن في القبض.

وأصحهما: أنه لا بد منه وبه قال أبو إسحاق ولأن اليد الثابتة كانت غير جهة الرهن، ولم يجر تعرض للقبض بحكم الرهن.

والثاني: تقرير الثمين.

والفرق: أن الهبة عقد تملك ومقصوده الانتفاع، والانتفاع لا يتم إلا بالقبض والرهن توثيق، وأنه حاصل دون القبض، ولهذا لو شرط في الرهن كونه في يد ثالث جاز، ولو شرط مثله في الهبة فسد، وكانت الهبة ممن المال في يده رضا بالقبض.

والثالث: الغريب الذي حكاه القاضي ابن كَجُّ عن ابن خَيْرَانَ القطع باعتبار الإذن الجديد فيهما، ومحاولة تأويل نَصُهُ في الهبة، وسواء شرط إذن جديد في القبض أو لم يشترط، فلا يلزم العقد ما لم يَمُضِ زمان يتأتى فيه القبض، لكن إذا شرط الإذن فهذا الزمان يعتبر من وقت الإذن، فإن لم يشترطه فهو معتبر من وقت العقد، وقال حرملة: لا حاجة إلى مُضِيِّ هذا الزمان ويلزم العقد بنفسه، والمذهب الأول<sup>(١)</sup>؛ لأننا نجعل دوام اليد كابتداء القَبْضِ، فلا أقل من زمان يتصور فيه ابتداء القبض، فعلى هذا لو كان المَرهُون منقولاً غائباً، اعتبر مضي زمان يمكن المَصِيرِ إليه ونقله، وهل يشترط مع ذلك نفس المصير إليه ومشاهدته؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، ليتعين حصوله وثبوته، وهذا ظاهر النص.

وأصحهما: لا، ويكتفي بأن الأصل بقاءه.

(١) قال النووي: قوله: قال حرملة معناه: قال حرملة مذهباً لنفسه، لا نقلاً عن الشافعي - رضي الله عنه -، كذا صرح به الشيخ أبو حامد وآخرون، وإنما نبهت على هذا، لثلا يغتر بعبارة صاحب «المهذب» فإنها صريحة، أو كالصريحة، في أن حرملة نقله عن الشافعي - رضي الله عنه -، فحصل أن المسألة ذات وجهين، لا قولين. ينظر الروضة ٣/٣٠٨.

واختلفوا في محل النص، منهم من جعله احتياطاً، ومنهم من حمله على ما إذا كان المرهون ممّا يتردد في بقائه في يده، بأن كان حيواناً غير مأمون الانقلاب.

أما إذا نفيه فلا حاجة إليه، ومن قال بهذا جعله وجهاً ثالثاً فارقاً، فإن شرطنا الحضور والمشاهدة، فهل يشترط النقل؟ أيضاً فيه وجهان:

أحدهما: نعم، لأن قبض المنقول يحصل.

والثاني: وهو أصحهما وقطع به طوائف من الأصحاب: أنه لا يشترط؛ لأن النقل إنما يعتبر ليخرج من يد المالك وهو خارج هاهنا وإذا شرطنا وراء مضي المدة شيئاً، إما الحضور وحده أو مع النقل، فهل يجوز أن يوكل فيه؟ حكى الإمام فيه وجهين:

أصحهما: الجواز كما في ابتداء القبض، ووجه المنع أن ابتداء القبض وهو النقل وحده من المودع، فليصدر بثمنه منه.

فرعان:

الأول: لو ذهب إلى موضع المرهون فوجده قد خرج من يده، نظر إن أذن له في القبض بعد العقد، فله أخذه حيث وجده، وإن لم يأذن له لم يأخذه، حتى يقبضه الرّاهن سواء شرطنا الإذن الجديد، أو لم نشرطه، هكذا قاله أبو الفضل بن عبدان، وكأنه صور فيما إذا علم بخروجه من يده قبل العقد.

أما إذا خرج بعده، ولم يشترط الإذن الجديد فقد جعلنا الرهن مِمَّن في يده إذناً في القبض، فليكن بمثابة ما لو استأنف إذناً.

الثاني: إذا رهن الأب مال الطفل من نفسه، أو ماله من الطفل ففي اشتراط مضي زمان يمكن فيه القبض وجهان، كالوجهين في اشتراط لفظي الإيجاب والقبول، وقد ذكرناهما في البيع، إن شرطناه فهو كما لو رهن الوديعة من المودع، فيعود الاختلاف المذكور، وقصد الآن قبضاً وإقباضاً نازل منزلة الإذن الجديد هناك.

المسألة الثانية: إذا باع المالك الوديعة أو العارية مِمَّن في يده، فهل يعتبر زمان إمكان القبض لجواز التصرف وانتقال الضمان؟ فيه وجهان:

أصحهما: نعم، ثم القول في اشتراط المشاهدة، واشتراط الثقل كما في الرهن والهبة.

والثاني: لا؛ لأن البيع يفيد الملك في معنى مع اجتماع الملك واليد لاعتبار شيء

آخر، وهل يحتاج إلى الإذن في القبض تفريعاً على الوجه الأول؟ نظر إن كان الثمن حالاً ولم يُوفَّه لم يحصل القبض إلا إذا أذن البائع فيه، فإن وفَّاه أو كان مؤجلاً فعن الشيخ أبي علي رواية طريق أنه كالرهن. والمشهور: أنه لا يحتاج إليه.

والفرق أن البيع يوجب القبض، فدوام اليد يقع عن القبض المستحق ولا استحقاق في الرهن. ونعود إلى ما يتعلّق بلفظ الكتاب قوله: (قولان بالنقل والتخريج) المشهور عند مثبتي القولين في العقدين أنهما حاصلان عن ضرب أحد التّصيين بالآخر، على ما هو سبيل الثقل والتخريج، وروى ابنُ عبدان أنه نص في الهبة على قولين، فعلى هذا التصرف مخصوص بالرهن.

وقوله: (لضعف الرهن) أراد به ما ذكرناه من تقاعده عن إفادة الملك وقوله: (ثم لا بد من مضي زمان) مُعلّم بالواو لوجه حرمله.

وقوله: (يمكن المسير) ولم يسر ينتظم فيهما السين والصاد، ولفظ الشافعي - رضي الله عنه - في «المختصر» الصاد.

وقوله: (والأصح أنه لو باع من المودع) إلى آخره يمكن حمله على الخلاف المذكور، في أن مضي الزمان هل يعتبر؟ لكن الأقرب أنه أراد الخلاف المذكور في أن الإذن الجديد هل يعتبر؛ لأن إيراده في «الوسيط» مشعر به، وأيضاً فإنه لو حمل على الأول لكان اختياره على خلاف اختيار المُعْظَم لما ذكرنا أنهم اعتبروا الزمان، وعلى هذا فقوله: (مجرد البيع) لم يرد التجرّد المطلق، وإنما أراد البيع المجرد عن الإذن الجديد.

قال الغزالي: **وَلَوْ رَهَنَ مِنَ الْغَاصِبِ لَمْ يَبْرَأْ (م ح ز) مِنْ ضَمَانِ الْعَضْبِ، كَمَا لَوْ تَعَدَّى فِي الْمَرْهُونِ يَجْتَمِعُ الضَّمَانُ وَالرَّهْنُ، وَلَوْ أودَعَ مِنَ الْغَاصِبِ يَبْرَأُ، وَفِي بَرَاءَتِهِ بِالْإِجَارَةِ مِنْهُ وَتَوْكِيلِهِ بِالْبَيْعِ وَجِهَانِ، وَكَذَلِكَ فِي بَرَاءَةِ الْمُسْتَعِيرِ، وَكَذَا لَوْ صَرَحَ بِإِبْرَاءِ الْغَاصِبِ مَعَ بَقَائِهِ فِي يَدِهِ.**

والله

قال الرَّافِعِيُّ: إذا رهن المالك مالم من الغاصب أو المُسْتَعِيرِ أو المُسْتَأْجِرِ أو الوكيل صح الرهن، والقول في افتقار لزومه إلى مضي زمان يتأتى فيه القبض<sup>(١)</sup>، وإلى إذن جديد في القبض على ما ذكرناه في رهن الوديعة من المودع، ومنهم من قطع في العَضْبِ بافتقاره إلى إذن جديد؛ لأن يده غير صادرة عن إذن المالك أصلاً، ثم الرهن من الغاصب لا يبرئه عن ضَمَانِ الْعَضْبِ، وإن تَمَّ ولزم خلافاً لأبي حنيفة وهو اختيار

(١) أي المرهون كظيره في البيع؛ لأنه لو لم يكن في يده لكان اللزوم متوقفاً على هذا الزمان وأبتداء زمن إمكان القبض من وقت الإذن فيه لا العقد.



المزني، واحتجّ الأصحاب: بأن الدوام أقوى من الابتداء، ودوام الرهن لا يمنع ابتداء الضمان، فإن المرتهن إذا تعدى في المرهون يصير ضامناً، ويبقى الرهن بحاله، فلأن لا يرفع ابتداء الرهن دوام الضمان كان أولى.

إذا تقرر ذلك فلو أنّ المرتهن أراد البراءة عن الضمان، فليرده إلى الرّاهن ثم له الاسترداد بحكم الرهن، ولو امتنع الراهن من قبضه فله أن يجبره عليه.

قال الإمام: وفي كلام الشيخ أبي علي ما يدل على أن للرّاهن أن يجبره على رده، ثم يرده هو عليه، ولكن القياس، وبه قال القاضي أنه ليس له ذلك، إذ لا غرض له تبرئة ذمة المرتهن، ولو أودع الغاصب المال المغصوب فوجهان:

أحدهما: أنه لا يبرأ من الضمان كما في الرهن منه.

وأصحهما: وهو المذكور في الكتاب أنه يبرأ؛ لأن مقصود الإيداع الائتمان، والضمان والأمانة لا يجتمعان، ولهذا لو تعدى المودع في الوديعة ارتفعت الوديعة ويخالف الرهن، لأن الغرض منه التوثيق، إلا أن الأمانة من مقتضاه وهو مع الضمان قد يجتمعان على ما بينا، ولو أجر العين المغصوبة منه فوجهان مرتبان على الإيداع والإجارة أولى بأن لا تفيد البراءة وهو الظاهر، لأنه ليس الغرض منها الائتمان بخلاف الوديعة.

ولو وكله ببيع العبد المغصوب أو إعتاقه، فوجهان مرتبان على الإجارة وأولى بعدم إفادة البراءة، لأن في عقد الإجارة تسليطاً على القبض والإمسك والتوكيل بخلافه، ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب (وجهان) في مسألتها الإجارة والتوكيل بالواو للطريقة القاطعة بالمنع المتولدة من ترتيب الخلاف على الخلاف، وإليها إشار الأكترون، وفي معنى الإجارة والتوكيل ما إذا قارضه على المال المغصوب أو كانت جارية فزوجها منه، ولو صرح بإبراء الغاصب عن ضمان الغضب والمال باق في يده، ففي براءته وصيرورة يده يد أمانة وجهان مبنيان على القولين في الإبراء عما لم يجب ووجد سبب وجوبه؛ لأن الغضب سبب وجوب القيمة عند التلف.

**والظاهر:** عدم حصول البراءة<sup>(١)</sup> وربما استشهد من قال بعدم البراءة في الصورة السابقة بهذه الصورة، فقال: إنشاء عقود الأمانات ليس بأكد من التصريح بالإبراء، فإذا لم تحصل البراءة به فتلك العقود أولى. وأما قوله: (وكذلك في براءة المستعير) فصورته

(١) قطع صاحب «الحاوي» بأنه يبرأ، وصححه البغوي، قال صاحب «الشامل» و«المهذب»: هو ظاهر النص. ينظر الروضة ٣/٣١٠.

ما إذا رهن المعير العارية من المستعير ولزم الرهن كما سبق، ففي البراءة عن ضمان العارية وجهان عن حكاية صاحب «التقريب» .

أصحهما: أنه لا يبرأ كما لا يبرأ عن ضَمَانِ الغَضْبِ .

والثاني: يبرأ؛ لأن ضمان العارية أخف أمراً من ضمان الغضب؛ لأن اليد فيها مستندة إلى رضى المالك، ورهن المقبوض على سبيل السؤم والشراء الفاسد من المُسْتَأْم والمشتري كرهن العارية من المستعير<sup>(١)</sup> . والله أعلم .

### [فصل: في الطوارئ المؤثرة في العقد قبل القبض]

قال الغزالي: **أَمَّا الطَّوَارِيءُ قَبْلَ القَبْضِ فِكُلُّ مَا يُزِيلُ المَلِكَ فَهُوَ رُجُوعٌ، وَالتَّزْوِيجُ لَيْسَ بِرُجُوعٍ، وَإِجَارَتُهُ رُجُوعٌ إِنْ قُلْنَا: إِنَّهَا تَمْنَعُ مِنَ البَيْعِ، وَالتَّدْبِيرُ رُجُوعٌ عَلَى النَّصِّ، وَعَلَى التَّخْرِيجِ لَا.**

قال الرَّافِعِيُّ: القسم الثاني من الباب القول في الطوارئ التي يتأثر العقد بطروئها قبل القبض، وهي ثلاثة أنواع:

**الأول:** ما ينشئه الرَّاهِن من التصرفات، وكل ما يزيل المَلِك كالبيع والإعتاق والإضدق، وجعله أجزءة في إجارة، فإذا وجد قبل القبض فهو رُجُوع عن الرهن، وفي معناه الرهن والهبة من غيره مع القبض، وكتابة العبد ووطء الجارية مع الإخبال، ليس برجوع وكذا التزويج، إذ لا تعلق له بمورد الرهن، بل رهن المزوجة ابتداءً جائز .  
وأما الإجارة إن قلنا: إن رهن المكري وبيعه جائز، فهو كالتزويج وإلا فهي رجوع، وحكى الإمام وجهاً آخر، أنها ليست برجوع بحال، كما لو دبر العبد المرهون، والنص أنه رجوع، وخرج الربيع قولاً، أنه ليس برجوع، ولهذا مأخذان:  
أحدهما: البناء على النص والتخريج في رهن المُدَبِّر .

**والثاني:** : توجيه التَّخْرِيج بِإمكان الرُّجُوع عن التَّدْبِير، ووجه النص وهو الأظهر بمنافاة مقصود التَّدْبِير لمقصود الرهن وإشعاره بالرجوع<sup>(٢)</sup> .

(١) قال النووي: قال صاحب «الشامل»: إذا رهن العارية عند المستعير، لم يزل ضمانها، وكان له الانتفاع بها، فإن منعه الانتفاع، ففي زوال الضمان وجهان . وقال في «الحاوي»: في بطلان العارية وجهان: أحدهما: لا تبطل، وله الانتفاع . فعلى هذا، يبقى الضمان . والثاني: تبطل العارية، وليس له الانتفاع، ويسقط الضمان . ينظر المصدر السابق .

(٢) قال النووي: هذا هو المذهب، وبه قال الأكثرون، وقطع جماعة من العراقيين، منهم صاحب «الشامل» بأنه يبطل البيع، وفرقوا بينه وبين الرهن بعد القبض، بأن الرهن عاد تبعاً لملك الراهن، وهنا يعود ملك البائع لعدم البيع، ولا يصح أن يبيع ملك المشتري .

ولا يخفى عليك بَعْدَ مَعْرِفَةِ هَذِهِ الصُّورِ أَنَّ قَوْلَهُ فِي الْكِتَابِ: (مَا لَا يَزِيلُ كَالْتَرْوِيجِ) لَيْسَ بِرَجُوعٍ غَيْرِ مَعْمُولٍ بِهِ عَلَى الْإِطْلَاقِ، وَأَنَّ قَوْلَهُ: (وَأَجَارَتَهُ رَجُوعٌ) بِجَوَازِ إِعْلَامِهِ بِالْوَاوِ، وَاللَّهُ - تَعَالَى أَعْلَمُ.

قال الغزالي: وَالنَّصُّ أَنَّهُ يَنْفَسِخُ بِمَوْتِ الرَّاهِنِ وَلَا يَنْفَسِخُ بِمَوْتِ الْمُرْتَهِنِ، فَقِيلَ قَوْلَانِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ لِتَرَدُّدِ الرَّهْنِ بَيْنَ الْبَيْعِ الْجَائِزِ وَالْوَكَالَةِ، وَقِيلَ بِالْفَرْقِ لِأَنَّ رُكْنَ الرَّهْنِ مِنْ جَانِبِ الرَّاهِنِ الْعَيْنُ وَهُوَ مُتَعَلِّقٌ حَقَّ الْوَرْتَةِ وَالْعُرْمَاءِ، وَرُكْنُهُ مِنْ جَانِبِ الْمُرْتَهِنِ دَيْنُهُ وَهُوَ بَاقٍ بِحَالِهِ بَعْدَ وَفَاتِهِ، وَالْأَظْهَرُ: أَنَّهُ لَا يَنْفَسِخُ بِخْتُونِ الْعَاقِدَيْنِ، وَبِالْحَجْرِ عَلَيْهِمَا بِالتَّبْدِيرِ.

قال الرَّافِعِيُّ: النُّوعُ الثَّانِي: مَا يَعْرُضُ لِلْمُتَعَاقِدَيْنِ مِنَ الْحَالَاتِ، وَفِيهِ ثَلَاثَةٌ صُورٌ: إِحْدَاهَا: نَصٌّ فِي «الْمَخْتَصِرِ» أَنَّ الرَّهْنَ لَا يَبْطُلُ بِمَوْتِ الْمُرْتَهِنِ قَبْلَ الْقَبْضِ، وَنَقَلَ نَصٌّ أَنَّهُ يَبْطُلُ بِمَوْتِ الرَّاهِنِ، وَفِيهِمَا طَرِيقٌ:

أَظْهَرُهُمَا: أَنَّ فِي مَوْتِهِمَا قَوْلَيْنِ نَقْلًا وَتَخْرِيجًا:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يَبْطُلُ بِمَوْتِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ جَائِزٌ، وَالْعُقُودُ الْجَائِزَةُ تَرْتَفِعُ بِمَوْتِ الْمُتَعَاقِدَيْنِ كَالْوَكَالَةِ.

وَأُصْحَبُهُمَا: أَنَّهُ لَا يَبْطُلُ؛ لِأَنَّ مَصِيرَهُ إِلَى اللُّزُومِ فَلَا يَتَأَثَّرُ بِمَوْتِهِمَا كَالْبَيْعِ فِي زَمَانِ الْخِيَارِ.

وَالثَّانِي: تَقْرِيرُ النَّصِّينِ، وَبِهِ قَالَ أَبُو إِسْحَاقَ وَفَرَّقُوا بِأَنَّ الْمَرْهُونَ بَعْدَ مَوْتِ الرَّاهِنِ مَلِكُ الْوَرْتَةِ، وَمُتَعَلِّقٌ حَقَّ الْعُرْمَاءِ إِنْ كَانَ لَهُ غَرِيمٌ آخَرَ، وَفِي اسْتِيفَاءِ الرَّهْنِ إِضْرَارٌ بِهِمْ، وَفِي صُورَةِ مَوْتِ الْمُرْتَهِنِ يَبْقَى الدَّيْنُ كَمَا كَانَ وَإِنَّمَا يَنْتَقِلُ الْاسْتِحْقَاقُ فِيهِ إِلَى الْوَرْتَةِ، وَهُمْ مُخْتَاجُونَ إِلَى الْوَيْثِيقَةِ حَاجَةً مَوْرَثَهُمْ.

وَالثَّلَاثُ: الْقَطْعُ بَعْدَ الْبَطْلَانِ، سِوَا مَا مَاتَ الرَّاهِنُ أَوْ الْمُرْتَهِنُ وَبِهِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو حَامِدٍ، وَمَنْ قَالَ بِهَذَا أَوَّلَ مَا نَقَلَ فِي مَوْتِ الرَّاهِنِ، وَإِذَا أَبْقَيْنَا الرَّهْنَ قَامَ وَرَثَةُ الرَّاهِنِ مَقَامَهُ فِي الْإِبْطَاسِ، وَوَرَثَةُ الْمُرْتَهِنِ مَقَامَهُ فِي الْقَبْضِ، وَوَرَاءَ هَذَا فِي الْمَسْأَلَةِ شَيْئَانِ:

أَحَدُهُمَا: اخْتِلَافُ الْمُثْبِتُونَ لِلْقَوْلَيْنِ فِي مَوْضِعِهِمَا، فَقَالَ ابْنُ أَبِي هُرَيْرَةَ: مَوْضِعُ الْقَوْلَيْنِ زَهْنُ التَّبَرُّعِ. وَأَمَّا الرَّهْنُ الْمَشْرُوطُ فِي الْبَيْعِ فَإِنَّهُ لَا يَبْطُلُ بِالمَوْتِ قَطْعًا لِتَأَكُّدِهِ بِالشَّرْطِ وَاقْتِرَانِهِ بِالْبَيْعِ اللَّازِمِ، فَلَا يَبْعُدُ أَنْ يَكْتَسِبَ مِنْهُ صِفَةُ اللُّزُومِ.

وَقَالَ أَبُو الطَّيِّبِ بْنِ سَلْمَةَ: الْقَوْلَانِ جَارِيَانِ فِي النُّوعَيْنِ وَهُوَ الْمَشْهُورُ، وَسِوَا قَلْنَا بِالْبَطْلَانِ، أَوْ قَلْنَا: إِنَّهُ لَا يَبْطُلُ، وَلَمْ يَتَحَقَّقْ الْوَفَاءُ بِالرَّهْنِ الْمَشْرُوطِ، فَيُثْبِتُ الْخِيَارَ فِي الْبَيْعِ.

والثاني: لك أن تستخرج الخلاف في طرف موت الرّاهن من أصل سيأتي، إن شاء الله تعالى وهو أنّ التركة التي تعلّقت بها الديون حكمها حكم المرهون أم لا؟ إن قلنا: نعم، فقد أخذ جميع التركة حكم المرهون، لغى العقد السابق.

وإن قلنا: لا، بقي الرهن لظهور فائدته، ويجوز أن يعكس فيقال: إن قلنا: يأخذ حكم المرهون بقي الرهن لتأكده بما عرض.

وإن قلنا: لا، لغى العقد السابق كيلا يتضرر الورثة.

الصورة الثانية: لو جُنَّ أحد المتعاقدين، أو أُغْمِيَ عليه قبل القبض ترتّب ذلك على الموت.

إن قلنا: لا يؤثر الموت، فالجئون أولى.

وإن قلنا: يؤثر ففي الجئون وجهان:

فإذا قلنا: لا يبطل الرهن، فإن جُنَّ المرتهن، قبض الرهن من ينصبه القاضي قيماً في ماله، فإن لم يقبضه الراهن، وكان الرهن مشروطاً في بيع، فعل ما فيه الحظ من الفسخ والإجازة، وإن جن الراهن، فإن كان الرهن مشروطاً في بيع، وخاف القيم فسخ المرتهن إن لم يسلمه، والحظ في الإمضاء سلمه، وإن لم يخف، أو كان الحظ في الفسخ لم يسلمه، وكذا لو كان الرهن رهن تبرع، هكذا أطلقوه وهو محمول على ما إذا لم تكن ضرورة ولا غبطة؛ لأنهما يجوزان رهن مال المجنون ابتداء فلاستدامة أولى.

الثالثة: لو طرأ الحخر على أحدهما لسفّه أو قلّس، فهو لو كما طرأ الجنون، ولكن الخلاف فيه بالترتيب؛ لأن السفّه لا يوجب سقوط العبارة رأساً والجنون بوجه.

قال الغزالي: وفي أنفساخه بانقلاب العصير خمرأ، وبإباق العبد وجنابته وجهان أيضاً، ولا يجوز إقباضه وهو خمر فلو أنقلب خمرأ بعد القبض خرج عن كونه مزهوناً، فإذا عاد خلا عاد مزهوناً (و).

قال الرافعي: النوع الثالث: ما يعرض في المرهون، وفيه صور:

أحدها: أنه لو رهن عصيراً وأقبضه، فانقلب في يد المرتهن خمرأ، فلا نقول بأنها مرهونة. وللأصحاب عبارتان: قالت شردمة: يتوقف إن عاد خلاً بان أن الرهن لم يبطل، وإلا بان أنه يبطل. وقال الجمهور: يبطل الرهن لخروجه عن كونه مالاً، ولا خيار للمرتهن إن كان الرهن مشروطاً في بيع لحدوثه في يده، ثم إذا عاد خلاً يعود الرهن كما يعود الملك.

وحكى القاضي ابن كَجُّ عن أبي الطيب بن سلمة؛ أنه يجيء فيه قول آخر: أنه لا يعود الرهن إلا بعقد جديد، وأدعى أنه مذهب أبي حنيفة، وكأن هذا النقل لم يبلغ القاضي حسين، فقال على سبيل الاحتمال: يجوز أن يجعل هذا على قياس عود الخبث، ويخرج فيه مثل ذلك الخلاف.

والمذهب الأول: وهو عود الرهن، وتبين بذلك أنهم لم يريدوا ببطلان الرهن اضمحلال أثره بالكلية، وإنما أرادوا ارتفاع حكمه ما دامت الخمرية.

ولو رهن شاة فماتت في يد المرتهن فديع جلدتها فوجهان:

أحدهما: وبه قال ابنُ خَيْرَانَ، واختاره القاضي الرُّوْيَانِيُّ أنه يعود الرهن كما لو انقلبت الخمر خلاً.

وأظهرهما عند الأكثرين: لا يعود؛ لأن ماليته مجلوبة بالصنعة والمعالجة، وليس العائد ذلك الملك.

ولو انقلب العَصِيرُ المرهون خمرًا قبل القبض، ففي بطلان الرهن البطلان الكلي وجهان:

أحدهما: نعم، لاختلال المحل في حال ضعف الرهن وجوازه.

والثاني: لا، كما لو تَخَمَّر بعد القبض وقبضه. وإيراد الأئمة ترجيح هذا الوجه<sup>(١)</sup>؛ لأنهم قرئوا هذا الخلاف من الخلاف في صورة عُروض الجُنُون، أو بنوه عليه فقالوا: إن ألحقنا الرهن بالوكالة بطل بعروض الجُنُون، وانقلابه خمرًا قبل القبض، وإن ألحقناه بالبيع الجائر لم يبطل، وقد مرَّ أن الثاني أظهر.

قال في «التهذيب»: وعلى الوجهين لو كان الرهن مشروطاً في بَيْع ثبت للمرتهن الخيار؛ لأن الخَلَّ أنقص من العصير، ولا يصح الإقباض في حال الشدة، ولو فعل وعاد خلاً، فعلى الوجه الثاني لا بد من استئناف قبض، وعلى الأول لا بد من استئناف عقد. ثم القبض فيه على ما ذكرنا في انقلاب العَصِير المرهون خمرًا قبل القبض.

فرع: إذا انقلب المبيع خمرًا قبل القبض، فالكلام في انقطاع البيع وعوده إذا عاد خلاً على ما ذكرنا في انقلاب العَصِير المرهون خمرًا بعد القبض<sup>(٢)</sup>.

(١) قال النووي: قد قطع صاحبنا «الشامل» و«البيان» بالأول ولكن الثاني أصح وصححه في «المحرر». ينظر الروضة ٣/٣١٣.

(٢) قد قطع صاحبنا «الشامل» و«البيان» بالأول ولكن الثاني أصح وصححه في «المحرر». ينظر الروضة ٣/٣١٣.

الصورة الثانية: إذا جنى العبد المرهون قبل القبض، وتعلق الأرش بِرَقَبَتِهِ، وقلنا: رهن الجاني ابتداءً فاسد.

فعن الشيخ أبي علي أن في بطلان الرهن وجهين إلحاقاً للجناية بِتَخْمِيرِ الْعَصِيرِ، والجامع عروض الحالة المانعة من ابتداء الرهن قبل استحكام العقد، وهذه الصورة أولى بأنه لا يبطل الرهن فيها لدوام المِلْك في الجاني بخلاف الخمر.

الثالثة: إذا أبق العبد المرهون قبل القبض.

قال الإمام: يلزم على مساق ما سبق تخريج وجهين فيه لانتهاه المرهون إلى حالة يمنع ابتداء الرهن فيها.

وقوله في الكتاب (وجنابته وجهان) يجوز إعلامه بالواو، لأن الخلاف في صورة الجناية يتفرع على منع رهن الجاني. أما إذا جَوَزناه لا يأتي هذا الخلاف بحال. وقوله: (عاد مرهوناً) معلّم بالواو لما قدمناه.

قال الغزالي: وَالتَّخْلِيلُ بِالْقَاءِ الْمِلْحِ فِيهِ (ح) حَرَامٌ لِحَدِيثِ أَبِي طَلْحَةَ، وَبِالْإِنْسَاكِ غَيْرِ مُحَرَّمٍ، وَكَذَلِكَ بِالثَّقَلِ مِنْ ظِلِّ إِلَى شَمْسٍ عَلَى الْأَصْحَحِ.

قال الرَّافِعِيُّ: أشار في «المُخْتَصَر» إلى مَنْعِ التَّخْلِيلِ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ، وَتَأَسَّى بِهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ فَذَكَرُوا مَسَائِلَهُ هَاهُنَا، وَأَوَّلُ مَا يَنْبَغِي أَنْ يَعْرِفَ أَنَّ الْخَمْرَ قِسْمَانِ:

خمر محترمة: وهي التي اتخذ عصيرها لتصير خلاً، وإنما كانت محترمة؛ لأن اتخاذ الخَلِّ جائز بالإجماع، ولن يتقلب العَصِيرُ إِلَى الحُمُوضَةِ إِلَّا بِتَوْسِطِ الشَّدَةِ، فَلَوْ لَمْ تَحْتَرَمْ وَأُرِيْقَتْ فِي تِلْكَ الْحَالَةِ لَتَعُدُّ إِجَادَةَ الخَلِّ.

وخمرة غير محترمة، وهي التي اتخذ عصيرها لغرض الخُميرية، وفي كل واحد من القسمين ثلاث مسائل:

إحداها: تَخْلِيلُ الْخَمْرِ بِطَرَحِ الْعَصِيرِ أَوْ الخَلِّ أَوْ الخَبِزِ الْحَارِّ أَوْ غَيْرِهَا فِيهَا حَرَامٌ، وَالخَلُّ الْحَاصِلُ نَجَسٌ، وَبِهِ قَالَ أَحْمَدُ خِلَافاً لِأَبِي حَنِيفَةَ، وَعَنْ مَالِكٍ رَوَايَتَانِ:

إحدهما: كَمَذْهَبِنَا. وَالْأُخْرَى: أَنَّهُ يَكْرَهُ وَلَكِنْ لَوْ فَعَلَ جَازَ.

لنا ما روي عن أنس - رضي الله عنه - قال: «سُئِلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَلَا تُنْتَضِجُ الخَمْرَ خَلًا؟ قَالَ: لَا»<sup>(١)</sup>، وَرَوَى أَنَّ أَبَا طَلْحَةَ - رضي الله عنه - «سَأَلَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: عِنْدِي حُمُورٌ لِأَيْتَامٍ، فَقَالَ: أَرِقْهَا، فَقَالَ: أَفَأَخْلَلُهَا؟ قَالَ: لَا»<sup>(٢)</sup>.

(١) أخرجه مسلم (١٩٨٣).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٦٧٥) والترمذي (١٢٩٤) من حديث أنس أن أبا طلحة سأل.

وإذا حرم التَّخْلِيل كان الخُلُّ الحاصل نجساً؛ لأن الفعل الحرام لا يستباح به الغير المحظور كاصطياد المحرم، وأيضاً فإن المطروح في الخمر ينجس بملاقاتها، وتستمر نجاسته، إذ لا مزيل لها ولا ضرورة إلى الحكم بانقلابه طاهراً بخلاف آخر الدَّن<sup>(١)</sup>، ولا فرق في هذه المسألة بين المُخْتَرمة وغيرها.

وحكى الإمام عن بعض الأصحاب جواز تَخْلِيل المحترمة؛ لأنها غير مستحقَّة للإراقة، والمذهب الأول وفي حديث أبي طلحة - رضي الله عنه - كانت تلك الخمر محترمة؛ لأنها كانت مُبَاخَةً مُتَّخِذَةً قَبْلَ وُرُودِ التَّحْرِيمِ.

وهل يفرق بين الطَّرْح بالقصد وبين أن يتفق بغير قصد كطرح ريح؟

فيه اختلاف للأصحاب مبني على أن المعنى تحريم التَّخْلِيل أو نَجَاسَةِ المطروح فيه. والأظهر أن لا فرق، هذا إذا كان الطَّرْح في حال التَّخْمِير، أما إذا طرح في العَصِير بصلاً أو ملحاً واستعجل به الخُمُوضَة بعد الاشْتِدَاد فوجهان:

أحدهما: أنه إذا تَخَلَّل كان طاهراً؛ لأن ما لاقاه إنَّما لاقاه قبل التَّخْمِير فطهر بطهارته كأجزاء الدَّن.

والثاني: لا؛ لأن المَطْرُوح فيه ينجس عند التَّخْمِير، وتستمر نجاسته بخلاف أجزاء الدَّن للضرورة. قال في «التهذيب»: وهذا أصح، ولو طرح العَصِير على الخُلِّ وكان العَصِير غالباً يَنْعَمِر الخل فيه عند الاشْتِدَاد، فهل يطهر إذا انقلب خلاً؟ فيه هذان الوجهان، ولو كان الغالب الخُلِّ، وكان يمنع العَصِير من الاشْتِدَاد فلا بأس.

المسألة الثانية: إمساك الخمر المحترمة إلى أن تصير خلاً جائز، والتي لا تحترم تجب إزاقته، لكن لو لم يرقها حتى تَخَلَّلت فهي طاهرة أيضاً؛ لأن النَجَاسَة والتحريم إنما ثبتا للشدة وقد زالت، هذا ما به الفتوى، وحكى الإمام - رضي الله عنه - عن بعض الخلافيين: أنه لا يجوز إمساك الخمر المحترمة، بل يعرض عن العَصِير إلى أن يصير خلاً، فإن اتفقت رؤيته إياه وهو خمر أرقناه، وذكر الحنَّاطي وجهاً: أنه لو أمسك التي لا تحترم حتى تَخَلَّلت لم تحل ولم تطهر؛ لأن إمساكها حرام فلا يستفاد به نعمة، ومتى عادت الطهارة بالتَّخَلُّل فتطهر أجزاء الظرف أيضاً للضرورة، وفي «البيان» أن الدَّارِكي قال: إن كان الظرف بحيث لا يتشرب شيئاً من الخمر كالقَوَارِيرِ طهر، وإن كان ممماً يتشرب لم يطهر، والمذهب الأول، وكما يطهر ما يلاقي الخُلَّ بعد التخليل يظهر ما

(١) الدَّن: وعاء ضخم للخمر، ونحوها. ينظر المعجم الوسيط ٢٩٨/١.

فوقه الذي أصابته الخمر في حالة العَلْيَان، ذكره القاضي الحسين وأبو الربيع الإيلافي<sup>(١)</sup>.

الثالثة: لو كان ينقلها من الظل إلى الشمس أو يفتح رأسها ليصيبها الهواء استعجالاً للحموضة فوجهان:

أحدهما: لا تطهر كما لو طرح فيها شيئاً، وبهذا قال أبو سهل الصُّغْلُوكِي.

وأصحهما: أنه يطهر لزوال الشدة من غير نجاسة تخلفها، وهذا في غير المحترمة، وفي المحترمة أولى بالجواز.

واعلم أنه ليس في لفظ الكتاب تعرض لانقسام الخمر إلى محترمة وغيرها.

وقوله: (التَّخْلِيلُ بِإِلْقَاءِ الْمِلْحِ فِيهِ حَرَامٌ) يمكن إجراؤه فيه على إطلاقه على ما بيناه وإعلامه بالواو للوجه المنقول في المحترمة، وكذا مثله النقل من الظل إلى الشمس يمكن إجراؤه على إطلاقها، وأما قوله (والإمساك غير حرام) فلا يمكن إجراؤه على إطلاقه. لأن الإمساك حرام في غير المحترمة، والإراقة واجبة والكلام في أنه لو اتفق الإمساك وتخللت، هل تطهر؟ هذا هو المشهور، والذي في طريق الصَّيْدَلَانِي من تجويز الإمساك على قصد أن لا يصير خلأً، وعدم وجوب الإراقة فهو مما يستغرب، فإذا هو مخصوص بالمحترمة، لكنه غير مستحسن من جهة النَّظْم؛ لأنه على خلاف ما قبله وما بعده، وليس في اللَّفْظ ما يدل عليه.

فرع: عن الشيخ أبي علي ذكر تردد في بيع الخمرة المحترمة بناء على التردد في طهارتها، وقد حكيناه في باب النَّجَاسَات، والعناقيد إذا استحالت أجواف حَبَاتِهَا خَمْرًا، فعن القاضي وغيره: ذكر وجهين في جواز بيعها اعتماداً على طهارة ظَاهِرِهَا في الحال، وتوقع فائدتها في المآل وطرودهما في التَّيْضَةِ الْمُسْتَحِيلِ بَاطِنِهَا دَمًا والمذهب المنع.

### البَابُ الثَّالِثُ: فِي حُكْمِ الْمَرْهُونِ بَعْدَ الْقَبْضِ

قال الغزالي: وَهُوَ وَبِيقَّةِ الْمُزْتَهِنِ فِي عَيْنِ الرَّهْنِ تَمْنَعُ الرَّاهِنَ مِنْ كُلِّ مَا يَفْدَحُ فِيهِ وَالنَّظَرُ فِي أَطْرَافِ ثَلَاثَةٍ: الْأَوَّلُ - جَانِبِ الرَّاهِنِ، وَهُوَ مَمْنُوعٌ عَنْ كُلِّ تَصَرُّفٍ قَوْلِي يُزِيلُ الْمِلْكَ كَالْبَيْعِ وَالْهَبَةِ، أَوْ يَزَاجِمُ حَقَّهُ كَالرَّهْنِ مِنْ غَيْرِهِ، أَوْ يَنْقُصُ كَالتَّزْوِيجِ، أَوْ يُقَلِّلُ

(١) طاهر بن عبد الله أبو الربيع الإيلاقي التركي، من أصحاب الوجوه، توفي سنة خمسة وستين وأربعمائة عن ست وتسعين سنة، انظر ابن قاضي شهبه (٢٤٦/١) ابن السبكي (١٩٧/٣) وإبلاق - بهمزة مكسورة بعدها ياء مثناة من تحت ساكنة وبالقفاف - ناحية من الشاش، معجم البلدان (٢٩١/١).



الرَّغْبَةُ كَالِإِجَارَةِ الَّتِي لَا تَنْقُضِي مُدَّتَهَا قَبْلَ حُلُولِ الدَّيْنِ .

قال الرَّافِعِيُّ: صدر الباب يشير إلى مقدمة مرشدة إلى ضبط الأطراف التي يتضمنها وإلى وجهة اقتضاء الدين لها، وهي أَنَّ الرهن وثيقة لدين المرتهن في غير الرهن أو بدله، وإِنَّمَا تحصل الوثيقة بالحَجْر عن الراهن، وقطع سلطنة كانت له ليتحرك للأداء، وتجدد سلطة المرتهن لم يكن ليتوصل بها إلى الاستيفاء، ثم هذه الوثيقة ليست دائمة بل لها غاية ينتهي عندها، وكلام الباب فيما ينقطع من سلطنة الراهن، وفيما يحدث من سلطنة المرتهن، وفي غاية الرهن فهي ثلاثة أطراف، والذي يشتمل عليه الفصل من الطرف الأول أن الراهن يمنع من كل تصرف يزيل الملك، وتنقل لمال الغير كالبيع والهبة ونحوهما؛ لأننا لو صححناها لفات الوثيقة، ومنع مما يزاحم المُرْتَهَن في مقصود الرهن، وهو الرهن من غيره ومن كل تصرف ينقص المرهون، ويقلل الرغبة فيه كالتزويج، فإنَّ الرغبة في الجارية الخلية فوق الرغبة في المَرْوَجَة<sup>(١)</sup>، وعند أبي حنيفة: يجوز التزويج.

وأما الإجارة فينظر فإن كان الدين حالاً، أو كان مؤجلاً لكنه يحل قبل انقضاء مدة الإجارة، فمن بعض الأصحاب فيما رواه ابن القَطَّان بناء صححة الإجارة على القولين في جواز بيع المستأجر، إن جوزه صحت الإجارة، وإلا فالمشهور بطلانها قطعاً. أما إذا لم يجوز بيع المُسْتَأْجِر فظاهر.

وأما إذا جوزه؛ فلأن الإجارة تبقى وإن صح البيع، وذلك مما يقلل الرغبة، ثم القائلون بالمنع لم يفصل الجمهور منهم.

وقال في «التتمة»: يبطل في الأجل، وفي الزائد على الأجل قولاً تفريق الصَّفقة، وإن كان الأجل يحل مع انقضاء مدة الإجارة أو بعدها صحت الإجارة، ثم لو اتفق حُلُولُ الدَّيْنِ قبل انقضائها بموت الراهن فوجهان:

أحدهما: أن تنسخ الإجارة رِعَايَةً لحق المرتهن فإنه أسبق ويضارب المستأجر بالأجرة المدفوعة مع الغرماء.

والثاني: وهو اختيار أبي الحسين: أن المرتهن يصبر إلى انقضاء مدة الإجارة، كما يصبر الغرماء إلى انقضاء العدة لتستوفى المعتدة حق السُّكْنَى جمعاً بين الحَقَّين، وعلى هذا يضارب المرتهن بدينه مع الغرماء في الحال.

(١) قال النووي: فلو خالف فزوج العبد أو الأمة المرهونين فالنكاح باطل، صرح به القاضي أبو الطيب؛ لأنه ممنوع منه وقياساً على البيع. ينظر الروضة ٣/٣١٦.

ثم إذا انقضت المدة وبيع المرهون قُضِيَ باقي دينه، فإن قُضِيَ شيء فهو للغرماء، هذا كله فيما إذا أجز المرهون من غير المرتهن.

أما إذا أجره منه فيجوز، ولا يبطل به الرهن، وكذا لو كان مكري منه، ثم رهنه منه يجوز. فلو كانت الإجارة قبل تسليم الرهن ثم سلمه عنهما جميعاً جاز.

ولو سلم عن الرهن وقع عنهما جميعاً؛ لأن القبض في الإجارة مستحق، كذا قاله في «التهذيب»، ولو سلمه عن الإجارة لم يحصل قبض الرهن، وعند أبي حنيفة الرهن والإجارة لا يجتمعان، والمتأخر منهما يرفع المتقدم ويبطله.

لنا: أن الإجارة من المرتهن لا تبطل الرهن فكذا الإجارة.

وقوله في الكتاب: (كل تصرف قولي) أفهم بالقول أن ما يمنع منه الرهن من التصرفات بعضها قولي وبعضها ليس بقولي، فإنه قدم التصرفات القولية، ثم تعرض لغيرها كالوطء، ويجوز إعلام قوله: (كالإجارة التي لا تنقضي مدتها قبل حلول الدين) بالواو للطريقة التي قدمناها وفي هذه اللفظة شيء، فإن الإجارة التي لا تنقضي مدتها قبل حلول الدين تارة تنقضي مدتها بعد حلول الدين، وتارة معه، والثانية صحيحة، فكان الأولى أن يقول: كالإجارة التي لا تنقضي مدتها بعد حلول الدين.

واعلم أن ما قدمناه من منع الراهن من البيع ونحوه من التصرفات، والحكم بإبطالها هو المذهب الجديد، وعلى القديم الذي يجوز وقف العقود، تكون هذه التصرفات موقوفة على الانفكاك وعدمه، ومال الإمام إلى شيء آخر، وهو تخريجها على الخلاف في بيع المفلس ماله، وسيأتي ذلك إن شاء الله تعالى.

قال الغزالي: وفي الإغتناق (ح) ثلاثة أقوال يُفَرَّقُ فِي الثَّالِثِ بَيْنَ الْمُوسِرِ وَالْمُعْسِرِ، فَإِنْ نَفَذْنَا غَرْمَتَاهُ، وَإِنْ لَمْ يَنْفَذْ فَلَا قَيْسُ أَنْ لَا يَعُودَ الْعِتْقُ إِنْ أَتَفَقَ فِكَاكَ الرَّهْنِ، وَحُكْمُ التَّغْلِيْقِ مَعَ الصَّفَةِ فِي دَوَامِ الرَّهْنِ حُكْمُ الْإِنْشَاءِ، فَإِنْ وَجِدَتِ الصَّفَةُ بَعْدَ فِكَاكَ الرَّهْنِ نَفَذَ عَلَى الْأَصَحِّ.

قال الرافعي: الفصل يتضمّن مسألتين:

مسألة في إغتناق الراهن العبد المرهون منجزاً.

ومسألة في تعليق إعتاقه.

أما الأولى فالمنقول عن القديم ومختصر المزني الجزم بأنه لا ينفذ إن كان الراهن معسراً، وقولان إن كان موسراً، وعن الجديد الجزم بنفوذه إن كان موسراً، وإن كان معسراً فقولان، فإذا ضرب البعض ببعض خرجت ثلاثة أقوال:

أحدهما: أنه لا ينفذ بحال؛ لأن الرهن عقد لازم حجر به الراهن على نفسه، فلا يتمكن من إبطاله مع بقاء الدين.

والثاني: ينفذ؛ لأنه إعتاق صَادَفَ المَلِكَ فأشبهه إعتاق المستأجر والزوجة، وبهذا قال أبو حنيفة وأحمد، إلا أن أبا حنيفة يقول: يستبقى العبد في قيمته إن كان الراهن معسراً.

والثالث: وهو الأصح، وبه قال مالك: أنه إن كان موسراً نفذ، وإلا فلا تشبيهاً لسريان العتق إلى حق المرتهن بسريانه من نصيب أحد الشريكين إلى الآخر، والمعنى فيه أن حق الوثيقة لا يتعطل ولا يتأخر إذا كان موسراً.

التفريع: إن قلنا: لا ينفذ فالرهن بحاله، فلو انفك بإبراء أو غيره فقولان أو وجهان:

أظهرهما: أنه لا يحكم بنفوذه أيضاً؛ لأنه لا يملك إعتاقه فأشبهه ما إذا أعتق المَخْجُور عليه بالسَّقِّ ثم زال الحَجْر.

والثاني: يحكم بنفوذه؛ لأن المانع من التفوذ في الحال حق المرتهن وقد زال، وقطع قاطعون بالثاني، والخلاف فيه كالخلاف فيما إذا أعتق المَخْجُور عليه بالفلس عبداً ثم انفك الحجر عنه، ولم يتفق بيع ذلك العبد هل يعتق؟

وإن بيع في الدين ثم ملكه يوماً لم يحكم بالعتق، ومنهم من طرد فيه الخلاف المذكور في الصورة الأولى، وعن مالك أنه يحكم بنفوذ العتق في الصورتين.

وإن قلنا: ينفذ العتق مطلقاً فعلى الرّاهن قيمته باعتبار يوم الإعتاق، ثم إن كان موسراً أخذت منه في الحال وجعلت رهناً مكانه، وإن كان معسراً نظر إلى اليسار، فإذا أيسر أخذت منه وجعلت رهناً إن لم يحل الحق بعد، وإن حلّ طُوْلِبَ به ولا معنى للرهن، هكذا قاله أصحابنا العراقيون.

ولك أن تقول: كما أن ابتداء الرهن قد يكون بالحال وقد يكون بالمؤجل، فكذلك قد تقتضي المصلحة أخذ القيمة رهناً، وإن حلّ الحق إلى أن يتيسر استيفاؤه، ويتقدير صحة التفصيل الذي ذكره، وجب أن يجري مثله في القيمة التي تؤخذ من الموسر. ثم قال الإمام: ومهما بدل القيمة على قصد المغرم صارت رهناً، ولا حاجة إلى عقد مستأنف، والأعيان مقصد المؤدى، ومتى كان المَعْتَق موسراً أو التفريع على القول الثاني أو الثالث ففي وقت نفوذ العتق طريقان:

أحدهما: وهو الذي أورده القاضي ابن كَجِّ: أنه على الأقوال في وقت نفوذ العتق في نصيب الشريك إذا أعتق الشريك نصيبه ففي قول: يتعجل، وفي قول: يتأخر إلى أن يغرم القيمة، وفي قول: يتوقف فإذا غرم أنفذنا العتق يقيناً.

وأظهرهما: القطع بنفوذه في الحال، والفرق أن العتق ثم يسري إلى ملك الغير ولا بُدُّ من تقدير انتقاله إلى المعتق فجاز أن يقول: إنما ينتقل إذا استقر ملك الشريك ويده على العوض، وإعتاق الراهن يصادف ملكه.

وأما المسألة الثانية: فينظر إن علق عتق المرهون بفكّك الرهن نفذ عند الفكّك؛ لأن مجرد التعليق لا يضرّ بالمرتهن، وحين ينزل العتق لا يبقى له حق، وإن علق بصفة أخرى فإن وجدت قبل انفكّك الرهن ففيه الأقوال المذكورة في التّنجيز، وإن وجدت بعده فوجهان:

أصحهما: النّفوذ؛ لأنه لا يبطل حق المرتهن.

والثاني: لا ينفذ أيضاً لا للتعليق مطلقاً كالتنجيز في قول، والوجهان مشتبهان بالخلاف فيما إذا قال العبد لزوجته: إن فعلت كذا فأنت طالق ثلاثاً، ثم عتق ثم فعلته، هل تقع الطلقة الثالثة؟

لكن ذلك الخلاف جارٍ، وإن علق بالعتق فقال: إن عتقت فأنت طالق ثلاثاً، فلا خلاف في تعليق العتق بالفكّك أنه ينفذ عند الفكّك.

قال الإمام: والفارق أنّ الطلقة الثالثة ليست مملوكة للعبد، ومحل العتق مملوك للراهن، وإنما منع لحق المرتهن ولعلك لا تنقاد لهذا الفرق، وتقول: العتق غير مملوك للراهن، كما أن الطلقة الثالثة غير مملوكة للعبد، ومحل الطلاق مملوك للعبد كما أنّ محل العتق مملوك للراهن فلا فرق، والله أعلم.

فرعان:

أحدهما: لو رهن نصف عبده ثم أعتق نصفه، نظر إن أضاف العتق إلى النصف المرهون ففيه الخلاف، وإن أضافه إلى النصف الآخر أو أطلق عتق ما ليس بمرهون، وهل يسري إلى المرهون؟ إن جوزنا إعتاق المرهون فنعم، وإلا فوجهان:

أصحهما: أنه يسرى أيضاً؛ لأن أقصى ما في الباب تنزيل المرهون منزلة ملك الغير، والعتق يسري إلى ملك الغير، وعلى هذا هل يفرق بين الموسر والمعسر؟

قال في «النهاية»: قال المحققون: نعم، وفي «التتمة» أنه يسري سواء كان له مال آخر أو لم يكن؛ لأنه ملكه<sup>(١)</sup>.

(١) قال النووي: إذا أعتق المرهون عن كفارته، أجزاء إن قلنا: ينفذ إعتاقه، وإن أعتقه عن كفارة غيره، فلا يعتق لأنه بيع، قاله القاضي حسين في «الفتاوى» انتهى كلام النووي وصورة المسألة أن يكون بسؤال الغير ليكون بيعاً ضمناً وعبارة القاضي «وإذا أعتق عن الغير بسؤاله إما عن كفارة أو لا عن كفارة لا يجوز لأنه يتضمن البيع ويبع المرهون لا يجوز. ينظر الروضة ٣/٣١٨.

الثاني: في وقف المرهون طريقان:

أحدهما: أنه كالعتق لما فيه من العَرَر والتعليق الذي لا يقبل النقص.

وأظهرهما: التقطع بالمنع، ويفارق العتق لقوة العتق بالسراية وغيرها.

وقال الْمُتَوَلَّى: إن قلنا: الوقف لا يحتاج إلى القبول فهو كالعتق.

وإن قلنا: يحتاج إليه فيقطع بالمنع وهذه طريقة ثالثة، والله أعلم.

قال الغزالي: وَيَمْنَعُ مِنَ الْوَطْءِ حَيْفَةَ الْإِخْبَالِ الْمُنْقِصِ، وَالْأَخْوَاطُ (و) حَسْمُ الْبَابِ

وَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً (و) أَوْ آيسَةً (و) فَإِنْ فَعَلَ فَالْوَلَدُ نَسِيبٌ، وَالْاِسْتِيْلَادُ مَرْتَبٌ (و) عَلَى

الْعِتْقِ وَأَوْلَى بِالْتَفْوِذِ لِأَنَّهُ فِعْلٌ، وَقِيلَ بِنَقِيضِهِ لِأَنَّ الْعِتْقَ مُنْجِزٌ، ثُمَّ إِذَا أَنْفَكَ فَالْأَصْحُ عَوْدُ

الْاِسْتِيْلَادِ.

قال الرَّافِعِيُّ: عرفت من قبل أن المذهب الصحيح جواز رهن الجوّاري على

الإطلاق، وعلى هذا فلو كانت الجارية المرهونة بكرأ فليس للراهن وطؤها بحال؛ لأن

الافتضاض ينقص قيمتها، وإن كانت ثيباً فكذلك إن كانت في سن تحبل، لأنها ربما

حبلت فتفوت الوثيقة أو تتعرض للهلاك في الطلق، ولنقصان الولادة فليس له أن يقول

أطأ وأغزل؛ لأن الماء قد يسبق، وإن كانت في سن لا تحبل لصغر أو إياس فوجهان.

قال أبو إسحاق: له أن يطأها كسائر الانتفاعات التي لا تضر بالمرتهن، وهذا

الاختيار للقاضي ابن كَجِّج، وقال ابن أبي هريرة والأكثر: يمنع من وطئها احتياطاً

لجسم الباب إذ العلوق ليس له وقت معلوم، وهذا كما أن العدة تجب على الصغيرة

والآيسة، وإن كان القصد الأصلي استبراء الرحم، ويجري الوجهان فيما إذا كانت حاملاً

من الزنا؛ لأنه لا يخاف من وطئها الحبل نعم غَشِيَانٌ مثل هذه المرأة مكروه على

الإطلاق<sup>(١)</sup>.

فلو خالف ما ذكرناه ووطئ فلا حد ولا مهر، ولكن عليه أزش البكارة إذا افتض

أما أنه لا حد ولا مهر فلأنه أصاب ملكه، ويخالف ما لو وطئ المكاتبه حيث يغرم

المهر لها؛ لأن المكاتبه قد استقلت واضطرب الملك فيها لو زال، ولهذا لو وطئها

أجنبي كان المهر لها، ولو وطئ المرهونة أجنبي كان المهر للسيد، وأما وجوب أزش

البكارة فلأن الافتضاض إتلاف جزء، ثم إن شاء جعله رهناً، وإن شاء صرفه إلى أداء

الدين، وإذا أولدها فالولد نسيب حر، ولا قيمة عليه لأن المرتهن لا حق له في ولد

(١) قال النووي: وفي وجه يحرم. ينظر الروضة ٣/٣١٩.

المرهونة بحال، وهل تصير أم ولد؟ فيه الأقوال المذكورة في الإعتاق، ثم منهم من جعل الخِلاف بالترتيب، واختلفوا في كَيْفِيته، فقال أبو إسحاق والأكثر: الاستيلاء أولى بالنفوذ؛ لأنه فعل والأفعال أشد وأقوى نفوذاً، ولهذا ينفذ استيلاء المجنون والمحجور عليه ولا ينفذ إعتاقهما، وينفذ استيلاء المريض من رأس المال وإعتاقه من الثلث.

وقال آخرون: الاستيلاء أولى بعدم النفوذ؛ لأنه لا يفيد حقيقة العتق، وإنما يثبت به حق العتق، وحق العتق دون حقيقة العتق المنجزة، فكان العتق أولى بالنفوذ، ومنهم من امتنع من الترتيب وسوى بينهما لتعارض المعنيين، وبه قال الشيخ أبو حامد، ويخرج من هذه الاختلافات ثلاثة طرق كما أفصح بها صاحب «التتمة»:

أظهرها: طرد الخلاف.

والثاني: القطع بنفوذ الاستيلاء.

والثالث: القطع بعدمه.

التفريع: إن قلنا: ينفذ الاستيلاء فعليه القيمة، والحكم على ما مرَّ في العتق، وإن قلنا: لا ينفذ فالرهن بحاله، فلو حل الحق وهي حامل بعد لم يجز بيعها؛ لأنها حامل بخر، وفيه وجه آخر، وقد ذكرنا ذلك في البيع، فإذا ولدت فلا تباع حتى تسقى ولدها اللبأ<sup>(١)</sup>، وإذا سقته ولم يوجد مرضعة فلا تباع حتى توجد مرضعة خوفاً من أن يسافر بها المشتري لو بيعت فيهلك الولد، وإذا وجدت مرضعة فتباع الجارية، ولا يبالي بالتفريق بين الأم والولد للضرورة، فإن الولد خرَّ وبيعه ممتنع.

ثم إن كان الدين يستغرق قيمتها بيع كلها، والأبيع منها بقدر الدين، وإن أفضى التثقيص إلى نقصان رعاية لحق الاستيلاء، ويخالف ما إذا اتفق مثل ذلك في العبد القرن، بأن كانت قيمته مائة، وهو مرهون بخمسين، وكان لا يشتري نصفه إلا بأربعين، ويشتري الكل بمائة حيث يباع الكل دفعاً للضرر عن المالك، وإن لم يوجد من يشتري البعض يبيع الكل للضرورة.

وإذا بيع منها بقدر الدين انفك الرهن عن الباقي واستقر الاستيلاء، وتكون الثقة على المشتري والمستولد بحسب التصيين، والكسب بينهما كذلك، ومهما عادت إلى ملكه بعد ما بيعت في الدين فهل يحكم بنفوذ الاستيلاء؟ فيه طريقان:

(١) واللبأ: مهموز وزان عبت أول اللبن عند الولادة، وقال أبو زيد: وأكثر ما يكون ثلاث حلبات وأقله حلبة، المصباح المنير (١/٧٥٢).

أظهرهما: أنه على قولين، كما لو استولد جارية الغير بالشبهة ثم ملكها اختار المزني أنه لا يحكم به.

والمذهب المنصوص: أنه يحكم به، وفي مثل هذه الصورة في الإعتاق ذكرنا أن الأظهر عدم نفوذ العتق، والفرق أن الإعتاق قول يقتضي العتق في الحال فإذا رد لغى بالكلية، والاستيلاء فعل لا يمكن رده، وإنما منع حكمه في الحال لحق الغرماء، فإذا زال حق الغير عمل عمله.

والطريق الثاني: القطع بنفوذ الاستيلاء لنفوذه في الملك بخلاف استيلاء جارية الغير بالشبهة.

ولو انفك الرهن عنها ولم يتفق بيعها بعد الاستيلاء ومنهم من خرجه على الخلاف المذكور فيما إذا بيعت ثم عادت إليه وعلى الخلاف المذكور في نظيره من الإعتاق. والمذهب الأول، ويفارق ما إذا بيعت وعادت؛ لأن الملك هاهنا هو الملك الذي تصرف فيه، ويفارق الإعتاق لما سبق، وليس للرهن أن يهب هذه الجارية للمرتهن، وإنما تباع في الحق للضرورة، وهذا معنى قول الأئمة: إن الاستيلاء ثابت في حق الراهن والخلاف في أنه هل يثبت في حق المرتهن؟ والله أعلم.

وقوله في الكتاب: (مرتب على العتق) يجوز إعلامه بالواو للطريقة الثانية للترتيب وكذا قوله: (والأصح عود الاستيلاء للطريقة النافية للخلاف)، وليس لفظ العود هاهنا مستعملاً في حقيقته فإنه يستدعي ثبوتاً في الابتداء وزوالاً وليس الاستيلاء كذلك.

قال الغزالي: وَلَوْ مَاتَتْ بِالطَّلُقِ فَعَلَيْهِ الْقِيَمَةُ لِأَنَّهُ مُهْلِكٌ بِالْإِخْبَالِ، وَكَذَا إِذَا وَطِئَ أُمَّةً الْغَيْرِ بِشُبُهَةٍ، وَلَا يَضْمَنُ الزَّوْجُ زَوْجَتَهُ بِهِ، وَكَذَلِكَ الرَّأْيِيُّ بِالْحُرَّةِ لِأَنَّ الْاِسْتِيْلَادَ كَأَنَّهُ إِثْبَاتٌ يَدٌ وَهَلَاكٌ تَحْتَ الْيَدِ الْمُسْتَوْلِيَةِ عَلَى الرَّحْمِ وَالْحُرَّةُ لَا تَدْخُلُ تَحْتَ الْيَدِ وَإِلَّا فَمَجْرُودٌ السَّبَبِ ضَعِيفٌ، وَلِلذَلِكَ قِيلَ عَلَى رَأْيٍ يَجِبُ أَفْصَى الْقِيَمِ مِنْ يَوْمِ الْإِخْبَالِ إِلَى الْمَوْتِ، وَقِيلَ: يُعْتَبَرُ يَوْمُ الْإِخْبَالِ، وَقِيلَ: يَوْمُ (ح) الْمَوْتِ.

قال الرافعي: إذا ماتت الجارية التي أولدها الرهن بالولادة والتفريع على أن الاستيلاء غير نافذ فعليه قيمتها لتكون رهناً مكانها؛ لأنه تسبب إلى إهلاكها بالإخبال لا عن استحقاق، والضمان كما يجب بالمباشرة يجب بالأسباب، كحفر البئر ونحوه، وعن أبي علي الطبري وغيره وجه: أنه لا تجب عليه القيمة؛ لأن إضافة الهلاك إلى الوطء بعيدة، وإحاطته على علل وعوارض تقتضي شدة الطلق أقرب وأظهر، والمذهب المشهور الأول.

ولو أولد أمة الغير بالشبهة وماتت بالولادة ففي وجوب القيمة هذا الخلاف.

ولو كانت حُرَّة ففي وجوب الدية وجهان.

قال الإمام: أقيسهما الوجوب؛ لأن طريق وجوب الضمان لا يختلف بالرُق والحُرَّة. وأشهرهما: المنع؛ لأن الوطء سبب ضعيف، وإنما أوجبنا الضمان في الأمة؛ لأن الوطء استيلاء عليها والعلوق من آثاره، فأدمننا به اليد والاستيلاء كما إذا نفر المحرم صيداً فبقى نفاؤه إلى التغير والهلاك، والحُرَّة لا تدخل تحت اليد والاستيلاء.

ولو أولد امرأة بالزنا وهي مكروهة فماتت بالولادة، فقد روى الشيخ أبو حامد في وجوب الضمان قولين حُرَّة كانت أو أمة.

أحدهما: يجب لما سبق.

وأصحهما: المنع؛ لأن الولادة في الزنا لا تنضاف إلى وطئه؛ لأن الشرع قطع سبب الولد عنه، ولا خلاف في عدم وجوب الضمان عند موت الزوجة من الولادة لتولد عن مستحق، وحيث أوجبنا الضمان في الحُرَّة فهو الدية مضروبة على العاقلة، وحيث أوجبنا القيمة فالاعتبار بأية قيمة فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: بأقصى القيم من يوم الإخبال إلى الموت تنزيلاً له منزلة الاستيلاء والغضب.

وثانيها: وبه قال ابن أبي هريرة: بقيمة يوم الموت؛ لأن التلّف حيثئذ متحقق.

وأصحهما: بقيمة يوم الإخبال؛ لأنه سبب التلّف فصار كما لو جرح عبداً قيمته مائة وبقي مشخناً حتى مات وقيمه عشرة، فإن الواجب مائة، ويقال: إن ابن أبي هريرة ألزم هذه المسألة فمنعها وطرده قياسه ولا يخفى بعده. ولو لم تمت الجارية ونقصت قيمتها بالولادة فعليه الأرش ليكون رهناً معها، وله أن يصرف القيمة أو الأرش إلى قضاء الحق ولا يرهن.

قال الغزالي: وَلَا يَمْنَعُ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ (ح) بِسُكْنَى الدَّارِ أَوْ اسْتِكْسَابِ الْعَبْدِ أَوْ اسْتِخْدَامِهِ أَوْ إِزْرَاءِ الْفَخْلِ عَلَى الْإِنَاثِ إِنْ لَمْ يَنْقُضْ قِيَمَتَهُ.

قال الرافعي: افتتح الكلام في نوع آخر من تصرفات الراهن، وهو ما سوى الوطء من الانتفاعات، وجملته أن المنافع التي لا يضر استيفاؤها بالمرتهن لا تعطل من المرهون، بل هي مستوفاة للراهن خلافاً لأبي حنيفة حيث قال: هي معطلة، وروى في «الشامل» عن مالك مثل مذهبنا، وعن أحمد: اختلاف رواية.

لنا: ما روى أنه ﷺ قال: «الظَّهْرُ يُرَكَّبُ إِذَا كَانَ مِرْهُونًا، وَعَلَى الَّذِي يَرْكَبُهُ



تَفَقَّهْتُ»<sup>(١)</sup>. وروى أنه قال: «الرَّاهِنُ مَخْلُوبٌ وَمَرْكُوبٌ»<sup>(٢)</sup>.

وفي الفصل صور:

إحداها: يجوز السُّكْنَى في الدار وركوب الدَّابَّةِ واستِتْكَسَابِ العبد ولبس الثوب المرهونة إلا إذا كان ممَّا ينقص باللبس.

الثانية: الفُحْلُ المرهون يجوز إنزَاؤُهُ على الإناث، كالركوب إلا إذا أثر ذلك في القيمة، والأثنى يجوز الإنزَاءَ عليها كذلك إن كان يحل الدين قبل ظهور الحمل أو تلد قبل حُلُولِ الدين، فإن كان يحل بعد ظهور الحمل وقبل الولادة فإن قلنا: إن الحمل لا يعرف جاز أيضاً؛ لأنها تباع مع الحمل، وإن قلنا: يُعْرَفُ، وهو الصحيح لم يجز؛ لأنه لا يمكن بيعها دون الحَمْلِ والحمل غير مرهون.

الثالثة: ليس للراهن أن يبني في الأرض المرهونة، ولا أن يغرس؛ لأنه ينقص قيمة الأرض.

وفي «النهاية» ذكر وجه: أنه يجوز إن كان الدين مؤجلاً وزرع ما ينقص قيمة الأرض لاستيفاء قوتها ممنوع، وما لا ينقص إن كان بحيث يحصد قبل حلول الأجل فلا منع منه ثم إن تأخر الإدراك لعارض ترك إلى الإدراك، وإن كان بحيث يحصد بعد الحُلُولِ أو كان الدين حالاً منع منه لثُقُصَانِ الرغبة في الأرض المزروعة، وعن الرَّبِيعِ حكاية قول: أنه لا يمنع منه، لكن يُجْبِرُ على القَلْعِ عند الحُلُولِ إن لم يَفِ بيعها مزروعة دون الزرع بالدين، وفي هذا التَّفَاتِ إلى أن الأرض المزروعة هل يجوز بيعها أم لا؟ ولو خالف ما ذكرناه فَعَرَسَ أو زرع حيث منعناه منه فلا يقلع قبل حلول الأجل فلعله يقضي الدين من موضع آخر، وفيه وجه أنه يقلعه، وبعد حلول الدين ومَسَّاسِ الحاجة إلى البيع يقلع إن كانت قيمة الأرض لا تفي بدينه، وتزداد قيمتها بالقلع، نعم لو صار الراهن محجوراً عليه بالإفلاس ففي القَلْعِ وجهان، بخلاف ما لو نَبَتِ التُّخْلُ من النَّوَى في حَمِيلِ السَّيْلِ حيث جزمنا بأنه لا يقلع في مثل هذه الحالة؛ لأننا منعناه هاهنا فخالف كذا قاله الإمام.

قال الغزالي: وَيُمنَعُ عَنِ الْمَسَافَرَةِ بِهِ لِعِظَمِ الْحَيْلُولَةِ كَمَا يُمنَعُ رَوْحُ الْأَمَةِ عَنِ السَّفَرِ بِهَا، بِخِلَافِ الْحُرِّ فَإِنَّهُ يُسَافِرُ بِرَوْحِهِ، وَإِنْ أَمَكَنَّ اسْتِتْكَسَابِ الْعَبْدِ فِي يَدِهِ لَمْ يُنْتَزَعْ مِنْ يَدِهِ جَمْعاً بَيْنَ الْحَقِيقِينَ، وَمَهْمَا أَنْتَزَعَ فَعَلَيْهِ الْإِشْهَادُ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ عِدَالَتُهُ ظَاهِرَةً فِيهِ تَكْلِيفِهِ ذَلِكَ خِلَافٌ.

(١) أخرجه البخاري (٢٥١٢) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٢) أخرجه الدارقطني (٣٤/٣) والحاكم (٥٨/٢) وقال صحيح على شرط الشيخين والبيهقي (٤٨/٦).

قال الرَّافِعِيُّ: أصل الفصل أن اليد على المرهون مستحقة للمرتهن، فإنها الرُّكْن الأعظم وفي التَّوَقُّقِ مما لا منفعة به مع بقاء عينه كالنقود والحبوب لا تزال يد المرتهن عنه، وإن أمكن تحصيل العَرَضِ مع بقاءه في يد المُرتَهِنِ يصار إليه جمعاً بين الحَقِّين، وإنما تزال يده عند اشتداد الحاجة إليه.

إذا عرفت ذلك فإن كان العبد محترفاً وتيسر استكسابه هناك، ولم يخرج من يده إن أراد الراهن الاستكساب، وإن أراد الاستيْخْدَامَ أو الركوب أو شيئاً من الانتفاعات التي يحوج استيفاؤها إلى إخراجها من يده فعن رواية صاحب «التقريب» قول قديم أنه لا يخرج من يده، ولا نوهن وثيقته، والمشهور أنه يخرج ثم ينظر إن استوفى تلك المنافع بإعارة من عدل أو إجارة بالشرط الذي سبق فله ذلك، وإن أراد استيفاؤها بنفسه.

قال في «الأم»: له ذلك، ومنع منه في القديم، فحمل حاملون الأول على الثقة المأمون جحوده، والثاني على غيره، فأجراهما مُجْرُونَ قولين مطلقين<sup>(١)</sup>، ووجهوا الثاني بما يخاف من جُحُوده وخيانتته لو سلم إليه، والأول بأن ماله استيفاؤه بغيره له استيفاؤه بنفسه، ويشبه أن يكون هذا أظهر، ويتفرع عليه ما نقله إمام الحرمين وصاحب الكتاب، وهو أنه وثق المُرتَهِنِ بالتسليم فذاك، وإلا أشهد عليه شاهدين أنه يأخذه للاتّفاع فإن كان مشهور العَدَالَةِ موثقاً به عند الناس فوجهان:

أشبههما: أنه يكتفي بظهور حاله، ولا يكلف الإِشْهَادَ في كل أخذة لما فيه من المشقة، ويزداد في أخذ الجارية للاستخدام نظر آخر، وهو أنَّ الراهن إنما يمكن منه إذا أمن غشيانه إياها بأن كانت محرماً له، أو كان ثقة وله أهل كما تقدم نظيره، ثم إن كان إخراج المرهون من يد المرتهن لمنفعة يدام استيفاؤها فذاك، فإن كان لمنفعة تستوفى في بعض الأوقات كالاستخدام والركوب فتستوفى نهائراً وترد إلى المرتهن ليلاً. وليس للراهن أن يسافر بالمرهون بحال طاهر سفره أم قصر لما فيه من الخطر والخيلولة القوية من غير ضرورة، ولمثل هذا منع زوج الأمة من المسافرة بها، وإنما جاز لسيدها أن يسافر بها لحقه المتعلق بالرُقْبَةِ، ولثلاً يتكاسل في تزويجها، ويجوز للحر أن يسافر بزوجه رعاية لمصالح النكاح التي لها فيها الحظ الوافر.

واعلم أن لفظ الكتاب هاهنا وفي «الوسيط» يدل على أنه لا ينزع العبد من يد المرتهن إذا أمكن استكسابه وإن طلب الراهن منه الخدمة، ولم يتعرض الأكثرون لذلك، وقضية كلامهم أن له أن يستخدم مع إمكان الاستكساب<sup>(٢)</sup>، والله تعالى أعلم.

(١) قال النووي: المذهب جوازه مطلقاً. ينظر الروضة ٣/٣٢٢.

(٢) قال النووي: كلام الغزالي محمول على موافقة الأصحاب. ينظر الروضة ٣/٣٢٢.

فرع: لا تزال يد البائع عن العبد المحبوس بالثمن بسبب للانتفاع؛ لأن ملك المشتري غير مستقر قبل القبض، وملك الراهن مستقر، وهل يستكسب في يده للمشتري أم تعطل منافعه؟ فيه اختلاف للأصحاب<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي: وَكُلُّ مَا مُنِعَ مِنْهُ فَإِذَا أَدِنَ الْمُرْتَهِنُ جَازًا؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَا يَغْدُوهُمَا، ثُمَّ إِذَا أَدِنَهُ فِي الْعَتَقِ سَقَطَ الْغُرْمُ عَنْهُ، وَفِي الْبَيْعِ قَبْلَ حُلُولِ الْأَجَلِ يَمْنَعُ (ح) تَعَلُّقَهُ بِالثَّمَنِ، وَلَهُ الرَّجُوعُ قَبْلَ الْبَيْعِ، وَكَذَا إِذَا أَدِنَ فِي الْهَبَةِ وَوَهَبَ وَلَمْ يَقْبِضْ فَلَهُ الرَّجُوعُ، وَلَوْ شَرَطَ فِي الْإِذْنِ فِي الْبَيْعِ جَعَلَ الثَّمَنَ رَهْنًا لَمْ يَجْزُ ذَلِكَ فِي الْأَصَحِّ؛ لِأَنَّهُ تَقَلُّ لِلْوَثِيقَةِ، وَلَوْ شَرَطَ أَنْ يُعْجَلَ حَقُّهُ مِنَ الثَّمَنِ فَسَدَ الْإِذْنُ (و) لِأَنَّهُ إِذْنٌ بِعَوَضٍ فَاسِيدٌ، بِخِلَافِ مَا لَوْ شَرَطَ لَوْكِيْلِهِ أَجْرَةً مِنْ ثَمَنِ مَا يَبِيعُهُ إِذْ لَيْسَ الْعَوَضُ هَاهُنَا فِي مُقَابَلَةِ الْإِذْنِ.

قال الرَّافِعِيُّ: الفصل يشتمل على قاعدتين:

أحدهما: التصرفات التي يمنع منها الراهن لحق المرتهن إذا اقترنت بإذن المرتهن نفذت، فإذا أذن له في الوطاء حل له الوطاء، ثم إن وطىء ولم يُخبل فالرهن بحاله، وإن أحبل أو أعتق أو باع بالإذن نفذت هذه التصرفات وبطل الرهن، ويجوز أن يرجع المرتهن عن الإذن قبل تصرف الراهن كما يجوز للمالك أن يرجع قبل تصرف الوكيل، فإذا رجع فالتصرف بعده، كما لو لم يكن إذن ولو أذن في الهبة والإقباض ورجع قبل الإقباض صح، وامتنع الإقباض؛ لأن تمام الهبة بالإقباض، ولو أذن في البيع فباع الراهن بشرط الخيار فرجع المرتهن فوجهان:

أحدهما: يصح رجوعه؛ لأن العقد لم يلزم بعد، كالهبة قبل الإقباض.

وأصحهما: المنع؛ لأن مبنى البيع على اللزوم والخيار دخيل، وإنما يظهر أثره في حق من له الخيار، وفي الهبة الركن الأقوى إنما هو الإقباض، ولو رجع المرتهن ولم يعلم به الراهن فتصرف ففي نفوذه وجهان مبنيان على أن الوكيل هل ينزل بالعزل قبل بلوغ الخبر؟

الأصح: الانعزال، ومهما أحبل أو أعتق أو باع، وقال: فعلته بالإذن وأنكر المرتهن، فالقول قول مع يمينه؛ لأن الأصل عدم الإذن وبقاء الرهن، فإن حلف فهو كما لو تصرف بغير إذنه، وإن نكل فحلف الراهن فهو كما لو تصرف بإذنه، فإن نكل فهل يرد اليمين على الجارية أو العبد؟ فيه طريقتان:

(١) قال النووي: الأرجح استكسابه. ينظر الروضة ٣/٣٢٣.

إحدهما، وبه قال ابن القَطَّان: فيه قولان، كما لو نكل الوارث عن يمين الرَّد هل يحلف العُرَمَاء؟

وأشبههما، وبه قال أبو إسحاق وأبو حامد: القَطْع بالرد؛ لأن الغرماء يثبتون الحق للميت أولاً، والجارية والعبد يثبتان لأنفسهما، ولو وقع هذا الاختلاف بين المُرْتَهِن وورثة الرَّاهِن حلفوا على نفى العلم ولو اختلف المُرْتَهِن وورثة الرَّاهِن حلفوا يمين الرَّد على البت، وهل يثبت إذن المُرْتَهِن برجل وامرأتين؟ حكى القاضي ابن كَجَّ فيه وجهين، والقياس المنع، كالوِكَاة والوِصَايَة، ولو حصل عند الجارية المرهونة ولد فقال الرَّاهِن: قد وطئتها بإذنك فأنت بهذا الولد منى وهي أم ولد، وقال المُرْتَهِن: بل هو من زوج أو زنا، فالقول قول الرَّاهِن بعد أن يسلم له المُرْتَهِن أربعة أمور:

أحدها: الإذن في الوطء.

والثاني: أنه وطء.

والثالث: أنها ولدت.

والرَّابع: أنه مضى مدة إمكان الولد منه، فإن لم يسلم الإذن فقد ذكرنا أن القول قوله، وإن لم يسلم أنه وطئ وسلم الإذن فوجهان، الذي ذكره المعظم أن القول قوله أيضاً؛ لأن الأصل عدم الوطء وبقاء الرهن.

وقال القاضي ابن كَجَّ والإمام: الأصح أن القول قول الرَّاهِن؛ لأنه أخبر عما يقدر على إنشائه، وإن سلمهما وقال: ما ولدته ولكن التقطته فالقول قوله، وعلى الرَّاهِن البَيِّنَة على الولادة أيضاً، ولو سلم الوِلَادَة وأنكر مضى الإمكان فالقول قوله أيضاً، ومهما سلم الأمور الأربعة فالقول قول الرَّاهِن من غير يمين؛ لأنه إذا أقر بأن الولد منه لم يقبل رجوعه فكيف يحلف عليه، ولو لم يتعرض المُرْتَهِن لهذه الأمور منعاً وتسليماً، واقتصر على إنكار الاستيلاء فالقول قوله أيضاً، وعلى الرَّاهِن إثبات هذه الوسائط.

الثانية: إذا أعتق أو وهب بإذن المُرْتَهِن بطل حقه من الرهن سواء كان الدين حالاً أو مؤجلاً، وليس عليه أن يجعل قيمته رهناً مكانه ولو باع بإذنه، والدين مؤجل فكذا، خلافاً لأبي حنيفة حيث قال: يلزمه أن يرهن ثمنه مكانه أو يقضي الدين.

لنا: القياس على الإعتاق والهبة، ولو كان الدين حالاً قضى حقه من ثمنه وحمل إذنه المطلق على البيع في عرضه، لمجيء وقته، ولو أذن في البيع بشرط أن يجعل الثمن رهناً مكانه فقولان، سواء كان الدين حالاً أو مؤجلاً:

أحدهما: يصح الإذن والبيع، وعلى الرَّاهِن الوفاء بالشَّرْط، وبهذا قال أبو حنيفة والمزني وأصحاب أحمد؛ لأن الرهن قد ينتقل من العين إلى البدل شَرْعاً، كما لو أتلف المرهون فجاز أن ينتقل إليه شرطاً.

وأصحهما عند المَحَامِلِي وصاحب الكتاب أنها فاسدة.

أما الشرط فلأن الثمن مجهول عند الإذن فأشبه ما إذا أذن بشرط أن يرهن به مالا آخر مجهولاً، وإذا بطل الشرط بطل الإذن فإنه وقف الإذن على حصول الوثيقة في البَدَل، وإذا بطل الإذن بطل البيع، ولو أذن في الإغتاق وشرط جعل القيمة رهناً أو في الوطاء بهذا الشرط إن أحبل ففيه القولان. ولو أذن في البيع بشرط أن يعجل حقه من ثمنه وهو مؤجل فالمنصوص فساد الإذن والبيع لفساد الشرط.

وقال أبو حنيفة والمزني وأصحاب أحمد: يصح الإذن والبيع ويجعل الثمن رهناً مكانه، وعن أبي إسحاق تخريج قول من المسألة السابقة، واحتج المُرْتَهِنُ بأن فساد الشرط لا يوجب فساد الإذن والبيع، ألا ترى أنه لو وكل وكيلاً يبيع عبده على أن له عشر ثمنه يصح الإذن والبيع مع أن الشرط فاسد لكون الأجرة مجهولة، ويرجع الوكيل إلى أجرة المثل، وأجاب الأصحاب بأن الموكل لم يجعل لنفسه في مقابلة الإذن شيئاً، وإنما شرط للوكيل جُعْلاً مَجْهُولاً فاقتصر الفساد عليه، فهاهنا المرتهن شرط لنفسه شيئاً في مقابلة إذنه وهو تعجيل الحق فإذا فسد فسد ما يقابله، ولهذا المعنى قدح قادحون في تخريج أبي إسحاق وقالوا: الشرط صحيح في المسألة الأولى على قول فصيح الإذن المقابل له، وهاهنا المرتهن شرط لنفسه شيئاً في مقابلة إذنه وهو تعجيل الحق، فالشرط فاسد بالاتفاق، فلا يمكن تصحيح ما يقابله، ولو اختلفا فقال المرتهن: أذنت في البيت بشرط أن ترهن الثمن، وقال الراهن: بل أذنت مطلقاً، فالقول قول المرتهن، كما لو اختلفا في أصل الإذن، ثم إن كان الاختلاف قبل البيع فليس له البيع، وإن كان بعده وحلف المرتهن، فإن صححنا الإذن فعلى الراهن رهن الثمن، وإلا فإن صدق المُشْتَرِي المرتهن فالبيع مردود وهو مرهون كما كان، وإن كذبه نظر إن أنكر أصل الرهن حلف وعلى الراهن أن يرهن قيمته، وإن أقر بكونه مرهوناً، وأدعى مثل ما ادعاه الراهن فعليه رد المبيع، ويمين المرتهن حجة عليه أيضاً.

قال الشيخ أبو حامد: ولو أقام المرتهن بَيِّنَةً على أنه كان مرهوناً فهو كما لو أقر المشتري به، والله أعلم.

وقوله في الكتاب: «لأنه نقل للوثيقة» ليس تعليلاً لقول المنع خاصة وإنما أشار به إلى كلام ذكره الإمام وهو أن الخلاف في المسألة يترتب على الخلاف في رهن ما يتسارع إليه الفساد بالدين المؤجل، فإن منعناه بذلك لصرنا إلى امتناع نقل الوثيقة من عين إلى عين، فعلى هذا لا يجوز الإذن بشرط النقل، وإن صححناه وقد احتملنا نقل الوثيقة فيجوز شرطه، فهذا ما أراده إلا أن لك أن تمنع قوله، إذا منعنا رهنه بالدين المؤجل فذلك لمصيرنا إلى امتناع نقل الوثيقة من عين إلى عين، وتقول: بل ذلك لامتناع النقل من غير التعرض للنقل، ولهذا يصح رهنه بالدين المؤجل بشرط البيع عند الإشراف على الفساد، وهاهنا وجد التعرض للنقل.

فرع منقول عن «الأم»: لو أذن المرتهن للزاهن في ضرب العبد المرهون فهلك في الضرب فلا ضمان عليه لتولده من مأذون فيه، كما لو أذن في الزطء وأجبل بخلاف ما إذا ضرب الزوج زوجته أو الإمام إنساناً تعزيراً؛ لأن المأذون فيه هناك ليس مطلق الضرب وإنما هو ضر التأديب وهاهنا أيضاً لو قال: أدبه فضربه حتى هلك فعليه الضمان.

قال الغزالي: **وَالتَّرِكَةُ إِذَا تَعَلَّقَتِ الدُّيُونَ بِهَا كَالْمَرْهُونِ فِي مَنَعِ التَّصْرُفِ فِيهِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ كَالْعَبْدِ الْجَانِي، فَإِنْ مَنَعَ مِنْهُ فَظَهَرَ دَيْنٌ بَرْدٌ عَوْضٍ بَعْدَ تَصْرُفِ الْوَرَثَةِ فَبِهِ تَتَّبِعُهُ بِالتَّقْصِيرِ خِلَافٌ.**

قال الرافعي: لا شك في أن الديون على المتوفى تتعلق بتركته، وفي كون ذلك التعلق مانعاً أو أمن الإرث خلاف ذكرناه في الزكاة، وبيننا أن الأصح أنه لا يمنع وعلى هذا في كفيته قولان، ويقال وجهان:

أحدهما أنه كتعلق الأرش برقة الجاني؛ لأن كل واحد منهما يثبت شرعاً من غير اختيار المالك.

**والثاني:** أنه كتعلق الدين بالمرهون؛ لأن الشارع إنما أثبت هذا التعلق نظراً للमित لتبراً ذمته فاللائق به ألا يسلب الوارث عليه، وهذا أظهر فيما ذكره الإمام وغيره، فلو أعتق الوارث أو باع وهو معسر لم يصح، سواء جعلناه كالعبد الجاني أو كالمزهُون، ويجيء في هذا الإعتاق خلاف، وإن كان موسراً نفذ في وجه بناء على أن التعلق كتعلق الأرش، ولم ينفذ في وجه بناء على أن التعلق كتعلق الدّين بالمرهون، وحكى الشيخ أبو عليّ وجهاً ثالثاً، وهو أنهما موقوفان إن قضى الوارث الدّين تبين النفوذ، وإلا فلا، ولا فرق بين أن يكون الدّين مستغرقاً للتركة أو أقل منها على أظهر الوجهين، كما هو قياس الديون والرهن.

**والثاني:** أنه إن كان الدين أقل فقد تصرف الوارث إلى أن لا يبقى إلا قدر الدين؛ لأن الحجر في مال كثير بشيء حقير بعيد، وإذا حكمنا ببطلان تصرف الوارث فلو لم يكن في التركة دين ظاهر فتصرف ثم ظهر دين بأن كان قد باع شيئاً وأكل ثمنه فرد بالعيب ولزم رد الثمن أو تردى مترد في بئر كان قد احتفرها عدواناً فوجهان:

أحدهما: أنه يتبين فساد التصرف إلحاقاً لما ظهر من الدين بالدين المقارن لتقدم

سببه.

**وأظهرهما:** أنه لا يتبين؛ لأنه كان مسوغاً لهم طاهراً فعلى هذا إن أدى الوارث الدين فذاك وإلا فوجهان:

أظهرهما: أنه يفسخ ذلك التصرف ليصل المستحق إلى حقه.

**والثاني:** لا يفسخ، ولكن يطالب الوارث بالدين ويجعل كالضامن، وعلى كل حال فللوارث أن يمسك عين التركة، ويؤدي الديون من خالص ماله، نعم لو كان الدين أكثر من التركة فقال الوارث: أخذها بقيمتها، والتمس الغرماء بيعها على توقع زيادة راغب فوجهان بنوهما على أن السيد يقدي العبد الجاني بأزش الجناية، أو بأقل الأمرين من قيمته وأزش الجناية.

**والأصح:** أن المجاب هو الوارث؛ لأن الظاهر أنها لا تشتري بأكثر من القيمة وفي تعلق حقوق الغرماء بزوائد التركة كالكسب والنتائج خلاف يتفرع على ما مر أن الدين هل يمنع الميراث إن منعه ثبت التعلق وإلا فلا<sup>(١)</sup>؟

وقوله في الكتاب: (ففي بيعه بالنقص خلاف) أراد به أنا هل نتبين الفساد على ما هو مبين «الوسيط»، ويمكن حمله على الخلاف في أنا هل نفسخه تفرعاً على الصحة، واللفظ أقرب إليه، ولا يخفى أنه ليس لهذا الفضل كبير تعلق بباب الرهن ولا شبه منه بهذا الموضوع، لكن صاحب الكتاب اقتدى بإمام الحرمين في إبداع هذا الباب إلا أنه رسمه فروعاً في آخره.

قال الغزالي: **الطَّرْفُ الثَّانِي جَانِبَ الْمُزْتَهِنِ، وَهُوَ مُسْتَحَقُّ إِدَامَةِ الْيَدِ وَلَا تَزَالُ يَدُهُ إِلَّا لِأَجْلِ الْإِنْتِفَاعِ (ح) نَهَاراً ثُمَّ يَرُدُّ عَلَيْهِ لَيْلاً، وَلَوْ شَرَطَ التَّعْدِيلَ عَلَى يَدِ ثَالِثٍ لِيَتَّقَ كُلَّ وَاحِدٍ بِهِ جَازَ، ثُمَّ لَيْسَ لِلْعَدْلِ تَسْلِيمُهُ إِلَى أَحَدِهِمَا دُونَ إِذْنِ صَاحِبِهِ، فَإِنْ فَعَلَ ضَمِنَ لِلْآخَرِ، وَلَوْ تَغَيَّرَ حَالُهُ بِالْفِسْقِ أَوْ بِالزِّيَادَةِ فِيهِ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ طَلَبُ التَّخْوِيلِ مِنْهُ إِلَى عَدْلِ آخَرَ.**

قال الرافعي: اليد في الرهن بعد لزومه مستحقة للمرتهن، فإن قوام التوثق بها، ولا تزال يده إلا للانتفاع كما سبق، ثم يرد إليه ليلاً، وإن كان العبد ممن يعمل بالليل كالحارس فيرد إليه نهاراً، ولو شرطاً في الابتداء وضعه في يد ثالث جاز، فربما لا يثق أحدهما بالآخر ولو شرط وضعه عند اثنين فإن نصاً على أن لكل واحد منهما الانفراد بالحفظ، أو على أن يحفظه معاً في جزز اتبع الشرط، وإن أطلقا فوجهان لابن سريج:

**أصحهما:** أنه ليس لأحدهما أن ينفرد بالحفظ، كما لو أوصى إلى رجلين، أو وكل رجلين بشيء لا يستقل أحدهما، فعلى هذا يجعلانه في جزز لهما.

(١) قال النووي: سواء تصرف الوارث في جميع التركة أو في بعضها، ففيه الخلاف السابق، وسواء علم الوارث بالدين المقارن، أم لا، قاله الشيخ نصر المقدسي، لأن ما يتعلق بحقوق الآدميين، لا يختلف به. ينظر روضة الطالبين ٣/٣٢٦.

والثاني: يجوز الانفراد كيلا يشق عليهما، فعلى هذا إن اتفقا على كونه عند أحدهما فذاك، وإن تنازعا والرهن مما ينقسم قسم وحفظ كل واحد نصفه، وإن كان ممّا لا ينقسم حفظه هذا مدة وهذا مدة.

ولو قسماه بالتراضي والتفريع على الوجه الثاني، ثم أراد أحدهما أن يرد ما في يده على صاحبه ففي جوازه وجهان لابن سريج<sup>(١)</sup>.

وجه المنع: أن المشقة قد اندفعت بما جرى، وإذا أراد العَدْل الذي وضع الراهن عنده رده إليهما أو إلى وكيلهما، فإن كان غائبين ولا وكيل فهو كرد الوديعة وسيأتي إن شاء الله تعالى، وليس له دفعه إلى أحدهما دون إذن الآخر، فإن فعل ضمن، واسترد منه إن كان باقياً، وإن تلف في يد المدفوع له نظر إن دفعه إلى الراهن رجع المرتهن بكمال قيمته، وإن زادت على حقه ليكون رهناً مكانه ويغرم من شاء من العَدْل والرَّاهن والقرار على الراهن، فإن غرم العَدْل فله أن يكلف الرَّاهن قضاء الدَّين لفك المَأخُذ منه، وإن دفعه إلى المرْتَهِن فللرَّاهِن أن يغرم من شاء من العدل والمرتهن قيمته ليكون رهناً والقرار على المرتهن؛ فإن كان الحق حلالاً والدين من جنس القيمة وقع الكلام في التَّقاص، ولو غصب المرتهن الرهن من يد العدل ضمن، فلو رده إليه براء، وحكى الإمام في «النهاية» وجهاً: أنه لا يبرأ إلا بالردُّ إلى المالك أو بإذن جديد للعدل في أخذه والمذهب الأول، وكذلك الجَوَاب لو غصب الوديعة من المودع أو العين المُكَرَّاة من المكتري أو الرُّهن من المرتهن ثم رد إليهم.

ولو غصب اللَّقْطَة من الملتقط لم يبرأ بالرد إليه، ولو غصب من المستعير أو المُسْتَأْم ثم رد فوجهان؛ لأنهما مَأْذُونَان من جهة المالك لكنهما ضامنان.

ولو اتفق المتراهنان على نقل الرهن إلى يد عدل آخر جاز، فإن طلبه أحدهما فلا يجاب إلا أن يتغير حاله بفسق أو يضعف عن الحفظ بينه وبين أحدهما عَدَاوَة فيطلب نقله، فحينئذ ينقل إلى يد آخر يتفقان عليه، فإن تشاحا وضعه الحاكم عند مَنْ يراه، فلو كان من وضعه عنده فاسقاً في الابتداء فازداد فسقاً فهو كما لو كان عدلاً ففسق، وكذا لو مات وأراد أحدهما إخراجه من يد وارثه، وكذا لو كان في يد المرتهن فتغير حاله أو مات كان للرَّاهِن نقله، وفي «النهاية» نقل وجه أنه إذا مات المرتهن لا تزال يد ورثته، ولكن إذا لم يرض الرَّاهِن بيدهم ضمَّ القاضي إليهم مشرفاً.

وإذا ادَّعى العدل هلاك الرهن في يده أو رده فالقول قوله مع يمينه كالمودع، ولو أتلف الرهن عمداً أخذت منه القيمة، ووضعت عند آخر، ولو أتلفه مخطئاً أو أتلفه غيره

(١) قال النووي: قطع صاحب «التهذيب» بأنه لا يجوز. ينظر الروضة ٣/٣٢٦.



أخذت القيمة ووضعت عنده، هكذا ذكره الأكثرون وفرقوا بينه وبين ما إذا كان مأذوناً في بيعه حيث لا يتمكّن من بيع القيمة المأخوذة بأن المأذون في بيع شيء لا يكون مأذوناً في بيع بدله والمُسْتَحْفِظُ في شيء يكون مستحفظاً في بدله، وهذا غير محل الكلام ولضعفه ذهب الإمام إلى أنه لا بد من استحفاظ جديد، وقياسه أن يقال: لو كان الرهن في يد المُزْتَهِنِ فأتلف وأخذ بدله كان للراهن إلا يرضى بيده في البدل.

وقوله في الكتاب: (فإن تغير حاله بالفسق) لا يمكن صرف الكناية فيه إلى العدل في قوله: (ثم ليس للعدل تسليمه) لأن العدل لا يكون فاسقاً حتى يتغير حاله بالزيادة فيه، بل هي منصرفه إلى الثالث في قوله على يد ثالث وما أشبه ذلك.

قال الغزالي: وَلِلْمُزْتَهِنِ أَسْتِحْقَاقُ الْبَيْعِ تَقْدِماً بِهِ عَلَى الْغُرْمَاءِ عِنْدَ حُلُولِ الدَّيْنِ وَلَكِنْ لَا يَسْتَقْبَلُ بِهِ دُونَ إِذْنِ الرَّاهِنِ، بَلْ يُزْفَعُ إِلَيَّ الْقَاضِي حَتَّى يُطَالِبَ الرَّاهِنَ أَوْ يُكَلِّفَهُ الْبَيْعَ، وَلَوْ أذِنَ لِلْعَدْلِ وَتَمَّتِ الرِّهْنُ فِي الْبَيْعِ لَمْ يَجِبْ مُرَاجَعَتُهُ ثَانِياً عَلَى الْأَصَحِّ، وَلَوْ ضَاعَ الثَّمَنُ فِي يَدِ الْعَدْلِ فَهُوَ أَمَانَةٌ، فَإِنْ سَلَّمَ إِلَى الْمُزْتَهِنِ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ وَلَكِنْ أَنْكَرَا تَسْلِيمَهُ فَهُوَ ضَامِنٌ، فَإِنْ صَدَّقَهُ الرَّاهِنُ فِي ضَمَانِهِ لِتَقْصِيرِهِ فِي الْإِشْهَادِ خِلَافَ، وَلَا يَبِيعُ الْعَدْلُ إِلَّا بِثَمَنِ الْمِثْلِ، فَإِنْ طَلَبَ بَزِيَاةً فِي مَجْلِسِ الْعَقْدِ حَوْلَ الْعَقْدِ إِلَى الطَّالِبِ.

قال الرَّافِعِيُّ: الْمُزْتَهِنُ يَسْتَحِقُّ بَيْعَ الْمَرْهُونِ عِنْدَ الْحَاجَةِ، وَيَتَقَدَّمُ بِشِمْنِهِ عَلَى سَائِرِ الْغُرْمَاءِ، وَإِنَّمَا يَبِيعُهُ الرَّاهِنُ أَوْ وَكِيْلُهُ بِإِذْنِ الْمُزْتَهِنِ فَلَوْ لَمْ يَأْذِنِ الْمُزْتَهِنُ وَإِنْ أَرَادَ الرَّاهِنُ بَيْعَهُ وَأَبَى الْمُرْتَهِنُ قَالَ لَهُ الْقَاضِي: أَتُذِنُ فِي بَيْعِهِ، وَخُذْ حَقَّكَ مِنْ ثَمْنِهِ أَوْ أْبْرَثَهُ، وَإِنْ طَلَبَ الْمُزْتَهِنُ الْبَيْعَ وَأَبَى الرَّاهِنُ وَلَمْ يَقْبِضِ الدَّيْنَ أَجْبَرَهُ الْحَاكِمُ عَلَى قَضَائِهِ، أَوْ الْبَيْعَ إِمَّا بِنَفْسِهِ أَوْ بِوَكِيْلِهِ، فَإِنْ أَصْرَبَ بَاعَهُ الْحَاكِمُ، وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لَا يَبِيعُهُ، وَلَكِنْ يَحْبِسُ الرَّاهِنَ حَتَّى يَبِيعَ وَلَوْ كَانَ الرَّاهِنُ غَائِباً أُثْبِتَ الْحَالُ عِنْدَ الْحَاكِمِ حَتَّى يَبِيعَهُ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ بَيْتَةٌ، أَوْ لَمْ يَكُنْ فِي الْبَلَدِ حَاكِمٌ فَلَهُ بَيْعُهُ بِنَفْسِهِ، كَمَا أَنَّ مَنْ ظَفَرَ بِغَيْرِ جِنْسِ حَقِّهِ مِنْ مَالِ الْمَدْيُونِ وَهُوَ جَاوِدٌ وَلَا بَيْتَةَ لَهُ أَنْ يَبِيعَ وَيَأْخُذَ حَقَّهُ مِنْ ثَمْنِهِ.

ثم في الفصل مسائل:

إحداها: لو أذن الرهن للمرتهن في بيعه بنفسه فباع في غيبة الراهن فوجهان:

أحدهما، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأحمد رحمهم الله تعالى: أنه يصح البيع،

كما لو أذن له في بيع مال آخر.

وأصحهما: المنع؛ لأنه يبيعه لغرض نفسه، فيكون متهماً في الاستعجال وترك النظر، وإن باعه بحضوره صح لانقطاع التهمة هذا ظاهر النص، حيث قال: ولو شرط للمُزْتَهِنِ إِذَا حَلَّ الْحَقُّ أَنْ يَبِيعَهُ لَمْ يَجْزَ أَنْ يَبِيعَ لِنَفْسِهِ، إِلَّا بَأْنِ يَحْضُرُ رَبَّ الرِّهْنِ.

وفيه وجه: أنه لا يصح أيضاً؛ لأنه توكيل فيما يتعلق بحقه، فعلى هذا لا يصح توكيله ببيعه أصلاً، ويتفرع عليه أنه لو شرط ذلك في ابتداء الرهن، فإن كان الرهن مشروطاً في بيع فالببيع باطل، وإن كان رهن تبرع فعلى القولين في الشروط الفاسدة التابعة للمرتهن أنها هل تبطل الرهن؟

وعلى الأول، وهو المذهب في نص لفظ الرهن في الإذن تفصيل مذكور في الكتاب من بعد.

وإذن الوارث لِعَرْمَاء الميت في بيع التركة، كإذن الرَّاهن للمرتهن، وكذا إذن السيد للمجنى عليه في بيع العبد الجاني، قاله الشيخ أبو حامد، والله أعلم.

واعلم أن صاحب الكتاب قَدَّر صحة البيع في الْمُرْتَهِن مفروغاً منه متفقاً عليه، وتكلم في أنه لا يستقل به الْمُرْتَهِن، كذلك ساق الإمام وأول النص الذي سبق على شيء آخر سنذكره إن شاء الله تعالى.

الثانية: إذا وضع الراهن عند عدل بشرط أن يبيعه عند المحل جاز، ثم في اشتراطه مراجعة الراهن، وتجديد إذنه عند البيع وجهان:

أحدهما، وبه قال ابن أبي هريرة: يشترط، لأنه قد يكون له غرض في استيقاء المرهون، ويريد قضاء الحق من غيره.

وأصحهما: عند الإمام وصاحب الكتاب، وبه قال أبو إسحاق: لا يشترط، لأن الأصل دوام الإذن الأول.

وأما المرتهن فجواب العراقيين: أنه لا بد من مراجعته ويحصل إذنه ثانياً، ولم يجروا فيه الخلاف، ووجهه بأن المرهون إنما يباع لإيصال حقه إليه، وذلك يستدعي مطالبته بالحق، فيراجع ليعرف أنه مطالب أو مهمل أو مبرأ.

وقال الإمام: لا خلاف في أن المرتهن لا يراجع؛ لأن غرضه تقوية الحق بخلاف الراهن، فإنه قد يستبقي العين لنفسه، فتأمل بعد إحدى الطرفين عن الأخرى.

ولو عزل الرَّاهن العدل قبل البيع انعزل، وبه قال أحمد كسائر الوكلاء في سائر الأعمال. وقال مالك وأبو حنيفة: لا ينعزل ولو عزله الْمُرْتَهِن فوجهان:

أحدهما: وهو ظاهر النص: أنه ينعزل كما لو عزله الرَّاهن؛ لأنه يتصرف لهما جميعاً.

وأظهرهما: وبه قال أبو إسحاق: لا ينعزل؛ لأنه وكيل الراهن، إذ المرهون له، وإذن المرتهن شرط جواز التصرف، ولا كلام في أنه لو منعه من البيع لم يبيع، وكذلك لو مات أحدهما.

فإذا قلنا: لا ينعزل بعزل المُرْتَهِن، فلو عاد إلى الإِذْن جاز البيع، ولم يشترط تجديد توكيل من الراهن.

قال في «الوسيط»: ومساق هذا أنه لو عزلهُ الرّاهن ثم عاد ووكل افتقر إلى تجديد إِذْن لِلمُرتَهِن، ويلزم عليه أن يقال: لا يعتد بإذن المرتهن قبل توكيل الرّاهن، ولا بإذن المرأة للوكيل قبل توكيل الوَلِيِّ إياه، والكل محتمل.

**الثالثة:** إذا باع العدل، وأخذ الثمن فهو أمين، والثمن من ضَمَان الرّاهن إلى أن يتسلمه المرتهن، وبه قال أحمد خلافاً لأبي حنيفة ومالك، حيث قالوا: هو من ضمان المرتهن. لنا: أن الثمن ملك الراهن والعدل أمينه، فما تلف في يده يكون من ضمان المالك، ولو تلف الثمن في يد العدل ثم خرج الرهن مستحقاً، فالمشتري بالخيار بين أن يرجع بالثمن على العدل، ويَبَيّن أن يرجع على الرّاهن، ولو كان العدل قد باع بإذن الحاكم لموت الرّاهن أو غيبته وتلف الثمن، وخرج المرهون مستحقاً، فللمشتري الرجوع في مال الراهن، ولا يكون العدل طريقاً للضمان في أصح الوجهين؛ لأنه نائب الحاكم، والحاكم لا يطالب فكذلك نائبه.

**والثاني:** يكون طريقاً كالوكيل والوصي.

وإذا ادعى العدل تلف الثمن في يده، قبل قوله مع يمينه، فإن ادعى تسليمه إلى المرتهن وأنكر المرتهن، فالقول قول المرتهن مع يمينه.

وعن أبي حنيفة أن القول قول العدل مع يمينه، وإذا حَلَف المرتهن أخذ حقه من الراهن، ويرجع الراهن على العدل، وإن كان قد أذن له في التسليم، نعم لو أذن أولاً وصدقه في التسليم فوجهان:

**أظهرهما:** أنه يضمن أيضاً لتقصيره بترك الإِشهاد.

**والثاني:** لا، لاعتراف الراهن بأنه امتثل ما أمره به، والمُرتَهِن ظالم فيما يأخذه، وبهذا قال ابن الوكيل، والوجهان فيما إذا أطلق الإِذْن في التسليم.

فأما إذا شرط عليه الإِشهاد فتركه ضمن بلا خلاف، وإذا ضمن بترك الإِشهاد، فلو قال: أشهدت، وماتت شهودي وصدقه الرّاهن فلا ضمان، وإن كذبه فوجهان، نشرحهما مع ما يُناسب هذه الصّورة في الضمان إن شاء الله تعالى.

**الرابعة:** إذا جاز لِلْعَدْل البيع لم يبع إلا بضمن المثل، أو بما دونه في قدر ما تتعابن به الناس، وليكن ذلك من نقد البلد حالاً، فإن أجل بشيء من هذه الشُّرُوط لم يصح البيع، وعن القاضي أبي حامد حكاية وجه: أنه لو باع نسيئة صحح ولا اعتبار به، ولو سلم إلى المشتري صار ضماناً.

ثم للمبيع حالتان:

إحدهما: أن يكون باقياً فيسترد ويجوز لِلْعَدْلُ بيعه بالإذن السابق، وإن صار مضموناً عليه، فإذا باعه وأخذ الثمن لم يكن الثمن مضموناً عليه؛ لأنه لم يتعد فيه.

الثانية: أن يهلك في يده، فإن كان قد باع بغير نقد البلد أو نسيئة، فالرهن بالخيار في تغريم من شاء من العدل أو المشتري كمال قيمته، وإن باع بدون ثمن المثل فقولا.

أصحهما، وبه قال أبو إسحاق: أن الحكم كذلك؛ لأنه أخرجه من يده على وجه غير متبوع.

والثاني: أنه إن غرم العدل حطَّ الثُّقْصَانُ الَّذِي كان محتملاً في الابتداء.

مثاله: لو كان ثمن مثله عشرة، وكان يتغابن فيه بدرهم فباعه بثمانية يغرمه تسعة، ويأخذ الدرهم الباقي من المشتري، هكذا نقلوه وغالب الظن طرد هذا الخِلاف في البيع بغير نقد البلد والنسيئة، وإن اتَّفَقَ النَّصُّ على القولين في العَبْنِ، ويؤيده أن صاحب «التهذيب» في آخرين جعلوا كبقية تغريم الوكيل إذا باع على أحد هذه الوجوه، وسلم على الخِلاف، وسووا بين الصُّورِ الثَّلَاثِ، ومعلوم أنه لا فرق بين العدل في الرهن وبين سائر الوكلاء، وعلى كل حال فالقرار على المشتري لحصول الهلاك عنده.

فزع: لو قال أحد المرتهنين: بعه بالدرهم، وقال الآخر: بالدنانير لم يبيع بواحد منهما لاختلافهما في الإذن، لكن يرفعان الأمر إلى الحاكم ليبيع بتقدي البلد، ثم إن كان الحق من جنس نقد البلد فذاك، وإلا صرف نقد البلد إليه، ولو رأى الحاكم أن يبيعه بجنس حق المرتهن جاز.

الخامسة: إذا باع بثمن المثل، ثم زاد راغب قبل التفرق، فليفسخ البيع وليبيعه منه، فإن لم يفعل فوجهان:

أحدهما: أن البيع لا يفسخ. لأن حصول الزيادة غير موثوق بها.

وأصحهما: الانفساخ؛ لأن مجلس العقد كحالة العقد، وليس له أن يبيع بثمن المثل. وهناك من يبذل زيادة فعلى هذا. فلو بدا للراغب نظر إن كان قبل التمكن من البيع منه، فالبيع الأول بحاله، وإن كان بعده فقد ارتفع ذلك البيع فلا بد من بيع جديد، وفي طريقة الصيدلاني أنه إذا بدا له بأن البيع بحاله، كما لو بذل الابن الطاعة لأبيه في الحج، وجعلناه مستطيعاً به، ثم رجع عن الطاعة قبل أن يحج أهل بلده، فإنما نتبين عدم الوجوب، ولو لم يفسخ العقد في البيع الأول وباع من الراغب، ففي كونه فسخاً لذلك البيع، ثم في صحته في نفسه خلاف سبق في البيع، وأشار الإمام في المسألة إلى شيء آخر، وهو أن الوكيل بالبيع لو باع ثم فسخ البيع هل يتمكن من البيع مرة أخرى؟

فيه خلاف، والأمر بالبيع من الراغب هاهنا جواب على أنه يتمكن منه أو مفروض

فيما إذا صرَّح بالإذن بذلك، وأكثر هذه المسائل يطرد في جميع الوكالات<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي: وَعَلَى الرَّاهِنِ مَوْتَةُ الْمَرْهُونِ، وَأَجْرَةُ الْإِضْطِطِلِ، وَعَلْفُ الدَّابَّةِ، وَسَقْيُ الْأَشْجَارِ، وَمَوْتَةُ الْجِدَاذِ مِنْ خَاصِّ مَالِهِ عَلَى الْأَصْحَحِّ، وَقِيلَ: إِنَّهُ يُبَاعُ فِيهِ جُزْءٌ مِنَ الْمَرْهُونِ، فَإِنْ كَانَ بَحِيثٌ تَهْلِكُهُ التَّفَقُّهُ يُبَاعُ كَمَا يَفْعَلُ بِمَا يَتَسَارَعُ إِلَيْهِ الْفَسَادُ، وَلَا يُمْنَعُ الرَّاهِنُ مِنَ الْقَضْدِ وَالْحِجَامَةِ وَالخِتَانِ، وَيُمْنَعُ مِنْ قَطْعِ سِلْعَةٍ فِيهِ خَطَرٌ.

قال الرَّافِعِيُّ: مؤنات الرهن التي بها يبقى لها الرهن، كتنفقة العبد وكسوته وعلف الدابة على الراهن؛ لما روى أنه ﷺ قال: «لا يعلق الرهن، من زاهته عليه غزومه وله غنمه»<sup>(٢)</sup>.

(١) قال النووي: قوله: فزاد راغب قبل التفرقة، فيه نقص، وكان ينبغي أن يقول: قبل انقضاء الخيار، ليعم خياري المجلس والشرط، فإن حكمهما في هذا سواء، صرح به صاحب «الشامل» وغيره. قال أصحابنا: ولو زاد الراغب بعد انقضاء الخيار، لزم البيع، ولا أثر للزيادة؛ لكن يستحب للعدل أن يستقبل المشتري لبيعه بالزيادة للراغب، أو لهذا المشتري إن شاء. ينظر روضة الطالبين ٣/٣٣٢.

(٢) أخرجه الشافعي في الأم ٣/١٦٧، والشافعي في «المسند» ٢/١٦٤، (٥٦٧)، ومن طريقه البيهقي في سننه ٦/٣٩، وسندها ضعيف لضعف يحيى بن أبي أنيسة كما في «التقريب» ٢/٣٤٣، و«التهذيب» ١١/١٨٣ - ١٨٥، وأسندها الشافعي وغيره من حديث أبي هريرة. الشافعي في «المسند» ٢/١٦٣ - ١٤، «في الرهن» (٥٦٩)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه أوردته الهيثمي في «موارد الظمان» ص ٢٧٤، في البيوع: باب ما جاء في الرهن (١١٢٣)، و«الدارقطني» ٣/٣٢ - ٣٣، في البيوع: (١٢٥ - ١٣٣)، و«الحاكم» ٢/٥١، في البيوع: باب لا يغلط الرهن والبيهقي في «السنن الكبرى» ٦/٣٩، في الرهن: باب غير مضمون، وحسنه الدارقطني وصححه ابن عبد البر وعبد الحق، ورجح جماعة منهم أبو داود والدارقطني، والبزار، والبيهقي وابن عبد الهادي إرساله انظر ارواء الغليل ٥/٢٣٩.

قال ابن التركماني في الجوهر النقي: وقد ظهر أن الصحيح في هذا الحديث أنه مرسل وذكر «البيهقي» في رسالته إلى أبي محمد الجويني أن «الشافعي» خالف مرسل «ابن المسيب» في بعض المواضع وقد ذكرنا في باب صدقة الفطر أن ابن المسيب روى حديثاً مرسلأً بسند صحيح وأن «الشافعي» خالفه فعلى تقدير تسليم الاحتجاج بمرسله دون غيره قد ذكر أبو عمر أن ابن وهب رواه عن مالك فوجد فيه وبين أن قوله له غنمه وعليه غرمة - ليس بمرفوع وأنه من كلام «ابن المسيب» وعلى تقدير تسليم أنه مرسل وأنه من كلام النبي ﷺ فليس نصاً فيما زعم «الشافعي» بل هو تأويل منه، وقد أنكروا عليه ذلك التأويل فحكى عن أبي عمر غلام ثعلب أنه قال: أخطأ من قال الغرم الهلاك بل الغرم اللزوم ومنه الغريم لأنه لزمه الدين وقال تعالى: ﴿إِنْ عَدَّيْتُمْ كَانَ عَرَاماً﴾ أي لازماً وفي الصحاح الغرامة ما يلزم أداءه وكذلك المغرم والغرم وفي كتاب الأفعال غرمت غرمأً لزمني ما لا يجب علي وقد فسر غير الشافعي الحديث بأشياء موافقة لما قاله أهل اللغة قال «الهروي»: في الغريبين قال «ابن عرفة»: الغرام عند العرب ما كان لازماً والغرم أداء شيء يلزم ومنه الحديث له غنمه وعليه غرمة - فغنمه زيادته وغرمة أداء ما انفك به =

قوله: «من راهنه» أي: من ضمان راهنه، وفي معناه سقى الأشجار والكروم ومونة الجذاذ، وتخفيف الثمار، وأجرة الإضطبل، والبيت الذي يحفظ فيه المتاع المرهون، إذا لم يتبرع به المرتهن أو العذل، وأجرة من يرد العبد من الإباق وما أشبه ذلك، ثم حكى الإمام والمؤتولي وجهين في أن المؤنات، هل يجبر الرهن عليها حتى يقوم بها من خالص ماله؟

أصحهما: الإيجاب استبقاء لوثيقة المرتهن.

= الرهن وقال «أبو بكر الرازي»: الغرم الدين فيكون تفسيراً لقوله لا يغلق الرهن - أي لا يملك بالشرط عند محل الأجل ولصاحبه إذا جاء زيادته وعليه دينه الذي هو مرهون به وفي التمهيد قال أبو عبيد لا يجوز في كلام العرب أن يقال الرهن إذا ضاع قد غلق إنما يقال قد غلق إذا استحقه المرتهن فذهب به، وهذا كان من فعل الجاهلية فأبطله النبي ﷺ بقوله: «لا يغلق الرهن» وقال «مالك»: تفسيره فيما نرى أن يرهن شيئاً فيه فضل فيقول للمرتهن: إن جئتنا بحقك إلى كذا وإلا فالرهن لك بما فيه فهذا لا يحل وهو الذي نهى عنه وينحوه هذا فسرره الزهري، والنخعي، والثوري، وطاوس، وشريح - وفي القواعد «لابن رشد» أن «أبا حنيفة» وأصحابه تأولوا غنمه بما فضل منه على الدين وغرمه بما نقص ومعنى قوله وعليه غرمه عند «مالك» ومن قال بقوله أي نفقته وحكى صاحب التمهيد عن «أبي حنيفة» و«مالك» وأصحابهما في تأويل الحديث كما حكاه «ابن رشد» فالحاصل أن «الشافعي» احتج بمرسَل ابن المسيب وأوله بتأويل أنكسر عليه وأقل الأحوال أنه يجعل غير ما ذكر مما تقدم من التأويلات، وترك القول بالتضمنين مع أنه متصوص عليه في عدة أحاديث قد تأيد بعضها وتأييدت أيضاً بأقوال السلف من الصحابة والتابعين. على أن مذهب «ابن المسيب» بخلاف ما تأول الشافعي حديثه به قال صاحب التمهيد: قال شريح والشعبي: وغير واحد من الكوفيين يذهب الرهن بما فيه كانت قيمته مثل الدين أو أكثر منه أو أقل ولا يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء. وهو قول الفقهاء السبعة المدنيين إذا هلك وعميت قيمته ولم تقم بيته. فإن قامت بيته ترادا الفضل وهكذا قال الليث: وقال بلغني ذلك عن علي بن أبي طالب انتهى كلامه - وابن المسيب من الفقهاء السبعة بلا خلاف - وفي مصنف عبد الرزاق أنا معمر عن الحسن والزهري، وقتادة، وابن طاوس عن أبيه قالوا من ارتهن حيواناً فهلك فهو بما فيه - وقال أبو بكر الرازي: اتفقت الصحابة على أنه مضمون وإن اختلفوا في كيفية الضمان فالقول بأنه أمانة خلاف لاجماعهم - وروى «الطحاوي» - بسنده عن أبي الزناد قال كان من أدركت من قهائنا الذين ينتهي إلى قولهم منهم «ابن المسيب» وعروة، والقاسم بن محمد، وأبو بكر بن عبد الرحمن، وخارجة، وعبيد الله بن عبد الله في مشيخة من نظرائهم أهل فقه وصلاح وفضل فذكر ما جمع من أقاويلهم في كتابه أنهم قالوا الرهن بما فيه هلك وعميت قيمته ويرفع ذلك منهم الثقة إلى النبي ﷺ «قال الطحاوي»: فهؤلاء أئمة المدينة وفقهاؤها يقولون الرهن يهلك بما فيه ويرفعه الثقة منهم إليه ﷺ انتهى كلامه وظهر من هذا أن «ابن المسيب» يقول: بضمان الرهن على التفصيل المتقدم ومذهب «الشافعي» أن من روى كان أعلم بتأويله. «البيهقي» ٤٢/٦.

والثاني عن الشيخ أبي محمد وغيره: أنه لا يُجْبَر عند الامتناع، ولكن يبيع القَاضِي جزءاً من المَرْهُون بحسب الحاجة.

وقد فرغ الإمام على هذا أَنَّ النفقة لو كانت تأكل الرهن قبل الأجل ألحق بما يفسد قبل الأجل فيباع، ويجعل ثمنه رهناً.

ولك أن تقول: هذا إما أن يلحق<sup>(١)</sup> بما لا يتسارع إليه الفساد، ثم عرض ما أفسده، أو بما يتسارع إليه الفساد، لا وجه للأول؛ لأن العارض ثم اتفاقي غير متوقع، والحاجة إلى هذه المُونات معلومة محققة، وإن كان الثاني لزم إثبات الخِلاف المذكور في رهن ما يتسارع إليه الفَسَاد في زَهْن كل ما يحتاج إلى نفقة، أو مكان يحفظ فيه، وأنه بعيد وبه يظهر ضعف الوجه من أصله، وإذا قلنا بالأصح، فلو لم يكن للرَّاهن شيء أو لم يكن حاضراً، باع الحاكم جزءاً من المرهون، واكترى به بيتاً يحفظ فيه الرهن، هكذا قاله الأئمة رحمهم الله تعالى وقد مرَّ في مؤنة السُّقْي والجُدَاذ والتَّجْفِيف مثله، وأما المُونات الدَّائمة فيشبهه أن يقال: حكمها حكم ما لو هرب الجِمال وترك الجِمال المُكْتَرَة، أو عجز عن الإِنْفَاق عليها<sup>(٢)</sup>، هذه إحدى مسألتَي الفصل.

والثانية: أنه لا يمنع الرَّاهن من أن يفعل بالمرهون ما فيه مصلحته، كفضد العبد وجِجَامته، وتَوْدِيع الدَّابَّة وِبَزْغها، والمُعَالَجَة بالأدوية والمَرَاهِم، لكن لا يجبر عليها بخلاف النفقة، وأجرى صاحب «التتمة» الوجهين في المُدَاوَة، ثم إن كانت المداواة فيما يرجى نفعه ولا يخاف منه غائلة فذاك، وإن كان يخاف، فعن أبي إسحاق أنَّ للمرتهن المنع منه، وقال أبو علي الطَّبْرِي: لا يمنع<sup>(٣)</sup>، ويكتفي بأن الغالب منه السَّلَامَة، واختاره القاضي أبو الطَّيْب، ويجري الخلاف في قطع اليد المتأكلة إذا كان في قطعها وتركها خطر، فإن كان الخطر في التَّرك دون القطع فله القطع، وليس له قطع سلعة، وأصبح لا خطر في تركها إذا خيف منه ضرر، فإن كان الغالب السَّلَامَة ففيه الخلاف، وله أن يختن العبد والأمة في وقت اعتدال الهواء، إن كان يَنْدَمِل قبل حلول الأجل، لأنه أمر لا بد منه والغالب فيه السَّلَامَة، وإن كان يندمل وكان فيه نقص لم

(١) في ب لا يلحق.

(٢) قال النووي: قال القاضي أبو الطيب: إن قال المرتهن: أنا أنفق عليه لأرجع في مال الراهن، إذن له الحاكم. فإن أنفق وأراد أن يكون رهناً بالنفقة والدين، فهو كفدائه المرهون الجاني على أن يكون رهناً بالدين والغداء، وقد نص على جوازه، وفيه طريقان تقدما. والمذهب: الصحة. فإن أنفق بغير إذن الحاكم، فإن أمكنه الحاكم، أو لم يمكنه، ولم يشهد، فلا رجوع، وإن أشهد، فوجهان بناء على هرب الجمال. ينظر الروضة ٣/٣٣٣.

(٣) قال النووي: أصحهما لا. ينظر الروضة ٣/٣٣٣.

يجز، وكذلك لو كان به عارض يخاف معه من الختان<sup>(١)</sup>.

وراء هذه صورتان:

إحدهما: له تأبير النخل المرهونة، ولو ازدحمت.

وقال أهل الخبرة<sup>(٢)</sup>: تحويلها أنفع جاز تحويلها، وكذا لو رأى قطع البعض لصالح الأكثر، ثم ما يقطع منها لو يجف يبقى مرهوناً، بخلاف ما يحدث من السعف ويجف، فإن الراهن يختص بها، وينزل منزلة الثمار، وما كان ظاهراً منها عند الرهن.

قال في «التتمة»: فهو مرهون وقال في «الشامل»: لا فرق<sup>(٣)</sup>.

الثانية: لا يمنع من رعي الماشية في وقت الأمن، وتأوي ليلاً إلى يد المُرْتَهِنِ أو العدل، وإذا أراد الراهن أن يبعد في طلب الثجعة<sup>(٤)</sup> وبالقرب ما يبلغ منها مبلغاً، فللمرتهن المنع، والألا فلا منع، وتأوي إلى يد عدل ينفقان عليه، أو ينصبه الحاكم، وإن أراد المرتهن ذلك وليس بالقرب ما يكفي فلا منع، وكذا لو أراد نقل المتاع من بيت غير مُحْرَزٍ إلى مُحْرَزٍ، ولو بيعا بهما المكان، وأرادا الانتقال نظر، إن انتقلا إلى أرض واحدة فلا إشكال، وإلا جعلت الماشية مع الراهن، ويحتاط ليلاً كما سبق.

وقوله في الكتاب: (وأجرة الإضطئبل) معلم بالحاء لأن عنده مؤنة البيت والإضطئبل على المرتهن، إن لم يزد الرهن على قدر الدين، فإن زاد فقسط الزيادة على الراهن، وبمثله أجاب في المداواة وأجرة رد الأبق.

وقوله: (على الأصح) يتعلق به من خالص ماله، لا بأصل لزوم المؤنة عليه، فالمقابل للأصح قوله: وقيل: يباع إلى آخره.

قال الغزالي: وَالْمَرْهُونُ أَمَانَةٌ (ح) فِي يَدِهِ، وَلَا يَسْقُطُ (ح) بِتَلْفِهِ شَيْءٌ مِنَ الدِّينِ، وَلَوْ أُذِنَ لَهُ فِي الْغِرَاسِ بَعْدَ شَهْرٍ فَهُوَ بَعْدَ الْغِرَاسِ عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ، وَإِنْ شَرَطَ أَنْ يَكُونَ

(١) قال النووي: كذا أطلق أكثر الأصحاب، أو كثيرون منهم، جواز الختان من غير فرق بين الصغير والكبير، وصرح المتولي والشيخ نصر، بأنه لا فرق. وقال صاحب «المهذب» ومن تابعه: يمنع من ختان الكبير دون الصغير، لخوف التلف. وهذا ظاهر نصه في «الأم» و«المختصر» ويؤيده، أنهم عدوا عدم الختان عيباً في الكبير، دون الصغير. ينظر روضة الطالبين ٤٣٤/٣.

(٢) في ب، ط البصرة.

(٣) قال النووي: قال القاضي أبو الطيب: وما يحصل من الليف، والعراجين والكرب، كالسعف، والكرب بفتح الكاف والراء: أصول السعف. ينظر الروضة ٣٣٤/٣.

(٤) النجعة: طلب الكلا ومساقط الغيث. ينظر المعجم الوسيط ٩١١/٢ (نجم).



مَبِيعاً مِنْهُ بَعْدَ شَهْرٍ بِالدَّيْنِ فَهُوَ بَعْدَ الشَّهْرِ مَضْمُونٌ لِأَنَّهُ مَبِيعٌ بَيْعاً فَاسِداً، وَلِلْفَسَادِ حُكْمُ الصَّحَّةِ فِي ضَمَانِ الْعُقُودِ، وَلَوْ ادَّعَى الْمُرْتَهَنُ تَلْفاً أَوْ رَدّاً فَهُوَ كَالْمُودِعِ عِنْدَ الْمَرَاوِزَةِ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ، وَطَرَدُوا ذَلِكَ فِي الْمُسْتَأْجِرِ، وَكُلُّ يَدٍ هِيَ غَيْرُ مُضْمَنَةٍ، وَقَالَ الْعِرَاقِيُّونَ: يَخْتَصُّ ذَلِكَ بِالْوَدِيعَةِ وَبِالْوَكِيلِ بِغَيْرِ أَجْرَةٍ، وَمِنْ عَدَاهُمَا يُطَالَبُ بِالْبَيْتَةِ قِيَاساً لِأَنَّ الْمُودِعَ وَقَعَ الْإِعْتِرَافَ بِصِدْقِهِ وَأَمَانَتِهِ دُونَ غَيْرِهِ، وَالْمُرْتَهَنُ مِنَ الْغَاصِبِ عِنْدَ الْمَرَاوِزَةِ كَالْمُودِعِ مِنَ الْغَاصِبِ يُطَالَبُ وَلَا يَسْتَقِرُّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ وَإِنْ تَلَفَ فِي يَدِهِ، وَكَذَا الْمُسْتَأْجِرُ بِخِلَافِ الْمُسْتَعِيرِ وَالْمُسْتَأْمِ، وَعِنْدَ الْعِرَاقِيِّينَ فِي مَطَالِبَتِهِمْ وَجْهَانِ، ثُمَّ فِي قَرَارِ الضَّمَانِ بَعْدَ الْمُطَالِبَةِ وَجْهَانِ آخَرَانِ.

قال الرافعي: في الفصل أضلان وفروع:

أحد الأصلين: أن المرهون أمانة في يد المرتهن لا يسقط بتلفه شيء من الدين، ولا يلزمه ضمانه إلا إذا تعدى فيه وبهذا قال أحمد.

وقال أبو حنيفة: هو مضمون بالأقل من قيمته أو الدين فإن كانت قيمته أقل سقطت من الدين بقدر قيمته، وإلا سقط الدين ولا يضمن الزيادة.

وقال مالك: ما يظهر هلاكه كالحيوان والعقار والأشجار أمانة، وما يخفى هلاكه كالنقود والعروض مضمون بالدين؛ لأنه يتهم فيه.

لنا أن بعض المرهون أمانة، فكذلك كله كالوديعة، وأيضاً فإن الرهن شرع وثيقة للدين أيضاً في يد المرتهن، ولا يصير مضموناً عليه إلا إذا امتنع من الرد بعد المطالبة.

وقال ابن الصباغ: ينبغي أن يكون المرتهن بعد الإبراء كمن طيرت الریح ثوباً إلى داره حتى يعلم المرتهن به أو يرده؛ لأنه لم يرض بيده إلا على سبيل الوثيقة.

والأصل الثاني: أن كل عقد يقتضي صحيحه الضمان، فكذلك فاسده، وما لا يقتضي صحيحه الضمان، فكذلك فاسده.

وأما الطرف الأول؛ فلأن الصحيح إذا أوجب الضمان فالفاسد أولى باقتضائه.

وأما الثاني؛ فلأن من أثبت اليد أثبتته عن إذن المالك، ولم يلزم بالعقد ضماناً، ولا يكاد يوجب التسليم والتسليم إلا من معتقدي الصحة. وأما الفروع فأربعة:

أحدها: لو أعار المرهون من المرتهن لينتفع به ضمنه وعند أبي حنيفة يخرج عن كونه مضموناً بناء على أن العارية غير مضمونة.

ولو رهنه أرضاً وأذن له في الخراس بعد شهر، فهي بعد الشهر عارية وقبله أمانة

حتى لو غرس قبله قَلَعَ ولو غرس بعده فَسَيَأْتِي الحكم في العارية .

وقوله في الكتاب: (وهو بعد الغراس عارية) يجب تأويل؛ لأنه بعد الشهر عارية غرس أو لم يغرس .

وثانيها: لو رهن منه مالا على أنه إذا حل الأجل فهو مبيع منه، أو على أن يكون مبيعاً منه بعد شهر، فالرهن والبيع فاسدان، أما الرهن فلكونه مؤقتاً .

وأما البيع فلكونه مشروطاً، ويكون المال أمانة في يده قبل دخول وقت البيع وبعده مضموناً، لأن البيع عقد ضمان ونقل وجهاً في «النهاية»: أنه إنما يصير مضموناً إذا أمسكه عن جهة البيع، أما إذا أمسكه على موجب الرهن فلا، والمذهب الأول، فلو كان أرضاً فغرس فيه المرتهن، أو بنى قبل دخول وقت البيع قلع مجاناً، وكذا لو غرس بعده وهو عالم بفساد البيع، وإن كان جاهلاً لم يقلع مجاناً لوقوعه بإذن المالك وجهله بعدم الجواز، فيكون الحكم كما لو غرس من المستعير ورجع المعير .

وثالثها: إذا ادعى المرتهن تلف الرهن في يده قبل قوله: مع يمينه، وعن مالك أنه إن أخفى هلاكه لم يقبل، وإن ادعى رده إلى الراهن: فطريقة العراقيين من أصحابنا أن القول قول الراهن مع يمينه، ولا يقبل قول المرتهن إلا ببيته؛ لأنه أخذه لمنفعة نفسه فأشبهه المستعير، ويخالف دعوى التلّف لأنه لا يتعلق بالاختيار، ولا تساعده فيه البيته، قالوا: وكذا الحكم في المستأجر إذا ادعى الرّد، ويقبل قول المودع والوكيل بغير الجعل مع اليمين؛ لأنهما أخذوا المال بمحض غرض المالك، وقد اتتمنهما فليصدقهما، وفي الوكيل بالجعل والمضارب، والأجير المشترك إذا لم يضمّنه ذكرنا وجهين:

أحدهما: أنهم مطالبون بالبيته؛ لأنهم أخذوا لغرض أنفسهم في الأجرة والريح .

وأصحهما: أنه يقبل قولهم مع أيمانهم؛ لأنهم أخذوا العين لمنفعة المالك، وانتفاعهم بالعمل في العين لا بالعين، بخلاف المرتهن والمستأجر، وهذه الطريقة هي التي سلكها أكثر الأصحاب سيما قداماؤهم، وتابعهم القاضي الروياني، وذهب بعض الخراسانيين من المرأوزة وغيرهم: أن كل أمين يصدق في دعوى الرد كالمودع، قالوا: ولا عبرة بمنفعته في الأخذ، كما لا عبرة بها في وجوب الضمان عند التلف بخلاف المستعير والمستام واعرف في لفظ الكتاب من الفرع شيئين:

أحدهما: أنه سوى بين التلّف والرد، وساق الطريقتين في دعوتهما جميعاً، وليس كذلك بل الكل مطبقون على تصديقه في دعوى التلّف، وإنما الاختلاف في الرد .

واعلم: أن قولنا: يقبل قوله في التلف نريد به القبول في الجملة، وله تفصيل نذكره في كتاب «الوديعة» إن شاء الله تعالى .

والثَّانِي: أنه لم يَحْكِ طريقة العراقيين بتمامها، ولم يستوعب مواضع الوِفَاق والخِلاف بالذِّكر، ولفظه في تَخْصِيص التَّضْديق بالمودع والوَكِيل بغير جُعل لا يستمر إلا على أحد الوَجْهَيْنِ الذين نقلوهما.

وقوله: (لأن المودع وقع الاعتراف بصدقه وأمانته) لا يتضح به الفرق، إذ لا بعد في أن يقال: كل أمين يقع الاعتراف بصدقه وأمانته، والذي ذكروه في الفرق أن الوَدِيعَةَ ائتمان محض لا غرض للآخذ فيها كما مر.

ورابعها: لو رهن العَاصِبُ المَغْضُوب من إنسان فتلف في يد المرتهن، فللمالك تَضْمِينُ العَاصِبِ، وفي تَضْمِينِ المرتهن طريقان.

قاله العراقيون: فيه وجهان لابن سُرَيْج:

أحدهما: أنه لا يطالب بالضَّمَان؛ لأن يده يد أمانة.

وأصحهما: أنه يطالب لتفريغ يده على يد العاصب، وعدم ائتمان المالك إياه، وعلى هذا فيستقر الضَّمَان عليه أم يرجع على العاصب؟ فيه وجهان:

أحدهما: يستقر لحصول التلف عنده، فينزل التلف منزلة الإلتلاف في المَغْضُوبات.

وأظهرهما: أنه يرجع لِتَغْيِيرِ العَاصِبِ إياه وعدم التَّعْدِي منه، هذه طريقة، وعن المَرَاوِزَةِ القُّطْعِ بِالمُطَالَبَةِ وعدم الاستِقْرَار، والطَّرِيقَانِ جاريان في المُسْتَأْجِرِ مِنَ العَاصِبِ والمودع منه والمُضَارِبِ والذي دفع المَغْضُوب إليه ووَكَلَهُ ببيعته، وكل ذلك فيما إذا جهلوا كونه مغضوباً، فإن علموا فهم غاصبون أيضاً، والمُسْتَعِيرِ منه والمُسْتَأْمِ فِيطالبان، ويستقر عليهما الضمان؛ لأن يد كل واحد منهما يد ضمان، وهذه الصور تعود في العَضْبِ إن شاء الله تعالى.

وقوله في الكتاب: (وعند العراقيين في مطالبتهم وجهان) يرجع إلى المرتهن والمستأجر والمودع، دون المستعير والمُسْتَأْمِ.

ومن الفروع التي تندرج في الفصل: أنه لو رهن بشرط أن يكون مضموناً على المرتهن يفسد الشرط والرهن، ثم لا يكون مضموناً عليه.

ومنها: لو قال: خذ هذا الكيس واستوفِ حقه منه، فهو أمانة في يده قبل أن يستوفى حقه، فإذا استوفى حقه منه كان مضموناً عليه، ولو قال: وفيه دراهم خذها بدراهمك، وكانت الدراهم التي فيه مَجْهُولَةَ القَدْرِ، أو كَانَتْ أَكْثَرَ من دراهمه لم يملكه، ودخل في ضمانه بحكم الشراء الفاسد وَأَنْ كَانَتْ مَعْلُومَةً، ويقدر حقه ملكها، ولو قال:

خذ هذا العبد بحقك، ولم يكن سليماً فقبل ملكه، وإن لم يقبله وأخذه دخل في ضمانه بحكم الشراء الفاسد.

قال الغزالي: **وَالْمُرْتَهَنُ مَمْنُوعٌ مِنْ كُلِّ تَصَرُّفٍ قَوْلًا وَفِعْلًا فَإِنْ وَطِئَ فَهُوَ زَانٌ، وَإِنْ ظَنَّ الْإِبَاحَةَ فَوَاطِئُهُ بِالشُّبْهَةِ، فَإِنْ أَدَّنَ الرَّاهِنُ وَعَلِمَ التَّحْرِيمَ فَرَّانٌ، وَقِيلَ: مَذْهَبٌ عَطَاءٍ فِي إِبَاحَةِ الْجَوَارِي بِالْإِذْنِ شُبْهَةً، وَإِنْ ظَنَّ حِلًّا فَوَاطِئُهُ بِالشُّبْهَةِ، وَفِي وُجُوبِ الْمَهْرِ عَلَيْهِ وَبَيَمَةِ الْوَالِدِ عَلَيْهِ وَجَهَانٍ مِنْ حَيْثُ إِنَّ الْإِذْنَ ضَعِيفُ الْأَثَرِ فِي الْوَطْءِ بِدَلِيلِ الْمَقْضُوعَةِ.**

قال الرَّافِعِيُّ: ليس للمرتهن في المرهون سوى حق الاستيثاق.

أما البيع وسائر التصرفات القولية والانتفاعات وسائر التصرفات العقلية، فهو ممنوع من جميعها، فلو وَطِئَ الجارية المرهونة لم يخل إما أَنْ يَطَأَ بدون إِذْنِ الراهن أو بإذنه.

**الحالة الأولى:** أن يَطَأَ بدون إِذْنِهِ، فهو كما لو وطئ غير المرهونة وإن ظنها زوجته أو أمته، فلا حَدَّ وعليه المهر والولد حُرٌّ نسيب، وعليه قيمته للراهن، وإن لم يظن ذلك ولم يدع جهلاً، فهو زَانٌ يلزمه الحَدُّ كما لو وطئ المستأجر الجارية المُكْرَأة، ويجب المَهْرُ إن كانت مكرهة، وإن كانت مطاوعة لم يجب على الأصح، وهذا الخلاف بتوجيهه مذكور في العَضْب. وإن ادَّعى الجهل بالتَّحْرِيمِ، لم يقبل إلاَّ أَنْ يكون حديث العهد بالإسلام، أو نشأ في بادية بعيدة عن بلاد المُسْلِمِينَ، فقبل قوله لدفع الحد، وحكى المسعودي في قبوله لثبوت النَّسْبِ خلافاً للأصحاب، وأجرى مسألة في حُرِّيَّةِ الولد ووجوب المَهْرِ، والأصح ثبوت الكل؛ لأن الشُّبْهَةَ كما تدرأ الحَدَّ تثبت النَّسْبُ والحرية، وإذا سقط الحَدُّ وجب المهر.

**والثانية:** أَنْ يَطَأَ بإذنه فإن علم أنه حرام، فظاهر المذهب أنه يجب عليه الحَدُّ، وفيه وجه: أنه لا يجب لاختلاف العلماء، فإن عطاء بن أبي رباح - رضي الله عنه - كان يجوز وطء الجارية بإذن مالِكها، وإن ادَّعى الجهل بالتَّحْرِيمِ، فوجهان:

أحدهما: أنه لا يقبل إلاَّ أن يكون حديث العهد بالإسلام، أو من في معناه كما في الحالة الأولى.

وأصحهما، وبه قال القاضي أبو الطيب: أنه يقبل ويرفع الحَدَّ، وإن نشأ بين المسلمين؛ لأن التحريم بعد الإذْنِ لما خفى على عطاء، مع أنه من علماء التَّابِعِينَ لا يعد خفاؤه على العوام، وإذا اندفع الحَدُّ فهل يلزمه المَهْرُ؟

أما إذا كانت مطاوعة فلا، لانضمام إذن المستحق إلى طواعيتها.

وأما إذا كانت مُكْرَهَةً فقولان:

أحدهما: أنه لا يجيب أيضاً؛ لأن مستحق الرهن قد أذن، فأشبهه ما لو زنت

الحرّة.

وأصحهما، وبه قال أبو حنيفة: يجب، لأن وجوب المهر حيث لا يجب الحدّ حق الشرع، فلا يؤثر فيه الإذن، كما أن المُفَوَّضَةَ تستحق المهر بالدخول مع تفويضها، وإن كان قد أزلدها بوطئه فالولد حرٌّ نسيب، وفي وجوب قيمة الولد طريقان:

أحدهما: أنه على القولين في المهر.

وأصحهما: الوجوب جزماً والفرق أن الإذن في الوطاء رضا بإتلاف المنفعة، وليس رضا بالإيجاب جزماً<sup>(١)</sup> وأيضاً فإن الإذن لا أثر له في حرية الولد، وإتّماً الموجب له ظن الواطئ فحسب، ولا تصير الجارية أم ولد للمرتهن بحال، وإن ملكها يوماً من الدهر ففيه قولان، إذا كانت الصورة صورة ثبوت النسب.

وقوله في الكتاب: (فهو زان)، يمكن إعلامه بالحاء؛ لأنه لا حدّ عليه في رواية عن أبي حنيفة.

وقوله: (فإن ظن بإباحته، فوطئ بالشبهة) غير مجرى على إطلاقه، بل المراد ما إذا كان حديث العهد بالإسلام أو من في معناه.

وأما قوله: (وفي وجوب المهر وقيمة الولد وجهان) ففيه نظران:

أحدهما: أن الخلاف في المهر قولان لا وجهان، وقد نص عليهما في «المختصر».

والثاني: أنه أجاب بطريقة إثبات الخلاف في القيمة، والأصح عند الأئمة الطريقة النافية للخلاف، ويجوز إعلام «القيمة» بالواو إشارة إليها.

فرع: زعم المرتهن بعد الوطاء أن الراهن قد باعها منه أو وهبها وأقبضها، فأنكر الراهن فالقول قوله مع يمينه، فإن حلف فهي والولد رقيقان له، ثم لو ملكها يوماً من الدهر فهي أم ولد له والولد حرٌّ لإقراره السابق، كما لو أقر بحرية عبد الغير، ثم اشتراه فإن نكل الراهن وحلف المرتهن فالولد حر، وهي أم ولد له.

قال الغزالي: وَهَذِهِ الْأَحْكَامُ تَنْبُتُ فِي عَيْنِ الرَّهْنِ وَبَدَلِهِ الْوَاجِبِ بِالْجِنَايَةِ عَلَى

(١) في ب إتلاف المتفعة جزماً، وليس رضا بالأحيال.

الْمَرْهُونَ إِذْ يَسْرِي إِلَيْهِ حَقُّ الرَّهْنِ حَتَّى لَا يَنْقَدَ إِزْرَاءُ الرَّهْنِ أَسْتِقْلَالًا وَلَا إِزْرَاءُ الْمُزْتَهِنِ إِذْ لَا دَيْنَ لَهُ، وَلَا يَسْرِي إِلَى الْكَسْبِ وَالْمَقْرِبِ (ح) وَالرِّبَاذَاتِ الْعَيْنِيَّةِ (ح) كَاللَّبَنِ وَالْوَلَدِ (ح) وَالصُّوفِ وَالشُّمْرَةِ (ح)، فَإِنْ كَانَ الْوَلَدُ مُجْتَنًا حَالَةَ الْبَيْعِ وَالْمَقْدُ كَانَ تَابِعًا، وَإِنْ كَانَ مُجْتَنًا فِي إِحْدَى الْحَالَتَيْنِ فَفِي تَبَعِيَّتِهِ خِلَافٌ.

قال الرافعي: مقصود هذه البقية بيان ما يتعلق به حق الوثيقة، وتثبت فيه أحكامها ولا شك في تعلقه بعين الرهن، والكلام وراءها في بدل الرهن وزوائد المرهون.

**الفصل الأول:** في بدله، ومهما جنى على المرهون، وأخذ من الجاني الأرض انتقل حق الرهن إليه كما ينتقل الملك لقيامه مقام الأصل، ويجعل في يد من كان الأصل في يده من المزتهن أو العذل، وإلى أن يؤخذ هل يقال بأنه مرهون؟

قال قائلون: لا؛ لأنه دين والديون لا تكون مرهونة، فإذا تعين صار مرهوناً، والحالة المتخللة كتخمر العصير وتخلله بعده، وقال آخرون: هو مرهون كما كان؛ لأنه مال بخلاف الخمر، ومنعوا خروجه عن كونه مرهوناً بخروجه عن كونه عنياً، وإنما المسلم أنه لا يرهن الدين ابتداء<sup>(١)</sup>، والخضم في بدل المرهون إنما هو الرهن؛ لأنه المالك كما لو جنى على العبد المستأجر أو المودع يكون الخضم فيها المالك، فلو قعد عن الخضومة فقولان في أن المرتهن هل يخاصم؟

قال في «التهذيب» أصحابهما عند الأصحاب، وبه قال القفال: أنه لا يخاصم<sup>(٢)</sup> قال: ورأيت بخط شيخي أن للمرتهن أن يدعي ويخاصم فيه، وكذلك المستأجر إذا دعى العين، وقال لمن في يده: إنها ملك فلان أجزها مني، وإنما لا يدعي المستأجر القيمة؛ لأن حقه لا يتعلق بها، قال وهو القياس: وإذا خاصم الرهن فللمرتهن أن يحضر خصومته، لتعلق حقه بما يأخذه، ثم إن أقر به الجاني أو أقام الرهن البيّنة، أو حلف بعد نكول المدعي عليه ثبتت الجنائية، وإن نكل الرهن فهل يحلف المرتهن؟

فيه قولان، كما إذا نكل المفلس هل يحلف الغرماء؟

وإذا ثبتت الجنائية فإن كانت عمداً فللرهن أن يقبض، ويبطل حق المرتهن، وإن عفا عن القصاص مطلقاً ثبت المال، إن قلنا: مطلق العفو يوجب المال، وإلا لم يجب وهو الأصح، هكذا قاله صاحب «التهذيب»، وإن عفا على أن لا مال.

فإن قلنا: إن موجب العمد أحد الأمرين لم يصح عفو عن المال.

(١) قال النووي: الثاني أرجح وبالأول قطع المراوذة. ينظر الروضة ٣/٣٣٩.

(٢) قال النووي: وقطع الإمام الغزالي بأنه يخاصم قلت لأنه غير مالك. ينظر الروضة ٣/٣٤٠.

وإن قلنا: إنَّ موجبه القَوْدُ، فإن قلنا: إن مطلق العَفْو لا يوجب المال، لم يجب شيء.

وإن قلنا: يوجهه فوجهان:

أحدهما: يجب لِحَقِّ المرتهن.

وأصحهما: المنع؛ لأن القتل لم يوجهه، وإنما يجب بعفوه المطلق أو بعفوه على المال، وذلك نوع اكتساب منه وليس عليه الاكتساب للمرتهن، وإن لم يقبض في الحال ولم يعف، ففي إجباره على أحدهما طريقان:

أحدهما: يجبر ليكون المرتهن على ثبت من أمره.

والثاني: إن قلنا: موجب العمد أحد الأمرين أجبره.

وإن قلنا: موجبه القَوْدُ لم يجبر؛ لأنه يملك إسقاطه فتأخيره أولى بأن يملكه<sup>(١)</sup> وإن كانت الجناية خطأ أو عفا، ووجب المال فعفا عن المال، لم يصح عفوه لحق المرتهن، وفيه قول أن العفو موقوف، ويؤخذ المال في الحال لحق المرتهن، فإن انفك الرهن رد إلى الجاني، ويان صحة العفو وإلا بان بطلانه، ولو أراد الرهن أن يصلح عن الأزش الواجب على جس آخر لم يجز إلا بإذن المرتهن، فإذا أذن صح وكان المأخوذ مرهوناً، هكذا نقلوه.

ولك أن تقول: قد مرَّ أنه إذا أذن في البيع والدين مؤجل فباع، يرتفع الرهن ولا يكون الثمن رهناً، وأنه إذا أذن بشرط أن يكون الثمن رهناً ففي كونه رهناً قولان، وقياسه أن يكون المصالح عليه كذلك؛ لأن الصلح بيع.

ولو أبرأ المرتهن الجاني لم يصح؛ لأنه ليس بمالك، وهل يسقط حقه عن الوثيقة بهذا الإبراء؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، ويخلص المأخوذ للراهن كما لو صرح بإسقاط حق الوثيقة.

وأصحهما: لا. لأنه لم يصح إبرائه، فلا يصح ما يتضمنه الإبراء، كما لو وهب المرهون من إنسان لم يصح، ولا يبطل الرهن.

**الفصل الثاني:** في زوائد المرهون، وهي إما متصلة كسمن العبد وكبير الشجرة والثمرة، فتتبع الأصل في الرهن أو منفصلة كالثمرة والولد واللبن والبيض والصوف، فلا يسري إليها الرهن وبه قال أحمد، وعند أبي حنيفة يسري.

(١) قال النووي: ينبغي أن يقال: إن قلنا: إذا عفا على أن لا مال لا يصح. أجبر، وإلا فلا. ينظر الروضة ٣/٣٤٠.

وقال مالك: الولد مرهون والثمرة غير مرهونة.

لنا القياس على ولد الجارية الجانية، فإن الأرض لا يتعلق به بالاتفاق، وكما أن هذه الزوائد غير مرهونة، فكذلك مهرُ الجارية إذا وطئت بالشبهة بل أولى، لأنه غير حاصل من نفس المرهون، وعند أبي حنيفة هو مرهون أيضاً، ولا خلاف في أن كَسْب العبد ليس بمرهون، هذا في الزوائد الحادثة بعد الرهن.

ولو رهن حاملاً، أو مست الحاجة إلى البيع وهي حامل بعد فيباع كذلك في الدين؛ لأننا إن قلنا: الحمل يعلم فكأنه صرح برهنها، وإلا فقد رهنها والحمل مخض صفة، ولو ولدت قبل البيع فهل الولد رهن؟

فيه قولان مبنيان على أن الحمل هل يعلم؟

إن قلنا: لا، فهو كالحادث بعد العقد.

وإن قلنا: نعم، فهو رهن يباع مع الأم كما لو رهن شيئين.

وزاد الشيخ أبو محمد فقال: إن قلنا: نعم، ففي كونه مرهوناً قولان لضعف الرهن عن الاستتباع وقد سبق نظائره، فإن قلنا: الولد لا يكون مرهوناً، فلو صرح في العقد وقال: رهنها مع حملها.

قال الإمام: فيه تردد للأصحاب، والظاهر أنه لا يكون مرهوناً أيضاً، إذ لو جاز ذلك لجاز إفراده بالرهن، ولو حبلت بعد الرهن وكانت حاملاً عند الحاجة إلى البيع.

فإن قلنا: الحمل لا يعلم يبعث حاملاً، وهو كزيادة متصلة.

وإن قلنا: يعلم لم يكن الولد مرهوناً وتعذر بيعها؛ لأن استثناء الحمل لا يمكن ولا سبيل إلى بيعها حاملاً، ويوزع الثمن على الأم والحمل؛ لأن الحمل لا تعرف قيمته، فلو رهن نخلة فأطلعت فطريقان:

أحدهما: أن يبعثها مع الطلع على قولين كما في الحمل.

والثاني: القطع بأن الطلع غير مرهون؛ لأنه يمكن إفراده بالعقد فلا يجعل بيعاً، فإذا قلنا: إنه غير مرهون تباع النخلة، ويستثنى الطلع بخلاف الجارية الحامل، ولو كانت مطلعة وقت الرهن ففي دخول الطلع ما سبق في الباب الأول، فإن أدخلناه فجاء وقت البيع وهو طلع بعد بيع مع النخيل، ولو أبرت فطريقان:

أحدهما: أن الحكم كما إذا ولدت الحامل.

والثاني: القطع ببيعته مع النخل؛ لأنه معلوم مشاهد وقت الرهن.



وقوله في الكتاب: (والزيادات العينية) أراد به الزيادات الحادثة من العين، لا كالكسب والمهر.

وقوله: (حالة البيع)<sup>(١)</sup> يقتضي اعتبار نفس العقد في مقارنة الولد وحدوثه بعده، والأمر على ما يدل عليه ظاهره، وكذلك القول في سائر الزوائد.

وحكى الإمام وجهاً آخر: أن الاعتبار بحالة القبض؛ لأن الرهن به يتم.  
 فرع: أرض الجناية على المرهونة، واقتضاض البكر مرهونان؛ لأنهما بدل جزء من المرهون وليس من الزوائد.

فرع: لو ضرب الجارية المرهونة ضارب، فألقت جينياً ميتاً، فعلى الضارب عشر قيمة الأم، ولا يكون مرهوناً؛ لأنه بدل الولد وإن دخلها نقص لم يجب بسببه شيء آخر، ولكن قدر أرض الثفصان من العشر يكون رهناً، وإن ألقته حياً ومات ففيما يجب على الجاني؟ قولان:

أصحهما: قيمة الجنين حياً وأرض نقص الأم إن انتقصت، فعلى هذا القيمة للراهن والأرض مرهون.

والثاني: أكثر الأمرين من أرض الثفص أو قيمة الجنين، فعلى هذا إن كان الأرض أكثر فالماخوذ رهن كله، وإن كانت القيمة أكثر فقدر الأرض من المأخوذ رهن، والبهيمة المرهونة إذا ضربت فألقت جينياً ميتاً، فلا شيء على الضارب سوى أرض الثفصان إن نقصت ويكون رهناً.

قال الغزالي: الطَّرْفُ الثَّالِثُ فِي فَكِّ الرِّهْنِ وَهُوَ حَاصِلُ بِالثَّقَاسُخِ، وَقَوَاتِ عَيْنِ المَرْهُونِ بِأَقْفِ سَمَاوِيَّةٍ، وَيَلْتَصِقُ بِهِ مَا إِذَا جَنَى العَبْدُ وَبِيعَ فِي الدِّينِ فَإِنَّهُ فَاتٌ بِغَيْرِ بَدَلٍ، وَكَمَا يُقَدَّمُ حَقُّ المَجْنِيِّ عَلَيْهِ عَلَى حَقِّ المَالِكِ يُقَدَّمُ عَلَى حَقِّ المُرْتَهِنِ.

### [أسباب انفكاك الرهن]

قال الرَّافِعِيُّ: الرهن ينفك بأسباب:

أحدها: الفسخ منهما أو من المرتهن وحده، فإن الرهن جائز من جهته.

والثاني: تلف المرهون بأقفة سماوية، ولو جنى العبد المرهون لم يبطل الرهن بمجرد الجنابة، ولكن ينظر أتعلق الجنابة بأجنبي أم بالسيد؟

(١) في ط حالة الرهن والبيع.

القسم الأول: أن تتعلق بأجنبي فيقدم حق المجني عليه؛ لأن حقه متعين في الرقبة، وحق المرتهن متعلق بذمة الراهن بالرقبة، وأيضاً فإن حق المجني عليه متقدم على حق المالك، فأولى أن يتقدم على حق المستوثق، ثم إن أوجبت الجناية القصاص واقتضى المجني عليه بطل الرهن، وإن أوجبت المال أو عفا على مال بيع العبد في الجناية، وبطل الرهن أيضاً، حتى لو عاد إلى ملك الراهن، لم يكن رهناً إلا بعقد جديد.

ولو كان الواجب دون قيمة العبد بيع منه بقدر الواجب وبقي الباقي رهناً، فإن تعذر بيع البعض أو انتقص بالتشقيص بيع الكل، وما فضل من الثمن عن الأرش يكون رهناً، ولو عفا المجني عليه عن المال أو فداه الراهن بقي العبد رهناً كما كان، وكذا لو فداه المرتهن، ثم في رجوعه على الراهن ما ذكرناه في رهن أرض الخراج، وعند أبي حنيفة ضمان جناية المرهون على المرتهن بناء على أن المرهون مضمون عليه، فإن فداه المرتهن بقي رهناً ولا رجوع له بالفداء، وإن فداه السيد أو بيع في الجناية سقط دين المرتهن، إن كان بقدر الفداء أو دونه، وهذا كله فيما إذا جنى العبد بغير إذن السيد، أما إذا أمره السيد بذلك، نظر إن لم يكن مُميزاً أو كان أعجمياً يعتقد وجوب طاعة السيد في كل ما يأمره به، فالجاني هو السيد وعليه القصاص أو الضمان، وهل يتعلق المال برقبته؟

فيه وجهان يذكران في موضعهما والأظهر المنع.

وإذا قلنا يتعلق ببيع في الجناية، فعلى السيد أن يرهن قيمته مكانه، وإذا جنى مثل هذا العبد.

فقال السيد: أنا أمرته بذلك، لم يقبل قوله في حق المجني عليه بل يباع العبد فيها، وعلى السيد القيمة لإقراره، وإن كان العبد مُميزاً يعرف أنه لا يطاع السيد فيه بالغاً كان أو غير بالغ، فهو كما لو لم يأذن السيد إلا أنه يَأْتِم بما فعل، وإذا عرفت ما ذكرناه لم يخف عليك أن قوله (وبيع في الدين) أراد به دين الجناية فإن الغرض فيما إذا نسبت الجناية إلى السيد وإلا فلا يكون الفوات بغير بدل.

قال الغزالي: فَإِنْ جَنَى عَلَى عَبْدِ السَّيِّدِ أَوْ السَّيِّدِ نَفْسِهِ فَلَهُ الْقِصَاصُ كَمَا لِلْأَجْنَبِيِّ، وَلَيْسَ لَهُ الْأَرشُ وَالْبَيْعُ إِذْ لَا يَسْتَحِقُّ شَيْئاً عَلَى عَبْدٍ نَفْسِهِ، وَلَوْ جَنَى عَلَى عَبْدٍ أَبِيهِ وَأَنْتَقَلَ إِلَيْهِ بِمَوْتِهِ فَفِي أَسْتِحْقَاقِهِ الْفَكَ خِلَافٌ لِأَنَّهُ فِي حُكْمِ الدَّوَامِ، وَإِنْ جَنَى عَلَى عَبْدٍ آخَرَ لَهُ مَرْهُونٌ مِنْ غَيْرِ هَذَا الْمَرْتَهِنِ فَلَهُ قَتْلُهُ، وَإِنْ فَاتَ حَقُّ الْمَرْتَهِنِ فَإِنَّ عَفَا عَلَى مَالٍ تَمَلَّقَ حَقُّ مَرْتَهِنِ الْقَتِيلِ بِالْعَبْدِ، وَإِنْ عَفَا بِغَيْرِ مَالٍ فَهُوَ كَعَفْوِ الْمَخْجُورِ عَلَيْهِ، وَلَوْ أَوْجَبَ أَرشاً

فَلَمُرْتَهِنَّ الْقَتِيلَ أَنْ يَطْلُبَ بَيْعَهُ فِي حَقِّهِ، وَإِنْ كَانَ الْقَتِيلُ أَيْضاً مَرْهُوناً عِنْدَهُ فَهَوَّ فَوَاتَ مَخْضٌ فِي حَقِّهِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْقَتِيلُ مَرْهُوناً بِدَيْنٍ آخَرَ يُخَالِفُ هَذَا الدَّيْنَ فَلَهُ بَيْعُهُ وَجَعَلَ ثَمَنَهُ رَهْنًا بِالدَّيْنِ الْآخَرِ.

قال الرَّافِعِيُّ: القسم الثاني: أن تتعلق الجناية بالسيد وفيه مسائل:

إحداها: إذا جنى العبد المرهون على طرف سيده عمداً فله القصاص لِلزَّجْرِ والانتقام، وهو أحوج إلى ذلك من الأجانب، فإن اقتصر بطل الرهن، وإن عفا على مال أو كانت الجناية خطأ، فعن ابن سُرَيْجٍ أنه يثبت المال، ويتوصل الرَّاهِنُ به إلى فك الرهن. والمذهب: أنه لا يثبت؛ لأن السيد لا يثبت له على عبده مال، ويبقى الرهن كما كان، وإن جنى على نفسه عمداً فللوارث القصاص، فإن عفا على مال أو كانت الجناية خطأ، ففي ثبوت المال قولان منقولان عن «الأم».

أحدهما: يثبت؛ لأن الجناية هاهنا حصلت في ملك غير الوارث، فجاز أن يثبت له المال كما ثبت للأجنبي.

وأصحهما: أنه لا يثبت أيضاً؛ لأنه لو ثبت لثبت على مملوكه، والقولان عند ابن أبي هريرة والشيخ أبي حامد مبنيان على أن الدية تثبت للوارث ابتداءً أم يتلقاها الوارث من القاتل؟

إن قلنا بالأول ثبت المال لاستفادته في جناية على الغير.

وإن قلنا بالثاني لا يثبت؛ لأنه لم يثبت للقتيل حق يتلقى منه، وأبى الجمهور هذا البناء، وقالوا: قضية القولين أن لا يثبت شيء.

أما إذا قلنا بالتلقي فظاهر.

وأما إذا قلنا بالقول الآخر؛ فلأنه كما يمنع ابتداء إثبات المال للمالك في ماله دوماً وإنما يمتنع ابتداءه للمالك ابتداءً.

الثانية: لو جنى على طرف من يرثه السيد كأبيه وابنه عمداً، فله القصاص وله العفو على مال، ولو جنى خطأ ثبت المال، فإن مات قبل الاستيفاء وورثه السيد فوجهان:

أصحهما: عند الصيدلاني والإمام: أنه كما انتقل إليه سقط، ولا يجوز أن يثبت له على عبده استدامة الدين، كما لا يجوز له ابتداءه.

والثاني: وهو الذي أورده العراقيون أنه لا يسقط، وله بيعه فيه كما كان للمورث، ويحتمل في الاستدامة ما لا يحتمل في الابتداء، وشبه الأصحاب الوجهين بالوجهين

فيما إذا ثبت له ذين على عبد غيره، ثم ملكه يسقط أو يبقى حتى يتبعه به بعد العتق، واستبعد الإمام هذا التشبيه وقال: كيف يكون الاستحقاق الطارئ على الملك بمثابة الملك الطارئ على الاستحقاق؟ ثم أجاب بأن الذين إذا ثبت لغيره، فنقله إليه بالإرث إدامة لما كان، كما أن إبقاء الذين الذي كان له على عبد الغير بعد ما ملكه إدامة لما كان، فانتظم التشبيه من هذا الوجه، وإلى هذا المعنى أشار صاحب الكتاب بقوله: (لأنه في حكم الدوام).

ولو كانت الجنابة على نفس مورثه، وكانت عمداً فللسيد الاقتصاص، فإن عفا على مال أو كانت خطأً بنى ذلك على أن الدية تثبت للوارث ابتداءً أم يتلقاها عن المورث؟

إن قلنا بالأول لم يثبت.

وإن قلنا بالثاني فعلى الوجهين فيما إذا جنى على طرفه ثم انتقل إليه بالإرث.

الثالثة: لو قتل عبداً آخر للراهن نظر إن لم يكن المقتول مرهوناً، فهو كما لو جنى على السيد، والحكم في القين والمدبر وأم الولد سواء، وإن كان مرهوناً أيضاً فله حالتان:

إحدهما: أن يكون مرهوناً عند غير مرتهن القتيل، فإن قتل عمداً فللسيد القصاص ويبطل الرهنان جميعاً، وإن عفا على مال أو كان القتل خطأً، وجب المال متعلقاً برقبة العبد لحق مرتهن القتيل، فإن السيد لو أتلف المرهون لغرم حق المرتهن؛ فلأن يتعلق الغرم بعبده كان أولى، وإن عفا بغير مال.

فإن قلنا: موجب العمد أحد الأمرين وجب المال، ولم يصح عفوه عنه إلا برضا المرتهن.

وإن قلنا: موجب القود فإن قلنا: مطلق العفو لا يوجب المال لم يثبت شيء.

وإن قلنا: يوجبه، فوجهان: قال في «التهذيب»: أصحابهما: أنه لا يثبت أيضاً؛ لأن القتل غير موجب على هذا التقدير، فعفوه المطلق أو على مال نوع اكتساب للمرتهن، وإن عفا مطلقاً.

فإن قلنا: مطلق العفو يوجب المال يثبت عليه المال كما لو عفا على مال.

وإن قلنا: لا يوجبه صح العفو وبطل رهن مرتهن القتيل، وبقي القاتل رهناً كما كان.

والحكم في عفو المفلس المخجور عليه كالحكم في عفو الرّاهن، والراهن محجور عليه في المرهون كما أن المفلس محجور عليه في جميع أحواله، ثم مهما

وجب المال نظر إن كان الواجب أكثر من قيمة القاتل أو مثلها، فوجهان:

أحدهما: أنه ينقل القاتل إلى يد مرتهن القاتل ولا يباع؛ لأنه لا فائدة فيه.

وأظهرهما، وهو اختيار القاضي حسين: أنه يباع ويجعل الثمن في يده؛ لأن حقه في مالية العبد لا في العين، وأيضاً فقد رغب راغب بزيادة، فيتوثق مرتهن القاتل بتلك الزيادة وإن كان أكثر من قيمة القاتل، فعلى الوجه الأول ينقل من القاتل بقدر الواجب إلى مرتهن القاتل، وعلى الثاني يباع منه قدر الواجب ويبقى الباقي رهناً، فإن تعذر بيع البعض أو نقص بالتشقيص بيع الكل، وجعل الزائد على الواجب عند مرتهن القاتل.

واعلم: أن الوجهين إنما يظهران فيما إذا طلب الرهن النقل، وطلب مرتهن القاتل البيع، ففي وجه يجاب هذا، وفي وجه يجاب ذلك، أما إذا طلب الرهن البيع ومرتهن القاتل النقل فالمُجاب الرهن؛ لأنه لا حق لصاحبه في عينه، ولو اتفق الرهن والمرتهنان على أحد الطريقتين، فهو المسلوك لا محالة ولو اتفق الرهن ومرتهن القاتل على النقل.

قال الإمام: ليس لمرتهن القاتل المنافسة فيه وطلب البيع، وقضية التوجيه الثاني لأظهر الوجهين أن له ذلك.

الحالة الثانية: أن يكون مرهوناً عند مرتهن القاتل أيضاً، فإن كان العبدان مرهونين بدين واحد بعد انتقصت الوثيقة ولا مستدرك، كما لو مات أحدهما، وإن كانا مرهونين بدينين نظر في الدينين أيختلفان حلولاً وتأجيلاً أم لا يختلفان؟

أما في القسم الأول فله أن يتوثق لدين القاتل بالقاتل؛ لأنه إن كان الحال دين القاتل، فتحصل الوثيقة بالمؤجل، ويطالب الرهن بالحال في الحال، وإن كان الحال دين المقتول، ففائدته استيفاءه من ثمنه في الحال، وكذا الحكم لو كانا مؤجلين، وأحد الأجلين أطول.

وأما القسم الثاني فينظر أبين الدينين اختلاف في القدر أم لا؟

إن لم يكن بينهما اختلاف في القدر كعشرة وعشرة فإن كان العبدان مُختلفي القيمة، وكانت قيمة القاتل أكثر لم تنقل الوثيقة، وإن كانت قيمة القاتل أكثر نقل منه قدر قيمة القاتل إلى دين القاتل، وبقي الباقي رهناً بما كان، وإن كانا متساويين في القيمة بقي القاتل مرهوناً بما كان ولا فائدة في النقل، وإن كان بين الدينين اختلاف عشرة وخمسة نظر إن تساوي العبدان في القيمة، أو كان القاتل أكثرهما قيمة، فإن كان المرهون بأكثر الدينين القاتل فله توثيقه بالقاتل، وإن كان المرهون بأقلهما القاتل فلا فائدة في نقل الوثيقة، وإن كان القاتل أقلهما قيمة، فإن كان مرهوناً بأقل الدينين فلا فائدة في نقل

الوثيقة، وإن كان مرهوناً بأكثرهما نقل من القاتل قدر قيمة القتل إلى الدّين الآخر، وحيث قلنا بنقل التوثيق فيباع ويقام ثمّنه مقام القتل أو مقام عينه مقامه، فيه الوجهان السابقان.

وقوله في الكتاب: (وله بيعه وجعل ثمّنه رهناً بالدين الآخر) يوافق أظهر الوجهين منهما.

وقوله: (بدين يخالف هذا الدين) قد يبحث عنه فيقال: ظاهره يقتضي تأثير اختلاف الدينين في الجنس كالاختلاف في القدر، أو في الحلول والتأجيل، وكذلك يقتضي تأثير اختلافهما في الاستقرار وعدم الاستقرار، كما إذا كان أحدهما عوض ما يتوقع رده بالعيب، أو صداقاً قبل الدخول، فهل الأمر كذلك أم لا؟

الجواب: أما الأول فإن صاحب الكتاب صرح في «الوسيط» بتأثير اختلاف الجنس، وهو متجه في المعنى، لكن الشافعي - رضي الله عنه - نص على خلاف، وبه قال الأصحاب على طبقاتهم، وأما الثاني فإن كان القاتل مرهوناً بالدين المستقر فلا معنى لنقل الوثيقة، وإن كان مرهوناً بالآخر ففي «الشامل» أن أبا إسحاق حكى فيه وجهين، والأكثر لم يعتبروا سوى ما قدمناه من وجوه الاختلاف<sup>(١)</sup> والله أعلم.

فرع: لو تساوى الدّينان في الأوصاف، وحكمنا بأنّ الوثيقة لا تنقل قال المرتهن: إني لا آمنه وقد جنى فيبعوه وضعوا ثمّنه مكانه، هل يجاب إليه؟

روى الإمام فيه وجهين:

فرع: لو جنى على مكاتب السيد، ثم انتقل الحقّ إليه بموته، أو عجزه فهو كما لو انتقل من المورث وقد مر.

قال الغزالي: وَيَنْفَكُ الرَّهْنُ أَيْضاً بِقَضَاءِ كُلِّ الدَّيْنِ، فَإِنْ قَضَى بَعْضُهُ بَقِيَ كُلُّ الْمَرْهُونِ مَرْهُوناً بِبَقِيَّةِ الدَّيْنِ، وَكَذَلِكَ إِذَا رَهَنَ عَبْدَيْنِ وَسَلَّمَ أَحَدَهُمَا كَانَ مَرْهُوناً بِجُمْلَةِ الدَّيْنِ (ح)، وَكَذَا لَوْ تَلَفَ أَحَدَهُمَا، إِلَّا أَنْ يَتَعَدَّدَ الْعَقْدُ وَالصَّفْقَةُ أَوْ مُسْتَحَقُّ الدَّيْنِ أَوْ الْمُسْتَحَقُّ عَلَيْهِ فَيَنْفَصِلُ أَحَدُهُمَا عَنِ الْآخَرِ وَلَا يُنْظَرُ إِلَى تَعَدُّدِ الْوَكِيلِ وَاتِّحَادِهِ، وَفِي النَّظَرِ إِلَى تَعَدُّدِ الْمَلِكِ فِي الْمَرْهُونِ الْمُسْتَعَارِ مِنْ شَخْصَيْنِ خِلَافَ مَهْمَا قَصَدَ بِقَضَائِهِ فَكَ تَصِيبُ أَحَدِهِمَا، وَإِذَا مَاتَ الرَّاهِنُ فَقَضَى أَحَدُ ابْنَيْهِ نِصْفَ الدَّيْنِ لَمْ يَنْفَكْ (و) نَصِيبُهُ،

(١) قال النووي: المراد باختلاف الجنس، أن يكون أحدهما دنائير، والآخر دراهم واستويا في المالية بحيث لو قُومَ أحدهما بالآخر، لم يزيد ولم ينقص. ينظر الروضة ٣/٣٤٥ - ٣٤٦.

وَلَوْ تَعَلَّقَ دَيْنٌ بِإِفْرَارِ الْوَرَثَةِ بِالرِّكَاتِ فَقَضِيَ وَاحِدٌ نَصِيْبُهُ فَبَيَّ أَنْفِكَائِكَ الْحِصَّةِ قَوْلَانِ .

قال الرَّافِعِيُّ: الثالث: من أسباب انفكاك الرهن براءة الذمة عن الدين بتمامه، إما بالقضاء أو الإبراء أو الجلالة أو الإقالة المُسْقِطَةَ للثمن المرهون به، أو المسلم فيه المرهون به، ولو اعتاض عن الدين عيناً ارتفع الرهن أيضاً لتحول الحق من الذمة إلى العين، ثم لو تلفت العين قبل التسليم بطل الاعتراض، ويعود الرهن كما عاد الدين قاله في «التتمة»، ولا ينفك بالبراءة عن بعض الدين بعض الرهن، كما أن حق الحبس يبقى ما بقي شيء من الثمن، ولا يعتق شيء من المكاتب ما بقي شيء من المال، وهذا لأن الرهن وثيقة لجميع الدين، وكل جزء منه كالشهادة ولو رهن عبدتين وسلم أحدهما، كان المسلم مرهوناً بجميع الدين، خلاف لأبي حنيفة - رحمه الله - أنه لو سلمهما ثم تلف أحدهما، كان الباقي رهناً بجميع الدين فيقاس عليه، ولو رهن داراً فانهدمت بعد القبض، فالنقض والعرضة مرهونان بجميع الدين، وإنما الغرض انفكاك الرهن في بعض المرهون دون بعض بأحد أمور:

أحدها: تعدد القدر كما إذا رهن أحد نصفي العبد بعشرة في صفقة، ونصفه الآخر في صفقة أخرى.

وقوله في الكتاب: (وإن تعدد العقد والصفقة) لفظان مترادفان، وقد يؤكد بمثلهما.

والثاني: أن يتعدّد المستحق للدين كما إذا رهن رجل من رجلين بدينهما عبداً بينهما صفقة واحدة، ثم برئت ذمته عن دين أحدهما بأداء أو إبراء، ينفك من الرهن بقسط دينه، خلافاً لأبي حنيفة حيث قال: لا ينفك شيء حتى يؤدي دينهما جميعاً، ولا يخفى وجه قولنا في المسألة، ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب: (أو مستحق الدين) مع الحاء بالواو، لأن عن صاحب «التقريب» رواية وجه غريب: أنه إذا اتحد جهة الدينين كما لو أتلف عليهما مالا أو ابتاع منهما لم ينفك شيء بالبراءة عن دين أحدهما، وإنما ينفك إذا اختلفت الجهتان.

والثالث: أن يتعدد من عليه الدين كما لو رهن رجلان من رجل بدينه عليهما، فإذا أدى أحدهما نصيبه، أو برأه المستحق انفك نصيبه.

وعن أبي حنيفة فيما رواه الصبيدلاني وغيره أنه لا ينفك حتى يبرئا عن حقه جميعاً، وجوز هذا الرهن وإن لم يجوز رهن المشاع.

والرابع: لو وكل رجلان رجلاً ليرهن عبدهما من زيد بدينه عليهما، فرهن ثم قضى أحد الموكلين ما عليه، فعن بعض الأصحاب تخريجه على قولين سنذكرهما على

الأثر إن شاء الله تعالى والصحيح العَجْزُ بأنه ينفك نصيبه، ولا نظر إلى اتحاد الوكيل وتعدده.

قال الإمام: لأن مدار الباب على اتحاد الدين وتعدده، ومهما تعدد المستحق أو المستحق عليه، فقد تعدد الدين، ويخالف ما نحن فيه البيع والشراء، حيث ذكرنا خلافاً في أن الاعتبار في تعدد الصفقة، واتحادها بالمتابعين أو الوكيل؛ لأن الرهن ليس عقد ضمان حتى ينظر فيه إلى المباشر.

الخامس: إذا استعار عبداً من مالكيه لرهنه فرهنه ثم أدى الدين، وقصد به الشئوع من غير تخصيص بحصة لم ينفك من الرهن شيء، وإن قصد أداءه عن نصيب أحدهما بعينه لينفك نصيبه فقولان:

أحدهما: لا ينفك كما لو استعاره من واحد.

والثاني: ينفك كما لو رهن رجلان من رجل، ثم أدى أحدهما نصيبه، والمعنى فيه أن النظر إلى تعدد الملك وقطع النظر عن العاقد، وفي عيون المسائل ما يدل على أن هذا أظهر القولين<sup>(١)</sup>، ولو كان لشخصين عباً ممتاثلاً القيمة فاستعارهما للرهن، فرهنهما ثم قضى نصف الدين ليخرج أحدهما عن الرهن فطريقان:

قيل: يخرج لانضمام تعدد المحل إلى تعدد المالك.

والأصح: طرد القولين.

وإذا قلنا: بالانفكاك فلو كان الرهن مشروطاً في بيع، فهل للمرتهن الخيار إذا كان جاهلاً بأنه لمالكين؟ فيه رأيان نسبهما الأكثرون إلى ابن سريج، وحكاهما أبو بكر الفارسي قولين:

أصحهما: أن له الخيار؛ لأن مقتضى الرهن المطلق أن لا ينفك شيء منه إلا بعد أداء جميع الدين ولم يحصل ذلك، ونقل المحاملي وغيره في أصل المسألة قولاً ثالثاً وهو: أن المرتهن إن كان عالماً بأن العبد لمالكين، فللراهن فك نصيبه بأداء نصف الدين، وإن كان جاهلاً لم يكن للراهن فكه إلا بأداء الكل.

قال الإمام: ولا نعرف لهذا وجهاً، فإن عدم الانفكاك لاتحاد الدين والعاقدين، وهذا لا يختلف بالعلم والجهل، وإنما أثر الجهل الخيار على ما بيناه.

(١) قال النووي: صرح صاحب الحاوي وغيره بأن الانفكاك أظهر. ينظر الروضة ٣/٣٤٧.



ولو استعار من رجلين ورهن من رجلين، كان نصيب كل واحد من المالكين مرهوناً من الرجلين، فلو أراد فك نصيب أحدهما بقضاء نصف دين كل واحد منهما فعلى القولين، ولو أراد فك نصف العبد بقضاء دين أحدهما، فله ذلك بلا خلاف.

ولو استعار اثنان من واحد ورهنا من واحد، ثم قضى أحدهما ما عليه انفك النصف لتعدد العاقد، هذا هو المنقول.

وقد يخطر بالبال أنه إذا تعدد المالك وأتحد العاقد ينظر إلى تعدد المالك على رأي، فلم لا ينظر إلى اتحاده إذا اتحد المالك، وتعدد العاقد؟ ويجوز أن يجاب عنه بأننا إنما نلاحظ جانبه بما ينفعه لا بما يضره.

فرع: قال في «التهديب»: لو استعار ليرهن من واحد، فرهن من اثنين أو بالعكس لا يجوز. أما في الصورة الأولى فلأنه لم يؤذن.

وأما بالعكس؛ فلأنه إذا رهن من اثنين ينفك بعض الرهن بأداء دين أحدهما، وإذا رهن من واحد لا ينفك شيء إلا بأداء الجميع، ونقل صاحب «التتمة» وغيره في الطرفين الجواز، والأول أصح.

والسادس: لو رهن عبداً بمائة ثم مات عن اثنين، فقضى أحدهما حصته من الدين، هل ينفك نصيبه من الرهن؟ عن صاحب «التقريب» أنه على قولين: أحدهما: ينفك كما لو رهن في الابتداء اثنان.

وأصحهما؛ وبه قطع قاطعون: أنه لا ينفك، لأن الرهن في الابتداء صدر من واحد، وأنه إنما أثبت وثيقة قضيتها حبس كل المرهون إلى أداء كل الدين، فوجب إدامتها، ولو مات من عليه الدين وتعلق الدين بتركته، فقضى بعض الورثة نصيبه من الدين. قال الإمام: لا يبعد أن يخرج انفكاك نصيبه من الرهن على قولين بناء على أن أحد الورثة لو أقر بالدين وأنكر الباقي هل يلزم المقر أداء جميع الدين من حصته من التركة؟

وعلى هذا البناء فالأصح الانفكاك؛ لأن الجديد أنه لا يلزم أداء جميع الدين مما في يده من التركة، وأيضاً فإن تعلق الدين بالتركة إذا مات الراهن إنما أن يكون كتعلق الرهن أو كتعلق الأرش بالجاني.

إن كان الأول فهو كما لو تعدد الراهن. وإن كان الثاني فهو كما لو جنى العبد المشترك، فأدى أحد الشريكين نصيبه ينقطع التعلق عنه.

واعلم: أن الحكم بانفكاك نصيبه إنما يظهر، إذا كان ابتداء التعلق مع ابتداء تعلق الملاك، ولو كان الموت مسبقاً بالمرض، فيكون التعلق سابقاً على ملك الورثة، فإن

للدين أثراً بيناً في الحجر على المريض، فيشبه أن يكون القول في انفكك نصيبه كما مر في الصورة السابقة<sup>(١)</sup>.

وقوله في الكتاب: (بإقرار الورثة) قيد ذكره هاهنا وفي «الوسيط» وصورة المسألة غنية عنه، فإنَّ التعلق لا يختلف بين أن يكون ثبوت الدين بالبيئة أو بالإقرار، ولم يتعرض صاحب «النهاية» لهذا القيد.

قال الغزالي: وَمَهْمَا أَنْفَكُ نَصِيبُ أَحَدِهِمَا فَلَهُ أَنْ يَسْتَفْسِمَ الْمُزْتَهِنَ بَعْدَ إِذْنِ الشَّرِيكِ الرَّاهِنِ بِنَاءٍ عَلَى الْأَصَحِّ فِي أَنَّ حُكْمَ الْقِسْمَةِ فِي مِثْلِ هَذَا الْحُكْمِ الْإِقْرَارُ لَا حُكْمَ الْبَيْعِ.

قال الرَّافِعِيُّ: إذا كان المرهون لمالكين، وانفك الرهن في نصيب أحدهما بأداء أو إبراء، وأراد الذي انفك نصيبه القسمة، نظر إن كان المرهون مما ينقسم بالأجزاء كالمكيلات والموزونات.

قال الشَّافِعِيُّ - رضي الله عنه -: كان للذي انفك نصيبه، أن يقاسم المُزْتَهِنَ بإذن شريكه، وإن كان مِمَّا: لا ينقسم بالأجزاء كالثياب والعييد.

قال أصحابنا العراقيون: لا يجاب إليه.

ومثاله: أن يرهنا عبيدين مشتركين مُتَسَاوِيِي القيمة، وانفك الرهن عن نصف كل عبد، فأراد من انفك نصيبه أن ينفرد بعبد، وينحصر الرهن في عبد، فإنَّ كان المرهون أرضاً مختلفة الأجزاء كالدار، وطلب من انفك نصيبه القسمة، قالوا: على الشريك أن يساعد، وفي المرتهن وجهان:

أظهرهما: أن له أن يمتنع لما في القسمة من التثقيص وقلة الرغبات، وهذا ما ضمنه العراقيون طرفهم، وزاد آخرون منهم أصحاب القفال فقالوا: تجوز القسمة حيث جوزناه مبني على أن القسمة إفراز حق، فأما إذا جعلناها بيعاً فهي بيع المرهون بغيره، وهو ممتنع ثم إذا جَوَّزْنَا القسمة فسيبيل الطالب أن يراجع الشريك، فإن ساعده فذاك،

(١) قال النووي: قول الإمام الرافعي: الحكم بالانفكك، إنما يظهر إذا كان ابتداء التعليق... إلى آخره. وهذا خلاف مقتضى إطلاق الإمام، والغزالي، والظاهر أن المسألة على إطلاقها، وليست هذه الصورة من الأولى في شيء، لأن الأولى: في انفكك نصيب الابن من العين التي رهنها الميت. والثانية: في فك نصيبه من تعلق التركة، وليس للرهن في الثانية وجود، ففي قول: ينفك تعلق الدين بنصيبه، فينفذ تصرفه فيه. وفي قول: لا ينفك التعلق، فلا ينفذ تصرفه في نصيبه إذا منعنا تصرف الوارث في التركة قبل قضاء الدين. ينظر روضة الطالبين ٣/٣٤٨.

ولأرفع الأمر إلى القاضي ليقسم. ونقل الصَّيْدَلَانِيَّ وجهاً: أنه لا حاجة إلى إذن الشريك في المتماثلات؛ لأن قسمتها قسمة إجبار، والمذهب الأول.

فلو قاسم المرتهن وهو مأذون من جهة المالك أو الحاكم عند امتناع المالك جاز، ولأفلا، وإذا منعناها فلو رضي المرتهن، فالمفهوم من كلام المعظم صحتها.

وقال الإمام: لا يصح وإن رضي؛ لأن رضاه إنما يؤثر في فك الرهن، أما في بيع الرهن بما ليس برهن ليصير رهنأفلا، وهذا إشكال قوي<sup>(١)</sup>.

وقوله في الكتاب: «له أن يستقسم المرتهن بعد إذن الشريك الآخر»، يوافق اللفظة التي نقلناها عن الشافعي - رضي الله عنه - والقسمة في الحقيقة إنما تجري مع الشريك، لأنه المالك، لكن لما كان المرهون في يد المرتهن، وكان فصل الأمر معه أهون، حسن القول بأنه يقاسمه بإذن المالك.

وقوله: (بناء على الأصح) سيأتي في موضعه في أن حكم القسمة في مثل هذا حكم الإفراز، يعني بقوله في مثل هذا المكيلات والموزونات ونحوهما، وفيه النص الذي نقلناه وقد بين ذلك في «الوسيط»، وكان في خاطره إلا أنه أغفل ذكره، ثم القول بأن الأصح فيها قول الإفراز غير مساعد عليه على ما سيأتي في موضعه إن شاء الله تعالى، ثم أطبقوا على تجويز القسمة هاهنا وجعلوا تأثير قولنا: إنها بيع في افتقارها إلى إذن المرتهن، والله أعلم.

ولو أراد الراهنان القسمة قبل انفكاك شيء من المرهون، فعلى التفصيل الذي بيناه، ولو رهن واحد من اثنين، وقضى نصيب أحدهما، ثم أراد القسمة ليمتاز ما بقي فيه الرهن، ففي اشتراط رضي الذي بقي رهنه ما ذكرناه، والله أعلم.

قال الغزالي: وَلَوْ قَالَ لِلْمُرْتَهِنِ بَيْعَ الْمَرْهُونِ لِي وَاسْتَوَيْتِ الثَّمَنَ لِي ثُمَّ اسْتَوَيْتِهِ لِتَفْسِيكِ فَبِي اسْتِيفَائِهِ لِتَفْسِيهِ تَرَدُّدٌ مِنْ حَيْثُ اتَّحَادُ الْقَابِضِ وَالْمُقْبِضِ، وَإِنْ قَالَ: بَيْعُهُ لِي وَاسْتَوَيْتِ الثَّمَنَ لِتَفْسِيكِ فَسَدَّ اسْتِيفَاؤُهُ وَكَانَ مَضْمُوناً فِي يَدِهِ، لِأَنَّهُ اسْتِيفَاءٌ فَاسِدٌ فَأَشْبَهَ الصَّحِيحَ فِي الضَّمَانِ، وَلَوْ قَالَ: بَيْعَ لِتَفْسِيكِ بَطُلَ الإِذْنُ إِذْ كَيْفَ يَبِيعُ مَلِكٌ غَيْرَهُ لِتَفْسِيهِ، وَلَوْ قَالَ: بَيْعٌ مُطْلَقاً فَالْأَصْحَحُ صِحَّتُهُ وَتَنَزِيلُهُ عَلَى الْبَيْعِ لِلرَّاهِنِ.

قال الرَّافِعِيُّ: وجه انتظام هذه المسائل في هذا الموضع أن الدين تارة يقضي من غير المرهون، وأثره الانفكاك على ما قررناه، وتارة يقضي منه بأن يباع فيه، وقد مرّ

(١) قال النووي: ليس بقوي لمن تأمله، ولا يسلم الحكم الذي ادّعاه فالمعتمد ما قاله الأصحاب.

بيان أنه متى يباع ومن يبيعه، وأنه لو أذن الراهن للمرتهن في بيعه ماذا حكمه؟ وتكلم الآن في صيغة إذنه ببيان صور.

أحدها: لو قال للمرتهن: بع المرهون لي واستوف الثمن، ثم استوفه لنفسك صح منه البيع، والاستيفاء للراهن ثم لا يحصل الاستيفاء لنفسه بمجرد إدامة اليد والإمساك؛ لأن قوله: (ثم استوف لنفسك) مشعر بإحداث فعل فيه، فلا بد إذاً من إذن جديد لو كبل جديد على ما هو بيان القبض في المقدرات، ولو كانت الصيغة: ثم أمسكه لنفسك فلا بد من إحداث فعل أيضاً، أم يكفي مجرد الإمساك؟

حكى الإمام فيه وجهين، وقال: أولهما أظهرهما ثم إذا استوفاه لنفسه ففيه وجهان، ذكرناهما في نظائر المسألة في البيع لاتحاد القبض والمقبض، فإن صححناه برئت ذمة اراهن عن الدين، والمستوفى من ضمانه، وإن أفسدناه وهو الأصح لم يبرأ، ولكن يدخل المستوفى في ضمانه أيضاً، لأن القَبْضَ القَائِدَ كالصحيح في اقتضاء الضمان.

الثانية: لو قال بعه واستوف الثمن لنفسك صحَّ البيع ولم يصح استيفاء الثمن؛ لأنه ما لم يصح قبض الراهن لا يتصور منه القبض لنفسه، هاهنا كما قبضه يصير مضموناً عليه.

الثالثة: لو قال: بعه لنفسك فقولان:

أصحهما: أن الإذن باطل، ولا يتمكن من البيع؛ لأنه لا يتصور أن يبيع الإنسان مال غيره لنفسه.

والثاني: حكاه صاحب «التقريب»: أنه يصح اكتفاء بقوله: بيع، وإلغاء لقوله: لنفسك، وأيضاً فإنَّ السابق إلى الفهم منه الأمر بالبيع لغرضه، وهو التوصل به إلى وفاء الدين.

الرابعة: لو أطلق وقال: بعه، ولم يقل: لي ولا لنفسك فوجهان:

أصحهما: صحة الإذن بالبيع ووقوعه للراهن، كما لو قال لأجنبي: بعه.

والثاني: المنع، وعللوه بمعنيين:

أحدهما: أنَّ البيع مستحق للمرتهن بعد حلول الحق والكلام مفروض فيه، وإذا كان كذلك نقيذ الإذن به، وصار كأنه قال: بعه لنفسك.

والثاني: أنه متهم في ترك النَّظَر استعجالاً للوصول إلى الدين، وعلى التعليلين لو كان الدين مؤجلاً، فقال: بعه صحَّ الإذن لعدم الاستحقاق والتهمة، فإن قال مع ذلك: واستوف حَقَّكَ مِنْ ثَمَنِهِ جاءت التهمة، ولو قدر له الثمن لم يصح على التعليل الأول،

ويصح على الثاني، وكذا لو كان الراهن حاضراً عند البيع.

قال الإمام: ومن قال بالمنع أول قوله في «المختصر» ولو شرط للمرتهن إذا حل الحق أن يبيعه، لم يجز أن يبيع لنفسه، إلا بأن يحضر رب الدين، وقال: معناه إلا أن يحضره الراهن فيبيعه، وهذا ما وعدت أن أذكره من تأويله، والله أعلم.

### الباب الرابع: في النزاع بين المتعاقدين

قال الغزالي: وهو في أربعة أمور: الأول في المقدم ومهما اختلفا فيه فالقول قول الراهن إذ الأصل عدم الرهن، فلو ادعى المرتهن أن النخيل التي في الأرض مزهونة مع الأرض فللراهن أن ينكر رهنها أو وجودها ويخلف إن لم يكذبه الحس في إنكار الوجود، فإن كذبه واستمر على إنكار الحس جعل ناكلاً عن اليمين ورد على المرتهن إلا أن يعدل إلى نفي الرهن فيخلف عليه.

قال الرافعي: التنازع في باب الرهن يفرض في أمور:

أحدها: أصل العقد، فإذا قال رب الدين: رهنتي كذا، وأنكر المالك أو رهنتي عبدك بكذا فقال: بل ثوبي، فالقول قول الراهن مع يمينه؛ لأن الأصل عدم الرهن، وكذا لو اختلفا في قدر المرهون به، فقال الراهن: رهنته بألف، وقال المرتهن: بل بألفين، قال أبو حنيفة وأحمد، وعن مالك: أن القول قول من قيمة المرهون أقرب إلى ما يقوله. ولو اختلفا في قدر المرهون، فكذلك القول قول الراهن، ومن صورته أن يرهن أرضاً فيها أشجار، ثم قال الراهن: رهنت الأرض دون ما فيها، وقال المرتهن: بل بما فيها، وكذا لو قال: هذه الأشجار مرهونة مني كالأرض، وأنكر الراهن، ولو قال: رهنتها مع الأرض يوم رهن الأرض، وقال الراهن: إن هذه الأشجار أو بعضها لم تكن يوم رهن الأرض، وإنما أحدثتها بعدها، نظر إن كانت الأشجار بحيث لا يتصور وجودها يوم الرهن فالمرتهن كاذب، والقول قول الراهن بلا يمين، وإن كانت بحيث لا يتصور حدوثها بعده، فالراهن كاذب، ثم إن سلم في معارضتها أنه رهن الأرض بما فيها كانت الأشجار مرهونة كما يقول المرتهن، ولا حاجة إلى التحليف فيها، وإن زعم رهن الأرض وحدها، أو رهن ما سوى الأشجار المختلف فيها، أو اقتصر على نفي الوجود، فلا يلزم من كذبه في إنكار الوجود. كونها مرهونة فيطالب بجواب دعوى الراهن، إن استمر على إنكار الوجود، واقتصر عليه جعل ناكلاً وردت اليمين على المرتهن، وإن رجع إلى الاعتراف بالوجود، وأنكر رهنها قبل إنكاره، وعرض عليه اليمين لجواز كونه صادقاً في نفي الرهن، وإن كذبه في نفي الوجود، ولو كانت الأشجار بحيث تتحمل الوجود، يوم رهن الأرض والحدوث بعده، فالقول قول الراهن

لما مر، فإذا حلف فهي كالشجرة الحادثة بعد الرهن في القلع، وسائر الأحكام وقد بيّناها من قبل، وهذا كله تفريع على الاكتفاء منه بإنكار الوجود وهو الصحيح؛ لأن في إنكار الوجود يوم الرهن إنكار ما يدعيه المرتهن، وهو رهنها مع الأرض، وفيه وجه سيأتي في نظائر المسألة في الدعاوي إن شاء الله تعالى أنه لا بد من إنكار الرهن صريحاً. واعلم أن الحكم بتصديق الرهن في هذه الصورة مفروض، فيما إذا كان اختلافهما في رهن تبرع.

فأما إذا اختلفا في رهن مشروط في بيع، فالجواب أنهما يتحالفان كما في سائر كفيات البيع، إذا وقع فيه الاختلاف. وأما لفظ الكتاب فقوله: «فللراهن أن ينكر رهنها أو وجودها»، معناه أنه يقع منه بكل واحد من الإنكارين، ويعتد به جواباً، ولك أن تعلم قوله: «أو وجودها» بالواو للوجه الذي حكيناه.

وقوله قبله: (فلو ادعى المرتهن أن التخل التي في الأرض مرهونة مع الأرض) أي رهنها يوم رهن الأرض وإلا فلو اقتصر على دعوى رهنها لم يكن إنكار وجودها يوم رهن الأرض يكتفي به في الجواب، إذ لا يلزم أن تكون موجودة يومئذ أن لا تكون مرهونة. وقوله: (فإن كذبه واستمر على إنكار الحسن) أي اقتصر على كلامه الأول، بعد ما طالبناه بجواب دعوى الرهن، على ما أوضحته.

قال الغزالي: وَلَوْ أَدَّعَى عَلَى رَجُلَيْنِ رَهْنٌ عَبْدَهُمَا عِنْدَهُ فَلأَحَدِهِمَا أَنْ يَشْهَدَ عَلَى الْآخَرِ إِذَا أَنْفَرَدَ بِتَكْذِيبِهِ وَلَوْ أَدَّعَى رَجُلَانِ عَلَى وَاحِدٍ فَصَدَّقَ أَحَدُهُمَا فَهَلْ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ لِلْمُكْذِبِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ يَتَّبِعَانِ عَلَى أَنَّهُ هَلْ يُشَارِكُهُ فِيمَا سَلَّمَ لَهُ لَوْ لَمْ يَشْهَدِ.

قال الرافعي: إحدى صورتني الفصل: أن يدعي رجل على رجلين أنهما رهننا منه عبدهما الفلاني بمائة وأقبضاه، فإن أنكر المدعى عليهما الرهن، أو الرهن والدين جميعاً، فالقول قولهما مع اليمين، فإن صدق أحدهما دون الآخر، فنصيب المصدق رهن بخمسين، والقول في نصيب المكذب، قوله مع يمينه.

فلو شهد المصدق للمدعي على شريكه المكذب، قبلت شهادته؛ لأنها شهادة على الغير، ليس فيها دفع ضرر ولا جلب نفع، فإذا شهد معه آخر أو حلف المدعي معه، ثبت الرهن في الكل ولو زعم كل واحد منهما أنه ما رهن نصيبه، وأن شريكه رهن، وشهد عليه فوجهان، ويقال قولان:

أحدهما، وبه قال الشيخ أبو حامد: أنه لا تقبل شهادة واحد منهما؛ لأن المدعي يزعم أن كل واحد منهما كاذب ظالم بالجحود، وطعن المشهود له في الشاهد يمنع قبول شهادته له.

والثاني: تقبل، وبه قال الأكثرون؛ لأنهما ربما نسيا وإن تعمدا فالكذبة الواحدة لا توجب الفسق، ولهذا لو تخاصم رجلان في شيء، ثم شهدا في حادثة تقبل شهادتهما، وإن كان أحدهما كاذباً في ذلك التخاصم<sup>(١)</sup>، فعلى هذا إذا حلف مع كل واحد منهما، أو أقام شاهداً آخر ثبت رهن الكل، وعن أبي الحسن بن القطان الذي شهد أولاً تقبل شهادته دون الذي شهد آخراً؛ لأنه انتهض خصماً منتقماً، والله أعلم.

الثانية ادعى رجلان على واحد أنك رهنتنا عبدك هذا بمائة واقبضناه، فإن صدقهما أو كذبهما لم يخف الحكم، وإن صدق أحدهما دون الآخر، فنصف العبد مرهون عند المصدق ويحلف الآخر، وهل تقبل شهادة المصدق على المكذب للمكذب؟ أطلق مطلقون أنها لا تقبل، وقال القاضي ابن كنج: تقبل، وحكى الإمام وصاحب الكتاب فيه وجهين؟ بناء على أن الشريكين إذا ادعيا حقاً أو ملكاً بأبتياع أو غيره، فصدق المدعي عليه أحدهما دون الآخر، يستبد المصدق بالنصف المسلم إليه أو يشاركه الآخر فيه، وفيه وجهان:

وإن قلنا: إنه يستبد المصدق بالنصف، قبلت شهادته للشريك، وإلا فلا؛ لأنه يدفع بشهادته زحمة الشريك عن نفسه، والكلام في الأصل المبني عليه يذكر في الصلح، إن شاء الله تعالى، والذي ينبغي أن يفتي به فيما نحن فيه القبول إن كان الحال لا يقتضي الشركة، والمنع إن اقتضت الشركة؛ لأنه دافع وذكر في «التهذيب»: أنه إن لم ينكر إلا الراهن قبلت شهادته للشريك، وإن أنكر الدين والرهن، فحينئذ يفرق بين أن يدعي الإرث أو غيره، ولك أن تقول كما أن الاستحقاق في الدين يثبت بالإرث تارة، وبغيره أخرى فكذلك استحقاق الرهن، فليجر التفصيل وإن لم ينكر إلا الرهن.

فرع: منصوص عليه في رواية الربيع، ادعى زيد وعمرو على ابني بكر أنهما رهنا عبدهما المشترك بينهما بمائة، فصدق أحد المدعين ثبت ما ادعاه وكان له على كل واحد منهما ربع المائة، ونصف نصيب كل واحد منهما مرهوناً به، وإن صدق أحد الاثنين زيداً، والآخر عمراً ثبت الرهن في نصف العبد لكل واحد من المدعين في ربه بربع المائة؛ لأن كل واحد منهما يدعي على الاثنين نصف العبد، ولم يصدقه إلا أحدهما، ثم لو شهد أحد الاثنين على الآخر قبلت شهادته، ولو شهد أحد المدعين

(١) فإن قيل ما ذكر أن الكذبة الواحدة غير مفسدة محله عند عدم انضمام غيرها إليها كجحد حق واجب وهذا بتقدير تعمده يكون جاحداً لحق واجب عليه فيفسخ ذلك؟ أجيب بأن شرط كون الجحد مفسقاً أن يفوت المالية على الغير وهنا لم يفوت إلا حق الوثيقة، فإن قيل محل ذلك إذ كَم يصرح المدعي بظلمهما بالإنكار بلا تأويل وإلا فلا يقبل شهادتهما لأن ظهر منه ما يقتضي تفسيقهما أجيب بمنع أنه بذلك ظهر منه هذا إذ ليس كل ظالم خال عند تأويل مفسقاً بدليل الغيبة.

للآخر، فعلى ما ذكرناه في الصورة الثانية، والمسألة ظاهرة من جهة المعنى، لكن في فهمها وتصورها تعقيد.

حكى الصَّيْدَلَانِيُّ أن ابن سُرَيْج قال: ما انتهيت إليها إلا احتجت إلى الفكرة في تصورها، حتى أثبتها على حاشية الكتاب.

فرع: منصوص عليه في «المختصر»: ادعى رجلان على واحد، فقال كل واحد منهما: رهنتي عبدك هذا وأقبضتني نظر إن كذبهما جميعاً، فالقول قوله ويحلف لكل واحد منهما يميناً، وإن كذب أحدهما وصدق الآخر قضى بالرهن للمصدق، وهل للمكذب تحليفه؟ فيه قولان:

أصحهما: لا، قاله في «التهذيب» وهما مبنيان على أنه لو أقرَّ بمال لزيد، ثم أقر به لعمرو، هل يغرم قيمته لعمرو؟ فيه قولان: وكذا لو قال: رهنت هذا من زيد وأقبضته، ثم قال: لا، بل رهنته من عمرو وأقبضته، هل يغرم قيمته للثاني ليكون رهناً عنده؟

إن قلنا: يغرم، فله تحليفه، فربما يقر ويأخذ القيمة.

وإن قلنا: لا يغرم يبنى على أن النكول ورد اليمين بمثابة الإقرار أو البيئة.

إن قلنا بالأول لم يحلف؛ لأن غايته أن ينكل فيحلف، وذلك مما لا يفيد شيئاً، كما لو أقر.

وإن قلنا بالثاني حلفه، فإن نكل فحلف اليمين المردودة فقيماً يستفيد به وجهان:

أحدهما: يقضي له بالرهن، وينتزع من الأول وفاء بجعله كالبيئة.

وأصحهما: أنه يأخذ القيمة من المالك لتكون رهناً عنده ولا ينتزع المرهون من الأول؛ لأننا وإن جعلناه كالبيئة، فإنما نجعل ذلك بالإضافة إلى المتداعيين، ولا نجعله حجة على غيرهما، وإن صدقهما جميعاً، نظر إن لم يدعيا السبق، أو ادعاه كل واحد منهما، وقال المدعى عليه: لا أعرف السابق منكما، وصدقه فوجهان:

أحدهما: أنه يقسم الرهن بينهما، كما لو تنازعا ملكاً في يد ثالث، واعترف صاحب اليد لهما بالملك.

وأصحهما: أنه يحكم ببطان العقد، كما إذا زوج وليان من شخصين، ولم يعرف السابق منهما، وإن ادعى كل واحد منهما السبق، وأن الراهن عالم بصدقه، وأنه بقي علمه بالسبق، فالقول قوله مع يمينه، فإن نكل ردت اليمين إليهما، فإن حلف أحدهما دون الآخر قضى له، وإن حلفا أو نكلا تعذر معرفة السابق وعاد الوجهان، وإن صدق أحدهما في السبق، وكذب الآخر قضى للمصدق، وهل يحلفه المكذب؟



فيه القولان السابقان، وحيث قلنا: يقضي للمصدق، فذلك إذا لم يكن العبد في يد المكذب، فإن كان فقولان:

أحدهما: وهو اختيار المزني أخيراً أن يده ترجح على تصديق الراهن الآخر، وتقتضي له بالراهن.

وأصحهما: أن المصدق مقدم؛ لأن اليد لا دلالة لها على الرهن، ألا ترى أنه لا تجوز الشهادة بها على الرهن، ولو كان العبد في أيديهما معاً؟

فالمصدق مقدم في النصف الذي هو في يده، وفي النصف الأخير قولان، والاعتبار في جميع ما ذكرناه بسبق القبض لا بسبق العقد، حتى لو صدق هذا سبق العقد، وهذا سبق القبض، فالمقدم الثاني<sup>(١)</sup>.

فرع ثالث: دفع متاعاً إلى رجل، وأرسله إلى غيره ليستقرض منه للدفع، ويرهن المتاع به ففعل، ثم اختلفا فقال المرسل إليه: استقرض مائة، ورهن المتاع بها بإذنك، وقال المرسل: لم أذن له إلا في خمسين، نظر إن صدق الرسول المرسل فالمرسل إليه مدع عليهما على المرسل بالإذن، وعلى الرسول بالأخذ، فالقول قولهما في نفي ما يدعيه، وإن صدق المرسل إليه، فالقول في نفي الزيادة قول المرسل، ولا يرجع المرسل إليه على الرسول بالزيادة، إن صدقه في الدفع إلى المرسل؛ لأنه مظلوم بقوله، وإن لم يصدقه رجع عليه هكذا ذكره، وفيه إشكال؛ لأن الرسول وكيل المرسل، وقبضه يحصل الملك للموكل حتى يغرم له إن تعدى فيه، ويسلمه إليه إن كان باقياً، وإذا كان كذلك فرجوع المرسل إليه إن كان بناء على توجه العهدة على الوكيل فليرجع، وإن صدقه في دفع المال إلى المرسل كما يطلب البائع الوكيل بالشراء بالثمن، وإن صدقه في تسلم المبيع إلى الموكل، وإن كان الرجوع للمقرض أن يرجع في عين القرض، ما دام باقياً. فهذا ليس بتعريض ورجوع مطلق، وإنما يسترد عين المدفوع، فيحتاج إلى إثبات كونه في يده، ولا يكفي فيه عدم التصديق بالدفع إلى المرسل، وإن كان غير ذلك فلم يرجع إذا لم يصدقه، ولم يوجد منه تعد عليه ولا على حقه، والله أعلم.

(١) قال النووي: ولو قال المدعى عليه: رهنته عند أحدكما ونسيت حلف على نفي العلم، فإن نكل ردت عليهما فإن حلفا أو نكلا انفسخ العقد على المذهب الذي قطع به الجماهير في الطرق ونقله الإمام وغيره عن الأصحاب. وخرج وجه: أنه لا ينفسخ بل يفسخه الحاكم وبهذا الوجه قطع صاحب «الوسيط» وهو شاذ ضعيف، وإذا حلف الراهن على نفي العلم تحالفاً على الصحيح كما لو نكل وفي وجه: انتهت الخصومة. ينظر الروضة ٣/٣٥٢.

قال الغزالي: الأمر الثاني في القبض والقول فيه أيضاً قول الرهن، وكذا إن وجدناه في يد المرتهن إذا قال الرهن: غصبته (و)، ولو قال: أخذته وديعة أو عارية أو بجهة أخرى مع الإذن فوجهان، لأنه اعترف بقبض مأذون فيه من الرهن وأراد صرقه عنه، فلو أقيمت الحجة على إقراره بقبض الرهن فقال: كنت غلطت تعويلاً على كتاب الوكيل أو إقامة على رسم القبالة (و) فله أن يحلف المرتهن على نفسه، وإن قال: تعدت الكذب فلا يُسمع (و) ولا يُمكن من التخليف.

قال الرافعي: الأمر الثاني مما يعرض فيه التنازع في القبض، وفيه مسألتان:

إحدهما: إذا تنازعا في قبض المرهون، نظر إن كان في يد الرهن وقت النزاع، فالقول قوله مع يمينه كما في أصل الرهن، وإن كان في يد المرتهن، وقال: أقبضه عن الرهن وأنكر الرهن، نظر إن قال: غصبته فالقول قوله أيضاً؛ لأن الأصل عدم لزوم الرهن وعدم إذنه في القبض، وإن ادعى قبضه عن جهة أخرى مأذون فيها سوى الرهن، فإن قال: أودعته أو أعزته أو أكثرته أو أكثرته من فلان بإكراه منك فوجهان:

أحدهما: أن القول قول المرتهن؛ لأنهما اتفقا على قبض مأذون فيه، وأراد الرهن أن يصرفه إلى جهة أخرى، والظاهر خلافه لتقدم العقد المحوج إلى القبض.

وأصحهما، وهو المنصوص: أن القول قول الرهن؛ لأن الأصل عدم اللزوم، وعدم إذنه في القبض عن الرهن، وفي «النهاية» حكاية وجه بعيد فيما إذا قال: غصبته أيضاً، أن القول قول المرتهن استدلالاً باليد على الاستحقاق، كما يستدل بها على الملك، ويجري مثل هذا التفصيل، فيما إذا اختلف البائع والمشتري في القبض، حيث كان للبائع حق الحبس، إلا أن الأظهر هاهنا الحكم بحصول القبض إذا كان المبيع عند المشتري، وادعى البائع أنه أعاره أو أودعه لتقوى اليد بالملك، وهذا يتفرع على أن حق الحبس لا يبطل بالإيداع والإعارة عند المشتري، وفيه وجهان، ولو سلم الرهن أنه أذن له في قبضه عن جهة الرهن، ولكن قال: رجعت قبل أن قبضته، وقال المرتهن: لم ترجع فالقول قوله؛ لأن الأصل عدم الرجوع، ولو قال الرهن: لم تقبضه بعد، وقال المرتهن: قبضته، فقد نقل فيه اختلاف نص عن «الأم»، واتفق الأصحاب على تنزيلهما على حالين، إن كان المرهون في يد الرهن فالقول قوله، وإن كان في يد المرتهن فالقول قوله؛ لأن اليد قرينة دالة على صدقه.

الثانية: إقرار الرهن بإقباض المرهون مقبول ملزم لكن بشرط الإمكان حتى لو قال: رهنته اليوم داري بهمدان، وأقبضتها إياه وهما بقزوين فهو لأغ، ولو قامت الحجة على إقراره في محل الإمكان، فقال: لم يكن إقراري على حقيقته، فحلفوه أنه قبض،

نظر إن ذكر لإقراره تأويلاً، كما إذا قال: كنت أقبضته بالقول، وظننت أنه يكفي قبضاً، أو ألقى إلى كتاب على لسان وكيلي أنه أقبض، ثم خرج مزوراً أو قال: أشهدت على رسم القبالة قبل تحقيق القبض فله تحليفه، وإن لم يذكر تأويلاً فوجهان:

عن أبي إسحاق أنه لا يمكن من التّحليف، ولا يلتفت إلى قوله الثاني لمناقضته الأول.

وقال ابن خَيْرَانَ وغيره: يمكن منه وهو ظاهر النص: لأننا نعلم أن الوثائق في الغالب يشهد عليها قبل تحقيق ما فيها، فأبي حاجة إلى تلفظه بذلك، وهذا أصح عند العراقيين والأول أصح عند المَرَاوِرَة، وهذا إذا قامت الحجة على إقراره، أما إذا أقر في مجلس القضاء بعد توجه الدّغوى عليه، فعن الشيخ أبي محمد عن القفال: أنه لا يمكن من التّحليف، وإن ذكر لإقراره تأويلاً؛ لأنه لا يكاد يقر عند القاضي، إلا عن تحقيق، وقال غيره: لا فرق لشمول الإنكار، ولو شهد الشهود على نفس الإقباض، فليس له التّحليف بحال، وكذا لو شهدوا على إقراره، فقال: ما أقررت؛ لأنه تكذيب للشهود.

ولو كان الرهن مشروطاً في البيع، فقال المشتري: وأقبضت، ثم تلف الرهن، فلا خيار لك في البيع، وأقام على إقراره بالقبض حجة فأراد المرتهن تحليفه، فهو كما ذكرنا في إقرار الرّاهن وطلبه يمين المُرْتَهِن، وقس على هذا ما إذا قامت البيّنة على إقراره لزيد بألف، فقال: إنما أقررت وأشهدت ليقرضني، ثم إنه لم يقرضني فحلفوه وسائر النظائر.

وقوله في الكتاب: (فله أن يحلف المرتهن على نفيه)، قد أعلم بالواو؛ لأنه روى في «الوسيط» إذا كذب نفسه في إقراره ثلاثة أوجه: المنع المطلق، وتمكينه من التحليف مطلقاً، والفرق بين أن يذكر سبباً وتأويلاً، وبين أن يقول كذبت عمداً ولا يعتذر، لكن المنع المطلق قلّ مَنْ رواه.

وقوله: (على نفيه) أي على نفي ما يدعيه من التّأويل، وليس ذلك على معنى أنه يتعين محللاً عليه، بل له تحليفه على القبض كما مر، وينبغي أن يكون التّحليف على نفي ما يدعيه من التّأويل فيما إذا نازعه المرتهن في تأويله ونفاه، أما إذا لم يتعرض له، واقتصر على قوله: قبضت، فيقنع منه بالحلف عليه.

وقوله: (فلا يسمع، ولا يمكن من التحليف) يجوز إعلامه بالواو؛ لأنه أراد ما إذا قال: كذبت عمداً ولم يعتذر بشيء، وقد بان الخلاف فيه.

قال الغزالي: الأَمْرُ الثَّالِثُ فِي الْجِنَايَةِ، فَإِذَا اعْتَرَفَ الْجَانِي وَصَدَّقَهُ الرَّاهِنُ دُونَ الْمُرْتَهِنِ أَخَذَ الْأَرْضَ وَفَازَ بِهِ، وَإِنْ صَدَّقَهُ الْمُرْتَهِنُ أَخَذَ الْأَرْضَ وَكَانَ رَهْنًا عِنْدَهُ إِلَى قَضَاءِ

الدَّيْنِ، فَإِذَا قَضَى مِنْ مَوْضِعٍ آخَرَ فَهُوَ مَالٌ ضَائِعٌ لَا يَدْعِيهِ أَحَدٌ، وَإِنْ جَنَى الْعَبْدُ وَأَخْتَرَفَ بِهِ الْمُرْتَهِنَ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الرَّاهِنِ، وَلَوْ قَالَ الرَّاهِنُ: أَعْتَقْتُهُ أَوْ عَصَبْتُهُ قَبْلَ أَنْ رَهَنْتُ أَوْ كَانَ قَدْ جَنَى وَأَضَافَ إِلَى مُعَيَّنٍ مَجْنِيٍّ عَلَيْهِ فِيهِ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ، كَمَا فِي تَنْفِيذِ عِنْتِهِ، لِأَنَّهُ مَالُكَ لَا تَهْمَةٌ فِيهِ. فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَقْبَلُ فَيَحْلِفُ الْمُرْتَهِنُ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ، فَإِنْ حَلَفَ هَلْ يُعْرَمُ الرَّاهِنُ لِلْمُقَرَّرِ؟ يَبْتَنِي عَلَى قَوْلِي الْعُرْمِ بِالْحَيْلُولَةِ، وَإِنْ نَكَلَ يُرَدُّ الْيَمِينُ عَلَى الرَّاهِنِ أَوْ عَلَى الْمُقَرَّرِ لَهُ قَوْلَانِ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُرْتَهِنِ وَالْمُقَرَّرِ لَهُ مَهْمًا تَكَلُّ فَقَدْ أَبْطَلَ حَقَّ نَفْسِهِ عَنِ الْعُرْمِ بِنُكُولِهِ، وَإِنْ رَدَدْنَا عَلَى الرَّاهِنِ فَتَكَلُّ فَهَلْ لِلْمُقَرَّرِ لَهُ الْحَلْفُ لِكَيْلَا يَبْطُلَ حَقُّهُ بِنُكُولِ غَيْرِهِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ، وَإِنْ قُلْنَا: يَقْبَلُ إِفْرَازُهُ فَهَلْ لِلْمُرْتَهِنِ تَخْلِيْفُهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، فَإِنْ حَلَفْنَا فَتَكَلُّ وَحَلَفَ الْمُرْتَهِنُ الْيَمِينِ الْمَرْذُودَةَ فَفَائِدَةٌ حَلْفِهِ تَقْرِيرُ الْعَبْدِ فِي يَدِهِ أَوْ أَنْ يُعْرَمَ الرَّاهِنُ لَهُ قَوْلَانِ، وَلَوْ كَانَ الْمُقَرَّرُ بِهِ الْاِسْتِيْلَادُ فَيَزِيدُ أَنْ الْمُسْتَوْلَدَةَ تَحْلِفُ إِذَا تَكَلَّ الرَّاهِنُ وَإِنْ حُرِّيَّةَ الْوَلَدِ وَالنَّسَبِ تَثْبُتُ لَا مَحَالَةَ.

قال الرَّافِعِيُّ: الثالث: مما يتنازعان فيه الجناية، إما على المرهون أو به.

أما القسم الأول: فإذا جنى على العبد المرهون، فجاء إنسان، وأقر بأنه الجاني، فإن صدقه المتراهنان أو كذابه لم يخفف الحكم، وإن صدقه الراهن وحده أخذ الأرش وفاز به، وليس للمرتهن التوثق به، وإن صدقه المرتهن وحده أخذ الأرش وكان مرهوناً، فإن اتفق قضاء الدين من غيره، أو أبرأ المرتهن فوجهان:

أصحهما: أنه يرد الأرش إلى المقر.

والثاني: يجعل في بيت المال؛ لأنه مال ضائع لا يدعيه أحد، إذ المرتهن انقطعت علقته، والراهن ينكر استحقاقه، والمقر معترف بأن أداءه كان واجباً عليه، للصورة أخوات تذكر في مواضعها إن شاء الله تعالى.

والقسم الثاني: الجناية من المرهون، والنزاع في جنائته إما أن يقع بعد لزوم الرهن أو قبله.

الحالة الأولى: أن يتنازعا في جنائته بعد لزوم الرهن، فإذا أقر المرتهن بأنه جنى وساعده العبد أو لم يساعده لم يقبل قوله على الراهن، بل القول قول الراهن مع يمينه؛ لأن المَلِكَ له وِضْرُ الْجِنَايَةِ يعود إليه، وإذا بيع في دين المرتهن لم يلزمه تسليم الثمن إليه بإقراره السابق، واحتجوا له بأن العبد إن لم يكن جانباً فلا حَقَّ فِيهِ لغير المرتهن، وإن كان جانباً فلا يصح بيعه للمرتهن لتعلق حق المجني عليه به، وإذا لم يصح بيعه كان الثمن باقياً على ملك المشتري، ولو أقر الراهن بجنائته وأنكر المرتهن فالقول قوله؛

لأن الأصل عدم الجنائية وبقاء الرهن، وإذا بيع في الدين فلا شيء للمقر له على الراهن؛ لأن الراهن لا يغرّم جناية المرهون، ولم يتلف بالرهن شيئاً للمقر له؛ لكون الرهن سابقاً على الجنائية، وليس كما لو أقرّ بجناية أم الولد، حيث يغرّم للمقر له، وإن سبق الاستيلاء الجنائية؛ لأن السيد يغرّم جنائية أم الولد، وذكر القاضي ابن كنج وجهاً آخر: أنه يقبل إقرار الراهن، ويبيع العبد في الجناية، ويغرّم الراهن للمرتهن.

**الحالة الثانية:** أن يتنازعا في جنائيه قبل لزوم الرهن، وفيها مسألتان:

**إحداهما:** أقر الراهن بأنه كان قد أتلف مالا، أو جنى على نفس جنائية توجب المال، فينظر إن لم يعين المجني عليه، أو عينه ولكنه لم يصدقه ولم يدع ذلك فالرهن مُستمر بحاله، وإن عينه وادعاه المجني عليه، نظر إن صدقه المرتهن بيع في الجنائية، وللمرتهن الخيار إن كان ذلك الرهن مشروطاً في بيع، وإن كذبه فأصح القولين - وبه قال أبو حنيفة واختاره المزني -: أنه لا يقبل قوله صيانة لحق المرتهن.

**والثاني:** يقبل؛ لأنه مالك فيما أقر به، فلا تنقح تهمة في إقراره، وقال من نصر الأول: بل فيه تهمة ومواطأة للمقر له، والتدرج إلى دفع الرهن، والقولان كالقولين فيما لو أقر العبد بسرقة مال ونفذه في القطع، هل ننفذه في المال؟ لأنه بهذا الإقرار يضُر بنفسه، فلا ينفى التهمة.

ويجري القولان فيما لو قال: كنت غصبته أو اشتريته شراء فاسداً أو بعته قبل أن رهنته، أو وهبته وأقبضته، وفيما لو قال: كنت أعتقته، قال الشيخ أبو حامد: ولا حاجة في هذه الصورة إلى تصديق العبد دعواه، بخلاف سائر الصور، وفي الإقرار بالعتق قول ثالث: أنه إن كان موسراً نفذ، وإلا فلا، تنزيلاً للإقرار بالإعتاق منزلة الإعتاق، ونقل إمام الحرّمين هذا القول الفارق في الصور كلها، وجعلها على ثلاثة أقوال، وتابعه المصنف.

**التفريع:** إن قلنا: لا يقبل إقرار الراهن بالقول في بقاء الرهن قول المرتهن مع يمينه، ويحلف على نفي العلم بالجنائية، وإذا حلف واستمر الرهن فهل يغرّم الراهن للمجني عليه فيه قولان. قال الأئمة: أصحهما: أنه يغرّم، وهو اختيار المزني، كما لو قتله؛ لأنه حال بينه وبين حقه.

**الثاني:** لا يغرّم؛ لأنه أقر في رقبة العبد بما لم يقبل إقراره، فكانه لم يُقر، والقولان كالقولين فيما إذا أقر بالدار لزيد، ثم أقر بها لعمرو، هل يغرّم لعمرو؟ ويُعبر عنهما بقولي الغرم للحيلولة؛ لأنه بالإقرار الأول حال بين من اعترف باستحقاقه ثانياً وبين حقه.

فإن قلنا: يغرم، طولب في الحال إن كان موسراً وإن كان معسراً فإذا أيسر، وفيما يغرم المَجْنِي عَلَيْهِ؟ طريقان.

قال أبو إسحاق وطائفة: أصح القولين أنه يغرم الأقل من قيمته وأرش الجناية. وثانيهما: أنه يغرم الأرش بالغاً ما بلغ، وقال الأَكْثَرُونَ ومنهم أبو الحسن: يغرم الأقل بلا خلاف، كما أن أم الولد لا تفدى إلا بالأقل إذا جئت؛ لامتناع البيع، بخلاف العبد القن. وإن قلنا: لا يغرم الرّاهن، فإن بيع في الدين فلا شيء عليه، لكن لو ملكه يوماً فعليه تسليمه في الجناية، وكذا لو انفك الرهن عنه فهذا إذا حلف المرتهن، فإن نكل فعلى من تَرُدُّ اليمين؟ فيه قولان، ويقال: وجهان:

أحدهما: على الرّاهن؛ لأنه المالك للعبد، والخصومة تجري بينه وبين المرتهن.

وأصحهما: على المجني عليه؛ لأن الحق فيما أقر له، والرّاهن لا يدعي لنفسه شيئاً، وهذا الخلاف عن الشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ مَبْنِي عَلَى أَنَّهُ لَوْ حَلَفَ الْمُرْتَهَنُ هَلْ يَغْرَمُ الرَّاهِنُ عَلَيْهِ؟ إن قلنا: نعم، يرد على المجني عليه؛ لأن الرّاهن لا يستفيد باليمين المرذودة شيئاً والمجني عليه يستفيد بها إثبات دعواه، وسواء قلنا: ترد اليمين على الرّاهن أو المجني عليه، فإذا حلف المرذود عليه ببيع العبد في الجناية، ولا خيار للمرتهن في فسح البيع إن كان الرهن مشروطاً في بيع؛ لأن إقرار الرّاهن إذا لم يقبل لا يفوت عليه شيئاً، وإنما يلزم الفوات من النكول، ثم إن كان الأرش يستغرق قيمة العبد ببيع كله، وإلا بيع منه بقدر الأرش، وهل يكون الباقي رهنًا؟ فيه وجهان:

أصحهما: لا؛ لأن اليمين المرذودة كالبينة، أو كإقرار المرتهن بأنه كان جائياً في الابتداء، فلا يصح الرهن في شيء منه وإذا رددنا على الرّاهن فنكل فهل يرد الآن على المجني عليه؟ فيه قولان ويقال: وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن الحق له، فلا ينبغي أن يبطل بنكول غيره.

وأشبههما: لا؛ لأن اليمين لا تُرَدُّ مرةً بعدَ مرّةٍ فعلى هذا نكول الراهن كخلف المرتهن في تقرير الرهن، وهل يغرم الرّاهن للمقر له؟ فيه القولان، وإن رددنا على المجني عليه فنكل قال الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ وغيره: تسقط دعواه وتنتهي الخصومة، وطرد العراقيون في الردّ منه على الرّاهن الخلاف المذكور في عكسه، وإذا لم يرد لم يغرم له الرّاهن قولاً واحداً، ويحال بالحيلولة على نكوله، هذا تمام التفريع على أحد القولين في أصل المسألة، وهو أن الراهن لا يقبل إقراره.

أما إذا قلنا: إنه يقبل إقراره فهل يُخْلِفُ أم يقبل قوله من غير يمين؟ فيه قولان أو وجهان:

أحدهما: أنه لا يحلف وهو اختيار القاضي أبي الطيب؛ لأن اليمين للزجر والتخويف ليرجع عن قوله إن كان كاذباً، وهاهنا لا سبيل له إلى الرجوع.

وأصحهما عند الشيخ أبي حامد ومن نحا نحوه: أنه يحلف ليحقق المُرْتَهِنَ، وعلى هذا فَيُحْلِفُ عَلَى الْبَيْتِ؛ لأنه يحلف على الإثبات، وسواء قلنا: لا يحلف أو قلنا: يحلف، فيباع العَبْدُ فِي الْجَنَائِيَّةِ، إمَّا كَلَهُ أَوْ بَعْضَهُ عَلَى مَا مَرَّ، وللمرتهن الخيارُ فِي فَسْخِ الْبَيْعِ الَّذِي شَرَطَ فِيهِ هَذَا الرَّهْنُ، فَإِنْ نَكَلَ حَلْفَ الْمُرْتَهِنِ؛ لَأَنَّا إِنَّمَا حَلَفْنَا الرَّاهِنَ لِحَقِّهِ، فَالرَّدُّ يَكُونُ عَلَيْهِ، وَمَا فَائِدَةُ حَلْفِهِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ حَكَاهُمَا الصَّيْدَلَانِيُّ وَغَيْرُهُ:

أصحهما: أن فائدته تقريرُ الرهنِ فِي الْعَبْدِ عَلَى مَا هُوَ قِيَاسُ الْخُصُومَاتِ.

والثاني: أن فائدته أن يغرم الرهن قيمته؛ ليكون رهنًا مكانه، وَيَبَاعُ الْعَبْدُ فِي الْجَنَائِيَّةِ بِإِقْرَارِ الرَّاهِنِ، فَإِنْ قَلْنَا بِالْأَوَّلِ فَهَلْ يَغْرُمُ الرَّاهِنُ لِلْمَقْرَلِ؛ لِأَنَّهُ بِنُكُولِهِ حَالَ بَيْتِهِ وَبَيَّنَّ حَقَّهُ؟ فِيهِ مَا سَبَقَ مِنَ الْقَوْلَيْنِ، وَإِنْ قَلْنَا بِالثَّانِي فَهَلْ لِلْمُرْتَهِنِ الْخِيَارُ فِي فَسْخِ الْبَيْعِ الَّذِي شَرَطَ فِيهِ هَذَا الرَّهْنُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، يَنْظُرُ فِي أَحَدِهِمَا إِلَى حُصُولِ الْوَيْثِقَةِ وَالثَّانِي إِلَى أَنْ غَيْرَ الْمَشْرُوطِ لَمْ يَسْلَمْ وَهُوَ الْأَصَحُّ، وَإِنْ نَكَلَ الْمُرْتَهِنُ بَيْعَ الْعَبْدِ فِي الْجَنَائِيَّةِ، وَلَا خِيَارَ لَهُ فِي الْبَيْعِ، وَلَا غَرَمَ عَلَى الرَّاهِنِ.

وإذا عرفت تفريع القولين فيما لو أقر بالجنائية فقس به تفريعهما فيما لو أقر بالبيع أو العُصْبَ ونحوهما قبل الرهن.

ولو أقر بالعتق وقلنا: إنه لا يقبل إقراره فالمنصوص: أنه يجعل ذلك كإنشاء الإغْتِقَاقِ حَتَّى تَعُودَ فِيهِ الْأَقْوَالُ؛ لِأَنَّ مِنْ مَلِكٍ إِنْشَاءَ أَمْرٍ قَبْلَ إِقْرَارِهِ فِيهِ، وَنَقَلَ الْإِمَامُ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى فِي نَفْوِذِهِ وَجْهَيْنِ، وَإِنْ حَكَمْنَا بِنَفْوِذِ الْإِنْشَاءِ؛ لِأَنَّهُ مَمْنُوعٌ مِنَ الْإِنْشَاءِ تَبْرَعًا وَإِنْ نَفَذْنَاهُ إِذَا فَعَلَ، وَهَذَا كَمَا أَنَّ إِقْرَارَ السَّفِيهِ بِالطَّلَاقِ مَقْبُولٌ كإِنْشَاءَهُ، وَلَوْ أقر بِإِثْلَافِ مَالٍ فِيهِ قَبُولُهُ وَجْهَانِ؛ لِأَنَّهُ مَمْنُوعٌ مِنَ الْإِثْلَافِ شَرْعًا، ففِي مَسْأَلَةِ الْإِقْرَارِ بِالْخِيَارِ كَلَامَانِ:

أحدهما: جميع ما ذكّرناه في المسألة مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ رَهْنَ الْجَانِي لَا يَجُوزُ، أَمَا إِذَا جُوزَ فَفَعَلَ بَعْضُ الْأَصْحَابِ: أَنَّهُ يَقْبَلُ إِقْرَارَهُ لَا مَحَالَةَ، حَتَّى يَغْرَمَ لِلْمَجْنُونِ عَلَيْهِ، وَيَسْتَمِرُّ الرَّهْنُ، وَقَالَ آخَرُونَ: يَطْرُدُ فِيهِ الْقَوْلَانِ.

ووجه عَدَمِ الْقَبُولِ: أَنَّهُ يَحْصُلُ بِلِزُومِ الرَّهْنِ؛ لِأَنَّ الْمَجْنُونِ عَلَيْهِ يَبِيعُ الْمَرْهُونَ لَوْ عَجَزَ عَنِ اخْتِارِ الْعَرَامَةِ مِنَ الرَّاهِنِ.

والثاني: أنه لو أقر بجنائية تُوجِبُ الْقِصَاصَ لَمْ يَقْبَلْ إِقْرَارُهُ عَلَى الْعَبْدِ، وَلَوْ قَالَ: ثُمَّ غَفَى عَلَى مَالٍ كَمَا لَوْ أقر بما يوجب المال.

**المسألة الثانية:** زَهُنُ الْجَارِيَةِ الموطوءة جَائِزٌ، ولا يمنع من التَّصَرُّفِ لاحتمال الحَمْلِ، فإذا زَهَنَ جَارِيَةٌ فَأَتَتْ بولد، ينظر إن كان الانفصال لدون سِنَّةِ أَشْهُرٍ من يَوْمِ الوَطْءِ أو لأكثر من أَرْبَعِ سِنِينَ فالرهن بِحَالِهِ، والولد مَمْلُوكٌ له غَيْرَ لَاحِقٍ به، وإن كان لِسِنَّةِ أَشْهُرٍ فَأَكْثَرُ إلى أَرْبَعِ سِنِينَ فقال الرَّاهِنُ: هذا الولد مِئِي، وكنت وطئتها قبل لزوم الرِّهْنِ، نظر: إن صدقه المُرْتَهِنُ، أو قامت عليه به بَيِّنَةٌ، فَهِيَ أُمٌ وَلَدٌ لَهُ، والرَّهْنُ بَاطِلٌ، وللمرتتهن فُسْخُ البيع الذي شرط فيه زَهْنُهَا، وإن كذبه المرتتهن ولا بينة، ففي قَبُولِ إقْرَارِهِ لثبوت الاستيلاء قَوْلَانِ، كما لو أقر بالعتق ونظائره، والتفريع كما مرَّ، وعلى كل حال فالولد حُرٌّ ثابت السَّبِّ عند الإمكان، ولو لم يُصَادَفْ وَلَدًا في الحَالِ وزعم الراهن أنها ولدت منه قَبْلَ الرهن ففيه هذا التَّفْصِيلُ والخِلَافُ.

وقوله في الكتاب: (وكل واحد من المرتتهن أو المقر له مهما نكل فقد أبطل حق نفسه عن الغرم بنكوله هذا في حق المقر له) مُفْرَعٌ على قول التغريم من قولي: الغرم بالحيلولة.

أما المرتتهن فليس له غرم تفريعاً على قولنا: إنه لا يُقْبَلُ إقْرَارُ الرَّاهِنِ حتى يفرض بطلانه بنكوله، نعم على قولنا: يقبل إقرار الراهن ينتهي التفريع إلى أن يغرم له الرَّاهِنُ القِيَمَةَ على رَأْيٍ كما سبق، وذلك هو الذي يبطل بنكوله، فإذا كان الأحسن أن يذكر هذا بعد التفريع على القولين جميعاً لا في آخر التفريع على الأوَّلِ.

وقوله: (فهل للمرتتهن تحليفه وجهان)، ذكرنا أن بعضهم رواهما قولين، وأن قوله: (قولان) في المسألة بعدها يرويهما بعضهم وجهين، والأولى أن يرويهما جميعاً قولين أو وَجْهَيْنِ، أو يروى في الأولى قولين وفي الثانية وجهين، فأما تفريع القولين على الِوَجْهَيْنِ فمما يستبعد. وقوله: (مريداً أن المستولدة تحلف) أي: إذا فرعنا على أن المجني عليه يحلف في مسألة الجِنَايَةِ، فهاهنا يحلف المستولدة فإنها تَقَعُ في رُتْبَتِهِ، وفي العتق يحلف العبد<sup>(١)</sup>.

فرع: لو أقر بجناية ينقص أزشها عن قيمة العبد، ومبلغ الدين، فالقول في مقدار الأزش على الخِلَافِ السَّابِقِ، ولا يقبل فيما زَادَ عَلَى ذَلِكَ؛ لظهور التهمة، وقيل: يطرد الخلاف فيه.

فرع آخر: لو باع عبداً، ثم أقر بأنه كان قد غَصَبَهُ أو باعه، أو بأنه اشتراه شراءً فاسداً لم يلفت إلى قوله؛ لأنه إقْرَارٌ فِي مِلْكِ الغَيْرِ، والإقرار في ملك الغير مردود

(١) قال النووي: لو قرأ بأنه استولدها بعد لزوم الرهن فإن لم ينفذ استيلاده لم يقبل إقراره وإلا ففيه الوجهان السابقان في إقراره بالعتق أصحابهما: يقبل. ينظر الروضة ٣/٣٥٨.



ظاهر، ويخالف إقرار الرّاهن فإنه في ملكه، وعن بعض الأصحاب: إجراء الخلاف فيه، والمذهب الأوّل، وحينئذ يكون القول قول المُشترى، فإن نكل فالرد على المُدعي أو على المقرّ البائع، حكى القاضي ابن كَيْج فيه قولين، ولو أجزر عبداً، ثم أقر بأنه كان قد باعه أو أجزره أو أعتقه، ففيه الخلاف المذكور في الرّهن لبقاء المهلك.

ولو كاتبه ثم أقر بما لا يصح معه الكتابة، فإن القاضي ابن كَيْج أجرى الخلاف فيه، وقال الشّنيخ أبو حامد وغيره: لا يقبل بحال؛ لأن المكاتب بمنزلة من زال الملك عنه، والله أعلم.

قال الغزالي: الأمر الرابع فيما يفك الرّهن فلو أذن المُرتهن في البيع ثم ادعى الرجوع قبل البيع فالحق قولُه (و) لأن الأصل أن لا يبيع ولا رجوع فيتعارضان ويبقى أن الأصل استمرار العقد، ولو قال الرّاهن ما سلمته من المال كان عن جهة الدين الذي به الرّهن فأنفك وادعى المُرتهن أنه عن جهة غيره فالحق قول الرّاهن، وكذا في كل ما يدعيه من قصوده في الأداء فإنه أعرف بنية نفسه، ولو قال: لم أنو عند التسليم أحد الدينين فعلى وجه يؤرّع على الجهتين، وعلى وجه يقال له: أضرب الآن إلى ما شئت، وكذا في جميع نظائره.

قال الرّافعي: الأمر الرابع: مما يتنازع فيه المتراهنان ما يفك الرّهن، وذكر فيه صورتين: إحداهما: إذا أذن المُرتهن في بيع الرّهن، فباع الرّاهن، ورجع المُرتهن عن الإذن، ثم اختلفا، فقال المُرتهن: رجعت قبل البيع فلم يصح بيعك، وبقي المال رهناً كما كان، وقال الرّاهن: بل رجعت بعد البيع، فوجهان:

أظهرهما: عند الأكثرين أن القول قول المرتهن؛ لأن الأصل عدم رجوع المُرتهن في الوقت الذي يدعيه الرّاهن، والأصل عدم بيع الرّهن في الوقت الذي يدعيه، فيتعارضان ويبقى أن الأصل استمرار الرّهن.

والثاني: أن القول قول الرّاهن؛ لتقوى جانبه بالإذن الذي سلمه المُرتهن، وتوسط في «التهديب» بين الوجهين فقال: «إن قال الرّاهن أولاً تصرفت بإذنك، ثم قال المُرتهن كنت رجعت قبله، فالحق قول الرّاهن مع يمينه، وإن قال المرتهن أولاً رجعت عما أذنت، فقال الرّاهن كنت تصرفت قبل رجوعك، فالحق قول المُرتهن مع يمينه؛ لأن الرّاهن حين أخير لم يكن قادراً على الإنشاء، ولو أنكر الرّاهن أصل الرجوع فالحق قوله مع يمينه؛ لأن الأصل عدم الرجوع.

الصورة الثانية: إذا كان عليه دينان بأحدهما رهن دون الآخر، فسلم إليه ألفاً ثم اختلفا فقال من عليه الدين: سلمته عمّا به الرّهن، وقال المستحق بل عن الآخر،

فَالْقَوْلُ قَوْلُ الدَّافِعِ مَعَ يَمِينِهِ؛ لَأَنَّهُ أَعْرَفَ بِقَصْدِهِ وَكَيْفِيَةِ أَدَائِهِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَخْتَلِفَا فِي مُجَرَّدِ النِّيَّةِ أَوْ فِي اللَّفْظِ أَيْضاً<sup>(١)</sup>، بَأَن يَقُولُ: قَدْ ذَكَرْتُ أَنَّهُ عَنِ هَذَا الدَّيْنِ، وَخَالَفَهُ الْآخَرَ، وَكَذَا الْحُكْمَ لَوْ كَانَ بِأَحَدِهِمَا كَفَيْلٌ، أَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا حَالاً أَوْ ثَمَنٌ مَبِيعٌ، وَهُوَ مَخْبُوسٌ بِهِ، فَقَالَ: سَلِمْتَهُ عَنْهُ، وَأَنْكَرَ صَاحِبُهُ، قَالَ الْأُئِمَّةُ: وَالْإِعْتِبَارُ فِي أَدَاءِ الدَّيْنِ بِقَصْدِ الْمُؤَدِّي، حَتَّى لَوْ ظَنَّ الْمُسْتَحَقُّ أَنَّهُ يُوَدِّعُهُ عِنْدَهُ وَظَنَّ مِنْ عَلَيْهِ أَدَاءَ الدَّيْنِ الْأَدَاءَ تَبَرَأَ ذِمَّتُهُ، وَيَصِيرُ الْمُؤَدِّي مِلْكَاً لِلْمُسْتَحَقِّ.

فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ ذَيْنَانِ فَأَدَى عَنْ أَحَدِهِمَا بَعِينَهُ وَقَعَ عَنْهُ، وَإِنْ أَدَى عَنْهُمَا يَقْسُطُ عَلَى الدَّيْنَيْنِ، وَإِنْ لَمْ يَقْصِدْ فِي الْحَالِ شَيْئاً، فَوَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا: وَبِهِ قَالَ أَبُو عَلِيٍّ ابْنُ أَبِي هُرَيْرَةَ: أَنَّهُ يُوْزَعُ عَلَى الدَّيْنَيْنِ، إِذْ لَيْسَ أَحَدُهُمَا بِأَوَّلَى مِنَ الْآخَرِ.

وَأَظْهَرُهُمَا: وَبِهِ قَالَ أَبُو إِسْحَاقَ: أَنَّهُ يَرَا جَعُ حَتَّى يَضْرِفَهُ إِلَيْهِمَا أَوْ إِلَى أَيِّهِمَا شَاءَ، كَمَا إِذَا كَانَ لَهُ مَالَانِ: حَاضِرٌ، وَغَائِبٌ، وَدَفَعَ دَرَاهِمَ إِلَى الْمُسْتَحَقِّينَ زَكَاةً، وَأَطْلَقَ لَهُ صَرْفَهَا إِلَى مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا.

وَتَرَدَّدَ الصَّيْدَلَانِيُّ فِي حِكَايَةِ الْوَجْهِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ يُوْزَعُ عَلَى قَدْرِ الدَّيْنَيْنِ، أَوْ عَلَى الْمُسْتَحَقِّينَ بِالسُّوِيَّةِ، وَعَلَى هَذَا الْقِيَاسِ نَظَائِرُ الْمَسْأَلَةِ، كَمَا إِذَا تَبَايَعَ مُشْرَكَانِ دِرْهَمًا بِدِرْهَمَيْنِ، وَسَلِمَ الْفَضْلَ مِنَ التَّزَمِهِ، ثُمَّ أَسْلَمَا إِنْ قَصِدَ تَسْلِيمَهُ عَنِ الْفَضْلِ فَعَلَيْهِ الْأَضْلُ، وَإِنْ قَصِدَ تَسْلِيمَهُ عَنِ الْأَضْلِ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَإِنْ قَصِدَ تَسْلِيمَهُ عَنْهُمَا وَزَعَ عَلَيْهِمَا، وَسَقَطَ مَا بَقِيَ مِنَ الْفَضْلِ، وَإِنْ لَمْ يَقْصِدْ شَيْئاً فَفِيهِ الْوَجْهَانِ.

وَلَوْ كَانَ لَزِيدٌ عَلَيْهِ مِائَةٌ وَلَعَمْرُو مِثْلَهَا، فَوَكَّلَا وَكَيْلًا بِالْإِسْتِيفَاءِ، فَدَفَعَ الْمَدْيُونُ إِلَى الْوَكِيلِ لَزِيدٌ أَوْ لَعَمْرُو فَذَكَ، وَإِنْ أَطْلَقَ فَعَلَى الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ قَالَ: خَذْهُ وَادْفَعْهُ إِلَى فُلَانِ

(١) يَسْتَنَى مِنْ تَصْدِيقِ الدَّافِعِ صَوْرَ:

مِنْهَا: إِذَا كَانَ أَحَدُ الدَّيْنَيْنِ حَالاً وَالْآخَرَ مُوْجِلاً، ثُمَّ قَالَ الرَّاهِنُ اقْبِضْتَهُ عَنِ الْمَوْجَلِ فَانْفِكَ الرَّهْنَ فَلَا يَصْدُقُ لِأَنَّهُ مُجْبُورٌ عَلَى الْأَدَاءِ عَنِ الْحَالِ فَلَا تَخْيِيرَ لَهُ.

وَمِنْهَا: لَوْ كَانَ الدَّيْنَانِ مُوْجِلَيْنِ لَكِنْ أَحَدُهُمَا أَطْوَلُ مِنَ الْآخَرِ فَقَالَ الدَّافِعُ: قَصَدْتُ الْأَطْوَلَ لِيَنْفِكَ الرَّهْنَ لَمْ يَصْدَقْهُ عَلَى الْمَرْتَهِنِ لِأَنَّهُ لَا خَيْرَةَ فِي الدَّفْعِ إِذْ هُوَ غَيْرٌ وَاجِبٌ عَلَيْهِ.

وَمِنْهَا: لَوْ كَانَ الدَّيْنُ الَّذِي بِهِ الرَّهْنُ مُسْتَقَرٌّ أَوْ الَّذِي بِلَا رَهْنٍ غَيْرِ مُسْتَقَرٍّ كَالسَّلْمِ فَدَفَعَ الْمُسْلِمُ إِلَيْهِ، وَقَالَ قَصَدْتُ بِهِ دِينَ الرَّهْنِ لِيَنْفِكَ وَلَمْ يَصْدَقْهُ الْمُسْلِمُ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَدْفُوعِ إِلَيْهِ لِلْعَلَّةِ السَّابِقَةِ.

وَمِنْهَا: لَوْ كَانَ الرَّهْنُ بِأَلْفٍ مَكْسُورَةً وَهُوَ عَلَيْهِ أَلْفٌ صَحِيحَةٌ بِلَا رَهْنٍ فَدَفَعَ أَلْفاً صَحِيحَةً، وَقَالَ قَصَدْتُ دِينَ الرَّاهِنِ وَتَبَرَّعْتُ بِالزَّائِدِ لِيَنْفِكَ الرَّهْنَ لَمْ يَصْدُقْ لِأَنَّ قَرِينَةَ الْحَالِ تَدُلُّ عَلَى خِلَافِ قَوْلِهِ. قَالَ فِي الْخَادِمِ.

أو إليهما فهذا توكيلٌ منه بالأداء، وله التغيير ما لم يصل إلى المستحق<sup>(١)</sup>، ولو أبرأ مستحق الدينين المديون عن مائةٍ وكل واحد منهما مائةٍ، نظر فإن قصد أحدهما أو قصدهما فالأمر على ما قصد، وإن أطلق فعلى الوجهين، ولو اختلفا فقال المبرىء: أبرأت عن الدين الخالي عن الرهن والكفيل، وقال المديون: بل عن الآخر، فالقول قول المبرىء مع يمينه، والله أعلم. هذا شرح ما أورده في باب النزاع، وقد يختلف المتراهنان في أمور أخرى: منها: ما اندرج فيما قبله من أبواب الرهن. ومنها: ما إذا اختلفا المتراهنان في قديم عيب الرهن وحدوثه إذا كان مشروطاً في بيع، وقد ذكرناه في كتاب البيع. ومن فروع هذا الباب: ما إذا رهنه عصيراً ثم اختلفا بعد القبض، فقال المرتهن: قبضته وقد تخمّر فلي الخيار في فسخ البيع المشروط فيه هذا الرهن، وقال الراهن: بل صار عندك خمراً، فقولان:

أصحهما: أن القول قول الرهن مع يمينه؛ لأن الأصل بقاء المبيع، والمرتهن يتدرج بما يقوله إلى الفسخ.

والثاني: وبه قال أبو حنيفة والمزني: إن القول قول المرتهن مع يمينه؛ لأن الأصل عدم القبض الصحيح. ولو زعم المرتهن أنه كان خمراً يوم العقد، وكان الشرط رهن فاسد، فمنهم من طرد القولين، وعن ابن أبي هريرة القطع بأن القول قول المرتهن. ومأخذ الطرفين: أن فساد الرهن هل يوجب فساد البيع. إن قلنا: لا، خرج على القولين. وإن قلنا: نعم، فالجواب ما قاله ابن أبي هريرة؛ لأنه ينكر أصل البيع، والأصل عدمه، ويمكن أن يخرج على الخلاف. وإن قلنا: إن فساد الرهن يوجب فساد البيع على الخلاف فيما إذا اختلف المتبايعان في شرط مفسد وقد مر. ثم هاهنا فائدتان:

١ إحداهما: خرج مخرجون القولين على أن المدعي من يدعي أمراً خفياً، والمدعى عليه من يدعي أمراً جلياً، والمدعى من لو سكت لترك، والمدعى عليه من لو سكت لم يترك، هذا أصل معروف في موضعه<sup>(٢)</sup>.

(١) قال النووي: هذا الذي ذكره، اقتصار على الأصح فقد قال إمام الحرمين: إذا قال من عليه الدين لهذا الوكيل: خذ الألف وادفعه إلى فلان، فوجهان: أفقهما: أنه بالقبض ينعزل عن وكالة المستحق، وصار وكيلاً للمديون. والثاني: يبقى وكيلاً للأول فعلى هذا، لو تلف في يد الوكيل بغير تقصير، فمن ضمان صاحب الدين وقد برى الدافع وعلى الأول هو من ضمان الدافع، والدين باق عليه. وإن قصر الوكيل، فعليه الضمان. وأيهما يطالب؟ فيه الوجهان. قال الإمام: ولا يشترط في جريان الوجهين قبول الوكيل صريحاً بالقول، بل مجرد قوله: ادفع إلى فلان، فيه الوجهان. ينظر روضة الطالبين ٣/٣٥٩ - ٣٦٠.

(٢) اختلفت عبارات الأئمة في حد المدعي والمدعى عليه. فمنهم من قال: المدعي من يثبت شيئاً، =

فإن قلنا بالأول فالمدعي الرَاهِن؛ لأنه قد يدعي جريان القَبْضِ الصَّحِيحِ، والأصل عَدْمُهُ، فيكون القولُ قولَ المُرْتَهِنِ.

وإن قلنا بالثاني، فالمدعي المرتهن؛ لأنه لو سَكَتَ لترك، والراهن لا يترك لو

= والمدعى عليه من ينفي شيئاً. ومنهم من قال: المدعي من يقول بالاختيار، والمدعى عليه من يجب بالاضطرار. ومنهم من قال: المدعي من إذا سكت ترك وسكوته، والمدعى عليه من لا يترك وسكوته، وهذه عبارة الحنفية وهي معنى العبارة الثانية بعينها، وإنما اختلفت العبارة. وقال الإمام: المدعي عند أبي حنيفة من يثبت الشيء لنفسه، والمدعى عليه من يثبت عن غيره، وفي نسخة أخرى: من ينفيه عن غيره. هذا نقل الإمام عن ذلك الحبر الإمام، ولم يزد عليه شيئاً مع شدة تتبعه كلام من تقدمه بالبحث والتحقيق. وهذا الحد باطل في الطرفين: أما قوله: «المدعي من يثبت الشيء لنفسه»، فيزيد بالشيء المدعى به، وهو باطل بدعوى الوصي للموصى عليه المحجور عليه على الغير مالا، أو غيره، فانه مدع بالاجماع، مع أنه يثبت الشيء المدعى به لغيره. وهكذا القيم من جهة الحاكم على المحجور عليهم. وهكذا الناظر في الوقف. وهكذا الوكيل يثبت المدعى به للموكل لا لنفسه. ولا يقال: مراده بالشيء الذي يثبت للسلطنة، واستحقاق قبضه وتسلمه أن يثبت، لأننا نقول: السلطنة ثابتة قبل هذه الدعوى، لأن الكلام مفروض في دعوى وصي ثابت الوصية عند الحاكم، وكذلك القيم والناظر والوكيل سلطنتهم ثابتة، بمعنى أن كل أمر تحقق أنه للمحجور عليه، أو للموكل، أو للموقوف عليهم، تسلط هؤلاء شرعاً على قبضه، فهو لا يثبت بالدعوى سلطنة، ولا السلطنة يدعي بها، وإنما المدعى به هو المال في الذمة، أو الثوب المعين مثلاً، وهو الشيء الذي يثبت. نعم إذا ثبت عند الحاكم، تسلط هذا لمدعي على قبضه لا بدعواه، بل بالتسليط السابق على هذه الدعوى الثابت بوصية، أو نظر، أو وكالة. وأما الطرف الثاني: وهو قوله: «والمدعى عليه من يثبت عن غيره»، على النسخة الأولى، فبطلان هذا أظهر من الكلام عليه، فإن المدعى عليه بمال في ذمته ينفي استحقاق المدعى له، فلا يثبت شيئاً. فإن قيل: هو وإن نفى الاستحقاق، لكنه يثبت براءة ذمته، فهو مثبت، قلنا: عنه جوابان: أحدهما: أن البراءة الأصلية حاصلة بالأصل واستصحابه، فهي ثابتة، وهو غير محتاج إلى إثباتها، وإنما هو ناف ما يشغلها. والثاني: هب أنه مثبت براءة نفسه وذمته، فهل هو مثبت للشيء عن غيره؟ كلا، فهذا حد باطل. وعلى النسخة الأخرى، وهو: «ينفيه عن غيره» باطل، وإنما هو ينفيه عن نفسه. وعندني أن هذا زال من النسخ، فإن منصب هذا الإمام أجل من قول مثل هذا. وقال بعض الأصحاب: المدعي من يدعي أمراً باطناً خفياً، والمدعى عليه من يدعي أمراً ظاهراً جلياً. وهذا الحد مع الحد الذي سبق ذكره، «وهو أن المدعي من يخلى وسكوته والمدعى عليه من لا يخلى وسكوته»، مستبطنان من مسألة استنبطها الشيخ القفال وهي، ما إذا كان الزوجان مشركين، ثم أسلما قبل الدخول، ثم اختلفا، فقال الزوج: أسلمنا معاً، فنحن على الزوجية، وقالت المرأة: أسلم أحدنا قبل صاحبه فقد بطل نكاحنا، ففيه قولان: أحدهما: إن القول قول الزوج، لأن الأصل بقاء النكاح، وهذا على قولنا: إن المدعي من يترك وسكوته، فإن المرأة هي التي بهذه الصفة، وهي مدعية. والقول الثاني: إن القول قول الزوجة، وهذا على قولنا: إن المدعي هو الذي يدعي أمراً باطناً خفياً يخالف الظاهر، والزوج هاهنا هو الذي بهذه الصفة، لأن اتفاقهما على الإسلام في حالة واحدة بحيث لم يسبق أحدهما الآخر، خلاف الظاهر.

سكت، فيكون القول قول الرّاهن. والثانية: استنبط القاضي حسين من القولين الجواب في فرعين.

أحدهما: سلم العبد المشروط رهنه ملفوفاً في ثوب، ثم وجد ميتاً، فقال الرّاهن: مات عندك، وقال المرتهن: بل كان عندك ميتاً، فمن المصدق منهما فيه القولان.

الثاني: اشترى مائعاً وجاء بظرف فصيه البائع فيه، فوجدت فيه فأرة ميتة، فقال البائع: إنها كانت في ظرفك، وقال المشتري: بل أقبضتني وفي الفأرة، فمن يصدق؟ القولان.

ولو زعم المشتري أنها كانت فيه يوم البيع، فهذا اختلاف في أن العقد جرى صحيحاً أو فاسداً.

خاتمة: ليس للراهن أن يقول: أحضر المرهون وأنا أودي ديتك من مالي، بل لا يلزمه الإحضار بعد الأداء أيضاً، وإنما عليه التمكين كالمودع، والإحضار وما يحتاج إليه من مؤنة على رب المال، ولو احتاج إلى بيعه في الدين لم يكن عليه الإحضار أيضاً، بل يتكلف الرّاهن مؤنته ويحضره القاضي بنفسه حتى يبيعه<sup>(١)</sup>، والله تعالى أعلم.

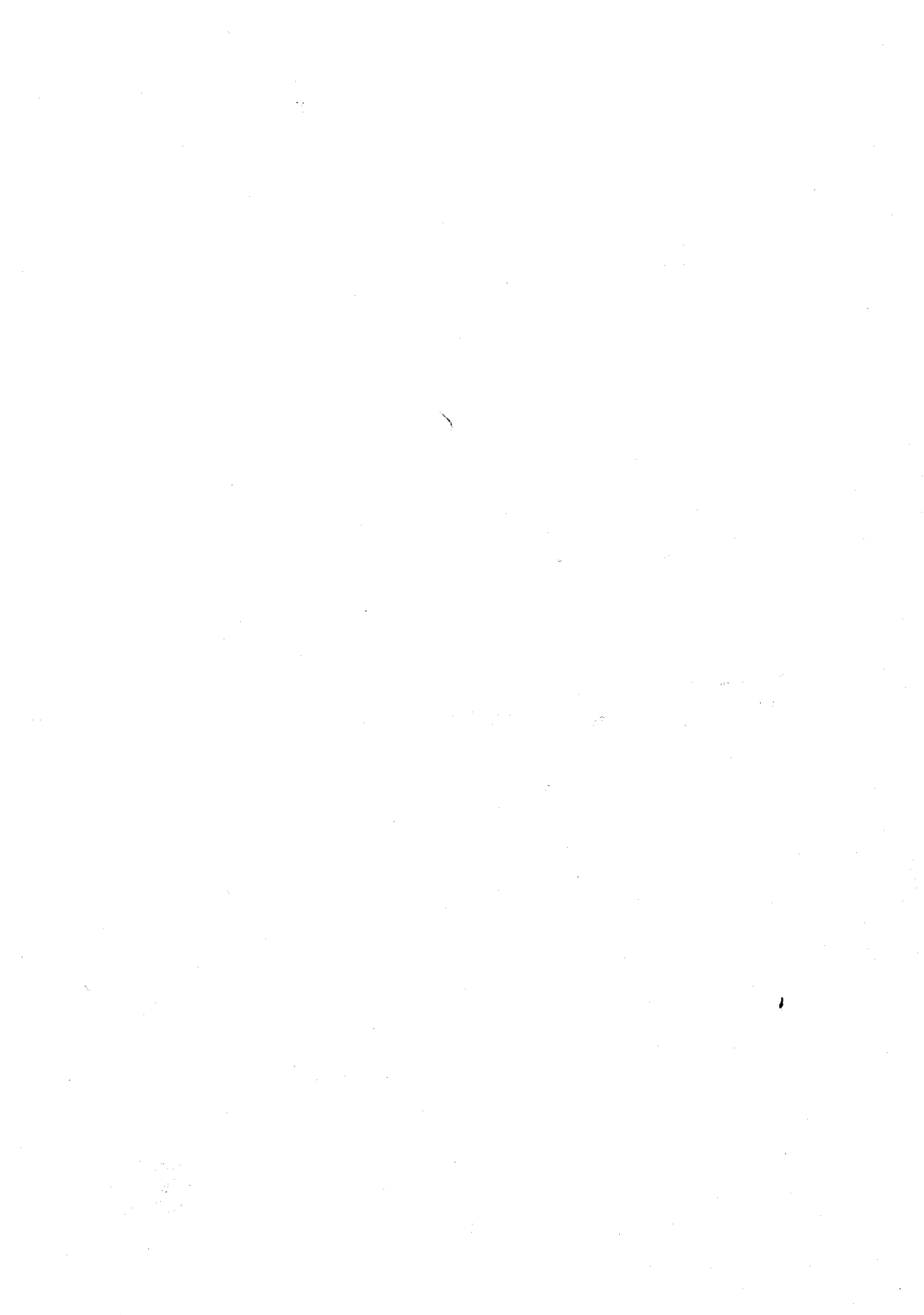
#### تم الجزء الرابع،

ويليه الجزء الخامس، وأوله:

#### «كتاب التفليس»

(١) قال النووي: قال صاحب «المعایاة»: إذا رهن شيئاً ولم يشرط جعله في يده عدل، أو المرتهن، فإن كان جارية، صح قطعاً، وكذا غيرها على الصحيح. والفرق أنها لا تكون في يد المرتهن، وغيرها قد يكون، فيتنازعان. قال أصحابنا: لو كان بالمرهون عيب ولم يعلم به المرتهن حتى مات، أو حدث به عيباً في يده، لم يكن له فسخ البيع المشروط فيه، كما لو جرى ذلك في يد المشتري، وليس له أن يطالب بالأرض ليكون مرهوناً، صرح به القاضي أبو الطيب وغيره. قال: ولو رهن عبدین، وسلم أحدهما فمات في يد المرتهن، وامتنع الراهن من تسليم الآخر، لم يكن له خيار في فسخ البيع، لأنه لم يمكنه رده على حاله. ينظر روضة الطالبين ٣/٣٦١.

فهرس محتويات  
الجزء الرابع  
من  
العزیز شرح الوجیز



## الفهرس

### كتاب البيع

- النظر الأول: في صحته وفساده وفيه أربعة أبواب ..... ٣
- الباب الأول: في أركانه وهي ثلاثة ..... ٣
- الركن الأول: الصيغة وهي الإيجاب والقبول ..... ٣
- الركن الثاني: العاقد وشرط التكليف ..... ١٤
- الركن الثالث: المعقود عليه ..... ٢٣
- المنفعة ..... ٢٦
- أن يكون مملوكاً لمن وقع العقد عليه ..... ٣١
- أن يكون مقدوراً على تسليمه ..... ٣٤
- العلم ..... ٤١
- الباب الثاني: في الفساد بجهة الربا ..... ٦٥
- الباب الثالث: في الفساد من جهة النهي ..... ١٠٠
- الباب الرابع: في الفساد من جهة تفريق الصفقة ..... ١٣٨
- النظر الثاني: في لزوم اتحاد العقد وجوازه ..... ١٥٩
- النظر الثالث: في حكم العقد قبل القبض وبعده ..... ٢٨٦
- النظر الرابع: في موجب الألفاظ المطلقة وهي ثلاثة أقسام ..... ٣١٧
- القسم الأول: ما يطلق في العقد ..... ٣١٧
- القسم الثاني: ما يطلق في الثمن من ألفاظ المرابحة ..... ٣١٩
- القسم الثالث: ما يطلق في البيع وهي ستة ألفاظ ..... ٣٢٨



- ٣٢٨ ..... اللفظ الأول: لفظ الأرض
- ٣٣٤ ..... اللفظ الثاني: الباغ
- ٣٣٥ ..... اللفظ الثالث: الدار
- ٣٣٧ ..... اللفظ الرابع: العبد
- ٣٣٨ ..... اللفظ الخامس: الشجر
- ٣٤٥ ..... اللفظ السادس: بيع الثمار
- ٣٦٥ ..... النظر الخامس: في مداينة العبيد والتحالف وفيه بابان
- ٣٦٥ ..... الباب الأول: في معاملة العبيد
- ٣٧٥ ..... الباب الثاني: في التحالف

### كتاب السلم والقرض وفيه بابان

- ٣٩٠ ..... الباب الأول: في شرائطه وهي خمسة
- الشرط الأول: تسليم رأس المال في المجلس جبراً للغرر في الجانب الآخر
- ٣٩٠ ..... الآخر
- ٣٩٤ ..... الشرط الثاني: أن يكون المسلم فيه ديناً
- ٤٠١ ..... الشرط الثالث: أن يكون المسلم فيه مقدوراً على تسليمه
- ٤٠٥ ..... الشرط الرابع: أن يكون معلوم المقدار
- ٤٠٨ ..... الشرط الخامس: معرفة الأوصاف
- ٤٢٤ ..... الباب الثاني: في أداء المسلم فيه والقرض
- ٤٢٨ ..... باب القرض

### كتاب الرهن

- ٤٣٧ ..... الباب الأول: في أركانه وهو أربعة
- ٤٣٧ ..... الركن الأول: المرهون وفيه ثلاثة شرائط
- ٤٣٧ ..... الشرط الأول: أن يكون عيناً فلا يجوز رهن الدين
- ٤٣٩ ..... الشرط الثاني: أن لا يمتنع إثبات يد المرتهن عليه
- ٤٤٠ ..... الشرط الثالث: أن تكون العين قابلة للبيع عند حلول الأجل

- ٤٥٧ ..... الركن الثاني: المرهون به
- ٤٦٢ ..... الركن الثالث: الصيغة
- ٤٦٨ ..... الركن الرابع: العاقد فلا يصح إلا ممن يصح منه البيع
- ٤٧٠ ..... القول في رهن المكاتب وارتهاه
- ٤٧١ ..... الباب الثاني: في القبض والطوارئ قبله
- ٤٧٧ ..... فصل في الطوارئ المؤثرة في العقد قبل القبض
- ٤٨٣ ..... الباب الثالث: في حكم المرهون بعد القبض والنظر في ثلاثة أطراف
- ٤٨٣ ..... الطرف الأول: جانب الراهن
- ٤٩٨ ..... الطرف الثاني: جانب المرتهن
- ٥١٦ ..... الطرف الثالث: في فك الرهن
- ٥١٦ ..... أسباب انفكك الرهن
- ٥٢٨ ..... الباب الرابع: في النزاع بين المتعاقدين

# العقود

## شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير

تأليف

الإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الراعي الفزوي الشافعي

المؤلف سنة ٦٢٣ هـ

تحقيق وتعليق

أشيخ علي محمد معوض شيخ عادل أحمد عبد الموجود

الجزء الخامس

يحتوي على الكتب التالية:

التفليس - الجزر - الصلح - الحوالة - الضمان - الشركة - الوكالة  
الإقرار - العارية - القصب - الشفعة

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

## جميع الحقوق محفوظة

جميع حقوق الملكية الادبية والفنية محفوظة لدار الكتب العلمية بيروت - لبنان ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تفخيد الكتاب كاملاً أو جزءاً أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو برمجته على اسطوانات ضوئية إلا بموافقة الناشر خطياً.

Copyright ©  
All rights reserved

Exclusive rights by DAR al-KOTOB al-ILMIYAH Beirut - Lebanon. No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

الطبعة الأولى  
١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م

## دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف، شارع البحري، بناية ملكارت  
تلفون وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٢٥ - ٦٠٢١٣٣ (١ ٩٦١) ٠٠  
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

## DAR al-KOTOB al-ILMIYAH

Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif, Bohtory st., Melkart bldg., 1st Floore.  
Tel. & Fax : 00 (961 1) 60.21.33 - 36.61.35 - 36.43.98  
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

### كِتَابُ التَّفْلِيسِ

قال الغزالي: التَّمَّاسُ الْغَرْمَاءِ الْحَجَرِ بِالذُّيُونِ الْحَالَةَ الزَّائِلَةَ عَلَى قَدْرِ الْمَالِ سَبَبٌ لِضَرْبِ الْحَجَرِ (ح) عَلَى الْمُفْلِسِ بِدَلِيلِ الْحَدِيثِ، وَفِي التَّمَّاسِ الْمُفْلِسِ دُونَ الْغَرْمَاءِ وَالتَّمَّاسِ الْغَرْمَاءِ بِدَيْنِ يَسَاوِي الْمَالَ أَوْ يَقْرُبُ مِنْهُ خِلَافٌ، وَالدُّيُونُ الْمُؤَجَّلَةُ لَا حَجَرَ بِهَا (و)، وَلَا يَحِلُّ الْأَجَلُ بِالْفَلْسِ عَلَى الْأَصَحِّ.

قال الرَّافِعِيُّ: التَّفْلِيسُ: النداء على الْمُفْلِسِ وإشهاره بِصِفَةِ الْإِفْلَاسِ، ولفظ الْإِفْلَاسِ مأخوذ من الْفُلُوسِ، وقولهم: أَفْلَسَ الرَّجُلُ كقولهم: أَخْبَثَ أَي صَارَ أَصْحَابَهُ حُبْنَاءً؛ لِأَن مَالَهُ صَارَ فُلُوساً وَزَيْوفاً، ولم يبق ماله خطر، أو كقولهم: أَذَلَ الرَّجُلُ إِذَا صَارَ إِلَى حَالٍ يُذَلُّ فِيهَا؛ لِأَنَّهُ صَارَ إِلَى حَالَةٍ يُقَالُ: لَيْسَ مَعَهُ فُلْسٌ، أَوْ يُقَالُ فِيهَا: لَمْ يَبْقَ مَعَهُ إِلَّا الْفُلُوسُ، أَوْ كقولهم: أَسْهَلَ الرَّجُلُ وَأَحْزَنَ إِذَا وَصَلَ إِلَى السَّهْلِ وَالْحِزْنِ؛ لِأَنَّهُ انْتَهَى أَمْرَهُ وَتَصَرَّفَهُ إِلَى الْفُلُوسِ، هَذَا فِي اللَّغَةِ.

وأما فِي الشَّرْعِ: فَقَدْ قَالَ الْأَئِمَّةُ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ -: الْمُفْلِسُ مِنْ عَلَيْهِ ذُيُونٌ لَا يَبْقَى بِهَا مَالُهُ، وَمِثْلُ هَذَا الشُّخْصِ يَجُوزُ لِلْحَاكِمِ الْحَجْرُ عَلَيْهِ بِالشَّرَائِطِ الَّتِي نَذَرَهَا، وَإِذَا حَجَرَ عَلَيْهِ ثَبَتَ حُكْمَانِ:

أحدهما: تَعَلَّقَ الدَّيْنُ بِمَالِهِ حَتَّى لَا يَنْفَذَ تَصَرُّفَهُ فِيهِ بِمَا يَضُرُّ الْغَرْمَاءَ، وَلَا تَرَاخُمَهُمُ الدُّيُونُ الْحَادِثَةُ كَمَا سَيَأْتِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

والثاني: أَنْ مَنْ وَجَدَ عِنْدَ الْمُفْلِسِ عَيْنَ مَالِهِ كَانَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ.

ولو مات مفلساً قبل أن يحجر عليه تعلقت الديون بالتركة على ما مرَّ بيانه، ولا فرق بين الْمُفْلِسِ وَغَيْرِهِ. وَأما الْحُكْمُ الثَّانِي: فَإِنَّهُ يَثْبُتُ وَيَكُونُ بِمَوْتِهِ مُفْلِساً كَالْحَجَرِ عَلَيْهِ.

وقال مالك: يحجر عليه ويثبت التعلق والرجوع، ولكنهما لا يثبتان بالموت، وحكى أصحابنا عن أحمد - رضي الله عنه - مثل مذهبننا، ورأيت في كُتُبِ بَعْضِ أَصْحَابِهِ

أَن مَذْهَبَهُ كَمَذْهَبِ مَالِكٍ وَأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ فَإِنَّهُ قَالَ: لَيْسَ لِلْحَاكِمِ الْحَجْرُ عَلَيْهِ، فَإِنْ فَعَلَ وَأَمْضَاهُ حَاكِمٌ نَفَذَ فِي امْتِنَاعِ التَّصَرُّفِ عَلَيْهِ، وَلَكِنْ لَا رَجُوعَ لِلْبَائِعِ فِي عَيْنِ مَتَاعِهِ.

ووجه المذهب: ما روى عن كعب بن مالك - رضي الله عنه -: «أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ حَجَرَ عَلَى مُعَاذٍ وَبَاعَ عَلَيْهِ مَالَهُ»<sup>(١)</sup> وعن أبي هريرة - رضي الله عنه - أنه رضي الله عنه قال: «إِذَا أَفْلَسَ الرَّجُلُ وَوَجَدَ الْبَائِعَ سَلَعَتَهُ بِعَيْنِهَا فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا مِنَ الْغَرْمَاءِ»<sup>(٢)</sup> ويروى عنه أنه قال في مفلس أتوه به: هذا الذي قضى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم «أَيُّمَا رَجُلٍ مَاتَ أَوْ أَفْلَسَ فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أَحَقُّ بِمَتَاعِهِ إِذَا وَجَدَهُ بِعَيْنِهِ»<sup>(٣)</sup>.

ومن جهة المعنى: أنه عقد معاوضة، يدخله الفسخ بالإقالة، فدخله الفسخ بتعذر العوض، كما لو تعذر المسلم فيه، واحترزوا بالوصف عن الحوالة والخلع، ثم هاهنا مباحثات:

إحداها: لا شك أن التعلق المانع من التصرف يفتقر ثبوته إلى توسط حجر القاضي عليه، وهل الرجوع إلى عين المبيع كذلك أو هو مستغن عن الحجر؟ إن كان الأول فما وجه قوله رضي الله عنه: «أَيُّمَا رَجُلٍ مَاتَ أَوْ أَفْلَسَ»، الحديث<sup>(٤)</sup> أثبت الأحقية بمجرد الإفلاس، وإن كان الثاني فلم جعل صاحب الكتاب الرجوع حكماً للحجر حيث قال: (ثم للحجر أحكام أربعة وهو أحدها)؟ وعلى هذا التقدير يكون الرجوع حكم الإفلاس لا حكماً للحجر؟

والجواب الذي يدل عليه كلام الأصحاب هاهنا تعريضاً وتصريحاً: افتقار الرجوع إلى توسط الحجر، كافتقار تعلق الديون بالمال، ولفظ الكتاب مطابق له، إلا أن ما حكيناه في تفریع الأقوال عند اختلاف المتبايعين في البداية بالتسليم يشعر باستغنائه عن الحجر، فراجعه إن لم تتذكر، والمعتمد الأول، والحديث يحتمل وجوهاً من التأويل: منها: أن يريد بالإفلاس الحجر، فعبر بالسبب عن المسبب، فإن الإفلاس سبب الحجر.

ومنها: أن يضمّر الحجر فيه.

ومنها: أن يقال: لفظ الحديث الأحقية، وهذا اللفظ يصدق بالتمكين من الرجوع

(١) أخرجه الدارقطني (٢٣٠/٤ - ٢٣١) والحاكم (٥٨/٢) وقال صحيح على شرط الشيخين والبيهقي (٤٨/٦).

(٢) أخرجه البخاري (٢٤٠٢) ومسلم (١٥٥٩).

(٣) أخرجه أبو داود (٣٥١٩) وابن ماجه (٤٣٥٨) والحاكم (٥٠/٢ - ٥١) وقال صحيح الإسناد، وقال الشافعي حديث موصول.

(٤) تقدم قريباً.

يسلوك الأسباب المفضية إليه، ومن جملتها طلب الحجر، فإذا مجرد الإفلاس يفيد الأحقية.

الثانية: فيما نقلناه عن الأئمة في تفسير المفلس قِيدَان:

أحدهما: المديونية.

والآخر: أن يكون ماله قاصراً عن الوفاء بالديون، والقيد الأول لا بد منه لجواز الحجر، وأما الثاني فيجوز أن يقال: إنه لا حاجة إليه، بل مجرد الدَّيْن يكفي لجواز الحجر منعاً له من التصرفات فيما عساه يحدث له باصطياد واتهاب والظفر بركاز وغيرها، فإن كان كذلك فيفسر المُفْلِس بالذي ليس له مَالٌ يَفِي بديونه، لينتظم من لا مَالٌ لَهُ أضلاً، ومن له مال قاصر، وإنما يراد بالمُفْلِس في المشهور من لا مَالٌ لَهُ فإنه بمجرد لا يؤثر في هذه الأحكام بحال.

الثالث: قوله ﷺ: «أَيُّمَا رَجُلٍ مَاتَ أَوْ أَفْلَسَ»<sup>(١)</sup> يقتضي ظاهره ثبوت الرجوع، وإن كان مال الميت وافيّاً بالديون، فهذا الظاهر هل هو معمول به أم لا؟

الجواب: أثبت الإضطراري الرجوع بمجرد الموت أخذاً بهذا الظاهر، والمذهب المنع؛ لتيسر الوصول إلى الثَّمَن، كما في حال الحياة، والخبر معمول على ما إذا مات مُفْلِساً؛ لأنه روى في بعض الروايات أنه ﷺ قال: «أَيُّمَا رَجُلٍ مَاتَ أَوْ أَفْلَسَ فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أَحَقُّ بِمَتَاعِهِ إِذَا وَجَدَ بَعِيْنَهُ مَا لَمْ يُخْلَفْ وَفَاءً»<sup>(٢)</sup>.

وإذا تقررَت هذه التمهيدات فالكلام بعد في أنه متى يُحَجَّرُ عَلَيْهِ؟ قال حُجَّةُ الْإِسْلَام: التماس الغرماء الحجر بالديون الحالة الزائدة على قدر المال سَبَبٌ لضرب الحجر عَلَى الْمُفْلِسِ، وفيه قيود:

أولها: الالتماس، ولا بد منه، وليس للقاضي أن يحجر عليه من غير التماس؛ لأن هذا الحجر لمصلحة الغرماء والمفلس، وهم ناظرون لأنفسهم، فلا يتحكم الحاكم عَلَيْهِمْ. نعم، لو كانت الديون لمجانين أو أطفال أو محجورين بالسَّفَه، لولى القاضي الحجر لمصلحتهم من غير التماس، ولا يحجر لِذَيْنِ الْعَائِيْنِ، لأنه لا يستوفى ما لهم في الدَّمَم، وإنما تحفظ أعيان أموالهم<sup>(٣)</sup>.

(١) تقدم.

(٢) أخرجه الدارقطني (٤/٢٣٠) والبيهقي (٦/٤٦).

(٣) قال النووي: وإذا وجد الالتماس مع باقي الشروط المجوزة للحجر وجب على الحاكم الحجر صرح به أصحابنا كالقاضي أبي الطيب وأصحاب «الحاوي» و«الشامل» و«البيسط» وآخرين. وإنما نهت عليه لأن عبارة كثيرين من أصحابنا: «فللقاضي الحجر» وليس مرادهم أنه مخير فيه. ينظر الروضة ٣/٣٦٣.

وثانيها: كون الالتماس من الغرماء، وفيه مسألتان:

إحدهما: لو التمس بعضهم دون بَعْض، نظر إن كان دين الملتمس قدراً يجوز الحَجْرُ عليه لذلك القدر أُجِيبُوا، ثم لا يختص الحجر بهم، بل يعم أثره الكُلُّ<sup>(١)</sup>، وإن لم يَكُنْ فوجهان:

الأظهر: المنع؛ وعن الشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ: أنه يحجر، ولا يضع حَقَّهُ بتكاسل غيره.

الثانية: لو لم يلتمس أحد منهم والتمسه المفلس فوجهان:

أحدهما: لا يجاب إليه؛ لأن الحُرِّيَّةَ والرشد ينافيان الحَجْرَ، وإنما يصار إليه إذا حقت طلبه الغُرماء.

وأظهرهما: الإجابة؛ لأنَّ له غرضاً فيه ظاهراً، وقد روى أن الحَجْرَ على معاذ - رضي الله عنه - كان بالتماس منه دون طَلَبِ الغُرماء<sup>(٢)</sup>.

وثالثها: كون الدُّيُونِ حَالَهُ، فَإِنْ كانت مُوجَلَّةً فلا حَجْرَ بِهَا، سواء كان له ما يَقي بها أو لم يكن؛ لأنه لا مطالبة في الحَالِ، وربما يجد الوفاء عند توجه المُطَالِبَةِ، وإن كان البعض حالاً والبعض مؤجلاً، نظر إن كان الحال قدراً يجوز الحجر به حَجْرَ، وإلا فلا، وإذا حَجِرَ عليه، فهل يحل ما عليه من الدُّيُونِ المُوجَلَّة؟ فيه قولان:

أحدهما: نعم، وبه قال مَالِكٌ؛ لأن الحجر يُوجِبُ تعلق الدُّيْنِ بِالمَالِ، فيسقط الأجل كالموت.

وأصحهما: لا؛ لأن المقصود من التأجيل التخفيف ليكتسب في مُدَّةِ الأجل ما يقضي به الدُّيْنِ، وهذا المقصود غَيْرُ ثَابِتٍ، بخلاف صُورَةِ المَوْتِ، فإن توقع الاكتساب قَدْ يبطل، وهذا ما اختاره المزني ونقله عن «الإملاء» وعن الشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ: ترتيب هذين القولين على القولين في أن مَنْ عليه الدُّيْنُ المُوجَلُّ لو جُنَّ هل يَجَلُّ عليه الأجل؟ وأن الحلول في صورة الجُنُونِ أولى، لأن المجنون لا استقلال له كالميت، وقيمه ينوب عنه كما ينوب الوارث عن الميت، ورأى الإمام الترتيب بالعكس أولى؛ لأن قِيَمَ المجنون له أن يتناع له بثمن مُوجَلُّ عند ظهور المَصْلَحَةِ، فإذا لم يمنع الجُنُونُ التأجيل ابتداء فلأن لا يقطع الأجل دوماً كان أولى.

(١) قال النووي: أطلق أبو الطيب وأصحاب «الحاوي» و«التتمة» و«التهذيب»: أنه إذا عجز ماله عن ديونه فطلب الحجر بعض الغرماء حجر ولم يعتبروا قدر دين الطالب وهذا قوي. ينظر الروضة ٣٦٤/٣.

(٢) قال ابن الملقن في الخلاصة غريب (٨١/٢).



التفريع: إذا قلنا بالحلول قسم المال بين أصحاب هذه الدَّيُونِ وأصحاب الديون الحالة في الابتداء، كما لو مات، وإن كان في الدَّيُونِ المؤجلة ما كان ثمن مَتَاع وهو قائم عند المُفْلِسِ فلاصحابه الرجوع إلى عَيْنِ مَتَاعِهِ كما لو كان حالاً في الابتداء، وعن القاضي أبي الطَّيِّبِ: أن أبا إسحاقَ قَالَ: فائدة الحل أن لا يتعلق بذلك المتاع حق غير بائعه، ويكون محفوظاً له إلى مضي المدة، فإن وجد المُفْلِسُ وَفَاءً فذاك، وإلا فحينئذ يفسخ، وقيل: لا فسخ حينئذ أيضاً، بل لو باع بثمن مُؤَجَّلٍ وَحَلَّ الأجل ثم أفلس المشتري وحجر عليه فليس للبائع الفسخ والرجوع إلى المبيع؛ لأن المبيع بالثمن المؤجل يقطع حقَّ البائع عن المبيع بالكلية، ولهذا لا يثبت فيه حق الجنس للبائع، والأصح: الأول.

وإن قلنا: بعدم الحُلُولِ، يبيع ماله وقسّم على أصحاب الدَّيُونِ الحَالَّةِ، ولا يدخُر لأصحاب الديون المؤجلة شيء ولا يدام الحجر بعد القسمة لأصحاب الديون المؤجلة، كما لا يحجر بها ابتداء، وهل يدخل في البيع الأمتعة المؤجلة الأثمان؟ فيه وجهان:

أصحهما: نعم، كسائر أموال المفلس، وليس لبائعهما تعلق بها؛ لأنه لا مطالبة في الحال، وعلى هذا فإن لم يتفق بيعها وقسمتها حتى حلَّ الأجل ففي جواز الفسخ الآن وجهان.

والثاني: أنها لا تُبَاعُ، فإنها كالمرهونة بحقوق بائعها، بل يتوقف إلى انقضاء الأجل، فإن انقضى والحجر باقٍ ثبت حق الفسخ، وإن أطلق فكذلك، ولا حاجة إلى إعادة الحجر، بل عزلها وانتظار حلول الأجل كإبقاء الحجر بالإضافة إلى البيع، ونقل الإمام وجهاً آخر: أنه لا بُدَّ من إعادة الحجر، ليثبت حق الفسخ، وذكر أيضاً تفريراً على القول الأول وجهين في أنه لو لم يكن عليه إلا ديون مؤجلة وطلب أصحابها الحجر هل يجابون؟

أحدهما: نعم، فإنهم يتوسلون به إلى الحُلُولِ أو المُطَالَبَةِ.

وأصحهما: لا؛ لأن طلب الحجر فرع طلب الدين وعسر تخليصه، فلا يتقدم عليه.

ويصح إعلام قوله في الكتاب: (والديون المؤجلة لا حجر بها) بالواو؛ للوجه الأول.

ورابعها: كون الديون زائدة على قدر أمواله، فإن كانت متساوية والرجل كسوب ينفق من كسبه فلا حجر، وإن ظهرت أمارات الإفلاس بأن لم يكن كسوباً وكان ينفق من ماله أو لم يبق كسبه بنفقته فوجهان:

أحدهما: يحجر عليه كيلا يضيع ماله في النفقة، والديون إذا ساوت المال فستزيد عن قريب.

والثاني: أنه لا يحجر؛ لأن الوفاء حاصل، وهم متمكنون من المطالبة في الحال، وهذا أصح عند العراقيين، وذكر الإمام أن المختار هو الأول. ويجري الوجهان فيما إذا كانت الديون أقل، وكانت بحيث يغلب على الظن انتهاؤها إلى حد المساواة، ومنه إلى الزيادة؛ لكثرة النفقة، وهذه الصورة أولى بالمنع، وإذا حجرنا في صورة المساواة فهل لمن وجد عين ماله عند المفلس الرجوع؟ فيه وجهان:

أصحهما: نعم؛ لإطلاق الحديث.

والثاني: لا؛ لتمكنه من استيفاء الثمن بكَمَالِهِ، وهل تدخل هذه الأعيان في حساب أمواله وأثمانها في حساب ديونه؟ فيه وجهان:

أصحهما عند العراقيين: الإذخال، وذكر في «التتمة» أن الوجهين مبنيان على الوجهين في جواز الرجوع في الصورة السابقة إن لم يثبت الرجوع، أدخلت رجاء الوفاء وإن أثبتناه فلا، والله أعلم.

قال الغزالي: ثم للحجر أربعة أحكام: الأول منع كل تصرف مبتدأ يصادف المال الموجود عند ضرب الحجر كالعتق، والبيع، والرهن، والكتابة، ولا يخرج عتقه على عتق الرهن؛ لأن تنفيذه إنطال لما أنشئ الحجر له، ثم لو فضل العبد المعتق أو المبيع بعد قضاء الدين ففي الحكم بنفوذه خلاف، فإن قلنا: ينفذ فليقبض الدين من غيره ما أمكن، أما ما لا يصادف المال كالتكاح، والخلع، وأستيفاء القصاص، وعفوه، وأسئلحاق النسب، ونفيه باللعان، واختطابه، وأتياه، وقبوله الوصية فهي صحيحة، وكذا سراؤه على الأصح، وكذا إقراره، إلا أن ما يتعلق منه بالمال يؤاخذ به بعد فك الحجر ولا يقبل على الغرماء، ولو أقر في عين مال أنه وديعة عنده أو غضب أو عارية ففيه قولان في القديم، ومنه خرج قول أن الإقرار المرسل بالدين أيضاً يوجب قضاءه في الحال من ماله إذ لا تهمته فيه.

قال الرافعي: عرفت أن من حكم الحجر منع المفلس من التصرف، والمستحب للحاكم إذا حجر عليه أن يشهد عليه؛ ليحذر الناس من معاملته، ثم في الضبط الذي ذكره صاحب الكتاب لما يمنع منه قيود:

أحدها: كون التصرف مصادفاً للمال والتصرف ضربان: إنشاء، وإقرار.

الضرب الأول: الإنشاءات، وهي نوعان:

أحدهما: ما يصادف المآل وينقسم إلى تحصيل كالإختطاب، والانتهاج، وقبول الوصية، ولا يخفى أنه لا يمنع منه؛ لأنه كآمل الحال، وغرض الحجر مما يضر الغرماء لا غير، وإلى تفويت فينظر إن تعلق بما بعد الموت وهو التدبير والوصية صح، فإن فضل المال نفذ والأفلا، وإن كان غير ذلك فإما أن يكون مؤرذة عين المال، أو ما في الذمة.

القسم الأول ما يكون مورده عين المال، كالبيع، والهبة والرهن والإعتاق، والكتابة، وفيها قولان:

أحدهما: أنها موقوفة، فإن فضل ما تصرف فيه عن الدين إما لارتفاع القيمة، أو لإبراء بعض المستحقين نفذناه، وإلا بان أنه كان لغواً، ووجهه أنه محجور عليه لحق الغير، فلا يلغى تصرفه كالمرضى وأصحهما وبه قال مالك واختاره المزني: أنه لا يصح شيء منها؛ لتعلق حق الغرماء بتلك الأموال، كتعلق حق المرتهن، وأيضاً فإنه محجور عليه لحكم الحاكم، فلا يصح تصرفه على مراغمة مقصود الحجر كالسفيه، وإن شئت قلت: هذه التصرفات غير نافذة في الحال، فإن فضل ما تصرف فيه وانفك الحجر فهل ينفذ حينئذ؟ فيه قولان وإيراد صاحب الكتاب يوافق هذه العبارة، وجعل الشيخ أبو محمد الخلاف في هذه التصرفات على الترتيب، فقال: العتق أولى بالنفوذ؛ لقبوله الوقف، وتعلقه بالإقرار، وتليه الكتابة؛ لما فيها من المعاضة، ثم البيع والهبة، لأنهما لا يقبلان التعليق، واختلفوا في محل القولين: فمن قاصرين لهما على ما إذا اقتصر الحاكم على الحجر ولم يجعل ماله لغرمائه حيث وجدوه، فإن فعل ذلك لم ينفذ تصرفه قولاً واحداً، واحتجوا بأن الشافعي - رضي الله عنه - قال: «إذا جعل ماله لغرمائه فلا زكاة عليه».

ومن طاردين لهما في الحاليتين، وهو الأشهر، قال هؤلاء: وتجب الزكاة عليه على أظهر القولين ما دام ملكه باقياً، والنص محمول على ما إذا باعه منهم، فإن نفذناه بعد الحجر وجب تأخير ما تصرف فيه، وقضاء الدين من غيره، فلعله يفضل، فإن لم يفضل نقضنا من تصرفاته الأضعف فالأضعف، والأضعف الرهن والهبة؛ لخلوهما عن العوض، ثم البيع، ثم الكتابة، ثم العتق، قال الإمام: فلو لم يوجد راجب في أموال المفلس إلا في العبد المعتق وقال الغرماء: بيعوه ونجزوا حقنا ففيه احتمال، وغالب الظن أنهم يجابون<sup>(١)</sup>، وذكر الشيخ أبو إسحاق - رحمه الله - أنه يحتمل أن ينقض من

(١) قال النووي: هذا الذي ذكره من فسح الأضعف فالأضعف، هو الذي قطع به الأصحاب في جميع الطرق، وحكاه صاحب «المهذب» عن الأصحاب، ثم قال: ويحتمل أن يفسخ الآخر فالآخر، كما قلنا في تبرعات المريض إذا عجز عنها الثلث، والمختار ما قاله الأصحاب. فعلى هذا، لو كان وقف وعتق، ففي «الشامل» إن العتق يفسخ، ثم الوقف. وقال صاحب «البيان»: =

تصرفاته للآخر، كما في تبرعات المريض، إذا زادت على الثلث، واعلم أن ما ذكرنا في البيع مفروض في بيعه من غير الغرماء، فإن باع منهم فسيأتي.

القسم الثاني: ما يرد على ما في الذمة، كما إذا اشترى بئمن في الذمة، أو باع طعاماً سلماً، فيصح، ويثبت في ذمته، وستكلم في أنه متى يؤدي؟ وكيف يؤدي؟ وروى الإمام قولاً آخر: أنه لا يصح شراؤه كالسفيه، والمذهب المشهور الأول.

النوع الثاني: ما لا يُصَادِفُ المَالَ، فلا يمنع منه، وذلك كالنكاح، والطلاق، والكلام في أن مؤنات نكاحه كيف توفى؟ نذكر ذلك في موضعه، وإذا صح منه الطلاق مجاناً صح الخلع منه بطريق الأولى، وكذا يصح منه استيقاء القصاص، والغفو عنه، واستلحاق النسب، ونفيه باللعان، والقول في استيفائه القصاص وعفوه عنه معاً في كتاب القصاص.

الضرب الثاني: الإقرار، فإن أقر بمال لم يحل، إما أن يقر بمال في الذمة أو بعين مال، إن كان الأول، نظر إن أقر بدين لزمه قبل الحجر إما عن معاملة، أو دين، أو إتلاف لزمه ما أقر به وفي قبوله في حق الغرماء قولان:

وجه: عدم القبول وبه قال مالك: أن حقهم تعلق بما له من المال، وفي القبول إضرار بهم لمزاحمته إياهم.

وجه: القبول، وهو الأصح القياس على ما إذا ثبت بالبينة، وعلى ما إذا أقر المريض بدين يزاحم المقر له غرماء الصحة، وهذا لأن ضرر الإقرار في حقه أكثر منه في حق الغرماء فلا تُهَمَّةُ فِيهِ، وإن أسنده إلى ما بعد الحجر، نظر إن قال عن معاملة لم يقبل في حق الغرماء، وإن قال: عن إتلاف، أو عن جنائية، فأصح الطريقتين أنه كما لو أسند لزمه إلى ما قبل الحجر.

والثاني: أنه كما لو قال عن معاملة وإن أقر بدين ولم يسنده بقياس المذهب التنزيل على الأقل<sup>(١)</sup>، وجعله كما لو أسند لزمه إلى ما بعد الحجر<sup>(٢)</sup>، وإن أقر بعين

= ينبغي أن يفسخ الوقف أولاً، لأن العتق له قوة وسراية، وهذا أصح. ولو تعارض الرهن والهيبة، فسخ الرهن لأنه لا يملك به العين. ينظر روضة الطالبين ٣/٣٦٧.

(١) مراده بالأقل أقل المراتب وهو ما بعد الحجر لأنه المحقق لا على أعلاها وهو ما قبله كذا قاله في المهمات. قال: فعلى هذا إن أضافه لمعاملة لم يقبل وإن أضافه لجنائية قبل في الأصح. وما ذكره الشيخان أن قياس المذهب صرح به القاضي الحسين من تعليقه.

(٢) قال النووي: هذا ظاهر إن تعذرت مراجعة المقر. فإن أمكنت، فينبغي أن يراجع، لأنه يقبل إقراره. ينظر الروضة ٣/٣٦٨.

مال لغيره، وقال غَصَبْتُهُ منه، أو استعترته، أو أخذته سَوْماً فقولان كالقولين فيما لو أقر بدين أسندهُ إلى ما قَبِلَ الْحَجْرِ، لكن إذا قبلنا ثم فآثره أن يزاحم المقر له الغرماء وهاهنا يسلم المقر له، وعلى الثاني إن فضل سلم إليه، وإلا فالغرم في ذِمَّتِهِ، والفرق بين الإنشاءات حيث رددناها في الْحَالِ جَزْماً، وقلنا: الأصح أنه لا يحكم بنفوذها عند انفكاك الحجر أيضاً، وبين الأقارير حيث قبلناها في حَقِّ المفلِسِ جزماً، وفي حق الغرماء أيضاً على أصح القولين أن مقصود الْحَجْرِ منعه من التَّصَرُّفِ فيناسبه إلغاء ما ينشئه، والإقرار إخبار عما مضى وَالْحَجْرُ لا يسلب العبارة عنه.

ولو أقر بما يوجب عليه قِصَاصاً أو حداً قبل وأجرى عليه حُكْمُهُ، فإن كان المقر به سرقة توجب القطع قبل في القَطْعِ، وفي رَدِّ المسروقِ القولانِ السَّابِقَانِ، والقبول هاهنا أولى لبعْدِ الإقرار عن التُّهْمَةِ، وإذا أقر بما يوجب القِصَاصِ، فعفا المُسْتَحِقُّ على مال قال في «التهديب»: هو كما لو أقر بدين جنائية، وقطع بعض شارحي «المختصر» بالقبول لانتفاء التهمة، وهذا القائل ينبغي أن يطرد كما ذكره في الصُّورَةِ الأولى.

فرع: لو ادعى مُدْعٍ على المفلِسِ ما لا لزمه قَبْلَ الْحَجْرِ، وأنكر المفلِسِ ولم يحلف فَحَلَفَ المُدْعِي.

إن قلنا: النكول ورد اليمين كالبيّنة، زَاَحَمَ الْحَالِفُ الْغُرْمَاءَ.

وإن قلنا: كالإقرار فعلى القولين.

ولنعد إلى ما يتعلق بلفظ الكتاب.

قوله: (ولا يخرج عتقه على عتق الراهن) إلى آخره أراد به أن الخلافَ المَذْكُورَ في نفوذ إعتاق الرَّاهِنِ في الْحَالِ لا يجيء هاهنا لأن الْحَجْرَ لم ينشأ إلا لِلْمَنْعِ من تفويت المَالِ، والتنفيذ يعكر على مقصود الحجر بالإبطال، وفي الرَّهْنِ المقصود الأصلي توثيق حَقِّ الْمُرْتَهِنِ، فإنه يحصل بِبَدْلِ الْمَرْهُونِ كما يُحْضَلُ بِعَيْنِهِ.

وقوله: (أما ما لا يصادق المال كالنكاح) إلى أن قال (واحتطابه واتهابه وقبول الوصية) ففيه كلام من جهة أن الاحتطاب والاتهاب وَقَبُولِ الْوَصِيَّةِ يصادف المَالِ لا مَحَالَةً، وكذا الشراء، وليس تصحيحهما لأنها لا تُصَادَفُ المَالِ، بل لأنها تحصيل للملك لإزالتها، وإن قيل: المراد أنها لا تصادف المَالِ الموجودَ عند الْحَجْرِ فهذا صَحِيحٌ، ولكن يصادفه المَالِ الموجودَ عند الْحَجْرِ حينئذ يصير قيلاً واحداً، وذلك خلاف ما ذكره في «الوسيط» وأورده هاهنا، وقوله في مسألة الإقرار بالعين: ففيه قولان في القديم ومنه خرج قول في أن الإقرار المرسل بالدين أيضاً يوجب قضاؤه في الحال من ماله، إذ لا تُهْمَةُ فيه أراد به أن القولين جميعاً مذكوران في كتبه القديمة، وإن

الأصحاب خرجوا في الإقرار بالدين مثل ذلك، إذ لا فَرْقَ، وهذا شيء مقلد فيه إمام الحرمين، فإنه كذلك أوردَهُ، ولم ينسب لجمهور القولين في الإقرار بالعين إلى القديم، وأما الحكم بالتخريج في الإقرار بالدين فَعَجِيبٌ مع نصه في «المختصر» على القولين جميعاً، حيث قال: وإن أقر بدين وزعم أنه لزمه قبل الوقت ففيه قولان:

أحدهما: أنه جائز كالمريض يدخل على غرمائه وبه أقول.

والثاني: أن إقراره لَازِمٌ لَهُ في مَالٍ، إن حدث له أو يفضل عن غرمائه، وقد تَعَرَّضَ للقولين في مسألة أخرى قبل هذه، ومعلوم أن النَّصَّ مُعْنٍ عن التخريج.

وقوله: (الإقرار المرسل بالدين) أي المطلق لا كالإقرار بالعين، فإنه يتعلق بمعين، ولو حذف لفظ: (المرسل) لم يضر.

قال الغزالي: وَالْمَالُ الَّذِي يَتَجَلَّدُ بَعْدَ الْحَجْرِ هَلْ يَتَعَدَّى إِلَيْهِ الْحَجْرُ؟ فِيهِ خِلَافٌ، وَمَنْ بَاعَ بَعْدَ الْحَجْرِ مِنْهُ شَيْئاً فَبِهِ تَعَلَّقَ بَعَيْنٌ مَتَاعِهِ ثَلَاثَةَ أَجْهِ يَفْرَقُ فِي الثَّلَاثِ بَعَيْنٌ أَنْ يَنْعَلِمَ إِفْلَاسَهُ أَوْ يَجْهَلَ، فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ فَيَضِرُّ عَلَى وَجْهِهِ إِلَى أَنْ يَقْضِيَ ثَمَنَهُ بَعْدَ فَكِّ الْحَجْرِ فَإِنَّهُ ذَيْنٌ جَدِيدٌ فَلَا يَقْضَى مِنَ الْمَالِ الْقَدِيمِ كَمَا يَلْزَمُهُ بِضْمَانٍ أَوْ إِفْرَارٍ أَوْ إِتْلَافٍ، وَعَلَى وَجْهِهِ يُضَارَبُ بِهِ، لِأَنَّ ثَمَنَ الْمَبِيعِ فِي مُقَابَلَةِ مَلِكٍ جَدِيدٍ اسْتَفِيدَ مِنْهُ، وَأَجْرَةُ الْكَيْتَالِ وَالْحَمَالِ وَمَا يَتَعَلَّقُ بِمُضْلِحَةِ الْحَجْرِ يُقَدَّمُ عَلَى سَائِرِ الدُّيُونِ.

قال الزَّافِعِيُّ: القيد الثاني: كونه مصادفاً للمال الموجود عند الحَجْر، أما المتجدد بعد الحَجْرِ باصطياد أو اتهاج، أو قبول وَصِيَّةٍ، ففي تعدي الحَجْرِ إليه ومنعه من التَّصْرُفِ وجهان نقلهما القَاضِي ابْنُ كَيْجٍ والإمام.

أحدهما: لا يتعدى، لأن الحَجْرَ على المفلس لقصر يده عن التصرف فيما عنده، فلا يتعدى إلى غَيْرِهِ كما أن حجر الراهن على نفسه في العين المرهونة لا يتعدى إلى غيرها.

وأصحهما: التعدي ومقصود الحَجْرِ إيصال حقوق المستحقين إليهم، وهذا لا يختص بالموجود عِنْدَ الْحَجْرِ، وإذا اشترى شيئاً - وفرعنا على الصَّحِيح وهو صحة شرائه - ففيه هَذَا الْخِلَافُ، وهل لِلْبَائِعِ الْخِيَارَ والتعلق بغير متاعه فيه ثلاثة أوجه:

أحدهما: نعم لتعذر الوُضُوعِ إِلَى الثَّمَنِ.

والثاني: لا، أما إذا كان عالماً، فكما لو اشترى سلعة وهو غير عالم بعينها.

وأما إذا كان جاهلاً فلتقصيره بترك البَحْثِ مع سهولة الوُقُوفِ عَلَيْهِ، فإن الحاكم لِيُشْهِرَ أَمْرَ الْمَخْجُورِ عَلَيْهِ.

وأصحهما: أنه إن كَانَ عَالِمًا فَلَا خِيَارَ لَهُ، وَإِنْ كَانَ جَاهِلًا فَلَهُ الْخِيَارُ وَالرَّجُوعُ إِلَى عَيْنِ مَالِهِ، وَيُقْرَبُ مِنْ هَذَا مَا إِذَا بَاعَ مِنْ عَبْدٍ بغيرِ إِذْنِ مَوْلَاهُ، وَفَرَعْنَا عَلَى صِحَّةِ الْبَيْعِ مِنَ الْمُفْلِسِ الْمَخْجُورِ عَلَيْهِ، هَلْ يَزَاحِمُ الْغَرْمَاءَ بِالثَّمَنِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ: فَإِنَّ الثَّمَنَ يَتَعَلَقُ بِذِمَّتِهِ يُبَاعُ بِهِ بَعْدَ الْعِتْقِ، فَإِنْ كَانَ عَالِمًا فَفِي ثُبُوتِ الْخِيَارِ وَجْهَانِ وَإِنْ كَانَ جَاهِلًا ثَبِتَ، وَإِذَا لَمْ يَثْبِتْ لَهُ الرَّجُوعُ فِي الْبَيْعِ مِنَ الْمُفْلِسِ الْمَخْجُورِ عَلَيْهِ فَهَلْ يَزَاحِمُ الْغَرْمَاءَ بِالثَّمَنِ فِيهِ وَجْهَانِ:

أصحهما: لا، لأنه حَادِثٌ بَعْدَ الْحَجْرِ بِرُضَى مُسْتَحَقِّهِ، وَالذِّيُونُ الَّتِي هَذَا شَأْنُهَا لَا يَزَاحِمُ مُسْتَحَقَّهَا الْغَرْمَاءَ الْأُولِينَ، فَعَلَى هَذَا يُصْبِرُ إِنْ فَضَّلَ مِنْهُمْ شَيْءًا أَخَذَهُ، وَإِلَّا فإلى أن يجد.

والثاني: نعم، لأنه وإن كَانَ دِينًا جَدِيدًا فَهُوَ فِي مَقَابِلَةِ مَلِكٍ جَدِيدٍ، فَلَمَّا زَادَ الْمَالُ جَازَ أَنْ يَزِيدَ الدَّيْنَ، بِخِلَافِ الصَّدَاقِ الَّذِي لَزِمَهُ بِنِكَاحٍ بَعْدَ الْفِلْسِ وَدَيْنٍ ضَمَنَهُ فَإِنَّهُ لَا مَقَابِلَ لَهُ.

فائدة: ذَكَرَ فِي «النَّهَائَةِ» وَ«الْبَسِيطِ» أَنَّ الْبَائِعَ يَضَارِبُ الْغَرْمَاءَ فِي الْمَبِيعِ الْمُسْتَفَادِ مِنْهُ، لَا فِي جَمِيعِ أَمْوَالِ الْمُفْلِسِ؛ لِأَنَّ دَيْنَهُ ثَبِتَ مَعَ ثُبُوتِ الْمَلِكِ فِيهِ، فَلَا أَقْلَ مِنَ الْمَشَارَكَةِ فِي هَذَا الْقَدْرِ.

ثم إنه امتزج مقصود الفصل في نظم الكتاب بالكلام في الديون الحادثة، وكيفية أدائها وهي ثلاثة أقسام:

أحدها: ما يلزم باختيار مستحقه، فإن كَانَ فِي مَقَابِلَتِهِ شَيْءٌ، كَثَّمَنَ الْمَبِيعَ فَقَدْ ذَكَرْنَاهُ، وَإِلَّا فَلَا خِلَافَ فِي أَنَّ مُسْتَحَقَّهُ لَا يُضَارِبُ الْغَرْمَاءَ بَلْ يُصِيرُ إِلَى انْفِكَالِ الْحَجْرِ.

والثاني: ما لزم بغير اختيار المستحق كأرش الجناية وغرامة الإثلاف فوجهان:

أحدهما: ويحكى عن القاضي حسين أنه لا يضارب به لتعلق حقوق الأدميين الأولين بأعيان أمواله، فصار كما لو جنى الرَاهِنُ وَلَا مَالَ لَهُ غَيْرَ الْمَرْهُونِ، وَلَا يَزَاحِمُ الْمَخْجَنَى عَلَيْهِ الْمَرْتَبِينَ.

وأصحهما: ولم يورد العراقيون غيره: أنه يُضَارِبُ بِهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَوْجَدْ مِنْهُ تَقْصِيرٌ فَيُعَدُّ تَكْلِيفَهُ الْإِنْتِظَارَ.

الثالث: ما يتجدد بسبب مؤنات المال، كأجرة الكيال والوزان والجَمَالِ وَالْمَنَادِي وَالذَّلَالِ وَكِرَى الْبَيْتِ الَّذِي يَوْضَعُ فِيهِ الْمَتَاعُ، فَهَذِهِ الْمُونَاتُ مُقَدِّمَةٌ عَلَى دِيُونِ الْغَرْمَاءِ، لِأَنَّهَا لِمَصْلَحَةِ الْحَجْرِ، وَإِصْطِلَاحُ حَقُوقِ الْمُسْتَحَقِّينَ إِلَيْهِمْ، وَلَوْ لَمْ تَقْدِمْهَا لَمَا رَغِبَ أَحَدٌ فِي تِلْكَ الْأَعْمَالِ، وَهَذَا إِذَا لَمْ يَوْجَدْ مُتَبَرِّعٌ، فَإِنْ وَجَدَ أَوْ كَانَ فِي بَيْتِ الْمَالِ سَعَةٌ لَمْ

يصرف مَالُ الْمُفْلِسِ إِلَيْهَا<sup>(١)</sup>.

وقوله في الكتاب: (كما يلزمه بضممان، أو إقرار، أو إتلاف) هذا في الإقرار جواباً على عدم القبول في حق الغرماء، وفي الإتلاف على الأول من الوجهين المذكورين في غرامات المتلفات، وقد مدّ أن الأصح عند الأكثرين في المسألتين خلاف ما أجاب به، فأعلمهما بالواو وأعلم ما فيهما، ثم في إضافة اللزوم إلى الإقرار نوع تساهل؛ لأن الإقرار إخبار ولا يلزم وإنما يظهر.

قال الغزالي: وَلَوْ اشْتَرَى شَيْئاً قَبْلَ الْحَجْرِ فَلَهُ رَدُّهُ بِالْمَيْبِ عَلَى وَفْقِ الْغِبْطَةِ، فَإِنْ كَانَتْ الْغِبْطَةُ فِي إِنْقَائِهِ فَلَا كَمَا فِي وَلِيِّ الطُّفْلِ، وَلَوْ حَجَرَ عَلَيْهِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ فَلَهُ التَّصْرُفُ بِالْفَسْخِ وَالْإِجَازَةِ فِي الْعَقْدِ الْمُتَقَدِّمِ مِنْ غَيْرِ تَقْيِيدٍ (و) بِشَرْطِ الْغِبْطَةِ؛ لِأَنَّ الْأَمْرَ فِيهِ لَمْ يَسْتَقِرَّ بَعْدُ فَلَيْسَ تَصْرُفًا مُبْتَدَأً.

قال الرافعي: القيد الثالث كون التصرف مبتدأ، وفيه مسألتان:

أحدهما: لو اشترى قبل الحجر شيئاً، فوجده بعد الحجر معيباً فله رده إذا كانت الغبطة في الرد، وليس ذلك كما لو باع وهو مغبوط، لأن الفسخ ليس تصرفاً مبتدأً، وإنما هو من أحكام البيع السابق ولو احقه، والحجر لا يعطف على ما مضى، فإن منع من الرد عيب حادث لزم الأرش، ولم يملك المفلس إسقاطه.

وإن كانت الغبطة في إبقائه بأن كان معيباً أكثر قيمة من الثمن لم يكن له الرد، لما فيه من تفويت المال بغير عوض، ولهذا نص الشافعي - رضي الله عنه - على أنه إذا اشترى في صحبته شيئاً ثم مرض فوجده معيباً فأمسكه والغبطة في رده كان المقدار الذي ينقصه العيب معتبراً من الثلث وكذلك ولي الطفل إذا وجد ما اشتراه للطفل معيباً لا يرده إذا كانت الغبطة في إبقائه، ولا يثبت له الأرش في هذه الصورة، لأن الرد غير ممتنع في نفسه، وإنما المصلحة تقتضي الامتناع منه.

الثانية: قال الشافعي - رضي الله عنه: لو تبايعا بالخيار ثلاثاً فأفلسا أو أحدهما فلكل واحد منهما إجازة البيع ورده دون الغرماء، أي دون رضاهم، وللأصحاب ثلاثة طرق:

أظهرها: الأخذ بظاهر النص وتجوز الفسخ والإجازة في العقد المتقدم، سواء وقع على وفق الغبطة، أو على خلافها، لأنه ليس بتصريف مستحدث، وإنما يمنع المفلس من التصرفات المنشأة.

(١) قال النووي: لو تجدد دين بعد الحجر وأقر بسابق وقلنا: لا مزاحمة بهما فهما سواء وما فضل

قسم بينهما قاله في «التتمة». ينظر الروضة ٣/٣٧٠.



والثاني: أن تجوز كل واحد منهما مقيد بشرط الغبطة كما في الردِّ بِالْعَيْبِ، وذكر القَاضِي ابْنُ كَيْجٍ والمسعودي أنه تخريج من نَصِّهِ فيمن عَقَدَ بِشَرَطِ الْخِيَارِ، ثم مرض مَرَضاً مَخَوْفاً فَأَجَازَ، أو فسخ على خِلافِ الغبطة يعتبر ذلك مِنَ الثُّلْثِ، وإن في تلك الصورة تخريجاً مما نحن فيه أيضاً، وتحكى هذه الطريقة عن أَبِي عَلِيٍّ الطَّبْرِيِّ وَابْنِ الْقَطَّانِ، ومن نصر الأول فرق بين الرد بالعَيْبِ، وبين الفسخ والإجازة، بأن العقد في زمن الخيار متزلزل لاثبات له، فلا يتعلق حَقُّ الْغُرْمَاءِ بِالْمَالِ، إذ يضعف تعلقه به، بخلاف ما إذا خرج معيماً وإذا ضعف التعلق، جاز أن لا<sup>(١)</sup> يعتبر شرط الغبطة.

والفرق بينه وبين مسألة المريض، أن حجر المريض أقوى، ألا ترى أن إمضاء الورثة تصرف المريض قبل المَوْتِ لا يفيد شيئاً، وإمضاء الْغُرْمَاءِ وإذنههم فيما يفعله المفلس يفيد الصحة والاعتبار.

والثالث: أن كل واحدٍ منهما إن وقع على وفق الغبطة فهو صحيح، وإلا فالنظر إلى الخِلافِ في المِلْكِ في زمن الخِيَارِ، وإلى أن الذي أفلس أيهما؟ فإن أفلس المُشْتَرِي وقلنا: الملك لِلْبَائِعِ فللمشتري الإجازة والفسخ، أما الإجازة فلأنها جَلَبُ مِلْكِ.

وأما الفسخ فلا يمنع دخول شيءٍ في مِلْكِهِ، إلا أنه يُزِيلُ مِلْكاً.

وإن قلنا: الملك لِلْمُشْتَرِيِ فله الإجازة، لأنه يستديم الشيء في مِلْكِهِ، وإن فسخ لم يجز لما فيه من إِزَالَةِ المِلْكِ، فإن أفلس البائع فإن قلنا: الملك له فله الفسخ، لأنه يستديم المِلْكِ وليس له الإجازة، لأنه يزيله، وإن قلنا: الملك للمشتري فللبائع الفسخ والإجازة كما ذكرنا في طَرَفِ المُشْتَرِيِ.

واعلم أنه لو خرج مخرج من نَصِّهِ في المسألة الثانية خلافاً في المسألة الأولى وقال: لا يتقيد الرد بالعيب بشرط الغبطة، لأنه ليس بعقد مستحدث لم يكن مبعداً.

قال الغزالي: وَإِذَا كَانَ لَهُ ذَيْنَ وَلَهُ شَاهِدٌ وَاحِدٌ فَيُحْلَفُ، وَكَذَا إِذَا رُدَّتْ عَلَيْهِ الْيَمِينُ، فَإِنْ نَكَلَ فَالنَّصُّ أَنَّ الْغَرِيمَ لَا يُحْلَفُ وَالْمُفْلِسُ حَيٌّ، فَلَوْ كَانَ مَيْتاً فَقَوْلَانِ مَنصُوصَانِ، فَمِنْهُم مَن سَوَى وَمِنْهُم مَن فَرَّقَ بَأَنَّ صَاحِبَ الْحَقِّ قَائِمٌ فَتَكْوَلُهُ يَوْمَ أَمْرًا.

قال الرَّافِعِيُّ: من مات وعليه دين فادعى وارثه ديناً له على رَجُلٍ، وأقام عليه شاهداً وحلف معه ثبت الحق وجعل في سائر تركاته.

وإن لم يحلف معه أو لم يكن شاهداً أو نكل المدعى عليه عن اليمين، ولم يحلف الوارث اليمين المردودة فهل يحلف الغرماء؟ فيه قولان:

(١) سقط في ب.

القديم: نعم، لأنه ذو حَقٍّ في التركة فأشبهه الوَارِثُ.

والجديد: لا، لأن حقه فيما يثبت للميت، أما إثباته للميت فليس إليه، ولهذا لو أوصى لإنسان بِشَيْءٍ فمات قبل القَبُولِ، أو لم يقبله وارثه لم يكن للغريم القَبُولِ.

ولو ادعى المفلس المَحْجُور عليه ديناً، والتصوير كما ذكرنا ففي حلف الغرماء طريقان:

أحدهما: طرد القولين.

والثاني: القَطْعُ بِالْمَنْعِ وَالْفَرْقُ مِنْ وَجْهَيْنِ:

أحدهما: أن الحَقَّ للمفلس فامتناعه عن اليمين يُورِث ريبة ظَاهِرة، وفي الصُّورة الأولى لم يبق صَاحِبُ الحَقِّ، وإنما يحلف الوَارِثُ بناءً على معرفته بِشَأْنِ المَوْرُوثِ، وقد يكون الغرماء أعرف به.

والثَّانِي: أن غرماء الميت آيسون عن حلفه فمكنوا من اليمين كيلاً يَضِيعُ الحَقُّ، وغرماء المفلس غير آيسين عن حَلْفِهِ.

قال الإمام: والطريقة الثانية أصح، وحكى عن شيخه طرد الخِلاف في ابتداء الدَّعْوَى من الغَرَمَاءِ<sup>(١)</sup>، وعن الأكثرين القطع يمنع الدعوى ابتداءً، وتخصيص الخلاف باليمين بعد دعوى الوَارِثِ في الصُّورة الأولى والمفلس في الثَّانِيَةِ<sup>(٢)</sup>، ولا فرق بين أن يكون المدعي عيناً أو ديناً، قاله القاضي ابْنُ كَيْجٍ وفرع على قولنا: أن الغرماء يحلفون فرعين.

أحدهما: أنه لو حلف بعضهم دون بعض استحق الحَالِفُونَ بالقسط كما لو حلف بَعْضُ الوَرِثَةِ لِذَيْنِ المَيِّتِ.

والثاني: لو حلفوا ثم أبرؤا عن ديونهم فالمحلوف عليه يكون لهم ويلغو الإبراء ويكون للمُفْلِسِ أو يبقى على المدعى عليه، ولا يستوفى أصلاً؟ فيه ثلاثة أوجه<sup>(٣)</sup>.

(١) ثبت في ط قوله (ونقل بعضهم مسألة عن القتال) وهو سقط من نسخ المخطوط.

(٢) قال النووي: وطرده صاحب «التهذيب» القولين في الدعوى من غريم الميت إذا تركها وارثه. ينظر الروضة ٣/٣٧١.

(٣) قال النووي: ينبغي أن يكون أصحابها: كونه للمفلس. ويجيء مثله في غرماء الميت وهذا المذكور عن ابن كيج في حلف بعضهم قال آخرون منهم صاحب «الحاوي» ولو ادعى المفلس على رجل مالا. ولم يكن له شاهد ونكل المدعى عليه ثم المفلس ففي حلف الغرماء الخلاف المذكور مع الشاهد قاله القاضي أبو الطيب وصاحب «التهذيب» ولا يحلف الغريم إلا على قدر دينه. ينظر الروضة ٣/٣٧١.

قال الغزالي: **وَلَوْ أَرَادَ سَفَرًا فَلِمَنْ لَهُ دَيْنٌ حَالٌ مَنَعُهُ، وَلَيْسَ لِمَنْ لَهُ دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ مَنَعُهُ، وَلَا طَلَبُ الْكَفِيلِ وَلَا طَلَبُ الْإِشْهَادِ (و).**

قال الرَّافِعِيُّ: من عليه الدين إذا أراد أن يسافر نظر إن كان الدين حالاً فلصاحبه منعه حتى يقضي حقه<sup>(١)</sup>، قال الأئمة: وليس هذا منعاً من السَّفَرِ، كما يمنع السَّيِّدُ العَبْدَ، والزَّوْجَ الزَّوْجَةَ، ولكن يشغله عن السَّفَرِ برفعه إلى مَجْلِسِ الحِكم ومطالبته حتى يوفى الحق، وإن كان مؤجلاً نظر إن لم يكن السفر مخوفاً فلا منع إذ لا مُطالَبَةَ، وليس له طلب رَهْنٍ ولا كَفِيلٍ أيضاً، وهو المضيع لِحَقِّ نَفْسِهِ حيث رَضِيَ بالتأجيل من غير رَهْنٍ ولا كَفِيلٍ، وليس له أن يكلفه الإِشهاد أيضاً، ولا فرق بين أن يكون حلول الأجل قريباً أو بعيداً، فإن أراد أن يسافر معه ليطالبه عند حلوله فله ذلك بشرط أن لا يلزمه ملازمة الرَّقِيبِ.

وقال مالك: إذا عَلِمَ حلولُ الأجلِ قبل رجوعه فله أن يطالبه بكفيل، وعن صاحب «التقريب» نقل وجه أن له طلب الإِشهاد، لأن المستحق يتوثق به ولا ضَرَرٌ فيه على المَدْيُونِ، وإن كَانَ السَّفَرُ مخوفاً كالجهاد وركوب البحر ففيه وجوه:

أصحها: أنه لا مَنَعٌ أيضاً، إذ لا مطالبة في الحَالِ.

والثاني: ويحكى عن أَبِي سَعِيدِ الإِصْطَخَرِيِّ: أنه يمنعه إلى أن يؤدي الحق، أو يعطى كفيلاً، لأنه في هذا السَّفَرِ يعرض نَفْسَهُ لِلهَلَاكِ فيضيع حقه.

والثالث: إن لم يخلف وفاء ما عليه منعه، وإن خلفه فلا، اعتماداً على حُصُولِ الحق منه، وفي سفر الجهاد وجه آخر، أن المديون إن كان من غير المُرْتزِقَةِ مُنِعَ، وإن كان منهم لا يمنع، لأن وجوه مَعَايِشِهِمْ وأكسابهم منه.

واعلم أن القَاضِي الرَّوْيَانِي اختار مذهب مالك، فقال: له المطالبة بالكفيل في السَّفَرِ المخوف، وفي السَّفَرِ البعيد عند قرب الحُلُولِ في هذا الزَّمَانِ، لفساد الطَّرُقِ وانقطاع القوافل وعجز الحكام عن استيفاء الحقوق بالكتب الحكيمة، وإن شئت فأَعْلِمُ قوله: (ولا طلب الكفيل) مع الميم بالواو.

قال الغزالي: **الْحُكْمُ الثَّانِي بِنَيْحِ مَالِهِ وَقِسْمَتِهِ وَعَلَى الْقَاضِي أَنْ يَبَادِرَ إِلَيْهِ كَيْلًا تَطَوَّلَ مُدَّةُ الْحَجْرِ، وَيَقْسَمُ عَلَى نِسْبَةِ الدُّيُونِ، وَيَبِيعُ بِحَضْرَةِ الْمُفْلِسِ، وَلَا يُسَلِّمُ مَبِيعًا قَبْلَ قَبْضِ الثَّمَنِ، وَلَا يُكَلِّفُ الْغَرْمَاءَ حُجَّةً عَلَى أَنْ لَا غَرِيمَ سِوَاهُمْ، وَيُعْوَلُ عَلَى أَنَّهُ لَوْ كَانَ**

(١) قضيته أنه لو لم يجد منع ولا إذ أن له السفر وذكر في كتاب السير أن من عليه دين حال لمسلم أو ذمي ليس له أن يخرج لسفر وجهاد أو غيره إلا بإذنه وله أن يمنعه من السفر.

لظَهَرَ مَعَ اسْتِيفَاةِ الْحَجْرِ، فَإِنْ ظَهَرَ بَعْدَ الْقِسْمَةِ فَلَا تُنْقَضُ الْقِسْمَةُ بَلْ يُرْجَعُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ بِحِصَّةٍ يَفْتَضِيهَا الْحِسَابُ، وَلَوْ خَرَجَ مَبِيعٌ مُسْتَحَقًّا فَكَذَلِكَ يُرْجَعُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ بِحِزْمِهِ مِنَ الثَّمَنِ، فَإِنْ كَانَ قَدْ بَاعَ فِي حَالَةِ الْفَلْسِ فَيُرَدُّ تَمَامُ الثَّمَنِ، أَوْ يُضَارَبُ فِيهِ خِلَافًا، وَوَجْهُ الْإِكْمَالِ أَنَّهُ مِنْ مَصَالِحِ الْحَجْرِ.

قال الرَّافِعِيُّ: هذا الحكم الثاني، وإن كان ثابتاً في حق المفلس المَحْجُورِ عليه، ولكن لا اختصاص له بالمَحْجُورِ، بل كما يبيع الحاكم مال المفلس المحجور ويقسمه بَيْنَ الْغُرَمَاءِ، فكذلك غيره من المديونين، إذا امتنع من قضاء الدين وبيع المال فيه يبيع الحاكم ماله ويقسمه بين الْغُرَمَاءِ.

وعند أبي حنيفة لا يبيع الحاكم ماله بل يحبسه حتى يبيع، وسلم أن يصرف أحد التقدين في الآخر.

لنا: القياس على ما سلمه، وأيضاً حديث معاذ - رضي الله عنه - الذي قدمناه وروى أن عُمَرَ - رضي الله عنه - خطب النَّاسَ وقال: «ألا إن الْأَسْفِيعَ أُسْفِيعَ جُهَيْنَةَ قَدْ رَضِيَ مِنْ دِينِهِ وَأَمَانَتِهِ أَنْ يُقَالَ: سَبَقَ الْحَاجُّ إِلَّا أَنَّهُ إِذَا نَ مُعْرِضاً فَاصْبِحْ وَقَدْ رِينَ بِهِ فَمَنْ كَانَ لَهُ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَلْيَحْضُرْ فَإِنَا بَاعُوا مَالَهُ وَقَاسَمُوهُ بَيْنَ غُرَمَائِهِ، هَذَا رَجُلٌ مِنْ جُهَيْنَةَ، ذَكَرَ أَنَّهُ كَانَ يَشْتَرِي الرُّوَاحِلَ وَيُسْرِعُ السَّيْرَ فَيَسْبِقُ الْحَاجَّ فَأَقْلَسَ»<sup>(١)</sup>.

وقوله: «إِذَا نَ» أي استقرض.

وقوله معرضاً: أي اعتراض الناس فاستدان ممن أمكنه.

وقوله: «بَيْنَ» أي: وقع فيما لا يستطيع الخروج منه، قال أَبُو عُبَيْدٍ: كلما غلبك فقد ران بك ورائك.

إذا تقرر ذلك، فإذا حجر الْحَاكِمُ عَلَى الْمُفْلِسِ، فالمستحب أن يبادر إلى بيع مَالِهِ وقسمته حتى لا تطول مُدَّةُ الْحَجْرِ، ولا يفرط في الاستعجال كَيْلًا يطمع فيه بئس بئس، ويستحب أن يبيع بحضرة الْمُفْلِسِ أو وكيله، لأنه أنفى للتهمة وأطيب لقلب المفلس والمشتريين، وليخبر بصفات المتاع وأنه بِكَمْ اشْتَرَاهُ، فتكون الرغبة فيه أكثر، وليطلع على عيب إن كان به لبيع على وَجْهِ لا يرد، وكذلك يفعل إذا بَاعَ الْمَرْهُونَ، ويستحب أيضاً إحضار مستحقي الدَّيْنِ، ويقدم بيع المرهون في حَقِّ المرتهن إن كان في ماله مرهون، ويبيع الْعَبْدُ الْجَانِي فِي حَقِّ الْمَجْنُونِ عَلَيْهِ ليعجل حقهما، فإن فضل شيء كان مع سائر أمواله لِلْغُرَمَاءِ، وإن بقي من دين المرتهن شيء ضارب به سائر

(١) أخرجه مالك في الموطأ بإسناد منقطع (١٣٦/٢) وانظر التخليص (٤٠/٣ - ٤١).

الغرماء<sup>(١)</sup>، ويبيع من ماله أولاً ما يخاف عليه الفساد، كيلاً يضع ثم الحيوان لحاجته إلى النفقة، وكونه عرضة للهلاك ثم سائر المنقولات ثم العقارات، وإنما يؤخرها لأنه لا يخشى عليها الهلاك والسَّرقة، ويشهر بيعها فيظهر الرَّاغِبُونَ، ويبيع كل شيء في سوقه، فإن طالبه في سوقه أكثر<sup>(٢)</sup>.

ويجب أن يبيع بثمان المِثْلِ من ثَقْدِ الْبَلَدِ حالاً، ثم إن كانت الديون من غير جنس ذلك النقد ولم يرض المستحقون إلا بجنس حقوقهم صرفه إلى جنسِ حقهم، وإلا جاز صَرْفُهُ إِلَيْهِمْ إلا أن يكون سلماً.

ولا يسلم المبيع قبل قبض الثمن، نَصَّ عليه الشافعي - رضي الله عنه - وقد ذكرنا فيما إذا تنازع المتبايعان في البداية بالتسليم أقوالاً، فعن أبي إسحاق سُرَيْجٍ أن ما ذكره هاهنا جواب على قولنا: أن البداية للمشتري، ويجيء عند التنازع قول آخر، وهما أنهما يخبران معاً، ولا يجيء قولنا: لا يجير واحد منهما حتى يبدأ أحدهما، فإن الحال لا يحتمل التأخير، ولا قولنا: إن البداية بالبائع، فإن من يتصرف لِلتَّغْيِيرِ فَلَا بُدَّ وَأَنْ يَحْتَاطَ، وعن أبي الحسين: أنه تجب البداية هاهنا بتسليم الثمن بلا خِلافٍ، ثم لو خالف الْوَاجِبُ وَسَلَّمِ الْمَبِيعَ قَبْلَ قَبْضِ الثَّمَنِ ضَمِنَ، وكيف يَضْمَنُ؟ سنذكره إن شاء الله تعالى.

وما يقبضه الحاكم من أثمان أمواله على التدرّج إن كان يسهل قسمته عليهم فالأولى أن لا يؤخره، وإن كان يَغْسُرُ لِقَلْبِهِ وكثرة الديون فله أن يؤخر ليجتمع، فإن أبوا التأخير ففي «النهاية» إطلاق القول بأنه يجيبهم، والظاهر خلافه، وإذا تأخرت القسمة فإن وجد من يقترض منه فَعَلْ، ويشترط فيه الأمانة واليسار، وإن لم يجد أودعه عند أمين ولا يشترط فيه اليسار وليودع عند يرضاه الغرماء. فإن اختلفوا أو عينوا من ليس يعدل فالرأي للحاكم، ولا يقنع بمن لَيْسَ بِعَدْلٍ.

ولو تلف شيء من الثمن في يد العَدْلِ فهو من ضمان المفلس، سواء كان في حَيَاةِ المفلس أو عند موته.

(١) قال النووي: ويقدم أيضاً المال الذي تعلق به حق عامل القراض ويقدم بالريح المشروط صرح به الجرجاني وهو ظاهر. ينظر الروضة ٣/٣٧٦ - ٣٧٧.

(٢) محل هذا كما قال الماوردي إذا لم يكن في نقله مؤنة كبيرة فإن كان ورأى الحاكم أن المصلحة استدعاء أهل السوق إليه فعل. وقال النووي: إن البيع في السوق مستحب فلو باع من غيره بثمان مثله صح قاله أصحابنا. وهذا المذكور من تقديم بيع المرهون والجاني وهو إذا لم يخف تلف ما يسرع فساده. فإن خيف قدم يبعه عليهما. ينظر الروضة ٣/٣٧٧.

وعند أبي حنيفة ما تلف بعد موته فهو من ضَمَانِ الْغُرْمَاءِ، والله أعلم.

بقي في الفصل مسألتان:

إحدهما: لا يكلف عند القسمة الغرماء إقامة البينة على أنه لا غريم سيواهم، ويكتفي بأن الحجر قد استفاض واشتهر، فلو كان ثمَّ غيرهم لَظَهَرَ وَطَلَبَ حَقَّهُ، ويؤيده أن عمر - رضي الله عنه - اكتفى باشتهار أمر الجهني في خطبته، ولم يكلف الغرماء البينة، هذا ما نقله الإمام عن صاحب «التقريب» ثم قال: لا فرق عندنا بين القسمة على الغرماء والقسمة على الورثة.

فإذا قلنا: في القسمة على الورثة لا بُدَّ من إقامة الشَّهَادَةِ على أن لا وارث غيرهم كذلك في القسمة على الغُرْمَاءِ، وللفارق أن يفرق بين البائعين بأن الورثة على كل حالٍ أضبط من الغرماء<sup>(١)</sup>، وهذه شهادة على التَّفْيِ يعسر مدرکها فلا يلزم من اعتبارها حيث كان الضبط أسهل اعتبارها حيث كان الضبط أعسر وإذا جررت القِسْمَةَ ثم ظهر غَرِيمٌ آخر<sup>(٢)</sup> فالظاهر أن القِسْمَةَ لا تنقض، ولكن يشاركهم من ظهر بالحِصَّة، لأن المقصود يحصل به، وفيه وجه أنها: تنقض فيسترد المال ممن أخذ ويستأنف القِسْمَةَ، وهذا كما لو اقتسم الورثة التركة ثم ظهر دَينٌ، ففي تَقْضِ القِسْمَةِ اختلاف.

فإن قلنا: بعدم النقص، فلو قسم ماله وهو خمسة عشر على غريمين لأحدهما عَشْرُونَ، وللآخر عَشْرَةَ، فأخذ الأول عَشْرَةَ، والثَّانِي خَمْسَةَ، ثم ظهر غَرِيمٌ ثالث بثلاثين استرد من كل واحد منهما نِصْفَ ما أَخَذَ، ولو كَانَ دَيْنٌ كل واحد منهما عَشْرَةَ وقسم المال بينهما يضيفين ثم ظهر غريمٌ ثَالِثٌ بعشرة رجع على كل واحد منهما بِثُلُثِ ما أَخَذَ، فإن أُلْفَ أحدهما ما أخذ وكان معسراً لا يحصل منه شيء فوجهان:

أظهرهما: أن الغريم الذي ظهر لا يأخذ من الآخر شِطْرَ ما أخذه وكأنه كل المال، ثم لو أيسر المُتْلِفُ أَخَذَ مِنْهُ ثُلث ما أخذه وقسماه بينهما.

والثاني: أنه لا يأخذ منه إلا ثُلث ما أخذه، وثُلث ما أخذه المتلف دين عليه، ولو

(١) قال النووي: الأصح: قول صاحب «التقريب» وهو ظاهر كلام الجمهور، ويفرق أيضاً بأن الغريم الموجود، تيقنا استحقاقه لما يخصه، وشككنا في مزاحم، ثم لو قدر مزاحم لم يخرج، هذا عن كونه يستحق هذا القدر في الدمة، وليست مزاحمة الغريم متحمة، فإنه لو أبرأ أو عرض، سلمنا الجميع إلى الآخر، والوارث يخالفه في جميع ذلك. ينظر الروضة ٣/٣٧٨.

(٢) والظهور انكشاف الأمر عما كان ثابتاً واحترز به عن حدوث الدين بعد القسمة فإنه لا أثر إلا إذا كان سببه متقدماً فينبغي له استثناءه، والمراد بالغريم من كان يجب إدخاله في القسم فيدخل صاحب الدين القديم وكذلك الحادث إما لوجوبه بالجناية أو لتقدم سببه كما مر.

أن الغريم الثالث ظهر وقد ظهر للمُفْلِسِ مَالٌ قديم أو حادث بعد الحَجْرِ صرف منه إلى من ظهر بِقِسْطٍ ما أخذه الأولان، فإن فضل شيء فهو مقسوم على الثلاثة بقسطه، هذا كله إذا كان الغريم الذي ظهر قديماً، فإن كان حادثاً بعد الحَجْرِ فلا يشارك الأولين في المَالِ القَدِيمِ، وإن ظهر مَالٌ قديمٌ وحديثٌ مَالٌ باحتطاب وغيره فالقديم للقدماء خاصة والحادث لِلْكَلِّ.

المسألة الثانية: لو خرج شيء مما باعه المفلس قبل الحَجْرِ مستحقاً والثلث غير باقٍ فهو كدين ظهر والحكم ما مضى، وإن باع الحاكم ماله وظهر الاستحقاق بعد قبض الثمن وتلفه فرجوع المشتري في مَالِ المُفْلِسِ ولا يطالب الحاكم به.

ولو نَصَبَ الحاكم أميناً حتى باعه ففي كونه طريقاً وجهان كما ذكرنا في العَدْلِ الذي نصبه القاضي لبيع الرهن<sup>(١)</sup>، ثم رجوع المشتري في مال المفلس ورجوع الأيمن. إن قلنا: إنه طريقٌ للضمانِ وغرم كيف يكون؟ فيه قولان. عن: رواية الربيع وحرمله أنه يضارب مع الغرماء لأنه دين في ذمة المُفْلِسِ كسائر الدُّيُون.

والثاني: أنه يتقدم على سائر الغرماء، لأننا لو قلنا بالمضاربة لرغب الناس عن شراء مَالِ المُفْلِسِ، فكان التقديم من مَصَالِحِ الحَجْرِ كأجرة الكيالي ونحوها من المؤمن، ونسب الأكثرون هذا القول إلى رواية المُزَنِي، لكن منقولة في «المختصر» يشعر بالقولين جميعاً، وذكر المسعودي أن القولين مأخوذان منه.

والثاني: أرجح عند عامة الأَصْحَابِ.

ويجوز أن يُعَلِّمَ قوله في الكتاب: (فيه خلاف) بالواو لأن الإمام حكى طريقة أخرى قاطعة بالتقديم، وأيضاً فإن العراقيين حكوا طريقة أخرى وهي تنزيل الروایتين على حالين كان الرجوع قبل قسمة المال بين الغرماء يقدم، وإن كان بعد القِسْمَةِ واستئناف الحَجْرِ بسبب مالٍ تَجَدَّدَ فهو أسوة الغرماء.

قال الغزالي: ثُمَّ يَتْرَكَ عَلَيْهِ دَسْتُ ثَوْبٍ يَلِيْقُ بِحَالِهِ حَتَّى خُفِّهُ وَطَيَّلَسَانَهُ إِنْ كَانَ حَطُّهُمَا عَنَّهُ يُزْرَى بِمَنْصِبِهِ، وَلَا يَتْرَكَ مَسْكَنَهُ وَخَادِمَهُ، بَلْ يَبْقَى لَهُ سُكْنَى يَوْمٍ وَاحِدٍ وَنَفَقَةٌ رَوْجِيهِ وَأَوْلَادِهِ، وَكَذَا يُنْفِقُ عَلَيْهِمْ مَدَّةَ الحَجْرِ، وَنَعَسَ فِي الكَفَّارَةِ أَنَّهُ يَغْدِلُ إِلَى الصِّيَامِ، وَإِنْ كَانَ لَهُ مَسْكَنٌ وَخَادِمٌ فَيَقِيلُ بِمَثَلِهِ فِي الدُّيُونِ، وَالْفَرْقُ أَنَّ الكَفَّارَةَ لَهَا بَدَلٌ وَحَقُوقُ اللَّهِ عَلَى المُسَاهَلَةِ.

(١) قال النووي: أصحهما لا يكون قاله صاحب التهذيب. ينظر الروضة ٣/٣٧٩.

قال الرَّافِعِيُّ: مقصود الفَضْلِ الكلام فيما يباع على المفلس من أمواله وما يترك له، وفيه مسائل:

إحداها: يتفق الحاكم على المُفْلِسِ إلى الفراغ من بيع مَالِهِ وقسمته، وكذا ينفق على من عليه مؤنته من الزُوجَاتِ والأقارب؛ لأنه مُوسِرٌ ما لم يزل مَلِكُهُ، وكذا كسوتهم بالمعروف، هذا إذا لم يكن له كَسْبٌ يصرف إلى هذه الجِهَاتِ، وكيف ينفق على زُوجَتِهِ، قال الإمام: لا شك أن نفقته نفقة المُعْسِرِينَ، وفي «البحر» للقاضي الرَوْيَانِي أنه ينفق عليهن نفقة الموسرين وهذا قياس الباب، ولو كان ينفق عليهم نفقة المعسرين لما أنفق على الأقارب<sup>(١)</sup>.

الثانية: يبيع مسكنه وخادمه، فإن كان محتاجاً إلى من يخدمه لزماته أو كان منصبه يقتضي خادماً، ونص في الكفارات المرتبة أنه يعدل إلى الصَّيَامِ، وإن كان له مسكن وخادم ولا يلزمه صرفه إلى الإِعْتَاقِ، فمنهم من خرج منه قولاً في الديون والمذهب تقرير النصين، والفرق من وجهين:

أحدهما: أن الكفارة لها بدل ينتقل إليه، والذَيْنُ بخلافه.

وثانيهما: أن حقوق الله تعالى مبنية على المساهلة وحقوق الآدميين على الشُّحِّ والمضايقة، قال الإمام: والمسكن أولى بالإبقاء من الخادم فينتظم أن يرتب الخلاف ويقال: فيهما ثلاثة أوجه، في الثالث يبقى المسكن دون الخادم.

فإن قلنا: بالإبقاء فذلك إذا كان الإبقاء لائقاً بالحال دون النفيس الذي لا يليق به، ويشبه أن يكون هذا هو المراد مما نقل عن الإِضْطْرَّخِيِّ أنه إن كان ثميناً يَبِّعُ وإلا فلا.

الثالثة: يترك له دست ثوبي يليق بحالِهِ من قميص وسراويل ومنديل ومكعب<sup>(٢)</sup> وإن كان في الشَّتَاءِ زاد جبة، وتترك له العمامة والطيلسان والخف ودراعة يلبسها فوق القَمِيصِ إن كان اللائق بحاله لبسهما؛ لأن حَطُّهَا عنه يزري بمنصبه، وتوقف الإمام في الخف والطيلسان، وقال: إن تَرَكَهُمَا لا يخرم المروءة، وذكر أن الاعتبار بما يليق بحاله في إفلاسه لا في بسطته وثروته، لكن المفهوم من كلام الأصحاب أنهم لا يُسَاعِدُونَهُ عليه ويمنعونه قوله إن تركهما لا يخرم المروءة، ولو كان يلبس قبل الإفلاس فوق ما يليق بمثله زَدَدْنَاهُ إلى اللائق بحاله، ولو كان يلبس دون اللائق تقتيراً لم يزد عليه في الإفلاس ويترك لعياله من الثوب كما يترك له، ولا يترك الفرش والبسط، نعم، يسامح

(١) قال النووي: يرجح قول إمام الحرمين بنص الشافعي رضي الله عنه إذ قال في «المختصر»: أنفق عليه وعلى أهله كل يوم أقل ما يكفيهم من نفقة وكسوة. ينظر الروضة ٣/٣٨٠.

(٢) المكعب بتشديد العين المداس وسمي بذلك لأنه دون الكعبين. ينظر اللسان «كعب».



باللبد والحصير القليل القِيَمَة. قال الأئمة: والفرق بين الثياب وبين الخادم والمسكن حيث لم يتركاً عليه في ظاهر المذهب، أن الخادم عنه غنية.

وأما المسكن فإنه يسهل استجاره، وإن تَعَدَّر سكن الرباط والمسجد والثياب قُلْمًا تُسْتَأْجَر.

الرابعة: يترك له قُوت يوم القسمة وكذلك لمن عليه نفقته لأنه موسرٌ في أوله ولا يزيد على نفقة ذلك اليوم فإنه لا ضبط بعده، وذكر في الكتاب أنه يبقى له سكنى ذلك اليوم أيضاً، وهذا مستمر على قياس النفقة، وإن لم يتعرض له غيره، وكل ما يترك إذا وجد في ماله إذا لَمْ يوجد<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي: ثُمَّ إِنْ بَقِيَ شَيْءٌ مِنَ الدَّيْنِ فَلَا يُسْتَكْسَبُ (م)، وَفِي إِجَارَةِ مُسْتَوْلَدَيْهِ وَالضَّيْعَةِ الْمَوْقُوفَةِ عَلَيْهِ خِلَافَ مَا أَخَذَهُ أَنَّ الْمَنْفَعَةَ لَيْسَتْ مَالاً عَتِيداً وَإِنَّمَا هُوَ اكْتِسَابٌ.

قال الرَّافِعِيُّ: من قواعد الباب: أن المفلس لا يؤمر بتحصيل ما ليس بِحَاصِلٍ، وإن لم يمكن من تفويت ما هُوَ حَاصِلٍ، حتى لو جنى على المفلس أو على عبده جَانٍ فله القصاص، ولا يلزم العفو على المَالِ، وإن كانت الجناية موجبة للمَالِ فليس له ولا لَوَارِثِهِ أن يقبل العفو دون إِذْنِ العُرْمَاءِ، ولو كان قد أسلم في شَيْءٍ فليس له أن يقبض مسامحاً ببعض الصفات المقصودة المشروطة إلا بإذنه، ولو كان قد وَهَبَ هَبَةً تَقْتَضِي الثَّوَابَ وقلنا: إنها تقدر بما يرضى به الواهب، فله أن يرضى بما شاء، وتكليفه طلب الزيادة تكليف بتحصيل ما ليس بِحَاصِلٍ.

وإن قلنا: إنه يتقدر المثل لم يجز الرُّضَا بما دونه، ولو زاد على المِثْلِ لم يجب القبول.

إذا تقرر ذلك فليس على المفلس أن يكتسب ويؤاجر نفسه ليصرف الأجرة<sup>(٢)</sup> والكسب إلى بقية الديون.

وقال أحمد - رضي الله عنه -: يلزمه ذلك، ولو امتنع أجيره القَاضِي، وعن مالك أنه إن كان ممن يعتاد إجارة نفسه لزمه.

(١) قال النووي: قال صاحب «التهذيب»: يباع عليه مركبه، وإن كان مروءة، قال أصحابنا: وإذا مات المفلس، قدم كفته، وحنوطه، ومؤنة غسله ودفنه على الديون، وكذلك من مات من عبيده، وأم ولده، وزوجته إن أوجبنا عليه كفتها، وكذلك أقاربه الذين تلزمه نفقتهم، نص عليه في «المختصر» وافتقروا عليه. قال في «البيان» وتسلم إليه النفقة يوماً بيوم. ينظر الروضة ٣/٣٨١.

(٢) يستثنى من ذلك ما إذا وجب الدين بسبب هو عاص به فإنه يجب الاكتساب لوفائه كما ذكره الشيخ ابن الصلاح لأن التوبة واجبة ومن جملتها ذلك.

لنا قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾<sup>(١)</sup> حكم بالإنظار ولم يأمره بالاكْتِسَاب، وأيضاً فإن النبي ﷺ «لَمَّا حَجَرَ عَلَىٰ مُعَاذٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - لَمْ يَزِدْ عَلَىٰ بَيْعِ مَالِهِ» ولو كانت له أم ولد أو ضيعة موقوفة عليه فوجهان:

أحدهما: أنهما يؤجران، لأن المنافع أموال كالأعيان فيحصل بدلها للذنين.

والثاني: لا؛ لأن المنافع لا تعد أموالاً حاضرة، ولو كان كذلك لوجب إجارة المفلس نفسه ولوجب بها الحج والزكاة.

فعلى الأول يؤجر مرة بعد أخرى إلى أن يفنى الدين، لأن المنافع لا نهائية لها، وقضيته إدامة الحجر إلى فناء الذنين، ولأن هذا كالمستبعد، ومال الإمام إلى ترجيح الوجه الثاني، لكن في تعاليق العراقيين ما يدل على أن الأول أظهر<sup>(٢)</sup>.

قال الغزالي: ثُمَّ إِذَا لَمْ يَبْقَ لَهُ مَالٌ وَأَعْتَرَفَ بِهِ الْغُرْمَاءُ فَيُنْفَكُ الْحَجْرُ، أَمْ يَحْتَاجُ إِلَىٰ فَكِّ الْقَاضِي فِيهِ خِلَافٌ، وَكَذَا لَوْحٌ تَطَابَقُوا عَلَىٰ رَفْعِ الْحَجْرِ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْحَقَّ لَا يَغْدُوهُمْ وَلَكِنْ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ وَرَاءَهُمْ غَرِيمٌ، وَالْأَطْهَرُ أَنَّ بَيْعَةَ مَالَهُ مِنْ غَيْرِ الْغُرْمَاءِ لَا يَصِحُّ وَإِنْ كَانَ بِإِذْنِهِمْ، وَلَوْ بَاعَ مِنَ الْغَرِيمِ بِالذَّيْنِ وَلَا دَيْنَ سِوَاهُ فَفِيهِ خِلَافٌ لِأَنَّ سُقُوطَ الذَّيْنِ يُسْقِطُ الْحَجْرَ عَلَىٰ رَأْيٍ.

قال الرافعي: إذا قسم الحاكم مال المفلس بين الغرماء فينفك الحجر أو يحتاج إلى فك القاضي؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه ينفك؛ لأن الحجر لحفظ المال على الغرماء، وقد حصل هذا الغرض فيزول الحجر.

وأظهرهما: أنه لا بد من فك القاضي؛ لأنه حجر لا يثبت إلا بإثبات القاضي، ولا يرتفع إلا برفعه كالحجر على السفیه، والمعنى فيه أنه يحتاج إلى نظر وإجتهاد كحجر السفیه، هذا إذا اعترف الغرماء بأن لا مال له سواه، أما إذا ادعوا مالاً آخر وأمكن فالجواب ما سيأتي - إن شاء الله تعالى - في الحكم الثالث.

ولو اتفق الغرماء على رفع الحجر عنه، فقد حكى الإمام في ارتفاعه مثل هذا الخلاف عن الأصحاب.

(١) سورة البقرة (٢٨٠).

(٢) قال النووي: الإيجار أصح وصححه في «المحرر» وذكر الغزالي في «الفتاوى» أنه يجبر على إجارة الوقف ما لم يظهر تفاوت بسبب تعجيل الأجرة إلى حد لا يتغابن به الناس في عرض قضاء الدين والتخلص من المطالبة. ينظر الروضة ٣/٣٨٢.

وجه الارتفاع أن الحَجَرَ لهم، فهم في أمواله كالمرتهن في حَقِّ المَرْهُونِ.  
 ووجه عدم الارتفاع أنه يحتمل أن يكون وراءهم غَرِيمٌ غَائِبٌ، فلا بد فيه من نَظَرِ  
 الحَاكِمِ واجتهاده.

ولو باع المفلس ماله من غريمه بدينه ولا يعرف له غريماً سِوَاهُ، فوجهان:  
 قال صاحب «التلخيص»: يصح بيعه، لأن الحَجَرَ عليه لِذَيْنِ ذَلِكَ الغَرِيمِ، فإذا  
 رَضِيَ وبرت ذمته من الذَّيْنِ وجب أن يَصِحَّ.

والأظهر: وبه قال أبو زيد أنه لا يصح من غير مراجعة القَاضِي؛ لأن الحَجَرَ على  
 المُفْلِسِ لا يقتصر على الغَرِيمِ الملتمس، بل يثبت على الغُمُومِ، ومن الجائز أن يكون له  
 غريم آخر، والوجهان مُفْرَعَانِ على أن يَبِيعَ المُفْلِسُ من الأَجْنَبِيِّ لا يَصِحُّ، فإن صَحَّ فهذا  
 أولى، ولو حجر عليه بديون جماعة وباع أمواله منهم بديونهم فعلى هذا الخِلافِ، ولو  
 باع ماله من غريمه الواحد بعين أو ببعض دينه فهو كما لو باع من الأَجْنَبِيِّ؛ لأن ذلك لا  
 يتضمن ارتفاع الحَجْرِ، بخلاف ما إذا باع بكل الدين فإنه يُسْقَطُ الدين، فإذا سقط الدين  
 ارتفع الحجر.

ولو باع من أجنيبي بإذن الغرماء لم يصح أيضاً، وقال الإمام: يحتمل أن يصح كما  
 يصح بيع المرهون بإذن المُرْتَهِنِ، وأقام صاحب الكتاب ما ذكره وَجْهًا، فقال.  
 والأظهر أن بيع ماله من غير الغرماء أي من الوجهين.

وقوله: (لأن سقوط الدين يسقط الحجر على رأبي) هو الرأي الذَاهِبُ إلى أنه إذا  
 فرقت أمواله وقبضت الديون ارتفع الحَجْرُ عَنْهُ، فإذا قلنا: بذلك صَحَّحْنَا البيع من  
 الغريم بالدين لتضمنه البراءة من الدين، ولك أن تقول: وجب أن لا نجزم بِصِحَّةِ البيع،  
 وإن قلنا بأن سقوط الدين يُسْقَطُ الحَجْرَ؛ لأن صِحَّةَ البيع إما أن تفتقر إلى تقدم ارتفاع  
 الحَجْرِ أم لا تفتقر؟ فإن افتقرت وجب أن نجزم بِعَدَمِ الصِّحَّةِ للدور، فإنه لا يصح البيع  
 ما لم يرتفع الحَجْرُ، ولا يرتفع الحَجْرُ ما لم يُسْقَطُ الذَّيْنُ، ولا يسقط الدين ما لم يَصِحَّ  
 البيع، وإن لم تفتقر فغاية الممكن اقتران صِحَّةِ البيع وارتفاع الحجر، فلتخرج الصحة  
 على الخِلافِ فيما إذا قال: كلما ولدت ولدًا فأنت طالق، فولدت ولدًا بعد ولد، هل  
 تطلق بالثاني؟ وفيما إذا قال العبد لزوجته؛ إن مات سيدي فأنت طالق طلقتين، وقال  
 السيد لعبده: إذا مت فأنت حر، ثم مات السيد، فهل له نكاحها قبل رُؤُجِ وإصابة؟  
 ولهما نظائر.

قال الغزالي: الحُكْمُ الثَّلَاثُ حَبْسُهُ إِلَى ثُبُوتِ إِسْأَرِهِ، وَلِلْقَاضِي ضَرْبُهُ إِنْ ظَهَرَ  
 عِنَادُهُ بِإِخْفَاءِ الْمَالِ، فَإِنْ أَقَامَ بَيِّنَةً عَلَى إِسْأَرِهِ سُمِعَ فِي الْحَالِ (ح م) وَأَنْظَرَ إِلَى مَيْسَرَةٍ،

وَلْيَشْهَدْ مَنْ يَخْبِرُ بَاطِنَ حَالِهِ فَإِنَّهُ شَهَادَةٌ عَلَى الثَّقِيِّ قُبِلَتْ لِلْحَاجَةِ، ثُمَّ لِلْحَضْمِ أَنْ يَحْلِفَهُ  
مَعَ الشَّهَادَةِ، فَإِنْ لَمْ يَطْلُبْ فَهَلْ يَجِبُ عَلَى الْقَاضِي أَدْبًا فِي قَضَائِهِ فِيهِ خِلَافٌ، وَإِنْ لَمْ  
يَجِدْ بَيِّنَةً وَقَدْ عَهْدَ لَهُ مَالٌ فَلَا يَقْبَلُ قَوْلَهُ، وَإِنْ لَمْ يُعْهَدْ قَبِيلَ إِنْ الْقَوْلُ قَوْلُهُ لِأَنَّ الْأَضْلَّ  
عَدَمَ الْيَسَارِ، وَقِيلَ لَا بَلِ الْأَضْلُ فِي الْحُرِّ الْأَقْتِدَارِ، وَقِيلَ يَنْظُرُ إِنْ لَزِمَهُ الدَّيْنُ بِاخْتِيَارِهِ  
فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يَلْتَزِمُ إِلَّا عَنِ قُدْرَةٍ، فَإِنْ لَمْ يَقْبَلْ يَمِينُهُ فَإِنْ كَانَ غَرِيبًا فَلْيُوَكَّلِ الْقَاضِي بِهِ  
مَنْ يَسْأَلُ عَنْ مَنْشِئِهِ وَمُنْقَلَبِهِ حَتَّى يَغْلِبَ عَلَى ظَنِّهِ إِفْلَاسُهُ فَلْيَشْهَدْ كَيْلًا يَتَخَلَّدَ الْحَبْسُ  
عَلَيْهِ.

قال الزَّافِعِيُّ: هذا الحكم أيضاً ليس من آثار الحَجْرِ وخواصه، بل هو في حَقِّ غير  
المحجور أظهر على ما سنبينه إن شاء الله تعالى.

واعلم أن المديون إذا ثبت إعساره لم يُجْزُ حبسه ولا مُلَازَمَتُهُ، بل يمهل إلى أن  
يوسر على ما قال الله تعالى: ﴿فَنظَرْنَا إِلَى مَيْسِرَةٍ﴾<sup>(١)</sup>.

وقال أَبُو حَنِيفَةَ: للغريم ملازمته ولكن لا يمنعه من التكبس، وإن كان له مالٌ  
فقد ذكرنا أنه يؤمَرُ بِبَيْعِ مَالِهِ، وإن امتنع باعه الحَاكِمُ عليه، وهل يحجر عليه؟ فيه  
وجهان:

أظهرهما: أنه يحجر إذا التمسه الغرماء كَيْلًا يتلف ماله.

والثاني: لا؛ لأن عمر - رضي الله عنه - لم يحجر على الجهيني، فإن أخفى ماله  
حبسه القاضي حتى يظهره، روى أنه ﷺ قال: «لِيُ الْوَاكِدِ يُجَلُّ عِرْضُهُ وَعُقُوبَتُهُ»<sup>(٢)</sup>.

قال الْمُفَسِّرُونَ: أراد بالعقوبة الحبس والملازمة، فإن لم ينزجر بالحَبْسِ زاد في  
تعزيره بما يراه من الضَّرْبِ وغيره، وإن كان ماله ظاهراً فهل يحبسه بامتناعه؟ قال في  
«التتمة»: فيه وجهان: الذي عليه عمل القضاة الحبس، ويدل عليه ما روى أنه ﷺ  
«حَبَسَ رَجُلًا أَعْتَقَ شِقْصًا لَهُ مِنْ عَبْدٍ فِي قِيَمَةِ الْبَاقِي»<sup>(٣)</sup>.

وإن ادعى أنه قد تلف ماله وصار معسراً فعليه البيئنة، ثم إن شهد الشهود على

(١) سورة البقرة (٢٨٠).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٦٢٨) والنسائي (٣١٦/٧) وابن ماجه (٢٤٢٧) وأحمد (٣٨٨/٤)،  
٣٨٩) والبخاري في التاريخ (٢٥٩/٢/٢) وابن حبان ذكره الهيثمي في الموارد (١١٦٤) والحاكم  
(١٠٢/٤) والبيهقي (٥١/٦) والطبراني (٣٨١/٧) وانظر تغليق التعليق (٨٢٧) والطحاوي في  
المشكل (٤١٣/١).

(٣) أخرجه البيهقي بنحوه (٤٩/٦) من رواية ابن مسعود وضعفه، ومن رواية أبي مجلز وقال منقطع.

التَّلْفِ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُمْ، ولم يعتبر فيهم الخَبْرَةُ البَاطِنَةُ، وإن شهدوا على إغسارِهِ قبلت بشرط خبرتهم الباطنة.

قال الصَّيْدَلَانِيُّ: ويحمل قولهم أنه معسر على أنهم وقفوا على تَلْفِ المَالِ. وإن ادعى المديون أنه معسر لَأَشْيَاءَ لَهُ، أو قسم مال المَحْجُورِ على الغرماء وبقي بَعْضُ الدُّيُونِ، وزعم أنه لا يملك شيئاً آخر وأنكر الغُرَمَاءَ، نظر إن لزمه الدَّيْنُ في مقابلة مَالٍ كما إذا ابتاع أو استقرض، أو باع سَلَمًا فهو كما لو ادعى هلاك المَالِ فعليه البَيِّنَةُ، وإن لزم لَأَفِي مَقَابِلَةَ مَالٍ فثلاثة أوجه:

أصحهما: أنه يقبل قَوْلُهُ مَعَ الِيمِينِ، لأن الأضْلَ العَدَمَ.

والثاني: أنه لا يقبل ويحتاج إلى البَيِّنَةِ، لأن الظَاهِرَ مِنْ حَالِ الحُرِّ أنه يَمْلِكُ شَيْئاً قَلْصَ أم كَثُرَ.

والثالث: أنه إن لزمه باختياره كالصَّدَاقِ والضَّمَانِ لم يقبل قوله وعليه البينة، وإن لزمه لا باختياره كَأَرْشِ الجِنَايَاتِ وغرامة المتلفات قُبِلَ قَوْلُهُ مَعَ الِيمِينِ، والفرق أن الظَاهِرَ أنه لا يَشْغَلُ ذِمَّتَهُ ولا يلتزم مَا لَا يَقْدِرُ عَلَيْهِ، ثم الكلام في فَضْلَيْنِ.

أحدهما: في البَيِّنَةِ القَائِمَةِ على الإغسارِ وهي مسموعة وإن تعلقت بالنفي لمكان الحاجة كالبينة على أن لا وَارِثَ سِوَى هؤُلاءِ، وعن مالك أنها لا تُسْمَعُ والنَّظَرُ في أنها متى تُسْمَعُ وَمَا صِفَةُ الشُّهُودِ وعددهم وصيغة شَهَادَاتِهِمْ؟ أما متى تسمع فهي مسموعة وإن قامت في الحَالِ خلافاً لأبي حنيفة حيث قال: «لا تسمع إلا بعد مدة»، ثم هي مقدرة في رِوَايَةِ بَشْهَرٍ، وفي أخرى بشهرين وربما ضبطوا بما يغلب على الظَّنِّ في مثلها أنه لو كَانَ لَهُ مَالٌ لأظهره ويختلف ذلك باختلافِ أحوالِ النَّاسِ وَطِبَاعِهِمْ.

وأما الصِّفَةُ فما يعتبر في الشُّهُودِ مطلقاً يذكر في الشَّهَادَاتِ، ويعتبر مع ذلك كَوْنُ الشُّهُودِ مِنْ أَهْلِ الخَبْرَةِ البَاطِنَةِ بطول الجِوَارِ وكثرة المُجَالَسَةِ والمُخَالَطَةِ، فإن الأموال تخفى ولا يعرف تفصيلها إلا بأمثال ذلك، ثم إن عرف القاضي أنهم من أهل الخَبْرَةِ البَاطِنَةِ فَذَلِكَ، وإلا جاز له أن يعتمد على قَوْلِهِمْ أنا بهذه الصفة، ذكره في «النهاية».

وأما العَدَدُ فَشَاهِدَانِ كما في سائر الأمور، وفي كتاب الغوراني والمتولى: أنه لا تقبل هذه الشَّهَادَةُ إلا من ثَلَاثَةٍ، لما روى «أَنَّ رَجُلًا ذَكَرَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّ جَائِحَةً أَصَابَتْ مَالَهُ وَسَأَلَهُ أَنْ يُعْطِيَهُ مِنَ الصَّدَقَةِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لَا حَتَّى يَشْهَدَ ثَلَاثَةٌ مِنْ دَوِيهِ الْجَحِّيِّ مِنْ قَوْمِهِ»<sup>(١)</sup>.

(١) أخرجه مسلم من رواية قبيصة بن مخارق الهلالي (١٠٤٤) والنسائي (٨٨/٥) وأبو داود (٤٠/

١٦) وأحمد في المسند (٤٧٧/٣، ٦٠/٥).

والمذهب الأول، والحديث محمولٌ على الاستظهار والاحتياط.

وأما الصيغة فهي أن يقولوا هو معسر لا يملك إلا قوت يومه وثياب بدنه، ولو أضافوا إليه وهو ممن تجل له الصدقة جاز ولا يشترط، قال في «التتمة»: ولا يقتصرون على أنه لا ملك له حتى لا تتمحض شهادتهم نفيًا لفظاً ومعنى، ويحلف المشهود له مع البينة لجواز أن له مالاً في الباطن، والشهود اعتمدوا الظاهر وغالب الظن، وعن أبي حنيفة أنه لا يخلف، وبه قال أحمد، وهذا التخليف مستحق أو مستحب؟ فيه قولان: ويقال وجهان:

الأصح: الاستحقاق وهو ظاهر نصه في «المختصر».

وقال الشيخ أبو حامد: الأصح الاستحباب وهو ظاهر نصه في حرمة والإملاء، وعلى التقديرين فهل يتوقف على استدعاء الخصم؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا كما لو كانت الدعوى على ميّت أو غائب، وعلى هذا فهو من أداب القضاة.

وأظهرهما: نعم كيمين المدعى عليه.

الفصل الثاني: إنا حيث قلنا: يقبل قوله مع يمينه فيقبل في الحال، كما لو أقام البيّنة فسمع في الحال، قال الإمام: ويحتمل أن يقال: يتأني القاضي ويبحث عن باطن حاله ولا يقنع بقوله، بخلاف ما إذا أقام البيّنة، وحيث قلنا: لا يقبل قوله إلا بالبيّنة، فادعى أن الغرماء يعرفون إعساره فله تحليفهم على نفي المعرفة، فإن نكلوا حلف وثبت إعساره، وإن حلفوا حبس، ومهما ادعى ثانياً وثالثاً أنه بان لهم إعساره فله تحليفهم، قال في «التتمة»: إلا أن يظهر للقاضي أنه قصد الإيذاء أو اللجاج، وإذا حبسه فلا يغفل عنه بالكلية، فلو كان غريباً لا يتأتى له إقامة البيّنة، فينبغي أن يوكل به القاضي من يبحث عن منشئة ومنقلبه، ويفحص عن أحواله بحسب الطاقة، وإذا غلب على ظنه إفلاسه شهد به عند القاضي، كيلاً تتخلد عليه عقوبة الحبس، ومتى ثبت الإعسار وخلاه الحاكم، فعاد الغرماء بعد أيام وادعوا أنه استفاد مالاً وأنكر، فالقول قوله وعليهم البيّنة، فإن أتوا بشاهدين قالوا: رأينا في يده مالاً يتصرف فيه أخذه الغرماء، فإن قال: أخذته من فلان وديعة أو مضاربة وصدقه المقر، ولا حق للغرماء فيه، وهل لهم تحليفه على أنه لم يواطء المقر له، وأنه أقر عن تحقيق؟ فيه وجهان:

أصحهما: المنع؛ لأنه لو رجع عن إقراره لم يقبل، فلا معنى لتحليفه، وإن كذبه المقر له صرف إليهم، ولا يلتفت إلى إقراره لإنسان آخر، وإن كان المقر له غائباً وقف حتى يحضر الغائب، فإن صدقه أخذه، وإلا أخذه الغرماء.

وأما لفظ الكتاب فقوله: (وإن أقام بينة على إيساره سمع) معلم بالميم وقوله: (في الحال) بالحاء لما مر وقوله: (للخصم أن يحلفه مع الشهادة) بالحاء والألف، ثم هو جواب على أن اليمين مستحقة فيصح إعلامه بالواو أيضاً وبوضوحه قوله: (فهو يجب على القاضي إذناً في قضائه) فإنه جعل الوجوب معروفاً عنه، وتكلم في أنه هل يشترط له طَلَبُ الْخِصْمِ؟ قال الإمام: والخلاف فيما إذا سكت فأما إذا قال لست أطلب يمينه، ورضيت بإطلاقه فلا خلاف في أنه لا يحلف.

قال الغزالي: وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُحْبَسُ فِي دَيْنٍ وَلَدِهِ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يُحْبَسْ فَيُؤَدِّيَ إِلَى أَنْ يَفِرَّ وَيَمْتَنِعَ عَنِ الْأَدَاءِ وَيَعْجِزَ عَنِ الْاسْتِيفَاءِ.

قال الرَّافِعِيُّ: في حبس الوالدين بدين الولد وجهان:

أصحهما: عند صاحب الكتاب أنه يحبس، وإلا لأقر وامتنع عن الأداء، وحيثئذ يعجز الابن عن استيفاء الدين ويضيع حقه<sup>(١)</sup>.

والثاني: لا يحبس، لأن الحبس نَوْعُ عُقُوبَةٍ، ولا يُعَاقَبُ الْوَالِدُ بِالْوَالِدِ، قال في «التهذيب»: وهذا أصح ولمن قال به أن يمنع عجز الابن عن الاستيفاء، بل إذا ثبت له مال عِنْدَ الْقَاضِي أَخْذَهُ قَهْرًا وَصَرَفَهُ إِلَى دَيْنِهِ، وعلى الوجهين لا فرق بين دَيْنِ النَفَقَةِ وَغَيْرِهَا، ولا بين أن يكون الْوَالِدُ صَغِيرًا أَوْ غَيْرَهُ<sup>(٢)</sup>.

(١) قال المصنف في التذنيب: إن تصحيح الغزالي الحبس مما خالف فيه الأكثرين ينظر التذنيب (خ) بتحقيقنا (تحت الطبع).

(٢) قال النووي: وإذا حبس المفلس لا يأنم بترك الجمعة إذا كان معسراً. قال الصيمري: وقيل: يلزمه استئذان الغريم حتى يمنعه، فيسقط الحضور. والنفقة في الحبس في ماله على المذهب. وحكى الصيمري، والشاشي، وصاحب «البيان» فيها وجهين ثانيهما أنها على الغريم. فإن كان المفلس ذا صنعة، مكن من عملها في الحبس على الأصح. والثاني: يمنع إن علم منه مماثلة بسبب ذلك، حكاهما الصيمري والشاشي وصاحب «البيان». ورأيت في فتاوى الغزالي رحمه الله، أنه سئل، هل يمنع المحبوس من الجمعة والاستمتاع بمحادثته وأصدقائه؟ فقال: الرأي إلى القاضي في تأكيد الحبس بمنع الاستمتاع ومحادثته الصديق، ولا يمنع من الجمعة إلا إذا ظهرت المصلحة في منعه. وفي فتاوى صاحب «الشامل» أنه إذا أراد شم الرياحين في الحبس، إن كان محتاجاً إليه لمرض ونحوه، لم يمنع، وإن كان غير محتاج بل يريد الترفيه، منع. وإنه يمنع من الاستمتاع بالزوجة، ولا يمنع من دخولها لحاجة كحمل الطعام ونحوه. وإن الزوجة إذا حبست في دين استدانته بغير إذن الزوج، فإن ثبت بالبينة، لم يسقط نفقتها مدة الحبس، لأنه بغير رضاها فأشبهه المرض. وإن ثبت بالإقرار، سقطت، هكذا قال، والمختار سقوطها في الحالين، كما لو وطئت بشبهة فاعتدت، فإنها تسقط، وإن كانت معذورة. قال أصحابنا: ولو حبس في حق رجل، فجاء آخر وادعى عليه، أخرجه الحاكم فسمع الدعوى، ثم يرد. قال في «البيان» لو =

وعن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه لا يحبس إلا في نفقة الولد، إذا كان صغيراً أو زَوْناً فيمكن إعلام قوله: (يحبس) بالحاء لذلك.

قال الغزالي: الْحُكْمُ الرَّابِعُ الرَّجُوعُ (ح) إِلَى عَيْنِ الْمَبِيعِ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَيُّمَا رَجُلٍ مَاتَ أَوْ أَفْلَسَ فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أَحَقُّ بِمَتَاعِهِ إِذَا وَجَدَهُ بَعِيْنِهِ، وَيَتَعَلَّقُ الرَّجُوعُ بِثَلَاثَةِ أَرْكَانٍ الْعَوَضُ وَالْمُعَوَّضُ وَالْمُعَارَضَةُ أَمَّا الْعَوَضُ وَهُوَ الثَّمَنُ فَلَهُ شَرْطَانِ الْأَوَّلُ: أَنْ يَتَعَدَّرَ اسْتِيفَاؤُهُ بِالْإِفْلَاسِ فَلَوْ وَفَى الْمَالِ بِهِ فَلَا رُجُوعَ، وَإِنْ قَدَّمَهُ الْغَرْمَاءُ فَلَهُ الرَّجُوعُ لِأَنَّ فِيهِ مِثَّةً وَعَرَرَ ظُهُورَ غَرِيمٍ آخَرَ، وَلَا رُجُوعَ (و) إِذَا تَعَدَّرَ بِأَمْتِنَاعِهِ بَلْ يَسْتَوْفِيهِ الْقَاضِي، وَلَوْ أَنْقَطَعَ جِنْسُهُ وَمَنْعَتَا الْأَعْتِيَاضِ عَنِ الثَّمَنِ فَلَهُ الْفَسْخُ كَمَا فِي اتَّقْطَاعِ الْمُسْلِمِ فِيهِ الثَّانِي: الْحُلُولُ وَلَا رُجُوعَ إِلَّا إِذَا كَانَ الثَّمَنُ حَالاً وَلَا يَحِلُّ الْأَجَلُ بِالْفَلْسِ عَلَى الْأَصَحِّ.

قال الرَّافِعِيُّ: من حجر بالإفلاس ووجد من باع منه ولم يقبض الثمن وعين متاعة عنده، فقد ذكرنا أن له أن يفسخ البيع ويأخذ عين ماله، وهل يكون هذا الخيار على الفور؟ وجهان:

أحدهما: لا كخيار الرجوع في الهبة من الولد.

وأصحهما: نعم، لأنه خيار فسخ ثبت لدفع الضرر، فليكن على الفور كخيار العيب وخيار الحلف.

فعلى هذا إذا علم الحجر ولم يفسخ بطل حقه من الرجوع، وعن القاضي حسين أنه لا يمنع تأقيته بثلاثة أيام، كما هو أحد الأقوال في خيار المعتقة تحت رقيق وفي الشفعة، وهل يفتقر هذا الخيار إلى إذن الحاكم؟ أم يستبد به الفاسخ؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه يفتقر إلى إذنه، لأنه فسخ مختلف فيه كالفسخ بالإعسار.

وأشبههما: أنه لا حاجة إليه، لأنه ثابت بالسنة الصحيحة، فصار كخيار العتق، ولوضوح الحديث ذهب الإضطخري إلى أنه لو حكم حاكم بالمنع من الفسخ نقض حكمه، ولا يحصل الفسخ ببيع البائع وإعتاقه ووطئه الجارية المبيعة على أصح الوجهين، وتلغى هذه التصرفات.

= مرض في الحبس ولم يجد من يخدمه فيه، أخرج. فإن وجد من يخدمه، ففي وجوب إخراجه، وجهان. فإن جن، أخرج قطعاً. وإذا حبس لحق جماعة، لم يكن لواحد إخراجه، حتى يجتمعوا على إخراجه ولو حبس لحق غريم ثم استحق آخر حبسه، جعله القاضي محبوباً للثنتين، فلا يخرج إلا باجماعهما. قال: وإذا ثبت إعساره، أخرجه بغير إذن الغريم.



وصيغة الفسخ كقوله: فسخت البيع ونقضته ورفعته لا يُخفى.

ولو اقتصر على قوله: رددت الثمن أو فسخت البيع، فقد حكى الإمام فيه اختلافاً للأصحاب، ووجه المنع بأن حَقَّ الفسخ فيه أن يضاف إلى المُزسل، ثم إذا انفسخ العقد ثبت مُقتضاهُ، والأصح الاكتفاء به، ثم حق الرجوع للبائع لا يثبت على الإطلاق، بل هو مشروطٌ بشروط يجب معرفتها، ولا يختص الرجوع بالبيع، بل يجري في غيره من المعاوضات ويتبين الغرض بالنظر في العوض المتعذر تحصيله، والعوض المُسترجع والمعارضة التي بها انتقل المِلْك إلى المفلس، فلذلك قال: (ويتعلق الرجوع بثلاثة أركان العوض والمعوّض والمعاوضة).

قوله: (أما العوض فهو الثمن) يعني في البيع ويقاس عليه العوض في سائر المعاوضات، ويعتبر فيه شيان:

أحدهما: أن يتعذر استيفاؤه بسبب الإفلاس، وفيه صور:

أحدها: إذا كان ماله وافياً بالديون، وحجر القاضي عليه، تفرعاً على جواز ذلك ففي ثبوت الرجوع وجهان:

أحدهما: وهو المذكور في الكتاب أنه لا يرجع؛ لأنه يصل إلى الثمن.

والثاني: يرجع، لأنه لو رجع لما أمن أن يظهر غريم آخر يزاحمه فيما أخذ.

الثانية: لو قال الغرماء: نفسخ لتقدمك بالثمن لم يلزمه الإجابة، خلافاً لمالك، لأن فيه تحمل مئة، وأيضاً فربما يظهر غريم آخر يزاحمه فيما أخذ، وفيه وجه أنه لا يبقى له الرجوع، تخريباً مما إذا حَجَرَ عَلَيْهِ الحَاكِمُ وفي ماله وقَاء، ولو قالوا: نُؤدي الثمن من خالص أموالنا، أو تبرع به أجني فليس عليه الإجابة أيضاً.

ولو أجاب ثم ظهر غريم آخر لُو يزاحمه في المأخوذ. ولو مات المُشترِي فقال الوارث: لا ترجع حتى أقدمك على الغرماء لم يلزمه القبول أيضاً.

ولو قال: أؤدي الثمن من مالي فوجهان:

أحدهما: وبه أجاب في «التتمة»: أن عليه القبول وترك الفسخ؛ لأن الوارث خليفة المورث فله تخلص المبيع.

الثالثة: لو امتنع المُشترِي من تسليم الثمن مع اليسار أو هرب أو مات مليئاً وامتنع الوارث من التسليم فأصح الوجهين: أنه لا يفسخ؛ لأنه لم يوجد عيب الإفلاس، والتوصل إلى الاستيفاء بالسُلطان ممكن، فإن فرض عجز عن التذور فذلك مما لا عبرة

والثاني: له الفسخ؛ لتعذر الوصول إلى الثمن<sup>(١)</sup>.

ولو كان قد ضمن الثمن ضامن، فإن ضمن بإذن المشتري فليس له الرجوع على المشتري؛ لأنه ليس بمتبرع على المشتري، والوصول من يده كالوصول من يد المشتري، وإن ضمن بغير إذنه فوجهان:

في أحدهما: يرجع كما لو تبرع متبرع بالثمن.

وفي الثاني: لا؛ لأن الحق قد تقرر في ذمته، وتوجهت المطالبة عليه، بخلاف المتبرع. ولو أعير من المشتري ما يرهنه بالثمن فرهنه فعلى الخلاف.

وأما قوله: (ولو انقطع جنسه ومنعنا الاعتياض عن الثمن، فله الفسخ، كما في انقطاع المسلم فيه) فاعلم أن هذه المسألة هي كالغريبة في الباب، واذكر سبب إيرادها فيه بعد بيان فقهاها.

إنا ذكرنا قولين في جواز الاستبدال عن الثمن في الذمة، فإن منعنا الاستبدال عنه وانقطع جنسه، كان كانقطاع المسلم فيه وانقطاع المسلم فيه، أثره ثبوت حق الفسخ في أصح القولين، والانفساخ في الثاني، وكذلك هاهنا، وإن جوزنا الاعتياض والاستبدال فلا تعذر في استيفاء عوض عنه. قوله: (فله الفسخ) اقتصار منه على ذكر أصح القولين. وأما: سبب الإيراد في هذا الموضع فأمران:

أحدهما: أنه لما جعل الشرط التعذر بسبب الإفلاس، تكلم في التعذر بغير هذا السبب، كامتناع المشتري وانقطاع جنس الثمن، وبين حكم كل قسم منها.

والثاني: أن الأضحاب احتجوا على ثبوت حق الفسخ بالإفلاس بالقياس على تعذر تحصيل المسلم فيه بالانقطاع، والجامع أنه أخذ عوض العقد، فليل لهم: لو كان الثمن كالمسلم فيه، لاقتضى انقطاعه ما يقتضي انقطاع المسلم فيه، فأجابوا بما حكيناه: أنه إن جاز الاستبدال فلا تعذر، وإلا فلا فرق.

الثاني: كون الثمن حالاً، فلا رجوع إذا كان الثمن مؤجلاً؛ لأنه لا مطالبة في الحال.

(١) احترز بالافلاس عما إذا تعذر حصوله بانقطاع جنس الثمن لأن له الاعتياض عنه. واستشكله الأسنوي بأن المعقود عليه إذا فات جاز الفسخ لفوات المقصود منه وقد جزم به المصنف في فوات المبيع وذكر أن إتلاف الثمن المعين كإتلاف المبيع حتى يقتضي التخيير، وإذا جاز الفسخ لفوات عينه مع إمكان الرجوع إلى جنسه ونوعه فلفوات الجنس أولى، وأجيب بأن الملك هاهنا قوي إذ العوض في الذمة فبعد الفسخ وهناك الملك ضعيف لأن صورة المسألة أن المعقود عليه تعين وأنه فات بإتلاف الأجنبي قبل القبض فساغ الفسخ بها فيها قول إن العقد يفسخ كالتلف بأفة سماوية.

وقوله: (ولا يحل الأجل بالفلس على الأصح) مكرر، قد ذكره في أول الباب.

وقوله (ولو حل أجله قبل انفكاك الحجر) فقد ذكرناه ثم بينا أن من الأضحاب من قال: «لو حل الأجل وهو محجور عليه لم يكن للبائع الفسخ والرجوع أيضاً» ويجوز أن يُعَلِّم قوله: (ولا رجوع إلا إذا كان الثمن حلالاً) بالواو؛ لوجه أثبتناه هناك تفریباً على أن الديون المؤجلة تجل بالفلس. واعلم قوله في أول الفصل: (الرجوع إلى عين المبيع) بالحاء؛ لِمَا مرَّ من مذهب أبي حنيفة.

قال الغزالي: وَأَمَّا الْمُعَاوَضَةُ فَلَهَا شَرْطَانِ: الْأَوَّلُ أَنْ يَكُونَ مُعَاوَضَةً مَخْضَةً فَلَا يَثْبُتُ الْفَسْخُ فِي النِّكَاحِ وَالْخُلْعِ وَالصُّلْحِ لِتَعَدُّرِ اسْتِيفَاءِ الْعِوَضِ، وَيَثْبُتُ فِي الْإِجَارَةِ وَالسَّلْمِ فَيَثْبُتُ الرَّجُوعُ إِلَى رَأْسِ الْمَالِ عِنْدَ الْإِفْلَاسِ إِنْ كَانَ بَاقِيًا، وَالْمُضَارَبَةُ بِقِيَمَةِ الْمُسَلَّمِ فِيهِ إِنْ كَانَ تَالِفًا، ثُمَّ يَشْتَرِي بِقِيَمَتِهِ جِنْسَ حَقِّهِ، وَلَا يَجُوزُ الْاِغْتِيَاضُ عَنِ الْمُسَلَّمِ فِيهِ، وَإِذَا أَفْلَسَ الْمُسْتَأْجِرُ بِالْأَجْرَةِ رَجَعَ الْمُكْرِي إِلَى عَيْنِ الدَّابَّةِ أَوْ الدَّارِ الْمُكْرَاةِ، فَإِنْ كَانَ فِي بَادِيَةٍ نَقَلَهُ إِلَى مَأْمَنٍ بِالْأَجْرَةِ مِثْلِهِ يُقَدَّمُ بِهَا عَلَى الْغُرْمَاءِ، وَإِنْ كَانَ قَدْ رَزَعَ الْأَرْضَ تَرَكَ زَرْعَهُ بَعْدَ الْفَسْخِ بِالْأَجْرَةِ يُقَدَّمُ بِهَا عَلَى الْغُرْمَاءِ إِذْ فِيهِ مَضْلَحَةُ الزَّرْعِ الَّذِي هُوَ حَقُّ الْغُرْمَاءِ، وَإِنْ أَفْلَسَ الْمُكْرِي بَعْدَ تَعَيُّنِ مَا أَكْرَاهُ فَلَا فَسْخَ، بَلْ يُقَدَّمُ الْمُسْتَأْجِرُ بِالْمَنْفَعَةِ لِتَعَلُّقِ حَقِّهِ بِعَيْنِ الدَّابَّةِ كَمَا يُقَدَّمُ الْمُرْتَهِنُ، وَإِنْ كَانَتْ الْإِجَارَةُ وَارِدَةً عَلَى الدُّمَّةِ فَلَهُ الرَّجُوعُ إِلَى الْأَجْرَةِ إِذَا بَقِيََتْ بِعَيْنِهَا أَوْ الْمُضَارَبَةُ بِقِيَمَةِ الْمَنْفَعَةِ لِتَحْصُلِ لَهُ الْمَنْفَعَةُ.

قال الرَّافِعِيُّ: يعتبر في المعاوضة التي يملك بها المُفْلِسُ شيئان:

أحدهما: أن تتمحض معاوضة، وقصد صاحب الكتاب بهذا القيد إخراج بعض التصرفات، وإذخال بعضها، أما المخرج: فقد قال: (فلا يثبت الفسخ في النكاح، والخلع، والصلح؛ لتعذر استيفاء العوض) وهذا قد يتجاوز عنه، لاعتقاد أنه في غاية الوضوح، لكن فيه وقفة منكرة؛ لأنه إن أراد به أن المرأة لا تفسخ النكاح بتعذر استيفاء الصداق، ولا الزوج الخلع ولا العافي الصلح بتعذر استيفاء العوض فهو مستمر في الصورتين الأخيرتين، لكنه في النكاح يبني على الخلاف في أن الإغسار بالصداق هل يثبت الفسخ؟ والقول في ذلك الخلاف والأصح منه موضعه باب الإعسار.

وإن أراد به أن الزوج لا يفسخ النكاح إذا لم تسلم نفسها، وتعذر الوصول إليها، فهذا واضح، لكن لا يفرض مثله في الخلع والعتفو، إذ ليس العوض في الخلع إلا البيونة، وفي العفو إلا براءة الدمة عن القصاص، وهذا لا يتصور فيه التعذر مع صحة الخلع والعتفو.

وأما المدخل فهو السلم والإجارة فإنهما معاوضتان محضتان، أما السّلم فإذا أفلس المُسَلَّم إِلَيْهِ قيل توفيه المُسَلَّم فِيهِ لم يخل: إما أن يكون رأس المال باقياً، أو تالفاً أو بعضه باقياً، وبعضه تالفاً.

الحالة الأولى: أن يكون باقياً، فللمسلم فسخ العَقْدِ والرجوع إلى رَأْسِ المَالِ، كما ذكرنا في البائع، فإن أراد أن يضارب العَرْمَاءَ بِالمُسَلَّمِ فِيهِ ولا يفسخ فستكلم في كيفية المضاربة إن شاء الله تَعَالَى.

الثانية: أن يكون رأس المَالِ تالفاً فوجهان:

أحدهما: ويحكى عن أبي إِسْحَاقَ: أن لِلْمُسَلَّمِ فسخ العقد والمضاربة مع العَرْمَاءِ برأس المال، لأنه تعذر عليه الوُضُولُ إلى تَمَامِ حَقِّهِ، فليكن من فسخ السلم، كما لو انقطع جنس المُسَلَّمِ فِيهِ، وهذا ما أورده القَاضِي ابْنُ كَيْجِ الصَّنْدَلَانِيُّ، وعلى هذا فهل يجيء قول حاكم بانفساخ المُسَلَّمِ كما في انقطاع المُسَلَّمِ فِيهِ؟ قيل: نعم، إتماماً للتشبيه.

وقيل: لا؛ لأنه ربما حصل باستقراض وغيره، بخلاف صورة الانقطاع.

وأصحهما: أنه لا يفسخ، كما لو أفلس المُشْتَرِي بالثمن والمبيع تالف، وليس كالانقطاع؛ لأن تَمَّ إِذَا فسخ رَجَعَ رَأْسُ المَالِ بتمامه، وهاهنا إذا فسخ ليس له إلا المضاربة برأس المَالِ، ولو لم يفسخ لضارب المُسَلَّمِ فِيهِ، فإنه أنفع؛ لأن العَالِبَ زيادةً قِيَمَةَ المُسَلَّمِ فِيهِ على رَأْسِ المَالِ، فعلى هذا يُقَوِّمُ المُسَلَّمِ فِيهِ ويضارب المسلم بقيمته مع العَرْمَاءِ، فإذا عرفت حصته نظر إن كان في المَالِ مِن جنس المُسَلَّمِ فِيهِ صرف إليه، وإلا اشترى بخصته منه وسلم إليه، فإن الاعتياض عن المُسَلَّمِ فِيهِ ممتنع، هذا إذا كان رأس المَالِ تالفاً، ولم يكن جنس المسلم فيه منقطعاً، فإن كان تالفاً وانقطع جنس المسلم فيه ففي وجه لَيْسَ لِلْمُسَلَّمِ فسخ العَقْدِ أيضاً؛ لأنه لا بُدَّ من المضاربة فسخ أو لم يفسخ، وإن فسخ فِرَأْسِ المَالِ، وإلا فبالمُسَلَّمِ فِيهِ، وأتما يفسخ بالإفلاس حتى يتخلص عن المضاربة.

والأصح: أنه يثبت حَقَّ الفسخ هاهنا؛ لأن الفسخ بالانقطاع يثبت في حق غير المَخْجُورِ عليه، وما يثبت في حَقِّ غيره يثبت في حقه، كالرَدِّ بِالْعَيْبِ، وفيه فائدة، فإن ما يخصه لو فسخ لَصُرِفَ إِلَيْهِ فِي الحَالِ عن جِهَةِ رَأْسِ المَالِ، وما يخصه لو لم يفسخ لا يُصْرَفُ إِلَيْهِ، بل يوقف إلى أن يعود المُسَلَّمِ فِيهِ فيشتري به.

ثم هاهنا فرعان:

أحدهما: إذا قومنا المُسَلَّمِ فِيهِ، فوجدنا قيمته عشرين، فأفرزنا من المَالِ للمسلم

عشرة، لكون الدُّيُونِ ضِعْفَ المَالِ، فرُخِصَ السَّعْرُ قَبْلَ الشَّرَاءِ وَوَجَدْنَا بِالعَشْرَةِ جَمِيعَ المُسْلِمِ فِيهِ، فَوَجَّهَانِ:

أحدهما: وهو ما أورده ابنُ الصَّبَّاحِ: أَنَا نَرُدُّ المَوْقُوفَ إِلَى مَا يَخْصُهُ بِاعْتِبَارِ قِيَمَتِهِ أَجْزَاءً، فَيَصْرَفُ إِلَيْهِ خَمْسَةٌ، وَالعَمْسَةُ الباقية توزع عليه وعلى سائرِ العُرَمَاءِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ المَوْقُوفَ لَمْ يَدْخُلْ فِي مِلْكِ المُسْلِمِ؛ بَلْ هُوَ بَاقٍ عَلَى مَلِكِ المُفْلِسِ، وَحَقُّ المُسْلِمِ فِي الحَنْطَةِ لِأَنَّ ذَٰلِكَ المَوْقُوفَ، فَإِذَا صَارَتِ القِيَمَةُ عَشْرَةَ فليس دينه إِلَّا ذَٰلِكَ.

والثاني: وهو ما أورده في «التهذيب»: أَنَّهُ يَشْتَرِي بِهِ جَمِيعَ حَقِّهِ وَيُسَلِّمُ إِلَيْهِ اعْتِبَاراً بِيَوْمِ القِسْمَةِ، وَالمَوْقُوفَ فَإِنَّ لَمْ يَمْلِكْهُ المُسْلِمُ لَكِنَّهُ صَارَ كَالْمَرْهُونِ بِحَقِّهِ، وَانْقَطَعَ حَقُّهُ عَنِ غَيْرِهِ مِنَ الحِصَصِ، حَتَّى لَوْ تَلَّفَ قَبْلَ التَّسْلِيمِ، لَمْ يَتَّعَلَقْ بِشَيْءٍ مِمَّا عِنْدَ العُرَمَاءِ، وَكَانَ حَقُّهُ فِي ذِمَّةِ المُفْلِسِ، وَلا خِلافَ فِي أَنَّهُ لَوْ فَضِّلَ المَوْقُوفَ عَنِ جَمِيعِ حَقِّ المُسْلِمِ كَانَ الفَاضِلَ لِلعُرَمَاءِ، وَليس لَهُ أَنْ يَقُولَ مَا زَادَ لِي.

ولو وقفنا في الصُّورَةِ المَعْرُوضَةِ عَشْرَةَ فعلا السُّعْرُ، وَلَمْ نَجِدِ القَدْرَ الَّذِي كُنَّا نَتَوَقَّعُهُ إِلَّا بِأَرْبَعِينَ، فعلى الوجه الأول بان أن الدين أربعون، فيسترجع من سائرِ الحِصَصِ مَا تَتِمُّ بِهِ حِصَصُ الأَرْبَعِينَ، وَعَلَى الثَّانِي لا يَزَاحِمُهُمْ، وَليس لَهُ إِلَّا مَا وَقَفَ لَهُ، وَقَدْ نَسَبَ صَاحِبُ «النَّهَايَةِ» الوجه الثاني إلى الجَمَاهِيرِ، وَالأولُ إِلَى القَاضِي حَسِينِ، وَعَكْسَ أَبُو سَعِيدِ المَتَوَلِي فَنَسَبَ الثَّانِي إِلَى القَاضِي، وَاللهُ أَعْلَمُ.

الثَّانِي: لَوْ تَضَارَبُوا وَأَخَذَ المُسْلِمُ مَا يَخْصُهُ قَدراً مِنَ المُسْلِمِ فِيهِ، وَارْتَفَعَ الحَجْرُ عَنْهُ ثُمَّ حَدَثَ لَهُ مَالٌ وَأُعِيدَ الحَجْرُ، وَاحْتاجُوا إِلَى المُضَارَبَةِ، ثانياً، قَوْمَنَا المُسْلِمَ فِيهِ، فَإِنَّ وَجَدْنَا قِيَمَتَهُ كَقِيَمَتِهِ أَوْلاً فذَٰكَ، وَإِنْ زَادَتْ فَالتَّوْزِيعُ الآنَ يَقَعُ بِاعْتِبَارِ القِيَمَةِ الزَّائِدَةِ، وَإِنْ نَقَصَتْ فَالاعتبارُ بِالقِيَمَةِ الثَّانِيَةِ أَمْ الأُولَى؟ فِيهِ وَجَّهَانِ عَنِ رِوَايَةِ صَاحِبِ «التَّقْرِيبِ».

أصحهما: الأول، قال الإمام: ولا أعرف للثاني وجهاً، ولو كان المُسْلِمُ فِيهِ ثوباً أو عبداً بحصة المُسْلِمِ، يشتري منه شقص للضرورة، وإن لم يوجد فللمسلم الفسخ.

الحالة الثالثة: أن يكون بَعْضُ رَأْسِ المَالِ باقياً، وبعضه تالفاً، فهو كما لو تلف بعض المبيع دون بعض، وسنذكره إن شاء الله - تعالى -.

وأما الإجارة: فتتكلم في إفلاس المستأجر، ثم في إفلاس المُكْرِي.

القسم الأول: إفلاس المستأجر.

والإجارة على نوعين:

أحدهما: الإجارة الواردة على العين، فإذا أجر أرضاً أو دابةً فأفلس المستأجر قبل

تسليم الأجرة ومضت المدة فللمكربي فسخ الإجارة تنزيلاً للمنافع في الإجارة منزلة الأعيان في البيع، وذكر الإمام أن صاحب «التقريب» حكى قولاً: أنه لا يثبت الرجوع في المنافع، فترك منزلة الأعيان القائمة، إذ ليس لها وجود مستقر، والمذهب الأول، فإن لم يفسخ واختار مضاربة الغرماء بالأجرة فله ذلك، وحينئذ إن كانت العين المستأجرة فارغة، أجزها الحاكم على المفلس، وصرف الأجرة إلى الغرماء، ولو كان التفليس بعد مضي بعض المدة، فللمكربي فسخ الإجارة في المدة الباقية، والمضاربة مع الغرماء يقسط المدة الماضية من الأجرة المسماة بناءً على أنه لو باع عبيدين فتلف أحدهما، ثم أفلس، يفسخ البيع في الباقي، ويضارب بثمان التالف.

وإذا أفلس مستأجر الدابة في خلال الطريق، وحجر عليه ففسخ المكربي، لم يكن له ترك متاعه في البادية المهلكة، ولكن ينقله إلى مأمّن بأجرة مثل، يقدم بها على الغرماء؛ لأنه لصيانة ماله وإيصاله إلى الغرماء، فأشبه أجرة الكيال، والحمال، وكري المكان المحفوظ فيه، ثم في المأمّن يضعه عند الحاكم، ولو وضعه عند عدل من غير إذن الحاكم فوجهان المذكوران في نظائره.

ولو فسخ والأرض المستأجرة مشغولة بزراع المستأجر، نُظر إن استحصد الزرع فله المطالبة بالحصاد، وتفريغ الأرض، وإلا فإن اتفق المفلس والغرماء على قطعه، وإن اتفقوا على التبقية إلى الإذراك فلهم ذلك، بشرط أن يقدموا المكري بأجرة المثل، لبقية المدة، محافظة للزرع على الغرماء، وإن اختلفوا فأراد بعضهم القطع والبعض التبقية فعن أبي إسحاق أنه يراعى ما فيه المصلحة.

والمذهب: أنه ينظر إن كان له قيمة لو قطع، فيجانب من يريد القطع من المفلس، والغرماء، إذ ليس عليه تنمية ماله لهم ولا عليهم الصبر إلى أن ينمو ماله.

فعلى هذا لو لم يأخذ المكري أجرة المدة الماضية فهو أحد الغرماء، فله طلب القطع، وإن لم يكن له قيمة لو قطع فيجانب من يريد التبقية، إذ لا فائدة لطلب القطع فيه، وإذا أبقوا الزرع بالاتفاق أو بطلب بعضهم حيث لم يكن للمقطوع قيمة فالسقي، وسائر المؤن، إن تطوع الغرماء، أو بعضهم أو اتفقوا عليها على أقدار ديونهم فذاك، وإن أنفق عليها بعضهم ليرجع فلا بد من إذن الحاكم، أو اتفاق الغرماء والمفلس وإذا حصل الإذن قدم المنفق بقدر النفقة لأنه لإصلاح الزرع، وكذا لو أنفقوا على قدر الديون ثم ظهر غريم آخر قدم المنفقون بما أنفقوا، وهل يجوز الإنفاق عليه من مال المفلس؟ فيه وجهان:

أظهرهما: الجواز.

ووجه المنع: أن حصول الفائدة مؤهوم<sup>(١)</sup>.

والنوع الثاني: الإجارة على الذمة، ونزيد فيها النظر إلى أن هذه الإجارة، هل تعطي حكم السلم حتى يجب تسليم رأس المال في المجلس أم لا؟ إن قلنا: لا، فهي كالإجارة على العين.

وإن قلنا: نعم، فلا أثر للإفلاس بعد التفرق، لصيرورة الأجرة مقبوضة قبل التفرق، ولو فرض التقليل في المجلس، فإن أثبتنا خيار المجلس، ففيه غنية عن هذا الخيار، وإلا فهي كما في إجارة العين.

القسم الثاني: إفلاس المُكْرِي، والكلام في إجارة العَيْنِ، ثم في الإجارة على الذمّة. أما النوع الأول: فإذا أُجِرَ ذَابَةً، أو داراً من إنسان، ثم أفلس، فلا فسخ للمستأجر، لأن المنافع المستحقة له متعلقة بعَيْنِ ذَلِكَ الْمَالِ، فيقدم بها كما يقدم حق المُرْتَبِ، وكما لو باع شيئاً ثم أفلس فإنَّ المُشْتَرِي أحق بما اشتراه، ثم إذا طَلَبَ الغَرْمَاءُ بَيَعَ العَيْنِ المستأجرة يفرع ذلك على جواز بيع المستأجر أن معناه لم يجبههم، وعليهم الصبر إلى انقضاء المدة، وإن جوزناه أُجِيبُوا، ولا مبالاة بما ينقص من ثمنه بسبب الإجارة، إذ ليس على الغرماء الصبر إلى أن يزداد مَالُ المُفْلِسِ.

وأما التَّوْعُ الثاني: فإذا التزم في ذمته نقل متاع من بَلَدٍ إِلَى بَلَدٍ ثم أفلس نظر إن كانت الأجرة باقية في يَدِ المُفْلِسِ فله فسخُ الإجارة، والرجوع إلى عَيْنِ مَالِهِ، وإن كانت تَالِفَةً فلا فسخ، كما لا فسخ والحالة هذه عند إفلاس المسلم إليه على الأصح، ويضارب المُسْتَأْجِرُ الغرماء بقيمة المنفعة المستحقة، وهي أجرة المثل، كما يضارب المسلم بقيمة المسلم فيه، ثم إن جعلنا هذا النوع من الإجارة سلباً فما يخصه بالمضاربة من مال المفلس لا يجوز تسليمه إليه، لامتناع الاعتياض عن المسلم فيه، فينظر إن كانت المنفعة المُسْتَحَقَّةُ قابلةً للتبعيض كما إذا كان الملتزم حمل مائة من<sup>(٢)</sup> فينقل بالحِصَّةِ بعض المائة، وإن لم يقبل التبعيض، كما إذا كان الملتزم قصارة ثوب، أو رياضة ذابة، أو حمل المستأجر إلى بَلَدٍ، ولو نقل إلى يَضْفِ الطَّرِيقِ لَبَقِيَ ضَائِعاً، قال الإمام: للمستأجر الفسخ بهذا السبب، والمضاربة بالأجرة المبذولة، وإن لم يجعل هذا

(١) قال النووي: وإن أنفق بعض الغرماء بإذن المفلس وحده على أن يرجع بما أنفق جاز وكان ديناً في ذمة المفلس لا يشارك به الغرماء لأنه وجب بعد الحجر وإن أنفق بعضهم بإذن باقيهم فقط على أن يرجع عليهم رجح عليهم في مالهم. ينظر الروضة ٣/٣٨٨.

(٢) في الروضة رطل والمن في اللغة: معيار قديم كان يكال به أو يوزن، وقدره إذ ذاك رطلان ببغداديان والرطل عندهم اثنتا عشرة أوقية بأوقيههم. ينظر المعجم الوسيط ٢/٩٢٤.

النَّوع من الإجارة سلماً سلمت الحِصَّة بعينها إليه؛ لجواز الاعتياض، هذا إذا لم يسلم عيناً لاستيفاء المنفعة الملتزمة منها، فأما إذا التزم في ذمته، ثم سلم إليه دابة لينقل بها ثم أفلس فيبني على أن الدَّابَّة المسلمة هل تتعين بالتعيين أم لا؟ فيه وجهان يُذَكَّرَانِ فِي الإِجَارَةِ: إن قلنا: تتعين، فلا فسخ، ويقدم المستأجر بمنفعتها، كما لو كانت معينة في العَقْدِ.

وإن قلنا: لا تتعين فهو كما لو لم يسلم.

وأما لفظ الكتاب فقوله: (فيثبت الرجوع إلى رأس المال) أي في السلم.

وقوله: أو المضاربة بقيمة السلم فيه إن كان تالفاً يجوز إعلامه بالواو للوجه الذَّاهِبِ إلى ثبوت الفُسْخِ عند التَّلَفِ أيضاً.

وقوله: (ثم يشتري بقيمته): أي بحصة المسلم فيه فصار بقيمة مضارباً بقيمته.

وقوله: (رجع المكري) مرقوم بالواو، لما مر.

وقوله: (ترك زرة بعد الفسخ بأجرة) أي: إذا لم يستحصد وتفقدوا على إبقائه كما أوضحناه، والمراد من الأجرة أجرة المثل.

وقوله: (أو المضاربة بقيمة المنفعة لتحصل له المنفعة)، أي: لا يضارب ليأخذ عين ما يخصه، لكن ليصرف ما يخصه إلى المنفعة التي يستحقها، وهذا جوابٌ على تنزيل الإجارة في الذمَّة منزلة السَّلَمِ، فإن لم يفعل ذلك لم يحتج إلى تحصيل المنفعة، فيجوز أن يُعَلِّمَ - بالواو -، لذلك، وقياس ما مرَّ في السلم مجيء وجه في ثبوت الفسخ، وإن كانت الأجرة تالفة لتعذر حُصُولِ المستحق بتمامه، وإعلام قوله: (أو المضاربة) بالواو.

فرع: استقرض مالاً، ثم أفلس وهو باقٍ في يَدِهِ، فللمقرض الرجوع، أما إذا قلنا: إنه لا يملك بالقبض، فلأنه بسبيل من الرجوع من غير حَجْرٍ وإفلاس، فمعهما أولى.

وأما إذا قلنا: إنه يملك، فلأنه مملوكٌ يَبْدَلُ تعذر تحصيله فأشبه المبيع.

فرع: باع مالاً، واستوفى ثَمَنَهُ، وامتنع من تسليم المبيع، أو هرب، هل للمشتري الفسخ كما لو أبق العَبْدُ المبيع أم لا لأنه لا نقصان في نفس المبيع؟ فيه وجهان منقولان في «التتمة»<sup>(١)</sup>.

(١) لم يرجع منهما شيء وقال في الخادم: إن الأرجح المنع.



قال الغزالي: الشَّرْطُ الثَّانِي لِلْمُعَارَضَةِ أَنْ تَكُونَ سَابِقَةً عَلَى الْحَجْرِ، أَخْتَرْنَا بِهِ عَمَّا يَجْرِي سَبَبُ لُزُومِهِ بَعْدَ الْحَجْرِ كَمَا إِذَا بَاعَ مِنَ الْمُفْلِسِ الْمَخْجُورِ عَلَيْهِ هَلْ تَعَلَّقَ بِعَيْنِ مَالِهِ؟ وَقَدْ ذَكَرْنَا، وَكَذَلِكَ لَوْ أَفْلَسَ الْمُكْرِي وَالِدَارُ فِي يَدِ الْمُكْتَرِي فَأَنْهَدِمَتْ ثَبِتَ لَهُ الرَّجُوعُ إِلَى الْأَجْرَةِ، وَهَلْ يَزَاحِمُ بِهِ الْغُرَمَاءُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَكَذَا لَوْ بَاعَ جَارِيَةً لِعَبْدٍ فَتَلَفَتْ الْجَارِيَةُ فِي يَدِ الْمُفْلِسِ الْمَخْجُورِ فَرَدَّ بِائِعُهَا الْعَبْدَ بِالْعَيْبِ فَلَهُ طَلَبُ قِيَمَةِ الْجَارِيَةِ قَطْعًا، وَهَلْ يَتَقَدَّمُ بِالْقِيَمَةِ أَوْ يُضَارِبُ بِهَا؟ وَجْهَانِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يُضَارِبُ.

قال الرَّافِعِيُّ: هذا الشرط مغفول عنه في أكثر النسخ، سيما في القديمة منها، لكنه الحق بالكتاب من «الوسيط»؛ لأنه وَعَدَّ بِهِ حَيْثُ قَالَ: (أما المعاوضة فلها شرطان) والصواب أن تثبت الملحق بالمتن، على ما يناسب نظم الكتاب، ثم نشرحه. أما الملحق فهو قد سبق.

الشَّرْطُ الثَّانِي أَنْ تَكُونَ الْمُعَارَضَةُ سَابِقَةً عَلَى الْحَجْرِ، فَلَوْ بَاعَ مِنَ الْمُفْلِسِ الْمَخْجُورِ شَيْئًا فَقَدْ ذَكَرْنَا الْخِلَافَ فِي تَعَلُّقِهِ بَيْنَ مَتَاعِهِ، وَلَوْ أَفْلَسَ الْمُكْرِي وَالِدَارُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي فَأَنْهَدِمَتْ أَفَلَهُ الرَّجُوعُ بِالْأَجْرَةِ؟ وَفِي مَزَاحِمَتِهِ الْغُرَمَاءُ بِهَا وَجْهَانِ.

ولو بَاعَ جَارِيَةً لِعَبْدٍ فَتَلَفَتْ فِي يَدِ الْمُفْلِسِ وَرَدَّ بِائِعُهَا الْعَبْدَ بَعِيْبٍ، فَلَهُ طَلَبُ قِيَمَةِ الْجَارِيَةِ قَطْعًا، وَيَتَقَدَّمُ بِهَا أَوْ يُضَارِبُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أصحهما: أن يضارب.

وأما الشَّرْحُ فاعلم أن فيه ثلاثَ مَسَائِلَ:

الأول: إِذَا بَاعَ شَيْئًا مِنَ الْمُفْلِسِ الْمَخْجُورِ، وَصَحْحَانَهُ، فَقَدْ ذَكَرْنَا فِي ثُبُوتِ حَقِّ الْفَسْخِ، وَالرَّجُوعِ، خِلَافًا.

فإن قلنا: لا رجوع فقد شرطنا فيه سبق المعارضة على الحجر.

الثانية: إِذَا أَجْرَ دَارًا، وَسَلَّمَهَا إِلَى الْمُكْتَرِي، وَقَبْضَ الْأَجْرَةَ ثُمَّ أَفْلَسَ وَحَجَرَ عَلَيْهِ فَقَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ الْإِجَارَةَ مُسْتَمِرَّةٌ بِحَالِهَا، فَإِنْ أَنْهَدِمَتْ فِي أَثْنَاءِ الْمُدَّةِ انْفَسَخَتْ الْإِجَارَةُ فِيمَا بَقِيَ مِنْهَا، وَيُضَارِبُ الْمُسْتَأْجِرُ مَعَ الْغُرَمَاءِ، بِحِصَّةٍ مَا بَقِيَ مِنْهَا إِنْ كَانَتْ الْإِنْهَادُ قَبْلَ قِسْمَةِ الْمَالِ بَيْنَهُمْ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الْقِسْمَةِ، فَوْجْهَانِ:

وجه المنع: أنه دين حدث بعد القسمة، فصار كما لو استقرض.

وجه المضاربة: وهو الأصح: أنه دين استند إلى عقد سبق الحجر، وهو الإجارة، فصار كما لو انهدمت قبل القسمة.

الثالثة: إذا باع جاريةً بِعَبْدٍ، وتقابضاً، ثم أفلس مشتري الجارية، وحجر عليه، وهلكت الجارية في يده، ثم وجد بائعها بالعبد عبياً، ورده فله طلب قيمة الجارية لا مَحَالَةً، وكيف يطلب؟ فيه وجهان عن القاضي حسين:

أصحهما: أنه يضارب كسائر أزياب الدُّيُونِ.

والثاني: أنه يتقدم على سائر الغرماء بقيمتها، لأنه أدخل في مقابلتها عبداً في مال المُفْلِسِ، وهذان الوجهان في الكيفية يخالفان الوجهين في رجوع من باع منه بعد الحجر شيئاً بالثمن. إذا قلنا: لا يتعلق بعين متاعه فإنما في وجه نقول: يضارب، وفي وجه نقول: يصبر إلى أن يستوفي الغرماء حقوقهم، ولا نقول بالتقدم بحال، وكان الفرق أن الدَّيْنَ ثُمَّ حَدَثَ بعد الحجر، وهاهنا مستند إلى سبب سابق على الحجر، فإذا انضم إليه إدخال شيء في ملك المفلس، أثر في التقديم على رأي.

قال الغزالي: **أَمَّا الْمُعَوَّضُ فَلَهُ شَرْطَانِ: الْأَوَّلُ أَنْ يَكُونَ بَاقِيًا فِي مَلِكِهِ، فَلَوْ هَلَكَ فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا الْمُضَارَبَةُ بِالثَّمَنِ، وَكَذَا (و) لَوْ زَادَتِ الْقِيَمَةُ عَلَى الثَّمَنِ، وَالخُرُوجُ عَنْ مَلِكِهِ كَالهَلَاكِ، وَتَعَلَّقَ حَقَّ الرُّهْنِ وَالكِتَابَةَ كَزَوَالِ الْمَلِكِ، وَلَوْ عَادَ إِلَى مَلِكِهِ بَعْدَ الزَّوَالِ رَجَعَ إِلَيْهِ فِي أَظْهَرِ الْقَوْلَيْنِ.**

قال الرافعي: يعتبر من البيع ليرجع البائع إليه شرطان:

أحدهما: بقاءه في ملك المفلس، فلو هلك لم يرجع قال **رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ**: «فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أَحَقُّ بِمَتَاعِهِ إِذَا وَجِدَهُ بِعَيْنِهِ»<sup>(١)</sup> جعل وجدانه شرطاً في الأحقية، ولا فرق بين أن يكون الهلاك بأفة سَمَاوِيَّةٍ، أو بجناية جَانٍ، ولا بين أن تكون قيمته مثل الثمن، أو أكثر، وليس له إلا مضاربة الغرماء بالثمن، وعن رواية الشيخ أبي محمد وغيره وجه: أنه إذا زادت القيمة ضارب بها دون الثمن، واستفاد بها زيادة حصته.

ولو خرج عن ملكه ببيع أو هبة أو إعتاق أو وقف فهو كما لو هلك، وليس له فسخ هذه التصرفات، بخلاف الشفيع له رد هذه التصرفات؛ لأن حق الشفيع كان ثابتاً حين تصرف المشتري، لأنه يثبت بنفس البيع، وحق الرجوع لم يكن ثابتاً حين تصرف، لأنه إنما ثبت بالإفلاس والحجر.

ولو كاتب العبد، أو استولد الجارية فلا رجوع أيضاً.

ولو دبر أو علق العتق بصفة فله الرجوع، وإن أجره فلا رجوع، إن لم نجوز بيع

المستأجر، وإن جوزناه فإن شاء أخذه مسلوب المنفعة لِحَقِّ المستأجر، وإلا ضارب بالثَّمَنِ. ولو رهنه قدم حق المرتهن، ولا رجوع.

وكذا لو جنى العبد المبيع، فالمجنى عليه أحق ببيعه، فإن قضى حَقَّ المرتهن، أو المجنى عليه ببيع بعضه فالبائع وَاجِدٌ لِبَاقِي المَبِيعِ، وسيأتي حكمه. وإن انفك عن الرهن، أو بَرِيَءٌ من الجناية، فَهُوَ الرُّجُوعُ، كما لو أطلع المشتري على عَيْبٍ في المبيع بَعْدَ رَهْنِهِ، ثُمَّ انفك الرهن له الرد.

وتزويج الجارية لا يمنع الرجوع، وإحرام البائع يمنعه إذا كان المبيعُ صَيِّدًا، ولو حجر عليه بعد ما زال مِلْكُهُ، ثم عاد نظر إن عاد بلا عَوَضٍ كالهبة والإرث والوصية، ففي الرجوع وجهان:

أحدهما: يرجع؛ لأنه وجد متاعه بعينه.

والثَّانِي: لا يرجع؛ لأن هَذَا المَلِكُ متلقى من غيره، ولأنه تخللت حالة لو صَادَقَهَا الإِفْلَاسُ، وَالْحَجْرُ، لَمَّا رَجَعَ، فليستصحب حُكْمَهَا، وهذا الخِلاَفُ كما ذكرنا في مِثْلِهِ مِنَ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ، وتعرضنا لهذه الصُّورَةِ، ونحوها هناك، وفي سلسلة الشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ أن الوجهين فيما نحن فيه مبنيان على الوجهين في رجوع الواهب فيما إذا زَالَ مِلْكُ الوَلَدِ وَعَادَ، وأنهما في الهَبَةِ مبنيان على الوجهين فيما إذا زَالَ مِلْكُ المَرَاةِ وَعَادَ، هل يرجع المُطَلَّقُ بالنصف، وأن الخِلاَفَ فيهما جميعاً مبنى على قولين منصوصين فيما إذا قال لعبده: إذا جاء رأس الشهر فأنت حر، ثم بَاعَهُ، واشتراه، فجاء رأس الشهر هل يعتق؟ ولك أن تقول: بناء الوجهين على القولين المنصوصين، واستخراجهما منه منقول قويم وأما بناء صورة من صور الوجهين على أخرى مع استوائهما في المعنى فليس بأولى مِنَ القَلْبِ وَالْعَكْسِ، وإن عَادَ المَلِكُ إليه بعوض كما لو اشتراه، نظر إن وفر الثمن على البائع الأول. فكما لو عاد بلا عوض، وإن لم يوفر وقلنا: بثبوت الرجوع للبائع لو عاد بلا عوض، فالأول أَوْلَى بِالرُّجُوعِ لِسَبْقِ حَقِّهِ، أو الثَّانِي لِقَرَبِ حَقِّهِ، أو يستويان، ويضارب كل واحد منهما بنصف الثمن؟ فيه ثلاثة أَوْجُهٍ<sup>(١)</sup>.

وعجز المكاتب وعوده إلى الرِّقِّ كانفكاك الرِّهْنِ أو كعود المَلِكِ بعد زَوَالِهِ؟ فيه طريقتان: أجاب في البَسِيطِ منهما بالأوَّلِ، ووجه الثاني: مشابهة الكتابة بِزَوَالِ المَلِكِ، وإفادتها استقلال المكاتب والتحاqqه بالأخرا<sup>(٢)</sup>.

(١) قال النووي: أصح الوجهين أولاً: أنه لا يرجع وبه قطع الجرجاني في «التحرير» وغيره قال البغوي: ويجرى الوجهان فيما لو رد عليه ببيع. ينظر الروضة ٣/٣٩١.

(٢) قال النووي: لو كان المبيع شقصاً مشفوعاً ولم يعلم الشفيع حتى حجر على المشتري وأفلس بالثمن فأوجه، أحدها: يأخذه الشفيع ويؤخذ منه الثمن فيخص به البائع جمعاً بين الحقين. =

وقوله في الكتاب: (في أظهر القولين) غير محمول على قولين منقولين في هذه المسألة بخصوصها؛ لإطباق الثقله على أن الخلاف فيها وجهان، لا قولان، لكن الأئمة فهموا من اختلاف قوله في نظير المسألة قولين فيما يضبط المسائل، وهو أن الرائل العائد كالذي لم يزل، أو كالذي لم يعد، فكانه أراد بالقولين ذلك، والله أعلم.

قال الغزالي: الثاني أن لا يكون متغيراً، فإن تغير بطرئان عيب فليس له إلا أن يفتح أو يضارب بالثمن، إلا أن يكون بجناية أجنبي فله المضاربة بجزء من الثمن على نسبة نقصان القيمة لا بأرض الجناية إذ قد يكون ذلك كل القيمة عند قطع اليدين وذلك لا يعتبر في حق البائع، وجناية المشتري كجناية الأجنبي على أحد الطرفين.

قال الرافعي: إن لم يتغير المبيع عما كان فللبائع الرجوع لا محالة، وإن تغير فربما منع ذلك التغير الرجوع، وربما لم يمنع على ما سيتضح تفصيله، ويبين بذلك أنه ليس الشرط انتفاء نفس التغير، بل انتفاء بعض التغيرات.

وبيان التفصيل المشار إليه أن التغير إما أن يكون بالنقصان، أو بالزيادة.

القسم الأول: التغير بالنقصان وهو على ضربين:

أحدهما: نقصان ما لا يتسقط الثمن عليه، ولا يفرد بالعقد، وهو المراد بالعيب، وربما عبر عنه بنقصان الصفة، فينظر إن حصل ذلك بأفة سماوية فالبائع بالخيار إن شاء رجع إليه ناقصاً، وقنع به، وإن شاء ضارب مع الغرماء بالثمن، كما لو تعيب المبيع في يد البائع يخير المشتري بين أخذه معيماً بجميع الثمن، وبين الفسخ والرجوع بالثمن، ولا فرق بين أن يكون النقصان جسياً، كسقوط بعض الأعضاء والعمى، أو غير حسي كنسيان الحرفة، والإباق، والزنا، وفي كتاب القاضي ابن كنج أن من أصحابنا من أثبت قولاً آخر أنه يأخذ المعيب، ويضارب مع الغرماء بما نقص، كما سنذكره في الضرب الثاني من النقصان، وهو غريب.

وإن حصل بجناية جان، فذلك الجانب إما أجنبي، أو بالبائع، أو المشتري، إن كان الجاني أجنبياً فعليه الأرش، إما غير مقدر أو مقدر بناء على أن جرح العبد مقدر وللبائع أن يأخذه معيماً، ويضارب الغرماء بمثل نسبة ما انتقص من القيمة من الثمن، وإنما ضارب هاهنا بشيء لأن المشتري أخذ بدلاً من النقصان، وكان ذلك مستحقاً للبائع، ولو بقي فلا يحسن تضييعه عليه، وإنما اعتبرنا في حقه نقصان القيمة دون

= الثاني: يأخذ البائع، وأصحهما عند الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب، وآخرين: يأخذه الشفيع ويكون الثمن بين الغرماء كلهم. ينظر روضة الطالبين ٣/٣٩١.

التَّقْدِيرِ الشَّرْعِيِّ، لأن التقدير إنما أثبتته الشرع في الجِنَايَاتِ، والأعواض تتقسط بعضها على بعض باعتبار القيمة .

ولو اعتبرنا في حقه المقدر، لزمنا أن نقول: إذا قطع الجاني يديه وغرم تمام القِيَمَةِ يرجع البائعُ إلى العَبْدِ مع تمام القِيَمَةِ، أو تمام الثمن، وهذا محالٌ فننتظر فيما انتقص من قيمته بقطع اليدين، ونقول: يضارب البائعُ الغرماءَ بمثل نسبته من الثَّمَنِ، ولو قطع إحدى يَدَيْهِ، وغرم نِصْفَ القِيَمَةِ، وكان النَّاقِصُ في السوق ثُلُثَ القيمة، يُضَارِبُ البَائِعُ بثلث الثَّمَنِ، ويأخذه، وعلى هَذَا القِيَاسُ .

وإن كان الجَانِي البَائِعُ فهو كما لو كان الجاني أجنبيًّا، لأن جنايته جناية على ما ليس بِمَمْلُوكٍ لَهُ، ولا هو في ضَمَانِهِ . وإن كان الجَانِي المشتري فطريقان :

أظهرهما: عند الإمام: أن جنايته كجناية الأجنبي أيضاً، لأن إثْلَافَ المُشْتَرِي قَبْضُ، واستيقَاءَ مِنْهُ على ما مرَّ في موضعه، وكأنه صرف جزءاً من المَبِيعِ إِلَى غَرَضِهِ .

والثَّانِي: أن جناية كَجِنَايَةِ البَائِعِ على المبيع قَبْلَ القَبْضِ، مِنْ حَيْثُ لَمْ يَأْخُذْ مِنْهُ غير مقر في يَدِهِ، فعلى هذا يَحْصُلُ في جنايته قولان :

أحدهما: أنها كجناية الأجنبي .

وأصحهما: أنها كآلَافَةِ السَّمَاوِيَّةِ، وهذا ما أورده صاحب «التهذيب» وغيره، ولا يَخْطُرُ بِالْبَالِ أن حق تشبيه جناية المشتري هاهنا بجناية البائع قبل القَبْضِ تشبيه جناية البائع هاهنا بجناية المُشْتَرِي، حتى يقال: كأنه استرجع بَعْضَ البِيعِ، إذ ليس له الفسخ والاسترجاع إلا بعد حَجْرِ الحَاكِمِ عَلَيْهِ، وليس قبل الحَجْرِ حَقٌّ ولا ملك .

قال الغزالي: وَإِنْ تَغَيَّرَ بِقَوَاتِ بَعْضِ المَبِيعِ كَأَحَدِ العَبْدَيْنِ إِلَى القَائِمِ وَضَارَبَ بِثَمَنِ التَّالِفِ، وَنُقْصَانِ وَزَنِ الرُّبُوبِ بِالْإِغْلَاءِ تَغَيَّرَ صِفَةً أَوْ تَلَفَ جُزْءٌ فِيهِ وَجِهَانِ .

قال الرَّافِعِيُّ: الضرب الثاني: نقصان ما يقسط الثَّمَنِ عَلَيْهِ، ويصح إفراده بالعَقْدِ، كما لو اشترى عبيدين أو ثوبين فتلف أحدهما في يَدِ المُشْتَرِي ثم أفلس، وحجر عليه، فللبائع أن يأخذ الباقي بِحِصَّتِهِ من الثَّمَنِ، ويضارب مع الغرماءَ بِحِصَّتِهِ عَنِ التَّالِفِ، بل لو بقي جَمِيعُ المَبِيعِ وأراد البائعُ فسخَ البِيعِ في نصفه مُكِّنَ مِنْهُ؛ لأنه أَنْفَعُ لِلْغَرَمَاءِ مِنَ الفَسْخِ فِي الكُلِّ، فهو كما لو رَجَعَ الأبُّ فِي نِصْفِ مَا وَهَبَ بِجُوزِ، وعن القاضي أَبِي حَامِدٍ، وَأَبِي الحُسَيْنِ أن من الأصحاب من ذكر قولين في أنه إذا أخذ الباقي يأخذه بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ، أو يأخذه بِجَمِيعِ الثَّمَنِ ولا يُضَارِبُ بِشَيْءٍ، وذكر الإمام أن أصحاب هذه الطَّرِيقَةِ طردوها في كل مَسْأَلَةٍ تُضَاهِيهَا، حتى لَوْ بَاعَ سِنْفًا وشَقِصًا بِمَاتَةٍ، يأخذ الشقص بجميع المائة عَلَى قَوْلٍ، قال: وهذا عِنْدِي قَرِيبٌ مِنْ خَزَقِ الإِجْمَاعِ .

هذا إذا تلف أحد العبدین ولم يقبض شيئاً من الثمن أما إذا باع عَبْدَيْنِ متساويين في القيمة بمائة وقبض خمسين، فتلف أحدهما في يد المُشْتَرِي، ثم أفلَسَ فقولان:

القديم: أنه لا رُجوعَ لَهُ إِلَى الْعَيْنِ، بل يضارب بِبَاقِي الثَّمَنِ مع الغُرمَاءِ، لما روى أنه ﷺ قال: «أَيُّمَا رَجُلٍ بَاعَ مَتَاعاً فَأَفْلَسَ الَّذِي ابْتَاعَهُ، وَلَمْ يَقْبِضِ الْبَائِعُ مِنْ ثَمَنِهِ شَيْئاً فَوَجَدَهُ بِعَيْنِهِ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ»<sup>(١)</sup> وإن كان قد اقتضى من ثمنه شيئاً، فهو أسوة الغرماء.

والجديد: أنه يرجع، واحتج له بأن الإفلاس سبب يعود به كُُلُّ الْعَيْنِ إليه، فجاز أن يعود بعضه كالفرقة في النكاح قبل الدخول يُرَدُّ بِهَا جَمِيعُ الصَّدَاقِ إِلَى الزَّوْجِ تَارَةً، وبعضه أُخْرَى، وأما الحديث فهو مُرْسَلٌ<sup>(٢)</sup>، وعلى هذا فيما يرجع؟ نص في «الأم»: أنه يرجع في جميع العبد الباقي بما بقي من الثمن، وله فيما إذا أضدقها أربعين شاةً، وحال عليها الحول، فأخرجت شاةً، ثم طلقها قبل الدخول قولان:

أحدهما: يرجع بأربعين شاةً: وهو قياس نصه هاهنا.

والثاني: أنه يأخذ نصف الموجود، ونصف قيمة الشاة المُخْرَجَةِ، واختلفوا هاهنا على طريقتين:

أحدهما: تخريج القول الثاني، وطرده القولين هاهنا وعلى هذا.

أحدهما: فأظهرهما: أنه يأخذ جميع العبد الباقي بما بقي من الثمن. ويجعل ما قبضه من الثمن في مقابلة التالف، كما لو رهنَ عَبْدَيْنِ بِمِائَةٍ وأخذ خمسين، وتلف أحد العبدَيْنِ، كان الآخرُ مرهوناً بما بقي من الدين، والمعنى الجامع: أن له التعلق بكل العَيْنِ إذا بقي كُُلُّ الْحَقِّ فيثبت له التعلق بِالْبَاقِي مِنَ الْعَيْنِ للباقي مِنَ الْحَقِّ.

والثاني: وهو اختيار المُزْنِي: أنه يأخذ نصف العبد الباقي بنصف الباقي من الثمن، ويضارب الغرماء بنصفه، لأن الثمن يتوزع على المبيع بالمقبوض، والباقي يتوزع كُُلٌّ وَاحِدٍ منهما على العبدَيْنِ.

(١) تقدم.

(٢) المرسل في اللغة من الارسال وهو يقابل الإمساك وتقول: أرسلت الطائر من يدي إذا أطلقت، وفي الاصطلاح فالمشهور عند المحدثين ما أضافه التابعي، الذي لم يلق النبي ﷺ صغيراً كان أو كبيراً للنبي ﷺ، ولم يذكر الواسطة قال العراقي في منظومته:

مرفوع تابع على المشهور      مرسل أو قيده بالكبير  
أو سقط رآه منه ذو أقوال      والأول الأكثر في الاستعمال

وعرفه بعض الأصوليين بأنه هو الحديث الذي لم يتصل سنده، سواء سقط منه واحد أو أكثر في أحد طرفيه أو وسطه. وفي العمل بالمرسل خلاف بين العلماء معروف في بابه.

والطريق الثاني: القطع بالمنصوص، والفرق بينه وبين الصّدَاق أن الرّوَج إذا لم يرجع إلى عَيْنِ الصّدَاقِ أخذ القيمةَ بِتَمَامِهَا، والبائع هاهنا لا يأخذ الثَّمَن، بل يحتاج إلى المُضَارَبَةِ، ولو قبض بَعْضُ الثَّمَن، ولم يتلف شيءٌ من المبيع، ففي الرّوَجِ القَوْلَانِ: القديم، والجديد، وعلى الجديد: يرجع إلى المبيعِ بِقِسْطِ البَاقِي من الثَّمَن، فلو قبض نِصْفَ الثمن رجع في نِصْفِ العَبْدِ المبيع، أو العَبْدَيْنِ المَبِيعَيْنِ. فرعان:

أحدهما: قد ذكره في الكتاب.

إذا أغلى الزيت المبيع حتى ذهب بَعْضُهُ، ثم أفلس، فَوَجَّهَان:

أحدهما: أنه كما لو تَعَيَّبَ المبيع، وكان الرّائِلُ صِفَةَ التفل، فعلى هذا يرجع إليه ويقنع به.

وأصحهما: أنه بمثابة تَلَفِ بَعْضِ المبيع، كما لو أنضب، فعلى هذا لو ذهب نِصْفُهُ أخذه بِنِصْفِ الثَّمَن، وضارب مع العَرَمَاءِ بالنصف، وإن ذهب ثلثه أخذ بِثُلْثِي الثمن، وضارب مَعَهُمُ بِالثُلْثِ، ومن قال بالوجه الأول فالشَّرْطُ أن يطرده في إغلاء الغَاصِبِ الزَّيْتِ المَغْضُوبِ، وليس له ذِكْرُ هُنَاكَ، بل لم يتعرض له المعظم هاهنا واقتصروا على الوجه الثاني، نعم، لو كان مكان الزيت العصير، فقد أجابوا هاهنا وفي العَضْبِ بوجهين، وَرَجَّحُوا التسوية بينه وبين الزيت، ووجه الفرق أن الذَّاهِبَ من العصير ماء لا مَالِيَّةَ لَهُ، والذَّاهِبُ من الزيت متمول، وإذا قلنا بالتسوية فلو كان العَصِيرُ المبيع أربعة أَرْطَالٍ، قيمتها ثَلَاثَةُ دَرَاهِمٍ، فأغلاها حَتَّى عادت إلى ثلاثة أَرْطَالٍ، فيرجع إلى الباقي، ويضارب بِرُبْعِ الثَّمَنِ للذَّاهِبِ، ولا عبرة بِنُقْصَانِ قِيَمَةِ المغلي، كما إذا عادت قيمته إلى دِرْهَمَيْنِ، وإن زادت قيمته بأن صارت أربعة فيبني على أن الزيادة الحَاصِلَةُ بالصفة أثر أم عين.

إن قلنا: أثر فَازَ البَائِعُ بِمَا زَادَ:

وإن قلنا: عين، فعن القَمَالِ: أن الجواب كذلك، وعن غيره أن المُفْلِسَ يكون شَرِيكاً لَهُ بالدراهم الزائدة وإن بقيت القيمة ثلاثة كما كانت فيكون بقاؤها بِحَالِهَا مع نقصان بعض العين؛ لازدياد الباقي بالطَّبِخِ، فإن جعلنا هذه الزيادة أثراً فَازَ البَائِعُ، وإن جعلناها عَيْناً فكذلك عند القَمَالِ، وقال غيره: يكون المفلس شريكاً بثلاثة أرباع دِرْهَمٍ؛ لأن هذا القَدْرُ هُوَ قِسْطُ الرُّطْلِ الذَّاهِبِ، وهو الذي زَادَ بالطَّبِخِ في البَاقِي، هذا ما يستمر على القَوَاعِدِ، ولصاحب «التلخيص» في المسألة كلام غَلَطُوهُ فِيهِ.

الفرع الثاني: لو كان المبيع داراً فانهَدَمَتْ، ولم يهلك شيء من النقص، فهذا النقصان من قَبِيلِ الضَّرْبِ الأول كالعَمَى ونحوه.

ولو هلك بعضه بإحراق أو غيره فهو من الضرب الثاني هكذا أطلقوه، ولك أن تقول: وجب أن يطرد فيه الخِلاف الذي ذكرناه في تلف سَقْفِ الدَّارِ المَبِيعَةِ قبل القبض، أنه كالتعيب أو تلف أحد العبدین .

قال الغزالي: **أما التَغْيِيرُ بِالزِّيَادَةِ فَالْمُتَّصِلَةُ مِنْ كُلِّ وَجْهِ لَا حُكْمَ لَهَا بَلْ تُسَلَّمُ لِلبَّائِعِ مَجَانًا، وَالْمُنْفَصِلَةُ مِنْ كُلِّ وَجْهِ كَالْوَلَدِ لَا يَزْجَعُ فِيهِ وَلَكِنْ إِنْ كَانَ صَغِيرًا فَعَلَيْهِ أَنْ يَبْدَلَ قِيَمَةَ الْوَلَدِ حَدْرًا مِنَ التَّفْرِيقِ، فَإِنْ أَبِي بَطَّلَ حَقَّهُ عَلَى رَأْيٍ مِنْ رَأْيِ الرَّجُوعِ (و)، وَيَبْعَتِ الْأُمُّ وَالْوَلَدُ عَلَى رَأْيٍ، وَصُرِفَ إِلَيْهِ نَصِيبُ الْأُمِّ عَلَى الْخُصُوصِ، وَإِذَا تَفَرَّخَ الْبَيْضُ الْمُشْتَرَى أَوْ نَبَتِ الْبَذْرُ بِالزَّرَاعَةِ فَقَدْ فَاتَ الْمَبِيعُ عَلَى الْأَظْهَرِ (و) وَهَذَا مَوْجُودٌ جَدِيدٌ.**

قال الرَّافِعِيُّ: القسم الثاني: التغير بالزيادة، وهي نوعان:

أحدهما: الزيادة الحاصلة لأمرٍ خارج، وهي على ثلاثة أضرب:

أحدها: المتصلة من كل وجه كالسمن، وتعلم الحزفة، وكبر الشجرة، فلا عبء بها، وللبائع الرجوع من غير أن يلتزم بالزيادة شيئاً، وعلى هذا حكم هذه الزيادة في جميع الأبواب إلا في الصداق، فإن الزوج لا يرجع إذا طلق قبل الدخول إلى النصف الزائد إلا برضى المرأة، وسبب مفارقة سائر الأصول يُذَكَّرُ هُنَاكَ.

والثاني: الزيادة المنفصلة من كل وجه كثمرة الشجرة واللبن والولد، فيرجع في الأصل، وتسلم الزوائد للمفلس، نعم، لو كان الولد صغيراً فوجهان:

أحدهما: أنه إن بذل قيمة الولد أخذه مع الأم، وإلا صارَ بالثمن، وبطل حقه من الرجوع؛ لامتناع التفريق.

وأصحهما: أنه إن بذل قيمته فذاك، وإلا بيعاً معاً، وصرف ما يخص الأم إلى البائع، وما يخص الولد إلى المفلس، وهاهنا مباحثة وهي: أنا ذكرنا وجهين فيما إذا وجد الأم معيبة وهناك ولدٌ صغيرٌ، أنه يترك الرد وينتقل إلى الأرش، ويحتمل التفريق للضرورة، وفيما إذا رهن الأم دون الولد أنهما يباعان معاً، ويحرم التفريق، ولم يذكروا فيما نحن فيه احتمال التفريق، وإنما احتالوا في دفعه، فيجوز أن يقال: يجيء وجه في التفريق هاهنا أيضاً، لكنهم لم يذكروه اقتصاراً على الأصح، ويجوز أن يفرق بأن مال المفلس كله مضرورف إلى الغرماء، فلا وجه لاحتمال التفريق مع إمكان المحافظة على جانب الرجوع، وكون ملك المفلس مزالاً من الأول<sup>(١)</sup>، ولو كان المبيع بذراً فزرعه

(١) قال النووي: هذا الثامن هو الصواب وبه قطع الجمهور تصريحاً وتعريضاً وحكى صاحب «الحاوي» والمستظهري وغيرهما وجهاً غريباً ضعيفاً أنه يجوز التفريق بينهما للضرورة كمسألة =



المشتري ونبت، أو بيضة فتفرخت في يده، ثم أفلس فوجهان:  
أحدهما: أنه ليس له الرجوع إليه؛ لأن المبيع قد هلك، وهذا شيء جديد له اسم  
جديد.

والثاني: يرجع؛ لأنه حدث من عين ماله، أو هو عين ماله اكتسب هيئة أخرى،  
فصار كالودي<sup>(١)</sup> إذا صار نخلاً. والوجه الأول هو اختيار صاحب الكتاب، وبه قال  
القاضيان ابن كنج، وأبو الطيب، والأصح عند أصحابنا العراقيين، وصاحب «التهذيب»  
الوجه الثاني، وسترى في كتاب الغصب ما يؤيده، ويجري مثل هذا الخلاف في العصير  
إذا تخمر في يد المشتري ثم تخلل.

ولو اشترى زرعاً أخضر مع الأرض ففلس وقد اشتد الحب فقد قيل: يطرّد  
الوجهين، وقيل: بالقطع بالرجوع.

واعلم أنا إذا قلنا: بثبوت الرجوع في هذه الصورة، جعلنا هذه التغييرات من  
القسم الذي نحن فيه، وإذا لم نقل بثبوتها جعلنا هذه التغييرات خارجة عن الأقسام  
المذكورة.

والتقسيم الحاوي لها أن يقال: التغيير ينقسم إلى ما يقبل المبيع عما هو عليه  
ويجدد اسماً ومسمى، وإلى غيره، وفيه تقع الأقسام المذكورة.

قال الغزالي: وإن كانت الجارية المباعة حاملاً فولدت قبل الرجوع ففيها تعلّق  
الرجوع به قولان، ولو حبّلت بعد البيع فالصحيح تعدّي الرجوع إلى الجنين، وحكم  
الثمرة قبل التأبير حكم الجنين وأولى بالاستقلال.

قال الرافعي: الضرب الثالث: الزيادة المتصلة من وجه دون وجه كالحمل، ووجه  
اتصاله ظاهر، ووجه انفصاله استقلاله وانفراده بالحياة والموت، وكثير من الأحكام.

وجملة القول فيه: أنه إن حدث الحمل بعد الشراء وانفصل قبل الرجوع، فحكم  
الولد ما مرّ في الفصل السابق، وإن كانت حاملاً عند الشراء وعند الرجوع جميعاً فهو  
كالسمن، ويرجع البائع فيها حاملاً، وإن كانت حاملاً عند الشراء وولدت قبل الرجوع  
ففي تعدّي الرجوع إلى الولد قولان، بناهما الأصحاب على الخلاف في أن الحمل هل  
يُعرف أم لا؟

= الرهن وقالوا: ليس هو بصحيح إذا لا ضرورة وفرقوا بما سبق فمحصل أن دعوى الإمام  
الرافعي ليست بمقبولة. ينظر الروضة ٣/٣٩٤.  
(١) الودي صغار النخل. ينظر المصباح المنير.

إن قلنا: نعم، وهو الأصح، رجع كما لو اشترى شيئين.

وإن قلنا: لا، بقي الولد للمفلس، وربما وجه قول التعدي بأن الولد كان موجوداً عند العقد، ملكه المشتري بالعقد، فوجب أن يرجع إلى البائع بالرجوع، وقول المنع: بأنه ما لم ينفصل تابع ملحق بالأغضاء، فكذلك تبع في البيع، أما عند الرجوع فهو شخص مستقل بنفسه فيفرد بالحكم، وكأنه وجد حين استقل، وإن كانت حائلاً عند الشراء حاملاً عند الرجوع، فقولان موجهان بطريقتين:

أشهرهما: البناء على أن الحمل هل يعرف؟

إن قلنا: لا، أخذها حاملاً.

وإن قلنا: نعم، ففي «التهذيب» وجه: أنه لا رجوع له، ويضارب مع الغرماء بالثمن والأصح: أنه له الرجوع في الأم، ولا حق له في الولد، كما لو كان منفصلاً.

والثاني: توجيه تعدي الرجوع إلى الولد لأن الحمل يتبع الجارية حال البيع، فكذلك في حال الرجوع، وتوجيه المنع: لأن البائع يرجع إلى ما كان عند البيع، أو حدث فيه من الزيادات المتصلة، ولم يكن الحمل موجوداً، ولا سبيل إلى غيره من الزيادات المنفصلة، لاستقلاله وانفراده بكثير من الأحكام، ثم قضية المآخذ الأول: أن يكون الأصح اختصاص الرجوع بالأم؛ لأن الأصح: أن الحمل يُعرف، وكذلك ذكر بعض شارحي «المفتاح»، إلا أن الأكثرين مالوا إلى تزجيج القول الآخر، كما رجحه صاحب الكتاب، وذكروا أنه المنصوص، فليوجه بالمآخذ الثاني، إذا قلنا باختصاص الرجوع بالأم، فقد ذكر الشيخ أبو محمد أنه يرجع فيها قبل الوضع، فإذا ولدت فالولد للمفلس، وقال الصيقلاني وغيره: يصبر إلى انفصال الولد، ولا يرجع في الحال، ثم الاحتراز عن التفريق بين الأم والولد طريقة ما مر<sup>(١)</sup>.

واعلم أن استتار الثمرة بالأكمة وظهورها بالتأبير قريبان من استتار الجنين وظهوره بالانفصال، وفيها الأحوال الأربع المذكورة في الجنين:

أولها: أن يشتري نخيلاً عليها ثمرة غير مؤبرة، وكانت عند الرجوع غير مؤبرة.

(١) قال النووي: قول الشيخ أبي محمد هو ظاهر كلام الأكثرين وصرح به صاحب «الحاوي» ولا يلزم تسليمها إلى البائع، لحق المفلس، ولا إقرارها في يد المفلس أو غرمائه، لحق البائع في الأم، ولا يجوز أخذ قيمة الولد، فتوضع الأم عند عدل يتفقان عليه، وإلا فيختار الحاكم عدلاً. قال: ونفقتها على البائع دون المفلس، لأنه مالك الأم، وسواء قلنا: تجب نفقة الحامل لحملها، أم لا. قال أصحابنا: وحكم سائر الحيوانات الحائلة والحاملة حكم الجارية، إلا أن في باقي الحيوانات يجوز التفريق بينها وبين ولدها الصغير، بخلاف الجارية. ينظر الروضة ٣/٣٩٥.

وثانيها: أن يشتريها ولا يَمَازَ عليها غير مؤبرة ثم كانت لها ثمار عند الرجوع مؤبرة أو مدركة أو مجدودة، فالحُكْمُ فيها كما ذكرنا في الحَمَلِ.

وثالثها: إذا كانت ثَمَرَتِهَا عِنْدَ الشَّرَاءِ غير مؤبرة، وعند الرجوع مؤبرة، فطريقان: أحدهما: أن أَخَذَ البَائِعُ الثمرة على القولين في أَخَذِ الوَلَدِ إِذَا كَانَتْ حَامِلاً عند البَيْعِ ووضعت قبل الرجوع.

والثاني: القطع بأنه يأخذ الثمرة؛ لأنها وَإِنْ كَانَتْ مُسْتَتِرَةً فهي مشاهدة موثوق بها، قابلة للإفراد بالبيع، فكانت أحد مقصودي العقد، فيرجع فيها رجوعه في النخيل، وإن شئت عَبَّرتَ عن الطريقتين بأنا إن قلنا: يأخذ الولد فالثمرة أَوْلَى بِالِأَخْذِ، وإلا فالقولان. وَوَأَبْعَاهَا: إذا كانت النُّخْلَةُ حَائِلاً عند الشراء، فأطلعت عِنْدَ المُشْتَرِي، ثم جاء وَقْتُ الرَّجُوعِ وهي غير مُؤَبَّرَةٌ فقولان. رواية الربيع: أنه لا يأخذ الطَّلَعُ؛ لأنه يَصِحُّ إفراده بالبيع، فلا يجعل تبعاً كالثمار المؤبَّرة.

ورواية المُزَنِيِّ، وحرمله: أنه يأخذه مع النخيل، لأنه تبع في البيع، فكذلك في الفسخ، وفيه طَرِيقَةٌ أُخْرَى قَاطِعَةٌ: بأنه لا يأخذ الطَّلَعُ؛ لما ذكرنا من الوثوق به واستقلاله، قال الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ: وعلى هذا القياس أمر الثمرة التي لم تُؤَبَّرْ، فحيث أزال المِلْكُ باختياره بعوض استتبع ما لَمْ يُؤَبَّرْ من الثمار، وإن زال قهراً بِعَوْضٍ فهو كما في الشفعة، والرَدُّ بالعَيْبِ، فالاستتباع عَلَى هَذَيْنِ القَوْلَيْنِ.

وإن زال لا بعوض اختياراً أو قهراً كما في الرجوع في الهبة، ففيه القولان.

وقوله في الكتاب: (وحكم الثمرة قبل التأبير حكم الجنين وأولى بالاستقلال) يشير إلى طريقة القطع في الثمار تارة بالإثبات، وأخرى بالتفكي كما بيناه، وحكم سائر الثمار وما يلتحق منها بالمؤبر، وما يلتحق بغير المؤبَّرة قد اتضح في البيع، ويتفرع على منقول المُزَنِيِّ، وهو الأظهر: أنه لو جرى التأبير وفسخ البائع البيع ثم قال البائع: فسخت قبل التأبير والثمار لي، وقال المُفْلِسُ: بل بعده، فالقول قول المُفْلِسِ مَعَ يَمِينِهِ؛ لأن الأضلّ عدم الفسخ حِينَئِذٍ، وبقاء الثمار له، وعن أبي الحُسَيْنِ: أن بعضهم ذَكَرَ قولاً آخر: أن القول قول البائع؛ لأنه أعرف بتصرفه<sup>(١)</sup>، وقال المَسْعُودِيُّ: يخرج قول أن

(١) قال النووي: ينبغي أن يجيء قول: إن القول قول السابق بالدعوى. وقول: إنهما إن اتفقا على وقت التأبير، واختلفا في الفسخ، فقول المفلس. وإن اتفقا على وقت الفسخ، واختلفا في التأبير، فقول البائع، كقولين في اختلاف الزوجين في انقضاء العدة، والرجعة والإسلام. قال صاحب «الشامل» وغيره: وكذا لو قال البائع: بتك بعد التأبير، فالثمرة لي. وقال المشتري: قبله، فالقول قول البائع مع يمينه، وقد ذكرت هذه المسألة في اختلاف المتبايعين. ينظر الروضة ٣/٣٩٦.

المفلس يقبل قوله من غير يمين، بناء على أن النكول ورد اليمين كالإقرار، وأنه لو أقرَّ لما قُبِلَ إقرارُهُ، والمذهب الأول، وإنما يحلف على نفي العِلْمِ بِسَبْقِ الفَسْخِ على التأبير، لا على نفي السَّبْقِ<sup>(١)</sup>.

فإن حلف بَقِيَّتِ الثُّمَارِ لَهُ، وإن نَكَلَ فَهَلْ لِلغُرَمَاءِ أن يُخْلِفُوا، فيه الخلاف المَذْكُورُ فيما إذا ادعى المفلس ديناً على غَيْرِهِ وأقام شاهداً ولم يحلف معه هل يحلف الغرماء؟ فإن قلنا: لا يَخْلِفُونَ وهو الأصح أو قلنا: يَخْلِفُونَ فنكلوا، عرضت اليمين على البَائِعِ، فإن نَكَلَ فهو أَحَقُّ كما لو حلف المُفْلِسُ، وإن حَلَفَ فإن جَعَلْنَا اليمين المَرْدُودَةَ بَعْدَ التُّكُولِ كَالْبَيْتَةِ، فالثُّمَارُ لَهُ وإن جعلناه كَالإِقْرَارِ فيخرج على القَوْلَيْنِ في قبول إقرار المُفْلِسِ في مزاحمة المقر له للغُرَمَاءِ، فإن لم يقبله صرف الثمار إلى الغُرَمَاءِ كَسَائِرِ الأَمْوَالِ، فإن فضل شَيْءٌ أَخَذَهُ البَائِعُ بِحَلْفِهِ.

هَذَا إِذَا كَذَّبَ الغُرَمَاءُ البَائِعِ كما كذبه المفلس، وإن صَدَّقُوهُ لم يقبل إقرارهم على المُفْلِسِ، بل إذا حلف بَقِيَّتِ الثُّمَارِ لَهُ وليس لهم المُطَالَبَةُ بِقِسْمَتِهَا؛ لأنهم يَزْعُمُونَ أنها ليست مِلْكاً لَهُ، وليس له التَّصَرُّفُ فِيهَا؛ لمكان الحَجَرِ، واحتمال أن يكون له غَرِيمٌ آخِرٌ.

نعم، له إجبارهم على أَخْذِهَا إن كانت مِنْ جنس حُقُوقِهِمْ، أو إبراء ذمته عن ذلك القَدْرِ عَلَى ظَاهِرِ المَذْهَبِ، كما لو جاء المكاتب بالنجم فقال السيد: إنه مَغْضُوبٌ، فيقال له: خذهُ أو أبرئه عنه، وفيه وجه أنهم لا يجبرون على أَخْذِهَا، بِخِلَافِ المُكَاتِبِ؛ لأنه يَخَافُ العُودَ إِلَى الرِّقِّ، لو لم يُوْخِذْ مِنْهُ، وليس على المفلس كَثِيرٌ ضَرَرٌ، فإذا أُجْبِرُوا على أَخْذِهَا فَأَخْذُهَا، فللبائع أَخْذُهَا مِنْهُمْ لإقرارهم، وإن لم يجبروا وأقسم سَائِرُ أَمْوَالِهِ فَلَهُ طَلْبُ فَكِّ الحَجَرِ، إذا قلنا: إنه لا يرتفع بنفسه، ولو كانت من غير جنس حقوقهم فبيعت وصرف ثمنها إليهم تفريراً على الإجبار، لم يتمكن البائع من أَخْذِهَا مِنْهُمْ لأنهم لم يُقَرُّوا له بالثَّمَنِ، وعليهم رَدُّهُ عَلَى المُشْتَرِي، فإن لم يأخذه فَهُوَ مَالٌ ضَائِعٌ<sup>(٢)</sup>، ولو كان في المصدقين عَدْلَانِ شَهِدَا لِلْبَائِعِ على صيغة الشَّهَادَةِ وشرطها، أو عدل واحد وحلَفَ البَائِعُ مَعَهُ قُبِلَتِ الشَّهَادَةُ، وقضى له، هكذا أَطْلَقَ الشافعي - رضي الله عنه - وعامة الأَصْحَابِ، وأحسن بعض الشُّيُوخِ الشَّارِحِينَ «للمختصر» فحمله على ما إذا شَهِدَ الشُّهُودُ قَبْلَ تَصْديقِ البَائِعِ.

(١) قال النووي: فلو أقر البائع أن المفلس لا يعلم تاريخ الرجوع سلمت الثمرة للمفلس بلا يمين لأنه يوافق على نفي علمه قاله الإمام. ينظر الروضة ٣/٣٩٧.

(٢) قال النووي: هذا هو الصحيح المعروف. وفي «الحاوي» وجه شاذ: أنه يجب عليهم دفع الثمن إلى البائع لأنه بدل الثمرة فأعطي حكمها والصواب ما سبق. ينظر الروضة ٣/٣٩٧.

أو بعده، وقلنا: إنهم لا يجبرون على أخذ الثمار، وإلا فهم يدفعون بالشهادة ضرر أخذها، وضياعها عليهم بأخذ البائع.

ولو صدق بغض الغرماء البائع وكذبه بعضهم، فللمفلس تخصيص المكذبين بالثمار، ولو أراد بعضهم قسمتها على الكل فوجهان.

قال أبو إسحاق - رحمه الله - له ذلك، كما لو صدقوه جميعاً، وقال الأكثرون: لا؛ لأن من صدق البائع يتضرر بالأخذ؛ لأن البائع يتضرر بأخذ ما أخذه منه، والمفلس لا يتضرر بأن لا يصرف إليه لإمكان الصرف إلى المكذبين، بخلاف ما إذا صدقه الكل.

وإذا صرف إلى المكذبين ولم يف بحقوقهم، فيضاربون المصدقين في سائر الأموال ببقية ديونهم، مواخذة لهم بزعمهم، أو بجميع ديونهم؛ لأن زعم المصدقين أن سائر ديون المكذبين لم تتأد، وفيه وجهان:

أظهرهما: وهو المنصوص أولهما، وجميع ما ذكرناه فيما إذا كذب المفلس البائع، أما إذا صدقه، نظر إن صدقه الغرماء أيضاً قضي له، وإن كذبه وزعموا أنه أقر عن مواطاة جرت بينهما، فعلى القولين فيما إذا أقر بعين مال أو بدلين لغيره، وإن قلنا: لا يقبل، فللبائع تحليف الغرماء، قيل: إنهم لا يعرفون فسخه على التأبير، ومنهم من قال: هو على القولين السابقين في أن الغرماء هل يحلفون؟ والأول أصح؛ لأن اليمين هاهنا توجهت عليهم ابتداء، وثم ينوبون عن المفلس، واليمين لا تجري فيها النيابة<sup>(١)</sup>.

النظر في انفصال الجنين، وفي ظهور الثمار بالتأبير إلى حال الرجوع دون الحجر؛ لأن ملك المفلس باقٍ إلى أن يرجع البائع.

قال الغزالي: ولو بقيت الثمرة للمشتري فعلى البائع إنقاؤها إلى الجداد، وكذا إنقاء زرع من غير أجرة (و)، وحيث يثبت الرجوع في الثمار فلو كانت قد تلفت فرجع في الشجرة فيطالب بجزء من الثمن بطريق المضاربة، وتعرف قدره بأختيار أقل (و) القيمتين من يوم العقد إلى يوم القبض؛ لأن ما نقص قبل القبض لم يدخل في ضمان المشتري، ويعتبر للشجرة أكثر القيمتين على الأظهر (و) تقيلاً للواجب على المشتري.

قال الرافعي: في الفصل مسألتان:

إحداهما: مهما رجع البائع في الأشجار المبيعة، وبقيت الثمار للمشتري، إما

(١) قال النووي: وليس للغرماء تحليف المفلس لأن المقر لا يمين عليه فيما أقر به قاله في «الحاوي» وغيره. ينظر الروضة ٣/٣٩٨.

لحدوثها بَعْدَ، أو لظهورها قبل الرجوع، أو على أحد القولين في الحَالَةِ الثَّالِثَةِ، والرَّابِعَةِ، فليس له قَطْعُهَا، بل عليه إبقاء الثَّمَرَةِ إلى الجذاذ، وكذا لو رجع في الأَرْضِ المَيْبِغَةِ، وهي مزروعة بزرع المُشْتَرِي ترك الزُّرْعَ إلى الحَصَادِ؛ لأنه لم يتعد بالزُّرْعِ حتى يقلع زرعه، وهذا كما إذا اشْتَرَى أرضاً مزروعة ليس لِلْمُشْتَرِي أن يُكَلِّفَ البَائِعَ قَلْعَ الزُّرْعِ، ثم إذا بقي الزُّرْعُ أبقاه بِغَيْرِ أُجْرَةٍ، بخلاف ما إذا اشْتَرَى أرضاً وزرع فيها المكتري، ثم أفلس وفسخ المُكْرِي الإِجَارَةَ، حيث قلنا: يترك الزُّرْعَ إلى الحَصَادِ بِأُجْرَةِ المِثْلِ.

والفرق مِنْ وَجْهَيْنِ: أشهرهما: أن المستأجر دخل في الإِجَارَةَ على أن يضمن للبائع المنافع، فالزمناء بدلها، والمشتري دَخَلَ في الشُّرَاءِ على أن تحصل له المنافع بِلاَ عَوَضٍ، فلم يحسن إلزامه بدلها، (وأوقفهما): أن مورد البيع الرِّقْبَةُ، وأنها يَخْضَلُ له بالْفَسْخِ، وإن لم يأخذ الأُجْرَةَ، ومورد الإِجَارَةَ المَنَافِعُ، فإذا لم يتمكن من استيفائها ولم يمكن من أخذ بدلها خلا الفسخ عن الفَائِدَةِ، ولم يعد إليه حقّه، وعن صاحب «التقريب»: أن ابن سُرَيْجٍ خرج قولاً، أن للبائع طلب أُجْرَةِ المِثْلِ لمدة بقاء الزرع، كما لو بنى المشتري أو غرس، كان للبائع الإبقاء بالأُجْرَةَ كما سيأتي إن شاء الله - تعالى - ثم الكلام فيهما إذا طلب الغرماء أو المُفْلِسُ القِطْعَ قَبْلَ الجِذَاذِ، وقبل الحَصَادِ، على مَا مَرَّ في فَصْلِ الإِجَارَةِ.

الثانية: إذا ثبت الرجوع في الثَّمَارِ، إما بالتَضْرِيحِ ببيعها مع الأشجار، وهي مُؤَبَّرَةٌ على أحد القولين، في الحالة الثالثة، والرابعة، ثم تلفت الثمار بجائحة أو بأكل المشتري ثم أفلس فالبائع يأخذ الأشجار بحصتها من الثَّمَنِ، ويضارب مع الغرماء بحصة الثمار، وسبيل التوزيع أن تُقَوِّمَ الأشجار وعليها الثَّمَارُ، فيقال: قيمتها مائة، وتقوِّمُ وَخِذَهَا، فيقال: قيمتها تِسْعُونَ، فيضارب بِعُشْرِ الثَّمَنِ، فإن اتفق في قيمتها انخفاض وارتفاع فالاعتبار في قِيمَةِ الثَّمَارِ بالأقل من قيمتها يوم العقد ويوم القبض؛ لأنها إن كانت يوم القَبْضِ أقل فما نقص قبله من ضمان البَائِعِ فلا يحسب على المُشْتَرِي، وإن كانت يوم العقد أَقْلَ فالزيادة حصلت في ملك المُشْتَرِي وتلفت فلا تعلق لِلْبَائِعِ بها.

نعم، لو كانت العين باقية رجع فيها تابعة للأصل، وعن صاحب «التقريب»: أن بعضهم قال: باعتبار قيمة يوم القَبْضِ واحتساب الزيادة لِلْبَائِعِ بعد التَّلْفِ كما أنها لو بقيت العين لَحَصَلَتْ له، وهذا ظاهر نصه في «المختصر»، إلا أن الجمهور حملوه على ما إذا كانت قيمة يوم القَبْضِ أقل، أو لم تختلف القيمة فبنوا إضافتها إلى هذا اليوم، أو إلى هذا اليوم.

وأما الأشجار ففيها وَجْهَانِ: أظهرهما عند صاحب الكتاب وهو الذي أورده

الصَّيْدَ لَانِي، وغيره: أن الاعتبار فيها بأكثر القيمتين؛ لأن المبيع بَيْنَ العقد والقبض من ضَمَانِ البَائِعِ، فنقصانه عليه وزيادته لِلْمُشْتَرِي، ففيما يأخذه البائع يعتبر الأكثر ليكون النقصان محسوباً عليه، كما أن فيما يبقى للمشتري أو يضارب البائع بثمنه يعتبر الأقل ليكون النقصان محسوباً عليه.

**والثاني:** وهو الذي نقله صاحب «التهذيب»، و«التتمة»: أن الاعتبار بقيمة يَوْمِ العَقْدِ، سواء كانت أكثر القيمتين أو أقلهما، أما إذا كانت أكثرهما فكما ذكرنا في الوجه الأول. وأما إذا كانت أقلهما فلأن ما زاد بعد ذلك من جُمْلَةِ الزِيَادَاتِ الْمُتَّصِلَةِ، وعين الأشجار بَاقِيَةً، فيفوز بها البائع، ولا تحسب عليه، قال الإمام: ولصاحب الوجه الأول أن يقول: نعم البائع يفوز، ولكن يبعد أن يفوز بِهَا، وَهِيَ حَادِثَةٌ فِي مِلْكِ غَيْرِهِ، ثم لا يحسبها من المبيع، فإذا فاز بها فليقدر كلها ووجدت يوم البيع، ولنبين اختلاف قيمة الأشجارِ والثمار بالتمثيل، فنقول: كانت قيمة الشجرة يوم البيع عشرة، وقيمة الثمرة خمسة، فلو لم تختلف القيمة لأخذ الشجرة بثلاثي الثمن، وضارب للثمرة بالثلث، ولو زادت قيمة الثمرة فكانت عشرة يومَ القَبْضِ، فكما لو كانت القيمة بحالها على الشهور، وعلى الوجه البعيد يُضَارِبُ بِنِصْفِ الثَّمَنِ، ولو نقصت فكانت يوم القبض درهمين ونصفاً يضارب بخمس الثمن، ولو زادت قيمة الشجرة أو نقصت فالحكم على الوجه الثاني كما لو بقيت بحالها، وعلى الأول كذلك إن نقصت، وإن زادت فكانت خمسة عشر فيضارب بربع الثمن، ثم ذيل الإمام المسألة بكلامين مستفادين:

**أحدهما:** إذا اعتبرنا في الثمار أقل القيمتين، فإن كَانَتْما متساويتين، ولكن وقع بينهما نقصان، نظر إن كان بمجرد انخفاض السوق فلا عبرة به، وإن كان لعب طراً وزال، فكذلك على الظاهر، كما أنه يسقط بِزَوَالِهِ حق الرد، وإن لم يزل العيب، لكن عادت قيمته إلى ما كان بارتفاع السوق، قال: والذي أراه أن في هذه الصورة تعتبر قيمة يوم العيب دون البيع والقبض، لأن النقصانَ الحَاصِلَ من ضمان البائع والارتفاع بعده في مِلْكِ المُشْتَرِي لا يصلح جابراً له.

**والثاني:** إذا اعتبرنا في الأشجار أكثر القيمتين فلو كانت قيمة الشجرة يوم العقد مائة، ويوم القبض [مائة] خَمْسِينَ ويوم رجوع البائع مائتين، فالوجه القطع باعتبار المائتين، ولو كانت قيمتها يوم العقد ويوم القبض ما ذكرنا، ويوم الرجوع مائة اعتبرنا يوم الرجوع على أن ما طراً من زيادة وزال ليس ثابتاً يوم العقد حتى نقول إنه وقت المقابلة لا يوم أخذ البائع حتى يحسب عليه، ولك أن تقول: هذا إن استقام في طرف الزيادة تخريجاً على ما سبق أن ما فاز به البائع من الزيادات الحادثة عند المشتري يقدر كالموجود عند البيع، فلا يستقيم في طرف النقصان، لأن النقصان الحَاصِلَ في يد

المشتري كعيب حدث في المبيع، وإذا رجع البائع إلى العين المبيعة لزمه القناعة بها، ولا يطالب المشتري للعيب بشيء والله تعالى أعلم. وينبغي أن تعرف أن سبيل التوزيع في كل صورة تلف فيها أحد الشئتين المبيعين، واختلفت القيمة وأراد الرجوع إلى الباقي على ما ذكرنا في الأشجار والثمار بلا فرق.

قال الغزالي: **أما الزيادة الملتحقة بالمبيع من خارج يُنظر إن كان عيناً مخضاً كما لو بنى المشتري أو غرس فعلى ثلاثة أقوال، أحدها: أنه فاقد عين ماله، والثاني: أنه يباع الكل فيوزع به على نسبة القيمة، والأصح: أنه يرجع إلى العين وتخير في الغراس بين أن يئذل قيمته وبين أن يفرم أرض الثقصان أو يبقى بأجرة.**

قال الرافعي: النوع الثاني: من الزيادات هي الملتحقة بالمبيع من خارج، وتنقسم إلى عين محضة، وإلى صفة محضة، وإلى ما يتركب منهما.

القسم الأول: العين المحضة، ولها ضربان:

أحدهما: أن تكون قابلة للتمييز عن المبيع، كما إذا اشترى أرضاً فغرس فيها أو بنى، ثم أفلس قبل توفيه الثمن.

واعلم أن منقول المصنف، وشيخه في المسألة يخالف منقول جمهور الأصحاب على طبقاتهم، فنذكر منقولهم الذي عليه الاعتماد، ثم نعود إلى ما نقلناه، قال الأصحاب: إذا اختار البائع الرجوع في الأرض نظر إن اتفق الغرماء والمفلس على القلع وتفريغ الأرض وتسليمها بيضاء رجع فيها، وهم يستقلون بالقلع، وليس له أن يلزمهم أخذ قيمة الغراس، والبناء لئتملكها مع الأرض، وإذا قلعوا الغراس والبناء وجب تسوية الحفر من مال المفلس، فإن حدث في الأرض نقص بالقلع وجب أرض الثقص في ماله، ويضارب البائع به، أو يقدم على سائر الديون. في «المهذب» و«التهذيب»: أنه يقدم؛ لأنه لتخليص ماله وإصلاحه، وذكر الشيخ أبو حامد: أنه يضارب مع الغرماء، وإن قال المفلس: يقلع، وقال الغرماء: يأخذ القيمة من البائع لئتملكه، أو بالعكس أو وقع هذا الاختلاف بين الغرماء.

قال القاضي ابن كيج: يجب من في قوله المصلحة، وإن امتنعوا جميعاً من القلع لم يجبروا عليه، لأنه حين بنى وغرس لم يكن متعدياً، وحينئذ ينظر: إن رجع على أن يتملك البناء والغراس مع الأرض بقيمتها، أو يقلع ويفرم أرض النقص فله ذلك؛ لأن الضرر يندفع عن الجانبين بكل واحد من الطرفين، والاختيار فيهما إليه، وليس للمفلس والغرماء الامتناع من القبول؛ لأن مال المفلس معرض للبيع، فلا يختلف غرضهم بين أن يتملكه البائع، أو يشتريه أجنبي، ويخالف هذا ما إذا زرع المشتري الأرض، وأفلس



ورجع البائع في الأرض حيث لا يتمكن من تملك الزرع بالقيمة، ولا من القلع وغرامة الأرض، لأن للزُّرع أمداً ينتظر، يسهل انتظاره، والغراس والبناء للتأيد، وإن أراد الرجوع في الأرض وخذها وإبقاء البناء والغراس للمفلس والغرماء نقل المُزني أن له الرجوع، وأنه قال في موضع آخر: لا يرجع، وللأصحاب طريقتان:

أصحهما: وبه قال المُزني وابنُ سُرَيْج وأبو إسحاق: أن في المسألة قولين:

أحدهما: وهو اختيار المُزني أن له أن يرجع كما لو صيغ الثوب المشتري ثم أفلس يَرْجِع البائع في الثوب، ويكون المُفلسُ شريكاً معه بالصنِّع.

وأصحهما: المنع، لما فيه من الضَّرر، فإن الغراس بلا أرض والبناء بلا مقر ولا ممر ناقص القيمة والرجوع إنما يثبت لدفع الضَّرر بخلاف مسألة الصنِّع، فإن الصنِّع كالصفة التابعة للثوب.

والثاني: تنزيل التَّصْنِينِ على حَالَيْنِ، وله طريقتان: عن القاضي أَبِي حَامِدٍ فِي آخِرِينَ: أَنَّهُ قَالَ: حَيْثُ يَرْجِعُ أَرَادَ أَمَا إِذَا كَانَتِ الْأَرْضُ كَثِيرَةً بِالْبِنَاءِ وَالْغِرَاسِ مُسْتَحْقَرِينَ بِالإِضَافَةِ إِلَيْهَا، وَحَيْثُ قَالَ: لَا يَرْجِعُ أَرَادَ مَا إِذَا كَانَتِ الْأَرْضُ مُسْتَحْقَرَةً بِالإِضَافَةِ إِلَيْهِمَا، وَالْمَعْنَى فِي الطَّرِيقَيْنِ اتِّبَاعُ الْأَقْلَ لِلْأَكْثَرِ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: حَيْثُ قَالَ: يَرْجِعُ أَرَادَ مَا إِذَا رَجِعَ فِي الْبَيَاضِ الْمُتَخَلَّلِ بَيْنَ الْأَبْنِيَةِ، وَالْأَشْجَارِ، وَضَارِبٌ لِلْبَاقِي بِقِسْطِهِ مِنَ الشَّمَنِ يُمْكِنُ مِنْهُ لِأَنَّهُ تَرَكَ بَعْضَ حَقِّهِ فِي الْعَيْنِ، فَإِذَا فَرَعْنَا عَلَى طَرِيقَةِ الْقَوْلَيْنِ، فَإِنِ قُلْنَا: لَيْسَ لَهُ الرَّجُوعُ فِي الْأَرْضِ، وَإِبْقَاءُ الْبِنَاءِ وَالْغِرَاسِ لِلْمَفْلُوسِ، فَالْبَائِعُ يَتْرَكُ الرَّجُوعَ وَيُضَارِبُ مَعَ الْغُرَمَاءِ بِالشَّمَنِ، أَوْ يَعُودُ إِلَى بَدَلِ قِيَمَتِهِمَا، أَوْ قَلْعَهُمَا مَعَ غِرَامَةِ أَزْشِ النِّقْصِ، وَإِنِ مَكَّنَّا مِنْهُ فَوَافَقَ الْبَائِعَ الْغُرَمَاءَ، وَبَاعَ الْأَرْضَ مَعَهُمْ حَتَّى بَاعُوا الْبِنَاءَ وَالْغِرَاسَ فَذَلِكَ، وَطَرِيقُ التَّوْزِيعِ مَا بَيْنَهُمَا فِي الرَّهْنِ، وَإِنِ أَبَى فَهَلْ يَخِيرُ؟ فِيهِ قَوْلَانِ:

أحدهما: نعم كما في مسألة الصنِّع.

وأصحهما: لا؛ لأن إفراد البناء والغراس بالبيع مُتَأَتَّ بخلاف الصنِّع، وإذا لم يوافقهم فباعوا البناء والغراس بقي للبائع ولاية التَّمَلُّكِ بِالْقِيَمَةِ، وَالْقَلْعُ مَعَ غِرَامَةِ الْأَرْضِ، وَلِلْمَشْتَرِيِّ الْخِيَارُ فِي الْبَيْعِ إِنْ كَانَ جَاهِلاً بِحَالِ مَا اشْتَرَاهُ، ذَكَرَهُ الصَّنِيدَلَانِيُّ وَغَيْرُهُ، هَذِهِ طَرِيقَةُ الْجُمْهُورِ، وَأَمَّا الْإِمَامُ: فَإِنِ مَحْصُولُ مَا ذَكَرَهُ فِي الْمَسْأَلَةِ أَرْبَعَةٌ أَقْوَالٌ:

أحدها: أنه فاقد عين ماله، ولا رجوع بحال؛ لأن الرجوع في الأرض ينقص قيمة البناء والغراس.

والثاني: أن الأرض والبناء يباعان معاً دفعاً للخُسرانِ عن المفلس كما يفعل بالثوبِ المصبوغ.

والثالث: أنه يرجع في الأرضِ ويتخير بين ثلاث خِصَالٍ، تملك البناء والغراس بالقيمة، أو قلعهما مع غرامة أَرشِ النقصان أو إبقاؤهما بأجره المثل يأخذها من مَلِكَيْهِمَا، وإذا عين واحدة من هذه الخِصَالِ فاختر المفلس والغرماء غيرها، أو امتنعوا من الكل فوجهان في أنه يرجع إلى الأرضِ ويقلع مجاناً، أو يجبرون على ما عينه؟

والرابع: حكاه عن رواية العراقيين: أنه إن كانت قيمة البِئَاءِ أكثرَ فالبائع فاقِدَ عَيْنِ مَالِهِ، وإن كانت قيمة الأرض أكثرَ فَوَاجِدٌ، وتابعه صَاحِبُ الكِتَابِ وغيره من أَصْحَابِهِ، واقتصروا على الأقوال الثلاثة الأولى، وأنت إذا تَأَمَّلْتَ هذا الكلام بعد وقوفك على المذهب المعتمد، وتصفحك عن كتب علمائنا ورأيت ما يَبْتَهُمَا من المخالفة الصريحة قضيت منه العجب، وقلت: ليت شعري من أين أخذت هذه الأقوال؟ ثم حفظت لسانك استعمالاً للأدب. والله أعلم. وبه التوفيق.

فرع: اشترى الأرض من رَجُلٍ، والغراس من آخر، وغرسها فيها ثم أفلس، فلكل واحد منهما الرجوع إلى عَيْنِ مَالِهِ، ثم إذا رَجَعَا فإن أراد صاحب الغراس البيع مَكَّنَ منه، وعليه تسوية الحَفْرِ وأرش نقص الأرض إن نقصت، وإن أراد صاحِبِ الأرض فكذلك إن ضَمِنَ أرش النُقْصِ، وإلا فوجهان:

أحدهما: المنع؛ لأنه غرس بحق فلا يقلع من غير غرامة، كما لو كان للمفلس.

والثاني: الجواز؛ لأنه باع الغراس مقلوعاً فَيَأْخُذُهَا كَذَلِكَ.

قال الغزالي: فَإِنْ لَمْ تَقْبَلِ الزُّيَادَةَ التَّمْيِيزَ كَمَا لَوْ خَلَطَ مَكِيلَةَ زَيْتٍ بِمَكِيلَةٍ مِنْ جَنْسِهِ أَوْ أَزْدَا مِنْهُ رَجَعَ (و) الْبَائِعُ إِلَى مَكِيلَةٍ وَاحِدَةٍ، وَإِنْ خَلَطَ بِأَجُودَ فَهُوَ فَاقِدٌ عَلَى قَوْلٍ، وَيَبَاعُ عَلَى قَوْلٍ وَيُوزَعُ عَلَى نِسْبَةِ الْقِيَمَةِ، وَعَلَى قَوْلٍ يُقَسَّمُ الْمَكِيلُ عَلَى نِسْبَةِ الْقِيَمَةِ، وَالْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْأَزْدِ أَنْ مَا حَصَلَ مِنْ نَقْصَانِ الصَّفَةِ يُمَكِّنُ أَنْ تُجْعَلَ عَيْنًا فِي حَقِّ الْبَائِعِ فَيَقَالَ لَهُ: إِمَّا أَنْ تَفْتَحَ بِالْمَبِيعِ بِعَيْنٍ أَوْ تُضَارِبَ، وَتَضْيِعُ جَانِبَ الْمُشْتَرِي لِأَجْهَةٍ لَهُ هَذَا هُوَ النَّصُّ، وَثَقُلَ عَنْ ابْنِ سُرَيْجٍ التَّسْوِیَةُ.

قال الرَّافِعِيُّ: الضرب الثاني: ألا تكون الزيادة قابلةً للتمييز كخلط ذوات الأمثال بعضها ببعض، فإذا اشترى صَاعَ حِنْطَةٍ، وخلطه بصاع حنطة، أو مكيلة زَيْتٍ، وخلطه بمكيلة زَيْتٍ، ثم أفلس، نظر إن كان المخلوطُ به مثل المبيع فلبائع الفسخ، وتملك مكيلته من المخلوط، وطلب القِسْمَةَ، فإن طلب البيع فهل يُجَابُ إليه؟ فيه وجهان:

أصحهما: لا، كما لا يتمكن الشركاء من أن يطالب بعضهم بعضاً بالبيع.

والثاني: نعم، لأنه لا يصل بالقسمة إلى عين حقه، وبالبيع يصل إلى بدل حقه، وقد يكون له غرض فيه فيبيع الكل، ويصرف نصف الثمن إليه، وإن كان المخلوط أردأ من المبيع فله الفسخ، والرجوع إلى حقه من المخلوط أيضاً، ولكن في كفيته وجهان نقلهما العراقيون، وتابعهم صاحب «التهذيب».

أحدهما: وبه قال أبو إسحاق: إن المكيلتين تباعان، ويقسم الثمن بينهما على قدر القيمتين، لأنه إن أخذ مكيلة منه نقص حقه، وإن أخذ أكثر من مكيلة لزم الربا، فعلى هذا لو كان المبيع يساوي دزهمين، والمخلوط به دزهماً قسم الثمن بينهما أثلاثاً.

وأصحهما: أنه ليس له إلا أخذ مكيلة منه، والمضاربة مع الغرماء بالثمن؛ لأنه نقصان حصل في البيع فأشبهه تعيب العبد والثوب.

وإن كان المخلوط به أجود فقولان:

أحدهما وهو اختيار المزني: أن له الفسخ، والرجوع إلى حقه من المخلوط، كالخلط بالمثل والأردأ، وأيضاً فإنه لو اشترى ثوباً وصبغه، أو سويقاً فلتته لا ينقطع حق الرجوع فكذلك هاهنا. وأصحهما: أنه لا رجوع، وليس له إلا المضاربة بالثمن، لأن الرجوع إلى عين المبيع متعذر هاهنا حقيقة وحكماً.

أما حقيقة فالاختلاف.

وأما حكماً فلأن في هذا الخلط لا يمكن من المطالبة بالقسمة بأخذ مكيلة من المخلوط؛ لما فيه من الإصرار بصاحب الأجود، بخلاف ما إذا كان الخلط بالمثل والأردأ، فإن المطالبة بالقسمة جائزة والمأخوذ بمثابة الأول حكماً.

قال الشافعي - رضي الله عنه - في تقرير هذا القول: ولا يشبهه - يعني ما نحن فيه - الثوب يصبغ ولا السويق يُلْت، لأن عين ماله فيه زيادة، والذائب إذا اختلط انقلب حتى لا يوجد عين ماله، ومعناه أن الاختلاط إذا حصل لم تكن الإشارة إلى شيء من المخلوط، بأنه المبيع، فكأنه هلك بخلاف الثوب المصبوغ، والسويق الملتوث، ومن هذا الفرق خرج مخرجون في الخلط بالمثل والأردأ قولاً آخر: أنه ينقطع به حق الرجوع، وأيد ذلك بأن الحنطة المبيعة لو انتهالت عليها حنطة أخرى قبل القبض يفسخ العقد على قول، تنزيلاً له منزلة التلف، والأظهر: القطع بأن الخلط بالمثل والأردأ لا يمنع الرجوع على ما سبق، ويفارق اختلاط المبيع قبل القبض؛ لأن الملك غير مستقر، فلا يبعد تأثره بما لا يتأثر به الملك المستقر.

وإذا فرعنا في الخلط بالأجود على قول الرجوع ففي كفيته قولان:

أصحهما: أنه يكون شريكاً كما في صنغ الثوب.

والثاني: عن رواية الربيع والبويطي: أن نفس المكيلتين يقسم بينهما باعتبار القيمة، فإذا كانت المكيلة المبيعة تُساوي درهماً، والمخلوطُ بها دِزْهَمَيْنِ أخذ من المكيلتين ثلثي مكيلة وربما يخرج هذا الخِلافُ على أن القسمة بيع أو إفراز حَقٌّ. إن قلنا: بالأول ولم يقسم عين الزَّيْتِ، لما في هذه القسمة من مقابلة مكيلة بثلثي مكيلة.

وإن قلنا بالثاني: فيجوز كأنه أخذ بعض حقه وترك بعضه، ومن الأصحاب من ينقل بَدَلِ القولين الآخرين وجهين، وينسب الأول إلى أبي إسحاق، وإذا ترك الترتيب والتنزيل حصل في الخلط بالأجود ثلاثة أقوال كما ذكر في الكتاب.

أصحها: أنه فاقد عين ماله.

والثاني: أنه يرجع فيباع الكُلَّ، ويوزع على نسبة القيمتين.

والثالث: أنه يقسم المكيلتان على نسبة القيمتين.

وأما قوله: (ونقل عن ابن سُرَيْجِ التسوية بين الخلط بالأجود والأردأ) فالسابق إلى الفهم من ظاهره التسوية في طرد الأقوال الثلاثة، وليس المراد ذلك، وإنما المراد التسوية في طرد القولين الآخرين حتى يقول: إذا ساوى المبيع درهمين والمخلوط به درهماً يباعان على قَوْلٍ، ويكون ثلثا الثمن للبائع والثلث للمفلس، وفي قول: يقسم عين المخلوط، فيصرف ثلثاه إلى البائع، والثلث إلى المُفْلِسِ، والأول هو الذي قَدَّمْنَا حكايته عن أَبِي إِسْحَاقَ ولا أقول: إن القول بكونه فاقداً عين ماله لا مجال له في الخلط بالأردأ، كيف وقد قدمنا أن بعضهم خرَّجه، ولكن لا تعلق له بابن سُرَيْجِ، والمنقول عنه في «النهاية» و«الوسيط» ما بيناه.

والفرق بين طرف الأجود حيث نظرنا فيه إلى الفَسْخِ وبين طرف الأزدِ حيث ألزمناه القناعة بمكيلة من المخلوط على ظاهر المذهب، واضح في الكتاب ونختم المسألة بذكر شيئين:

أحدهما: قال الإمام إذا قلنا: الخلط يلحق المبيع بالمفقود فلو كان أحد الخليطين كثيراً، والآخر قليلاً لا تظهر به زيادة في الحِسِّ، ويقع مثله بين الكيلين فإن كان الكثير للبائع، فالوجه لِقَطْعِ بكونه واجداً عين ماله، وإن كان الكثير للمُشْتَرِي فالظاهر كونه فاقداً.

الثاني: ولو كان المخلوط به من غير جنس المبيع كالزيت بالشيرج، فلا فسح، وهو بمثابة ما لو تَلَفَ المبيع، قال الإمام: وفيه احتمال سيما على قولنا: بيع المخلوط وقسمة الثمن.

قال الغزالي: وَإِنْ كَانَتْ الزِّيَادَةُ عَيْنًا مِنْ وَجْهِهِ وَوَضْفًا مِنْ وَجْهِهِ كَمَا لَوْ صَبَغَ الثُّوبَ فَإِنْ لَمْ تَزِدْ قِيَمَتَهُ فَلَا أَثَرَ لَهُ، وَإِنْ زَادَ فَالْمُشْتَرِي شَرِيكَ (ح) بِذَلِكَ الْقَدْرِ الَّذِي زَادَ، إِلَّا إِذَا كَانَتْ الزِّيَادَةُ أَكْثَرَ مِنْ قِيَمَةِ الصَّبْغِ فَالزِّيَادَةُ عَلَى قِيَمَةِ الصَّبْغِ صِفَةٌ مَحْضَةٌ، وَفِي الصَّفَةِ الْمَحْضَةِ فِي طَخْنِ الْحِنْطَةِ وَرِيَاضَةِ الدَّابَّةِ وَقِصَارَةِ الثُّوبِ وَكُلِّ مَا يُسْتَأْجَرُ عَلَى تَخْصِيلِهِ قَوْلَانِ، أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يُسَلَّمُ لِلْبَائِعِ فَهُوَ كَالزِّيَادَةِ الْمُتَّصِلَةِ مِنَ السَّمَنِ وَغَيْرِهِ، وَالثَّانِي: أَنَّهَا كَالصَّبْغِ، لِأَنَّهَا عَمَلٌ مُحْتَرَمٌ مُتَقَوِّمٌ، بِخِلَافِ مَا لَوْ صَدَرَ مِنَ الْغَاصِبِ فَإِنَّهُ عُدْوَانٌ مُحْضٌ، فَعَلَى هَذَا لِلْأَجِيرِ حَقُّ الْحَبْسِ، وَلَوْ تَلَفَ الثُّوبُ فِي يَدِ الْقَصَّارِ سَقَطَتْ أَجْرَتُهُ.

قال الرَّافِعِيُّ: هذا الفصل يشتمل على القسمين الباقيين من أقسام النوع الثاني من الزيادات، وتقديم المؤخر منهما في لفظ الكتاب أليق بالشرح فنقدمه ونقول:

القسم الثاني: الصفة المَحْضَةُ، فإذا اشترى حنطة فطحنها، أو ثوباً فقصره، أو خاطه بخيوط من نفس الثوب، ثم أفلس فللبائع الرجوع إلى عين ماله، ثم ينظر إن لم تزد قيمته فلا شركة للمفلس فيه، وإن نقصت قيمته فلا شيء للبائع معه، وإن زادت فقَوْلَانِ:

أحدهما واختاره الْمُزْنِي: أن الزيادة بهذه الأعمالِ تَجْرِي مجرى الآثار، ولا شَرِكَةَ لِلْمُفْلِسِ فيها؛ لأنها صفات تابعة حصلت بفعله، فهي كالسمن للدابة بالعلف، وكبير الودّي بالسقي والتعهد، وأيضاً فإن القصاراة تزيل الوسخ، وتكشف عما فيه من البياض، فلا تقتضي الشركة كما لو كان المبيع لوزاً فكسره وكشف اللب وزادت به القيمة.

وأصحهما: أنها تجري مجرى الأعيان، ويصير المفلس شريكاً فيها؛ لأنها زيادة حصلت بفعل متقوم مُحْتَرَمٌ، فوجب ألا تضيع عليه بخلاف الغاصب؛ لأن فعله غير محترم، ويخالف سمن الدابة بالعلف، وكبير الودّي بالسقي؛ لأن القصار إذا عمل عمله صَارَ الثوب مقصوراً لا مَحَالَةً، والسقي والعلف يوجدان كثيراً، ولا يحصل السمن والكبير، فكان الأثر فيه غير مُشْتَوِبٍ إلى فعله، بل هو محض صنْعُ الله عز وجل، ولهذا لا يجوز الاستجار على تسمين الدابة، وتكبير الودّي، ويجوز الاستجار على القصاراة.

ويجري القولان فيما لو اشترى دقيقاً فخبزه، أو لحماً فسوّاه، أو شاةً فذبحها، أو أَرْضاً فضرب من تربتها لبناً، أو عرصة وآلات البناء فبنى فيها داراً، ثم أفلس، وعن أبي إسحاق أن تعليم العبد القرآن، والحرفة، والكتابة، والشغْر المباح، ورياضة الدابة لا تلحق بها، ولا تجري مجرى الأعيان قَطْعاً، لأنه ليس بيد المعلم ولا الرائض إلا التعلّم، وقد يجتهد فيه ولا يحصل الغرض، فكان كالتسمين ونحوه، ويحكى هذا عن ابنِ أَبِي هُرَيْرَةَ، وابنِ الْقَطَّانِ أيضاً.

والأصح وبه قال ابنُ سُرَيْجٍ، وصاحب «التلخيص»، والقاضي أَبُو حَامِدٍ: أنها من صور القولين؛ لأنها أعمال يجوز الاستتجار عليها، ومقابلتها بالعوض، وضبط صور القولين أن يصنع بالمبيع ما يجوز الاستتجار عليه، فيظهر به أثر فيه، وإنما اعتبرنا ظهور الأثر فيه؛ لأن حفظ الدابة وسياستها عمل يجوز الاستتجار عليه، ولا تثبت به الشركة؛ لأنه لا يظهر بسببه أثر على الدابة، ثم الأثر تارة يكون صِفَةً محسوسة كالتَّحْنِ والقصاراة، وتارة يكون من قبيل الأخلاق كالتعليم والرياضة، إذا عرفت القولين ومحلها. فإن قلنا بالأول: أخذ البائع المبيع وفاز بزيادته.

وإن قلنا بالثاني: فبياع، ويكون للمفلس من الثمن بنسبة ما زاد في قيمته.

مثاله: قيمة الثوب خمسة وبلغت بالقصاراة ستة، يكون للمفلس سدس الثمن، فلو ارتفعت القيمة بالسوق أو انخفضت فالزيادة والنقصان بينهما على قدر هذه النسبة، ولو ارتفعت قيمة الثوب دون القصاراة بأن صارَ مثل ذلك الثوب لا يؤخذ غير مقصور إلا بستة، ويشتري مقصوراً بسبعة فليس للمفلس إلا سُبُع الثمن، والزيادة حصلت في الثوب، ولو زادت قيمة القصاراة دون الثوب بأن كان مثل هذا الثوب يشتري مقصوراً بسبعة، ويؤخذ غير مقصور بخمسة فللمفلس سُبُعَان من الثمن، وعلى هذا القياس.

ويجوز للبائع أن يمسك المبيع ويمنع من بيعه، ويبدل للمفلس ما زاد بسبب الأعمال، كذا نقل صاحب «التهذيب» وغيره، كما أنه يبذل قيمة الغراس والبناء، ومنع في «التتمة» منه، لأن الصفة لا تقابل بعوض<sup>(١)</sup>.

وأما قوله: (فعلى هذا للأجير حق الحبس) إلى آخره فهو إشارة إلى فرعين لا تعلق لهما بالمفلس، أحدهما: إذا استأجر للقصاراة، أو الطحن فعمل الأجير عمله هل له حبس الثوب المقصور والدقيق لاستيفاء الأجرة؟ فإن قلنا: القصاراة وما في معناها أثار فلا.

وإن قلنا: إنها أعيان فتعّم، كما أن البائع يحبس المبيع لاستيفاء الثمن، وهذا ما اختاره الأكثرون<sup>(٢)</sup>.

(١) قال النووي: الأصح: نقل صاحب «التهذيب» وبه قطع صاحب «الشامل» و«البيان» وقال صاحب «الحاوي»: ولا يسلم هذا الثوب إلى البائع ولا المفلس ولا الغرماء بل يوضع عند عدل حتى يباع كالجارية الحامل. ينظر الروضة ٤٠٣/٣.

(٢) قال النووي: هكذا أطلق المسألة كثيرون، أو الأكثرون، ونص الشافعي - رضي الله عنه - في «الأم» والشيخ أبو حامد، والماوردي، وغيرهم، على أنه ليس للأجير حبسه، ولا لصاحب الثوب أخذه، بل يوضع عند عدل حتى يوفيه الأجرة، ويبيع لهما. وهذا الذي قالوه ليس مخالفاً لما سبق. فإن جعله عند العدل، حبس. لكن ظاهر كلام الأكثرين: أن الأجير يحبسه في يده. ينظر الروضة ٤٠٣/٣ - ٤٠٤.

واحتجوا به للقول الثاني موهمين كونه مجزوماً به .

والثاني: إذا تم القصار والطحان العمل وتلف محل العمل في يده .

فإن قلنا: بالأول استحق الأجرة، وكأنه وقع مسلماً بالفراغ .

وإن قلنا: بالثاني لم يستحق؛ لأنه تلف قبل التسليم، كما يسقط الثمن بتلف

المبيع في يد البائع، وهذا الفرع قد أعاده في الكتاب في باب الإجازة .

القسم الثالث: ما هو عين من وجهه وصفة من وجهه كصبغ الثوب ولت السوق وما

أشبههما، فإذا اشترى ثوباً وصبغه ثم أفلس، نظر إن لم ترد القيمة بالصبغ أو نقصت،

فالحكم على ما مر في القسم الثاني، وإن زادت فيما أن تزيد بقدر قيمة الصبغ أو أقل أو

أكثر .

الحالة الأولى: أن يزيد بقدر قيمة الصبغ كما إذا كان الثوب يساوي أربعة،

والصبغ درهمن وكانت قيمته مصبوغاً ستة، فللبائع أن يفسخ البيع في الثوب، ويكون

المفلس شريكاً بالصبغ فيباع، ويكون الثمن بينهما أثلاثاً، وكيف تنزل الشركة بينهما؟

أقول كل الثوب للبائع، وكل الصبغ للمفلس، كما لو غرس الأرض أو نقول يشتركان

فيهما جميعاً بالأثلاث لتعذر التمييز كما في خلط الزيت؟ حكى صاحب «التهذيب» فيه

وجهين:

الحالة الثانية: أن تكون الزيادة أقل من قيمة الصبغ، كما إذا كانت قيمته مصبوغاً

خمساً، فالتقصان محال على الصبغ، لأنه هالك في الثوب والثوب قائم بحاله، إذا بيع

قُسم الثمن بينهما أخماساً، أربعة أخماس للبائع، وخمسه للمفلس .

الحالة الثالثة: أن تكون الزيادة أكثر من قيمة الصبغ، كما إذا كانت قيمته مصبوغاً

مائة، فما زاد على قيمتها إنما زاد بصنعة الصبغ، فيبنى على أن القصار ونحوها من

الأعمال آثار أم أعيان؟

إن قلنا: أنها أعيان فالزيادة بالصبغ للمفلس، وذلك مثل قيمة الثوب، فيجعل

الثمن بينهما نصفين .

وإن قلنا: إنها آثار، فقد حكى الإمام أن الشيخ أبا علي ذكر في «الشرح» أن البائع

يفوز بها على ما هو سبيل الزيادات المتصلة، وحينئذ يكون الثمن بينهما أربعاً، ثلاثة

أرباع للبائع، والربيع للمفلس، قال: وكنت أود أن نقص أثر الصفة على الثوب والصبغ

حتى يجعل الثمن بينهما أثلاثاً، فيكون ثلثه للبائع، والثلث للمفلس، لأن الصفة اتصلت

بالثوب والصبغ جميعاً، وهذا الذي قلناه هو الذي أورده الشيخ في «شرح الفروع»

وصاحب «التهذيب» والأكثر، وفي كتاب ابن كجب نقل الوجهين معاً .

ولو ارتفعت القيمة بعد الصبغ فبلغت سِتَّةَ عشر مثلاً، أو وجد من اشتراه بهذا المبلغ، ففي كيفية القِسْمَةِ هذه الوجوه الثلاثة، والربح بكل حال يقسم بحسب قسمة الأصل.

وإذا عرف القدر الذي يستحقه المفلس من الثمن، فإن شاء البائع تسليمه ليخلص له الثوب مصبوغاً فله ذلك، ومنع صاحب «التتمة» منه كما ذكرنا في القسم الثاني هذا كله فيما إذا صبغ الثوب المشتري بصبغ من عنده، أما إذا اشترى ثوباً وصبغاً من إنسان وصبغه به ثم أفلس فللبائع فسخ البيع والرجوع إليهما، إلا أن تكون القيمة بعد الصبغ كقيمة الثوب قبل الصبغ أو دونها، فيكون فاقد للصبغ، وإن زادت القيمة بأن كانت قيمة الثوب أربعة، وقيمة الصبغ درهمن، والثوب مصبوغاً يساوي ثمانية، فعلى الخلاف في أن الصباغات آثار أم أعيان؟

إن قلنا: بالأول أخذهما ولا شركة للمفلس.

وإن قلنا: بالثاني فالمفلس شريك بالرُّبُع.

ولو اشترى الثوب من واحد بأربعة وهي قيمته، والصبغ من آخر بدرهمن وهما قيمته وصبغه به، وأراد البائع الرجوع، فإن كان الثوب مصبوغاً لا يساوي أكثر من أربعة فصاحب الصبغ فاقد مَالِهِ، وصاحب الثوب واجد مَالِهِ بِكَمَالِهِ، إن لم ينقص عن أربعة، وناقصاً إن لم يبلغ.

وإن كانت قيمته بعد الصبغ ثمانية.

فإن قلنا: إن الأعمال آثار فالشركة بين البائعين، كما هي بين البائع والمفلس إذا صبغه بصنع نفسه؛ تفرعاً على هذا القول.

وإن قلنا: أعيان فنصف الثمن لبائع الثوب، وربعه للمفلس.

ولو اشترى صبغاً وصبغ به ثوباً كان له، فللبائع الرجوع إن زادت قيمته مصبوغاً على ما كانت قبل الصبغ، وإلا فهو فاقِدٌ، وإذا رجع فالقول في الشركة بينهما على ما مر<sup>(١)</sup>.

واعلم أن جميع ما ذكرناه في القسمين مفروض فيما إذا باشر المفلس القسارة والصبغ

(١) قال النووي: وإذا شارك ونقصت حصته عن ثمن الصبغ، فوجهان: أحدهما: وهو قول أكثر الأصحاب على ما حكاه صاحب «البيان»: أنه إن شاء قنع به ولا شيء له غيره، وإن شاء ضارب بالجميع. والثاني: له أخذه والمضاربة بالباقي. وبهذا قطع في «المهذب» و«الشامل» و«العدة» وغيرها. ينظر الروضة ٤٠٥/٣.



وما في معناه بنفسه، أو استأجر أجيراً ووفاه الأجرة قبل التفتيس، أما إذا حصلها بأجير ولم يوفه أجرته فسنذكر حكمه في الفصل الذي يلي هذا الفصل إن شاء الله تعالى.

فرع: حكم صبيغ الثوب كما في البناء والغراس، ولو قال المفلس والغرماء: نقلعه ونغرم نقصان الثوب، قال القاضي ابن كنج: لهم ذلك.

وقوله في الكتاب عند ذكر الصبيغ: (وإن زاد فالمشتري شريك بذلك القدر الذي زاد) يجوز إعلامه بالواو؛ لأن محل القطع بالشركة ما إذا كان الصبيغ مما يمكن فيه التمييز والاستخلاص، أما إذا لم يمكن التمييز وصار مستهلكاً، فعن القاضي أبي حامد وجه أنه ينزل منزلة القصاراة والطخن، حتى يكون للبائع تبعاً للثوب على أحد القولين.

قال الغزالي: وَلَوْ كَانَتْ قِيَمَةُ الثُّوبِ عَشْرَةَ وَقِيَمَةُ الْقِصَارَةِ خَمْسَةَ وَالْأَجْرَةُ دِرْهَمٌ وَأَفْلَسَ قَبْلَ تَوْفِيَةِ الْأَجْرَةِ فَيَقْدَمُ (و) الْأَجِيرُ بِدِرْهَمٍ وَالْبَائِعُ بِعَشْرَةِ وَأَرْبَعَةَ لِلْغُرْمَاءِ، وَإِنْ كَانَتْ الْأَجْرَةُ خَمْسَةَ وَقِيَمَةُ الْقِصَارَةِ دِرْهَمًا أَخْتَصَّ الْأَجِيرُ بِالذَّرْهَمِ الزَّائِدِ وَضَارِبَ بِالْإِزْبَعَةِ وَيُقَالُ (و) لِلْأَجِيرِ: أَقْنَعُ بِمَا وَجَدْتَهُ مِنَ الْقِصَارَةِ أَوْ ضَارِبَ بِكُلِّ الْأَجْرَةِ فَإِنَّ الْقِصَارَةَ وَإِنْ شَبَّهَتْ بِالصَّبِغِ فَلَيْسَتْ عَيْنًا يُمْكِنُ إِيرَادُ الْفَسْخِ عَلَيْهَا.

قال الرافعي: إذا اشترى ثوباً واستأجر قصاراً فقصره ولم يوفه أجرته حتى أفلس.

فإن قلنا: القصاراة أثر فليس للأجير إلا المضاربة بالأجرة مع الغرماء، وللبائع الرجوع في الثوب المقصور، ولا شيء عليه لما زاد، وعن صاحب «التلخيص» أن عليه أجرة القصاراة، وكأنه استأجره وغلطه الأصحاب فيه.

وإن قلنا: إنها عين نظر إن لم تزد قيمته مقصوراً على ما كان قبل القصاراة فهو فاقد عين ماله، وإن زادت فلكل واحد من البائع والأجير الرجوع إلى عين ماله، فإن كانت قيمة الثوب عشرة، والأجرة درهماً، والثوب المقصور يساوي خمسة عشر، رجعا وبيع بخمسة عشر، وصرف منها عشرة إلى البائع، ودرهم إلى الأجير، والباقي للغرماء.

ولو كانت الأجرة خمسة دراهم، والثوب بعد القصاراة يساوي أحد عشر، فإن فسخ الأجير الإجارة فعشرة للبائع، ودرهم للأجير، ويضارب مع الغرماء بأربعة، وإن لم يفسخ فعشرة للبائع، ودرهم للمفلس، ويضارب مع الغرماء بخمسة.

ولا يخفى من نظم الكتاب أن الجواب في الصورتين مقصور على قول العين، وأنهما معطوفتان على قوله من قبل، فعلى هذا للأجير حق الحبس، ولو تلف الثوب في يد القصار سقطت أجرته.

وقوله: (ولا يقال للأجير) إلى آخره، إشارة إلى سؤال وجواب مشهورين في هذا المقام. أما: السؤال فهو أنا إذا جعلنا القصاره عيناً فزادت بفعله خمسة، وجب أن يكون الكلُّ له، كما لو زاد المبيع زيادة متصلة، وإن كانت أجرته خمسة، ولم يحصل بفعله إلا دزهم وجب ألا يكون له إلا ذلك؛ لأن من وجد عينَ ماله ناقصةً ليس له إلا القناعة بها والمضاربة مع الغرماء.

والجواب: أنه لا شك في أن القصاره صفة تابعة للثوب، ولا نعني بقولنا: إن القصاره عين أنها في الحقيقة تفرد بالمبيع والأخذ والرد كما يفعل بِسَائِرِ الْأَعْيَانِ، ولو كان كذلك جعلنا الغاصب شريكاً للمالك إذا قصر الثوب، كما جعلناه شريكاً إذا صبغته، إنما المراد أنها مشبهة بالأعيان من بعض الوجوه؛ لأن الزيادة الحاصلة بها متقومةً مقابلة بالعوض، فكما لا تضيع الأعيان على المُفْلِسِ لا تضيع الأعمال عليه، وأما بالإضافة إلى الأجير فليست القصاره مَوْرَدَ الإِجَارَةِ، حتى يرجع إليها، بل مورد الإجارة فعله المحصل للقصاره، وذلك الفعل يستحيل الرجوع إليه، فيجعل الحاصل بفعله اختصاصه به متعلق حقه كالمزهُون في حق المرتهن، أو نقول: هي مملوكة للمفلس مرهونة بحق الأجير، ومعلوم أن الرهن إذا زادت قيمته على الدين لا يأخذ المرتهن منه إلا قدر الدين، وإذا نقصت لا يتأدى به جميع الدين. وأعلم قوله: (يقال للأجير: اقنع بالواو لأنه حكى في «الوسيط» أن بعض الأصحاب قضى بأنه ليس له إلا القناعة بالقصاره، أو المضاربة على ما هو قياس الأعيان، ولم أعر على هذا الثقل لغير المصنف، لكن ذكر القاضي ابن كَيْج، أن أبا الحسين خرج وجهين: في أنه لو قال الغرماء للقصار: خذ أجرتك ودعنا نكون شركاء، وصاحب هذا الثوب هل يجبر عليه؟ فإن الأصح الإيجاب، وهذا هو القياس على البائع إذا قدمه الغرماء بالثمن، فكان هذا القائل يعطي القصاره حكم الأعيان من كل وجه.

ولو كانت قيمة الثوب المشتري عشرة، واستأجر صباًغاً فصبغه بصبغ قيمته دزهم، وصارت قيمته خمسة عشر، فالأربعة الزائدة على القيمتين حاصلة بصنعة الصبغ، فيعود فيه القولان في أنها أثر أم عين؟ فإذا رجع كل واحد من البائع والصبغ إلى ماله بيع بخمسة عشرة، وقسم على أحد عشر، إن جعلناها أثراً فللبائع عشرة، وللصبغ واحد؛ لأن الزيادة تابعة، وهذا الأصح يطبق على قولنا: إن القصاره مرهونة بحقه، إذ ليس للمرتهن التمسك بغير المرهون إذا أدى حقه بوجه طالبها. وإن جعلناها عيناً عشرة منها للبائع، ودرهم للصبغ، وأربعة للمفلس، يأخذها الغرماء.

ولو كانت المسألة بحالها وبيع بثلاثين لارتفاع السوق، أو للظفر بِرَاغِبٍ، قال ابن الحَدَّاد: للبائع عشرون، وللصبغ درهمان، وللمفلس ثمانية؛ وقال غيره يقسم الكلُّ

على أحد عشر، عشرة للبائع، وواحد للصباغ، ولا شيء للمشتري، قال الشيخ أبو علي: الأول جواب علي قولنا: أنها عين

والثاني: على أنها أثر، وبمثله لو كانت قيمة الثوب عشرة، واستأجر على قصارته بدرهم، وصارت قيمته مقصوراً خمسة عشر، ثم اتفق ببيعه بثلاثين، ذكر الشيخان أبو مُحَمَّدٍ وَالصَّيْدَلَانِيُّ وغيرهما تفرعاً على قول العين: أنه يتضاعف حق كل واحد منهم، كما قاله ابنُ الحَدَّادِ في الصبغ، واستدرك الإمام فقال: ينبغي أن يكون للبائع عشرون، وللمفلس تسعة، وللقصار درهم كما كان، ولا يضعف حقه لما مر أن القصار غير مستحقة للقصار، وإنما هي مرهونة بحقه، وقد أشار الشيخ أبو علي إلى مثل هذا المعنى في مسألة الصبغ، واعتذر عنه ابنُ الصَّبَاغِ بأنه قال: كأنه باع الصبغ بدرهم، فتوزع الزيادة على الصبغ والثوب، وهذا العذر قريب وإن لم يكن واضحاً كل الوضوح إذ ليس استئجار الصَّبَاغِ مجرد شراء الصبغ، فلا مساغ له في القصار، فأما الاستدراك الذي ذكره الإمام فيه فقه والله أعلم.

فرع: لو أخفى المديون بَعْضَ ماله ونقص الظاهر عن قدر الديون فحجر الحاكم عليه، ورجع أصحاب الأمتعة إلى أمتعتهم، وقسم الحاكم ما بقي بين الغرماء ثم بان صنيعه لم ينقص شيء من ذلك؛ لأنَّ لِلْقَاضِيِ بيع أموال الممتنع وصرف الثمن إلى ديونه والرجوع إلى عين المال بامتناع المشتري من أداء الثمن فمختلف فيه، فإذا اتصل به حكم حاكم نُفِّدَ قاله في «التتمة»: وفيه توقف لأنَّ القاضي ربما لا يعتقد جواز الرجوع بالامتناع، فكيف يجعل حكمه بناء على ظن آخر حكماً بالرجوع بالامتناع.

فرع: من له الفسخ بالإفلاس، لو ترك الفسخ على مال لم يثبت المال، وهل يبطل حقه من الفسخ إن كان جاهلاً بجوازه؟ فيه وجهان كما سبق نظيرهما في الردِّ بالعيب وبالله التوفيق.

## كِتَابُ الْحَجْرِ (١)

قال الغزالي: أَسْبَابُ الْحَجْرِ خَمْسَةٌ: الصَّبَا وَالرَّقُّ وَالْجُنُونُ وَالْفَلَسُ (ح) وَالتَّبْدِيرُ (ح)، وَحَجْرُ الصَّبِيِّ يَنْقَطِعُ بِالْبُلُوغِ مَعَ الرُّشْدِ.

قال الرَّافِعِيُّ: جرت العادة بذكر أصناف المحجورين هاهنا وهو لائق بترجمة الباب، فإن الترجمة مطلق الحجر، وأحسن ترتيب فيه ما ساقه أصحابنا العراقيون ومن تابعهم قالوا:

الحجر على الإنسان نوعان: حجر شرع للغير. وحجر شرع لمصلحة نفسه. والنوع الأول خمسة أضرب. أحدها: حجر المفلس لِحَقِّ الْغَرَمَاءِ.

وثانيها: حجر الرَّاهِنِ لِحَقِّ الْمَرْتَهِنِ.

وثالثها: حَجْرُ الْمَرِيضِ لِحَقِّ الْوَرِثَةِ.

ورابعها: حَجْرُ الْعَبْدِ لِحَقِّ السَّيِّدِ، وَالْمَكَاتِبِ لِحَقِّ السَّيِّدِ وَحَقِّ اللَّهِ تَعَالَى.

وخامسها: حجر المرتد لِحَقِّ الْمُسْلِمِينَ.

وهذه الأضرب بأسرها خاصة لا تعم جميع التصرفات، بل يصح من هؤلاء

---

(١) الحجر لغة بفتح الحاء وهو في اللغة: المنع، وفي الشرع: التضييق، ومنه سمي الحرام حجراً بكسر الحاء وفتحها وضمها، ويسمى العقل حجراً، لكونه يمنع صاحبه من ارتكاب ما يقيح وتضر عاقبته. وهو في الشريعة: منع الإنسان. انظر: الصحاح ٢/٦٢٣، والمصباح المنير ١/١٩٠، لسان العرب ٢/٧٨٢ - ٧٨٤. واصطلاحاً: عرفه الحنفية بأنه: منع نفاذ تصرف قولي. وعرفه الشافعية بأنه: المنع من التصرفات المالية. وعرفه المالكية بأنه: صفة حكمية توجب منع موصوفها من نفوذ تصرفه فيما زاد على قوته، كما توجب منعه من نفوذ تصرفه في تبرعه بزياد على ثلث ماله، وعرفه الحنابلة بأنه: منع الإنسان من التصرف في ماله. انظر: حاشية ابن عابدين ٥/٨٩٢، مجمع الأنهر: ٢/٤٣٧، المذهب للشيرازي ١/٣٢٨، نهاية المحتاج ٤/٣٥٣، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٣/٢٩٢، أسهل المدارك ٣/٣٥٣، كشف القناع ٣/٤١٤ - ٤١٧، الإقناع: ٢/٢٦٧.

المحجورين الإقرار بالعقوبات، وكثير من التصرفات، ولها أبواب مفرقة مذكورة في مواضعها.

والنوع الثاني: ثلاثة أضرب:

أحدها: حجر الجنون ويثبت بمجرد الجنون، ويرتفع بالإفاقة وتسلب به الولايات واعتبار الأقوال رأساً، ومن عامله أو أقرضه فتلف المال عنده أو أتلفه فالمالك هو الذي ضيعه، وما دام باقياً يجوز له استرداده، قال في «التتمة»: من له أدنى تمييز ولم يكمل عقله فهو كالصبي المميز.

والثاني: حَجْرُ الصَّبِيِّ، والأصل إلغاء تصرفاته وعباراته، ومنها ما يصح وفقاً أو خلافاً لعباداته، وإسلامه، وإحرامه، وتدابيره، وعتقه، ووصيته، وإيصاله الهدية، وإذنه في دخول الدار، فمنها ما مرَّ بيان حكمه، ومنها ما سيأتي.

والثالث: حجر السَّفِيهِ المَبْدَرِ، والضرب الأول أعم من الثاني، والثاني أعم من الثالث، ومقصود الباب الكلام في هذه الأضرب الثلاثة، والثالث معظم المقصود والأصل فيها قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾<sup>(١)</sup>.

فالسفيه على ما قيل: المَبْدَرُ، والضعيف الصبي، والذي لا يستطيع أن يُمِلَّ المغلوب على عقله، وقال تعالى: ﴿وَإِتْلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا﴾<sup>(٢)</sup> الآية، وقد روي «أَنَّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ جَعْفَرٍ اشْتَرَى أَرْضًا سَبِيحَةً بِثَلَاثِينَ أَلْفًا، فَبَلَغَ ذَلِكَ عَلِيًّا - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فَعَزَمَ أَنْ يَسْأَلَ عُثْمَانَ الْحَجَرَ عَلَيْهِ، فَجَاءَ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ جَعْفَرٍ إِلَى الزُّبَيْرِ فَذَكَرَ لَهُ ذَلِكَ، فَقَالَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: شَرِيكَكَ، فَلَمَّا سَأَلَ عَلِيٌّ عُثْمَانَ الْحَجَرَ عَلَى عَبْدِ اللَّهِ قَالَ عُثْمَانُ: كَيْفَ أَحْجُرُ عَلَى مَنْ كَانَ شَرِيكُهُ الزُّبَيْرِ؟»<sup>(٣)</sup>.

دلت القصة على أنهم كانوا متفقين على جواز الحجر بالتبذير، وأنه كان مشهوراً فيما بينهم. وقوله في الكتاب: (والفلس والتبذير) معلمان بالحاء.

أما: الفلس فلما سبق في التفليس.

وأما: التبذير، فلأن عنده لا ينشأ الحجر على من بلغ رشيداً ثم صار سفياً.

وإن بلغ مفسداً لماله لا يسلم المال إليه حتى يكمل خمساً وعشرين سنة، فحينئذ يُسَلَّم.

(٢) سورة النساء (٦).

(١) سورة البقرة (٢٨٢).

(٣) أخرجه الشافعي (١٣٢٩) والبيهقي (٦١/٦) وإسناده حسن، انظر خلاصة البدر (٨٤/١).

وقوله: (وحجر الصبي ينقطع بالبلوغ مع الرشد)، هكذا يطلقه بعض الأصحاب، ومنهم من يقول: الحجر للصبي ينقطع بمجرد البلوغ، وليس ذلك خلافاً محققاً، بل من قال بالأول أراد الإطلاق الكلي، ومن قال بالثاني أراد الحجر المخصوص بالصبي وهذا أولى؛ لأن الصبا سبب مستقل بالحجر، وكذلك التبذير، وأحكامهما متغايرة، ومن بلغ وهو مُبْتَدَر فحكم تصرفه حكم تصرف السفيه، لا حكم تصرف الصبي، والقول في أن الإطلاق الكلي متى يحصل إذا بلغ رشيداً أو سفياً سيأتي من بعد.

قال الغزالي: وَالْبُلُوغُ بِأَسْتِكْمَالِ خَمْسِ عَشْرَةَ سَنَةً (ح م) لِلْغُلَامِ وَالْجَارِيَةِ، أَوْ الْاِخْتِلَامِ، أَوْ الْحَيْضِ لِلْمَرْأَةِ (ح)، أَوْ نَبَاتِ (ح) الْعَانَةِ فِي حَقِّ صِبْيَانِ الْكُفَّارِ فَإِنَّهُ أَمَارَةٌ فِيهِمْ (و) لِعُسْرِ الْوُقُوفِ عَلَى سِنْتِهِمْ، وَفِي صِبْيَانِ الْمُسْلِمِينَ وَجِهَانِ.

قال الرافعي: للبلوغ أسباب: منها: ما يشترك فيه الرجال والنساء. ومنها: ما يختص بالنساء. أما: القسم الأول فمنه السن، فإذا استكمل المولود خمس عشرة سنة قمرية فَقَدْ بَلَغَ. روى عن ابن عمر - رضي الله عنهما - قال: «عُرِضْتُ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي جَيْشِ يَوْمِ أُحُدٍ، وَأَنَا ابْنُ أَرْبَعِ عَشْرَةَ سَنَةً، فَلَمْ يَقْبَلْنِي وَلَمْ يَرِنِّي بَلْغْتُ، وَعَرَضْتُ عَلَيْهِ مِنْ قَابِلِ عَامِ الْخَنْدَقِ، وَأَنَا ابْنُ خَمْسِ عَشْرَةَ سَنَةً فَقَبِلْنِي وَرَأَيْي بَلْغْتُ»<sup>(١)</sup>.

وعن أنس أن النبي ﷺ قال: «إِذَا اسْتَكْمَلَ الْمَوْلُودُ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً، كُتِبَ مَالُهُ وَمَا عَلَيْهِ، وَأُقِيمَتَ عَلَيْهِ الْحُدُودُ»<sup>(٢)</sup> وفيه وجه: أن البلوغ يحصل بنفس الطعن في السنة الخامسة عشر، وإن لم يستكملها، لأنه حينئذ يسمى ابن خمس عشرة سنة.

والمذهب الأول، وهذا التوجيه ممنوع.

وقوله: (باستكمال خمس عشرة سنة) لفظ الاستكمال مُعْلَمٌ بالواو لهذا الوجه.

وقوله: (خمس عشرة سنة) بالحاء والميم.

أما: الحاء فلأن عنده بلوغ الغلام بثمانية عشرة سنة، وفي الجارية روايتان:

إحداهما: كذلك. والثانية: بسبع عشرة سنة.

وأما: الميم فلأنه يروى عنه أن البلوغ لا يحصل بالسن، وإنما النظر فيه إلى الاحتمال.

(١) أخرجه ابن حبان بهذا اللفظ إلا قوله: فلم تقبلني فإن له بدله فلم يجزني، وكذلك في الموضع الثاني ولم يقل فيه: «في جيش» وأصله في الصحيحين البخاري (٢٦٤، ٤٠٩٧) ومسلم (١٨٦٨).

(٢) أخرجه البيهقي (٥٦/٦ - ٥٧) وقال إسناده ضعيف لا يصح.

والسبب الثاني: الاحتلام قال الله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا﴾<sup>(١)</sup> روى أنه ﷺ قال: «رَفَعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ، عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ»<sup>(٢)</sup> والحلم لا يتعلق بخصوص الاحتلام؛ بل هو منوط بمجرد خروج المني، ويدخل وقت إمكانه باستكمال تسع سنين، ولا عبرة بما ينفصل قبل ذلك، وفيه وجهان آخران، ذكرهما الإمام كل واحد منهما في موضع من كتابه.

أحدهما: أنه يدخل بمضي ستة أشهر من السنة العاشرة.

والثاني: أنه إنما يدخل بتمام العاشرة، وهذه الوجوه كالوجوه في أقل سن الحيض، لكن العاشرة هاهنا بمثابة التاسعة، ثم؛ لأن في النساء حدة في الطبيعة وتسارع إلى الإذراك، وهكذا يكون النبات الضعيف بالإضافة إلى القوي، والاعتماد فيه على الوجدان بعد البحث كما في الحيض، ولا فرق في إفادة خروج المني، البلوغ بين الرجال والنساء كما في السن، وفيه وجه: أنه لا يوجب بلوغهن؛ لأنه نادر فيهن ساقط العبرة، وعلى هذا قال الإمام: الذي يتجه عندي أن لا يلزمها الغسل؛ لأنه لو لزم لكان حكماً بأن الخارج مني، والجمع بين الحكم بأنه مني وبين الحكم بأنه لا يحصل به البلوغ متناقض.

ولك أن تقول: إن كان التناقض مأخوذاً من تعذر التكليف بالغسل مع القول بعدم البلوغ، فنحن لا نعني بلزوم الغسل سوى ما نعنيه بلزوم الوضوء على الصبي إذا أحدث، فبالمعنى الذي أطلقنا ذلك، ولا تكليف نطلق هذا، وإن كان غير ذلك فلا بد من بيانه. واعلم: إنا إذا قلنا: إن خروج المني لا يوجب البلوغ في حق النساء، صارت أسباب البلوغ ثلاثة أقسام: المشتركة بين الرجال والنساء، وما يختص بالرجال، وهو خروج المني [وما يختص بالنساء] والله أعلم. والسبب الثالث: إنبات العانة يقتضي الحكم بالبلوغ في حق الكفار، خلافاً لأبي حنيفة.

لنا: ما روي «أَنَّ سَعْدَ بْنَ مُعَاذٍ حَكَمَ فِي بَنِي قُرَيْظَةَ فَقَتَلَ مَقَاتِلَتَهُمْ، وَسَبَى ذَرَارِيَهُمْ، فَكَانَ يُكْشَفُ عَنْ مُؤْتَرِرِ الْمُرَاهِقِينَ، فَمَنْ أَتَيْتَ مِنْهُمْ قُتِلَ، وَمَنْ لَمْ يُنْبِتْ جُعِلَ فِي الذَّرَارِيِّ»<sup>(٣)</sup> وعن عطية القرظي قال: «عَرَضْنَا عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ يَوْمَ قُرَيْظَةَ، فَكَانَ مَنْ أَتَيْتَ قُتِلَ، وَمَنْ لَمْ يُنْبِتْ فَخُلِّيَ سَبِيلُهُ، وَكُنْتُ فِيمَنْ لَمْ يُنْبِتْ فَخُلِّيَ

(٢) تقدم.

(١) سورة النور (٥٩).

(٣) متفق عليه دون قصة الإنبات من حديث أبي سعيد الخدري (٣٠٤٣، ٣٨٠٤، ٤١٢١، ٦٢٦٢) ومسلم (١٧٦٨) وهذه الزيادة أخرجها الطبري في الكبير (١٠٠٠) والصغير (١٨١) وأبو نعيم في تاريخ أصفهان (١٢٨/١) وضعفه الحافظ في التلخيص (٤٢/٣).

سَيْلِي»<sup>(١)</sup>.

ثم هو بلوغ حقيقة، أو هو دليل البلوغ وأمارته فيه قولان:

أحدهما: أنه بلوغ حقيقة كسائر الأسباب، وأظهرهما على ما قاله الإمام، وهو الذي أورده صاحب الكتاب أنه أمارة بلوغ، لأن البلوغ غير مكتسب، وهذا شيء يستعجل بالمعالجة.

فإن قلنا: بالأول فهو بلوغ في حق المسلمين أيضاً كسائر الأسباب، لا فرق فيها بين المسلم والكافر.

وإن قلنا: إنه أمارة فقي حق المسلمين وجهان:

أظهرهما: أنه لا اعتبار به؛ لأن مراجعة الآباء في حق المسلمين، والاعتماد على أخبارهم عن تواريخ المواليد سهل، بخلاف الكفار فإنهم لا اعتماد على قولهم، ولأن المسلمين رُبما استعجلوا بالمعالجة ورفعاً للحجر واستفادة الولايات، والكفار لا يهتمون بمثله، لأنهم حينئذ يقتلون أو تضرب عليهم الجزية.

والثاني: وبه قال مالك وأحمد: إنه يجعل أمارة في حقهم أيضاً، لأن الإشكال قد يقع في حق المسلمين أيضاً، ويدل عليه ما روى «أن غلاماً من الأنصار سَبَّ بِامْرَأَةٍ فِي شِعْرِهِ فَرَفِعَ إِلَى عُمَرَ فَلَمْ يَجِدْهُ أَنْبَتَ، فَقَالَ لَوْ أَنْبَتَ الشَّعْرَ لَحَدَدْتُكَ»<sup>(٢)</sup>.

ثم العبرة بالشعر الحشن الذي يحتاج في إزالته إلى الحلق.

فأما: الزغب والشعر الضعيف الذي قد يوجد في الصغر فلا أثر له.

وفي شعر الإبط وجهان:

أحدهما: أن إنباته كنبات شعر العانة، وبه قال القاضي حسين وآخرون، قال الإمام: لأن إنبات العانة يقع في أول تحرك الطبيعة في الشهوة، ونبات الإبط يتراخي عن البلوغ في الغالب، فكان أولى بالدلالة على حصول البلوغ.

والثاني: وهو الأصح على ما ذكره صاحب «التتمة»: أنه لا أثر له في البلوغ، لأنه لو أثر لما كشفوا عن المؤثرز لحصول الغرض من غير كشف العورة.

ونبات اللحية والشارب فيهما هذان الوجهان، لكن صاحب «التهذيب» فرق،

(١) أخرجه أحمد في المسند (٣١٠/٤) وأبو داود (٤٤٠٤) والترمذي (١٥٨٤) وقال حسن صحيح، والنسائي (١٥٥/٦) وابن ماجه (٢٥٤١) والحميدي (٣٩٤/٢) وابن الجارود (١٠٤٥) وابن حبان الهيثمي في الموارد (١٤٩٩) والحاكم (٣٥/٣) وصححه، والبيهقي (٥٨/٦).

(٢) أخرجه البيهقي (٥٨/٦).



فألحق شَغْرَ الإِبِطِ بِشَغْرِ العانة، ولم يلحق به اللَّحْيَةُ وَالشَّارِبُ، ولا أثر لِثِقَلِ الصَّوْتِ ونهود الثَّدْيِ وتواء طرف الحُلُقُومِ وانفراق الأرنبة، كما لا أثر لاختضار الشَّارِبِ، وفي «التمة» طرد الخِلافِ فيها.

وأما القسم الثاني وهو ما يختص بالنساء فشيئان:

أحدهما: الحَيْضُ فِي وقت الإمكان بُلُوغَ، واحتج له بما روى أَنه ﷺ قال لأسماء بنت أبي بكر: «إِنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا بَلَغَتْ الْمَحِيضَ لَا يَصْلُحُ أَنْ يُرَى مِنْهَا إِلَّا هَذَا وَأَشَارَ إِلَى الْوَجْهِ وَالْكَفَّيْنِ»<sup>(١)</sup> علق وجوب الشُّرِّ بالمحيض، وذلك نوع تكليف، وبما روى أَنه ﷺ قال: «لَا تَقْبَلُ اللهُ صَلَاةَ حَائِضٍ إِلَّا بِخِمَارٍ»<sup>(٢)</sup>.

أشعرَ بأنها بِالْحَيْضِ كلفت بالصَّلَاةِ.

والثاني: الحَبَلُ يوجب البلوغ، لأنه مسبوق بالإنزال، لكن الولد لا يستيقن ما لم تَضَع، فإذا وضعت حكمنا بحصول البلوغ قبل الوَضْعِ بستة أشهرٍ وَشَيْءٍ؛ لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر، فإن كانت مطلقة فأتت بِوَلَدٍ يلحق الرِّوَجِ حكمنا ببلوغها قبل الطَّلَاقِ.

فرع: الخنثى المشكل إذا خرج من ذَكَرِه ماء وهو على صفة المَنِيّ، ومن فرجه دَمٌ وهو على صفة الحيض، فهل نحكم ببلوغه؟ فيه وجهان:

أصحهما: نعم؛ لأنه إما ذكر وقد أَمِنَى، أو أنثى وقد حاضت.

والثاني: لا؛ لتعارض الخارجين وإسقاط كل واحد منهما حكم الآخر، ولهذا لا يحكم والحالة هذه بالذكورة ولا بالأنوثة هذا ما نسبته القَاضِي ابنُ كَجِّ إلى ظاهر نَصِّ الشافعي.

وإن وجد أحد الأمرين دُونَ الثَّانِي، أو أَمِنَى وَحَاضَ مِنَ الفَرْجِ، فجواب عامة الأصحاب أَنه لا يحكم ببلوغه لجواز أن يظهر من الفَرْجِ الآخر ما يعارضه، وقال الإمام وهو الحق: ينبغي أن يحكم بالبلوغ بأحدهما، كما يحكم بالذكورة والأنوثة، ثم إن ظهر خِلافُه غيرنا الحُكْمَ، وكيف ينتظم منا أن نحكم بأنه ذكر أو أنثى ولا نحكم بأنه قد بلغ.

قال الغزالي: وَأَمَّا الرُّشْدُ فَهُوَ أَنْ يَبْلُغَ صَالِحاً فِي دِينِهِ مُضْلِحاً لِدُنْيَاةِ، فَإِذَا اخْتَلَّ

(١) أخرجه أبو داود (٤١٠٤) من حديث خالد بن دريك عن عائشة رضي الله عنها، وهذا مرسل، فخالد لم يدرك عائشة رضي الله عنها، وفيه أيضاً سعيد بن بشير، قال البخاري يتكلمون في حفظه وهو يحتمل، وقال ابن القطان خالد مجهول الحال وهذا ليس بسديد. انظر التلخيص (٤٣/٣).

(٢) تقدم.

أَحَدَ الْأَمْرَيْنِ اسْتَمَرَ الْحَجْرُ (م ح و)، وَمَهْمَا حَصَلَ أَنْفَكَ الْحَجْرُ (و)، فَلَوْ عَادَ أَحَدُ الْمَعْتَبِينَ لَمْ يَعُدِ الْحَجْرُ؛ لِأَنَّ الْإِطْلَاقَ الثَّابِتَ لَا يَرْفَعُ إِلَّا بِبَيِّنٍ كَمَا أَنَّ الْحَجْرَ الثَّابِتَ لَا يَرْفَعُ إِلَّا بِبَيِّنٍ، فَلَوْحَ عَادَ الْفِسْقُ وَالتَّبْذِيرُ جَمِيعاً يَعُودُ الْحَجْرُ أَوْ يَعَادُ عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ، ثُمَّ يَلِي الْقَاضِي أَمْرَهُ أَمْ وَلِيَهُ فِي الصَّبِيِّ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَكَذَا فِي الْجُنُونِ الطَّارِئِ بَعْدَ الْبُلُوغِ، وَصَرَفَ الْمَالِ إِلَى وُجُوهِ الْبُرِّ لَيْسَ بِتَبْذِيرٍ، فَلَا سَرَفَ فِي الْخَيْرِ، وَصَرَفَهُ إِلَى الْأَطْعِمَةِ النَّفْسِيَةِ الَّتِي لَا تَلِيقُ بِحَالِهِ تَبْذِيرٌ (و)، فَإِذَا أَنْضَمَّ إِلَيْهِ الْفِسْقُ أَوْجَبَ الْحَجْرَ.

قال الرافعي: أول ما ينبغي أن يعرف في الفضل أولاً معنى الرشد المذكور في قوله تبارك وتعالى: ﴿فَإِنْ آتَيْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا﴾ وقد فسره الشافعي بالصلاح في الدين مع إضلاح المال، ويدل عليه ما روى عن ابن عباس أنه قال: معناه: «رَأَيْتُمْ مِنْهُمْ صَلَاحًا فِي دِينِهِمْ وَحِفْظًا لِأَمْوَالِهِمْ»<sup>(١)</sup> وروى مثله عن الحسن<sup>(٢)</sup> ومجاهد<sup>(٣)</sup>، والمراد من الصلاح في الدين أن لا يرتكب من المحرمات ما تسقط به العدالة، ومن إضلاح المال أن لا يكون مبدراً، وصرف المال إلى وجوه الخير في الصدقات وفك الرقاب وبناء المساجد والمدارس وما أشبهها ليس بتبذير، فلا سرف في الخير، كما لا خير في السرف، وعن الشيخ أبي محمد: أن الصبي إذا بلغ وهو مفرط في الإنفاق في هذه الوجوه فهو مُبَدَّرٌ، وإن عرض له ذلك بعد ما بلغ مقتصداً لم نحكم بصيرورته مبدراً.

وتضييع المال: بإلقائه في البحر، أو باحتمال الغبن الفاحش في المعاملات ونحوها تبذير، وكذا الإنفاق في المحرمات.

وصرفه إلى الأطعمة النفيسة التي لا يليق اتخاذها بحاله، هل يكون سفهاً وتبذيراً؟ قال الإمام وصاحب الكتاب: نعم للعادة.

وقال: الأكثرون لا؛ لأن المال يطلب ليتفجع به ويلتذ به، وكذا القول في التجميل بالثياب الفاخرة والإكثار من شراء الغايات والاستمتاع بهن وما أشبه ذلك.

وبالجملة فالتبذير على ما نقله معظم الأصحاب محصور في التضييعات والإنفاق في المحرمات ولا بد من اختبار الصبي ليعرف حاله في الرشد وعدمه، ويختلف ذلك باختلاف طبقات الناس.

(١) أخرجه البيهقي (٥٩/٦).

(٢) أخرجه البيهقي من طريق يزيد بن هارون عن هشام بن حسان عنه.

(٣) أخرجه الثوري في جامعه عن منصور عنه.

فولد التَّاجِرِ يَخْتَبِرُ فِي السِّبَعِ وَالشِّرَاءِ وَالْمُمَاكَسَةِ .  
 وولد الزَّارِعِ فِي أَمْرِ الزَّرَاعَةِ وَالْإِنْفَاقِ<sup>(١)</sup> عَلَى الْقَوَامِ فِيهَا .  
 وَالْمُخْتَرِفِ فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِحِرْفَتِهِ .  
 وَالْمَرْأَةِ فِي أَمْرِ الْقَطْنِ وَالْعَزْلِ<sup>(٢)</sup> ، وَحِفْظِ الْأَقْمِشَةِ ، وَصَوْنِ الْأَطْعَمَةِ عَنِ الْهَرَّةِ  
 وَالْفَأْرَةِ ، وَمَا أَشْبَهَهَا مِنْ مَصَالِحِ الْبَيْتِ .  
 وَلَا تَكْفِي الْمَرْءَ الْوَاحِدَةَ فِي الْاِخْتِبَارِ ؛ بَلْ لَا بُدَّ مِنْ مَرَّتَيْنِ وَأَكْثَرَ عَلَى مَا يَلِيْقُ  
 بِالْحَالِ ، وَيَفِيدُ غَلْبَةَ الظَّنِّ بِكَوْنِهِ رَشِيداً ، وَفِي وَقْتِ الْاِخْتِبَارِ وَجْهَانِ :  
 أَحَدُهُمَا : مَا بَعْدَ الْبُلُوغِ ؛ لِأَن تَصْرَفَهُ فِي الصَّبَا غَيْرُ نَافِذٍ .  
 وَأُظْهَرَهُمَا : أَنَّهُ قَبْلَهُ ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَابْتَلُوا الْيَتَامَى ﴾<sup>(٣)</sup> . وَاسْمُ الْيَتِيمِ إِنَّمَا يَقَعُ  
 عَلَى غَيْرِ الْبَالِغِ ، وَعَلَى هَذَا فَكَيْفَ يَخْتَبِرُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ :  
 أَحْصَهُمَا : أَنَّهُ يَدْفَعُ إِلَيْهِ قَدْرًا مِنَ الْمَالِ وَيَمْتَحِنُهُ فِي الْمُمَاكَسَةِ وَالْمُسَاوَمَةِ ، فَإِذَا آلَ  
 الْأَمْرَ إِلَى عَقْدِ عَقْدَةِ الْوَلِيِّ ، لِأَن تَصْرَفَ الصَّبِيَّ لَا يَنْفِذُ .  
 وَالثَّانِي : يَصْحُ مِنْهُ الْعَقْدُ أَيْضاً فِي هَذَا الْغَرَضِ لِلْحَاجَةِ وَقَدْ أَشْرْنَا فِي أَوَّلِ الْبَيْعِ  
 إِلَى هَذَا .

ولو تلف المال المدفوع إليه للاختبار في يده فلا ضمان على الولي<sup>(٤)</sup> إذا تقرر ذلك فننظر إن بلغ الصبي غير رشيد إما لاختلاف الصلاح في الدين، أو إصلاح المال، بقي محجوراً عليه، ولم يدفع إليه المال، وقال أبو حنيفة: إن بلغ مفسداً للمال مُنِعَ

(١) المراد بالإنفاق إعطاء الأجرة لا الإطعام، فإن الاستئجار به لا يصلح والتبرع به من مال المحجور ممتنع نعم إن قصدت إدخال العبيد والدواب فاحمل النفقة على ما هو أعم . الزراع بتشديد الراء هو المكث للزرع وعبارة المحرر وغيره من كتب الرافعي المزارع بالميم وفي بعضها الزارع على وزن الضارب . وقد أشار في الدقائق إلى ذلك فقال قول المنهاج يختبر ولد الزراع بالزراعة أعم من قول غيره المزارع . هذا لفظه ، وهو صحيح إن كان اللفظ الذي نقله عن غيره هو المزارع بالميم ، فإن كان على وزن الضارب فهو أعم من الزراع على عكس ما قاله هذا كله .

(٢) الغزل يطلق على المغزول وعلى المصدر أيضاً تقول غزلت المرأة القطن غزلاً . قاله الجوهري . والظاهر إنما أراد به المصنف المصدر وأراد بالقطن صونه وتهيئته ونحو ذلك . والهرة هي الأنتى وجمعها هرر على وزن قربة وقرب ، وإذا جمعت المذكور أتيت فيه بالهاء كقرود وقرودة .

(٣) سورة النساء (٦) .

(٤) قال النووي : والصبي الكافر كالمسلم في هذا الباب فيعتبر في صلاح دينه وماله ما هو صلاح عندهم صرح به القاضي أبو الطيب وغيره . ينظر الروضة ٤١٥/٣ .

حتى يبلغ خمساً وعشرين سنة كما سبق، وإن بلغ مصلحاً لماله دفع المال إليه، ونفذ تصرفه، وإن كان فاسقاً، وبه قال مالك فيمن بلغ فاسقاً، ونقل المتولي مثل مذهبهما عن بعض أصحابنا.

وجه الظاهر المذهب أن الآية اعتبرت الرشد والصّلاح مأخوذ من تفسير الرشد. ثم يتصرف في ماله ويستديم الحجّر عليه من كان يتصرف قبل البلوغ أباً كان، أو جداً، أو وصياً، أو حاكماً. فإن بلغ رشيداً دفع إليه المال، وينفك الحجّر عنه بنفس البلوغ والرشد أو يحتاج إلى فك القاضي؟ فيه وجهان:

أوجههما عند صاحب «التهذيب»: أنه يحتاج إلى فك القاضي، لأن الرشد مما يعرف بالنظر والاجتهاد، ويروى هذا عن أبي هريرة - رضي الله عنه -.

والثاني: وبه أجاب صاحب الكتاب وهو الأصح عند الإمام والمتولي، ويحكي عن ابن سريج: أنه ينفك عنه؛ لأنه حجر لم يثبت بالحاكم فلا يتوقف زواله على إزالة الحاكم، كحجر المجنون يزول بمجرد الإفاقة، وهذا أولى، وإلا لأطبق الناس على طلب الفك في أوائل البلوغ، ولا يجدوه أهم مهماتهم.

ثم قال المفرعون على الوجه الأول: إنه كما ينفك بفك القاضي ينفك بفك الأب والجد، وفي الوصي والقائم وجهان، وهذا يطعن في توجيههم إياه بالحاجة إلى النظر والاجتهاد.

وإذا قلنا: لا يزول حتى يزال فتصرفه قبل إزالة الحجّر كتصرف من أنشأ الحجر عليه بالسفه الطارىء بعد البلوغ، ويجري الخلاف فيما إذا بلغ غير رشيداً، ثم صار رشيداً وإذا حصل الرشد فلا فرق بين الرجل والمرأة، وبين أن تكون المرأة مزوجة أو لا تكون.

وقال مالك - رحمه الله -: لا يدفع المال إلى المرأة حتى تنكح، فإذا نكحت دفع إليها بإذن الزوج، ولا ينفذ تبرعها بما زاد على الثلث إلا بإذن الزوج ما لم تصر عجزاً.

ولو عاد التبذير بعد ما بلغ رشيداً لم يطلق، ولم يمكن من التصرف، وكيف الحال؟ فيها وجهان:

أحدهما: أنه يعود الحجّر بنفس التبذير، كما لو جن.

وأصحهما: أنه لا يعود، ولكن يعاد، ومن الذي يعيده؟ لا خلاف في أن للقاضي أن يعيده، وعن أبي يحيى البلخي فيما نقل ابن كنج - رحمه الله تعالى -: أنه يعيده الأب والجد أيضاً، والمشهور تخصيصه بالقاضي، لأنه في محل الاجتهاد.

ولو عاد الفسق دون الإِتِّفَاقِ في المعاصي وسائر وجوه التبذير.

فإن قلنا: اقتران الفسق بالبلوغ لا يقتضي إدامة الحَجْرِ، وهي الطريقة المنقولة على وفاق أبي حنيفة، ومالك - رحمهما الله - فلا يحجر.

وإن قلنا: يقتضيها فوجهان:

أحدهما: وبه قال ابن سُرَيْج: أنه يُحَجَّرُ عَلَيْهِ، كما يستدام به الحَجْر، وكما لو عَادَ التَّبْذِيرُ.

وأصحهما: وبه قال أبو إِسْحَاقَ لا يحجر؛ لأن الأولين لم يحجروا على الفسقة، ويخالف الاستدامة، لأن الحَجْرَ ثُمَّ كَانَ ثَابِتًا، والأصل بقاؤه وهاهنا ثبت الإِطْلَاقُ، والأصل بقاؤه فلا يلزم من الاكتفاء بالفسق للاستصحاب الاكتفاء به لبراءة الأَصْلِ، ويخالف التبذير فإننا نتحقق به تَضْيِيعَ المَالِ، أو بالفسق لا يتحقق، فإنه ربما لا ينفق المال إلا فيما يسوغ وإن كان فاسقًا، ومقصود هذا الحَجْرِ صيانة المَالِ، ولا يجيء في عود الفسق الوجه الذاهب إلى مَصِيرِهِ محجوراً بنفس التبذير، قال الإمام - رحمه الله - فإذا حجر على من طرأ عليه السَّفَه، ثم عادَ رَشِيدًا فإن قلنا: الحجر عليه لا يثبت إلا بضرب القَاضِي، فلا يرتفع إلا برفعه. وإن قلنا: يثبت بنفسه ففي زواله الخِلاف المذكور فيما إذا بَلَغَ رَشِيدًا. ومن الذي يلي أمرَ من حُجِرَ عَلَيْهِ بالسَّفَه الطارىء.

إن قلنا: إنه لا بُدَّ من ضَرْبِ القَاضِي، فهو الذي يليه.

وإن قلنا: إنه يصير محجوراً عليه بنفس السَّفَه، فوجهان شبيهان بالوجهين فيما إذا طرأ عليه الجُنون بَعْدَ البُلُوغِ.

أحدهما: أنه يلي أمره الأب، ثم الجَدُّ كما في حالة الصُّغَر، وكما إذا بلغ مجنوناً.

والثاني: يليه القَاضِي؛ لأن ولاية الأب قد زالت فلا تَعوُدُ، والأول أصح في صورة عُرُوضِ الجُنُونِ، والثاني أصح في صُورَةِ عُرُوضِ السَّفَهِ، لأن السَّفَهَ وزواله مُجْتَهَدٌ فيه فيحتاج إلى نَظَرِ الحَاكِمِ.

ونعود إلى ما يتعلق بألفاظ الكتاب.

قوله: (فإن اختل أحد الأمرين استمر الحجر) ينتظم إعلامه بالميم، والحاء، والواو، لما ذكرنا فيما إذا بلغ مصلحاً لماله فاسقاً.

وقوله: (مهما حصل) أي: كلاهما (انفك الحجر) معلم بالواو؛ للوجه الصَّائِرُ إلى أنه لا بُدَّ مِنْ فَكِّهِ، وكذا قوله: (لم يعد الحجر) للوجه الذي مرَّ في عود الحَجْرِ عند عود التبذير وقوله: (لأن الإِطْلَاقَ الثابت لا يرفع إلا بيقن) ولا يتيقن الرشد مع واحد

من الأمرين، والإطلاق هاهنا متيقن، فلا يعاد الحجر إلا بتيقن احتلال الرشد، وذلك يعود للمعنيين جميعاً، وهذا قريبٌ من لفظه في الوسيط، وقضية خروج الصّلاح في الدّين، وإصلاح المَالِ عن أن يكون حقيقة الرشد، واعتبارها للاستدلال بهما على حصول الرُّشد.

واعلم أن كلام المُصنّف هاهنا، وفي «الوسيط» مُصرّح بأن عود مجرد الفسق والتبذير لا أثر له، وإنما المؤثّر في عود الحجر، أو إعادته عودُ الفسق والتبذير جميعاً، وليس الأمر كذلك، بل الأصحاب - رضي الله عنهم - مطبقون على أن عود التبذير وحده كافٍ في عود الحجر، أو إعادته كما سبق بيانه<sup>(١)</sup>. وقوله: (ثم يلي أمره القاضي أو وليد في الصبي، فيه وجهان) موضع الوجهين ما إذا قلنا: إن الحجر يعود بنفسه، أما إذا قلنا: إن القاضي هو الذي يعيده، فهو الذي يلي أمره بلا خلاف.

وقوله: (فصرف المال إلى وجوه البر ليس بتبذير) يمكن إعلامه بالواو للتفصيل المنقول عن الشّيخ أبي محمّد. وقوله: في الصرف إلى الأطعمة النفيسة (إنه تبذير) يجب إعلامه بالواو، ومعرفته أن الأظهر عند الأئمة - رحمهم الله - خلاف ما ذكره.

وقوله: (فإذا انضم الفسق إليه أوجب الحجر) بناء على ما قدمه من اعتبار اجتماع الأمرين، وقد عرفت أن الصّحيح المعتمد خلافه.

فرع: لو كان يُغَبّن في بعض التصرفات خاصّة، فهل يحجر عليه حَجراً خاصاً في ذلك النوع؟ فيه وجهان، لبعد اجتماع الحجر والإطلاق في الشّخص الواحد.

فرع: الشحيح على نفسه جداً مع اليسار، قال في «البيان»: فيه وجهان عن الصيمري، والأصح المنع.

قال الغزالي: ثُمَّ فائِدَةُ الْحَجْرِ سَلْبُ اسْتِقْلَالِهِ فِي التَّصَرُّفَاتِ الْمَالِيَّةِ كَالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ (و) وَالْإِقْرَارِ بِالذِّينِ (م)، وَكَذَا الْهَبَّةُ، وَفِي سَلْبِ عِبَارَتِهِ عِنْدَ التَّوَكُّلِ بِهِ خِلَافٌ، وَعَلَيْهِ يُبْتَنَى صِحَّةُ قُبُولِهِ الْوَصِيَّةِ وَالْهَبَّةِ، وَلَا حَجْرَ عَلَيْهِ فِيمَا لَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْحَجْرِ كَالطَّلَاقِ وَالظَّهَارِ وَالخُلْعِ وَاسْتِئْجَاقِ النَّسَبِ وَنَفْيِهِ وَالْإِقْرَارِ بِمُوجِبِ الْعُقُوبَاتِ؛ لِأَنَّهُ مُكَلَّفٌ وَالْوَلِيُّ لَا يَتَوَلَّى ذَلِكَ فَلَا بُدَّ وَأَنْ يَتَوَلَّاهُ بِنَفْسِهِ، وَالْأَصْحَحُ: أَنَّهُ لَا يَقْبَلُ إِقْرَارَهُ بِإِثْلَافِ مَالِ الْغَيْرِ كَالصَّبِيِّ، وَيَنْعَقِدُ إِخْرَامَهُ بِالْحَجِّ ثُمَّ يُنْمَعُ الرَّادُ إِنْ لَمْ يَكُنْ فَرْضاً عَلَيْهِ، ثُمَّ حُكْمُهُ حُكْمُ

(١) قال النووي: أما «الوجيز» فهو فيه كما نقله عنه وكذا في أكثر نسخ «الوسيط» وفي بعضها حذف هذه المسألة وإصلاحها على الصواب وكذا وجد في أصل الغزالي وقد ضرب على الأول وأصلحه على الصواب. ينظر الروضة ٤١٧/٣.

المُخَصَّرُ أَوْ الْمُخْرَمُ الْمُفْلِسِ حَتَّى لَا يَتَحَلَّلَ إِلَّا بِلِقَاءِ الْبَيْتِ فِيهِ خِلَافٌ.

قال الرافعي: الغرض الآن الكلام فيما ينفذ من السفيه المحجور عليه من التصرفات، وما لا ينفذ وفيه مسائل:

أحدها: لا يصح، منه العقود التي هي في مظنة الضرر المالي، كالبيع والشراء، والإعتاق<sup>(١)</sup>، والكتابة، والهبة، والنكاح، ولا فرق بين أن يشتري بعين ماله أو في الذمة، وفي شرائه في الذمة وجه ضعيف، تخريجاً من شراء العبد بغير إذن مولاه، والمذهب الأول؛ لأن هذا الحجز إنما يشرع نظراً للمبذر، وذلك يقتضي الرد حالاً ومالاً، والحجز على العبد لحق المولى، فلا يمتنع التضحيج بحيث لا يضر بالمولى، وإذا باع وأقبض استرد من المشتري، فلو تلف في يده ضمن، فلو اشترى وقبض واستقرض فتلف المأخوذ في يده أو أتلفه فلا ضمان عليه، ومن أقبضه فهو الذي ضيعه، ولوليه استرداد الثمن إن كان قد أقبضه، ولا فرق بين أن يكون من عامله عالماً بحاله أو جاهلاً؛ إذ كان من حقه أن يتجنب ولا يعامل إلا عن بصيرة، وكما لا يجب الضمان في الحال لا يجب بعد رفع الحجز؛ لأن هذا الحجز لمصلحته فأشبهه الصبي، لكن الصبي لا يأثم، والسفيه يأثم؛ لأنه تكلف، وفيما إذا أتلفه بنفسه وجه أنه يضمن عند رفع الحجز عنه<sup>(٢)</sup>، وهذا كله فيما إذا استقل بهذه التصرفات، أما إذا أذن له الولي نظر إن أطلق الإذن فهو لغو، وإن عين له تصرفاً أو قدر العوض فوجهان:

أصحهما عند المصنف: أنه يصح كما لو أذن له في النكاح، وهذا لأن المقصود أن لا يضر بنفسه ولا يتلف ماله، فإذا أذن الولي أمن من المخدور.

والثاني: وهو الأصح عند صاحب «التهذيب»: المنع، كما إذا أذن للصبي<sup>(٣)</sup>، ويخالف النكاح؛ لأن المال فيه تبع، ومقصود الحجز حفظ المال عليه، على أن الإمام - رحمه الله - أشار إلى طرد بعضهم الخلاف في النكاح.

(١) ولا فرق في العتق بين أن يكون مجاناً أو بعوض كالكتابة ونحوها ولو لزمه كفارة يمين أوظهار صام كالمعسر لثلا يضيع ماله وأما كفارة القتل فالأصح كما قاله في المطلب أن الولي يعتق عنه فيها لأن سببها فعل وهو لا يقبل الرفع بخلاف كفارة اليمين والظهار.

(٢) قال النووي: هذا إذا أقبضه البائع الرشيد. فأما إذا أقبضه السفيه بغير إذن البائع، أو أقبضه البائع، وهو صبي أو محجور عليه بسفه، فإنه يضمنه بالقبض قطعاً، صرح به أصحابنا، وفقهه ظاهر. قال في المهمات: يشترط أيضاً في عدم الضمان مع ما تقدم أن لا يطالبه البائع به، فإن طالبه فامتنع ضمن كذا رأته في شرح المختصر للداودي وهو المشهور بالصيدلاني.

(٣) قال النووي: هذا الثاني أصح عند الأكثرين منهم، الجرجاني، والرافعي في «المحرر» وجزم به الروياني في «الحلية».

فإن قلنا: لا يصح، فقد سلبنا بالحَجْرِ عبارته.

وإن قلنا: يصح، فالمسلوب هو الاستقلال، وعلى الوجهين يخرج ما إذا وكله غيره بِشَيْءٍ من هذه التصرفات، هل يصح عَقْدُهُ للموكل؟ وفيما إذا أتهب، أو قبل الوصية لِنَفْسِهِ<sup>(١)</sup>. ولو أودعه إنسانٌ شيئاً فلا ضمان عليه لو تلف عنده، ولو أتلفه فقولان كما لو أودع صيباً.

الثانية: لو أقر بدينٍ معاملة لم يقبل، سواء أسنده إلى ما قبل الحَجْرِ أو بَعْدَهُ كالصَّيْبِي، وفيما إذا أسنده إلى ما قبل الحَجْرِ، وَجِهٌ أنه يقبل تخريجاً من الخِلاف، في أن المفلس إذا أقر بدين سَابِقٍ على الحَجْرِ، هل يزاحم المقر لَهُ العُرْمَاءُ؟ ولو أقر بِإِتْلَافِ مالٍ أو جنائيةٍ توجب المَالِ فقولان:

أحدهما: يقبل؛ لأنه لو أثبتنا الغصب أو الإِتْلَافِ يَضْمَنُ، فإذا أقرَّ بِهِ يُقْبَلُ.

وأصحهما: الرد كما لو أقر بدينٍ مُعَامَلَةٍ، ولا يؤخذ بعد فِكِّ الحَجْرِ عنه بما أقر به ورددناه، ولو أقر بما يوجب عليه حداً أو قصاصاً قَبْلَ؛ لأنه مُكَلَّفٌ، ولا تعلق لهذا الإقرار بالمال متى يتأثر بالحَجْرِ، ولو أقر بِسَرِقَةٍ توجب القَطْعَ قَبْلَ قَوْلِهِ فِي القَطْعِ، وفي المَالِ قولان كالعَبْدِ إذا أقرَّ بِسَرِقَةٍ، هذا إن قلنا: لا يقبل إقراره بدين الإِتْلَافِ فإن قلنا: فأولى أن يُقْبَلَ هاهنا.

ولو أقر بقصاص، فعفى المُسْتَحَقُّ على مَالٍ فالصحيح يَنُوبُ المَالُ؛ لأنه يتعلق باختيار الغَيْرِ لا بإقراره، ولو أقرَّ بِنَسَبٍ ثبت النَّسَبُ، وينفق على الوَلَدِ الذي استلحقه من بيت المَالِ. ولو ادعى عليه دين معاملة لزمه قبل الحجر، وأقام عليه بينة سُمِعَتْ، وإن لم يكن بينة.

فإن قلنا: إن النكول ورد اليمين كالبينة سُمِعَتْ.

وإن قلنا: كالإقرار فلا؛ لأن غايته أن يقر، وإقراره، غير مقبول.

الثالثة: يصح منه الطَّلَاق؛ لأنه لا يدخل تحت حجر الولي وتصرفه، ألا ترى أن الولي لا يطلق أصلاً؟ بل المحجور عليه يطلق بنفسه إذا كان مكلفاً كالعَبْدِ، وأيضاً فإن الحَجْرَ لإبقاء مَالِهِ عليه والبضع ليس بِمَالٍ، ولا هو جارٍ مجرى الأموال، ألا ترى أنه لا ينتقل إلى الوَرَثَةِ، ولا يمنع المَرِيضُ من إزالة المَالِ عَنَّهُ؟ وإذا صَحَّ الطلاق مجاناً فالخُلُوعُ أولى بالصَّحَّةِ، وكذلك يَصِحُّ منه الظَّهَارُ والرَّجْعَةُ، وَنَفْيُ النَّسَبِ بِاللَّعَانِ وما أشبهه؛ لأن هذه العقود لا تَعْلَقُ لَهَا بِمَالٍ.

(١) قال النووي: الأصح صحة اتهامه وبه قطع الجرجاني. ينظر الروضة ٤١٨/٣.



ولو كان السفية مطلقاً مع حاجته إلى التكااح سرى بجارية فإن تبرم منها أبدلت .

الرابعة: حكم السفية في العبادات حكم الرشييد، لكنه لا يفرق الزكاة بتنسيه، فلو أحرم بغير إذن الولي انعقد إحرامه، ثم ينظر إن أحرم بحج التطوع وزاد ما يحتاج إليه للسفر على نفقته المعهودة ولم يكن له في الطريق كسب يفي بتلك الزيادة فللولي منعه، ثم كيف سبيله؟ نقل الإمام - رحمه الله - وجهين:

الأصح: الذي أورده الأكثرون: أنه كالمحصر حتى يتحلل بالصوم، إذا جعلنا لدم الإحصار بدلاً؛ لأنه محجوز في المال.

والثاني: أن عجزه عن النفقة لا يلجقه بمحصر، بل هو كالمفلس الفاقد للزاد والراحلة، لا يتحلل إلا تلقاء البيت، وإن لم يزد ما يحتاج إليه على الثقة المعهودة، أو كان يكتسب الطريق ما يفي بالزيادة لم يمنعه الولي، بل ينفق عليه من ماله، ولا يسلمه إليه، بل إلى ثقة لينفق عليه في الطريق.

وإن أحرم بحجة مفروضة كحجة الإسلام والحجة المنذورة قبل الحنجر، أنفق عليه الولي كما ذكرنا، قال في «التتمة»: والحجة المنذورة بعد الحجر، كالمندورة قبله إن سلكتنا بالنذر مسلك واجب الشرع، وإلا فهي كحجة التطوع.

ولو نذر التصدق بعين مال لم ينعقد، وفي الذمة ينعقد.

ولو حلف انعقد يمينه، ويكفر عند الحنث بالصوم كالرقيق<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي: وولي الصبي أبوه أو جدّه وعند عديهما الوصي، فإن لم يكن فالقاضي، ولا ولاية للأُم (و)، ولا يتصرف الولي إلا بالغبطة، ولا يستوفي قضاؤه (ح) ولا يغفو عنه ولا يغتق، ولا يطلق بموَضٍ وغير موَضٍ، ولا يغفو عن حق شفيعته إلا لمصلحته، فلو ترك فليس له الطلب بعد البلوغ على الأصح (و)، وله أن يأكل بالمعروف من ماله إن كان فقيراً، وإن كان غنياً فليستغف.

(١) قال النووي: وفيه وجه حكاه صاحب «الحاوي» والقاضي حسين، والمتولي، أنه يلزمه التكفير بالمال، فيجب على الولي إخراج الكفارة من مال السفية. قال القاضي: فإن كثر حنثه، لزمه الكفارة، ولا يخرجها الولي، ولا يصح صومه، بل تبقى عليه حتى يمسر، فيصوم إذا قلنا: الاعتبار في الكفارة بحال الأداء. وإذا قلنا: بالصحيح أن واجبه الصوم، فلم يصم حتى فك حجره. قال الماوردي: إن قلنا يعتبر في الكفارة حال الأداء لم يجزئه الصوم مع اليسار. وإن اعتبرنا حال الوجوب، ففي أجزاء الصوم وجهان، لأنه كان من أهل الصوم، إلا أنه كان موسراً. ينظر الروضة ٤٢١/٣.

قال الرَّافِعِيُّ: هذه البقية لبيان من يلي أمر الصبي، وفي معناه المَجْتُون، وأنه كيف يتصرف؟

أما الذي يليه فهو الأب ثُمَّ الجَدُّ، كما في ولاية النِّكَاح، فإن لم يكونا فالوصي المنصوب من جهتهما، فإن لم يكن فالولاية لِلْقَاضِي، أو من يُنصَّبُهُ الْقَاضِي<sup>(١)</sup>.

وظاهر المذهب: أن لا ولاية للأُم، كما ليس لها ولاية النِّكَاح، وعن أبي سعيد الإصطخري - رحمه الله - أن لها ولاية المَالِ بعد الأب والجَدِّ، وتقدم على وصيهما لزيادة شفقتها.

وأما كيفية التَّصَرُّفِ، فالقول الجملي فيه اعتبار الغِبْطَةِ، وكون التَّصَرُّفِ على وجه النَّظَرِ والمَصْلَحَةِ، وفي الفصل صور.

منها: يجوز للولي أن يَشْتَرِي لهُ العقار، بل هو أولى من التَّجَارَةِ لما فيها من الأخطارِ، وانحطاط الأَسْعَارِ، فإن لم يكن فيه مصلحة لنقل الخراج، أو جَوْرِ السُّلْطَانِ، أو إشراف المَوْضِعِ على البَوَارِ لم يَجْزِ، ويجوز أن يبني له الدورَ والمساكينَ، ويبني بالأجر<sup>(٢)</sup> أو الطين، لأن الأجر يبقى في العمارة، والطين قليل المؤنة والجص، ولا يبني باللين والطين لِقِلَّةِ بَقَائِهِ، وذكر الْقَاضِي الرَّوْيَانِي - رحمه الله - أن كثيراً من الأصحاب - رحمهم الله - جوزوا البناء له على عادة البلد كيف كانت، قال: وهو الاختيار<sup>(٣)</sup>، ولا يبيع عقاره إلا لِلْحَاجَةِ، مثل أن لا يكون له ما يصرفه إلى نفقته وكسوته

(١) قال النووي: وهل يحتاج الحاكم إلى ثبوت عدالة الأب والجد لثبوت ولايتهما؟ وجهان حكاهما القاضي أبو الطيب، والشاشي، وآخرون، وينبغي أن يكون الراجح الاكتفاء بالعدالة الظاهرة. ينظر الروضة ٤٢١/٣.

(٢) لأن اللبن قليل البقاء وينكسر عند الاحتياج إلى النقض والأجر بخلافه والجص وهو المسمى بالجبس كثير المؤنة ولا تبقى منفعته عند النقض بل يلتصق بالطوب فيفسدها والطين بخلاف ذلك كله فتعين الطين والأجر. تنبيه: عبر الرافي هنا بقوله «أو الجص» بأو لا بالواو وهو أحسن. فإنه يدل على الامتناع في اللبن سواء كان مع الطين أو الجص، وعلى الامتناع في الجص سواء كان مع اللبن أو الأجر فيستفيد بذلك ثلاث مسائل: منعها مجتمعين، ومنع اللبن مع الطين، ومنع الأجر مع الجص. والتعبير بالواو لا يفيد إلا منع الاجتماع فإما أن يقتصر على قوله بالطين والأجر ليفيدا المنع في ما عداه بالمفهوم أو يأتي بأو. فائدة: الأجر فارسي وهو معروف وفيه ست لغات حكاهما النووي في التحرير، أفصحها بضم الجيم وتشديد الراء والثانية كذلك لكن الراء مخففة والثالثة: أجور بالمد. الرابعة: ياجور والخامسة: أجرون السادسة: كذلك لكن بالمد وفتح الجيم، واللبن هو الطوب الذي لم يحرق، والجص بفتح الجيم وكسرهما.

(٣) اشترط ابن الصباغ كونه بعد الفراغ مساوياً لما أنفق عليه. قال في الخادم: وهذا في زماننا في غاية الندور فهو في التحقيق منع من البناء.

وقصرت غلته عن الوَفَاءِ بهما ولم يجد من يقرضه، أو لم ير المصلحة فيه أو الغبطة، مثل أن يكون ثَقِيلَ الخَرَجِ، أو يرغب شريك، أو جار بأكثر من ثمن المثل، وهو يجد مثله ببعض ذلك الثَّمَنِ.

وله بيع ماله نسيئة، وبالعرض إذا رأى المصلحة فيه، فإذا باع نسيئة زاد على ثمنه نقداً، وأشهد عليه وارتهن به رهناً وافياً، فإن لم يفعل ضمن، هكذا قاله المعظم، وروى الإمام وجهاً في صحّة البيع، إذا لم يرتهن وكان المشتري مَلِيّاً، وقال: الأصح الصحة، ويشبه أن يذهب القائل بالصحة، إلى أنه لا يضمن، ونجوزه اعتماداً على ذمة المَلِيءِ، ولا يحتاج الأب إذا باع مَالاً وَلَدِهِ مِنْ نَفْسِهِ نسيئة أن يرتهن من نفسه، بل يؤتمن في حَقِّ وَلَدِهِ، وإذا باع الأب والجَدَّ عقاره، فَيُرْفَعُ الأَمْرُ إلى القَاضِي، سجل على بيعه ولم يكلفه إثبات الحاجة أو الغبطة<sup>(١)</sup>، فإذا بلغ الصبي وادعى على الأب والجَدَّ بيع ماله من غير مصلحة، فالقول قولهما مع اليمين وعليه البيعة، وإن ادعاه على الوصي أو الأمين، فالقول قوله في العقار، وعليهما البيعة، وفي غير العقار وجهان:

أظهرهما: أنها كالعقار، والفرق عسر الإسهاد في كل قليل وكثير يبيعه، ومنهم من أطلق وجهين من غير فرق بين وَلِيٍّ وَوَلِيٍّ، وبين العقار وغيره، ودعواه على المشتري من الولي هي على الولي، وليس للوصي والأمين بيع ماله من نفسه ومال نفسه منه، روى أنه ﷺ قال: «لَا يَشْتَرِي الوَصِيُّ مِنْ مَالِ الْيَتِيمِ»<sup>(٢)</sup> وللأب والجَدَّ ذلك، وبيع مال أحد الصغيرين من الآخر، وهل يشترط أن يقول: بعته واشترت كما لو باع من غيره؟ أم يكتفي بأحدهما، فيقوم مقامهما، كما أقيم الشخص الواحد مقام اثنين؟ فيه وجهان تعرضنا لهما في أول البيع، وإذا اشترى الولي للطفل فليشتر من ثقة، وحيث أمر بالارتهان لم يحم الكفيل مقامه.

ومنها: لا يستوفى القصاص المستحق له، لأنه ربما يرغب في العفو ولا يعفو، لأنه ربما يختار الاستيفاء تشفياً، ولا يعتق عبده لا بعوض، ولا مجاناً، ولا يكتبهم، ولا يهب أمواله، لا بشرط الثواب ولا دونه، إذ لا يقصد بالهبة العوض، ولا يطلق زوجته لا مجاناً ولا بعوض، ولو باع شريكه شقصاً مشفوعاً، فيأخذ ويترك بحسب المصلحة، فإن ترك بحكم المصلحة ثم بلغ الصبي وأراد أخذه فوجهان:

أصحهما: أنه لا يمكن كما لو أخذ بحكم المصلحة ثم بلغ الصبي وأراد رده.

(١) قال النووي: وفي احتياج الحاكم إلى ثبوت عدالة الأب والجَدَّ ليسجل لهما، وجهان حكاهما في «البيان» والله أعلم. ينظر الروضة ٤٢٣/٣.

(٢) قال الحافظ ابن حجر في التلخيص (٤٣/٣) لم أجده.

والثاني: يمكن، لأنه لو كان بالغاً لكان له الأخذ، وافق المصلحة أو خالف، والأخذ المخالف للمصلحة لم يدخل تحت ولاية الولي، فلا يفوت عليه في تصرف الولي.

ومنها: ليس للولي أخذ أجره ولا نفقة من مال الصبي إن كان غنياً، وإن كان فقيراً فإن قطع بسببه عن اكتسابه فله أخذ قدر نفقته، قال الله - تعالى -: ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَفِفْ﴾<sup>(١)</sup> الآية، وفي تعليق الشيخ أبي حامد - رحمه الله - أنه يأخذ أقل الأمرين، من قدر الثقة وأجره المثل<sup>(٢)</sup>، والقول في أنه: هل يستبد بالأخذ؟ يأتي في كتاب النكاح - إن شاء الله تعالى -.

وهل عليه الضمان ما أخذ كالمضطر إذا أكل طعام الغير أم لا؟ كالإمام إذا أخذ الرزق من بيت المال؟ فيه قولان<sup>(٣)</sup>.

وللولي أن يخلط ماله بمال الصبي ويأكله، قال الله - تعالى -: ﴿وَإِنْ تَخَالَطُوهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ﴾<sup>(٤)</sup> وقاس ابن سريج عليه ما إذا خلط المسافرون أزوادهم وتناهدوا، وقال: لعل هذا أولى بالجواز، وإن تفاوتوا في الأكل، لأن كلاً منهم من أهل المسامحة<sup>(٥)</sup>.  
هذه صور الكتاب وشرحها.

ومنها: يجب عليه أن ينفق عليه ويكسوه بالمُعروف، ويخرج من ماله الزكاة وأرش الجنایات، وإن لم تطلب، ونفقة القريب بعد الطلب<sup>(٦)</sup>.

ومنها: إن دعت ضرورة حريق أو نهب إلى المسافرة بماله سافر وإلا، فإن كان الطريق مخوفاً لم يسافر به، وإن كان آمناً فوجهان:

(١) سورة النساء (٦).

(٢) قال النووي: هذا المنقول عن التعليق، هو المعروف في أكثر كتب العراقيين، ونقله صاحب «البيان» عن أصحابنا مطلقاً، وحكاه هو وغيره عن نص الشافعي رضي الله عنه، وحكى الماوردي والشاشي وجهاً، أنه يجوز أيضاً للغني أن يأكل بقدر أجرته. والصحيح المعروف، القطع بأنه لا يجوز للغني مطلقاً. ينظر الروضة ٤٢٥/٣.

(٣) قال النووي: أظهرهما: لا ضمان لظاهر القرآن ولأنه بدل عمله. ينظر الروضة ٤٢٥/٣.

(٤) سورة البقرة (٢٢٠).

(٥) قال النووي: لا خلاف في جواز خلط المسافرين على الوجه المذكور، بل هو مستحب، ونقل صاحب «البيان» من أصحابنا، أنه مستحب، ذكره في باب الشركة، ودلائله من الأحاديث الصحيحة كثيرة. الروضة ٤٢٥/٣.

(٦) كذا أطلقه الرافعي لكن القريب المجنون أو الصغير لا يمكن القول بتوقف وجوب نفقتهما على طلب وليهما لأنه يؤدي إلى هلاكهما، وإذا جن من عليه الدين جاز لغريمه أن يأخذ من ماله سواء أمكن مراجعة الولي أم لا خلافاً للإمام. كذا نقله الرافعي في كتاب الكتابة في أول الحكم الأول.

الذي أورده الأصحاب - رحمهم الله - من العراقيين المَنع، كالمسافرة بالوديعة.

والثاني: - وهو الأصح - الجواز، لأن المَصْلَحَةَ تقتضي ذلك، والولي مأمور بالتَّظَرُّ بِخِلافِ المودع، وإذا كان له أن يُسافر كان له أن يبعثه على يد أمين<sup>(١)</sup>.

ومنها: ليس لِغَيْرِ القَاضِي إقراض مال الصبي إلا عند ضرورة نهب أو حريق وإذا أراد سفرًا، ويجوز لِلقَاضِي الإقراض وإن لم يقرض شيء من ذلك لكثرة أشغاله، وسوى أبو عبد الله الحنَّاطي - رحمه الله - بينَ القَاضِي وغيره، ولا يجوز إيداعه مع إمكان الإقراض في أصح الوجهين، فإن عجز عنه فله الإيداع، ويشترط فيمن يُودع عنده الأمانة، وفيمن يقرضه الأمانة واليسار جميعاً، فإذا أقرض فإن رأى أن يأخذ به رَهْناً أخذه، وإلا تركه<sup>(٢)</sup>، والله أعلم.

(١) قال النووي: لو سافر به في البحر، لم يجز إن كان مخوفاً، وكذا إن كانت سلامته غالبية على المذهب، وبه قطع القاضي حسين، ونقله الإمام عن معظم الأصحاب. وقيل: يجوز إن أوجبت ركوبه للحج. الروضة ٤٢٩/٣.

(٢) قال النووي: يستحب للحاكم إذا حجر على السفية، أن يشهد على حجره، وإن رأى أن ينادي عليه في البلد، نادى مناديه ليتجنب الناس معاملته. وحكى في «الحاوي» و«المستظهر» عن أبي علي بن أبي هريرة وجهاً، أنه يجب الإشهاد، وهو شاذ. وإذا كان للصبي أو السفية كسب، أجبره الولي على الاكتساب ليرتفق به في النفقة وغيرها، حكاه في «البيان». ولو وجب للسفيه قصاص، فله أن يقتص ويعفو. فإن عفا على مال صح، ووجب دفع المال إلى وليه. وإن عفا مطلقاً، أو على غير مال، فإن قلنا: القتل يوجب أحد الأمرين، القصاص أو الدية، وجبت الدية، لأن عفوه عنها لا يصح، وإن قلنا يوجب القصاص فقط، سقط القصاص، ولا مال. وإذا مرض المحجور عليه لسفه مرضاً مخوفاً لم يتغير حكمه، وتصرفاته فيه كتصرفه في صحته. وحكى في «الحاوي» وجهاً، أنه يغلب عليه حجر الممرض، فيصح عتقه من ثلثه، وهذا شاذ ضعيف. الروضة ٤٢٦/٣.

(٣) الصلح لغة: اسم مصدر، ل: صالحه مصالحةً، وصلاحاً بكسر الصاد، قال الجوهري: والاسم:

## كِتَابُ الصُّلْحِ

قال الغزالي: وفيه ثلاثة فصول:

الْفَصْلُ الْأَوَّلُ فِي أَرْكَانِهِ وَهُوَ مَعَاوِضَةٌ لَهُ حُكْمُ الْبَيْعِ إِنْ جَرَى عَلَى غَيْرِ الْمُدْعَى، فَالْصُّلْحُ لَا يَخَالَفُ الْبَيْعَ إِلَّا فِي ثَلَاثِ مَسَائِلَ: الْأُولَى - قَالَ صَاحِبُ «التَّلْخِيصِ» يَجُوزُ الصُّلْحُ عَلَى أَرْوَشِ الْحِنَايَاتِ وَلَا يَصِحُّ بِلَفْظِ الْبَيْعِ، وَأَنْكَرَ الشُّنَيْخُ أَبُو عَلِيٍّ وَعَبْرُهُ وَقَالَ: إِنْ كَانَ مَعْلُومَ الْقَدْرِ وَالصَّفَةِ جَازًا بِاللَّفْظَيْنِ وَإِلَّا أَمْتَنَعَ (ح) بِاللَّفْظَيْنِ، وَإِنْ عَلِمَ الْقَدْرَ دُونَ الْوَضْفِ كِبَائِلِ الدَّيَّةِ فِيهِ كِلَا اللَّفْظَيْنِ خِلَافًا. الثَّانِيَةُ - أَنْ يَصَالِحَ عَنْ بَعْضِ الْمُدْعَى فَهُوَ جَائِزٌ فَيَكُونُ بِمَعْنَى هَيْبَةِ الْبَعْضِ وَلَفْظُ الْبَيْعِ لَا يَثُوبُ مَنَابَهُ فِي هَذَا الْمَقَامِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ بِلَفْظِ الصُّلْحِ أَيْضًا لَا يَصِحُّ. الثَّالِثَةُ - إِذَا قَالَ أَيْتَدَاءُ لغيرِهِ مِنْ غَيْرِ سَبَقِ خُصُومَةٍ: صَالِحِي مِنْ دَارِكَ هَذِهِ عَلَى أَلْفٍ فَبِهِ خِلَافًا إِذْ لَفْظُ الْبَيْعِ وَقَعَ فِيهِ، وَلَا يُطْلَقُ لَفْظُ الصُّلْحِ إِلَّا فِي الْخُصُومَةِ.

قال الرَّافِعِيُّ: فسر الأئمة - رحمهم الله - الصُّلْحَ<sup>(١)</sup> فِي الشَّرِيعَةِ بِالْعَقْدِ الَّذِي يَنْقَطِعُ بِهِ خُصُومَةُ الْمُتَخَاصِمِينَ، وَلَيْسَ ذَلِكَ عَلَى سَبِيلِ التَّحْدِيدِ<sup>(٢)</sup>، وَلَكِنَّهُمْ أَرَادُوا ضَرْبًا مِنْ

(١) الصلح لغة: اسم مصدر، ل: صالحه مصالحة، وصلاًحاً بكسر الصاد، قال الجوهري: والاسم: الصُّلْحُ، يذكر ويؤنث، وقد اصطلاحاً وصالِحاً وأصالحها مشدد الصاد، وصلح الشيء بضم اللام وفتحها. انظر: لسان العرب: ٢٤٧٩/٤. واصطلاحاً: عرفه الحنفية بأنه: عقد وضع لرفع المناصبة. عرفه الشافعية بأنه: عقد يحصل به قطع النزاع. عرفه المالكية بأنه: انتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه. عرفه الحنابلة بأنه: معاهدة يتوصل بها إلى موافقة بين مختلفين. انظر: شرح فتح القدير: ٢٣/٨، حاشية ابن عابدين: ٤/٤٧٢، أسنى المطالب: ٢/٢١٤، مغني المحتاج: ١٧٧/٢، شرح منح الجليل: ٣/٢٠٠، مواهب الجليل: ٨١/٥، الشرح الصغير: ٤/٥٣٠، كشف القناع: ٣/٢٩، المغني: ٤/٥٢٧.

(٢) وانعقد الإجماع عليه وهل هو أصل نفسه أو فرع لغيره، قال أبو الطيب بن سلمة: هو أصل جاء الشرع به، وقال الأكثرون هو فرع لغيره. قال ابن الصياغ: هو فرع لخمس: للبيع والإجارة والهبة والإبراء والعارية، وللأصحاب اختيار آخر وهل هو مندوب إليه أو رخصة، قال أبو الطيب بن =

التعريف مشيرين إلى أن هذه اللفظة تستعمل عند سبق المُخَاصِمة غالباً، والمخاصمات والمزاحمات المحوجة إلى المُصَالِحَة تارة تقع في الأملأك، وتارة في المشتركات كالشوارع وغيرها، والتعامل تارة يقع بالصلح، وتارة بظهور جانب أحد المتنازعين باختصاصه بما يشعر بالاستحقاق، فلاشتباك هذه الأمور بعضها ببعض، نسلك في الباب في كلام الشافعي - رضي الله عنه - للأصحاب - رحمهم الله - مع أحكام الصلح المعقود لها الفصل الأول: بيان المشتركات التي يقع فيها التزاحم صور يترجح فيها جانب أحد المتنازعين، أو يظن رُجْحَانَهُ، وقد عقد صاحب الكتاب لهما الفصل الثاني، والثالث.

والأصل في الصلح: ما روى عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «الْصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ، إِلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا» ووقفه على عمر - رضي الله عنه - أشهر<sup>(١)</sup>، وعن كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني، عن أبيه عن جده، أن النبي ﷺ قال: «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا أَحَلَّ حَرَامًا أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا، وَالصُّلْحُ جَائِزٌ»<sup>(٢)</sup>.

إذا عرفت ذلك، فالصلح إما أن يجري بَيْنَ المتداعيين، أو بين المُدْعَى وأجنبي، والقسم الأول على وجهين.

أحدهما: صُلْحُ الْمُعَاوَضَةِ، وهو الذي يجري على غير العين المُدْعَاة، كما إذا ادعى داراً فأقر بها المُدْعَى عَلَيْهِ، وصالحه بِهَا على عُبْدٍ أو ثوب، وهذا الضرب حكمه حكم البيع، وإن عقد بلفظ الصلح، وتتعلق به جميع أحكام البيع كالرد بالعيب، والشفعة، والمنع من التصرّف قبل القبض، واشتراط القبض إن كان المصالح عنه والمصالح عليه متوافقين في علة الرّبا، واشتراط التساوي في مِغْيَارِ الشَّرْعِ إن كانا من جنس واحد من أموال الرّبا، وجريان التّخالف عند الاختلاف ويفسد بالغرر والجهل، والشروط الفاسدة فساد البيع، وكذا إذا صالح منها على منفعة غير معلومة جاز، وكان هذا الصلح إجارة، كأنه استأجر الدار أو العبد بالعين المُدْعَاة، فيثبت فيه أحكام الإجازات.

= سلمة: هو مندوب إليه لأنه أصل بنفسه، وقال ابن أبي هريرة أنه رخصة وهو مقتضى قول أبي إسحاق المروزي لأنه فرع لأصول يعتبر فيها صحته وفساده وقد دل القرآن على الأول بقوله تعالى: ﴿لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِنْ نَجْوَاهُمْ إِلَّا مِنْ أَمْرٍ بِصِدْقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ﴾.

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٩٤) والدارقطني (٢٧/٢) وابن حبان ذكره الهيثمي في الموارد (١١٩٩) وأحمد في المسند (٣٦٦/٢) وابن الجارود (٦٣٨) والبيهقي (٦٣/٦، ٧٩) وقوله: ووقف هذا على الحديث على عمر أشهر. البيهقي في المعرفة من طريق أبي العوام البصري.

(٢) أخرجه الترمذي (١٣٥٢) وابن ماجه (٢٣٥٣) وقال حسن صحيح وفيه نظر فكثير أجمعوا على ضعفه.





بكذا فباع يَصِح، ولو قال - والحالة هذه - : صالحني عن دَارِكِ هَذِهِ بِأَلْفٍ، فعن الشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ فِيهِ ذِكْرٌ وَجْهِينَ .

أحدهما: الصحة، لأن مثل هذا الصُّلْحِ معاوضة، فسواء عقد بهذه اللَّفْظَةِ، أو بِهِذِهِ اللَّفْظَةِ .

وأظهرهما: المنع، لأن مثل هذا الصُّلْحِ معاوضة لا يطلق ولا يستعمل، إلا إذا سبقت خُصُومَةٌ، فعلى هذا يخالف الصُّلْحُ البَيْعَ، وكان هذا الخلاف مفروض فيما إذا استعملنا لفظ الصلح ولم ينوي أو أحدهما شيئاً، فأما إذا استعملنا ونوي البيع فإنه يكون كِتَابِيَةً بِلَا شَكِّ، ويكون على الخلاف المَشْهُورِ فِي انْعِقَادِ البَيْعِ بِالْكِتَابِيَّاتِ، والقياس عود مَسَائِلِ الاستثناء في الصُّلْحِ الذي ذكرنا أنه إجارة بلا فَرْقٍ .  
وأعود الآن إلى البَحْثِ عن لفظ الكتاب، ونظمه .

قوله: (الفصل الأول في أركانه) أركان الصلح على المعهود من كلام صاحب الكتاب: المتصالحان والمصالح عليه، والمصالح عنه، وليس في الفِضْلِ تعرض لها أو لشروطها، وإنما الذي يتضمنه بيان الصُّحُوحِ من الصُّلْحِ والفاسد، وأن الصحيح منه من أي قبيل هو؟ فإذا الفصل ببيان الأحكام أشبه منه بالأركان، وقوله: (والصلح لا يخالف البيع إلا في ثلاث مسائل).

إما أن يحمل على كل صُلْحٍ أو على الصُّلْحِ المَذْكُورِ قَبْلَ هَذَا الكَلَامِ، وهو الصُّلْحُ الجَارِي على غير المدَّعِي، وظاهر أن الأول غَيْرُ مرادٍ لأنواع الصلح التي ليست بنوع ولو أراد ذلك لما احتاج إلى تقييد ما قبله بقوله: (إن جرى على غير المدعي)، والثاني فيه توقف أيضاً لأن إحدى المسائل الثلاث ما إذا صالح على بعض المدعي، والصلح على بَعْضِ المدعي لا يندرج في الصُّلْحِ على غير المدعي حتى يستثنى منه إلا أن يراد بالغير كل ما يصدق أن يقال إنه ليس هو دون الخارج عن الذَّاتِ، لكنه بعيد عن الفَهْمِ في مثل هذه المواضع، وربما يوجد في بَعْضِ النُّسخِ إن جرى على عَيْنِ المدعي بدل غير المدعي، وهو فاسد، لأن الصُّلْحَ على كل المدعي لا معنى له، وعلى بعضه لا يكون بيعاً ألبتة ولو كان مكانها إن جرى على العين المدعاة ليكون قسيماً، لقوله: من بعد (وإن صالح عن الدين) ويتضح استثناء المسألة المذكورة لكان أحسن لكن الصُّلْحِ في مسألة الصُّلْحِ عن الأَزْشِ صلح عن الدَّيْنِ، فلا يَدْخُلُ حينئذ حتى يستثنى مخالفة الصُّلْحِ البَيْعِ؛ لأنه لا ينحصر في الصور الثلاث، بل من صورها الصُّلْحُ عن القِصَاصِ فإنه صَحِيحٌ، ولا مجال للفظ البيع فيه .

ومنها: قال صاحب «التلخيص»: لو صالحنا أهل الحرب من أموالهم على شيء ناخذه منهم جَازَ، ولا يقوم مقامه البَيْعِ، واعترض عليه القُفَّالُ، بأن تلك المصالحة

ليست مصالحة عن أموالهم على شيء نأخذُه، وإنما نُصَالِحُهُمْ ونأخذ منهم للكف عن دِمَائِهِمْ وأموالهم، وهذا قويم لكنه لا يخدش مخالفة اللَّفْظَيْنِ؛ لأن لفظ البَيْع لا يجري في أمثال تلك المصالحات وقوله: (فأنكر الشيخ أبو علي) هذا قد ذكره الشَّيْخُ على أحسن وجه، كما هو دأبه، لكنه ليس مبتدئاً بهذا الكلام حتى ينسب إليه، بل الأئمة - رحمهم الله - ذَكَرُوهُ قَبْلَهُ، منهم الشَّيْخُ القُّمَالُ.

قوله: (وإلا امتنع باللفظين) يجوز إعلامه بالحاء، لأن عند أبي حنيفة يَجُوز الصلح عن المجهول أرسأً كَانَ أو غيره، وبه قال أحمد - رحمه الله - .

لنا: القياس على المصالح عليه، فإنه لا بد وأن يكون معلوماً بالاتفاق.

وقوله: (وقيل إنه بلفظ الصلح أيضاً لا يصح) أي: لا بد من لفظ الهبة؛ لأنه غير صحيح أصلاً.

قال الغزالي: وَأَمَّا الصُّلْحُ عَنِ الدِّينِ فَهُوَ كَبَيْعِ الدِّينِ، فَإِنْ صَالَحَ عَلَى بَعْضِهِ فَهُوَ إِبْرَاءٌ (و) عَنِ البَغْضِ، وَلَوْ صَالَحَ مِنْ حَالٍ عَلَى مُؤَجَّلٍ أَوْ مُؤَجَّلٍ عَلَى حَالٍ أَوْ صَحِيحٍ عَلَى مُكَسَّرٍ أَوْ مُكَسَّرٍ عَلَى صَحِيحٍ فَهُوَ فَاسِدٌ لِأَنَّهُ وَعَدَ مِنَ المُسْتَحَقِّ أَوْ المُسْتَحَقِّ عَلَيْهِ لَا يَلْزَمُ الوَفَاءَ بِهِ، وَلَوْ صَالَحَ مِنْ أَلْفٍ مُؤَجَّلٍ عَلَى خَمْسِمِائَةٍ حَالٌ فَهُوَ فَاسِدٌ؛ لِأَنَّهُ نَزَلَ عَنِ القَدْرِ لِلْحُصُولِ عَلَى زِيَادَةِ صِفَةٍ، وَلَوْ صَالَحَ عَنِ أَلْفٍ حَالٌ عَلَى خَمْسِمِائَةٍ مُؤَجَّلٍ فَهُوَ إِبْرَاءٌ عَنِ خَمْسِمِائَةٍ وَعَدَ فِي البَاقِي لَا يَلْزَمُ.

قال الرَّافِعِيُّ: النوع الثاني: عن الدين، وله ضربان.

أحدهما: صُلْحُ المعَاوِضَةِ: وهو الجَارِي على عَيْنِ الدِّينِ المُدْعَى<sup>(١)</sup>، فينظر إن صَالَحَ على بعض أموال الرِّبَا على ما يوافق في العِلَّةِ، فلا بد من قَبْضِ العَوَاضِ فِي المَنْجَلِيسِ، ولا يشترط تعيينه في نَفْسِ الصُّلْحِ على أَصْحَ الوجْهَيْنِ، وإن كَانَ دِيناً صَحَّ الصُّلْحُ فِي أَصْحَ الوجْهَيْنِ لكن يشترط التعيين في المَنْجَلِيسِ، ولا يشترط القبض بعد التعيين في أَصْحَ الوجْهَيْنِ، وكل هذا ذكرناه مُوجَّهاً فِي البَيْعِ لِلدِّينِ مِنَّنِ عَلَيْهِ الدِّينِ.

وقوله في الكتاب: (فهو كبيع الدين) إشارة إلى هذه الجملة.

والضرب الثاني: صُلْحُ الحَطِيطَةِ: وهو الجَارِي على بعض الدِّينِ المُدْعَى، فهو

(١) أطلق الشيخ الدين ولا بد من تقييده بما يجوز الاعتياض عنه كالقرض وثمان المبيع ونحو ذلك بخلاف دين السلم وإبل الدية على الأصح.

إِبْرَاءَ عَنِ بَعْضِ الدِّينِ<sup>(١)</sup>، فَإِنْ اسْتَعْمَلَ لَفْظَ الْإِبْرَاءِ أَوْ مَا فِي مَعْنَاهُ، كَمَا إِذَا قَالَ: أْبْرَأْتُكَ عَنْ خَمْسَمِائَةِ مِنَ الْأَلْفِ الَّذِي عَلَيْكَ وَصَالِحَتِكَ عَنِ الْبَاقِي، بَرِئْتُ ذِمَّتَهُ عَمَا أَبْرَأَهُ مِنْهُ وَلَمْ يَشْتَرِطِ الْقَبُولَ، وَفِيهِ وَجْهٌ بَعِيدٌ يَشْرَطُ فِي كُلِّ إِبْرَاءٍ، وَلَا يَشْتَرِطُ قَبْضُ الْبَاقِي فِي الْمَجْلِسِ، وَإِنْ اقْتَصَرَ عَلَى لَفْظِ الصُّلْحِ، فَقَالَ: صَالِحَتِكَ عَنِ الْأَلْفِ الَّذِي لِي عَلَيْكَ عَلَى خَمْسَمِائَةِ فَوْجِهَانِ، كَنْظِيرَهُمَا فِي صُلْحِ الْحَطِيطَةِ فِي الْعَيْنِ. وَالْأَصْحَحُ: الصَّحَّةُ، ثُمَّ هَلْ يَشْتَرِطُ الْقَبُولُ؟ فِيهِ وَجْهَانُ كَالْوَجْهَيْنِ فِيمَا إِذَا قَالَ لِمَنْ عَلَيْهِ الدِّينُ: وَهَيْئَتُهُ مِنْكَ، وَالْأَطْهَرُ الْإِشْتِرَاطُ، لِأَنَّ اللَّفْظَ بَوَاضِعِهِ يَحْتَضِرُهُ، وَلَوْ صَالِحٌ مِنْهُ عَلَى خَمْسَمِائَةِ مَعِينَةٍ فَالْوَجْهَانُ جَارِيَانِ، وَرَأَى الْإِمَامُ وَجْهَ الْفُسَادِ هَاهُنَا أَظْهَرَ، لِأَنَّ تَعْيِينَ الْخَمْسَمِائَةِ يَقْتَضِي كَوْنَهَا عَوَضًا، وَكُونَ الْعَقْدِ مَعَاوِضَةً فَيَصِيرُ بَاتِعًا لِلْأَلْفِ بِخَمْسَمِائَةِ، وَلِصَاحِبِ الْوَجْهِ الْأَوَّلِ أَنْ يَمْنَعَهُ، وَيَقُولُ: الصُّلْحُ مِنْهُ عَلَى الْبَعْضِ الْمُعَيَّنِ إِبْرَاءً وَاسْتِيفَاءً لِلْبَاقِي، وَلَا يَصِحُّ هَذَا الضَّرْبُ بِلَفْظِ الْبَيْعِ، كَمَا فِي تَنْظِيرِهِ مِنَ الصُّلْحِ عَنِ الْعَيْنِ وَلَوْ صَالِحٌ مِنَ الْأَلْفِ حَالٌ عَلَى الْأَلْفِ مُؤَجَّلٌ، أَوْ مِنَ الْأَلْفِ مُؤَجَّلٌ عَلَى الْأَلْفِ حَالٌ، فَهُوَ لَأَخٌ، لِأَنَّهُ فِي الصُّورَةِ الْأُولَى وَعَدُّ مِنْ رَبِّ الْمَالِ بِالْحَاقِ الْأَجَلِ، وَفِي الثَّانِيَةِ مِنَ الْمَدْيُونِ بِإِسْقَاطِ الْأَجَلِ، وَالْأَجَلُ لَا يَلْحَقُ، وَلَا يَسْقَطُ، نَعَمْ لَوْ عَجَلَ مِنْ عَلَيْهِ الْمُؤَجَّلُ، وَقَبْلَهُ الْمُسْتَحَقُّ سَقَطَ الْأَجَلُ بِمَا جَرَى مِنَ الْإِيْفَاءِ، وَالْإِسْتِيفَاءِ، وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي الصَّحِيحِ، وَالْمَكْسُورِ.

وَلَوْ صَالِحٌ مِنَ الْأَلْفِ مُؤَجَّلٌ عَلَى خَمْسَمِائَةِ حَالَةً، فَهَذَا الصُّلْحُ فَاسِدٌ، لِأَنَّهُ نَزَلَ عَنْ بَعْضِ الْمَقْدَارِ لِتَحْصِيلِ الْحُلُولِ فِي الْبَاقِي، وَالصِّفَةُ بِانْفِرَادِهَا لَا تَقَابِلُ بِالْعَوَاضِ، ثُمَّ صِفَةُ الْحُلُولِ لَا تَلْتَحِقُ بِالْمَالِ الْمُؤَجَّلِ، وَإِذَا لَمْ يَحْصُلْ مَا نَزَلَ عَنِ الْقَدْرِ لِتَحْصِيلِهِ لَمْ يَصِحَّ النُّزُولُ، وَلَوْ صَالِحٌ عَنِ الْأَلْفِ حَالٌ عَلَى خَمْسَمِائَةِ مُؤَجَّلَةٍ، فَهَذَا لَيْسَ فِيهِ شَائِبَةٌ الْمَعَاوِضَةِ، وَلَكِنَّهُ مُسَامَحَةٌ مِنْ وَجْهَيْنِ.

أحدهما: حَطَّ بَعْضُ الْقَدْرِ.

والثاني: إلحاق الأجل بالباقي، والأول سائغ، فيبرأ عن خمسمائة، والثاني وعدُّ لا يلزم، فله أن يطالبه بالباقي في الحال.

فروع:

أحدها: قال أحد الوارثين لصاحبه: تركت نصيبي من التركة إليك، فقال: قبلت لَمْ يَصِحَّ، وَيَبْقَى حَقُّهُ كَمَا كَانَ؛ لِأَنَّهَا إِنْ كَانَتْ أَعْيَانًا فَلَا بُدَّ فِيهَا مِنْ تَمْلِيكِ وَقَبُولِ، وَإِنْ كَانَتْ فِيهَا دَيْنٌ عَلَيْهِ فَلَا بُدَّ مِنْ إِبْرَاءِ، وَلَوْ قَالَ: صَالِحَتِكَ مِنْ نَصِيْبِي عَلَى هَذَا الثُّوبِ،

(١) قال في الخادم: يستثنى منه ما لو كان الدين عشرة مثلاً وأدى الضامن وأبراه المستحق عن الباقي فلا يبرأ الأصيل وهذا واضح لا أشكال فيه.

فإن كانت التركة أعياناً فهو صلح عن العَيْنِ، وإن كانت ديوناً عليه فُصلح عن الدَّيْنِ، وإن كانت على سائر الناس، فهو بيع الدَّيْنِ من غير مَنْ عليه [وقد سبق حكمه، وإن كان فيها عين ودين على الغير ولم يجوز بيع الدين لغير من عليه] فالصلح باطل في الدين، وفي العَيْنِ قولاً تفريق الصَّفقة.

الثاني: له في يد غيره ألف درهم وخمسون ديناراً فصالحه منه على ألفي درهم، لا يجوز، وكذا لو مات عن اثنين والتركة ألفاً درهم ومائة دينار، وهي في يد أحدهما فصالحه الآخر عن نصيبه على ألفي درهم لا يجوز، والفرق أنه إذا كان الحق في الذمة فلا ضرورة إلى تقدير المعاوضة فيه، فيجعل مستوفياً لأحد الألفين معتماً بالآخر عن الدنانير، وإذا كان عيناً كان الصلح عنه اعتياضاً وكأنه باع ألف درهم وخمسين ديناراً بألفي درهم، وهو من صور مد عَجوة، ونقل الإمام عن القاضي حسين في صورة الدَّيْنِ أيضاً المنع، تنزيلاً له على المعاوضة.

الثالث: صالحه عن الدَّارِ المُدعاة على أن يسكنها سنة، فهو إعارة الدَّارِ منه، يرجع عنها متى شاء، وليس بمعاوضة؛ لأن الرقبة والمنافع ملكه، ومحال أن يعتاض بملكه عن ملكه، وإذا رجع عن الإعارة لم يستحق أجره المدة التي مضت، كما هو قضية العارية، ونقل القاضي ابن كج وجهاً: أنه يستحق؛ لأنه جعل سكنى الدَّارِ في مقابلة رفع اليد عنها، وأنه عوض فاسد، فيرجع إلى أجره المثل، ولو صالحه عنها على أن يسكنها سنة بمنفعة عبده سنة، فهو كما لو أجر داره بمنفعة عبده سنة.

الرابع: صالحه عن الزرع الأخضر بشرط القطع جاز، دون هذا الشرط لا يجوز، ولو كانت المصالحة عن الزرع مع الأرض فلا حاجة إلى شرط القطع في أصح الوجهين، ولو كان التنازع في نصف الأرض ثم أقر المدعى عليه وتصالحا عنه على شيء لم يجز، وإن شرطاً القطع كما لو باع نصف الزرع مشاعاً لا يجوز شرط القطع أو لم يشترط.

قال الغزالي: هذا كله في الصلح على الإقرار، فأما الصلح على الإنكار فلا يصح (ح) كما إذا قال: صالحني على دعواك الكاذبة أو عن دعواك أو صالحني مطلقاً، فإن قال: يعني الدَّارِ التي تدعيها فهو إقرار فيصح، وإن قال: صالحني عن الدَّارِ فالظاهر أنه ليس بإقرار، والصلح باطل، وفي صلح الحطيطة على الإنكار في العين وجهان؛ لأنه في حكم الهبة للبعض بزعم اليد، وكذا الخلاف في صلح الحطيطة في الدَّيْنِ.

قال الرافعي: الوجه الثاني: من وجهي الصلح الجاري بين المتداعيين هو الصلح الجاري على الإنكار، فينظر إن جرى على غير المدعي فهو باطل، خلافاً لأبي حنيفة ومالك وأحمد.

لنا: القياس على ما إذا أنكر الخُلْع والكتابة ثم تَصَالَحَا عَلَى شَيْءٍ، وصورة الصُّلْح على الإنكَارِ أن يدعي عليه داراً مثلاً فينكر، ثم يتصالحا على ثوبٍ أو ذين، ولا يكون طلب الصُّلْح منه إقراراً، لأنه رُبَّمَا يُرِيدُ قَطْعَ الخُصُومَةِ، هذا إذا قال: صَالِحِي مَطْلَقاً، وكذا لو قال: صَالِحِي عن دَعْوَاكَ الكَادِبَةِ، أو قال: صالحني عن دَعْوَاكَ، بل الصُّلْحُ عن الدَّعْوَى لا يصح مع الإقرار أيضاً، لأن مجرد الدَّعْوَى لا يعتاض عنها، ولو قال بعد الإنكار: صَالِحِي عَنِ الدَّارِ التي ادعيتها فوجهان:

أحدهما: أنه إقرار؛ لأنه طَلَبَ مِنْهُ التَّمْلِيكَ، وذلك يتضمن الاعتراض بالملك، فصار كما لو قال: ملكني.

وأصحهما: أنه ليس بإقرار؛ لأن الصُّلْحَ في الوضع هو الرجوع إلى الموافقة وقطع الخُصُومة، فيجوز أن يكون المراد قطع الخصومة في المدعي لا غير، فعلى هذا يكون الصُّلْحُ بعد هذا الالتماس صلحاً على الإنكار، ولو قال: بعنيها، أو هبها مني، فالمشهور أنه إقرار، لأنه صريح في التماس التَّمْلِيكَ، وعن الشَّيْخِ أَبِي حَامِدٍ: أنه كقوله: صالحني<sup>(١)</sup>، وفي معناه ما إذا كان التنازع في جارية، فقال: زوجنيها، ولو قال: أجرني أو أعزني، فأولى أن لا يكون إقراراً ولو كان النزاع في دين فقال: أبرئني فهو إقرار ولو أبرأ المدعي المدعى عليه. وهو مُنْكَرٌ، وقلنا: لا يفتقر الإبراء إلى القَبُولِ، صَحَّ الإبراءُ بِخِلَافِ الصُّلْحِ؛ لأنه مستقل بالإبراء، فلا حاجة فيه إلى تَصْدِيقِ الغَيْرِ، ولهذا لو أبرأه بعد التَّخْلِيْفِ صَحَّ، ولو تصالحا بعد التحليف لَمْ يَصَحَّ.

وإن جرى الصلح على الإنكار على بعض العين المدعاة، وهو صلح الحَظِيطة في العَيْنِ فوجهان:

أحدهما: وبه قال القَفَّالُ: أنه صحيح؛ لأن المتصالحين متوافقان، على أن النِّصْفَ مستحق للمدعي، أما المدعي فإنه يزعم استحقاق الكُلِّ، وأما المدعى عليه فإنه يسلم النصف له بحكم هبته منه وتسليمه إليه، فإذاً الخلاف بينهما في جهة الاستحقاق. والثاني - وبه قال الأكثرون - : أنه باطلٌ كما لو كان على غَيْرِ المدعي.

قالوا: ومهما اختلف القابض والدافع في الجهة، فالقول قول الدافع، ألا ترى أنه لو دفع إليه ذَرَاهِمَ، وقال: دفعتها عن الذَّيْنِ الذي به الرهن وأنكر القابض، أو دفع إلى زوجته دراهم، وقال: دفعتها عن الصَّدَاقِ، وقالت: بل هي هدية، فالقول قول الدافع، وإذا كان كذلك فالدافع يقول: إنما بذلت النِّصْفَ لِذَفْعِ الأَدَى حتى لا يرفعني إلى

(١) قال في الخادم نقلاً عن والد الروياني أنه على الوجهين لا يكون إقراراً بالملك له لأنه قد يستدعي البيع ممن لا يملك من الوصي والوكيل.

القاضي، ولا يقيم على بينة زور، وإن كان المدعي ديناً وتصالحا على بعضه على الإنكار نظر إن صالحه عن ألف على خمسمائة مثلاً في الذمة، لم يصح؛ لأن في التصحيح تقدير الهبة، وإيراد الهبة على ما في الذمة ممتنع، وإن أحضر خمسمائة وتصالحا من المدعى عليها، فهو مُرْتَبِّ على صلح الحطيطة في العَيْنِ، إن لم يصح ذَلِكَ فَهَذَا أَوْلَى، وإن صَحَّ ففيه وجهان، والفرق أن ما في الذمة ليس ذلك المحض المعين، وفي الصلح عليه معنى المعاوضة، ولا يمكن تصحيحه معاوضة مع الإنكار، واتفق الناقلون على أن وجه البُطْلَانِ هاهنا أَرْجَحُ.

ولو تَصَالَحَا ثم اختلفا في أنهما تَصَالَحَا على الإنكار أو على الإقرار ذكر القاضي ابْنُ كَيْجٍ: أن القول قول من يدعي الإنكار؛ لأن الأصل أن لا عَقْدٌ، ولك أن تخرجه على الخِلاَفِ الذي سبق في نزاع المتعاقدين في أن العقد الجاري بينهما كان صحيحاً أو فاسداً<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي: وَإِنْ جَاءَ أَجْنَبِيٌّ وَصَالِحٌ مِنْ جِهَةِ الْمُدْعَى عَلَيْهِ وَقَالَ: هُوَ مُقِرُّ صَحِّ نَظْرًا إِلَى تَوَافُقِ الْمُتَعَاقِدِينَ، وَإِنْ قَالَ: هُوَ مُنْكَرٌ وَلَكِنَّهُ مُبْطِلٌ فِي الْإِنْكَارِ فَالنَّظْرُ إِلَى مُبَاشِرِ الْعَقْدِ وَهُوَ مُقِرُّ إِيَّاهُ إِلَى مَنْ لَهُ الْعَقْدُ وَهُوَ مُنْكَرٌ فِيهِ خِلَافٌ، وَلَوْ صَالِحٌ لِنَفْسِهِ وَزَعَمَ أَنَّهُ قَادِرٌ عَلَى الْإِنْتِزَاعِ فَالْأَظْهَرُ (و) الصَّحَّةُ.

قال الرَّافِعِيُّ: القسم الثاني: من قَسَمَ الصُّلْحَ: ما يجري بين المدعي وبين الأجنبي، وذلك إما أن يكون مع إقرار المدعى عَلَيْهِ ظاهراً أو دونه.

الحالة الأولى: أن يكون مع إقراره ظاهراً، فإما أن يكون المدعي عيناً أو ديناً.

إن كان عيناً وقال الأجنبي: إن المدعى عليه وَكَلَّنِي في مصالحتك له على نصف المدعي، أو على هذا العبد من ماله فتصالحا عليه، صَحَّ الصُّلْحُ، وكذا لو قال: وكلني لمصالحتك عنه على عشرة في ذمته ثم إن كان صادقاً في الوكالة، صار المدعي [ملكاً] للمدعى عليه، وإلا فهو شراء الفضولي وقد سبق حكمه وتعريفه.

وإن قال: أمرني بالمصالحة له على هذا العبد من ملكي فصالحه عليه فهو كما لو اشترى لغيره بمال نفسه بإذن ذلك الغير، وقد مرَّ الخلاف في أنه يصح، أو لا يصح، وإن صح فما يعطيه قرض أو هبة.

(١) قال النووي: الصواب ما قاله ابن كيج وقد صرح به أيضاً الشيخ أبو حامد وصاحب «البيان» وغيرهما. والفرق أن الظاهر والغالب جريان البيع على الصحة والغالب وقوع الصلح على الإنكار. ينظر الروضة ٤٣٤/٣.

ولو صالح الأجنبي لنفسه بعين ماله أو بدين في ذمته صَحَّ، كما لو اشتراه، وعن الشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ: أنه على وجهين كما إذا قال ابتداء لغيره من غير سبق دعوى ولا جواب: صالحني من دارك هذه على ألف؛ لأنه لم يجر مع الأجنبي خصومة فيه، قال: وهذه الصورة أولى بالصحة؛ لأن اللفظ يرتب على دَعْوَى وَجَوَابٍ، فيكتفي به في استعمال لفظ الصلح.

وإن كان المدعي ديناً، وقال: وكلني المدعى عليه بمصالحتك على نصفه، أو على هذا الثوب من ماله فصالحه صح.

ولو قال: على هذا الثوب وهو ملكي، فوجهان:

أحدهما: أنه لا يصح، لأنه يبيع ديناً بعين.

والثاني: يصح ويسقط الدين، كما لو ضمن ديناً وأدى عنه عوضاً<sup>(١)</sup>.

ولو صالح لنفسه على عين أو دين في ذمته فهو ابتياع ذين في ذمة الغير، وقد بيَّنا حكمه في موضعه<sup>(٢)</sup>.

والثانية: أن يكون إنكاره ظاهراً، فإذا جاء الأجنبي وقال: أقر المدعى عليَّ عندي، ووكلي في مصالحتك له إلا أنه لا يظهر إقراره خيفة أن تنتزعه منه فصالحه صَحَّ؛ لأن قول الإنسان في دعوى الوكالة مقبول في البَيْعِ، والشَّرَاءِ، وَسَائِرِ الْمُعَامَلَاتِ، وإن قال الأجنبي: هو منكر، ولكنه مبطل في الإنكار، فصالحني له على عِبْدِي هذا لتقطع الخصومة بينكما فصالحه فوجهان، أظهرهما على ما قاله الإمام: أنه غير صحيح، لأنه صلح دافع لمنكر.

والثاني: يصح؛ لأن المتعاقدين متوافقان، والاعتبار في شرائط العقد بمن يباشر العقد، هذا إذا كان المدعي عيناً، فإن كان ديناً فطريقان:

أحدهما: أنه على الوجهين.

وأصحهما: القطع بالصحة، والفرق أنه لا يمكن تمليك الغير عين ماله بغير إذنه، ويمكن قضاء دينه بغير إذنه، وإن قال: هو منكر، وأنا أيضاً لا أعلم صدقك، وصالحه مع ذلك لم يصح، سواء كان المصالح عليه له أو للمدعى عليه، كما لو جرى الصلح مع المدعى وهو منكر ومبطل في إنكاره ولو قال: فصالحني لنفسي بعبدي هذا أو

(١) قال النووي: الأول أصح. ينظر الروضة ٣/٤٣٥.

(٢) قال النووي: لو قال صالحني عن ألف الذي لك على فلان على خمسمائة صح سواء كان بإذنه أم لا لأن قضاء دين غيره بغير إذنه جائز. ينظر الروضة ٣/٤٣٥.

بعشرة في ذمّتي، لآخذه منه فإن كان المدعي ديناً، فهو ابتياع دين في ذمّة الغَيْر، وإن كان عيناً فهو شراء غير الغاصب المَغْضُوب، فينظر في قدرته على الانتزاع وعجزه، وحكم الجانبين مبين في أول البيع، فلو صَلَحَهُ وقال: أنا قَادِرٌ على الانتزاع فَوَجْهَانِ:

أظهرهما: أنه يصح العقد، اكتفاء بقوله:

والثَّانِي: لا؛ لأن الملك في الظاهر للمدعى عَلَيْهِ، وهو عاجزٌ عن انتزاعه، قال الإمام: والوجه أن يفصل فيقال: إن كان الأجنبي كاذباً فالعقد باطلٌ باطناً، وفي مؤاخذته في الظاهر لالتزامه الوجهان، وإن كان صادقاً حكم بصحة العقد باطناً، وقطع بمؤاخذته لكن لا يزال يد المدعى عليه إلا لحجّة، وقوله في الكتاب: (وإن جاء أجنبي، وصالح من جهة المدعى عليه، وقال: هو مقرر صح، نظراً إلى توافق المتعاقدين)، أراد الحالة الثانية وهي أن يكون الصلح مع إنكار المدعى عليه ظاهراً، على ما أفصح به في «الوسيط»، ويمكن حمله من جهة اللفظ على الحَالَةِ الأولى أيضاً.

وقوله في المسألة بعده: (فيه خلاف) محمول على ما إذا كان المدعى عيناً، وإن أراد تعميم الخِلاف في العين والدين، كان جواباً على أحد الطريقتين، ويجوز إعلام قوله: (خلاف) بالواو لما سبق.

فرع: جارٍ مجرى المِثَال لما ذكرناه.

ادعى مدع على ورثة ميت داراً من تركته، وزعم أن الميت غَصَبَهَا مِنْهُ، وأقروا به جاز لهم مصالحته، فإن دفعوا إلى واحد منهم ثوباً مشتركاً بينهم ليصالح عليه جاز وكان عاقداً لنفسه ووكيلاً عن الباقيين.

ولو قالوا الواحد: صالحه عنا على تَوْبِكَ، فصالح عنهم فإن لم يُسْمَهُمْ في الصُّلْحِ فالصُّلْحُ يَقَعُ عَنْهُ، وإن سَمَّاهُمْ فَوَجْهَانِ في أن التسمية هل تلغى؟ إن لم تلغ فالصُّلْحُ يَقَعُ عَنْهُمْ، والثوب هبة منهم، أو قَرْضٌ عَلَيْهِمْ، فيه وَجْهَانِ، وإن صالحه أخذهم على مال دون إذن الباقيين ليملك جميع الدَّارِ جاز، وإن صَلَحَ لِتَكُونِ الدَّارُ لَهُ ولهم جميعاً لغى ذكرهم، وعاد الوجهان في أن الكُلُّ يَقَعُ لَهُ، أو يبطل في نَصِيْبِهِمْ، ويخرج في نصيبه على الخِلاف في التفريق والله أعلم.

قال الغزالي: وَإِذَا أَسْلَمَ الْكَافِرُ عَلَى عَشْرِ نِسْوَةٍ وَمَاتَ قَبْلَ التَّعْيِينِ صَحَّ اضْطِلَاحُهُنَّ فِي قِسْمَةِ الْمِيرَاثِ مَعَ التَّفَاوُتِ فِي الْمِقْدَارِ وَكَانَ مُسَامِحَةً، وَصَحَّ مَعَ الْجَهْلِ لِلضَّرُورَةِ، وَلَا يَصِحُّ الصُّلْحُ عَلَى غَيْرِ التَّرَكَةِ؛ لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ مِنْ غَيْرِ ثَبُتٍ فِي اسْتِحْقَاقِ الْمَعْوُضِ.

قال الرَّافِعِيُّ: إِذَا أَسْلَمَ الْكَافِرُ عَلَى أَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ يَخْتَارُ أَرْبَعًا مِنْهُنَّ عَلَى مَا



سيأتي في موضعه - إن شاء الله تعالى -، فإن مات قبل الاختيار والتعيين يوقف الميراث بَيْنَهُنَّ، فإن اصطلحن على الاقتسام على تفاوت أو تَسَاوٍ، مكن منه، واحتج مجوزوا الصُّلْحَ على الإِنْكَارِ بهذه الْمَسْأَلَةِ، لأن كُلَّ واحدةٍ منهن تنكر نِكَاحَ مَنْ سِوَاهَا، وَسِوَى ثَلَاثٍ مَعَهَا، فَالصُّلْحُ الْجَارِي بَيْنَهُنَّ صُلْحٌ عَلَى الإِنْكَارِ، قال الأصحاب: هن بين أمرين، إن اعترفن بشمول الإشكالِ فليست واحدةٍ منهن بِمُنْكَرَةٍ لِغَيْرِهَا، ولا مُدَّعِيَةٌ لِنَفْسِهَا فِي الْحَقِيقَةِ، وإنما تَصِحُّ الْقِسْمَةُ والحالة هذه مع الجَهْلِ بِالاسْتِحْقَاقِ لِلضَّرُورَةِ، وتَعذرُ التَّوَقُّفُ لا إلى نهاية، وإن زعمت كُلُّ وَاحِدَةٍ منهن الوقوف على اختيار الزوج إِيَّاهَا، فكل من أخذت شيئاً تقول: الذي أخذته بَغْضٍ حَقِّي، وسامحت الباقيات بالباقي وتبرعت، والمالك غَيْرُ ممنوعٍ من التَّبَرُّعِ، وقد ذكرنا فيما إذا ادعى على غيره عَيْنًا فَأَنْكَرَ ثم تصالحا على حَظِيطَةٍ مِنْ قَبْلِ وَجْهَيْنِ، فمن صَحَّحَهُ احتج بهذه المسألة، وقال: إن الاقتسام الْجَارِي بَيْنَهُنَّ صُلْحٌ عَلَى الْحَظِيطَةِ، ومن لم يصححه فرق بأن المال في يَدِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، وَفَضْلُ الأَمْرِ ممكن بتحليفه، وهاهنا استوت الأقدام، ولا طريق إلى فَضْلِ الأَمْرِ سِوَى اصطلاحهن، ولو اصطلحن على أن يأخذن ثلاث أو أربع منهن المَالِ الموقوف ويبدلن للباقيات عوضاً من خَالِصِ مَالِهِنَّ، لم يَجُزْ، لأن الصُّلْحَ هكذا بذل عوض مملوك في مقابلة ما لم يثبت ملكه، ومن أخذ عوضاً في معاوضة لا بُدَّ وأن يكون مستحقاً للمعوض، فإذا لم يكن الاستحقاق معلوماً لم يجز أخذ العوض عَلَيْهِ، ولا يخفى عليك مما أجرته في الْمَسْأَلَةِ السبب الداعي إلى إيرادها في هذا الموضع.

واعلم أن جميع ما ذكرناه، مبني على وقف الميراث لَهُنَّ، وفيه كلام آخر مذكور في نِكَاحِ الْمُشْرِكَاتِ، وفي نِظَائِرِ الْمَسْأَلَةِ ما إذا طلق إحدى امرأتيه، ومات قبل البيان وقفا لهما الزَّيْعُ أو الثمن واصطلحتا، وما إذا ادعى اثنان وديعةً في يَدِ الْغَيْرِ، وقال المودع: لا أدري أنه لأيكما، وما إذا تَدَاعَيْتَا داراً في يدهما وأقام كُلُّ واحدٍ منهما بيته ثم اصطلحا، أو في يَدِ ثَالِثٍ وقلنا: لا تتساقط البيتان بالتعارض فاصطلحا<sup>(١)</sup>.

(١) قال النووي: وهذه مسائل تتعلق بالباب:

إحداها: ادعى داراً، فأقر، فصالحه على عبد، فخرج مستحقاً، أو رده بعيب، أو هلك قبل القبض، رجعت الدار إلى الأول. وإن وجد به عيباً بعدما هلك، أو تعيب في يده أخذ من الدار بقدر ما نقص من قيمة العبد، كما لو باعها بعبد.  
الثانية: ادعى عليه داراً، فأنكره، فقال المدعي: أعطيك ألفاً وتقر لي بها، ففعل، فليس يصلح، ولا يلزم الألف، بل بذله وأخذه حرام. وهل يكون هذا إقراراً؟ وجهان في «العدة» و«البيان».

الثالثة: صالح أجنبي عن المدعى عليه بعوض معين، فوجده المدعي معيباً، فله رده ولا يرجع ببذله، بل يفسخ الصلح ويرجع إلى خصومة المدعى عليه، وكذا لو خرج العوض مستحقاً. =

قال الغزالي: **الفصل الثاني: في التزاحم على الحقوق في الطرُق والحيطانِ والسُّقوفِ، أمَّا الطرُقُ فالشُّوارعُ على الإباحة كالمَواتِ إلا فيما يمنعُ الطرُوقُ فلكلِّ واحدٍ (ح) أن يتصرَّفَ في هوائِهِ بما لا يضرُّ بالمارةَ ولا يمنعُ الجَمَلَ مع الكَيِّسَةِ، وكذلك يفتَحُ إليه الأبوابَ، والأظهُرُ (و) جَوازُ عَرَسِ شَجَرَةٍ وِبناءِ دِكَّةٍ إذا لَمْ يَضَيِّقِ الطَّرِيقَ أيضاً.**

قال الرَّافِعِيُّ: غرض الفصل الكلام في المزاحمات، والتصرفات الواقعة في المُشترَكَاتِ، إما اشتراك عموم كالطرُقِ، أو خصوص كالجُدْرانِ والسُّقوفِ.  
أما الطريق: فينقسم إلى نافذ وغيره.

**القسم الأول: النافذ وهو الذي أراده بالتنازع، فالثاسُ كلهم يستحقون المورَ فيه، وليس لأحد أن يتصرف فيها بما يبطل المرور، لا أن يشرع<sup>(١)</sup> جناحاً، أو يتخذ على جدرانه ساباطاً<sup>(٢)</sup> يضر بالمارة، وإن لم يضر فلا يمنع منه، وبه قال مالك.**

وقال أبو حنيفة: لا اعتبار بالضرر وعدمه، ولكن إن خاصمه إنسان فيه نزاع وإن لم يضر، وإلا ترك، وقال أحمد: لا يجوز إشراع الجناح بحال إلا إذا أذن فيه الإمام.

فله المطالبة ببدلها.

**الرابعة: قال الشافعي رضي الله عنه: لو اشترى رجل أرضاً وبنها مسجداً فجاء رجل فادعاها، فإن صدقه المشتري، لزمه قيمتها. وإن كذبه، فصالحه رجل آخر، صح الصلح، لأنه بذل مال على جهة القرية، ولأن القيمة على المشتري، لأنه وقفه، والصلح عما في ذمة غيره بغير إذنه، جائز. الخامسة: لو أتلف عليه شيئاً قيمته دينار، فأقر به، وصالحه على أكثر من دينار، لم يصح، لأن الواجب قيمة المتلف، فلم يصح الصلح على أكثر منه، كمن غصب ديناراً، فصالح على أكثر منه. ولو صالحه عنه بعوض مؤجل، لم يصح.**

**السادسة: سبق في أول الباب أن الصلح عن المجهول، لا يصح. قال الشافعي رضي الله عنه: لو ادعى عليه شيئاً مجعلاً، فأقر له به وصالحه عنه على عوض صح الصلح، قال الشيخ أبو حامد وغيره: هذا إذا كان المعقود عليه معلوماً لهما، فيصح، وإن لم يسمياه، كما لو قال: بعتك الشيء الذي نعرفه أنا وأنت بكذا، فقال: اشتريت، صح.**

**السابعة: إذا أنكر المدعى عليه، ووكل أجنبياً ليصالح كما سبق، فهل يحل له التوكيل؟ وجهان. قال ابن سريج: يحرم عليه الإنكار. ولو فعله، فله التوكيل في المصالحة. وقال أبو إسحاق: يحرم عليه أيضاً التوكيل. ولو مات مورثه وخلف عيئاً، فادعاها رجل، فأنكره ولا يعلم صدقه، وخاف من اليمين، جاز أن يوكل أجنبياً في الصلح، لتزول الشبهة، حكاه في «البيان».**

(١) يشرع أي يخرج، والجناح هو الخارج من الخشب مأخوذ من جنح يجنح بفتح النون وضمها إذا

مال. قاله في اللغات وقال الكمال اللذماري في شرح التنبيه أنه مأخوذ من جناح الطير.

(٢) الساباط سعيفة بين حائطين تحتها طريق والجمع سوابط، وساباطات. قاله الجوهري.

(٣) أخرجه أحمد من رواية ابن عباس والحاكم والبيهقي من رواية عمر وذكر له شاهداً.

لنا اتفاق الناس على إشراع الأجنحة في جميع الأغصان، من غير إنكار، وأيضاً «فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَصَبَ بِيَدِهِ مِيزَاباً فِي دَارِ الْعَبَّاسِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ»<sup>(١)</sup> فَنَقِيَسُ الجناح عليه، ونرجع في الضَّرَرِ وعدمه إلى حَالِ الطَّرِيقِ، فإن كان ضيقاً لا يمر فيه الفرسان والقوافل، فينبغي أن يكون مرتفعاً، بحيث يمر المار تحته منتصباً، وإن كانوا يمرون فيه فلينته الارتفاع إلى حدِّ يَمُرُّ تحت الرَّاكِبُ منتصباً، بل المحمل مع الكنيسة على رأسه على البَعِيرِ؛ لأنه وإن كان نادراً فقد يتفق ولا تشتط الزيادة عليه على الصَّحِيحِ، وقال أبو عُبَيْدِ بْنِ حَزْبُونِهِ: يشترط أن يكون بحيث يمر الراكب مَنْصُوبِ الرَّمْحِ، وضعفه الثَّقَلَةُ بالاتفاق، وقالوا: وضع أطراف الرماح على الأكتاف ليس بعسير.

ويجوز لكلُّ أحد أن يفتح إلى الشَّارِعِ من ملكه الأبواب كَيْفَ شاء.

وأما نصب الدُّكَّةِ<sup>(٢)</sup> وغرس الشَّجَرَةِ، فإن تضيق الطريق به وَضَرَ بالمارة فهو ممنوع منه، وإلا فوجهان:

أحدهما: الجواز كالجناح الذي لا يَضُرُّ بهم.

والثاني: المنع؛ لأن المكان المشغول بالبناء والشجر، لا يتأتى فيه الطروق، وقد تزدحم المارة ويعسر عليهم المراقبة فيصطكون بها، وأيضاً فإنه إذا طالت المدة، أشبه مكان البناء والغراس الأملاك، وانقطع أثر استحقاق الطروق فيه، بخلاف الأَجْنِحَةِ، ويحكى الوجه الأول عن اختيار القاضي وهو أظهر عند المصنِّف، ولم يورد في «التهذيب» سواه، لكن أصحابنا العراقيون والشيخ أبا مُحَمَّدٍ بالثاني، وإليه مآل الإمام وهو أقوى في المعنى.

ولا يجوز أن يُصَالِحَ عَن إِشْرَاعِ الجَنَاحِ على شَيْءٍ، أما إذا صالحه الإمام فلاَن الهَوَاءِ لا يفرد بالعقد، وإنما يتبع القرار كالحمل مع الأم، وأيضاً فلاَنه إن كان مضراً فما يمنع الضرر لا يجوز بالموضوع كالبناء الرفيع في الطريق، وإن لم يكن مضراً فهو جائز، وما يستحقه الإنسان في الطريق لا يجوز أن يؤخذ منه عوض كالمرور، وأما إذا صَلَحَهُ وَاحِدٌ من الرعية فللمعنى الأول، وأيضاً فلاَنه ليس بالمستحق، ولا هو نَائِبُ المستحقين، ولو أشرع جناحاً لا ضرر فيه ثم انهدم أو هدمه فأشرع آخر في محاذاته لا يمكن معه إعادة الأول جَازَ، كما لو قعد في طَرِيقٍ وَاسِعٍ ثم انتقل عنه يجوز لِغَيْرِهِ الارتفاع به، هكذا قالوه.

(١) الدكة بفتح الدال لا غير. قاله في الدقائق وهي المسطبة. قال الجوهري: والدكة والدكات ما يقعد عليه.

(٢) قال النووي: إن ما قاسه كثيرون على ما إذا وقف في الطريق، ثم فارق موقعه، أو قعد للاستراحة

ولك أن تقول: المرتفق بالعود لمعاملة لا يبطل حقه بمجرد الزوالِ عن ذلك الموضع، وإنما يبطل بالسفر والإعراض عن الجزقة، كما سيأتي في إحياء الموات، فقياسه أن لا يبطل حقه بمجرد الانهدام والهدم، بل يعتبر إعراضه عن ذلك الجناح ورغبته عن إعادته<sup>(١)</sup>.

أما لفظ الكتاب فقوله: (فالشوارع على الإباحة كالموات)، معناه أنها منفكة عن الملك، والاختصاص كالموات، والأصل فيها الإباحة وجواز الانتفاع إلا فيما يقدح في مقصودها وهو الطروق، ويستوى في الحكم الجواد الممتدة في الصحاري والبلاد، قال الإمام: وصيرورة الموضع شارعاً له طريقان:

أحدهما: أن يجعل الإنسان ملكه شارعاً وسيلاً مسبلاً.

والثاني: أن يحيي جماعة خطة قرية أو بلدة ويتركوا مسلكاً نافذاً بين الدور والمساكن ويفتحوا إليه الأبواب، ثم حكى عن شيخه ما يقتضي طريقاً ثالثاً، وهو أن يصير موضع من الموات جادة ميثاً يطرقتها الرفاق فلا يجوز تغييره، وإنه كان يتردد في بيان الطريق التي يعرفها الخواص ويسلكونها، وكل مواتٍ يجوز استطرأه، ولكن لا يمنع من إحيائه وصرف الممر عنه فليس له حكم الشوارع<sup>(٢)</sup>. وقوله: (بما لا يضر

(١) قال النووي: إن ما قاسه كثيرون على ما إذا وقف في الطريق، ثم فارق موقفه، أو قعد للاستراحة ونحوها، فلا يرد اعتراض الإمام الرافي رحمه الله. قال أصحابنا: ولو أخرج جناحاً تحت جناح من يحاذيه، لم يكن للأول منعه، إذ لا ضرر. ولو أخرج فوق جناح الأول، قال ابن الصباغ: إن كان الثاني عالياً لا يضر بالمار فوق الجناح الأول، لم يمنع، وإلا، فله منعه. ولو أخرج مقابلاً له، لم يمنع، إلا أن يعطل انتفاع الأول. ولو كان الأول قد أخذ أكثر هواء الطريق، لم يكن لجاره مطالبته بتقصير جناحه ورده إلى نصف الطريق، لأنه مباح سبق إليه. ينظر الروضة ٤٤٠/٣.

(٢) قال النووي: قال الإمام: ولا حاجة إلى لفظ في مصير ما يجعل شارعاً. قال: وإذا وجدنا جادة مستطرفة، ومسلكا مشروعا نافذاً، حكمتنا باستحقاق الإستطراق فيه بظاهر الحال، ولم نلتفت إلى مبدأ مصيره شارعاً. وأما قدر الطريق، فقل من تعرض لضبطه، وهو مهم جداً، وحكمه، إنه إن كان الطريق من أرض مملوكة يسبها صاحبها، فهو إلى خيرته، والأفضل توسيعها. وإن كان بين أرض يريد أصحابها إحياءها، فإن اتفقوا على شيء، فذاك. وإن اختلفوا، فقدرة سبع أذرع، وهذا معنى ما ثبت في «صحيح» البخاري ومسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه: «قضى رسول الله ﷺ عند الاختلاف في الطريق، أن يجعل عرضه سبع أذرع». ولو كان الطريق واسعاً، لم يجوز لأحد أن يستولي على شيء منه، وإن قل، يجوز عمارة ما حوله من الموات، ويملكه بالإحياء بحيث لا يضر بالمارة. ومن المهمات المستفادة، أن أهل الزمة يمنعون من إخراج الأجنحة إلى شوارع المسلمين النافذة. وإن جاز لهم استطرأها، لأنه كإعلانهم البناء على بناء المسلمين، أو أبلغ. هذا هو الصحيح، وذكر الشاشي في جوازه وجهين ومن أخرج جناحاً على وجه لا يجوز هدم عليه. ينظر الروضة ٤٤١/٣.

بالمارة)، لك فيه مباحثة وهي أن هذه اللفظة، ولفظ عامة الأصحاب تَقْتَضِي المَنَع من كل ما يضر بالمُرور، ثم الأكثرون في الفرق بين المَضِر وغير المضر لم يتعرضوا إلا للانخفاض والارتفاع، ومعلوم أن جهة الإضرار لا تنحصر في الارتفاع والانخفاض، بل منع الضياء وإظلام الموضوع يضر بالمرور أيضاً، فهل هو مؤثر أم لا؟ والجواب أن طائفة من الأئمة منهم ابن الصَّبَّاح، ذكروا أنه غير مؤثر، لكن قضية المَعْنَى، وظاهر لفظ الشَّافِعِي - رضي الله عنه - وأكثر الأصحاب تأثيره، وقد نصَّ عليه مَنصُور التَّمِيمِي في المستعمل، حيث قال: ووجه إضراره - يعني الجناح - شدة تطامنه أو منعه الضياء، وفي «التتمة»: أنه إن انقطع الضوء بالكلية أثر، وإن انتقص فلا مبالاة به.

وقوله: (ولا يمنع الحمل مع الكنيسة) في بعض النسخ الجمل مع الكنيسة، وهو صحيح أيضاً، أي: مع الكنيسة فوق المحمل المحمول على الجمل.

قال الغزالي: وَالسُّكَّةُ الْمُنْسَدَةُ الْأَسْفَلُ عِنْدَ الْعِرَاقِيِّينَ كَالشُّوَارِعِ، وَعِنْدَ الْمَرَاوِرَةِ هِيَ مِلْكٌ مُشْتَرَكٌ بَيْنَ سُكَّانِ السُّكَّةِ، وَشَرِكَةٌ كُلُّ سَاكِنٍ هَلْ يَنْحَطُّ مِنْ بَابِ دَارِهِ إِلَى أَسْفَلِ السُّكَّةِ فِيهِ تَرَدُّدٌ، وَلَا يَجُوزُ إِشْرَاعُ الْجَنَاحِ وَفَتْحُ بَابِ جَدِيدٍ إِلَّا بِرِضَاهُمْ، وَرِضَاهُمْ إِعَارَةٌ يَجُوزُ الرُّجُوعُ عَنْهُ، وَلَوْ فَتَحَ بَابَ دَارٍ أُخْرَى فِي دَارِهِ الَّتِي هِيَ فِي سِكَّةٍ مُنْسَدَةِ الْأَسْفَلِ، أَوْ فَتَحَ مِنْ تِلْكَ الدَّارِ بَاباً ثَانِياً فِي السُّكَّةِ فَوْقَ الْبَابِ الْأَوَّلِ فَفِيهِ تَرَدُّدٌ لِأَنَّهُ يَكَادُ يَكُونُ زِيَادَةً عَلَى الْإِتِّفَاعِ الْمُسْتَحَقِّ، وَأَمَّا فَتْحُ الْكُوَّةِ فَلَا مَنَعَ مِنْهُ.

قال الرَّافِعِيُّ: الْقِسْمُ الثَّانِي غير النافذ كالسكة المنسدة الأسفل، وتكلم فيها في ثلاثة أمور:

أولها: إِشْرَاعُ الْجَنَاحِ، ولا خلاف في أن إِشْرَاعَ الجناح إليها غير جائز لغير أهل السُّكَّةِ، وفيهم وجهان، قال الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ ومن تابعه: لكل منهم الإشرع إذا لم يضر بالباقيين؛ لأن كلاً منهم له الارتفاع بقَرَارِهَا، فليكن له الارتفاع بهوائها كالشَّارِعِ، وعلى هذا فلو كان مُضْراً ورضي أهل السكة جاز؛ لأن الحَقَّ لهم بخلاف مثله في الشَّارِعِ، فإن رضي جميع المسلمين متعذر التَّخْصِيلِ، وذكر الأكثرون منهم القاضي أَبُو حَامِدٍ وأبو الطَّيِّبِ الطَّبْرِيُّ: أنه لا يجوز إلا برضاهم تضرروا أم لا؛ لأن السكة مخصوصة بهم، فلا يتصرف دون رضاهم، وهذا كما أنه لا يجوز إِشْرَاعَ الْجَنَاحِ إِلَى دَارِ الْغَيْرِ بغير رِضَاهِ وَإِنْ لم يتضرر، ويحكى هذا عن أَبِي حَنِيفَةَ، وعلى الوجهين لا يجوز لهم أن يُضَالِحُوهُ عَلَى شَيْءٍ، لما مر أن الْهَوَاءَ تَابِعٌ، فلا يفرد بالمَالِ صَلْحاً كما لا يفرد به بَيْعاً، وكذا الحكم في صَلْحِ مِلْكٍ صَاحِبِ الدَّارِ عَنِ الْجَنَاحِ الْمَشْرُوعِ إِلَيْهَا، ونعني بأهل السُّكَّةِ كل من له باب نَافِذٌ إِلَيْهَا، دون من يُلَاصِقُ جداره السُّكَّةَ من غير نُفُوذِ بَابٍ، وهل الاستحقاق في

جميعها لجمعهم، أو شركة كل واحد مختص بما بين رأس السكة وباب داره، ولا يتخطى عنه؟ فيه وجهان:

أظهرهما: وهو الذي أورده القَاضِي ابْنُ كَيْجٍ؛ اختصاص كل واحد مِنْهُمَا بِمَا بَيْنَ رَأْسِ السُّكَّةِ وَبَابِ دَارِهِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ الْقَدْرَ هُوَ مَحَلُّ تَرَدُّدِهِ وَمَرُورِهِ، وَمَا عَدَاهُ فَحُكْمُهُ فِيهِ حُكْمُ غَيْرِ أَهْلِ السُّكَّةِ.

ووجه الثاني: أنهم ربما احتاجوا إلى التردد والارتفاق بجميع الصَّخْنِ، لطرح الأثقال عند الإخراج والإذخال، وهذا الخِلاَفُ يظهر تأثيره على الصَّحِيحِ فِي مَنَعِ إِشْرَاعِ الْجَنَاحِ إِلَّا بِرِضَاهُمْ، فَعَلَى الْقَوْلِ بِاشْتِرَاكِ الْكُلِّ فِي الْكُلِّ، يَجُوزُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْ أَهْلِ السُّكَّةِ الْمَنَعِ، وَعَلَى الْوَجْهِ الْآخِرِ إِنَّمَا يَجُوزُ الْمَنَعُ لِمَنْ يُوَضِعُ الْجَنَاحَ بَيْنَ بَابِهِ وَرَأْسِ السُّكَّةِ دُونَ مَنْ بَابِهِ بَيْنَ مَوْضِعِ الْجَنَاحِ وَرَأْسِ السُّكَّةِ، وَيُظْهِرُ تَأْثِيرَهُ عَلَى قَوْلِ الشَّيْخِ أَبِي حَامِدٍ أَيْضاً، فِي أَنَّ الَّذِي يَسْتَحِقُّ الْمَنَعَ إِذَا كَانَ الْجَنَاحُ مُضْراً مَنْ هُوَ، لَكِنَّهُمْ لَمْ يَذْكُرُوهُ<sup>(١)</sup>.

ولو اجتمع المستحقون فَسَدُوا بَابَ السُّكَّةِ فَجَوَابُ الْمَعْظَمِ لَا مَنَعَ؛ لِأَنَّهُمْ يَتَصَرَّفُونَ فِي مِلْكِهِمْ، وَقَالَ أَبُو الْحَسَنِ الْعَبَادِي: يَحْتَمَلُ أَنْ يُقَالَ: يَمْنَعُونَ، لِأَنَّ أَهْلَ الشَّارِعِ يَفْزَعُونَ إِلَيْهَا إِذَا عَرَضَتْ زَحْمَةٌ، وَلَا شَكَّ فِي أَنَّهُ لَوْ امْتَنَعَ بَعْضُهُمْ لَمْ يَكُنْ لِلْبَاقِينَ السَّدُّ، وَلَوْ سَدُّوا مُتَوَافِقِينَ لَمْ يَسْتَقِلْ بَعْضُهُمْ بِالْفَتْحِ.

ولو اتفقوا على قِسْمَةِ صَخْنِ السُّكَّةِ بَيْنَهُمْ جَازَ، وَلَوْ أَرَادَ أَهْلُ رَأْسِ السُّكَّةِ قِسْمَ رَأْسِ السُّكَّةِ بَيْنَهُمْ مَبْنُوعاً لِحَقِّ مَنْ يَلِيهِمْ، وَلَوْ أَرَادَ أَهْلُ الْأَسْفَلِ قِسْمَةَ الْأَسْفَلِ فَوَجْهَانِ، بِنَاءً عَلَى أَنَّ أَهْلَ الرَّأْسِ هَلْ يَشَارِكُونَهُمْ فِي الْأَسْفَلِ؟ ثُمَّ مَا ذَكَرْنَا مِنْ سَدِّ الْبَابِ وَقِسْمَةِ الصَّخْنِ مَفْرُوضِ فِيمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي السُّكَّةِ مَسْجِدٌ، فَإِنْ كَانَ فِيهَا مَسْجِدٌ قَدِيمٌ أَوْ حَدِيثٌ، فَالْمُسْلِمُونَ كُلُّهُمْ يَسْتَحِقُّونَ الطَّرِيقَ إِلَيْهِ فَلَا يَمْنَعُونَ مِنْهُ، اسْتَدْرَكَهُ الْقَاضِي ابْنُ كَيْجٍ، وَعَلَى قِيَاسِهِ لَا يَجُوزُ الْإِشْرَاعُ عِنْدَ الضَّرَرِ، وَإِنْ رَضِيَ أَهْلُ السُّكَّةِ لِحَقِّ سَائِرِ النَّاسِ.

وثانيها: فتح الباب وليس لمن لا باب له في السُّكَّةِ إحدَثَ بَابَ إِلَّا بِرِضَاءِ أَهْلِ السُّكَّةِ كُلِّهِمْ لِتَضَرُّرِهِمْ أَوْ بِمَرُورِهِمْ عَلَى الْفَاتِحِ عَلَيْهِمْ فَلَوْ قَالَ: افْتَحَ إِلَيْهَا بَاباً لِلِاسْتِضَاءَةِ دُونَ الْاسْتِطْرَاقِ، أَوْ قَالَ: افْتَحَهُ وَأَسْمَرَهُ فَوَجْهَانِ:

أصحهما: عند أَبِي الْقَاسِمِ الْكَرْخِيِّ: أَنَّهُ يُمْكِنُ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ لَوْ رَفَعَ جَمِيعَ الْجِدَارِ

(١) قال النووي: قول الرافعي: لم يذكره، من أعجب العجب، فقد ذكره صاحب «التهذيب» مع أن معظم نقل الرافعي منه ومن «النهاية». ينظر الروضة ٤٤٢/٣.

لتمكن منه، فلأن يمكن من رفع بعضه كأن أولى<sup>(١)</sup>.

**والثاني:** لا يمكن؛ لأنَّ البَابَ يشعر بثبوت حق الاستطرّاق، فعساه يستدل به على الاستحقاق، ولو كان له فيها باب وأراد أن يفتح غيره نظر إن كان ما يفتحه أبعد من رأس السكّة فلمن البَابَ المفتوح بين رأس السكّة وذآره المَنع، وفيمن داره بين البَابَ ورأس السكّة وَجَهَانِ، بناءً على كيفية الشَّرِكَة لما مر في الجناح، وإن كان ما يفتحه أقرب إلى رأس السكّة، فإنَّ سَدَّ الأوَّلَ وَجَعَلَ مكانه البَابَ المفتوح فلا منع؛ لأنه ينقص حقه، وإن لم يسد فعلى ما ذكّرنا فيما إذا كان المفتوح أبعد من رأس السكّة؛ لأنَّ البَابَ الثَّانِي إذا انضم إلى الأول أورت زيادة زخمة النَّاسِ وروث الدواب في السكّة فيتضررون به، وفي «النهاية» ذكر طريقة أخرى جازمة بأنه لا مَنعَ للذين يَفْعُ الباب المفتوح بين دارهم ورأس السكّة، لأنَّ الفاتح لا يمر عليهم، وهذا ينبغي أن يطرد فيما إذا كان المفتوح أبعد من رأس السكّة<sup>(٢)</sup>، وتحويل الميزاب من موضع إلى موضع، كفتح بابٍ وسَدَّ بابٍ.

ولو كانت له داران ينفذ باب إحداهما إلى الشَّارِعِ، وباب الأخرى إلى سِكَّةٍ مُنْسَدَّةٍ، فأراد فتح بابٍ من أحديهما إلى الأخرى هل لأهل السكّة منعه؟ فيه وجهان:  
أظهرهما: لا؛ لأنَّ المرور مستحق له في السكّة، ورفع الحائل بين الدَّارَيْنِ يصرف مَصَارِفَ الملك فلا يمنع.

**والثاني:** نعم؛ لأنه يثبت للدَّارِ الملاصقة للشَّارِعِ مَمَرًا في السكّة، ويزيد فيما استحقه من الانتفاع، ولو كان باب كل واحد من الدَّارَيْنِ في سكة غير نافذة وأراد فَتَحَ البَابِ مِنْ إحداهما إلى الأخرى جرى الوجهان في ثبوت المنع لأهل السكتين، هكذا نقل الإمام.

واعلم أن موضع الوجهين ما إذا سد باب إحدى الدَّارَيْنِ، وفتح الباب بينهما لغرض الاستطرّاق، أما إذا قصد اتساع ملكه ونحوه فلا منع<sup>(٣)</sup>، وحيث منعنا من فتح

(١) قال النووي: قل من بين الأصح من هذين الوجهين، ولهذا اقتصر الرافعي على نسبة التصحيح إلى الكرخي. ومن صححه، صاحب «البيان» والرافعي في «المحرر» وخالفهم الجرجاني، و«الشاشي»، فصححا المنع، وهو أفقه. ينظر الروضة ٤٤٣/٣.

(٢) قال النووي: جزم صاحب «الشامل» بأنه إذا فتح باباً آخر أقرب إلى رأس السكّة ولم يسد الأول، جاز، ولا منع أحد. وهذا وإن كان ظاهراً، فما نقله الإمام أقوى. ولم يذكر الرافعي - فيما إذا كان المفتوح أبعد - حكم من بابه مقابل المفتوح، لا فوقه ولا تحته. وقد ذكر الإمام، أنه كمن هو أقرب إلى رأس السكّة، ففيه الوجهان. ينظر الروضة ٤٤٣/٣.

(٣) قال النووي: هذه العبارة فاسدة، فإنها توهم اختصاص الخلاف، بما إذا سد باب إحداهما، وذلك خطأ، بل الصواب، جريان الوجهين إذا بقي البابان نافذين، وكل الأصحاب مصرحون به. قال أصحابنا: ولو أراد رفع الحائط بينهما وجعلهما داراً واحدة، وترك بابيهما على حالهما، جاز قطعاً. ومن نقل اتفاق الأصحاب على هذا، القاضي أبو الطيب في تعليقه. فالصواب أن يقال: =

الباب إلى السُّكَّةِ المُنْسَدَّةِ فصالحه [أهل السُّكَّةِ] على مَالٍ جاز بخلاف الصُّلْحِ على إشرَاعِ الجَنَاحِ؛ لأنه بذل مال في مقابلة الهواء المُجَرَّد، ثم قال في «التتمة»: إن قدروا مدة فهو إجارة، وإن أطلقوا أو شرطوا التأييد فهو بيع جزء شائع من السُّكَّةِ، وتنزيله منزلة أحديهم، وهو كما لو صالَحَ غَيْرُهُ عن إجراء نَهْرٍ في أَرْضِهِ على مال يكون ذلك تملكاً لِلنَّهْرِ.

ولو أراد فتح بابٍ من داره في دَارٍ غيرِه فصالحه عنه مالك الدَّارِ على مال يصح، ويكون ذلك كالصُّلْحِ عن إجراء الماء على السُّطْحِ، ولا يملك شيئاً من الدَّارِ والسُّطْحِ؛ لأن السُّكَّةَ لا تتراد إلا للاستطراق، فإثبات الاستطراق فيها يكون نقلاً للملك، والدار والسطح ليس القصد منه الاستطراق، وإجراء الماء<sup>(١)</sup> والله أعلم.

**وثالثها:** فتح المنافذ والكُورَاتِ<sup>(٢)</sup> للاستضاءة لا مَنَعَ منه بِحَالٍ، لِمُصَادَقَةِ المَلِكِ، بل له أن يرفع جداره ويجعل مكانه شباكاً. ولنعد إلى لفظ الكتاب.

قوله: (والسُّكَّةُ المسندة الأسفل عند العراقيين كالشوارع إلى آخره) يقتضي إلحاق العراقيين لها بالشُّورَاعِ في الانفكاك عن المَلِكِ، وجواز إشرَاعِ الجَنَاحِ، وذهب المراوزة إلى أنها ملك السكان، وليس الأمرُ عَلَى الظَّاهِرِ، فإن أئمتنا العراقيين لم يلحقوها بالشُّارِعِ من كل وجه، وكيف وطرقهم ناصة على اختصاصها بالسكان؟ وإنها ملكهم، وعلى أنه يجوز إشرَاعِ الجَنَاحِ المضر إليها بإذن السكان، والحكم في الشُّارِعِ بخلافهم، فإذاً هو محمول على تجويزهم إشرَاعِ الجَنَاحِ الذي لا يضر إليها من غير اعتبار الرضا، والمراوزة يمنعون منه، ومع هذا التأويل فليس العرَاقِيُّونَ مطبقين على تجويزه، بل هم منقسمون إلى مجوز ومانع، ألا ترى أن القَاضِي أَبَا الطَّيْبِ منعه وَهُوَ عَرَاقِيٌّ؟

= موضع الوجهين، إذا لم يقصد اتساع ملكه وأما قوله: كذا نقله الإمام، فإن الوجهين مشهوران جداً. وقوله: الأصح: الجواز تابع فيه صاحب «التهذيب» وخالفه أصحابنا العراقيون، فنقلوا عن الجمهور المنع. بل نقل القاضي أبو الطيب اتفاق الأصحاب على المنع. قال: وعندي أنه يجوز. ينظر الروضة ٤٤٤/٣.

(١) قال النووي: قال أصحابنا: لو كانت داره في آخر السُّكَّةِ المنسدة، فأراد نقل بابها إلى الوسط، ويجعل ما بين الباب وأسفل السُّكَّةِ دهليزاً، فإن شركنا الجمع في جميع السُّكَّةِ، كان للباقيين منعه، وإلا، فلا. الروضة ٤٥٥/٣.

(٢) والكورة بفتح الكاف الطاقة ويجوز ضمها وتجمع المفتوحة على كوا بالكسر مع المد والقصير والمدودة على كوى بالضم والقصر قاله الجوهري وجمعها في الكتاب تبعاً للمحرر جمع تصحيح والتكسير أولى لأن التصحيح للقلّة على مذهب سيويه فلا يؤخذ من التعبير به جواز.



وقوله: (ولا يجوز إشراع الجَنَاح، وفتح باب جديد إلا برضاهم) أي برضا من أثبتنا له الشركة في السُّكَّة، وقصد بهذا الكلام التفرُّع على رأي الذي نسبته إلى المرازقة على ما بينه في «الوسيط»، لكن لا يخلو إما أن يكون المراد فتح باب من الدَّار التي لها باب في هذه السُّكَّة، أو الفتح من الدَّار التي لها في السُّكَّة باب قديم، إن كان الثاني، فقد ذكره من بعد حيث قال: (أو فتح من تلك الدَّار باباً ثانياً في السكَّة)، وإن كان الأول، فَالْعَرَاقِيُّونَ لَا يُخَالِفُونَ فِيهِ، حتى يجعل ذلك تفرُّعاً على أحد الوَجْهَيْنِ، وكذا إشراع الجَنَاحِ إِنَّمَا يَجُوزُ دُونَهُ لِمَنْ لَهُ حَقُّ الطَّرِيقِ فِي السُّكَّةِ لَا لِغَيْرِهِ.

وقوله: (ورضاهم إعارة يجوز الرجوع عنه)، أراد ما ذَكَرَهُ الإِمَامُ؛ لأنه لو فتح من لا باب له في السكَّة باباً برضا أهلها، كان لأهلها الرجوع مهما شَاءُوا، ولا يلزمون بالرجوع شيئاً، بخلاف ما لو أعار الأرض للبناء، ثم رجع فإنه لا يقلع البناء مجاناً، وهذا لم أجده لغيره، والقياس أن لا فَرْقَ، والله أعلم.

وقوله: (فوق الباب الأول) أراد مما يلي رأس السكَّة، على ما ذكره في «الوسيط»، وموضع الخلاف فيه، ما إذا لم ينسد البَابُ القَدِيمُ، ويمكن حمله على ما إذا كان فوقه مما يلي آخر السُّكَّةِ على مَا مَرَّ.

فروع: قال القاضي الزوياني في «التجربة»: إذا كان بين داريه طريق نافذ، يحفر تحته سرداباً من أحدهما إلى الأخرى، وأحكم الأزج لم يمنع، قال: وبمثلته أجاب الأصحاب، فيما إذا لم يكن نافذاً؛ لأن لِكُلِّ وَاحِدٍ دُخُولَ هَذَا الزِقَاقِ كَطَرِيقِ الدَّزْبِ النَّافِذِ، وغلط من قال بخلافه، وهذا اختيار منه لكونها في معنى الشارع، والظاهر خلافه واعتذر الإمام عن جَوَازِ دُخُولِهَا بِأَنَّهُ مِنْ قَبِيلِ الإِبَاحَاتِ الْمُسْتَفَادَةِ مِنْ قَرَائِنِ الْأَحْوَالِ<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي: أَمَّا الْجِدَارُ إِنْ كَانَ مِلْكاً أَحَدِهِمَا فَلَا يَتَصَرَّفُ الْآخَرُ فِيهِ إِلَّا بِأَمْرِهِ، فَإِنْ أَسْتَعَارَهُ لَوْضِعِ جِذْعِهِ لَا يَلْزَمُهُ (م) الإِجَابَةُ فِي الْقَوْلِ الْجَدِيدِ، فَإِنْ رَضِيَ فَمَهْمَا رَجَعَ كَانَ لَهُ النُّقْضُ بِشَرْطِ أَنْ يُغَرِّمَ النُّقْضَ، وَقِيلَ: فَائْتِدَةُ الرُّجُوعِ الْمُطَالِبَةُ بِالْأَجْرَةِ لِلْمُسْتَقْبَلِ.

(١) قال النووي: هذا الذي ذكره الروياني - فيما إذا كان الطريق نافذاً - صحيح، وكذا صرح به القاضي أبو الطيب وغيره. وأما تجويزه ذلك - فيما إذا لم يكن الطريق نافذاً - ونقله ذلك عن الأصحاب، فضعيف، ولا يوجد ذلك في كتب معظم الأصحاب، ولعله وجدته في كتاب أو كتابين، فإني رأيت له مثل هذا كثيراً. وكيف كان فهذا الحكم ضعيف فإن الأصحاب مصرحون بأن الطريق في السكَّة المسدودة ملك لأصحاب السكَّة، وإنهم لو أرادوا سدها وجعلها مساكن، جاز، ونقل الإمام اتفاق الأصحاب على هذا. وإذا ثبت إنها ملكهم، فالقرار تابع للأرض كما يتبعها الهواء، فكما لا يجوز إخراج الجناح فوق أرضهم بغير رضاهم، كذا السرداب تحتها. ينظر الروضة ٤٤٥/٣.

قال الرَّافِعِيُّ: الجدار بين المالكين قد يختص بأحد المالكين، وقد يملكه المالكان على الاشتراك.

القسم الأول: الجدار المخصوص بأحد المالكين هل للآخر وضع الجذوع عليه من غير إذن مالكة؟ فيه قولان:

القديم: وبه قال مالك وأحمد: نعم يجبر عليه لو امتنع؛ لما روى عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «لَا يَمْنَعَنَّ أَحَدُكُمْ جَارَهُ أَنْ يَضَعَ حُشْبَهُ عَلَى جِدَارِهِ، قَالَ: فَتَكَسَّ الْقَوْمُ رُؤُوسَهُمْ فَقَالَ أَبُو هُرَيْرَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: مَا لِي أَرَاكُمْ عَنْهَا مُعْرِضِينَ، وَاللَّهِ لَأَزْمِيئُهَا بَيْنَ أَكْتَأَفِكُمْ»<sup>(١)</sup> أي لأضعن هذه السنة بين أظهركم.

والجديد: وبه قال أبو حنيفة: أنه ليس له ذلك، ولا يجبر المالك لو امتنع؛ لأنه انتفاع بملك الغير، فأشبهه البناء في أرضه، والحمل على بهيمته والحديث يحمل على الاستحباب، لما روى أنه ﷺ قال: «لَا يَجِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ، إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسٍ مِنْهُ»<sup>(٢)</sup>.  
التفريع: الإيجاب<sup>(٣)</sup> على القديم مشروط بشروط.

إحداها: أن لا يحتاج مالك الجدار إلى وضع الجذوع عليه.

الثاني: أن لا يزيد الجار في ارتفاع الجدار، ولا يبني عليه أجزا، ولا يضع عليه ما لا يحتمله الجدار، أو يضر به.

والثالث: أن لا يملك شيئاً من جدران البقعة التي يريد تسقيفها، أو لا يملك جداراً واحداً، فإن ملك جدارين فليسقف عليهما، وليس له إجبار صاحب الجدار، وصاحب «النهاية» لم يعتبر هذا الشرط هكذا، ولكن قال: الشرط أن تكون الجوانب الثلاثة من البيت لصاحب البيت، وهو يحتاج إلى جانب رابع.

فأما إذا كان الكل للغير، فإنه لا يضع جذوع عليها قولاً واحداً، ثم نقل عن بعض الأصحاب أنه لم يعتبر هذا الشرط هكذا، واعتبر في «التتمة» مثل ما ذكره الإمام، وحكى الوجهين فيما إذا لم يملك إلا جانباً أو جانبيين أيضاً، والمشهور ما تقدم، وإن

(١) أخرجه البخاري (٢٤٦٣، ٥٦٢٧، ٥٦٢٨) ومسلم (١٦٠٩).

(٢) أخرجه الدارقطني (٣/٢٥ - ٢٦) من حديث أنس، وابن عباس، وأبي حرة الرقاشي، عن عمه، وعمرو بن يثربي، وأخرجه البيهقي في خلافياته من رواية أبي حميد الساعدي، وعبد الله بن السائب عن أبيه عن جده، وقال إسناده هذا حسن، انظر خلاصة البدر (٢/٨٨).

(٣) قال النووي: الأظهر: هو الجديد وممن نص على تصحيحه صاحب «المهذب» والجرجاني والشاشي وغيرهم وقطع به جماعة. ينظر الروضة ٤٤٦/٣.

قلنا: بالجديد فلا بد من رِضَا المَالِكِ، وإذا رضى فيما أن يرضى من غير عوض، أو بعوض، إن رضى بِغَيْرِ عَوْضٍ، فهو إعارة يتمكن من الرجوع عنها قبل وَضْعِ الجُدُوعِ. والبناء عليه، وبعده وجهان:

أصحهما: أن له الرجوع أيضاً كما في سائر العواري، وإذا رجع فلا كلام في أنه لا يمكن من القلع مجاناً، وفائدة رجوعه فيه وجهان المذكوران في الكتاب.

أظهرهما: أنه يُخَيَّرُ بين أن يبقى بأجره، وبين أن يقلع ويضمن أرش الثَّقْصَانِ، كما لو أعاره أرضاً للبناء، قال في «التهذيب»: إلا أن في إعارة الأرض له خصلة أخرى، وهي تملك البناء بالقيمة، وليس لمالك الجدار ذلك؛ لأن الأرض أصل، فجاز أن يستتبع البناء، والجدار تابع فلا يستتبع، والذي رواه الإمام عن حكاية القاضي أنه ليس له إلا الأجرة، ولا يمكن من القلع أصلاً؛ لأن ضرورة القلع تتداعى إلى ما هو خالص مال المُسْتَعِيرِ؛ لأن الجُدُوعَ إذا ارتفعت أطرافها من جدار لم تستمسك على الجدارِ الثاني.

والوجه الثاني: وبه أجاب العراقيون: أنه ليس له الرجوع أصلاً، ولا يستفيد به القلع، ولا طلب الأجرة للمستقل؛ لأن مثل هذه الإعارة يراد بها التأييد، فأشبه ما إذا أعارَ لِذَفْنٍ ميت لا يُمَكَّنُ من نبشه، ولا مِنْ طَلَبِ الأجره، فعلى هذا لو رفع صاحب الجُدُوعِ الجُدُوعَ، هل له إعادتها من غيرِ إِذْنِ جَدِيدٍ؟ فيه وجهان نقلهما الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ وأصحابه، ولو سقطت بنفسها فكذلك، والأصح المنع، وكذا لو سقط الجدار فبناه صاحبه بتلك الآلة؛ لأن الإذن لا يتناول إلا مرة واحدة، وإن بناه بِغَيْرِ تلك الآلة، فلا خلاف في أنه لا يعيد إلا بِإِذْنِ جَدِيدٍ؛ لأنه جدار آخر<sup>(١)</sup>، وإن رَضِيَ بِعَوْضٍ فذلك قد يكون على سَبِيلِ البَيْعِ، وقد يكون على سَبِيلِ الإِجَارَةِ، وستتكمّل فيهما من بعد.

ولو صالحه على مال لم يجز، إن فرعنا على قول الإيجاب؛ لأن من ثبت له حق لا يؤخذ منه عوض عليه، وإن فرعنا على القول الآخر صح، وليس ذلك كالصلح عن

(١) قال النووي: الخلاف في جواز الإعادة بلا إذن. فلو منعه المالك، لم يعد بلا خلاف إذ لا ضرر، كذا صرح به صاحب «التتمة». وأشار القاضي أبو الطيب أو صرح بجريان الوجهين في جواز منعه، فقال في وجه: ليس له منعه، لأنه صار له حق لازم، هذا كله إذا وضع أولاً بإذن. فلو ملكا دارين، ورأيا خشباً على الجدار، ولا يعلم كيف وضع فإذا سقط الحائط، فليس له منعه من إعادة الجُدُوعِ بلا خلاف، كذا صرح به القاضي أبو الطيب وصاحب «المهذب» و«الشامل» وآخرون، لأننا حكمنا بأنه وضع بحق، وشككنا في المجوز للرجوع. ولو أراد صاحب الحائط نقضه، فإن كان مستهدماً، جاز، وحكم إعادة الجُدُوعِ ما سبق. وإن لم يكن مستهدماً، لم يمكن من نقضه قطعاً. ينظر الروضة ٤٤٧/٣.

إِشْرَاعِ الْجَنَاحِ، لَأَنَّهُ صِلِحٌ عَلَى الْهَوَاءِ الْمَجْرَدِ.

قال الغزالي: وَإِنْ كَانَ مُشْتَرِكًا فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مَنَعٌ صَاحِبِهِ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ دُونَ رِضَاةِ، فَلَوْ تَرَاضِيَا عَلَى الْقِسْمَةِ طَوْلًا أَوْ عَرْضًا جَازًا، وَلَا يُجْبَرُ عَلَى الْقِسْمَةِ فِي كُلِّ الطُّولِ وَنِصْفِ الْعَرْضِ إِذْ يَتَعَدَّرُ الْإِنْتِفَاعُ بِوَضْعِ الْجَذُوعِ، وَكَذَا فِي نِصْفِ الطُّولِ (و) وَكُلِّ الْعَرْضِ، وَإِذَا جَرَتْ بِالتَّرَاضِيِ أَقْرَعٌ فِي الصُّورَةِ الْأَخِيرَةِ، وَالْأَوْلَى التَّخْصِصُ لِكُلِّ وَجْهِ بِصَاحِبِهِ فِي الصُّورَةِ الْأَوْلَى حَتَّى لَا تَقْضِيَ الْقَرْعَةُ بِخِلَافِهِ، وَلَا مَانِعٌ (و) فِي الْأَسَاسِ مِنَ الْإِجْبَارِ عَلَى قِسْمَتِهِ.

قال الرَّافِعِيُّ: الْقِسْمُ الثَّانِي: الْجِدَارُ الْمُشْتَرِكُ، وَالْكَلَامُ فِي ثَلَاثَةِ أُمُورٍ يَشْتَمَلُ الْفَصْلُ عَلَى اثْنَيْنِ مِنْهَا:

الأول: الانتفاع به، وليس لأحد الشريكين أن يتد فيه وتدا، أو يفتح فيه كوة، أو يترب الكتاب بترابه دون إذن الشريك كسائر الأملاك المشتركة، لا يستقل أحد الشريكين بالانتفاع بها، ويستثنى من الانتفاعات ضربان:

أحدهما: لو أراد أحدهما - أعني الشريكين - وضع الجذوع عليه، ففي إجبار الآخر الخلاف المذكور في القسم الأول بطريق الأولى.

والثانية: ما لا يقع فيه المضايقة من الانتفاعات لكل واحد منهما الاستقلال به كالاستناد، وإسناد المتاع عليه، يجوز مثله في الجدار الخالص للجار، وهو كالاستضاءة بسراج الغير، والاستقلال بجدار الغير، ولو منع أحدهما الآخر من الاستناد فهل يمتنع؟ عن الأصحاب فيه تردد؛ لأنه عناد<sup>(١)</sup>، ومن الضرب الثاني، ما إذا بنى في ملكه جداراً متصلاً للجدار المشترك، بحيث لا يقع ثقله عليه.

الثاني: قسمته إما في كل الطول ونصف العرض، أو في نصف الطول وكل العرض، ولا يفهم من الطول ارتفاعه عن الأرض فذلك سُمك، وإنما طول الجدار امتداده من زاوية البيت إلى الزاوية الأخرى مثلاً، والعرض البعد الثالث، فإذا كان طوله عشرة أذرع، والعرض ذراعاً فقسمته في كل الطول ونصف العرض هكذا؛ ليكون لكل واحد نصف ذراع في طول عشرة وقسمته بالعكس أن يجعل هكذا، ليصير لكل واحد خمسة أذرع في عرض ذراع، وأي واحد من النوعين تراضيا عليه جاز، لكن كيف يُقَسَّم؟ نقل بعض شارحي «المختصر» فيه وجهين:

(١) قال النووي: أصحهما لا يمتنع. ينظر الروضة ٤٤٨/٣.

أحدهما: أنه يُعَلَّمُ بعلامة، ويخط برسم.

**والثاني:** أنه يشق وينشر بالمناشير، وينطبق على هذا الثاني ما ذكره العراقيون: أنهما لو طَلَبَا من الحاكم القِسْمَةَ بالنُّوعِ الأول، لَمْ يُجِبْهُمَا إِلَى ذَلِكَ؛ لأن شَقَّ الجدار في الطول إتلاف لهُ وتضييع، ولكنهما يباشران القِسْمَةَ بأنفسهما، إن شاء وهو كما لو هدماه واقتسما النقض.

وإن طلب أحدهما القِسْمَةَ وامتنع الآخر نظر إن طلب النوع الأول من القِسْمَةَ فظاهر المذهب أنه لا يُجَابُ إِلَيْهَا، وذكر الإمام وطائفة أن له معنيين.

**أحدهما:** أنا لو أجبرناه لأَقْرَعْنَا، والقرعة رُبَّمَا تغير الشَّقُّ الذي يلي دَارَ زَيْدٍ لِعَمْرٍو وبالعكس، فلا يتمكن واحد منهما من الانتفاع بما صار له.

**والثاني:** أنه لا يتأتى فيه فَضْلٌ محقق، لأن غايته رسم حَظَّيْنِ بين الشقيين، ومع ذلك فإذا بنى أحدهما على مَصَارٍ له، تعدى النقل والتحمل إلى الشق الآخر، وضعف الإمام المعنى الثاني بما مر أن هذه القِسْمَةُ جَائِزَةٌ بالتراضي، وذلك يَدُلُّ على أن رَسَمَ الحِطِّ كَافٍ في القِسْمَةَ والمفاضلة، وما ذكره توجيهاً واعتراضاً مبنى على الاكتفاء بالعلامة، وترك الشق والقطع، وهو الأول من الوجهين المنقولين في حالة التَّرَاضِي، وعن صاحب «التقريب» وجه أنه يجاب الطَّالِبُ ويجبر الممتنع، لكن لا يقرع بل يخصص كل واحد بما يليه.

وأما النوع الثاني وهو قِسْمَةُ نِصْفِ الطُّولِ في كُلِّ العِرضِ فجائز بالتراضي أيضاً، وفي الإيجاب عليه وجهان.

أما الذين اعتبروا الشق والقطع فإنهم وجهوا أحدهما بأن القطع يوجب إتلاف بعض الجدار، ولا إيجاباً مع الإضرار.

**والثاني:** أن الضَّرَرَ والنقصان في هذا النوع هَيْنٌ، فأشبهه قِسْمَةَ الثُّوبِ الصَّفِيْقِ.

وأما المكتفون بِرَسَمِ الحِطِّ والعلامة، فبنوهما على المعنيين السابقين.

إن قلنا: بالأول، جَزَى الإِجْبَارُ؛ لأن كل واحد منهما يتأتى له الانتفاع بما يصير إليه.

وإن قلنا: بالثاني، فلا؛ لتعذر المفاضلة المحققة، والأشبه من الوجهين، كيف فرض التوجيه مع الإيجاب، وهو الذي أورده في الكتاب.

هذا في قِسْمَةِ الجِدَارِ نفسه.

أما: إذا انهدم، وظهرت العرصة أو كان بينهما عرصة جِدَارٍ لم يبين عليها بعد،

فطلب أحدهما قِسْمَتَهَا فِي كُلِّ الطُّولِ وَنِصْفِ الْعَرْضِ .

فإن قلنا في الجدار: إن الطالب لِيُمَثِّلُ هذه القسمة يجاب ويخصص كُلُّ واحد بالثَّقُّ الذي يليه من غير قرعه، فكذلك هاهنا وبه قال أَبُو الطَّيِّبِ بِنُ سَلَمَةَ .

وإن قلنا: لَا يُجَابُ، ثم فهاننا وجهان بنوهما على المعنيين السَّابِقِينَ .  
وإن قلنا بالأول لم يجب .

وإن قلنا: بالثاني، أجيب، وإن طلب قسمتها في نِصْفِ الطُّولِ وَكُلِّ الْعَرْضِ أُجِيبُ، لفقد المعاني المذكورة في الجِدَارِ، وإذا بَنَى الجِدَارَ وأرد أن يكون عريضاً زاد فيه من عرض بيته، والله أعلم بالصواب .

إذا عرفت ذلك فأعلم قوله في الكتاب: (ولا يجبر على القسمة في كل الطول ونصف العرض) بالواو وكذا قوله: (وكذا في نصف الطول وكل العرض).

وأما قوله: (وإذا جرت بالتراضي أقرع في الصُّورة الأخيرة، والأولى التخصيص لكل وجه بِصَاحِبِهِ في الصُّورة الأولى)، وفي الصورة الأخيرة القِسْمَةُ في نِصْفِ الطُّولِ وَكُلِّ الْعَرْضِ، والأولى هي القسمة في كل الطولِ وَنِصْفِ الْعَرْضِ، ولا يفهم من قوله: «والأولى» التخصيص بعينه على رأي ذهاباً إلى أن المراد من الأولى من خِلَافٍ في المسألة، فإن أحداً لم يذكر فيها خلافاً، بل أطلقوا الجواز لِلْقِسْمَةِ عند التراضي، والمعهود في القِسْمَةِ الْفُرْعَةَ، فإن ما أراد الإرشاد إلى أن الشريكين ينبغي أن يصيرا إلى التَّخْصِيسِ من غَيْرِ قُرْعَةٍ، فبيع كل واحد منهما ماله في الشق الذي يلي صَاحِبَهُ بما لصاحبه في الشَّقِّ الذي يليه تَحْرُزاً عَنِ تَضْيِيعِ الْمَالِ .

وأما قوله: (ولا مانع في الأساس من الإيجاب على قسمته)، فالمراد من الأساس عرصة الجدار، وجوابه وَاضِحٌ في القِسْمَةِ فِي نِصْفِ الطولِ وَكُلِّ الْعَرْضِ، وأما في الطُّولِ وَنِصْفِ الْعَرْضِ، فالذي أجاب به أحد الوجهين، وفيه وجه آخر كما قَدَّمْنَا، والأصح عند العِرَاقِيِّينَ وغيرهم ما أجاب به، والله أعلم .

قال الغزالي: وَالْقَوْلُ الْجَدِيدُ: أَنَّهُ لَا يُجْبَرُ (م ح) عَلَى الْعِمَارَةِ فِي الْأَمْلاكِ الْمُشْتَرَكَةِ، لِأَنَّهُ رَبَّمَا يَتَضَرَّرُ بِتَكْلِيفِهِ الْعِمَارَةَ، نَعَمْ لَوْ أَنْفَرَدَ الشَّرِيكَ الْآخَرَ فَلَا يَمْنَعُ لِأَنَّهُ عِنَادَ مَخْضٍ، ثُمَّ إِنْ أَعَادَ الْجِدَارَ بِالتَّقْضِ الْمُشْتَرَكِ عَادَ مِلْكَاً مُشْتَرِكاً كَمَا كَانَ، وَلَوْ تَعَاوَنَا عَلَى الْعَمَلِ فَكَمِثِلٍ، وَلَوْ أَنْفَرَدَ أَحَدُهُمَا وَشَرَطَ لَهُ الْآخَرَ أَنْ يَكُونَ ثُلُثَا الْجِدَارِ لَهُ صَحَّ، وَكَانَ سُدُسُ التَّقْضِ عَوْضاً عَنِ عَمَلِهِ الْمُضَادِّ لِمَلِكِ لِلشَّرِيكَ، وَإِذَا أَنْهَدَمَ الْعُلُوُّ وَالسُّفْلُ وَقَلْنَا: لَيْسَ لِصَاحِبِ الْعُلُوِّ إِجْبَارٌ صَاحِبِ السُّفْلِ عَلَى الْعِمَارَةِ فَلَهُ أَنْ يُعَمَّرَ بِنَفْسِهِ فَإِنْ عَمَّرَ

فَلَيْسَ (و) لَهُ مَنَعٌ صَاحِبِ السُّفْلِ مِنَ الْإِتِّفَاعِ بِسُفْلِهِ وَلَا أَنْ يُغْرَمَهُ (و) قِيَمَةَ مَا بَنَاهُ مِنَ الْجِدَارِ وَالسَّقْفِ، وَمَنْ لَهُ حَقٌّ إِجْرَاءِ الْمَاءِ فِي مِلْكِ الْغَيْرِ فَلَا يُجْبَرُ عَلَى الْعِمَارَةِ بِحَالٍ.

قال الرَّافِعِيُّ: الأمر الثالث: العمارة، فإذا هَدَمَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ الْجِدَارَ الْمُشْتَرَكِ مِنْ غَيْرِ إِذْنِ صَاحِبِهِ لاسْتِهِدَامِهِ، أَوْ مِنْ غَيْرِ اسْتِهِدَامِهِ، فِي «التَّهْدِيبِ» وَغَيْرِهِ أَنْ النَّصَّ إِجْبَارُ الْهَادِمِ عَلَى إِعَادَتِهِ، وَأَنْ الْقِيَاسُ أَنَّهُ يَغْرَمُ التَّقْضَانَ، وَلَا يُجْبَرُ عَلَى الْبِنَاءِ، لِأَنَّ الْجِدَارَ لَيْسَ بِمِثْلِي<sup>(١)</sup>، وَلَوْ اسْتِهِدَمَ الْجِدَارَ بِنَفْسِهِ أَوْ هَدَمَاهُ مَعًا، إِمَّا لاسْتِهِدَامِهِ أَوْ لِغَيْرِ اسْتِهِدَامِهِ ثُمَّ امْتَنَعَ أَحَدُهُمَا عَنِ الْعِمَارَةِ فَقَوْلَانِ:

القديم: وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ وَأَحْمَدُ فِي الْمَشْهُورِ عَنْهُمَا: أَنَّهُ يُجْبَرُ الْمَمْتَنِعُ عَلَى الْعِمَارَةِ دَفْعًا لِلضَّرْرِ عَنِ الشَّرَكَاءِ وَصِيَانَةً لِلْأَمْلاكِ الْمُشْتَرَكَةِ عَنِ التَّغْطِيلِ.

والجديد: أَنَّهُ لَا يُجْبَرُ كَمَا لَا يُجْبَرُ عَلَى زِرَاعَةِ الْأَرْضِ الْمُشْتَرَكَةِ وَكَمَا أَنَّ طَالِبَ الْعِمَارَةِ قَدْ يَتَضَرَّرُ بِامْتِنَاعِ الشَّرِيكِ، فَالشَّرِيكُ يَتَضَرَّرُ بِتَكْلِيفِ الْعِمَارَةِ، وَيَجْرِي الْقَوْلَانِ فِي الشُّهُرِ الْمُشْتَرَكِ، وَالْقَنَاةِ وَالبَثْرِ الْمُشْتَرَكَيْنِ إِذَا امْتَنَعَ أَحَدُ الشَّرَكَاءِ مِنَ التَّنْقِيَةِ وَالْعِمَارَةِ<sup>(٢)</sup>، وَهَلْ يُجْبَرُ؟ وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ يُجْبَرُ فِي الشُّهُرِ، وَالْقَنَاةِ، وَالبَثْرِ، وَلَا يُجْبَرُ فِي الْجِدَارِ، وَلَوْ كَانَ عَلُوُّ الدَّارِ لِوَاحِدٍ، وَسَفْلُهَا لِآخَرَ، فَانْهَدَمَتْ فَلَيْسَ لِصَاحِبِ السُّفْلِ إِجْبَارٌ صَاحِبِ الْعُلُوِّ عَلَى إِعَادَتِهِ، وَهَلْ لِصَاحِبِ الْعُلُوِّ إِجْبَارٌ صَاحِبِ السُّفْلِ عَلَى إِعَادَةِ السُّفْلِ لِيُنْبَى عَلَيْهِ؟ فِيهِ الْقَوْلَانِ، وَمَنْعُهُمْ مِنْ قَالَ الْقَوْلَانِ فِيمَا إِذَا انْهَدَمَ أَوْ هَدَمَاهُ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ، أَمَّا إِذَا اسْتِهِدَمَ فَهَدَمَهُ صَاحِبُ السُّفْلِ بِشَرْطِ أَنْ يَعِيدَهُ أَجْبَرُ عَلَيْهِ قَوْلًا وَاحِدًا،

(١) قال النووي: فقد ذكر صاحب «التنبيه» وسائر العراقيين، وطائفة من غيرهم، فيما إذا استهدم، فهدمه أحدهما بلا إذن، طريقتين: أحدهما: القطع بإجباره على إعادة مثله. والثاني: فيه القولان السابقان في الإيجاب ابتداءً، أحدهما عليه إعادة مثله، والثاني لا شيء. وقطع إمام الحرمين في أواخر باب «ثمرة الحائط يباع أصله» بأن من هدم حائط غيره عدواناً، يلزمه أرش ما نقص، ولا يلزمه بناؤه، لأنه ليس بمثلي، والمذهب ما نص عليه. ينظر الروضة ٤٤٩/٣.

(٢) قال النووي: لم يبين الإمام الرافعي الأظهر من القولين، وهو من المهمات، والأظهر عند جمهور الأصحاب هو الجديد. ممن صرح بتصحيحه: المحاملي، والجرجاني وصاحب «التنبيه» وغيرهم. وصحح صاحب «الشامل» القديم، وافتي به الشاشي وقال الغزالي في «الفتاوى»: الأقيس، أن يجبر. وقال: والاختيار، إن ظهر للقاضي أن امتناعه مضارة، أجبره. وإن كان لإعسار، أو غرض صحيح، أو شك فيه، لم يجبر. وهذا التفصيل الذي قاله، وإن كان أرجح من إطلاق القول بالإيجاب، فالمختار الجاري على القواعد أن لا إجبار مطلقاً. ينظر الروضة ٣/٤٥٠.

ويجري الخلاف فيما إذا طلب أحدهما اتخاذ سترة بين سطحيهما، هل يجبر الآخر على مُسَاعَدَتِهِ؟<sup>(١)</sup>.

التفريع: إن قلنا بالقديم وأصَرَ الممتنع، أنفق الحاكم عليه من ماله، فإن لم يكن لِمَالٍ استقرض عليه، أو أذن للشريك في الإنفاق عليه من ماله، ليرجع على الممتنع إذا وُجِدَ لَهُ مَالٌ، فإن استقل به هَلْ لَهُ الرَّجُوعُ؟ أشار المزني فيه إلى قَوْلَيْنِ وعن الأصحاب فيه طُرُق.

أظهرها: وبه قال ابْنُ خَيْرَانَ وَابْنُ الْوَكِيلِ: القطع بعدم الرجوع، وحمل نص الرجوع على ما إذا أنفق بالإذن.

والثاني: أن القول بِعَدَمِ الرجوع تفريعٌ على الجديد والقول بالرجوع تفريعٌ على القديم الذي عليه نفع، وبه قال ابْنُ الْقَطَّانِ.

والثالث: أنا إن قلنا بالقديم رَجَعَ لَا مَحَالَّةً.

وإن قلنا: بالجديد فقولان، ونقل الإمامُ وجهاً فارقاً بين أن يمكنه عند البناء مراجعة الحاكم فلا يرجع، أو لا يمكنه فَيَرْجِعُ، وإلى هذا منعه، ثم إذا أعاد الطَّالِبُ البِنَاءَ نظر إن أعاده بالآلة القَدِيمَةَ فالجدار بينهما كما كان في السفل في الصورة الأخرى، لصاحب السفل كما كان، وليس لصاحب العلو نقضه ولا منعه من الانتفاع بِمِلْكِهِ، وإن بناه بألة من عِنْدِهِ فالبناء له، ويتمكن من نَقْضِهِ، ولو قال الشريك: لا تنقض وأنا أغرم لك نِصْفَ الْقِيَمَةِ لم يجز له النقض؛ لأننا على هذا القول يجبر الممتنع على ابتداء العِمَارَةِ، فلأن نجبره على الاستدامة كَانَ أَوْلَى.

وإن قلنا بالجديد فلو أراد الشريك المطالب الانفراد بالعِمَارَةِ نظر إن أراد عِمَارَةَ الجِدَارِ بالنقض المُشْتَرَكِ وأراد صاحب العُلُو إعادة السفل بنقض صَاحِبِ السفل أو بألة مشتركة بينهما فللآخر منعه وإن أراد بناء بألة من عِنْدِهِ فله ذَلِكَ؛ ليصل إلى حَقِّهِ، كما لو سقطت جذوعه الموضوعه على الجِدَارِ المُشْتَرَكِ ينفرد بإعادتها، ثم المعاد ملكه يَضَعُ عَلَيْهِ مَا شَاءَ، وينقضه إِذَا شَاءَ، فلو قال شريكه: لا تنقض الجدار لأغرم لك نصف القيمة، أو قال صَاحِبِ السفل: لا تنقض لأغرم لك القيمة لم تلزمه إجابهته على هذا القول، كابتداء العِمَارَةِ، ولو قال صَاحِبِ السفل أنقض ما أعدته لأبنية بألة نَفْسِي، فإن كان قد طالبه بالبناء، فَلَمْ يَجِبْ لَمْ يَجِبِ الْآنَ إلى ما يقوله، وإن لم يطالبه وقد بنى علوه عليه فكذلك لَا يُجَابِ، ولكن له أن يملك السفل بالقيمة، ذكره في «المهذب»،

(١) قال النووي: قال أصحابنا: ويجريان فيما لو كان بينهما دولاب وتشعث واحتاج إلى إصلاحه.



وإن لم يَبْنِ عليه العلو بعد أَجِيب صَاحِبُ السَّفَلِ، ومهما بنى الثَّانِي بأَكة نفسه فله منع صاحبه من الانتفاع بالعلو بِفَتْح كوة و غرز وَتَدِ ونحوهما، وليس له منع صاحب السفلى من السَّكْنَى، فَإِن العَرَضَة مَلَكَه، وعن صاحب «التقريب» وجه في المنع من السكني أيضاً، والمذهب الأول.

ولو أنفق على البئر والنهر فليس له مَنَع الشريك من سَقْي الزَّرْع والانتفاع بالماء، وله منعه من الانتفاع بالدُّوْلَابِ، والبَكَرَة المحدثين، ولو كان للممتنع على الجدار الذي انهدم جذوع وأراد إعادتها بعد ما بناه الطالب بأَكة نفسه، فعلى الثَّانِي تمكينه، أو نقض ما أعاده، يبنى معه الممتنع، ويعيد جُدُوعه والله أعلم.

بقي في الفصل صورتان:

إحداها: إذا بان أن الجَدَارَ المشترك لو انفرد أحدهما بإعادته بالنقض المشترك يعود مشتركاً كما كان، فلو تعاونوا على إعادته كان أولى أن يعود مشتركاً، فلو شرطاً مع التعاون زيادة لأحدهما لم يجز؛ لأنه شرط عوض من غير معوض، فإنهما متساويان في العمل وفي الجدار وعرضته، وعن صاحب «التقريب» وجه أنه يجوز ذلك لِتَرْضَائِهِمَا، حتى لو باع أحد شريكي الدَّارِ على السواء نصيبه من الدَّارِ بثلث الدَّارِ من نصيب صاحبه قال: يصح وتصير الدار بينهما أثلاثاً، واستبعد الإمام ما ذَكَرَهُ، وقال: لو باع أحدهما نصفه بنصف صاحبه لم يقدر ذلك بيعاً، ولم تُرْتَبْ عَلَيْهِ أحكام البيع، وهذه الصورة قد ذكرناها في البيع، وبيننا أن الأظْهَرُ فيها الصَّحَّةُ، وقياسه صحة بيع أحدهما نصفه بالثُلُثِ من نصف الآخر، ولا يلزم منه صِحَّة الشرط فيما نحن فيه؛ لأن الموجود هو البناء بشرط الزيادة لأحدهما، ومجرد الشَّرْطِ والرضى بالتفاوت لا يغير كيفية الشَّرْكَة القديمة، إلا أن البناء بِالْإِذْنِ والشرط يقام مقام البيع والإجارة للمسائل المذكورة على الإثر.

ولو انفرد أحد الشريكين بالبناء بالنقض المشترك بإذن صاحبه بشرط أن يكون له الثلثان جاز، والسدس الزائد يكون في مقابلة عَمَلِهِ في النُّصْفِ الآخر، هكذا أطلقوه، واستدرك الإمام، فقال: هذا مصور فيما إذا شرط له سدس النقص في الحَالِ، لتكون الأجرة عتيقة.

فأما إذا شرط السدس الزائد له بعد البناء لم يَصِح، فإن الأعيان لا تؤجل.

ولك أن تزيد فتقول: التصوير وإن وقع فيما ذكره، وجب أن يكون الحُكْمُ فيه كالحكم فيما إذا شرط للمرضع جُزْءاً من الرقيق المرتضع في الحَالِ، ولقاطف الثمار جزءاً من الثَّمَارِ المقطوفة في الحَالِ ونظائرهما، لأن عمله يقع على ما هو مشترك بينه وبين غيره، وسيأتي الكلام فيها في الإجارة.

ولو بناه أحدهما بألة نفسه بإذن الآخر بشرط أن يكون ثلثا الجدار له، فقد قابلت تلك الآلة المملوكة له وعمله فيه بسدس العرضة المبني عليها، وفي صحة هذه المعاملة قولان؛ لجمعهما بين مختلفي الحكم وهما: البيع والإجارة، ولا يخفى أن شرط الصحة العلم بالآلات، وبصفات الجدار، فإنه يعود فيها النظر إلى شرط تلك التقصير في الحال، أو بعد البناء.

الثانية: إذا كان له حق إجراء الماء في ملك الغير، فانهدم ذلك الملك، لم يجب على مستحق الإجراء مشاركته في العمارة، لأن العمارة تتعلق بتلك الأغيان وهي لمالكها، لا يشترك المستحق الإجراء فيها، وإن كان الانهدام بسبب الماء ففيه احتمال عند الإمام، قال: والظاهر أنه لا عمارة عليه أيضاً؛ لأنه ليس بمالك، والانهدام تولد من مستحق. ولتتكلم الآن فيما يحتاج إليه من ألفاظ الكتاب.

قوله: (لا يجبر على العمارة في الأملاك المشتركة) يجوز إعلامه بالميم والألف، بل بالحاء أيضاً، لما قدمنا من مذاهبهم.

وقوله: (نعم، لو انفرد الشريك الآخر فلا يمنع) يشعر بتمكينه من العمارة، سواء عمر بالنقض المشترك، أو بخاص ملكه، وقد صرح بذلك في «الوسيط»، وكذا الإمام، لكن الظاهر من الثقل ما قدمناه وهو أنه إن أعاد بألة نفسه فلا يمنع، وإن أراد العمارة بالنقض المشترك، فلصاحبه المنع إذا فرغنا على الجديد، وهو المتوجه من جهة المعنى فإنه المالك، وقد يريد صرّفه إلى غير تلك العمارة.

وقوله: (وشرط له الآخر أن يكون ثلثا الجدار له) ظاهره التصوير فيما إذا شرط السدس الزائد بعد البناء؛ لأنه حينئذ يسمى جداراً، لكن عرفت في المباحثة التي مرت أن ذلك غير جائز، فليؤول اللفظ.

وقوله: (وإذا انهدم العلو والسفل وقلنا: ليس لصاحب العلو إجبار صاحب السفلى) إشارة إلى أن القولين في الإجبار على العمارة في الأملاك المشتركة يجريان في أن صاحب السفلى هل يجبر على إعادة السفلى الخالص له؟ وله: (فله أن يعمر بنفسه) فيه، مثل هذا الكلام الذي ذكرناه في قوله، (نعم لو انفرد الشريك الآخر فلا يمنع).

وقوله: (فليس له صاحب السفلى من الانتفاع بسفله) إن حمل على ما إذا أعاد بالنقض المشترك، فذاك، وإن أجرى على إطلاقه فليحمل الانتفاع على السكنى في عرصته، فإن الانتفاع بالجدار غير سائغ على ما تقدم، ثم ليعلم بالواو للوجه المحكى عن صاحب «التقريب».

وقوله: (ولا أن يغرمه) مفرع في لفظ الكتاب على القول الجديد في مسألة السفلى

والعلو، والحكم بعدم<sup>(١)</sup> الرجوع على ظاهر المذهب لا يختلف بالقولين.

قال الغزالي: أما السقف الحائل بين العلو والسفل يجوز لصاحب العلو الجلوس عليه وإن كان مشتركاً للضرورة، وكذا إن كان مستخلصاً لصاحب السفل، وإنما يتصور ذلك بأن يبيع صاحب السفل حق البناء على سقفيه من غيره فيصح (ز) هذه المعاملة وهي بيع فيها مشابهة الإجازة، ولا يجوز بيع حق الهواء لإشراع جناح من غير أصل يمتد به البناء، ويجوز بيع حق مسيل الماء ومجرأه، وحق الممر وكل الحقوق المقصودة على التأييد، ويجب أن يذكر قدر البناء وكيفية الجدار لاختلاف الغرض في تناقله، ولو باع حق البناء على الأرض لم يجب (و) ذلك، ومهما هدم صاحب السفل السفل لم ينفسخ البيع لأنه مخالف للإجازة ولكن يغرّم له قيمة البناء للحيلولة، فإذا أعاد السفل استرد القيمة.

قال الرافعي: كما أن الجدار الحائل بين مالكين تارة يكون مشتركاً بين المالكين، وتارة يكون خالصاً لأحدهما، فكذلك السقف الحائل بين العلو والسفل المملوك، كل واحد منهما لواجب قد يكون مشتركاً بينهما، وقد يكون خالصاً لأحدهما، وحكم القسمين في الانتفاع يخالف حكمهما في الجدار، فيجوز لصاحب العلو الجلوس ووضع الأثقال عليه على الاعتياد، ولصاحب السفل الاستظلال والاستكنان به، لأننا لو لم نجوز ذلك لعظم الضرر، وتعطلت المنافع، وهل لصاحب السفل تعليق الأمتعة فيه؟  
أما: ما ليس ثقیلاً يتأثر السقف به، كالثوب ونحوه فلا منع به، بل هو كالاستناد إلى الجدار. وأما: غيره ففيه وجهان:

أحدهما: أنه غير جائز، إذ لا ضرورة فيه، بخلاف الاستظلال.

وأظهرهما: أنه يجوز على الاعتياد تسوية بين صاحب العلو وصاحب السفل في تجويز تثقيب السقف، وعلى هذا فوجهان:

أحدهما: أن التعليق الجائز هو الذي لا يحتاج إلى إثبات وتد في السقف.

وأظهرهما: أنه لا فرق، وقال الشيخ أبو محمد: فإن قلنا: ليس له إثبات الوند والتعليق منه، فليس لصاحب العلو غرز الوند في الوجه الذي يليه، إذ لا ضرورة إليه، وإن جوزناه لصاحب السفل ففي جوازه لصاحب العلو وجهان، لندره حاجته إليه بخلاف التعليق.

(١) في ب بعد.

إذا تقرر ذلك فتصوير القسم الأول وهو أن يكون السقف مشتركاً، وأما إذا كان خالصاً لأحدهما، فصورة خلوصه لصاحب العلو أن يكون لِرَجُلٍ جداران متقابلان، فيأذن لِغَيْرِهِ في وضع الجُدُوع عليهما، والبناء على تلك الجُدُوع بِعَوَضٍ أو غير عوض، فإذا فعل ذلك كان السقف لِصَاحِبِ العُلُو، وصورة خلوصه لصاحب السفلى، أن يأذن لِغَيْرِهِ في البناء على سَقْفٍ ملكه بِعَوَضٍ أو بِغَيْرِ عوض فيبنى عليه، وإلى هذا أشار بقوله: (وإنما يتصور ذلك بأن يبيع صاحب السفلى حق البناء على سقفه من غيره)، ولما جرى ذكر هذا التصرف، وهو من المَسَائِلِ المقصودة في الباب، اندفع في بيانه وبيان ما يناسبه، ونحن نشرحه في مسألتين، ولا نبالي بما يحتاج إليه من تَقْدِيرٍ مُؤَخَّرٍ في سياق الكتاب وتأخيرٍ مُقَدِّمٍ.

**المسألة الأولى:** إذن المالك لِغَيْرِهِ في البناء على ملكه قد يكون بِغَيْرِ عوض، وهو الإعارة، وقد يكون بِعَوَضٍ.

فمن صورة أن يُكْرِى أرضه، أو رأسَ جِدَارِهِ، أو سقفه مدة معلومة، بأجرة معلومة فتجوز، وسبيله سبيل سَائِرِ الإِجَارَاتِ.

ومنها: أن يأذن فيه بصيغة البَيْعِ وبيِّن الثَّمَنِ، فهو صحيح خلافاً لِلْمُزْنِيِّ، ولأبي حنيفة أيضاً فيما حَكَاهُ القَاضِي الرُّوْيَانِيُّ، ثم يتصور ذلك بلفظتين.

إحدهما: أن يبيع سَطْحَ البيت أو علوه للبناء عليه بِثَمَنِ مَعْلُومٍ.

**والثانية:** أن يبيع حق البناء على مَلِكِهِ، والأولى هي لفظة الشَّافِعِيِّ وعامة الأصحاب - رحمهم الله - والثانية: لفظة الإمام وصاحب الكتاب، ويتلخص الغَرَضُ بمباحثتين:

إحدهما: أن المراد من اللفظتين شَيْءٌ وَاحِدٌ، وإن كان ظَاهِرُ اللفظ يُشْعِرُ بالمغايرة، لأن بيع العُلُو للبناء، إما أن يراد به جملة السقف فَلْيُخْرِجْ على التَّفْصِيلِ الذي مَرَّ في البيع، وأيضاً فإنهم صوروا فيما إذا اشْتَرَى ليبنى عليه، ومن اشترى شيئاً انتفع به بِحَسَبِ الإمكان، ولم يحتج إلى التَّعَرُّضِ للارتفاع به.

**والثانية:** ما حقيقة هذا العقد، أبيع هو أم إجارة؟ إن كان بيعاً فليعد ملك عين كسائر البيوع، فإن كان إجارةً فليشترط التأقيت كسائر الإجازات.

**والجواب:** أن الأصحاب اختلفوا فيه، فقال قائل: وهو بيع، ويملك المشتري به مواضع رؤوس الجذوى، وهذا يدفع الإلزام، لكنه مشكل لما ذكرنا في المباحثة الأولى.

**والصحيح:** أنه لا تملك به عَيْنٌ، وعلى هذا فَوَجْهَانِ:

أحدهما: أنه إجارة وإنما لم يشترط تقدير المدة لأن العقد الوارد على المنفعة تتبع فيه الحاجة، وإذا اقتضت الحاجة التأييد أيد على خلاف سائر الإجازات والتحق بالنكاح، ونسب صاحب «البيان» هذا الوجه إلى ابن الصَّبَّاح.

وأظهرهما: أنه ليس بإجارة مَحْضَة، ولكن فيه سَائِيَة الإجارة وهي أن المستحق به منفعة، وشائبة البيع، وهي أن الاستحقاق فيه على التأييد، فكأن الشَّرْع نظر إلى أن الحَاجَة تمس إلى ثبوت الاستحقاق المؤيَّد في مرافق الأملاك وحقوقها، مساسها إلى ثبوت الاستحقاق المؤيَّد في الأعيان، فيجوز هذا العقد، وأثبت فيه شبهاً من البيع وشبهاً من الإجارة، وهذا معنى قوله في الكتاب: (وهي بيع فيها مشابهة الإجارة)، وإذا قلنا: إنه لا تملك به عين، فلو عقد بلفظ الإجارة، ولم يتعرض للمدة فوجهان:

أشبههما: أنه ينعقد أيضاً؛ لأنه يخالف البَيْع في قَضِيَّة كما يخالف الإجارة في أخرى، فإذا انعقد بلفظ البيع لتوافقهما في قضية انعقد بلفظ الإجارة لتوافقهما في أخرى، فإذا جرت هذه المُعاملة، وبنى المشتري عليه، لم يكن للبائع أن يكلفه النَّقْص، ليغرم له أَرَش النَّقْصان، ولو انهدم الجدار والسقف بعد بِنَاء المشتري عليه وأعاد مَالِكه، فللمشتري إعادة البناء بتلك الآلات، أو بمثلها، ولو انهدم قبل البناء فللمشتري البناء عليه إذا أعاده، وهل يجبره على إعادته؟ فيه الخِلاف السابق: ولو هَدَمَ صاحب السفلى أو غير السفلى قبل بناء المشتري فعلى الهادم قيمة حق البناء؛ لأنه حال بينه وبين حَقّه بالهدم، فإذا أعاد مَالِك السفلى استرد الهادم القيمة؛ لأن الحيلولة قد ارتفعت، فلا يغرم أجره البناء لِمُدَّة الحيلولة، ولو كان الهدم بعد البِنَاء فالقياس أن يُقال:

إن قلنا: إن من هدم جدار الغير يلزمه إعادته، فعليه إعادة السفلى والعُلُو.

وإن قلنا: يلزمه أَرَش النَّقْص، فعليه أَرَش نَقْص الآلات وقيمة حق البناء للحيلولة، وبالجملة فلا تنفسخ هذه المعاملة بما يعرض من الهدم والانهدام من جهة التحاقها بالبيع، ثم سواء جرى الإذْن في البناء بعوض، أو لا بعوض، فيجب بيان قدر الموضع المبني عليه طولاً وعرضاً، ويجب مع ذلك إن كان البناء على الجِدَار أو السُّطْح بيان سُمْك البناء وطوله وعرضه، وكون الجدران مُنْسَدَة، أو خالية الأَجْواف، وكيفية السُّقْف المحمول عليها، لأن الغرض يختلف، ولا يحتمل الجدار أو السقف كُلُّ شَيْءٍ، وحكى القاضي الزَّوْيَانِي وجهاً: أنه إذا أُطلق ذكر البِنَاء كفى، وحمل على ما يحمله المبنى عليه، ولا يشترط التعرض لِوَزْن ما بينه عليه؛ لأن الإعلام في كل شيء على ما يليق به ويعتاد فيه، وعن الشَّيْخ أَبِي مُحَمَّدٍ أن بعضهم يشترطه، ولو كانت الآلات حاضرة أغنت مُشَاهَدَتُهَا عَنْ كُلِّ وَضْفٍ وَتَغْرِيفٍ، وإن أذن في البناء على أرضه لم يجب ذكر سُمْك البناء وكيفيته؛ لأن الأرض تحمل كُلُّ شَيْءٍ، وفيه وجه آخر يذكر مع

الأول في باب الإجارة أنه يجب؛ لأن بتقدير القلع والتفريغ عند انقضاء مدة الإجارة، أو الرجوع عن الإجارة تطول مدة التفريغ وتقتصر بحسب كثرة النقض وقلته، ويختلف الغرض بذلك.

فرع: ادعى بيتاً في يد غيره، فأقر له به وتصالحاً على أن يبني المقر على سطحه جازاً ذلك، وقد أعاره المقر له سطح بيته للبناء، ولو كان تنازعهما في سفله، والعلو مسلم للمدعى عليه، فأقر للمدعى بما ادعى، وتصالحاً على أن يبني المدعى على السطح، ويكون السفلى للمدعى عليه جاز، وذلك بيع السفلى بحق البناء على العلو.

المسألة الثانية: من احتاج إلى إجراء ماء المطر من سطحه على سطح غيره، أو إجراء ماء في أرض الغير لم يكن له إجبار صاحب السطح والأرض عليه، وروى البندنجي وغيره عن القديم قولاً أنه يجبر، والمذهب الأول، فإن أذن فيه بإجارة أو بيع أو إجارة جاز، ثم في السطح لا بد من بيان الموضوع الذي يجري عليه الماء؛ والسطوح التي ينحدر منها الماء إليه، ولا بأس بالجهل بالقدر من ماء المطر؛ لأن ذلك مما لا يمكن معرفته، وهذا عقد جواز للحاجة، وإذا أذن وبين ثم بنى على سطحه ما يمنع الماء، فإن كان عارية فهو رجوع، وإن كان بيعاً أو إجارة، فللمشتري أو المستأجر ثقب البناء وإجراء الماء فيه، وأما في الأرض فقد قال في «التهديب»: لا حاجة في العارية إلى بيان؛ لأنه إذا شاء رجع، والأرض تخمّل ما يحمل، وإن أجز وحب بيان موضع الساقية وطولها وعرضها وعمقها، وتقدير المدة، قال في «الشامل»: ولا بد وأن تكون الساقية محفورة، فإن المستأجر لا يملك الحفر، وإن باع وحب بيان الطول والعرض، وفي العمق وجهان: بناء على أن المشتري يملك موضع الجريان، أو لا يملك إلا حق الإجراء، وإيراد الناقلين يميل إلى تزجيج الأول، وهذا إذا كان لفظ البيع: بعث منك مسيل الماء، فإن قال: حق مسيل الماء، فكذلك صور القفال، فهو كبيع حق البناء، ويجيء في حقيقة العقد ما مر في بيع حق البناء، وفي المواضع كلها ليس له دخول الأرض بغير إذن مالكها، إلا أن يريد تنقية النهر، وعليه أن يخرج من أرضه ما يخرج من النهر.

والمأذون في إجراء ماء المطر ليس له إلقاء الثلج، ولا أن يترك الثلج حتى يذوب ويسيل إليه، ولا أن يجري فيه ماء يغسل به ثيابه وأوانيّه، بل لا يجوز أن يصلح على ترك الثلج على السطح، أو إجراء الغسالات على مال؛ لأن الحاجة لا تدعو إلى مثله، وفي الأول صرر ظاهر.

والثاني: مجهول، والمأذون في إلقاء الثلج ليس له إجراء الماء، وتجوز المصالحة على قضاء الحاجة في حق الغير على مال، وكذا على جمع الزبالة والقمامة في ملكه،

وهي إجارة يراعى فيها شرائطها، وكذا المصالححة عن البيتوتة على سطح الجار، ثم لو باع مستحق البيتوتة منزله، فليس للمشتري أن يبيت عليه، بخلاف ما إذا باع مستحق إجراء الماء على سطح الغير مدة بقاء داره فإنه يستحق للمشتري الإجراء بقية المدة؛ لأن إجراء الماء من مرافق الدار دون البيتوتة.

وقوله في الكتاب: (ولا يجوز بيع حق الهواء لإشراع جناح) هذه المسألة احتج بها المُرني، للمنع من بيع حق البناء، وفرق الأصحاب بأن ذلك اعتياض عن مجرد الهواء، وحق البناء تعلق بعين الموضع المبني عليه، حتى لو صالحه عن موضع الجدوع المشرعة على جداره صح، ولهذا يجوز إكراء المالك للبناء بالاتفاق، ولا يجوز إكراء الهواء، وكل حق يتعلق بغبر<sup>(١)</sup> مجرى الماء والممر، فهو كحق البناء بلا فرق.

وقوله: (حق مسيل الماء ومجراه)؛ اللفظتان متقاربتان، ويمكن حمل المسيل على الموضع الذي ينحدر إليه الماء، ويقف إلى النضوب، والمجرى على الموضع الذي يجري فيه الماء. وقوله: (وكل الحقوق المقصودة على التأييد)، فيه إشعار بأن الحقوق المتعلقة بالأغنيان لما كانت مقصودة على التأييد ألحقت بالأغنيان حتى استغنى العقد الوارد عليها عن التأييد.

فرع: لو خرجت أغصان شجرته إلى هواء ملك الجار، فللجار أن يطالبه بإزالتها، فإن لم يفعل فله تحويلها عن ملكه، فإن لم يمكن فله قطعها، ولا يحتاج فيه إلى إذن القاضي، وفيه وجه ضعيف، ولو صالحه على إبقائها بعوض لم يجز إن لم يستند الغصن إلى شيء، لأنه اعتياض عن مجرد الهواء، وإن استند إلى جدار فإن كان بعد الجفاف جاز، وإن كان رطبا فلا؛ لأنه يزيد ولا يعرف قدر ثقله وضرره، وعن طائفة من أصحابنا البصريين، أنه يجوز وما ينمو يكون تابعا، وانتشار العروق كانتشار الأغصان، وكذلك مثل الجدار إلى هواء الجار، قاله الإسطخري.

قال الغزالي: الفصل الثالث في التنازع وفيه ثلاث مسائل: الأولى - لو ادعى رجل على رجلين داراً وهي في يدهما فكذب أحدهما وصدقه الآخر فصالح المصدق على مال فأراد المكذب أخذه بالشفعة إن ادعى عليهما عن جهتين جاز، وإن ادعى عن جهة واحدة من إزب أو شراء فلا، لأنه كذب في استحقاقه فالصلح باطل بقوله، وفيه وجه أنه يأخذه.

قال الرافعي: كلام الفصل في ثلاث مسائل:

(١) قال النووي: هذا الذي اختاره هو الصواب وقد قطع به هكذا القاضي أبو الطيب في تعليقه. ينظر

الأولى: إذا ادعى رجل على رجلين داراً في أيديهما فصدقه أحدهما وكذبه الآخر ثبت له النصف بإقرار المصدق، والقول قول المكذب في إنكاره، فلو صالح المدعي المقر على مال، فأراد المكذب أخذه بالشفعة هل له ذلك؟ اختلف طرق الناقلين في الجواب، قال الشيخ أبو حامد وقوم: إن ملكها في الظاهر بسببين مختلفين فله ذلك؛ لأنه لا تعلق لأحد الملكين بالآخر، وإن ملكها بسبب واحد من إرث أو شراء فوجهان:

أحدهما: المنع؛ لأن الدار يزعم المكذب أنها ليست للمدعي، فإن في ضمن إنكاره تكذيب المدعي في نصيب المقر أيضاً، وحينئذ يكون الصلح باطلاً.

وأظهرهما: أن له الأخذ لحكمنا في الظاهر بصحة الصلح وانتقال الملك إلى المقر، ولا يبعد انتقال نصيب أحدهما إلى المدعي دون الآخر، إن ملكه بسبب واحد، وهذا الطريق هو الذي أورده الإمام والمصنف في «الوسيط» لكنهما جعلاً أظهر الوجهين المنع وفي أصل الطريقة إشكال؛ لأننا لا نحكم بالملك إلا بظاهر اليد، ولا دلالة لليد على اختلاف السبب واتحاده فيما يعرف الحاكم الاختلاف والاتحاد، وإلى قول من يرجع ومن الذي يقيم البيئة عليه، وقال صاحب الكتاب هاهنا: إن ادعى عليهما عن جهتين فللمكذب الأخذ بالشفعة، وإن ادعى عن جهة واحدة ففيه الوجهان، وفيه وقفات أيضاً، وقصور عن الوفاء بالجواب، لأن المدعي ليس من شرطه التعرض لسبب الملك، ويتقدير تعرضه له فليس من شرط الإنكار نفي السبب بل يكفي نفي الملك ويتقدير تعرضه فلا يلزم من تكذيبه المدعي في قوله: ورثت هذه الدار، زعم أنه لم يرث نصفها، وقال ابن الصباغ: إن اقتصر المكذب على أنه لا شيء لك في يدي أو لا يلزمني تسليم شيء إليك أخذ بالشفعة، وإن قال مع ذلك: وهذه الدار ورثناها ففيه الوجهان: وهذا أقرب الطرق على أن قوله: ورثناها لا يقتضي بقاء نصيب الشريك في ملكه، بل يجوز انتقاله إلى المدعي، فليقطع بجواز الأخذ بالشفعة، إلا أن يتعرض لكون الشريك مالكاً في الحال<sup>(١)</sup>. هذا إذا ادعى رجل على رجلين.

ولو ادعى رجلان داراً في يد رجل فأقر لأحدهما بنصفها نظر، إن ادعى أنهما ورثاها شارك المكذب المصدق فيما سلمه المدعي عليه؛ لأن الإزث يقتضي شيوع التركة بين الورثة، فيما يخلص يكون بينهما، وصار كما لو تلف بعض التركة وحصل البعض هذا إذا لم يتعرض لقبض الدار، أما إذا قال: قبضناها وورثناها ثم غصبتها منا فوجهان:

(١) قال النووي: هذا الذي اختاره هو الصواب وقد قطع به هكذا القاضي أبو الطيب في تعليقه. ينظر



منهم من قال: يشاركه أيضاً؛ لأن إيجاب الإِرْثِ الشَّيْوَغَ لا يختلف، ويحكى هذا عن أبي حنيفة ومالك - رضي الله عنهما - وقال الأكثرون: لا يشاركهم لأن الشركة إذا حصلت في يَدِ الْوَرَثَةِ، صَارَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ قَابِضاً لِحَقِّهِ، وانقطع حَقُّهُ عَنْهُ عَمَّا فِي يَدِ الْآخَرِينَ، ألا ترى أنه يجوز أن يطرأ الغصب على نَصِيبِ أَحَدِهِمَا خَاصَّةً بِأَنْ تَزَالَ يَدُهُ، فَإِنَّ الْمَغْضُوبَ لَا يَكُونُ مَشْتَرِكاً بَيْنَهُمَا، وإن ادعى الاستحقاق بجهة غير الإرث من شراء وغيره، إن لم يقلوا: اشترينا معاً، أو اتهبنا معاً، لم يشارك المُكذَّبُ المصدق، بل هو كما لو عين هذا جهة وهذا غيرَها، وإن قالوا: اشترينا معاً، أو اتهبنا معاً وقبضنا فوجهان:

أظهرهما: وبه قال الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ وَأَصْحَابُهُ وَتَابِعُهُمُ الْقَاضِي حَسِينٌ: أن الحكم كما ذكرنا في الإِرْثِ.

والثاني: وَيُحْكَى عَنْ أَبِي عَلِيٍّ بْنِ أَبِي هُرَيْرَةَ وَالطَّبْرِيِّ، وبه قال القَاضِي ابْنُ كَيْجٍ وَالشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ أَنَّهُ لَا يَشْرِكُ؛ لِأَنَّ تَعَدُّدَ الْمُشْتَرِي يَقْتَضِي تَعَدُّدَ الْعَقْدِ، فَهُوَ كَمَا لَوْ مَلَكَا بَعْقَدَيْنِ، وَلَوْ لَمْ يَتَعَرَّضَا لِسَبَبِ الْاِسْتِحْقَاقِ أَصْلًا فَلَا شَرِكَةَ بِحَالٍ، نَصَّ عَلَيْهِ فِي «المختصر»، وحيث قلنا بالشركة في هذه الصورة فلو صالح المُصَدِّقُ المُدْعَى عَلَيْهِ عن المقر به على مَالٍ نَظَرَ إِنْ صَالِحَ بِإِذْنِ الشَّرِيكِ صَحَّ، وَإِلَّا بَطَلَ فِي نَصِيبِ الشَّرِيكِ، وَفِي نَصِيْبِهِ قَوْلَا تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ، وَعَنْ بَعْضِ الْأَصْحَابِ تَصْحِيحُ الصُّلْحِ فِي جَمِيعِ الْمَقْرَبِ، لِنَوَاقِفِ الْمُتَعَاقِدِينَ وَتَقَارِبِهِمَا وَهُوَ ضَعِيفٌ.

ولو ادعى داراً في يده فأقر لأحدهما بجمعها فالجواب أنه إن وجد من المقر له في الدعوى ما يتضمن إقراراً لصاحبه بأن قال: الدار بيننا وما أشبه ذلك شاركه صاحبه فيها، وإن لم يوجد بل اقتصر على دَعْوَى النصف نظر إن قال بعد إقرار المدعى عليه بالكل: الكل لي سلم الكلُّ لَهُ، ولا يلزم من ادعائه النصف، أن لا يكون الباقي له لجواز أن لا تساعده البينة في الحال إلا على النصف، أو يخاف الجحود الكلِّي لو ادعى الكل، وإن قال: النصف الآخر لصاحبي سلم إليه، وإن لم يثبت نفسه ولا لصاحبه فيترك في يد المدعى عَلَيْهِ، أو يحفظه القَاضِي، أو يسلم إلى صاحبه الذي يدعيه؟ فيه أوجه:

أصحها: أولها، وهل بتوجيهها تذكر في موضعها.

قال الغزالي: الثَّانِيَةُ - تَنَازَعًا جِدَارًا حَائِلًا بَيْنَ مَلَكَتَيْهِمَا فَهُوَ فِي أَيْدِيهِمَا، فَلَوْ كَانَ وَجْهُ الْجِدَارِ أَوْ الطَّاقَاتُ أَوْ مَعَاقِدُ الْقُمُطِ إِلَى أَحَدِهِمَا لَمْ يُجْعَلْ (م) صَاحِبُ يَدٍ؛ لِأَنَّ كَوْنَهُ حَائِلًا بَيْنَهُمَا عَلَامَةٌ ظَاهِرَةٌ لِلِاشْتِرَاكِ فَلَا يُغَيَّرُ بِمِثْلِهِ، وَكَذَلِكَ (ح) لَوْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا

عَلَيْهِ جُدُوعٌ، بِخِلَافِ مَا لَوْ شَهِدَتْ بَيِّنَةٌ لِأَحَدِهِمَا بِالْمَلِكِ فِي الْجِدَارِ يَصِيرُ (و) صَاحِبَ يَدٍ فِي الْأَسِّ إِذْ لَيْسَ فِيهِ عِلَامَةٌ لِالِاشْتِرَاكِ، وَكَذَا رَاكِبُ الدَّابَّةِ مَعَ الْمُتَمَلِّقِ بِلِجَامِهَا مُخْتَصِّصٌ بِالْيَدِ إِذْ لَيْسَ ثَمَّةَ عِلَامَةٌ قَوِيَّةٌ فِي الِاشْتِرَاكِ فَالرُّكُوبُ ظَاهِرٌ فِي التَّخْصِيصِ، أَمَّا وَضْعُ الْجُدُوعِ فَرِيزَادَةٌ أُنْتَفَاعُ فَهُوَ كَرِيزَادَةُ الْأَثْمَشَةِ فِي الدَّارِ، وَكَذَلِكَ إِذَا تَنَازَعَ صَاحِبُ الْعُلُوِّ وَالسُّفْلِ فِي السَّقْفِ فَهُوَ فِي يَدَيْهِمَا (ح م) إِلَّا إِذَا كَانَ بِحَيْثُ لَا يُمَكِّنُ إِحْدَاهُ بَعْدَ بِنَاءِ الْعُلُوِّ فَيَكُونُ مُتَّصِلًا بِجِدَارِ صَاحِبِ السُّفْلِ اتِّصَالًا تَرْصِيفِ وَهُوَ عِلَامَةٌ الْيَدِ، وَكَذَا الْجِدَارُ الْمُتَنَازِعُ فِيهِ إِذَا اتَّصَلَ بِأَحَدِهِمَا اتِّصَالًا تَرْصِيفِ كَانَ هُوَ صَاحِبَ الْيَدِ.

قال الرَّافِعِيُّ: في المسألة صورتان:

إحدهما: إذا تنازعا جداراً حائلاً بين ملكيهما، فله حالتان:

الأولى: أن يكون متصلاً ببناء أحدهما دون الآخر، إتصلاً لا يمكن إحداثه بعد بنائه فيرجح جانبه؛ لأن اتصاله به أمانة ظاهرة على يده وتصرفه.

وصورته أن يدخل نصف لبنات من الجدار المتنازع فيه في جداره الخاص، ونصف من جداره الخاص في المتنازع فيه، ويتبين ذلك في الزوايا، وكذلك إذا كان لأحدهما أزج لا يتصور إحداثه بعد تمام الجدار بأن أميل من مبدأ ارتفاعه عن الأرض قليلاً قليلاً، وإذا ترجح جانبه حلف، وحكم بالجدار له إلا أن تقوم بينة على خلافه، ولا يحصل الرجحان بأن يوجد الترصيف المذكور في مواضع معدودة من طرف الجدار؛ لإمكان إحداثه بعد بناء الجدار ينزع طوية وإدراج أخرى، ولو كان الجدار المتنازع فيه مبنياً على خشبة طرفها في ملك أحدهما وليس منها في ملك الثاني شيء فالخشبة لمن طرفها في ملكه، والجدار المبني عليها تحت يده ظاهراً، قال الإمام: وليس المسألة خالية عن الاحتمال.

والثانية: أن لا يكون متصلاً ببناء أحدهما خاصة، بل يكون متصلاً بينائهما جميعاً، أو منفصلاً عنهما، فهو في أيديهما، فإن أقام أحدهما بينة قضي له، وإلا حلف كل واحد منهما للآخر، فإن حلفاً أو نكلاً جعل الجدار بينهما بظاهر اليد، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر قضى للحالف بالكل، وعلى أن يحلف كل واحد منهما على النصف الذي يسلم له، أو على الجميع لأنه ادعى الجميع، فيه وجهان:

أظهرهما الأول: وتكلم الشافعي - رضي الله عنه - في هذا الموضوع في أمرين، عددهما بعضهم من أسباب تزجيج أحدهما، قال: «ولا نظر إلى من إليه الخوارج

والدَوَاخِل، ولا أنصاف اللَّبْن، ولا معاهد القمط<sup>(١)</sup>، قال المفسرون لكلامه، المراد بالخوارج: الصور والكتابات المتخذة في ظاهر الجِدَار بلبنتات تخرج بجص أو آجر بالداخل الطاقات والمحارِب في باطنِ الجدار، وبأنصاف اللبن أن يكون الجدار من لبنتات مقطعة، فتجعل الأطراف الصحاح إلى جانِب، ومواضع الكسر إلى جانِب، ومعاهد القُمَط يكون في الجدران المتخذة من القصب، أو الحصر، وأغلب ما يكون ذلك في الستور بين السُطوح، فتشد بحبالٍ أو خيوط، وربما تجعل عليها خَسْبَةً معترضة، ويكون العقد من جانب والوجه المستوي من جانِب، وبه قال أبو حنيفة وأحمد - رحمهما الله. وقال مالك - رحمه الله -: يثبت الترجيح بالخَوَارِج والدَوَاخِل، وبأن تلي الأطراف الصحيحة من اللبنت ملكه.

وأما في معاهد القمط، فنقل الشيخ الصَّيْدَلَانِي والمَسْعُودِي عن مذهبه أنه يُرَجِّح جانب من يلي ملكه الوجه المستوي منها؛ لأنه أحسن، وهذا قياس ما ذكرنا من أنصاف اللبنتات، ونقل غيرهما أنه يرجح جانبٌ من يلي معاهد القُمَط ملُكُه، وربما وجهوه بأنه إذا كان المعاهد إليه فالظاهر أنه وقف في ملكه وعقده.

لنا أن كونه حائلاً بين الملكين علامة قوية في الاشتراك فلا تغير بهيئة الأسباب الضعيفة التي معظم القصد منها الزينة كالتجسيص والتزويق.

والثاني: لو كان لأحدهما عليه جذوع لم يرجح جانبه به، وبه قال أحمد، خلافاً لأبي حنيفة ومالك.

واحتج لهما، فإن الجازين لو تنازعا في الجدار وشهدت بيته لأحدهما وقضى بها يصير المشهود له صاحب يد في الأس، فإذا اقتضى الجدار على الأساس الترجيح، في الأساس وجب أن يقتضي الجذوع على الجدار الترجيح في الجدار، وأيضاً فإن صاحب الجذوع مسؤول عن الجدار بدأ وتصرفاً، فرجح جانبه، وإن كان للآخر تعلق به، كما لو تنازعا دابة، وأحدهما رآكبها والآخر أخذ بلجامها، أو ثوباً وأحدهما لأيسه والآخر أخذ بطرفه.

لنا: أن وضع الجذوع لا يدل على اليد والملك لوجهين:

أحدهما: أن من العلماء من جوز وضع الجذوع على جدار الغير بغير إذن المالك، فلعن مُفتياً أفتى به له.

(١) بكسر القاف وإسكان الميم وبضمها، لكنه بضمها جمع قماط، والمراد به معنى القمط وهو جبل رقيق يشد به الجريد ونحوه.

والثاني: أنه لو دَلَّ عليهما لاستوى فيه القليل والكثير، ألا ترى أن كون جميع الثوب في يَدِ الإنسان، وكون طرف منه في يَدِ واحدٍ، وبالعكس، ما لا يَدُلُّ عليهما، يستوى فيه القليل والكثير كالتجسيص والتزويق، وقد سلم أبو حنيفة - رضي الله عنه -، أن الجِدْعَ الوَاحِدَ لا يقتضي التَرْجِيحَ، وفي الجذعين الخِلافُ عَنْهُ.

إذا تقرر ذَلِكَ، كان وَضْعُ الجذوع زيادةً انتفاع من أحدهما، كما إذا تنازعا داراً في يدهما وأقمشة أحدهما فيه أكثر لا يرجح جانبه.

وأما: مسألة الأُسِّ، فإن الإمام وصاحب الكتاب صورها كما ذكرنا، ولم ينقلا فيها خلافاً، والعراقيون احتجوا لأبي حنيفة بأنهما إذا تنازعا في العرصة - يعني بالعرصة هاهنا الأُسِّ، وهما متفقان على أن الجِدَارَ لأحدهما، حيث يجعل صاحب الجِدَارِ صاحب اليد في العُرْصَةِ، فاعلم أن غرض الإحتجاج حَاصِلٌ بهذا القَدْرِ، وتصور إقامة البيئَةِ مستغنى عنه، ثم إنهم في الجواب نقلوا في المسألة وجهين للأصحاب، فإن مَتَعْنَا فَذَآكُ، وإن سلمنا - وهو الأظهر - فالفرق من وجهين:

أحدهما: أن الجدار على العرصة دليل اليد والملك فيها؛ لأنه لم يجوز أحد البناء في عرصة الغير، ووضع الجذوع بخلافه على ما مرَّ.

والثاني: أن علامة الاشتراك ظاهرةً في الجِدَارِ فإنه كالجُزءِ من كُلِّ وَاحِدٍ من الدَّارَيْنِ، فليس في العرصة علامةً الاشتراك فإذن مسألة الأُسِّ، كما لو تنازعا داراً لا يسكنانها ولأحدهما فيها أمتعة، ومسألة وضع الجذوع كما لو تنازعا داراً يسكنانها ولأحدهما فيها أمتعة زائدة.

وأما: مسألة الدَّابَّةِ فهي ممنوعة، بل هما سواءً على قول أبي إسحاق، وعلى التسليم وهو المَذْهَبُ.

فالفرق أن الركوب يقتضي اليَدَ والملك، وهو أقوى فاقضى الترجيح، ووضع الجذوع قد بيَّنَّا أنه لا يقتضي اليَدَ، والأزج المبني على رأس الجدار بعد تمامه على الإمتداد كالسقف لإمكان إحدائه بعد بناء الجدار، فإذا جعلنا الجِدَارَ في أيديهما وحلقاً لم ترفع الجذوع بل تترك بحالها؛ لاحتمال أنها وضعت بِحَقِّ.

الصورة الثانية: السقف المتوسط بين علو أحدهما وسفل الآخر كالجدار المتوسط بين الملكين، فإذا تداعيا نظر إن لم يمكن إحدائه بعد بناء العلو، كالأزج الذي لا يمكن عقده على وسط الجدار بعد امتداده في العُلُو، فيجعل في يَدِ صَاحِبِ السُّفْلِ، لاتصاله ببنائه على سَبِيلِ التَرْصِيفِ، فإن أمكن إحدائه بعد بناء العُلُو، بأن يكون السقف عالياً فيثقب وسطَ الجِدَارِ وتوضع رؤوس الجُدُوعِ في الثقب، فيصير البيت بيتين، فهو في

أيديهما؛ لاشتراكهما في الانتفاع به فإنه أرض لصاحب العلوّ وسَمَاءٌ لصاحب السفلى وبهذا قال أحمدُ. وقال أبو حنيفة: هو لِصَاحِبِ السفلى، وبه قال مالك في رواية، والأشهر عنه أنه لِصَاحِبِ العلوّ. وأما: لفظ الكتاب، فقوله في أول المسألة: (فهو في أيديهما) يعني إذا لم يتصل بملك أحدهما اتصال ترصيف، وقد استدرك ذلك وبينه في آخر صورة التنازع في السَّقْفِ.

وقوله: (لم يجعل صاحب يد) مُعَلِّمٌ بالميم، ويمكن أن يقرأ قوله: (أو معاهد القمط) بالرفع عطفاً على الوجهِ، والجر عطفاً على الجِدَارِ، ولا يختلف الحكم عندنا، لكن إذا حاولنا الإشارة إلى مذهب مالك، وأخذنا برواية المَسْعُودِي والصَّيْدَلَانِي، فالوجه أن يقرأ بالجر. وقوله: (وكذلك لو كان لأحدهما عليه جذوع) بالحاء.

وقوله: (يصير صاحب يد في الأس)، يجوز إعلامه بالواو؛ لأن الخلاف الذي أورده العراقيون في الصورة التي ذكرناها جارها هنا بلا فَرْقٍ، وكذلك قوله: (مختص باليد)، للوجه المنقول عن أبي إسحاق. وقوله في مسألة السقف: (فهو في أيديهما) مُعَلِّمٌ بالحاء والميم لما مرّ من مذهبهما.

قال الغزالي: **الثالثة - علو الخان لواحد وسفله لإخر وتنازعا في العرصة، إن كان المرقى في أسفل الخان فالعرصة في يديهما، وإن كان في دهليز الخان فوجهان.**

قال الرافعي: علو الخان أو الدار لأحدهما والسفل للآخر، وتنازعا في العرصة أو الدهليز لم يخل إما أن يكون المرقى في صدر الخان أو الدار، أو الدهليز، أو في الوسط، أو خارجه، والخان أو الدار بجانب العرصة، جعلت العرصة والدهليز بينهما؛ لأن لكل واحد منهما فيها يداً وتصرفاً من الطروق ووضع الأمتعة وغيرهما، قال الإمام: وكان لا يبعد أن يقال: ليس لصاحب العلو إلا حق الممر، وتجعل الرقية لصاحب السفلى، ولكن لم يصير إليه أحد من الأصحاب.

وإن كان المرقى في الدهليز أو في الوسط فمن أول الباب إلى المرقى بينهما وفيما وراء ذلك وجهان: أحدهما: أنه يجعل لصاحب السفلى لانقطاع الآخر عنه، واختصاصه بصاحب السفلى يداً وتصرفاً.

والثاني: أنه يجعل بينهما؛ لأنه قد ينتفع به صاحب العلو بإلقاء الأمتعة فيه، وطرح القمامات، وإن كان المرقى خارجاً عن خطة الخان والدار، فلا تعلق لصاحب العلو بالعرصة بحال، ولو كانت المسألة بحالها فتنازعا في المرقى وهو غير خارج فينظر إن كان منقولاً كالسلم الذي يوضع ويرفع فإن كان في بيت لصاحب السفلى فهو في يده، وإن كان في غرفة لصاحب العلو فهو في يده، وإن كان منصوباً في موضع المرقى، فقد

حكى القاضي ابن كج أن الأكثرين صاروا إلى أنه لصاحب العلو؛ لعود منفعتة إليه، وأن ابن خيران ذهب إلى أنه لصاحب السفل، وهذا هو الوجه كسائر منقولات الدار، وإن ثبت الأول، فليخرج وجه في اندراج السلم الذي لم يسمر تحت تبع الدار، وإن كان المرقى مثبتاً في موضعه كالسلم المسمر والأخشاب المعقودة فهو لصاحب العلو، لعود فائدته إليه، وكذا إذا كان مثبتاً من لبن أو آجر إذا لم يكن تحته شيء، وإن كان تحته بيت، فهو بينهما كسائر السقوف، وإن كان تحته موضع حب أو جرة فوجهان.

عن أبي إسحاق وابن أبي هريرة وغيرهما أنه كما لو كان تحته بيت، والأصح أنه يجعل لصاحب العلو، لظهور بنائه لغرض صاحب العلو، وضعف منفعة صاحب السفل، والله عز وجل أعلم.

## كِتَابُ الْحَوَالَةِ (١)

قال الغزالي: وَهِيَ مُعَامَلَةٌ صَحِيحَةٌ لِقَوْلِهِ ﷺ: «مَظَلُّ الْغَنِيِّ ظَلَمٌ فَإِذَا أُحِيلَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَخْتَلْ»، وَالتَّنْظَرُ فِي شَرَائِطِهَا وَأَحْكَامِهَا، أَمَا الشَّرَائِطُ: فَالْأَوَّلُ - رِضَا الْمُسْتَحِقِّ لِلدَّيْنِ وَالْمُسْتَحِقِّ عَلَيْهِ (و) إِنْجَابًا وَقَبُولًا، وَرِضَا الْمُحَالِ عَلَيْهِ لَا يُشْتَرَطُ (ح)، لِأَنَّهُ مَحَلُّ التَّصَرُّفِ، وَهَلْ يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ عَلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ ذَيْنٌ فِيهِ وَجْهَانِ، فَإِنْ لَمْ يُشْتَرَطْ فَحَقِيقَتُهُ تَجْوِيزُ الضَّمَانِ بِشَرْطِ بَرَاءَةِ الْأَصِيلِ، وَعِنْدَ ذَلِكَ يُشْتَرَطُ رِضَاؤُهُ لَا مَحَالَةَ.

قال الرَّافِعِيُّ: أصلُ الحِوَالَةِ مَجْمَعٌ عَلَيْهِ، وَيَدُلُّ عَلَيْهِ مِنْ جِهَةِ الْخَبَرِ، مَا رَوَى الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - عَنْ مَالِكٍ عَنْ أَبِي الزِّنَادِ عَنِ الْأَعْرَجِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَظَلُّ الْغَنِيِّ ظَلَمٌ فَإِذَا أَتَبَعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَتَّبِعْ» (٢).

ويروى «وَإِذَا أُحِيلَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَخْتَلْ» (٣) وَهُوَ مَعْنَى اللَّفْظِ الْأَوَّلِ، قَالَ فِي الصَّحَاحِ: وَيَقُولُ أَتَبَعَ فُلَانٌ فُلَانًا، إِذَا أُحِيلَ لَهُ عَلَيْهِ، وَالتَّبِيعُ الَّذِي لَكَ عَلَيْهِ مَالٌ، ثُمَّ الْأَشْهُرُ مِنَ الرَّوَايَةِ «فَإِذَا أُحِيلَ أَحَدُكُمْ» بِالْفَاءِ فَعَلَى التَّقْدِيرِ الْأَوَّلِ هُوَ مَعَ قَوْلِهِ: «مَظَلُّ الْغَنِيِّ ظَلَمٌ» جَمَلْتَانِ لَا تَعْلُقُ لِلثَّانِيَةِ بِالْأُولَى لِقَوْلِهِ ﷺ: «الْعَارِيَةُ مَرْدُودَةٌ وَالزَّرْعِيمُ

(١) الحِوَالَةُ لُغَةٌ: هِيَ مِنْ قَوْلِكَ: تَحْوِلُ فُلَانٌ عَنْ دَارِهِ إِلَى مَكَانٍ كَذَا وَكَذَا، فَكَذَلِكَ الْحَقُّ تَحْوِلُ مَالٌ مِنْ ذِمَّةٍ إِلَى ذِمَّةٍ، وَقَالَ صَاحِبُ «الْمُسْتَوْعَبِ» الْحَوَالَةَ: مُشْتَقَّةٌ مِنَ التَّحْوِيلِ، لِأَنَّهَا تَنْقُلُ الْحَقَّ مِنْ ذِمَّةِ الْمُحِيلِ إِلَى ذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ، وَيُقَالُ: حَالٌ عَلَى الرَّجُلِ، وَأَحَالٌ عَلَيْهِ بِمَعْنَى، نَقَلْهُمَا ابْنَ الْقَطَّاعِ. انظُرْ: لِسَانَ الْعَرَبِ ١٠٥٨/٢ مَادَّةُ حَوْلَ. وَاصْطِلَاحًا: عَرَفَهَا الْحَنْفِيَّةُ بِأَنَّهَا: نَقَلَ الدَّيْنَ وَتَحْوِيلُهُ مِنْ ذِمَّةِ الْمُحِيلِ إِلَى ذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ. عَرَفَهَا الشَّافِعِيَّةُ بِأَنَّهَا: نَقَلَ الْحَقَّ مِنْ ذِمَّةِ الْمُحِيلِ إِلَى ذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ. عَرَفَهَا الْمَالِكِيَّةُ بِأَنَّهَا: نَقَلَ الدَّيْنَ مِنْ ذِمَّةٍ بِمِثْلِهِ إِلَى أُخْرَى تَبْرَأُ بِهَا الْأُولَى. عَرَفَهَا الْحَنَابِلَةُ بِأَنَّهَا: نَقَلَ الدَّيْنَ مِنْ ذِمَّةِ الْمُحِيلِ إِلَى ذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ. انظُرْ: الْاِخْتِيَارَ لِتَعْلِيلِ الْمُخْتَارِ ٢٥١/٢، حَاشِيَةُ الْبَاجُورِيِّ ١٦٧/٢، حَاشِيَةُ الدَّسُوقِيِّ ٣٢٥/٣، الْكَافِي ٢١٨/٢، مَعْنَى الْمُحْتَاجِ ١٩٣/٢.

(٢) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ (٢٢٨٧، ٢٢٨٨، ٢٤٩٩) وَمُسْلِمٌ (١٥٦٤).

(٣) أَخْرَجَهُ أَحْمَدُ فِي الْمُسْنَدِ (٤٦٣/٢).

الْعَارِمُ»<sup>(١)</sup> وعلى الثاني: يجوز أن يكون المعنى في الترتيب، أنه إذا كان المطل ظملاً من الغنى، فإذا أحيل بدينه فإن الظاهر أنه يحترز عن الظلم ولا يمتل، ثم الأمر في قوله: فليتبع أو فليحتل أمر استحباب، وعن أحمد - رضي الله عنه - أنه للوجوب. واعلم أنه إذا كان لزيد عليك عشرة، ولك على عمرو مثلها، فأحلت زيدا على عمرو، فأنت مُحِيلٌ، وزيدٌ مُحْتَالٌ، وعمرو مُحَالٌ عَلَيْهِ، وقد كان لزيد عليك دينٌ، ولك على عمرو دينٌ، وجرت بينك وبين زيد مراضاة بها، انتقل حقه إلى عمرو، فهذه ستة أمور لا بد منها في وجود الحوالة، ويشترط في صحتها أمور:

منها: ما يرجع للدينين.

ومنها: ما يتعلق بالأشخاص الثلاثة، وصاحب الكتاب حَاوِلٌ جَمَعَ الشروط، وأعرض عن تفصيل ما يفتقر إليه وجود الحوالة لِوُضُوحِهِ، واكتفى بما بينه في سائر العقود، وأول ما ذكره أصل شديد التوغل في مسائل الكتاب، وهو أن الحوالة استيفاء حق أو بيع أو اعتياض وفيه وجهان، أو قولان منسوبان إلى ابن سريج وغيره أحدهما أنها استيفاء حق كأن المحتال استوفى ما كان له على المحيل، وأقرضه المحال عليه، ووجهه أنها لو كانت معاوضة لجاز أن يحيل بالشئ على أكثر منه، أو أقل، ولما جاز التفريق قبل القبض، إذا كانا طَعَامَيْنِ أو نقدين.

وأظهرهما: وقد نص عليه في باب بيع الطعام: أنها بيع؛ لأنها تبادل مالٍ بِمَالٍ، فإن كل واحد من المُحِيلِ والمُحْتَالِ، يملك بها ما لم يملكه، وهذا حقيقة المعاوضة، وليس فيها استيفاء حق، ولا إقراض محقق فلا يُقَدَّرَانِ، وعلى هذا فهو بيع ماذا بماذا؟ في كتاب القاضي ابن كَيْحٍ، أن القاضي أبا حامدٍ خرجه على وجهين.

أحدهما: أنها بيع عَيْنٍ بِعَيْنٍ، وإلا لبطلت «لِلنَّهْيِ عَنِ بَيْعِ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ»<sup>(٢)</sup> وكان هذا القائل نزل استحقات الدين على الشخص منزلة استحقات منفعة تتعلق بعينه، كالمنافع في إجازات الأعيان.

والثاني: وهو المنقول أنها بيع الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ، فإن حق الدين لا يستوفى من غير الشخص، ولغيره أن يؤديه عنه، واستثنى هذا العقد عن النهي لحاجة الناس إليه مسامحة وإرفاقاً، ولهذا المعنى لم يعتبر فيه التقابض، كما في القرض، ولم يجز فيه الزيادة والنقصان؛ لأنه ليس بعقد مماكسة كالقرض، وقال الإمام وشيخه: لا خلاف في اشتغال

(١) أخرجه أحمد (٢٦٧/٥) وأبو داود (٣٥٦٥) وابن ماجه (٢٣٩٨) وابن حبان ذكره الهيثمي في الموارد (١١٧٤) بلفظ العارية مؤداه.

(٢) تقدم.



الحوالة على المعنيين الاستيفاء والاعتياض والخلاف في أن أيهما أغلب.

إذا عرفت ذلك فشرح الشَّرْطِ الأول أن تقول: لا تصح الحوالة إلا برضى المستحق للذَّين، وهو المحتال، وللمستحق عليه وهو المُجِيل.

أما: رضى المُخْتَالِ عَلَيْهِ فلأن حَقَّهُ في ذمة المحيل، فلا ينفك إلا برضاه، كما أن الأعيان المستحقة للشَّخْصِ لا تبدل إلا بِرِضَاهِ.

وأما رضى المُجِيلِ، فلأن له إيفاء الحق من حيث شاء ولا نعين عليه بعض الجهات قهراً، وهل يشترط رضى المُحَالِ عليه ينظر إن كان الحوالة على من عليه دين للمحيل فوجهان:

أحدهما: وبه قال أبو حنيفة: يشترط رضاه؛ لأنه أحد أركان الحوالة، فأشبهه المُجِيلِ والمُخْتَالِ؛ لأن النَّاسِ يختلفون في الإيفاء والاستيفاء، وبهذا قال الإِصْطَخْرِيُّ والزُّبَيْرِيُّ، وعن ابنِ القَاصِ أنه منصوص عليه في «الأم».

وأصحهما: وهو المذكور في الكتاب وبه قال مالك وأحمد: لا حاجة إلى رضى المُحَالِ عَلَيْهِ؛ لأنه محل الحق والتصرف، فصار كما إذا باع عبداً لا يشترط رضاه؛ لأن الحق للمحيل عليه، فله أن يستوفيه بنفسه وبغيره، كما لو وكَّل في الاستيفاء وكيلاً، وبنوا الوجهين على أن الحوالة اعتياض أو استيفاء.

فإن قلنا: بالأول فلا يشترط؛ لأنه حق المُجِيلِ فلا يحتاج فيه إلى رضى الغَيرِ.

وإن قلنا: بالثاني، فيشترط تَعَدُّرُ إقراضه من غير رضاه، وإن كانت الحوالة على مَنْ لَا دَينَ عليه لم تصح دون رضاه؛ لأننا لو صححناها لألزمناه قضاء دين الغير قهراً، وإن رضى فِيهِ صحة الحوالة وَجْهَانِ بناهما الجُنْهُورُ عَلَى الأضْلِ المذكور.

وإن قلنا: إنها اعتياض لم تصح؛ لأنه ليس على المُحَالِ عليه شيء حتى نجعله عوضاً عَن حق المُجِيلِ.

وإن قلنا: استيفاء فتصح، كأنه أخذ المُخْتَالِ حقه، وأقرضه من المُحَالِ عليه؛ وبهذا قال ابنُ الحَدَّادِ وقال الإمام: الصحيح: عندي تخريجه على الخِلاف، في أنه هل يَصِحُّ الضَّمَانُ بشرط براءة الأصيل؟ بل هذه الصُّورة عين تلك الصُّورة، فإن الحوالة تقتضي بَرَاءة المُجِيلِ، فإذا قَبِلَ الحوالة فقد التزم على أن يبرىء المُجِيلِ، وهذا ذهاب منه إلى براءة المُجِيلِ، وجعلها أصلاً مفروغاً عنه، لكن فيه وجهان نقلهما القاضي ابنُ كَيْجٍ. أحدهما: أنه يبرأ على قِيَّاسِ الحوالات، وهذا ما أورده الصَّيْنِدَلَانِيُّ، وأخذ به الإمام. والثاني: هو الذي أورده الأكثرون: أنه لا يبرأ، وقبول الحوالة مِمَّنْ لَا دَينَ عليه ضَمَانٌ مجرد، ثم فرعوا فقالوا:

إن قلنا: لا تصح هذه الحوالة فلا شيء على المحال عليه، فإن تَطَوَّعَ وأذاه كان كما لو قَضَى دَيْنَ الغير.

وإن قلنا: يصح، فهو كما لو ضَمِنَ، فيرجع على المُجِيلِ أن أدى بِأَذْنِهِ، وكذلك إن أدى بغيرِ إِذْنِهِ على أظهر الوجهين؛ لجريان الحوالة بِإِذْنِهِ، وقبل الأداء هل يرجع على المُجِيلِ؟ فيه وجهان، بناء على أن المُجِيلَ هل يبرأ؟

إن قلنا: يبرأ فنعم؛ لانتقال الملك إلى ذمته بمجرد الحوالة.

وإن قلنا: لا يبرأ فلا ضَمَانٌ كما أن الضَّامِنَ لا يرجع على المضمون عنه قَبْلَ الأداء، وإن طالبه المحتال بالأداء فله مطالبة المحيل بتخليصه، وهل له ذلك قبل مُطالَبَةِ المُحْتَالِ؟ فيه وجهان كالوجهين في مطالبة الضَّامِنِ، ولو أبرأ المحتال لم يرجع على المُجِيلِ بِشَيْءٍ، ولو قبضه المُحْتَالُ ثم وهبه منه ففي الرجوع وَجْهَانٌ<sup>(١)</sup>: ينظر في أحدهما إلى أن العَرْمَ لم يستقر عليه، وفي الثاني إلى أنه عاد إليه بِتَصَرُّفٍ مبتدأ وهما مأخوذان من القولين فيما إذا وهبت منه الصداق بعد القبض ثم طلقها قَبْلَ الدخول، ولو ضمن عنه ضامن لم يرجع على المحيل، حتى يأخذ المُحْتَالُ منه المَالُ أو من ضَامِنِهِ، ولو أحال المُحْتَالُ على غيره نظر إن أحاله على من عليه دَيْنٌ رجع على محيله بنفس الحوالة؛ لحصول الأداء بها، وإن أحال على من لا دَيْنَ عليه لم يرجع ما لم يرجع عليه الذي أحال عليه.

وأما لفظ صاحب الكتاب فقوله: (والمستحق عليه) أعلمه بعضهم بالواو، لأننا إذا جوزنا الحوالة على من لا دَيْنَ عليه فلو قال من لا دين عليه للمستحق: أحلت بالدين الذي لك على فلان على نفسي فقبلت صَحَّتْ الحوالة، فإذا لا يشترط هاهنا رضى المُجِيلِ، وإنما يشترط رضى المُحْتَالِ والمُحَالِ عَلَيْهِ.

وقوله: (إيجاباً) أشار به إلى أن المعتبر وإن كان هو الرضى إلا أن طريق الوَقْفِ على تراضيهما إنما هو الإيجاب والقبول على ما مرَّ في البيع، ولو قال المحتال: أحلني على فلان، فقال: أحلت، ففيه الخِلافُ المذكور في نظيره في بيان الاستحباب والإيجاب في البيع، وفي «جرجانيات» أبي العباس الرَوْيَانِيَّ طريقةً أخرى قاطعة بالانعقاد، لأن الحوالة أجزيت رفقا بالناس، فيتسامح فيها بما لا يتسامح في غيرها، (ورضا المُحَالِ عَلَيْهِ لا يشترط) مُعَلِّمٌ بالحاء والواو.

وقوله: (فإن لم يشترط فحقيقته تجوز الضمان بشرط براءة الأصيل إلى حقيقة

(١) قال النووي: أصحهما الرجوع. ينظر الروضة ٤٦٣/٣.

عدم الاشتراط فلو صرفنا الكتابة إلى هذا العقد، لكان الوجه: أن يقال: فحقيقته الضمان بشرط براءة الأصل؛ لأن حقيقة العقد لا تكون تجويز الضمان، بل لو كانت لكانت نفس الضمان.

قال الغزالي: الثاني - أن يكونَ الدَّيْنُ لازماً أو مَصِيْرُهُ إِلَى اللُّزُومِ، فَتَصِحُّ (و) الحِوَالَةُ عَلَى الثَّمَنِ فِي مَدَّةِ الخِيَارِ فَإِنْ فَسَخَ البَيْعَ انْقَطَعَتِ الحِوَالَةُ، وَفِي نُجُومِ الكِتَابَةِ خِلَافٌ، قِيلَ: يَحَالُ بِهَا وَلَا يَحَالُ عَلَيْهَا.

قال الرَّافِعِيُّ: الدَّيْنُ يَنْقَسِمُ إِلَى مَا لَيْسَ بِلازِمٍ وَإِلَى مَا هُوَ لاَزِمٌ. أما غير اللازم، ففيه مسألتان مذكورتان في الكتاب.

إحدهما: الثَّمَنُ فِي مَدَّةِ الخِيَارِ هل تجوز الحوالة به بأن يحيل المشتري البائع عَلَى رَجُلٍ، وعليه بأن يحيل البائع رجلاً عَلَى المشتري؟ فيه وجهان:

أحدهما: ويحكى عن القاضي أَبِي حَامِدٍ: أنه لا يجوز لأنه ليس بِاللَّازِمِ.

وأصحهما: الجواز؛ لأنه صائِرٌ إِلَى اللُّزُومِ، والخيار عَارِضٌ فِيهِ، فيعطى حُكْمُ اللَّازِمِ، وَفِي «التتمة» أن هذا الخلاف مبني على أن الحوالة مُعَاوَضَةٌ أو اسْتِيفَاءٌ. إن قلنا: مُعَاوَضَةٌ، فهي كالتصرف فِي المَبِيعِ فِي زَمَانِ الخِيَارِ، وَإِنْ قلنا: اسْتِيفَاءٌ فَتَجُوزُ.

وإن قلنا: بِالْمَنْعِ، فهل ينقطع به الخيار؟ فيه وجهان نقلهما الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ فِي «شرح الفروع».

أحدهما: لا؛ لِحُكْمِنَا بِبُطْلَانِهِ وَبِتَنْزِيلِنَا إِيَّاهُ مَنْزِلَةَ العَدَمِ.

وثانيهما: نعم؛ لأن التصرف في عوض العقد يتضمن الرُّضَا وإبطال الخيار.

وإن قلنا: بالجواز فالذي أورده الإمام وصاحب الكتاب أنه لا يبطل الخيار، ولو اتفق فسخ البيع انقطعت الحوالة لأنها إنما صحت على تقدير اقتضاء البيع إلى اللزوم، فإذا لم يقصد إليه ارتدت الحوالة، ومنقول الشَّيْخِ ومختاره بطلان الخيار؛ لأن قضية الحوالة اللزوم، فلو بقي الخيار لَمَا صادفت الحوالة مُقْتَضَاهَا، وكانت هذه الحوالة كالحوالة عَلَى التُّجُومِ. واعلم أنا إذا قضينا ببطلان الخيار، ففيما إذا أحال البائع المشتري على تَالِيٍّ بَطَلَ خيارهما جميعاً لتراضيهما، وفيما إذا أحال البائع رجلاً عَلَى المشتري لا يبطل خيار المشتري إلا إذا فرض منه قول<sup>(١)</sup> وَرَضَى.

الثانية: إذا أحال السيد غريباً له على مكاتبه بالنجوم ففيه وجهان:

(١) في ط قبول.

أحدهما: وبه قال الحليني: إن الحوالة جَائِزَةٌ؛ لأن النجوم دَيْنٌ ثَابِتٌ عَلَى الْمَكَاتِبِ، فَاشْبِهَ سَائِرَ الدِّيُونِ.

وأصحهما: المنع؛ لأن النُّجُومَ غير لازمة على الْمَكَاتِبِ، وله إسقاطها متى شاء، فلا يمكن إلزامه الدفع إلى الْمُحْتَالِ، ولو أحال المكاتب السيد على إنسان فجواب الأكثرين صَحَّةُ الحوالة؛ لأن ما أحاله عليه مستقر، والكتابة لَأَزْمَةٌ من جِهَةِ السيد، فمتى أَدَّى الْمُحَالُ عَلَيْهِ وجب على السيد القبول، وقيل: بالمنع من هذا الطَّرْفِ أيضاً.

إذا جمعت بين الصورتين حصلت ثلاثة أوجه على ما ذكر في الكتاب.

أحدها: جواز إحالة الْمَكَاتِبِ بالنجوم، وإحالة السَّيِّدِ على التَّجْمِ، وهذا منسوب في «النهاية» إلى ابنِ سُرَيْجٍ.

وثانيهما: منعهما جميعاً، وبه قال الْقَاضِي، ولم يذكر في «التهذيب» غيره.

وأظهرهما: جواز إِحَالَةِ الْمَكَاتِبِ بِهَا، ومنع إِحَالَةِ السَّيِّدِ عَلَيْهَا، ولو كانت للسَّيِّدِ عَلَى مَكَاتِبِهِ دَيْنٌ مَعَامَلَةٌ فَأَحَالَهُ عَلَيْهِ. قال في «التتمة»: ينبني على أنه لو عجز نفسه هل يسقط ذلك الدَّيْنُ؟ إن قلنا: نعم لم يصح، وإلا صححت، ومما يدخل في هذا القسم الْجُعْلُ فِي الْجَعَالَةِ، والقياس أن يجيء في الحوالة به وعليه، ولا فرق بين أن ينفق الدينان في سَبَبِ الْوُجُوبِ أو يختلفان كما إذا كان أحدهما ثمناً والآخر أجره أو قرضاً أو بدل مُتَلَفٍ<sup>(١)</sup>، وكلُّ دَيْنٍ جُوزْنَا الحوالة به وعليه من القسمين فذلك إذا كان مثلياً كالأثمان والحبوب وإن كان متقوماً كالثياب والعييد فوجهان:

أصحهما: وبه قال ابنُ سُرَيْجٍ: أنه كالمثلي لثبوته في الذمة ولزومه

والثاني: المنع؛ لأن المقصود من الحوالة إيصال الحق إلى المستحق من غير تفاوت، وهذا الغرض لا يتحقق فيما لا مثيل له، ولا بد من العلم بقدر المحال به، وعليه وصفتها، نعم، لو أحال بأقل الدية أو عليها وفرعنا على جواز الحوالة في المتقومات فوجهان، أو قولان بناءً على جواز المصالحة والاعتياض عنها، والأصح المنع للجهل بصفاتهما.

بالغزالي، وليس كذلك، فإن دين السلم لازم، ولا تصح الحوالة به، ولا عليه على الصحيح، وبه قطع الأكثرون. وحكى وجهه في «الحاوي» و«التتمة» وغيرهما: أنه يجوز، بناءً على أنها استيفاء، وسبقت هذه المسألة في باب حكم المبيع قبل القبض. فكان ينبغي أن يقول: الدين المستقر، ليخرج هذا. ينظر الروضة ٤٦٥/٣.

قال الغزالي: **الثالث** - أَنْ يَكُونَ مَا عَلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ مُجَانِسًا لِمَا عَلَى الْمَحِيلِ قَدْرًا وَوَضْفًا، فَلَوْ كَانَ بَيْنَهُمَا تَفَاوُتٌ يَفْتَقِرُ فِي آدَائِهِ عَنْهُ إِلَى الْمَعَاوِضَةِ لَمْ يَجُزْ، وَإِنْ لَمْ يَفْتَقِرْ بَلْ أُجِبَرَ عَلَى قَبُولِهِ كَأَدَاءِ الْجَيِّدِ عَنِ الرَّدِيِّ جَازًا (و)، وَإِنْ أَفْتَقَرَ إِلَى الرُّضَا دُونَ الْمَعَاوِضَةِ فَفِيهِ خِلَافٌ (و).

قال الرافعي: كان الفصل السابق مسوقاً لبيان الصفات المشروطة في كل واحد من الدينان، فالغرض الآن بيان الشروط بالدينين وفيه صور:

إحداها: يجب أن يكون الدينان من جنس واحد، ولو أحال بالدرهم على الدينارين أو بالعكس لم يصح.

أما إذا جعلنا الحوالة استيفاءً، فلأن مستحق الدرهم إذا استوفاه وأقرضها فمحال أن ينتقل حقه إلى الدينارين.

وأما إذا جعلناها معاوضة، فلأنها وإن كانت معاوضة فليس هي على حقيقة المعاوضات التي يقصد بها تحصيل ما ليس بحاصل من جنس مال أو زيادة قدر أو صفة، وإنما هي معاوضة إرفاق ومسامحة للحاجة، فاشتراط فيها التجانس والتساوي في القدر والصفة كما في القرض، قال صاحب «التتمة»: ونعني بقولنا: إن هذه الحوالة غير صحيحة أن الحق لا يتحول بها من الدينارين إلى الدرهم وبالعكس، ولكنها إذا جرت فهي حوالة على من لا دين عليه، والحكم فيها ما مر.

والثانية: يجب أن يتساويا في القدر فلا يحال بخمسة على عشرة ولا بعشرة على خمسة، لما ذكرنا أن هذا العقد لم يوضع لتحصيل زيادة أو حط شيء، وإنما وضع ليصل كل واحد من المستحقين إلى حقه، وفي الإحالة بالقليل على الكثير وجه أنها جائزة، وكان المحيل تبرع بالزيادة.

والثالثة: في اشتراط تساويهما في الحُلُولِ والتأجيل وجهان:

أصحهما: الاشتراط إلحاقاً للوصف بالقدر.

والثاني: يجوز أن يحيل المؤجل على الحال، لأن للمحيل أن يعجل ما عليه، فإذا أحال به على الحال فقد عجل، ولا يجوز أن يحيل بالحال على المؤجل؛ لأن حق المُحْتَالِ حَالٌ، وتأجيل الحال لا يلزم، ولو كانا متأجلين بأجلين مختلفين، لم تجز الحوالة بينهما على الوجه الأول، وعلى الثاني يجوز أن يحال بالأبعد على الأقرب دون العكس، ولو كان أحدهما صحيحاً والآخر مكسراً فلا حوالة بينهما على الوجه الأول يحال بالمكسر على الصحيح، ويكون المُحِيلُ متبرعاً بقيد الصحة، ولا يحال بالصحيح على المكسر، وإلا كان المُحْتَالُ تاركاً صفة الصحة، رتبوه ليحيله المُحِيلُ، ويخرج على

هذا حوالة الأردأ على الأجود، وبالعكس في كُلِّ جنس.

وقوله في الكتاب: (فلو كان بينهما تفاوت إلى آخره) تفصيل ما أجمله بقوله: (أن يكون ما على المحال عليه مجانساً لما على المحيل قدرأ ووصفاً). ومثال ما يفترق في أدائه عنه إلى المعاوضة: أن يختلف الجنس، فيكون على أحدهما ذرأهم، وعلى الآخر ذنأثير، فإن الاستبدال بأحد الجنسين عن الآخر اعتياض محض.

وقوله: (وإن لم يفترق بل أجبر على قبوله كأداء الجيد عن الرديء) فهو مثل أداء الصحيح عن المكسر، وتعجيل المؤجل، حيث يجبر المستحق على القبول، وهذا الكلام يتفرع على الصحيح في أن المديون إذا أتى بأجود مما عليه من ذلك النوع يجبر المستحق على قبوله، وفيه خلاف قد سبق في باب السلم.

وقوله: (وإن افتقر إلى الرضا دون المعاوضة) فهو كأداء الرديء عن الجيد، فإنه يجوز قبوله، ولا يكون ذلك معاوضة هذا بيان ما ذكره، وفيه رواية خلاف للأصحاب في جواز الحوالة بالجيد على الرديء، والإشارة إلى الجزم، تجوز حوالة الرديء على الجيد وهو يخالف نقل الجمهور في الطرق، وربما تجد في كتاب ما يوافقه.

قال الغزالي: **أَمَّا حُكْمُهَا فَبِرَاءَةُ الْمُحِيلِ (ح) عَنِ ذَيْنِ الْمُحَالِ وَتَحْوُلِ الْحَقِّ إِلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ وَبِرَاءَةُ ذِمَّةِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ مِنْ ذَيْنِ الْمُحِيلِ، فَلَوْ أَفْلَسَ الْمُحَالُ (ح) عَلَيْهِ أَوْ جَحَدَ لَمْ يَكُنْ (ح) لِلْمُخْتَالِ الرَّجُوعُ عَلَى الْمُحِيلِ إِذْ حَصَلَتِ الْبِرَاءَةُ مُطْلَقَةً، وَلَوْ كَانَ الْإِفْلَاسُ مَقْرُونًا بِالْحَوَالَةِ وَهُوَ جَاهِلٌ فَلَاظْهَرُ ثُبُوتُ الْخِيَارِ.**

قال الرافعي: إذا جرت الحوالة بشرطها برىء المحيل عن ذين المختال، وتحول حق المختال إلى ذمة المحيل عليه، وبرىء المحال عليه عن ذين المحيل، حتى لو أفلس المختال عليه ومات أو لم يمُت أو جحد وحلف لم يكن للمختال الرجوع على المحيل، كما لو أخذ عوضاً عن الدين وتلف في يده، وبهذا قال مالك وأحمد، وذهب أبو حنيفة إلى أنه يرجع فيما إذا مات مفلساً، وفيما إذا جحد وحلف.

واحتج الشافعي - رضي الله عنه - بوجهين:

أحدهما: **إِنَّ النَّبِيَّ ﷺ فِي الْحَدِيثِ الْمَرْوِيِّ فِي أَوَّلِ الْبَابِ تَعَرَّضَ لِلْمَلَاءَةِ فَقَالَ: «إِذَا أُجِيلَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيُخْتَلْ»<sup>(١)</sup>** ولو تمكن المختال من الرجوع لما كان للتعرض للملاءة كبير فائدة.

(١) قال النووي: الأصح قول القاضي. ينظر الروضة ٣/٤٦٧.

**والثاني:** أن الحوالة إما أن يتحول بها الحقّ على المُحيل أو لا يتحوّل، إن تحول فقد برّئت ذمّته فوجب ألا يعود إليه كما لو أبرأه، وإن لم يتحول فلتدم المطالبة كما في الضّمان، فلو شرط في الحوالة الرجوع بتقدير الإفلاس والجُحود، ففي صحة الحوالة وجّهان، وإن صحت ففي صحّة الشّرط وجّهان، حكاهما القاضي ابن كجّ.

هذا إذا طرأ الإفلاس، أما إذا كان مقروناً بالحوالة وجهله المحتمل نظر إن لم تجر بشرط الملاءة، فالمشهور أنه لا رجوع للمحتال ولا خيار له، وما يلحقه من الضرر فهو نتيجة ترك التفحيص، فصار كما لو اشترى شيئاً وكان مغبوناً فيه، ونقل الإمام وجهاً أنه يثبت له الخيار تداركاً، لما لحقه من الخسران، كما لو اشترى شيئاً قبّان معيباً، وبهذا قال مالك، وإن شرط ملاءة المحال عليه فبان مفلساً، فإن قلنا: بثبوت الخيار عند الإطلاق فهانئ أولى، وإن منعنا ثمّ فما الحكم؟ نقل المُزني: أنه لا يرجع فإنكره ابنُ سُرَينج من قول الشافعي - رضي الله عنه - وقال: يرجع كما لو اشترى عبداً بشرط أنه كاتب فبان خلافه ثبت له الخيار، وعامة الأصحاب على صحّة نقل المُزني، واختاروا عدم الرجوع؛ لأنه لو ثبت الرجوع بالخلف في شرط اليسار، لثبت الرجوع عند الإطلاق؛ لأن الإعسار نقص في الذمة كالعيب في المبيع يثبت الخيار، سواء شرطت السلامة عنه أو لم تشترط، ويخالف شرط الكتابة، فإن فواتها ليس بنقيصة، وإنما هو عدم فضيلة، وإذا جمع بين صورتَي الإطلاق والاشتراط، حصل في ثبوت الخيار ثلاثة أوجه.

**ثالثها:** الفرق بين الصّورتين، وقد جمع الإمام الوجوه هكذا، وقرب التردد في المسألة من التردد في أن الحوالة استيفاء أو اعتياض، فقولُ صاحب الكتاب: (فالأظهر ثبوت الخيار) أراد من هذه الوجوه على ما هو مبين في «الوسيط»، وترجيح الوجه الصّائر إلى ثبوت الخيار يخالف اختيار عامة الأصحاب، سيّما في حالة الإطلاق فاعرف ذلك. فرعان:

أحدهما: صلح مع أجنبي عن دين على عَيْن، ثم جحد الأجنبي وحلّف، هل يعود إلى من كان عليه الدين؟ قال القاضي حسين: نعم، ويفسخ الصلح، وعن حكاية الشيخ أبي عاصم أنه لا يعود<sup>(١)</sup>.

**الثاني:** خرج المحال عليه عبداً فإن كان لأجنبي وللمحيل دين في ذمته صحت الحوالة، كما لو أحال على معسر وتبعه المحتمل بعد العتق، وهل له الرجوع على المُحيل؟ فيه خلاف مرتب على ما إذا بان مُعسراً، وأولى بأن يرجع، وإن كان عبداً

(١) قال النووي: الأصح قول القاضي. ينظر الروضة ٤٦٧/٣.

للمُحِيل، فإن كان له في ذمِّهِ دَيْنٌ بَانَ ثَبِتَ قَبْلَ أَنْ يَمْلِكَهُ وَفَرَعْنَا عَلَى أَنَّهُ لَا يَسْقُطُ إِذَا مَلَكَهُ فَهُوَ كَمَا لَوْ أَنَّ لِأَجْنَبِيٍّ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي ذِمَّتِهِ، فَالْحَوَالَةُ عَلَيْهِ حَوَالَةُ عَلَى مَنْ لَا دَيْنَ عَلَيْهِ، فَإِنْ صَحَّحْنَاهَا وَقَلْنَا: إِنَّهَا ضَمَانٌ فَهَذَا ضَمَانُ الْعَبْدِ عَنْ سَيِّدِهِ بِإِذْنِهِ، وَسَيِّئَاتِي حَكْمَهُ فِي الضَّمَانِ، وَلَا يَخْفَى فِيمَ ذَكَرْنَا حَكْمَ مَا لَوْ كَانَ لِأَجْنَبِيٍّ وَلَمْ يَكُنْ لِلْمُحِيلِ عَلَيْهِ دَيْنٌ.

قال الغزالي: وَلَوْ أَحَالَ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ عَلَى إِنْسَانٍ فَرَدَّ عَلَيْهِ الْمَبِيعَ فَفِي أَنْفِسَاخِ الْحَوَالَةِ قَوْلَانِ: (و) أَظْهَرُهُمَا: أَنَّهَا تَنْقَطِعُ، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ قَبْلَ قَبْضِ الْمَبِيعِ فَأَوْلَى بِأَنَّ تَنْقَطِعَ وَإِنْ كَانَ بَعْدَ قَبْضِ الْمُخْتَالِ مَالَ الْحَوَالَةِ فَأَوْلَى بِأَنَّ لَا تَنْقَطِعَ، فَلَوْ أَحَالَ الْبَائِعُ عَلَى الْمُشْتَرِي فَأَوْلَى بِأَنَّ لَا يَنْقَطِعَ، وَهُوَ الظَّاهِرُ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ الْحَقُّ بِثَالِثٍ، وَمَنْشَأُ الْخِلَافِ تَرَدُّدُ الْحَوَالَةِ بَيْنَ مَشَابِهِ الْأَسْتِيفَاءِ وَالْاِعْتِيَاضِ، فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَنْفَسُخُ فَلِلْمُشْتَرِي (و) مُطَالَبَةُ الْبَائِعِ بِتَخْصِيصِهِ لِيَفْرَمَ لَهُ بَدَلَهُ، أَوْ بِتَسْلِيمِ بَدَلِهِ إِلَيْهِ فِي الْحَالِ إِذَا لَمْ يَكُنْ قَدْ قَبِضَ الْبَائِعُ بَعْدَ مَالِ الْحَوَالَةِ، وَإِنْ قُلْنَا: يَنْفَسُخُ وَلَمْ يَكُنْ قَدْ قَبِضَ فَلَيْسَ لَهُ الْقَبْضُ، فَإِنْ فَعَلَ فَلْأَصْحُ (و) أَنَّهُ لَا يَقَعُ عَنِ الْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّ الْحَوَالَةَ أَنْفَسَخَتْ وَالْإِذْنَ الَّذِي كَانَ ضِمْنًا لَهُ لَا يَقُومُ بِتَنْفِيسِهِ.

قال الرَّافِعِيُّ: المسائل المذكورة في هذا الموضوع، إلى آخر الباب من تخریجات المَزْنِي على أصول الشَّافِعِي - رضي الله عنه - وتحريه.

وصورة مسألة الفصل ما إذا اشترى عبداً بمائة مثلاً، وأحال المشتري البائع بالثمن على رَجُلٍ، ثم اطلع على عَيْبٍ قديم بالعبء فَرَدَّهُ. قال المَزْنِي في «المختصر»: تبطل الحوالة، ونقل عنه في «الجامع الكبير» أنها لا تبطل، وللأصحاب ثلاثة طرق:

أحدها: أن في بطلان الحوالة قولين:

أظهرهما: عند القاضي ابن كَيْجٍ وصاحب الكتاب وغيرهما: أنها تبطل وتنقطع وهما مبنيان على أن الحوالة استيفاء أو اعتياض.

إن قلنا: إنها استيفاء انقَطَعَتْ؛ لأن الحوالة على هذا التقدير نوع إرفاق ومسامحة، فإذا بَطَلَ الْأَصْلُ بَطَلَ هِبَةُ الْإِرْفَاقِ الثَّابِتَةُ لَهُ، كما لو اشترى شيئاً بديراهم مكسرة وتطوع بأداء الصَّحاحِ ثم رده بالعيب، فإنه يسترد الصَّحاحِ، ولا يقال: يطالب بمثل الكسر ليقى التبرع بصفة الصحة.

فإن قلنا: إنها اعتياض لم تبطل<sup>(١)</sup>، كما لو استبدل من الثَّمَنِ ثوباً ثم رد المبيع

(١) قال النووي: المذهب البطلان وصححه في المحرر. ينظر الموضوع السابق.



بالعيب فإنه لا يبطل الاستبدال، بل يرجع بمثل الثمن على أن القاضيين أبا الطيب والزوياني منعا هذه المسألة، وجعلها كمسألة الحوالة، وقد تقدمت المسألة في فصول الرد بالعيب.

والطريق الثاني وبه قال أبو إسحاق وابن أبي هريرة وأبو الطيب بن سلمة: القطع بالبطلان، وتكلم هؤلاء فيما نقل عن «الجامع الكبير»، فعن القاضي أبي حامد أنه قال: نظرت في نسخ منه فلم أجد خلاف ما في «المختصر».

والثالث: وبه قال صاحب «الإفصاح»: القطع بعدم البطلان، وربما أول أصحاب الطريقين الآخرين، وجمعوا بين نصي المزني بوجوه:

أحدها: حمل ما في «المختصر» على ما إذا كان العيب بحيث لا يمكن حدوده في يد المشتري، أو كان يمكن حدوده إلا أن البائع أقر بقدومه، وحمل ما في «الجامع» على ما إذا ثبت قدمه بالبينة وردّه، والفرق أن في الحالة الأولى اعترف البائع بسقوط الثمن عند الفسخ.

وأما في الحالة الثانية، فإنه يزعم بقاء حقه واستمرار الحوالة، فلا يمنع من مطالبة المحال عليه بدعوى المشتري.

والثاني: حمل الأولى على ما إذا ذكر للمحال عليه أنه يحيله عن جهة الثمن، وحمل الثاني على ما إذا لم يذكر ذلك، فإنه إذا لم يذكر لا يتبني أن يعود إليه؛ لبراءة ذمته عن حقه ظاهراً.

والثالث: أن نص البطلان مفرع على أن الحوالة تفتقر إلى رضی المحال عليه، فإن الحوالة له حيث تتم بالثلاثة، فلا تنقطع بموافقة اثنين.

والرابع: حمل نص البطلان على ما إذا كانت الحوالة على من لا دين عليه، ورضى المحال عليه، فإنه إذا سقط الثمن انقطع تطوعه، وسقطت المطالبة عنه، ثم هاهنا نظران:

أحدهما: هل تفترق الحال بين ما إذا كان الرد بالعيب بعد قبض المبيع أو قبله؟ حكى صاحب «النهاية» عن بعض الأصحاب أن محل الخلاف ما إذا كان الرد بعد قبض المبيع فإن كان قبله انقطعت الحوالة بلا خلاف، لكون المبيع معرض للانفساخ وعدم تأكده، ولهذا جعلنا الفسخ قبل القبض، رداً للعقد من أصله على رأي، ثم زيف ذلك وقضى بطرد القولين في الحالين.

وهذا قضية إطلاق عامة الأصحاب، واعلم أن قضية الطريقين معاً تجوز الإحالة بالثمن قبل قبض المبيع لكنه قبل قبض البيع غير مستقر، وقد اشتهر في كتب السلف من

أئمتنا أن من شرط الحوالة استقرار ما يحال به ويحال عليه، وللمسعودي إشارة إلى منع الحوالة بالثمن قبل قبض المبيع؛ لأنه غير مستقر، واستشهد عليه أن المزني تعرض في صورة المسألة للمبيع واشترطه، وإنما فعل ذلك لهذا المعنى والله أعلم.

النظر الثاني: هل تفرق الحال بين أن ينفق الرّد بعد قبض المُحْتَالِ مَالِ الحَوَالَةِ، أو قبله؟ فيه طريقتان:

أحدهما: أن الحوالة لا تنقطع إذا اتفق الرد بعد القَبْضِ جزماً، والخلاف مخصوص بما إذا كان ذلك قَبْلَ القَبْضِ، والفرق تأكد الأمر بالقَبْضِ، فتبرأ ذمة المَحَالِ عَلَيْهِ، وهذا ما أورده أصحابنا العراقيون، والسَّيْحُ أَبُو عَلِيٍّ.

والثاني: طرد القولين في الحالين، وهو اختيار صاحبي «التهذيب» و«التتمة» والأكثرين، وهذا كله فيما إذا أحال المُشْتَرِي البائع على رَجُلٍ، ولو أحال البائع رجلاً على المُشْتَرِي، فمنهم من طرد القولين، وقطع الجمهور بأنه لا تنقطع الحوالة؛ وسواء قبض المحتال مال الحوالة من المُشْتَرِي أو لم يقبضه، والفرق أن الحوالة هاهنا تعلق بها حق غير المتعاقدين فبعد ارتفاعها يفسخ من المتعاقدين، وصار كما لو اشترى عبداً بجارية وقبضه وباعه، ثم وجد بائع العبد بالجارية عيباً فردها لا يفسخ البيع الثاني لأنه تعلق به حق ثالث، فإذا القولان مَخْصُوصَانِ بالصورة السَّابِقَةِ، ولنفرع عليهما.

إن قلنا: لا تبطل الحوالة، فلا يطالب المُشْتَرِي أن يحال عليه بِحَالٍ، ولكن يرجع على البائع فيطالبه إن كان قد قبض مال الحوالة، ولا يتعين حقه فيما أخذ، بل له إيداله لقباء الحوالة صَحِيحَةً، وإن لم يقبضه، فله أن يقبضه، وهل للمشتري الرجوع عَلَيْهِ قبل قبضه؟ فيه وَجْهَانِ:

نعم؛ لأن الحوالة كالمقبوض، ألا ترى أن المشتري إذا أحال البائع بالثمن سقط حق الحبس، والزّوج إذا أحال المرأة بالصدّاق سقط حق حبسها، وأصحهما عند الصنيدلاني وغيره: أنه لا يرجع؛ لأنه لم توجد حقيقة القبض، وإن كان للحوالة حُكْمُ القبض والغرامة إنما تكون بِحَسَبِ القبض.

فإن قلنا: لا يرجع المشتري عليه قبل أن يَقْبِضَ فله مطالبته بتحصيل مَالِ الحَوَالَةِ ليرجع عليه؛ لأن البائع إنما يملك مُطَالَبَةَ المَحَالِ عَلَيْهِ من جهة، فكيف يمنعه من المطالبة مطلقاً؟ وفيه وجه بعيد أنه لا يملك المُطَالَبَةَ بالتحصيل أيضاً.

وإن قلنا: تبطل الحوالة فإن كان قد قبض المَالِ من المحال عَلَيْهِ فليس له رُدُّهُ عَلَيْهِ؛ لأنه قبض بإذن المُشْتَرِي، ولو رده لم تسقط مُطَالَبَةُ المشتري عنه، بل حقه الرد على المُشْتَرِي، ويتعين حقه فيما قبضه فإن كان تالفاً فعليه بدله، وإن لم يكن قبضه

فليس له قَبْضُهُ؛ لأنه عاد إلى ملك المُشْتَرِي كما كان، ولو خالف وقبض لم يقع عنه، وفي وقوعه عن المشتري وَجْهَانِ عَنِ الشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ.

أحدهما: يقع؛ لأنه كان مأذوناً في القَبْضِ بجهة، فإن بطلت تلك الجهة بقي أضلُّ الإذْنِ.

وأصحهما: المنع؛ لأن الحوالة قد بَطُلَتْ، والوكالة عقد آخر يخالفها، وإذا بطل عقد لم يبطل<sup>(١)</sup> عَقْدُ آخَرَ، وقرب الشَّيْخُ هَذَا الخِلافَ من الخلاف الذي مَرَّ في أن من يحرم بالظُّهْرِ قبل الزوال هل تنعقد صلواته تَفْلاً؟ وأما في صورة إحالة البَائِعِ على المُشْتَرِي إذا فرعنا على الصَّحِيح وهو أن الحوالة لا تبطل برد المُشْتَرِي المبيع بالعيب، فإن كان المحتال قد قبض الحق من المُشْتَرِي رجع المشتري على البَائِعِ وإن لم يقبضه يرجع المشتري عليه أم لا يرجع إلا بعد القبض؟ فيه الِوَجْهَانِ السَّابِقَانِ.

ثم نتكلم فيما نحتاج إليه من ألفاظ الكتاب، قوله في صورة المسألة: (فرد عليه المبيع) يشمل الرد بالعيب والمخالف، والاقالة وغيرها وهو مستمر على إِطْلَاقِهِ، فلا فرق بين الرُّدِّ بالعيب وَغَيْرِهِ، وقيل (قولان): يجوز إعلامه بالواو للطريقين النافيين للخلاف.

وقوله: (فأولى بأن لا ينقطع)، أشار بالترتيب المذكور في الصورتين إلى ما شرحنا من الطَّريقَيْنِ.

وقوله: فيما إذا أحال البائع على المشتري: (فأولى بأن لا ينقطع) وهو الظاهر مع قوله (فأولى بأن لا ينقطع) لما قدمنا في مواضع؛ لأن أولوية الترتيب لا تفيد الرُّجْحَانَ على الإطلاق، وإنما تفيد كون الحكم الموصوف بالأولوية أرجح منه في الصُّورة المرتب عليها.

وقوله: (ومنشأ الخلاف تردد الحوالة بين مشابه الاستيفاء والاعتياض) يوافق ما ذكره الإمام: أن فيها شبهاً من كل واحد منهما، والكلام في التَّغْلِيْبِ. وقوله: (فإن قلنا: لا يفسخ) أي في المسألة الأولى، وهو إحالة المُشْتَرِي البائع بالثمن.

وقوله: (فللمشتري مطالبة البائع بتحصيله) إلى آخره يمكن تفسيره<sup>(٢)</sup>. أن يقال: المعنى أن له أن يطالبه بأحد أمرين: إما التحصيل ليغرم، وإما الغرم في الحال، وهذا يخرج متفقاً عليه من الخلاف الذي روينا.

(١) ثبت في ط: بنفسه من عزله أو يقول اغرم لي وله أو يقول تسهيلاً خذ ثم اغرم لي وأريد أن لا رجوع قبل أن يقبض مال الحوالة بوجهين: أحدهما.

(٢) سقط في ط.

فإن قلنا: له الرجوع قبل أن يقبض البائع مال الحوالة [ممن له أن يقول: اغرم لي وله، أو يقول تسهياً خذه ثم اغرم لي، فإن قلنا: لا رجوع له قبل أن يقبض مال الحوالة فله]<sup>(١)</sup> أن يقول: خذه لتغرم لي، وإن رضيت بذمته فشأنك، فاغرم لي.

والثاني: هو الأشبه أن معناه أن له مطالبته بتحصيله. إن قلنا: لا رجوع عليه قبض أن يقبض.

أو يتسلم بدله إليه في الحال. إن قلنا: إنه يرجع إليه قبل القبض.

وعلى التقديرين فيصح إعلام قوله: (فللمشتري مطالبة البائع) بالواو لما قدمنا من الوجه البعيد.

وقوله: (لأن الحوالة انفسخت والإذن الذي كان ضمناً له لا يقوم بنفسه) ظاهر هذا التوجيه ربما يشكل بما إذا فسدت الشركة، أو الوكالة فالإذن الضمني يبقى، ويصح التصرف على ما سيأتي في موضعه - إن شاء الله تعالى - ويمكن أن يقال: الحوالة تنقل الحق إلى المختال، فإذا صار الحق له ملكاً قبضه لنفسه بالاستحقاق، لا للمحيل بالإذن، وهما عقدان مختلفان فبطلان أحدهما لا يفيد حصول الآخر بخلاف الشركة والوكالة فإن التصرف هناك واقع للإذن، فإن بطل بخصوص الإذن، جاز أن يبقى عمومهما، وهذا ما سبقت الإشارة إليه.

فرع: قال ابنُ الحَدَّادِ في «المولدات»: إذا أحال الزوج زوجته على غريمه بالصداق ثم طلق قبل الدخول لم تبطل الحوالة، وللزوج أخذها بنصف المهر، قال من شرح كتابه: المسألة تترتب على ما إذا أحال المشتري البائع على غريمه.

إن قلنا: لا تبطل الحوالة هناك، فهانئ أولى، وإن قلنا: تبطل، ففي البطلان في نصف الصداق هانئ وجهان، والفرق أن الطلاق سبب حادث، ولا استناد له إلى ما تقدم، بخلاف الفسخ والصداق أثبت من غيره، ولهذا لو زاد الصداق زيادةً متصلة لم يرجع في نصفه إلا برضاها، بخلاف ما إذا كانت في البيع، ولو أحالها ثم ارتدت قبل الدخول أو فسخ أحدهما النكاح بعيب آخر ففي بطلان الحوالة هذان الوجهان، والأظهر أنها لا تبطل، ويرجع الزوج عليها بنصف الصداق في صورة الطلاق، وبجميعه في الردة، والفسخ بالعيب، وإذا قلنا: بالبطلان، فليس لها مطالبة المحال عليه وتطالب الزوج بالنصف في الطلاق، أي ولا تطالب بشيء في الردة ولا بالعيب، كذا قاله الشيخ أبو علي، والمسألة جميعها من كلامه.

(١) مصدر ضمته واضمه ضمناً، إذا كفلته وأنا ضامن وضمين قال ابن سيده: ضمن الشيء وضمن

قال الغزالي: وَلَوْ كَانَ الْمَبِيعُ عَبْدًا فَأَحِيلَ بِالثَّمَنِ عَلَى الْمُشْتَرِي فَقَالَ الْعَبْدُ: أَنَا حُرُّ الْأَصْلِ وَصَدَّقُوهُ جَمِيعًا بَطَلَّتِ الْحَوَالَةُ، وَإِنْ صَدَّقَهُ الْبَائِعُ وَالْمُشْتَرِي دُونَ الْمُحْتَالِ لَمْ يَكُنْ قَوْلُهُمَا حُجَّةً عَلَيْهِ فَبَقِيَ الْحَوَالَةُ فِي حَقِّهِ.

قال الرَّافِعِيُّ: صورتها: أن يبيع عبداً، ويحيل غريمه بالثمن على المشتري، ثم يتصادق المتبايعان على أنه حُرُّ الْأَصْلِ، إما ابتداءً أو يزعم العبد أنه حُرُّ فَصَدَقَاهُ، نظر إن وافقهما الْمُحْتَالُ بطلت الحوالة لاتفاقهم على بُطْلَانِ الْبَيْعِ وإذا لم يكن بيع لم يكن على المشتري ثَمَنٌ، وإذا بطلت الحوالة رد المحتال ما أخذ على المشتري، وبقي حقه على البائع كَمَا كَانَ، وَإِنْ كَذَّبَهُمَا الْمُحْتَالُ فَمَا أَنْ تَقُومَ بَيْنَهُ عَلَى الْحَرِيَةِ أَوْلاً تَقُومُ، فَإِنْ قَامَتْ بطلت الحوالة، كما لو تقارروا، وهذه البينة يتصور أن يقيمها العبد، ويتصور أن تبتدىء الشهود على سبيل الحسبة، قال صاحب «التهذيب»: ولا يتصور أن يقيمها المتبايعان؛ لأنهما كذباها بِالذَّخُولِ فِي الْبَيْعِ، وكذلك ذكر الْقَاضِي الرَّوْيَانِيُّ، وإن لم تكن بينة فلهما تَخْلِيْفُ الْمُحْتَالِ عَلَى نَفِي الْعِلْمِ، فَإِنْ حَلَفَ بِقِيَّتِ الْحَوَالَةِ فِي حَقِّهِ، وَلَمْ يَكُنْ تَصَادَقَهُمَا عَلَيْهِ حُجَّةً، فَإِذَا نَفَيْتِ الْحَوَالَةَ فَلَهُ أَخْذُ الْمَالِ مِنَ الْمُشْتَرِي، وَهَلْ يَرْجَعُ الْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ الْمُحِيلِ؟ فِي «التهذيب» أنه لا يرجع؛ لأنه يقول: ظلمني الْمُحْتَالُ بما أخذ، وَالْمَظْلُومُ لَا يَرْجَعُ إِلَّا عَلَى مَنْ ظَلَمَهُ، وَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ وَالْقَاضِي ابْنُ كَيْجٍ وَالشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ: يَرْجَعُ؛ لأنه قضى دَيْنَهُ بِإِذْنِهِ، وَعَلَى هَذَا فَيَرْجَعُ إِذَا دَفَعَ الْمَالَ إِلَى الْمُحْتَالِ، وَهَلْ يَرْجَعُ قَبْلَهُ؟ فِيهِ الرَّجْهَانُ السَّابِقَانِ، فَإِنْ نَكَلَ الْمُحْتَالُ حَلْفَ الْمُشْتَرِي، ثُمَّ إِنْ جَعَلْنَا الْيَمِينَ الْمَرْدُودَةَ كَالْإِقْرَارِ بطلت الحوالة، وَإِنْ جَعَلْنَاهَا كَالْبَيْنَةِ فَالْحَكْمُ كَمَا لَوْ حَلَفَ؛ لأنه ليس للمشتري إقامة البينة، وما ذكرناه في صورة اقرار المحتال، وقيام البينة من بطلان الحوالة مفروضٌ فِيمَا إِذَا وَقَعَ التَّعَارُضُ لَكُونَ الْحَوَالَةَ بِالثَّمَنِ، فَإِنْ لَمْ يَقَعْ وَزَعَمَ الْبَائِعُ أَنَّ الْحَوَالَةَ بِدَيْنٍ آخَرَ لَهُ عَلَى الْمُشْتَرِي نَظَرَ إِنْ أَنْكَرَ الْمُشْتَرِي أَصْلَ الدَّيْنِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ، وَإِنْ سَلِمَهُ وَأَنْكَرَ الْحَوَالَةَ بِهِ فَإِنْ لَمْ نَعْتَبِرْ رِضَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ، فَلَا عِبْرَةَ بِانْكَارِهِ، وَإِنْ اعْتَبَرْنَاهُ فَهَلْ الْقَوْلُ مِنْ يَدْعِي جَرِيَانَ الْحَوَالَةَ عَلَى الصَّحَّةِ، أَوْ قَوْلُ مَنْ يَدْعِي فَسَادَهَا؟ فِيهِ خِلَافٌ مَذْكَورٌ فِي نِظَائِرِهِ.

قال الغزالي: فَرَعٌ - إِذَا جَرَى لَفْظُ الْحَوَالَةِ وَتَنَازَعَا فَقَالَ أَحَدُهُمَا: أَرَدْنَا بِهِ الْوَكَالَةَ وَقَالَ الْآخَرُ: بَلِ الْحَوَالَةُ، فَقَوْلَانِ فِي أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلٌ مَنْ، يُنظَرُ فِي أَحَدِهِمَا إِلَى ظَاهِرِ اللَّفْظِ، وَفِي الثَّانِي إِلَى تَصْدِيقِ مَنْ يَدْعِي إِرَادَةَ نَفْسِهِ وَنَيْتَهُ فَإِنَّهُ أَعْلَمُ بِهَا، وَلَوْ لَمْ يَتَّفِقَا عَلَى جَرَيَانِ لَفْظٍ وَلَكِنْ قَالَ مُسْتَحِقُّ الدَّيْنِ: أَحَلَّتْنِي وَقَالَ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ: وَكَلَّتْكَ بِاسْتِيفَاءِ دَيْنِي مِنْهُ فَالْقَوْلُ قَوْلٌ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ فِي نَفْيِ الْحَوَالَةِ، ثُمَّ إِنْ لَمْ يَكُنْ قَدْ قَبِضَ

فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ لِأَنَّهُ أَمْرَزَلَ بِإِنْكَارِ الْوِكَالَةِ وَأَنْدَفَعَتِ الْحَوَالَةَ بِإِنْكَارِ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ، وَلَهُ مُطَابَقَةٌ بِالْمَالِ إِذَا أَدْفَعَتِ الْحَوَالَةَ حَتَّى لَا يَضِيعَ حَقُّهُ، وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ: أَنَّهُ لَا يُطَالَبُ لِأَنَّهُ أَعْتَرَفَ بِبِرَاءَتِهِ بِدَعْوَى الْحَوَالَةِ، أَمَا إِذَا قَالَ الْمُسْتَحِقُّ: وَكَلَّنِي فَقَالَ: لَا بَلْ أَحَلَّنُكَ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ قَدْ قَبِضَ فَقَدْ أَمْتَنَعَ عَلَيْهِ الْقَبْضُ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الْقَبْضِ فَالصَّحِيحُ (و) أَنَّهُ يَتَمَلَّكُهُ الْأَنْ وَإِنْ لَمْ يَمْلِكْ عِنْدَ الْقَبْضِ.

قال الرَّافِعِيُّ: إذا كان لزيد عليك مائة، ولك على عمروٍ مثلها، فوجد زيدٌ منك ما يمكنه من قبض ما على عمروٍ، ثم اختلفتما فله صورتان:

أحدهما أن تقول لزيد: وكلتك بقبضه لي، وقال زيد: بل أحلنتني عليه، فينظر إن اختلفتما في أصل اللفظ، فزعمت الوكالة بلفظها، وزعم زيد الحوالة بلفظها، فالقول قَوْلُكَ مَعَ يَمِينِكَ؛ لأن الأصل استمرار حقِّ زَيْدٍ عَلَيْكَ، وَحَقُّكَ عَلَى عَمْرٍو، وإن اتفقتما على جريان لفظ الحوالة، وقلت: أردت به التسليط بالوكالة فوجهان:

المنسوب إلى ابنِ سُرَيْجٍ أن القول قولُ زَيْدٍ مع يمينه لشهادة لفظِ الحوالة.

وقال المُرْزَبِيُّ - وساعده عليه أكثر الأضحاب -: أن القول قَوْلُكَ مَعَ يَمِينِكَ، ويحكى هذا عن أبي حنيفة، ووجهه ما ذكرناه في الصورة الأولى، وأيضاً فإن اللفظ محتمل لما يقوله، وأنت أعرف بنيتك، فأشبهه ما إذا قُلْتَ له: اقبض ثم اختلفتما في المُرَادِ، فإن القول قولُكَ، وعن القاضي حسين: القطع بالوجه الأول، وحمل كلام المُرْزَبِيِّ على ما إذا اختلفتما في أصل اللفظ، وذكرهما إذا قلت له: اقبض، وفسرته بالوكالة أنك لا تحتاج إلى اليمين؛ لِإِسْعَارِ الْلفظِ بِالنِّيَابَةِ.

قال الأئمة: وموضع الوجهين ما إذا كان اللفظ الجارِي بينكما: أحلتك بمائة على عمرو، فأما إذا قُلْتَ بالمائة التي لك عليّ بالمائة التي على عمرو، فهذا لا يحتمل إلا حقيقة الحوالة، فالقول قولُ زَيْدٍ بلا خلافٍ.

التفريع: إن جعلنا القول قولَ زَيْدٍ، فإذا حلف ثبتت الحوالة وبرئت ذمته، وإذا جعلنا القول قولُكَ في الصورة الأولى أو تفريعاً على الوجه الثاني في الصورة الثانية، فحلقت نظر أقبض زَيْدٌ ما على عمرو أم لا؟ إن قبضه برئت ذمة عمرو، لتسليمه ما عليه إلى الوكيل أو المختار، وحكى الإمام وجهاً ضعيفاً عن رواية صاحب «التقريب»: أنه لا يبرؤ في صورة اتفاقكما، على جريان لفظ الحوالة، والمشهور الأول، ثم ينظر إن كان المقبوض باقياً فعليه تسليمه إليك، وهل له أن يطالبك بحقه؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ واختاره الشيخ أبو حامدٍ لاعترافه ببراءتك بدعوى الحوالة.

وأصحهما: عند ابن الصَّبَّاحِ وَصَاحِبِ «التتمة» وغيرهما، أن له المطالبة؛ لأنه إن كان وكيلاً فحقه باقٍ عليه، وإن كان محتالاً فقد استرجعت ماله ظُلماً، فلا وجه لتضييع حَقِّه، قال الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ: وما ذكرنا من وجوب التسليم والوجهين في الرَّجُوعِ من حيث الظَّاهِرِ، فأما بينه وبين الله - تعالى - فإنه إذا لم يَصِلْ إلى حَقِّه منك فله إمساك المَأخُوذِ؛ لأنه ظفر بجنس حقه من مِلْكِكَ، وأنت ظالمٌ له، وإن كان المقبوض تالفاً، فنقول الأكثرين: أنه إذا لم يكن التلف بتقصير مَنك لا يضمن؛ لأنه وكيل بقولك، والوكيل أمين، وليس له أن يُطالِبَكَ بحقه؛ لأنه قد استوفاه بزعمه وهلك عنده، وقال في «التهذيب»: إنه يضمن؛ لأنه قد ثبتت وكالته، والوكيل إذا أخذ المال لنفسه ضمن، وإن لم يقبض زيد ما على عمرو فليس له القبض بعد خلفك؛ لأن الحوالة قد اندفعت بيمينك، وصار زيدٌ معزولاً عن الوكالة بإنكاره، ولك أن تطالبَ عَمراً بما كان لك عليه، وهل لزيدٍ مطالبتك بحَقِّه؟ فيه الوجهان المذكوران فيما إذا كان قد قبض وسلم المقبوض إليك، واستدرك صاحب «البيان» فقال: ينبغي أن لا يطالب هنا وجهاً واحداً، لاعترافه بأن حقه على عمرو، وأن ما قبضه أنت من عمرو وليس حقاً له بخلاف ما إذا كان قد قبض، فإن حقه قد تعين في المقبوض، فإذا أخذته أخذت ماله.

الصورة الثانية: أن تقول لزيد: أحلتك على عمرو، ويقول زيد: بل وكلتني بقبض ما عليه وحقِّي باقٍ عليك، ويظهر تصوير هذا الاختلاف عند إفلاس عمرو، فينظر إن اختلفتما في أصل اللفظ، فالقول قولُ زيدٍ مع يمينه، وإن اتفقتما على لفظ الحوالة، جرى الوجهان المذكوران في الصورة الأولى هاهنا على العكس، فعلى المنسوب إلى ابن سُرَيْجٍ: القول قولك مع يمينك، وعلى القول المنسوب إلى المُرْزَبِيٍّ وغيره: القول قولُ زيدٍ والتوجيه ما مرَّ، فإذا قلنا: إن القول قولك، فحلفت برئت ذمَّتكَ من دَيْنِ زَيْدٍ، ولزيدٍ مطالبة عمرو إما بالوكالة أو الحوالة، وما يأخذه يكون له؛ لأنك تقول: إنه حقه، وعلى زعمه هو لك، وحقه عليك فيأخذه بحقه، وحيث قلنا: إن القول قولُ زيدٍ، فحلفت نظر إن لم يكن قبض المال من عمرو فليس له القبض؛ لأن قول الموكل: ما وكلتك، يتضمن عزله لو كان وكيلاً، وله مطالبتك بحَقِّه، وهل لك الرجوع إلى عمرو؟ فيه وجهان؛ لأنك اعترفت بتحول ما كان عليه إلى زيد، ووجه قولنا: نعم، وهو اختيار القَاضِي ابْنِ كَيْجٍ أن زيدا إن كان وكيلاً فإن لم يقبض بقي حَقُّك، وإن كان محتالاً فقد ظلمك بأخذ المال منك، وما على عمرو حقه فلك أن تأخذه عوضاً عما ظلمك به، وإن كان قد قبض المال من عمرو فقد برئت ذمَّة عمرو، ثم إن كان المقبوض باقياً فقد حكى في «الوسيط» هاهنا وجهين:

أحدهما: أنه يطالبك بحقه ورد المقبوض عليك.

والثاني - وهو الصحيح -: أنه يملك الآن، وإن لم يملكه عند القبض لأنه حبس

حقه، وصاحبه يزعم أنه ملكه، ويشبه أن لا يكون فيه خِلافٌ محقق، بل له أن يرده ويُطالب بحقه، وله أن يأخذه بحقه، وإن كان تلفاً نظر إن كان قد تلف بتفريط منه فلك عليه الضَّمَان وَلَهُ عليك حقه، وربما يقع في التقاص، وإن لم يكن منه تقصير فلا ضمان؛ لأننا إذا صدَّقناه في نفي الحوالة كانت يده يد وكالة، والوكيل أمين، وروى الإمام وَجْهاً آخر: أنه يضمن؛ لأن الأصل فيما يتلف في يَدِ الإنسان من ملك غيره الضَّمَان، ولا يلزم من تصديقه في نفي الحوالة ليبقى حقه تصديقه في تثبيت الوكالة ليسقط عنه الضمان، وهذا كما أنه إذا اختلف المتبايعان في قدم العيب وحدوثه، وصدقنا البائع بيمينه السابقة والله أعلم.

وقوله في الكتاب في أول الفرع: (إذا جرى لفظ الحوالة) إلى قوله: (فقولان) يتضمن الصورتين جميعاً فعلى رأي يتبع فيهما ظاهر اللفظ، وعلى رأي يصدق من أخبر عن نيته وإرادته، إما في طرف الإيجاب أو القبول، ويجوز أن يعلم قوله: (فقولان) بالواو كما سبق عن القاضي حسين، وقد حكى في الصورة الثانية أيضاً القطع بمقتضى من تمسك بمطابقة اللفظ له ثم قوله: (فقولان) أي للأصحاب، وليس للشافعي في المسألتين نص. وقوله في آخره: (أما إذا قال المستحق: وكلتني، فقال: لا، بل أحلتك فإن لم يكن قد قبض) فالقول قول المستحق، ثم في تفريعه أنه إن لم يكن قبض إلى آخره. ونختم الباب بصور وفروع:

منها: إذا أحلت زيداً على عمرو، ثم أحال عمرو زيداً على بكر، ثم أحال بكر على آخر، جاز وقد تعدد المُحَالُ عليهم، وزيد المحتال واحد، ولو أحلت زيداً على عمرو، ثم أحال زَيْدٌ بَكراً على عمرو، جاز، والتعدد هاهنا في المحتالين وعمرو المُحَالُ عَلَيْهِ وَاحِدٌ، ولو أحلت زيداً على عمرو، ثم ثبت لعمرو عليك مثل ذلك الدين فأحال زَيْدٌ عليك جاز. ومنها: لك على رجلين مائة على كل واحد خمسون، وكل واحد ضامن عن صاحبه فأحالك أحدهما بالمائة على إنسان برئاً جميعاً، وإن أحلت على أحدهما بالمائة برئ الثاني؛ لأن الحوالة كالقبض، وإن أحلت عليهما على أن يأخذ المحتال من كل واحد خمسون جاز، ويبرأ كل واحد مِمَّا ضَمِنَ، وإن أَحَلَّتْ عليهما على أن يأخذ المائة من أيهما شاء، فعن ابن سُرَيْجٍ فيه وجهان:

وَجْهُ المَنع، أنه لم يكن له إلا مطالبة واحد، فلا يستفيد بالحوالة زيادة، كما لا يستفيد بها زيادة قدر وصفة.

ومنها: لك على رَجُلٍ دين، فلما طالبت به قال: قد أحلت فلاناً عَلَيَّ، وفلان غائب فأنكرت، فالقول قولك مع يمينك، فلو أقام بينة سمعت وسقطت مطالبتك عنه، وهل تثبت الحوالة في حق الغائب حتى لا يحتاج إلى إقامة بينة إذا قَدِمَ؟ فيه وجهان.



## كِتَابُ الضَّمَانِ (١)

قال الغزالي: وَفِيهِ بَابَانِ:

### البَابُ الْأَوَّلُ فِي أَرْكَانِهِ

وَهِيَ خَمْسَةٌ: الْأَوَّلُ: الْمَضْمُونُ عَنْهُ وَعَلَا يُشْتَرَطُ رِضَاؤُهُ؛ لِأَنَّهُ يُجُوزُ لِغَيْرِهِ أَنْ يُؤَدِّيَ دَيْنَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، وَيُضَحُّ (ح) الضَّمَانُ عَلَى الْمَيْتِ الْمُفْلِسِ، وَأَصَحُّ الْوَجْهَيْنِ أَنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ مَعْرِفَتُهُ.

قال الرَّاغِبِيُّ: الإِجْمَاعُ وَالْأَخْبَارُ مُتَعَاظِدَةٌ عَلَى صِحَّةِ الضَّمَانِ، رَوَى عَنْ أَبِي أَمَامَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «الْعَارِيَةُ مُؤَدَّاةٌ وَالذَّيْنُ مَقْضِيٌّ، وَالزُّعِيمُ غَارِمٌ» (٢).

وعن أبي سعيد الخدري - رضي الله عنه - قال: «كُنَّا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي جَنَازَةٍ، فَلَمَّا وُضِعَتْ قَالَ ﷺ: هَلْ عَلَى صَاحِبِكُمْ مِنْ دَيْنٍ؟ قَالُوا: نَعَمْ دِزْهَمَانِ، قَالَ: صَلُّوا عَلَيَّ صَاحِبِكُمْ، فَقَالَ عَلِيٌّ - كَرَّمَ اللَّهُ وَجْهَهُ -: هُمَا عَلَيَّ يَا رَسُولَ اللَّهِ، وَأَنَا لَهُمَا ضَامِنٌ، فَقَامَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ صَلَّى عَلَيْهِ، ثُمَّ أَقْبَلَ عَلَيَّ فَقَالَ: جَزَاكَ اللَّهُ عَنْ الْإِسْلَامِ خَيْرًا، وَفَكَ رِهَانَكَ كَمَا فَكَّكَتَ رِهَانَ أَخِيكَ» (٣). وَرَوَى أَنَّهُ ﷺ أَتَى بِجَنَازَةٍ فَقَالَ: هَلْ عَلَى صَاحِبِكُمْ مِنْ دَيْنٍ؟ قَالُوا نَعَمْ دِينَارَيْنِ، فَقَالَ: أَبُو قَتَادَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - هُمَا عَلَيَّ يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَصَلَّى عَلَيْهِ النَّبِيُّ ﷺ» (٤).

(١) مصدر ضمته واطمنه ضماناً، إذا كفلته وأنا ضامن وضمن قال ابن سيده: ضمن الشيء وضمن به ضمناً وضماناً وضمنه إياه كفله. قال أهل اللغة يقال ضامن وضمنين، وكافل وكفيل وحميل بفتح الحاء المهملة، وزعيم وقيل تحرير التثنية (٢٢٧ - ٢٢٨).

(٢) تقدم.

(٣) أخرجه الدارقطني (٤٦/٣ - ٤٧) والبيهقي (٧٣/٦) وإسناده ضعيف ومداره على عبيد الله الوصافي وهو ضعيف جداً.

(٤) أخرجه أبو داود (٣٣٤٣) والنسائي (٦٥/٦ - ٦٦) وابن حبان ذكره الهيثمي في الموارد (١١٦٢) من حديث جابر والبخاري (٢٢٨٩، ٢٢٩٥) والنسائي (٦٥/٦) وأحمد (٤٧/٤) من حديث سلمة بن الأكوع، لكنه قال فيه عليه ثلاثة دنانير.

ثم نقل العُلَمَاءُ أن هذا كان في أول الإسلام، ولم يكن النبي ﷺ يُصَلِّي على من لم يخلف وفاء من المديونين؛ لأن صلواته ﷺ شَفَاعَةٌ موجبة للمغفرة، ولم يكن حينئذ في الأموال سعة، فلما فتح الله الفتح قال النبي ﷺ: «أَنَا أَوْلَى بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ»<sup>(١)</sup>.

ونقل عنه ﷺ أنه قال في خطبته: «مَنْ خَلَفَ مَالاً أَوْ حَقًّا فَلِوَرَثَتِهِ، وَمَنْ خَلَفَ كَلًّا أَوْ دَيْنًا فَكَلُّهُ إِلَيَّ وَدَيْنُهُ عَلَيَّ، قِيلَ يَا رَسُولَ اللَّهِ وَعَلَى كُلِّ إِمَامٍ بَعْدَكَ؟ قَالَ: وَعَلَى كُلِّ إِمَامٍ بَعْدِي»<sup>(٢)</sup>.

وقد ضمن حُجَّةُ الإسلام مسائل الضمان في بايين:

أحدهما: في أركان صِحَّةِ الضَّمان.

والثاني: في أنه إذا صح فما حكمه؟ وهذا ترتيبه في أغلب الأبواب.

أما الأركان فأولها: المضمون عنه وهو الأصيل، ولا يشترط رضاه لصِحَّةِ الضَّمان وفاقاً، إذ يجوز أداء دَيْنٍ الغير بغير إذنه، فالتزامه في الذمة أولى بالجواز، ويدل عليه أنه يصح الضَّمان عن الميت، ومعلوم أنه لا يتصور منه الرضا، والدليل على صحته ما قدمناه من ضمان عليّ وأبي قتادة - رضي الله عنهما -، ولا فرق بين أن يخلف الميت وفاءً أو لا يخلف، فإن النبي ﷺ لم يبحث عن ذلك، وبهذا قال مالك وأحمد.

وعند أبي حنيفة: لا يصح، إلا إذا خَلَفَ وَفَاءً أو كان به ضَامِنٍ، وساعدنا فيما إذا ضَمِنَ عنه في حَيَاتِهِ ثم مات وهو مُعْسِرٌ أنه لا يبطل الضَّمان، وهل يشترط معرفة المضمون عنه لصِحَّةِ الضَّمان؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه يشترط ليعرف حاله، ولأنه هَلْ يَسْتَحِقُّ اصْطِنَاعَ المعروف إليه؟ وهذا ما أورده الصَّيْدَلَانِيُّ.

وأصحهما: أنه لا يشترط، كما لا يشترط رِضَاهُ.

واعلم أن الشافعي - رضي الله عنه - قال في مسألة ضمان الميت: «ولو ضمن دَيْنٌ مَيِّتٍ بعد ما تعرفه وتعرف لمن هو، فالضَّمان في ذلك لازم»، واختلفوا فيما يعود إليه في قوله: «بعد ما يعرفه»، بحسب اختلافهم في اشتراط معرفة المضمون عنه، فمن شرطها قال: هي عائدة إلى الميت المضمون عنه، ومن لم يشترطها قال: هي عائدة إلى

(١٦١٩).

(١) انظر التخریج السابق، وقوله وعلى كل إمام، أخرجه الطبراني في الكبير بلفظ من ترك مالا.

(٢) قال النووي: وإذا شرطنا قبول المضمون له فللضامن الرجوع عن الضمان قبل قبوله قاله في

الدَّيْنِ، إذ لا بد من معرفة جنسه وقدره وهو الصَّحِيح، ويدل عليه أن أَبَا بَكْرٍ الْفَارِسِيِّ نقل هذا النَّصَّ بعينه في عيون المسائل، وأنه قال في توجيهه لأنه عرف ما ضمنه، ولمن ضمنه.

قال الغزالي: الرَّكْنُ الثَّانِي: الْمَضْمُونُ لَهُ وَفِي اشْتِرَاطِ مَعْرِفَتِهِ وَجَهَانِ، فَإِنْ شُرِطَتْ فَفِي اشْتِرَاطِ رِضَاةِ وَجَهَانِ، فَإِنْ شُرِطَ فَفِي اشْتِرَاطِ قَبُولِهِ وَجَهَانِ، وَهَذَا لِأَنَّ الضَّمَانَ تَجْدِيدُ سُلْطَةٍ لَهُ لَمْ تَكُنْ قَلَمٌ يَحْزُرُ إِلَّا بِإِذْنِهِ بِخِلَافِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ.

قال الرَّافِعِيُّ: المضمون له هو مستحق الدَّيْنِ، وفي اشتراط معرفته وجهان:

أحدهما: أنها لا يشترط، لأنه لم يقع التعرض والبحث عنه في ضَمَانِ عَلِيٍّ وَأَبِي قَتَادَةَ - رضي الله عنهما -.

وأصحهما: أن لا بد وأن يعرف الضَّامِنُ؛ لأن النَّاسَ يتفاوتون في الاقتضاء والاستيفاء تشديداً وتسهيلاً، والأغراض تختلف بِذَلِكَ، والضمان مع إهماله غرر وضرر من غير ضرورة، وعلى هذا ففي اشتراط رِضَاةِ وَجَهَانِ.

قال الأكثرون: لا يشترط؛ لأن الضَّمَانَ محض التزام، وليس موضوعاً على قواعد المعاهدات، وقال صاحب «الإفصاح» والقاضي ابْنُ كَيْجٍ: يشترط لأن الضمان يجدد له سلطنة وولاية لم تكن، ويعد أن يملك بتملك الغير شيئاً من غير رِضَاةِ، وبهذا قال أبو حنيفة، إلا أنه قال: لو التمس المريض من الورثة أن يضموا دينه فأجابوا صح، وإن لم يرض الضَّمْمُونُ له وإذا قلنا: باشتراط رِضَاةِ وَجَهَانِ ففي اشتراط قبوله وَجَهَانِ:

وجه الاشتراط أنه يملك في مقابلة تَمْلِيكِ الضَّامِنِ فيعتبر فيه القبول كسائر التمليكات والتَمْلُكَاتِ.

والأصح: أنه لا يشترط، وفرقوا بينه وبين سائر التملكات بأن الضَّمَانَ لا يُثْبِتُ مِلْكَ شَيْءٍ جَدِيدٍ، وإنما يتوثق به الدَّيْنِ الذي كان مملوكاً، وهذا يشكّل بالرَّهْنِ فإنه لا يفيد إلا التوثيق، ويعتبر فيه القبول، وعن الشيخ أَبِي مُحَمَّدٍ تَقْرِيْبُ هذا الخِلاَفِ من الخِلاَفِ فِي اشْتِرَاطِ القَبُولِ فِي الوَكَاةِ؛ لأن كل واحدٍ منهما يجدد سلطنة لم تكن، فإن شرطنا القبول فليكن بينه وبين الضَّمَانَ مثل ما بين الإيجاب والقبول في سائر العقود، وإن لم نشترط فيجوز أن يتقدم الرِّضَى عَلَى الضَّمَانَ، وإن تأخر عنه فهو إجازة إن جوزنا وقف العقود ذَكَرَهُ الإِمَامُ، وفرع على قولنا: لا يشترط رِضَاةِ، فقال إذا ضمن بغير رِضَاةِ فينظر إن ضمن بغير إذن المضمون عنه فالمضمون له بالخيار إن شاء طالب الضَّامِنِ، وإن شاء تركه، وإن كان الضمان بإذنه فحيث قلنا: يرجع الضَّامِنِ عَلَى المضمون عنه يتخير المضمون لَهُ عَلَى قَبُولِهِ؛ لأن ما يؤديه في حكم لملك المضمون عنه، وحيث

قلنا: لا يرجع، فهو كما لو قال لغيره: أَدِّ دِينِي ولم يشترط الرجوع وقلنا: إنه يرجع، وهل لمستحق الدين والحالة هذه أن يمتنع من القبول؟ فيه وَجْهَانِ بِنَاءٍ عَلَى أَنَّ الْمُؤَدِّي يَقَعُ فِدَاءً، أَوْ مُوَهَّباً مِمَّنْ عَلَيْهِ الدِّينُ إِنْ قَلْنَا بِالثَّانِي، لَمْ يَكُنْ لَهُ الْإِمْتِنَاعُ وَهُوَ الْأَشْهَرُ، هَذَا بَيَانُ الْخِلَافِ فِي اشْتِرَاطِ مَعْرِفَةِ الْمَضْمُونِ لَهُ دُونَ مَعْرِفَةِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ؛ لِأَنَّهُ لَا مَعَامِلَةَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الضَّامِنِ، وَزَادَ الْإِمَامُ وَجْهًا زَائِعًا، وَهُوَ اشْتِرَاطُ مَعْرِفَةِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ دُونَ الْمَضْمُونِ لَهُ، وَفِي طَرِيقَةِ الصَّنَدِ لِأَنِّي مَا يَقْتَضِيهِ وَهُوَ غَرِيبٌ<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي: الرَّئِضُ الثَّلَاثُ: الضَّامِنُ وَيُشْتَرَطُ فِيهِ صِحَّةُ الْعِبَارَةِ وَأَهْلِيَّةُ التَّبَرُّعِ، وَيَصِحُّ (م) ضَمَانُ الرَّوْجَةِ دُونَ إِذْنِ الرَّوْجِ، وَفِي ضَمَانِ الرَّقِيقِ دُونَ إِذْنِ السَّيِّدِ وَجْهَانِ، فَإِنْ صَحَّ فَيَتَّبَعُ بِهِ إِذَا عَتِقَ، فَإِنْ ضَمِنَ بِالْإِذْنِ فَيَتَعَلَّقُ بِكَسْبِهِ فِي وَجْهِهِ، وَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِ فِي وَجْهِهِ، وَيَتَفَرَّقُ بَيْنَ الْمَأْدُونِ فِي التَّجَارَةِ وَغَيْرِهِ فِي وَجْهِهِ.

قال الرَّافِعِيُّ: ضَبَطَ مِنْ يَصِحُّ ضَمَانُهُ بِأَنَّ يَكُونُ صَحِيحَ الْعِبَارَةِ أَهْلًا لِلتَّبَرُّعِ. أَمَّا صِحَّةُ الْعِبَارَةِ فَيَخْرُجُ عَنْهُ الصَّغِيرُ وَالْمَجْنُونُ وَالْمُعْمَى عَلَيْهِ وَالْمُبْرَسَمُ الَّذِي يَهْدِي، فَلَا يَصِحُّ ضَمَانُهُمْ كَسَائِرِ التَّصَرُّفَاتِ.

ولو ضَمِنَ ضَامِنٌ، ثُمَّ قَالَ: كُنْتُ صَبِيًّا يَوْمَ الضَّمَانِ، وَكَانَ مُحْتَمَلًا فَالْقَوْلُ قَوْلٌ مَعَ يَمِينِهِ، وَكَذَا لَوْ قَالَ: كُنْتُ مَجْنُونًا وَقَدْ عَرَفَ لَهُ جَنُونَ سَابِقٌ أَوْ أَقَامَ عَلَيْهِ بَيْنَةٌ، وَإِلَّا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَضْمُونِ لَهُ مَعَ يَمِينِهِ.

وفي ضَمَانِ السَّكْرَانِ الْخِلَافُ الْمَذْكُورُ فِي سَائِرِ تَصَرُّفَاتِهِ<sup>(٢)</sup> لَا يَصِحُّ ضَمَانُهُ، وَالْأَخْرَسُ الَّذِي إِشَارَتُهُ مَفْهُومَةٌ، وَالْأَخْرَسُ الَّذِي لَيْسَتْ لَهُ إِشَارَةٌ مَفْهُومَةٌ يَصِحُّ ضَمَانُهُ بِهَا كَبَيْعِهِ وَسَائِرِ تَصَرُّفَاتِهِ، وَعَنْ أَبِي الْحُسَيْنِ: أَنَّ مِنَ الْأَضْحَابِ مَنْ أَبْطَلَهُ، وَقَالَ: لَا ضَرُورَةَ إِلَى الضَّمَانِ بِخِلَافِ سَائِرِ التَّصَرُّفَاتِ، وَلَوْ ضَمِنَ بِالْكِتَابَةِ فَوَجْهَانِ، سِوَا أَحْسَنِ الْإِشَارَةِ أَمْ لَا.

أظهرهما: الصَّحَّةُ، وَذَلِكَ عِنْدَ وَجُودِ الْقَرِينَةِ الْمُشْعِرَةِ بِالْمَقْصُودِ، وَيَجْرِي الْوَجْهَانِ فِي النَّاطِقِ وَفِي سَائِرِ التَّصَرُّفَاتِ.

وأما أَهْلِيَّةُ التَّبَرُّعِ فَإِنَّهُ قَصْدٌ بِهَا التَّحَرُّزُ عَنِ الْمَخْجُورِ عَلَيْهِ بِالسَّفَةِ، وَنَحَا فِيهِ نَحْوُ الْإِمَامِ، بِحَيْثُ قَالَ الْمَحْجُورُ عَلَيْهِ وَإِنْ كَانَ تَصَحُّحَ عِبَارَتِهِ عِنْدَ إِذْنِ وَلِيِّهِ فَضَمَانُهُ مَرْدُودٌ،

(١) قال النووي: وإذا شرطنا قبول المضمون له فللضامن الرجوع عن الضمان قبل قبوله قاله في «الحاوي» لأنه لم يتم الضمان فأشبهه البيع. ينظر الروضة ٣/٤٧٤.

(٢) قال النووي: هذا من السكران بمعصية فأما السكران بمباح فكالمجنون. ينظر الروضة ٣/٤٧٥.

من قبل أنه تبرع وتبرعات المُبَدَّر مَزْدُودَةٌ، ولا يصح من الولي الإذن فيها.

واعلم أن القول بكون الضمان تبرعاً إنما يظهر حيث لا يثبت الرجوع، فأما حيث ثبت فهو إقراض لا محض تبرع، وَيَدُلُّ عليه أن القاضي الرَوَيَانِي حكى في «البحر» عن نص الشافعي - رضي الله عنه -: أنه إذا ضَمَنَ في مَرَضِ المَوْتِ بِغَيْرِ إِذْنٍ من عليه الحق فهو محسوب من ثُلَيْهِ، وإن ضمن بإذنه فهو مَحْسُوبٌ من رأس المال؛ لأن للورثة أن يرجعوا على الأصيل، وهو وإن لم يكن تبرعاً فلا يصح من المحجور كالبيع وسائر التصرفات المالية، فإن أذن فيه الولي، فليكن كما لو أذن في البيع<sup>(١)</sup>.

أما المحجور عليه بالفلس، فضمانه. كشرائه.

ثم في الفصل مسألتان:

إحدهما: ضمان المرأة صحيح خلية كَأَنَّهُ أم مزوجة، ولا حاجة إلى إذْنِ الزوج كما في سائر تصرفاتها، وعن مالك أنه لا بُدَّ من إذنه.

الثانية: في ضَمَانِ العَبْدِ بغير إذْنِ سيده مأذوناً كان في التجارة أو لم يكن، وجهان عن ابن سُرَيْج:

أحدهما: وبه قال أبو إسحاق: أنه صحيح، ويتبع به بعد العتق؛ لأنه لا ضَرَرَ فيه على السيد، فصار كما لو أَقْرَبَ بِإِثْلَافِ مَالٍ وكذبه السيد.

وأصحهما وبه قال الإضطرخري: أنه باطل؛ لأنه إثبات مال في الذمة بِعَقْدٍ فَاشِبَةٍ النِّكَاحِ، وإن ضمن بإذْنِ سيده صَحَّ، ثم إن قال: اقضه مما تكتسبه أو قال للمأذون: اقضه من المال الذي في يدك قضى منه، وإن عَيَّنَ مالاً وأمر بالقضاء منه فكمثل، وإن اقتصر على الإذن في الضمان، فإن لم يكن العبد مأذوناً له في التَّجَارَةِ فوجهان:

أحدهما: أنه يكون في ذِمَّتِهِ إلى أن يعتق؛ لأنه إنما أذن في الالتزام دون الأداء.

وأظهرهما: أنه يتعلق بما يكتسبه بعد الإذن، كما لو أذن له في النِّكَاحِ يتعلق المهر

(١) قال النووي: الذي قاله الإمام، هو الصواب. وقد صرح الأصحاب بأنه لا يصح ضمانه من غير فرق بين الإذن وعدمه. وقول الرافعي: إنه ليس تبرعاً، فاسد، فإنه لو سلم أنه كالقرض، كان القرض تبرعاً. وقوله: إذا أذن الولي، كان كالبيع، يعني فيجري فيه الوجهان، فاسد أيضاً، فإن البيع، إنما صح على وجه، لأنه لا يأذن إلا فيما فيه ربح أو مصلحة، والضمان غرر كله بلا مصلحة. وأما ضمان المريض، فقال صاحب «الحاوي»: هو معتبر من الثلث، لأنه تبرع. فإن كان عليه دين مستغرق، فالضمان باطل. وإن خرج بعضه من الثلث، صح فيه. فلو ضمن في مرضه، ثم أقر بدين مستغرق، قدم الدين ولا يؤثر تأخر الإقرار به. والله أعلم. ينظر الروضة / ٣

باكتسابه، وعن الشَّيْخِ أَبِي عَلِيٍّ حِكَايَةَ وَجْهِ غَرِيبٍ أَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ، وَإِنْ كَانَ مَأْذُونًا لَهُ فِي التِّجَارَةِ فَيَتَعَلَّقُ بِذِمَّتِهِ، أَمْ كَيْفَ الْحَالُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ رَتَبَهُمَا الْإِمَامَ عَلَى الْوَجْهَيْنِ فِي غَيْرِ الْمَأْذُونِ، وَأُولَى بَأَنَّ لَا يَحَالُ عَلَى الذِّمَّةِ لِإِشْعَارِ ظَاهِرِ الْحَالِ بِخِلَافِهِ، وَعَلَى هَذَا فَيَتَعَلَّقُ بِمَا يَكْتَسِبُهُ مِنْ بَعْدِ إِذْنِهِ، وَبِمَا فِي يَدِهِ مِنَ الرُّبْحِ الْحَاصِلِ أَمْ بِهِمَا، وَبِرَأْسِ الْمَالِ أَيْضًا؟ فِيهِ وَجْهٌ أَشْبَهَهَا الثَّلَاثُ، وَالْوَجْهُ الَّذِي أوردَهَا صَاحِبُ الْكِتَابِ فِيمَا إِذَا ضَمِنَ بِالْإِذْنِ تَخْرُجُ مِنَ التَّرْتِيبِ الَّذِي أَشَارَ إِلَيْهِ الْإِمَامُ، فَعَلَى رَأْيٍ إِنْ كَانَ مَأْذُونًا لَهُ تَعَلَّقَ بِكَسْبِهِ وَإِلَّا لَمْ يَتَعَلَّقْ إِلَّا بِالذِّمَّةِ، وَحَيْثُ قُلْنَا: يُؤَدِّي مِمَّا فِي يَدِهِ، فَلَوْ كَانَ عَلَيْهِ ذُبُونٌ فَفِيهِ ثَلَاثُ أَوْجِهٍ عَنِ ابْنِ سُرَيْجٍ.

أحدها: أن المضمون له يشارك الغرماء؛ لأنه دين لزم بإذن المولى، فأشبهه سائر الديون.

والثاني: أن الضمان لا يتعلق بما في يده أصلاً؛ لأنه كالمزْمُونِ بِحَقِّ الْغَرْمَاءِ.

والثالث: أنه يتعلق بما فضل عن حقوقهم رعاية لِلْجَانِبَيْنِ، وهذا إذا لم يحجر الْقَاضِي عَلَيْهِ، فَإِنْ حَجَرَ بِاسْتِدْعَاءِ الْغَرْمَاءِ لَمْ يَتَعَلَّقِ الضَّمَانُ بِمَا فِي يَدِهِ لَا مُحَالَةً، وَالْمَدْبِرُ وَأُمُّ الْوَلَدِ كَالْقِرْنِ فِي الضَّمَانِ، وَكَذَا مِنْ بَعْضِهِ حَرٌّ وَبَعْضُهُ رَقِيقٌ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ السَّيِّدِ مَهَابَةٌ أَوْ كَانَتْ وَضَمِنَ فِي نَوْبَةِ السَّيِّدِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمَا مَهَابَةٌ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى بِنَفْسِهِ شَيْئًا، وَيَجُوزُ أَنْ يَخْرُجَ عَلَى الْخِلَافِ فِي الْمَوْنِ وَالْأَكْسَابِ النَّادِرَةِ أَنَّهُ هَلْ تَدْخُلُ فِي الْمَهَابَةِ؟ وَضَمَانِ الْمَكَاتِبِ بِغَيْرِ إِذْنِ السَّيِّدِ كَضَمَانِ الْقِرْنِ وَبِالْإِذْنِ قَالُوا: هُوَ عَلَى الْخِلَافِ فِي تَبَرُّعَاتِهِ.

فِرْع: إِذَا ضَمِنَ الْعَبْدُ بِإِذْنِ السَّيِّدِ، وَأَدَّى مَالَ الضَّمَانِ فِي رَقَبِهِ فَحَقَّ الرَّجُوعُ لِلْسَّيِّدِ، وَإِنْ أَدَاهُ بَعْدَ مَا عَتَقَ فَحَقَّ الرَّجُوعُ لِلْعَبْدِ فِي أَصْحِ الْوَجْهَيْنِ، وَوَجْهُ الثَّانِي أَنْ مَالَ الضَّمَانِ كَالْمَسْتَثْنَى عَنْ اِكْتِسَابِهِ فَلَا يَسْتَحِقُّهَا بِالْعِتْقِ، وَلَوْ ضَمِنَ الْعَبْدُ شَيْئًا لِسَيِّدِهِ عَنْ أَجْنَبِيٍّ لَمْ يَصِحَّ لِأَنَّهُ يُؤَدِّيهِ مِنْ كَسْبِهِ، وَكَسْبُهُ لِسَيِّدِهِ، فَهُوَ كَمَا لَوْ ضَمِنَ الْمَسْتَحِقُّ لِنَفْسِهِ، وَلَوْ ضَمِنَ لِأَجْنَبِيٍّ عَنْ سَيِّدِهِ، فَإِذَا لَمْ يَأْذَنْ السَّيِّدُ فَهُوَ كَمَا لَوْ ضَمِنَ عَنْ أَجْنَبِيٍّ، وَإِنْ ضَمِنَ بِإِذْنِهِ صَحَّ، ثُمَّ إِنْ أَدَى قَبْلَ الْعِتْقِ فَلَا رُجُوعَ لَهُ، وَإِنْ أَدَى بَعْدَهُ فَفِي رُجُوعِهِ عَلَى السَّيِّدِ وَجْهَانِ بِنَاءِ عَلَى الْوَجْهَيْنِ فِيمَا لَوْ أُجْرَ عَبْدُهُ ثُمَّ أَعْتَقَهُ، فِي أَثْنَاءِ الْمُدَّةِ هَلْ يَرْجِعُ بِأَجْرَةِ الْمَهْثَلِ لِبَقِيَةِ الْمُدَّةِ؟<sup>(١)</sup>.

(١) قال النووي: لو ثبت على عبد دين بالمعاملة فضمنه سيده، صح كالأجنبي. ولو ضمن السيد لعبده ديناً على أجنبي، فإن لم يكن على العبد دين من التجارة، فالضمان باطل وإلا فوجهان، قاله في «الحاوي». ينظر الروضة ٤٧٧/٣.

قال الغزالي: الرُّكْنُ الرَّابِعُ الْمَضْمُونُ بِهِ وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ حَقًّا ثَابِتًا (م ح و) لِأَزْمًا (م ح و) مَعْلُومًا (م ح و) وَأَخْتَرْنَا بِالثَّابِتِ عَنِ ضَمَانِ دَيْنٍ سَيَلَزِمُ بَيْعٍ أَوْ قَرْضٍ بَعْدَهُ فَإِنَّهُ لَا يَصِحُّ (م ح) فِي الْجَدِيدِ، وَفِي ضَمَانِ مَا سَبَقَ سَبَبٌ وَجُوبِهِ وَلَمْ يَجِبْ كَتَفَقُّةِ الْغَدِ لِلْمَرْأَةِ قَوْلَانِ فِي الْجَدِيدِ، وَضَمَانِ الْعَهْدَةِ لِلْمُشْتَرِي صَحِيحٌ (و) بَعْدَ قَبْضِ الثَّمَنِ لِأَجْلِ الْحَاجَةِ إِلَى مُعَامَلَةِ الْغُرَبَاءِ، وَكَذَلِكَ ضَمَانُ تَقْصَانِ الصَّنِجَةِ وَرَدَاءَةِ الْجِنْسِ فِي الْمَبِيعِ، وَفِي صِحَّةِ ضَمَانِ عَهْدَةِ تَلَحُّقٍ بِالْعَيْبِ أَوْ بِالْفَسَادِ مِنْ أُخْرَى لَا يَخْرُوجُهُ مُسْتَحَقًّا وَجَهَانًا، فَإِنْ صَحَّحَ صَرِيحًا فِي أَنْدِرَاجِهِ تَحْتَ مُطْلَقِ ضَمَانِ الْعَهْدَةِ وَجَهَانًا.

قال الرَّافِعِيُّ: يشترط في الحقِّ الْمَضْمُونِ ثلاث صفات: كونه ثابتًا، ولازمًا ومعلوم الصَّفة.

الأولى: الثبوت، وفيه مسائل:

أحداها: إذا ضمن ديناً لم يجب بعد، وسيجب كقرض أو بيع وما أشبههما، ففيه طريقتان حكاهما الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ وَغَيْرُهُ.

وأشهرهما وبه قال ابنُ سُرَيْجٍ: أنه على قولين:

القديم: أنه يَصِحُّ؛ لأنه قد تَمَسَّ الْحَاجَةُ إِلَيْهِ، وهذا كما أنه جوز في القديم ضَمَانَ نَفَقَةِ يَوْمِ الْمُسْتَقْبَلِ، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك.

والجديد: المنع، وبه قال أحمد؛ لأن الضمان لو تبعه الحق، فلا يسبق وجوب الحق كالشَّهَادَةِ.

والثاني: وهو اختيار الشَّيْخِ أَبِي حَامِدٍ الْقَطْعُ بِالْمَنْعِ، ويخالف ضَمَانَ التَّفَقُّةِ؛ لأنَّ النَفَقَةَ عَلَى الْقَدِيمِ تَجِبُ بِالْعَقْدِ، فضمانها ضَمَانٌ وَاجِبٌ لَا غَيْرَ وَاجِبٌ، والمذكور في الكتاب هو الطريقة الأولى، ويجوز إعلام قوله: (في الجديد) بالواو للثانية، وإعلام قوله: (لا يصح) بالحاء والميم لما ذكرنا، وذكر الإمام أموراً مفرعة على القديم.

أحداها: إذا قال: ضمنت لك ما تباع من فلان، فباع الشيء بعد الشيء كان ضامناً لِلْكَلِّ؛ لأن «ما» من أدوات الشَّرْطِ، فتقتضي التعميم بخلاف ما إذا قال: إذا بعته من فلان فأنا ضامنٌ حيث لا يكون ضامناً إلا لثمن ما باعه أولاً؛ لأن «إذا» ليست من أدوات الشرط.

الثاني: إن شرطنا معرفة المضمون له عند ثبوت الدين فهانئ أولى وإلا فوجهان، وكذا معرفة المضمون عنه.

الثالث: لا يطالب الضامن ما لم يلزم الدَّيْنُ عَلَى الْأَصِيلِ، وليس له الرجوع بعد

لزمه.

وأما قبله فعن ابن سُرَيْج: أن له أن يرجع، وقال غيره: لا؛ لأن وضع الضمان على اللزوم.

وإذا قلنا بالجديد، فلو قال: أقرض فلاناً كذا وعلى ضمانه فأقرضه قال القاضي الرَوْيَانِي - في المذهب -: أنه لا يجوز، وعن ابن سُرَيْج تجويزه؛ لأنه ضمان مَقْرُونٌ بالقرض.

**المسألة الثانية:** ضمان نفقة المدة الماضية للزوجة صحيحة، سواء كانت نفقة المُوَسِّرِينَ أو المعسرين، وكذا ضمان الأدام ونفقة الخادمة وسائر المُوَن، ولو ضمن نفقة اليوم فكمثل، لأنها تجب بطلوع الشمس، وفي ضمان نفقة الغد والشهر المستقبل. قولان، بناءً على أن النفقة تجب بالعقد أو بالتمكين.

إن قلنا: بالأول وهو القديم، صحَّ وإن قلنا: بالثاني فلا، وهو الأصح، هكذا نقل عامة الأَصْحَابِ، وأشار الإمام إلى أنه على قولين مع تفريعنا على أن ضمان ما لا يجب باطل؛ لأن سبب وجوب النفقة على تعاقب الأيام ناجز وهو النكاح، وهذا ما أورده المصنف، وقال: (وفي ضمان ما سبق سبب وجوبه، ولم يجب) إلى آخره وفيه إشكال؛ لأن سبب وجوب النفقة إما النكاح، أو التمكين في النكاح، إن كان الأول فالنفقة واجبة، فكيف قال: (ولم يجب)، وإن كان الثاني فالسبب غير موجود، ويجوز أن يقال في الجواب: المراد من سبب الوجوب هاهنا ما تقرر به الوجوب، بل المراد منه الأمر الذي إذا وجد، استعقب الوجوب ظاهراً عند وجود أمر آخر.

وبيان ذلك بأنهم نقلوا قولين فيما إذا ضمن أرض الجناية وما يتولد منها، ومعلوم أن الجناية ليست سبباً لما يتولد منها إلا على هذا التفسير، أما عند قولنا: سبب الوجوب النكاح والتمكين، فنعني به ما يقترن به الوجوب، فإذا جوزنا ضمان نفقة المستقبل، فله شرطان:

أحدهما: أن يقدر مدة، أما إذا أطلق لم يصح فيما بعد الغد، وفيه وجهان أخذاً من الخلاف فيما إذا قال: أجرتك كل شهر بديهم، ولم يقدر هل يصح في الشهر الأول؟

والثاني: أن يكون المضمون في نفقة المُعْسِرِينَ، وإن كان المضمون عنه موسراً أو متوسطاً؛ لأنه ربما يعسر، وفي «التتمة» وجه آخر: أنه يجوز ضمان نفقة المُوَسِّرِينَ والمتوسطين؛ لأن الظاهر استمرار ماله، وضمان نفقة القريب للمدة المستقبلية لا يجوز، وفي ضمان نفقة اليوم وجهان، والفرق أن سبيلها سبيل البر والصلة، لا سبيل للدُّيُون؛ ولهذا تسقط بمضي الزمان وضيافة الغير.



**المسألة الثالثة:** من باع شيئاً فخرج مستحقاً فعليه ردُّ الثَّمَنِ ولا حاجة فيه إلى شَرْطِ والتَّزَامِ، قال القَفَّالُ: ومن الحماقة اشتراط ذلك في القبالات، وإن ضمن عنه ضَامِنٌ ليرجع المشتري عليه بالثمن لو خرج المبيع مستحقاً فهذا ضمان العُهْدَةِ ويسمى ضَمَانُ الدرك أيضاً.

أما ضمان العهدة فقد قال في «التتمة»: إنما سمي به للالتزامه ما في عَهْدَةِ البَائِعِ رده، ويجوز أخذه من شيئين آخرين:

أحدهما: قال في «الصحاح»: يقال في الأمر عهدة، أي لم يحكم بعد، وفي عقله عهدة أي ضعف، فكان الضَّامِنُ ضمن ضعف العقد والتزم ما يحتاج فيه مِنْ عَزْمٍ.

والثَّانِي: قال العهدة الرجعة، يقال: أبيعك الملسى لا عهدة، أي تتلمس وينقلب فلا يرجع إلي، فالضامن التزم رجعة المُشْتَرِي عليه عند الحَاجَةِ.

وأما الدَّرْكُ فقد قال في «الصحاح»: الدرك التبعة تسكن وتحرك، وفي «البتمة»: أنه سمي ضمان الدرك للالتزامه الغرامة عند إدراك المستحق من مَالِهِ، وفي صحة هذا الضَّمَانُ طريقتان:

أظهرهما: أنها على قولين:

أحدهما: خرجه ابنُ سُرَيْجٍ وغيره: أنه لا يصح؛ لأنه ضمان ما لم يجب؛ ولأنه لا يجوز الرهنُ بِهِ فكذلك الكفيل.

وأصحهما: وهو نَصُّه في آخر كتاب الإقرار أنه صَحِيح، وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد لإطباق النَّاسِ عليه، وإيداعه الصكوك في جميع الأعصار، والمعنى فيه أن الحَاجَةَ تمس إلى مُعَامَلَةٍ من لا يعرف من العُرَمَاءِ، ولا يوثق بيده وملكه ويخاف عدم الظَّفَرِ بِهِ، لو ظهر الاستحقاق فيحتاج إلى التَّوْثِيقِ.

والثَّانِي: القطع بالصُّحَّةِ حكاها القَاضِي ابنُ كَيْجٍ عن أبي إسحاق وابنِ القَطَّانِ، وأجيب عن توجيه قولِ المنع بأنه إذا بان الاستحقاق بان، إن رد الثمن كان واجباً إلا أنا كنا لا نَعْرِفه.

وأما الرهنُ فالكلام فيه قد مر في كتاب الرهنِ.

التفريع: إن قلنا: بالصحة فذاك إذا ضَمِنَ بعد قبض الثَّمَنِ، أما قبله فَوَجْهَانِ:

أحدهما: الصحة؛ لأن الحَاجَةَ تدعو إليه، إذ ربما لا يثق المشتري بتسليم الثَّمَنِ إلا بعد الاستيثاق.

وأصحهما: المنع؛ لأن الضامن إنما يضمن ما يدخل في ضمان البائع ويلزمه

رده، وقبل القبض لم يتحقق ذلك، وكما يصحَّ ضَمَنُ الْعُهُدَةِ للمشتري يصح ضمان نقصان الصنجة<sup>(١)</sup> للبائع، بأن جاء المشتري بصنجة ووزن بها الثمن، فاتهمه البائع فيها، فضَمِنَ ضَامِنُ النَقْصَانِ إن كانت نَاقِصَةً، وكذا ضمان رداءة الثمن إذا شكَّ البائع في أن المؤدى هل هو من الضرب الذي يستحقه؟ فإذا خرج ناقصاً أو رديئاً طالب البائع الضامن بالنقصان، وبالضرب المستحق إذا رَدَّ المقبوض على المشتري.

ولو اختلف البائع والمشتري في نُقْصَانِ الصنجة صدق البائع بيمينه، فإذا حَلَفَ طَالَبَ الْمُشْتَرِي بالنقصان، ولا يطالب الضامن على أقيس الوجهين؛ لأن الأصل براءة ذمته، فلا يطالب إلا إذا اعترف بالنقصان، أو قامت بينة عليه، ولو اختلف البائع والضامن في نقصانها فالمصدق الضامن على أصحَّ الوجهين؛ لأن الأصل براءة ذمته بخلاف المشتري، فإن ذمته كانت مشغولة بحق البائع، والأصل بقاء الشغل.

واعلم أن الأئمة صوروا ضمان نقصان الصنجة والرداءة في الثمن كما أوردناه، قالوا: هذا الضمان للبائع كضمان العهدة للمشتري، وحكى هذا صاحب الكتاب في «الوسيط»، فأما هاهنا فإنه قال: (وكذلك ضمان نقصان الصنجة ورداءة الجنس في المبيع)، فصور ضمان الرداءة في المبيع وهذا يمكن فرضه فيما إذا باع وشرطه كونه من نوع كذا، فخرج المبيع من نوع أردأ منه ثبت للمشتري الخيار والرجوع بالثمن، وإذا ضمن ضامن كان له الرجوع على الضامن أيضاً، وكذا نقصان الصنجة، يمكن تصوير ضمانه في المبيع، بأن باع بشرط أنه كذا منا فإنه إذا خرج دونه يبطل المبيع على قول، ويثبت للمشتري الخيار على قولٍ كما مرَّ، فإذا ضمنه ضامن رجع بالثمن عليه، وفي الصورتين يكون الضمان للمشتري كضمان العهدة، ولو ضمن عهدة الثمن لو خرج المبيع معيماً فرده أو بان فساد المبيع بسبب غير الاستحقاق لتخلف شرط معتبر في المبيع أو اقتران شرط فاسد ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يصح.

أما في خروجه معيماً فلأن وجوب ردِّ الثمن على البائع هاهنا بسبب حَدِيثٍ، وهو الفسخ فالضمان سابق عليه، فيكون ضمان ما لم يجب.

وأما في ظهور الفساد بغير الاستحقاق فلأن هذا الضمان إنما جوِّز للحاجة، وإنما تظهر الحاجة في الاستحقاق، ولأن التجوز عند ظهور الاستحقاق لا يمكن والتحرز عن سائر أسباب الفساد ممكن ولأن حبس المبيع إلى استرداد الثمن بسائر أسباب الفساد

(١) يفتح الصاد فارسية وعربت والجمع صنج ويقال سنجة بالسين خلافاً لابن السكيت وهذا كالمستثنى من بطلان ما سيوجب.

ممکن بخلاف حالة ظهور الاستحقاق لا يمكن، والتحرز عن سائر أسباب الفساد ممكن.

والثاني: يصح؛ لأن الحاجة قد تمس إليه أيضاً في معاملة الغرماء ومن لا يوثق بالظفر به كما تمس إلى الضمان بسبب الاستحقاق، وذكر في «التتمة»: أن المذهب هو الوجه الأول، لكن أصحابنا العراقيين أجابوا بالثاني، ورووه عن ابن سريج، ونفى صاحب «البيان» الخلاف فيه.

فإن قلنا: بالصحة إذا ضمن ذلك صريحاً، فقد حكى الإمام وصاحب الكتاب وجهين في اندراجه تحت مطلق ضمان العهدة، ونحن نجتمع ما يطالب به ضامن العهدة، في فضل محتوش بفصلين، ويضمن ثلاثهما بقية مسائل الباب.

### فَضْلٌ أَوَّلُ

من ألفاظ هذا الضمان، أن تقول للمشتري: ضمننت لك عهدته، أو دركه أو خلاصك منه، ولو قال: ضمننت لك خلاص المبيع لم يصح؛ لأنه لم يستقل بتخليصه بعد ظهور الاستحقاق، ولو ضمن عهدة الثمن وخلاص المبيع معاً، لم يصح ضمان الخلاص، وفي العهدة قولاً تفریق الصفقة ولو شرط في المبيع كفيلاً بخلاص المبيع بطل بخلاف ما لو شرط كفيلاً بالثمن.

ويشترط أن يكون قدر الثمن معلوماً للضامن، فإن لم يكن فهو كما لو لم يكن قدر الثمن معلوماً في المرابحة.

ويجوز ضمان المسلم فيه للمسلم إليه، لو خرج رأس المال مستحقاً بعد تسليم المسلم فيه، وقبله لا يجوز في أصح الوجهين، ولا يجوز ضمان رأس المال للمسلم لو خرج المسلم فيه مستحقاً؛ لأن المسلم فيه في الذمة والاستحقاق لا يتصور فيه، وإنما يتصور في المقبوض، وحينئذ يطالب المسلم بمثله لا برأس المال.

### فَضْلٌ ثَانِ

إذا ظهر الاستحقاق، فالمشتري يطالب من شاء من البائع والضامن، ولا فرق في الاستحقاق بين أن يخرج مغضوباً، وبين أن يخرج شقصاً، قد ثبتت فيه الشفعة ببيع سابق فأخذه الشفيع بذلك المبيع ولو بان فساد البيع بشرط أو غيره ففي مطالبة الضامن وجهان:

أحدهما: يطالب كما لو خرج مستحقاً.

والثاني: لا؛ للاستغناء عنه بإمكان حبس المبيع إلى استرداد الثمن؛ لأن السابق

إلى الفهم من ضمان العهدة هو الرجوع بسبب الاستحقاق، ولو خرج المبيع معيباً فرده المُشْتَرِي، ففي مطالبة الضامن بالثمن وَجْهَانِ، وأولى بأن لا يُطالَب، وبه قال المُزْنِي وَأَبْنُ سُرَيْجٍ؛ لأن الرَّد هاهنا سبب حادث وهو مختار فيه، فأشبهه ما إذا فسخ بِخِيَارِ شَرْطٍ أو مجلس أو تقابلا، وهذا إذا كان العيب مقروناً بالعقد، أما إذا حدث في يد البائع بعد العقد، ففي «التمة»: أنه لا يطالب الضامن بالثمن وجهاً وإحداً؛ لأنه لم يكن سبب رد الثمن مقروناً بالعقد، ولم يوجد من البائع تفريط فيه، وفي العيب الموجود عند البيع سبب الرَّد مقروناً بالعقد، والبائع مفرط بالإخفاء، فالتحق بالاستحقاق على رأي<sup>(١)</sup> ولو تلف المبيع قبل القبض وبعد قبض الثمن وانفسخ العقد فهل يطالب الضامن بالثمن؟

إن قلنا: إنه ينفسخ من أصله، فهو كظهور الفساد بغير الاستحقاق، وإن قلنا: من حينه كالرد بالعيب ولو خرج بعض المبيع مستحقاً ففي صححة البيع في الباقي قولاً تفريق الصفة.

إن قلنا: يصح فاختار المشتري إن قلنا: يختار بجميع الثمن لم يطالب الضامن بشيء، وإن قلنا: يختار بالحصّة طالبه بحصة المُسْتَحَق من الثمن، وإن فسخ طالب بحصة المستحق من الثمن ومطالبته بحصة الباقي من الثمن كمطالبته عند الفسخ بالعيب وإن قلنا: لا يصح ففي مطالبته بالثمن طريقان:

أحدهما: أنه كما لو بان فساد العقد بشرط ونحوه.

والثاني: القطع بتوجيه المطالبة لاستناد الفساد إلى الاستحقاق، وهذا كله فيما إذا كانت صيغة الضمان شيئاً مما ذكرنا في الفصل الأول، أما إذا كان قد عيّن جهة الاستحقاق، فقال: ضمنت لك الثمن متى خرج المبيع مستحقاً لم يطالب بجهة أخرى [وكذا لو عين جهة غير الاستحقاق لم يطالب عند الاستحقاق].

### فصل ثالث

اشترى أرضاً وبنى فيها أو غرس، ثم خرجت مستحقة وقلع المستحق البناء والغراس، فهل يجب أرش النقصان على البائع، وهو ما بين قيمته قائماً ومقلوعاً؟ فيه خلاف مذكور في الكتاب في آخر العصب، والظاهر وجوبه، وهو الذي حكاه القاضي أبو القاسم الصيمري عن الشافعي - رضي الله عنه - في «علل الشروط» وحكى عن أبي حنيفة إن كان البائع حاضراً رجع المشتري بقيمة البناء والغراس عليه.

عيب ففي رجوعه بالأرض على الضامن الوجهان. ينظر الروضة ٣/٤٨١.

(١) قال النووي: أصحهما لا يرتد. ينظر الروضة ٣/٤٨٤.

فاتمام المستحق إن شاء أعطى البائع قيمته مقلوعاً وإن شاء أمره بقلعه، وإن كان البائع غائباً قال المستحق للمشتري: إن شئت أعطيتك قيمته مقلوعاً وإلا فاقلمه، فإن قلعه رَجَعَ على المشتري بقيمته على البائع مقلوعاً؛ لأنه سلمه إليه مقلوعاً، وإذا قلنا بوجود الأرش على البائع فلو ضمنه ضامن نظر إن كان قبل ظهور الاستحقاق لَمْ يَصِحْ؛ لأنه مجهول ولأنه ضَمَانٌ ما ليس بواجب، وإن كان بعد الاستحقاق وقبل القلع فكمثل. وقال أبو حنيفة: يصح في الصورتين وإن ضمنه بعد القلع وكان قدره معلوماً صح.

وإن ضمن ضامن عهدة الأرض وأرض نقص البناء والغراس في عقد واحد لم يصح في الأرش، وفي العهدة قولاً تفریق الصَّفقة، ولو كان البيع بشرط أن يعطيه كفيلاً فهو كما لو شرط في البيع رهناً فاسداً، وذكر جماعة من الأصحاب أن ضَمَانَ نُقْصِ البناء والغراس، كما لا يصح من غير البائع، لا يصح من البائع، وهذا إن أريد به أنه لَعْوٌ، كما لو ضمن العهدة لوجوب الأرش عليه من غير إلزام، فهو مُسْتَمِرٌّ على ظاهر المذهب، وإلا فهو ذهاب منه إلى أنه لا أرش عليه، والله أعلم.

قال الغزالي: وَأَخْتَرْنَا بِاللَّازِمِ عَنِ نُجُومِ الْكِتَابَةِ فَلَا يَصِحُّ ضَمَانُهَا، وَيَصِحُّ (و) ضَمَانُ الثَّمَنِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ إِذْ مَصِيرُهُ إِلَى اللُّزُومِ، وَفِي ضَمَانِ الْجُعْلِ فِي الْجَعَالَةِ وَجْهَانِ.

قال الرَّافِعِيُّ: الصِّفَةُ الثَّانِيَّةُ: اللُّزُومُ.

والديون الثابتة ضربان:

أحدهما: ما لا مصير له إلى اللزوم بحال، مثل نجوم الكتابة فلا يصح ضمانها، كما لا يصح الرهن بها، هذا هو المشهور، وفيه وجه أنه يصح، وبه قال أبو حنيفة ولم أجد هذا الوجه عن الشيخ أبي محمد أن ابن سريج خرجه على ضمان ما لم يجب ووجد سبب وجوبه، وذكر القاضي ابن كج أنه مأخوذ من تجويز ضمان الجعل في الجعالة على أحد الرأيين.

ولو ضمن إنساناً عن المكاتب عين نجوم الكتابة نظر إن ضمنه لأجنبي صح، وإذا غرم رجوع على المكاتب، إذا كان الضمان بإذنه، وإن ضمنه لسيده يئتي ذلك على أن الدين هل يسقط بعهزه؟ وهو على وجهين:

إن قلنا: نعم، لم يصح الضمان للنجوم في الأصح.

والضرب الثاني: ما له مصير إلى اللزوم، فينظر إن كان لازماً في حال الضمان صح ضمانه، سواء كان مستقراً أو لم يكن كالمهر قبل الدخول، والضمن قبل قبض

المبيع لحاجة التوثيق، ولا نظر إلى احتمال سقوطه، كما لا نظر إلى احتمال سقوط المستقر بالإبراء والرد بالعيب وما أشبههما، وإن لم يكن لازماً حال الضمان فهو على قسمين .

أحدهما: ما الأصل في وضعه اللزوم كالثمن في مدة الخيار في ضمانه وجهان:  
أحدهما: المنع؛ لأنه ليس بلازم.

وأصحهما: وقد قطع به بغضهم الجواز؛ لأنه ينتهي إلى اللزوم بنفسه عن قريب فيحتاج فيه إلى التوثيق ثم فيه نظران.

أحدهما: أن الخلاف على ما ذكره صاحب «التتمة» مفروض فيما إذا كان الخيار للمشتري أولهما، أما إذا كان للبائع وحده صح ضمانه بلا خلاف؛ لأن الدين لازم في حق من عليه.

والثاني: أشار الإمام إلى أن تصحيح الضمان مفرع على أن الخيار لا يمنع نقل الملك في الثمن إلى البائع. أما إذا منعه فهو ضمان ما لم يثبت بعد، وقد ذكر مثل هذا الاستدراك في الرهن على ما مر.

القسم الثاني: ما الأصل في وضعه الجواز، كالجعل في الجمالة فيه وجهان كما ذكر في صحة الرهن به، وموضع الوجهين بعد الشروع في العمل، وقبل تمامه على ما بيناه ثم، وضمان مال المسابقة يبنى على أنها جمالة أو إجارة، إن كان إجارة صح، وإلا فهو كضمان الجعل.

قال الغزالي: وَأَخْتَرْنَا بِالْمَعْلُومِ عَنِ ضَمَانِ الْمَجْهُولِ وَهُوَ بَاطِلٌ (ح) عَلَى الْجَدِيدِ، وَكَذَلِكَ الْإِبْرَاءِ (ح) عَنِ الْمَجْهُولِ، وَالصَّحِيحُ: جَوَازُ ضَمَانِ إِبِلِ الدَّيْةِ كَمَا يَجُوزُ الْإِبْرَاءُ عَنْهَا، وَلَوْ قَالَ: ضَمِنْتُ مِنْ وَاحِدٍ إِلَى عَشْرَةِ فَأَشْهُرُ الْقَوْلَيْنِ الصَّحَّةُ.

قال الرافعي: الصفة الثالثة: كونه معلوماً، وفيها صور:

إحداها: في ضمان المجهول طريقان كالطريقين المذكورين في ضمان ما لم يجب، ووجه الجديد أنه إثبات مال في الدمة بعقد، فأشبهه البيع والإجارة.

وإذا قلنا: بالقديم وبه قال أبو حنيفة ومالك فالشروط أن تتأني الإحاطة به، بأن يقول: أنا ضامن لثمن ما بعث من فلان، وهو جاهل به فإن معرفته متيسرة.

أما إذا قال: ضمنت لك شيئاً مما لك على فلان فهو باطل لا محالة، والقولان في صحة ضمان المجهول جاريتان في صحة الإبراء عن المجهول بطريق الأولى؛ لأن الضمان التزائم، والإبراء إسقاط، وذكروا للخلاف في الإبراء مأخذين.

أحدهما: الخلاف في صِحَّة شرط البراءة من العيوب، فإن العيوب مجهولة الأنواع والأقْدَار.

والثاني: إن الإبراء محض إسقاط كالإعتاق، أو هو تَمْلِيك للمديون ما في ذمته، ثم إذا ملكه سقط؟ وفيه رأيان: إن قلنا: إسقاط صَحَّ الإبراء عن المجهول، وهو قول أبي حنيفة ومالك.

وإن قلنا: تَمْلِيك لَمْ يَصِحَّ، وهو ظَاهِرُ المَذْهَبِ، وخرجوا على هذا الأَضَلِّ مسائل.

منها: لو عرف المشتري قدر الدَّيْنِ ولم يعرف المبرأ عنه، وسنذكره في الوكَّالة، فإن في الكِتَابِ تعرضاً له هناك.

ومنها: لو كان له دَيْنٌ على هذا ودين على هَذَا فقال: أبرأت أحكما إن قلنا: إنه إسقاطٌ صَحَّ، وأخذ بالبيِّنِ.

وإن قلنا: تملك لَمْ يَصِحَّ، كما لو كان في يد كل واحد منهما عبد، فقال: ملكت أحكما العبد الذي في يده. ومنها: لو كان لأبيه دَيْنٌ على إنسانٍ فأبرأه هو، ولا يعلم موت مورثه.

إن قلنا: إنه إسقاطٌ صَحَّ، كما لو قال لعبد أبيه: أعتقه وهو [لا] يعلم موت الأب.

وإن قلنا: تملك فهو كما لو باعَ مَالٌ أبيه على ظَنٍّ أنه حيٌّ وهو ميت.

ومنها أنه لا يحتاج إلى القَبُولِ إن جعلناه إسقاطاً، وإن جعلناه تملكياً فنص ابنُ سُرَيْجٍ أنه لا بد من القَبُولِ، وظاهر المذهب: أنه لا حَاجَةَ إليه؛ لأنه إن كان تملكياً فالمقصود منه الإسقاط، وقد نصَّ على هذا في كِتَابِ الأَيْمَانِ، فإن اعتبرنا القبول ارتد بالرد، وإن لم تعتبره ففي ارتداده بالرد وَجْهَانٌ<sup>(١)</sup>، وهذه المسائل مخرجة على المأخذ المذكور، وأردها صاحب «التتمة» مع أخوات لها، واحتج للرأي الذاهب إلى كَوْنِهِ تَمْلِيكاً بأنه لو قال للمديون: ملكتك ما في ذِمَّتِكَ صَحَّ، وبرئت ذمته من غَيْرِ نِيَّةٍ وقرينة، ولولا أنه تملك لافتقر إلى نِيَّةٍ أو قرينة، كما إذا قال لعبد: ملكتك رقبتك، أو لزوجته ملكتك تُفْسِكُ يحتاج إلى النِّيَّةِ.

فرع: لو جاء المغتاب إلى من اغتابه فقال: إني اغتبتك فاجعلني في حل ففعل وهو لا يدري بما اغتابه فوجهان:

(١) قال النووي: الأصح تسعة. ينظر الروضة ٤٨٥/٣.

أحدهما: أنه يبرأ؛ لأن هذا إسقاط محض، فصار إذا كما عرف أن عبداً قطع عضواً من عبده ولم يعرف عين العضو المقطوع فعفى عن القصاص يصح.

والثاني: لا؛ لأن المقصود حصول رضاه، والرضا بمجهول لا يمكن، ويخالف مسألة القصاص؛ لأن العفو على القصاص مبني على التغليب والسراية، وإسقاط المظالم غير مبني عليه.

الصورة الثانية: ضمان أروش الجنائيات صحيح إن كان دراهم أو دنانير، وفي ضمان إبل الدية إذا لم نجوز ضمان المجهول وجهان ويقال: قولان:

أحدهما: المنع؛ لأنها مجهولة الصفة واللون.

والثاني: أنه صحيح أيضاً؛ لأنها معلومة السن والعدد، والرجوع في اللون والصفة إلى غالب إبل البلد، ولأن الضمان تلو الإبراء، والإبراء عنها صحيح، هكذا الضمان وهذا الأظهر ومنهم من قطع به، ثم إذا كان الضمان بحيث يقتضي الرجوع فيرجع بالحيوان أو بالقيمة؟ قال الإمام: لا يمتنع أن يجري فيه الخلاف المذكور في إقراض الحيوان، ولا يجوز ضمان الدية على العاقلة قبل تمام السنة؛ لأنها غير ثابتة بعد.

الثالثة: إذا منعنا ضمان المجهول، فلو قال: ضمنت مالك على فلان من درهم إلى عشرة ففيه قولان على ما رواه الغزالي والصيندلائي، ووجهان على ما رواه الإمام وآخرون.

أحدهما: أنه لا يصح؛ لما فيه من الجهالة.

وأظهرهما: الصحة؛ لأن المنع من ضمان المجهول لما فيه من العزر، وإذا ثبتت الغاية الملتزمة فقد وطن نفسه عليهما، وانتفى الغرر.

وإذا قلنا: بالصحة، وكان عليه عشرة أو أكثر، يلزمه عشرة إدخالاً للطريقين في الملتزم، أو ثمانية إخراجاً لهما، أو تسعة إدخالاً للطرف الأول<sup>(١)</sup>؛ لأنه مبدأ الالتزام فيه ثلاثة أوجه، سيعود مثلها في الإقرار، وقال في «التهذيب»: والأصح الأول، ولو قال: ضمنت لك ما بين درهم وعشرة فإن عرف أن دينه لا ينقص عن عشرة صح، وكان ضامناً لثمانية، وإن لم يعرف ففي صحته في الثمانية قولان أو الوجهان.

ولو قال: ضمنت لك الدراهم التي لك على فلان وهو لا يعرف مبلغها فهل يصح في ثلاثة لدخولها في اللفظ على كل حال؟ فيه وجهان، كما لو قال: أجرتك كل شهر بدرهم، هل يصح في الشهر الأول، وهذه المسائل بعينها جارية في الإبراء فإذا عرفت

(١) قال النووي: الأصح تسعة. ينظر الروضة ٣/٤٨٥.



ما ذكرنا، لم يخف عليك أن قوله في أول الركن: (ثابتاً لازماً معلوماً) ينتظم إعلام ثلاثتها بالحاء والميم والواو، وأنه يدخل في الضبط المذكور في الركاة، فيجوز ضمانها عمن هي عليه، وفي تجربة الزوياني ذكر وجه آخر أنه لا يجوز؛ لأنها حق الله - تعالى - فأشبه الكفالة بنذب الشاهد لأداء الشهادة، وعلى الصحيح هل يعتبر الإذن عند الأداء؟ قال: فيه وجهان:

أظهرهما: الاغتیار، ويجوز ضمان المنافع الثابتة في الذم كالأموال.

قال الغزالي: وَيَصِحُّ (و) كَفَالَةُ الْبَدَنِ عَنْ كُلِّ مَنْ وَجِبَ عَلَيْهِ الْحُضُورُ بِمَجْلِسِ الْحُكْمِ مِنْ زَوْجَةٍ أَوْ عَبْدٍ أَبَى أَوْ مَنْ عَلَيْهِ عَقُوبَةٌ لِأَدَمِيِّ عَلَى الْأَظْهَرِ لِأَنَّهُ حَقٌّ كَالَّذِينَ فَلَا يَشْتَرِطُ كَوْنُهُ مَالاً، وَكَذَلِكَ ضَمَانُ عَيْنِ الْمَغْضُوبِ وَالْمَبِيعِ، وَكُلُّ مَا يَجِبُ مُؤَنَّةً تَسْلِيمِهِ دُونَ الْوَدِيعَةِ وَالْأَمَانَاتِ، وَتَصِحُّ كَفَالَةُ الْبَدَنِ مِمَّنْ أَدْعَى عَلَيْهِ وَإِنْ لَمْ تَقُمْ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ بِالذَّنِّ إِذِ الْحُضُورُ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ، وَمَعْنَاهَا إِلْزَامُ إِخْضَارِهِ، وَتَصِحُّ الْكَفَالَةُ بِبَدَنِ الْمَيِّتِ إِذْ قَدْ يَسْتَحَقُّ إِخْضَارَهُ لِأَدَاءِ الشَّهَادَةِ عَلَى صُورَتِهِ.

قال الرافعي: الكلام في هذا الموضع إلى آخر الركن في كفالة البدن، وتسمى كفالة الوجه أيضاً، وإنما أوردوها في هذا الموضع؛ لاستغنائها عن المضمون فإن الشيء المضمون قد يكون حقاً على الشخص، وقد يكون نفس الشخص، ولفظ الكتاب في أول الباب عند ذكرنا الأركان في بعض النسخ وهي ستة، وذلك على عد كفالة البدن ركناً برأسها، وكذلك أورد في «الوسيط» ركن الصيغة هو الركن السادس، وهو بعض النسخ وهي خمسة، وركن الصيغة هو الركن الخامس، وهذا أحسن.

وفقه الفضل أن الشافعي - رضي الله عنه - نص في أكثر المواضع على أن كفالة البدن صحيحة، وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد - رحمهم الله - وذكر في الدعوى والبيئات أن كفالة البدن ضعيفة، وللأصحاب طريقتان:

أشهرهما: وبها قال المزني وأبو إسحاق: أن فيها قولين:

أصحهما: الصحة لإطباق الناس عليها في الأغصار، ومساس الحاجة إليها.

والثاني: المنع؛ لأنها ضمان ما لا يدخل تحت اليد، ولا يقدر على تسليمه.

والثانية: القطع بالصحة، وحمل ما ذكره في الدعوى على ضعفها من جهة القياس، ويتفرع على القول بصحتها مسائل وتفرعات، يشتمل الفضل منها على مسألتين:

إحدهما: فيمن يتكفل ببدنه، وتجوز الكفالة ببدن من عليه مال، ولا يشترط

العِلْمُ بمبلغ ذلك المَالِ؛ لأن الكَفَالَةَ بِالْبَدَنِ لَا بِالمَالِ.

وفيه وجه: أنه يشترط بناء على أنه لو مات غرم الكَفِيلُ مَا عليه، ويشترط أن يكون ذلك المَالُ بحيث لو ضمنه لَصَحَّ، حتى لو تَكَفَّلَ إنسانٌ ببدن المَكْتَابِ للنَجُومِ التي عليه لم يصح؛ لأنه لو ضَمِنَ النَجُومَ لَمْ يَصِحَّ فالكفالة بالبدن للنجوم أولى أن تَصِحَّ، ذكره العِرَاقِيُّونَ وغيرهم. أما إذا كَانَ عليه عقوبة، فينظر إن كانت من حقوق الأدميين كالقصاص، وَحَدَّ القَذْفِ، فقد نَصَّ في اللَعَانِ: أنه لا يضمن رَجُلٌ في حَدِّ ولا لِعَانٍ، وعن نقل المَزْنِيِّ في «الجامع الكبير» أنه قال: تجوز الكَفَالَةُ بِمَنْ عليه حَقٌّ أو حَدٌّ، واختلف الأَصْحَابُ فيه على طرق:

أظهرها: ويحكى عن ابنِ سُرَيْجٍ: أنه على قولين:

أحدهما: الجَوَاز؛ لأنه حَقٌّ لَأَرْمَ فأشبه المَالِ، ولأن الحضور مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهِ فجاز التزام إخضاره.

والثاني: المنع؛ لأن العُقُوبَاتِ مبنية على الدَّفْعِ، فتقطع الذرائع المؤدية إلى تَوَسُّعِهَا، وعن الشَّيْخِ أَبِي حَامِدٍ: بناء القولين على أنه إذا مَاتَ المكفول ببذنه هل يغرم الكَفِيلُ ما عليه من الدين؟

إن قلنا: نعم لم تصح الكفالة هاهنا، لأنه لم يمكن مؤاخذته بما عليه. وإن قلنا: لا، صَحَّتْ كما لو تكفل بِبَدَنِ مَنْ عليه مال، وقضية هذا البناء أن يكون قول التصحيح أظهر، وهو اختيَارُ القُفَّالِ وَصَاحِبِ الكِتَابِ، وادعى القَاضِي الرُّوْيَانِي أن المَذْهَبَ المَنع.

والطَّرِيقُ الثَّانِي: القطع بالجواز، وحمل ما ذكره في اللَعَانِ على الكَفَالَةِ بِنَفْسِ الحَدِّ.

والثَّالِثُ: القطع بالمنع؛ لأنه لا تجوز الكَفَالَةُ بِمَا عَلَيْهِ، فلا تجوز الكَفَالَةُ بِبَدَنِهِ، رواه القَاضِي الرُّوْيَانِي فِي اللَعَانِ، وإن كانت العقوبة مِنْ حُدُودِ الله - تعالى - فالمشهور أنه لَا تَصِحُّ الكَفَالَةُ بِبَدَنِهِ؛ لأنها للتوثيق وحدود الله - تعالى - يسعى في دَفْعِهَا ما أمكن، وعن أَبِي الطَّيِّبِ بْنِ سَلَمَةَ وَابْنِ خَيْرَانَ: طرد القولين فيه، والخلاف في هذا الباب شبيه بالخلاف في ثبوت العقوبات بالشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ، وكتاب القَاضِي إِلَى القَاضِي، هذا حكم من عليه مال أو عقوبة، وضبط الإمام والمصنف من يكفل بِبَدَنِهِ بما يدخل فيه هذان وغيرهما، فقال: حاصل كفالة البدن التزام إخضار المكفول ببذنه، وبكل من يلزمه حضوره مجلس الحُكْمِ عند الاستعداد، أو يستحق إخضاره تَجُوزُ الكَفَالَةُ ببذنه، ويخرج على هذا الضبط صور:

منها: الكفالة بيدن امرأة يَدْعِي رجلٌ زوجته صحيحة؛ لأن الحضور مستحق عليها، وكذلك الكفالة بها لمن ثبتت زَوْجِيَّتُهُ، وقال في «التتمة»: الظاهر أن حكم هذه الكفالة، حكم الكفالة بيدن مَنْ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ؛ لأن المستحق عليها لا يقبل النيابة.

ومنها: لو تكفل بيدن عبد آبق لمالكة عن ابن سُرَيْجٍ أنه يصح، ويلزمه السعي في رده، ويجيء فيه مثل ما حَكَيْتَاهُ فِي الزُّوْجَةِ.

ومنها: الميت قد يستحق إحضاره ليقيم الشهود الشهادة عَلَى صورته إذا تحملوها كذلك، ولم يعرفوا اسمه ونسبه، وإذا كان كذلك فتصح الكفالة بِبَدْنِهِ، ولو تكفل بيدن حي فمات فسيأتي - إن شاء الله تعالى -.

ومنها: الصَّبِيُّ والمَجْنُونُ، قد يستحق إحضارهما؛ لإقامة الشهادة على صورتها في الإلتفات وغيرها، فتجوز الكفالة بها، ثم إن كفل بإذن وليهما فله مُطَالِبَةُ الوَلِيِّ بِإِحْضَارِهِمَا عِنْدَ الْحَاجَةِ، وإن كَفَلَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ فهو كالكفالة بِبَدْنِ الْعَاقِلِ الْبَالِغِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، ومنها: قال الإمام: لو تكفل رَجُلٌ ببغداد بيدن رَجُلٍ بالبصرة فالكفالة باطلة؛ لأن من بالبصرة لا يلزمه الحُضُورُ ببغداد في الخُصُومَاتِ، والكفيل فرع المكفول بيدنه، فإذا لم يجب عليه الحُضُورُ لا يمكن إيجاب الإخضار على الكفيل.

واعلم أن الحق الذي تجوز بسببه الكفالة، إن ثبت على المكفول بيدنه بإقرار أو بينة فذاك، وإن لم يثبت لكنه ادعى عليه فلم ينكر وسكت صحت الكفالة أيضاً، وإن أنكر فوجهان:

أحدهما: أنها لا تَصِحُّ؛ لأن الأضْلَ أن لا حق عليه، وقد تأيد ذلك بصريح إنكاره، والكفالة بِبَدْنِ مَنْ لا حق عليه باطلة.

وأصحهما: الجواز؛ لأن الحُضُورُ مستحق عليه فجاز التزام إخضاره، ومعظم الكفالات في الخُصُومَاتِ إنما يتفق قَبْلَ ثبوت الحقوق، وتجاوز الكفالة بيدن الغائب والمَجْبُوسِ وإن تعذر تخصيل الغرض في الحال كما يجوز للمعسر ضمان المَالِ.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز ويجب أن يكون المكفول بيدنه معيناً، فلو قال: كفلت بيدن أحد هذين لَمْ يَصِحَّ كما لو ضمن أحد الدينين.

المسألة الثانية: في ضمان الأعيان.

إذا ضمن عيناً لمالكها وهي في يد غيره نظر إن كانت مضمونةً عليه كالمغصوب والمستعار والمستام، والأمانات إذا خان فيها فله تصويران.

أحدهما: أن يضمن رد أعيانها.

والمشهور: تخريجه على قولي كَفَالَةَ الأَبْدَانِ، ومنهم من قطع بالجواز مع إثبات

الخِلاَف في كِفَالَةِ الأَبْدَانِ، والفرق أن حضور الخصم ليس مقصوداً في نفسه وإنما هو ذريعة إلى تَحْصِيلِ المَالِ، فالتزام المقصود أولى بالصَّحَّةِ من التَّزَامِ الدَّرِيعَةِ، وإن جوزنا وبه قال أبو حنيفة وأحمد فردّها بَرِيءٍ من الضَّمَانِ، وإن تلفت وتعذر ردّها فهل عَلَيْهِ قيمتها؟ فيه وجهان كالوجهين في وجوب الغُرمِ على الكَفِيلِ إذا مات المكفول بِيَدِهِ، فإن أوجبنا فَيَجِبُ في المَغْضُوبِ أَقْصَى القِيمِ، أم قيمته يوم التَّلَفِ؛ لأن الكفيل لم يكن متعدياً؟ حكى الإمام فيه وَجْهَيْنِ<sup>(١)</sup>.

ولو ضمن تسليم المبيع وهو بعد بيد البائع جرى الخِلاَف في الضَّمَانِ إن صححناه، وتلف انفسخ البيع، فإن لم يوف المشتري الثمن لم يطالب الضامن بشيء، وإن كان قد وفاه، عَادَ الوَجْهَانِ في أن الضامن هل يَغْرَمُ؟ فإن غرمنه فيغرم الثمن أو أقل الأمرين من الثمن وقيمة المبيع؟ فيه وَجْهَانِ أظهرهما: أولهما. والتصوير الثاني: أن يضمن قيمتها لو تلفت، قال في «التهذيب»: يبنى ذلك على أن المكفول بيده إذا مات هل يغرم الكفيل الدَّينَ؟ إن قلنا: نعم صح ضَمَانُ القِيمَةِ لو تلفت العين، وإلا لم يصح، وهو الأصح، وأيضاً فإن القيمة قبل تلف العين ليست بواجبة، فيكون ما لم يجب، وإن لم تكن العين مضمونة على صاحب اليد كالوديعة ومال الشركة والمال في يد الوكيل والوصي لم يصح ضمانها؛ لأنها غير مضمونة العين، ولا مضمون الرد، وإنما الذي يجب على الأمين مجرد التولية. ولو تكفل ببدن العبد الجاني جنابة توجب المال فهو كما لو ضمن عيناً من الأعيان.

ومنهم: من جَزَمَ بِالْمَنْعِ، والفرق أن العَيْنَ المضمونة مستحقة ونفس العبد ليست بمستحقة، وإنما المقصود تحصيل الأرش من بدله، وبدله مجهول.

ولو باع ثوباً بشيءٍ أو دراهم معينة فضمن ضامن عهدة المبيع حتى إذا خرج مستحقاً رد عليه الثمن، وهو قائم في يد البائع فهذا من صور ضمان الأعيان، وإن تلف في يد البائع فضمن قيمته، فهو كما لو كان الثمن في الدَّيْنِ وضمن العهدة.

ولو رهن ثوباً من إنسان ولم يقبضه، فضمن رجل تسليمه لم يصح؛ لأن ضمانه ضمان ما ليس بلازم. أما لفظ الكتاب فقد وقع في ترتيبه بعض التغيير لا عن غفلة، ولكنه اكتفى بالشرح.

وقوله: (ويصح كفالة البدن) معلّم بالواو.

وقوله: (عن كل من وجب عليه الحضور بمجلس الحكم) هو الضبط الذي ذكّره

(١) قال النووي: الثاني أقوى. ينظر الروضة ٤٨٨/٣.

الإمام، وقوله: (على الأظهر) أي: في من عليه عقوبة لآدمي، ولم يقصد صرف الخلاف إلى الزوجة والعبد الآبق على ما هو واضح في «الوسيط»، كما أسلفنا فيهما ما يقتضي الخلاف، فيجوز إعلام الزوجة والعبد بالواو.

وقوله: (من عليه عقوبة لآدمي) يصح إعلامه بالألف، لأن أحمد لا يجوز الكفالة ببدنه. وقوله: (فلا يشترط كونه مالا) ليس مسألة أخرى، بل هو تنمة وإيضاح لما سبق. وقوله: (وكذلك ضمان عين المغضوب) معلّم بالواو.

قال الغزالي: وَيَخْرُجُ الْكَفِيلُ عَنِ الْعَهْدَةِ بِتَسْلِيمِهِ فِي الْمَكَانِ الَّذِي شَرَطَ أَرَادَهُ الْمُسْتَحِقُّ أَوْ أَبَاهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ ذُوهُ يَدٌ جَلِيلَةٌ مَانِعَةٌ فَلَا يَكُونُ تَسْلِيمًا، وَيَلْزَمُهُ اتِّبَاعُهُ فِي غَيْبَتِهِ إِنْ عُرِفَ مَكَانُهُ، فَإِنْ مَاتَ أَوْ هَرَبَ أَوْ اخْتَفَى فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ، وَقِيلَ: يَلْزَمُهُ الدِّينُ إِنْ قَامَتْ بِهِ الْبَيِّنَةُ، فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ سِوَى الْإِحْضَارِ فَلَا تَجُوزُ الْكِفَالَةُ دُونَ رِضَا الْمَكْفُولِ بِدَنِهِ، وَتَجُوزُ الْكِفَالَةُ بِدَنِ الْكَفِيلِ كَمَا يَجُوزُ ضَمَانُ الضَّامِنِ، فَإِذَا مَاتَ الْمَكْفُولُ لَهُ انْتَقَلَ الْحَقُّ إِلَى وَرَثَتِهِ عَلَى الْأَظْهَرِ، وَمَهْمَا حَضَرَ بِنَفْسِهِ بَرِيءَ الْكَفِيلِ كَمَا لَوْ آدَى الْأَصِيلُ الدَّيْنَ.

قال الرافعي: في الفصلِ مسائلٍ مُفْرَعَةٌ عَلَى صِحَّةِ الْكِفَالَةِ بَعْضُهَا مُصَرَّحٌ بِهِ وَبَعْضُهَا مُشَارٌ إِلَيْهِ:

الأولى: إِنْ عَيَّنَ فِي الْكِفَالَةِ مَكَانًا لِلتَّسْلِيمِ تَعَيَّنَ، وَإِنْ أَطْلَقَ فِي «التَّيْمَةِ»: أَنَّهُ كَمَا لَوْ أَطْلَقَ السَّلْمَ وَلَمْ يَعْينَ مَكَانَ التَّسْلِيمِ، وَقَالَ الْإِمَامُ وَغَيْرُهُ: يَحْمَلُ عَلَى مَكَانِ الْكِفَالَةِ، وَلَا يَجِيءُ فِيهِ ذَلِكَ الْخِلَافُ، وَسِوَاءَ جَاءَ الْخِلَافُ أَمْ لَا فَالظَّاهِرُ جَوَازُهُ، وَحَمَلُ عَلَى ذَلِكَ الْمَكَانِ، فَلَوْ آتَى الْكَفِيلُ بِالْمَكْفُولِ بِهِ فِي غَيْرِ الْمَكَانِ الْمُسْتَحَقِّ جَازَ قَبُولُهُ، وَلَهُ أَنْ يَمْتَنِعَ إِنْ كَانَ لَهُ فِيهِ غَرَضٌ بِأَنْ كَانَ قَدْ عَيَّنَ مَجْلِسَ الْحُكْمِ أَوْ بَقْعَةً يَجِدُ فِيهَا مِنْ عَيْنِهِ عَلَى خِصْمِهِ فَسَلَّمَهُ الْكَفِيلُ فِي مَكَانٍ آخَرَ، وَإِنْ لَمْ يَخْتَلَفِ الْغَرَضُ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَلْزَمُهُ قَبُولُهُ، فَإِنْ امْتَنَعَ رَفَعَهُ إِلَى الْحَاكِمِ لِيَسْتَلِمَ عَنْهُ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ حَاكِمًا عَلَيْهِ شَاهِدَيْنِ أَنَّهُ سَلَّمَهُ إِلَيْهِ.

الثانية: يَخْرُجُ الْكَفِيلُ عَنِ الْعَهْدَةِ بِتَسْلِيمِهِ فِي الْمَكَانِ الَّذِي وَجِبَ فِيهِ التَّسْلِيمُ، طَلَبُهُ الْمُسْتَحَقُّ أَوْ لَمْ يَطْلُبْهُ بَلْ أَبَاهُ بِشَرَطِ أَنْ لَا يَكُونَ هُنَاكَ حَائِلٌ كَيِّدٌ سُلْطَانٍ أَوْ مُتَغَلِّبٌ، وَحَسْبُ بَغِيرِ حَقِّ لِيَتَنَفَّعَ بِتَسْلِيمِهِ وَيَطْلُبُ الْخِصْمَ، وَحَسْبُ الْحَاكِمِ بِالْحَقِّ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ التَّسْلِيمِ، لِإِمْكَانِ إِحْضَارِهِ وَمَطَالَبَتِهِ بِالْحَقِّ، وَلَوْ حَضَرَ الْمَكْفُولُ بِهِ وَقَالَ: سَلِمْتُ نَفْسِي إِلَيْكَ عَنْ جِهَةِ الْكَفِيلِ بَرِيءَ الْكَفِيلِ كَمَا يَبْرَأُ الضَّامِنُ بِأَدَاءِ الْأَصِيلِ الدَّيْنَ، وَلَوْ لَمْ يَسْلَمْ نَفْسَهُ عَنْ جِهَةِ الْكَفِيلِ لَمْ يَبْرَأِ الْكَفِيلُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَسْلَمْهُ إِلَيْهِ وَلَا أَحَدًا مِنْ جِهَتِهِ حَتَّى قَالَ

القاضي حسين لو ظفر به المكفول له في مجلس الحكم وادعى عليه لم يبرأ الكفيل وكذا لو سلمه أجنبي لا عن جهة الكفيل، ولو سلمه عن جهة الكفيل فإن كان ياذنه فهو كما لو سلمه بنفسه، وإن كان بغير إذنه فليس على المكفول له القبول، لكن لو قبل براءة الكفيل، ولو كفل برجل لرجلين فسلمه إلى أحدهما لم يبرأ عن حق الآخر كما لو ضمن لشخصين دينين فأدى دين أحدهما، ولو كفل رجلاً لرجل فجاء به أحدهما وسلمه إلى المكفول له، نقل صاحب «التهذيب» أنهما إن كفلا على الترتيب وقّع تسليمه دون صاحبه، سواء قال: سلمت عن صاحبي، أو لم يقل، وإن كفلا معاً فوجهان، قال المزني: يبرأ صاحبه كما يبرأ المسلم، أما إذا أدى أحد الضامنين الدين يبرأ جميعاً، وقال ابن سريج والأشرون: لا يبرأ كما لو كان بالدين رهناً فانفك أحدهما لا ينفك الآخر، ويخالف أداء أحدهما الدين فإنه يوجب براءة الأصيل، وإذا برىء الأصيل برىء كل ضامن، وإن كانت المسألة بحالها وكفل كل واحد من الكفيلين ببدن صاحبه ثم أحضر أحدهما المكفول به وسلمه فعلى ما ذكره المزني يبرأ كل واحد منهما عن كفالة صاحبه، وكفالة الذي كفلا به، وعلى ما ذكره ابن سريج يبرأ المسلم عن كفالة صاحبه وكفالة الذي كفلا به، وكما يخرج الكفيل عن العهدة بالتسليم يبرأ أيضاً بإبراء المكفول له كما يخرج الضامن عن العهدة بأموال المضمون له، وكذا يبرأ بأموال المكفول به.

ولو قال المكفول له: لا حق لي قبل المكفول به أو عليه فوجهان عن ابن سريج.

أحدهما: أنه يبرأ الأصيل والكفيل.

والثاني: أنه يراجع فإن فسر بنفي الدين فذاك، وإن فسر بنفي الشركة والوديعة ونحوهما، قيل قوله فإن كذابه حلف.

الثالثة: إذا غاب المكفول ببدنه نظر إن غاب غيبة منقطعة، والمراد منها أن لا يعرف موضعه وينقطع خبره، فلا يكلف الكفيل بإحضاره لعدم الإمكان، وإن عرف موضعه فإن كان دون مسافة القصر فعليه إحضاره لكنه يمهل مدة الذهاب والإياب ليتبعه، فإن مَضت المدة ولم يحضره حبس حينئذ، وإن كان على مسافة القصر فوجهان:

أظهرهما: أنه كما لو كان دون مسافة القصر، وكما لو كان مال المديون غائباً إلى هذه المسافة يؤمر بإحضاره.

الثاني: أنه لا يطالب به إلحاقاً لهذه الغيبة بالغيبة المنقطعة، كما أنه لو غاب غيبة منقطعة ولو كان غائباً حين كفل، فالحكم في إحضاره كما لو غاب بعد الكفالة، وما حكينا عن الإمام في كفالة من بالبصرة جواباً على أنه لا يلزم الإحضار؛ بأن الكفالة حينئذ لا فائدة فيها فبطل.

ولو مات المكفول به ففي انقطاع طلب الإخضار عن الكفيل وجهان:

**أصحهما:** أنه لا ينقطع، بل عليه إخضاره ما لم يُدْفَن، إذا أراد المكفول له إقامة الشهادة على صُوْرَتِهِ كما لو تكفّل ابتداء بيدن الميت.

**والثاني:** ينقطع حملاً للإخضار الملتزم على حالِ الحَيَاةِ فإنه الذي يَخْطُرُ بالبال غالباً، وهو يُطالِبُ الكفيل بِمَالٍ؟ فيه وجهان:

**أصحهما:** لا، وبه قال أبو حنيفة - لأنه لم يلتزمه، وهذا كما لو ضمن ضامنُ المُسَلِّمِ فِيهِ فانقطع لا يطالب بِرَدِّ رَأْسِ المَالِ.

**والثاني:** وبه قال ابنُ سُرَيْجٍ ويحكي عن مالك: أنه يطالب؛ لأن الكفالة وثيقة فيستوفى الحق منها إذا تَعَدَّرَ تَخْصِيْلُهُ مِمَّنْ عليه كالرهن، وعلى هذا فالمطالبة بالدين أو بالأقل من الدين، ودية المكفول به، فيه وجهان بناء على القولين في أن السيد يفدي العبد الجاني بالأرض أو بالأقل من الأرض وقيمة العبد<sup>(١)</sup>.

وإن هرب المكفول به إلى حيث لا يعلم أو توارى فالخلاف في مطالبة الكفيل بالمال مرتب على حالِ المَوْتِ، وأولى بأن لا يطالب إذا لم يحصل اليأس من إخضاره، ولو تكفل بيدن رجل وشرط عليه أنه إذا عجز عن تسليمه غرم الدين، فإن قلنا: إنه يغرم عند الإطلاق فلا بأس، وإلا بطلت الكفالة.

**الرابعة:** ظاهر المذهب أن الكفالة بغير رضا المكفول به لا تصح، ومنهم من قال: تصح، والخلاف مبني على أن الكفيل هل يغرم عند العجز؟ إن قلنا: لا لم تصح؛ لأنه إذا تكفل بغير إذنه لا يمكنه إخضاره؛ إذ لا يلزمه الإجابة فلا تقضي الكفالة إلى مقصودها.

وإن قلنا: نعم صحت، ويغرم المال عند العجز فتظهر فائدة الكفالة، وعن صاحب «التقريب» حكاية وجه: أنها تصح. وإن قلنا: إنه لا يغرم عند العجز - وسنبينه إن شاء الله تعالى في التفريع - وتصح الكفالة من غير رضا المكفول له، ويجري في

(١) قال النووي: المختار، المطالبة بالدين فإن الدية غير مستحقة، بخلاف قيمة العبد. قال صاحب «الحاوي»: ولو مات الكفيل، فعلى مذهب الشافعي والأصحاب - رضي الله عنهم - بطلت الكفالة ولا شيء في تركته. وعلى قول ابن سريج: ينبغي أن لا تبطل، لأنها عنده قد تفضي إلى مال يتعلق بالتركة، لكن لم أر له فيه نصاً. ولو مات المكفول له، بقي الحق لوارثه. فإن كان له غرماء وورثة، وأوصى إلى زيد بإخراج ثلثه، لم يبرأ الكفيل إلا بالتسليم إلى الورثة والغرماء والوصي. فلو سلم إلى الورثة والغرماء والموصى لهم، دون الوصي، ففي براءته وجهان حكاهما ابن سريج. ينظر الروضة ٤٩١/٣.

الوجه المذكور في اعتبار رضا المضمون له في ضمان المال، قال الإمام: إذا تقرر ذلك فإن كفل برضا المكفول به، وأراد إخضاره بطلب المكفول له، نظر إن قال: أحضر خضمي فللكفيل مطالبته بالخضور، وعليه الإجابة لا بسبب الكفالة، ولكن لأنه قد وكله بإخضاره، وإن لم يقل ذلك ولكن قال: أخرج عن حقي فهل له مطالبته المكفول به؟ فيه وجهان عن ابن سريج:

أحدهما: لا، كما لو ضمن بغير إذنه مالا، وطلب المضمون له الضامن فإنه لا يطالب الأصيل، وذكر على هذا أنه يحبس، واستبعده الأئمة؛ لأنه حبس على ما لا يقدر عليه.

والثاني: نعم؛ لأن المطالبة بالخروج عن المهدة تتضمن التوكيل والإخضار، ومن هذا خرج الذي حكاه صاحب «التقريب» فإنه إذا طالب الكفيل المكفول بالحضور فتظهر الفائدة.

الخامسة: لو تكفل ببدن الكفيل كفيل جاز؛ لأنه تكفل ببدن من عليه حق لازم، وكذا لو تكفل بذلك الكفيل كفيل آخر، ولا حصر كما في ضمان المال، ثم مهما برىء الكفيل الأول برىء كل من بعده، ولو برىء الآخر لم يبرأ من قبله، ولو برىء بغض الكفلاء المتوسطين برىء من بعده دون من قبله.

السادسة: في موت المكفول له ثلاثة أوجه عن ابن سريج.  
أظهرها: إبقاء الكفالة، وقيام ورثته مقامه، كما لو ضمن له المال.

والثاني: أنها تنقطع؛ لأنها ضعيفة فلا نحكم بشبوتها.

والثالث: إن كان له وصي أو عليه دين بقيت الكفالة؛ لأن الوصي نائبه، وتمس حاجته إلى قضاء الدين، وإن لم يكن وصي ولا دين انقطعت.

وقوله في الكتاب: (ويلزمه إتباعه في غيبته) يجوز إعلامه بالواو لأحد الوجهين المذكورين فيما إذا كانت الغيبة إلى مسافة القصر وقوله: (لا يلزمه شيء) يجوز إعلامه بالميم، وكذا إعلام قوله: (يلزمه الدين) بالحاء.

وقوله: (فإن قلنا: لا يلزمه شيء سوى الإحضار فلا تجوز) بالواو للوجه الذي حكاه صاحب «التقريب» أنها جائزة دون رضاه وإن قلنا: لا يجب على الكفيل شيء سوى الإحضار.

وقوله: (ومهما حضر بنفسه برىء الكفيل) يحتاج إلى تقييد معنى حضر وسلم نفسه عن جهة الكفيل.



قال الغزالي: الرُّكْنُ الْخَامِسُ: الصَّيْغَةُ وَهِيَ قَوْلُهُ: ضَمِنْتُ، وَتَكْفَلْتُ، وَتَحَمَّلْتُ، وَمَا يَنْبِيُّ عَنِ اللَّزُومِ، وَلَوْ قَالَ: أُوْدِي أَوْ أَحْضَرَ لَمْ يَكُنْ ضَامِنًا، وَلَوْ شَرَطَ الْخِيَارَ فِي الضَّمَانِ فَسَدَ، وَلَوْ عَلَّقَهُ بِمَجِيءِ الشَّهْرِ فَسَدَ (ح)، وَلَوْ عَلَّقَ الْكِفَالََةَ بِالْبَدَنِ بِمَجِيءِ الشَّهْرِ أَوْ بَوَقْتِ الْحَصَادِ فِيهِ خِلَافٌ لِأَنَّهُ بِنَبِيِّ عَلَى الْمَصْلَحَةِ، وَلَا يَجُوزُ تَغْلِيْقُ الْإِبْرَاءِ كَمَا لَا يَجُوزُ تَغْلِيْقُ ضَمَانِ الْمَالِ، وَلَوْ نَجَزَ كِفَالََةَ الْبَدَنِ وَشَرَطَ التَّأْخِيرَ فِي الْإِحْضَارِ شَهْرًا جَازَ لِلْحَاجَةِ، وَلَوْ شَرَطَ الْأَجَلَ فِي ضَمَانِ الْمَالِ الْعَالِ فِيهِ خِلَافٌ، وَلَوْ ضَمِنَ الْمُؤَجَّلُ حَالًا فَمِنِي فَسَادِ الشَّرْطِ وَجَهَانِ، فَإِنْ فَسَدَ فَمِنِي فَسَادِ الضَّمَانِ وَجَهَانِ، وَلَوْ تَكْفَّلَ بَعْضُ مِنْ بَدَنِهِ صَحَّ فِي الْكُلِّ عَلَى وَجْهِهِ، وَفَسَدَ عَلَى وَجْهِهِ، وَصَحَّ إِنْ كَانَ الْعَضْوُ لَا يَبْقَى الْبَدَنُ دُونَهُ عَلَى وَجْهِهِ وَإِلَّا فَلَا.

قال الرَّافِعِيُّ: المقصود، الكلام في صيغة الضمان، وما يقترب بها من الشروط والتعليقات، وفيه مسائل نضرب فيها كل واحد من ضمان المال، وكفالة البدن بسهم.

الأولى: لا بُدَّ من صيغة ذالة على التزام كقوله: ضمنت لك ما على فلان، وأنا بهذا المال أو بإحضار هذا الشخص كقبيل أو ضامن أو زعيم أو حميل أو قبيل، وفي «البيان» وجه في لفظ القبيل أنه ليس بصريح، ويترد في الحميل وما ليس بمشهور في العقد، ولو قال: خل عن فلان والذين الذي لك عندي فهذا ليس بصريح في الضمان خلافاً لأبي حنيفة، فيما رواه صاحب «البيان»، وذكره وجهين فيما إذا قال: دين فلان إلي<sup>(١)</sup>، ولو قال أودي المال أو أحضر الشخص فهذا ليس بالتزام، وإنما هو وعد، ولو كان قد تكفل ببدن إنسان فأبرأه المكفول له، ثم وجده ملازماً للخضم، فقال: خله، وأنا على ما كنت عليه من الكفالة حكم ابن سريج بكونه كفيلاً؛ لأنه إما مبتدئ بالكفالة بهذا اللفظ أو مخبر عن كفالة واقعة بعد البراءة.

الثانية: لو شرط الضامن الخيار لنفسه لم يصح؛ لأنه ينافي مقصود الضمان، ولا حاجة إليه، فإن الضامن على يقين من الغرم، ولو شرط الخيار للمضمون له لم يضر، لأن الخيرة في الإبراء، والمطالبة إليه أبداً، وكذا الحكم في الكفالة وعن أبي حنيفة أن شرط الخيار لا يبطلها لكنه يلغو.

ولو علق الضمان بوقت أو غيره فقال: إذا جاء رأس الشهر فقد ضمنت أو إن لم يؤد مالك غداً، فأنا ضامن لم يصح؛ لأنه عقد من العقود فلا يقبل التعليل كالبيع

(١) قال النووي: أفواهما ليس بصريح. ينظر الروضة ٣/٤٩٣.

ونحوه، وهذا كما أنه لا يقبل التأقيت بأن يقول: أنا ضامن إلى شهر فإذا مضى ولم أغرم فأنا بريء، وعن ابن سريج أنه إذا جاز على القديم ضمان المجهول، وما لم يجب جاز التعليق؛ لأن من ضرورة الضمان قبل الوجوب تعليق المقصود بالوجوب، وبه قال أبو حنيفة فيما رواه صاحب «البيان»، قال الإمام: ويجيء في تعليق الإبراء القولان بطريق الأولى، فإن الإبراء إسقاط، قال: وكان لا يمتنع من جهة القياس المسامحة به في الجديد أيضاً؛ لأن سبب امتناع التعليق في العقود المشتملة على الإيجاب والقبول خروج الخطاب، والجواب بسببه عن النظم اللائق بهما، فإذا لم يشترط فيه القبول كان بمثابة الطلاق والعتاق.

فإذا فرعنا على القديم فلو قال: إذا بعث عبدك بألف فأنا ضامن للثمن، فباعه بألفين فمن أبي يوسف أنه يصير ضامناً لألف؛ لأن مقصود الضامن أن الزيادة على الألف غير ملزمة، ولا غرض له في قدر الثمن، وجعله صاحب «التقريب» وجهاً لنا، قال ابن سريج: لا يكون ضامناً لشيء؛ لأن الشزط وهو البيع بألف لم يتحقق ولو باعه بخمسائة ففي كونه ضامناً لها الوجهان.

ولو قال: إذا أقرضته عشرة فأنا ضامن لك، فأقرضه خمسة عشر فهو ضامن لعشرة على الوجهين؛ لأن من أقرض خمسة عشر فقد أقرض عشرة، والبيع بخمسة عشر ليس بيعاً بعشرة، وإن أقرضه خمسة فعن ابن سريج تسليم كونه ضامناً لها، قال الإمام: وهو خلاف قياسه؛ لأن الشزط لم يتحقق، ولو علق كفالة البدن لمجيء الشهر فإن جوزنا تعليق ضمان المال فهذا أولى، وإن منعنا منه ففيه وجهان كالخلاف في تعليق الوكالة، والفرق أن الكفالة مبنية على المصلحة والحاجة، فتتبع فيها الحاجة، وإن علقها بحصاد الزرع فالوجهان بالترتيب، وأولى بالمنع لانضمام الجهالة لوقت حصوله إلى التعليق، فإن علقها بقدم زيد فالوجهان بالترتيب، وأولى بالمنع للجهل بأصل حصول القدم، والحصاد يحصد تقدم أو تأخر، فإن جوزنا فإذا وجد الشرط المعلق عليه صار كفيلاً، وهذه الصورة وترتيبها عزاها الإمام إلى ابن سريج.

ولو أقت كفالة البدن فقال: أنا كفيل به إلى شهر، فإذا مضى برأت ففيه وجهان، وفي «التهذيب» قولان:

أظهرهما: المنع كما في ضمان المال، ولو أنجز الكفالة وشرط التأخير في الإحصار شهراً جاز للحاجة، وكذا في الوكالة وتوقف الإمام فيه من جهة أن المعتمد في الباب الحضور، والحضور حق ناجز، إذ المدعى مهما أراد أحضره، فكان شرط التأخير فيه كشرط التأجيل في ضمان المال الحال، وسنذكره على الإثر - إن شاء الله تعالى - وسياق المصنف ما رآه وجهاً في «الوسيط»، فأعلم بذلك قوله: هاهنا (جاز للحاجة)

بالواو. وإذا قلنا بظاهر المذهب، فلو أحضره قبل مضي المدة وسلمه وامتنع المكفول له من قبوله، فينظر هل له غرض من الامتناع مثل أن تكون بيتته غائبة أو دينه مؤجلاً أم لا؟ وحكم القسمين على ما ذكرنا فيما إذا سلمه في غير المكان المعين، ولو شرط لإخضاره أجلاً مجهولاً كالحصاد، ففي صحة الكفالة وجهان نقلهما العراقيون.

وأصحهما: المنع، وبالتالي: قال أبو حنيفة.

الثالثة: لو ضمن الدين الحال حالاً، أو أطلق لزمه الدين حالاً، وإن ضمن الدين المؤجل مؤجلاً بذلك الأجل أو أطلق لزمه كذلك، فإن ضمن الحال مؤجلاً، إلى أجل معلوم فوجهان:

أحدهما: أنه لا يصح الضمان، لكون الملتزم مخالفاً لما على الأصيل.

وأصحهما: الصحة؛ لأن الضمان تبرع، فيحتمل فيه اختلاف الدينين في الكيفية لِلحَاجَةِ، وعلى هذا فالذي يوجد لعامة الأضحاب أنه يثبت الأجل، ولا يطالب إلا كما ألزم ولا يقول: التحق الأجل بالدين الحال، وإنما يثبت عليه مؤجلاً ابتداءً، ولا يبعد الحلول في حق الأصيل دون الكفيل، كما لو مات الأصيل وعليه الدين المؤجل، وادعى الإمام إجماع الأضحاب على أن الأجل لا يثبت، وأن في فساد الضمان لفساده وجهان:

أظهرهما: الفساد، ولو كان الدين مؤجلاً إلى شهر، فضمنه مؤجلاً إلى شهرين كما لو ضمن الحال مؤجلاً، ولو ضمن المؤجل حالا والتزم التبرع بالتعجيل مضموماً إلى التبرع بأصل الضمان فوجهان، كما في عكسه، والأصح الصحة، وعلى هذا فهل عليه الوفاء بشرط التعجيل؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم كأصل الضمان.

وأشبههما: لا، كما لو التزم الأصيل التعجيل، وأيضاً، فإن الضامن فرع الأصيل، فينبغي أن يكون بالذمة مضاهياً لما على الأصيل، وعلى هذا فالأجل يثبت في حقه مقصوداً أم تبعاً لقضاء حق المشابهة، نقل في «النهاية» فيه وجهين، وتظهر فائدتهما فيما لو مات الأصيل والحالة هذه، وعكس صاحب «التقريب» فقال: في صحة شرط التعجيل وجهان، فإن فسد ففي إفساد الضمان وجهان، وهو قريب وله نظائر في الشرط الفاسد. ولو ضمن المؤجل إلى شهرين، مؤجلاً إلى شهر كما لو ضمن المؤجل حالاً:

وقوله في الكتاب: (ولو شرط الأجل في ضمان المال الحال ففيه خلاف)، أي في إفساده الضمان، هذا إذا راعينا طريقة الأكثرين، وحكى في «الوسيط» وجهين في ثبوت الأجل، ووجهين في فساده الضمان به إذا لم يثبت الأجل، كما حكاها الإمام

فيمكن على طريقته أن يريد بقوله: (ففيه خلاف)، أي في ثبوته.

الرابعة: لو تكفل ببدن فلان أو نفسه أو جسّمه صَحَّ، وكذا لو قال: بروحه، ذكره في «التهذيب» ولو تكفل بعضو من أعضائه ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: وبه قال الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ والقاضي أَبُو الطَّيِّبِ، واختاره ابْنُ الصَّبَّاحِ: أنه باطلٌ، كما لو أضاف البيع والإجارة إلى بَعْضِ الأَعْضَاءِ، ويخالف الطلاق والعتاق لأنهما مبنيان على الغَلْبَةِ والسراية، .

والثاني: أنه يصح؛ لأنه لا يمكن تسليمه بحاله إلا بتسليم الكل، ويجوز أن يحتمل فيه ما لا يحتمل في البيع ونحوه للحاجة.

وثالثها: إن كان عضواً لا يبقى البدن دونه، كالرأس والقلب والكبد والدماغ صَحَّ، وإن كان مما يبقى البدن دونه كاليد والرجل لم يصح، قال في «التهذيب»: وهذا أصح.

رابعها: إنما يعبر به عن جميع البدن كالرأس والرقبة إذا تكفل به صَحَّ، وما لا يعبر به عن الجميع كاليد والرجل، إذا أضاف به لم يصح، أورده القائل في «شرح التلخيص»، وقال: إنه الأصح، وفي قوله: لا يعبر باليد عن الجملة في أحد الوجهين كما سيأتي في موضعه، والوجه بمثابة سائر الأعضاء فيما أورده المعظم، وفي «النهاية» تصح الإضافة إليه جزماً؛ لشهرة هذا العقد بكفالة الوجه، والجزء الشائع كالنصف والثالث كالجزء الذي لا يبقى البدن دونه، فيجيء فيه وَجْهَانٌ<sup>(١)</sup> والله أعلم.

ونختم الباب بفروع هي من بابهِ وتُرَاعَى الاختصار.

ضمن عن رجل ألفاً، وشرط للمضمون له أن يدفع إليه كل شهره درهماً، ولا يحسبه من مالِ الضَّمان فالشرط باطلٌ، وفي بطلان الضَّمان وجهان<sup>(٢)</sup> ذكرهما القاضي ابْنُ كَيْجٍ.

ولو كفل ديناً أو كفل ببدن إنسان ثم ادعى أنه كفل ولا حق على المضمون عنه، أو المكفول به، فالقول قول المكفول له؛ لأن الضَّمان والكفالة لا تكون إلا بَعْدَ ثبوت الحقِّ، وهل يحلف أم يقبل قوله من غير يمين؟ فيه وجهان عن ابْنِ سُرَيْجٍ، فإن قلنا بالأول نكلَ حَلَفَ الكَفِيلُ وسقطت المطالبة عنه، ولو أقر أنه ضَمِنَ أو كفل وأنكر

وفواده وغيرها مما لا يحبي دونه أو جزء شائع. ينظر روضة الطالبين ٤٩٥/٣.

(١) قال النووي: أصحهما البطلان. ينظر المصدر السابق.

(٢) تقدم.

المضمون له الشرط بنى ذلك على تَبْعِيضِ الإقْرَارِ .

إن قلنا: لا يتبعض، فالقول قول الضَّامِنِ مع يمينه وإن قلنا: يتبعض فالقول قول المَضْمُونِ له .

ولو ادعى الكفيل أن المكفول به برىء من الحق وارتفعت الكفالة، وأنكره المكفول له فالقول قول المكفول له مع يمينه، فإن نكل وحلف الكفيل برىء، وإن لم يبرأ بيمينه المكفول به .

ولو قال: تكفلت بيدن زيد فإن جئتك به وإلا فأنا كفيل بيدن عمرو، لم يجز، أما كفالة زيد فلأنه لم يلتزمها، وكأنه قال: كفلت بيدن هذا أو ذاك، وأما كفالة عمرو، فبناء على أنها مُعَلَّقة .

ولو قال قائل للمكفول له: أبرء الكفيل وأنا كفيل بمن تكفل به فعن ابن سُرَيْجٍ أنه يصح، لأنه نقل الضَّمان إلى نفسه، كما لو أحال الضَّامن المضمون له على غيره، وقال الأكثرون: لا يصح، لأنه تكفل بشرط إبراء الكفيل وأنه فاسد، والكفالة بيدن الأجير المعين صحيحة، ومن غرم الكفيل عند العجز عن التسليم لم يصححها؛ لأنه إذا مات انفسخ العقد، وسقط الحق قاله في «التتمة» والله أعلم .

### الباب الثاني في حكم الضَّمان الصحيح

قال الغزالي: وله أحكام: الأول - يجوز (م) مطالبة الضَّامن من غير انقطاع الطلبة عن المضمون عنه، ومهما أبرىء الأصيل برىء الكفيل، وإن أبرىء الكفيل لم يبرأ الأصيل، ولو كان الدين موجلاً فمات الأصيل لم يطالب الكفيل لأنه حي .

قال الرافعي: مقصود الباب بيان ما يترتب على الضَّمان الصحيح من الآثار والأحكام، فمنها: أنه يتجدد للمضمون له جواز مطالبة الضَّامن، ولا تنقطع مطالبة عن المضمون عنه، بل يتخير في مطالبتها ومطالبة واحد منهما؛ لأن غرض العقد التوثيق .

وعن مالك - رضي الله عنه - أنه لا يطالب الضَّامن إلا إذا عجز عن تحصيله من الأصيل، لغيبة أو إعسار، هذا إذا أطلق الضَّامن .

أما إذا ضمن بشرط براءة الأصيل ففي صحته وجهان عن ابن سُرَيْجٍ:

أشبههما: المنع؛ لأنه قرن به شرطاً يخالف مقتضى الضَّمان .

والثاني: يصح، كما روى أنه لما ضمن أبو قتادة - رضي الله عنه - الدينارين عن الميت، قال النبي ﷺ: «هُمَا عَلَيْكَ حَقُّ الْغَرِيمِ وَبَرِيءٌ الْمَيْتُ»، فَقَالَ: نَعَمْ فَصَلَّى

عَلَيْهِ»<sup>(١)</sup>.

فإن قلنا: بالصُّحَّة، ففي صِحَّة الشرط وجهان، يشتمل الخلاف في براءة المُجِيل إذا أحال على من لا دَيْن عليه، وصَحَّحْنَا هذه الحوالة وقد مرَّ ذَلِكَ، وقد يعكس الترتيب فيقال في صِحَّة الشرط: إن فَسَدَ ففي فَسَادِ الضَّمَانِ وجهان، وإذا صَحَّحْنَا العقد والشرط بَرِيء الأَصِيل، وكان للضَّامِن الرجوع عليه في الحَالِ إن ضمن بإذنه؛ لأنه حصل براءة ذمته كما لو أدى ومهما أبرأ مستحق الدَّيْن الأَصِيل بَرِيء الضَّامِن لسقوط الحق كما لو أدى الأَصِيل الدين أو أحال الأَصِيل مستحق الدَّيْن على إنسان أو أحال المستحق غَرِيمه عليه، وكذلك يبرأ ببراءة ضَامِن الضَّامِن، ولو أبرأ الضَّامِن لم يبرأ الأَصِيل؛ لأن إبراءه إسقاط للوثيقة، وذلك لا يقتضي سُقُوط أَصْلِ الدَّيْن كَفَكِّ الرهن، ويبرأ بإبراء المَضمُون لَهُ، ولا يبرأ الضَّامِن بإبراء ضَامِن الضَّامِن، كما ذكرنا في الضَّامِن والأَصِيل.

ولو ضمن ديناً مؤجلاً فمات الأَصِيل وحلَّ عليه الدَّيْن لم يحل على الضَّامِن؛ لأنه حَيٌّ يرتفق بالأجل، وخرج ابنُ القَطَّان: أنه يحل على الضَّامِن أيضاً لأنه فرع الأَصِيل، وعلى المَذْهَب لو أخرج المستحق المطالبة كان للضَّامِن أن يطالبه بأخذ حقه من تَرِكَةِ الأَصِيل في الحال، أو إبراء ذمته؛ لأنه قد تهلك التركة، فلا يجد مرجعاً إذا غرم، وعن رواية الشيخ أبي عَلِيٍّ وجه: أنه ليس للضَّامِن هذه المَطْلَبَة، ولو مات الضَّامِن حل عليه الدين، فإن أخذ المستحق المال من تركته لم يكن لورثته الرجوع على المَضمُون عنه قبل حُلُولِ الأجل، ونقل القَاضِي ابنُ كَيْجٍ وجهاً آخر أنه لا يحل على الضَّامِن كما لا يحل على الأَصِيل.

قال الغزالي: الثاني: أن للضَّامِن إيجابَ الأَصِيلِ عَلَى تَخْلِيصِهِ إِنْ طُولِبَ، وَفِي مَطْلَبَتِهِ بِالتَّخْلِيصِ قَبْلَ أَنْ يُطَالَبَ خِلَافَ، وَكَذَا فِي قُدْرَتِهِ عَلَى المَطْلَبَةِ بِتَسْلِيمِ المَالِ إِلَيْهِ حَتَّى يُؤَدِّيَهُ بِتَسْلِيمِهِ فَيُخْرِجَ عَنِ المَهْدَةِ.

قال الرَّافِعِيُّ: أصل مسائل الفَضْلِ وجهان، خرجهما ابنُ سُرَيْجٍ في أن مجرد الضَّمَان هل يثبت حقاً للضَّامِن على الأَصِيل، ويوجب علاقة بينهما أم لا؟ ففي وجه يوجب، لأنه اشتغلت ذمته بالحقِّ كما ضمن، فليثبت له عوضه على الأَصِيل، وفيه وجه لا؛ لأنه لا يفوت عليه قبل الغُرم شيء، فلا يثبت له شيءٌ إلا بالغُرم.

إذا عرفت ذلك، فلو طَالَبَ المَضمُون لَهُ الضَّامِن بأداء المَالِ كان له أن يُطَالَبَ

الأصيل بتحصيله إن ضَمِنَ بالإذْنِ، كما أنه يغرمه إذا غرم، وعن القفال وجه: أنه لا يملك مطالبته، والمشهور الأول، وهل يطالبه التخليص قبل أن يُطالب؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ كما لو استعار عبد الغير للزهن ورهنه، كان للمالك المطالبة بالفك.

وأصحهما: لا؛ لأنه لم يغرم شيئاً ولا توجهت عليه طلبه، ويخالف الرهن فإنه محبوس بالدين، وفيه ضرر ظاهر، ومعنى التخليص أن يؤدي دين المضمون له ليبراً ببراءته الضامن، وفي تمكن الضامن من تغريم الأصيل قبل أن يغرم حيث ثبت له الرجوع وجهان ذكرهما الشيخ أبو محمد والإمام بناء على الأصل المذكور، إن أثبتنا له حقاً على الأصيل بمجرد الضمانِ فله أخذه، وإلا فلا.

وقوله في الكتاب: (وكذا في قدرته على المطالبة بتسليم المال إليه، حتى يؤديه بنفسه فيخرج عن العهدة) محمول على هذه الصورة، وأنه يستظهر بالمأخوذ ويؤدي الدين، إما منه أو من غيره، فيخرج عن العهدة، وظاهر اللفظ يشعر بأخذه منه لياشر أداءه نيابة عنه، ويستفيد بعين البراءة، لكن الحمل عليه بعيد لبُعْدِ الخلافِ في الإخبار على الإنابة، وأيضاً فإنه ليس له ذكر في كتب الأئمة، ولكن الوجهان في تمكنه من التغريم مفرعاً على أن ما يأخذه عوضاً عما يقضي به دين الأصيل هل يملكه؟ فيه وجهان بناءً على الأصل السابق، فإن دفعه الأصيل ابتداءً من غير إجبارٍ ومطالبة، فإن قلنا يملكه فله التصرف فيه كالفقير إذا أخذ الزكاة المعجلة، لكن لا يستقر ملكه عليه إلا بالغرم، حتى لو أبرأه المستحق كان عليه رد ما أخذه، كرد الزكاة المعجلة إذا هلك المال قبل الحول فإن قلنا: لا يملكه فعليه رده ولو هلك عنده ضمن كالمقبوض بالشراء الفاسد، ولو دفعه إليه وقال: اقض به ما ضمننت عني، فهو وكيل الأصيل والمال أمانة في يده، ويخرج على ذلك الأصل صور أخرى:

منها: أن الضامن هل يحبس الأصيل إذا حبس المضمون له الضامن؟ إن أثبتنا العلقه بين الضامن والأصيل، يجوز للضامن حبسه، وبه قال أبو حنيفة، وإلا فلا، وهو الأصح. ومنها: لو أبرأ الضامن الأصيل عما سيغرم، إن أثبتنا العلقه في الحال صح الإبراء، وإلا خرج على الإبراء عما لم يجب، ووجد سبب وجوبه.

ومنها: لو صالح الضامن الأصيل عن العشرة التي سيغرمها على خمسة إن أثبتناها في الحال صح الصلح، لأنه أخذ عوض بعض الحق، وأبرأ عن الباقي وإلا لم يصح، ومنها: لو ضمن ضامن عن الأصيل للضامن ففي صحته الوجهان وكذا لو رهن الأصيل عند الضامن شيئاً مما ضمن، والأصح في الكل المنع، ولو شرط في ابتداء الضمان أن يعطيه الأصيل ضامناً، ففي صحة الشرط الوجهان إن صح فإن وقى الأصيل وأعطاه

ضَامِنًا فَذَٰكَ، وَإِلَّا فَلَهُ فسخ الضمان، وإن فسد فسد به الضمان على أصح الوجهين .  
والله أعلم .

قال الغزالي: الثالث: الرجوعُ وَمَنْ أَدَى دَيْنَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ لَمْ يَرْجِعْ، وَإِنْ أَدَى بِشَرْطِ الرَّجُوعِ وَإِذْنِهِ رَجَعَ، وَإِنْ أَدَى بِالِإِذْنِ دُونَ شَرْطِ الرَّجُوعِ فَوَجْهَانِ، وَالضَّامِنُ يَرْجِعُ إِنْ ضَمِنَ وَأَدَى بِالِإِذْنِ، وَإِنْ اسْتَقْلَلَ بِهِمَا لَمْ يَرْجِعْ، وَإِنْ ضَمِنَ دُونَ الإِذْنِ وَأَدَى بِالِإِذْنِ فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ، وَإِنْ ضَمِنَ بِالِإِذْنِ وَأَدَى بِغَيْرِ الإِذْنِ عَنِ مُطَالِبَةٍ فَيَرْجِعُ.

قال الرَّافِعِيُّ: الغرض الآن بيان الموضع الذي يستحق الضامن الرجوع على الأصيل بالمعزوم والذي لا يستحق، وقدم عليه الكلام في أن من أدى دين الغير من غير ضمان متى يرجع؟ وتفصيله أنه إن أداه بغير إذن المديون لم يكن له الرجوع؛ لأنه متبرع بما فعل، ويخالف ما لو أوجر طعامه للمضطر حيث يرجع عليه، وإن لم يأذن المضطر لأنه ليس متبرعاً، بل يجب عليه إطعام المضطر استبقاء لهجته ويخالف الهبة، فإن في اقتضاءها الثواب، خلاف يذكر في موضعه، لأن الهبة متعلقة باختيار المتبرع، ولا اختيار للمديون هاهنا.

وعن مالك يثبت له الرجوع، إلا إذا أدى العدو دين العدو، فإنه يتخذ ذريعة إلى إيذائه بالمطالبة، وإن أداه بإذن المديون، فإن جرى بينهما شرط الرجوع ثبت الرجوع، وإلا فوجهان:

أحدهما: لا رجوع؛ لأنه لم يوجد منه إلا الإذن في الأداء، وليس من ضرورة الأداء الرجوع.

وأصحهما: الرجوع؛ بناء على المعتاد في مثله من المعاملات، وأفاد الشيخ أبو محمد هاهنا كلامين:

أحدهما: تقريب هذا الخلاف من الخلاف في أن الهبة المطلقة هل تقتضي الثواب وترتيبه عليه؟ والحكم بالرجوع أولى من الحكم بالثواب، ثم لأن الهبة مصرحة بالتبرع والأداء خلافه، ولأن الواهب مبتدئ بالتبرع، والأداء هاهنا مستوف بالاستدعاء الذي هو كالقرينة المشعرة بالرجوع.

والثاني: أن في الهبة فارقاً بين أن يكون الواهب ممن يطمع مثله في ثواب مثل الملتهب أو لا يكون، فيخرج وجه ثالث مثله هاهنا.

وأما الضامن فله أربعة أحوال:

أولها: أن يضمن بإذن الأصيل ويؤدي بإذنه، فيرجع عليه لأنه صرف ماله إلى



منفعة الغَيْرِ بأمره، فأشبهه ما إذا قال: اعلف دابتي فأعلفها، وعن أبي حنيفة: أنه يرجع، إذا قال: اضمن عني وأد عني. أما إذا لم يقل: عني فلا يرجع، إلا إذا كان بينهما مُخَالَطَةٌ شَرِكَةً، أو زَوْجِيَّةً أو نحوهما، ولا فرق في ثبوت الرجوع بين أن يشترط الرجوع أو لا يَشْتَرِطُ، قال الإمام: ويحتمل في القياس أن ينزل الإذن في الضمان، والأداء منزلة الإذن في الأداء من غير ضَمَانٍ، حتى يقول: إن شرط الرجوع ثبت، وإلا فعلى الخلاف، وفي الكلام لصاحب «التقريب» رمز إليه.

وثانيها: أن يضمن ويؤدي بغير إذنه، فلا رجوع له على الأصيل، خلافاً لمالك وأحمد. واحتج الأصحاب بحديث عليّ وأبي قتادة بأن النبي ﷺ صَلَّى عَلَى الْمَيِّتِ بَعْدَ ضَمَانِهِمَا، ولو كان لهما الرجوع لما صَلَّى لبقاء الدين، وأيضاً فإنه عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: «الآن بَرَدَتْ جِلْدَتُهُ عَنِ النَّارِ»<sup>(١)</sup>.

ولو بقي الدين لما حصل التبريد.

وثالثها: أن يضمن بغير إذنه ويؤدي بإذنه، ففي وجه يرجع لأنه إسقاط الدين عن الأصيل بإذنه.

والأصح: المنع؛ لأن اللزوم بالضمان ولم يأذن فيه، ورتب الوجهين في «النهاية» على الوجهين فيما إذا أدى دين الغير بإذنه من غير ضَمَانٍ، ومن غير شَرْطِ الرجوع، وقال: هذه الصورة أولى بأن يمتنع الرجوع؛ لأن الإذن في الأداء بعد اللزوم بالضمان في حكم اللغو، وأبدى احتمالين فيما إذا أذن في الأداء بِشَرْطِ الرجوع والحالة هذه.

أحدهما: يرجع، كما لو أذن في الأداء بهذا الشَّرْطِ من غير ضَمَانٍ، ووجه الثاني أن الأداء استحق الضمان، والمستحق بلا عوض لا يجوز أن يقابل بعوض كسائر الحقوق الواجبة<sup>(٢)</sup>.

والرابعة: أن يضمن بالإذن ويؤدي بغير الإذن، ففيه وجهان عن ابن سريج، ووجه ثالث عن أبي إسحاق أحد وجهي ابن سريج وهو الأصح المنصوص: أنه يرجع، لأن الأصل في الباب الالتزام، وقد صادفه الإذن فليلتقي به.

والثاني: لا يرجع؛ لأن الغرم حصل بغير إذن الأصيل، وإنما لم يقصد إلا التوثيق بالضمان.

(١) بلفظ (الآن بردت عليه جلده) أخرجه الدارقطني (٧٩/٣) وأحمد (٣٣٠/٣) والحاكم (٥٨/٢) والبيهقي (٧٥/٦).

(٢) قال النووي: الاحتمال الأول أصح. ينظر الروضة ٤٩٩/٣.

والثالث: وهو الذي ذكره أبو إسحاق أنه إن أدى من غير مُطالَبَةٍ أو عن مُطالَبه ولكن أمكنه مراجعة الأصيل واستئذانه فلم يفعل، لمي ثبت له الرجوع؛ لأنه لم يكن مضطراً إلى الأداء، وإن لم يمكن مراجعته لكونه غائباً أو محبوساً، فله الرجوع.

وأما ما ذكره في الكتاب: أنه إن كان الأداء عن مطالبته فيرجع، فإن ابتداء فوجهان، فإن فقهه ما ذكرناه في الوجه الثالث إلا أنه رأى الرجوع فيما إذا كان الأداء عن مُطالَبَةٍ كالظاهر المقطوع به، وتخصيص ذكر الخلاف بما إذا ابتداء بالأداء.

واعلم أن الفرق غير منوط بمجرد كونه مطالباً أو مبتدئاً، بل المطالب الذي يحضر في المراجعة كالمبتدئ على ما سبق، فليضم في قوله: (عن مطالبة العبد المحتاج إليه).

فرع: حوالة الضامن رب الدين على إنسان، وقبوله حوالة رب الدين عليه ومصالحتهما عن الدين على عوض، وصيرورة الدين ميراثاً للضامن، كالأداء في ثبوت الرجوع وعدمه.

قال الغزالي: وَلَوْ صَلَحَ الْمَأْذُونُ فِي الْأَدَاءِ بِشَرْطِ الرَّجُوعِ عَلَى غَيْرِ جِنْسِ الدَّيْنِ رَجَعَ عَلَى الْأَصَحِّ، وَلَوْ صَلَحَ الضَّامِنُ عَنِ الْأَلْفِ بِعَبْدٍ يُسَاوِي تِسْعِمِائَةَ يَزْجَعُ بِتِسْعِمِائَةٍ عَلَى وَجْهِهِ، وَعَلَى وَجْهِهِ بِالْأَلْفِ، لِأَنَّ الْمُسَامَحَةَ جَرَتْ مَعَهُ، وَلَوْ سُومِعَ الضَّامِنُ بِحِطِّ قَدْرِ مِنَ الدَّيْنِ أَوْ صِفَتِهِ لَمْ يَزْجَعُ إِلَّا بِمَا بَدَّلَ.

قال الرافعي: قد بان في الفصل السابق مَوْضِعُ أَصْلِ الرَّجُوعِ والنظر بعده فيما يرجع به، فإن كان ما دفعه إلى رب الدين من جنس الدين، وعلى صفته فرجع به، وإن اختلف الجنس، فالكلام في المأذون في الأداء من غير ضمان ثم في الضامن أما الأول فالمأذون بشرط الرجوع أو دونه إذا أثبتنا له الرجوع لو صالح رب المال على غير جنسه فهل له الرجوع أو لا؟ فيه ثلاثة أوجه:

أصحها: نعم؛ لأن مقصوده أن يبرىء ذمته، وقد فعل.

وثانيها: لا، لأنه إنما أذن في الأداء دون المصالحة.

وثالثها: الفرق بين أن يقول: أد ما علي من الدنانير مثلاً فلا يرجع، وبين أن يقتصر على قوله: أد ديني، أو ما علي فيرجع. فإن قلنا بالرجوع فيما يرجع حكمه؟ ما يذكر في الضامن.

أما الضامن، فلو صالح على غير الجنس يرجع بلا خلاف؛ لأن بالضمان ثبت الحق في ذمته ثبوته في ذمة الأصيل، والمصالحة معاملة مبنية عليه بخلاف المأذون من

غَيْرِ ضَمَانٍ، ثم ينظر إن كانت قيمة المصالح عليه أكثر من قَدْرِ الدَّيْنِ لم يرجع بالزِّيَادَةِ؛ لأنه متطوع بها، وإن لم تكن أكثر كما لو صَالِحٌ مِنْ أَلْفٍ عَلَى عَبْدٍ يساوي تسعمائة فوجهان، وقيل: قولان.

أصحهما: أنه لا يرجع إلا بتسعمائة؛ لأنه لم يغرم سِوَاهَا.

والثاني: يرجع بِالألفِ؛ لأنه قد حَصَلَ براءة الدَّيْمَةِ بما فَعَلَ، ومسامحة رَبِّ الدَّيْنِ جرت معه، ولو أنه باع العَبْدَ بِألفٍ وتقاصا فالرَّجُوعُ بِألفٍ بلا خِلَافٍ؛ لأنه ثبت في ذِمَّتِهِ أَلْفٌ، ذكره في «التهديب»، ولو قال للمضمون له، بعث منك هذا العبد بما ضمنته لك عن فلان ففي صِحَّةِ البَيْعِ وَجْهَانِ، حكاهما الأستاذ أبو مَنْصُور البَغْدَادِيُّ، فإن صَحَّحْنَا فيرجع بما ضمنه، أم بالإقل مما ضمنه ومن قِيَمَةِ العَبْدِ؟ قال: فيه وجهان<sup>(١)</sup> وأما الصُّفَّةُ، فإن كان المؤدى خيراً كما لو أدى الصَّحَّاحُ عن المكسرة لم يَرْجِعْ بِالصَّحَّاحِ، وإن كان بالعكس ففيه الخِلَافُ المَذْكُورُ فِي خِلَافِ الجِنْسِ، وعن الشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ القَطْعُ: بأنه يرجع بما أدى، وهذا ما يقتضيه نَظْمُ الكِتَابِ، والفرق أن غير الجنس يقع عوضاً والمكسرة لا تقع عوضاً عن الصَّحَّاحِ، فلا يبقى إلا رعاية حكم الإيفاء والاستيفاء قاله الإمام، ويتعلق بالرَّجُوعِ مَسَائِلُ أُخْرٍ نوردُهَا موجزين:

منها لو ضمن عشرة وأدى خمسة وأبراه رَبِّ الدَّيْنِ عن البَاقِي لم يرجع إلا بِالخَمْسَةِ المغرومة، وتبقى الخمسة الأُخْرَى عَلَى الأَصِيلِ؛ لما مرَّ أَنَّ إِبْرَاءَ الضَّامِنِ لا يوجب براءة الأَصِيلِ، ولو صالحه من العَشْرَةِ عَلَى خمسة فلا يرجع إلا بِالخَمْسَةِ أيضاً، لكن يبرأ الضَّامِنُ والأَصِيلُ عن البَاقِي، وإن كان صلح الحَاطِطَةِ أبرأ في الحقيقة؛ لأن لفظ الصُّلْحِ يشعر بقناعة المستحق بالقليل عن الكَثِيرِ، بخلاف ما إذا صَرَخَ بِلَفْظِ الإِبْرَاءِ، هكذا أوردته الشَّيْخَانُ القُرَاءُ والمتولى، ولو قال قائل: لفظ الصُّلْحِ يتضمن القناعة بالقليل ممن يجري الصُّلْحُ معه على الإطلاق، والثاني: ممنوع لم يصحح الجَوَابَ.

ومنها: ضَمِنَ ذِمِّيٌّ لِذِمِّيٍّ دِيناً عن مُسْلِمٍ، ثم تَصَالَحَا عَلَى خَمْرِ فَهَلْ يبرأ المُسْلِمُ لأن المصالحة بين الذميين أم لا يبرأ كما لو دفع الخمر بنفسه؟ فيه وجهان:

إن قلنا: بالأول ففي رُجُوعِ الضَّامِنِ عَلَى المُسْلِمِ وجهان، إن اعتبرنا بما أدى لم يرجع بشيء، وإن اعتبرنا بما أسقط رَجَعَ بالدَّيْنِ.

ومنها: ضمن عن الضَّامِنِ ضامن وأدى الثاني فرجوعه على الأول كرجوع الضَّامِنِ على الأَصِيلِ فيراعى الإذن وعدمه وإذا لم يكن له الرجوع على الأول لم يثبت بأدائه

(١) قال النووي: المختار الصحة وأنه يرجع بما ضمنه. ينظر الروضة ٣/٥٠٠.

الرجوع للأول على الأصيل لأنه لم يغرم، ولو ثبت له الرجوع على الأول فَرَجَعَ رجوع الأول على الأصيل إذا وجد شَرْطُهُ، فلو أراد الثاني أن يرجع على الأصيل ويترك الأول نظر إن كان الأصيل قد قال له: اضمن عن ضَامِنِي، ففي رجوعه عليه وَجْهَان، كما لو قال الإنسان: أَدُ ديني فأدى، وليس هذا كما لو قال: اقض دين فلان ففعل حيث لا يرجع على الأمر؛ لأن الحق لم يتعلق بذمته، وإن لم يقل له: اضمن عن ضامني فإن كان الخَالُ بحيث لا يَقْتَضِي رجوع الأول على الأصيل لم يَزَجِ الثاني عَلَيْهِ، وإن كان يقتضيه فكذلك في أَصَحِّ الوجهين؛ لأنه لم يَضْمَنَ عَنِ الأصيل، ولو أن الثاني ضمن عن الأصيل أيضاً فلا رجوع لأحد الضامنين على الآخر، وإنما الرَّجُوعُ للمؤدى على الأصيل، ولو ضمن عن الأول والأصيل جميعاً، فإذا أدى كان له أن يرجع على أيهما شاء، وأن يرجع بالبَعْضِ على هذا وبالبعض على ذلك تم للأول الرجوع على الأصيل بما غرم إذا وجد شَرْطُهُ.

ومنها: على زيد عشرة ضمنها اثنان، كُلِّ وَاحِدٍ منهما خمسة وضمن أحدهما عن الآخر، فلرب الدَّيْنِ مطالبة كُلِّ وَاحِدٍ منهما بالعَشْرَةِ، نصفها على الأصيل ونصفها على الضَّامِنِ الآخر، فإن أَدَى أَحَدُهُمَا جميع العَشْرَةِ رجع بالنصف على الأصيل وبالنصف على صَاحِبِهِ، وهل له الرَّجُوعُ بِالْكُلِّ عَلَى الأصيل إذا كان لِصَاحِبِهِ الرَّجُوعُ عليه لو غرم؟ فيه وَجْهَان، وإن لم يؤدِّ إِلا خَمْسَةَ فينظر إن أداها عن الأصيل أو عن صَاحِبِهِ أو عنهما ويثبت الرجوع بخمسة:

ومنها: ضمن الثمن فهلك المبيع قَبْلَ القَبْضِ أو وجد به عيباً فرده، أو ضمن الصَّدَاقَ فارتدت المرأة قَبْلَ الدَّخُولِ، أو فسخت بِعَيْبٍ، نظر إن كان ذلك قبل أن يؤدي الضَّامِنُ بَرِيءَ الضَّامِنِ والأصيل، وإن كان بعده فإن كان بحيث يثبت له الرَّجُوعُ رجوع بالمغروم على الأصيل، وضمن رَبُّ الدَّيْنِ للأصيل ما أخذ إن كان هَالِكاً، وإن كان باقياً يرد عينه، وهل له إمساكه وَرَدَّ بَدَلَهُ؟ فيه الخلاف المَذْكُورُ فيما إذا رَدَّ المبيع بِعَيْبٍ وعين دراهمه عِنْدَ البَائِعِ، فأراد إمساكها ورد مثلها.

**والأصح:** المنع، وإنما يغرم الأصيل دون الضَّامِنِ؛ لأن في ضمن الأداء عنه إقراضه وتمليكه إياه، وإن كان بحيث لا يثبت له الرجوع فلا شيء للضَّامِنِ على الأصيل، وعلى المَضْمُونِ له رَدُّ ما أخذه، وعلى من يرد هو كما لو تَبَرَّعَ بِالصَّدَاقِ وطلق الزَّوْجَ قَبْلَ الدَّخُولِ، وسيأتي حكمه إن شاء الله تعالى.

ومنها: أدى الضَّامِنُ الدَّيْنِ، ثم وهبه رَبُّ الدين منه، ففي رجوعه على الأصيل وَجْهَانِ مَبْنِيَانِ عَلَى القَوْلَيْنِ، فيما لو وَهَبَتِ الصَّدَاقَ مِنَ الزَّوْجِ، ثم طَلَّقَهَا قَبْلَ

الدَّخُولِ<sup>(١)</sup>. ومنها: له على رَجُلَيْنِ عشرة، وضمن كل واحدٍ منهما للآخر ما عليه، فلا شك أن رب الدين يطالبهما أو من شاء منهما بالعشرة، فإن أدى أحدهما جميع العشرة برئاً جميعاً، وللمؤدى الرجوع بالخمسة إن كان التَّصْوِيرُ في حالة ثبوت الرَّجُوعِ، وإن أدى كل واحد منهما خمسة عمّا عليه فلا رجوع، وإن أداها عن الآخر فليُكَلِّمِ وَاحِدِ الرجوع على الآخر، ويجيء خِلافَ التقاوص، فإن أدى أحدهما خَمْسَةَ ولم يؤد الآخر شيئاً، فإن أداها عن نفسه برىء المؤدى عمّا كَانَ عَلَيْهِ وصاحبه عن ضَمَانِهِ، وبقي على صاحبه ما كان عليه والمؤدى ضَامِنٌ له، وإن أداها عن صاحبه رَجَعَ عليه بالمَغْرُومِ، وبقي عليه ما كَانَ صَاحِبُهُ ضَامِناً له، وإن أداها عنهما فلكل نصف حكمه، وإن أدى ولم يقصد شيئاً فيقسط عليهما، أو يقال: اصرفه إلى ما شئت؟ فيه وجهان سبق نظيرهما في آخر الرُّهْنِ.

ومن فوائد الوجهين أن يكون بنصيب أحدهما رَهْنٌ، فإذا قلنا له: صرفه إلى ما شاء، فصرفه إلى نصيبه انفك الرهن، وإلا لم ينفك، ولو اختلفا فقال المؤدى: أديت عمّا عليّ، وقال رَبُّ الدَّيْنِ: بل أديت عمّا عَلَى صَاحِبِكَ، فالقولُ قولُ المؤدى مَعَ يَمِينِهِ، فإذا حَلَفَ بِرِئْءِ عَمَّا كَانَ عَلَيْهِ، لكن لِرَبِّ الدَّيْنِ مطالبته بخمسة؛ لأنه إما صَادِقٌ فالأصل باق عليه، أو كاذب فالضمان باقٍ، وعن بعض الأصحاب: أنه لا مطالبة له، لأنه إما أن يطالب عن جهة الأصالة، وقد صدق الشرع المؤدى في البراءة عنها أو عن جهة الضمان، وقد اعترف رب الدين بأنه أدى عنها.

هذا حكم الأداء في المسألة، ولو أبرأ رب الدين أحدهما عن جميع العشرة، برىء أصلاً وضماناً<sup>(٢)</sup> وبراءاً الآخر عن الضمان دون الأصيل، ولو أبرأ أحدهما عن خَمْسَةَ، نظر إن أبرأه عن الأصيل برىء عنه، وبرىء صاحبه عن ضَمَانِهِ، وبقي عليه ضَمَانٌ مَا عَلَى صَاحِبِهِ، وإن أبرأه عن الضمان برىء عنه وَبَقِيَ عَلَيْهِ الأَصْلُ، وبقي على صاحبه الأَصْلُ والضمان، وإن أبرأه عن الخمسة عن الجهتين جميعاً سقط عنه نصف الأصل ونصف الضمان، وعن صاحبه نصف الضمان وبقي عليه الأصل ونصف الضمان، فيطالبه بسبعة ونصف، ويطالب المبرأ عنه بخمسة، وإن لم ينو عند الإبراء شيئاً فيحمل على النصف أو يخير ليصرف إلى ما شاء؟ فيه الوجهان.

ولو قال المبرىء: أبرأت عن الضمان، وقال المبرأ عنه: بَلِّ عن الأصل، فالقول قول المبرىء. ومنها: ادعى على رجل أن له عليه وعلى فلان الغائب ألف درهم من

(١) قال النووي: الأصح الرجوع. ينظر الروضة ٥٠٢/٣.

(٢) في ط الأصيل والضامن.

ثمن عبْدِ باعه منهما وأقبضه أو عن جِهَةٍ أُخْرَى، وأن كل واحد منهما ضَمِنَ عن الآخر ما عليه وأقام على ذلك بينة وأخذ الألف من الحَاضِرِ، قال المَزْنِيُّ في «المختصر»: يرجع الحَاضِرُ بنصف الألفِ عَلَى الغَائِبِ.

واعترض عليه بأن البينة إنما تقام عند الإنكار، وإذا أنكر كان مكذباً للبينة، زاعماً ظلم المدعى عليه بما أخذه، وكيف يرجع على الغائب بما ظلم به؟ وأجاب الأصحاب عنه، بأن لا نسلم أن البينة إنما تقام عند الإنكار، بل يجوز أن يقر الحاضر ويقدم المدعي البينة للإثبات على الغائب، ثم هب أنه لم يقر لِكِنَّ البينة لا تستدعي الإنكار بخصوصه، بل للإنكار أو ما يقوم وهو السكوت، فلعله كان ساكناً، ثم هب استدعاءها للإنكار لكن لا تستدعي الإنكار منه بخصوصه، بل يكفي صدور الإنكار من وكيله في الخصومات، فَلَعَلَّ البينة أُقِيمَتْ في وجه وكيله المُنْكَرِ، ثم هب أنه أنكر، لكنه رُبَّمَا أنكر الضمان وسلم البيع، وهذا الإنكار لو كان مانعاً لكان مانعاً للرجوع بجهة غرامة المضمون ومن الجائز أن يكون هذا الرجوع باعتبار أن المدعى ظلمه، بأخذ ما علي الغائب منه، والظالم مثل المأخوذ على الغائب فيأخذ حقه بما عنده، والذاهبون إلى شيء من هذه التأويلات، سلموا أنه لا وجد التكذيب القاطع لكل احتمال يمتنع الرجوع، وهو الأصح على ما ذكره المسعودي والإمام.

ومنهم من قال: لا يمتنع الرجوع، وإن وجد صريح التكذيب، وبه قال ابن خيّر؛ لأن البينة أبطلت حكم إنكاره، فكأنه لم يُنْكَرِ، وهذا كما لو اشترى عبداً فادعى مدع أنه ملكه وأن بائعه غصبه، فقال في الجواب: لا، بل كان ملكاً لبائعي، وإنه الآن ملكي، فأقام المدعي بينة، يرجع المشتري على البائع وإن أقر بالملك على أن في هذه الصورة أيضاً خلاف، وسيأتي في موضعه - إن شاء الله تعالى.

قال الغزالي: هَذَا كُلُّهُ إِذَا أَشْهَدَ عَلَى الإِدَاءِ، فَإِنْ قَصَرَ فِي الإِشْهَادِ وَلَمْ يُصَدِّقْ لَأَ يَرْجِعْ، وَإِنْ صَدَّقَهُ الْمَضْمُونُ عَنْهُ فَلَا يَرْجِعُ أَيْضاً فِي وَجْهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَنْفَعَهُ أَدَاؤُهُ، وَإِنْ صَدَّقَهُ الْمَضْمُونُ لَهُ رَجَعَ فِي أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّ إِفْرَارَهُ أَقْوَى مِنَ الْبَيِّنَةِ مَعَ إِنْكَارِهِ، وَلَوْ أَشْهَدَ رَجُلًا وَأَمْرَاتَيْنِ جَارًا، وَفِي رَجُلٍ وَاحِدٍ لِيُخْلَفَ مَعَهُ خِلَافٌ خَوْفًا مِنْ قَاضٍ حَنْفِيٍّ، وَفِي الْمَسْتُورِينَ خِلَافًا، وَلَوْ ادَّعَى مَوْتَ الشُّهُودِ وَأَتَكَرَّ الْمَضْمُونُ عَنْهُ أَضَلَّ الإِشْهَادَ فَوَجَّهَانِ فِي أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلٌ مَنْ لَتَقَابِلِ الْقَوْلَيْنِ.

قال الرَّافِعِيُّ: كل ما مر من رجوع المأذون في الأداء والضامين على الأصيل مفروض فيما إذا أشهد على الأداء ولا فرق بين إسهاد رجلين أو رجل وامرأتين ولو أشهد واحداً اعتماداً على أن يحلف معه فوجهان:

أصحهما: أنه يكفي؛ لأن الشاهد مع اليمين حجة كافية لإثبات الأداء.

والثاني: لا؛ لأنهما قد يترافعا إلى حنفي لا يقضي بشاهد ويمين، فكان ذلك ضرباً من التقصير، ولو أشهد مستورين فبانا فاسقين فوجهان:

أحدهما: أنه كما لو لم يشهد؛ لأن الحق لا يثبت بشهادتهما، وأولاهما: الاكتفاء؛ لأنه لا اطلاع له على الباطن فكان معذوراً.

ولا يكفي إسهاد من يعرف ظنه عن قريب؛ لأنه لا يفضي إلى المقصود.

أما إذا أدى من غير إسهاد فينظر إن أدى في غيبة الأصيل فهو مقصر بتزك الإسهاد؛ إذ كان من حقه الاحتياط وتمهيد طريق الإثبات.

ولو جحد رب الدين ولا رجوع له على الأصيل إن كذبه، وإن صدقه فوجهان:

أحدهما: وبه قال ابن أبي هريرة: أنه يرجع؛ لاعترافه بأنه أبرأ ذمته بإذنه.

وأظهرهما: منع الرجوع، وبه قال أبو إسحاق لأنه لم يؤد بحيث ينتفع به الأصيل، فإن رب الدين منكراً وطلبته بحالها، وهل يخلف الأصيل إذا كذبه؟ قال في «التمة»: يبني على أنه لو صدقه، هل يرجع عليه؟

إن قلنا: نعم، حلف على نفي العلم بالأداء، وإن قلنا: لا، فيبني على أن النكول ورد اليمين كالإقرار أو كالبينة، إن قلنا: بالأول لم يحلف؛ لأن غايته أن ينكل فيحلف الضامن، فيكون كما لو صدقه، وذلك لا يفيد الرجوع. وإن قلنا: بالثاني، طمعا في أن ينكل ويخلف، فيكون كما إذا أقام البينة.

ولو كذبه الأصيل وصدقه رب المال، فوجهان:

أحدهما: أنه لا رجوع له، ولا ينهض قول رب المال حجة على الأصيل.

وأظهرهما: ثبوت الرجوع لسقوط الطلبة بإقراره، وإقراره أقوى من البيئته مع إنكاره، فإن أدى في حضور الأصيل فقد حكى الشيخ أبو حامد وآخرون وجهاً: أنه لا يرجع، كما لو ترك الإسهاد في غيبته، وظاهر المذهب المنصوص: أنه يرجع؛ لأنه في الغيبة مستبد بالأمر، فعليه الاحتياط والتوثيق، فإذا كان الأصيل حاضراً فهو أولى بالاحتياط، والتقصير وتزك الإسهاد منسوب إليه، وإذا توافق الأصيل والضامن على أنه أشهد ولكن مات الشهود أو غابوا ثبت له الرجوع؛ لأنه أتى بما عليه، ونقل الإمام وجهاً بعيداً: أنه لا رجوع إذا لم ينتفع بأدائه إذ القول قول رب الدين في نفي الاستيفاء، ولو قال الضامن: أشهدت، وماتوا، فأنكر الأصيل الإسهاد، ففيه وجهان:

أصحهما: أن القول قول الأصيل لأن الأصل عدم الإسهاد.

والثاني: أن القول قول الضامن، لأن الأصل عدم التفصير، ولأنه قد يكون صادقا، وعلى تقدير الصدق يكون منعه من الرجوع إضرارا فليصدق للضرورة كما يُصدق الصبي في دعوى البلوغ إذ لا يعرف إلا من جهته.

ولو قال: أشهدت فلانا وفلانا، فكذبا فهو كما لو لم يُشهد ولو قال: لا تُذري وربما نسينا ففيه تردد للإمام، ومتى لم يقم البينة على الأداء وحلف رب المال بقيت مطالبته بحالها، فإن أخذ المال من الأصيل فذاك، وإن أخذته من الكفيل مرة أخرى لم يرجع بهما؛ لأنه مظلوم بأخذها، ولا يرجع إلا على من ظلمه وبم يرجع؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يرجع بشيء، أما المبلغ الأول، فلأنه قصر عند أدائه بترك الإشهاد وأما الثاني، فلاعترافه بأنه مظلوم.

وأظهرهما: أنه يرجع، لأنه عزم لإبراء ذمته، فعلى هذا هل يرجع بالأول لأنه المبريء للذمة، أو بالثاني لأنه المنسقط للمطالبة؟ فيه وجهان<sup>(١)</sup>.

خاتمة: قال في «التلخيص»: لو كان على رجل تسعون درهما، فجاء مريض فضمن عنه بأمره، ولا مال له غيره فمات من عليه الحق ولم يترك إلا خمسة وأربعين درهما، ومات الضامن وكان لصاحب الحق بمطالبة ورثة الضامن بستين درهما، ويرجع ورثة الضامن على الميت بثلاثين، ويرجع صاحب الحق على الميت بخمسة عشر درهما، هذا لفظه.

واعلم أن الضمان في مرض الموت إذا كان بحيث يثبت الرجوع ووجد الضامن مرجعا فهو محسوب من رأس المال، وإن كان بحيث لا يثبت الرجوع أو لم يجد مرجعا كموت الأصيل معسرا، فهو محسوب من الثلث، وهذا قد مر طرف منه في أوائل الضمان، وبه تعرف أنه لم يشترط في صورة المسألة موت الأصيل، ومتى وقَّت تركة الأصيل بثلاثي الدين فلا دور؛ لأن صاحب الحق إن أخذ الحق من تركة الضامن، رجع ورثته بثلاثيه في تركة الأصيل، وإن أخذ تركة الأصيل وفضل شيء أخذه من تركة الضامن ويقع تبرعا؛ لأن ورثة الضامن لا يجحدون مرجعا، وإن لم تف التركة بالثلاثين فقد يتفق الدور في المسألة كالصورة المنقولة عن «التلخيص» وهي أن يضمن المريض تسعين ويموت، وليس له إلا تسعون، ويموت الأصيل وليس له إلا خمسة وأربعون، فصاحب الحق بالخيار، إن شاء أخذ تركة الأصيل بتمامها، وحينئذ لا يقع دور أيضا، وله مطالبة ورثة الضامن بثلاثين درهما، ويقع تبرعا إذا لم يبق للأصيل تركة حتى يفرض

(١) قال النووي: ينبغي أن يرجع بأقلهما فإن كان الأول فهو يزعم أنه مظلوم بالثاني وإن كان الثاني

فهو المبريء ولأن الأصل براءة ذمة الأصيل من الزائد. ينظر الروضة ٣/٥٠٥.



فيها رجوع، فإن أراد الأخذ من تركة الضامن لزم الدور؛ لأن ما يغرمه ورثة الضامن يرجع إليهم بغضه من جهة أنه يصير المغرور ديناً لهم على الأصيل، فيضاربون به مع صاحب الحق في تركته، ويلزم من رجوع بعضه زيادة التركة ومن زيادة التركة زيادة المغرور، ومن زيادة المغرور زيادة الرجوع.

وطريق استخراجها أن يقال: يأخذ صاحب الحق من ورثة الضامن شيئاً، ويرجع إليهم مثل نصفه؛ لأن تركة الأصيل نصف تركة الضامن، فيبقى عندهم تسعون إلا نصف شيء، وهو يعدل مثلي ما تلتف بالضمان، والتالف نصف شيء ومثلاً شيء، فإذا تسعون إلا نصف شيء يعدل شيئاً، فإذا اخترنا وقابلنا عدل تسعون شيئاً ونصفاً، فيكون الشيء ستين، فبان لنا أن المأخوذ ستون، وحينئذ تكون الستون ديناً لهم على الأصيل، وقد بقي لصاحب الحق ثلاثون، فيضاربون في تركته بسهمين وسهم، وتركته خمسة وأربعون يأخذ منها للورثة ثلاثين، وصاحب الحق خمسة عشر، ويتعطل باقي دينه وهو خمسة عشر، ويكون الحاصل للورثة ستين، ثلاثون بقيت عندهم، وثلاثون أخذوها من تركة الأصيل، وذلك مثلاً ما تلتف ووقع تبرعاً وهو ثلاثون، ولو كان التصوير كما مر، لكن تركة الأصيل ثلاثون لقلنا: يأخذ صاحب الحق شيئاً، ويرجع إلى ورثة الضامن مثل ثلثه؛ لأن تركة الأصيل ثلث تركة الضامن، فيبقى عندهم تسعون ناقصة ثلثي شيء، يعدل مثلي التالف بالضمان وهو ثلثا شيء فمثلاً شيء وثلث، فإذا تسعون إلا ثلثي شيء، يعدل شيئاً وثلثاً، فإذا جبرنا وقابلنا عدل تسعون شيئين، فيكون الشيء جميعه خمسة وأربعين، وذلك ما أخذه صاحب الحق وصار ديناً للورثة الضامن على الأصيل، وبقي لصاحب الحق عليه خمسة وأربعون أيضاً، فيضاربون في تركته بسهم، وسهم فتجعل بينهما مناصفة، ولو كان تركة الأصيل ستين فلا دور، بل لصاحب الحق أخذ تركة الضامن كلها ثم هم يأخذون تركة الأصيل كلها بحق الرجوع، ويقع الباقي تبرعاً؛ ثم قال في «التلخيص»: ولو كانت المسألة بحالها، وكان قد ضمن أيضاً عن الضامن ضامن ثان ومات الضامن الثاني ولم يترك إلا ستين درهماً أيضاً كان لصاحب الحق أن يطالب ورثة أيهما شاء، فإن طالب به ورثة الضامن الأول، كان كالمسألة الأولى يأخذ منه ستين، ومن ورثة من كان عليه أصل المال خمسة عشر، ويرجع ورثة الضامن الثاني على ورثة الذي كان عليه الحق بثلاثين، وإن طالب ورثة الضامن الثاني أخذ منهم سبعين درهماً، ومن ورثة من كان عليه الأصل خمسة عشر، ويرجع ورثة الضامن الثاني على الضامن الأول بأربعين درهماً، ويرجع الضامن الأول في مال من عليه أصل الحق بثلاثين، أما قوله: (إن طالب ورثة الضامن الأول، كان كالمسألة الأولى) معناه: أنه لا يأخذ منهم إلا ستين، ويأخذ من تركة الأصيل خمسة عشر كما في الصورة السابقة، لكن لا يتلف من ماله شيء هاهنا، بل يطالب بالباقي وهو خمسة عشر ورثة الضامن الثاني.

أما جوابه فيما إذا طالب ورثة الضَّامِنِ الثَّانِي، فقد غلظه الأَصْحَابُ فِيهِ مِنْ جِهَةِ أَنَّهُ أَتَى مِنْ مَالِ الثَّانِي ثَلَاثِينَ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَ مِنْهُمْ سَبْعِينَ، وَأَثْبَتَ لَهُمُ الرَّجُوعَ بِأَرْبَعِينَ، وَكَانَ الْبَاقِي عِنْدَهُمْ عِشْرِينَ، فَالْمَجْمُوعُ سِتُّونَ، وَلَمْ يَتَلَفْ مِنْ مَالِ الْأَوَّلِ إِلَّا عَشْرَةٌ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَ مِنْهُمْ أَرْبَعِينَ، وَأَثْبَتَ لَهُمُ الرَّجُوعَ بِثَلَاثِينَ، وَمَعْلُومٌ أَنَّ الضَّامِنَ الثَّانِيَّ إِنَّمَا ضَمِنَ لَهُمْ تِسْعِينَ عَمَّنْ يَمْلِكُ تِسْعِينَ، وَالْأَوَّلُ ضَمِنَ تِسْعِينَ عَمَّنْ يَمْلِكُ خَمْسَةَ وَأَرْبَعِينَ فَكَيْفَ يُوْخَذُ مِنَ الثَّانِي أَكْثَرَ مِمَّا يُوْخَذُ مِنَ الْأَوَّلِ؟ ثُمَّ اخْتَلَفُوا فِي الْجَوَابِ فَقَالَ الْأَسْتَاذُ أَبُو مَنْصُورٍ فِي «الْوَصَايَا» يَأْخُذُ صَاحِبُ الْحَقِّ مِنْ وَرَثَةِ الضَّامِنِ الثَّانِي خَمْسَةَ وَسَبْعِينَ، وَيَرْجِعُونَ بِمِثْلِهَا عَلَى وَرَثَةِ الْأَوَّلِ، وَيَرْجِعُ وَرَثَةُ الْأَوَّلِ عَلَى وَرَثَةِ الْأَصِيلِ بِتَرْكَتِهِ وَهِيَ خَمْسَةٌ وَأَرْبَعُونَ، فَيَكُونُ جَمْلَةٌ مَا مَعَهُمْ سِتِّينَ خَمْسَةَ عَشَرَ مِنَ الْأَصِيلِ، وَالْبَاقِي مِنَ الْعَوَضِ، وَذَلِكَ مِثْلًا الثَّلَاثِينَ التَّالِيفَةَ عَلَيْهِمْ، وَلَمْ يَثْبِتْ لِصَاحِبِ الْحَقِّ مَطَالِبَةَ وَرَثَةِ الثَّانِي بِكَمَالِ الدِّينِ، وَقَالَ الْقَفَّالُ وَالْأَكْثَرُونَ: لَهُ مَطَالِبَةُ وَرَثَةِ الثَّانِي بِجَمِيعِ الدِّينِ، ثُمَّ هُمْ يَرْجِعُونَ عَلَى وَرَثَةِ الْأَوَّلِ بِخَمْسَةِ وَسَبْعِينَ يَتَلَفُ عَلَيْهِمْ خَمْسَةَ عَشَرَ لِلضَّرُورَةِ، وَيَرْجِعُ وَرَثَةُ الْأَوَّلِ عَلَى وَرَثَةِ الْأَصِيلِ بِتَرْكَتِهِ، كَمَا ذَكَرَهُ الْأَسْتَاذُ، وَقَالَ الْإِمَامُ رَحِمَهُ اللَّهُ: كَأَنَّ الْأَسْتَاذَ اعْتَقَدَ أَنَّ الضَّمَانَ الْأَوَّلَ لَا يَصِحُّ إِلَّا فِي قَدْرِ لَوْ رَجَعَ مَعَهُ فِي تَرْكَةِ الْأَصِيلِ لَمَا زَادَ التَّالِيفُ مِنْ تَرْكَتِهِ عَلَى ثُلُثِهَا، وَإِذَا لَمْ يَصِحَّ ضَمَانُهُ فِيمَا زَادَ لَمْ يَصِحَّ ضَمَانُ الثَّانِي عَنْهُ، وَالْآخَرُونَ قَالُوا: إِنَّمَا لَا يُوْخَذُ أَكْثَرَ مِنَ الثُّلُثِ بِحَقِّ الْوَرِثَةِ، لَكِنَّهُ صَحِيحٌ فِي الْجَمِيعِ مَتَعَلِقٌ بِذِمَّتِهِ، فَيَكُونُ ضَمَانُ الثَّانِي عَنْهُ فِيمَا زَادَ كَالضَّمَانِ عَنِ الْمُغْسِرِ، وَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ هَذَا الْخِلَافُ جَارِيًا فِي مَطَالِبَتِهِمْ بِتِمْتَةِ التُّسْعِينَ، إِذَا طَالَبَ أَوْلَى وَرَثَةِ الضَّامِنِ الْأَوَّلِ، وَإِنْ لَمْ يَذْكَرْ تَمَّ، وَإِنْ أَخَذَ الْمُسْتَحَقُّ أَوْلَى تَرْكَةِ الْأَصِيلِ بَرِيءَ الضَّامِنَانِ عَنِ نِصْفِ الدِّينِ، ثُمَّ الْمُسْتَحَقُّ عَلَى جَوَابِ الْأَكْثَرِينَ إِنْ شَاءَ أَخَذَ مِنْ وَرَثَةِ الْأَوَّلِ ثَلَاثِينَ، وَمِنْ وَرَثَةِ الثَّانِي خَمْسَةَ عَشَرَ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الْكُلَّ مِنْ وَرَثَةِ الْأَوَّلِ وَلَا رُجُوعَ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَهَا مِنْ وَرَثَةِ الثَّانِي، وَهُمْ يَرْجِعُونَ عَلَى وَرَثَةِ الْأَوَّلِ بِثَلَاثِينَ، فَيَصِلُ إِلَى تَمَامِ حَقِّهِ بِالطَّرِيقَيْنِ.

وعلى جواب الأستاذ: ليس له من الثَّانِي إِلَّا ثَلَاثُونَ، إِنْ شَاءَ أَخَذَهَا مِنْ وَرَثَةِ الْأَوَّلِ وَلَا رُجُوعَ وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ مِنْ وَرَثَةِ الثَّانِي، وَهُمْ يَرْجِعُونَ عَلَى وَرَثَةِ الْأَوَّلِ.

## كِتَابُ الشَّرِكَةِ (١)

قال الغزالي: شَرِكَةُ العِنَانِ مُعَامَلَةٌ صَاحِبَةٌ، وَأَرْكَانُهَا ثَلَاثَةٌ: الْأَوَّلُ: العَاقِدَانِ وَلَا يَشْتَرَطُ فِيهِمَا إِلَّا أَهْلِيَّةُ التَّوَكُّلِ وَالتَّوَكُّلِ، فَإِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مُتَصَرِّفٌ فِي مَالِ نَفْسِهِ وَمَالِ صَاحِبِهِ بِإِذْنِهِ.

قال الرَّافِعِيُّ: عن أبي هريرة - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ قَالَ: «يَقُولُ اللَّهُ - تَعَالَى -: أَنَا ثَالِثُ الشَّرِيكَيْنِ مَا لَمْ يَخُنْ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ، فَإِذَا خَانَهُ خَرَجْتُ مِنْ بَيْنِهِمَا» (٢) يعني: أن البركة تنزع من مَالِيهِمَا. وروى «أَنَّ السَّائِبَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ كَانَ شَرِيكَ النَّبِيِّ ﷺ قَبْلَ الْمَبْعَثِ، وَافْتَخَرَ بِشَرِكَّتِهِ بَعْدَ الْمَبْعَثِ، فَلَمْ يُنَكِرْ (٣) عَلَيْهِ وَأَنَّ الْبِرَاءَ ابْنَ عَازِبٍ وَزَيْدَ بْنَ أَرْقَمَ كَانَا شَرِيكَيْنِ» (٤).

وسرقة، وحكى مكي لغة الثالثة: شَرِكَةُ بوزن تمره، وحكى ابن سيده: شركته في الأمر وأشركته. وقال الجوهري: وَشَرِكْتُ فَلَانًا: صرت شريكه، واشتَرَكْنَا، وَتَشَارَكْنَا فِي كَذَا، أَي: صرنا فيه شركاء. والشرك بوزن العلم: الاشراك، والنصيب. انظر: الصحاح ٤/١٥٩٣، ومعجم مقاييس اللغة ٣/٢٦٥، المصباح المنير ١/٤٧٤، والنهاية في غريب الحديث ٢/٤٦٦. اصطلاحاً: عرفها الحنفية بأنها: عبارة عن اختلاط النصيبين فصاعداً بحيث لا يعرف أحد النصيبين من الآخر. عرفها الشافعية بأنها: هي ثبوت الحق في شيء لاثنتين فأكثر على جهة الشيوع. عرفها المالكية بأنها: إذن كل واحد من الشريكين لصاحبه في التصرف في ماله أو بيده لهما. عرفها الحنابلة بأنها: نوعان: اجتماع في استحقاق أوفى تصرف، والنوع الأول: شركة في المال، والنوع الثاني: شركة عقود. انظر: تبیین الحقائق ٣/٣١٣، شرح فتح القدير ٦/١٥٢، حاشية ابن عابدين ٣/٩٣٢، والمبسوط، ١١/١٥١، مغنى المحتاج ٢/٢١١، مواهب الجليل ٥/١١٧، الكافي ٢/٧٨٠، كشاف القناع ٣/٤٩٦، المغنى ١/٥.

(١) أخرجه أبو داود (٣٣٨٣) والحاكم (٥٢/٢) وقال صحيح الإسناد، وقال الدارقطني في علله: ارساله هو الصواب. انظر خلاصة البدر (٩٣/٢).

(٢) أخرجه أبو داود (٤٨٣٦) وأحمد (٤٢٥/٣) وابن ماجه (٢٢٨٧) والحاكم (٦١/٢).

(٣) أخرجه البخاري (٢٠٦٠، ٢٠٦١، ٢١٨٠، ٢١٨١، ٢٤٩٧، ٢٤٩٨، ٣٩٣٩، ٣٩٤٠) وأحمد في المسند (٣٧١/٤).

(٤) قال الفراء وابن قتيبة وغيرهما: هي مشتقة من قولك عن الشيء يعن وتعين ويعن إذا عرض، كأنه

واعلم أن كل حق ثابت بين شخصين فصاعداً على الشيوع يقال: إنه مُشْتَرَكٌ بينهم، وذلك ينقسم إلى ما لا يتعلق، بِمَالٍ كَالْقِصَاصِ وَحَدِّ الْقَدْفِ، وكمنفعة كَلْبِ الصَّيْدِ الْمُتَلَقَى مِنْ مَوْرَثِهِمْ، وإلى ما يتعلق بِمَالٍ، وذلك إما عَيْنُ مَالٍ ومنفعة، كما لو غنموا مالاً، أو اشتروه، أو ورثوه. وإما مجرد المنفعة كما لو استأجروا عبداً، أو وصَّى لهم بمنفعته.

وإما مجرد العين، كما لو ورثوا عبداً موسى بمنافعه.

وإما حق يتوصل به إلى مال، كالشفعة الثابتة بِجَمَاعَةٍ.

وكل شِرْكَةٍ إما أن تحدث بِلا اِخْتِيَارٍ كما في الإِزْثِ أو باِخْتِيَارٍ في الشراء، وليس مقصود الباب الكلام في كُلِّ شِرْكَةٍ، بل في الشِّرْكَةِ التي تحدث باختيار، ولا في كُلِّ ما تحدث بالاختيار، بل في التي تتعلق بالتَّجَارَاتِ وتحصيل الفوائد والأرباح، وهي أربعة أنواع:

منها: شِرْكَةُ الْعَنَانِ، ومِمَّا أخذت اللفظة؟ قيل: من عَنَانِ الدَّابَّةِ، إما لاستواء الشريكين في ولاية الفَسْخِ والتَّصْرِيفِ واستحقاق الربح على قُدْرِ رَأْسِ الْمَالِ كاستواء طرفي العَنَانِ.

وإما أن لكل واحد منهما منع الآخر من التصرف كما يشتهي كما يمنع العنان الدابة، وإما لأن الآخذ بعنان الدابة حبس إحدَى يديه على العنان ويده الأخرى مطلقة يستعملها كَيْفَ شَاءَ، كذلك الشَّرِيكُ منع بالشركة نفسه عن التَّصْرِيفِ في المشترك كما يَشْتَهِي، وهو مطلق اليد والتَّصْرِيفِ في سَائِرِ أُمُوالِهِ.

وقيل: هي من قولهم: عَنَّ الشَّيْءُ إِذَا ظَهَرَ، إما لأنه ظهر لِكُلِّ واحدٍ منهم مَالٌ صَاحِبِهِ، وإما لأنه أظهر وجوه الشركة، ولذلك اتفقوا على صحتها، وقيل من المَعَانَةِ<sup>(١)</sup> وهي المَعَاوِضَةُ؛ لأن كُلَّ واحدٍ منهما يخرج مَالَهُ في معاوضة إِخْرَاجِ الْآخَرِ، ثم تكلم صَاحِبُ الْكِتَابِ على عَادَتِهِ في أَرْكَانِ هَذِهِ الشَّرْكَةِ، ثم في أَحْكَامِهَا:

أما الأركان فأحدها: الْمُتَعَاوِدَانِ، والمعتبر فيهما أَهْلِيَّةُ التَّوَكُّلِ والتوكل، على ما سيذكر في بَابِ الْوَكَالَةِ، فإن كل واحدٍ من الشَّرِيكَيْنِ يتصرف في جَمِيعِ الْمَالِ، في ماله بحق الملك، وفي مَالٍ غَيْرِهِ بِحَقِّ إِذْنِهِ، فهو وكيلٌ عن صاحبه وموكل له بالتصرف، وتكره مُشَارَكَةُ الذَّمِيِّ، ومن لا يحترز عن الرُّبَا.

(١) قال الفراء وابن قتيبة وغيرهما: هي مشتقة من قولك عَنَّ الشَّيْءَ يعن وتعين ويعن إذا عرض، كأنه عن لهما، أي عرض هذا المال فاشتركا فيه، تحرير التبيينه (٢٢٩).

قال الغزالي: الثاني: الصيغة وهي ما تدل على الإذن في التصرف، والأظهر أنه يكفي قولهما اشتركتنا إذا كان يفهم المقصود منه عرفاً.

قال الرافعي: لا بد من لفظ يدل على الإذن في التصرف والتجارة، فإن أذن كل واحد منهما لصاحبه صريحاً فذاك، ولو قالوا: اشتركتنا، واقتصرا عليه فهل يكفي ذلك لتسلطهما على التصرف من الجانبين؟ فيه وجهان:

أحدهما: ويحكى عن أبي علي الطبري نعم، لفهم المقصود عرفاً، وبهذا قال أبو حنيفة.

والثاني: لا؛ لقصور اللفظ عن الإذن، واحتمال كونه إخباراً عن حصول الشركة في المال، ولا يلزم من حصول الشركة جواز التصرف، ألا ترى أنهما لو ورثا مالاً، لا يتصرف فيه أحدهما إلا بإذن صاحبه؟ والوجه الأول أظهر عند صاحب الكتاب.

والثاني: أصح عند القاضي ابن كنج وصاحب «التهذيب» والأكثرين.

ولو أذن أحدهما للآخر في التصرف في جميع المال ولم يأذن الآخر تصرف المأذون له في جميع المال، ولم يتصرف الآخر إلا في نصيبه، وكذا لو أذن لصاحبه في التصرف في الجميع، وقال: أنا لا أتصرف إلا في نصيبي، ولو شرط أحدهما على الآخر أن لا يتصرف في نصيبه لم يصح العقد؛ لما فيه من الحجر على المالك في ملكه، ثم ينظر في المأذون فيه، إن عين جنساً لم يصح تصرف المأذون في نصيب الأذن من غير ذلك الجنس، وإن قال: تصرف واتجر فيما شئت من أجناس الأموال جاز، وفيه وجه أنه لا يجوز الإطلاق، بل لا بد من التعيين. والله أعلم.

قال الغزالي: الثالث: المال وإشارة النص إلى أنه لا بد أن يكون نقداً كالقراض؛ لأن مقصوده التجارة، والأقيس: أنه يجوز في كل مال مشترك، والاشتراك بالشيوع هو الأصل، ويقوم مقامه الخلط الذي يغسر معه التمييز فإنه يوجب الشيوع، ولا يكفي (ح) خلط الصحيح بالقراض، ولا السمسيم بالكتان، ولا عند (ح) اختلاف السكة، وكذا (ح) كل اختلاف يمكن معه التمييز فإن الشيوع لا يحصل معه، ولتقدم (ح) الخلط على العقد، فلو تراخى ففيه خلاف، ولا يشترط (و) تساوي المالين في القدر، ولا العلم بالمقدار حالة العقد.

قال الرافعي: الركن الثالث: المال المعقود عليه، وفيه مسائل:

إحداها: لا خلاف في جواز الشركة في الثقلين.

وأما سائر الأموال فالمتقومات لا تجوز الشركة عليها، وفي المثليات قولان، وقيل: يقال: وجهان:

أحدهما: المنقول عن رواية البويطي وأبي حنيفة: أنه لا يجوز، كما لا يجوز في المتقومات، وكما لا يجوز القراض إلا في النقيدين.

وأصحهما: وبه قال ابن سريج وأبو إسحاق يجوز؛ لأن المثلي إذا اختلط بجنسه ارتفع معه التمييز فأشبهه النقيدين، وليس المثلي كالمتقوم؛ لأنه لا يمكن الخلط في المتقومات، وربما يتلف مال أحدهما ويبقى مال الآخر، فلا يمكن الاعتداد بتلفه عنهما، وفي المثليات يكون التآلف بعد الخلط تآلفاً عنهما جميعاً، ولأن قيمتهما ترتفع وتنخفض، وربما تنقص قيمة مال أحدهما دون الآخر وتزيد، فيؤدي إلى ذهاب الربح في رأس المال أو دخول بغض رأس المال في الربح، ويخالف القراض؛ لأن حقّ العايل مخصّور في الربح، فلا بد من تحصيل رأس المال لتوزيع الربح، وفي الشركة لا حاجة بل كل المال موزع عليهما على قدر ماليهما.

ولفظ النقيدين عند إطلاقنا تجوز الشركة فيهما نعني به الدراهم والدنانير المضروبة، وأما غير المضروبة من التبر والحلي والسبائك، فقد أطلقوا منع الشركة فيها، وبمثلها أجاب القاضي الروياني في الدراهم المغشوشة، وحكى فيها خلاف أبي حنيفة، لكن يجوز بناء الحكم في التبر على أنه مثلي أم لا؟ وفيه خلاف ستعرفه، ومأخذه في كتاب الغضب فإن جعل متقوماً لم تجز الشركة عليه، وإلا ففيه الخلاف في المثليات. وأما الدراهم المغشوشة، فقد حكى صاحب «التتمة» في جواز القراض عليها خلافاً مبنياً على جواز التعامل بها، فقد ألقنا المغشوش بالخالص، فإذا جاء الخلاف في القراض ففي الشركة أولى، على أن صاحب «العدة»، ذكر أن الفتوى أنه تجوز الشركة فيها إذا استمر في البلد رواجها<sup>(١)</sup>.

واعلم أن ما ذكرنا في المسألة من تجويز الشركة ومنعها، نريد فيما إذا أخرج هذا قدرًا من ماله وذاك قدرًا، جعلاهما رأس المال، ويمكن فرض الشركة على غير هذا الوجه في جميع الأموال على ما سيأتي.

المسألة الثانية: إذا خرج رجلان كل واحد منهما قدرًا من المال الذي تجوز الشركة فيه، فأرادا الشركة فلا بد أن يخلط المالين خلطاً لا يتأتى معه التمييز، وإلا فلو

(١) قال النووي: هذا المنقول عن «العدة» هو الأصح. وأما قوله: أطلقوا منع الشركة في التبر إلى آخره، فعجب، فإن صاحب «التتمة» حكى في انعقاد الشركة على التبر والنفرة وجهين كالمثلي. والمراد بصاحب «العدة» هنا، أبو المكارم الروياني.

تَلَفَ مَالٌ أَحَدَهُمَا قَبْلَ التَّصَرُّفِ، تَلَفَ عَلَى صَاحِبِهِ، وَيَقْدَرُ إِثْبَاتُ الشَّرِكَةِ فِي الْبَاقِي، فَلَا تَجُوزُ الشَّرِكَةُ عِنْدَ اخْتِلَافِ الْجَنْسِ، كَمَا أَنَّ يَكُونُ مِنْ أَحَدِهِمَا دَرَاهِمٌ وَالْآخَرُ دَنَانِيرٌ، وَلَا عِنْدَ اخْتِلَافِ الصِّفَةِ كَمَا إِذَا اخْتَلَفَتِ السُّكَّةُ، أَوْ أُخْرِجَ أَحَدُهُمَا صِحَاحاً وَالْآخَرُ مَكْسُورَةً، أَوْ صِحَاحاً مَتَقَوْمَةً أَوْ أُخْرِجَ أَحَدُهُمَا دَرَاهِمٌ عَتِيقَةً أَوْ بَيْضَاءَ، وَالْآخَرُ جَدِيدَةً أَوْ سُودَاءَ، وَفِي الْبَيْضِ وَالسُّودِ وَجْهٌ عَنِ الْإِضْطِحْرِيِّ، وَإِذَا جُوزْنَا الشَّرِكَةَ فِي الْمِثْلِيَّاتِ وَجِبَ تَسَاوِيهِمَا جِنْساً وَوَصْفاً أَيْضاً، فَلَا يَكْفِي خَلْطُ الْحِنْطَةِ الْبَيْضَاءِ بِالْحَمْرَاءِ لِإِمْكَانِ التَّمْيِيزِ وَإِنْ عَسِرَ، وَعَنِ الشُّيْخِ أَبِي عَلِيٍّ أَنَّ الْأَسْتَازَ أَبَا إِسْحَاقَ ذَكَرَ وَجْهاً فِي الْاِكْتِفَاءِ بِهِ، لَعَدِ النَّاسَ مِثْلَ ذَلِكَ خَلْطاً، وَيَنْبَغِي أَنْ يَاقْدَمَ الْخَلْطُ عَلَى الْعَقْدِ وَالْإِذْنِ، فَإِنْ تَأَخَّرَ فَلَا يُظْهِرُ الْمَنَعَ، إِذْ لَا اشْتِرَاكَ عِنْدَ الْعَقْدِ.

**والثاني:** يجوز إذا وقع في مجلس العقد، لأن المجلس كنفس العقد، فإن تأخر لم يجز على الوجهين، ومال الإمام - رحمه الله - إلى تجويزه؛ لما سبق أن الشركة توكيل وتوكل، ولو وجد التوكيل والتوكل والملكان متميزان ثم فرض الاختلاط لم تنقطع الوكالة؛ نعم، لو قيد الإذن بالتصرف في المال المنفرد فلا بد من تجديد الإذن، ولو ورثوا عروضاً أو اشتروها فقد ملكوها شائعة، وذلك أبلغ من الخلط، بل الخلط إنما اكتفى به لإفادة الشروع، فإذا انضم إليه الإذن في التصرف تم العقد، ولهذا قال المزيبي والأصحاب: الحيلة في الشركة في العروض المتقومة، أن يبيع كل واحد منهما نصف عرضه بنصف عرضه صاحبه، تجانس العرضان أو اختلافهما؛ ليصير كل واحد منهما مشتركاً بينهما فيتقابضان، ويأذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف، وفي «التتمة»: أنه يصير العرضان مشتركين، ويملكان التصرف بحكم الإذن، إلا أنه لا تثبت أحكام الشركة في الثمن حتى يستأنفا عقداً وهو ناض.

وقضية إطلاق الجمهور ثبوت الشركة وأحكامها على الإطلاق وهو المذهب.

ولو لم يتبايعا العرضين، ولكن باعاهما بعرض أو نقد ففي صحة البيع قولان قد مر ذكرهما في تفريق الصفة، ويعودان بأكثر من ذلك الشرح في الصداق، فإن صاحب الكتاب ذكر المسألة هناك، فإن صححنا كان الثمن مشتركاً بينهما، إما على التساوي أو التفاوت بحسب قيمة العرضين، فأذن كل واحد منهما للآخر في التصرف<sup>(١)</sup>.

**الثالثة:** ظاهر المذهب أنه لا يشترط تساوي المالين في القدر، بل تثبت الشركة

(١) قال النووي: وإذا باع كل واحد بعض عرضه ببعض عرضه صاحبه، فهل يشترط علمهما بقيمة العرضين؟ وجهان: حكاهما في «الحاوي». والصحيح: لا يشترط. ومن الحيل في هذا، أن يبيع كل واحد بعض عرضه لصاحبه بثمان في ذمته، ثم يتقاصا. ينظر الروضة ٥٠٨/٣.

مع التفاوت على نسبة المآلین، وعن الأتماطي: أنه يشترط التساوي؛ لأن الرّبح يحصل بالمآل والعمل، كما لا يجوز الاختلاف في الرّبح مع تساوي المآلین لا يجوز الاختلاف في الرّبح مع التساوي في العمل، وهل يشترط العلم حالة العقد بمقدار التّصيين؟ بأن يعرف أن المال بينهما نصفان أو على نسبة أخرى؟ فيه الوجهان:

أظهرهما: أنه لا يشترط، إذا أمكن معرفته من بعد، وهو المذكور في الكتاب، ومآخذ الخلاف: أنه إذا كان بين رجلين مآل مشترك، وكل واحد منهما جاهل بقدر حصته، فأذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف في جميع المآل، أو في نصيبه، هل يصح الإذن؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه لا يدري فيما يأذن، والمأذون لا يدري ماذا يستفيد بالإذن.

وأظهرهما: نعم؛ لأن الحق لا يعدوهما وقد تراضيا، وعلى هذا تكون الأثمان بينهما مبنية كالمثمنات.

وأما لفظ الكتاب فقوله: (وإشارة النص إلى أنه لا بد وأن يكون نقداً)، يجوز حمله على ما قدّمنا ذكره في رواية البويطي - رحمه الله - إلا أن الظاهر، أنه قصد به ما ذكره الإمام من أن ظاهر منقول المزمي المنع، والمراد منه - قوله في «المختصر» - : والذي يشبه مذهب الشافعي - رضي الله عنه - أن الشركة لا تصح في العروض، ولا فيما يرجع عند المفاضلة إلى قيمته، وهذا له إشعار بالمنع، لكن بعضهم حمل لفظ العروض على المتقومات، وقال هذا الكلام ذهب إلى جواز الشركة في المثليات؛ لأنه يرجع عند المفاضلة إلى مثله لا إلى القيمة.

وقوله: (والأقيس أنه يجوز في كل مال مشترك) أي عروض كانت أو غيرها، وأراد بالمشترك ما يثبت فيه الحقان على الشيوع، وذلك تارة يثبت ابتداء كما في الموروث، وتارة بالخلط الدافع للتمييز لإيجابه الشيوع، ولو كان لهما ثوبان والتبسا عليهما لم يكف ذلك لعقد الشركة، فإن المآلین متميزان، وإنما أبهم الأمر بينهما.

وقوله: (فلو تراخى ففيه خلاف) والأشبه أنه لم يرد به الوجهين، فيما إذا وقع الخلط في المجلس، وإنما أراد إقامة وجهين فيما ذكره المصنّف، ومال إليه الإمام - رحمه الله - لأنه لم يتعرض للمجلس هاهنا ولا في «الوسيط» ولا له ذكر في «النهاية».

فرع: قال أصحابنا العراقيون ومن تابعهم: إذا جوزنا الشركة في المثليات، فإن استوت القيمتان، كانا شريكين على السواء، وإن اختلفا كما إذا كان لأحدهما كر حنطة قيمته مائة، والآخر كر قيمته خمسون، فهما شريكان الثلثين والثلث، وهذا مبني على قطع النظر في المثليات، عن تساوي الأجزاء في القيمة، وإلا فليس هذا الكر مثلاً،



فذلك الكر والكلام في المثلثات مستوفى في العَصْبِ .

فرع آخر: لأحدهما دَنَانِيرٌ ولآخر دَرَاهِمٌ، وابتاعا شيئاً بِيَهْمَا، يقوم ما ليس بنقد البلد منهما بما هو نَقْدُ الْبَلَدِ، فإن استويا في الْقِيَمَةِ، فالشركة على التَّسَاوِي وإلا فَعَلَى الاختلاف .

قال الغزالي: وَلَا تَصِحُّ شَرِكَةُ الْأَبْدَانِ (م ح) وَهِيَ شَرِكَةُ الدَّلَالَيْنِ وَالْحَمَالَيْنِ إِذْ كُلُّ وَاحِدٍ مُتَمَيِّزٌ بِمَلِكٍ مَنفَعَتِهِ فَأَخْتَصَّ بِمَلِكٍ بَدَلِهَا، وَلَا شَرِكَةُ الْمَفَاوِضَةِ (ح م) وَهِيَ أَنْ يَشْتَرِكَا فِيمَا يَكْتَسِبَانِ مِنْ مَالٍ وَيَلْتَزِمَانِ مِنْ عَزْمٍ بَغْضَبٍ أَوْ بَيْعٍ فَاسِدٍ إِذْ كُلُّ مَنْ أَخْتَصَّ بِسَبَبٍ أَخْتَصَّ بِحُكْمِهِ عَزْمًا وَعُثْمًا، وَلَا شَرِكَةُ الْوُجُوهِ (ح) وَهِيَ أَنْ يَبِيعَ الْوَجِيبُ مَالَ الْخَامِلِ بِزِيَادَةٍ رِنِحٍ لِيَكُونَ لَهُ بَعْضُهُ، بَلْ كُلُّ الثَّمَنِ لِمَالِكِ الْمُثْمَنِ، وَلَهُ أَجْرُ الْمِثْلِ .

قال الرَّافِعِيُّ: غرض الفَضْلِ الكلام فيما سَوَى شركة العِنَانِ مِنَ الشَّرِكِ، وهي ثلاثة:

أحدها: شركة الْأَبْدَانِ، وهي أَنْ يَشْتَرِكَ الدَّلَالَانِ، أَوْ الْحَمَالَانِ، أَوْ غَيْرَهُمَا مِنْ الْمُخْتَرَفَةِ عَلَى مَا يَكْتَسِبَانِ، لِيَكُونَ بَيْنَهُمَا عَلَى تَسَاوٍ أَوْ تَفَاوُتٍ، وَهِيَ بَاطِلَةٌ سِوَا أَنْفَقَا فِي الصَّنْعَةِ أَوْ اخْتِلَافًا، كَالْحَيَاطِ وَالنُّجَارِ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُمَيِّزٌ بِيَدْنِهِ وَمَنَافِعُهُ فَيَخْتَصُّ بِفَوَائِدِهِ، وَهَكَذَا لَوْ اشْتَرَكَا فِي مَاشِيَتَهُمَا وَهِيَ مُمَيِّزَةٌ؛ لِيَكُونَ الدَّرُّ وَالنَّسْلُ بَيْنَهُمَا، فَإِنَّهُ لَا يَصِحُّ .

وعند أَبِي حَنِيفَةَ يَصِحُّ، اتَّفَقَتِ الصَّنَعَتَانِ أَوْ اخْتَلَفَتَا<sup>(١)</sup> .

وعن صاحب «التقريب»: أَنْ لِبَعْضِ الْأَصْحَابِ وَجْهًا كَمَذْهَبِهِ .

وقال مالك - رحمه الله - : تصح بشرط اتحاد الصَّنْعَةِ .

وسلم أبو حنيفة ومالك: أنه لا تجوز الشَّرِكَةُ فِي الْأَصْطِيَادِ وَالِاحْتِطَابِ، وَأَحْمَدُ جَوْزُهُمَا أَيْضًا، وَإِذَا قَلْنَا بظَاهِرِ الْمَذْهَبِ وَهُوَ الْبُطْلَانُ، فَإِذَا اِكْتَسَبَا شَيْئًا، نَظَرَ إِنْ اِنْفَرَدَ عَمَلُ أَحَدِهِمَا عَنِ الْآخَرِ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَسْبُهُ، وَإِلَّا فَالْحَاصِلُ مَقْسُومٌ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدْرِ أَجْرَةِ الْمِثْلِ، وَلَا كَمَا شَرَطَا .

الثَّانِيَّةُ: شركة المفاوضة<sup>(٢)</sup>، وهي أَنْ يَشْتَرِكَا لِيَكُونَ بَيْنَهُمَا مَا يَكْتَسِبَانِ وَيَزَوِّجَانِ،

(١) قال النووي: هذا الوجه حكاه صاحب الشامل وغير قولاً. ينظر الروضة ٥١٢/٣ .

(٢) قال ابن قتيبة: سميت بذلك من قولهم تفاوض الرجلان في الحديث، إذا شرعا فيه جميعاً وقيل من قولهم قوم فوضى، أي مستوون تحرير التنبيه (٢٢٩ - ٢٣٠) .

ويلزمان من غُرم ويحصل لهما من غُثم، وهي باطلة خلافاً لأبي حنيفة - رحمه الله - حيث قال: تصح بشرط أن يستعملاً لفظ المفاوضة، فيقولان: تفاوضنا أو اشترطنا شركة المفاوضة، وإن استويا في الدين والحرفة، فلو كان أحدهما مُسَلماً والآخر ذُمياً، أو أحدهما حراً والآخر مكاتباً لم يصح، وإن استويا في قدر رأس المال، وأن لا يملك واحدٌ منهما من جنس رأس المال إلا ذلك القدر، ثم حكمها عنده، وأن ما اشتراه أحدهما يقع مشتركاً، إلا ثلاثة أشياء: قوت يومه، وثياب بدنه، وجارية يتسرى بها، وإذا ثبت لأحدهما شفعة شارك صاحبه، وما ملكه أحدهما بإرث أو هبة لا يُشاركه الآخر فيه، فإن كان فيه شيء من جنس رأس المال، فسدت شركة المفاوضة وانقلبت إلى شركة العنان.

وما لزم أحدهما بغضب أو بيع فاسد، أو إتلاف، كان مشتركاً إلا الجناية على الحر، وكذا بدل الخلع والصدّق إذا لزم أحدهما لم يؤاخذ به الآخر، ووجه المذهب في المسألة ظاهر، قال الشافعي - رضي الله عنه - في اختلاف العراقيين: ولا أعرف شيئاً في الدنيا يكون باطلاً إن لم تكن شركة المفاوضة باطلة، يعني لما فيها من أنواع العَرَر والجهالة الكثيرة.

فرع: لو استعملا لفظة المفاوضة، وأراد شركة العنان جازاً، نص عليه، وهذا يقوي تصحيح العقود بالكيناتيات.

الثالثة: شركة الوجوه، وقد فسرت بمعان:

أشهرها: أن صورتها أن يشترك رجلان وجيهان عند الناس، لبيتاعا في الذمة إلى أجل على أن ما بيتاعه كل واحد منهما يكون بينهما، فيبتعاه ويؤدي الأثمان، فما فضل فهو بينهما.

والثاني: أن يبتاع وجيه في الذمة ويفوض بيعه إلى خامل، وشرط أن يكون الربح بينهما.

والثالث: أن يشترك وجيه لا مال له وخامل ذو مال ليكون العمل من الوجيه والمال من الخامل، ويكون المال في يده، ولا يسلمه إلى الوجيه والربح بينهما، وهذا تفسير القاضي ابن كجب والإمام، ويقرب منه ما ذكره صاحب الكتاب وهو: أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح، ليكون بغض الربح له، وهي على المعاني باطلة، إذ ليس بينهما مال مشترك يرجع إليه عند المفاضلة، ثم ما يشتريه أحدهما في الصورة الأولى والثانية فهو له يختص به وربحه وخسرانه، ولا يشاركه فيه الآخر إلا إذا كان قد صرح بالإذن في الشراء بما هو شرط التوكيل في الشراء، وقصد المشتري توكيله.

وعند أبي حنيفة - رحمه الله - يقع المشتري مشتركاً بمجرد الشركة، وإن لم يوجد قَصْد من المُشْتَرِي ولا إِذْن من صَاحِبِهِ.

وأما الصورة الثالثة: فهي ليست بِشَرِكَةٍ في الحَقِيقَةِ، وإنما هي قَرَاضٌ فَايِدٌ لاستبداد المالك باليد، فَإِن لم يكن المَالُ نقداً زاد الفسادُ وجهاً آخر.

وأما ما أورده في الكتاب فحاصله الإذن في البَيْعِ بِعَوَضٍ فَايِدٍ، فيصح البَيْعُ من المَادُونِ ويكون له أَجْرَةُ المِثْلِ، وجميع الثَّمَنِ لِلْمَالِكِ.

واعلم أنه إنما عقب أركان شركة العنانِ بذكر أنواعِ الشَّرِكَةِ الفَاسِدَةِ؛ لأنه قد تَبَيَّنَ في خِلَالِ الأركان اشتراطُ شِوَعِ رأس المالِ وارتفاعُ التَّمْيِيزِ، فأراد الإِشَارَةَ إلى أن فَسَادَ هَذِهِ الأَنْوَاعِ لاختلالِ هذا الشَّرْطِ، وتميز ما هو رَأْسُ المَالِ فيها أو ما هو في شِبْهِ رَأْسِ المَالِ، ويتعلق بهذه القاعدة صُورٌ أُخْرَى، منصوصة في البويطي:

منها: لواحد بَغْلَةٌ ولآخر راوية، تشاركاً مع ثالثٍ لِيَسْتَقِيَ الثَّلَاثُ المَاءَ، ويكون الحَاصِلُ بَيْنَهُمْ فهو فَايِدٌ؛ لأنها منافع أبدان متميزة، فلو جروا عليه وأسقى الثالث المَاءَ، فلمن يكون المَاءُ؟ نقل صاحب «التلخيص» وآخرون فيه اختلاف قولٍ ولم يحمد المعظم تلك الطريقة، وإنما ارتضوا تفصيلاً ذكره ابنُ سُرَيْجٍ، وهو إن كان المَاءُ مملوكاً للمستقي أو مباحاً لكنه قصد به نَفْسَهُ فهو له، وعليه لِكُلِّ وَاحِدٍ من صاحبيه أَجْرَةُ المِثْلِ أيضاً، وإن قصد به الشَّرِكَةُ، فهو على الخِلاَفِ في جواز النَّيَابَةِ في تملك المُبَاخِحَاتِ، وسنذكره في الوَكَاةِ، فإن لم تُجَوزْ فَهُوَ لِلْمُسْتَقِيِّ، وعليه أَجْرَةُ المِثْلِ لصاحبه أيضاً، وإن جوزنا وهو الأصح، فالمَاءُ بينهم، وفي كيفية الشَّرِكَةِ وَجْهَانِ:

أحدهما: أنه يقسم بينهما على نِسْبَةِ أَجُورِ أَمْثَالِهِمْ؛ لأنه حَصَلَ بِالْمَنَافِعِ المختلفة، وهذا ما أورده الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ، ويحكى عن نَصِّهِ في البويطي.

وأصحهما: عند الشَّيْخِ أَبِي عَلِيٍّ ولم يورد القَفَّالُ غيره: أنه يقسم بينهم بالسوية إِتِّبَاعاً لِقَضِيهِ، فَعَلَى هذا للمستقي أن يطالب كل واحد من صاحبيه بِثُلْثِ أَجْرَةِ منفعتِهِ؛ لأنه لم ينصرف منها إليه إلا الثُّلْثُ، وكذلك يرجع كل واحد من صَاحِبِي البَغْلَةِ والرَّوِيَةِ على كل وَاحِدٍ من الأخير والمستقي بثُلْثِ أَجْرَةِ منفعة مَلِكِهِ، وعلى الوجه الأول لا تراجع بينهم في الأَجْرَةَ.

ولو استأجر رجلٌ راويته من صَاحِبِهَا، والبَغْلَةَ مِنْ صَاحِبِهَا والمستقي يحمل المَاءَ وهو مباح، نظر إن انفرد كل واحد بِعَقْدِ صَحِّحٍ، والمَاءُ لِلْمُسْتَأْجِرِ، وإن جمع بين الكُلِّ في عقد واحد ففي صحة الإِجَارَةِ قولان، كما لو اشترى عَرَضاً لِرَجُلٍ وعرضاً لآخر منهما بِثَمَنِ وَاحِدٍ، إن صححنا وَرُزَعَتِ الأَجْرَةَ المسماة على أَجُورِ الأَمْثَالِ، وإلا فلكل

واحد أجرة المِثْلِ عليه، ويكون الماء المستقي صَحْحًا إِيَّاجَارَةً أَوْ أفسدناها، أما إذا صَحْحَتَاهَا فَظَاهِرٌ.

وأما إذا أفسدناها، فلأن منافعهم مضمونة بأجرة المِثْلِ، ذكره الإمام، فإن نَوَى المستقي نفسه وفرعنا على فساد الإِجَارَةِ، فعن الشَّيْخِ أَبِي عَلِيٍّ: أنها تكون للمُستأجر أيضاً، وتوقف الإمامُ فِيهِ؛ لأن منفعته غير مستحقة للمُستأجرِينَ، وقد قصد نفسه فليكن الحَاصِلُ لَهُ، وموضع القولين ما إذا وردت الإِجَارَةُ على عَيْنِ المُستقي، والبَغْلَةُ والرواية. فأما إذا أُلْزِمَ ذمتهم نقل الماء، صَحْحَتِ الإِجَارَةُ لِمَحَالَةٍ، إذ ليست هاهنا أعيان مختلفة يفرض جهالة في أُجُورِهَا، وإنما على كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ثُلُثُ العَمَلِ.

ومنها: لو اشترك أربعة لأحدهم بيت رحا، ولآخر حَجَرِ رَحَا، ولآخر بَغْلَةٌ تديره، والرابع يَعْمَلُ فِي الرِّحَا، على أن الحَاصِلَ مِنْ أَجْرَةِ الطَّحْنِ بَيْنَهُمْ، فهو فَاسِدٌ، ثم إن استأجر مالك الحنطة العامل والآلات من مَالِكِهَا، وأفرد كل واحد بِعَقْدٍ لَزِمَهُ ما سَمِيَ لكل واحدٍ مِنْهُمْ، وإن جمع بين الكُلِّ فِي عَقْدٍ واحدٍ فإن أُلْزِمَ ذمتهم الطَّحْنَ صَحْحَ العَقْدِ، وكانت الأجرة بينهم أرباعاً يتراجعون بأجرة المِثْلِ؛ لأن المنفعة المملوكة لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ قد استوفى رُبْعُهَا، حيث أخذ رُبْعُ المُسَمَّى وانصرف ثلاثة أرباعها إلى أَصْحَابِهَا، فيأخذ مِنْهُمْ ثلاثة أرباع أَجْرَةِ المِثْلِ، وإن استأجر عَيْنِ العامل وأعيان الآلات، ففيه القَوْلَانِ المذكورانِ فِي أَنَّ الصُّورَةَ السَّابِقَةَ إن أفسدنا الإِجَارَةَ، فلكل وَاحِدٍ أَجْرَةَ مِثْلِهِ، وإن صَحْحَتَاهَا وزع المُسَمَّى عَلَيْهِمْ، ويكون التَّراجُعُ بَيْنَهُمْ على ما سبق، وإن أُلْزِمَ المَالِكُ لِلْحِنْطَةِ دِيْمَةَ العَامِلِ الطَّحْنِ لَزِمَهُ، وعليه إذا استعمل ما لأصحابه أَجْرَةَ المِثْلِ لَهُمْ إِلَّا أَن يَسْتَأْجِرَهَا بِعَقْدٍ صَحِيحٍ فعليه للمسمى.

ومنها: لو اُحْدَ البِذْرُ، ولآخر آلة الحَرْثِ، ولآخر الأرض، واشتركوا مع رابع لِيَعْمَلَ، ويكون الزُّرْعُ بَيْنَهُمْ، فالزُّرْعُ لِصَاحِبِ البِذْرِ، وعليه لِأَصْحَابِ أَجْرَةِ المِثْلِ، قال فِي «التَّئِمَّةِ»: فلو أصاب الزرع آفة ولم يحصل من الغلَّةِ شَيْءٌ فَلَ شَيْءٍ لَهُمْ؛ لأنهم لم يحصلوا له شيئاً ولا يخفى عدول هذا الكلام عن القياس الظاهر<sup>(١)</sup>. والله أعلم.

قال الغزالي: وَحَكْمُ الشَّرِكَةِ تَسْلِيْطُ كُلِّ وَاحِدٍ عَلَى التَّصَرُّفِ بِشَرْطِ الغِبْطَةِ مَعَ الجَوَازِ حَتَّى يَقْدِرَ كُلُّ وَاحِدٍ عَلَى العَزْلِ، وَتَنْفِيسُ بِالْجُنُونِ وَالْمَوْتِ.

قال الرَّافِعِيُّ: هذا أول القول في أحكام الشَّرِكَةِ، والفَضْلُ يَنْظُمُ حَكَمِينَ: أحدهما: أن الشركة بالمعنى المَعْقُودَ لهذا الباب إذا تمت ووجد الإِذْنُ مِنْ

(١) قال النووي: الذي قاله في التئمة هو الصواب. ينظر الروضة ٥١٥/٣.

الطرفين تسلط كل واحد من الشريكين على التصرف، وسبيل تصرف الشريك كسبيل تصرف الوكيل، فلا يبيع نييئة، ولا بغير نقد البلد، ولا يبيع ولا يشتري بالغبن الفاحش إلا إذا أذن الشريك، فإن خالف وباع بالغبن الفاحش لم يصح في نصيب الشريك، وفي نصيبه قولاً تفريق الصفة، إن لم يفرقها بقي المبيع على ملكهما والشركة بحالها، وإن فرقناها انفسخت الشركة في المبيع، وصار مشتركاً بين المشتري والشريك الذي بطل في نصيبه، وإن اشترى بالغبن نظر إن اشترى بعين مال الشركة، فهو كما لو باع، وإن اشترى في الذمة لم يقع للشريك وعليه توفير الثمن من خالص ماله.

وليس لأحدهما أن يسافر بمال الشركة، ولا ببعضه بغير إذن صاحبه، فإن فعل ضمن.

الثاني: الشركة جائزة، ولكل واحد منهما فسخها متى شاء، لما سبق أن حقيقتها التوكيل والتوكّل، فلو قال أحدهما للآخر: عزلتكَ عن التصرف، أو لا تصرف في نصيبي انعزل المُخاطَب، ولا ينعزل العازِلُ عن التصرف في نصيب المعزول، ولو قال: فسختُ الشركة انفسخ العقد، قال الإمام: ينعزلان عن التصرف لارتفاع العقد، وأشار إلى أن ذلك مجزومٌ به، لكن صاحب «التممة» ذكر وأن انعزالها مبني على أنه يجوز التصرف بمجرد عقد الشركة أم لا بد من التضييح بالإذن؟ إن قلنا: بالأول، فإذا ارتفع العقد انعزلا، وإن قلنا: بالثاني، وكانا قد صرحا بالإذن فلكل واحدٍ منها التصرف، إلى أن ينعزلاً وكيف ما كان فالأئمة متطابقون على ترجيح القول بانعزالهما، وأيد به الإمام الوجه الذاهب إلى أن لفظ الشركة بمجرد تسلطهما على التصرف فيه، وكما تنفسخ الشركة بالفسخ تنفسخ بموت أحد المتعاقدين وجنونه وإغمائه كالوكالة، ثم في صورة الموت إن لم يكن على الميت دين، ولا هناك وصية، فللوارث الخيار بين القسمة وتقرير الشركة، إن كان بالغاً رشيداً، وإن كان مولياً عليه لصغر أو جنون، فعلى وليه ما فيه الحظ والمصلحة من الأمرين، وإنما يقرر الشركة بعقد مستأنف، وإن كان على الميت دين فليس للوارث تقرير الشركة، إلا إذا قضى الدين من موضع آخر، وإن كان هناك وصية، نظر إن كانت الوصية لمعين فهو كأحد الورثة، وإن كانت لغير معين كالفقراء لم يجز تقرير الشركة، حتى تخرج الوصية، ثم هو كما لو لم تكن وصية.

قال الغزالي: وَيَتَوَرَّعُ الرَّبِيحُ وَالْخُسْرَانُ عَلَى قَدْرِ الْمَالِ، فَلَوْ شَرَطَا تَفَاوُتاً بَطَلَ الشَّرْطُ وَقَسَدَ الْعَقْدُ، وَمَعْنَى الْفَسَادِ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ يَزْجَعُ عَلَى صَاحِبِهِ بِأَجْرَةِ عَمَلِهِ فِي مَالِهِ وَلَوْ صَحَّ لَمَّا رَجَعَ، وَلَوْ شَرَطَ زِيَادَةَ رِبْحٍ لِمَنْ اخْتَصَّ بِمَزِيدِ عَمَلٍ فَقِي صِحَّةَ الشَّرْطِ خِلَافًا.

قال الرافعي: من أحكام الشركة أن يكون الربح بينهما على قدر المالتين شرطاً أو لم بشرطاً، تساويًا في العمل أو تفاوتاً، فإن شرطاً التساوي في الربح مع التفاوت في

المَالِ فهو قَاسِدٌ، وكذا لو شَرَطَا التَّفَاوُتَ فِي الرُّبْحِ مَعَ التَّسَاوِي فِي المَالِ، نَعَمْ، لَوْ اخْتَصَّ أَحَدُهُمَا بِمَزِيدِ عَمَلٍ، وَشَرَطَ لَهُ مَزِيدَ رِيحٍ، فَفِيهِ وَجْهَانُ:

أحدهما: صحة الشركة، ويكون القدر الذي يناسب ملكه له بِحَقِّ المِلْكِ، والزائد يَقَعُ فِي مَقَابِلَةِ العَمَلِ، ويتركب العَقْدُ مِنَ الشَّرِكَةِ والقَرَاضِ.

وأصحهما: المنع، كما لو شَرَطَا التَّفَاوُتَ فِي الخُسْرَانِ، فإنه يَلْتَعُو وَيَتَوَزَعُ الخُسْرَانُ عَلَى المَالِ، ولا يمكن جعله شركة وقراضاً، فإن العَمَلَ فِي القَرَاضِ بِيَعِ مَخْتَصَّ بِمَالِ المَالِكِ، وهاهنا يتعلّق بِمِلْكِهِ ومَلِكِ صاحبه. وعند أبي حنيفة - رضي الله عنه - يجوز تغيير نسبة الربح بالشَّرْطِ، ويكون الشَّرْطُ متبَعاً.

لنا القياس: على طرود الخُسْرَانِ، فإنه يسلم توزيعه على قَدْرِ المَالَيْنِ وإن شرط خلافه، وإذا فسد لم يؤثر ذلك في فَسَادِ التَّصَرُّفَاتِ لوجود الإذْنِ، ويكون الربح على نِسْبَةِ المَالَيْنِ، ويرجع كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ بِأَجْرَةٍ مِثْلِ عَمَلِهِ فِي مَالِهِ، على ما ذكره في الكتاب، وتفصيله أنهما إما أن يكونا متساويين في المَالَيْنِ أو متفاوتين، إن تساويا فإما أن يتساويا في العَمَلِ أيضاً، أو يتفاوتا فإن تساويا في العمل أيضاً فنصف عمل كل واحد منهما يقع في مَالِهِ، فلا يستحق به أَجْرَةٌ، والنَّصْفُ الآخر الواقع في مَالِ صاحبه يستحق عليه مثل بدله عليه فيقع في التقاص، وإن تفاوتا في العَمَلِ بأن كان عمل أحدهما يساوي مائة، وعمل الآخر مائتين، فإن كان عمل المشروط له الزيادة أكثر، فنصف عمله مائة، ونصف عَمَلِ صَاحِبِهِ خَمْسُونَ، فبقي له خمسون بعد التَّقَاصِ، وإن كان عَمَلُ صَاحِبِهِ أكثر، ففي رُجوعِهِ بِالخَمْسِينَ على المشروط له الزيادة وجهان:

أحدهما: الرجوع، وهو ظاهر ما أَجَابَ بِهِ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ، كما لو أفسد القَرَاضِ فيستحق العَامِلُ أَجْرَةَ المِثْلِ.

وأصحهما: المنع، ويحكى عَن أَبِي حنيفة - رحمه الله - لأنه عمل وجد من أحد الشريكين لم يشترط عليه عوض، والعَمَلُ فِي الشَّرِكَةِ لا يقابله عَوَضٌ، بدليل ما إذا كانت الشَّرِكَةُ صَاحِبَةً، فزاد عَمَلُ أَحَدُهُمَا فإنه لا يستحق على الآخر شيئاً، ويجري الوَجْهَانُ فيما إذا فسدت الشَّرِكَةُ واختص أحدهما بأضَلِّ التَّصَرُّفِ والعَمَلِ، هل يرجع بنصف أَجْرَةِ عَمَلِهِ على الآخر؟

وأما إذا تفاوتوا في المَالِ بأن كان لِأَحَدِهِمَا أَلْفٌ ولآخر ألفان، فإما أن يتفاوتا في العَمَلِ أيضاً أو يتساويا، فإن تفاوتوا بأن كان عَمَلُ صَاحِبِ الأَكْثَرِ أكثر، بأن كان عَمَلُهُ يساوي مائتين، وعمل الآخر مائة، فثلثا عَمَلِهِ فِي مَالِهِ، وثلثه في مَالِ صَاحِبِهِ، وعمل صَاحِبِهِ على العَكْسِ، فيكون لِصَاحِبِ الأَكْثَرِ ثلث المائتين على صَاحِبِ الأَقْلِ، ولصاحب الأَقْلِ ثلث المائة على صَاحِبِ الأَكْثَرِ، وقدرهما واحد، فيقع في التقاص،

فإن كان عمل صَاحِبِ الأقل أكثر، والتفاوت كما صورنا، فثلث عمل صاحب الأقل في ماله وثلثاه في مال شريكه وثلثا عمل صاحب الأكثر في ماله وثلثه في مال شريكه فَلِصَاحِبِ الأقل ثلثا المائتين عَلَى صَاحِبِ الأكثر، وهما مائةٌ وَإِنْ تَسَاوَيَا فِي الْعَمَلِ فَلِصَاحِبِ الأقل ثُلُثَا المِائَةِ عَلَى صَاحِبِ الأكثر، ولصاحب الأكثر ثُلُثُ المِائَةِ عَلَيْهِ، فيكون الثلث بالثلث قصاصاً، يبقى لِصَاحِبِ ثُلُثِ المِائَةِ ثَلَاثَةٌ وَثَلَاثُونَ وَثُلُثٌ.

وقوله في الكتاب: (فلو شرطاً تفاوتاً بطل الشرط) مُعَلِّمٌ بِالْحَاءِ، لما عرفت أن أبا حنيفة - رحمه الله - يصححه.

وقوله: (وفسد العقد) هذا هُوَ الْمَشْهُورُ، ونقل الإمام - رحمه الله - اختلافاً للأصحاب - رحمهم الله - في أن الشَّرِكَةَ تفسد بِهَذَا الشَّرْطِ، أو يطرح الشَّرْطُ، والشَّرِكَةُ بحالها لنفوذ التصرفات ويوزع الربح على المَالَيْنِ، ولم يتعرض غيره لحكاية الخِلاف بل جزموا بنفوذ التَّصَرُّفَاتِ، ويوزع الرِّبْحُ عَلَى المَالَيْنِ، وبوجوب الأجرَةِ فِي الجُمْلَةِ.

وَلَعَلَّ الخِلافَ رَاجِعٌ إِلَى الاصطلاح، فبعضهم يطلق لفظ الفَسَادِ وبعضهم يمنع منه؛ لبقاء أكثر الأحكام.

وقوله: (ومعنى الفساد إلى آخره)، أشار به إلى أن أثر الفَسَادِ الرجوع بالأجرَةِ، فإن الشَّرِكَةَ لو كَانَتْ صحيحةً لما ثبت استحقاق الأجرَةِ، ويجوز إعلام قوله: (يرجع بالأجرَةِ) بِالْحَاءِ، لأن عنده لا رجوع بها لِصِحَّةِ الشَّرْطِ، وما ذكرنا من معنى الفَسَادِ عند تعيين نسبة الرِّبْحِ، جارٍ فِي سائر أسبابِ الشَّرِكَةِ، نعم، قال الإمام - رحمه الله -: لو لم يكن بين المَالَيْنِ شيوعٌ وخلقٌ فلا شركة هاهنا على التحقيق، وثنى كل واحد من المَالَيْنِ يختص بمالعه ولا يقع مشتركاً، والكلام في الصِّحَّةِ والفساد، إنما يكون بعد حُصُولِ تعيينِ الشَّرِكَةِ، فإن جَرَى توكيل من الجَانِبَيْنِ لم يَخْفَ حُكْمُهُ، وينبني على الخِلافِ المذكور فيما إذا شرط زيادة رِبْحٍ لمن اختص بميزد عَمَلٍ.

فرعان:

أحدهما: إذا جوزنا ذلك فلو لم يشترطه ولا اشترطاً توزيع الربح على قَدْرِ المَالَيْنِ بل أَطْلَقًا فعن صَاحِبِ «التقريب» والشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ ذَكَرَ خِلافَ فِي أَنَّ الرِّبْحَ يتوزع على المَالَيْنِ، وتكون زيادة العمل تبرعاً منه، أو يثبت للزيادةِ أجرَةً تخريجاً على ما إذا استعمل صانعاً، ولم يذكر له أجرَةٌ.

الثاني: إذا شرطاً زيادة رِبْحٍ لِمَنْ زَادَ عَمَلَهُ، ففي اشتراط استبداده باليد وجهان، وكذا لو شرطاً انفراد أحدهما بِالْعَمَلِ فِي وجه يشترط كما فِي القَرَضِ، وفي وَجْهِ لا جَزِيئاً عَلَى قضيةِ الشَّرِكَةِ، والخِلافُ فِي جَوَازِ اشتراط زيادة رِبْحٍ لِمَنْ زَادَ عَمَلَهُ، جاز

فيما إذا اشترطا انفراد أحدهما بالتصريف، وجعلا له زيادة ربح، وفي وجه يجوز هاهنا، ولا يجوز فيما إذا اشتركا في أصل العمل؛ لأنه يدري بأي عمل حصل في حال به على المال، أورده في «الوسيط».

قال الغزالي: **وَمِنْ حُكْمِهَا كَوْنُ كُلِّ وَاحِدٍ أَمِينًا الْقَوْلُ قَوْلُهُ فِيمَا يَدْعِيهِ مِنْ تَلْفٍ وَخُسْرَانٍ، إِلَّا إِذَا أَدْعَى هَلَاكًا بِسَبَبِ ظَاهِرٍ فَعَلَيْهِ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ عَلَى السَّبَبِ، ثُمَّ هُوَ مُصَدِّقٌ فِي الْهَلَاكِ بِهِ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِيمَا اشْتَرَاهُ أَقْصَدَ بِهِ نَفْسَهُ أَوْ مَالَ الشَّرِكَةِ، فَإِنْ قَالَ: كَانَ مِنْ مَالِ الشَّرِكَةِ فَخَلَصَ لِي بِالْقِسْمَةِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ صَاحِبِهِ فِي انْكَارِ الْقِسْمَةِ.**

قال الرافعي: في الفصل مسألتان:

إحدهما: من أحكام الشركة، أن يد كل واحد من الشريكين يد أمانة كيد المودع والوكيل، ولو ادعى رد المال إلى شريكه قبل قوله كالمودع والوكيل بغير جعل، ولو ادعى خسرانا أو تلفا فكذلك، كالمودع إذا ادعى التلف، وكل واحد من الشريكين، والمودع إذا أسند التلف إلى سبب ظاهر طوّل بالبينة عليه، فلو أقامها صدقا في الهلاك به، وسيأتي ذكره في الوديعه، فإذا ادعى أحد الشريكين خيانه على الآخر، لم تسمع الدعوى حتى يبين قدر ما خان به، فإذا تبين سمعت والقول قول المنكر مع يمينه.

الثانية: في يد أحد الشريكين مال واختلفا فقال من في يده: إنه لي، وقال الآخر: بل هو من مال الشركة، أو عكسه فالقول قول صاحب اليد وهذا يقع عند ظهور الربح فيه، أو قال المشتري: اشتريته من الشركة، وقال الآخر: بل لتفسيك، وهذا يقع عند ظهور الخسران، فالمصدق المشتري، لأنه أعرف بمقصده، ولو قال صاحب اليد: قسمنا مال الشركة، وهذا مختص بي، وقال الآخر: لم تقسم بحد وهو مشترك، فالقول قول نافي القسمة؛ لأن الأصل بقاء الشركة وعلى مدعي القسمة البينة، ولو كان في أيديهما أو في يد أحدهما مال، وقال كل واحد منهما: هذا نصيبي من مال الشركة، وأنت أخذت نصيبك، حلف كل واحد منهما، وجعل المال بينهما، فإن حلف أحدهما دون الآخر قضى له. والله أعلم.

قال الغزالي: **وَإِذَا بَاعَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ بِإِذْنِ الْآخَرِ عَبْدًا مُشْتَرِكًا ثُمَّ أَقْرَ الذَّهِي لَمْ يَبِعْ أَنَّ الْبَائِعَ قَبْضَ الثَّمَنِ كُلَّهُ وَهُوَ جَائِدٌ فَالْمُشْتَرِي بَرِيءٌ مِنْ نَصِيبِ الْمُقْرِ لِإِقْرَارِهِ، وَلِلْبَائِعِ طَلَبُ نَصِيبِهِ مِنَ الْمُشْتَرِي، فَإِنْ اسْتَخْلَفَهُ الْمُقْرِ فَحَلَفَ أَنَّهُ لَمْ يَقْبِضْ سَلَمَ لَهُ مَا قَبِضَ، وَإِنْ نَكَلَ حَلَفَ الْخَضْمُ وَأَسْتَحَقَّ، وَلَوْحَ كَانَتِ الْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا وَلَكِنْ أَقْرَ الْبَائِعُ أَنَّ الَّذِي لَمْ يَبِعْ قَبْضَ الثَّمَنِ كُلَّهُ لَمْ يَقْبَلْ إِقْرَارَ الْوَكِيلِ عَلَى الْمُوَكَّلِ، وَبَرِيءٌ مِنَ الْمُشْتَرِي مِنْ مُطَالَبَةِ**



المُقَرَّبُ بِأَنَّ شَرِيكَهُ قَبِضَ إِذَا كَانَ شَرِيكُهُ أَيْضاً مَأْذُوناً مِنْ جِهَتِهِ، وَلَمْ يَبْرَأْ مِنْ مُطَالَبَةِ  
الْبَاحِدِ فَلَهُ أَخْذُ نَصِيْبِهِ مِنَ الْمُشْتَرِي.

قال الرَّافِعِيُّ: إذا كان بين اثنين عند فباعه أحدهما بإذن الآخر، وكان البائع مأذوناً  
في قبض الثمن أيضاً، أو قلنا: إن الوكيل بالبيع يملك قبض الثمن، ثم اختلف  
الشريكان في القبض، فذلك يصور على وجهين:

أحدهما: أن يقول الشريك الذي لم يبيع للذي باع: قبضت الثمن كله، فسلم إلي  
نصيب، ويساعده المشتري على أن البائع قبض وينكر البائع، فبيراً المشتري عن نصيب  
الذي لم يبيع لاعترافه بأن البائع الذي هو وكله بالقبض قد قبض، ثم هاهنا خصومة بين  
البائع والمشتري، وخصومة بين الشريكين، وربما تقدمت الأولى على الثانية ورُبَّما  
تأخرت، فإن تقدمت خصومة البائع والمشتري فطالب البائع المشتري بنصيبه من الثمن،  
وادعى المشتري أنه آداه نظر إن قامت للمشتري بينة على الأداء اندفعت المطالبة عنه،  
فإن شهد له الشريك الذي لم يبيع لم تقبل شهادته في نصيبه، لأنه لو ثبت ذلك، لطالب  
المشهود عليه بحقه، وذلك جرَّ نفع ظاهر، وفي قبولها في نصيب الآخر قولان، بناءً  
على أن الشهادة هل تتبع بعض؟ كما لو شهد أنه قذف أمه وأجنبية، هل تقبل في حق  
الأجنبية؟ وإن لم تكن بينة فالقول قول البائع مع يمينه أنه لم يقبض، فإن حلف أخذ  
نصيبه من المشتري، ولا يُشاركه الذي لم يبيع فيه، لإقراره بأنه أخذ الحق من قبل،  
وزعمه أن ما أخذه الآن أخذه ظلماً، وإن نكل وحلف المشتري انقطعت الطلبة عنه،  
وإن نكل المشتري أيضاً فعن ابن القَطَّان وجه أنه لا يؤاخذ بصيب البائع؛ لأننا لا نحكم  
بالتكول والمذهب خلافه، وليس هذا حكم بالنكول، وأن ما هو مؤاخذة له بإقراره  
بلزوم المال بالشراء ابتداءً، ثم إذا انفصلت خصومة البائع والمشتري، فلو جاء الشريك  
الذي لم يبيع يطالب الذي باع بحقه بزعمه أنه قبض الثمن فعليه البيئة، ويصدق البائع أنه  
لم يقبض إلا نصيبه بعد الخصومة الجارية بينهما، فإن نكل البائع حلف الذي لم يبيع،  
وأخذ منه نصيب نفسه، ولا يرجع البائع به على المشتري؛ لأن بزعمه أن شريكه ظلمه  
بما فعل، ولا يمنع البائع من الحلف، ونكوله عن اليمين في الخصومة مع المشتري؛  
لأنها خصومة أخرى مع خصم آخر، هذا إذا تقدمت خصومة البائع والمشتري، وتلتها  
خصومه الشريكين، فإذا تقدمت خصومة الشريكين، فادعى الذي لم يبيع قبض الثمن  
على البائع وطالبه بحقه، فعليه البيئة ولا تقبل شهادة المشتري له بحال؛ لأنه يدفع عن  
نفسه، فإن لم يكن له بينة حلف البائع أنه ما قبض، فإن نكل حلف الذي لم يبيع، وأخذ  
نصيبه من البائع، ثم إذا انفصلت خصومة الشريكين، فلو طالب البائع المشتري بحقه،  
وادعى المشتري الأداء فعليه البيئة، فإن لم تكن بينة حلف البائع وقبض حقه، فإن نكل

المُشْتَرِي وَبَرِيء، ولا يمنع البائع من أن يخلف، ويطلب من المُشْتَرِي حقه نكوله في الخصومة الأولى مع شريكه، وعن حكاية الشيخ أبي علي: أنه يمنعه بناءً على أن يمين الرّد كالبينة، أو لإقرار المدعى عليه إن كانت كالبينة، فكانه قامت البينة على قبضه جميع الثمن، وإن كانت كالإقرار فكانه أقر بقبض جميع الثمن، وعلى التقديرين يمتنع عليه مطالبة المُشْتَرِي، وهذا ضعيف باتفاق الأئمة؛ لأن اليمين إنمّا تجعل كالبينة، أو كالإقرار له في حق المتخاصمين، وفيما فيه تخصّصهما لا غير، ومعلوم أنّ الشريك إنمّا يخلف على أنه قبض نصيبه، فإنه الذي يطالب به، فكيف يؤثر يمينه في غيره وعلى ضعفه؟ فقد قال الإمام - رحمه الله -: القياس طرده فيما إذا تقدّمت خصومة البائع والمُشْتَرِي، ونكّل البائع وحلّف المُشْتَرِي اليمين المرذودة حتى يقال: ثبت للذي لم يبع مطالبة البائع بنصيبه من غير تجديد خصومة، لكون يمين الرّد بمنزلة البينة أو الإقرار والله أعلم.

فهذا أحد وجهي اختلاف الشريكين في القبض.

والوجه الثاني: أن يقول الشريك البائع للذي لم يبع: قبضت الثمن كله وصدقه المُشْتَرِي، فأنكر الذي لم يبع فله حالتان:

إحدهما: أن يكون الذي لم يبع ماذوناً من جهة البائع في قبض الثمن، فيبرأ المُشْتَرِي عن نصيب البائع، لاعترافه بأن وكيله قد قبض، ثم تعرض خصومتان كما في النزاع الأول، فإن تخصّصاً الذي لم يبع والمُشْتَرِي، فالقول قول الذي لم يبع في نفي القبض، فيخلف ويأخذ نصيبه ويسلم له المأخوذ، وإن تخصّص البائع والذي لم يبع حلف الذي لم يبع، فإن نكّل حلف البائع وأخذ منه نصيبه ولا رجوع له على المُشْتَرِي، وكل ذلك كما مرّ في النزاع الأول، ولو شهد البائع للمُشْتَرِي على القبض لم تقبل؛ لأنه يشهد لنفسه على الذي لم يبع.

والحالة الثانية: أن لا يكون الذي لم يبع ماذوناً من جهة البائع في القبض فلا تبرأ ذمة المُشْتَرِي عن شيء من الثمن، أما عن حق الذي لم يبع، فلأنه منكر في القبض، ومصداق في إنكاره بيمينه، وأما عن الذي باع فلأنه لم يعترف بقبض صحيح، ثم لا يخلو: إما أن يكون البائع ماذوناً من جهة الذي لم يبع في القبض، أو لا يكون هو ماذوناً أيضاً.

القسم الأول: أن يكون ماذوناً فله مطالبة المُشْتَرِي بنصيبه من الثمن، ولا يتمكن من مطالبته بنصيب الذي لم يبع؛ لأنه لما أقر بقبض الذي لم يبع نصيبه، فقد صار معزولاً عن وكالته، ثم إذا تخصّص الذي لم يبع والمُشْتَرِي، فعلى المُشْتَرِي البينة على القبض، وإن لم تكن البينة، فالقول قول الذي لم يبع، فإذا حلف ففيمن يأخذ حقه منه؟

وجهان: قال المُرْزِيّ وَابْنُ الْقَاصِّ وَآخَرُونَ: إن شاء أخذ تَمَامَ حَقِّهِ مِنَ الْمُشْتَرِي، وإن شاء شارك البَائِعُ فِي الْمَأْخُودِ وَأَخَذَ الْبَاقِي مِنَ الْمُشْتَرِي؛ لَأَنَّ الصَّفَقَةَ وَاحِدَةٌ، فَكُلُّ جُزْءٍ مِنَ الثَّمَنِ شَائِعٌ بَيْنَهُمَا، فَإِنِ اخْتَصَمَ بِالْحِصَّةِ الثَّانِيَةِ لَمْ يَبْقَ مَعَ الْبَائِعِ إِلَّا رِبْعُ الثَّمَنِ، وَيَفَارِقُ هَذَا مَا إِذَا كَانَ الَّذِي لَمْ يَبِيعْ مَأْذُوناً فِي الْقَبْضِ، حَيْثُ لَا يَشَارِكُهُ الْبَائِعُ فِيمَا يَأْخُذُهُ مِنَ الْمُشْتَرِي، لِأَنَّ زَعْمَهُ أَنَّ الَّذِي لَمْ يَبِيعْ ظَالِمٌ فِيمَا أَخْذَهُ فَلَا يَشَارِكُهُ فِيمَا ظَلَمَ بِهِ، قَالَ ابْنُ سُرَيْجٍ وَغَيْرُهُ: لَيْسَ لَهُ إِلَّا أَخْذُ حَقِّهِ مِنَ الْمُشْتَرِي، وَلَا يَشَارِكُ الْبَائِعُ فِيمَا أَخْذَهُ؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ قَدْ انْعَزَلَ عَنِ الْوَكَالَةِ بِإِقْرَارِهِ، وَأَنَّ الَّذِي لَمْ يَبِيعْ قَبْضَ حَقِّهِ فِيمَا يَأْخُذُهُ بَعْدَ الْانْعِزَالِ يَأْخُذُهُ لِنَفْسِهِ خَاصَّةً، وَهَذَا كَلَامُ اسْتِحْسَنِ الشَّيْخِ أَبُو حَامِدٍ وَالشَّيْخِ أَبُو عَلِيٍّ، لَكِنْ أَبُو عَلِيٍّ قَالَ: إِنَّهُ وَإِنِ انْعَزَلَ فَالْمَسْأَلَةُ تَحْتَمَلُ وَجْهَيْنِ؛ بِنَاءً عَلَى أَنَّ مَالِكِي السَّلْعَةِ إِذَا بَاعَهَا بِصَفَقَةٍ وَاحِدَةٍ هَلْ يَنْفَرِدُ أَحَدُهُمَا بِقَبْضِ حَصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أحدهما: لا، بل إذا انفرد بأخذ شيء شاركه الآخر فيه، كما أن الحق ثابت للورثة، لا ينفرد بعضهم باستيفاء حصته منه، ولو فعل شاركه الآخرون فيه، وكذا لو كاتبها عبدهما صفقة واحدة، لم ينفرد أحدهما بأخذ حقه من الثُّجُومِ.

والثاني: نعم، كما لو باع كل واحد منهما نصيبه بعقد مفرد، ويخالف الميراث والكتابة، فإنهما لا يثبتان في الأصل بصفة التجزيء، إذ لا ينفرد بغض الورثة ببعض أعيان التركة، ولا تجوز كتابة بعض العبد، فلذلك لم يجز التجزيء في القبض، ولو شهد البائع للمشتري على أن الذي لم يبيع قد قبض الثمن، فعلى قول المُرْزِيّ: لا تقبل شهادته؛ لأنه يدفع بها شركة صاحبه فيما أخذه، وعلى ما ذكره ابن سُرَيْجٍ تقبل.

والقسم الثاني: أن لا يكون البائع مأذوناً في القبض، قال أصحابنا العراقيون: للبائع مطالبة المشتري بحقه هاهنا وما يأخذه يسلم له، وتقبل هاهنا شهادة البائع للمشتري على الذي لم يبيع، وقياس البناء الذي ذكره الشيخ أبو عليّ عود الخلاف في مشاركة صاحبه، فيما أخذه تخريج قبول الشهادة على الخلاف، ويجوز أن يستفاد من جوابهم ترجيح الوجه الصائر إلى الأصل المبني عليه، أن كل شريك ينفرد بقبض حصته على أني رأيت في فتاوى الحنطاطي حكاية وجه: أن أحد الموارثين أيضاً إذا قبض من الدَّيْنِ قَدْرَ حَصَّتِهِ لَمْ يَشَارِكُهُ الْآخَرُ، إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ الْمَدْيُونُ فِي الرَّجُوعِ عَلَيْهِ، أَوْ لَا يَجِدُ مَا لِسِوَاهُ، هَذَا فقه المسألة.

واعلم أن المُرْزِيّ أجاب في الوجه الثاني من اختلاف الشريكين بأن المشتري يبرأ من نصف الثمن بإقرار البائع أن شريكه قد قبض؛ لأنه في ذلك أمين، وظاهر هذا يشعر بسقوط نصيب الذي لم يبيع، كما أن في الوجه الأول من اختلافهما سقط نصيب الذي لم يبيع، والأصحاب فيما أطلقه فريقان فغلطه فرقة منها ابن سُرَيْجٍ وأبو إسحاق وقالت:

إنه نقل هذه المسألة من كتب أهل العراق، فإنهم يقبلون إقرار الوكيل على الموكل باستيفاء الثمن، والبائع وكيل الذي لم يبيع، فيسقط بإقراره أن الموكل قد قبض حقه، فأما على أصل الشافعي - رضي الله عنه - فإن إقرار الوكيل على الموكل غير مقبول، فلا يسقط بإقرار البائع حق الذي لم يبيع.

وفرقة أولت كلامه، ولهم قولان عن ابن أبي هريرة وغيره: أنه ما أراد بقوله: (بريء المشتري من نصف الثمن) البراءة المطلقة، وإنما أراد براءة مطالبة البائع بالنصف؛ لأن زعمه أن شريكه قد قبض حقه فلا يمكنه المطالبة به.

ومنهم من حمله على ما إذا كان الذي لم يبيع ماذوناً من جهة البائع في القبض أيضاً، فإذا أقر البائع بأن شريكه قبض، وقد أقر بقبض وكيله، فعلى هذا فالتصف الساقط هو نصيب المقر، كما في الاختلاف الأول.

واعلم أن المسألة لا اختصاص لها بالشركة المعقود لها الباب، وإنما هي موضوعة في مطلق الشركة.

وقوله في الكتاب: (فإن نكل حلف الخصم واستحق) أي إن نكل البائع وحلف الذي لم يبيع، واستحق نصيبه على شريكه.

وقوله في الصورة الثانية: (لم يقبل إقرار الوكيل على الموكل)، الوكيل هاهنا الذي باع، والموكل الذي لم يبيع، وقوله: (وبريء المشتري من مطالبة المقر، بأن شريكه قبض) إلى آخره قد يوهم مغايرة هذه اللفظة، لقوله في الصورة السابقة: «المشتري يبرأ من نصيب المقر لإقراره»، فرق بينهما في هذا الحكم ولا فرق، وليس في تعابير اللفظين فقه.

وقوله: (ولم يبرأ من مطالبة الجاحد) كالشرح والإيضاح لما مر، وإلا ففي قوله: (لم يقبل إقرار الوكيل على الموكل) ما يفيد، فإنه إذا لم يقبل إقرار البائع عليه، ففي حقه ومطالبته بحالهما، ويجوز أن يقال: قوله: (لم يقبل إقرار الوكيل على الموكل) إشارة إلى القاعدة الكلية في الوكلاء والموكلين.

وقوله: (ولم يبرأ من مطالبة الجاحد)، بيان قياس تلك القاعدة وثمرتها فيما نحن فيه.

فرع: تناسى في حتم الكتاب بالمزني والأصحاب، وإن لم يكن له كبير اختصاص بالباب عبد بين رجلين غصب غاصب نصيب أحدهما بأن نزل نفسه منزله، وأزال يد صاحبه يصح من الذي لم يغصب نصيبه يبيع نصيبه، ولا يصح من الآخر بيع نصيبه إلا من الغاصب، ولو باع الغاصب والذي لم يغصب نصيبه، جميع العبد في عقد واحد

بطل في نصيب الغاصب، وصح في نصيب المالك، ولا يخرج على الخلاف في تفريق الصفقة، لأن الصفقة تعدد بتعدد البائع، ومنهم من قال: ينبي القول في نصيب المالك على أن أحد الشريكين إذا باع نصف العبد مطلقاً ينصرف إلى نصيبه أم يشيع، وفيه وجهان، وهذه المسألة مذكورة في الكتاب في باب العتق.

فإن قلنا: ينصرف إلى نصيبه صح بيع المالك في نصيبه.

وإن قلنا: بالشيوع يبطل البيع في ثلاثة أرباع العبد، وفي رُبُعِهِ قولان، ولا ينظر إلى هذا البناء فيما إذا باع المالكان معاً وأطلقاً، ولا يجعل كما إذا أطلق كل واحد منهما بيع نصف العبد؛ لأن هناك تناول العقد الصحيح جميع العبد. والله أعلم.

## كِتَابُ الْوَكَالَةِ

قال الغزالي وفيه ثلاثة أبواب

### الباب الأول في أركانها

قال الرافي: الحاجة الداعية إلى تجويز الوكالة ظاهرة، وثبت عن رسول الله ﷺ أنه توكل الساعة لأخذ الصدقات<sup>(١)</sup>.

وروي أنه ﷺ وكَّلَ عُرْوَةَ الْبَارِقِيَّ - رضي الله عنه - ليشتري له شاة للأضحية<sup>(٢)</sup>، وَعَمْرُو بْنُ أُمَيَّةَ الضَّمْرِيَّ - رضي الله عنه - لقبول نكاح أُمِّ حَبِيبَةَ بِنْتِ أَبِي سُفْيَانَ<sup>(٣)</sup> - رضي الله عنه -، وَأَبَا رَافِعٍ لقبول نكاح مَيْمُونَةَ<sup>(٤)</sup>.

وعن جَابِرٍ - رضي الله عنه - قال: أردت الخروج إلى خيبر، فذكرته لرسول ﷺ فقال إِذَا لَقِيتَ وَكِيلِي فَخُذْ مِنْهُ خَمْسَةَ عَشْرَ وَسُقَاً فَإِنْ ابْتَغَى مِنْكَ آيَةَ فَضَعْ يَدَكَ عَلَى تَرْفُوتِهِ<sup>(٥)</sup> وقد أدرج صاحب الكتاب - رحمه الله تعالى - مسائل الوكالة في ثلاثة أبواب:

أحدها: في أركانها، وبين فيه ما يعتبر في كل واحد منها لصحة العقد، فيعرف بذلك صحيح الوكالة وفاسدها.

(١) تقدم من الزكاه. (٢) تقدم من أول البيع.

(٣) قال البيهقي في المعرفة: روي عن أبي جعفر محمد بن علي أنه حكى ذلك ولم يسنده البيهقي في المعرفة، وكذا حكاه في الخلافيات بلا إسناد، وأخرجه في السنن من طريق ابن إسحاق حدثني أبو جعفر قال: بعث رسول الله ﷺ عمرو بن أمية الضمري إلى النجاشي، فزوجه أم حبيبة، ثم ساق عنه أربعمائة دينار، واشتهر في السير أنه ﷺ بعث عمرو بن أمية إلى النجاشي فزوجه أم حبيبة، وهو يحتمل أن يكون هو الوكيل في القبول أو النجاشي، وظاهر ما في أبي داود. والنسائي أن النجاشي عقد عليها عن النبي ﷺ، وولى النكاح خالد بن سعيد بن العاص كما في المغازي، وقيل: عثمان بن عفان وهو وهم.

(٤) أخرجه مالك في الموطأ مرسلاً (٢٥٣/١) وأحمد مسنداً في المسند (٣٩٣/٦) والترمذي في المسند (٨٤١). ينظر تلخيص الحبير ٥٠/٣.

(٥) أخرجه أبو داود معنعناً عن طريق ابن إسحاق حديث (٣٦٣٢) والدارقطني في المسند (١٥٤/٤) - (١٥٥) والبيهقي في المسند الكبرى (٨٠/٦). وينظر تلخيص الحبير (٥١/٣).

والثاني: في أحكام الوكالة الصحيحة فهي فائدة العقد وثمرته.

وثالثها: في الاختلاف؛ لأنهما قد يختلفان في أصل العقد وكيفيته وتعرض لسببه أحكام يحتاج إلى الوقوف عليها. أما الأركان فلا يخفى أن التوكيل تفويض، ولا شك أن التفويض يكون في شيء يصدر من شخص إلى شخص، ويتحصل بشيء، وهذه الأربعة التي ذكرناها، بكن جعلها أركاناً للوكالة كجعل البائع والمشتري والمبيع أركاناً للبيع، وفيه كلام قدمناه في البيع.

قال الغزالي: **وَهِيَ أَرْبَعَةُ الْأَوَّلُ مَا فِيهِ التَّوَكُّيلُ وَشُرُوطُهُ ثَلَاثَةٌ: (الْأَوَّلُ): أَنْ يَكُونَ مَمْلُوكًا لِلْمُؤَكَّلِ، فَلَوْ وَكَّلَ بِطَلَاقِ زَوْجَةٍ سَيَنْكِحُهَا، أَوْ يَبِّعَ عَبْدًا سَيَمْلِكُهُ فَهُوَ بَاطِلٌ.**

قال الرافعي: الركن الأول ما فيه التوكيل وله شروط.

أحدها: أن يكون ما يوكل فيه مملوكاً له فلو وكل غيره في طلاق امرأة سينكحها أو يبيع عبد سيملكه أو إعتاق كل رقيق يملكه فوجهان.

أحدهما: أن هذا التوكيل باطل؛ لأنه لا يتمكن من مباشرة ذلك بنفسه، فلا ينتظم منه إنابة غيره فيه.

والثاني: صحيح، ويمكن بحصول الملك عند التصرف، فإنه المقصود من التوكيل. ويجري الوجهان فيما إذا وكله بقضاء كل دين سيلزمه، وتزويج ابنته إذا انقضت عدتها أو طلقها زوجها، وما أشبه ذلك<sup>(١)</sup>، وبالوجه الثاني أجاب القفال في «الفتاوى»، وهو الذي أورده في «التهذيب»، والأول أصح عند أصحابنا العراقيين، والإمام، ولم ينقل صاحب الكتاب غيره، ويجوز أن يقال: الخلاف عائد إلى الاعتبار بحال التوكيل، أو بحال إنشاء التصرف، وله نظائر.

قال الغزالي: **(الثاني): أَنْ يَكُونَ قَابِلًا لِلتَّيَابَةِ كَأَنْوَاعِ الْبَيْعِ، وَكَالْحَوَالَةِ، وَالضَّمَانِ، وَالكَفَالَةِ، وَالشَّرِكَةِ، وَالْوَكَالَةِ، وَالْمُضَارَبَةِ، وَالجَمَاعَةِ، وَالمُسَاقَاةِ، وَالنِّكَاحِ، وَالطَّلَاقِ،**

(١) فيه اختلاف ترجيح فقد قال في النكاح في فتاوى البغوي، إن الذي يعتبر إذنها في تزويجها إذا قالت لوليها وهي في نكاح أو عدة أذنت في تزويجي إذا فارقتني زوجي أو انقضت عدتي فينبغي أن يصح الإذن كما لو قال الولي للوكيل زوج بنتي إذا فارقتها زوجها أو انقضت عدتها، وفي هذا التوكيل وجه ضعيف أنه لا يصح وقد سبق في الوكالة. قال في الخادم: ويمكن الجمع بينهما بأن يحمل قوله هذا عدم الصحة بالنسبة إلى الوكالة خاصة وقد تبطل الوكالة ويصح التصرف لمطلق الإذن فلا ينافي بينهما وأطلق الشيخ الوجه المقابل بالصحة وكلام البغوي يقتضي تقييده بعبد معين أو زوجة معينة وإلا فلا يصح قطعاً، وموضع البطلان إذا لم يقع تبعاً، فلو قال: وكلتني ببيع هذا وبيع ما شاء ملكه، فإنه يصح كما أفنى به ابن رزين.

وَالخُلْعُ، وَالصُّلْحُ، وَسَائِرُ الْمُقُودِ، وَالْفُسُوحِ، وَلَا يَجُوزُ التَّوَكُّيلُ فِي الْعِبَادَاتِ إِلَّا فِي الْحَجِّ وَأَدَاءِ الزُّكُوتِ، وَلَا يَجُوزُ فِي الْمَعَاصِي كَالسَّرِقَةِ وَالغَضَبِ وَالْقَتْلِ بَلْ أَحْكَامُهَا تَلْزَمُ مَعَاطِيهَا، وَيَلْتَحِقُ بِفَنِّ الْعِبَادَاتِ الْإِيمَانُ وَالشَّهَادَاتُ فَإِنَّهَا تَتَعَلَّقُ بِالْفَائِظِ وَخَصَائِصِ، وَاللَّعَانُ وَالْإِيْلَاءُ مِنَ الْإِيمَانِ، وَكَذَا الظُّهَارُ عَلَى رَأْيِ، وَيَجُوزُ التَّوَكُّيلُ بِقَبْضِ الْحَقُوقِ، وَفِي التَّوَكُّيلِ بِإِثْبَاتِ الْيَدِ عَلَى الْمَبَاحَاتِ كَالاضْطِيَادِ وَالْإِسْتِغْنَاءِ خِلَافًا، وَفِي التَّوَكُّيلِ بِالْإِقْرَارِ خِلَافًا لِتَرُدُّهُ بَيْنَ الشَّهَادَةِ وَالْإِتِمَانِ، ثُمَّ إِنْ لَمْ يَصِحَّ فَمَنْ جَعَلَهُ مَقْرَأً يَتَفَسَّرُ التَّوَكُّيلُ بِالْحُضُومَةِ بِرِضَا الْحُضْمِ وَغَيْرِ رِضَاهُ (ح)، وَبِاسْتِيفَاءِ الْمُقُوبَاتِ فِي حُضُورِ الْمُسْتَحَقِّ، وَفِي غَيْبَتِهِ طَرِيقَانِ، أَحَدُهُمَا الْمَنْعُ، وَالْآخَرُ قَوْلَانِ، وَقِيلَ بِالْجَوَازِ أَيْضًا.

قال الرافعي: يشترط في الموكل فيه أن يكون قابلاً للنيابة، فإن التوكيل تفويض وإنابة، والذي يفوض فيه التوكيل أنواع.

منها: العبادات، والأصل فيها إمتناع النيابة، لأن الإتيان بها مقصود من الشخص عينه ابتلاءً واختباراً، واستثنى الحج للأخبار<sup>(١)</sup>، ومن جنس الصلاة ركعتي الطواف<sup>(٢)</sup>، على كلام فيهما يأتي في «الوصايا»، وتفريق الزكاة والكفارات والصدقات؛ إلحاقاً لها بسائر الحقوق المالية، وذبح الضحايا والهدايا، فإن النبي - ﷺ - أناب فيه<sup>(٣)</sup>، وفي صوم الولي عن الميت خِلافٌ سبق في موضعه، وألحق بالعبادات الأيمان والشهادات.

قال في «الوسيط»: لأن الحكم في الأيمان يتعلق بتعظيم اسم الله - تعالى - فامتنعت النيابة فيها كالعبادات، وفي الشهادات علقنا الحكم بخصوص لفظ الشهادة، حتى لم يَقم غيرها مقامها، فكيف يحتمل السكوت عنها بالتوكيل؟ ومن جملة الأيمان الإيلاء، واللعان، والقسامة، فلا يجوز التوكيل في شيء منها.

وفي الظهار وجهان، بناء على أن المقلب فيه معنى اليمين أو الطلاق، والظاهر عند المعظم منع التوكيل فيه، وذكر في «التتمة» أن الظاهر الجواز، وأن المنع مذهب

(١) راجع كتاب الحج من هذا المصنف.

(٢) للأدلة المذكورة في أبوابها. قال في البحر: ولا يجوز التوكيل في غسل الميت لأنه من فروض الكفايات أي يقع عنم باشره، وهو يقتضي أن توكيل العبد والذمي ونحوهما صحيح وأن الموكل فيه والحالة هذه كل مسلم توجب عليه الفرض.

تنبيه: قال في المطلب: صيغة الضمان والوصية والحوالة بالوكالة جعلت موكلي ضامناً لك كذا أو موصياً لك بكذا أو أحتلك بمالك على موكلي من كذا.

(٣) متفق عليه من حديث سيدنا علي رضي الله عنه. البخاري (١٧١٦ - ١٧١٨) ومسلم (١٣١٧) وأبو داود حديث (١٧٦٩) وابن ماجه (٣٠٩٩).



المُزْنِي، وفي معنى الأيمان النذور، وتعليق الطلاق، والعتق والتدبير.  
وفي «التتمة» أن الحكم في التدبير يبنى على أنه وصية، أو تعليق عتق بصفة.  
فإن قلنا بالثاني بمعناه.

ومنها: المعاملات، فيجوز التوكيل في طرفي البيع بأنواعه.

قال الغزالي: من السَّلْمِ وَالصَّرْفِ وَالتَّوَلِيَةِ، وغيرهما، وفي الرهن والهبة والصلح والإبراء والحوالة والضمان والكفالة والشركة والوكالة والمضاربة والإجارة والجعالة والمساقاة والإنداع والإعارة والأخذ بالشفعة والوقف والوصية وقبولها.

وعن القاضي الحسين حكاية وجه: أنه لا يجوز التوكيل في الوصية؛ لأنها قربة، ويجوز التوكيل في طرفي النكاح والخلع، وفي تنجيز الطلاق والعتاق والكتابة ونحوها<sup>(١)</sup>، وفي الرجعة وجهان.

أصحهما: الجواز كابتداء النكاح، فإن كل واحد منهما استباحة فرج محرم:

والثاني: المنع كما لو أسلم الكافر على أكثر من أربع نسوة، ووكل بالاختيار، وكذا لو طلق إحدى امرأته، وأعتق أحد عبديه، ووكل بالتعيين<sup>(٢)</sup>.

وكما يجوز التوكيل في العقود يجوز في الإقالة، وسائر الفسوخ، نعم ما هو على الفور، فالتأخير فيه بالتوكيل قد يكون تقصيراً.

وفي التوكيل في خيار الرؤية خلاف سبق في موضعه، ويجوز التوكيل في قبض الأموال مضمونة كانت أو غير مضمونة، وفي قبض الديون وإقباضها<sup>(٣)</sup>.

ومنها الجزية، فيجوز التوكيل في قبضها وإقباضها، نعم يمتنع توكيل الذمي المسلم فيه على رأي مذكور في «كتاب الجزية»<sup>(٤)</sup>.

ومنها: المعاصي كالقتل والقذف والسرقعة والغضب، فلا مدخل للتوكيل فيها، بل أحكامها تثبت في حق مرتكبها؛ لأن كل شخص بعينه مقصود بالأمتناع عنها، فإن فعل

(١) أي يصح التوكيل فيه. قال في البحر: وشرط التعيين فلو وكله بتطبيق إحدى نساته لم يصح في الأصح. نقله عنه في الخادم.

(٢) لو أشار إلى واحد وقال: وكلتك في تعيين هذه للطلاق، أو النكاح، أو أشار إلى أربع من المسلمات، فقال: وكلتك في تعيين النكاح فيهن، فهو كالتوكيل في الرجعة، فيصح على الصحيح، قاله في «التتمة» ينظر الروضة ٥٢٤/٣.

(٣) لعموم الحاجة.

(٤) قال أصحابنا: ويجوز توكيل أصناف الزكاة في قبضها لهم ينظر الروضة ٥٢/٣.

أجري حكمها عليه. ثم في الفصل وراء هذه الصور المبتورة مسائل:

إحداها: في التوكيل في تملك المباحات، كإحياء المَوَاتِ والاحتطاب والاصطياد والاستقاء وجهان.

أصحهما: الجواز حتى يحصل الملك للموكل، إذا قصده الوكيل؛ لأنه أحد أسباب الملك فأشبهه الشراء<sup>(١)</sup>.

والثاني: المنع كالاعتنام؛ لأن الملك فيها يحصل بالحيَاة، وقد حدث من التوكيل، فيكون الملك له، ولو استأجره ليحتطب له، أو يستقي، ففي «التهذيب» أنه على الوجهين، وبالمعنى أجاب القاضي ابن كَيْج، ورأى الإمام جواز الاستئجار مجزوماً به، ففاس عليه وجه تجوير التوكيل<sup>(٢)</sup>.

الثانية: في التوكيل بالأقرار وجهان، وصورته أن يقول: وكلتك لتقرعني لفلان<sup>(٣)</sup>:

أظهرهما: عند الأكثرين، ويحكى عن ابن سُرَيْج واختيار القفال أنه لا يصح؛ لأنه إخبار عن حق، فلا يقبل التوكيل، كالشهادة، وإنما يُلَيِّق التوكيل بالإنشاءات.

الثاني: يصح؛ لأنه قول يلزم به الحق، فأشبهه الشراء، وسائر التصرفات، وبهذا قال أبو حنيفة - رحمه الله تعالى - فعلى الأول، هل يجعل بنفس التوكيل مقراً؟ فيه وجهان.

أحدهما: نعم، وبه قال ابن القاص تخريباً، واختاره الإمام - رحمه الله تعالى - لأن توكيله دليل ثبوت الحق عليه.

وأظهرهما: عند صاحب «التهذيب»: أنه لا يجعل مقراً، كما أن التوكيل بالإبراء لا يجعل إبراء<sup>(٤)</sup>.

- (١) هكذا حكاهما وجهين تقليداً لبعض الخراسانيين، وهما قولان مشهوران. ينظر الروضة ٥٢٥/٣.
- (٢) والأصح: قوله في «التهذيب». وسلك الجرجاني في كتابه «التحرير» طريقة أخرى فقال: يجوز التوكيل في الاحتطاب ونحوه بأجرة، وفي جوازه غيرها وجهان. ولا يجوز في إحياء الموات بلا أجرة، ويجوز بأجرة على الأصح ينظر الروضة ٥٢٥/٣.
- (٣) ولو قال أقرعني لفلان بألف له علي. فهو إقرار. وإذا صححنا التوكيل فكيفية الإقرار على ما يقتضيه كلام البندنجي أن يقول: أقررت عنه بكذا وصوره بعضهم بأن يقول: جعلت موكلي مقراً بكذا. قاله في الكفاية.
- (٤) قول ابن القاص أصح عند الأكثرين. وإذا صححنا التوكيل، لم يلزمه شيء قبل إقرار التوكيل على الصحيح الذي قطع به الجمهور، وفي «الحاوي» و«المستظهر» وجه: أنه يلزمه بنفس التوكيل ينظر الروضة ٥٢٥/٣.

وإذا قلنا بالوجه الثاني، فينبغي أن يبين الوكيل جنس المقرَّب وقدره، فلو قال: أقر عني بشيء لفلان. فأقر أخذ الموكل بتفسيره، ولو اقتصر على قوله: أقر عني لفلان، فوجهان، حكاهما الشيخ أبو حامد وغيره:

أحدهما: أنه كما لو قال: أقر عني بشيء.

وأصحهما: أنه لا يلزمه شيء بحال؛ لجواز أن يريد الأقرار بعلمه، أو سماعه لا بالمال<sup>(١)</sup>.

الثالثة: يجوز لكل واحد من المدعي والمدعى عليه التوكيل بالخصومة رضى صاحبه، أو لم يرض، وليس لصاحبه الامتناع من خصومة الوكيل.

وقال أبو حنيفة - رحمه الله تعالى -: له الامتناع إلا أن يريد الموكل سَفَرًا، أو يكون مريضًا، أو مخدرًا.

وقال مالك - رحمه الله تعالى -: له ذلك إلا أن يكون سفيهاً خبيث اللسان، فيعذر الموكل في التوكيل. لنا: أنه توكيل في خالص حقه، فيمكن منه، كالتوكيل باستيفاء الدين من غير رضى مَنْ عليه، ولا فرق في التوكيل في الخصومة بين أن يكون التوكيل المطلوب مالاً، أو عقوبة لا دمي، كالقصاص وحد القذف.

فأما حدود - الله تعالى - فلا يجوز التوكيل في إثباتها؛ لأنها مبنية على الدرء<sup>(٢)</sup>.

الرابعة: يجوز التوكيل في استيفاء حدود - الله تعالى - للإمام وللسيد في حد مملوكه، وقد قال ﷺ في قصة ماعز: (أَذْهَبُوا بِهِ فَارْجُمُوهُ)<sup>(٣)</sup>.

وقال: «وَأَعْدُ يَا أُنَيْسُ عَلَى امْرَأَةٍ هَذَا فَإِنْ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمُهَا»<sup>(٤)</sup> وأما عقوبات

(١) في الروضة بشجاعة وقال النووي. ولو قال: أقر عني لفلان بألف له علي، فهو إقرار بلا خلاف، صرح به الجرجاني وغيره. ينظر الروضة ٥٢٦/٣.

(٢) قال في الخادم: يستثنى من هذا ما إذا ادعى القاذف على المقذوف أنه زنى، فإنها مسموعة كما ذكره الرافعي في اللعان، وحينئذ فيصبح التوكيل في إثبات الزنا لرفع حد القذف عنه، وذكره ابن الصباغ بحثاً وتابعه الروياني فقالاً: ولا يجوز في إثباتها؛ لأنه لا تسمع الدعوى فيها إلا في حد القذف، وكذا في زنا المقذوف. انتهى. وجرى على ذلك الشيخ ولي الدين في «تحرير الفتاوى» ونقل بحث ابن الصباغ. وقال إن ثبوت الحد إنما وقع تبعاً.

(٣) متفق عليه من رواية أبي هريرة رضي الله عنه البخاري حديث (٦٨١٥ ٦٨٢٥٤) ومسلم (١٦٩١) (١٣١٨/٣) وصرح في الترمذي وغيره أنه ماعز بن مالك، وسيأتي من «الضحايا». وينظر التلخيص لابن حجر (٥١/٣).

(٤) متفق عليه من رواته أبو هريرة وزيد بن خالد الجهني رضي الله عنهما رواه البخاري (٢٣١٤)، ٢٣١٥، ٢٦٤٩، ٢٦٩٥، ٢٦٩٦، ٢٧٢٤، ٢٧٢٥، ٦٦٣٣، ٦٦٣٤، ٦٨٢٧، ٦٨٢٨، =

الآدميين، فكذلك يجوز استيفاؤها بِالْوَكَّالَةِ فِي حَضُورِ الْمُسْتَحَقِّ<sup>(١)</sup>، وفي عيبته ثلاث طرق:

أشهرها: أنه على قولين:

أحدهما: المنع، وهو ظاهر نصه هاهنا؛ لأننا لا نتيقن بقاء الاستحقاق عند الغيبة لاحتمال العفو، وأيضاً فإنه ربما يرق قلبه عند الحضور فيعفو، فليشترط الحضور، وأصحهما الجواز لأنه حق يستوفى بالنيابة في الحضور، فكذلك في الغيبة، كسائر الحقوق واحتمال العفو، كاحتمال رجوع الشهود فيما إذا كانت بالبينه، فإنه لا يمتنع الأستيفاء في غيبته.

والثاني: وبه قال أبو إسحاق: القطع بالجواز، وحمل ما ذكره هاهنا على الأحتياط.

الثالث: القطع بالمنع لعظم خطر الدم، وبالمنع قال أبو حنيفة - رحمه الله تعالى - . وذكر القاضي الروياني أنه الذي يفتي به<sup>(٢)</sup>.

وإذا عرفت ما ذكرنا لم يَخَفْ عليك أن قوله في الكتاب: «وسائر العقود، والفسوخ»، وإن كان يشعر بالجزم وصحة التوكيل فيها، لكن في العقود ما هو مختلف فيه كالأرجعة والوصية، وفي الفسوخ أيضاً طرد الفسخ، وخيار الرؤية، فيجوز إعلامه - بالواو لذلك.

وقوله في آخر الفصل: «وقيل بالجواز أيضاً» طريقة ثالثة أوردتها بعد الطريقتين، وثالثها محفوظة عن الشيخ أبي حامد ومن تقدم والله أعلم.

قال الغزالي: (الشَّرْطُ الثَّلَاثُ) أَنْ يَكُونَ مَا بِهِ التَّوَكُّيلُ مَعْلُومًا نَوْعَ عِلْمٍ لَا يَعْظُمُ فِيهِ

= ٦٨٣١، ٦٨٣٥، ٦٨٣٦، ٦٨٤٢، ٦٨٤٣، ٦٨٥٩، ٦٨٦٠، ٧١٩٣، ٧١٩٤، ٧٢٥٨، ٧٢٥٩، ٧٢٦٠، ٧٢٧٨، ٧٢٧٩) ومسلم (١٦٩٧، ١٦٩٨).

(١) كلام المصنف يوهم أن التوكيل في استيفاء حدود الله تعالى ممتنع، وليس كذلك، بل يجوز من الإمام والسيد، وإنما يمتنع التوكيل في الإثبات كذا جزم به الرافعي.

(٢) قال ابن الصباغ: ولا يصح التوكيل في الألتقاط قطعاً، كما لا يجوز في الأعتنام. فإن التقط، أو غنم، كان له دون الموكل. قال صاحب «البيان»: ينبغي أن يكون الألتقاط على الخلاف في تملك المباحات. وما قاله ابن الصباغ، أقوى. ولو اصطرف رجلان، فأراد أحدهما أن يفارق المجلس قبل القبض، فوكل وكيلاً في ملازمة المجلس، لم يصح، وينسخ العقد بمفارقة الموكل؛ لأن التنفيذ منوط بملازمة العاقد. فلو مات العاقد، فهل يقوم وارثه مقامه في القبض ليبقى العقد؟ فيه وجهان حكاهما الإمام والغزالي في «البيسط» بناء على بقاء خيار المجلس ينظر الروضة ٥٢٦/٣، ٥٢٧.

الغَرَرُ، وَلَوْ قَالَ: وَكَلْتِكَ بِكُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ لَمْ يَجُزْ، وَلَوْ قَالَ: وَكَلْتِكَ بِمَا إِلَيَّ مِنْ تَطْلِيْقِ زَوْجَاتِي وَعِنْتِي عَيْدِي، وَبَيْعِ أَمْلَاكِي جَارَ، وَلَوْ قَالَ: وَكَلْتِكَ بِمَا إِلَيَّ مِنْ كُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ فَفِيهِ تَرَدُّدٌ، وَلَوْ قَالَ: اشْتَرَيْتَ عَبْدًا لَمْ يَجُزْ (و)، وَلَوْ قَالَ عَبْدًا تُرَكِيًّا بِمِائَةِ كَفَى، وَلَا يُشْتَرَطُ أَوْصَافُ السَّلَمِ، وَلَوْ تَرَكَ ذِكْرَ مَبْلَغِ الثَّمَنِ أَوْ ذِكْرَ الثَّمَنِ وَلَمْ يَذْكُرْ نَوْعَهُ فَفِيهِ خِلَافٌ، وَالتَّوَكُّلُ بِالإِبْرَاءِ يَسْتَدْعِي عِلْمَ الْمُوَكَّلِ بِمَبْلَغِ الدَّيْنِ الْمُبْرَأِ عَنْهُ لَا عِلْمَ الْوَكِيلِ، وَلَا عِلْمَ مَنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ، وَلَوْ قَالَ: بَيْعَ بِمَا بَاعَ بِهِ فَلَانَ فَرَسَهُ فُالْعِلْمُ بِمَبْلَغِ مَا بَاعَ بِهِ فَلَانَ فَرَسَهُ يُشْتَرَطُ فِي حَقِّ الْوَكِيلِ لَا فِي حَقِّ الْمُوَكَّلِ، وَلَوْ قَالَ: وَكَلْتِكَ بِمُخَاصَمَةِ خَضَمَائِي فَأَلْظَهَرُ جَوَازَهُ وَإِنْ لَمْ يُعَيَّنْ.

قال الرافعي: ولا يشترط في الموكل فيه أن يكن معلوماً من كل وجه، فإن الوكالة إنما جوزناها لعموم الحاجة، وذلك يقتضي المسامحة فيها، ولذلك احتمل تعليقها بالأغرار على رأي، ولم يشترط القبول فيها بالقول، على الفور، ولكن يجب أن يكون معلوماً مبيئاً من بعض الوجوه، حتى لا يعظم الغرر، ولا فرق في ذلك بين أن تكون الوكالة عامة، أو خاصة.

أما الوكالة العامة فبين ما نقله الإمام وصاحب الكتاب فيها تصويراً وحكماً، وبين ما نقله سائر الأصحاب بعض التفاوت، ونذكر الطريقتين.

قال الإمام، وصاحب الكتاب: لو قال: وكلتك بكل قليل وكثير، ولم يضيف إلى نفسه، فالتوكيل باطل؛ لأنه لفظ مبهم بالغ في الأبهام، ولو ذكر الأمور المتعلقة به الذي تجري فيها النيابة، وفصلها، فقال: وكلتك ببيع أملاكِي، وتطبيق زوجاتي وإعتاق عبيدي صح التوكيل، فلو قال: وكلتك بكل أمر هو لي مما يناب فيه، ولم يفصل أجناس التصرفات، فوجهان:

أحدهما: يبطل، كما لو قال: وكلتك بكل قليل وكثير.

والثاني: يصح؛ لأنه أضاف التصرفات إلى نفسه، فلا فرق بين أن يذكرها بلفظ يعمها، وبين أن يفصلها جنساً جنساً، والأول أظهر.

وإما سائر الأصحاب، فإنهم قالوا: لو قال: وكلتك بكل قليل وكثير، أو في كل أموري أو في جميع حقوقِي، أو بكل قليل وكثير من أموري، أو فوضت إليك جميع الأشياء، أو أنت وكيلي، متصرف في مالي كيف شئت، لم تصح الوكالة.

ولو قال: وكلتك ببيع أموالِي، واستيفاء ديونِي، أو استرداد ودائعي، أو إعتاق عبيدي، صحت الوكالة.

ووجه التفاوت بين الطريقتين: أنهما عللا المنع بإرسال لفظ القليل والكثير، وترك إضافتها حتى ذكروا وجهين، فيما إذا أضافهما إلى نفسه والآخرين سَوَّوا بين ما إذا أرسل، وبين ما إذا أضاف، ولم ينقلوا الخلاف في واحد من القسمين، وعللوا بأن في تجويز هذه الوكالة غرراً وضرراً عظيماً لا حاجة إلى احتمالها، وهذه الطريقة أصح نقلاً ومعنى. وأما النقل، فلأن الشافعي - رضي الله عنه - قال في «اختلاف العراقيين»: وإذا شهد الرجل لرجل، وإنه وكله بكل قليل وكثير له، فالوكالة غير جائزة، نص على المنع مع وجود الإضافة.

وإما المعنى، فلأن الإنسان إنما يوكل فيما يتعلق به، سواء نص على الإضافة إلى نفسه، أو لم يُنصَّ، ولهذا لو قال وكلتك بشراء هذا لم يحتج إلى أن يقول: لي.

وإما الوكالة الخاصة ففيها صور:

منها: أن يوكل في بيع جميع أمواله أو قضاء ديونه، أو استيفائها، وقد نقلنا صحته عن الطريقتين، وهل يشترط أن تكون أمواله معلومه.

قال في «التهذيب»: لو قال: وكلتك ببيع جميع مالي، وكان معلوماً، أو قبض جميع ديوني، وهو معلوم، فهذا التفسير يشعر بالاشتراط الأشبه خلافاً، فإن معظم الكتب لا تعرض لهذا الاشتراط.

وفي «الفتاوى القمّال» أنه لو قال: وكلتك باستيفاء ديوني التي على الناس جاز مجملاً، وإن كان لا يعرف مَنْ عليه الدين أنه واحد أو أشخاص كثيرة، وأي جنس ذلك الدين، وإنما لا يجوز إذا لم يبين ما يوكل فيه بأن يقول: وكلتك في كل قليل وكثير، وما أشبهه، هذا لفظه.

في «الرقم» لأبي الحسن العبادي: أنه لو قال: بع جميع أموالي صح؛ لأنه أعلم بالجملة، ولو قال: بع طائفة من مالي، أو بعضه، أو سهماً منه لم يصح لجهالته بالجملة، فكان الشرط أن يكون الموكل فيه معلوماً، أو بحيث تسهل معرفته.

ولو قال: بع ما شئت من مالي، أو أقبض ما شئت من ديوني، جاز، ذكره صاحب «المهذب» و«التهذيب»<sup>(١)</sup>.

(١) قال النووي هذا المذكور عن «المهذب» هو الصحيح المعروف. قال في «التهذيب»: ولا يجوز أن يبيع الكل إلا أن يقبض الكل. وأما قول صاحب «الحلية»، ففي «البيان» أيضاً عن ابن الصباغ نحوه، فإنه قال: لو قال: بع ما تراه من مالي، لم يجز. ولو قال: ما تراه من عبيدي، جاز، وكلاهما شاذ ضعيف. وهذا النقل عن «الحلية»، إن كان المراد به «الحلية» للروائي فغلط، فإن الذي في «حلية» الروياني: لو قال: بع من عبيدي هؤلاء الثلاثة من رأيت، جاز، ولا يبيع =

وفي «الحلية» ما ينازع فيه، فإنه قال: لو قال: بع من رأيت من عبيدي، لا يجوز حتى يميز. ومنها: التوكيل بالشراء، فلا يكفي أن يقول اشتر لي شيئاً أو حيواناً، أو رقيقاً، بل يشترط أن يبين أنه عبد، أو أمة، ويبين النوع من التركي والهندي، وغيرهما<sup>(١)</sup>، والمعنى فيه أن الحاجة لا تكاد تمس إلى عبد مطلق على أي نوع ووصف كان، وفي الإبهام غرر ظاهر، فلا يحتمل.

في «النهاية» أن صاحب «التقريب» التوكيل بشراء عبد مطلق وهذا الوجه بعيد هاهنا، وإذا طرد في قوله: اشتر شيئاً كان أبعد حكى وجهاً: أنه يصح، لأنه أبعد في التوكيل بشراء شيء، وهل يشترط مع التعرض للنوع ذكر الثمن؟  
فيه وجهان:

أصحهما: لا، وبه قال أبو حنيفة، وابن سُرَيْج؛ لأن تعلق الغرض بعبد من ذلك النوع نفسياً كان أو خسيساً ليس بعيد.

والثاني: أنه لا بد من تقدير الثمن، أو بيان غايته بأن يقول: بمائة، أو من مائة إلى ألف لكثرة التفاوت فيه، ولا يشترط استقصاء الأوصاف التي تضبط في السلم، ولا ما يقرب منها بالاتفاق، نعم إذا اختلفت الأصناف الداخلة تحت النوع الواحد اختلافاً ظاهراً، فعن الشيخ أبي مُحَمَّدٍ: أنه لا بد من التعرض له إذا فرغنا على المذهب في اعتبار التعرض، للتركي والهندي.

وقوله: في الكتاب: أو ذكر الثمن، ولم يذكر نوعه ففيه خلاف أراد به ما هو المفهوم من ظاهره، وهو أن يقول: اشتر لي عبداً بمائة، ولا يتعرض لقوله: تركياً وهندياً وإثبات الخلاف في هذه الصورة بعد الحكم بأنه لا بد من ذكر التركي والهندي مما لا يتعرض له الأئمة، ولا له ذكر في «الوسيط» لصاحب الكتاب، فالوجه تأويله على اصطلاح استعماله الإمام، وذلك أنه سمي<sup>(٢)</sup>، التركي والرومي والهندي أجناساً للترقيق في هذا المقام، واتباعاً للعرف، وسمى الأصناف الداخلة تحت التركي مثلاً أنواعاً له، فيجوز أن يريد صاحب الكتاب ما هنا بالنوع ذلك، وهو مما شرط التعرض له على ما روينا عن الشيخ أبي مُحَمَّدٍ، ويتنظم إثبات الخلاف فيه، وحيثئذ يكون المعنى: أو ذكر الثمن مع كون العبد تركياً أو لم يذكر صفة والله أعلم.

= الجميع، لأن «من» للتبعيض. واعترضه في المهمات: فقال المسألة المذكورة في الحلية قبيل هذا الكلام الذي نقله بنحو خمسة أسطر فقال ما نصه: «ولو قال: بع من عبيدي من رأيت لم يجز حتى يميز إلى آخر ما ذكره، فظهر أن الذي نقله الرافعي عن الحلية صحيح، وإن كان وجهاً ضعيفاً».

(١) اختلاف الأغراض.

(٢) في ب: بعد الحكم أنه لا يلزم ذكر التركي الهندي.

ولو قال: اشتر لي عبداً كما تشاء، فظاهر رأي الشيخ أبي مُحَمَّدٍ تجويزه؛ لأنه صرح بالتفويض التام، بخلاف ما إذا اقتصر على قوله: اشتر لي عبداً، فإنه لم يأت بيان معتاد، ولا تفويض تام، يكتف الأكترون بذلك، وفرقوا بينه وبين أن يقول في القِرَاضِ: اشتر مَنْ شئت من العبيد، لأن المقصود هناك الربح بنظر العامل، وتصرفه، فيليق به التفويض إليه، وفي التوكيل بشراء الدار يجب التعرض للمحلّة والسكّة<sup>(١)</sup>، وفي الحانوت للسوق، وعلى هذا القياس<sup>(٢)</sup>. ومنها: لو وكله بالإبراء.

قال القاضي الحُسَيْنُ: إذا عرف الموكل مبلغ الدين كفى ذلك، ولم يجب إعلام الوكيل قدر الدين وجنسه، وهذا هو الذي أورده في الكتاب.

وقال في «المهذب» و«التهذيب»: لا بد من أن يبين للوكيل قَدْرَ الدين، وجنسه، والأشبه الأول، ويخالف ما إذا قال: بع عبدي بما باع به فلان فرسه، يشترط لصحة البيع علم الوكيل؛ لأن العهدة تتعلّق به، فلا بُدَّ وَأَنْ يكون على بصيرة من الأمر، ولا عهدة في الإبراء، ولو كان الموكل جاهلاً بقدر ما باع به فلان فرسه لم يضر.

وأما قوله في صورة الإبراء: «ولا علم من عليه الحق»، فاعلم أن فيه خلافاً مبنياً على الأصل الذي مر في «كتاب الضمان» وهو أن الإبراء مَحْضُ إسقاط، أو تملك، فإن قلنا: إسقاط صح مع جهل من عليه الحق بمبلغ الحق.

وإن قلنا: تملك، فلا بد من علمه، كما أنه لا بد من علم المهب بما وهب، فإذا قوله: «ولا علم من عليه الحق» ينبغي أن يعلم - بالواو - وكذلك قوله: علم الوكيل - بما قدمناه.

وقوله: «يستدعي علم الموكل» يجوز إعلامه - بالواو - أيضاً، لأننا إذا صححنا الإبراء عن المجهول لا نعتبر علم الموكل أيضاً، ثم ينظر في صيغة الإبراء، فإن قال: أبرئ فلاناً عن ديني، أو أبرئه عن الكل.

وإن قال: عن شيء منه أو أبرئه عن قليل منه.

وإن قال: عما شئت أبرأ عما شاء، وأبقي شيئاً<sup>(٣)</sup>.

(١) لأختلاف الغرض بذلك، والمحلّة هي الحارة، والسكّة بكسر السين هي الزقاق قاله الجوهري، وقد فهم من تعبير المحلّة تعيين البلد بالضرورة.

(٢) ومن ذكر الثمن الوجهان.

(٣) قوله: أبرئه عن قليل منه، يعني أقل ما ينطلق عليه اسم الشيء، كذا صرح به في «التتمة»، وهو واضح. ولو قال: أبرئه عن جميعه، فأبراه عن بعضه، جاز، بخلاف ما لو باع بعض ما أمره ببيعه. ينظر الروضة ٥٣٠/٣.



ومنها: إذا وكله بالخصومة، فيذكر ما يدخل فيه، وما لا يدخل، والغرض الآن أنه لو أطلق، وقال: وكلتك بِمُخَاصَمَةِ خَصْمَايَ، هل يصح التوكيل؟  
فيه وجهان:

أصحهما: نعم، ويصير وكيلاً في جميع الخصومات.

والثاني: لا، بل يجب تعيين مَنْ يخاصم معه لأختلاف الغرض به، وهذا الخلاف قريب من الخلاف الذي مر فيما إذا وَكَّلَ بِبَيْعِ أَمْوَالِهِ، وهي غير معلومة.

قال الغزالي: (الرُّكْنُ الثَّانِي الْمُوَكَّلُ) وَشَرْطُهُ أَنْ يَمْلِكَ مَبَاشَرَةً ذَلِكَ التَّصَرُّفَ بِمِلْكِهِ أَوْ وِلَايَةٍ، فَلَا يَصِحُّ تَوْكِيلُ الصَّبِيِّ (ح) وَالْمَجْنُونِ، وَلَا يَصِحُّ (ح) تَوْكِيلُ الْمَرْأَةِ فِي عَقْدِ النِّكَاحِ، وَبِجُوزِ تَوْكِيلِ الْأَبِ وَالْجَدِّ، وَلَا يَصِحُّ تَوْكِيلُ إِلَّا إِذَا عَرَفَ كَوْنَهُ مَأْذُونًا بِلَفْظٍ أَوْ قَرِينَةٍ، وَفِي تَوْكِيلِ الْوَلِيِّ الَّذِي لَا يُجْبَرُ تَرَدُّ لِتَرَدُّهِ بَيْنَ الْوَلِيِّ وَالْوَكِيلِ.

قال الراجعي: يشترط في الموكل أن يتمكن من مُبَاشَرَةِ ما يوكل فيه أما بحق المِلْكِ لنفسه، أو بحق الولاية على غيره، وفي هذا الضابط قيدان:

أحدهما: التمكن من مباشرة ذلك التصرف، فمن لا يتمكن من مباشرة ذلك التصرف، كالصبي، والمجنون، والنائم، والمغمى عليه لا يصح منه التوكيل، والمرأة لا يصح منها التوكيل في النكاح<sup>(١)</sup>، وكذا توكيل الفاسق في تزويج ابنته إذا قلنا: لا يليه، وتوكيل السكران حكمه حكم سائر التصرفات.

والثاني: كون التمكن بحق المِلْكِ أو الولاية، فيدخل فيه توكيل الأب والجد في النكاح، والمال، ويخرج عنه توكيل الوكيل، فإنه ليس بمالك، ولا ولي، نعم لو مكنته الموكل من التوكيل لفظاً، أو دلت عليه قرينة نفذ، وتفصيله سيأتي في الباب الثاني، وفي معناه توكيل العبد المأذون، لأنه إنما يتصرف عن الإذن لا بحق الملك، ولا الولاية، وفي توكيل الأخ والعم، ومن لا يجبر في النكاح وجهان، يعزوان في النكاح، لأنه من حيث أنه لا يعزل كالولي، ومن حيث إنه لا يستقل، كالوكيل، والمحجور عليه بالفلس، والسفه والرق يجوز توكيله فيما يستقل به من التصرفات، وفيما لا يستقل لا يجوز إلا بعد إذن الولي والمولى ومن جوز التوكيل بطلاق امرأة سينكحها، أو بيع عبد سيملكه، فقياسه تجويز توكيل المحجور بما سيأذن فيه الولي، ولم يتعرضوا

(١) استثنى من ذلك ثلاث صور: إحداهما: لو وكلت بإذن الولي عنه صح على أصح الوجهين.  
الثانية: إذا أذنت للولي بلفظ الوكالة صح على النص كما ذكره الشيخ من زياداته في كتاب النكاح. الثالثة: مالكة الأمة توكل وليها بتزويجها وإن لم تملك هي تزويجها.

له<sup>(١)</sup>، ولتعرف في الضابط المذكور أموراً:

أحدها: أنه يستثنى عنه بيع الأعمى، وشراؤه، فإنه يصح التوكيل فيه، وإن لم يملكه الأعمى للضرورة<sup>(٢)</sup>.

والثاني: أنه إذا أنفذ توكيل الوكيل على ما سيأتي، فمصوبه وكيل الموكل أو وكيل الوكيل؟ فيه خلاف ستقف عليه، وإذا كان وكيل الوكيل لم يكن من شرط التوكيل كون الموكل مالكاً للتصرف بحق الملك والولاية.

وقوله: «ولا يصح توكيل المرأة في عقد النكاح» معلّم - بالحاء - لما اشتهر من مذهبه.

قال الغزالي: (الرَّكْنُ الثَّلَاثُ: الْوَكِيلُ) وَيُشْتَرَطُ فِيهِ صِحَّةُ الْعِبَارَةِ وَذَلِكَ بِالتَّكْلِيفِ،

(١) قال النووي قد يمكن الفرق، بأن الخلل هناك في عبارة المحجور عليه ينظر الروضة ٥٣١/٣.

(٢) التقييد بالبيع والشراء وقع أيضاً في الشرحين والمحرر، لكن سائر العقود المتوقفة على الرؤية كالإجارة والمساوقة والأخذ بالشفعة ونحوها يصح توكيله أيضاً فيها. تنبيه: لم يستثنى المصنف من الضابط إلا هذه المسألة مع أنه يستثنى منه مسائل أخرى سبق أكثرها بعضها من طرده وبعضها من عكسه.

فأما الطرد: وهو أن كل من صحت منه المباشرة بالملك أو الولاية صح منه التوكيل فيستثنى منه غير ما سبق مسألتان: إحداهما: إذا جوزنا لصاحب الدين أن يكسر الباب ويأخذ ما يجده بالظفر فإنه لا يجوز له التوكيل فيه كما صرح به جماعة. الثانية: إذا أذنت له المرأة في التزويج ونهته عن التوكيل، فإنه يباشر ولا يوكل، وأما العكس وهو من لا يصح منه المباشرة بالملك أو الولاية لا يصح منه التوكيل فيستثنى منه مسائل: منها: إذا وكل المحرم في التزويج حلالاً وأطلق أو نص له على العقد بعد التحلل أو وكل الحلال محرماً في التوكيل، فإن التوكيل في هذه الأمثلة قد صح من المحرم كما سبق إيضاحه والمحرّم لا تصح منه المباشرة. ومنها: ما إذا وكل الولي المرأة لتوكل رجلاً عنه أي عن الولي في تزويج ابنته، فإنه يجوز عند الشافعي، ويمتنع عند المزني. كذا نقله في «التتمة» في الباب الثالث في بيان الأولياء. ومنها: إذا وكل المشتري البائع أو المسلم المسلم إليه في أن يوكل من يقبض عنه فإنه يصح كما قاله الراعي في البيع مع استحالة مباشرته القبض من نفسه. منها: إذا قال لمن ليس بوكيل في المباشرة: وكل في كذا. منها: إذا قال: إن طلقك فأنت طالق قبله ثلاثاً. وقلنا: لا يقع الطلاق فوكل، فإنه يصح كما قاله الراعي في بابه. منها: استيفاء القصاص في الأطراف فإنه لا يباشره المستحق بل يوكل فيه. ومنها: إذا قال كلما عزلت فأنت وكيلني فإنه لا يقدر على عزله ويصح منه التوكيل فيه. فهذه المسائل كلها صحت ممن لا تصح منه المباشرة. ومنها ما أورده الراعي في الوجيز وهو الوكيل والعبد المأذون حيث جاز لهما التوكيل، فإن المباشرة وإن صحت منهما لكن مباشرتهما لا يملك ولا بولاية. قال النووي: قال في «الحاوي»: للأب والوصي والقيم أن يوكل في بيع مال الطفل، إن شاء عن نفسه، وإن شاء عن الطفل. وفي جوازه عن الطفل. نظر. ينظر الروضة ٥٣١/٣، ٥٣٢.

وَلَا يَصِحُّ (ح) تَوْكِيلُ الصَّبِيِّ إِلَّا فِي الْإِذْنِ فِي الدُّخُولِ وَإِيصَالِ الْهَدِيَّةِ عَلَيَّ رَأْيِي، وَلَا يَصِحُّ تَوْكِيلُ الْمَرْأَةِ (ح) وَالْمُحْرِمِ (ح) فِي عَقْدِ النِّكَاحِ، وَالْأَظْهَرُ: جَوَازُ تَوْكِيلِ الْعَبْدِ وَالْفَاسِقِ فِي إِجْبَابِ النِّكَاحِ، وَكَذَا الْمَحْجُورُ بِالسَّفَهِّ وَالْفَلَسِ إِذْ لَا خَلَلَ فِي عِبَارَتِهِمْ، وَمَنْعِ أَسْتِقْلَالِهِمْ بِسَبَبِ أُمُورٍ عَارِضَةٍ.

قال الرافعي: كما يشترط في الموكل التمكن من مباشرة التصرف للموكل فيه بنفسه، يشترط في الوكيل التمكن من مباشرته بنفسه<sup>(١)</sup>، وذلك أن يكون صحيح العبارة فيه، فلا يصح توكيل المجنون<sup>(٢)</sup>، والصبي في التصرفات، واستثنى في الكتاب الإذن في دخول الدار، والملك عند إيصال الهدية، ففي اعتبار عبارته في الصورتين وجهان، سبق ذكرهما في «أول البيع» فإن جاز ذلك، فهو وكيل من جهة الإذن والمهدي.

واعلم أن تجويزهما إذا كان على سبيل التوكيل، فلو أنه وكل بأن يوكل غيره، فامتياز تخريجه على الخلاف في أن الوكيل، هل يوكل؟ فإن جاز لزم أن يكون الصبي أهلاً للتوكيل أيضاً.

وعند أبي حنيفة وأحمد رحمهما الله - تعالى - يصح توكيل الصبي المميز، والمرأة، والمُحْرَمِ مَسْئُوبِا العبارة في النكاح، فلا يتوكلان فيه، كما لا يوكلان خلافاً لأبي حنيفة ومن توكيل العبد من الشراء ونحوه وجهان سبق ذكرهما في «باب معاملة العبيد» وفي توكيله في قبول النكاح بغير إذن السيد وجهان:

أصحهما: الجواز، وإنما لم يَجُزْ قَبُولُهُ لِنَفْسِهِ لِمَا أَنَّ يَتَعَلَّقُ بِهِ الْمَهْرُ وَمَوْنُ النِّكَاحِ<sup>(٣)</sup>، وفي توكيله في طرف الإيجاب وجهان.

أحدهما: المنع، لأنه لا يجوز أن يزوج ابنته، فأولى ألا يزوج ابنة غيره.

(١) لأن تصرف الشخص لنفسه أقوى من تصرفه لغيره فإن تصرفه له بطريق الأصالة ولغيره بطريق النيابة، فإذا لم يقدر على الأقوي لا يقدر على الأضعف بطريق الأولى، فاستفدنا من هذا الكلام أن كل من صحت مباشرته صحت وكالته ومن لا فلا، ويرد على طرده ما لو وكل الولي فاسقاً في بيع مال الطفل فإنه لا يجوز كما ذكره الرافعي في باب الوصية. وأما العكس فسيأتي بيان ما يرد عليه. فرع: يشترط في الوكيل أيضاً التعيين فلو قال أذنت لكل من أراد بيع داري في بيعها لم يصح كما قاله الرافعي في الحج.

(٢) لأن عبارتهما في ذلك ملغاة، وفي معناهما المعتوه والمبرسم والنائم والمغمى عليه، ومن شرب ما يزيل عقله لحاجة، ونقل الروياني في الطلاق عن الزبيرى أنه يصح وكالة الصبي والمجنون في الطلاق.

(٣) قال النووي. وفي توكيله فيه بإذن السيد أيضاً، وجهان في «الشامل» و«البيان»، وقطعاً بالمنع بغير إذنه، والمختارة الجواز مطلقاً ينظر الروضة ٥٣٢/٣.

**والثاني:** الجواز لصحة عبارته في الجملة، وإنما لم يل امر ابنته، لأنه لا يتفرغ للبحث والنظر وما هنا ثم البحث والنظر من جهة الموكل، وهذا أظهر عند صاحب الكتاب، والأول أظهر عند المعظم، وربما لم يذكروا غيره، وتوكيل المحجور عليه بالسفه في طرفي النكاح، كتوكيل العبد وتوكيل الفاسق في إيجاب النكاح، كتوكيلهما إذا سلبنا الولاية بالفسق، ولا خلاف في جواز قبوله بالوكالة، والمحجور عليه بالفلس يوكل فيما لا يلزم ذمته عهداً، وكذا فيما يلزم عهداً على الأصح من الوجهين، كما أن شراءه صحيح على الصحيح.

ويجوز توكيل المرأة في طلاق زوجة الغير على أصح الوجهين، كما يجوز أن يفوض الزوج طلاق نفسها إليها.

وذكر في «التتمة» أنه لا يجوز توكيل المطلقة الرجعية في رجعية نفسها، ولا توكيل المرأة امرأة أخرى، لأن الفرج لا يستباح بقول النساء، وأنه لا يجوز توكيل المرأة في الاختيار في النكاح، إذا أسلم الكافر على أكثر من أربع نسوة، وفي الاختيار للفراق وجهان. وقوله في الكتاب: «ومنع استقلالهم بأمور عارضة» أي: هم صحيحو العبارة، كاملو الحال، وإنما منعناه لأمور تعرض، فيمنع استقلالهم بالتصرف، لا مطلق التصرف على ما مرّ.

### «فرع»

توكيل المرتد في التصرفات المالية يبني على انقطاع ملكه ويقائه إن قطعناه لم يصح، وإن أبقيناه صح. وإن قلنا: إنه موقوف، فكذلك التوكيل، ولو وكل، ثم ارتد، ففي ارتفاع التوكيل الأقوال.

ولو وكل مرتداً أو ارتد الوكيل لم يقدح في الوكالة لأن التردد في تصرفه لنفسه، لا لغيره، هكذا نقل الأصحاب عن ابن سُرَيْج.

وفي «التتمة» أنه يبني على أنه هل يصير محجوراً عليه.

إن قلنا: نعم انعزل عن الوكالة، وإلا فلا<sup>(١)</sup>.

(١) قال النووي: ولو وكل المسلم كافراً ليقبل له نكاح مسلمة، لا يصح. ولو وكله في قبول كتابية صح، وإن وكله في طلاق مسلمة، فوجهان، لأنه لا يملك طلاق مسلمة، لكن يملك طلاقاً في الجملة. وللمكاتب أن يوكل غيره في البيع والشراء وسائر التصرفات التي تصح منه، ولا يملك التوكيل في التبرع يغير إذن سيده. وبإذنه قولان، بناء على صحته بإذنه، ولو وكل رجل مكاتباً بجعل يفي بأجرته، جاز. وبغير جعل، له حكم تبرعه. ينظر الروضة ٣/٥٣٣.

قال الغزالي: الرَّكْنُ الرَّابِعُ: الصِّيغَةُ، وَلَا بُدَّ مِنَ الْإِجَابِ، وَفِي الْقَبُولِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهٌ، الْأَعْدَلُ هُوَ الثَّالِثُ وَهُوَ أَنَّهُ لَوْ آتَى بِصِيغَةِ عَقْدٍ كَقَوْلِهِ: وَكُلْتُكَ أَوْ فَوَضْتُ يُشْتَرَطُ الْقَبُولُ، وَإِنْ قَالَ: بَعِ وَأَعْتَقْ فَيَكْفِي الْقَبُولُ بِالْأَمْتِثَالِ كَمَا فِي إِبَاحَةِ الطَّعَامِ، وَإِذَا لَمْ يُشْتَرَطْ قَبُولُهُ فَفِي أَشْتِرَاطٍ عَلَيْهِ مَقْرُونًا بِالْوَكَالَةِ خِلَافٌ، وَلَا خِلَافَ فِي أَنَّهُ يُشْتَرَطُ عَدَمُ الرَّدِّ مِنْهُ، فَإِنْ رَدَّ أَنْفَسَخَ لِأَنَّهُ جَائِزٌ، وَفِي تَغْلِيْقِ الْوَكَالَةِ بِالْإِغْرَارِ خِلَافٌ مَشْهُورٌ، فَإِنْ مُنِعَ فَوَجَدَ الشَّرْطَ فَقَدْ قِيلَ: يَجُوزُ التَّصَرُّفُ بِحُكْمِ الْإِذْنِ، وَفَائِدَةٌ فَسَادِهِ سُقُوطُ الْجَعْلِ الْمُسَمَّى وَالرُّجُوعُ إِلَى الْأَجْرَةِ، وَلَوْ قَالَ: وَكُلْتُكَ فِي الْحَالِ وَلَا يَتَّصَرَّفُ إِلَّا بَعْدَ شَهْرِ فَهُوَ جَائِزٌ (و) وَيَلْزَمُهُ الْإِنْسَاكُ، وَمَهْمَا صَحَّحْنَا التَّغْلِيْقَ فَقَالَ: مَهْمَا عَزَلْتُكَ فَأَنْتَ وَكَيْلِي فَطَرِيقُهُ فِي الْعَزْلِ أَنْ يَقُولَ: وَمَهْمَا عَذْتُ وَكَيْلِي فَأَنْتَ مَعْرُوضٌ حَتَّى يَتَّقَاوَمَا فِي الدَّوْرِ وَيَبْقَى أَضْلُ الْحَجْرِ.

قال الراجعي: الفصل يشتمل على مسألتين:

أحدهما: لا بد من جهة الموكل من لفظ دال على الرضا بتصرف الغير له، وإلا فكل أحد ممنوع عن التصرف في حق غيره، وذلك مثل أن يقول: وكلتك بكذا، وفوضته إليك، وأنتك فيه، وما أشبههما. ولو قال بع وأعتق، ونحوهما حصل الإذن، وهذا لا يكاد يسمى إيجاباً، وإنما هو أمر وإذن والإيجاب هو قوله: وكلتك، وما يضاهيه، وعلى هذا فقوله في الكتاب: «ولا بد من الإيجاب» أي: وما يقوم مقامه، وأما القبول، فإنه مطلق بمعنيين:

أحدهما: الرضا والرغبة فيما فوض إليه ونقيضه الرد.

والثاني: اللفظ الدال عليه على النحو المعتبر في البيع، وسائر المعاملات، ويعتبر في الوكالة القبول بالمعنى الأول حتى لو رده، وقال: لا أقبله أو لا أفعل بطلت الوكالة، ولو ندم وأراد أن يفعل لا ينفع، بل لا بد من إذن جديد، وذلك لأن الوكالة جائزة ترتفع في الدوام بالفسخ، فلأن تترد في الابتداء بالرد كان أوجه.

وأما بالمعنى الثاني، فقد نقل الإمام طريقتين:

أحدهما: أن في اشتراطه وجهين:

أحدهما: المنع، لأنه إباحة ورفع حجر، فأشبهه إباحة الطعام، ولا يفتقر إلى القبول اللفظي.

والثاني: الاشتراط، لأنه إثبات حق التسليط والتصرف للوكيل، فليقبل، كما في سائر التمليكات.

**والثانية:** عن القاضي الحُسَيْن: أن الوجهين فيما إذا أتى بصيغة عقد، بأن قال: وكلتك أو فوضت إليك، فأما في صيغ الأمر، نحو: بَع واشْتَر، فلا يشترط القبول باللفظ جزماً، بل يكفي الامتثال على المعتاد، كما في إباحة الطعام، وإذا اختصرت خرج من الطريقتين ثلاثة أوجه، كما ذكر في الكتاب.

**والطريقة الثانية:** هي التي ذكرها في «التتمة»، وجعل قوله: أذنت لك في كذا بمثابة قوله: بع واعتق، لا بمثابة قوله: وكلتك، وإن كان إذناً كان إذناً على صيغ العقود. قال: والمذهب أنه لا يعتبر في الوكالة القبول لفظاً وهذا ما أجاب به صاحب «التهذيب» وآخرون، وإن مال صاحب الكتاب إلى الوجه الفارق، وسماه أعدل الوجوه.

**التفريخ:** إن شرطنا القبول، فهل يجب أن يكون على الفور؟ ظاهر المذهب أنه لا يجب، لأنه عقد يحتمل ضرباً من الجهالة، فيحتمل فيه تأخير القبول، كالوصية.

وعن القاضي أَبِي حَامِدٍ أَنَّهُ يجب أن يكون على الفور، كالبيع.

وعن القاضي الحُسَيْن أنه يكتفي وقوعه في المجلس، هذا في القبول اللفظي فأما بالمعنى الأول، فلا يجب التعجيل بحال، ولو خرج على أن الأمر، هل يقتضي الفور لما بعد؟ وإن لم يشترط القبول، فلو وكله، والوكيل لا يشهر به، هل تثبت وكالته؟ قال في «النهاية» وفيه وجهان يقربان من القولين في أن العزل هل ينفذ قبل بلوغ الخبر الوكيل؟ فالوكالة أولى بالأثبات، لأنه تسلط على التصرفات، فإن لم يثبتها، فهل نحكم بنفوذها حالة بلوغ الخبر كالعزل أم لا؟.

وفيه وجهان عن رواية الشيخ أَبِي مُحَمَّدٍ إن لم نحكم به، فقد شرطنا اقتران علمه بالوكالة.

والأظهر ثبوت الوكالة وإن لم يعلم وعلى هذا فلو تصرف الوكيل، وهو غير عالم بالتوكيل، ثم تبين الحال خرج على الخلاف فيما إذا باع مال أبيه على ظن أنه حي، وكان ميتاً.

ومن فروع هذا الخلاف أنا حيث لا نشترط القبول نكتفي بالكتابة، والرسالة، ونجعله مآذوناً في التصرف، وحيث اشترطناه، فالحكم كما لو كتب بالبيع الذي أجاب به القاضي الرُّوياني في «الوكالة» بالجواز<sup>(١)</sup>

**ومنها:** إذا اشترطنا القبول في الوكالة، فلو قال: وكلني بكذا، فقال الموكل:

(١) قطع الماوردي أيضاً وكثيرون بالجواز وهو الصواب. ينظر الروضة ٣/٥٣٤.

وكلتك، هل يشترط القبول أم يقام مقامه قوله: وكلني؟.

فيه خلاف، كما في البيع ونحوه، ثم قيل: الوكالة أحوج للاشتراط، لأنها ضعيفة، ولو عكس موجهاً بأن الوكالة يحتمل فيها ما لا يحتمل في البيع، فكانت أولى بعدم الاشتراط، لكان أقرب.

الثانية: إذا علق الوكالة بشرط، فقال: إذا قدم زيد، أو جاء رأس الشهر، فقد وكلتك بكذا، أو أنت وكيلي، ففيه وجهان.

أحدهما: ويحكى عن أبي حنيفة، وأحمد: أنها تصح، لانها استنابة في التصرف، فأشبهت عقد الامارة، فإنها تقبل التعليق على ما قال عليه الصلاة والسلام: «فَإِنْ أُصِيبَ جَفَعَرُ فَرَيْدٌ»<sup>(١)</sup>.

وأظهرهما: المنع، كذا أن الشركة والمضاربة، وسائر العقود لا تقبل التعليق، وخرج بعضهم الخلاف على أن الوكالة، هل تفتقر إلى القبول؟.

إن قلنا: لا تفتقر جاز التعليق، وإلا لم يجز، لأن فرض القبول في الحال والوكالة لم تثبت بعد، وتأخرها إلى أن يحصل الشرط مع الفصل الطويل خارج عن قاعدة التخاطب، ولو نجز الوكالة، وضرب للتصرف شرطاً بأن قال: وكلتك الآن ببيع عبدي هذا، ولكن لا تبعه حتى يجيء رأس الشهر، صح التوكيل بالإتفاق، ولا يتصرف إلا بعد حصول الشرط، وتصح الوكالة المؤقتة، مثل أن يقول: وكلتك إلى شهر، قاله العبادي في «الرقم»<sup>(٢)</sup>، ويتعلق بالخلاف في تعليق الوكالة قاعدتان:

إحدهما: إذا أفسدنا الوكالة بالتعليق، فلو تصرف الوكيل بعد حصول الشرط، ففي صحة التصرف وجهان:

أصحهما: الصحة، لأن الإذن حاصل، وإن فسد العقد، فصار كما لو شرط في الوكالة عوضاً مجهولاً، فقال: بع كذا، على أن لك العشر من ثمنه تفسد الوكالة، لكن لو باع صح.

والثاني: وبه قال الشيخ أبي محمد: أنه لا يصح لفساد العقد ولا اعتبار بالإذن الذي يتضمّنه العقد الفاسد، ألا ترى أنه لو باع ببعاً فاسداً، وسلم المبيع لا يجوز للمشتري التصرف فيه؟ وإن تضمن البيع، والتسليم الإذن في التصرف، والتسليم عليه.

قال في «التتمة»: وأصل المسألة ما إذا كان عنده رهن لدين مؤجل، فأذن المرتهن

(١) أخرجه البخاري من رواه ابن عمر حديث (٤٢٦١)، وأحمد في المسند (٢٥٦، ٣٠٤).

(٢) وقال في المطلب: إنه لا نزاع فيه، ولم يعزه تامصنف لأحد.

في بيعه على أن يعجل حقه من الثمن، وفيه اختلاف قد تقدم، وهذا البناء يقتضي ترجيح الوجه الثاني، لأن النص، وظاهر المذهب هناك فساد الإذن والتصرف.

فإن قلنا بالصحة فأثر فساد الوكالة أنه يسقط الجُعل المسمى إن كان قد سمي له جُعلاً، ويرجع إلى أجرة لِمثْل، وهذا كما أن الشرط الفاسد في النكاح الفاسد يفسد الصداق، ويوجب مهر المِثْل، وإن لم يؤثر في النكاح.

الثانية: إذا قال: وكلتك بكذا، ومهما عزلتكَ، فأنت وكيلِي، ففي صحة الوكالة في الحال وجهان:

أصحهما: الصحة<sup>(١)</sup>، ووجه المنع اشتمالها على الشرط الفاسد، وهو إلزام العقد الجائر. فإن قلنا: بالصحة: أو كان قوله: مهما عزلتكَ مفصلاً عن الوكالة، فإذا عزله نظر، إن لم يشعر به الوكيل، واعتبرنا شعوره في نفوذ العزل، فهو على وكالته، وإن لم نعتبره، أو كان شاعراً به، ففي عوده وكياً بعد العزل وجهان مبنيان على أن الوكالة هل تقبل التعليق، لأنه علق التوكيل ثانياً بالعزل؛

أظهرهما: المنع.

والثاني: وبه قال أبو حنيفة - رحمه الله -: أنه يعود وكياً، فعلى هذا ينظر في اللفظة الموصولة بالعزل، إن قال: إذا عزلتكَ أو مهما أو متى لم يقتض ذلك عود الوكالة إلا مرة واحدة.

وان قال: كلما عزلتكَ اقتضى العود مرة بعد أخرى، لأن «كلما» تقتضي التكرار، دون غيرها، على ما ستعرفه في «أبواب الطلاق» إن شاء الله - تعالى - فلو أراد ألا يعود وكياً، فسيبيلُه أن يوكل غيره بعزله، فينعزل؛ لأن المعلق عليه عزل نفسه، فإن كان قد قال عزلتكَ أو عزلتكَ أحد من قبلي فالطريق أن يقول كلما عدت وكيلي فأنت معزول فإذا عزله ينعزل لتقدم التوكيل والعزل، واعتماد العزل بالأصل، وهو الحجر في حق

(١) عبارة المطلب كلما لأنها تقتضي التكرار ليصح تعليلهم وجه البطلان بإشتمالها على شرط التأيد وهو إلزام العقد الجائر. والثاني: لا يصح لأشتمالها على شرط التأيد وهو إلزام للعقد الجائر. كذا علله الرافعي. تنبيه: أن يؤتى بالتعليق متصلاً بالتولية. الثاني: أن يأتي بصيغة الشرط فيقول: على أي كلما عزلتكَ أو بشرط أنني كلما عزلتكَ فأنت وكيلِي ونحوه. فالأول صرح به المصنف، والثاني جزم به في المطلب ناقلاً عن القاضي حسين وغيره. والتعليل الذي نقلناه عن الرافعي صريح فيه وهو متعين لا شك فيه. وقال في المطلب، إن الذي يظهر أن محل الخلاف أيضاً في ما إذا كانت صيغة الشرط مقتضية للتكرار، وهي كلما متى ومهما وإذا ونحوهما. وفي ما إذا قال الموكل: وكلما عزلتكَ بنفسي أو بغيري فأنت وكيلِي لأنه يمكن عزله إذا لم تقتض الصيغة التكرار أو اقتضت، ولكن لم يأت بما يعم نفسه وغيره، وما ذكره أيضاً واضح وهو وارد على عبارة الرافعي.



الغير قال الإمام - رحمه الله - : وفيه نظر على بعد ملتقى عن استصحاب الوكالة . واعلم أن الخلاف في الوكالة ، هل تقبل التعليق جار في أن العزل هل يقبله؟ ولكن بالترتيب ، والعزل أولى بقبوله ؛ لأنه لا يشترط فيه القبول ، واشتراطه في الوكالة مختلف فيه ، وتصحيح إرادة الوكالة والعزل جميعاً مبني على قبولهما التعليق ، ثم قال الإمام - رحمه الله - : إذا نفذنا العزل ، وقلنا : تعود الوكالة ، فلا شك أن العزل ينفذ في وقت ، وإن لطف تصرف الوكيل ذلك الوقت اللطيف ، هل ينفذ؟ فيه وجهان للأصحاب ، وإنما كان يصح هذا الفرض ، والتصوير أن لو وقع بينهما ترتب زماني حتى يتصور وقوع التصرف بينهما ، لكن الترتيب في مثل هذا لا يكون إلا عقلياً والله اعلم .

وقوله في الكتاب : «وفي تعليق الوكالة الإغرار» والإغرار الأخطار ، وإنما يقع هذا اللفظ بالاستحقاق على ما فيه خطر ، كقدوم زيد ، ومجيء المطر ، إن لم يكن في الحكم فرق ، فيمن بينه ما يوثق به ، كمجيء الشهر .

وقوله : «ويلزمه الإمساك» أي : لا يجوز له التصرف في الشهر ، لا أنه يجب عليه خارج الشهر ، فإن الأمر إلى اختياره .

### الباب الثاني في حكم الوكالة

قال الغزالي : ولها ثلاثة أحكام : الأول : صحته معا وافق من التصرفات وبطلان ما خالف ، وتعرف الموافقة باللفظ مرة ، وبالقرينة أخرى ، وبيانه بصور سنج : الأولى إذا قال : بيع مطلقاً فلا يبيع بالعرض (ح) ولا بالنسيئة (ح) ولا بما دون ثمن المثل (ح) إلا قدرأ يتغابن الناس بمثله كالواحد في عشرة .

قال الرافعي : للوكالة الصحيحة أحكام :

منها : صحة تصرف الوكيل إذا وافق إذن الموكل ، والموافقة والمخالفة يعرفان بالنظر إلى اللفظ تارة ، وبالقرائن التي تنضم إليه أخرى ، فإن القرينة قد تقوى ، فيكون لها إطلاق اللفظ ، ألا ترى أنه إذا أمره في الصيف بشراء الجمد لا يشتريه في الشتاء؟

وقد يتعادل اللفظ والقرينة ، وينشأ من تعادلهما خلاف في المسألة ، وهذا القول الجملي يوضحه صور ترشد إلى أخواتها : منها : إذا وكله ببيع شيء ، وأطلق لم يكن له أن يبيعه بغير نقد البلد من العروض ، والنقود ، وأن يبيعه بثمن مؤجل ، بغبن فاحش<sup>(١)</sup> ،

(١) وهو ما لا يحتمل غالباً ، لأن العرف يدل عليه . لأن الإطلاق في البيع يقتضي الحلول وكونه من نقد البلد ، فكذا الإطلاق في التوكيل بالبيع ، وخالف أبو حنيفة في الجميع . لنا القياس على ما سلمه وهو الوصي والوكيل بالشراء .

وبه قال مالك - رحمه الله تعالى - وكذا أحمد في أظهر الروایتين .

وقال أبو حنيفة: يجوز له جميع ذلك .

لنا القياس على الوصي، لأنه لا يبيع له إلا بثمن المثل من نقد البلد حالاً، وأيضاً فإنه وكيل في عقد البيع، فتصرفه بالغين لا يلزم الموكل، كالوكيل في الشراء، إذا اشترى بغين فاحش، وأيضاً فإنه إذا وأطلق كان الثمن حالاً، فإذا وكل بالبيع، وأطلق حمل على الثمن الحال .

ولنا: قول آخر أن البيع على الوجه المذكور يصح موقوفاً، على إجازة الموكل، وهذا هو القول المنقول في بيع الفضولي، والمذهب الأول، ولو كان في البلد نقدان، أحدهما أغلب، فعليه أن يبيع به، وإن استويا في المعاملة باع بما هو أنفع للموكل، فإن استويا تخير على المشهور .

وقال صاحب «التهذيب» بعد نقل التخيير: إذا استويا في المعاملة وجب الأ يصح التوكيل مالم يبين، كما لو باع بدراهم، وفي البلد نقدان متساويان لا يصح حتى يقيد بأحدهما، ووجدت في كلام الشيخ أبي حامد مثل ما ذكره صاحب «التهذيب»، ثم إذا باع الوكيل في أحد الوجوه المذكورة لم يصر ضامناً للمال، مالم يسلمه إلى المشتري، فإن سلم ضمن، ثم القول فيه إذا كان البيع باقياً أو تالفاً في كيفية تغريم الوكيل والمشتري على ما بيناه فيما إذا باع العدل الرهن بالغبن الفاحش، أو بغير نقد البلد أو بالنسيئة. وأما البيع بالغبن اليسير فإنه جائز، واليسير الذي يتغابن الناس بمثله ويحتملونه غالباً، وبيع ما يساوي عشرة بتسعة يحتمل في الغالب، وبيعه بثمانية غير محتمل<sup>(١)</sup>.

قال الروياني: ويختلف القدر المحتمل باختلاف أجناس الأموال من الثياب والعييد والعقارات، وغيرها، وكما يجوز أن ينقص الوكيل عن ثمن المثل لا يجوز أن يقتصر عليه، وهناك طلب للزيادة، ولو باع بثمن المثل، ثم ظهر في المجلس طالب يزيد، فالحكم ما مر بيع في عدل الرهن والله اعلم .

## فرع

إذا قال الموكل عند التوكيل: بعه بكم شئت، جاز له البيع بالغبن، ولا يجوز بالنسيئة، ولا بغير نقد البلد .

ولو قال: بما شئت، فله البيع بغير نقد البلد، ولا يجوز بالغبن والنسيئة فلو قال:

(١) قال الأذري: ولا يقاس على ذلك العشرة في المائة، والمراد العرف ثم نقل عن ابن أبي الدم أن العشرة وإن سومح بها في المائة فلا يسامح بالمائة في الألف ولا بالألف في عشرة آلاف في عشرة آلاف، والصواب الرجوع فيه إلى العرف، ولا يتقيد بعشرة ولا غيرها .

كيف شئت، فله البيع بالنسيئة، ولا يجوز بالغبن، وبغير نقد البلد.  
ولكن القاضي الحسين تجوز<sup>(١)</sup> الكل، ولو قال: بع بما عَزَّ وهان.  
قال في «التتمة» هو كما لو قال: بعه بكم شئت.  
وقال العبادي: له البيع بالعرض والغبن، ولا يجوز بالنسيئة، وهو الأولى.

### فرع

ذكرنا في «الرهن» و«التفليس» أن الحاكم يبيع المرهون، ومال المفلس بنقد البلد، وأنه لو لم يكن دين المستحقين من ذلك الجنس، أو على تلك الصفة صرفه إلى مثل حقوقهم، وقد يحتاج فيه إلى توسط معاملة أخرى، كما إذا كان نقد البلد المكسور، وحقهم الصحيح، فلا يمكن تحصيل الصحيح بالمكسر، إلا ببذل زيادة، وإنه ربا، فيشتري بالمكسر سلعة، وبالسلعة الصحيح، ولو رأى الحاكم المصلحة في البيع بمثل حقوقهم في الأبتداء، جاز، وقد مر ذلك في «الرهن».

قال القفال في «الفتاوي»: والمرتهن عند امتناع الراهن عن أداء الحق يبيع الرهن، ويقوم مقام الحاكم في توسط المعاملة الأخرى، وفي بيعه بجنس الدين، وعلى صفته.

واعلم أن مجرد امتناع الراهن عن أداء ما عليه لا يسلب المرتهن على بيع المرهون، ولكنه قد يتسلط عليه ما مر بيانه في «الرهن» إذا ألحق المرتهن حينئذ بالحاكم فيما ذكر أشبه أن يلحق وكيل الراهن ببيع المرهون، وقضاء الحق منه بالمرتهن، بل أولى؛ لأن نيابة المرتهن حينئذ قهرية، والموكل قد رضي تصرفه، ونصبه لهذا الغرض.

قال الغزالي: وَيَبِيعُ (ح) عَلَى الْأَصَحِّ مِنْ أَقَارِبِهِ الَّذِينَ تُرَدُّ لَهُ شَهَادَتُهُمْ، وَلَا يَبِيعُ مِنْ

نَفْسِهِ.

قال الرافعي: الوكيل بالبيع مطلقاً، هل بيع من ابنه وأبيه، وسائر أصوله وفروعه؟

فيه وجهان:

أصحهما: نعم؛ لأنه باع بالثمن الذي لو باع به من أجنبي صح، فأشبهه مالو باع من صديقه، وأيضاً فإنه يجوز للعلم أن يزوج وليته من ابنه البالغ، إذا أطلقت الإذن، وقلنا: لا يشترط تعيين الزوج، فكذلك هاهنا.

والثاني: وبه قال أبو حنيفة: لا؛ لأنه متهم بالميل إليهم<sup>(٢)</sup>، ومن الجائز أن يكون

(١) في ب: جواز.

(٢) فأشبهه ما إذا فوض إليه الإمام أن يولي القضاء من شاء، فإنه لا يجوز تفويضه إلى أصله ولا إلى فرعه. كما قاله الرافعي في القضاء، ولعل الفرق أن لنا ههنا مراداً ظاهراً وهو ثمن المثل. نعم إن صرح بالبيع منهما جاز بلا خلاف.

هناك راغب بأكثر من ذلك الثمن، وأجرى الوجهين في البيع من الزوج والزوجة إذا قلنا: لا نقبل شهادة أحدهما بالآخر، وكذا لو باع لمكاتبه والوجهان في الأصول والفروع المستقلين، أما ابنه الصغير، فلا يبيع منه، وكذلك لا يبيع من نفسه؛ لأنه يستقصي لنفسه وطفله في الاسترخاخص، وغرض البائع الاستقصاء في البيع للاكثروهما غرضان متضادان، فلا يتأتى من الواحد القيام بهما، وأيضاً فإن التوكيل بالبيع مطلقاً يشعر بالبيع من الغير، والألفاظ المطلقة تحمل على المفهوم منها في العرف الغالب، وفي كتاب القاضي ابن كَجِّ شيثان غريبان في المسألة:

أحدهما: أن أبا حامد القاضي حكى عن الإضطخري وجهاً: أن للتوكيل أن من نفسه.

والثاني: أنه حكى وجهين فيما لو وكل أباه بالبيع، هل له أن يبيع من نفسه<sup>(١)</sup>.

لأن للاب بيع مال ولده من نفسه بالولاية، فكذلك بالوكالة وإذا قلنا بظاهر المذهب، فلو صرح له بالإذن في بيعه من نفسه فوجهان:

قال ابن سُرَيْج: يجوز، كما لو أذن له في البيع من أبيه، وابنه البالغ يجوز، وكما لو قال لزوجته: طلقى نفسك على ألف، ففعلت صح، وتكون نائبة من جهته، قابلة من جهة نفسها.

وقال الأكثرون: لا يجوز؛ لما ذكرنا من تضاد الغرضين، ولأن وقوع الإيجاب والقبول من شخص واحد بعيد عن التخاطب ووضع الكلام، وتجويزه في حق الاب كان على خلاف القياس، ولو صرح بالإذن في بيعه من ابنه الصغير، قال في «التتمة»: هو على هذا الإختلاف.

وقال صاحب «التهذيب»: وجب أن يجوز؛ لأن رضي بالنظر للطفل، وترك الاستقصاء، وتولى الطرفين في حق الولد معهود في الجملة، بخلاف ما لو باع من نفسه، ويجري الوجهان فيما لو وكله بالهبة، وأذن له ليهب من نفسه، أو يتزوج ابنته، وأذن له في تزويجها من نفسه، وفي تولي ابن العم طرفي النكاح بأن يتزوج ابنة عمه بإذنها، حيث انتهت الولاية إليه، والنكاح أولى بالمنع؛ لما روي موقوفاً ومرفوعاً أنه عَلَيْهِ السَّلَامُ قال: لَا نِكَاحَ إِلَّا بِأَرْبَعَةِ خَاطِبٍ وَوَلِيِّ وَشَاهِدَيْنِ<sup>(٢)</sup>.

وكذا فيما إذا وُكِّلَ مستحق الدين المديون باستيفائه من نفسه، أو وكل مستحق القصاص الجاني باستيفائه من نفسه.

(٢) سيأتي في النكاح.

(١) سقط في ب.

إما في النفس أو في الطرف، أو وكل الإمام السارق ليقطع يده، وحكى الإمام رحمه الله اجراءه؛ فيما لو وكل الزاني لجلد نفسه، واستبعده من جهة أنه متهم الأمام، بخلاف القطع إذ لا مدخل للتهمة فيه، وظاهر المذهب في الكل المنع، وفي التوكيل بالخصومة من الجانبين وجهان أيضاً.

أحدهما: الجواز لأنه يتمكن من إقامة البنية للمدعي ثم من إقامة البينة الدافعة للمدعى عليه

وأصحهما: المنع لما فيه اختلاف غرض كل واحد منهما، فإنه يحتاج إلى التعديل من جانب وإلى الجرح من جانب، وعلى هذا فالإيه الخيرة يخاصم أيهما شاء، ولو توكّل رجل في طرفي النكاح، أو البيع اطراد الوجهان:

ومنهم من قطع بالمنع لو وكل من عليه الدين بإبراء نفسه، ففيه طريقان:

أحدهما: التخرّيج على الوجهين.

والثاني: القطع بالجواز وهما مبنيان على أنه هل يفتقر إلى القبول إن قلنا: نعم جرى الوجهان وإن قلنا: لا قطعنا بجواز كما لو وكل من عليه القصاص بالعفو والعبد بإعتاق نفسه، والوكيل بالشراء، كالوكيل بالبيع في أنه لا يشتري من نفسه، ولا من مال ابنه الصغير، ويخرج شراؤه لابنه البالغ على الوجهين في سائر الصور<sup>(١)</sup>.

وقوله في الكتاب: «أجره ابن سُرَيْج في تولى ابن العم طرفي النكاح» اتبع فيه ما رواه الإمام، فإنه نسب طرد الخلاف فيها إلى ابن سُرَيْج، ورأيت للحناطي نحو ذلك، وعمامة الكتب ساكتة عنه.

قال الغزالي: فَإِنْ أَدْن لَهُ فِي الْبَيْعِ مِنْ نَفْسِهِ فَيُؤَلِّيهِ الطَّرْفَيْنِ خِلَافًا، أَجْرَاهُ ابْنُ سُرَيْجٍ فِي تَوَلَّى ابْنَ الْعَمِّ لَطَرْفِي النِّكَاحِ. وَتَوَلَّى مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ أَوْ الْقَصَاصُ أَوْ الْحَدُّ اسْتِيفَاءً مِنْ نَفْسِهِ بِالْوَكَالَةِ، وَيُطْرَدُ فِي الْوَكِيلِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ بِالْخُصُومَةِ وَمِنَ الْجَانِبَيْنِ فِي عَقْدِ النِّكَاحِ وَالْبَيْعِ، كَمَا إِذَا كَانَ وَكِيلاً مِنْ جِهَةِ الْمَوْجِبِ وَالْقَابِلِ جَمِيعاً، وَإِنْ أَدْن لَهُ فِي الْبَيْعِ بِالْأَجْلِ مُقَدَّرًا جَازًا، وَإِنْ أَطْلَقَ فَالْأَصْحَحُ أَنَّ الْعُرْفَ يُقَيِّدُهُ بِالْمَصْلَحَةِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ مَجْهُولٌ.

قال الرافعي: إذا أذن للوكيل في البيع إلى أجل، نظر إن قدر الأجل صح التوكيل، وإن أطلق فوجهان:

(١) قال النووي: وإذا وكل الابن الكبير أباه في بيع، لم يجز أن يبيع لنفسه على الأصح. وحكي في «الحاوي» وجهاً: أنه يجوز تغليباً للأبوة، كما لو كان في حجره. ينظر الروضة ٣/٥٣٩.

أحدهما: أنه لا يصح التوكيل لاختلاف الغرض بتفاوت الأجل طويلاً، وقصراً هذا ما أورده «التهذيب».

وأصحهما: ما ذكره في الكتاب، واختيار ابن كَجَّ: أنه يصح التوكيل، وعلى ماذا يحمل فيه ثلاثة أوجه:

أظهرها: وهو المذكور في الكتاب أنه ينظر إلى المتعارف في مثله، فإن لم يكن فيه عرف راعى الوكيل الأنفع للموكل.

والثاني: له التأجيل إلى أية مدة شاء لإطلاق اللفظ.

والثالث: يؤجل إلى سنة، ولا يزيد عليها؛ لأن الديون المؤجلة تتقدر بها كالدنية والحرية.

قال الغزالي: **الثَّانِيَةُ: الْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ لَا يَمْلِكُ تَسْلِيمَ الْمَبِيعِ قَبْلَ تَوْفْرِ الثَّمَنِ، وَبَعْدَ التَّوْفِيرِ لَا الْمَنْعَ فَإِنَّهُ حَقُّ الْغَيْرِ، وَالْوَكِيلُ بِالشَّرَاءِ يَمْلِكُ تَسْلِيمَ الثَّمَنِ الْمَسْلَمِ إِلَيْهِ وَيَمْلِكُ قَبْضَ الْمُشْتَرِي، وَالْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ هَلْ يَمْلِكُ قَبْضَ الثَّمَنِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ مِنْ تَوَابِعِهِ وَمَقَاصِدِهِ وَإِنْ لَمْ يَصْرُحْ بِهِ؟ فِيهِ خِلَافٌ، وَيَقْرُبُ مِنْهُ الْخِلَافُ فِي أَنَّ الْوَكِيلَ بِإِثْبَاتِ الْحَقِّ هَلْ يَسْتَوْفِي؟ وَبِالْأَسْتِيفَاءِ الْحَقِّ هَلْ يُخَاصِمُ؟ فِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهٍ، الْأَعْدَلُ: أَنَّ الْوَكِيلَ بِالإِثْبَاتِ لَا يَسْتَوْفِي، وَبِالْأَسْتِيفَاءِ يَثْبُتُ وَيُخَاصِمُ سَعْيًا فِي الْأَسْتِيفَاءِ.**

قال الرافعي: أول مذكور في الفصل أن الأصحاب نقلوا وجهين في أن الوكيل بالبيع مطلقاً، هل يملك قبض الثمن؟ وربما نسبوهما إلى ابن سريج:

أحدهما: أنه لا يملكه؛ لأنه إنما أذن في البيع، وقبض الثمن أمر وراء البيع، وليس كل من يرضاه للبيع يرضاه لإثبات اليد على الثمن.

وأصحهما: أنه يملكه؛ لأنه من توابع البيع، ومقتضياته، والإذن في البيع إذن فيه، وإن لم يصرح به، وهل يملك تسليم المبيع إذا كان مسلماً إليه؟ أشار الأكثرون إلى العزم بأنه يملكه تعليلاً بأن البيع يقضي إزالة الملك، وجوب التسليم<sup>(١)</sup>.

وقال الشيخ أبو علي: الوجهان في أنه هل يملك قبض الثمن؟ يجريان في أنه

(١) وعلل في الوسيط تسليم المبيع بأنه إذا باعه وقبض ثمنه فقد صار ملك المشتري ولا حق متعلق به وهو حسن ظاهر. والثاني: لا لعدم الإذن فيهما وقيل له تسليم المبيع دون الثمن ويستثنى من جريان الخلاف أمور: منها: الروايات فإنه يملك فيها القبض والإقباض جزماً وكذلك رأس مال السلم. ثانيها: إذا باع بضمن مؤجل فحل، فإنه لا يملك قبض الثمن.

يملك تسليم المبيع، وكيف لا وتسليم المبيع دون قبض الثمن فيه خطر ظاهر، ولو كان قد صرح له بهما لم يملك التسليم، مالم يقبض الثمن، وعلى هذا جرى صاحب «التهذيب» وغيره<sup>(١)</sup>.

ولا خلاف في أن الموكل بعقد الصرف يملك القبض والإقباض؛ لأنه شرط صحة العقد وكذلك في السلم يقبض وكيل المسلم إليه رأس المال ووكيل المسلم يقبضه إياه لا محالة.

إذا تقرر ذلك، ينظر إن باع الوكيل بثمن مؤجل، بحيث يجوز له ذلك سلم المبيع، إذ لا ينسب للبائع حق الحبس عند تأجيل الثمن، ويجيء على ما ذكره الشيخ وجه مانع من التسليم، لا لغرض الحبس، لكن لأنه لم يفرضه إليه، ثم إذا أجل الأجل لم يملك الوكيل قبض الثمن، إلا بإذن مستأنف، وإن باعه بثمن حال، وجوزنا القبض، فلا يسلم المبيع حتى يقبض الثمن، كما لو أذن فيهما صريحاً، فله مطالبة المشتري بتسليم الثمن، فإن لم يجوز له القبض لم يكن له المطالبة، وللموكل المطالبة بالثمن على كل حال، خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله تعالى، ولو وكله بالبيع، ومنعه من قبض الثمن لم يكن له القبض لا محالة، ولو منعه من تسليم المبيع، فمشكل في جواب الشيخ في شرح الفروع.

**وقال قائلون:** هذا الشرط فاسد، فإن التسليم مستحق بالعقد، ورووا عن إبي عليّ الطَّبْرِيِّ وغيره وجهين في أن الوكالة، هل تفسد به حتى يسقط الجُعل المسمى ويقع الرجوع إلى أجرة المثل؟ ووجه الإمام رحمه الله تعالى وجه سقوطه، بأن استحقاقه مربوط بالبيع، والامتناع من التسليم، وكان مقابلاً بشيء صحيح، وشيء فاسد، فليفسد المسمى. والحق أن يقال: المسألة مبنية على أن في صورة الإطلاق هل للوكيل التسليم أو لا؟ إن قلنا: لا فعند المنع أولى.

وإن قلنا: نعم فذلك؛ لأنه من توابع العقد وتمامه، كالقبض، لا لأن تسليمه مستحق بالعقد، فإن المستحق هو التسليم [بمعينه] والممنوع منه تسليمه، نعم لو قال: أمنع المبيع منه، فهذا الشرط فاسد؛ لأن منع الملك عن المالك، حيث يستحق إثبات اليد عليه غير جائز، وفرق بين أن يقول: لا تسلمه إليه، وبين أن يقول: أمسكه، وامنعه منه. وأما الوكيل بالشراء، فإن لم يسلم الموكل الثمن إليه، فاشترى في الذمة، فسيأتي الكلام في أن المطالبة بالثمن على من تتوجه؟ في الحكم الثاني من الباب إن شاء الله

(١) قال النووي الأصح: جواز تسليمه، ولكن بعد قبض الثمن، فهذا هو الراجح في الدليل، وفي النقل أيضاً، وقد صححه الرافعي في «المحرر». ينظر الروضة ٣/ ٥٤٠.

تعالى وإن سلمه إليه، واشترى بعينه، أو في الذمة، فالقول في أنه هل يسلمه؟ وهل يقبض المبيع بمجرد التوكيل في الشراء؟ كالقول في أن وكيل البائع هل يسلم المبيع، ويقبض الثمن بمجرد التوكيل بالبيع؟

وهكذا هو في «التهذيب» و«التتمة» ولفظ الكتاب يشعر بالجزم بتسليمه الثمن، وقبض المبيع.

ووجهه في «الوسيط» بأن العرف يقتضي ذلك<sup>(١)</sup>، ويدل عليه أيضاً فإن الملك في الثمن لا يتعين إلاً بالقبض، فيستدعي إذنًا جديدًا. وأما المبيع فإنه متعين للملك، ولمن طرد الخلاف أن يمنع العرف الفارق بين الطرفين، وأما المعنى الثاني، فلو كان به اعتبار لوجب أن يجزم بقبض وكيل البائع الثمن، إذا كان معيناً، ولم يفرقوا في رواية الوجهين بين أن يبيع بثمان معين، أو في الذمة.

وقوله في الكتاب: «وبعد التوفير لا يجوز له المنع، فإنه حق الغير» أراد به ما ذكره الإمام - رحمه الله تعالى - من أن المشتري إذا وفر الثمن على الموكل، أو على الوكيل إذا جوزنا له القبض، فالوكيل يسلمه المبيع، وإن لم يأذن له الموكل في تسليمه، لأن أداء الثمن إذا وفر صار قبض المبيع مستحقاً، وللمشتري الانفراد بأخذه، فإن أخذه المشتري، فذاك، وإن سلمه الوكيل. والأمر محمول على أخذ المشتري، ولا حكم للتسليم، ثم قرب من الخلاف في أن الوكيل بالبيع، هل يقبض الثمن الخلاف في مسألة أخرى؟ وهي أن الوكيل باستيفاء الحق هل يثبت أو بإثباته هل يستوفيه أما أن الوكيل بالاستيفاء وهل يثبت ويقيم البيعة عند إنكار من عليه؟ فيه وجهان عن ابن سُرَيْج:

وأصحهما: لا؛ لأنه لم يوكل إلاً بالقبض، وقد يرضى للقبض من لا يرضاه للخصوصة.

والثاني: نعم؛ لأنه لا يتمكن من الاستيفاء عند إنكار من عليه الإثبات، فليمكن مما يتوصل به إلى الاستيفاء، ولا فرق على الوجهين بين أن يكون الموكل باستيفائه عيناً أو ديناً. وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: إن كان ديناً ملك الإثبات، وإن كان عيناً لم يملكه. وأما إن الوكيل بالإثبات، هل يستوفي بعد الإثبات؟ فيه طريقتان:

أحدهما: أن فيه وجهين أيضاً، كالوجهين في أن الوكيل بالبيع، هل يملك قبض الثمن، لأنه من توابع الإثبات، ومقاصده، كقبض الثمن بالإضافة إلى البيع؟

(١) قال النووي الصحيح: القطع بالجواز وهو الذي جزم به صاحب «الحاوي» والأكثر وقال صاحب «الشامل»: يسلم الثمن قطعاً، ويقبض المبيع على الأصح، ففرق بينهما. ينظر الروضة



**وأظهرهما: القطع بالمنع؛** لأن الاستيفاء يقع بعد الإثبات فليس ذلك نفس المؤذون ولا واسطه بخلاف العكس وبخلاف مسألة قبض الثمن؛ لأنه إذا وكله بالبيع أقامه مقام نفسه فيه، وأنه عقد يتضمن عهداً منها تسليم المبيع، وقبض الثمن، فجاز أن يكون من قضاياه. وأما الإثبات، فليس فيه ما يتضمن التزاماً.

قال في «التتمة»: الخلاف الصورة الثانية في الأموال أما القصاصُ والحدُّ فلا يستوفيهما بحال.

وحكى القاضي ابنُ كَجِّجٍ عن ابن خَيْرَانَ أنه على الوجيهن وإذا جمعت بين الأمرين: الاستيفاء والإثبات وقلت: الوكيل بأحدهما، هل يملك الثاني؟ حصل في الجواب ثلاثة أوجه كما ذكر في الكتاب، لكن تسمية الوجه الفارق أعدل الوجوه، ربما أوهم ترجيحه، والظاهر عند الأصحاب أنه لا يفيد واحد منهما الثاني.

### فرع

عرفت أن الوكيل لا يسلم المبيع قبل قبض الثمن، فلو فعل غرم للموكل قيمته، إن كانت القيمة والثمن سواء، أو كان الثمن أكثر وإن كانت القيمة أكثر بأن باعه بغير محتمل، فيغرمه جميع القيمة، أو يحط عنه قدر الغبن، لصحة البيع بذلك الثمن فيه وجهان.

أصحهما: أولهما، ولو باع بغير فاحش بإذن الموكل، فقياس الوجه الثاني ألا يغرم إلا بقدر الثمن، لاثم لو قبض الوكيل الثمن بعد ما غرم دفعه إلى الموكل، واسترد المغروم.

قال الغزالي الثالثة أن الوكيل بالشراء إذا اشترى معيباً بثمنٍ مثله وجهل العيب وقَعَّ عَنِ الْمُوَكَّلِ، وَإِنْ عَلِمَ فَوَجَّهَانَ، وَإِنْ كَانَ بَغْبِنٍ وَعَلِمَ لَمْ يَقَعَّ عَنِ الْمُوَكَّلِ، وَإِنْ جَهِلَ فَوَجَّهَانَ، ثُمَّ مَهَمَّا جَهِلَ الْوَكِيلُ فَلَهُ الرَّدُّ (و) إِلَّا إِذَا كَانَ الْعَبْدُ مُعَيَّنًا مِنْ جِهَةِ الْمُوَكَّلِ فَوَجَّهَانَ فِي الرَّدِّ، وَحَيْثُ يَكُونُ عَالِمًا فَلَا رَدَّ لَهُ، وَفِي الْمُوَكَّلِ وَجَّهَانَ، إِذْ قَدْ يَقُومُ عَلْمُ الْوَكِيلِ مَقَامَ عَلْمِ الْمُوَكَّلِ كَمَا فِي رُؤْيَيْهِ، وَمَهَمَّا ثَبَّتَ الْخِيَارَ لَمْ يَسْقُطْ بِرِضَا الْوَكِيلِ حَقُّ الْمُوَكَّلِ، وَيَسْقُطُ بِرِضَا الْمُوَكَّلِ رَدُّ الْوَكِيلِ.

قال الرافعي: الوكيل بالشراء إما أن يكون وكيلًا، بشراء شيء موصوف، أو بشراء شيء معين الحالة الأولى: أن يكون وكيلًا بشراء موصوف فلا يشتري إلا السليم؛ لأن قضية الإطلاق السلامة، ألا ترى أنه إذا أسلم في شيء موصوف استحق السليم منه، وبخالف عامل القراض، يجوز له شراء المعيب [لأن المقصود هناك الربح، وقد يتوقع الربح في شراء المعيب] وها هنا المقصود الادخار، إذ يجوز أن يكون الادخار والافتناء

مقصوداً، وإنما يقتنى السليم دون المعيب. وقال أبو حنيفة - رحمه الله تعالى -: يجوز للوكيل شراء المعيب، فلو خالف ما ذكرناه، واشترى المعيب نظر، إن كان مع المعيب يساوي ما اشتراه به، فإن جهل العيب وقع عن الموكل، وإن علمه فثلاثة أوجه:

أظهرها: أنه لا يقع عنه لتقييد الإذن بالسليم.

الثاني: يقع، لأنه لا نقصان في المالية، والصيغة عامة.

الثالث: يفرق بين ما يمنع من الأجزاء في الكفارة إذا كان المبيع عبداً وبينما لا يمنع حملاً؛ لقوله: اشتري ربة على ما حمل عليه قوله تعالى: ﴿فَتَخْرِيزُ رَقَبَةٍ﴾ [النساء ٩٢]. قال الإمام - رحمه الله تعالى -: وصاحب هذا الوجه، يستثنى الكفر، فإنه يمنع من الأجزاء في الكفارة.

ويجوز للوكيل شراء الكافر، وإن لا يساوي ما اشتراه به، فإن علم لم يقع عن الموكل، وإن جهل فوجهان:

أصحهما: عند الإمام أنه لا يقع أيضاً عنه؛ لأن الغبن يمنع الوقوع عن الموكل سلامة المبيع، وإن لم يعرف الوكيل، فعند العيب أولى وأوقفهما لكلام الأكثرين أنه يقع عنه، كما لو اشترى لنفسه جاهلاً، ويفارق مجرد الغبن، فإنه لا يثبت الخيار، فلو صح البيع، ووقع عن الموكل للزم، ولحقه الضرر، والعيب يثبت الخيار، والحكم بوقوعه عنه لا يورطه في الضرر، وحيث قلنا بوقوعه عن الموكل، فينظر إن كان الوكيل جاهلاً فللموكل الرد إذا أطلع، لأنه المالك.

وإما الوكيل، فعن صاحب «التقريب» رواية وجه عن ابن سريج أنه لا ينفرد بالرد؛ لأنه كان مأذوناً في الشراء، دون الفتح الفسخ، وظاهر المذهب أنه ينفرد به لمعتنين:

أحدهما: أنه أقامه مقام نفسه في هذا العقد، ولو لحقه.

والثاني: أنه لو لم يكن له الرد إلى استئذان الموكل، فربما لا يرضى الموكل، فيتعذر الرد لكونه على الفور، ويبقى المبيع كلاً على الوكيل، وفيه ضرر ظاهر، وهذا هو المعتمد عند الأصحاب، لكن فيه إشكال؛ لأننا لو لم تثبت له الرد لكان كسائر الأجانب عن العقد، فلا أثر لتأخره، وأيضاً فإن من له الرد قد يعذر في التأخير لأسباب داعية إليه، فهلا كانت مشاوراة الموكل عذراً، وأيضاً فإنه وإن تعذر منه الرد، فلا يتعذر بنفس الرد؛ إذ الموكل يرد إذا كان قد سماه في العقد، أو نواه على أن في كون المبيع للوكيل، وفي الرد منه بتقدير تعذر كونه له خلافاً، وسيأتي جميع ذلك في الفصل، وإن كان الوكيل عالماً، فلا رد له، وفي الموكل وجهان:

أحدهما: أنه لا رد له أيضاً؛ لأنه نزل الوكيل منزلة نفسه في العقد والأخذ،

فيكون اطلاعه على العيب كاطلاع الموكل، كما أن رؤيته كرؤيته وإخراج العقد عن أن يكون على قولي شراء الغائب.

أصحهما: أن له الرد، لأن اطلاعه، ورضاه بعد العقد لا يسقط حق الرد للموكل، فكذاك اطلاعه في الابتداء، وعلى هذا فينتقل الملك إلى الوكيل، أو يفسخ العقد من أصله؟ حكى الإمام - رحمه الله - فيه وجهين: قال: من قال بالأول كأنه يقول: انعقاد العقد موقوفاً إلى أن يتبين الحال، وإلاً فيستحيل ارتداد الملك عن الموكل إلى الوكيل، وهذه الاختلافات مفرعة على وقوع العقد الموكل مع علم الوكيل بالعيب، والمذهب خلافه.

الحالة الثانية: أن يكون وكيلاً بشراء شيء معين، فإن لم ينفرد الوكيل في الحالة الأولى بالرد، فهو ها هنا أولى وإن انفرد، فهذا وجهان:

وجه المنع: أنه ربما يتعلق الغرض بعينه، فينتظر مشاورته.

وجه الجواز، وهو الأصح والمنصوص في «اختلاف العراقيين»: أن الظاهر أنه يريد به بشرط السلامة، ولم يذكروا في هذه الحالة أنه متى يقع عن الموكل، ومتى لا يقع، والقياس أنه كما سبق الحالة الأولى، نعم لو كان المبيع معيماً يساوي ما اشتراه به، وهو عالم فيبإيقاعه عن الموكل هاهنا أولى؛ لجواز تعلق الغرض بعينه، وجميع ما ذكرناه في الحالتين مفروض فيم إذا اشترى بثمن في الذمة، أما إذا كان الشراء بعين مال الموكل، فحيث قلنا هناك: لا يقع عن الموكل فهاهنا لا يصح أصلاً، وحيث قلنا: يقع فكذاك هاهنا، وهل للوكيل الرد؟

فيه وجهان:

وأصحهما: لا ويمكن أن يكون الوجهان مبنيين على المعنيين السابقين إن عللنا انفراده بالرد، فإنه أقامه مقام نفسه في العقد ولو أحقه فكذاك هاهنا، وإن عللنا بأنه لو آخر ربما لزم العقد، فصار المبيع كلاً عليه، فلا لأن المشتري بملك الغير لا يقع له بحال. واعلم أنه إذا ثبت الرد للوكيل في صورة الشراء في الذمة، فلو أطلع الموكل على العيب قبل اطلاع الوكيل، أو بعده. ورضية سقط خيار الوكيل، بخلاف الرد فإنه رضي المالك بحظه من الربح ولا يسقط خيار الموكل بتأخير الوكيل وتقصيره، وإذا آخر أو صرح بالزام العقد، فهل له العود إلى الرد؛ لأن أصل الحق باقٍ بحاله، نائب، أم لا وكأنه بالتأخير أو الإلزام عزل نفسه عن الرد؟

وجهان:

أظهرهما: الثاني، وإذا قلنا به أو أثبتنا له العود، ولم يعد فإذا أطلع الموكل عليه،

وأراد الرد فله ذلك إن سماه الوكيل في الشراء، أو نواه وصدقه البائع عليه، وإلا فوجهان:

أحدهما: وهو المذكور في «التهذيب» و«التتمة»: أنه يرده على الوكيل، ويلزم المبيع؛ لأنه اشترى في الذمة ما لم يأذن فيه الموكل، فيصرف إليه.

والثاني: وهو الذي نقله الشيخ أبو حامد وأصحابه: أن المبيع يكون للموكل، والرد قد فات لتفريط الوكيل، فيضمن الوكيل، وما الذي يضمن؟

قال أبو يحيى البلخي: قدر نقصان قيمته من الثمن، ولو كانت القيمة تسعين والثلث مائة يرجع بعشرة، ولو تساوى فلا رجوع.

وقال الأكثرون: يرجع بأرش العيب [من الثمن] لأنه فات الرد بغير تقصيره، فكان له الأرش، كما لو تعذر الرد بعيب حادث، إلا أن هناك يوجد الأرش من البائع لتبليسه وهاهنا من الوكيل لتقصيره<sup>(١)</sup>.

ولو أراد الوكيل الرد، فقال البائع أجزه حتى يحضر الموكل لم يلزمه اجابته<sup>(٢)</sup>، بل له الرد لثلاثي المبيع كلاً عليه، أو يلزمه الغرم، ولأن الرد حيث ثبت له، فلا يكلف تأخيرها، وإذا رد، ثم حضر الموكل، ورضيه احتاج إلى استئناف شراء، ولو أخره كما التمس البائع، فحضر الموكل، ولم يرض به.

قال في «التهذيب»: المبيع للوكيل، ولا رد لتأخيرها مع الإمكان.

وقيل: له الرد؛ لأنه لم يرض بالعيب قال: وهو ضعيف، ولك أن تقول له: أنت وسائر النقلة متفقون على أنه إذا رضي الوكيل بالعيب، ثم حضر الموكل، وأراد الرد، فله ذلك إذا كان الوكيل قد سماه، أو نواه وهاهنا الوكيل والموكل والبائع يتصادفون على أن الشراء للموكل، فلا بد وأن يكون قد سماه، ونواه، ووجب أن يقال: المبيع للموكل، وله الرد ولو أراد الوكيل الرد، فقال البائع: إنه قد عرفه الموكل، ورضي به، وليس لك الرد، نظر إن لم يحتمل بلوغ الخبر إليه لم يلتفت إلى قوله، وإن احتمل، وأنكر الوكيل حلف على نفي العلم برضا الموكل، لأنه لو أقربه ألزمه حكم إقراره.

وعن إبي حامد القاضي وغيره وجه آخر: أنه لا يحلف، والمذهب الأول.

وقوله في «المختصر»: «وإن وكله بشراء سلعة، فأصاب بها عيباً كان له الرد

(١) المذكور «التهذيب» و«التتمة» أصح، وقد نقله صاحب «المهذب» عن نص الشافعي رضي الله عنه. ينظر الروضة ٣/٥٤٣.

(٢) في ب: الإجابة.

بالعيب، وليس عليه أن يحلفه، أنه ما رضي به الأمر مؤول عند الاصحاب محمول على ما إذا لم يكن ما يدعيه محتملاً، أو على ما إذا احتتمل طلب اليمين منه على البت، أو على ما يجزم بالدعوى، بل قال: أجز فلعله بلغه الخبر، ورضي به.

ومنهم من غلط المزني في النقل، وقال: إنه أدخل جواب مسألة في مسألة.

إذا عرفت ذلك، فإذا عرضنا اليمين على الوكيل لم يخل إما أن يحلف أو ينكل، إن حلف رده، فإن حضر الموكل وصدق البائع، فعن ابن سريج أن له استرداد المبيع من البائع لموافقته إياه على الرضا قبل الرد.

وفي «التتمة» أن القاضي الحسين قال: لا يسترد، وينفذ فسخ الوكيل<sup>(١)</sup>.

فإن نكل حلف البائع، وسقط رد الوكيل، ثم إذا حضر الموكل، وصدق البائع فذاك، وإن كذبه قال في «التهذيب»: لزم العقد للوكيل، ولا رد له لإبطاله الحق بالنكول، وفيه من الإشكال ما قدمناه، هذا كله في طرف الشراء.

أما الوكيل بالبيع إذا باع، فوجد المشتري بالمبيع عيباً رده، عليه إن لم يعلمه وإن علمه وكيلاً رده عليه، إن شاء ثم هو يرد على الموكل، وعلى الوكيل إن شاء، وهل للوكيل حط بعض الثمن للعيب؟

فيه قولان عن ابن سريج<sup>(٢)</sup>.

ولو زعم الموكل حدوث العيب في يد المشتري، وصدق الوكيل المشتري رد المشتري على الوكيل، ولم يرد الوكيل على الموكل.

## فروع

سيأتي «كتاب في القراض» أن الوكيل بالشراء، هل يشتري من يعتق على الموكل؟ إن قلنا: يشتريه، فلو كان معيباً، فللوكيل رده؛ لأنه لا يعتق على الموكل قبل الرضا بالعيب كذا ذكره في «التهذيب».

قال الغزالي: الرابعة: الوكيل يتصرف مَعَيْنٍ لَا يُؤَكَّلُ إِذَا أُذِنَ لَهُ وَفِيهِ، فَلَوْ وُكِّلَ بِتَصَرُّفَاتٍ كَثِيرَةٍ وَأُذِنَ فِي التَّوَكُّلِ وَكُلِّ، وَإِنْ أَطْلُقَ فَتَلَاثَةٌ أَوْجِهٌ، وَفِي الثَّلَاثِ يُؤَكَّلُ فِي الْمِقْدَارِ الْمَعْجُوزِ عَنْهُ وَيَبَاشِرُ الْبَاقِي، ثُمَّ لَا يُؤَكَّلُ إِلَّا أَمِينًا رِعَايَةً لِلْغِبْطَةِ.

قال الراعي: مقصود الفصل الكلام في أن الوكيل، هل يوكل؟ لا يخلو إما أن

(١) المنقول عن ابن سريج أصح، وبه قطع صاحبنا «الشامل» و«البيان» (ينظر ٥٤٤/٣ الروضة).

(٢) قال النووي: ينبغى أن يكون أصحابهما عدم الحط. ينظر الروضة ٥٤٤/٣.

يأذن له الموكل في التوكيل صريحاً، أو يسكت عنه، إن سكت عنه، فينظر إن كان أمراً يتأتى له الإتيان به لم يوكل فيه، لأنه لم يرض بتصرف غيره، وإن لم يتأت ذلك منه، إما لأنه لا يحسن، أو لأن الإتيان به لا يليق بمنصبه، فله التوكيل فيه؛ لأن الشخص لا يقصد منه إلا الاستنابة فيه، وفيه وجه أنه لا يوكل لقصور قضية اللفظ، ولو كثرت التصرفات التي وكله بها، ولم يمكنه الإتيان بالكل لكثرتها، ففيه ثلاثة طرق:

**أصحهما:** أنه يوكل فيما يزيد على قدر الإمكان، وفي قدر الإمكان وجهان:

**أحدهما:** يوكل فيه أيضاً؛ لأنه ملك التوكيل في البعض، فيوكل في الكل، [كما لو أذن صريحاً.

**وأصحهما:** أنه لا يوكل في القدر المقدور له، لأنه لا ضرورة إليه.

**والثانية:** أنه لا يوكل<sup>(١)</sup> في قدر الإمكان، وفيما يزيد عليه وجهان.

**الثالثة:** إطلاق الوجهين في الكل.

قال الإمام - رحمه الله تعالى - والخلاف على اختلاف الطرق ناظر إلى اللفظ والقرينة، وفي القرينة تردد في التعميم والتخصيص.

أما إذا أذن له في التوكيل، فله أن يوكل، ثم له ثلاث صور؛ لأنه إما أن يقول: وكل عن نفسك أو وكل عني أو يطلق.

**الصورة الأولى:** إذا قال: وكل عن نفسك، ففعل انعزل الثاني بعزل الأول إياه، لأنه نائبة. وفيه وجه أنه لا ينعزل لأن التوكيل فيما لا تعلق بحق الموكل حق الموكل وإن حصله بالإذن فلا يرفعه إلا بالإذن، وأجرى هذا الخلاف في انعزاله بموت الأول وجنونه.

**والأصح:** الانعزال، ولو عزل الموكل الوكيل الأول انعزل، وفي انعزال الثاني بانعزاله هذا الخلاف، ولو عزل الثاني ففي انعزاله وجهان:

**أحدهما:** لا ينعزل؛ لأنه ليس بوكيل من جهته.

**وأصحهما:** أنه ينعزل، كما ينعزل بموته وجنونه، والعبارة المعبرة عن هذا الخلاف أن الثاني وكيل الوكيل، كما صرح به في التوكيل، أو وكيل الأول، ومعنى كلامه: أقم غيرك مقام نفسك. والأصح أنه وكيل الوكيل، لكنه إذا كان وكيل الوكيل كان فرع الفرع، وفرع الفرع فرع الأصل، فينعزل بانعزاله.

(١) سقط في ب.

الصورة الثانية: إذا قال: وكل عني، ففعل، فالثاني وكيل الموكل، كالأول، وله عزل أيهما شاء، وليس لواحد منهما عزل الآخر، ولا ينعزل بانعزال الآخر.

الثالثة: إذا قال: وكلتك بكذا، وأذنت لك في أن توكل به وكيلاً، ولم يقل: عني، ولا عن نفسك، ففيه وجهان:

أحدهما: أن الحكم، كما في الصورة الأولى؛ لأن المقصود في الإذن في التوكيل تسهيل الأمر عليه.

وأصحهما: أنه كالصورة الثانية؛ لأن التوكيل تصرف يتولاه بإذن الموكل، فيقع عنه، وإذا جوزنا للوكيل أن يوكل في صورة سكوت الموكل عنه، فينبغي أن يوكل عن موكله، قلو وكله عن نفسه، ففيه وجهان، وهذا لأن القرينة المجوزة للتوكيل، كالإذن في مطلق التوكيل، ويشترط على الوكيل حيث ملك التوكيل أن يوكل أميناً؛ رعاية لمصلحة الموكل، إلا أن يعين له من ليس بأمين، ولو وكل أميناً، ففسق، فهل له عزله؟ فيه وجهان.

## فرع

إذ وكله بتصرف، وقال له افعل فيه ماشئت، هل يكون ذلك كالإذن في التوكيل؟ فيه وجهان عن ابن سريج:

أصحهما: لا، وقوله: افعل ماشئت ينصرف إلى تصرفه بنفسه.

وقوله في الكتاب: «الوكيل بتصرف معين لا يوكل إلا إذا أذن له فيه» - غير معمول بظاهره، بل المعنى إلا إذا كان الموكل فيه ما لا يتأتى للوكيل مباشرته، فإن الظاهر جواز التوكيل، والحالة هذه كما تقرر. وقوله «فإن أطلق فثلاثة أوجه» هي حاصل ما يخرج من الطرق الثلاثة التي قدمناها.

واعلم أن الصورة المذكورة في أول الباب إلى هذه الغاية موضوعه في التوكيل المطلق، ومن هذا الموضع إلى آخره في التوكيل المقرون بضرب من التقييد.

قال الغزالي: الخامسة: تَبِعُ مَخْصُصَاتِ الْمُوَكَّلِ، فَلَوْ قَالَ: بَعِ مِنْ زَيْدٍ لَمْ يَبِعْ مِنْ غَيْرِهِ، وَإِنْ خَصَّصَ زَمَانًا تَعَيَّنَ، وَإِنْ خَصَّصَ سَوْقًا يَتَفَاوَتْ بِهَا الْعَرَضُ تَعَيَّنَ وَإِلَّا فَلَا، وَإِذَا صَرَخَ بِالنَّهْيِ عَنِ غَيْرِ الْمَخْصُوصِ أَمْتَنَعَ قَطْعًا، وَلَوْ قَالَ بَعِ بِمِائَةِ يَبِيعُ بِمَا فَوْقَهُ إِلَّا إِذَا نَهَا عَنْهُ، وَلَا يَبِيعُ بِمَا دُونَهُ بِحَالٍ، وَلَوْ: اشْتَرِ بِمِائَةٍ يَشْتَرِي بِمَا دُونَهَا إِلَّا إِذَا نَهَا، وَلَا يَشْتَرِي بِمَا فَوْقَهَا بِحَالٍ، وَلَوْ قَالَ: بَعِ بِمِائَةٍ نَسِيئَةً فَبَاعَ نَقْدًا أَوْ قَالَ اشْتَرِ بِمِائَةِ نَقْدًا

فاشترى بمائة نسيئة فَوَجَّهَانِ لِأَنَّ التَّفَاوُتَ فِيهِ يُشْبِهُ اِخْتِلَافَ الْجِنْسِ، وَلَا خِلَافَ أَنَّهُ لَوْ قَالَ: بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ فَبَاعَ بِأَلْفٍ دِينَارٍ لَمْ يَجُزْ وَفِيهِ اِحْتِمَالٌ.

قال الرافعي: الأصل في هذه الصورة، وما بعدها أنه يجب النظر بتقييدات الموكل في الوكَّالَةِ، ويشترط على الوكيل رعاية المفهوم منها، بحسب العرف، وفي الفصل صور:

أحدها: إذا عين الموكل شخصاً بأن قال: بع من زيد، أو وقتاً بأن قال: بع في يوم كذا لم يَجُزْ أن يبيع من غيره، ولا قبل ذلك الزمان ولا بعده<sup>(١)</sup>.

أما الأول: فلأن مال<sup>(٢)</sup> الشخص المعين قد يكون أقرب إلى الحل، وأبعد عن الشبهة، وربما يريد تخصيصه بذلك المبيع.

وأما الثاني: فلأنه ربما يحتاج إلى البيع في ذلك الوقت، ولو عين مكاناً من سوق ونحوها نظر إن كان له في المكان المعين غرض بأن كان الراغبون فيه أكثر، أو التقدر فيه أجود لم يَجُزْ أن يبيع من غيره، وإن لم يكن غرض ظاهر فوجهان:

أحدهما: يجوز، والتعين في مثل ذلك يقع اتفاقاً هذا ما أورده في الكتاب، وبه قال القاضي أبو حامد، وقطع به الغزالي.

والثاني: لا يجوز؛ لأنه ربما يكون له فيه غرض لا يطلع عليه، وهذا أصح عند ابن القُطَّانِ، وصاحب «التهذيب»<sup>(٣)</sup>.

ولو نهاه صريحاً عن البيع في غير ذلك الموضع امتنع بلاخلاف، وذكر القاضي ابنُ كَيْجٍ أن قوله: بع في بلد كذا، كقوله: بع في سوق كذا، حتى لو باعه في بلد آخر، جاء فيه التفصيل المذكور، وهذا صحيح، ولكنه يصير ضامناً للمال، لنقله من ذلك

(١) قال النووي: هكذا قال الأصحاب في البيع قبل الجمعة وبعده: إنه لا يصح. قالوا: وكذا حكم العتق، لا يجوز قبل الجمعة ولا بعده. وأما الطلاق، فنقل صاحباً «الشامل» و«البيان» عن الداركي، أنه قال: إن طلقها قبل الجمعة، لم يقع، وإن طلقها بعده يقع؛ لأنها إذا كانت مطلقة يوم الجمعة، كانت مطلقة يوم السبت، بخلاف الخميس. ولم أر هذا لغيره، وفيه نظر. ينظر الروضة ٥٤٦/٣.

(٢) في ب: ذلك.

(٣) قال النووي قلت: قطع بالجواز أيضاً صاحباً «التنبيه» و«التتمة» وغيرهما، لكن الأصح على الجملة: المنع، وهو الذي صححه الماوردي، والرافعي في «المحرر». قلت: هذا إذا لم يقدر الثمن. فإن قال: بع في سوق كذا بمائة، فباع بمائة في غيرها، جاز، صرح به صاحباً «الشامل» و«التتمة» وغيرهما. ينظر الروضة ٥٤٦/٣، ٥٤٧.



البلد، لا وكذا الثمن مضموناً في يده، بل لو اطلق التوكيل بالبيع، وهو في بلد، فليعه في ذلك البلد، ولو نقله صار ضامناً.

[المسألة] الثانية: لو قال: بع بمائة درهم لم يبيع بما دونها، وله أن يبيع بما فوقها، والمقصود من التقدير ألا ينقص [ثمنها عن المقدّر]<sup>(١)</sup>، نعم لو نهاه صريحاً لم يبيع بما فوقها<sup>(٢)</sup>.

وحكى العبادي أن بعض البصريين من أصحابنا لم يجوز أن يبيع بما فوق المائة، والمشهور الأول، وهل له أن يبيع بمائة، وهناك من يرغب بالزيادة على المائة؟ فيه وجهان<sup>(٣)</sup>:

أحدهما: نعم لموافقة صريح إذنه.

والثاني: لا، كما لو اطلق الوكالة، فباع بثمن المثل، وهناك من يرغب بالزيادة. وذكر الأئمة أنه لو كان المشتري معيناً بأن قال: بع كلا من فلان بمائة، لم يجز أن يبيع بأكثر منها، وكان المعني فيه أنه ربما يقصد إرفاقه.

ولو قال: بع كذا، ولا تبعه بأكثر من مائة وبما لم يبيع بالأكثر، ويبيع بها، وربما دونها ما لم ينقص عن ثمن المثل، ولو قال: بعه بائة، ولا تبعه بمائة وخمسين، فله أن يبيع بما فوق المائة، دون المائة والخمسين، ولا يبيع بالمائة والخمسين، وفيما فوق ذلك وجهان عن ابن سُرَيْج:

أصحهما: المنع، لأنه لما نهى عن زيادة خمسين، فعَمَّا فوقها أولى، وكذلك في طرف الشراء لو قال: اشتر بمائة له أن يشتري بما دونها، إلا إذا نهاه، ولا يشتري بما فوقها، ولو قال: اشتر بمائة، ولا تشتري بخمسين يجوز أن يشتري بما بين المائة والخمسين ولا يشتري بخمسين وفيما دونها الوجهان:

[المسألة] الثالثة: لو قال: بعه إلى أجل، وبين قدره أو قلنا: لا حاجة إلى البيان، وحملناه على المعتاد، فخالف وباع حالاً، نظر إن باعه بما يساويه حالاً لم يصح، لأنه يكون ناقصاً عما أمر به، فإن ما يشتري به الشيء نقداً مما يشتري به نسيئة، ولو باعه بما

(١) في أ: فيهما من العرف، وهو موافق لما في الروضة (٥٤٧/٣).

(٢) قال النووي: حكى في «النهاية» و«البيوط» عن صاحب «التقريب» أنه لو قال: بع بمائة ولا تزيد، فزاد أو اشتر هذا العبد بمائة ولا تنقص، فنقص، ففي صحته وجهان. قالوا: والوجه أن يقال: إن أتى بما هو نص في المنع، لم ينفذ، لمخالفته، وإن احتمل أنه يريد: لا تتعب نفسك في طلب الزيادة والنقص، اتجه التنفيذ. ينظر الروضة ٥٤٧/٣.

(٣) قال النووي: أصحهما؛ لأنه مأمور بالاحتياط والغبطة. ينظر الروضة ٥٤٧/٣.

يساويه إلى ذلك الأجل حالاً، نظر إن كان في وقت لا يؤمن فيه من نهب، أو سرقة، أو كان لحفظه مؤنة في الحال لم يصح أيضاً، وإن لم يكن شيء من ذلك، فوجهان: أحدهما: المنع أيضاً، فإنه ربما كان يحتاج إلى الثمن في ذلك الوقت، ويخاف من التعجيل خروجه في نفقة.

وأصحهما: على ما ذكره في «التهذيب» الجواز؛ لأنه زاد خيراً، ولا فرق فيما ذكره بين ثمن المثل عند الإطلاق، وبين ما يقدره من الثمن، بأن قال: بع بمائة نسيئة، فباع بمائة نقداً، كما صور في الكتاب، ولو قال: بع بكذا إلى شهرين، فباعه إلى شهر، ففيه وجهان، ولو قال: اشتر حالاً، فاشتره مؤجلاً، نظر إن اشتره بما يرغب به فيه حالاً إلى ذلك الأجل لم يصح الشراء للموكل؛ لأنه يكون أكثر، وإن اشتره بما يرغب به فيه حالاً إلى ذلك الأجل فوجهان، كما في طرف البيع: وجه الجواز ما مر.

ووجه المنع أنه ربما يخاف هلاك المال وبقاء الدين في ذمته.

قال أبو سعيد المتولي: هذا إذا قلنا إن مستحق الدين المؤجل إذا عجل حقه يلزمه القبول. أما إذا قلنا: لا يلزمه القبول لا يصح الشراء هاهنا للموكل بحال، وذكر هو وغيره تخريجاً على المسألة التي نحن فيها أن الوكيل بالشراء مطلقاً لو اشترى نسيئة بثمن مثله جاز؛ لأنه زاد خيراً، والموكل بسبيل من تفرغ ذمته بالتعجيل<sup>(١)</sup>.

وقوله في الكتاب: «لأن التفاوت فيه يشبه اختلاف الجنس» أي: في النقد والنسيئة، إنما يشبهه باختلاف الجنس؛ لما بين الدَّيْنِ والعَيْنِ، أو بين الحال والمؤجل من شدة اختلاف الأغراض، وهذا توجيه وجه المنع في صورتَي البيع والشراء، ولذلك عقبه بقوله: «ولا خلاف أنه لو قال: بع بألف درهم، فباع بألف دينار لم يجز»، وإنما كان كذلك؛ لأن المأْتِي به ليس هو المأمور به، ولا هو مشتمل على تحصيل ما أمر بتحصيله، والوكيل متصرف بالإذن فإذا عدل عن المأذون فيه لغا تصرفه.

وأما قوله: «وفيه احتمال» - فقد أورد القاضي ابنُ كَجَّ نحواً منه، وليس له ذكر في «الوسيط»، ولا في كتاب الإمام رحمه الله تعالى، ويمكن توجيهه بأننا عرفنا بالتوكيل رغبته في البيع، ومن رغب في البيع بالدرهم، فهو في البيع بمثل عددها من الدنانير ارغب هذا هو العرف الغالب، وكما أن البيع بالدنانير غير المأذون فيه، وهو البيع بالدرهم، كذلك البيع بالمائتين، غير المأذون فيه، وهو البيع بالدارهم كذلك البيع

(١) قال النووي هذا المنقول أولاً عن «التتمة» قد عكسه صاحب «الشامل» فقال: هذا الخلاف حيث لا يجبر صاحب الدين على قبول تعجيله، وحيث يجبر يصح الشراء قطعاً. وهذا الذي قاله أصح وأقرب وأقرب إلى تعليل الأصحاب. ينظر الروضة ٥٤٨/٣.

بالمائتين غير المأذون فيه وهو البيع بالمائة، ألا ترى أنه لو قال: بعثك بمائة درهم لم يصح القبول بمائتي درهم، كما لا يصح بمائتي دينار، فإذا صححنا البيع بالمائتين اعتماداً على العرف، فكذاك البيع بالدينار، وعلى هذا الاحتمال، فالبيع بعرض يساوي مائتي دينار يشبه أن يكون كالبيع بمائة دينار.

قال الغزالي: وَلَوْ سَلَّمَ إِلَيْهِ دِينَاراً لِيَشْتَرِيَ شَاةً فَاشْتَرَى شَاتَيْنِ تَسَاوِي كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا دِينَاراً وَبَاعَ إِحْدَاهُمَا بِدِينَارٍ وَرَدَّ الدَّيْنَارَ وَالشَّاةَ فَقَدْ فَعَلَ هَذَا عُرْوَةَ الْبَارِقِي مَعَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَدَعَا لَهُ فَهُوَ صَحِيحٌ عَلَى أَسَدِ الْقَوْلَيْنِ، وَفِي بَيْعِ الشَّاةِ خِلَافٌ ظَاهِرٌ، وَتَأْوِيلُ الْحَدِيثِ أَنَّهُ لَعَلَّهُ كَانَ وَكَيْلاً مُطْلَقاً.

قال الرافعي: صور المسألة أن يسلم ديناراً إلى وكيله ليشتري له شاة، ووصفها، فاشترى الوكيل شاتين بتلك الصفة بدينار، فينظر إن لم تساو كل واحدة منهما ديناراً لم يصح الشراء للموكل، وإن زادتا معا على الدينار، لأنه ربما يبغى شاة تساوي ديناراً، وإن كان كل واحدة منهما تساوي ديناراً فقولان:

أصحهما: صحة الشراء، وحصول الملك فيهما للموكل، لأنه أذن له في شراء شاة بدينار، فإذا اشترى شاتين، كل واحدة منهما تساوي ديناراً بدينار، فقد زاد خيراً مع تحصيل ما طلبه الموكل، فأشبهه ما إذا أمره ببيع شاة بدرهم، فباعها بدرهمين، أو يشتري شاة بدرهم، فاشتراها بنصف درهم.

والثاني: أنه لا تقع الشاتان معاً للموكل، لأنه لم يأذن إلا في شراء واحدة، ولكن ينظر إن اشتراها في الذمة، فللموكل واحدة بنصف دينار، والأخرى للوكيل، ويرد على الموكل نصف دينار، وللموكل أن ينزع الثانية منه، ويقرر العقد فيهما، لأنه عقد العقد له، وإن اشتراهما بعين الدينار، فكأنه اشترى واحدة بإذنه، وأخرى بغير إذنه، فينبني على أن العقود، هل تتوقف على الإجازة؟.

إن قلنا: لا تتوقف على الإجازة بطل العقد في واحدة وفي الثانية قولاً تفريق الصفقة.

وإن قلنا: تتوقف، فإن شاء الموكل أخذهما بالدينار، وإن شاء اقتصر على واحدة، وَرَدَّ الأخرى على المالك، والقول في وضعه مشكل، لأن تعيين واحدة للموكل، أو بطلان العقد فيهما ليس بأولى من تعيين الأخرى، والتخيير مشبه بما إذا باع شاة من شاتين، على أن يتخير المشتري، وهو باطل، ونقل الإمام - رحمه الله تعالى - فيما إذا اشترى في الذمة قولاً ثالثاً، وهو إن الشراء لا يصح للموكل في واحدة منهما، بل يقعان للوكيل.

وإذا قلنا بصحة الشراء فيهما للموكل، فلو باع الوكيل إحداهما عن غير إذن الموكل، ففي صحة البيع قولان عن ابن سُرَيْجٍ.

أحدهما: المنع؛ لأنه لم يأذن في البيع فأشبهه ما إذا اشترى شاة بدينار، ثم باعها بدينارين.

والثاني أنه يصح، لأنه إذا جاء بالشاة، فقد حصل مقصود الموكل، فلا فرق فيها زاد بين أن يكون ذهباً، أو غيره، وعلى هذا يخرج ما إذا اشترى شاة بدينار، وباعها بدينارين، ويقال: هذا الخلاف هو بعينه القولان في بيع الفضولي، فعلى القول الجديد يلغو، وعلى القديم ينعقد موقوفاً على إجازة الموكل<sup>(١)</sup>.

واعلم أن صورة المسألة شراءً وبيعاً قد نقل في حديث عُزْوَةَ الْبَارِقِيّ - رضي الله عنه - وهو المذكور في أول البيع في مسألة بيع الفضولي، واحتج بهذا الحديث لكل واحد من القولين في أصل المسألة، إما للقول الأصح، فلأن النبي - صَلَّى الله عليه وسلم - قرره على شرائهما، وألزم العقد فيهما.

وأما للقول الثاني، فلأن الشاتين لو وقعتا للنبي - ﷺ - لما باع إحداهما قبل مراجعته، لأن الإنسان لا يبيع مال الغير كيف وقد سلم وتصرف الفضولي؟ وإن حكم بإنعقاده، فلا كلام في أنه ليس له التسليم قبل مراجعة المالك وإجازته، فلما باع إحداهما دل على أنها دخلت في ملكه، وقد يقال: هب أن واحدة منهما ملكه، لكنها لا تتعين كما لم يختر الموكل واحدة منهما، أو يجري فيهما اصطلاح في ذلك، وإذا لم تكن التي ملكها معينة، فكيف يبيع واحدة منهما على التعيين، ثم القائلون بالقول الأول، والاحتجاج الأول، احتج من ذهب منهم إلى صحة إحدى الشاتين بالحديث، ومن منع حمل القضية على أن عُزْوَةَ كان وكيلاً مطلقاً من جهة النبي - ﷺ - في بيع أمواله إذا رأى المصلحة فيه، ولكن في هذا التأويل بحث لأنه إن كان قد وَكَّلَهُ في بيع أمواله لا يدخل فيه ما لم يملكه من بعد، وإن قبل وكله في بيع أمواله وما سيملكه وقع في الخلاف المذكور في التوكيل ببيع ما سيملكه، إلا أن يقال ذلك الخلاف فيما إذا

(١) قال النووي الأظهر: أنه لا يصح بيعه. قال أصحابنا: ولو اشترى به شاتين، تساوي إحداهما ديناراً، والأخرى بعض دينار، فطريقان. الأصح منهما عند القاضي أبي الطيب والأصحاب: صحة البيع فيهما جميعاً، ويكون كما لو ساءت كل واحدة ديناراً على ما سبق. فعلى الأظهر: يلزم البيع فيهما جميعاً للموكل، وبه قطع المحاملي وغيره. والطريق الثاني: لا يصح في حق الموكل واحدة منهما. فعلى الأظهر: لو باع الوكيل التي تساوي ديناراً، لم يصح قطعاً، وإن باع الأخرى، فعلى الخلاف. وإن قلنا: للوكيل إحداهما، كان له التي لا تساوي ديناراً بحصتها، وللموكل انتزاعها كما سبق ينظر الروضة ٥٤٩/٣، ٥٥٠.

خصص بيع ما سيملكه بالتوكيل، أما إذا حصل تابعاً لأمواله الموجودة في الحال، فيجوز، وهذا كما أنه لو قال: وقفت على من سيولد من أولادي لا يجوز، ولو قال: على أولادي، ومن سيولد لي جاز.

**فرع** لو قال: بع عبدي بمائة درهم، فباعه بمائة<sup>(١)</sup>، وعبد أو ثوب يساوي مائة درهم، فعن ابن سريج أنه على قولين بالترتيب على مسألة الشاتين، وأولى بالمنع، لأنه عدل عن الجنس الذي أمره بالبيع به، إن منع فيمتنع في القدر الذي يقابل غير الجنس، وهو النصف أم في الجميع كيلا تتفرق الصفقة؟ فيه قولان:

إن قلنا: في ذلك القدر خاصة ففي «التتمة» أنه لا خيار للبائع، لأنه إذا رضى ببيع الجميع بالمائة كان أرضى ببيع النصف بها، وأما المشتري إن لم يعلم كونه وكيلاً بالبيع بالدراهم، فله الخيار فإن علمه، فوجهان لشروعه في العقد مع العلم بأن بعض المعقود عليه لا يسلم له<sup>(٢)</sup>.

قال الغزالي: **السَادِسَةُ الْوَكِيلُ بِالْخُصُومَةِ لَا يَقْرَأُ عَلَى مُوَكَّلِهِ لَا يَصَالِحُ، وَلَا يُبْرِيءُ الْوَكِيلُ بِالصُّلْحِ عَنِ الدَّمِ عَلَى خَمْرِ إِذَا فَعَلَ حَصَلَ الْعَفْوُ كَمَا لَوْ فَعَلَهُ الْمُوَكَّلُ، وَلَوْ صَالِحَ عَلَى خَنْزِيرٍ فَفِيهِ تَرَدُّدٌ، وَالْوَكِيلُ بِالشَّرَاءِ الْفَاسِدِ لَا يَسْتَفِيدُ بِهِ الصَّحِيحُ فَلَا مَعْنَى لِبُوكَالَتِهِ، وَلَيْسَ لِلْوَكِيلِ بِالْخُصُومَةِ أَنْ يَشْهَدَ لِمُوكَّلِهِ إِلَّا إِذَا عَزَلَ قَبْلَ الْخُوضِ فِي الْخُصُومَةِ ثُمَّ شَهِدَ، وَإِنْ كَانَ قَدْ خَاضَ لَمْ يَقْبَلْ لِأَنَّهُ مَتَّهَمٌ بِتَضَدِّيقِ نَفْسِهِ، وَإِذَا وَكَّلَ رَجُلَيْنِ بِالْخُصُومَةِ فَهَلْ لِكُلِّ وَاحِدٍ الْأَسْتِنَادُ؟ وَجِهَانِ.**

قال الرافعي: في أول هذه الصورة، وآخرها مسائل تتعلق بالتوكيل بالخصومة، وفي خلالها ما لا يتعلق بالخصومة، ونحن نستوفي ما يتعلق بالخصومة، ثم نذكر المدرج في مسائلها أما ما يتعلق بالخصومة، فثلاث مسائل.

**إحداها:** الوكيل بالخصومة من جهة المدعي يدعي، ويقيم البينة، ويسعى في تعديلها، ويحلف، ويطلب الحكم والقضاء، ويفعل ما يقع وسيلة إلى الإثبات، والوكيل بالخصومة من جهة المدعى عليه ينكر، ويطعن في الشهود، ويسعى في الدفع بما يمكنه، ولو أقر وكيل المدعي بالقبض، أو الإبراء أو قبول الحوالة، أو المصالحة على

(١) في ب: بمائة درهم.

(٢) قال النووي: ولو باعه بمائة درهم ودينار، ففي «التتمة» و «التهديب»: أنه على الخلاف في مائة و ثوب. وقطع صاحب «الشامل» بالصحة، لأنه من جنس الأثمان، وينبغي أن يكون الأصح في الجميع: الصحة ينظر الروضة ٣/ ٥٥٠.

مال، أو بأن الحق مؤجل، أو أقر وكيل المدعى عليه بالحق المدعى لم يقبل، سواء أقر في مجلس الحكم، أو غيره، وبهذا قال أحمد وقال أبو حنيفة: تقبل إذا أقر في مجلس الحكم وسلم أنه لا يقبل في دعوى النكاح، والطلاق، والقصاص، والعفو.

القياس على ما سلمه وأيضاً فإنه لا يصلح، ولا يبرىء، لأن اسم الخصومة لا يتناولها، فكذلك الإقرار، ثم وكيل المدعى إذا أقر بالقبض، أو الإبراء انعزل عن الوكالة، وإن لم يلزم إقراره الموكل، وكذلك وكيل المدعى عليه إذا أقر بالحق؛ لأنه بعد الإقرار ظالم في الخصومة بزعمه، وأطلق القاضي ابن كنج وجهين في أنه هل تبطل وكالته بالإقرار، وهل يشترط في التوكيل بالخصومة بيان ما فيه الخصومة من دم أو مال عين أو دين أرش جنائية أو بدل مال، حكى العبادي فيه وجهين كالوجهين في بيان من يخاصم معه<sup>(١)</sup>.

### فرع

نقل في «النهاية» أن الوكيل بالخصومة من جهة المدعى عليه لا يقبل منه تعديل بينة المدعي؛ لأنه كالإقرار في كونه قاطعاً للخصومة، وليس للوكيل قطع الخصومة بالاختيار.

وقال المصنف في «الوسيط»: لا شك أن تعديله وحده لا ينزل منه منزلة قرار الموكل بعد التهم، لكن رده مطلقاً بعيد؛ لأن التعديل غير مستفاد من الوكالة، إلا أن يوجه بأنه بالتعديل مقصر في الوكالة، وتارك حق النصح.

الثانية: تقبل شهادة الوكيل على موكله، ولموكله في غير ما هو وكيل فيه، كما لو شهد له بعبد، وقد وكله ببيع دار، وإن شهد فيما هو وكيل فيه، نظر إن كان ذلك قبل العزل لم تقبل؛ لا يثبت لنفسه محل ولاية التصرف، وإن كان بعده، فإن كان قد خاصم فيه لم تقبل أيضاً؛ لأنه متهم بتمشية قوله، وإظهار الصدق، وإن لم يخاصم فوجهان: أحدهما: لا يقبل، كما لو شهد قبل العزل.

وأصحهما: ويحكي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى: أنه تقبل؛ لأنه ما انتصب خصماً، ولا يثبت لنفسه حقاً، فأشبه ما لو شهد قبل التوكيل، هذه هي الطريقة المشهورة.

وقال الإمام رحمة الله تعالى: قياس المراوزة أنه يعكس، فيقال: إن لم يخاصم

(١) قال النووي: ولو أبرأ وكيل المدعي خصمه، لم يعزل، لأن إبراءه باطل، ولا يتضمن اعترافاً بأن المدعي ظالم، بخلاف الإقرار، وكذا فرق صاحب «الحاوي» وغيره. ينظر الروضة ٥٥١/٣.

تقبل شهادته، وإن كان قد خاصم، فوجهان، ورأى هذا التفصيل فيما إذا جرى الأمر على تواصل، فأما إذا طال الفصل، فالوجه القطع بقبول الشهادة مع احتمال فيه، ويجوز أن يعلم لما ذكرنا قوله في الكتاب: «ثم يشهد» بالواو وكذا قوله: «وإن كان قد خاص...» إلى آخره في حكم المكرر؛ لأن فيما قبله ما يغني عنه.

**الثالثة:** لو وكل رجلين بالخصومة، ولم يصرح باستقلال كل واحد منهما، فأصح الوجهين: أن كل واحد منهما لا يستقل بها، بل يتساويان ويتناصران، كما لو وكل رجلين ببيع، أو طلاق، أو غيرهما أو وصى إلى رجلين.

**والثاني:** أن لكل واحد منهما الاستقلال لعسر الاجتماع على الخصومة، ويقرب منهما بحفظه، بل يحفظانه في حرز بينهما، وعلى الثاني ينفرد به كل منهما الوجهان فيما إذا وكل رجلين بحفظ متاع، فعلى الأصح لا ينفرد واحد منهما فإن قبل القسمة قُسم ليحفظ كل واحد منهما بعضه واعلم أنه إذا ادعى عند القاضي أنه وكيل فلان في خصومة فلان، فإن كان المقصود بالخصومة حاضراً وصدقه ثبتت الوكالة، وله مخاصمته، وإن كذبه، فأقام البينة على الوكالة ولا يحتاج إلى أن يدعي حقاً لموكله على الخصم، وعند أبي حنيفة لا تسمع البينة على الوكالة حتى يدعي عليه حقاً لموكله فينكر، وإن كان غائباً، وأقام المدعي البينة على الوكالة سمعها القاضي، واتبعها، ولا يعتبر حضور المقصود بالخصومة في إثبات الوكالة، خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله تعالى، حيث قال: لا تسمع البينة، إلا في وجه الخصم.

قال الإمام رحمة الله تعالى: هو بناء على امتناع القضاء على الغائب<sup>(١)</sup>، ثم حكى عن القاضي الحسين أنه لا بد وأن ينصب القاضي مسخراً<sup>(٢)</sup> ينوب عن الغائب، ليقيم المدعي البينة في وجهه، ثم استبعده، وقال: لا أعرف لهذا أصلاً، مع ما فيه من مخالفة الأصحاب، وحكى أيضاً عنه أن القضاة اصطلحوا على أن من وكل في مجلس القاضي وكيلاً بالخصومة يختص التوكيل بالخصومة في ذلك المجلس.

وقال الإمام رحمه الله تعالى: والذي نعرفه للأصحاب بأنه يخاصمه في ذلك المجلس، وبعده، ولا يعرف للقضاة العرف الذي ادعاه.

## فرع

وكل رجلاً عند القاضي بالخصومة عنه، وطلب حقوقه، فلولوكيل أن يخاصم عنه

(١) سيأتي ذلك واضحاً في كتاب القضاء.

(٢) هو الذي يعمل بلا أجر ينظر المصباح المنير/٣٦٦.

ما دام حاضراً اعتماداً على العيان، فإذا غاب وأراد الوكيل الخصومة عنه، بناء على اسم وسبب يذكره، فلا بد من إقامة البينة، على أن فلان بن فلان وكله أو على أن الذي وكله هو فلان ابن فلان كذا ذكره أصحابنا العراقيون، والشيخ أبو عاصم العبادي، وعبارة العبادي أنه لا بد، وأن يعرف الموكل شاهدان يعرفهما القاضي، ويثق بهما ذكره في مختصر صنعه في «أدب القضاة»، ووراء ذلك شيان:

أحدهما: روى الإمام رحمه الله تعالى عن القاضي الحسين أن الحكام عادتهم التساهل في هذه البينة بالعدالة الظاهرة، وترك البحث والاستزكاء تسهياً على الغرماء.

والثاني: قال القاضي أبو سعد بن أبي يوسف في شرح «مختصر العبادي»: يمكن أن يكتفي بمعرف واحد إذا كان موثقاً به، كما ذكر الشيخ أبو محمد أن تعريف المرأة في تحمل الشهادة عليها يحصل بمعرف واحد؛ لأنه إخبار وليس بشهادة.<sup>(١)</sup>

وأما ما أدرجه في خلال مسائل الخصومة فمسألتان:

إحدهما: لو وكله في الصلح عن الدم على خمر، ففعل حصل العفو، كما لو فعله الموكل بنفسه وهذا لأن الصلح على الخمر، وإن كان فاسداً فيما يتعلق بالعوض، ولكنه صحيح فيما يتعلق بالقصاص، فيصح التوكيل فيما لو فعله بنفسه ليصح، لا أن نصحح التوكيل في العقد الفاسد، ولو وكله بالصلح عن القصاص على خمر، فصالح على خنزير، ففيه جوابان عن ابن سريج:

أشبههما: أنه لغو ويبقى القصاص على ما كان؛ لأنه مستبد بما فعل غير موافق لأمر الموكل.

والثاني: أنه كما لو عفا على خمر، لأن الوكالة بالصلح ثابتة، والخمر لا تثبت، وإن ذكرت، وإنما تثبت الدية فلا فرق فيما يصح، ويثبت بين أن يذكر الخمر، أو الخنزير، وعلى هذا لو صالح على ما يصلح عوضاً أو على الدية نفسها يجوز، ولا خلاف في أنه لو أجرى هذا الاختلاف بين الموجب والقابل في المصالحة يلغو لعدم انتظام الخطاب والجواب، ولو وكله بأن يخالغ زوجته على خمر، فخالغ على خمر، أو خنزير، فعلى ما ذكرنا في الصلح عن الدم.

(١) قال النووي: وإذا ادعى على وكيل مالا، وأقام بينة وقضى بها الحاكم، ثم حضر الغائب وأنكر الوكالة، أو ادعى عزله، لم يكن له أثر، لأن الحكم على الغائب جائز. قال في «التتمة»: وإذا اعترف الخصم عند القاضي بأنه وكيل، جاز له المحاكمة قطعاً. وفي وجوبها عليه، الخلاف فيما إذا اعترف بأنه وكيل في قبض الدين، هل يلزمه دفعه إليه، أم لا يجب حتى يقيم بينة؟ ينظر الروضة ٥٥٢/٣.



الثانية: لو وكله ببيع أو شراء فاسد، مثل أن يقول: بع أو اشتر إلى وقت العطاء، أو قدوم زيد لم يملك الوكيل العقد الصحيح؛ لأن الموكل ما أذن فيه، ولا الفاسد لأن الشرع ما أذن فيه.

وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه يملك الصحيح والله أعلم.

قال الغزالي: السَّابِغَةُ إِذَا سَلَّمَ إِلَيْهِ أَلْفًا وَقَالَ: اشْتَرِ بَعَيْنِي شَيْئًا فَاشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ لَمْ يَقَعْ عَنِ الْمُوَكَّلِ، وَإِنْ قَالَ: اشْتَرِ فِي الذِّمَّةِ وَسَلَّمَ أَلْفًا فَاشْتَرَى بَعَيْنِي فِي صِحَّتِهِ وَجْهَانِ.

قال الرافعي: لو سلم إليه ألفاً، وقال: اشتر كذا بعينه، فاشترى في الذمة لينقد ما سلمه إليه في ثمنه، لم يصح الشراء للموكل؛ لأنه أمره بعقد يفسخ لو تلف ما سلمه إليه، وقد لا يريد لزوم ألف آخر، والوكيل أتى لعقد لا يفسخ لو تلف ما سلم إليه، ويلزم الرد ولو قال: اشتر في الذمة، وسلم هذا في ثمنه، فاشترى بعينه، فوجهان:

أحدهما: أنه يصح للموكل؛ لأنه زاد خيراً حيث عقد على وجه لو تلف المسلم إليه لم يلزمه شي آخر.

وأصحهما: المنع، لأنه ربما يريد حصول ذلك المبيع لو سلم ما يسلمه إليه أو تلف، ولو سلمه إليه، وقال: اشتر كذا، ولم يقل بعينه، ولا قال: في الذمة فوجهان: أحدهما: أنه كما لو قال: اشتر بعينه، لأن قرينة التسليم تشعر به.

وأظهرهما: أن الوكيل يتخير بين أن يشتري بعينه، أو في الذمة؛ لأنه على التقديرين يكون إتياناً بالمأمور، ويجوز أن يكون غرضه من تسليمه إليه مجرد انصرافه إلى ثمن ذلك الشيء.<sup>(١)</sup>

قال الغزالي: ثُمَّ الْوَكِيلُ مَهْمَا خَالَفَ فِي الْبَيْعِ بَطَلَ تَصَرُّفُهُ، وَمَهْمَا خَالَفَ فِي الشَّرَاءِ بَعَيْنِ مَالِ الْمُوَكَّلِ فَكَمِثْلُ، فَإِنْ اشْتَرَى فِي الذِّمَّةِ وَقَعَ عَنِ الْوَكِيلِ إِلَّا إِذَا صَرَخَ بِالإِضَافَةِ إِلَى الْمُوَكَّلِ فِيهِ وَقُوَعِهِ عَنِ الْوَكِيلِ وَجْهَانِ.

قال الرافعي: لما تكلم فيما أراد من صور مخالفة الوكيل الموكل، وموافقته بين حكم البيع، والشراء إذا وقعا مخالفين لأمر الموكل.

(١) قال النووي: وإذا قال: اشتر في الذمة وسلمه فيه، فاشترى للموكل في الذمة، ونقد الوكيل الثمن من ماله، برىء الموكل من الثمن، ولا يرجع عليه الوكيل بشيء، لأنه متبرع بقضاء دينه، ويلزمه رد الألف المعينة إلى الموكل، صرح به الماوردي وغيره، وهو ظاهر ينظر الروضة ٥٥٣/٣.

أما البيع فإذا قال: بع هذا العبد، فباع عبداً آخر، فهو باطل؛ لأن المالك لم يَرْضَ بإزالة ملكه عنه.

وأما الشراء، فإن وقع بعين مال الموكل، فهو كالبيع، أو اشترى في الذمة، نظر إن لم يسم الموكل، فهو واقع عن الوكيل؛ لأن الخطاب صار معه، وإنما ينصرف إلى الموكل بشرط كونه مرافقاً لإذنه وإذا لم يوافق لغت النية، وكان كأجنبي يشتري لغيره في الذمة، وهذا كله جواب على الجديد في منع وقف العقود وإلغاء تصرف الفضولي أما على القديم، فسبيل الوكيل فيه سبيل الأجانب ويتوقف الشراء في الذمة على إجازته إن شاء وقع عنه، وإلا فعن الوكيل، وكذا القول في مخالفة الموكل في البيع، على ما ذكرنا في أول البيع وكذا الشراء بعين ماله والبيع ينعقدان موقوفين على ذلك القول، فيجوز أن يعلم قوله: «وقع عن الوكيل» وقوله: «بطل تصرفه» بالواو وكذلك القول، وإن سمي الموكل فوجهان:

أحدهما: أنه يبطل العقد رأساً؛ لأنه صرح بإضافته إلى الموكل، وامتنع إيقاعه عنه فيلغو.

وأظهرهما: أنه يقع عن الوكيل، وتلغو تسمية الموكل، وهذا لأن تسمية الموكل غير معتبرة في الشراء، فإذا سماه، ولم يمكن صرف العقد إليه، صار كأنه لم يسمه، هذا فيما إذا قال البائع: بعث منك، فقال المشتري: اشتريته لفلان، يعني موكله.

فأما إذا قال البائع: بعث من فلان - يعني موكله - وقال المشتري: اشتريته لفلان - يعني موكله - فظاهر المذهب بطلان العقد؛ لأنه لم تجر بينهما مخاطبة، يفارق النكاح، حيث يقع من الزوج، ووكيل الزوج على هذه الصيغة، بل لا يجوز إلا كذلك؛ لأن للبيع أحكاماً تتعلق بمجلس العقد، كالخيار وغيره، وتلك الأحكام إنما يمكن الاعتبار فيها بالمتعاقدين، والنكاح سفارة مخضبة.

## فرع:

من فتاوى الفقهاء: إن وكيل المتهم بالقبول يجب أن يسمى موكله، وإلا وقع عنه لجريان الخطاب معه، ولا ينصرف بالنية إلى الموكل؛ لأن الواهب قد يقصده بالتبرع بعينه. وما لكل أحد تسمع النفس بالتبرع عليه<sup>(١)</sup>، ويخالف الشراء؛ فإن القصد فيه حصول العوض، والله أعلم.

(١) قال النووي: قال في «البيان»: لو وكله أن يزوج بنته زيداً، فزوجه وكيل زيد لزيد، صح ولو وكله في بيع عبد لزيد، فباعه لو وكيل زيد، لم يصح والفرق أن النكاح لا يقبل نقل الملك، والبيع يقبله. ولهذا يقول وكيل النكاح: زوج موكلتي، ولا يقول: زوجني لموكلتي. وفي البيع يقول: بعني لموكلتي ولا يقول: بع موكلتي. ينظر الروضة ٣/ ٥٥٤.

قال الغزالي: الحُكْمُ الثَّانِي: لِلوَكَالَةِ الْعَهْدَةُ فِي حَقِّ الْوَكِيلِ، وَيَدُهُ يَدُ أَمَانَةٍ فِي حَقِّ الْمُوَكَّلِ حَتَّى لَا يَضْمَنَ سِوَاءَ كَانٍ وَكَيْلًا بِجُعْلِ أَوْ بغيرِ جُعْلِ، ثُمَّ إِنْ سَلَّمَ إِلَيْهِ الثَّمَنَ فَهُوَ مُطَالِبٌ بِهِ مَهْمَا وَكُلَّ بِالشَّرَاءِ، وَإِنْ لَمْ يَسَلِّمْ الثَّمَنَ وَأَنْكَرَ الْبَائِعُ كَوْنَهُ وَكَيْلًا طَالِبُهُ، وَإِنْ أَعْتَرَفَ بِوَكَالَتِهِ فَفِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهٍ، وَالظَّاهِرُ: أَنَّهُ يُطَالِبُهُ بِهِ دُونَ الْمُوَكَّلِ، وَفِي الثَّانِي: يُطَالِبُ الْمُوَكَّلَ دُونَهُ، وَفِي الثَّلَاثِ: يُطَالِبُهُمَا، ثُمَّ إِنْ طُولَبَ الْوَكِيلُ، فَالصَّحِيحُ رَجُوعُهُ عَلَى الْمُوَكَّلِ وَكَذَلِكَ لَوْ تَلَفَ الثَّمَنُ فِي يَدِهِ بَعْدَ أَنْ خَرَجَ مَا اشْتَرَاهُ مُسْتَحَقًّا، فَالْمُسْتَحَقُّ يُطَالِبُ الْبَائِعَ، وَفِي مُطَالِبَتِهِ الْوَكِيلَ وَالْمُوَكَّلَ هَذِهِ الْأَوْجُهُ، وَكَذَا الْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ إِذَا قَبِضَ الثَّمَنَ وَتَلَفَ فِي يَدِهِ فَخَرَجَ الْمُبِيعُ مُسْتَحَقًّا فَرَجَعَ الْمُشْتَرِي بِالثَّمَنِ عَلَى الْوَكِيلِ أَوْ عَلَى الْمُوَكَّلِ فَفِيهِ هَذَا الْخِلَافُ.

قال الرافعي: ترجم الحكم بالعهد، ولكنه قدم على الكلام من العهد أصلاً آخر، جعله من «الوسيط» حكماً برأسه، واشتمل الحكم على مقصودين:

أحدهما: أن يد الوكيل يد أمانة، فلو تلف المال من يده من غير تعدد منه، فلا ضمان عليه، سواء كان وكيلاً بجعل، أو بغير جعل، وإن تعدى فيه، كأن ركب الدابة أو ليس الثوب ضمن، وهل ينزل عن الوكالة؟ فيه وجهان:  
أحدهما: نعم؛ لأنها أمانة، فترتفع بالتعدي كالوديعة.

وأصحهما: لا، وبه قطع بعضهم؛ لأن الوكالة أمانة، وإذن في التصرف والأمانة حكم يترتب عليه، فلا يلزم من ارتفاع هذا الحكم بطلان أصل العقد، وهذا كما أن الرهن لها كان المقصود منه التوثيق، ومن حكمه الأمانة لا يلزم من ارتفاع حكم الأمانة فيه بطلان أصل الرهن، وتخالف الوديعة، فإنها ائتمان محض، فلا تبقى مع التعدي، فعلى هذا يصح تصرفه وإذا باع وسلم زال عنه الضمان، لأنه أخرج من يده بإذن المالك، وهل يزول الضمان بمجرد البيع فيه وجهان:

أحدهما نعم لزوال ملك الموكل بالبيع.

وأصحهما: لا؛ لأنه ربما يرتفع العقد بتلفه قبل قبض المشتري، فيكون التلف على ملك الموكل، والتمن الذي يقبضه لا يكون مضموناً عليه؛ لأنه لم يتعد فيه، ولو رد المشتري البيع عليه بعب عاد الضمان، ولو دفع إلى وكيله دراهم ليشتري بها طعاماً مثلاً، فتصرف فيها على أن تكون قرضاً عليه صار ضامناً، وليس له أن يشتري للموكل بدراهم نفسه ولا في الذمة، ولو فعل كان ما اشتراه له دون الموكل.

وقال أبو حنيفة - رحمه الله تعالى - يكون للموكل، ولو عادت الدراهم التي أنفقها

إلى يده، فأراد أن يشتري بها للموكل، فهو على الخلاف المذكور في أن الوكيل هل ينزل بالتعدي؟.

**الأصح:** أنه لا ينزل، ولا يكون ما اشتراه مضموناً عليه؛ لأنه لم يتعد فيه، ولو رد ما اشتراه بعينه، واسترد الثمن عاد مضموناً عليه، ومتى طالب الموكل برد ماله، فعليه أن يخلي بينه وبينه، فإن امتنع، صار ضامناً كالمودع المقصود.

**الثاني:** الكلام في العهدة، ونقدم عليه أصليين:

**أحدهما:** أن الوكيل بالشراء إذا اشترى لموكله ما وكله بشرائه، فالممْلِكُ يثبت للوكيل، ثم ينتقل إلى الموكل أم يثبت للموكل ابتداءً؟ فيه وجهان لابن سُرَيْج: **أحدهما:** وبه قال أبو حنيفة - رحمه الله تعالى - أنه يثبت للوكيل أولاً، ثم ينتقل إلى الموكل؛ لأن الخطاب جرى معه، وأحكام العقد تتعلق به.

**وأصحهما:** أنه يثبت للموكل ابتداءً، كما لو اشترى الأب للطفل يثبت الملك للطفل ابتداءً، ولأنه لو ثبت للوكيل لعتق عليه أبواه إذا اشتراه لموكله، ولا يعتق.

**الأصل الثاني:** أن أحكام العقد في البيع والشراء تتعلق بالوكيل، دون الموكل حيث يعتبر رؤية الوكيل دون الموكل، ويلزم بمفارقة الوكيل مجلس العقد، ولا يلزم بمفارقة الموكل، إن كان حاضراً، وتسليم رأس المال في السلم والتقايض، حيث يشترط التقايض يعتبران قبل مفارقة الوكيل، والفسخ بخيار المجلس، وخيار الرؤية إن أثبتناه ثبت للوكيل دون الموكل، حتى لو أراد الموكل الإجازة كان للوكيل أن يفسخ، كذا ذكره في «التتمة»، وفرق بينه وبين خيار العيب، حيث قلنا: لا رد للوكيل إذا رضي الموكل بما لا يكاد تسكن النفس إليه.

إذا تقرر ذلك، في الفصل مسائل:

**إحداها:** إذا اشترى الوكيل بثمن معين نظر إن كان في يده طالبه البائع به، وإلا فلا، وإذا اشترى في الذمة، فإن كان للموكل قد سلم إليه ما يصرفه إلى الثمن طالبه البائع، وإن لم يسلم، نظر إن انكر كونه وكيلاً، أو قال: لا أدري، هل هو وكيل طالبه به، وإن اعترف بوكالته فمن الذي يطالبه البائع بالثمن؟ فيه ثلاثة أوجه:

**أحدها:** أن المطالب الوكيل لا غير؛ لأن أحكام العقد تتعلق به والالتزام وجد منه.

**والثاني:** أن المطالب الموكل لا غير؛ لأن العقد له والوكيل سفير ومعبّر.

**والثالث:** أنه يطالب من شاء منهما نظراً إن المعينين، وهذا أظهر عند صاحب «التهذيب»، والإمام وغيرهما، وإن يرجح صاحب الكتاب الأول.

التفريع: إن قلنا بالأول، فهل للوكيل مطالبة الموكل قبل أن يغرّم؟ فيه وجهان، لأن بعضهم قال يثبت الثمن للبائع على الوكيل، وللوكيل مثله على الموكل بناء على أن الوكيل يثبت له الملك، ثم ينتقل إلى الموكل، فعلى هذا للوكيل مطالبة بما ثبت له، وإن لم يؤدّ ما عليه.

وقال آخرون: ينزل الوكيل منزلة المحال عليه، الذي لا دين عليه، فعلى هذا ففي رجوعه قبل الغرم وجهان كالمحال عليه والأصح المنع، وإذا غرم الوكيل للبائع، فقياس تنزيهه منزلة المحال عليه الذي لا دين عليه، خلاف المذكور هناك في أنه هل يشترط في الرجوع كون الأداء بالإذن وشرط الرجوع؟

وذكر في «النهاية» أن المذهب القطع بالرجوع وإلا لخرج المبيع عن أن يكون مملوكاً للموكل بالعوض، وفي ذلك تغيير لوضع العقد.

وإن قلنا بالوجه الثالث، فالوكيل كالضامن، والموكل كالمضمون عنه فيرجع الوكيل إذا غرم، والقول في اعتبار شرط الرجوع، وفي أنه هل يطالبه بتخليصه قبل الغرم، كما سبق في «الضمان».

وحكى الإمام أن ابن سُرَيْج فرع على الخلاف في المسألة، فقال: لو سلم دراهم إلى الوكيل ليصرفها إلى الثمن الملتزم في الذمة ففعل ثم ردها البائع عليه بعيب.

فإن قلنا بالوجه الثاني والثالث، فعلى الوكيل رد تلك الدراهم بأعيانها إلى الموكل، وليس له إمسакها وإبدالها.

وإن قلنا بالوجه الأول، فله ذلك؛ لأن ما دفعه إليه على هذا الوجه، كأنه أقرضه منه لتبرأ ذمته، فإذا عاد إليه، فهو ملكه، وللمستقرض إمسак ما استقرضه، ورد مثله فهو ملكه، ولك أن تقول: لا خلاف أن للوكيل أن يرجع على الموكل في الجملة، وإنما الكلام في أنه متى يرجع؟ وبأي شيء يرجع؟ وإذا كان كذلك، فيتجه أن يكون تسليم الدراهم دفعاً له، وبه التراجع لا إقراضاً.

المسألة الثانية: للوكيل بالبيع إذا قبض الثمن، إما بإذن صريح، أو بالإذن في البيع على رأي، وتلف المقبوض في يده، وخرج المبيع مستحقاً، والمشتري معترف بالوكالة، فحق رجوعه بالثمن يكون على الوكيل؛ لأنه الذي يتولى القبض، وحصل التلف في يده، أو على الموكل؛ لأن الوكيل سفير، ويده يده أو على من شاء منهما فيه الأوجه الثلاثة السابقة.

فإن قلنا: حق الرجوع على الموكل، فإذا غرم لم يرجع على الوكيل، وكذا إذا جعلناه على الوكيل، فغرم لا يرجع على الموكل قاله الإمام.

وإن قلنا: يرجع على مَنْ شاء منهما فثلاثة أوجه:

**أشهرها:** أنه إن غرم الموكل لم يرجع على الوكيل، وإن غرم الوكيل رجع على الموكل، لأن الموكل قد غر الوكيل، والمغرور يرجع على الغارّ دون العكس.

**والثاني:** أن واحداً منهما لا يرجع على الآخر، أما الموكل فلأنه غارم، وأما الوكيل فلحصول التلف في يده.

**الثالث:** أن الموكل يرجع على الوكيل، دون العكس لحصول التلف في يد الوكيل، والذي يعني به من هذه الأختلافات أن المشتري يغرم من شاء منهما، والقرار على الموكل، ولذلك اقتصرنا على هذا الجواب في عزل الراهن، وإن كان يطرد فيه الخلاف.

**الثالثة:** وهي مقدمة على الثانية في الكتاب: الوكيل بالشراء إذا قبض المبيع، وتلف في يده، ثم تبين أنه كان مستحقاً لغير البائع، فللمستحق مطالبة البائع بقيمة المبيع، أو مثله لأنه غاصب، ومن يده خرج المال، وفي مطالبة الوكيل، والموكل الأوجه الثلاثة.

قال الإمام رحمه الله تعالى: وألا قيس في المسألتين أنه لا رجوع له إلا على الوكيل لحصول التلف عنده، ولأنه إذا ظهر الاستحقاق بأن فساد العقد، وصار الوكيل قابضاً ملك الغير، بغير حق، ويجرى الخلاف في القرار في هذه الصورة أيضاً.

**الرابعة:** ولم يذكرها في الكتاب: الوكيل بالبيع إذا باع بثمن في الذمة، واستوفاه ودفعه إلى الموكل، فخرج مستحقاً أو معيباً، ورده فللموكل أن يطالب المشتري بالثمن، وله أن يغرم الوكيل، لأنه مسلماً للمبيع قبل أخذ عوضه، وفيما يغرمه وجهان.

**أحدهما:** قيمة العين؛ لأنه فوت عليه العين.

**والثاني:** لأن حقه انتقل من العين إلى الثمن بالبيع، فإن قلنا بالأول، فإذا أخذ منه القيمة طالب الوكيل المشتري بالثمن، فإذا أخذه دفعه إلى الموكل، واسترد القيمة والله أعلم.

**الخامسة:** دفع إليه دراهم ليشتري له بعينها عبداً، ففعل، وتلف في يده قبل التسليم انفسخ البيع، ولا شيء على الوكيل، وإن تلف قبل الشراء ارتفعت الوكالة، ولو قال: اشتر في الذمة، واصرفها إلى الثمن الملتزم، فتلف في يد الوكيل بعد الشراء لم ينفسخ العقد، لكنه ينقلب إلى الوكيل، ويلزمه الثمن، أو يبقى للموكل، وعليه أن يأتي بمثلها فيه وجهان:

قال القفال: ووجه ثالث يحتمل، وهو أن يعرض الحال على الموكل، فإن رغب

فيه، وأتى بمثل تلك الدراهم، فالشراء له، وإلاً وقع للوكيل، وعليه الثمن، ولو تلف قبل الشراء لم ينعزل، فإن اشترى للموكل فهل يقع له أم للوكيل؟

فيه الوجهان: (١)

وقوله في الكتاب: «فالصحيح رجوعه به على الموكل» ليس الوجه الآخر أنه لا يرجع أصلاً، وإنما الخلاف في أنه هل يشترط الرجوع بشرط الرجوع، وكون الأداء بالإذن كما تقدّم؟ وقوله: «لو تلف الثمن في يده بعد أن خرج ما اشتراه» الجمع بين اللفظين موحش، فالوجه أن تطرح لفظة «ما اشتراه».

### فرع

إذا اشترى الوكيل شراءً فاسداً وقبض وتلف المبيع، إما في يده، أو بعد تسليمه إلى الموكل فلمالك مطالبته بالضمان، ثم هو يرجع على الموكل، ولو أرسل رسولاً ليستقرض له فاستقرض، فهو وكيل كوكيل، وفي مطالبته المشتري ما في مطالبة وكيل المشتري بالثمن، والظاهر أنه يطالب، ثم إذا غرم رجع على الموكل.

قال الغزالي: الْحُكْمُ الثَّلَاثُ: لِلْوَكَّالَةِ الْجَوَازُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ فَيَنْعَزِلُ بِعَزْلِ الْمُوَكَّلِ إِثَاءَ فِي حَضْرَتِهِ، وَكَذَا فِي غَيْبَتِهِ (ح) قَبْلَ بُلُوغِ الْحَبْرِ فِي أَقْبَسِ الْقَوْلَيْنِ، كَمَا يَنْعَزِلُ بِبَيْعِ الْمُوَكَّلِ وَإِعْتَاقِهِ، وَيَنْعَزِلُ بِعَزْلِ نَفْسِهِ، وَبَرْدِهِ الْوَكَّالَةَ، وَجُحُودِهِ مَعَ الْعِلْمِ رَدِّ لَهَا، وَمَعَ الْجَهْلِ أَوْ لِعَرَضٍ فِي الْإِخْفَاءِ لَيْسَ بِرَدِّ، وَيَنْعَزِلُ بِخُرُوجِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَنِ أَهْلِيَّةِ التَّصَرُّفِ كَالْمَوْتِ وَالْجُنُونِ، وَكَذَا الْإِهْمَاءَ عَلَى الْأَظْهَرِ، وَفِي أَنْعَزَالِ الْعَبْدِ بِالْعَتَقِ وَالْكَتَابَةِ وَالْبَيْعِ خِلَافًا، لِيُخْرُجَهُ عَنِ أَهْلِيَّةِ الْأَسْتِخْدَامِ، وَالْأَمْرُ فِي حَقِّهِ مَنزَّلٌ عَلَى الْخِدْمَةِ.

قال الرافعي: الوكالة جائزة من جانب الموكل والوكيل جميعاً؛ لأنها إذن وإنابة، وقد يبدو للموكل في الأمر الذي أناب فيه، أو في نيابة ذلك الشخص، وقد لا يتفرغ له الوكيل، فالإلزام يصير بهما جميعاً، ولا ارتفاعهما أسباب.

فمنها: أن يعزله الموكل في حضرته، إما بلفظ العزل، أو بأن يقول: رفعت الوكالة أو فسختها وأبطلتها، أو أخرجته عنها فينعزل سواء ابتداءً بالتوكيل، أو وكل بمسألة الخصم، كما إذا سألت المرأة زوجها أن يوكل بالطلاق، أو الخلع، أو المرتهن

(١) قال النووي: هكذا ذكره صاحب «التهذيب»: وقطع في «الحاوي» بأنه إذا قال: اشترى في الذمة أو بعنيها، فتلفت انفسخت الوكالة، وانعزل فإذا اشترى بعده وقع للوكيل قطعاً. ينظر الروضة ٣/

الراهن أن يوكل ببيع الرهن، أو الخصم الخصم أن يوكل في الخصومة، ففعل المسؤول التوكيل.

وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: إذا كان التوكيل بمسألة الخصم لم ينعزل، وإن عزله في غيبته، ففي انعزاله قبل بلوغ الخبر إليه قولان:

أحدهما: وبه قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: أنه لا ينعزل، كما أن القاضي لا ينعزل مالم يبلغه الخبر، وحكم الفسخ لا يلزم المكلفين قبل بلوغ الخبر، ولأن تنفيذ العزل قبل بلوغ الخبر إليه يسقط الثقة بتصرفه.

وأصحهما: الإنعزال؛ لأنه رفع عقد لا يحتاج فيه إلى الرضا، فلا يحتاج إلى العلم كالطلاق، ولأنه لو جن الموكل إنعزل الوكيل، وإن لم يبلغه الخبر، وكذا لو وكله ببيع عبد، أو إعتاقه، ثم باعه الموكل، أو أعتقه نفذ تصرفه، وانعزل الوكيل، وإن لم يشعر بالحال ضمناً لنفوذ تصرفه وإذا لم يعتبر بلوغ الخبر في العزل الضمني، ففي صريح العزل أولى.

وأما انعزال القاضي، فمنهم من طرد الخلاف فيه، وعلى التسليم، وهو الظاهر، فالفرق تعلق المصالح الكلية بعمله.

وأما الفسخ، فلا فرق بينه وبين ما نحن فيه؛ لأن حكم الفسخ، إما إيجاب امتثال الأمر الثاني، وإما إخراج الأول عن الاعتداد به، فيما يرجع إلى الإيجاب والإلزام، ولا يثبت قبل العلم لاستحالة التكليف بغير المعلوم، وهذا النوع لا يثبت في الوكالة أصلاً ورأساً؛ لأن أمر الموكل غير واجب الامتثال.

وأما النوع الثاني، فهو ثابت هناك أيضاً قبل العلم حتى يلزمه القضاء، ولا تبرأ ذمته بالأول. وعن أحمد روايتان كالتولين. وعن أصحاب مالك اختلاف في المسألة.

فإن قلنا: لا ينعزل قبل بلوغ الخبر إليه، فالمعتبر أخبار مَنْ تُقْبَلُ روايته، دون الصبي والفاسق. وإذا قلنا بالانعزال أن يشهد الموكل على العزل؛ لأن قوله بعد تصرف الوكيل: كنت قد عزلته غير مقبول.

ومنها: إذا قال الوكيل: عزلت نفسي أو أخرجتها عن الوكالة أو رددت الوكالة انعزل.

وقال بعض المتأخرين: إن كانت صيغة التوكيل «بيع» أو «أعتق» ونحوهما من صيغ الأمر لم ينعزل برد الوكالة، وعزله نفسه؛ لأن ذلك إذن وإباحة، فأشبه ما إذا أباح الطعام لغيره لا يرتد برد المباح له.

وقد أورد الإمام - رحمه الله تعالى - هذا الكلام على سبيل الاحتمال، ولا يشترط



في انعزال الوكيل بعزله نفسه حضور الموكل، خلافاً لأبي حنيفة.

ومنها: ينعزل الوكيل بخروجه، أو خروج الموكل عن أهلية تملك التصرفات بالموت، أو بالجنون، وفي الجنون الذي يطرأ أو يزول عن قرب حكاية تردد عن صاحب «التقريب»، وضبط الإمام موضع التردد، بالأى يكون امتداده، بحيث تعطل المهمات ويحوج إلى نصب قوام، فليتحق حينئذ بالإغماء، وفي الإغماء وجهان: أظهرهما: وبه قال في الكتاب: أنه كالجنون في اقتضاء الانعزال.

والثاني: وهو الأظهر عند الإمام - رحمه الله تعالى - وبه قال في «الوسيط»: أنه لا يقتضي الانعزال، واحتج له بأن المغمى عليه لا يلتحق بمن تولى عليه، والمعتبر في الانعزال التحاق الوكيل، أو الموكل بمن يولى عليه، وفي معنى الجنون الحجر بالسفه، أو الفلاس في كل تصرف لا ينفذ من السفه والمفلس، وكذا لو طرأ الرُقُّ بأن وكَّل حريباً فاسترق.

ومنها: خروج محل التصرف عن ملك الموكل<sup>(١)</sup>، كما إذا باع العبد الذي وكله ببيعه، وقد مر ذلك وإن وكَّله ببيع شيء آخر، ثم أجره.

قال في «التتمة»: ينعزل الوكيل، لأن الإجارة إن منعت البيع لم يبق مالكاً للتصرف، وإن لم تمنعه، فهو علامة الندم؛ لأن من يريد البيع لا يؤاجر لقلّة الرغبات بسبب الإجارة، وكذا تزويج الجارية، وفي طحن الحنطة الموكل ببيعها وجهان:

وجه اقتضائه الانعزال بطلان اسم الحنطة وإشعاره بالإمسك، والعرض على البيع، وتوكيل وكيل آخر لا يقتضي الانعزال.

ومنها: لو وكل السيد عبده ببيع أو تصرف آخر، ثم أعتقه أو باعه، ففي انعزاله وجهان عن ابن سُرَيْج مبنيان على أنه توكيل محقق، أو استخدام وأمر:

إن قلنا بالأول ففي الإذن بحاله؛ لأنه صار أكمل حالاً مما كان.

وإن قلنا بالثاني ارتفع الإذن لزوال الملك، وعلى الثاني فلو قال العبد عزلت نفسي، فهو لغو.

وفصل بعضهم، وقال: إن كانت الصيغة: وكلتك بكذا، بقي الإذن وإن أمره به ارتفع الإذن بالعتق، والبيع، وإن حكمنا ببقاء الإذن في صورة البيع، فعليه استئذان المشتري؛ لأن منافعه صارت مستحقة له، والكتابة كالبيع والإعتاق في جريان الوجهين،

(١) يستثنى منه الوكيل في رمي الجمار، فإنه لا ينعزل بإغماء الموكل كما هو مذكور في الحج. ينظر الروضة ٥٥٩/٣.

ولو وكل عبد غيره بإذن المالك للعبد، فباعه مالكة، ففي ارتفاع الوكالة وجهان أيضاً.  
وجه الارتفاع بطلان إذنه ملكه، وعلى الثاني يلزمه استئذان المشتري، ولو لم يستأذن في الصورتين بعد تصرفه لدوام الإذن، نفذ وإن ترك واجباً.  
قال الإمام رحمه الله تعالى: وفيه احتمال<sup>(١)</sup>.

بقي علينا مما في متن الكتاب مسألة غفلنا عنها إلى الآن، وهي أن الوكيل لو جحد الوكالة، وأنكرها هل يكون ذلك رداً للوكالة؟ روى في «الوسيط» فيها أوجهاً:  
أصحها، وهو المذكور في الكتاب: أنه إن كان لنسيان، أو غرض في الإخفاء لم يكن رداً وإن تعمد ولا غرض من الإخفاء فهو رد، ولم أعر على المسألة في «النهاية»، ولكنه أورد قريباً من هذه الأوجه في إنكار الموكل التوكيل هل يكون عزلاً أولاً<sup>(٢)</sup>.

اعلم أن قولنا: إن الجواز من أحكام الوكالة يراد به الوكالة الخالية عن الجُعل، فأما إذا شرط فيها جُعلًا معلوماً، واجتمع شرائط الإجارة، وعقد العقد بصيغة الإجارة، فهو لازم، وإن عقد بصيغة الوكالة، فيمكن تخريجه على أن الاعتبار بصيغ العقود أو بمعانيها، هذا شرح مسائل الكتاب، وبختمه بصور نوردها على الاختصار: لو وكل رجلاً بالبيع، فباع ورد عليه المبيع بعيب، أو أمره بشرط الخيار، فشرط ففسخ البيع لم يكن له يبعه ثانياً، خلافاً لأبي حنيفة رحمة الله تعالى، ولو قال: بع نصيبي من كذا، أو أقسم مع شركائي، أو خذ بالشفعة، فأنكر الخضم ملكه، هل له الإثبات؟ يخرج على الوجهين في أن الوكيل بالاستيفاء، هل يثبت؟

ولو قال: بع واشترط الخيار، فباع مطلقاً لم يصح، ولو أمره بالبيع، وأطلق لم يكن للوكيل شرط الخيار للمشتري، وكذا ليس للوكيل بالشراء شرط الخيار للبائع، وفي شرطهما الخيار لنفسهما، أو للموكل وجهان<sup>(٣)</sup>، فإن إطلاق العقد يقتضي عقداً بلا

(١) قال النووي: لم يصحح الرافعي شيئاً من الخلاف في انعزاله، ولم يصححه الجمهور. وقد صحح صاحب «الحاوي» والجرجاني في المعاينة انعزاله. وقطع به الجرجاني في كتابه «التحرير». وأما عبد غيره، فطرد الرافعي فيه الوجهين متابعة لصاحب «التهذيب». ولكن المذهب، والذي جزم به الأكثرون: القطع ببقائه. قال صاحب «البيان»: والخلاف في عبد غيره، هو فيما إذا أمر السيد ليتوكل لغيره. فأما إن قال: إن سئت فتوكل فلان، وإلا، فلا تتوكل، ثم اعتقه أو باعه، فلا يتعزل قطعاً كالأجنبي. ينظر الروضة الطالبيين ٥٥٩/٣.

(٢) ومن فروع هذه لو وكل رجلين، فعزل أحدهما لأبيعه فوجهان في «الحاوي» و«المستظهر»: أصحهما: لا ينفذ تصرف واحد منهما حتى يميز للشك في أهليته والثاني: لكل التصرف؛ لأن الأصل بقاء تصرفه. الروضة ٥٦٠/٣.

(٣) أصحهما الجواز وبه قطع في «التتمة».

شرط، ولو أمره بشراء عبد، أو بيع عبد لم يكن له أن يعقد على بعضه لضرار التبعض، ولو فرضت فيه غبطة، كما إذا أمره بشراء عبد بألف فاشتري نصفه بأربعمائة، ثم نصفه الآخر بأربعمائة، وكذلك، ولا ينقلب الكل إليه بعد انصراف العقد عنه، وفيه وجه ضعيف، ولو قال؛ اشتراه بهذا الثوب، فاشتراه بنصف الثوب صح؛ لأنه إذا رضي بزوال كل الثوب في مقابلته، فهو بزوال بعضه أشد رضا، ولو قال: بع هؤلاء العبيد، واشتر لي خمسة أعبيد، ووصفهم، فله الجمع والتفريق، إذ لا ضرر ولو قال: اشتريهم صفقة واحدة لم يفرق، ولو فرق لم يصح للموكل، ولو اشتري خمسة من مالكيين لأحدهما ثلاثة، وللآخر اثنان دفعة واحدة، وصححنا مثل هذا العقد، ففي وقوع شرائهم عن الموكل وجهان:

أحدهما: وبه قال ابن سُرَيْج يقع حملاً لكلامه على الأمر بتملكهم دفعة واحدة

واظهرهما: المنع؛ لأن إذا تعدد البائع لم تكن الصفقة واحدة.

ولو قال؛ بع هؤلاء إلا عبْد الثلاثة بألف لم يبيع واحداً منهم بما دون الألف لجواز ألا يشتري الباقيان بالباقي من الألف، ولو باعه بألف صح، ثم هل يبيع الآخرين فيه وجهان:

أصحهما: نعم، ولو قال: بع من عبيدي من شئت أبقى بعضهم، ولو واحداً.

ولو وكله باستيفاء دينه على زيد، فمات زيد نظر إن قال: وكلتك في طلب حقي من زيد لم يطالب الورثة، وإن قال: بطلب حقي الذي على زيد طالبهم<sup>(١)</sup>.

ولو أمره بالبيع نسيئة، فباع لم يلزمه التقاضي بعد حلول الأجل، ولكن عليه بيان المعامل حتى لا يكون مضيعاً لحقه، وكذلك لو قال: ادفع هذا الذهب إلى صائغ فقال: دفعته، فطالبه الأمر ببيانه.

قال القَفَّال: عليه البيان، ولو امتنع كان متعدياً<sup>(٢)</sup> حتى إذا بينه من بعد، وكان قد تلف في يد الصائغ يلزمه الضمان.

قال القَفَّال: والأصحاب كانوا يقولون: لا يلزمه البيان<sup>(٣)</sup>.

ولو قال لغيره: بع عبدك من فلان بألف، وأنا أدفعه إليك، فباعه منه.

(١) ولو لم يمت جاز له القبض من وكيله قطعاً كيف كان قاله في «الشامل» وغيره ينظر الروضة ٥٦١/٣.

(٢) في ب: صار.

(٣) هذا المنقول عند الأصحاب ضعيف أو خطأ. الروضة ٥٦١/٣.

قال ابن سُرَيْج: يستحق البائع الألف على الأمر، دون المشتري، فإذا غرم الأمر رجع على المشتري<sup>(١)</sup>،

ولو قال لغيره: اشتر عبد فلان لي بثوبك هذا، أو بدراهمك، ففعل حصل الملك للأمر، ويرجع المأمور عليه بالقيمة، أو المثل.

وفيه وجه: أنه إذا لم يجز شرط الرجوع لا يرجع، ومتى قبض وكيل المشتري المبيع، وغرم الثمن من ماله لم يكن له حبس المبيع ليغرم الموكل له.

وفيه وجه: أن له الحبس، ويه قال أبو حنيفة - رحمه الله تعالى - بناء على أن الملك يحصل للوكيل، ثم ينتقل إلى الموكل، ولو وكله باستيفاء دينه من زيد، فقال زيد للوكيل: خذ هذه العشرة، وأقض بها ديني عن فلان، يعني موكله، فأخذها صار وكيل زيد في قضاء دينه حتى يجوز لزيد استردادها ما دامت في يد الوكيل، ولو تلف عنده بقي الدين بحاله.

ولو قال زيد: خذها عن الدين الذي تطالبني به لفلان، فأخذها كان قبضاً للموكل، وبرت ذمة زيد، وليس له الاسترداد، ولو قال: خذها قضاء عن دين فلان، فهذا محتمل للوجهين جميعاً.

(١) قال النووي: هذا كله مشكل مخالف للقواعد من وجهين، وهما لزوم الألف للأمر، ورجوعه بها بغير إذن المشتري. ومن قضى دين غيره بلا إذن، لا يرجع قطعاً كما سبق في الضمان. وقد قال أصحابنا: لو قال: بع عبدك لفلان بألف عليّ، لم يصح التزامه. فالصواب: أنه لا يلزم الأمر شيء، لأنه ضمان ما لم يجب، ولا جرى سبب وجوبه. ثم رأيت صاحب «الحاوي» - رحمه الله -، أوضح المسألة فقال: لو قال لرجل: بع عبدك هذا على زيد بألف درهم، وهي عليّ دونه، فله حالان:

أحدهما: أن يكون هذا الأمر هو المتولي للعقد، فيصح ويكون مشترياً لغيره بضمن في ذمته، فيعتبر حال زيد المشتري له. فإن كان مولياً عليه، أو أذن فيه، كان الشراء له، والثمن على العاقد الضامن. وإن كان غير مولى عليه، ولا أذن، كان المشتري للعاقد، يعني على الأصح فيما لو قال: اشتره لزيد، وليس وكلاً له. وعلى وجه: يبعه باطل.

الحال الثاني: أن يكون زيد هو العاقد، فوجهان:

أحدهما: يصح ويكون العبد لزيد بلا ثمن، والثمن على الضامن الأمر، قاله ابن سريج. والثاني: قال: وهو الصحيح -: أن البيع باطل، لأن عقد البيع ما أوجب تملك المبيع عوضاً على المالك، وهذا مفقود هنا، فيبطل. فعلى هذا، لو قال: بع عبدك على زيد بألف درهم، وخمسائة عليّ، ففعل، فعند ابن سريج: العقد صحيح، وعلى المشتري ألف، وعلى الأمر خمسمائة، وعلى الصحيح: العقد باطل، هذا كلام صاحب «الحاوي» وهو واضح حسن. وعجب من الإمام الرافعي، اقتصره على ما حكاه عن ابن سريج، وإهماله بيان المذهب الصحيح. ثم حكايته عن ابن سريج، مخالفة في الرجوع ما ذكرنا. ينظر الروضة ٥٦٢/٣.

ولو تنازع الموكل وزيد، فالقول قول زيد مع يمينه<sup>(١)</sup>.

ولو دفع عشرة إلى رجل، وقال: تصدق بها على الفقراء، فتصدق بها، ونوى نفسه لغت نيته، وكانت الصدقة للأمر.

ولو وكل عبداً ليشتري له نفسه، أو مولى آخر من سيده.

ففي وجه: لا يجوز؛ لأن يده يد السيد، فأشبهه مالو وكل إنساناً ليشتري له من نفسه والأظهر الجواز، كما يجوز توكيله في الشراء من غير سيده، وعلى هذا فعن صاحب «التقريب» أنه يجب أن يصرح بذكر الموكل، فيقول: اشتريت نفسي منك لموكلي فلان، وإلا فقله: اشتريت نفسي - صريح في اقتضاء العتق لا يندفع بمجرد النية. ولو قال العبد لرجل: اشتر لي نفسي من سيدي، ففعل.

قال صاحب «التقريب»: يجوز، ويشترط التصريح بالإضافة إلى العبد، فلو أطلق وقع الشراء للوكيل؛ إذ البائع لا يرضى بعقد يتضمن الإعتاق قبل توفير الثمن.

ولو قال لغيره: أسلم لي في كذا وأد رأس المال من مالك، ثم ارجع عليّ.

قال ابن سُرَيْج: يصح، ويكون رأس المال قرضاً على الأمر، وقيل: لا يصح؛ لأن الإقراض لا يتم إلاً بالإقباض ولم يوجد من المستقرض قبض<sup>(٢)</sup>.

وإذا أبرأ وكيل المسلم المسلم إليه لم يلزم إبرأؤه الموكل، لكن المسلم إليه لو قال: لا أعرفك وكيلاً، وإنما التزمت لك شيئاً فأبرأتني عنه نفذ في الظاهر، وتعطل بفعله حق المسلم، وفي وجوب الضمان عليه قولاً الغرم بالحيلولة.

والأظهر: وجوبه، لكن لا يغرم مثل المسلم فيه، ولا قيمته كيلاً يكون اعتياضاً عن المسلم، وإنما يغرم له رأس المال وحكاه الإمام عن العراقيين، وشهد له الحسن، ورأيت في «تعليق الشيخ أبي حامد» أنه يغرم للموكل مثل المسلم فيه،

ولو قال: اشتر لي طعاماً بكذا، نص الشافعي - رضي الله عنه - أن يحمل على الحنطة اعتباراً بعرفهم.

قال القاضي الروياني: وعلى هذا لو كان «طبوستان» لم يجز التوكيل؛ لأنه لا عرف فيه لهذا اللفظ عندهم، فيكون التوكيل في مجهول.

(١) قال النووي: المختار في هذه الصورة، أنه عند الإطلاق إقباض بوكالة عمرو. ينظر الروضة ٥٦٣/٣.

(٢) قال النووي: الأصح عند الشيخ أبي حامد وصاحب «العدة»: أنه لا يصح.

قال الشيخ أبو حامد: هذا الذي قاله أبو العباس سهو منه. قال: وقد نص الشافعي - رضي الله عنه - في كتاب الصرف، أن ذلك لا يجوز. ينظر الروضة ٥٦٣/٣، ٥٦٤.

ولو قال: وكلتك بإبراء غرمائي لم يملك الوكيل إبراء نفسه، فإن كان قد قال: وإن شئت تبريء نفسك، فافعل، فعلى الخلاف السابق في أنه هل يجوز توكيل المديون بإبراء نفسه؟

ولو قال: فزق ثلثي مالي على الفقراء، وإن شئت أن تضعه في نفسك، فافعل فعلى الخلاف فيما إذا أذن للوكيل في البيع من نفسه<sup>(١)</sup> والله اعلم.

## الباب الثالث في النزاع

قال الغزالي: وهو في ثلاثة مواضع: (الأول) في أصل الإذن وصفته وقدره، والقول فيه قول المؤكل، فإذا اشترى جارية بعشرين فقال: ما أذنت إلا في الشراء بعشرة وحلف، فإن كان اشتراه بعين مال المؤكل وصدقه البائع في أنه وكيل فالبائع باطل وعزم الوكيل العشرين، وإن اشتراه في الذمة وأعترف البائع بالوكالة فباطل، وإن أنكّر البائع الوكالة لم يقبل، فإن أنكّر الوكالة وبقيت الجارية في يد الوكيل فليتلطف الحاكم بالمؤكل حتى يقول للوكيل: بعثك بعشرين، فإن قال: إن كنت أذنت لك فقد بعثك بعشرين صح على النص، فإن امتنع والوكيل صادق في الباطن فالصحيح أنها لا تجل له ولا يملكها، ولكن له بيعها وأخذ العشرين من ثمنها لأنه ظفر بغير جنس حقه، ومن له الحق لا يدعي عين المال فيقطع بجواز أخذه.

قال الرافعي: الاختلاف في الوكالة:

(١) قال النووي: ومن مسائل الباب فروع.

أحدها: قال في «الحاوي»: لو شهد لزيد شاهدان عند الحاكم أن عمراً وكله، فإن وقع في نفس زيد صدقهما، جاز العمل بالوكالة. ولو رد الحاكم شهادتهما، لم يمنعه ذلك من العمل بها، لأن قبولها عند زيد خبر، وعند الحاكم شهادة. وإن لم يصدقهما، لم يجز له العمل بها، ولا يعني قبول الحاكم شهادتهما عن تصديقه.

الثاني: قال في «الحاوي»: إذا سأل الوكيل موكله أن يشهد على نفسه بتوكيله، فإن كانت الوكالة فيما لو جده الموكل ضمنه الوكيل، كالبيع، والشراء، وقبض المال، وقضاء الدين، لزمه. وإن كانت فيما لا يضمنه الوكيل، كإثبات الحق بطلب الشفعة ومقاسمه الشريك، لم يلزمه.

الثالث: قال في «البيان»: لو قال: اشتر لي جارية أطوها، ووصفها، وبيّن ثمنها، فاشترى من تحرم عليه، أو أخت من يطوها، لم يلزم الموكل، لأنه غير المأذون فيه.

الرابع: وكله أن يتزوج امرأة، ففي اشتراط تعيينها وجهان في «البيان» وغيره، الأصح أو الصحيح: الاشتراط. ينظر الروضة ٣/ ٥٦٤، ٥٦٥.

منها: أصل العقد، فإذا قال: وكلتني في كذا، فأنكر، فالقول قوله مع يمينه؛ لأن الأصل عدم الإذن، ولو توافقا على أصل العقد، واختلفا في بعض الكيفيات، أو المقادير، كما إذا قال: وكلتني ببيع كله، أو ببيعه نسيته، أو بشرائه بعشرين وقال الموكل: لا بل، ببيع بعضه، أو ببيعه نقداً أو بشرائه بعشرة، فالقول قول الموكل أيضاً؛ لأن الأصل عدم الإذن فيما يدعيه الوكيل، والموكل أعرف بحال الإذن الصادر منه، ولأنه لما كان القول في أصل العقد قوله، وجب أن يكون في الصفة والمقدار كذلك، كما أن الزوجين إذا اختلفا في عدد الطلاق كان القول فيه قول الزوج؛ لأنهما لو اختلفا في أصله كان القول فيه قوله، وفرقوا بينه وبين ما إذا قطع الخياط ثوب غيره قباء وقال: كذلك أمرتني، وقال المالك: بل أمرتك أن تقطعه قميصاً، حيث كان القول قول الخياط على قول، مع أنهما لو اختلفا في أصل الإذن كان القول قول المالك، بأن المالك هناك يريد إلزام الخياط الأرش، والأصل عدمه وهاهنا الموكل لا يلزم الوكيل غرامة، وإن لزمه الثمن، وإنما يلزمه بحكم إطلاق البيع على ما سيأتي.

إذا تقرر ذلك، فلو وكله بشراء جارية، فاشتراها الوكيل بعشرين، وزعم أن الموكل أذن فيه، وقال الموكل: ما أذنت إلا في الشراء بعشرة، وحلفناه فحلف، فينظر في الشراء أكان بعين مال الموكل أم في الذمة؟ إن كان بعين مال الموكل، فإن ذكر في العقد أن المال لفلان والشراء له، فهو باطل؛ لأن المال في يده لم يتعلق به حق الغير قبل الشراء، فيقبل إقراره فيه، وحينئذ يكون العقد واقعاً بمال الغير وقد ثبت بيمين من له المال أنه لم يأذن في الشراء الذي باشره الوكيل، فيلغو، فإن لم يذكره في العقد وقال بعد الشراء: إني اشتريت له، فإن صدقه البائع، فالعقد باطل أيضاً، وإذا أبطل الشراء كانت الجارية باقية على ملك البائع، وعليه رد ما أخذه، وإن كذبه البائع، وقال: إنما اشتريت لنفسك، والمال لك حلف على نفي العلم بالوكالة، وحكم بصحة الشراء للوكيل في الظاهر، وسلم الثمن المعين إلى البائع، وغرم الوكيل مثله للموكل.

وإن كان الشراء في الذمة، نظر إن لم يسم الموكل، ولكن نواه كانت الجارية للوكيل، والشراء له ظاهراً، وإن سماه، فإن صدقه البائع بطل الشراء، لاتفاقهما على كونه للغير، وثبوت كونه بغير إذنه بيمينه وإن كذبه البائع، وقال: أنت مبطل في تسميته، فيلزم الشراء الوكيل، ويكون كما لو اقتصر على النية، أو يبطل الشراء من أصله؟ فيه وجهان، سبق ذكرهما في أخوات هذه الصورة:

والأظهر: وبه قال أبو إسحاق: صحته ووقوعه للوكيل ظاهراً، وحيث صححنا الشراء، وجعلنا الجارية للوكيل، وزعمه أنها للموكل قال المُرزِيّ عن الشافعي - رضي الله عنه - : يستحب في مثل هذا أن يرفق الحاكم بالموكل فيقول له: إن كنت أمرته أن

يشتريها بعشرين، فقل: بعته إياها بعشرين، ويقول الآخر: قد قبلت، فيحل له الفرج.  
 قال الأئمة: إن أطلق الموكل، وقال: بعتكها بعشرين، وقال الوكيل: اشتريت  
 صارت الجارية له ظاهراً وباطناً وإن علق، كما ذكره المزني ففيه وجهان:  
 أحدهما لا يصح البيع للتعليق، والتعليق مما حكاها المُرْزِيُّ من كلام الحاكم لا من  
 الموكل.

وأصحهما: الصحة؛ لأنه لا يتمكن من البيع إلا بهذا الشرط، فلا يضر التعرض  
 له، كما لو قال: هذا زكاة مالي الغائب، إن كان سالماً يجزئه؛ لأنه إنما يقع زكاة عن  
 الغائب بهذا الشرط، وسواء أطلق البيع، أو علق فلا يجعل ذلك إقراراً بما قاله الوكيل،  
 وتكذيباً لنفسه، وإن امتنع الموكل من الإجابة، أو لم يرفق الحاكم به، نظر إن كان  
 الوكيل كاذباً لم يحل له وطؤها، ولا التصرف فيها بالبيع وغيره، وإن كان الشراء بعين  
 مال الموكل، لأن الجارية حينئذ تكون للبائع، وإن كان الشراء في الذمة ثبت الحل  
 لوقوع الشراء عن الوكيل ضرورة كونه مخالفاً للموكل.

وذكره في «التتمة» أنه إذا كان كاذباً والشراء بمال الموكل، فللوكيل بيعها، إما  
 بنفسه، أو بالحاكم؛ لأن البائع حينئذ يكون أخذ مال الموكل لا عن استحقاق، وقد غرم  
 الوكيل للموكل، فله أن يقول للبائع: رد مال الموكل، أو أغرمه إن كان تالفاً، لكنه قد  
 تعذر ذلك بسبب اليمين، فله أخذ حقه من الجارية التي هي ماله، ولو كان الوكيل  
 صادقاً، ففيه أوجه:

أحدها: ويحكى عن الإِضْطْحَرِيَّ أنها تكون للوكيل ظاهراً وباطناً حتى يحل له  
 الوطاء، وكل تصرف، وبه قال أبو حنيفة رحمه الله بناء على أن الملك يثبت للوكيل، ثم  
 ينتقل إلى الموكل، فإذا تعذر نقله منه بقي على ملكه.

ومنهم من خص هذا الوجه بما إذا كان الشراء في الذمة، ولم يطرده في الحالين،  
 وإليه مال الإمام رحمه الله تعالى.

وثانيها: أنه إن ترك الوكيل مخاصمة الموكل، فالجارية له ظاهراً وباطناً، وكأنه  
 كذب نفسه، وإلا فلا.

وثالثها، وهو الأصح: أنه لا يملكها باطناً بل هي للموكل، وللوكيل الثمن عليه،  
 فهو كمن له على رجل دين لم يؤده فظفر بغير جنس حقه من ماله، فيجيء الخلاف أنه  
 هل له يبعه وأخذ الحق من ثمنه؟.

والأصح: أن له ذلك، ثم يباشر البيع بنفسه، أو يرفع الأمر إلى القاضي حتى  
 يبيعه؟ فيه وجهان:



**الأصح:** هاهنا أن له بيعها بنفسه؛ لأن القاضي لا يجيبه إلى البيع. ولأن المظفور بما له في سائر الصور يدعي المال لنفسه، وتسلبت غيره عليه قد يستبعد وهاهنا الموكل لا يدعي المال لنفسه.

وإذا قلنا: إنه ليس له أن يأخذ الحق من ثمنها، فتوقف في يده حتى يظهر مالكةا، أو يأخذها القاضي، ويحفظها فيه وجهان نذكرها في نظائره. ولو اشترى جارية، فقال له الموكل: ما وكلتك بشرائها، وإنما وكلتك بشراء غيرها، وحلف عليه بقيت الجارية المشتراة في يد الموكل، ويتلطف كما مر.

قوله في أول الباب: «القول فيه قول الموكل» إطلاق لفظ الموكل على المشتري في صورتين بالخلاف في صفة الإذن، أو قدره قويم حسن، لكنه في صورة الاختلاف في أصل الإذن غير مستحق، وكيف نحن نصدقه بأنه غير موكل.

قوله: «صح على النص» المراد منه ما حكيناه من كلام المُرَبِّي وهو ظاهر في تصحيح البيع أبي عن قبول التأويل المذكور.

وقوله: «ولكن له بيعها وأخذ العشرين من ثمنها معلّم - بالواو - لما مر.

وقوله: «لا يملكها بالحاء». وقوله: «لأنه ظفر بغير جنس حقه» - إشارة إلى ما ذكرنا من أن الظافر هاهنا أولى بالتمكن.

## فرع

لو باع الوكيل بالبيع نسيئة، وقال: كنت مأذوناً فيه، وقال الموكل: ما أذنت لك إلا في بيعه نقداً، فالقول قول الموكل كما مر، ثم لا يخلو إما أن ينكر المشتري الوكالة، أو يعترف بها.

**الحالة الأولى:** أن ينكر الوكالة، أو يقول: إنما عرفت البائع مالكةا، فالموكل يحتاج إلى البينة، فإن لم تكن بينة، فالقول قول المشتري على نفي العلم بالوكالة، فإن حلف قرر المبيع في يده، وإلا ردت على الموكل؛ فإن حلف حكم ببطان البيع، وإلا فهو كما لو حلف المشتري، ونكل الموكل عن يمين الرد في خصومة المشتري لا يمنعه من الحلف على التوكيل، فإذا حلف عليه، فله أن يغرّم الوكيل قيمة المبيع، أو مثله إن كان مثلياً، والوكيل لا يطالب المشتري بشيء حتى يحل الأجل، مؤاخذاً له بموجب تصرفه، فإذا حل نظر إن رجع عن قوله الأول، فصدقه الموكل، فلا يأخذ من المشتري إلا أقل الأمرين من الثمن، أو القيمة؛ لأنه إن كان الثمن أقل، فهو موجب عقده وتصرفه، فلا يقبل رجوعه فيما يلزم زيادة على الغير، وإن كانت القيمة أقل، فهو الذي غرمها، فلا يرجع إلا بما غرم؛ لأنه قد اعترف آخرأ بفساد العقد، فإذا لم يرجع وأصر

على قوله الأول، فيطالبه بالثمن بتمامه، وإن كان مثل القيمة، أو أقل، فذلك وإن كان أكثر، فالزيادة في يده للموكل ينكرها، فيحفظها، أو يلزم دفعها إلى القاضي فيه خلاف مذكور في موضعه، وسأل الإمام نفسه هاهنا، وقال: إذا أنكر الموكل التوكطيل بالبيع نسيئةً كان ذلك عزلاً للوكيل على رأى، فكيف يملك التوكيل بعد استيفاء الثمن؟ وأجاب عنه بأنه إنما استوفى الثمن، لأن الموكل ظلّمه بتغريمه في زعمه واعتقاده، والثمن على المشتري ملكه، فإن كان من جنس حقه، فقد ظفر بجنس حقه من مال من ظلّمه، وإن كان من غير الجنس، فيأخذه أيضاً، ولا يخرج على القولين بالظفر بغير جنس الحق في غير هذه الصورة، لأن المالك يدعيه لنفسه، ويمنع الغير عنه، والموكل لا يدعي الثمن هاهنا، وأول مصرف يقرض له التسليم إلى الغارم الوكيل، وهذا ما أراد صاحب الكتاب بقوله في مسألة الجارية، فيقطع بجواز أخذه، والمذهب المشهور تخريجه على الخلاف في ذلك الأصل، على ما مر، ولك أن تعلم قوله: «ويقطع بجواز أخذه» بالواو وعليك أن تعلم أن الظاهر خلافه.

**الحالة الثانية:** أن يعترف المشتري بالوكالة، إن صدقه الموكل، فالبيع باطل، وعليه رد المبيع إن كان باقياً، وإن تلف، فالموكل بالخيار إن شاء غرم الوكيل لتعديه، وإن شاء غرم المشتري لتفرغ يده على يد مضمونه، وقرار الضمان على المشتري لحصول الضمان في يده. نعم يرجع بالثمن الذي دفعه إلى الوكيل لخروج المبيع مستحقاً، وإن صدق الوكيل، فالقول قول الموكل، فإن حلف أخذ العين، وإن نكل حلف المشتري، وبقيت له.

قال الغزالي: (الثاني) في المأذون فإذا قال: تَصَرَّفْتُ كَمَا أَدْنَتْ مِنْ بَيْعِ أَوْ عِنَقِ فَقَالَ الْمُوَكَّلُ بَعْدَ لَمْ تَتَّصَرَّفْ فَقَوْلَانِ: (أَحَدُهُمَا): الْقَوْلُ قَوْلُ الْوَكِيلِ؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ وَقَادِرٌ عَلَى الْإِنْشَاءِ وَالتَّصَرُّفِ إِلَيْهِ (وَالْآخَرُ): لَا فَإِنَّهُ إِقْرَارٌ عَلَى الْمُوَكَّلِ مُلْزِمٌ وَالْأَضْلُ عَدْمُهُ، وَأَمَّا إِذَا أَدْعَى تَلَفَ الْمَالِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ لِأَنَّهُ يَبْقَى دَفْعُ الضَّمَانِ عَنْ نَفْسِهِ، وَكَذَا إِذَا أَدْعَى رَدَّ الْمَالِ سِوَاءَ كَانَ بِجُعْلٍ أَوْ بِغَيْرِ جُعْلٍ، وَذَكَرَ الْعِرَاقِيُّونَ فِي تَصْدِيقِ الْوَكِيلِ بِالْجُعْلِ وَجُهَيْنَ.

قال الرافعي: في الفصل مسألتان:

**الأولى:** إذا وكله ببيع، أو هبة، أو صلح، أو طلاق، أو إعتاق، أو إبراء، فقال الوكيل: تصرفت كما أذنت، وقال الموكل: لم تتصرف بعد، نظر إن جرى هذا الخلاف بعد انعزال الوكيل لم يقبل قوله إلا ببينة؛ لأنه غير مالك للتصرف حيثنذ، وإن وقع قبله قولان:

أحدهما: أنه يصدق الوكيل يمينه؛ لأنه ائتمنه، فعليه تصديقه، ولأنه مالك لإنشاء التصرف، ومن يملك الإنشاء يقبل إقراره كالولي المجرى إذا أقر بنكاح موليته، وبهذا قال أبو حنيفة - رحمه الله تعالى - إلا في النكاح إذا اختلف فيه الوكيل والموكل، فالقول قول الموكل.

والثاني: أن القول قول الموكل؛ لأن الأصل العدم، ولأن الوكيل مقر عليه بزوال الملك عن السلعة، فوجب الأقبول، بخلاف ما إذا ادعى، الرد أو التلف، فإنه يبغى دفع الضمان عن نفسه، لا إلزام الموكل شيئاً، وما الأصح من القولين؟ وما كفيتهما.

أما الأول: فكلام أكثر الأصحاب ترجيح تصديق قول الموكل، وهو اختيار ابن الحداد<sup>(١)</sup> ورجحه الشيخ أبو علي من جهة القياس.

وأما الثاني: فإن قول تصديق الموكل منقول عن نص الشافعي - رضي الله عنه - في مواضع، واختلف الناقلون القول الآخر، فذكر الروياني وغيره أنه منصوص عليه في «الرهن الكبير».

قال الشيخ أبو علي إنه مخرج خرجه ابن سريج على هذه الطريقة، وربما أبدلوا لفظ القولين بالوجهين.

وفي المسألة وجه ثالث، وهو أن ما يستقل به الوكيل، كالطلاق والإعتاق، والإبراء يقبل فيه قوله مع يمينه، وما لا يستقل كالبيع، لا بد فيه من البينة، ولو صدق الموكل في البيع ونحوه، ولكن قال: كنت عزلتك قبل التصرف، وقال الوكيل: بل كان العزل بعد التصرف، فهو كما لو قال الزوج: راجعتك قبل انقضاء العدة، وقالت: انقضت عدتي قبل أن تراجعني، ولو قال الموكل: قد باع الوكيل، وقال الوكيل: لم أبع فإن صدق المشتري الموكل حكم بانتقال الملك إليه، وإلا فالقول قوله.

الثانية: دعوى الوكيل تلف المال مقبول مع يمينه، كما في المودع، وكذا دعواه الرد على اختلاف، ذكرناه في «الرهن» والظاهر القبول أيضاً.

وقد ذكر صاحب الكتاب حكم دعواه الرد مرة في «باب الرهن» إلا أن لفظه في حكاية طريقة العراقيين هناك جواب على أحد وجهيهم، وهو أن الوكيل بالجعل غير مصدق، وهاهنا نص على الوجهين، كما ذكرناهما في شرح طريقتهم هناك، وقد بينا، ثم إن تسويته بين دعوى التلف والرد في نقل الخلاف على خلاف ما أورده الجمهور، ولفظه ها هنا صالح لما ذكره هناك، ولما هو الحق أن يفصل بين قوله، وكذا إذا ادعى

(١) في ب: ولم يرد القاضي ابن كج وغيره القاضي الروياني في الحلية: الأصح. تصديق الوكيل.

رب المال عما قبله، وكل ما ذكرناه هاهنا، وهناك فيما إذ ادعى الأمين الرد على من اتتمته، أما إذا ادعى الرد على غيره، فقد ذكره صاحب الكتاب في «الوديعة» وستأتي إن شاء الله تعالى، ومن مسائله دعوى القيم الرد على اليتيم الذي كان يقوم بأمره، وهي مذكورة في هذا الباب من بعد.

ومنها: أن يدعي الوكيل الرد على رسول الملك؛ لاسترداد ما عنده، فلا خلاف في أن الرسول إذا أنكر القبض كان القول قوله مع يمينه، وأما الوكيل فالمذهب أنه لا يلزمه تصديق الوكيل، لأنه يدعي الرد على مَنْ لم يَأْتَمَنه، فليقم البيّنة. وفي وجه عليه التصديق، لأنه معترف برسالته، ويدرسوله يده، فكأنه ادعى الرد عليه.

قال الغزالي: وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: قَبِضْتُ الثَّمَنَ وَتَلَفَ فِي يَدِي وَكَأَنَّ ذَلِكَ بَعْدَ التَّسْلِيمِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ لِأَنَّ الْمُوَكَّلَ يُرِيدُ أَنْ يَجْعَلَهُ خَائِنًا بِالتَّسْلِيمِ قَبْلَ الاستيفاء، فَأَمَّا إِذَا كَانَ قَبْلَ التَّسْلِيمِ فَالْقَوْلُ فِيهِ قَوْلُ الْمُوَكَّلِ وَالْأَصْلُ بَقَاءُ حَقِّهِ.

قال الرافعي: إذا وكل وكيلاً باستيفاء ذَيْن له على إنسان، فقال: استوفيته، وأنكر الموكل، نظر إن قال: استوفيته، وهو قائم في يدي، فخذه فعليه أخذه، ولا معنى لهذا الاختلاف ولو قال: وتلف في يدي، فالقول قول الموكل مع يمينه على نفي العلم باستيفاء الوكيل، لأن الأصل بقاء حقه، فلا يقبل قول الوكيل والمديون إلاً بيّنة، هذا ظاهر المذهب وجعله بعضهم على الخلاف المذكور فيما اختلفا في البيع ونحوه، وعلى الأول، فإذا حلف الموكل أخذ حقه ممن كان عليه، ولا رجوع له على الوكيل لاعترافه أنه مظلوم، ولو وكله بالبيع، وقبض الثمن، أو البيع مطلقاً، وقلنا: الوكيل بالبيع يملك قبض الثمن، واتفق على البيع، واختلفا في قبض الثمن، فقال الوكيل: قبضته، وتلف في يدي، وأنكر الموكل، فهذه مسألة الكتاب، وفي معناها ما إذا قال: قبضته ودفعته إليك، فأنكر الموكل القبض، ففي المصدق منهما طريقان:

أحدهما: أنه على الخلاف المذكور في البيع، وسائر التصرفات.

وأظهرهما: أن هذا الاختلاف إن كان قبل تسليم المبيع، فالقول قول الموكل، كما في المسألة السابقة، وإن كان بعد تسليمه، فوجهان:

أحدهما: الجواب هكذا؛ لأن الأصل بقاء حقه.

وأصحهما: وبه قال ابنُ الحَدَادِ: أن القول قول الوكيل؛ لأن الموكل ينسبه إلى الخيانة قبل قبض الثمن، ولزوم الضمان، والوكيل ينكر، فأشبه ما إذا للموكل: طالبتك برد الثمن الذي دفعته إليك، أو بضمن المبيع الذي قبضته، فامتنت مقصراً إلى أن تلف، فقال الوكيل: لم تطالبني، ولم أكن مقصراً، فإن القول قوله، وهذا التفصيل فيما إذا أذن

في البيع مطلقاً، أو حالاً، فإن أذن في التسليم قبل قبض الثمن، أو أذن في البيع بضمن مؤجل، وتنازعا في القبض بعد الأجل فهانئاً لا يكون خائناً بالتسليم قبل القبض، والاختلاف كالاختلاف قبل التسليم، فإذا صدق الوكيل، فحلف فهل تبرأ ذمة المشتري؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأننا قبلنا قول الوكيل في قبضه الثمن، فاكتفى بموجبه. والثاني: لا؛ لأن الأصل عدم الأداء، وإنما قبلنا من الوكيل في حقه لائتمانه إياه، وهذا أصح عند صاحب «التهذيب»، والأول أصح عند الإمام، وعلى الأول، فإذا خلف الوكيل، وبرأنا المشتري، ثم وجد المشتري بالمبيع عيباً، فإن رده على الموكل، وغرم الثمن لم يكن له الرجوع على الوكيل لاعترافه بأن الوكيل لم يأخذ شيئاً، وإن رد على الوكيل، وغرمه لم يرجع على الموكل، والقول قوله مع يمينه في أنه لم يأخذ شيئاً، ولا يلزم من تصديقنا الوكيل في الدفع عن نفسه بثمنه، أن تثبت بها حقاً على غيره، ولو خرج المبيع مستحقاً.

قال في «التهذيب»: يرجع المشتري بالثمن على الوكيل؛ لأنه دفعه إليه، ولا رجوع له على الموكل لما مر، ولو اتفقا على قبض الوكيل الثمن، فقال الوكيل: دفعته إليك، وقال الموكل: بل هو باقٍ عندك، فهو كما لو اختلفا في رد المال المسلم إليه، والظاهر أن القول قول الوكيل، ولو قال الموكل: قبضت الثمن، فادفعه لي، وقال الوكيل: لم أقبضه بعد، فالقول قول الوكيل مع يمينه، وليس للموكل طلبه<sup>(١)</sup> الثمن، فهو متعدٍ بفعله وللموكل أن يغرمه قيمة المبيع والله أعلم.

قال الغزالي: «الثَّالِثُ» إِذَا وَكَّلَهُ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ فَلْيَشْهَدْ فَإِنْ قَصَرَ ضَمِنَ بِتَرْكِ الإِشْهَادِ، وَكَذَا قِيمُ الْيَتِيمِ لَا يُصَدَّقُ (و) فِي دَعْوَى رَدِّ الْمَالِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: «فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ»، وَمَنْ يُصَدِّقْ فِي الرَّدِّ إِذَا طُولَبَ بِالرَّدِّ هَلْ لَهُ التَّأْخِيرُ بِقَدْرِ الإِشْهَادِ؟ وَجِهَانِ.

قال الراعي: ذكر في أول الباب أن نزاع الموكل والوكيل في ثلاثة مواضع:

وثالثها في «الوسيط»: النزاع في القبض، وهو ما سبق في الفصل المتقدم على هذا الفصل وهانئاً جعل الثالث مما يشرع فيه الآن، وترتيب «الوسيط» أحسن؛ لأن أكثر المسائل من هذا الموضوع إلى آخر الباب لا تعلق له بالاختلاف، وفي الفصل ثلاث صور:

(١) في ب: من المشتري لاعترافه بأن وكيله قد قبض، نعم لو سلم الوكيل المبيع حيث لا يجوز التسليم قبل قبض.

إحداها: إذا دفع إليه مالا، ووكله بقضاء دينه، ثم قال الوكيل: دفعته إلى رب الدين وأنكر رب الدين، فالقول قوله مع يمينه؛ لأنه لم يأتين الوكيل حتى يلزمه تصديقه، والأصل عدم الدفع، فإذا حلف طالب الموكل بحقه، وليس له مطالبة الوكيل، وهل يقبل قول الوكيل على الموكل؟ فيه قولان:

أحدهما: نعم خزجه ابنُ سُرَيْج، ويحكى عن أبي حنيفة؛ لأن الموكل قد ائتمنه، فأشبهه ما إذا ادعى الرد عليه.

وأصحهما: لا، بل لا بد من البيعة، لأنه أمره بالدفع، إلى من لم يأتينه، فكان من حقه الإشهاد عليه، فعلى الأول يحلف الوكيل، وتنقطع مطالبة المالك عنه، ولا يغنيه تصديق المدفوع إليه عن اليمين، وعلى الأصح ينظر إن ترك الإشهاد على الدفع، فإن دفع بحضور الموكل، فلا رجوع للموكل عليه في أصح الوجهين، وإن دفع في غيبته فله الرجوع، ولا فرق بين أن يصدقه الموكل على الدفع أولا يصدقه وعن أبي الطيب وجه: أنه لا يرجع عند التصديق، وإن اختلفا، فقال الوكيل: دفعت بحضرتك، وأنكر الموكل، فالقول قول الموكل مع يمينه، وإن كان قد أشهد عليه، ولكن مات الشهود، أو جنوا أو غابوا، فلا رجوع، وإن كان قد أشهد شاهداً واحداً، أو فاسقين فيه خلاف، وكل ذلك على ما ذكرنا في رجوع الضامن على الأصيل. فإذا عرفت ذلك علمت قوله: «ضمن بترك الإشهاد»، وتنزيله على الحالة التي يجب التنزيل عليها، ولو أمره بإيداع ماله، ففي لزوم الإشهاد وجهان مذكوران في «الوديعة».

الثانية: إذا ادعى قيم البيتيم أو الوصي دفع المال إليه بعد البلوغ، فظاهر المذهب أنه لا يقبل قوله، بل يحتاج إلى البيعة؛ لأن الأصل عدم الدفع، وهو لم يأتينه حتى يكلف تصديقه واحتج له أيضاً بأن الله - تعالى - قال: [فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ] أمر بالإشهاد، ولو كان قوله مقبولاً لما أمر، لكن يجوز أن يكون الأمر بالإشهاد إرشاداً أو ندباً إلى التورع عن اليمين.

وعن رواية ابن المرزبان وغيره وجه آخر: أنه يقبل قوله مع يمينه، لأنه أمين.

الثالثة: إذا طلب المالك من في يده المال بالرد، فقال: لا أرد إلا بالإشهاد ينظر إن كان ممن يقبل قوله في الرد، كالمودع والوكيل، ففيه وجهان:

أشهرهما: وهو الذي أورده العراقيون: أنه ليس له ذلك؛ لأن قوله في الرد مقبول، فلا حاجة إلى البيعة.

والثاني: ويروي عن ابن أبي هُرَيْرَةَ رحمه الله: أن له الامتناع كيلا يحتاج إلى اليمين، فإن الأمانة يتحرزون عنها ما أمكنهم.

وفيه وجه ثالث: أنه إن كان التوقف إلى الإشهاد يورث تأخيراً أو تعويقاً في التسليم لم يكن له الامتناع، وإلاّ فله ذلك، وإن كان ممن لا يقبل قوله كالغاصب، فإن كان عليه بينة بالأخذ، فله الامتناع إلى الإشهاد؛ لأنه يحتاج إلى بينة الأداء إن توجهت عليه بينة الأخذ، وإن لم تكن عليه بينة بالأخذ فوجهان:

وأصحهما عند صاحب «التهذيب»: أن له أن يمتنع إلى الإشهاد؛ لأن قوله في الرد غير مقبول والثاني: المنع؛ لأنه يمكنه أن يقول: ليس عندي شيء، ويحلف عليه، هذا ما أورده المشايخ العراقيون، والمديون في هذا الحكم، كمن لا يقبل قوله في رد الأعيان.

قال الغزالي: وَلِمَنْ عَلَيهِ الْحَقُّ (ح و ز) أَنْ لَا يُسَلِّمَ إِلَيَّ وَكَيْلِ الْمُسْتَحَقِّ إِلَّا بِالْإِشْهَادِ وَإِنْ أَعْتَرَفَ بِهِ، وَإِنْ كَانَ فِي يَدِهِ تَرِكَةٌ وَأَقْرَبَ لِإِنْسَانٍ بِأَنَّهُ لَا وَارِثَ سِوَاهُ لَزِمَهُ (و) التَّسْلِيمُ، وَلَمْ يَجْزُ لَهُ تَكْلِيفُهُ شَهَادَةَ (و) عَلَيَّ أَنْ لَا وَارِثَ سِوَاهُ، وَلَوْ أَعْتَرَفَ لِشَخْصٍ بِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ أَلْفًا عَنْ جِهَةِ الْجَوَالَةِ وَلَكِنْ خَافَ انْتِكَارَ الْمُجِيلِ فَهُوَ كَخَوْفِ انْتِكَارِ الْمُوَكَّلِ فَعَلَى وَجْهَيْنِ.

قال الرافعي: إذا كان له دين في ذمة غيره، أو عين في يد غيره، فأتى ذلك الغير إنسان، وقال: أنا وكيل بقبضة، فله حالتان:

إحدهما: أن يصدقه في دعوى الوكالة، فله دفعه إليه، وإذا دفع، ثم ظهر المستحق، وأنكر الوكالة، فالقول قوله مع يمينه، فإذا خلف، فإن كان الحق عيناً أخذها، فإن تلفت فله تغريم من شاء منهما، ولا رجوع للغارم منهما على الآخر، لأنه مظلوم بزعمه، والمظلوم بزعمه، والمظلوم لا يؤخذ إلا من ظالمه.

قال في «التتمة»: هذا إذا تلف من غير تفريط منه، فإن تلف بتفريط من القابض، فينظر إن غرم المستحق القابض فلا رجوع، وإن غرم الدافع، فله الرجوع؛ لأن القابض وكيل عنده، والوكيل يضمن بالتفريط، والمستحق ظلمه بأخذ القيمة منه، وماله في ذمة القابض، فيستوفيه بحقه.

وإن كان الحق ديناً، فله مطالبة الدافع بحقه، إذا غرمه.

قال المتولي: إن كان المدفوع باقياً، فله استرداده، وإن صار ذلك للمستحق في زعمه؛ لأنه ظلمه بتغريمه، وذلك مال له ظفر به، وإن كان تلفاً، فإن فرط فيه غرم، وإلاّ فلا، وهل للمستحق مطالبة القابض، ينظر إن تلف المدفوع عنده فلا؛ لأن المال للدافع بزعمه، وضمانة له، وإن كان باقياً فوجهان:

عن أبي إسحاق أن له مطالبته بتسليمه إليه، لأنه إنما دفعه ليدفعه إلى المستحق،

فكانه انتصب وكيلاً في الدفع من جهته، وبهذا أجاب الشيخ أبو حامد في «التعليق».

وقال الأكثرون: لا مطالبة؛ لأن الآخذ فضولي بزعمه، والمأخوذ ليس حقاً له، وإنما هو مال المديون، فلا تعلق للمستحق به.

فإن قلنا بالأول، فأخذه برىء الدافع عن الدين، وهل يلزم من عنده الحق دفعه إليه بالتصديق أم له الامتناع إلى قيام البينة على الوكالة نص أنه لا يلزمه إلا بعد البينة، ونص فيما إذا أقر بدين أو عين من تركه إنسان أنه مات، ووارثه فلان أنه يلزمه الدفع إليه، ولا يكلف البينة، وللأصحاب طريقتان:

أحدهما: ونقل عن أبي إسحاق: أن المسألتين على قولين في قول يلزم الدفع إلى الوكيل والوارث؛ لأنه اعترف باستحقاقه الآخذ، فلا يجوز له منع الحق عن المستحق.

وفيه قول: لا يلزمه الدفع إلى واحد منهما إلا بالبينة.

في الصورة الأولى، فلاحتمال إنكار الموكل الوكالة.

وأما في الثانية: فلاحتمال استناد إقراره بالموت إلى ظن خطأ.

وأصحهما: وهو المذكور في الكتاب تقرير النصين، والفرق حصول اليأس بزعمه عن عود الموت، وصيرورة الحق للوارث، وعدم اليأس عن إنكار الموكل الوكالة، وبقاء الحق له.

الثانية: ألا يصدقه، فلا يكلف الدفع إليه فإن دفع، ثم حضر الموكل، وحلف على نفي الوكالة، وغرم كان له أن يرجع على القابض ديناً كان أو عيناً: لأنه لم يصرح بتصديقه، وإنما بين الأمر له على ظاهر قوله فإذا تبين خلافه غرم ما غرم.

ولو أنكر الوكالة، أو الحق، وكان الوكيل مأذوناً في إقامة البينة وقلنا: إن الوكيل بالقبض مطلقاً يملك إقامة البينة، فله أن يقيم البينة، ويأخذ فإن لم تكن بينة، فهل له التحليف ينبي على أنه إذا صدقه، هل يلزمه الدفع إليه؟ إن قلنا: نعم، فله تحليفه، فلعله يصدق إذا عرضت اليمين عليه.

وإن قلنا: لا ينبي على أن النكول ورد اليمين كإقامة البينة من المدعي، أو بالإقرار من المدعي عليه.

إن قلنا بالأول، فله تحليفه طمعاً في أن ينكل، فيحلف الوكيل.

وإن قلنا بالثاني فلا، ولو جاء رجل، وقال لمن عليه الدين: أحالني عليك فلان، فصدقه، وقلنا: إذا صدق مدعي الوكالة لا يلزمه الدفع إليه فوجهان.

أحدهما: أنه لا يلزم أيضاً؛ لأنه قد ينكر صاحب الحق، كما ينكر صاحب الوكالة.

وأصحهما: اللزوم لاعترافه بانتقال الحق إليه، كالوارث، وينبي على الوجهين أنه



لو كذبه، ولم تكن بينة هل له تحليفه؟ إن ألزمناه الدفع إليه له تحليفه، وإلا فكما سبق.  
ولو قال: مات فلان، وله عندي كذا فهذا وصية، فهو كما لو قال: هذا وارثه،  
ولو قال: مات، وقد أوصى به لهذا الرجل، فهو كما لو قال، أقر بالحوالة، وإذا أوجبنا  
الدفع إلى الوارث والوصي، أو لم نوجب دفع، ثم بَانَ أن المالك حي ثم غرم الدافع،  
فله الرجوع على المدفوع إليه، بخلاف صورة الوكالة؛ لأنه صدقه على الوكالة، وإنكار  
صاحب الحق لا يرفع بتصديقه، وصدق الوكيل لاحتمال أنه وكله، ثم جحد، وهل هنا  
بخلافه؟ والحوالة في ذلك كالوكالة. وقوله في الكتاب: «ولمن عليه الحق أن لا يسلم  
إلى وكيل المستحق له إلا بالإشهاد». كان الأحسن أن يقول: إلى من يدعي الوكالة عن  
المستحق، ولفظ الإشهاد هاهنا بعيد عما هو المراد إن أراد به البينة؛ لأن المفهوم من  
الإشهاد ما استعمل اللفظ له في المسائل قبل هذا الفصل، ويمكن أن يراد إشهاد الوكيل  
على الموكل.

قوله: «وإن اعترف به معلم - بالواو لما نقلناه من طريقة القولين، والحالان عند  
أبي حنيفة يجب دفع الدين إلى من أقر بوكالته، ولا يجب دفع العين، وفرق بينهما بأنه  
في الدين أقر بشبوت المطالبة لمدعي الوكالة في ماله، وفي العين يقر بمال الغير، فلا  
يلتفت إليه وبالزاي، لأن أبا إسحاق الشيرازي وغيره حكموا عن المزني أنه يلزمه تسليم  
الحق إليه، ولم يفرقوا بين الدين والعين.

وقوله في مسألة الوارث: (لزمه التسليم) معلم - بالواو - لما مرَّ والله أعلم.

قال الغزالي: وَلَوْ ادَّعَى عَلَى الْوَكِيلِ قَبْضَ الثَّمَنِ فَبَجَحَدَ فَأَقِيمَ عَلَيْهِ بَيِّنَةً بِالْقَبْضِ  
فَادَّعَى تَلْفًا أَوْ رَدًّا قَبْلَ الْجُحُودِ لِلْقَبْضِ لَمْ يَقْبَلْ قَوْلُهُ لِأَنَّهُ خَائِنٌ وَلَا بَيْتَهُ (و) لِأَنَّهُ لَا تَسْمَعُ  
دَعْوَاهُ، وَلَوْ ادَّعَى بَعْدَ الْجُحُودِ رَدًّا سَمِعَ الدَّعْوَى (و) وَلَا يُصَدَّقُ لِأَنَّهُ خَائِنٌ، وَلَكِنْ تَسْمَعُ  
الْبَيِّنَةَ، وَلَوْ ادَّعَى التَّلْفَ صَدَقَ لِيَبْرَأَ مِنَ الْعَيْنِ وَلَكِنَّهُ خَائِنٌ فَيَلْزِمُهُ الضَّمَانُ.

قال الرافعي: إذا ادعى على إنسان أنه دفع إليه متاعاً لبيعه، ويقبض ثمنه وطالبه  
برده، أو قال: بعته وقبضت الثمن، فسلمه إلى، فأنكر المدعى عليه، فأقام المدعي بينه  
على ما ادعاه فادعى المدعى عليه إن كان قد تلف أوردته، فينظر في صيغة جحوده، إن  
قال: مالك عندي شيء أو لا يلزمني تسليم شيء إليك قبل قوله في الرد والتلف؛ لأنه  
إذا كان قد تلف أوردته كان صادقاً في إنكاره، ولم يكن بين كلاميه، تناقض، وإن أقام  
عليه بينة سمعت بينته وإن كان صيغة جحوده أنك ما وكلتني، أو ما دفعت إلي شيئاً، أو  
ما قبضت الثمن، وهذه صورة مسألة الكتاب، فينظر أن ادعى التلف، أو الرد قبل أن  
يجحد لم يصدق؛ لأنه مناقض لقوله الأول، ولزمه الضمان، وإن أقام بينة على ما  
ادعاه، فوجهان:

أولهما: أنها تسمع؛ لأنه لو صدقه المدعي لسقط عنه الضمان، فكذلك إذا قامت الحجة عليه، وأيضاً فلما يذكر في «الوديعة».

والثاني، وهو الأظهر عند الإمام، وهو الذي أورده في الكتاب: أنها لا تسمع، لأن جحوده الأول كذب هذه البيعة، وعلل في الكتاب عدم سماع البيعة بعدم سماع الدعوى ويجيء فيه نحو الإمام، فإنه قال: كل بيعة تقام، فإن قيامها يستدعي دعوى من يقيمها، فإن فسدت الدعوى استقلت البيعة، وهي غير مسموعة من غير دعوى، لكن من يقول بسماع الدعوى كيف يسلم عدم سماع الدعوى. إذ الدعوى قد تسمع بمجرد تحليف عدم سماع الدعوى ليس متفقاً عليه حتى يقلل به من أحد الوجهين في البيعة؛ فإن من يسمع البيعة يسمع الدعوى لا محال، فإذا الخلاف في سماع البيعة، يجري في سماع الدعوى، بل يجوز أن تكون الدعوى مسموعة جزماً مع الخلاف في سماع البيعة، إذ الدعوى قد تسمع الخصم لما سبق في «باب الرهن» وقبله وإن ادعى الرد بعد الجحود لم يصدفه لصيروته خائناً، لكن لو أقام بينه، فالمشهور في هذا الباب أنها تسمع لا غايته أن يكون كما الغاصب في ابتداء الأمر، ومعلوم أنه لو أقام بيعة على الرد تسمع، ورأى الإمام أن يكون سماع بيعة على الوجهين السابقين رأى الإمام رحمه الله تعالى أن يكون سماع البيعة على الوجهين السابقين لتناقض دعوى الرد والجحود، وهو حسن موافق، لما ذكرناه في «باب الوديعة» وإن ادعى التلف بعد الجحود صدق بيمينه لتقطع عنه المطالبة برد العين، ولكن يلزمه الضمان لخيانته، وهذا كما إذا ادعى الغاصب التلف والله أعلم.

### فرع

لو قال: بع هذا، ثم هذا لزمه رعاية الترتيب كذا قاله القائل، ولو جعل للوكيل بالبيع جعلاً، فباع استحققه، وإن تلف الثمن في يده، لأن استحقاقه بالعمل، وقد عمل آخر وإذا ادعى خيانة عليه لم تسمع حتى يتبين القدر الذي خان به، بأن يقول: بعث بعشرة، وما دفعت إليّ إلا خمسة، وإذا وكل بقبض دين أو استرداد وديعة، فقال المديون: أو المودع دفعت، وصدقه الموكل، والوكيل منكر، هل يغرم الدافع بترك الإشهاد؟.

فيه وجهان، كما لو ترك الوكيل بقضاء الدين الإشهاد، ومن قال: أنا وكيل في بيع أو نكاح، وصدقه من يعامله صح العقد، فلو قال الوكيل بعد العقد: لم أكن مأذوناً فيه، لم يلتفت إلى قوله، ولم يحكم ببطالان العقد، وكذا لو صدقه المشتري بحق من يوكل عنه، إلا أن يقيم المشتري بيعة على إقراره، بأنه لم يكن مأذوناً من جهته في ذلك التصرف، والله أعلم.

## « كتاب الإقرار وفيه أربعة أبواب »:

### الباب الأول في أركانه

وهي أربعة: (الرُّكْنُ الْأَوَّلُ) الْمِقْرُ وَهُوَ يَنْقَسِمُ إِلَى مُطْلَقٍ وَمَخْجُورٍ، فَالْمُطْلَقُ يَنْفَذُ إِقْرَارُهُ بِكُلِّ مَا يُقَدَّرُ عَلَى إِنْشَائِهِ، وَالْمَخْجُورُ عَلَيْهِ سَبْعَةُ أَشْخَاصٍ، الصَّبِيُّ وَإِقْرَارُهُ مَسْلُوبٌ مُطْلَقًا، نَعَمْ لَوْ أَدْعَى أَنَّهُ بَلَغَ بِالْإِخْتِلَامِ فِي وَقْتِ إِمْكَانِهِ يُصَدَّقُ إِذْ لَا يُمَكِّنُ مَعْرِفَتَهُ إِلَّا مِنْ جِهَتَيْهِ، وَلَوْ أَدْعَى الْبُلُوغَ بِالسِّنِّ طُولِبَ بِالْبَيِّنَةِ، وَالْمَخْجُورُ وَهُوَ مَسْلُوبُ الْقَوْلِ مُطْلَقًا وَالسُّكْرَانُ وَهُوَ مُلْتَحَقٌ بِالْمَخْجُورِينَ أَوْ الصَّاحِي؟ فِيهِ خِلَافٌ مَشْهُورٌ، وَالْمُبْدَرُ وَالْمُفْلِسُ وَقَدْ ذَكَرْنَا حُكْمَهَا.

قال الرافعي: الإقرار أصله الإثبات من قولك: قر الشيء يقر وقررته إذا أقر به القرار، ولم يسم ما يسوغ فيه إقراراً من حيث إنه افتتاح إثبات، ولكن لأنه إخبار عن ثبوت، ووجوب سابق<sup>(١)</sup>.

والأصل فيه من حيث الكتاب قوله تعالى: ﴿كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ﴾ [النساء: ١٣٥] قال المفسرون: شهادة المرء على نفسه إقراره، وعن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: ﴿قُولُوا الْحَقَّ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ﴾<sup>(٢)</sup> وقال -

(١) الإقرار لغة: مشتق من القرار؛ وهو إثبات ما كان متزلزلاً، وهو من قر الشيء إذا ثبت.

وقيل: الإقرار خلاف الجحود.

ينظر الصحاح ٧٨٨/٢، لسان العرب ٣٥٨٢/٥، أنيس الفقهاء ص (٢٤٣) واصطلاحاً:

عرفه الشافعية بأنه: إخبار بحق على المقر.

عرفه المالكية بأنه: خير يوجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظه أو لفظ نائبه.

عرفه الحنفية بأنه: إخبار بحق لآخر لا إثبات له عليه.

عرفه الحنابلة بأنه: إظهار مكلف مختار ما عليه بلفظ، أو كتابة، أو إشارة أخرس، أو على موكله، أو موليه، أو مورثه بما يمكن صدقه.

حاشية الباجوري ٢/٢، الخرشي ٨٦/٦ - ٨٧، الدرر ٣٥٧/٢، منتهى الإيرادات ٦٨٤/٢.

(٢) قال الحافظ في التلخيص رويناه في جزء من حديث عن أبي علي بن شاذان عن أبي عمرو بن السماك من حديث علي بن الحسين، عن جده علي بن أبي طالب قال: ضمنت إلى سلاح -

صلى الله عليه وسلم - لأنيس «أغديا أنيس إلى امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها».<sup>(١)</sup>

ولا شك أن في الإقرار مقرراً ومقرراً به، وصيغة تترتب عليها المؤاخذه، وهذه الأمور سماها في الكتاب أركاناً له ثم المقر به قد يكون مالاً، وقد يكون غيره، وعلى التقديرين فإما أن يعقب الإقرار بما يرفعه أو لا يعقب، وإذا لم يكن المقر به مالاً قد يكون عقوبة من قصاص أو حد، وقد يكون نسباً، أو غيره، فجعل أبواب الكتاب أربعة.

### الأول في الأركان.

والثاني: في الأقارير المجملة.

والثالث: في تعقب الإقرار بما يرفعه.

والرابع: في الإقرار بالنسب، وأما ما عدا النسب، فما يقع في قسم ما عدا المال، فلم يورده قديماً الأصحاب في هذا الباب، فنجري على أمثالهم.

والركن الأول: من الباب الأول المقر، وهو إما مطلق، أو محجور.

أما المطلق وهو المتفك عن أنواع الحجر، فأقراره صحيح.

وقوله: «ينفذ إقراره بكل ما يقدر على إنشائه»<sup>(٢)</sup> كالدخيل في هذا الركن، فإن الكلام فيه في المقر، وهذا لا يضبط المقر به، والضبط ما ينفذ إقرار المقر فيه على أنه يحتاج إلى استثناء صور أقربها بناء على أن الوكيل إذا قال: تصرفت كما أذنت لي، فقبل الموكل: لم تتصرف، لم يقبل قول الوكيل، على أحد القولين مع قدرته على الإنشاء،

= لنبى ﷺ فوجدت في قائم سيفه رقعة فيها: «صل من قطعك، وأحسن إلى من أساء إليك، وقل الحق ولو على نفسك» قال ابن الرفعة في «المطلب»: ليس فيه إلا الانقطاع إلا أنه يقوى بالآية وفيما قال نظر، لأن في إسناده الحسين بن زيد بن علي، وقد ضعفه ابن المديني وغيره، روى أحمد. والطبراني. وابن حبان في صحيحه من حديث عبد الله بن الصامت عن أبي ذر قال: أوصاني خليلي ﷺ بخصال من الخير - فذكرها - وفيها: وأوصاني أن أقول الحق وإن كان مرأاً. تقدم. (١)

(٢) وهذا الضبط يستثنى منه صور إلى آخره.

يرد على العكس صور:

منها: المرأة تقر بالنكاح ولا تقدر على إنشائه.

ومنها: العبد يقر بالرق ولا ينشئه.

ومنها: المفلس يقر بالبيع ولا ينشئه.

ومنها: المريض يقر بالهبة لو ارثه في الصحة، ولا ينشئها، وكذا لو أقرت أنها أبرأت زوجها في الصحة أو أقر أنه وهب أجنبياً في الصحة يقبل، وإن زاد على التلف مع عدم القدرة على الإنشاء.

ومنها: الصبي يقر بالبلوغ في الإمكان ولا ينشئه.

وكذا لو قال: استوفيت ما أمرتني باستيفائه، ونازعه الموكل.

ومنها: أن إنشاء نكاح البنت إلى وليها، بإقراره غير مقبول، ويمكن أن يزداد فيه، فيقال: ينفذ إقرار الإنسان في التصرفات المتعلقة به التي يستقل بإنشائها أو يقال: ما يقدر على إنشائه ويؤاخذ المقر بموجب الإقرار به، ولا يلزم نفوذه في حق الغير، فتخرج المسائل.

وأما المحجور، فقد ذكرنا في «كتاب الحجر»، أقسامه، فمنها حجر الصبي، وأقاريره لا غية، خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله تعالى، حيث قال: إن كان مميزاً مأذوناً من جهة الولي، صح إقراره، كتصرفاته<sup>(١)</sup> ولنا قول في صحة تدبيره، ووصيته، فعلى ذلك القول يصح إقراره بهما، ولو ادعى أنه بلغ بالاحتلام، أو أدعت الجارية البلوغ بالحيض في وقت إمكانها، وقد سبق بيانه صدقا، وإن فرض ذلك في خصومة لم يحلفهما، لأنه لا يعرف ذلك إلا من جهتهما، فأشبه ما إذا علق العتق على مشيئة الغير فقال: شئت يصدق من غير يمين، وأيضاً فإنهما إن صدقا، فلا تحليف، وإن كذبا، فكيف يحلفان؟ واعتقاد المكذب أنهما صغيران، قرب الإمام رحمه الله تعالى المسألة من الدائرات الفقهية، فإن في تحليفه تصديق الصبي، وبتصديق الصبي لا يحلف، فإذا لو حلف لما حلف، هذا ما نقله صاحب الكتاب وشيخه، وبه قال الشيخ أبو زيد، وعلى هذا فإذا بلغ مبلغاً يتقن بلوغه.

قال الإمام رحمه الله تعالى الظاهر أنه لا يحلف أيضاً على أنه كان بالغاً حينئذ؛ لأننا إذا حكمنا بموجب قوله، فقد أنهينا الخصومة نهايتها، فلا عود إلى تحليفه.

(١) واحتج من نصر قوله بما روي عنه ﷺ أنه قال لعمر بن أبي سلمة: «قم يا غلام فزوج أمك». (النسائي ٨١/٦)، وعزاه الزيلعي لأحمد وابن راهويه وأبي يعلى في مسانيدهم وابن حبان في صحيحه وكان سنه ست سنين، قالوا أن عقده بالتوكيل صح ما أمره النبي الله أن يزوج أمه قبل الجواب عن ذلك قوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاث، عن الصبي حتى يبلغ» إلخ. (البخاري معلقاً ٣/٩، وأبو داود ٤/٥٦٠، (٤٤٠٣)، (الترمذي ٤/٣٢) (١٤٢٣).

فقد ثبت أنه لا تكليف عليه، فلو جاز إقراره وعقوده، حكم بتكليفه، وهذا لا يجوز، وما استدلووا به من الحديث أن الغلام كان سنة ستاً أو سبعاً فهو عمرو بن سلمة السلمي الذي وأمره النبي ﷺ أن يؤم قومه من بني سلمه.

أما الغلام المذكور في الحديث لم ينقل لهذا سن فجاز أن يكون بالغاً ولهذا أمره النبي ﷺ أن يزوج أمه ولو كان الأمر كما ذكره لم تكن فيه دلالة لأن قوله: «قم يا غلام» ولاية في النكاح، والابن لا يزوج أمه عندنا ولا يصح عندهم، وإن صح عندهم فإنما يجوز إذا أذن له وليه ولم يكون النبي ﷺ وليه في ذلك الوقت.

الاعتناء في الفرق والاستثناء/ كتاب الإقرار.

وفي «التهديب» وغيره أنه إذا جاء واحد من الغُزاة يطلب سهم المقاتلة، وذكر أنه احتلم، حلف وأخذ السهم، فإن لم يحلف، فوجهان عن صاحب «التلخيص»<sup>(١)</sup> «تخريجاً أنه لا يعطى».

وقال غيره: يعطى؛ لأن الظاهر استحقاؤه بحضور الواقعة.

ولو ادعى البلوغ بالسن طولب بالبينة لإمكانها، نعم لو كان غريباً خامل الذكر، فيلحق بدعوى الاحتلام، أو يطالب بالبينة، لإمكانها من جنس<sup>(٢)</sup> المدعي، وينظر في الإثبات لتعذر معرفة التاريخ، كما في صبيان الكفار، فيه ثلاثة احتمالات للإمام رحمه الله تعالى.

والظاهر: الثاني؛ لأنه إذا أمكن إقامة البينة كلف إقامتها، ولم ينظر إلى حال المدعي وعجزه، هذا فقه المسألة<sup>(٣)</sup>.

ولفظ الكتاب يشعر بأنه عد دعوى الاحتلام إقراراً، فإن قوله: «نعم لو ادعى أنه بلغ بالاحتلام إقراراً» كاستدراك لقوله قبله وإقراره مسلوب مطلقاً، لكن عدها إقراراً بعيد، فإن المفهوم من الإقرار بالإخبار عن ثبوت حق عليه للغير، ونفس البلوغ ليس كذلك، ولهذا يطالب مدعي البلوغ بالسن بالبينة، واختلفوا في تحليف مدعي البلوغ بالاحتلام، والمقر لا يكلف البينة، ولا اليمين، نعم لو قال: أنا بالغ، فقد اعترف بثبوت الحقوق المنوطة بالبلوغ، فهو من هذا الوجه يكون متضمناً للإقرار، لا أن نفسه إقرار، وبتقدير كونه إقراراً، فليس ذلك كإقرار الصبي، بأنه إذا قال: أنا بالغ يحكم ببلوغه سابقاً على قوله، فلا يكون إقراره إقرار الصبي، حتى يحتاج إلى الاستدراك.

ومنهما: حجر المجنون، وهو مسلوب القول أيضاً، انشاءً أو إقراراً بلا استثناء، والسكران بين الصاحي، والمجنون، فبأيهما يلحق في إقراره وتصرفاته؟.

فيه طرق للأصحاب تبسط في «كتاب الطلاق»<sup>(٤)</sup>.

(١) كلام الرافعي هنا يشعر بالإعطاء فإنه قال: فإن لم يحلف فوجهان عند صاحب التلخيص تخريجاً أنه لا يعطى، وقال غيره: يعطى لأن الظاهر استحقاؤه بحضور الواقعة. انتهى فحكى الأول عن تخريج صاحب التلخيص وحده ثم حكى مقابلة عن غيره وفيه إشعار بأن الأكثرين عليه.

(٢) في ب: حيث.

(٣) قال النووي: ولو أقر بعد بلوغه ورشده أنه أتلف في صباه مالا، لزمه الآن قطعاً، كما لو قامت به بينة، ذكره ابن كج. ينظر الروضة ٥/٤.

(٤) قال النووي: والمغمى عليه، ومن زال عقله بسبب يعذر فيه، كشرب الدواء ونحوه، أو أكثر على شرب الخمر، لا يصح إقرارهم. ينظر الروضة ٥/٤.

ومنهما: حجر المبذر وحجر المفلس، وقد بينا حكم إقرارهما في بابيهما.

ويقبل إقرار المفلس المحجور عليه في النكاح، دون السفية المحجور اعتباراً للإقرار بالإنشاء.

قال الإمام رحمه الله تعالى: وإقرار السفية بأنها منكوحة فلان، كإقرار الرشيدة، إذ لا أثر للسفه في النكاح من جانب المرأة. قال: وفيه احتمال من جهة ضعف قولها، وخيل عقلها، والعلم عند الله تعالى عز اسمه.

قال الغزالي: وَالرَّقِيقُ وَإِقْرَارُهُ مَقْبُولٌ بِمَا يُوجِبُ عَلَيْهِ عُقُوبَةٌ، وَلَوْ أَقْرَ بِسَرِقَةٍ مَالٍ وَوَجِبَ عَلَيْهِ الْقَطْعُ فَمَنْ قَبِلَهُ فِي وَجُوبِ الْمَالِ قَوْلَانِ، وَلَوْ أَقْرَ بِإِثْلَافِ مَالٍ وَكَذَبَهُ السَّيِّدُ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِرِقَبَتِهِ بَلْ يُطَالَبُ بِهِ بَعْدَ الْعِتْقِ، وَلَوْ كَانَ مَادُونًا فَأَقْرَ بِدَيْنٍ مُعَامَلَةً قَبْلُ وَأَدَى مِنْ كَسْبِهِ، وَلَوْ لَمْ يَسْتِنِدْ إِلَى مُعَامَلَةٍ بَلْ أَطْلَقَ فِي الْقَبُولِ خِلَافًا، وَلَوْ أَقْرَ بَعْدَ الْحَجْرِ بِدَيْنٍ أَسْتَنَدَهُ إِلَى حَالِ الْإِذْنِ فَالظَّاهِرُ رَدُّهُ لِأَنَّهُ فِي الْحَالِ عَاجِزٌ عَنِ إِنْشَائِهِ.

قال الرافعي: أحد المحجورين الرقيق، وإذا أقر إما أن يقر بما يوجب عليه عقوبة، أو بغيره.

أما القسم الأول: كالإقرار بالزنا، وشرب الخمر، والسرقه، والقذف، وما يوجب القصاص في النفس، والطرف، فذلك مقبول، ويقام عليه موجب ما أقره، خلافاً لِأَحْمَدَ وَالْمُزَنِّيَّ حَيْثُ قَالَا: لَا يَقْبَلُ إِقْرَارُهُ عَلَى نَفْسِهِ بِالْعُقُوبَاتِ؛ لِأَنَّهُ مَلِكُ السَّيِّدِ، وَالْإِقْرَارُ فِي مَلِكِ الْغَيْرِ لَا يَقْبَلُ.

ويروى عن أحمد: أنه لا يقبل إقراره بما يوجب القتل، ويقبل بما يوجب سائر العقوبات.

لنا ما روي أَنَّ عَلِيًّا - رضي الله عنه - قطع عبداً بإقراره<sup>(١)</sup>، وأيضاً فإنه لو ظهر الحال بالبينة لأقيمت عليه العقوبات، فإذا ظهر بالإقرار كان أولى؛ لأنه أبعد عن التهمة، فإن كل نفس مجبولة على حب الحياة، والاحتراز عن الآلام.

وإذا أقر بسرقة مال توجب القطع قَبْلَ فِي الْقَطْعِ وَفِي قَبُولِهِ فِي الْمَالِ قَوْلَانِ إِذَا كَانَ الْمَقْرُ بِسَرِقَتِهِ تَالِفًا:

أحدهما: أنه يقبل ويتعلق الضمان برقبته؛ لأن إقراره لما تضمن عقوبة القطع انقطعت التهمة عنه.

(١) قال الحافظ ابن حجر في «التلخيص». ينظر فيه، وقال في «البدر المنير»: غريب.

**وأصحهما:** أنه لا يقبل، كما لو أقر بمال، ويتعلق الضمان بذمته إلا أن يصدق السيد، فيقبل، وإن كان المقر بسرقة باقياً، نظر إن كان في يد السيد لم ينزع من يده إلا بتصديقه، كما لو أقر حُرُّ بسرقة، ودفعه إليه، وإن كان في يد العبد، فطريقان عن ابن سُرَيْج أن في انتزاعه القولين في التالف.

**فإن قلنا:** لا تنزع ثبت بدله في ذمته.

ويروى هذا عن أبي حَنِيفَةَ رحمه الله تعالى ومالك رحمه الله تعالى ويروى عنهما أنه لا يوجب القطع أيضاً، والحالة هذه.

ومن الأصحاب مَنْ قطع بنفي القبول في المال، كما لو كان في يد السيد، لأن يده يد السيد، ويخالف مالهو كان تالفاً؛ لأن غاية ما في الباب فوات رقبته على السيد، إذا بيع في الضمان، والأعيان التي تفوت عليه لو قبلنا إقراره فيها لا ينضب، فيعظم ضرر السيد، ومنهم من عكس، وقال: إن كان المال باقياً في يد العبد قبل إقراره، بناء على ظاهر اليد، وإن كان تالفاً لم يقبل؛ لأن الضمان حينئذ يتعلّق بالرقبة، وهو محكوم بها للسيد.

**وإذا اختصرت قلت في قبول إقراره بالمال أربعة أقوال:**

يقبل مطلقاً، لا يقبل مطلقاً، يقبل إذا كان المال باقياً، يقبل إذا كان المال تالفاً، وقد أوردها صاحب الكتاب مجموعة هكذا في السرقة، واقتصر هاهنا على القولين الأولين. ولو أقر، ثم رجع عن الإقرار كان كما لو أقر بسرقة لا توجب القطع، ولو أقر بالقصاص على نفسه فعفا المستحق على مال، أو عفا مطلقاً، وقلنا: إنه يوجب المال، فوجهان:

**أصحهما:** عند صاحب «التهذيب»: أنه يتعلق برقبته، وإن كذبه السيد؛ لأنه إنما إقر بالعقوبة، والمال يؤخذ بالعفو، ولا ينظر احتمال أنه واطأه المستحق على أن يقر، ويعفو المستحق لتفوت الرقبة على السيد؛ لأن هذه التهمة ضعيفة؛ إذ المستحق ربما يموت أو لا يفي، فيكون المقر مخاطراً بنفسه.

**والثاني:** أن الجواب هكذا إن قلنا: موجب العمد القصاص.

أما إذا قلنا: موجه أحد الأمرين، ففي ثبوت المال قولان، بناء على الخلاف في ثبوت المال، إذا أقر بالسرقة الموجبة للقطع، وينسب هذا إلى صاحب «الإفصاح».

**وأما القسم الثاني:** فإذا أقر بدين خيانة من جهة غَضَبٍ، أو سرقة لا توجب القطع، أو إتلاف هنا فصدقه السيد تعلق برقبته، كما لو قامت عليه بينه، فيباع فيه إلا أن يختار السيد الفداء، وإذا بيع فيه، وبقي شيء من الدين، فهل يتبع به إذا عتق؟



فيه قولان مذكوران في «الجنايات»<sup>(١)</sup>.

وإن كذبه السيد لم يتعلّق برقبته، ولكن يتعلّق بذمته يتبع به إذا عتق، ولا يخرج على الخلاف، فيما إذا بيع في الدين، وبقي شيء؛ لأنه إذا ثبت التعلّق في الذمة، فكان الحق الحصر فيها، وتعينت محلاً للأداء.

وفي «النهاية» أن القياسيين خرجوه على ذلك الخلاف، وقالوا: الفاضل عن قدر الدين غير متعلّق بالرقبة، كما أن أصل الحق غير متعلّق بها هاهنا.

ولو أقر بدين معاملة، نظر إن لم يكن مأذوناً له في التجارة، فلا يقبل إقراره على السيد، ويتعلّق المقر به بذمته يتبع به إذا عتق، ولا فرق فيه بين أن يصدقه السيد، أو يكذبه، وإن كان مأذوناً له في التجارة قبل وأدى من كسبه، وما في يده إلا إذا كان مما لا يتعلّق بالتجارة، كالقرض، فلو أطلق المأذون الإقرار بالدين، ولم يبين جهته، فينزل على جهة دين المعاملة، أو لا ينزل على ذلك لاحتمال أنه أراد دين الإلتلاف فيه وجهان:

وأظهرهما: الثاني، ولا فرق في دين الإلتلاف بين المأذون وغيره، ولو حجر عليه، فأقر بعد الحجر بدين معاملة أسنده إلى حال الإذن، ففيه وجهان مبنيان على القولين، فيما لو أقر المفلس بدين لزمه قبل الحجر يقبل، هل في مزاحمته الغرماء.

والأظهر: هاهنا المنع لعجزه عن الإنشاء في الحال، وتمكن التهمة.

وإذا عرفت ما ذكرناه لم تخفف عليك المواضع التي ينبغي أن تعلم بعلاوات الاختلاف، ورأي الإمام رحمه الله تعالى: أن يخرج وجوب القطع في مسألة الإقرار بالسرقة، إذا لم نقبله في المال على الخلاف فيما إذا أقر الحر بسرقة مال زئيد، هل يقطع قبل مراجعة زيد؟ وذلك لارتباط كل واحد منهما بالآخر، وعلى هذا يجوز إعلام قوله: «ووجب عليه القطع» بالواو.

## فرع

قال في «التتمة»: من نصفه حر، ونصفه رقيق إذا أقر بدين جنائية لم يقبل فيما يتعلّق بالسيد، إلا أن يصدقه، ويقبل في نصفه، وعليه قضاؤه مما في يده، وإن أقر بدين معاملة، فمتى صححنا تصرفه قبلنا إقراره عليه، وقضيناها مما في يد، ومتى لم نصححه فأقراره كإقرار العبد.

(١) أظهرهما وهو الجديد لا يتبع، وحكم المدبر وأم الولد كحكم الفتن بخلاف المكاتب كالحرف في إقراره في البدن والمال.

## فرع آخر

إقرار السيد على عبده بما يوجب عقوبته مردود، وبدين الجناية مقبول، إلا أنه إذا بيع فيه<sup>(١)</sup>، وبقي شيء لم يتبع به بعد العتق، إلا أن يصدقه، وكذا إقراره بدین المعامله لا يقبل على العبد<sup>(٢)</sup> والله أعلم.

قال الغزالي: وَالْمَرِيضُ وَهُوَ غَيْرُ مَخْجُورٍ عَلَيْهِ عَنِ الْإِقْرَارِ فِي حَقِّ الْأَجَانِبِ، وَفِي حَقِّ الْوَارِثِ أَيْضاً عَلَى الصَّحِيحِ، وَقِيلَ: فِيهِ قَوْلَانِ، وَلَوْ أَقْرَبَ بَأْتُهُ كَانَ وَهَبَ مِنَ الْوَارِثِ فِي الصَّحَّةِ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يَقْبَلُ لِعَجْزِهِ عَنِ الْإِنْشَاءِ فِي الْحَالِ، وَلَوْ أَقْرَبَ بَدَيْنِ مُسْتَعْرِقٍ فَمَاتَ وَأَقْرَبَ وَارِثُهُ عَلَيْهِ بَدَيْنِ مُسْتَعْرِقٍ فَيَتَزَاحَمَانِ، أَوْ يُقَدِّمُ إِقْرَارُ الْمُوْرَثِ لَوْ قُوعِ إِقْرَارِ الْوَارِثِ بَعْدَ الْحَجْرِ فِيهِ قَوْلَانِ، وَلَوْ أَقْرَبَ بَعَيْنِ مَالِهِ فِي الْمَرَضِ لِشَخْصٍ ثُمَّ أَقْرَبَ بَدَيْنِ مُسْتَعْرِقٍ سَلَّمَ الْعَيْنَ لِلْأَوَّلِ وَلَا شَيْءَ لِلثَّانِي لِأَنَّهُ مَاتَ مُفْلِساً، وَإِنْ أَخَّرَ الْإِقْرَارَ بِالْعَيْنِ فَكَمِثْلٍ، وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ أَنَّهُ إِذَا تَأَخَّرَ يَتَزَاحَمَانِ.

قال الرافعي: ومن المحجورين المريض مرض الموت، وفي إقراره مسألتان

أحدهما: يصح إقراره بالنكاح بموجبات العقوبات، وكذا لو أقر بدین، أو عين لأجنبي، وفي إقراره للوارث طريقتان:

أحدهما: أنه على القولين:

أحدهما: أنه لا يقبل، وبه قال أبو حنيفة، وأحمد رحمهما الله، ولأنه موضع التهمة يقصد حرمان بعض الورثة، فأشبه الوصية للوارث.

وأصحهما: القبول، كما لو أقر الأجنبي وكما لو أقر في حال الصحة، والظاهر أنه لا يقر إلا عن حقيقة، ولا يقصد حرماناً فإنه انتهى إلى حال يصدق فيها الكاذب ويتوب الفاجر.

(١) في ب: منه شيء.

(٢) قال النووي: قال ابن كج: لو عتق، ثم أقر بأنه أتلف مالا لرجل قبل العتق، لم يلزم السيد، ويُطالب به العبد. ولو قامت بينة بأنه كان جنى، لزم السيد أقل الأمرين من أرش جنائته وقيمه. قال البيهقي: كل ما قيل إقرار العبد فيه كالعقوبات، فالدعوى فيه تكون على العبد. وما لا يقبل المال المتعلق بربقته، إذا صدقه السيد، فالدعوى على السيد. فإن ادعى في هذا على العبد، إن كان له بينة، سمعت، وإلا، فإن قلنا: اليمين المردودة كالبينة، سمعت رجاء نكوله. وإن قلنا: كالأقرار، فلا. ولو ادعى على العبد دين معاملة متعلق بالذمة، وله بينة، ففي سماعها وجهان، كالذمين المؤجل. ينظر الروضة ٧/٤، ٨.

والثاني: القطع بالقبول وحمل قول الشافعي - رضي الله عنه -، فيمن أجاز الإقرار لوارث أجازته، ومن أبى رده على حكاية مذهب الغير، وهذه الطريقة أصح عند صاحب الكتاب. والأكثر رجحوا طريقة القولين ونقلوا عن «الإمام» نصه على المنع.

وفي «تعليق الشيخ أبي حامد» أنه رجع إليها بعد ما كان يقول بطريق القطع بالقبول. وقال مالك رحمه الله: إن كان المقر منهما لم يقبل إقراره، وإلا قبل، ويجتهد الحاكم فيه، واختاره القاضي الروياني لفساد الزمان.

### التفريع

إن قلنا: لا يقبل، فالاعتبار في كونه وراثاً بحال الموت، أم بحال الإقرار؟ قيل: فيه وجهان. وقيل: قولان:

الجديد: أن الاعتبار بحال الموت، كما في الوصية، وهذا لأن المنع من القبول كونه وراثاً، والوراثة تتعلق بحالة الموت، وبهذا قال أبو حنيفة. والقديم وبه قال مالك رحمه الله أن الاعتبار بحال الإقرار؛ لأن التهمة حينئذ تمكن.

والأول: أظهر في المذهب وأشهر.

وبالثاني: قال أبو إسحاق، واختاره القاضي الروياني.

فعلى الأول: لو أقر لزوجته، ثم أبانها، أو لأخته، ثم ولد له ابن صحَّ الإقرار، ولو أقر لأجنبية، ثم نكحها، أو لاخته، وله ابن فمات لم يصح.

وعلى الثاني: الحكم فيهما بالعكس، ولو أقر في المرض بأنه كان قد وهب من وارثه، وأقبض في الصحة، أشار الإمام رحمه الله إلى طريقين.

أحدهما: القطع بالمنع لذكره ما هو عاجز عن إنشائه في الحال.

والثاني: أنه على القولين في الإقرار للوارث، ورجح صاحب الكتاب هاهنا عدم القبول، واختار القاضي الحُسَيْنُ القبول<sup>(١)</sup>؛ لأنه قد يكون صادقاً فيه، فليكن ذلك له طريقاً إلى إيصال الحق إلى المستحق.

ولو أقر لوارثه ولأجنبي معاً، هل يصح في نصفه للأجنبي إذا لم يقبل؟ فيه قولان لابن سُرَيْج، الظاهر الصحة.

المسألة الثانية: أقر في صحته بدين لإنسان، وفي مرضه بدين لآخر، فهما سواء،

(١) قال النووي: والقبول أرجح. ينظر الروضة ٨/٤.

كما لو ثبتا بالبينة، وكما أقرّ بهما في الصحة، أو المرض<sup>(١)</sup>.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: يقدم ما أقر به في الصحة حتى لو لم يفضل عنه شيء، فلا شيء له.

ولو أقر في صحته، أو مرضه بدين، ثم مات، فأقر وارثه عليه بدين آخر، فوجهان:

أحدهما: أنهما سواء يتضاربان في التركة، كما لو ثبت الدَيْنَانِ بالبينة، وكما لو أقر بهما في حياته، فإن الوارث خليفته وإقراره كإقراره<sup>(٢)</sup>.

والثاني: أنه يقدم ما يقربه المورث؛ لأنه بالموت تعلق بالتركة، فليس للوارث صرف التركة عنه، والوجهان جاريان فيما لو أقر لوارث بدين عليه، ثم أقر لآخر بدين آخر عليه، وهما مبنيان على أن المحجور عليه بالفلس، إذا أقر بدين أسنده إلى ما قبل الحجر، هل يقبل إقراره في زحمة الغرماء؟ وفيه قولان، والتركة كمال المحجور عليه من حيث إن الورثة ممنوعون من التصرف فيها، وهذا معنى قوله في الكتاب: «لوقوع إقرار الوارث بعد الحجر» وإطلاقه القولين في المسألة خلاف رواية الجمهور، فإنهم جعلوها وجهين، ويمكن تنزيلهما على أنهما مخرجان من مسألة المفلس.

وقوله في تصوير المسألة: «بدين مستغرق» قيد الاستغراق غير محتاج إليه، بل الخلاف ثابت فيما إذا زادت التركة على قدر الدين الأول.

ففي وجه يوزع عليهما.

وفي وجه يوفي الأول بتمامه، ويصرف الفاضل إلى الثاني، ولو ثبت عليه دين في حياته بالبينة، ثم مات فأقر وارثه عليه بدين، جرى الخلاف أيضاً، فإذا ليس من الشرط أن يكون ثبوت الدين الأول بالإقرار وما الأظهر من الخلاف؟ أشار بعضهم إلى ترجيح وجه التقديم.

وقال في «التهذيب» التسوية أصح، وهو موافق لما مر في مسألة المفلس، وإن ثبت عليه دين في حياته، أو موته، ثم ترد بهيمة في بئر كان قد احتقرها في محل عدوان، ففي مزاحمة صاحب البهيمة رب الدين القديم ماسبق، فيما إذا جنى المفلس

(١) حكى في «البيان» قولاً شاذاً أن دين الصحة يقدم.

(٢) قال الشيخ البلقيني: ولو أقر الوارث لمشاركة في الإرث وهما مستغرقان كزوجة وابن أقر لها بدين على أبيه، وهي مصدقة له ضاربت بسبعة أثمان الدين مع أصحاب الديون؛ لأن الإقرار صدر ممن عبارته نافذة في سبعة أثمان فعملت عبارته فيها كعمل عبارة الحائز في الكل.

بعد الحجر عليه، قاله في «التتمة»، وإذا مات، وخلف ألف درهم، فجاء مدع وادعى أنه أوصى له بثلث ماله، فصدقه الوراثة، ثم جاء آخر، وادعى عليه ألف درهم ديناً، فصدقه الوراثة قيل يصرف الثلث إلى الوصي لتقدمها.

وقيل: يقدم الدين على الوصية كما هو وضع الشرع فيهما، وهذا يخرج على قولنا بأن إقرار الوارث والموروث يتساويان، ولو صدق مدعي الدين أولاً صرف المال إليه على قياس الوجهين جميعاً، ولو صدق المدعين معاً، فالحكاية عن الأكثر أنه يقسم الألف بينهما أرباعاً؛ لأننا نحتاج إلى الألف للدين، وإلى ثلث الألف للوصيه، فيتزاحم على الألف وثلث الألف، فيخص الوصية بثلث عائل، وهو الربع.

وعن الصيدلاني: أنه تسقط الوصية، ويقدم الدين، كما ثبتا بالبينة، وهذا هو الحق سواء قدمنا عند ترتيب الإقرارين الأول منهما،

أو سويتنا بينهما، ولو أقر المريض بعين ماله لإنسان، ثم أقر بدين لآخر مستغرق، أو غير مستغرق سلمت العين وللمقر له بها، ولا شيء للثاني؛ لأنه مات المقر، ولا يعرف له مال، ولو أقر بالدين أولاً، ثم أقر بعين ماله فوجهان:

أصحهما: أن الحكم، كما في الصورة الأولى، لأن الإقرار بالدين لا يتضمن حجراً في العين، ألا ترى أنه تنفذ تصرفاته فيه؟

والثاني: وبه قال أبو حنيفة رحمه الله: أنهما يتزاحمان؛ لأن لأحد الإقرارين قوة السبق، وللآخر الإضافة إلى العين، فاستويا، ولا يخفى أن التعرض للاستغراق في المسألة اتفاق غير محتاج إليه، والله اعلم.

ويشترط في المقر الاختيار، فإقرار المكره على الإقرار باطل، كسائر تصرفاته<sup>(١)</sup>.

(١) قال النووي: ولو ضرب ليقر، فأقر في حال الضرب، لم يصح. وإن ضرب ليصدق في القضية، قال الماوردي في «الأحكام السلطانية»: إن أقر في حال الضرب، ترك ضربه واستعيد إقراره، فإن أقر بعد الضرب، عمل به، ولو لم يستعده وعمل بالإقرار حال الضرب، جاز مع الكراهة، هذا كلام الماوردي. وقبول إقراره حال الضرب مشكل، لأنه قريب من المكره، ولكنه ليس مكرهاً، فإن المكره هو من أكره على شيء واحد، وهنا إنما ضرب ليصدق، ولا ينحصر الصدق في الإقرار. وقبول إقراره بعد الضرب، فيه نظر إن على ظنه إعادة الضرب إن لم يقر.

قوله: إنما ضرب ليصدق صحيح، ولكن إذا انحصر الصدق في هذا صار مكرهاً عليه، وهو صورة المسألة. قال: وخطر لي أن يقال الإكراه إنما أبطل حكم الإقرار لأنه قد يقر كاذباً في الإكراه على الصدق لا يأتي ذلك لأن الإقرار المأني به إن كان كذباً فهو غير المكره عليه فليزيم من إبطاله بالإكراه عدم إبطاله، وما أدى إبطاله إلى عدم إبطاله لا يبطل، وقد تقاوم معنا أمران:

قال الغزالي: (الرُّكْنُ الثَّانِي): المقولة وَلَهُ شَرْطَانِ: (الأوَّل) أَنْ يَكُونَ أَهْلًا لِلأَسْتِحْقَاقِ، وَلَوْ قَالَ لِهَذَا الحِمَارِ عَلَيَّ أَلْفٌ بَطُلٌ قَوْلُهُ، وَلَوْ قَالَ: بِسَبِيهِ عَلَيَّ أَلْفٌ لَزِمَهُ لِمَالِكِهِ عَلَيَّ تَقْدِيرِ الأَسْتِحْقَاقِ، وَلَوْ أَقْرَأَ لِعَبْدٍ لَزِمَ الحَقِّ لِمَوْلَاهُ، وَلَوْ قَالَ: لِحَمَلِ فُلَانَةَ عَلَيَّ أَلْفٌ مِنْ أُرْبٍ أَوْ وَصِيَّةٍ قَبْلَ، وَلَوْ أَطْلَقَ وَلَمْ يَذْكَرِ الجِهَةَ فَظَاهِرُ النِّصِّ أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ، وَفِيهِ قَوْلٌ أَنَّهُ يُقْبَلُ وَيَنْزِلُ عَلَى هَذَا الإحْتِمَالِ، وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ: لِلْمَسْجِدِ أَوْ لِلْمَقْبَرَةِ عَلَيَّ أَلْفٌ إِنْ أَصَافَ إِلَيَّ وَقَفَّ عَلَيْهِ قَبْلَ، وَإِنْ أَطْلَقَ فَعَلَى الخِلَافِ.

قال الرافعي: يشترط في المقر له أهلية استحقاق الحق المقر به، وإلا كان الكلام لغواً وهزواً.

وفيه ثلاثة صور:

إحداها: لو قال: لهذا الحمار، أو لدابة فلان علي ألف بطل إقراره، ولو قال: بسببها علي ألف صح، ولزمه حملاً على أنه جنى عليها، أو أكثرها.

وعن الشيخ أبي عاصم العبادي وجه: أنه لا يصح؛ لأن الغالب لزوم المال بالمعاملة، ولا تتصور المعاملة معها.

ولو قال: لعبد فلان علي أو عبدي كذا، صح، و كان الإقرار لسيدته، ويخالف مسألة الدابة؛ لأنه لا يتصور المعاملة معها، وتتصور مع العبد، والإضافة إليه كالإضافة في الهبة، وسائر الإنشئات.

وقوله في الكتاب: «ولو قال: بسببه علي ألف لزمه لمالكه» - المراد ما إذا قال

= أحدهما: أن يقال إقراره إن كان صادقاً لم يعمل به الإكراه، وإن كان كاذباً لم يعمل به لأن الكذب باطل.

والثاني: أن يقال إن كان صادقاً عمل به لأن الصدق يجب العمل به، وإن كذباً فهو غير مكره عليه فيعمل به، والمسألة محتملة، والظاهر التفصيل وهو أن يقال إن كان المكره عالماً بالصدق، فهو إكراه لأنه لا يخليه إلا بذلك، وهذا يتصور في السلطان إذا علم قضية، وقلنا: لا يحكم بعلمه فأكره صاحبها ليصدق بحضرة الشهود، فإذا أقر لم يقبل وإن لم يكن المكره عالماً بالقضية، فكل الأخبار في حقه سواء، فلا يكون الإقرار المأتي به مكرهاً عليه فيقبل، والقبول بعد الضرب في صورة الإكراه على الشيء بعينه. نص عليه الشافعي - رحمه الله - إذا لم يحدث له خوف له سبب، فإن حدث فإقراره انتهى أي كلام السبكي.

والولاية في هذه الأزمان يأتيهم من يتهم آخر بسرقة أو قتل ونحوهما، فيضربونه ليقر بالحق، ويراد بذلك الإقرار بما ادعاه خصمه، والصواب إن هذا إكراه سواء أقر حال ضربه أو بعده، وعلم إنه لو لم يقر بذلك لضرب ثانياً. ينظر الروضة ١٠/٤.

لمالكة: بسببه على ألف، فأما إذا اقتصر على اللفظ المذكور في الكتاب لم يلزم أن يكون الألف لمالك الدابة في الحال، ولكن يسأل ويحكم بموجب بيانه.

الثانية: إذا قال: لحمل فلانة على ألف أو عندي ألف، فله ثلاثة أحوال:

إحداها: أن يسنده إلى جهة صحيحة، بأن يقول: ورثه من أبيه، أو يقول: أوصى به فلان له، فيعتبر إقراره، ثم إن انفصل الحمل ميتاً، فلاحق له، بل هو لورثة من قال: إنه ورثه منه، أو للموصى أو ورثته إن أسنده إلى وصيته، وإن انفصل حياً، فإن انفصل لما دون ستة أشهر من يوم الإقرار استحق؛ لأننا تيقناً وجوده يومئذ.

وإن انفصل لأكثر من أربع سنين، فلا لأن تيقناً عدمه<sup>(١)</sup> يومئذ، وإن انفصل لسته أشهر، أو أكثر ولما دون أربع سنين، فإن كانت مستفرشة لم يستحق لاحتمال تجدد العلوق بعد الإقرار، والأصل عدم الاستحقاق، وعدمه عند الإقرار، فإن لم تكن مستفرشة، قولان:

أحدهما: أنه لا يستحق؛ لأننا لا نتيقن وجوده عند الإقرار.

وأظهرهما: الاستحقاق؛ إذ لا سبب في الظاهر يتجدد به العلوق والظاهر وجوده وقت الإقرار لحكم ثبوت نسبه ممن كانت فراشاً له.

وإذا ثبت الاستحقاق، فإن ولدت تلك المرأة ذكراً فهو له، وإن ولدت ذكراً فصاعداً فلهم بالسوية، وإن ولدت أنثى، فهو لها إن أسنده إلى وصية، وإن أسنده إلى الإرث من الأب، فنصفه لها، وإن ولدت ذكراً وأنثى، فهو بينهما بالسوية، إن أسنده إلى وصية، وثلاثه إن أسنده إلى الإرث من الأب.

وقوله: «ونصفه لها» وهذا إذا اقتضت جهة الورثة ما ذكرنا، فإن اقتضت التسوية بأن يكونا لولدي الأم كان ثلثه<sup>(٢)</sup> بالسوية.

(١) قال في «المهمات»: ما دل عليه كلام الرافعي والنووي من اعتبار المدة من حين الإقرار استحق الاستحقاق؛ لأن وجوده عند الإقرار مع عدمه عند سبب الإستحقاق لا يفيد. انتهى.

وقال الشيخ البلقيني في التدريب: واعتبار المدة من حين الإقرار وهم.

وقال في الخادم: اعتباره بيوم الإقرار. ذكره الماوردي والرويانى، وفيه نظر إذ الظاهر الإعتبار بوقت الموت في مسألة الورثة وبوقت الإيضاء في صورة الوصية، وبذلك صرح القفال في شرح التلخيص، وفي «تجريد ابن كنج» قال الشافعي: فإن أشكل فجاز أن يكون خلق قبل الإقرار وجاز أن يكون خلق بعد الإقرار فالإقرار باطل.

(٢) قال الأزرعي والزرکشي، هذا التفصيل الذي ذكره في الأنثى تابع فيه البغوي وشيخه القاضي الحسين، لكن الماوردي جزم بأنه لها إذا كان من وصية أو إرث، وزاد أنهما لو كانتا اثنتين فلهما =

قال الإمام رحمه الله تعالى: ولو أطلق الإرث سألناه عن الجهة، وحكمنا بمقتضاها<sup>(١)</sup>.

الحالة الثانية: أن يطلق الإقرار، ففيه قولان:

أحدهما: وهو ظاهر نصه في المختصر: أنه باطل؛ لأن المال في الغالب إنما يجب بمعاملة، أو جنائية، ولا امتناع المعاملة مع الجهل، ولا الجنائية عليه.  
وأصحهما: وبه قال أبو حنيفة - رحمه الله - وأبو إسحاق: أنه يصح، ويحمل على الجهة الممكنة في حقه، وإن كانت نادرة.

الثالثة: إن يسنده إلى جهة فاسدة، بأن يقول: ألف أقرضني، أو ثمن ما باعه مني، فإن لم نصحه بالإقرار المطلق، فهذا أولى، وإن صححناه، فطريقان:  
أحدهما: أنه على القولين في تعقيب الإقرار بما يرفعه<sup>(٢)</sup>.

وأظهرهما: الصحة؛ لأنه عقبه بما هو غير مقبول، ولا منتظم، فأشبه ما إذا قال لفلان: علي ألف لا يلزمني، وإذا صححنا الإقرار في الحالتين الأخيرتين، فإن انفصل الحمل مئناً، فلاحق له، ويسأل المقر عن جهة إقراره من الإرث، أو الوصية، ويحكم بموجبه. قال في «النهاية»: وليس لهذا السؤال والبحث طالب معين، وكان القاضي يسأل حسبة ليصل الحق إلى المستحق، فإن مات قبل البيان كان كما لو أقر لإنسان، فرده وفي «تعليق الشيخ أبي حامد» أنه يطالب ورثته ليفسروا، فإن انفصل حياً للمدة التي قدرنا من قبل، فالكل له ذكراً كان أو أنثى، وإن انفصل ذكراً وأنثى، فهو لهما بالسوية، لأن ظاهر الإقرار يقتضي التسوية، ومن المحتمل أن تكون الجهة الوصية، ومتى انفصل حي وميت، فيجعل الميت كأن لم يكن، وينظر في الحي على ما ذكرنا، ولو أقر بحمل

= على السواء. وكذا ذكره القاضي أبو الطيب وابن الصباغ وغيرهما من العراقيين، لكن في تعليق القاضي حسين «والنهاية» «وشرح التلخيص» للشيخ أبي علي أن لهما الثلثين منه، ويرد الباقي إلى ورثة الأول. انتهى.

وما ذكره عن القاضي والشيخ أبي علي والنهاية ظاهر، وقول الشيخ «هذا إذا اقتضت جهة الورثة إلى قوله سوى بينهما في الثلث» نقل في الخادم عن القاضي أبي الطيب وابن الصباغ أنه جميعه بينهما.

(١) قال النووي: وهذا المحكي عن الإمام قاله أيضاً ابن الصباغ. وقال الشيخ أبو حامد: يكون بينهما بالسوية وإن تعذرت مراجعة المقر، فينبغي القطع بالتسوية بينهما.

وقال في الخادم: هذا الذي قاله الشيخ أبو حامد هو المنصوص عليه في «الأم» ولم يورد البغوي والفوراني سواء، ووجهه الماوردي بأن الأصل التساوي حتى يعلم سبب التفاضل وسيأتي في الوقف فيما إذا اندرس شرط الواقف ما يؤيده.

(٢) الأصح في هذا الحال البطلان، وبه قطع الرافعي في «المحرر».



جارية، أو بهيمة لإنسان، ففيه التفصيل المذكور فيما إذا أقر للحمل، فإن قال: إنه أوصى له به صح، وينظر كم بين انفصاليه، وبين يوم الإقرار من المدة على ما سبق، وفي حمل البهيمة يرجع إلى أهل الخبرة، وإن أطلق أو أسند إلى جهة فاسدة خرج على ما تقدم من الخلاف<sup>(١)</sup>.

ولو أقر بالحمل لرجل وبالأم لآخر إن جوزنا الإقرار بالحمل صح الإقرار، وإلا فلا. قال صاحب «التهذيب»: هما جميعاً للآخر، وهذا البناء على أن الإقرار بالحامل إقرار بالحمل، وفيه خلاف يأتي من بعد.

الصورة الثالثة: لو أقر لمسجد، أو مقبرة، أو نحوها بمال، وأسنده إلى جهة صحيحة، كغلة وقف عليه صح، وإن أطلق فعلى وجهين تخريجاً من القول في مسألة الحمل، وعلى قياسه ما إذا أضاف إلى جهة فاسدة<sup>(٢)</sup>.

(١) قال في «التوسط»: هذا الكلام يقتضي الاستواء في الترجيح، لكن الماوردي والشاشي صححا في مسألة الإقرار للحمل الصحة كما نص عليه الشافعي في «الأم» في الإقرار بالحكم الظاهر. قال الماوردي: وهذا كتاب لم ينقل عنه المزني شيئاً ونقل في مثله عن النص في «الجامع الكبير» البطران، ثم قالاً: ويجيء فيه قول آخر مخرج من «الأم» في الإقرار للحمل، فافهم أن المذهب هنا المنع.

وقال الروياني في «التجربة»: لو أقر بحمل أمة لرجل، وأطلق لم يلزمه الإقرار؛ لأن الحمل لا يملك إلا بالوصية. نص عليه وغلط من قال غيره: ولو وصل إقراره، وقال أوصى لي فلان برقية أمة وله بحملها صح الإقرار إذا ولدته لدون ستة أشهر من حين الوصية به. انتهى.

ثم رأيت في «الأم» في آخر مسألة الإقرار بالحمل. قال بعد أن حكم بصحته: وإذا أقر رجل بما في بطن جارية لرجل، فالإقرار باطل.

قال في «البحر»: لو أقر بحمل أمة لرجل. قال - أي الشافعي - رضي الله عنه - في «الأم»، في كتاب الإقرار، والمواهب، إن أطلق لا يلزمه الإقرار؛ لأن الحمل لا يملك إلا بالوصية وإن وصل إقراره فقال: أوصى لي فلان برقية وله بحملها صح الإقرار إذا ولدته لأقل من ستة أشهر من حين الوصية ومن أصحابنا من قال، إذا أطلق يحتمل قولاً آخر أنه يصبح تخريجاً من الإقرار للحمل إذا أطلق ذكره في «الحاوي». انتهى.

فاجتمع نص «الأم» و«الجامع الكبير» للمزني على الخلاف عند الإطلاق، وبالجملة فكلام الأئمة ناطق بخلاف ما اقتضاه كلام الرافعي والمصنف في هذا الفرع من التسوية والله أعلم. انتهى وجري على ذلك في الخادم.

(٢) قال في الخادم: قضيته أنه يصح على الأظهر. وقال في «الكفاية»: ولا شك في أنه إذا أضاف الإقرار إلى وجه مستحيل كإقرار بذلك بدين معاملة أنه يكون باطلاً كما أنه لا شك إذا أضافه إلى وجه يصح كإقرار بمال من وصيته أو وقف أنه يصح إذا قبلنا الإقرار المطلق، كما سنذكر مثله في الإقرار للحمل، وخرج من هذا ما لو لبيعة أو كنيسة، فهو باطل بكل حال، لأنه لا يصح الوقف عليه ولا الوصية له. انتهى ما أردته منه.

قال الغزالي: (الثاني) أَنْ لَا يَكْذِبَهُ الْمُقْرُّ لَهُ فَإِنْ كَذَبَهُ لَمْ يُسَلِّمْ إِلَيْهِ وَيَتْرَكَ فِي يَدِ الْمُقْرِّ فِي وَجْهِهِ، وَيَحْفَظُهُ الْقَاضِي فِي وَجْهِهِ، فَإِنْ رَجَعَ الْمُقْرُّ لَهُ عَنِ الْإِنْكَارِ سَلِّمْ إِلَيْهِ، فَإِنْ رَجَعَ الْمُقْرُّ فِي حَالِ إِنْكَارِ الْمُقْرُّ لَهُ، فَلَا أَظْهَرَ أَنَّهُ لَا يَقْبَلُ لِأَنَّهُ أَثَبَّتَ الْحَقَّ لِغَيْرِهِ بِخِلَافِ الْمُقْرُّ لَهُ فَإِنَّهُ أَقْتَصَرَ عَلَى الْإِنْكَارِ.

قال الرافعي: يشترط في الحكم بالإقرار عدم تكذيب المقر له في إنكاره، وإن لم يشترط قبوله لفظاً على رسم الإيجاب والقبول في الإنشاءات، فإن كذبه نظر إن كان المقربه مالا لم يدفعه إليه وفيما يفعل به ثلاثة أوجه:

أظهرها: أنه يترك في يد المقر<sup>(١)</sup>، كما كان؛ لأن يده تشعر بالملك ظاهراً، والإقرار الثاني عارضه إنكار المقر له فيسقط، وأيضاً فإننا لا نعرف مالكة، ونراه في يد المقر، فهو أولى الناس بحفظه.

وثانيها: واختاره صاحب «التهذيب» و«التتمة»: أنه ينتزعه القاضي، ويتولى حفظه إلى أن يظهر مالكة، فإنه في حكم مال ضائع، فيحتاط لمالكة، فإن رأى استحفاظ صاحب اليد، فهو كما لو استحفظ عدلاً آخر.

وثالثها: أنه يخير المقر له على القبول والقبض، وهو بعيد.

وقال الشيخ أبو مُحَمَّدٍ: موضع الخلاف ما إذا قال صاحب اليد هذا لفلان، وكذبه فلان، فأما إذا قال صاحب اليد للقاضي: في يدي مال لا أعرف مالكة، فالوجه القطع بأن القاضي يتولى حفظه.

وأبعد بعضهم فلم يجوز انتزاعه هاهنا، ولو رجع المقر له عن الإنكار، فصدق المقر، فقد حكى الإمام رحمه الله الجزم بقبوله، وتسليم المقربه إليه، لكن الأظهر، وهو الذي أورده المتوَلَّى وغيره تفريعه على الخلاف السابق.

(١) ظاهره أن الخلاف في الإقرار بالعين، فإن كان بدين فلا يؤخذ منه قال ابن الرفعة: جزم به القاضيان أبو الطيب والحسين وهو قضية كلام البغوي، وقال الشيخ الإمام السبكي: إنه المشهور. قال الأذري: وادعى ابن يونس أنه لا فرق بين الدين والعين في جريان الخلاف، وهو وجه يخرج من كلام الرافعي.

قال - أعني الأذري - صرح المتولي بنقل الأوجه في الدين فقال: لو أقر الإنسان بمال إما بعين أو دين، وأنكر المقولة ففيه ثلاثة أوجه إلى آخر ما ذكره، وعبارة «الروضة» فيما بعد تقتضي التسوية حيث قال ما نصه فلو قال الإنسان أو واحد من بني آدم أو من أهل البلد: على ألف. ففي صحته وجهان بناء على ما لو أقر لمعين، فكذبه هل ينزع من يده. إن قلنا: نعم؛ لأنه مال ضائع فكذا هنا فيصح الإقرار، وإن قلنا: لا، لم يصح وهو الصحيح.

إن قلنا: يترك في يد المقر فهذا حكم منا يبطلان ذلك الإقرار، فلا يصرف إلى المقر له إلا بإقرار جديد. وإن قلنا: إنه ينتزعه القاضي، ويحفظه، فكذلك لا يسلم إليه، بل لو أراد إقامة البينة على أنه ملكه لم تسمع، وإنما يسلم له، إذا فرعنا على الوجه البعيد، فإن الظاهر أنه لا يسلم إليه، على خلاف ما ذكر في الكتاب، ولو رجع المقر في حال إنكار المقر له، وقال: غلطت، أو تعمدت الكذب لم يقبل رجوعه، إن قلنا: ينتزعه القاضي، وإن تركناه في يده، فعلى وجهين، رواهما الإمام رحمه الله:

أظهرهما: عنده، وعند صاحب الكتاب: أنه لا يقبل أيضاً، بناء على أنه لو عاد المقر له إلى التصديق قبل منه، فإذا كان ذلك متوقفاً لم يلتفت إلى رجوعه.

والثاني: أنه يقبل، بناء على أن الترك في يده يبطل الإقرار، وقضية كلام الأكثرين ترجيح هذا الوجه ويعزى إلى ابن سُرَيْج، ومن قال به لا يسلم لصاحب الكتاب قوله؛ «لأنه أثبت الحق لغيره»، بل يقول: يشترط كونه إثباتاً سلامته مع معارضة الإنكار، وجميع ما ذكرناه فيما إذا كان الإقرار بثوب ونحوه، وأما إذا كان إقراره بعبء، فأنكر فيه وجهان:

أحدهما: يحكم بعقده؛ لأن صاحب اليد لا يدعيه، والمقر له ينفيه، فيصير العبد في يد نفسه، فيعتق، وهذا كما إذا أقر اللقيط بعد البلوغ بأنه مملوك زيد، فأنكر يحكم بحريته.

وأظهرهما: المنع؛ لأنه مملوك بالرق، فلا يرفع إلا بيقين، وتخالف صورة اللقيط، فإنه محكوم بحريته بالدار، فإذا أقر، ونفاه المقر له بقي على أصل الحرية، فعلى هذا الحكم فيه ما ذكرنا في الثوب وغيره، فإن كان المقره قِصَاصاً، أو حد قذف، وكذبه المقر له سقط الإقرار، وكذا لو أقر بسرقة توجب القطع، فأنكر رب المال السرقة، فلا قطع، وفي المال ما سبق، وإن أقرت بالنكاح، وأنكر سقط حكم الإقرار في حقه.

## فرع

لو قال من في يده عبدان: إن أحد هذين العبدين لفلان طولب بالبيان، فلو عتِن أحدهما، فقال المقر له إن عبدي هو الآخر، فهو مكذب للمقر في المعين، ومدع في العبد الآخر.

## فرع

ادعى على آخر ألفاً من ثمن مبيع فقال المدعى عليه: قد أقبضتك الألف، وأقام بيته على إقراره بالقبض يوم كذا، وأقام المدعى بيته على إقرار المشتري بعد بيته، بأنه ما أقبضه الثمن بعد، سُمعت وألزم المشتري الثمن؛ وإن قامت البيته على إقراره بالقبض، فقد قامت أيضاً على أن صاحبه كذبه، فيبطل حكم الإقرار، ويبقى الثمن على

المشتري، ويعتبر في المقر له شرط آخر، وهو أن يكون معيناً، فلو قال لإنسان أو لواحد من بني آدم أو من أهل البلد: علي ألف، هل يصح إقراره؟  
خَرَجَ الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ عَلَيَّ وَجْهَيْنِ، بِنَاءٍ عَلَيَّ أَنَّهُ إِذَا أَقْرَ لِمَعِينٍ بِشَيْءٍ، وَكَذَبَهُ  
المقر له، هل يخرج من يده؟

إن قلنا: نعم؛ لأنه مال ضائع، فكذا هاهنا ويفيد الإقرار.  
وإن قلنا: لا، لم يصح هذا الإقرار، وهو الصحيح.

قال في «التتمة» ولو جاء واحد، وقال: أنا الذي أردتني، ولي عليك الألف، فالقول قول المقر مع يمينه في نفي الإرادة، ونفي الألف، ويخالف الإقرار على هذا الإبهام، ما إذا قال: غصبت هذا من أحد هذين الرجلين، أو هؤلاء الثلاثة حيث يعتبر ذلك ما سنذكره، ونفرعه من بعد، والفرق أنه إذا قال هو لأحد هذين، فله مدع وطالب، فلا يبقى في يده مع قيام الطالب، واعترافه بأنه ليس له.

وإذا قال لواحد من بني آدم فلا طالب له، فيبقى له في يده، وكان الشرط أن يكون المقر له معيناً ضرب تعيين، تتوقع معه الدعوى والطالب.

قال الغزالي: (الرُّكْنُ الثَّلَاثُ): الْمَقْرُّ بِهِ وَلَا يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا بَلْ يَصِحُّ  
الإقرار بالمجهول، وَلَا أَنْ يَكُونَ مَمْلُوكًا لِلْمَقْرِّ بَلْ لَوْ كَانَ مَلَكًا بَطَلَ إِقْرَارُهُ، فَلَوْ قَالَ:  
دَارِي لِفُلَانٍ أَوْ مَالِي لِفُلَانٍ فَهُوَ مُتَنَاقِضٌ، وَلَوْ شَهِدَ الشَّاهِدُ أَنَّهُ أَقْرَ لَهُ وَكَانَ مَلِكُهُ إِلَى أَنْ  
أَقْرَ كَانَتْ الشَّهَادَةُ بَاطِلَةً، وَلَوْ قَالَ: هَذِهِ الدَّارُ لِفُلَانٍ وَكَانَتْ مِلْكِي إِلَى وَقْتِ الإقْرَارِ  
أَخَذْنَاهُ بِأَوَّلِ كَلَامِهِ وَلَمْ نَقْبَلْ آخِرَهُ.

قال الرافعي: لا يشترط أن يكون المقر به معلوماً، بل يصح الإقرار بالمجاهيل على ما سيأتي، ولا أن يكون مملوكاً له حين يقر [بل الشرط في الإقرار بالإعيان أن لا يكون مملوكاً له حين يقر] لأن الإقرار ليس بإزالة ملك، وإنما هو إخبار عن كونه مملوكاً للمقر له، فلا بُدَّ من تقدّم المخبر به على الخبر، فلو قال: داري هذه، أو ثوبي الذي أملكه لفلان، فهو متناقض<sup>(١)</sup>، والمفهوم منه الوعد بالهبة، ولو قال: مسكني هذا لفلان يكون إقراراً؛ لأنه أضاف إلى نفسه السكني، وقد يسكن ملك الغير ولو شهدت بيته على أن فلاناً أقر أن له دار كذا، وكانت ملكه إلى أن أقر كانت الشهادة باطلة نص عليه، ولو قال المقر: هذه الدار لفلان، وكانت ملكي إلى وقت الإقرار فإقراره نافذ والذي ذكره

(١) ذكر البغوي في الفتاوى أنه لو قال أردت الإقرار قبل منه لأنه يريد بذلك إضافة السبكي والعارية

بعده متناقض لأوله، فيلغو كما لو قال: هذه الدار لفلان، وليست له، هذا في الأعيان، وكذلك في الديون إذا كان له دَيْنٌ على غيره في الظاهر من قرض، أو أجرة، أو ثمن مبيع، فقال: ديني الذي لي على زيد لعمرو، فهو باطل، ولو قال: الدين الذي لي، على زيد لعمرو، واسمي في الكتاب عارئةً، فهو صحيح<sup>(١)</sup>، فلعله كان وكيلًا عنه في الإقراض والإجارة والبيع، ثم عمرو يدعي المال على زيد لنفسه، فإن أنكر فهو بالخيار بين أن يقيم البينة على دَيْنِ المقر على زيد، ثم على إقراره له بما على زيد، وبين أن يقيم البينة أولاً على الإقرار، ثم على الدين، ذكره الفقهاء.

واستثنى صاحب «التلخيص» ثلاثة ديون، ومنع الإقرار بها.

أحدها: الصَّدَاق في ذمة الزوج لا تقر المرأة به.

والثاني: بدل الخلع في ذمة المرأة لا يقر للزوج به.

والثالث: أرش الجناية لا يقربه المجني عليه<sup>(٢)</sup>، لأن الصَّدَاق لا يكون إلا للمرأة،

(١) قال الشيخ الإمام السبكي: هذا فيما لا مناقضة بين الإقرار، وما في الكتاب لو كان المشتري فيه مناقضة بأن كان فيه أنه اشتراه لنفسه مثلاً، ففيه صور:

أحدها: أن يكون البينة قد شهدت بإنشاء الشراء لنفسه فلا يسمع إقراره بعد ذلك أن المشتري لغيره، وهذا الفرع لم أره منقولاً ولكن سمعت من ابن الرفعة عن مشايخه أن تكون البينة قد شهدت على إقراره بالشراء لنفسه فيقر بعد ذلك أن المشتري في هذا المكتوب لزيد من غير أن يقول الذي شريته لنفسي فهذا ينبغي أن يسمع لعدم التناقض.

الثالثة: إذا قال: هذا الذي اشتريته لنفسي اشتريته لزيد. فهذا متناقض كقوله داري لزيد، فلا ينبغي أن يسمع، وفي فتاوى البغوي أنه لو قال: الدار التي اشتريتها لنفسي لفلان لا يكون إقراراً إلا أن يريد، وهو كما لو قال: داري لزيد، لأنه قد يريد الإضافة هناك السكن، وقد يقال: لا تناقض هنا وهناك في مسألة الشراء تناقض صريح إلا أن يريد أن الدار التي شريتها لنفسي في الماضي الآن لزيد فيصح لجواز الانتقال فلا يكون مما نحن فيه، وحينئذ فينبغي أن يقال في مسألة فتاوى البغوي بأنه إقرار عند الإطلاق لأنه قال: الدار التي اشتريتها لنفسي، ومعناه: الإقرار بها الآن، وكلامنا إنما هو في الإقرار بالشراء المتقدم.

(٢) اعترض في المهمات بثلاثة أمور:

أحدها: إن ما اقتضاه كلامه من اتفاق الأئمة عليه ليس كذلك، فقد نقل أبو حاتم ما حاصله أن المشهور أنه لا فرق في عدم الصحة بين أن يمضي زمن أم لا.

الثاني: أن دعوى اطراده في سائر الديون ليس كذلك، فإنه إذا باع له سلعة مثلاً ثم أقر له بثمنها فيجوز أن يكون وكيلًا عنه في ذلك، فيكون الإقرار صحيحاً، وهكذا في القرض والإجارة والصلح ومثله لا يأتي في مسائل صاحب «التلخيص».

الثالث: أن الحصر في الثلاثة غير مستقيم، فإن المتعة والحكومة والمهر الواجب في وطء الشبهة، وأجرة بدن الحر كذلك.

ويدل الخلع إلا للزوج، وأرش الجناية إلا للمجني عليه، نعم لو كانت الجناية على عبد، أو مال آخر، جاز أن يقربه الغير لاحتمال كونه له يوم الجناية.

قال الأئمة: هذه الديون، وإن لم يتصور فيها الثبوت للغير ابتداءً وتقديراً بوكالة، ولكن يجوز انتقالها إلى الغير بالحوالة، وكذلك في البيع على قوله، فيصح الإقرار بها عند احتمال جريان الناقل، وحملوا ما ذكره صاحب «التلخيص» على ما إذا أقربها عقيب ثبوتها، بحيث لا يحتمل جريان الناقل، لكن سائر الديون كذلك، فلا ينتظم الاستثناء بها، بل الأعيان أيضاً يرتد المستثنى به حتى لو أعتق عبده، ثم أقر له السيد، أو غيره عقيب العتق بدين، أو عين لم يصح؛ لأن أهلية الملك لم تثبت له، إلا في الحال، ولم يجر بينهما ما يوجب المال، وزاد أبو العباس الجرجاني في الفصل شيئاً، فقال: إن أسند الأقارير الثلاثة إلى جهة حوالة، أو بيع، إن جوزناه، فذاك، وإلا فعلى قولين، بناء على ما لو أقر للحمل بمال وأطلق.

قال الغزالي: نَعَمْ يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ الْمُقْرُّ بِهِ تَحْتَ يَدِهِ وَتَصَرُّفِهِ، فَلَوْ أَقَرَّ بِحُرِّيَّةِ عَبْدٍ فِي يَدِ غَيْرِهِ لَمْ يُقْبَلْ، فَلَوْ أَقْدَمَ عَلَى شِرَائِهِ صَحَّ تَعْوِيلاً عَلَى قَوْلِ صَاحِبِ الْيَدِ، ثُمَّ قِيلَ شِرَاءٌ، وَقِيلَ: إِنَّهُ فِدَاءٌ مِنْ جَانِبِهِ بِنَيْعٍ مِنْ جَانِبِ الْبَائِعِ، وَالصَّحِيحُ أَنَّ خِيَارَ الشَّرْطِ وَالْمَجْلِسِ لَا يَثْبُتُ فِيهِ، كَمَا لَا يَثْبُتُ فِي بَيْعِهِ عَبْدَهُ مِنْ نَفْسِهِ، وَلَا يَثْبُتُ فِي بَيْعِ الْعَبْدِ مِنْ قَرِيبِهِ الَّذِي يُعْتَقُ عَلَيْهِ عَلَى الصَّحِيحِ، ثُمَّ يُحْكَمُ بِعِنَقِ الْعَبْدِ عَلَى الْمُشْتَرِي وَلَا يَكُونُ الْوَلَاءُ لَهُ وَلَا لِلْبَائِعِ، فَإِنْ مَاتَ الْعَبْدُ وَلَهُ كَسْبٌ فَلِلْمُشْتَرِي أَنْ يَأْخُذَ مِنْ تَرْكِيهِ قَدْرَ الثَّمَنِ لِأَنَّهُ إِنْ كَذَّبَ فَكَلُهُ لَهُ، وَإِنْ صَدَّقَ فَهُوَ لِلْبَائِعِ وَلَهُ الْوَلَاءُ وَقَدْ ظَفَرَ هُوَ بِمَالِهِ هَكَذَا ذَكَرَهُ الْمَرْزُوقِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ خَالَفَهُ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُصَدِّقٍ فِي هَذِهِ الْجِهَةِ.

قال الأذري: فيما نقله عن أبي حاتم نظر وحاصل منقوله موافقة صاحب «التلخيص».  
 وأما أمره الثاني فعجيب إذا توّمل، وأما أمره الثالث، فلا شك أن كل حق شارك الثلاثة في معناها كان حكمه حكماً، ولم يرد بها حقيقة الحصر، وقال القفال بعد ذكره كلام التلخيص: إذا أقر لرجل بما هو في ذمة آخر، فالجملة في ذلك أن كل مال احتمل أن يكون ذلك في أصله للمقر له. حكم بصحة الإقرار، وإن كان لا يحتمل أن يكون ذلك في أصله للمقر له به، فذلك الإقرار باطل، ثم ذكر مثله. قال في الخادم: تسليمهم لصاحب «التلخيص» أن هذه الديون لا يتصور لغير من ذكر ممنوع، أما الصداق فإنه يتصور لغير المرأة، فإن الأمة يكون صداقها لسيدها فيما إذا أوصى بمنفعة أمة، فقيل الموصى له الوصية ثم أعتقها الوارث، ولنا صور أخرى تذكرها إن شاء الله - تعالى - في أول الصداق. وأما الخلع فإن عوضه يكون لسيد العبد. قال: ويزاد على الديون الثلاثة رابع، وهو إقرار الزوجة بالنفقة والكسوة، وزاد الماوردي في الإقناع أن يقر بحمل بهيمة لغيره.

قال الرافعي: قوله: «يشترط أن يكون المقر به تحت يده، وتصرفه أراد به أنه إذا لم يكن تحت يده لم يسלטنا إقراره على الحكم بثبوت الملك للمقر له، بل يكون ذلك دعوى، أو شهادة، وليس معناه: أنه يلغو قوله من كل وجه، بل لو حصل المقر به في يده يوماً من الدهر في يده يؤمر بتسليمه إليه فلو قال: العبد الذي يد زيد هو مرهون عند عمرو بكذا، ثم حصل العبد في يده، يؤمر ببيعه في دين عمرو، ولو أقر بحرية عبد في يد غيره، أو شهد بحريته، فلم تقبل شهادته لم يحكم بحريته في الحال، ولو أقدم المقر على شرائه، صح تنزيلاً للعقد على قول من صدقه الشرع، وهو صاحب اليد البائع، ويخالف ما إذا قال: فلانة أختي من الرضاع، ثم أراد أن ينكحها لانمكنه منها؛ لأن في الشراء غرض استنقاذه من أسر الرق، ومثل هذا الغرض لا يوجد هناك، فيمنع من الاستمتاع بفرج اعترف بأنه حرام عليه، ثم إذا اشتراه حكم بحرية العبد، وأمر برفع اليد عنه، ثم للإقرار حالتان:

إحدهما: أن تكون الصيغة أنك أعتقته، وتسترقه ظلماً، وهي التي تكلم بها في الكتاب، فالعقد الجاري بينه، وبين البائع ما حكمه أهو شراء أم افتداء؟

حكى الإمام صاحب الكتاب فيه أوجهاً ثلاثة:

أصحها: أنه بيع من جهة البائع، وافتداء من جهة المقر.

والثاني: أنه بيع من الجانبين.

والثالث: أنه افتداء من الجانبين، وهذا الثالث مما ينبو الطبع عنه في جانب البائع، وكيف يتنظم أن يقال: إنه يأخذ المال ليتخذ من يسترقه ويعرفه حرّاً يفتديه، بل لو قيل فيه المعنيين جميعاً، والخلاف في أن الأغلب منهما ما إذا كان، أو بما رآه، والمعتمد الذي رواه الأكثرون أنه بيع من جانب البائع لا محالة، ومن جانب المشتري وجهان:

أحدهما: أنه شراء، كما في جانب البائع.

وأصحهما: أنه افتداء لاعترافه بحريته، وامتناع شراء الحر، وينبني على هذا الخلاف الكلام في ثبوت الخيار في هذا العقد.

أما البائع، فيثبت له خيار المجلس، والشرط بناء على ظاهر المذهب في أنه بيع من جانبه، ولو كان البيع بثمن معين، فخرج معيباً، ورده كان له أن يسترد العبد، بخلاف مالو باع عبداً، أو أعتقه المشتري، ثم خرج الثمن المعين معيباً، ورده حيث لا نسترد العبد، بل يعدل إلى القيمة لا تفاهما على العتق هناك.

وأما المقر المشتري، فإن جعلناه شراءً في حقه فيه الخيار، وإن جعلناه فداءً،

فلا، وعلى الوجهين لا رد له لو خرج العبد معيباً، لكن يأخذ الأرش على وجه الشراء، ولا يأخذ على الوجه الآخر.

وذكر الإمام رحمه الله أنه إذا لم يثبت خيار المجلس للمشتري، ففي ثبوته للبائع وجهان؛ لأن هذا الخيار لا يكاد يتبعّض.

وقوله في الكتاب: «والصحيح أن خيار الشرط والمجلس لا يثبت فيه...» إلى آخره يشعر بإثبات الخلاف فيه، نعم مع الحكم بكونه شراءً وبيعاً لا استعقابه العتق، كالخلاف في شراء القريب.

واعلم أن مسألتي بيع العبد من نفسه، وبيعه من قريبه قد ذكرناهما بما فيهما في «البيع» وتبين أن كلامه في شراء القريب، بخلاف كلام الأكثرين، والحكم بأن الصحيح هاهنا منع الخيار غير مسلم على إطلاقه، بل الصحيح ثبوتها في طرف البائع، نعم في طرف المشتري الفتوى بالمنع، بناء على أنه فداء، والله اعلم.

ثم إذا حكمنا بالعتق والحالة وهذه، فلا نقول بأن ولاءه للمشتري، لاعترافه بأنه لم يعتقه، ولا للبائع لزعمه أنه ليس بعتق، بل هو موقوف، فإن مات وقد اكتسب مالاً، فإن كان له وارث بالنسب، فهو له، وإلا فينظر إن صدق البائع المشتري أخذه، ورد الثمن، إن كذبه وأصرّ على كلامه الأول، فظاهر النص أنه يوقف المال، كما كان الولاء موقوفاً، واعترض المُرْنِيّ فقال: للمشتري أن يأخذ قدر الثمن مما تركه، فإن فضل شيء كان الفاضل موقوفاً، وعلله بأن المشتري إذا كان كاذباً، فالميت رقيق، وجميع أكسابه له أو صادقاً، فالأكساب للبائع إرثاً بالولاء، وهو قد ظلمه بأخذ الثمن، وتعدّر استرداده، فإذا ظفر بماله كان له أن يأخذ به حقه.

وافترق الأصحاب في المسألة، فذهبت فرقة إلى تقرير النصين، وتخطئة المرني، فالتوجيه من وجهين.

أحدهما: أنه لو أخذ شيئاً فيما أن يأخذه بجهة أنه كسب مملوكه، وقد نفاه بإقراره، أو بجهة الظفر بمال من ظلمه، وهو ممتنع؛ لأنه إنما بذله تقريباً إلى الله - تعالى - باستنفاذه حُرّاً، فيكون سبيله سبيل الصدقات، والصدقات لا يرجع فيها.

والثاني: لا يدري أنه يأخذه بجهة الملك، أو بجهة الظفر بمال من ظلمه، فيمتنع من الأخذ إلى ظهور جهته.

وقال ابن سُرَيْجٍ وأبو إِسْحَاقَ، وأكثر مشايخ المذهب: الأمر كما ذكره المُرْنِيّ.

وعن ابن سُرَيْجٍ والقاضي أَبِي حَامِدٍ أَنَّ الشافعي - رحمه الله - نص عليه في غير هذا الموضوع، وحملوا ما ذكره هاهنا على أن ما يأخذه بجهة الولاء لا يكون موقوفاً وهو



ما زاد قدر الثمن، فأما المستحق بكل حال، فلا معنى للتوقف فيه.

قالوا: ويجوز الرجوع في المبدول على جهة الفدية، كما لو فدى أسيراً في يد المشركين، ثم استولى المسلمون على بلادهم، ووجد الباذل عين ماله أخذه.

وأما اختلاف الجهة. فلا يسلم أنه يمتنع أخذ بعد الاتفاق على أصل الاستحقاق.

الحالة الثانية: أن يكون صفة إقراره أنه حر الأصل، وأنه عتق قبل أن اشتريته، فإذا اشتراه، فهو فداء من جهته، بلا خلاف، كذلك وذكر صاحب «التهذيب».

وإذا مات وقد اكتسب مالاً، وليس له وارث، فالمال لبيت المال، وليس للمشتري أن يأخذ منه شيئاً؛ لأن تقدير صدقه لا يكون المال للبائع حتى يأخذ عوضاً عن الثمن، ولو مات العبد قبل أن يقبضه المشتري، لم يكن للبائع أن يطالبه بالثمن؛ لأنه لا حرية في زعمه، والمبيع قد تلف قبل القبض، هذا شرح المسألة، وقد اندرج فيه بعض ما يتعلق بلفظ الكتاب خاصة.

وقوله: «ثم يحكم بعتق العبد على المشتري» على من صلة الحكم، لا من صلة العتق، فإننا لا نحكم بأنه عتيق على المشتري، وإنما نحكم على المشتري بأنه عتيق.

وقوله: «لأنه غير مصدق في هذه الجهة».

أراد به ما ذكرنا في التوجيه الثاني، وشبه هذا الخلاف فيما إذا قال: لي عليك ألف ضمنته، فقال: ما ضمننت شيئاً، ولكن لك علي ألف عن قيمة متلف، والأصح الثبوت، وقطع النظر عن الجهة.

## فرع

لو استأجر العبد المقر بحريته بدلاً عن الشراء لم يحل له استخدامه، والانتفاع به، وللمكري مطالبته بالأجرة<sup>(١)</sup>، ولو أقر بحرية جارية ثم قبل نكاحها منه لم يحل له وطؤها، وللمزوج مطالبته بالمهر<sup>(٢)</sup>.

(١) قال في «الخادم»: تبع فيه البغوي، وقضيته الجزم بصحة الإجارة.

قال العلامة ابن الرفعة: وفيه نظر لأنها أي الإجارة لا تحتل الفداء المطلق، وأجاب بأن مرادهم أنه الفداء من جهة المستأجر في المنفعة المعقود عليها مدة الإجارة.

(٢) قال النووي: ينبغي أن يقال: إن أقر أن زيداً أعتقها، ولم يكن لها عصبه، صح تزويجه، لأنه إما مالك، وإما مولى حرّة.

قلت تبع في ذلك البغوي، وعبارة الماوردي في الحاوي ما نصه «ولو كان بدل العبد أمة جاز له أن يتزوجها مع وجود الطول»، وقضيته جواز التطوي. وقال الشيخ الإمام السبكي في =

## فرع آخر

لو قال: العبد الذي في يدك غصبتك من فلان، ثم اشتراه منه، ففي صحة العقد وجهان، نقلهما الإمام رحمه الله:

أصحهما: الصحة، كما لو أقر بحريته، ثم اشتراه

والثاني: المنع؛ لأن الصحيح ثم الافتداء والإنقاذ من الرق، ولا يتجه مثله في تخليص ملك الغير.

ثالث: لو أقر بعبد في يده لزيد، وقال العبد: بل أنا ملك لعمرو يسلم إلى دون عمرو، ولأنه في يد من يسترقه، لا في يد نفسه، فلو أعتقه لم يكن لعمرو تسليم رقبته، والتصرف فيها أيضاً لما فيها من إبطال الولاء على المعتق، وهل له أخذ أكسابه؟ فيه وجهان:

وجه المنع: أن استحقاق الأكساب فرع الريح، وإنه لم يثبت والله أعلم.

قال الغزالي: (الرُّكْنُ الرَّابِعُ): الصَّيغَةُ، فَإِذَا قَالَ: لِفُلَانٍ عَلَيَّ أَوْ عِنْدِي أَلْفٌ فَهَوَ إِقْرَارٌ، وَلَوْ قَالَ الْمُدَّعِي: لِي عَلَيْكَ أَلْفٌ فَقَالَ: زِنْ أَوْ خُذْ لَمْ يَكُنْ إِقْرَارًا، وَكَذَا إِذَا قَالَ: زِنَهُ أَوْ خُذْهُ (و) وَلَوْ قَالَ: بَلَى أَوْ أَجَلٌ أَوْ نَعَمْ أَوْ صَدَقْتَ أَوْ أَنَا مُقِرٌّ بِهِ أَوْلَسْتَ مُنْكَرًا لَهُ فَهَوَ إِقْرَارٌ، وَلَوْ قَالَ: أَنَا مُقِرٌّ وَلَمْ يَقُلْ بِهِ فَلَا يَكُونُ إِقْرَارًا بِهِ، وَلَوْ قَالَ: أَنَا أُقِرُّ بِهِ قِيلَ: إِنَّهُ إِقْرَارٌ، وَقِيلَ: إِنَّهُ وَغَدَّ بِالْإِقْرَارِ، وَلَوْ قَالَ: أَلَيْسَ لِي عَلَيْكَ أَلْفٌ فَقَالَ: بَلَى لَزِمَهُ، وَلَوْ قَالَ: نَعَمْ قِيلَ: إِنَّهُ لَا يَلْزِمُهُ وَالْأَصْحَحُ التَّنْوِيَةُ، وَلَوْ قَالَ: أَشْتَرِ مِنِّي هَذَا الْعَبْدَ فَقَالَ: نَعَمْ فَهَوَ إِقْرَارٌ بِالْعَبْدِ.

في الفصل صور:

إحداها: قول القائل كذا لفلان صيغة إقرار.

وقوله لفلان عليّ أو في ذمتي إقرار بالدين ظاهراً.

وقوله: عندي أو معي إقرار بالعين، ولو قال: له قبلي ألف قال في «التهديب»:

= تصحيح هذا النكاح إشكال؛ لأنه لا يستعقب الحل، وقول الشيخ ينبغي إلى آخره. قال في التوسط: فيه نظر بل ينبغي أن لا يصح إلا أن يكون ممن لا يباح له نكاح الأمة لأن أولاده يسترقون كأهمهم وأيضاً، فإنما يتقدح ما ذكره إذا كان تزوجها بإذنها لا جبراً ولا سيما إذا كانت تدعي الإعتاق فيكون النكاح باطلاً بوفاق الزوجين. انتهى وقوله: وإذا كان تزوجها بإذنها لا جبراً كان ينبغي أن يقول: وإذن وليها المناسب إذا كان لها ولي مناسب.

هو دين ويشبه أن يكون هو صالح للدين والعين جميعاً<sup>(١)</sup>.

**الثانية:** إذا قال لغيره: لي عليك ألف، وقال في الجواب: زن أو خذ لم يكن إقرار؛ لأنه لم توجد منه صيغة التزام، وقد يذكر مثل ذلك من يستهزئ، ويبالغ في الجحود، ولو قال: استوف أو اتزن، فكذلك.

وفي «التمتة» نقل وجه في قوله: اتزن أنه اقرار؛ لأنه يستعمل في العادة فيما يستوفيه الإنسان لنفسه، بخلاف قوله: زن ويقال: هو مذهب أبي حنيفة - رحمه الله - ولو قال: خذه أو زنة، فظاهر المذهب أنه ليس بإقرار أيضاً.

وقال الزيري: إنه إقرار، ووجهه أن الكناية تعود إلى ما تقدم في الدعوى، ولو قال: سده في همنك بك، أو اجعله في كسبك أو اختم عليه فهو كقوله: زنه أو خذه، واعلم أن الوجه الذي روينا عن الزيري نسبة صاحب الكتاب في «الوسيط» إلى صاحب «التلخيص»، فلم يورد فيه المسألة ولو قال المدعى عليه في الجواب: بلى أو نعم أو أجل أو صدقت فهو إقرار، لأن هذه الألفاظ موضوعة للتصديق والموافقة، ومثله أجابوا فيما إذا قال: لعمرى ولعل العرف يختلف فيه، ولو قال: أنا مقر به أو بما يدعيه، ولست بمنكر له فهو إقرار، ولو قال: أنا مقر ولم يقل به، أو قال: لست بمنكر، أو أنا أقر لم يكن إقراراً لجواز أن يريد اقراراً ببطلان دعواه، أو بأن الله - تعالى - واحد، وهذا يدل على أن الحكم بأن قوله: أني مقر به إقرار فيما إذا خاطبه، فقال: أنا مقر لك به، وإلا فيجوز أن يريد الإقرار به لغيره، ولو قال: أنا أقر به فوجهان:

أحدهما: أنه ليس بإقرار لجواز أن يريد به الوعد بالإقرار في تأتي الحال.

**والثاني:** أنه إقرار؛ لأن قرينة الخصومة تشعر بالتمييز، ونسب الإمام - رحمه الله - الوجه الثاني للأكثرين، واختاره كذلك القاضيان الحسنيين والرؤياني، ولا يحكي الثاني إلا نادراً فضلاً عن الذهاب إليه.

وأما المختار فهو مؤيد بأنهم اتفقوا على أنه لو قال: لا أنكر ما تدعيه كان إقراراً غير محمول على الوعد، ورأيت بعض أصحاب عاصم العبَّادي أجاب عن هذا الإلزام بأن العموم إلى النفس أسرع منه إلى الإثبات، ألا ترى أن النكرة في معرض النفي نعم وفي معرض الإثبات لا تعم؟ ولك أن تقول: هب أن هذا الفرق بين، لكن لا ينفي

(١) قال النووي قوله: إقرار بالعين، معناه: إنه يحمل عند الإطلاق على أن ذلك عين مودعة له عنده، قاله البغوي. قال: حتى لو ادعى بعد الإقرار أنها كانت ودیعة تلفت، أو رددتها، قبل قوله بيمينته، بخلاف ما إذا قلنا: إنه دين، فإنه لو فسره بالوديعة، لم يقبل. وإذا ادعى التلف، لم ينفعه، بل يلزمه الضمان. ينظر الروضة ٢١/٤.

الاحتمال، وقاعدة الإقرار الأخذ باليقين قال الإمام رحمه الله: ويتقدير حمله على الوعد، فالقياس أن الوعد بالإقرار إقرار كما أنا نقول: التوكيل بالإقرار إقرار، ولو قال في الجواب: لا أنكر أن يكون محققاً لم يكن مقراً بما يدعيه لجواز أن يريد في شيء آخر، فلو قال: فيما تدعيه، فهو إقرار، ولو قال: لا أقر به، ولا أنكر فهو كما لو سألت، فيجعل منكراً وتعرض عليه اليمين، ولو قال: أبرأتني عنه، أو قبضته فهو إقرار، وعليه يَبَيِّنُ القضاء أو الإبراء.

وعن بعض الأصحاب: أن قوله: أبرأتني ليس بإقرار لقوله تعالى: ﴿قَبْرَاهُ اللَّهُ مِمَّا قَالُوا﴾ [الأحزاب / ٦٩] وتبرئته عن عيب الأذرة لا يقتضي إثباته له، ولو قال: أقررت بأنك أبرأتني، واستوفيت مني لم يكن إقراراً، ولو قال في الجواب: لعل أو عسى أو أظن أو أحسب أو أقدر لم يكن مقراً وهاهنا مباحثة، وهو أن اللفظ وإن كان صريحاً في التصديق، فقد تنضم إليه قرائن تصرفه عن موضوعه إلى الاستهزاء والكذب، ومن جملة الأداء والإبراء وتحريك الرأس على شدة التعجب، والإنكار، ويشبه أن يحمل قول الأصحاب: إن صدقت، وما في معناه إقرار على غير هذه الحالة.

أما إذا اجتمعت القرائن فلا يجعل إقراراً، أو يقال: فيه خلاف لتعارض اللفظ والقرينة، كما لو قال: لي عليك ألف، فقال في الجواب على سبيل الاستهزاء لك علي ألف فإن أبا سعيد المتولي حكى فيه وجهين.

الثالثة: لو قال: أليس لي عليك ألف، فقال: بلى كان مقراً، ولزمه الألف، ولو قال: نعم فوجهان.

أحدهما: أنه لا يلزمه؛ لأن «نعم» تصديق لما دخل عليه حرف الاستفهام، وبلى تكذيب له من حيث أن أصل بلى «بل» وزيدت عليها «الياء»، وهو الرد والأستدراك، وإذا كان كذلك فقوله: بلى رد لقوله أليس لي عليك ألف، فإنه الذي أدخل عليه حرف الاستفهام، وبقي له، ونفي النفي إثبات، فكأنه قال: لي عليك لك على ألف، وقوله: نعم تصديق له، فكأنه قال: ليس لي لك علي عليك ألف، هذا تلخيص ما نقل عن الكسائي وغيره أئمة اللغة، وعلى وفاقه ورد القرآن قال الله تعالى: ﴿أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَىٰ﴾ [الأعراف / ١٧٢] وقال تعالى: ﴿أَمْ يَحْسَبُونَ أَنَّا لَا نَسْمَعُ سِرَّهُمْ وَنَجْوَاهُمْ بَلَىٰ وَرُسُلْنَا لَدَيْهِمْ يَكْتُبُونَ﴾ [الزخرف / ٨٠] وقال تعالى: ﴿أَيَحْسَبُ الْإِنْسَانُ أَنْ لَنْ نَجْمَعَهُ عِظَامَهُ بَلَىٰ قَادِرِينَ عَلَىٰ أَنْ نَسُوِيَ بَنَانَهُ﴾ [القيامة / ٤، ٣] وقال تعالى في لفظه نعم: ﴿فَهَلْ وَجَدْتُمْ مَا وَعَدَ رَبُّكُمْ حَقًّا قَالُوا نَعَمْ﴾ [الإعراف / ٤٤]، وقال تعالى: ﴿أَيْنَا لَنَا لَأَجْرًا إِنْ كُنَّا الْغَالِبِينَ قَالَ: نَعَمْ﴾ [الشعراء / ٤١] والوجه الثاني أن يكون مقراً بأن كل واحد منهما يقام مقام الآخر في العرف، والوجه الأول هو الذي أورده صاحب

«التهديب» وغيره لكن الثاني أصح عند الإمام وصاحب الكتاب، وبه أجاب الشيخ أبو محمد وأبو سعيد المتولى، ووجهه بأن الأقرارير تحمل على معهود العرف لا على حقائق العربية<sup>(١)</sup>، ولو قال: هل لي عليك ألف، فقال: نعم فهو إقرار.

الرابعة: إذا قال اشتر مني عبدي هذا فقال: نعم فهو إقرار به للقائل، كما لو قال: اعتق عبدي هذا فقال: نعم ويمكن أن يجيء فيه خلاف ما ذكرنا في الصلح فيما إذا قال: بعني هذا العبد، هل هو إقرار بالعبد للمخاطب؟ وليس في لفظ الكتاب في المسألة إضافة العبد إلى نفسه، ولكن المراد ما إذا أضاف، وكذلك صور في «الوسيط» ولو كان اللفظ اشتر مني هذا العبد كما في الكتاب، فالتصديق بنعم يقتضي الاعتراف بملكية البيع لا بأنه يملك المبيع، ولو ادعى عليه عبداً في يده، فقال: اشترته من وكيلك فلان، فهو إقرار له، ويحلف المدعى عليه أنه ما وكل فلاناً بالبيع، ثم إنا نردف شرح صور الفصل بصور تقرب منها لو قال: له علي كذا في علمي، أو فيما أعلمه، وأشهد فهو إقرار، ولو قال: كان علي ألف لفلان، أو كانت هذه الدار في السنة الماضية له فوجهان:

أحدهما: أنه إقرار في الحال بحكم الاستصحاب.

والثاني: لا؛ لأنه لم يعرف في الحال بشيء، والأصل براءة الذمة<sup>(٢)</sup>، ويقرب منه الخلاف فيما إذا قال: هذه داري أسكنت فيها فلاناً، ثم أخرجته منها قيل: هو إقرار باليد؛ لأنه اعترف بشبوتها من قبل، وادعى زوالها.

وعن أبي علي الزُّجَاجي في جواب الجامع الصغير أنه ليس إقراره بالملك لزيد، ودعوى انتقالها منه؛ لأنه لم يعترف بيد فلان إلا من جهته، ولو قال: ملكتها من زيد فهو إقرار، فإن لم يصدقه زيد أمر بالرد إليه<sup>(٣)</sup>، ولو قال: اقض الألف الذي لي عليك، فقال: نعم فهو إقرار، ولو قال في الجواب: أعطني غداً أو ابعث من يأخذه، أو أمهلني يوماً، أو حتى أصرف الدارهم، أو حتى أفتح باب الصندوق، أو أقعد حتى تأخذ، أو لا أجد اليوم، أو لا تزال تتقاضى، أو قال: ما أكثر ما تتقاضى، والله لأقضينك فجميع هذه الصور إقرار عند أبي حنيفة رحمه الله، والأصحاب فيه مضطربون.

(١) هذا الثاني هو الأصح، وصححه المصنف في «المحرر».

(٢) قال النووي: ينبغي أن يكون أصحابها الثاني، وقد أشار إلى تصحيحه الجرجاني. ينظر الروضة ٢٣/٣٤.

(٣) ولو قال: ملكتها على يد زيد لم يكن إقرار له بها؛ لأن معناه: كان زيد وكيلاً قاله البغوي. ينظر الروضة ٢٣/٤.

والميل إلى موافقته في أكثر الصور أكثر، وتردد بعضهم في قوله: اقض الألف الذي لي عليك، فقال: نعم أيضاً، وكذا لو قال: أسرج دابة فلان هذه، فقال: نعم، أو قال: متى تقضي حقي؟ فقال: غداً، ولو قائل له قائل: غصبت ثوبي، فقال: ما غصبت من أحد قبلك، ولا بعدك لم يكن مقرراً؛ لأن نفي الغصب من غيره لا يوجب العُصْب منه، وكذا لو قال: ما لزيد أكثر من مائة درهم؛ لأن نفي الزائد على المائة لا يوجب إثبات المائة.

وفيه وجه آخر أنه إقرار بالمائة، ولو قال معسر: لفلان علي ألف درهم، إن رزقني الله مالاً، قيل: ليس بإقرار للتعليق.

وقال: هو إقرار، وذلك بيان لوقت الأداء، والأصح أن يستفسر، فإن فسر بالتأجيل صح، وإن فسر بالتعليق لغاً<sup>(١)</sup>.

ولو شهد عليه شاهد، فقال: هو صادق، أو عدل لم يكن مقرراً.

وإن قال: صادق فيما شهد به، أو عدل فيه كان مقرراً قاله في «التهذيب».

ولو قال: إن شهد علي فلان وفلان أو شاهدان بكذا، فهما صادقان.

قال في «الحلية»: فيه قولان.

أصحهما: أنه إقرار، وإن لم يشهدا.

وبه صاحب «التلخيص» في «المفتاح».

والثاني: أنه ليس بإقرار لما فيه من التعليق، فإن قال: إن شهدا صدقتهما لم يكن مقرراً؛ لأن غير الصادق قد يصدق<sup>(٢)</sup>.

## الباب الثاني في الأقارير المجملة

قال الغزالي: (وهي سبعة): (الأول) إذا قال لفلان: على شيء يقبل تفسيره بأقل

(١) في لزومه بقوله عدل نظراً.

(٢) قال النووي: في «البيان»: أنه لو قال: لي عليك ألف درهم، فقال: لزيد علي أكثر مما لك، لاشيء عليه لواحد منهما. ولو قال: لي مخرج من دعواك، فليس بإقرار. قال: وإن قال: لي عليك ألف أقرضتك، فقال: والله لا اقترضت منك غيره، أو كم تمنّ به، قال الصيمري: هو إقرار. وإن قال: ما أعجب هذا، أو تتحاسب، فليس بإقرار. وإن كتب: ذلك على الأرض. ولو قال: له علي ألف إن مت، فليس بإقرار، كما لو قال: إن قدم زيد. ووافق أبو حنيفة - رضي الله عنه على الثانية دون الأولى. ولو قال: له علي ألف إلا أن يبدو لي، فوجهان حكاهما في «العدة» و«البيان» ولعل الأصح: أنه إقرار. ينظر الروضة ٢٤/٤.

مَا يَتَمَوَّلُ (ح) لِأَنَّهُ مُخْتَمَلٌ، وَهَلْ يُقْبَلُ بِحَبَّةٍ مِّنَ الْحِنْطَةِ فِيهِ خِلَافٌ، وَهَلْ يُقْبَلُ بِالْكَلْبِ وَالسَّرَجِينَ وَجِلْدِ الْمَيْتَةِ؟ فِيهِ خِلَافٌ، وَالْأَظْهَرُ الْقَبُولُ لِأَنَّهُ شَيْءٌ لَّازِمٌ، وَلَا يُقْبَلُ بِالْخَمْرِ وَالْخَنْزِيرِ لِأَنَّهُ لَا يَلْزَمُ رَدُّهُمَا، وَلَا يُقْبَلُ بِرَدِّ جَوَابِ السَّلَامِ وَالْعِيَادَةِ فَإِنَّهُ لَا مُطَالَبَةَ بِهِمَا، وَإِنْ قَالَ: غَضِبْتُ بِشَيْءٍ قُبِلَ بِالْخَمْرِ وَالْخَنْزِيرِ، وَلَوْ قَالَ لَهُ عِنْدِي شَيْءٌ لَمْ يُقْبَلْ بِالسَّلَامِ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ، وَفِيهِ وَجْهٌ.

قال الرافعي: المقربه قد يكون مفصلاً، وقد يكون مجملاً مجهول الحال، وإنما احتمل فيه الإجمال؛ لأنه إخبار عن سوابق، والشيء يخير عنه مفصلاً تارة، ومجملاً تارة، ويخالف الإنشاءات، حيث لا تحتمل الجهالة، والإجمال في أغلبها احتياطاً لا ابتداء الثبوت، وتحرزاً عن الغرر، ولا فرق في الأقرارير المجملة بين أن تقع ابتداءً، أو في جواب دعوى معلومة، كما إذا ادعى عليه ألف درهم، وقال: لك علي شيء، والألفاظ التي تقع فيها الجهالة والإجمال لا حصر لها، فاشتغل الشافعي - رضي الله عنه - والأصحاب ببيان ما هو أكثر استعمالاً، ودوراناً على الألسنة ليعرف حكمهما، ويقاس بها غيرها.

منها: إذا قال: لفلان علي شيء، رجعنا في التفسير إليه، فإن فسره بما يتمول قبل قليلاً كان أو كثيراً كفلس ورغيف وتمر، حيث يكون لها قيمة، وإن فسره بما لا يتمول، فإما أن يكون من جنس ما يتمول أولاً يكون، إن كان كحبة من الحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالسَّنْسِيمِ وقمع الباذنجانة، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يقبل التفسير به؛ لأنه لا قيمة له، فلا يصح التزامه، بكلمة علي، ولهذا لا تصح الدعوى به.

وأصحهما: القبول؛ لأنه شيء يحرم أخذه، وعلى من أخذه رده وقوله إن الدعوى به لا تسمع - ممنوع والتمر الواحد حيث لا قيمة لها من هذا القبيل.

وعن القاضي: أن الخلاف فيها بالترتيب، وهي أولى بالقبول، وإن لم يكن من جنس ما يتمول، فإما أن يجوز اقتناؤه لمنفعة، أو لا يجوز.

القسم الأول: الكلب المعلم، والسرجين، وجلد الميتة القابل للدباغ، ففي التفسير بها وجهان.

أحدهما: لا يقبل، لأنها ليست بمال، وظاهر الإقرار المال.

وأصحهما: القبول لأنها أشياء يثبت فيها الحق، والاختصاص، ويحرم أخذها،

ويجب ردها، ومن هذا القسم الخمر المحترمة والكلب القابل للتعليم<sup>(١)</sup>.

ومثال الثاني الخمرة التي لا حرمة لها، والخنزير، وجلد الميتة، والكلب الذي لا منفعة به ففي التفسير بها وجهان، لكن الأصح هاهنا المنع، وهو الذي ذكره في الكتاب؛ لأنه ليس فيه حق واختصاص، ولا يلزم ردها.

وقوله: على مقتضى ثبوت حق المقر له، ولو فسره بوديعة قبل؛ لأن عليه ردها عند الطلب، وقد يتعدى فيها فتكون مضمونة عليه.

وروى الإمام رحمه الله وجهاً: أنه لا يقبل؛ لأنها في يده لا عليه، ولو أقر بحق الشفعة يقبل ذكره القاضي الرُّوياني، وبالعبادة ورد السلام لا يقبل؛ لأنه بعيد عن الفهم في معرض الإقرار إذ لا مطالبة بهما، والإقرار في العادة يجري بما يطلب المقر، ويدعيه. قال في «التهديب»: ولو قال له عليّ حق قبل التفسير بهما، وظني أن الفرق بينهما عسير، وكيف لا والحق أخص من الشيء<sup>(٢)</sup>؟ وبعده أن يقبل تفسير الأخص بما لا يقبل به تفسير الأعم، وبتقدير أن يكون الأمر، كما ذكره، فينتقض التوجيه المذكور.

وقوله في الكتاب: «ولا يقبل برد جواب السلام» - أخذ اللفظين من الرد والجواب كافٍ، والآخر زائد، ولو كان الإقرار بلفظ الغضب، فقال: غضبت منه شيئاً فيما يقبل تفسيره في الصورة السابقة، يقبل هاهنا بطريق الأولى، إذا احتمله اللفظ، وهذا القيد لتخريج الوديعة، وحق الشفعة، ويقبل أيضاً بالخمر والخنزير، نص عليه في «الأم»؛ لأن الغضب لا يقتضي إلاّ الأخذ قهراً، وليس في لفظه ما يشعر بالتزام وثبوت حق، بخلاف قوله: عليّ، ولو قال: له عندي شيء، فكذلك يقبل التفسير بالخمر والخنزير على المشهور؛ لأنه شيء مما عنده.

(١) قال الأذري: ما ذكره في الخمر المحترمة هو طريقة المراوزة أو بعضهم. وأما العراقيون فلا محترمة عندهم بل كل خمر يجب إراقتها ويحرم اقتناؤها. وهو ظاهر النص إلى آخر ما ذكره.

ومحل الخلاف في غير الغضب، فلو أقر أنه غضب منه شيئاً ثم فسره بخمر وخنزير قبل قطعاً. قال الشيخ الأسنوي: تعليل الرافعي يرشد إلى أن صورة المسألة أن يكون المقر له مسلماً. أما إذا كان ذمياً فيصح التفسير بغير المحترمة، وهو ظاهر. وإن كان الأذري قال: إنه ليس بشيء لأن الكلام إذا قال: له عليّ شيء.

(٢) فإن قيل: الحق أخص من الشيء فكيف يقبل في تفسير الأخص ما لا يقبل في تفسير الأعم؟ أجيب بأن الحق يطلق عرضاً على ذلك بخلاف الشيء فيقال في العرف له عليّ حق ويراد به ذلك وفي الخبر «الحق المسلم على المسلم خمس» وذكر منها عيادة المريض ورد السلام، فاعتبار الإقرار بما يطالب في محله إذا لم يسع اللفظ عرفاً فيما لا يطالب به.



وقال الشيخ أبو مُحَمَّدٍ: لا يقبل، واختاره الإمام، وصاحب الكتاب، ووجهه بأن قوله: «عندي» يشعر بثبوت ملك أو حق، وللأولين أن يمنعوا ذلك، ويحتجوا عليه بانتظام قول القائل: لفلان عندي خمر أو خنزير، ثم لهم أن يدعوا مثل ذلك في قوله: غصبت من فلان<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي: **ثُمَّ إِنْ أَمْتَنَعَ عَنِ التَّفْسِيرِ حُبَسَ إِلَى أَنْ يُفَسَّرَ عَلَى رَأْيٍ، وَجُعِلَ نَاكِلًا عَنِ الْيَمِينِ عَلَى رَأْيٍ حَتَّى يَخْلِفَ الْمُدَّعِي، فَلَوْ فُسِّرَ بِدِرْهَمٍ فَقَالَ الْمُدَّعِي: بَلْ أَرَدْتُ عَشْرَةَ لَمْ يَقْبَلْ دَعْوَى الْإِرَادَةِ بَلْ عَلَيْهِ أَنْ يَدَّعِيَ نَفْسَ الْعَشْرَةِ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُقِرِّ فِي عَدَمِ الْإِرَادَةِ وَعَدَمِ اللَّزُومِ.**

قال الرافعي: عرفت أنه بم يقبل تفسير الإقرار بالشيء؟

وبم لا يقبل؟

وفي الفصل وردت مسألتان، لا اختصاص لهما بلفظ الشيء، بل يعمان سائر المبهمات، وإنما أوردها في هذا الموضوع؛ لأن الإقرار بالشيء أول ما ذكره من الأقرار المجملة.

**المسألة الأولى:** إذا أقر بمجمل، وطالبناه بالتفسير، فامتنع ففيه ثلاثة أوجه، جمعها الإمام رحمه الله:

**أظهرها:** أنا نحبسه حبسنا إياه إذا امتنع من أداء الحق؛ لأن التفسير والبيان حق واجب. والثاني: أنه لا يحبس، بل ينظر إن وقع الإقرار المبهم في جواب دعوى، وامتنع عن التفسير جعل ذلك إنكاراً منه، وتعرض عليه اليمين، فإن أصر جعل ناكلاً عن اليمين، وحلف المدعي، وإن أقر ابتداء، قلنا للمقر له: ادعي عليه حقا، فإذا ادعاه، وأقر بما ادعاه، أو أنكرك، فذاك، وأجرينا عليه الحكم.

وإن قال: لا أدري، جعلناه منكرأ، فإن أصر جعلناه ناكلاً، وذلك أنه إذا أمكن تحصيل الغرض من غير حبس لا يحبس والثالث، عن حكاية صاحب «التقريب»: أنه إن أقر بَعْضٍ، وامتنع من بيان المغضوب، حبس، وإن أقر بدين مبهم، فالحكم كما ذكرنا في الوجه الثاني.

وذكر أبو عاصم العبادي أنه إذا قال: عَلَيَّ، وامتنع من التفسير لم يحبس، وإن قال: علي شيء ثوب أو فضة، ولم يبين يحبس.

(١) قال النووي: قال أصحابنا: لو قال: غصبتك، أو غصبتك ما تعلم، لم يلزمه شيء، لأنه قد يغصبه نفسه، فيحبسه. ولو قال: غصبتك شيئاً، ثم قال: أردت نفسك، لم يقبل. ينظر الروضة ٢٧/٤.

وأشار مَنْ شَرَحَ كلامه إلى أن الفرق مبني على قبول التفسير بالخمير والخنزير، فإنه لا يتوجه بذلك مطالبته وحبسه .

الثانية: إذا فسر إقراره المبهم، بتفسير صحيح، وصدفه المقر له فذاك، وإلاً فليبين جنس الحق، وقدره، وَلْيُذْعِبه والقول قول المقر في نفيه، ثم لا يخلو إما أن يكون ما ادَّعاه من جنس ما فُسِّرَه المقر، أو من غير جنسه، فإن كان من جنسه، كما إذا فسر إقرار بمائة درهم، وقال المقر له: لي عليه مائتان، فإن صدقه على إرادة المائة، فهي ثابتة بالاتفاق، ويحلف المقر على نفي الزيادة، ولو قال: أراد به المائتين حلف المقر على أنه ما أراد مائتين، وليس عليه إلا مائة، ويجمع بينهما في يمين واحدة .

وعن ابن المرزبان أنه لا بد من يمينين والمشهور الأول، فلو نكل حلف المقر له على استحقاق المائتين، ولا يحلف على الإرادة؟ لأنه لا يطلع عليها، بخلاف ما إذا مات المقر، وفسر الوارث، فادعى المقر له زيادة، حيث يحلف الوارث على نفي إرادة المورث،؛ لأنه قد يطلع من حال مورثه على ما لا يطلع عليه غيره قال صاحب «التهذيب»: ومثله لو أوصى بمجمل، ومات، فبينه الوارث زعم الموصى له أنه أكثر يحلف الوارث على نفي العلم باستحقاق الزيادة، ولا يتعرض للإرادة .

والفرق أن الإقرار إخبار عن سابق، وقد يعرض فيه اطلاع، والوصية إنشاء أمر على الجهالة وبيانه: إذا مات الموصي إلى الوارث وأما إن كان ما ادعاه من غير جنس ما فسر به المقر، نظر إن صدقه في الإرادة، وقال هو ثابت لي عليه ولي عليه مع ذلك كذا ثبت المتفق عليه، والقول قول المقر في نفي غيره وإن صدقه في الإرادة وقال ليس لي عليه ما فسر به، إنما لي عليه كذا بطل حكم الإقرار برده، وكان مدعياً في غيره، وإن كذبه في دعوى الإرادة، وقال: إنما أراد ما ادعيته حلف المقر على نفي الإرادة، ونفي ما يدعيه، ثم إن كذبه في استحقاق المقر به بطل الإقرار فيه، وإلاً ثبت، ولو اقتصر المقر على نفي دعوى الإرادة، وقال: ما أردت بكلامك ما فسرته، وإنما أردت كذا، إما من جنس المقر به، أو من غيره لم يسمع منه ذلك؛ لأن الإقرار والإرادة لا يثبتان حقاً له، الإقرار إخبار عن حق سابق، وعليه أن يدعي الحق لنفسه .

وقال الإمام: وفيه وجه ضعيف أنه تقبل دعوى الإرادة المجردة، وهو كالاخلاف فيمن ادعى على خصمه أنه أقر بألف درهم، هل تسمع منه أم عليه أن يدعي بعين الألف؟

وقوله في الكتاب: «لم تقبل منه دعوى الإرادة، بل عليه أن يدعي نفس العشرة ربما يفهم منه أن دعوى الإرادة لا التفات إليها أصلاً، وليس كذلك، وإنما المراد أنها وحدها غير مسموعة، فإما إذا ضم إليها دعوى الاستحقاق، فيحلف ليقر على نفيهما

على التفصيل الذي تبين، والذي اتفقت النقلة عليه، ويدل عليه من لفظ الكتاب قوله: «والقول قول المقر في نفي الإرادة، ونفي اللزوم» ولكن فيه كلام، وهو أنا حكينا في البيع وجهين، وهو أن المشتري إذا ادعى عيباً قديماً بالمبيع، وقال البائع: بعته أو قبضته سليماً، يلزمه أن يحلف كذلك، أم يكفيه الاقتصار على أنه لا يستحق به الرد؟ فليجيء هاهنا وجه أنه يكفيه نفس اللزوم، ولا يحتاج إلى التعرض للإرادة.

## فرع

لو مات المبهم قبل التفسير طوِّب به الوارث، فإن امتنع فقولان:

أحدهما: أنه يوقف مما ترك أقل ما يتمول.

وأظهرهما: أنه يوقف الكل؛ لأن الجميع، وإن لم يدخل في التفسير، فهو مرتين بالدين.

قال الغزالي: (الثاني) إِذَا قَالَ: عَلَيَّ مَالٌ تُقْبَلُ بِأَقْلٍ مَا يَتَمَوَّلُ وَلَا يُقْبَلُ بِالْكَلْبِ وَ جِلْدِ الْمَيْتَةِ، وَالْأَطْهَرُ قَبُولُ الْمُسْتَوْلَدَةِ، وَلَوْ قَالَ: مَالٌ عَظِيمٌ أَوْ نَفِيسٌ أَوْ كَثِيرٌ أَوْ مَالٌ وَأَيُّ مَالٍ كَانَ، كَمَا لَوْ قَالَ: مَالٌ، وَحَمِلَ عَلَى عَظْمِ الرُّنْبَةِ بِالْإِضَافَةِ، فَلَوْ قَالَ: مَالٌ أَكْثَرُ مِنْ مَالِ فَلَانٍ أَوْ مِمَّا شَهِدَ بِهِ الشُّهُودُ عَلَى فَلَانٍ قَبْلَ تَفْسِيرِهِ بِمَا دُونَهُ، وَمَعْنَاهُ أَنَّ الدِّينَ أَكْثَرُ بَقَاءً مِنَ الْعَيْنِ، أَوْ الْحَلَالِ، أَكْثَرُ مِنَ الْحَرَامِ.

قال الرافعي: في الفصل ثلاث صور:

إحداها: إذا قال: له عَلَيَّ مَالٌ قَبْلَ تَفْسِيرِهِ بِأَقْلٍ مَا يَتَمَوَّلُ، وَلَا يُقْبَلُ بِمَا لَيْسَ بِمَالٍ، كَالْكَلْبِ، وَجِلْدِ الْمَيْتَةِ وَالْوَجْهَ الْقَبُولَ بِالتَّمْرَةِ الْوَاحِدَةَ، وَلَوْ كَانَ بِحَيْثُ يَكْثُرُ التَّمْرُ.

وتوجيهه أنه مال، وإن لم يتمول في ذلك الموضع، هكذا يذكره العراقيون، ويقولون: كل ما يتمول مال، ولا ينعكس، وتلتحق الحبة من الحنطة بالتمرة الواحدة، وفي قبول التفسير بالمستولدة وجهان، حكاهما الشيخ أبو مُحَمَّدٍ:

أظهرهما، وهو اختيار الشيخ: القبول؛ لأنه ينتفع بها، وتستأجر، وإن كانت لا تباع وإن فسر بوقف عليه، فيشبه أن يخرج على الخلاف في أن الملك في الوقف، هل للموقوف عليه.

الثانية: إذا قال: عَلَيَّ مَالٌ عَظِيمٌ، أَوْ كَبِيرٌ، أَوْ كَثِيرٌ، أَوْ جَلِيلٌ، أَوْ نَفِيسٌ، أَوْ خَطِيرٌ، أَوْ غَيْرُ تَافِهِ، أَوْ مَالٌ، وَأَيُّ مَالٍ قَبْلَ تَفْسِيرِهِ بِأَقْلٍ مَا يَتَمَوَّلُ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمَلُ أَنْ يَرِيدَ

به عظم خطره، يكفر مستحله، أو وزر غاصبه، والخائن فيه.

وقد قال الشافعي رضي الله عنه: أصل ما أبني عليه الإقرار ألا ألزم إلا اليقين، وأطرح الشك، ولا أستعمل الغلبة<sup>(١)</sup>.

وعن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه لا يقبل في العظيم والكثير بأقل من عشرة دراهم، ويروى مائتا درهم وساعدنا في الجليل والنفيس والخطير.

وعن مالك - رحمه الله - أنه لا يقبل التفسير بأقل مما تقطع فيه يد السارق، وذهب بعض الأصحاب فيما حكاه القاضي الحسين وغيره إلى أنه يجب أن يزيد تفسير المال العظيم على تفسير مطلق المال ليكون لوصفه بالعظيم فائدة واكتفى بعضهم بالعظيم من حيث الجرم والجنحة.

ولو قال: علي مال قليل، أو حقير، أو خسيس، أو طفيف، أو تافه، أو نذر، أو سير، فهو كما لو قال: مال، وتحمل هذه الصفات على استحقاق الناس إياه، أو على أنه فإن زائل، فكثيره بهذا الاعتبار قليل، وقليله بالأعتبار الأول كثير.

وقوله في الكتاب: «وحمل على عظم الرتبة بالإضافة» يجوز كأن يريد به الإضافة إلى الوزر والعقوبه، ويجوز أن يريد لإضافته إلى أحوال الناس، وطباعهم، فقد يستعظم الفقير ما يستحقه السري.

الثالثة: قال: لزيد على مال أكثر مما لفلان قبل تفسيره، بأقل ما يتمول، وإن كثر

(١) قال الشيخ أبو علي: ما غلب على الناس، وقال الخطيب: والمراد باليقين في كلامه ما يشمل الظن القوي كما قاله الهروي وغيره، فالشافعي يلزم في الإقرار باليقين وبالظن القوي لا بمجرد الظن والشك وشذ عن هذا الأصل الذي ذكره الشافعي - رضي الله - عنه مسائل:

منها: لو أقر لابنه بعين فيمكن تنزيل الإقرار على البيع وهو سبب قوي يمنع الرجوع ويمكن تنزيله على الهبة فلا يمنع الرجوع فأفتى أبو سعد الهروي بإثبات الرجوع تنزيلاً على أقل السببين، وأفتى أبو عاصم العبادي بعدم الرجوع لأن الأصل بقاء الملك للمقر له، وناظره أبو سعد فقال: التعلق بالأصل الأولى أولى من الثاني.

والقياس أن الإقرار المطلق لا يحكم به للمقر له، ووافق الماوردي والقاضي أبو الطيب أبا سعد، وقال الرافعي، ويمكن أن يتوسط فيقال إن أقر بانتقال الملك منه إلى الابن فالأمر كما قال القاضيان، وإن أقر بالملك المطلق، فالأمر كما قال العبادي، وصحح المصنف هنا وفي فتاوى قول الهروي.

ومنها: لو أقر لحمل أو مسجد وأطلق فلم يصفه إلى جهة تقتضي الصحة ولا إلى ما يقتضي البطلان، فالأصح الصحة ويحمل على الجهة الممكنة في حقه كما تقدم.

ومنها: لو أقر بدراهم ثم فسرها بناقصة عن الدرهم الإسلامي فإن كان في بلد دراهمه تامة فطريقان الأصح القبول كما تقدم ذكر ذلك من قبل.

مال فلان؛ يحتمل أن يريد به أنه دين لا يتطرق إليه الهلاك، وذلك عين متعرض الهلاك، أو يريد أن مال زيد عليّ حلال، ومال فلان حرام، والقليل من الحلال أكثر بركة من الحرام، وكما أن القدر مبهم في هذا الإقرار، فكذلك الجنس والنو مبهمان ولو قال: له عليّ أكثر من مال فلان عدداً، فالإبهام في الجنس والنوع.

ولو قال له: عليّ من الذهب أكثر مما لفلان، فالإبهام في القدر والنوع، ولو قال: من صحاح الذهب، فالإبهام في القدر والنوع، ولو قال: من الذهب فالإبهام في القدر وحده، ولو قال: لزيد على مال أكثر مما شهد به الشهود على فلان، قبل تفسيره بأقل ما يتمول أيضاً؛ لاحتمال أن يعتقد أنهم شهدوا زوراً، ويريد أن القليل من الحلال أكثر بركة ولو قال: أكثر مما قضى به القاضي على فلان فوجهان:

أحدهما: أنه يلزمه القدر المقضى به؛ لأن قضاء القاضي محمول على الصدق والحق.

وأظهرهما: أنه كما لو قال أكثر مما شهد به الشهود؛ لأن قضاء القاضي قد يستند إلى شهادة الزور، والحكم الظاهر لا يغير ما عند الله - تعالى - ولو قال: لفلان عليّ أكثر مما في يد فلان، قبل تفسيره بأقل مما لو قال: من مال فلان، ولو قال: له على أكثر مما في يد فلان من الدراهم، لا يلزم التفسير من جنس الدراهم، لكن يلزمه بذلك العدد، من أي جنس شاء، زيادة بأقل ما يتمول، هكذا ذكره في «التهذيب»، لكنه يخالف ما سبق من وجهين:

أحدهما: التزام ذلك العدد.

والثاني: التزام زيادة عليه، فإن التأويل الذي تقدم الأكثرية يتبعهما جميعاً، ولو قال: عليّ من الدراهم أكثر مما في يد فلان من الدراهم، وكان في يد فلان ثلاثة دراهم. فجواب صاحب «التهذيب» أنه ثلاثة دراهم، وزيادة بأقل مما يتمول.

والأظهر: ما نقله الإمام رحمه الله، وهو أنه لا يلزمه زيادة حملاً للأكثر على ما سبق، وحكى عن شيخه أنه لو فسر بمادون الثلاثة يقبل أيضاً، ولو كان في يده عشرة دراهم، وقال المقر: لم أعلم، وظننت أنها ثلاثة، قبل قوله مع يمينه.

وقوله في الكتاب: «أو الحلال أكثر من الحرام» أي: أكثر بركة، أو رغبة، وما أشبه ذلك.

قال الغزالي: (الثالث) إِذَا قَالَ لَهُ عَلَيَّ كَذَا فَهُوَ كَالشَّيْءِ، وَإِذَا قَالَ: كَذَا كَذَا دِرْهَمٍ فَهُوَ تَكَرَّرًا، وَلَوْ قَالَ: كَذَا دِرْهَمٍ (ح و) يَلْزَمُهُ دِرْهَمٌ وَاحِدٌ، وَكَذَلِكَ كَذَا وَكَذَا (ح) دِرْهَمٍ وَكَذَا وَلَوْ قَالَ: كَذَا وَكَذَا دِرْهَمًا نَقَلَ الْمُزْنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ قَوْلَيْنِ: (أَحَدُهُمَا): أَنَّهُ تَفْسِيرٌ لَهُمَا

دِرْهَمَانِ (ح) (وَالثَّانِي): أَنَّهُ دِرْهَمٌ (ح و) وَاحِدٌ، وَهَذَا فِي قَوْلِهِ: دِرْهَمًا بِالتَّضْبِ، وَفِي قَوْلِهِ: دِرْهَمٌ بِالرَّفْعِ الْأَصْحَحُ أَنَّهُ دِرْهَمٌ وَاحِدٌ.

قال الرافعي: إذا قال: لفلان عليّ كذا، فهو كما قال: شيء، ويقبل تفسيره بما يقبل به تفسير الشيء، ولو قال: كذا كذا، فهو كما لو قال: كذا، والتكرار للتأكيد، لا للتجديد، ولو قال: كذا وكذا، فعليه التفسير بشيئين مختلفين، أو متفقين، يقبل كل واحد منهما في تفسير «كذا»، من غير عطف، وكذا الحكم فيما لو قال: عليّ شيء شيء أو شيء شيء، ولو قال: عليّ كذا درهماً، يلزمه درهم واحد، وكان الدرهم تفسيراً لما أبهم. وفي «النهاية» أن عند أبي حنيفة - رحمه الله - يلزمه عشرون، لأنه أول اسم مفرد ينتصب الدرهم المفسر عقبه، وأن أبا إسحاق المروزي وافقه فيما إذا كان المقر عارفاً بالعربة.

وأجاب الأصحاب في أن تفسير الألفاظ المبهمة لا ينظر إلى الإعراب ولا توازن المبهمات بالمبينات، بدليل أنه لو قال: عليّ كذا درهم صحيح، لا يلزمه مائة درهم بالاتفاق<sup>(١)</sup>، وإن كانت الموازنه المذكورة تقتضى لزوم مائة، والتقيد بالصحيح لثلاث يحمل على نصف درهم، أو ثلث درهم، لكن نقل البند نيجي أن الطحاوي حكى عن بعض أصحاب أبي حنيفة<sup>(٢)</sup> أنه يلزمه مائة درهم، والمشهور أنه لا يلزمه إلا درهم واحد، كما هو قولنا، ولو قال: كذا درهم من غير صفة الصحة، فكذاك.

وفيه وجه: أنه يلزم بعض درهم، وهو اختيار ابن الصَّبَّاح ولو قال: كذا درهم بالرفع، فلا خلاف أنه يلزمه درهم واحد، ولو قال: كذا درهم، ووقف، كما لو

(١) أي منا ومن أبي حنيفة.

(٢) وهو محمد بن الحسن - رحمه الله - تعالى.

وعن أبي علي الفارسي أنه سئل عن هذه المسألة فقال: إنما لم يلزمه المائة لأن الجر، والحالة هذه خطأ لأن إذا تمنع من الإضافة لأنه اسم إشارة، وأسماء الإشارة لا تضاف فكهذا لم يلزمه أبو حنيفة في هذه الصورة المائة. قال في الخادم: واستحسنه جماعة من الفضلاء وهو مردود بوجهين.

أحدهما: أن أسماء الإشارة وإن كانت لا تضاف لكن إذا تركبت مع الكاف تغير حكمه، فإن التركيب يغير الحكم ألا ترى أن الكاف المركبة مع ذا كانت أولاً للتشبيه، وكانت تحتاج إلى ما تتعلق به، وبعد التركيب بطل التشبيه، واستغنت عن التعلق بشيء، فلا يلزم من ثبوت الحكم للشيء حالة الأفراد ثبوته حالة التركيب.

الثاني: إذا جوزنا إضافة العلم مع تنكير، فينبغي أن يأتي ذلك في اسم الإشارة. وقال ابن أبي عسرون: لا يمكن الجر بالكاف للفصل باسم الإشارة بينها وبينه، ولا بالإضافة إليه، لأن اسم الإشارة لا يضاف ونقله عن الفارسي أيضاً.

خفض، ولو قال: كذا كذا درهماً لم يلزمه أيضاً إلا درهم.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: يلزمه أحد عشر درهماً، ووافقه أبو إسحاق في العالم بالعربية، ولو قال: كذا وكذا درهم أو درهم، فكذلك لا يلزمه إلا درهم، ويجيء في الخفض الوجه الذي مرّ، ولو قال: عليّ كذا وكذا درهماً.

قال في «المختصر»: يعطيه درهمن؛ لأن كذا يقع على درهم، يعنى: لما وصل الخمس بالدرهم، كان كل واحد من المعطوف والمعطوف عليه واقعاً على درهم، وكناية عنه، هكذا قال المزيّني. وقال في موضع آخر: إذا قال: عليّ كذا وكذا درهماً قيل: أعطه درهماً أو أكثر من قبل أن كذا يقع على أقل من درهمن.

وقوله: (أكثر) إذا فسر بأكثر من درهم لزمه، وإلا فالدرهم تعيين ويروى في بعض النسخ المختصر وأكثر وأبي الشيخ أبو حامد ثبوته هذا ما نقله المزيّني، واختلف الأصحاب في المسألة على طريقتين:

أشهرهما: أنه على قولين، وبه قال ابن خيران وأبو سعيد.

وأصحهما: أنه يلزمه درهمان؛ لأنه أقر بجملتين مبهمتين، وعقبهما بالدرهم منصوباً والظاهر كونه تفسيراً لها.

والثاني: وهو اختيار المزيّني: أنه لا يلزمه إلا الدرهم لجواز أن يريد تفسير اللفظين معاً بالدرهم، وحيثنذ يكون المراد من كل واحد نصف درهم.

ومنهم من زاد قولاً ثالثاً، وهو أنه يلزمه درهم وشيء، فأما الدرهم فلتفسير الجملة الثانية. وأما الشيء، فلأن الأولى باقية على إبهامها، وهذا ينطبق على رواية من روى: أعطه درهماً وأكثر. والطريق الثاني، وبه قال أبو إسحاق: القطع بأنه يلزمه درهمان، واختلفوا في نقل المزيّني، والتصرف فيه من وجوه:

أحدها: حمل ما نقل عن موضع آخر على ما إذا قال: كذا وكذا درهم بالرفع، كأنه يقول: وكذا والغرض أبهمه درهم.

الثاني: أنه حيث قال: درهمان، أراد ما إذا أطلق اللفظ، وحيث قال: درهم أراد به ما إذا نواه، ويصرف اللفظ عن ظاهرة بالنية.

والثالث: أنه حيث قال: درهم أراد ما إذا قال: كذا وكذا درهم، فشك أن الذي يلزمه شيان أو شيء واحد.

والرابع: أنه حيث قال: يلزمه درهم صور فيما إذا قال: كذا وكذا درهماً.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: يلزمه أحد وعشرون درهماً للموازنة السابقة، وبه قال

أَبُو إِسْحَاقَ فِي الْعَارِفِ بِالْعَرَبِيَّةِ، وَخَصَّصَ اخْتِلَافَ الطَّرِيقِ، وَتَفَرَّقَ الْأَصْحَابَ بِغَيْرِهِ،  
وَلَوْ قَالَ كَذَا وَكَذَا دَرَاهِمَ بِالرَّفْعِ فَطَرِيقَانِ :

أَحَدُهُمَا: طَرَدَ الْقَوْلَيْنِ؛ لِأَنَّهُ يَسْبِقُ إِلَى الْفَهْمِ أَنَّهُ تَفْسِيرٌ لِهَٰمَا وَإِنْ أَخْطَأَ فِي إِعْرَابِ  
التفسير.

وَأَصْحَهُمَا: الْقَطْعُ بِأَنَّهُ لَا يَلْزِمُهُ إِلَّا دَرَاهِمَ وَاحِدٍ، لَمَّا سَبَقَ، وَكَذَا لَوْ قَالَ: كَذَا  
وَكَذَا دَرَاهِمَ بِالْحَفْظِ لَمْ يَلْزِمُهُ إِلَّا دَرَاهِمَ وَاحِدٍ، وَيُمْكِنُ أَنْ يُخْرَجَ مِمَّا سَبَقَ أَنَّهُ يَلْزِمُهُ  
شَيْءٌ، وَبَعْضُ دَرَاهِمٍ أَوْ لَا يَلْزِمُهُ إِلَّا بَعْضُ دَرَاهِمٍ، وَلَوْ قَالَ: كَذَا وَكَذَا وَكَذَا دَرَاهِمًا.

فَإِنْ قُلْنَا: لَوْ ذَكَرَ مَرَّتَيْنِ لَزِمَهُ دَرَاهِمَانِ، فَهَاهُنَا يَلْزِمُهُ ثَلَاثَةٌ.

وَإِنْ قُلْنَا: يَلْزِمُهُ دَرَاهِمٌ، فَكَذَلِكَ هَاهُنَا.

وَإِذَا عَرَفْتَ مَا ذَكَرْنَاهُ أَعْلَمْتَ قَوْلَهُ: «ثُمَّ كَذَا دَرَاهِمًا يَلْزِمُهُ دَرَاهِمٌ وَاحِدٌ بِالْحَاءِ  
وَالْوَاوِ - كَمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ أَبُو إِسْحَاقَ وَكَذَا قَوْلُهُ: «لَوْ قَالَ: كَذَا وَكَذَا دَرَاهِمًا». وَيَجُوزُ  
إِعْلَامُ قَوْلِهِ: فَهَٰمَا دَرَاهِمَانِ وَقَوْلُهُ أَنَّهُ دَرَاهِمٌ فِي مَسْأَلَةِ كَذَا وَكَذَا دَرَاهِمًا بَهُمَا أَيْضًا.

وَقَوْلُهُ: «وَهَذَا فِي قَوْلِهِ: دَرَاهِمًا بِالنَّصْبِ» أَي مَوْضِعَ الْقَوْلَيْنِ ذَلِكَ، فَأَمَّا إِذَا رَفَعَ  
فَأَصَحَّ الطَّرِيقَيْنِ الْقَطْعُ بِلِزُومِ دَرَاهِمٍ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ قَالَ: عَلَيَّ أَلْفٌ وَدِرْهَمٌ فَالْأَلْفُ مَبْنِيٌّ وَلَهُ تَفْسِيرُهُ بِمَا شَاءَ،  
بِخِلَافِ مَا لَوْ قَالَ: أَلْفٌ وَخَمْسَةَ عَشَرَ دِرْهَمًا، أَوْ أَلْفٌ وَمِائَةٌ وَخَمْسَةَ عِشْرُونَ دِرْهَمًا فَإِنَّ  
الدَّرْهَمَ لَمْ يَثْبُتْ بِنَفْسِهِ فَكَانَ تَفْسِيرًا لِلْكَلِّ وَلَوْ قَالَ: دِرْهَمٌ وَنِصْفٌ فَقِي التَّضْفِيفِ خِلَافًا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا قَالَ: لِفُلَانٍ عَلَيَّ أَلْفٌ وَدَرَاهِمٌ أَوْ دَرَاهِمٌ، أَوْ أَلْفٌ وَثَوْبٌ، أَوْ  
أَلْفٌ وَعَبْدٌ، فَهَذَا عَطْفٌ مَبِينٌ عَلَى مَبْهَمٍ، فَلَهُ تَفْسِيرُ الْأَلْفِ بِغَيْرِ جِنْسِ الْمَعْطُوفِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ: إِنْ كَانَ الْمَعْطُوفُ مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونًا أَوْ مَعْدُودًا، يَفْسَرُ  
الْأَلْفَ بِهِ، وَإِنْ كَانَ مَتَقَوْمًا كَالثَوْبِ، وَالْعَبْدِ بَقِيَ عَلَى إِبْهَامِهِ.

لَنَا الْقِيَاسُ عَلَى مَا سَلَّمَهُ، وَعَنْ مَالِكٍ رَحِمَهُ اللَّهُ مِثْلَ مَذْهَبِنَا.

وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ أَحْمَدَ: فَمِنْهُمْ: مَنْ سَاعَدَنَا.

وَمِنْهُمْ: مَنْ قَالَ: يَفْسَرُ بِالْمَعْطُوفِ بِكُلِّ حَالٍ. وَلَوْ قَالَ: خَمْسَةَ عَشَرَ دَرَاهِمًا،

فَالْكَلِّ دَرَاهِمٌ؛ لِأَنَّهُ لَا عَطْفَ، وَإِنَّمَا هُمَا اسْمَانِ جَعَلًا وَاحِدًا، فَالْمَذْكَورُ تَفْسِيرٌ لَهُ.

وَلَوْ قَالَ خَمْسَةَ وَعِشْرُونَ دَرَاهِمًا، فَظَاهِرُ الْمَذْهَبِ أَنَّ الْكَلَّ دَرَاهِمٌ؟ لِأَنَّ لَفْظَ

الدَّرَاهِمِ فِيهِ لَا يَجِبُ بِهِ شَيْءٌ زَائِدٌ، بَلْ هُوَ تَفْسِيرٌ لِبَعْضِ الْكَلَامِ، وَالْكَلَامُ يَحْتَاجُ إِلَى

التفسير، فَيَكُونُ تَفْسِيرًا لِلْكَلِّ.



وقال ابنُ خَيْرَانَ والإِضْطَحْرِيُّ: الخمسة مجملة، والعشرون مفسرة بالدرهم لمكان العطف، وعلى هذا الخلاف قوله: «مائة وخمسة وعشرون درهماً» وقوله: ألف ومائة وخمسة وعشرون درهماً، وألف وثلاثة أثواب ومائة وأربعة دنائير وقوله: مائة ونصف درهم. ولو قال: درهم ونصف أو عشرة دراهم ونصف، فوجهان أيضاً.

قال الإِضْطَحْرِيُّ وجماعة من الأصحاب: النصف مبهم؛ لأنه معطوف على ما تقدم، مفسر به، فلا يتأتى فيه.

وقال الأكثرون: الكل دراهم: لجريان العادة به حتى إنه من قال: درهم ونصف درهم عد ذلك تطويلاً منه زائداً على قدر الحاجة.

ولو قال: نصف ودرهم، فالنصف مبهم، ولو قال: مائة وقفير حنطة، فالمائة مبهمة، بخلاف قوله: مائة وثلاثة دراهم؛ لأن الدرهم تصلح تفسيراً للكل والحنطة لا تصلح تفسيراً للمائة؛ لأنه لا يصلح أن يقال: مائة حنطة، ولو قال: علي ألف درهم برفعهما وتوניהما فسر الألف بما لا تنقص قيمته عن درهم، كأنه قال: الألف نما قيمة الألف منه درهم والله أعلم بالصواب.

قال الغزالي: (الرابع) إِذَا قَالَ: عَلِيٌّ دَرَاهِمٌ يَلْزَمُهُ دَرَاهِمٌ فِيهِ سِتَّةٌ دَوَانِيقَ عَشْرَةَ مِنْهَا تَسَاوِي سَبْعَةَ مَثَاقِيلَ، وَهِيَ دَرَاهِمُ الْإِسْلَامِ، فَإِنْ فُسِّرَ بِالنَّاقِصِ فِي الْوِزْنِ مُتَّصِلًا قَبْلَ (ح)، وَإِنْ كَانَ مُتَّفَصِلًا لَمْ يُقْبَلْ، إِلَّا إِذَا كَانَ التَّعَامُلُ بِهِ غَالِيًا فِيهِ وَجْهَانِ، وَعَلَيْهِ يُخْرَجُ التَّفْسِيرُ بِالدَّرَاهِمِ الْمَغْشُوشَةِ، وَلَوْ فُسِّرَ بِالْفُلُوسِ لَمْ يُقْبَلْ بِحَالٍ، وَكَذَا لَوْ قَالَ: عَلِيٌّ دَرَاهِمَاتٌ أَوْ دَرَاهِمٌ صِغَارٌ وَفُسِّرَ بِالنَّاقِصِ لَمْ يُقْبَلْ، وَلَوْ قَالَ: عَلِيٌّ دَرَاهِمٌ يَلْزَمُهُ ثَلَاثَةٌ.

قال الرافعي: ذكرنا في الزكاة أن الدرهم الإسلامي المعتبر به نصب الزكاة والديات وغيرها عشرة من الدراهم سبع مثاقيل، وكل واحد منها ستة دوانيق، ونزيد الآن أن كل دانيق ثمانين حبات، وخمسة حبة، فيكون الدرهم الواحد خمسين حبة وخمسة حبة، والمراد من الحبة حبة الشعير المتوسطة التي لن تقشر، لكن قطع من طرفها مادق وطال، والدينار اثنان وسبعون حبة منها، كذا نقل عن رواية أبي عبيد القاسم، وحكاة الخطابي عن ابن سريج وفي «حلية» القاضي الروياني أن الدانق ثمانين حبات، فعلى هذا يكون الدرهم ثمانية وأربعين حبة والله أعلم.

إذا عرفت ذلك، ففي الفصل مسائل:

إحداها: إذا قال: علي درهم، أو ألف درهم، ثم قال: وهي ناقصة فدراهم «طبرية الشام» الواحد منها أربعة دوانيق.

فأماً أن يتفق الإقرار في بلد دراهمه تامة، أو في بلد دراهمه ناقصة، إن كان الأول، فإما أن يذكره منفصلاً أو متصلاً، فإن ذكره متصلاً فطريقان.

أصحهما: القبول، كما لو استثنى، وكأنه استثنى من كل درهم دائنين.

**والثاني:** وبه قال ابنُ خَيْرَانَ: أنه على قولين، بناء على أن الإقرار هل يتبعض؟ وقد يوجه القبول بما سبق، والمنع بأن اللفظ صريح فيه، وما كل لفظ يتضمن نقصاناً يصلح للاستثناء، ألا ترى أنه لو قال: علي ألف بل خمسائة يلزمه الألف، وإن ذكره منفصلاً لم يقبل، وعليه وزن درهم الإسلام إلا أن يصدقه المقر له؛ لأن لفظ الدراهم صريح في القدر المعلوم، وعرف البلد مؤيد له واختار القاضي الروياني أنه يقبل؛ لأن اللفظ محتمل له، والأصل براءة الذمة، وحكاه عن جماعة من الأصحاب، وهو غريب، وإن كان الثاني، فإن ذكره متصلاً قَبِلَ؛ لأن اللفظ والعرف يصدقانه، وإن ذكره منفصلاً فوجهان:

أحدهما: لا يقبل، ويحمل مطلق قراره على وزن الإسلام، وهذا كما أن نصب الزكاة لا تختلف باختلاف البلاد.

**وأظهرهما:** وهو المحكي عن نصه: أنه يقبل حملاً لكلامه على نقد البلد؛ لأن العرف أثراً بيناً في تقييد الألفاظ بأهل العرف، وصار كما في المعاملات، ويجري الخلاف فيما إذا أقر في بلد وزن دراهمه أكثر من وزن دراهم الإسلام، مثل «غزنة»<sup>(١)</sup> أنه يحمل إقراره على دراهم البلد، أو على دراهم الإسلام.

إن قلنا: بالأول، فلو قال: عنيت دراهم الإسلام منفصلاً لم يقبل، وإن قاله متصلاً، ففيه الطريقان السابقان. والأصح: القبول مطلقاً؛ وقد ذكرنا فيه خلافاً إذا كان الإقرار في بلد وزن دراهمه كامل.

وقوله: «وإن كان منفصلاً لم يقبل» يجوز إعلامه - بالواو - كما قاله الروياني.

**الثانية:** الدراهم عند الإطلاق إنما تستعمل في الثقرة فلو أقر بدراهم، وفسرها بالفلوس لم يقبل، والتفسير بالدراهم المغشوشة، كالتفسير بالناقصة؛ لأن نقرتها لا تبلغ وزن الدراهم، فيعود فيه التفصيل المذكور في الناقصة، ولو فسر بجنس رديء من الفضة، أو قال: أردت من سكة كذا، وهي غير جارية في تلك البلد قَبِلَ، كما لو قال: علي ثوب، ثم فسره بجنس رديء، أو بمالا يعتاد أهل البلد لُبْسِه، ويخالف ما لو فسر بالناقصة؛ لأنه يرفع شيئاً مما أقر به وهامنا بخلافه، ويخالف البيع حيث يحمل على

سكّة البلد؛ لأن البيع إنشاء معاملة، والغالب أن المعاملة في كل بلدة تقع بما يروج فيها، ويتعامل الناس بها والإقرار إخبار عن سابق، ربما ثبت بمعاملة في تلك البلدة، وربما ثبت بغيرها، فوجب الرجوع إلى إرادته، ولأنه لا بد من صيانة البيع عن الجهالة، والحمل على ما يروج في البلد أصلح طريق تتنفي به الجهالة، والإقرار لا تجب صيانتها عن الجهالة. وقال المُرْنَبِيُّ: لا يقبل تفسيره بغير سكة البلد. وحكاها الشيخ أَبُو حَامِدٍ عن غيره من الأَصْحَابِ.

الثالثة: إذا قال: عليّ دريهم، أو دريهمات، أو درهم صغير، أو دراهم صغار، ففيه اضطراب رواية الذي ذكره الإمام - رحمه الله - وصاحب الكتاب أنه كما لو قال: درهم أو دراهم، فيعود في التفسير بالنقص التفصيل السابق، وليس التقييد بالصغر، كالتقييد بالنقصان؛ لأن لفظ الدراهم صريح في الوزن والوصف بالصغر يجوز أن يكون من حيث الشكل، ويجوز أن يكون إضافة إلى الدراهم البغلية، وساعدهما صاحب «التهذيب» على ما ذكره في الدرهم، وقال في قوله: درهم صغير: إن كان «بطبرية» لزمة نقد البلد، وإن كان ببلد ووزنه وزن «مكة» فعليه وزن مكة، وكذلك إن كان «بغزنة»، ولك أن تقول: الجواب فيما إذا كان «بطبرية» لا يلائم الجواب فيما إذا كان «بغزنة»؛ لأنه إما أن يعتبر اللفظ، أو عرف البلد، إن اعتبرنا اللفظ، فيجب الوزن بالطبرية، وإن اعتبرنا عرف البلد، فيجب نقد البلد نقرة.

وقال الشيخ أَبُو حَامِدٍ ومن تابعه: إذا قال: دريهم، أو درهم صغير لزمه درهم من الدراهم الطبرية؟ لأنها أصغر من دراهم الإسلام، وهي أصغر من البغلية على ما بينا في الزكاة، فهي صغر الصغيرين باليقين، فيؤخذ باليقين، ولم يفرق بين بلدة وبلدة، ويشبه أن يكون الأظهر من هذه الاختلافات ما تضمنه الكتاب ولأننا لا نفرق بين أن يقول: مال وبين أن يقول: مال صغير، وكذلك في الدراهم، وهو ظاهر ما ذكره في «المختصر».

ولو قال: على درهم كبير، فعلى قياس ما في الكتاب، هو كما لو قال: درهم.

ونقله الشيخ أَبُو حَامِدٍ، وهو أفقه.

وقال في «التهذيب»: إن كان ببلد وزنه «مكة» أو «طبرية» لزمه وزن «مكة» وإن كان «بغزنة» لزمه من نقد البلد، وفيه الإشكال الذي ذكرناه.

الرابعة: عرفت أن قدر الدرهم وجنسه ماذا أما من حيث العدد، فإذا قال: عليّ دراهم يلزمه ثلاثة، ولا يقبل تفسيره بأقل منها، وكذلك لو قال: عليّ دراهم كثيرة، أو عظيمة، ويجيء فيه الوجه المذكور في المال العظيم، والكثير، ولو قال: عليّ أقل أعداد الدراهم لزمه درهمان؛ لأن العدد هو المعدود، وكل معدود متعدد، فيخرج عنه الواحد، ولو قال: عليّ مائة درهم عدداً لزمه مائة درهم بوزن الإسلام صحاح.

قال في «التهذيب» ولا يشترط أن يكون كل واحد ستة دوانق، وكذلك في البيع، ولا يقبل المائة من العدد، ناقصة الوزن إلا أن يكون نقد البلد عدده ناقصة، فظاهر المذهب القبول ولو قال: عليّ مائة عدد من الدراهم، فهانها يعتبر العدد دون الوزن والله أعلم.

قال الغزالي: وَلَوْ قَالَ: عَلَيَّ مِنْ وَاحِدٍ إِلَى عَشْرَةٍ فَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَلْزَمُهُ تِسْعَةٌ، وَقِيلَ: ثَمَانِيَةٌ، وَقِيلَ عَشْرَةٌ، وَلَوْ قَالَ: دِرْهَمٌ فِي عَشْرَةٍ وَلَمْ يَرِدِ الْحِسَابُ لَمْ يَلْزَمُهُ إِلَّا وَاحِدٌ.

قال الرافعي: إحدى مسألتي الفصل إذا قال: له عليّ من درهم إلى عشرة، ففيما يلزمه ثلاثة أوجه.

أحدها: عشرة، ويدخل الطرفان فيه، كما يقال: من فلان إلى فلان لا يرضى أحد بكذا.

والثاني: تسعة، لأن الملتزم زائد على الواحد، والواحد مبدأ العدد، والالتزام فيبعد إخراجه عما يلزمه.

والثالث: ثمانية، ولا يدخل الطرفان، كما لو قال: بعثك من هذا الجدار إلى هذا الجدار، لا يدخل الجدران في البيع، والأول أصح عند صاحب «التهذيب».

وقال الشيخ أبو حامد والعراقيون: الأصح الثاني ووافقهم صاحب الكتاب، واحتج له الشيخ أبو حامد بأنه لو قال: لفلان من هذه النخلة إلى هذه النخلة، تدخل النخلة الأولى في الإقرار، دون الأخيرة، وما ينبغي أن يكون الحكم في هذه الصورة، كما ذكر بل هو كما لو قال: بعثك من هذا الجدار إلى هذا الجدار.

وقوله في الكتاب: «ثمانية» و«عشرة» معلمان - بالحاء - لأن مذهب أبي حنيفة - رحمه الله - كالوجه الثاني، وبه قال أحمد رحمه الله.

ولو قال: عليّ ما بين درهم إلى عشرة، فالمشهور أنه يلزم ثمانية توجيهاً بأن «ما» بمعنى الذي كأنه قال: العدد الذي يقع بين الواحد والعشرة، وهو صريح في إخراج الطرفين، وذكر ابن الحداد حكاية عن نصه.

ونقل في «المفتاح» عن النص أنه يلزمه تسعة، ووجه بأن الحد إذا كان من جنس المحدود يدخل فيه، فيضم الدرهم العاشر، إلى الثمانية.

وحكى أبو حنيفة السلمي<sup>(١)</sup> عن القفال أنه يلزمه عشرة، والمقصود بيان غاية ما

(١) محمد بن عبد الملك بن خلف، أبو السلمي الطبري. أخذ عن القفال والأستاذ أبي منصور البغدادي. وشرح المفتاح لابن القاص في مجلدة؛ وكتاب المعين له يشتمل على الفقه والأصول، =

عليه، فحصل في المسألة ثلاثة أوجه، كما في الصورة الأولى، ولم يفرقوا بين أن يقول: ما بين واحد إلى عشرة، وبين أن يقول: ما بين واحد وعشرة، وربما سوا بينهما، ويجوز أن يفرق ويقطع بالثمانية في الصيغة الأخيرة<sup>(١)</sup>.

**الثانية:** إذا قال: عليّ درهم في عشرة إن أراد الظرف لم يلزمه إلا واحد، وإن أراد الحساب، فعليه عشرة، وإن أراد المعية، فعليه أحد عشر درهماً، وإن أطلق لم يلزمه إلا واحد أخذاً باليقين، وفيما إذا قال: أنت طالق واحدة في اثنتين، في قول آخر أنه يحمل على الحساب، وإن أطلق؛ لأنه أظهر في الاستعمال، وذلك في القول عائد هاهنا، وإن لم يذكره ولفظ الكتاب يفتقر إلى تأويل؛ لأنه حكم بأنه لا يلزمه إلا واحد، إذا لم يرد الحساب، وله شرط، وهو أنه لا يريد المعية.

قال الغزالي: (الخامس)، إذا قال له عندي زيت في جرة أو سيف في غمد لا يكون مقراً بالظرف (ح)، ولو قال له عندي غمد فيه سيف أو جرة فيها زيت لم يكن مقراً إلا بالظرف، وعلى قياس ذلك قوله فرس في إضبيل، وجمار على ظهره إكاف، وعمامة في رأس عبد ونظائره، ولو قال: له عندي خاتم وجاء به وفيه فص وقال: ما أردت الفص فالظاهر أنه لا يقبل، ولو قال: جارية فجاء بها وهي حامل ففي استثناء الحمل وجهان.

قال الرافعي: الإضافة إلى الظرف صور تبيينها فصول، هذا النوع، والأصل المقرر فيها أن الإقرار بالمظروف لا يقتضي الإقرار بالظرف، وبالعكس أيضاً، وأصل هذا الأصل البناء على اليقين، فإذا قال: لفلان عندي زيت في جرة أو سيف في غمد لا يكون مقراً بالجرة، والغمد وكذا لو قال: ثوب في منديل أو تمر في جراب أو لبن في كوز أو طعام في سفينة، لا حتمال أن يريد في جرة أو منديل لي: غصبت زيتاً، ثم

= وقد أفرد النوع الفقهي منه، وكتاب سلوة العارفين وأنس المشتاقين في التصوف وهو كتاب جليل في بابه، فرغ منه في شهر ربيع الآخر سنة سبعين وأربعمائة. وذكر ابن باطيش أنه توفي في حدود سنة سبعين وأربعمائة. والسلمي بضم السين، كذا قال الإسوي وهو وهم، فقد قال ابن السمعاني إنه بفتح السين المهملة وسكون اللام، قال: وهي نسبة للجد. قال: وصنف في الفقه كتاباً يقال له «الكناية» استحسنته كل من رآه.

ينظر ترجمته في الأعلام ١٢٧/٧ وطبقات الشافعية للسبكي ٧٦/٣ وكتاب الأنساب للسمعاني ٧/١٨٠ واللباب لابن الأثير ٥٥٣/١، الطبقات لابن قاضي شهبة ٢٥٨/١.

(١) القطع بالثمانية هو الصواب، وقول الإمام الرافعي - رحمه الله -: لم يفرقوا غير مقبول، فقد فرق القاضي أبو الطيب في تعليقه، فقطع بالثمانية في قوله: ما بين درهم وعشرة، وذكر الأوجه فيما بين درهم إلى عشرة. ينظر الروضة ٣٤ - ٣٥.

رأيناه في جرة لا يكون مقرأً إلا بغصب الزيت، ولو قال: عندي غمد فيه سيف، أو جرة فيها زيت، أو جراب فيه تمر وسفينة فيها طعام فهو إقرار بالظرف دون المظروف، وعلى هذا القياس، وإذا قال: فرس في إصْطَبِل، أو حمار على ظهره إكاف أو دابة عليها سَرْجُ أو زمام، أو عبد على رأسه عِمَامَةٌ أو في وسطه مِئْطَفَةٌ أو في رجله خُفٌ فلا يكون مقرأً إلا بالدابة والعبد.

وعند أبي حنيفة الإقرار بالمظروف في الظرف يكون إقراراً بهما إذا كان مما يحرز في الظرف غالباً كالزيت في الجرة والتمر في الجراب دون الفرس في الإصطبل<sup>(١)</sup>.

وقال صاحب «التلخيص»: إذا قال: عبد على رأسه عمامة أو عليه قميص أو في رجله خف، فهو إقرار مع العبد، لأن العبد له يد على مَلْبُوسِهِ، وما في يد العبد فهو في يد سيده، فإذا أقر بالعبد للغير كان ما في يده لذلك الغير، بخلاف المنسوب إلى الفرس. وعمامة الأصحاب على أنه لا فرق بينهما، وذكر الإمام رحمه الله أنه قال ذلك في «التلخيص».

وفي «المفتاح» أجاب بما يوافق قول الجمهور، وهو وهم، بل جوابه في «المفتاح» كجوابه في «التلخيص». ولو قال: عندي دابة مُسْرَجَةٌ، أو دار مفروشة لم يكن مقرأً بالسرّج، ولا الفرش، بخلاف ما لو قال: سرجها وفرشها، وبخلاف ما لو قال: ثوب مطرز؛ لأن الطَّرَاز جزء من الثوب ومنهم من قال: إن ركب عليه بعد النسج، فهو على وجهين، نذكرهما في أخوات المسألة، ولو قال: قَصٌّ في خاتم، فهو إقرار بالقَصِّ دون الخاتم، ولو قال: خاتم فيه فص، ففي كونه مقرأً بالفص وجهان.

أصحهما: ما ذكره في «التهديب»: أنه ليس بمقر لجواز أن يريد قَصَّ لي، فصار كالصورة السابقة.

والثاني: أنه يكون مقرأً بالقَصِّ، لأن الفص من الخاتم، حتى لو باعه دخل فيه، بخلاف تلك الصورة، ولو اقتصر على قوله: عندي خاتم، ثم قال بعد ذلك: ما أردت الفص، فقد ذكر صاحب الكتاب فيه وجهين.

أحدهما: أنه يقبل منه؛ لأن اسم الخاتم يطلق مع نزع الفص.

وأصحهما: الذي ينبغي أن يقطع به أنه لا يقبل؛ لأن الفص متناول باسم الخاتم، فهو رجوع عن بعض المقربة، ولو قال: حمل في بطن جارية لم يكن مقرأً بالجارية، وكذا لو قال: نَعَلٌ في حَافِرٍ دابة، وعُرْوَةٌ على قُمُومَةٍ.

(١) في ب: لو قال: عمامة على رأس عبد، وسرج على متن من دابة لا يكون مقرأً بالعبد والدابة.

ولو قال: جارية في بطنها حمل، أو دابة في حافرها نعل وقُمَّمَةٌ عليها عروة، فوجهان كما في قوله: خاتم فيه فص، ويشبه أن يترتب الوجهان في مسألة الكتاب على الوجهين، في صورة الحمل، وهي ما إذا قال: هذه الجارية لفلان، وكانت حاملاً هل يتناول الإقرار الحمل؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، كما في البيع، وبه أجاب القائل.

وأظهرهما: لا، وله أن يقول: لم أرد الحمل، بخلاف البيع؛ لأن الإقرار إخبار عن سابق، وربما كانت الجارية له دون الحمل بأن كل الحمل موصى به، وسلم القائل أنه لو قال: هذه الجارية لفلان إلا حملها يجوز، بخلاف البيع.

فإن قلنا الإقرار بالجارية يتناول الحمل، ففيه الوجهان المذكوران في الصورة السابقة، وإلا فيقطع بأنه لا يكون مقراً بالحمل، كما إذا قال: جارية في بطنها حمل، ولو قال: ثمرة على شجرة لم يكن مقراً بالشجرة، ولو قال: شجرة عليها ثمرة، فليترتب ذلك على أن الثمرة هل تدخل في مطلق الإقرار بالشجرة؟ وهي لا تدخل بعد التأبير، كما في البيع. وفي «فتاوى القائل» أنها تدخل، وهو بعيد وقبل التأبير وجهان:

أظهرهما: وهو الذي أطلقه في «التهذيب» أنها لا تدخل أيضاً لأن الاسم لا يتناولها في البيع والبيع ينزل على المعتاد، وذكر القائل وغيره لضبط الباب أن ما يدخل تحت البيع المطلق يدخل تحت الأقرار وما لا فلا.

قال القائل: إلا الثمار المؤبرة وما ذكرنا من المسائل يقتضي أن يقال في الضبط ما لا يتبع في البيع، ولا يتناوله الاسم [فهو غير داخل وما يتبع ويتناول فهو داخل وما يتبع ولا يتناوله الاسم<sup>(١)</sup>] ففيه وجهان.

وقوله في الكتاب: «لا يكون مقراً بالظرف» معلم - بالحاء - لأن عند أبي حنيفة رحمه الله الإقرار - بالمظروف في الظرف إقرار بهما، إذا كان ذلك مما يحرز في الظرف غالباً، كالثمر في الجراب، والزيت في الجرة، بخلاف الفرس في الإضطبل.

قال الغزالي: وَلَوْ قَالَ: أَلْفٌ فِي هَذَا الْكَيْسِ وَلَمْ يَكُنْ فِيهِ شَيْءٌ لَزِمَهُ الْأَلْفُ، فَإِنْ كَانَ الْأَلْفُ نَاقِصاً يَلْزِمُهُ الْإِتْمَامُ عِنْدَ الْقَائِلِ، وَلَا يَلْزِمُهُ عِنْدَ أَبِي زَيْدٍ لِلْحَضَرِ، وَلَوْ قَالَ: الْأَلْفُ الَّذِي فِي الْكَيْسِ لَا يَلْزِمُهُ الْإِتْمَامُ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ شَيْءٌ فَهَلْ يَلْزِمُهُ الْأَلْفُ؟ فَوَجْهَانِ.

(١) سقط في ط.

قال الرافعي: إذا قال عليّ ألف في هذا الكيس لزمه، سواء كان فيه شيء، أو لم يكن فيه شيء أصلاً؛ لأن قوله «عليّ» يقتضي اللزوم، ولا يكون مقراً بالكيس على ما عرفت، وإن كان فيه دون الألف ففيه وجهان.

قال الشيخ أبو زيد: لا يلزمه إلا ذلك القدر لحصر المقر به.

وقال القفال: يلزمه الإتمام، كما أنه لو لم يكن فيه شيء يلزمه الألف، وهذا أقوى، ولو قال: عليّ الألف الذي في هذا الكيس، فإن كان فيه دون الألف لم يلزمه إلا ذلك القدر لجمعه بين التعريف والإضافة إلى الكيس.

وعن رواية الشيخ أبي عليّ وجه آخر ضعفه: أنه يلزمه الإتمام، ويمكن أن يخرج هذا على الخلاف في أن الإشارة تقدم أم اللفظ، وإن لم يكن في الكيس شيء، ففيه وجهان، ويقال: قولان بناء على ما إذا حلف ليشربن ماء من هذا الكوز، ولا ماء فيه، هل تعتقد يمينه، ويحنت أم لا؟.

قال الغزالي: وَلَوْ قَالَ: لَهُ فِي هَذَا الْعَبْدِ أَلْفٌ دِرْهَمٍ إِنْ فَسَّرَ بِأَرْشِ الْجِنَايَةِ قَبْلَ، وَإِنْ فَسَّرَ بِكَوْنِ الْعَبْدِ مَرْهُونًا، فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يُقْبَلُ، وَلَوْ قَالَ: وَزَنُّ فِي شِرَاءِ عَشْرَةِ أَلْفًا، اشْتَرَيْتُ جَمِيعَ الْبَاقِي بِأَلْفٍ قَبْلَ، وَلَا يَلْزَمُهُ إِلَّا عَشْرُ الْعَبْدِ.

قال الرافعي: إذا قال: لفلان في هذا العبد ألف درهم، فهذا لفظ مجمل، فيسأل عنه إن قال: أردت أنه جنى عليه، أو على ماله جناية أرشها ألف قبيل، وتعلق الألف بربقته، وإن قال أنه رهن عنده بألف عليّ، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يقبل؛ لأن اللفظ يقتضي كون العبد محلاً للألف، ومحل الدين الذمة لا المرهون، وإنما المرهون وثيقة له، وعلى هذا فإذا نازعه المقر له، وأخذناه بالألف الذي ذكره في التفسير، وطالبناه للإقرار الجملي بتفسير صالح.

وأظهرهما: القبول؛ لأن الدين، وإن كان في الذمة، فله تعلق ظاهر بالمرهون، فصار كالتفسير بأرش الجناية ولو قال: إنه [وزن في شراء عشرة مثلاً ألفاً، وأنا اشتريت الباقي بألف، أو بما دون الألف قبيل؛ لأنه محتمل، ولا يلزمه بهذا الإقرار إلا عشر العبد، وإن قال: أردت أنه<sup>(١)</sup>] وزن في ثمنه ألفاً، قيل له: هل وزنت شيئاً؟ فإن قال: لا، فالعبد كله للمقر له وإن قال: نعم سئل عن كيفية الشراء أكان دفعة واحدة أم لا؟ فإن قال: كان دفعة واحدة، سئل عن قدر ما وزن، فإن قال: وزنت ألفاً أيضاً فالعبد بينهما بالسوية، وإن قال: وزنت ألفين، فثلثا العبد له، والثلث للمقر له، وعلى هذا

(١) سقط في ب.



القياس، ولا نظر إلى قيمته خلافاً لمالك رحمه الله، حيث قال: لو كان العبد يساوي ألفين، وقد زعم أنه وزن ألفين، والمقر له ألفاً يكون العبد بينهما بالسوية، ولا يقبل قوله: إني وزنت ألفين في ثلثه، وقد يعبر عن مذهبه بأن المقر له من العبد ما يساوي ألفاً وإن قال: اشتريناه دفعتين، ووزن في شراء عشرة مثلاً ألفاً وأنا اشتريت تسعة أعشاره بألف قبيل؛ لأنه يحتمل، ولو قال: أردت به أنه أوصي له بألف من ثمنه قبيل البيع ودفع إليه ألف من ثمنه، وليس له دفع الألف من ماله، وإن فسرنا به دفع إليه الألف ليشتري له العبد، ففعل فإن صدقه المقر له، فالعبد له، وإن كذبه فقد رد إقراره بالعبد، وعليه رد الألف الذي أخذه، وإن قال: أردت أنه أقرضه ألفاً فصرفته إلى ثمنه قبيل، ولزمه الألف، وتوجيه الخلاف المذكور فيما إذا فسر بالرهن يقتضى عوده هاهنا، ولو قال: له عليّ من هذا العبد ألف درهم، فهو كما لو قال: في هذا العبد، ولو قال: من ثمن هذا العبد (ألف درهم) فكذلك ذكره في «التهذيب»، ولو قال: عليّ درهم في دينار، فهو كما قال: ألف في هذا العبد فإن أراد النفي معه لزمه.

قال الغزالي: وَلَوْ قَالَ: لَهُ فِي هَذَا الْمَالِ أَلْفٌ أَوْ فِي مِيرَاثِ أَبِي أَلْفٌ لَزِمَهُ، وَلَوْ قَالَ: لَهُ فِي مَالِي أَلْفٌ أَوْ فِي مِيرَاثِي مِنْ أَبِي أَلْفٌ لَمْ يَلْزَمْهُ لِلتَّنَاقُضِ.

قال الرافعي: قال الشافعي - رضي الله عنه - في «المختصر»: لو قال: له في ميراث أبي ألف درهم كان إقراراً منه على أبيه بدين، ولو قال له في ميراثي من أبي ألف درهم كانت هبة إلا أن يريد إقراراً، وما الفرق قيل: الفرق إنه في الصورة الثانية أضاف الميراث إلى نفسه، وما يكون له لا يصير لغيره بالإقرار فكان كما لو قال: داري أو مالي لفلان، وفي الأولى لم يضيف الميراث إلى نفسه، فكان مقرأ بتعلق الألف بالتركة، وهذا ما أشار إليه صاحب الكتاب بقوله: للتناقض، ولك أن تمنع التناقض بين إضافة الميراث إلى نفسه، وبين تعلق دين الغير به، فإن تركة كل مديون مملوكة لورثته على الصحيح، والدين يتعلق بها.

وقال الأكثرون: الفرق أنه إذا قال: في ميراث أبي، فقد أثبت حق المقر له في التركة، وذلك لا يحتمل إلا شيئاً واجباً، فإن التبرعات التي لا تلزم ترتفع بالموت، ولا تتعلق بالتركة،

وإذا قال: في ميراثي من أبي، فقد أضاف التركة إلى نفسه، ثم جعل للمقر شيئاً، منهما وأضافه إليه، وذلك قد يكون بطريق لازم، وقد يكون بطريق التبرع. وإذا فسر بالتبرع قبيل، واعتبر فيه شرطه.

وعن صاحب «التقريب» الإشارة إلى التسوية بين الصورتين، كأنه نقل وخرج، فإن كان كذلك جاز إعلام قوله في الكتاب: «أو في ميراث أبي ألف - بالواو - والمذهب

المشهور الفرق بمثله، لو قال: له في هذه الدار نصفها، فهو إقرار، وإن قال: له في داري نصفها، فهو وعد هبة.

حكاه الشيخ أبو علي عن النص أيضاً، واشتهر عن نصه أنه لو قال: له في مالي ألف درهم كان إقراراً، ولو قال: من مالي كان وعد هبة، لا إقراراً، وهذا الموضوع البحث فيه من وجهين:

أحدهما: أن هذا النص في قوله: في مالي يخالف ما نقلناه في قوله: في ميراثي، وفي داري، فما حال هذه النصوص؟.

والثاني: أنه لما فرق بين «في» و «من»؟ وهل المذهب الظاهر ما نص عليه أم الأول؟ فلأصحاب طريقان، فيما إذا قال: في مالي ألف درهم.

منهم من قال: فيه قولان:

أحدهما: أنه وعد هبة، لإضافة المال إلى نفسه.

والثاني: أنه إقرار؛ لأن قوله له يقتضي الملك وبوعد الهبة لا يحصل الملك.

ومنهم من قطع بأنه وعد هبة، وحمل ما روي عن النص الأخير على خطأ النسخ، وربما تأوله على ما إذا أتى بصيغة التزام، فقال: علي في مالي ألف درهم، فإنه يكون إقراراً على ما سيأتي، وإذا أثبتنا الخلاف فعن الشيخ أبي علي أنه يطرد فيما إذا قال: في داري نصفها، وامتنع من طرده فيما إذا قال: في ميراثي من أبي.

وعن صاحب «التقريب» وغيره أنه يلزمه تخريجه فيه بطريق الأولى؛ لأن قوله: في ميراثي من أبي أولى بأن يجعل إقراراً من قوله: في مالي، أو في داري، لأن التركة مملوكة للورثة، مع تعلق الدين بها، فيحسن إضافة الميراث إلى نفسه مع الإقرار بالدين، بخلاف المال والدار.

وأما الثاني، فمنهم من قال: لا فرق، ولم يثبت هذا النص أو أوله، ومنهم من فرق بأن في تقتضي كون مال المقر ظرفاً لمال المقر له، وقوله: «من مالي» يقتضي الفضل والتبعض، وهو ظاهر في الوعد بأنه يقطع شيئاً من ماله فإذا فرقنا بينهما لزمه مثله في الميراث، والدار لا محالة، والظاهر أنه لا فرق بينهما وأن الحكم في قوله: «في مالي» كما ذكرنا - أولاً في ميراثي.

وليستبعد الإمام - رحمه الله - أن تخريج الخلاف فيما إذا قال: له في داري نصفها؛ لأنه إذا أضاف الكل إلى نفسه لم ينتظم الإقرار ببعضه، كما لا ينتظم منه الإقرار بكله بأن يقول: داري لفلان، وتخصص طريقة الخلاف بما إذا لم يكن المقر به جزءاً من مسمى ما أضافه إلى نفسه، كقوله: في مالي ألف درهم، أو في داري ألف، ولا

يخفى عليك مما ذكرنا حاجة قوله في الكتاب «لم يلزمه للتناقض» إلى الاعلام - بالواو - وحيث قلنا في هذه الصورة: إنه وعد هبة، لا إقرار، فذلك لم يذكر كلمة «التزام».

فأما إذا ذكر بأن يقول: علي ألف درهم في هذا المال، أو في مالي أو في ميراث أبي، أو في ميراثي [أو داري أو عبدي أو في هذا العبد فهو إقرار بكل حال، ولو قال: له في ميراثي<sup>(١)</sup>] عن أبي أو في مالي كذا بحق لزمني، أو بحق ثابت؛ وما أشبهه، فهو كما لو قال: علي فيكون إقراراً بكل حال، ذكره ابن القاصر والشيخ أبو حامد وغيرهما.

واعلم أن قضية قولنا: إن قوله علي في هذا المال، أو في هذا العبد ألف درهم إقراراً له بالألف، وإن لم يبلغ ذلك المال ألفاً. وربما يخطر ذلك الخلاف المذكور، فيما إذا قال: لفلان على ألف في هذا الكيس، وكان فيه دون الألف، إلا أن ظرفية العبد للدرهم ليست كظرفية الكيس لها، فيمكن أن يختلفا في الحكم، لكن لو قال: في هذا العبد ألف درهم من غير كلمة «علي»، وفسره بأنه أوصى له بألف من ثمنه، فلم يبلغ ثمنه ألفاً، فلا ينبغي أن يجب عليه تمة الألف بحال والله أعلم بالصواب.

قال الغزالي: (السَّادِسُ) إِذَا قَالَ: لَهُ عَلَيَّ دِرْهَمٌ لَمْ يَلْزَمَهُ إِلَّا دِرْهَمٌ وَاحِدٌ لِإِحْتِمَالِ التَّكْرَارِ وَلَوْ قَالَ: دِرْهَمٌ وَدِرْهَمٌ أَوْ دِرْهَمٌ ثُمَّ دِرْهَمٌ لَزِمَهُ دِرْهَمَانِ لِامْتِنَاعِ التَّكْرَارِ، وَلَوْ قَالَ: دِرْهَمٌ مَعَ دِرْهَمٍ أَوْ دِرْهَمٌ تَحْتَ دِرْهَمٍ أَوْ فَوْقَ دِرْهَمٍ لَا يَلْزَمُهُ إِلَّا وَاحِدٌ تَقْدِيرُهُ مَعَ دِرْهَمٍ لِي بِخِلَافِ نَظِيرِهِ مِنَ الطَّلَاقِ، لَوْ قَالَ: دِرْهَمٌ قَبْلَ دِرْهَمٍ أَوْ بَعْدَ دِرْهَمٍ لَزِمَهُ دِرْهَمَانِ إِذِ التَّقْدِيمُ وَالتَّأَخُّرُ لَا يُحْتَمَلُ إِلَّا فِي الْوُجُوبِ، وَلَوْ قَالَ: دِرْهَمٌ وَدِرْهَمٌ وَقَالَ: أَرَدْتُ بِالثَّلَاثِ تَكَرَّرَ الثَّانِي قَبْلَ، وَلَوْ قَالَ: أَرَدْتُ بِالثَّلَاثِ تَكَرَّرَ الْأَوَّلُ لَمْ يُقْبَلْ لِتَخَلُّلِ الْفَاصِلِ، وَكَذَا فِي قَوْلِهِ: طَالِقٌ وَطَالِقٌ وَطَالِقٌ، فَإِذَا أُطْلِقَ فِي الطَّلَاقِ قَوْلَانِ: (أَحَدُهُمَا): يَلْزَمُهُ ثَلَاثَةٌ لِصُورَةِ الَّلَفْظِ. (وَالثَّانِي): يُنْتَانِ لِجَزَيِ الْعَادَةِ فِي التَّكْرَارِ، وَالْأَظْهَرُ فِي الْإِقْرَارِ أَنَّهُ يَلْزَمُهُ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ ثَلَاثَةٌ لِأَنَّهُ أَبْعَدُ عَنِ قَبُولِ التَّأَكِيدِ اغْتِيَاداً، وَلَوْ قَالَ: عَلَيَّ دِرْهَمٌ فِدْرَهَمٌ يَلْزَمُهُ دِرْهَمٌ وَاحِدٌ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتَ طَالِقٌ فَطَالِقٌ يَقَعُ طَلْقَانِ، وَتَقْدِيرُ الْإِقْرَارِ فِدْرَهَمٌ لِأَنَّهُ وَقِيلَ بِتَخْرِيجِ فِيهِ مِنَ الطَّلَاقِ، وَلَوْ قَالَ: دِرْهَمٌ بَلْ دِرْهَمَانِ فِدْرَهَمَانِ، وَلَوْ قَالَ: دِرْهَمٌ بَلْ دِينَارَانِ فِدْرَهَمٌ وَدِينَارَانِ، إِذْ إِعَادَةُ الدَّرْهَمِ فِي الدَّيْنَارِ غَيْرُ مُمَكِّنِ.

قال الرافعي: في الفصل صور نذكرها مع ما يناسبها، وإن احتجنا إلى تقديم وتأخير، فعلناه.

(١) سقط في ب.

الأولى: لو قال: له عليّ درهم درهم درهم لم يلزمه إلاّ درهم واحد، لاحتمال إرادة التأكيد بالتكرار، وكذا لو كرر عشرأ فصاعداً، ولو قال: درهم ودرهم أو درهم ثم درهم لزمه درهمان لاقتضاء العطف المغايرة.

ولو قال: درهم ودرهم ودرهم لزمه بالأول والثاني درهمان.

وأما الثالث، فإن أراد به درهماً آخر لزمه.

وإن قال: أردت به التكرار الثاني قُبِلَ، ولا يلزمه إلاّ درهمان، وإن قال: أردت به تكرار الأول، فوجهان ذكرهما في «النهاية»:

وأظهرهما: وهو المذكور في الكتاب: أنه لا يقبل، ويلزمه ثلاثة لأن التكرار إنما يؤكد به إذا لم يتخلل بينهما فاصل، وهذا الحكم فيما إذا قال أنت طالق وطالق وطالق، ففي الطلاق قولان، ينظر في أحدهما إلى صورة اللفظ، وفي الثاني إلى احتمال التكرار، وجريان العادة وسيعود ذكرهما في «الطلاق» وفي الإقرار طريقان.

قال ابنُ خَيْرَانَ: إنه على قولين في الطلاق.

وقطع الأكثرون بأنه يلزمه ثلاثة، وفرقوا بأن دخول التأكيد في الطلاق أكثر منه في الإقرار، لأنه لا يقصد به التخويف، والتهديد، ولأنه يؤكد بالمصدر، فيقال: هي طالق طلاقاً، والإقرار بخلافه، وعلى هذا لو كرر عشر مرات، أو أكثر لزمه من الدراهم بعدد ما كرر، ولو قال عليّ درهم، ثم درهم ثم درهم، فهو كما لو قال: درهم ودرهم ودرهم ولو قال: درهم ودرهم ثم درهم، لزمه ثلاثة لا محالة.

الثانية: إذا قال: عليّ درهم مع درهم، أو معه درهم، أو فوق درهم، أو فوقه درهم أو تحت درهم، أو تحته درهم.

فرواية المَزَنِيِّ في «المختصر» أنه لا يلزمه إلاّ درهم واحد لجواز أن يريد مع درهم لي، أو فوق درهم لي، وأيضاً فقد يريد فوقه الجودة، وتحت الرداء بهذه الرواية أخذ أكثر الأصحاب، وهي التي أوردتها في الكتاب. ووراء هذا مذهبان للأصحاب:

أحدهما: أنه يلزمه درهمان، واختلف القائلون به فمن ناسب له إلى النص في رواية الربيع ومن قائل: إنه مخرج، واختلف هؤلاء، فقيل: هو مخرج من الطلاق، فإنه لو قال: أنت طالق طلاقة مع طلاقة أو فوق طلاقة تقع طلقتان. وقيل: هو مخرج مما لو قال: على درهم قبل درهم، فإنه يلزمه درهمان كما سيأتي.

ومن قال بالأول، فإنه اعتذر عن قوله: قبل درهم، وأما الطلاق فالفرق أن لفظه الصريح موقع فإذا أنشأ عمله، والإقرار إخبار عن سابق، فإذا كان فيه إجمال روجع حتى يبين أنه عما أخبر.

والمذهب الثاني: قال الدَّارِكِيُّ: إن قال: درهم معه درهم، أو فوَّقه درهم لزمه درهماً لرجوع الكتابة إلى الأول الذي التزمه، ولو قال: درهم عليّ، عليه درهم، أو عليّ درهم، فهو كما لو قال: فوَّقه درهم، أو فوق درهم، ولو قال: عليّ درهم قبل درهم أو قبله درهم أو بعده درهم، فرواية المَزْنِيِّ، وبها أجاب الأكثريون أنه يلزمه درهماً، بخلاف الصورة السابقة.

والفرق أن الفوقية والتحتية، يرجعان إلى المكان ويتصف بهما نفس الدرهم [والقبلية والبعدية يرجعان إلى الزمان ولا يتصف بهما نفس الدرهم]<sup>(١)</sup>، فلا بد من أمر يرجع إليه التقديم والتأخير، وليس ذلك إلاّ الوجوب عليه.

وفيه قول آخر: أنه لا يلزمه إلاّ درهم، منهم من حكاه نصاً عن رواية الربيع.

ومنهم من خرَّجه من الصورة السابقة، وسوّى بينهما جميعاً، فجعلهما على قولين، ولمن قاله أن يقول: القبلية والبعدية، كما يكونان بالزمان يكونان بالرتبة، وغيرهما، ثم هب أنهما زمانيان، وأن نفس الدرهم لا يتصف بهما، لكن يجوز رجوعهما إلى غير الواجب بأن يريد درهماً مضروباً قبل درهم، وما أشبهه، ثم هب أنهما راجعان إلى الواجب، لكن يجوز أن يريد لزيد درهم وجب له قبله وجوب درهم لعمره.

وفي المسألة وجه آخر أيضاً عن ابنِ خَيْرَانَ وغيره: أنه إن قال: قبله درهم أو بعده درهم لزمه درهماً، وإن قال: قبل درهم أو بعد درهم لم يلزمه إلاّ درهم واحد؛ لاحتمال أن يريد قبل لزوم درهم، أو بعد درهم كان لازماً.

وقوله في الكتاب: «لا يلزم إلاّ واحد يجوز إعلامه مع الواو بالحاء والألف».

أما الحاء، فلأن عند أبي حنيفة - رحمه الله - يلزم درهماً، فيما إذا قال فوق درهم وأما الألف فلأن عند أحمد يلزمه في جميع الصور درهماً.

الثالثة: له عليّ، أو عندي درهم فدرهم، إن أراد العطف لزمه درهماً، وإلاّ فالنص أنه لا يلزمه إلاّ درهم، ونص فيما إذا قال: أنت طالق فطالق، أنه يقع طلقتان، فنقل ابنُ خَيْرَانَ الجواب من كل واحدة إلى الأخرى وجعلهما على قولين:

أحدهما: يلزمه ودرهماً يقع طلقتان، لأن «الفاء» حرف عطف «كالواو» و«ثم».

والثاني: لا يلزمه إلاّ درهم واحد، ولا يقع إلاّ طلقة؛ لأن «الفاء» قد تستعمل لغير العطف، فيؤخذ باليقين<sup>(٢)</sup>.

وذهب الأكثرون إلى تقرير النصين، وفرقوا بوجهين:

أحدهما: أنه يحتمل في الإقرار أن يريد فدرهم لازم، أو فدرهم أجود منه، ومثل هذا لا يقدر في الطلاق.

والثاني: أن الطلاق انشاء والإقرار إخبار، والإنشاء أقوى وأسرع نفوذاً، ولهذا لو أقر اليوم بدرهم لا يلزمه إلا درهم، وغدا بدرهم لا يلزمه إلا درهم ولو تلفظ بالطلاق في اليومين وقعت طلقتان، وهذا أظهر في المذهب، لكن لابن خَيْرَانَ أن يمنع الفرق الأول ويقول: يجوز أن يريد فطالق مهجورة، أو لا تراجع، ويجوز أن يريد فطالق حرمتك وما أشبهه.

وأما الثاني: فإنه يناقض الفرق المذكور في مسألة درهم ودرهم وطالق وطالق.

وقوله في الكتاب: «يلزمه درهم واحد» معلّم - بالحاء والألف - لأن عندهما يلزمه درهمان. وقوله: «يقع طلقتان» يجوز إعلامه - بالواو - لأنه لم يذكر طريقة النقل والتخريج بتمامها، حتى يستغني عن الإعلام، وإنما ذكر التخريج من الطلاق في الإقرار.

ورأيت في بعض الشروح أن ابن أبي هُرَيْرَةَ - حكى قولاً منصوباً للشافعي - رضي الله عنه - أنه يلزمه درهمان، ويتأيد هذا القول منصوصاً كان أو مخرجاً بما إذا قال: درهم ودرهم، فإنه يلزمه درهمان، ولا يمتنع فيه مثل التقديرات المذكورة في «الفاء»، ولو قال: عليّ درهم فقفيّر حنطة، فلا يلزمه إلا درهم، أو ويلزمانه جميعاً، فيه هذا الخلاف.

وذكر أبو العباس الزَوَيْنِيُّ في «الْجُرْجَانِيَّاتِ» أن قياس ما ذكرناه في الطلاق أنه إذا قال: بعثك بدرهم فدرهم، يكون بائعاً بدرهمين؛ لأنه إنشاء.

الرابعة: قال عليّ درهم، بل درهم لم يلزمه إلا درهم لجواز أن يقصد الاستدراك، فيتذكر أنه لا حاجة إليه، فيعيد الأول ولو قال: درهم لا بل درهم ولكن درهم، فكذاك ولو قال: درهم لا بل درهمان أو قفيّر حنطة لا بل قفيّران لم يلزمه إلا درهمان وقفيّران؛ لأن «بل» للاستدراك، ولا يمكن أن يكون المقصود هاهنا نفي المذكور أولاً لاشتمال الدرهمين على الدرهم والقفيّرين على القفيّر، وإنما المقصود في الاقتصاد على الواحد، وإثبات الزيادة عليه، وهذا يشكل بما إذا قال: أنت طالق طلقة، بل طلقتين فإنه يقع الثلاثة، ولا أدري لِمَ يتصرفوا فيهما هاهنا تصرفهم فيما سبق من المسائل؟ ثم ما ذكرناه مفروض فيما إذا أرسل ذكر المقر به أما إذا قال: له عندي هذا القفيّر، بل هذان القفيّران لزمه الثلاث؛ لأن القفيّر المعين لا يدخل في القفيّرين

المعينين، وكذلك لو اختلف جنس الأول والثاني مع الإرسال بأن قال: عَلَيَّ درهم، بل ديناران. أو قفيز شعير لزمه الدرهم والديناران، أو قفيز حنطة بل قفيز الحنطة وقفيز الشعير لأن الأول غير داخل في الثاني، فهو راجع عن الأول مثبت للثاني والرجوع لا يقبل، وما أقر به ثانياً يلزمه، ولو قال: درهمان بل درهم أو عشرة، بل تسعة يلزمه الدرهمان والعشرة؛ لأن الرجوع عن الأكثر لا يقبل، ولا يدخل الأقل فيه، ولو قال: دينار بل ديناران بل ثلاثة، يلزمه ثلاثة ولو قال: دينار بل ديناران، بل قفيز بل قفيزان، لزمه ديناران وقفيزان، ولو قال: دينار وديناران، بل قفيز و قفيزان، فثلاثة دنانير وثلاثة أقفزة وقس على ما ذكرنا ما شئت.

قال الغزالي: (السابع) إِذَا قَالَ: يَوْمَ السَّبْتِ عَلَيَّ أَلْفٌ وَقَالَ ذَلِكَ يَوْمَ الْأَحَدِ لَمْ يَلْزَمُهُ إِلَّا أَلْفٌ وَحِدٌ، إِلَّا أَنْ يُضِيفَ إِلَيَّ سَبِينَ مُخْتَلِفِينَ، فَلَوْ أَضَافَ أَحَدَهُمَا إِلَيَّ سَبَبٌ وَأَطْلَقَ الْأَخَرَ نَزَلَ الْمُطْلَقُ عَلَى الْمُضَافِ، وَكَذَلِكَ لَوْ قَامَتِ الْحُجَّةُ عَلَى إِقْرَارَيْنِ بِنَارِيخَيْنِ جُمِعَ بَيْنَهُمَا، وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ بِلِغَتَيْنِ إِحْدَاهُمَا بِالْعَجْمِيَّةِ وَالْأُخْرَى بِالْعَرَبِيَّةِ، وَكَذَلِكَ لَوْ شَهِدَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ شَاهِدٌ وَاحِدٌ فَالْأَصْحَحُّ أَنَّهُ يَجْمَعُ نَظْرًا إِلَى الْمُخْبِرِ عَنْهُ، وَفِي الْأَفْعَالِ لَا يَجْمَعُ أَضْلًا.

قال الرافعي: القول الجملي في الفصل أن تكرير الإقرار لا يقتضي تعدد المقر به؛ لأن الإقرار إخبار ألا ترى أنه يحتمل فيه الإبهام؟ ولو كان إنشاء لما احتمل، وتعدد الخبر لا يقتضي تعدد المخبر عنه، فيجمع إلا إذا عرض ما يمنع الجمع، والتنزيل على واحد، فحيثذ يحكم بالمغايرة، وفيه مسألتان:

إحدهما: إذا أقر لزيد يوم السبت بألف، وأقر له يوم الأحد بألف، لم يلزمه إلا ألف واحد، سواء اتفق الإقراران في مجلس واحد، أو مجلسين، وسواء كتب به صكاً، وأشهد عليه شهوداً على التعاقب، أو كتب صكاً بألف، وأشهد عليه، ثم كتب صكاً بألف وأشهد عليه.

وبه قال: مالك وأحمد رحمهما الله خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله فيما إذا كتب صكين، وأشهد عليهما، وفيما إذا أقر في مجلسين، ومن أصحابه من لا يفرق بين المجلس والمجلسين، ولو أقر في أحد اليومين بالألف، وفي الآخر بخمسمائة دخل الأقل في الأكثر، ولو أقر [مرة بالعربية وأخرى بالعجمية لم يلزمه إلا واحد، ولا اعتبار باختلاف اللغات والعبارات]<sup>(١)</sup>. وإذا لم يمكن الجمع كما إذا أقر في يوم السبت ألف

(١) سقط في ب.

من ثمن عبد، ويوم الأحد بألف من ثمن جارية، أو قال مرة: صحاح، ومرة مكسرة لزمه الألفان، ولم يجمع، وكذا لو قال: قبضت منه يوم السبت عشرة، ثم قال: قبضت منه يوم الأحد عشرة، أو طلقتها يوم السبت طالقة، ثم قال: طلقتها يوم الأحد طالقة، ولو قال: يوم السبت طلقتها طالقة ثم أقر يوم الأحد بطلقتين، لم يلزمه إلا طلقتان، ولو أضاف أحد الإقرارين إلى سبب أو وصف الدراهم بصفة، أو أطلق الإقرار الآخر نزل المطلق على المضاف لا مكانة.

وقوله في الكتاب: «وكذلك لو قامت الحجة على الإقرارين بتاريخين جمع بينهما» كان الغرض منه الإشارة إلى تكرير الإشهاد والصك لا تأثير له وإلا فالحجة على الإقرارين لا تفيد إلا ثبوت الإقرارين وقد تبين في أول الفصل أن تعدد الإقرار لا يوجب تعدد المقر به والله أعلم.

**المسألة الثانية:** لو شهد شاهد على أنه أقر يوم السبت بألف أو بغصب [دار وشهد شاهد آخر على أنه أقر يوم الأحد بألف أو بغصب تلك الدار]<sup>(١)</sup> لفقنا بين الشهادتين، وأثبتنا الألف والغصب؛ لأن الإقرار لا يوجب حقاً بنفسه؛ إنما هو إخبار عن ثابت، فينظر إلى المخبر عنه، وإلى اتفاقهما على الإخبار عنه، وكذا لو شهد أحدهما على إقراره بألف بالعربية، والآخر على إقراره بالعجمية، ولو شهد شاهد على أنه طلق يوم السبت، وآخر على أنه طلقها يوم الأحد، لم تثبت شهادتهما؛ لأنهما لم يتفقا على شيء واحد، وليس هو إخبار حتى ينظر إلى المقصود، والمخبر عنه.

وعن صاحب «التقريب» أن من الأصحاب من جعل الإقرارين والطلاقين على قولين بالنقل والتخريج.

قال الإمام رحمه الله أما التخريج من الطلاق في الإقرار، فهو قريب في المعنى، وإن بعد في النقل؛ لأن الشاهدين لم يشهدا على شيء واحد، بل شهد هذا على إقرار، وشهد ذلك على إقرار آخر، والمقصود من اشتراط العدد في الشهادة زيادة التوثق والاستظهار، وإذا شهد كل واحد على شيء لم يحصل هذا المقصود فاتجه ما ألا يحكم بقولهما.

وأما التخريج من الإقرار في الطلاق، فبعيد نقلاً ومعنى؛ لأن من طلق اليوم، ثم طلق غداً، والمرأة رجعية، فزعم أنه أراد طلاقاً واحداً، لم يقبل منه، فكيف يجمع بين شهادة شاهد على طلاق اليوم وشهادة آخر على طلاق الغد [ويجوز التخريج على ضعفه في سائر الإنشاءات وفي الأفعال كالقتل والقبض وغيرهما والمذهب

(١) في ط تلك الدار وأقر يوم الأحد.



[الأول] (١) حتى لو شهد أحدهما أنه قذف يوم السبت أو بالعربية، والثاني على أنه قذف يوم الأحد، أو بالعجمية، لم يثبت بشهادتهما شيء، أو شهد أحدهما على إقراره بأنه يوم السبت قذف، أو بالعربية قذفه، والثاني على إقراره بأنه يوم الأحد قذفه، أو بالعجمية قذفه، فلا تليفق أيضاً؛ لأن المقر به شيان مختلفان، وقد قطع به الشيخ أبو مُحَمَّد.

ولو شهد شاهد بألف من ثمن مبيع، وآخر بألف من قرض، أو شهد أحدهما بألف استقرضه يوم السبت، وآخر بألف استقرضه يوم الأحد لم تثبت شهادتهما، لكن للمدعي أن يعين أحدهما، ويستأنف الدعوى عليه، ويحلف مع الذي شهد له، وله أن يدعيهما، ويحلف مع كل واحد من الشاهدين، وإن كانت الشهادتان على الإقرار شهد أحدهما أنه أقر بألف من ثمن مبيع، وشهد الثاني على إقراره بألف من قرض، ففي ثبوت الألف وجهان:

الظاهر: أنه لا يثبت أيضاً، وربما بنو الوجهين على الوجهين فيما إذا ادعى عليه ألباً من ثمن مبيع، فقال المدعى عليه: لك عليّ ألف، ولكن من قرض، هل يحل للمدعي أخذ الألف لاتفاقهما عليه أو لاختلافهما في الجهة؟

إن قلنا: اختلاف الجهة يمنع الأخذ لم يثبت الألف، والأثبت.

ولو ادعى ألفاً فشهد أحد الشاهدين على أنه ضمن ألفاً، والثاني على أنه ضمن خمسمائة، ففي ثبوت خمسمائة قولان عن ابن سُرَيْجٍ، وهذا قريب من التخريج المذكور في الإنشاءات، أو هو هو.

ولو شهد أحد شاهدي المدعى عليه أن المدعي استوفى الدين، والآخر على أنه أبرأه فلا يلفق على المذهب، ولو شهد الثاني أنه بريء إليه منه. قال أبو عَاصِمِ العَبَّادِي: يلفق؟ لأن إضافة البراءة إلى المديون عبارة عن إيفائه، وقيل بخلافه.

## فرع

أورده في هذا الموضوع: ادعى على رجل ألفين، وشهد له شاهد بألفين وآخر بألف، ثبت الألف، وله أن يحلف مع الذي شهد بالألفين، ويأخذ الكل، وكذا الحكم لو كانت الشهادتان على الإقرار.

وقال أبو حَنِيفَةَ رحمه الله: لا تثبت الألف وسلم أنه لو شهد أحدهما بثلاثين، والآخر بعشرين ثبتت العشرون، كالألف والألفين.

(١) سقط في ط.

وفيه وجه لأن لفظ «الثلاثين» لا يشتمل على «العشرين»، ولفظ «الألفين» يشتمل على «الألف» وربما يسمع أحد الشاهدين بالألف، وغفل عن الآخر، ولو ادعى ألفاً، فشهد له شاهد بألف، والآخر بألفين، فالثاني شهد بالزيادة قبل أن يستشهد ففي مصيره بذلك مجروحاً وجهان، إن لم يصر مجروحاً، فشهادته في الزيادة مردودة، وفي المدعي قولاً تبعيض الشهادة.

وقطع بعضهم بثبوت الألف، وخص الخلاف بالتبعيض بما إذا اشتملت الشهادة على ما يقتضي الرد، كما شهد لنفسه ولغيره.

فأما إذا زاد على المدعي، فقوله في الزيادة ليس بشهادة، بل هو كما لو أتى بلفظ الشهادة في غير مجلس الحكم.

وإن قلنا: إنه يصير مجروحاً، فقد ذكر في «التهذيب» أنه يحلف مع شاهد الألف، ويأخذه.

قال الإمام رحمه الله تعالى: إنه على هذا الوجه بما يصير مجروحاً في الزيادة، فأما الألف المدعى، فلا جرح في الشهادة عليه، لكن إذا ردت الشهادة في الزائد، كانت الشهادة في المدعي على قولي التبعيض، فإن لم نبعضها فلو أعاد الشهادة بألف قبلت لموافقها الدعوى، وهل يحتاج إلى إعادة الدعوى؟.

قال فيه وجهان:

أظهرهما: المنع، ونختم الباب بخاتمتين:

إحدهما: في فروع لائحة بالباب.

منها: لو أقر بجميع ما في يده، أو نسب إليه صح، فلو تنازعا في شيء أنه هل كان في يده يومئذ؟ فالقول قول المقر، وعلى المقر له البينة، ولو قال: ليس لي مما في يدك إلا ألف صح، وعمل بمقتضاه، ولو قال: لا حق لي في شيء مما في يد فلان، ثم ادعى شيئاً منه وقال: لم أعلم كونه في يده في يوم الإقرار صدق بيمينه.

ولو قال: لفلان عليّ درهم أو دينار لزمه أحدهما، وطولب بالتعيين.

وعن رواية الشيخ أبي علي وجه ضعيف: أنه لا يلزمه شيء:

ولو قال: عليّ ألف، أو على زيد، أو على عمرو لم يلزمه شيء، وكذا لو قال على سبيل الإقرار: أنت طالق أولاً، فإن ذكره في معرض الإنشاء طلقت، كما لو قال: أنت طالق طلاقاً لا يقع عليك.

ولو قال: عليّ ألف درهم، وإلا لفلان عليّ ألف دينار لزمه، وهذا للتأكيد،

والإقرار المطلق يلزمه، ويؤاخذ به المقر على المذهب المشهور، وخرج فيه وجه: أنه لا يلزمه حتى يسأل المقر عن سبب اللزوم؛ لأن الأصل براءة الذمة، والإقرار ليس موجباً في نفسه، وأسباب الوجوب مختلف فيها، فربما ظن ما ليس بموجب موجباً، وهذا كما أن الجرح المطلق لا يقبل، وكما أنه لو أقر بأن فلاناً وارثه، لا يقبل حتى يبين جهة الوراثة، ولو قال: وهبت منك كذا، أو خرجت منه إليك لم يكن مقراً بالقبض لجواز أن يريد الخروج منه بالهبة.

وعن القفال الشاشي أنه مقر بالقبض؛ لأنه نسب إلى نفسه ما يشعر بالإقباض بعد المفروغ منه، ولو أقر الآن بعين مال لابنه، فيمكن أن يكون مستند إقراره ما يمنع الرجوع، ويمكن أن يكون مستنده مالا يمنع، وهو الهبة، فهل له الرجوع عن أقصى القضاة الماوردي وأبي الطيب أنهما أفتيا بثبوت الرجوع تنزيلاً للإقرار على أضعف الملكين، وأدنى السبيين، لما ينزل على أقل المقدارين.

وعن الشيخ العبادي أنه لا رجوع؛ لأن الأصل بقاء الملك للمقر له، ويمكن أن يتوسط، فيقال: إن أقر بانتقال الملك منه إلى الأبن، فالأمر كما قال القاضيان، وإن أقر بالملك المطلق، فالأمر كما قال العبادي: ولو أقر في وثيقة بأنه لا دعوى له على فلان، ولا طلب بوجه من الوجوه، ولا سبب من الأسباب، ثم قال: إنما أردت في عمامته أو قميصه، لا في داره.

قال القاضي أبو سعيد بن أبي يوسف: هذا موضع تردد، والقياس أنه يقبل؛ لأن غايته تخصيص عموم، وهو محتمل.

الثانية: المقر به المجهول قد تمكن معرفته من غير رجوع إلى المقر وتفسيره، وذلك بأن يحيله على معروف، وذلك ضربان:

أحدهما: أن يقول له: علي من الدراهم بوزن هذه الصنجة، أو بالعدد المكتوب في كتاب كذا، أو بقدر ما باع به فلان عبده، وما أشبه ذلك، فيرجع إلى ما أحال عليه.

الثاني: أن يذكر ما يمكن استخراجها بالحساب، فمن أمثلته مسألة «المفتاح» وهو أن يقول: لزيد علي درهم إلا نصف ما لابنه علي ولا بنيه علي ألف إلا ثلث ما لزيد علي ولمعرفته طرق:

أحدها: أن يجعل لزيد شيئاً، ويقول للإبنين ألف إلا ثلث شيء، فيأخذ نصفه وهو خمسمائة إلا سدس شيء، ويسقط من الألف يبقى خمسمائة وسدس شيء، وذلك يعدل شيئاً، فالمفروض لزيد لأنه جعل له ألفاً إلا نصف ما لابنه، فسقط سدس شيء لسدس شيء يبقى خمسة أسداس شيء في مقابلة خمسمائة، فيكون الشيء التام ستمائة،

وهو ما لزيد، فإذا أخذت ثلثها، وهو مائتين، وأسقطته من الألف، فبقي ثمانمائة، وهي ما أقر به للثنين.

**والثاني:** أن يجعل لزيد ثلاثة أشياء لاستثنائه الثلث منه، ويسقط ثلثها من الألف المضاف إلى الإبنين فيكون لهما ألف ناقص شيء، ثم تأخذ نصفه، وهو خمسمائة ناقصة بنصف شيء، وتزيده على ما فرضناه لزيد، وهو ثلاثة أشياء تكون خمسمائة وستين ونصف شيء، وذلك يعدل الألف درهم، فسقط خمسمائة بخمسمائة تبقى خمسمائة في مقابلة ستين ونصف شيء، فيكون الشيء ما بين، وقد كان لزيد ثلاثة أشياء فهي إذا ستمائة.

**الثالث:** أن تقول: استثنى من أحد الإقرارين النصف، ومن الآخر الثلث، فيضرب مخرج أحدهما في مخرج الآخر يكون ستة، ثم ينظر في الجزء المستثنى من الإقرارين، وكلاهما واحد، فتضرب واحداً في واحد يكون واحداً تنقصه من الستة يبقى خمسة، فتحفظها وتسميها المقسوم عليه، ثم تضرب ما يبقى من مخرج كل واحد من الجزئين بعد إسقاطه في مخرج الثاني، وذلك بأن تضرب ما يبقى في مخرج النصف بعد النصف وهو واحد في مخرج الثلث، وهو ثلاثة يحصل ثلاثة تضربها في الألف المذكور في الإقرار يكون ثلاثة آلاف تقسمها على العدد المقسوم عليه، وهو خمسة يخرج نصيب الواحد، وهو ستمائة وهو ما لزيد، وتضرب ما يبقى في مخرج الثلث بعد الثلث، وهو اثنان في مخرج النصف، وهو اثنان يكون أربعة تضربها في الألف يكون أربعة آلاف تقسمها على خمسة يخرج من القسمة ثمانمائة فهو ما للإبنين.

ولو قال: لزيد عليّ إلا ثلثي ما لعمرو، ولعمرو عشرة إلا ثلاثة أرباع ما لزيد، تضرب المخرج في المخرج، يحصل اثنا عشر، ثم تضرب أحد الجزئين في الباقي وهو اثنين في ثلاثة يكون ستة تسقطها من اثني عشر، يبقى ستة تضرب الباقي في مخرج الثلث بعد إخراج الثلثين، وهو واحد في أربعة، يكون أربعة تضربها في العشرة المذكورة في الإقرار، يكون أربعين تقسمها على الستة، يكون ستة وثلثين، وذلك ما أقر به لزيد، ثم تضرب واحد، وهو الباقي في مخرج الربع بعد إخراج الأرباع الثلاثة، يكون ثلاثة تضربها في العشرة، يكون ثلاثين تقسمها على الستة، يكون خمسة وهو ما أقر به لعمرو، والطريقان الأولان يجريان في أمثال هذه الصور بأسرها.

**وأما الطريق الثالث فإنه لا تطرد فيما إذا اختلف المبلغ المذكور في الإقرارين، وتخرج فيما إذا كانت الأقرارير ثلاثة فصاعداً، مثل أن يقول: لزيد عشرة إلا نصف ما لعمرو ولعمرو عشرة، إلا ثلث ما لبكر ولبكر عشرة إلا ربع ما لزيد إلى تطويل لا يؤثر ذكره في هذا الموضوع.**

ولو قال: لزيد عليّ عشرة إلا نصف ما لعمرو، ولعمرو ستة إلا ربع ما لزيد

يكون مقرراً لزيد بثمانية، ولعمرو بأربعة، ولو قال: لزيد عليّ عشرة إلا نصف ما لعمرو، ولعمرو عشرة إلا ربع ما لزيد كون مقرراً لزيد بخمسة وخمسة أسابيع، ولعمرو بثمانية، وأربعة أسابيع وقد يصور صدور كل إقرار من شخص بأن يدعى مالا على زيد وعلى عمرو، فيقول زيد: لك عليّ عشرة إلا نصف مالك على عمرو، ويقول عمرو: لك عليّ عشرة إلا ثلث ما على زيد فطريق الحساب لا يختلف والله أعلم بالصواب.

### البَابُ الثَّالِثُ، فِي تَعْقِيبِ الْإِقْرَارِ بِمَا يَرْفَعُهُ

قال الغزالي: وَلَهُ صَوْرٌ: (الأولى) إِذَا قَالَ: عَلَيَّ أَلْفٌ مِنْ ثَمَنِ خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ أَوْ مِنْ صَمَانٍ شَرِطَ فِيهِ الْخِيَارُ فَفِي لُزُومِهِ قَوْلَانِ يَجْرِيَانِ فِي تَعْقِيبِ الْإِقْرَارِ بِمَا يَنْتَظِمُ لَفْظًا فِي الْعَادَةِ وَيَنْطَلُ حُكْمُهُ، وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ: عَلَيَّ أَلْفٌ مِنْ ثَمَنِ عَبْدٍ إِنْ سَلَّمَ سَلَّمْتُ، فَعَلَيَّ قَوْلٌ لَا يُطَالَبُ إِلَّا بِتَسْلِيمِ الْعَبْدِ، وَعَلَى قَوْلٍ يُؤَاخَذُ بِأَوَّلِ الْإِقْرَارِ، وَلَوْ قَالَ: أَلْفٌ لَا يَلْزَمُ يَلْزَمُهُ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُنْتَظَمٍ، وَقِيلَ قَوْلَانِ، وَلَوْ قَالَ: عَلَيَّ أَلْفٌ قَضَيْتَهُ فَالْأَصْحَحُ أَنَّهُ يَلْزَمُهُ، وَقِيلَ قَوْلَانِ، وَلَوْ قَالَ: أَلْفٌ إِنْ شَاءَ اللَّهُ فَالْأَصْحَحُ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ، وَقِيلَ قَوْلَانِ، وَلَوْ قَالَ: أَلْفٌ مُؤَجَّلٌ فَالْأَصْحَحُ أَنَّهُ لَا يُطَالَبُ فِي الْحَالِ، وَقِيلَ: قَوْلَانِ، وَلَوْ ذَكَرَ الْأَجَلَ بَعْدَ الْإِقْرَارِ لَمْ يُقْبَلْ، وَلَوْ قَالَ: أَلْفٌ مُؤَجَّلٌ مِنْ جِهَةِ تَحْمُلِ الْعَقْلِ قَبْلَ قَوْلٍ وَاحِدًا، وَلَوْ قَالَ: مِنْ جِهَةِ الْقَرْضِ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلًا وَاحِدًا وَلَوْ قَالَ: عَلَيَّ أَلْفٌ إِنْ جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ فَهَوَ عَلَى الْقَوْلَيْنِ إِذْ وَقَعَ لُزُومُ الْإِقْرَارِ بِالْتَّغْلِيْقِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ فَعَلَيَّ أَلْفٌ لَمْ يَلْزَمُهُ أَصْلًا، لِأَنَّ الْإِقْرَارَ الْمُعْلَقَ بِاطِّلِ (الثَّانِيَةُ) إِذَا قَالَ: لَهُ عَلَيَّ أَلْفٌ ثُمَّ جَاءَ بِالْأَلْفِ وَقَالَ: هُوَ وَدِيْعَةٌ عِنْدِي قَبْلَ، لِأَنَّهُ يَتَصَوَّرُ أَنْ يَكُونَ مَضْمُونًا عَلَيْهِ بِالتَّعْدِي وَكَانَ لَارِمًا عَلَيْهِ، وَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي سَقُوطِ الضَّمَانِ لَوْ أَدْعَى التَّلَفَ بَعْدَ الْإِقْرَارِ، وَفِيهِ قَوْلٌ آخَرُ: أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ تَفْسِيرُهُ بِالْوَدِيْعَةِ أَصْلًا فَيَلْزَمُهُ أَلْفٌ آخَرُ، وَهُوَ أَظْهَرُ فِيمَا إِذَا قَالَ: عَلَيَّ وَفِي ذِمَّتِي أَوْ قَالَ: أَلْفٌ ذِمَّتِي.

قال الراجعي: تعقيب الإقرار بما ينافيه إما بالاستثناء<sup>(١)</sup>، أو غيره.

(١) وهو لغة: بمعنى العطف والعود، كقولهم: نثيت الحبل إذا عطفت بعضه على بعض. وقيل: بمعنى الصرف والصد من قولهم: نثيت فلاناً عن رأيه، وقال ابن فارس: لأنه قد نثى ذكره مرة في الجملة، ومرة في التفصيل.  
واصطلاحاً: الإخراج بالأو أو إحدى أخواتها من متكلم واحد، ليخرج مالو قال الله سبحانه: اقتلوا المشركين، فقال عليه السلام: إلا زيدا، فإنه لا يسمى استثناء كما قاله القاضي.  
والأولى أن يقال: الحكم بإخراج الثاني من الحكم الأول بواسطة موضوعه لذلك، فقولنا: الحكم جنس، لأن الاستثناء حكم من أحكام اللفظ، فيشمل المتصل والمنقطع، وخرج =

والثاني: ينقسم إلى ما يرفعه أصلاً، وإلى غيره.

والأول: ينقسم إلى ما لا يتنظم لفظاً، فيلغوا، وإلى ما يتنظم، فإن كان مفصلاً لم يقبل، وإن كان موصولاً، ففيه خلاف والثاني إن كان مفصلاً لا يقبل أيضاً، وإن كان وصولاً ففيه خلاف بالترتيب هذا عقد الباب، وإذا مرت بك مسائله عرفت أن كل واحدة من أي قبيل هي؟ وأما الاستثناء، فسيأتي حكمه. فمن المسائل إذا قال: لفلان عليّ من ثمن خمرٍ أو كلبٍ، أو خنزيرٍ، نظر إن وقع قوله: من ثمن خمرٍ منفصلاً عن قوله: عليّ ألف لم يقبل ولزمه الألف، وإن كان موصولاً، ففيه قولان:

أحدهما وهو اختيار المُرزبي وأبي إسحاق: أنه يقبل، ولا يلزمه شيء؛ لأن الكل كلام واحد، فيعتبر بآخره، ولا يتبعض ولأن الإقرار إخبار عما جرى، وهذه المعاملات

= بالوسائط الموضوعة له نحو: قام القوم، وأسئني زيداً، وخرجوا ولم يخرج زيد.  
تنبيه

الإخراج إنما يأتي على قول من يجعله عاملاً بطريق المعارضة، إذ الإخراج لا يتحقق إلا بعد الدخول، وأما على قول من يجعله مبنياً فلا إخراج عنه، كما سنبيته. وحده ابن عمرون من النحاة بأن ينفي عن الثاني ما يثبت لغيره بإلا أو كلمة تقوم مقامها، فيشمل أنواع الاستثناء: من متصل، ومنقطع، ومفرد، وجملة، وتام، ومفرغ، وخرج الوصف بإلا أو غيرها، وذكر ابن الحاجب أن المتصل والمنقطع لا يمكن تحديده بحد واحد على القول بالأشتراك والمجاز لتغاير حقيقتهما، إذ الأول حقيقة، والثاني مجاز. وجمعهما ابن مالك في حد واحد، فقال: تحقيقاً أو تقديراً. وقد يقال: هو قوة حدّين.

وذكر إمام الحرمين في باب الإقرار من «النهاية» أن الفقهاء يسمون تعليق الألفاظ بمشئته الله استثناء في مثل قول القائل: أنت طالق، وأنت حر إن شاء الله. وفي «المحيط» للحنفية يسمى الاستثناء بإلا وأخواتها استثناء التحصيل، وبمشئته الله استثناء التعطيل.

قال الخفاف: الاستثناء ضد التوكيد، يُثبت المجاز ويحققه، وصرح النحاة بأن اللفظ قبل الاستثناء يحتمل المجاز، فإذا جاء الاستثناء رفع المجاز وقرره، فاللفظ قبل الاستثناء ظني، وبعده قطعي، وهذا معاكس لقول الحنفية، فإنهم عدّوا الاستثناء من المخصصات، وعندهم أن العام قبل التخصيص قطعي، وبعده ظني.

قيل: ولا منافاة بينهما. لأن احتمال التجوز قبل التخصيص ثابت، وبعده التخصيص كذلك، إلا أن الاستثناء يقرر المجاز في إخراج شيء، ويحقق أن المراد ما بقي تحقيقاً ظاهراً لا يخالف ما لم تأت قرينة، كما قبل الاستثناء، إلا أن القرينة قبله يشترط فيها القوة.

وهل الإخراج من الاسم أو الحكم أو منهما؟ أقوال، أصحها الثالث، وهو مذهب سيبويه. وهل هو إخراج من اللفظ ما لولاه لوجب دخوله أو لجاز؟ فيه قولان، رجح سليم في «التقريب» الأول. قال: وإلا لم يفترق الحال بين الاستثناء من الجنس وغيره، فلما فرق بينهما، وجعل من الجنس حقيقة ومن غيره مجازاً، ثبت ما قلنا. ينظر البحر المحيط ٣/٢٧٥، ٢٧٦.

على فسادها جارية بين الناس، فعلى هذا للمقر له تحليف المقر إنه كان من ثمن خمر أو خنزير، وأصحهما عند العراقيين وغيرهم أنه لا يقبل ويلزم الألف<sup>(١)</sup> ويبيض كلامه.

والثاني: لا يقبل، فيعتبر أوله، ويلغى آخره، لأنه وصل بإقرار ما يرفعه، فأشبهه ما إذا قال: علي ألف لا تلزمني أو فصل - قوله: عن ثمن خمر عن الإقرار، وبهذا قال أبو حنيفة - رحمه الله - فعلى هذا لو قال المقر: كان ذلك من ثمن خمر، وظننته لازماً، فله تحليف المقر له على نفيه، ويجري القولان فيما إذا وصل بإقراره ما ينتظم لفظه في العادة، ولكنه يبطل حكمه شرعاً إذا أضاف المقر به إلى بيع فاسد، كالبيع بأجل مجهول، وخيار مجهول وقال: تكفلت بيدن فلان، بشرط الخيار أو ضمننت لفلان، كذا بشرط الخيار، وما أشبه ذلك، وفي كلام الأئمة - رضي الله عنهم - ذكر مأخذين لهذا الخلاف.

أحدهما: بناء على القولين في تبييض الشهادة، إذ اشهد لابنه وأجنبي، ولك أن تقول: هذا لا يشبه مسألة الشهادة، لأن الشهادة للأجنبي، والشهادة للابن أمران لا تعلق لأحدهما بالآخر، وإنما قرن بينهما الشاهد لفظاً، والخلاف فيها شبيه بالخلاف في تفرق الصفة [وأما هاهنا، فالمذكور أولاً مستند إلى المذكور آخراً، ولكنه فاسد في نفسه، مفسد للأول، ولهذا]<sup>(٢)</sup> لو قدم ذكر الخمر، فقال: لفلان علي من ثمن الخمر ألف لم يلزمه شيء بحال، وفي الشهادة لا فرق بين أن يقدم ذكر الابن أو الأجنبي، ثم هب أنهما متقاربان، لكن ليس بناء الخلاف في الإقرار على الخلاف في الشهادة بأولى من القلب، والعكس.

والثاني: أنه يجوز بناء هذا الخلاف على الخلاف في حد المدعي، والمدعى عليه. إن قلنا: المدعي من لو سكت ترك، فهانئ لو سكت عن قوله: من ثمن خمر لترك، فهو بإضافته إلى الخمر مدع، فلا يقبل قوله، ويحلف المقر له.

وإن قلنا: المدعي من يدعي أمراً باطناً، قبل قول المقر؛ لأن الظاهر معه، وهو براءة الذمة، والمقر له هو الذي يدعي أمراً باطناً، وهو زوال أصل البراءة، ولك أن تقول: لو صح هذا البناء لما اقترن الحال بين أن يضيفه إلى الخمر موصولاً، أو مفصولاً، ولوجب أن يخرج التعقب بالاستثناء على هذا الخلاف.

(١) قال الأذري قضية إطلاق المصنف وغيره أنه لا فرق من تبييض إقراره بين كون المتداعين مسلمين أو ذميين مثلاً، وفي عدم تصديق النصراني في أن المقر به من ثمن خمر أو خنزير نظر، لأنهم يرون ذلك مالا وصدقه محتمل، والأصل براءة ذمته، ولا يكون كلامه متدافعاً بالنسبة إلى ما عنده. ينظر الروضة ٤٦/٤.

(٢) سقط في ب.

وقال الإمام - رحمه الله - بعد ذكر القولين: كنت أود لو فصل بين أن يكون المقر جاهلاً بأن ثمن الخمر لا يلزم، وبين أن يكون عالماً، فيعذر الجاهل دون العالم، ولكن لم يصر إليه أحد من الأصحاب. منها: إذا قال: عَلَيَّ أَلْفٌ من ثمن عبد لم أقبضه، إذا سلمه سلمت الألف، ففيه طريقتان:

أحدهما: أن قبول قوله: من ثمن عبد لم أقبضه، على القولين السابقين، وفي قول يقبل، ولا يطالب بالألف إلا بعد تسليم العبد.

وفي قول: يؤخذ بأول الإقرار، ولا يحكم بثبوت الألف ثمناً، وهذا ما أورده في الكتاب.

وأصحهما: القطع بالقبول، وثبوته ثمناً، ويفارق صور القولين، فإن المذكور آخراً منها يرفع المقر به وهاهنا بخلافه، وعلى هذا فلو قال: عَلَيَّ أَلْفٌ من ثمن عبد، واقتصر عليه، ثم قال مفصلاً: لم أقبض ذلك العبد، قيل أيضاً لأنه علق الإقرار بالعبد، والأصل فيه عدم القبض، نعم لو اقتصر على قوله: لفلان عَلَيَّ أَلْفٌ، ثم قال مفصلاً: هو من ثمن عبد، لم أقبضه لم يقبل، ولا فرق عندنا بين أن يُعَيَّنَ العبد، فيقول: عَلَيَّ أَلْفٌ من ثمن هذا العبد، إذا سلمه سلمت الألف، وبين أن يطلق، فيقول: من ثمن عبد. وقال أبو حنيفة رحمه الله: إِنْ عَيْنَ قُبِلَ، وَإِنْ أَطْلُقَ لَمْ يَقْبَلْ، ولزمه الألف.

ومنها: لو قال: عَلَيَّ الألف لا يلزمني، أو عَلَيَّ ألف أو لا، لزمه الألف؛ لأنه غير منتظم<sup>(١)</sup> لو قال: عَلَيَّ أَلْفٌ قضيته، ففيه طريقتان:

أحدهما: القطع بلزوم الألف، لقرب اللفظ من عدم الانتظام<sup>(٢)</sup> فإن ما قضاه لا يكون عليه، بخلاف قوله: من ثمن الخمر، فإنه ربما يظن لزومه وهذا أصح عند صاحب الكتاب.

وأصحهما: عند الجمهور أنه على القولين، لأن مثله يطلق في العرف، والتقدير كان عَلَيَّ أَلْفٌ فقضيته ولو قال ابتداء: كان لفلان عَلَيَّ أَلْفٌ فقضيته. يقبل فكذلك هاهنا

(١) قال النووي: هكذا رأيت في نسخ من كتاب الإمام الرافعي «عَلَيَّ الألف، أو، لا»، وهو غلط. وقد صرح به صاحب «التهذيب» و«البيان»: بأنه لا يلزمه في هذه الصورة شيء، كما لو قال: أنت طالق، أو، لا، فإنه لم يجزم بالالتزام، وما يبعد أن يكون الذي في كتاب الرافعي تصحيحاً من النسخ، أو تغييراً مما في «التهذيب»، فقد قال في «التهذيب»: لو قال: عَلَيَّ أَلْفٌ، لا، فهو إقرار، وهذا صحيح، وقرنه في «التهذيب» بقوله: بألف لا يلزمني، وهو نظيره. ومعظم نقل الرافعي من «التهذيب» و«النهاية»، وكيف كان، فالصواب الذي يقطع به: أنه إذا قال: ألف أو لا، فلا شيء عليه. ينظر الروضة ٤٧/٤.

(٢) في ط: الألتزام.



لويجري الطريقان فيما إذا قال: لفلان على ألف أبرأني عنه، ولو ادعى عليه ألفاً، فقال: قد قضيته، فالمشهور ما ذكرناه في الباب الأول، وهو أنه إقراراً<sup>(١)</sup> وجعله أبو عليّ البندنجي بمثابة ما لو قال: عليّ ألف قضيته.

ومنها: إذا قال: عليّ ألف إن شاء الله، فالصحيح أنه لا يلزمه شيء؛ لأنه لم يلزم بالإقرار، وقد علقه على المشيئة، وهي غيب عنا، وأيضاً فإن الإقرار إخبار عن واجب سابق، والواقع لا يتعلق بالغير.

وعن صاحب «التقريب» أن من الأصحاب من جعله على الخلاف فيما إذا قال: من ثمن خمر، لأنه لو اقتصر على أول الكلام لكان إقراراً جازماً، ولو خرجوا طريقاً آخر جازماً باللزوم لكان قريباً، بناء على أن تعليق السابق لا ينتظم وبهذا قال أحمد.

ولو قال: عليّ ألف إن شئت، أو شاء فلان، فالمشهور بطلان الإقرار، وقال الإمام رحمه الله: الوجه تخريجه على القولين؛ لأنه نفي بآخر كلامه مقتضى أوله، قال: وليس ذلك، كقوله: إن شاء الله فإنه يجري في الكلام كالتردد بخلاف التعلق بمشيئة غيره، ووجه بعضهم للمذهب المشهور في قوله إن شاء الله وإن شاء زيد، فإن مثل هذا الكلام يطلق للالتزام في المستقبل، ألا ترى أنه لو قال: لك عليّ كذا إن رددت عبدي الآبق، كان ذلك التزاماً في المستقبل، ولو قال: عليّ ألف إذا جاء رأس الشهر، أو إذا قدم فلان، أطلق مطلقون أنه لا يكون إقراراً، لأن الشرط لا أثر له في إيجاب المال، والواقع لا يعلق بالشرط.

وذكر الإمام رحمه الله، وغيره: أنه على القولين؛ لأن صدر الكلام صيغة التزام، والتعليق يرفع حكمه ويمكن أن يكون إطلاقاً من أطلق اقتصاراً على الأظهر من القولين في المسألة، وهذا إذا أطلق، وقال: قصدت التعليق.

أما إذا قال: قصدت به كونه مؤجلاً إلى رأس الشهر، فسيأتي، ولو قدم التعليق، فقال: إن جاء رأس الشهر، فعليّ ألف لم يلزمه شيء؛ لأنه لم توجد صيغة التزام جازمه؛ نعم لو قال: أردت به التأجيل برأس الشهر قبل وفي «التتمة» حكاية وجه أن مطلقه يحمل على التأجيل برأس الشهر وبهذا أجاب فيما إذا آخر صيغة التعليق، فقال: عليّ ألف إذا جاء رأس الشهر، ولم يذكر غيره، فيجوز أن يعلم لذلك قوله في الكتاب: «لم يلزمه أصلاً» - بالواو - قوله في الصورة الأولى، «فهو على قولين أيضاً»، ولعلك تقول: ما حكيت في صورة التعليل أفهمني أن الظاهر مذهب بطلان الإقرار فيما إذا قال: من ثمن الخمر والخنزير، أن الأصح عند العراقيين وغيرهم لزوم ما أقر به، فهل

من فارق؟! . والجواب: أنه يمكن أن يقال: دخول الشَّرْطِ على الجملة يصير الجملة جزءاً من الجملة الشرطية والجملة إذا صارت جزءاً من جملة أخرى تغير معناها.

وقوله: «من ثمن خمر أو خنزير» لا يغير معنى صدر الكلام، وإنما هو بيان جهته، فلا يلزم من إلاَّ يبعث الإقرار عند التعليق، بل يلغي تحرزاً من اتخاذ جزء الجملة جملة برأسها ألاَّ يتبعض في الصُّورة الأخرى.

ومنها: لو قال: عليُّ ألف مؤجل إلى وقت كذا، نظر إن ذكر الأجل مفصلاً لم يقبل، وإن ذكره موصولاً، ففيه طريقان كالطريقين فيما إذا قال ألف من ثمن عبد، لم أقضه، والظاهر القبول، وبه قال أحمد.

وإذا قلنا: لا يقبل، فالقول قول المقر له مع يمينه في نفي الأجل، وبه قال أبو حنيفة - رحمه الله - . وأعلم لذلك قوله في الكتاب: «لا يطالب في الحال» بالحاء.

قال الإمام: وموضع الطريقين ما إذا كان الدَّين المقر به مطلقاً، أو مستنداً إلى سبب، وهو بحيث يتعجل، ويتأجل.

أما إذا استند إلى جهة لا تقبل التأجيل، كما إذا قال: ألف أقرضه مؤجلاً، فيلغو ذكر الأجل، بلا خلاف، وإن أسنده إلى جهة يلازمها التأجيل، كالدَّيَّةِ المضروبة على العاملة، فإن ذكر ذلك في صدر إقراره، بأن قال: قتل ابن عمي فلاناً خطأ، ولزمني من دية ذلك القتل كذا مؤجلاً إلى سنة انتهائها كذا، فهو مقبول لا محالة.

وإن قال: عليُّ كذا من جهة حمل العَقْل مؤجلاً إلى وقت كذا، فطريقان:

أحدهما: القطع بالقبول؛ لأنه كذلك يثبت.

والثاني: أنه على القولين، والطريق الأول هو المذكور في الكتاب، لكن الثاني أظهر؛ لأن أول كلامه ملزم لو اقتصر عليه، وهو في الإسنادِ لتلك الجهة مدع، كما في التأجيل.

## فرع

لو قال: بعثك أمس كذا، فلم تقبل فقال: قد قبلت، فهو على قولي تبعيض الإقرار إن بعضناه، فهو مصدق بيمينه في قوله: قبلت، وكذا الحكم فيما إذا قال لعبد: اعتقتك على ألف، فلم تقبل، ولامراته خَالَعْتُكِ على ألف، فلم تقبلي وقال لا قبلنا.

## فرع

إذا قال أقر الآن بما ليس عليّ لفلان عليّ ألف، أو ما طلقت امرأتي، ولكن أقر

بطلاقها، فأقول طلقته. عن الشيخ أبي عاصم أنه لا يصح إقراره.

وقال صاحب «التمة»: الصحيح أنه كما لو قال عليّ ألف لا يلزمني لفلان.

ولو قال: عليّ ألف وزعم أنه وديعة، فإما أن يذكر ذلك مفصلاً، أو متصلاً.

الحالة الأولى: وهي المذكورة في الكتاب أن يذكره مفصلاً فإن أتى بألف بعد إقراره، وقال: أردت هذا، وهو وديعة عندي، فقال المقر له: هو وديعة، ولي عليك ألف آخر ديناً، وهو الذي أردته بإقرارك، ففيه قولان:

أحدهما: وبه قال أبو حنيفة - رحمه الله - وأحمد: أن القول قول المقر له، فما أتى به وديعة، وعليه ألف ديناً؛ لأن كلمة «علي» تقتضي الثبوت في الذمة، ولهذا لو قال: علي ما على فلان، كان ضامناً، والوديعة لا تثبت في الذمة، فلا يجوز التفسير بها.

وأصحهما: أن القول قول المقر مع يمينه؛ لأن الوديعة يجب حفظها، والتخلية بينها وبين المالك، فلعله أراد بكلمة «علي» الإخبار عن هذا الواجب، ويحتمل أيضاً أنه تعدى فيها، حتى صارت مضمونة عليه، فلذلك قال: هي عليّ، وأيضاً فقد تستعمل «علي» بمعنى «عندي»، وفسر بذلك قوله تعالى مخبراً: ﴿وَلَهُمْ عَلَيَّ ذَنْبٌ﴾ [الشعراء/ ١٤].

وحكى الإمام طريقة قاطعة بالقول الثاني، والمشهور إثبات القولين، وقد نسبهما الشيخ أبو حامد إلى نَصِّهِ في «الأم»، ولو كان قد قال: عليّ ألف في ذمتي، أو ألف ديناً، ثم جاء بألف، وفسر كما ذكرنا، فإن لم تقبل في الصورة الأولى فما هنا أولى وإن قبلنا هناك فوجهان:

أحدهما: يقبل لجواز أن يريد الألف في ذمته، إن تلفت الوديعة، لأنني تعديت فيها.

وأصحهما: أنه لا يقبل، والقول قول المقر له مع يمينه؛ لأن العين لا تثبت في الذمة وقوله في الكتاب تفريعاً على قبول التفسير بالوديعة ولا يقبل قوله في سقوط الضمان لو ادعى التلف أراد به ما ذكره الإمام من أن الأصحاب قالوا الألف مضمون، وليس بأمانة، لأن قوله: «عليّ» يتضمن الإلتزام، فلو ادعى تلف الألف الذي زعم أنه وديعة لم يسقط الضمان عنه، ولو ادعى رده لم يصدق؛ لأنه ضامن، وإنما يصدق المؤمن، والمفهوم من هذا الكلام أنه لا يصدق في دعوى تلفه بعد الإقرار، أو رده، لكن فيه إشكال توجيهياً ونقلاً.

أما التوجيه فإن كلمة «عليّ» يجوز أن يريد بها صيرورتها مضمونة عليه لتعديه، ويجوز أن يريد بها وجوب الحفظ، والتخلية، ويجوز أن يريد بها عندي، كما سبق، وهذان المعنيان لا يتفايان الأمانة.

وأما النقل، فلأن قضية إيراد غيرهما أنه إن ادعى أنه تلف أوردته قبل الإقرار لم يصدق؛ لأن الثَّالِفَ والمردود لا يكون عليه بمعنى من المعاني، فإن ادعى التلف بعد الإقرار، فيصدق، وقد صرح به صاحب «الشامل» في موضعين من الباب.

**الحالة الثانية:** أن يذكره على الاتصال، فيقول: لفلان علي ألف وديعة، فيقبل، وتأويل كلامه على ما مر.

وعن الشيخ أبي إسحاق: أنه على القولين فيما لو قال: علي ألف قضيته، وهو متوجه تفریباً على عدم القبول حالة الانفصال.

وإذا قلنا بالقبول فإذا أتى بألف، وقال: هذا هو، فبع به، وإن لم يأت بشيء، وادعى التلف، أو الرد، ففي القبول وجهان بناهما في «التهذيب» على تأويل كلمة «علي» إن حملناها على وجوب الحفظ قُبِلَ، وهو الأصح، وإن حملناه على صَبْرُورَتِهِ مَضموناً عليه، فلا يجوز أن يثبت في الحالة الأولى مثل هذا الخلاف، نظراً إلى المعنيين، ولو قال: معي أو عندي ألف، فهو محتمل للأمانة، مصدق في قوله: إنه كان وديعة، وفي دعوى التلف والرد، ولو قال: له عندي ألف درهم مضاربة ديناً، أو وديعة ديناً، فهو مضمون عليه، ولا يقبل قوله في دعوى التلف، والرد نص عليه، ووجهه بأن كونه ديناً عبارة عن كونه مضموناً، فإن قال: أردت به أنه دفعه إلى مضاربة أو وديعة، بشرط الضمان لم يُقبل قوله، لأن شرط الضمان في الأمانة لا يوجب الضمان، هذا إذا فسر منفصلاً، وإن فسره متصلاً، ففيه قولاً تبعيض الإقرار، ولو قال: عندي ألف عارية، فهي مضمونة عليه، صححنا إعارة الدراهم، أو أفسدناها؛ لأن الفاسد كالصحيح في الضمان، ولو قال: دفع إلي ألفاً، ثم فسره بوديعة وزعم تلفها في يده صدق بيمينه، وكذا لو قال: أخذت منه ألفاً.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: إذا قال: أخذت منه ألفاً، ثم فسره بوديعة، وقال المأخوذ منه: بل غضبته، فالقول قول المقر له؛ لأن الأخذ منه قد لا يكون برضاه ودفعه يكون برضاه وعن القائل أنه قال: المذهب عندي أنه يفرق بين اللفظين، كما قال أبو حنيفة رحمه الله، ولو ذكره على الاتصال، فقال: أخذت من فلان ألفاً وديعة، فعند أبي حنيفة لا يقبل، وعلى ما ذكره القائل يجيء فيه القولان في تبعيض الإقرار، وظاهر المذهب لا يخفى والله أعلم.

قال الغزالي: (الثالثة): إذا قال: هذه الدار لك عارية قُبِلَ لأن الإضافة باللام تَحْتَمِلُ العارية إذا وُصِلَ به، وقيل فيه قولان، ولو قال: هي لك هبة ثم قال: أردت هبة قُبِلَ القَبْضِ قُبِلَ أيضاً، ولو قال: وهبت وأقبضت، أو رهنت وأقبضت ثم قال: كذبت

لَمْ يُقْبَلْ، وَلَوْ قَالَ: ظَنَنْتُ أَنَّ الْقَبْضَ بِالْقَوْلِ قَبْضٌ، أَوْ أَشْهَدْتُ عَلَى الصَّكِّ عَلَى الْعَادَةِ، وَهَلْ تُقْبَلُ دَعْوَاهُ لِيُخْلِفَ الْحَضْمُ؟ فِيهِ خِلَافٌ، وَلَوْ أَقْرَئُ ثُمَّ قَالَ: لُقُنْتُ بِالْعَرَبِيَّةِ وَهُوَ عَجَبِي لَا يَفْهَمُ قَبْلَ دَعْوَاهُ بِالتَّخْلِيفِ.

قال الراجعي: الفصل يشتمل على ثلاثة مسائل:

إحداها: إذا قال: هذه الدار لك عارية، فهو إقرار بالإعارة، وله الرجوع عنها.

وقال صاحب «التقريب»: هي لك إقرار بالملك لو اقتصر عليه، وذكر العارية ينافية، فيكون على القولين في تَبْعِيضِ الإقرار، وأجابوا، عنه بأن الإضافة بـ«اللام» تقتضي الاختصاص بالملك، أو غيره، فَإِنْ تَجَرَّدَتْ، وَأَمَكْنَ الْحَمْلَ عَلَى الْمَلِكِ حَمْلَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ أَظْهَرَ وَجْهَ الْاِخْتِصَاصِ، بِالْمَلِكِ، وَإِنْ وَصَلَ بِهَا، وَذَكَرَ وَجْهًا آخَرَ مِنَ الْاِخْتِصَاصِ، أَوْ لَمْ يُمْكِنِ الْحَمْلَ عَلَى الْمَلِكِ، كَقَوْلِنَا: الْجَلُّ لِلْفَرَسِ حَمْلٌ عَلَيْهِ، وَلَوْ قَالَ: هَذِهِ الدَّارُ لَكَ هَبَةٌ عَارِيَةٌ بِإِضَافَةِ الْهَبَةِ إِلَى الْعَارِيَةِ، أَوْ هَبَةٌ سَكْنَى، فَهُوَ كَمَا لَوْ قَالَ: لَكَ عَارِيَةٌ، بِلَا فَرْقٍ.

الثانية: الإقرار بالهبة لا يتضمّن الإقرار بالقبض على المشهور.

وفي «الشامل» ذكر خلاف في المسألة إذا كانت العين في يد الموهوب منه، وقال: أقبضتني.

ولو قال: وهبته، وخرجت منه إليه فقد مر أن الظاهر أنه ليس بإقرار بالقبض أيضاً، وكذا لو قال: وهبت منه وملكها كذا قال في «التَّهْدِيبِ» أما إذا أقر بالقبض مع الهبة، فقال: وهبت وأقبضت، أو سلمته منه، أو حازه مني لزمه الإقرار، عاد، وأنكر القبض، وذكر لإقراره تأويلاً، أو لم يذكر، فهو كما ذكرنا في «الرهن» إذا قال: زَهَنْتُ وَأَقْبَضْتَهُ، ثُمَّ عَادَ وَأَنْكَرَ الْمَذْكُورَ فِي الرَّهْنِ أَنَّهُ لَهُ تَحْلِيفُهُ، وَقِيلَ: لَا يَحْلِفُهُ إِلَّا أَنْ يَذْكَرَ لِلْإِقْرَارِ تَأْوِيلًا.

وقوله في الكتاب: «أو رهنت» «وأقبضت» كالمكرر، لأنه أورده ثم، إلا إنه أورد الخلاف ها هنا فيما إذا ذكر لإقراره تأويلاً، وهناك أجاب بالأصح، وهو أنه يحلف، ولو أقر ببيع أو هبة، وقبض ثم قال: كان ذلك فاسداً وأقررت لظني الصحة لم يصدق، لكن له تحليف المقر له، فإن نكل حلف المقر، وحكم ببطلان البيع والهبة، ولو أقر بإتلاف مال على إنسان، وأشهد عليه ثم قال: كنت عازماً على الإتلاف، فقدمت الإشهاد على الإتلاف لم يلتفت إليه بحال، بخلاف ما لو أشهد على نفسه، ثم قال: كنت عازماً على أن أستقرض منه، فقدمت الإشهاد على الاستقراض لأن هذا معتاد، وذلك غير معتاد.

الثالث: إقرار أهل كل لغة بلغتهم إذا عرفوها صحيحة، فلو أقر عجمي بالعربية، أو بالعكس، وقال: لم أفهم معناه، ولكن تلقنته فتلقنت صدق بيمينه، إن كان ممن يجوز ألا يعرفه، وكذلك الحكم في جميع العقود، والحلول، وكذا لو أقر، ثم قال: كنت يوم الإقرار صغيراً، وهو محتمل صدق بيمينه إذ الأصل الصغر، وكذلك لو قال: كنت مجنوناً، وقد عهد له جنون، ولو قال: كنت مكرهاً، وثم أمارات الإكراه من حبس أو توكيل، ف كذلك، وإن لم تكن أمانة لم يقبل قوله، والأمانة إنما تثبت بإقرار المقر له، أو بالبينة، وإنما تؤثر إذا كان الإقرار لمن ظهر منه الحبس والتوكيل، أما إذا كان في حبس زيد لم يقدح ذلك في الإقرار لعمره، ولو شهد الشهود على إقراره، وتعرضوا لبلوغه، وصحة عقله، واختياره، فادعى المقر خلافه لم يقبل لما فيه من تكذيب الشهود، ولا يشترط في الشهادة التعرض للبلوغ، والعقل والطواعية، والحرية والرشد، ويكتفي بأن الظاهر وقوع الشهادة على الإقرار الصحيح، وفي مجهول الحرية قول أنه يشترط التعرض للحرية، وخرج منه اشتراط التعرض لسائر الشروط، والمذهب الأول.

قال الأئمة: وما يكتب في الوثائق أنه أقر طائعاً مع صحة عقله، وبلوغه احتياطاً، ولا تقيد به شهادة الإقرار لكونه طائعاً، وأقام الشهود عليه بيته على كونه مكرهاً قدم بيته الإكراه، ولا تقبل الشهادة على الإكراه مطلقاً، بل لا بد من التفصيل.

وقوله في الكتاب في مسألة التلقين «تقبل دعواه بالتحليف» إنما يذكر هذا اللفظ فيما لا يصدق فيه الشخص، لكنه يحلف فيه الخصم، وها هنا هو مصدق على ما بينا والله أعلم بالصواب.

قال الغزالي: (الرابعة): إِذَا قَالَ: الدَّارُ لِزَيْدٍ بَلْ لَعَمْرُو وَسَلَّمَ إِلَى زَيْدٍ وَيَعْرَمُ لَعَمْرُو فِي أَقْبَسِ الْقَوْلَيْنِ، وَلَوْ قَالَ: غَضَبْتُهَا مِنْ زَيْدٍ وَمَلَكَهَا لَعَمْرُو وَيَبْرَأُ بِالتَّسْلِيمِ إِلَى زَيْدٍ فَلَعَلَّهُ مُرْتَهَنٌ أَوْ مُسْتَأْجَرٌ.

قال الرافعي: فيها مسألتان:

إحدهما: إذا قال: غضبت هذه الدار من زيد، لا بل من عمرو، أو قال: غضبت هذه الدار من زيد، وغضبها زيد من عمرو، أو قال: هذه الدار لزيد، لا بل لعمرو، فنسلم الدار لزيد، وهل يغرم المقر قيمتها لعمرو؟

فيه قولان منصوصان:

أحدهما: وهو الذي نقله في «المختصر» في الصورة الأولى أنه لا يغرم؛ لأنه اعتراف للثاني، بما يدعيه، وإنما منع الحكم من قبوله، وأيضاً فإن الإقرار الثاني صادف

ملك الغير، فلا يلزمه شي، كما لو أقر لعمره بالدار التي هي في يد زيد لعمره.

**والثاني:** أنه يغرم، وبه قال أحمد، لأنه حال بين عمرو وبين داره بإقراره الأول والحيلولة تثبت الضمان بالإتلاف ألا ترى أنه لو غصبت عبداً، فأبق من يده ضمنه، وهذا أصح عند الأكثرين، وفي الصورة الثالثة طريقة قاطعة بأنه لا يجب الغرم المذكورة في «التهذيب» و«التتمة» موجه بأنه لم يقر بجناية في ملك الغير، بخلاف صورتين الأوليين فإنه أقر فيهما بالعُصْبِ، فضمن لذلك وقال أبو حنيفة رحمه الله: إذا قال: غصبت هذه الدار من فلان، بل من فلان غرم للثاني، ولو قال: هذه لفلان، بل لفلان لا يغرم للثاني، فيجوز أن يعلم لذلك قوله في الكتاب: «ويغرم لعمره» بالحاء، ويجوز أن يعلم قوله: «في أقيس القولين» - بالواو - إشارة إلى الطريقة القاطعة بنفي الغرم، واختلفوا في موضع القولين، حيث ثبتا، فقال قائلون: هما مخصوصان بما إذا انتزعا الحاكم من يد المقر، وسلمها إلى زيد، فأما إذا سلمها إلى زيد، فأما إذا سلمها إلى زيد بنفسه غرمها لعمره، بلا خلاف.

وقال آخرون: يجريان في الحاليتين<sup>(١)</sup> لأن سبب انتزاع القاضي أيضاً إقراره، ولو باع عيناً وأقبضها، واستوفى الثمن ثم قال: كنت قد بعته من فلان، أو غصبت لم يقبل قوله: على المشتري، وفي غرامته القيمة للمقر له طريقان:

أحدهما: أنه على القولين.

**وأصحهما:** عند صاحب «التهذيب» ورواه الماسرجس عن ابن أبي هُرَيْرَةَ القطع بأنه يغرم لتفويته عليه بتصرفه، وتسليمه؛ لأنه استوفى عوضه، وللعوض مدخل في الضمان، ألا ترى أنه لو غر بحرية أمة فنكحها، وأحبها، ثم أجهضت بجناية جانٍ يغرم المغرور الجنين لمالك الجارية، لأنه يأخذ الغرة، ولو سقط ميتاً من غير جناية لا يغرم، وينبني على هذا الخلاف، أن مدعي العين المبيعة، هل له دعوى القيمة على البائع مع بقاء العين في يد المشتري.

إن قلنا: لو أقر يغرمه القيمة، فله دعواها، وإلا فلا، ولو كان في يد إنسان عين، فانتزعا منه مدعٍ يمينه بعد نكول صاحب اليد، ثم جاء آخر يدعيها، هل له طلب القيمة من الأول.

إن قلنا: النكول، ورد اليمين، كالبينة، فلا كما لو كان الانتزاع بالبينة، وإن جعلناها كما الإقرار، ففي سماع دعوى الثاني عليه القيمة الخلاف.

(١) الأصح طردهما في الحاليين قاله أصحابنا، ويجرى الخلاف سواء وإلى بين الإقرار لهما، أم فصل بفصل قصير أو طويل. ينظر الروضة ٥١/٤.

الثانية: إذا قال: غضبت هذه الدار من زيد؛ لأنه اعترف له باليد.

والظاهر: كونه محققاً فيها، ثم الخصومة في الدار تكون بين زيد وعمرو، ولا تقبل شهادة المقر لعمرو؛ لأنه غاصب، وفي غرامته لعمرو طريقان:

أحدهما: أنه على القولين فيما إذا قال: غضبتها من زيد المقر، لا بل من عمرو، وأختره في «التهذيب».

وأصحهما: القطع بأنه لا يغرم؛ لأن الإقرارين هناك متنافيان والإقرار الأول مانع من الحكم بالثاني، وها هنا لا منافاة لجواز أن يكون الملك لعمرو، تكون في يد زيد بإجارة، أو رهن، أو وصية بالمنافع، فيكون الآخذ منه غاصباً منه، ولو آخر ذكر العُضْب، فقال: هذه الدار ملكها لعمرو، وغضبتها من زيد، فوجهان:

أظهرهما: أن الحكم كما في الصورة الأولى لعدم التنافي، فتسلم إلى زيد، ولا يغرم لعمرو.

والثاني: أنه إذا أقر بالملك أولاً لم يقبل إقراره باليد لغيره، فتسلم إلى عمرو، وفي الغرم لزيد القولان، هكذا أطلقوه، وفيه مباحثه، لأننا إذا غررنا المقر في الصورة السابقة للثاني، فإننا نغرمه القيمة؛ لأنه أقر بالملك، وها هنا جعلناه مقرراً باليد دون الملك، فلا وجه لتغريمه القيمة، بل القياس أن يسأل عن يده أكانت بإجارة، أو برهن، أو غيرهما، فإن أسندها إلى الإجارة غرم قيمة المنفعة، وإن أسندها إلى الرهن غرم قيمة المرهون ليتوثق به في دينه، وكأنه أتلف المرهون، ثم إن وفي الدين من موضع آخر، فترد القيمة عليه.

وقوله في الكتاب «يبرأ بالتسليم إلى زيد» يجوز إعلامه بالواو؛ لأنه أراد البراءة عن الغرم لعمرو على ما هو بين في «الوسيط»، وقد عرفت الخلاف فيه.

## فرع

إذا قال: غضبت هذه العين من أحدكما، فيطالب بالتعيين، فإن عين من أحدهما سلمت إليه، وهل للثاني تحليفه ينبي على أنه لو أقر للثاني، هل يغرم له القيمة؟

إن قلنا: لا فلا

إن قلنا: نعم، فنعم؛ لأنه ربما يقر له إذا عرضت اليمين عليه، فيغرم، فعلى هذا إن نكل ردت اليمين على الثاني، وإذا حلف، فليس له إلا القيمة.

ومنهم من قال: إن قلنا: إن النكول ورد اليمين، كالإقرار من المدعى عليه، فالجواب كذلك.



أما إذا قلنا: كالبينة، فتنزع الدار من الأول، وتسلم إلى الثاني، ولا غرم عليه للأول، وعلى هذا فله التحليف.

وإن قلنا: لا يغرّم القيمة، لو أقر للثاني طمعاً في أن ينكل، فيحلف المدعي، ويأخذ العين، وإن قال المقر: لا أدري من أيكما غضبت، وأصر عليه فإن صدقاه، فالعين موقوفة بينهما حتى يتبين المالك، أو يصطلحا، وكذا إن كذبا، وحلف لهما على نفى العلم، هذا ظاهر المذهب في الفرع، وللشيخ أبي علي فيه تطويل في «شرح الفروع» لكنه لم ينتقح لي تنقيح كلامه، فتركته والله اعلم بالصواب.

قال الغزالي: (الخامسة): إِذَا أَسْتَثْنَيْ عَنِ الْإِقْرَارِ مَا لَا يَسْتَفْرُقُ صَحْحَ كَقَوْلِهِ عَلِيٌّ عَشْرَةَ إِلَّا تِسْعَةً يَلْزَمُهُ وَاحِدٌ، وَلَوْ قَالَ: عَشْرَةَ إِلَّا تِسْعَةَ إِلَّا ثَمَانِيَةَ يَلْزَمُهُ تِسْعَةٌ، لِأَنَّ الْأَسْتِثْنَاءَ مِنَ النَّفْيِ إِثْبَاتٌ كَمَا أَنَّهُ مِنَ الْإِثْبَاتِ نَفْيٌ.

قال الرافعي: الكلام من هذا الموضع إلى آخر الباب في الاستثناء، وهو جائز في الإقرار والطلاق وغيرهما، بشرط أن يكون متصلاً، ولا يكون مستغرقاً فإن سكت بعد الإقرار [طويلاً] أو تكلم بكلام أجنبي عما هو فيه، ثم استثنى لم ينفع الاستثناء<sup>(١)</sup>.

ولو استغرق، فقال: عشرة إلا عشرة، فعليه العشرة؛ لأن هذا الاستثناء غير منظم في البيان، ولو قال: عليّ عشرة إلا تسعة، أو سواء واحد، صح الاستثناء، ولزمه في الصورة الأولى درهم، وفي الثانية تسعة، ولا فرق بين استثناء الأقل من الأكثر، وبين عكسه. وعن أحمد أنه لا يجوز استثناء الأكثر من الأقل.

فقوله في الكتاب: «يلزمه واحد» يصح إعلامه بالألف لذلك، ويصح إعلامه بالميم؛ لأن في «التتمة» أن مالكا لا يصح عنده استثناء الأحاد من العشرات، ولا المئين من الألوف، وإنما يصح استثناء العشرات من المئين، والألوف.

وفي «الذخيرة» للبنديجي أن مالكا لا يصح الاستثناء في الإقرار أصلاً، ثم الاستثناء من الإثبات نفي، ومن النفي إثبات؛ لأنه مشتق من النفي، وهو الصرف، والصرف إنما يكون من الإثبات إلى النفي، وبالعكس، فلو قال: عليّ عشرة إلا تسعة إلا ثمانية فعليه تسعة، المغنى إلا تسعة لا يلزم إلا ثمانية فتلزم فتكون الثمانية والواحد

(١) هكذا قال أصحابنا إن تخلل الكلام الأجنبي سيطل الاستثناء، وقال صاحبنا «العدة» و «البيان»: إذا قال: عليّ ألف - أستغفر الله - الأمانة صح الاستثناء عندنا خلافاً لأبي حنيفة - رضي الله عنه - ودليلنا أنه فصل يسير فصار كقوله: عليّ ألف - يا فلان - الأمانة، وهو الذي نقله فيه نظر (ينظر الروضة ٥٣/٤).

الباقى من العشرة، والطريق فيه، وفي نظائره أن يجمع كل ما هو إثبات، وكل ما هو نفي، فيسقط المنفي من المثبت، فيكون الباقي هو الواجب، فالعشرة في الصورة المذكورة، والثمانية مثبتتان يجمعهما، ويسقط التسعة المنفية من المجموع، يبقى تسعة، ولو قال: عشرة إلا تسعة إلا ثمانية إلا سبعة، وهكذا إلى الواحد، فعليه خمسة لأن الأعداد المثبتة ثلاثون والمنفية خمسة وعشرون.

قال الإمام وطريق تمييز المثبتات من المنفيات أن ينظر إلى العدد المذكور أولاً، فإن كان شفعاً فالأوتار منفية والأشفاق مثبتة، وإن كان وترأً فالعكس، ولهذا شرط وهو أن تكون الأعداد المذكورة على التوالي الطبيعي، أو يتلو كل شفح منها وترأً، وبالعكس، ولو قال: ليس لفلان عليّ شي إلا خمسة، فعليه خمسة، ولو قال: ليس له عليّ عشرة إلا خمسة لم يلزمه شيء عند الأكثرين؛ لأن عشرة إلا خمسة خمسة فكأنه قال: ليس عليّ خمسة.

وفي «النهاية» وجه آخر: أنه يلزمه خمسة، بناء على أن الاستثناء من النفي إثبات، ولو أتى باستثناء بعد استثناء والثاني مستغرق صح الأول، وبطل الثاني.

مثاله قال: عليّ عشرة إلا خمسة، إلا عشرة أو عشرة إلا خمسة إلا خمسة يلزمه خمسة وإن كان الأول مستغرقاً، كقوله: عشرة إلا عشرة إلا أربعة.  
فيه ثلاثة أوجه:

أحدهما: يلزمه عشرة، وبطل الاستثناء الأول لاستغراقه، والثاني لبطلان المستثنى فيه يلزمه أربعة ويصح الاستثناءان؛ لأن الكلام إنما يتم بآخره وآخره يخرج الأول عن كونه مستغرقاً، ويصيره كأنه استثنى من أول الكلام ستة.

قال في «الشامل»: وهذا أقيس.

والثالث: أنه يلزمه ستة؛ لأن الاستثناء الأول باطل، لاستغراقه، فيكون وجوده كعدمه، ويرجع الاستثناء إلى أول الكلام.

ولو قال: عليّ عشرة إلا عشرة إلا خمسة، فعلى الوجه الأول يلزمه عشرة، وعلى الأخيرين خمسة، هذا إذا لم يكن في الاستثناء عطف، أما إذا قال: عشرة إلا خمسة، وإلا ثلاثة أو عليّ عشرة إلا خمسة، وثلاثة فهما جميعاً مستثنيان من العشرة، ولا يلزمه إلا درهمان، فإن كان العددان بحيث لو جمعا حصل الاستغراق، كما إذا قال: عليّ عشرة إلا سبعة وثلاثة، فيلزمه عشرة؛ لأن «الواو» تجمعهما، وتوجب الاستغراق أو يخص الثاني بالبطلان؛ لأن الأول صح استثناءه، والثاني مثل العدد الباقي، فهو المستغرق فيه وجهان.

قال الشيخ أبو علي: أصحهما الثاني، ورأى أن يفرق بين قوله: عشرة إلا سبعة وثلاثة وبين قوله عشرة إلا سبعة إلا ثلاثة فيقطع في الصورة الثانية بالبطلان لأنهما استثناءان مستقلان، فيحصل من ذلك وجه ثالث فارق ومهما كان في المستثنى، والمستثنى منه عددان معطوف أحدهما على الآخر، ففي الجمع بينهما وجهان، كما في الصورة السابقة:

أصحهما: ويحكى عن نصح في الطلاق، وبه أجاب ابنُ الحَدَّادِ والأكثرُونَ أنه لا يجمع؛ لأن الواو العاطفة وإن اقتضت الجمع، لكنها لا تخرج الكلام عن كونه ذا جملتين من جهة اللفظ، والاستثناء، ويدور على اللفظ مثاله إذا قال: عليّ درهمان ودرهم، إلا درهمان إن لم يجمعه لزمه ثلاثة؛ لأنه استثنى درهمان من درهم، وإن جمعنا لزمه درهم، فكان الاستثناء من ثلاثة، ولو قال عليّ ثلاثة إلا درهمن ودرهماً فإن لم يجمع لزمه درهم، وصح استثناء الدرهمين إن جمعنا لزمه ثلاثة وكان الإستثناء مستغرقاً، ولو قال: ثلاثة إلا درهماً، ودرهمن فإن لم نجمع لزمه درهمان، وإن جمعنا، فثلاثة، ولو قال: درهم فدرهم ودرهم إلا درهماً ودرهماً لزمه ثلاثة على الوجهين؛ لأننا إن جمعنا جمعنا في الطرفين، وإن لم نجمع كان مستثنياً درهماً من درهم، وحكم هذه الصورة في الطلاق، كحكمها في الإقرار، وقد ذكر صاحب الكتاب أكثرها في الطلاق، ولو قال: عليّ عشرة إلا خمسة أو ستة.

قال في «التمة»: يلزمه أربعة؛ لأن الدرهم الزائد مشكوك فيه، فصار كما لو قال: عليّ خمسة أو ستة لم يلزمه إلا خمسة، ويمكن أن يقال: يلزمه خمسة؛ لأنه أثبت العشرة، واستثنى منه خمسة، واستثنى درهماً زائداً مشكوكاً فيه فلو قال: عليّ درهم غير دائق، ففضية النحو وبه قال بعض الأصحاب أنه إن نصب «غير» فعليه خمسة دوائق؛ لأنه استثناء وإلا فعليه درهم تمام؛ إذ المعنى عليه درهم لا دائق.

وقال الأكثرون: السابق إلى فهم أهل العرف منه الاستثناء، فيحمل عليه، وإن أخطأ في الإعراب، والله أعلم.

قال الغزالي: (السادسة): الاستثناء من غير الجنس صحيح كقوله: عليّ ألفُ درهمٍ إلا ثوباً مغناه قيمة ثوب، ثم ليفسر بما ينقص قيمته عن الألف، فلو استغرق بطل تفسيره في وجهه، وأصل استثنائه في وجهه.

قال الرافعي: الاستثناء من غير الجنس صحيح، كما إذا قال: عليّ ألف درهم، إلا ثوباً، أو عبداً.

وقال مالك وأبو حنيفة لا يصح إلا المكيل والموزون والمعدود، ويستثنى بعضها

من بعض مع اختلاف الجنس. وقال أحمَدُ: لا يصح ذلك بحال وحجة المذهب مشهورة في الأصول، ثم عليه أن يبين ثوباً، وتستغرق قيمته الألف، فإن استغرق، فالتفسير لغو، وفي الاستثناء وجهان:

أحدهما: أنه لا يبطل؛ لأنه صحيح من حيث اللفظ، وإنما الخلل فيما فسر به اللفظ، فيقال له: هذا التفسير غير صحيح، ففسره بتفسير صحيح.

والثاني: أنه يبطل الاستثناء، ويلزمه الألف؛ لأنه بين ما أراد باللفظ، فكأنه تلفظ به، والوجه الأول أصح عند صاحب «التهذيب».

وقال الإمام وغيره: الثاني أصح، وهو الأشبه، ويصح استثناء المجمع من المجمع والمجمع من المفصل، وبالعكس، فالأول كما إذا قال: ألف إلا شيئاً، فيبين جنس الألف أولاً، ثم يفسر الشيء بما لا يستغرق الألف من الجنس الذي بينه المفسر به.

والثاني: كما إذا قال: عليّ عشرة دراهم إلا شيء، ويفسر الشيء بما لا يستغرق العشرة. وإذا قال: على شيء إلا درهماً يفسر الشيء بما يزيد على الدرهم، وإن قل، وكذا لو قال: ألف إلا درهماً، ولا يلزمه من استثناء الدرهم أن يكون الألف دراهم، ومهما بطل التفسير في هذه الصورة، ففي بطلان الاستثناء الوجهان، وإن اتفق اللفظ في المستثنى منه، كما إذا قال: عليّ شيء إلا شيئاً أو مال إلا مالاً، فقد حكى الإمام عن القاضي فيه وجهين:

أحدهما: أنه يبطل الاستثناء، كما لو قال: عليّ عشرة إلا عشرة.

والثاني: لا يبطل لوقوعه على القليل، والكثير، فلا يمتنع حمل الثاني على أقل ما يتمول، وحمل الأول على الزائد على أقل ما يتمول.

قال: وفي هذا التردد غفلة؛ لأننا إن ألغينا استثناءه اكتفينا بأقل ما يتمول، وإن صححناه ألزمناه أيضاً أقل ما يتمول، فيتفق الجوابان، ويمكن أن يقال: حاصل الواجب لا يختلف، لكن التردد غير خالٍ عن الفائدة، فإننا إذا أبطلناه الاستثناء لم نطالبه إلا بتفسير اللفظ الأول، وإن بطله طلبناه بتفسيرهما وله آثار في الامتناع من التفسير، وكون التفسير الثاني غير صالح للاستثناء الأول، وما أشبه ذلك.

قال الغزالي: (السابعة) أَلَسْتِثْنَاءَ عَنِ الْعَيْنِ صَحِيحٌ كَقَوْلِهِ: هَذِهِ الدَّارُ لِفُلَانٍ إِلَّا ذَلِكَ الْبَيْتَ، وَالْحَاتِمُ إِلَّا الْفَصَّ، وَهَوَلاءِ الْعَبِيدُ إِلَّا وَاحِداً، ثُمَّ لَهُ التَّعْيِينُ، فَإِنْ مَاتُوا إِلَّا وَاحِداً فَقَالَ: هُوَ الْمُسْتَثْنَى قَبْلُ، وَقِيلَ: فِيهِ قَوْلَانِ.

قال الرافعي: صحته من المطلقان، كما إذا قال: هذه الدار لفلان، إلا هذا البيت، وهذا القميص إلا كميته، وهذه الدراهم إلا هذا الواحد، وهذا القطيع إلا هذه الشاة أو هذا الخاتم إلا هذا الفص ونظائره.

وفيه وجه: أنه لا يصح؛ لأن الاستثناء المعتاد هو الاستثناء من الأعداد المطلقة.

وأما المعينات، فالاستثناء فيها غير معهود، ولأنه إذا أقر بالمعين، كان ناصباً على ثبوت الملك فيها، فيكون الاستثناء بعده رجوعاً، والأول ظاهر المذهب، وقد نص عليه في بعض الصور المذكورة، واقتصر في الكتاب هاهنا على ما هو الظاهر، لكنه قال في «الطلاق» لو قال: أربعتكن طوالق إلا فلانة<sup>(١)</sup> لم يصح هذا الاستثناء عند القاضي الحسين، كما لو قال: هؤلاء الأعبد الأربعة لفلان إلا هذا الواحد لم يصح؛ لأن الاستثناء المعين لا يعتاد، وأجاب بعدم الصحة من غير ذكر الخلاف، والكلام في مسألة الطلاق يأتي في موضعه إن شاء الله تعالى، ولو قال: هؤلاء العبيد لفلان إلا واحداً، فالمستثنى منه معين، والمستثنى غير معين، وهو الصحيح إذا جوزنا الاستثناء من المعين، والرجوع إليه في غير المعين، فإن ماتوا إلا واحداً فقال هو الذي أردته بالاستثناء قبل قوله مع يمينه؛ لأنه محتمل.

وفيه وجه: أنه لا يقبل بالتهمة، وندرة مثل هذا الاتفاق، وهو ضعيف بإجماع من نقله.

وقوله في الكتاب قبل: «وقيل: فيه قولان» يقتضي أولاً أن يكون الخلاف قولاً.

وثانياً إثبات طريقتين: طريقة جازمة، وطريقة خلافية، وفيهما نظر من جهة النقل.

ولو قال: غصبتهم إلا واحداً فماتوا إلا واحداً، فقال: هو المستثنى قبل، بلا خلاف؛ لأن أثر الإقرار ينفي في الضمان، وكذا لو قتلوا في الصورة الأولى إلا واحداً؛ لأن حقه يثبت في القيمة، فلو قال: هذه الدار لفلان، وهذا البيت منها لي، أو هذا الخاتم لفلان، وقصه لي قبل؛ لأنه إخراج بعض ما يتناوله اللفظ، فكان كالاستثناء والله اعلم وقد فرغنا من شرح أبواب الكتاب، سوى الأخير، ونذكر قبل الشروع فيه مسائل وفروع بقيت علينا مما يورد تعدداً في الإقرار، وإن كان بعضها أجنياً عنه.

منها: جارية في يد إنسان جاء غيره، وقال له: بعتك هذه الجارية بكذا أو سلمتها إليك، فأد الثمن، وقال من في يده: بل زوجتنيها على صداق كذا، وهو عليّ فيما أن يجري هذا التنازع، وصاحب اليد لم يولده، أو يجري بعد أن أولدها.

فأما في الحالة الأولى، فيحلف كل منهما على نفي ما يدعيه الآخر، فإن حلف سقط دعوى الثمن والنكاح، ولا مهر، سواء دخل بها صاحب اليد، أو لم يدخل؛ لأنه وإن أقر بالمهر لمن كان مالكا، فهو منكر له، وتعود الجارية إلى المالك، ثم أحد الوجهين إنها تعود إليه، كما يعود المبيع إلى البائع لإفلاس المشتري بالثمن.

**والثاني؛** أنها تعود بجهة أنها لصاحب اليد بزعمه، وهو يستحق الثمن عليه، فقد ظفر بغير جنس حقه من ماله، فلي هذا يبيعها، ويستوفي ثمنها، فإن فضل شيء فهو لصاحب اليد، ولا يحل له وطؤها، وعلى الأول يحل له وطؤها، والتصرف فيها، ولا بد من التأنقظ بالفسح، وإن حلف أحدهما دون الآخر، نظر إن حلف مدعي الثمن على نفي التزويج، ونكل صاحب اليد عن اليمين على نفي الشراء حلف المدعي اليمين المردودة على نفي المشتري، ووجب الثمن، وإن حلف صاحب اليد على الشراء، ونكل الآخر عن اليمين على نفي التزويج، حلف صاحب المردودة على النكاح وحكم له بالنكاح وبان رقبتهما للآخر، ثم ارتفع النكاح بطلاق، أو غيره حلت للسيد في الظاهر، وكذا في الباطن إن كان كاذباً. وعن القاضي الحسين؛ أنه إذا نكل أحدهما عن اليمين المعروضة عليه اكتفى من الثاني بيمين واحدة يجمع فيها بين النفي والإثبات، والمذهب الأول.

**الحالة الثانية:** إذا كان قد أولدها صاحب اليد، فالولد حر، والجارية أم ولد له باعتراف المالك القديم، وهو يدعي الثمن، فيحلف صاحب اليد على نفيه، فإن حلف على نفي الشراء لسقط عنه الثمن المدعى، وهل يرجع المالك عليه بشيء؟.

فيه وجهان:

**أحدهما:** أنه يرجع بأقل الأمرين من الثمن، أو المهر، لأنه يدعي الثمن، وصاحب اليد مقر له بالمهر، فالأقل منهما متفق عليه.

**والثاني:** لا يرجع بشيء، لأن صاحب اليد أسقط الثمن عن نفسه بيمينه، والمهر الذي يقر به لا يدعيه الآخر، ولا يتمكن من المطالبة به، وهل لصاحب اليد تحليف المالك على نفي الزوجية بعد ما حلف على نفي الشراء؟ فيه وجهان:

**أحدهما:** لا؛ لأنه لو ادعى ملكها، وتزويجها يعد اعترافه بأنها أم ولد لآخر لم يقبل، فكيف يحلف على ما لو أقر به لم يقبل؟

**والثاني:** نعم طمعاً في أن ينكل فيحلف، ويثبت له النكاح، فلو نكل صاحب اليد عن اليمين على نفي الشراء، حلف المالك القديم المردودة، واستحق الثمن، وعلى كل حال فالجارية مقررة في يد صاحب اليد، فإنها أم ولده أو زوجته، وله وطؤها في الباطن، وفي الظاهر وجهان:

أحدهما: الحل، ووجه المنع أنه لا يدري أنه يطاء زوجته أو أمته وإذا اختلفت الجهة وجب الاحتياط للبضع كما قال الشافعي رضي الله عنه فيما إذا اشترى زوجته بشرط الخيار أنه لا يطاءها في زمان الخيار لأنه لا يدري أيطأ زوجته أم أمته. واعتذر الإمام عن هذا النص وقال: ليس المنع في هذه الصورة لاختلاف الجهة، بل لأن الملك في زمن الخيار للمشتري على قول، وإذا ثبت الملك انفسخ النكاح، والملك الثابت ضعيف لا يفيد حل الوطاء، ونفتها على صاحب اليد إن جوزنا له الوطاء، وإلا فقولان ذكرهما أبو إسحاق.

أحدهما: أنه على المالك القديم؛ لأنها كانت عليه، فلا يقبل قوله في سقوطها، وإن قبل هما عليه، وهو زوال الملك وزوال الاستيلاء.

وأصحهما: أنها في كسب الجارية، ولا يكلف بها المالك القديم، كما لا يكلف بنفقة الولد، وإن كانت حرته مستفادة من قوله أيضاً، فعلى هذا لو لم يكن لها كسب كانت من محابيح المسلمين، ولو ماتت الجارية قبل موت المستولد ماتت رقيقة، وللمالك القديم أخذ الثمن مما تركته من اكتسابها؛ لأن المستولد يقول: إنها بأسرها له، وهو يقول: إنها للمستولدة، وله عليه الثمن، فيأخذ حقه منها، والفاضل موقوف لا يدعيه أحد، وإن ماتت بعد موت المستولد ماتت حرة، ومالها لوارثها النسيب، فإن لم يكن فهو موقوف: لأن الولاء لا يدعيه واحد منهما، وليس للمالك القديم أخذ الثمن من تركتها لأن الثمن بزعمه على المستولدة، وهي قد عتقت بموته، فلا يؤدي دينه بما جمعته بعد الحرية، هذا كله فيما إذا أصرأ على كلامهما.

أما إذا رجع المالك القديم، وصدق صاحب اليد لم يقبل في حرية الولد، وثبوت الاستيلاء، ويكون اكتسابها له ما دام المستولد حياً، فإذا مات عتقت، وكان اكتسابها له، ولو رجع المستولد، وصدق المالك القديم لزمه الثمن، وكان ولائها له.

ومنها: إقرار الورثة على الميت بالدين والعين مقبول كإقراره، ولو أقر بعض الورثة عليه بدين، وأنكر البعض فقولان:

القديم، وبه قال أبو حنيفة رحمه الله أن على المقر أيضاً جميع الدين من نصيبه من التركة إن كان وافياً، وإلا صرف جميع نصيبه إليه؛ لأن الدين مقدم على الميراث، فإذا أقر بدين على الميت لم يحل له شيء من التركة، ما بقي شيء من الدين، ويحكي هذا عن ابن سريج، واختاره القاضي الرؤياني.

والجديد: أنه لا يلزمه من الدين إلا نسبة نصيبه من التركة؛ لأن الوارث لا يقر بالدين على نفسه، وإنما يقر على الميت بحكم الخلافة عنه وأيضاً فإن أحد الشريكين في العبد المشترك إذا أقر بجناية لم تلزمه إلا بحصته، فكذلك ها هنا.

وقال بعض المتلقين عن الشيخ ابن عاصم: يجب القطع بأن على المقر توفية جميع الدين مما في يده عند الإمكان، فإن المقر في نصيبه لا يتقاعد عن الأجنبي في جملة التركة ولو أقر أجنبي بدين في التركة يستغرقها لزمه إقراره حتى لو وقعت التركة يوماً من الدهر أزم بصرفها إلى ذلك الدين، والقولان محمولان على أن بإقراره يثبت جميع الدين على الميت تبعاً لثبوته على المقر، أم لا يثبت إلا حصته، وفائدته التقدم على الوصية، فعلى قول: يتقدم جميع الدين المقر به على الوصايا.

وعلى قول: حصته والمشهور الأول.

وإذا قلنا بالجديد، فلو مات المنكر ووارثه المقر فهل تلزمه جميع المقر به الآن؟ فيه وجهان:

أصحهما: نعم لحصول جميع التركة في يده، ويتفرع على القولين فرعان:

أحدهما: لو شهد بعض الورثة بدين على المورث.

إن قلنا: لا يلزمه بالإقرار إلا حصته تقبل.

وإن قلنا للجميع لم تقبل؛ لأنه متهم بإسقاط بعض الدين عن نفسه، ولا فرق بين أن تكون الشهادة بعد الإقرار أو قبله؛ لأنه متهم بالعدول من طريق الإقرار إلى طريق الشهادة وعليه إظهارها على مورثه بأحد الطريقين.

وعند أبي حنيفة إن شهد قبل الإقرار قبل، وإن شهد بعده فلا.

الثاني: كيس في يد رجلين فيه ألف درهم فقال أحدهما لثالث لك نصف ما في الكيس فيحمل إقراره على النصف الذي في يده، أو على نصف ما في يده، وهو ربع الجميع؟.

فيه وجهان، بناء على القولين السابقين، وبني على الخلاف فيما إذا أقر بأحد الشريكين في العبد المشترك بالسوية بنصفه أنه يحمل على نصيبه، أم يوزع النصف المقر به على النصفين، وهذا الخلاف الثاني المذكور في الكتاب في «باب العتق».

ومنها: مات عن اثنين فأقر أحدهما بأن أباه أوصى لزيد بعشرة، فهو كما لو أقر عليه بدين، فعلى القديم تتعلق كل العشرة بثلاث نصيبه.

وعلى الجديد تتعلق نصف العشرة بثلاث نصيبه، وبه قال أبو حنيفة، بخلاف ما قال في الإقرار بالدين، ولو أقر أحدهما بأنه أوصى بربع ماله، وأنكر الآخر، فعلى المقر أن يدفع ربع ما في يده إلى الموصى له، ولو أقر بأنه أوصى بعين من أعيان أمواله، نظر إن لم يقسما التركة، فنصيب المقر في تلك العين يصرف إلى الموصى له والباقي للمنكر وإن اقتسماها نظر، إن كانت تلك العين في يد المقر، فعليه دفعة إلى



الموصى له وإن كانت في يد المنكر، فللموصى له أخذ نصف القيمة من المقر؛ لأنه فوته عليه بالقسمة، ولو شهد المقر للموصى له قبلت شهادته، ويغرم المشهود عليه نصف قيمة العين، كما لو خرج بعض أعيان التركة مستحقاً.

ومنها: لو قال لعبد: أعتقتك على ألف، وطالبه بالألف، فأنكر العبد، وحلف سقطت دعوى المال، ويحكم بعق العبد لإقراره، وكذلك لو قال: بعث منك نفسك، إذا صححنا هذا التصرف وهو الصحيح ولو قال لولد عبده: بعثك والدك بكذا، فأنكر فذلك لا اعترافه بصيرورته حراً إذا دخل في ملك أبيه.

ومنها: إذا قال: لفلان عندي خاتم، ثم جاء بخاتم، وقال: هذا هو الذي أقررت به.

فعن الشافعي رضي الله عنه أنه قال في موضع يقبل منه ذلك وعليه تسليمه إلى المقر له، وقال في موضع آخر لا يلزمه التسليم.

قال الأصحاب: الأول محمول على ما إذا صدقه المقر له.

والثاني على ما إذا قال: الذي أقررت به غيره، وليس هذا لي، فلا يسلم ما جاء به إليه، والقول قول المقر في نفي غيره والله أعلم بالصواب<sup>(١)</sup>.

(١) قال النووي: ومما يتعلق بالباب، ما ذكره القاضي أبو الطيب في آخر كتاب الغصب، ولو أقر بدار مبهم ولم يعينها حتى مات، قام وارثة مقامه في التعيين. فإن عينها فذاك، وإن لم يعين، طولب بالتعيين، فإن امتنع، كان للمقر له أن يعين. فإن عين وصدقه الوارث، فذاك، وإلا، فله أن يحلف أنها ليست المقر بها، فإن حلف، طولب بالتعيين، فإن امتنع، حبس حتى يعين. قال القاضي أيضاً في آخر الغصب: لو باع داراً ثم ادعى أنها كانت لغيره باعها بغير إذنه، وهي ملكه إلى الآن، وكذبه المشتري، وأراد أن يقيم بينة بذلك، فإن قال: بعثك ملكي أو داري أو نحو ذلك، مما يقتضي أنها ملكه، لم تسمع دعواه، وإلا، سمعت قال الشاشي: لو قال: غصبت داره، ثم قال: أردت دارة الشمس والقمر، لم يقبل على الصحيح. ولو باع شيئاً بشرط الخيار، ثم ادعاه رجل، فأقر البائع في مدة الخيار أنه ملك المدعي، صح إقراره وانفسخ البيع، لأن له الفسخ، بخلاف ما لو أقر بعد لزوم البيع، فإنه لا يقبل، لعجزه عن الفسخ. ولو أقر بثياب بدنه لزيد، قال القاضي حسين في «الفتاوى»: يدخل فيه الطيلسان والدواج وكل ما يلبسه. ولا يدخل فيه الخف، والمراد بالدواج: اللحاف. ومقتضى كلام القاضي هذا، أنه يدخل فيه الفروة فإنها مما يلبسه، ولا شك في دخولها. وإنما نهت عليه، لثلاث يتشكك فيها. وكذلك الحكم لو أوصي بثياب بدنه ولو كتب على قرطاس: لفلان عليّ كذا، لم يكن إقراراً، وكذا الإشهاد عليه لا يكون إلا بالتلفظ، قاله القاضي حسين.

قال في الخادم: عبارة القاضي الحسين وما كان يلبسه وبينهما فرق فإنه لو أعد ثياباً لبدنه ولم يلبسها، دخلت في عبارة «الروضة» دون عبارة القاضي والدواج: بضم الدال المهملة وتخفيف =

## «البَابُ الرَّابِعُ فِي الإِقْرَارِ بِالنَّسَبِ وَمَنْ هُوَ مِنْ أَهْلِ الإِقْرَارِ»

قال الغزالي: إِذَا قَالَ لِغَيْرِهِ: هَذَا ابْنِي التَّحَقَّ بِهِ بِشَرْطِ أَنْ لَا يُكَذِّبَهُ الْحَسُّ بِأَنْ يَكُونَ أَكْبَرَ سِنًا مِنْهُ، أَوْ الشَّرْعُ بِأَنْ يَكُونَ مَشْهُورَ النَّسَبِ، أَوْ الْمُقَرُّ لَهُ بِأَنْ يَكُونَ بِالْغَا فَيُنَكِّرَ، فَلَوْ اسْتَلْحَقَّ مَجْهُولًا بِالْغَا وَوَأَفَقَهُ لِحَقِّ، وَلَوْ كَانَ صَغِيرًا لِحَقِّ فِي الْحَالِ حَتَّى يَتَوَارَثَانَ فِي الصَّغَرِ، فَلَوْ بَلَغَ وَأَنْكَرَ فِيهِ أَعْتَبَارَ إِنكَارِهِ بَعْدَ الْحُكْمِ بِهِ خِلَافًا، وَلَوْ مَاتَ صَبِيٌّ وَلَهُ مَالٌ فَاسْتَلْحَقَّهُ ثَبَتَ نَسَبُهُ وَوَرِثَ، وَإِنْ كَانَ بِالْغَا فَاسْتَلْحَقَّهُ بَعْدَ الْمَوْتِ فِيهِ خِلَافًا، لِأَنَّ تَأْخِيرَهُ إِلَى الْمَوْتِ يُوشِكُ أَنْ يَكُونَ خَوْفًا مِنْ إِنكَارِهِ.

قال الرَّافِعِيُّ: الإقرار بالنسب لا يصح إلا إذا كان المقر بالصفات المعتمدة في المقرين كما سبق، ثم لا يخلو إما أن يلحق النسب بنفسه أو بغيره.

القسم الأول: أن يلحق النسب بنفسه، فيشترط فيه أمور.

أحدها: ألا يكذبه الحس، ويكون ما يدعيه ممكنًا، فلو كان في سن لا يتصور أن يكون ولدًا للمستلحق بأن كان أكبر سنًا منه، أو مثله، أو كان المستلحق أكبر، ولكن بقدر لا يولد لمثله. فلا اعتبار بإقراره.

ولو قدمت امرأة من الرُّوم أو غيرها من بلاد الكفر<sup>(١)</sup>، ومعها صبي، فادعاه رجل من المسلمين لحقه إن احتمل أنه خرج إليها، أو أنها قدمت قبل ذلك، وإن لم ينقدح احتمال لم يلحقه.

والثاني: ألا يكذبه الشرع، بأن يكون المستلحق معروف النسب من غيره؛ لأن النسب الثابت من شخص لا ينتقل إلى غيره، ولا فرق بين أن يصدقه المستلحق، أو

= الواو آخره جيم، والعامّة تشدد الواو وهو فارسي معرب. قال ابن الجواليقي وغيره وفسره الشيخ المصنف باللحاف.

(١) قال الزركشي: لا خفاء أن هذا في الناطق، أما الأخرس فلا شك أن كتابته، إذا اقترن بها قرينة تقتضيه وإلا لم يصح.

قال القاضي أبو الطيب: هناك لا خلاف في صحة ضمانه بالإشارة إذا انفردت عن الكتابة وأنه إذا لا تصح بالكتابة إذا انفردت عن الإشارة والفرق أن الكتابة قد تكون لتجربة الدواة أو القلم، وأما الإشارة فلا يراد بها إلا العقد، وحكى الرافي وجهين في ضمانه بالكتابة سواء أحسن الإشارة أم لا، وقال: الأصح الصحة عند القرينة المذكورة، ثم قال: ويجريان في الناطق وفي سائر التصرفات.

قال في الخادم: ذكرهم دار الكفر مثال فإن كل بلد معين كذلك حتى لو قدمت مغربية إلى المشرق كان الحكم كذلك، وإنما مثلوا ببلاد الكفر لأن انتقال المسلم إليها بعيد نادر بخلاف البلاد الإسلامية فيعلم أن الحكم فيها كذلك من باب أولى.

يكذبه، وفيما جمع من «فتاوي القفال» أن المنفى باللعان لا يصح استلحاقه، لأن فيه شبهة للملاعن.

والثالث: أن يصدقه المقر له إذا كان ممن يعتبر تصديقه، فإن استلحق بالغا، فكذبه لم يثبت النسب، إلا أن يقيم عليه بينة، فإن لم تكن بينة حلف، فإن حلف سقط دعواه، فإن نكل حلف المدعي، وثبت نسبه، وكذا لو قال رجل لآخر: أنت أبي فالقول قول المنكر مع يمينه، وإن استلحق صغيراً ثبت نسبه حتى يرث منه الصغير لو مات، ويرث هو لو مات الصغير، وإن استلحق صغيراً، فلما بلغ كذبه، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يندفع النسب؛ لأننا إنما حكمنا به حين لم يكن إنكار.

وأظهرهما: أنه لا يندفع؛ لأن النسب مما يحتاط له، فإذا حكم بثبوت له لم يتأثر بالإنكار، كما لو ثبت بالبينة، وعلى هذا لو أراد المقر تحليفه.

قال ابن الصبَّاح: ينبغي ألا يمكن منه؛ لأنه لو رجع لم يقبل، فلا معنى لتحليفه، ولو استلحق مجنوناً فأفاق وانكر فهو على الوجهين، ولو استلحق صبياً بعد موته لحقه كان له مال، أو لم يكن، ولم ينظر إلى التهمة بطلب المال، بل يورث؛ لأن أمر النسب مبني على التغلب، ولهذا نثبته لمجرد الإمكان حتى أنه لو قتله، ثم استلحقه يقبل، ويحكم بسقوط القصاص. وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا يلحقه.

وأما إذا كان بالغا ففيه وجهان؛ لأن شرط لحقوق البالغ تصديقه، ولا تصديق، ولأن تأخير الاستلحاق إلى الموت يوشك أن يكون خوفاً من إنكاره، وهذا أظهر عند القاضيين الحسينين وصاحب «التهذيب» والأكثرين على أنه يلحقه كالصغير، ومنعوا كون التصديق شرطاً على الإطلاق، بل هو شرط إذا كان المستلحق أهلاً للتصديق.

وأما الكلام الثاني، فهو تمسك بالتهمة، وقد بينا أنه لا اعتبار بها في النسب، ويجري الوجهان فيما إذا استلحق مجنوناً طراً جنونه بعدما بلغ عاقلاً، ولو ازدحم اثنان فصاعداً على الاستلحاق، نظر إن كان المستلحق بالغا ثبت نسبه ممن صدقه، وإن كان صبياً لم يلحق بواحد منهما، بل الحكم ما هو مذكور في الكتاب في «باب اللقيط» فإذا عدم زحمة الغير شرط رابع للحقوق، وهكذا كله فيما إذا كان المستلحق ذكراً حراً.

أما استلحاق المرأة والعبد، فسيأتيان في اللقيط إن شاء الله.

ولو استلحق عبد الغير، أو معتقته لم يلحقه إن كان صغيراً مُحَافِظَةً على حق الولاء للسيد، بل يحتاج إلى البينة، وإن كان بالغا وصدقه ففيه خلاف نذكره هنالك<sup>(١)</sup>.

(١) أي في كتاب اللقيط.

ولو استلحق عبداً في يده، نظر إن لم يوجد الإمكان بأن كان أكبر سناً منه لغا قوله، وإن وجد، فإن كان مجهول النسب لحقه إن كان صغيراً، وحكم بعثقه، وكذا إن كان بالغاً وصدقه، وإن كذبه لم يثبت النسب، وفي العتق وجهان، وكذا لو كان المستلحق معروف النسب من غيره.

وأما لفظ الكتاب فقوله: «التحق به» يجوز إعلامه - بالميم - لأن البندنجي حكى عن مالك أنه إن شاع في الناس أنه استلحق من ليس ولدأ له لم يلحقه، وإن اجتمعت الشرائط التي ذكرناها.

قوله: «أو المقر له» ليس فيه إلا اعتبار عدم التكذيب، وهو معتبر، لكنه غير مكتفي به، بل المعتبر تصديقه عند الإمكان صرح به صاحب «الشامل» وغيره، وقضيته أنه لو سكت لم يثبت النسب. وقوله: «فلو استلحق مجهولاً بالغاً» لفظ «المجهول» لا ضرورة إليه في هذا الموضوع، فإنه فقد بين اشتراطه من قبل، وإذا كنا في شرط لم نحتاج فيه إلى التعرض لسائر الشروط إلا للإيضاح.

## فرع

لو استلحق بالغاً عاقلاً، ووافقه، ثم رجعا. قال ابن أبي هريرة رحمه الله: يسقط النسب كما لو أقر بمال ورجع، وصدقه المقر له.

وعن الشيخ أبي حامد أنه لا يسقط؛ لأن النسب المحكوم بثبوته لا يرتفع بالاتفاق، كما لو ثبت بالفراش<sup>(١)</sup> والله أعلم.

قال الغزالي: وَلَوْ كَانَ لَهُ أَمْتَانِ وَلِكُلِّ وَاحِدَةٍ وَلَدٌ وَلَا زَوْجَ لَهُمَا فَقَالَ: أَحَدُهُمَا ابْنِي عَلَّقْتُ بِهِ أُمَّهُ فِي مَلِكِي طُولِبَ بِالتَّغْيِينِ، فَإِنْ عَيَّنَ ثَبَتَ نَسَبُهُ وَعَتَقَهُ وَأُمِّيَّةُ الْوَلَدِ لِلْأُمِّ، فَإِنْ مَاتَ كَانَ تَغْيِينُ الْوَارِثِ كَتَغْيِينِهِ، فَإِنْ عَجَزْنَا عَنْهُ فَالْحَاقَ الْقَائِبَ كَتَغْيِينِهِ، فَإِنْ عَجَزْنَا فَيُفْرَعُ بَيْنَهُمَا فَمَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ عَتِقَ وَلَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ وَلَا مِيرَاثُهُ إِذِ الْقُرْعَةُ لَا تَعْمَلُ إِلَّا فِي الْعِتْقِ، وَهَلْ يُفْرَعُ بَيْنَ الْأُمَّتَيْنِ لِلْأَسْتِيْلَادِ؟ فِيهِ خِلَافٌ مِنْ حَيْثُ إِنَّ أُمِّيَّةَ الْوَلَدِ فِرْعُ النَّسَبِ

= قال في الخادم: الأصح الاستلحاق، ولهذا قال في «التتمة» إن الحر إذا أقر بنسب عبد غيره أو عتقه إن قبلنا إقرار الرقيق بالنسب قبلنا الإقرار بنسبه أيضاً، وإن لم يقبل إقرار الرقيق ولا العتق لم يقبل إقرار الحر بنسبهما لئلا يتضرر السيد. انتهى، وسيأتي في كتاب اللقيط أنه يقبل إقرار العتق والعبد بالنسب.

(١) جزم بتصحيح الثاني صاحب «البيان» و«الانتصار» والفارقي.

قال في الخادم: وجزم به الرافي فيما سبق نقلاً عن ابن الصباح ولم يخالفه.

وَقَدْ آيَسَ عَنْهُ، وَهَلْ يُوقَفُ نَصِيبُ ابْنِ مِنَ الْمِيرَاثِ؟ فِيهِ خِلَافٌ لِأَنَّهُ نَسَبٌ آيَسٌ مِنْ ظُهُورِهِ فَيَمْتَنِعُ التَّوْرِيثُ بِهِ، وَلَوْ كَانَتْ لَهُ أُمَّةٌ لَهَا ثَلَاثَةُ أَوْلَادٍ فَقَالَ: أَحَدُهُمْ ابْنِي فَإِنْ عَيَّنَ الْأَضْعَرَ تَعَيَّنَ، وَإِنْ عَيَّنَ الْأَوْسَطَ عَتِقَ مَعَهُ الْأَضْعَرَ وَتَبَتْ نَسَبُهُمَا، إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَ اسْتِثْرَاءً بَعْدَ وِلَادَةِ الْأَوْسَطِ وَرَأَيْنَا ذَلِكَ نَافِيًا لِلنَّسَبِ، فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ الْبَيَانِ وَعَجَزْنَا عَنْ تَعْيِينِ الْوَارِثِ وَالْقَائِمِ أَفْرَعٌ بَيْنَهُمْ، وَأَدْخَلَ الصَّغِيرُ فِي الْقَرْعَةِ، وَقَائِدَةُ خُرُوجِ الْقَرْعَةِ عَلَيْهِ افْتِصَارُ الْعَتَقِ عَلَيْهِ وَإِلَّا فَهُوَ عَتِيقٌ فِي كُلِّ حَالٍ، وَفِي وَقْفِ الْمِيرَاثِ الْخِلَافُ الَّذِي مَضَى.

قال الراجعي: في الفصل مسألتان، تقدم عليهما أن له جارية ذات ولد إذا قال: هذا ولدي من هذه الجارية ثبت نسبه عند الإمكان، وهل تكون الجارية أم ولد؟

فيه قولان، ويقال: وجهان:

أحدهما: لا لاحتمال أنه استولدها بالنكاح، ثم ملكها، وحينئذ لا تكون أم ولد له، وكذلك تحمل أنه استولدها بشبهة ثم ملكها وحينئذ لا تكون أم ولد أيضاً على أحد القولين:

والثاني: نعم؛ لأن الظاهر أنه استولدها في الملك؛ لأنه حاصل محقق، والنكاح غير معلوم والأصل فيه العدم، وللمسألة خروج ظاهر على قول يقابل الأصل والظاهر، وما الأظهر من الخلاف في المسألة؟

ذكر الشيخ أبو حامد وجماعة أن الثاني أظهر، وهو ظاهر نصه في «المختصر» لكن الأول أقرب إلى القياس، وأشبه بقاعدة الإقرار، وهي البناء على اليقين، ولقوته أعرض الأكثرون عن التزجيج، وأرسلوا ذكر الخلاف، ومن ذهب إليه لم يصعب عليه جعل النص على الصورة الآتية.

ولو قال: أنه ولدي ولدته في ملكي فطريقان:

أحدهما: بالقطع بثبوت أمية الولد لتصريحه بالولادة في الملك.

وأصحهما: أنه على القولين لا احتمال أن يحبلها قبل الملك بالنكاح، ثم يشتريها وتلد بالملك، ولو قال: إنه ولدي استولدها به في ملكي، أو علقت به ملكي، انقطع الاحتمال، وكانت أم ولد له لامحالة، وكذا لو قال: هذا ولدي منها، وهي في ملكي منذ عشرين سنة، وكان الولد ابن سنة، وهذا كله مفروض إذا لم تكن الأم مزوجة، ولا فراشاً أما إذا كانت مزوجة لم ينسب الولد إلى السيد، ولم يعتد باستلحاقه للحوقه بالزوج، وإن كانت فراشاً له، فإن أقر بوطئها فالولد يلحقه بحكم الفراش لا بالإقرار،

ولا يعتبر فيه إلا الإمكان، ولا فرق في الإقرار بالاستيلاء بين أن يكون في الصَّحَّة أو في المرض؛ لأن انشاء نَافذ في الحالتين.

إذ تبين ذلك فالمسألة الأولى إذا كان له أمتان لكل واحدة منهما ولد، فقال: أحدهما ولدي، فِلْأَمْتَيْنِ أحوال: أحدها: ألا تكون واحدة منهما مزوجة، ولا فراشاً للسيد، فيؤمر بالتعيين، كما لو أقر بطلاق إحدى امرأته، فإذا عين أحدهما ثبت نسبه، وكان حرّاً وورثه، وهل تصير أمه أم ولد له؟ ينظر، إن لم يزد على استلحاقه، فقولان على ما قدمنا، وإن صرح بأنه استولدها به في ملك اليمين صارت أم ولد له وإن صرح بأنه استولدها به في النكاح لم تصر أم ولد، وإن أضافه ألى وطء شبهة، ففيه قولان يذكران في موضعهما.

ولو قال: استولدها بالزَّنا مفصلاً عن الاستلحاق لم يقبل، وكانت أُمِّيَّةُ الولد على القولين فيما إذا أطلق الاستلحاق، وإن وصله باللفظ.

قال في «التهذيب»: لا يثبت النَّسَبُ ولا أُمِيَّةُ الولد، ولك أن تقول: ينبغي أن يخرج على قولي تبعيض الإقرار.

ولو ادعت الأمة الأخرى أن ولدها هو الذي استلحقه، وأنها التي استولدها، فالقول قول السيد مع يمينه وكذا لو بلغ الولد وادعى فإن نكل السير، حلف المدعي وقضى بمقتضى يمينه ولو أن السيد مات قبل التعيين قام ورثته في التعيين وحكم تعيينهم حكم تعيينه في النسب والحرية والإرث، وتكون أم المعين مستولده إن ذكر السَّيِّدُ ما يقتضي ثبوت الاستيلاء، وإلا سئلوا، وحكم بيانهم حكم بيان المورث، فإن قالوا: لا نعلم أنه بما استولدها، فعلى الخلاف فيما إذا أطلق المستلحق استلحاقه، ولو لم يكن وارثاً<sup>(١)</sup>.

فهو كما لو أطلقه الاستلحاق، ويجوز ظهور الحال لِلْقَائِفِ مع موت المستلحق بأن كان قد رآه أو بأن يرى قبل الدفن، أو بأن يرى عصبته، فيجد الشبه، فإن عجز عن الاستفادة من القائف لعدمه، أو لإلحاقه الولدين به، أو نفيهما، أو أشكل الأمر عليه أقرعنا بينهما لعرف الحر منهما، ولا ينتظر بلوغ الولدين حتى ينتسبا، بخلاف ما لو تنازع اثنان في ولد قائف؛ لأن الاشتباه هاهنا في أن الولد أيهما، فلوا اعتبر الانتساب فرمما، ينتسب كل واحد منهما إليه، فلا يرتفع الإشكال، ولا يحكم لمن خرجت قرعته بالنسب والميراث؛ لأن القرعة على خلاف القياس، وإنما ورد الخبر بها في العتق، فلا تعمل في النسب والميراث.

(١) ثبت في ط. أو قال الورثة: لا نعلم عرض الولدان على القائف فأيهما أحقه به لحقه، والحكم من النسب والحرية والإرث كتعيين المورث أو الوارث وفي الاستيلاء.

نعم هل يوقف نصيب ابنِ بين من خرجت القرعة له وبين الآخر؟  
فيه وجهان سيأتي توجيههما.

**والاظهر:** منهما في المسألة الثانية، واختيار المُزنيّ أنه يوقف. وأما الاستيلاء فهو على التفصيل السابق، فإن لم يوجد من السَيِّد ما يقتضيه لم يثبت، وإن وجد فهل تحصل أمية الولد في أم ذلك بخروج القرعة؟ حكى الإمام فيه وجهين.

وقال المذهب: أنها لا تحصل؛ لأنها تتبع النَّسَب، فإذا لم يجعله ولدًا لم يجعلها أم ولد، والذي أورده الأكثرون أنها تحصل؛ لأن المقصود العِتْق، والقرعة عاملة فيه، فكما تفيد حرّيته تفيد حرّيتها، وعلى هذا الخلاف يحمل قوله في الكتاب: «وهل يقرع بين الأمتين في الأستيلاد؟ فيه خلاف» وقد يتبادر إلى الفهم من ظاهره إخراج القرعة بهما مرة أخرى، ولا يفعل ذلك إذ لا يؤمن خروج القرعة على غير التي خرج لولدها.

### فرعان:

**أحدهما:** حيث يثبت الاستيلاء، فالولد حُرُّ الأصل لا ولاء عليه، وحيث لا يثبت فعلية الولاء إلا إذا نسبه إلى وطء شبهة، وقلنا: أنها لا تصير أم ولد إذا ملكها بعد ذلك.

**والثاني:** إذ لم يثبت الاستيلاء، ومات السيد ورث الولد أمه أمه، وعتقت عليه، وهذا إذا تعين لا بالقرعة، وإن كان معه وارث آخر عتق نصيبه عليه، ولم يشتر، هذا تمام الكلام في الصورة الأولى وهي الذكورة في الكتاب.

**والثانية:** إذا كانت الأمان مزوجتين لم يقبل قول السيد، وولد كل أمه يلحق بزوجها، وإن كانت فراشا للسيد، فإن كان قد أفر بوطئها لحقه الولدان بحكم الفراش.

**الثالثة:** إذا كانت إحداهما مزوجة لم يتعين إقراره في الأخرى، بل يطالب بالتعيين فإن عيين ولد المزوجة لم يُقبل، وإن عين في ولد الأخرى قُبِل، وثبت نسبه، وإن كانت إحداهما فراشاً له لم يتعين إقراره في ولدها، بل يؤمر بالتعيين، فإن عَيِّن في ولد الأخرى لحقه بالإقرار، والولد الآخر ملحق به بالفراش.

**المسألة الثانية:** إذا قال من له أمة لها ثلاثة أولاد: أحد هؤلاء ولدي، والتصوير فيما إذا لم تكن مزوجة، ولا فراشاً للسيد قبل ولادتهم، فيطالب بالتعيين، فمن عينه منهم، فهو نسيب حر وارث، والقول في الاستيلاء على التفصيل الذي مرّ، ثم إذا كان المعين الأصغر فالأكبران رقيقان فلكل واحد منهما أن يدعي أنه الولد، والقول قول المنكر مع يمينه، فإن كان المعين الأوسط فالأكبر رقيق، وأمر الصغير مبني على استيلاء الأمة فإذا لم نجعلها مستولدة، فهو رقيق كالأم، وإن جعلناها مستولدة، فينظر إن لم

يدع الاستبراء بعد الأوسط فقد صارت فراشاً له بالأوسط، فيلحقه الأصغر ويرثه وإن ادعى الاستبراء، فينبني على أن نسب ملك اليمين هل ينتفي بدعوى الاستبراء؟ فيه خلاف مذكور في «اللعان».

وإن قلنا: لا ينتفي، فهو كما لو لم يدع الاستبراء.

وإن قلنا: ينتفي فلا يلحقه الأصغر، وفي حكمه وجهان:

أظهرهما: أنه كالأم يعتق بوفاة السيد؛ لأنه ولد أم الولد، وأم الولد إذا ولدت من زوج، أو زنا عتق بعقتها.

والثاني: أنه يكون قنّاً، لأن ولد أم الولد قد لا يكون كذلك، كما لو أحيل الراهن الجارية المرهونة، وقلنا: إنها لاتصير أم ولد له، فبيعت في الحق، وولدت أولاداً ثم، ملكها وأولادها، فإننا نحكم بأنها أم ولد له على الصحيح، والأولاد أرقاء لا يأخذون حكمها، وأيضاً فإنه إذا أحبل جارية بالشبهة، ثم أتت بأولاد من زوج أو زنا، ثم ملكها، وأولادها تكون أم ولد له على قول، والأولاد لا يأخذون حكمها.

وإذا أمكن ذلك لم يلزمه من ثبوت الاستيلاء أن يأخذ الولد حكمها بالشك والاحتمال، ولصاحب الوجه الأول أن يقول: الأولاد في الصورتين المذكورتين ولدوا قبل الحكم بالاستيلاء، فالأصغر ولد بعد الحكم بالاستيلاء.

على أن بعضهم حكى في صورة الرهن وجهاً أن الأولاد يأخذون حكمها، ولا يبعد أن يجيء مثله في صورة الإحبال بالشبهة.

وذكر في «التتمة» وجهاً آخر فيما إذا لم يكن يدع الاستبراء أنه لا يثبت نسبه، ويكون حكمه حكم الأم يعتق بموت السيد؛ لأن الاستبراء حصل بالأوسط، ولم أر لغيره ذكر، وإن كان المعين الأكبر، فالقول في حكم الأوسط والأصغر كما ذكرناه في الأصغر إذا عين الأوسط، ولو مات السيد قبل التعيين عين وارثه، فإن لم يكن وارث أو قال: لا أعرف عرضوا على القائف ليعين، والحكم على التقديرين، كما لو عين السيد، فإن تعذر معرفة القائف نص أنه يقرع بينهم لمعرفة الحرية، وثبوت الاستيلاء على التفصيل الذي سبق، واعترض المزني في المختصر بأن الأصغر حر بكل حال عند موت السيد: لأنه إما أن يكون هو المقر به أو يكون ولد أم الولد، وولد أم الولد يعتق بموت السيد، وإن كان حرّاً بكل حال وجب ألا يدخل في القرعة أيضاً لاحتتمال أنها لاتخرج على غيره، فيلزم إرقاقه.

واختلف الأصحاب في الجواب عنه، فسلم بعضهم حرته، وقالوا: إنه لا يدخل في القرعة ليرق إن خرج لغيره، بل ليرق غيره إن خرجت عليه، ويقتصر العتق عليه،



وهذا ما ذكره في الكتاب، ومنها آخرون بناء على أنها وإن كانت أم ولد، فولد أم الولد يجوز أن يكون رقيقاً.

**والأظهر الأول:** وهو عين الوجه الأول المذكور فيما إذا عين الأوسط، وادعى الاستبراء بعده، وقلنا: إنه ينتفي به النسب، ثم إذا أقرعنا بينهم، وخرجت القرعة لواحد منهم، فهو حر، والمشهور أن النسب والميراث لا يثبتان، كما ذكرنا في المسألة الأولى.

وعن المُرزِيّ في «المختصر الكبير» أن الأصغر نسيب بكل حال؛ لأنه بين أن يكون هو المراد بالاستيلاء، وبين أن يكون ولد أمته التي صارت فراشاً له بولادة من قبل وجرى الأصحاب على رأيهم في الطعن على اعتراضاته متبادرين، لكن الحق المطابق لما تقدم أن يفرق بين ما إذا كان السيد قد ادعى الاستبراء قبل ولادة الأصغر، وبين ما إذا لم يدعه ويساعده في الحالة الثانية، وإذا ثبت النسب ثبتت الحرية لا محالة، وحيث لا نحكم بثبوت النسب، فهل يوقف الميراث؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأننا نتيقن أن أحدهما ابنه، وإن لم تُفدِ القرعة تعيينه، فأشبهه ما إذا طلق إحدى امرأته، ومات قبل البيان حيث يوقف نصيب امرأة.

والثاني: لا؛ لأنه إشكال وقع البائس من زواله، فأشبهه ما إذا غرق المتوارثان، فلم يدر أيهما ماتاً معاً، أو على التعاقب لا توريث، ولا وقف وهذا أصح عند الأكثرين.

واختار المُرزِيّ الوقف، واختلفت الرواية عنه في كفيته، ففي رواية ابن خزيمة وجماعة أنه إذا كان له ابن معروف النسب يدفع إليه ربع الميراث، ويدفع ربه إلى الأصغر، ويوقف النصف.

وفي رواية ابن عبدان المُرزِيّ في آخرين أنه يدفع نصف الميراث إلى المعروف النسب، ويوقف النصف للمجول، واعلم أن الرواية الأولى مبنية على ما ذهب إليه المُرزِيّ من أن الأصغر نسيب بكل حال، فهو والمعروف ابنان يقيناً، فيدفع النصف إليهما، ويوقف النصف بينهما وبين الأكبرين، فيجوز أن يكون الأوسط ابناً دون الأكبر والرواية الثانية اختيار الشافعي - رضي الله عنه - وجواباً على أنه لا يثبت نسب واحد منهم على التعيين، ولكن يعلم أن فيهم ابناً، فيقف النصف له، ويدفع النصف إلى الابن المعروف.

وأما لفظ الكتاب فقوله: «قال أحدهم: ابني» أراد ما إذا ذكر معه ما يقتضي الاستيلاء على أمة صور في المسألة الأولى، حيث قال: فقال أحدهما: إني علقت به في ملكي ألا ترى أنه حكم بعق الأصغر عند تعيين الأوسط؟ وإنما يكون كذلك إذا ثبت الاستيلاء.

وقوله: «عتق معه الأصغر» يجوز إعلامه بالواو للوجه المنقول عن «التهذيب».

وقوله: «أقرع بينهم» بالحاء؛ لأن الحكاية عن أبي حنيفة أن الأصغر حُرُّ كله، ويعتق من الأوسط ثلثاه؛ لأنه حر في الحالتين، وهما إذا عينه أو عين الأكبر، فالأكبر رقيق في حالة، وهي إذا عين الأصغر، ومن الأكبر ثلثة؛ لأنه حر في حالة، وهي إذا عين فيه رقيق في حالتين، وهما إذا عين في الأوسط أو الأصغر.

قال: ويعتق من الأم ثلثاها؛ لأنه قد عتق ثلثا ولدها.

وقوله: «وأدخل الصغير في القرعة أعلم بالرأي لما تقدم، ويجوز أن يعلم بالواو أيضاً؛ لأنه نقل في «النهاية» وجهاً عن بعض الأصحاب أن الصغير يخرج عن القرعة، قال: وهو ضعيف؛ لأنه إنما يقرع بين عبيدين يتعين أن فيهم حرًا، ومن الجائز أن يكون المستلحق الأصغر، ويكون الأكبران رقيقين، فكيف يقرع بينهما.

وقوله: «والأفوه عتيق بكل حال» معلم - بالواو - لما مر.

قال الغزالي: أما إذا أقر بأخوة غيره أو بعمومته فهو إقرار بالنسب على الغير فلا يقبل إلا من وارث مستغرق، كمن مات وخلف ابناً واحداً فأقر بأخ آخر ثبت نسبه وميراثه، وإن كان معه زوجة أعتبر موافقتهم (و) لشركتهما في الإرث، وكذا موافقتهم المولى (و) المعتق، وإن خلف بنتاً واحدة وهي معتقة ثبت النسب بإقرارها لأنها مستغرقة، فإن لم تكن معتقة فوافقها الإمام ففيه خلاف؛ لأن الإمام ليس بوارث إنما هو نائب، ولو خلف اثنين فأقر أحدهما بأخ ثالث وأنكر الآخر النسب ولا الميراث (ح) على القول المنصوص، وقيل: إنه يثبت باطناً وفي الظاهر خلاف، فلو مات وخلف ابناً مقرراً فهل يثبت الآن؟ فيه خلاف، لأن إقرار الفرع مسبوق بإنكار الأصل، وكذا الخلاف فيما إذا لم يخلف إلا الأخ المقر، ولو كان ساكناً فمات فأقر ابنته ثبت لا محالة، والأخ الكبير مع الصغير لا ينفرد بالإقرار بالنسب على الأصح، ولو أقر بشخص فأنكر المقر له نسب المقر فقيل: إنه لا يشارك لأن موجب قوله أن من أقر له ليس من أهل الإقرار، وقيل: إنه يستحق الكل.

قال الرافعي: القسم الثاني: أن يلحق النسب بغيره مثل أن يقول: هذا أخي ابن

أبي، أو ابن أُمِّي، أو بعمومه غيره، فيكون ملحقاً للنسب بالجد، والكلام في فصلين:

أحدهما: في ثبوت النسب، ويثبت النسب بهذا الإلحاق بالشرائط المقدمة، فيما

إذا لحق بنفسه، وبشرائط آخر:

إحداها: أن يكون الملحق به ميتاً، فما دام حياً ليس لغيره الإلحاق به، وإن كان مجنوناً.

والثانية: ألا يكون الملحق به قد نفى المقربه، أما إذا نفاه، ثم استلحقه وارثه بعد موته، ففيه وجهان:

أحدهما: اللحق، كما استلحقه المورث بعد ما نفاه بلعان وغيره.

والثاني: المنع؛ لأنه نسب قد سبق الحكم ببطلانه، ففي إلحاقه به بعد الموت إلحاق عارٍ بنسبه، وشرط الوارث أن يفعل ما فيه حظ الموروث لا ما يضر به.

ولم يورد صاحب «التهذيب» من الوجهين إلا الثاني، ولا معظم العراقيين إلا الأول، وهو الأشبه.

والثالث: صدور الإقرار من الورثة الحجازيين للتركة، وفيه مسائل:

إحداها: إقرار الأجانب لا يثبت به النسب، ولو مات مسلم عن ابن كافر، أو قاتل، أو رقيق لم يقبل إقراره عليه بالنسب، كما لا يقبل إقراره عليه بالمال، ولو كان له ابنان مسلم وكافر لم تعتبر موافقة الكافر، ولو كان الميت كافراً كفى استلحاق الكافر، ولا فرق في ثبوت النسب بين أن يكون المقر به كافراً، أو مسلماً.

الثانية: لو مات وخلف ابناً واحداً، وأقر بأخ آخر يثبت نسبه ولو مات وخلف ابنين، أو بنتين أو بنات فلا بد من اتفاقهم جميعاً، وكذلك تعتبر موافقة الزوج والزوجة، لأنهما من الورثة.

وفيها وجه، لأن الزوجية تنصرم بالموت، ولأن المقربه النسب، ولا شركة لهما في النسب، ويجرى مثل هذا الخلاف في المعتقد، لو خلف بنتاً واحدة، فإن كانت حائزة بأن كانت معتقه يثبت النسب بإقرارها، وإن لم تكن حائزه، وافقها الإمام، فوجهان جاريان فيما إذا مات مَنْ لا وارث له، فألحق الإمام به مجهولاً، والخلاف مبني على أن الإمام له حكم الوراث، أو لا؟

والذي أجاب به العراقيون أنه يثبت النسب بموافقة الإمام، ثم هذا الكلام فيما إذا ذكر الإمام ذلك لا على وجه الحكم، أما إذا ذكره على وجه الحكم.

فإن قلنا: إنه يقضي لعلم نفسه ثبت النسب، وإلا فلا.

الثالثة: لا فرق بين أن تكون حيازة الملحق تركة، الملحق به بغير واسطة، فإن كان قد مات قبل جده، والوراث ابن الابن فلا واسطة.

الرابعة: البالغ من الوارثين لا ينفرد بالإقرار على الصحيح ونقل الإمام وجهاً أنه

ينفرد، ويحكم بثبوت النسب في الحال، وربما يوجه بأن أمر النسب خطر، فالظاهر من حال كامل الحال من الورثة أن يعتني به، ولا يجازف فيه، وعلى الأول ينتظر بلوغ الصبي، فإذا بلغ الصبي، ووافق البالغ ثبت النسب حينئذ، فإن مات قبل البلوغ، نظر إن لم يخلف سوى المقر ثبت النسب، وإن لم يجدد إقراره، وإن خلف ورثة سواء اعتبر موافقتهم، إن كان أحد الوارثين مجنوناً، فهو كما لو كان أحدهما صيباً، ولو خلف بالغين عاقلين، وأقر أحدهما وأنكر الآخر، ثم مات، ولم يخلف إلا أخاه المقر، فأظهر الوجهين أنه يثبت النسب؛ لأن جميع الميراث قد صار له.

**وثانيهما: المنع؛** لأن إقرار الفرع مسبوق بإنكار الأصل، ويجري الخلاف فيما إذا أخلف المنكر وارثاً، فأقر ذلك الوارث.

والوجهان عند القاضي الحُسَيْنِ مبنيان على الوجهين في استلحاق من نفاه المورث، ولو أقر أحد الاثنين، وسكت الآخر، ثم مات الساكت، وابنه مقر ثبت النسب لا محالة؛ لأن إقراره غير مسبوق بتكذيب الأصل.

**الخامسة:** لو أقر الوارث المستغرق بإخوة مجهول، فإنكر المجهول نسب المعروف لم يتأثر بقوله النسب المشهور.

وفيه وجه: أن المقر يحتاج إلى البيئة على نسبة لا اعترافه بنسب المجهول، وإنكاره إياه، والمذهب الأول، وفي ثبوت نسب المجهول وجهان:

**وجه المنع:** أن المقر ليس بوارث بزعمه.

**والثاني وهو الأصح:** أنه يثبت لحكمنا بأنه وارث حائز ولو أقر بإخوة مجهول، ثم إنهما أقرتا بنسب ثالث، وأنكر الثالث نسب الثاني، ففي سقوط نسب الثاني وجهان:

**أصحهما: السقوط؛** لأنه ثبت بنسب الثالث، فاعتبر موافقته لثبوت نسب الثاني، ولو أقر بإخوة مجهولين، فصدق كل واحد منهما الآخر ثبت نسبهما، وإن كذب كل واحد منهما الآخر، فوجهان:

**أصحهما: ثبوت النسب لوجود الإقرار ممن يحوز التركة،** فإن صدق أحدهما، وكذبه الآخر ثبت نسب المصدق دون المكذب، هذا إذا لم يكن المجهولان توأمين، فإن كانا توأمين، فلا أثر لتكذيب أحدهما الآخر، فإذا أقر الوارث بأحدهما ثبت نسب كليهما.

**السادسة:** إذا أقر بنسب من يحجب المقر، كما إذا مات عن أخ، أو عم، فأقر بابن للميت، فأحد الوجهين: أنه لا يثبت نسبه؛ لأنه لو ثبت لورث، ولو ورث لحجب المقر، وإذا حجب خرج عن الأهلية للإقرار، وإذا بطل الإقرار بطل النسب.

وأصحهما: في «التورث» في الفصل الثاني إن شاء الله تعالى ثم التورث قد يتنفي بأسباب وموانع، ولا يبعد أن يكون هذا منها.

### الفصل الثاني في ثبوت الميراث

قال الغزالي: وَالْمَقْرُ يُحْتَأَجُّ إِلَى الْبَيِّنَةِ، وَلَوْ أَقْرَ الْأَخُ بِأَبْنٍ لِأَخِيهِ الْمَيْتِ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَثْبُتُ النَّسَبُ دُونَ الْمِيرَاثِ، إِذْ لَوْ ثَبِتَ لِحَرَمِ الْأَخِ وَلَخَرَجَ عَنِ أَهْلِيَّةِ الْإِقْرَارِ، وَقِيلَ: إِنَّهُمَا يَثْبُتَانِ، وَقِيلَ: إِنَّهُمَا لَا يَثْبُتَانِ.

قال الرافعي: المقر به لا يخلو إما أن يكون ممن لا يحجب المقر به عن الميراث، أو ممن يحجبه، أو يحجب بعض الورثة المقرين، دون البعض.

الحاله الأولى: إذا لم يحجب المقر، فيشتركان في التركة على فرائض الله - تعالى - ولو أقر أحد الابنين المستغرقين بأخ، وأنكر الآخر، فظاهر المذهب، وهو المنصوص أنه لا يرث، لأن الإرث فرع النسب، وإنه غير ثابت، كما سبق وإذا لم يثبت الأصل لم يثبت الفرع، وعن صاحب «التقريب» حكاية وجه تخريج أن المقر له يرث، ويشارك المقر بما في يده، ورأيت ذلك لابن سريج، وبه قال أبو حنيفة رحمه الله ومالك وأحمد - رحمهما الله - ويتأيد بمسائل:

منها: لو قال أحد الابنين: فلانة بنت أينا، وأنكر الآخر حرم على المقر نكاحها، مع أنه فرع النسب الذي لم يثبت.

لو قال أحدهما لعبد في التركة: إنه ابن أينا، هل يحكم بعقده فيه وجهان.

ومنها: لو قال أحد شريكي العقار الثالث: بعث منك نصيبي، فأنكر لا يثبت الشراء، وفي ثبوت الشفعة للشريك خلاف. ومنها: لو قال: لزيد على عمرو كذا، وأنا به ضامن، فأنكر عمرو، ففي مطالبة المقر بالضمان خلاف.

والأصح: المطالبة.

ومنها: إذا اعترف الزوج بالخلع، وأنكرت المرأة ثبتت البيئونة، وإن لم يثبت المال الذي هو الأصل. وإذا قلنا: بظاهر المذهب، وكذلك في ظاهر الحكم.

فأما في الباطن فهل على المقر إذا كان صادقاً أن يشركه فيما في يده؟ فيه وجهان: أحدهما: لا، كما في الظاهر.

والثاني: نعم.

قال ابن الصبَّاح: وهو الصحيح؛ لأنه عالم باستحقاقه، محرم عليه منع حقه منه،

وعلى هذا فبكم يشركه؟ فيه وجهان:

أحدهما: بنصف ما في يده، لأن قضية ميراث البنتين التسوية، فلا يسلم لأحدهما شيء، وإلاً ويسلم للآخر مثله، والثالث بزعمهما غضبهما بعض حقهما، وبهذا قال أبو حنيفة - رحمه الله - .

وأصحهما: وبه قال مالك وأحمد رحمهما الله بثلث ما في يده؛ لأن حق الثالث بزعم المقر شائع فيما في يده ويد صاحبه، فله الثلث من هذا، وله الثلث من ذلك.

ويقال: الوجهان مبنيان من القولين فيما إذا أقر أحد الابنتين بدين على أبيه، فأنكر الآخر، هل على المقر توفية جميع الدين مما في يده، أو لا يلزمه إلا القسط؟

فإن قلنا بالثاني لم يلزمه إلا الثلث لجعلنا الحق الثابت بالإقرار شائعاً في التركة، ولكل واحد من الوجهين عبارة تجري مجرى الضابط لأخوات هذه الصورة؛ فالعبارة على وجه النصف أننا ننظر في أصل المسألة على قول المنكر، ونصرف إليه نصيبه منها، ثم نقسم الباقي بين المقر والمقر به، فإن انكسر صححناه بالضرب، فأصل المسألة في الصورة التي نحن فيها اثنان على قول المنكر يدفع إليه واحداً منهما يبقى واحد لا ينقسم على اثنين نضرب اثنين في أصل المسألة يكون أربعة: سهمان منها للمنكر، ولكل واحد من الآخرين سهم، وعلى وجه الثلث نأخذ أصل المسألة على قول المنكر، وأصلها على قول المقر، ونضرب أحدهما في الآخر، ونقسم الحاصل باعتبار مسألة الإنكار، فيدفع نصيب المنكر منه إليه، باعتبار الإقرار ويدفع نصيب المقر منه إليه ويدفع الباقي إلى المقر به، ومسألة الإنكار فيما نحن فيه من اثنين، ومسألة الإقرار من ثلاثة، فنضرب أحدهما في الآخر يكون ستة: ثلاثة منها للمنكر، وسهمان للمقر، وواحد للمقر له، ولو كانت المسألة بحالها، وأقر أحد الابنتين بآخرين، فعلى الوجه الأول المسألة على قول المنكر من اثنين يدفع نصيبه إليه، يبقى واحد لا ينقسم على ثلاثة يضرب ثلاثة في اثنين يكون ستة ثلاثة منها للمنكر، ولكل واحد من الباقيين واحد، وعلى الوجه الثاني أصلها على قول المنكر من اثنين، وعلى قول المقر من أربعة يضرب أحدهما في الآخر يكون ثمانية أربعة منها للمنكر. واثنين للمقر، ولكل واحد من المقر بهما سهم.

وعن صاحب «التقريب» يصرف بالتوسط بين الوجهين، وهو أن ينظر فيما حصل في يد المقر أحصل بقسمة أجبر المنكر عليها، أم بقسمة، وهو مختاره فيها.

أما على تقدير الإيجاب، فالجواب ما ذكرناه في الوجه الثاني.

وأما على تقدير الاختيار، فينظر إن كان عالماً عند القسمة بأن معهما ثالثاً

مستحقاً. والجواب ما ذكرناه في الوجه الأول؛ لأنه متعدّد بتسليم نصف حقه الثابت إليه فيغرمه ما حصل في يد صاحبه كما يغرم الحاصل في يده، فإن لم يكن عالياً حينئذ، ثم علم فوجهان: يوجه أحدهما بأنه لا تقصير منه.

**والثاني:** بأنه لا فرق بين العِلْم والجهل، فيما يرجع إلى الغرم.

**الحالة الثانية:** إذا كان المقر به ممن يحجب المقرين عن الميراث، أو بعضهم، كما لو كان للوارث في الظاهر أخ أو ابن عم أو معتق، فأقر بإبن للميت، فإن لم تثبت نسبه فذاك، وإن أثبتناه ففي الميراث وجهان.

**أظهرهما:** المنع؛ لأنه لو ورث لحجب الأخ، ولو حجبه لخرج عن أهلية الإقرار، وإذا بطل الإقرار، فلا نسب، ولا ميراث، فإذا يلزم من توريثه منعه.

**والثاني:** وبه قال ابنُ سُرَيْج: أنه يرث، ويحجب المقر، وهو اختيار صاحب «التقريب» وابن الصَّبَّاح، وجماعة، ومنعوا لزوم بطلان الإقرار من حرمانه، وقالوا: المعتر كونه وارثاً لولا إقراره بذلك لا ينافي خروجه عن الوراثية بالإقرار، كما أن المعتر كونه حائزاً للتركة لو أقر الابن المستغرق في الظاهر بإخوة غيره قبل، وتشاركاً في الإرث كذلك هاهنا، ولو خلف بنتاً هي معتقة فأقرت بأخ، ففي ميراثه وجهان، تفرعاً على الوجه الأول في المسألة السابقة:

أحدهما: يرث، ويكون المَال بينهما أثلاثاً، لأن توريثها لا يحجبها.

**والثاني:** لا، لأنه يحجبها عن عصوبة الولاء، فصار كما لو خلف بينتاً ومعتقاً وأقر بابن للميت لا يثبت لحجبه المعتق، ولو ادعى مجهول على أخي الميت أنه ابن الميت، فأنكر الأخ، ونكل عن اليمين، فحلف المدعي اليمين المردودة، ثبت نسبه، ثم إن جعلنا النكول ورد اليمين كالبينة، ورث وحجب الأخ، وإن جعلناهما كالإقرار، ففيه الخلاف المذكور فيما إذا أقر به الأخ.

ولو مات عن بنت وأخت، فأقرتا بابن للميت، فنصيب الأخت على الوجه الأظهر يسلم لها؛ لأنه لو ورث الإبن لحجبها.

وعلى الثاني يأخذ ما في يدها كله، وهذا الحكم فيما إذا خلف زوجة وأخا، فأقر بابن، يكون للزوجة الربع على الوجه الأظهر، وهذا الابن لا ينقص حكمها، كما لا يسقط الأخ - والله أعلم - ولنعد إلى ما يتعلق بلفظ الكتاب.

وأما قوله: «فلا يقبل إلا من وارث مستغرق» لفظ بمستغرق معلّم بالحاء والميم.

وكذلك قوله: «ثبت نسبه وميراثه» لأن عند أبي حنيفة في روايته المشهورة لا يشترط إقرار جميع الورثة وإنما المعتر عدد الشهادة، فإذا لم يكن إلا ابن واحد لم يثبت

النسب بإقراره، فإذا خلف أبناء، فأقر اثنان منهم كفى، وبه قال مالك.

وقوله: «اعتبر موافقتهما» معلم بالواو.

وكذلك قوله: «موافقة المولى المعتك كما تقدم».

وقوله: «ولأن الإمام ليس بوارث إنما هو نائب» أي: نائب المسلمين في أخذ حقهم، وحفظه، وهو إشارة إلى ما سبق أن الإمام هل له حكم الوارث أم لا؟

وقوله: «ولا الميراث» عند قوله «لم يثبت النسب ولا الميراث» على القول المنصوص معلم بالحاء والميم والألف وإنما يرجع قوله على القول المنصوص إلى الميراث المعلم - بالألف - وحده.

وأما أن النسب لا يثبت، فلا خلاف فيه.

واعلم أن حاصل الخلاف في المسألة طريقتان، جمعهما صاحب «التقريب»:

أحدهما: أن الإرث يثبت باطناً، وفي الظاهر خلاف.

والثاني: أنه لا يثبت ظاهراً وفي الباطن خلاف والذي ذكره صاحب الكتاب من الخلاف إنما هو في الإرث ظاهراً إلا أن المقابل للقول المنصوص هو المخرج الذي عزاه بعضهم إلى ابن سريج على ما بينه في «الوسيط»، وإنما خرج ابن سريج، ذلك في الإرث الظاهر وإذا كان ما حكاه مفروضاً في الإرث الظاهر كان جازماً بشوته باطناً فيكون قوله بعد ذلك: «وقيل: يثبت باطناً»، وفي الظاهر خلاف غير ما ذكره مرة فلا ينبغي أن يقول: وقيل: لا يثبت ظاهراً وفي الباطن خلاف إن أراد الطريقة الأخرى.

والأوجه الثلاثة التي ذكرناها في الميراث إذا أقر لشخص، وأنكر المقر له نسب المقر حاصله من الخلاف الذي أسلفناه في أن نسب المقر، هل يتأثر بإنكار المقر له، وإن لم يتأثر، فهل يثبت نسب المجهول؟

فقوله: «لا يشارك» مبني على أن نسب المقر بحاله ونسب المقر له يثبت.

وقوله: قيل: «إنهما يشتركان، ولا يبالي بتكذيبه» مبني على أن نسب المقر بحاله، ونسب المقر له يثبت.

والوجه الآخر مبني على أن نسب المقر يتأثر بإنكار المجهول.

وأما الوجوه الثلاثة المذكورة فيما إذا أقر الأخ بابن لأخيه الميت، فلا يخفى عليك خروجها مما مرّ إذا جمع بين النسب والميراث، وقد وقع في شرح الفصل تغيير ترتيب بعض المسائل للحاجة إليه، فلا يبالي به.

فرع: إقرار الورثة بزواج أو زوجه للميت مقبول، وعلى القديم قول: أنه لا يقبل،



فلو أقر أحد الإبنين المستغرقين، وأنكر الآخر، فالتوريث على ما ذكرناه فيما إذا أقر أحدهما بأخ، وأنكر الآخر.

فرع: لو أقر إنسان، وقال: فلان أخي، ثم فسر بالإخوة من الرضاع حكى القاضي الروياني عن أبيه أن الأشبه بالمذهب ألا يقبل؛ لأنه خلاف الظاهر، ولهذا لو فسر بإخوة الإسلام لا يقبل.

فرع: آخر في «فتاوى القفال» أنه إذا أقر على أبيه بالولاء، فقال: هو معتق فلان ثبت الولاء عليه إن كان المقر مستغرقاً، كما في النسب<sup>(١)</sup>، والله تعالى أعلم بالصواب.

(١) أي بشرط أن لا يكون الأب معروف النسب ولم يعرف له أم حرة الأصل، فإن كان فإقراره لغو كما لو قال معروف النسب: أنا ابن فلان. ذكره في المخادم وهو واضح.

## كتاب العارية

قال الغزالي: وَالنَّظَرُ فِي أَرْكَانِهَا وَأَحْكَامِهَا، أَمَّا الْأَرْكَانُ فَأَرْبَعَةٌ: (الْأَوَّلُ: الْمُعِيرُ) وَلَا يُعْتَبَرُ فِيهِ إِلَّا كَوْنُهُ مَالِكًا لِلْمَنْفَعَةِ غَيْرَ مَحْجُورٍ عَلَيْهِ فِي التَّبَرُّعِ، فَيَصِحُّ مِنَ الْمُسْتَأْجِرِ وَلَا يَصِحُّ مِنَ الْمُسْتَعِيرِ عَلَى الْأَظْهَرِ لِأَنَّهُ مُسْتَبِيحٌ بِالْإِذْنِ كَالضَّيْفِ، نَعْمَ لَهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَ الْمَنْفَعَةَ بِالْوَكِيلِ يُوكِّلُهُ لِنَفْسِهِ. (الثَّانِي: الْمُسْتَعِيرُ) وَلَا يُعْتَبَرُ فِيهِ إِلَّا كَوْنُهُ أَهْلًا لِلتَّبَرُّعِ.

قال الرافعي: قال في «الصَّحاح»: العارية بالتشديد، كأنها منسوبة إلى العار، لأن طلبها عار. وقال غيره: منسوبة إلى العار، وهي مصدر يقال: أعار يعير إعاره كما يقال: أجاب يجيب إجابة، وجابة وأطاق إطاقة وطاقة.

وقيل: هي من عار يعير، أي جاء وذهب، فسميت عارية لتحويلها من يد إلى يد. وقال إنه من التعاور الإعتوار، وهو أن يتداول القوم الشيء بينهم، وذكر الخطابي في «الغريب» أن لغة العارية بالتشديد وقد تخفف<sup>(١)</sup>.

(١) قال النووي: لو خلف ثلاثة بنين فأقر ابنان بربع، وأنكر الثالث، لم يثبت نسبه بإقرارهما، لكن إذا شهدا به عند الحاكم بشروط الشهادة، ثبت نسبه، لأن شهادتهما أولى بالقبول من شهادة الأجنبيين، لأن عليهما فيه ضرراً، قاله القاضي أبو الطيب. ينظر الروضة ٦٩/٤.

العادية لغة مشددة الباء على المشهور، وحكى الخطابي وغيره تخفيفها، وجمعها: عَوَارِي بالتشديد والتخفيف، قال ابن فارس: ويقال لها: العارة أيضاً قال الشاعر: [الطويل].

فَأَخْلِفَ وَأَتْلِفَ إِتْمَا الْمَالِ عَارَةً وَكُنْتُ مَعَ الدَّهْرِ الَّذِي هُوَ آكِلُهُ

قال الأزهري: هي مأخوذة من عيار الشيء يعير: إذا ذهب وجاء، ومنه قيل للغلام الخفيف: عيار، وهي منسوبة إلى العارة، بمعنى: الإعارة، وقال الجوهري: هي منسوبة إلى العار، لأن طلبها عار وعيب، وقيل: هي مشتقة من التعاور، من قولهم: اعترروا الشيء، وتعاوروه، وتعوروه: إذا تداولوا بينهم. انظر: الصحاح ٧٦١/٢ لسان العرب ٦٢٢/٤.

واصطلاحاً:

عرفها الحنفية بأنها: تملك المنافع بغير عوض، أو هي إباحة الانتفاع بملك الغير.

عرفها الشافعية بأنها: اسم لإباحة منفعة عين مع بقائها بشروط مخصوصة.

والأصل فيها قوله تعالى: ﴿وَيَمْتَنُونَ الْمَاعُونَ﴾ [الماعون/ ٧] فسره بعضهم بما يستعيره بعض الجيران من بعض كالدُّو والفأس والقدر، وروي أنه - ﷺ - قال: «العارية مضمونة والزَّعيم غارِمٌ»<sup>(١)</sup>.

وروى أيضاً أنه ﷺ (استعار دِزْعاً مِنْ صَفْوَانَ فَقَالَ أَعْضَبَا يَا مُحَمَّدُ فَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ بَلْ عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ)<sup>(٢)</sup>.

فقال صاحب الكتاب (ولها أركان وأحكام). أما الأركان:

فأحدها المُعِير والمُعْتَبَر فيه المنفعة<sup>(٣)</sup>، والأُ يَكُون محجوراً عليه في التبرعات،

= عرفها المالكية بأنها: تملك منفعة مؤقتة لا بعوض.

عرفها الحنابلة بأنها: العين المعارة من مالِكها أو مالك منفعتها أو مأذونها في الانتفاع بها مطلقاً، أو زمنياً معلوماً بلا عوض.

انظر: تبين الحقائق ٨٣/٥، المحلى على المنهاج ١٧/٣، مواهب الجليل ٥٦٨/٥، كشف القناع ٧٢/٤. أسهل المدارك ٢٩/٣، مجمع الأنهر ٣٤٥/٢ - ٣٤٦.

(١) تقدم في «الضمان» بلفظ «العارية» مؤداة.

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٦٢) والحاكم (٤٧١٢) والبيهقي في السند الكبرى (٨٧/٦) وأورد الحاكم له

شاهداً من حديث ابن عباس وزاد أحمد والنسائي: «فضاع بعضها، فعرض عليه رسول الله ﷺ أن

يضمنها له، فقال: أنا اليوم يا رسول الله في الإسلام أرغب»، وفي رواية لأبي داود: «أن الأذراع

كانت ما بين الثلاثين إلى الأربعين، وزاد فيه معنى ما تقدم، ورواه البيهقي من حديث جعفر بن

محمد عن أمية بن صفوان مرسلأ، وبين أن الأذراع كانت ثمانين، ورواه الحاكم من حديث

جابر، وذكر أنها مائة درع وما يصلحها، أخرجه في أول المناقب، وأعل ابن حزم وابن القطان

طرق هذا الحديث، زاد ابن حزم: إن أحسن ما فيها حديث يعلى بن أمية - يعنى الذي رواه أبو

داود - وفي الباب عن ابن عمر أخرجه البزار بلفظ: «العارية مؤداة» وفيه العمري وهو ضعيف،

وعن أنس أخرجه الطبراني في الأوسط بلفظ: «إن بعض أهل النبي ﷺ استعار قصعة فضيعة،

فضمنها له النبي ﷺ»، تفرد به سويد بن عبد العزيز وهو ضعيف. ينظر التلخيص ٥٢/٣ - ٥٣.

(٣) يستثنى من ملك المنفعة مسائل:

منها: إذا نذر هدياً أو أضحية، فإن له إعارتها كما صرحاً به مع أنها خرجاً عن ملكه بالنذر.

ومنها إذا أعار ولده الصغير لخدمة لا تقابل بأجرة وأجاب الزركشي عن الأول بأن الزائل بالنذر

ملك الرقبة خاصة، وأما ملك الانتفاع فلم يزل بدليل أنه له الركوب وشرب اللبن وغير ذلك.

قال - الله تعالى - ﴿لَكُمْ فِيهَا مَنَافِعٌ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى﴾ أي إلى يوم نحرها، ويشهد لذلك أنه لو

أعارها وتلفت ضمنها المستعير دون المعير كما قاله في «الكفاية» في باب الأضحية، ولو لم

يملك المنفعة لضمنها المعير كما لو أجزها وتلفت في يد المستأجر فإنه يضمنها المؤجر كما لو

تلفها، وأما صورة الإمام فخارجة عن القواعد لأنه نائب المسلمين والتصرف كما يكون بالملك

يكون بالنيابة وهذا كما يملك العين إن رأى المصلحة وإن لم يكن مالِكها، وعلى تقديره فلا

نسيها عارية بل إياحة وإسعافاً للمحتاجين لأن بيت المال مرصود للمصالح، ولهذا لو تلفت في

يد المستعير لا يضمن لأنه من جملة المستحقين وكذلك إعارة الصبي لمصلحة التمرين وأما ما =

وإنما اعتبرت ملكية المنفعة دون العين، لأن الإعارة ترد على المنفعة دون العين، وإنما اعتبر عدم الحجر في التبرعات؛ لأن الإعارة تبرع، ويتعلق بقيد الملكية صورتان.

إحدهما: أن المستأجر يجوز له أن يعير، لأن مالك المنفعة ألا ترى أنه يجوز له أخذ العوض عنها بعقد الإجاره؟ وكذا الموصى له بخدمة العبد وسكنى الدار له أن يعيرها<sup>(١)</sup>.

الثانية: أن المستعير هل يعتبر<sup>(٢)</sup>؟ فيه وجهان.

أحدهما: نعم، كالمستأجر فإن للمستأجر أن يؤجر، فكذلك المستعير له أن يعير، ويحكى هذا عن أبي حنيفة.

وأصحهما: المنع، لأنه غير مالك للمنفعة ألا ترى أنه لا يجوز له أن يؤجر، وإنما أبيع له الانتفاع، والمستبيع لا يملك نقل الملك بإلاباحه إلى غيره، والضيف الذي أبيع له الطعام ليس له أن يبيع لغيره، للمستعير أن يستوفي المنفعة بنفسه<sup>(٣)</sup>، وبوكيله.

= نقله عن الكفاية وأقره عليه فالذي ذكره في الروضة ظاهره ضمان المعير، وعبارته في الأضحية يجوز ركوبها وإركابها بالعارية والحمل عليهما من غير إجحاف، فإن نقصاً بذلك ضمن أي الناذر بالاستعمال والعارية.

(١) قال الأذري: أطلقاً هنا يعني الشيخين وقالوا في باب الوصايا: إن استغرقت الوصية مدة بقاء العين أو قدرت المدة كان تملكاً أي للمنفعة وإن أوصى له بالمنافع مدة حياته فإباحة لا تملك فلا يؤجر، وفي جواز الإعارة له وجهان وإن أوصى له يسكن هذه الدار أو بخدمة هذا العبد فإباحة أيضاً. قال - أعني الأذري -: قضية إطلاقهما هنا أيضاً للموقوف عليه أن يعير وصرح به المصنف في كتاب الوقف وليس على إطلاقه بل هو محمول على من له الاستغلال واستيفاء المنفعة كيف شاء، أما لو وقف داراً ليسكنها معلم الصبيان بالقرية فليس له أن يسكنها غيره ولو وقفها على أن تستغل وتصرف غلتها إلى زيد تعين الاستغلال.

(٢) محل كون المستعير لا يعير إذا لم يأذن له المعير، قال القمولي في الجواهر: لو أذن المعير للمستعير أن يعير جاز، فإن سمي الثاني خرج الأول بالإعارة منها، ويرى من ضمانها، ولا رجوع له فيها، وإذا ردها الثاني عليه لم يبرأ، بل هو كالوكيل في الإعارة، وإن لم يسمه فالأول على استعارته والثاني مستعير منه وله الرجوع متى شاء، فإذا ردها الثاني عليه براء وهذا هو المنقول عن الماوردي والرويانى.

(٣) قال النووي: قال صاحب «العدة»: ليس للأب أن يعير ولده الصغير لمن يخدمه، لأن ذلك هبة لمنافعه، فأشبه إعارة ماله. وهذا الذي قاله، ينبغي أن يحتمل على خدمه تقابل بأجرة، أما ما كان محقراً بحيث لا يقابل بأجرة، فالظاهر الذي تقتضيه أفعال السلف: أنه لا منع منه إذا لم يضر بالصبي، وقد سبق في كتاب «الحجر» نحو هذا. وكلام صاحب «العدة» مبني على أن العارية هبة بالمنافع، والجمهور على أنها إباحة الانتفاع وما ذكره صاحب العدة جزم به سليم الرازي في المجرد، وقول المصنف - رحمه الله -، فالظاهر إلى آخر عن البحر للرويانى أنه يجوز أن يعيره =

## الركن الثاني: في المستعير.

قال في الكتاب: «ولا يعتبر فيه إلا كونه أهلاً للتبرع» أي يتبرع عليه، وكأنه أراد التبرع بعقد يشمل على الإيجاب والقبول إما بقول، أو فعل، وإلا فالصبي والبهيمة لهما أهلية التبرع والإحسان إليهما، ولكن لا يوهب منهما ولا يعار.

قال الغزالي: (الثالث: المُسْتَعَارُ) وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ مُنْتَفِعًا بِهِ مَعَ بَقَائِهِ، وَفِي إِعَارَةِ الدَّنَائِيرِ وَالْدَّرَاهِمِ لِمَنْفَعَةِ التَّزْيِينِ خِلَافٌ؛ لِأَنَّهَا مَنْفَعَةٌ ضَعِيفَةٌ، فَإِذَا جَرَتْ فِيهَا مَضْمُونَةٌ لِأَنَّهَا عَارِيَةٌ فَاسِدَةٌ، وَأَنْ يَكُونَ الْإِنْتِفَاعُ مَبَاحًا فَلَا تُسْتَعَارُ الْجَوَارِي لِلْإِسْتِمْتَاعِ، وَيَكْرَهُ الْأَسْتِخْدَامَ إِلَّا لِمَحْرَمٍ، وَكَذَا يَكْرَهُ اسْتِعَارَةُ أَحَدِ الْأَبْوَيْنِ لِلخِدْمَةِ، وَإِعَارَةُ الْعَبْدِ الْمُسْلِمِ مِنَ الْكَافِرِ، وَيَحْرُمُ إِعَارَةُ الصَّيْدِ مِنَ الْمُحْرَمِ.

قال الرافعي: الركن الثالث: المُسْتَعَارُ، وله شرطان.

أحدهما: أن يكون منتفعاً به مع بقاء عينه، كالعَبْدِ وَالذُّوَابِ وَالذُّورِ وَالثِيَابِ.

أما الأُطْعَمَةُ فلا يجوز إعارتها؛ لأن منفعتها في استهلاكها، وفي إعارَةِ الدَّرَاهِمِ وَالذَّنَائِرِ وَجِهَانِ:

أحدهما: الجواز؛ لأنها تصلح للتزوين بها، وللضرب على طَبْعِهَا.

وأصحهما: المنع لأن هذه منفعة ضعيفة قلماً تقصد، ومعظم منفعتها في الإنفاق، والإخراج. قال الإمام: وما ذكرناه في الدراهم يجرى في استعارة الحنطة والشعير، وما في معناها، ولك أن تبحث عن مواضع الخلاف أهو ما إذا صرح بالأعارة للتزوين أم إذا أطلق؟ فالجواب أن الأسبق إلى الفهم من كلامهم في مسألة الدراهم أن الخلاف في حالة الإطلاق.

فأما إذا صرح التزوين فقد اتَّخَذَ هذه المنفعة مقصداً، وإن ضعفت فينبغي أن يصح، ويصحته أجب في «التتمة» وعلى هذه قوله في الكتاب: «المنفعة التزوين» ليس هو من كلام المعير، وإنما هو إشارة إلى صورة الجواز، لكن هذا يتفرغ على تصحيح الإعارة مطلقاً. أما إذا شرطنا تعيين جهة الانتفاع، فلا بد من التعرض للتزوين، أو غيره، وسيأتي الخلاف فيه، وحيث قلنا: إنه لا يصح إعارتها، فإن جرت، فهي مضمونة، لأن العارية الصحيحة مضمونة، وللفائدة حكم الصحيحة في الضمان.

= ولده الصغير ليخدم ممن يتعلم منه، وقول الشيخ قد سبق في كتاب الحج نحو هذا ليس في كتاب الحجر شيء مما أشار إليه.

قال الزركشي: وينبغي أن يكون المجنون والبالغ السفیه كذلك ينظر الروضة بتصرف ٧٢/٤.

وفيه وجه: أنها غير مضمونه، لأن العارية صحت، أو فسدت تعتمد منفعة معتبرة؛ فإذا لم توجد، فما جرى بينهما ليس بعارية؛ لا أنه عارية فاسدة، ومن قبض مال الغير بإذنه لا لمنفعته كان أمانه في يده.

الشرط الثاني: أن تكون المنفعة مباحة، فلا يجوز استعمارة الجوّارى للاستمتاع، وإما للخدمة فيجوز إن كانت الإعارة من مُحرم أو امرأة، وإلا فلا يجوز لخوف الفتنة إلا إذا كانت صغيرة لا تُشْتَهَى أو قبيحة، ففيها وجهان<sup>(١)</sup>.

وقوله في الكتاب: «ويكره الاستخدام إلا لمحرّم» لفظ الكراهية يستعمل للتحريم تارة، وللتنزيه أخرى، وأراد هاهنا التحريم على ما صرّح به في «الوسيط»، وهو جواب على نفي الفرق بين الصغيرة والكبيرة، ثم إنه حكم في «الوسيط» بالصحة، وإن كانت الإعارة محظورة، فيشبه أن يقال بالفساد، فالإجارة للمنفعة المحرمة، ويشعر بما ما أطلقت المُنْعَظَم من نفي الجواز<sup>(٢)</sup> ويكره استعارة أحد الأبوين للخدمة؛ لأن استخدامها<sup>(٣)</sup> مكروه، ولفظ الإمام في المسألة نفى الحل، ويكره إعارة العبد المسلم من الكافر، وهي كراهة<sup>(٤)</sup> تنزيه والله أعلم.

ولا يجوز للحلال إعارة الصَّيْدِ من المُحرّم؛ لأنه يحرم عليه إمساكه، فلو فعل وتلف في يد المُحرّم ضمن الجزاء لله تعالى والقيمة للحلال، وإن أعار محرّم من

(١) قال النووي: أصحهما: الجواز، وبه قطع جماعة، منهم صاحب «المهذب».

ولا ينحصر الجواز فيما ذكره الشيخ بل بقي صور: منها المالك ويتصور من المستأجر والموصى له بالمنفعة.

ومنها: الزوج يستعير زوجته من السيد. قاله في «المطلب». قال: وإذا أعارها تكون مضمونة عليه ولو في الليل إلى أن يسلمها له لأن يد الضمان تثبت فلا تزول إلا بذلك.

ومنها: إذا مرض رجل ولم يجد من يخدمه إلا امرأة فإنها تخدمه للضرورة فلو استعارها والحالة هذه صح. ينظر الروضة ٧٢/٤.

(٢) مال في «المطلب» إلى كلام الغزالي فقال: المنع لا يرجع إلى غير المعقود عليه بل إلى غيره، وما كان من العقود محظوراً لغيره، ولا يقدر في صحته وفائده الصحة أنه إذا استخدمها لا يستحق عليه أجره. قال الزركشي: وينبغي أن يكون الحكم لذلك، ولو قلنا بالفساد، وقد حكى بعد وجهين في أن كل عارية فاسدة هل تجب أجره منافعتها؟ وهو مخالف للقاعدة أن فاسد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه.

(٣) والأجداد والجدات وإن علوا سواء في ذلك كما قاله البندنجي.

(٤) صرح الجرجاني وآخرون، بأنها حرام، وصرح صاحب «المهذب» وآخرون، بأنها لا تجوز، وظاهره التحريم، ولكن الأصح الجواز، وقد سبق في أول البيوع. وصرح في «التنبيه» بالحرمة وفصل ابن الرفعة فقال: إن كان لغير الخدمة فكراهة تنزيه، وإن كان للخدمة فحرام، وجزم السبكي في «شرح المنهاج» للنووي بالتحريم لما فيها من الاستيلاء على المسلم.

حلال. فإن قلنا: إن المحرم يزول ملكة عن الصيد، فلا قيمة له على الحلال؛ لأنه أعار ما ليس ملكاً له، وعلى المحرم الجزاء لله تعالى لو تلف في يد الحلال؛ لأنه متعدي بالإعارة، وكان من حقه الإرسال.

وإن قلنا: لا تزول صحت الإعارة، وعلى الحلال القيمة لو تلف الصيد عنده.

فروع: دفع شاة إلى رجل، وقال: ملكتك ذرّها ونسلها، فهي هبة فاسدة، وما حصل في يده من الدر والنسل كالمقبوض بالهبة الفاسدة، والشاة مضمونة عليه بالعارية الفاسدة، ولو قال: أبحث لك ذرّها ونسلها، فهو كما لو قال: ملكتك على أحد الوجهين.

والثاني: أنها إباحة صحيحة، والشاة عارية صحيحة، وهذا ما أورده صاحب «التتمة»<sup>(١)</sup>.

وعلى هذا فقد تكون العارية لاستيفاء عين، وليس من شرطها أن يكون المقصود مجرد المنفعة، بخلاف الإجارة، ولو قال: ملكت لك ذرّها، أو أبخنكه على أن تعلقها. قال في «التهذيب»: العلف أجرة الشاة وثمر الدر والنسل، والشاة غير مضمونة؛ لأنها مقبوضة بإجاره فاسد، الدر والنسل مضمون عليه بالشراء الفاسد، وكذلك لو دفع قراضه إلى سقاء، وأخذ الكوز ليشرب فسقط من يده، وانكسر ضمن الماء؛ لأنه مأخوذ بالشراء الفاسد، ولم يضمن الكوز؛ لأنه في يده بإجارة فاسدة وإن أخذ مجاناً، فالكوز عارية، والماء كالمقبوض بالهبة الفاسدة<sup>(٢)</sup>.

الثاني: قال في «التتمة»: تعين المستعار ليس بشرط عند الأستعمارة حتى لو قال: أعرنى دابتك، فقال المالك: أدخل الإضبّطل، وخذ ما أردت، صحت العارية، بخلاف الإجارة تُصان عن مثلها؛ لأن الغرور لا يحتمل في المعارضات والله أعلم.

قال الغزالي: (الرابع: صيغة الإعارة) وَهُوَ كُلُّ لَفْظٍ يَدُلُّ عَلَى الْإِذْنِ الْأَتِّفَاعِ،

(١) قال النووي: هذا أصح، واختاره أيضاً القاضي أبو الطيب، وصاحب «الشامل» وحكم هذان والمتولي بالصحة فيما إذا أعاره الشاة ليأخذ لبنها، أو أعاره شجرة ليأخذ ثمرها. ينظر الروضة ٧٤/٤.

(٢) قال في الخادم: أطلق ضمان الماء في الصورة الأولى وهو معتد بما إذا كان ماء الكوز قدر ما يشربه، فإن كان فيه ما يزيد على ذلك لم يضمن الزائد. صرح به القاضي حسين والمتولي، ثم ذكر بعد ذلك ما ذكره الرافعي في باب الربا، لو كان له عشرة دراهم على غيره، فأعطاه عشرة عدداً، فوزنت فكانت أحد عشر درهماً، فالدرهم الفاصل للمقبوض منه على الإشاعة، ويكون مضموناً عليه لأنه قبضه لنفسه. وقال البكري: والظاهر أن الرافعي يعتمد الإطلاق وأن الذي ذكره القاضي والمتولي حكاية وجه. نعم لو كان الكوز كبيراً يعلم منه أنه يزيد على شرب الأخذ، والعادة جارية برد الفاضل، فيظهر ما قاله القاضي حسين.

وَيَكْفِي الْقَبُولُ بِالْفِعْلِ، وَلَوْ قَالَ: أَعْرَتَكَ حِمَارِي لِتُعِيرَ لِي فَرَسَكَ فَهُوَ إِجَارَةٌ فَاسِدَةٌ غَيْرُ صَحِيحَةٍ وَلَا مَضْمُونَةٌ، وَلَوْ قَالَ: أَغْسِلْ هَذَا الثَّوبَ فَهُوَ اسْتِعَارَةٌ لِيَدْنِهِ، وَإِنْ كَانَ الْعَاسِلُ مِمَّنْ يَعْمَلُ بِالْأُجْرَةِ اعْتِيَادًا اسْتَحَقَّ الْأُجْرَةَ.

قال الرافعي: في الباب ما يدل على الإذن في الانتفاع، لقوله: أعرتك أو خذه لتنتفع به، وما أشبههما ثم ظاهر لفظ الكتاب أنه يعتبر اللفظ من جهة المُعِير، وأنه لا يعتبر من جهة المُسْتَعِير، وإنما يعتبر منه القبول، إما باللفظ وإما بالفعل، كما في الضيف، وقد صرح بهذا في «الوسيط».

وقال صاحب «التهذيب» وغيره: المعتبر في الإعارة اللفظ من أحد الطرفين، والفعل من الآخر حتى لو قال المستعير: أعرنى فسلمه المالك إليه، صحت الإعارة، وكان كما لو قال: خذه لتنتفع به، فأخذه تشبيهاً للإعارة بإباحة الطعام.

وذكر أبو سَعِيدِ الْمُتَوَلَّى أن اللفظ لا يعتبر في واحد من الطرفين، حتى لو رآه عارياً فأعطاه قميصاً لبسه تمت العارية، وكذلك لو فرش لضييفة فراشاً أو بساطاً أو مصلى أو ألقى له وسادة، فجلس عليها كان ذلك إعارة، بخلاف ما لو دخل مجلساً فجلس على الفرش الميسوط<sup>(١)</sup> لأنه لم يقصد بها انتفاع شخص معين، ولا بد في العارية من تعيين الشخص المستعير، وهذا الذي ذكره يشبه تمام الشبه بالضيافة، ويوافقه ما حكى<sup>(٢)</sup> عن الشيخ أبي عاصم أنه إذا انتفع بِظَرْفِ الهدية المبعوثة إليه، حيث جرت العادة باستعماله<sup>(٣)</sup> كأكل الطعام من القصة المبعوث فيها كان عارية، لأنه منتفع بملك الغير، بإذنه<sup>(٤)</sup>.

والأشهر الرواية الوسطى، ولو أعلم قوله في الكتاب: «وصيغة الإعارة» - بالواو - كما ذكره في «التممة» لكان صحيحاً، ثم في الفصل مسألان:

الأولى: إذا قال: أعرتك حماري لتعيرني فرسك، فهي إجارة فاسدة على كل واحد منهما أجرة مثل دابة الآخر، وكذلك الحكم إذا أعاره شيئاً بعوض مجهول، كما لو أعاره دابته ليعلفها<sup>(٥)</sup>، أو داره ليطين سطحها، وكذا<sup>(٦)</sup> لو كان العوض معلوماً ولكن

(١) في ط: البسط المفروشة.

(٢) في ط: ذكره.

(٣) في ط: باستعمالها.

(٤) قال النووي: هذا المحكي عن أبي عاصم، هو فيما إذا كانت الهدية لا تقابل. فأما إن كانت عوضاً، فالظرف أمانة في يده كالإجارة الفاسدة، كذا حكاه المتولي عن أبي عاصم. ينظر روضة الطالبين ٧٦/٤.

(٥) في ط: وكذلك.

(٥) أي فإنها إجارة فاسدة.



مدة الإعارة مجهولة، كما لو قال: أعرتك داري بعشرة دراهم، أو لتعيرني ثوبك شهراً. وفيه وجه أنه عارية فاسدة نظراً إلى اللفظ، فعلى هذا تكون مضمونة عليه، وعلى الأول لا ضمان<sup>(١)</sup>.

ولو بين مدة الإعارة، وذكر عوضاً معلوماً فقال: أعرتك هذه الدار شهراً واليوم بعشرة دراهم لتعيرني ثوبك شهراً من اليوم، فهي إجازة صحيحة مضمونة، أو إعارة فاسدة؟ فيه وجهان مبنيان على أن النظر إلى اللفظ، أو المعنى، ولو دَفَع دراهم إلى رجل، وقال: اجلس في هذا الحائوتِ، وأتجز عليها بنفسك، أو ادفع إليه بذراً، أزرع به هذه الأرض، فهو مُعَيَّرُ الحانوتِ، والأرض، وأما الدراهم والبذر، فتكون هبة أو قرضاً، فيه وجهان.

الثانية: لو قال لَقَصَّارٍ: اغسل هذا الثوب، أو لَحَيَّاطٍ خطه مجاناً، ففعل، فلا أجر له، ولو قال: اغسله أو خيطه، وأنا أعطيك حَقَّك، أو أجرتك يستحق أجره المثل، وهذا إجارة فاسدة، ولو اقتصر على قوله: اغسله أو خيطه، أوجه، نذكرها في «الإجارة»، فإن ذلك الموضوع أحق بذكرها، وصاحب الكتاب قد أعاد المسألة هناك وذكر بعض تلك الأوجه.

واعرف في هذا المقام سببين:

أحدهما: أن قوله: «فهو استعارة» أراد به استعاره بَدَيْهِ لذلك العمل، ولا يعد في إطلاق الاستعارة والإعارة في منافع الحُرِّ كالإجارة.

والثاني: إن حاصل جوابه في المسألة أنه إن كان من يعتاد ذلك بالأجرة استحق الأجرة وإلا فلا، وهذا أحد الوجود الوجوه المشار إليها، لكن ظاهر المذهب غيره على ما سيأتي. إن شاء الله تعالى.

قال الغزالي: **أَمَّا أَحْكَامُهَا فَأَرْبَعَةٌ: (الأول: الضَّمانُ)، وَالْعَارِيَةُ مَضمُونَةٌ الرَّدِّ وَالْمَعِينِ بِقِيَمَتِهَا (ح) يَوْمَ التَّلْفِ، وَقِيلَ بِأَقْصَى الْقِيَمِ مِنْ يَوْمِ الْقَبْضِ إِلَى يَوْمِ التَّلْفِ كَالْقَضْبِ، وَمَا يَنْمَحِقُ مِنْ أَجْزَائِهَا بِالِاسْتِغْمَالِ غَيْرِ مَضمُونٍ، وَالْمُسْتَعِيرُ مِنَ الْمُسْتَأْجِرِ**

(١) يعلم من هذا أن نفقة المستعار على المالك دون المستعير، وهو الصواب، ونقل ذلك عن الشيخ أبي علي السبخي في «شرح التلخيص» والماوردي وصاحب «البيان» والإستقصاء، ونقل الشيخ ابن الرفعة في «المطلب» عن القاضي حسين ما يخالفه، وساق لفظه إذا استعار دابة فعلى المستعير علفها وسترها بما يقيها من الحر والبرد وسقيها، وإن استعار عبداً فعليه طعامه وشرابه، وحفظه عما يوجب الحد عليه، وحثه على الصلوات، ولا يصير في حكم الإجارة بهذه المونات. قال البكري: والظاهر أنه وجه والمذهب ما تقدم.

هَلْ يَضْمَنُ؟ فِيهِ خِلَافٌ، وَالْمُسْتَعِيرُ مِنَ الْغَاصِبِ يَسْتَقِرُّ عَلَيْهِ الضَّمَانُ إِذَا تَلَفَ تَحْتَ يَدِهِ  
وَلَوْ طُولِبَ بِإِجْرَةِ الْمَنْفَعَةِ فَمَا تَلَفَ تَحْتَ يَدِهِ فَلَا خِلَافَ فِي قَرَارِ ضَمَانِهِ عَنِ الْمُعِيرِ، وَمَا  
تَلَفَ بِاسْتِيفَائِهِ فَقَوْلَانِ لِأَنَّهُ مَفْرُورٌ فِيهِ.

قال الرافعي: من أحكام العارية الضمان، والكلام في الضمان رد العين والإجزاء،  
أما ضمان الرد فمعناه أن مؤنة الرد على المستعير: قوله ﷺ: (عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذْتَ حَتَّى  
تُؤَدِّيَهُ) (١).

وأيضاً فإن الإعارة نوع بر ومعروف فلو لم تجعل مؤنة الرد على المستعير لامتنع  
الناس من الإعارة.

وأما ضمان العين، فإنها إذا تلفت في يد المستعير ضمنها (٢)، سواء تلفت بأفة  
سماوية أو بغفله بتقصير، أو من غير تقصير، وبه قال أحمدُ وقال أبو حنيفة: لا يضمن  
إلا إذا تعدى فيها. وعن رواية الشيخ أبي علي أن الشافعي - رضي الله عنه - قولاً مثله  
في «الأمالي». ووجه ظاهر المذهب الخبر المذكور في صدر هذا الباب، وأيضاً فإنه  
مال يجب رده إلى مالكة، فتجب قيمته عند التلف، كالمأخوذ على سبيل السؤم، وأيضاً

(١) (أبو داود ٣/٢٩٤) - حديث (٣٥٦١) - (الترمذي ٣/٥٦٦) - (ابن ماجه ٢/٨٠٢) حديث  
(٢٤٠٠) (وأحمد في المسند ٨/٥ - ١٣) - (الحاكم ٢/٤٧)، وقال: صحيح الإسناد على شرط  
البخاري وأقره الذهبي.

(٢) منها المستعير من المستأجر كما سيذكر المصنف.

ومنها: المستعير من الموصى له بالمنفعة كما ذكره الشيخ، وهذا لا ضمان على المرتهن كما  
قاله في الأشراف والروياتي في الفروق.

ومنها: المستعير ليرهن إذا قلنا أنه عارية، لكن الأصح أنه ضمان في ربة المرهون.

ومنها: أعار من سفیه.

قال الأذري: قال شريح الروياتي أنه لا يضمن.

ومنها: إعارة الحر لا يضمن بالتلف عند المستعير.

قال الأذري: بلا شك.

ومنها: لو استعار صيداً من محرم، لم يضمنه على الأصح.

ومنها: لو أعار الإمام شيئاً من المال لمسلم فتلف في يده أو أتلف بلا تقصير منه. قال  
الزركشي: الظاهر عدم الضمان.

وقال الأذري: في الضمان نظر، قال في الخادم ومثله: لو استعار فقيه كتاباً موقوفاً على المسلمين  
فسرق منه لأنه أحد المستحقين، وقد ذكر المصنف في زوائده في باب الوقف ما يؤيده.

ومنها: لو استعار عبداً مرتداً فتلف في يده، لم يضمنه.

قال في الخادم: هذا هو القياس لأنه لو أتلفه لم يضمنه، فكذا إذا تلف يده.

فإن المستعير من الغَاصِبِ يستقرُّ عليه الضمان، ولو كانت العارية أمانة لما استقر،  
كالمودع من الغاصب.

وذهب مالكٌ إلى أن العارية مضمونة إلا أن تكون حيواناً، فهو أمانة، ولو أعار  
بشَرَطٍ أن تكون أمانة لغا الشرط، وكانت مضمونة، وإذا وجب الضمان، فأى قيمة  
تجب؟ فيه ثلاثة أوجه، وسماها الزُّجاجيُّ أقوالاً، وكذلك فعل في «الوسيط».

أحدها: أقصى القيم من يوم القبض إلى التلف، لأنه لو تلف في حالة زيادة القيمة  
لوجبت القيمة الزائدة، فأشبهه المغصوب.

والثاني: قيمة يوم القبض تشبيهاً بالقرض يومئذ.

والثالث وهو الأصح: قيمة يوم التلف؛ لأن إيجاب أقصى القيم بمثابة ضمان  
الأجزاء التالفة بالاستعمال، وهي غير مضمونة على الصحيح، كما سيأتي، ومن قال  
بالأول منح كون تلك الأجزاء غير مضمونة بالاستعمال على الإطلاق.

وقال إنما لا يضمن إذا رد العين، وينبني على هذا الخلاف أن العارية إذا ولدت  
في يد المستعير، هل يكون الولد مضموناً في يده<sup>(١)</sup>.

إن قلنا: إن العارية مضمونة ضمان الغصب، كان مضموناً عليه، والأفلا، وليس  
له استعماله بلا خلاف، والخلاف المذكور في العارية أنها كيف تضمن جارٍ في المأخوذ  
على سبيل السوم إلا أن الأصح هناك على ما ذكره في «النهاية» أن الاعتبار بقيمة يوم  
القبض؛ لأن تضمن أجزائه غير ممتنع.

وقال غيره: الأصح فيه كهو في العارية، وهذا كله فيما إذا تلفت العين، لا  
بالاستعمال، أما إذا تلفت بالاستعمال بأن ائتمَحَقَ الثوب باللبس، فوجهان:

أصحهما: أنه لا يجب ضمانها كالأجزاء.

والثاني: يجب، لأن حق العارية أن ترد، فإذا تعذر الرد لزم الضمان، وعلى هذا  
فما الذي يضمن؟ فيه وجهان:

أحدهما، وهو المذكور في «النهاية»: أنه يضمن العين بجميع أجزائها.

وأصحهما، وهو المذكور في «التهذيب»: أنه يضمن في آخر حالات التقويم،  
وصححه في «التممة».

(١) قال النووي: ولو استعار دابة وساقها، فتبعها ولدها ولم يتكلم المالك فيه بإذن ولا نهي، فالولد

أمانة. قاله القاضي حسين في «الفتاوى». ينظر الروضة ٧٧/٤.

وأما ضمان الأجزاء، فما تلف منها بسبب الاستعمال المأذون فيه كانمحاق الثوب باللبس لا يلزم ضمانها لحدوثه عن سبب، وأذن فيه.

وفيه وجه ضعيف: أنه يلزم؛ لأن العارية مؤداة، فإذا تلف بعضها فات رده، فيضمن بدله، وما تلف منها بغير هذا السبب، ففيه وجهان مذكوران في «التهذيب»:

أحدهما: أنه لا يلزم ضمانها أيضاً، كما لو تلف بالاستعمال، ويكتفى برد الباقي. وأصحهما: اللزوم، كما لو تلفت العين كلها وهلاك الدابة بسبب الركوب، والحمل المعتاد، كانمحاق الثوب وتعيينها به كالانمحاق، كذا ذكره الأمام.

وفيما جمع من «فتاوى القفال» انه لو قرح ظهرها بالحمل، وتلفت منه يضمن، سواء كان متعدياً بما حمل، أو لم يكن؛ لأنه إنما أذن في الحمل لا في الجراحة، وردّها إلى المالك لا يخرجها عن الضمان؛ لأن السراية تولدت من مضمون، فصار كما لو جرح دابة الغير في يده، وهذا في الجمل الذي هو غير متعدّ به جواباً على وجوب الضمان في صورة تفسير الانمحاق والله أعلم.

كذا ذكر الإمام وجميع ما ذكرناه فيما إذا استعار من المالك، ووراءه صورتان:

إحدهما: إذا استعار من المستأجر، أو الموصى له بالمنفعة فأحد الوجهين: أنه يضمن، كما لو استعار من المالك.

وأصحهما: أنه لا يضمن<sup>(١)</sup>، لأن المستأجر لا يضمن، وهو نائب المستأجر ألا ترى أنه إذا انقضت مدة الإجارة ارتفعت العارية، وأنه استقرت الأجرة على المستأجر بانتفاع المستعير. ومؤنة الرد في هذه الاستعارة على المستعير<sup>(٢)</sup> أن رد على المستأجر، وعلى المالك إن رد عليه كما لو رد عليه المستأجر.

الثانية: إذا استعار المغضوب من الغاصب، وتلف في يده غُرم المالك قيمته يوم التلف من شاء منهما وقرار الضمان على المستعير. لأن المال حصل في يده بجهة مضمونة، وإن كانت قيمته يوم التلف أكثر، نظر أن كانت الزيادة في يد المعير الغاصب لم يطالب بها غيره، وإن كانت في يد المستعير.

فإن قلنا: العارية تضمن ضمان المغضوب فهو كقيمته يوم التلف<sup>(٣)</sup>.

(١) محله في الإجارة الصحيحة، فأما في الفاسدة فالضمان كما صرح به البغوي في فتاويه وألحق الأذرعى بذلك الموقوف عليه.

(٢) لأن لو كلفنا المعير مؤنة الرد لامتنع الناس من الإعارة قضية.

(٣) كلام الشيخين في كتبهما أنه لا فرق في ضمانه بالقيمة بين المتقوم والمثلي، قال الإسني: وهو كذلك ففي الحاوي والمهذب أو البحر إن ضمنه بالمتقوم بالأقصى أوجبنا المثلي في المثلي، =

وإن قلنا: لا تضمن ضمان المغصوب، فغرامة الزيادة كغرامة المنافع، وإذا طالبه المالك فغرامة المنافع، وغرمها بالمنفعة التي تلفت تحت يده قرار ضمانها على المعير، لأن يد المستعير في المنافع ليست يد ضمان، والتي استوفأها بنفسه فيها قولان.

مشروحان في «الغصب» النظر في أحدهما إلى تقرير المعير إياه

وفي الثاني إلى مباشرته الإلتاف، وهو الأظهر، والمستعير من المستأجر من الغاصب حكمه حكم المستعير من الغاصب إن ضمناً المستعير من المستأجر، وإلا فيرجع بالقيمة التي غرمها على المستأجر على الغاصب والله أعلم.

قال الغزالي: **وَالْمُسْتَعِيرُ كُلُّ طَالِبٍ أَخَذَ الْمَالَ لِعَرَضٍ نَفْسِهِ مِنْ غَيْرِ اسْتِحْقَاقٍ، فَلَوْ أَرْكَبَ وَكَيْلَهُ الْمُسْتَعْمَلُ فِي شُغْلِهِ دَابَّتَهُ فَتَلَفَتْ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، وَلَوْ أَرْكَبَ فِي الطَّرِيقِ فَقِيْرًا تَصَدَّقًا عَلَيْهِ، فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ.**

قال الرافعي: ذكر حد المستعير ليبني عليه مسائل، فقال: «والمستعير كل طالب أخذ المال لغرض نفسه من غير استحقاق».

وزاد بعضهم وقال: وتملك، وقصد بهذه الزيادة الاحتراز عن المستقرض.

وأما ففي الاستحقاق، والقصد منه الاحتراز عن المستأجر، والحد مع هذه الزيادة ودونها معترض من وجهين:

أحدهما: أنه منقوض بالمُستأَم من الغاصب.

والثاني: أن التعرض لكونه طالباً غير محتاج إليه، إذ لا فرق بين أن يلتبس المستعير حتى يعير، وبين أن يتدبى المعير بالإعارة.

وأما المسائل المشار إليها فمنها: أنه لو أركب وكيله الذي استعمله في إشغاله دابته وسيره إلى موضع، فتلفت الدابة في يده من غير تعدد، فلا ضمان عليه؛ لأنه لم يأخذها لغرض نفسه، وكذلك لو سلمها إلى راضئ ليروضها، أو كان عليها متاع نفيس، فأركب إنساناً فوقه إحرازاً للمال.

ومنها: لو وجد من أعياء الطريق، فأركبه، فالمشهور أنه يضمن، سواء التمس

= وإن ضمنه بقيمة يوم التلف وهو الأصح، ففي المثلي القيمة أيضاً. فما في كتب الشيخين ماش على الصحيح، وجزم به في «الأنوار» واقتضاه كلام جمع، وحينئذ يصير مستثنى من قاعدة أن المثلي يضمن بالمثل. وقال ابن عسرون: يضمن المثل بالمثل ويجرى عليه السبكي. وقال الشيخ زكريا وهو الأوجه.

المعيي<sup>(١)</sup> أو ابتدأه المركب.

وقال الإمام: إنه لا يضمن؛ لأن القصد من هذه العارية التصدق والقربة، والصدقات في الأعيان تفارق الهبات ألا ترى أنه يرجع في الهبة، ولا يرجع في الصدقة، وكذلك يجوز أن تفارق العارية التي هي صدقة سائر العوّاري في الضمان، وأقام صاحب الكتاب هذا وجهاً وحكم بأنه أظهر.

ولو أركبه مع نفسه، فعلى الرّديف نصف الضمان، ورأى الإمام أنه لا يلزمه شيء تشبيهاً بالضيف، وعلى الأول لو وضع متاعه على دابة غيره، وأمره أن يسير الدابة، ففعل كان صاحب المتاع مستعيراً للدابة بقسط متاعه مما عليها، حتى لو كان عليها مثل متاعه، وتلف ضمن نصف الدابة ولو لم يقل صاحب المتاع: سيرها، ولكن سيرها المالك لم يكن صاحب المتاع مستعيراً، ودخل المتاع في ضمان صاحب الدابة؛ لأنه كان من حقه أن يطرحها، وإن كان لأحد الرفيقين في السفر متاعاً للآخر دابة، فقال صاحب المتاع للآخر متاعي على دابتك، فأجابه، فصاحب المتاع مستعير لها.

ولو قال صاحب الدابة: أعطني متاعك لأضعه على الدابة، فهو مستودع متاعه، ولا تدخل الدابة في ضمان صاحب المتاع، أورده كذا في «التهذيب».

فرع: لو استعار دابة ليركبها إلى موضع، فجاوزه، فهو متعدّد من وقت المجاوزة، وعليه أجره المثل ذهاباً ورجوعاً إلى ذلك الموضع، وفي لزوم الأجرة من غير ذلك الموضع إلى أن يرجع إلى البلد الذي استعار منه وجهان: وجه المنع: أنه مأذون فيه من جهة المالك.

ووجه اللزوم: أن ذلك قد انقطع بالمجاوزة، وعلى هذا فليس له الركوب من ذلك الموضع، بل يسلمه إلى حاكم الموضع الذي استعار إليه،

فرع: أودعه ثوباً وقال: إن شئت تلبسه فالبسه، فهو قبل اللبس وديعة وبعده عارية وعن صاحب «التقريب» تخريج وجه آخر من السؤم؛ لأنه مقبوض على توقع الانتفاع كما أن المأخوذ على سبيل السوم مقبوض على توقع عقد ضمان قال: ولو قيل: لا ضمان في السوم أيضاً تخريجاً مما نحن فيه لم يبعد.

فرع: استعار صندوقاً فوجد فيه دراهم، فهي أمانة عنده، كما لو طيّر الريح الثوب في داره.

قال الغزالي: اصطلاحكم الثاني: التسلط على الانتفاع، وهو بقدر التسليط، فإن

(١) في أ: الراكب.

أَذِنَ لَهُ فِي زِرَاعَةِ الْحِنْطَةِ لَمْ يَزْرَعْ مَا ضَرَّرَهُ وَزَرَعَ مَا ضَرَّرَهُ فَوْقَهَا مِثْلُهَا أَوْ دُونَهَا إِلَّا إِذَا نَهَا، وَلَوْ أَذِنَ فِي الْغَرَسِ فَبَنَى إِيَّاهُ فِي الْبِنَاءِ فَغَرَسَ فَوَجَّهَانَ لِإِخْتِلَافِ جِنْسِ الضَّرَرِ، وَلَوْ أَحَارَ الْأَرْضَ وَلَمْ يُعَيِّنْ قَسَدَتِ الْعَارِيَةَ، فَإِنَّ عَيْنَ جِنْسِ الزَّرَاعَةِ كَفَاءُ.

قال الرافعي ومن أحكام العارية تسلط المستعير على الانتفاع بحسب إذن المعير وتسليطه، وفيه مسائل:

**الأولى:** إذا أعار أرضاً للزراعة، فإما أن يبين ما يزرعه أو يطلق، كما إذا قال: أعرتكها لزراعة الحنطة نظر إن لم ينع عن زراعة غيرها، فله أن يزرع الحنطة وما ضرره مثل ضرر الحنطة، أو دونه، وليس له أن يزرع ما ضرره فوق ضرره كالذرة والقطن، فإن نهاه عن زراعة غيرها لم يكن له زراعة غيرها، وحيث زرع ما ليس له أن يزرعه، فلصاحب الأرض قلعة مجاناً، وإن أطلق ذكر الزراعة ولم يبين المزروع فوجهان:

أصحهما، وهو المذكور في الكتاب أن الإعارة صحيحة، وله أن يزرع ما شاء لإطلاق اللفظ.

**والثاني:** أنها لا تصح للفتاوت الظاهر بين أنواع المزروع، ولو قيل: تصح الإعارة، ولا يزرع إلا أقل الأنواع ضرراً لكان مذهباً والله أعلم.

**والثانية:** إذا أعار للزراعة لم يكن له البناء، ولا الغراس، لأن ضررهما أكثر، والقصد منهما الدوام، ولو أعار للبناء فله أن يزرع ولو أعار للغراس هل له أن يبني أو للبناء هل له أن يغرس؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم لتقارب ضررهما، فإن كلاً منهما للابد.

وأصحهما: لا لاختلاف جنس الضرر، فإن ضرر الغراس في باطن الأرض أكثر لانتشار عروقه وضرر البناء في ظاهرها أكثر.

**الثالثة:** إن كان المستعار لا ينتفع به إلا بجهة واحدة كالبيساط الذي لا يصلح إلا أن يفرش فلا حاجة في إعارته إلى التعرض للانتفاع، وإن كان ينتفع به بجهتين، فصاعداً كالأرض تصلح للزراعة والبناء والغراس، والدابة تصلح للحمل والركوب، فهل تصح إعارته مطلقاً أم لا بد من التعرض لجهة الانتفاع؟ فيه وجهان:

أحدهما، وهو الذي أورده القاضي الروياني وصاحب «التهذيب» أنها تصح، ولا يضر ما فيها من الجهالة بخلاف الإجارة يشترط فيها التعيين؛ لأنه يحتمل في العارية ما لا يحتمل في الإجارة.

وأظهرهما عند الإمام، وهو المذكور في الكتاب: أنه لا بد من تعيين نوع المنفعة؛

لأن الإعارة معونة شرعية جوزت للحاجة فلتكن على حسب الحاجة، ولا حاجة إلى الإعارة المرسلة، وعلى هذا فلو قال: أعرتك كذا لتفعل به ما بدا لك، أو لتنتفع به كيف شئت؟ فوجهان<sup>(١)</sup> على الوجه الأول للمستعير أن ينتفع به كيف شاء لإطلاق الإذن وقال القاضي الروياني ينتفع به على العادة فيه، وهذا أحسن، والله أعلم بالصواب.

قال الغزالي: الْحُكْمُ الثَّالِثُ: جَوَازُ الرَّجُوعِ عَنِ الْعَارِيَةِ، إِلَّا إِذَا أَعَارَ لِدَفْنِ مَيِّتٍ فَيَمْتَنِعُ نَبْشُ الْقَبْرِ إِلَى أَنْ يَنْدَرَسَ أَثْرُ الْمَدْفُونِ، وَإِذَا أَعَارَ جِدَاراً لَوْضِعِ الْجُدُوعِ عَلَيْهِ فَلَا يَسْتَفِيدُ بِالرَّجُوعِ قَبْلَ الْإِنْهَادِ شَيْئاً إِذْ لَا أَجْرَةَ لَهُ حَتَّى يُطَالَبَ بِهِ وَلَا يُمَكِّنُ هَذْمَهُ وَالطَّرْفُ الْآخَرُ فِي خَاصِّ مَلِكِ الْجَارِ.

قال الرافعي: الأصل في العارية الجواز حتى يجوز للمعير الرجوع متى شاء، وللمستعير الرد متى شاء؟ لأنه مبررة وتبرع، فلا يليق بها الالتزام فيما يتعلّق بالمستقبل، ولا فرق بين العارية المطلقة والمؤقتة.

وعن مالك أنه لا يجوز الرجوع في المؤقتة، واستثنى الأصحاب من الأصل المذكور صورتين:

إحدهما: إذا أعار أرضاً لدفن ميت.

قال في «النهاية» فدفن ولم يكن له الرجوع ونبش القبر إلى أن يندرس أثر المدفون لما من النبش في هتك حرمة الميت.

وقال في «النهاية» وله سقي الأشجار التي فيها إن لم يُفَضَّ إلى ظهور شيء من بدن الميت، وله الرجوع قبل الحفر، وبعده مالم يوضع فيه الميت.

قال في «التتمة» وكذا بعد الوضع مالم يواره التراب وذكر أن مؤنة الحفر إذا رجع بعد الحفر، وقبل الدفن على ولي الميت، ولا يلزمه الطم<sup>(٢)</sup>.

واعلم أن الدفن في الأرض إحدى منافعها كالبناء والغراس<sup>(٣)</sup>، وقد ذكرنا خلافاً

(١) قال في الخادم: يظهر أن المرجح الصحة كما في الإجارة، وعليه جرى الحاوي الصغير.

(٢) قال النووي: كذا هو نُسْخُ كتاب الرافعي - رحمه الله -، وهو غلط في النقل عن المتولي، فإن المتولي قال: إذا رجع في العارية بعد الحفر وقبل الدفن، غرم لولي الميت مؤنة الحفر، لأنه بإذنه في الحفر أوقعه في التزام ما التزم، وفوت عليه مقصوده لمصلحة نفسه، فهذا لفظ المتولي بحروفه، وهو الصواب ينظر الروضة ٨٢/٤.

(٣) [قال النووي: في «البيان» وغيره: أنه لو أعار أرضاً ليحفر فيها بئراً، صححت العارية. فإذا نبع الماء، جاز للمستعير أخذه، لأن الماء يستباح بالإباحة]. ينظر الروضة ٨٢/٤.



في أن التعرض للمنفعة يشترط في الإعارة أم إطلاق الإعارة لا يسلب على ما فيه من المنافع لكن الدفن ليس كسائر المنافع في ذلك، بل الوجه القطع بأن إطلاق الإعارة لا يسلب عليه لما فيه من ضرر اللزوم ولو قدر تسليطه عليه لكان ذلك ذريعة إلى إلزام عارية الأرضين.

الثانية: إذا أعار جداراً لوضع الجذوع عليه<sup>(١)</sup>، ففي جواز الرجوع وجهان.

أن جوزناه: ففائدته طلب الأجرة للمستقبل، أو التخيير بينه وبين القلع، وضمن أرش النقصان فيه وجهان، وكل ذلك الشرح المذكور في «كتاب الصلح»<sup>(٢)</sup>.

والذي أجاب به صاحب الكتاب هناك جواز الرجوع، وأورد تفرعاً عليه الوجهين في فائدة الرجوع.

وقوله هاهنا: «فلا يستفيد بالرجوع قبل الانهدام شيئاً» حاصلة الجواب<sup>(٣)</sup> بمنع الرجوع؛ لأن أثر الرجوع إما طلب الأجرة أو الهدم أو ضمان النقصان، وقد تفاهما

(١) أورد على حصر الشيخ مسائل:

منها: إذ كفله أجنبي وقلنا: إنه باق على ملك الأجنبي كما صححه الشيخ المصنف في باب السرقة، فهو عارية لأزمة.

ومنها: إذا استعار داراً لسكنى معتدة، فهي لأزمة من جهة المستعير فقط.

ومنها: إذا قال: أعيروا داري بعد موتي لزيد شهراً لم يكن للوارث الرجوع.

ومنها: إذا أراد الصلاة المفروضة فأعاره ثوباً ليستر به عورته، أو يفرشه في مكان نجس ففعل وأحرم، وكان الرجوع يؤدي إلى بطلان الصلاة، فالمتجه منعه وهو المنقول في «البحر»، قيل: ويحتمل الجواز، وفائدته طلب الأجرة.

ومنها: إذا أعار سلاحاً أو دابة للغزو والتقى الجمعان. قال في الخصال: ليس له الرجوع فيها حتى ينكشف القتال.

ومنها: إذا أعاره سفينة فطرح المستعير فيها طعاماً وطالبه المعير بها في لجة البحر لم يكن له ذلك. قاله البندنجي. قال الروياني: وذلك لأجل الضرر لكونها لازمة. قال الشيخ ابن الرفعة: ويظهر أن له الأجرة من حين الرجوع.

ومنها: لو أعاره جذعاً ليمسك به جداراً مائلاً لم يرجع به لجواز سقوطه فلو رجع ففي طلبه للأجرة الخلاف في الجذوع. قاله في «البحر».

قال في الخادم: وكلام القاضي في الفتاوى يقتضي نزعها ويغرم أرش النقص.

(٢) قال النووي: ومن أحكامها، أنه لو مات المعير، أو جُن، أو أغمي عليه، أو حجر عليه لسفه،

انفسخت الإعارة كسائر العقود الجائزة. وإن مات المستعير، انفسخت أيضاً؛ لأن الإذن بالانتفاع إنما كان للمستعير دون وارثه، وإذا انفسخت وجب على المستعير ردها، ذكر هذه الجملة المتولي. ينظر الروضة ٨٣/٤.

(٣) في ب: الجواز.

جميعاً في هذا الموضوع، وكان ذلك منعاً من الرجوع؛ ألا ترى إنه لما امتنع في الصورة السابقة طلب الأجرة والنُش أُطلقنا القول بمنع الرجوع.

إذا كان كذلك جاز إعلام قوله: «فلا يستفيد بالرجوع قبل الانهدام شيئاً» بالواو.

وكذلك قوله: «إذ لا أجرة له. قوله: «إذ لا إجرة له».

وقوله: «ولا يمكن هدمه»، وقد بين في «الصلح» الأصح من الوجهين ماذا.

وحاول بعض من شرح هذا الكتاب الجمع بين كلامه هاهنا وبين قوله في الصلح، فمهما رجع كان له النقص بشرط أن يغرم النقص، فحمل ما ذكره في «الصلح» على ما إذا كان طرف الجُدُوع على المُستَعَار، وما ذكره هاهنا على ما إذا كان أحد الطرفين على خاصّ ملك المستعير، لكن فيه نظر من حيث إن الوجه الثاني هناك، وهو قوله: وقيل: فائدة الرجوع المطالبة بالأجرة للمستقبل موجه في «الوسيط» وغيره بأن الطرف الآخر من خالص ملك المستعير، فلا يمكن تمكينه من نقضه، فلو كان التصوير هناك فيما إذا كان الطرفان على ملك المعير انتظم ذلك، وبالجملة فالأئمة لم يفرقوا في ثبوت الرجوع والوجهين في فائدة الرجوع إذا أثبتناه بين أن يكون على ملك المعير أحد طرفي الجُدُوع أو كلاهما والله أعلم.

قال الغزالي: فَإِنْ أَعَارَ لِلبِنَاءِ وَالغِرَاسِ مُطْلَقًا لَمْ يَكُنْ لَهُ نَقْضُهُ مَجَانًا لِأَنَّهُ مَخْتَرَمٌ، بَلْ يَتَخَيَّرُ أَنْ يَبْقَى بِأَجْرَةٍ أَوْ يَنْقُضَ بِأَرْضٍ أَوْ يَتَمَلَّكَ بِبَدَلٍ فَأَيُّهَا أَرَادَ أَجْرَ المُسْتَعِيرِ عَلَيْهِ، فَإِنَّ أَبِي كُتِفَ تَفْرِيعَ المَلِكِ، فَإِنْ بَادَرَ إِلَى التَّفْرِيعِ بِالقَلْعِ فِيهِ وَجُوبِ تَسْوِيَةِ الحَفْرِ خِلَافَ؛ لِأَنَّهُ كَالْمَأْدُونِ فِي القَلْعِ بِأَصْلِ العَارِيَةِ، وَيَجُوزُ لِلْمُعِيرِ دُخُولُ الأَرْضِ وَبَيْعُهَا قَبْلَ التَّفْرِيعِ، وَلَا يَجُوزُ لِلْمُسْتَعِيرِ الدُّخُولُ بَعْدَ الرُّجُوعِ إِلَّا لِمَرَمَةِ البِنَاءِ عَلَى وَجْهِ، وَفِي جَوَازِ بَيْعَةِ البِنَاءِ خِلَافَ؛ لِأَنَّهُ مَعْرُضٌ لِلنَّقْصِ، وَلَوْ قَالَ أَعْرَظَكَ سَنَةً فَإِذَا مَضَتْ قُلِعَتْ مَجَانًا فَلَهُ ذَلِكَ، وَلَوْ لَمْ يَشْتَرِطِ القَلْعَ لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا التَّخْيِيرُ بَيْنَ الخِصَالِ الثَّلَاثَةِ كَمَا فِي العَارِيَةِ المُطْلَقَةِ، وَإِذَا أَعَارَ لِلزَّرَاعَةِ وَرَجَعَ قَبْلَ الإِذْرَاكِ لِرَمَةِ الإِبْقَاءِ إِلَى الإِذْرَاكِ، وَلَهُ أَخْذُ الأَجْرَةِ مِنْ وَقْتِ الرُّجُوعِ، وَإِذَا حَمَلَ السَّيْلُ نَوَاةً إِلَى أَرْضٍ فَأَثْبَتَتْ فَالشَّجَرَةُ لِمَالِكِ الثَّوَاةِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ لِمَالِكِ الأَرْضِ قَلْعَهَا مَجَانًا إِذْ لَا تَسْلِيطَ مِنْ جِهَتِهِ.

قال الرافعي: إعاره الأرض للبناء والغراس تنقسم إلى مطلقة، وهي التي لم تبين لها مدة وإلى موقته<sup>(١)</sup> وهي التي بين لها مدة.

(١) في أ: مقيدة بمدة.

القسم الأول: المطلقة للمستعير فيها أن يبني ويغرس ما لم يرجع المعير، فإذا رجع لم يكن له البناء والغراس، ولو فعل وهو عالم بالرجوع قلع مجاناً، وكلف تسوية الأرض كالغاصب، وإن كان جاهلاً، فوجهان كالوجهين فيما لو حمل السيل نواة إلى أرض، فنبتت وربما شبهها بالخلاف في تصرف الوكيل جاهلاً بالعزل وأما ما بنى وغرس قبل الرجوع، فإن أمكن رفعه من غير نقصان يدخله رفع، وإلا فينظر إن كان قد شرط عليه قلعه مجاناً عند رجوعه وتسوية الحفر ألزم ذلك، فإن امتنع قلعه المعير مجاناً<sup>(١)</sup>، وإن كان قد شرط القلع دون التسوية لم يجب على المستعير التسوية؛ لأن شرط القلع رضيّ بالحفر، وإن لم يشترط القلع أصلاً، نظر إن أراد المستعير القلع مُكِنّ منه؛ لأنه ملكه فله نقله عنه، فإذا قلع فهل عليه التسوية؟ فيه وجهان.

أحدهما: لا؛ لأن الإعارة مع العلم بأن للمستعير أن يقلع رضا بما يحدث من القلع.

وأظهرهما: (٢) نعم؛ لأنه قلع باختياره، ولو امتنع منه لم يجبر عليه، ويلزمه رد الأرض إلى ما كانت عليه، وإن لم يختار المستعير القلع لم يكن للمعير قلعه مجاناً، لأنه بناء محترم، ولكنه يخير بين ثلاثة خصال:

إحدهما: أن يقيه بأجرة يأخذها.

والثانية: أن يقلع ويضمن أرش النقصان وهو قدر التفاوت بين قيمته ثابتاً مقلوعاً.

الثالثة: أن يتملكه عليه بقيمته، فإن اختار القلع، وبذل أرش النقص، فله ذلك والمستعير يجبر عليه وإن إختار أحد الخصلتين الأخريين أجبر المستعير عليه أيضاً فيما رواه جماعة، منهم الإمام، وأبو الحسن العبادي، وصاحب الكتاب.

وفي «التهذيب» أنه لا بد فيها من رضا المستعير؛ لأن إحدهما بيع، والأخرى

(١) قال في الخادم: تابع فيه الإمام وهو يوهم أنه لو شرط القلع، وأطلق أن يكون الحكم بخلافه وفيه نظر، وكلام جمهور الأصحاب يقتضي أنه لا فرق فإنهم قالوا: إن شرط قلع، وممن أطلق ذلك القاضي أبو الطيب والدارمي وابن كج في «التجريد» والمحاملي وأصحاب «الحاوي» و«المهذب» و«الشامل» و«البحر» و«البيان» و«الذخائر»، والشيخ أبو محمد في «مختصره»، والغزالي في «خلاصته» ونص عليه الشافعي في «الأم» و«المختصر» في الإعارة المقيدة بمدة وجرى عليه الأصحاب قاطبة. قال الشافعي - رضي الله - عنه: لأن المعير لم يُغَرَّ وإنما غَرَّ نفسه.

(٢) قال النووي: كذا صححه الجمهور: أنه يلزمه تسوية الحفر هنا منهم القاضي أبو الطيب في «المجرد»، وصاحب «الأنصار» وغيرهما، وبه قطع المحاملي في «المقنع» والرويان في «الحلية» وهو الأصح. ولا يغتر بتصحيح الرافعي في «المحرر»: أنه لا يلزمه، فإنه ضعيف، نبهت عليه في «مختصر المحرر». ينظر الروضة ٧٤/٤.

إجارة، ويمكن أن يقرر وجه ثالث فارق بين التملك بالقيمة فيقال: إذا إختاره المعير أجبر المستعير، وهو كتملك الشفيع الشقص بهذا، وبين الإبقاء بالأجرة، فيقال: إنه لا بد فيه من رضا المستعير، ويستخرج هذا الفرق من قول من يقول من الأصحاب بتخير المُعِير بين خصلتين القلع، وضمان الأرش والتملك بالقيمة، وهذا ما ذكره القَاضِي أَبُو عَلِيٍّ الزجَاجِي وأكثر العراقيين وغيرهم، ويشبه أن يكون هذا أظهر في المذهب<sup>(١)</sup>، والمعنى المرجوع إليه في الباب أن العارية مكرومة ومبرة ولا يليق بها منع المعير من الرجوع، ولا تضييع مال المستعير، فأثبتنا الرجوع على وجه لا يتضرر به المستعير، وربطنا الأمر باختيار المعير لأنه الذي صدرت منه هذه المكرومة، ولأن ملكه الأرض وهي أصل والبناء والغراس فرع تابع لها، وكذلك يتبعها في البيع.

فإذا عرفت ما ذكرناه أعلمت قوله: «فأيها أراد أجبر المستعير عليه» بالواو.

وأما قوله: «فإن أبي كلف تفرغ لملك»، فاعلم أن من فوض الأمر إلى اختيار المعير في الخصال الثلاثة، قال منه الاختيار، ومن المستعير الرضا وإسعافه بما طلب، فإن لم يسعفه كلفناه بتفرغ أرضه.

ومن اختار رضا المستعير، والتملك بالقيمة والإبقاء بالأجرة فلا يكلفه التفرغ بل

(١) ما رجحه المصنف - رحمه الله - هو المذهب، وفي «المنهاج» التخيير بين أن يبقى بأجرة أو يقطع ويضمن أرش النقص. وشوَّح الشيخ في ذلك حتى قال الزركشي أنه لم يكن وجهاً ثابتاً فضلاً عن أن يكون المرجح، وللتخيير شروط:

أحدها: أن لا يكون لصاحب البناء شركة في ربة الأرض أو منفعتها، فإن كانت تعين الأبقاء بالأجرة كما نقله الشيخ المصنف عن المتولي.

ثانيها: ألا يكون البناء والغراس وقفاً، فلو وقفه صح وبقي التخيير بين التبقية بأجرة والقطع مع ضمان النقص وتعذر تملكه بالقيمة.

ثالثها: أن لا تكون الأرض موقوفة فإن كانت تعين الإبقاء بأجرة كما أفتى به الشيخ ابن الصلاح.

رابعها: أن يكون وضع بحق، فإن وضع بغصب أو شراء فاسد تعين التملك بالقيمة على الأصح لإمكان القطع مجازاً.

خامسها: أن يكون في غير الزرع، أما الزرع فيبقى بأجرة؛ لأن له أمداً ينتظر.

سادسها: أن يكون تابعاً لأرض، فأما الجذوع على الجدار فليس فيها التملك بالقيمة لأن الجدار لا يصلح للاستتباع.

سابعها: أن يكون في نحو بناء أو غراس، أما الزرع فلا.

ثامتها: أن يكون الغراس مما يراد للدوام، أما الشتل الذي ينقل في عامه فكالزرع.

تاسعها: أن لا يكون على الشجر ثمر لم يبد صلاحه، فإن كان فلا يخير في الخصال كما في الزرع؛ لأن له أمداً كما قاله القاضي حسين في كتاب الصلح.

يكون الحكم عنده كالحكم فيما إذا لم يختر المستعير شيئاً مما خيرناه فيه، وسيأتي، فليكن قوله: «فإن أبي كلف تفريغ الملك» معلماً - بالواو - أيضاً ثم من قصر خيره المعير على خصلتي القلع، بشرط ضمان الأرش والتملك قالوا لو امتنع من بذل الأرش أو القيمة بالقيمة وبذل المستعير الأجرة لم يكن للمعير القلع مجاناً وإن لم يبذلها فوجهان:

أظهرهما: أنه ليس له ذلك أيضاً وبه أجاب الذين خيروه بين الخصال الثلاثة إذا امتنع منها جميعاً، وما الذي يفعل؟.

قال بعض الأصحاب منهم أبو عليّ الزّجاجي: يبيع الحاكم الأرض مع البناء والغراس ليفاضل الأمر وقال الأكترون ويحكي عن المزيّني إنه يعرض الحاكم عنهما إلى أن يختار شيئاً، ويجوز للمعير دخول الأرض، والانتفاع بها، والاستغلال بالبناء والشجر، لأنه جالس على ملكه، وليس للمستعير دخولها للتفرج بغير إذن المعير، ويجوز لسقي الأشجار وإصلاح الجدار على أصح الوجهين صيانة لملكه عن الضياع.

ووجه المنع أنه يشغل ملك الغير إلى أن ينتهي إلى ملكه وعلى الأول لو تعطلت المنفعة على صاحب الأرض لدخوله.

قال في «التتمة»: لا يمكن إلاً بالأجرة، ولكل واحد من المعير والمستعير بيع ملكه من الآخر، وللمعير بيع الأرض من ثالث، ثم يتخير المشتري تخير المعير، وهل للمستعير بيع البناء من ثالث؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه في معرض النقض والهدم. ولأن ملكه عليه غير مستقر، لأن المعير بسبيل من تملكه.

وأصحهما: نعم؛ لأنه مملوك في الحال، ولا اعتبار بمكنة تملك الغير كتمكّن الشفيع من تملك الشفّص، وعلى هذا فينزل المشتري منزلة المستعير، وللمعير الخيرة على ما ذكرناه، وللمشتري فسخ البيع إن كان جاهلاً بالحال.

ولو أن المعير والمستعير اتّفقا على بيع الأرض بما فيها بثمان واحد، فقد قيل: هو كما لو كان لهذا عبد، ولهذا عبد فباعهما بثمان واحد.

والأظهر: الجواز للحاجة، ثم كيف يوزع الثمن هاهنا وفيما إذا باعاهما الحاكم على أحد الوجهين في «التتمة» أنه على الوجهين المذكورين فيما إذا غرس الراهن في الأرض المرهونة أشجاراً، والذي أورده في «التهذيب» أنه يوزع على الأرض مشغولة بالغراس والبناء، وعلى ما فيها وحده، فحصة الأرض للمعير، وحصة ما فيها للمستعير، وحكم الدخول والانتفاع والبيع على ما ذكرناه في ابتداء الرجوع إلى الاختيار، فيما

امتنعنا من الاختيار وأعراض القاضي عنهما على وتيرة واحدة.

القسم الثاني: العارية المقيدة بمدة فللمستعير البناء والغراس في المدة إلا أن يرجع المعير، وله أن يجدد كل يوم غرساً كذا قاله في «التهذيب»، وبعد مضي المدة ليس له إحداث البناء والغراس، وإذا رجع المعير عن العارية إما قبل مضي المدة، أو بعده، فالحكم كما لو رجع في القسم الأول، ويختص هذا القسم بشيئين: أحدهما: أن فيما قبل مضي المدة وجهاً أنه لا يتمكن من الرجوع، كما قدمناه عن مالك.

والثاني: أن أبا حنيفة والمزني جَوَّزَا له القَلْعُ مجاناً، فإذا رجع بعد المدة ذهاباً إلى أن فائدة ذهاب المدة القلع بعد مضيها مضبوطة. ونقل أبو عليّ الزَّجَّاجِيُّ قولاً مثله عن رواية السَّاجِيّ، وهو اختيار القَاضِي الرُّويَانِي.

ووجه ظاهر المذهب أنه مخير مالم يشترط نقضه، فلا ينقض مجاناً، كما في العارية المطلقة، وبيان المدة كما يجوز أن يكون المنح من إحداث البناء والغراس بعدها، أو طلب الأجرة.

وقوله في الكتاب: «بل يتخير بين أن يبقى بأجرة وينقض بأرش أو يتملك» بديل المراد من الأرش مأمراً والتفاوت بين قيمته ثابتاً ومقلوعاً، ومن الأجرة أجرة المثل، ومن البديل القيمة عند من يقول باختيار المستعير على ما اختارهُ المعير منها، وما يتفقان عليه، ومن الأجرة والإبدال عند من يعتبر رضا المستعير.

وقوله: «لأنه معرض للنقض» يمكن حمله على نقض الملك بأن يملكه المعير، وعلى نقض البناء بأن يقلعه، وهو الذي أراد صاحب الكتاب.

وقوله: «لم يكن له إلا التخيير بين الخصال الثلاثة معلم - بالحاء والزاي والواو - وسائر ما يحتاج إلى ذكره من ألفاظ الكتاب قد اندرج في أثناء الكلام، والله أعلم.

فرع: قال أبو سعيد المَتَوَلِّي: أحد الشريكين إذا بنى، أو غرس في الأرض المشتركة بإذن صاحبه، ثم رجع صاحبه لم يكن له أن يغرم ويتقضى<sup>(١)</sup> لأنه للبانى<sup>(٢)</sup>، ويغرم أرش النقصان؛ لأنه يتضمن نقض بناء المالك في ملكه، ولأن يتملك بالقيمة في الأرض مثل حقه، فلا يمكننا أن نقول: الأصل للمعير والبناء تابع له، نعم له تقرير

(١) وعبارة «الروضة» لم يكن له القلع بأرش النقصان.

(٢) سقط في أ.

بالأجرة فإن لم يبذلها الثاني يباع، أو يعرض عنهما فيه ما سبق<sup>(١)</sup>.

قال الرَّافِعِيُّ رحمه الله تعالى في الفصل صورتان<sup>(٢)</sup>.

إحدهما: إذا أعار للزراعة، فزرعها ثم رجع قبل إدراك الزرع، نظر إن كان مما يعتاد قطعه كلف قطعه، وإلا فقد ذكرناه للمعير خصالاً عند رجوع في البناء والغراس، واختلف الأصحاب هاهنا. فعن صاحب «التقريب» وجه: أن له أن يقلع، ويغرم أرش النقصان تخريباً مما إذا رجع في العارية، المؤقتة للبناء قبل مضي المدة.

وعن القاضي الطبري أنه يملكه بالقيمة، وظاهر المذهب أنه ليس كالبناء في هاتين الخصلتين؛ لأن للزرع أمداً ينتظر والبناء والغراس للتأييد، فعلى المعير إبقائه للمستعير إلى أوان الحصاد ثم فيه وجهان:

أحدهما: ويحكى عن المُزَنِّي، واختاره القاضي الروياني<sup>(٣)</sup> أنه يبقيه بلا أجرة، لأن منفعة الأرض إلى الحصاد بالزرع، وأصحهما - وهو المذكور في الكتاب - أنه يبقيه بالأجرة لأنه إنما اباح المنفعة إلى وقت الرجوع فصار كما إذا أعاره دابةً إلى بلد، ثم رجع في الطريق عليه نقل متاعه إلى مأمن بأجرة المثل، ولو عين المعير للزراعة مدة، فانقضت المدة، والزرع غير مدرك، نظر إن كان ذلك لتقصيره في الزراعة بالتأخير، قلع مجاناً، وإلا فهو كما لو أعاره مطلقاً وإن أعار للغسيل، قال الشيخ أبو محمد: إن كان ذلك مما يعتاد نقله، فهو كالزرع، وإلا فكالبناء.

فرع: قال في «التهذيب» إذا أعار للزراعة مطلقاً لم يزرع إلا زرعاً واحداً، وكذا لو أعار للغراس، فغرس وقلع لا يغرس بعده إلا بإذن من جديد، وهذا بين أن المعنى من قولنا فيما إذا أعار للبناء أو الغراس مطلقاً يبني ويغرس ما لم يرجع المعير؛ لأن البناء المأذون فيه جائز له ما لم يرجع، والمأذون فيه هو البناء مرة واحدة إلا إذا كان قد صرَّح له بالتجديد مرة بعد أخرى.

(١) قال النووي: كذا قال المتولي: فإن لم يبذلها الباني، وكان ينبغي أن يقول: فإن لم يرض بها الشريك، فإن بذل الباني، ليس بشرط على المختار كما تقدم، ولو بنى أو غرس بغير إذن شريكه، قلعه مجاناً، وسيأتي بيانه في بناء المشتري في المشفوع. ينظر الروضة ٨٦/٤.

(٢) ثبت في ب.

(٣) وإذا أعار للزراعة، ورجع قبل الإدراك لزم إلى الإبقاء إلى الإدراك، وله أخذ الأجرة من وقت الرجوع، وإذا حمل الغسيل النواة إلى أرض فأنبت فالشجرة لمالك النواة، والظاهر أن لمالك الأرض طلعهما مجاناً؛ ولا تسلط من جهته.

(٤) قال في المهمات: إن هذا النقل عن الروياني غلط مخالف لما في «البحر» و«الحلية» أما «البحر» فقد صرح فيه بتخطنه ما قاله المزني، وأما «الحلية» فإنه صح فيها خلافه وساق لفظه.

الثانية: إذا حمل السيل<sup>(١)</sup> حبات، أو نويات لغيره إلى أرضه، فعليه ردها إلى مالكةا إن عرفه، وإلا دفعها إلى القاضي، فلو نبتت في أرضه فوجهان:

أحدهما: أن مالكةا لا يجبر على قلعها؛ لأنه يوجد منه تعدد، وعلى هذا هو كالمستعير، فينظر في النابت أهو شجر أم زرع؟ ويكون الحكم على ما سبق.

وأصحهما: الإيجاب؛ لأن المالك لم يأذن فيه، كما لو انتشرت أغصان شجرة المعير إلى هواء داره له قطعها، ولو حمل مالا قيمة له من نواة واحدة أو حبة، فتنبت فهي لمالك الأرض في وجه؛ لأن التقويم والمالية حصل في أرضه، ولمالك الأصل في وجه، لأنها كانت محرمة الأخذ، فعلى هذا في قلع النابت الوجهان<sup>(٢)</sup> ولو قلع صاحب الشجرة، فعليه تسوية الأرض؛ لأنه قصد تخليص ملكه.

قال الغزالي: الْحُكْمُ الرَّابِعُ: فَضْلُ الْخُصُومَةِ، فَإِذَا قَالَ رَاكِبُ الدَّابَّةِ لِمَالِكِهَا أَعْرَتْنِيهَا: وَقَالَ الْمَالِكُ: أَجْرْتِكَهَا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الرَّاكِبِ، وَلَوْ قَالَ ذَلِكَ زَارِعُ الْأَرْضِ لِمَالِكِهَا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ لِأَنَّ عَارِيَةَ الْأَرْضِ نَادِرَةٌ، وَقِيلَ فِي الْمَسْتَلْتَيْنِ قَوْلَانِ بِالتَّقْلِ والتَّخْرِيجِ، وَلَوْ قَالَ: بَلْ عَصَبْتِنِيهَا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ إِذِ الْأَصْلُ عَدَمُ الْإِذْنِ، ، وَلَوْ قَالَ الرَّاكِبُ: أَرَكَبْتِنِيهَا وَقَالَ الْمَالِكُ: أَعْرَتَكَهَا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ إِذِ الْأَصْلُ عَدَمُ الْإِجَارَةِ فَيُخْلِفُ حَتَّى يَسْتَحِقَّ الْقِيَمَةَ عِنْدَ التَّالْفِ، وَجَوَّازُ الرُّجُوعِ عِنْدَ الْقِيَامِ.

قال الرافعي: في الترجمة تساهل، فإن فصل الخصومة ليس حكماً للعارية، بخلاف الأحكام السابقة، والمقصود بيان مسائل:

إحداها: إذا قال راكب الدابة لمالكها: أعرتني هذه الدابة، وقال المالك: بل أجرتك مدة كذا بكذا، فما أن يفرض هذا الخلاف والدابة باقية أو هالكة.

الحالة الأولى: أن تكون باقية، فما أن يقع الاختلاف بعد مضي مدة لمثلها أجرة، والنص في «المختصر» أن القول قول الراكب مع يمينه، ونص في «باب الزراعة» أنه إذا زرع أرض الغير، ثم اختلفا هكذا أن القول قول المالك مع يمينه، ولإصحاب فيها طريقتان.

أحدهما: تقرير النصين؛ لأن الدواب يغلب فيها الإعارة، وفي الأراضي يندر، فصدق في كل صورة من الظاهر معه، وذكر في «الرقم» أن هذا أظهر عند القائل.

(١) أو نحوه كهواء.

(٢) قال النووي: الأصح: كونها لمالك الحبة، وهذا في حبة ونواة لم يعرض عنها مالكةا، أما إذا عرض عنها أو ألقاها، فينبغي القطع بكونها لصاحب الأرض. ينظر الروضة ٨٧/٤.



وأصحهما: عند الجمهور، وبه قال الرِّبِيْعُ والمُزْنِيّ وابنُ سُرَيْجٍ بأن الصورتين على القولين، ثم منهم من يقول بحصولهما على سبيل النقل والتخريج.

ومنهم من يقول: هما منصوصان في كل واحد من الصورتين.

أصحهما: تصديق المالك، وبه قال مالك والمزني، كما لو اختلفا في عين مال، فقال المالك: بعتكها، وقال من في يده؛ وهبتها، فإن المصدق هو المالك، وكما لو أكل طعام الغير، وقال: كنت أبحته لي، فأنكر المالك فالقول قوله.

والثاني: تصديق الراكب والزراع، ويحكى هذا عن أبي حنيفة؛ لأنهما اتفقا على أن المنفعة مباحة له، والمالك يدعى عليه الأجرة، والأصل براءة ذمته عنها، وإلى هذا مال الشيخ أبو حامد.

وفرق الأئمة: بين هذه المسألة، وبين ما إذا غسل ثوبه غسل، أو خاطه خياط، ثم قال: فعلته بالأجرة، وقال المالك: بل مجاناً حيث كان القول قول المالك مع يمينه قولاً واحداً، فإن الغَسَّال فوت منفعة نفسه، ثم دعى لها عوضاً على الغير، وهاهنا المتصرف فوت منفعة مال الغير، وأراد إسقاط الضمان عن نفسه، فلم يقبل.

التفريع إن صدقنا المالك فعلى ما يحلفه حكى الإمام عن شيخه في طائفة إنه إنما يحلف على نفي الإعارة التي تدعى عليه، ولا يتعرض لإثبات الإجارة مع نفي الإعارة، وكان السبب فيه أن ينكر أصل الإذن حتى يتوصل إلى إثبات المال بنفي الإذن، ونسبته إلى الغَضْب، وإذا بأصل الإذن، فإنما يثبت المال بطريق الإجارة، فملكناه الحلف على إثباته. فإن قلنا: لا يتعرض إلا لنفي الإعارة فإذا حلف استحق أقل الأمرين من أجرة المثل أو المسمى؛ لأنه إن كان أجر المثل أقل لم تَقَم حجة على الزيادة، وإن كان المسمى أقل فقد أقر أنه لا يستحق الزيادة. وإن قلنا: يتعرض لهما ففيما يستحقه وجهان:

أحدهما: المسمى إتماماً لتصديقه.

وأظهرهما: ويحكى نصاً في «الأم» أجرة المثل، لأنهما لو اتفقا على الإجارة واختلفا في الأجرة كان الواجب أجرة المثل، وإذا اختلفا في أصل الإجارة كان أولى، والإمام لم يحك الوجه الثاني هكذا، ولكن حكى بدله أنه يستحق أقل الأمرين كما سبق، والتعرض للإجارة لى هذا ليس لإثبات المال الذي يدعيه، ولكن لينتظم كلامه من حيث إنه اعترف بأصل الإذن، فحصل فيما يستحقه ثلاثة أوجه كما ترى، وإن نكل المالك عن اليمين المعروضة عليه لم ترد اليمين على الراكب، والزراع؛ لأنهما لا يدعيان حقاً على المالك حتى يثبتا باليمين، وإنما يدعيان الإعارة، وليست هي حقاً لازماً على المعير.

وعن أبي الحُسَيْن رمز إلى أنها ترد ليخلص من الغرم، ولو صدقنا الراكب

والزارع، فإذا حلف على نفي الإجارة كفاه، وبريء، وإن نكل رد اليمين على المالك، واستحق بيمينه المسمى؛ لأن اليمين المردودة كالبيئة، أو كالإقرار، وأيهما كان يثبت به المسمى. فيه وجه ضعيف: أنه يستحق أجره المثل؛ لأن الناكل ينفي أصل الإجارة فيقع المدعي على إثباته.

القسم الثاني: أن يقع الاختلاف قبل مضي مدة لمثلها أجره، بل عقب العقد، والقول الراكب مع يمينه، فإذا حلف على نفي الإجارة سقط دعوى الإجارة، وردت اليمين إلى المالك، فإن نكل حلف المالك اليمين المردودة، ويستحق الأجرة وإنما لم يجرى القولان في هذه الصورة؛ لأن الراكب لا يدعي لنفسه حقاً، ولم يتلف المنافع على المالك، فالمدعي على الحقيقة هو المالك، وهناك تلفت المنافع تحت يد الراكب بعد القول بإحاطتها، فهو الذي جرّ الخلاف.

الحالة الثانية: أن تكون الدابة هالكة، فإن تلفت عقب الأخذ قبل أن يثبت لمثلها أجره فالراكب يقر بالقيمة، والمالك ينكرها، ويدعي الأجرة، فتخرج على خلاف ما تقدم في أن اختلاف الجهة هل يمنع الأخذ؟ وإن قلنا: نعم سقطت القيمة برده، والقول قول من رد الأجرة فيه الطريقتان المذكوران في الحالة الأولى.

وإن قلنا: لا، فإن كانت الأجرة مثل القيمة، أو أقل أخذها بلا يمين، وإن كانت أكثر أخذ قدر القيمة، وفي المصدق في الزيادة الخلاف السابق.

وقوله في الكتاب: «فالقول قول الراكب» معلم - بالميم والزاي.

وقوله: والقول قول المالك» معلم - بالحاء - ولا يخفي عليك بعد ما ذكرنا في لفظ الكتاب في المسألة «وإن كان مطلقاً» فالمراد القسم الأول من الحالة الأولى.

المسألة الثانية: إذا قال المتصرف: أعرتني هذه الدابة والأرض وقال المالك؛ بل غصبتنيها، فإن لم تمضي مدة لمثلها أجره، فلا معنى لهذه المنازعة؛ إذ لم تفت العين، ولا المنفعة، ويرد المال إلى المالك، وإن كان النزاع بعد مضي مدة لمثلها أجره.

نقل المزني أن القول قول المستعير، وللأصحاب فيه ثلاثة طرق:

أظهرها: أن الحكم على ما ذكرنا في المسألة الأولى، فيفرق بين الدابة، وبين الأرض على طريق، ويجعلان على قولين في طريق؛ لأن المالك ادعى أجره المثل هاهنا، كما يدعي المسمى هناك، والأصل براءة الذمة. والثاني: القطع بأن القول قول المالك، بخلاف تلك المسألة لأنهما متفقان على الإذن هناك، وهاهنا المالك منكر له، والأصل عدمه، ومن قال بهذا خطأ المزني في النقل.

قال الشيخ أبو حامد: لكنه ضعيف؛ لأن الشافعي - رضي الله عنه - نص في «الأم» على ما نقله المزني.

الثالث: القطع بأن القول قول المتصرف؛ لأن الظاهر من حاله أنه لا يتصرف إلا على وجه جائز، هذا إذا تنازعا والعين باقية.

أما إذا كانت هالكة نظر إن هلكت بعد مضي مدة يثبت لمثلها أجره، فالمالك يدعي أجره المثل والقيمة بجهة الغصب، والمتصرف ينكر الأجرة، ويقره بالقيمة بجهة العارية، فالحكم في الأجرة على ما ذكرناه عند بقاء العين.

وأما القيمة فقد قال في «التهذيب»: إن قلنا: إن اختلاف الجهة يمنع الأخذ، فلا يأخذها إلا باليمين.

وإن قلنا: لا يمنع؛ فإن قلنا العارية تضمن ضمان الغصب، أو لم نقل به، ولكن كانت قيمته يوم التلف أكثر أخذها باليمين، وإن كانت قيمته يوم التلف أقل، أخذ بلا يمين، وفي الزيادة يحتاج إلى يمين، وإن هلكت عقيب القبض، وقبل مضي مدة يثبت لمثلها أجره لزمه القيمة، ثم قياس ما نقلناه عن «التهذيب» إلا أن يقال: إن جعلنا اختلاف الجهة مانعاً من الأخذ حلف، وإلا أخذ من غير يمين، وقضية ما ذكره الإمام أنه لا تخريج على ذكر الخلاف لا هذه الصورة، ولا ماذا كان الاختلاف بعد مضي مدة يثبت لمثلها أجره قال: لأن العين متحدة، ولا وقع الاختلاف في الجهة مع اتحاد العين:

والظاهر الأول. وقوله في الكتاب: «والقول قول المالك» معلم - بالواو - لما ذكرنا من اضطراب الطرق، وربما أعلم بالزاي - لأنه قال في «الوسيط»: قال المزني: «والقول قول الراكب»، وهذا ليس بقويم، لأن المزني لم يقل ذلك، ولا صار إليه، وإنما نقله عن الشافعي - رضي الله عنه - كما تقدم، ثم أخذ يعترض عليه، واختياره في المسألة تصديق المالك، كما اختار في المسألة الأولى، ولو قال المالك: غصبتنيها، وقال المتصرف: بل أجرتي.

فالجواب تفرعاً على الأصح أنه إن كانت العين باقية ولم تضر مده لمثلها أجره، فالمصدق المالك فإن حلف استرد المال، وإن مضت مدة لمثلها أجره، فالمالك يدعي أجره المثل، والتصرف بالمسمى، فإن استويا، أو كانت أجره المثل أقل أخذ بلا يمين، وإن كانت أجره المثل أكثر أخذ قدر المسمى بلا يمين، والزيادة باليمين.

قال صاحب «التهذيب»: ولا يجيء هاهنا خلاف اختلاف الجهة؛ كما لو ادعى المالك فساد الإجارة، والمتصرف صحتها يحلف المالك، ويأخذ أجره المثل، وإن كان الاختلاف بعد بقاء العين مدة في يد المتصرف، وتلفها، فالمالك يدعي أجره المثل والقيمة، والمتصرف يقر بالمسمى، وينكر القيمة، فللمالك أخذ ما يقر به بلا يمين، وأخذ ما ينكره باليمين، ولو قال المالك: غصبتني، وقال صاحب اليد: بل أودعتني،

فيحلف المالك على الأصح، ويأخذ القيمة إن تلف المالك، وأجرة المثل إن مضت مدة لمثلها أجرة<sup>(١)</sup>.

**المسألة الثالثة:** قال راكب الدابة، أكريتها، وقال المالك: بل أعرتها، فإن اختلفا والدابة باقية، فالمصدق المالك في نفي الإجارة؛ لأن الراكب يدعي استحقاق المنفعة عليه، والأصل عدمه، فإذا حلف استردها، فإن نكل حلف الراكب، واستحق الإمسك، ثم إن كان قد مضى مدة لمثلها أجرة، فالراكب يقر له بالأجرة، والمالك ينكرها، ولا يخفى حكمه، وإن كان الاختلاف بعد هلاك الدابة، فإن هلكت عقيب القبض، فالمذهب أن المالك يحلف، ويأخذ القيمة؛ لأن الراكب أتلف عليه ماله، ويدعي أنه أباحه له، والأصل عدمه، وخرج قول مما مر في المسألة الأولى أن المصدق الراكب؛ لأن الأصل براءة ذمته، وإن هلكت مدة لمثلها أجرة؛ فالمالك يدعي القيمة، وينكر الأجرة، والراكب يقر بالأجرة، وينكر القيمة.

فإن قلنا: اختلاف الجهة يمنع الأخذ حلف، وأخذ القيمة، ولا عبرة بإقرار الراكب. وإن قلنا لا يمنع، وهو الأصح، فإن كانت القيمة والأجرة سواء، أو كانت القيمة أقل أخذها بلا يمين، وإن كانت القيمة أكثر أخذ الزيادة باليمين.

## فرع:

إذا استعمل المتسعر العارية بعد رجوع المعير، وهو جاهل بالرجوع لم تلزمه الأجرة ذكره القفال<sup>(٢)</sup>.

(١) قال في الخادم: هذا الذي رجحه تبع فيه البغوي وكلامه في باب الإقرار يخالفه حيث قال: لو قال: أخذت منه ألفاً وعشرها بالوديعة وقال المقر له: بل غصبتها مني أن القول قول المقر على الأصح خلافاً للقفال. هذا كلام المصنف - رحمه الله - هناك ولا يجتمع مع المذكور هنا، ويوافق المذكور هناك قول الهروي في «الإشراق» أصل آخر من ادعى عقداً لا يقبل قوله دون النية بخلاف ما إذا قال المالك: غصبتني هذا الثوب، فقال القابض: بل أعرتني، فالقول قول القابض مع يمينه.

(٢) مثل هذا مشكل مخالف للقواعد، فإن التضمن لا يختلف بالجهل وعدمه كما يجب الضمان بفعل الساهي، وأجاب الزركشي بأن ذلك عند عدم تسليط المالك وما هنا قد جرى منه التسليط والأصل استمراره وهو المقصر بترك الأعلام نعم جزم به الرافعي من ذكر خلاف وحكايته عن القفال وحده لا معنى له، فإن الخلاف فيما إذا أباح منافع بستانه أو داره ثم رجع ولم يعلم المستنتج وانتفع، فهل الاعتبار من حالة الرجوع أو من حالة العلم حتى لا يلزمه أجرة تلك المدة، طرق ذكرها في باب القسم والنشور، ولا شك أن الخلاف في الإباحة والعارية واحد كما صرح به الجبلي وغيره.

## فرع:

إذا مات المستعير وجب على ورثته الرّد، وإن لم يطلب المعير<sup>(١)</sup>. والله أعلم.

(١) قال النووي: قال أصحابنا: الرد الواجب والمبريء، هو أن يسلم العين إلى المالك أو وكيله في ذلك. فلو رد الدابة إلى الإصطبل، أو الثوب ونحوه إلى البيت الذي أخذه منه، لم يبرأ من الضمان، وسيأتي إن شاء - الله تعالى - في باب الغصب بيان هذا واضحاً ولو رد الدابة إلى دار المعير، فلم يجده، فسلمها إلى زوجته، أو ولده، فإن سلمها إلى المدعي، فضاقت، فالمعير بالخيار، إن شاء ضمن المستعير، وإن شاء غرم الزوجة أو الولد. فإن غرم المستعير، رجع عليهما، وإن غرّمهما. لم يرجعا على المستعير. ينظر الروضة ٩١/٤.

## كِتَابُ الْغَضَبِ، وَفِيهِ بَابَانِ

### البَابُ الْأَوَّلُ فِي الضَّمَانِ

قال الغزالي: وفيه ثلاثة أركان: الأول: الموجب وهو ثلاثة: التّفويت بالمباشرة أو التّسبب أو إثبات اليد العاديّة، وحّد المباشرة إيجاد علة التّفكّر كالقتل والأكل والإخراق، وحّد السّبب إيجاد ما يخلّص الهلاك عنده لكن بعلة أخرى إذا كان السّبب ممّا يفضّد لتوّع تلك العلة فيجب الضّمان على المكره على إتلاف المال، وعلى من حفر بئراً في محلّ عدوان فتردّت فيه بهيمة إنسان، فإن رذاه غيره فعلى المرديّ تقديماً للمباشرة على السّبب.

قال الرافعي: للأصحاب في<sup>(١)</sup> التعبير عن معنى الغضب عبارات.

إحداها: أنه أخذ مال الغير على جهة التعدي، وربما يقال: الاستيلاء على مال الغير<sup>(٢)</sup>.

والثانية: وهي أعم من الأولى: أنه الاستيلاء على مال الغير بغير حق<sup>(٣)</sup>، واختار الإمام هذه العبارة، وقال: لا حاجة إلى التقيد بالعدوان، بل يثبت الغضب، وحكمه من غير عدوان، كما إذا أودع ثوباً عند إنسان، ثم جاء وأخذ ثوباً للمودع على ظن أنه ثوبه، أو لبسه المودع، وهو يظن أنه ثوبه.

والثالثة: وهي أعم من الأولىين حكى أبو العباس الرّوياني عن بعض الأصحاب إطلاق القول بأن كل مضمون على ممسكه، فهو مغضوب حتى المقبوض بالشراء

(١) في ط: طرق.

(٢) والاستيلاء يرجع فيه إلى العرف.

(٣) وقال الماوردي: الغضب منع الإنسان من ملكه والتصرف فيه بغير استحقاق، فإن منع ولم يتصرف، كان تعدياً على المالك دون الملك، فإذا أجمع التصرف والمنع ثم الغضب، لزم الضمان سواء نقل المغضوب من محله أم لا خلافاً لأبي حنيفة - رحمه الله - أنه لا يتم إلا بالنقل كما في «الهداية» ١٢/٤. ولو قال على حق الغير لكان أفضل لأنه يدخل تحته ما يصح غضبه ليس بمال كالكلب والسّرّجين وجلد الميتة، ونحو ذلك كعبة الحنطة وحق التحجر، وكذا المنافع كإقامة من قعد بمسجد أو موات وأستحق سكنى بيت برياط.

الفاسد والوديعة إذا تعدى فيها المودع، والرهن إذا تعدى فيه المرتهن.

وأشبهه العبارات وأشهرهما الأولى، وفي الصورة المذكوره الثابت الغضب لا حقيقته<sup>(١)</sup>، وفي الكتاب والسنة ما يدل على تحريم الغضب، ويشير إلى جمل من أحكامه، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [البقرة/ ١٨٨] وعن أبي بكر أن - النبي صلى الله عليه وسلم - قال في خطبته يوم النحر: (إِنَّ أَمْوَالَكُمْ وَدِمَاءَكُمْ وَأَعْرَاضَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا فِي بَلَدِكُمْ هَذَا فِي شَهْرِكُمْ هَذَا)<sup>(٢)</sup> وعن سمرة أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: (عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ)<sup>(٣)</sup>.

وعن إبي هريرة أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: (مَنْ غَضَبَ شَيْئاً مِنْ أَرْضِ طَوْفَةِ اللَّهِ - تَعَالَى - مِنْ سَبْعِ أَرْضِينَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ)<sup>(٤)</sup>.

(١) قال النووي: كل هذه العبارات ناقصة، فإن الكلب وجلد الميتة وغيرهما مما ليس بمال لا يدخل، فيها مع أنه يغضب، وكذلك الاختصاصات بالحقوق، فلاختيار أنه الاستيلاء على حق الغير بغير حق.

قيل: إدخال «أل» على غير ممتنع وإن كثر في السنة الفقهاء، وزاد القاضي الحسين في التوقف جهراً ليخرج به السرقة واستحسنه في «الشرح الصغير»، وعن «الكافي» لو انتزع المغصوب ليرده لمالكه، فتلف قبل إمكان الرد أو رأى مال غيره يغرق أو يحترق، فأخذه حسبه ليرده، فتلف قبل إمكان الرد أو استنقذ شاة من الذئب ليردها على مالكها وهو يعرفه، فتلف قبل إمكان الرد، أو وقعت بقرة في الوحل فجرها لمالكها فماتت، لا بسبب الجر، ففي الضمان في هذه الصور وجهان والأصح عندي لا ضمان عليه في هذه الصور الثلاث وجهاً واحداً بخلاف أخذ المغصوب للرد، لأنه كان مضموناً على الغاصب فيبقى كذلك. وقال الشيخ في آخر الجمالة: ولا خلاف أنهما لو كانا ببادية فمات أحدهما، أخذ الآخر ماله وأوصله ورثته ولا يكون مضموناً. قال القاضي الحسين: وكذا لو غشي عليه ولم يمكنه المقام عنده. قال القاضي في وجوب أخذ المال: إذا كان أميناً قولان كاللقطعة. قال الأذري: واعلم أن القاضي الحسين، قال في آخر باب اللقيط من تعليقه أنه لو وقع لعبد غيره شيئاً يوصله إلى بيته من غير إذن مالكة، كان غاصباً لأن مثل هذا يدخله في ضمانه بالعارية، وما ضمن في العارية ضمن الغضب. هكذا جزم به وطرده فيما إذا استعمله في شغل. قال ابن الرفعة: ولم نعرف بين كونه أعجمياً يرى وجوب طاعة أمره أو لا، وهذا إن سلم ورد على الحد الذي اختاره المصنف وغيره في العبادات، ثم رأيت عن البغوي بعد كلام القاضي أنه لا يضمن إلا إذا اعتقد طاعة الأمر كالأعجمي والصغير وعبد المرأة مع زوجها.

(٢) أخرجه البخاري (٥٥٥٠) ومسلم (١٦٧٩).

(٣) تقدم.

(٤) البخاري ١٢٣/٥ ما في المعالم: باب إثم من ظلم شيئاً من الأرض (٢٤٥٢)، وأخرجه ٦/ ٢٩٣، ما في كتاب بدء الخلق: باب ما جاء في سبع أرضين (٣١٩٨)، ومسلم ٣/ ١٢٣١، من المسافاة: باب تحريم الظلم وغضب الأرض (١٤٠/ ١٦١٠)، والبيهقي في السنن ٦/ ٩٨ - ٩٩ والطبراني في الصغير ١/ ٩٩ وأبو نعيم في الحلية ١/ ٩٩.

والإجماع منعقد على تحريم الغضب، وتعلّق الضمان به. ثم المغضوب إما أن يتلف قبل العود إلى يد المالك، أو لا يتلف، وينتد فإما أن يعود إلى المالك من غير تغيير فيه، وإما أن يتغير بطاريء، فخص المصنف كلام الكتاب في باين:

أحدهما: في الضمان عند التلف.

والثاني: في الطوارئ وأحكامها.

أما الأول: فالحاجة فيه إلى معرفة ما يوجب الضمان، وما يجب ضمانه، وما يوجب ضماناً فهذه ثلاثة أركان:

**الأول:** الموجب والغضب وإن كان موجبا للضمان فالموجب غير منحصر فيه، بل الإلتلاف أيضاً موجب، بل هو أقوى، فإنه بمجردة يوجب إشغال الذمة بالضمان، والغضب بمجردة لا يوجهه، وإنما يوجب دخول المغضوب في ضمانه حتى إذا تلف اشتغلت الذمة بالضمان، الإلتلاف قد يكون بالمباشرة، وقد يكون بالسبب، فصارت الأسباب ثلاثة:

التفويت بالمباشرة، والتفويت بالتسبب، وإثبات اليد العادية، وهو الغضب أما التفويت بالمباشرة والتسبب، فأول مبدئه بيانهما، والفرق بينهما.

واعلم أن ماله مدخل في هلاك الشيء إما أن يكون يضاف إليه الهلاك في العادة إضافة حقيقية، أو لا يكون كذلك، ومالا يكون كذلك، فإما أن يكون بحيث يقصد بتحصيله حصول ما يضاف إليه الهلاك، أو لا يكون كذلك، الذي يضاف إليه الهلاك يسمى علّة، والإتيان به مباشرة، ومالا يضاف إليه الهلاك، ويقصد بتحصيله ما يضاف إليه يسمى سبباً والإتيان به تسبباً هذا القصد، والتوقع قد يكون لتأثير بمجردة فيه، وهو علة العله، وقد يكون بانضمام أمور إليه هي غير بعيدة الحصول، وقد يخص اسم السبب بالنوع الأول، وعلى ذلك جرى صاحب الكتاب في أول «الكتاب الجراح».

وأما هاهنا فإنه فسر السبب بمطلق ما يقصد به حصول العلة، وفسره في «الآيات» بما هو أعم من ذلك، فقال: السبب ما يحصل الهلاك عنده بعلة سواه، ولكن لولاه لما أثمرت العلة، فلم يعتبر إلا أنه لا بد منه، وعلى هذا التفسير فكل شرط سبب<sup>(١)</sup>. ولما

(١) الشرط هو وصف منضبط يلزم من عدمه عدم الحكم، ولا يلزم من وجوده وجود الحكم ولا عدمه، كالطهارة بالنسبة للصلاة؛ إذ يلزم من عدم الطهارة عدم صحة الصلاة ولا يلزم من وجود الطهارة وجود صحة الصلاة ولا عدمها، وكالقدرة على تسليم المبيع بالنسبة لصحة البيع، فإنه يلزم من عدم القدرة على تسليم المبيع عدم صحة البيع، ولا يلزم من وجودها وجود صحة البيع ولا عدمه، وهكذا في كل شرط مع مشروطه.



فُسر في الأبواب بتفاسير مختلفة اختلفه اعتبار الحُفر مع التردّي، فسمي الحفر هاهنا، وفي «الدييات» سبباً وامتنع منه في أول الجراح، واقتصر على تسميته شرطاً، وفي الجملة فيكفي للتأثير في الأموال مالا يكفي به للتأثير في القصاص، والحكم المقصود لا يختلف باختلاف التعبيرات، والاصطلاحات، ولكن كان الأحسن الاستمرار على تفسير واحد وتعليق الأحكام عليه، ثم إنه اندفع في بيان صور من مسمي المباشرة والتسبب، والمباشرة لقتل والأكل والإحراق، ومن التسبب الإكراه على إتلاف مال الغير، فإن الإكراه مما يقصد لتحصيل الإتلاف، ومنه إذا حفر بئراً في محل عدواناً، فتردّت فيها بهيمة، أو عبد أو حر، فإن ردّاً غيره فالضمان على المردي؛ لأن المباشرة تتقدم على السبب والكلام فيه، وفي موضع عدوان الحفر الحفر يستقصي في «الجنائيات» إن شاء الله تعالى.

وقوله في الكتاب: «والموجب وهو ثلاثة» ظاهره يقتضي حصر أسباب الضمان في الثلاثة، وقد يقال: كيف حصرها في الثلاثة وله أسباب آخر الاستيلاء والاستعارة وغيرها؟

(والجواب) أنه يجوز أن يريد الأسباب الذي ضمنها قد ماء الأصحاب هذا الباب، فأما ما عداها فلها مواضع مفردة.

وقوله: «التفويت بالمباشرة أو التسبب أو إثبات اليد العادية» إدخال «أو» في السبب حسن؛ لأنه طريق للتفويت، كما أن المباشرة طريق، لكن إدخالها في إثبات اليد العادية لا يحسن؛ لأنه سبب للضمان برأسه لا لأنه طريق للتفويت.

وقوله: «وحد المباشرة إيجاد علة التلف» أي إيجاد علة التفويت ولفظ «الإيجاد» لا يستحبه المتكلم إلا أن المعنى فيه مفهوم وأراد بـ «علة التلف» ما ذكرناه من أنه يضاف

= والسبب هو وصف ظاهر منضبط يلزم من وجود الحكم ومن عدمه عدم الحكم، وذلك كدخول وقت الصلاة فإنه سبب لوجوبها إذ يلزم من وجود الوقت وجوب الصلاة. ومن عدمه عدم وجوبها. وكالقتل العمد العدوان، فإنه سبب لوجوب القصاص، إذ يلزم من وجوب القتل العمد العدوان وجوب القصاص، ويلزم من عدمه عدم وجوب القصاص، وهكذا في كل سبب مع الحكم المترتب عليه.

وهنا يمكن أن يقال: إن السبب يشبه الركن من جهة ارتباط المسبب بالسبب وجوداً وعدمًا، كارتباط الحقيقة بأركانها وجوداً وعدمًا، إلا أن السبب أمر خارج عن حقيقته المسبب وليس جزءاً منها، فالقراءة سبب للإرث وليس جزءاً من حقيقته وكذا كل سبب بالنسبة إلى الحكم الذي ربط به. بخلاف الركن فإنه جزء ذاتي من ماهية ذي الركن، فالقراءة مثلاً جزء من الصلاة وحقيقتها، إذ هي أقوال وأفعال إلى آخر ما ذكر في تعريفها. وكذا كل ركن مع صاحب ذلك الركن.

إليه التلف في العرف، وإنما قلنا: إنه أضافه حقيقته؛ لأن الهلاك قد يضاف إلى السبب فيقال: هلك مال فلان بسعاية فلان، لكنه مجاز بدليل صحة النفي عنه.

وقوله: «إيجاد ما يحصل الهلاك عنده لفظه هاهنا ليست للحصر والمقارنه، وإنما المراد عقبيه، أو ما أشبه ذلك.

وقوله: «إذا كان السبب» إعادة لفظ «السبب» في حد السبب، وتفسيره مما لا يتحسن، ولو طرحه لا تنظم الكلام، والله أعلم.

قال الغزالي: وَلَوْ فَتَحَ رَأْسَ زُقٍّ فَهَبَّتْ رِيحٌ وَسَقَطَ وَضَاعٌ فَلَا ضَمَانَ، لِأَنَّ الضَّمَانَ بِالرِّيْحِ وَلَا يَقْصَدُ بِفَتْحِ الزُّقِّ تَحْصِيلَ الْهُبُوبِ، فَهُوَ كَمَا لَوْ فَتَحَ الْحِرْزَ فَسَرَقَ غَيْرُهُ، أَوْ دُلَّ سَارِقًا فَسَرَقَ، أَوْ بَنَى دَارًا فَأَلْقَى فِيهَا الرِّيْحَ ثَوْبًا، أَوْ حَبَسَ الْمَالِكُ عَنِ الْمَاشِيَةِ حَتَّى هَلَكَتْ فَلَا ضَمَانَ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ، وَكَذَا إِذَا نَقَلَ صَبِيًّا حُرًّا إِلَى مَضِيْعَةٍ فَأَنْتَرَسَهُ سَبْعَ، وَلَوْ نَقَلَهُ إِلَى مَسْبَعَةٍ أَوْ فَتَحَ الزُّقَّ. حَتَّى أَسْرَقَتِ الشَّمْسُ وَأَدَابَتْ مَا فِيهِ فَفِي الضَّمَانَ خِلَافٌ، لِأَنَّ ذَلِكَ يَتَوَقَّعُ فَيَقْصَدُ، وَكَذَلِكَ نَقُولُ: إِذَا غَضِبَ الْأَمْهَاتِ وَحَدَّثَتِ الرُّوَايِدُ وَالْأَوْلَادُ فِي يَدِهِ مَضْمُونَةٌ وَكَانَ ذَلِكَ تَسْبِيًّا إِلَيَّ إِثْبَاتِ الْيَدِ، وَلَوْ فَتَحَ قَفْصَ طَائِرٍ فَوَقَّفَ ثُمَّ طَارَ لَمْ يَضْمَنْ لِأَنَّهُ مُخْتَارٌ، وَإِنْ طَارَ فِي الْحَالِ ضَمِنَ، لِأَنَّ الْفَتْحَ فِي حَقِّهِ تَنْفِيْرٌ، وَكَذَا الْبَهِيْمَةُ وَالْعَبْدُ الْمَجْنُونُ الْمُقَيَّدُ بِمَنْزِلَةِ الْبَهِيْمَةِ، وَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ عَاقِلًا فَلَا يَضْمَنْ مَنْ فَتَحَ بَابَ السُّجْنِ وَإِنْ كَانَ أَبَقًا، وَلَوْ فَتَحَ رَأْسَ الزُّقِّ فَتَقَاطَرَتِ قَطْرَاتٌ وَابْتَلَّ أَسْفَلُهُ وَسَقَطَ ضَمِنَ؛ لِأَنَّ التَّقَاطُرَ حَصَلَ بِفِعْلِهِ، وَلَوْ فَتَحَ الزُّقَّ عَنْ جَامِدٍ فَقَرَّبَ الْغَيْرُ النَّارَ مِنْهُ حَتَّى ذَابَ وَضَاعٌ فَالثَّانِي بِالضَّمَانَ وَلِي، وَقِيلَ: لَا ضَمَانَ عَلَيْهِمَا.

قال الرافعي: في الفصل مسألتان: (١)

أحدهما: لو فتح رأس زُقٍّ، فضاع ما فيه نظر إن كان مطروحاً على الأرض فاندفق ما فيه بالفتح ضمن، وإن كان منتصباً لا يضيع ما فيه بالفتح لو بقي كذلك، لكنه سقط نظر إن سقط بفعله بأن كان يحرك الوكاء ويجد به حق أفض إلى السقوط ضمن؛ لأنه والحالة هذه فتح رأسه وأسقطه، وكذلك لو سقط بما يقصد تحصيله بفعله كما لو فتح رأسه فأخذ ما فيه في التقاطر شيئاً فشيئاً حتى أميل أسفله وسقط، ضمن لأن السقوط بالميلان الناشئ من الابتلال الناشئ من التقاطر الناشئ من الفتح وهو مما يقصد تحصيله بالفتح، وإن سقط بأمر عارض من زلزلة، أو هبوب ريح، أو وقوع طائر

فلا ضمان؛ لأن الهلاك لم يحصل بفعله، والا فعله مما يقصد به تحصيل ذلك العارض.

وعن مالك فيما ذكره المَسْعُودِيُّ أنه يجب الضمان؛ لأنه لولا الفتح لما ضاع ما فيه بالسقوط، ولو جاء إنسان واسقط، فالضمان عليه لا على الفاتح، ولو أنه لما فتح رأسه أخذ ما فيه من الخروج، ثم جاء آخر ونكسه مستعجلاً فضمن الخارج بعد التنكيس عليهما كالخارجين، أو على الثاني وحده كالخارج مع الخارج فيه وجهان:

أصحهما: الثاني هذا إذا كان ما في الزَّق مائعاً أما إذا كان جامداً، فشرقت الشمس فأذابته فضاع، أو ذاب بمرور الزمان، وتأثير حرارة الهواء فيه وجهان: أحدهما: أن الضياع إنما حصل بعارض الشروق، فأشبهه هبوب الريح.

وأصحهما: الوجوب؛ لأن الشمس تذيب ولا تخرج، فيكون الخروج بفعله وكان الشمس كما يعلم شروقها، فيكون الفاتح معرضاً لما فيه للشمس، وذلك تضييع بخلاف هبوب الريح فإنه مما ينتظر.

وعن القاضي الحُسَيْن: إجراء الوجهين فيما إذا زال أوراق الكروم، وجرّد عنا قيدها للشمس حتى أفسدها، وطرده أيضاً فيما إذا ذبح شاة إنسان، فهلكت سخلتها، أو حمامته فهلك فرخها لفقدان ما يصلح لهما.

ولو جاء آخر وقرب ناراً من الجامد حتى ذاب وضاع فوجهان:

أحدهما: أنه لا ضمان على واحد منهما أما الأولى فلأن مجرد الفتح لا يقتضي الضمان.

وأما الثاني فلأنه لم يتصرف في الظرف ولا في المظروف.

وأظهرهما وهو اختيار صاحب «المهذب»: وجوب الضمان على الثاني؛ لأن تقرب النار منه تصرف بالتضييع والإتلاف، والوجهان جاريان في تقريب الفاتح النار منه، وفيما إذا كان رأس الزق مفتوحاً فجاء إنسان وقرب منه النار، ولو حل رباط سفينة، فغرقت بالحل ضمن، ولو غرقت بسبب حادث من هبوب الريح أو غيره لم يضمن، وإن لم يظهر سبب حادث فوجهان مذكوران في «المهذب»، وليكن الأمر كذلك في «مسألة الزق» إذا لم يظهر حادث لسقوطه<sup>(١)</sup>.

الثانية: لو فتح قفصاً عن طائر وهَيَّجَه حتى طار ضمنه<sup>(٢)</sup>، لأنه أتلفه على مالكة،

(١) قال الزركشي وهو الأقرب للشك في الموجب، والثاني: يضمن لأن الماء أحد المتلفات.

(٢) لأنه طار بفعله، وللإجماع كما قاله الماوردي.

وإن لم يزد على فتح القفص، فطار الطائر، فإما أن يطير في الحال، أو يقف ثم يطير.  
فأما في الحالة الأولى فطريقان.

أظهرهما: أن في وجوب الضمان قولين:

أحدهما: أنه لا يلزمه الضمان؛ لأن للحيوان قصداً واختياراً، ألا ترى أنه يقصد ما ينفعه، ويتوقى المهلك، وغاية الموجود من الفاتح التسبب إلى تضييعه، فتقدم عليه مباشرة الطائر واختياره.

وأظهرهما: للزوم؛ لأن الطائر ينفر ممن يقرب منه، فإذا طار عقيب الفتح أشعر ذلك بأنه نفره.

والثاني: القطع بالقول الثاني؛ ومنهم من فرق بين أن يخرج الطائر من غير اضطراب، وبين أن يضطرب، ثم يخرج فبدل ذلك على فزعه وتنفره.

وأما في الحالة الثانية فطريقان أيضاً:

أحدهما: أنه على قولين.

وأظهرهما: القطع بنفي الضمان، لأن الطيران بعد الوقوف أمانة ظاهرة على أنه طار باختياره. وإذا اختصرت قلت في المسألة ثلاثة أقوال:

أحدها: أن يضمن مطلقاً، وبه قال مالك وأحمد، واختاره أبو خلف السلمي، والقاضي الروياني وغيره من الأصحاب.

وثانيها: لا يضمن مطلقاً.

وأظهرها: أنه يضمن إن طار في الحال، ولا يضمن إن وقف ثم طار وروى عن أبي حنيفة مثله، وأيضاً مثل القول الثاني وهو أشهر، ذكر العراقيون أن الثاني هو قوله في القديم.

وفي «التهذيب» عن طريقة القولين في الحالة الثانية أن القديم لا يضمن، وفيما جمع من «فتاوى القفال» وغيره تفريعاً على وجوب الضمان إذا طار في الحال أنه لو ثبت هرة، كما لو فتح القفص ودخلت، وقتلت الطائر لزمه الضمان، كأنهم جعلوا الفتح إغراء للهرة كما أنه تنفير للطائر، وأنه لو كان القفص مغلقاً، فاضطرب بخروج الطائر، وسقط وانكسر وجب ضمانه على الفاتح، وأنه لو كسر الطائر في خروجه قارورة أنسان لزمه ضمانه؛ لأن فعل الطائر منسوب إليه<sup>(١)</sup>، وأنه لو كان شعير في جراب مشدود

(١) وقضية التعليل أن محل ذلك إذا كانت حاضرة، وإلا فهو كمروض ربح بعد فتح الزق فلا يضمن، وبه صرح السبكي وغيره.

الرأس، ويجنبه حمار ففتح فاتح رأسه فأكله الحمار في الحال لزمه الضمان، وإذا حل رباط بهيمة أو فتح الاصطبل، فخرجت وضاعت<sup>(١)</sup>، فالحكم على ما ذكرنا في فتح القفص، وحكى الإمام أن شيخه أبا محمد كان يثبت الفرق بين الحيوان النافر بطبعه والأنس، ويجعل خروج الإنس على الاتصال كخروج النافر على الانفصال.

قال: وهذا منقاس، ولكني لم أراه إلا له.

وإذا خرجت البهيمة في الحال، وأتلفت زرع إنسان فعن القفال: أنه إن كان نهراً لم يضمن، وإن كان ليلاً ضمن كما في دابة نفسه.

وقال العريون: لا يضمن إذ ليس عليه حفظ بهيمة الغير عن الزرع عليه<sup>(٢)</sup>.

ولو حل قيد العبد المجنون أو فتح باب السجن فذهب، فهو كما لو حل رباط البهيمة، وإن كان عاقلاً نظر إن لم يكن أبقاً فلا ضمان؛ لأن له اختياراً صحيحاً، وذهابه محال عليه، وإن كان أبقاً ففيه خلاف للأصحاب منهم من جعل حل قيده كحل رباط البهيمة؛ لأنه أطلقه، وقد اعتمد المالك ضبطه فأتلفه عليه، فعلى هذا يجيء فيه التفصيل السابق، وهذا ما أورده في «التهذيب».

والأظهر: أنه لا ضمان بحال كما في غير الآبق، وهو المذكور في الكتاب.

. ولو وقع طائر على جداره، فنفره لم يضمن؛ لأنه كان ممتنعاً من قبل، ولو رماه في الهواء فقتله ضمن، سواء كان في هواء داره، أو في غيره، إذ ليس له المنع الطائر من هواء ملكه، هذا شرح المسألتين، وكانت صورة المسألة الأولى مبددة في الكتاب، فنظمها، وقد أدرج وفي خلالها صوراً للاستشهاد لانهملها، وإن كانت تأتي في الشرح في مواضعها.

منها لو فتح باب الجرز فسرق غيره، أو دُلَّ سارقاً فسرق أو أمر غاصبا حتى غصب، أو بنى داراً فألقت الريح فيها ثوباً فضاع لا ضمان عليه؛ لم يوجد منه إثبات يد

(١) في ط: فضاعت.

(٢) قال النووي قطع ابن كج بما قاله القفال. قال ابن الرفعة: ولمن خالف العراقيين أن يقول: ليس تضمينه لترك الحفظ، بل للتسليط على الإتيان. وقال البلقيني: الصواب أنه يضمن مطلقاً؛ لأنه متعد بإخراجها بخلاف الإنسان في دابة نفسه. قال: وسألت عن رجل ركب دابة غيره في المرعى، ثم نزل عنها فجاءت إلى الجرن، فردها الحارس فرفسته فكسرت أسنانه ولم يكن أحد معها، وذلك بالنهار، فأفتيت: أنه لا ضمان على صاحبها ولا على الذي ركبها بخلاف ما صوبته هنا، والفرق أن التعدي تم بالإخراج بخلاف من وجدها خارجة، وقال الشيخ زكريا في «أسنى المطالب» وفيما قاله وقفه.

على المال، ولا مباشرة إتلاف ولا تسبب يمكن تعليق الضمان به.  
أما في الصورة الأخيرة فلا تسبب أصلاً، لأنه لا يقصد ببناء الدار ذلك، وأما فيها سواها فلأنه طرأ عليه مباشرة المحتاز فانقطعت الإضافة إلى السبب.

ونها لو حُجِسَ المالك عن ماشيته حتى تلفت لا ضمان عليه، لأنه لم يتصرف في المال، ولكنه تصرف في المالك، وكان هذا التصوير فيما إذا لم يقصد منعه عن الماشية، وإنما القصد حبسه فأفضى الأمر إلى هلاكها؛ لأن أبا سعيد المتولي أجرى الوجهين المذكورين فيما إذا فتح الزق عن جامد، فذاب ما فيه بشروق الشمس وضاع وفيها إذا كان زرع ونخيل، وأراد سوق الماء إليهما، فمنعه ظالم من السقي حتى فسدت هل يلزمه الضمان<sup>(١)</sup>؟

ومنها: لو نقل صبيّاً حراً إلى مضيعة فاتفق سبع فافترسه لا ضمان عليه إحالة للهلاك على اختيار الحيوان، ومباشرته، وأنه لا يقصد بالنقل ذلك.

أما إذا كان نقله إلى مسبحة<sup>(٢)</sup> فافترسه سَبْعٌ، فقد حكى صاحب الكتاب وجهين إلحاقاً بالوجهين في مسألة شروق الشمس.

والمشهور من مذهبتنا أنه لا ضمان، وإنما يوجهه أبو حنيفة.

وأما قوله: «وكذلك نقول إذا غصب الأمهات وحدثت الزوائد والأولاد في يده مضمونة» فهذا وإن كان مذكوراً على سبيل الاستشهاد، لكنه يشتمل على مسألة مقصودة في الباب، وهي أن زوائد المغصوب منفصلة كانت كالولد والثمرة والبيض، أو متصلة كالسمن، وتعلم الصنعة مضمونة على الغاصب كالأصل، سواء طالبه المالك بالرد أو لم يطالبه، وبه قال أحمد. وقال أبو حنيفة هي أمانة لا يضمنها إلا بما يضمن سائر اومانات، ويروي مثله عن مالك.

لنا أن غَضْبَ الأم يتضمن منع حصول الولد من يد المالك، فليكن كإزالة يده عنه كما أن من غَرَّ بحرية أمه فأحبها كان الولد حراً، وضمن قيمته لأن باعتقاد حرية الأم يقع دخول الولد في ملكه، فجعل كإتلاف ملكه، وأيضاً فإن اليد العادية مضمونة كالإتلاف ثم الإتلاف قد يكون على سبيل المباشرة وقد يكون على سبيل التسبب، وكذلك اليد وإثبات اليد على الأصول تسبب إلى إثبات اليد على الأولاد، فليتعلق به

(١) قال النووي: الأصح في صورتني الحبس عن الماشية والسقي: أنه لا ضمان، بخلاف فتح الزق لئنا ذكرنا أنه لم يتصرف في المال. ينظر روضة الطالبين ٩٧/٤.

(٢) المسبحة بفتح الميم والباء اسم للأرض الكثيرة السباع، ويجوز ضم الميم وكسر الباء، أي ذات سباع. قال ابن سيده.

الضمان، وهذا معنى قوله في الكتاب: «وكان ذلك تسبباً إلى إثبات اليد» واستشهد بالمسألة بقوله: «إن ذلك يتوقع فيقصد» ولنترد هذه القاعدة ذهب بعضهم إلى أنه إذا غصب هادي القطيع، فتبعه القطيع أو البقرة فتبعها العجل يضمن القطيع والعجل<sup>(١)</sup>، والله أعلم.

قال الغزالي: أَمَا إِثْبَاتُ الْيَدِ فَهِيَ مُضْمَنٌ، وَإِذَا كَانَ عُدْوَانًا فَهِيَ غَضَبٌ، وَالْمُودِعُ إِذَا جَحَدَ فَهِيَ مِنْ وَقْتِ الْجُحْدِ غَاصِبٌ، وَإِثْبَاتُ الْيَدِ فِي الْمَنْقُولِ بِالنَّقْلِ إِلَّا فِي الدَّابَّةِ فَيَكْفِي فِيهَا الرُّكُوبُ (و)، وَفِي الْفَرَسِ الْجُلُوسُ عَلَيْهِ فَهِيَ غَايَةُ الْاسْتِيْلَاءِ، وَفِي الْعَقَارِ (ح) يَثْبُتُ الْغَضَبُ بِالِدْخُولِ وَإِزْعَاجِ الْمَالِكِ، وَإِنْ أَزْعَجَ وَلَمْ يَدْخُلْ لَمْ يَضْمَنْ. وَإِنْ دَخَلَ وَلَمْ يُزْعِجْ وَلَمْ يَقْصِدِ الْاسْتِيْلَاءَ لَمْ يَضْمَنْ، وَإِنْ قَصَدَ صَارَ غَاصِبًا لِلنُّصْفِ وَالنُّصْفُ فِي يَدِ الْمَالِكِ، وَالضَّعِيفُ إِذَا دَخَلَ دَارَ الْقَوِيِّ وَهُوَ فِيهَا وَقْصَدَ الْاسْتِيْلَاءَ لَمْ يَضْمَنْ، لِأَنَّ الْمَقْصُودَ غَيْرَ مُمَكِّنٍ، وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الْقَوِيُّ فِيهَا ضَمِنَ لِأَنَّهُ فِي الْحَالِ مُسْتَوِلٌ وَأَثَرُ الْقُوَّةِ فِي الْقُدْرَةِ عَلَى الْإِتْرَاعِ، فَهُوَ كَمَا لَوْ غَضَبَ قَلْنَسُوةَ مَلِكٍ ضَمِنَ فِي الْحَالِ.

قال الرافعي: السبب الثالث إثبات اليد العادية ينقسم إلى مباشرة بأن يغصب الشيء، ويأخذه من مالكه، وإلى التسبب وهو في الأولاد وسائر الزوائد، كما مر أن إثبات اليد على الأصول سبب إلى إثباتها على الفروع:

وقوله في الكتاب: «إثبات اليد فهو مضمن» يعني إثبات اليد العادية، كما ذكرنا في أول الركن لا مطلق إثبات اليد.

وقوله: «إذا كان عدواناً فهو غصب» يعني إذا كان عدواناً بمباشرة، ويمكن أن يحمل قوله: «إن إثبات اليد مضمون» على أنه جهة للضامن في الجملة، فإذا انضمت إليه العدوانية، فهو غصب إما بالمباشرة أو بالتسبب، وهذا أحسن، واللفظ إليه أقرب، لكنه صرح بالأول في «الوسيط» والظاهر أنه أراد هاهنا ما صرح به هناك.

وقوله: «إذا جحد فهو من وقت الجحود غاصب» هذه الصورة وحكمها مذكورة

(١) ولم يعقبه بتكبير وأعاد المسألة في السرقة وذكر وجهين من غير ترجيح، وفي «المطلب» أن الأصح الضمان. ويشهد له قول الأصحاب أنه إذا كان بيده دابة، وخلفها ولدها فأتلف شيئاً، ضمنه كما يضمن ما تتلفه أمه، فلو لم يكن في يده لم يضمنه. قال في «المطلب»: والذي يظهر فيما إذا غصب أم النحل، فتبعها النحل أنه يضمن وجهاً واحداً لاطراد العادة تبعية لها. وقال الشيخ زكريا في «أسنى المطالب». وما استشهد به لا شاهد فيه لجواز حمله على ما إذا وضع يده على الولد كما هو الغالب بقريته ما نظر به.

في «الوديعة»، والداعي إلى ذكرها في هذا الموضع أن أبا حنيفة يقول: غاصب الأصل وإن اثبت اليد على الولد، لكنه لم تزل يد المالك، والغصب عبارة عن إزالة يد المالك، فمنع الأصحاب اعتبار قيد الإزالة في الغُصْب، واحتجوا عليه أن المودع من وقت الجحود غاصب، وبأنه لو طولب بولد المغصوب، فامتنع كان غاصباً، وإن لم تزل يد المالك، ولمن ينازع أن يقول: لا غصب في الصورتين، لكنه يضمن ضمان المغصوب لتقصيره في الأمانة في الجحود والامتناع، ثم تكلم فيما تثبت به اليد العادية في العقار والمنقول.

أما المنقول فالأصل فيه النقل، لكن لو ركب دابة الغير، أو جلس على فراشه، ولم يتقله فقد حكى الإمام فيه وجهين:

أحدهما: أنه لا بد من النقل، كما لا بد منه في قبض المبيع، وسائر العقود.

وأصحهما وهو المذكور في الكتاب: أنه يكون غاصباً لحصول غاية الاستيلاء بصفة الاعتداء، ولمن نصره أن يجيب عن احتجاج الأول بأن القبض في البيع له حكمان: دخول في ضمانته، وذلك حاصل بالركوب والجلوس من غير نقل.

والثاني: تمكنه من التصرف، فالركوب إما أن يكون بإذن البائع، أو دون إذنه، فإن أذن البائع فالتمكن حاصل، وإن لم يأذن فلا يتمكن، لكن الحكم في النقل بغير إذنه مثله، فإذا لا فرق، ويشبه أن تكون المسألة مصورة فيما إذا قصد الراكب أو الجالس الاستيلاء أما إذا لم يقصده ففي «التتمة» في كونه غاصباً وجهان.

قال: وهذا كان المالك غائباً، أما إذا كان حاضراً، فإن زعجه وجلس على الفراش ضمن، وكذا إن لم يزعجه، وكان بحيث يمنعه من دفعه والتصرف فيه، وقياس ما سيأتي في نظيره في العقار ألا يكون غاصباً إلا لنصفه والله اعلم.

وأما العقار فإما أن يكون مالكة فيه أو لا يكون إن كان فيه فأزعجه ظالم، ودخل الدار بأهله على هيئة من يقصد السكني فهو غاصب، سواء قصد الاستيلاء، أم لم يقصد، فإن وجود نفس الاستيلاء يغني عن قصده، ولو سكن بيتاً من الدار، ومنع المالك عنه دون باقي الدار، فهو غاصب لذلك البيت دون باقي الدار، فإن أزعج المالك، لكنه لم يدخل الدار فقد أطلق هاهنا.

وفي «الوسيط» أنه لا يضمن، واعتبر دخول الدار في غضبها، لكن قدم في «البيع» أنه لا يعتبر في قبض العقار دخوله والتصرف فيه، وإنما المعتبر التمكّن من التصرف بالتخلية، وتسليم المفتاح إليه، وإذا كان حصول التمكين بتمكين البائع قبضاً، وجب أن يكون حصوله بالتسليط في أخذ المفتاح بالقهر غصباً، وإن لم يوجد الدخول،



وهذا ما يدل عليه كلام عامة الأصحاب، فإنهم لم يعتبروا إلا الاستيلاء ومنع المالك عنه، ولم يذكر الإمام المسألة كما ذكرها صاحب الكتاب، ولكن قال: لا يحصل الغضب بنفس الإزعاج، فإنه بمثابة منع المالك عن ماشيته، وحمل هذا على ما ذكره الأكثرون هين، ولو لم يزجج المالك، ولكنه دخل واستولى مع المالك كان غاصباً لنصف الدار لاجتماع يدهما واستلائهما عليه، نعم لو كان الداخل ضعيفاً والمالك قوي لا يعد مثله مستولياً ولم يكن غاصباً لشيء من الدار ولا عبره بقصد مالا يتمكن من تحقيقه أما إذا لم يكن مالك العقار فيه ودخل على قصد الاستيلاء فهذا غاصب وإن كان الداخل ضعيفاً وصاحب الدار قوياً لأن الاستيلاء حاصل في الحال واثرة قوة المالك سهولة ازالته والانتزاع من يده فكان كما لو سلب قلنسوة ملك يكون غاصباً وإن سهل على المالك انتزاعها وتأديبه.

وفيه وجه أن لا يكون غاصباً، لأن مثله في العرف يعد هزءاً، ولا استيلاء وإن دخله لا على قصد الاستيلاء بل لينظر هل يصلح له أو ليتخذ مثله لم يكن غاصباً.

قال في «التتمة» لكن لو أنهدمت في تلك الحالة هل يضمنها فيها وجهان.

أحدهما: نعم؛ كما لو أخذ منقولاً من بين يدي مالكة لينظر هل يصلح له ليشتريه، فتلف في تلك الحالة فإنه يضمنه.

وأصحهما: لا؛ بخلاف المنقول وفرق بينهما بأثر اليد على المنقول حقيقة فلا يحتاج في إثبات حكمها إلى قرينة وعلى العقار حكمية فلا بد من تحقيقها من قرينة الاستيلاء وهذا الفرق كأنه راجح إلى الأصح وإلاً فوجهان جاريان في المنقول على ما سبق.

وقوله خاصة بل المعنى إذا وجد الانتفاع والاستيلاء التام على المنقولات في الكتاب «إلا في الدابة وفي الفراش» ليس القصد من الاستيلاء الدابة والفراش ولا شيء في المنقولات فيكفي على وجه وقوله «وفي العقار يثبت الغصب» معلم - بالحاء - لأن عند أبي حنيفة لا يثبت فيه الغصب لنا أن العقار تثبت عليه اليد فيدخله الغصب كالمنقول. وقوله «بالدخول إزعاج المالك» اعتبار الدخول والازعاج جميعاً، وفي اعتبار الدخول ما ذكرنا فيجوز أن يعلم قوله «بالدخول» بالواو وكذا قوله «لا يضمن».

وأما الإزعاج فهو غير معتبر في غصب العقار أيضاً ألا ترى أنه لو كان المالك غائباً يوجد الغصب ولا إزعاج ولو استولى مع المالك غاصباً للنصف ولا إزعاج بل الاعتبار باليد والاستيلاء حت لو اقتطع قطعة من أرض ملاصقة لارضه وبنى عليها حائطاً وأضافها إلى ملكه يضمنها إلا أن الاستيلاء في الغالب يحصل بالدخول والازعاج فلذلك ذكرهما والله أعلم.

قال الغزالي: وَكُلُّ يَدٍ تُبْتَنِي عَلَى يَدِ الْغَاصِبِ فَهِيَ يَدُ ضَمَانٍ إِنْ كَانَ مَعَ الْعِلْمِ، وَإِنْ كَانَ مَعَ الْجَهْلِ بِالْغَضْبِ فَهُوَ أَيْضاً يَدُ ضَمَانٍ، وَلَكِنْ فِي إِقْرَارِ الضَّمَانِ تَفْصِيلاً، وَكُلُّ يَدٍ لَوْ أُبْتِنِي عَلَى يَدِ الْمَالِكِ أَقْتَضَى أَضْلُ الضَّمَانِ كَيْدَ الْعَارِيَةِ وَالسُّؤْمَ وَالشَّرَاءَ، فَإِنْ أُبْتِنِي عَلَى يَدِ الْغَاصِبِ مَعَ الْجَهْلِ أَقْتَضَى قَرَارَ الضَّمَانِ عِنْدَ التَّلْفِ، وَمَا لَا كَيْدَ الْوَدِيعَةِ وَالْإِجَارَةَ وَالرَّهْنَ وَالْوَكَالَةَ لَا تَقْتَضِي قَرَارَ الضَّمَانِ.

قال الرافعي: قد مر أكثر صور الفصل في «باب الرهن» من الكتاب مع الخلاف، واقتصر هاهنا على ذكر ظاهر المذهب، وهو أن كل يد ترتبت على يد الغاصب، فهي يد ضامن<sup>(١)</sup> حتى يتخبر المالك بين أن يطالب الغاصب عند التلف، وبين أن يطالب من ترتبت يده، على يده سواء علم الغصب، أو لم يعلم؛ لأنه أثبت يده على مال الغير بغير إذنه، والجهل غير مسقط للضمان.

ثم الثاني إن علم بالغصب، فهو كالغاصب من الغاصب، يطالب بكل ما يطالب به الغاصب، وإن تلف المغصوب في يده، فاستقرار ضمانه عليه حتى لو غرم لم يرجع على الأول، ولو غرم الأول رجع إليه إذا لم تختلف قيمته في أيديهما، أو كانت في يد الثاني أكثر.

أما إذا كانت في يد الأول أكثر، فلا يطالب بالزيادة إلا الأول، ويستقر عليه، وإن جهل الثاني الغضب، فإن كان اليد في وضعها يد ضمان، كالعارية، فيستقر الضمان على الثاني، وإن كانت يد أمانة كالوديعة، فيستقر على الغاصب.

وإذا تأملت الشرع هناك أعلمت قوله: وإن كان مع الجهل بالغصب فهو أيضاً يد ضمان» بالواو بالوجه الذاهب إلى أيدي الأمانات لا تقتضي الضمان عند الجهل، وكذا قوله: «لا يقتضي قرار الضمان» للوجه الذاهب فيها إلى القرار.

واعلم أن الطريق المنسوب إلى العراقيين لم يورده الإمام هاهنا كما سبق في «الرهن» ولكن نقل عنهم فرقاً بين أيدي الأمانات على نحو ما تقدم عنهم من التصديق عند دعوى الرد، والاعتماد على ما سبق هناك.

(١) معناه: أن للمالك مطالبة من شاء، ويستثنى من ذلك مسائل:

منها: إذا زوج الغاصب الجارية المغصوبة فماتت عند الزوج. تقدم هذا قبل قليل.  
ومنها: الحكام وأمنائهم، فإنهم لا يضمنون لوضعها على وجه الحظ والمصلحة.

ومنها: ما لو انتزع من الغاصب ليرد، فإنه لا يضمن وإن كان الغاصب حربياً، أو عبيد المغصوب منه، وكذا غيرها على وجه.

وأما ما يتعلق باللفظ، فقوله: «وكل يد تبني» على هكذا يوجد في الأكثر، ويقرأ لكن الابتناء متعد كالبناء، فالوجه أن يقال: ابتنت وقد تستعمل اللزومه الابتناء، فيمكن أن تراعى الصورة، ويقرأ ابتنت وقوله: «تقرير ضمان» يعنى بصفة الاستقرار.

وأما عند الجهل، فهو يد ضمان، وفي صفة الاستقرار التفضيل.

وقوله: «اقتضت أصل الضمان» ينبغى أن يكون الضمان هاهنا مفسراً باستقرار اليد عليه إذا حصل التلف في يده، ثم البدل القيمة تارة، والضمن أخرى، وهذا لأن الشراء معدود من أيدي الضمان، فليكن التفسير ما يشمل الشراء، والكلام في تفصيل ما يضمن المشتري من الغاصب، وسائر ما يناسبه يأتي في الفصل الثالث من الباب الثاني، إن شاء الله تعالى، والقرض معدود من أيدي الضمان.

ولو وهب المغصوب من إنسان، فتلف في يده، فالقرار على الغاصب في أحد القولين؛ لأن يد الاتهاب ليست يد ضمان، وعلى المتهمب في أصحابهما؛ لأنه أخذه للتملك. قيل: هو كالمودع.

ومنهم: من قطع بأنه لا يطالب؛ لأن كون الزوجة في حباله الزوج ليس ككون المال في يد صاحب اليد. قال في «التهذيب»: وهو المذهب.

قال الغزالي: وَمَهْمَا أَتْلَفَ الْأَخِذُ مِنَ الْغَاصِبِ فَالْقَرَارُ عَلَيْهِ أَبَدًا، إِلَّا إِذَا كَانَ مَغْرُورًا، كَمَا لَوْ قَدَّمَ إِلَيْهِ ضِيَاةً فِيهِ قَوْلَانِ لِمُعَارَضَةِ الْغُرُورِ وَالْمُبَاشَرَةِ، وَكَذَا الْخِلَافُ فِيمَا لَوْ عَرَّ الْغَاصِبُ الْمَالِكَ وَقَدَّمَهُ إِلَيْهِ فَأَكَلَهُ الْمَالِكُ، وَهَهُنَا أَوْلَى بِأَنَّ يَبْرَأَ الْغَاصِبُ، وَكَذَلِكَ يَطْرُدُ الْخِلَافُ فِي الْإِيْدَاعِ وَالرَّهْنِ وَالْإِجَارَةِ مِنَ الْمَالِكِ إِذَا تَلَفَ فِي يَدِهِ، وَلَوْ زَوْجَ الْبَارِيَةِ مِنَ الْمَالِكِ فَاسْتَوْلَدَهَا مَعَ الْجَهْلِ نَفَذَ الْأَسْتِيْلَادُ وَبَرَى الْغَاصِبُ، وَكَذَلِكَ لَوْ وَهَبَهُ مِنْهُ فَإِنَّ التَّسْلِيْطَ تَامٌ، وَلَوْ قَالَ: هُوَ عَبْدِي فَأَعْتَقَهُ فَقَدْ قِيلَ: لَا يَنْفَعُ عَتَقُهُ لِأَنَّهُ مَغْرُورٌ، وَقِيلَ: يَنْفَعُ وَيَرْجَعُ بِالْغُرْمِ، وَقِيلَ: لَا يَرْجَعُ بِالْغُرْمِ.

قال الرافعي: عرفت حكم قرار الضمان عند تلف المغصوب في يد من ترتبت يده على يد الغاصب، أما إذا أتلفه، فينظر إن استقل به قرار الضمان عليه؛ لأن الإلتاف أقوى من إثبات اليد العادية، فإن حملة الغاصب عليه، كما إذا غصب طعاماً، فقدمه إلى إنسان ضيافة حتى أكله، فالقرار عليه أيضاً، إن كان عالماً، وإن كان جاهلاً، فقولان:

أحدهما: أن القرار على الغاصب؛ لأنه عرَّه، حيث قدم الطعام إليه، وأوهم أنه لا تبعه فيه، ويروى هذا عن القديم، وبعض كتب الجديد.

وأصحهما: وهو المشهور من الجديد.

وبه قال أبو حنيفة والمُزنيُّ أن القرار على الآكل؛ لأنه المتلف، وإليه عادت منفعته، فعلى هذا إذا غرم لم يرجع على الغاصب، والغاصب إذا غرم يرجع على الآكل، وعلى الأول الحكم بالعكس، وهذا إذا قدم الطعام، ولم يذكر شيئاً. أما إذا قدمه، وقال: هو ملكي، ففي رجوع الآكل على الغاصب القولان، ولو غرم الغاصب.

قال المُزنيُّ: يرجع على الآكل، وغلطه الأصحاب؛ لأن في ضمن قوله: «إنه ملكي» اعتراف بأنه مظلوم بما غرم، والمظلوم لا يرجع على غير الظالم، ولو وهب المغصوب من غيره، وأتلفه، ففيه القولان، وأولى بأن يستقر الضمان على المتهب لحصول الملك له، ولو قدم الطعام المغصوب إلى عبد إنسان، فأكله، فإن جعلنا القرار على الحر إذا قدمه إليه فأكله، فهذه جناية من العبد يباع فيها، وإلا فلا يباع، وإنما يطالبه الغاصب، كما لو قدم شعيراً مغصوباً إلى بهيمة غيره من غير إذن مالِكها.

ولو غصب شاة، وأمر قصاباً فذبحها جاهلاً بالحال، فقرار ضمان النقصان على الغاصب، ولا يخرج على الخلاف في أكل الطعام؛ لأنه ذبح للغاصب. وهناك انتفع به لنفسه، ولو أمر الغاصب إنساناً، فأتلف المغصوب بالقتل، والإحراق، ونحوها، ففعله جاهلاً بالغصب. فمنهم من جعله على القولين في أكل الطعام.

والأصح: القطع بأن القرار على المتلف؛ لأنه محظور، بخلاف الآكل، ولا وقع للتغريم مع الحظر، ثم في الفصل صور:

إحداها: لو قدم الطعام المغصوب إلى مالِكه، فأكله جاهلاً بالحال، فإن قلنا في التقديم إلى الأجنبي إن القرار على الغاصب لم يبرأ الغاصب هاهنا، وإن جعلنا القرار على الآكل براء الغاصب هاهنا.

وبه قال أبو حنيفة، وربما نصر العراقيون الأول لكن قد سبق في المسألة المبني عليها أن الأصح ثبوت الاستقرار على الآكل.

وحكى الإمام عن الأصحاب أنهم رأوا البراءة هاهنا أولى من الاستقرار، وهاهنا تعرف المالك في ضمن إتلافه يتضمن قطع علة الضمان عن الغاصب.

وتابعه صاحب الكتاب على ذلك، وبنى على هذه الأولوية تردد الشيخ أبي مُحَمَّدٍ فيما إذا أودع، أو رهن، أو أجر المالك، وهو جاهل بالحال، فتلف المغصوب عنده؛ لأن يد المالك إذا ثبتت قطعت أثر الضمان، وظاهر المذهب أن الغاصب لا يبرأ في هذه الصور، كما أن الضمان لا يتقرر على الأجنبي، وعلى عكسه لو باع، أو أقرض، أو أعار من المالك، فتلف عنده يبرأ الغاصب، ولو دخل المالك دار الغاصب، فأكل طعاماً

على اعتقاد أنه طعام الغاصب، فكان طعامه المغصوب يبرأ الغاصب؛ لأنه أتلف مال نفسه في جهة منفعة من غير تغرير من الغاصب.

ولو صال العبد المغصوب على مالكة، فقتله المالك لم يبرأ الغاصب من الضمان، سواء علم أنه عبده، أو لم يعلم؛ لأن الإلتلاف بهذه الجهة، كإلتلاف العبد نفسه، ولهذا لو كان العبد لغيره لا يضمه.

وفيه وجه: أنه يبرأ عند العلم لإتلافه مال نفسه في مصلحته.

الثانية: لو زوج الجارية المغصوبة من مالكة، وهو جاهل، فتلفت عنده، فهو كما لو أودع المغصوب عنده، فتلف ثم لو استولدها نفذ الاستيلاء، ويرى الغاصب.

ومنهم من أثبت فيه خلافاً، وهو قريب من الخلاف الذي نذكره في إعتاقه.

الثالثة: لو قال الغاصب لمالك العبد المغصوب: أعتقه فأعتقه جاهلاً بالحال، ففي نفوذ العتق وجهان:

أحدهما: أنه لا ينفذ؛ لأنه لم يرض بإعتاق عبده.

وأصحهما: النفوذ لإضافة العتق إلى رقيقه، والعتق لا يدفع بالجهل، وعلى هذا فوجهان:

أحدهما: أنه لا يبرأ الغاصب عن الضمان، بل يرجع المالك عليه بالغرم؛ لأنه لم يرض بزوال ملكه.

وأصحهما: البراءة لانصرافه إلى جهة صرفه إليها بنفسه، وعادت مصلحتها إليه، ولو قال أعتقه عني، وفعل جاهلاً ففي نفوذ العتق الوجهان إن نفذ ففي وقوعه عن الغاصب وجهان.

قال في «التتمة»: الصحيح المنع.

ولو قال المالك للغاصب: أعتقه عني، أو مطلقاً فأعتق عتق، ويرى الغاصب.

قال الغزالي: (الرُّكْنُ) الثَّانِي فِي الْمَوْجِبِ فِيهِ، وَهُوَ كُلُّ مَالٍ مَغْضُوبٍ، وَيَنْقَسِمُ إِلَى الْحَيَوَانَ وَغَيْرِهِ، فَالْحَيَوَانَ يُضْمَنُ بِقِيَمَتِهِ حَتَّى الْعَبْدُ يُضْمَنُ عِنْدَ التَّلْفِ وَالْإِتْلَافِ بِأَقْصَى قِيَمَتِهِ، وَلَوْ قَطَعَ الْغَاصِبُ إِحْدَى يَدَيِ الْعَبْدِ أَلْتَزَمَ أَكْثَرَ الْأَمْرَيْنِ مِنْ نِصْفِ قِيَمَتِهِ أَوْ أَرْضِ الثَّقْصَانِ لِأَنَّهُ تَلَفَ تَحْتَ يَدِهِ إِذَا قُلْنَا جِرَاحُ الْعَبْدِ مُقَدَّرٌ، وَلَوْ سَقَطَتْ يَدُهُ بِأَقْبَى سَمَاوِيَّةٍ لَا يُضْمَنُ إِلَّا أَرْضُ الثَّقْصَانِ، وَلَا يَجِبُ فِي عَيْنِ الْبَقْرَةِ وَالْفَرَسِ إِلَّا أَرْضُ الثَّقْصِ، وَلَا يُضْمَنُ الْخَمْرُ لِلْمَيِّ وَلَا مُسْلِمٌ، وَلَكِنْ يَجِبُ رَدُّهَا إِنْ كَانَتْ مُخْتَرَمَةً، وَلَا يَرَأَى عَلَى أَهْلِ

الذِّمَّةِ إِلَّا إِذَا أَظْهَرُوهَا، فَإِنْ أُرِيقَ فَلَا ضَمَانَ، وَكَذَلِكَ الْمَلَاهِي أذَا كُسِرَتْ، فَإِنْ أُحْرِقَتْ وَجَبَ قِيَمَةُ الرِّضَاصِ لِلأَنَّهُ غَيْرُ جَائِزٍ، وَكَذَا فِي الصَّلِيبِ وَالصَّنَمِ وَالْمُسْتَوْلِدَةِ وَالْمُدْبِرِ، وَالْمَكَاتِبِ مُلْحَقٌ فِي الضَّمَانِ بِالْعَبْدِ الْقَرْنِ.

قال الرافعي: في الموجب فيه قال: حملة المذهب المضمونات قسما:

أحدهما: ما ليس بمال، وهو الأحرار فيضمنون بالجناية على النفس والطرف بالمباشرة تارة وبالسبب أخرى.

والقول في هذا القسم يسط في «الجنايات».

والثاني: ما هو مال، وينقسم إلى الأعيان والمنافع، والأعيان، قسما: الحيوان وغيره، والحيوان: قسما الأدمي وغيره.

أما الأدمي فتضمن النفس والطرف من الرقيق بالجناية، كما يضمن الحر، ويضمن أيضاً باليد العادية وبدل نفسه قيمته بالغة ما بلغت، سواء قتل أو تلف تحت اليد العادية.

وأما الأطراف والجراحات فتقسم إلى ما لا تقدر واجبه من الحر، والواجب فيه من الرقيق ما ينقص قيمته، سواء حصل بالجناية، أو تحت اليد العادية، وإلى ما يتقدر من الحر مما يحصل منها بجناية فيه قولان:

أصحهما: وهو الجديد: أنه يتقدر من الرقيق أيضاً والقيمة في حقه كالدنية في الحر، فيجب في يد العبد نصف قيمته، كما يجب في الحر نصف ديته، وعلى هذا القياس.

والثاني: وينسب إلى اختيار ابن سريج أن الواجب ما ينقص من القيمة، كما في سائر الأموال، وما يحصل تحت مجرد اليد العادية، كما إذا غصب عبداً، فسقطت يده بأفة سماوية، فالواجب فيه قدر النقصان.

وفيه وجه: أنه إذا كان النقصان أقل من المقدر وجب ما يجب على الجاني، والمذهب الأول؛ لأن ضمان اليد سبيله سبيل ضمان الأموال، ألا تَرَى أنه لا يتعلق به القصاص، ولا الكفارة، ولا يضرب على العاقلة بحال؟ ولهذا لو كان قدر النقصان أكثر من المقدر كان هو الواجب بالاتفاق.

فإن قلنا بالجديد، فلو قطع الغاصب يد العبد المغصوب لزمه أكثر الأمرين من نصف القيمة، أو أَرش النقصان لاجتماع السببين حتى لو كانت قيمته ألفاً، ونقص أربعمئة وجب خمسمئة، ولو نقص ستمائة وجب ستمائة، ولو قطع يديه، فعليه كل قيمته، وكذلك لو قطع أنثيه، فزادت قيمته، لو كان الناقص بقطع الغاصب ثلثي قيمته،

فالواجب ثلثا القيمة على القولين . وأما على القديم فلأنه قدر النقصان .

وأما على الجديد فالنصف واجب بالجناية والسدس باليد العادية، ولو كان الناقص بسقوط اليد ثلث قيمته، فهو الواجب على القديم، وكذا على الجديد جواباً على أصح الوجهين، وعلى الثاني الجواب نصف القيمة والمستولدة والمكاتب والمدبر يلتحقون في الضمان بالعبد القين .

وقال أبو حنيفة: المستولدة لا تضمن بالغصب، لنا القياس على المدبر بجامع بقاء الرق فيهما، ألا تَرَى أنه يملك تزويجها، وإجارتها، ويأخذ قيمتها لو قتلت .

وأما غير الآدمي من الحيوانات، فالواجب فيها باليد والجناية القيمة، وفيما يتلف من أجزائها ما ينقص من القيمة، ولا فرق في ذلك بين نوع ونوع .

وعن أبي حنيفة أن الإبل والبقر والخيول، وما له اللحم والظهر معاً يجب في إحدى عينيه ربع القيمة استحساناً، وبه قال أحمد في الخيل خاصة .

أما القياس على أطرافها، وعلى ماله اللحم وحده كالغنم أو الظهر وحده، كالبغال والحمير، ولا فرق أيضاً بين مالك ومالك .

وعن مالك أن في قطع ذنب حمار القاضي تمام القيمة؛ لأنه لا يصلح له بعد ذلك . وعن أحمد رواية مثله .

لنا أن النظر في الضمان إلى نفس المفوت، لا إلى أغراض الملاك، ألا تَرَى أنه في وطء جارية الأب بالشبهة مهر المثل، كما في وطء جارية الأجنبية بالشبهة وأن تضمن وطء جارية الأب تحريمها عليه .

وأما غير الحيوان، فينقسم المثلي والمتقوم<sup>(١)</sup>، وسيأتي ما يضبطهما في الركن الثالث .

بقي من فقه الفصل مسألة، وهي أن الخمر والخنزير لا يضمنان بيمسلم ولا للذمي، خلافاً لأبي حنيفة حيث قال: يجب الضمان في إراقة خمر الذمي إن أراقها مسلم ضمنها بالقيمة؛ وإن أراقها ذمي ضمنها بالمثل .

لنا أن ما لا يضمن للمسلم لا يضمن للذمي، كالميتة والدم، وأيضاً فإن الخمر ليست بمال، ولا فرق فيما ذكرناه بين أن يريق، حيث تجو الإراقة وحيث لا تجوز، ولا تراق خمر أهل الذمة إلا إذا تظاهروا بشربها أو بيعها، ولو غصبت منهم، والعين باقية

(١) بكسر الواو على أنه اسم فاعل، ولا يصح فتحها على أن يكون اسم مفعول؛ لأنه مأخوذ من تقوم بتشديد الواو على وزن تعلم، وهذا الفعل، وهو تقوم قاصر، واسم المفعول لا يبنى إلا من متعد .

وجب ردها. وإن غضبت من مسلم وجب ردها، إن كانت محترمة، وإلا لم يجز، بل أريققت لحديث أبي طَلْحَةَ في خمور الأيتام<sup>(١)</sup>، وآلات الملاهي، كالْبَرِيْطِ وَالطَّنْبُورِ وغيرهما، وكذلك الصليب والصنم لا يجب في إيصالها شيء أصلاً؛ لأنها محرمة الاستعمال، ولا حرمة لتلك الصنعة والهيئة.

واختلفوا في الحد المشروع لإبطالها على وجهين:

أحدهما: أنها تُكسر وتُثر حتى تنتهي إلى حد لا يمكن إيجاد آلة محرمة منها لا الأولى ولا غيرها.

وأظهرهما: أنها لا تكسر الكسر الفاحش، ولكنها تفصل، وفي حد التفصيل وجهان:

أحدهما: أنها تفصل قدر ما لا تصلح للاستعمال الحرام، حتى إذا رفع وجه البرييط، وترك على شكل قصعة كفى.

والثاني: أنها تفصل إلى حد لو فرض إيجاد آلة محرمة من مفصلها لنال الصانع التعب الذي يناله في ابتداء الإيجاد، وهذا بأن يطل تأليف الأجزاء كلها، حتى تعود كما كانت قبل التأليف، ويشبه أن يكون هذا أقرب إلى كلام الشافعي - رضي الله عنه - وعامة الأصحاب، وما ذكرنا من الاقتصار على تفصيل الأجزاء فيما إذا تمكن المحتسب منه.

أما إذا منعه من في يده، وكان يدفع عن المنكر، فله إبطاله بالكسر.

وحكى الإمام وفاق الأصحاب على أن قطع الأوتار لا يكفي؛ لأنها مجاورة لها منفصلة.

وتوقف في شيئين تفرعاً على وجه المبالغة في الكسر:

أحدهما: في الصفائح التي توجد في يد من يصنع تلك الآلات، لأن من بالغ في الكسر، عند حصول الهيئة المحظورة قد لا يرى تلك المبالغة في الابتداء.

والثاني: في الصليب؛ لأنها خشبة معروضة على خشبة؛ فإذا رفعت إحدهما عن الأخرى، فلا معنى للزيادة عليه.

إذا عرفت ذلك، فمن اقتصر في إبطالها على الحد المشروع، فلا شيء عليه، ومن جاوزها، فعليه التفاوت بين قيمتها مكسورة إلى الحد المشروع، وبين قيمتها منتهية إلى الحد الذي أتى به، وإن أحرقها، فعليه قيمتها مكسورة إلى الحد



المشروع<sup>(١)</sup>، ولنعد إلى ما يتعلق بلفظ الكتاب. قوله «وهو كل مال معصوم».

ظاهره يقتضى حصر ما يجب ضمانه في الأموال، وقد عرفت من التقسيم السابق أن الأحرار مضمونون أيضاً، وكأنه أراد ما يجب ضمانه بالأسباب المذكورة في أول الباب، وحينئذ يخرج الأحرار، لأنهم لا يضمنون باليد العادية، وإن كانوا مضمونين، وأشار بالعصوم إلى أن عصمة المال شرط في وجوب الضمان، فلا يضمن مال الحربي.

وقوله: «حتى العبد يضمن عند التلف والإتلاف - أقصى قيمته» - معلّم بالحاء؛ لأن أبا حنيفة لا يوجب أقصى قيمة المماليك على ما بيته في موضعه.

وقوله: «إذا قلنا: جرح العبد مقدار» إشارة إلى قوله الجديد.

وقوله: «لا يضمن إلا أرش النقصان» معلّم بالواو.

وقوله: «ولا يجب في عين البقرة والفرس» بالحاء والألف، لما ذكرنا، والقصد بما ذكرنا التعرض لمذهبهما، وإنما ذهبنا إليه لأثر فيه عن الصحابة - رضي الله عنهم - وتأويله عندنا أن الأرش في الواقعة كان قدر الربع.

وقوله: «لذمي» معلّم بالحاء وقوله «ولكن» يجب ردها بجوز إعلامه بالواو، كما تقدم في فصل التحليل في «كتاب الرهن».

وقوله: «وإن أريقت، فلا ضمان» ضرب تأكيد وبينه على أن لا يضمن الخمر مع المنع من إراقتها، وإلا فقول: «لا يضمن الخمر لذمي» يفيد النفي الكلي، وإذا ذكره، فلا بأس بإعادة إعلامه بالحاء.

وقوله: «وكذا الملاهي إذا كسرت» يعني الكسر المشروع، ولفظ «المستولدة» معلّم بالحاء وإتلاف الخمر، وإبطال منفعة الملاهي يخرج عما يضمن بقوله في أول الركن: «وهو كل مال معصوم» والله أعلم.

(١) قال النووي: قال الغزالي في «البيسط»: أجمعوا على أنه لا يجوز إحراقها، لأن رضاها متمول. ومما يتعلق بهذا الفصل، أن الرجل، والمرأة، والعبد، والفاستق، والصبي المميز، يشتركون في جواز الإقدام على إزالة هذا المنكر وسائر المنكرات، ويثاب الصبي عليها كما يثاب البالغ، ولكن إنما تجب إزالته على المكلف القادر. قال الغزالي في «الإحياء»: وليس لأحد منع الصبي من كسر الملاهي وإراقة الخمر وغيرهما من المنكرات، كما ليس له منع البالغ، فإن الصبي وإن لم يكن مكلفاً، فهو من أهل القرب، وليس هذا من الولايات، ولهذا يجوز للعبد والمرأة وآحاد الرعية، وسيأتي ذلك مبسوطاً مع ما يتعلق به في كتاب «السير» إن شاء - الله تعالى - ينظر الروضة ٤/١٠٧.

قال الغزالي: وَمَنْعَةُ الْأَعْيَانِ تُضْمَنُ بِالْفَوَاتِ تَحْتَ الْيَدِ وَالتَّفْوِيْتِ، وَمَنْعَةُ الْبُضْعِ لَا تُضْمَنُ إِلَّا بِالتَّفْوِيْتِ، وَمَنْعَةُ بَدَنِ الْحُرِّ تُضْمَنُ بِالتَّفْوِيْتِ، وَهَلْ يُضْمَنُ بِفَوَاتِهَا عِنْدَ حَبْسِ الْحُرِّ؟ وَجَهَانٍ، وَهُوَ تَرُدُّ فِي ثُبُوتِ يَدِ غَيْرِهِ عَلَيْهِ حَتَّى يَنْبَنِي عَلَيْهِ جَوَازُ إِجَارَةِ الْحُرِّ عِنْدَ اسْتِجَارِهِ إِنْ قُلْنَا: تَثَبُّتَ الْيَدُ وَإِنَّهُ بِتَسْلِيمِ نَفْسِهِ هَلْ يَتَقَرَّرُ أَجْرُهُ؟، وَفِي ضَمَانِ مَنْعَةِ الْكَلْبِ الْمَغْضُوبِ وَجَهَانٍ، وَمَا أَضْطَاذَهُ بِالْكَلْبِ الْمَغْضُوبِ فَهُوَ لِلْغَاصِبِ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، فَإِنْ أَضْطَاذَ الْعَبْدَ فَهَلْ يُدْخِلُ أَجْرَهُ تَحْتَهُ لِلأَنَّ الصَّيْدَ لِلْمَالِكِ؟ فِيهِ وَجَهَانٍ، وَلَوْ لَبَسَ ثَوْباً وَنَقَصَ قِيَمَتَهُ فَهَلْ تَنْدَرِجُ الْأَجْرَةُ تَحْتَ النَّقْصِ؟ فِيهِ وَجَهَانٍ؟ وَلَوْ ضَمِنَ الْعَبْدَ الْمَغْضُوبَ بَعْدَ إِبَاقِهِ فَهَلْ تَسْقُطُ عَنْهُ أَجْرُهُ بَعْدَ الضَّمَانِ؟ فِيهِ وَجَهَانٍ.

قال الرافعي: ثم الكلام في قسم الأعيان من المضمونات.

أما المنافع فهي أنواع:

منها: منافع الأموال من العبيد والثياب وغيرها، وهي مضمونة بالتفويت<sup>(١)</sup>، والفوات تحت اليد العادية، خلافاً لأبي حنيفة، حيث قال: لا تضمن بالتفويت، ولا بالفوات، وإنما تضمن بعقد، أو شبهة عقد، ولمالك حيث قال: لا تضمن بالفوات تحت اليد وإنما تضمن بالتفويت والاستعمال.

لنا أن المنافع مضمونة بالعقد الفاسد، وتضمن بالغصب، كالأعيان، وأيضاً فإنها متقومة، ألا تَرَى أَنَّهُ يَبْذُلُ الْمَالَ لِتَحْصِيلِهَا؟ وَلَوْ اسْتَأْجَرَ عَيْناً لِمَنْعَةٍ، وَاسْتَعْمَلَهَا فِي غَيْرِهَا ضَمِنَهَا، فَأَشْبَهَتْ الْأَعْيَانَ.

إذا تقرر ذلك، فكل عين لها منفعة تستأجر من أجلها، تضمن منفعتها<sup>(٢)</sup> إذا بقيت في يده مدة لمثلها أجرة، حتى لو غصب كتاباً وأمسكه مدة، طالعه أو لم يطالعه، أو مسكاً شمه، أو لم يشمه لزمه الأجرة، ولو كان العبد المغضوب يحسن صناعات لزمه أجرة أعلاها، ولا يجب أجرة الكل.

ومنها: منفعة البُضْعِ وهي لا تضمن بالفوات تحت اليد.

والفرق بينها، وبين سائر المنافع أن اليد لا تثبت على منفعة البُضْعِ، ألا تَرَى أَن

(١) كأن سكن الدار واستخدم العبد وركب الدابة.

(٢) قال النووي: ذكر القاضي أبو الطيب في تعليقه أنه لو غصب أرضاً ولم يزرعها وهي مما تنقص بترك الزرع كأرض البصرة وشبهها، فإنها إذا لم تزرع نبت فيها الدغل والحشيش كان عليه رد الحشيش وأجرة الأرض، ولم يذكر القاضي أرض النقص. والظاهر: أنه يجب ينظر روضة الطالبين ١٠٤/٤

السيد يزوج الأمة المخصوبة، ولا يؤجرها، كما لا يبيعها؛ لأن يد الغاصب حائلة.

ولو تداعى اثنان نكاح امرأة، يدعيان عليها، ولا يدعى أحدهما على الآخر، وإن كانت عنده، وإذا أقرت لأحدهما حكم بأنها منكوحته، وذلك يدل على أن اليد لها، وأيضاً فإن منفعة البضع تستحق استحقاق ارتفاع للحاجة وسائر المنافع تستحق استحقاق ملك تام، ألا تَرَى أن من ملك منفعة بالاستئجار نقلها إلى غيره بالعوض بأن يؤجر ويغير العوض بأن يعير؟ والزوج المستحق لمنفعة البضع لا يملك نقلها، لا بعوض، ولا بغير عوض. وأما إذا فوت منفعة البضع بالوطء ضمن مهر المثل.

وأخرنا بسط الكلام فيه إلى الفصل الثالث من الباب الثاني؛ لأن حكم وطء المشتري من الغاصب المذكور هناك، وذكر حكم وطء الغاصب معه أحسن في النظم.

ومنها: منفعة بدن الحر، وهي مضمونة بالتفويت، وإذا قهر حرّاً، واستخدمه في عمل ضمن أجرته، وإن حبسه، وعطل منافعه، فوجهان:

أحدهما: أنه يضمنها أيضاً؛ لأن منافعه متقومة بالعقد الفاسد، فأشبهت منافع الأموال، وحكى هذا عن ابن أبي هُرَيْرَةَ.

وأصحهما: المنع؛ لأن الحر لا يدخل تحت اليد فمنافعه تفوت تحت يده بخلاف الأموال، ويقرب من هذين الوجهين الخلاف في صورتين.

إحدهما: لو استاجر حرّاً وأراد أن يؤجره هل له ذلك؟

والثانية: إذا أسلم الحر المستاجر نفسه، ولم يستعمله المستاجر إلى انقضاء المدة التي استأجره فيها هل تتقرر أجرته؟

قال الأكثرون: له أن يؤجره، وتتقرر أجرته.

وقال القائل: لا يؤجره، ولا تتقرر أجرته؛ لأن الحر لا يدخل تحت اليد، ولا تحصل منافعه في يد المستأجره وضمائه، إلا عند وجودها، هكذا أورد النقلة توجيه الخلاف في المسائل الثلاثة، ولم يجعلوا دخول الحر تحت اليد مختلفاً فيه، ولكن القائلين بجواز إجارة الحر المستاجر، وتغريم الأجرة كأنهم بنوا الأمر على الحاجة والمصلحة، وصاحب الكتاب جعله مختلفاً فيه، وبنى الخلاف في المسائل على التردد في دخوله تحت اليد، ولم أعثر على ذلك لغيره، وبتقدير ثبوته يجوز أن يعلم قوله: «والحر لا يدخل تحت اليد» وفي الرهن في الباب الثالث في مسألة موت الحرة المَرْزُوقِيَّ بها في الطلق من حمل الزنا بالواو، وفي ثياب الحر في ضمان من استولى عليه تفصيل مذكور في الكتاب في «السرقه».

## فرع

قال في «التتمة»: لو نقل حرّاً صغيراً أو كبيراً بالقهر من موضع إلى موضع آخر، فإن لم يكن له غرض في الرجوع إلى الموضع الأول، فلا شيء عليه<sup>(١)</sup> وإن كان واحتاج إلى مؤنة، فهو على الناقل لتعديه.

ومنها: منفعة الكلب، فمن غصب كلب الصيد، أو الحراسة لزمه رده مع الرد، إن كان له مؤنة، وهل يضمن منفعته بالأجرة؟ فيه وجهان مرتبان مبنيان على الوجهين في جواز استجاره، وسيأتي ذكرهما، وما اصطاده الغاصب بالكلب المغصوب للمالك على أحد الوجهين، كصيد العبد، وأكسابه، وللغاصب على أظهرهما؛ لأن الجارحة آلة كما لو غصب شبكة أو قوصا، واصطاد بهما، ويجرى الوجهان فيما لو اصطاد بالبازي، والفهد المغصوبين، وحيث كان الصيد للغاصب لزمه أجرة المثل للمغصوب منه، وحيث كان للمالك كصيد العبد، ففي وجوب الأجرة لزمنا الاصطاد وجهان:

أحدهما: لا تجب؛ لأنه إذا كان الحاصل له كانت المنافع منصرفة إليه.

وأشبههما: الوجوب؛ لأنه ربما كان يستعمله في غير ما استعمله<sup>(٢)</sup>.

ولا تدخل الأجرة فيما اكتسبه. ثم الفصل مختوم بقاعدتين.

إحدهما: المغصوب إذا دخله نقص هل يجب أرشه مع الأجرة؟ ينظر إن كان النقص بسبب غير الاستعمال، كما لو غصب ثوباً أو عبداً، فانتقصت قيمته بأفة سماوية، كما لو سقط العبد بمرض وجب الأرش مع الأجر، والأجرة لما قبل حدوث النقصان أجرة مثله سليماً، ولما بعده أجرة مثله معيباً، فإن كان النقص بسبب الاستعمال، كما إذا لبس الثوب فأبلاه فوجهان:

أصحهما: أنهما يجبان أيضاً، كما لو حصل النقصان بسبب آخر.

والثاني: أنه لا يجب إلا أكثر الأمرين من أجره المثل، وأرش النقصان؛ لأن النقصان نشأ من الاستعمال، وقد قوبل الاستعمال بالأجرة، فلا يجب له ضمان أجر، والقائل الأول يقول: الأجرة لا تجب للاستعمال؛ وإنما تجب لفوات المنفعة على المالك، ألا ترى أنها تجب، وإن لم تستعمل، فإذا لا يلزم وجوب ضامين بشيء واحد والله أعلم.

(١) وذكر مثل ذلك القاضي في موضع، وقال في آخر: لا نجب لكن إذا كان النقل إلى برية مهلكة، فعليه رده إلى العمران يعني المأمّن حسب من حيث الأمر بالمعروف ولا يختص به، بل جملة المسلمين فيه سواء، وذكر مثله الإمام (أسنى المطالب ٢/٣٤٣).

(٢) قال النووي: والوجهان فيما إذا لم تنقص قيمة الصيد عن الأجرة، فإن نقصت وجب الناقص قطعاً. ينظر الروضة ١٠٥/٤.

سنذكر القاعدة الثانية أن العبد المغصوب إذا تعذر رده بأفة غرم الغاصب قيمته للحيلولة، ويلزمه مع ذلك أجرة المثل للمدة التي تمضي قبل بذل القيمة، ولما بعده وجهان:

أحدهما: أنها لا تجب؛ لأن القيمة المأخوذة نازلة منزلة المغصوب، فكأن المغصوب عاد إليه.

وأصحهما: الوجوب؛ لأن حكم الغصب باقٍ، وإنما وجبت القيمة للحيلولة، فيضمن الأجرة لفوات المنفعة، والوجهان جاريان في أن الزوائد الحاصلة بعد دفع القيمة، هل تكون مضمونة على الغاصب، وفي أنه يلزمه مؤنة ردها؟ وفي أن جناية الأبى في إيقاعه هل يتعلق ضمانها بالغاصب؟ ولو غيب الغاصب العبد المغصوب إلى مكان بعيد وعسر رده، وغرم القيمة.

قال الإمام طرد شيخي في الصورة الخلاف في الأحكام المذكورة أيضاً. ومنهم من قطع بوجوب الأجرة وثبوت سائر الأحكام، الفرق أن من غيبه باختياره، فهو باقٍ في يده وتصرفه، فلا تنقطع علائق الضمان عنه، بخلاف الأبى.

قال الغزالي: (الرُّكْنُ الثَّلَاثُ): فِي الْوَاجِبِ، وَهُوَ يَنْقَسِمُ إِلَى الْمِثْلِ وَالْقِيَمَةِ، وَحَدُّ الْمِثْلِيِّ مَا تَمَّائِلُ أَجْرَاؤُهُ فِي الْمَنْفَعَةِ وَالْقِيَمَةِ مِنْ حَيْثُ الذَّاتِ لَا مِنْ حَيْثُ الْمَنْفَعَةِ، وَالْأَظْهَرُ: أَنَّ الرُّطْبَ وَالْعِنَبَ وَالذَّقِيقَ مِثْلِي، وَكَذَا الْخُبْزُ فَإِنَّ أَخْلَاطَهُ غَيْرُ مَقْصُودَةٍ بِخِلَافِ سَائِرِ الْمَخْلُوطَاتِ.

قال الرافعي: ما يجب ضماناً ينقسم باعتبار المضمون إلى المثل والقيمة، فيضمن المثلي بالمثل؛ لأنه أقرب إلى التالف والمتقوم بالقيمة.

وللأصحاب في ضبط المثلي عبارات:

إحداها: أن كل مقدر بكيل، أو وزن، فهو مثلي، وتروى هذه العبارة عن أبي حنيفة وأحمد، وتنسب إلى نص الشافعي - رضي الله عنه - لقوله في «المختصر»: وماله كيل أو وزن، فعليه مثل كيله أو وزنه.

والثانية: زاد بعضهم اشتراط جواز السلم فيه؛ لأن المسلم فيه يثبت بالوصف في الذمة، والضمان يشبه ألا يثبت في الذمة.

والثالثة: زاد القفال وآخرون اشتراط جواز بيع بعضه ببعض، لتشابه الأصلين في قضية التقابل، واعترض على العبارات الثلاث بأن القمام والملاعق والمغرب المتخذة من الصفر والنحاس موزونة، ويجوز السلم فيها، وبيع بعضها ببعض، وليست مثلية،

هكذا حكى الإمام الاعتراض عن القاضي لكن قد مر في باب السلم أن القماقم ونحوها لا يجوز السلم فيها لاختلافها، وإنما الجواز في الأسطال المريعة، والظروف المضروبة من القوالب، فإن كان الالتزام بمثلها، فلا يبعد ممن صار إلى العبارات الثلاثة طردها فيها والحكم بأنها مثلية.

**والرابعة:** نقل بعض شارحي «المفتاح» أن المثليات هي التي تنقسم بين الشريكي من غير حاجة إلى تقويم، ولك أن تقول: هذا مشكل بالأرض المتساوية الأجزاء، فإنها تنقسم من غير تقويم، وليست هي بمثلية.

**الخامسة:** قال العراقيون: المثلى مالا تختلف أجزاء النوع الواحد منه في القيمة، وربما يقال في الجزم والقيمة، ويقرب منه قول من قال: المثليات هي التي تتشاكل في الخلقة، ومعظم المنافع وما اختاره الإمام هو تساوي الأجزاء في المنفعة والقيمة، فزاد النظر إلى المنفعة، وعلى ذلك جرى صاحب الكتاب، وزاد قوله: «من حيث الذات، لا من حيث الصنعة» وقصد به الاحتراز من الملاعق والمغارف وصنجات الميزان المتساوية، فإن تساويهما جاء من حفظ التشابه في الصنعة، وإلا فالمصنوعات مختلفة في الغالب، ولك أن تقول: الملعقة ونحوها لو وردت على الضابط المذكور، إما ترد لتمائل أجزائها، وهي ملعقة، أو لتمائل جوهرها فقط.

**والأول:** باطل؛ لأن أجزاء الملعقة غير متماثلة في الصنعة.

**وأما الثاني:** فالصفر الذي هو جوهر الملعقة إذا كان مثلياً كان تماثل أجزائه من حيث الذات، لا من حيث الصنعة وإذا لم تؤثر الصنعة في تماثل الأجزاء، فكيف يقال: أجزاءه من حيث الذات، لا من حيث الصنعة، والحق أن أثر الصنعة في تماثل الأعداد، وأوضاع أجزائها لا غير.

وإذا وقفت على هذه العبارات، وبحثت عن الأظهر منها، فاعلم أن الأولى منقوضة بالمعجونات.

**والثالثة:** المعتبرة ليجوز بيع البعض بالبعض بعيدة عن اختيار أكنز الأصحاب، فإنهم عرضوا عن هذا الشرط، وقالوا: امتناع بيع البعض بالبعض من الربويات، لرعاية التماثل في حال الكمال بمعزل عما نحن فيه.

**والرابعة:** لا حاصل لها.

**وأما الخامسة:** فإن أريد بالأجزاء فيها كل ما يتركب فيه الشيء، فيلزم ألا تكون الحبوب مثلية؛ لأنها تتركب من القشور، والألباب والقشر مع اللباب مثليان في القيمة والمنفعة، وكذا التمر والزبيب لما فيهما من النوى والعجم.

وإن أريد الأجزاء التي يقع عليها اسم الجملة، فيلزم ألا تكون الدراهم والدنانير

مثلية لما يقع في الصّحاح من اختلاف في الوزن، وفي الاستدارة والاعوجاج، وفي وضوح السكّة، وخفائها، وذلك ما يؤثر في المنفعة والقيمة، والنظر الى الجِزْم بعيد؛ لان الحبوب والتمور متماثلة.

ومعلوم أن نوعاً منها لا يخلو عن اختلاف الحبات في الصغر والكبير، فإذا أظهر العبارات الثانية لكن الأحسن أن يقال: المثلى كل ما يحصره الكيل، أو الوزن، ويجوز السلم فيه، ولا يقال: كل مكيل أو موزون؛ لأن المفهوم منهما ما يعتاد كيّله ووزنه، فيخرج منه الماء وكذا التراب وهو مثلي على الأصح، هذا ما يتعلق بالضبط، وينشأ من اختلاف العبارات الخلاف في الصفر والنحاس والحديد والآنك؛ لأن أجزاءها مختلفة الجوهر، ولأن زُبُرُها متقاربة الأجرام، وفي التبر والسبيكة والعنبر والمسك والكافور والثلج والجمد والقطن بمثل ذلك، وفي العنب والرطب وسائر الفواكه الرطبة لامتناع بيع بعضها ببعض، وكذا في الدقيق.

والأظهر: أنها جميعاً مثلية، وفي السكر والفانيد والعسل المصفى بالنار واللحم الطرى للخلاف في جواز بيع كل منها بجنسه، وفي الخبز لامتناع بيع بعضه ببعض، وأيضاً للخلاف في جواز السلم فيه، وجعل صاحب الكتاب الأظهر كونه مثلياً، بناء على قطع النظر عن امتناع بيع بعضه ببعض، ويجوز السلم فيه لكثراً أثبتنا الخلاف في السلم، وبيان ذلك الخلاف.

وقوله: «فإن أخلاطه غير مقصودة، بخلاف سائر المخلوطات» يعني المعجونات والغوالي ونحوها.

والفرق بين ما يقصد أخلاطه وبين ما لا يقصد منه إلا الواحد مقرر في السلم، أما الحبوب والأدهان والألبان والسمن والمخيض والخل لم يستعن في إيجادها بالماء والزبيب والتمر ونحوها، فهي مثلية بالاتفاق، وكذا الدراهم والدنانير، لكن قضية العبارة الثانية إثبات الخلاف فيها؛ لأن في السلم فيها اختلافاً قد تقدم، وأيضاً فإنهم جعلوا المكسرة على الخلاف في التبر والسبيكة لتفاوت القراضات قي الجِزْم، ومثل ذلك يفرض في الصحاح، فيلزم مجيء الخلاف فيها، وهذا في الدراهم والدنانير الخالصة، أما المغشوشة، ففي «التتمة» أن أمرها يبنى على جواز التعامل بها إن جوزناها فهي مثلية، وإلا فتقومه؛ لأن ما لا يملك بالعقد لا يملك بالقبض عوضاً عن التلف والله اعلم بالصواب.

قال الغزالي: ثُمَّ إِنْ لَمْ يَسْلَمْ الْمِثْلُ بَعْدَ أَنْ تَلَفَ الْمَغْضُوبُ حَتَّى فَقَدَ الْمِثْلَ، فَقِيلَ: الْوَاجِبُ أَقْصَى قِيَمَةِ الْمَغْضُوبِ مِنْ وَقْتِ الْغَصْبِ إِلَى التَّلْفِ، وَقِيلَ: أَقْصَى قِيَمَةِ الْمِثْلِ

مِنْ وَقْتِ وَجُوبِهِ إِلَى الْإِعْوَازِ، وَقِيلَ: مِنْ وَقْتِ الْغَضَبِ إِلَى الْإِعْوَازِ وَقِيلَ: إِلَى وَقْتِ طَلَبِ الضَّمَانِ وَلَوْ غَرِمَ الْقِيَمَةَ ثُمَّ قَدَّرَ عَلَى الْمِثْلِ فَلَا يَزِدُّ الْقِيَمَةَ عَلَى الْأَظْهَرِ لِتَمَامِ الْحُكْمِ بِالْبَدْلِ الْحَقِيقِيِّ.

قال الرافعي: إذا غضب مثلياً، وتلف في يده، والمثل موجود، فلم يسلمه حتى فقد، أخذت منه القيمة، والمراد من فقدان الأصل يوجد في ذلك البلد، وما حواليه على ما تبين في انقطاع المسلم فيه، وفي القيمة المعتبرة عشرة أوجه:

أحدها: أنها أقصى قيمة من يوم الغضب إلى التلف، ولا اعتبار بزيادة قيمة أمثاله بعد تلفه، كما في المتقومات.

وثانيها: أنها أقصى قيمة من وقت تلف المغضوب إلى الإعواز؛ لأن المثل هو الواجب، إلا أنه لما فقد تعذر الوصول إليه، فينظر إلى قيمته من وقت وجوبه إلى التعذر، ويطلق هذان الوجهان على أن الواجب عند إعواز المثل قيمة المغضوب؛ لأنه الذي تلف على المالك، أو قيمة المثل؛ لأنه الواجب عند التلف، وإنما رجعنا إلى القيمة لتعذره، وفيه وجهان لأبي الطيب بن سلمة:

إن قلنا بالأول اعتبرنا أقصى من وقت الغضب إلى وقت تلف المغضوب.

وإن قلنا بالثاني اعتبرنا من وقت تلف المغضوب؛ لأن المثل حينئذ يجب إلى وقت الانقطاع والإعواز، ولفظ الكتاب في حكاية الوجه الأول أقصى فيه قيمة المغضوب وفي حكاية الوجه الثاني أقصى قيمة المثل إشارة إلى هذا.

وثالثها: وهو الأصح: أن القيمة المعتبرة أقصى القيم من يوم الغضب إلى الإعواز؛ لأن وجود المثل، كبقاء عين المغضوب من حيث إنه كان مأموراً بتسليم المثل كما كان مأموراً برد العين، فإذا لم يفعل غرم أقصى قيمة في المديتين، كما أن المتقومات تضمن بأقصى قيمتها لهذا المعنى، ولا نظر إلى ما بعد انقطاع المثل، كما لا نظر إلى ما بعد تلف المغضوب المتقوم.

ورابعها: أقصى القيم من الغضب إلى وقت تغريم القيمة، والمطالبة بها؛ لأن المثل لا يسقط بالإعواز، ألا ترى أن المغضوب منه لو صبر إلى وجدان المثل ملك المطالبة به، وإنما المصير إلى القيمة عند تغريمها، وهذه الأوجه الأربعة هي المذكورة في الكتاب. وخامسها: عن رواية الشيخ أبي محمد: أنها أقصى القيم من وقت انقطاع المثل وإعوازه إلى وقت المطالبة بالقيمة؛ لأن الإعواز وقت الحاجة إلى العدول إلى القيمة فيعتبر أقصى من يومئذ.

وسادسها: أنها أقصى القيم من وقت تلف المغضوب، إلى وقت المطالبة؛ لأن



الضمان يومئذ يجب. وسابعها: أن الاعتبار بقيمة اليوم الذي تلف فيه المغصوب.

وثامنها: أن الاعتبار بقيمة يوم الإعواز لأنه وقت العدول إلى القيمة، ويحكى هذا عن اختيار أبي عليّ الزّجاجيّ والحناطيّ والمأورديّ وأبي خلف السلميّ.

وتاسعها: أن الاعتبار بقيمة يوم المطالبة؛ لأن الإعواز حينئذ يظهر ويتحقق، وقد يبدل لفظ المطالبة والتغريم بالحكم والقيمة والمرجح بها إلى شيء واحد.

وعاشرها: أنه إن كان منقطعاً في جميع البلاد، فالاعتبار بقيمة يوم الإعواز، وإن فقد في تلك البقعة، فالاعتبار بقيمة يوم الحكم بالقيمة، كذا نقله صاحب «المهذب».

الحادي عشر: وفيما علق عن الشيخ أبي حامد أن المعتبر فيه يوم أخذ القيمة، لا يوم المطالبة، ولا يوم التلف، فهذا وجه آخر إن كان ثابتاً.

ويجوز إعلام جميع الوجوه المذكورة في الكتاب - بالحاء - لأن البندنجي حكى عن أبي حنيفة الاعتبار بقيمة يوم المطالبة، والقبض هذا لفظه - وبالألف - لأن مذهب أحمد كالوجه الثامن. ولو غضب مثلياً فتلف، والمثل مفقود، فالقياس أنه يجب على الوجه الأول والثالث أقصى القيم من وقت الغضب إلى التلف، وعلى الثاني والسابع والثامن قيمة يوم التلف، وأن يعود والرابع والسادس والتاسع بحالها، وعلى الخامس أقصى القيم من يوم التلف إلى يوم التغريم، وعلى العاشر إن كان مفقوداً في جميع البلاد، وجب قيمة يوم التلف، وإلا قيمة يوم التقويم<sup>(١)</sup>.

ولو تلف مثلياً على إنسان من غير غضب، وإثبات يد عليه، وكان المثل موجوداً، فلم يسلم حتى فُقد، فعلى الوجه الأول تجب قيمة يوم الإتلاف، وعلى الثاني وعلى الثالث أقصى القيم من يوم الإتلاف إلى الإعواز، وعلى الرابع من يوم الإتلاف إلى التقويم، والقياس عود الوجوه الباقية، ولو أتلفه، والمثل مفقود<sup>(٢)</sup> فالقياس أن يقال على الوجه الأول والثاني والسابع والثامن: تجب قيمة يوم الإتلاف، وعلى الرابع والخامس والسادس أقصى القيم من يوم الإتلاف إلى التقويم وعلى التاسع قيمة يوم التغريم، وعلى العاشر إن كان منقطعاً في جميع البلاد وجبت قيمة يوم الإتلاف، وإلا فقيمة يوم التقويم، والله أعلم.

ومهما غرم الغاصب أو المتلف القيمة لإعواز المثل، ثم وجد المثل، هل للمالك رد القيمة، وطلب المثل؟.

(١) والحادي عشر بحال. ينظر الروضة ٤/١١١.

(٢) وهو غاصب.

فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن حقه المثل، وإنما أخذت القيمة للعجز عنه، وإذا حصلت القدرة عدل إليه، كما إذا غرم العبد الأبق ثم عاد.

وأظهرهما: على ما ذكر صاحب الكتاب والقاضي الروياني المنع<sup>(١)</sup>؛ لأن الأمر قد انفصل ببذل المثل، وإذا تم الحكم بالبدل، فلا عود إلى المبدل كما لو صام المعسر في الكفارة المرتبة، ثم أيسر، وهذا معنى قوله: «لتمام الحكم بالبدل الحقيقي» وأراد بتسميته حقيقياً أن القيمة بدل حقيقة عند إعواز المثل لا لالتحاق المثل حيثئذ بالتقويم، وفي غرامة العبد الأبق ليست القيمة بدلاً حقيقية وإنما هي مأخوذة لحصول الحيلولة لكن لصاحب الوجه الأول أن يقول عندي القيمة حالة الإعواز ليس بدل حقيقة، وإنما هي مأخوذة لحصول الحيلولة بينه وبين حقه، وهو المثل، فالأجود من الفرق أن يقال: العبد عين حقه المغصوب، والمثل بدل حقه، فلا يلزم من تمكينه من الرجوع إلى عين حقه تمكين من الرجوع إلى بدل حق، والله أعلم.

قال الغزالي: وَلَوْ أَتَلَّفَ مِثْلًا فَظَفَّرَ بِهِ فِي غَيْرِ ذَلِكَ الْمَكَانِ لَمْ يَلْزَمُهُ إِلَّا الْقِيَمَةُ، فَإِذَا عَادَ إِلَى ذَلِكَ الْمَكَانِ لَزِمَهُ الْمِثْلُ وَأَخَذَ الْقِيَمَةَ، وَلَوْ ظَفَّرَ بِهِ فِي غَيْرِ ذَلِكَ الزَّمَانِ جَارَ طَلَبُ الْمِثْلِ؛ لِأَنَّ رَدَّ الزَّمَانِ غَيْرِ مُمَكِّنٍ فَتَعَدَّرَ الْمِثْلُ الْحَقِيقِيُّ، وَالْمُسَلَّمُ إِلَيْهِ إِذَا أُنْتَقَلَ لَمْ يُطَالَبْ، وَفِي مُطَالَبَتِهِ بِالْقِيَمَةِ تَرَدُّدٌ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ أَعْتِيَاضٌ، فَإِنْ مُنِعَ فَلَهُ الْفَسْخُ، وَطَلَبُ رَأْسِ الْمَالِ.

قال الرافعي: مقصود الفصل أن المثل هل يؤخذ مثله مع اختلاف المكان والزمان، أما المكان، فاعلم أولاً أنه لو غصب مثلياً، ونقله إلى بلد آخر كان للمالك أن يكلفه رده، وله أن يطالب بالقيمة في الحال للحيلولة<sup>(٢)</sup>، ثم إذا رده الغاصب رد القيمة، واسترده، ولو تلف في البلد المنقول إليه طالبه بمثله، حيث ظفر به من البلدين لتوجه الطلب عليه برد العين في الموضوعين<sup>(٣)</sup>، فإن فقد المثل غرمه قيمة أكثر البلدين قيمة.

(١) قال النووي: ويجريان في أن الغاصب والمتلف هل لهما رد المثل وطلب القيمة ينظر الروضة ٤/ ١١١.

(٢) أي حال العود؛ لأنه أحال بينه وبين ملكه فأوجبت القيمة لتسد مسد العين بقدر الإمكان، وتسمى هذه القيمة الحيلولة ويملكها الأخذ. وقال الأذرعى: وهذا قد يظهر فيما إذا لم يخف هرب الغاصب أو تواريه، وإلا فالوجه عدم الفرق بين المسافتين.

(٣) وكذا يطالبه به في أي بقعة شاء من البقاع التي وصل إليها به في طريقه بينهما. قاله السبكي ونقله عن غيره عن شريح الروياني.

ولو أتلف مثلياً، أو غصبه، وتلف عنده في بلد، ثم ظفر المالك به في بلد آخر، هل له مطالبته بالمثل؟ .

الذي ذكره الأكثرون أنه إن كان مما لا مؤنة لنقله، كالدرهم والدنانير<sup>(١)</sup>، فله المطالبة بالمثل، وإن كان لنقله مؤنة لم يكن له طلب المثل، ولا للغارم تكليفه قبول المثل لما يلزم فيه المثل لما فيه من المؤنة والضرر للمالك أن يغرمه قيمة بلد التلف، فإن تراضيا على المثل لم يكن على المثل لم يكن له تكليفه مؤنة النقل .

وعلى هذا تنزيل جوابه في الكتاب، وإن أطلقه إطلاقاً، وحكى الإمام وراءه وجهين:

أحدهما: عن شيخه أبي مُحَمَّدٍ: أنه يطالبه بالمثل، وإن لزمت المؤنة، وزادت القيمة، كما أتلف مثلياً في وقت الرخص له طلب المثل في الغلاء .

والثاني: عن رواية الشيخ أبي عَلِيٍّ: أنه إن كانت قيمة ذلك البلد مثل قيمة المتلف، أو أقل طالبه بالمثل، وإلا فلا<sup>(٢)</sup> .

وذكر أبو عَاصِمِ العَبَّادِيُّ مثل هذا، وإذا حكمنا بالمنع، وأخذ القيمة، ثم اجتمعا في بلد التلف، هل للمالك رد القيمة، وطلب المثل؟ وهل لصاحبه استرداد القيمة وبذل المثل؟ . فيه الوجهان فيما إذا غرم القيمة؛ لإعواز المثل، والذي أورده صاحب الكتاب منهما أن عليه المثل، وأخذ القيمة مع أنه جعل الأظهر في مسألة الإعواز المنع، وهذا لاوجه له، بل الخلاف في المسألتين واحد، باتفاق الناقلين .

(١) السيرة والطريق آمنة .

(٢) هذا الوجه هو المناسب للمعنى المذكور في الدرهم والدنانير، وقد نوزع الشبخان في تضعيف هذا الوجه الثالث فنقلوا عن الشيخ أبي علي السنجي أنه قال ما ذكره الشافعي والأصحاب من أن المتلف عليه إذا ظفر بمتلف المثلي في غير مكان الإتلاف يغرمه القيمة لا المثل، إنما هو إذا كانت قيمة المكان الذي ظفر صاحب الحق بالمتلف فيه أكثر من قيمة مكان الإتلاف، فلذلك قال للشافعي ما قال، فأما إذا استوت القيمة ولم يتفاوت السعران، أو كانت قيمة المثل في مكان اللقاء أقل فيلزمه المثل، والشبخان تبعاً «النهاية» في تضعيف ما قاله الشيخ أبو علي والمتأخرون كالأسنوي والأزرعي والزرکشي مشوا على ما قاله الشيخ أبو علي ونقلوه عن البندنجي والقاضي أبي الطيب والماوردي وابن الصباغ، ونقل الديبلي في أدب القضاء عن الشافعي نحوه . قال في «المهمات»: فإنه يعني الديبلي قال: قال الشافعي لأننا لو حملناه على المثل لكان في ذلك ضرر وإتلاف مال لاختلف الأسعار، هذا لفظه . والتعليل صريح في تصوير المسألة واختصاصها بما ذكره الشيخ أبو علي، وقد تظاهرت النقول على ما قاله إلى أن قال: فتلخص أن الحكم كما قاله الشيخ أبو علي إلى آخره . وقال في الخادم: إن الذي قاله الشيخ أبو علي تقييد لإطلاق النص، ثم نقل عن العراقيين المتقدم ذكرهم وصاحب «البيان» و «الأستقصاء» و «الذخائر» موافقة أبي علي .

فإما أن يختار فيهما النفي، أو الإثبات.

ولو نقل المغصوب المثلي إلى بلد آخر، فتلف هناك، أو أتلفه، ثم ظفر به المالك في بلد ثالث وقلنا: إنه لا يطالب بالمثل في غير موضع التلف، فله أخذ قيمة أكثر البلدين قيمة<sup>(١)</sup>. وأما في المسألة الأولى فها هنا لا يطالب إلا بالمثل وإذا اختلف الزمان فله المطالبة بالمثل، وإن زادت القيمة وليس له إلا ذلك، وإن نقصت القيمة، والفرق بينه وبين المكان.

إذا قلنا: لا يطالب بالمثل في غير ذلك المكان أن العود إلى المكان الأول يمكن، فجاز انتظاره، ورد الزمان الأول غير ممكن، فقنعنا بصورة المثل، وإن لم يكن ذلك مثلاً حقيقة؛ لأن التساوي في القيمة معتبر في المثليين، وللزمان أثر ظاهر في تفاوتها، لكن يتوجه على هذا أن يقال: نعم رد الزمان الأول غير ممكن، لكن انتظار الزمن الذي تكون القيمة فيه كالقيمة وقت الإتلاف ممكن، فهلا قنع بقيمة يوم الإتلاف، وانتظر المثل إليه، وهذا كله فيما إذا لم يخرج المثل، باختلاف المكان والزمان عن أن يكون له قيمة ومالية.

أما إذا خرج، كما إذا أتلف عليه الماء في مفازة، ثم اجتمعا على شط نهر، أو بلد أو أتلف عليه الجمد في الصيف، واجتمعا في الشتاء، فليس للمتلف بذل المثل، بل عليه قيمة المثل في مثل تلك المفازة أو في الصيف وإذا غرم القيمة ثم اجتمعا في مثل تلك المفازة، وفي الصيف هل يثبت التراد؟ فيه الوجهان السابقان.

وأما قوله في الكتاب: «والمسلم إليه» إلى آخره، فقد ذكرنا المسألة بما فيها في «السلم»<sup>(٢)</sup>.

قال الغزالي: وَلَوْ أَتْلَفَ آيَةٌ مِنْ نَقْرَةٍ يَلْزَمُهُ الْمِثْلُ، وَمَا زَادَ بِالصَّنْعَةِ يُقَوِّمُ بِغَيْرِ جِنْسِ الْأَضَلِّ حِذَاراً مِنَ الرَّبَا، وَقِيلَ: لَا يُبَالِي بِهِ فَإِنَّهُ لَيْسَ بِبَيْعٍ.

قال الراعي: الذهب والفضة إما أن يكونا مضروبين، فقد ذكرنا أنهما مثليان، أو لا يكونا مضروبين، وكل واحد منهما إما أن يكون فيه صنعة كالحلي، أو لا تكون

(١) لأنه كان يجوز له المطالبة بالمثل فيها، فعلى هذا إذا غرمه قيمة البلد المنقول إليه، فاختلفت القيمة بالنسبة إلى يوم الغصب ويوم التلف ويوم المطالبة، لكن لا يعتبر يوم الغصب ولا الأفضى منه، بل يجعل عوضه يوم الوصول إلى تلك البلد.

(٢) ولو قال المستحق: لا أخذ القيمة، بل انتظر وجود المثل، فله ذلك، نقله في «البيان»، ويحتمل أن يجيء فيه الخلاف، في أن صاحب الحق إذا امتنع من قبضه هل يجبر ويمكن الفرق، ولو لم يأخذ القيمة حتى وجد المثل تعين قطعاً. ينظر روضة الطالبين ١١٣/٤.

كالتبر. أما الأول: فإذا أتلّف حليًّا وزنه عشرة، وقيمته عشرون، فقد نقل أصحابنا العراقيون وجهين فيما يلزمه:

أحدهما: أنه يضمن العين بوزنها من جنسها، والصنعة بقيمتها من غير جنسها، سواء كان ذلك نقد البلد، أو لم يكن؛ لأننا لو ضمنا الكل بالجنس، لقابلنا عشرة بعشرين، وذلك ربأ.

وأصحهما عندهم: أنه يضمن الجميع بنقد البلد، وإن كان من جنسه، ولا يلزم الربا، فإنه إنما يجري في العقود، لافي الغرامات، ولو كان هذا ربأ، لكان الوجه الأول أيضاً ربأ، فإنه كما لا يقابل ديناراً بدينارين، لا يقابل ديناراً بديناراً ودرهم. وفيه وجهان آخران:

أحدهما: أن العين تضمن بوزنها من جنسها، والصنعة بنقد البلد، كما لو أتلّف الصنعة وحدها بكسر الحلي يضمن بنقد البلد، سواء كان من جنس الحلي، أو من غير جنسه، هنا محكى في «النهاية» مع الأولين.

والثاني: أنه يضمن الكل بغير جنسه تحرزاً عن التفاضل، ومن اختلاف الجنس في أحد الطرفين، ويروى هذا عن أبي حنيفة.

وأحسن ترتيب في المسألة ما ذكره في «التهذيب»، وهو أن صنعة الحلي متقومة وفي وزنه الاختلاف الذي سبق في التبر والسيكة.

إن قلنا إنه مثلي، فوجهان:

أحدهما: أنه يضمن الكل بغير جنسه كيلا يلزم الربا.

وأصحهما: أنه يضمن الوزن بالمثل، والصنعة بنقد البلد، سواء كان من جنسه، أو من غير جنسه.

وإن قلنا: إنه متقوم، فيعتبر الكل بنقد البلد، كيف كان، وينبغي أن يجي على هذا وجه التضمين، بغير الجنس؛ إذا كان نقد البلد من الجنس؛ لأن معنى الربا لا يختلف، ولو أتلّف آنية من ذهب أو فضة، فتبني على أن اتخاذاها، هل هو جائز.

إن قلنا: نعم، كما لو أتلّف حليًّا.

إن قلنا: لا، فهو كإتلاف ما لا صنعه فيه، كالتبر والسيكة، فيبني على الخلاف في أنه مثلي، أو متقوم. إن قلنا بالأول، ضمن مثله. وإن قلنا بالثاني فوجهان:

أحدهما: قيمته بنقد البلد، سواء كان من جنسه، أو من غير جنسه، كسائر

المتقومات.

والثاني: أن الجواب كذلك، إلا إذا كان نقد البلد من جنسه، وكانت القيمة تزيد على الوزن، فحينئذ يقوم بغير الجنس، ويضمن به، وهذا ما اختاره العراقيون ها هنا فأرقيين بين ما فيه صنعة، وبينه بأن الزيادة ثم تقع في مقابلة الصنعة، فلا تؤدي إلى الربا وها هنا لا قيمة للصنعة، فيلزمه الربا، لكن لصاحب الوجه الأول أن يقول: لو كان الربا جارياً في الغرامات لاستوى المصنوع وغيره، كما لو قابل حلياً بتبر لا يجوز للفضل. وقوله في الكتاب: «ولو أتلف آنية».

التصوير في الآنية مفرع على جواز اتخاذها، كما بيناه. وقوله: «يلزمه المثل». مثل وزن الآنية والحلى التبر، لا الدراهم والدنانير المضروبة.

وقوله قيل: لانبالي به أي بتقويم الصنعة بجنس الأصل وتغريمها رد، وذلك مما يترك فيه وجه تقويم الكل بنقد البلد، إذا كان نقد البلد من جنسه.

ووجه تقويم الأصل بالمثل والصنعة بنقد البلد إذا كان من جنسه ويجوز إعلامه - بالحاء - وكذا إعلام قوله: «يلزمه المثل» لما مر من الرواية قوله: «فإنه ليس ببيع» يعني أنه غرامة متلف، ومحل الربا إنما هو البيوع والمعاقبات، والله اعلم بالصواب.

قال الغزالي: وَلَوْ اتَّخَذَ مِنَ الرُّطْبِ تَمْرًا وَقُلْنَا: لَا مِثْلَ لِلرُّطْبِ وَلِلتَّمْرِ مِثْلٌ، أَوْ مِنَ الْحِنْطَةِ دَقِيقًا، فَأَلَاوَلَى أَنْ يَتَخَيَّرَ الْمَالِكُ بَيْنَ الْمُطَالَبَةِ بِقِيَمَةِ الرُّطْبِ وَالدَّقِيقِ أَوْ مِثْلِ التَّمْرِ وَالْحِنْطَةِ، كَمَا لَوْ اتَّخَذَ مِنَ السَّمْسِمِ الشُّيْرَجَ فَيَطَالِبُ إِنْ شَاءَ بِالسَّمْسِمِ أَوْ بِالشُّيْرَجِ، وَلَوْ عَدِمَ الْمِثْلَ إِلَّا بِالْأَكْثَرِ مِنْ ثَمَنِ الْمِثْلِ لَمْ يَلْزَمُهُ الشَّرَاءُ عَلَى الْأَطْهَرِ.

قال الرافعي: في الفصل مسألتان:

الأولى: إذا تغير المغصوب في يد الغاصب من حال إلى حال، ثم تلف عنده، فإما أن يكون متقوماً في الحالة الأولى مثلياً في الثانية، أو بالعكس أو مثلياً فيهما، أو متقوماً فيهما.

أما القسم الأول: فكما إذا غصب رطباً، وقلنا إنه متقوم، فصار تمراً، ثم تلف عنده، ففيه وجهان:

أحدهما: وبه أجاب العراقيون: أنه يضمن مثل التمر؛ لأنه لا يمكن الجمع بين المثل والقيمة، ولا بد من إيجاب أحدهما، والمثل أقرب إلى التالف، فيكون إيجابه أولى. وأشبههما: وهو المذكور في «التهديب»: أنه إن كان الرطب أكثر قيمة، أو فعلية قيمته كيلا تضيع الزيادة عليه، وإن كان التمر أكثر قيمة، أو استويا فعلية المثل.

واختار صاحب الكتاب أنه يتخير أن يأخذ مثل التمر، أو قيمة الرطب؛ لأنه أتلف

عليه ماله، وهو مثلي ورد ماله، وهو متقوم، فيطالب بموجب ما شاء من الحالتين.  
وأما القسم الثاني: فهو كما لو غَصَبَ حِنطَةَ وطحنها، وتلف الدقيق عنده، أو جعله خبزاً، أو أكله وقلنا: لا مثل للدقيق والخبز أو غصب تمرأ، واتخذ منه الخَلَّ بالماء. فعلى جواب العراقيين يضمن المثل، وهو الحنطة.

وعلى ما أورده في «التهذيب» إن كان المتقوم أكثر قيمة غرمها، وإلا غرم المثل.  
وعن القاضي الحُسَيْن: أنه يغرم أقصى القيم، وليس للمالك مطالبته بالمثل؛ لأن التلف حصل، وهو متقوم، وعلى هذا فإذا قيل: من غصب حنطه في الغلاء، وبقيت عنده إلى التلف، وغرمه المالك في وقت الرخص يغرم المثل، أو القيمة؟ لم يصح إطلاق الجواب بالمثل، ولا القيمة.

بل الصواب أن يفصل فيقال: إن تلفت، وهي حنطة غرمه المثل، وإن صارت إلى حالة التقويم، ثم تلفت، ويقال: كأن القاضي قد لقن المسألة الرئيس أبا عَلِيٍّ المنيعي<sup>(١)</sup> ليغالط بها فقهاء «مرو» فغلط من أطلق الجواب منهم.

وأما القسم الثالث: فكما لو غصب سمسماً، واتخذ منه شريعاً<sup>(٢)</sup>، ثم تلف عنده، ونقل العراقيون وصاحب الكتاب أن المالك بالخيار، فيغرمه ما شاء منهما.  
وفي «التهذيب» أنه إن كان أحدهما أكثر قيمة غرم مثله، وإلا تخير المالك، وأخذ ما شاء منهما.

وظاهره يقتضي إثبات خلاف في التخير إذا كان أحدهما أكثر قيمة والله أعلم.  
وأما القسم الرابع فحكمه بَيِّنٌ، وهو وجوب أقصى القيم في الحالتين.  
المسألة الثانية: إذا لزمه المثل، فعليه تحصيله إن وجدته بضمن المثل، وإذا لم يجده إلا بما فوقه فوجهان:

(١) حسان بن سعيد بن حسان بن محمد بن أحمد بن عبد الله بن محمد بن منيع بن خالد بن عبد الرحمن بن خالد بن الوليد المخزومي، الرئيس أبو علي المنيعي، الحاجي، أما المنيعي فنسبة إلى جده منيع بن خالد، وأما الحاجي فلغة العجم في النسبة إلى من حج، يقولون للحاج إلى بيت الله الحرام: حَاجِحٌ. وكان الرئيس أبو علي، من أهل مَرَوْ الرُّوز، وكان في أول أمره تاجراً، إلى أن نما ماله، وتزايدت النعم عليه، وعلت منزلته، وصار مشاراً إليه عند السلاطين وفقه - الله تعالى -، فصح إلى بيت الله الحرام، ثم عاد، وأنفق أموالاً جزيلة في بناء المساجد، والرُّبُط، وتنوع في المعروف، وبنى جامعاً بمَرَوْ الرُّوز، تقام فيه الجمعة والجماعة. قال عبد الغافرة عمّ الأفاق بخيره، وبِرّه. ينظر طبقات الشافعية الكبرى ٢٩٩/٤ - ٣٠٠.

(٢) الشريح إحدى فلتتي المود بعد أن يشق.

أحدهما: أنه لا يلزمه تحصيله؛ لأن الموجود بأكثر من ثمن المثل، كالمعدوم بدليل الماء في الطهارة والرقبة في الكفارة.

والثاني: يلزمه؛ لأن المثل كالعين، ورد العين واجب، وإن لزم في مؤنثه أضعاف قيمته، وهذا أظهر الوجهين عند صاحب «التهذيب» والقاضي الروياني، والأول أظهر عند آخرين، ومنهم صاحب الكتاب، وفرقوا بين المثل والعين، بأنه تعدى في العين دون المثل<sup>(١)</sup>، فلا يأخذ المثل حكم العين، هذا ما يتعلق بقسم المثلي والله أعلم.

قال الغزالي: **أَمَّا الْمُتَقَوَّمَاتُ إِذَا تَلَفَتْ تُضْمَنُ بِأَقْصَى قِيَمَتِهَا مِنْ وَقْتِ الْغَضَبِ إِلَى التَّلْفِ، فَإِنَّ أَبَقَ الْعَبْدُ ضَمِنَ (ح) فِي الْحَالِ لِلْحَيَلُولَةِ، فَإِذَا عَادَ رُدَّتِ الْقِيَمَةُ (ح) وَسَلَّمَ الْعَبْدُ، وَلِلْغَاصِبِ حَبْسُ الْعَبْدِ إِلَى أَنْ تُرَدَّ الْقِيَمَةُ عَلَيْهِ.**

قال الرافعي: القسم الثاني من الأموال: المتقوم، فإذا غصبه، وتلف عنده لزمه أقصى قيمته من يوم الغصب، إلى يوم التلف؛ لأنه في حال زيادة القيمة غاصب مطالب بالرد، فإذا لم يرد ضمن بدله، وإنما تجب القيمة من نقد البلد الذي حصل فيه التلف، وتفاوت القيمة قد يكون لزيادة ونقصان في المغصوب، كما إذا كان العبد كاتباً، فنسي الكتابة، وقد يكون لمحض ارتفاع الأسواق وانخفاضها، فلو كانت قيمة مائة، فبلغت مائتين، ثم عادت بتراجع الأسواق إلى مائة وخمسين، ثم هلك لزمه مائتان ولا عبرة باتفاق السوق بعد التلف، ولو تكرر ارتفاع السوق، وانخفاضها لم يضمن كل زيادة، وإنما يضمن الأكثر.

ولو أتلف متقوماً من غير غصب لزمه قيمته يوم الإتلاف، فإن حصل التلف بتدرج وسراية، واختلفت القيمة في تلك المدة، كما إذا جنى على بهيمة قيمة مثلها يومئذ مائة، ثم هلكت، وقيمة المثل خمسون. وقال القفال: يلزمه مائة؛ لأننا إذا اعتبرنا الأقصى في اليد العادية، فلأن نعتبرها في نفس الإتلاف كان أولى.

وليعلم قوله في الكتاب: «فأقصى قيمتها» بالحاء والألف.

أما الحاء، فلأن أبا حنيفة يعتبر قيمة يوم الغصب، بناء على أن الزوائد غير مضمونة. وأما الألف، فلأن أحمد يعتبر قيمة يوم التلف، إذا كان التفاوت لاضطراب

(١) وهذا الثاني أصح، وصححه الشاشي أيضاً. ولا فرق في اختلاف القيمة بين السعر، أو تغير المغصوب في نفسه، وإنما تجب القيمة من نقد البلد الذي حصل فيه التلف. كذا أطلقه الرافعي وهو محمول على ما إذا لم ينقل، فإن نقله قال في «الكفاية»: فيتجه أن يعتبر نقد البلد الذي تعتبر القيمة فيه وهو أكثر البلدين قيمة كما تقدم في المثلي.



الأسواق. ولو لم يهلك العبد المغصوب، لكنه أبق أو عيَّه الغاصب، أو ضلَّت الدابة أو ضاع الثوب، فللمالك أن يضمه القيمة في الحال لحصول الحيولة، ولزوم الضرر والاعتبار بأقصى القيم من يوم الغصب إلى يوم المطالبة<sup>(١)</sup>، وليس للغاصب أن يلزمه قبول القيمة؛ لأن قيمة الحيولة ليست حقًا ثابتاً في الذمة حتى يجبر على قبوله، والإبراء عنه، بل لو أبراه المالك عنها لم ينفذ.

وعن بعض الأصحاب: تنزيلها منزلة الحقوق المستقرة، ثم القيمة المأخوذة يملكها المالك، كما يملك عند التلف، وينفذ تصرفه فيها، ولا يملك الغاصب المغصوب، كما لا يملك نصف العبد، إذا قطع إحدى يديه وغرم، فإذا ظفر بالمغصوب، فللمالك استرداد، ورد القيمة، وللغاصب رده واسترداده القيمة، وهل له حبس المغصوب إلى أن يسترد القيمة؟.

ذكر في الكتاب أن له ذلك، وهذا حكاه القاضي حُسَيْن عن نص الشافعي - رضي الله عنه - كما حكى ثبوت الحبس للمشتري في الشراء الفاسد، لاسترداده الثمن لكن تقدم في «البيع» ذكر الخلاف في ثبوت الحبس للمشتري، وبينما أن الظاهر المنع، ويشبه أن يكون حبس الغاصب في معناه، والمنع هو اختيار الإمام في صورتين، إذا كانت الدراهم المبذولة باقة بعينها في يد المالك فللشيخ أبي مُحَمَّد تردد في أنه هل يجوز للمالك إمساكها، وغرامة مثلها، أم لا<sup>(٢)</sup>.

وإذا اتفقتا على ترك التراد، فلا بد من بيع لصير المغصوب للغاصب<sup>(٣)</sup>.

وقوله في الكتاب «ردت القيمة» معلّم - بالحاء - لأن عنده تملك العبد بالضمان، فلا رد ولا استرداد، وساعدنا في المدبر، وفيما إذا اختلفا في القيمة، وغرمانه، ما اعترف به، ثم تبين عند الظفر بالمغصوب أنها كانت أكثر.

واعلم أن التضمين في صورة الاتفاق وغيرها لا يختص بالمتقومات، وإن أوردته في هذا القسم، بل ضمان الخيار ثابت في كل مغصوب خرج من يد المالك،

(١) قال الأسنوي: وينبغي إذا زادت القيمة بعد هذا أن يطالب بالزيادة، لأنه على ملكه، ويملكها المالك كما يملكها عند التلف، فينفذ تصرفه فيها، ولا يملك الغاصب المغصوب كما لا يملك نصف العبد إذا قطع إحدى يديه وغرم، والمراد كما قال القاضي وغيرهما أنه يملكها ملك قرض؛ لأنه يتشعق بها على حكم ردها أو رد بدلها عند رد العين.

(٢) الأقوى أنه لا يجوز كما صرح النووي في زوائد. ينظر الروضة ٤/١١٧.

(٣) أما لو اتفقتا على ذلك قبل رده، قال الزركشي: فجائز بالاتفاق. قال الإمام: ولا حاجة إلى عقد. وقال الشيخ زكريا: ويوجه بأن القيمة حيثئذ على ملك المالك، فكفى فيما ذكر ذلك بخلافها بعد رده.

وتعذره (١).

## فرع

قد مر أن منافع المغضوب مضمونة فلو كانت الأجرة في مدة الغضب متفاوتة فيما يضمن؟ فيه ثلاثة أوجه، حكاها القاضي أبو سعد بن يوسف (٢).

أضعفها: أنها بالأكثر في جميع المدة.

وأظهرها: أنها تضمن في كل بعض من أبعاض المدة بأجره مثلها.

والثالث: أن الأمر كذلك إن كانت الأجرة في أول المدة أقل، وإن كانت أكثر ضمنها بالأكثر في جميع المدة؛ لأنه لو كان المال في يده، فربما يلزمه بها في جميع المدة والله اعلم.

قال الغزالي: وَإِنْ تَنَازَعَا فِي تَلْفِ الْمَغْضُوبِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْغَاصِبِ (و) لِأَنَّهُ رَبُّمَا يَنْعَجَزُ عَنِ الْبَيْئَةِ وَهُوَ صَادِقٌ، فَإِنْ حَلَفَ جَازًا طَلَبَ الْقِيَمَةَ وَإِنْ كَانَ الْعَيْنُ بَاقِيَةً بِرِزْمِ الطَّالِبِ لِلْمَعْجُزِ بِالْحَلْفِ، وَكَذَلِكَ إِذَا تَنَازَعَا فِي الْقِيَمَةِ أَوْ فِي صَفْقَةِ الْعَبْدِ (و) أَوْ فِي غَيْبِ (ز) يُؤْتَرُ فِي الْقِيَمَةِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْغَاصِبِ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَرَاءَةُ الذِّمَّةِ، وَكَذَلِكَ إِذَا تَنَازَعَا

(١) قال النووي: قد حكى صاحب «البيان» عن القفال: أن المالك لا يملك القيمة المأخوذة للحيلولة، بل ينتفع به على ملك الغاصب، لثلا يجتمع في ملكه البذل والمبدل، وهذا شاذ ضعيف نهت عليه لثلا يُعْتَر به.

قال في «البيان»: ولو ظهر على المالك دين مستغرق، فالغاصب أحق بالقيمة التي دفعها، لأنها عين ماله. وإن تلفت في يد المالك، رجع الغاصب بمثلها. وإن كانت باقية زائدة، رجع في زيادتها المتصلة دون المنفصلة. قال القاضي أبو الطيب، والجرجاني: هذا إذا تصور كون القيمة مما يزيد وصورها في المهمات نقلاً عن بعض الفضلاء بما إذا كانوا في بلد يتعاملون بالحيوان، وصورها في الكفاية بأن يكون المالك اعتاض عن القيمة شاة مثلاً، فإن عند القاضي أبي الطيب أنه إذا استعوض من له ثمن في ذمة شخص عنه عيناً، ثم رد المبيع بعيب أنه يجب أن يرد الغير، فعلى هذا يسترجع الشاة هنا لكن هذا وجه، والأصح أنه يرجع بالثمن، وأيضاً فالزيادة هنا في العوض عن القيمة لا في نفس القيمة، فالصوير مشكل.

(٢) القاضي أبو سعد، بسكون العين، محمد بن أحمد بن يوسف الهروي. أخذ عن أبي عاصم العبادي، وشرح تصنيفه في «أدب القضاء» وهو شرح مشهور مفيد، وتولى قضاء همدان. واعلم أن عبد الغافر الفارسي، ذكر في كتاب «الذيل» أن القاضي أبا سعد، قتل شهيداً مع أبيه في جامع همدان، في شعبان سنة ثمان عشرة وخمسمائة، وأنه كان رجلاً من الرجال، وداهية من الدهاة، إلا أنه خالف المذكور أولاً في الأب، فقال: محمد بن نصر بن منصور، فيجوز أن يكون أباه، وأن يكون غيره ينظر طبقات الشافعية للأسنوي ٢/٢٩٢.

في الثُّوبِ الَّذِي عَلَى الْعَبْدِ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ وَثْوَيْهِ فِي يَدِ الْغَاصِبِ.

قال الرافعي: المقصود من بقية الباب الكلام في تنازع المالك، والغاصب، وذلك يقع على أنحاء: منها: إذا ادعى الغاصب تلف المغصوب، وأنكر المالك، فالصحيح وهو المذكور في الكتاب أن القول قول الغاصب مع يمينه، لأنه قد يعجز عن البيّنة، وهو صادق، فلو لم نصدقه لتخلد الحبس عليه، ولما وجد عنه مخرجاً.

وفيه وجه: أن القول قول المالك مع اليمين؛ لأن الأصل بقاؤه. وإذا قلنا بالأول، فلو حلف الغاصب، هل للمالك تغريمه القيمة أو المثل؟ فيه وجهان: أحدهما: لا، لبقاء العين في زعمه.

وأصحهما: نعم<sup>(١)</sup>، وهو المذكور في الكتاب؛ لأنه عجز عن الوصول إليهما بيمين الغاصب، وإن كانت باقية.

ومنها: إذا اتفقا على الهلاك، واختلفا في قيمته، فالقول قول الغاصب؛ لأن الأصل براءة ذمته عن الزيادة، وعلى المالك البيّنة، وينبغي أن يشهد الشهود بأن قيمته كذا.

أما إذا أراد إقامة البيّنة على صفات العبد ليقومه المقومون بتلك الصفات، فعن صاحب «التقريب» حكاية قول أنها تقبل، ويقوم، وينزل على أقل الدرجات كما في السلم. والمذهب المنع لأن الموصوفين بالصفات الواحدة يتفاوتون في القيمة، لتفاوتهم في الملاحظة، وما لا يدخل تحت الوصف. قال الإمام: لكن المالك يستفيد بإقامة البيّنة على الأوصاف إبطال دعوى الغاصب مقداراً حقيراً لا يليق بتلك الصفات، كما لو أقر الغاصب بصفات في العبد تقتضي النفاسة، ثم قَوْمَهُ بشيء حقير، لا يليق بها لا يلتفت إليه، بل يؤمر بالزيادة إلى أن يبلغ حدّاً يجوز أن تكون قيمته لمثل ذلك الموصوف ولو قال المالك: قيمته ألف، وقال الغاصب: بل خمسمائة، وجاء المالك بينه على أنها أكثر من خمسمائة من غير تقدير.

منهم من قال: لا تسمع البيّنة هكذا.

(١) قال الأذري: لا خفاء أن محل الوجهين فيما يحتمل البقاء لا فيما لا يحتمله كالرياحين والأمراق ونحوها مع طول المدة. قال في «الخادم»: يجب أن يكون محل تصديق الغاصب إذا لم يذكر سبباً أو ذكر سبباً خفياً، أما لو ذكر سبباً ظاهراً، فالظاهر أنه لا يصدق إلا بعد إقامة البيّنة على أصل السبب إلا يعلم أن عمومه كالمودع وأولى لتعديده. ثم نقل عن صاحب «المطلب» نظير ذلك. قال الفارقي: وللغاصب إجبار المالك على أخذ البديل لتبرأ ذمته.

والأكثر: سمعوا، وقالوا: فائدة السماع أن يكلف الغاصب الزيادة على الخمسمائة، إلى حد لا تقطع البينة بالزيادة عليه، ولو قال المالك: لا أدري كم قيمته؟ لم تسمع دعواه لقوله حتى يبين، وكذا لو قال الغاصب: أعلم أن قيمته دون ما ذكره، ولا أعرف قدره لم تسمع حتى يبين، فإذا بين حلف عليه.

ومنها: لو قال المالك: كان العبد كاتباً أو محترفاً، وأنكر الغاصب، فالقول قول الغاصب؛ لأن الأصل عدمه وبرائة ذمته.

وحكى العراقيون من أصحابنا وجهاً أن القول قول المالك؛ لأنه أعرف بحال مملوكه، ولو ادعى الغاصب به عيباً، وأنكر المالك نظر إن ادعى عيباً حادثاً بأن قال: كان أقطع أو سارقاً، ففي المصدق منهما قولان: أحدهما: الغاصب؛ لأن الأصل براءة الذمة.

وأصحهما: المالك؛ لأن الأصل والغالب دوام السلامة، ولو ادعى عيباً في أصل الخلقة بأن قال: كان أكمه، أو وُلِدَ أعرج، أو عديم اليد، والمصدق الغاصب؛ لأن الأصل عدم، والمالك متمكن من إثباته بالبينة.

وفيه وجهان آخران:

أحدهما: تصديق المالك نظراً إلى غلبة السلامة.

والثاني: الفرق بين ما يندر من العيوب وما لا يندر ولفظ الكتاب في الغصب، وإن كان مطلقاً، لكن في «الوسيط» ما يبين أنه أراد به العيب الخُلقي، ولو رد المغصوب، وبه عيب وقال: غضبته هكذا، وقال المالك: بل حدث العيب عندك.

قال في «التتمة»: المصدق الغاصب<sup>(١)</sup> لأن الأصل براءة ذمته، وعدم يده على تلك الصفة.

منها: لو تنازعا في الثياب التي على العبد، فالمصدق الغاصب؛ لأن العبد وما عليه في يد الغاصب، هذه صورة الكتاب في الاختلاف.

ومنها: لو قال: غضبت مني داراً بـ «الكوفة»، فقال: بل غضبت دارك بـ «المدينة»، فالقول قول المدعى عليه في أنه لم يغصب دار «الكوفة»، وأما غضبت دار المدينة، فإن وافقه المدعى عليه ثبت، وإلا ارتد إقراره بتكذيبه<sup>(٢)</sup>.

(١) وقاله ابن الصباغ أيضاً ونقله في «البيان». قال النووي في الروضة ١١٩/٤.

(٢) ومثله لو قال: غضبت مني عبداً فقال: بل جارية ونحو ذلك. ينظر الروضة ١١٩/٤.

ومنها: غصب خمرأً محترمة، وهلكت عنده، ثم قال المغصوب منه: هلك بعد التخليط، وقال الغاصب: بل قبلها، فلا ضمان على المصدق الغاصب.  
لأن الأصل بقاء الخمرية، وبرائة ذمته.

ومنها: قال طعمامي الذي غصبته كان حديثاً، وقال الغاصب: بل عتيقاً، فهذا كالاخلاف في كون العبد كاتباً، والمصدق الغاصب، فإن نكل عن اليمين حلف المالك، ثم له أن يأخذ العتيق، فإنه دون حقه<sup>(١)</sup>.

ومنها: باع عبداً من إنسان، فجاء آخر يدعى أنه ملكه، وأن البائع كان غصبه منه، فلا شك أن له دعوى عين العبد على المشتري، وفي دعواه القيمة على البائع ما ذكرناه في الإقرار، فإن ادعى العين على المشتري، فصدقه أخذ العبد منه، ولا رجوع له بالثمن على البائع المكذب، فإن كذبه، فأقام المدعى عليه بينه، أخذه ورجع المشتري بالثمن على البائع، فإن لم يقم البينة، ونكل المشتري حلف المدعي، وأخذه، ولا رجوع للمشتري بالثمن لتقصيره بالنكول، وإن صدقه البائع دون المشتري لم يقبل إقرار البائع على المشتري، وبقي البيع بحاله، إلا أن يكون إقراره بالغصب في زمن الخيار، فيجعل ذلك فسخاً للبيع، ثم عاد العبد إلى البائع بإرث، أو رد بعيب لزمه تسليمه إلى المدعي، وإن صدقه البائع والمشتري جميعاً، سلم العبد إلى المدعي، وعلى البائع رد الثمن المقبوض على المشتري، إن بقي بحاله وضمانه إن تلف.

ولو جاء المدعي بعد ما أعتق المشتري العبد، وصدقه البائع والمشتري، لو يبطل العتق، سواء وافقهما العبد، أو خالفهما لما في العتق من حق الله - تعالى - ولهذا سمعت شهادة الحسبة عليه، بخلاف ما لو كاتبه المشتري، ثم توافقوا على تصديق المدعي؛ لأن الكتابه قابلة للفسح، وللمدعي في مسألة الإعتاق قيمة العبد على البائع، إن اختص بتصديقه، إذا أوجبنا الغرم للحيلولة، وعلى المشتري إن اختص بتصديقه، وعلى من شاء منهما، إن صدقاه جميعاً وقرار الضمان على المشتري، إلا أن تكون القيمة في يد البائع أكثر، فلا يطالب المشتري بالزيادة، ولو مات المعتق، وقد اكتسب أموالاً كانت للمدعي؛ لأن المال خالص حق الآدمي، وقد اتفقوا على أنه هو المستحق، بخلاف العتق، فإن تصادقهم فيه إنما لم يؤثر لما فيه من حق الله - تعالى - هكذا أطلقوه.

قال الإمام: وهو منزل على الأكساب التي يستقل العبد بها، فأما الأكساب التي يحتاج فيها إلى أذن السيد، فإن المدعي لا يستحقها، إن اعترف بخلوها عن

(١) سقط في ب.

الإذن<sup>(١)</sup> والله أعلم.

## البَابُ الثَّانِي فِي الطَّوَارِيءِ، وَفِيهِ ثَلَاثَةُ فُصُولٍ

قال الغزالي: الأَوَّلُ فِي النُّقْصَانِ فَإِذَا غَضِبَ مَا قِيمَتُهُ عَشْرَةٌ فَعَادَ إِلَى دِرْهَمٍ وَرَدَّهُ بِعَيْنِيهِ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ لِأَنَّ الْفَائِتَ رَغَبَاتِ النَّاسِ لِأَشْيَاءٍ مِنَ الْمَغْضُوبِ، وَإِنْ تَلَفَ فَالْوَجِبُ عَشْرَةٌ وَهُوَ أَقْصَى الْقِيَمَةِ، وَإِنْ تَلَفَ بَعْضُهُ كَالثُّوبِ إِذَا أَبْلَاهُ حَتَّى عَادَ إِلَيَّ يَنْصِفِ دِرْهَمٍ بَعْدَ رُجُوعِ الْأَصْلِ إِلَى دِرْهَمٍ ضَمِنَ الْقَدْرَ الْفَائِتَ وَهُوَ يَنْصِفُ الثُّوبَ بِنِصْفِ أَقْصَى الْقِيَمِ وَهُوَ خَمْسَةٌ، وَرَدَّهَا مَعَ الثُّوبِ الْبَالِي.

قال الرافعي: الطوارئ على المغضوب إما أن تعود إلى ذاته أولاً تعود إليها، فالأول إما أن تكون بزيادة أو نقصان، وإما أن لا تعود إلى ذاته.

فأهم ما نتكلم فيه من هذا النوع تصرفات الغاصب، فلذلك اشتمل الباب على ثلاثة فصول:

أولها: في النقصان، والناقص من المغضوب، إما قيمته أو شيء من أجزائه وصفاته، أو كلاهما.

القسم الأول: أن يكون النقصان في القيمة وحدها، كما لو غضب ما قيمته عشرة، فرده بحالة، وقد عادت قيمته إلى درهم، فلا شيء عليه.

وقال أبو تُوْر: عليه نقصان القيمة، كما لو تلف المغضوب، والصورة هذه تلزمه أقصى قيمته عشرة.

لنا أن الفائت رغبات الناس لا شيء من المغضوب، بخلاف ما إذا أتلف، فإن الواجب هناك البديل، فوجب الأكثر لكونه مأموراً بالرد في تلك الحالة، وإذا كانت العين باقية، فالواجب ردها، وقد أتى به.

وليعلم قوله في الكتاب: «فلا شيء عليه - بالواو - لمذهب أبي تُوْر، فإنه وإن كان داخلاً في طبقه أصحاب الشافعي - رضى الله عنه - فله مذهب برأسه، ولا يعدُّ تفرده وجهاً، لكن حكي الموفقُ بنُ طاهرٍ أن من الأصحاب من يوافق، وأيضاً فإن الإمام بعد

(١) قال النووي: ولو ادعى الغاصب رد المغضوب حياً وأقام به بيئته، فقال المالك: بل مات عندك وأقام به بيئته، تعارضت البيئتان وسقطتا، وضمن الغاصب، لأن الأصل بقاء الغصب. ولو قال: غضبنا من زيد ألفاً، ثم قال: كنا عشرة أنفس، وخالفة زيد، قال في «البيان»: قال بعض أصحابنا: القول قول الغاصب بيمينه، لأن الأصل براءته مما زاد. ينظر الروضة ١٢١/٤.

توجيه مذهبه بأنه تسبب إلى تفويت تلك الزيادة بإدامة اليد العادية.

قال: وهذا يجده القياس منقاساً.

القسم الثاني: أن يكون النقصان في كليهما، فالجزء التالف مضمون بقسط من أقص القيم من يوم الغضب إلى التالف، والنقصان الحاصل بتفاوت السوق في الباقي المردود غير مضمون.

مثاله: غصب ثوباً قيمته عشرة، وانخفض السوق، فعادت قيمته إلى درهم، ثم لبسه، فأبلاه حتى عادت إلى نصف درهم يرده خمسة دراهم؛ لأن بالاستعمال والإبلاء تنسحق أجزاء من الثوب، وتلك الأجزاء، والصورة هذه نصف الثوب لانتهاه قيمته إلى نصف درهم، بعد ما كانت قبل الاستعمال درهماً، فيغرم النصف بمثل نسبه من أقصى القيم، كما يغرم الكل عند تلفه بالأقصى، ولو كانت القيمة عشرين، وعادت بانخفاض السوق إلى عشرة، ثم لبسه وأبلاه، حتى عادت إلى خمسة لزمه مع رده عشرة، ولو كانت عشرة، وعادت بانخفاض السوق إلى خمسة، ثم لبسه، وأبلاه حتى عادت إلى درهمين، لزمه مع رده ستة، لأنه تلف بالإبلاء ثلاثة أخماس الثوب، فيغرمها بثلاثة أخماس أقصى القيم.

وذكر الشيخ أبو علي أن بعض من شرح «المولدات» أخطأ في هذه الصورة؛ فقال: يلزمه ثلاثة؛ لأنها الناقصة بالإبلاء، ولا عبرة بالخمسة التي هي نقصان السوق، وقياس قول هذا القائل أن يلزمه في الصورة الأولى، وهي المذكوره في الكتاب نصف درهم، وفي الثانية خمسة دراهم، ولو غصبه وقيمه عشرة، فاستعمله أولاً حتى عادت بالإبلاء إلى خمسة؛ ثم انخفض السوق فعادت قيمته إلى درهمين، فرده يلزمه مع الرد الخمسة الناقصة بالإبلاء، ولا يغرم النقصان الحاصل في السوق في الباقي، ولو غصب ثوباً قيمته عشرة، ولبسه وأبلاه حتى عادت القيمة إلى خمسة، ثم ارتفع السوق، فبلغت قيمته، وهو بال عشرة، فظاهر كلام ابن الحداد أنه يغرم مع رد الثوب عشرة لأن الباقي من الثوب نصفه، وهو يساوي عشرة، فلو بقي كله لكان يساوي عشرين، فيغرم عشرة للتالف.

واختلف الأئمة فيه فساعده بعضهم، وخالفه الجمهور على انقسامهم إلى مغلط ومؤل، وقالوا: لا يغرم مع رده إلا الخمسة الناقصة بالاستعمال، ولا عبرة بالزيادة الحاصلة بعد التالف، ألا ترى أنه لو تلف الثوب كله، ثم زادت القيمة لم يغرم تلك الزيادة.

قال الإمام والصفات كالأجزاء في ذلك كله، حتى لو غصب عبداً صانعاً قيمته مائة، فنسي الصنعة، وعادت قيمته إلى خمسين، ثم ارتفع السوق، فبلغت قيمته ناسياً

مائة، وقيمة مثله إذا أحسن تلك الصنعة مائتين، لا يغرّم مع رده إلاّ خمسين.

واعلم أن الجواب في صور إبلاء الثوب كلها مبني على أن أجره مثل المغصوب لازمه، مع أرش النقصان الحاصل بالاستعمال، وهو الأصح وقد مرّ وجه آخر أنه لا يجمع بينهما، فعلى ذلك الوجه الجواب لزوم أكثر الأمرين من المقادير المذكورة، أو أجره المثل، ولو اختلف المالك والغاصب في قيمة الثوب الذي إبلاه أنها متى زادت، فقال المالك: زادت قبل الإبلاء، فأغرم التالف بقسطه منها، وقال الغاصب: بل زادت بعده قال ابن سُرَيْج: المصدق الغاصب؛ لأنه غارم، كما لو تلف كله، واختلفاً في أن القيمة زادت قبل التلف أو بعده.

وأما القسم الثالث، وهو أن يكون النقصان في شيء من الأجزاء أو الصفات بعدها فيوضحه المسائل الآتية على الأثر والله أعلم.

قال الغزالي: وَلَوْ مَزَقَ الثَّوْبَ خِرْقًا لَمْ يَمْلِكْهُ (ح) بَلْ يَرُدُّ الْخِرْقَ وَأَرْشَ النَّقْصِ، وَإِنْ كَانَتْ الْجِنَايَةُ لَا تَقِفُ سِرَايَتُهَا إِلَى الْهَلَاكِ كَمَا لَوْ بَلَّ الْجِنْتَ حَتَّى تَعَفَّنَتْ، أَوْ اتَّخَذَ مِنْهَا هَرَبَسَةً، أَوْ مِنَ الثَّمَرِ وَالسَّمْنِ حَلْوَاءً، فَنَصَّ الشَّافِعِيُّ رَحْمَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ أَنَّ الْمَالِكَ بِالْخِيَارِ بَيِّنٌ أَنْ يَأْخُذَ الْمَعِيبَ وَأَرْشَ النَّقْصِ أَوْ يَطَّالِبَ بِمِثْلِ أَضِلِّ الْمَالِ، فَإِنَّ مَصِيرَهُ إِلَى الْهَلَاكِ فِي حَقِّ مَنْ لَا يُرِيدُهُ فَكَأَنَّهُ هَالِكٌ، وَفِيهِ قَوْلٌ مُخَرَّجٌ وَهُوَ الْقِيَاسُ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ إِلَّا مَا بَقِيَ مِنْ مِلْكِهِ وَأَرْشَ النَّقْصِ.

قال الرافعي: النقصان الحاصل في المغصوب نوعان:

أحدهما: ما لا سرايه له، فعلى الغاصب أرشه، ورد الباقي لا فرق في ذلك بين أن يكون الأرش قدر القيمة، كما في يدي العبد، أو دونها، ولا بين أن يفوت معظم منافع، أو يفوت، ولا بين أن يبطل بالجنابة عليه الاسم الأول والأبطل.

قال أَبُو حَنِيفَةَ: إذا كان الواجب قدر القيمة، أو فوت الغاصب معظم منافع بجنابته، كما لو مزق الثوب المغصوب خرقاً، أو شقّه طولاً أو كسر قوائم الدابة، أو بعضها لم يكن للمالك أن يغرّمه شيئاً إلاّ أن يترك المغصوب إليه، وكذا لو ذبح الشاة، أو صبغ الثوب بما لا يقبل بعده لوناً آخر، وهو السواد، قال: فإذا تصرف بما أبطل الاسم الأول ملك، وغرّم قيمته، ولا سبيل للمالك إلى أخذه منه، وهذا كما إذا غصب حِنْطَةً فطحنها، أو دقيقاً فخبزه، أو شاة فذبحها وشواها، أو صفراً واتخذة آنية، أو ثوباً فحاط منه قميصاً، وساعدنا في قطع أذن الدابة، وإحدى يدي العبد، وما أشبهها أنه يأخذ الباقي، ويغرّمه الأرش.



واحتج الشافعي - رضي الله عنه - فقال: جناية قطع اليدين فوق جناية قطع إحداهما، فإذا لم يستفد بالغرامة في أدنى الجنائتين ملكاً وجب ألا يستفيد في أعلى الجنائتين بطريق أولى.

وعبارة الأصحاب أنه جنى على ملك الغير، فلا يتوقف تغريمه على تمليكه، كما لو قطع إحدى اليدين، ولو أراد المالك ترك الناقص عند الغاصب، وتغريمه بدله لم يكن له ذلك، فإنه عين ملكه.

ونقل صاحب «المهذب» وغيره وجهاً أنه إذا طحن الطعام المغصوب للمالك ترك الدقيق ومطالبتة بالمثل؛ لأنه أقرب إلى حقه من الدقيق.

والنوع الثاني: ماله سراية لا تزال تزداد إلى الهلاك الكلي، كما لو بل الحنطة، وتمكن منها العفن الساري، أو اتخذ من الحنطة المغصوبة هريسة، أو غصب سمناً وتمراً ودقيقاً، واتخذ منها عصيدة نقل العراقيون عن نصه - رضي الله عنه - في «الأم» أنه يجعل كالهالك ويغرم بدل كل مغصوب من مثل، أو قيمة.

وقول آخر عن رواية الربيع أنه يرده مع أرش النقصان، ثم قالوا: فيه طريقان للأصحاب:

أحدهما: إثبات القولين، وجه الثاني القياس على النوع الأول من النقصان، ووجه الأول أنه مشرف على التلف والهلاك، ولو ترك حاله لفسد، فكانه هالك.

والطريق الثاني: القطع بالقول الأول، وجعله كالهالك أظهر عندهم، سواء أثبت القولين أو لا.

وأما الإمام وصاحب «التهذيب» فإنهما روايا في المسألة قولين:

أرجحهما: أنه يرده مع أرش النقصان، وليس للمالك إلا ذلك.

والثاني: أنه يتخير المالك بينه وبين أن يغرمه بدل ماله من مثل، أو قيمة، ويجعل كالهالك؛ لأن أرش النقص الساري لا يكاد ينضب، فله أن يكفي مؤنة نفسه الاطلاع عليه وأيضاً، فإنه إذا لم يرده وتركه بحاله يهلك، بخلاف ما إذا طحن الحنطة، فإنه وإن لم يرد الدقيق، فلو تركه بحاله لا يهلك.

ونسب الإمام التخير هكذا إلى نص الشافعي - رضي الله عنه - وبه أجاب طائفة، منهم الشيخ أبو مُحَمَّد والمسعودي، وهو كالمتوسط بين ما اختاره العراقيون، وبين ما اختاره الإمام، وصاحب «التهذيب»، وذكر البندنجي قولاً آخر عن رواية أبي إسحاق في الشرح أنه يتخير الغاصب بين أن يسكنه ويغرمه، وبين أن يرده مع أرش النقصان، ويخرج المختصر من هذه الروايات أربعة أقوال:

تغريمه: كما هلك رده وأرش النقصان.

تخيير: المالك تخيير الغاصب.

وإذا قلنا بالأول، فقد أورد أبو سعيد المتولي وجهين<sup>(١)</sup> في أن الحنطة المبلولة لمن تكون؟

أحدهما: تبقى للمالك كيلا يكون العدوان قاطعاً حقه، كما لو نجس زيته، وقلنا: إنه لا يظهر بالغسل، فإن كونه للمالك أولى به.

والثاني: أنها تصير للغاصب؛ لأننا ألحقناه بالهلاك في حق المالك، ولو هلك لم يكن للمالك غير ما أخذه ضماناً، وكذلك هاهنا، وإذا حكمنا بتغريمه الأرش مع الرد، فإنه يغم أرش عيب سارٍ، وهو أكثر من أرش الفائت.

ثم قال الشيخ المتولى: إن رأى الحاكم أن يسلم الجميع إليه فعل، وإن رأى سلم أرش النقص المتحقق في الحال إليه، ووقف الزيادة إلى أن تتيقن نهايته، وفي هذا توقف؛ لأن المعقول من أرش العيب الساري أرش العيب الذي شأنه السراية، وأنه حاصل في الحال.

أما المتولد منه، فيجب قطع النظر عنه، إذ الكلام في النقصان الذي لا تقف سرايته إلى الهلاك، فلو نظرنا إلى المتولد معه لا نجر ذلك إلى أن يكون أرش العيب الساري تمام قيمته، وهو عود إلى القول الأول، وقد بيّن في «شرح المفتاح» الشيخ أبو حامد السلمي ذلك، فإنه قال في التعبير عن قول التخيير: إن شاء المالك ضمنه ما نقص إلى الآن، ثم لا شيء له من زيادة فساد تحصل من بعد، وإن شاء تركه، إليه، وطالبه بجميع البذل. ومن صور النوع الثاني ما إذا صب الماء في الزيت، وتعدر تخليصه منه، فأشرف على الفساد.

وعن الشيخ أبي محمد تردد في مرض العبد المغصوب، إذا كان سارياً عسر العلاج، كالسل والاستسقاء، ولم يرتضه الإمام؛ لأن المرض الميثوس منه قد يبرأ، والعفن المفروض في الحنطة يفضي إلى الفساد لا محالة<sup>(٢)</sup>.

وقوله في الكتاب: «وفيه قول مخرج» لم أجد غيره يصفه بكونه مخرجاً، وقد

(١) قال الزركشي: أشار صاحب «التتمة» إلى ترجيح أنه للمالك.

(٢) ولو عفن الطعام في يده لطول المكث فطريقان. قال الشيخ أبو حامد: هو كَبَلُ الحنطة. وقال القاضي أبو الطيب: يتعين أخذه مع الأرش قطعاً وأختاره ابن الصباغ وهو الأصح. ينظر الروضة

ذكرنا أنهم نقلوه عن رواية الرُّبَيْعِ، ولا حاجة مع النقل إلى التخريج، نعم ربما لا يبلغ النقل المخرج، فيقع الحافر على الحافر، والله أعلم.

قال الغزالي: وَلَوْ جَنَى الْعَبْدُ الْمَغْضُوبُ جَنَايَةً قَتَلَ بِهَا قِصَاصاً ضَمِنَ الْغَاصِبُ لِلْمَالِكِ أَقْصَى قِيَمَتِهِ إِذْ حَصَلَ الْفَوَاتُ تَحْتَ يَدِهِ، وَإِنْ تَعَلَّقَ الْأَرْضُ بِرِقَبَتِهِ ضَمِنَ الْغَاصِبُ لِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ كَمَا يَضْمَنُ الْمَالِكُ إِذْ مَنَعَ الْبَيْعَ وَكَأَنَّ الْغَاصِبَ مَانِعٌ، فَإِنْ تَلَفَ الْعَبْدُ فِي يَدِهِ ضَمِنَ لِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ الْأَرْضَ وَالْمَالِكِ الْقِيَمَةَ، وَإِنْ سَلَّمَ الْقِيَمَةَ إِلَى الْمَالِكِ فَلِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ التَّمَلُّقُ بِهِ لِأَنَّهُ بَدَلُ عَبْدٍ تَعَلَّقَ بِهِ أَرْضُهُ، فَإِذَا أَخَذَهُ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ رَجَعَ الْمَالِكُ عَلَى الْغَاصِبِ بِمَا أَخَذَهُ لِأَنَّهُ لَمْ يُسَلِّمْ لَهُ.

قال الرافعي: مقصود الفصل الكلام في جنابة العبد المغضوب، وسب ذكره في هذا الموضع أن الجنابة أحد أنواع النقصان، ونحن نذكره، ونضم إليه حكم الجنابة عليه.

أما جنابته، فينظر إن جنى بما يوجب القصاص، واقتص منه في يد الغاصب، غرم الغاصب أقصى قيمة من يوم الغضب إلى الأقتصاص، وإن جنى بما يوجب القصاص في الطرف، واقتص منه في يده غرم بدله، كما لو سقط بأفة سماوية ولو اقتص منه بعد الرد إلى السيد، غرم الغصب أيضاً؛ لأن سبب الفوات حصل في يده، وكذا الحكم لو ارتد، أو سرق في يد الغاصب، ثم قتل، أو قطع بعد الرد إلى المالك، ولو غصب مرتدّاً أو سارقاً، فقتل أو قطع في يد الغاصب، هل يضمه الغاصب؟

في «النهاية» أنه على الوجهين، في أنه إذا اشترى مرتدّاً أو سارقاً، فقتل، أو قطع في يد المشتري، فمن ضمان من يكون القطع والقتل؟ ولو جنى المغضوب على نفس، أو مال جنابة توجب المال متعلقاً برقبته، فعلى الغاصب تخليصه بالفداء.

قال الإمام: وبم يفدية بأرض الجنابة بالغاً ما بلغ، أو بأقل الأمرين من الأرض، ومن قيمة العبد فيه قولان، كما إذا أراد المالك تخليص العبد الجاني، وفداه، قال: وهذا؛ لأن وجوب بذل الأرض بتمامه في حق المالك، ووجهه أنه امتنع من البيع، ولو رغب فيه ربما وقع الظفر بمن يشتره بمقدار الأرض، ومثل هذا موجود في حق الغاصب؛ لأنه بالغصب مانع ملكه من بيعه وينزل ذلك منزله المالك المانع، ويترتب عليه تضمينه المجني عليه، وهذا ما أشار إليه صاحب الكتاب بقوله: «كما يضمن المالك إذا منع البيع، وكأنه الغاصب مانع».

ولك أن تقول: لو كان يضمه للمنع من البيع أسقط الضمان إذا رده إلى المالك لارتفاع الحيولة، ولا يسقط بل لو بيع في الجنابة بعد الرد إلى المالك، غرمه الغاصب

أيضاً، كما سيأتى ولم يوجه العراقيون تضييمه بذلك، وإنما وجهوه بأن جناية العبد لنقص دخله، كسائر وجوه النقصان، وسواء جرى الوجهان، كما ذكره الإمام أولاً، فالظاهر أنه لا يجب على الغاصب تحصيله إلا بأقل الأمرين، وهو المذكور في «التتمة»، فإذا ثبت أن الجاني والجناية مضمونان على الغاصب، فلا يخلو إما أن يتلف العبد في يد الغاصب، أو يرده إن تلف في يده، فللمالك تغريمه أقصى القيم، فإذا أخذها، فللمجنى عليه إن لم يغرم الغاصب له بعد أن يغرم الغاصب، وله أن يتعلق بالقيمة التي أخذها المالك؛ لأن حقه كان متعلقاً بالرقبة، فيتعلق ببديلها، كما أن العَيْن المرهونة إذا أتلّفها متلف يتوثق المرتهن ببديلها.

وحكى الشيخ أبو عليّ وَجْهاً أن القيمة المأخوذة تسلم للمالك، ولا يطالبه المجنى عليه بها، وإنما يطالب الغاصب، كما أن المجنى عليه لو أخذ الأرش لم يكن للمالك التعلق به، فهما كرجلين لكل واحد منهما دين على ثالث، والصحيح الأول، وإذا أخذ المجنى عليه حقه من تلك القيمة، يرجع المالك بما أخذه على الغاصب؛ لأنه لم يسلم له، بل أخذ منه بجناية مضمونة على الغاصب، ثم الذي يأخذه المجنى عليه قد يكون كل القيمة بأن كان الأرش مثل القيمة، وقد يكون بعضها بأن كانت القيمة ألفاً، والأرش خمسمائة، فلا يأخذ إلا خمسمائة، ولا يرجع المالك إلا بخمسمائة؛ لأن الباقي قد سلم له، وكذا لو كان العبد يساوي ألفاً، فرجع بانخفاض السوق إلى خمسمائة، ثم جنى، ومات عند الغاصب، فغرمه المالك الألف لم يكن للمجنى عليه إلا خمسمائة وإن كان أرش الجناية ألفاً؛ لأنه ليس له عليه إلا قدر قيمة الجناية، وإن رد العبد إلى المالك، نظر إن رده بعد ما غرم المجنى عليه، فذاك، وإن رد قبله، فبيع في الجناية رجوع المالك على الغاصب بما أخذه منه؛ لأن الجناية حصلت حين كان العبد مضموناً عليه، ويخالف ما إذا جنى في يد المالك، ثم غصبه غاصب، فرده، ثم بيع في تلك الجناية، حيث لا يرجع المالك بشيء؛ لأن الجناية حصلت، وهو غير مضمون عليه.

وفرع ابنُ الحَدَّادِ على ذلك، فقال: إذا جنى في يد المالك جناية تستغرق قيمته، ثم غصب وجنى في يد الغاصب جناية أخرى مستغرقة، ثم رده إلى المالك، ثم بيع في الجنائيتين وقسم الثمن بينهما نصفين، يرجع المالك على الغاصب بنصف قيمة العبد؛ لأن إحدى الجنائيتين وجدت، والعبد في ضمانه، فإذا أخذه كان للمجنى عليه الأول التعلق به، ولا حق للمجنى عليه الثاني.

ووجه الشيخان أبو عليّ وأبو مُحَمَّدٍ بأن سبب وجوب هذا النصف إنما هو الغصب، فإنه بالغصب ضمن ما يجنى المغصوب، والغصب مقدم على الجناية الثانية،

فلا يأخذ المجنى عليه الثاني، بما يوجب به شيئاً، كما لو جنى عبده على رجل، ثم قطعت يده، ثم جنى على آخر، ثم قتل أو مات من سراية القطع، فإن أُرش اليد لا يأخذ منه المجنى عليه الثاني شيئاً لوجوبه بالقطع المتقدم على الجناية عليه، ثم إذا أخذ المجنى عليه الأول لم يرجع المالك على الغاصب؛ لأنه أخذه بسبب جناية غير مضمونة على الغاصب، ولو كان الفرع بحاله، وتلف العبد بعد الجنائيتين في يد الغاصب، فله طلب القيمة من الغاصب، وللمجني عليه أخذها، فإذا أخذها، فللمالك الرجوع بنصفها على الغاصب؛ لأنه أخذ منه النصف بجناية مضمونة على الغاصب، فإذا رجع فللمجني عليه الأول أخذه؛ لأنه بدل ما تعلق به حقه قبل الجناية الثانية وإذا أخذه لم يكن له الرجوع على الغاصب مرة أخرى؛ لأنه مأخوذ بجناية غير مضمونة على الغاصب، هذا ظاهر المذهب في الحاليتين.

وقيل: إذا رد العبد، وبيع في الحاليتين، فالنصف الأول يرجع به المالك سلم له، ولا يؤخذ منه، وإنما يطالب المجنى عليه الأول الغاصب بنصف القيمة، وإذا ثبت في يد الغاصب بعد الجنائيتين، لا يأخذ المالك شيئاً ولكن المجنى عليه الأول يطالب الغاصب بتمام القيمة، والمجنى عليه الثاني يطالبه بنصف القيمة.

ولو جنى العبد المغصوب في يد الغاصب أولاً، ثم رده إلى المالك، فجنى في يده جناية أخرى، وكل واحد منها مستغرق القيمة فبيع فيهما، وقسم الثمن بينهما، فللمالك الرجوع على الغاصب بنصف القيمة للجناية التي هي مضمونة عليه، فإذا أخذه، قال الشيخ أبو علي: سمعت الشيخ القفال مرة يقول: ليس لواحد من المجني عليهما أخذه.

أما الثاني، فلأن الجناية عليه مسبوقه بجناية مستغرقة، وحق الثاني لم يثبت إلا في نصف القيمة، وقد أخذه.

وأما الأول، فلأن حق السيد في القيمة يثبت بنفس الغصب، وهو متقدم على حق المجني عليه، فما لم يصل حقه إليه لا يدفع إلى غيره شيئاً.

وقال: وليس هذا بشيء، بل للمجني عليه، الأول أخذه، كما في المسألة السابقة، ولا عبرة بثبوت حق السيد في القيمة، فإن حق السيد، وإن كان متقدماً، فيتقدم عليه حق المجني عليه، كما في نفس الرقبة.

قال: وقد ناظرت القفال، فرجع إلى قولي، وعلى هذا فإذا أخذه المجنى عليه الأول، رجع به المالك على الغاصب مرة أخرى، ويسلم له المأخوذ ثانياً؛ لأن الأول قد أخذ تمام القيمة، والثاني لم يتعلق حقه إلا بالنصف، وقد أخذه، ولو جنى في يد الغاصب، ثم في يد المالك، كما صورنا، ثم قتله الغاصب، أو غصبه ثانياً، فمات

عنده أخذت القيمة منه وقسمت بين المجني عليهما ثم للمالك أن يأخذ منه نصف القيمة؛ لأنه أخذ منه جناية مضمونة عليه، فإذا أخذه كان للمجني عليه الأول أن يأخذه منه، ثم له أن يرجع به على الغاصب مرة أخرى، ويسلم له المأخوذ في هذه المرة، وقد غرم الغاصب، والصورة هذه القيمة مرتين: مرة بجناية العبد في يده، ومرة بالقتل، وعلى قياس الوجه الذي سبق يأخذ المجني عليه الأول تمام القيمة من الغاصب، والثاني نصف القيمة، وللمالك نصف القيمة ولا تراجع.

هذا هو القول في جناية العبد المغصوب.

وأما الجناية عليه، فإن قتل، نظر بأن وجب القصاص بأن كان القاتل عبداً، والقتل عمداً، فللمالك القصاص، فإذا اقتصر برىء الغاصب؛ لأنه أخذ بدل عبده، ولا نظر مع القصاص إلى تفاوت القيمة، كما لا نظر في الأحرار إلى تفاوت الدية، فإن لم يجب القصاص بأن كان الجاني حرّاً، فعليه بالجناية قيمة يوم القتل، سواء قتله الغاصب، أو أجنبي، والمالك بالخيار بين أن يطالب به الغاصب، أو الجاني، لكن الإقرار على الجاني، ثم إن كانت قيمته قبل يوم القتل أكثر، ونقصت في يد الغاصب، فعليه ما نقص بحكم اليد، وإن كان الجاني عبداً، فإن سلمه سيده، ويبيع في الجناية، نظر إن كان الثمن مثل قيمة المغصوب أخذه، ولا شيء له على الغاصب، إلا إذا كانت القيمة قد نقصت عنه قبل القتل، وإن الثمن أقل أخذ الباقي من الغاصب فإن اختاره سيده فداه.

إن قلنا: يفدية بالأرث أخذه، ولا شيء له على الغاصب، إلا على التقدير المذكور.

وإن قلنا: يفدي بالأقل من أرث الجناية، وقيمة الجاني، فإن كانت قيمة المغصوب أكثر من قيمة الجاني، فالباقي على الغاصب، إن كانت أقل، أو مثلها أخذها المالك، ولا شيء له على الغاصب، إلا على التقدير المذكور.

ولو اختار المالك تغريم الغاصب الفداء فله ذلك ويأخذ منه جميع قيمة المغصوب، ثم يرجع الغاصب على سيد العبد الجاني بما غرم إلا ما لا يطالب به، إلا الغاصب، هذا إذا كانت الجناية قتلاً.

أما الجراحات، فإما أن يكون لها أرش مقدر في حق الحر، أو لا يكون لها أرش مقدر، فالواجب في القسمين ما بينا من قبل، فإذا كان الواجب ما نقص من قيمته بالجناية، كان المرعى حالة الاندمال، فإن لم يكن حيثنذ نقصان لم يطالب بشيء، وإذا كان الواجب مقدراً من القيمة، كالمقدر من الدية، فيؤخذ في الحال، أو يؤخر إلى الاندمال، فيه قولان، كما لو كانت الجناية على الحر، وسيأتي ذلك في موضعه - إن

شاء الله تعالى - وإذا كان الجاني غير الغاصب، وغرمانه المقدر من القيمة، وكان النقص أكثر من ذلك المقدر، فعلى الغاصب ما زاد على المقدر، فإن المقدر أكثر مما نقص من القيمة، فهل يطالب الغاصب بالزيادة على ما نقص من القيمة؟

ذكرنا فيما إذا سقطت يده بأفة أن الأصح أنه لا يطالب وهاهنا الظاهر أنه يطالب، والقرار على الجاني، وترددوا فيما إذا قطعت يده قصاصاً، أو حداً؛ لأنه يشبه السقوط بأفة من حيث إنه تلف بلا بدل، ويشبه الجناية من حيث حصوله بالأختيار، فإن اجتمعت جناية المغصوب، والجناية عليه، كما إذا قتل العبد المغصوب إنساناً، ثم قتله في يد الغاصب إنسان، فللمغصوب منه أن يقتص، ويسقط به الضمان عن الغاصب، ويبطل حق ورثة من قتله المغصوب؛ لأن العبد الجاني إذا هلك، ولم يحصل له عوض يضيع حق المجنى عليه، نعم لو كان المغصوب قد نقص عند الغاصب بعروض عيب بعد ما جنى، فلا يبرأ الغاصب من أرش التقصان، ولولى من قتله التمسك به وإن عرض عيب قبل جنائته، فاز المغصوب منه بالأرش، لأن الجزء المقابل للأرش كان مقصوداً عند الجناية، ولو لم يقتص المغصوب منه، بل عفا على المال، أو كانت الجناية موجبة للمال، فحكم تغريمه وأخذة المال على ما مر في الجناية عليه من غير جناية منه، ثم إذا أخذ المال كان لورثة من جنى عليه عبده التعليق به؛ لأنه بدل الجاني على مورثهم، فإذا أخذه رجع المغصوب منه على الغاصب مرة أخرى؛ لأنه أخذ منه بسبب جناية مضمونة عليه، ويسلم له المأخوذ<sup>(١)</sup> ثانياً على ما مر نظيره والله أعلم بالصواب.

قال الغزالي: وَإِذَا نَقَلَ الْعَاصِبُ التُّرَابَ مِنْ أَرْضِ الْمَالِكِ فَعَلَيْهِ رَدُّ التُّرَابِ بِعَيْنِهِ أَوْ رَدُّ مِثْلِهِ أَوْ الْأَرْضُ لِتَسْوِيَةِ الْحَفْرِ، وَالْبَائِعُ إِذَا قَلَعَ أَحْجَارَهُ يَكْفِيهِ تَسْوِيَةُ الْحَفْرِ وَلَا يَلْزَمُهُ الْأَرْضُ، وَقِيلَ فِي الْمَسْئَلَتَيْنِ قَوْلَانِ بِالثَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ، وَالْأَكْتِفَاءُ بِالتَّسْوِيَةِ فِي الْمَوْضِعَيْنِ أَوْلَى فَإِنَّهُ لَا يَتَفَاتُ، بِخِلَافِ بِنَاءِ الْجِدَارِ بَعْدَ هُدْمِهِ، وَلَيْسَ لِلْعَاصِبِ أَنْ يَنْثُقِلَ التُّرَابَ إِلَى

(١) قال النووي: ومما يتعلق بالفصل، لو وثب العبد المغصوب فقتل الغاصب، وهرب إلى سيده، فإن كانت الجناية عمداً، قال الصيمري: إن عفا ورثة الغاصب عن القصاص والدية، سقط الضمان عن الغاصب في المال. وإن قتلوه، لزمهم قيمة العبد في التركة، وكأنهم لم يسلموه، وكذا لو طلبوا الدية من رقبته. وإن قتل المغصوب سيده وهو في يد الغاصب، فالصحيح الذي قطع به الشيخ أبو حامد أن الورثة المالك أن يقتصوا منه وإذا قتلوه استحقوقا قيمته على الغاصب. وحكى في «البيان» وجهاً: أن جنائته تكون هدرأ. لو صال العبد المغصوب أو الجمل المغصوب على رجل، فقتله المصول عليه للدفع، فلا ضمان عليه، ويجب ضمانه على الغاصب، ولا يرجع على المصول عليه. ينظر روضة الطالبين ١٢٩/٤.

مِلْكِهِ إِلَّا بِإِذْنِهِ، فَإِنْ مَنَعَهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ إِلَّا إِذَا تَصَرَّرَ الْعَاصِبُ بِهِ لِتَضْيِيقِهِ مِلْكَهُ أَوْ لِقُوعِهِ فِي شَارِعٍ يَخْدُرُ مِنَ التَّعَثْرِ بِهِ ضَمَانًا، وَلَوْ حَفَرَ بَثْرًا فِي دَارِهِ فَلَهُ طَمَّهَا وَإِنْ أَبَاهُ الْمَالِكُ لِيُخْرِجَ عَنْ عَهْدَةِ ضَمَانِ التَّرْدِيِّ، فَإِنْ أَبْرَأَهُ الْمَالِكُ فَلَا أَظْهَرَ أَنَّ رِضَاءَ الطَّارِيءِ كَالرِّضَاءِ الْمَقْرُونِ بِالْحَفْرِ حَتَّى يَسْقُطَ الضَّمَانُ بِهِ فَلَا يَجُوزُ لَهُ الطَّمُّ بَعْدَ رِضَاءِهِ.

قال الرافعي: نقل التراب من الأرض المغصوبة تارة يكون من غير إحداث حفر فيها، كما إذا كشط عن وجهها، وتارة يكون بإحداث حفرة فيها، كما إذا حفر بثرًا، أو شق نهراً.

**الحالة الأولى:** إذا كشط وجه الأرض، ونقل التراب، فللمالك إجباره على رده إن كان باقياً، وإن تلف، وانمحق بهبوب الرياح والسيول الجارية رد مثله إليه، وعليه إعادة وضعه وهيئته، كما كانت من انبساط، أو ارتفاع، وإن لم يطالبه المالك بالرد، نظر إن كان له فيه عرض بأن دخل الأرض نقص، وكان ذلك النقص يرتفع بالرد ويتوقع منه الأرش أو كان نقل التراب إلى ملكه، وأراد تفريغه إلى ملك غيره أو شارع يحدث من التعثر به الضمان، فله الاستقلال بالرد، وإن لم يكن شيء من ذلك، بل نقله إلى موات، أو من أحد طرفي الأرض المغصوبة إلى الآخر، فإن منعه المالك من الرد لم يردده، وإن لم يمنعه، فهل يفتقر الرد إلى إذن المالك؟ حكى في «التتمة» فيه وجهين، بناء على الوجهين في أنه إذا منعه، فخالف فرد، فهل للمالك مطالبته بالنقل ثانياً إلى الأرض؟ إن قلنا: لا: رد من غير إذن المالك.

وإن قلنا: نعم افتقر إلى إذنه، وهو المذكور في الكتاب، وهو الأظهر، وإذا كان له عرض في الرد، فرده إلى الأرض، فمنعه المالك من بسطه لم يبسطه، وإن كان في الأصل مبسوطاً والله أعلم.

**الحالة الثانية:** إذا حفر في الأرض المغصوبة بثرًا، فأمره المالك بطمها لزمه الطمُّ وإن لم يأمره المالك كان له أن يستقل بالطمُّ ليدفع عن نفسه خطر الضمان لو تردى فيها مترد، وأيضاً قد يكون في الطمُّ بعض الأغراض المذكورة في الحالة الأولى.

وقال المُرْنِيُّ: لا يعلم إلا بإذن المالك، فإن منعه المالك، وقال: رضيت باستدامة البئر، فإن للغاصب عرض في الطمُّ سوى دفع ضمان الترددي، فله الطم، وإن لم يكن له عرض سواه، فوجهان:

أحدهما: له الطم أيضاً؛ لأن الإذن الطارئة لا يرفع حكم الحفر المتقدم.



وأظهرهما، ويحكى عن أبي حنيفة: المنع، ويندفع عنه الضمان لخروجه عن أن يكون جنابة وتعدياً، ولو لم يقل: رضيت باستدامتها، واقتصر على المنع من الطمّ ففي «التتمة» أنه كما لو صرح بالرضا ليضمنه إياه.

وقال الإمام: لا يضمنه، ولو كان الغاصب قد طمّ البئر بألّة نفسه، فله نقلها، وللمالك إجباره عليه فإن تركها، وهبها منه لم يلزمه القبول على أظهر الوجهين، وحيث قلنا في الحالتين: إنه يرد التراب إلى الأرض المغصوبة لوقوعه في ملكه أو في شارع، فذاك إذا لم يتيسر نقله إلى موات ونحوه في طريق الرد، فإن تيسر لم يرد إلا بالإذن كذا قاله في «النهاية»، وذكر أنه إنما يستقل بعلم البئر إذا بقي التراب الأول بعينه. أما إذا تلف ففي الطمّ بتراب آخر دون إذن المالك وجهان، وينبغي أن يجرى هذا الخلاف في الحالة الأولى، وفيما إذا طلب المالك الرد والطمّ عند تلف ذلك التراب. والظاهر فيها جميعاً أنه لا فرق بين التراب وغيره.

أما إذا أعاد هيئة الأرض في الحالتين إلى ما كانت عليه إما بطلب المالك أو دونه، نظر إن لم يتفق في الأرض نقص، فلا أرش عليه ولكن عليه أجره المثل لمدة الحفر والرد، وإن بقي فيها نقص وجب عليه الأرش مع الأجرة، هذا ما به الفتوى في مسألة الفصل من أولها إلى هذا الموضوع، وورائه تصرف الأصحاب.

قالوا: النص فيما نحن فيه أن يجب أرش النقص الحاصل بالحفر، ولم يوجب التسوية؛ لأنه نص على ذلك فيما إذا غرس في الأرض المغصوبة؛ ثم قلع بطلب المالك، وإذا باع أرضاً فيها أحجار مدفونة، فقلعها، ونقلها نص أنه يلزمه تسوية الأرض، واختلفوا فيها على طريقتين:

أحدهما: أن في صورتين قولين بالنقل والتخريج:

أحدهما: أن الواجب في الموضعين أرش النقصان؛ لأن إلزام التسوية مقابلة فعل بمثله، فصار كما إذا هدم جدار الغير لا يكلف بإعادته.

والثاني: أن الواجب التسوية لتعود الأرض إلى ما كانت، ومهما أمكن التضمين بالمثل، لا يصار إلى التضمين بالقيمة، ويفارق هدم الجدار، كما تقدم في «البيع».

والطريق الثاني: تقرير النصين، وفرقوا بأن الغاصب متعدي، فغلظ عليه الأمر بإيجاب الأرش لكن لا متانة لهذا الفرق، لأن مؤنة التسوية قد تزيد على أرش النقصان الحاصل بالحفر، فلا يظهر زيادة تغليظ بإبحاث الأرش، وأيضاً فإننا إذا أوجبنا التسوية، وبقي بعد التسوية نقصان من الأرش يجب أرشه، نص عليه الأئمة، ولا بد منه، وإلاً كان الضمان دون الفاتت، وإذا أوجبنا أرش النقصان الباقي بعد التسوية مع التسوية لم يكن فيه تخفيف، والله أعلم.

وإذا نظرت في لفظ الكتاب أفهمك ظاهره انصراف الطريقتين إلى شيء آخر، وهو أن الواجب مجرد التسوية أم يجب مع التسوية أرش النقص الباقي؛ لأنه قال: «فعلية رد التراب»، والأرش، وأيضاً قال: يكفيه تسوية الحفر، ولا يلزمه الأرش، وأيضاً قال: والأكتفاء بالتسوية في الموضوعين أولى، لكن الاعتماد على ما نقلناه، وإن كان المراد ما أشعر به ظاهره، كما انتظم الوجه بقوله، فإنه لا يتفاوت بخلاف بناء الجدار بعد هدمه؛ لأن هذا المعنى لا يقتضي القناعة بالتسوية، والإضراب عن أرش النقصان الباقي بعدها، وإنما هو توجيه القول الصائر إلى وجوب التسوية.

والفرق بين إعادة الجدار بعد هدمه، وبين التسوية على ما مرّ، فإذا يجب تأويل ظاهر الكتاب، بأن يحمل قوله: «فعلية رد التراب على رده وتسليمه إلى المغصوب منه، لا إلى الأرض، ويكون معنى قوله: والأرش لتسوية الحفر.

وقوله: «يكفيه تسوية الحفر، ولا يلزمه الأرش» يؤمر بالتسوية، ولا يكلف الأرش، أو ما أشبه ذلك، ويجوز أن يعلم - بالواو -.

وقوله في الكتاب: «وتسوية الحفر» في مسألة بيع الأرض التي فيها حجارة مدفونه من كتاب «البيع» كما عرفته هاهنا وكنا قد أحلنا شيئاً من الكلام فيه إلى هذا الموضوع. واعلم أن توجيه هذا الخلاف الذي شرحناه يقتضى طرده في طمّ البئر، لكنهم سكتوا عنه.

وقوله: «وليس للغاصب أن ينقل التراب إلى ملكه» يجوز إعلامه - بالواو - ولما سبق. وقوله: «فله طمها وإن أباه المالك» أي: لم يرده، ولم يأذن فيه. أما إذا صرح بالمنع مع الرضا باستدامة البئر، فهو على الوجهين الذين ذكرهما عقبه.

وليعلم قوله: «وإن أباه» بالزاي.

وقوله: «فإن أبرأه المالك» أي: عن ضمان الترددي، وهذا اللفظ قد استعمله كثير من الأصحاب.

قال الإمام: وليس المراد منه حقيقة الإبراء فإن الضمان حق عساه يثبت للمترددي، فكيف يبرئ عن حق الغير قبل ثبوته، وإنما المراد الرضا بإبقاء البئر، كما قدمناه.

قال الغزالي: وَإِذَا خَصَى الْعَبْدَ فَعَلَيْهِ كَمَالُ قِيَمَتِهِ، فَإِنْ سَقَطَ ذَلِكَ الْعَضُؤُ بِأَقْبِ سَمَاوِيَةٍ فَلَا شَيْءَ (و) عَلَيْهِ لِأَنَّهُ بِهِ تَزِيدُ قِيَمَتُهُ، وَكَذَلِكَ إِذَا نَقَصَ السَّمْنُ الْمُفْرِطُ وَلَمْ يَنْقُصْ مِنَ الْقِيَمَةِ.

قال الرافعي: إذا خصى<sup>(١)</sup> العبد المغصوب فهو على القولين السابقين، في أن جراح العبد، هل تتقدر؟ إن قلنا بالجديد، وهو أنه يتقدر لزمه كمال القيمة.

وإن قلنا: لا يتقدر فالواجب ما نقص من القيمة<sup>(٢)</sup>، فإن لم ينقص شيء، فلا شيء عليه، ولو سقط ذلك العضو بأفة سماوية، وزادت قيمة ورده، فلا شيء عليه على القولين، نعم قياس الوجه الذي قدمناه في أنه يضمن بالتلف تحت اليد العادية، كما يضمن بالجناية أن يجب كمال القيمة، فلو كان بالجارية سمن، فزال ورجع إلى حد الاعتدال، ولم تنقص قيمتها لم يلزمه شيء، لأن السمن ليس له بدل مقدر، بخلاف الانثيين، ويجوز أن يعلم لما ذكرناه قوله: «فعلية كمال قيمته» - بالواو - وكذا قوله: «فلا شيء عليه» والله أعلم.

قال الغزالي: وَلَوْ عَادَ الزُّيْتُ بِالْإِغْلَاءِ إِلَى نِصْفِهِ ضَمِنَ مِثْلَ نِصْفِهِ وَإِنْ لَمْ تَنْقُصِ الْقِيَمَةَ لِأَنَّ لَهُ مِثْلًا، وَكَذَا فِي إِغْلَاءِ الْعَصِيرِ، وَقَالَ أَبُو سُرَيْجٍ: لَا يُضْمَنُ فِي الْعَصِيرِ لِأَنَّ الذَّاهِبَ مَائِيَّةٌ غَيْرُ مَتَمَوْلَةٍ بِخِلَافِ الزُّيْتِ.

قال الرافعي: إذا غصب زيتاً أو دهنأ فأغلاه، فإما أن تنقص عينه، أو قيمته، أو كلاهما، أو لا ينقص واحد منهما، فإن نقصت عينه، دون قيمته، كما إذا غصب صاعين قيمتهما درهمين، فعاداً بالإغلاء إلى صاع قيمة درهمان، ففيه وجهان:

أحدهما: ويروي عن صاحب «التلخيص» أنه يرده، ولا غرم عليه؛ لأن ما فيه من الزيادة والنقصان استند إلى سبب واحد، فيجبر النقصان بالزيادة.

وأصحهما، وهو المذكور في الكتاب أنه يرده، ويغرم مثل الصاع الذاهب؛ لأن للزيت بدلاً مقدراً، وهو المثل، فصار كما لو جنى وخصى العبد، والزيادة الحاصلة أثر محض لا يجبر به النقصان، كما لا يستحق به الغاصب شيئاً، إذا لم يكن نقصان.

وإذا نقصت قيمة، دون عينه رده مع أرش النقصان.

وإن انتقصا جميعاً، فالواجب عليه مع رد الباقي مثل ما ذهب بالإغلاء، إلا إذا كان ما نقص من القيمة أكثر مما نقص من العين، فيلزمه مع الذاهب أرش نقصان الباقي، وإن لم ينقص واحد منهما رده، ولا شيء عليه.

ولو غصت عصيراً وأغلاه، فهل هو الزيت حتى يضمن مثل الذاهب، إذا لم تنقص القيمة.

(١) بأن قطع أنثيه دون ذكره.

(٢) بناء على أن جراح العبد تتقدر وهو الجديد، كما هو الوضع من كلام المصنف - رحمه الله -.

فيه وجهان:

أحدهما: نعم، وبه قال أبو علي الطبري؛ لأنه مضمون بالغلي كالزيت.

والثاني: لا، وبه قال ابن سريج، والفرق أن حلاوة العصير باقية، والذاهب منه مائة ورطوبة لا قيمة لها، والذاهب من الزيت زيت متقوم، وهذا أصح مما ذكره الشيخ أبو حامد والقاضي الروياني، ومن قال به قطع بأنه لا يضمن مثل العصير الذاهب.

وإيراد صاحب الكتاب يقتضى ترجيح الوجه الأول، وربما يقول: من رجحه الذاهب من الزيت المائية أيضاً إلا أن مائيته أقل، وعلى هذا أن يعود الوجهان المذكوران في أنه هل يضمن مثل الزيت الذاهب إذا لم تنتقص القيمة؟

والخلاف المذكور فيما إذا أغلى العصير يجري فيما إذا صار خلاً، وانتقص عينه دون قيمته، وكذا إذا صار الرطب تمرأ، والله أعلم.

قال الغزالي: وَلَوْ هَزَلَتِ الْجَارِيَةُ ثُمَّ سَمِنَتْ، أَوْ نَسِيَ الصَّنْعَةَ ثُمَّ تَذَكَّرَ، أَوْ أَبْطَلَ صَنْعَةَ الْإِنَاءِ ثُمَّ أَعَادَ مِثْلَهُ فَفِي حُصُولِ الْجَبْرِ وَجَهَانٍ، وَلَوْ أَعَادَ صَنْعَةَ أُخْرَى فَلَا يَخْيَرُ أَصْلًا.

قال الرافعي: نقصان المغصوب، هل ينجر بالكمال بعده، ينظر إن كان الكمال من الوجه الذي حصل فيه النقصان، كما لو هزلت الجارية<sup>(١)</sup> ثم سمت، وعادت، كما كانت، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه ينجر، ويسقط الغرم، كما لو أبق العبد، فعاد، وكما لو جنى على عين، فابيضت، ثم زال البياض.

وأظهرهما: المنع؛ لأن السمن الثاني غير الأول، ويروى هذا عن الإضطخري، والأول عن ابن أبي هريرة، والوجهان عند القاضي أبي الطيب مبيان على الخلاف، إذا قلع سن كبير، وعاد، وضعفه صاحب «التمة»؛ لأن عود سن الكبير نادر، وعود السمن ليس بنادر، فهو بعود سن الصغير أشبه، وأجرى الوجهان فيما إذا كان العبد المغصوب صانعاً، فنسى الصنعة، ثم تذكرها أو تعلمها، ومنهم من قطع هاهنا بالانجبار، لأن السمن الثاني زيادة في الجسم محسوسة مغايرة لما كان، وتذكر الصنعة لا يعد في العرف شيئاً متجدداً، والظاهر هاهنا الانجبار، سواء ثبت الخلاف أو لا.

(١) قال النووي: الأصح هنا، إلحاقه بالسمن، لا بتذكر الصنعة، لأن هذه صنعة أخرى، وهو متبرع بعلمه. والله أعلم.

ومنهم من قطع في السمن بعدم الانجبار، وخص الخلاف بالصورة الثانية، وحكاه في «التهذيب» عن صاحب «التلخيص».

وإذا قلنا: بالأنجبار، فلو لم تبلغ القيمة بالعائد إلى القيمة الأولى، ضمن ما بقي من النقصان، وانجبر ما وراءه بما عاد، ويجري الخلاف فيما إذا كسر الحلى، والإناء المغصوبين، ثم أعاد تلك الصنعة<sup>(١)</sup>.

ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب: «وجهان» - بالواو - للطريقة القاطعة بعدم الأنجبار، يعود السمن وبالانجبار في تذكر الصنعة، وإن كان الكمال من وجه آخر بأن نسي صنعه، وتعلم أخرى أو أبطل صنعة الإناء، وأحدث صنعة أخرى، فلا انجبار بحال، وعلى هذا لو تكرر النقصان، وكان الناقص في كل مرة مغايراً للنوع الناقص في المرة الأخرى ضمن الكل، حتى لو غصب جارية قيمتها مائة، فسمنت، وبلغت القيمة ألفاً، وتعلمت صنعة، فبلغت القيمة ألفين، ثم هزلت، ونسيت الصنعة، فعادت قيمتها إلى مائة يردّها ويغرم ألفاً وتسعمائة<sup>(٢)</sup>، ولو علم العبد المغصوب سورة من القرآن، أو حرفة فنسيها، ثم علمه، حرفة، أو صورة أخرى فنسيها أيضاً ضمنها، وإن لم تكن مغايرة، كما إذا علمه سورة واحد، أو حرفة واحدة مراراً، وهو ينساها في كل مرة.

فإن قلنا: لا يحصل الانجبار بالعائد، ضمن النقصان كل مرة.

وإن قلنا: يحصل ضمن أكثر المرات نقصاناً، والله أعلم.

فرع: لو زادت قيمة الجارية بتعلم الغناء، ثم نسيتها.

نقل القاضي الروياني عن النص أنه لا يضمن النقصان؛ لأنه محرم والمضمون الزيادة المحترمة<sup>(٣)</sup>.

وعن بعض الأصحاب: أنه يغرمه، ولهذا لو قتل عبداً مغنياً يغرم قيمته.

قال: وهو الاختيار.

(١) لأن ذلك أقصى قيم الذاهب منها. وقضية كلامه أنه لو تذكر الصنعة في يد المالك انجبرت أيضاً حتى يسترد منه الغاصب الأرض. قال في «المطلب»: وهو الذي يظهر. قال الأسنوي: وسكت يعني صاحب «صاحب المطلب» عن تعلمها وفيه نظر، والمتجه فيه عدم الاسترداد.

(٢) بالبناء للمفعول في يد الغاصب.

(٣) قال النووي: الأصح المختار: هو النص. وقد تقدم في فصل كسر الملاهي: أنه لا ضمان في صنعها، لأنها محرمة، وهذا لا خلاف فيه. وقد نص القاضي حسين وغيره، على أنه لو أنلف كيشاً نطاحاً، أو ديكاً هراًشاً، لزمه قيمته بلا نطاح ولا هراش، لأنها محرمة. ينظر روضة الطالبين

فرع آخر: مرض العبد المغصوب، ثم برىء، وزال أثر المرض لا شيء عليه مع رده.

وفيه وجه بعيد: أنه يضمن النقص الحاصل بالمرض، ولا يسقط عنه بالبرىء، وكذا الحكم فيما لو رده مريضاً، ثم برىء، وزال الأثر.

فرع آخر: غصب شجرة فتحات ورقها، ثم أورقت أو شاة فجز صوفها، ثم نبت غرم بالأول، ولا ينجر بالثاني، بخلاف ما لو سقط سن الجارية المغصوبة، ثم نبت أو انمعت شعرها، ثم نبت يحصل الانجبار قاله في «التهديب» لأن الورق والصوف متقومان، فيغرمهما وسن الجارية وشعرها غير متقومين، وإنما يغرم أرش النقص الحاصل بفقدانها، وقد زال والله أعلم بالصواب.

قال الغزالي: وَلَوْ غَصَبَ عَصِيراً فَصَارَ خَمْراً ضَمِنَ مِثْلَ الْعَصِيرِ لِقَوَاتِ الْمَالِيَّةِ، وَلَوْ صَارَ خَلاً فَلَاصِحُ أَنَّهُ يَرُدُّ مَعَ أَرْشِ النُّقْصَانِ إِنْ كَانَ الْخَلُّ أَنْقَصَ قِيَمَةً، وَقِيلَ: يُغْرَمُ مِثْلُ الْعَصِيرِ، وَيَرُدُّ الْخَلُّ وَهُوَ رِزْقٌ جَدِيدٌ كَالسَّمَنِ الْعَائِدِ، وَكَذَا الْخِلَافُ فِي الْبَيْضِ إِذَا تَفَرَّقَ، وَالْبُذْرُ إِذَا زُرِعَ، وَالْأَصْحُ الْأَكْتِفَاءُ بِهِ فَإِنَّهُ اسْتِحَالَةٌ إِلَى زِيَادَةٍ، وَلَوْ غَصَبَ خَمْراً فَتَخَلَّلَ فِي يَدِهِ، أَوْ جِلْدَ مَيْتَةٍ فَدَبَّغَهُ فَلَاصِحُ أَنَّ الْخَلَّ (ح) وَالْجِلْدَ لِلْمَغْضُوبِ مِنْهُ، وَقِيلَ: بَلْ لِلْغَاصِبِ فَإِنَّهُ حَصَلَ بِفِعْلِهِ مِمَّا لَا مَالِيَّةَ لِلْمَالِكِ فِيهِ.

قال الرافعي: في باقي الفصل مسألتان:

إحدهما: إذا غصب عصيراً، فتخمر عنده كان للمغصوب منه تضمينه، مثل العصير لقوات المالية، وذكروا أن على الغاصب إراقة الخمر، فلو جعلت محترمة، كما لو تخمرت في يد المالك من غير قصد التخميرية لكان جائزاً، ولو تخللت في يد الغاصب فوجهان:

أصحهما: أن الخل للمالك وعلى الغاصب أرش النقصان، إن كانت قيمة الخل أنقص.

والثاني: أنه يغرم مثل العصير؛ لأنه بالتخمير كالتالف، وعلى هذا ففي الخل وجهان:

أحدهما: أنه للغاصب، كما لو غصب الخمر، فتخللت في يده يكون الخل للغاصب على وجه.

وأظهرهما: أنه للمالك؛ لأنه فرع ملكه، ويجوز أن يكون الخل له، ولا يسقط الضمان اللازم قبل التخلل، كما في السمن العائد على أحد الوجهين، ويجرى هذا

الخلاف فيما إذا غصب بيضة، فتفرحت عنده، أو بذراً فزرعه، فنبت أو بذر قز، فصار قزاً، فعلى الأصح الحاصل للمالك، ولا يغرم الغاصب شيئاً إلا أن يكون الحاصل أنقص قيمة مما غصبه، لأن المغصوب قد عاد إليه زائداً، وعلى الثاني يغرم المغصوب لهلاكه، والحاصل للمالك في أظهر الوجهين، وللغاصب في الآخر. وبه قال أبو حنيفة والمزني، ويجوز أن يعلم لما ذكرنا قوله: «ويرد الخل» بالواو.

وقوله: «والأصح الاكتفاء به» بالحاء والزاي.

لأن اكتفاء المالك مفرع على أنه له وهما لا يجعلان الحاصل له، ثم الأكتفاء فيما إذا لم يكن الحاصل نقص، وهو الغالب.

المسألة الثانية: إذا غصب خمراً، فتخللت في يده، أو جلد ميتة، فديغه فوجهان:

أصحهما: أن الخل والجلد للمغصوب منه؛ لأنه فرع ملكه، فعلى هذا إذا تلف في يده غرمه.

والثاني: أنهما للغاصب لحصولهما عنده بما ليس بمال.

وفي المسألة طريقتان آخران:

أحدهما: القطع بأن الخل للمالك، وتخصيص الوجهين بالجلد؛ لأن الجلد صار مالاً يفعلُه، والخمر تخللت بنفسها.

والثاني: القطع بأن الجلد للمالك، وتخصيص الوجهين بالخل؛ لأن جلد الميتة يقتنى، والخمر التي غصبها لا يجوز اقتناؤها، فإن كانت الخمر محترمة كانت كجلد الميتة. وإذا جمعت الطرق، واختصرت قلت: هما للمالك، أو للغاصب، أو الخل للمالك، والجلد للغاصب، أو بالعكس فيه أربعة أوجه.

وإذا حكمنا بأنهما للمالك، وذلك فيما إذا لم يكن المالك معرضاً عن الخمر والجلد. وأما إذا كان قد أراق الخمر أو ألقى جلد الشاة الميتة، فأخذها أحد، هل للمعرض استرداد الحاصل؟ فيه وجهان<sup>(١)</sup>، لأنه أبطل اختصاصه بالإلقاء.

وقوله في الكتاب: «فإنه حصل بفعله فيما لا مالية للمالك فيه» هذا في الجلد ظاهر، وفي الخمر كأنه يعني به الحفظ، والإمساك إلى أن تتخلل، والله أعلم بالصواب.

(١) الأصح ليس له، وبه قطع الشيخ أبو حامد في الجلد.

قال الغزالي: **الفصل الثاني في الزيادة** فَإِذَا غَصَبَ حِنطَةً فَطَحَنَهَا، أَوْ ثَوْبًا فَقَصَّرَهُ، أَوْ حَاطَهُ، أَوْ طَبِنًا فَضَرَبَهُ لِبِنًا، أَوْ شَاةً فَلَذَبَحَهَا وَسَوَاهَا لَمْ يَمْلِكْ (ح) شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ، بَلْ يَرُدُّهُ عَلَىٰ خَالِهِ وَأَرَشَ النَّقْصِ إِنْ نَقَصَ، وَإِنْ غَصَبَ نُقْرَةً فَصَاعَهَا حَلِيًّا رَدَّهَا كَذَلِكَ، وَلَوْ كَسَرَهُ ضِمْنَ الصَّنَعَةِ وَإِنْ كَانَتْ مِنْ جِهَتِهِ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ تَابِعَةً لِلنُّقْرَةِ، فَإِنْ أَجْبَرَهُ الْمَالِكُ عَلَىٰ رَدِّهِ إِلَىٰ النُّقْرَةِ فَلَهُ ذَلِكَ وَلَا يَضْمَنُ أَرَشَ الصَّنَعَةِ، وَيَضْمَنُ مَا نَقَصَ مِنْ قِيَمَةِ أَصْلِ النُّقْرَةِ بِالْكَسْرِ.

قال الرافعي: الزيادة في المغصوب تنقسم إلى آثار محضة وإلى أعيان:

**أما القسم الأول:** فالقول الجملي فيه أن الغاصب لا يستحق بتلك الزيادة شيئاً لتعديده، ثم ينظر إن لم يمكن رده إلى الحالة الأولى رده بحاله، وأرش النقص، وإن نقصت قيمته، وإن أمكن رده إلى الحالة الأولى، فإن رضي به المالك لم يكن للغاصب رده إلى ما كان، وعليه أرش النقص، إن كان فيه نقص إلا أن يكون له غرض في الرد إلى الحالة الأولى، فله الرد، وإن ألزمه الرد إلى الحالة الأولى لزمه ذلك، وأرش النقص إن نقص عما كان قبل تلك الزيادة.

إذا تقرر ذلك، فمن صور هذا القسم طحن الحنطة، وقصارة الثوب، وخياطته، وضرب الطين لبناً، وذبح الشاة وشيها، ولا يملك الغاصب المغصوب بشيء من هذه التصرفات، بل يردها مع أرش النقص، إن نقصت القيمة وقد ذكرنا خلاف أبي حنيفة، وإنما تكون الخياطة من هذا القسم إذا خاط بخيط المالك.

أما إذا كان الخيط للغاصب فستأتى نظائره - إن شاء الله تعالى - في الطحن والقصارة والذبح والشيء لا يمكن الرد إلى ما كان، وكذا في شق الثوب وكسر الإناء، ولا يجبر على رفو الثوب، وإصلاح الإناء؛ لأنه لا يعود إلى ما كان بالرفو والإصلاح، وعن مالك: أنه يجبر عليها، كما في تسوية الحفر، ولو غزل القطن المغصوب رد الغزل وأرش النقص إن نقص، ولو نسج الغزل المغصوب، فالكرباس للمالك مع أرش النقص، إن فرض مقص، وليس للمالك إجباره على نقضه، إن كان لا يمكن رده إلى الحالة الأولى ونسجه ثانياً، وإن أمكن كالخز فله إجباره عليه، فإن نقضه ونقصت قيمته عن قيمة الغزل في الأصل غرمه ولا يغرم ما كان قد زاد بالنسيج، وفات بالنقص؛ لأن المالك أمره بذلك، فإن نقص من غير إذن المالك ضمنه أيضاً، ولو غصب نقرة، وضربها دراهم صاغ منها حلياً، أو غصب نحاساً أو زجاجاً، واتخذ منه إناء فإن رضي المالك رده كذلك، لم يكن له رده إلى الحالة الأولى إلا أن يكون ضرب الدراهم بغير إذن السلطان، أو على غير عياره؛ لأنه حينئذ يخاف التعبير، وحيث مُنع من الرد إلى ما



كان فخالف، غرم للنقصان الحاصل بزوال الصنعة الحاصلة عند الغصب، ولو أجبره المالك على رده إلى ما كان لزمه للرد فإذا، امتثل لم يغرم النقصان الحاصل بزوال الصنعة، لكن لو نقص عما كان بما طرأ أو زال غرمه.

قال الغزالي: وَلَوْ غَصَبَ ثَوْبًا قِيمَتُهُ عَشْرَةٌ وَصَبَّغَهُ بِصَبْغٍ قِيمَتُهُ عَشْرَةٌ فَصَارَتْ قِيمَتُهُ الثُّوبِ عَشْرِينَ فَهَمَا شَرِيكَانِ، فَبِئَاءُ وَيَقْسَمُ الثَّمَنُ بَيْنَهُمَا، فَإِنْ وَجَدَ زُبُونٌ يَشْتَرِي بِثَلَاثِينَ صَرْفٍ إِلَيَّ كُلِّ وَاحِدٍ خَمْسَةَ عَشَرَ، وَإِنْ عَادَ الثُّوبُ إِلَى خَمْسَةَ عَشَرَ بِالصَّبْغِ حَسِبَ التَّقْصَانَ عَلَى الصَّبْغِ، وَإِنْ عَادَ إِلَيَّ ثَمَانِيَةَ صَاعِ الصَّبْغِ وَغُرِّمَ الْغَاصِبُ دِهْمَيْنِ، وَكَذَا الْقَوْلُ فِي ثُبُوتِ الشَّرِكَةِ إِذَا طَيَّرَ الرِّيحَ الثُّوبَ إِلَى إِجَانَةِ صَبَّغٍ، أَوْ صَبَّغَ الثُّوبَ الْمَغْضُوبَ بِصَبْغٍ مَغْضُوبٍ مِنْ غَيْرِهِ، فَإِنْ قَبِلَ الصَّبْغُ الْفَضْلَ أُجِبَرَ الْغَاصِبُ عَلَى فَضْلِهِ كَمَا يُجْبَرُ عَلَى قَلْعِ الزَّرْعِ وَالْغِرَاسِ وَالْبِنَاءِ وَإِنْ نَقَصَ زَرْعُهُ بِهِ، وَقَالَ ابْنُ سُرَيْجٍ: لَا يُجْبَرُ عَلَى فَضْلِ الصَّبْغِ إِنْ كَانَ يَضِيعُ بِالْفَضْلِ أَوْ لَا تَقِي قِيمَتُهُ بِمَا يَخْدُثُ فِي الثُّوبِ مِنْ نَقْصَانٍ بِسَبَبِ الْفَضْلِ، وَمَهْمَا طُولِبَ بِالْفَضْلِ وَكَانَ يَسْتَضِرُّ بِهِ فَلَوْ تَرَكَهُ عَلَى الْمَالِكِ أُجِبَرَ عَلَى قَبُولِهِ فِي وَجْهِ كَالْتَعَلُّ فِي الدَّابَّةِ الْمَرْذُودَةِ بِالْعَيْنِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ ضَرَرٌ لَمْ يَكُنْ لَهُ الْإِجْبَارُ عَلَى الْقَبُولِ، وَلَوْ بَدَّلَ الْمَالِكُ قِيمَةَ الصَّبْغِ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَتَمَلَّكَ عَلَيْهِ الثُّوبُ لِلِخَلَّاصِ مِنَ الشَّرِكَةِ سَهْلًا، بِخِلَافِ الْمُعِيرِ يَتَمَلَّكَ بِنَاءِ الْمُسْتَعِيرِ بِبَدَلٍ لِأَنَّ بَيْعَ الْعَقَارِ عَسِيرٌ، وَمَهْمَا رَغِبَ الْمَالِكُ فِي بَيْعِ الثُّوبِ أُجِبَرَ الْغَاصِبُ عَلَى بَيْعِ الصَّبْغِ لِيَصِلَ كُلُّ وَاحِدٍ إِلَى الثَّمَنِ، فَإِنْ رَغِبَ الْغَاصِبُ فَنَفِي إِجْبَارِ الْمَالِكِ وَجَهَانَ.

قال الرافعي: القسم الثاني: الأعيان، فمن صورة صبغ الثوب المغضوب، ونقدم عليه صورتين مقصودتين في نفسهما، ويحتاج إليهما في مسألة الصبغ:

إحدهما: إذا غصب أرضاً، وبنى فيها أو غرس أو زرع، كان لصاحب الأرض أن يكلفه القلع.

قال صلى الله عليه وسلم: (لَيْسَ لِعِزْقِ ظَالِمٍ حَقٌّ) <sup>(١)</sup> وعن أحمد: أنه لا يكلف

(١) أخرجه أبو داود ١٧٨/٣، في الخراج والإمارة والفيء: باب إحياء الموات (٣٠٧٣)، والترمذي في ٦٦٢/٣، في كتاب الأحكام: باب ما ذكر في إحياء أرض الموات (١٣٧٨)، وقال حديث حسن غريب والبيهقي في السنن ٩٩/٦، ١٤٣، ١٤٨، والطبراني في الكبير ١٤/١٧، وابن أبي شيبه ٤٧/٧، وأخرجه عن عروة مرسلًا مالك في مالك في الموطأ ٧٤٣/٢، في الأفضية: باب القضاء في عمارة الموات (٢٦)، وأبو داود في المصدر السابق (٣٠٧٤).

قلع الزرع مجاناً؛ لأن له غاية تنتظر، ولكن بخير صاحب الأرض بين أن يبقيه بأجرة وبين أن يملكه ويغرم مثل البذر وأجرة عمله، ولو أراد الغاصب القلع لم يكن للمالك منعه، فإنه عين ماله، وإذا قلع فعليه الأجرة، وفي وجوب التسوية أو الأرش ما قدمناه في نقل التراب، وإن نقصت الأرض لطول مدة الغراس، فيجمع بين أجرة المثل، وأرش النقص، أو لا يجب إلا أكثرهما، فيه الخلاف المذكور، فيما إذا أبلت الثوب بالاستعمال، ولو أراد صاحب الأرض أن يملك البناء، أو الغراس بالقيمة، أو بقيتهما، أو الزرع بالأجرة، هل على الغاصب إجابته؟

قال في «التمة»: فيه وجهان:

أحدهما: نعم كالمستعير بل أولى، فإن الغاصب متعدي.

وأظهرهما: المنع لتمكنه من القلع بلا غرامة، بخلاف المعير، وهذا ما ذكره الإمام حكاية عن القاضي الحسين.

ولو غصب من رجل أرضاً وبذراً، وزرعها به، فللمالك أن يكلفه إخراج البذر من الأرض، ويغرمه أرش النقصان، وليس للغاصب إخراجه إذا رضي به المالك.

الصورة الثانية: إذا زَوَّقَ الدَّارَ المَغْصُوبَةَ نظر إن كان بحيث لو نزع حصل منه شيء، فللمالك إجباره على النزع، وإن تركه الغاصب ليدفع عنه كلفة النزع، هل يجبر المالك على قبوله؟

فيه وجهان نشرحهما في مسألة الصبغ.

ولو أراد الغاصب نزع، فله ذلك؛ لأنه عين ماله، ولا فرق بين أن يكون للمنزوع قيمة، أو لا يكون، فإذا نزع فنقصت الدار عما كانت قبل التزويق، لزمه الأرش، وإن كان التزويق محض تمويه، لا يحصل منه عين لو نزع، فليس للغاصب النزع إن رضي المالك، وهل له إجباره عليه؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، لأنه قد يريد تغريمه أرش النقص الحاصل بإزالته.

والثاني: لا، كما في الثوب إذا قصر.

وقال في «التهذيب»: وهو الأصح إذا عرفت ذلك عدنا إلى الصبغ، وقلنا: للصبغ

الذي يصبغ به الثوب المغصوب أحوال:

الحالة الأولى: أن يكون للغاصب فينظر إن كان الحاصل تمويهاً محضاً، فالحكم

على ما ذكرنا في التزويق، وإن حصل بالانصبغ عين مال فيه، فإما ألا يمكن فصله عنه، أو يمكن.

القسم الأول: إذا لم يمكن فصله عنه، فعن صاحب «التقريب» حكاية قول عن القديم أنه يفوز به صاحب الثوب تشبيهاً له بالسمن.

والمذهب المشهور أنه ليس له ذلك، لكن قضية الشركة بين المالك والغاصب؛ لأنه عين مال له انضم إلى ملك المغصوب منه، بخلاف السمن، وبخلاف القسارة والطحن ونحوهما، فإنهما آثار محضة، وحيث ينظر إن كانت قيمة الثوب مصبوغاً مثل قيمته، وقيمة الصبغ قبل الصبغ، كما إذا كانت قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبغ عشرة، وهو يساوي بعد الصبغ عشرين، فهو بينهما بالسوية حتى لو وجداً راغباً باعاه منه بثلاثين إلى كل واحد خمسة عشرة وإن عادت قيمة الثوب المصبوغ فهي بينهما وإن نقصت قيمته مصبوغاً عن قيمتهما بأن غاد الثوب مصبوغاً وللتصوير كما سبق إلى خمسة عشرة، أطلقوا الأكثرين بأن النقصان محسوب من الصبغ؛ لأن الأصل هو الثوب والصبغ، وإن كان عيناً، كالصفة التابعة للثوب، فيكون الثوب المصبوغ بينهما أثلاثاً الثلثان للمغصوب منه، والثلث للغاصب.

وفي «الشامل» و«التتمة» أنه إن كان النقصان لانخفاض سوق الثياب، فالنقصان محسوب من الثوب، وإن كان لانخفاض سوق الأصباغ، فمن الصبغ وكذا لو كان النقصان بسبب العمل؛ لأن صاحب الصبغ هو الذي عمل، ويمكن أن يكون إطلاق من أطلق منزلاً على هذا التفصيل، وإن كانت قيمته بعد الصبغ عشرة انمحق الصبغ، ولا حق فيه للغاصب، وإن تراجعت القيمة، وكان الثوب مصبوغاً يساوي ثمانية، فقد ضاع الصبغ، ونقص من الثوب درهمان، فيرده مع درهمين، وإن زادت قيمة الثوب مصبوغاً عن قيمتها قبل الصبغ، بأن بلغت ثلاثين في الصورة المذكورة، فمن أطلق الجواب في النقصان أطلق القول هاهنا بأن الزيادة بينهما على نسبة مالیهما، ومن فصل قال: وإن كان ذلك لارتفاع سوق الثياب، فالزيادة لصاحب الثوب، وإن كان لارتفاع سوق الأصباغ، فهي للغاصب، وإن كان للعمل والصنعة، فهي بينهما؛ لأن كل واحد منهما قد زاد بالصنعة والزيادة الحاصلة بفعل الغاصب، إذا استندت إلى الأثر المحض تسليم للمغصوب منه.

القسم الثاني: إذا أمكن فصله من الثوب، فعن صاحب «التقريب» نقلاً عن القديم أنه إن المفصول لا قيمة له، فهو كالسمن.

والمذهب أنه ليس كالسمن؛ وأنه لا يفوز به المغصوب منه، وهل يملك إجبار الغاصب على فصله فيه وجهان.

أحدهما: نعم، كما يملك إجباره على إخراج الغراس، ويحكي هذا عن ابن خَيْرَانَ وأبي إسحاق في الزيادات على الشرح.

والثاني: لا، وبه قال ابنُ سُرَيْج لما فيه من الضرر، بخلاف الغِرَاس، فإنه لا يضيع بالإخراج، ولأن الأرض بالقلع تعود إلى ما كانت، والثوب لا يعود، ولأن الأشجار تنتشر عروقها وأغصانها، فيخاف ضررها في المستقبل، وهذا أظهر عند أصحابنا العراقيين.

وقال صاحب «التهذيب»: طائفة: الأول أصح، وكذا ذكره الإمام، وحكى قطع المراوزة به، وأن موضع الوجهين ما إذا كان الغاصب يخسر بالفصل خسراناً بيناً، وذلك قد يكون لضيق المنفصل بالكلية، وقد يكون لحقارته بالإضافة إلى قيمة الصبغ، ومن جملة الضياع أن يحصل في الثوب نقصان بسبب الفصل لا يفي بأرشفه قيمة المفصول، ولو رضي المغصوب منه بإبقاء الصبغ، وأراد الغاصب فصله، فله ذلك إن لم ينتقص الثوب، وإن انتقص.

قال الإمام: بينى على الخلاف في أن المغصوب منه هل يجبره على الفصل؟  
أن قلنا: لا لم يفصله.

وإن قلنا: نعم فله ذلك، وهو الأظهر، ويحكى الأول عن أبي الطَّيِّبِ ابنِ سَلَمَةَ وإن تراضيا على ترك الصبغ بحاله، فهما شريكان، وكيفية الشركه كما بينا في القسم الأول، ثم الكلام في فروع:

أحدها: لو ترك الغاصب الصبغ على المالك، ففي إجباره على القبول وجهان.

ووجه الإيجاب صيرورته كالصفة التابعة للثوب، وأيضاً، فإن المشتري إذا أنعل الدابة، ثم اطلع على عيبها، فردها مع النعل لكان يعيبها لو نزع النعل يجبر البائع على القبول، ووجه المنع القياس الظاهر، ويدل عليه أنه لا جبر على قبول البناء والغِرَاس إذا تركه الغاصب.

وذكر القاضى الرويانى أن الأول ظاهر المذهب، لكن الثَّانِي أقيس وأشبهه، ويخالف مسألة النعل؛ لأن الغاصب متعد، والمشتري غير متعد على أنه لو ألحق بما إذا صبغ المشتري الثوب، بما زاد في قيمته، ثم اطلع على عيبه، فرده مسامحاً بالصبغ لكان أقرب لما مرّ من أن الصبغ يصير ملكاً للبائع.

فأما في مسألة النعل، فإنه يجبر على قبول النعل، وفي دخول النعل في ملكه اختلاف مذكور في موضعه.

وذكر الإمام في الفرع شيئين:

أحدهما: أن في موضع الوجهين طريقين:

أحدهما: أنهما مطردان فيما إذا أمكن فصل الصبغ، وفيما إذا لم يمكن.

وأظهرهما: التخصيص بما إذا أمكن.

وقلنا: إن الغاصب يجبر على الفصل وإلاّ فهما شريكان لا يجبر واحد منهما على قبول الهبة من الآخر.

وعلى هذا فطريقان:

أحدهما: أن الوجهين فيما إذا كان يتضرر بالفصل إما لما يناله من التعب، أو لأن المفصول يضيع كله، فإن لم يكن كذلك لم يلزم القبول بحال.

والثاني: أن الوجهين فيما إذا كان الثوب ينقص بالفصل نقصاناً لا يفي بأرش قيمة الصبغ المفصول، فإن وفي لم يلزمه القبول وإن تعيب أو ضاع معطم المفصول.

والثاني: إذا قلنا بلزوم القبول على المغصوب منه، فلا حاجة إلى تلفظه بالقبول. وأما من جهة الغاصب، فلا بد من لفظ يشعر يقطع الحق، كقوله: عرضت عنه، أو تركته إليه أو أبرأته عن حقي أو أسقطته، قال: ويجوز أن يعتبر اللفظ المشعر بالتملك.

الثاني: لو بذل المغصوب منه قيمة الصبغ، وأراد أن يملكه على الغاصب، هل يجاب إليه.

فيه وجهان، سواء كان الصبغ مما يمكن فصله، أو مما لا يمكن.

أحدهما: نعم، ويجبر الغاصب على قبوله لينفصل الأمر بينهما، وقد شبه ذلك بما إذا رجع المعير، وقد بنى المستعير، أو غرس، فإن له أن يملكه عليه بالقيمة، وبهذا قال أبو حنيفة.

وأظهرهما: وهو المذكور في الكتاب المنع، ويفارق مسألة العارية، لأن المعير لا يتمكن من القلع مجاناً، فكان محتاجاً إلى التملك بالقيمة وهاهنا بخلافه، وأيضاً فإن بيع العقار عسير، وبيع الثوب سهل، وبه يحصل الخلاص من الشركة.

وفي «التتمة» أنه إن كان الصبغ بحيث لو فصل حصل منه شيء ينتفع به، ففي تملك المغصوب منه الوجهان المذكوران في الغراس والبناء، وإن كان لا يحصل منه شيء، فله تملكه لا محالة، فيتولد من هذا وجه ثالث فارق.

الثالث: متى اشتركا في الثوب المصبوغ، فهل لأحدهما الانفراد ببيع ما يملكه منه؟ جعله الإمام على الوجهين في بيع دار لا ممرّ لها؛ لأنه لا يتأتى الانتفاع بأحدهما دون الآخر.

والأظهر: المنع، فلو رغب مالك الثوب في البيع، ففي «المهذب» و«التهذيب»

أنه يباع، ويجبر الغاصب على موافقته، ووجهه أن المالك إن لم يتمكن من بيع الثوب وحده فامتناع الغاصب منع له من بيع ماله، وإن تمكن فلا شك في عسر البيع عليه لقلة الراغبين فيه، والغاصب متعدي، فليس له الإضرار بالمالك بالمنع من البيع، وتعسيره، وإن رغب الغاصب في البيع، ففي إجبار المالك على موافقته وجهان.

أحدهما: يجبر تسوية بين الشريكين ليصل كل واحد منها إلى عين ملكه.

وأظهرهما: المنع كيلا يستحق المتعدي بتعديه إزالة ملك غير المتعدي.

وفي «النهاية» أن واحداً منهما لا يجبر على موافقة الآخر على قياس الشركة في الأموال.

**الحالة الثانية:** أن يكون الصبغ مغصوباً من مالك الثوب أيضاً، فإن لم يحدث بفعله نقصان، فلا غرم على الغاصب، وهما شريكان في الثوب المصبوغ، كما سبق في الغاصب، والمالك، وإن حدث نظر إن كانت قيمة مصبوغاً عشرة، والتصوير كما تقدم، فهو لصاحب الثوب، ويغرم الغاصب الصبغ، للآخر وإن كانت قيمته خمسة عشر روى صاحب «التهذيب» أن الثوب بينهما بالسوية، ويرجعان على الغاصب بخمسة.

قال: والقياس أن يكون بينهما أثلاثاً، كما مر في الحالة الأولى، وهذا ما نقله غيره، وهو الحق فإن كان مما يمكن فصله، فلهما تكليف الغاصب الفصل، فإن حصل بالفصل نقص فيهما، أو في أحدهما كما كان قبل الصبغ غرمه الغاصب، ولصاحب الثوب وحده طلب الفصل، أيضاً إذا قلنا: إن المالك يجبر الغاصب على الفصل في الحالة الأولى، وهذا إذا حصل بالانصبغ عين مال في الثوب، فإن لم يحصل إلا بمؤنة، فالحكم ما بينا في التزويق، ويقاس بما ذكرنا في الحالتين ثبوت الشركة، فيما إذا طير الريح ثوب إنسان في إجانة صبغ فانصبغ، لكن ليس لأحدهما أن يكلف الآخر الفصل، ولا التغريم إن حصل نقص في أحدهما، إذ لا تعدى، ولو أراد صاحب الثوب تملك الصبغ بالقيمة، فعلى ما تقدم.

**الحالة الثالثة:** أن يكون الصبغ مغصوباً من مالك الثوب أيضاً، فإن لم يحدث بفعله نقصان، فهو للمالك، ولا غرم على الغاصب، ولا شيء له إن زادت القيمة؛ لأن الموجود منه أثر محض، وإن حدث بفعله نقصان غرم الأرش، وإذا أمكن الفصل، فللمالك إجباره عليه، وليس للغاصب الفصل، إذا رضي المالك.

واعلم أن المذكور في الكتاب هو الحالة الأولى، وفي أثنائها تعرض للثانية.

وقوله في أول الفصل: «فلهما شريكان» يجوز إعلامه - بالواو - لما حكى عن القديم من تنزيله منزلة السمن.

وقوله: «فبيع» ليس المراد منه البيع القهري، وإنما الغرض هاهنا أنه إذا بيع كان الثمن بينهما كما كان الثوب مشتركاً بينهما، ثم إن رضياً بالبيع فذاك، وإلا فهل يجبر أحدهما الآخر فيه ما قد عرفته.

وقوله: «وإن عاد الثوب إلى خمسة عشر بالصبيغ» يمكن أن يفهم من قوله: «بالصبيغ» الاحتراز عما إذا كان النقصان بسبب تراجع الأسواق، فإن النقصان حينئذ لا يحسب من الصبيغ إذا كان التراجع في الثياب على ما حكيناه عن «الشامل» و«التتمة».

وقوله: «وكذا القول في ثبوت الشركة إذا طيرت الريح الثوب» إنما قال: «في ثبوت الشركة» ولم يقل: «وكذا القول فيما إذا طيرت الريح الثوب»؛ لأن الصورتين اللتين ذكرهما ليستا كما إذا صبغ الثوب المصبوغ بصبغ نفسه في جميع الأحكام المذكورة لأنه إذ لو رجع الثوب مصبوغاً إلى ثمانية لا يغرم صاحب الإجابة شيئاً بحال وإنما الصورتان كتلك الصورة في ثبوت الشركة فيهما، حيث ثبتت الشركة فيهما، ويجوز أن يعلم - بالواو - لأن قياس القول القديم أن يفوز صاحب الثوب بالصبيغ في الصورتين، ولا تثبت الشركة.

وقوله: «كما يجبر على قلع الزرع والغراس والبناء وإن نقص زرعه به» أشار بقوله «وإن نقص زرعه به» إلى أنه لا عبرة بما يعرض في الصبيغ من ضرر، بسبب انتشاره وتمدده، كما لا عبرة بنقصان الزرع.

وقوله: «ومهما طولب بالفصل، وكان يستضر به».

وقوله: بعد ذلك: «وإن لم يكن عليه ضرر لم يكن له الإيجاب على القبول» جواب على طريقة تخصيص الوجهين بما إذا تضرر بالفصل، وقد بيّنا ما فيه من الاختلاف، فيجوز إعلام قوله: «لم يكن له الإيجاب» بالواو.

وقوله: «لم يكن له يتملك» معلم بالحاء والواو.

وقوله: «أجبر الغاصب على بيع الصبيغ - بالواو - لما حكينا عن «النهاية».

فرع: إذا كان الصبيغ للغاصب، وقيمته عشرة، وقيمة الثوب عشرة، وبلغت قيته مصبوغاً ثلاثين، ففصل الغاصب الصبيغ، ونقصت قيمة الثوب عن عشرة لزمه ما نقص عن عشرة، وكذا ما نقص عن خمسة عشر، إن فصل بغير إذن المالك، وطلبه، وإن فصل بإذنه لم يلزمه إلا نقصان العشرة، وإن عادت قيمة مصبوغاً إلى عشرة لتراجع الأسواق، وكان التراجع في الثياب، والأصباغ على وتيرة واحده، فالثوب بالسوية بينهما، كما كان، والنقصان داخل عليهما جميعاً، وليس على الغاصب غرامة ما نقص مع رد العين، نعم لو فصل الصبيغ بعد تراجع القيمة إلى عشرة، فصار الثوب يساوي

أربعة دراهم، غرم ما نقص، وهو خمس الثوب بأقصى القيم، والمعتبر في الأقصى خمسة عشرة، إن فصل بنفسه، وعشرة إن فصل بطلب المالك له، والله أعلم.

قال الغزالي وإذا غصب زيتاً وخلطه بزيتيه فالنص أنه كالإهلاك فيضمن المثل من أين شاء، وتخريج الأصحاب أن لا ضمان لأنه لو خلطه بمثله فهو مشترك، وإن خلطه بالأجود أو بالأردا فقولان، إن قلنا: إنه هالك غرم مثله من أين شاء، وإن قلنا: إنه مشترك فيباع الكل ونوزع على نسبة القيمة، ولا يقسم الزيت (و) بعينه على تفاوت فيؤدى إلى الربا، وخلط الدقيق بالدقيق كخلط الزيت بالزيت، وخلط الزيت بالشيرج أولى بجعله إهلاكاً، وخلط الحنطة بالشعير ليس بإهلاك بل يلزمه الفضل بالانقطاع.

قال الرافعي: إذا خلط الزيت المغصوب بغيره، لم يخل إما أن يتعذر التمييز بينهما، أو لا يتعذر، إن تعذر، فإما إن يكون ذلك الغير من جنسه أو لا يكون.

إن كان من جنسه كالزيت والزيت والحنطة والحنطة، نظر إن خلطه بأجود من المغصوب، فالنص أنه كما لو هلك<sup>(١)</sup> حتى يتمكن الغاصب من أن يعطيه قدر حقة المخلوط، ونص في التفليس فيما إذا خلطه بالأجود، ثم فلس على قولين:

أحدهما هذا حتى لا يكون للبائع إلا المضاربة بالثمن.

والثاني: أنهما شريكان في المخلوط، ويرجع البائع إلى حقه منه، واختلف الأصحاب على طريقتين:

أظهرهما: إثبات القولين في الغصب أيضاً، وجه جعله هالكاً تعذر رده، والوصول إليه، وأيضاً فإن قلنا بالشركة لا حتجنا إلى البيع، وقسمة الثمن بينهما، كما سيأتي، فلا يصل المالك إلى عين حقه، ولا إلى مثله مع وجود العين، والمثل أقرب إلى حقه من الثمن، ووجه الشركة القياس على مسألة الصبغ، على ما إذا اختلط الزيتان بنفسهما أو برضا المالكين، وأيضاً فلو غصب صاعاً من هذا، وخلطهما وجعلناهما هالكين، ينتقل الملك فيهما إلى الغاصب، وذلك يملك التعدى.

(١) وقال السبكي: والذي أقوله وأعتقده، وينشرح صدري له أن القول بالهلاك باطل؛ لأن فيه تمليك الغاصب مال المغصوب منه بغير رضاه، بل بمجرد تعديه بالخلط. وقال الزركشي: إذا قلنا إنه كالتالف ويملكه الغاصب فلا يصرف فيه وهو محجور عليه حتى يعطي المالك بدله. وقال الخطيب: وقضية إطلاق الشيخين - رحمهما الله - أن خلط الدراهم بمثلها بحيث لا تميز هلاك هو كذلك كما قاله بعض المتأخرين وهو أوجه من قول ابن الصباغ وغيره أنهما يشتركان، والفرق بأن كل درهم متميز في نفسه، بخلاف الزيت ونحوه منقضي بالحبوب.



وأظهر القولين: عند الأكثرين الأول المنصوص.

وعند الإمام والمتولي الثاني.

والطريق الثاني القطع بالقول الأول والفرق أنا إذا لم تثبت الشركة هناك، لا يحصل للبائع تمام حقه بل يحتاج إلى المضاربة وهاهنا يحصل للمالك البدل، وإن خلطه بمثله، ففيه الطريقان، وطريق ثالث هو القطع بالشركة؛ لأن في إثبات الشركة اتصال المالك، إلى بعض حقه بعينه، وإلى بدل بعضه من غير زيادة تقوم على الغاصب، فكان أولى من اتصاله إلى بدل الكل.

وحكى ذلك عن ابن سُرَيْج وأبي إسحاق، وإن خلطه بأردأ منه فالنص أنه كالهالك أيضاً، ويجيء فيه الطريقان المذكوران في الأجود، ولكن المنصوص في «التفليس» والحالة هذه ليس إلا قول الشركة وذكرنا أن بعضهم خرج غيه قولاً آخر يمكن أن يكون مخرجاً من نصفه هاهنا، ويكون في صورتين قولان بالنقل والتخريج من الطريقين ويمكن أن يكون قول الهلاك في الأردأ مخرجاً من توجيهه في الأردأ فإن الشافعي - رضي الله عنه - قال الذائب إذا اختلط انقلب حتى لا يوجد عين ماله على ما مرَّ.

وأذ اختصرت قلت في الخلط المطلق ثلاثة أوجه.

ثالثهما، الفرق بين أن خلط بغير المثل، فيكون المغصوب هالكاً، وبالمثل فيشتركان.

التفريع: إن جعلنا الاختلاط كالهلاك، فللغاصب أن يعطيه المثل من غير المخلوط، وله أن يعطيه منه إذا كان بالمثل، وكذا لو خلطه بالأجود؛ لأن المخلوط خير من المغصوب، وليس له أن يعطيه قدر حقه من المخوط إذا خلط بالأردأ إلا إذا رضي المالك، وإذا رضي فلا أرش له كما إذا أخذ الرديء من موضع آخر.

وإن حكمنا بالشركة، فإن خلط بالمثل، فقدر زنته من المخلوط، وإن خلط بالأجود، كما إذا خلط صاعاً قيمته درهم بصاع قيمته درهماً، نظر إن أعطاه صاعاً من المخلوط، أجبر المالك على قبوله، لأن بعضه من حقه، وبعضه خير منه، وإلا فيباع المخلوط، ويقسم الثمن بينهما أثلاثاً فإن أراذد قسمه عين الزيت على نسبة القيمة، فالظاهر أنه لا يجوز، لأنه يكون قد أخذ ثلثي صاع لجودته في مقابلة صاع، وهو ربياً، عن رواية التَّبَوَيْطِيِّ أنه يجوز، وبنى ذلك على أن القسمة إفراز حق، لا بيع.

وفي المسألة وجه أنه يكلف الغاصب تسليم صاع من المخلوط؛ لأن اكتساب المخلوط صفة الجودة بالخلط، كزيادة متصله تحصل في يد الغاصب، وإن خلط بالأردأ، كما إذا خلط صاعاً قيمته درهماً بصاع قيمته درهم، أخذ المالك من المخلوط

صاعاً مع أرش النقصان؛ لأن الغاصب متعدّد، بخلاف ما إذا خلط المشتري بالأردأ، وأفلس فإن البائع إما أن يقنع بصاع من المخلوط، أو يضارب مع الغرماء، فإن اتفقا على بيع المخلوط، وقسمة الثمن أثلاثاً جاز، وإن إراد قسمة عين الزيت على نسبة الثمنين.

فمنهم من جعله على الخلاف المذكور في طرف الأجود.

ومنهم من قطع بالمنع، لأنه أمكن الرجوع إلى صاع منه مع الأرش، ولا حاجة إلى احتمال القسمة المشتملة على التفاضل.

وخلطة الخل بالخل، واللبن باللبن كخلط الزيت بالزيت، وإذا خلط الدقيق بالدقيق.

فإن قلنا: إنه مثلي، وبه قال ابنُ سُرَيْج، فه كخلط الزيت بالزيت أيضاً.

وإن قلنا: إنه متقوم.

فإن قلنا: إن المختلط هالك، فالواجب على الغاصب القيمة.

وإن قلنا: بالشركة فيباع ويقسم الثمن بينهما على قدر القيمتين، فإن أراد قسمة الدقيق على نسبة القيمتين والخلط بالأجود أو الأردأ. فهو على ما ذكرنا في قسمة الزيت المخلوط، وإن كان الخلط بالمثّل، فالقسمة جائزة إن جعلناها إفرازا، وإن جعلناها بيعاً لم تجز؛ لأن بيع الدقيق بالدقيق لا يجوز، هذا إذا كان الخلط بالجنس.

أما إذا خلط المغصوب بغير جنسه، كما لو خلط زيتاً بشيرج أو دهن بان<sup>(١)</sup>. أو دهن جَوَز، أو خلط دقيق حنطة بدقيق شعير، فالمغصوب هالك لبطلان فائدته، وخاصيته باختلاط غير الجنس به، بخلاف الجيد مع الرديء.

ومنهم من جعله على السابق، ووجه ثبوت الشركة ما لو خلط بالرضا، وهذا ما اختاره صاحب «التتمة» هاهنا أيضاً.

وقال: إن تراضيا على بيع المخلوط، وقسمة الثمن جاز، وإن أراد قسمته جاز، وكأن المغصوب منه باع ما يضمن في يد الغاصب من الزيت، بما يصير في يده من الشيرج.

قال الإمام، وألحق الأصحاب بخلط الزيت بالشيرج لت السوئيق بالزيت، وهو بعيد وإنما هو كصبغ الثوب، وهذا في الخلط الذي يتعدّر معه التمييز فإن لم يتعدّر التمييز وجب عليه التمييز والفصل بالالتقاط، وإن شق سواء خلط بالجنس كالحنطة

(١) ألبان شجر معروف ودهن ألبان منه. ينظر المصباح ٩٢/١.

البيضاء والحمراء، أو بغير الجنسيك الحنطة والشعير والمواضع الذي ينبغي أن يعلم عليها من الفضل غير خافية والله أعلم.

فرع: لو خلط الزيت بالماء، وأمكن التمييز لزم التمييز، وأزس النقص إن كان فيه نقص، وإن لم يمكن التمييز، فهو كخلطه بالبان<sup>(١)</sup>،  
الأبقي له قيمة فيكون هالكاً لا محالة فإن حصل فيه مميز، أو غير مميز نقص سار، فقد سبق حكمه والله أعلم.

قال الغزالي: وَلَوْ غَصَبَ سَاجَةً وَأَدْرَجَهَا فِي بِنَائِهِ لَمْ يَمْلِكْ بَلْ يَرُدُّ (ح) عَلَى مَالِكِهِ وَإِنْ أَدَى إِلَى هَدْمِ بِنَائِهِ، وَإِنْ أَدْرَجَ فِي سَفِينَةٍ لَمْ يَنْزِعْ إِنْ كَانَ فِي النَّزْعِ إِهْلَاكُ الْغَاصِبِ، أَوْ إِهْلَاكُ حَيَوَانَ مُخْتَرَمٍ، أَوْ إِهْلَاكُ مَالٍ لِعَبِيرِهِ وَلَكِنْ يُعْرَمُ فِي الْحَالِ لِلْحَيْلُولَةِ إِلَى أَنْ يَتَيَسَّرَ الْفَضْلُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ إِلَّا مَالُ الْغَاصِبِ فَبِي جَوَازِ النَّزْعِ وَجَهَانِ.

قال الرافعي: إذا غصب ساجّة وأدرجها في بنائه، أو بنى عليها، أو على أجر مَغْصُوبٍ لم يملك المغصوب، وعليه إخراجها من البناء، ورده إلى المالك، وبه قال مالك وأحمد. وعند أبي حنيفة: يملك ويغرم قيمته.

لنا أنه بنى على ملك الغير عدواناً، فلا يزول به ملك المالك قياساً على ما لو غصب أرضاً، وبنى عليها، وأيضاً فإن القدرة على المثل تمنع من العدول إلى القيمة؛ لأن المثل أقرب إلى المغصوب، فأولى أن تمنع القدرة على العين العدول إلى القيمة، وهذا ما لم تعفن الساجّة، فإن عفنت بحيث لو أخرجت لم تكن لها قيمة، فهي مستهلكة، فإن أخرجها، وردها لزمه أرش النقص إن دخلها نقص، وفي الأجرة ما ذكرنا في إبلاء الثوب بالاستعمال. ولو أدرج لوحاً مغصوباً في سفينة، نظر إن لم يخف من النزاع هلاك نفس، ولا مال بأن كانت على وجه الأرض أو مرساة على الشط، أو أدرج في أعلاها، ولم يخش من نزعه الغرق، أو لم يكن فيها نفس، ولا مال، ولا خيف هلاك السفينة نفسها نزع ورد، وخلاف أبي حنيفة عائد فيه.

وإن كان في لُجَّةِ البحر، وخيف من النزاع هلاك حيوان محترم، سواء كان آدمياً - أما الغاصب، أو غيره - أو غير آدمي<sup>(٢)</sup> لم تنزع حتى تصل إلى الشط، وإن خيف من النزاع هلاك مال إما نفس السفينة، أو غيرها، فهو إما للغاصب، أو لمن وضع ما له فيها، وهو يعلم أن فيها لوحاً مغصوباً، أو لغيرهما، إن كان لغيرهما لم ينزع أيضاً، وإن كان لهما فوجهان:

(١) في الروضة: «بالشريح».

(٢) الأصح عند الأكثرين ما صححه ابن الصباغ.

أصحهما: عند الإمام: النزع كما يهدم البناء لرد السّاجة، ولا يبالي بما يضيع عليه.

والثاني: وهو الأصح عند ابن الصّبّاغ وغيره أنه لا ينزع؛ لأن السفينة لا تدوم في البحر، فيسهل الصبر إلى انتهائها إلى الشط، بخلاف الساجة المدرجة في البناء، فإن البناء للتأييد.

وحيث لا تنزع إلى الوصول إلى الشط توجد القيمة للحيلولة إلى أن يتيسر الفصل، فحينئذ يرد اللوح مع أرش النقص إن نقص، ويسترد القيمة إن قلنا: لا يبالي في النزع بهلاك مال الغاصب، فلو اختلطت التي أدرج منها اللوح بسفن الغاصب، ولا توقف على النزع إلا بفصل الكل حكى في «المُهذّب» فيه وجهين<sup>(١)</sup> والله اعلم بالصواب.

قال الغزالي: وَكَذَا لَوْ عَصَبَ خَيْطاً وَخَاطَ بِهِ جُرْحَ آدَمِيٍّ أَوْ حَيَوَانٍ مُحْتَرَمٍ غَيْرِ مَأْكُولٍ وَكَانَ فِي نَزْعِهِ خَوْفٌ هَلَاكٍ لَمْ يَنْزَعْ إِذْ يَجُوزُ الْغَضَبُ بِمِثْلِ هَذَا الْقَدْرِ ابْتِدَاءً بَلْ يَغْرَمُ قِيَمَتَهُ، فَإِنْ مَاتَ الْمَجْرُوحُ أَوْ أَرْتَدَّ فِيهِ النَّزْعُ خِلَافَ لَأَنَّ فِيهِ مِثْلَةً، وَفِي الْحَيَوَانِ الْمَأْكُولِ خِلَافٌ لِأَنَّهُ ذَبْحٌ لِغَيْرِ مَأْكَلَةٍ، وَيَنْزَعُ عَنِ الْخَنْزِيرِ وَالْكَلْبِ الْعَقُورِ إِذْ لَا حُرْمَةَ لَهُمَا.

قال الرافعي: الخَيْطُ الْمَغْصُوبُ إِنْ خِيطَ بِهِ ثَوْبٌ وَنَحْوَهُ، فَالْحَكْمُ كَمَا فِي الْبِنَاءِ عَلَى السّاجَةِ، وَإِنْ خِيطَ بِهِ جِرْحُ حَيَوَانٍ، فَهُوَ إِمَّا مُحْتَرَمٌ أَوْ غَيْرِهِ.  
القسم الأول: المحترم وهو الآدمي وغيره.

أما الآدمي فإن خيف من نزعه منه هلاكه لم، ينزع، وعلى الغاصب قيمته، ثم إن خَاطَ جرح نفسه، فالضمان مستقر عليه، وإن خاط جرح غيره بإذنه، وهو عالم بالغضب، فقرار الضمان عليه، وإن كان جاهلاً، فعلى الخلاف فيما إذا أطمع المغصوب غيره، وفي خوف الهلاك خوف كل محذور يجوز العدول إلى التيمم من الوضوء وفقاً وخلافاً. قال الإمام: ولو رتب انتدح وجهان:

أحدهما: أن ترك الخيط أولى لقيام القيمة مقامه.

والثاني: أن نزعه أولى لتعلقه بحق الآدمي المبني على الضيق.

وأما غير الآدمي فهو على ضربين:

(١) كذا أطلقوا الوجهين بلا ترجيح، وينبغي أن يكون أرجحها عدم النزع ينظر الروضة ٤/١٤٣.

أحدهما: غير المأكول، فالحكم فيه كما في الآدمي إلا أنه لا اعتبار لبقاء الشئ فيه .

والثاني: المأكول، فإن كان لغير الغاصب لم ينزع، وإن كان للغاصب ففيه قولان، وقيل: وجهان:

أحدهما: وهو رواية الربيع، أنه يذبح ويرد الخيط؛ لأنه جائز الذبح، وبذبحه يصل الحق إلى المستحق.

وأظهرهما: المنع كما في غير المأكول؛ لأن الحيوان حرمة في نفسه، ألا ترى أنه يؤمر بالإنفاق عليه، ويمنع من إتلافه، وإذا لم يقصد بالذبح الأكل منع منه، وقد روى أنه صلى الله عليه وسلم «نَهَى عَنْ ذَبْحِ الْحَيَوَانِ إِلَّا لِمَأْكَلِهِ»<sup>(١)</sup>.

وأذا مات الحيوان الذي خيط به جرحه، فإن كان غير الآدمي نزع منه الخيط، وفي الآدمي وجهان:

أصحهما: على ما ذكره في «النهاية»: أنه ينزع، وإن لم ينزع في الحياة لحرمة الروح.

والثاني: المنع؛ لأن الآدمي محترم بعد الموت، ولذلك قال صلى الله عليه وسلم: «كَسَّرَ عَظْمَ الْمَيِّتِ كَكَسَّرِ عَظْمَ الْحَيِّ»<sup>(٢)</sup>.

القسم الثاني: غير المحترم، فلا يبالي بهلاكه، وينزع منه الخيط، ومن هذا القسم الخنزير والكلب العقور.

أما كلب الصيد والماشية، فلا يجوز النزاع منه كذا قاله الإمام، وألحق الكلب الذي لا منفعة فيه بالمؤذيات، وذكر تردداً فيما إذا خاط به جرح مرتد، وحكم بأن الأوجه المنع؛ لأن المثلثة بالمرتد محرمة، وليست كالمثلثة بالميت، لأننا نتوقع بالمرتد عوداً إلى الإسلام، وهذا لفظه، ويوافق ذلك قوله في الكتاب: «أو ارتد ففي النزاع خلاف» غير أن الإمام صورة فيما إذا خيط به جرح المرتد، ولفظ الكتاب فيما إذا طرأت الردة على

(١) أخرجه أبو داود في «المراسيل» عن القاسم بن عبد الرحمن الشامي في حديث قال فيه: «ولا تقتل غنمة ليست لك بها حاجة» وفي الموطأ عن أبي بكر في قوله: كلفظ الأصل. ينظر تلخيص الحبير ٥٥/٣.

(٢) رواه أبو داود (٣٢٠٧) وابن ماجه (١٦١٦) وأحمد (٤٨/٦، ١٦٨، ٢٠٠، ٢٦٤) وله طريق أخرى عند أحمد (١٠٥، ١٠٠/٦) ورواه الدارقطني (١٨٩/٣) وابن حبان (٧٧٦ موارد) والطحاوي في مشكل الآثار (١٠٨/٢) وابن عدي في الكامل (١١٨٩/٣) والبيهقي (٥٨/) وأبو نعيم في أخبار أصبهان (١٨٦/٢) ورواه ابن ماجه (١٦١٧) من حديث أم سلمة.

الخيطة. والذي أجاب به الأكثرون أن المُرتد غير محترم، فينزع الخيط منه، وكذا الخزي.

وخرج صاحب «التتمة» فيما إذا خاط به جرح الزاني المحصن، أو المحارب على الخلاف فيما إذا خاط به جرح معصوم فمات؛ لأن تفويت روحه مستحقة، فألحق بالميت، وبيني على التفصيل المذكور في جواز غضب الخيط ابتداء ليخاط به الجرح، إذا لم يوجد خيط حلال، فحيث حكمنا بالثبوت لا يجوز الغضب، وحيث قلنا: لا ينزع يجوز، وإلى هذا أشار بقوله في الكتاب: «إذ يجوز الغضب بمثل هذا القدر ابتداء» والله اعلم بالصواب.

قال الغزالي: وَلَوْ أَدْخَلَ فَصِيلاً فِي بَيْتِهِ أَوْ دِينَاراً فِي مَحْبَرَتِهِ وَعَسَرَ إِخْرَاجَهُ كَسِرَ عَلَيْهِ تَخْلِيصاً لِلْمَالِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ يَفْعَلُهُ فَالْأَظْهَرُ أَنَّ الْمُخْلَصَ مَا لَهُ يَغْرَمُ أَرَشَ النِّقْضِ، وَإِنْ غَضِبَ فَرَدَّ خُفَّ قِيَمَةُ الْكُلِّ عَشْرَةَ وَوَقِيمَةُ الْفَرْدِ ثَلَاثَةَ ضَمِنَ سَبْعَةَ؛ لِأَنَّ الْبَاقِيَ ثَلَاثَةٌ، وَقِيلَ: ثَلَاثَةٌ لِأَنَّهُ الْمَغْضُوبُ، وَقِيلَ: خَمْسَةَ كَمَا لَوْ أَتَلَفَ غَيْرَهُ الْفَرْدَ الْآخَرَ تَسْوِيَةً بَيْنَهُمَا.

قال الرافعي: فرعان:

أحدهما: فصيل رجل حصل في بيت آخر، ولم يمكن إخراجه إلا بنقص البناء فينظر إن كان بتفريط من صاحب البيت بأن غصبه، وأدخله فيه نقض، ولم يغرم صاحب الفصيل شيئاً، وإن كان بتفريط من صاحب الفصيل، فإذا نقص البناء غرم أَرَشَ النِّقْضِ، وإن دخل الفصيل بنفسه نقض أيضاً، وهل على صاحب الفصيل أَرَشَ النِّقْضِ.

قال العراقيون: نعم، وهو ظاهر المذهب؛ لأنه إنما نقض لتخليص ملكه، وذكر الإمام، وصاحب الكتاب فيه خلافاً، ووجه المنع أنه لا تفريط من أحد، والإخراج لا بد منه لحرمة الروح، وإنما ينتظم هذا إذا كان الفرض فيما إذا خيف هلاكه لو لم يخرج.

ولو وقع دينار في محبرة، ولم يخرج إلا بكسرها، إن وقع فيها بفعل صاحب المحبرة عمداً أو سهواً كسرت، ولا غرم على صاحب الدينار، وإن وقع بفعل صاحب الدينار فعلية الأرش، وإن وقع من غير تفريط من أحد كسرت، وعلى صاحب الدينار الأرش، وأجرى صاحب الكتاب في وجوب الأرش الخلاف المذكور في الصورة الأولى لكن التوجيه الذي مر لا يجيء ها هنا.

وقال ابن الصَّبَّاح: إذا لم يفريط واحد منهما، وضمن صاحب المحبرة الدينار ينبغي أن يقال: لا تكسر المحبرة لزوال الضرر بذلك، وهذا الاحتمال عائد في صورة البيت والفصيل.

ولو أدخلت بهيمة رأسها في قَدْرٍ، ولم تخرج إلا بكسرهما، فإن كان معها صاحبها، فهو مفرط بترك الحفظ، فإن كانت غير مأكولة تخلص بكسر القدر، وعليه أرش النقصان، وإن كانت مأكولة، ففي ذبحها وجهان، كما في مسألة الخَيْطِ، وإذا لم يكن معها أحد، فإن فرط صاحب القدر مثل أن وضع القدر في موضع لأَجْحٍ له فيه كسرت، ولا غرم له، وإن لم يفرط كسرت، وغرم صاحب البهيمة الأرش، ولم يذكر التفصيل المذكور في صورة القدر، والفرق بين المأكول وغير المأكول في الفصيل والبيت والوجه التسوية والله اعلم.

**الفرع الثاني:** غصب زَوْجِي حُفِّ قيمتها عشرة، ثم رد إحداهما، وقيمتها ثلاثة وتلف الآخر يلزمه سبعة؛ لأن بعض المغصوب قد تلف، والباقي ينقص، ولو أتلف أحدهما، أو غصبه وحده، وتلف، وعادت قيمة الباقي إلى ثلاثة، ففيه أوجه:

أحدها: أنه يضمن سبعة؛ لأنه أتلف أحدهما، وأدخل النقصان على الباقي بتعديه فأشبه ما لو حَلَّ أجزاء الباب والسَّرِيرِ، فنقصت قيمته.

**والثاني:** يضمن ثلاثة؛ لأن قيمة الفرد الذي أتلفه ثلاثة.

**والثالث:** خمسة، كما لو أتلف رجل أحدهما، وآخر الآخر، فإنه يسوى بينهما، ويضمن كل واحد منهما خمسة، ونظم الكتاب يقتضي ترجيح الوجه الأول، وبه قال الشيخ أبو حامد، ومن تابعه.

وقال الإمام وصاحب «التهذيب»: الأظهر الثالث، ولو أخذ أحدهما على صورة السرقة، وقيمتها مع نقصان الثاني مع نقصان الثاني نصاب لا يقطع بلا خلاف<sup>(١)</sup>.

## فرع

سيأتي القول في أن ما تتلفه البهيمة متى يضمنه مالكها، فإذا ابتلعت البهيمة شيئاً، واقتضى الحال لزوم الضمان، نظر إن كان مما يفسد بالابتلاع ضمنه، وإن كان مما لا يفسد كالألالي، فإن لم تكن مأكولة لم تذبح، ويغرم قيمة ما ابتلعتة للحيلولة، وإن كانت مأكولة، فعلى الوجهين السابقين، ولو باع بهيمة بثمان معين، فابتلعت، نظر إن لم يكن الثمن مقبوضاً انفسخ البيع، وهذه بهيمة للبائع ابتلعت مالا للمشتري، إلا أن يقتضى

(١) قال النووي: الأقوى، ما صححه الإمام، وإن كان الأكثرون على ترجيح الأول وعليه العمل. ويحالف المقيس عليه، فإنه لا ضرر على المالك هناك. وصورته: أنهما أتلفاهما دفعة واحدة. فإن تعاقبا، لزم الثاني ثلاثة. وفي الأول، الخلاف. وفي الصورة الأولى إذا غصبها معاً وجه في «التنبيه» و«التتمة»: أنه يلزمه ثلاثة، وهو غريب. تنظر الروضة ١٤٦/٤.

الحال وجوب الضمان على صاحب البهيمة، فيستقر العقد، ويكون ما جرى قبضاً للثمن بناءً على أن إتلاف المشتري قبض منه، وإن كان الثمن مقبوضاً لم يفسخ البيع، وهذه بهيمة للمشتري ابتلعت مالاً للبائع والله اعلم.

قال الغزالي: **الْفَضْلُ الثَّلَاثُ فِي تَصَرُّفَاتِ الْغَاصِبِ: فَإِذَا بَاعَ الْجَارِيَةَ الْمَغْضُوبَةَ وَوَطَّئَهَا الْمُشْتَرِي وَهُوَ عَالِمٌ لَزِمَهُ الْحَدُّ وَالْمَهْرُ (ح) إِنْ كَانَتْ مُسْتَكْرَهَةً، وَإِنْ كَانَتْ رَاضِيَةً فَوَجَّهَانَ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: لَا مَهْرَ لِبَيْعِي، وَلَكِنَّ الْمَهْرَ لِلسَّيِّدِ فَيُنْفِخُ أَنْ لَا يُؤْتَرَ رِضَاهَا، وَفِي مُطَالَبَةِ الْغَاصِبِ بِهَذَا الْمَهْرِ تَرَدُّدٌ، لِأَنَّ مَنَافِعَ الْبُضْعِ لَا تَدْخُلُ تَحْتَ الْعَضْبِ، وَإِنْ كَانَ جَاهِلًا لَزِمَهُ الْمَهْرُ، وَلَا يَجِبُ إِلَّا مَهْرٌ وَاحِدٌ بِوَطْآتٍ إِذَا اتَّخَذَتْ الشُّبْهَةَ، وَفِي تَعَدُّدِ الْوَطْءِ بِالْأَسْتِكْرَاهِ تَرَدُّدٌ فِي تَعَدُّدِ الْمَهْرِ.**

قال الرافعي: هذا الفصل الثالث، وإن كان مترجماً بتصرفات الغاصب مطلقاً، لكن القصد منه شيان:

أحدهما: الكلام في وطء المشتري من الغاصب.

والثاني: فيما يرجع به إذا غرم على الغاصب، واعلم قبل الشروع فيهما أنه إذا اتَّجَرَ الْغَاصِبُ فِي الْمَالِ الْمَغْضُوبِ، فَفِيهِ قَوْلَانُ:

الجديد: أنه إن باعه، أو اشترى بعينه، فالتصرف باطل، وإن باع سلماً، أو اشترى في الذمة، وسلم المغضوب فالعقد صحيح، والتسليم فاسد، ولا تبرأ ذمته عما التزم، ويملك ما يأخذوا أرباحه له.

والقديم: أنه يتبعه، والشراء بعينه منعقد موقوفاً على إجارة المالك، فإن أجزاه، فالربح له وكذا إذا التزم في الذمة، وسلم المغضوب، وتكون الأرباح للمالك، وهذه المسألة قد مر ذكرها في أول البيع، ويتم شرحها في القراض، والغرض الآن التذكير ببيان أن مسائل الفصل متفرعة على المذهب الجديد.

إذا عرفت ذلك، فالمقصد الأول هو القول في وطء المشتري من الغاصب، ولا يخلو إما أن يكون مُخْبِلاً أو لا.

**الضرب الأول:** الوطاء الخالي عن الإحبال، ونذكر أولاً حكمه إذا وجد من الغاصب بعضه، فنقول: إنه مع الجارية المغضوبة إما أن يكونا جاهلين بتحريم الوطاء؛ أو عالمين، أو أحدهما عالم، والآخر جاهل إن كانا جاهلين، فلا حدَّ عليهما، وعليه المهر للسيد، وكذلك أَرُشُ الافتضاض، إن كانت بكرًا ثم ذكروا وجهين، في أنا نفردي أَرُشُ الافتضاض من المهر فنقول عليه مهر مثلها ثيباً وأرُشُ الافتضاض أولاً نفردي،



ونقول: عليه مهر مثلها بكرأ، ورجحوا الأول لوجوبهما بسببين مختلفين، وانفكاك كل واحد منهما عن الآخر.

فإن قلت: هل يختلف المقدار بالاعتبارين أم لا؟ إن اختلف وجب أن يقطع، بوجوب الزائد؛ لأن بناء أمر الغاصب على التغليظ، وإن لم تختلف فلا فائدة للوجهين.

فالجواب: أن يقال: إن اختلف المقدار، فالوجه ما ذكرته، وقد أشار إليه الإمام، وإن لم تختلف، فللوجهين فوائد تظهر من بعد.

وإن كانا عالمين بالتحريم، فينظر إن كانت الجارية مكروهة، فعلى الغاصب الحد والمهر، خلافاً لأبي حنيفة في المهر، ويجب عليه أرش الافتضاض إن كانت بكرأ، وإن كانت طائعة، فعليهما الحد، وفي المهر وجهان، ويقال: قولان:

أحدهما: يجب؛ لأن المهر حق للسيد، فلا يؤثر فيه رضاها، كما لو أذنت في قطع يدها.

وأظهرهما: وهو المنصوص: أنه لا يجب؛ لأنها زانية ساقطة الحرمة، فأشبهت الحرة إذا زنت طائعة، وقد روى أنه صلى الله عليه وسلم (نَهَى عَنِ مَهْرِ الْبَغِيِّ)<sup>(١)</sup>.

ويجوز أن يكون مهرها للسيد، ويتأثر بعضها، كما لو ارتدت قبل الدخول، أو أرضعت إرضاعاً مفسداً للنكاح، ويجب أرش الافتضاض، إن كانت بكرأ.

إذا قلنا: انه يفرد عن المهر.

وإن قلنا: لا يفرد، ففي وجوب الزيادة على مهر مثلها، وهي ثيب وجهان:

في وجه: لا تجب، كما لو زنت الحرة طائعة، وهي بكر.

وفي وجه: تجب، كما لو أذنت في قطع طرف منها.

وإن كان أحدهما عالماً، دون الآخر، فإن كان الغاصب عالماً فعليه الحد وأرش البكارة إن كانت بكرأ، والمهر، وإن كانت الجارية عالمة فعليها الحد دونه، ويجب المهر إن كانت مطاوعة، فعلى الخلاف، واعلم أن الجهل بتحريم وطء المغصوبة قد يكون للجهل بتحريم الزنا مطلقاً، وقد يكون لتوهم حلها خاصة لدخولها بالغصب في ضمانه، ولا تقبل دعواها إلا من قريب العهد بالإسلام، أو ممن نشأ في موضع بعيد عن المسلمين، وقد يكون لاشتباهاها عليه، وظنه أنها جاريتها، ولا يشترط لقبول الدعوى ما ذكرناه.

(١) المشهور في لفظ هذا الخبر أنه نهى عن مهر البغي، لا كما في الكتاب - يعني الوجيز - وحديث

النهي عن مهر البغي متفق عليه من حديث أبي مسعود ينظر تلخيص الحبير ٥٥/٣.

هذا في وطء الغاصب، وأما المشتري من الغاصب، فالقول في وطئه في حالتي العلم والجهل، كما ذكرنا في الغاصب إلا أن الجهل في حق المشتري قد ينشأ من الجهل بكونها مغصوبة أيضاً، فلا يشترط في دعواه الشرط السابق، كما لا يشترط في الاشتباه وإذا غرم المشتري المهر، فسيأتي الخلاف في رجوعه على الغاصب، وهل للمالك مطالبة الغاصب به ابتداءً؟.

فيه وجهان عن صاحب «التقريب»: وجه المنع أن المهر بدل منفعة البضع، وهي غير داخلية تحت اليد، ولا مضمونة بالعقب.

ووجه الثاني: وهو قضية كلام المُعَظَم: أن الأمر إذا أفضى إلى الغرم بعد فرضه غير متعلق بالغاصب. وأشار الإمام إلى جريان الوجهين، سواء قلنا برجوع المشتري على الغاصب بالمهر، أو بعدم الرجوع.

وقال: إذا قلنا بعدم الرجوع، فظاهر القياس ألا يطالب، وغيره محتمل.

وإذا قلنا بالرجوع، فالظاهر المطالبة لاستقرار الضمان عليه، ويجوز أن يقال: الرجوع بسبب الغرر، فيختص به المغرور، وطرد الخلاف في مطالبة الغاصب بالمهر إذا وطئت بالشبهة، وإذا تكرر الوطء إما من الغاصب، أو من المشتري من الغاصب، فإن كان في حالة الجهل لم يجب إلا مهر واحد؛ لأن الجهل شبهة واحدة مطردة، فأشبه ما إذا وطئ في النكاح الفاسد مراراً، وإن كان عالمًا وجب المهر لكونها مستكرهة، وعلى قولنا بالوجوب مع طواعيتها، فوجهان:

أحدهما: الاكتفاء بمهر واحد، كما في حالة الجهل.

وأصحهما وبه أجاب صاحب الكتاب في «الصّدَاقِ»، حيث أعاد هذه الصورة في أخوات لها أنه يجب لكل مرة مهر؛ لأن الواجب ها هنا لإتلاف منفعة البضع؛ فيتعدد بتعدد الإتلاف، لكن قضية هذا الوجه الحكم بالتعدد في صورة الجهل؛ لأن الإتلاف الذي هو سبب الوجوب حاصل، فلا معنى للإحالة على الشبهة، وإنما يحصل اعتماد الشبهة، حيث لا يجب المهر لولا الشبهة، وذكر هذا المستدرك إمام الحرمين.

وقال: هذه لطيفة يقضى منها العجب، وإن وطئها مرة جاهلاً، ومرة عالمًا وجب مهران.

وقوله في الكتاب: «لزمه الحد والمهر» لفظ المهر معلّم - بالحاء - لأن عند أبي حنيفة لا يجامع المهر الحد، والمشهور من لفظ الخبر أنه «نهى عن مهر البغي» كما تقدم لا ما أورده في الكتاب والله أعلم.

قال الغزالي: أما الولد فهو رقيق لا نسب له إن كان عالمًا، وإن كان جاهلاً أتعدّد

عَلَى الْحُرِّيَّةِ، وَضَمِنَ الْمُشْتَرِي قِيَمَتَهُ، وَرَجَعَ بِهِ عَلَى الْغَاصِبِ إِذَا الشَّرَاءُ لَا يُوجِبُ ضَمَانَ الْوَالِدِ، وَإِنْ أَنْفَصَلَ الْوَالِدُ مَيْتًا فَلَا ضَمَانَ لِأَنَّ الْحَيَاةَ لَمْ تُتَيَقَّنْ، وَإِنْ سَقَطَ مَيْتًا بِجَنَايَةِ جَانٍ يَجِبُ الضَّمَانُ لِأَنَّهُ أَنْفَصَلَ مَضْمُونًا وَقَدْ قَدَّرَ الشَّارِعُ حَيَاتَهُ وَضَمَانَهُ عَشْرَ قِيَمَةِ الْأُمِّ، وَقِيلَ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ: يَجِبُ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ عَشْرِ قِيَمَةِ الْأُمِّ أَوْ الْعُرَّةِ إِذْ وَجِبَ الضَّمَانُ بِسَبَبِهَا فَلَا يَزِيدُ عَلَيْهَا.

قال الرافعي: الضرب الثاني الوطاء المُخْبِلُ، سواء وجد من الغاصب أو من المشتري منه، فينظر إن كان عالماً بالتحريم، فالولد رقيق للمالك، غير نسيب لكونه زانياً، وإن انفصل حيًّا، فهو مضمون على الغاصب، وإن انفصل ميتاً بجناية جانٍ، فبدله لسيده، وإن انفصل ميتاً من غير جناية، ففي وجوب الضمان على الغاصب وجهان:

أحدهما: وهو ظاهر النص: الوجوب لثبوت اليد عليه تبعاً لثبوت اليد على الأم، ويُحْكِي هذا عن الْأَنْمَاطِيِّ وَأَبِي الطَّيِّبِ بْنِ سَلَمَةَ، واختاره الْقَفَّالُ.

والثاني: المنع، وبه قال أبو إسحاق، واختاره الشيخ أبو مُحَمَّدٍ، والإمام، وصاحب «التهذيب»؛ لأن جنائته غير متتفة، وسبب الضمان هلاك رقيق تحت يده.

ويجري الوجهان في حمل البهيمة المغصوبة إذا انفصل ميتاً، وإن أوجنا الضمان، فنوجب قيمته يوم الانفصال، ولو كان حيًّا في ولد الجارية والبهيمة سواء وخرج الإمام وجهاً آخر في ولد الجارية أنه يضمن بعشر قيمته الأم تنزيلاً للغاصب منزلة الجاني الذي يترتب على جنائته الإجهاض، وإن كان الواطئ جاهلاً بالتحريم، فالولد نسيب حر للشبهة، وعليه قيمته لمالك الجارية يوم الانفصال، إن انفصل حيًّا؛ لأن التقويم قبله غير ممكن، وإن انفصل ميتاً، فإما أن يفصل بنفسه، أو بجناية.

أما التقدير الأول، فالمشهور أنه لا يلزمه قيمته؛ لأننا لا نتيقن جناية؛ وأن الغاصب أتلفه، ويخالف ما لو انفصل رقيقاً ميتاً حالة العلم، حيث ذكرنا في وجوب الضمان وجهين؛ لأن الرقيق يدخل تحت اليد والغضب، فجعل تبعاً للأم فيه وفي التتمة حكاية وجه هاهنا أيضاً أنه يلزمه القيمة لأن الظاهر الحياة.

وأما على التقدير الثاني، فعلى الجاني ضمانه؛ لأن الانفصال عَقِيبَ الضرب يغلب على الظن أنه كان حيًّا، فمات بفعله، وللمالك الضمان على الغاصب، بخلاف ما إذا انفصل ميتاً من غير جناية؛ لأنه لا بدل له هناك، وها هنا يقوم له، فيقوم عليه، وكان حق المالك يتعلق ببده، كما لو قتل العبد الجاني يتعلّق العبد المجني عليه ببده، ولو مات فات حقه، ثم الذي يجب على الجاني الغرة والذي يجب للمالك عشر قيمة الأم؛ لأن الجنين الرقيق به يضمن، فإن كانت قيمة الغرة وعشر الأم سواء ضمن

الغاصب للمالك عُشر قيمة الأم، وإن كانت قيمة الأم أكثر، فكذلك، والزيادة تستقر له بحق الإرث، وإن نقصت الغرة عن العشر، فوجهان:

أظهرهما: أنه يضمن للمالك تمام العشر؛ لأنه لما انفصل متقوماً كان بمثابة ما لو انفصل حيًا، ولأن بدله إنما يقصر عن العشر بسبب الحرية الحاصلة بظنه.

والثاني: أنه لا يضمن إلا قدر الغرة، ويعبر عنه بأن الواجب أقل الأمرين من العشر والغرة، ووجهه أن مثبت وجوب الضمان يقومه عليه فلا يضمن فوق ما يحصل له، وإن انفصل ميتاً بجناية الغاصب نفسه لزمه الضمان؛ لأن ما وجد منه بسبب الضمان، إلا أنه لا يستحق على نفسه شيئاً.

ولو أحبل الغاصب الجارية ومات وخلف أباه، ثم انفصل الجنين ميتاً بجناية جان، فالغرة تكون لجد الجنين.

وعن القاضي الحسين أنه يضمن للمالك ما كان يضمه الغاصب لو كان حيًا، وعنه أنه لو كان مع الغاصب أم الجنين، فورثت سدس الغرة يقطع النظر عنه، وينظر إلى عشر قيمة الأم، وخمسة أسداس الغرة، وكأنها كل الغرة، والجوابان يختلفان، فرأى الإمام إثبات احتمالين في الصورتين فصار في أحدهما إلى أن من يملك الغرة ينبغي أن يضمن للمالك، ويستبعد في الثاني تضمين من لم يغصب، ولا تفرعت يده على يد الغاصب. وذكر في «التتمة» أن الغرة تجب مؤجلة، وإنما يغرم الغاصب عشر قيمة الأم إذا أخذ الغرة، وللإمام توقف فيه، هذا ظاهر المذهب في الولد المحكوم بحريته.

وفيه طريقة أخرى: أنه لا ينظر إلى عشر قيمة الأم، ولكن تعتبر قيمته لو انفصل حيًا، وينظر إليه وإلى الغرة على التفصيل الذي بيناه.

وأشار في «الوسيط» إلى استمداد هذه الطريقة من القول القديم في أن جراح العبد لا تتقدر لأن عشر قيمة الأم نوع مقدر، لكنه ليس بواضح، فإن الخلاف في أن البدل يتقدر أولاً يتقدر في أطراف العبد، والفائت ها هنا جملته، وليس لهذا البناء ذكر في كتاب الإمام، لكنه قال: الطريقة ملتفتة إلى الخلاف في أن ما يتلف في يد الغاصب من أعضاء العبد المغصوب بأفة سماوية، أو بجناية غير الغاصب يعتبر في حقه بدله المقدر في حق الجاني أم ينظر إلى قدر النقصان بإيجاب العشر في قيمة الأم إيجاب المقدر الواجب على الجناية.

وعن بعض الأصحاب أن الغاصب يغرم للمالك أكثر الأمرين من قيمة الولد والغرة وضعفه من نقله؛ لأن الغرة إن كانت أكثر، فثبوت الزيادة بسبب الحرية، فكيف

يستحقها المالك. ومن العجب أن صاحب «التهديب» أجاب بهذا الوجه في المشتري من الغاصب، وجوابه في الغاصب ما تقدم، ودعوى الجهل في هذا الضرب كدعواه في الضرب الأول. وروى المَسْعُودِيُّ خلافاً في قَبُولِهَا لحرية الولد، وإن قبلت لدفع الحد، كما رواه في استيلاء المرتهن، ويجب في حالتي العلم والجهل أرش نقصان الجارية، وإن نقصت بالولادة، فإن تلفت عنده وجب أقصى القيم، ودخل فيه نقصان الولادة، وأرش البكارة، ولو ردها وهي حبلية، فماتت في يد المالك من الولادة، ذكر أبو عَبْدِ اللَّهِ الْقَطَّانُ في «المطارحات» أنه لا شيء عليه في صورة العلم؛ لأن الولد ليس منه حتى يقال: ماتت من ولادة ولده، وإن في صورة الجهل قولين.

واعلم أن لوجوب الضمان في هذه الصورة مأخذين:

أحدهما: أنه أحبل جارية الغير إما بالشبهة، أو بالزنا، وفي كونه سبباً للضمان ما قدمناه في المرتهن.

والثاني: أنه يحصل نقصان الحمل تحت اليد، وذلك سبب الضمان، وإن وجد أثره بعد الرد إلى المالك، كما لو جنى المغصوب عند الغاصب، فرده، ثم بيع في يد المالك. وأطلق صاحب «التتمة» بوجوب الضمان للمأخذ الثاني<sup>(١)</sup>.

وقوله في الكتاب: «وضمن المشتري قيمته، ورجع بها على الغاصب، إذ الشراء لا يوجب ضمان الولد»، والكلام في الرجوع أخرناه إلى الفصل التالي لهذا الفصل، وقد كرره هناك، وفي ذكره هناك غنية عن الذكر ها هنا.

وقوله: «فلا ضمان؛ لأن الحياة لم تتيقن» معلم بالواو.

ويجوز إعلام قوله: «وضمن عشر قيمة الأم» - بالحاء - لما سيأتي في موضعه إن شاء الله تعالى.

(١) قال النووي: الأصح قول المتولي.

قال في الخادم: عبارته مصرحة بترجيح الضمان، فإنه قال إن علم المشتري بالغصب لم يضمنها لأن الولد الذي ولدته لا يلحقه فلا يصح أن يقال ماتت من ولادة الولد الذي منه، وإن كان غير عالم أي الغاصب منه أو المشتري، ضمن قيمة الجارية في ماله؛ لأنه إذا لم يكن عالماً بالغصب فالولد لا حق به، فيصح أن يقال: ماتت من الولادة التي كانت منه. وفيه قول آخر أن قيمة الجارية على عاقلته. انتهى.

وعلم منه أنها مضمونة بلا خلاف، وإنما القولان في أنها في ماله أو على عاقلته، وعبرة الرافعي توهم أن القولين في الضمان وعدمه وليس كذلك. نعم صاحب «البيان» حكاهما عن الطبري فيما إذا وطئ الغاصب المغصوبة، فحملت منه ثم ردها وماتت من الولادة في ضمانه لها وجهين.

فرع: في «ذخيرة» البندنجي لو وطىء الغاصب بإذن المالك، فحيث لا يجب المهر لو لم يأذن فيها هنا أولى، وحيث نوجه فقولان محافظة على حرمة البضع، وفي قيمة الولد طريقان:

أحدهما: أنه على الخلاف في المهر.

والثاني: القطع بالرجوب؛ لأنه لم يصرح بالإذن في الإحبال<sup>(١)</sup>، والله اعلم بالصواب.

قال الغزالي: وَيَضْمَنُ الْمُشْتَرِي (ح) أَجْرَةَ الْمَنْفَعَةِ الَّتِي قَاتَتْ تَحْتَ يَدِهِ، وَمَهْرَ الْمِثْلِ عِنْدَ الْوَطْءِ وَفِيْمَةَ أَنْعِقَادِهِ حَرًّا، وَيَرْجِعُ بِكُلِّ ذَلِكَ عَلَى الْغَاصِبِ مَهْمَا كَانَ جَاهِلًا، وَيَعْتَرَفُ قِيْمَةَ الْعَيْنِ إِذَا تَلَفَتْ وَلَا يُرْجِعُ، وَكَذَا الْمُتَزَوِّجُ مِنَ الْغَاصِبِ لَا يُرْجِعُ بِالْمَهْرِ، وَهَلْ يُرْجِعُ الْمُشْتَرِي بِقِيْمَةِ مَنْفَعَةٍ اسْتَوْفَاهَا؟ فِيهِ قَوْلَا الْغُرُورِ، وَلَوْ بَنَى فَقَلَعَ بِنَاءَهُ فَلَا أَوْلَى أَنْ يُرْجِعَ بِأَرْضِ الثَّقَفِ، وَلَوْ تَعَيَّبَ فِي يَدِهِ نَصَّ الشَّافِعِيُّ أَنَّهُ يُرْجِعُ (ز) لِأَنَّ الْعَقْدَ لَا يُوجِبُ ضَمَانَ الْأَجْزَاءِ بِخِلَافِ الْجُمْلَةِ، وَكَذَا إِذَا تَعَيَّبَ قَبْلَ الْقَبْضِ لَمْ يَكُنْ لِلْمُشْتَرِي الْأَرْضُ، وَلَوْ اشْتَرَى عَبْدًا لِجَارِيَةٍ وَرَدَّ الْجَارِيَةَ بِعَيْبٍ وَبِالْعَبْدِ عَيْبٌ حَادِثٌ لَزِمَهُ قَبُولُ الْعَبْدِ أَوْ طَلْبُ قِيْمَتِهِ، وَلَيْسَ لَهُ طَلْبُ الْأَرْضِ مَعَ الْعَبْدِ وَلِذَلِكَ فُرِّقَ بَيْنَ الْجُزْءِ وَالْجُمْلَةِ.

قال الرافعي: الفصل الثاني الكلام فيما يرجع به المشتري على الغاصب إذا غرم، وما لا يرجع، وسنبتن في خلاله ما يغرمه وما لا يغرمه، وفي سائر الأيدي المترتبة على يد الغاصب مسائل نشرح ما في الكتاب منها، غير مبالين بما يحتاج إليه من تغيير نظمه، ونضيف إليها ما يتفق.

الأولى: إذا تلفت العين المغصوبة عند المشتري، ضمن قيمتها أكثر ما كانت من يوم القبض إلى يوم التلف، ولا يضمن الزيادة التي كانت في يد الغاصب، إن كانت في يده أكثر قيمة، ولا يرجع بما يضمنه عالماً كان أو جاهلاً؛ لأن الشراء عقد ضمان، وقد شرع فيه على أن تكون العين من ضمانه وإن كان الشراء صحيحاً، ولك أن تقول: إن كان المراد من كونه عقد ضمان أنه إذا تلف المبيع عنده تلف من ماله، واستقر عليه الثمن، فهذا مسلّم، لكن لم يكن شارعاً فيه على أن يضمن القيمة، ومعلوم أنه لو لم يكن المبيع مغصوباً لم يلزمه شيء بالتلف، فكان الغاصب مغرراً موقعاً إياه في خطر الضمان، فليرجع عليه، وإن كان المراد غيره، فلم قلت: إن الشراء عقد ضمان؟ على

(١) رجع ابن القطان عدم سقوط المهر وهو قياس نظره في الرهن، وقياسه ترجيح عدم سقوط قيمة الولد.

تفسير آخر، وربما انساق هذا الإشكال إلى ما حكى عن صاحب «التقريب» أنه يرجع من المغرووم بما زاد على قَدْرِ الثمن، سواء اشتراه رخيصاً في الابتداء، أو زادت القيمة بعد الشراء، وأنه إذا رجع بما زاد على الثمن لم يلحقه ضرر.

الثانية: تعيب المغصوب عند المشتري بعمى أو سَلَل، أو نحوها، ينظر إن كان بفعل المشتري، فيستقر ضمانه عليه، وكذا لو أتلف الكَل، وإن كان بأفة سماوية فقولان:

أحدهما: عن تخريج المُزْنِي وغيره: أنه لا يرجع على الغاصب بضمانه، كما لا يرجع بالقيمة عند هلاك الكَل تسوية بين الجملة والأجزاء، وبهذا أجاب العراقيون، بل أكثر الأصحاب.

والثاني: وينسب إلى نَصِّ الشافعي - رضي الله عنه - أنه يرجع، وقرره ابنُ سُرَيْج بأن العقد يوجب ضمان الجملة، ولا يوجب ضمان الأجزاء على الانفراد، واحتج عليه بصورتين: إحداهما: أنه لو تعيب المبيع قبل القبض لم يكن للمشتري أن يجيز العقد، ويطالبه بجزء من الثمن، بل إما أن يفسخ أو يُجيز بكل الثمن ولو تلف يستقر كل الثمن.

والثانية: لو اشترى عبداً بجارية، وتقابضا، ثم وجد بائع العبد بالجارية عيباً قديماً، فردها، وقد تلف العبد فإنه يأخذ قيمته، ولو لم يتلف، وتعيب بعيب حادث لم يكن له طلب الأرش مع العبد، بل يقنع به، أو يأخذ القيمة.

واعلم أن في الصورة الثانية وجهين ذكرناهما في فصل «الرد بالعيب» فلناصر القول الأول أن يمنع ويقول له باسترداد العبد، وطلب أرش النقصان وإليه ميل الإمام.

وأما الصورة الأولى، فإن المبيع في يد البائع غير مضمون بالقيمة، بل بالثمن، فإذا تلف سقط الثمن، وإذا تعيب أمكن رده، جملة الثمن، فلا يمكن من طلب الأرش الذي هو تغيير العقد، وخط من الثمن، وإنما يصار إليه عند الضرورة، فلهذا المعنى لم يثبت الأرش.

الثالثة: منافع المغصوب يضمنها المشتري للمالك بأجرة مثلها، وهل يرجع على الغاصب؟ أما ما استفواه بالسكون والرُكوب واللبس، ففيه قولان، وكذا بالرجوع بالمهر إذا غرمه بالوطة:

أحدهما: يرجع؛ لأن الغاصب قد غرّه ولم يشرع على أن يضمن المهر والأجرة. وأصحهما وهو قوله الجديد، وبه قال أبو حنيفة: أنه لا يرجع؛ لأن نفعه عاد إليه، ولأنه أتلف المنفعة، وحوالة الضمان على مباشر الإتلاف أولى، وأجرى الخلاف

في أزشِ الافتِضاضِ إن كانت بكرةً، وعدم الرجوع به أظهر؛ لأنه بدل جزء منها أتلفه، فأشبهه ما لو قطع عضواً من أعضائها.

وفي «التهذيب» أن الخلاف فيه مبني على أنه يفرد عن المهر، أم لا؟ إن افترده لم يرجع به، وإلا رجع. وأما المنافع التي قاتت تحت يده، ولم تستوفها.

فإن قلنا: يرجع بضمن ما استوفاه، فضمنها أولى.

وإن قلنا: لا يرجع هناك فوجهان:

أصحهما: الرجوع أيضاً؛ لأنه لم يتلف، ولا شرع في العقد على أن يضمنها.

والثاني: لا يرجع تنزيلاً للتلف تحت يده منزلة الإلتلاف.

الرابعة: إذا غرم قيمة الولد عند انعقاده حرّاً رجع به على الغاصب؛ لأنه شرع في العقد على أن يسلم الولد حرّاً من غير غرامة، ولم يوجد منه تفويت.

وعن الأستاذ أبي إسحاق الإسفريائي طريقة أخرى في «شرح الفروع» أن الرجوع بها كالرجوع بالمهر؛ لأن نفع حرية الولد تعود إليه.

والمشهور الأول وأرش نقصان الولادة، قطع العراقيون بأنه يرجع به، وعن غيرهم خلاف. قال الإمام: وسبيله سبيل النقصان الحاصل بسائر الآفات السماوية، فيجزي فيه ما ذكرناه من الخلاف السابق، ولو وهب الجارية المغصوبة، فاستولدها المتهب جاهلاً بالحال، وغرمه قيمة الولد، ففي الرجوع بها وجهان:

وجه الفرق أن الواهب متبرع، والبائع ضامن سلامة الولد له بلا غرامة.

الخامسة: إذا بنى المشتري، أو غرس في الأرض المغصوبة، فجاء المالك، ونقض بنائه، وغرسه هل يرجع بأرش النقصان على الغاصب؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا كما لا يرجع بما أنفق على العمارة، وكأنه بالبناء متلف ما له.

وأظهرهما: نعم لشروعه في العقد على ظن السلامة، وإنما جاءه هذا الضرر من تغريب الغاصب، وهذا ما ذكره العراقيون، وقد ذكرنا طرفاً من المسألة في «الضمنان» وذكر في «التهذيب» أن القياس ألا يرجع على الغاصب بما أنفق على العمارة، وما أدرى من خراج الأرض: لأنه شرع في الشراء على أن يضمنها.

السادسة: لو زوج الغاصب الجارية المغصوبة، فوطئها الزوج جاهلاً بالحال غرم مهر المثل للمالك، ولا يرجع به على الغاصب؛ لأنه شرع فيه على أن يضمن المهر، ويخالف ما إذا عرّ بحرية أمة، وغرم المهر حيث يرجع على الغار على أحد القولين، لأن النكاح ثم صحيح، والبضع مملوك له، فإذا فسح اقتضى الفسخ استرداد ما بذل له



وها هنا النكاح باطل وإنما غرم لإتلافه منفعة البُضْع حتى لو كان المغرور ممن لا يحل له نكاح الأمة لم يثبت له الرجوع بالمهر لبطلان النكاح، ولو استخدمها الزوج، وغرم الأجرة لم يرجع على الغاصب؛ لأنه لم يسقطه على الاستخدام، بخلاف الوطاء، ويرجع بغرم المنافع التالفة تحت يده؛ لأنه ما استوفاهما، ولا شرع على أنه يضمنها، والقول في قيمتها لو تلفت في يده قد تقدم، فإن غرمها رجع بها.

قال الأئمة: والضابط في هذه المسائل أن ينظر فيما عزمه مَنْ تَرْتَبَتْ يده على يد الغاصب عن جهل إن شرع فيه على أن يضمنه لم يرجع به، وإن شرع على أنه لا يضمنه، فإن لم يَسْتَوْفَ ما يقابله رجع به، وإن استوفاه، ففيه قولان، وعلى هذا فلو كان المغصوب شاة، فَتَنَجَّتْ في يد المشتري، أو شجرة فأنمرت، فأكل فائدتها، وغرمها للمالك، ففي الرجوع بما غرم الغاصب قولان كالمهر، وإن هلكت تحت يده، فالحكم كما في المنافع التي لم يستوفها، ذكره في «التتمة» وكذا القول في الأكساب، وإن انفصل الولد ميتاً، فالظاهر أنه لا ضمان، وكذا إذا انفصل ميتاً في يد الغاصب، ولو استرضع المشتري الجارية في ولده، أو ولد غيره غرم أجر مثلها، وفي الرجوع قولان كالمهر، ويغرم المشتري اللبن، وإن انصرف إلى سخلتها وعاد نفعه إلى المالك كما لو غصب علفاً، وأعلف به بهيمة ماله.

لكن قال صاحب «التهذيب» وجب أن يرجع به على الغاصب، لأنه لم يشرع فيه على أنه يضمنه، ولاعاد نفعه إليه، ولو أجر العين المغصوبة غرم المستأجر أجرة المثل للمالك، ولم يرجع بها على الغاصب؛ لأنه شرع فيه على أن يضمنها، ويسترد الأجرة المسماة، ولو أعارها رجع المستعير بما غرم للمنافع التي فاتت تحت يده، وفي الرجوع بما غرم للمنافع التي استوفاهما القولان، وكذا غرم الأجزاء التالفة بالاستعمال.

واعلم أن كل ما لو غرمه المشتري يرجع به على الغاصب، فلو طوِّب به الغاصب وغرمه لم يرجع به على المشتري، وكُلُّ ما لو غرمه المشتري ولم يرجع به على الغاصب لم يرجع به المشتري، وكذا الحُكْمُ فيمن غير المشتري ممن ترتبت يده على يد الغاصب.

وقوله في الكتاب: «ويرجع بكل ذلك على الغاصب» جواب في المهر المغرور عند الوطاء بقول الرجوع، وقد مرَّ أن أصح القولين، ومذهب أبي حنيفة منع الرجوع، فيجوز أن يعلم ما ذكره - بالحاء والواو - لذلك، وأيضاً فللطريقة المروية في قيمة الولد.

قوله: وهل يرجع المشتري بقيمة منفعة استوفاهما؟ يدخل فيه منفعة البُضْع المستوفاة بالوطء كما يدخل سائر المنافع، وإجراؤه على إطلاقه ممكن، ففي جميع ذلك قولان كما سبق، لكن الأشبه أنه أراد ما سوى منفعة البُضْع.

وأما إذا وطئ وغرم المهر، وقد ذكره مرة، وحكم فيه بالرجوع على الغاصب.

وقوله: «فيه قولاً الغرور» أي ومباشرة الإتلافات على ما مر في تقديم الطعام المغصوب، فحذف أحد الطرفين.

وأعلم قوله في نقل النص في التعيب: «أنه يرجع» - بالزاي - إشارة إلى تخريج المُنزِي. وقوله: «وليس له طلب الأرش» يجوز إعلامه بالواو.

وقوله: «ولذلك فرق بين الجملة والجزء» هكذا هو في بعض النسخ، وفي بعضها: «وكذلك فرق الشافعي رضي الله عنه» وهما صحيحان.

قال الغزالي: وَنُقْصَانُ الْوِلَادَةِ لَا يُخْبِرُ (ح) بِالْوَلَدِ فَإِنَّ الْوَلَدَ زِيَادَةٌ جَدِيدَةٌ.

قال الرافعي: إذا انتقصت الجارية بالولادة، وكان الولد رقيقاً تفي قيمته ببعض نقصانها، أو بكله لم يجبر به النقصان، بل الولد له، ويأخذ الأرش، خلافاً لأبي حنيفة. لنا: أن الولد زيادة تحدث على ملكه، ألا ترى أن يسلم له، وإن لم يكن في الأم نقصان، وملكه لا يجبر نقصان ملكه، ولو ماتت الأم من الولادة، والولد وافٍ بقيمتها، فلم يملكه فيها اختلاف، وقد فرغنا من شرح كتاب الغصب، ونختمه بمسائل مثورة:

منها: أسند خشبة تعب بحملها إلى جدار يستريح، إن كان الجدار لغيره، ولم يأذن في إسناده إليه، فهو متعدّ يضمن الجدار إن وقع بإسناده إليه، ويضمن ما تلف بوقوعه عليه، وإن وقعت الخشبة وأتلفت شيئاً ضمن إن وقعت في الحال، وإن وقعت بعد ساعة لم يضمن، وإن كان الجدار له أو لغيره، وقد أذن في إسناده إليه، فكذلك يفرق بين أن تقع الخشبة في الحال، أو بعد ساعة تشبيهاً بفتح رأس الزق.

ومنها: غصب داراً ونقصها، وأتلف النقص، وما نقص من قيمة العرصة.

وحكى الشيخ أبو حامد وجهين في أنه يضمن أجرة مثلها داراً إلى وقت الرد، أو إلى وقت النقص<sup>(١)</sup>.

ومنها: غصب شاة، وأنزى عليها فحلاً، فالولد للغاصب، ولا شيء عليه للإنزاء؛ لنهيه - عليه السلام - «عن عَسِيبِ الْفَحْلِ»<sup>(٢)</sup>، فإن انتقص غرم الأرش، ولك أن تقول: للمغصوب منه، ولو غصب فحلاً، وأنزاه على شاته، فالولد مغصوب منه وجب أن يخرج وجوب شيء للإنزاء على الخلاف في جواز الاستتجار<sup>(٣)</sup>.

(١) جزم المحاملي والعمرائي بالأول، وبه يضمن بعد ذلك أجرة مثلها.

(٢) تقدم في باب البيوع المنهى عنهما.

(٣) هذا التفريع لا بد منه، وإنما فرعه على الأصح.

ومنها: غصب جارية ناهداً فتدلى نهداها، أو عبداً شاباً فشاخ، أو أمرد فالتحى  
غرم النقصان. وعن أبي حنيفة أنه لا يضمن في الأمرد.

ولو غصب خشبة، واتخذ منها أبواباً وَسَمَرَهَا بمسامير من عنده نزع المسامير،  
وإن انتقصت الأبواب بذلك ضمن الأرش، ولو بَدَّلَهَا، ففي إَجْبَارِ الْمَغْضُوبِ منه على  
قبولها وجهان ذكرهما في نظائرها.

ومنها: غصب ثوباً، ونجسه، أو نجس عنده، لم يكن له تطهيره، ولا للمالك أن  
يكلفه التطهير، ولو غسله، وانتقصت قيمته، ضمن النقصان ولو رده نجساً فمؤنة التطهير  
على الغاصب، وكذا أرش اللازم منه، وتنجيس المائع الذي لا يمكن تطهيره إهلاك  
وتنجيس الدهن يبني على إمكان غسله إن جوزناه، فهو كالثوب.

ومنها: قال في «التتمة»: لو غصب من الغاصب فإبراء المالك الأول عن ضمان  
الغصب صح الإبراء؛ لأنه مطالب بقيمته، فهو كَدَيْنٍ عليه، وإن ملكه المغضوب بريء،  
وانقلب الضمان على الثاني حقاً له وإن باعه من غاصب الغاصب، أو وهبه منه، وأذن  
له في القبض برىء الأول، وإن أودعه من الثاني.

وقلنا: إنه يصير أمانة في يده بريء الأول أيضاً فإن رهنه من الثاني لم يبرأ واحد  
منهما عن الضمان.

ومنها: لو رد المغضوب إلى المالك، أو وكيه، أو وليه بريء من الضمان، ولو  
رد الدابة إلى إصطبله.

قال في «التتمة»: يبرأ أيضاً إذا علم المالك به، أو أخبره من يُعْتَمَدُ خبره.

وقيل: إن لم يعلم، ويخبر لا يبرأ؛ فإن امتنع المالك من الاسترداد، رفع الأمر  
إلى الحاكم.

ومنها: عن القفال وغيره أن المالك لو أبرأ غاصب الغاصب عن الضمان برأ  
الأول لأن القرار على الأول والثاني كالضامن، وهذا إن فرض بعد تلف المال، فهو  
بَيِّنٌ، وإما قبله فليخرج على صحة إبراء الغاصب مع بقاء المال في يده، وفيه خلاف  
مذكور في «كتاب الرهن»<sup>(١)</sup>.

(١) قال النووي: لو غصب مسكاً أو عنبراً أو غيرهما مما يقصد شمه، ومكث عنده، لزمه أجرته  
كالثوب والعبد ونحوهما. ولو طرح في المسجد غلة أو غيرها وأغلقة، لزمه أجره جميعه. وإن لم  
ينقله، لكن شغل زاويه منه، لزمه أجره ما شغله وممن صرح بالمسألة الغزالي في «الفتاوي»، قال:  
وكما يضمن أجزاء المسجد بالإتلاف، يضمن منفعتة بإتلافها. ينظر روضة الطالبين ١٥٤/٤.

## «كِتَابُ الشُّفْعَةِ»

### «فِيهِ ثَلَاثَةُ أَبْوَابٍ»

#### البَابُ الْأَوَّلُ فِي أَرْكَانِ الْإِسْتِحْقَاقِ

وَهِيَ ثَلَاثَةٌ: الْمَأْخُودُ وَالْأَخِذُ وَالْمَأْخُودُ مِنْهُ، «الْأَوَّلُ: الْمَأْخُودُ»، وَهُوَ كُلُّ عَقَارٍ ثَابِتٍ مُنْقَسِمٍ، اخْتَرَزْنَا بِالْعَقَارِ عَنِ الْمَثْوُولِ فَلَا شُفْعَةَ فِيهِ لِلشَّرِيكِ لِخِفَّةِ الضَّرَرِ فِيهِ.

قال الرافعي: الشُّفْعَةُ مأخوذة من قولك: شفعت كذا بكذا، إذا جعلته شُفْعاً به، كأن الشفيع يجعل نصيبه شُفْعاً بنصيب صاحبه.

يقال: أصل الكلمة التقوية والإعانة، ومنه الشفاعة والشفيع؛ لأن كل واحد من الوثرين يقوى بالآخر، ومنه شاة شافع للتي معها ولدها لتقويها به<sup>(١)</sup>، وفسرت في الشريعة بحق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث، وفيه مجال لمضايقات:

منها: أن الشركة مأخوذة في هذا التفسير، ولو كان كذلك لما انتظم قولنا: هل تثبت الشفقة للجار أم لا؟ والأصل في الشُّفْعَةِ الأخبار التي نوردها متفرقة في الباب، وكل ما يدل على مسألة في باب يدل على ثبوت أصل ذلك الباب.

واحتج بعضهم بالإجماع، لكنه نُقِلَ عن جَابِرِ بْنِ زَيْدٍ<sup>(٢)</sup> من التابعين وغيرهم

---

(١) الشفقة لغة: قال صاحب «المطالع»: الشفقة: مأخوذة من الزيادة؛ لأنه يضم ما شفع فيه إلى نصيبه، هذا قول ثعلب. كأنه كان وترأ فصار شُفْعاً، والشافع: هو الجاعل الوتر شُفْعاً، والشفيع: فعيل بمعنى فاعل. نظر: الصحاح ٣/١٢٣٨، المغرب ٢٥٣، المصباح المنير ١/٤٨٥.

(٢) واصطلاحاً:

عرفها الحنفية بأنها: ضم ملك البائع إلى ملك الشفيع، وتثبت للشفيع بالثمن الذي بيع به رَضِي المتبايعان أو شرطاً.

عرفها الشافعية بأنها: حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الشريك الحادث فيما ملك يعوض.

عرفها المالكية: استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه.

عرفها الحنابلة بأنها: استحقاق انتزاع الإنسان حصة شريكه من مشتريها بمثل ثمنها.

انظر: الإختيار ٢/٥٦، حاشية ابن عابدين ٥/١٣٧، فتح القدير ٩/٣٦٨، المبسوط ١٤/٩٠، =

إنكار أصل الشفعة<sup>(١)</sup>، وإذا علمت أن لِحَقَّ الشفعة ثبوتاً ذهب ذهنك إلى البحث عن أنه لم يثبت، وأنه كيف يُؤخَذُ الشَّقْصُ، وأنه يستمر، أو يسقط، ولم يسقط إن سقط؟ وهذه الأمور الثلاثة هي أبواب الكتاب الثلاثة.

أما أنه بم يثبت فاعلم أن سبب ثبوت الشفعة يتركب من أمور:

منها: ما يرجع إلى الملك المأخوذ. ومنها: ما يرجع إلى الآخذ.

ومنها: ما يرجع إلى الذي يؤخذ منه، وسمى صاحب الكتاب هذه الثلاثة ثلاثة أركان الاستحقاق لتعلقه بها، وتركّب سببه من الأمور معتبرة فيها فقال: الباب الأول في أركان الاستحقاق.

الركن الأول: المأخوذ، فاعتبر فيه ثلاثة شروط:

أحدها: أن يكون عقاراً.

قال الأصحاب: والأعيان ثلاثة أضرب: أحدها: المنقولات فلا شفعة فيها، سواء بيعت وحدها، أو مع الأرض. وعن مالك ثلاث روايات:

إحداها: إثبات الشفعة في كل منقولٍ باع أحد الشفيعين نصيبه منه.

والثانية: إثباتها في السفن خاصة.

والثالثة: أنها إن بيعت وحدها، فلا شفعة فيها، وإن بيعت مع الأرض، ففيها الشفعة كيلا تتفرق الصفقة على المشتري.

لنا قوله ﷺ:

الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسِّمْ فَإِذَا وَقَعَتِ الْحُدُودُ صُرِفَتْ الطُّرُقُ فَلَا شُفْعَةَ<sup>(٢)</sup>.

وبما روى أنه ﷺ - (قَضَى بِالشُّفْعَةِ فِي كُلِّ مَا يُقَسِّمُ زَبْعٍ أَوْ حَائِطٍ لَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ

= حاشية الجبير من ٣/١٤٥، معنى المحتاج ٢/٢٩٦، مخ الجليل ٣/٥٨٢، الإنصاف ٦/٢٥٠، الكافي ٢/٤١٦.

(١) جابر بن زيد الأزدي أبو الشعثاء الجؤفي بفتح الجيم البصرى الفقيه أحمد الأئمة عند ابن عباس فأكثر ومعاوية وابن عمر وعن قتادة وعمر بن دينار وأيوب وخلق. قال ابن عباس: هو من العلماء. قال أحمد: مات سنة ثلاث وتسعين وقال ابن سعد: سنة ثلاث ومائة. ينظر خلاصة تهذيب الكمال ١/١٥٦.

(٢) أخرجه البخاري ٤/٤٠٧، في البيوع: باب بيع الشريك من شريكه (٢٢١٣)، وفي ٤/٤٠٨، باب بيع الأرض والدور وفي ٤/٤٣٦، في الشفعة فيما لم يقسم (٢٢٥٧)، ومسلم ٣/١٢٢٩، في المسافة: باب الشفعة (١٣٤).

يَبِيعُهُ حَتَّى يُؤْذِنَ شَرِيكَهُ، فَإِنْ شَاءَ أَحَدُ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ فَإِنْ بَاعَهُ وَلَمْ يَأْذَنْهُ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ (١).  
وروى: (الشَّفْعَةُ فِي كُلِّ شِرْكٍ رَبِيعٌ أَوْ حَائِطٌ) (٢).

الضرب الثاني: الأراضي، فتثبت الشفعة فيها، سواء بيع الشقص منها وحده، أو مع شيء من المَنْقُولَاتِ، ثم في الحالة الثانية يوزع الثَمَنُ عليه، وعلى ذلك المنقول، كما سيأتي.

والثالث: الأعيان التي كانت منقولة في الأصل، ثم أثبتت في الأرض، للدوام كالأبنية والأشجار (٣)، فإن بيعت منفردة، فلا شفعة فيها؛ لأنها في حكم المَنْقُولَاتِ، وكانت في الأصل منقولة وتنتهي إليه، وإن طال أمدها، وليس معها ما تجعل تابعة له.

وحكى الإمام أبو الفرج السرخسي وجهاً أنه ثبتت الشفعة فيها لثبوتها في الأرض والمذهب الأول وإن بيعت الأرض وحدها ثبتت الشفعة فيها ويكون الشفيع معه كالمشترى، وإن بيعت الأبنية والأشجار مع الأرض، إما صريحاً، أو على قولنا: إن الأرض، تستببعها ثبتت الشفعة فيها تابعة للأراضي، كما سبق من الأخبار، فإن لفظ «الرَّبِيع» يتناول الأبنية، ولفظ «الحائط» يتناول الأشجار، ولو كان على النخل ثمرة مؤثرة، فأدخلت في البيع شرطاً لم تثبت فيها الشفعة؛ لأنها لا تدوم في الأرض، بل يأخذ الشفيع الأرض والنخيل بِحَصَّتَيْهَا من الثمن.

وعن مالك وأبي حنيفة إثبات الشفعة فيها تبعاً، وإن كانت غير مؤثرة دخلت في البيع تبعاً وهل يأخذ؟ فيه وجهان أو قولان:  
أحدهما: لا كالمؤثرة؛ لأنها منقولة.  
والثاني: نعم لدخولها في مطلق البيع.

قال في «التهذيب»: وهذا أصح، وعلى هذا فلو لم يتفق الأخذ إلى أن تأبرت فوجهان:

أظهرهما: الأخذ؛ لأن حقه تعلق بها، وزيادتها كالزيادة الحاصلة في الشجرة من بسوقها، أو طول أغصانها.

والثاني: المنع، وبه قال القاضي أبو الطيب لخروجها عن أن تكون تابعة للنخيل، وعلى هذا فبم يأخذ النخيل والأرض؟ فيه وجهان:

(١) ينظر التخريج السابق.

(٢) أخرجه مسلم ينظر المصدر السابق.

(٣) وفي معنى الشجر أصل ما يجز مراراً كالقت والهندباء.

أشبههما: بحصتها من الثمن، كما في المؤبرة.

والثاني: بجميع الثمن تنزيلاً له منزلة عيب يحدث بالشفص، ولو كانت النخيل حائلة عند البيع، ثم حدثت الثمرة قبل أخذ الشفيع، فإن كانت مؤبرة لم يأخذها، وإن كانت غير مؤبرة، فعلى قولين ذكرناهما بتوجيههما، وتخاريجهما فيما إذا أفلس مشتري النخيل، وهي مطلعة هل يتعدى الرجوع إلى الطلع؟.

وقد ذكر كثير من الثاقلين أن قول: أخذ الثمار قوله القديم، ومقابله الجديد، وعلى هذا فالمسألة مما يجب فيها على القديم لما مرَّ في «التفليس» أن الأخذ أظهر عند الأصحاب، وإذا بعث الثمرة للمشتري، فعلى الشفيع إبقاؤها إلى الإدراك، وهذا إذا بيعت الأشجار، مع البياض الذي يتخللها، أو بيع البستان كله أما إذ بيعت الأشجار ومغارسها لا غير، فوجهان، وكذا لو باع الجدار مع الأس<sup>(١)</sup>.

أحدهما: إنه تثبت الشفعة؛ لأنها فرع أصل ثابت.

وأشبههما: المنع؛ لأن الأرض تابعة هاهنا، والمتبوع منقول<sup>(٢)</sup>.

ولو باع شقصاً فيه زرع لا يجذُّ مراراً، وأدخله في البيع شرطاً أخذ الشفيع الشفص بحصته من الثمن، ولم يأخذ الزرع، وخلافاً لأبي حنيفة ومالك، وإن كانا مما يجذُّ مراراً، فالجذوة الظاهرة التي لا تدخل في البيع المطلق كالثمار المؤبرة، والأصول كالأشجار.

وما يدخل تحت مطلق بيع الدار من الأبواب والرُفوف والمسامير يؤخذ بالشفعة تبعاً كالأبنية، وكذا الدُولاب الثابت في الأرض، سواء أداره الماء، أو غيره، بخلاف الدلو والمنقولات<sup>(٣)</sup>، ولو باع شقصاً من طاحونة، فالحجر التُّحْتَانِي يؤخذ بالشفعة.

إن قلنا بدخوله البيع، وفي الفوقاني وجهان مع التفريع عليه كالوجهين في الثمار التي لم تؤبر.

(١) الأساس يقال: قلعه من أسه أي من الجدر.

(٢) قال السبكي: وينبغي أن تكون صورة المسألة حيث صرح بدخول الأساس والمغرس في البيع، وكاناً مرتين قبل ذلك، فإنه إذا لم يرها وصرح بدخولهما، لم يصح البيع في الأرض. فإن قيل كلامهم في البيع يقتضي أنه إذا قال: بعثك الجدار وأساسه أنه يصح وإن لم ير الأساس أوجب بأن المراد بذلك الأساس الذي هو بعض الجدار كحشو الجبة. أما الأساس الذي هو مكان البناء فهو عين منفصلة لا تدخل في البيع عند الإطلاق على الأصح، فإذا صرح به اشترط به شروط المبيع.

(٣) يستثنى من المنقولات ابتداء مفتاح الدار، فإنه ثبت فيه الشفعة تبعاً كما قاله الشيخ البلقيني في «التدريب» وجزم به.

وقوله في الكتاب: «كل عقار» غير مجري على ظاهره؛ لأنه يقتضي اشتراط كون المأخوذ عقاراً، وقد عرفت أن الأبنية والأشجار، بل شمار أيضاً مأخوذة، ومعلوم أن اسم العقار لا يقع عليها في المتعارف، ولا يمكن أن يقال: أراد بالعقار غير المنقول؛ لأن قضيته حيثئذ إثبات الشفعة في الأبنية والأشجار وحدها؛ لأنه كما لا يقع عليها اسم العقار لا يقع عليها اسم المنقول، وهي ثابتة في الأرض، فيصدق عليها أنها غير المنقول. وقوله: «فلا شفعة فيه» معلّم بالميم. وقوله: «لحقه الضرر فيه» معناه: أن المنقول لا يبقى دائماً، والعقار يتأبد فيتأبد سوء ضرر المشاركة فيه، والشفعة تملك قهري، فلا يحكم بثبوته إلا عند شدة الضرورة.

قال الغزالي: **وَبِالْثَابِتِ عَنْ حُجْرَةٍ عَالِيَةٍ مُشْتَرَكَةٍ مَبْنِيَّةٍ عَلَى سَقْفٍ لِصَاحِبِ السُّفْلِ فَإِنَّهُ لَا أَرْضَ لَهَا فَلَا ثَبَاتَ، فَإِنْ كَانَ السَّقْفُ لِشُرَكَاءِ الْعُلُوِّ فَوَجْهَانِ؛ لِأَنَّ السَّقْفَ فِي الْهَوَاءِ فَلَا ثَبَاتَ لَهُ.**

قال الرافعي: الشرط الثاني كونه ثابتاً، وقصد به الاحتراز عما إذا كان بين اثنين حجرة، أو غرفة عالية مبنية على سَقْفٍ لأحدهما، أو لغيرهما، فإذا باع أحدهما نصيبه، فلا شفعة لشريكه؛ لأنه لا أرض لها، ولا ثبات، فهو كالمنقولات، ولو كان السقف المبني عليه مشتركاً بينهما، فعلى وجهين، نقلهما ها هنا وفي «الوسيط»:  
أحدهما: أن الشفعة تثبت للاشتراك فيها أرضاً وجداراً.

وأظهرهما: المنع؛ لأن السقف الذي هو أرضه لاثبات له أيضاً، ومالا ثبات له في نفسه لا يفيد ثباتاً لما هو عليه، ولو كان السقف مشتركاً بين اثنين، العلو لأحدهما، فباع صاحب العلو، ونصيبه من السفلى، ففيه للفقهاء جوابان:

أحدهما: أن الشريك يأخذ السفلى، ونصف العلو بالشفعة؛ لأن الأرض مشتركة بينهما، وما فيها تابع لها، ألا ترى أنه يتبعها في بيع الأرض عند الإطلاق؟ فكذلك في الشفعة.

وأصحهما: وهو الذي ارتضاه الشيخ أبو علي أنه لا يرضى أن يأخذ إلا السفلى؛ لأن الشفعة لا تثبت في الأرض إلا إذا كانت مشتركة، فكذلك فيما فيها من الأبنية، ولا شركة بينهما في العلو.

ولو كانت بينهما أرض مشتركة، وفيها أشجار لأحدهما، فباع صاحب الأشجار الأشجار، ونصيبه من الأرض، ففيه هذا الخلاف هذا فقه الفصل.

ولك أن تقول: اسم العقار إما يقع على الأبنية بقطع النظر عن الأرض، أو لا يقع، إن كان وقع الضابط المذكور متناً، ولا للأبنية وحدها، فلتكن مأخوذة بالشفعة



وحدها، إن لم تقع خرجت الصورتان المذكورتان في الكتاب عن الضابط بلفظ العَقَار، فلا حاجة إلى ذكر الثابت.

قال الغزالي: وَأَخْتَرْنَا بِالْمُنْقَسِمِ عَنِ الطَّاحُونَةِ وَالْحَمَّامِ وَيَبْرُ الْمَاءِ وَمَا لَا يَقْبَلُ الْقِسْمَةَ إِلَّا بِإِنطَالٍ مَنفَعْتِهِ الْمَقْصُودَةَ مِنْهُ فَلَا شُفْعَةَ فِيهَا (ح و) إِذْ لَيْسَ فِيهَا ضَرَرٌ مُؤَنَّةٌ الْإِسْتِقْسَامِ وَتَضَائِقِ الْمَلِكِ بِالْقِسْمَةِ.

قال الرافعي: الشرط الثالث: كونه منقسماً، وفي ثبوت الشفعة في العقار الذي لا ينقسم اختلاف مبني على أن الشفعة لم تثبت في المنقسم، وفيه وجهان:

أحدهما: أنها تثبت لدفع ضرر الشركة فيما يتأبد ويدوم، كتضييق المدخل والتأذي بحرفة الشريك أو أخلاقه أو كثرة الداخلين عليه، وما أشبههما.

وأصحهما: أنها تثبت لدفع الضرر الذي ينشأ من القسمة من بدل مؤنتها، والحاجة إلى أفراد الحصة الصائرة له بالمرافق الواقعة في حصة صاحبه، كالمضغيد والمبرز والبألوعة وحدها، وكل واحد من الضررين، وإن كان واقعاً قبل البيع لكن من رغب من الشريكين في البيع كان من حقه أن يخلص الشريك مما هو فيه ببيعه منه، فإذا لم يفعل سلطه الشرع على أخذه.

فإن قلنا بالمعنى الأصح أنها لم تثبت الشفعة فيما لم ينقسم؛ لأنه يؤمن فيه غرر القسمة، وهذا هو الذي أورده في الكتاب.

وإن قلنا بالثاني ثبتت الشفعة فيه، ويحذف هذا الشرط الثالث، وبه قال أبو حنيفة وابن سريج، وهذا المذهب الثاني ينسب إلى تخريجه، واختاره أبو خلف السلمي، والقاضي الرؤباني.

ومنهم من يجعل هذا الخلاف قولين، ويقول: الجديد منع الشفعة، وهو ظاهر المذهب كيف فرض الخلاف.

وعن مالك وأحمد اختلاف رواية فيه أيضاً، والظاهر المنع، والمراد من المنقسم ما إذا طلب أحد الشريكين قسمته أجبر الآخر عليها. وفي ضبطه ثلاثة أوجه:

أحدهما: أنه الذي لاتنقص القسمة قيمته نقصاناً فاحشاً حتى لو كانت قيمة الدار مائة، ولو قسمت عادت قيمة كل نصف إلى ثلاثين، فلا تقسم لما فيها من الضرر.

وثانيها: أنه الذي يبقى متفعلاً بها بعد القسمة بوجه ما.

أما ما لا يبقى متفعلاً به بحال، إما لضيق الخطة، أو لقلّة النصيب، أو لأن أجزاءه غير متفعلاً بها وحدها، كماء سراب القنا، فلا يقسم.

**وأصحها:** أنه الذي إذا قسم أمكن أن ينتفع به من الوجه الذي كان ينتفع به قبل القسمة، ولا عبرة بإمكان الانتفاع به من وجه آخر لل تفاوت العظيم بين أجناس المنافع.

إذا عرفت ذلك فلو كان بينهما طاحونته، أو حَمَام أو نهر، أو بئر فباع أحدهما نصيبه، نظر إن كانت الطاحونة كبيرة يمكن أن تجعل طاحونتين لكل واحد حجران، والحَمَام كثير البيوت، يمكن أن يجعل حمامين، أو كبير البيوت يمكن جعل كل بيت بيتين، والبئر واسعة يمكن أن يبني فيها، فتجعل بئرين لكل واحدة بياض يقف فيها، ويلقي فيه ما يخرج منها ثبتت الشفعة فيها، وإن لم يكن كذلك، وهو الغالب في هذه العقارات، فلا شفعة فيها على الأصح، وهذا جوابه على أصح الوجوه في معنى المنقسم.

أما إذا اعتبرنا بقاء منفعة ما كفى أن يصلح لكل سَهْمٍ من الحَمَام بعد القسمة للسكُنَى، فإن اعتبرت القسمة لم يخف حكمه.

ولو اشترك اثنان في دار صغيرة لأحدهما عشرين، وللآخر باقيةا، فإن حكمنا بثبوت الشفعة فيما لا ينقسم، فأيهما باع نصيبه فلصاحبه الشفعة، وإن حكمنا بمنعها، فإن باع صاحب العشر نصيبه لم يثبت لصاحبه الشفعة؛ لأنه أمن من أن يطالب مشتريه القسمة؛ لأنه لا فائدة له في القسمة، وتقدير أن يطلب فلا يجاب؛ لأنه متعنت مضيع ماله وإذا كان كذلك فلا يلحقه ضرر قسمة، وإن باع صاحب النصيب الأوفر نصيبه، ففي ثبوت الشفعة لصاحب العشر وجهان، بناء على أن صاحب النصيب الأوفر، هل يجاب إذا طلب القسمة؛ لأنه متعنت بالقسمة؟.

والظاهر أنه يجاب، ولو كان حول البئر بياض وأمكنت القسمة، بأن نجعل البئر لواحد، والبياض لآخر ليزرعه، ويسكن فيه، أو كان موضع الحجر في الرُحَى واحداً، ولكن لها بيت يصلح لغرض آخر، وأمكنت القسمة، بأن يجعل موضع الحجر لواحد، وذلك البيت لآخر ليزرعه، فقد ذكر جماعة من الأصحاب أن الشفعة تثبت، وأن البئر والحالة هذه من المنقسمات.

وهذا جواب على جريان الإِجْبَار في هذا النوع من القسمة.

وفيه خلاف على أنه لا يشترط فيما يصير لكل واحد منهما أن يمكن الانتفاع به من الوجه الذي كان ينتفع به قبل القسمة. وقوله في الكتاب: «ويثر الماء» ليس المذكوراً للتقييد، بل بئر الماء وسائر الآبار في الشفعة واحدة.

وقوله «إلا يبطل منفعته المقصودة» إشارة إلى الوجه الأصح في ضبط المنقسم. وقوله: «فلا شفعة فيها» معلّم - بالحاء والواو - ويمكن أن يعلم - بالميم والألف -

لإحدى الروائتين عنهما. وقوله: «إذ ليس ضرر مؤنة الاستقسام...» إلى آخره.  
معناه: أن هذا هو المقتضى للشفعة في المنقسم، وإنه غير موجود.  
واعلم أنا لو قدرنا ثبوت الشفعة هناك لمجموع المعنيين يلزم المنع في غير  
المنقسم أيضاً، لانتفاء أحد المعنيين.

### فرع

شريكان في مزارع، وبئر تستقى منها باع أحدهما نصيبه منها تثبت للآخر الشفعة  
فيها إذا انقسمت البئر، أو قلنا بثبوت الشفعة فيما لا ينقسم، وإلا فتثبت في المزرعة  
وفي البئر وجهان:  
أحدهما: تثبت كما تثبت في الأشجار تبعاً للأراضي.

وأصحهما: المنع لأن الأشجار ثابتة في محل الشفعة والبئر مباينة عنه.

قال الغزالي: «الرُّكْنُ الثَّانِي: الْأَخْذُ وَهُوَ كُلُّ شَرِيكَ بِالْمَلِكِ، فَلَا شُفْعَةَ (ح)  
لِلجَارِ عِنْدَنَا وَإِنْ كَانَ مُلَاصِقاً (و)، وَتَثْبُتُ لِلشَّرِيكَ وَإِنْ كَانَ كَافِراً، فَإِنْ شَارَكَ بِحِصَّةٍ  
مَوْقُوفَةٍ وَقَلْنَا: لَا يَمْلِكُ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ فَلَا شُفْعَةَ، وَإِلَّا فَهُوَ بِنَاءٍ عَلَى أَنَّهُ إِفْرَازُ الْوَقْفِ عَنِ  
الْمَلِكِ؟، وَالشَّرِيكَ فِي الْمَمَرِّ الْمُنْقَسِمِ يَأْخُذُ الْمَمَرَّ بِالشُّفْعَةِ إِنْ كَانَ لِلْمَشْتَرِي طَرِيقَ آخَرَ  
إِلَى دَارِهِ، وَإِلَّا فَيَأْخُذُ بِشَرْطِ أَنْ يُمْكِنَهُ مِنَ الْأَجْتِيَارِ، وَقِيلَ: يَأْخُذُ وَإِنْ لَمْ يُمْكِنَ، وَقِيلَ:  
لَا يَأْخُذُ وَإِنْ مُمْكِنٌ.

قال الرافعي: فقه الركن صور:

أحدها: أنه لا شفعة للجار ملاصقاً كان أو مقابلاً، وبه قال مالك وأحمد.

وعهد أبي حنيفة للملاصق الشفعة، وكذا المقابل إذا لم يكن الطريق بينهما نافذاً.

لنا ما روي أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: (الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقَسَّمْ فَإِذَا  
وَقَعَتِ الْحُدُودُ فَلَا شُفْعَةَ)

وعن ابن سُرَيْجٍ تخريج قول كمْذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ.

قال القاضي الروياني: ورأيت بعض أصحابنا يفتي به، وهو الاختيار.

وذكر الإمام أن الشيخ أبا عَلِيٍّ لم يثبت ذلك عن ابن سُرَيْجٍ، وحمل كلامه فيه  
على أنه لا يعترض في الظاهر على الشافعي إذا قضى له الحنفي بشفعة الجار، وهذا شأن  
مسائل الخلاف في الأغلب، وفي الحل باطناً خلاف.

الثانية: الدار إما أن يكون بابها مفتوحاً إلى دَرْبٍ نافذ، أو إلى درب غير نافذ إن

كان الأول، ولا شركة في الدار فلا شفعة فيها لأحد، ولا في مَمَرِّهَا؛ لأن مثل هذا الدرب غير مملوك، وإن كان الثاني، فالدرب ملك مشترك بين شركائه على ما سبق في «الصُّلْح»، فإن باع نصيبه من المَمَرِّ وحده فللشركة الشفعة فيه، إن كان منقسماً على ما عرفت معناه وإلا ففيه ما مرَّ من الخلاف، وإن باع الدار بممرها، فلا شفعة لشركاء المَمَرِّ في الدار؛ لأنه لا شركة لهم فيها، فصار كما لو باع شِقْصاً من عقار مشترك، وعقار غير مشترك.

وخرج ابنُ سُرَيْج أنها تثبت الشفعة فيها بتبعية الشركة في الطريق، وبه قال مالك وأبو حنيفة، وقدم أبو حنيفة الشريك في الممر على الجار الملاصق الذي ينفذ باب داره إلى درب آخر.

وظاهر المذهب الأول.

ولو أرادوا أخذ الممر بالشفعة، نظر إن كان للمشتري طريق آخر إلى الدار، أو أمكنه فتح باب آخر إلى شارع، فلهم ذلك على المشهور، إن كان منقسماً، وإلا فعلى الخلاف في غير المنقسم.

وقال الشيخ أبو مُحَمَّد: إن كان في إيجاد الممر الحادث عسر أو مؤنة لها، وجب أن يكون ثبوت الشفعة على الخلاف الذي نذكره على الأثر، وإن لم يكن له طريق آخر، ولا أمكن إيجادها، ففيه أوجه:

أحدها: أنهم لا يمكنون منه؛ لما فيه من الإضرار بالمشتري، وإنما أثبتت الشفعة لدفع الضرر، فلا يزال الضرر بالضرر.

والثاني: أن لهم الأخذ، والمشتري هو المضر بنفسه، حيث اشترى منه مثل هذه الدار.

والثالث: أنه يقال لهم: إن أخذتموه على أن تمكنوا المشتري من المرور، فلکم الأخذ، وإن أبيتم تمكينه منه، فلا شفعة لكم جميعاً بين الحقين.

وإيراد الكتاب يشعر بترجيح الوجه، وإليه ذهب أبو الفرج السرخسي، لكن الأصحاب من العراقيين وغيرهم على أن الوجه أصح، بل مرَّ نص الإمام وجماعة عبارة تخيير الشفيع، وأدوا الغرض في عبارة أخرى، فقالوا في أخذه بالشفعة وجهان:

إن أخذ ففي بقاء المرور للمشتري وجهان، وشركة مالكي بيوت الخيار في صحته، كشركة مالكي الدور في الدروب التي لا تنفذ، وكذا الشركة في مسيل ماء الأرض دون الأرض وفي بئر المزرعة دون المزرعة، كالشركة في الممر وحده.

الثالثة: تثبت الشفعة للذمي على المسلم، والذمي حسب نبوتها للمسلم.

وقال أحمدُ: لا شفعة للذمي على المسلم.

لنا: القياس على الرد بالعيب، ولو باع ذمي شقصاً من ذمي بخمر، أو خنزير، وترافعوا إلينا بعد الأخذ بالشفعة لم نرده، ولو ترافعوا قبله لم نحكم بالشفعة.

وقال أبو حنيفة: نحكم وإن كان الشفيع مسلماً أخذ الشقص بقيمة الخمر، وإن كان ذمياً فبمثلها، ولو بيع الشقص، فارتد الشريك، فهو على شفيعته.

إن قلنا: إن الردة لا تزيل الملك.

وإن قلنا: تزيله، فلا شفعة له، وإن عاد إلى الإسلام، وعاد ملكه، ففي عود الشفعة تردد عن الشيخ أبي علي، والظاهر المنع.

وإن قلنا بالوقف، فمات، أو قتل على الردة، فلإمام أخذه لبيت المال، كما لو اشتري معيياً، أو اشترط الخيار، وازتد، ومات للإمام رده، ولو ارتد المشتري، فالشفيع على شفيعته.

الرابعة: دار نصفها لرجل، ونصفها ملك للمسجد، اشتراه قيم المسجد، اشتراه قيم المسجد، أو وهبه منه ليصرف في عمارته، فباع الرجل نصيبه كان للقيم أن يأخذ بالشفعة، إن رأى المصلحة فيه، كما لو كان لبيت المال شريك في دار، فباع الشريك نصيبه للإمام الأخذ بالشفعة، وإن كان نصف الدار وقفاً والنصف ملكاً، فباع المالك نصيبه، فيبني على أن الموقوف عليه هل يملك الوقف؟.

إن قلنا: لا لم يأخذ ما باعه بالشفعة.

وإن قلنا: نعم، فيبني على أن الملك هل تقرر عن الوقف؟ وفيه وجهان يذكران في «القسمه».

إن قلنا نعم، ففي ثبوت الشفعة وجهان:

أحدهما: تثبت لدفع ضرر القسمه، ودفع ضرر مداخلة الشريك، وهذا ما أورده الكتاب بناء على جواز قسمته، وعلى هذا فلو كان الوقف على غير معينين أخذه المتولي إن رأى المصلحة فيه.

وأظهرهما: المنع؛ لأن الوقف لا يستحق بالشفعة، فلا ينبغي أن يستحق به، وأيضاً فإنه ملك ناقص، ألا ترى أنه لا ينفذ تصرفه فيه، فلا يتسلط على الآخذ.

وإن قلنا: لا يقرر الملك على الوقف، فإن لم تثبت الشفعة فيما لا ينقسم لم تثبت، وإن أثبتناه عاد الوجهان.

وقوله: «وهو كل شريك بالملك» قصد بقوله: «بالملك» الاحتراز عن الشريك

بالوقف، والمراد ملك الرقبة أما إذا لم يملك إلا المنفعة إما مؤقتاً بالإجارة، أو مؤبداً بأن أوصى له بالمنفعة لم يكن له الأخذ بالشفعة، ويخرج بلفظ الشريك الجار، ويدخل المسلم والذمي، والحُرُّ والمكاتب حتى لو كان السيد والمكاتب شريكين في الدار، فلكل منهما الشفعة على الآخر، والمأذون له في التجارة إذا اشترى شيئاً، ثم باع الشريك نصيبه، فله الأخذ بالشفعة إلا أن يمنعه السيد، أو يسقط الشفعة وله الإسقاط، وإن أحاطت به الديون، وكان الأخذ غبطة، كما له منعه من سائر الاعتياضات في المستقبل، ولو أراد السيد أخذه بنفسه، فله ذلك، ولا يخفى أن الشركة لا تعتبر في مباشرة الأخذ، وإنما هي معتبرة فيمن يقع له الأخذ، بدليل الولي والوكيل، والعبد المأذون، فإن لهم الأخذ بالشفعة.

وقوله: «والشريك في الممر المنقسم يأخذ المَمَرُ بالشفعة» معلّم - بالواو - ولما حكينا عن الشيخ أبي مُحَمَّدٍ وليس لمسألة الممر اختصاص بذكر الأخذ، ولعل إيرادها في ركن المأخوذ أولى.

قال الغزالي: «الرُّكْنُ الثَّالِثُ الْمَأْخُوذُ مِنْهُ»، وَهُوَ كُلُّ مَنْ تَجَدَّدَ مِلْكُهُ بِاللَّازِمِ بِمَعَاوِضَةٍ، أَخْتَرْنَا بِالتَّجَدُّدِ عَنْ رَجُلَيْنِ اشْتَرَيَا دَاراً فَلَا شُفْعَةَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ إِذْ لَا تَجَدَّدُ لِأَحَدِهِمَا، وَأَخْتَرْنَا بِاللَّازِمِ عَنِ الشُّرَاءِ فِي زَمَانِ الْخِيَارِ فَإِنَّهُ لَا يُؤْخَذُ إِنْ كَانَ لِلْبَائِعِ خِيَارٌ لِأَنَّهُ إِضْرَارٌ بِهِ. وَلَا حَقٌّ لِلشَّفِيعِ عَلَى الْبَائِعِ، وَإِنْ كَانَ لِلْمُشْتَرِي وَحْدَهُ فَطَرِيقَانِ: أَحَدُهُمَا: لَا لِأَنَّ الْعَقْدَ بَعْدَ لَمْ يَسْتَقِرَّ، وَالثَّانِي: فِيهِ قَوْلَانِ، كَمَا لَوْ وَجَدَ الْمُشْتَرِي بِالشَّفِيعِ عَيْباً وَأَرَادَ رَدَّهُ وَقَصَدَ الشَّفِيعُ أَخْذَهُ فَأَيُّهُمَا أَوْلَى وَقَدْ تَقَابَلَ الْحَقَّانِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ، وَكَذَا الْخِلَافُ فِي تَزَاوُلِ الشَّفِيعِ وَالرُّوْحِ إِذَا طَلَّقَ قَبْلَ الْمَيْسِرِ عَلَى الشَّفِيعِ الْمَمْهُورِ.

قال الراجعي: المأخوذ منه هو المشتري، ومن في معناه، وفي ضبطه قيود:

أحدها: كون ملكه طارئاً على ملك الأخذ، فإذا اشترى رجلان داراً معاً أو شيئاً من دار، فلا شفعة لواحد منهما على الآخر لاستوائهما في وقت ثبوت الملك.

الثاني: كونه لازماً، وفيه ثلاث صور:

إحداها: إن جرى البيع بشرط الخيار لهما، أو للبائع الخيار وحده، لم يؤخذ الشقص بالشفعة ما دام الخيار باقياً.

أما على قولنا: الملك غير منتقل إلى المشتري، فظاهر.

وأما على قول الانتقال، فلأن في أخذه إبطال خيار البائع، ولا سبيل للشفيع إلى الإضرار بالبائع، وإبطال حقه.

وعن صاحب «التقريب» احتمال على قولنا بانتقال الملك إلى المشتري، وإن شرط الخيار للمشتري وحده، فإن قلنا: الملك له، ففي أخذه بالشفعة قولان رواية الربيع واختيار أبي إسحاق المنع، وبه قال مالك وأحمد؛ لأن المشتري لم يرض بلزوم العقد، وفي الأخذ إلزام وإثبات للعهد عليه.

ورواية المزي يؤخذ، وبه قال أبو حنيفة؛ لأنه لا حق فيه إلا للمشتري، والشفيع مسلط عليه بعد لزوم الملك، واستقراره، فقبله أولى.

وهذا أصح عند عامة الأصحاب، ونقل الإمام وصاحب الكتاب في المسألة طريقتين:

إحدهما: إثبات القولين هكذا، لكن قالوا: هما مأخوذان من الخلاف الذي نذكره فيما بعد إذا اطلع المشتري على عيب بالشقص، وأراد رده، وأراد الشفيع أخذه، فعلى رأي للشفيع قطع خيار المشتري في الصورتين، وعلى رأي لا يمكن منه.

والثاني: القطع بأنه لا يأخذه إلا أن يلزم العقد، والفرق بين الرد بالعيب وبينه أن الآخذ بالشفعة يفتقر إلى استقرار العقد وتمامه.

واعلم أن هذه الطريقة الثانية لا تكاد توجد في غير كتابنا، والذهاب على الطريقة الأولى إلى تخريج قولين من الخلاف في الرد بالعيب بعيد، مع أن الجمهور حكوهما عن النص.

ولو عكس، وقيل: الخلاف في الرد بالعيب مأخوذ من الخلاف ها هنا لكان أشبه، هذا إذا فرعنا على أن الملك للمشتري.

أما إذا قلنا: إنه بعد للبائع، أو موقوف والمشتري منفرد بالخيار، فعن صاحب «التقريب» وجه أن الشفيع يأخذ الشقص لانقطاع سلطة البائع بلزوم العقد من جهته.

والأصح: المنع؛ لأن ملك البائع غير زائل على التقدير الأول، وغير معلوم الزوال على الثاني، وعلى الأول إذا أخذه الشفيع تبيناً أن الملك للمشتري قبل أخذه، وانقطع الخيار.

### فرع

باع أحد الشريكين نصيبه بشرط الخيار، ثم باع الثاني نصيبه في زمان الخيار بيع بتات، فلا شفعة في المبيع أولاً للبائع الثاني؛ لزوال ملكه، ولا للمشتري منه، وإن تقدم ملكه على ملك المشتري الأول إذا فرغنا على أنه لا يملك في زمان الخيار؛ لأن سبب الشفعة البيع، وهو سابق على ملكه.

وأما الشفعة في المبيع ثانياً فموقوفة، إن توقفنا في الملك، وللبائع الأول إن أبقينا

المَلِكَ له، وللمشتري منه، إن أثبتنا الملك له وعلى هذا قال في «التتمة»: إن فسخ البيع قبل العلم بالشفعة بطلت شفيعته.

إن قلنا: إن الفسخ بخيار الشرط يرفع العقد من أصله.

وإن قلنا: يرفعه من حينه، فهو كما لو باع مَلِكُهُ قَبْلَ العلم بالشفعة، وإن أخذه بالشفعة، ثم فسخ البيع، فالحكم بالشفعة كالحكم في الزوائد الحادثة في زمن الخيار.

الثانية: إذا وجد المشتري بالشَّقْص عيباً قديماً، فأراد رده وجاء الشفيع يريد أخذه ويرضى بكونه معيباً فيه قولان، ويقال: وجهان:

أحدهما: أن الشفيع أولى بالإجابة، لأن حقه سابق على حق المشتري، فإنه ثابت بالبيع، ولأن الغرض للمشتري استدراك الظلامة، والوصول إلى الثمن، وهذا الغرض حاصل بأخذ الشفيع، ولأننا لو قدمنا المشتري بطل حق الشفيع بالكلية، ولو قدمنا الشفيع حصل للمشتري مثل الثمن أو قيمته.

والثاني: أن المشتري أولى؛ لأن الشفيع إنما يأخذ إذا استقر العقد، وسلم عن الرد؛ لأنه قد يريد استرداد عَيْنِ ماله، ودفع عهدة الشَّقْص عن نفسه، والأول أرجح عند الأكثرين، ومنهم من لا يذكر غيره، ولو رده بالعيب قبل مطالبة الشفيع، ثم جاء الشفيع طالباً فلا يجاب.

إن قلنا: المشتري أولى عند اجتماعهما.

وإن قلنا: الشفيع أولى فوجهان:

أحدهما: لا يجاب لتقدم الرد، وفي الأظهر يجاب، ويفسخ الرد، أو نقول: تبيناً أن الرد كان باطلاً، والخلاف في أن الشفيع أولى، أو المشتري جاز، كما إذا اشترى شِقْصاً بِعَبْدٍ، ثم وجد البائع بالعبد عيباً، فأراد رده، واسترداد الشقص، وأراد الشفيع أخذه بالشفعة، والمسألة المذكورة في الكتاب من بعد، وسنعود إليها.

وحكى في «التهذيب» جريانه أيضاً فيما إذا اشترى شِقْصاً بعبد، وقبض الشقص قبل تسليم العبد، فتلف العبد في يده حتى تبطل شفعة الشفيع في وجهه، ويتمكن من الأخذ في الثاني، كما لو تلف بعد أخذ الشفيع، فإن الشفعة لا تبطل، بل على الشفيع قيمة العبد للمشتري، وعلى المشتري قيمة الشقص للبائع.

والذي أورده صاحب «الشامل» وغيره أنه إذا كان الثمن عيناً، وتلف قبل القبض بطل البيع والشفعة.

الثالثة: ستعرف أن الشقص الممهور مأخوذ بالشفعة، فلو أصدقها شِقْصاً، ثم طلقها قبل الدخول، أو ارتد، وجاء الشفيع يريد أخذه بالشفعة، فله أخذ نصفه.



وأما النصف الآخر، فالزوج أولى به، أو الشفيع فيه وجهان، وكذلك إذا اشترى شقصاً، وأفلس بالثمن، فأراد البائع الفسخ، والشفيع الأخذ بالشفعة في الوجهان:

أحدهما: أن الزوج، والبائع أولى بالإجابة لاستناد حقهما إلى ملك سابق، وأيضاً فإن البائع لم يرض بزوال الشقص، إلا على أن يسلم له الثمن، فإذا لم يسلم وجب الأذى يؤخذ منه.

وأصحهما: أن الشفيع أولى؛ لأن حقه ثبت بالعقد، وحق الزوج ثبت بالطلاق، وحق البائع بالإفلاس، وأسبق الحَقَّين أولى بالرعاية، ولأن منع الشفيع إبطال حقه، وإذا قدمناه لا يبطل حق الزوج والبائع، وإنما ينتقل إلى البديل، ولأن حق الشفيع أقوى من حق الزوج والبائع، ألا ترى أن الشفيع يبطل تصرف المشتري عند إفلاسه، ولا الزوجة تصرف الزوج.

وقال الشيخ أبو علي: والوجهان مبنيان على القولين فيما إذا كان الخيار للمشتري وحده، وأراد الفسخ، والشفيع أراد أخذه بالشفعة، وقد قدمناهما.

وذكر الإمام، وصاحب «التهذيب» أن الوجهين متولدان من جواب ابن الحَدَّاد في الصورة الأولى أن الشفيع أولى، وجواب أبي إسحاق في الثانية بأن تصرف البائع أولى، وتصرف من بعدهما من الأصحاب في كلامهما، وجعلوا الصورتين على جوابين بالنقل والتخريج، وقطع بعضهم بجواب ابن الحَدَّاد في الصورة الأولى، وبجواب أبي إسحاق في الثانية.

والفرق أن الثابت للزوج بالطلاق الملك، والشفيع ثبت له ولاية التملك لا نفس الملك، فكان الزوج أولى بالتقديم، وفي الصورة الأخرى الثابت للبائع والشفيع معاً ولاية التملك، لكن الشفيع أسبق حقاً، فهو أولى بالتقديم، وإذا قدمنا الشفيع في صورة الإفلاس، فأظهر الوجوه وبه قال ابن الحَدَّاد أن الثمن المأخوذ من الشفيع مقسوم بين الغرماء كلهم؛ لأن حق البائع إذا انتقل عن العين إلى الذمة التحق بسائر الغرماء.

والثاني: ويحكى عن ابن سُرَيْج أنه يقدم البائع بالثمن رعاية للجانبين.

والثالث: أنه إن كان البائع سلم الشقص، ثم أفلس المشتري لم يكن أولى بالثمن لرضاه بذمة المشتري، وإن لم يسلمه فهو أولى بالثمن، والطريقان جاريان فيما إذا اقتضى الحال عود كل الصداق إلى الزوج لردة، أو فسخ قبل الدخول، هذا إذا اجتمع الشفيع مع الزوج أو البائع.

أما لو أخذ الشفيع الشقص من يد الزوجة، ثم طلق الزوج، أو من يد المشتري، ثم إنه أفلس، فلا رجوع للزوج والبائع إلى الشفيع بحال لكن ينتقل حق البائع إلى

الثلث، وحق الزوج إلى القيمة في مالها، كما لو زال الملك ببيع أو غيره، ولو طلقها قبل علم الشفيع، وأخذ النصف، ثم جاء الشفيع، ففي استرداد ما أخذه الزوج وجهان، كما إذا جاء بعد الرد بالعيب.

وحكى الإمام طريقة أخرى قاطعة بالمنع؛ لأن المهر يتشطر بالطلاق من غير اختيار، فيبعد نقصه.

وإن قلنا: يسترده أخذه وما بقي في يدها، وإلا أخذ ما في يدها، ودفع إليها نصف مهر المثل، ولو كان للشقص الممهور شفيعان، فطلبا وأخذ أحدهما نصفه، وطلقها قبل أن يأخذ الآخر، فلا يأخذ الزوج النصف الحاصل في يد الشفيع.

وأما النصف الآخر فهو أولى، أم الشفيع فيه الخلاف السابق، ويجري فيما إذا أخذ الشفيعين من يد المشتري، ثم أفلس.

فإن قلنا: الشفيع أولى ضارب البائع مع الغرماء بالثلث.

وإن قلنا: البائع أولى، فإن شاء أخذ النصف الباقي، وضارب مع الغرماء بنصف الثلث إلا تركه وضارب بجميع الثلث.

قال الغزالي: **وَاخْتَرْنَا بِالْمَعَاوِضَةِ عَنْ مَلِكٍ حَصَلَ بِهَبَةِ أَوْ إِزْثِ رَجَعَ بِإِقَالَةٍ أَوْ رُدِّ بِعَيْبٍ، فَلَا شُفْعَةَ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ، وَتَثْبُتُ (ح) الشُّفْعَةُ فِيمَا جُعِلَ أُجْرَةً فِي إِجَارَةٍ، أَوْ صَدَاقًا فِي نِكَاحٍ، أَوْ عَوْضًا فِي كِتَابَةٍ أَوْ خُلْعٍ أَوْ ضَلْحٍ عَنْ دَمٍ عَمِدٍ أَوْ عَنْ مُنْعَةِ نِكَاحٍ، وَلَوْ بَدَلَ الْمَكَاتِبِ شِقْصًا عَوْضًا عَنْ نُجُومِهِ ثُمَّ عَجَزَ وَرَقَّ فِيهِ الشُّفْعَةُ خِلَافَ إِذْ خَرَجَ عَنْ كَوْنِهِ عَوْضًا، وَلَوْ أَوْصَى لِمُسْتَوْلَدَتِهِ بِشِقْصٍ إِنْ خَدَمَتْ أَوْلَادَهُ شَهْرًا فَفِيهِ خِلَافٌ لِتَرُدُّوهُ بَيْنَ الْوَصِيَّةِ وَالْمَعَاوِضَةِ.**

قال الرافعي: القيد الثالث في ضبط المأخوذ منه أن يكون ملكه حاصلًا بمعاوضة، فيخرج عنه ما إذا ملك بإرث، أو هبة<sup>(١)</sup>، أو وصية، فإنه لا يؤخذ بالشفعة.

أما الإرث فلأن الوارث لا اختيار له في حصول الملك، بخلاف ما إذا ملك اختياراً، فإنه كان من حقه ألا يدخل على الشريك، ولا يضره، فإذا لم يفعل سلط الشريك عليه.

وأما الهبة والوصية فلأن المتهب والموصى له تقلدا لمنة من الواهب والموصي بقبول تبرعهما، ولو أخذ الشفيع لأخذ عن استحقاق، ولو تسلط فلا يكون متقلداً

للمئة، ووضع الشفعة على أن يأخذ الشفعة بما أخذ به الممتلك، ولو وهب بشرط الثواب، أو مطلقاً، وقلنا: إنه يقتضى الثواب فوجهان:

أصحهما: أنه يؤخذ بالشفعة؛ لأنه مملوك بعقد معاوضة.

والثاني: لا يؤخذ؛ لأنه ليس المقصود منه المعاوضة، وعلى الأول ففي أخذه قبل قبض الموهوب وجهان:

أظهرهما: الأخذ؛ لأنه صار بيعاً.

والثاني: لا؛ لأن الهبة لا تتم إلا بالقبض، وهذا هو الخلاف في أن الاعتبار باللفظ، أو المعنى، ولو اشترى شقصاً، ثم تقايلا، فإن كان الشفيع قد عفاً، فتجدد الشفعة ينبي على أن الإقالة فسخ، أم بيع.

إن قلنا: بيع تجددت، وأخذه من البائع.

وإن قلنا: فسخ لم تتجدد، كما لا تتجدد بالرد بالعيب؛ لأن الفسوخ، وإن كانت تشتمل على تراد العوضين، فلا تعطى أحكام المعاوضات، ألا ترى أنه يتعين فيها العوض الأول، وإن جرت الإقالة قبل علم الشفيع بالشفعة، فإن جعلنا الإقالة بيعاً، فالشفيع بالخيار بين أن يأخذها، وبين أن ينقضها، حتى يعود الشقص إلى المشتري، فيأخذ منه، وإن جعلناها فسخاً، فهو كطلب الشفعة بعد الرد بالعيب، وقد سبق، ويدخل في الضبط ما إذا جعل الشقص أجرة في إجارة، أو جُعلاً في جعالة أو رأس مال في سلم، أو أصدق امرأته شقصاً، أو متعها به، أو خالها على شقص أو صالح عليه على مال، أو دم، أو جراحة أو جعله المكاتب عوضاً عن النجوم، فتثبت الشفعة في ذلك كله، خلافاً لأبي حنيفة، حيث قال: لا تثبت الشفعة إلا في الشراء وهو رواية عن أحمد.

لنا قياس ما عداه عليه بجامع أنه مملوك بعقد معاً وضعه، ولو أقرضه شقصاً.

قال في «التتمة»: القرض صحيح، وللشفيع أخذه إذا ملكه المستقرض، وإنما تثبت الشفعة في الجعالة بعد العمل، فإن الملك حينئذ يحصل للعامل ثم في الفصل فرعان:

أحدهما: لو بذل المكاتب شقصاً عوضاً عن بعض النجوم، ثم عجز ورق، ففي بطلان الشفعة وجهان، ينظر في أحدهما إلى أنه كان عوضاً أولاً، وفي الثاني خروجه أجراً عن العوضية، وهذا أظهر، والخلاف شبيه بما ذكرنا فيما إذا كان الثمن عيناً، وتلف قبل القبض.

الثاني: لو قال لمستولده إن خدمت أولادي شهراً فلك الشقص، فخدمتهم

استحقت الشقص، وفي ثبوت الشفعة فيه وجهان:

أحدهما: تثبت؛ لأنها ملكته بالخدمة، فكان كالمملوك بالإجارة، وسائر المعاوضات.

وأظهرهما: المنع؛ لأنها معتبرة من الثلث، كسائر الوصايا، وذكر الخدمة شرط داخل على الوصية<sup>(١)</sup>.

وقوله في الكتاب «عن ملك حصل بهبة» أعلم لفظ «الهبة» - بالميم - لأنه روى في «الوسيط» عن مالك أنه يأخذ الموهوب بالقيمة، وهذه إحدى الروايتين عنه فيما ذكره في «الشامل». وقوله: «أو رجع بإقالة» معلّم - بالواو - ولما ذكرنا، ويجوز أن يعلم - بالحاء - لأن صاحب «الشامل» حكى عن أبي حنيفة ثبوت الشفعة فيه، وكذا في الرد بالعيب إذا جرى بالتراضي.

وقوله: «تثبت الشفعة فيما جعل أجره» معلّم - بالحاء - يجوز أن يعلم بالواو؛ لأن في «أمالي» أبي الفرج السرخسي أن صاحب «التلخيص» قال: إذا كان يقابل الشقص ممالا يثبت في الذمة بالسلم، ولا بالقرض، فلا شفعة فيه، لأنه تعذر أخذه بما ملك به الممتلك، وهو غريب،

وقوله: «أو صلح عن دم عمد» ربما يبحث فيه عن سبب التقييد بالعمدية، واعلم أن الجناية على النفس فما دونها تنقسم إلى مالا يوجب القصاص، والقول في صحة الصلح عن موجبها ما ذكرناه في كتاب «الصلح»، وإلى ما موجهه، والصلح هاهنا مبني على الخلاف في أن موجب العمد ماذا؟

فإذا تأملت القسمين وجدت صحة الصلح عما يوجب القصاص أظهر وأعم، فيمكن أن يكون ذلك سبب التقييد بالعمدية التي هي مناط القصاص.

وقوله: «ولو بذل المكاتب شقصاً عوضاً عن نُجُومِهِ» أشار به إلى أن نفس الشقص لا يمكن الكتابة عليه؛ لأنه لا يثبت في الذمة بعقود المعاوضات، والمعين لا يملكه العبد، وهذا هو المراد بقوله قبله: «أو عوضاً في كتابه».

قال الغزالي: وَلَوْ اشْتَرَى الْوَصِيُّ لِلطُّفْلِ وَهُوَ شَرِيكَ أَخَذَ (و) بِالشُّفْعَةِ لِتَفْسِيهِ، وَلَوْ

(١) قال في الخادم: وفي هذا الفرع بحث من جهة أن الشرط يعطى حكم المعاوضة في أن أعطيتني ألفاً، فأنت طالق، وكذا إن أبرأتني على الأصح، وجوابه أن المنفعة هناك حصلت له بخلاف هذا، فإن بلغ مبلغ الجعالة فإنها تصح، وإن وقعت المنفعة له فيلزمه أن يفسخ أو أن يكون وصية لوارث ولم يقولوا به، بل جزموا بأنه وصية لها، وقياسه الجزم بأن لا شفعة فيه.

بَاعَ شِقْصَ الطُّفْلِ لَمْ يَأْخُذْهُ (و)؛ لِأَنَّهُ مُتَّهَمٌ كَمَا لَوْ بَاعَ مِنْ نَفْسِهِ، وَالْأَبُ يَأْخُذُ فَإِنَّهُ غَيْرُ مُتَّهَمٍ، وَلِلذَلِكَ يَبِيعُ مِنْ نَفْسِهِ، وَلَوْ كَانَ لَهُ فِي الدَّارِ شَرِكَةٌ أُخْرَى قَدِيمَةً فَيَتْرُكُ (و) عَلَيْهِ مَا يَخْصُهُ وَلَوْ كَانَ الْمُشْتَرِي غَيْرَهُ.

قال الرافعي: فيه مسألتان:

**الأولى:** إذا باع الوصي، أو القِيم شقصاً للطفل، وهو شريك فيه، فأصح الوجهين وبه قال ابنُ الحَدَّادِ، وهو المذكور في الكتاب: أنه ليس له أخذه بالشفعة؛ لأنه لو تمكَّن منه لم يؤمن أن يترك النظر والاستقصاء للصبي، ويتسامح في البيع ليأخذ بالشفعة بالثمن البخس، وهذا كما أنه لا يتمكن من بيع ماله من نفسه.

**والثاني:** عن رواية صاحب «التقريب» وبه قال أبو الحُسَيْنِ ابْنُ القَطَّانِ: أن له الأخذ؛ لأنه حق ثبت له على المشتري بعد تمام العقد، وانقطاع ملك الطفل.

ولو اشترى شقصاً للطفل، وهو شريك في العقار، فالمشهور أنه يأخذ؛ لأنه لا تهمه هاهنا إذ لا يزيد في الثمن ليأخذ به.

ونقل في «الشامل» وجهاً آخر، لأن الشراء أو الأخذ تعليق عهده بالصبي من غير منفعة له، وللأب والجد الأخذ بالشفعة إذا كانا شريكين، سواء باعاً، أو اشترى لقوة ولايتهما وشفقتهما، ولهذا كان لهما بيع مال الطفل من أنفسهما، ولو كان في حجر الوصي يتيمان بينهما دار فباع نصيب أحدهما من رجل، فله أخذه بالشفعة للثاني، لأن الأول قد يحتاج إلى البيع، والثاني إلى الأخذ، ولو وكل أحد شريكي الدار صاحبه ببيع نصيبه فباعه، ففي الشفعة وجهان أيضاً.

لكن الشيخ أبا عَلِيٍّ قال: إن الأثرين هاهنا عل أنه يأخذ؛ لأن الموكل ناظر لنفسه، يعترض ويستدرك إن عثر على تقصير من الموكل، والصبي عاجز عن ذلك، فَيُصَانُ حقه عن الضياع.

ولو وكل إنسان أحد الشريكين بشراء شقص من الآخر، فله الأخذ بلا خلاف.

وقال أبو حَنِيفَةَ: في الوكيل والوصي معا تثبت الشفعة في الشراء، ولا تثبت في البيع. ولو وكل الشريك الشريك ببيع نصف نصيبه، أو أذن له في بيع نصيبه، أو بعض نصيبه مع نصيب الموكل إن شاء، فباع نصف نصيب الموكل مع نصف نصيبه صفقه واحدة، فللموكل أخذ نصيب الوكيل بالشفعة، وهل للوكيل أخذ نصيب الموكل فيه وجهان:

**المسألة الثانية:** إذا كان للمشتري في الدار شركة قديمة، بأن كان بين ثلاثة أثلاثاً،

فباع أحدهم نصيبه من أحد الآخرين، فأصح الوجهين، وهو المذكور في الكتاب، وبه قال أبو حنيفة والمزني أن المشتري والشريك الآخر يشتر كان في البيع، لاستوائهما في الشركة كما لو كان المشتري غيره.

وعن ابن سريج أن الشريك الثالث ينفرد بالشفعة، ولاحق فيه للمشتري؛ لأن الشفعة تستحق على المشتري، ولا يجوز أن يستحقها على المشتري، ولا يجوز أن يستحقها المشتري على نفسه، فعلى هذه الثالث بالخيار بين أن يترك جميع المبيع، أو يأخذ الجميع، وعلى الأصح هو بالخيار بين أن يأخذ نصف المبيع، أو يترك،

فإن قال: خذ الكل، أترك الكل، ودترت أنا حتى لم تلزمه الإجابة، ولم يصح إسقاط المشتري الشفعة، لأن ملكه مستقر على النصف بالشراء، فأشبه ما إذا كان للشقص شفيعان: حاضر وغائب، فأخذ الجميع الحاضر، ثم عاد الغائب له أن يأخذ نصفه، وليس للحاضر أن يقول له: أترك الكل، أخذ الكل، وأنا دترت حتى، ولا نظر إلى تبعض الصفقة عليه، فإنه يلزمه دخوله في هذا العقد.

وعن رواية الشيخ أبي علي وجه: أنه إذا ترك المشتري حقه وجب على الآخر الكل، أو ترك كما إذا باع من أجنبي، وله شفيعان، فترك أحدهما حقه يأخذ الآخر الكل، أو يترك، إلا أن هذا الترك سابق على اختيار التملك هاهنا، وفيما نحن فاختيار التملك بالشراء، فلم يؤثر الإعراض بعده.

ولو كان بين اثنين دار، فباع أحدهما نصف نصيبه من ثالث، ثم باع النصف الثاني من ذلك الثالث، فعلى الأصح حكمه حكم ما لو باع النصف الثاني من أجنبي، وهو المذكور في الباب الثاني.

وعلى ما ذكره ابن سريج لاشفعة للمشتري، فللشفيع الخيار بين أن يأخذ الكل، أو يأخذ أحد النصفين دون الآخر.

وإذا عرفت ما ذكرناه أعلمت قوله في الكتاب: «أخذ بالشفعة لنفسه» بالواو.

وكذا قوله: «لم يأخذه لأنه متهم». وكذا قوله: «فترك عليه ما يخصه».

قال الغزالي: وَلَوْ بَاعَ الْمَرِيضُ شِقْصًا يُسَاوِي الْفَيْنِ بِالْفِ مِنْ أَجْنَبِيٍّ وَالْوَارِثُ شَرِيكَ فَلَا يَأْخُذُ بِالشَّفْعَةِ لِأَنَّهُ يَصِلُ إِلَيْهِ الْمُحَابَاةُ، وَقِيلَ: يَأْخُذُ لِأَنَّ الْمُحَابَاةَ مَعَهُ لَيْسَتْ مِنَ الْمَرِيضِ، وَقِيلَ: لَا يَصِحُّ الْبَيْعُ لِتَنَاقُضِ الْإِثْبَاتِ وَالتَّقْيِ جَمِيعًا، وَقِيلَ: يَأْخُذُ الْوَارِثُ بِقَدْرِ قِيَمَةِ الْأَلْفِ وَالبَاقِي يَبْقَى لِلْمُشْتَرِي مَجَانًا.

قال الرافعي: إذا باع في مرض موته شقصاً وحابى، فلا يخلو إما أن يكون

المشتري والشفيع أجنيبين، أو وارثين، أو المشتري وارثاً، والشفيع أجنياً، أو بالعكس، والمذكور في الكتاب هو القسم الرابع، ونحن نذكر أربعتهما:

الأول: أن يكونا أجنيبين، فإن احتمل الثلث المحاباة، صح البيع، وأخذ الشقص بالشفعة، ولا إشكال، وإن لم يحتمله، كما إذا باع شقصاً يساوي ألفين بألف، ولا مال له غيره، نظر إن رده الورثة بطل البيع في بعض المحاباة، وفي صحته في الثاني طريقان: أحدهما: التخريج على الخلاف في تفريق الصفقة.

والثاني: القطع بالصحة. وإذا قلنا بالصحة، ففيما يصح فيه البيع قولان: أحدهما: أنه يصح في قدر الثالث، قدر الثالث، والقدر الذي يوازي الثمن بجميع الثمن.

والثاني: أنه لا يسقط شيء من المبيع، إلا ويسقط ما يقابله من الثمن، وقد وجَّهنا كل واحد من الطريقتين والقولين، وتكلمنا فيما هو الأظهر في تفريق الصفقة. فإن قلنا، بالقول الأول صحَّ البيع في الصورة المفروضة في خمسة أسداس الشقص بجميع الثمن.

وإن قلنا، بالثاني دارت المسألة، وحسابها أن يقال: صحَّ القول في شيء من الشقص بنصف شيء يبقى مع الورثة ألفان، إلا نصف شيء، وذلك يعدل مثلي المحاباة، وهو نصف شيء، فتلاها شيء فيجبر ويقابل فيكون ألفان معادلين لشيء، ونصف الشيء من شيء، ونصف ثلثاه فعلمنا أن البيع صحيح في ثلثي الشقص قيمته ألف وثلثمائة وثلاث وثلثون وثلث مثلي الثمن، وهو نصف هذا المبلغ، فتكون المحاباة ستمائة وستة وستين وثلثي المثل يبقى للورثة ثلثا الشقص، وثلثا الثمن، وهما ألف وثلثمائة وثلاثة وثلثون وثلث، وذلك ضعف المحاباة، وعلى القولين جميعاً للمشتري الخيار؛ لأن جميع المبيع لم يسلم له، فأما إذا أجاز أخذ الشفيع خمسة أسداس الشقص بجميع الثمن على القول الأول، ويبقى بثلثي الثمن على الثاني ولو أراد أن يفسخ، وجاء الشفيع فمن المجاب منهما؟  
فيه الخلاف المذكور في الرد بالعيب.

وكذلك لو فسخ قبل طلب الشفيع تبطل الشفعة، أم للشفيع رد الفسخ؟  
فيه ما سبق من الخلاف، وإن أجاز الورثة صح البيع في الكل، ثم إن قلنا: إن أجازتهم كما فعله المورث أخذ الشفيع الكل بكل الثمن.  
وإن قلنا: إنها ابتداء عطية منهم لم يأخذ الشفيع القدر النافذ بإجازتهم، وأخذ القدر المستغنى عن إجازتهم، وفيه القولان المذكوران عند الرد.

القسم الثاني والثالث: أن يكونا وارثين، أو المشتري وارثاً فيكون هذا البيع محاباة مع الوارث، وهي مردودة، فإن لم نفرق الصفقة بطل البيع في الكل، فإن فرقناها قلنا في القسم الأول والتصوير ما سبق أن البيع يصح في خمسة أسداس الشقص بجميع الثمن، فهانئنا في مثل تلك الصورة يصح البيع في نصفه بجميع الثمن.

وإن قلنا: هناك يصبح في ثلثه بثلثي الثمن فهانئنا يبطل البيع في الكل هكذا ذكره القفأ وغيره، وعمله في «التهديب» بأن البيع لا يبطل في شيء إلا ويسقط بقدره من الثمن، فما من جزء يصح فيه البيع إلا ويكون بعضه محاباة وهي مردودة، ولك هنا كلامان:

أحدهما: أن المفهوم من هذا التوجيه شيوع المعاوضة والمحاباة في جميع الشقص، وذلك لا يمنع تخصيص قدر المحاباة بالإبطال، ألا ترى أنه لم يمنع في القسم الأول تخصيص ما وراء القدر المحتمل من المحاباة والإبطال.

والثاني: أن الوصية للوارث موقوفة على إجازة باقي الورثة على رأي، كما أن الوصية بما زاد على الثلث لا تنفذ من غير إجازة الورثة على رأي، فليفرق هانئنا بين الإجازة، والرد كما في القسم الأول.

والرابع: أن يكون الشفيع وارثاً دون المشتري، فإذا احتمل الثلث المحاباة، أو لم يحتمل، وصححنا البيع في بعض المحاباة في القسم الأول، ومكنا الشفيع من أخذه فهانئنا وجوه:

أحدها: أنه لا يصح البيع كذلك، ولا يأخذه الوارث بالشفعة.

أما صحة البيع فلأن المشتري أجنبي، وأما منع الشفعة فلأنها لو ثبتت كله المريض بسبب أن ينفع الوارث بالمحاباة؛ لأن الشفعة تستحق بالبيع.

والثاني أنه يصح، ويأخذه<sup>(١)</sup> بتملك على المشتري، ولا محاباة معه من المريض.

والثالث: أنه لا يصح البيع أصلاً لأنه لو صح لتقابلت فيه أحكام متناقضة؛ لأننا إن لم نثبت الشفعة أضربنا بالشفيع، وإن أثبتناه أوصلنا إليه المحاباة، وهذا ما عناه بقوله: «لتناقض الإثبات والنفي جميعاً».

والرابع: يصح في الجميع، ويأخذ الشفيع ما يوازي الثمن منه، ويبقى الباقي للمشتري مجاناً؛ لأن المحاباة مع الأجنبي دون الوارث، فيجعل كأنه باع الشقص منه، ووهب بعضه فيأخذ المبيع دون الموهوب.

(١) في ط [لأن محاباة البائع مع المشتري وهو أجنبي عنه، والشفيع يملك على المشتري].



والخامس: أنه لا يصح البيع في القدر الموازي للثمن؛ لأنه لو صح في الكل فإن أخذه الشفيع وصلت إليه المحاباة، وإن أخذ ما وراء قدر المحاباة كان إلزاماً بجميع الثمن ببعض المبيع، وهو على خلاف وضع الشفعة.

وقد يقال في العبارة عن هذا الوجه: إن ترك الشفيع الشفعة صحت المحاباة مع المشتري، وإلا فهو كما لو كان المشتري وارثاً فلا تصح المحاباة.

والأوجه الأربعة الأخيرة تحكى عن ابن سُرَيْج.

وأصح الخمسة عند الأكثرين منهم أَبُو عَلِيٍّ صاحب «الإفصاح»، والعراقيون، والاستاذ أَبُو مَنْصُورٍ، والإمام، وصاحب «التهذيب» إنما هو الثاني، والأول ابن الصَّبَّاح وهو قضية إيراده في الكتاب، ويحسن أن يرتب، فيقال: في صحة البيع وجهان: إن صح فيصاح في الجميع، أو فيما وراء قدر المحاباة وجهان:

إن صح في الجميع بالشفعة، أو وراء قدر المحاباة أولاً يأخذ شيئاً فيه ثلاثة أوجه:

قال الغزالي: وَلَوْ تَسَاوَى شَرِيكَانِ إِلَى مَجَاسِ الْحُكْمِ وَرَزَعَمَ كُلُّ وَاحِدٍ أَنَّ شِرَاءَ الْآخِرِ مُتَأَخَّرٌ وَلَهُ الشُّفْعَةُ فَالْقَوْلُ قَوْلُ كُلِّ وَاحِدٍ فِي عِصْمَةِ مَلِكِهِ عَنِ الشُّفْعَةِ، فَإِنْ تَحَالَفَا أَوْ تَنَاقَلَا تَسَاقَطَا، وَإِنْ حَلَفَ أَحَدُهُمَا وَنَكَلَ الْآخَرَ قَضِيَ لِمَنْ حَلَفَ.

قال الرافعي: ذكرنا من قبل أن تقدم ملك الآخذ على ملك المأخوذ منه شرط في الشفعة، فلو كانت في يد رجلين دار شريهاها بعقدين، وادعى كل واحد منهما أن شراءه كان قبل شراء صاحبه، وأنه يستحق الشفعة عليه، نظر إن ابتداء أحدهما بالدعوى، أو جاء معاً وتنازعا في البدء، فقدم أحدهما بالقرعة وادعى، فعلى الآخر الجواب، ولا يرضى منه الجواب بأن يقول: بل شرائي أسبق، فإنه ابتداء دعوى، بل إما أن ينبغي سبق شراء المدعي، أو يقول: لا يلزمني تسليم شيء إليك.

وحينئذ يحلف فإن استقر حلف ملكه، ثم تسمع دعواه على الأول، فإن حلف استقر ملكه أيضاً، وإن نكل المدعى عليه أولاً ردت اليمين على المدعي، عليه، فحلف أخذ ما في يد المدعى عليه، وليس عليه النكل بعد ذلك أن يدعى عليه لأنه، لم يبق له ملك يأخذ به الشفعة، وإن نكل المدعي عن اليمين المردودة سقطت دعواه، وللمدعى عليه أن يدعى عليه، هذا إذا لم يكن لواحد منهما بيّنة.

أما إذا أقام أحدهما البيّنة على السبق دون الآخر قضى له، وإن أقام كل واحد منهما بيّنة على سبق شذرائه مطلقاً، أو على أنه اشترى يوم السبت وصاحبه اشترى يوم الأحد، فهما متعارضتان، وفي تعارض البيّتين قولان:

أحدهما: أنهما يتساقطان، فكأنه لا بينة لواحد منهما.

والثاني: أنهما يستعملان، وفي كيفية أقوال:

أحدها: القرعة، فعلى هذا فمن خرجت قرعته أخذ نصيب الآخر بالشفعة.

والثاني: القسمة، ولا فائدة لها هاهنا إلا أن تكون الشركة بينهما على التفاوت فيكون النصف مقيداً.

والثالث: الوقف، وعلى هذا يوقف حق التملك إلى أن يظهر الحال.

ومنهم من لم يجر قول الوقف هاهنا وقال: لا معنى للوقف كون الدار في يدهما، ولو عينت كل واحدة من البيتين وقتاً واحداً، فلا تنافي بينهما لاحتمال وقوع العقدين معاً، ولا شفعة لواحد منهما؛ لأننا تبيّنا وقوع العقدين معاً. وفيه وجه: أنهما يسقطان؛ لأن واحدة منهما لم تتعرض لمقصود مقيمها، فكأنه لا بينة.

### البَابُ الثَّانِي فِي كَيْفِيَّةِ الْأَخْذِ

قال الغزالي: وَالنَّظَرُ فِي أَطْرَافِ ثَلَاثَةِ: الْأَوَّلُ فِيمَا لَا يَمْلِكُ بِهِ فَلَا يَمْلِكُ بِقَوْلِهِ: أَخَذْتُ وَتَمَلَّكْتُ، وَلَكِنْ يَمْلِكُ بِتَسْلِيمِ الثَّمَنِ وَإِنْ لَمْ يَرْضَ الْمُشْتَرِي بِهِ، أَوْ بِتَسْلِيمِ الْمُشْتَرِي الشَّقْصَ إِلَيْهِ رِضاً بِكَوْنِ الثَّمَنِ فِي ذِمَّتِهِ، وَهَلْ يَمْلِكُ بِمُجَرَّدِ رِضَا الْمُشْتَرِي دُونَ التَّسْلِيمِ، أَوْ بِقَضَاءِ الْقَاضِي لَهُ بِالشَّفْعَةِ عِنْدَ الطَّلَبِ، أَوْ بِمُجَرَّدِ الإِشْهَادِ عَلَى الطَّلَبِ؟ فِيهِ خِلَافٌ، الْأَظْهَرُ: أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ.

قال الرافعي: حق الشفعة قد يثبت لواحد، وقد يثبت لجماعة، وعلى التقديرين فلا شك أن الأخذ بها ضرب تملك بعرض، فالحاجة إلى بيان ما يحصل به الملك، وبيان العوض المبذول، وبيان الأحكام العارضة باعتبار تعدد المستحق، فعقد لهذه الأمور أطرافاً:

فأما الأول: فلا يشترط في التملك بالشفعة حكم الحاكم، ولا إحضار الثمن، ولا حضور المشتري ورضاه.

أما الأول: فلأنه ثابت بالنص فيستغني عن حكم الحاكم.

وأما الثاني: فلأنه تملك بعوض، فلا يفتقر إلى إحضار العوض كالباع.

وأما الثالث: فلما ذكرنا في الرد بالعيب.

وعند أبي حنيفة يعتبر حضور المشتري، أو حكم الحاكم، ولا يحكم الحاكم،

إلا إذا حضر الثمن.

وعن الصعلوكي أن حضور المأخوذ منه، أو وكيله شرط، ولا بد من جهة الشفيع من لفظ كقوله: تملك، أو اخترت الأخذ بالشفعة، أو أخذته بالشفعة، وما أشبه ذلك، وإلاً فهو من باب المَعَاطَاة، ولا يكفي أن يقول: لي حق الشفعة، وأنا مطالب بها؛ لأن المطالبة رغبة في التملك، والملك لا يحصل بالرغبة المجردة، هكذا ذكره في «التمة».

وفي أمالي أبي الفَرَج السَّرْحَسِيِّ أن الطلب يكفي سبباً لثبوت التملك، ولا يقف على قوله: تملك، الأول، والأول أظهر، وكذلك قالوا: يعتبر في التملك أن يكون الثمن معلوماً للشفيع، ولم يشترطوا ذلك في الطلب، وينبغي أن يكون في صحة التملك مع كون الثمن مجهولاً ما ذكرناه في بيع المرابحة.

وفي «التمة» إشارة إلى نحو من هذا، ثم لا يملك الشفيع بمجرد اللفظ، بل يعتبر مع ذلك أحد أمور:

الأول: أن يسلم العوض إلى المشتري، فيملك به إن سلمه، وإلاً خلى بينه وبينه، أو رفع الأمر إلى القاضي حتى يلزمه التسليم.

والثاني: أن يتسلم المشتري الشقص، ويرضى بكون الثمن في ذمته، نعم لو باع شقصاً من دار عليها صَفَائِحُ ذهب بالفضة، أو بالعكس وجب التقايض، ولو رضي بكون الثمن في ذمته، ولم يسلم الشقص فوجهان:

أحدهما: أنه لا يحصل الملك، وقول المشتري ما لم يتصل به القبض في حكم وعد.

وأصحهما: الحصول؛ لأنه معاوضة، والملك في المعاوضات لا يتوقف على القبض.

والثالث: أن يحضر مجلس القاضي، ويثبت حقه في الشفعة، ويختار التملك، فيقضي القاضي له بالشفعة، وفيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يحصل الملك، ويستمر ملك المشتري إلى أن يصل إليه عوضه، أو يرضى بتأخره.

وأصحهما: الحصول؛ لأن الشرع نزل الشفيع منزلة المشتري، كأن العقد له، إلا أن يتخير بين الأخذ والترك، فإذا طلب وتأكد طلبه بالقضاء، وجب أن يحكم له بالملك.

والرابع: أن يُشْهَدَ عدلين على الطلب، فإن لم تثبت الملك بحكم القاضي فهانئ أولى، وإن أثبتناه فوجهان لقوة قضاء القاضي.

وقوله في الكتاب: «والأظهر أنه لا يملك» بمقتضى ترجيح الوجه الصائر إلى عدم حصول الملك بالقضاء والإشهاد، وفيما إذا رضي المشتري أن يكون الثمن في ذمة الشفيع، وإن لم يستلم الشقص، لكن جواب الأكثرين في هذه الصورة، وفي صورة قضاء القاضي بالشفعة أنه يثبت الملك، وإذا ملك الشفيع الشقص بغير الطريق الأول لم يكن له أن يتسلمه حتى يؤدي الثمن، وإن سلمه المشتري قبل أداء الثمن، ولا يلزمه أن يؤخر حقه، وإن أخر البائع حقه، وإذا لم يكن الثمن حاضراً وقت التملك، أمهل ثلاثة أيام، فإن انقضت، ولم يحضره فسخ القاضي تملكه، هكذا حكى عن ابن سُرَيْجٍ، وساعده المعظم.

وفيه وجه آخر: أنه إذا قصر في الأداء بطل حقه، وإن لم يؤخذ رفع إلى الحاكم، وفسخ به.

قال الغزالي: «وَهَلْ يَلْتَحِقُ هَذَا التَّمْلِكُ بِالشَّرَاءِ فِي ثُبُوتِ خِيَارِ المَجْلِسِ لِلشَّفِيعِ وَأَمْتِنَاعِ التَّصَرُّفِ فِي الشَّقْصِ قَبْلَ القَبْضِ، وَأَمْتِنَاعِ التَّمْلُكِ دُونَ رُؤْيَةِ الشَّقْصِ؟ فِيهِ خِلَافٌ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يُشْبِهُ البَيْعَ فِي كَوْنِهِ مَعَاوِضَةً وَيُخَالَفُهُ فِي أَنَّهُ لَا تَرَاضِي فِيهِ.»

قال الرافعي: فيه ثلاث صور<sup>(١)</sup>:

إحداها: في ثبوت خيار المجلس للشفيع، فيه خلاف ذكرناه في البيع.

والأظهر: الثبوت، ويحكى ذلك عن نَصِّهِ فِي «اِخْتِلَافِ العِرَاقِيِّينَ»، وعلى هذا فيمتد إلى مفارقتها المجلس، وهل ينقطع بأن يفارقه المشتري؟ فيه وجهان: وجه المنع: أنه لا حظ له في الخيار، فلا اعتبار بمفارقتها<sup>(٢)</sup>.

الثانية: إذا ملك الشفيع امتنع تصرف المشتري، وإن طلبه ولم يثبت الملك بعد لم يمتنع وأبدى الإمام فيه احتمالاً لتأكد حقه بالطلب، وحكى فيه وجهين في نفوذ تصرف الشفيع قبل القبض إذا كان قد سلم الثمن:

(١) وأصل هذا الخلاف في قاعدة خيار المجلس، وهو أنه هل يتصور ثبوته في أحد شقي البيع، فيه خلاف.

فإن قلنا: إنه يثبت للشفيع خيار المجلس، فهو مقدر بمقامه في ذلك المكان يملكه فيه، فإن فارقه الشفيع، بطل خياره. وإن فارقه المشتري دون الشفيع، هل يبطل خيار الشفيع؟ فيه وجهان كما أشار المصنف. (أدب القضاء لابن أبي الدم ٤٢٠/٢ - ٤٢١).

(٢) قال النووي: الذي صححه الأكثرون: أنه لا خيار للشفيع، ممن صححه صاحب «التنبيه»، والفارقي، والرافعي في «المحرر» وقطع به البغوي في كتابيه «التهذيب» وشرح «مختصر المزني»، وهو الراجح أيضاً في الدليل.

أظهرهما: المنع، كتصرف المشتري قبل القبض.

ووجه الثاني كونه قهرياً كالإرث قال: ولو ملك بالإشهاد، أو قضاء القاضي لم ينفذ تصرف، وكذا لو تملك برضا المشتري لكون الثمن عنده، والقياس التسوية.

الثالثة في تملك الشفيع الشقص الذي لم يره طريقان:

أظهرهما: أنه على قولي بيع الغائب، إن منعناه لم يملكه قبل الرؤية، وليس للمشتري منعه من الرؤية، وإن صححناه، فله التملك، ثم منهم من جعل خيار الرؤية على الخلاف في خيار المجلس ومنهم من قطع به، وقال: المانع هناك على رأي بعد اختصاص ذلك الخيار بأخذ الجانبين.

والثاني: المنع، سواء صححنا بيع الغائب أو أبطلناه، ولأن البيع بالتراضي فأثبتنا الخيار فيه، وهاهنا الشفيع يأخذ من غيره رضا المشتري، فلا يمكن إثبات الخيار فيه، نعم لو رضي المشتري بأن يأخذه الشفيع ويكون بالخيار، فيكون بالخيار على قولي بيع الغائب، ويحكي هذا الطريق عن ابن سُرَيْج، وإذا جوزناه له التملك، وأثبتنا الخيار، فللمشتري أن يمتنع من قبض الثمن، وإقباض المبيع حتى يراه ليكون على ثقة فيه.

وقوله: «حيث إنه يشبه البيع...» إلى آخره توجيه لطرفي الخلاف في المسائل الثلاث والأظهر التحاقه بالشراء، وكذلك يرد الشفيع بالعيب، ولو أفلس وكان المشتري سلم الشقص إليه راضياً بذمته يجوز له الاسترداد.

قال الغزالي: الطَّرْفُ الثَّانِي، فِيمَا يُنْذَلُ مِنَ الثَّمَنِ، وَعَلَى الشَّفِيعِ بَذْلُ مِثْلِ مَا بَدَّلَهُ الْمُشْتَرِي إِنْ كَانَ مِثْلِيًّا أَوْ قِيمَةً (و) يَوْمَ الْعَقْدِ إِنْ كَانَ مِنْ ذَوَاتِ الْقِيَمِ، فَيُنْذَلُ فِي الْمُهْوَرِ وَمَا عَلَيْهِ الْخُلْعُ قِيمَةً (وم) الْبُضْعُ، وَفِي عَوَضِ الْكِتَابَةِ قِيمَةَ الشُّجُومِ (وم)، وَفِي عَوَضِ الْمُتَمَتَّةِ قِيمَةَ الْمُتَمَتَّةِ (وم)، وَفِي الصُّلْحِ عَنِ الدَّمِ (وم).

قال الرافعي: المقصود الآن بيان ما يأخذ به الشفيع، والمأخوذ أنواع:

منها المبيع، فإن بيع بمثلي كالنقدين والحبوب، يأخذه بمثله، ثم إن قدر بمعيار الشرع أخذه به، وإن كان قدر بغيره كما لو باع بمائة من من الحنطة فأخذه بمثله وزناً، أم يكال ذلك المبلغ، ويأخذ به كيلاً؟ فيه اختلاف ذكرناه في «القرض»، ولو كان المثل منقطعاً وقت

الأخذ عدل إلى القيمة، كما في الغضب، ولو بيع بمتقوم من عبدي وثوب ونحوهما، أخذه بقيمة ذلك المتقوم، والاعتبار بقيمة يوم البيع؛ لأنه يوم إثبات العوض، واستحقاق الشفعة وقال ابن سُرَيْج: تعتبر قيمته يوم استقرار العقد بانقطاع

الخيار، وهذا ما أورده صاحب «التهذيب»، وجماعة.

وعن مَالِكٍ أن الاعتبار بقيمته يوم المحاكمة لنا: أن الثمن صار ملكاً للبائع، فلا تعتبر زيادته في حَقِّ المشتري، ولو جعل الشَّقْصُ رأس مال سلم أخذه الشفيع، بمثل المسلم فيه إن كان مثلياً أو بقيمته إن كان متقوماً ولو صالح من دين على الشقص، أخذه بمثل ذلك الذين إن كان مثلياً وبقيمته إن كان متقوماً ولا فرق بين أن يكون دين إتلاف، أو دين معاملة.

ومنها: الشقص الممهور يؤخذ بمهر مثل المرأة؛ لأن البُضْع متقوّم، وقيمته مهر المثل وكذا إذا خَالَعَهَا على شِقْصٍ، والاعتبار بمهر مثلها يوم النكاح، ويوم جريان اليَبُوتِ، هذا هو المشهور.

وفي «التتمة» عن بعض الأصحاب أنه خرج وجهاً أنه يأخذه بقيمته يوم القبض، وأصله أن المرأة إذا وجدت الصَّدَاقَ عيباً وردته ترجع بقيمته على أحد القولين، وإذا كان المستحق عند الرد بالعيب بدل المسمّى كذلك عند الأخذ بالشفعة، وهذا مذهب مَالِكٍ. ولو منع المطلقة بشقص أخذه الشفيع بمتعة مثلها لا بالمهر؛ لأن المتعة هي التي وجبت بالطلاق و الشقص عوض عنها.

ومنها لو أخذ من المَكَاتِبِ شقصاً عوضاً عن النجوم أخذه الشفيع بمثل النجوم، أو قيمتها؛ لأن النجوم هي التي قابلته.

ومنها: الشقص الذي جعل أجره الدار يؤخذ بقيمة المنفعة، وهي أجره مثل الدار. ومنها: إذا صالح عليه عن الدَّمِ أخذه الشفيع بقيمة الدم، وهي الدية، ويقود منه الجريح، ويذهب ملكه.

ومنها: قال في «التتمة» إذا استقرض شقصاً أخذه الشفيع بمثل قيمته، وإن قلنا: إن المستقرض يرد المثل؛ لأن القَرْضَ مبني على الإرفاق، والشفعة ملحقة بالإتلاف، والمواضع المحتاجة إلى الرِّقْمِ من لفظ الكتاب لا تخفى بعد ما ذكرناه.

قال الغزالي: وَإِنْ بَاعَ بِأَلْفٍ إِلَى سَنَةٍ، فَإِنْ شَاءَ عَجَلَ فِي الْحَالِ الْأَلْفَ وَأَخَذَ، وَإِنْ شَاءَ نَبَّ عَلَى الطَّلَبِ (و) وَأَخَّرَ التَّسْلِيمَ إِلَى مُضِيِّ السَّنَةِ، وَرَوَى حَزْمَلَةُ قَوْلًا أَنَّهُ يَأْخُذُ (ح) بِثَمَنِ مَوْجَلٍ عَلَيْهِ كَمَا أَخَذَهُ الْمُشْتَرِي، وَحَكَى ابْنُ سُرَيْجٍ أَنَّهُ يَأْخُذُ بِعَوَضٍ يُسَاوِي أَلْفًا إِلَى سَنَةٍ.

قال الرافعي: إذا كان الثمن حالاً بذله الشفيع في الحال، فأما إذا باع بألف إلى سنة مثلاً ففيه ثلاثة أقوال:

أصحهما وبه قال أبو حنيفة: أن الشفيع بالخيار بين أن يعجل الألف، ويأخذ الشقص في الحال، وبين أن يصبر إلى أن يحل الأجل، فحينئذ يبذل الألف، ويأخذ الشقص، وليس له أن يأخذ بألف، مؤجل؛ لأن الدَّمَّ لا تتماثل، فقد لا يرضى المشتري بدمه الشفيع، وإن رضي البائع بدمه المشتري، ولا يمكن إلزامه الأخذ بألف حال لما فيه من الإجحاف.

والثاني: أن له أخذ الشقص بألف مؤجل، كما أخذه المشتري تنزيلاً للشفيع منزلة المشتري، كما ينزل منزلته في قدر الثمن، وسائر صفاته.

والثالث: أنه يأخذ بعرض يساوي الألف إلى سنة كيلا يتأخر الأخذ، ولا يتضرر الشفيع، ولا المشتري، ولتكلم في حال هذه الأقوال، وتفريعها.

أما حالها:

فالأول: منصوص عليه في الجديد.

والثاني: نسبة الإمام، وصاحب الكتاب إلى رواية حزملة، وسكت الأكترون عن ذلك، وزووه عن القديم.

وأما الثالث: فعامة الأصحاب ذكروا أن ابن سريج نقله عن الشافعي - رضي الله عنه - من كتاب الشروط، والمفهوم من إirاده أنه نص عليه فيه.

وقال الشيخ أبو علي: إن ابن سريج خرجه من قول الشافعي من كتاب الشروط أنه يجوز بيع الدين، فقال يقوم الدين المؤجل بعوض، ويأخذه الشفيع به.

وأما التفريع: فإن قلنا بالجديد لم يبطل حقه بالتأخير، لأنه تأخير بعذر، ولكن هل يجب عليه تنبيه المشتري على الطلب؟ فيه وجهان.

أحدهما: لا، إذ لا فائدة فيه.

والثاني: نعم، لأنه ميسور، إن كان الأخذ معسراً، وإلى هذا أشار في الكتاب بقوله: «إن شاء نيّة» المشتري على طلب، لكن الأول أشبه بكلام الأصحاب.

ولو مات المشتري، وحل عليه الثمن لم يتعجل الأخذ على الشفيع، بل على خيرته إن شاء أخذ في الحال، وإن شاء صبر إلى مجيء ذلك المحل، وإن مات الشفيع فالخيرة التي كانت له تثبت لورثته، ولو باع المشتري الشقص في المدة نقداً، فالشفيع بالخيار بين أن يأخذه بالثمن الثاني، وبين أن يفسخه، إما في الحال، وإما عند حلول الأجل، ويأخذه بالثمن الأول، هذا إذا قلنا: إن الشفيع ينقض تصرف المشتري، وهو الظاهر، وفيه خلاف سيأتي.

وإن قلنا بالقول الثاني، ففي موضعه وجهان:

أحدهما: أنه إنما يأخذ بثمان مؤجل إذا كان مليئاً موثوقاً به، أو إذا أعطى كفيلاً مليئاً، وإلا لم يأخذه؛ لأنه إضرار بالمشتري، وبهذا قال مالك وأحمد.

والثاني: أن له الأخذ على الإطلاق، ولا ينظر إلى صفته، ولو أخذه ثم مات حل عليه الأجل.

وإن قلنا بالقول الثالث، فتعين العرض إلى الشفيح، وتعديل القيمة إلى من يعرفها، ذكره الإمام، قال: فلو لم يتفق طلب الشفعة، حتى حل الأجل وجب الأبطال على هذا القول إلا بالسلفة المعدلة، لأن الاعتبار في قيمة عوض المبيع بحال المبيع ألا ترى أنه إذا باع بمتقوم تعتبر قيمته يوم البيع؟ وعلى القولين الآخرين لو أضر الشفيح بطل حقه.

قال الغزالي: وَلَوْ اشْتَرَى شِقْصاً وَسَيْفًا بِأَلْفٍ أَخَذَ (م) الشَّقْصَ بِمَا يَخُصُّهُ مِنَ الثَّمَنِ بِاخْتِيَارِ قِيَمَةِ يَوْمِ الْعَقْدِ، ثُمَّ لِاخْتِيَارِ لِلْمُشْتَرِي فِيمَا فَرَّقَ عَلَيْهِ مِنَ الصَّفَقَةِ.

قال الرافعي: إذا اشترى الشقص المشفوع مع عرض كثوب وسيف صفقه واحدة، وزع الثمن عليهما باعتبار قيمتها، وأخذ الشفيح الشقص بحصته من الثمن، وبه قال أبو حنيفة وأحمد.

وعن مالك أنه يأخذهما جميعاً، لما ذكرنا في أول الكتاب، ويروى عنه إن كان من مصالح الصفقة، وتوابعها كالثيران وآلات الحرث والعبد العامل، والبستان أخذه الشفيح مع الشقص، وإن كان غير ذلك لم يأخذه، ثم النظر في قيمتها إلى يوم البيع؛ لأنه وقت المقابلة.

قال الإمام: وإذا قلنا: إن الملك ينتقل بانقطاع الخيار، فيجوز أن يعتبر انقطاع الخيار؛ لأن انتقال الملك الذي هو سبب الشفعة حينئذ يحصل، وإذا أخذ الشفيح الشقص لم يثبت للمشتري الخيار، وإن تفرقت الصفقة عليه لدخوله فيها عالماً بالحال.

قال الغزالي: وَلَوْ تَمَيَّتِ الدَّارُ بِاضْطِرَابِ سَقْفِهَا أَخَذَ الْمَعِيبَ بِكُلِّ الثَّمَنِ كَمَا يَأْخُذُ الْمُشْتَرِي مِنَ الْبَائِعِ إِذَا عَابَ الْمَبِيعَ قَبْلَ الْقَبْضِ، وَإِنْ تَلَفَ الْجِدَارُ مَعَ بَعْضِ الْعَرَصَةِ بِأَنْ تَعَشَّاهُ السَّيْلُ أَخَذَ الْبَاقِي بِحَصَّتِهِ، وَإِنْ بَقِيَ تَمَامُ الْعَرَصَةِ وَاخْتَرَقَتِ السُّقُوفُ، فَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهَا كَأَطْرَافِ الْعَبْدِ أَخَذَ (م) بِالْكُلِّ، وَإِنْ قُلْنَا: كَأَحَدِ الْعَبْدَيْنِ أَخَذَ بِحَصَّتِهِ، وَإِنْ كَانَ النَّقْضُ بَاقِيًا فَهُوَ مَنْقُولٌ فِيهِ بَقَاءُ الشُّفْعَةِ فِيهِ قَوْلَانِ (و) لِأَنَّهُ لَوْ قَارَنَ الْإِبْتِدَاءَ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ الشُّفْعَةُ، وَإِنْ قُلْنَا: إِنَّ نَبْقَى حَقَّ الشَّفِيعِ فِيهِ فَيَأْخُذُ الْمُنْهَلِمُ مَعَ النَّقْضِ بِكُلِّ الثَّمَنِ، وَإِنْ



قُلْنَا: لَا يَبْقَى الْحَقُّ فِيهِ، فَإِنْ قُلْنَا: الْجِدَارُ كَأَحَدِ الْعَبْدَيْنِ أَخَذَ الْبَاقِي بِحَصَّتَيْهِ، وَإِنْ قُلْنَا: كَأَطْرَافِ الْعَبْدِ فَقَوْلَانِ، إِذْ يَبْنَعُدُ أَنْ يَفُوزَ الْمُشْتَرِي بِشَيْءٍ مَجَانًا.

قال الرافعي: الفُضْل يتعلّق بأصلين:

أحدهما: أن المنقول لا شفعة فيه، وإذا ضم إلى شقص، وبيعا صفقة واحدة أخذ الشقص بحصته، والعهد قريب بهذا الأصل.

والثاني: أن الخلاف في أن السقف والجدران من الدار المبيعة أحد العبدین المبيعين، أو كطرف من أطراف العبد المبيع، أو صفة من صفاته، وهذا قد ذكرناه في النظر الثالث من كتاب البيع.

إذا عرفت ذلك، فإذا اشترى شِقْصاً من دار، ثم نقضت الدار، فلها أحوال:

أحدها: إن بيعت من غير تلف شيء منها، ولا انفصال بعضها من بعض، بأن شق جدار، أو مالت أسطوآنة، أو انكسر جذع، أو اضطرب سقف، فالشقيع بالخيار بين الأخذ بكل الثمن، وبين الترك، ويكون تعيينه في يد المشتري، كتعيب المبيع في يد البائع فإنه يخير المشتري بين الأخذ بجميع الثمن، وبين الفسخ.

والثانية: أن يتلف بعضها فينظر إن تلف شيء من العَرَضَة بأن غشيها السَّيْلُ فغرقها، أخذ الباقي بحصته من الثمن، وإن بقيت العرصة بتمامها، وتلفت السُّقُوف والجدران باحترق وغيره.

فإن قلنا: إن الأبنية كأحد العبدین المبيعين أخذ العَرَضَة بِحَصَّتَيْهَا من الثمن وهو الأصح وبه ططقال أحمد ومالك.

وإن قلنا: إنها كأطراف العبد وصفاته أخذها بكل الثمن، وفرق بعضهم بين أن يكون التلف بأفة سماوية، فيأخذها بجميع الثمن، أو بإتلاف متلف فيأخذها بالحصّة، لأن المشتري يحصل له بدل التالف، فلا يتضرر، وبهذا قال أبو حنيفة.

والثالث: ألا يتلف شيء منها، ولكن ينفصل بعضها عن بعض بالانهدام، وسقوط الجدران فهل يأخذ الشقيع النقص فيه قولان: ويقال: وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه منقول، كما لو كان في الابتداء كذلك، وأدخل النقص في البيع لا يؤخذ بالشفعة.

والثاني: نعم؛ قال في «الشامل»: وهو اختيار أبي إسحاق وشيوخنا المتأخرين؛ لأن منقوليته عرضت بعد البيع، وتعلق حق الشقيع به، والاعتبار بحال جَرَيَانِ الْعَقْدِ، ولهذا لو اشترى داراً، فانهدمت يكون النقص والعَرَضَة للمشتري، وإن كان النقص لا

يدخل في البيع لو جرى، وهي منهمة.

فإن قلنا: إنه يأخذ النقض أخذه مع العرصة بجميع الثمن وإلا أعرض عن الكل.

وإن قلنا: إنه لا يأخذه، فيبني على أن السقوف والجدران كأحد العبيدين المبيعين، أو كطرف العبد.

أن قلنا بالأول أخذ العرصة، وما بقي من البناء بحصتهما من الثمن.

وإن قلنا بالثاني، فوجهان:

أحدهما: أنه يأخذ الحصة؛ لأن النقض كان من الدار المشتراه، فيبعد أن يبقى للمشتري مجاناً، أو يأخذ الشفيع ما سواه بتمام الثمن.

والثاني: وهو قياس الأصل المبني عليه أنه يأخذ الكل بالثمن، كما في الحالة الأولى، وعلى هذا يشبه النقض بالثمار، والزوائد التي يفوز بها المشتري قبل قبض الشفيع.

ومنهم من يُطْلَق قولين تفرعاً على أن النقض غير مأخوذ من غير البناء على أن النُقْض كأحد العبيدين، أو كأطراف العبد، وبوجه الأخذ بالكل، بأنه نقص حصل عند المشتري، فأشبه تشقق الحائط، والأخذ بالحصة؛ بأن مالا يؤخذ من المبيع بالشفعة تسقط حصته من الثمن، كما إذا اشترى شقصاً وسيفاً.

واعلم أن منقول المُرْزِيّ في «المختصر» أن الدار إذا أصابها هدمٌ يأخذ الشفيع الشفص بجميع الثمن، أو يترك.

وعن القديم، ومواضع من الجديد أنه يأخذ بالحصة، واختلف الأصحاب في النصين بحسب ما حكينا عنهم من فقه الفصل، فالفارقون في الحالة الثانية بين أن يتلف بعض العرصة، حيث يأخذ الباقي بالحصة، وبين أن يتلف بعض النقض، أو كله، وتبقى العرصة كلها، حيث يأخذ الباقي بالكل جواباً على إلحاقه بأطراف العبد، وحملوا النص الثاني على ما إذا تلف بعض العرصة، والأول على ما إذا بقي كل العرصة، وتلفت الأبنية، والفارقون بين أن يكون التلف بأفة سماوية، أو بإتلاف متلف، حملوا الأول على ما إذا كان التلف بأفة سماوية، والثاني على ما إذا كان بإتلاف متلف، والفريقان متفقان على فرض النصين في الحالة الثانية، والذين قالوا في الحالة الثالثة: لا يأخذ الشفيع النقض، منهم من أثبت النصين قولين المذكورين ومنهم من قطع بالأخذ بالحصة، وحمل منقول المُرْزِيّ على الحالة الأولى هو مجرد التعيب، والذين قالوا: يأخذ النقض بالشفعة حملوا النص الثاني على ما إذا تلف كل النقض، أو بعضه ونزلوا الأول على مذهبهم، فخلصت من هذه التصرفات خمسة طرق في النصين والله أعلم.

وقوله في الكتاب: «وفي بقاء الشفعة قولان» يجوز إعلامه - بالواو - لأن عن ابن سُرَيْجٍ طريقة جازمة ببقاء الشفعة فيه، ذكرها في «التممة».

قال الغزالي: وَلَوْ اشْتَرَى الشَّقِصَ بِأَلْفٍ ثُمَّ حُطَّ بِالْإِبْرَاءِ فَإِنَّهُ إِنْ كَانَ بَعْدَ اللُّزُومِ فَلَا يُلْحَقُ الشَّفِيعَ، وَإِنْ كَانَ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ لِحَقِّهِ عَلَى الْأَصْح (و)، وَإِنْ وَجَدَ الْبَائِعُ بِالْعَبْدِ الَّذِي هُوَ عَوَضَ الشَّقِصِ عَيْبًا وَأَرَادَ اسْتِزْدَادَ الشَّقِصِ قَبْلَ أَخْذِ الشَّفِيعِ فَهُوَ أَوْلَى بِهِ مِنَ الشَّفِيعِ فِي أَقْبَسِ الْقَوْلَيْنِ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ أَخْذِ الشَّفِيعِ لَمْ يَنْقُصْ (و) مِلْكَ الشَّفِيعِ، وَلَكِنْ يُرْجَعُ إِلَيَّ قِيَمَةَ الشَّقِصِ، فَإِنْ زَادَ عَلَى مَا بَدَلَهُ الشَّفِيعُ أَوْ نَقَصَ فِيهِ التَّرَاجُعُ بَيْنَ الْمُشْتَرِي وَالشَّفِيعِ خِلَافٌ إِذْ صَارَتِ الْقِيَمَةُ مَأْقَامَ الشَّقِصِ بِهَا عَلَى الْمُشْتَرِي أَخِيرًا، وَكَذَا لَوْ رَضِيَ الْبَائِعُ بِالْعَيْبِ فِيهِ اسْتِزْدَادَ الشَّفِيعِ بِهِ قِيَمَةَ السَّلَامَةِ مِنَ الْمُشْتَرِي خِلَافٌ، وَإِنْ وَجَدَ الْمُشْتَرِي بِالشَّقِصِ عَيْبًا بَعْدَ أَخْذِ الشَّفِيعِ لَمْ يَكُنْ (و) لَهُ طَلَبُ أَرْضٍ، فَإِنْ رَدَّ الشَّفِيعَ عَلَيْهِ رَدًّا هُوَ عَلَى الْبَائِعِ، فَإِنْ وَجَدَ قَبْلَ أَخْذِ الشَّفِيعِ وَمَتَعَهُ عَيْبٌ حَادِثٌ مِنَ الرَّدِّ فَاسْتَرَدَّ أَرْضًا فَهُوَ مَخْطُوطٌ عَنِ الشَّفِيعِ قَوْلًا وَجِدًا.

قال الراجعي: الفصل ينظم مسائل:

إحداها إذا اشترى الشَّقِصَ بألف درهم، ثم اتفق المتبايعان على حط من الثمن، أو زيادة فذلك إما أن يكون قبل لزوم العقد، أو بعده، إما في زمن الخيار أو مكانه، وحكم القسمين ما ذكرناه في البيع بالشرح، وحاصله أنه لا تلتحق الزيادة، ولا الحط بالعقد بعد لزومه، ولا حط البعض، ولا حط الكل.

وذهب أبو حنيفة إلى التحاق حط البعض به حتى يأخذ الشفيع بالباقي، وفيما قيل

اللزوم وجهان:

أصحهما: الالتحاق، كما ذكره صاحب الكتاب هاهنا وإن أشار في البيع إلى

ترجيح المنع.

وإذا قلنا بالالتحاق، وحط كل الثمن، فهو كما لو باع بلا ثمن، وحينئذ فلا شفعة للشريك؛ لأنه يصير هبة على رأي، ويبطل على رأي، وكُنَّا قد ذكرنا في البيع التفات الخلاف في الالتحاق إلى الخلاف في المِلْك في زمن الخيار، وعلى ذلك جرى الإمام وآخرون هاهنا فقالوا: إن قلنا: إن الخيار لا يمنع ثبوت المِلْك للمشتري، فكما يملك المشتري المبيع يملك البائع ثمنه، فينفذ تصرفه بالإبراء لمصادفته ملكه، فقال الإمام: وفيه احتمال؛ لأن الأصحاب ترددوا في أن إعتاق المشتري في زمن الخيار، هل ينفذ مع الحكم بثبوت الملك له لتعلق خيار البائع بالمبيع؟ فإذا ترددوا في الإعتاق مع قُوَّته لهذا المعنى جاز أن يتردد في الإبراء؛ لأن الثمن متعلق بخيار المشتري.

وإذا قلنا: إن الملك للبائع، أو موقوف، ففي صحة الحط وجهان عن القاضي حُسَيْن:

أحدهما: الصحة؛ لجريان الناس عليه في الأعصار الخالية.

والثاني: المنع؛ لأنه تصرف فيما ليس مملوك، فحيث قلنا بصحة الحط، ففي التحاقه بالعقد خلاف.

والثانية: إذا اشترى الشفص بعقد مثلاً، وتقابضا، ثم وجد البائع بالعبد عيباً وأراد رده بالعيب، واسترداد الشقص، وجاء الشفيع يريد أخذ الشقص، ففي الأولى منهما خلاف مر.

وحكى الإمام طريقه أخرى قاطعة بتقديم البائع، وفرق بينه وبين ما إذا أراد المشتري رد الشفص بالعيب، وزاحمه الشفيع، حيث ذكرنا فيه القولين، بأن البائع يُنشىء الرد على غير محل الشفعة، والمشتري ينشئه في غير محل الشفعة، ولو عرف عيب العبد بعد أخذ الشفيع الشقص لم ينقض ملك الشفيع، ولم يرد شفيعته، كما لو باع، ثم أطلع على العيب.

وعن صاحب «التقريب» قول: أنه يسترد المشتري الشقص من الشفيع، ويرد عليه ما أخذه، ويسلم الشفص إلى البائع، لأن الشفيع نازل منزلة المشتري فرد البائع يتضمن نقض ملك المشتري لو كان في ملكه، والمذهب الأول.

وإذا قلنا به أخذ البائع قيمة الشفص من المشتري، فإن كانت مثل قيمة العبد فذاك، وإن زادت قيمة الشفص على قيمة العبد، أو نقصت عنها، ففي رجوع من بذل الزيادة من المشتري، أو الشفيع على صاحبه وجهان:

أظهرهما: أنه لا تراجع بينهما؛ لأن الشفيع قد ملكه بالعوض المبدول، فلا يتغير حكمه بعد ذلك، كما إذا باعه، ثم رد البائع العبد بالعيب.

والثاني: ويحكى عن ابن سُرَيْج: أنه يثبت التراجع بينهما؛ لأن قيمة الشفص<sup>(١)</sup> هي التي قام بها الشقص على المشتري أخيراً والشفيع ينبغي أن يأخذ بما قام على المشتري.

ولو عاد الشقص إلى ملك المشتري بابتياح، أو غيره لم يتمكن البائع من إجباره على رد الشفص، ولا للمشتري من إجباره على القبول، ورد القيمة بخلاف ما إذا غرم العبد المغصوب لإباقه فرجع؛ لأن ملك المغصوب منه لم يزل، وملك المشتري قد

(١) ثبت في ط استمر الحال عليها وقرار الفسخ ينفي.

زال، وبعد الرد على القيمة حكى صاحب «التتمة» وجهين في المسألة بناء على الوجهين، فيما لو خرج المبيع عن يديك المشتري وعاد، ثم اطلع البائع على عيب بثمر معين، فرده هل يسترد المبيع؟ ولو وجد البائع العيب بالبعد، وقد حدث عنده عيب، فأخذ الأرض لا متناع الرد، نظر إن أخذ الشفيع الشفص بقيمة العبد سليماً، فلا رجوع عليه، وإن أخذه بقيمته معيباً ففي رجوع المشتري على الشفيع الوجهان السابقان في التراجع، لكن الأصح هاهنا الرجوع ومال ابن الصبأغ إلى القطع به؛ لأن الشفص استقر عليه بالبعد، والأرض ووجوب الأرض من مقتضى العقد لاقتضائه سلامة العوض، ولهذا إذا أخذه الشفيع بقيمته سليماً لم يرجع على المشتري بشيء، ولو رضي البائع، ولم يردده فما الذي يجب على الشفيع؟ فيه وجهان:

أحدهما: أن عليه قيمة العبد سليماً، ورضا البائع مسامحة منه مع المشتري.

والثاني: أن تلزمه قيمته معيباً حتى لو بذل قيمة السليم استرد قيمة السلامة من المشتري (لأن الذي يلزم الشفيع قيمة المَجْعُول ثمناً بصفاته).

وضَعَف الإمام الوجه الأول، وغلط من قال به، لكنه هو الذي أورده في

«التهذيب».

الثالثة: للمشتري رد الشفص بالعيب على البائع، وللشفيع رده على المشتري بالعيوب السابقة على البيع، وكذا بالعيوب السابقة على الأخذ ثم لو وجد المشتري العيب بعد أخذ الشفيع، فلا رد في الحال، وليس له الأرض أيضاً، وكذا أطلقه في الكتاب، وهو الصحيح، ويجيء فيه الخلاف الذي ذكرناه فيما إذا باعه، أو أزال الملك بجهة أخرى، فلو رد عليه الشفيع بالعيوب رده حينئذ على البائع، ولو وجد المشتري عيب الشفص قبل أن يأخذه الشفيع، ومنعه عيب حادث من الرد، فاسترد أرض العيب القديم حط ذلك عن الشفيع؛ لأنه بدل صفة السلامة التي استحقتها الشفيع كما استحقتها المشتري على البائع، وإن قدر على الرد، لكنهما توافقا على الرجوع إلى الأرض، ففي صحة المصالحة وجهان المذكوران في موضعهما إن صححناها، ففي حطه عن الشفيع وجهان:

أحدهما: لا يحط؛ لأنه ينزع من البائع.

وأصحهما: الحط لتقرر الثمن على الباقي.

وقوله في الكتاب «فهو أولى به في أقيس القولين» يمكن أن يعلم - بالواو -

للطريقة القاطعة بتقديم البائع

وقوله: «لم ينقض ملك الشفيع» معلّم به.

وكذا قوله: «لم يكن له طلب أرش».

وقوله: «وهو محطوط عن الشفيع قولاً واحداً» كأن الإشارة به إلى هذه الصورة تفارق ما إذا رجع المشتري بالأرش، مع إمكان الرد، فهي مختلف فيها.

قال الغزالي: وَلَوْ اشْتَرَى بِكَفِّ مِنَ الدَّرَاهِمِ لَمْ يَغْرِفْ وَزَنَّهُ وَحَلَفَ عَلَى أَنَّهُ لَا يَغْرِفُ وَزَنَّهُ فَلَا شَفْعَةَ (و) إِذِ الْأَخْذُ غَيْرُ مُمَكِّنٍ.

قال الرافعي: إذا اشترى بكف من الدراهم لا يعرف وزنه، أو بصيرة من الحنطة لا يعلم كيلها فيوزن وتكال ليأخذ الشفيع بذلك القدر، فإن كان ذلك غائباً، فتبرع البائع بإحضاره، أو أخبر عنه، واعتمد قوله فذاك، وإلا فليس للشفيع أن يكلفه الإحضار ولا الإخبار عنه، وإن هلك الثمن، وتعذر الوقوف عليه تعذر أخذه بالشفعة، فإن أنكر الشفيع كون الشراء بما لا يعلم قدره، نظر إن عين قدرأ وقال: اشتريته بكذا، وقال المشتري: إنه لم يكن معلوم القدر، فعن ابن سريج أنه لا يقنع منه بذلك، ولا يحلف على نفي العلم كما لو ادعى ألفاً على إنسان، فقال في الجواب لست أدري كم لك على؟

فعلى هذا لو أصر على قوله الأول جعل ناكلاً، وردت اليمين على الشفيع،

والمحكى عن النص ومعظم الأصحاب أنه يقنع منه بذلك، ويحلف عليه؛ لأنه محتمل، ويخالف ما إذا ادعى عليه ألفاً فإن المدعي هاهنا هو الشفيع لا الثمن المجهول وبتقدير صدق المشتري ليس له الأخذ بالشفعة، فكان ذلك إنكاراً لولاية الأخذ، وعلى هذا الخلاف لو قال: نسيت مقدار الثمن الذي اشتريت به، فعلى رأي يجعل قوله: نسيت نكولاً، وترد اليمين على الشفيع، قاله القاضي الروياني، وبه قال ابن سريج، وابن أبي هريرة والماوردي والقفال وهو الاختيار.

وإن لم يعين قدرأ، ولكن ادعى على المشتري أنه يعلمه، وطالبه بالبيان، ففيه وجهان:

أصحهما: عند صاحب «التهذيب» أنه لا تسمع دعوأه حتى يعين قدرأ، فيحلف المشتري حينئذ أنه لا يعرف.

والثاني: أنها تسمع ويحلف المشتري على ما يقوله، فإن نكل حلف الشفيع على علم المشتري، وحبس المشتري حتى يبين قدره.

ويحكى عن ابن سريج وغيره تفریباً على الأول أن طريق الشفيع أن يعين قدرأ، فإن ساعده المشتري فذاك، وإلا حلفه على نفيه، فإن نكل استدلل الشفيع بنكوله، وحلف على ما عينه اتفاقاً، وإن حلف المشتري زاد، وادعى ثانياً وهكذا يفعل إلى أن

ينكل المشتري، فيستدل الشفيع بنكوله، ويحلف وهذا لأن اليمين قد تستند إلى التخمين، ألا ترى أنه له أن يحلف على خطأ أبيه إذا سكنت نفسه إليه.

وقوله في الكتاب: «وحلف أنه لا يعرف وزنه» غير محتاج إليه في التصوير، فإنه لو اقتصر على أن يقول: ولو اشترى بكف من الدراهم لا يعرف وزنه فلا شفعة كان صحيحاً، وإنما يحتاج إلى الحلف إذا فرض نزاع، ثم الحلف على نفي العلم إنما يكون إذا سمع منه نفي العلم في جواب دَعْوَى الشفيع، ويجيء فيه ما سبق من الخلاف.

قال الغزالي: وَلَوْ خَرَجَ ثَمَنُ الْمَبِيعِ مُسْتَحَقًّا وَهُوَ مُعَيَّنٌ تَعَيَّنَ بَطْلَانُ (ح) الْبَيْعِ وَ الشُّفْعَةُ، وَإِنْ خَرَجَ ثَمَنُ الشُّفِيعِ مُسْتَحَقًّا لَزِمَهُ الْإِبْدَالُ وَلَمْ يَبْطُلْ مِلْكُهُ وَلَا شُفْعَتُهُ فِي أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ، وَكَذَا إِذَا خَرَجَ زُبُونًا.

قال الرافعي: إذا ظهر الاستحقاق في ثمن الشُّفْص المشفوع فإما أن يظهر في ثمن المبيع، أو في ثمن الشفيع، فإن ظهر في ثمن المبيع، نظر إن كان معيباً بان بطلان المبيع، وإذا بطل البيع سقطت الشفعة، وعلى الشفيع ردُّ الشُّفْص، إن كان قد أخذه.

وعند أبي حنيفة لا يبطل البيع إذا كان الثمن نقداً، بناء على بناء على أن النقود لا تتعين بالتعيين، وإن خرج بعضه مستحقاً بطل البيع في ذلك القدر.

وفي الباقي قولاً لا تفريق الصفقة، فإن فرقناها، واختار المشتري الإجازة، فللشفيع الأخذ، فإن اختار الفسخ، وأراد الشفيع الأخذ بالشفعة ففيه الخلاف المذكور فيما إذا أصدقها شقفاً، ثم طلقها قبل الدخول، وإن كان الثمن في الذمة أي ونقضه المشتري، ثم خرج المدفوع مستحقاً فعليه الإبدال والبيع، والشفعة بحالهما، وللبائع استرداد الشُّفْص ليحبسه إلى أن يقضي الثمن.

فأما إذا ظهر الاستحقاق في ثمن الشفيع، فإن كان جاهلاً لم يبطل حقه، وعليه الإبدال، ثم حكى الإمام وجهين في أنا نتبين بم يملك بأداء المستحق؟ ويفتقر الآن إلى تملك جديد، أو نقول: إنه ملكه، والثمن ديناً عليه، وإن كان عالماً فوجهان:

أحدهما: أن شفעתه تبطل؛ لأنه أخذ بما لا يجوز الأخذ به، فكانه ترك الشفعة مع القدرة عليها.

والثاني: لا تبطل؛ لأنه لم يقصّر في الطلب والأخذ، والشفعة لا تستحق بمال معين حتى تبطل باستحقاقه.

والأول: هو المذكور في «التهذيب».

والثاني: ظاهر كلام المُرْتَبِي، واختاره كثير من الأصحاب، ومنهم صاحب الكتاب، وهل من فرق بين أن يكون ثمن الشفيع معيناً بأن يقول: تملك الشفعة بهذه

الدنانير أو غير معين بأن يقول: تملكه بعشرة؟

فمنهم من قال: لا وقال الشيخ أبو حامد وآخرون: نعم، وموضع الوجهين ما إذا كان معيناً وخروج الدنانير نحاساً كخروجها مستحقة.

ولو خرج ثمن المبيع رديئاً، فللبائع الخيار بين أن يرضى به، وبين أن يستبدل، فإن رضي به لم يلزم المشتري الرضا بمثله، بل يأخذ من الشفيع ما اقتضاه العقد، ذكره في «التهذيب».

ولو خرج ثمن الشفيع رديئاً لم تبطل شفيعته عالمياً كان أو جاهلاً، لأن أداءه صحيح، بدليل ما إذا رضي المشتري به.

وفيه وجه: أن خروجه معيناً كخروجه مستحقاً.

وقوله: في الكتاب «لم يبطل ملكه، ولا شفيعته في أظهر الوجهين».

أطلق الكلام في المسألة إطلاقاً، ولم يفرق بين أن يكون عالمياً، أو جاهلاً لاختياره الوجه الذاهب إلى أن حقه لا يبطل وإن كان عالمياً والوجه الذي يقابله على هذا لا يرد أنه إن كان عالمياً بطل، وإن كان جاهلاً فلا يبطل لا البطلان مطلقاً، فإنه لا قائل به، والخلاف في أن ملكه هل يبطلهما الوجهان اللذان نسبناهما إلى حكاية الإمام في حالة الجهل، ويطردان في حالة العلم؟

إذا قلنا: إن حقه لا يبطل، لكنه حكم بأن الأظهر أن ملكه لا يبطل، وهو خلاف المفهوم من كلام الجمهور سيما في حالة العلم.

وقوله: «وكذا إذا خرَجَ زُيُوفاً» إن كان المراد منه النحاس المَحْضُ فهو صحيح.

وإن أراد الرديء من ذلك الجنس، فالتسوية بينه وبين ما إذا خرج مستحقاً خلاف ظاهر المذهب، وقد أجاب في «الوسيط» بأن خروج الثمن زُيُوفاً لا يبطل المَلِكُ ولا الشفعة، وهذا يقتضي إرادة المعنى الثاني، وحينئذ يختلف جوابه في الكتابين، ويكون الصحيح ما في الوسيط.

قال الغزالي: وَلَوْ بَنَى الْمُشْتَرِي فِي الشَّفْعِ الَّذِي قَاسَمَهُ وَكَيْلُ الشَّرِيكِ فِي غَيْبَتِهِ فَإِذَا حَضَرَ فَحَقُّهُ فِي الشَّفْعَةِ بَاقٍ لَهُ فَإِنَّهُ كَانَ شَرِيكاً وَلَمْ يُسْقِطْ هُوَ حَقَّ الشَّفْعَةِ وَقَدْ بَقِيَ لَهُ نَوْعُ اتِّصَالٍ وَهُوَ الْجَوَازُ، وَلَكِنْ لَا يُقْلَعُ (ح ز) بِنَاءِ الْمُشْتَرِي مَجَاناً، بَلْ يَتَخَيَّرُ بِأَنْ يَبْقَى بِأَجْرَةٍ أَوْ يَتَمَلَّكَ بَعْوِضٍ أَوْ يَنْقُضَ بِأَرْضٍ كَالْمُعِيرِ سَوَاءً، إِلَّا أَنَّهُ يُبْقَى زَرْعُهُ وَلَا يُطَالِبُهُ (و) بِالْأَجْرَةِ، وَالْمُعِيرُ لَهُ الْأَجْرَةُ لِأَنَّ الْمُشْتَرِي زَرَعَ مِلْكَ نَفْسِهِ فَكَأَنَّهُ اسْتَوْفَى مَنَفَعَتَهُ فَهُوَ كَمَا لَوْ زَرَعَ مِلْكَهُ وَبَاعَ.



قال الرافعي: إذا بنى المشتري، أو غرس، أو زرع في الشَّقْصِ المشفوع، ثم علم الشفيع، فله الأخذ بالشفعة، وقلع بنائه، وغراسه، وزرعه مجاناً لا بحق الشفعة، ولكن لأنه شريك وأحد الشريكين إذا انفرد بهذه التصرفات في الأرض المشتركة كان للآخر أن يقلع مجاناً، وإن بنى وغرس المشتري في نصيبه بعد القسمة، والتمييز، ثم قد علم الشفيع لم يكن له قلعه مجاناً، وبه قال مالك وأحمد خلافاً لأبي حنيفة لنا أنه بنى في ملكه الذي ينفذ تصرفه فيه، فلا يقلع مجاناً، وتعلق حق الشفعة به لا يمكن من القلع مجاناً لتعلق حق الرجوع بالأرض المرهونة.

وأعلم أن في في تصوير المسألة إشكالين:

أحدهما: قال المُرْزِيُّ: المقاسمة تتضمن الرضا من الشفيع وإذا رضي الشفيع بمالكية المشتري بطلت الشفعة، فكيف يفرض ثبوت الشفعة مع جريان القسمة؟

والثاني: أن القسمة تقطع الشركة، وترد العلقه بينهما إلى الجوار، وحينئذ وجب ألا تبقى الشفعة لاندفاع الضرر الذي ثبت الشفعة لدفعه، كما لا تثبت ابتداء وللجار وأجاب الأصحاب عن الأول بصور واضحة القسمة مع بقاء الشفعة في صور: منها: أن يخبر الشفيع بأن البيع جرى بألف، فيعفو أو يقاسم أرباب الشقص أو انتقل إليه بالهبة ويقاسم ويبني ثم يتبين أن البيع كان بما دون الألف، وأن الانتقال كان بالعوض، فتصح القسمة، وتثبت الشفعة.

ومنها: أن يقاسم الشفيع المشتري على ظن أنه وكيل البائع إما لإخباره عنه، أو لسبب آخر

ومنها: أن يكون للشفيع وكيل بالقسمة مع شركائه والمشتريين منهم، فيقاسم الوكيل المشتري، والشفيع غير عالم.

ومنها: أن يكون له وكيل بالقسمة، وفي أخذ الأَشْقَاصِ بالشفعة فيرى في شقص الحَظِّ في الترك، فيتركه فيقاسمه، ثم يقدم الشفيع، ويظهر له بأن الحظ في الأخذ، وكذلك ولي اليتيم.

ومنه: أن يكون الشفيع غائباً فيطالب المشتري الحاكم بالقسمة، وللإمام في إجابة القاضي إياه وقفه إذا علم ثبوت الشفعة، والمشهور الإجابة.

وأما الثاني: فأجيب عنه بأن الجوار، وإن لم يكن يكتفي به في الابتداء إلا أنه اكتفى به في الدوام عند حصول الشركة في الابتداء، ولم يخرج على الخلاف في بطلان الشفعة فيما إذا باع نصيبه جاهلاً بالشفعة لأن الجوار على حال ضرب اتصال قد يؤدي إلى التأدي بضيق المرافق، وسوء الجوار.

ولذلك اختلف العلماء في ثبوت الشفعة به .

وقوله في الكتاب: «في الشُّقْص الذي قاسمه وكيل الشريك» إشارة إلى حل الإشكال الأول، وبيان بعض طرق صحّة القسمة مع بقاء الشفعة .

وقوله: «فإنه كان شريكاً...» إلى آخره إشارة إلى حل الثاني .

إذا تقرّر ذلك، فإن اختار المشتري قَلْع البناء، أو الغراس، فله ذلك، ولا يكلف تسوية الأرض؛ لأنه كان متصرفاً في ملكه، فإن حدث في الأرض نقص، فالشفيع إما أن يأخذه على صفته، وإما أن يترك، فإن لم يختر المشتري القلع، فللشفيع الخيار بين إبقاء ملكه في الأرض بأجره، وبين تملكه بقيمته يوم الأخذ وبين أن ينقضه، ويغرم أرش النقص على الوجه الذي تقرّر في المُعِير إذا رجع، وقد بنى المستعير في الأرض، أو غرس بلا فرق، ولو كان قد زرع فيبقى زرعه إلى أن يدرك، فيحصد، وقياس التسوية في فصل البناء، وما نحن فيه، وبين العارية أن يجيء الخِلاف المذكور هناك في زرع الأرض المستعارة .

والظاهر في الموضوعين: أنه يبقى الزرع، وهل للشفيع أن يطالبه بالأجرة؟

عن صاحب «التقريب» أن له المطالبة كما أن المعير يبقى بالأجرة على الظاهر .

والمشهور: أنه لا مطالبة للشفيع بالأجرة، بخلاف المعير، فإن المستعير زرع أرض المعير، والمشتري زرع ملك نفسه، واستوفى منفعته بالزراعة، وهذا كما لو باع أرضاً مزروعة لا يطالبه المشتري بالأجرة لمدة بقاء الزرع .

وقوله في الكتاب: «ولكن لا يقلع بناء المشتري مجاناً معلّم - بالحاء - لما مرّ - وبالزاي - لأن المزني يوافق» .

وقوله: «أنه يبقى زرعه» هذا الاستثناء يتعلّق بالتسوية بين الشفيع والمعير، كأنه قال: والشفيع كالمعير إلا أنه يبقى زرع المشتري بلا أجرة والمعير يبقى بالأجرة .

واعلم أن في الصور الثلاث منها صورة بيع الأرض المزروعة، وصورة العارية وما نحن فيه وجهين في وجوب الأجرة، وقد ذكرنا الخلاف في الصورتين في موضعهما .

لكن الظاهر من الخلاف في صورة العارية وجوب الأجرة، وفي الصورتين الأخيرتين المنع للمعنى الذي يجمعهما، وهو أنه استوفى منفعة ملكه .

هذا ما ذكره عامة الأصحاب، وصاحب الكتاب ناقض في مسألة بيع الأرض المزروعة، والذي ذكره هاهنا جواب على أنه لا تجب الأجرة وذكر في اللفظ الأول من القسم الثالث من النظر الرابع من «كتاب البيع» أن الأظهر وجوبها .

فرع : ذكرنا أنه إذا زرع لزم الشفيع إبقاء الزرع، وحيثذ يجوز له تأخير الشفعة إلى الإدراك والحصاد؛ لأنه لا يتفجع به قبل ذلك ويخرج الثمن من يده.

قال الإمام: ويحتمل أنه لا يجوز له التأخير، وإن تأخرت المنفعة، كما لو بيعت الأرض في وسط الشتاء لا يؤخر الشفعة، إلى أوان الانتفاع، ولو كان في الشقص أشجار عليها ثمار لا تستحق بالشفعة، ففي جواز التأخير إلى القَطَافِ وجهان، والفرق أن الثمار لا تمنع من الانتفاع المأخوذ، بخلاف الزرع.

قال الغزالي: وَلَوْ تَصَرَّفَ الْمُشْتَرِي بِوَقْفٍ أَوْ هِبَةٍ نَقَضَ (و)، وَإِنْ كَانَ يَبِيعُ فَالشَّفِيعُ بِالْخِيَارِ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَهُ بِالْبَيْعِ الْأَوَّلِ فَيَنْقُضَهُ (و)، أَوْ بِالثَّانِي.

قال الرافعي: تصرفات المشتري في الشقص من البيع والوقف، وغيرهما صحيحة، لأنها واقعة في ملكه، وثبوت حق التملك للشفيع لا يمنع المشتري من التصرف، كما أن حق التملك للواهب بالرجوع لا يمنع تصرف المتهب، وكما أن حق التملك للزوج بالطلاق لا يمنع تصرف الزوجة.

وفي «التتمة» وجه غريب عن ابن سُرَيْجٍ أنها باطلة، لأن للشفيع حقاً لا سبيل إلى إبطاله، فأشبهه حق المرتهن.

وإذا قلنا بالشفعة، فظاهر المذهب، وهو المذكور في الكتاب، ونصه في القديم أنه ينظر إن كان التصرف مما لا تثبت فيه الشفعة كالوَقْفِ والهبة، فللشفيع نقضه، وأخذ الشقص بالشفعة، وإن كان ممّا تثبت فيه الشفعة كالبيع والإضْداقِ، فهو بالخيار بين أن ينقض تصرفه، ويأخذ الشقص بالبيع الأول، فربما يكون الثمن فيه أقل، أو من جنس هو عليه أيسر، وبين ألا ينقض تصرفه به، ويأخذ.

وعن أبي إسْحَاقَ المَرْوَزِيِّ أنه ليس تصرف المشتري بأقل من بنائه، فكما لا ينقض الشفيع بناءه لا ينبغي أن ينقض تصرفه، واختلفوا في موضع هذا الوجه:

منهم من خصصه بما تثبت فيه الشفعة من التصرفات.

أما ما لا تثبت فيه فله نقضه لتعذر الأخذ به.

ومنهم من عمم وقال: تصرفات المشتري تبطل حق الشفيع، كما يبطل تصرف المشتري المفلس في حق الفَسْخِ للبايع، وتصرف المرأة حق الرجوع إلى العين إذا طلق قبل الدخول، وتصرف المتهب رجوع الواهب.

نعم لو كان التصرف بيعاً، أو غيره مما تثبت فيه الشفعة، تجدد حق الشفعة بذلك.

وعن رواية الشيخ أبي علي عن أبي إسحاق انها لا تتجدد أيضاً، لأن تصرف المشتري إذا كان مبطلاً للشفعة لا يكون مثبتاً لها، كما إذا تحرم بالصلاة، ثم شك، فجدد نية وتكبيراً لا تتعد بها الصلاة؛ لأنه يجعل بها الحبل، فلا يحصل العقد.

ووجه ظاهر المذهب، وهو أن للشفيع نقض تصرف المشتري؛ لأن حقه ثابت بأصل العقد، فلا يتمكن المشتري من إبطاله، ولا يشبه تصرف المفلس، وتصرف المرأة في الصداق، فإن حق البائع والزوج لا يبطل بالكلية، بل ينتقل إلى الثمن، أو القيمة، والواهب رضي بسقوط حقه حيث سلمه إليه، وسلطه عليه وهاهنا يبطل حق الشفيع بالكلية، ولم يوجد منه رضا، ولا تسليم.

قال الشيخ أبو علي: ويجوز أن يبني الوجهان على القولين فيما إذا عتقت الأمة تحت عبد، وطلقها قبل أن تختار الفسخ، هل ينفذ الطلاق؟ ووجه الشبه أن الطلاق يبطل حقه في الفسخ، ولم تتسلط عليه كما ذكرنا في الشفيع وحكى القاضي أبو الطيب عن القاضي الماسرجسي أنه لا ينقض تصرف الوقف، وينقض ما عداه.

قال الغزالي: وَلَوْ تَنَزَّعَ الْمُشْتَرِي وَالشَّفِيعُ فِي الْعَفْوِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الشَّفِيعِ، فِي قَدْرِ الثَّمَنِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي، أَوْ فِي كَوْنِ الشَّفِيعِ شَرِيكاً فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي يُحْلَفُ أَنَّهُ لَا يَعْرِفُ لَهُ شَرِيكاً، فَإِنْ أَنْكَرَ الْمُشْتَرِي الشَّرَاءَ فَإِنْ كَانَ لِلشَّفِيعِ بَيِّنَةٌ أَخَذَ الشَّفِيعُ وَتَرَكَ الثَّمَنَ فِي يَدِهِ عَلَى رَأْيِ (و) إِلَى أَنْ يَقْرَأَ، أَوْ يَحْفَظُهُ الْقَاضِي فِي وَجْهِهِ، أَوْ يُجَبِّرُ الْمُشْتَرِي عَلَى قَبُولِهِ فِي وَجْهِهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ فَإِنْ أَقْرَبَ الْبَائِعُ بِالْبَيْعِ دُونَ قَبْضِ الثَّمَنِ سَلَّمَ الثَّمَنَ إِلَيْهِ وَأَخَذَ (و) بِالشَّفْعَةِ فَالْحَقُّ لَا يَغْدُوهُمَا، وَإِنْ قَالَ: قَبِضْتُ الثَّمَنَ فَيَقْرَأُ الثَّمَنَ فِي يَدِهِ أَوْ يَحْفَظُهُ الْقَاضِي، وَقِيلَ: لَا شَفْعَةَ هَهُنَا لِنَعْدِرِ الْأَخْذَ بِلَا ثَمَنِ.

قال الرافعي: غرض الفصل في الاختلاف، وفيه مسائل:

إحداها: إذا اختلف المشتري والشفيع، فقال المشتري للشفيع: عفوت عن الشفعة، أو قصرت، وسقط حقتك، وأنكر الشفيع، فالقول قوله؛ لأن الأصل بقاء حقه.

الثانية: قال المشتري: اشتريت بألف، وقال الشفيع: بل بخمسمائة، فالقول قول المشتري<sup>(١)</sup>؛ لأنه أعلم بالعقد الذي باشره من الشفيع، ولأن الأصل بقاء ملكه حتى

(١) بيمينته، وينبغي كما قال الزركشي أن محل ذلك إذ لم يدع ما يكذبه الحس كما لو ادعى أن الثمن ألف دينار وهو يساوي ديناراً، لم يصدق. قال الشيخ أبو حامد: وإنما لم يجعل القول قول الشفيع في قدر الثمن، وإن كان غارماً؛ لأن القول قول الغارم في حالة التلف؛ لأنه يغرّم ولا يملك بالغرامة مالا وليس كذلك هنا.

ينتزع بما يقرّ باستحقاق الانتزاع منه، وكذلك لو كان الثمن عرضاً، وتلف، واختلفا في قيمته، فإن نكل المشتري حلف الشفيع، وأخذ بما حلف عليه، وهذا إذا لم تكن بينة، فإن كان لأحدهما بينة قضى بها، ولا تقبل شهادة البائع للمشتري؛ لأنه يشهد لحق نفسه، وفعل نفسه.

وفيه وجه أنها تقبل؛ لأنه لا يجر إلى نفسه نفعاً بشهادته، والثمن ثابت له بإقرار المشتري، ولو شهد للشفيع، فيخرج من كلام النقلة ثلاثة أوجه:

أحدها: المنع؛ لأنه شهد على نفسه حيث يقول: بعث بكذا، وهذا ما أجاب به العراقيون.

والثاني: القبول؛ لأنه ينقض حقه، وهذا أصح عند صاحب «التهذيب».

والثالث: أنه إن شهد قبل قبض الثمن قُبِلَ شهادته؛ لأنه ينقض حقه؛ إذ لا يأخذ أكثر مما شهد به، وإن كان شهد بعده لم تُقبل؛ لأنه يجر إلى نفسه نفعاً من حيث إنه إذا قُبِلَ الثمن قُبِلَ ما يغرمه عند ظهور ذلك الاستحقاق، وإن أقام كل واحد منهما بينة على ما يقوله، فعن الشيخ أبي حامد أنّ بينة المشتري أولى، كما أن بينة الداخل أولى من بينة الخارج.

والأصح: ويحكى عن القاضي أبي حامد: أنهما يتعارضان؛ لأن النزاع ها هنا فيما وقع عليه العقد، ولا دلالة لليد عليه، وعلى هذا فالاستعمال ها هنا.

أما إن قلنا بالتساقط، فكما لو لم تكن بينة، وإن استعملناها ها هنا إما بالقرعة، وإما بالتوقف، ولو اختلف البائع والمشتري في قدر الثمن، فإن ثبت قول المشتري فذاك، وإن ثبت قول البائع بالبينة، أو باليمين المردودة، فعلى المشتري ما ادّعه البائع، يأخذ بما ادّعه المشتري لاعترافه بأن البيع جرى بذلك، والبائع ظالم بالزيادة، فتقبل شهادة الشفيع للبائع، ولا تُقبل للمشتري؛ لأنه متهم في تقليل الثمن، وإن لم تكن بينة وتحالفاً، وفسخ البيع بينهما، أو انفسخ، فإن جرى ذلك بعد ما أخذ الشفيع الشقص أقر في يده، وعلى المشتري قيمة الشقص للبائع، وإن جرى قبل الأخذ، ففي سقوط حقه الخلاف المذكور فيما إذا خرج معيياً.

فإن قلنا: لا تسقط أخذه بما حلف عليه البائع؛ لأنه اعترف باستحقاق الشفيع الأخذ بذلك الثمن، فلا يبطل حقه ببطلان حق المشتري بالتحالف، بل يأخذه منه، وتكون عهده عليه، وتكلموا في أنه لو لم يتحالف المشتري، والشفيع تحالف البائع، والمشتري، وفرقوا بينهما من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن كل واحد من البائع والمشتري يدعي شيئاً ويدعي عليه شيء، فحلف

كل واحد منهما بحيث هو مدع، وليس كذلك الشفيع والمشتري، بل الشفيع مدع محض، والمشتري مدعى عليه محض، فاخصص بالتحليف.

والثاني: أن البائع والمشتري كلاهما مباشر للعقد، والاحتمال في قولهما على السواء، وها هنا الشفيع أجنبي عن العقد، فكان تصديق المباشر أولى.

والثالث: قال أبو إسحاق: كل واحد من البائع والمشتري يرجع إلى شيء بعد التحالف، هذا إلى المبيع، وذاك إلى الثمن.

وأما الشفيع والمشتري لو تحالفا لم يرجع الشفيع إلى شيء، فلا فائدة في تحليفه.

الثالثة: لو أنكر المشتري كون الطالب شريكاً، فالقول قوله مع يمينه، وإنما يحلف على نفي العلم بشركته، لا على نفي شركته، فإن نكل حلف الطالب على البت، وأخذ بالشفعة، وكذلك الحكم لو أنكر تقدم ملك الطالب على ملكه.

الرابعة: إذا كانا شريكين في عقار فغاب أحدهما، ورأينا نصيبه في يد ثالث، فادعى الحاضر عليه أنك اشتريته، ولي فيه حق الشفعة، فلا يخلو إما أن يكون للمدعي بيينة على دعواه، أو لا يكون.

القسم الأول: أن تكون له بيينة، فيقضي بها ويأخذ بالشفعة، ثم إن اعترف المدعى عليه سلم الثمن إليه، وإلا فيترك في يد المدعي إلى أن يقر المدعى عليه، أو يأخذه عنه القاضي ويحفظه، أو يجبر على قبوله، أو الإبراء فيه ثلاثة أوجه مذكورة في «باب الإقرار» وغيره.

ولو أقام المدعي البيينة، وجاء المدعى عليه ببيينة على أنه ورثه أو اتهمه، فالبينتان متعارضتان، وإن جاء ببيينة على أن ذلك الغائب أودعه إيّاه، أو أعاره، فإن لم يكن للبينتين تاريخ للإيداع، فلا منافاة فيقضي بالشفعة؛ لأنه ربما أودعه، ثم باعه، وإن سبق تاريخ البيع فلا منافاة أيضاً لاحتمال أن البائع غصبه بعد البيع، ثم رده بلفظ الإيداع، فاعتمده الشهود.

قال الشيخ أبو حامد: ولاحتمال أنه تعذر على المشتري تسليم الثمن، فقال له البائع: أودعتك ما في يدي من هذا العقار إلى أن تسلم الثمن، نعم لو انقطع الاحتمال، بأن كان تاريخ الإيداع لاحقاً، وذكر الشهود أنه أودعه، وهو ملكه فما هنا يراجع الشريك القديم، فإن قال إنه ودعة سقط دعوى الشراء.

وإن قال: لا حق لي فيه قضى له بالشفعة.

والقسم الثاني: ألا تكون له بيينة، فللمدعى عليه في الجواب أحوال:

أحدها: أن يقر بأنه كان لذلك الغائب، فاشتراه منه كما ادعى المدعي، فهل للمدعي أخذه؟. فيه وجهان عن ابن سُرَيْجٍ.

أحدهما: لا؛ لأنه اعترف بسبق ملك الغائب، ثم ادعى انتقاله إليه، فلا يقبل قوله في الانتقال، فعلى هذا يوقف الأمر حتى يكتب، ويبحث هل هو مقر بالبيع؟.

والثاني: وهو الأظهر: نعم لتقارهما على البيع، ويكتب القاضي في السجل أنه أثبت الشفعة بإقرارهما، فإذا قَدِمَ الغائب، فهو على حجته.

الثانية: أن ينكر أصل الشراء، فالقول قوله مع يمينه، ثم ينظر إن اقتصر في الجواب على أنه لا يستحق أخذه بالشفعة أو أنه لا يلزمه تسليمه إليه حلف كذلك، ولم يلزمه التعرُّض لنفي الشراء، وإن قال في الجواب: لم أشتريه، بل ورثته، أو اتهبته، فيحلف كذلك، أم يكفيه الحلف على أنه لا يستحق الشفعة؟.

فيه وجهان كما ذكرنا في دَعْوَى عَيْب المبيع.

وإن نكل المدعى عليه حلف الطالب، واستحق الشُّفْص، وفي الثمن ما تقدم من الوجوه.

هذا إذا أنكر المشتري، والشريك القديم غير معترف بالبيع، فإن كان معترفاً، والشُّفْص في يده، نظر إن لم يعترف بقبض الثمن، ففي الشفعة وجهان:

أصحهما: ثبوتها، وبه قال أَبُو حَنِيفَةَ وَأَحْمَدُ والمُزْنِي؛ لأن إقراره يتضمن إثبات حق المشتري، وحق الشفيع، فلا يبطل حق الشفيع بإنكار المشتري.

والثاني: وبه قال مَالِكٌ: أنها لا تثبت؛ لأن الشفيع يملك على المشتري، وهو منكر، فلا يثبت ما يتفرع عليه، ويروى هذا عن ابن سُرَيْجٍ.

فإن قلنا بالثبوت فإلى من يسلم الثمن؟

فيه وجهان:

أظهرهما: وهو المذكور في الكتاب إلى البائع، وتكون عهده عليه؛ لأنه يتلقى الملك منه، فكان الشفيع في هذه الصورة هو المشتري.

والثاني: أنه ينصب القاضي أميناً يقبض الثمن من الشفيع للمشتري، ويدفعه إلى البائع، ويقبض الشُّفْص من البائع للمشتري، ويدفعه إلى الشفيع، وهذا يستمد من أحد الوجهين في أن الأخذ بالشفعة هل يتوقف على قبض المشتري الشُّفْص؟ وإذا أخذ البائع ثمن الشفيع فهل له مخاصمة المشتري، ومطالبته بالثمن؟.

فيه وجهان؛ لأنه قد يكون ماله أبعد من الشبهة، والرجوع بالدرك عليه أسهل.

إن قلنا: نعم، وحلف المشتري، فلا شيء عليه، وإن نكل حلف البائع، وأخذ الثمن من المشتري، وكانت عهده عليه، وما أخذه من الشفع يترك في يده، أم يؤخذ ويوقف؟ فيه وجهان، هكذا أورده صاحب «التهديب».

وفي «الشامل» أن الوجهين في أنه هل يطالب المشتري فيما إذا لم يرض بأخذ الثمن من الشفع، فإن رضي فليقنع بما أخذ، وهذا أحسن.

وإن اعترف مع البيع بقبض الثمن.

فإن قلنا: لا شفعة فيما إذا لم يعترف بالقبض فيها هنا أولى.

وإن اثبتنا الشفعة هناك، ففي هذه الصورة وجهان:

أظهرهما: الثبوت، ثم الثمن يترك في يد الشفع، أو يأخذه القاضي، ويحفظه، أو يجبر المشتري على قبوله أو الإبراء منه؟ فيه الأوجه السابقة.

والثاني: ويحكى عن أبي إسحاق وابن أبي هريرة: أنها لا تثبت؛ لأن الشفع لا يأخذ إلا بالثمن، ولا يمكن صرف الثمن ها هنا إلى المشتري، ولا إلى البائع.

الثالثة: أن يقول في الجواب: اشترته لفلان، ولا خصومة لك معي، فينظر في المضاف إليه أهو حاضر، أو غائب بالغ، أو صبي ويكون الحكم فيه على ما سيأتي في سائر الدعاوي<sup>(١)</sup>.

وقوله في الكتاب: «سلم الثمن إليه وأخذ» كلاهما معلم - بالواو - لما ذكرنا من الخلاف في الأخذ بالشفعة، وفيمن يسلم إليه الثمن على تقدير الأخذ.

وقوله: «فيقرر الثمن في يده، أو يحفظه القاضي» - إشارة إلى الخلاف الذي ذكره مرة، وترك الوجه الثالث اكتفاء بما سبق في نظير المسألة، والله اعلم.

قال الغزالي: الطَّرْفُ الثَّلَاثُ فِي تَرَاحُمِ الشُّرَكَاءِ، فَإِنْ تَوَافَقُوا فِي الطَّلَبِ وَتَسَاوَتْ حِصَصُهُمْ وَرُزِعَ عَلَيْهِمُ بِالسُّوِيَّةِ، وَإِنْ تَفَاوَتْ حِصَصُهُمْ فَقَوْلَانِ فِي أَنَّهُ يُوزَعُ عَلَى قَدْرِ الْحِصَصِ (ح و) أَوْ عَلَى عَدَدِ الرُّؤْسِ، وَالْجَدِيدُ عَلَى أَنَّهُ عَلَى قَدْرِ الْحِصَصِ، وَلَوْ بَاعَ أَحَدُ الشُّرَيْكَيْنِ نَصِيبَهُ مِنْ شَخْصَيْنِ فِي صَفَقَتَيْنِ مُتَعَاقِبَتَيْنِ فَالْمُشْتَرِي الْأَوَّلُ هَلْ يُشَارِكُ

(١) قال الزركشي: وقضيته أن يأتي هنا جميع ما هناك وليس كذلك، بل المعتمد ما قاله أبو الفرج الزاز والمتولي من أن المقر له إن كان حاضراً، فإن وافق على ذلك انتقلت الخصومة إليه، وإن أنكر أخذ الشفع الشقص بلا ثمن، وكذا يأخذ إن كان المقر له غائباً أو مجهولاً لئلا يؤدي إلى سد باب الشفعة، وإن كان طفلاً معيناً، فإن كان عليه للمقر ولاية، فكذلك وإلا انقطعت الخصومة عنه.



الشَّرِيكَ الْقَدِيمَ فِي أَخْذِ مَظْمُونِ الصَّفَقَةِ الثَّانِيَةِ وَمَلَكُهُ فِي نَفْسِهِ مَعْرُضٌ لِلتَّقْضِ ثَلَاثَةَ أَوْجِهِ: يَفْرَقُ فِي الثَّلَاثِ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ الْقَدِيمُ نَصِيبَهُ فَلَا يَسَاهِمَهُ (ح) أَوْ يَغْفُو عَنْ صَفَقَتِهِ فَيَسْتَقِرَّ شَرِكَتَهُ فَيَسَاهِمَ فِيهِ.

قال الرافعي: الكلام في هذا الطرف ينحصر في ثلاثة أمور:

الأول: أن يتفق الشركاء على الطلب.

والثاني: أن يطلب بعضهم ويعفو بعضهم.

والثالث: أن يحضر بعضهم، ويغيب بعضهم، وسبيل ضبطها إما أن يكون كلهم حضوراً أولاً يكون كذلك.

إن كان الأول فإما أن يتفقوا على الطلب، وهو الأمر الأول، أو على الترك وشأنه حين، أو يطلب بعضهم، ويترك البعض، وهو الثاني.

وإن كان الثاني، فأما إن كانوا غائبين جميعاً، وهو متروك لوضوحه، أو كان بعضهم غائباً والبعض حاضراً وهو الثالث.

أما الأول فتقدم عليه أن تعدد المستحقين للشفعة قد يكون ابتداءً، بأن كانت الدار مشتركة بين جماعة، فباع أحدهم نصيبه، فتثبت الشفعة للباقيين، وقد يحصل في الدوام بأن يكون الاستحقاق لواحد، فمات، تثبت الشفعة لورثته.

وعند أبي حنيفة وأحمد حق الشفعة لا يورث.

لنا قوله صلى الله عليه وسلم: مَنْ تَرَكَ حَقًّا فَهُوَ لَوَرَثَتِهِ<sup>(١)</sup> وأنه حق لازم مالي، فأشبه الرد بالعيب. إذا تقرر ذلك، ففي الفصل مسألتان:

إحدهما: أن المستحقين للشفعة إذا تساوت حصصهم، كدار بين ثلاثة أثلاثاً فيأخذون الشَّفَصَ بالسوية، وإن تفاوتت حصصهم، كما إذا كان لأحد الثلاثة نصفها، وللثاني ثلثها، وللثالث سدسها، فباع صاحب النصف نصيبه فقولان:

أصحهما: وبه قال مالك: أن الشفعة على قدر الحصص، فيقسم النصف بينهما أثلاثاً؛ لأن الشفعة من مرافق الملك، فيقدر بقدر الملك، ككسب العبد المشترك، والتَّاجِ، والثمار.

والثاني: وبه قال أبو حنيفة، واختاره المُرْزِيُّ: أنها على عدد الرؤوس، فيقسم النصف بينهما بالسوية؛ لأن سبب ثبوت الشفعة أصل الشركة ألا ترى أن الشريك الواحد

(١) تقدم في الضمان.

يأخذ الكل في نصيبه أو أكثر، وهما في أصل الشركة سواء فأشبه أجره السكّاك.

وعن أحمد روايتان كالقولين. واحتج المُرْزِيُّ للقول الثاني بثلاث مسائل:

إحداها: أنه إذا اشترك ثلاثة في عبد على التفاوت، فأعتق اثنان نصيبهما، وهما مُوسِرَانِ يغرمان نصيب الثالث بالسُّوِيَّة.

والثانية: لو مات مَالِكُ الدار عن اثنين، ثم مات أحدهما، وله اثنان، ثم باع أحد الاثنين نصيبه سَوَى الشافعي بين الأخ والعم في الشفعة مع تفاوت حصصهم.

والثالثة: قال الشافعي: فيما إذا مات الشفيع قيل أن يأخذ فلورثته الشفيع أن يأخذوا وما كان يأخذه أبوهم بينهم على العدد، وامرأته وابنه في ذلك سواء.

والجواب:

أما مسألة العتق، فمن الأصحاب مَنْ لم يسلمها وجعلها على القولين. ومنهم من سلم، وفرق بأن ذلك ضمان إتلاف، والنظر فيه إلى المتلفين، لا إلى حال الإتلاف، وهذا فائدة من فوائد الملك، فيتقدر بقدره.

وأما المسألتان الأخيرتان، فهما من باب الشفعة، فنشرحهما، ثم نذكر اعتذار من نصر القول الأول.

أما الأولى، فللشافعي فيها قولان:

القديم وبه قال مَالِكُ أن الأخ يختص بالشفعة؛ لأن ملكه أقرب إلى ملك الأخ؛ لأنهما ملكاً بسبب واحد، ولهذا لو ظهر دَيْنٌ على أبيهما يباع فيه ملكهما، دون ملك العم، وإذا كان أقرب ملكاً كان أحق بالشفعة، كالشريك مع الجار.

وأصحهما: وبه قال أبو حنيفة وأحمد والمُرْزِيُّ: أنهما يشتركان في الشفعة؛ لاشتراكهما في الملك، والنظر في الشفعة إلى ملك الشريك، لا إلى سبب ملكه؛ لأن الضرر المحوج إلى إثبات الشفعة لا يختلف، فعلى هذا يوزع على الأخ والعم بالسوية أم على قدر الحصص فيه القولان، وقال الإمام قضية المذهب القطع بالتوزيع عليهما على قدر الحصص لأن القول باستحقاقهما هو الجديد، ولا تردد على الجديد في أن الشفعة على قَدْرِ الحصص، والتوزيع على الرؤوس هو القول القديم. وفي القديم لا شفعة للعم في المسألة، وفي هذا الذي ذكره نزاعٌ سنورده من بعد.

وإذا قلنا باختصاص الأخ بالشفعة، فلو أنه عفا، هل تثبت للعم؟ فيه وجهان عن ابن سُرَيْج:

أحدهما: لا؛ لأنه لو كان مستحقاً لتقدم غيره عليه.

والثاني: نعم لأنه شريك، وإنما يقدم الأخ عليه لزيادة قربه فإذا سقط حقه استحق العم، كما أن المرتهن يتقدم على سائر الغرماء في المرهون، ثم إذا سقط حقه تمسك به الباقرن، وهذا الخلاف راجع إلى أن العم على القول القديم ساقط عن الاستحقاق، أو مزحوم بالأخ، والقولان في مسألة الأخ والعم جاريان في كل صورة ملك شريكاً بسبب واحد، وغيرهما من الشركاء بسبب آخر، فباع أحد المالكين بالسبب الواحد نصيبه، ففي قول: الشفعة لصاحبه خاصة.

وفي قول: للكل

مثاله: كان بين اثنين دار، فباع أحدهما نصيبه من رجلين أو وهبه، ثم باع أحدهما نصيبه، أو مات مالك الدار عن ابنين وأختين، فباعت إحدى الأختين نصيبها، ففي من له الشفعة وجهان عن ابنِ سُرَيْجِ.

أحدهما: أنه على القولين، ففي قول: هي للأخت الأخرى، وفي قول: لهن جميعاً.

وأظهرهما: القطع باستحقاقهن جميعاً؛ لأن سبب ملكهن واحد، وإنما الاختلاف في مقادير المِلْكِ.

وأما الثانية: فإذا مات الشفيع عن ابنٍ وزوجة ورثا حق الشفعة، كما تقدم، وفي كيفيته ثلاث طرق:

أحدها: أن في كون الشفعة بينهما على الرؤوس، أو على قَدْر الموارث القولين: أظهرهما: وبه قال صاحب «الإفصاح» والشيخ أبو حامد: القطع بأنهما يأخذان على قدر الميراث، والطريقان مبنيان على خلاف الأصحاب في أن ورثة الشفيع يأخذون لأنفسهم، أو للموروث، ثم يتلقون منه فإن قلنا: يأخذون لأنفسهم عاد القولان في المسألة.

وإن قلنا: يأخذون للميت، قطعنا بأنهما يأخذان على قدر الميراث، والثاني يوجه بأنهم لو أخذوا لأنفسهم لأخذوا بالملك، وإنما يحصل ملكهم بالإرث، وهو متأخر عن الشراء، والملك التأخر لا يفيد ولاية الشفعة.

والطريق الثالث: القطع بالتسوية؛ لأن المورث من الشفيع حق تملك الشقص لا الشقص، ومجرد الحق قد يسوى فيه بين الورثة، كحد القَدْف، هكذا حكاه، ووجهه الشيخ أبو الفَرَجِ السَّرْحَسِيُّ، وإذا عرفت المسألتين، فمن نصر قول التوزيع على الحِصص قال في المسألة الأولى:

إن قلنا بطريق القولين، فلا فرق، ولا احتجاج.

وعلى ما ذكره الإمام الحكم في المسألة غير ما احتج به جزءاً، فلا يصح الاحتجاج به أصلاً، ولكن الذي ذكره مبني على أن الجديد هو التوزيع على الحصص.

والأكثر عكسوا ذلك، وقالوا: القولان معاً منصوبان في «الأم»، والقديم منهما هو التوزيع على الحصص، ولذلك اعترضوا على ابنِ القَاصِّ، ومن أثبت قول التوزيع في المسألة تفريعاً على ثبوت الشفعة للأخ والعم جميعاً بأن الشفعة إنما ثبتت لهما في الجديد.

وفي الجديد التوزيع على عدد الرؤوس فلا يجيء فيهما إلا قولان: التخصيص بالأخ، والتسوية بينهما، ذكر هذا الاعتراض القائل في كثير من الأئمة.

وأما المسألة الثانية: فمن قال فيها بالقولين، قال: الذي ذكرناه أحد القولين، وسقط الآخر، ومن قطع فيهما بالتفاوت اختلفوا، فمنهم من لم يثبت ما نقله المُرَبِّي.

ومنهم من حمّله على التسوية في أصل الاستحقاق دون المقدار المستحق.

وقوله في الكتاب: «والجديد على أنه على قدر الحصص معلّم - بالحاء والزاي - وجعل هذا القول جديداً اتباعاً لما ذكره الإمام، وفيه ما ذكرنا عن الأولين، وكأنهم لما رأوا القولين منصوصين في الجديد، وأحدهما وهو التوزيع على الحصص منصوصاً في القديم، رأوا اسم الجديد مما يقابل القديم أحق فخصصوه به.

المسألة الثانية: دار بين اثنين مناصفة باع أحدهما نصف نصيبه من إنسان، ثم باع النصف الثاني من آخر، فالشفعة في النصف الأول تختص بالشريك القديم، ولا يخلو الحال إما أن يعفو عنه، أو يأخذه، إن عفا فهل يشاركه المشتري الأول في النصف الثاني؟.

فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن الشريك القديم مسلط على ملكه، فكيف يزاحمه به.

وأصحهما: نعم؛ لأن ملكه قد سبق الصفقة الثانية، واستقر بعفو الشريك القديم، فيستحق به. وقطع قاطعون بهذا الوجه. إذا قلنا به فيأخذان بالسوية، أم بحسب الحصتين؟. فيه القولان السابقان.

وإن أخذ الشريك القديم النصف الأول، ففي مشاركة الأول إياه في النصف الثاني وجهان، أيضاً قربوهما من الخلاف فيما إذا باع الشفيع ملكه، وهو جاهل بالشفعة، هل يبقى له الحق؛ لأنه زال ملكه ها هنا بالقهر، كما زال هناك بالجهل.

والأصح: أنه لا يشاركه، وقطع به بعضهم.

وإذا اختصرت قلت في المسألة ثلاثة أوجه، كما ذكر في الكتاب:  
أحدها: أن الشريك القديم، والمشتري الأول يتساويان في النصف الثاني بكل  
حال.

والثاني: يختص به الشريك القديم بكل حال.

والثالث: يفرق بين أن يعفو عن النصف الأول، أو لا يعفو، وهو الظاهر،  
والمحكي عن أبي حنيفة في المسألة يوافق الوجه الأول.

قال الغزالي: وَإِنْ عَفَا أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ وَجَبَ عَلَى الثَّانِي أَنْ يَأْخُذَ الْكُلَّ (و) لِأَنَّ  
أَخْذَ الْبَعْضِ إِضْرَارٌ بِالْمُشْتَرِي، وَإِنْ عَفَا شَرِيكَ وَاحِدٌ عَنِ بَعْضِ حَقِّهِ سَقَطَ (و) كُلُّهُ،  
كَالْعَفْوِ عَنِ الْقَصَاصِ فَإِنَّهُ لَا يَتَجَرَّأُ نَظْرًا لِلْمُشْتَرِي، وَإِنْ كَانُوا ثَلَاثَةً وَلَمْ يَخْضُرْ إِلَّا وَاحِدٌ  
أَخَذَ الْكُلَّ وَسَلَّمَ كُلَّ الثَّمَنِ حَذْرًا مِنَ التَّبَعِيضِ، فَإِذَا رَجَعَ الثَّانِي شَاطِرُهُ وَمَلَكَ عَلَيْهِ مِنْ  
وَقْتِ تَسْلِيمِ نِصْفِ الثَّمَنِ إِلَيْهِ وَعَهْدَتِهِ، وَإِذَا جَاءَ الثَّلَاثُ قَاسَمَهُمَا جَمِيعًا.

قال الرافعي: الأمر الثاني: أن يطلب بعض الشركاء، ويعفو بعضهم، وابتدىء فيه  
بما إذا كانت الشفعة لواحد، فعفا عن بعض حقه.

وفيه وجوه:

أصحها: وهو المذكور في الكتاب: أنه يسقط جميعه؛ لأن التبعض لا سبيل إليه،  
لما فيه من الإضرار بالمشتري، فإذا سقط بعضه سقط كله، كالقصاص إذا عفا المستحق  
عن بعضه.

والثاني: لا يسقط شيء؛ لأن التبعض قد تعذر، وليست الشفعة مما يسقط  
بالشبهات، فيغلب فيها جانب الثبوت، وأيضاً فإنه لم يرض بترك حقه، وإنما عفا عن  
البعض ليأخذ الباقي، فصار كما لو عفا عن بعض حد القذف.

والثالث: أنه يسقط ما عفا عنه، ويبقى الباقي؛ لأنه حق مالي قابل للانقسام.

وعن الصيّدلاني أن موضع هذا الوجه ما إذا رضي المشتري بتبعض الصفقة عليه،  
فإن أبي وقال: خذ الكل، أو دَعِ الكل، فله ذلك.

قال الإمام: وهذه الوجوه إذا لم نحكم بأن الشفعة على الفور، فإن حكمنا به  
فطريقان.

منهم: من قطع بأن العفو عن البعض تأخير في طلب الباقي.

ومنهم: من احتمل ذلك إذا بادر إلى طلب الباقي، وأجرى الوجوه ما يؤيد الأول

أن صاحب «الشامل» ذكر أنه لو استحق شِقْصاً بالشفعة، فجاء، وقال: آخذ نصفه سقطت شفته في الكل؛ لأنه ترك طلب النصف.

إذا تقرر ذلك، فلو استحق الشفعة اثنان، فعفا أحدهما عن حقه، ففيه أربعة أوجه:

أحدها: ويحكى عن ابنِ سُرَيْجٍ: أنه يسقط حقهما جميعاً، كما لو استحق اثنان القصاص، فعفا أحدهما.

والثاني: لا يسقط حق واحد منهما كما ذكرنا في الصورة الأولى؛ لأنه لا يسقط شيء، فغلبنا جانب الثبوت.

والثالث: أنه يسقط حق العافي، وليس لصاحبه إلا أن يأخذ قسطه؛ لأن العفو يقتضي استقرار العفو عنه على المشتري، كما لو عفوا جميعاً، وليس للمشتري أن يلزمه أخذ الجميع.

والرابع وهو الأصح: أن حق العافي يسقط، ويثبت الحق بكامله للثاني فإن شاء ترك الكل، وإن شاء أخذ الكل، وليس له أن يقتصر على أخذ حصته لولا العفو؟ لما فيه من تبعيض الصفقة على المشتري، هذا هو الوجه المذكور في الكتاب.

وقوله: «وجب على الثاني أن يأخذ الكل» أراد به أنه إن أخذ الكل لا الحصه إلا أنه يلزمه الأخذ، هذا إذا ثبتت الشفعة لعدد ابتداء.

أما إذا ثبت لواحد، ومات، وورثه اثنان، فعفا أحدهما، فهو كما لو ثبتت الشفعة لواحد، فعفا عن بعضها، أو ثبتت لاثنتين، فعفا أحدهما فيه وجهان:

أظهرهما: الثاني قال الإمام: والخلاف بناءً على ما سبق أن الوارث يأخذ الشفعة لنفسه، أو يتلقاها عن المورث.

واعلم أن الوجوه المذكورة شاملة لعفو الشفيع عن بعض حقه وليعفو أحد الشفيعين عن حقه إلا الوجه الصائر إلى استقرار العفو عنه على المشتري، فإنهم لم يذكروه في عفو الشفيع عن بعض حقه، فبه يحصل الافتراق، وأيضاً يفترقان في الأصح.

ولو كان للشقص شفيعان، فمات كل واحد منهما عن ابنين، فعفا أحدهما.

فإن قلنا: عفو الوارث كعفو الشفيع عن بعض حقه، ففي وجه يسقط الكل وفي وجه كما كان، وقياس الوجه الثالث في عفو الشفيع عن بعض حقه أن يسقط حق العافي وأخيه، ويأخذ الآخران.

وإن قلنا: كعفو أحد شفيعي الأصل عاد الوجه الأول والثاني.

وفيه وجه ثالث: وهو أنه ينتقل حق العافي إلى الثلاثة، فيأخذون الشَّفَصَ أثلاثاً. ووجه رابع: وهو أن حق العافي يستقر للمشتري، وكل واحد من الثلاثة يأخذ الرُّبْعَ. ويجيء في هذه الصورة وجه خامس: وهو أن حق العافي ينتقل إلى أخيه خاصة، بناءً على القول القديم في مسألة الأخ والعم.

### فرع

مات الشفيع عن اثنين، وادعى المشتري عليهما أنهما عفا، فالقول قولهما مع اليمين، وتكون اليمين على البتِّ، بخلاف ما إذا ادعى أن أباهما عفا عن الشفعة، فأنكرا، فإنهما يحلفان على نفي العلم، ثم إن حلفا أخذاً، وإن نكلا حلف المشتري، ويطل حقهما، وإن حلف أحدهما دون الآخر.

قال ابنُ الحَدَّاد: ليس للمشتري أن يحلف؛ لأنه لا يستفيد بيمينه شيئاً، فإنه وإن ثبت عفو أحدهما ينتقل الحق إلى الثاني، وهذا جواب على أنه إذا عفا أحد الشريكين كان للآخر أن يأخذ الكل، وهو الأصح.

أما إذا قلنا: إن حق العافي يستقر على المشتري فيحلف المشتري ليستقر له نصيب التَّكَلِّ، ثم الوارث الحالف لا يستحق الكل بنكول أخيه، ولكن ينظر إن صدق أخاه على أنه لم يَغْفُ فالشفعة بينهما، وإن ادعى عليه العفو، وأنكر الناكل عرضت عليه اليمين لدعوى أخيه ولا يمنعه من الحلف نكوله في الجواب للمشتري فإن حلف فالشفعة بينهما وإن نكل في جوابه أيضاً حلف المدعي على أنه عفا، وحينئذ يأخذ الكل. قال: وإن كانوا ثلاثة ولم يحضر إلا واحد أخذ الكل، وسلم كل الثمن حذاراً من التبعض، فإذا رجع الثاني شاطره، وملك عليه من وقت تسليم النصف من الثمن إليه، وعهدته عليه، فإذا جاء الثالث قاسمهما جميعاً.

الأمر الثالث: أن يحضر بعض الشركاء دون بعض، فإذا كانت الدار لأربعة بالسوية، فباع أحدهم نصيبه، وثبت الشفعة للباقيين، ولم يحضر إلا واحد، فليس له أخذ حصته من الشقص؛ لأنه ربما لا يأخذ الغائبان، فتتفرق الصفقة على المشتري، ولا يكلف الصير إلى أن يحضرا، ولكنه يخير بين أن يأخذ الكل، أو يترك الكل، وهل له تأخير الأخذ إلى حضور الشريكين إذا جعلنا الشفعة على الفور؟.

أحدهما، وبه قال ابنُ أبي هُرَيْرَةَ: لا تتمكن من الأخذ.

وأصحهما: عند الشيخ أبي حَامِدٍ، ويحكى عن ابنِ سُرَيْجٍ وأبي إسحاق: نعم؛ لأنه تأخير بالعدر؛ لأن له عوضاً ظاهراً ألا يؤخذ منه، وإذا أخذ الكل، ثم حضر بعض

الغائبين أخذ منه النصف بنصف الثمن، كما لو لم يكن إلا شفيعان، فإذا حضر الثالث، فله أن يأخذ من كل واحد منهما ثلث ما في يده، وحينئذ يحصل الاستواء، ويستقر ملكهم، ثم للمسألة فروع:

منهما: إذا خرج الشقص مستحقاً بعد الترتيب المفروض، ففي العهدة وجهان:  
أحدهما: أن عهدة الثلاثة على المشتري لاستحقاقهم الشفعة عليه.

والثاني أن رجوع الأول على المشتري يسترد منه كل الثمن، ورجوع الثاني على الأول يسترد منه النصف، ورجوع الثالث على الأولين يسترد من كل واحد منهما ما دفع إليه؟ لأن التملك، وتسليم الثمن هكذا وقع فيما بينهم، وهذا أظهر، وهو المذكور في الكتاب. والعراقيون يرجحون الأول.

وفي «التتمة» أن هذا الخلاف في الرجوع بالمغروم من أجرة المثل، وما عساه ينقص من قيمة الشقص، فأما الثمن فكل منهم يسترد ما سلمه ممن سلمه إليه بلا خلاف. ولو أخذ الحاضر جميع الشقص، ثم وجد به عيباً، فردّه، فقدم الثاني وهو في يد المشتري، فله أخذ الكل.

ومنهما: ما يستوفيه الأول من المنافع، ويحصل له من الأجرة، والثمن يسلم له، فلا يزاحمه فيها الثاني والثالث على أصح الوجهين، وكذا الثالث لا يزاحم الثاني فيما حصل له بعد المشاطرة، كما أن الشفيح لا يزاحم المشتري فيها، ويقرب من هذين الوجهين الخلاف فيما إذا أخذ الأول كل الشقص وأفرزه بأن أتى الحاكم، فنصب قِيماً في مال الغائبين، فاقسما، وبنى فيه أو غرس، ثم رجع الغائبان هل لهما القلع؟

وأصح الوجهين: أنهما لا يقلعان، كما أن الشفيح لا يقلع بناء المشتري، وغراسه مجاناً، وفي الثاني لهما القلع؛ لأنهما يستحقان مثل استحقاق الأول، وبذلك السبب، فليس له التصرف حتى يظهر حالهما، بخلاف الشفيح مع المشتري، ولو كان اثنان حاضرين، فأخذ الشقص، واقسما مع القِيم في مال الغائب، ثم قدم الغائب، فله الأخذ وإبطال القسمة، وإن عفا استمرت القسمة.

منهما: لو أخذ الأول والثاني كما صورنا ثم حضر الثالث، وأراد أن يأخذ من أحدهم ثلث ما في يده، ولا يأخذ من الثاني شيئاً، فله ذلك، كما يجوز للشفيح أن يأخذ نصيب أحد المشتريين دون الثاني.

ومنهما: لو أخذ الأول الكل، وقدم الثاني، وأراد أن يأخذ الثلث بلا مزيد هل له ذلك؟

فيه وجهان:



أحدهما: لا يجوز له ذلك، كما لا يجوز للأول إن اقتصر على أخذ الثلث.

وأظهرهما: نعم؛ لأن أخذه الثلث لا يفرق الحق على الأول؛ إذ الحق ثبت لهم أثلاثاً، وبأخذ الأول الثلث تفرق الصفقة على المشتري، فإن أخذ الثلث تفرقاً على هذا الوجه، أو أخذه بالتراضي، ثم قدم الثالث، نظر إن أخذ من الأول نصف ما في يده، ولم يتعرض للثاني، فلا كلام قاله في «التتمة».

وإن أراد أن يأخذ من الثاني ثلث ما في يده، فله ذلك؛ لأنه يقول: ما من جزء الأولى ثلثه، وإن ترك الثاني حقه حيث لم يشاطر الأول، فلا يلزمي أن أترك حقي، ثم له أن يجيء إلى الأول، فيقول: ضُمَّ ما معك إلى ما أخذته لنقسمة نصفين لأنا متساويا القدر والشقص، والحالة هذه إنما تصحُ قسمته من ثمانية عشر؛ لأنا نحتاج إلى عدد له ثلث، وثلثه وثلث، أقله تسعة يحصل منها ثلاثة في يد الثاني، وستة في يد الأول، ثم ينتزع الثالث من يد الثاني واحداً ويضمه إلى الستة في يد الأول تكون سبعة يقتسمانها بينهما، وسبعة لا تنقسم على اثنين، فتضرب اثنين في تسعة تبلغ ثمانية عشرة، وكان في يد الثاني من التسعة بعد انتزاع الثالث منه ما انتزع اثنان، نضربهما في المضروب في المسألة يكون له أربعة، فهي حصته تبقى أربعة عشر، يأخذ كل واحد من الأول والثالث منهما سبعة، فإذا كان ربع الدار ثمانية عشر كانت جملتها اثنين وسبعين، هذا ما ذكره الأكثرون، ونقلوه عن ابن سُرَيْج.

وحكى الإمام عن القاضي حسين أنه لما ترك الثاني سدساً على الأول كان عافياً عن بعض الحق والشفيع إذا عفا عن بعض حقه يبطل جميعه على الظاهر كما سبق، فينبغي أن يسقط حق الثاني بالكلية، ويكون الشقص بين الأول والثالث.

ومنها: قال ابنُ الصَّبَّاح: لو حضر اثنان، وأخذوا الشقص، ثم حضر الثالث وأحدهما غائب، فإن قضى له القاضي على الغائب أخذ من كل واحد من الحاضر والغائب ثلث ما في يده وإلاً فوجهان أحدهما: أنه يأخذ من الحاضر ثلث ما في يده لأنه الذي يستحقه منه، والثاني يأخذ نصف ما في يده؛ لأنه إذا غاب أحدهما، فكان الحاضرين هما الشفيعان، فيسوى بينهما، ثم لو حضر الغائب، وقد غاب الحاضر، فإن كان الثالث قد أخذ من الحاضر ثلث ما في يده أخذ من هذا الذي قدم ثلث ما في يده أيضاً، وإن كان قد أخذ نصف ما في يده أخذ من القادم سدس ما في يده، ويتم نصيبه بذلك الشقص، والمسألة تنقسم من اثني عشر للحاجة إلى عدد له نصف ولنصفه ثلث وسدس، وإذا كان الربع اثني عشر فالكل ثمانية وأربعون.

ومنها ثبتت الشفعة لحاضر وغائب، فعفا الحاضر، ثم مات الغائب، وورثه الحاضر له أخذ الشقص بالشفعة، وإن عفا أولاً لأنه الآن يأخذ بحق الإرث، وهذا

جواب على أصح الأوجه في عفو أحد الشريكين، وهو أن للأخر أخذ الكل، وساعده التفرغ على أن العفو من بعض الشركاء لا يصح.

أما إذا قلنا: إن نصيب العافي يستقر على المشتري، فلا يأخذ الحاضر بحق الإرث إلا النصف.

وإن قلنا: إن عفو أحدهما يسقط حق الآخر أيضاً لم يأخذ شيئاً.

قال الغزالي: وَمَهْمَا تَعَدَّدَ الْبَائِعُ أَوْ الْمُشْتَرِي جَازَ أَخْذُ مَضْمُونِ إِحْدَى الصَّفَقَتَيْنِ، وَإِنْ اشْتَرَى فِي صَفَقَةٍ وَاحِدَةٍ شِفْصَيْنِ فِي دَارَيْنِ شَرِيكُهُمَا وَاحِدٌ فَبِي جَوَازِ أَخْذِ أَحَدِهِمَا وَجِهَانِ.

قال الراجعي: أصل الفصل أنه ليس للشفيع تفرق الصفقة على المشتري على ما مرَّ أثناء الكلام، ولو اشترى اثنان شقّصاً من واحد، فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما خاصة؛ لأنه لا يفرق على واحد منهما ملكه. وعن أبي حنيفة لا يجوز إن كان ذلك قبل القبض، وإن تعدد البائع بأن باع اثنان من شركاء الدار شقّصاً من واحد فوجهان:

أحدهما: أنه لا يجوز أخذ حصّة أحد الباعين؛ لأن المشتري ملك الكل بصفقة واحدة، فلا يفرق ملكه عليه، وبهذا قال مالك.

وأصحهما: ويحكى عن نَصِّهِ فِي الْقَدِيمِ، وَبِهِ أَجَابَ الْمُزْنِيُّ أَنَّهُ يَجُوزُ؛ لِأَنَّ تَعَدُّدَ الْبَائِعِ يَجُوبُ تَعَدُّدَ الْعَقْدِ، كَتَعَدُّدِ الْمُشْتَرِي، فَصَارَ كَمَا لَوْ مَلَكَ بَعْدَيْنِ، وَلَوْ بَاعَ اثْنَانِ مِنْ شُرَكَاءِ الدَّارِ نَصِيْبَهُمَا بِعَقْدٍ وَاحِدٍ مِنْ رَجُلَيْنِ، وَالصَّفَقَةُ نَازِلَةٌ مَنزِلَةً أَرْبَعَةَ عَقُودٍ تَفْرِيْعاً عَلَى الْأَصْحَحِ فِي أَنْ تَعَدُّدَ الْبَائِعِ كَتَعَدُّدِ الْمُشْتَرِي، وَلِلشَّفِيْعِ الْخِيَارُ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ الْجَمِيْعَ، وَبَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ الْمَبِيْعِ، وَهُوَ نَصِيْبُ أَحَدِ الْمُشْتَرِيْنَ، وَنَصْفُ نَصِيْبِ الْآخَرِ، وَبَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ نَصْفَهُ إِمَّا بِأَخْذِ نَصِيْبِ أَحَدِهِمَا، وَتَرْكِ الْآخَرِ، أَوْ بِأَخْذِ نَصْفِ نَصِيْبِ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَبَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ رُبْعَهُ بِأَخْذِ نَصْفِ نَصِيْبِ أَحَدِهِمَا لَا غَيْرَ، وَإِنْ وَكَّلَ وَكِيْلَيْنِ فِي بَيْعِ شِفْصِ، أَوْ شِرَائِهِ، أَوْ وَكَّلَ وَكِيْلًا فِي بَيْعِ شَقْصِ، أَوْ شِرَائِهِ، فَالاعتبار بالعاقِد، أَوْ مِنْ لَهُ الْيَدُ فِيهِ خِلَافَ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي «تَفْرِيْقِ الصَّفَقَةِ» حَتَّى لَوْ كَانَتِ الدَّارُ لثَلَاثَةِ شُرَكَاءَ تَوَكَّلَ أَحَدُهُمْ لِآخِرِ بَيْعِ نَصِيْبِهِ، وَجَوَّزَ أَنْ يَبِيْعَهُ مَعَ نَصِيْبِ نَفْسِهِ إِنْ شَاءَ صَفَقَةَ وَاحِدَةً فَبَاعَ كَذَلِكَ، فَلَيْسَ لِلثَّلَاثِ إِذَا جَعَلْنَا الِاعْتِبَارَ بِالْعَاقِدِ إِلَّا أَخْذَ الْكُلِّ، أَوْ تَرْكَ الْكُلِّ، فَإِنْ جَعَلْنَا الِاعْتِبَارَ بِالْمَعْقُودِ، فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ حِصَّةَ أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ كَمَا لَوْ بَاعَ كُلُّ مِنْهُمَا حِصَّتَهُ بِنَفْسِهِ.

ولو كانت الدار لرجلين، فوكل أحدهما الآخر ببيع نصف نصيبه، وجوز له أن يبيعه مع نصيب نفسه، إن شاء صفقة واحدة، فباع كذلك، وأراد الموكل أخذ نصيب

الوكيل بالشفعة بحق ما بقي له من التُّصْف، فله ذلك؛ لأن الصفقة اشتملت على ما لا تثبت فيه الشفعة للموكل وهو ملكه، وعلى ما تثبت، وهو ملك الغير فشبه ذلك بما إذا باع ثوباً وشِقْصاً بمائة.

وفيه وجه: أنه كالصورة السابقة، ولو باع شِقْصَيْن من دارين صفقة واحدة، فإن كان الشفيع في أحدهما غير الشفيع في الأخرى، فلكل واحد منهما أن يأخذ ما هو شريك فيه، وافقه الآخر في الأخذ أم لا، وإن كان الشفيع فيهما واحداً فوجهان:

أحدهما: ويروى عن أبي حنيفة: أنه لا يجوز؛ لأن الصفقة متحدة.  
وأصحهما: الجواز؛ لأنه لا يفضي إلى تبعض الشيء الواحد وذلك التبعض هو الذي يوجب الضرر.

قال الغزالي: (البَابُ الثَّالِثُ فِيْمَا يَسْقُطُ بِهِ حَقُّ الشُّفْعَةِ)، وفيه ثلاثة أقوال: (الأوّل): (الجديدُ أَنَّهُ عَلَى الْفَوْرِ (م)، قَالَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: الشُّفْعَةُ كَحَلِّ الْعِقَالِ (والثاني) أَنَّهُ يَبْقَى ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ (والثالث): أَنَّهُ يَتَأَبَّدُ فَلَا يَنْبُطُ إِلَّا بِإِطَالٍ أَوْ دَلَالَةٍ الْإِطَالِ (و).

قال الرافعي: لا شك أن حق الشفعة يعرض له السقوط، ومقصود الباب بيان أنه يمّ يسقط؟.

وسبيل التدرج إليه أن قول الشافعي - رضي الله عنه - اختلف في أنه تثبت على الفور أم على التراخي؟

وأصح القولين وهو المنصوص في الكتب الجديد انه على<sup>(١)</sup> الفور لما روى أنه ﷺ قال: (الشُّفْعَةُ كَحَلِّ الْعِقَالِ)<sup>(٢)</sup>.

أي أنها تفوت إذا لم يُتَدَّر إليها كالبعير الشُّرود يحل عنه الْعِقَال ويروى أنه ﷺ قال «الشُّفْعَةُ لِمَهْرٍ وَابْنِهَا»<sup>(٣)</sup> وروى «بالشُّفْعَةِ كَنَشِطِهِ الْعِقَالُ إِنْ قُيِّدَتْ تَبَّتْ وَإِلَّا فَالْلَوْمُ

(١) لأنها حق ثبت لدفع الضرر، فكان على الفور كالرد بالعيب، والمراد بكونها على الفور هو طلبها وإن تأخر التملك، كما نه عليه ابن الرفعة تبعاً للعمراني.

(٢) إسناده ضعيف جداً رواه ابن ماجه (٢٥٠٠)، وينظر التلخيص ٥٦/٣ وقال أبو زرعة: حديث منكر.

(٣) قال ابن الملقن في الخلاصة ١٠٢/٢ غريب وذكره المطرزي في «المغرب» مفسراً له وغراه الحافظ ابن حجر في التلخيص ٥٧/٣ لعبد الرزاق في «المصنف» من قول شريح، وذكره قاسم بن ثابت في «دلائله».

عَلَى مَنْ تَرَكَهَا»<sup>(١)</sup>

وأيضاً فإنه حق خيار ثبت في البيع بنفسه لدفع الضرر، فكان على الفور كالرد بالعيب.

والثاني: أنه على التراخي، وعلى هذا ففي تقدير مدته قولان:

أظهرهما: التقدير في ضبطها قولان:

أظهرهما: أنها تمتد إلى ثلاثة أيام؛ لأن الحكم بالفور يضر بالشفيع، فإنه قد يحتاج إلى تأمل ونظر، والحكم بالتأييد يضر بالمشتري؛ لأنه لا يأمن من أخذ الشفيع، فتفتوت عليه العمارة والتصرف، فلا بُدَّ من حَدِّ فَاصلٍ، فجعلت الثلاثة حداً كما في خيار الشرط وغيره.

والثاني: عن حكاية صاحب «التقريب» أنه يمتد إلى أن تمضي مدة التدبر في ملك ذلك الشقص، ويختلف باختلاف حال المأخوذ.

والثاني: أنه لا تتقدَّر له مدة، بل يتأبَّد؛ لأنه لا ضرر على المشتري في التأخير، إذ الشقص له وإن بنى فيه، أو غرس، فله قيمته إن اخذ الشفيع، وما لا ضرر في تأخيره يتأبَّد كالقصاص، فعلى هذا لو صرَّح بإبطاله يبطل.

وفيما يدل على الإبطال قولان:

أظهرهما: البطلان وهو المذكور في الكتاب.

ومما له دلالة البطلان قوله للمشتري يع الشقص ممن شئت، أو هبه، ولو قال: بعنيه، أو هبه مني، أو قاسمني عليه فكذلك. وفيه وجه: أنه لا يبطل به بقاء الشفعة، لأنه قد يحاول الأخذ بغير طريق الشفعة إن تيسر له، وللمشتري إذا لم يأخذ الشفيع، ولم يَغْفُ أن يرفعه إلى الحاكم ليلزمه الأخذ، أو العفو.

وفيه قول: أنه ليس له تنزيلاً للشفيع منزلة مستحق القصاص.

ويخرج من الترتيب المذكور عند الاختصار خمسة أقوال في كيفية ثبوت الشُّفَعَة:

أنها على الفور تمتد ثلاثة أيام - تمتد مدة تسع للتأمل - تتأبَّد إلى التصريح بالأبطال

(١) قال الحافظ في التلخيص هذا الحديث ذكره القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والماوردي هكذا بلا إسناد وذكره ابن حزم عن ابن عمر بلفظ «الشفعة» كحل العقال فإن قدرها مكانه ثبتت حقه، وإلا فاللوم عليه ذكره عبد الحق في «الأحكام» وتعقبه ابن القطان بأنه لم يره في المجلد. ينظر التلخيص ٥٦/٣ - ٥٧.

- تتأبد إلى أن يصرح بالإبطال، أو يأتي بما يدل عليه. وعند أبي حنيفة وأحمد أنها تمتد امتداد المجلس للعلم بالشفعة. وعند مالك: تمتد سنة في رواية ومدة يغلب على الظن فيها الإسقاط والترك فيها في الأخرى.

قال الغزالي: وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ عَلَى الْفُورِ وَأَنَّهُ يَسْقُطُ بِكُلِّ مَا يُعَدُّ تَقْصِيْرًا أَوْ تَوَانِيًا فِي الطَّلَبِ، فَإِذَا بَلَغَهُ الْخَبْرُ فَلْيَنْهَضْ عَنِ مَكَانِهِ طَالِبًا، فَإِنْ كَانَ مَمْنُوعًا بِمَرَضٍ أَوْ حَبْسٍ فِي بَاطِلٍ فَلْيُؤَكِّلْ، فَإِنْ لَمْ يُؤَكِّلْ مَعَ الْقُدْرَةِ بَطَلَ حَقُّهُ (و) إِنْ لَمْ يَكُنْ فِي التَّوَكُّيلِ مَوْثِقَةً وَمِنْهُ ثَقِيلَةٌ، فَإِنْ لَمْ يَجِدِ التَّوَكُّيلَ فَلْيُشْهِدْهُ، فَإِنْ تَرَكَ الإِشْهَادَ فِيهِ بَطُلَانِ حَقُّهُ قَوْلَانِ، وَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرِي غَائِبًا وَلَمْ يَجِدْ فِي الْحَالِ رُقْفَةً وَثِيْقَةً لَا يَبْطُلُ حَقُّهُ، وَإِنْ كَانَ فِي حَمَامٍ أَوْ عَلَى طَعَامٍ أَوْ فِي صَلَاةٍ نَافِلَةٍ لَمْ يَلْزَمُهُ (و) قَطْعُهَا عَلَى خِلَافِ الْعَادَةِ.

قال الرافعي: إنما أعاد ذكر الفور، فقال: «والصحيح أنه على الفور» لأنه أراد التفريع عليه. واعلم أنا إنما نحكم بالفور بعد علم الشفيع بالبيع. أما إذا لم يعلم حتى مضت سنون، فهو على حقه.

ثم إذا علم فلا يكلف ابتداراً على خلاف العادة بالعد ونحوه، بل يرجع فيه إلى العُزْف فما يعد تقصيراً أو توائناً في الطلب يسقط الشفعة، وما لا يعد تقصيراً لاقتراعه على به لا يسقطها، والأعذار ضربان:

أحدهما: ما لا ينتظر زواله عن قرب كالمرض المانع من المطالبة، فينبغي للمريض أن يوكل إن قدر عليه، وإن لم يفعل فثلاثة أوجه:  
أصحها: بطلان الشفعة، كما لو أمكنه الطلب بنفسه فقصر.

والثاني وبه قال أبو علي الطبري: لا يبطل؛ لأنه يلزمه في التوكيل مئة أو مؤنة.  
والثالث: إن لم يلزمه فيه مئة ولا مؤنة ثقيلة يبطل حقه، وإن لزمه أحدهما لم يبطل. وإن لزمه أحدهما لم يبطل.

وإن لم يمكنه التوكيل، فليشهد على الطلب، فإن لم يشهد فقولان، أو وجهان:  
أظهرهما: أنه يبطل حقه؛ لأن السكوت مع التمكن من الإشهاد مشعر بالرضا.

والثاني: لا يبطل، وإنما الإشهاد لإثبات الطلب عند الحاجة، وهذا ما اختاره الشيخ أبو محمد. والخوف من العدو كالمرض، وكذا الحسب إن كان ظلماً أو يدين هو معسر به، وعاجز عن بيئة الإعسار، فإن حبس بحق، فإن كان مليئاً فهو غير معذور، بل عليه الأداء والخروج.

ومن هذا الضرب غنية، فإذا كان المشتري في بلدة، والشفيع في غيرها، فعلى الشفيع أن يخرج طالباً كما بلغه الخبر، أو يبعث وكيلاً إلا أن يكون الطريق مخوفاً، فيجوز التأخير إلى أن يجد رُفقة وثيقة يصحبها هو أو وكيله، أو يزول الحرّ المفرط، أو البرد المفرط، فإذا أضر لذلك، أو لم يمكنه المسير بنفسه، ولا وجد وكيلاً فليشهد على الطلب، فإن لم يشهد، ففي بطلان حقه الخلاف السابق، وأجرى ذلك في وجوب الإشهاد إذا سار في الحال، والظاهر هاهنا أنه لا يجب، ولا تبطل الشفعة بتركة، كما لو أنفذ وكيلاً. ولم يشهد يكتفي فيه بذلك، وليطرد فيما إذا كان حاضراً في البلد، فخرج إليه، أو إلى مجلس الحكم، كما سبق في الرد بالغيب.

والضرب الثاني: ما ينتظر زواله عن قريب، بأن كان مشغولاً بطعام أو صلاة، أو قضاء حاجة، أو في حمّام، فله الإتمام ولا يكلف قطعها على خلاف المعهود.

وفيه وجه: أن عليه قطعها حتى الصلاة إذا كانت نافلة، ولو دخل وقت الأكل والصلاة، أو قضاء الحاجة جاز له أن يقدمها، فإذا فرغ طالب بالشفعة، ولا يلزمه تخفيف الصلاة، والاقْتِصَارُ عَلَى أَقْلٍ مَا يَجْزِيءُ.

ولو رفع الشفيع الأمر إلى الحاكم، وترك مطالبة المشتري مع حضوره جاز، وقد ذكرناه في الردّ بالغيب.

ولو أشهد على الطلب، ولم يراجع المشتري والحاكم لم يكلف، خلافاً لأبي حنيفة.

وإن كان المشتري غائياً، فالقياس أن يرفع الأمر إلى الحاكم، ويأخذ كما ذكرنا هناك، وإذا ألزمناه الإشهاد، ولم يقدر عليه، فهل يؤمر أن يقول: تملك الشفعة؟ فيه وجهان مرّ نظائرهما في الرد بالغيب.

وإذا تلاقيها في غير بلد الشقص، فأخر الشفيع إلى العود إليه بطل حقه؛ لاستغناء الأخذ عن الحضور عند الشقص.

وقوله في الكتاب: «فإذا بلغه الخبر» أي خبر من يعتمد قوله «فلينهض عن مكانه طالباً»، أي إما بنفسه أو بنائبه.

وقوله: «فإن لم يوكل مع القدرة بطل حقه» معلّم بالواو.

وكذا قوله: «لم يلزمه قطعها».

قال الغزالي: وَلَوْ أَخْبِرَ ثُمَّ قَالَ: لَمْ أَصَدِّقِ الْمُخْبِرَ فَإِنْ أَخْبَرَهُ مَنْ تَقَبَّلَ شَهَادَتَهُ بَطَلَ حَقُّهُ، وَإِنْ أَخْبَرَهُ مَنْ لَا تَقَبَّلُ رِوَايَتَهُ كَفَّاسِقٍ وَصَبِيٍّ فَلَا يَبْطُلُ، وَإِنْ أَخْبَرَهُ عَدْلٌ وَاحِدٌ أَوْ

عَبْدٌ تُقْبَلُ رِوَايَتُهُ فَالْأَظْهَرُ (و) أَنَّهُ يَبْطُلُ حَقُّهُ، وَإِنْ كَذَّبَ الْمُخْبِرُ فِي مِقْدَارِ الثَّمَنِ، أَوْ تَعْيِينَ الْمُشْتَرِي، أَوْ جِنْسِ (وَح) الثَّمَنِ، أَوْ قَدْرِ الْمَبِيعِ فَتَرَكَ الْمَبِيعَ لَمْ يَبْطُلْ حَقُّهُ لِأَنَّ لَهُ غَرَضًا، وَإِنْ أَخْبَرَ بِأَنَّ الثَّمَنَ أَلْفٌ فَإِذَا هُوَ الْفَاقِنُ لَمْ يَكُنْ لَهُ الرَّجُوعُ إِذْ لَا غَرَضَ فِيهِ، وَإِذَا لَقِيَ الْمُشْتَرِي فَقَالَ: السَّلَامُ عَلَيْكُمْ لَمْ يَبْطُلْ حَقُّهُ، وَلَوْ قَالَ: بِكُمْ اشْتَرَيْتَ فِيهِ تَرَدُّدٌ، وَكَذَا فِي قَوْلِهِ: بَارَكَ اللَّهُ لَكَ فِي صَفَقَةِ يَمِينِكَ، وَلَوْ قَالَ: اشْتَرَيْتَ رَخِيصًا وَأَنَا طَالِبٌ بَطَلَ حَقُّهُ؛ لِأَنَّهُ فُضُولٌ مِنْ غَيْرِ غَرَضٍ.

قال الراجعي: الفصل يشتمل على صور:

إحداها: إذا أصر الطلب، ثم قال: إنما أشرت؛ لأنني لم أصدق المخبر عنه نظر إن أخبره عدلان يبطل حقه؛ لأن شهادتهما مقبولة، فكان من حقه أن يعتمد قولهما، ويثق به، وكذا لو أخبره رجل وامرأتان.

وإن أخبره من لا تقبل روايته، كالكافر والفاسق والصبي لم يبطل حقه، وإن أخبره عدلٌ واحد حُرٌّ أو عبد، فوجهان:

أحدهما: لا يبطل حقه: لأن الحجة لا تقوم بالواحد، وهو رواية عن أبي حنيفة ذكره في «التتمة».

وأظهرهما: البطلان، لأنه إخبار، وإخبارهم مقبول.

وفي «النهاية» أنهم ألحقوا العبد بالفاسق؛ لأنه ليس من أهل الشهادة، والمرأة الواحدة كالعبد حتى يجيء فيها الوجهان.

وقطع بعضهم بأن إخبارها لا يبطل حقه، وعلى هذا فلو أخبره نسوة، قال أبو سعيد المَتَوَلِّي: ينبني على أن المدعي إذا أقام امرأتين هل يقضى بيمينه معهما؟

إن قلنا: لا فإخبارهن كإخبار المرأة الواحدة.

وإن قلنا: نعم، فكالعدل الواحد، وهذا كله إذا لم يبلغ عدد المخبرين حدًا لا يحتمل التواطؤ على الكذب، فإن بلغه وأخر، بطل حقه، وإن كانوا فساقًا.

الثانية: لو كذبه المخبر، فزاد في قدر الثمن، بأن قال: باع الشريك نصيبه بألف، فعفا الشفيع، أو تواني، ثم بَانَ أن البيع بخمسائة لم يبطل حقه، ولو كذب بالنقصان، فقال: باع بألف، فعفا، ثم بَانَ أنه باع بألفين، بَطَلَ حَقُّهُ؛ لأنه إذا لم يرغب فيه بألف، فبألفين أولى، ولو كذب في تعيين المشتري، بأن قال باعه من زيد ثم بَانَ أنه باعها من غيره، أو قال المشتري: اشتريت لنفسي، ثم بَانَ أنه كان وكيلًا، أو في جنس الثمن بأن قال: باع بالدرهم، فَبَانَ أنه باع بالدنانير، أو في نوعه بأن قال: باع «بالتيسابورية»، فَبَانَ

أنه باع «بالمروبة»، أو في قدر المبيع بأن قال: باع كل نصيبه، فَبَانَ أنه بعضه، أو بالعكس لم يبطل حقه، لأنه ربما يرضى بتركه لزيد دون غيره، وقد يجد الدنانير دون الدراهم، أو يرغب في الكل دون البعض، وبالعكس، وكذا لو قال: باعه من فلان، فعفا، ثم بَانَ أنه باع من غيره، أو قال: باعه من رجلين، فَبَانَ أنه باعه من أحدهما، أو قال: باعه بكذا حالاً، فَبَانَ أنه باعه مؤجلاً، أو قال: باع بكذا إلى شهر، فَبَانَ أنه باع إلى شهرين لا يبطل حقه، ولو قال: باعه بكذا مؤجلاً، فعفا، ثم بَانَ أنه باعه حالاً يبطل حقه؛ لأنه متمكن من التعجيل إن كان يقصده، وكذا لو قال: باع كله بألف، فعفا، ثم بَانَ أنه بيع بعضه بألف يبطل حقه، لأنه إذا لم يرغب في الكل بألف، ففي البعض أولى.

وعند أبي حنيفة إذا أخبراً عن البيع بالدراهم، فعفا، ثم بَانَ أن البيع بالدنانير أو بالعكس، ولم يتفاوت القدر عند التقويم بطلت شفعتة، وبه أجاب الإمام، فيجوز أن يعلم بذلك قوله: «أو جنس الثمن» بالحاء والواو.

الثالثة: لقي المشتري، فقال: السلام عليك أو سلام عليك أو سلام عليكم لم يبطل حقه؛ لأن السنة السلام قبل الكلام<sup>(١)</sup> قال الإمام: ومن غلا في اشتراط قطع ما هو مشغول به من الطعام، وقضاء الحاجة لا يبعد أن يشترط ترك الابتداء بالسلام.

وفيما إذا قال عند لقاء المشتري: بكم اشترت؟ وجهان:

ذكر العراقيون أنه يبطل حقه.

وقال: من حقه أن يظهر الطلب ثم يبحث.

والأصح بالمنع؛ لأنه إن لم يعلم قدر الثمن، فلا بد من البحث عنه، وإن علم فيجوز أن يريد أخذ إقرار المشتري كي لا ينازعه في الثمن.

وحكى الإمام وجهين أيضاً فيما إذا قال: بارك الله في صفقة عن قياس طريق طريق المَراوِزة أنه يبطل حقه؛ لأن هذا الدعاء يشعر بتقرير الشقص في يده، فلا ينتظر الطلب عقبه.

وأصحهما: وهو الذي أورده المعظم أنه لا يبطل؛ لأنه قد يدعو بالبركة ليأخذ بصفقة مباركة، ولو قال: اشترت رخيصاً، وما أشبه، ثم أعقبه بالطلب بطل حقه؛ لأنه فضول لا غرض فيه، ولو أصر الطلب، ثم اعتذر بمرض أو حبس، أو غيبة، وأنكر المشتري، فالقول قول الشفيع إن علم له العارض الذي يدعيه، وإلاً فالمصدق المشتري

(١) موضوع، أخرجه الترمذي (٢٧٠٠) من رواية جابر وقال: منكر.



ولو قال: لم أكن أعلم بثبوت حق الشفعة أو كونها على الفور، فهو كما مر في الرد بالعيب والله اعلم بالصواب.

قال الغزالي: وَلَوْ بَاعَ مَلِكٌ نَفْسَهُ مَعَ الْعِلْمِ بِالشُّفْعَةِ بَطْلَ حَقِّهِ، فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ فَقَوْلَانِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ انْقَطَعَ الضَّرَرُ، وَإِنْ صَالِحٌ عَنْ حَقِّ الشُّفْعَةِ لَمْ يَصِحَّ الصُّلْحُ، ثُمَّ إِنْ كَانَ جَاهِلًا فَفِي بَطْلَانِ شُفْعَتِهِ خِلَافٌ.

قال الرافعي: في هذه البقية مسألتان:

الأولى: إذا باع الشفيع نصيب نفسه من العقار أو وهب عالماً بثبوت الشفاعة له بطل حقه.

أما إذا جعلنا الشفعة على الفور فظاهر.

وأما إذا جعلناها على التراخي، فلأن الشفعة إنما ثبتت لدفع ضرر سوء المشاركة ومؤنة المقاسمة، وإنما يلزم ذلك من التركة، فإذا باع نصيب نفسه، فقد أزال سبب الشفعة.

ولو باع بعض نصيبه حكى الشيخ أبو علي وغيره فيه قولين:

أحدهما: أن شفيعه لا تبطل؛ لأنه لو لم يملك إلا ذلك القدر ابتداءً لثبتت الشفعة فلذلك إذا بقيت إنتهاءً.

والثاني: تبطل لأنه إنما يستحق الشفعة بجميع نصيبه، فإذا باع بعضه بطل بقدره وإذا بطل البعض بكل، كما لو عفا عن بعض الشفص المشفوع، وهذا أظهر على ما ذكره الإمام وغيره، هذا إذا كان عالماً.

أما إذا باع نصيبه جاهلاً بالشفعة، قال أكثرهم: فيه وجهان: وقال صاحب الكتاب قولان:

أحدهما: أنه على شفيعته؛ لأنه كان شريكاً يوم البيع، ولم يرض بسقوط حق الشفعة.

وأشبههما: أنها تبطل لزوال سبب الشفعة، ولهذا لو زال عيب المبيع قبل التمكن من الرد، سقط حق الرد، ولو باع بعض نصيبه جاهلاً أطلق في «التهذيب» أن شفيعته لا تبطل، والوجه أن يكون على الخلاف السابق إذا فرعنا على أنه لو باع الجميع بطلت شفيعته<sup>(١)</sup>.

(١) الأصح هنا على الجملة أنها لا تبطل لعذره مع بقاء الحاجة للمشاركة.

الثانية: لو صالح على حق الشفعة على مال، فهو على ما ذكرناه في الصلح عن الرد بالعيب. واختار أبو إسحاق المزوزي صحته، ولو تصالحا على أن يأخذ بعض الشقص، فيصح الصلح برضا المشتري بالتبعض، أو يبطل، وتبقى خيرة الشفيع بين أخذ الكل، وترك الكل أو تبطل شفعته أصلاً تنزيلاً لترك البعض منزلة ترك الكل؟. نقلوا فيه ثلاثة أقوال.

وقد فرغنا بتوفيق الله - تعالى - من شرح مسائل الكتاب، ونزيده بفصلين: أحدهما: في الحيل الدافعة للشفعة.

منها: أن يبيع الشقص بأضعاف ثمنه دراهم ويأخذ عرضاً قيمته مثل الثمن الذي يتراضيان عليه بدلاً من الدراهم، أو يحط من المشتري ما يزيد عليه، فلا يرغب الشفيع في الشفعة لحاجته إلى الأخذ بالدراهم المسماة، وفيها غرر، لأن البائع قد لا يرضى بالعرض عوضاً أو لا يحط على المشتري ما يزيد عليها،

ومنها قال ابن سُرَيْج: يشتري أولاً بائع الشقص عرضاً يساوي ثمن الشقص بأضعاف ذلك الثمن، ثم يجعل الشقص عوضاً عما لزمه، وفيها غرر، لأن البائع قد لا يرضى به.

ومنها: أن يبيع جزءاً من الشقص بالثمن كله، ويهب منه الباقي، فلا يأخذ الشفيع الشقص المبيع للغبن، ولا يتمكن من أخذ الموهوب، وفيها غرر ظاهر.

ومنها: أن يجعل الثمن حاضراً مجهول القدر، ويقبضه البائع وينفقه، أو يخلط بغيره، فتندفع الشفعة، وفيه خلاف ابن سُرَيْج على ما تقدم.

ومنها إذا وهب المشتري الشقص أو وهبه يبطل حق الشفيع على رأي أبي إسحاق.

ومنها: لو باع بعض الشقص، ثم باع الباقي لم يكن للشفيع أخذ جميع المبيع ثانياً في أحد الوجهين، فيندفع أخذ الجميع.

ومنها: لو وكّل البائع شريكه بالبيع فَبَاعَ لم يكن له الشفعة على أحد الوجهين، وقد سلف ذكر هذه المسائل<sup>(١)</sup>.

(١) قال النووي ومنها: أن يهب له الشقص بلا ثواب، ثم يهب له صاحبه قدر قيمته، قال الشيخ أبو حامد: هذا لا غرر فيه، لأنه يمكنه أن يحترز من ألا يفى صاحبه، بأن يهبه ويجعله في يد أمين ليقبضه إياه، ويهبه صاحبه قدر قيمته، ويجعله في يد أمين ليقبضه إياه، ثم يتقابضا في حالة واحدة ينظر روضة الطالبين ٤/١٩٥، ١٩٦.

فرع: عند أبي يوسف لا يكره دفع الشفيع بالحيلة، إذ ليس فيها تفويت حق على الغير؛ لأن الحق إنما يثبت بعد البيع.

وعند محمد يكره لما فيه من إيقاع الشفيع في الضرر مع حقه من الثبوت، وهذا أشبه بمذهبننا في الحيلة في دفع الزكاة<sup>(١)</sup> وهما يختلفان في الزكاة.

**الفصل الثاني:** في مسائل وفروع من الباب لم تسلك فيما قدمنا، ونوردها مشورة، فنقول: للمفلس العفو عن الشفعة، والأخذ والاعتراض عليه للغرماء، وينبغي أن يعود في أخذه الخلاف المذكور في شرائه في الذمة، ثم الكلام في أنه لم يؤد الثمن على ما ذكرناه في التفليس. ولو وهب شقصاً من عبده، وقلنا: إنه يملك، فبيع باقيه. قال الشيخ أبو محمد: تثبت له الشفعة، وهل يفتر إلى إذن جديد من السيد؟ فيه وجهان.

ولعامل القراض الأخذ بالشفعة، فإن لم يأخذ، فللمالك الأخذ ولو اشترى بمال القراض شقصاً من عقار فيه شركة لرب المال، ففي ثبوت الشفعة له وجهان عن ابن سريج: **أصحهما: المنع.**

**وجه الثاني:** أن مال القراض كالمنفرد عن ملكه لتعلق حق الغير به، ويجوز أن يثبت له على ملكه حق، والحالة هذه كما لو ثبت له على عبده المزهون حق الجناية، وإن كان العامل شريكاً فيه، فله الأخذ إن لم يكن في المال ربح، أو كان، وقلنا: إنه لا يملك بالظهور، وإن قلنا: إنه يملك، فعلى الوجهين في المالك.

ولو كان الشقص في يد البائع فقال الشفيع: لا أقبضه إلا من المشتري فيه وجهان عن ابن سريج:

**أحدهما:** له ذلك، ويكلف الحاكم المشتري أن يتسلمه، ويسلمه إلى الشفيع، وإن كان غائباً نصب الحاكم من ينوب عنه في الطرفين.

**والثاني:** أنه لا يكلف ذلك، بل يأخذه الشفيع من يد البائع، وسواء أخذ من

(١) قال النووي: عجب من الإمام الرافعي - رحمه الله - كيف قال ما قال، مع أن المسألة مسطورة، وفيها وجهان: أحدهما، وبه قال ابن سريج، والشيخ أبو حامد: تكره هذه الحيلة. والثاني: لا، قاله أبو حاتم القزويني في كتاب «الحيل». أما الحيل في دفع شفعة الجار، فلا كراهة فيها قطعاً، وفيها من الحيل غير ما سبق ما ذكره المتولي أنه يشتري عشر الدار مثلاً بتسعة أعشار الثمن، فلا يرغب الشفيع لكثرة الثمن، ثم يشتري تسعة أعشاره بعشر الثمن، فلا يمكن الجار من الشفعة، لأن المشتري حالة الشراء شريك في الدار، والشريك مقدم على الجار أو يخط البائع على طرف ملكه خطأ مما يلي دار جاره، ويبيع ما وراء الخط فتمتنع شفعة الجار؛ لأن بين ملكه وبين المبيع فاصلاً، ثم يهبه الفاضل. ينظر روضة الطالبين ٤/١٩٦.

المشتري، أو من البائع فعهدة الشفيع على المشتري، فإن الملك ينتقل إليه منه<sup>(١)</sup>.

وقال أبو حنيفة: إن أخذه من يد المشتري، فالعهددة على المشتري، وإن أخذه من يد البائع، فالعهددة عليه، ولو اشترى شقصاً شرط البراءة من العيوب، فإن أبطلنا البيع فذاك، وإن صححناه، وأبطلنا الشرط، فكما لو اشترى مطلقاً، فإن صححنا الشرط فللشفيع رده بالعيب على المشتري، وليس للمشتري الرّد، كما لو كان المشتري عالماً بعيبه عند الشراء، والشفيع جاهلاً به عند الأخذ، وإن علم الشفيع العيب دون المشتري، فلا رد للشفيع، وليس للمشتري طلب الأزش؛ لأنه استدراك للظلامة، أو لأنه لم ييأس من الرد، فلو رجع إليه ببيع، أو غيرها لم يردده على العلة الأولى، ويرده على الثانية، ولو قال أحد الشريكين للآخر: بيع نصيبك، فقد عفوت عن الشفعة، فباع ثبتت له الشفعة، ولغا العفو قبل ثبوت الحق.

وعن تفریح ابن سُرّيج عن «الجامع الكبير» لمحمد أنه إذا باع شقصاً، ضمن الشفيع العهددة للمشتري لم تسقط بذلك شفيعته، وكذلك إذا شرط الخيار للشفيع، وصححنا شرط الخيار للأجنبي، ولو كان بين أربعة دار، فباع أحدهم نصيبه، واستحق الشركاء الشفعة، فشهد اثنان منهم على الثالث بالعفو، ثبتت شهادتهما ان شهدا بعد ما عفوا وإن شهدا قبله لم تقبل، لأنهما يجزان الشقص إلى أنفسهما، فلو عفوا ثم أعادوا بتلك الشهادة لم تقبل أيضاً للتهمة، وإن شهدا بعد ما عفا أحدهما قبلت شهادة العافي دون الآخر، فيحلف المشتري مع العافي، ويثبت العفو، ولو شهد البائع على عفو الشفيع قبل قبض الثمن لم يقبل؛ لأنه قد لا يقصد الرجوع بتقدير الإفلاس، وإن كان بعد القبض فوجهان؛ لأنه ربما يتوقع الرجوع الى العين لسبب من الأسباب، ولو أقام المشتري على عفو الشفيع بينه، وأقام المشتري بينه على أنه أخذ بالشفعة، والشقص في يده، فبيّنة الشفيع أولى لتقويها باليد، أو بيّنة المشتري لزيادة علمها بالعفو؟ فيه وجهان:

أظهرهما: الثاني، ولو شهد السيد على شراء شقص فيه شفعة لمكاتبه، فعن الشيخ أبي مُحَمَّدٍ: قَبُولُ شهادته.

قال الإمام: كأنه أراد أن يشهد للمشتري إذا ادعى الشراء ثم إذا ثبت الشراء فيجوز أن تثبت الشفعة تبعاً أما شهادته لمكاتب فإنها لا تقبل بحال، ولو كان الشفيع صيباً،

(١) قال النووي: الأول أصح، وبه قطع صاحب «التنبيه» وآخرون، هكذا ذكر الوجهين صاحب «الشامل» وآخرون، وذكر القاضي أبو الطيب، وصاحب «المهذب» وآخرون في جواز أخذ الشفيع من البائع وجهين، وقطع صاحب «التنبيه» بالمنع. وصحح المتولي الجواز، ذكره في باب حكم البيع قبل القبض. ينظر روضة الطالبين ٤/١٩٢ - ١٩٣.

فعلى وليه الأخذ إن كان فيه مصلحة، وإلا لم يجز الأخذ، وإذا ترك بالمصلحة، ثم بلغ الصبي، فهل له الأخذ؟

فيه خلاف ذكرناه في آخر الحجر، ولو كان بين اثنين دار، فمات أحدهما عن حمل في البطن ثم باع الآخر نصيبه، فلا شفعة للحمل؛ لأنه لا يتيقن وجوده، فإن كان له وارث غير الحمل، فله الشفعة، وإذا انفصل حياً، فليس لوليّه أن يأخذ شيئاً من الوارث، ولو ورث الحمل الشفعة عن مورثه، فهل لأبيه أو جدّه الأخذ قبل انفصاله.  
فيه وجهان:

وجه المنع، وبه قال ابن سُرَيْج: أنه لا يتيقن وجوده، فإذا أخذ الشفيع الشقص وبني فيه أو غرس وخرج مستحقاً وقُلع المستحق، بناءه وغراسه، فالقول فيما يرجع به الشفيع على المشتري من الثمن، وما ينقص قيمة البناء والغراس وغيرهما، كالقول في رجوع المشتري من الغاصب عليه.

قال الإمام: وإن نظرنا إلى أن الرجوع بما ينقص من قيمة البناء والغراس هناك مبني على التغيرير، ولا تغرير من المشتري، بل الشقص مأخوذ منه قهراً، فيجوز أن يجاب عنه بأنه مختار في الشراء، والأخذ بالشفعة موجب للشراء.

ولو مات رجل، وله شقص من داره، وعليه ديون تستغرق التركة، فباع الشريك الآخر نصيبه قبل أن يباع الشقص في الدين.

قال ابن الحَدَّاد: للورثة أخذه بالشفعة، وهو جواب على أن الدين لا يمنع انتقال المِلك، في التركة إلى الورثة، وهو الأصح.

فإن قلنا: يمنع، فلا شفعة لهم، ولو خلف داراً وديوناً لا تستغرق قيمة الدار، فبيع منها ما بقي بالدين.

قال ابن الحَدَّاد: لا شفعة للورثة فيما يبيع بما بقي لهم في الملك، وهذا مستمر على الأصل السابق، فإنهم إذا ملكوا الدار كان المبيع جزءاً من ملكهم، ومن يبيع جزء من ملكه بحق لم يكن له استرجاعه بالباقي.

فإن قلنا: إنه يمنع، فمنع الملك في قدر الدين، أم في جميع التركة؟ فيه خلاف مذكور في موضعه.

إن قلنا بالثاني، فلا شفعة لهم أيضاً، لأنهم إنما يملكون الباقي بأداء الدين، وإنما تثبت الشفعة بملك يتقدم على البيع.

وإن قلنا بالأول ثبتت لهم الشفعة، ولو كانت الدار المشتركة بين المورث والورثة، ثم إنه مات، فبيع نصيبه أو بعضه في ديونه وصاياها.

قال ابن الحَدَّاد: لهم بالشفعة، وهذا يخالف الأصل الذي سبق فإنهم إذا ملكوا التركة صار جميع الدار ملكهم، فيكون المبيع جزءاً من ملكهم.

واختلف من بعده. فمنهم من أخذ به، وقال ما يباع في ديونه ووصاياه بمثابة ما يبيعه بنفسه، ولو باعه في حياته بنفسه كان لهم الشفعة فكذلك هاهنا. والأكثر أن خالفوه وجروا على قضية ذلك الأصل، ثم منهم من خطأه، وقال: إنما ينتظم هذا الجواب على قولنا: إن الدين يمنع ملكهم، فيستحقون الشفعة بالملك القديم.

وعن الشيخ أبي زَيْدٍ حمل كلامه على ما إذا باع بنفسه في مرض موته، ومن «مولدات» ابنِ الحَدَّادِ دار بين ثلاثة لأحدهم نصفها، ونصفها بين الآخرين بالتسوية، فاشترى صاحب النصف نصيب أحد الآخرين، ثم باع ثلث مامعه مطلقاً من أجنبي، والشريك الثالث غائب مثلاً.

فاعلم أن الشفيع في المبيع الثاني وهو الشريك الثالث لاغير. وأما في الأول فيتعلق النظر بأصلين:

أحدهما: الخلاف الذي سبق في أن المشتري إذا كان أحد الشركاء تكون الشفعة بينه وبين الشريك الآخر أو يختص بهذا الشريك الآخر.

والثاني: عود القولين في أن الشفعة على عدد الرءوس أو الحصص، إذا حكمنا بالشركة، إذا عرفت ذلك، فإذا قدم الغائب، وفرعنا على قسمة بينه وبين المشتري، وهو الأصح، نظرنا إن طلب الشفعة في العقد الأول فله مما اشتراه الشريك، على قولنا بالتوزيع على عدد الرءوس النصف، وهو ثمن جميع الدار، وذلك شائع فيما معه، وهو ثلاثة أرباع الدار، فإذا باع ثلث ما معه كان بائعاً ثلث حق الشفيع، ولا يتصرف إلى الشريك ما يستقر ملكه فيه؛ لأن الكل قابل للبيع، فيأخذ القادم من الشريك ثلثي الثمن، ومن المشتري منه ثلث الثمن، فيتم له ما استحقه بالعقد الأول.

وإن قلنا بالتوزيع على الحصص، فله مما اشتراه الشريك الثلث؛ لأن ملكه قدر نصف ملك الشريك، وحينئذ فله نصف سدس الدار، فيأخذ من الشريك ثلثي نصف السدس، ومن المشتري منه ثلثه، لما ذكرنا من الشُّيوع، فعلى القول الأول يخرج الحساب من أربعة وعشرين؛ لأن نصيب الغائب سدس ما معه، وهو الثلاثة أرباع الدار، فيحتاج إلى عدد لثلاثة أرباعه سدس، فتضرب أربعة في ستة تكون أربعة وعشرين، وعلى الثاني من ستة وثلاثين؛ لأن نصيب الغائب تسع ما معه، فيحتاج إلى عدد لثلاثة أرباعه تسع، فتضرب أربعة في تسعة يكون ستة وثلاثين، والربع الذي اشتراه الشريك على التقدير الأول ستة وعلى الثاني تسعة، ثم إذا أخذ ذلك، فله أن يأخذ ما بقي من يد المشتري بالعقد الثاني، وله أن يعفو فيكون للمشتري الخيار بين أن يفسخ

لتفريق الصفقة عليه، وبين أن يختار بحصته من الثمن.

أما إذا فرعنا على أن المشتري إذا كان شريكاً لا شفعة له، بل يختص بها الشريك الآخر، وبه قال ابن سريج، فإن الغائب إذا كان يأخذ جميع ما اشتراه الشريك لو لم يكن يبيع ثانٍ، فإذا باع ثلث ما في يده، فقد باع من حق الغائب الثلث، فإذا قدم أخذ ثلث الربع من المشتري، وثلثيه من الشريك، فيتم له ما استحق بالبيع الأول، ثم له أن يأخذ ما في يد المشتري بالعقد الثاني، وله أن يعفو عن الأول، ويأخذ جميع الربع من يد المشتري، وهذا كله فيما إذا باع ثلث ما في يده مطلقاً أما إذا قال: بعت ربع الذي اشتريت، فليس للغائب أن يأخذ غير ما في يد المشتري من الشريك، لكنه إن عفا عن شفعة البيع الأول أخذ جميع الربع بالبيع الثاني، وإن أراد لأخذ بالبيع الأول فسخ البيع في نصف الربع على قول التوزيع على الرءوس وثلثه على القول المقابل له، ثم له أخذ الباقي بالبيع الثاني، ولو قال: بعت الدار من جملة النصف الذي كنت أملكه قديماً، فللغائب أن يأخذ جميعه بالعقد الثاني، وأن يأخذ بالعقد الأول مما في يد الشريك نصف الربع، أو ثلثة على اختلاف القولين والله أعلم.

تم الجزء الخامس،

ويليه الجزء السادس، وأوله:

«كتاب القراض»





فهرس محتويات  
الجزء الخامس  
من  
العزیز شرح الوجیز



## الفهرس

### كتاب التفليس

- ٨ ..... أحكام الحجر وهي أربعة
- الحكم الأول: منع كل تصرف مبتدأ يصادف المال الموجود عند
- ٨ ..... ضرب الحجر
- ١٧ ..... الحكم الثاني: بيع ماله وقسمته
- ٢٥ ..... الحكم الثالث: حبسه إلى ثبوت إعساره
- ٣٠ ..... الحكم الرابع: الرجوع إلى عين المبيع
- ٣٣ ..... المعارضة وشرطاها
- ٤٠ ..... المعوض وله شرطان

### كتاب الحجر

- ٦٦ ..... أسباب الحجر خمسة

### كتاب الصلح

وفيه ثلاثة فصول:

- ٨٤ ..... الفصل الأول: في أركانه
- ٩٦ ..... الفصل الثاني: في التزاحم على الحقوق في الطرق والحيطان والسقوف
- ١١٧ ..... الفصل الثالث: في التنازع وفيه ثلاث مسائل
- ١١٧ ..... الأولى: لو ادعى رجل على رجلين داراً وهي في يدهما
- ١١٩ ..... الثانية: تنازعا جداراً حائلاً بين ملكيهما فهو في أيديهما

الثالثة: علو الخان لواحده وسفله لآخر ..... ١٢٣

### كتاب الحوالة

شرائط الحوالة ..... ١٢٥  
 الشرط الأول: رضا المستحق للدين والمستحق عليه إيجاباً وقبولاً ... ١٢٥  
 الشرط الثاني: أن يكون الدين لازماً أو مصيره إلى اللزوم ..... ١٢٩  
 الشرط الثالث: أن يكون ما على المحال عليه مجانساً لما على  
 المحيل قدرأ ووصفاً ..... ١٣١

### كتاب الضمان

الباب الأول: في أركانه وهي خمسة ..... ١٤٣  
 الركن الأول: المضمون عنه ..... ١٤٣  
 الركن الثاني: المضمون له ..... ١٤٥  
 الركن الثالث: الضامن ..... ١٤٦  
 الركن الرابع: المضمون به ..... ١٤٩  
 الركن الخامس: الصيغة ..... ١٦٧  
 الباب الثاني: في حكم الضمان الصحيح ..... ١٧١  
 الحكم الأول: يجوز مطالبة الضامن من غير انقطاع الطلبة عن  
 المضمون عنه ..... ١٧١  
 الحكم الثاني: أن للضامن إجبار الأصيل على تخليصه إن طولب ..... ١٧٢  
 الحكم الثالث: الرجوع ومن أدى دين غيره بغير إذنه لم يرجع ..... ١٧٤

### كتاب الشركة

أركان الشركة ثلاثة ..... ١٨٥  
 الركن الأول: العاقدان ..... ١٨٥  
 الركن الثاني: الصيغة ..... ١٨٧  
 الركن الثالث: المال ..... ١٨٧

## كتاب الوكالة

- ٢٠٤ ..... الباب الأول: في أركانها وهي أربعة
- ٢٠٥ ..... الركن الأول: ما فيه التوكيل
- ٢١٥ ..... الركن الثاني: الموكل
- ٢١٦ ..... الركن الثالث: الوكيل
- ٢١٩ ..... الركن الرابع: الصيغة
- ٢٢٣ ..... الباب الثاني: في حكم الوكالة
- ٢٢٣ ..... الحكم الأول: صحة ما وافق من التصرفات
- ٢٤٩ ..... الحكم الثاني: للوكالة العهدة في حق الوكيل
- ٢٥٣ ..... الحكم الثالث: للوكالة الجواز من الجانبين
- ٢٦٠ ..... الباب الثالث: في النزاع وهي في ثلاثة مواضع
- ٢٦٠ ..... الأول: في أصل الإذن وصفته وقدره
- ٢٦٤ ..... الثاني: في المأذون
- ٢٦٧ ..... الثالث: إذا وكله بقضاء الدين فليشهد فإن قصر ضمن بترك الإشهاد

## كتاب الإقرار

- ٢٧٣ ..... الباب الأول: في أركانه وهي أربعة
- ٢٧٤ ..... الركن الأول: المقر
- ٢٨٤ ..... الركن الثاني: المقر له
- ٢٩٠ ..... الركن الثالث: المقر به
- ٢٩٦ ..... الركن الرابع: الصيغة
- ٣٠٠ ..... الباب الثاني: في الأقارير المجملة وهي سبعة
- ٣٠٠ ..... الأول: إذا قال لفلان عليّ شيء يقبل تفسير بأقل ما يتمول
- ٣٠٥ ..... الثاني: إذا قال عليّ مال تقبل بأقل ما يتمول
- ٣٠٧ ..... الثالث: إذا قال له عليّ كذا فهو كالشيء
- ٣١١ ..... الرابع: إذا قال عليّ درهم يلزمه درهم

- الخامس: إذا قال له عندي زيت في جرة ..... ٣١٥  
 السادس: إذا قال له علي درهم لم يلزمه إلا درهم واحد ..... ٣٢١  
 السابع: إذا قال: يوم السبت علي ألف ..... ٣٢٥  
 الباب الثالث: في تعقيب الإقرار بما يرفعه ..... ٣٣١  
 الباب الرابع: في الإقرار بالنسب ومن هو من أهل الإقرار ..... ٣٥٢  
 ثبوت الميراث ..... ٣٦٣

### كتاب العارية

- أركان العارية وهي أربعة ..... ٣٦٨  
 الركن الأول: المعير ..... ٣٦٨  
 الركن الثاني: المستعير ..... ٣٦٨  
 الركن الثالث: المستعار ..... ٣٧١  
 الركن الرابع: صيغة الإعارة ..... ٣٧٣  
 أحكام العارية وهي أربعة ..... ٣٧٥  
 الحكم الأول: الضمان ..... ٣٧٥  
 الحكم الثاني: التسلط على الانتفاع ..... ٣٨٠  
 الحكم الثالث: جواز الرجوع عن العارية ..... ٣٨٢

### كتاب الغصب

- الباب الأول: في الضمان وفيه ثلاثة أركان ..... ٣٩٦  
 الركن الأول: الموجب ..... ٣٩٦  
 الركن الثاني: في الموجب فيه ..... ٤١١  
 الركن الثالث: في الواجب ..... ٤١٩  
 الباب الثاني: في الطوارئ وفيه ثلاثة فصول ..... ٤٣٦  
 الفصل الأول: في النقصان ..... ٤٣٦  
 الفصل الثاني: في الزيادة ..... ٤٥٤  
 الفصل الثالث: في تصرفات الغاصب ..... ٤٧٠

## كتاب الشفعة

- ٤٨٢ ..... الباب الأول: في أركان الاستحقاق وهي ثلاثة
- ٤٨٢ ..... الركن الأول: المأخوذ
- ٤٨٩ ..... الركن الثاني: الآخذ
- ٤٩٢ ..... الركن الثالث: المأخوذ منه
- ٥٠٤ ..... الباب الثاني: في كيفية الآخذ والنظر في أطراف ثلاثة
- ٥٠٤ ..... الطرف الأول: فيما لا يُملك به فلا يملك
- ..... الطرف الثاني: فيما يبذل من الثمن وعلى الشفيع بذل ما بذله
- ٥٠٧ ..... المشتري
- ٥٢٦ ..... الطرف الثالث: في تزاحم الشركاء
- ٥٣٧ ..... الباب الثالث: فيما يسقط به حق الشفعة

# العزير

## شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير

تأليف

الإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الراعي الفروي الشافعي

المؤلف سنة ٦٢٣ هـ

تحقيق وتعليق

إشيخ علي محمد معوض شيخ عادل أحمد عبد الموجود

الجزء السادس

يحتوي على الكتب التالية:

القرض - المساقاة - الإيجارة - المعالة - إحياء الموات - الوقف  
الربة - اللقطة - اللقيط - الفراض

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان



## جميع الحقوق محفوظة

جميع حقوق الملكية الادبية والفنية محفوظة لدار الكتب العلمية بيروت - لبنان ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تنضيد الكتاب كاملاً أو مجزأً أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو برمجته على اسطوانات ضوئية إلا بموافقة الناشر خطياً.

Copyright ©  
All rights reserved

Exclusive rights by DAR al-KOTOB al-ILMIYAH Beirut - Lebanon. No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

الطبعة الأولى

١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م

## دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت  
تلفون وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٣٥ - ٦٠٢١١٣٣ (١ ٩٦١ ٠٠)  
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

## DAR al-KOTOB al-ILMIYAH

Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif, Bohtory st., Melkart bldg., 1st Floore.  
Tel. & Fax : 00 (961 1) 60.21.33 - 36.61.35 - 36.43.98  
P.O.Box : 11-9424 Beirut - Lebanon

# بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## كِتَابُ الْقِرَاضِ

### البَابُ الْأَوَّلُ فِي أَرْكَانِ صِحَّتِهِ

قال الغزالي: وفيه ثلاثة أبواب وهي ستة: الأول - رأس المال وشرائطه أربعة: وهي أن يكون نقداً معيناً معلوماً مسلماً، اخترزناً بالنقد عن العروض والثمرة التي ليست مضروبة فإن ما يختلف قيمته إذا جعل رأس المال فإذا رُد بالأجرة إليه ليتميز الربح قريباً أرتفع قيمته فيستغرق رأس المال جميع الربح، أو نقص فيصير بغض رأس المال ربحاً، ولا يجوز (و) على الفلوس ولا على الدراهم (ح و) المغشوشة.

قال الرافعي: العقد المعقود له الباب هو أن يدفع مالا إلى غيره ليئجر فيه على أن يكون الربح بينهما، ويسمى ذلك قراضاً ومقارضة، وقد يسمى مضاربة<sup>(١)</sup>، وأشهر اللفظين القراض عند الحجازيين والمضاربة عند العراقيين، واشتقاق القراض من قولهم: قرض الفأر الشوب أي: قطعه ومنه المقرض؛ لأنه يقطع به، وسمى قراضاً إما لأن المالك اقتطع قطعة من ماله فدفعها إلى العامل، أو لأنه اقتطع له قطعة من الربح.

وقيل: اشتقاقه من المقارضة، وهي المساواة والموازنة سمي به لتساويهما في

(١) القراض لغة: مصدر قرض الشيء يقرضه بكسر الراء: إذا قطعه، والقرض: اسم مصدر بمعنى الأقرض. وقال الجوهري: القرض: ما تعطيه من المال لتقضاه، والقرض بالكسر: لغة فيه. حكاها الكسائي. وقال الواحدي: القرض: اسم لكل ما يلتبس منه الجزاء، يقال: أقرض فلان فلاناً: إذا أعطاه ما يتجزاه منه، والاسم منه: القرض، وهو: ما أعطيته لتكافئه عليه، هذا إجماع من أهل اللغة. انظر: لسان العرب: ٣٥٨٨/٥، المصباح المنير: ٤٩٧/٢. واصطلاحاً: عرفه الحنفية بأنه: - هو المضاربة عندهم - عقد شركة في الربح بمال من جانب وعمل من جانب. عرفه الشافعية بأنه: أن يدفع إليه مالا ليئجر فيه والربح مشترك. عرفه المالكية بأنه: توكيل على تجر في نقد مضرور مسلم بجزء من ربحه. عرفه الحنابلة بأنه: دفع مال معلوم أو ما في معناه لمن يتجر فيه بجزء معلوم من ربحه انظر: حاشية الدسوقي: ٥١٧/٣، فتح القدير: ٨/٤٤٥، مغني المحتاج: ٣٠٩/٢ - ٣١٠، مطالب أولي النهي: ٥١٣/٣ - ٥١٤.

قوام العقد بهما، فمن هذا المال، ومن هذا العمل لتساويهما في استحقاق الربح.

وأما المُضَارِبَةُ، فإنه تقع على هذا العقد؛ لأن كل واحد منهما يضرب في الربح بسهم، أو لما فيه من الضرب بالمال، والتقليب، ويقال للمالك من اللفظة الأولى: مقارض، وللعامل، ومُقَارِض، ومن اللفظة الثانية يقال للعامل مضارب؛ لأنه الذي يضرب بالمال، ولم يشتقوا للمالك منها اسماً.

واحتج الأصحاب للقراض بإجماع الصحابة، ذكر الشافعي - رضي الله عنه - في «اختلاف العراقيين» أن أبا حنيفة روى عن حميد بن عبد الله بن عبيد الأنصاري عن أبيه عن جده أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أعطى مال يتيم مضاربة فكان يعمل به في «العراق»<sup>(١)</sup>. وروي أن عبد الله وعبيد الله ابني عمر بن الخطاب لقياً أبا موسى بالبصرة عند مصرفهما من غزوة «نهاوند»<sup>(٢)</sup> فتسلفاً منه مالاً وابتاعا به متاعاً، وقدا «المدينة»، فباعا وربحا فيه، فأراد عمر - رضي الله عنه - أخذ رأس المال، والربح كله فقالا: لو تلف كان ضمانه علينا، فكيف لا يكون ربحه لنا؟

فقال رجل لأمير المؤمنين: لو جعلته قراضاً، فقال: قد جعلته، وأخذ منهما

(١) البيهقي بسنده إلى الشافعي في كتاب اختلاف أنه بلغه عن حميد بن عبد الله بن عبيد الأنصاري عنه أبيه عن جده به. (تنبيه) قال ابن داود شارح المختصر: الرجال الذي أعطاه عمر المال هو عبيد الأنصاري. قلت: وعبيد هو راوي الخبر، ولم أر في طريق الشافعي التصريح بأنه هو الذي أعطاه عمر، ولكنه عند ابن أبي شيبة عن وكيع ابن أبي زائدة، عن عبد الله بن حميد بن عبيد عن أبيه عن جده: أن عمر دفع إليه مال يتيم مضاربة للتخييص ٥٧/٣.

(٢) بفتح النون الأولى وتكسر، والواو مفتوحة، ونون ساكنة، ودال مهملة: هي مدينة عظيمة في قلبه همدان بينهما ثلاثة أيام، قال أبو المنذر هشام: سميت نهاوند لأنهم وجدوها كما هي، ويقال إنها من بناء نوح عليه السلام أي نوح وضعها إنما اسمها نوح أوند فخفت وقيل نهاوند، وقال حمزة: أصلها بنو هاوند فاخترسروا منها ومعناه الخير المضاعف، قال بطليموس: نهاوند في الإقليم الرابع، طولها اثنتان وسبعون درجة، وعرضها ست وثلاثون درجة، وهي أعتق مدينة في الجبل، وكان فتحها سنة ٢٩، ويقال سنة ٢٠، وذكر أبو بكر الهذلي عن محمد بن الحسن: كانت وقعة نهاوند سنة ٢١ أيام عمر بن الخطاب، رضي الله عنه، وأمير المسلمين النعمان بن مقرن المزني، وقال عمر: إن أصبت فالأمير حذيفة بن اليمان ثم جرير بن عبد الله ثم المغيرة بن شعبة ثم الأشعث بن قيس، فقتل النعمان وكان صحابياً فأخذ الراية حذيفة وكان الفتح على يده صلحاً وقال المبارك بن سعيد عن أبيه قال: نهاوند من فتوح أهل الكوفة والدينور من فتوح أهل البصرة، فلما كثر الناس بالكوفة احتاجوا إلى أن يرتادوا من النواحي التي صولح على خراجها فصيرت لهم الدينور وعوض أهل البصرة نهاوند لأنها قريبة من أصبهان فصار فضل ما بين خراج الدينور ونهاوند لأهل الكوفة فسميت نهاوند ماه البصرة والدينور ماه الكوفة، وذلك في أيام معاوية بن أبي سفيان.

(ينظر معجم البلدان [نهاوند])

نصف الربح<sup>(١)</sup>. يقال: إن ذلك الرجل هو عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ<sup>(٢)</sup> رضي الله عنه.

وأظهر ما ذكره الأصحاب في محل القضية وبه قال ابنُ سُرَيْجٍ أن ما جرى كان قرضاً صحيحاً، وكان الربح ورأس المال لهما، لكن عَمَرَ - رضي الله عنه - استنزلهما عن بعض الربح خِيفَةً أن يكون قصد أبو موسى إرفاقهما، لا رعاية مصلحة بيت المال.

ولذلك قال في بعض الروايات: أو أسلف كل الجيش، كما أسلفكما؟ وعن العلاءِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَنِ يَعْقُوبَ عَنْ أَبِيهِ أَنَّ عُثْمَانَ بْنَ عَفَانَ - رضي الله عنه - أعطاه مالاً مقارضة<sup>(٣)</sup> وأيضاً: عن عَلِيِّ وَابْنِ مَسْعُودٍ وَابْنِ عَبَّاسٍ وَجَابِرٍ وَحَكِيمِ بْنِ حِرَامٍ - رضي الله عنهم - تجويز المَضَارَبَةِ<sup>(٤)</sup> وأيضاً فَإِنَّ السُّنَّةَ الظَّاهِرَةَ وردت في الْمُسَاقَاةِ.

(١) أخرجه مالك في الموطأ (٦٨٧/٢) في كتاب القراض: باب ما جاء في القراض (١) وأخرجه الشافعي عنه عن زيد بن أسلم عن أبيه (١٦٩/٢) في كتاب القراض حديث (٥٩٣) وقال الحافظ في التلخيص: إسناده صحيح. قوله: الرجل الذي قال لعمر ذلك، قيل: إنه عبد الرحمن بن عوف، هذا حكاه ابن داود شارح المختصر، وتبعه القاضي حسين. والإمام الغزالي. وابن الصلاح، قال ابن داود: وكان المال مائة ألف درهم. (تنبيه) قال الطحاوي: يحتمل أن يكون عمر شاطرها فيه، كما كان يشاطر عماله أموالهم، وقال البيهقي: تأول المزني هذه القصة بأنه سألهما لبره الواجب عليهما أن يجعلا كله للمسلمين، فلم يجيباه، فلما طلب النصف أجاباه عن طيب أنفسهما.

(ينظر التلخيص ٥٨/٣)

(٢) عبد الرحمن بن عوف بن عبد عوف بن عبد الحارث بن زهرة بن كلاب بن مرة الزهري أبو محمد المدني شهد بدرأ والمشاهد وهو أحد العشرة وهاجر الهجرتين وأحد الستة وروي عنه بنوه إبراهيم وحמיד وأبو سلمة ومصعب وغيرهم. قال الزهري: تصدق على عهد النبي ﷺ بأربعة آلاف ثم بأربعين ثم حمل على خمسمائة فرس ثم على خمسمائة راحلة. وأوصى لنساء النبي ﷺ بحديقة قومت بأربعمائة ألف. قال خليفة: مات سنة إثنين وثلاثين وقيل سنة ثلاث ودفن بالقيع. وزاد بعضهم وهو ابن خمس وسبعين سنة.

(ينظر الخلاصة (١٤٧/٢))

(٣) أخرجه مالك عن العلاء عن أبيه عن جده أنه عمل في مال لعثمان على أن الربح بينهما، ورواه البيهقي من طريق ابن وهب عن مالك، وليس فيه عن جده وإنما فيه أخبرني العلاء عن أبيه قال: جئت عثمان، فذكر قصة فيها معنى ذلك.

(٤) أما أثر علي: فروى عبد الرزاق عن قيس بن الربيع عن أبي حصين عن الشعبي عنه: في المضاربة الوضيعة على المال، والربح على ما اصطالحوا عليه، وأما ابن مسعود: فذكره الشافعي في كتاب اختلاف العراقيين عن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم عنه أنه أعطى زيد ابن خليفة مالاً مقارضة، وأخرجه البيهقي في المعرفة، وأما ابن عباس: فلم أره عنه، نعم رواه البيهقي عن أبيه العباس بسند ضعفه، وأخرج الطبراني في الأوسط من طريق حبيب ابن يسار عن ابن عباس قال: كان العباس إذا دفع مالاً مضاربة - فذكر القصة - وفيه: أنه رفع الشرط إلى النبي ﷺ فأجازها، وقال: =

وإنما جوزت المُساقاة للحاجة من حيث إن مالك النخيل قد لا يحسن تعهدها، ولا يتفرغ له، ومن يحسن العمل قد لا يملك ما يعمل فيه، وهذا المعنى موجود في القراض. ثم كلام الكتاب مندرج في ثلاثة أبواب:

أحدها: فيما يعتبر لصحة هذا العقد، وما يعتبر تارة يعتبر في رأس المال، وتارة في العمل، وأخرى في صفة العقد، وأخرى في العاقدين، فسمى هذه الأمور أركاناً، وبيّن ما يشترط في كل واحد منها.

والثاني: في أحكامه إذا صح.

والثالث: فيما إذا انفسخ العقد بفسخ وغيره ما حكمه؟ وفيما إذا اختلفا في كيفية جريان العقد بينهما كيف يفصل الأمر؟

أما الباب الأول: فالركن الأول منه رأس المال، وله شروط:

أحدها: أن يكون نقداً، وهو الدراهم والدنانير المضروبة، وفيه معنيان:

أحدهما: أن القراض معاملة تشتمل على إغرار، إذ العمل غير مضبوط، والربح غير موثوق به، وإنما جوزت للحاجة، فتختص بما تسهل التجارة عليه، وتروج بكل حال<sup>(١)</sup>. وأشهرهما: وهو المذكور في الكتاب أن النقدين ثمناً لا يختلفان بالآزمنة والأمكنة إلا قليلاً ولا يقومان بغيرهما، والعروض تختلف قيمتها، فلو جعل شيء منها رأس المال لزم أحد الأمرين.

أما أخذ المالك جميع الربح، أو أخذ العامل بعض رأس المال، ووضع القراض على أن يشتركا في الربح، وينفرد المالك برأس المال، ووجه لزوم أحد الأمرين: أنهما إذا جعلوا رأس المال ثوباً، فإما أن يشترطوا رد ثوب بتلك الصفات أو رد قيمته.

= لا يروى إلا بهذا الإسناد، تفرد به محمد بن عقبة عن يونس بن أرقم عن الجارود عنه، وأما جابر: فرواه البيهقي بلفظ أنه سئل عن ذلك، فقال: لا بأس بذلك، وفي إسناده ابن لهيعة، وأما حكيم بن حزام: فرواه البيهقي بسند قوي أنه كان يدفع المال مضاربة إلى أجل، ويشترط عليه أن لا يمر به بطن واد ولا يبتاع به حيواناً، ولا يحمله في بحر، فإن فعل شيئاً من ذلك فقد ضمن ذلك المال (فائدة) قال ابن حزم في مراتب الإجماع: كل أبواب الفقه فلها أصل من الكتاب أو السنة حاشي القراض فما وجدنا له أصلاً فيهما البتة، ولكنة إجماع صحيح مجرد، والذي تقطع به أنه كان في عصره رضي الله عنه، فعلم به وأقره، ولولا ذلك لما جاز.

(ينظر التلخيص ٥٨/٣)

(١) قال ابن الرفعة: والأشبه صحة القراض على نقد أبطله السلطان. قال الأذري: وفيه نظر إذا عَزَّ وجوده أو خيف عزته عند المفاصلة. قال في مغني المحتاج: وهذا هو الظاهر.

إن شَرَطًا الأول، فربما كان قيمة الثوب في الحال درهماً، وبيعه، ويتصرف فيه حتى يبلغ المال عشرة، ثم ترفع قيمة الثياب، فلا يوجد مثل ذلك الثوب إلا بعشرة فيحتاج العامل إلى صرف جميع ما معه إلى تحصيل رأس المال، فيذهب الربح في رأس المال، وربما كانت قيمته عشرة فباعه ولم يربح شيئاً ثم صار يؤخذ مثله بشيء يسير فيشتريه، ويطلب قسيمة الباقي، فحينئذ يفوز العامل ببعض رأس المال. وإن شَرَطًا رَدَّ القيمة، فإما أن يشترطاً قيمة حال المفاصلة، أو قيمة حال الدفع. والأول غير جائز؛ لأنها مجهولة، وقد تكون قيمته في الحال درهماً، وعند المفاصلة<sup>(١)</sup> عشرة، فيلزم المحذور الأول.

والثاني: غير جائز؛ لأنه قد تكون قيمته في الحال عشرة، وتعود عند المفاصلة إلى درهم، فيلزم المحذور الثاني، وفي النفس حسيكة من هذا الكلام؛ لأن لزوم أحد الأمرين مبني على أن رأس المال قيمة يوم العقد، أو يوم المفاصلة، ويتقدير جواز القراض على العرض يجوز أن يكون رأس المال ذلك العرض بصفاته من غير نظر إلى القيمة، كما أنه المستحق في السَّلْم، وحينئذ إن ارتفعت القيمة، فهو كخسران حصل في أموال القراض، وإن انخفضت فهو كزيادة قيمة فيها. وعن الشيخ أبي مُحَمَّدٍ أنه كان يعول في اختصاص القراض بالتقدين على الإجماع، ولا يبعد أن يكون العدول إليه لهذا الإشكال، ويترتب على اعتبار النقدية امتناع القراض على الحُلِيِّ والتَّبَر، وكل ما ليس بمضروب؛ لأنها مختلفة القيمة كالعروض، وكذلك لا يجوز القراض على الفلوس<sup>(٢)</sup>، ولا الدراهم والدنانير المغشوشة<sup>(٣)</sup>، لأنها نقد وعرض. وحكى الإمام وجهاً أنه يجوز القراض على المغشوش اعتباراً برواجه واذعاء الوفاق على امتناع القراض في الفلوس، لكن صاحب «التتمة» ذكر فيها أيضاً الخلاف. وعن أبي حَنِيفَةَ يجوز القراض في المغشوش إذا لم يكن الغش أكثر.

قال الغزالي: وَأَخْتَرْنَا بِالْمَعْلُومِ عَنِ الْقِرَاضِ عَلَى صُرَّةِ دَرَاهِمٍ، فَإِنَّ جَهْلَ رَأْسِ الْمَالِ يُؤَدِّي إِلَى جَهْلِ الرَّبْحِ، وَأَخْتَرْنَا بِالْمَعْيِنِ عَنِ الْقِرَاضِ عَلَى دَيْنٍ فِي الدُّمَّةِ، وَلَوْ عَيْنٌ وَأَبْنَهُمْ فَقَالَ: قَارَضْتُكَ عَلَى أَحَدِ هَذَيْنِ الْأَلْفَيْنِ وَالْآخَرَ عِنْدَكَ وَدَيْعَةً وَهُمَا فِي كَيْسَيْنِ

(١) سقط في ب.

(٢) قال النووي: ذكر الفوراني في جواز القراض على ذوات المثل وجهين، وهذا شاذ منكر، والصواب المقطوع به: المنع.

ينظر الروضة ٤/١٩٨.

(٣) وإن راجت وعلم قدر غشها وجوزنا التعامل بها لأن الغش الذي فيها عرض وخالف في ذلك السبكي فقال: يقوى عندي أن أفتي بالجواز وأن أحكم بها إن شاء الله تعالى. ٤/١٩٧.

مَتَمِّيزِينَ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ كَانَ النَّقْدُ وَدَيْعَةً أَوْ رَهْنًا فِي يَدِهِ أَوْ غَضَبًا وَقَارَضَهُ عَلَيْهِ صَحَّ،  
وَفِي انْقِطَاعِ ضَمَانِ الْغَضَبِ خِلَافٌ.

قال الرافعي: الشَّرْطُ الثَّانِي: أن يكون معلوماً<sup>(١)</sup>، فلو قارض على كفين من الدراهم، أو صُرَّةً مجهولة القدر لم يجز؛ لأنه إذا كان رأس المال مجهولاً، كان الربح مجهولاً، ويخالف رأس مال السَّلْم، حيث يجوز أن يكون مجهول القدر على أحد القولين، لأن السلم لا يعقد ليفسخ، والقراض يعقد ليفسخ، ويميز بين رأس المال والربح. وفي «الشامل» وغيره أن عند أبي حنيفةً يجوز أن يكون رأس المال مجهول القدر، وإذا تنازعنا فيه عند المفاصلة، فالمصدق العامل، وعلى هذا فليكن قوله: «معلوماً» في الفصل السابق معلماً بالحاء. ولو دفع إليه ثوباً، وقال: بعه، وإذا قبضت ثمنه، فقد قارضتك عليه لم يجز، لأنه مجهول، ولما فيه من تعليق القرض.

قال أبو حنيفة: يصح.

الشرط الثالث: أن يكون معيناً فلو قارض على دراهم غير معينة، ثم أحضرها في المجلس وعينها، حكى الإمام عن القاضي، وقطع به أنه يجوز، كما في الصرف ورأس مال السَّلْم. والذي أورده صاحب «التهذيب» المنع<sup>(٢)</sup>.

ولو كان له دَيْن في ذمة إنسان فقال لغيره: قارضتك على دَينِي على فلان، فأقبضه، واتجر فيه لم يجز، لأننا لم نجوز القِرَاضَ على العرض لعسر التجارة والتصرف فيها، ومعلوم أن التصرف في الدَّين أكثر عسراً فكان بالمنع الأولى.

ووجهه الإمام بأن ما في الدَّمة لا بد من تحصيله أولاً، وسنذكر أنه لا يجوز في القراض ضم عمل إلى التجارة، ولكن مثل هذا العمل يجوز أن يُعَدَّ من توابع التجارة، فلا يمتنع ضمه إلى عمل القراض، يؤيده قولهم: إنه لو كان له عند زيد دراهم ودَيْعَةٌ، فقال لعمرو: قارضتك عليها، فخذها وتصرف فيها يجوز، ولو أن صاحب الدَّين قال: قارضتك عليه لتقبض، وتتصرف، أو أقبضه فإذا قبضته فقد قارضتك عليه لم يصح أيضاً، وإذا قبض العامل، وتصرف فيه لم يستحق الربح المشروط، بل الجميع للمالك، وللعامل أجره مثل التصرف، إن كان قد قال: إذا قبضت فقد قارضتك، وإن قال:

(١) فلا يجوز على مجهول القدر دفعاً لجهاالة الربح ولا على مجهول الصفة كما قاله ابن يونس ومثلها الجنس. قال السبكي: ويصح القراض على غير المرثي لأنه توكيل.

(٢) لم يصرح الشيخ بترجيح وصحح في الشرح الصغير مقاله القاضي وهو المذكور في الشامل والبحر ونقل عن أبي الفرج الرازي قال في الخادم والأفقه ما قاله البغوي وتابعه صاحب الحاوي من إبطال القراض إلى آخر ما ذكره.

قرضتك عليه لتقبض وتتصرف، استحق مثل أجره التقارض، والقبض أيضاً.

ولو قال للمديون: قارضتك على الدين الذي عليك لم يصح القراض أيضاً؛ لأنه إذا لم يصح والدين على الغير، فلأن لا يصح والدين عليه كان أولى، لأن المأمور لو استوفى ما على غيره ملكه وصح القبض، وما على المأمور لا يصير للمالك بعزله من ماله، وقبضه للأمر، بل لو قال: اعزل قدر حقي من مالك، فعزله، ثم قال: قارضتك عليه لم يصح، لأنه لم يملكه.

وإذا تصرف المأمور فيما عزله نظر إن اشترى بعينه للقراض، فهو كالفُضُولِيّ يشتري لغيره بعين ماله، وإن اشترى في الذمة، ونقد ما عزله ففيه وجهان. أحدهما: أنه للمالك؛ لأنه اشترى له بإذنه.

والثاني: أنه للعامل؛ لأنه إنما أذن في الشراء بمال القراض، إما بعينه، أو في الذمة لينقده فيه، وإذا لم يملكه، فلا قراض، وهذا أظهر عند الشيخ أبي حامد<sup>(١)</sup>.

وفي «التهذيب» أن الأصح الأول بحيث كان المال المعزول للمالك، فالريح ورأس المال له لفساد القراض، وعليه الأجرة للعامل. ولو دفع إليه كيسين في كل واحد منها ألف، وقال: قارضتك على أحدهما، فوجهان:

أحدهما: الصحة لتساويهما.

وأصحهما: المنع لعدم التعيين<sup>(٢)</sup>، كما لو قال: قارضتك على هذه الدراهم، أو على هذه الدينانير، وكما لو قال: بعثك أحد هذين العبدین، ولو كانت دراهمه في يد غيره وديعة، فقارضه عليها صح، ولو كانت غصباً لم يصح في وجه؛ لأنه مضمون والقرض عقد أمانة. الأصح<sup>(٣)</sup> الصحة، كما إذا رهن من الغاصب. وعلى هذا لا يبرأ من ضمان العَضْبِ، كما في الرهن وعند أبي حنيفة ومالك - رضي الله عنهما - إنه يبرأ.

قال الغزالي: وَأَرَدْنَا بِالْمُسْلَمِ أَنْ يَكُونَ فِي يَدِ الْمُعَامِلِ، فَلَوْ شَرَطَ الْمَالِكُ أَنْ يَكُونَ فِي يَدِهِ أَوْ أَنْ يَكُونَ لَهُ يَدٌ أَوْ يُرَاجَعَ فِي التَّصَرُّفِ أَوْ يُرَاجَعُ مُشْرَفُهُ فَسَدَّ الْقِرَاضُ؛ لِأَنَّهُ

(١) ما صححه البخاري هو الذي أورده القاضي ونقله ابن الرفعة عن إيراد البندنجي في تعليقه، إلى آخر ما ذكره.

(٢) فعلى الأولى بتصرف العامل في أيهما شاء فيتعين للقراض الروضية ١٩٩/٤.

(٣) قال النووي: معناه: لا يبرأ بمجرد القراض. أما إذا تصرف العامل وباع واشترى، فبرأ من ضمان الغصب، لأنه سلمه بإذن المالك، وزالت عنه يده، وما يقبضه من الأعراض، يكون أمانة في يده، لأنه لم يوجد منه فيها مضمين. ينظر الروضة ١٩٩/٤.



تَضَيِّقٌ لِلتَّجَارَةِ، وَلَوْ شَرَطَ أَنْ يَعْمَلَ مَعَهُ غُلَامٌ الْمَالِكِ جَازَ عَلَى النَّصِّ.

قال الرافعي: الشرايط الرابع: أن يكون رأس المال مسلماً إلى العامل<sup>(١)</sup>، ويستقل باليد عليه، والتصرف فيه، ولو شرط المالك أن يكون الكيس في يده ليوفي الثمن منه إذا اشترى العامل شيئاً، أو شرط أن يراجعه العامل في التصرفات، أو يراجع مشرفاً نصبه فسد القراض؛ لأنه قد لا يجده عند الحاجة، أو لا يساعده على رأيه فيفوت عليه التصرف الرابع، فالقراض موضوع توسعاً لطريق التجارة، ولهذا الغرض احتمل فيه ضرب من الجهالة فيصان عما يخل به، ولو شرط أن يعمل معه المالك بنفسه فسد أيضاً؛ لأن انقسام التصرف يُفْضِي إلى انقسام اليد ويبطل الاستقلال. وفي «الرقم» لأبي الحسن العبادي أن أبا يحيى البليخي جوز ذلك على طريق المعاونة والتبعية، والمذهب الأول، ولو شرط أن يعمل معه غلام المالك فوجهان، ويقال: قولان.

أحدهما: أنه لا يصح أيضاً، كما لو شرط أن يعمل بنفسه؛ لأن يد عبده يده.

والثاني: وبه قال ابن سُرَيْج وأبو إسحاق والأكثر: أنه يجوز؛ لأن العبد مال يدخل تحت اليد، ولمالكه إعارته وإجارته، فإذا دفعه إلى العامل، فقد جعله معيناً وخادماً للعامل، فوقع تصرفه للعامل تبعاً لتصرفه، بخلاف ما إذا شرط المالك أن يعمل بنفسه، فإنه لا وجه لجعله تابعاً، وموضوع الخلاف ما إذا لم يصرح بحجر العامل.

فأما إذا قال: على أن يعمل معك غلامي، ولا يتصرف دونه، أو يكون بعض المال في يده، فسد لا محالة، ولا شرط في المضاربة أن يعطية بهيمة يحمل عليها، ففي «التتمة» أنه على الخلاف في مسألة الغلام.

ومنهم من قال: قضية كلامه، القطع بالجواز، ولو لم يشترط عمل الغلام معه، ولكن شرط أن يكون ثلثي الربح له، والثلث لغلامه، والثلث للعامل جاز، وحاصله اشتراط ثلثي الربح لنفسه نص عليه في «المختصر» حيث قال: فان قارضه، وجعل معه رب المال غلامه، وشرط أن الربح بينه، وبين العامل، والغلام أثلاثاً فهو جائز، وكان لرب المال الثلثان. واعلم أن من لم يجوز شرط عمل الغلام قال: المراد من هذا النص أن يجعل مع العامل في قسمة الربح لا في العمل، ومن جوزه عمل بإطلاقه، وقال: لا فرق بين شرط عمله، وبين تركه، وهذا ما ينزل عليه قوله في الكتاب: «جار على النص»، ولو شرط ثلث الربح لحُرِّ، فسيأتي في الركن الثالث.

(١) وليس المراد اشتراط تسليم المال إليه حال العقد أو في مجلسه، وإنما المراد أن يستقل العامل باليد عليه والتصرف فيه كما أشار المصنف.

## فرع:

قال في «التتمة»: ولو كان بينه وبين غيره دراهم مشتركة، فقال لشريكه: قارضتك على نصيبي منها صح إذ ليس فيه إلا الإشاعة، فإنها لا تمنع صحة التصرفات قال: وعلى هذا لو خلط ألفين بألف لغيره، ثم قال صاحب الألفين للآخر: قارضتك على أحدهما، وشاركتك في الآخر، فقبل جاز، وانفرد العامل بالتصرف في ألف القراض، ويشتركان في التصرف في باقي المال، ولا يخرج عقدين على الخلاف في الصَّفقة الواحدة تجمع مختلفين؛ لأنهما جميعاً يرجعان إلى التوكيل بالتصرف، ولا يجوز أن يجعل رأس مال القراض سُكْنَى دار، فإن العروض إذا لم تجعل رأس مال، فالمنافع أولى، وهذا يمكن فهمه من الضبط المذكور في الكتاب.

قال الغزالي: الرُّكْنُ الثَّانِي الْعَمَلُ وَهُوَ عَوَضُ الرِّبْحِ، وَشُرُوطُهُ ثَلَاثَةٌ: وَهِيَ أَنْ يَكُونَ تِجَارَةً غَيْرَ مُضَيِّقَةٍ بِالتَّعْيِينِ وَالتَّاقِيفِ، أَخْتَرْنَا بِالتَّجَارَةِ عَنِ الطَّبِيخِ وَالتَّخْبِزِ وَالتَّحْرِيقِ، فَإِنَّ عَقْدَ الْقِرَاضِ عَلَى الْحِنْطَةِ لِيُرَبَّحَ بِذَلِكَ فَاسِدٌ. أَمَّا الثَّقُلُ وَالتَّكْيِيلُ وَالتَّوَزُّنُ وَالتَّوَاحِقُ التَّجَارَةُ تَبَعٌ لِلتَّجَارَةِ، وَالتَّجَارَةُ، هِيَ الْأَسْتِزْبَاحُ بِالتَّبَيْعِ وَالتَّشْرَاءِ لَا بِالتَّحْرِيقِ وَالتَّصْنَعَةِ.

قال الرافعي: لما تكلم في رأس المال وشرائطه أخذ يتكلم فيما يقابله بين من طرف العامل، وهو العمل، ويشترط فيه أمور:

أحدها: كونه تجارة، ويتعلق بهذا القيد صور:

منها: لو قارضه على أن يشتري الحنطة فيطحنها، ويخبزها والطعام ليطبخه ويبيع، والربح بينهما، فهو فاسد، وتوجيه الملتزم من كلام الأضحاب أن الطبخ والخبز ونحوهما أعمال مضبوطة يمكن الاستئجار عليها، وما يمكن الاستئجار عليه، فيستغنى عن القراض إنما القراض لما لا يجوز الاستئجار عليه، وهو التجارة التي لا ينضبط قدرها، وتمس الحاجة إلى العقد عليها، فيحتمل فيه للضرورة جهالة العوضين، وعلى هذا القياس ما إذا اشترط عليه أن يشتري الغزل، فينسجه، أو الثوب فيقصره، أو يصبغه. ولو اشترى العامل الحنطة، وطحنها من غير شرط، فعن القاضي الحسني في آخرين أنه يخرج الدقيق عن كونه مال قراض، ولو لم يكن في يده غيره ينفسخ القراض؛ لأن الربح حينئذ لا يحال على البيع والشراء فقط، بل على التعبير الحاصل في مال القراض بفعله، وغير التجارة لا يقابل بالربح المجهول، وعلى هذا فلو أمر المالك العامل أن يطحن حنطة مال القراض كان فاسخاً للعقد. والأظهر وإليه ميل الإمام، وهو المذكور في «التهديب» أن القراض بحاله، ويلتحق ذلك بما إذا زاد عبد القراض بكبر أو سمن، أو بتعلم صنعة، فإنه لا يخرج عن كونه مال القراض، ولكن العامل إذا استقل

بالطحن صار ضامناً، وعليه الغرم إن فرض نقص في الدقيق، فإن باعه لم يكن الثمن مضموناً عليه؛ لأنه لم تبعد فيه، ولا يستحق العامل بهذه الصناعات أجره على المالك، ولو استأجر عليه أجيراً، فأجرته عليه، والربح بينه وبين المالك كما شرطاً.

ومنها: لو قارضه على دراهم على أن يشتري بها نخيلاً، أو دواب، أو مستغلات، ويمسك زمامها رقابها لثمارها، أو نتاجها أو غلاتها، أو تكون الفوائد بينهما، فهو فاسد؛ لأنه ليس استرباحاً بطريق التجارة، والتجارة هي التصرف بالبيع والشراء، وهذه الفوائد تحصل من عين مال لا من تصرفه.

ومنها: لو شرط عليه أن يشتري شبكة الصيد ويصطاد بها، وليكون الصيد بينهما، فهو فاسد، ويكون الصيد للصائد، وعليه أجره الشبكة.

وقوله في الكتاب: «العمل وهو عوض الربح» كأن المراد فيه أن قضية ملك المالك رأس المال وملكه الربح، فالقدر المشروط للعامل إنما ملكه عوضاً عن عمله للمالك، وربما يقال: رأس المال والعمل عوضان متقابلان، ونعني به أن رأس المال من المالك، والعمل من العامل يتقابلان، والربح يحصل من معاونتتهما. وقوله: «فإن عقد القراض على الحنطة ليربح بذلك فهو فاسد» أي الطحن والخبر، وفي الصورة التي صورها للفساد سبب آخر، وهو كون رأس المال عوضاً، وإنما الصورة التي تختص بما نحن فيه أن يقارضه على دراهم على أن يشتري بها الحنطة، ويطحن وبخبز على ما سبق. وقوله: «أما النقل والوزن ولو ائق التجارة بيع للتجارة».

معناه: أن هذه الأعمال وإن كان العامل يأتي بها على ما سنين في الباب الثاني ما على العامل فليس ذلك كالطحن والخبز، فإنها من توابع التجارة ولو ائقها التي انبني العقد لها.

قال الغزالي: ثُمَّ لَوْ عَيْنَ الْحَرْزِ الْأَذَكْنَ أَوْ الْحَيْلَ الْأَبْلَقَ لِلتَّجَارَةِ عَلَيْهِ، أَوْ عَيْنَ شَخْصاً لِلْمُعَامَلَةِ مَعَهُ فَهُوَ فَاسِدٌ (ح و) لِأَنَّهُ تُضَيِّقُ وَلَوْ عَيْنَ جِنْسِ الْحَرْزِ أَوْ الْبُرِّ جَارَ لِأَنَّهُ مُعْتَادٌ.

قال الرافي: الأمر الثاني: ألا يكون مضيقاً عليه بالتعيين<sup>(١)</sup>، فلو عين نوعاً

(١) كسواء متاع معين أو معاملة شخص إذ المتاع المعين قد لا يربح والشخص المعين قد لا يعامله وقد لا يجد عنده ما يظن أن فيه ربحاً قال في الحاوي: ويضرب تعيين الحانوت دون السوق لأن السوق كالنوع العام والحانوت كالعرض المعين.

للاتجار فيه، نظر إن كان مما يندر وجوده كالياقوت الأحمر، والحَزَّ الأذْكَن، والخيل البُلُق<sup>(١)</sup>، والصيد حيث يوجد نادراً فسد القراض، فإن هذا تضييق يخل بقصوده، وإن لم يكن نادر الوجود، نظر إن كان يدوم شتاءً وصيفاً، كالحبوب والحيوان والحَزَّ والبَزَّ، صح القراض، وإن لم يدم كالثمار الرطبة، فوجهان:

أحدهما: أنه لا يجوز، كما إذا قارضه مدة، ومنعه من التصرف بعدها، نعم لو قال: تصرف فيه، فإذا انقطع، فتصرف في كذا جاز.

وأصحهما: وبه قال أبو إسحاق: أنه يجوز؛ لأنه لا يمنع التجارة في تلك المدة، ويخالف ما إذا قارضه مدة؛ لأنها قد تنقضي قبل أن يبيع ما عنده من العروض، وهذا النوع سهل التصرف فيه ما دام موجوداً، وإذا انقطع لم يبقَ عنده شيء ولو قال: لا تشتتر إلا هذه السلعة، أو إلا هذا العبد، فسد القراض، بخلاف ما إذا قال: لا تشتتر هذه السلعة وهذا العبد؛ لأن فيما سواهما مجالاً واسعاً، وكذا لو شرط ألا يبيع إلا من فلان ولا يشتري إلا منه لم يجز، ولو قال: لا تبع من فلان ولا تشتتري منه جاز. وفي بعض شروح «المفتاح» أنه لا يجوز كما لو قال: لا تبع إلا منه والمذهب الأول وبقولنا قال مالك. وقال أبو حنيفة وأحمد: يجوز أن يعين سلعة للشراء، وشخصاً للمعاملة معه، كما في الوكالة. وعن القاضي أبي الطيب أن الماسرجسي<sup>(٢)</sup> قال: إذا كان الشخص المعين يباعاً لا ينقطع عنده المتاع الذي يتجرُّ على<sup>(٣)</sup> نوعه غالباً جاز تعيينه.

فرع:

في اشتراط تعيين نوع يتصرف فيه مثل الخلاف المذكور في الوكالة<sup>(٤)</sup>، والظاهر وهو الذي أورده في «النهاية» أنه لا يشترط؛ لأن الوكالة نيابة مخضمة، والحاجة تمس

(١) البُلُق: بليق الدابة. والبُلُق: سواد وبياض وكذلك البُلُقَة بالضم ابن سيده: البُلُق والبُلُقَة مصدر الأبلق ارتفاع التحجيل إلى الفخذين.

(ينظر لسان العرب ١/٣٤٧)

(٢) الحسين بن محمد بن أحمد بن ماسرجس، أبو علي: من كبار حفاظ الحديث، من أهل نيسابور، قال ابن تغري يروي: كان جده (ماسرجس) نصرانياً وأسلم. وقال ابن الجوزي: في بيته وسلفه تسعة عشر محدثاً. وقال الحاكم: هو سفينة عصره في كثرة الكتابة، وقال ابن عساکر: كان يُعرف بالزهري الصغير. له «المسند الكبير» في ألف وثلاثمائة جزء، وهو أكبر ما صنف في موضوعه. و«المغازي والقبائل» وكتاب على «البخاري» وآخر على «مسلم». يُنظر: الأعلام ٢: ٢٥٣، ٢٥٤، النجوم الزاهرة ٤: ١١١. البداية والنهاية ١١: ٢٨٣، شذرات الذهب ٣: ٥٠.

(٣) في الروضة «في».

(٤) والفرق أن للعامل خطأً يحمله على بذل المجهود بخلاف الوكيل.

(ينظر روضة الطالبين ٤/٢٠٢)

إليها في الأشغال الخاصة، والقراض معاملة يتعلّق بها غرض كل واحد من المتعاقدين، فمهما كان العامل أبسط يداً كان أفضى إلى مقصودها.

فرع:

إذا جرى تعيين صحيح لم يكن للعامل مجاوزته، كما في سائر التصرفات المستفادة من الإذن، فالإذن في البزّ يتناول ما يلبس من المنسوج من الإبريسم والقطن والكتان والصوف دون الفرش والبسط.

وفي الأكسية وجهان؛ لأنها ملبوسة، لكن بائعها لا يسمى بزّازاً<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي: وَلَوْ ضَبِقَ بِالتَّاقِيَةِ إِلَى سَنَةٍ مَثَلًا وَمُنِعَ مِنَ البَيْعِ بَعْدَهَا فَهَوَ فَاسِدٌ فَإِنَّهُ قَدْ لَا يَجِدُ رُبُونًا قَبْلَهَا، وَإِنْ قُبِدَ الشَّرَاءُ وَقَالَ: لَا تَشْتَرِ بَعْدَ السَّنَةِ وَلَكَ البَيْعُ فَوْجَهَانَ، إِذِ المَنْعُ عَنِ الشَّرَاءِ مَقْدُورٌ لَهُ فِي كُلِّ وَقْتٍ فَأَمَّا كَنْ شَرْطُهُ، فَإِنْ قَالَ: قَارَضْتُكَ سَنَةً مُطْلَقًا فَعَلَى أَيِّ القِسْمَيْنِ يَنْزِلُ فِيهِ وَجَهَانِ.

قال الرافعي: الأمر الثالث: ألا يضيق بالتأقيت.

واعلم أولاً أن القراض لا يعتبر فيه بيان المدة، بخلاف المساقاة؛ لأن المقصود من المساقاة ينضبط بالمدة، فإن للثمر وقتاً معلوماً، والمقصود من القراض ليس له مدة مضبوطة، فلم يشترط فيه التأقيت، ولو أقت وقال: قارضتك سنة، فينظر إن منعه من التصرف بعدها مطلقاً، أو من البيع فهو فاسد؛ لأن يخل بمقصود العقد، ويخالف مقتضاه.

أما الأول: فلأنه قد لا يجد راغباً في المدة، فلا تحصل التجارة والربح.

وأما الثاني: فلأنه قد يكون عنده عروض عند انقضاء السنة وقضية القراض أن ينص العامل ما في يده لآخر الأمر ليتميز رأس المال من الربح.

وإن قال: علّى ألا أشتري بعد السنة، ولك البيع فوجهان.

أحدهما: المنع؛ لأن ما وضعه على الإطلاق من العقود لا يجوز فيه التأقيت، وهذا الوجه ذكر الإمام أن العراقيين نسبوه إلى أبي الطيب ابن سلمة، ولا يكاد يوجد ذلك في كتبهم، نعم يقولون: إن أبا الطيب النسائي حكاه عن إبي إسحاق فيما علق من الزيادات على الشرح، فكانه اشتبه عليه أبو الطيب بأبي الطيب. وأصحهما: الجواز؛ لأن المالك يتمكن من منعه من الشراء مهما شاء، فجاز أن يتعرض له في العقد،

(١) قال النووي: أصحهما المنع. ينظر الروضة ٢٠٢/٤

بخلاف المنع من البيع، ولو اقتصر على قوله: قارضتك سنة، فوجهان:  
أصحهما: المنع، لأن قضية انتهاء القراض امتناع التصرف بالكلية، ولأن ما يجوز  
أن فيه الإطلاق من العقود لا يجوز فيه التأقيت، كالبيع والنكاح.

والثاني: يجوز، ويحمل على المنع من الشراء باستدامة العقد.

ولو قال: قارضتك سنة على ألا أملك الفسخ قبل انقضائها، فهو فاسد، ولا  
يجوز أن يعلّق القراض فيقول: إذا جاء رأس الشهر، فقد قارضتك كما لا يجوز تعليق  
البيع ونحوه. ولو قال: قارضتك الآن ولكن لا تتصرف حتى يجيء رأس الشهر، ففي  
وجه يجوز كالوكالة.

والأصح: يمنع كما لو قال: بعتك بشرط ألا تملك إلا بعد شهر.

قال الغزالي: الثالث: الرّيح وشرائطه أزيغ: وهي أن يكون مخصوصاً بالعاقدين  
مُشترَكًا معلوماً بالجزئية لا بالتقدير، وعتينا بالخصوص أنه لو أضيف جزء من الرّيح إلى  
ثالث لم يجز، وبالأشراك أنه لو شرط الكل للعامل أو للمالك فهو فاسد (م)، ويكونه  
معلوماً اخترزنا ناعماً إذا قال: لك من الرّيح ما شرطه لفلان فإنه مجهول، ولو قال: على  
أن الرّيح بيننا ولم يقل: نصفين فالأظهر: (و) التّزليل على التّصنيف ليصح، وأخترزنا  
بالجزئية عما إذا قال: لك من الرّيح مائة أو درهم أو لي درهم والباقي بيننا فكل ذلك  
فاسد إذ ربّما لا يكون الرّيح إلا ذلك المقدار.

قال الرافعي: في الريح شروط:

أحدها: أن يكون مخصوصاً بالمتعاقدين، فلو شرط بعضه لثالث، فقال: على أن  
يكون ثلثه لك، وثلثه لي، وثلثه لزوجتي، أو لأمي أو لابني أو لأختي أو لأجنبي لم  
يصح القراض، لأنه ليس بعامل، ولا مالك للمال، إلا أن يشترط عليه العمل معه،  
فيكون قراضاً مع رجلين. ولو كان المشروط له عبداً، لمالك أو العامل، كان ذلك  
مضموناً للمالك، أو العامل على ما تقدم.

ولو قال: نصف الريح لك، ونصفه لي، ومن نصيبي نصفه لزوجتي صح  
القراض، وهذا وعد منه لزوجته. ولو قال للعامل: لك كذا على أن تعطي ابنك أو  
امراتك نصفه، فعن القاضي أبي حامد إن ذكره شرطاً فسد القراض، وإلا لم يفسد.

الثاني: أن يكون مشتركاً بينهما، فلو قال: قارضتك على أن يكون جميع الريح  
لك، ففي حكمه وجهان:

أصحهما: أنه قراض فاسد رعاية للفظ.

**والثاني:** أنه قراض صحيح رعاية للمعنى، ويروى هذا عن أبي حنيفة، ولا يجيء الوجه الثاني في مثله من المساقاة لتعذر القراض.

ولو قال: قارضتك على أن الربح كله لي، فهو قراض فاسد، أو إِبْضَاع<sup>(١)</sup>؟ فيه وجهان. وعن مالك - رضي الله عنه - أنه يصح القراض في الصورتين، ويجعل كأن الآخر وهب نصيبه من المشروط له.

ولو قال: أبضعتك على أن نصف الربح لك، فهو إِبْضَاع، أو قراض؟ فيه الوجهان. ولو قال: خذ هذه الدراهم، فتصرف فيها، والربح كله لك، فهو قرض صحيح عند ابن سريج والأكثرين، بخلاف مالو قال: قارضتك على أن الربح كله لك؛ لأن اللفظ يصرح بعقد آخر. وقال الشيخ أبو محمد: لا فرق بين الصورتين.

وعن القاضي الحسين أن الربح والخسران للمالك، وللعامل أجرة المثل، ولا يكون قرضاً؛ لأنه لم يملكه ولو قال: تصرف فيها والربح كله لي، فهو إِبْضَاع.

**الثالث:** أن يكون معلوماً، فلو قال: قارضتك على أن لك في الربح شركة أو شريكاً أو نصيباً فسد. ولو قال: لك مثل ما شرطه فلان لفلان، فإن كانا عالمين بالمشروط لفلان صح، وإن جهلاه أو أحدهما فسد.

ولو قال: على أن الربح بيننا، ولم يقل: نصفين فوجهان:

**أحدهما:** الفساد؛ لأنه لم يبين ما لكل واحد منهما فأشبهه ما إذا اشترط أن يكون الربح بينهما أثلاثاً، ولم يبين من له الثلثان، ومن له الثلث.

**وأظهرهما:** على ما ذكره في الكتاب، وبه أجاب الشيخ أبو حامد، وحكاه عن ابن سريج أنه يصح، وينزل على النصف، كما لو قال: هذه الدراهم بيني وبين فلان يكون إقراراً بالنصف.

ولو قال: على أن ثلث الربح لك، وما بقي فثلثه لي، وثلثاه لك صح، وحاصله اشتراط سبعة أتساع الربح للعامل والحساب من عدد لثلثه ثلث وأقله تسعة، وهذا إذا علما عند العقد أن المشروط للعامل بهذه اللفظة كم هو؟ فإن جهلاه أو أحدهما فوجهان: أحدهما: عن صاحب «التقريب» والذي أورده صاحب «الشامل» منهما الصحة بسهولة معرفة ما تضمنه اللفظ.

ويجري الخلاف فيما إذا قال: على أن لك من الربح سدس ربع العشر، وهما لا يعرفان قدره عند العقد، أو أحدهما.

(١) الإِبْضَاع بعث المال مع من يتجر فيه متبرعاً والبضاعة المال المبعوث.

**والرابع:** أن يكون العلم به من حيث الجزئية، لا من حيث التقدير، فلو قال: لك من الريح، أو لي منه درهم أو مائة، والباقي بيننا بالسَّوِيَّةِ فسد القراض؛ لأنه ربما لا ربح إلا ذلك القدر، فيلزم اختصاص أحدهما بكل الريح، وكذا لو قال: لك نصف الريح سوى درهم، وكذا لو شرط أن يوليه سلعة كذا إذا اشتراها برأس المال؛ لأنه ربما لا يربح إلا عليها، وكذا لو شرط أنه يلبس الثوب الذي يشتريه، ويركب الدابة التي يشتريها؛ لأن القراض جوز على العمل المجهول بالعوض المجهول للحاجة، ولا حاجة إلى ضم ما ليس من الريح إليه، ولأنه ربما ينقص بالاستعمال، ويتعذر عليه التصرف فيه. ولو شرطاً اختصاص لو أحدهما بربح صنف من المال، فسد أيضاً لأنه ربما لا يحصل الربح إلا فيه وكذا لو شرط أحد الألفين لهذا، وربح الألف الثاني لهذا، وشرط أن يكون الألفان متميزين، ولو دفعهما إليه، ولا تمييز وقال: ربح أحد الألفين لي، وربح الآخر لك، فعن بعض الأصحاب أنه يصح، ولا فوق بينه وبين أن يقول: نصف ربح الألفين لك.

**والأظهر،** ويحكي عن ابن سُرَيْج أنه فاسد؛ لأنه خصصه بربح بعض المال، فأشبه ما إذا كان الألفان متميزين، وما إذا دفع إليه ألفاً على أن يكون له ربحها ليتصرف له في ألف آخر.

قال الغزالي: **الرابع:** الصيغة وهي أن يقول قَارَضْتُكَ أَوْ ضَارَيْتُكَ أَوْ عَامَلْتُكَ عَلَى أَنْ الرِّبْحَ بَيْنَنَا نِصْفَيْنِ فَيَقُولُ: قَبِلْتُ، وَلَوْ قَالَ: عَلَى أَنْ النِّصْفَ لِي وَسَكَتَ عَنِ الْعَامِلِ فَسَدَ (و)، وَلَوْ قَالَ: عَلَى أَنْ النِّصْفَ لَكَ وَسَكَتَ عَنِ جَانِبِ نَفْسِهِ جَازَ.

قال الرافعي: القراض والمضاربة والمعاملة ألفاظ مستعملة في هذا العقد، وإذا قال: قارضتك، أو ضاربتك، أو عاملتك على أن الربح بيننا كذا كان إيجاباً صحيحاً، ويشترط فيه القبول على التواصل المعتبر في سائر العقود.

ولو قال: خذ هذه الدراهم، وأتجز عليها على أن الربح بيننا كذا.

ففي «التهذيب» أنه يكون قراضاً، ولا يفتقر إلى القبول، وهذا حكاه الإمام عن القاضي الحسين ثم قال: وقطع شيخي والطبقة العظمى من نقلة المذهب أنه لا بد من القبول بخلاف الجعالة والوكالة فإن القراض، عقد معاوضة يختص بمعين، فلا يشبه الوكالة التي هي إذن مجرد، والجعالة التي يتهم فيها العامل، فإن قال: قارضتك على أن نصف الربح لي، وسكت عن جانب العامل فوحهان:

أحدهما: أنه يصح، ويكون النصف الآخر للعامل؛ لأنه الذي يسبق إلى الفهم منه، ولهذا قال ابن سُرَيْج.



وأصحهما: وهو المذكور في الكتاب، وبه قال المُنزِيُّ أنه لا يصح، لأن الريح فائدة رأس المال، فيكون للمالك إلا إذا نسب منه شيء إلى العامل، ولم ينسب إليه شيء. ولو قال: على أن نصف الريح لك، وسكت عن جانب نفسه، فالصحيح الجواز، وما لا ينسب إلى العامل يكون للمالك بحكم الأصل بخلاف الصورة السابقة.

وفي «النهاية» ذكر وجه ضعيف: أنه لا يصح حتى تجري الإضافة في الجزءين إلى الجانبين. وإذا قلنا بالصحيح فلو قال: على أن لك النصف ولي السدس، وسكت عن الباقي صح، وكان الريح بينهما نصفين، كما لو سكت عن ذكر جميع النصف.

قال الغزالي: الرُّكْنُ الْخَامِسُ وَالسَّادِسُ: وَالْعَاقِدَانِ وَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِمَا إِلَّا مَا يُشْتَرَطُ فِي الْوَكِيلِ وَالْمُوَكَّلِ، نَعَمْ لَوْ قَارَضَ الْعَامِلُ غَيْرَهُ بِمَقْدَارٍ مَا شَرَطَ لَهُ بِإِذْنِ الْمَالِكِ فَبِيهِ وَجْهَانِ لِأَنَّ وَضْعَ الْقِرَاضِ أَنْ يَدُورَ بَيْنَ عَامِلٍ وَمَالِكٍ.

قال الرافعي: صاحب الكتاب رحمة الله قد يعد العاقدين ركنين، كما فعل هاهنا، وفي الوكالة، وقد يعد العاقد مطلقاً رُكناً واحداً، كما فعل «البيع» و «الرهن»، والفرض الأصلي لا يختلف، لكنه لو استمر على طريقة واحدة كان أحسن.

وفقه الفصل أن القِرَاضَ توكيل وتوكّل<sup>(١)</sup> في شيء خاص وهو التجارة، فيعتبر [في العامل والمالك ما يعتبر في الوكيل والموكل، فكما يجوز لولي الطفل التوكيل في أجور الطفل، كذلك يجوز لولي<sup>(٢)</sup>] الطفل والمجنون أن يقارض على مالها، يستوي فيه الأب والجد ووصيهما، والحاكم وأمينه، وهل يجوز لعامل القراض أن يقارض غيره.

أما بإذن المالك، فقد ذكره هاهنا، وأعاده مرة أخرى في الباب الثاني مع القسم الآخر، وهو أن يقارض بغير إذن المالك، ونحن نشرح المسألة بقسميها هناك إن شاء الله تعالى.

قال الغزالي: وَلَوْ كَانَ الْمَالِكُ مَرِيضاً وَشَرَطَ مَا يَزِيدُ عَلَى أُجْرَةِ الْمِثْلِ لِلْعَامِلِ لَمْ يُخَسَبْ مِنَ الثَّلْثِ لِأَنَّ التَّفْوِيتَ هُوَ الْمُقْبَدُ بِالثَّلْثِ وَالرَّبْحُ غَيْرُ حَاصِلٍ، وَفِي نَظِيرِهِ مِنَ الْمَسَاقَاةِ خِلَافٌ (و)، لِأَنَّ التَّخِيلَ قَدْ تَمَّرَ بِنَفْسِهِ فَهُوَ كَالْحَاصِلِ، وَلَوْ تَعَدَّدَ الْعَامِلُ وَاتَّحَدَ الْمَالِكُ أَوْ بِالْعَكْسِ فَلَا حَرَجَ.

(١) فيشترط أهلية التوكيل في المالك وأهلية التوكل في العامل فلا يكون واحد منهما سفيهاً ولا صبيّاً ولا مجنوناً ولا رقيقاً بغير إذن سيده.

(٢) سقط في ب.

قال الرافعي : فيه مسألتان :

إحدهما : لو قارض في مرض موته صح ، وإذا ربح العامل سلم له الجزء المشروط ، وإن زاد على أجرة مثل عمله ، ولا يحسب من الثلث ؛ لأن المحسوب من الثلث ما يفوته من ماله ، والربح ليس حاصل حتى يفوته ، وإنما هو شيء يتوقع حصوله ، فإذا حصل حصل بتصرفات العامل وكسبه .

ولو ساقاه في مرض الموت ، وزاد الحاصل على أجرة المثل فوجهان :

أحدهما : أنه لا يحسب من الثلث أيضاً ؛ لأنه لم يكن حينئذ ثمرة ، وحصولها منسوب إلى عمل العامل وتعده .

وأشبههما : احتساب الزيادة من الثلث ؛ لأن للثمار وقتاً معلوماً ينتظر ، وهي قد تحصل من عَيْنِ النخيل من غير عمل ، فكانت كالشيء الحاصل ، بخلاف الأرباح الثانية يجوز أن يقارض الواحد اثنين والعكس ، ثم إذا قارض الواحد اثنين ، وشرط لهما نصف الربح بالسوية جاز ، ولو شرط لأحدهما ثلث الربح<sup>(١)</sup> ، وللآخر ربعه ، فإن أبهم لم يجز ، وإن عين الثلث لهذا ، والربح لهذا جاز ؛ لأن عقد الواحد مع اثنين كعقدين .

وقال مالك : لا يجوز لاشتراكهما في العمل .

وقال الإمام : وإنما يجوز أن يقارض اثنين إذا ثبت لكل واحد منهما الاستقلال ، فإن شرط على كل واحد منهما مراجعة الآخر لم يجز .

وما أرى أن الأصحاب يساعدونه عليه<sup>(٢)</sup> ، وإذا قارض اثنان واحداً ، فليبين نصيب العامل من الربح ، ويكون الباقي بينهما على قدر ماليهما<sup>(٣)</sup> ولو قال : لك من نصيب أحدهما من الربح الثلث ، ومن نصيب الآخر الربع ، فإن أبهما لم يجز ، وإن عينا وهو عالم بقدر كل واحد منهما جاز ، إلا أن يشترط كون الباقي بين المالكين على غير ما تقتضيه نسبة المالكين كافية من شرط الربح لمن ليس بمالك ، ولا عامل .

وعن أبي حنيفة تجوز هذا الشرط .

قال الغزالي : وَمَهْمَا فَسَدَ الْقِرَاضُ بِفَوَاتِ شَرْطِ نَقْدِ التَّصَرُّفَاتِ وَسَلَّمَ كُلُّ الرَّبْحِ

(١) في ط نصف .

(٢) قال في المهمات : والأمر كذلك وقال البلقيني وأقاله الإمام : الأصحاب يساعدونه عليه فالوجه القطع به فإن من شرط القراض الاستقلال بالتصرف وهنا ليس كذلك .

(٣) فإن كان مال أحدهما ألفين والآخر ألفاً وشرطاً للعامل نصف الربح أقتسما نصفه الآخر بينهما أثلاثاً على نسبة ماليهما .

لِلْمَالِكِ، وَلِلْعَامِلِ أَجْرَةٌ مِثْلِهِ إِلَّا إِذَا فَسَدَ بِأَنْ شَرَطَ كُلُّ الرِّبْحِ لِلْمَالِكِ فَبِي اسْتِحْقَاقِهِ  
الْأَجْرَةَ وَجِهَانٍ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَطْمَعِ فِي شَيْءٍ أَضْلًا.

قال الرافعي: لما قضى حق القول في الأمور المعتمدة في القراض بين حكمه إذا  
فسد يتخلف بعض الشروط، وله ثلاثة أحكام.

أحدها: نفوذ تصرفاته نفوذها لو كان القراض صحيحاً؛ لأنه يتصرف بالإذن،  
والإذن موجود، وهذا كما أن تصرف الوكيل نافذ مع فساد الوكالة، وليس كما إذا أفسد  
البيع لا ينفذ تصرف المشتري؛ لأن المشتري إنما يتصرف بالملك، ولا ملك في البيع  
الفاسد<sup>(١)</sup>.

والثاني: سلامة الربح كله للملك بتمامه للمالك، لأنه فائدة ماله، وإنما يستحق  
العامل بعضه بالشروط بالعقد الصحيح.

والثالث: استحقاق العامل أجره مثل عمله، سواء كان في المال ربح، أو لم  
يكن، لأنه عمل طبعاً في المسمى، فإذا لم يسلم إليه وجب أن يرد عمله عليه وإن  
متعذر، فتجب قيمته، كما إذا اشترى شيئاً فاسداً، وقبضه فتلف تلزمه قيمته.

وعن مالك أنه إن لم يحصل منه ربح، فلا شيء له، وإن حصل له، فله ما  
يقارض به مثله في محل ذلك المال، وهذه الأحكام مطردة في صورة الفساد، نعم لو  
قال: قارضتك على أن جميع الربح لي، وفرعنا على أنه قراض فاسد لا إبطاع، ففي  
استحقاق العامل أجره المثل وجهان.

أحدهما: يستحق كما سائر أسباب الفساد<sup>(٢)</sup>.

وأصحهما: قال المزني المنع، لأنه عمل مجاناً غير طامع في شيء.

فرع:

قال المزني في «المختصر» لو دفع إليه ألف درهم، وقال: اشتر بها هروياً أو  
مروياً بالنصف، فهو فاسد، واختلفوا في تعليقه.

فالأصح: وفي هو سياق الكلام ما يقتضيه أن الفساد باعتبار أنه تعرض للشراء  
دون البيع، وهذا جواب على أصح الوجهين أن التعرض للشراء لا يغني عن التعرض  
للبيع، بل لا بد من لفظ المضاربة ونحوها ليتناول البيع والشراء، أو من التصريح

(١) هذا إذا قارضه المالك بماله أما إذا قارضه بمال غيره بوكالة أو ولاية فلا قاله الأذري.

(٢) صححه ابن الرفعة.

بالشراء والبيع جميعاً، وإذا اقتصر على الشراء، فللمدفع إليه الاقتصار على الشراء، دون البيع، والربح كله للمالك، والخسران عليه.

وفيه وجه: أن التعرض للشراء كافٍ، وهو ينبه على البيع بعده، وفيما إذا أتى بلفظ المضاربة والقراض أيضاً حكاية وجه ضعيف في «النهاية» أنه كما لو قال: اشتر، ولم يتعرض للبيع. وقيل: سبب الفساد في تصوير المزني أنه قال بالنصف، ولم يبين لمن النصف هو؟ فيحتمل أنه أراد شرطه لنفسه، وحينئذ يكون نصيب العامل مسكوتاً عنه، فيفسد العقد. واعترض ابن سريج على هذا بأن الشرط ينصرف إلى العامل، لأن المالك يستحق بالمال لا بالشرط. وعن ابن أبي هريرة أن سبب الفساد أنه تردّد بين النوعين، ولم يعين واحداً، ولا أطلق التصرف في أجناس الأمتعة.

واعترض القاضي الحسين عليه أنه لو عيّن أحدهما لحكمنا بالصحة، فإذا ذكرهما على الترديد فقد زاد العامل بسطةً وتخيراً فينبغي أن يصح بطريق الأولى<sup>(١)</sup>.

وقيل: سببه أن القراض إنما يصح إذا أطلق له التصرف في الأمتعة، أو عين جنساً يعم وجوده، والهروي والمروزي ليسا كذلك، وهذا القائل كأن يفرض في بلد لا يعمان به. وقال الإمام: يجوز أن يكون سبب الفساد أنه أرسل ذكر النصف، ولم يقل بالنصف من الربح.

### قال الغزالي: الباب الثاني في حكم القراض الصحيح

وَلَهُ خَمْسَةُ أَحْكَامٍ: الْحُكْمُ الْأَوَّلُ - أَنَّ الْعَامِلَ كَالْوَكِيلِ فِي تَقْيِيدِ تَصَرُّفِهِ بِالْغَيْبَةِ، فَلَا يَتَصَرَّفُ بِالْغَيْبِ وَلَا بِالنَّسِيئَةِ بِنِعْمٍ وَلَا شِرَاءٍ إِلَّا بِالِإِذْنِ، وَيَبِيعُ بِالْعَرْضِ فَإِنَّهُ عَيْنُ التَّجَارَةِ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الرُّدُّ بِالْغَيْبِ، فَإِنْ تَنَازَعَا فَقَالَ الْعَامِلُ: يَرُدُّ وَأَمْتَنَعَ رَبُّ الْمَالِ أَوْ بِالْعَكْسِ فَيَقْدَمُ جَابِئُ الْغَيْبَةِ وَلَا يُعَامِلُ الْعَامِلُ الْمَالِكُ، وَلَا يَشْتَرِي بِمَالِ الْقِرَاضِ أَكْثَرَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، وَإِنْ اشْتَرَى لَمْ يَقَعْ لِلْقِرَاضِ، وَأَنْصَرَفَ إِلَيْهِ إِنْ أَمَكَنَ.

قال الرافعي: من أحكام القراض تقييد تصرف العامل بالغيبة، كتصرف الوكيل ثم الغيبة والمصلحة قد تقتضي التسوية بينهما، وقد تقتضي الفرق، وبيع العامل وشراؤه بالغيب كبيع الوكيل<sup>(٢)</sup> بلا فرق، ولا يبيع نسيئة بدون الإذن، ولا يشتري أيضاً، لأنه ربما

(١) قال النووي: هذا الإعتراض ليس بمقبول، لأن حاصلة أنه حمل لفظة «أو» على التخيير، وابن أبي هريرة ينكر ذلك ويقول: إنما أذن في أحدهما وشك في المراد. ينظر الروضة ٢٠٦/٤.

(٢) يقتضي أنه يحتمل الغيب اليسير. قال الأذرع في القوت: وأعلم أن قضية كلامهم هنا أن الغيب اليسير يحتمل من غير فرق بين مالك ومالك، وفي الحجج من النهاية أو غيره إطلاق القول بأنه لا =

يهلك رأس المال فتبقى العهدة متعلقة به، فإن أذن في البيع نسيئة، ففعل وجب عليه الإشهاد<sup>(١)</sup>، ويضمن لو تركه، ولا حاجة إليه في البيع حالاً، لأنه يحبس المبيع إلى استيفاء الثمن، ولو سلمه قبل استيفاء الثمن، ضمن كالوكيل، فإن كان مأذوناً في التسليم قبل قبض الثمن سلمه، ولم يلزمه الإشهاد؛ لأن العادة ما جرت بالإشهاد في البيع الحال<sup>(٢)</sup>، ويجوز للعامل أن يبيع بالعرض، بخلاف الوكيل لأن المقصود من القراض الاسترباح بالعرض طريق فيه، وكذلك له شراء المعيب إذا رأى فيه ربحاً بخلاف الوكيل، فإن اشتراه بقدر قيمته قال في «التتمة»: فيه وجهان؛ لأن الرغبات في المعيب<sup>(٣)</sup> تقل.

وإن اشترى شيئاً على ظنّ السّلامة، فَبَانَ معيباً فله أن ينفرد برده، وإن كانت الغبطة فيه، ولا يمنعه منه رضا المالك بخلاف الوكيل؛ لأن العامل صاحب حق في المال، وإن كانت الغبطة في إمساكه، ففي «النهاية» وجهان في تمكّنه من الرد.

وأظهرهما: المنع لإخلاله بمقصود العقد، وحيث ثبت الرد للعامل ثبت للمالك بطريق الأولى، ثم الذي حكاه الإمام أن العامل يرد على البائع، ويتقص البيع.

وأما المالك فينظر إن كان الشراء بعين مال القراض فكمثل، وإن اشترى العامل في الدّمة، فيصرفه المالك عن مال القراض وفي إنصرافه إلى العامل ما سبق في اصراف العقد إلى الوكيل إذا لم يقع الموكل، ولو تنازع المالك والعامل في الرد، وتركه فعل، فيه الحظ<sup>(٤)</sup>. ولا يجوز للمالك معاملة العامل بأن يشتري من مال القراض شيئاً؛ لأنه ملكه كما أن السيد لا يعامل المأذون. ولا يجوز أن يشتري بمال القراض أكثر من رأس المال؛ لأن المالك لم يرض بأن يشغل العامل ذمته إلاّ به فلو فعل لم يقع ما زاد عن جهة القراض<sup>(٥)</sup> حتى لو دفع إليه مائة قراضاً فاشترى عبداً بمائة، ثم أخرج بمائة للقراض

= يجوز بيع مال المحجور عليه بعين وإن قل جداً، ثم قال - أعني الأذرعى - ويمكن حمله على مال الفقيرة لا التجارة إذا كانت المصلحة في بيعه كذلك لكساده أو استبدال ما فيه ربح أو خشية فساد.

(١) وقياس ما في الوكالة بأداء الدين ونحوه الاكتفاء بشاهد واحد ويمستور. قاله الإسني.

(٢) قال الماوردي: ولا يجوز عند الإذن بالنسيئة أن يشتري أو يبيع مسلماً لأن عقد السلم أكثر غوراً، نعم إن أذن له الشراء مسلماً، جاز أو في البيع مسلماً لم يجز، وفرق بينهما بوجود الخط غالباً في الشراء دون البيع، الأوجه كما قاله زكريا الأنصاري جواز في صورة البيع أيضاً لوجود الرضا من الجانبين.

(٣) في ط ما نقل قال النووي الأصح الجواز إذا رأى المصلحة. ينظر الروضة (٤/٢٠٧).

(٤) لأن كلاً منهما له حق قال في الاستفصاء: ويتولى الحاكم ذلك.

(٥) قال في الخادم: هذا قبل أن يربح أما إذا حصل في المال ربح فلا مانع من أن يشتري بمقدار ما بيده من رأس المال والربح جميعاً.

أيضاً لم يقع الثاني للقراض، ولكن ينظر إن اشتراه بعين المائة، فالشراء باطل سواء اشترى الأول بعين المائة، أو في الذمة،

أما إذا اشترى بعين المائة فلصيورتها ملكاً للبائع الأول.

وأما إذا اشترى في الذمة، فلصيورتها مستحقة الصرف إلى العقد الأول، وإن اشترى العبد الثاني في الذمة لم يبطل، ولكن ينصرف إلى العامل حيث ينصرف شراء الوكيل المخالف إليه، وإذا انصرف العبد الثاني إلى العامل فإن صرف مائة القراض إلى ثمنه، فقد تعدى، ودخلت المائة في ضمانه، لكن العبد يبقى أمانه في يده، لأنه لم يتعد فيه، فإذا تلفت المائة نظر إن كان الشراء الأول بعينها انفسخ، وإن وكان في الذمة لم ينفسخ، ويثبت للمالك على العامل، مائة والعبد الأول للمالك، وعليه لبائعة مائة فإن أداها العامل بإذن المالك، وشرط له<sup>(١)</sup> الرجوع ثبتت له مائة على المالك، ووقع الكلام في التفاض، وإن أدى بغير إذنه برىء المالك عن حق بائع العبد ويبقى حقه على العامل، ويجوز أن يعلم قوله من لفظ الكتاب: «فلا يتصرف بالعَبْن ولا بالنسيئة - بالحاء - لأن أبا حنيفة يخالف فيه كما ذكرنا في الوكالة.

قال الغزالي: وَلَوْ اشْتَرَيْتَ مَنْ يُعْتَقُ عَلَى الْمَالِكِ لَمْ يَقَعْ عَنِ الْمَالِكِ فَإِنَّهُ تَقْبِضُ التَّجَارَةَ، وَلَوْ اشْتَرَيْتَ زَوْجَةَ الْمَالِكِ فَوَجْهَانِ، وَالْوَكِيلُ بِشِرَاءِ عَبْدٍ مُطْلَقٌ إِنْ اشْتَرَى مَنْ يُعْتَقُ عَلَى الْمُؤَكَّلِ فِيهِ وَجْهَانِ، وَالْعَبْدُ الْمَأْدُونُ إِنْ قِيلَ لَهُ: اشْتَرِ عَبْدًا فَهُوَ كَالْوَكِيلِ، وَإِنْ قِيلَ لَهُ: اتَّجَرَ فَهُوَ كَالْعَامِلِ، وَإِنْ اشْتَرَى الْعَامِلُ قَرِيبَ نَفْسِهِ وَلَا رِبْحَ فِي الْمَالِ صَحَّ، وَإِنْ أَرْتَفَعَتِ الْأَسْوَاقُ وَظَهَرَ رِبْحٌ وَقُلْنَا يَمْلِكُ بِالظُّهُورِ عَتَقَ حِصَّتَهُ (و) وَلَمْ يَسِرْ إِذْ لَا اخْتِيَارَ فِي أَرْتِفَاعِ السُّوقِ، وَإِنْ كَانَ فِي الْمَالِ رِبْحٌ وَقُلْنَا: لَا يَمْلِكُ بِالظُّهُورِ صَحَّ وَلَمْ يُعْتَقْ، وَإِنْ قُلْنَا يَمْلِكُ فِي الصَّحَّةِ وَجْهَانِ لِأَنَّهُ مُخَالَفٌ لِلتَّجَارَةِ، فَإِنْ صَحَّ عَتَقَ (و) حِصَّتَهُ وَسَرَى إِلَى نَصِيبِ الْمَالِكِ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَّ مُخْتَارًا وَغَرَمَ لَهُ حِصَّتَهُ.

قال الرافعي: مضمون الفصل مسألتان:

إحداهما: إذا اشترى العامل من يعتق على المالك، فإما أن يشتريه بإذن المالك، أو بغير إذنه.

أما الحالة الأولى فيصح الشراء، ثم إن لم يكن في المال ربح عتق عن المالك، وارتفع القراض إن اشتراه بجميع مال القراض، وخيار رأس المال الباقي إن اشتراه

(١) سقط في ب.

ببعضه، وإن كان في المال ربح يبني على أن العامل متى يملك نصيبه من الربح؟  
وإن قلنا: يملك بالقسمة عتق أيضاً، وغرم المالك نصيبه من الربح، وكأنه استرد  
طائفة من المال بعد ظهور الربح، وأتلفه.

وإن قلنا: إنه يملك بالظهور عتق منه حصة رأس المال، ونصيب المالك من  
الربح، ويسري إلى الباقي إن كان موسراً، أو يغرمه وإن كان معسراً بقي رقيقاً.

وفيه وجه: أنه إذا كان في المال ربح، وقد اشتراه ببعض مال القراض، نظر إن  
اشتراه بقدر رأس المال عتق، وكان المالك استرد رأس المال، والباقي ربح يتقاسمونه  
على قضية الشرط، وإن اشتراه بأقل من رأس المال، فهو محسوب من رأس المال،  
وإن اشتراه بأكثر حسب قدر رأس المال من رأس المال، والزيادة من حصة المالك، وما  
أمكن، والظاهر الأول وهو وقوعه سائغاً على ما سنذكره في استرداد طائفة من المال  
بعد الربح، والحكم فيما إذا أعتق المالك عبداً من مال القراض كالحكم في شراء العالم  
من يعتق عليه بإذنه.

**الحالة الثانية:** أن يشتريه بغير إذن المالك، وهي التي قصدتها صاحب الكتاب،  
فلا يقع الشراء عن المالك بحال؛ لأن مقصود العقد تحصيل الربح، وفي شراء من يعتق  
عليه تفويت رأس المال أيضاً، لكن ينظر إن اشتراه بعين مال القراض بطل من أصله،  
وإن اشتراه في الذمة وقع عن العامل، ولزمه الثمن من ماله، فإن أداه من مال القراض  
ضمن. ولو اشترى العامل زوجة المالك، أو زوج المالكة بغير إذنها فوجهان:

**أحدهما:** وبه قال أبو حنيفة أنه يصح؛ لأنه اشترى له ما يتوقع فيه الربح، ولا  
يتلف رأس المال.

**وأظهرهما:** ويحكى عن نصح في «الاملاء»: المنع؛ لأنه لو ثبت الملك لانفسخ  
النكاح، وتضرر به، والظاهر أنه لا يقصده بالإذن، وإنما يقصد مال فيه حظ، فعلى هذا  
الحكم كما لو اشترى من يعتق على المالك بغير إذنه. وإذا وكل وكيلاً بشراء عبد،  
فاشترى من يعتق على الموكل، ففي وقوعه عن الموكل وجهان نقلهما الإمام:

**أحدهما:** المنع؛ لأن الظاهر أنه يطلب عبد تجارة أو عبد قنية، وبشراء من يعتق  
عليه لا يحمل واحداً من الوصفين.

**وأظهرهما:** وهو الذي أورده الجمهور: الوقوع له لأن اللفظ [شامل] وقد يرضى  
بعيداً<sup>(١)</sup> إن بقي له انتفع به، وإن أعتق عليه ناله ثوابه، وإنما أخرجناه عن التناول

(١) سقط في ط وفيها بدل «شامل» يتناول وكلاهما صحيح.

بالقراض لقريظة غرض التجارة. فإن قلنا بالأول بطل الشراء إن اشتراه بعينه، وإلا وقع عن الوكيل، والعبد المأذن له في التجارة إن اشترى من يعتق على سيده بإذن السيد صح، وعق عليه إن لم يركبه دين، وإن ركبه الديون ففي العتق قولان، لأن ما في يده كالمرهون بالديون. وإن اشترى بغير إذنه، فقولان منصوصان:

أحدهما: أنه يصح ويعتق عليه، لأن العبد لا يمكنه الشراء لنفسه، وإنما يشتري لسيده، فإذا أطلق الإذن انصرف ما يشتريه إليه مقيداً كان أو غير مقيد، والعامل يمكنه الشراء، لنفسه، كما يمكنه الشراء للمالك، فما لا يقع مقصوداً بالإذن ظاهراً ينصرف إلى العامل.

وأصحهما، وهو اختيار المُرزِيّ أنه لا يصح كما في حق العامل؛ لأن السيد إنما أذن في التجارة، وهذا ليس من التجارة في شيء، ورأى الإمام القطع بهذا القول فيما إذا كان الإذن في التجارة، وردّ الخلاف إلى ما إذا قال: تصرف في هذا المال، أو اشتر عبداً، وعلى هذا جرى صاحب الكتاب حيث قال: «إن قيل له: اشتر عبداً فهو كالوكيل وإن قيل: أتجز فهو كالعامل»، أي هو كالوكيل في أن الخلاف يجد مجالاً ومضطرباً، ولا يمكن حمله على أن الخلاف، كالخلاف فإن الخلاف في المأذون قولان مشهوران، وفي الوكيل إن ثبت وجهان.

وقوله: «فهو كالعامل يجوز إعلامه - بالواو - لأن الأكثرين أثبتوا القولين مع تصويرهم في الإذن في التجارة، وكذلك حكاه المزنّي عن نصّه في «المختصر»، ويجوز إعلامه - بالحاء - أيضاً لأن المحكى عن أبي حنيفة أنه إن لم يدفع السيد إليه، وإنما أذن له في التجارة صح الشراء، وعق على السيد وإن دفع إليه مالا فهو كالعامل، ثم هذا الخلاف فيما إذا لم يركبه دين، فإن ركبه، وقد اشتراه بغير إذن السيد، ترتب الخلاف على الخلاف فيما إذا لم يركبه، وعدم الصحه ها هنا أولى، وإن صح ففي نفوذ العتق الخلاف السابق.

**المسألة الثانية:** إذا اشترى العامل من يعتق عليه، نظر إن لم يكن في المال ربح صح الشراء، ولم يعتق عليه كالوكيل يشتري قريب نفسه لموكله، ثم إن ارتفعت الأسواق، وظهر ربح بنى على القولين في أن العامل متى يملك الربح؟

إن قلنا: يملكه بالقسمة لم يعتق بشيء منه. وإن قلنا بالظهور فأظهر الوجهين، وهو المذكور في الكتاب أنه يعتق عليه قدر حصته من الربح؛ لأنه ملك بعض أبيه.

**والثاني:** لا يعتق؛ لأن الملك فيه غير تام من حيث إنه وقاية لرأس المال مُعداً لهذا الغرض إلى انفصال الأمر بينهما بالمُقاسمة.



فإن قلنا بالأول، ففي السراية إن كان موسراً وتقويم الباقي عليه وجهان.  
أحدهما: وبه أجاب الأكثرون: أنها تثبت كما لو اشتراه، فيه ربح، وقلنا: إنه يملك بالظهور.

والثاني: المنع، وهو الذي أورده في الكتاب؛ لأن العتق - والحالة هذه - يحصل في الدوام بسبب هو فيه غير مختار ومثل ذلك لا يتعلق به الشراء، ألا ترى أنه لو ورث بعض قريبه عتق عليه، ولم يشتر. ومن قال بالأول أجاب بأنه لا اختياري في الإرث أصلاً وهاهنا الشراء أولاً، والإمساك ثانياً إلى ارتفاع الأسواق اختياريان، وإن كان في المال ربح، سواء كان حاصلًا في الشراء، أو حصل بنفس الشراء مثل أن كان رأس المال مائة، فاشترى بها أباه، وهو يساوي مائتين.

فإن قلنا: إنه يملك الربح بالقسمة دون الظهور صحَّ الشراء، ولم يعتق.  
وإن قلنا: يملك بالظهور، ففي صحة الشراء في قدر حصته من الربح وجهان:  
أظهرهما: الصَّحة لأنه مطلق التصرف في ملكه.

والثاني: المنع؛ لأنه لو صح فإما أن يحكم بعتقه، وهو يخالف غرض الاسترباح الذي هو مقصود التجارة، أو لا يحكم فيختلف العتق عن ملك القريب.

فإن قلنا بالمنع، ففي الصحة في نصيب المالك قولاً تفريق الصفقة، وإن قلنا بالصحة ففي عتقه عليه الوجهان السابقان. وإن قلنا: يعتق فإن كان موسراً سرى العتق إلى الباقي، ولزمه العُزم؛ لأنه مختار في الشراء، وإلا بقي رقيقاً هذا كله فيما إذا اشترى العامل قريب نفسه بعين مال القراض.

أما إذا اشتراه في الذمة للقراض فحيث صحَّحنا الشراء بعين مال القراض أوقعناه هاهنا عن القراض، وحيث لم نصحح أوقعناه هاهنا عن العامل، وعتق عليه.

وعن صاحب «التقريب» قول: أنه أطلق الشراء، ولم يصرفه إلى القراض لفظاً، ثم قال: كنت نويته. وقلنا إنه إذا وقع القراض لم يعتق منه شيء لا يقبل قوله: لأن الذي جرى عقد عتاقه، فلا يمكن من رفعها.

فرع:

ليس لعامل القراض أن يكتب عبد القراض بغير إذن المالك، فإن كاتبه معاً جاز، وعتق بالأداء، ثم إن لم يكن في المال ربح فولأؤه للمالك، ولا يفسخ القراض بما جرى من الكتابة في أظهر الوجهين، بل ينسحب على النجوم، وإن كان فيه ربح فالولاء بينهما على حسب الشرط، وما يزيد النجوم على الثمن من القيمة ربح.

قال الغزالي: الْحُكْمُ الثَّانِي - لَيْسَ لِعَامِلِ الْقِرَاضِ أَنْ يُقَارِضَ عَامِلًا آخَرَ بِغَيْرِ إِذْنِ الْمَالِكِ، وَفِي صِحِّهِ بِالْإِذْنِ خِلَافٌ (و) فَإِنْ فَعَلَ بِغَيْرِ الْإِذْنِ وَكَثُرَتِ التَّصَرُّفَاتُ وَالرَّبْحُ [فَعَلَى الْجَدِيدِ الرَّبْحُ كُلُّهُ لِلْعَامِلِ الْأَوَّلِ وَلَا شَيْءَ لِلْمَالِكِ]، وَلِلْعَامِلِ الثَّانِي أَجْرٌ مِثْلُهُ عَلَى الْعَامِلِ الْأَوَّلِ إِذِ الرَّبْحُ عَلَى الْجَدِيدِ لِلْعَاصِبِ، وَالْعَامِلُ الْأَوَّلُ هُوَ الْعَاصِبُ الَّذِي عُقِدَ الْعَقْدُ لَهُ، وَقِيلَ: كُلُّهُ لِلْعَامِلِ الثَّانِي فَإِنَّهُ الْعَاصِبُ، وَعَلَى الْقَدِيمِ يُتَّبَعُ مُوجِبُ الشَّرْطِ لِلْمُضْلَحَةِ وَعُسْرُ إِنْطَالِ التَّصَرُّفَاتِ وَلِلْمَالِكِ نِصْفُ (و) الرَّبْحِ وَالتَّضْفُ الْآخَرُ بَيْنَ الْعَامِلَيْنِ نِصْفَيْنِ (و) كَمَا شَرَطًا، وَهَلْ يَزْجَعُ الْعَامِلُ الثَّانِي بِنِصْفِ أَجْرَةِ مِثْلِهِ لِأَنَّهُ كَانَ طَمِعَ فِي كُلِّ التَّضْفِ مِنَ الرَّبْحِ وَلَمْ يُسَلِّمْ لَهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

قال الرافعي: إذا قارض العامل غيره<sup>(١)</sup> لم يخلُ إما أن يقارضه بإذن المالك، أو بغير إذنه. أما الحالة الأولى فتتصور على وجهين.

أحدهما: أن ينسلخ العامل من الدين، ويتنهض وكيلاً في القراض مع الثاني، كأن المالك سلم إليه المال، وإذن له في أن يقارض غيره إن بدا له، فهذا صحيح كما لو قارضه المالك بنفسه<sup>(٢)</sup>، ولا يجوز أن يشترط الأول لنفسه شيئاً من الربح، ولو فعل فسد القراض، وللثاني أجرة المثل على المالك لما مرَّ إن شرط الربح لغير المالك، والعامل ممتنع.

والثاني: أن يأذن له في أن يعامل غيره ليكون ذلك الغير شريكاً له في العمل، والربح المشروط له على ما يراه، حكى<sup>(٣)</sup> الإمام وصاحب الكتاب فيه وجهين:

أحدهما: الجواز كما لو قارض المالك شخصين في الابتداء.

وأشبههما: المنع لأننا لو جوزنا ذلك لكان الثاني فرعاً للأول منصوباً من جهته، والقراض معاملة تضيق مجال القياس فيها، فلا يعدل بها عن موضوعها، وهو أن يكون أحد المتعاقدين مالكاً لا عمل له، والثاني: عاملاً لا ملك له، وهذا ما أشار إليه صاحب الكتاب بقوله في الباب الأول حين ذكر هذه المسألة. «لأن موضع القراض أن يدور بين مالك وعامل». وليكن لفظ الكتاب هنالك معلماً بالواو.

(١) لأن القراض على خلاف القياس وموضوعة أن يكون أحد العاقدين ملكاً لا عمل له والآخر عاملاً.  
 (٢) محله كما قال ابن الرفعة: إذا كان المال مما يجوز عليه القراض، فلو دفع ذلك بعد تصرفه وصيرورته عرضاً، لم يجز. قال الماوردي: ولا يجوز عند عدم التعيين أن يقارض إلا أميناً.  
 (٣) في م و ب حكاة.

نعم لو قارض العامل غيره بمقدار مما شرط له، أما إذا قارض بمقدار ما شرط له كان ذلك على<sup>(١)</sup> التصوير الأول، وهو جائز بلا خلاف.

الحالة الثانية: أن يقارض العامل بغير إذن المالك فهو فاسد<sup>(٢)</sup>؛ لأن المالك لم يأذن فيه، ولا ائتمن على غيره ويجيء فيه القول المذكور في أن تصرفات الفضولي تنعقد موقوفة على الإجازة. وإذا قلنا بالمذهب فلو أن الثاني تصرف في المال وبيع، فهذا يبني على أن الغاصب إذا أتجر في المال. مغضوب ما حكم تصرفه؟ ولمن الربح الحاصل؟. وأما إذا تصرف في عين المغضوب، فتصرف<sup>(٣)</sup> الفضولي.

فأما إذا باع سلماً، أو اشترى في الذمة، وسلم المغضوب فيما [التزمه وبيع فعلى الجديد: الربح للغاصب؛ لأن التصرف صحيح، والتسليم فاسد]، فيضمن المال الذي سلمه، ويسلم له الربح، وهذا قياس ظاهر.

وعلى القديم: هو للمالك توجيهاً بحديث عُرْوَةَ الْبَارِقِيّ، فإن النبي - ﷺ - أخذ رأس المال والربح، وبأننا لو جعلناه للغاصب لا نخذه الناس ذريعة إلى الغصب، والخيانة في الودائع، والبضاعات، وأن تصرفات الغاصب قد تكثر، فيتعسر بيع الأمتعة التي تداولتها الأيدي المختلفة، أو يتعذر، وفي هذا القول مباحثات:

أحدها: الجزم على هذا القول بأن الربح للمالك، أو نوقفه على إجازته واختياره؟

قيل بالوقف على الإجازة، وبني هذا القول على قول الوقف في بيع الفضولي، وإنما لم يتعرض الشافعي - رضي الله عنه - للفسخ والإجازة؛ لأن الغالب أنه يجيز إذا رأى الربح، فعلى هذا إذا رده يرتد، سواء اشترى في الذمة، أو بعين المغضوب. وقال الأكثرون: إنه مجزوم به، ومبني على المصلحة، وكيف يستقيم توقيف شراء الغاصب لنفسه على إجازة غيره؟ وإنما يجري قول الوقف إذا تصرف في عين مال الغير أو له.

الثانية: إذا كان في المال ربح، وكثرت التصرفات، وعسر تتبعها فهو موضع القول القديم، أما إذا قلّت، وسهل التتبع ولا ربح، فلا مجال له.

(١) في ط غير.

(٢) مطلقاً سواء أقصد المشاركة في عمل وبيع أو ربح فقط أم قصد الانسلاخ لأن المالك لم يأذن فيه ولم ياتمّن على المال غيره كما لو أراد الوصي أن ينزل وصياً منزله في حياته يقيمه في كل ما هو منوط به، فإنه لا يجوز كما قاله الإمام. قال السبكي: ولو أراد ناظر وقف شرط له النظر إقامة غيره مقامة وإخراج نفسه في ذلك، كان كما في الوصي. قال وقد وقعت هذه المسألة في الفتاوى ولم أتردد في أن ذلك ممنوع.

(٣) في ط: فهو تصرف.

قال الإمام وحكى وجهين فيما إذا سهل التتبع، وهناك ربح أو عسر ولا ربح.

الثالثة: لو اشترى في ذمته، ولم يخطر له أن يؤدي الثمن من الدراهم المغصوبة، ثم سَنَحَ له ذلك. قال الإمام ينبغي ألا يجيء فيه القول القديم أن صدقه صاحب الدراهم. واعلم أن المسألة قد تلقب بمسألة البضاعة، وقد ذكرناها، والاختلاف فيها مر على الاختصار مرة في أول البيع وأخرى في الغُضْب.

إذا تقرر ذلك فعلى الجديد ينظر إن اشترى بعين مال القراض، فهو باطل، وإن اشترى في الذمة، فأحد الوجهين: أن كل الربح للعامل الثاني؛ لأنه المتصرف كالغاصب في صورة الغُضْب.

وأصحهما: وبه أجاب المُرْزِيُّ: أن كله للأول؛ لأن الثاني تصرف للأول بإذنه، فكان كالوكيل من جهته، وعليه للثاني أجره عليه ويحكى هذا عن أبي حنيفة.

وإن قلنا بالقديم، ففيما يستحقه المالك من الربح وجهان:

أحدهما: ولم أره إلا في كتاب أبي الفرج السرخسي: أن كله للمالك، كما في الغُضْب طرداً لقياس هذا القول، وعلى هذا فللعامل الثاني أجره مثله، وعلى من تجب؟

حكى فيه وجهان:

أحدهما: أنها على العامل الأول؛ لأنه استعمله وغيره.

والثاني: على المالك؛ لأن نفع عمله عاد إليه.

وأصحهما: وبه أجاب المُرْزِيُّ: أن له نصف الربح، لأنه رضي به، بخلاف صورة الغُضْب، فإنه لم يوجد منه رضا به، فصرفنا الكل إليه قطعاً لطمع الغُضْب والخائنين، وعلى هذا ففي النصف الثاني وجوه:

أحدها: وهو اختبار ابن الصبَّاح: أن كله للعامل الأول؛ لأن المالك إنما شرط له، وعقده مع الثاني فاسد، فلا يتبع شرطه، وعلى هذا فللثاني أجره مثل عمله على الأول؛ لأنه غرّة.

والثاني: أن كله للثاني؛ لأنه العامل، أما الأول فليس له عمل ولا ملك، فلا يصرف إليه شيء من الربح.

وأصحهما، وهو المذكور في الكتاب: أنه يكون بين العاملين بالسوية وبه أجاب المُرْزِيُّ، ووجهه أن تتبع التصرفات عسير، والمصلحة اتباع الشرط، إلا أنه تعذر الوفاء به في النصف الذي أخذه المالك، فكأنه تلف، وانحصر الربح في الباقي، وعلى هذا فهل يرجع العامل الثاني بنصف أجره المثل؟

فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنه كان قد طمع في نصف الربح بتمامه، ولم يسلم له إلا نصف النصف.

وأشبههما، وبه قال المزني، وأبو إسحاق: لا؛ لأن الشرط محمول على ما يحصل لهما من الربح، والذي حصل هو الربح، والوجهان فيما إذا كان العامل الأول قد قال: على أن ربح هذا المال بيننا، أو على أن لك نصفه.

أما إذا كانت الصيغة على أن ما يرزقنا الله - تعالى - من الربح فيينا.

قطع الأكثرون بأنه لا يرجع؛ لأن النصف هو الذي رُزِقَ.

وعن الشيخ أبي مُحَمَّدٍ إجراء الوجهين؛ لأن المفهوم تشطر جميع الربح، ولا يخفى أن جميع ما ذكرناه إذا جرى القراضان على المناصفة، فإن كانا أو أحدهما على نسبة أخرى، فعلى ما تشارطا، وهذا كله فيما إذا تصرف الثاني وربح.

أما إذا هلك المال في يده، فإن كان عالماً بالحال، فهو غاصب أيضاً، وإن كان يظن العامل مالكا، فترتب يده على يد الأول كترتب يد المودع على يد الغاصب؛ لأنه يد أمانة. وفي طريق هو كالمُتَّهَب من الغاصب لعود النفع إليه، وقد بينا الحكم فيهما ضمناً وقراراً من قبل.

وقوله في الكتاب: «وكثرت التصرفات والربح» يشعر باعتبار الأمرين لمجيء الخلاف، وفيه من التردد ما ذكرناه، ثم ليس المراد: وكثر الربح، بل المعنى: وحصل الربح، ومما أشبهه؛ لأن الكثرة في الربح غير معتبرة بالاتفاق.

وقوله: «والعامل الأول هو الغاصب» أي هو الجائر الذي يقع التصرف في المال له، كما يقع في الغصب للغاصب. وقوله: وقيل: «كله للعامل الثاني فإنه الغاصب» ليس محمولاً على ما ذكر ما ذكرناه في حق الأول، لكن المعنى به أنه الشبيه بالغاصب من حيث إنه المتصرف في المال بيعاً وشراءً وأخذاً وإعطاءً. وقوله: «وللمالك نصف الربح». وقوله: «بين العاملين» معلّم - بالواو - لما عرفته.

قال الغزالي: الْحُكْمُ الثَّالِثُ - لَيْسَ لِلْعَامِلِ أَنْ يُسَافِرَ (ح م و) بِمَالِ الْقِرَاضِ إِلَّا بِالِإِذْنِ فَإِنَّهُ خَطَرٌ فَإِنْ فَعَلَ تَفَدَّتْ تَصَرُّفَاتُهُ وَأَسْتَحَقَّ الرَّبْحَ وَلَكِنَّهُ ضَامِنٌ بِعُدْوَانِهِ، وَإِذَا سَافَرَ بِالِإِذْنِ فَأَجْرَةُ الثَّقَلِ عَلَى مَالِ الْقِرَاضِ كَمَا أَنَّ نَفَقَةَ الْوَزْنِ وَالْكَبِيلِ وَالْحَمَلِ الثَّقِيلِ فِي الْحَضَرِ أَيْضاً عَلَى الْقِرَاضِ، وَلَيْسَ عَلَى الْعَامِلِ إِلَّا التَّجَارَةُ وَالنُّشْرُ وَالطَّيُّ وَنَقْلُ الشَّيْءِ الْخَفِيفِ، فَإِنْ تَعَاطَى شَيْئاً مِمَّا لَيْسَ عَلَيْهِ فَلَا أَجْرَ لَهُ، وَإِنْ أَسْتَأْجَرَ عَلَى مَا عَلَيْهِ فَعَلَيْهِ

الأجره، وَنَفَقْتَهُ عَلَى نَفْسِهِ (م) فِي الْحَضَرِ، وَنَصَّ فِي السَّفَرِ أَنَّ لَهُ نَفَقَتَهُ بِالْمَعْرُوفِ، فَمِنْهُمْ مَنْ نَزَلَهُ عَلَى نَفَقَةِ الثَّقَلِ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: فِيهِ قَوْلَانِ، وَوَجْهَ الْفَرْقِ بَيْنَ الْحَضَرِ وَالسَّفَرِ أَنَّهُ مُتَجَرِّدٌ فِي السَّفَرِ لِلشُّغْلِ، فَعَلَى هَذَا لَوْ اسْتَضَحَبَ مَعَ ذَلِكَ مَالَ نَفْسِهِ وَزَعَّ الثَّقَفَةَ عَلَيْهِمَا، ثُمَّ قَدْ قِيلَ الْقَوْلَانِ فِي الْقَدْرِ الَّذِي يَزِيدُ فِي الثَّقَفَةِ بِسَبَبِ السَّفَرِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ فِي الْأَصْلِ.

قال الرافعي: كلام الفضل على التفات بعضه بالبعض يشتمل على ثلاثة مقاصد:

أحدها: أنه ليس للعامل أن يسافر بمال القراض بغير إذن المالك<sup>(١)</sup>.

وعن أبي حنيفة، ومالك أن له ذلك عند أمن الطريق.

وفي تعليق الشيخ أبي حامد نقل قول مثله عن البويطي.

لنا: أن فيه [خطراً] وتعريضاً للهلاك، فلا ينبغي أن يستقل به فلو خالف ضمن المال، ثم ينظر إن كان المتاع بالبلد التي سافر إليها أكثر قيمة، أو تساوت القيمتان صح البيع، واستحق الربح لمكان الإذن، وإن كان أقل قيمة لم يصح البيع بتلك القيمة، إلا أن يكون النقصان بقدر ما يتعابن به، وإذا صححنا البيع، فالثمن الذي يأخذه يكون مضموناً عليه أيضاً، بخلاف ما إذا تعدى الوكيل بالبيع في المال ثم باع، وقبض الثمن لا يكون مضموناً عليه؛ لأن العدوان لم يوجد في الثمن، وهاهنا سبب العدوان السفر، ومزايلة<sup>(٢)</sup> مكان المال، وإنه شامل، ولا تعود الأمانة بالعود من السفر، وإذا سافر بالإذن فلا عدوان، ولا ضمان.

قال في التتمة وبيع المال في البلد المنقول إليه بمثل ما كان يبيعه في المنقول عنه، وبأكثر منه، وأما بما دونه فإن ظهر فيه غرض بأن كانت مؤنة الرد أكثر من قدر النقصان، أو أمكن صرف الثمن إلى متاع يتوقع فيه الربح، فله البيع أيضاً، وإلا لم يجز؛ لأنه محض تخسير<sup>(٣)</sup>.

(١) لأن السفر مظنة الخطر، نعم لو قارضة بمحل لا يصلح للإقامة كالمفازة، فالظاهر كما قاله الأذري أنه يجوز له السفر به إلى مقصده المعلوم لهما، ثم ليس له بعد ذلك أن يحدث سراً إلى غير محل إقامته، فإن أذن له، جاز بحبسه.

(٢) المزايلة: الْمُفَارَقَةُ، وَفِيهِ يَقَالُ: زَائِلَةٌ مُزَايِلَةٌ وَزِيَالًا إِذَا فَارَقَتْ. (ينظر لسان العرب ٣/١٩٠١).

(٣) وإذا سافر بالإذن لم يجز سفره في البحر إلا بنص عليه. نعم إن عين له بلداً ولا طريق له إلا البحر كساكن الجزائر التي يحيط بها البحر له أن يسافر فيه وإن لم ينص له عليه والإذن محمول عليه. قاله الأذري وغيره والمراد بالبحر الملح كما قاله الإسنوي. قال الأذري وهل يلحق به الأنهار العظيمة كالنيل والفرات لم أر فيه نصاً. أ هـ والأحسن أن يقال إن زاد خطرهما على خطر البحر، لم يجز إلا أن ينص له عليه كما قاله ابن شعبة.

**الثاني:** على العامل أن يتولى ما جرت العادة به من نشر الثياب وطيبها وذرعها وإدراجها السفط، وإخراجها، ووزن ما يخف كالذهب والمسك والعود، وقبض الثمن، وحمله، وحفظ المتاع على باب الحانوت، وفي السفر بالنوم عليه ونحوه، وليس عليه وزن الأمتعة الثقيلة، وحملها، ونقل المتاع من الخان إلى الحانوت، والنداء عليه، وما يجب عليه أن يتولاه لو استأجر عليه لزمه الأجرة في ماله، وما لا يجب أن يتولاه له أن يستأجر عليه من مال القراض، لأنه من تنمة التجارة، ومصالحها، فإن تولاه بنفسه لم يكن له أخذ الأجرة، بل هو متبرع، ومريد كسباً بالاسترباح.

**الثالث:** القول في المؤنات، ولا يجوز للعامل أن ينفق في الحضر من مال القراض على نفسه، أو يواسي منه بشيء.

وعن مالك - رضي الله عنه - أن له أن ينفق منه على العادة كالغذاء، ودفع الكسرة إلى السقاء، وأجرة الكيال والوزان والحمال في مال القراض، وكذا أجرة النقل إذا سافر بالإذن، وأجرة الحارس والرؤدي. ونص في المختصر أن له النفقة بالمعروف.

وقال في البويطي: لا نفقة له وللأصحاب طريقان:

أحدهما: أنهما قولان:

أظهرهما: أنه لا نفقة كما في الحضر، وهذا لأنه ربما لا يحصل إلا ذلك القدر، فيختل مقصود العقد.

**والثاني:** تجب، وبه قال مالك، بخلاف ما إذا كان في الحضر؛ لأنه في السفر سلم نفسه وجردها لهذا الشغل، فأشبهه الزوجة تستحق النفقة إذا سلمت نفسها، ولا تستحق إذا لم تسلم.

**والثاني:** القطع بالمنع، وحمل ما نقله المزني على أجرة النقل.

ومنهم من قطع بالوجوب، وحمل ما في البويطي على المؤن النادرة كأجرة الحجام والطبيب، وإذا أثبتنا القولين فهما في كل ما يحتاج إليه من الطعام والكسوة والإدام تشبيهاً بما إذا سلمت الزوجة نفسها، أو فيما يزيد بسبب السفر كالخف والإداوة، وما أشبههما؛ لأنه لو كان في الحضر لم يستحق شيئاً فيه وجهان.

**أصحهما:** الثاني، وبه قال مالك فيما رواه ابن الصبّاغ، وأبو سعيد المتولي، ثم تفرع على القول بالوجوب فروع:

**منها:** لو استصحب مال نفسه مع مال القراض وزعت النفقة على قدر المالين.

قال الإمام: ويجوز أن ينظر إلى مقدار العمل على المالين، ويوزع على أجرة مثلهما. وفي «أمالي» أبي الفرج السرخسي أنها إنما توزع إذا كان ماله قدراً يقصد السفر له<sup>(١)</sup>، وإن كان لا يقصد، فهو كما لو لم يكن معه غير مال القراض.

ومنها: لو رجع العامل، وبقي معه فصل زاد أو آلات أعدها للسفر كالمطهرة ونحوها، هل عليه ردها إلى مال القراض؟ فيه وجهان عن الشيخ أبي محمد:  
وأظهرهما: نعم.

ومنها: لو استرد المالك المال منه في الطريق، أو في البلد الذي<sup>(٢)</sup> سافر إليها لم يستحق نفقة الرجوع على أظهر الوجهين، كما لو خالغ زوجته في السفر.

ومنها: يشترط عليه ألا يسرف، بل يأخذ بالمعروف، وما يأخذ يحسب من الربح، فإن لم يكن ربح فهو خسران لحق المال ومهما أقام في طريقه فوق مدة المسافرين في بلد، لم يأخذ لتلك المدة.

ومنها: لو شرط نفقة السفر في ابتداء القراض، فهو زيادة تأكيد إذا قلنا بالوجوب.

أما إذا لم تقل به، فأظهر الوجهين أنه يفسد العقد، كما لو شرط نفقة الحضر.

والثاني: لا يفسد؛ لأنه من مصالح العقد من حيث إنه يدعوه إلى السفر، وهو مظنة الربح غالباً، وعلى هذا فهل يشترط تقديره؟

فيه وجهان:

وعن رواية المزني في «الجامع الكبير» أنه لا بد من شرط النفقة للعقد مقدرة، لكن الأصحاب لم يشتهوا.

وقوله: في الكتاب «ونفقته على نفسه في الحضر ونص في السفر أن له نفقته بالمعروف...» إلى آخره يقتضي ظاهره أخذ المنع في أحد القولين من أنه لا نفقة في الحضر لا على سبيل التخريج؛ لأنه لم يحكي عن النص سواء الوجوب، وليس كذلك بل القولان عند من أثبتهما منصوصان، هذا في رواية المزني، وهذا رواية البويطي.

قال الغزالي: الْحُكْمُ الرَّابِعُ اأَخْتَلَفَ الْقَوْلُ فِي أَنَّهُ هَلْ يَمْلِكُ الرَّبْحُ بِمُجَرَّدِ (م ز) الظُّهُورِ أَمْ يَقِفُ عَلَى الْمُقَاسَمَةِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُ بِمُجَرَّدِ الظُّهُورِ فَهُوَ مِلْكٌ غَيْرُ مُسْتَقَرٍّ بَلْ

(١) قال النووي: وقد قال بمثل قول السرخسي أبو علي في «الإفصاح» وصاحب «البيان». ينظر الروضة ٢١٤/٤.

(٢) في ط «التي».



هُوَ وَقَايَةُ لِرَأْسِ الْمَالِ عَنِ الْخُسْرَانِ، وَإِنْ وَقَعَ خُسْرَانٌ انْحَصَرَ فِي الرِّيحِ، وَلَا يَسْتَقَرُّ إِلَّا بِالْقِسْمَةِ، وَهَلْ يَسْتَقَرُّ بِالتَّضْيِيزِ وَالْفَسْخِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ؟ فِي وَجْهَانِ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَمْلِكُ (ح) فَلَهُ حَقٌّ مُؤَكَّدٌ حَتَّى لَوْ مَاتَ يُورَثُ عَنْهُ، وَلَوْ أَتَلَفَ الْمَالِكُ الْمَالَ غَرُمَ حِصَّتَهُ، وَكَذَا الْأَجْنَبِيُّ فَإِنَّ الْإِتْلَافَ كَالْقِسْمَةِ، وَلَوْ كَانَ فِي الْمَالِ جَارِيَةٌ لَمْ يَجُزْ لِلْمَالِكِ وَطُؤَهَا لِحَقِّهِ.

قال الرافعي: متى يملك العامل من الريح الحصة المشروطة له من الريح.

احد قولي الشافعي: أنه يملكها بالظهور، كما يملك عامل المُسَاقَاة نصيبه من الثمار بالظهور، ولأن سبب الاستحقاق الشرط الصحيح، فإذا حصل الريح، فليثبت موجب الشرط، ولأنه سبيل من مطالبة المالك بأن يقتسما الريح، ولولا أنه مالك لما كان كذلك.

والثاني: لا يملك إلا بالقسمة؛ لأنه لو ملك بالظهور لكان شريكاً في المال، ولو كان شريكاً لكان النقصان الحادث بعد ذلك شائعاً في المال، فلما انحصر في الريح دلّ على عدم الملك. وأيضاً فإن القراض معاملة جائزة، والعمل فيها غير مضبوط، فوجب ألا يستحق العوض فيها إلا بتمام العمل، كما في الجعالة. وأصح القولين الأول عند الشيخ أبي حامد وطائفة. والثاني: عند الأكثرين منهم المسعودي، والقاضي الروياني، وصاحب «التهذيب»، وقد ذكرنا ذلك في «الزكاة» وبيننا أن أبا حنيفة قال بالأول، والمزني قال بالثاني، وهو مذهب مالك أيضاً.

#### التفريع:

إن قلنا: إنه يملك بالظهور، فليس ملكاً مستقراً، بل لا يتسلط العامل عليه، ولا يملك التصرف فيه؛ لأن الريح وقاية لرأس المال عن الخسران ما دامت المعاملة باقية حتى لو اتفق خسران كان محسوباً من الريح دون رأس المال ما أمكن، وكذلك نقول: إذا طلب أحد المتعاقدين قسمة الريح قبل فسخ القراض لا يجبر الآخر عليه. أما إذا طلب المالك فلأن العامل يقول: لا آمن الخسران، فنحتاج إلى رد ما اقتسمنا.

وأما إذا طلب العامل، فلأن المالك يقول: الريح وقاية مالي، فلا أدفع إليك شيئاً حتى تسلم لي رأس المال، فإذا ارتفع القراض، والمال ناض، واقتسما حصل الاستقرار، وهو نهاية الأمر، وكذلك لو كان قدر رأس المال ناضاً، وأخذه المالك، واقتسما الباقي، وهل يحصل الاستقرار بارتفاع العقد، ونضوض المال من غير قسمة فيه وجهان:

أحدهما: لا، لأن القسمة الباقية من تمة عمل العامل.

وأصحهما: الاستقرار لارتفاع العقد، والوثوق بحصول رأس المال، وإن كان

المال عروضاً، فينبني على خلاف سيأتي في أن العامل، هل يجبر على البيع والتضيض؟ إن قلنا: نعم، فظاهر المذهب أنه لا استقرار؛ لأن العمل لم يتم.

وإن قلنا: لا فوجهان كما لو كان المال ناضباً، ولو اقتسما الربح بالتراضي قبل فسخ العقد لم يحصل الاستقرار، بل لو حصل خسران بعده كان على العامل جبره بما أخذ، وبهذا يتبين أن قوله في الكتاب: «ولا يستقر إلا بالقسمة» غير معمول بظاهره فيما يرجع الاكتفاء بالقسمة. وإن قلنا: إنه لا يملك إلا بالقسمة، فله فيه حق مؤكد حتى يورث عنه إذا مات، لأنه وإن لم يثبت الملك له، فقد ثبت له حق التملك، ويقدم على الغرماء لتعلق حقه بالعين، وله أن يمتنع عن العمل بعد ظهور الربح، ويسعى في التضيض ليأخذ منه حقه، ولو أتلف المالك المال غرم حصة العامل، وإن كان الإلتاف بمثابة الاسترداد ولو استرد الكل غرم حصة العامل، فكذلك إذا أتلف.

وأما قوله: «وكذا الأجنبي فإن الإلتاف كالقسمة».

وأعلم أن الأجنبي إذا أتلف مال القراض ضمن بدله، وبقي القراض في بدله، كما كان، هذا ما ذكره الأصحاب في حكم المسألة، وفي نظم الكتاب خلافان.

أحدهما: أن الغرض في هذا المقام التفريع على أن العامل إنما يملك حصته بالقسمة، وعلى هذا القول يكون كل الربح قبل القسمة للمالك، وحينئذ يستحسن الكلام في أنه لو أتلف المالك المال غرم حصة العامل لتعرف تأكيد حقه، وإن لم يكن مالكاً لكن لا يستحسن ذكر إلتاف الأجنبي، لأنه لا يمكن أن يقال أنه يغرم حصة العامل، إذ لا امتياز لها لبقاء القراض بحاله ولا اختصاص الغرم بها، بل يغرم كل المال، وأصل الغرم لا دلالة له على حق العامل.

والثاني: أن قوله: «فإن الإلتاف كالقسمة» لا ينصرف إلى مسألة الأجنبي؛ لأن القراض إذا بقي في البديل لم يكن الإلتاف مفيداً للقسمة، بل هو مصروف إلى ما قبلها، وهو إلتاف المالك، وإنما كان كالقسمة؛ لأنه أتلف ملكه وملك غيره أو حق غيره، ولا يمكن تغريمه ملك نفسه، ولا تعطيل حق الغير، فيغرم حق الغير، وذلك يتضمن مقصود القسمة، وهو التمييز. ولو كان في المال جارية لم يجز للمالك وطؤها إن كان في المال ربح لملك العامل، أو حقه، وإن لم يكن ربح فكذلك الجواب، ووجهه بأن انتفاء الربح في المتقومات غير معلوم، وإنما يستقر الحال بالتضيض، واستبعد الأمام التحريم إذا تيقن عدم الربح.

قال: ويمكن تخريجه على أن العامل لو طلب بيعها، وأباه المالك هل له ذلك؟

فيه خلاف سيأتي، فإن اسغناه فقد أثبتنا له علقه فيها، فيحرم الوطاء بها.

وإذا قلنا بالتحريم ووطيء، فللشيخ أبي محمد تردد في أنه هل يكون ذلك فسحاً للقراض؟ والأظهر المنع، ولا يلزم الحد، وحكم المهر سنذكره، ولو وطئها العامل، فعليه الحد إن لم يكن ربح إن وكان عالماً<sup>(١)</sup> وإلا فلا حد، ويؤخذ منه جميع المهر، ويجعل في مال القراض، لأنه ربما يقع خسران يحتاج إلى الجبر، ولو استولدها لم تصر أم ولد. وإن قلنا: إنه لا يملك بالظهور.

وإن قلنا: يملك ثبت الاستيلاء في نصيبه، ويقوم عليه الباقي إن كان موسراً. ولا يجوز للمالك تزويج جارية القراض؛ لأن القراض لا يرتفع بالتزويج، وإنه ينقص قيمتها فيتضرر العامل به.

قال الغزالي: الْحُكْمُ الْحَامِسُ الزِّيَادَةُ الْعَيْنِيَّةُ كَالثَّمَرَةِ وَالتَّاجُ مَحْسُوبٌ مِنَ الرَّيْحِ وَهُوَ مَالُ الْقِرَاضِ، وَكَذَا بَدَلُ مَنَافِعِ الدَّوَابِّ وَمَهْرٍ وَطَيْءِ الْجَوَارِي حَتَّى لَوْ وَطِئَ السَّيِّدُ كَانَ مُسْتَرْدًّا بِمِقْدَارِ الْعُقْرِ، وَأَمَّا التَّفْصَانُ فَمَا يَخْصُلُ بِأَنْخِفَاضِ السُّوقِ أَوْ طَرَيَانِ عَيْبٍ وَمَرَضٍ فَهُوَ خُسْرَانٌ يَجِبُ جَبْرُهُ بِالرَّيْحِ، وَمَا يَقَعُ بِاحْتِرَاقٍ وَسَرَقَةٍ بِهِ عَيْنٍ فَوَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا أَنَّهُ مِنَ الْخُسْرَانِ كَمَا أَنَّ زِيَادَةَ الْعَيْنِ مِنَ الرَّيْحِ، وَلَوْ سَلِمَ إِلَيْهِ الْفَيْنِ فَتَلَفَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ أَنْ يَشْتَرِيَ شَيْئاً بِهِ أَوْ بَعْدَ أَنْ يَشْتَرِيَ كَمَا لَوْ اشْتَرَى عَبْدَيْنِ مَثَلًا وَلَكِنْ قَبْلَ الْبَيْعِ فَرَأْسُ الْمَالِ أَلْفٌ أَوْ أَلْفَانِ فِيهِ وَجْهَانِ وَهُوَ تَرُدُّ فِي أَنَّهُ هَلْ يُجْعَلُ ذَلِكَ مِنَ الْخُسْرَانِ وَهُوَ وَقَعَ قَبْلَ الْخَوْضِ فِي التَّصَرُّفَاتِ؟

قال الرافعي: مقصود الفصل الكلام فيما يقع في مال القراض زيادة أو نقصان. أما الزيادة فثمرة الشجرة المشتراة للقراض، وتباج البهيمة، وكسب الرقيق، وولد الجارية، ومهرها إذا وطئت بالشبهة<sup>(٢)</sup> أطلق صاحب الكتاب، والإمام القول بأنها من مال القراض، لأنها من فوائده، وكذا بدل منافع الدواب، والأراضي، وذلك قد يجب بتعدي المتعدي باستعمالها، وقد يجب بإجارة تصدر من العامل، فإن له الإجارة إذا رأى فيها المصلحة.

وفصل في «التتمة» فقال: إن كان في المال ربح، وملكتنا العامل حصته بالظهور، فالجواب كذلك، وإن لم يكن ربح، أو لم نملكه، فمن الأصحاب من عدها من مال القراض كالزيادات المتصلة. وقال عامتهم: يفوز بها المالك، لأنها ليست من فوائد

(١) في ط إنه كان ذلك عالماً.

(٢) إطلاق المهر أحسن من تقييده بقوله إذا وطئت بشبهة إذ التقييد به ليس مراداً كما قاله الأذرعي بل يجزئ في الوطاء بالزنا مكرهة أو مطاوعة وهي مما لا يعتبر مطاوعتها أو بالنكاح.

التجارة، ويشبه أن يكون هذا أولى، فإن جعلناها مال القراض، قال هاهنا، وفي «الوسيط»: هي يجبر من الربح، وهو قضية ما في «التهذيب». وأورد بعض أصحاب الإمام أنها لا تعد من الربح خاصة، ولا من رأس المال، بل هي شائعة.

وقوله في الكتاب: وهو «مال القراض» بعد قوله: «محسوبة من الربح» يستغني عنه، نعم لو قدم وأخر، فقال: إنها مال القراض، وهي محسوبة من الربح كان حسناً. وكذلك لفظ «الوسيط» وإن وطئها المالك قال المصنف وغيره إنه يكون مسترداً مقدار العُقر، حتى يستقر نصيب العامل - منه.

في «التهذيب» أنه إن كان في المال ربح، وملكتاه بالظهور وجب نصيب العامل من الربح، وإلا لم يجب شيء فليعلم كذلك.

وقوله في الكتاب «كان مسترداً مقدار العُقر» - بالواو - واستيلاء المالك جارية القراض كإعتاقها، وإذا أوجبت المهر بالوطء الخالي عن الإحبال، فالظاهر الجمع بينه وبين القيمة. وأما النقصان فما يحصل بانخفاض السوق فهو خسران مجبور بالربح، وكذا النقصان بالتعيب، والمرض الحادث، والنقصان العيني، وهو تلف البعض ينظر إن حصل بعد التصرف في المال بيعاً وشراء، فالأكثر أن يذكروا أن الاحتراق وغيره من الآفات السماوية خسران مجبور بالربح أيضاً، وفي التلف بالسرقة والغصب وجهان، والفرق أن في الضمان الواجب ما يجبره، فلا حاجة إلى جبره بمال القراض.

وسوى المصنف وطائفة بين الهلاك بالآفة السماوية وغيرها، فحكوا الوجهين في النوعين. ووجه المنع أنه نقصان لا تعلق له بتصرف العامل وتجارته، بخلاف النقصان الحاصل بانخفاض السوق، وليس هو بناشئ من نفي المال الذي اشتراه العامل، بخلاف المرض والعيب، فلا يجب على العامل جبره، وكيفما كان فالأصح أنه مجبور بالربح، وإن حصل النقصان قبل التصرف فيه بيعاً وشراء، كما إذا دفع إليه ألفي درهم قراضاً، فتلف ألف قبل أن يتصرف، فيه وجهان:

أحدهما: أنه خسران أيضاً مجبور بالربح الحاصل بعده، لأنه بقبض العامل صار مال القراض، وعلى هذا فرأس المال الفان كما كان، ويقال: هذا هو منقول المُرْتَبِي عن الجامع الكبير.

وأظهرهما: أنه يتلف من رأس المال، ويكون رأس المال الألف الباقي؛ لأن العقد لم يتأكد بالعمل، ولو اشترى بألفين عبيدين أو ثوبين، فتلف أحدهما.

فإن قلنا: لو تلف أحد الألفين قبل التصرف جبرناه بالربح، فهاهنا أولى.

وإن قلنا: يتلف من رأس المال فوجهان:

أحدهما: أن الجواب كذلك؛ لأن العبدین بدل الألفین، ولا عبرة بمجرد الشراء، فإنه تهيئة محل التصرف، والركن الأعظم في التجارة البيع، إذ به يظهر الربح.

وأظهرهما: أنه يتلف من الربح، ويجب جبره، لأنه تصرف في رأس المال، ولا يأخذ شيئاً بالربح حتى يرد ما تصرف فيه إلى المالك، هذا إذا تلف بعض المال.

أما إذا تلف كله بأفة سماوية قبل التصرف، أو بعده ارتفع القراض، وكذا لو أتلفه المالك كما تقدم، ولو أتلفه أجنبي أخذ بدله، وبقي القراض فيه على ما مر، وكذا لو أتلف بعضه، وأخذ بدله استمر القراض وما ذكرنا من الخلاف في أنه هل يجبر بالربح؟ مفروض فيما إذا تعذر أخذ البدل من المتلف، ولو أتلف العامل المال، قال الإمام: يرتفع القراض؛ لأنه وإن وجب بدله عليه، فإنه لا يدخل في ملك المالك إلا بقبض منه، وحينئذ يحتاج إلى استثناء القراض، ولك أن تقول: ذكروا وجهين في أن مال القراض إذا غصب، أو تلف من الخصم فيه وجهان:

أظهرهما: أن الخصم المالك إن لم يكن في المال ربح، وهما جميعاً إن كان فيه ربح.

والثاني: أن للعامل المخاصمة بكل حال حفظاً للمال، ويشبه أن يكون الجواب المذكور في إتلاف الأجنبي مفرعاً على أن العامل خصم، وبتقدير أن يقال: إنه وإن لم يكن خصماً، لكن إذا خاصم المالك، وأخذ عاد العامل إلى التصرف فيه بحكم القراض لزمه مثله فيما إذا كان العامل هو المتلف.

وإن قتل عبد القراض قاتل، وفي المال ربح لم ينفرد أحدهما بالقصاص، بل الحق لهما إن تراضيا على العفو على مال، أو على الاستيفاء جاز، وإن عفا أحدهما سقط القصاص، ووجبت القيمة، هكذا ذكره، وهو ظاهر على قولنا: إنه يملك الربح بالظهور، وغير ظاهر على القول الآخر، وإن لم يكن فيه ربح فللمالك القصاص، والعفو على غير مال، وكذا لو كانت الجنابة موجبه للمال، فله العفو عنه، ويرتفع القراض، وإن أخذ المال، أو صالح عن القصاص على مال، بقي القراض فيه.

وقوله في الكتاب: «كما أن زيادة العين من الربح» ينبني على ما ذكره وفي الزيادات أنها محسوبة من الربح، وفيه من الخلاف ما مر.

وقوله: «وهو تردد في أنه هل يجعل ذلك من الخسران...» إلى آخره، هذا اللفظ يتناول الصورة الأولى، وهي تلف أحد الألفين فقبل أن يشتري بهما شيئاً.

فأما الصورة الثانية فالتوجيه فيها ما قدمناه أن الاعتبار بالبيع دون الشراء، إذ ظهور الربح وصيرورة العرض نقداً يتعلق بالبيع.

فرع:

مال القراض ألف درهم، واشترى بعينه ثوباً أو عبداً فتلف قبل التسليم بطل الشراء، وارتفع وإن اشترى في الذمة.

قال في البُوَيْطِيُّ: يرتفع القراض، ويكون الشراء للعامل، فمن الأصحاب من قال: هذا إذا كان التلف قبل الشراء فإن القراض والحالة هذه غير باقٍ عند الشراء<sup>(١)</sup>، فينصرف الشراء إلى العامل.

أما إذا تلف بعد الشراء فالمشتري<sup>(٢)</sup> للمالك فإذا تلف الألف المعدُّ للثمن أبدله بألف آخر.

وقال ابن سريج: يقع الشراء عن العامل سواء تلف الألف قبل الشراء، أو بعده، وعليه الثمن، ويرتفع القراض؛ لأن إذنه ينصرف إلى التصرف في ذلك الألف<sup>(٣)</sup>، تعلق التصرف في ذلك بعينة أم لا؟ فإن قلنا بالأول فرأس المال ألف أو الفان؟ فيه وجهان، يحكي الثاني منهما عن أبي حنيفة. فإن قلنا بالأول فهو الألف الأول، أو الثاني؟ فيه وجهان<sup>(٤)</sup>، تظهر فائدتهما عند اختلاف الألفين في صفة الصِّحة وغيرها.

وعن مالك أن المالك بالخيار بين أن يدفع ألفاً آخر، ويكون هو رأس المال دون الأول وبين ألا يدفع، فيكون الشراء للعامل، ويمكن أن يجعل هذا وجهاً للأصحاب تخريجاً من وجه ذكرناه في «باب، مداينة العبيد مما إذا سلم إلى عبده ألفاً ليتجر فيها، فاشترى في الذمة ليصرفه إلى الثمن، فتلف أنه يتخير السيد بين أن يدفع إليه ألفاً آخر فيمضي العقد، أو لا يدفع، فيفسخ البائع العقد، إلا أن هاهنا يمكن تصرفه العقد إلى المباشر إذا لم يخرج المعقود له ألفاً آخر، وهناك لا يمكن، فيصار إلى الفسخ، وهذا الفرع قد ذكرنا طرفاً منه هناك للحاجة إليه والله اعلم.

## البَابُ الثَّالِثُ، فِي التَّفَاسُخِ وَالتَّنَازُعِ

قال الغزالي: وَالْقِرَاضُ جَائِزٌ يَنْفَسَخُ بِنَفْسِهِ بِنَفْسِهِ أَحَدِهِمَا، وَيَبْلُغُونَ، وَيَبْلُغُونَ،

(١) في (ط) المشتري.

(٢) في (ط) فالشراء.

(٣) سكت عن الترجيح والأصح في تصحيح التنبيه للشيخ النووي قول ابن سريج جرياً على ظاهر النص.

(٤) قال في الخادم: والراجح الثاني وهو الذي أورده الماوردي وقال البندنجي والروائي أنه المذهب ولم يرجح الشيخ أيضاً من الوجهين الأخيرين والراجح الثاني وهو المذكور في تعليق للقاضي الحسين والشامل كذا قاله في الخادم أيضاً.

كَالْوَكَالَةِ فَإِنَّ أَنْفَسَخَ وَالْمَالُ نَاصِرٌ لَمْ يُخْفَ أَمْرُهُ، وَإِنْ كَانَ عُرُوضاً فَعَلَى الْعَامِلِ بَيْعُهُ إِنْ كَانَ فِيهِ رَيْحٌ لِيُظْهَرَ نَصِيبُهُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ رَيْحٌ فَوَجْهَانِ، مَا أَخَذَ الْوُجُوبَ أَنَّهُ فِي عَهْدِهِ أَنْ يَرُدَّ كَمَا أَخَذَ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ رَيْحٌ وَرَضِيَ الْمَالِكُ بِهِ وَقَالَ الْعَامِلُ: أَيْبَعُهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ إِلَّا إِذَا وَجَدَ زُبُونًا يَسْتَفِيدُ بِهِ الرِّيحَ، وَمَهْمَا بَاعَ الْعَامِلُ قَدَّرَ رَأْسَ الْمَالِ وَجَعَلَهُ نَقْدًا فَالْبَاقِي مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا وَلَيْسَ عَلَيْهِ بَيْعُهُ، وَإِنْ رَدَّ إِلَى نَقْدٍ لَيْسَ مِنْ جِنْسِ رَأْسِ الْمَالِ لَزِمَهُ الرُّدُّ إِلَى جِنْسِهِ.

قال الرفعي: الباب يتضمن فصلين:

أحدهما: في فسخ القراض وفروعه، والقراض جائز كالوكالة والشركة، بل هو عينهما، فإنه وكالة في الابتداء، وقد تصير شركة في الانتهاء، فلكل واحد من المتعاقدين فسخه، والخروج منه متى شاء، ولا يحتاج فيه إلى حضور الآخر ورضاه.

وعن أبي حنيفة: اعتبار والحضور كما ذكره في «خيار الشرط» وإذا مات أحدهما أو جُنَّ، أو أغمي عليه انفسخ العقد، ثم إذا فسخا أو أحدهما لم يكن للعامل أن يشتري بعده، ثم ينظر إن كان المال ديناً، فعلى العامل التقاضي والاستيقاء، خلافاً لأبي حنيفة، حيث فرق بين أن يكون في المال ربح، فيلزمه الاستيقاء أو لا يكون فلا يلزمه.

واحتج الأصحاب بأن الدين ملك ناقص، وقد أخذ منه ملكاً كاملاً، فليرد كما أخذ، وإن لم يكن ديناً، نظر إن كان نقداً من جنس رأس المال، ولا ربح أخذه المالك، وإن كان فيه ربح اقتسماه بحسب الشرط، فإن كان الحاصل في بده مكسرة، ورأس المال صحاح، نظر إن وجد من يبدلها بالصُّحاح وزناً بوزن أبدلها، وإلا باعها بغير جنسها من الثُّقَد، واشترى بها الصُّحاح، ويجوز أن يبيعها بعرض، ويشتري به الصُّحاح في أصح الوجهين.

والثاني: لا يجوز؛ لأنه قد يتعوق عليه بيع العرض، فإن كان المال نقداً من غير جنس رأس المال، أو عرضاً، فله حالتان:

إحدهما: أن يكون فيه ربح، فعلى العامل بيعه إن طلبه المالك، وله بيعه، وإن أباه المالك، وليس للعامل تأخير البيع إلى توَسُّم رواج المتاع؛ لأن حق المالك يعجل، خلافاً لِمَالِكٍ. ولو قال للمالك: تركت حقي لك، ولا تكلفني البيع، هل عليه فيه الاجابة؟ فيه وجهان:

وأقربهما: المنع ليرد المال كما أخذ، فإن التنضيض مشقة ومؤنة، ثم اختلفوا في مأخذ الوجهين، وكيفية خروجهما.

فمن بان لهما على الخلاف في أنه متى يملك الربح؟

إن قلنا بالظهور لم يلزم المالك قبول ملكه، ولم يسقط به طلب البيع.

وإن قلنا بالقسمة فيجانب؛ لأنه لم يبق له توقع فائدة، فلا معنى لتكليفه تحمل مشقة. ومن مفرع لهما أولاً على أن حق العامل هل يسقط بالترك والإسقاط؟ وهو مبني على أن<sup>(١)</sup>. الربح متى يملك؟ إن قلنا بالظهور لم يسقط كسائر المملوكات.

وإن قلنا بالقسمة سقط على أصح الوجهين، فإنه ملك إن تملك، فكان له العفو والإسقاط كالشفعة. فإن قلنا: لا يسقط حقه بالترك لم يسقط بتركه المطالبة بالبيع.

وإن قلنا: يسقط ففيه خلاف سنذكره في أنه هل يكلف البيع إذا لم يكن في المال ربح؟ ولو قال المالك: لا تبع وتقتسم العروض بتقويم عدلين، أو قال: أعطيك نصيبك من الربح ناضباً، ففي تمكن العامل من البيع وجهان، بناهما قوم من الأصحاب على أن الربح متى يملك؟

إن قلنا بالظهور فله البيع؛ لأنه قد يجد زبوناً يشتريه بأكثر من قيمته.

وإن قلنا بالقسمة فلا، لوصوله إلى حقه بما يقوله المالك.

وقطع الشيخ أبو حامد وغيره بالوجه الثاني. وقالوا: إذا غرس المستعير في أرض العارية كان للمعير أن يتملكه عليه بالقيمة؛ لأن الضرر يندفع عنه بأخذ القيمة فهنا أولى، وحيث لزمه البيع، قال الإمام: الذي قطع به المحققون أن ما يلزمه بيعه وتنضيضه قدر رأس المال.

أما الزائد عليه، فحكمه حكم عرض آخر يشترك فيه اثنان لا يكلف واحد منهما بيعه، ثم ما يبيعه بطلب المالك، أو دونه<sup>(٢)</sup> يبيعه بنقد البلد إن كان من جنس رأس المال، وإن كان من غير جنسه باعه بما يرى المصلحة فيه من نقد البلد، ورأس المال، فإن باعه بنقد البلد حصل به رأس المال.

الثانية: إذا لم يكن في المال ربح هل للمالك تكليفه البيع؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن غرض البيع أن يظهر الربح ليصل العامل إلى حقه منه، فإن لم يكن ربح، وارتفع العقد لم يحسن تكليفه بيعاً بلا فائدة.

وأظهرهما: نعم وبه قال الشَّيْخَان أبو محمد، وأبو علي، والقاضي حسين؛ لأنه في عهده أن يرد المال كما أخذ، وإلا لزم المالك في رده إلى ما كان كلفة ومؤنة، وهل

(١) سقط في ب.

(٢) في (ط) بإذنه.



للعامل بيعها إذا رضي المالك بإمساكها؟ حكى الإمام فيه وجهين .

وجه المنع : أنه كفاه شغلاً بلا فائدة .

ووجه الآخر : أنه قد يجد زبوناً يشتريه بزيادة، وهذا ما ذكره عامة الأصحاب، وقالوا: له أن يبيع إذا توقع ربحاً بأن ظفر بسوق أو راغب .

ورأى الإمام تفصيلاً فيه، وهو أنه ليس له البيع بما يساويه بعد الفسخ جزماً، وبيعه بأكثر مما يساويه عند الظفر بزبون محتمل؛ لأنه ليس ربحاً في الحقيقة<sup>(١)</sup>، وإنما هو رزق مساق إلى مالك العروض .

وإذا قلنا: ليس للعامل البيع إذا أراد المالك إمساك العروض، واتفقا على أخذ المالك العروض، ثم ظهر ربح بارتفاع السوق، فهل للعامل نصيب فيه لحصوله بكسبه أم لا لظهوره بعد الفسخ؟ فيه وجهان :

أظهرهما : الثاني :

وقوله في الكتاب : « وإن رد إلى نقد لا من جنس رأس المال لزمه الرد إلى جنسه » غير خافٍ مما أدرجناه في أثناء الكلام ثم إنه يشمل ما إذا كان عند الفسخ نقداً من غير جنس رأس المال، وكان الرد إليه قبل الفسخ وما إذا باعه بعد الفسخ .

فرع :

كما يرتفع القراض بقول المالك : فسخته يرفع بقوله للعامل : لا تتصرف بعد هذا، وباسترجاع المال منه، ولو باع المالك ما اشتراه العامل بالقراض، فينعزل العامل كما لو باع الموكل ما وكل ببيعه ينعزل الوكيل أو لا ينعزل، ويكون ذلك إعانة له فيه وجهان :

أشبههما : الثاني، ولو حبس العامل، ومنعه من الصرف، أو قال : لا قراض بيننا، ففي انعزاله وجهان .

أشهرهما أنه لا ينعزل أيضاً ذكرهما أبو العباس الروياني في « الجرجانيات » .

قال الغزالي : وَلَوْ مَاتَ الْمَالِكُ فَلِوَارِثِهِ مُطَالَبَةٌ الْعَامِلِ بِالتَّنْضِيضِ، وَلَهُ أَنْ يُجَدِّدَ الْعَقْدَ مَعَهُ إِنْ كَانَ الْمَالُ نَقْداً، وَإِنْ كَانَ فِي الْمَالِ رِبْحٌ أَخَذَ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ مِنْ رِبْحِهِ عِنْدَ الْقِسْمَةِ، وَالْبَاقِي يُتَّبَعُ فِيهِ مُوجِبُ الشَّرْطِ، وَإِنْ كَانَ عَرْضاً فَفِي جَوَازِ التَّقْرِيرِ عَلَيْهِ وَجْهَانِ، وَوَجْهُ الْجَوَازِ أَنَّهُ قَدْ ظَهَرَ رَأْسُ الْمَالِ وَجِنْسُهُ مِنْ قَبْلِ فَلَمْ يُوْجَدْ عِلَّةُ اشْتِرَاطِ

(١) في (ط) التحقيق .

التَّغْدِيَةِ هَهُنَا، وَإِنْ مَاتَ الْعَامِلُ لَمْ يَجُزْ تَقْرِيرُ وَارِثِهِ عَلَى الْعَرْضِ فَإِنَّهُ مَا اشْتَرَاهُ يَنْفَسِيهِ فَيَكُونُ كَلًّا عَلَيْهِ، نَعَمْ إِنْ كَانَ نَقْدًا فَهَلْ يَنْعَقِدُ الْقِرَاضُ مَعَهُ بِلَفْظِ التَّقْرِيرِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ .

قال الرافعي: ذكرنا أن القراض يفسخ بالموت، وإذا مات المالك، والمال ناض لا ربح فيه أخذه الوارث، وإن كان فيه ربح اقتسماه، وإن كان عرضاً، فالمطالبة بالبيع والتنضيض كما في حالة حصول الفسخ في حياتهما، وللعامل البيع هاهنا، حيث كان له البيع هناك، ولا يحتاج إلى إذن الوارث اكتفاءً بإذن من تلقى الوارث المالك عنه، بخلاف ما إذا مات العامل حيث لا يتمكن وارثه من البيع دون إذن المالك، فإنه يرض بتصرفه .

وفي «التتمة» وجه أن العامل أيضاً لا يبيع إلا بإذن وارث المالك، والمشهور الأول، ويجري الخلاف في استيفائه الديون بغير إذن الوارث، ولو أراد الاستمرار على العقد، فإن كان المال ناضاً فلهما ذلك بأن يستأنفاً عقداً بشرطه، ولا بأس بوقوعه قبل القسمة لجواز القراض على المشاع، وكذلك يجوز القراض الشريك بشرط ألا يشاركه في اليد، ويكون للعامل ربح نصيبه، ويتضاربان في الربح نصيب الآخر، وهل ينعقد بلفظ الترك والتقريب بأن يقول الوارث أو القائم بأمره: تركتك أو أقررتك على ما كنت عليه؟ فيه وجهان:

أحدهما: وبه قال الشيخ أبو محمد: لا؛ لأن العقد السابق قد ارتفع، وهذا ابتداء عقد، فلا بد من إذن صالح للابتداء، والتقريب يشعر بالاستدامة .

وأظهرهما: عند الإمام نعم لفهم المعنى، وقد يستعمل التقرير لإنشاء عقد على موجب العقد السابق، وليكن الوجهان مفرعان على أن هذه العقود لا تنعقد بالكنايات فإن قلنا ينعقد فينبغي أن يجزم بالوجه الثاني، وإن كان المال عروضاً، ففي جواز تقريره على القراض وجهان:

عن أبي إسحاق أنه جائز، لأنه استصحب قراض، فيظهر في جنس رأس المال وقدره فيجريان على موجه، ولا يلزم مصير رأس المال ربحاً ولا ذهاب بعض الربح في رأس المال .

والأظهر المنع لأن القراض الأول قد ارتفع، فلو وجد قراض آخر لكان قراضاً مستأنفاً، وحينئذ يمتنع إيراده على العروض، والأول ظاهر لفظه في «المختصر» لكن القائلين بالثاني حملوه على ما إذا كان المال ناضاً أو استأنفاً عقداً .

والأشبه: أن يختص الوجهان بلفظ الترك والتقريب، ولا يتسامح باستعمال الألفاظ التي تستعمل في الابتداء .

ثم حكى الإمام فيا إذا فسخ القراض في الحياة طريقة طاردة للوجهين، وأخرى قاطعة بالمنع وهو الأشهر، وعليها بضعف وجه جواز التقرير بعد الموت، وهذا إذا مات المالك، وإن مات العامل، واحتيج إلى البيع والتنضيض، فإن أذن المالك لوارث العامل فيه فذاك، وإلا تولاه منصوب من جهة الحاكم، ولا يجوز تقرير وارثه على القراض إن كان المال عرضاً ولا يخرج على الوجهين المذكورين في موت المالك، وفرقوا بينهما بوجهين:

أحدهما: أن ركن القراض من جانب العامل عمله، وقد فات بفواته، ومن جانب المالك المال، وهو باقٍ بعينه انتقل إلى الوارث.

والثاني: وهو المذكور في الكتاب: أن العامل هو الذي اشترى العروض، والظاهر أنه لا يشتري إلا ما يسهل عليه بيعه وترويجه، وهذا المعنى لا يؤثر فيه موت المالك، وإذا مات العامل فربما كانت العروض كلاً على وارثه، لأنه يشتريها، ولم يخترها، وإن كان المال ناضباً فلهما الاستمرار بعقد منشأ، وفي لفظ التقرير الوجهان السابقان، وهما كالوجهين في أن الوصية بالزائد على الثلث إذا جعلناها ابتداء عطية، هل تنفص بلفظ الإجازة، ويجريان أيضاً فيما إذا انفسخ البيع الجاري بينهما، ثم أراد إعادته، فقال البائع قررتك على موجب العقد الأول وقبل صاحبه، وفي مثله من النكاح لا يعتبر ذلك، وللإمام احتمال فيه لجريان لفظ النكاح مع التقرير.

وقوله في الكتاب: «فإن كان في المال ربح أخذ بقدر حصته من ربحه عند القسمة، والباقي يتبع موجب الشرط».

مثاله: إذا كان رأس المال المورث مائة، وربح عليه مائتين، وجدد الوارث العقد على النصف كما كان من غير أن يقتصما، فرأس مال<sup>(١)</sup> للوارث مائتان من الثلاثمائة، والمائة الباقية للعامل، فعند القسمة يأخذها بقسطها من الربح، ويأخذ الوارث رأس المال مائتين، ويقتسمان ما بقي<sup>(٢)</sup>.

وقوله: «ولم يوجد علة اشتراط النقديّة هاهنا» أي لا يعتبر في التقرير كونه نقداً لخلاف ما في الابتداء لما مر. وقوله: «وهل ينعدق القراض معه بلفظ التقرير؟ فيه وجهان» أشار به إلى أن تجديد العقد جائز لا محالة، كما إذا مات المالك والمال نقداً،

(١) في (ط) المال.

(٢) قال النووي: إذا جُنأ أو أغمي عليهما أو أحدهما ثم أفاقا وأرادا عقد القراض ثانياً قال في «البيان»: الذي يقتضيه المذهب أنه كما لو أنفسخ بالموت وهو كما قاله.

(ينظر روضة الطالبين ٤/٢٢١).

وإنما الخلاف في الصورتين في الانعقاد بلفظ التقرير.

فأما إذا كان المال عرضاً في صورة موت المالك، فالخلاف هناك في أصل التقرير، فلذلك قال في جواز التقرير: عليه وجهان.

قال الغزالي: وَمَهْمَا كَانَ أَسْتَرَدَّ الْمَالِكُ طَائِفَةً مِنَ الْمَالِ وَكَانَ إِذْ ذَاكَ فِي الْمَالِ رِبْحٌ فَهُوَ شَائِعٌ يَسْتَنْقِرُ مِلْكَ الْعَامِلِ عَلَى مَا يَخْصُهُ مِنْ ذَلِكَ الْقَدْرِ فَلَا يَسْقُطُ بِالنَّقْصَانِ \* وَإِنْ كَانَ فِيهِ خُسْرَانٌ لَمْ يَجِبْ عَلَى الْعَامِلِ جَبْرٌ مَا يَخْصُ الْمُسْتَرَدَّ مِنَ الْخُسْرَانِ.

قال الرافعي: استرداد المالك طائفة من المال إن كان قبل ظهور الربح والخسران رجع رأس المال إلى القدر الباقي، وإن كان بعد ظهور الربح في المال فالمسترد شائع ربحاً وخسراناً على النسبة الحاصلة بين جملي الربح، وبين رأس المال، ويستقر ملك العامل على ما يخصه بحسب الشرط مما هو ربح فيه، فلا يسقط بالنقصان الحادث، وإن كان الاسترداد بعد ظهور الخسران، إن كان الخسران موزعاً على المسترد والباقي، فلا يلزم جبر حصّة المسترد من الخسران، كما أنه لو رد الكل بعد الخسران لم يلزمه شيء، ويصير رأس المال الباقي بعد المسترد، وحصته من الخسران.

ومثال الاسترداد بعد الربح رأس المال مائة ربح عليها عشرين، ثم استرد المالك عشرين، والربح سدس المال يكون المأخوذ سدسه ربحاً، وهو ثلاثة دراهم وثلث، ويستقر ملك العامل على نصفه إذا<sup>(١)</sup> كان الشرط المناصفة، وهو درهم وثلثا درهم، حتى لو انخفضت السوق، وعاد ما في يده إلى ثمانين لم يكن للمالك أن يأخذ الكل، ويقول: كان رأس المال مائة، وقد أخذت عشرين أضمت إليها هذه ثمانين لتتم لي المائة، بل يأخذ العامل من الثمانين درهماً وثلثي درهم، ويرد الباقي وهو ثمانية وسبعون درهماً وثلث درهم.

ومثال الاسترداد بعد الخسران رأس المال مائة وخسر عشرين، ثم استرد العشرين، فالخسران يوزع على المسترد، والباقي يكون حصّة المسترد خمسة لا يلزمه جبرها حتى لو ربح بعد ذلك، فبلغ المال ثمانين لم يكن للمالك أخذ الكل، بل يكون رأس المال خمسة وسبعين<sup>(٢)</sup>، والخمسة الزائدة تقسم بينهما نصفين، فيجعل للمالك من الثمانين سبعة وسبعين ونصف درهم.

(١) في (ط) إن.

(٢) لأنه الخسران إذا وزعناه على الثمانين خص كل عشرين خمسة والعشرون المستردة حصتها خمسة فيبقى ما ذكره.

قال الغزالي: وَإِنْ قَالَ الْعَامِلُ: تَلَفَ الْمَالُ أَوْ رَدَدْتُ (و) أَوْ مَا رَيْحْتُ أَوْ خَسِرْتُ بَعْدَ الرِّيحِ أَوْ هَذَا الْعَبْدُ اشْتَرَيْتُهُ لِلْقَرَاظِ أَوْ لِنَفْسِي أَوْ مَا نَهَيْتَنِي عَنْ شِرَائِهِ وَخَالَفَهُ الْمَالِكُ فَأَلْقَوْتُ قَوْلَ الْعَامِلِ، وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي قَدْرِ مَا شَرَطَ لَهُ مِنَ الرِّيحِ فَيَتَحَالَفَانِ وَيَزْجَعُ إِلَى أَجْرِ الْمِثْلِ، وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي قَدْرِ رَأْسِ الْمَالِ فَأَلْقَوْتُ قَوْلَ الْعَامِلِ إِذِ الْأَصْلُ عَدَمُ الْقَبْضِ.

قال الرفعي: الفصل الثاني من الباب في التنازع، فيه وجوه:

منها: أن يدعي العامل تلف المال في يده، فهو مصدق بيمينه كالمودع، نعم إذا ذكر سبب التلف، ففيه تفصيل نؤخره إلى «كتاب الوديعة» إن شاء الله تعالى؛ لأن صاحب الكتاب أورد طرفاً منه هنالك.

ومنها: إذا اختلف في رد المال، ففيه وجهان ذكرناهما في «باب الرهن».

وأظهرهما: ما أجاب به الكتاب، وهو تصديق العامل.

وأعلم قوله: «أَوْ رَدَدْتُ» - بالواو - إشارة إلى ذلك الخلاف.

ومنها: إذا قال العامل: ما ربحت أو قال: لم أربح إلا ألفاً، وقال المالك: بل ألفين صدق العامل بيمينه، ولو قال: ربحت كذا، ثم قال غلطت في الحساب إنما الربح كذا، أو تبينت أن لا ربح أو قال كذبت فيما قلت خوفاً من انتزاع المال من يدي لم يقبل رجوعه؛ لأنه أقر بحق لغيره فأشبهه سائر الأقارير.

وعن مالك أنه إن كان بين يديه موسم يتوقع فيه ربح يقبل قوله: كذبت لترك المال في يدي لأربح في الموسم، ولو قال: خسرت بعد الربح الذي أخبرت عنه قُبِلَ.

قال في «التتمة»: وذلك عند الاحتمال بأن عرض للأسواق كساد، فإن لم يحتمل لم يقبل، ولو ادعى الخسارة عند الاحتمال، أو التلف بعد قوله: كنت كاذباً فيما قلت، ورددنا قوله قُبِلَ أيضاً، ولا نبطل أمانته بذلك القول السابق، هكذا قال الأصحاب، ونسبه القاضي الروياني في «التجربة» إلى نسه.

ومنها: قال العامل: اشتريت هذا العبد للقراض، وقال المالك: بل لنفك، وإنما يقع هذا الاختلاف عند ظهور خسران فيه غالباً، أو قال العامل: اشتريته لنفسي، وقال المالك: بل للقراض، فالقول قول العامل؛ لأنه أعرف بقصده ونيته، ولأنه في يده، وإذا ادعى أنه ملكه صدق.

وعن ابن سريج أن في الصورة الأولى قولاً آخر أن القول قول المالك؛ لأن الأصل عدم وقوعه للقراض كما أخذ القولين فيما إذا قال الوكيل: بعث ما أمرتني ببيعه أو

اشترت ما أمرتني بشرائه، فقال الوكيل<sup>(١)</sup>: لم تفعل، والظاهر الأول.

قال في «المهذب» فلو أقام المالك بينة أنه اشتراه بمال القراض، يعني في الصورة الثانية، ففي الحكم بها وجهان:

وجه المنع أنه قد يشتري لنفسه بمال القراض متعدياً، فيبطل البيع، ولا يكون للقراض. ومنها: قال المالك: كنت نهيتك عن شراء هذا العبد، فقال العامل: لم تنتهني، فالقول قول العامل؛ لأن الأصل عدم النهي، لأنه لو كان كما يزعمه المالك لكان خائناً، والأصل عدم الخيانة.

ومنها: قال العامل: شرطت لي نصف الربح، وقال المالك: بل ثلثه فيتحالفان، لأنهما اختلفا في عوض العقد، فأشبهه اختلاف المتابعين في الثمن وإذا تحالفا فصح العقد، واختص الربح والخسران بالمالك، وللعامل أجر تمثل عمله.

وفيه وجه: أنها إن كانت أكثر من نصف الربح، فليس له إلا قدر النصف؛ لأنه لا يدعي أكثر منه<sup>(٢)</sup>. ومنها: لو اختلفا في قدر رأس المال، فقال المالك دفعت إليك ألفين، وقال العامل: بل ألفاً فالقول قول العامل إن لم يكون في المال ربح؛ لأن الأصل عدم دفع الزيادة، وإن كان في المال ربح، فكذلك على الأصح.

وفيه وجه أنهما يتحالفان؛ لأن قدر الربح يتفاوت به، فأشبهه الاختلاف في القدر المشروط من الربح.

ومن قال بالأول قال: الاختلاف في القدر المشروط من الربح اختلاف في كيفية العقد، والاختلاف هاهنا اختلاف في البعض<sup>(٣)</sup>، فيصدق فيه الباقي<sup>(٤)</sup> كما إذا<sup>(٥)</sup> اختلف المتبايعان في قبض الثمن، فإن المصدق البائع، ولو قارض رجلين على مال بشرط أن يكون نصف الربح، له والباقي بينهما بالسوية فربحاً، ثم قال المالك: دفعت إليكما ألفين، وصدقه أحدهما، وقال الآخر: بل ألفاً لزم المقر ما أقربه، وحلف المنكر، وقضى له بموجب قول، فلو كان الحاصل<sup>(٦)</sup> ألفين، أخذ المنكر ربع الألف الزائد على ما أقر به، والباقي يأخذه المالك، ولو كان الحاصل ثلاثة آلاف، فزعم المنكر أن الربح منها ألفان، وأنه يستحق منها خمسمائة، فلتسلم إليه، ويأخذ المالك من الباقي ألفين من

(١) في (ط) الموكل.

(٢) قال النووي: وإذا تحالفا، فهل يفسخ بنفس التحالف، أم بالفسخ؟ حكمه حكم البيع كما مضى، قاله في «البيان». ينظر الروضة ٤/٢٢٣.

(٣) في (ط) «القبض».

(٤) في ط «الثاني».

(٦) في ط «الأصل».

(٥) في ط «لو».

رأس المال لاتفاق المالك والمقر عليه يبقى خمسمائة يتقاسمانها أثلاثاً لاتفاقهم على أن ما يأخذه المالك، مثلاً ما يأخذه كل واحد من العاملين وما أخذه المنكر كالتالف منهما. ولو قال المالك: كان رأس المال دنانير، وقال العامل: بل دراهم، فالمصدق العامل أيضاً.

ولو اختلفا في أصل القراض، فقال المالك: دفعت المال إليك لتشتري لي وكالة، وقال مَنْ في يده بل قارضتني فالمصدق المالك، فإذا حلف أخذ المال وربحه، ولا شيء عليه للآخر<sup>(١)</sup>. وهذا فروع مبددة نختم بها الباب.

ليس للعامل التصرف في الخمر شراءً وبيعاً، خلافاً لأبي حنيفة فيما إذا كان العامل ذمياً، فلو خالف واشترى خمرأ، أو خنزيراً، أو أم ولد، ودفع المال في ثمنه عن علم، فهو ضامن، وإن كان جاهلاً، فكذلك على الأشهر<sup>(٢)</sup> لأن حكم الضمان لا يختلف بالعلم والجهل، وقال القفال يضمن الخمر دون أم الولد إذ ليس لها أمانة تعرف به. وفي «التهذيب» وجه غريب أنه لا يضمن فيها.

وأبعد منه وجه نقله في «الشامل» أنه لا يضمن حالة العلم أيضاً، لأنه ضمن<sup>(٣)</sup> الفضل بخسرانه<sup>(٤)</sup>، ولو قارضه على أن ينقل المال إلى موضع كذا، ويشتري من أمتعته، ثم يبيعها هناك أو يردها إلى موضع القراض.

قال الإمام: ذهب الأكثرون إلى فساد القراض؛ لأن نقل المال من قُطر إلى قطر عمل زائد على التَّجَارَة، فأشبه شرط الطحن والخبز، ويخالف ما إذا أذن له في السفر، فإن الغرض منه رفع الحرج. وعن الاستاذ أبي إسحاق وطائفة من المحققين إن شرط المسافرة لا يضر، فإنها الركن الأعظم في الأموال والبضائع الخطيرة.

ولو قال: خذ هذه الدراهم قراضاً، وصارف بها مع الصَّيَّارفة، ففي صحة مصارفته مع غيرهم وجهان:

وجه الصحة أن المقصود من مثله أن يكون تصرفه صرفاً لا قوام بأعيانهم.

(١) قال النووي: لو دفع إليه ألفاً، فتلف في يده، فقال: دفعته قرضاً، فقال العامل: بل قراضاً، قال في «العدة» و«البيان»: بينة العامل أولى في أحد الوجهين. يؤيد ما ذكره في العدة والبيان ما أجاب به الشيخ أبو عمرو بن الصلاح في فتاويه في هذه المسألة أن القول القابض بيمينته في نفي الضمان عند عدم البينة قال لأنهما اتفقا على الإذن في التصرف واختلفا في شغل الذمة والأصل براءة الذمة.

(٢) في ط قصر.

(٣) في أ الشراء.

(٤) في ط بحسب رأيه.

ولو خلط العامل مال القراض بماله صار ضامناً، وكذا لو قارضه رجلان هذا على مال، وهذا على مال، فخلط أحدهما بالآخر، وكذا لو قارضه واحد على مالين بعقدين، فخلط خلافاً لأبي حنيفة في الصورة الأخيرة، ولو جرى ذلك بإذن المالك بأن دفع إليه قراضاً، ثم دفع إليه ألفاً آخر، وقال: ضمه إلى الأول، فإن لم يتصرف بعد في الأول جاز، وكأنه دفعهما إليه دفعة واحدة، وإن تصرف في الأول لم يجز القراض في الثاني، ولا الخلط؛ لأن حكم الأول قد استقر بالتصرف ربحاً وخساراً، وربح كل مال وخسرانه يختص به.

ولو دفع إليه ألفاً قراضاً وقال: ضم إليها ألفاً من عندك على أن يكون ثلث ربحها لك، وثلثها لي أو بالعكس كان قراضاً فاسداً لما فيه من شرط التفاوت في الربح مع التساوي<sup>(١)</sup> في المال، ولا نظر إلى العمل بعد حصول الشركة في المال.

ولو دفع إليه زيد ألفاً قراضاً، وعمرو كذلك، فاشتري لكل واحد منهما بألف عبداً ثم أشتبها عليه، ففيه قولان عن رواية حرمة. أحدهما: أن شراء العبدین ينقلب إليه، ويغرم لها لتفريطه، حيث لم يفردهما حتى تولد الاشتباه، ثم المغرور عند الأكثرين الألفان. وقال بعضهم: يغرم قيمة العبدین، وقد تزيد على الألفين.

**والقول الثاني:** أن يباع العبدان، ويقسم الثمن بينهما، وإن حصل ربح فهو بينهم على حسب الشرط، فإن اتفق خسران قالوا: يلزمه الضمان لتقصيره، فاستدرك المتأخرون فقالوا: إن كان الخسران لانخفاض السوق لا يضمن؛ لأن غايته أن يجعل كالغاصب والغاصب لا يضمن نقصان السوق.

قال إمام الحرمين: والقياس مذهب ثالث وراء القولين، وهو أن يبقى العبدان لهما على الإشكال إلى أن يصطلحاً<sup>(٢)</sup>.

(١) في ط التشريك.

(٢) قال النووي: قال الجرجاني في «المعاينة»: ولا يتصور خسران على العامل في غير هذه المسألة. وبقي من الباب مسائل. منها: لو دفع إليه مالاً وقال: إذا مت فتصرف فيه بالبيع والشراء، ولك نصف الربح، فمات لم يكن له التصرف، بخلاف ما لو أوصى له بمنفعة عين، لأنه تعليق، ولأن القراض يبطل بالموت لو صح. ولو قارضه على نقد، فتصرف العامل ثم أبطل السلطان النقد، ثم أنسخ القراض، قال صاحب «العدة» و«البيان»: رد مثل النقد المعقود عليه على الصحيح وقيل: من الحادث. ولو مات العامل ولم يعرف مال القراض من غيره. فهو كمن مات وعنده ودیعة ولم يعرف عينها، وسيأتي بيانه في كتاب الوديعة إن شاء الله تعالى. ولو جنى عبد القراض، قال في «العدة»: للعامل أن يفديه من مال القراض على أحد الوجهين كالنفقة عليه. ينظر الروضة ٤/٢٢٥.



## كِتَابُ الْمَسَاقَاةِ، وَفِيهِ بَابَانِ الْبَابُ الْأَوَّلُ فِي أَرْكَانِهَا

قال العزالي: وَهِيَ أَرْبَعَةٌ: الْأَوَّلُ: مُتَعَلِّقُ الْعَقْدِ وَهُوَ الْأَشْجَارُ إِذْ عَلَيْنَهَا يُسْتَعْمَلُ الْعَامِلُ بِجُزْءٍ مِنَ الثَّمَارِ كَمَا يُسْتَعْمَلُ عَامِلُ الْقِرَاضِ، إِلَّا أَنَّ الْمَسَاقَاةَ لِأَزِمَةٍ مُؤَقَّتَةٍ يَسْتَحِقُّ (و) الثَّمَارَ فِيهَا بِمُجَرَّدِ الظُّهُورِ بِخِلَافِ الْقِرَاضِ، وَأَضْلَهَا مَا رَوَى أَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سَاقَى أَهْلَ خَيْبَرَ عَلَى النَّصْفِ مِنَ الثَّمَرِ وَالزَّرْعِ.

قال الرافي: صورة المساقاة أن يعامل إنساناً على نخلة ليتعهدها بالسقي والتربية، على أن ما رزق الله - تعالى - من ثمرة تكون بينهما<sup>(١)</sup>.

ولفظ المساقاة مأخوذ من السقي؛ لأن أنفع الأعمال وأكثرها مؤنة أو تبعاً السقي خاصة «بالحجاز»؛ لأن أهلها يسقون من الآبار، والمعتمد في جوازها أن ابن عمر - رضي الله عنه - روى أن النبي ﷺ (عَامِلٌ أَهْلَ خَيْبَرَ عَلَى شَطْرِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا مِنْ ثَمَرٍ أَوْ زَرْعٍ)<sup>(٢)</sup>. ومن جهة المعنى أن مالك الأشجار قد لا يحسن تعهدها، ولا يتفرغ له، ومن يحسن ويتفرغ قد لا يملك الأشجار، فيحتاج ذلك الاستعمال، وهذا إلى العمل، ولو تعاقدوا عقد الإجارة للزم المالك غرم الأجرة في الحال، وربما لا يحصل له من الأشجار شيء، ويتهاون العامل، فلم يبذل المجهود في تعهدها؛ لأنه لا يتحصل من فوائدها على شيء، فدعت الحاجة إلى تجويز هذا العقد، وبه قال مالك وأحمد، وخالف فيه أبو حنيفة وقد يقيس الأصحاب المساقاة على القراض في الحجاج معه.

ومسائل الكتاب مذكورة في بابين.

أحدهما: في أركان العقد.

(١) قد يورد على هذا التعريف المساقاة بعد خروج الثمار، وسيأتي كلام الشيخ أن الأظهر صحة المساقاة عليها، والتعريف المذكور يقتضي قصرها على الثمرة الحادثة، اللهم إلا أن يقال إن حكم الثمرة الخارجة يعلم من ذلك من باب أولى لأنه أبعد عن الغرر.

(٢) أخرجه البخاري (٣/٣٩٣) كتاب الزكاة: باب الاستعفاف عن المسألة (١٤٧٢) وطره في (٢٧٥٠ - ٤١٤٣ - ٦٤٤١) وأخرجه مسلم (٢/٧١٧) كتاب الزكاة: باب بيان أنه أفضل الصدقة صدقة الصحيح الشحيح (٩٦ - ٣٥ - ١).

والثاني: في أحكامه كما ذكر في القراض.

وأما التفسخ والتنازع، فلم يفرد لها باباً، لأن حظهما هين في هذا العقد إما التفسخ فلأنه لأزم، وسبيل الفسخ فيه سبيل الإقالات، وإما التنازع فلأنه معلوم مما ذكره في القراض، وقد أشار إليه إشارة خفيفة في آخر الكتاب.

الباب الأول في الأركان: وهي كأركان القراض، إلا أنه ترك ذكر العاقدين اكتفاء بما مرّ في القراض، فبقيت أربعة:

إحداها: الأشجار وهي كراس المال في القراض، لأنها محل العمل، والتصرف كالمال هناك.

وقوله: «متعلق العقد» يمكن أن يطابق فيه فيقال: العقد كما يتعلق بالأشجار يتعلّق بالثمار، ولذلك عد الثمار ركناً للعقد، وليس للترجمة اختصاص بالأشجار، نعم لو قال: متعلّق العمل كان قريباً. وقوله: «إلا أن المساقاة لازمة...» إلى آخره لا يخفى على الناظر أن لفظ الكتاب أنه ليس استثناء محققاً، ثم الغرض منه بيان أن العقدين يشتركان في الأكثر، ويفترقان في الأقل، وذكر في افتراقهما مسائل:

إحداها: المساقاة ليس لأحد المتعاقدين فسخها، بخلاف القراض، لأن العمل في المساقاة يقع في أعيان تبقى بحالها، وفي القراض لا تبقى الأعيان بعد العمل والتصرف، فكان القراض شبيهاً بالوكالة والمساقاة بالإجارة، وأيضاً فإننا لو حكمنا بالجواز، فربما يفسخ المالك بعد العمل، وقبل ظهور الثمار، وحينئذ فإما أن نقطع حق العامل عنها أو لا نقطع. إن قطعناه ضاع سقاء العامل مع بقاء تأثيره في الثمار، وإنه ضرر، وإن لم نقطعه لم ينتفع المالك بالفسخ، بل يتضرر لحاجته إلى القيام ببقية الأعمال، ويخالف القراض، فإن الربح ليس له وقت معلوم، ولا تأثيره بالأعمال السابقة، فلا يلزم من فسخه ما ذكرناه.

الثانية: المساقاة لا بد من تأقيتها كالإجارة، وسائر العقود اللازمة، وهذا لأنها لو تأبدت لتصور من ليس بمالك بصور المالكين، وفيه إضرار بالمالكين، وأيضاً فإن المساقاة تفتقر إلى مدة يقع فيها التعهد، وخروج الثمار، ولحصول الثمار غاية معلومة يسهل ضبطها، والقراض يخل به التأقيت؛ لأن الربح ليس له وقت معلوم، فربما لا يحصل في المدة المقدرة.

الثالثة: هل يملك العامل نصيبه من الثمار بالظهور؟ فيه طريقتان:

أحدهما: أنه على القولين في ربح مال القراض.

وأظهرهما: القطع بأنه يملك.

والفرق أن الريح وقاية لرأس المال عن الخسران، فلا يملك الريح حتى يسلم رأس المال عن الخسران المحوج إلى الجُيران، والثمار ليست وقاية للأشجار<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي: **وَلِلْأَشْجَارِ ثَلَاثُ شَرَائِطَ: الْأَوَّلُ أَنْ يَكُونَ نَخِيلاً أَوْ كَرْماً، وَفِيمَا عَدَاهُمَا مِنَ الْأَشْجَارِ الْمُثْمِرَةِ قَوْلَانِ، وَكُلُّ مَا يَثْبُتُ أَضْلُهُ فِي الْأَرْضِ فَشَجَرٌ إِلَّا الْبَقْلَ (و) فَإِنَّهُ يَلْتَحِقُ بِالزَّرْعِ وَالْبَطِيخِ وَالْبَاذِنَجَانِ وَقَصَبِ السُّكَّرِ وَأَمْثَالِهِ.**

قال الرافعي: **المساقاة على النخل وردت بها السنة والكرم في معناها.**

وأما غيرها من أنواع النبات، فينقسم إلى ماله ساق وإلى غيره.

**القسم الأول:** ماله ساق، وهو على غريين: الأول ماله ثمر كالتين والجوز واللوز والمشمش والتفاح ونحوها، وفيها قولان:

القديم وبه قال مالك وأحمد: أنه تجوز المساقاة عليها للحاجة عليها كالنخل والكرم، وأيضاً فقد روي أنه ﷺ: (عَامِلٌ أَهْلٌ خَبِيرٌ بِالشُّطْرِ مِمَّا يَخْرُجُ مِنَ النُّخْلِ وَالشُّجْرِ)<sup>(٢)</sup> والجديد: المنع؛ لأنها أشجار لا زكاة في ثمارها، فأشبهت الأشجار الواقعة في الضرب الثاني، وتخالف النخيل والكرم؛ لأن ثمارها لا تكاد تحصل إلا بالعمل وسائر الأشجار يثمر من غير تعهد وعمل عليها، ولأن الزكاة تجب في ثمرتها، فجوزت المساقاة سعياً في تسميرها ليرتفق بها المالك والعامل والمساكين جميعاً، ولأن الخرص يتأتى في ثمرتها لظهورها وتدلي عنها قيدها، وثمار سائر الأشجار تنتشر وتستتر بالأوراق، فإذا تعذر الخرص تعذر تضمين الثمار للعامل، وربما لا يثق المالك بأمانته فإذا تجوزت المساقاة عليها أهم، وفي شجر المقل وجهان تفرعاً على الجديد.

عن ابن سريج تجوز المساقاة عليها تخريجاً لظهور ثمرتها.

(١) قيل وأهمل صور أخرى: أحدها: أنها تعتبر من الثلث بأكثر من أجرة المثل في المرض من الأصح بخلاف القراض فإن الجميع من رأس المال. الثانية: أن ما يتلف من النخل لا يجبر بالثمن، وما يتلف من رأس المال يجبر من الريح. الثالثة: تجب زكاتها عليه يبدو الصلاح، وقيل بالقولين. الرابعة: للعامل فيها أن يساقي على الأصح. الخامسة: يجوز شرط الأخير. السادسة: في جوازها على الثمرة الموجودة قولان. السابعة: لا يشتركان في زيادة الأصول والثمار. الثامنة: العمل كله في المساقاة على العامل وعامل القراض يتولى ما جرت العادة به ويستأجر للباقي من مال القراض. التاسعة: أنه يشترط القبول قطعاً ولا يأتي فيه خلاف القراض. العاشرة: لو شرط العامل أن تكون أجرة الإجراء من الثمرة، لم يجز بخلاف القراض كما نقل عن الشيخ نصر المقدسي في تهذيبه.

(٢) أخرجه الدررقي من رواية ابن عمر (٣٧/٢ - ٣٨) وقال ابن صاعد وهم يوسف بن موسى القطان في ذكر الشجر ولم يقله غيره.

وقال غيره بالمنع، لأنه لا زكاة فيها<sup>(١)</sup>.

والضرب الثاني: ما لا ثمرة له كالدُّلب<sup>(٢)</sup> والصنوبر، وما أشبههما فلا تجوز المساقاة عليها.

وعن الشيخ أبي علي وآخرين أنا إذا جوزنا المساقاة على غير الثَّجَل والكرم من الأشجار المثمرة، ففي المساقاة على شَجَرِ الفُرْصَاد وجهان تنزيلاً لأوراقها منزلة ثمار الأشجار المثمرة، وكذلك في شجر الخَلَف لأغصانها التي تقصد كل سنة أو سنتين.

والقسم الثاني: ما لا ساق لها من النبات، فلا تجوز المساقاة عليه، ومنه البَطْنِيخ، والقِثَاء، وقصب السكر والبادنجان والبقول التي لا تثبت في الأرض ولا تجز إلا مرة.

وأما ما يثبت في الأرض ويجز مرة بعد أخرى، نقل صاحب «التتمة» في وجهين:

الأصح المشهور: المنع؛ لأن المساقاة جوزت رخصة على خلاف القياس، فلا تتعدى إلى غير موردها، ومن هذا القبيل الزروع على تنوعها، فلا يجوز أن يعامل على الأرض ببعض ما يخرج من زرعها<sup>(٣)</sup> على ما سنشرحه في الفصل الذي يلي هذا الفصل. وقوله في الكتاب: «وفيما عداه من الأشجار المثمرة قولان» فيه لفظان «الشجرة» و«الأثمار». أما الأثمار ففي التقيد به بيان أنه إذا لم يكن الشجر مثمراً لم تجز المساقاة عليه جزماً، وليس ذلك محل القولين.

وأما الشجر فقد بينه بقوله: «وكل يثبت أصله فشجر» أي هو الذي يجري فيه القولان. وأما ما لا يثبت له، فلا يقع عليه اسم الشجر، وليس ذلك موضع القولين.

وقوله: «إلا البقل» يعني أنه مع ثبوت عروقه في الأرض لا يقع عليه اسم الشجر، ولا يجري فيه القولان، فكان اسم الشجر مخصوصاً بذئ الساق في عرف اللسان، قال الله تعالى: (وَالنَّجْمِ وَالشَّجَرِ يَسْجُدَانِ) [الرحمن]: ٦.

قيل في التفسير: النجم ما لاساق له من النبات، والشجر ماله ساق، فلا يبعد إعلام قوله: «إلا البقل» بالواو للوجه المروي في «التتمة».

قال الغزالي: وَلَا يَجُوزُ (و) هَذِهِ الْمُعَامَلَةُ عَلَيْهِ لِئَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَنِ الْمُخَابَرَةِ وَهِيَ أَنْ يَكُونَ الْبِذْرُ مِنَ الْعَامِلِ، وَعَنِ الْمَزَارَعَةِ وَهِيَ (و) أَنْ يَكُونَ الْبِذْرُ مِنْ

(١) قال النووي الأصح المنع. ينظر الروضة (٤/٢٢٧).

(٢) شجر عظيم الورق لا زهر له ولا ثمر. (ينظر المعجم الوسيط ١/٢٩١).

(٣) في م أرضها.

الْمَالِكِ، نَعَمْ يَجُوزُ ذَلِكَ عَلَى الْأَرْضِ الْمُتَخَلِّةِ بَيْنَ التَّخْيِيلِ وَالكَرْمِ تَبَعاً لِلْمَسَاقَاةِ بِشَرْطِ اتِّحَادِ الْعَامِلِ وَعَسْرِ إِفْرَازِ الْأَرْضِ بِالْعَمَلِ، فَلَوْ وَقَعَتْ مُتَغَايِرَةٌ بِتَعَدُّ الصَّفَقَةِ أَوْ بِتَقَاوُتِ الْجُزْءِ الْمَشْرُوطِ مِنَ الزَّرْعِ وَالثَّمْرِ أَوْ بِكَثْرَةِ الْأَرْضِ وَإِنْ عَسَرَ إِفْرَازُهَا بِالْعَمَلِ أَوْ بِتَكُونِ مِنَ الْعَامِلِ فَبَقِيَ حُكْمُ التَّبَعِيَّةِ فِي الصَّحَّةِ خِلَافاً.

قال الرافعي: الْمُخَابِرَةُ مِنَ الْخَبِيرِ وَهُوَ الْأَكَّارُ وَيُقَالُ: هِيَ مُشْتَقَّةٌ مِنَ الْخَبَارِ، وَهِيَ الْأَرْضُ الرَّخْوَةُ، ثُمَّ ذَهَبَ بَعْضُ الْأَصْحَابِ إِلَى أَنَّ الْمَخَابِرَةَ الْمَزْرَعَةُ عِبَارَتَانِ عَنْ مَعْبَرٍ وَاحِدٍ، وَيُؤَيِّقُهُ قَوْلُهُ فِي الصُّحَاخِ<sup>(١)</sup>: وَالْخَبِيرُ الْأَكَّارُ<sup>(٢)</sup>، وَلَفْظُ الْمَخَابِرَةُ وَهِيَ الْمَزْرَعَةُ بِبَعْضِ مَا يَخْرُجُ مِنَ الْأَرْضِ، وَالصَّحِيحُ وَهُوَ ظَاهِرُ نَصِّ الشَّافِعِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّهُمَا عَقْدَانِ مُخْتَلِفَانِ فَالْمَخَابِرَةُ هِيَ الْمَعَامِلَةُ عَلَى الْأَرْضِ بِبَعْضِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا، وَالْبَذْرُ مِنَ الْعَامِلِ، وَالْمَزْرَعَةُ هِيَ هَذِهِ الْمَعَامِلَةُ، وَالْبَذْرُ مِنَ مَالِكٍ لِلْأَرْضِ، وَقَدْ يُقَالُ: الْمَخَابِرَةُ اكْتِرَاءُ الْأَرْضِ بِبَعْضِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا، وَالْمَزْرَعَةُ اكْتِرَاءُ الْعَامِلِ لِيَزْرَعَ الْأَرْضَ بِبَعْضِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا، وَهَذَا الْمَعْنَى لَا يَخْتَلِفُ<sup>(٣)</sup> وَيَجُوزُ أَنْ يَعْلَمَ قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «وَهِيَ أَنْ يَكُونَ عَلَى الْعَامِلِ» - وَكَذَا «وَهِيَ أَنْ يَكُونَ الْبَذْرُ مِنَ الْمَالِكِ» - بِالْوَاوِ - إِشَارَةً إِلَى قَوْلِ مَنْ قَالَ: هُمَا عِبَارَتَانِ عَنْ مَعْبَرٍ وَاحِدٍ، فَإِنْ عِنْدَ ذَلِكَ الْقَائِلِ لَيْسَ وَاحِداً مِنْ هَذَيْنِ الْخُصُوصَيْنِ بِدَاخِلٍ فِي وَاحِدٍ مِنَ اللَّفْظَيْنِ، بَلْ هُمَا عِبَارَتَانِ عَنْ مُجَرَّدِ الْمَعَامِلَةِ عَلَى الْأَرْضِ بِبَعْضِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا، وَقَدْ اشْتَهَرَ فِي الْأَخْبَارِ النَّهْيُ عَنِ الْمَخَابِرَةِ.

(قال ابن عمر: كنا نخابر، ولا نرى بذلك بأساً حتى أخبرنا رافع بن خديج أن النبي ﷺ نهى عنه فتركناها لقول رافع)<sup>(٤)</sup>.

(١) إسماعيل بن حماد الجوهري، أبو نصر: أول من حاول «الطيران» ومات في سبيله. لغوي، من الأئمة. وخطه يذكر مع خط ابن مقله. أشهر كتبه «الصحاح» وله كتاب في «العروض» ومقدمة في «النحو» أصله من فاراب، ودخل العراق صغيراً، وسافر إلى الحجاز فطاف البادية، وعاد إلى خراسان، ثم أقام في نيسابور. وصنع جناحين من خشب وربطهما بحبل، وصعد سطح داره، ونادى في الناس: لقد صنعت ما لم أسبق إليه وسأطير الساعة؛ فازدحم أهل نيسابور ينظرون إليه، فتأبط الجناحين ونهض بهما، فخانته اختراعه؛ فسقط إلى الأرض قتيلاً سنة ٣٩٣ هـ. الأعلام للزركلي ج ١.

(٢) ينظر الصحاح للجوهري (٢/٥٨٠).

(٣) قال النووي: هذا الذي صححه الإمام الرافعي هو الصواب. وأما قول صاحب «البيان»: قال أكثر أصحابنا: هما بمعنى فلا يوافق عليه فنيبت عليه لثلا يفتربه.

(ينظر روضة الطالبين ٤/٢٤٣).

(٤) أخرجه مسلم بلفظ مقارب في الصحيح (٣/١١٧٩) كتاب البيوع (٢١) باب كراء الأرض (١٧) الحديث (١٥٤٧/١٠٦) و(١٥٤٧/١٠٧) وبلغه التام أخرجه الشافعي في ترتيب المسند =

وعن جَابِرٍ وغيره أن النبي ﷺ (نَهَى عَنِ الْمُخَابِرَةِ)<sup>(١)</sup> وأما المزارعة، فعن رواية ثابت بن الضَّحَّاكِ أن النبي ﷺ (نَهَى عَنِ الْمُزَارَعَةِ)<sup>(٢)</sup>.

وقال كثيرون: لم يرد فيها نهى، لكنها شبهت بالمخابرة فأبطلت، وساعدنا على إبطال المخابرة والمزارعة معاً مالك وأبو حنيفة، وأبطل أحمد المخابرة، دون<sup>(٣)</sup> المزارعة، فيجوز أن يعلم لذلك قوله في الكتاب: «ولا يجوز هذه المعاملة عليه» كذلك بالواو؛ لأن ابن سريج فيما حكاه المسعودي جوز المزارعة<sup>(٤)</sup>.

إذا تقرر ذلك فهما أفردت الأرض مخابرة، أو مزارعة، فالعقد باطل، ثم إن كان البذر للعامل، فالريع له، وللعامل أجره مثل عمله، وأجرة مثل الآلات والثيران إن كانت له؛ وإن كان البذر للعامل فالريع له ولمالك الأرض أجره مثل الأرض على العامل، وإن كان البذر بينهما فالريع بينهما ولكل واحد منهما على الآخر أجره مثل ما انصرف من المنافع المستحقة له إلى جهة المزارعة، وإذا أراد أن يكون الزرع بينهما على وجه مشروع من غير أن يرجع أحدهما على الآخر شيء، نظر إن كان البذر بينهما، والأرض لأحدهما، والعمل والآلات للثاني، فعن الشافعي - رضي الله عنه - أن صاحب الأرض يعير نصف أرضه من العامل، ويتبرع العامل بمنفعة بدنه ومنفعة الآت، فيما يتعلق بصاحب الأرض. وقال المُرْزِيُّ: يكره صاحب الأرض نصف أرضه من العامل بعشرة مثلاً، ويكره العامل ليعمل على نصيبه بنفسه والآت بعشرة، ويتقاضان.

= (١٣٦١٢) كتاب المزارعة الحديث (٤٤٧) المخابرة والمزارعة متقاربتان وهما المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها من الزرع كالثلث والربع وغير ذلك من الأجزاء المعلومة (النووي شرح صحيح مسلم ١٠/١٩٣).

(١) أخرجه البخاري (٢٣٨١) ومسلم (١٥٣٦).

(٢) أخرجه مسلم في الصحيح (٣/١١٨٤) كتاب البيوع (٢١) باب في المزارعة والمؤاجرة (٢٠) الحديث (١٥٤٩/١١٩).

(٣) في ط وكذلك.

(٤) قال النووي: قد قال بجواز المزارعة والمخابرة من كبار أصحابنا أيضاً ابن خزيمة وابن المنذر والخطابي وصنف فيها ابن خزيمة جزءاً وبين فيه علل الأحاديث الواردة بالنهي عنها وجمع بين أحاديث الباب ثم تابعة الخطابي وقال: ضعَّف أحمد ابن حنبل حديث النهي وقال: هو مضطرب كثير الألوان قال الخطابي: وأبطلها مالك وأبو حنيفة والشافعي رضي الله عنهم لأنهم لم يقفوا على علته قال: فالمزارعة جائزة وهي عمل المسلمين في جميع الأمصار لا يبطل العمل بها أحد هذا كلام الخطابي والمختار جواز المزارعة والمخابرة وتأويل الأحاديث على ما إذا شرط أحدهما زرع قطعة معينة والآخر أخرى والمعروف في المذهب أبطلهما وعليه تفريع مسائل الباب.

(ينظر روضة الطالبين ٤/٢٤٣ - ٢٤٤).

قال الأصحاب يكره نصف أرضه بنصف منافع العامل، ومنافع الآتة المصروفة إلى الزراعة، فهذه ثلاثة طرق:

**والثالث:** أحوطها وإن كان البذر لأحدهما خاصة فإن كان لصاحب الأرض أقرض نصف البذر من العامل، واكتزى منه نصف الأرض بنصف عليه، ونصف منافع الآلات، وحينئذ لا شيء لأحدهما على الآخر إلا ردّ العوض وإن شاء استأجر العامل بنصف البذر، ونصف منفعة تلك الأرض ليزرع له النصف الآخر، وأعار منه نصف الأرض، وإن شاء استأجر بنصف البذر ونصف منفعته تلك الأرض ليزرع ما يبقى من ذلك البذر في تلك الأرض، وإن كان البذر للعامل، فإن شاء أقرض نصف البذر من صاحب الأرض، واكتزى منه نصف الأرض بنصف عمله، ومنافع الآلات، وإن شاء اكتزى نصف الأرض بنصف البذر، ويتبرع بعمله، ومنافع الآلات، وإن شاء اكتزى منه نصف الأرض بنصف البذر، ونصف عمله، ونصف منافع الآلات، ولا بد في هذه الإجازات من رعاية الشرائط كروية الأرض والآلات، وتقدير المدة وغيرها، هذا إذا أفردت الأرض بالعقد.

أما إذا كان بين النخيل بياض تجوز المزارعة عليه مع المساقاة على النخيل، وعلى ذلك يحمل ما روي أنه ﷺ (سَأَى أَهْلَ خَيْرِ عَلَى نِصْفِ الثَّمْرِ وَالزَّرْعِ) <sup>(١)</sup>.

وسببه الحاجة لعسر الأفراد، ومداخلة البستان، وشرط فيه اتحاد العامل، فلا يجوز أن يساقى واحداً، ويزارع آخر؛ لأن غرض الاستقلال لا يحصل، ويشترط أيضاً تعذر إفراد النخيل بالسقى، وإفراد البياض بالعمل لانتفاع النخيل بسقيه وتغليته، فإن أمكن الأفراد لم تجز المزارعة على البياض. واختلفوا في اعتبار أمور أخرى:

**أحدها:** اتحاد الصفقة، واعلم أن لفظ المعاملة يشمل المساقاة والمزارعة، فلو قال: عاملتك على هذه النخيل، والبياض بينهما بالنصف كفى.

وأما لفظ المساقاة والمزارعة، فلا يغني أحدهما عن الآخر بل، يساقى على النخيل، ويزارع على البياض وحينئذ، فإن قدم المساقاة نظر إن أتى بها على الاتصال، فقد اتحدت الصفقة، وتحقق الشرط، وإن فصل بينهما، ففي وجه تصح المزارعة لحصولهما لشخص واحد.

**والأصح:** المنع، لأنها تتبع، ولا يجوز إفرادها، كما لو زارع مع غير عامل المساقاة، وإن قدم المزارعة فسدت، فإن التابع لا يتقدم على المتبوع، كما لو باع

بشرط الرهن لا يجوز تقديم شرط الرهن على البيع وفيه وجه: أنها تنعقد موقوفة إن ساقاه بعدها على النخيل بأن صحتها، وإلا فلا.

**والثاني:** لو شرط للعامل من الثمر النصف ومن<sup>(١)</sup> الزرع الربع، فأحد الوجهين: أنه لا يجوز، ويشترط تساوي المشروط؛ لأن التفضيل يبطل التبعية، ألا ترى أنه لو باع شجرة عليها ثمرة لم يبد فيها الصلاح، وقال: بعتك الشجرة بعشرة، والثمر بدينار لم يجز إلا بشرط القطع.

**وأصحهما:** الجواز؛ لأن المزارعة وإن جوزت تبعاً للمساقاة، فكل منهما عقد برأسه.

**والثالث:** لو كثر البياض المتخلل فوجهان، وإن عسر الأفراد.

**أحدهما:** المنع؛ لأن الأكثر لا يتبع الأقل.

**وأشبههما:** الجواز؛ لأن الحاجة لا تختلف، ثم النظر في الكثرة إلى زيادة الثمار، والانتفاع، أو إلى مساحة البياض، ومساحة مغارس الأشجار فيه تردد للأئمة<sup>(٢)</sup>.

**والرابع:** لو شرط كون البذر من العامل جاز في أحد الوجهين، وكانت المخابرة تبعاً للمساقاة كالزراعة، ولم تجز في أصحهما: لأن الخبر ورد في المزارعة، وهي أشبه بالمساقاة؛ لأنه لا يتوظف على العامل فيهما إلا العمل وشرط أن يكون البذر من المالك، والثور من العامل أو بالعكس فيه وجهان عن أبي عاصم العبادي.

**والأصح:** الجواز إذا كان البذر مشروطاً على المالك، لأنه الأصل، فكأنه اكترى العامل وثوره. قال: وإن حكمنا بالجواز فيما إذا شرط الثور على المالك والبذر على العامل، فينظر إن اشترط الحب والتبن بينهما جاز، وكذا لو شرط الحب بينهما والتبن لأحدهما لاشتراكهما في المقصود، وإن شرط التبن لصاحب الثور وهو المالك، والحب للآخر لم يجز؛ لأن المالك هو الأصل، فلا يحرم المقصود، وإن شرط التبن لصاحب البذر وهو العامل.

**فوجهان:** وقيل: لا يجوز شرط الحب لأحدهما والتبن للآخر أصلاً؛ لأنه شركة مع الانقسام، فأشبه ما إذا ساقاه على الكروم، والأشجار، وشرط ثمار الكروم لأحدهما، وثمار الأشجار للآخر.

واعلم أنهم أطلقوا القول في المخابرة بوجوب أجره المثل للأرض، لكن

(١) في الثلث.

(٢) قال النووي: أصحهما الثاني. (ينظر الروضة ٤/٢٤٥).



في «فتاوى القمّال» و«التهذيب» وغيرهما أنه لو دفع أرضاً إلى رجل ليغرس أو يبني، أو يزرع فيها من عنده على أن تكون بينهما على النصف، فالحاصل للعامل، وفيما يلزمه من أجرة الأرض وجهان:

أحدهما: أن الواجب نصف الأجرة؛ لأن نصف الغراس كان يغرسه لرب الأرض بإذنه، فكأنه رضى ببطلان نصف منفعته من الأرض.

وأصحهما: وجوب الجميع؛ لأنه لم يرض ببطلان المنفعة إلا إذا حصل نصف الغراس، فإذا لم يحصل وانصرف كل المنفعة للعامل استحق كل الأجرة، فإذا ما أطلقوه في المخابرة اقتصار منهم على الأصح، ثم العامل يكلف نقل البناء والغراس إن لم تنقص قيمتها، وإن نقصت لم يقلع مجاناً للإذن، ويتخير مالك الأرض فيهما تخيير المعير، والزرع يبقى إلى الحصاد، ولو زرع العامل البياض بين النخيل من غير عقد قلع زرعه مجاناً. وعن مالك - رضي الله عنه - أنه إن كان دون ثلث البستان كان تابعاً، وإذا لم نجوز المساقاة على ما سوي النخيل والكروم من الأشجار المثمرة على الأفراد، ففي جوازها تبعاً للمساقاة كالمزراعة وجهان<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي: الثاني أن لا تكون الثمار بارزة، وإن ساقى بعد البروز (م) فسد على القديم، وصح على الجديد لأنه عن الغرر أبعد إذ العوض مؤثوق به.

قال الرافعي: لو أخرج هذا الشرط إلى الركن الثاني لكان جائزاً أو أحسن.

وفقهه أن في جواز المساقاة بعد خروج الثمار قولين:

رواية البويطي المنع؛ لأن الثمرة إذا ظهرت وملكها رب البستان كان شرط شيء منها كشرط شيء من النخيل، وأيضاً مقصود المساقاة أن تخرج الثمار بعمله.

وفي «الأم» أنه جائز، وبه قال مالك وأحمد، وهو الأصح؛ لأن العقد والحالة هذه أبعد عن الغرر، والثوق بالثمار، فهو أولى بالجواز، وفي موضع القولين ثلاثة طرق جمعها من شرح «مختصر» الجويني:

أظهرها: أن القولين فيما إذا لم يبدُ الصلاح فيها، فأما بعده فلا تجوز بلا خلاف؛ لأن تجوز المساقاة لتربية الثمار وتنميتها، وهي بعد الصلاح لا تتأثر بالأعمال.

والثاني: إجراء القولين فيما إذا بدأ الصلاح، وفيما إذا لم يبدُ مالم يتناهضها، فإن تناهى، ولم يبق إلا الجذاذ لم يجز بلا خلاف.

(١) قال النووي في زيادته: أصحهما الجواز وقيد الماوردي والرويانى الجواز بما إذا كانت قليلة وقضية كلامهم أنه لا فرق بين أن يقل الشجر أو يكثر. (ينظر الروضة ٤/٢٤٦).

**والثالث:** إجراء القولين في جميع الأحوال، وهذه قضية إطلاق المصنف، فأما إذا كان بين النخيل بياض، تجوز المزارعة عليه تبعاً، فلو كان فيه زرع موجود، ففي جواز المزارعة وجهان، بناء على هذين القولين، [ويجوز إعلام قوله في الكتاب: «فسد» - بالميم والألف - لما ذكرناه من مذهبهما، وتعبيره عن القولين بالقديم] والجديد شيء اتبع فيه الإمام، ولم يتعرض [الجمهور لذلك، ولا يمكن تنزيل القديم على رواية البُونِطِيّ، فإن كتابه معدود] من الجديد. وقوله: «إذ العوض موثوق به» أي عوض العمل وهو الثمار.

قال الغزالي: **الثالث:** أَنْ تَكُونَ الْأَشْجَارُ مَرْثِيَّةً وَإِلَّا فَهُوَ بَاطِلٌ لِلْمَعْرَرِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ عَلَى قَوْلِي بِنِعِ الْغَائِبِ.

قال الرافعي: هل يشترط في المساقاة رؤية الحديقة والأشجار؟ فيه طريقتان: أحدهما: أنه على قولي بيع الغائب.

وثانيهما: القطع بالاشتراط، وإبطال العقد عند عدم الرؤية؛ لأن المساقاة عقد غرر من حيث إن العوض معدوم في الحال، وهما جاهلان بمقدار ما يحصل، وبصفته فلا يحتمل فيه غرر عدم الرؤية أيضاً، وإيراد الكتاب يقتضي ترجيح هذه الطريقة.

قال الغزالي: **الرُّكْنُ الثَّانِي:** الثَّمَارُ وَلَيْكُنْ مَخْصُوصاً بِمَا شَرَطَا عَلَى الْأَسْتِنْبَاهِ مَعْلُوماً (و) بِالْجُزْئِيَّةِ لَا بِالتَّقْدِيرِ كَمَا فِي الْقِرَاضِ.

قال الرافعي: ويشترط في الثمار<sup>(١)</sup> أن تكون مخصوصة بالمتعاقدين، بينهما، ومعلومة وأن يكون العلم بها من حيث الجزئية دون التقدير، وهي بعينها شروط الريح في عقد القراض، فلو شرط بعض الثمار لثالث فسد العقد، وكذا لو قال: بساقيتك على أن كل الثمار لك، أو كلها لي، وفي استحقاق الأجرة عند شرط الكل للمالك وجهان، كما في القراض.

قال المزني: وهو الأصح لا أجرة له؛ لأنه عمل مجاناً. وقال ابن سريج: يستحقها؛ لأن المساقاة تقتضي العوض، فلا تسقط بالتراضي كالوطء في النكاح، ولو قال: ساقيتك؛ على أن لك جزءاً من الثمار فسد أيضاً، ولو قال: على أنها بيننا، أو على أن نصفها لي، وسكت عن الباقي، أو على أن نصفها لك، وسكت عن الباقي، أو على أن ثمرة هذه النخلة، أو النخلات لك أولى، والباقي بيننا، أو على أن صاعاً من

(١) خرج بالثمار الجريز والكرناف والليف فلا يكون مشتركاً بينهما بل يختص به المالك كما جزم به في المطلب تبعاً للماوردي وغيره.

الثمرة لك أولى، والباقي بيننا، فكل ذلك كما مر في القراض.

وقوله في الكتاب «شرطاً على الاستبها» أي على الاشتراك، وقد استعمل الاستبها والمساهمة بمعنى الاشتراك والمشاركة، وإن كان الأصل في الاستبها الانتزاع<sup>(١)</sup>، وهذا بدل قوله: «في القراض» عند شروط الريح مشروطاً مشتركاً، وقد تقرأ هذه اللفظة على الاستبها ذهاباً منه إلى أن المراد منه ضد التعيين، والتقدير ليخرج عنه ما إذا شرط ثمرة نخلة بعينها لأحدهما والتقدم بصاع وما أشبهه، لكن الأول أولى؛ لأن هذا معنى قوله: «بالجزئية لا بالتقدير» ويجوز إعلامه - بالواو - لأن صاحب «التتمة» حكى وجهاً في صححة المساقاة إذا شرط كل الثمرة للعامل لغرض القيام، وتعهد الأشجار وتربيتها.

قال الغزالي: وَلَوْ سَأَقَى عَلَى وَدِيٍّ غَيْرِ مَغْرُوسٍ لِيَغْرِسَهُ فَهُوَ فَاسِدٌ (و) فَإِنَّهُ كُنْتُسْلِيمِ الْبِذْرِ، وَإِنْ كَانَ مَغْرُوساً وَقَدَّرَ الْعَقْدُ بِمُدَّةٍ لَا يَثْمُرُ فِيهَا فَهُوَ بَاطِلٌ، وَإِنْ كَانَ يَتَوَهَّمُ وَجُودَ الثَّمَارِ فَإِنَّ غَلَبَ الْوُجُودُ صَحَّ (و)، وَإِنْ غَلَبَ الْعَدَمُ فَلَا (و)، وَإِنْ تَسَاوَى الْأَخْتِمَالَانِ فَوَجْهَانِ، ثُمَّ إِنْ سَأَقَى عَشْرَ سِنِينَ وَكَانَتِ الثَّمَرَةُ لَا تَتَوَقَّعُ إِلَّا فِي الْعَاشِرَةِ جَارَ فَيَكُونُ ذَلِكَ فِي مُقَابِلَةِ كُلِّ الْعَمَلِ كَالْأَشْهُرِ مِنْ سَنَةٍ وَاحِدَةٍ.

قال الرافعي: إذا ساقاه على ودِّي<sup>(٢)</sup> ليغرسه، ويكون الشجر بينهما، فالعقد فاسد؛ لأنه كتسليم البذر في المزارعة، وإن قال: لتغرسه وتعهد الشجرة مدة كذا على أن تكون الثمرة الحاصلة بيننا، فهو فاسد أيضاً<sup>(٣)</sup>؛ لأنه قد لا يعلق، ولا حاجة إلى احتمال هذا النوع من الضرر، وأيضاً فالغراس ليس من أعمال المساقاة فضمه إليها كضم غير التجارة إلى عمل القراض، وإذا عمل العامل في هذا العقد الفاسد استحق أجره المثل إن كانت الثمار متوقعة في تلك المدة، وإلا فعلى ما ذكرنا من خلاف المزني، وابن سريج، وفي المسألة وجه أن الحكم كما لو كان الودِّي مغروساً، وساقاه عليه، لأن الحاجة قد تدعو إليه في المساقاة. وأبعد منه وجه عن حكاية صاحب «التقريب» فيما إذا شرط بعض الشجرة للعامل، ولو ساقاه على ودِّي مغروس، نظر إن قدر للعقد مدة لا يثمر فيها في العادة لم تصح المساقاة لخلوها عن العوض، وكالمساقاة على الأشجار التي لا تثمر، وإذا عمل ففي استحقاقه أجره المثل خلاف السابق.

(١) في ط الإقتراع.

(٢) هو يواو مفتوحة ودال مكسورة «صغار النخل».

(٣) إذا لم ترد المساقاة على أصل ثابت وهي رخصة فلا تعدى موردها ولأن الغرس ليس من أعمال المساقاة فأشبهه ضم غير التجارة إلى عمل القراض.

قال الإمام: هذا إذا كان عالماً بأنها لا تثمر فيها، وإن كان جاهلاً قطعنا باستحقاق الأجرة، وإن قدرت بمدة يثمر فيها غالباً صبح، ولا بأس بخلو أكثر سنيّ المدة عن الثمرة، مثل أن يساقيه عشر سنين، والثمرة لا تتوقع إلا في العاشرة، وتكون هي بمثابة الأشهر من السنة الواحدة، ثم إن اتفق أنها لم تثمر لم يستحق العامل شيئاً، كما لو قارضه فلم يربح أو ساقاه على النخيل المثمرة، فلم تثمر، فإن قدره بمدة يحتمل أن تثمر فيها، ويحتمل ألا تثمر فوجهان:

أصحهما: المنع، وبه أبو إسحاق؟ لأنه عقد على عوض غير موجود، ولا غالب الوجود فأشبه السلم في معدوم إلى وقت يحتمل أن يوجد فيه، ويحتمل خلافه.

والثاني: يصح، ويكتفي بالاحتمال، ورجاء الوجود، فعلى هذا إن أثمرت استحق وإلا فلا شيء له وعلى الأول يستحق أجرة المثل؛ لأنه عمل طامعاً هذه الطريقة التي ذكرها عامة الأصحاب، وجعلوا توقع حصول الثمرة على ثلاث مراتب، كما فصلنا، ونسب الإمام هذه الطريقة إلى القاضي، وحكى طريقتين آخرين.

إحداهما: أنه إن غلب عدمها في تلك المدة بطل، وإلا فوجهان.

الثانية: أنه إن غلب وجودها صبح وإلا فوجهان، فيجوز أن يعلم للأولى قوله «فإن غلب الوجود صبح» - بالواو - وللثانية قوله: «فإن غلب العدم فلا».

واعلم أن صور الفصل مبنية على تجويز المساقاة أكثر من سنة، وهو الصحيح، وستعرف ما فيه من الخلاف.

فروع:

دفع إليه ودياً ليغرسه في أرض نفسه على أن يكون الغراس للدافع والثمار بينهما، فهو فاسد وللعامل عليه أجرة مثل عمله وأرضه.

ولو دفع إليه أرضه ليغرسها بودي نفسه على أن يكون الثمرة بينهما فهو فاسد<sup>(١)</sup>. أيضاً ولصاحب الأرض أجرتها على العامل.

قال الغزالي: وَلَوْ قَالَ: سَاقَيْتَكَ عَلَى أَنْ لَكَ مِنَ الصَّيْحَانِي نِصْفَهُ وَمِنَ الْعَجْوَةِ ثُلُثُهُ لَمْ يَصِحَّ إِلَّا إِذَا عَرَفَ مِقْدَارَ الْأَشْجَارِ، وَإِنْ شَرَطَ النُّصْفَ مِنْهُمَا لَمْ يَشْتَرَطْ مَعْرِفَةَ الْأَقْدَارِ، وَلَوْ سَاقَاهُ عَلَى إِحْدَى الْحَدِيثَيْنِ لَا بَعَيْنِيهَا، أَوْ عَلَى أَنَّهُ إِنْ سَقِيَ بِمَاءِ السَّمَاءِ فَلَهُ الثُّلُثُ أَوْ بِالذَّالِيَةِ فَلَهُ النُّصْفُ فَهُوَ فَاسِدٌ لِتَرُدِّدِهِ بَيْنَ جِهَتَيْنِ:

(١) سقط في ط وما أكثر السقوط من هذه الفسخة ولذلك وأعفلنا عن كثير من السقوط.

قال الرافعي: إذا كان في الحديقة نوعان من الثمر فصاعداً كالصنحاني والعجوة والدقل، فساقى مالکها رجلاً على أن له من الصنحاني النصف، ومن العجوة السدس أو الثلث، نظر إن علما قدر كل نوع جاز، كما لو ساقاه على حديقتين على أن له النصف من هذه، والثلث من هذه، وإن جهلا أو أحدهما قدر كل نوع لم يجز لما فيه الغرر، فإن المشروط فيه أقل الجزئين قد يكون أكثر النصيين، ومعرفة كل نوع من الأشجار إنما يكون بالظن والتخمين، دون التحقيق، وإن ساقاه على أن له النصف، أو الثلث من الكل صحت المساقاة، وإن جهلا أو أحدهما قدر كل نوع، قال ابن الصباغ: والفرق أن قدر حقه من ثمرة الحديقة هاهنا معلوم بالجزئية، وإنما المجهول النوع والصفة، وهنالك القدر مجهول أيضاً لاحتمال والفرق اختلاف ثمرة النوعين في القدر، وحينئذ يكون قدر ماله من ثمرة الكل مجهولاً؛ لأن المستحق على أحد التقديرين نصف الأكثر، وثلث الأقل، وعلى الثاني ثلث الأكثر، ونصف الأقل، والأول أكثر من الثاني، ومعلوم أن الجهل بالقدر أشد، ولو ساقاه على إحدى الحديقتين من غير تعيين، أو على أنه إن سقى بماء السماء، فله الثلث، أو بالذالية، فله النصف لم يصح للجهل بالعمل والعوض، وهو كما لو قارضه على أنه إن تصرف وبيع كذا، فله النصف، أو كذا فله الثلث، ولو ساقاه على حديقة بالنصف على أن يساقيه على أخرى بالثلث، أو سنة أخرى، أو على أن يساقية العامل على حديقته فهو فاسد، وهل تصح المساقاة؟.

الثانية: قال في «التهذيب» إن عقدها على شرط العقد الأول لم تصح، وإلا فتصح، وقد مر نظيره في الرهن<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي: وَلَوْ سَاقَى شَرِيكَهُ فِي الْحَدِيقَةِ وَشَرَطَ لَهُ زِيَادَةَ صَحِّحَ إِنْ اسْتَبَدَّ بِالْعَمَلِ، وَإِنْ شَارَكَ الْآخَرَ بِالْعَمَلِ فَلَا.

قال الرافعي: حديقة بين اثنين على السواء ساقى أحدهما الآخر، وشرط له زيادة على ما كان يستحقه بالملك، كما إذا شرط ثلثي الثمرة، فالعقد صحيح، وقد دفع إليه نصيبه بثلث ثمرته، وإن شرط له نصف الثمار أو ثلثها لم يصح؛ لأنه يثبت له عوضاً بالمساقاة؛ إذ النصف مستحق له بالملك، بل يشترط عليه في الصورة الثانية أن يترك بعض ثمرته أيضاً، وإذا عمل في صورتين، ففي استحقاقه الأجرة اختلاف المزني، وابن سريج، ولو شرط له جميع الثمرة فسد العقد، وهل له الأجرة؟ فيه وجهان؛ لأنه لم يعمل؛ إلا أنه انصرف إليه<sup>(٢)</sup>.

(١) لأنه عمل طامعاً وقيده الغزالي كإمامة تفتقها بما إذا لم يعلم الفساد وعدم التقيد أوجه.

(٢) قال النووي في الروضة (٤/٢٣٠) أصحهما له الأجرة.

ولو شرط في المُساقاة مع الشريك بأن يتعاونوا على العمل فسدت، وإن أثبت له زيادة على ما يستحقه بالمالك، كما لو ساقى أجنبياً على هذا الشرط، ثم تعاونوا، واستويا في العمل، فلا أجرة لواحد منهما على الآخر، وإن تعاونوا فإن كان عمل من شرط له زيادة أكثر استحق على الآخر الحصة من عمله، وإن كان عمل الآخر أكثر، ففي استحقاقه الأجرة خلاف المزني، وابن سريج.

وقوله في الكتاب: «صح إن استبد بالعمل، وإن شارك الآخر في العمل فلا» ليس فيه تعريض للاشتراك، لكنه محمول عليه، معناه: فإن شرط مشاركة الآخر، أما المعاونة من غير شرط، فهي غير ضائرة، وكذا قوله: «إن استبد بالعمل» معناه: أن إفادة العقد بالاستبداد بشرط الاستبداد، أو بإطلاق العقد، ولو ساقى شريكا الحديقة رجلاً، وشرطاً له جزءاً من ثمرة الحديقة جاز، وإن لم يعلم العامل نصيب كل واحد منهما، وإن قالوا: على أن لك من نصيب أحدنا النصف، ومن نصيب الآخر الثلث من غير تعيين لم يجز، فإن عينا فإن علم نصيب كل واحد منهما جاز، وإلا فلا. فرعان:

الأول: لو كانت الحديقة<sup>(١)</sup> لواحد، وساقى اثنين على أن لأحدهما نصف الثمرة، وللآخر ثلثها، إما في صفقة، أو في صفقتين جاز إذا تميز من له النصف، ومن له الثلث.

الثاني: حديقة بين ستة أسداساً، فساقوا عليها واحداً على أن له من نصيب أحدهم النصف، ومن نصيب الثاني الربع، ومن الثالث الثمن، ومن الرابع الثلثين، ومن الخامس الثلث، ومن السادس السدس، فحسابه أن خرج النصف والربع يدخلان في مخرج الثمن، ومخرج الثلثين والثلث يدخلان في مخرج السدس، فتبقى ستة وثمانية، وبينهما موافقة بالنصف نضرب نصف أحدهما في جميع الآخر، يكون أربعة وعشرين، نضربه في عدد الشركاء، وهو ستة، يبلغ مائة وأربعة وأربعين لكل واحد منهم أربعة وعشرين يأخذ العامل ممن شرط له النصف اثني عشر، ومن الثاني ستة، ومن الثالث ثلاثة، ومن الرابع ستة عشر، ومن الخامس ثمانية، ومن السادس أربعة، فيجتمع له تسعة وأربعون، ويبقى الملاك على تفاوتهم فيه خمسة وسبعون.

قال الغزالي: الرُّكْنُ الثَّالِثُ: الْعَمَلُ وَشَرْطُهُ أَنْ لَا يُضَمَّ إِلَيْهِ عَمَلٌ لَيْسَ مِنْ جِنْسِ الْمُسَاقَاةِ، وَأَنْ لَا يَشْتَرِطَ مَشَارَكَةَ الْمَالِكِ مَعَهُ فِي الْيَدِ بَلْ يَسْتَبْدُ الْعَامِلُ بِالْيَدِ، ثُمَّ لَوْ شَرَطَ دُخُولَ الْمَالِكِ أَيْضاً لَمْ يَضُرَّ (و)، وَأَنْ لَا يَشْتَرِطَ عَمَلُ الْمَالِكِ مَعَهُ بَلْ يَنْفَرِدُ بِالْعَمَلِ، وَلَوْ

(١) الحديقة أرض ذات شجر قاله الليث. وقال أبو عبيدة: هي الحائط أي البستان وقال: إنما يقال حديقة البستان عليه حائط.

شَرَطَ أَنْ يَعْْمَلَ مَعَهُ غَلامٌ مَالِكِ صَحَّ عَلَى النَّصِّ، ثُمَّ النَّفَقَةُ عَلَى الْمَالِكِ إِلَّا إِذَا شَرَطَ عَلَى الْعَامِلِ فِيهِ جَوَازِهِ وَجَهَانٍ، وَوَجْهَ الْمَنْعِ: أَنَّهُ قَطَعَ نَفَقَةَ الْمَالِكِ عَنِ الْمَلِكِ، وَلَوْ شَرَطَ أَنْ يَسْتَأْجِرَ الْعَامِلَ بِأَجْرَةٍ عَلَى الْمَالِكِ وَلَمْ يَبْنِ الْعَامِلِ إِلَّا الدَّهْقَنَةَ وَالتَّحْدُقَ فِي الْأَسْتِغْمَالِ فِيهِ وَجَهَانٍ.

قال الرافي: شروط عمل المساقاة قريبة من شروط عمل القراض، وإن اختلفا في الجنس. منها: أنه لا يشترط عليه عمل ليس من جنس أعمال المساقاة.

ومنها: أن يستبد العامل باليد في الحديقة ليتمكن من العمل متى شاء، فلو شرط كونها في يد المالك، أو مشاركته في اليد لم تجز، ولو سلم المفتاح إليه، وشرط المالك الدخول عليه فوجهان:

وأصحهما: وهو المذكور في الكتاب أنه لا يضر بحصول الاستقلال، والتمكن من العمل.

ووجه الثاني: أنه إذا دخل كانت الحديقة في يده، وقد يتعوق بخضوره عن العمل. ومنها: أن ينفرد العمل بالعمل، فلو شرط أن يشاركه المالك في العمل فسد العقد، ولو شرط أن يعمل معه غلام الملك، فالنص الجواز، وللأصحاب فيه طريقتان:

أحدهما: أنه على وجهين، كما ذكرنا في «القراض»، ومن منع حمل النص على ما إذا شرط أن يعمل الغلام ما يتوظف على المالك من الأعمال، كحفر الأنهار، وبناء الحيطان.

وأظهرهما: الجواز جزماً، والفرق بين المساقاة والقراض أن في المساقاة بعض الأعمال على المالك، وله باعتبار ذلك يد ومُدَاخَلَةٌ، فجاز أن يشترط فيه عمل غلامه، وفي القراض لا عمل على المالك أصلاً فلا يجوز شرط عمل غلامه، والمسألة مصورة فيما إذا كان الشرط أن يعاونه، ويكون تحت يده.

أما إذا شرط أن يكون التدبير للغلام، ويعمل العامل برأيه، أو أن يعمل ما اتفق رأيهما عليه لم تجز بلا خلاف، ثم إن جوزنا فلا بد من معرفة الغلام بالرؤية، أو الوصف. وأما نفقته ففي جواز شرطها على العامل وجهان:

أحدهما: المنع لما فيه من قطع نفقة المالك على المَلِكِ، وبهذا قطع المسعودي.

وأظهرهما: الجواز؛ لأن العمل في المساقاة على العامل؛ ولا يبعد أن يلتزم مؤنة من يعمل معه، ويعاونه كاستئجار من يعمل معه، وعلى هذا فهل يجب تقديرها؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، فبين ما يدفع إليه كل يوم من الخبز والإدام.  
والثاني: لا، وبه أجاب الشيخ أبو حامد، بل يحمل على الوسط المعتاد، لأنه يتسامح بمثل ذلك في المعاملات.

ولو شرط أن تكون النفقة على المالك جاز. وعن مالك: منعه، وإن شرطها في الثمار. قال في «التهذيب»: لا يجوز؛ لأن ما يبقى يكون مجهولاً.

وقال صاحب «الإفصاح»: يجوز؛ لأنه قد يكون ذلك من صلاح المال، ويشبه أن يتوسط<sup>(١)</sup>، فيقال: إن شرطها من جزء معلوم، بأن يتعاقدا بشرط أن يعمل الغلام على أن يكون ثلث الثمار للمالك، وثلثها للعامل، ويصرف الثلث الثالث إلى نفقة الغلام، فهو جائز، وكان المشروط للمالك ثلثها، وإن شرطها في الثمار من غير تقدير جزء لم يجز، وإن لم يتعرض للنفقة أصلاً، فالمشهور أنها على المالك بحكم الملك.

وذكر صاحب «الإفصاح» وراءه احتمالين:

أحدهما: أنها تكون من الثمرة.

والثاني: أنه يفسد العقد.

وفي «المهذب»<sup>(٢)</sup> ذكر وجه أنها تكون على العامل؛ لأن العمل عليه، وليس للعامل استعمال الغلام في عمل نفسه إذا فرغ من عمل الحديقة.

ولو شرط أن يعمل له بطل العقد، ولو كان له برسم الحديقة غلمان يعملون فيها لم يدخلوا في مطلق المساقاة؛ لأنه ربما يريد تفرغهم لشغل آخر.

وعن مالك: أنهم يدخلون فيه.

ولو شرط استتجار العامل من يعمل معه من الثمرة بطل العقد؛ لأن قضية المساقاة أن تكون الأعمال ومؤناتها على العامل، ولأنه لا يدري أن الحاصل للعامل كم هو؟ حتى لو شرط له ثلثي الثمرة ليصرف الثلث إلى الأجراء، ويخلص له الثلث، فعن القفال أنه يصح، فإذا امتنع شرط الأجرة في الثمرة فأولى أن يمتنع شرط أدائها من سائر أموال المالك، هذا ما ذكره المزني، وعامة الأصحاب. ونقل صاحب الكتاب وجهين فيما إذا شرط أن يستأجر بأجرة على المالك، وأشار بقوله: «ولم يبق للعامل إلا الدهقنة والتحذق في الاستعمال» إلى توجيه الجواز معناه: أن المالك قد لا يهتدي إلى الدهقنة، واستعمال الأجراء أو لا يجد من يباشر الأعمال، أو من لا يأتئمه، فتدعو الحاجة إلى

(١) في ط ويشبه أن يكون ذلك يتوسط.

(٢) في (أ) وفي التهذيب ذكر وجهاً آخر.



أن يساقى من يعرف ذلك لينوب عنه في الاستعمال.

قال الغزالي: **وَيَشْتَرُ طَأْقِيْتُ الْمَسَاقَاةِ لِأَنَّهَا لِأَزْمَةِ فَيَضُرُّ التَّأْيِيدُ، وَيُتَعَرَّفُ الْعَمَلُ جُمْلَةً، ثُمَّ لِيُعْرَفَ بِالسَّنَةِ الْعَرَبِيَّةِ، فَإِنْ عَرَفَ بِإِدْرَاكِ الثَّمَارِ جَارَ عَلَى الْأَصْحَحِ، فَإِنْ عَرَفَ بِالْعَرَبِيَّةِ فَبَرَزَتْ الثَّمَارُ فِي آخِرِ الْمُدَّةِ وَلَمْ تُدْرَكْ فِي الْمُدَّةِ فَالْعَامِلُ شَرِيكَ فِيهَا.**

قال الرافعي: اشتراط التأقيت في المساقاة قد سبق ذكره في أول الباب، ويتعلق هذا الركن به من جهة أن العمل يجب تعريفه ببيان المدة دون التعيين والتفصيل، ثم إن أقت بالأشهر أو السنين العربية فذاك. وإن أقت بإدراك الثمار فوجهان:

أحدهما: أنه يجوز لأنه قد يتقدم تارة، ويتأخر أخرى، فليقدر بما تقدر به الإجازات والأجال في العقود.

**والثاني:** لا يجوز؛ لأنه المقصود من هذا العقد، ألا تَرَى أنه لو أقت بالزمان كان الشرط أن يعلم أو يظن الإدراك فيه فإذا تعرض للمقصود كان أولى، وهذا أصح عند صاحب الكتاب، والأول أصح عند الأكثرين، وهو المذكور في «التهذيب» وإذا قلنا بالثاني، فلو قال: ساقيتك سنة، وأطلق فيحمل على سنة عربية، أو على سنة الإدراك؟ فيه وجهان، زعم الشيخ أبو الفرج السرخسي أن أصحهما الثاني. وإذا قلنا بالأول لو أقت بالزمان فأدرت الثمار، وبعض المدة باقية يجب على العامل أن يعمل في تلك البقية، ولا أجر له، وإن انقضت المدة، وعلى الأشجار طلع أو بلح، فللعامل نصيبه منها، وعلى المالك التعهد إلى الإدراك، فإن حدث الطلع بعد المدة، فلا حق له فيه.

وجواز المساقاة أكثر من سنة على الأقوال التي نذكرها في جواز الإجارة أكثر من سنة، وإذا جوزناها فهل يجب أن يبين<sup>(١)</sup> حصته كل سنة أم يكفي قوله: ساقيتك على النصف لاستحقاق النصف كل سنة؟ فيه وجهان أو قولان كما في الإجارة، وفي «المهذب» طريقة أخرى قاطعة بوجوب البيان؛ لأن الاختلاف في الثمار يكثر، وفي المنافع يقل، ولو فارت بين الجزء المشروط في السنتين لم يضر.

وفيه وجه: أنه على الخلاف فيما إذا أسلم في جنس إلى آجال، ولو ساقاه سنين، وشرط له ثمرة سنة بعينها، والأشجار بحيث تثمر كل سنة لم يصح<sup>(٢)</sup>؛ لأنها ربما لا تثمر تلك السنة، فلا يكون للعامل شيء أو إلا تلك السنة، فلا يكون للمالك شيء،

(١) في ط يعين.

(٢) ولو ساقاه تسع سنين وشرط له ثمرة العاشرة لم يصح قطعاً وكذا إن شرط له ثمرة التاسعة على الصحيح.

(ينظر روضة الطالبين ٤/٢٣٣).

ويخالف ما لو ساقاه على وِدْيٍ عشر سنين، والثمرة لا تتوقع إلا في العاشرة لتكون هي بينهما أنه شرط له سهماً من جميع الثمرة، ولو أنه أثمر قبل سنة التوقع لم يستحق العامل منها شيئاً. وقوله في الكتاب: «وليُعرف العامل عمله» لا ينبغي أن يقرأ على الأمر؛ لأنه حيثُذ يكون المراد منه أنه لا يشترط تفصيل الأعمال، وهذا قد ذكره في آخر الباب، فليزِم التكرار، وأيضاً فإن المسألة لا تتعلّق بركن العمل، ولكنه معطوف على قوله: لأنها لأزمة المعنى أنه يشترط تأقيت المساقاة للزومها، وليكون التأقيت معرّفاً للعمل مقدراً بجملته. وقوله: «ثم ليُعرف بالسنة «العربية» المراد ليُعرف بالزمان، وذكر العربية يجري على سبيل التمثيل لا لتخصيص التأقيت بها، فإن التأقيت بالرومية وغيرها جائز إذا علماها، نعم فإذا أطلقا لفظ السّنة انصرف إلى العربية، وكذا سبيل قوله: «وإن عرفت بالعربية».

قال الغزالي: الرُّكْنُ الرَّابِعُ: الصِّيغَةُ (و) فَيَقُولُ: سَاقَيْتَكَ عَلَى هَذِهِ النَّخِيلِ بِالتَّنْضِيفِ أَوْ عَامَلْتَكَ فَيَقُولُ: قَبِلْتُ، فَلَوْ عَقَدَ بِلَفْظِ الْإِجَارَةِ لَمْ يَصِحَّ عَلَى الْأَطْهَرِ (و) لِفَقْدِ شَرْطِ الْإِجَارَةِ، وَلَا يَشْتَرِطُ (و) تَفْصِيلَ الْأَعْمَالِ فَإِنَّ الْعُرْفَ يُعْرِفُهَا.

قال الرافعي: يجوز أن يعلم قوله: «الركن الرابع» بالواو للوجه المكتفي به العقود بالتراضي والمُعَاطَاة، وكذا في القراض وغيره، ثم أشهر صيغ هذا العقد أن يقول: ساقيتك على هذه النخيل بكذا، أو عقدت معك عقد المساقاة.

قال الأئمة: وتنعقد بكل لفظ يؤدي معناها، كقوله: سلمت إليك نخلي لتتعهدا على أن يكون لك كذا، أو عمل هذه النخيل، أو تعهد نخيلي بكذا، وهذا يجوز أن يكون جواباً على أن مثله من العقود ينعقد بالكتابة، ويجوز أن يكون ذهاباً إلى أن هذه الألفاظ صريحة، ونظيره أنا على رأي يقول: صرائح الرجعة غير محصورة، ويعتبر القبول في المساقاة، ولا تجيء فيها الوجوه المذكورة في القراض والوكالة للزومها هكذا قال الإمام، وصاحب الكتاب، ولو تعاقدا بلفظ الإجارة، فقال المالك: استأجرتك لتتعهد نخلي بكذا من ثمارها، فيه وجهان جاريان في الإجارة بلفظ المساقاة. أحدهما: الصحة لما بين العقدين من المشابهة، واحتمال كل واحد من اللفظين معنى الآخر.

وأظهرهما: المنع، لأن لفظ الإجارة صريح في غير المساقاة، فإن أمكن تنفيذه في موضعه نفذ فيه، وإلا فهو إجارة فاسدة<sup>(١)</sup>، والخلاف نازع إلى أن الاعتبار باللفظ أو

(١) قال الإسني: وتصحيح عدم مشكل مخالف للقواعد، فإن الصريح في بابه إنما يمنع أن يكون كناية في غيره إذا وجد نفاذاً في موضوعه كقوله لزوجه: أنت عليّ كظهر أمي نواياً للطلاق، فلا =

المعنى، ولو قال: ساقيتك على هذه النخيل بكذا ليكون أجره لك، فلا بأس لسبق لفظ المساقاة، هذا إذا قصد بلفظ الإجارة المساقاة، أما إذا قصد الإجارة نفسها، فينظر إن لم تخرج الثمرة لم يجز؛ لأن الشرط أن تكون الأجرة في الذمة، أو موجودة ومعلومة، وإن خرجت فإن بدأ الصلاح فيها جاز، سواء شرط ثمرة نخلة معينة، أو جزءاً شائعاً، هكذا أطلقوه، لكن يجيء فيه ما سنذكره في مسألة قفيز الطحان وأخواتها، فإن لم يند في الصلاح، فإن شرط له ثمرة نخلة بعينها، جاز بشرط القطع، وكذا لو شرط كل الثمار له، وإن شرط جزءاً شائعاً لم يجز، وإن شرط القطع لما سبق في البيع، وإن عقد لفظ المساقاة فالصحيح وهو المذكور في الكتاب أنه لا حاجة إلى تفصيل الأعمال، بل يحمل في كل ناحية على عرفها الغالب.

وفيه وجه: أنه يجب تفصيلها؛ لأن العرف يكاد يضطرب، وما ذكرناه فيما إذا علم المتعاقدان العرف المحمول عليه، فإن أو أحدهما وجب التفصيل لا محالة.

### الباب الثاني في أحكامها

قال الغزالي: وَحُكْمُهَا وَجُوبُ كُلِّ عَمَلٍ يَتَكَرَّرُ فِي كُلِّ سَنَةٍ وَتَحْتَاجُ إِلَيْهِ الثَّمَارُ مِنَ السَّقِيِّ وَالتَّقْلِيْبِ وَتَنْقِيَةِ الْآبَارِ (و) وَالْأَنْهَارِ وَتَنْجِيَةِ الْحَشِيْبِ الْمَضِرِّ وَالْمُضْبَانَ وَتَضْرِيْفِ الْجَرِيْدِ وَتَسْوِيَةِ الْجَرِيْنِ وَرَدِّ الثَّمَارِ إِلَيْهِ، وَمَا لَا يَتَكَرَّرُ فِي كُلِّ سَنَةٍ وَيُعَدُّ مِنَ الْأَصُولِ فَهُوَ عَلَى الْمَالِكِ كَحَفْرِ الْآبَارِ وَالْأَنْهَارِ الْجَدِيْدَةِ وَبِنَاءِ الْحِيطَانِ وَنَضْبِ الدُّوْلَابِ وَأَمْثَالِهِ وَأَجْرَةُ النَّاطُورِ وَجِدَادِ الثَّمَرَةِ وَرَدِّ ثَلْمَةِ يَسِيْرَةٍ فِي طَرْفِ الْجِدَارِ خِلَافًا.

قال الرافعي: غرض الفصل بيان ما يجب على عامل المساقاة من الأعمال، وما لا يجب، وكل عمل تحتاج إليه الثمار لزيادتها أو إصلاحها ويتكرر كل سنة، فهو على العامل، وإنما اعتبر التكرار كل سنة، لأن ما لا يتكرر كل سنة يبقى أثره، وفائدته بعد ارتفاع المساقاة، وتكليف العامل مثل ذلك إحجاف به فمن هذا القبيل السقي، وما يتبعه من إصلاح طريق الماء والأجاجين<sup>(١)</sup> التي يقف فيها الماء، وتنقية الآبار، والأنهار من الحماة ونحوها، وإدارة الدوالب، وفتح رأس الساقية، وسدها عند السقي على ما لا يقتضيه الحال، وفي تنقية النهر وجهان آخران:

أحدهما: أنها على المالك كحفر أصل النهر.

= تطلق. ويقع الظهار بخلاف قوله لأمته: أنت طالق، فهو كناية في العتق لأنه لم يجد نفاذاً في موضوعه، ومسألنا من ذلك.

(١) ما يحوط على الأشجار شبه الأحواص.

والثاني: عن أبي إسحاق المروزي: أنها على من شرطت عليه من المتعاقدين، فإن لم يذكرها فسد العقد وعنه تقليب الأرض بالمساحي، وتكريتها في المزارعة.

قال في «التتمة»: وكذا تقويتها بالزبل، وذلك بحسب العادة، ومنها التلقيح<sup>(١)</sup> والطلع الذي يلقح به على المالك؛ لأنه عين مال، وإنما يكلف العامل العمل. ومنه تنحية الحشيش المضر<sup>(٢)</sup>، والقضبان المضرة بالشجر. وذكر الشافعي - رضي الله عنه - تصريف الجريد، والجريد سعف النخل، وحاصل ما قاله الأزهري وغيره في تفسير تصريف الجريد شيثان:

أحدهما: قطع ما يضر تركه يابساً، وغير يابس.

والثاني: ردّها عن وجوه العناقيد، وتسوية العناقيد بينها لتصبيها الشمس، وليتيسر قطعها عند الإدراك، ومنه تعريش الكرم حيث جرت العادة به.

قال في «التتمة»: ووضع الحشيش فوق العناقيد صوتاً لها عن الشمس عند الحاجة. وفي حفظ الثمار وجهان:

أحدهما: <sup>(٣)</sup> وهو الذي ذكره ابن الصباغ وغيره أنه على العامل، كما أن حفظ المال في المضاربة على العامل، فإن لم يحفظ بنفسه فعليه مؤنة من يحفظ.

وأقسهما: أنه على المالك و العامل جميعاً، بحسب اشتراكهما في الثمرة؛ وهذا لأن الذي يجب على العامل ما يتعلّق باستزادة الثمار وتنميتها، ويجري الوجهان في حفظ الثمار عن الطيور والزنابير بأن يجعل كل عنقود في قوصرة، فيلزمه ذلك على الأظهر عند جريان العادة، والقوصرة على المالك. وفي جذاذ الثمار وجهان:

أحدهما: أنها لا تجب على العامل؛ لوقوعه بعد كمال الثمار.

وأصحهما: الوجوب، لأن الصلاح به يحصل، وهذا ما أورده الأكثرون.

وفي «الرقم» طرد الوجهين في تجفيف الثمار، والظاهر وجوبه إذا اضطردت العادة به أو شرطاه<sup>(٤)</sup>، وإذا وجب التجفيف تهيئة موضع التجفيف وتسويته.

(١) وهو صنع شيء من طلع الذكور في طلع الإناث، وقد يستغني بعض النخيل عن الوضع المذكور لكونها تحت ريح الذكور، فيحمل الهواء ريح الذكور إليها.

(٢) ولو عبر بالكلا، لكان أولى لأن الكلا يقع على الأخضر واليابس والحشيش لا يطلق إلا على اليابس على المشهور. قاله في مغني المحتاج.

(٣) في ط أظهرهما.

(٤) قال الخطيب الشربيني وليس هذا القيد من محل الخلاف.

ويسمى البَيَدَر والجَريِن، ونقل الثمار إليه، وتقليبها في الشمس من وَجْه إلى وجه وأما مَا لا يتكرر كل سنة ويقصد به حفظ الأصول، فهو من وظيفة المالك، وذلك: كحفر الأنهار والآبواب الجديدة، والتي انهارت بها الحيطان، ونصب الأبواب والدولاب ونحوها، وردم الثلم اليسيرة التي تنفق في الجدران فيه وجهان، كما في تنقية الأنهار، والأشبه اتباع العرف، وكذلك في وضع الشوك على رؤوس الجدران وجهان، والآلات التي يوفى بها العمل؛ كالفأس، والمعول، والنجل، والمسحاة والثيران، والفدان في المزارعة، والثور الذي يدير الدولاب على المالك.

وفيه وجه أنها على من شرط المتعاقدين، ولا يجوز السكوت عنها، وهذا ما أورده أبو الفرج السرخسي في «الأمالي»، ويحكى عن أبي إسحاق.

وخراج الأرض الخراجية على المالك، وكذلك كل عَيْن تتلف في العمل بلا خلاف، وكل ما يجب على العامل يجوز له استئجار المالك عليه، ويجيء فيه وجه آخر. ولو شرط على المالك في العهد بطل العقد، وكذلك ما يجب على المالك لو شرط على العامل بطل العقد، ولو فعله العامل بغير إذن لم يستحق شيئاً، وإن فعل بإذن المالك استحق الأجرة. واعلم أن جميع ما ذكرناه مبني على الصحيح في أن تفصيل الأعمال لا يجب في العقد، فإن أوجبه فالمتبع الشرط إلا أنه لا يجوز أن يكون الشرط مغيراً وضع العقد هذا فقه الفصل. وأما ما يتعلق بالكتاب خاصة فليعلم قوله: وتنقية الآبار والأنهار - بالواو واعترض بعض من شرح هذا الكتاب في موضعين من الفصل:

أحدهما: أن لفظ الكتاب، وتصريف الجرين، ورد الثمار إليه.

والشافعي - رضي الله عنه - إنما ذكر تصريف الجريد بالدال قال: والصواب أن يكتب. وتصريف الجريد، وتسوية الجرين، ورد الثمار إليه.

والثاني: أنه جعل الجذاذ من المختلف فيه، وأنه على العامل بالاتفاق، فلك أن تقول: أما الثاني فدعوى الاتفاق وهم، والوجهان مسطوران في «المهذب» و«التهذيب» و«الرقم» وغيرها.

وأما الأول: فقد عرفت أن التجفيف قد يحوج إلى تسوية الجرين، وحمل التصريف على التسوية ليس يبعد فإذا لا ضرورة إلى تغيير نظم الكتاب، وغايته أن يكون تصريف الجريد مسكوتاً عنه على أن قوله: «وتنحية الحشيش المضر، والقضبان» ما يفيد بعض معناه. وقوله: «وفي أجرة الناظر» المراد منه مؤنة الحفظ، والناظر والناظور حافظ الكروم، والجمع الناظر ذكر أن النظرة هي الحفظ بالعين، وقد يقال: ناظور بالطاء غير المعجمة.

قال الغزالي: وَإِذَا هَرَبَ الْعَامِلُ قَبْلَ تَمَامِ الْعَمَلِ اسْتَقْرَضَ الْقَاضِي عَلَيْهِ أَوْ اسْتَأْجَرَ مَنْ يَعْمَلُ عَلَيْهِ، فَإِنْ عَمِلَ الْمَالِكُ بِنَفْسِهِ سَلَّمَ الثَّمَارَ لِلْعَامِلِ وَكَانَ هُوَ مُتَبَرِّعاً، وَكَذَا لَوْ اسْتَأْجَرَ عَلَيْهِ إِذْ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَخْتَصِمَ لِنَفْسِهِ، وَلَوْ عَجَزَ عَنِ الْحَاكِمِ فَكَمِثِلِ (و) إِنْ لَمْ يَشْهَدْ عَلَى الْأَسْتِجَارِ، وَإِنْ أَشْهَدَ فَوَجْهَانِ، ثُمَّ لَهُ أَنْ يَفْسَخَ الْعَقْدَ إِذَا عَجَزَ وَيُسَلِّمَ إِلَى الْعَامِلِ أُجْرَةَ مِثْلِ مَا عَمِلَ قَبْلَ الْهَرَبِ، فَإِنْ تَبَرَّعَ أَجْنَبِيٌّ بِالْعَمَلِ فَلَهُ أَنْ يَفْسَخَ إِذْ قَدْ لَا يَرْضَى بِدُخُولِهِ مَلَكَه \* وَإِنْ عَمِلَ الْأَجْنَبِيُّ قَبْلَ أَنْ يَشْعُرَ بِهِ الْمَالِكُ سَلَّمَ الثَّمَارَ لِلْعَامِلِ وَكَانَ الْأَجْنَبِيُّ مُتَبَرِّعاً عَلَيْهِ لَا عَلَى الْمَالِكِ.

قال الرافعي: تصدّر المسأله بقول جملي، وهو أن بناء هذا الفصل، والذي يليه على أن المساقاة لازمة على ما مر لا كالقراض، ثم تقول: إذا هرب العامل قبل تمام العمل، ينظر إن تبرع المالك بالعمل، أو بمؤنته بقي إستحقاق العامل مجاناً، وإلّا رفع الأمر إلى الحاكم، وأثبت عنده المساقاة لينفذ في طلبه، فإن وجده أجبره على العمل؛ وإلّا استأجر عليه من يعمل، وممّ يستأجر؟ إن كان للعامل مال فمنه، وإلّا فإن كان بعد بُدُوّ الصلاح باع نصيب العامل كله، أو بعضه بحسب الحاجة من المالك، أو من غيره، واستأجر بثمنه، وإن كان قبل بدو الصلاح.

أما قبل خروج الثمرة، أو بعده استقرض عليه من المالك، أو من أجنبي، أو من بيت المال، واستأجر به ثم يقضيه العامل وإذا رجع، أو يقضي من نصيبه من الثمرة بعد بدو الصلاح، أو الإدراك، ولو وجد من يستأجره بأجرة مؤجلة توفي بالأجرة استغنى عن الاستقراض، وحصل الغرض، وإن عمل المالك بنفسه، أو أنفق عليه ليرجع، نظر إن قدر على مراجعة الحاكم فلم يفعل، فهو متبرع لا رجوع له، وإن لم يقدر، فإن لم يشهد عليه لم يرجع أيضاً؛ إلاّ ألا يمكنه الإشهاد فقيه وجهان، وربما حكى وجه مطلق.

أنه يرجع، فإن أشهد، فأصح القولين أنه يرجع للضرورة.

الثاني: لا يرجع، وإلّا صَارَ حَاكِمًا لِنَفْسِهِ عَلَى غَيْرِهِ. وننبه هاهنا لفائدتين

إحدهما: الوجهان في الرجوع إذا لم يمكنه الإشهاد قريبان من الوجهين فيما إذا أشهد للعجز عن الحاكم للعذر والضرورة.

لكن الذي رجحه الجمهور أنه لم يشهد لا يرجع من غير فرق بين الإمكان وعدم الإمكان، ويجوز أن يكون سببه أن عدم إمكان الإشهاد نادر لا يعتد به.

الثانية: الإشهاد المعتبر أن يشهد على العمل أو الاستئجار، وأنه بذل ذلك بشرط الرجوع. وأما الإشهاد على ذلك من غير التعرّض للرجوع فهو كترك الإشهاد، قاله من

«الشامل». وإذا أنفق المالك بأمر<sup>(١)</sup> الحاكم ليرجع فيه وجهان:

وجه المنع: أنه متهم في حق نفسه، فالطريق أن يسلم المال إلى الحاكم ليأمر غيره بالإنفاق، ولو استأجره لباقي العمل ففيه وجهان أيضاً، بناء على ما لو أجر داره، ثم أكرهاها من المكتري. ومتى تعذر إتمام العمل بالاستقراض تمم بغيره، فإن لم تخرج الثمرة بعد؛ فللمالك فسخ العقد.

وعن ابن أبي هريرة: أنه لا يفسخ، ولكن يطلب الحاكم من يساقى عن العامل، فربما يفضل لشيء.

والمذهب الأول، لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه، فأشبه ما إذا أبق العبد المبيع قبل القبض، فإن خرجت الثمرة، فهي مشتركة، فإن بدأ الصلاح فيها بيع نصيب العامل كله، أو بعضه بقدر ما يستاجر به من يعمل، وإن لم يَبْدُ الصلاح فيها وقد تعذر بيع نصيبه وحده<sup>(٢)</sup>، لأن شرط القطع في الشائع لا يعني.

فإما أن يبيع المالك نصيبه معه يشترط القطع في الكل، وإما أن يشتري المالك نصيبه، فيجوز على أحد الوجهين في أن يبيع الثمار قبل بدو الصلاح من صاحب الشجرة يستغني عن شرط القطع، فإن لم يرغب في بيع ولا شراء، وقف الأمر حتى يصطلحا.

ويتفرع على ثبوت الفسخ قبل خروج الثمرة فرعان:

أحدهما: إذا فسخ غرم للعامل أجره مثل ما عمل.

ولا يقال: تتوزع الثمار على أجره مثل جميع العمل، إذا الثمار ليست موجودة<sup>(٣)</sup> عند العقد حتى يقتضي العقد التوزيع فيها. والثاني: لو جاء أجنبي وقال: لا تفسخ لأعمل نيابة عن العامل، لم تلزمه الإجابة، لأنه قد لا يأتمنه ولا يرضى بدخوله ملكه.

نعم لو عمل نيابة عنه من غير شعور المالك حتى حصلت الثمار، سلم العامل نصيبه منها، وكان الأجنبي متبرعاً عليه.

هذا ما ذكره. وقيل: إذا وجد من يتبرع بالعمل كان كما لو وجد مال لم يستأجر منه، أو وجد من يقرض حتى لا يجوز للمالك الفسخ لكان قريباً.

وقوله: في الكتاب، «ولو عجز عن الحاكم، فكمثل إن لم يشهد» يجوز أن يعلم - بالواو - للوجه المطلق، وللوجه المخصوص بما إذا لم يشهد لعدم الإمكان.

(٢) في ط بيع بعضه أو كله.

(١) في ط بإذن.

(٣) في ط معلومة.

وقوله: «ثم له أنه يفسخ القعد» مطلق، لكن موضعه ما إذا لم تخرج الثمرة كما قرّناه. كذلك أورده الأكثرون.

وفي «المهذب» أنه يفسخ، فإذا فسخ نظر إن لم تخرج الثمرة، فللعامل الأجرة، فإن خرجت فهي بينهما. وهذا يوافق إطلاق الكتاب، لكن لا يكاد يفرض للفسخ بعد خروج الثمار فائدة، ثم هو معلّم - بالواو - لوجه ابن أبي هريرة، والعجز عن العمل بالمرض ونحوه كالهرب.

قال الغزالي: فَإِنْ مَاتَ الْعَامِلُ تَمَّمَ (و) الْوَارِثُ الْعَمَلَ مِنْ تَرِكْتِهِ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ تَرِكَةً فَلَهُ أَنْ يَتَمَّمَ مِنْ مَالِهِ لِأَجْلِ الثَّمَارِ، فَإِنْ أَبِي (وم) لِمَ يَجِبُ عَلَيْهِ شَيْءٌ إِذَا لَمْ يَكُنْ تَرِكَةً وَسَلَّمَ إِلَيْهِ أَجْرَةَ الْعَمَلِ الْمَاضِي وَفَسَخَ الْعَقْدَ لِلْمُسْتَقْبَلِ.

قال الرافعي: إذا مات مالك الأشجار في أثناء المدة لم تنفسخ المساقاة، بل يستمر العامل على شغله، ويأخذ نصيبه من الثمار، وإن مات العامل في المساقاة إما أن تكون واردة على عين العامل، أو في الذمة.

إن وردت على عينه انفسخت بموته كما لو مات الأجير المعين تنفسخ الإجارة، وإن كانت في الذمة، فقد روى وجه أنها تنفسخ، وكأنه موجه بأنه ربما لا يرضى بيد غيره وتصرفه. والصحيح وعليه يتفرع كلام الكتاب أنها لا تنفسخ كالإجارة.

وعلى هذا، فينظر إن خلف العامل تركة يقتسم تتم الوارث العمل بأن يستأجر منها من يعمل و إلا فإن أتم الوارث بنفسه، أو استأجر من ماله من يتم، فعلى المالك تمكينه إن كان أميناً مهتدياً إلى أعمال المساقاة، ويسلم له المشروط، فإن أبي لم يجبر عليه. وعن رواية القاضي «أبي حامد» وصاحب «التقريب» وجه آخر أنه يجبر عليه لقيامه مقام المورث وحكى هذا عن مالك. والمذهب الأول، لأن منافعه خالص حقه، وإنما يجبر على توفية ما على المورث من تركته.

نعم لو خلف تركة وامتنع الوارث من الاستئجار منها استأجر الحاكم، وإن لم يخلف تركه، فلا يستقرض على الميت بخلاف الحي إذا هرب، ومهما لم يتم العمل، فالقول في ثبوت الفسخ، وفي الشركة وفصل الأمر إذا خرجت الثمار كما ذكرنا في الهرب. واعلم أن ما ذكرناه من انقسام المساقاة إلى ما يرد على العين، وإلى ما يتعلق بالذمة مبني على ظاهر المذهب في النوعين، وتردد بعضهم في صحة المساقاة على العين لما فيه من التضييق.

فرع:

نقل صاحب «التتمة» أنه إذا لم تثمر الأشجار أصلاً، أو تلفت الثمار كلها بجائحة



أو غضب فعلى العامل إتمام العمل، وإن تضرر به كما أن عامل القراض يكلف التضيق وإن ظهر الخسران في المال، ولم ينل إلا التعب.

وهذا أشبه مما ذكره في «التهذيب» أنه إذا هلكت الثمار كلها بالجائحة يفسخ العقد، إلا أن يزيد بعد تمام العمل، وتكامل الثمار.

قال: وإن هلك بعضها، فالعامل بالخيار بين أن يفسخ العقد، ولا شيء له وبين أن يجيز ويتم العمل، ويأخذ نصيبه من الباقي.

قال الغزالي: وَإِنْ أَدْعَى الْمَالِكُ سَرِقَةً أَوْ خِيَانَةً عَلَى الْعَامِلِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْعَامِلِ فَإِنَّهُ أَمِينٌ، فَإِنْ ثَبِتَتْ خِيَانَتُهُ يُنْصَبُ (و) عَلَيْهِ مُشْرِفٌ وَعَلَيْهِ (و) أُجْرَتُهُ إِنْ ثَبِتَ بِالْبَيِّنَةِ خِيَانَتُهُ، وَإِنْ لَمْ يُمْكَنْ حِفْظُهُ بِالْمُشْرِفِ أُزِيلَتْ (م) يَدُهُ وَأَسْتَوْجَرَ عَلَيْهِ.

قال الرافعي: دعوى المالك الخيانة والسرقعة على العامل في الثمار، أو السعف لا تقبل حتى يبين قدر ما خان فيه، ويحرر الدعوى. فإذا حررها وأنكر العامل، فالقول قوله مع يمينه.

وقوله في الكتاب: «فإنه أمين» قد يستدرك عليه فإن الأمانة غير مؤثرة في هذا الحكم بل القول قول المدعي عليه في نفي المدعى أميناً كان أو لم يكن فإن ثبتت خيانتة بالبيينة أو بإقرار، أو بيمين المالك بعد نكوله.

فالذي ذكره المُرْنِيُّ في جواب المسائل التي فرعها على أصل الشافعي - رضي الله عنه - في «المختصر» أن يستأجر عليه من يعمل عنه.

وقال في موضع آخر: يضم إليه أمين يشرف عليه، وبه قال مالك - رضي الله عنه - فجعلهما بعضهم قولين.

والجمهور نزلوهما على حالين: إن أمكن حفظه بضم مشرف إليه قنع به وإلا أزيلت يده بالكلية، واستؤجر عليه من يعمل عنه، وهذا ما أورده في الكتاب. ثم إذا استؤجر عليه فالأجرة في ماله؛ لأن العمل مستحق عليه.

أما أجرة المشرف، فكذلك الجواب فيها على المشهور في «التتمة» أن ذلك مبني على أن مؤنة الحفظ على العامل، وأن المقصود من ضم المشرف إليه الحفظ.

أما إذا قلنا: أن الحفظ عليهما فكذلك أجرة المشرف، وإذا عرفت ما ذكرناه جاز لك إعلام قوله: «أزيلت يده واستؤجر عليه» بالميم، وكذلك بالواو، وصح قوله: «وينصب عليه مشرف» لطريقة القولين وقوله: «وعليه أجرته» لما ذكرناه في «التتمة»

وقوله: «إن ثبت بالبيينة خيانتة» غير محتاج إليه، إذ لا فرق في وجوب الأجرة

عليه بين أن تثبت خيانتة بالبينة، أو بالإقرار، أو اليمين بعد النكول.

ذكر في «الوسيط» أن أجره المشرف على العامل إن ثبت خيانتة بإقراره أو بيئته، وإلا فعلى المالك فسوى بين البينة والإقرار.

وقوله: وإلا فعلى المالك فيه إشكال، لأنه إذا لم تثبت خيانتة فما ينبغي أن يتمكن المالك من ضم المشرف إليه لما فيه من إبطال استقلاله باليد.

قال الغزالي: فَإِنْ خَرَجَتِ الْأَشْجَارُ مُسْتَحَقَّةً فَلِلْعَامِلِ أَجْرُهُ عَمَلِهِ عَلَى الْغَاصِبِ، فَإِنْ كَانَتْ الثَّمَارُ بَاقِيَةً أَخَذَهَا الْمُسْتَحَقُّ، فَإِنْ تَلَفَ عُرْمَ الْعَامِلِ مَا قَبِضَهُ لِتَصْيِيهِ ضَمَانَ (و) الْمُشْتَرَى فَإِنَّهُ أَخَذَهُ فِي مُعَاوَضَةٍ، وَنَصِيبِ الْمُسَاقِي، وَكَذَا الْأَشْجَارُ إِذَا تَلَفَتْ يُطَالَبُ بِهَا الْغَاصِبُ، وَفِي مُطَالَبَةِ الْعَامِلِ بِهَا وَجْهَانِ مِنْ حَيْثُ إِنَّ يَدَهُ لَمْ يَثْبُتْ عَلَيْهِ مَقْصُوداً بِخِلَافِ الْمُودِعِ، فَإِنْ طُولِبَ رَجَعَ (و) بِهِ عَلَى الْغَاصِبِ رُجُوعَ الْمُودِعِ.

قال الرافعي: الأشجار التي وردت المساقاة عليها إذا خرجت مستحقة أخذها المالك مع الثمار إن كانت باقية، وإن جفهاها، ونقصت القيمة بالتجفيف استحق الأرض أيضاً، ويرجع العامل على الغاصب الذي ساقاه بأجرة المثل، كما غصب نقرة فاستأجر رجلاً ليضر بها دراهم يأخذها المالك، ويرجع الضراب بالأجرة على الغاصب.

وفيه وجه أنه لا أجره له تخريباً على قولي الغرور، لأنه هو الذي أتلف منفعه نفسه وتشبيهاً بفوات الثمار بالاستحقاق بفواتها في المساقاة الصحيحة بجائحة، وإن اقتسما الثمار واستهلكاها.

فأما نصيب العامل فالمالك بالخيار بين أن يطالب بضمانة الغاصب، أو العامل وقرار الضمان على العامل؛ لأنه أخذه عوضاً في معاوضة، فأشبهه المشتري من الغاصب وذكر في «التتمة» أن بعض الأصحاب ذكر في المسألة على ما إذا أطمع الغاصب المالك الطعام المغصوب، فيجزي من هذا وجه أن القرار على الغاصب.

وأما نصيب الغاصب فللمستحق مطالبته بها، وفي مطالبة العامل وجهان:

أظهرهما: عند المعظم المطالبة بثبوت يده عليها، كما لا يطالب عامل القراض إذا خرج مال القراض مستحقاً، وكما يطالب المودع من الغاصب.

والثاني: المنع؛ لأن يده لم تثبت عليه مقصوداً بخلاف المودع، بل يد العامل مستدامة حكماً، وهو نائب في الحفظ والعمل كأجير يعمل في حديقة.

وعلى الوجهين يخرج ما إذا تلفت جميع الثمار قبل القسمة بجائحة، أو عصب فإن أثبتنا يد العامل عليها، فهو يطالب بضمانها وإلا فلا، ولو تلف شيء من الأشجار،

ففيه هذان الوجهان. وإذا قلنا بأن العامل مطالب بنصيب الغاصب، فإذا غرمة ففي رجوعه على الغاصب الخلاف المذكور في رجوع المودع، والظاهر أنه يرجع، وهذا الذي ذكره صاحب الكتاب ومواضع العلامات في الفصل غير خافية،

ومنها: قوله: «ضمان المشتري» فإنه قصد الإشارة به إلى الاستقرار.

وفيه ما حكاه صاحب «التتمة».

وقوله: «ونصيب المساقى» أراد به هاهنا الغاصب الذي هو في صورة المالك، وقد يسمى العامل مساقياً؛ لأن كل واحد من المفاعلة مفاعل، ولو حذف لفظ الغاصب من قوله: «يطالب به الغاصب» لكان أقرب إلى الفهم، لأنه إذا اختلف اللفظ أذهب الوهم إلى اختلاف المعنى، والمراد من المُسَاقِي هو الغاصب.

قال الغزالي: **وَإِنْ اُخْتَلَفَ الْمُتَعَاقِدَانِ فِي قَدْرِ الْجُزْءِ الْمَشْرُوطِ تَحَالُفًا (م) كَمَا فِي**

**الْقِرَاضِ.**

قال الرافعي: إذا اختلف المتعاقدان في قدر المشروط للعامل، ولا يبيّن تحالفاً، كما ذكرنا في «القراض» ولذا تحالفاً وتفاسخاً قبل العمل فلا شيء للعامل، وإن كان بعده، فللعامل أجرة مثل عمله.

وعن مالك - رضي الله عنه - أنهما لا يتحالفاً بعد العمل، بل القول قول العامل وعن أحمد: أن القول قول المالك، وإن كان لأحدهما بيّنة قضى بهما، فإن كان لكل واحد منهما بيّنة، فإن قلنا بالتهاوتر وهو الأصح فكما لو لم تكن بيّنة فيتحالفاً.

وإن قلنا بالاستعمال فيقرع بينهما، ولا يجرى قول الوقف، والقسمة؛ لأن الاختلاف في العقد، والعقد لا يوقف ولا يقسم، وقيل يجيء قول القسمة في القدر المختلف فيه، فينقسم بينهما نصفين. ولو ساقاه شريكاً في الحديقة، ثم قال العامل: شرطتما لي نصف الثمار وصدقه أحدهما. وقال: الثاني بل شرطنا الثلث، فنصيب المصدق يقسم بينه وبين العامل، وفي نصيب المكذب الحكم بالتحالف. ولو شهد المصدق للمكذب، أو للعامل قُبِلت شهادته، لأنه لا يجر بها نفعاً، ولا يدفع بها ضرراً، وإذا اختلف في قدر الأشجار المعقودة عليها، أو في رد شيء من المال، أو هلاكه، فالحكم على ما ذكرنا في القراض.

فروع:

أحدهما: إذا بدأ الصلاح في الثمرة، فإن وثق المالك بالعمل؛ تركها في يده إلى وقت الإدراك، فيقسمان حيثنذ إن جَوَزَناها، أو يبيع أحدهما نصيبه من الثاني، أو يبيعان من ثالث، فإن لم يثق به، وأراد تضمينه التمر أو الزبيب، فيبنى على أن الخرص عبرة

أو تضمين أن جعلنا عبره لم يجز، وإن جعلنا تضمين، فالأصح جوازها كما في الزكاة.

وقد روى النبي ﷺ (أنه خرص على أهل خيبر)

وقيل: لا يجوز لأنه يبيع الرطب بالتمر مع تأخر أحد العوضين، ويخالف الزكاة؛ لأنها مبنية على المسامحة، وكذا قضية خيبر، لأنه يتسامح في معاملات الكفار ما لا يتسامح في غيرها. ويجري الخلاف فيما لو أراد العامل تضمين المالك بالخرص.

الثاني: إذا انقطع ماء البستان، وأمكن رده، ففي تكليف المالك السقي وجهان:

أحدهما: لا يكلف كما لا يجبر أحد الشريكين على عمل العمارة<sup>(١)</sup>، وكما لا يجبر المكري على عمارة الدار المكراة.

والثاني: يكلف؛ لأنه لا يتمكن العامل من العمل إلا به، فأشبه ما إذا استأجره لقصارة ثوب بعينة يكلف تسليمه إليه، فعلى هذا لو لم يسع في رده لزمه للعامل أجره عمله، فإن لم يمكن رد الماء، فهو كما لو تلفت الثمار بجائحة<sup>(٢)</sup>.

الثالث: السواقط وهي السقف التي تسقط من النخل يختص بها المالك وما يتبع الثمرة فهو بينهما. قال الشيخ «أبو حامد»: ومنه الشماريخ.

الرابع: دفع بهيمته إلى غيره ليعمل عليها، وما رزق الله عز وجل، فهو بينهما فالعقد فاسد، لأن البهيمة يمكن إجارتها، فلا حاجة إلى إيراد عقد عليها فيه غرر.

ولو قال: تعهد هذه الأغنام على أن يكون لك ذرّها ونسلها بيننا، فكذلك لأن النماء<sup>(٣)</sup> لا يحصل بعمله.

ولو قال: اعتلف هذه من عندك، ولك النصف من درها، ففعل وجب بدل العلف على صاحب الشاة، والقدر المشروط من الدرّ لصاحب العلف مضمون في يده لحصوله بحكم بيع فاسد، والشاة غير مضمونة؛ لأنها غير مقابلة بالعوض، ولو قال: خذ هذه الشاة، واعلفها لتسمن، ولك نصفها، ففعل فالقدر المشروط منها لصاحب العلف مضمون عليه دون الباقي.

الخامس: قال في «التتمة»: إن كانت المساقاة في الذمة، فالمعامل أن يعامل غيره لينوب عنه ثم، إن شرط له من الثمار مثل ما شرط المالك له أو دونه فذاك، وإن شرط

(١) في ط على الضمان.

(٢) قال النووي أصحهما لا يكلف (الروضة ٤/٢٤١).

(٣) في ط الدر.

له أكثر من ذلك، فعلى الخلاف في تفريق الصفقة إن جوزناه وجبت للزيادة أجره المثل، وإن لم نجوزه، فالجميع له، وإن كانت المساقاة على عينه لم يكن له أن ينيب، ويعامل غيره، فلو فعل انفسخت المساقاة بشركة العمل، وكانت الشمار كلها للمالك، ولا شيء للعامل. والعامل الثاني إن كان عالماً بفساد العقد فلا شيء له، وإلا ففي استحقاقه أجره المثل ما ذكرناه في خروج الشمار مستحقة.

## كِتَابُ الْإِجَارَةِ

قال الغزالي: وفيه ثلاثة أبواب: الباب الأول في أركان صحتها وهي بعد العاقدين ولا يخفي أمرهما ثلاثة الأول الصبغة وهي أن يقول: أكرمتك الدار أو أجرتك فيقول: قبلت، ويقوم مقامهما (و) لفظ التملك ولكن يشترط أن يضيف إلى المنفعة فيقول: ملكتك منعمة الدار شهراً، والظاهر (و) أن لفظ البيع لا يقوم مقام التملك لأنه موضوع لملك الأعيان.

قال الرافعي: نفتح الباب بمقدمات:

إحداها: أنه سيعمل في هذا العقد لفظتان:

إحدهما: الإجارة، وهذا اللفظة وإن اشتهرت في العقد، فهي في اللغة اسم للأجرة، وهي كراء الأجير وذكر «ابن الصباغ»<sup>(١)</sup> في «الشامل» أنه يقال لها: إجارة أيضاً - بالضم - ويقال: استأجرت دار فلان، وأجر لي داره ومملوكه يؤجرها إيجاراً، فهو مؤجر وذاك مؤجر، ولا يقال: مؤجر ولا أجر.

أما المؤجر فهو من قولك: أجر الأجير مؤجرة كما يقال: زارعه وعامله، وأجر هذا «فاعل» وإجر داره أفعال فاعل، ولا يجر منه مفاعل.

وأما الأجر فهو فاعل من قولك: أجره يأجره ويأجيره ويأجره أجرأ إذا أعطاه أجرأ، وقولك: أجره يأجره إذا صار أجيراً له.

وقوله تعالى: ﴿عَلَىٰ أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حَبَّحْ﴾ [القصص: ٢٧] فسره بعضهم بالمعنى الأول، فقال: تعطيني من تؤويجي إياك رعي الغنم هذه المدة، وبعضهم بالثاني فقال تصير أجرى وإذا استأجرت عاملاً لعمل فأنت أجر بالمعنى الأول؛ لأنك تعطي الأجرة، وهو أجر بالمعنى الثاني؛ لأنه يصير أجيراً لك، وأجره إليه لغة في أجره، أي: أعطاه أجره، ولأجير فعيل بمعنى مفاعل، كالجلس والنديم، هذا تلخيص ما ذكره أئمة

(١) في الأصول: الجبان.

اللغة<sup>(١)</sup>. والثانية: الإكراء يقول: أكرت الدار فهي مكرأة، ويقال: اكرتت واستكرتت وتكرتت بمعنى، ورجل مكارى والكرى على فعيل المكارى والمكترى أيضاً والكرء، وإن اشتهر اسماً للأجرة فهي في الأصل مصدر كارت.

المقدمة الثانية: أصل هذا العقد من الكتاب قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] وقصة موسى وشعيب - ﷺ - ومن الخبر نحو قوله ﷺ: (أَعْطُوا الْأَجِيرَ أَجْرَهُ قَبْلَ أَنْ يَجْفَ عَرَفُهُ)<sup>(٢)</sup>.

ومن الأثر فيما روى أن علياً ﷺ: (أَجَرَ نَفْسَهُ مِنْ يَهُودِيٍّ يَسْتَقِي لَهُ كُلَّ ذَلْوٍ بِثَمْرَةٍ)<sup>(٣)</sup>. ثم الحاجة داعية إليه ظاهرة، وهو متفق على صحتها، إلا ما يحكى فيه عبد الرحمن بن كيسان الأصم<sup>(٤)</sup>.

(١) الإجارة لغة بكسر الهمزة مصدر أجره يأجره أجراً وإجارة، فهو مأجور، هذا المشهور. وحكى عن الأخفش والمبرد: أجره بالمد فهو مؤجر، فأما اسم الأجرة نفسها، فأجارة بكسر الهمزة وضمها وفتحها، حكى الثلاثة ابن سيده في «المحكم» واشتقاق الأجرة من الأجر، وهو: العوض، ومنه سمي الثواب أجراً، لأن الله تعالى يعوض العبد على طاعته ويصبره على مصيبته. ويقال: أجزت الأجير وأجزته بالقصر والمد: أعطيته أجرته، وكذا أجره الله تعالى، وأجره: إذا أتاه. أنظر الصحاح: ٥٧٢/٢، المصباح المنير: ١١/١. وإصطلاحاً: عرفها الحنفية بأنها: عقد على المنافع يعوض. وعرفها الشافعية بأنها: تمليك منفعة بعوض بشروط معلومة. وعرفها المالكية بأنها: تمليك منفعة غير معلومة زمنياً معلوماً بعوض معلوم. وعرفها الحنابلة بأنها: عقد على منفعة مباحة معلومة تؤخذ شيئاً فشيئاً مدة معلومة من عين معلومة أو موصوفة في الذمة أو عمل معلوم بعوض معلوم. انظر فتح القدير: ٥٨١/٥ المبسوط للسرخسي: ٧٤/١٥، مجمع الأنهر: ٣٦٨/٢، مغني المحتاج: ٣٣٢/٢، الإقناع: ٧٠/٢، مواهب الجليل: ٣٨٩/٥، شرح الخروشي: ٢/٧، أسهل المدارج: ٣٢١/٢، كشاف القناع: ٥٤٦/٣، الإصناف: ٣/٦.

(٢) أخرجه ابن ماجه من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما في السنن ٨١٧/٢، كتاب الرهون (١٦)، باب أجر الأجراء (٤)، الحديث (٢٤٤٣)، وروي عن أبي هريرة رضي الله عنه، أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٢١/٦، كتاب الإجارة، باب إثم من منع الأجير أجره، وعزاه لأنبي يعلى الموصلي الهيثمي في مجمع الزوائد ٩٧/٤، كتاب البيوع، باب إعطاء الأجير والعامل، وعن جابر رضي الله عنه: عزاه الهيثمي في المصدر نفسه للطبراني في «المعجم الأوسط».

(٣) أخرجه ابن ماجه في السنن (٢٤٤٦) والبيهقي في السنن الكبرى (١١٩/٦).

(٤) عبد الرحمن بن كيسان أبو بكر الأصم فقيه معتزلي مفسر قال ابن المرتضى: كان من أفصح الناس وأفقههم وأورعهم خلا أنه كان يخطيء علياً ﷺ في كثير من أفعاله ويصوب معاوية في بعض أفعاله. وله «تفسير» وصف بأنه عجيب و«مقاولات» في الأصول ومناظرات مع ابن الهذيل العلاف قال ابن حجر: هو من طبقة ابن الهذيل وأقدم منه وقال القاضي عبد الجبار: كان جليل القدر يكاثبه السلطان.

والفاشاني<sup>(١)</sup>. مقدمة أخرى اختلف الأصحاب في أن العقود عليه في الإجارة ماذا؟ فمن أبي إسحاق وغيره أن المعقود عليه العين ليستوفي منها المنفعة؛ لأن المنافع معدومة، ومورد العقد يجب أن يكون موجوداً، وأيضاً فإن اللفظ مضاف إلى العين، ألا ترى أنك تقول: أجرتك هذه الدار؟ وقال المعظم: العين غير معقود عليها؛ لأن المعقود عليه ما يستحق بالعقد، ويجوز التصرف فيه، والعين ليست كذلك، فإن المعقود عليه المنفعة، وبه قال أحمد وأبو حنيفة - رضي الله عنه - ومالك، وعليه ينطبق قول الجمهور أن الإجارة تملك المنافع به بعوض، ثم حققوا ذلك بأن عين الثوب مثلاً تتعلق به ثلاثة أمور:

أحدها: صلاحيته لأن يلبس.

والثاني: الفائدة الحاصلة باللبس كاندفاع الحر والبرد.

الثالث: نفس اللبس المتوسط بينهما، واسم المنفعة يقع عليهما جميعاً، ومورد العقد المستحق إنما هو الثالث، ويشبه ألا يكون ما حكيناه خلافاً محققاً، لأن من قال: المعقود عليه العين لا يعني به أن العين تملك بالإجارة كما تملك بالبيع، ألا ترى أنه قال: المعقود عليه العين لاستيقاء المنفعة؟ ومن قال: المعقود عليه المنفعة لا يقطع الحق عن العين بالكلمة، بل له تسلم العين وإسائها مدة العقد ليتنفع بها.

وإذا عرفت هذه المقدمات فلإجارة تنقسم إلى صحيحة، وإلى غيرها، وإذا صحت ترتب عليها أحكام، ودامت إلى انتهاء مدتها إلا أن يعرض ما يقتضي فسخاً أو انفساخاً، فالكلام في ثلاثة مقاصد أدرجها المصنف في ثلاثة أبواب:

أحدها: في أركان صحة الإجارة.

والثاني: في أحكامها إذا صحت.

والثالث: في العوارض المقتضية للفسخ والانفساخ.

أما الباب الأول: فقد نخطر لك أولاً أنه ترجمه بأركان الصحة، فأضاف الأركان إلى الصحة، وكذلك فعل في القراض، وأضاف في البيع، وأكثر العقود الأركان إلى نفسها، فهل لذلك من سبب؟

(١) أبو طاهر، عمر بن عبد العزيز بن أحمد الفاشاني، بالفاء والشين المعجمة، قرية من قوى مرو. وكان إماماً فاضلاً، فقيهاً، متكلماً، عارفاً بالتواريخ، وأيام الناس ولكن غلب عليه علم الكلام حتى عُرف به، وقرأ على الشيخ أبي حامد، وقرأ علم الكلام على أبي جعفر السُّنَّاني، قاضي الموصل، تلميذ الباقلاني، وسمع وحدث. ولد سنة خمس وثمانين وثلثمائة، ومات بمرور سنة ثلاث وستين وأربعمائة، ودفن بفاشان.



والجواب: أنه لا فرق بين عقد وعقد في الأمور المسماة أركاناً فإذا أضيفت إلى نفس العقد، فعلى المعنى الذي حكيناه عن «الوسيط» في أول البيع، وإن أضيفت إلى الصحة، فعلى المعنى الذي ذكرناه آخره هناك، وهي أنها أمور معتبرة في الصحة على صفة مخصوصة.

وثانيها: أنه عد الأركان دون العاقدين ثلاثة، وفي البيع مع المتعاقدين ثلاثة، وسببه أنه في البيع أخذ المعقود عليه بمطلقه ركناً، وأنه يشمل العوضين، وهما جعل كل واحد منهما ركناً برأسه، ولا فرق في الحقيقة وقوله: «في العاقدين، ولا يخفى أمرهما» أشار به إلى ما يعتبر فيهما من العقل والبلوغ، كما تقدم في سائر التصرفات.

الركن الأول: الصيغة وهي أن تقول: أكرتلك هذه الدار، أو أجرتكها مدة كذا بكذا، فيقول على الاتصال قبلت أو أستأجرت أو اكرتيت<sup>(١)</sup>. ولو أضافهما إلى المنفعة فقال: أكرتلك منافع هذه الدار، أو أجرتكها فوجهان:

أظهرهما: وبه أجاب في «الشامل» أنه يجوز، ويكون ذكراً لمنفعة ضرباً من التأكيد، كما لو قال: بعتك عين هذه الدار<sup>(٢)</sup> ورقبتها يصح البيع.

والثاني: المنع، وهو الذي أورده<sup>(٣)</sup> في الكتاب؛ لأن لفظ الإجارة وضع مضافاً إلى العين، وإن كان العقد في الذمة، فقال: ألزمت ذمتك كذا، فقال قبلت جاز، وأغنى عن الإجارة والإكراء، وإن تعاقدا بصيغة التملك، نظر: إن أضافها إلى المنفعة، فقال: ملكتك منفعتها شهراً جاز؛ لأن الإجارة تملك منفعة بعوض.

ولو قال: بعتك منفعة هذه الدار شهراً، فأحد الوجهين، وبه قال ابن سريج: أنه يجوز؛ لأن الإجارة صنف من البيع.

وأظهرهما: المنع؛ لأن البيع موضوع لملك الأعيان، فلا يستعمل في المنافع، كما لا ينعقد البيع بلفظ الإجارة هذا هو النقل الظاهر.

وقوله والمذكور في الكتاب: وورائه شيان غريبان:

أحدهما: طرد صاحب «التهذيب» الوجهين في قوله: «بعتك هذه الدار» فيما لو قال: ملكتك منفعتها.

(١) قال الأذري: كأنه أراد الصريح وفي ملكتك وجه، والظاهر أن عقادها بالكفايات كالبيع وبلاستيجاب والإيجاب وبإشارة الأخرس المفهمة وبالمكاتبة كالبيع على ما مر ويجري في المعاطاة ما سبق في البيع وبالإكتفاء بها جزم أبو الحسن الكرخي وصورتها أن يتفقا على شيء ثم يتقابضا عقبه بلا عقد.

(٢) من أ عين هذه الدار وابتفك رقبتها. (٣) من أ أورده الإمام.

والثاني: حكى أبو العباس الروياني طريقة قاطعة بالمنع فيما إذا قال بعتك منفعة هذه الدار، ويجوز أن يعلم للأول قوله في الكتاب: «ويقوم مقامها لفظ التمليك»، ولو قال: ملكتك أو بعتك هذه الدار لم تنعقد به الإجارة.

قال الغزالي: الركن الثاني: الأجرة فإن كانت في الذمة فهي كالثمن حتى يتمجّل (ح م) بمطلق العقد، وإن كان موعناً فهو كالبيع فيزاحي شرائطه فلو أجز داراً بعمارتها أو ببنائها معلومة بشرط صزفها إلى العمارة بعمل المستأجر فهو فاسد لأن العمل في العمارة مجهول، ولو كانت الأجرة صبرة مجهولة جاز كما في البيع، وقيل: إنه على قولين كما في رأس مال السلم.

قال الرافعي: الأجرة تنقسم إلى: واردة على العين، كما إذا استأجر دابة بعينها<sup>(١)</sup> ليركبها، أو يحمل عليها، أو شخصاً بعينه لخياطة ثوب.

وإلى واردة على الذمة كما إذا استأجر دابة موصوفة للركوب، أو للحمل، أو قال: الزمت ذمتك خياطة ثوب أو بناء جدار فقبل.

وقوله: استأجرتك لكذا أو لتفعل كذا وجهان.

أظهرهما: أن الحاصل به إجارة عين للإضافة إلى المخاطب، كما لو قال: استأجرت هذه الدابة.

والثاني: ويحكى عن اختيار القاضي حُسين أن الحال الحاصل إجارة في الذمة، لأن المقصود حصول العمل من جهة المخاطب، فكأنه قال: استحققت عليك كذا، وإنما تكون إجارة عين على هذا إذا زاد فقال استأجرت عينك أو نفسك لكذا، أو لتعمل بنفسك كذا. وإجارات العقارات لا تكون إلا من القسم الأول، لأنها لا تثبت في الذمة، ألا ترى أنه لا يجوز السلم في دار ولا أرض.

إن وردت الإجارة على العين لم تجب الأجرة في المجلس؟ كما لا يجب الثمن في البيع، ثم إن كانت في الذمة فهي كالثمن في الذمة في جواز الاستبدال، وفي أنه إذا شرط فيها التأجيل أو التنجيم كانت مؤجلة أو منجمة، وإن شرط التعجيل كانت معجلة، وإن أطلق ذكرها تعجلت أيضاً، وملكها المكري بنفس العقد، واستحق استيفاءها إذا سلم العين إلى المستأجر، وبهذا قال أحمد.

(١) قال السبكي ليس المراد بالعين ما تقدم فيه الخلاف بين أبي إسحاق وغيره وإنما الخلاف أن تكون مرتبطة بالغير والمراد بالعين المتقدمة المورد.

وقال أبو حنيفة ومالك: لا تملك الأجرة عن الإطلاق بنفس العقد، كما لا يملك المستأجر المنفعة، فإنها معدومة، ولكن يملكها شيئاً فشيئاً، كذلك الأجرة، إلا أن المطالبة كل لحظة مما يعسر، فضبط أبو حنيفة باليوم، وقال: كلما مضى يوم طالبه بأجرته، وهذا رواية عن مالك - رضي الله عنه - قال في رواية: لا يستحق أخذ الأجرة حتى تنقضي المدة بتمامها.

لنا أن الأجرة عوض في معاوضة تتعجل بشرط التعجيل، فتتعجل عند الإطلاق كالثمن، وكذلك تقول: يملك المستأجر المنفعة في الحال، وينفذ تصرفه فيها، إلا أنها تستوفي على التدرج.

وقولهم بأنها معدومة يشكل بما إذا شرط التعجيل، فإن الشرط لا يجعل المعدوم موجوداً. ثم قال: الأصحاب المنافع إما موجودة، وإما ملحقة بالموجودات، ولهذا صح إيراد العقد عليها، وجاز أن تكون الأجرة ديناً في الذمة، ولولا أنها ملحقة بالموجودات لكان ذلك في معنى بيع الدين بالدين.

ويجب أن تكون الأجرة معلومة القدر، والوصف كالثمن إذا كان في الذمة<sup>(١)</sup>، وقد روي أنه ﷺ قال: (مَنْ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَلْيَنْظُرْ أَجْرَهُ)<sup>(٢)</sup>.

فلو قال: اعمل كذا لأرضيك أو أعطيك شيئاً، وما أشبهه فسد العقد، وإذا عمل استحق أجرة المثل، ولو استأجر أجيراً بنفقته، أو كسوته فسد، خلافاً لمالك وأحمد حيث قالوا: تجوز ويستحق الوسط. ولأبي حنيفة في المرزعة خاصة. لنا: القياس على عوض البيع والنكاح، وإن استأجر بقدر معلوم من الحنطة أو الشعير، ووصفه كما يجب في السلم جاز، أو بأرطال من الخبز يبنى على جواز السلم في الخبز.

ولو أجز الدار بعمارتها أو الدابة بعلقها، أو الأرض بخراجها أو مؤنتها لم يجز،

(١) فإن كانت معينة كفت مشاهدتها إن كانت منفعة معينة على المذهب أو في الذمة على الأصح، لا فإن قيل يرد على إشتراط العلم بها صحة الحج بالرزق كما جزم به النووي هنا في كتاب الحج مع أن الرزق مجهول. أوجب بأن ذلك ليس بإجارة بل نوع جمالة يتنفر فيها الجهل بالجعل في الحج.

(٢) البيهقي: ١٢٠/٦ من حديث الأسود عن أبي هريرة في حديث أوله: «لا يساوم الرجل على سوم أخيه» رواه من طريق عبد الله بن المبارك عن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم عنه، قال: وخالفه حماد بن سلمة فرواه عن حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم عن أبي سعيد الخدري، وهو منقطع، وتابعه معمر عن حماد مرسلأ أيضاً، وقال عبد الرزاق عن الثوري ومعمر عن حماد عن إبراهيم عن أبي هريرة وأبي سعيد أبو أحدهما أن النبي ﷺ قال: «من استأجر أجيراً فليسم له أجرته» وأخرجه إسحاق في مسنده عن عبد الرزاق، وهو عند أحمد وأبي داود في المراسيل من وجه آخر، وهو عند النسائي في المزارعة غير مرفوع. (ينظر تلخيص الحبير ٣/٦٠/٣/٤٧).

وكذلك لو أجرها بدراهم معلومة على أن يعمرها، ولا يحسب ما أنفق من الدراهم، وكذا لو أجرها بدراهم معلومة على أن يصرفها في العمارة؛ لأن الأجرة الدراهم والصرف إلى العمارة، والعمل في الصرف مجهول، وإن كانت الدراهم معلومة. ثم إذا صرفها إلى العمارة ثم رجع بها، ولو أطلق العقد، ثم أذن له في الصرف إلى العمارة، وتبرع به المستأجر جاز. فإن اختلفا في ما أنفقه، فقولان في أن القول قول من؟<sup>(١)</sup>

ولو سلم إليه ثوباً، وقال: إن خطته اليوم، فلك درهم، وإن خطته غداً فلك نصف درهم، فالعقد فاسد، والواجب أجرة مثله في أي يوم خاطه.

وقال مالك وإبو حنيفة: إن خاطه اليوم استحق درهماً، وإن خاطه غداً استحق أجرة المثل، وإن قال: إن خطته رومياً فلك درهم، وإن خطته فارسياً فنصف درهم فهو فاسد، خلافاً لأبي حنيفة. والخياطة الرومية بغرزتين، والفارسية بغرزة.

وإذا شرط التأجيل في الأجرة فحل الأجل وقد تغير النقد، فالاعتبار بنقد بيوم العقد، وفي الجمالة الاعتبار بيوم اللفظ، أو بيوم تمام العمل، حكى الإمام فيه وجهين؛ أصحهما: الأول.

ووجه الثاني: أن الاستحقاق يثبت بتمام العمل.

هذا إذا كانت الأجرة في الذمة، فإن كانت معينة ملكت في الحال كالبيع، واعتبرت فيه، الشرائط المعتمدة في البيع، حتى لو جعل الأجرة جلد شاة مذبوحة قبل السلخ لم يجز؛ لأنه لا يعرف حاله في الرقة والثخانة، وسائر الصفات قبل السلخ.

وهل تغني مشاهدتها عن معرفة القدر؟ فيه طريقان:

أحدهما: أنه على القولين في رأس مال السلم؛ لأن الإجارة تعرض للفسخ والانفساخ، لتعذر استيفاء المنافع كالسلم لانقطاع المسلم فيه.

والثاني: القطع بالجواز؛ لأن المنافع ملحقة بالأعيان الموجودة لتعلقها بالعين الحاضرة، وكيف ما كان فالظاهر الجواز، هذا في إجارة العين.

النوع الثاني: الإجارة الواردة على الذمة، فلا يجوز فيها تأجيل الأجرة والاستبدال

(١) وصحح الشيخ السبكي أن القول قول المستأجر، وجزم به ابن الصباغ وهو نظير ما صححه في مسألة هرب الجمال إذا أذن له الحاكم في الانفاق. ويعضده ما نقل عن نص للشافعي فيما إذا أجر داراً بعشرين ديناراً على أن ينفق ما تحتاج إليه الدار من هذه الأجرة، فالأجرة فاسدة والقول قوله فيما أنفقه لأنه أمين إذا كان ما أنفقه أقل من عشرين ديناراً لأن أذنه بتناول الإنفاق منها وإذا جعله الشافعي أميناً في الأجرة الفاسدة ففي الصحيحة أولى.

عنها، ولا الحوالة بها ولا عليها ولا الإبراء، بل يجب التسليم في المجلس، ك رأس مال السلم، لأنه سلم في المنافع، فإن كانت الأجرة مشاهدة غير معلومة القدر، فهي على القولين في رأس مال السلم، ولا يجيء هاهنا الطريق الآخر، هذا إذا تعاقدنا بلفظ السلم بأن قال: أسلمت إليك هذا الدينار في دابة تحمليني إلى موضع كذا فإن تعاقدنا بلفظ الإجارة بأن قال: استأجرت منك دابة، صفتها كذا لتحمليني إلى موضع كذا فوجهان، بنوها على أن الاعتبار باللفظ أم بالمعنى؟

أصحهما: عند العراقيين والشيخ أبي علي أن الحكم كما لو تعاقدنا بلفظ السلم؛ لأنه في المعنى، وتابعهم صاحب «التهذيب» على اختيار هذا الوجه، لكنه لا يلائم مصيره فيما إذا أسلم بلفظ الشراء، إلى أن الأصح اعتبار اللفظ ولعلك تقول: حكيتم اختلاف الأصحاب في أن أصح الوجهين ماذا في السلم بلفظ الشراء، وكذلك فيما نحن فيه اختار مختارون اعتبار اللفظ وفيما إذا اشترى بلفظ السلم ذكرتم أن أظهر القولين بطلان العقد، والأئمة كالمتفقين عليه فهل من فارق؟

والجواب: أن المسائل التي بنوها على هذا الأصل كثيرة، لكنها متنوعة.

فمنها: أن يستعمل اللفظ فيما لا يوجد فيه تمام معناه، وإن كان بينهما بعض التشابه كالشراء بلفظ السلم، فإن تمام معنى السلم لا يوجد في البيع، لأنه أخص منه: ومنها: أن يكون آخر اللفظ رافعاً لأوله كقوله: لا بلا ثمن.

ومنها: أن يكون الشيء. الأصلي اللفظ مشترك بين خاصين، يشتهر اللفظ في أحدهما، ثم يستعمل في الثاني، كالسلم بلفظ الشراء، فإن المعنى الأصلي للشراء موجود بتمامه في السلم إلا، أنه اشتهر في شراء الأعيان، وكذلك السلم في المنافع بلفظ الاستئجار المشهور في إجارة العين، فيشبه أن يقال الصيغة مختلفة<sup>(١)</sup> في النوع الأول والثاني، ومنتظمة صحيحة الدلالة على المقصود في النوع الثالث، فيعتبر المعنى، ولا يخفى عليك بعد الشرح أن مسائل الكتاب في الفصل واقعة في النوع الأول من الإجارة. ويجوز أن تكون الأجرة منفعة عين أخرى اتفق الجنس، كما إذا أجر داراً بمنفعة دار أخرى، أو اختلفت كما إذا أجرها بمنفعة عبد، خلافاً لأبي حنيفة فيما إذا اتفق الجنس، بناء على أن الجنس الواحد يحرم النساء، وفي الإجارة نساء.

وعندنا لا ريباً في المنافع أصلاً، حتى لو أجر داراً بمنفعة دارين يجوز، وكذلك لو أجر، حلياً ذهباً بذهب، ولا يشترط القبض في المجلس.

(١) في ط مختلفة.

قال الغزالي: **وَلَوْ اسْتَأْجَرَ السَّلَاحَ بِالْجِلْدِ وَالطَّحَانَ بِالنَّخَالَةِ أَوْ بِصَاعٍ مِنَ الدَّقِيقِ فَسَدَ لِنَهْيِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَنِ قَفِيزِ الطَّحَانِ وَلَائِنَّهٗ بَاعَ مَا هُوَ مُتَّصِلٌ بِمِلْكِهِ فَهُوَ كَبَيْعِ نِصْفِ مِنْ سَهْمٍ، وَلَوْ شَرَطَ لِلْمُرْضِعَةِ جُزْءاً مِنَ الْمُرْتَضِعِ الرَّقِيقِ بَعْدَ الْفِطَامِ، وَلِقَاطِفِ الثَّمَارِ جُزْءاً مِنَ الثَّمَارِ الْمَقْطُوفَةِ فَهُوَ أَيْضاً فَاسِدٌ، وَإِنْ شَرَطَ جُزْءاً مِنَ الرَّقِيقِ فِي الْحَالِ أَوْ مِنَ الثَّمَارِ فِي الْحَالِ فَالْقِيَاسُ صَحِيحُهُ (و)، وَظَاهِرُ كَلَامِ الْأَصْحَابِ دَالٌّ عَلَى فَسَادِهِ حَتَّى مَنَعُوا اسْتِئْجَارَ الْمُرْضِعَةِ عَلَى رَضِيعٍ لَهَا فِيهِ شِرْكٌ لِأَنَّ عَمَلَهَا لَا يَقَعُ عَلَى خَاصِّ مِلْكِ الْمُسْتَأْجِرِ.**

قال الرافعي: لا يجوز أن تجعل الأجرة ما يحصل بعمل الأجير، كما إذا استأجر السلاح لسلخ الشاة بجلدها، أو الطحان ليطحن الحنطة<sup>(١)</sup> بثلاث دقيقتها، أو بصاع منه أو بالنخالة أو المرضعة بجزء من الرقيق المرتضع بعد الفطام، أو قاطف الثمار بجزء من الثمار بعد القطف، أو النسيج لينسج الثوب بنصفه، والمستحق للأجير في هذه الصور أجرة مثل عمله، وهو موجه أولاً بالخبر، حيث روى أنه - ﷺ - (نهى عن قفيز الطحان)<sup>(٢)</sup>. وتفسيره: استأجر الطحان ليطحن الحنطة بقفيز من دقيقتها.

ثم وجه ثانياً بثلاثة أوجه:

أحدها: أن المجهول أجره متصل بغيره، فهو كبيع نصف من سهم أو نصل، وهذا قد ذكره في الكتاب، وسمى جعله أجرة بيعاً حيث قال: «باع ما هو متصل بملكه»؛ لأنه في معناه، ولك أن تقول: هذا إن اشتهر في الجلد لا يستمر في الجزء المشاع، والحكم لا يختلف، فإن كنا نقنع بما لا يطرد في هذا القبيل، ففي المسائل بالفساد مأخذ أظهر من هذا، كمسألة السلاح، فإن الجلد قبل السلخ مجهول، ولا يجوز جعله أجرة مطلقاً كما سبق، وكمسألة النخالة، فإنها مجهولة المقدار، وإذا شرط صاعاً من الدقيق، فإن كانت الجملة مجهولة، فهو كبيع صاع من صبرة مجهولة الصيغان، وقد

(١) وصورة الطحن أن يقول: لطحن الكل ويطلق، فإن قال لطحن ما وراء الصاع المجهول أجره صح كما قال الماوردي.

(٢) أخرجه الدارقطني. والبيهقي من حديث أبي سعيد: نهى عن عصب الفحل، وقفيز الطحان، وقد أورده عبد الحق في الإحكام بلفظ: نهى النبي ﷺ، وتعقبه ابن القطان بأنه لم يجده إلا بلفظ البناء لما لم يسم فاعله، وفي الإسناد هشام أبو كليب رواه عن ابن أبي نعيم عن أبي سعيد لا يعرف، قاله ابن القطان، والذهبي، وزاد: وحديثه منكر، وقال مغلطي: هو ثقة، فينظر فيمن وثقه، ثم وجدته في ثقات ابن حبان، (فائدة) ووقع في سنن البيهقي مصرحاً برفعه لكنه لم يسنده، وقفيز الطحان فسره ابن المبارك أحد رواة الحديث بأن صورته أن يقال للطحان: أطحن بكذا وكذا بزيادة قفيز من نفس الطحن، وقيل: هو طحن الصبرة لا يعلم مكيلها بقفيز منها.

مر وفي مسألة الرقيق الرضيع، وقَطَاف الثمار شيء آخر، وهو أن الأجرة معينة، وقد أجلها بأجل مجهول، والأعيان لا تؤجل بالأجال المعلومة، فكيف بالمجهولة؟

**والثاني:** أن عمله لا يقع للمستأجر في محل ملكه خاصة بل لنفسه وللمستأجر، وفي ملكيهما، والشرط في الإجارة وقوع العمل في خاص ملك المستأجر. وهذا قد ذكره صاحب الكتاب أيضاً في آخر الفصل، وسيأتي الإشكال عليه.

**والثالث:** أن الأجرة غير حاصلة في الحال على الهيئة المشروطة، وإنما تحصل بعمل الأجير من بعد، فهي إذاً غير مقدور عليها في الحال. ولو استأجر المرزعة بجزء من الرقيق في الحال، أو قَاطِف الثمار بجزء منها على رؤوس الأشجار، فحكاية الإمام وصاحب الكتاب عن الأصحاب المنع أيضاً، توجيهاً بأن عمل الأجير ينبغي أن يقع في الخاص ملك المستأجر، وإنهم خرجوا على هذا أنه لو كان الرضيع ملكاً لرجل وامرأة، فاستأجرها الرجل، وهي مرضع لترضعه بجزء من الرقيق أو غيره لم يجز؛ لأن عملها لا يقع في خاص ملك المستأجر، واعتراضاً عليه بأن القياس والحالة هذه الجواز، ولا يضر وقوع العمل في المحل المشترك، ألا ترى أن أحد الشريكين لو ساقى صاحبه، وشرط له زيادة في الثمار يجوز، وإن كان عليه يقع في المشترك؟

وظاهر المذهب هذا الذي مالا إليه دون ما نقلناه. قال في «التهذيب»: لو استأجر أحد الشريكين في الحنطة صاحبها ليطحنها، أو في الدابة ليتعهدها بدرهم جاز، ولو قال: استأجرتك بربع هذه الحنطة، أو بصاع منها لتطحن الباقي.

فالجواب: في «التهذيب» والتتمة الصحة، ثم يتقاسمان قبل الطحن، فيأخذ الأجرة، ويطحن الباقي.

قال في «التتمة»: فإن شاء طحن الكل، والدقيق مشترك بينهما.

ومن صور «الوسيط» ما إذا استأجر حَمَال الجيفة بجلدها، وتعليل الفساد فيها بأن جلد الجيفة أجرة أوضح، لكن الصورة الغربية منها ما إذا استأجر لحمل شاة مُدْكَاة إلى موضع كذا بجلدها.

قال الغزالي: **الرُّكْنُ الثَّلَاثُ: الْمَنْفَعَةُ وَشُرُوطُهَا خَمْسَةٌ: أَنْ تَكُونَ مُتَقَوِّمَةً لَا بِأَنْضِمَامٍ عَيْنٍ إِلَيْهَا، وَأَنْ تَكُونَ مَقْدُورًا عَلَى تَسْلِيمِهَا، حَاصِلَةً لِلْمُسْتَأْجِرِ، مَعْلُومَةً، أَمَّا التَّقْوِيمُ عَيْنًا بِهِ إِنَّ اسْتِئْجَارَ تَفَاحَةٍ لِلشَّمِّ وَطَعَامَ لِتَرْبِيزِ الْحَانُوتِ لَا يَصِحُّ، وَكَذَا (ح) اسْتِئْجَارُ الدَّرَاهِمِ وَالدُّنَانِيرِ لِتَرْبِيزِ الْحَانُوتِ فَإِنَّهُ لَا قِيمَةَ لَهُ عَلَى الْأَصْح (و)، وَكَذَا اسْتِئْجَارُ الْأَشْجَارِ لِتَجْفِيفِ الثِّيَابِ وَالْوُقُوفِ فِي ظِلِّهَا وَكَذَا اسْتِئْجَارِ الْبَيْعِ عَلَى كَلِمَةٍ تَرُوجُ لَهَا السَّلْفَةُ وَلَا تَعَمَّبَ فِيهَا، وَفِي اسْتِئْجَارِ الْكَلْبِ لِلْحِرَاسَةِ وَالصَّيْدِ وَجِهَانِ.**

قال الرافعي: اعتبر في المنفعة المعقود عليها خمسة شروط:

أحدها: أن تكون متقومة<sup>(١)</sup> ليحسن بذل المال في مقابلتها، فإن لم يكن كذلك كان بذل المال لها سفهاً وتبذيراً، فمنع منه كما منع من شراء ما لا يُنتفعُ به، وفيه صور:

إحداها: ذكر أن استئجار<sup>(٢)</sup> تفاحة للشَّم فاسد وكأن المنع ناشىء من أن التفاحة الواحدة لا تقصد للشَّم، فيكون استئجارها كشراء الحبة الواحدة من الحنطة والشعير، فإن كثر فالوجه الصحة، ولأنهم نصوا على جواز استئجار المسك والرياحين للشَّم، ومن التفاح ما هو أطيب من كثير من الرياحين.

الثانية: في استئجار الدراهم والدنانير وجهان، كما في إعارتها.

والأصح: المنع والإعارة أولى بالجواز؛ لأنها مكرمة لا معاوضة، ولذلك جَوِّز بعضهم الإعارة مع منع الإجارة، وذكرنا هناك بحثاً في أن موضع الخلاف إطلاق إعارة الدراهم، أو التعرض لغرض التبرين، بناء على الخلاف في أن صحة الإجارة من غير تعيين لجهة المنفعة، وهانها لا تصح الإجارة عند الإطلاق بمال، لأن تعيين الجهة في الإجارة لا بد منه. وعن أبي حنيفة أنه إن عين جهة الانتفاع بها من تزيين الحوانيت، أو الموزن بها، أو الضرب على طبعها صحت الإجارة، وإلا كانت قرضاً، وأما استئجار الأطعمة لتزيين الحوانيت بها فكلام المصنف هانها وفي «الوسيط» يقتضي القطع بمنعه وكذلك ذكره القاضي حُسَيْن.

وعن الإمام وغيره أنه على الوجهين، فيجوز إعلام قوله: «والطعام لتزيين الحوانيت» بالواو، والوجهان جاريان في استئجار الأشجار لتجفيف الثياب، والوقوف في ظلها، وربط الدواب بها، لأن الاستئجار لا يقصد لهذه الأغراض.

وذهب بعضهم إلى أن الأصح الصحة هانها على خلاف الأصح في مسألة الدراهم والدنانير، لأنها منافع مهمة ومنفعة التزيين ضعيفة.

وأجرى في «التهذيب» الوجهين في استئجار البيغاء للاستئناس، وبالجواز أجاز أبو سعيد المتولي، وكذلك في كل مستأنس بلونه كالطاوس، أو بصوته كالعندليب.

الثالثة: استئجار البيع على كلمة البيع، أو كلمة تروج بها السلعة، ولا تعب فيها فاسد، لأنه لا قيمة لها، ولم يجعلوا هذا من صور الوجهين، لكن المحكي عن الإمام

(١) لم يرد المصنف رحمه الله المتقومة هنا مقابلة المثلية بل ما لها قيمة ليحسن بذل المال في مقابلتها.

(٢) في ط كراء.



محمد بن يحيى أن ذلك في البيع المستقر قيمته في البلد كالخبز و اللحم، وأما الثياب والعبيد، وما يختلف قدر الثمن فيه باختلاف المتعاقدين، فيختص ببيعها من البيع بمزيد منفعة وفائدة، فيجوز الاستئجار<sup>(١)</sup>، وعليه فإذا لم يجز الاستئجار، ولم يلحق البيع تعب فلا شيء له، وإن تعب بكثرة التردد، أو كثرة الكلام في تأليف أصل المعاملة، فله أجره المثل، لا ما تواطأ عليه البياعون.

الرابعة: في استئجار الكلب المعلم للحراسة والصيد وجهان:

أحدهما: الجواز كاستئجار الفهد والباري والشبكة للاصطياد، والهرة لدفع الفأرة. وأصحهما: المنع؛ لأن اقتناء ممنوع إلا لحاجة، وما جوز للحاجة لا يجوز أخذ العوض عليه وأيضاً فإنه لا قيمة لعينه، وكذلك لمنفعته<sup>(٢)</sup>.

قال الغزالي: **أما الْمُتَقَوِّمُ دُونَ الْعَيْنِ مَعْنَاهُ أَنْ اسْتِئْجَرَ الْكُرْمَ وَالْبُسْتَانَ لِشِمَارِهَا وَالشَّاةَ لِتَنَاجِهَا وَلَبَنَهَا وَصَوْفِهَا بَاطِلٌ فَإِنَّهُ بَيْعٌ عَيْنٍ قَبْلَ الْوُجُودِ، وَاسْتِئْجَارُ الشَّاةِ لِإِرْضَاعِ السَّخْلَةِ بَاطِلٌ وَاسْتِئْجَارُ الْمَرْاةِ لِلإِرْضَاعِ مَعَ الْحَضَانَةِ جَائِزٌ، وَدُونَ الْحَضَانَةِ فِخْلَافٌ، وَالْأَوَّلِيُّ الْجَوَازُ لِلْحَاجَةِ، وَاسْتِئْجَارُ الْفَخْلِ لِلضَّرَابِ فِيهِ خِلافٌ، وَالْأَوَّلِيُّ الْمَنْعُ لِأَنَّهُ لَا يُوثَقُ بِتَسْلِيمِهِ عَلَى وَجْهِ يَنْفَعُ، أما الْقُدْرَةُ عَلَى التَّسْلِيمِ نَعْنِي بِهِ أَنْ اسْتِئْجَرَ الْأَخْرَسَ لِلتَّغْلِيمِ وَالْأَعْمَى لِلْحِفْظِ بَاطِلٌ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ عَيْرُ مُمْكِنٍ، وَلَوْ اسْتَأْجَرَ قِطْعَةَ أَرْضٍ لَا مَاءَ لَهَا لِلزَّرَاعَةِ فَهُوَ بَاطِلٌ، وَإِنْ اسْتَأْجَرَ لِلسُّكْنِيِّ فَجَائِزٌ، فَإِنْ أَطْلَقَ وَكَانَ فِي مَحَلٍّ يَتَوَقَّعُ الزَّرَاعَةَ كَانَ كَالْتَضْرِيحِ بِالزَّرَاعَةِ، وَإِنْ كَانَ الْمَاءُ مُتَوَقَّعاً وَلَكِنْ عَلَى التَّدْوِيرِ فَفَاسِدٌ بِنَاءِ عَلَى الْحَالِ، وَإِنْ كَانَ يَعْلَمُ وَجُودَ الْمَاءِ فَصَحِيحٌ، وَإِنْ كَانَ يَغْلِبُ وَجُودَ الْمَاءِ بِالْأَمْطَارِ فَالْتَضْرِيحُ أَنَّهُ فَاسِدٌ نَظْراً إِلَى الْعَجْزِ فِي الْحَالِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ صَحِيحٌ إِذْ أَنْقَطَعَ الشَّرْبُ الْعِدُّ وَالْمَاءُ الْجَارِي أَيْضاً مُمْكِنٌ، وَإِنْ اسْتَأْجَرَ أَرْضاً وَالْمَاءُ مُسْتَوٍ عَلَيْهَا فِي الْحَالِ وَلَا يَعْلَمُ أَنْحِسَارَهُ فَهُوَ بَاطِلٌ، وَإِنْ عَلِمَ أَنْحِسَارَهُ فَهُوَ صَحِيحٌ (و) إِنْ تَقَدَّمَتْ رُؤْيَةُ الْأَرْضِ أَوْ كَانَ الْمَاءُ صَافِياً لَا يَمْنَعُ رُؤْيَةَ الْأَرْضِ.**

قال الرافعي: ترجمة هذا الفصل<sup>(٣)</sup> هاهنا، وفي الفصل السابق يكون المنفعة

(١) جزم ابن الرفعة به وقال في القوت: وما استدركه ابن يحيى ليس الأجرة فيه مجرد الكلمة بل عليها وعلى المساومة والمماكسة قال ابن الرفعة: ومحل الصحة إذا كان البيع من غير معين فإن كان من معين لم يصح أي وإن حصل فيه تعب.

(٢) في أفلا قيمة لمنفعته. (٣) في ط هل الشرط.

متقومة بنفسها لا بعين تظم إليها كأنه قدر انقسام المنفعة إلى مقومة بنفسها، ومتقومة بعين تنضم إليها، ولمانع أن يمنع ذلك، ويقول: إن العين المنضمة إلى المنفعة هي المتقومة، والمنفعة لا تستفيد من العين تقوماً. وقال في «الوسيط» معبراً عن هذا الشرط: أنه لا يتضمن استيفاء عين قصد وهذا أليق بمسائل الفصل، وعلته أن الإجارة عقد يبتغي به المنافع دون الأعيان، هذا هو الأصل إلا أنه قد تستحق بها الأعيان تابعة لضرورة أو حاجة حاقّة، فتلحق تلك الأعيان حينئذ بالمنافع. وفيه مسائل: إحداهما: استئجار الكروم والبستان لثمارها، والشاة لتنتاجها، أو صوفها، أو لبنها باطل، لأن الأعيان لا تملك بعقد الإجارة، وهذا في الحقيقة بيع الأعيان معدومة ومجهولة.

الثانية: الاستئجار لإرضاع الطفل جائز، ويستحق به منفعه وعين المنفعة أن تضع الصبي في حجرها، وتلقمه الثدي، ويعصره عند الحاجة، والعين اللبن الذي يمتصه الصبي، وإنما جوزناه وأثبتنا به استحقاق اللبن، لأننا لو منعناه لاحتاج إلى شراء اللبن كل دقيقة، وفيه من المشقة ما يعظم، ثم الشراء إنما يمكن بعد الحلب، والتريبة لا تتم باللبن المحلوب<sup>(١)</sup>، ثم الأصل الذي يتناوله العقد ماذا. فيه وجهان؛

أحدهما: اللبن، وفعلها تابع، لأن اللبن مقصود لعينه، وفعلها مقصود لإيصال اللبن المقصود إلى الصبي.

وأصحهما: أن الأصل المتناول بالعقد فعلها واللبن مستحق تبعاً لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآوِهْنَ أَجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦].

علل الأجرة بفعل<sup>(٢)</sup> الإرضاع لا باللبن وأيضاً فإن الإجارة موضوعة لاستحقاق المنافع، فإن استحق فيها عين لضرورة تدعو إليه فهي تابعة، كالبئر تستأجر لسقي مائها، والدار تستأجر، وفيها بئر يجوز الاستسقاء منها، ثم إن استأجرها للحضانة مع الإرضاع جاز وإن استأجرها للإرضاع ونفى الحضانة فوجهان:

أحدهما: لا يجوز؛ لأنه لا يجوز استئجار الشاة لإرضاع السخلة.

وأصحهما: الذي أورده الأكثرون أنه يجوز، كما يجوز أن تستأجر لمجرد الحضانة. قال الإمام: وهذا الخلاف فيما إذا قصر الإجارة على صرف اللبن إلى الصبي وقطع عنه، وضعه في الحجر ونحوه، فأما الحضانة بالتفسير<sup>(٣)</sup> الذي تذكره من بعد، فلا خلاف في جواز قطعه عن الإرضاع.

(٢) في أ بيان.

(١) في ط المحض.

(٣) في ط بالمعنى.

الثالثة: استئجار الفحل للضرب حكمه ما ذكرنا في الباب الثالث من «كتاب البيع». وقوله «أنه لا يوافق بتسليمه على وجه ينفع» أرادية أنه أمر لا يتعلق باختيار الحيوان، ثم بتقدير أن يئزوا، فربما لا ينزل، فإن أنزل فربما لا يحصل منه الولد، وهو المقصود، لكن المعبر القدرة على تسليم المنفعة المعقود عليها.

فأما وقوعه نافعاً مَرَّ وسيله إلى الغاية المقصودة، فغير معتبر بالاتفاق.

ومما يناسب مسائل الفصل استئجار القنوات، وله ذكر في بعض نسخ الكتاب قبيل المسألة الثالثة بهذه العبارة، واستئجار القناة للزراعة بمائها الأصلح تجويزه للحاجة، ولا وجه في القياس إلا على قول مَنْ لا يرى الماء مملوكاً، فتكون القناة كالشبكة، والماء كالصيد، وغالب الظن أولاً أن المسألة ليست من متن الكتاب، فليست هي ثابتة في «الوسيط»؛ ثم حكمها تفريعاً على أن الماء ليس بملوك بيّن كما ذكره.

وعلى قولنا: إنه مملوك فالمنافع آبار الماء.

وقد جوزنا استئجار بئر الماء للاستقاء والتي بعدها مستأجرة لإجراء الماء فيها.

وقال القاضي الروياني في «الحلية» إذا اكرت قرار القناة ليكون أحق بمائها جاز في قول بعض أصحابنا، وهو الاختيار، والمشهور منعه، ولفظه في تصوير المسألة يشبه أن يكون مبنياً، على أن الماء لا يملك (١).

الشرط الثالث: للمنفعة أن تكون مقدوراً على تسليمها (٢).

فلا يجوز استئجار الآبق والمغصوب كبيعهما، ولا استئجار الأخرس للتعليم، والأعمى لحفظ المتاع، وكذا استئجار من لا يحسن القرآن ليعلمه.

قال في «الوسيط»: فإن وسّع عليه وقتاً يقدر على التعلّم قبل التعليم ففيه وجهان.

(١) ثبت في ب قال: «أما القدرة على التسليم نعني به إئتجار الأخرس للتعليم والأعمى للحفظ باطل» ولو استأجر قطعة أرض لا ما لها للزراعة فهو باطل، وإن استأجر للسكون جائز، وإن أطلق وكان في محل توقع للزراعة كان كالصريح بالزراعة، وإن كان الماء متوقفاً ولكن على البذور ففاسد، بناء على أن الحال وإن كان يعلم وجود الماء فصحيح، وإن كان يعلم من وجود الماء بالأمطار فالنص أنه فاسد، نظر إلى العجز في الحال وقيل: إنه صحيح انقطاع المشرب العدو الماء الجاري أيضاً ممكن، وإن استأجر أرضاً والماء مستو عليها في الحال، ولا يعلم الخساره فباطل، وإن علم الخسارة فهو صحيح إن تقدمت روية الأرض، أو كان الماء صافياً لا يمنع روية الأرض.

(٢) حساً أو شرعاً ليتمكن المستأجر منها والقدرة على التسليم تشمل ملك الأصل وملك المنفعة فيدخل المستأجر فله إيجار ما استأجره.

**الأصح:** المنع<sup>(١)</sup>؛ لأن المنفعة مستحقة في عينه، والعين لا تقبل شرط التأجيل والتأخير، وإن استأجر أرضاً للزراعة وجب أن تكون الزراعة فيها متيسرة.

والأراضي أنواع: منها أرض لها ماء دائم من نهر أو عين أو بئر ونحوها.

ومنها: أرض لا ماء لها ولكن يكفيها المطر المعتاد، والثداوة التي تصيبها من الثلوج المعتادة، كبعض أراضي الجبال أو لا يكفيها ذلك، ولكنها تسقى بماء الثلج والمطر في الجبل، والغالب فيها الحصول.

ومنها: أرض لا ماء لها، ولا تكفيها الأمطار المعتادة، ولا تسقى بماء غالب الحصول من الجبل، ولكن إن أصابها مطر عظيم أو سيل نادر أمكن أن تنزرع.

فالنوع الأول يجوز استجاره، لثالث لا يجوز، لأنها منفعة غير مقدور عليها، وإمكان الحصول غير كاف كما كان عود الأبق ورد المغصوب. وفي النوع الثاني وجهان:

**أحدهما:** وبه قال القفال: أنه لا يجوز استجاره؛ لأن السقي معجوز عنه في الحال، والماء المتوقع لا يعرف حصوله، ويتقدير حصوله لا يعرف أنه هل يحصل في الوقت تمكن الزراعة فيه؟

**والثاني:** أنه يجوز، ويحكي عن القاضي الحسين، لأن الظاهر حصول المقصود، والتمكن الظاهر كاف، ألا ترى أن انقطاع ماء النهر والعين ممكن أيضاً، لكن لما كان الظاهر فيه الحصول كفى لصحة العقد، وهذا أقوى الوجهين، وبه أجاب القاضي ابن

(١) يستثنى من عدم صحة إجارة المغصوب إجارته من غاصبه، فإنه يصح. وقال الشيخ الإمام السبكي: بيع المغصوب من الغاصب جائز، وكذا من غيره إذا قدر على انتزاعه في الأصح وقياسة في الإجارة مثله إذا لم تتأخر المنفعة عن العقد. قال الزركشي: رأيت القاضي حسين صرح به في باب النهي عن بيع الغرر من تعليقه وصاحب التتمة في باب الغصب فقال: إن أجره لمن لا يقدر على انتزاعه فحكمه حكم المشتري إذا أجر البيع قبل القبض. وقضية ذلك عدم الصحة لأن الأصح عدم صحة إجارة المبيع قبل القبض، ويؤخذ من قول المصنف رحمه الله أن تكون المنفعة مقدوراً على تسليمها أنه لا يجوز إجارة العين المنذورة إعتاقه، وكذا من شرط عتقه على المشتري ويؤخذ منه إجارة المؤجر، وقد ذكر المصنف رحمه الله فيما بعد، وأما المقطع فأفتى الشيخ بصحة إجارته وقال لأنه يستحق منفعتها. ولا يمنع من ذلك كونها معرضة لأن يستردها السلطان منه بموته أو غيره كما لا يجوز للزوجه أن تؤجر الأرض التي هي صداقها قبل الدخول وإن كانت معرضة لأن يستردها منها بانفساخ النكاح، وخالف الشيخ تاج الدين الفزاري وولده وابن الزمكاني وغيرهم من الشاميين فأفتوا بالطلاق بناء على أن المقطع لم يملك المنفعة وإنما أبيع له الانتفاع بها كالمستعير، وفصل السبكي رحمه الله بين أن يأذن له الإمام في الإجارة أم يجري عرف عام فيصح حينئذ كما يجوز إيجاز الموقوف عليه لها إن كان ناظراً أو يأذن الناظر له وإلا فيمتنع.

كجَّ وصاحب «المهذب» وغيرهما، وإنما أضاف صاحب الكتاب الأول إلى النص؛ لأنه قال في «المختصر»: وأن يُكاري الأرض البيت التي لا ماء لها، وأما تسقى بِنُطْفٍ من السماء أو بسيل إن جاء فلا يصح.

وظاهره يشمل النوع الثاني والثالث لأن كليهما يسقى بماء السماء، لكن من قال بالوجه الثاني حمل النص على النوع الثالث وقد يشعر به قوله: «أو بسيل إن جاء».

والنُطف: القطر يقال: نطف ينطف نطفاً وكل قاطر ناطف. ومنها: أرض على شَطِّ النيل أو الفرات أو غيرها يعلو الماء عليها، ثم ينحسر، ويكفي ذلك لزراعتها السنة، فإذا استأجرها للزراعة بعد ما علاها الماء وانحسر صح، وإن كان قبل أن يعلو الماء عليها، فإن لم يوثق به كالنيل لا ينضب أمره، لا يصح إن كان الغالب حصوله، فليكن على الخلاف في استئجار النوع الثاني من الأراضي، وإن كان موثوقاً به كالمد «بالصبرة» صح كماء النهر، وإن كان يتردد في وصول المد إلى تلك الأراضي، فهي كأرض من الأراضي ليست لها ماء معلوم، وإن كان قد علاها الماء ولم ينحسر، فإن كان لا يُزجى انحساره لم يجز استئجارها، وكذا لو كان يتردد فيه؛ لأن العجز يقين وزواله مشكوك فيه، وإن كان يرجى انحساره وقت الزراعة بالعادة، فالنص صحته.

قال الأصحاب: فيه وجهان من الإشكال:

أحدهما: أن شرط الإجارة التمكن من الانتفاع عقب العقد، والماء مانع منه.

والثاني: أنه يمنع رؤية الأرض، فيكون إجارة الغائب.

وأجيب عن الأول بوجهين:

أحدهما: أن موضع النص إذا كان الاستئجار لزراعة ما تمكن زراعته في الماء كالأرز، فإن كان غير ذلك لم يصح الاستئجار، حكاه الشيخ أبو حامد عن بعضهم.

واصحهما: أنه لا فرق بين مزروع ومزروع ولكن الماء فيها من مصالح العمارة والزراعة، فكان إبقاؤه فيها ضرباً من العمارة، وأيضاً فإن صرف الماء يفتح موضع ينصب إليه، أو حفر بئر ممكن في الحال، وحيثئذ يكون متمكناً من الاستعمال بالعمارة بهذه الوسائط، فاشبه ما إذا استأجر داراً مشحونة بأمثلة يمكن الاستعمال بنقلها في الحال، فإنه يجوز إلا أن الشيخ أبا مُحَمَّدٍ حكى وجهاً في منع إجارة الدار المشحونة بالأمثلة بخلاف بيعها، والأظهر الأول

وأما الثاني فمنهم من قال: التصوير فيما إذا كان قد رأى الأرض قبل حصول الماء فيها، أو كان الماء صافياً لا يمنع رؤية وجه الأرض، وإن لم يكن كذلك، فعلى قولي شراء الغائب، ومنهم من قطع بالصحة.

أما عند حصول الرؤية فظاهر. وأما إذا لم تحصل فلأنه من مصلحة المزارعة، من حيث أنه يقوي الأرض، ويقطع العروق المنتشرة فيها، فأشبه استئجار الجوز واللوز بقشره. والظاهرة: الصحة سواء أجريننا القولين أم لا وإن كانت الأرض على شط نهر، الظاهر منها أنها تفرق، وتنهار في الماء لم يجز استئجارها، وإن احتمل ولم يظهر جاز؛ لأن الأصل والغالب دوام السلامة، ويجوز أن تخرج حالة الظهور على مقابل الأصل.

والظاهر إذا عرف حكم الأنواع، فكل أرض لها ماء معلوم واستأجرها للزراعة مع شربها منه فذاك، وإن استأجرها للزراعة دون شربها جاز إن تيسر سقيها من ماء آخر، وإن أطلق دخل فيه الشرب، بخلاف ما إذا باعها لا يدخل الشرب فيه؛ لأن المنفعة هاهنا لا تحصل دونه، وهذا إذا اطردت العادة للإجارة مع الشرب، فإن اضطريت فسيأتي الحكم في الباب الثاني، فكل أرض منعنا استئجارها للزراعة، فإن اكتراها لينزل فيها، أو يسكنها، أو يجمع الحطب فيها، أو يربط الدواب جاز، وإن اكتراها مطلقاً نظر إن قال: اكتريت هذه الأرض البيضاء، ولا ماء لها جاز؛ لأنه يعرف بنفي الماء أن الاستئجار بغير منفعة الزراعة، ثم لو حمل ماء من موضع وزرعها أو زرع على توقع حصول ماء لم يمنع، وليس له البناء والغراس فيها، نص عليه ووجهه بأن تقدير المدة يقتضي ظاهره التفريغ عند انقضائها والغراس والبناء للتأييد، بخلاف ما لو استأجر للبناء والغراس، فإن التصريح بها حرف اللفظ عن ظاهره، وإن لم يقل عند الإجارة: ولا ماء لها، فإن كانت الأرض بحيث يطمع في سوق الماء إليها لم يصح العقد؛ لأن الغالب في مثلها الاستئجار للزراعة، فكان ذكرها وإن كانت على قلة جبل لا يطمع في سوق الماء إليها.

فوجهان: عن رواية أبي إسحاق:

وأظهرهما: الصحة وتكفي هذه القرينة صارفة، فإذا اعتبرنا نفي الماء ففي قيام علم المتعاقدين مقام التصريح بالنفي وجهان:

أشبههما: المنع؛ لأن العادة في مثلها الاستئجار للزراعة، فلا بد من الصرف باللفظ، ألا ترى أنه لما كانت العادة في الثمار الإبقاء، وأردنا خلافه اعتبرنا التصريح شرط القطع؟ واعلم أن في المسألة تصريحاً بجواز الاستئجار مطلقاً من غير بيان جنس المنفعة، وسيأتي الكلام فيه.

وأما لفظ الكتابة فقول: «فإن أطلق وكان في محل يتوقع الزراعة كان كالتصريح بالزراعة» جواب على أحد الوجهين.

فأما على رأي من لا يفرق، ويقول: سواء كانت الزراعة متوقعة أو لم تكن، فلا إطلاق كالتصريح بالزراعة، فيجوز أن يعلم بالواو.

وقوله: «وكان في محل تتوقع الزراعة» وأبعد الماء الدائم الذي لا انقطاع له.

وقوله: «فإن علم انحساره فهو صحيح» يمكن إعلامه - بالواو - للوجه الذي رواه الشيخ أبو حامد في فرق بين الأرز وغيره.

وقوله: «إن تقدمت رؤية الأرض، أو كان الماء صافياً لا يمنع رؤية الأرض» وإلا فهو على الخلاف في شراء الغائب.

قال الغزالي: **وَإِجَارَةُ الدَّارِ لِلسَّنَةِ الْقَابِلَةِ فَاسِدَةٌ (ح) إِذْ لَا تَسَلُطُ عَلَيْهِ عَقِيبَ الْعَقْدِ مَعَ أَهْتِمَادِ الْعَقْدِ الْعَيْنِ.**

قال الرافعي: عرفت انقسام الإجارة إلى: واردة على العين وواردة على الذمة.

أما إجارة العين فلا يجوز إيرادها على المستقبل كإيجار الدار للسنة القابلة والشهر الآتي. وكذا إذا قال أجرتك سنة مبتدأة من الغد أو من الشهر الآتي، أو أجرتك هذه الدابة للركوب إلى موضع كذا على أن تخرج غداً.

وقال أبو حنيفة وأحمد: يجوز ذلك لنا القياس على البيع فإنه لو باع على أن يسلم بعد شهر فإنه باطل.

ولو قال أجرتك سنة فإذا انقضت السنة فقد أجرتك سنة أخرى، فالعقد الثاني باطل على الصحيح، كما لو قال إذا جاء رأس الشهر فقد أجرتك مدة كذا.

فأما الإجارة الواردة على الذمة فيحتمل فيها التأجيل والتأخير كما إذا قال ألزمت ذمتك حملي إلى موضع كذا على دابة صفتها كذا، غداً أو غرة شهر كذا، كما لو أسلم في شيء مؤجلاً وإن أطلق كان حالاً، وإن أجر داره سنة من زيد، ثم أجرها من غيره السنة الثانية قبل انقضاء الأولى لم يجز، فإن أجرها من زيد نفسه، فوجهان ويقال قولان:

أحدهما: المنع لأنه إجارة سنة قابلة، كما لو أجر من غيره أو منه مدة لا تتصل بآخر المدة الأولى.

والثاني: وهو المنسوب إلى نصه أنه يجوز اتصال المدتين، كما لو أجر منه الستين في عقد واحد، وهو أصح عند صاحب «التهذيب» وغيره.

ورجح في «الوسيط» الوجه الأول محتجاً بأن العقد الأول قد ينفسخ فلا يتحقق شرط العقد الثاني، وهو الاتصال بالأول ولمن نصر الوجه الثاني أن يقول: الشرط رعاية الاتصال ظاهراً، وذلك لا يقدر فيه الانفساخ العارض، ولو أجرها من زيد لسنة وأجرها زيد من عمرو ثم أجرها المالك من عمرو السنة الثانية قبل انقضاء المدة الأولى ففيه

الخلاف، ولا يجوز أن يؤجرها من عمرو وهكذا في التهذيب وفي «فتاوى القفال» أنه يجوز أن يؤجرها من زيد، ولا يؤجرها من عمرو، لأن زيداً هو الذي عاقده، فيضم إلى ما استحق بالعقد الأول السنة الثانية.

قال الغزالي: وَلَوْ سَنَةٌ ثُمَّ أُجِرَ مِنْ نَفْسِ الْمُسْتَأْجِرِ السَّنَةُ الثَّانِيَةَ فَوَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ: أَسْتَأْجِرُكَ هَذِهِ الدَّابَّةَ لِأَرْكَبَهَا نِصْفَ الطَّرِيقِ وَ أَتْرُكُ النِّصْفَ إِلَيْكَ، قَالَ الْمُزْنِيُّ: هُوَ إِجَارَةٌ لِلزَّمَانِ الْقَابِلِ إِذْ لَا يَتَعَيَّنُ لَهُ النِّصْفُ الْأَوَّلُ، وَقَالَ غَيْرُهُ يَصِحُّ، وَإِنَّمَا التَّقْطُعُ بِحُكْمِ الْمُهَابِئَةِ فَهَوُ كَأَسْتَبْجَارِ نِصْفِ الدَّابَّةِ وَنِصْفِ الدَّارِ وَهُوَ صَحِيحٌ (ح).

قال الرافعي: ولو أجز داره سنةً وباعها في المدة، وجوزناه لم يكن للمشتري أن يؤجر السنة الثانية من المكتري؛ لأنه لم تكن بينهما معاقدة، وتردد في أن الوارث هل يتمكن منه إذا مات المكتري في المدة؛ لأن الوارث نائبه.

ولا يجوز أن يؤجر الدار والحانوت شهراً على أن ينتفع به الأيام دون الليالي؛ لأن زمان الانتفاع لا يتصل بعضه ببعض، فيكون إجارةً للزمان المستقبل، وفي مثله في العبد والبهيمة يجوز؛ لأنهما لا يطبقان العمل الدائم، ويرفهان الليل على العادة وإن أطلق الإجارة.

ولو أجز دابته لموضع ليركبها المكتري زماناً، ثم المكتري زماناً لم يجز لتأخر حق المكتري، وتعلق الإجارة بالزمان المستقبل، وإن أجزها منه ليركب المكتري بعض الطرق، وينزل ويمشي في البعض أو أجز من اثنين ليركب هذا زماناً، وهذا مثله ففيه أوجه

أحدها: أن الإجارة فاسدة في الصورة الأولى، صحيحة في الثانية؛ لأنه إذا اكرت من اثنين اتصل زمان الإجارة ببعضه ببعض، فإذا اكرت من واحد تفرق، فتكون إجارة الزمان المستقبل.

وثانيهما: المنع في الصورتين؛ لأنه إجارة إلى آجال متفرقة، وأزمنة متقطعة.

وثالثها: وبه مقال المزني في «الجامع الكبير» تخريجاً، ووافقه صاحب «التلخيص» أنه تجوز الإجارة في الصورتين مضمونة في الذمة، ولا تجوز على دابة معينة. والفرق وأنها إذا كانت في الذمة، فإن أجز من واحد فقد ملكه نصف المنافع على الإشاعة، فيقاسم المالك، وإن أجزها من اثنين ملكهما الكل نسقاً فيتقاسمان.

وأما إجارة العين فإنها تتعلق بأزمنة متقطعة، فتكون إجارة الزمان المستقبل.

وأصحهما: وهو نصه في «الأم» جواز الإجارة في الصورتين، سواء وردت على



العين أو الذمة، ويثبت الاستحقاق في الحال بتقسيم المكثري والمكثريين، والتأخير الواقع من ضرورة القسمة والتسليم لا يضر، وهذه المسألة تشهر بـ «كراء العُقب» وهو جمع عُقْبَة، والعقبة: الثَّوْبَة وهما يتعاقبان على الراحلة، إذا ركب هذا تارة، وهذا تارة

وإذا قلنا بالجواز فلو كان بالطريق عادة مضبوطة، إما بالزمان بأن يركب يوماً وينزل يوماً، أو بالمسافة بأن يركب فرسخاً ويمشي فرسخاً حمل العقد عليها، وليس لأحدهما أن يطلب الركوب ثلاثاً والنزول ثلاثاً لما في دوام المشي من التعب<sup>(١)</sup>.

وإن لم تكن عادة مضبوطة فلا بد من البيان في الابتداء، وإن اختلفا في من يبدأ بالركوب، فالحكم القرعة ولو أكرى الدابة من اثنين، ولم يتعرض للتعاقب.

قال في «التتمة» إن احتملت الدابة ركوب شخصين اجتماعاً على الركوب، وإلا فالرجوع<sup>(٢)</sup> يخرج على المهैयाة كما سبق.

ولو قال: أجزتك نصف الدابة إلى موضع كذا، أو أجزتك الدابة لتركبها نصف الطريق صح، ويقتسمان إما بالزمان أو بالمسافة وهذه إجارة المشاع تصح كما يصح بيعه وبه قال مالك. وقال أبو حنيفة وأحمد: لا تصح إجارة المشاع إلا من الشريك.

وفي إجارة نصف الدابة وجه أنها غير جائزة للتقطع بخلاف إجارة نصف الطريق وبخلاف ما إذا أجر منهما ليركبان في محمل. ونعود إلى ما يتعلق بلفظ الكتاب خاصة.

أما تضمينه مسائل الفصل شرط القدرة على التسليم، فكان سببه أن منافع الزمان المستقبل غير مقدور عليها. أما إذا نُجِّزَ كان التسليم في الزمان الحاضر مقدوراً عليه فينسحب حكمه على جميع المدة المتواصلة للحاجة. وقوله «فاسد» معلم بالحاء والألف. وأراد بقوله: «إذ لا تسلط عليه عقب العقد مع اعتماد العقد العين» أن هذه الإجارة متعلقة بالعين غير واردة على الذمة، وذلك يقتضي التسليط في الحال. وقوله: «فوجهان» يجوز إعلامه بالواو ولأن أبا الفرج السرخسي حكى طريقة قاطعة بالمنع كما لو أجر من غير المستأجر، ولفظ الكتاب في مسألة كراء العُقب لا يتناول إلا الإجارة الواردة على العين، وإلا إذا اتحد المكثري لا يجيء حينئذٍ إلا وجهان كما ذكرنا. وقوله

(١) قال السبكي: والحق أنه يجوز أن يشارطا عليه إلا أن يكون فيه ضرر على البهيمة، وقال الخطيب: والكلام محمول على أنه بعد استقرار الأمر على يوم ونحوه: ليس له طلب ثلاث، قال الولي العراقي محمول على ما إذا كانت العادة يوماً.

(٢) في ط الركوب.

«وهو صحيح» يجوز أن يعلم بالحاء والالف المذهبهما في إجارة المشاع.

فرع:

لا تجوز إجارة ما لا منفعة له في الحال، ويصير منتفعاً به كالجحش لأن الإجارة موضوعة على تعجيل المنافع، بخلاف المساقاة على ما لا يثمر في تلك السنة، ويثمر بعدها، لأن تأخر الثمار محتمل في كل مساقاة.

قال الغزالي: وَالْعَجْرُ شُرْعاً كَالْعَجْرِ حِسّاً، فَلَوْ اسْتَأْجَرَ عَلَى قَلْعِ سِنِّ صَحِيحَةٍ وَقَطَعَ يَدَ صَحِيحَةٍ أَوْ اسْتَأْجَرَ حَائِضاً عَلَى كَنْسِ مَسْجِدٍ فَهُوَ فَاسِدٌ لِأَنَّ تَسْلِيمَهُ شُرْعاً مُتَعَدِّراً وَلَوْ كَانَتْ يَدٌ مُتَأَكَّلَةً أَوْ السِّنُّ وَجَعَةً صَحَّتْ، فَإِنْ سَكَنْتَ قَبْلَ الْقَلْعِ أَنْفَسَخَتْ الْإِجَارَةُ.

قال الرافعي: المعجوز عنه شرعاً كالمعجوز عنه حساً<sup>(١)</sup>، كما قدمنا في البيع، فلا يجوز الاستئجار لقلع سن صحيحة<sup>(٢)</sup>، وقطع يد صحيحة، ولا استئجار الحائض<sup>(٣)</sup> لكنس المسجد وخدمته؛ لأنها منافع متعذرة التسليم شرعاً.

وقال في «الوسيط» في إجارة الحائض لكنس المسجد احتمال، فيجوز أن تصح<sup>(٤)</sup>، وإن كانت تعصى به، كما تصح الصلاة في الأرض المغصوبة، وإن كان يشغل ملك الغير والمنقول الأول، وكذا لا يجوز الاستئجار لتعليم التوراة، والإنجيل، وختان الصغير الذي لا يحتمل ألمه ولتعلم السحر والفحش.

ولو استأجر لقطع يد متأكلة أو قلع سن وجعة، فالكلام أولاً في جوازهما.

(١) ويستثنى من هذا مسائل: منها: ما لو رأى المتيمم ماء في صلاته التي تسقط القضاء، ثم تلف، امتنع عليه التنفل بعد السلام بذلك التيمم مع أنه رآه وهو ممنوع من استعماله شرعاً لأجل الصلاة ولم يجعله كما لو رآه وثم مانع منه حسي كسبح وعدو. ومنها: ما ذكره في الإيلاء أن المانع إذا قام بالمرأة إن كان حسياً منع من ضرب المدة أو شرعياً فلا في بعض الصور؛ ومنها: الإقالة فإنها تجوز بعد تلف المبيع ولا تجوز بعد بيع المبيع أو إجارته. ومنها: ما لو فقد إحدى رجليه وليس الخف على الأخرى، فإنه يجوز إن يمسه ولو كانت عليه بحيث لا تغسل لم يسمح خف الأخرى على الصحيح.

(٢) لحرمة قلعها، وفي معناها كل عضو سليم من آدمي أو غيره سليم من غير مضامن وهذا مفهوم قول المصنف رحمة الله أو قطع يد صحيحة.

(٣) وفي معناها النساء والمستحاضة.

(٤) وإن أمنت التلوث وجوزنا العبور لاقتضاء الخدمة المكث أو التردد وهي ممنوعة منه، أما الكافرة إذا أمنت التلوث، فالأشبه الصحة كما قاله الأذرعى بناء على الأصح من تمكين الكافر الجنب من المكث بالمسجد لأنها لا تعتقد حرمة.

أما القلع فإنه يجوز إذا صعب الألم. وقال أهل البصر: إنه يريح الألم. وأما القطع فلا بد وأن يذكر أهل الصنعة أنه نافع، وأن مع ذلك ففي جوازه خلاف عن حكاية الشيخ أبي محمد المنع، أن القطع إنما يمنع إذا وضعت الحديد على محل صحيح، وأنه مهلك، كما إن الأكلة مهلكة، وهذا الخلاف وما في جواز القطع من التفصيل المذكور في الكتاب في (باب ضمان الولاة) فحيث لا يجوز القطع والقلع، فالاستئجار لهما باطل، وحيث يجوز ففي صحة الإجارة وجهان:

أحدهما: المنع؛ لأن الإجارة إنما تجوز في عمل موثوق به، وجواز زوال العلة محتمل فيمتنع الوفاء بقضية الإجارة، وسبيل مثل هذا الغرض أن يحصل بالجمالة بأن يقول: اقلع سني هذه، ولك كذا.

وأصحهما: الصحة، إذ لا يشترط لصحة الإجارة القطع بسلامتها عما يقطعها.

ورأى الإمام تخصيص الوجهين بالقلع لا أن احتمال فتور الوجع في الزمان الذي يفرض فيه القلع<sup>(١)</sup> غير بعيد. وأما زوال الآكلة من زمان بأرباب القطع فإنه غير محتمل، وأجرى الخلاف في الاستئجار للفضد، والحجامة، ويزع الدابة؛ لأن هذه الإيلامات إنما تباح بالحاجة، وقد تزول الحاجة. وإذا استأجر امرأة لكنس مسجد فحاضت، انفسخ العقد، إن وردت الإجارة على عينها وعينت المدة، وإن وردت على الذمة لم تنفسخ، لإمكان أن تفوضه إلى الغير، وأن تكنس بعد أن تطهر.

وإذا جوزنا الاستئجار لقلع السن الوجعة فاستأجر له ثم سكن الوجع، انفسخت الإجارة لتعذر القلع، وهذا قد ذكره مرة أخرى في الباب الثالث، وسنذكر هناك ما يقتضي إعلام قوله: «انفسخت الإجارة» بالواو وإن لم يبرأ، لكن امتنع المستأجر من قلعه. قال في «الشامل»: لا يجب عليه إلا أنه إذا سلم الأجير نفسه، ومضى مدة إمكان العمل، وجب على المستأجر الأجرة، ثم ذكر القاضي أبو الطيب أنها لا تستقر حتى لو انقلعت تلك السن، انفسخت الإجارة، ووجب رد الأجرة، كما لو مكنت الزوجة في النكاح ولم يطأها الزوج ويفارق ما إذا حبس الدابة مدة إمكان السير حيث تستقر عليه الأجرة لتلف المنافع<sup>(٢)</sup>.

(١) في ط القطع.

(٢) قال النووي: هذا الذي نقله عن صاحب «الشامل» إلى آخر كلام القاضي أبي الطيب، هكذا هو في «الشامل» و«البيان». فإن قيل: قد قال الشيخ نصر المقدسي في «تهذيبه»: إذا امتنع المستأجر من قلعه، لم يكن له فسخ العقد، لكن يدفع الأجرة، وله الخيار بين مطالبته بقلعه، وبين تركه، كما لو استأجر ليخيط له ثوباً. قلنا: هذا الذي قاله، لا يخالف قول صاحب «الشامل».

قال الغزالي: **وَلَوْ اسْتَأْجَرَ مَنْكُوحَةَ الْغَيْرِ دُونَ الزَّوْجِ فَفَاسِدٌ (و)، وَلَوْ اسْتَأْجَرَهَا الزَّوْجَ لِتَفْسِيهِ فَهُوَ صَحِيحٌ، وَإِنْ اسْتَأْجَرَهَا (و) لِإِرْضَاعٍ وَلَدِهِ مِنْهَا صَحَّ.**

قال الرافعي: استتجار منكوحه الغير، إما أن يفرض من غير الزوج أو منه.

أما غيره، فله أن يستأجرها للرضاع. وغيره بإذن الزوج<sup>(١)</sup> وبغير إذنه وجهان:

أحدهما: يجوز أيضاً؛ لأن محله غير محل النكاح، إذ لا حَقَّ في لبنها وخدمتها.

وأصحهما: المنع<sup>(٢)</sup>، وهو المذكور في الكتاب؛ لأن أوقاتها مستغرقة بحق

الزوج، فلا تقدر على توفية ما التزمته، فإن لم نصححه فذاك، وإن صححناه، فللزوج

فسخه كيلاً يحيل حقه. ولو أجرت نفسها، ولا زوج لها، ثم نكحت في المدة،

فالإجارة بحالها، وليس للزوج منعها بما التزمته، كما لو أجرت نفسها بإذنه، لكن

يستمتع بها في أوقات فراغها، فإن كانت الإجارة للرضاع، فهل لولي الطفل الذي

استأجرها لإرضاعه منع الزوج من وطئها؟

فيه وجهان:

أحدهما: ويحكي عن أبي حنيفة ومالك نعم؛ لأنه ربما تحمل، فينقطع اللبن

فيقل، فيضر بالطفل.

والثاني: وبه أجاب أصحابنا العراقيون لا؛ لأن الحمل متوهم، ولا يمتنع به

الوطء المستحق.

وذكر في التهذيب أنه إن كانت الإصابة تضر باللبن منع الزوج من إصابتها، وهذا

إن أراد به الضرر الناشئ من الحبل الناشئ من الإصابة فهو جواب على الوجه الأول،

ويجوز أن يحمل على إضرارها باللبن من غير توسُّط الحمل، وإذا منع الزوج فلا نفقة

عليه في تلك المدة<sup>(٣)</sup>. ولو أجر السيد الأمة المزوجة جاز، ولم يكن للزوج منعها من

المستأجر؛ لأن يده يد السيد في الانتفاع، وأما الزوج فلا يمنع من استأجرها إلا أنه إذا

استأجرها لإرضاع ولده منها ففيه وجهان:

(١) محل ذلك إذا كانت تملك منافع نفسها بخلاف العتيقة الموصى بمنافعها أبداً ونحوه قاله الأذري

وتبعه في الخادم وزاد فقال: وهل للرجعية أن تؤجر نفسها فيه كلام سيأتي في النفقات.

(٢) هذا في إجارة العين، أما في الذمة فلها ذلك بغير إذنه لأنه لا يتعين عليها الأيفاء بنفسها بل لها أن

توفيه بغيرها.

(٣) الأصح قول العراقيين فإن قيل قياس منع الراهن من وطء الأمة المرهونة بغير إذن المرتهن منع

الزوج من وطء الزوجة بغير إذن المستأجر كما قال ابن الروياني ونقله الإمام عن الأصحاب. لا

أجيب بأن الراهن يملك منافع الأمة وقد حجر على نفسه بالرهن ولا كذلك الزوج.

أحدهما: وهو الذي ذكره العراقيون المنع، ووجهوه بأنها أخذت منه عوضاً للاستمتاع، وعوضاً للحبس، فلا تستحق شيئاً آخر، وهذا على ضعفه منقوض باستجارها لسائر الأعمال.

وأصحهما: وهو المذكور في الكتاب الجواز، كما لو استأجرها بعد البيئونة، وكما لو استأجرها للطبخ والكنس ونحوهما.

وعن أبي حنيفة: أنه لا يجوز استجارها للطبخ، وما أشبهه؛ لأنه مستحق عليها في العادة، وعلى هذا الخلاف استنجر الوالد ولده للخدمة، وفي عكسه وجهان، إذا كانت الإجارة على عينه، كالوجهين فيما إذا أجر المسلم نفسه من كافر.

قال الغزالي: **أما الحُصُولُ لِلْمُسْتَأْجِرِ نَفْعِي بِهِ أَنْ أُسْتِجَارَهُ عَلَى الْجِهَادِ (و) وَالْعِبَادَاتِ الَّتِي لَا تَجْرِي النَّيَابَةُ فِيهَا فَاسِدٌ إِذْ يَقَعُ لِلْأَجِيرِ، وَأَمَّا الْحَجُّ وَحَمْلُ الْجَنَازَةِ وَحَفْرُ الْقَبْرِ وَعَسَلُ الْمَيْتِ فَيَجْرِي فِيهَا النَّيَابَةُ وَالْإِجَارَةُ، وَلِلْإِمَامِ (و) أُسْتِجَارُ أَهْلِ الذِّمَّةِ لِلْجِهَادِ إِذْ لَا يَقَعُ لَهُمْ، وَالْأُسْتِجَارُ عَلَى الْأَذَانِ جَائِزٌ لِلْإِمَامِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ مَمْنُوعٌ كَالْجِهَادِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ يَجُوزُ لِأَحَادِ النَّاسِ لِيُحْضَلَ لِلْمُسْتَأْجِرِ فَائِدَةٌ مَعْرِفَةِ الْوَقْتِ، وَلَا يَجُوزُ الْأُسْتِجَارُ عَلَى إِمَامَةِ الصَّلَوَاتِ الْفَرَايِضِ، وَفِي إِمَامَةِ التَّرَاوِيحِ خِلَافٌ، وَالْأَصْحَحُ مَنَعُهُ، وَبِالْجُمْلَةِ فَكُلُّ مَنْفَعَةٍ مُتَقَوِّمَةٍ مَعْلُومَةٍ مُبَاحَةٍ يَلْحَقُ الْعَامِلَ فِيهَا كُفْلَةٌ وَيَتَطَوَّقُ بِهَا الْغَيْرُ عَنِ الْغَيْرِ يَصِحُّ إِيرَادُ الْعَقْدِ عَلَيْهَا.**

قال الرافعي: الشرط الرابع حصول المنفعة للمستأجر، وإلا اجتمع العوضان في ملك واحد، فإنه إذا قال: استأجرت دابتك لتركبها بعشرة، كانت المنفعة، والعشرة حاصلة له. وفي أكثر العناية في هذا الشرط نذكر حكم العبادات في الاستئجار، وضبطها إمام الحرمين، فقال: هي على نوعين:

أحدهما: الذي يتوقف الاعتماد بها على النية، فما لا تدخله النيابة منها لا يجوز الاستئجار عليه، لأن الاستئجار نيابة خاصة وما تدخله النيابة منها يجوز الاستئجار عليه كالحج وتفرقة الزكاة. وقال الإمام: ومن هذا القبيل غسل الميت إذا اعتبرنا فيه النية، كجريان النيابة فيه.

والنوع الثاني: لا يتوقف الاعتماد بها على النية، وهي تنقسم إلى فرض كفاية، وإلى شعار غير مفروض.

القسم الأول: فرض الكفايات، وهو على ضربين.

أحدهما: ما يختص إفراضه في الأصل بشخص وموضع معين، ثم يؤمر به غيره

إن عجز، كتجهيز الميت بالتكفين، والغسل وحفر القبر، وحمل الجنازة، والدفن فإن هذه المؤنات تختص بتركة الميت، فإن لم تكن فحينئذٍ يجب على الناس القيام بها، فمثل هذا يجوز الاستئجار عليه؛ لأن الأجير غير مقصود بفعله حتى يقع عنه.

وعد من هذا القبيل تعليم القرآن، فإن كل أحد لا يختص بوجوب التعليم، وإن كان نشر القرآن وإشاعته من فروض الكفايات، وهذا إذا لم يتعين واحد لمباشرة هذه الأعمال، فإن تعين واحد لتجهيز الميت، ولتعليم الفاتحة فوجهان:

أحدهما: المنع، كفروض الأعيان ابتداء.

وأصحهما: الجواز، كما أن المضطر يجب إطعامه، ويجوز تغريمه.

والضرب الثاني: ما يثبت افتراضه في الأصل شائعاً غير مختص بشخص وموضع كالجهاد، فلا يجوز استئجار المسلم عليه؛ لأنه مكلف بالجهاد، والدَّبُّ عن المِلَّة، فيقع عنه، ويجوز استئجار الذمي عليه، وسيأتي ذلك في «كتاب السير» إن شاء الله تعالى.

والقسم الثاني: شعائر غير مفروضة، كالأذان تفرعاً على الأصح، وفي جواز الاستئجار عليه ثلاثة أوجه ذكرناها، وترتيبها في «باب الأذان» فإن جوزنا فعن الشيخ أبي محمد وغيره ثلاثة أوجه في أن المؤذن علام يأخذ الأجرة؟

أحدها: أنه يأخذ على رعاية المواقيت.

والثاني: على رفع الصوت.

والثالث: على الجبعلتين؛ لأنهما ليسا من الأركان.

والأصح: وجه رابع: أنه يأخذه على جميع الأذان بجميع صفاته، ولا يبعد استحقاق الأجرة على ذكر الله تعالى - كما لا يبعد استحقاقها على تعليم القرآن، وإن اشتمل على القرآن، ويتخرج على هذه التقاسيم صور.

منها: الاستئجار، لإمامة الصلاة المفروضة ممنوع منه، والإمامة في التراويح وسائر النوافل وجهان.

الأصح: المنع؛ لأن الإمام حصل لنفسه، ومهما صلى اقتدى به من يريد، وإن لم ينو الإمامة، وإن توقف على نيته شيء، فهو إحراز فضيلة الجماعة، وهذه فائدة تحصل له دون المستأجر، ومن جوزه ألحقه بالاستئجار للأذان لتأدي الشعائر.

ومنها: الاستئجار للقضاء ممنوع؛ لأن المتصدّي له قد تعلق بعمله أمر الناس عامة، وأيضاً فأعمال القاضي غير مضبوطة.

ومنها: أطلقوا القول بمنع الاستئجار للتدريس.

وعن الشيخ أبي بكر الطوسي<sup>(١)</sup> ترديد جواب في الاستئجار لإعادة الدروس.

قال الإمام: لو عين شخصاً أو جماعة ليعلمهم مسألة، أو مسائل مضبوطة، فهو جائز والذي أطلقوه، فهو محمول على استئجار من يتصدى للتدريس من غير تعيين من يعلمه وما يعلمه؛ لأنه كالجهاد في أنه إقامة مفروض على الكفاية ثابت على الشيوع، وكذلك يمتنع استئجار مقررٍ يُقرىء على هذه الصورة.

قال: ويحتمل أن يجوز الاستئجار له، ويشبه الأذان، ولل منع وراء ما ذكره مأخذ آخر وهو أن عمله غير مضبوط كما ذكرناه في القاضي.

وقوله في الكتاب: «وللإمام أن يستأجر أهل الذمة للجهاد» يجوز أن يعلم - بالواو - لوجه ذكره في السير سيتهي إليه الشرح إن وفق الله تعالى.

وقوله: «ليحصل للمستأجر فائدة معرفة الوقت». هذا التوجيه مبني على جواز الأخذ بقول المؤذن والاعتماد عليه، ثم قضية الاكتفاء بحصول الفائدة المستأجر دون أن تحصل له كل الفائدة، ويلزم منه تجويز الاستئجار للإمام؛ ليحصل للمستأجر فضيلة الجماعة. وقوله: «فيما يحمله فكل منفعة متقومة...» إلى آخره. قريب من قوله في أول الركن: «متقومة لانضمام عين إليها...» إلى آخره. وهما في ظاهر الأمر كضابطين يتأدى بهما معنى واحد، لكن ينبغي أن يتنبه فيه لشيئين:

أحدها: أن التعرض للمتقوم مغن عن قوله: «يلحق العامل بها كلفة»؛ لأن ما لا كلفة فيه لا يتقوم كما سبق.

والثاني: أنه وإن أطلق لفظ المنفعة، لكن المراد هاهنا الأعمال التي يستأجر لها الأجراء، وإلا لم ينتظم قوله «يلحق العامل فيها كلفة»، أو لا مجال لمفهومه في منفعة لبس الثوب، وسكون الدار، وقد صرح بذلك في «الوسيط» فقال: كل عمل معلوم متاع يلحق العامل فيه كلفة...» إلى آخره، وكذلك حكاه الإمام عن القاضي الحسين، ثم هذا الضابط سواء كان ضابطاً لمنفعة، أو لمنافع أبدان الأجراء لا اختصاص له بهذا الموضوع، وذكره في غير هذا الموضوع أحسن، والله أعلم.

قال الغزالي: وَأَمَّا قَوْلُهُ: مَعْلُومَةٌ فَتَفْصِيلُهُ فِي الْأَدْمِيِّ وَالْأَرْضِيِّ وَالذُّوَابِ، (أَمَّا

(١) أبو بكر محمد بن بكر الطوسي النوقاني تفقه بنيسابور على يد السرخسي وبيغداد علي أبي محمد الباقي وكان إمام أصحاب الشافعي بنيسابور توفي بنوقان سنة عشرين وأربعمائة قاله ابن الصلاح في طبقاته. طبقات الإسنيوي ٥٧/٢ ونقل عن هذا القول.

الآدمي) إِذَا اسْتَوْجَرَ لِصَنْعَةٍ عُرِفَ بِالزَّمَانِ أَوْ بِمَحَلِّ الْعَمَلِ كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَ الْخَيَّاطَ يَوْمًا أَوْ لِحَيَاظَةٍ تُوْبٍ مُعَيَّنٍ، وَلَوْ قَالَ اسْتَأْجَرْتُكَ لِتُخَيِّطَ هَذَا الْقَمِيصَ فِي هَذَا الْيَوْمِ فَسَدَ (و) لِأَنَّهُ رُبَّمَا يَتِمُّ الْعَمَلُ قَبْلَ الْيَوْمِ أَوْ بَعْدَهُ، وَفِي تَعْلِيمِ الْقُرْآنِ يُعَلَّمُ بِالسُّورِ أَوْ بِالزَّمَانِ، وَفِي الْإِرْضَاعِ يُعَيَّنُ الصَّبِيُّ وَمَحَلُّ الْإِرْضَاعِ، فَإِنَّ هَذَا مِمَّا يَخْتَلِفُ الْغَرَضُ بِهِ

قال الرافعي: الشرط الخامس: كون المنفعة معلومة؛ وقد اعتبر في البيع العلم بثلاثة أمور من المبيع: العين، والقدر، والصفة.

أما العين، فلما لا يجوز أن يقول: بعثك أحد هذين العبدین، لا يجوز أن يقول: أجزرتك أحدهما، بل إما أن يلتزم في الذمة كما يلتزم بالسلم، وإما أن يؤجر عيناً معينة، ثم إن لم تكن لها إلا منفعة واحدة، فالإجارة محمولة عليها، وإن كانت لها منافع لا بد من البيان. وأما الصفة، فقد ذكرنا أن إجارة العين الغائبة على الخلاف في بيعها.

وأما القدر، فهو المقصود بالذكر فاعلم أن قدر المنفعة يشترط العلم به، سواء كانت الإجارة في الذمة، أو كانت إجارة عين، بخلاف المبيع، فإن الشيء المعين إذا بيع تغني المشاهدة عن تحقيق القدر. والفرق أن المنافع ليس لها حضور محقق، وإنما هي متعلقة بالاستقبال، والمشاهدة لا يطلع فيها على الغرض، ثم المنافع تقدر بطريقتين: تارة تقدر بالزمان، كما إذا استأجر الدار ليسكنها سنة.

وتارة بمحل العمل، كما إذا استأجر الخياط ليحيط له الثوب المعين، أو الدابة ليركبها إلى موضع كذا.

ثم قد يتعين الطريق الأول، كما في استئجار العقارات، فإن منافعها لا تنضب إلا بالمدة وكالإرضاع فإن تقدير اللبن لا يمكن، ولا سبيل فيه إلا الضبط بالزمان.

وقد يسوغ الطريقتان كما إذا استأجر عين شخص أو دابة يمكنه أن يقول: ليعمل لي كذا شهراً، وأن يقول: ليحيط هذا الثوب، وفي الدابة أن يقول: لأتردد عليها في حوائجي اليوم، أو يقول: لأركبها إلى موضع كذا، فأيهما كان كفي لتعريف المقدار، فإن جمع بينهما بأن قال: استأجرتك لتحيط لي هذا القميص اليوم ففيه وجهان:

أصحهما: وهو المذكور في الكتاب، وبه قال أبو حنيفة: أنه لا يجوز؛ لأن في إضافة الزمان إلى العمل غرراً لا حاجة إلى احتمالها؛ لجواز انتهاء العمل قبل انتهاء اليوم وبالعكس، وهذا كما إذا أسلم في قفيز حنطة، بشرط أن يكون كذا لا يصح؛ لا احتمال أن يزيد أو ينقص فيتعذر التسليم.

والثاني: يجوز، والمدة المذكورة للتعجيل، فلا تؤثر في فساد العقد، وعلى هذا فوجهان:



**أصحهما:** أنه يستحق الأجرة بأسرعهما إتماماً، فإن تم العمل قبل إتمام اليوم وجبت الأجرة، وإن انقضى النهار قبل تمام العمل فكذلك والثاني الإعتبار بالعمل مقصود فإن تم قبل انقضاء اليوم وحب الإجارة اليوم قبله وجب إتمامه، وبالأول أفنى القفال وذكر أنه إن انقضى النهار أولاً لم يلزمه خياطة الباقي، وإن تم العمل أولاً، فللمستأجر أن يأتي بمثل ذلك القميص ليخيط بقية النهار، فإن قال في الإجارة: على أنك إن فرغت قبل تمام اليوم لم تخط غيره، بطلت الإجارة؛ لأن زمان العمل يصير مجهولاً. إذا عرفت ذلك فالمنافع متعلقة بالأعيان، وتابعة لها، وعدد آحاد الأعيان التي تستأجر كالمتعذر، فعنى الأصحاب بثلاثة أنواع تكثر البلوى بإجارتها ليعرف طريق الضبط فيها، ثم يقاس بها غيرها.

**أحدها:** الأدمي يستأجر لعمل، أو صناعة كالخياطة، فإن كانت الإجارة في الذمة قال: لزمتم ذمتك خياطة هذا الثوب، ولو أطلق وقال: ألزمت ذمتك عمل الخياطة كذا يوماً.

قال القاضي أبو الطيب: لا يصح، وبه أجاب صاحب «التتمة» توجيهاً بأنه لم يعين عاملاً يخيط، ولا محلاً للخياطة، فلا ترتفع الجهالة. وإن استأجر عينه قال: استأجرتك لتخيط هذا الثوب ولو قال لتخيط لي يوماً أو شهراً، نقل أكثرهم جوازه أيضاً، ويجب أن يبين الثوب، وما يريد منه من القميص، أو القبا، أو السراويل، والطول، والعرض، وأن يبين نوع الخياطة، أهى رومية، أو فارسية؟ إلا أن تطرد العادة بنوع فيحمل المطلق عليه.

ومن هذا النوع الاستئجار لتعليم القرآن، ذكر الإمام وصاحب الكتاب أنه يعين السورة والآيات التي يعلمها، أو يقدر المدة، فيقول: لتعلمني شهراً، وفي إيراد غيرها ما يفهم عدم الاكتفاء بذكر المدة، واشتراط تعيين السور والآيات؛ لتفاوت التعليم سهولة وصعوبة. وفيه وجه أنه لا يجب تعيين السور، وإذا ذكر عشر آيات كفى.

وفي «المهذب» وجه أنه لا بد من تعيين السور، لكن يكتفي بإطلاق العشر منها، ولا يعين واحتج له بما روي أنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ فِي قِصَّةِ النَّبِيِّ عَرَضَتْ نَفْسَهَا عَلَيْهِ لِبَعْضِ الْقَوْمِ: «إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُزَوِّجَكَ هَذِهِ إِنْ رَضِيتَ فَقَالَ: مَا رَضِيتَ لِي يَا رَسُولَ اللَّهِ فَقَدْ رَضِيتُ فَقَالَ لِلرَّجُلِ: هَلْ عِنْدَكَ شَيْءٌ؟ قَالَ: لَا قَالَ مَا تَحْفَظُ شَيْئاً مِنَ الْقُرْآنِ؟ قَالَ: سُورَةُ الْبَقَرَةِ وَالَّتِي تَلِيهَا. قَالَ: فَمَنْ فَعَلَمَهَا عِشْرِينَ آيَةً وَهِيَ امْرَأَتُكَ<sup>(١)</sup>.

(١) أخرجه أبو داود (٢١١٢) من حديث أبي هريرة ورواه البخاري (٥٠٣٠) ومسلم (١٤٢٥) من حديث سهل.

وفي وجوب رواية ابن كثير<sup>(١)</sup> ونافع<sup>(٢)</sup> وغيرهما وجهان:  
 أصحهما: المنع؛ لأن الأمر فيهما قريب، ويدل عليه الخبر السابق.  
 قال الإمام وكنت أود ألا يصح الاستئجار للتعليم حتى يختبر حفظ المتعلم، كما  
 لا تصح إجارة الدابة للركوب حتى يعرف حال الراكب.  
 لكن ظاهر كلام الأصحاب أنه لا يشترط، والخبر يدل عليه، وإنما الاستئجار  
 لتعليم القرآن إذا كان من يعلمه مسلماً أو كافراً يُزجى إسلامه، فإن كان لا يُزجى لا يعلم  
 القرآن، كما لا يباع المصحف من الكافر، ولا يجوز الاستئجار له.  
 وإن كان المستأجر على تعليمه يعلم الشيء بعد الشيء ثم ينساه، فهل على الأجير  
 إعادة التعليم؟ فيه أوجه:  
 أحدها: أنه إن تعلم آية ثم نسيها، لم يجب تعليمها ثانياً، وإن تعلم دون آية  
 ونسي وجب. والثاني: أن الاعتبار بالسورة.  
 والثالث: إن نسي في مجلس التعليم، وجب إعادته، وإن نسي بعده فلا.  
 والرابع: أن الرجوع فيه إلى العرف الغالب وهو الأصح.  
 فرع: عن القاضي الحسين في «فتاوية» أن الاستئجار لقراءة القرآن على رأس القبر  
 مدة جائز<sup>(٣)</sup>، كالأستجار للأذان، وتعليم القرآن.  
 واعلم أن عود المنفعة إلى المستأجر شرط في الإجارة كما سبق، فيجب عود  
 المنفعة إلى المستأجر أو ميته، لكن المستأجر لا ينتفع بأن يقرأ الغير، ومشهور أن  
 الميت لا يلحقه ثواب القراءة المجردة، فالوجه تنزيل الاستئجار على صور انتفاع الميت  
 بالقراءة، وذكر له طريقتين.  
 أحدهما: أن يعقب القراءة بالدعاء للميت، فإن الدعاء يلحقه، والدعاء بعد القراءة  
 أقرب إلى الإجابة، وأكثر بركة.

(١) وقعت سهواً هذه الترجمة في كتاب الروضة وملينتيه وهو عبد الله بن كثير الداري المكي أبو  
 معبد: أحد القراء السبعة كان قاضي الجماعة بمكة وكانت حرفته العطارة وسمي «دارياً»  
 فعرف بالداري وهو فارسي الأصل مولده ووفاته بمكة ١٢٠ هـ.

(ينظر وفيات الأعيان ١/ ٢٥٠ - الأعلام ٤/ ١١٥)

(٢) نافع بن عبد الرحمن بن أبي نعيم أبو رويم ويقال أبو نعيم مولى جعونة بن شعيب الليثي خليف  
 حمزة بن عبد المطلب المدني أحد القراء السبعة والأعلام له مناقب عديدة تنظر في كتب  
 الطبقات.  
 (انظر غاية النهاية ٢/ ٢٣٠)

(٣) وعللوا الجواز بالانتفاع بنزول الرحمة حيث يقرأ القرآن ويكون الميت كالحي الحاضر.

**والثاني:** ذكر الشيخ عبد الكريم الثالوسي<sup>(١)</sup> أنه إن نوى القارىء بقراءته أن يكون ثوابها للميت لم يلحقه، لكن إن قرأ، ثم جعل ما حصل من الأجر له فهو دعاء بحصول ذلك الأجر للميت، فينتفع الميت<sup>(٢)</sup>.

ومنه: الاستئجار للرضاع يجب فيه التقدير بالمدة كما سبق، ولا سبيل إلى ضبط مرات الإرضاع ولا القدر الذي يستوفيه في كل مرة، وقد تعرض له الأمراض والأسباب الملهية، ويجب تعيين الصبي لاختلاف الغرض باختلاف حال الرضيع<sup>(٣)</sup>، وتعيين الموضع الذي يرضع فيه أهو بيته أم بيتها. فإن إرضاعها في بيتها أسهل عليها، فالإرضاع في بيته أشد وثوقاً، هذا ما ذكره في استئجار الآدمي.

وقد يستأجر لأمر آخر: منها: الحج وقد ذكرناه في بابه. ومنها: إذا استأجر لحفر بئر أو نهر أو قناة، قدر إمّا بالزمان، فيقول: تحفر لي شهراً، أو بالعمل، فيقدر الطول والعرض والعمق، ويجب معرفة الأرض بالمشاهدة، وللوقوف على صلابتها ورخاوتها، ويجب عليه إخراج التراب المحفور، فإن انهار شيء من جوانب البئر لم يلزمه إخراج ذلك التراب وإذا انتهى إلى موضع صلب أو حجارة، نظر إن كان يعمل فيه المعول وجب حفره على أظهر الوجهين، وبه قال القاضي أبو الطيب.

**والثاني:** لا يجب، وبه قال ابن الصَّبَّاح؛ ولأنه خلاف ما اقتضته المشاهدة، فعلى هذا له فسخ العقد، وإن لم يعمل به المعول أو نبع الماء قبل أن ينتهي إلى القدر المشروط، وتعذر الحفر انفسخ العقد في الباقي، ولا يفسخ فيما مضى على الأصح، فتوزع الأجرة المسماة على ما عمل، وعلى ما بقي:

وإن استأجر لحفر قَبْرٍ بَيَّنَّ الموضع، والطول والعرض، والعمق، ولا يكفي الإطلاق خلافاً لأبي حنيفة، ولا يجب عليه التراب بعد وضع الميت خلافاً له أيضاً.

**ومنها:** إذا استأجر اللبن، قدر بالزمان أو العمل، وإذا قدر بالعمل بين العدد

(١) أبو بكر، وقيل: أبو عبد الله. عبد الكريم بن أحمد بن الحسين الطبري، الشالوسي. قال ابن السمعاني: كان فقيه عصره بآمل، ومدرسها، ومفتيها، وكان واعظاً زاهداً من بيت الزهد والعلم قال: وتوفي سنة خمس وستين وأربعمائة، وسمع بالعراق والحجاز، ومصر، وغيرهما. والشالوسي: نسبة إلى شالوس، قرية بناوحي أمل طبرستان، وشينها الأولى معجمة والثانية مهمله، انتهى كلامه، في «الأنساب».

(٢) ظاهر كلام القاضي حسين: صحة الإجارة مطلقاً وهو المختار فإن موضع القراءة موضع بركة وبه تنزل الرحمة وهذا مقصود ينفع الميت.

(٣) قال في البحر: وإنما يعرف بالمشاهدة أي بالوصف لإختلاف شربه باختلاف سنة.

(ينظر الروضة ٤/٢٦٦)

والقالب، فإن كان القالب معروفاً فذاك، وإلاً بين طوله وعرضه وسمكه.

وعن القاضي أبي الطيب: الاكتفاء بمشاهدة القالب، ويجب بيان الموضع الذي يضرب فيه، لأنه يعد من الماء ويقرب، وربما يحتاج إلى نقل التراب أيضاً، ولا يجب عليه إقامتها حتى تجف خلافاً لأبي حنيفة، ولو استأجر لطبخ اللبن فطبخ يجب عليه الإخراج من الأتون خلافاً له. ومنها: إذا استأجر لبناء، قدر بالزمان أو بالعمل، فإن قدر بالعمل، بين موضعه، وطوله وعرضه، وسمكه، وما يبنى منه من الطين، أو الأجر وإن استأجره للتطيين أو التجصيص بقدر بالزمان، ولا سبيل فيه إلى تقدير العمل، فإن سمكه لا ينضبط رقة وثخانة.

ومنها: إذا استأجر كحلاً ليدأوي عينيه قدر بالمدة دون البرء، فإن برئت عيناه قبل تمامها انفسخ العقد في الباقي، ولا يقدر بالعمل؛ لأن قدر الدواء لا ينضبط، ويختلف بحسب الحاجة. ومنها: إذا استأجر للرعي، وجب بيان المدة، وجنس الحيوان، ثم يجوز العقد على قطع معين ويجوز في الذمة، وحينئذ فأظهر الوجهين عند الشيخ أبي إسحاق الشيرازي أنه يجب بيان العدد.

والثاني: وبه أجاب ابن الصَّبَاغ، والقاضي الروياني، أنه لا يجب، ويحمل على ما جرت العادة أن يراه الواحد.

قال الروياني: وهو مائة رأس من الغنم على التقريب، وإن توالدت حكى ابن الصَّبَاغ أنه لا يلزمه رعي أولادها إن رد العقد على أعيانها، وإن كانت في الذمة لزمه.

ومنها: إذا استأجر نَسَاحاً ليكتب له، بين عدد الأوراق والأسطر في كل صفحة ولم يتعرضوا للتقدير بالمدة، والقياس جوازه، وأن يجب عند تقدير العمل بيان قدر الحواشي، والقطع الذي يكتب فيه.

فرع:

يجوز الاستئجار لاستيفاء الحد والقصاص، خلافاً لأبي حنيفة في قصاص النفس.

فرع:

يجوز الاستئجار لنقل الميتة عن الدار إلى المزيله، والخمر لتراق ولا يجوز نقل الخمر من بيت إلى بيت خلافاً لأبي حنيفة؟

قال الغزالي: (أَمَّا الْأَرْضِي) فَمَا يُطَلَّبُ لِلسُّكْنَى يَرَى الْمُسْتَأْجِرُ مَوَاضِعَ الْغَرَضِ فَيَنْظُرُ فِي الْحَمَامِ إِلَى الْبُيُوتِ وَيَثُرُ الْمَاءَ وَمَسْقَطِ الْقَمَاشِ وَالْأَتُونِ وَالْوَقُودِ وَيَعْرِفُ قَدْرَ الْمَنْفَعَةِ بِالْمَدَّةِ، فَإِنْ أَجَرَ سَنَةً فَذَلِكَ، فَإِنْ زَادَ فَالْأَصْح (و) أَنَّهُ جَائِزٌ وَلَا ضَبْطُ فِيهِ قَوْلَانِ

أَخْرَانِ، أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ لَا يَزَادُ عَلَى السَّنَةِ لِأَنَّهُ مُقَيَّدٌ بِالْحَاجَةِ، وَالثَّانِي: أَنَّهُ لَا يَزَادُ عَلَى ثَلَاثِينَ سَنَةً، وَلَوْ أَجَرَ سِنِينَ وَلَمْ يُقَدِّزْ حِصَّةَ كُلِّ سَنَةٍ مِنَ الْأَجْرَةِ فَالْأَصَحُّ (و) الْجَوَازُ كَمَا فِي الْأَشْهُرِ مِنْ سَنَةٍ وَاحِدَةٍ، وَلَوْ قَالَ: أَجْرَتُكَ شَهْرًا بِذَرِيهِمْ وَمَا زَادَ فَبِحَسَابِهِ فَهُوَ فَاسِدٌ إِذْ لَمْ يُقَدِّزْ جُمْلَتَهُ، وَقِيلَ: إِنَّهُ يَصِحُّ فِي الشَّهْرِ الْأَوَّلِ وَيَفْسُدُ فِي الْبَاقِي.

قال الرافعي: النوع الثاني: العقارات، وتستأجر لأغراض: منها السكنى، فإذا استأجر داراً وجب أن يعرف موضعها، وكيفية أبنيتها؛ لاختلاف الغرض باختلافها، وفي الحمام يعرف البيوت، والبئر التي يسقى منها ماؤه، والقدر التي يسخن فيها، والأتون وهو موضع الوقود ومبسط القماش<sup>(١)</sup>، والذي يجمع للأتون من السُّرَجِينِ ونحوه، والموضع الذي يجمع فيه الزَّيْلُ، والوَقُودُ، ومطرح الرَّمَادِ، والمُسْتَنْقَعُ الذي يجمع فيه الماء الخارج من الحمام، وعلى هذا قياس سائر المساكن.

وقوله في الكتاب: «يرى المستأجر مواضع الغرض، فينظر في الحمام» مبني على أن إجارة الغائب لا تجوز. أما إذا جوزناها، فلا تعتبر الرؤية، بل يكفي الذكر.

وقوله: «ومبسط القماش والأتون والوقود».

الوجه أن يقدم لفظ الوقود ليصير المعنى، ومبسط القماش، وموضع الوقود والأتون، وهذا لفظه في «الوسيط». فأما نفس الوقود فلا حاجة إلى رؤيته، ولا هو داخل في بيع الحمام وإجارتها، كالأزر والأسطال والحبل والدُّلُو.

وذكر في «الشامل» في رؤية قدر الحمام أنه إما أن يشاهد داخلها من الحمام، أو ظاهرها من الأتون، والقياس: على اعتبار الرؤية أن يشاهد الوجهين عند الإمكان، كما تعتبر مشاهدة وجهي الثوب. وفي شرح «المفتاح» أنه لا بد من ذكر عدد السُّكَّانِ من الرجال والنساء والصبيان، ثم لا يمتنع دخول زائر وضييف، وإن بات فيها ليالي في إجارة الدار<sup>(٢)</sup>.

ولا بد من تقدير هذه المنفعة بالمدة، ولها كانت منافع هذه العقارات لا تتقدَّر إلا بالمدة كما ذكرنا في الفصل السابق تكلم في مدة الإجارة في هذا الموضع، وفيها مسائل.

إحداها: في إجارة الشيء أكثر من سنة قولان:

(١) هو موضع أي قماش وضع داخل الحمام.

(٢) هذا الإشتراط لا يعرف لغيره والمختار: أنه لا يعتبر لكن يسكن فيها من جرت العادة به في مثلها وهذا مقتضى إطلاق الأصحاب فلا عدول عنه.

(ينظر الروضة ٤/٢٧٠)

أحدهما: المنع، لأن الإجارة عقد على معدوم جوز رخصة للحاجة والحاجة تندفع بالتجوز سنة، لأنها مدة تنظيم الفصول، وتتكرر فيها الزرع والثمار والمنافع بتكرر تكررها.

وأصحهما: الجواز، كما يجوز الجمع في البيع بين أعيان كثيرة، وهذا ما أجاب به في «المختصر»، فقال: وله أن يؤجر داره وعبده ثلاثين سنة، وعلى هذا فطريقان: أحدهما: أن المسألة على قولين:

أحدهما: أنه يجوز الزيادة على ثلاثين سنة؛ لأنها نصف العمر، والغالب ظهور التغيير على الشيء بمضي هذه المدة، فلا حاجة إلى تجوز الزيادة عليها. وأصحهما: أنه لا تقدر كما لا تقدر في جميع الأعيان المختلفة في البيع.

والطريق الثاني: القطع بالقول الثاني، وحمل ما ذكره المُنزِي على التمثيل للكثرة لا للتحديد، وعلى هذا من ضابط؟ قال معظم الأصحاب: يجب أن تكون المدة بحيث يبقى إليها ذلك الشيء غالباً، فلا يؤجر العبد أكثر من ثلاثين سنة، والدابة تؤجر عشر سنين، والثوب إلى ستين، أو سنة على ما يليق به، والأراضي إلى مائة أو أكثر.

وفي كتاب القاضي ابن كَجُّ أن العبد يؤجر إلى مائة وعشرين سَنَةً من عمره.

وقال بعضهم: يصح وإن كانت المدة بحيث لا تبقى إليها العين في الغالب اعتماداً على أن الأصل الدوام والاستمرار، فإن هلك بعارض، فهو كأنه دام الدار ونحوه في المدة، وحاصل هذا الترتيب أربعة أقوال.

التقدير بثلاثين سنة والضبط بمدة بقاء ذلك الشيء غالباً، ومنع الضبط والتقدير من كل وجه. وقوله: فالأصح أنه جائز ولا ضبط يجوز أن يحمل على ما قاله معظم.

ويقال: المعنى أنه لا ضبط بعد كون المدة بحيث يبقى إليها شيء، ويجوز أن يجري على ظاهره، فيكون اختياراً للقول الرابع وقد اختاره غيره من أصحاب الإمام.

وقوله: «وفيه قولان آخران» يجوز إعلامه بالواو للطريقة القاطعة لقول التقدير بالثلاثين. وقوله: «لا يزداد على السنة ولا يزداد على ثلاثين سنة معلماً بالحاء والميم والألف؛ لأن عندهم لا تقدير. وحكم الوقف في مدة الإجارة حكم الملك.

قال أبو سعيد المتولي: إلا أن الأحكام اصطلاحوا على منع إجارته أكثر من ثلاث سنين لثلاً<sup>(١)</sup> يندرس الوقف، وهذا الاصطلاح غير مطرد، وهو قريب مما حكوه عن

أبي حنيفة في منع إجارة الوقف أكثر من ثلاث سنين في عقد واحد.

وفي «أمالي» أبي الفرج السرخسي أن المذهب منع إجارة الوقف أكثر من سنة واحدة إذا لم تمس إليها الحاجة لعمارة وغيرها وهو قريب.

المسألة الثانية: إن جوزنا الإجارة أكثر من سنة، فهل يجب تقدير حصّة كل سنه؟ قولان:

أصحهما: لا كما لو باع أعياناً صفقة واحدة لا يجب تقدير حصّة كل عين منها، وكما لو أجر سنة لا يجب تقدير حصّة كل شهر.

والثاني: ويحكى عن رواية الربيع، وحرملة، والمزني في «الجامع الكبير»، نعم؛ لأن المنافع تتفاوت قيمها بالسنين، وربما تهلك العين في المدة، فيتنازعان في قدر الواجب من الأجرة، ومن قال بالاول يوزع الأجرة المُسَمَّاة على قيمة منافع السنين، فينقطع النزاع، وبنى القولين بعضهم على القولين فيما إذا أسلم في شيئين، أو في شيء إلى أجلين، ففي قول يجوز أخذاً بظاهر السلامة<sup>(١)</sup>، وفي قول: لا لما عساه أن يقع من الجهالة بالأجرة، ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب: «فالأصح الجواز» - بالواو - لأن القاضي أبا القاسم بن كجّ حكى طريقة أخرى قاطعة بأنه لا يجب التقدير، واختارها مذهباً.

الثالثة: قول العاقد أجرتك شهراً أو سنة فحمول على ما يتصل بالعقد في أظهر الوجهين. وبه قال أبو حنيفة؛ لأنه المفهوم المتعارف.

والثاني: وبه قال أحمد: لا بد وأن يقول: من الآن وإلا فهو كقوله: بعثك عبداً من العبيد، ولو قال: أجرتك شهراً من السنة.

قال الإمام: يفسد العقد بلا خلاف للإبهام، واختلاف الأغراض.

وإذا قال: أجرتك هذه الدار كل شهر بدرهم من الآن لم تصح الإجارة؛ لأنه لم يبين لها مدة. وعن «الإملاء» أن تصح في الشهر الأول؛ لأنه معلوم، والزيادة مجهولة، وبه قال الإصطخري.

ولو قال: أجرتك كل شهر من هذه السنة بدرهم لم يصح.

وعن ابن سريج أنه يصح في شهر واحد دون ما زاد، ورجحوا الأول واحتجوا له بأنه لم يصف الإجارة إلى جميع السنة. وفي «النهاية» أن الأئمة بمثله أجابوا فيما إذا قال: بعثك كل صاع من هذه الصبرة بدرهم، وقالوا: إنه لم يصف البيع إلى جميع

(١) في ط المسألة.

الصبرة بخلاف ما إذا قال: بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم.

وكان ينبغي أن يفرق بين أن يقول: بعتك كل صاع من هذه الصبرة بدرهم، فيجعل كما لو قال: بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم، ويصح العقد في الجميع وبين أن يقول: بعتك من هذه الصبرة كل صاع بدرهم، فيحكم بالبطلان هاهنا أو يصح في صاع واحد، كما حكيناه عن ابن سريج في البيع، وكذلك ينبغي أن يفرق في الإجارة.

وقد وثى القضية المذكورة الشيخ أبو محمد، فسوى بين قوله: بعتك كل صاع من هذه الصبرة بدرهم، وبين قوله: بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم، وصحح البيع في جميع الصبرة باللفظين.

ثم اعلم أن عامة النقلة إنما نقلوا التجويز في شهر واحد عن ابن سريج فيما إذا ضبط الأشهر بالسنة، أما إذا أطلق، وقال: كل شهر بدرهم، فالخلاف فيها منسوب إلى «الإملاء»، واختيار الإصطخري كما سبق. والفرق بين الصورتين بين.

وحكى الإمام والمصنف في «الوسيط» التجويز في شهر عن ابن سريج مع التصوير فيما إذا أطلق ذكر الشهر، ولم يساعدا عليه.

وقوله هاهنا: لو قال: أجرتك شهراً بدرهم، وما زاد فيحسابه» أراد به الصورة الأولى والثانية، حيث حكى الخلاف فيه، وأما ما يشعر به اللفظ فلا يجري فيه الخلاف، لأن قوله: أجرتك شهراً بدرهم إما أن يُخْمَل على شهر غير معين، أو على الشهر المتصل باللفظ، إن كان الأول فلا خلاف في فساد الإجارة، وإن كان الثاني فالشهر الأول مفرد بالعقد مقابل بالعوض، فيصح العقد فيه بلا خلاف. وكذلك أورده صاحب «المهذب» وغيره.

واعلم أن الحكم في مدة الأجارة كالحكم في أجل السلم في أن مطلق الشهر يحمل على أمرين.

وكذا السنة في أنه إذا قيد بالعدد، أو قال سنة رومية، أو فارسية أو شمسية كان الأجل ما ذكره في أن العقد إذا انطبق على أول الشهر اعتبر ذلك الشهر، وما بعده بالأهلة، وإن لم ينطبق تم المنكسر بالعدد من الآخر، ويحسب الباقي بالأهلة، وفي سائر المسائل المذكورة في السلم، وفي التأجيل بالسنة الشمسية وجه أنه لا يجوز، وهو قريب من الوجه المذكور هناك في التأقيت بفتح النصارى.

ولو قال: أجرتك شهراً من هذه السنة فإن لم يكن بقي من السنة إلا شهر صح، وإن بقي أكثر من شهر لم يصح للجهالة، هكذا ذكره في «التهذيب» و«التتمة».

والحكم بالبطلان فيما إذا كان الباقي أكثر من شهر يجوز أن يكون تفرعاً على



قولنا: إن الشهر المطلق محمول على المتصل بالعقد ويجوز أن يحكم بالبطلان مع قولنا أن الشهر المطلق محمول مع المتصل بالعقد.

ويقال: التعقيب بقوله: من هذه السنة يمنع من فهم الشهر المتصل بالعقد، ويوقع التردد بينه وبين سائر الشهور.

قال الغزالي: وَلَوْ قَالَ: آجَرْتُكَ الْأَرْضَ وَلَمْ يُعَيِّنِ الْبِنَاءَ وَالزَّرَاعَةَ وَالغِرَاسَ لَمْ يَجْزُ لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ، وَلَوْ قَالَ: لِنْتَفِعَ بِهِ مَا شِئْتَ جَارًا (و)، وَلَوْ قَالَ: آجَرْتُكَ لِلزَّرَاعَةِ وَلَمْ يَذْكُرْ مَا يَزْرَعُ فِيهِ خِلَافٌ لِأَنَّ التَّفَاوُتَ فِيهِ قَرِيبٌ، وَلَوْ قَالَ: أَكْرَيْتُكَ إِنْ شِئْتَ فَأَزْرَعُهَا وَإِنْ شِئْتَ فَأَغْرِسُهَا جَارًا عَلَى الْأَصَحِّ (و) وَيَتَخَيَّرُ كَمَا لَوْ قَالَ: كَيْفَ شِئْتَ، وَلَوْ قَالَ: أَكْرَيْتُكَ فَأَزْرَعُهَا وَأَغْرِسُهَا وَلَمْ يَذْكُرِ الْقَدْرَ فَهُوَ فَاسِدٌ، وَقِيلَ: إِنَّهُ يَنْزِلُ عَلَى النُّصْفِ، وَلَوْ أَكْتَرَى الْأَرْضَ لِلبِنَاءِ وَجَبَ تَغْرِيفُ عَرْضِ الْبِنَاءِ وَمَوْضِعِهِ، وَفِي تَغْرِيفِ أَرْتَفَاعِهِ خِلَافٌ (و).

قال الرافعي: ومما تستأجر له الأرض البناء. والزراعة، والغراس، فلو قال: آجرتك هذه الأرض ولم يذكر البناء ولا غيره، وهيصالحة للكل لم يصح؛ لأن منافع هذه الجهات مختلفة. وكذا ضررها اللاحق بالأرض فوجب التعيين، كما لو أجرة بهيمة لا يجوز الإطلاق، هذا جواب الأصحاب في هذا الموضوع وقد رأوه متفقاً عليه، حتى احتجوا به لأحد الوجهين فيما لو أعار الأرض مطلقاً كما سبق في «العارية».

لكننا قد نقلنا في مسألة إجارة الأرض التي لا ماء لها تصريحهم بجواز الإجارة مطلقاً فيشبه أن تكون الإجارة مطلقاً على وجهين كإعارتها.

والظاهر المنع فيهما، وما ذكروه في إجارة الأرض التي لا ماء لها مفرع على الوجه الآخر<sup>(١)</sup> أو مؤول.

ولو أجرة داراً أو بيتاً لم يحتج إلى ذكر السكنى؛ لأن الدار لا تستأجر إلا للسكنى، ووضع المتاع فيها، وليس ضررها مختلف، فيجوز الإطلاق كذا ذكروه.

ويجوز أن يمنع فيقال: كما تستأجر الدار للسكنى، كذلك تستأجر لتتخذ مسجداً،

(١) قال النووي: المذهب، ما نص عليه في المسائل الثلاث، فلا تصح الإجارة هنا مطلقاً، وتصح العارية على وجه، لأن أمرها على التوسعة والإرفاق، فاحتمل فيها هذا النوع من الجهالة كإباحة الطعام، بخلاف الإيجارة، فإنها عقد مغابنة، فهذا عمدة الأصحاب. وأما مسألة إجارة الأرض التي لا ماء لها، فمؤولة. (ينظر الروضة ٢٧٢/٤)

ولعمل الحَدَّادين، والقصارين، ولطرح المزابل فيها، وهي أكثر ضرراً، ألا تَرَى إذا استأجر للسكنى لم يكن له شيء من هذه الانتفاعات؟ فإذا ما جعلوه مبطلاً في إجارة الأرض مطلقاً موجود في الدار ولئن قيل الإجارة لا تكون إلا لاستيقاء منفعة، فإذا أجز الدَّارَ وأطلق، منزل على أدنى الجهات ضرراً، وهي السكنى، ووضع المتاع لزم في إجارة الأرض مثله حتى ينزل على أدنى الجهات ضرراً وهي الزراعة، ويصح العقد بها، وهذا الإشكال ينساق إلى أنه لا بد في استئجار الدار من بيان أنه يستأجر للسكنى، أو للعمارة فيها، وقد أجاب بعض شارحي «المفتاح».

ولو قال: أجرتك هذه الأرض تنتفع بها ما شئت.

فمنقول الإمام وصاحب الكتاب أن الإجارة صحيحة، وله أن ينتفع ما شاء لرضاه. وفي «التهذيب» وجه آخر: أنها لا تصح كما لو قال: بعثك من هؤلاء العبيد من شئت. ولو قال: أجرتكها للزراعة، ولم يذكر ما يزرع أو للبناء والغراس، وأطلق فوجهان كالوجهين المذكورين فيما إذا أعار الأرض للزراعة، ولم يبين الزرع. أظهرهما: عند الأكثرين الجواز.

وبالمنع قال أبو حنيفة وابن سريج ونقله القاضي ابن كج عن نصه في «الجامع الكبير» وحكى للأول عن تخريج ابن القطان حكاية الشيء الغريب، ومن جوز قال: له أن يزرع ما شاء لإطلاق اللفظ، وكان يجوز أن ينزل على أقل الدرجات، ولو قال: أجرتكها لتزرع، أو لتغرس لم يصح، ولو قال: إن شئت فازرعها، وإن شئت فاغرسها، فأصح الوجهين ما ذكر في الكتاب صحة الإجارة ويخير المستأجر.

والثاني: المنع كما لو قال: بعثك بألف مكسرة إن شئت، وصحيحة إن شئت، واستشهد في الكتاب للوجه الأول بماذا قال: لتتفع كيف شئت؟

لكننا حكينا الخلاف فيه أيضاً فلا فرق.

ولو قال: أكريتك فازرعها واغرسها، أو لتغرسها وتزرعها، ولم يبين القدر فوجهان.

أحدهما: وبه قال ابن سلمة: يصح وينزل على النصف، وعلى هذا فله أن يزرع الكل لجواز العدول من الغراس إلى الزرع، ولا يجوز أن يغرس الكل.

وأقربهما: وبه قال المزني وابن سريج، وأبو إسحاق: أنه لا يصح؛ لأنه لم يبين كم يزرع؟ وكم يغرس؟ بل لو قال: لتزرع النصف، وتغرس النصف فعن القفال: أنه لا يصح لأنه لم يبين المغروس والمزروع، فصار كما إذا قال: بعثك أحد هذين العبيدين بألف والآخر بخمسمائة، ويجب في استئجار الأرض للبناء بيان موضعه وطوله

وعرضه، وفي بيان قدر ارتفاعه وجهان ذكرهما في «كتاب الصلح» بتوجيههما:

والأظهر: ما أجاب به في الكتاب هناك، وهو أنه لا حاجة إليه، بخلاف ما إذا استأجر سقفاً للبناء.

قال الغزالي: (أما الدواب) فَإِنْ أَسْتَوْجَرَ لِلرُّكُوبِ عَرَفَ (م) الْأَجْرَ الرَّائِبَ بِرُؤْيَةِ شَخْصِهِ أَوْ سَمَاعِ صَفْتِهِ فِي الضُّخَامَةِ وَالتَّحَافَةِ لِيَعْرِفَ وَزَنَهُ تَخْمِينًا، وَيَعْرِفَ الْمَجَلَ (ح) بِالصُّفَةِ فِي السَّعَةِ وَالصُّيْقِ وَيَالْوَزْنِ فَإِنْ ذَكَرَ الْوَزْنَ دُونَ الصُّفَةِ أَوْ بِالْعَكْسِ فَقَبِيهِ خِلَافٌ (و)، وَيَعْرِفُ تَفَاصِيلَ الْمَعَالِيْقِ، فَإِنْ شَرَطَ الْمَعَالِيْقَ مُطْلَقًا فَهُوَ فَاسِدٌ (ح م) عَلَى النَّصِّ لِتَفَاوُتِ النَّاسِ فِيهِ، وَالْمُسْتَأْجِرُ يُعْرِفُ لِدَابَّةِ بِرُؤْيَتِهَا أَوْ بِرُؤْيِهَا إِنْ أُوْرِدَتْ الْإِجَازَةُ عَلَى الْعَيْنِ أَيْ فَرَسٌ أَمْ بَعْلٌ أَمْ نَاقَةٌ أَمْ حِمَارٌ، وَفِي ذِكْرِ كَيْفِيَّةِ السَّيْرِ مِنْ كَوْنِهَا مُهْمَلِجًا أَوْ بَحْرًا خِلَافٌ (و)، وَيَعْرِفُ تَفْصِيْلَ السَّيْرِ وَالسَّرَى وَمِقْدَارِ الْمَنَازِلِ وَمَحَلِّ التَّنْزُولِ أَهْوِ الْقَرْىِ أَوْ الصُّخْرَاءِ إِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْعُرْفِ فِيهِ ضَبْطٌ، وَإِنْ كَانَ فَالْعُرْفُ مُتَّبِعٌ.

قال الرافعي: النوع الثالث: الدواب وتستأجر لأغراض.

منها: الركوب، وفيه مسائل:

إحدهما: يجب أن يعرف المؤجر الراكب، وفي طريق معرفته وجوه.

قيل: الطريق المشاهدة لأن الغرض يتعلق بثقل الراكب، وخفته بالضخامة، والتحافة، وكثرة الحركات والسكنات، والوصف لا يفي بذلك.

ومنهم من قال: إن كان غائباً وصفه، وذكر وزنه. وقال آخرون: بل بذكر صفته في الضخامة والتحافة ليعرف وزنه تخميناً، وهذا ما ذكره الإمام وصاحب الكتاب.

وأكثر الأصحاب على اعتبار المشاهد لكن إلحاق الوصف التام بهذا أشبه في المعنى؛ لأنه يفيد التخمين كالمشاهدة.

ويجوز أن يعلم قوله: «عرف المؤجر الراكب» بالميم؛ لأن الحكاية عن مالك أنه يجوز فيه الإطلاق لتفاوت أجسام الناس غالباً.

الثانية: إن كان الراكب مجرداً ليس معه ما يركب عليه، فلا حاجة إلى ذكر ما يركب عليه لكن المؤجر يركبه على ما يشاء من سرج، أو أكاف زاملة على ما يليق بالدابة<sup>(١)</sup>، وإن كان يركب على رخل أو فوق زاملة، أو فوق مخمل أو عمارية، وفي

(١) في ط العادة.

غير الإبل أراد الركوب على سرج أو أكاف وجب ذكره، وينبغي أن يعرف المؤجر هذه الآلات، فإن شاهدها كفي، وإلا فإن كانت سروجهم ومحاملهم وما في معناها على وزن وتقطيع لا يتفاحش<sup>(١)</sup> فيه التفاوت كفي الإطلاق، وحمل على معهودهم، وإن لم يكن لهم معهوداً مطرداً، فلا بد من ذكر وزن السرج والإكاف والزاملة هذا هو المشهور. وفي «النهاية» أن أحداً من الأصحاب لم يتعرض لاشتراط الوزن في السرج والإكاف؛ لأنه لا يكثر فيهما التفاوت، وفي المحمل والعمارية ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه لا يصح العقد، ولا بد من مشاهدتها لأن الغرض يختلف بسعتهما وضيقهما، وذلك لا يضبط بالوصف والثاني قال أبو إسحاق إن كانت المحامل بغدادية خفافاً لتقاربها وإن كانت خراسانية ثقلاً فلا من مشاهدتها.

وأشبههما: وهو المذكور في الكتاب: أنه يكفي فيها الوصف وذكر الوزن، لإفادتهما التخمين كالمشاهدة، ولك أن تحتج له بقوله في «المختصر» فإن ذكر محملاً أو مركباً أو زاملة بغير رؤية ولا وصف فهو مفسوخ للجهل بذلك، فاعتبر الوصف كالرؤية. وعلى هذا لو ذكر الوزن دون الصفة أو الصفة دون الوزن فوجهان:

أظهرهما: أنه لا يكفي لبقاء الجهل مع سهولة إزالته، وذكر في «التهذيب» أن الزاملة تمتحن باليد ليعرف خفتها وثقلها، بخلاف الراكب لا يمتحن بعد المشاهدة، وينبغي أن يكون المحمل والعمارية في ذلك كالزاملة، ولا بد في المحمل ونحوه من الوطاء، وهو الذي يفرش فيه ليجلس عليه فينبغي أن يعرف بالرؤية والوصف والغطاء الذي يستظل به، ويتوقى من المطر وقد يكون وقد لا يكون فيحتاج إلى شرطه، وإذا شرطه فجواب الشيخ أبي حامد وابن الصباغ أنه يكفي فيه الإطلاق؛ لأن التفاوت فيه قريب، ويغطية بجلد أو كساء أو لبند.

وفي شرح القاضي ابن كج «والتممة» أنه يعتبر وصفه أو رؤيته كالوطاء، وهو ظاهر النص. نعم لو كان فيه عرف مطرد كفي الإطلاق كما سبق في المحمل وغيره، وقد يكون للمحل طرف من لبود أو آدم فهو كالغطاء.

وليعلم وقوله في الكتاب «ويعرف المحمل» بالحاء؛ لأن عند أبي حنيفة يجوز فيه الإطلاق ولا حاجة إلى تعريفه.

وقوله: «بالصفة» بالواو للوجه الذاهب إلى اعتبار المشاهدة.

الثالثة: إذا استأجر للركوب، وشرط حمل المعاليق، وهي السفرة، والإداوة،

(١) في ط يتفاضل.

والقدور، والقمقمة ونحوها، نُظِرَ إن رآها المؤجر أو وصفها وذكر وزنها فذاك.

وإن أطلق قال الشافعي رضي الله عنه: القياس أنه فاسدٌ ومن الناس من يقول: له بقدر ما يراه الناس وسطاً. وفيه طريقتان للأصحاب:

أشهرها: أن في المسألة قولين، وما ذكره تمثيل قول منه:

أحدهما: وبه قال أبو حنيفة ومالك أنه يصح العقد، ويحمل الشرط على الوسط المعتاد.

وأصحهما: المنع لاختلاف الناس فيها.

والطريق الثاني: القطع بالقول الثاني، وحمل ما ذكره على نقل مذهب الغير.

وإن قال استأجر للركوب من غير شرط المُعَالِيْق لم يستحق حملها؛ لأن الناس فيه مختلفون فقد لا يكون للراكب معاليق أصلاً.

وفيه وجه أنه كما لو شرط، وأطلق، وما ذكرناه في السفارة والإدواة الخاليتين، فإن كان في هذه طعام، وفي تلك ماء، فسيأتي في الباب الثاني إن شاء الله تعالى.

الرابعة: إن كانت الإجارة على عين الدابة، فلا بد من تعيينها، وفي اشتراط رؤيتها الخلاف في شراء الغائب، فإن كانت في الذمة، فلا بد من ذكر جنسها أهي من الإبل، أو الخيل، أو البغال، أو الحمير؟ ومن ذكر نوعها أهي عربية أم نجبية؟

ومن ذكر الأنوثة والذكورة لاختلاف الغرض، فإن الأنثى أسهل سيراً، والذكر أقوى، وفي المسامحة به بذكر الأنوثة والذكورة وجه.

وهل يجب أن يقول: مهملج<sup>(١)</sup> أو بحر<sup>(٢)</sup> أو قطوف<sup>(٣)</sup>؟ فيه وجهان.

أظهرهما: نعم، لأن معظم الغرض يتعلق بكيفية السير الخامسة: إذا استأجر دابة للركوب فليبيننا قدر السير كل يوم<sup>(٤)</sup> فإذا بيّناه حملاً على المشروط، فإن زاد في يوم أو نقصاً فلا جبران، بل يسيران بعده على المشروط، وإذا أراد أحدهما المجاوزة عن المشروط، أو النزول دونه لخوف أو غضب لم يكن له ذلك، إلا أن يوافق صاحبه قاله في «التهذيب»، وكان يجوز أن يجعل الخوف عذراً لمن يختاط ويؤمر الآخر

(١) بكسر اللام حسن السير في سرعة.

(٢) الواسع المشي.

(٣) بفتح القاف: البطيء السير.

(٤) إن كان قدرأ تطيقه الدابة غالباً وهو يختلف باختلاف الطرق سهولة وصعوبة وبالأوقات كزمن وحل أو ثلج أو مطر.

بموافقته<sup>(١)</sup>. وإن لم يبيّن قدر السير، وأطلقا العقد، نُظِرَ إن كان في الطريق منازل مضبوطة صح العقد، وحمل عليها، وإن لم يكن فيه منازل، أو كانت والعادة مختلفة فيها لم يصح العقد حتى يبيّن أو يقدّر بالزمان هذا ما اشتملت عليه الطرق ووراءه شيان: أحدهما: عن أبي إسحاق أنه قال: إذا اكرى إلى «مكة» في زماننا لم يكن بُد من ذكر المنازل، لأن السير في هذا الزمان شاق لا تطبيقه الحمولة فلا يمكن حمل الإطلاق عليه.

والثاني: ذكر القاضي أبو الطيب أنه إذا كان الطريق مخوفاً لم يجز تقدير السير فيه؛ لأنه لا يتعلق بالاختيار.

وتابعه على هذا القاضي الرؤياني في «التجريد» وقضيته امتناع التقدير بالزمان أيضاً، وحيث يتعدّد الاستجار في الطريق الذي ليس له منازل مضبوطة إذا كان مخوفاً، والقول في وقت السير أهو الليل أو النهار؟ وفي موضع النزول في المرحلة أهو نفس القرية أو الصحراء، أو في الطريق الذي يسلكه إذا كان للمقصد طريقان؟ على ما ذكرنا في قدر السير في الحمل على المشروط أو المعهود، وقد يختلف المعهود في فصلي الشتاء والصيف، وحالتي الأمن والخوف، فكل عادة تراعى في وقتها.

وقوله في الكتاب «ويعرف تفصيل السير والسري» المراد من السير المسير بالنهار، ومن السري المسير بالليل أو المعنى أنه يجب ذكر ذلك، وبيانه إن لم يكن للعرف ضبطاً فيه، وإن كان فيتبع إن أطلقا العقد، أما إذا شرط خلاف المعهود، فهو المتبع لا المعهود.

قال الغزالي: **وَإِنْ أَسْتَوْجَرَ لِلْحَمَلِ فَيَعْرِفُ قَدْرَهُ بِالتَّخْمِينِ إِنْ كَانَ حَاضِراً، فَإِنْ كَانَ غَائِباً فَيَتَحَقَّقُ الْوَزْنَ بِخِلَافِ الرَّائِبِ، وَإِنْ كَانَ فِي الدِّمَةِ فَلَا يُشْتَرَطُ مَعْرِفَةُ وَصْفِ الدَّابَّةِ إِلَّا إِذَا كَانَ الْمَنْقُولُ رُجَاجاً إِذْ يَخْتَلِفُ الْغَرَضُ بِصِفَاتِ الدَّابَّةِ، وَإِذَا شَرَطَ مَاتَهُ مَنْ مِنْ الْحِنْطَةِ بِكَوْنِ الظَّرْفِ وَرَأَهُ فَلْيَعْرِفْ قَدْرَهُ وَوَزْنَهُ إِلَّا إِذَا تَمَالَّتِ الْغَرَائِبُ بِالْمَعْرِفِ، وَإِنْ قَالَ: مِائَةٌ مِنْ فَهُوَ الظَّرْفِ عَلَى الْأَصَحِّ (و).**

قال الرافعي: من الأغراض التي تستأجر لها الدواب الحمل عليها، فينبغي أن يكون المحمول معلوماً؟ فإن كان حاضراً ورأه المؤجر كفى، وإن كان في ظرف وجب أن يمتحنه باليد تخميناً لوزنه، فإن لم يكن حاضراً فلا بد من تقديره بالوزن، أو الكيل

(١) هذا الذي قاله البخوي ضعيف وينبغي أن يقال: إن غلب على الظن حصول ضرر بسبب الخوف كان عندي وإلا فلا ولا يتجه غير هذا التفصيل.  
(ينظر الروضة ٤/٢٧٦)

إن كان مكيلاً، والتقدير بالوزن في كل شيء أولى وأحصر، فلا بُدُّ من ذكر جنسه؛ لأن تأثير الحديد والقطن في الدابة. وإن استويا في القدر<sup>(١)</sup>، فمختلف، فالحديد يهدُّ مؤخرة الدابة، والقطن يعُمُّها ويتناقل إذا دخله الريح.

نعم لو قال: أجزتها لتحمل عليها مائة مما شئت، فأصح الوجهين: أنه يجوز، ويكون رضاً منه بأضر الأشياء، فلا حاجة مع ذلك إلى بيان الجنس وفي «الرقم» أن حذاق المَرَاوِرَةَ قالوا: إذا استأجر دابة للحمل مطلقاً جاز، وجعل راضياً بالأضر، وحاصله الاستغناء بالتقدير عن ذكر الجنس، هذا في التقدير بالوزن.

أما إذا قدر بالكيل، فالمفهوم مما أورده أبو الفَرَج السَّرْحَسِيُّ أنه لا يغني عن ذكر الجنس، وإن قال: عشرة أقدمة مما شئت لاختلاف الأجناس في الثقل مع الاستواء في الكيل، لكن يجوز أن يجعل ذلك رضاً بأثقل الأجناس، كما جعل رضاً بأضر الأجناس، ولو قال: أجزتك لتحمل عليها ما شئت لم يجز، بخلاف ما إذا أجز الأرض ليزرع ما شاء، لأن الدابة لا تطيق كل ما يحمل، وأما ظروف المتاع وحباله، فإن لم تدخل في الوزن، فإن قال: مائة مَنٍّ مِنَ الحِنْطَةِ، أو كان التقدير بالكيل، فلا بد من معرفتها بالرؤية، أو الوصف إلا أن تكون هناك غرائز متماثلة اطرد العرف باستعمالها، فيحمل مطلق العقد عليها، وإن دخلت في قدر المتاع بأن قال: مائة مَنٍّ مِنَ الحِنْطَةِ بظروفها صح العقد لزوال العَرَرِ بذكر الوزن، هكذا ذكر، لكننا إذا اعتبرنا ذكر الجنس مع الوزن وجب أن يعرف قدر الحِنْطَةِ وحدها، وقدر الظرف وحده، ولو اقتصر على قوله: مائة مَنٍّ، فأصح الوجهين أن الظرف من المائة.

والثاني: أنه وراها؛ لأنه السابق إلى الفهم، فعلى هذا يكون الحكم كما لو قال: مائة مَنٍّ مِنَ الحِنْطَةِ، وتصوير المسألة يتفرع على الاكتفاء بالتقدير، وإهمال ذكر الجنس إما مطلقاً أو إذا قال: مائة مما شئت، هذا حكم المَحْمَلِ عَلَى الدَّابَّةِ.

أما الدابة الحاملة إذا كانت معينة، فعلى ما ذكرنا في الركوب، فإن كانت الإجارة على الدمة، فلا يشترط معرفة جنس الدابة وصفتها، بخلاف ما في الركوب؛ لأن المقصود تحصيل المتاع في الموضع المنقول إليه، فلا يختلف الغرض بحال الحامل، نعم لو كان المحمول زُجَاجاً أو خَزَفاً، وما أشبهها، فلا بد من معرفة حال الدابة، ولم ينظروا في سائر المحمولات إلى تعلق الغرض بكيفية سير الدابة بسرعة، أو ببطء، وقوة أو ضعف، أو تخلفها عن القافلة على بعض التقديرات، ولو نظروا إليها لم يكن بعيداً، والكلام في المُعَالِيقِ، وتقدير السير على ما ذكرنا في الاستئجار للركوب.

(١) في ب: الدابة.

فرع:

لو استأجره ليحمل هذه الضئيرة إلى موضع كذا كل مكيلة بدرهم، أو مكيلة منها بدرهم، وما زاد فبحسابه صح العقد، كما لو باع كذلك، بخلاف ما لو قال: أجزرتك كل شهر بدرهم؛ لأن جملة الضئيرة معلومة محصورة، وليست الأشهر كذلك، ولو قال: لتحمل مكيلة منها بدرهم على أن تحمل كل مكيلة منها بدرهم، أو على أن ما زاد فبحسابه ففيه وجهان عن صاحب «التقريب»:

أشبههما: المنع؛ لأن شرط عقد في عقد.

والثاني: الجواز، والمعنى أن كل قفيز بدرهم، ولو قال: لتحمل هذه الضئيرة، وهي عشرة مكايل كل مكيلة بدرهم، فإن زادت فبحساب ذلك، صح ذلك العقد في العشرة المعلومة دون الزيادة المشكوكة وعلى هذا أول مؤلون قوله في «المختصر»: ولو اكرت حمل مكيلة، وما زاد فبحسابه، فهو في المكيلة جائز، وفي الزيادة فاسد.

ومنهم من حمله على ما إذا قال: لتحمل هذه المكايل كل واحدة بدرهم، فإن قدم إلى طعام فبحساب ذلك. وعن أبي إسحاق في الزيادات على الشرح حمله على ما إذا قال: استأجرتك لتحمل هذه الضئيرة مكيلة منها بكذا، والباقي بحسابه، لكن في هذه الصورة صحة العقد في الجميع؛ لأن الضئيرة معلومة مشاهدة، والأجرة بالتقسيط.

ولو قال: استأجرتك لتحمل من هذه الضئيرة كل مكيلة بدرهم لم يصح على المشهور، وقد مر في نظيره من البيع أنه يصح في مكيلة واحدة، فيعود هاهنا.

قال الغزالي: وَإِنْ اسْتَوْجَرَ لِلسَّقْيِ فَيَعْرِفُ قَدْرَ الدَّلَاءِ وَالْعَدَدِ وَمَوْضِعَ البِئْرِ وَعُمُقَهُ، وَإِنْ كَانَ لِلِحِرَاثَةِ فَيَعْرِفُ بِالمُدَّةِ (و) أَوْ بِتَغْيِينِ الأَرْضِ فَيَعْرِفُ صَلَابَتَهَا وَرَخَاوَتَهَا وَعَلَى الجُمْلَةِ مَا يَتَّفَاوَتْ بِهِ الغَرَضُ وَلا يَتَسَامَحُ بِهِ فِي المَعَامَلَةِ يُشْتَرَطُ تَغْيِيفُهُ.

قال الرافعي: ومن الأغراض سقي الأرض بإدارة الدولاب أو الاستقاء من البئر بالدلو، فإن كانت الإجازة على عين الدابة وجب تعيينها، كما في الركوب والحمل، وإن كانت في الذمة لم يجب بيان الدابة، ومعرفة جنسها.

وعلى التقديرين فينبغي أن يعرف المكري الدولاب والدلو، وموضع البئر، وعمقها بالمشاهدة، أو الوصف أن كان الوصف بضبطها، وتقدر المنفعة إما بالزمان بأن يقول: للسقي بهذا الدلو من هذه البئر اليوم، أو بالعمل بأن يقول: لتسقى خمسين دلواً من هذه البئر بهذه الدلو، ولا يجوز التقدير بالأرض بأن يقول: لتسقى هذا البستان، أو جزءاً منه؛ لأن ريةً مختلف بحرارة الهواء وبرودته، وكيفية حال الأرض، ولا تنضبط.



ومنها: الحراثة فيجب أن يعرف المكثري الأرض لاختلاف الأراضي في الصلابه والرِّخاوة، ومقدار المنفعة إما بالزمان بأن يقول: لتحث هذه الأرض الشهر<sup>(١)</sup>، أو بالعمل بأن يقول: لتحث هذه القطعة، أو إلى موضع كذا منها.

وفيه وجه آخر: أن هذه المنفعة لا يجوز تقديرها بالمدة، وبه أجاب الشيخ أبو حامد في «التعليق» والظاهر الأول.

وأما معرفة الدأبة، فلا بد منها إن كانت الإجارة إجارة عين، وإن كانت في الدمة، فكذلك إن قدر بالمدة، وجوزناه لأن العمل يختلف باختلاف حال الدابة، وإن قدر بالأرض المحروثة، فلا حاجة إلى معرفتها. ومنها: الدِّيَّاس فيعرف المكري الجنس الذي يُرِيدُ دَبَّاسَتَهُ، وتقدر المنفعة بالمدة أو بالزرع الذي يدوسه، والقول في معرفة الدابة على ما ذكرنا في الحراثة، والاستتجار للطحن كالاستتجار للدِّيَّاسِ.

وقوله في الكتاب: «في الاستتجار للحراثة فيعرف بالمدة» يجوز إعلامه بالواو.

ثم في قوله: «فيعرف بالمدة أو بتعين الأرض فيعرف صلابتها ورخاوتها» مضايقة من جهة أن ما فيه الخيار هو الضبط بالمدة، والضبط بقدر الأرض المحروثة فأما تعيين الأرض فلا بد منه على التقديرين فكان من حق أن يقول بالمدة بتقدير الأرض وتعتبر أو الأرض الأرض بالإشارة عند المشاهدة، وبالوصف أو في الوصف بالمقصود.

وقوله: «على الجملة...» إلى آخره كلام جملي ذكره ليعرف ما يجب تعريفه في الإجازات شامل لما وقع النص عليه، ولغيره والله أعلم.

(١) في ط اليوم مثلاً.

## الباب الثاني في حكم الإجارة الصحيحة، وفيه فضلان

قال الغزالي:

أما في الأدمي، فأستنجار الخياط لا يوجب عليه الخيط، بل هو على المالك، وأستنجار الحاضنة على الحضانة، هل يستنجع الإرضاع؟ وعلى الإرضاع، هل يستنجع الحضانة؟ فيه ثلاثة أوجه؛ يفرق في الثالث، ويقال: الإرضاع يستنجع الحضانة؛ كني لا يتجرد العين مقصوداً بالإجارة، والحضانة لا تستنجع الإرضاع، فإن صرح بالجمع بينهما أو قلنا: ذكر أحدهما كاف في الاستنجاع، فأنقطع اللبن، فعلى وجه؛ يفسخ؛ لأنه المفضود، وعلى وجه؛ يسقط قسط من الأجرة؛ لأنه أخذ المفضودين وعلى وجه؛ يثبت الخيار؛ لأنه تابع (و) فهو كالغيب، أما الجبر في حق الوراق، والصنيع في حق الصباغ، قيل: إنه كاللبن في الحاضنة، وقيل: إنه كالخيط.

### الفصل الأول: في موجب الألفاظ المطلقة

قال الرافعي: مقصود الباب بيان أحكام الإجارة، إذا صححت، وهي مندرجة<sup>(١)</sup> في فصلين ترجمة أولهما بموجب الألفاظ المطلقة، يعني ما يقتضي اللفظ دخوله في العقد، إما بالوضع، أو بالعرف، وما يلزم إتماماً له إما على المكتري، أو على المكري، ومسائله المذكورة على الأنواع الثلاثة المذكورة في شرط العلم بالمنفعة: النوع الأول: استنجار الأدمي، وفيه فضلان<sup>(٢)</sup>: إحداهما: الاستنجار للحضانة وحدها، والإرضاع وحده، وهما جائزان، على ما ذكرناه أن المستحق بالاستنجار للإرضاع ما هو؟

وأما الحضانة، فهي عبارة عن حفظ الصبي، وتعهده بغسله وغسل رأسه، وثيابه وخروقه وتطهيره من النجاسات وتذهيبه، وتكحيله، وإضجاعه في المهد، وربطه، وتخريكه في المهد لينام<sup>(٣)</sup>، وإذا أطلق الاستنجار لأحدهما، ولم ينف الآخر، ففي

(١) في ب: مندرجة.

(٢) في ز: مسألان.

(٣) وهذا مما يحتاج إليه الرضيع لاقتضاء اسم الحضانة عرفاً لذلك، ولحاجة الرضيع إليها، واشتقاقها من الحضن بكسر الحاء، وهو ما تحت الإبط وما يليه؛ لأن الحاضنة تجعل الولد هناك.

استتباعه الآخر ثلاثة أوجه: أصحُّهما: أن واحداً منهما لا يستتبع الآخر؛ لأنهما منفعتان بجواز أفراد كل واحدة منهما بالإجارة، فأشبهتا سائر المنافع.

والثاني: أن كل واحد منهما يستتبع الآخر، لأنه لا تتولاهما في العادة إلا امرأة واحدة.

والثالث: ويُحكى عن اختيار القاضي الحسين أن الاستتجار للإرضاع يستتبع الحضانة، والحضانة لا تستتبع الإرضاع؛ لأنه الإجارة تغد للمنافع دون الأعيان. فلو لم يستتبع الإرضاع للحضانة لتجرّد اللبن مقصوداً، ويجوز أن يُمنع تجرّده مقصوداً؛ لما سبق أن المستحق بالاستتجار للإرضاع عين ومنفعة.

فإن قلنا: إن الاستتجار لأحدهما يستتبع الآخر، أو استأجر لهما صريحاً، فانقطع اللبن، ففيه ثلاثة أوجه مبنية على ثلاثة أوجه في أن المعقود عليه في هذه الإجارة ماذا؟ أحدها: أن المعقود عليه اللبن، لأنه أشد مقصوداً، والحضانة تابعة، فعلى هذا ينفسخ العقد عند انقطاع اللبن. والثاني: أن المعقود عليه الحضانة، واللبن تابع؛ لأن الإجارة وُضعت للمنافع، والأعيان تقع تابعة؛ فعلى هذا لا ينفسخ من العقد، لكن للمستأجر الخيار؛ لأن انقطاع اللبن عيب كما لو استأجر طاحونة، فانقطع ماؤها، وأصحُّهما أن المعقود عليه وكلاهما لأنهما جميعاً مقصودان؛ فعلى هذا ينفسخ العقد في الإرضاع، ويسقط قسطه من الأجرة، وفي الحضانة قولاً تفرق الصفقة، ولم يفرقوا في حكاية الأوجه أن يصلح بالجمع بينهما وبين أن يذكر أحدهما، ويحكم باستتباعه للآخر وحسن أن يفرق، فيقال: إذا صرح بالجمع بينهما، قطعنا بأنهما مقصودان من العقد، وإذا ذكر أحدهما، فهو المقصود، والآخر تابع، وعلى المرضعة أن تأكل وتشرب ما يدُرُّ به اللبن، وللمكثري أن يكلفها ذلك.

الثانية: إذا استأجر ورّاقاً، فعلى من الجبر؟ يحصل فيه ما ذكره الأئمة ثلاثة طرق.

أشبهها: أن الرجوع فيه إلى العادة، فإن اضطربت العادة، وجب البيان وإلا، فيبطل العقد. وأشهرهما: القطع بأنه لا يجب على الوراق؛ لأن الأعيان لا تستحق بالإجارة، وأمر اللبن كان على خلاف القياس للضرورة، فإن إفراده بالبيع قبل الحلب ممتنع، وبعده لا يصلح للطفل.

وثالثها: أنه على الخلاف في أن اللبن، هل يتبع الاستتجار للحضانة؟ فإذا أوجبه على الوراق<sup>(١)</sup>، فهو كاللبن في أنه لا يجب تقديره، وإن صرح باشتراطه عليه، كما لو

(١) أي: الناسخ، وفي الصحاح للجوهري أنه الذي يورق ويكتب، أما يبيغ الورق: فيقال له كاغدي.

صَرَّحَ بِالْإِرْضَاعِ وَالْحَضَانَةِ، وَإِذَا لَمْ نُوْجِبْهُ عَلَيْهِ، فَلَوْ أَنَّهُ شَرِطَ عَلَيْهِ، فَسَدَ الْعَقْدُ إِنْ لَمْ يَكُنْ مَعْلُومًا، وَإِنْ كَانَ مَعْلُومًا، فَفِيهِ طَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: وَبِهِ قَالَ ابْنُ الْقَاصِّ: يَصِحُّ الْعَقْدُ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ فِعْلَ الْكِتَابَةِ، وَالْحَبْرَ تَابِعَ كَاللَّبَنِ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ شَرَاءٌ وَاسْتِئْجَارٌ، وَلَيْسَ الْجَبْرِ كَاللَّبَنِ؛ لِإِمْكَانِ إِفْرَادِهِ بِالشَّرَاءِ.

وَعَلَى هَذَا، فَيُنْتَظَرُ؛ إِنْ قَالَ: اشْتَرَيْتُ مِنْكَ هَذَا الْجَبْرَ عَلَى أَنْ تَكْتُبَ بِهِ كَذَا، فَهُوَ كَمَا لَوْ اشْتَرَى الزَّرْعَ بِشَرَطِ أَنْ يَخْصُدَهُ الْبَائِعُ.

وَلَوْ قَالَ: اشْتَرَيْتُ هَذَا الْجَبْرَ، وَاسْتَأْجَرْتُكَ؛ لَتَكْتُبَ بِهِ كَذَا بِعَشْرَةِ، فَهُوَ كَمَا لَوْ قَالَ: اشْتَرَيْتُ الزَّرْعَ، وَاسْتَأْجَرْتُكَ لِتَخْصُدَهُ بِعَشْرَةِ.

وَلَوْ قَالَ: اشْتَرَيْتُ الْجَبْرَ بِدَرَاهِمَ، وَاسْتَأْجَرْتُكَ لِتَكْتُبَ بِهِ بِعَشْرَةِ، فَهُوَ كَمَا لَوْ قَالَ: اشْتَرَيْتُ الزَّرْعَ بِعَشْرَةِ، وَاسْتَأْجَرْتُكَ لِتَخْصُدَهُ بِدَرَاهِمَ، وَحُكْمُ الصُّورِ<sup>(١)</sup> مَذْكُورٌ فِي الْبَيْعِ.

وَإِذَا اسْتَأْجَرَ الْخَيْطَ، وَالصَّبَاغَ، وَمَلَقَّحَ النَّخْلَ، وَالكَحَالَ، فَالْقَوْلُ فِي الْخَيْطِ، وَالصَّبْغِ، وَطَلَعَ النَّخْلَ، وَالذَّرُورَ<sup>(٢)</sup> كَمَا ذَكَرْنَا فِي الْجَبْرِ، هَذَا هُوَ الْمَشْهُورُ.

وَفَرَّقَ الْإِمَامُ وَشَيْخُهُ بَيْنَ الْخَيْطِ وَبَيْنَ الْجَبْرِ وَالصَّبْغِ قَاطِعًا بِأَنَّ الْخَيْطَ لَا يَجِبُ عَلَى الْخَيْطِ، وَعَلَى ذَلِكَ جَرَى صَاحِبُ الْكِتَابِ، وَأُورِدَ فِي الْجَبْرِ وَالصَّبْغِ الطَّرِيقَ الثَّانِي وَالثَّلَاثَ مِنَ الطَّرِيقِ الثَّلَاثَةِ الَّتِي أُورِدْنَاهَا.

قَوْلُهُ: فَقَدْ قِيلَ: إِنَّهُ كَاللَّبَنِ فِي حَقِّ الْحَاضِنَةِ وَالثَّانِي قَوْلُهُ: «وَقِيلَ كَالْخَيْطِ» وَكَانَ سَبَبُ الْفَرْقِ بَيْنَ الْخَيْطِ وَبَيْنَهُمَا أَنَّ الْعَادَةَ الْغَالِبَةَ فِي الْخَيْطِ خِلَافُ الْعَادَةِ الْغَالِبَةِ فِيهِمَا.

قَالَ الْعَزَائِيُّ: أَمَّا الدُّورُ فَعِمَارَةُ الدَّارِ بِإِقَامَةِ مَائِلٍ، أَوْ إِصْلَاحِ مُنْكَسِرٍ عَلَى الْمُكْرِي، وَإِنْ أَحْتَاجَ إِلَى تَجْدِيدِ بِنَاءٍ أَوْ جَذَعٍ فَإِنْ فَعَلَ اسْتَمَرَّتِ الْإِجَارَةُ، وَإِنْ أَبَى فَلِلْمُكْتَرِي الْخِيَارُ، فَإِنْ أَرَادَ إِجْبَارَهُ عَلَى الْعِمَارَةِ لَمْ يَجْزُ عَلَى الْأَظْهَرِ، وَكَذَا إِذَا عَصَبَ الدَّارَ لَمْ يَلْزَمَهُ الْأَنْتِزَاعُ وَإِنْ قَدَرَ وَلَكِنْ لِلْمُكْتَرِي الْخِيَارُ، وَيَجِبُ عَلَى الْمُكْرِي تَسْلِيمُ الْمِفْتَاحِ، فَإِنْ ضَاعَ فِي يَدِ الْمُكْتَرِي فَهُوَ أَمَانَةٌ، وَلَيْسَ عَلَى الْمُكْرِي إِبْدَالُهُ، وَلَوْ أُجْرَ دَارًا لَيْسَ لَهَا بَابٌ وَمِيزَابٌ فَلَيْسَ عَلَيْهِ تَجْدِيدُهُ، فَإِنْ جَهَلَهُ الْمُكْتَرِي فَلَهُ الْخِيَارُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: النَّوْعُ الثَّانِي: اسْتِئْجَارُ الْعَقَارِ، وَهُوَ يَنْقَسِمُ إِلَى: مَبْنِيٍّ؛ كَالدَّارِ،

(١) فِي ز: ذَلِكَ.

(٢) مَا يَذُرُّ فِي الْعَيْنِ وَعَلَى الْجُرْحِ مِنْ دَوَاءِ يَابَسَ، وَعَلَى الطَّعَامِ مِنْ مَلْحٍ مَسْحُوقٍ وَجَمَعَهُ أُزْرَةٌ.

والحَمَام وإلى غيره، وهو الأَرْضِي البِيضُ. أمَّا الأوَّل، ففيه مسألتان:

إحدهما: ما تحتاجُ إليه الدار المكَرَأة مِن العمارات ثلاثة أُضْرِب:

أحدهما: مَرَمَّة لا تحتاج<sup>(١)</sup> إلى عين جديدة؛ كإقامة جدار مائل<sup>(٢)</sup> وإصلاح جذع منكسي، وغلقي تعسر فتحه.

والثاني: يحوج إلى عَيْن جديدة؛ كبناء، وجذع جديد، وتطيين سطح، والحاجة في الضربين لخلل عَرَض في دَوَام الإجارة.

والثالث: عمارة ما يحتاج إليها لخلل قارن العَقْد، كما إذا أُجْرَ داراً ليس لها باب أو ميزاب<sup>(٣)</sup>، ولا يجب شيء من هذه الأضْرِب على المكثري، وإنما هي من في وظيفة. المكري، فإن بادر إلى الإصلاح، فلا خِيَارَ للمكثري، وإلا، فله الخيارُ إذا انتقضت المنفعة، حتى لو تَوَكَّف<sup>(٤)</sup> البيت، لترك التطيين، فعن الأَصْحَاب أن للمكثري الخِيَار، فإذا انقطع، بطل الخيارُ إلا إذا حدث بسببه نقص، وإنما يثبت الخيارُ في الضْرِب الثالث، إذا كان جاهلاً بالحال في ابتداء العَقْد.

وهل يُجَبَّرُ المكري على هذه العمارات ذكر صاحبُ الكتاب والإمام - رحمهما الله - أنه يُجَبَّرُ على الضرب الأوَّل، ولا يجبر على الثالث؛ لأنه لم يلزمه من الابتداء، وفي الثاني وجهان، وكذلك ذكر الشيخُ أبو الفَرَج السُّرْحَسِيُّ إلا أن كَلَامَهُ يُوهِم طَرْدَ الوَجْهَيْنِ في الضْرِب الثالث.

أحدهما، وبه قال الشيخ أبو محمد، والقاضي حسين: أنه يجبر توفيراً للمنفعة.

وأظهرهما، ويُحْكِي عن أبي حنيفة رضي الله عنه المنع؛ لما فيه من إلزامه تسليم عَيْنٍ لم يتناولها العَقْد، وأجري الوجهان فيما إذا غَصَب الدار المستأجرة، وقَدَّر المالك على الانتزاع، هل يُجَبَّرُ عليه<sup>(٥)</sup>؟ ولا شك أنه، إذا كان العَقْدُ على شيء موصوفٍ في الذمَّة، ولم يتزاع ما سلَّمه يطلب إقامة غيره مقامه.

وأجاب مجيبون في الأضْرِب كلها بأن المكري لا يُجَبَّرُ عليها، ومنهم صاحب «التهذيب»، وأبو سعید المتولِّي.

(١) في ز: ما يخرج.

(٢) الميزاب: المزراب، هو: أنبوبة من الحديد ونحوه، تتركب في جانب البيت من أعلاه لينصرف منها ماء المطر المتجمع ينظر: المعجم الوسيط ١/ ٤٠٥ (زرب).

(٤) تَوَكَّف البيت، أي: قطر بالماء. ينظر: المعجم الوسيط ٢/ ١٠٦٧ (وكف).

(٥) قال النووي: ينبغي أن يكون الصحيح هنا، وجوب الانتزاع.

ويجوز أن يعلم قوله: «وإصلاح منكسر على المُكْرِي لذلك».

وحكى الإمام؛ تفريعاً على الطريقة التي اقتضاها وجهين في الدّعة المانعة للانهدام، إذا احتج إليها أنه يعدُّ من الضرب الأول أو الثاني.

ويجب على المكري تسليم مفتاح الدار للتمكين من الانتفاع، بخلاف ما إذا كانت العادة فيه الإقفال؛ حيث لا يجب تسليم القفل؛ لأن الأضلّ ألا تدخل المنقولات في العقد الوارد على العقار، والمفتاح جعل تابعاً للغلق، فإذا سلمه، فهو أمانة في يد المكري حتى لوضاع من غير تقصير، لم يلزمه شيء، وإبداله من وظيفة المكري، وهل يطالب به؟ فيه الخلاف المذكور في العمارات<sup>(١)</sup>، فإن لم يبدله، فللمكترى الخيار. وقوله: «وليس على المكري إبداله» جواب على أظهر الوجهين، فيجوز أن يُعلم بالواو.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَتَطْهِيرُ عَرْضَةِ الدَّارِ عَنِ الْكُنَاسَةِ وَالثَّلْجِ الْخَفِيفِ وَالْأَثُونِ عَنِ الرَّمَادِ عَلَى الْمُكْتَرِي، وَتَسْلِيمِ الدَّارِ وَيَثِرِ الْحُشِّ وَالْبَالُوَعَةِ خَالِيَةً عَلَى الْمُكْرِي، فَإِنْ أَمْتَلَأَ فِيهِ وَجُوبَ تَفْرِيفِهِ عَلَى الْمُكْرِي لِيَقِيَّةِ الْمُدَّةِ خِلَافًا، وَإِذَا مَضَتْ الْمُدَّةُ عَلَى الْمُكْتَرِي التَّفْرِيفُ مِنَ الْكُنَاسَاتِ وَلَا يَلْزَمُهُ تَفْرِيفُ الْبَالُوَعَةِ وَالْحُشِّ، وَمُسْتَنْقَعِ الْحَمَامِ كَالْحُشِّ، وَرَمَادِ الْأَثُونِ كَالْكُنَاسَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَّةُ: تَطْهِيرِ الدَّارِ عَنِ الْكُنَاسَةِ وَالْأَثُونِ<sup>(٢)</sup> عَنِ الرَّمَادِ. فِي دَوَامِ الْإِجَارَةِ عَلَى الْمُكْتَرِي، لِأَنَّهَا حَصَلًا بِفَعْلِهِ، فَإِنْ أَرَادَ أَنْ يَكْمُلَ لَهُ الْإِنْتِفَاعُ، فَلْيُرْفَعِهَا وَكَسَحِ الثَّلْجَ عَنِ السُّطْحِ مِنْ وَظِيْفَةِ الْمُكْرِي لِأَنَّهُ عِمَارَةُ الدَّارِ، فَإِنْ تَرَكَهُ عَلَى السُّطْحِ<sup>(٣)</sup> وَحَدَّثَ بِهِ غَيْبًا، فَلِلْمُكْتَرِي الْخِيَارُ<sup>(٤)</sup>.

قال الإمام: وهل يُجْبَرُ عليه، ويُطالَبُ به؟ فيه ما مرَّ من الخلاف في العمارة. وفيه وَجْهٌ أَنَا لا نوجب عليه الكسح وإن أوجبت العمارة، فإن إيجابها لتعود الدار إلى ما كانت، وليس الكسح بهذه المثابة.

وأما الثَّلْجُ في عَرْضَةِ الدَّارِ، فَإِنْ خَفَّ، وَلَمْ يَمْنَعِ الْإِنْتِفَاعَ، فَهُوَ مُلْحَقٌ بِكُنَسِ الدَّارِ، وَإِنْ كَثَفَ، فَكَذَلِكَ عَلَى الظَّاهِرِ.

(١) صرح الرافعي عقبه بأن الأظهر المنع، فكان ينبغي ذكره لفائدة التصريح بالراجع.

(٢) الأثون: الموقد الكبير، كموقد الحمام والجصاص وتشدد التاء، ينظر: المعجم الوسيط ٤/١.

(٣) سقط في: ز.

(٤) محله كما قال ابن الرفعة في دار لا يتنقع ساكنها بسطحها.

ومنهم من الحقه بِتَقْيَةِ البَالُوْعَةِ، وفيها خِلافٌ يَأْتِي لِأَنَّهُ يَمْنَعُ التَّرُدُّدُ فِي الدَّارِ، وَإِنْ أَخَذْنَا بِظَاهِرِ المَذْهَبِ، فَقَوْلُهُ فِي الكِتَابِ: «عَنِ الثَّلَجِ الخَفِيفِ» لَيْسَ مَذْكُوراً لِلتَّقْيِدِ.

وَيَجِبُ عَلَى المَكْرِيِّ تَسْلِيمُ الدَّارِ، وَبِالْوَعْتِهَا فَارِغَةً، وَكَذَا الحُشِّ، لِثَبَتِ التَّمَكُّنِ مِنَ الانْتِفَاعِ، وَإِنْ كَانَ مَمْلُوءاً، فَلِلْمَكْرِيِّ الخِيَارَ، وَكَذَا مُسْتَنْقَعِ الحَمَّامِ، وَهُوَ المَوْضِعُ الَّذِي تَنْصَبُ إِلَيْهِ العَسَّالَةُ، وَإِذَا امْتَلَأَتِ البَالُوْعَةُ، وَالحُشُّ، وَمُسْتَنْقَعِ الحَمَّامِ فِي دَوَامِ الإِجَارَةِ، فوجْهَانِ:

أحدهما: وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، وَاخْتَارَهُ القَاضِي الرُّوْيَانِيُّ أَنَّ التَّفْرِيعَ عَلَى المَكْرِيِّ تَمَكِيناً مِنَ الانْتِفَاعِ مِنْ بَقِيَّةِ المَرَّةِ<sup>(١)</sup> فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ، فَلِلْمَكْرِيِّ الخِيَارَ، وَأَظْهَرُهُمَا، وَبِهِ أَجَابَ القَاضِي المَآوَزْدِيُّ، وَابْنُ الصَّبَّاحِ، وَالمَتَوَلِيُّ: أَنَّهُ عَلَى المَكْرِيِّ لِأَنَّ الامْتِلاءَ حَصَلَ بِفِعْلِهِ، فَصَارَ كَنَقْلِ<sup>(٢)</sup> الكُنَّاسَاتِ، فَإِنْ تَعَذَّرَ الانْتِفَاعُ، فَلْيَنْقُ، وَلَا خِيَارَ لَهُ. وَفِيهِ وَجْهٌ: أَنَّ لَهُ الخِيَارَ، وَلَا يَجِبُ عَلَى المَكْرِيِّ تَقْيَةَ البَالُوْعَةِ، وَالحُشِّ عِنْدَ انْقِضَاءِ المُدَّةِ، وَيَجِبُ عَلَيْهِ التَطْهِيرُ مِنَ الكُنَّاسَاتِ وَمُسْتَنْقَعِ الحَمَّامِ لَا يَجِبُ تَفْرِيعُهُ؛ كَالْحُشِّ. وَذَكَرَ الإِمَامُ، وَصَاحِبُ الكِتَابِ أَنَّ رَمَادَ الأَثْوَنِ كَالْكُنَّاسَةِ، حَتَّى يَجِبَ نَقْلُهُ عِنْدَ انْقِضَاءِ المُدَّةِ.

وَفِي «التَّهْذِيبِ» أَنَّهُ لَا يَجِبُ، وَيُخَالِفُ القِمَامَاتِ [لِأَنَّ طَرْحَ الرِّمَادِ مِنْ ضَرُورَةٍ اسْتِبْقَاءِ المَنْفَعَةِ، وَفَسَرُوا الكُنَّاسَةَ الَّتِي يَجِبُ عَلَى المَكْرِيِّ تَطْهِيرِ الدَّارِ عَنْهَا]<sup>(٣)</sup> بِالقُشُورِ، وَمَا يَسْقُطُ مِنَ الطَّعَامِ وَنَحْوِهِ دُونَ التَّرَابِ الَّذِي يَجْتَمِعُ بِهَبُوبِ الرِّيحِ؛ لِأَنَّهُ حَصَلَ لَا بِفِعْلِهِ، لَكِنْ قَدْ مَرَّ فِي ثَلَجٍ عَلَى العَرِصَةِ؛ أَنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَى المَكْرِيِّ نَقْلُهُ، بَلْ هُوَ كَالْكُنَّاسَاتِ<sup>(٤)</sup> مَعَ أَنَّهُ حَصَلَ، لَا بِفِعْلِهِ، [فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ التَّرَابُ - أَيْضاً - كَالْكُنَّاسَاتِ فِي إِنْهَاءِ الإِجَارَةِ، وَإِنْ حَصَلَ لَا بِفِعْلِهِ<sup>(٥)</sup>].

فِرْع:

الدَّارِ المَكْتَرَأَةَ لِلسُّكْنَى لَا يَجُوزُ طَرْحُ الرَّمَادِ وَالتَّرَابِ فِي أَصْلِ حَيْطَانِهَا، وَلَا رِبْطُ الدَّوَابِّ فِيهَا، بِخِلافِ وَضْعِ الأَمْتَعَةِ. وَفِي جَوَازِ طَرْحِ مَا يَسْرِعُ إِلَيْهِ الفَسَادُ فِي الأَطْعَمَةِ وَجْهَانِ: أَصْحُهُمَا: الجَوَازُ؛ لِأَنَّهُ مَعْتَادٌ.

(١) فِي ز: المَلِكِ (٢) فِي ب: كَل.

(٣) سَقَطَ فِي: ب. (٤) فِي ز: كَالنَّجَاسَاتِ.

(٥) قَالَ النُّووي: هَذَا لِاحْتِمَالِ ضَعِيفِ. وَالصَّوَابُ: أَنَّهُ لَا يَلْزِمُ المَسْتَأْجِرَ نَقْلَ التَّرَابِ كَمَا قَالَ الأَصْحَابُ، وَلَيْسَ المَرَادُ بِمَا سَبَقَ فِي ثَلَجِ العَرِصَةِ أَنَّهُ يَلْزِمُ المَسْتَأْجِرَ نَقْلَهُ، بَلْ المَرَادُ أَنَّهُ لَا يَلْزِمُ المَوْجِرَ، فَكَذَا هُنَا لَا يَلْزِمُ وَاحِداً مِنْهُمَا.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: أَمَا الْأَرَاظِي إِذَا اسْتَوْجِرَتْ لِلزَّرَاعَةِ وَلَهَا شِرْبٌ مَعْلُومٌ فَالْعُرْفُ فِيهِ الْأَيْبَاعُ وَإِنْ لَمْ يَذْكَرْ، وَإِنْ كَانَ الْعُرْفُ مُضْطَرِباً فَالْأَصْحَحُّ أَنَّهُ لَا يَتَّبِعُ، وَقِيلَ: إِنَّ لَفْظَ الزَّرَاعَةِ كَالشَّرْطِ لِلشَّرْبِ، وَقِيلَ: يَفْسُدُ لِأَجْلِ هَذَا التَّرْدُدِ.

قال الرَّافِعِيُّ: القسم الثاني: الأراضي البيضاء، فمن مسائله:

قال الغزاليُّ: إذا استأجر أرضاً للزراعة، ولها شرب معلوم، فإن شرط دخوله في العقد<sup>(١)</sup>، أو خروجه، أتبع الشرط، وإلا فإن اطردت العادة باتباعه الأرض أو انفردا، أتبع، وإن اضطربت، فكانت الأرض تُكْرَى وَحْدَهَا تارة، ومع الشرب تارة أخرى، ففيه ثلاثة أوجه:

أظهرها: أنه لا يجعل الشرب تابعاً اقتصاراً على موجب اللفظ، وإنما يزداد عليه بعرف مُطَرَّد.

والثاني: - وبه قال أبو حنيفة رضي الله عنه: يجعل تابعاً؛ لأن الزراعة مفتقرة إليه فالإجارة للزراعة كشرط الشرب.

والثالث: أن العقد يبطل من أصله؛ لأن تعارض المعنيين يوجب جهالة المقصود.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: فَإِنْ مَضَتْ الْمُدَّةُ وَالزَّرْعُ بَاقٍ وَإِنَّمَا بَقِيَ لِتَقْصِيرِهِ فِي الزَّرَاعَةِ قَلْعٌ مَجَاناً، وَإِنْ كَانَ لِعَلْبَةِ الْبَزْدِ لَمْ يَفْلُغْ مَجَاناً فَإِنَّهُ غَيْرُ مُقْصِرٍ، وَإِنْ اسْتَوْجِرَ لِزَّرَاعَةِ الْقَمْحِ شَهْرَيْنِ فَإِنْ شَرَطَ الْقَلْعَ بَعْدَ الْمُدَّةِ جَازٍ وَكَأَنَّهُ لَا يَنْبَغِي إِلَّا الْقَصِيلَ، وَإِنْ شَرَطَ الْإِبْقَاءَ فَهُوَ فَاسِدٌ لِتَنَاقُضِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ التَّأْيِيتِ، وَإِنْ أَطْلَقَ فَقِيلَ: إِنَّهُ صَحِيحٌ وَيَتْرُكُ عَلَى الْقَلْعِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ يَفْسُدُ إِذِ الْعَادَةُ تَقْضِي بِالْإِبْقَاءِ، وَكَذَا إِنْ آجَرَ لِلْبِنَاءِ وَالْغِرَاسِ سَنَةً أَوْ سَنَتَيْنِ أَتَّبَعَ الشَّرْطَ، فَإِنْ أَطْلَقَ فَهُوَ كَالزَّرْعِ الَّذِي يَبْقَى، وَحَيْثُ صَحَّحْنَا فَعَلِي جَوَازِ الْقَلْعِ مَجَاناً بَعْدَ الْمُدَّةِ خِلَافَ، وَقِيلَ: إِنَّهُ لَا يَفْلُغُ كَمَا فِي الْعَارِيَةِ الْمُؤَقَّتَةِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ يَفْلُغُ إِذْ فَائِدَةُ التَّأْيِيتِ فِي الْعَارِيَةِ طَلَبُ الْأَجْرَةِ بَعْدَ الْمُدَّةِ وَلَا فَائِدَةَ هَاهُنَا إِلَّا الْقَلْعُ، فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَفْلُغُ مَجَاناً فَهُوَ كَالْمَعِيرِ يَتَخَيَّرُ بَيْنَ الْقَلْعِ بِالْأَرْضِ أَوْ الْإِبْقَاءِ بِأَجْرَةٍ أَوْ التَّمْلُكِ بِعَوْضٍ، وَمُبَاشَرَةُ الْقَلْعِ أَوْ بَدَلُ مُؤْتَيْهِ عَلَى الْأَجْرِ أَوْ الْمُسْتَأْجِرِ فِيهِ خِلَافٌ، فَإِنْ مَنَعَ الْمُسْتَأْجِرُ مَا عَيْنَهُ الْأَجْرُ قِيلَ: إِنَّهُ يَفْلُغُ مَجَاناً تَفْرِيفاً لِمَلِكِهِ، وَالْأَقْبَسُ: أَنَّهُ يَفْلُغُ وَيَغْرَمُ لَهُ وَلَا يَبْطُلُ حَقُّهُ بِأَمْتِنَاعِهِ.

(١) في ز: البيع.



قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِي الْفَصْلِ صَوْرَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: إِذَا اسْتَأْجَرَ أَرْضاً لِلزَّرْعَةِ، فَاَنْقَضَتِ الْمُدَّةَ وَلَمْ يَذْرِكِ الزَّرْعَ، فَلَا يَخْلُو، إِمَّا أَنْ يَكُونَ اسْتِئْجَارُ لَزْرَاعَةٍ زَرْعٍ مَعِينٍ، أَوْ لِلزَّرْعَةِ مُطْلَقاً، أَمَّا فِي الْحَالَةِ الْأُولَى، فَلَعَدَمُ الْإِدْرَاكِ أَسْبَابٌ:

إِحْدَاهَا: التَّقْصِيرُ فِي الزَّرْعَةِ. بِأَنَّ أُخْرَهَا حَتَّى ضَاقَ الْوَقْتُ، أَوْ أُبْدِلَ الزَّرْعَ الْمَعِينُ بِمَا هُوَ أَبْطَأُ إِدْرَاكاً أَوْ أَكَلَهُ الْجَرَادُ، فَزَرَعَهُ ثَانِياً، فَلِلْمَالِكِ إِجْبَارُهُ عَلَى قَلْعِهِ، وَعَلَى الزَّرَاعِ تَسْوِيَةَ الْأَرْضِ، كَالغَاصِبِ، هَذَا لَفْظُهُ فِي «التَّهْذِيبِ»، وَقَضِيَّةُ إِحْقَاقِهِ بِالغَاصِبِ أَنْ يَقْلَعَ زَرْعَهُ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ أَيْضاً، لَكِنَّ صَاحِبَ «التَّثَمَّةِ» وَغَيْرَهُ صَرَّحُوا بِأَنَّهُ لَا يَقْلَعُ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ، لِأَنَّ الْأَرْضَ فِي الْحَالِ<sup>(١)</sup> لَهُ.

وَلِلْمَالِكِ مَنَعُهُ مِنْ زِرَاعَةِ مَا هُوَ أَبْطَأُ إِدْرَاكاً فِي الْإِبْتِدَاءِ، وَهَلْ لَهُ الْمَنَعُ مِنْ زِرَاعَةِ التَّوْبُخِ الْمَعِينِ إِذَا ضَاقَ الْوَقْتُ؟ فِيهِ وَجْهَانٌ؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ مَنَفَعَةَ الْأَرْضِ فِي تِلْكَ الْمُدَّةِ<sup>(٢)</sup>، وَقَدْ يَقْصِدُ الْقَصِيلُ<sup>(٣)</sup>.

وَالثَّانِي: أَنْ يَكُونَ تَأَخَّرَ الْإِدْرَاكِ لِحَرِّ أَوْ بَرْدٍ، فَالظَّاهِرُ، وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ أَنَّهُ لَا يَجْبَرُ عَلَى الْقَلْعِ، بَلْ عَلَى الْمَالِكِ الصَّبْرُ إِلَى الْإِدْرَاكِ مَجَاناً، أَوْ بِأَجْرَةِ الْمِثْلِ.

وَفِيهِ وَجْهٌ أَنَّهُ يَقْلَعُ مَجَاناً؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَرْضَ بِشُغْلِ مَلِكِهِ فِيمَا وَرَاءَ الْمُدَّةِ، وَمِنْ هَذَا الْقَبِيلِ مَا إِذَا أَكَلَ الْجَرَادُ رُؤُوسَ الزَّرْعِ، فَتَبَتَ ثَانِياً، وَتَأَخَّرَ الْإِدْرَاكِ وَكَذَا التَّأَخُّرُ لِكثْرَةِ الْأَمْطَارِ.

وَالثَّلَاثُ: أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ الزَّرْعُ، الْمَعِينُ، بِحَيْثُ لَا يَدْرِكُ فِي الْمُدَّةِ كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَ لَزِرَاعَةِ الْجِنْحَةَ شَهْرَيْنِ، فَإِنَّهُ شَرَطَ الْقَلْعَ بَعْدَ مَضِيِّ الْمُدَّةِ، جَازٍ، وَكَأَنَّهُ لَا يَبْغِي إِلَّا الْقَصِيلَ ثُمَّ لَوْ تَرَاضِيَ عَلَى الْإِبْقَاءِ مَجَاناً أَوْ بِأَجْرَةِ الْمِثْلِ، فَلَا بَأْسَ، وَإِنْ شَرَطَا الْإِبْقَاءَ فَسَدَّ الْعَقْدُ، لِلتَّنَاقُضِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ التَّوْقِيتِ، وَلِجِهَالَةِ غَايَةِ الْإِدْرَاكِ، وَيَجِيءُ فِيهِ خِلَافٌ سَتَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَإِذَا فَسَدَ الْعَقْدُ فَلِلْمَالِكِ مَنَعُهُ مِنَ الزَّرْعَةِ، لَكِنَّ لَوْ زَرَعَ، لَمْ يَقْلَعَ زَرْعَهُ مَجَاناً لِلإِذْنِ، بَلْ يُؤَخَّذُ فِيهِ أَجْرَةُ الْمِثْلِ لِجَمِيعِ الْمُدَّةِ وَإِنْ أُطْلِقَا الْعَقْدَ، وَلَمْ يَتَعَرَّضَا لِقَلْعِ، وَلَا إِبْقَاءِ، فَوْجْهَانٌ:

(١) قَالَ النَّوَوِيُّ: الصَّوَابُ مَا صَرَّحَ بِهِ الْمَتَوْلِيُّ وَغَيْرِهِ، وَلَيْسَ مَرَادُ الْبَغْوِيِّ بِالْحَقِيقَةِ بِالغَاصِبِ، الْقَلْعُ قَبْلَ الْمُدَّةِ.

(٢) فِي ز: الْجِهَةُ.

(٣) الْقَصِيلُ: مَا أُقْتَطِعَ مِنَ الزَّرْعِ أَحْضَرَ لَعَلْفِ الدَّوَابِّ يَنْظُرُ: الْمَعْجَمُ الْوَسِيطُ ٢/٤٤٧.

وَقَالَ النَّوَوِيُّ: الْأَصْحَحُ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ مَنَعُهُ.

أحدهما: وبه قال الشيخ أبو محمد: أنه فاسد؛ لأن العادة في الزرع الإبقاء مجاناً، فهو كما لو شرط الإبقاء.

وأصحهما: أن العقد صحيح؛ لأن التأقيت لحصر المغنود عليه في منفعة تلك المدة، فعلى هذا، إن توافقا بعد المدة على إبقائه مجاناً، أو بأجرة، فذاك، وإن أراد المالك إيجارته على القلع، فوجهان:

أحدهما: وبه قال أبو إسحاق: أنه يتمكن منه لأنقضاء المدة التي تناولها العقد، وهذا ما يوافق قوله في الكتاب «وينزل على القلع».

وأشبههما، ويحكى عن اختيار القفال: أنه لا يتمكن منه؛ لأن العادة في الزرع الإبقاء، وعلى هذا فأظهر الوجهين: أن له أجرة المثل؛ للزيادة.

وفي وجه: لا؛ لأنه إذا أجز مدة، لا يدرك فيها الزرع كان معتبراً للزيادة على تلك المدة. قال أبو الفرج السرخسي: إذا قلنا: لا يقلع بعد المدة لزم تصحيح العقد فيما إذا شرط الإبقاء بعد المدة، وكأنه صرح بمقتضى الإطلاق، وهذا حسن.

والحالة الثانية: إذا استأجر للزراعة مطلقاً، وفرعنا على أظهر الوجهين، وهو صحته، فعليه أن يزرع ما يدرك في تلك المدة، فإن زرعه وتأخر إدراكه لتقصير أو لغيره تقصير<sup>(١)</sup>، فعلى ما ذكرنا في الزرع المعين، فإن أراد أن يزرع ما لا يدرك في تلك المدة فللمالك منعه، لكن لو زرع، لم يقلع إلى انقضاء المدة.

وقال الشيخ أبو إسحاق الشيرازي يُحتمل ألا يُمنع من زرعِهِ كما لا يقلع إذا زرع.

الصورة الثانية: إذا استأجر للبناء، أو الغراس، فإما أن يشترط القلع بعد المدة، أو يشترط الإبقاء، أو يسكتا عنهما، أو يُطلقا العقد، إن شرط القلع، صح العقد، وأمر المستأجر بالقلع بعد المدة، وليس على المالك أزش الثقصان، ولا على المستأجر تسوية الأرض، ولا أزش نقصانها وإن نقصت لتراضيهما بالقلع، وإن شرط الإبقاء بعد المدة، فوجهان:

أحدهما: أن العقد فاسد لجهالة المدة، وهذا أرجح في إيراد جماعة، منهم الإمام وصاحب «التهذيب».

والثاني: يصح؛ لأن الإطلاق يقتضي الإبقاء على ما سيأتي، فلا يضر شرطه، وهذا ما أجاب به العراقيون كلهم، أو معظمهم<sup>(٢)</sup> ويتأيد به كلام السرخسي في «مسألة الزرع».

(٢) في ز: وبعضهم.

(١) سقط في: ز.

وإذا قلنا بالفساد، فعلى المُستأجر أجره المثل للمدة، وفيما بعد المدة، الحكم على ما سنذكره فيما إذا أطلقا العقد، وإن أطلقا العقد، وسكتا عن شرط القلع، والإبقاء، فلفظ صاحب الكتاب<sup>(١)</sup> حيث قال: «فإن أطلق، فهو كالزرع الذي<sup>(٢)</sup> يبقى ظاهر الإشعار بأن صحة العقد على وجهين، كما إذا أطلق الاستحجار لزرعة ما لا يُذكر في المدة، وإيراد الجمهور يُشير إلى القلع بالصحة، والصحيح الصحة؛ إذ لا اختلاف<sup>(٣)</sup> فيها، ثم يُنظر بعد المدة، فإن أمكن القلع والرفع من غير نقصان [الأرض] فعل، وإلا، فإن اختار المستأجر القلع فله ذلك؛ لأنه ملكه، وإذا قلع، فهل عليه تسوية الحفر وأرض نقصان الأرض؟ فيه وجهان، حكاها القاضي ابن كج، وغيره، وهما كالوجهين فيما إذا رغب المستعير في القلع عند رجوع المعير، وهل عليه التسوية؟ الأصح المنصوص الوجوب؛ لتصرفه في أرض الغير بالقلع بعد خروجها من يده، وتصرفه بغير إذن المالك، وعلى هذا، فلو<sup>(٤)</sup> قلع قبل انقضاء المدة، فيلزمه التسوية؛ لأن المالك لم يأذن، أو لا يلزمه لبقاء الأرض في يده وتصرفه؟ فيه وجهان:

### أصحهما: الأول.

وإن يختر<sup>(٥)</sup> المستأجر القلع، فهل للمؤجر أن يقلعه مجاناً؟ فيه وجهان<sup>(٦)</sup>، نقلهما الإمام وصاحب الكتاب كما في صورة الزرع:

أحدهما، وبه قال أبو حنيفة والمزني رضي الله عنهما أن له ذلك؛ لأن مدة استحقاق المنفعة قد انقضت.

وأصحهما: وقطع به قاطعون: أنه لا يقلع مجاناً؛ لأنه بناء محترم، لم يشترط قلعه، وهذا كما ذكرنا في العارية المؤقتة، فإن ظاهر المذهب فيها أن بناء المستعير لا يقلع بعد المدة مجاناً.

ومن قال بالأول فرّق بأن فائدة التأقيت في الإعارة طلب الإجارة بعد المدة، وهما الأجرة لازمة في المدة، فلا فائدة إلى القلع ولناصر الأصح أن يمنع قوله الفائدة في الإعارة طلب الأجرة بعد المدة، وأن الفائدة هاهنا القلع لجواز أن يكون الغرض في الصورتين المنع من إحداث الغراس، والبناء بعد المدة، وأن يكون الغرض هاهنا العدول إلى أجرة المثل بعد المدة، وإن قلنا: لا يقلع مجاناً، فالكلام في أن المالك

(١) في ز: بلفظ الكتاب.

(٢) في ز: التي.

(٣) في د خلاف.

(٤) في ز: فإن.

(٥) في ز: يحسن.

(٦) عبارة النووي: فيه طريقان.

يتخير بين أن يقلع ويُعَرِّم<sup>(١)</sup> أرض النقصان مع نُقْصَان الثمار، إن كانت على الأشجارِ ثماراً، أو يملكه عليه بالقيمة، أو يبقيه بأجرة يأخذها أو لا يتخير إلا بين الخصلتين الأولين من الخصال الثلاثة على ما ذكرنا فيما إذا رَجَعَ المعير<sup>(٢)</sup> عن العارية فإذا أنتهى الأمرُ إلى القَلْع فباشرة القلع، أو بدل مؤنته على المؤجر أو المستأجر، فيه<sup>(٣)</sup> وجهان مستنبطان من كلام الأضحاب:

أحدهما: على المؤجر؛ لأنه الذي اختاره.

وأصحهما: على المُسْتَأْجِر؛ لأنه الذي شغل الأرض فليفرغها، وإذا عَيَّن المؤجر خصلة، فامتنع المستأجر، ففي إجباره ما ذكرناه في إجبار المُسْتَعِير، فإن أُجِبَرَ كَلَّفَ تفرغ الأرض مجاناً، وإلا، لم يكلف، بل هو كما لو امتنع المؤجر من الاختيار وحينئذ، يبيع الحاكم الأرض وما فيها، أو يعرض عنها، فيه خلافٌ قد مرَّ، ويخرج من ذلك عند الاحتصاد في التفرغ مجاناً وجهان كما ذكرنا في الكتاب.

أحدهما: يكلف ذلك، ليزدُّ الأرض كما أخذ، وهذا ما أجاب به في كتاب العارية.

وأقيسهما: المنع ولا يبطل حقه من العوض بأقتناعه، كما أن من منع المضطرَّ طعامه يؤخذ منه قهراً، ويسلم إليه العوض، والإجارة الفاسدة للغراس والبناء كالصحيحة في تخيير المالك، ومنع القلع مجاناً.

وقوله في الكتاب: «وكذا إن أجر للغراس والبناء سنة أو سنتين، أتبع الشُرْطُ أراد به أنه إذا أجزَّ بشرط القلع يتبع الشُرْطُ، وكذلك، إن أجزَّ بشرط الإبقاء، إذا أوجبنا بأنَّ العَقْدَ لا يفسد بهذا الشُرْطُ، وذلك بين<sup>(٤)</sup> من سياق الكلام، والتَّمْثِيلُ بالسنتين مبني على جواز الإجارة أكثر من سنة.

وقوله: «وإن أطلق فهو كالزرع الذي يبقى»، أي: كالإجارة لزراع ما لا يدرك في المدَّة التي عيَّناها، فإنَّ العادة التبقية إلى الإدراك.

وقوله: «لا يقلع كما في العارية» مُعْلَمٌ بالحاء والزاي.

وقوله: «يتخير بين القلع...» إلى آخره بالميم؛ لأن الحكاية عن مالك رضي الله عنه أن [صاحب الأرض]<sup>(٥)</sup> بالخيار بين أن يقلع من غير ضمانِ الثَّقْصَان، وبين<sup>(٦)</sup> أن

(٢) في ز: المعين.

(٤) في ز: وتلك هي.

(٦) في ز: وهي.

(١) في ز: ويعدم.

(٣) في ز: منه.

(٥) في د: المالك.

يتملك بالقيمة، وبين أن تبقى الأشجار على أن تكون الثمار بينهما.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ اسْتَأْجَرَ أَرْضاً لِلدَّرَّةِ فَلَهُ زَرْعُ الْقَمْحِ، وَلَوْ اسْتَأْجَرَ لِلْقَمْحِ لَمْ يَجْزُ زَرْعُ الدَّرَّةِ وَلَهُ الشَّعِيرُ، وَكَذَا إِذَا اسْتَأْجَرَ دُكَّاناً لِصِنْعَةٍ فَلَا يَبَاشِرُ مَا ضَرَرَهُ فَوْقَهَا، وَيَفْعَلُ مَا ضَرَرَهُ دُونَهُ، فَلَوْ اسْتَأْجَرَ لِلْقَمْحِ فَوَزَعَ الدَّرَّةَ فَلِلْأَجْرِ الْقَلْعُ فِي الْحَالِ، فَإِنْ لَمْ يَقْلَعْ حَتَّى مَضَتْ الْمُدَّةُ يُخَيَّرُ بَيْنَ أُجْرَةِ الْمِثْلِ وَبَيْنَ أَخْذِ الْمُسَمَى وَأَرْضِ نَقْصِ الْأَرْضِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ يَتَعَيَّنُ أُجْرُ الْمِثْلِ وَهَلْ يَتَعَيَّنُ الْمُسَمَى وَأَرْضُ النَّقْصِ وَالنَّقْصُ هُوَ الْأَوَّلُ؟ وَلَوْ عَدَلَ مِنَ الزَّرْعِ إِلَى الْفَرْسِ يَتَعَيَّنُ أُجْرُ الْمِثْلِ إِذْ تَغَيَّرَ الْجِنْسُ، وَلَوْ عَدَلَ مِنْ خَمْسِينَ مَثَلاً إِلَى مِائَةٍ فِي الْحَمْلِ تَعَيَّنَ الْمُسَمَى وَطَلَبَ الزِّيَادَةَ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ وَزَادَ.

قال الرافعي: إذا استأجر أرضاً لزراعة جنس معين جاز له أن يزرعه، وما ضرره مثل ضرره، أو دون ذلك، ولا يزرع ما ضرره فوقه، وضرر الحنطة فوق ضرر الشعير، وكل واحد من الدرة والأرز أشد ضرراً من الحنطة.

أما الدرة، فلأن لها عروقاً غليظة تنتشر في الأرض ويستوفي قوته.

وأما الأرز؛ فلأنه يحتاج إلى السغي الدائم، وأنه يذهب بقوة الأرض.

وعن البونطي، أنه لا يجوز العُدول إلى غير الزرع المعين، فمن الأصحاب من قال: إنه قول الشافعي - رضي الله عنه - رواية ومنهم من قال: رأى رآه، ووجه ظاهر المذهب أن المعقود عليه منفعه الأرض، والمزروع طريق في الاستيفاء، فلا يتعين، كما أنه إذا كان له حق على غيره يتخير بين أن يستوفيه بنفسه، أو بغيره، هذا في تعيين الجنس، أو النوع.

أما إذا عين الشخص كما إذا قال: أجرتكها؛ لتزرع هذه الحنطة، فعن ابن القطان أن صحة العقد على وجهين:

أحدهما: المنع؛ لأن تلك الحنطة قد تلفت، فيتعذر الزرع.

والثاني: وهو اختيار القاضي ابن كج: أنه كتعيين الجنس، ولا تتعذر الزراعة بتلف تلك الحنطة<sup>(١)</sup>، والأول هو الذي أجاب به في «التهديب» إلا أنه صورهما فيما إذا قال: نزرع هذه الحنطة دون غيرها، فصرح بنفي زراعة الغير.

ولو قال: نزرع الحنطة، ولا نزرع غيرها، ففيه ثلاثة أوجه:

(١) قال النووي الأصح: الصحة، لأنه لا يتعذر بتلف الحنطة ولو تعذر لم يكن احتمال التلف مانعاً، كالاستجار لإرضاع هذا الصبي، والحمل على هذه الدابة.

أحدها: أنه يفسد العقد؛ لأنَّ الشَّرْطَ، إذا لم يكن من قضايا العقد، ولا من مصالحه يفسد، والإجارة تفسد بالشروط الفاسدة كالبيع، وذكر القاضي ابن كح والرويانى<sup>(١)</sup> أنه المذهب. والثاني: واختاره الإمام: أنه يصحُّ العقد، ويفسد الشرط؛ لأنه شرط لا يتعلق به غرض، فأشبهه ما إذا قال: آجرتك على ألا تلبس إلا الحرير.

والثالث: أنه يصحُّ العقد والشرط؛ لأنَّ المستأجر يملك المنفعة من جهة المؤجر، فيملك بحسب التملك<sup>(٢)</sup>.

وعلى هذا قياسُ استبقاء سائر المنافع، فإذا استأجر دابةً للركوب في طريق، لم يركبها في طريق أحزن منه<sup>(٣)</sup> ويركبها في مثل ذلك الطريق، وفيما هو أسهل منه.

وإذا استأجر لِحْمَلِ الحديد، لم يحمل القطن، وكذا بالعكس، وإذا استأجر دُكَّانًا، لصنعة، فله أن يباشرها، وما دونها في الضرر دون ما فوقها. إذا تقرَّر ذلك، فلو تعدى المُسْتَأْجِر لزراعة الحنطة، فزرع الدُّرَّة، ولم يتخاصمًا حتى انقضت المدَّة، وحصد الدُّرَّة، فالنصُّ في «المختصر» أنَّ المالك بالخيار بين أن يأخذ المسمَّى، وبدل النقصان الزائد على زراعة الحنطة، وزراعة الدُّرَّة، وبين أن يأخذ أُجْرَةَ المِثْلِ، لزراعة الدُّرَّة.

ثم قال المُرْزِي: يُشْبِه أن يكون الأول أولى. واختلف الأضحاب على طريقتين:

أشهرهما: أنه المسألة على قولين، وفي كفيتهما طريقتان: أظهرها، وبه قال أبو إسحاق: أنَّ أحد القولين وجوبُ أُجْرَةِ المِثْلِ؛ لأنه عدل عن المستحق إلى غيره، فأشبهه ما إذا زرع أرضاً أخرى.

والثاني: وهو اختيار [القاضي الرويانى]<sup>(٤)</sup> أن الواجب المسمَّى، وبدل النقصان الزائد بسبب الدُّرَّة، كما لو استأجر الدابة للركوب إلى موضع، فجاوز ذلك الموضع.

والطريق الثاني، وبه قال ابن القطان: أنَّ أحد<sup>(٥)</sup> القولين في وجوب المسمَّى وبدل نقصان الدُّرَّة.

والثاني: التخيير كما نصَّ عليه<sup>(٦)</sup>؛ لأنَّ للمسألة شبهاً بزراعة الغاصب من حيث إنه زرع ما لم يستحقه، وموجبها أُجْرَةَ المِثْلِ، وشبهها بما إذا استأجر، دابةً إلى موضع،

(٢) قال النووي: الأول أقوى.

(٤) في ب: المزي.

(١) سقط في: ز.

(٣) في د: أحسن.

(٥) سقط في: ز.

(٦) قال النووي: وهل يصير ضامناً للأرض غاصباً؟ وجهان حكاهما الشاسي في «المستظهري» أصحهما: لا.

وجاوزه من حيث إنّه استوفى المستحقّ، وزاد في الضّرر، وموجبها المسمّى ويذل المال<sup>(١)</sup> لما زاد، فخيّرناه بينهما.

وأيضاً، فإنّ المكري استحق أجره الدّرة، والمكثري استحقّ منفعة زراعة الحنطة، وقد فاتت بمضيّ المدّة، فإما أن يأخذ المكري ما يستحقّ، ويردّ ما أخذ، وإما أن يتقاضياً، ويأخذ الزيادة، وذكر الداهيئون إلى هذه الطريقة للقولين هكذا فأخدين:

أحدهما: قرنوهما من القولين فيما إذا الصّرف الغاصب في الدّراهم المغصوبة وريح، فعلى أحدهما: يأخذ المالك مثلّ دراهمه.

وعلى الثاني: يتخيّر بينه ويّين أن يأخذ الحاصل بربحه.

والثاني: قال الشيخ أبو محمّد في «السلسلة»: قول الرجوع إلى أجرة المثل مبني على أن البائع إذا أتلف المبيع قبل القبض يفسخ البيع، ويقدر كأن العقد لم يكن، والتخيير مبني على أن البيع لا يفسخ، بل يتخيّر المشتري بين أن يفسخ، ويستردّ الثمن، وبين أن يتخيّر، ويضع على البائع بالقيمة، هذا البناء ليس بواضح؛ لأنّ المكري هو الذي يقع في رتبة البائع، ولم يوجد منه إتلاف، وإنما المكثري قوت المنفعة المستحقّة على نفسه، فكان ذلك بإتلاف المشتري أشبه.

والطريق الثاني في أضل المسألة: القطع بالتخيير، وهو أوفق لظاهر النصّ، وبه قال أبو عليّ الطبري، والقاضي أبو حامد وكذا ابن سريج فيما حكاه القاضي ابن كج، ونقل الشيخ أبو حامد، ومن تابعه ذهاب ابن سريج إلى الأوّل [من] طريقتي القولين، ونسب ذلك إلى المزيّ أيضاً، لأنه قال بعد، ذكر التخيير «يشبه أن يكون الأول أولى»، فأشعر بأن طرفي التخيير قولان، ولكن من قال بالطريق الثاني والثالث تراجع أولى، فقال: أراد أولى وجهي الخيار لا أولى [وجهي] القولين، وحينئذ، فلا يكون مثبتاً قولين، والله أعلم، إذا تخصّصا بعد انقضاء المدّة وحصاد الدّرة.

أما إذا تخصّصا في ابتداء قصده زراعة الدّرة، منعتاه منها، وإن تخصّصا بعد الزّراعة وقبل الحصاد، فله قلعها، وإذا قلع<sup>(٢)</sup> فإن تمكّن من زراعة الحنطة، زرّعها، وإلا لم يزرع، وعليه الأجرة لجميع المدّة؛ لأنه المفوت لمقصود العقد على نفسه، ثم إن لم تمض مدّة تتأثر<sup>(٣)</sup> بها الأرض، فذاك، وإن مضت، فلمستحقّ أجرة المثل؟ أم قسطها من المسمّى، وزيادة النقصان؟ أم يتخيّر بينهما؟ فيه ما تقدّم من الطرق، وهي جارية فيما إذا استأجر داراً؛ ليسكنها، فأسكنها الحدادين أو القصارين، أو دابة؛ ليحمل

(٢) في ز: قلعها.

(١) في ز: المثل.

(٣) في ز: سائر.

عليها قطناً، فحمل عليها بقدره حديداً، أو غرفة؛ ليطرح فيها مائة رطل<sup>(١)</sup> من الحنطة، فأبدلها بالحديد، وكذلك في كل صورة لا يتميز فيها المستحق عما زاد، فإن تميّز كما إذا استأجر دابة؛ ليحمل خمسين متناً، فحمل مائة<sup>(٢)</sup> أو إلى موضع، فجاوزه، فالواجب المسمّى وأجره المثل لما زاد.

ولو عدل من الجنس المشروط إلى غيره، كما إذا استأجر للزرع، فغرس، أو بنى، فالواجب أجره المثل. ومنهم من طرد الخلاف<sup>(٣)</sup> فيه. وقوله في الكتاب: «يختير بين أجره المثل» إلى آخره حاصل ما يخرج في المسألة من الأقوال أو الأوجه، وفي نظمه إشعاراً بترجيح التخيير من ثلاثها؛ على ما ذكره كثيرُونَ.

وقوله: «وبين أخذ المسمّى وأرض نقص الأرض» فيه مباحثة، وهي أنّ هذا اللفظ يسبق إلى الفهم منه [أو ما] ينقص من قيمة الأرض» ويقرب منه قوله في «المختصر»<sup>(٤)</sup>: «وربّ الأرض بالخيار، إن شاء اختار الكراء، أو ما نقصت الأرض مما<sup>(٥)</sup> ينقصها زرع القمح. ومنهم من يقول بديل هذه اللفظة: إنه يأخذ المسمّى وأجره المثل لما زاد، فهما عبارتان عن معبر واحد، أم كيف الحال؟

والجواب إنه جعل نقصان القيمة والأجرة وهذا يعتد بل<sup>(٦)</sup> شيئاً واحداً بعيداً بل<sup>(٧)</sup> لكل زراعة أجره، ولا يكاد تنقص قيمة الأرض بها، وإن اشتد ضررها، والذي يتجه أخذه مع المسمّى بدل المنفعة التي استوفاهما فوق المستحق، وبدل المنفعة الأجرة، فليحمل لفظ «نقص الأرض» على الضرر الذي لحقها بما استوفاه المنفعة، وأزسه جزء من أجرة ما استوفاه، وهو يفارق ما بينها وبين أجرة المنفعة المستحقة، وحققه بعض الشارحين لـ«المختصر» فقال: كأن أجرة مثلها للحنطة خمسون، وللذرة سبعون، والمسمّى أربعون يأخذ الأربعين، ويفاوت ما بين الآخرين، وهو عشرون.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: أَمَّا فِي الدَّوَابِّ فَيَجِبُ عَلَى مُكْرِي الدَّابَّةِ تَسْلِيمُ الْإِكْفِافِ، وَالْحِرَامِ، وَالثَّقَرِ وَالْبُرَةِ وَالْحِطَامِ، وَفِي حَقِّ الْفَرَسِ فِي السَّرَجِ خِلَافٌ، وَالْمَحْمِلِ وَالْمِظَلَّةِ وَالْغِطَاءِ وَمَا يُشَدُّ بِهِ أَحَدُ الْمَحْمِلَيْنِ إِلَى الْآخِرِ فَعَلَى الْمُكْتَرِي، وَالْوِعَاءِ الَّذِي فِيهِ نَقْلُ الْمَحْمُولِ

(١) سقط في: ز.

(٢) سقط في: ز.

(٣) قال النووي إذا حصد المستأجر ما أذن فيه بعد المدة، لزمه قلع ما يبقى في الأرض من قصب الزرع وعروقه؛ لأنه عين ماله يلزمه إزالته عن ملك غيره. وممن صرح به، صاحب «البيان».

(٤) ينظر مختصر المزني مع الحاوي الكبير ٤٦٢/٧.

(٥) في ز: كما.

(٦) في ز: وهذا يعتد بل.

(٧) في ز: الرقبة.



عَلَى الْمُكْتَرِي، إِنْ وَرَدَتِ الْإِجَارَةُ عَلَى عَيْنِ الدَّابَّةِ، وَإِنْ وَرَدَ عَلَى الذِّمَّةِ فَعَلَى الْمُكْرِي، فَالذَّلُّ وَالرِّشَاءُ فِي الْأَسْتِقَاءِ كَالْوِعَاءِ، وَيَجِبُ تَقْدِيرُ الطَّعَامِ الْمَحْمُولِ، فَلَوْ فَنِي فَلَاظْهَرُ أَنْ لَهُ إِبْدَالُهُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: النُّوعُ الثَّلَاثُ: اسْتِجَارُ الدَّوَابِّ، وَفِي الْفَصْلِ مِنْهُ ثَلَاثُ صُورٍ:

إِحْدَاهُمَا: إِذَا اكْتَرَى لِلرُّكُوبِ أَطْلَقَ صَاحِبُ الْكِتَابِ، وَأَكْثَرُهُمْ أَنَّ عَلَى الْمُكْرِي الْإِكَافَ وَالْبِرْدَعَةَ<sup>(١)</sup> وَالْحِزَامَ<sup>(٢)</sup> وَالْبِرَّةَ وَالثَّفْرَ<sup>(٣)</sup>، وَالخِطَامَ<sup>(٤)</sup>؛ لِأَنَّهُ لَا يَتِمُّكَنُ مِنَ الرُّكُوبِ دُونَهَا وَالْعَرَفَ مَطْرِدًا بِكُونِهَا مِنْ قَبْلِ الْمُكْرِي.

وَفِي السَّرْجِ إِذَا اكْتَرَى الْفَرَسَ، ذَكَرُوا وَجْهَيْنِ أَظْهَرَهُمَا<sup>(٥)</sup> لَزُومُهُ؛ كَالْإِكَافِ.

وِثَانِيهَا: الْمَنْعُ؛ لِاضْطِرَابِ الْعَرَفِ فِيهِ، وَأَجَابَ الْقَاضِي ابْنَ كُجِّ بِوَجْهِ ثَالِثٍ، وَهُوَ اتِّبَاعُ الْعَادَةِ فِيهِ<sup>(٦)</sup>.

وَقَالَ أَبُو الْحَسَنِ الْعَبَّادِيُّ فِي «الرُّقْمِ»: مُكْرِي الدَّابَّةِ لَا يَلْزِمُهُ إِلَّا تَسْلِيمُهَا عَارِيَةً، وَالْآلَاتُ كُلُّهَا عَلَى الْمُكْتَرِي. وَفِي «التَّهْدِيبِ» مَا هُوَ كَالْتَوْسُّطِ فِي هَذِهِ الْآلَاتِ، فَأُطْلِقُ اللَّزُومَ فِيمَا عَدَا السَّرْجَ، وَالْإِكَافَ، وَالْبِرْدَعَةَ، وَفَصَلَ فِي ثَالِثِهَا بَيْنَ أَنْ تَكُونَ الْإِجَارَةُ عَلَى عَيْنِ الدَّابَّةِ، فَهِيَ عَلَى الْمُكْتَرِي، وَيُضْمَنُ، لَوْ رَكِبَ بِغَيْرِ سَرْجٍ وَإِكَافٍ، وَإِنْ كَانَتْ فِي الذِّمَّةِ، فَهِيَ عَلَى الْمُكْرِي؛ لِأَنَّهَا لِلتَّمْكِينِ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ، وَأَمَّا مَا هُوَ لِلتَّسْهِيلِ عَلَى الرَّكَّابِ كَالْمَحْمَلِ، وَالْمِظْلَةَ، وَالْوِطَاءَ وَالغِطَاءَ<sup>(٧)</sup>، وَالْحَبْلَ الَّذِي يُشَدُّ بِهِ الْمَحْمَلُ عَلَى الْجَمَلِ، وَالَّذِي يُشَدُّ بِهِ أَحَدَ الْمَحْمَلِينَ إِلَى الْآخَرِ<sup>(٨)</sup>، فَهُوَ عَلَى الْمُكْرِي، وَالْعَرَفَ مَطْرِدًا بِهِ، وَفِي «المَهْدَبِ» حِكَايَةُ وَجْهَيْنِ فِي الَّذِي يُشَدُّ بِهِ أَحَدُهُمَا إِلَى الْآخَرِ وَهَذَا بَعِيدٌ مَعَ

(١) البردعة: ما يوصغ على الحمار أو البغل، ليُرَكَّبَ عليه، كالسرج للفرس جمعها: براذع ينظر المعجم الوسيط ٤٨/١.

(٢) بكسر الحاء ما يشد به الإكاف.

(٣) بمثلثة وفاء مفتوحة، ما يجعل تحت ذنب الدابة، سمي بذلك لمجاورته ثُفْر الدابة بسكون الفاء وهو حياؤها.

(٤) بكسر الحاء المعجمة: خيط يشد في البرة، ثم يشد في طرف المقود بكسر الميم؛ لأن التمكن واجب عليه، ولا يحصل بدون ذلك، والعرف مطرد به.

(٥) في ب: أحدهما. (٦) قال النووي: صحح الرافي في المحرر اتباع العادة.

(٧) بكسر أولهما ممدودين، والأول ما يفرس في المحمل، والثاني ما يغطي به.

(٨) عبارة الروضة ٢٩١/٤ وفي المهذب وجه في الحبل الذي يشد به أحدهما إلى الآخر أنه على المستاجر، وهو شاذ بعيد مع القطع بأن المحمل وسائر توابعه على المستاجر.

القطع في نفس المَحْمِل، وسائر توابعه المذكورة بأنها على المكثري، ولكن الأقوم ما في «تعليق» الشيخ أبي حامد وغيره، وهو رَدُّ الوجهين إلى أنه شَدَّ أحدهما إلى الآخرِ عَلَى مَنْ؟ ففي وجهه هو على الْمُكْتَرِي كَالشَّدِّ على الحمل، وفي الثاني على المكري؛ لأنه إِصْلَاحٌ مُلْكُهُ<sup>(١)</sup>، وجميع ما ذكرناه فيما إذا أطلق العقد.

أما إذا قال: أكريتك هذه الدابة العادية بلا إكاف، ولا حِزَامٍ، ولا غيرهما، لم يَلْزَمُهُ شيءٌ من الآلات.

الثانية: إذا أَكْثَرِي للحمل، فالوعاء الذي يَنْتَقِلُ فيه المَحْمُولُ عَلَى الْمُكْتَرِي، إن وردت الإجارة عَلَى عَيْنِ الدَابَّةِ، وعلى المُكْرِي، إن وردت على الذمَّة، ووجه ذلك بأنها، إذا وردت على العين، فليس عَلَيْهِ إِلَّا تَسْلِيمُ الدَابَّةِ بالإكاف، وما في معناه، وإذا كانت الذمَّة، فقد أَلْتَزَمَ النُّقْلَ، فليهيء أسبابه، والعادة مؤيدة له، وبدلُو والرِّشَاءَ في الأكثر للاستقاء؛ كالوعاء في الحَمَلِ. فيلزم المكري إن كانت الإجارة في الذمَّة.

وعن القاضي الحُسَيْنِ، أنه إن كان الرجلُ معروفاً بالاستقاء بالآلات نفسه، لزمه الإتيان بها، وهذا يجب طرده في الوعاء، ورأى الإمام في إجارة الذمَّة الفَرْقَ بين أن يلتزم العوض<sup>(٢)</sup> مطلقاً، ولا يتعرض للدابة، فتكون الآلات عَلَيْهِ، وبين أن يتعرض لها بالوصف، فحينئذ يتبع العادة، فإن اضطربت العادة احتمل واحتمل؛ لأنَّ التَّعَرُّضَ للدابة يُشْعِرُ بالاعتماد على الإتيان بها، وإذا رأينا اتباع العادة، فاضطربت العادة، فهل يُشْتَرَطُ التقييد<sup>(٣)</sup> لصحة العقد؟

أشار إلى خلاف فيه، والظاهر اشتراطه، ومؤنة الدليل والسائق، والبذرة، وحفظ المتاع في المنزل كالوعاء.

الثالثة: الطعام المحمُول، ليؤكَل في الطريق كسائر المحمولات في أنه لا بُدَّ من رؤيته، أو تقديره بالوزن. وعن ابن القَطَّان وغيره وجهٌ أنه لا حاجة إلى تقديره، بل يردُّ الأمر فيه إلى العادة، ولا حاجة إلى تقدير ما يُؤكَل [منه] كلَّ يوم لصحة العقد.

وفيه وجه أيضاً، وإذا قدره وحَمَلَهُ، فإن شرط أنه يبدله كلما انتَقَصَ، أو لا يبدله، أتبع الشزط، وإلا، فإن فَنِيَّ بعضه أو كله بسرقة، أو تلف، فله الإبدال؛ كسائر المحمولات، وإن فَنِيَّ بالأكل فإن فني الكل، فكذلك.

وحكى الإمام وجهاً أنه لا يبدل، فإن المكثري إنما يحمله ليؤكَل، لأن المكثري

(١) قال النووي: أصحهما: الأول ومن صححه صاحب البيان.

(٢) في د: التعيين.

(٣) في ب: الغرض.

يشترى في كلِّ مرحلة<sup>(١)</sup> قدر الحاجة، والمذهب الأول، فإن فَنِيَّ بعضه، فقُولان، ويقال: وجهان:

أصحهما، وبه قال أبو حنيفة رضي الله عنه واختاره المُرْنِي: أنه يبدله كسائر المخمولات، إذا باعها أو تَلَفَتْ.

والثاني: المَنع؛ لأنَّ العادة في الطَّعام أنه لا يبدل كلُّ قدر [يؤكل]<sup>(٢)</sup>، وإنما يبدل عند نفاذه، وموضع القولين على ما ذكره أبو إسحاق إذا كان يجد الطَّعام في المنازل المستقبلية بسعر المنزل الذي هو فيه، أما إذا لم يجده أو وجدته بسعر أرفع، فله الإبدال لا محالة وهذا ما أجاب به الإمام والشيخ أبو إسحاق في «التنبيه» وإذا فرَّعنا على أنه لا حاجة إلى تقدير الزاد، وحمل ما يعتاد لمثله، لم يبدله حتى يفنى الكل.

وفيه وجهٌ ضعيفٌ. ولا يخفى مما ذكرناه أنه يجوزُ إعلام قوله: «فَيَجِبُ على مكري الدَّابة تسليم الإكاف» بالواو، وكذا إعلام قوله: «يجب تقدير الطعام المحمول».

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَيَجِبُ عَلَى الْمُكْرِي إِعَانَةُ الرَّائِبِ لِلتُّزْوِلِ وَالرُّكُوبِ فِي الْمَهْمَاتِ الْمُتَكَرِّرَةِ، وَكَذَا إِعَانَةُ عَلَى رَفْعِ الْحَمْلِ وَحَطِّهِ، وَكَذَا فِي الْمَخْمَلِ إِلَّا إِذَا وَرَدَتِ الْإِجَارَةُ عَلَى عَيْنِ الدَّابَّةِ وَسُلِّمَ إِلَى يَدِ الْمُكْتَرِي.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا اكْتَرَى لِلرُّكُوبِ فِي الدُّمَّةِ، وَجِبَ عَلَى الْمُكْرِي الْخُرُوجُ مَعَ الدَّابَّةِ؛ لِسَوْقِهَا وَتَعَهُّدِهَا، وَإِعَانَةُ الرَّائِبِ فِي الرُّكُوبِ، وَالنُّزُولُ وَرِاعَى الْعَادَةِ فِي كَيْفِيَّةِ الْإِعَانَةِ، فَيُنِيخُ الْبَعِيرَ لِلْمَرْأَةِ؛ لِأَنَّهُ يَضْعُبُ عَلَيْهَا الرُّكُوبَ وَالنُّزُولَ فِي حَالِ قِيَامِ الْبَعِيرِ، وَيَخَافُ عَلَيْهَا التَّكْشُفَ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ الرَّجُلُ ضَعِيفاً بِمَرَضٍ، أَوْ شَيْخُوخَةً، أَوْ كَانَ مَفْرَطَ السَّمَنِ، أَوْ نَصَفَ الْخَلْقِ، يُنِيخُ لَهُ الْبَعِيرَ، وَيَقْرُبُ الْبِغْلَ وَالْحِمَارَ مِنْ نَشْرِ<sup>(٣)</sup>، لَيْسَهُلَ الرُّكُوبِ<sup>(٤)</sup> وَالْإِعْتِبَارُ فِي الْقُوَّةِ وَالضَّعْفِ بِحَالِ الرُّكُوبِ لَا بِحَالِ الْعَقْدِ، فَإِنْ اكْتَرَى لِلْحَمْلِ فِي الدُّمَّةِ، فَعَلَى الْمُكْرِي رَفْعَ الْحَمْلِ وَحَطِّهِ، وَشُدَّ الْمَخْمَلِ، وَحَلَّهُ، وَفِي شُدِّ أَحَدِ الْمَخْمَلَيْنِ إِلَى الْآخَرِ، وَهَمَا بَعْدُ عَلَى الْأَرْضِ، مَا سَبَقَ مِنَ الْوَجْهَيْنِ.

ويقف الدابة؛ لينزل الراكب لما لا يتهيأ عليها؛ كقضاء الحاجة والوضوء وصلاة الفرض، وإذا نزل، انتظره المكري؛ ليفرغ منها، ولا يلزمه المبالغة في التخفيف، ولا

(١) في د: يشترى إذا باعها في كل مرحلة. (٢) في ب: يؤخذ.

(٣) أي: مرتفع، ينظر: المعجم الوسيط ٩٥٩/٢.

(٤) لأنه التزم النقل والتبليغ ولا يتم إلا بهذه الأمور ولا يلزمه إناخة البعير لقوي كما صرح به الماوردي، فإن كان على البعير ما يتعلق به لركوبه تعلق به، وركب، وإلا شبك الحمال بين أصابعه ليرقى عليها، ويركب.

القصر ولا الجمع، وليس له الإبطاء والتطويل.

قال القاضي الروثاني في «البحر»<sup>(١)</sup>: وله النزول في أول الوقت، لينال فضله، ولا يقف للنوافل، والأكل، والشرب لتأتيها على الراحة.

وإن ورد العقد على دابة بعينها، فالذي يجب على المكربي النخلة بينها وبين المكربي، وليس عليه أن يعينه في الركوب، ولا في الحمل، هذا ما يوجد للأكثرين في نوعي الإجارة، وحكى الإمام وراءه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يفرق في إجارة الذمة بين أن يقول عليّ التبليغ، فيقول: ألزمت ذمتك تبليغي إلى موضع كذا، ويقع ذكر الدابة تبعاً، فيلزمه الإعانة، وهي أن يقول: عليّ الدابة، فيقول: ألزمت ذمتك منفعة دابة صنعتها كذا فلا يجب.

والثاني: أنه يجب الإعانة على الركوب في إجارة العين أيضاً.

والثالث: أنها تجب للحمل سواء كانت الإجارة على الذمة، أو على العين؛ لاطراد العادة بالإعانة على الحط، والحمل، وإن اضطرب في الركوب، وهذا ما اختاره صاحب الكتاب في «الوسيط» ورفع المخيل وحطه كالحمل.

فروع:

أحدهما: قال الشافعي - رضي الله عنه -: إذا اختلفا في الرحلة رحل لا مكبواً ولا مستلقياً واختلفوا في تفسيره؛ فعن أبي إسحاق أن المكبوب أن يجعل مقدم المحمل، أو الزاملة أوسع من المؤخر، والمستلقي عكسه وقيل: المكبوب بأن يضيق المقدم، والمؤخر جميعاً، والمستلقي أن يوسعهما جميعاً، وعلى التفسيرين؛ المكبوب أسهل على الدابة، والمستلقي أسهل على الراكب، وإذا اختلفا فيهما حملاً على الوسط المعتدل، وكذلك إذا اختلفا في كيفية الجلوس.

وليس للمكربي منع الراكب من النوم في وقته المعتاد، ويمنعه في غير ذلك الوقت؛ لأن النائم يثقل، قاله القاضي ابن كنج.

وثانيهما: قد يعتاد التزول والمشى عند الرواح، فإن شرطاً أن ينزل أو لا ينزل أتبع الشرط، قال الإمام: ويعرض في شرط التزول إشكال؛ لتقطع المسافة، ويقع في كراء العقب، لكن الأصحاب احتملوه بناءً على التساهل، وإن أطلقا، لم يجب النزول على المرأة، والمريض، وفي الرجل القوي وجهان؛ لتعارض اللفظ، والعادة، وكذا

(١) في د: التجربة.

حُكْمُ النَّزُولِ عَلَى الْعُقَبَاتِ الصَّغْبَةِ<sup>(١)</sup>.

وثالثها: إذا اكَتَرَى دَابَّةً إِلَى بَلَدَةٍ، فَبَلَغَ عَمْرَانَهَا، فَلِلْمَكْرِيِّ اسْتِرْدَادُ الدَّابَّةِ، وَلَا يَلْزَمُهُ تَبْلِيغُهُ دَابَّةً<sup>(٢)</sup> وَلَوْ اكَتَرَى إِلَى «مَكَّة» لَمْ يَكُنْ لَهُ الْحُجُّ عَلَيْهَا، وَإِنْ اكَتَرَاهَا لِلْحُجِّ عَلَيْهَا، رَكِبَهَا إِلَى «مِنَى» ثُمَّ إِلَى عَرَفَاتٍ ثُمَّ إِلَى «مُزْدَلِفَةَ»، ثُمَّ إِلَى «مِنَى»، ثُمَّ إِلَى «مَكَّة» لِلطَّوَافِ، وَهَلْ يَرْكَبُهَا مِنْ «مَكَّة» عَائِداً إِلَى «مِنَى» لِلرَّمْيِ وَالطَّوَافِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ<sup>(٣)</sup>.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: وَمَهْمَا تَلَفَّتِ الدَّابَّةُ الْمُعَيَّنَةَ أَنْفَسَحَتْ، وَإِنْ أُوْرِدَ عَلَى الذَّمَّةِ فَسَلَّمَ دَابَّةً فَتَلَفَّتْ لَمْ يَنْفَسِخْ، وَكَذَا إِنْ وَجَدَ بِهَا عَيْباً.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا اكَتَرَى دَابَّةً بَعِينَهَا، فَتَلَفَّتْ، انْفَسَخَ الْعَقْدُ، وَإِنْ وَجَدَ بِهَا عَيْباً، فَلَهُ الْخِيَارُ، كَمَا لَوْ وَجَدَ الْمَبِيعَ مَعِيباً، وَالْعَيْبُ بَأَن تَتَعَثَّرَ فِي الْمَشْيِ أَوْ لَا تَبْصُرَ بِاللَّيْلِ، أَوْ يَكُونُ بِهَا عَرَجٌ تَتَخَلَّفُ بِهَا عَنِ الْقَافِلَةِ، وَمَجْرَدُ خَشُونَةِ الْمَشْيِ لَيْسَ بِعَيْبٍ، وَإِنْ كَانَتْ الْإِجَارَةُ فِي الذَّمَّةِ، وَسَلَّمَ دَابَّةً، فَتَلَفَّتْ، لَمْ يَنْفَسِخِ الْعَقْدُ، وَإِنْ وَجَدَ بِهَا عَيْباً، لَمْ يَكُنْ لَهُ الْخِيَارُ فِي فُسْخِ الْعَقْدِ، وَلَكِنْ عَلَى الْمَكْرِيِّ الْإِبْدَالُ، كَمَا لَوْ وَجَدَ بِالْمُسَلَّمِ فِيهِ عَيْباً، وَاعْلَمْ أَنَّ الدَّابَّةَ الْمُسَلَّمَةَ عَنِ الْإِجَارَةِ فِي الذَّمَّةِ، وَإِنْ لَمْ يَنْفَسِخِ الْعَقْدُ بِتَلْفِهَا، فَإِنَّهُ يَثْبُتُ لِلْمَكْتَرِيِّ فِيهَا حَقٌّ وَاحْتِصَاصٌ؛ حَتَّى يَجُوزَ لَهُ إِجَارَتُهَا، وَلَوْ أَرَادَ الْمَكْرِيُّ إِبْدَالَهَا، فَهَلْ لَهُ ذَلِكَ دُونَ رِضَا الْمَكْتَرِيِّ فِيهِ وَجْهَانِ:

أحدهما: لا؛ لما فيها من حقِّ المكتري.

والثاني: عن الشيخ أبي محمد: أنه يُفَرَّقُ بَيْنَ أَنَّهُ يَعْتَمِدُ بِاللَّفْظِ الدَّابَّةَ بِأَن يَقُولَ: أَجْرَتُكَ دَابَّةً مِنْ صَفْتِهَا كَذَا وَكَذَا، فَلَا يَجُوزُ [إِبْدَالَهَا بِالَّذِي تَسَلَّمَهَا]<sup>(٤)</sup> أَوْ لَا يَعْتَمِدُ بِأَن يَقُولَ: أَلْزِمْتَ إِرْكَابَكَ عَلَيَّ دَابَّةً صَفْتِهَا كَذَا وَكَذَا، فَيَجُوزُ الْإِبْدَالُ، وَاخْتَارَ فِي «الْوَسِيطِ»

(١) قال النووي: قال أصحابنا: وفي معنى المرأة والمريض، الشيخ العاجز وينبغي أن يلحق بهم من كانت له وجاهة ظاهرة، وشهرة يخل بمروءته في العادة المشي ثم الكلام مفروض في طريق يعتاد النزول فيه لإراحة الدابة. فإن لم تكن معتادة لم يجب مطلقاً، ولم نصح شيئاً من الوجهين في الرجل القوي. وينبغي أن يكون الأصح وجوب النزول عند العقبات، دون الإراحة.

(٢) فصل الماوردي فقال: إن كان البلد واسعاً متباعداً الأقطار لم يجز أن يركبها إلى منزله، وإن كان صغيراً متقارب الأقطار، جاز قال في الخادم: ينبغي أن يكون محل هذا إذا لم يكن للبلد سور وراه عمارة، فإن كان وقتنا: لا يشترط مجاوزتها في ابتداء القصر فالظاهر أنه يجب البلوغ إلى القول؛ لأنه منه ابتداء مسمى البلد.

(٣) قال النووي: ينبغي أن يكون أحدهما استحقيقه ذلك لأن الحج لم يفرغ، وإن كان قد تحلل ومن مسائل هذا النوع لو طلب أحد المتكاريين مفارقة القافلة بالتقدم أو التأخر لم يكن له إلا برضى صاحبه.

(٤) في د: إبدال التي سلمها.

هذا الوجه الثاني لكنَّ الأصحَّ عند المَعْظَمِ الأوَّلِ. ويترتَّبُ على الوجهين ما إذا أفلس المَكْرِي بعد تغيين دَابَّةٍ عن إجارة الذِّمَّةِ، هل يتقدَّم المَكْتَرِي بِمَنْفَعَتَيْهَا؟ وقد ذَكَرْنَا ذلك في «التفليس» والأصحُّ التقديم، وهو الذي ذكره في «التهذيب» ولو أراد المَكْتَرِي أن يعتاضَ عن حَقِّه في إجارة الذِّمَّةِ إن كان قبل أن يتسَلَّم دَابَّةً، لم يَجْزِ لآئِه اعتاضَ عن المسلم فيه، وإن كان بعد التسليم، جاز؛ لأنَّ الاعتياض، والحالة هذه، واقعٌ عن حق في عين، هكذا ذكره الأئمة، وفيه دليلٌ على أن القبض يفيد تعلقَ حقِّ المَكْتَرِي بالعين، فَيَمْتَنِعُ الإبدالُ دون رضاه.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَيَجُوزُ إِبْدَالُ الْمُسْتَوْفِي فَلَهُ أَنْ يُزَكِّبَ (ح ز) مِثْلَ نَفْسِهِ، بَلْ لَهُ أَنْ يُؤَاجِرَ الدَّابَّةَ وَالِدَّارَ مِنْ غَيْرِهِ، وَلَا يَجُوزُ إِبْدَالُ الْأَجِيرِ الْمُعَيَّنِ وَالِدَّابَّةَ وَالِدَّارَ، وَفِي إِبْدَالِ الثُّوبِ الَّذِي عُيِّنَ لِلْخِيَاطَةِ وَالصَّبِيِّ الَّذِي عُيِّنَ لِلرِّضَاعِ وَالتَّغْلِيمِ وَجِهَانِ.

قال الرَّافِعِيُّ: هذا الفضلُ لَا يَخْتَصُّ بنوع إجارة الدَّوَابِّ؛ وإنَّما هو قولٌ جمليٌّ في إبدال متعلقات الإجارة، والمنفعة المطلوبة بالعقد لها مستوفى، ومستوفى منه، ومستوفى به. فأما المستوفى، فهو المستحقُّ للاستيفاء، فله أن يُبدل نفسه بغيره، كما يجوز له أن يؤجر ما استأجره من غيره، فإذا استأجر دابَّةً للركوب، فله أن يركبها مثل نفسه في الطول، والقصر، والضخامة والنحافة، ومن هو أخف منه وكذلك يلبس الثوب من هو في مثل حاله، ويسكن الدار مثله دون القصر والحداد؛ لزيادة الضرر وكذا إذا استأجر دابة لحمل القطن، له حمل الصوف، والوبر، أو لحمل الحديد، له حمل الرصاص، والثحاس، وإذا استأجر للحمل، فأراد إركاب من لا يزيد وزنه على وزن القدر المحمول؟ قال في «التتمة»: يرجع إلى أهل الصناعة، فإن قالوا: لا يتفاوت الضرر، جاز، وإن قالوا: يتفاوت، فلا يجوز. وكذا لو استأجر للركوب، فأراد الحمل، فالظاهر المنع من الطرفين، وهو قضية ما في «التهذيب» وقوله في الكتاب: «فله أن يزكب مثل نفسه» يجوز أن يعلم بالحاء؛ لأن عند أبي حنيفة لا يجوز إبدال الراكب، واللابس، وسلم أنه لو أكرى داراً؛ ليسكنها، جاز له أن يسكنها غيره، وبالزاي؛ لأن القاضي ابن كح حكى عن المزنبي منع إبدال الراكب، وأما المستوفى منه، فنحو الدار، والدابة المعينة<sup>(١)</sup>، والأجير المعتبَر<sup>(٢)</sup>، لا يجوز إبداله كما لا يجوز إبدال المبيع<sup>(٣)</sup>.

(١) هو قيد في الدابة، لأن الدار لا تكون إلا معينة، ولو كان قيداً فيها لوجب التشبيه.

(٢) في الروضة: الأجير المعين.

(٣) ولهذا تنفسخ الإجارة بتلفه، ويرد بالعيب، ويستثنى من جواز الإبدال إذا لم تكن معينة ما إذا أسلم دابة عما في الذمة فإنها لا تبدل بغير رضاه في الأصح.

وأما المستوفى به، فهو كالثوب المعين للخياطة، والصبي المعين للإرضاع، والتعلم، والأغنام المعينة للرعي<sup>(١)</sup>، وفي إبداله وجهان، ويقال: قولان: أحدهما: أنه لا يجوز كالمستوفى منه.

وأصحهما: ما ذكره الإمام وصاحب «التتمة»: يجوز؛ لأنه ليس [معقوداً] عليه، وإنما هو طريق الاستيفاء، فأشبهه الراكب والمتاع المعين للحمل، والخلاف جارٍ في انفساخ العقد بتلف هذه الأشياء في المدة، ومثّل العراقيين إلى تزجيج الانفساخ، وقالوا: إنه المنصوص.

والثاني: خرّجه بعض الأصحاب، وستزداد المسألة وضوحاً إذا انتهينا إلى الباب الثالث، فهي مذكورة فيه.

ويجري الخلاف فيما إذا لم يلتقم الصبي المعين ثديها، فعلى رأي يفسخ العقد. وعلى الثاني<sup>(٢)</sup>: يُبدل والله أعلم بالصواب.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَمَهْمَا اسْتَأْجَرَ ثَوْبًا لِلْبَيْسِ نَزَعَهُ لَيْلًا إِذَا نَامَ وَفِي وَقْتِ الْقَيْلُولَةِ (و) وَلَا يَجُوزُ الْأَنْزَارُ بِهِ، وَفِي الْأَرْتِدَاءِ بِهِ تَرَدُّدٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا اسْتَأْجَرَ الثِّيَابَ لِلْبَيْسِ، وَالْبَسَطَ، وَالزَّلَالِيَّ<sup>(٣)</sup> لِلْفَرْشِ، وَاللَّحْفَ لِلإلتحاف بها، جاز وإذا استأجر ثوباً ليلسه مدة، لم يجز أن ينام فيه بالليل؛ للعادة، وفي وقت القيلولة وجهان:

أحدهما: أنه يلزم نزعه أيضاً؛ لأنه الثوب ينقص وبالنوم فيه، وهذا ما أورده المصنّف.

وأصحهما: هو الذي أورده الأكثرون: أنه لا يلزم؛ لأطراد العادة بالقيلولة في الثياب دون البيوتة، نعم لو كان المستأجر القميص فوقاني، لزمه نزعه، بل يلزم نزعه في سائر أوقات الخلوة، وإنما يلبس ثياب الجمل في الأوقات التي جرت العادة فيها بالتجمل؛ كحالة الخروج إلى السوق، ودخول الناس عليه، ولا يجوز الاتزار بما يستأجر للبيس لأنه أضرب للقميص من اللبس، وفي الارتداء وجهان:

أحدهما: المنع لأنه جنس آخر وأظهرهما: الجواز؛ لأنه ضرر الارتداء دون ضرر اللبس.

(٢) في د: رأي.

(١) في ز: للرعي.

(٣) نوع من البسط.

قال في «التتمة»: وإذا استأجر للازتداء، لم يجز الاتزار، ويجوز التعمم<sup>(١)</sup>.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: الْفَضْلُ الثَّانِي فِي الضَّمَانِ وَيَدُ الْمُسْتَأْجِرِ فِي مُدَّةِ الْإِنْتِفَاعِ يَدُ أَمَانَةٍ، وَكَذَا بَعْدَ مُضِيِّ الْمُدَّةِ عَلَى الْأَصَحِّ، وَفِيهِ وَجْهٌ أَنَّهُ بَعْدَ الْمُدَّةِ كَالْمُسْتَعِيرِ، وَقَبْلَ الْإِنْتِفَاعِ لَوْ رَيْطَ الدَّابَّةَ وَلَمْ يَنْتَفِعَ اسْتَقَرَّتِ الْأَجْرَةُ، فَإِنْ تَلَفْتَ فَلَا ضَمَانَ إِلَّا إِذَا أَنْهَدَمَ الْإِضْطِبْلُ عَلَيْهِ ضَمِينَ لِأَنَّهُ لَوْ رَكِبَ لِأَمِنْ مِنْ هَذَا السَّبَبِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَقْصُودُ الْفَضْلِ الثَّانِي بَيَانُ حَكْمِ الْإِجَارَةِ فِيمَا يَرْجِعُ إِلَى الْأَمَانَةِ، وَالضَّمَانِ، وَالْمَالِ فِي الْإِجَارَةِ تَارَةً يَكُونُ فِي يَدِ الْمُسْتَأْجِرِ وَأُخْرَى فِي يَدِ الْأَجِيرِ عَلَى الْعَمَلِ. أَمَّا الْمُسْتَأْجِرُ، ففِيهِ مَسْأَلَتَانِ:

إحدهما: يده على الدابة، والدار المستأجرتين، ونحوهما في مدة الإجارة يد أمانة، حتى لا يضمن التالف منهما<sup>(٢)</sup> من غير تعدُّ وتقصير؛ لأنه مستحق للمنفعة، ولا يمكن استيفائها إلا بإثبات اليد على العين، فكانت أمانة عنده؛ كالنخلة التي اشترى ثمرتها، ولا يُشبه ما إذا اشترى سمناً وقبضه في بستوقه<sup>(٣)</sup>؛ حيث تكون البستوقة مضمونة في يده على أصح الوجهين؛ لأنه أخذها لمنفعة نفسه، ولا ضرورة لقبض السمن فيها.

وهل يضمن ما يتلف في يده بعد مضي المدة؟ يبني على أنه هل على المستأجر الردُّ ومؤنته، وفيه وجهان.

أصحهما على ما ذكره في الكتاب، وبه قال أبو حنيفة أنه لا يلزمه الردُّ، ولا مؤنته، وإنما عليه التخلية بينه وبين المالك، إذا طلب؛ لأنه أمانة فلا يجب رده قبل الطلب؛ كالوديعة، وأمر بهما إلى كلام الشافعي - رضي الله عنه - وبه قال مالك،

(١) قال النووي: هذا الذي ذكره الإمام الرافعي في النوم في الثوب، هو الذي أطلقه الجمهور، إلا قوله: هل يجوز النوم في وقت القيلولة؟ فإن الأكثرين قالوا: يجوز النوم فيه بالنهار من غير تقييد بالقيلولة، ولكن ضبطه الصيمري فقال: إن نام ساعة أو ساعتين، جاز، لأنه متعارف. وإن نام أكثر النهار، لم يجز. قالوا: إذا استأجر للبس مطلقاً، فله لبسه ليلاً ونهاراً إذا كان مستيقظاً قطعاً. ولو استأجر للبس ثلاثة أيام، ولم يذكر الليالي، فالصحيح دخول الليالي. وقيل: لا تدخل، حكاه في «العدة» و«البيان».

وإذا استأجر يوماً كاملاً، فوقته من طلوع الفجر إلى غروب الشمس. وإن قال: يوماً، وأطلق، قال الصيمري: كان من وقته إلى مثله من الغد. وإن استأجر نهار يوم، قال في «البيان»: فيه وجهان حكاهما الصيمري. أحدهما: من طلوع الفجر إلى غروب الشمس. والثاني: من طلوع الشمس إلى غروبها.

(٢) في ب: بسوقه.

(٣) في ب: منها.



واختاره الإصطخري أنه يلزمه الردُّ وموئنته، وإن لم يطلب المالك لأنه غير مأذون فيه في الإمساك بعد المدَّة، ولأنه أخذَه لمنفعة نفسه، فأشبهه المُستعير<sup>(١)</sup>.

وعن القاضي أبي الطَّيِّب أنه لو شرَطَ المؤجر عَلَيْهِ الردُّ، لزمه ذلك بلا خلاف، ومنعه ابنُ الصَّبَّاح، وقال: من لا يوجبُ الردُّ عليه، ينبغي ألاَّ يجوز شرطه، فإن قلنا: لا يلزمُ الردُّ، فلا ضمانَ عليه، وإن قلنا: يلزمه، ضَمِنَ ما تَلَفَ في يده، إلاَّ أنه يكون الإمساكُ بعذر<sup>(٢)</sup>.

ويترتَّب على الوجهين أنه، هل يضمن أجره المنافع التي تتلَّف في يده بعد مدَّة الإجارة؟ فإن ألزماه الردُّ، ضمناه، وإلاَّ، فلا<sup>(٣)</sup>.

وفي «الزيادات» للشيخ أبي عاصم العبادي فرُغَ أن يتعلَّقان بهذا الخلاف:

أحدهما: غصبت الدَّابة المستأجرة مع دوابِّ سائر الرُّفقة، فذهب بعضهم في الطلب، ولم يذهبِ المستأجر، إن قلنا: لا يلزمه الردُّ، فلا ضمان عليه.

وإن قلنا: يلزم، فإن استرد من ذهب من غير مشقَّة [ولا غرامة]، ضمن المستأجر المتخلف، وإن لحقهم مشقَّة، أو غرامة] لم يضمن.

الثاني: إذا استأجر قِدرًا مدَّة؛ ليطبَّخ، فيها ثم حملها بعد المدَّة ليردَّها، فسقط الحمار، وانكسرت القِدْر، قال: وإن كان لا يستقل بحمله، فلا ضمان، وإن كان يستقل، فعليه الضمان.

أما إذا ألزماه مؤنة الردُّ، فظاهر، وأمَّا إذا لم يلزمه؛ فلائِنَّ العادَةَ أنَّ القِدْرَ لا يرد بالحمار مع استقلال المُستأجر أو حمال بها.

الثانية: الدَّابَّةُ المستأجرة للحمل، أو الركوب، لو ربَّطها المستأجر، ولم ينتفع بها في المدَّة، فالقول في استقرار الأجرة عَلَيْهِ سيأتي من بعد إن شاء الله تعالى ولا ضمان

(١) علل الخطيب في شرح منهاج الإمام النووي رحمه الله قول الضمان بعد مضي المدَّة بقوله استصحاباً لما كان، كالمودع فلا يلزمه ردها بالتخلية بينها وبين المالك، كالوديعة ونقل عن السبكي رحمه الله قوله: إنها بعد المدَّة أمانة شرعية كثوب أتلفه الريح بداره، فإن تلفت عقب انقضاء المدَّة قبل التمكن من الرد على المالك أو إعلامه فلا ضمان جزماً، أما إذا استعملها فإنه يضمنها قطعاً.

(٢) قال النووي: صحيح الرافعي في «المحرر» أنه لا ضمان.

(٣) قال النووي: وفي فتاوى الغزالي، القطع بأن الإجارة إذا انفسخت بسبب، لا يلزم المستأجر ضمان المنافع التالفة عنده، لأنه أمين، وهذا محمول على ما إذا علم المالك بأنها انفسخت، وإلا، فيجب أن يعلمه. وإذا لم يعلمه، كان مقصراً ضامناً.

عليه لو ماتت الدابة في الإصطبل، ولو انهدم عليها، فهلكت، نُظِرَ؛ إن كان المعهود في مثل ذلك الوقت، أن تكون الدابة تَحْتَ السَّقْفِ كجرح الليل في الشتاء، فلا ضَمَانٌ، وإن كان المعهود في ذلك الوقت، لو خرج بها أن يكون في الطريق، وجب الضَمَانُ؛ لأنَّ التَّلَفَ، والحالة هذه، جاء من ربطها في الإصطبل، وقوله في الكتاب: «وقبل الانتفاع لو ربط الدابة ولم ينتفع» الجمع بين اللفظين موحسن؛ لأن الثاني ينفي الانتفاع.

وقوله: «قبل الانتفاع» يقتضي أن يكون الانتفاع حصولاً، وأيضاً، فإنَّ كونه غير منتفع قبل الانتفاع أوضح من أن يُذَكَّرَ، فلا حاجة إلى قوله: «ولم ينتفع» ولو اقتصر على قوله: «ولو ربط الدابة ولم ينتفع» لأفاد المطلوب.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: أَمَّا يَدُ الْأَجِيرِ عَلَى الثُّوبِ الَّذِي يُرَادُ خِيَاطُتُهُ أَوْ صَبْنُهُ أَوْ قِصَارَتُهُ أَوْ عَلَى الدَّابَّةِ لِرِيَاضَتِهَا وَأَمثَالِهِ فَهِيَ (ح) يَدُ أَمَانَةٍ عَلَى الْأَصْح (و) كَيْدِ الْمُسْتَأْجِرِ، وَفِيهِ قَوْلٌ آخَرَ أَنَّهُ يَدُ ضَمَانٍ (ح)، وَقَوْلٌ ثَالِثٌ: أَنَّ يَدَ الْأَجِيرِ الْمُسْتَرَكِّ يَدُ ضَمَانٍ بِخِلَافِ الْأَجِيرِ الْمُعَيَّنِ لِلْعَمَلِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْمَالُ فِي يَدِ الْأَجِيرِ كَالثُّوبِ إِذَا اسْتَوْجِرَ؛ لَخِيَاطَتِهِ، أَوْ صَبْنِهِ، أَوْ قِصَارَتِهِ، وَالْعَبْدُ إِذَا اسْتَوْجِرَ، لِتَعْلِيمِهِ، أَوْ لِرِضَاعِهِ وَالدَّابَّةُ إِذَا اسْتَوْجِرَتْ، لِرِيَاضَتِهَا، إِذَا تَلَفَ، لَمْ يَخْلُ، إِمَّا أَنْ يَكُونَ الْأَجِيرُ مَنْفَرِداً بِالْيَدِ، أَوْ لَا يَكُونُ:

الْحَالَةُ الْأُولَى: إِذَا كَانَ مَنْفَرِداً بِالْيَدِ، فَهُوَ إِمَّا أَجِيرٌ مُشْتَرَكٌ، أَوْ مَنْفَرِدٌ، وَالْمُشْتَرَكُ هُوَ الَّذِي يَتَقَبَّلُ الْعَمَلَ فِي ذِمَّتِهِ، كَمَا هُوَ دَابُّ الْخِيَاطِينَ وَالصَّوَاغِينَ، فَإِذَا التَزَمَ لِوَاحِدٍ أَمْكَنَهُ أَنْ يَلْتَزِمَ لِغَيْرِهِ مِثْلَ ذَلِكَ الْعَمَلِ؛ فَكَأَنَّهُ مُشْتَرَكٌ بَيْنَ النَّاسِ، وَالْمَنْفَرِدُ هُوَ الَّذِي يُمْكِنُهُ أَجْرُ نَفْسِهِ مَدَّةً مُقَدَّرَةً لِعَمَلٍ، فَلَا يُمْكِنُهُ تَقَبُّلُ مِثْلِ ذَلِكَ الْعَمَلِ لِغَيْرِهِ فِي تِلْكَ الْمَدَّةِ، وَقِيلَ: الْمَشْتَرَكُ هُوَ الَّذِي شَارَكَهُ فِي الرَّأْيِ، فَقَالَ: اعْمَلْ فِي أَيِّ مَوْضِعٍ شِئْتَ، وَالْمَنْفَرِدُ هُوَ الَّذِي عَيَّنَ عَلَيْهِ الْعَمَلَ فَهُوَ صِنْعُهُ.

أَمَّا الْمَشْتَرَكُ، فَهَلْ يَضْمَنُ مَا تَلَفَ فِي يَدِهِ مِنْ غَيْرِ تَقْصِيرٍ وَتَعَدُّ؟ فِيهِ طَرِيقَانِ:

أَصْحُهُمَا: أَنْ فِيهِ قَوْلَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: يَضْمَنُ، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَ لِمَنْفَعَةِ نَفْسِهِ، فَاشْبَهَ الْمُسْتَعِيرَ، وَالْمُسْتَأْمَ، وَأَيْضاً، فَقَدْ رَوَى عَنْ عُمَرَ وَعَلِيٍّ<sup>(١)</sup> - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - تَضْمِينَهُ، صِيَانَةَ لِأَمْوَالِ النَّاسِ عَنِ الْخِيَانَةِ الْمَحْرَمَةِ.

(١) قال الحافظ في التلخيص: حديث عمرو على في تضمين الأجير، أما عمر: فأخرجه عبد الرزاق بسند منقطع عنه: أن عمر ضمن الصباغ، وأما علي: فروى البيهقي من طريق الشافعي عن علي بسند ضعيف، قال الشافعي: هذا لا يثبت أهل الحديث مثله، ولفظه: أن علياً ضمن الغسال =

وأَصَحُّهُمَا، وبه قال أحمدُ واختاره المُزَنِّيُّ: أنه لا يضمن، كما لا يضمن المستأجر وليس أخذه لمحض غرضه، بل هو لغرضه، وغرض المالك، فأشبهه عامِلُ القِرَاضِ.

والثاني: القَطْعُ بالقَوْلِ الثَّانِي، ويُحَكِّي هذا عن الرِّبِيع؛ لما اشتهر عنه أن مذهب الشافعي رضي الله عنه أن الأجراء لا يضمنون إلا أنه كان لا يبوح به خوفاً من أجراء السوء، ومن قال بهذا قال قوله في «المختصر»: والأجراء كلهم سواء، وما تَلَفَ في أيديهم من غير جنائتهم، ففيه واحدٌ من القولين: أحدهما: الضمان.

والآخر: أن لا ضمان إلا بالعدوان، أراد به الردُّ على أبي حنيفة رضي الله عنه حيث قال: ما تَلَفَ في يد الأجير المشترك بأفة سماوية، أو سرقة، فلا ضمان عليه، وإن تلف بفعله، ضمن، فإن كان بالفعل المأذون فيه، كتخريق الثوب بدق القصار، إلا أن يكون الفعل المأذون فيه جرحاً وختاناً من قصد وختان، ونحوهما فقال: لا وجه لما ذكره إنما المتجه أحد القولين.

أما ما قلت: وهو أنه لا يضمن بحال، أو ما قال أبو يوسف، وهو أنه يضمن ما تَلَفَ بفعله، أو بالآفة السماوية، وأما المنفرد، فهو أولى يبقى الضمان؛ لأن منافع مختصة بالمستأجر في المدة، فكانت يده كالوكيل مع الوكيل، فمن قَطَعَ بنفي الضمان في المشترك، ففي المنفرد أولى والمثبتون للخلاف هناك افترقوا ههنا فطرد أكثرهم الخلاف، وعليه يدل نصه<sup>(١)</sup> «أنه الأجراء كلهم سواء» وقطع بعضهم بنفي الضمان ويُحَكِّي هذا عن أبي الحسين بن القطان، والقفال وفي «تعليق» الشيخ أبي حامد أن الطريقتين إن فسرنا المنفرد بالتفسير الأول، فأما على الثاني<sup>(٢)</sup>، فليس إلا القَطْعُ بنفي الضمان، وإذا جمعت بين الطرق، قلت: في ضمان الأجير ثلاثة طرق:

أحدها: إثبات قولين فيه.

والثاني: القَطْعُ بأنه لا يضمن.

والثالث: القَطْعُ بأن المنفرد لا يضمن وتخصيص القولين بالمشترك، وإذا اختصرت، قلت: فيه ثلاثة أقوال كما في الكتاب.

= والصباغ، قال الشافعي: لا يصلح الناس إلا ذلك، وروى عن عثمان من وجه أضعف من هذا، وروى البيهقي من طريق جعفر بن محمد عن أبيه عن علي أنه كان يضمن الصباغ والصانغ، وقال: لا يصلح الناس إلا ذلك، وعن خلاص أن علياً كان يضمن الأجير.

(١) ينظر: المختصر مع الحاوي الكبير ٧/٢٥٥.

(٢) في ز: ها هنا على الثاني.

وَلْيُعْلَمَ قَوْلُهُ: «أمانة» بالميم وقوله: «على الأصح» بالواو، للطريقة القاطعة.  
وقوله: «يد ضمان» بالألف نحو إعلَامُ القَوْلَيْنِ [الأولَيْنِ] بالحاء؛ لأنه مذهبه  
الفرق بين المشترك، والمنفرد كالثالث.

**والحالة الثانية<sup>(١)</sup>:** إذا لم يكن الأجير منفرداً باليد، كما إذا قعد المستأجر عنده  
حتى يَغْمَلَ، أو حمّله إلى بيته، لِيَعْمَلَ، قطع الجمهور بأنه لا ضمان عليه؛ لأن المَالَ  
غير مُسَلَّمٍ لِيَه في الحقيقة، وإنما استعان المالكُ به في شُغْلِهِ، كما يستعين بالوكيل  
والتلميذ. ونقل عن ابن كج عن أبي سعيد الإصطخري وأبي علي الطبري طرد القولين  
فيه، وحيث قلنا بوجوب الضمان على الأجير، فالواجب أقصى قيمة من يوم القبض إلى  
التلف، أو قيمة يوم التلف؟ فيه وجهان<sup>(٢)</sup>، واحتجّ المُنْزِي للقول الأصحّ بأنه لا ضمان  
على الحجّام إذا حجّم، أو ختن ولا على البيطار، إذا نزع، فأقضى إلى التلّف، وبأن  
الراعي المنفرد لا ضمان عليه، وبأن من أكره؛ ليحفظ متاعه في دُكَّانِهِ لا ضمان  
[عليه]<sup>(٣)</sup>.

قال الأصحاب رحمهم الله: المخجوم إما حرٌّ، فلا تثبت اليد عليه، أو عبدٌ فينظر  
في انفراده باليد وعدم الأنفراد، وبتقدير الأنفراد، في كونه مشتركاً، أو منفرداً، فالحكم  
في الأحوال كما سبق من غيره، فلا احتجاج، وكذا القول في الراعي<sup>(٤)</sup>.

**وأما المسألة الثالثة:** فالمال فيها في يد المالك؛ لكن الأجير في دكانه على ما  
تقرّر، هذا كلّه فيما إذا لم يوجد من الأجير تعدّد، فإن وُجِدَ، وجب الضمان لا محالة

(١) في ب: الثالثة.

(٢) قال النووي: أصحهما الثاني.

(٣) سقط في: ز.

(٤) قال الماوردي في الحاوي: فأما المُنْزِي فإنه اختار سقوط الضمان وهو أصح القولين غير أنه تعلق  
بما لا حجة فيه وسنوضح من حكم ما احتج به ما يدل على فساد حجته فأول ما ذكره الحجّام  
يحبّم أو يخن فإن ظهرت منه جناية عن عمد أو خطأ فهو ضامن لما حدث بجنايته وإن لم تظهر  
منه جناية فإن حجّم أو ختن حرّاً فلا ضمان عليه. سواء كان الحجّام منفرداً أو مشتركاً لأن الحر  
في يد نفسه وليست عليه يد فصار المنفرد والمشارك معه على سواء وإن حجّم عبداً فإن كان مع  
سيده أو في منزل سيده فلا ضمان على الحجّام لأن يد سيده لم تزل عنه فلم يضمن إلا بالجناية  
وإن لم يكن مع سيده ولا منزله ففي وجوب الضمان قولان لأن الحجّام أجير مشترك.

وأما الراعي فإن نسب إلى التعدي بالرعوي في مكان مسبح أو جذب أو مخوف فعليه الضمان  
وإن لم ينسب إلى التعدي نظر فإن رعوي في ملك المالك فهو منفرد ولا ضمان عليه وإن رعوي  
في غير ماله لكن كان المالك معه فكذلك لا ضمان عليه وإن لم يكن معه المالك ولا رعوي في  
ملك المالك نظر فإن كان مع غنم جماعة فهو مشترك وفي ضمانه قولان وإن لم يكن معه  
سوى غنمه فعلى اختلاف أصحابنا ينظر: الحاوي ٤٢٧/٧.

وذلك مثل أن يسرف الأجيرُ على الخُبْزِ في الإيقاد، أو يُلصِقَ الخبزَ قبل وقته أو يتركه في التُّنُورِ فَوْقَ العادة حتى يَحْتَرِقَ، أو ضرب الأجير على التأديب والتعليم الصبي فمات؛ لأن تأديب الصبي بغير الضرب ممكن، ومهما اختلف الأجير والمستاجر في أنه هل تعدى، وجاوز المعتادَ بعمله أم لا؟ راجعنا فيه عدلين من أهل الخبرة، وعمِلنا بقولهما، فإن لم نجد من نراجعه، فالقولُ قول الأجير؛ لأن الأضْلَ براءته من الضمان، ومهما تَلَفَ المالُ في يد الأجير بعد تعديه، فالواجبُ أقصى قيمة من وقتِ التعدي إلى التَلَفِ، إن لم يضمن الأجير، فإن ضمناه، فأقصى قيمه من يوم القبض إلى التَلَفِ، هكذا ذكره صَاحِبُ «التهذيب» وغيره، ويُشبهه أن يكونَ هذا جواباً على قولنا: إنه يضمن بأقصى القيمة من يوم القبض إلى التَلَفِ، فأما إذا قلنا: إنه يضمن الأجير قيمة يوم التَلَفِ، فينبغي أن يقال: الواجبُ ههنا أقصى قيمة من يوم التعدي إلى التَلَفِ<sup>(١)</sup>.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَظَاهِرُ النَّصِّ أَنَّ مَنْ غَسَلَ ثَوْبَ غَيْرِهِ أَوْ دَلَكَهُ أَوْ حَلَقَ رَأْسَهُ وَلَمْ يَجْرِ لَفْظُ الْإِجَارَةِ لَا يَسْتَحِقُّ أَجْرَةَ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ مَنَافِعَ نَفْسِهِ بِأَخْتِيَارِهِ، وَقَالَ الْمَرْزُوقِيُّ: إِنْ كَانَ عَادَتُهُ طَلَبَ الْأَجْرَةَ اسْتَحَقَّ الْأَجْرَةَ، وَأَمَّا مَنْ دَخَلَ الْحَمَّامَ لَزِمَهُ الْأَجْرَةَ لِأَنَّهُ يَتْلَفُ مَنَفَعَةَ غَيْرِهِ بِسُكُونِهِ، وَلَا ضَمَانَ عَلَى الْحَمَّامِيِّ إِذَا ضَاعَ الثِّيَابُ بِغَيْرِ تَقْصِيرِهِ عَلَى الْأَصْحَحِ (و) كَسَائِرِ الْأَجْرَاءِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ مَسْأَلَتَانِ:

إحدهما: إذا دفع ثوباً إلى قَصَّارٍ؛ ليقصره، أو إلى خَيْطَاةٍ؛ ليخيطه، أو جلس بين يدي حلاقٍ، ليحلق رأسه، أو دَلَّكَ، ليدلكه، ففَعَلَ، ولم يجز بينهما ذكْرُ أجره ولا نَفِيهَا، ففيه أوجُهٌ:

أصحها: وَيُحْكِي عن النص أنه لا أجره له؛ لأن المعمول له لم يلتزم عوضاً وعمله كما يجوز أن يكون مقابلاً بعوض، يجوز أن يكون مجاناً، وصار كما لو قال: أَطْعِمْنِي خبزك، فأطعمه، لا ضمان عليه.

والثاني: أنه يستحقُّ الأجره؛ لأنه استهلكَ عمله، ولزمه ضمانه.

والثالث: وبه قال أبو إسحاق: أنه إن بدأ المعمول له، فقال: اعمل كذا، لزمه الأجره، وإن بدأ العايل، فقال: أعطيني ثوبك؛ لِأَقْصُرَهُ، فلا أجره له؛ لأنه اختار تفويت منافعه.

(١) قال النووي: هذا الاستدراك الذي ذكره الرافعي متعين لا بد منه.

والرابع: إنه كان العاملُ معروفاً بذلك العَمَل، وأخذ الأجرة عَلَيْهِ، استحق الأجرة للعادة، وإلا فلا، وهذا ما أجاب به صاحبُ الكتاب في «باب العارية»<sup>(١)</sup> واختلفت الروايةُ في المسألة عن المزنّي، وابن سُرَيْج.

أما المزنّي فَرَوَى أصحابنا العراقيون عنه الوجّه الثاني، وأسندوه إلى «الجامع الكبير» وَرَوَى آخرون عنه الوجه الرابع<sup>(٢)</sup> ومنهم صاحبُ الكتاب، والقاضي الروياني.

وأما ابنُ سُرَيْج، فَرَوَى الأكثرون عنه الوجّه الأوّل.

وفي «المهذّب»، و«التهذيب» نِسْبَةُ الرابع إِلَيْهِ، والله أعلم ولو دخل سفينةً بغير إذن صاحبها، وسار إلى السّاحل، فعَلَيْهِ الأجرَةُ، وإن كان الإذن، ولم يجزِ ذكر الأجرة، فعلى الأوجُه.

وإذا لم نوجِب الأجرَةَ، فالثوب أمانة في يد القَصّار، وإن أوجِبناها، فوجوب الضّمان على الخِلاف في الأجير المشترك. الثانية: فيما يأخذه الحَمَامِيُّونَ<sup>(٣)</sup> وجهان:

أحدهما: أَنَّهُ ثمن الماء، وهو متطوِّع بحفظ الثّياب، وإعادة السّطَل<sup>(٤)</sup>، فعلى

(١) واستحسنه النووي في منهاجه، وعلله الخطيب بقوله «والاستحسان لهذا الوجه لدلالة العرف على ذلك وقيامه مقام اللفظ كما في نظائره، وعلى هذا عمل الناس وقال الغزالي: وهو الأظهر. وقال الشيخ عز الدين. إنه الأصح، وحكاها الروياني في الحلية عن الأكثرين، وقال: إنه الاختيار، وقال في البحر: وبه أفنّي، وأفنّي به خلافتك من المتأخرين، وإذا قلنا: لا أجرَةَ له على الأصح فمحلّه كما قال الأذرعي، إذا كان حراً مطلق التصرف، أما لو كان عبداً أو محجوراً عليه بسفه أو نحوه فلا؛ إذ ليسوا من أهل التبرع بمنافعهم المقابلة بالأعراض، واحترز المصنف رحمه الله بقوله: «ولم يجزِ بينهما ذكر أجرَةَ» عما إذا قال مجاناً، فلا يستحق شيئاً قطعاً، وما لو ذكر أجرَةَ فيستحقها قطعاً، وإن كانت صحيحة فالمسمى، وإلا فأجرَةَ المثل.

ولو عرض بذكر أجرَةَ كاعمل وأنا أرضيك، أو اعمل وما ترى مني إلا ما يسرك، أو نحو ذلك كقوله حتى أحاسبك، استحق أجرَةَ المثل، كما في البيان للعمري وغيره، ويستثنى منها: عامل المساقاة إذا عمل ما ليس من أعمالها بإذن المالك فإنه يستحق الأجرَةَ. قال بعض أهل العلم: لا تستثنى؛ لأن عمله تابع لما فيه أجرَةَ؛ وأيضاً استثنى عامل الزكاة فإنه يستحق العوض، ولو لم يسم.

قال الزركشي: ولا يستثنى؛ لأن الأجرَةَ ثابتة بنص القرآن، فهي مسمأة شرعاً، وإن لم يسمها الإمام. وأيضاً عامل القسمة بأمر الحاكم فللقاسم الأجرَةَ من غير تسمية، ونازع في التوشيح هذا الاستثناء وقال: إنه لغيره.

(٢) في ز: الثاني.. (٣) في ب الحمامي وهو موافق كما في الروضة.

(٤) السطل: إناء من معدن كالمرجل له علاقة كنصف الدائرة مركبة في عرويتين.

ينظر: المعجم الوسيط ١/٤٤٦.

هذا؛ الثياب غير مضمونة على الحمامين، والسُّطْلُ مضمونٌ على الداخل.

وأظهرهما: أنه أجره الحمام والسُّطْلُ والإزار وحفظ الثياب<sup>(١)</sup>، وأما الماء فإنه غير مضبوط حتى يقابل بعوض، وعلى هذا ينطبق قوله في الكتاب: «أما من دخل الحمام لزمه الأجرة» فإنه جعل المأخوذ أجره الحمام، وإنما وجبت الأجرة، ولم يجز لها ذكر، ولم يخرج على الخلاف في المسألة الأولى؛ لأنَّ الداخل مستوفٍ منفعة الحمام<sup>(٢)</sup> لسكوته، وهناك صاحب المنفعة هو الذي صرفها إلى الغير، فعلى هذا الوجه، فالسُّطْلُ غير مضمونٍ على الداخل؛ لأنه مستأجر، والحماميُّ أجيرٌ مشتركٌ في الثياب؛ فلا يضمن على الأصح كسائر الأجراء.

وعبارة صاحب «التَّهذِيب» عن الوجه الثاني أنه المأخوذ ثمن الماء وأجرة الحمام والسُّطْلُ، وعلى هذا فيجعل فيه ثلاثة أوجه [والله أعلم بالصواب].

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ قَصَرَ الثُّوبَ فَتَلَفَ فِي يَدِهِ، فَإِنْ قُلْنَا: إِنَّ الْقَصَارَةَ عَيْنٌ لَمْ يَسْتَحَقَّ الْأَجْرَةَ لِأَنَّهُ تَلَفَ قَبْلَ التَّسْلِيمِ، وَإِنْ قُلْنَا: أَثَرٌ فَيَسْتَحَقُّ إِذْ وَقَعَ مُسْلِمًا بِالْفِرَاقِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: هذه المسألة قد ذكرناها في «التفليس» مرةً، ونحن لا تحكي إعادتها عن فائدة، فنقول: إذا عمل الأجير ثم تلفت العين التي عمل عليها؛ نظر؛ إن لم يكن الأجير مُتَّفِرداً باليد، بل عمل من ملك المستأجر، أو بمحض منه، لم يسقط أجرته<sup>(٣)</sup> وإن كان مُتَّفِرداً باليد كما إذا سلَّم الثوب إلى القصار، فقصره، ثم تلف عنده، فيبني على خلافٍ مذكورٍ في «التفليس» أن في القصار أثر أم عين؟

إن قلنا: أثر، لم تسقط الأجرة، ثم إن ضمنا الأجير، فعليه قيمة ثوبٍ مقصور، وإلا فلا شيء عليه، وإن قلنا: عينٌ سقطت أجرته، وعليه قيمة ثوبٍ غير مقصود إن ضمنا الأجير، أو وجد منه تعدد وإلا فلا شيء عليه، وإن قلنا: عين، سقطت أجرته، وعليه قيمة ثوبٍ غير مقصور إن ضمنا الأجير، أو وجد منه بعد وإلا فلا شيء عليه وإن أتلَّفَ أجنبي الثوب المقصود، فإن قلنا: القصار أثر، فلأجير الأجرة، وعلى وإن قلنا: عين سقطت أجرته وعليه قيمة ثوبٍ غير مقصور إن ضمنا الأجير أو وجد منه بعد وإلا فلا شيء الأجنبي القيمة، ثم المستأجر على قول تضمين الأجير يتخير بين مطالبته ومطالبة الأجنبي، والقرار على الأجنبي.

وإن قلنا: عين، جاء الخلاف فيما إذا أتلَّفَ أجنبي المبيع قبل القبض.

(١) في د: والإزار فحفظ الثياب.

(٢) سقط في: ز.

(٣) في د: الأجرة.

وإن قلنا: يفسخ [العقد] فهو كما لو تلف، وإلا فللمستأجر الخيار في فسخ الإجارة وإجازتها، وإن أجاز ولم يضمن الأجير، فيستقر له الأجرة، والمستأجر يغرم للأجنبي قيمة ثوب مقصور، وإن ضمنه، فالمستأجر بالخيار، إن شاء ضمن الأجنبي قيمة ثوب مقصور، وإن شاء، غرم الأجنبي قيمة القسارة، وللأجير قيمة ثوب غير مقصور، ثم الأجير يرجع على الأجنبي وإن فسخ الإجارة، فلا أجرة عليه، ويغرم الأجنبي قيمة ثوب غير مقصور، وإن ضمنا الأجير، غرم القيمة من شاء منهما، والقرار على الأجنبي، ويغرم الأجنبي للأجير<sup>(١)</sup> قيمة القسارة، ولو أثلّف الأجير الثوب بنفسه، فإن قلنا: القسارة أثر فله الأجرة، وعليه قيمة ثوب مقصور، وإن قلنا: عين، جاء الخلاف في أن إتلاف البائع كالأفة السماوية، أو كإتلاف الأجنبي، وإن قلنا: كالأفة السماوية، فالحكم ما سبق، وإن قلنا: كإتلاف الأجنبي وأثبتنا للمستأجر الخيار، فإن فسخ الإجارة، سقطت الأجرة على الأجير، وعلى الأجير قيمة ثوب غير مقصور، وإن أجازها، استقرت، وعليه قيمة ثوب مقصور، وصبغ الثوب بصيغ صاحب الثوب كالقسارة، فإن استأجره، ليصبغ بصيغ من عنده؟

قال في «التبئة»: هو جمع بين البيع والإجارة، ففيه الخلاف المعروف، وسواء صح أو لم يصح فإذا هلك الثوب عنده، سقطت قيمة الصبغ، وسقوط الأجرة على ما ذكرنا في القسارة. فزغ: سلم ثوبا إلى قصار؛ ليقصره، فجحده، ثم أتى به مقصورا، استحق الأجرة، إن قصره ثم جحده، وإن جحد ثم قصره، فوجهان<sup>(٢)</sup>:  
وجه المنع، وبه قال أبو حنيفة: إنّه عمل لنفسه.

وخرج الصيدلاني الوجهين على القولين في الأجير في الحج، إذا صرف الإحرام إلى نفسه، هل يستحق الأجرة؟

ويقال: إن أبا حنيفة امتحن أبا يوسف. رحمه الله تعالى بهذا الفرع، حيث انفرد عنه، وتصدّى الدرس وأمر السائل بتخطته، إن أطلق الجواب بـ«لا أو نعم». فأطلق.

قال الغزالي: ولو استأجر دابة ليحملها عشرة أصع فزاد صاعا صار عاصيا ضامنا، ولو سلم إلى المكري وقال: إنّه عشرة وهو أحد عشر وكذب فتلفت الدابة بالحمل فيجب عليه الضمان، وفي قدره قولان أحدهما: النصف كما إذا جرح نفسه جراحات وجرحه غيره جراحة فمات والثاني: أنه يجب جزء من أحد عشر جزءا من الضمان لأن

(١) في ز: للأجنبي.

(٢) قال النووي ينبغي أن يكون أحدهما: الفرق بين أن يقصد بعمله نفسه فلا أجرة، أو يقصد عمله عن الأجرة الواجبة فيستحق الأجرة.



الْجَرَاحَاتِ لَا تَنْضَبُطُ بِخِلَافِ الْحَمْلِ، وَهَذَا الْخِلَافُ جَارٍ فِي الْجَلَادِ إِذَا زَادَ وَاحِدًا عَلَى الْمِائَةِ أَنَّهُ يَضْمَنُ النُّصْفَ أَوْ بِحَسَابِهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قَدْ مَرَّ أَنَّ الْمُسْتَأْجِرَ لَا يَضْمَنُ، إِذَا لَمْ يُوَجِّدْ مِنْهُ تَعَدُّ، فَإِنْ وَجِدَ، وَجِبَ الضَّمَانُ، وَذَلِكَ كَمَا إِذَا ضَرَبَ الدَّابَّةَ، أَوْ كَبَحَهَا<sup>(١)</sup> بِاللِّجَامِ فَوْقَ الْعَادَةِ، وَعَادَةُ الضَّرْبِ تَخْتَلِفُ فِي حَقِّ الرَّكَّابِ، وَالرَّائِضِ، وَالرَّاعِي، فَكُلُّ يَرَاعِي عَادَةَ أُمَّثَالِهِ، وَيَحْتَمَلُ مِنَ الْأَجِيرِ لِلرِّيَاضَةِ وَالرَّغْيِ مَا لَا يُحْتَمَلُ مِنَ الْمُسْتَأْجِرِ لِلرُّكُوبِ.

وَأَمَّا الضَّرْبُ الْمَعْتَادُ، إِذَا أَفْضَى إِلَى تَلْفٍ، فَإِنَّهُ لَا يُوَجِّبُ ضَمَانًا؛ خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ، وَيُخَالِفُ ضَرْبَ الزَّوْجِ زَوْجَتَهُ؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ تَأْدِيبُ الْأَدْمِيِّ بِغَيْرِ الضَّرْبِ<sup>(٢)</sup>، وَإِذَا نَامَ بِاللَّيْلِ فِي الثَّوْبِ الَّذِي اسْتَأْجَرَهُ، أَوْ نَقَلَ فِيهِ الثَّرَابَ أَوْ أَلْبَسَهُ عَصَارًا، أَوْ دَبَّاعًا دُونَ مَنْ هُوَ فِي مِثْلِ حَالِهِ، أَوْ أَسْكَنَ الدَّارَ قَصَارًا أَوْ حَدَادًا دُونَ مَنْ هُوَ فِي مِثْلِ حَالِهِ، وَجِبَ الضَّمَانُ، وَكَذَا لَوْ أَزَكَبَ الدَّابَّةَ مَنْ هُوَ أَثْقَلُ مِنْهُ وَقَرَّارَ الضَّمَانِ عَلَى الثَّانِي إِنْ كَانَ عَالِمًا، وَإِلَّا فَعَلَى الْأَوَّلِ، وَإِنْ أَرَكَبَهَا مِثْلَهُ، فَجَاوَزَ الْعَادَةَ فِي الضَّرْبِ، فَالضَّمَانُ عَلَى الثَّانِي دُونَ الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَعَدَّ.

وَلَوْ اكْتَرَى لِحْمَلِ مِائَةِ رَطْلٍ حَدِيدًا، فَحَمَلَ مِائَةَ مِنَ الْقَطْنِ أَوْ التَّبَنِ أَوْ بِالْعَكْسِ ضَمِنَ، وَكَذَا لَوْ اكْتَرَى لِحْمَلِ مِائَةِ مَنْ مِنَ الْحَنْطَةِ، فَحَمَلَ مِائَةَ مَنْ مِنَ الشَّعِيرِ ضَمِنَ أَوْ بِالْعَكْسِ، لِأَنَّ الشَّعِيرَ أَخْفَ فَمَاخِذٌ مِنْ ظَهْرِ الدَّابَّةِ أَكْثَرَ، وَالْحَنْطَةُ أَثْقَلُ، فَيَحْتَمَلُ ثِقَلُهَا عَلَى الْمَوْضِعِ الْوَاحِدِ. وَلَوْ اكْتَرَى لِحْمَلِ عَشْرَةِ أَفْقِرَةٍ<sup>(٣)</sup> مِنَ الْحَنْطَةِ، فَحَمَلَ عَشْرَةَ مِنَ الشَّعِيرِ، لَمْ يَضْمَنْ؛ لِأَنَّ الْمَقْدَارَيْنِ فِي الْحِجْمِ سَوَاءٌ، وَالشَّعِيرُ أَخْفَ، وَبِالْعَكْسِ يَضْمَنْ لَزِيَادَةِ ثِقَلِ الْحَنْطَةِ. وَلَوْ اكْتَرَى لِيَرْكَبَ بِسَرْجٍ، فَرَكَبَ بِلَا سَرْجٍ أَوْ بِالْعَكْسِ، ضَمِنَ، أَمَّا الْأَوَّلُ، فَلِأَنَّهُ أَضَرَ بِالدَّابَّةِ.

وَأَمَّا الثَّانِي فَلِأَنَّهُ حَمَلَهَا فَوْقَ الْمَشْرُوطِ.

وَلَوْ اكْتَرَى لِيَحْمَلَ عَلَيْهَا بِالْإِكْفِ، فَحَمَلَ بِالسَّرْجِ، ضَمِنَ؛ لِأَنَّهُ أَشَقُّ عَلَى الدَّابَّةِ وَبِالْعَكْسِ لَا يَضْمَنْ إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَثْقَلُ، وَلَوْ اكْتَرَى لِيَرْكَبَ بِالسَّرْجِ، فَرَكَبَ بِالْإِكْفِ

(١) بموحدة وبمهملة، ويقال بميم بدل الموحدة، ويقال بمثناة فوقية بدل الموحدة أيضاً، والمعنى أن المستأجر جذبها باللجام لتقف.

(٢) كاللفظ مثلاً، وعلى تقدير الظن بأنه لا يفيد إلا العزب فهو اجتهاد فاكثفى به لإباحة دون سقوط الضمان.

(٣) جمع قفيز وهو مكيال يسع اثني عشر صاعاً. وهذا المكيال يختلف تقديره، ويعادل بالتقدير المصري الحديث نحو ستة عشر كيلو جراماً. ينظر: المعجم الوسيط ٢/ ٧٨٠.

ضمن، وبالعكس لا يضمن إلا أن يكون أثقل، وقس على هذه الصور أخواتها.

ولو استأجر دابة ليحمل مقداراً سميّاه، فكان المَحْمُولُ أكثر نُظْرَ؛ إن كانت الزيادة بقدر ما يقع من التفاوتِ بين الكَيْلَيْنِ في ذلك المبلغ، فلا عبرة بها، فإن كانت أكثر، كما إذا كان المشروط عشرة أصع، وكان المَحْمُولُ أحدَ عَشْرَ، فللمسألة أحوال:

**الحالة الأولى:** إذا كان المكتري الطّعام، وحمله بنفسه، فعليه أجره المثل لما زاد، هذا هو المشهور، وفي كتاب القاضي ابن كجّ أن القاضي أبا حامد حكى قولاً: أنه يأخذ أجره المثل للكلّ وقولاً: أنه يتخير بين المسمّى، وما دخل الدابة من نقص وبين أن يأخذ أجره المثل، وإن كان أبو الحسين حكى قولاً أنه بالخيار بين المسمّى وأجره المثل للزيادة، وبين أجره المثل للكلّ، وإن تلفت البهيمة بالحمل، فإن انفرد المكتري باليد، ولم يكن معها صاحبها، فعليه ضمانها باليد العادية؛ لأنه صار بحمل الزيادة غاصباً، وإن كان معها صاحبها ضمن بالجناية، وفي القدر المضمون قولان، ويُقال: وجهان:

**أحدهما:** النصف؛ لأن التلف تولد من جائز، وغير جائز، فأنقسم الضمان عليهما، كما لو جرح نفسه جراحات، وجرحه غيره جراحة واحدة، أو جرحه واحد جراحات، وأخر [جراحة واحدة]<sup>(١)</sup> يجب نصف الدية على صاحب الجراحة الواحدة.

**والثاني:** أن قيمة البهيمة توزع على الأضل والزيادة، فيضمن بقسط الزيادة؛ لأن التوزيع على المَحْمُولِ، ميسر بخلاف الجراحات، فإن نكاياتها لا تنضبط، ولا معنى لرعاية مجرد العدو.

قال الأئمة: وهذا الخلاف مبني على القولين فيما إذا زاد الجلاد في الحدّ واحداً على المائة أو الثمانين<sup>(٢)</sup> أنه يضمن نصف الدية، أو جزءاً بحسابه، ويشبه أن يكون التوزيع أقرب، فقد رجحه الإمام وغيره، لكن في سلسلة الشيخ أبي محمد أنه التنصيف أصح في المسألتين.

وفي شرح «المختصر» للشيخ هذا حكاية قول ثالث: أنه يضمن جميع القيمة كما لو انفرد باليد، وهذا قد نسبه القاضي ابن كجّ إلى رواية أبي الحسين عن بعض الأصحاب، وأبدى من عند نفسه احتمالاً فيما إذا انفرد باليد؛ أنه لا يضمن الكلّ، والمعتمد ما تقدّم.

ولو هلكت البهيمة بسبب غير الحمل، ضمن عند انفرداه باليد؛ لأنه ضامن باليد،

(١) في ز: جراحاً واحداً.

(٢) في ب: لكن في المسألة أو الثمانين.

ولم يضمن عند عدم الأنفراد؛ لأنه ضامن الخيانة، وإن لم يحمل المكثري الطعام بنفسه، ولكنه بغد ما كآل سلمه إلى المكري حتى حمّله على البهيمة، نُظِر؛ إن كان المكري جاهلاً بالحال؛ بأن لبس عليه، وقال: إنه عشرة كاذباً؛ ففيه طريقان:

أحدهما: أنه على القولين في تعارض المباشرة والغرور.

وإن اعتبرت المباشرة، فالحكم على ما سنذكره في الحالة الثانية إن شاء الله تعالى وإن اعتبرنا التغرير، فكما لو حمّله المكثري بنفسه.

وثانيهما: القطع بأنه، كما لو حمّله بنفسه؛ لأن إعداده المحمول وشدّ الأعدال وتسليمها إليه بعد عقد الإجارة كالإلجاء إلى الحمل شزاعاً، فكان كشهادة شهود القصاص، وسواء ثبت الخلاف أم لا، فالظاهر وجوب الضمان، وبه أجاب صاحب الكتاب، وإن كان المكري عالماً بالزيادة، نُظِر، إن لم يقل المكثري شيئاً، لكن حمّله المكري، فالحكم كما سنذكره في الحالة الثانية؛ لأنه حملٌ بغير إذن صاحبه، ولا فرق بين أن يضعه المكثري على الأرض، فيحمّله المكري على البهيمة، وبين أن يضعه على ظهر الدابة، وهي واقفة، فيسيرها المكري، وإن قال المكثري: أحمل هذه الزيادة، فأجابه.

قال في «التتمة»: هو مستعيرٌ للدابة في الزيادة، فلا أجرة لها، وإذا تلبّثت البهيمة بالحمل، فعليه الضمان؛ لأن ضمان العارية لا تجب باليد، وإنما تجب بالارتفاق، والانتفاع، فزيادة الارتفاق بالمالك لا يوجب سقوط الضمان، وفي كلام الأئمة ما ينازع ما ذكره في الأجرة والضمان جميعاً.

الحالة الثانية: إذا كان المكثري وحمل على البهيمة، فلا أجرة له لِمَا زاد، سواء كان غالطاً أو عامداً، وسواء كان المكثري جاهلاً بالزيادة، أو عالماً بالزيادة، وسكت؛ لأنه لم يأذن في نقل الزيادة، ولا يجب عليه ضمان البهيمة، وله مطالبة المكري بردها إلى الموضع المنقول منه، وليس للمكثري أن يردّها بدون رضا المكثري، ولو لم يعلم المكثري حتى عاد إلى البلد المنقول منه، فله أن يطالب بردها وأصح القولين أو الوجهين أن له المطالبة ببديلها في الحال، كما لو أبق العبد المغضوب من يد الغاصب.

والثاني: لا يطالب ببديلها في الحال لأن عين ماله باقٍ وردّها<sup>(١)</sup> مقدور عليه.

وإذا قلنا بالأول وغرم البديل، فإذا ردّها إلى ذلك البلد<sup>(٢)</sup>، استردّ البديل، ورد ماله إليه، ولو كآل المكثري وتولّى المكثري الثقل والحمل على البهيمة.

(٢) في د: تلك البلد.

(١) في ز: وردة.

قال في «التتمة»: إن كان عالماً بالزيادة، فهو كما لو كآل بنفسه، وحمل؛ لأنه لما علم الزيادة، كان من حقه ألا يحملها، وإن كان جاهلاً، فعلى وجهين:  
أحدهما: [أخذاً بما إذا]<sup>(١)</sup> قدّم الطعام المغضوب إلى المالك، فأكله جاهلاً هل يبرأ عن الضمان؟

الحالة الثالثة: إذا كآل أجنبي وحمل بلا إذن، فعليه أجره الزيادة للمكري، وعليه الرد إلى الموضع المنقول منه، إن طالبه المكثري، وضمان البهيمة على ما ذكرنا في حق المكثري وإن تولّى الحمل بعد كَيْل الأجنبي أحد المتعاقدين، فينظر أهو جاهل، أم عالم؟ ويقاس بما ذكرنا، هذا كله فيما إذا اتفقا على الزيادة، وعلى أنها للمكثري.

أما إذا اختلفا في أضل الزيادة، أو في قدرها، فالقول قول المنكر، وإن ادعى المكري أن الزيادة له، والدابة في يده، فالقول قوله، وإن لم يدعها واحد منهما، تركت في يده؛ حتى يظهر لها مستحق، ولا يلزم المكثري كراهاً، ولو وجد المحمول دون المشروط، نُظر؛ إن كان الثقصان بقدر ما يقع من التفاوت بين الكيلين، فلا عبرة به، وإن كان أكثر من ذلك، قال في «التتمة»: إن كآل المكري، حط من الأجرة بقسطه، إن لم يعلم المكثري، وإن علمه، فإن كانت الإجارة في الذمة، فكذلك؛ لأنه لم يف بالمشروط، وإن كانت الإجارة عيناً فالحكم كما لو كآل المكثري بنفسه ونقص، فلا يحط شيء من الأجرة؛ لأن التمكين في استيفاء المنفعة قد حصل، وذلك كاف في تقرر الأجرة. ولو اكرى اثنان دابةً وركبها، فارتدّتهما ثالثٌ بغير إذنهما، فهلكت الدابة فقيما يجب على المرتدّ ثلاثه أوجه:

أحدها: النصف؛ لحصول الهلاك من جائز وغير جائز.

والثاني: أن القيمة تُقسط على أوزانهم، فيجب على المرتدّ ما يخصه.

والثالث: أنه يلزمه الثلث توزيعاً على رؤوسهم، فإن الرجال لا يوزنون في العادة<sup>(٢)</sup>.

قال الغزالي: وإن سلم ثوباً إلى خياط فحاطه قبالة فقال: ما أذنت لك إلا في القميص، فإذا تنازعا (م) تحالفا إذ يدعي المالك خيانتة فإذا حلف أنه ما ذون سقط الأرش، ويدعي الخياط إذن المالك والأجرة فإذا حلف أنه لم يأذن سقطت الأجرة، وفيه

(١) في ز: إن.

(٢) قال النووي: أصحهما: الثاني. قال الشيخ أبو حامد وغيره: لو سخر رجلاً مع بهيمته، فتلفت البهيمة في يد صاحبها لم يضمنها المسخر، لأنها في يد صاحبها.

قَوْلُ أَنْ الْأَجْرَةَ تَسْقُطُ عِنْدَ التَّحَالْفِ وَلَكِنَّ الضَّمَانَ يَجِبُ فَكَانَ أَمْرُ التَّحَالْفِ فِي رَفْعِ الْعَقْدِ، وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى: الْقَوْلُ قَوْلُ الْخِيَّاطِ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: الْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ أَشْبَهُ، وَكِلَاهُمَا مَدْخُولَانِ، وَقِيلَ: إِنَّهُمَا قَوْلَانِ لِلشَّافِعِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا دَفَعَ ثَوْبًا إِلَى خِيَّاطٍ، لِيَقْطَعَهُ، وَيَخِيْطَهُ، فَخَاطَهُ قَبَاءً<sup>(١)</sup> ثُمَّ اِخْتَلَفَا، فَقَالَ الْخِيَّاطُ: هَكَذَا أَمَرْتَنِي، وَقَالَ الْمَالِكُ: بَلْ أَمَرْتُكَ أَنَّهُ تَقَطَّعَهُ قَمِيصًا، فَحِكَايَةُ الشَّافِعِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي اخْتِلَافِ الْعِرَاقِيِّينَ عَنِ ابْنِ أَبِي لَيْلَى أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْخِيَّاطِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمَالِكِ، رَوَى الْمُزْنِيُّ فِي الْجَامِعَيْنِ «الْمَخْتَصِرِ»، وَ«الْكَبِيرِ» أَنَّهُ ذَكَرَ. بَعْدَ حِكَايَةِ قَوْلَيْهِمَا؛ أَنَّ قَوْلَ أَبِي حَنِيفَةَ أَشْبَهُ بِالْحَقِّ، وَكِلَاهُمَا مَدْخُولٌ، وَحَكَى فِي «الْجَامِعِ الْكَبِيرِ» عَنْهُمَا يَتَحَالَفَانِ، وَبِهِ أَجَابَ فِي «الْإِمْلَاءِ» فِيمَا إِذَا اسْوَدَّ الصَّبَاغُ ثَوْبَهُ، وَقَالَ: هَكَذَا أَمَرْتَنِي، وَقَالَ الْمَالِكُ: أَمَرْتُكَ بِصِبْغَةِ أَحْمَرَ، وَاخْتَلَفَ الْأَصْحَابُ عَلَى ثَلَاثَةِ طَرِيقٍ:

أحدها: إثباتُ ثلاثةِ أقوالٍ في المسألة:

أحدها وبه قال مالكٌ وأحمدُ: أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْخِيَّاطِ؛ لِأَنَّهَا اتَّفَقَا عَلَى الْإِذْنِ فِي الْقَطْعِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يَتَجَاوَزُ الْمَأْذُونَ، وَلِأَنَّ الْمَالِكَ يَدْعِي عَلَيْهِ الْغَرَمَ، وَالْأَصْلُ عَدَمُهُ.

والثاني: وبه قال أبو حنيفة واختاره الْمُزْنِيُّ: أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمَالِكِ؛ لِأَنَّهَا لَوْ اِخْتَلَفَا فِي أَضْلِ الْإِذْنِ، كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمَالِكِ، فَكَذَلِكَ، إِذَا اِخْتَلَفَا فِي صِفَتِهِ، وَهَذَا كَمَا لَوْ قَالَ: دَفَعْتُ هَذَا الْمَالَ إِلَيْكَ وَدِيْعَةً، فَقَالَ: بَلْ رَهْنًا أَوْ هِبَةً، كَانَ الْقَوْلُ<sup>(٢)</sup> قَوْلَ الْمَالِكِ، وَأَيْضًا، فَإِنَّ الْخِيَّاطَ مُعْتَرَفٌ بِأَنَّهُ أَخَذَتْ نَفْصًا فِي الثُّوبِ، وَيَدْعِي أَنَّهُ مَأْذُونٌ فِيهِ، وَالْأَصْلُ عَدَمُهُ، وَأَيْضًا فَإِنَّهُ يَدْعِي أَنَّهُ آتَى بِالْعَمَلِ الَّذِي اسْتَأْجَرَهُ عَلَيْهِ، وَالْمَالِكُ يَنْكِرُهُ، فَأَشْبَهَ مَا إِذَا اسْتَأْجَرَهُ لِحَمْلِ مَتَاعٍ، فَقَالَ الْأَجِيرُ: حَمَلْتُ، وَأَنْكَرَ الْمَالِكُ، فَإِنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمَالِكِ.

والثالث: أَنَّهُمَا يَتَحَالَفَانِ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَدْعٍ وَمَدْعَى عَلَيْهِ، فَالْخِيَّاطُ يَدْعِي الْإِجْرَةَ وَالْمَالِكُ يَنْكُرُهَا<sup>(٣)</sup>، وَالْمَالِكُ يَدْعِي الْأَرْضَ، وَالْخِيَّاطُ يَنْكُرُهَا، وَهَذِهِ الطَّرِيقَةُ مَعْرَبَةٌ فِي «شَرْحِ الْجَوِينِيِّ» إِلَى الْقِفَالِ.

(٢) فِي د: فَالْقَوْلِ.

(١) فِي د: عَمَائِمُ.

(٣) فِي ز: مَنْكُرُهَا.

والثانية: أنه ليسَ في المسألة إلا قولان، واختلفوا في عينهما، فعن ابن سُرَيْج، وأبي إسحاق، وابن أبي هُرَيْرَةَ، والقاضي أبي حامد وغيرهم؛ أنهما مذهبُ أبي حَنِيفَةَ، وابن أبي لَيْلَى رحمه الله واحتج لأنهما قولاه؛ بأنه قال لأحدهما: هذا أشبهُ القولين.

ومنهم من قال: هما تصديقُ المَالِكِ والتحالفُ، وأما تصديقُ الخِطَاطِ، فإن الشافعي رضي الله عنه أعرض عنه، حيث رجَّح القول الآخرَ، وربما أوَّلوه، فقالوا: إنَّه يؤول إلى التحالف؛ لأنه إذا حَلَفَ الخِطَاطُ، خرج من ضمانِ الثَّوبِ، فيحلف المالك؛ لنفي الأجرة، وهذا هو التحالفُ.

والثالثة: أنه ليسَ في المسألة إلا قولٌ واحدٌ، وهو التحالفُ، وما عداه، فهو حكاية مذهب الغير، وقد دفعه<sup>(١)</sup> بقوله: وكلاهما مذخولٌ، وبهذا قال أبو علي الطبريُّ وصاحب «التقريب» والشيخ أبو حامد.

وفي «أمالي» أبي الفرج السرخسي عن ابن سُرَيْج أنه، إن جرى بينهما عقدٌ، فليس إلا التحالفُ كسائر الاختلاف في كيفية المعاوضات، وإن لم يجر فالخِطَاط لا يدعي الأجرَةَ، وإنما يدعي التزاع في الأرض، ففيه قولان: مذهب أبي حنيفة، وابن أبي لَيْلَى، فهذه خمسة طرُق، وإلا تدون على أن المسألة على قولين، وهما مذهب الإمامين: [مذهب] أبي حنيفة، وابن أبي لَيْلَى رضي الله عنهما ثم على أن الأصح مذهب أبي حنيفة، وربما شبهوا القولين بالقولين فيما إذا زرع أرضه، وقال: أعرتنيها، وقال المالك: بل أكرمتكها، ورجَّح صاحبُ الكتاب الطريقةَ القاطعةَ بالتحالف وزيَّف غيرها.

التفريع: إن صدقنا الخِطَاط، فإذا حَلَفَ، فلا أرش عليه، وهل له الأجرَةُ؟ فيه وجهان:

أحدهما: وبه قال ابنُ أبي هُرَيْرَةَ: نعم؛ لأنه أثبت الإذنَ بيمينه، ومن قال بهذا لا يسلم دعوى من يدعي أن تصديق الخِطَاط يؤول إلى التحالف.

وأظهرهما، وبه قال أبو إسحاق وأبو علي الطبري: لا؛ لأنه في الأجرة مدعٍ، فيكون القول قول المنكر، وفائدة يمينه دفع العزم عن نفسه.

فإن قلنا بالقول، الأول ففي الأجرة الواجبة قولان:

أحدهما: الأجرَةُ المُسمَّاة؛ إتماماً لتصديقه.

وأظهرهما: أجرَةُ المِثْلِ؛ لأننا لو صدقناه من كل وجه لم نأمن أن يدعي مالا كثيراً كاذباً. وإن قلنا لا أجرَةَ له بيمينه، فله أن يدعي الأجرَةَ على المالك ويخلفه، فإن نكل،

ففي تجديد اليمين عليه وجهان<sup>(١)</sup>:

أَحَدُهُمَا يَجْدُدُ؛ لَأَنَّ إِثْبَاتَ الْمَالِ بِيَمِينِ الْمُدَّعِي مِنْ غَيْرِ نَكْوَلٍ بَعِيدٍ.

والثاني: وبه قال القاضي الحُسَيْنُ لا يجدد وكان يمينه السابقة كانت موقوفة على النكول لصَيْرُورَتِهَا حِجَّةً مُلْزِمَةً لِلأَجْرَةِ، وَإِنْ صَدَّقْنَا الْمَالِكَ، فَإِذَا حَلَفَ، فَلَا أَجْرَةَ عَلَيْهِ، وَيَجِبُ عَلَى الْخِيَاطِ أَزْشُ النِّقْصَانِ.

وحكى أبو الفرج السَّرْحَسِيُّ فِيهِ وَجْهَانِ، كَمَا فِي وَجُوبِ الأَجْرَةِ، تَفْرِيعاً عَلَى الْقَوْلِ الأَوَّلِ، وَالْفَرْقُ عَلَى الْمَشْهُورِ أَنَّ الْقَطْعَ مُوجِبٌ لِلضَّمَانِ إِلَّا أَنْ يِعَارِضَهُ الإِذْنُ، وَهُوَ غَيْرٌ مُوجِبٌ لِلأَجْرَةِ إِلَّا إِذَا اقْتَرَنْتَ بِالإِذْنِ، ثُمَّ فِي الأَزْشِ الْوَاجِبِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: مَا بَيْنَ قِيَمَتِهِ صَاحِبِهَا وَمَقْطُوعاً؛ لِأَنَّهُ أَثْبَتَ بِيَمِينِهِ أَنَّهُ لَمْ يَأْذَنْ فِي الْقَطْعِ.

والثاني: مَا بَيْنَ قِيَمَتِهِ مَقْطُوعاً قِيَمِصاً، وَمَقْطُوعاً قِبَاءً؛ لِأَنَّ أَصْلَ الْقَطْعِ مَا ذُوْنَ فِيهِ<sup>(٢)</sup>، وَعَلَى هَذَا، فَلَوْ لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمَا تَفَاوُتٌ، أَوْ كَانَ مَقْطُوعاً قِبَاءً أَكْثَرَ قِيَمَةً، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ.

وذكر الشيخ أبو محمد؛ أَنَّهُ الْوَجْهَيْنِ يَنْبِيَانِ عَلَى أَصْلَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: الْقَوْلَانِ فِيْمَا إِذَا اكْتَرَى أَرْضاً لِيُزْرِعَهَا حَنْطَةً، فزَرَعَهَا دُرَّةً، فِي قَوْلٍ: عَلَيْهِ أَجْرَةُ الْمَثَلِ، وَيَعْرَضُ عَنْ عَقْدِ الإِجَارَةِ، فَعَلَى هَذَا يَغْرَمُ هَهُنَا جَمِيعَ النِّقْصِ، وَيَعْرَضُ عَنْ أَصْلِ الإِذْنِ.

والثاني: يَغْرَمُ تَفَاوُتَ مَا بَيْنَ الزُّرْعَيْنِ، فَهَهُنَا يَغْرَمُ تَفَاوُتَ مَا بَيْنَ الْقَطْعَيْنِ.

والثاني: الْخِلَافُ فِي أَنَّهُ الْوَكِيلُ، إِذَا بَاعَ مَالَهُ بِالْغَبْنِ الْفَاجِشِ يَغْرَمُ جَمِيعَ قَدْرِ الْغَبْنِ، أَوْ يَحِطُّ عَنْهُ مَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ بِهِ؛ لِأَنَّهُ كَالْمَأْذُونِ فِيهِ.

وَإِذَا قُلْنَا: إِنَّهُ يَغْرَمُ تَفَاوُتَ مَا بَيْنَ الْقَطْعَيْنِ، فَهَلْ يَسْتَحِقُّ الأَجْرَةَ لِلْقَدْرِ الَّذِي يَضْلُحُ لِلْقَمِيصِ فِي الْقَطْعِ؟

فِيهِ وَجْهَانِ: عَنْ ابْنِ أَبِي هُرَيْرَةَ: نَعَمْ، وَبِهِ أَجَابَ صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ»، وَضَعَّفَهُ ابْنُ الصَّبَّاحِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْطَعْهُ لِلْقَمِيصِ<sup>(٣)</sup>، وَإِذَا قُلْنَا يَتَحَالَفَانِ، فَإِذَا حَلَفَا، فَلَا أَجْرَةَ لِلْخِيَاطِ، وَفِي وَجُوبِ أَزْشِ النِّقْصِ لِلْمَالِكِ قَوْلَانِ فِي «الإِمْلاءِ» أَنَّهُ يَجِبُ؛ لِأَنَّهُمَا إِذَا

(١) قال النووي: ينبغي أن يكون أصحابهما التجديد.

(٢) صحح الأول الإمام وغيره وقال الاستوي إنه الأصح وصحح الثاني جمع واختاره السبكي. وقال: لا يتجه غيره وقال الخطيب: فهذا هو المعتمد.

(٣) قال النووي: المنع أصح، ونقله صاحب «البيان» عن نص الشافعي رضي الله عنه.

تحالفاً فكأنهما لم يتعاقدًا ولو لم يتعاقدًا وقطع لزمه الأرش، فكذلك ههنا، والأصح وهو رواية المزني في «الجامع الكبير» منعه؛ لأنه، على نفي العُدوان؛ ولو لم يحلف<sup>(١)</sup>، لكان لا يلزمه إلا أرش النقص، فلا بد، وأن يكون ليمينه فائدة.

ولو أراد الخياط نزع الخيط، لم يُمكن منه؛ حيث حَكَمنا له بالأجرة، سواء كان الخيط للمالك، أو من عنده؛ لأنه تابع للخياطة.

وحيث قلنا: إنَّه لا أجرة له، فله نزع خيطه، كالصنغ، وحينئذ لو أراد المالك أن يشدَّ بخيطه خيطاً لِيُدْخِلَه في الدروز إذا خرج الأول، لم يُمكن منه إلا برضا الخياط؛ لأنه تصرف في ملكه.

بقي في المسألة شيء وهو كيفية اليمين على اختلاف الأقوال.

قال في «الشامل»: إن صدقنا الخياط، حلف بالله؛ ما أذنت لي في قطعه قميصاً، ولقد أذنت لي في قطعه قباء، وإن صدقنا المالك، قال: يكفي عندي أن يخلف؛ ما أذنت لي في قطعه قباء، ولا حاجة إلى التعرض للقَمِيص؛ لأنَّ وجوب العزم وسقوط الأجرة كلاهما يلزم من نفي الإذن في القباء.

وإن فرعنا على قول التحالف، جمع كل واحد منهما في يمينه بين التَّفْئِي والإثبات، كما سبق في البيع، قال القاضي ابن كَجَّ: والكلام في أنَّ البراءة بمن؟ على ما سبق هناك، والمالك ههنا في رُتْبَةِ البائع<sup>(٢)</sup>.

واعلم أنَّ اختلاف المتعاقدين في الأجرة أو في المدة، أو في قدر المنفعة بأن قال المُكْرِي: أَكْرَيْتُكَهَا إِلَى خَمْسَةِ فَرَسِيخٍ، فقال: بل إلى عشرة أو في قدر المستأجر؛ بأن قال: أَكْرَيْتُكَ هَذَا الْبَيْتَ مِنْ هَذِهِ الدَّارِ، فقال: بل جميع الدار يوجب التحالف، كما في البيع، وإذا تحالفاً، فُسِّخَ العقد، وعلى المستأجر أجرة المثل؛ لما استوفاه.

## فرع:

قال للخياط: إن كان يكفي هذا الثوب لقميصي، فأقطعه، فقطعه، فلم يكفي، ضمن الأرش؛ لأن الإذن مشروط بما لم يوجد، ولو قال: هل يكفي لقميصي، فقال: نعم فقال: أقطعه، فقطعه، فلم يكفي، لم يضمن؛ لأنَّ الإذن مُطْلَقٌ.

(١) في أ: لأنه لو حلف على نفي العُدوان، ولو لم يحلف لكان لا يلزمه.

(٢) قال النووي: قال الشيخ أبو حامد: إذا صدقنا الخياط، حلف: لقد أذنت لي في قطعة قباء فقط. فإن لم تثبت للخياط أجرة، فهذا أصح من قول صاحب «الشامل» لأن هذا القدر كاف في نفي العزم عنه. وإن أثبتناها. فقول صاحب «الشامل» هو الصواب.



قَالَ الْعَزَلِيُّ: **البَابُ الثَّالِثُ فِي الطُّوَارِيءِ الْمُوجِبَةِ لِلْفُسْخِ وَهِيَ ثَلَاثَةٌ أَقْسَامُ:**  
**الأوَّلُ: مَا يَنْقُصُ الْمَنْفَعَةَ نَقْصَانًا تَتَفَاوَتْ بِهِ الأَجْرَةُ فَهُوَ عَيْبٌ مُوجِبٌ لِلْفُسْخِ قَبْلَ قَبْضِ**  
**الدَّارِ وَبَعْدَهُ إِلا إِذَا بَادَرَ المُكْرِي إِلَى الإِضْلَاحِ إِنْ قَبِلَ الإِضْلَاحَ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قد بان في أول الكتاب أن غرض الباب الكلام فيما يقتضي فسخ الإجارة، أو أنفاسها، وإنما يثبت الفسخ، أو الانفساخ؛ لخلل يغرّض في المعقود عليه، والخلل إما أن يوجب نقصان المنفعة، أو فواتها بالكلية، وعلى التقدير الثاني، فالفوات، إما أن يكون حسيًا، أو شرعيًا، فهذه ثلاثة أقسام:

أحدها: ما ينقص المنفعة، ومهما ظهر بالمستأجر نقصان تفاوت به الأجرة، فهو عيب مثبت للفسخ، وذلك كمرض العبد والدابة، وانقطاع ماء البئر وتغيّره؛ بحيث يمنع الشرب، وانكسار دعائم الدار، واغوجاجها، وانهدام بعض جذرائها، لكن لو بادر المكري إلى الإضلاح، وكان قابلاً للإضلاح في الحال، سقط خيار المكري كما مرّ، ولا فرق بين أن يكون لأحقاً حاصلًا في يد المستأجر؛ لأن المنافع في الزمان المستقبل غير مقبوضة، وإن كانت الدار مقبوضة، فيكون العيب قد نما بالإضافة إليها، وقياس هذا ألا يتسلط على التصرف في المنافع المستقبلية، إلا أنه سلط عليه للحاجة، ثم العيب، إن ظهر قبل مضي مدة لها أجرة، فإن شاء، فسخ، ولا شيء عليه، وإن شاء أجاز تجميع الأجرة، وإن ظهر في أثناء المدة، فالوجه ما ذكره صاحب «التتمة» وهو أنه، إن أراد أن يفسخ في جميع المدة، فهو كما لو اشترى عبدتين قتلت أحدهما، ثم وجد بالباقي<sup>(١)</sup> عيباً، وأراد الفسخ فيهما، وإن أراد الفسخ فيما بقي من المدة، فهو كما لو أراد الفسخ في العبد الباقي وحده، وحكمها مذكور في البيع، والجمهور أطلقوا القول بأن له الفسخ، ولم يتعرضوا لهذا التفصيل، ومهما امتنع الفسخ، فله أخذ الأرض، فينظر إلى أجرة مثله سليماً، وإلى أجرة مثله معيباً، ويعرف قدر التفاوت بينهما، وهذا كله في إجارة العين أما إذا كانت الإجارة في الذمة، فوجد بالدابة المسلمة عيباً، لم يكن له فسخ العقد لكن يردّها ويؤمر المكري بالإبدال والله أعلم.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: **وَإِنْ ظَهَرَ لِلْعَاقِدِ عُدْرٌ، بَانَ تَخَلَّفَ عَنِ السَّفَرِ وَقَدْ اسْتَأْجَرَ الدَّابَّةَ أَوْ تَغَيَّرَ حَزْفَتَهُ وَقَدْ اسْتَأْجَرَ الْحَاثُوتَ أَوْ مَرَضَ لَمْ يَكُنْ لَهُ (ح) الْفُسْخُ بِهِذِهِ الْأَعْدَارِ لِأَنَّهُ لَا خَلَلَ فِي الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ، وَلَوْ أَكْتَرَى أَرْضًا لِلزَّرَاعَةِ فَفَسَدَ الزَّرْعُ بِجَائِحَةٍ فَلَا يَحْطُ شَيْءٌ مِنَ الأَجْرَةِ، وَلَوْ فَسَدَ الأَرْضُ بِجَائِحَةٍ ثَبَتَ الرَّدُّ، فَمَهْمَا أَجَازَ أَجَازَ بِجَمِيعِ (و) الأَجْرَةِ كَمَا**

(١) في ز: القائم.

فِي الْبَيْعِ، وَإِنْ فَسَخَ رَجَعَ إِلَى أَجْرَةِ الْبَاقِيِ وَأَسْتَقْرَّ مَا اسْتَوْفَاهُ عَلَى الْأَصَحِّ (و)، وَتَوَزُّعُ الْمُسَمَّى عَلَى الْمُدَّتَيْنِ بِأَخْتِيَارِ الْقِيَمَةِ لَا بِأَخْتِيَارِ الْمُدَّةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ ثَلَاثُ مَسَائِلَ:

إِحْدَاهَا: الْإِجَارَةُ لَا تُفْسَخُ بِالْأَعْدَارِ، سِوَاءَ كَانَتْ إِجَارَةً عَيْنٍ، أَوْ فِي الذَّمَّةِ، وَذَلِكَ كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِلسَّفَرِ عَلَيْهَا، فَمَرَضَ أَوْ حَانَوْتًا لِحَرْقَةِ فَنَدَمَ، أَوْ هَلَكْتَ آلَاتُ تِلْكَ الْحَرْقَةِ، أَوْ حَمَامًا فَتَعَذَّرَ عَلَيْهِ الْوُقُودُ، وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ وَأَحْمَدُ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ يَثْبُتُ الْفَسْخُ بِهَذِهِ الْأَعْدَارِ وَنَحْوِهَا، وَسَلَّمُ أَنَّهُ لَوْ ظَهَرَ لِلْمُكْرِي عَذْرٌ كَمَا لَوْ مَرَضَ وَعَجَزَ عَنِ الْخُرُوجِ مَعَ الدَّوَابِّ الَّتِي أَجْرَهَا، أَوْ أَكْرَى دَارَهُ، وَأَهْلُهُ مَسَافِرُونَ، فَعَادُوا، أَوْ لَمْ يَكُنْ مَتَاهَلًا، فَتَاهَلَ؛ أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ الْفَسْخُ، فَيُقَاسَ عَلَيْهِ مَا سَلِمَ، وَأَيْضًا، فَإِنَّ الْإِجَارَةَ عَقْدٌ لَا يَفْسَخُ بِغَيْرِ عَذْرٍ، فَلَا يَفْسَخُ بِعَذْرٍ مِنْ غَيْرِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ؛ كَالْبَيْعِ<sup>(١)</sup>.

الثَّانِيَّةُ: إِذَا اكْتَرَى أَرْضًا لِلزَّرْعَةِ، فَزَرَعَهَا، فَهَلِكَ الزَّرْعُ لَجَائِحَةٍ مِنْ سَيْلٍ، أَوْ جَرَادٍ، أَوْ شِدَّةِ حَرٍّ، أَوْ بَزْدٍ، أَوْ كَثْرَةِ مَطَرٍ، لَمْ يَكُنْ لَهُ الْفَسْخُ، وَلَا حَطُّ شَيْءٍ مِنَ الْأَجْرَةِ؛ لِأَنَّ الْجَائِحَةَ لِحَقَّتْ مَالِ الْمَكْتَرِي لَا مِنْفَعَةَ الْأَرْضِ، فَاشْبَهَ مَا لَوْ اكْتَرَى دُكَّانًا، لَبَيْعَ الْبَزِّ، فَاحْتَرَقَ بَزُّهُ، لَا تَنْفَسَخُ الْإِجَارَةُ فِي الدُّكَّانِ.

وَلَوْ فَسَدَتِ الْأَرْضُ بِجَائِحَةٍ، أَبْطَلَتْ قُوَّةَ الْإِنْبَاتِ فِي مَدَّةِ الْإِجَارَةِ، قَالَ فِي الْكِتَابِ: «يَثْبُتُ الرُّدُّ» وَمَفْهُومُهُ أَنَّهُ عَيْبٌ مُوجِبٌ لِلخِيَارِ، لَكِنَّ هَذَا الْفَسَادَ مَفُوتٌ لِلْمَنْفَعَةِ بِالْكَلِيَّةِ، فَلْيَكُنْ كِفَاوَاتِ الْأَرْضِ بِعَرَقٍ، أَوْ رَمْلٍ، وَسَنَذَكُرُهُ فِي الْفَضْلِ الَّذِي يَلِي هَذَا الْفَضْلَ، وَقَدْ بَيَّنَّ ذَلِكَ فِي «الْوَسِيْطِ» فَقَالَ: يَنْفَسَخُ الْعَقْدُ فِي الْمُدَّةِ الْبَاقِيَةِ، ثُمَّ إِنْ كَانَ فَسَادُ الْأَرْضِ بَعْدَ فَسَادِ الزَّرْعِ، فَعَيَّنَ الْإِمَامُ فِيهِ احْتِمَالًا أَنْ قَالَ فِي «الْوَسِيْطِ» الظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يَسْتَرُدُّ شَيْئًا؛ لِأَنَّهُ بَقِيَتْ صِلَاحِيَّةُ الْأَرْضِ وَقُوَّتُهَا، لَمْ يَكُنْ لِلْمَسْتَأْجِرِ فِيهَا فَائِدَةٌ بَعْدَ فَوَاتِ الزَّرْعِ.

وَالثَّانِي: يَسْتَرُدُّ؛ لِأَنَّ بَقَاءَ الْأَرْضِ<sup>(٢)</sup> عَلَى صِنْفَتِهَا مَطْلُوبٌ، فَإِذَا خَرَجَتْ عَنْ أَنْ

(١) الاستنابة من كل منهما ممكنة، ومحل عدم الانفساخ في غير العذر الشرعي. أما من استأجر شخصاً لقلع سن مؤلمة فزال الألم، فإن الإجارة تنفسخ كما تقدم لتعذر قلعهما حثيثاً شرعاً.

ويستثنى من ذلك إجارة الإمام ذمياً للجهاد، وتعذر لصلح حصل قبل مسير الجيش، فإنه عذر للإمام يسترجع به كل الأجرة، كما قاله الماوردي، وإفلاس المستأجر قبل تسليم الأجرة، ومضي المدّة، فإنه يوجب للمؤجر الفسخ، كما أطلقه المصنف رحمه الله في باب التفليس، وعدم دخول الناس الحمام المستأجر بسبب فتنة أو حادثة أو خراب الناحية ليس بعيب يثبت الخيار كما قاله الزركشي، خلافاً للرويانى؛ إذ لا خلل في المعقود عليه.

(٢) في د: الزرع.

يكون متنعماً بها، وجب أن يثبت الانفساخ، وبهذا قطع بغض أصحاب الإمام، وإن كان فساد الزرع بعد فساد الأرض، فأظهر الاحتمالين بالاتفاق الاسترداد؛ لأن أول الزراعة غير مقصود، ولم يسلم الأخير.

وأما المسألة الثالثة: وهي أنا إذا أثبتنا الخيار، فبم يتخير إن أجاز وما الذي يستقر، إن فسخ؟ فنؤخرها إلى الفصل بعد هذا.

وقوله في الكتاب «وقد استأجر دكاناً أو حانوتاً الوجه طرح أحد اللفظين<sup>(١)</sup>، فإن الدكان هو الحانوت قال في «الصحاح» الدكان واحد الدكاكين، وهي الحوانيت.

قال الغزالي: الثاني فوات المنفعة بالكليّة كموت الدابة والأجير المعين، وأنهدم الدار موجب للفسخ نص عليه، ونص أن انقطاع شرب الأرض غير موجب للخيار لأنها بقيت أرضاً والدار لم تبقى داراً، وقد قيل فيهما قولان بالنقل والتخريج وهو الأظهر، وإذا مات أحد المتعاقدين لم يفسخ (ح) العقد، ولو مات الصبي المتعلم أو المرتضع أو تلف الثوب المخيط فهو متردد بين تلف العاقد والدابة المعينة فيه خلاف (و) أنه هل يفسخ به أم يندل بغيره؟ وإذا غصب الدار المستأجرة حتى مضت المدّة انفسخت، وفيه قول أن للمستأجر الخيار، فإن شاء طالب الغاصب بأجرة المثل، ولو أقر المكري للغاصب بالرقبة قبل إقراره في الرقبة، وهل يفوت حق المنفعة تبعاً على المستأجر؟ فيه خلاف (و)، والأقيس: (و) أن للمستأجر أيضاً مخاصمة الغاصب لأجل حقه في المنفعة.

قال الرافعي: نورد مسائل الفصل والتي يسلك معها على ما يوجبه الشرح، ولا نراعي ترتيب الكتاب، فنقول:

القسم الثاني: فوات المنفعة بالكليّة حساً:

فمن صورته موت الدابة، والأجير المعين، وذلك إن كان قبل القبض، انفسخ العقد، وكذا، إن كان عقب القبض قبل مضي مدة لمثلها أجرة، إن كان في خلال المدّة، انفسخ العقد في الباقي، وفي الماضي يجيء الطريقان فيما إذا اشترى عبدان، وقبض أحدهما، وتلف الثاني قبل القبض، هل يفسخ البيع في المقبوض.

فإن قلنا: يفسخ في الماضي، سقط المسمى، ووجب أجرة المثل لما مضى، .

وإن قلنا: لا يفسخ فيه، فهل له خيار الفسخ؟ فيه وجهان:

(١) ما اعترض به المصنف هنا غير وارد على النسخة المعتمد عليها في أصل الكتاب، حيث ذكر الغزالي «الحانوت» فقط فلعل الرافعي اعتمد على نسخة فيها ما أثبت.

أصحهما، عند الإمام وصاحب «التهذيب»: لا؛ لأن منافعة قد صارت مستوفاة مستهلكة.

والثاني: وبه أجاب ابن الصباغ وآخرون: نعم؛ لأن جميع المعقود عليه لم يسلم له. فإن قلنا: له الفسخ، وفسخ، فالرجوع إلى أجرة المثل.

وإن قلنا: لا، فسخ له، أو أجاز، وجب قسط ما مضى من المسمى، والتوزيع على قيمة المنفعة، وهي أجرة المثل، لا على نفس الزمان، وأجرة المثل تختلف، فربما تزيد أجرة شهر على أجرة شهرين؛ لكثرة الرغبات في ذلك الشهر، فلو كان مدة الإجارة سنة وقد مضت منها ستة أشهر، لكن أجرة المثل فيها ضعفت أجرة المثل في السنة الباقية، وجب في المسمى ثلثاه، وإن كان بالعكس، فثلثه، وتفاوتت الأجرة في المدتين كتفاوت القيمة في العبدتين، إذا قبض أحدهما، وتلف الآخر عند البائع، وإذا أثبتنا الخيار بسبب عيب، وانفسخ العقد في المستقبل بفسخه، ففي انفساخه في الماضي الطريقان، فإن لم يفسخ، فسيبيل التوزيع ما بيئناه، وإن أجاز، فعليه الأجرة المسماة بتمامها، كما لو رضي بعيب المبيع، يلزمه جميع<sup>(١)</sup> الثمن، وهذا ما ذكره صاحب الكتاب في الفصل السابق أنه مهما أجاز، أجاز بجميع الأجرة إلى آخره.

وأراد بقوله: «رجع إلى أجرة الباقي» الأجرة المسماة.

وقوله: «واستقر ما [استوفاه]<sup>(٢)</sup> على الأصح» يعن الأصح من القولين، وعلى القول الثاني، لا يستقر شيء من المسمى، لتعدي الانفساخ إلى الماضي، ولا فرق بين أن ينحصر التلف بأفة سماوية، أو بفعل المكثري، بل لو قتل العبد والدابة المعينة، كان حكم الانفساخ والأجرة على ما ذكرناه، ويلزمه قيمة ما أتلف.

وعن ابن أبي هريرة؛ أنه يستقر عليه الأجرة المسماة بالإتلاف، كما يستقر الثمن على المشتري بالإتلاف، والمذهب الأول؛ لأن البيع ورد على العين، فإذا أتلفها، جُعل قابضاً، والإجارة وردت على المنافع<sup>(٣)</sup> ومنافع الزمان المستقبل معدومة، لا يتصور

(١) في ب: كمال.

(٢) في ز: استوفى.

(٣) يرى جمهور الفقهاء، ومنهم المالكية، والحنفية، والحنابلة، وأكثر أصحاب الشافعي رضي الله عنه، أن مورد عقد الإجارة إنما هو المنفعة، ويرى فريق آخر أن موردها هو العين. وحجة هؤلاء أن فعل الإجارة إنما يقع على العين، فيقال: أجرتك داري، وأن العين هي الموجودة حين العقد، والعقد لا يضاف إلا إلى موجود. وحجة الجمهور أن المستوفي بالإجارة إنما هو المنفعة دون العين، وأن الأجرة إنما هي في مقابلة المنفعة، وما كانت الأجرة في مقابلة يكون مورداً للعقد. وأجابوا عما احتج به الآخرون بأنه إنما أضيف العقد إلى العين؛ لأنها محل المنفعة، لا لأنها =

مورد عقد الإجارة هذا والخلاف في هذه المسألة لا ثمرة له؛ لأن الفقهاء جميعاً يقررون أن عقد الإجارة لا ينقل ملك العين المؤجرة، بل مقتضاه تملك منفعتها للمستأجر مدة تعود بعدها إلى ملك رَئِهَا.

وللمنفعة التي هي ركن من أركان عقد الإجارة شروط لا بد من توفرها؛ ليصح العقد عليها، وتكاد تكون المذاهب متفقة في هذه الشروط من جهة المعنى، وإن اختلفت في العبارة تارة، وفي التفاصيل تارة أخرى ولذا رأينا أن نسلك في الحديث عنها مسلك المالكية، وإذا كان هناك خلاف مهم في بعض التفاصيل عرضنا له مع الموازن والترجيح، ومجمل هذه الشروط ستة، عليها. الأول: أن تكون المنفعة معلومة علماً يمنع من التنازع من المسلم به أن المنافع أموراً إضافية، لا تستقل بالوجود، حتى تمكن مشاهدتها، فهي لا توجد إلا تبعاً لمضافاتها، فمعرفة تكون بمعرفة محلها، وقدرها وصفتها، وفي ذلك تفاصيل متشعبة في كتب المذاهب يحسن أن نلم بطرف مهم منها فيما بعد.

علم أن عقود المعاوضة، ومنها الإجارة مبنية على رضا المتعاقدين على ما قبل التعاقد عليه، ولا يمكن أن يتوجه التراضي حقيقة إلا إلى المعلوم، وبهذا تظهر الحاجة إلى هذا الشرط، وقد استنبطه الفقهاء من عمومات الكتاب والسنة.

قال الله تعالى: «يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ».

فقد جعل الله أكل الأموال دون تراض من الجانبين أكلاً بالباطل، ومن ثمَّ وجب التراضي، والتراضي لا يمكن أن يتوجه إلا إلى معلوم.

وروى الإمام أحمد عن أبي سعيد أن رسول الله ﷺ: «نَهَى عَنِ اسْتِئْجَارِ الْإِجِيرِ حَتَّى يَبَيَّنَ لَهُ أَجْرُهُ».

فإن بدل بعبارة على أن العلم بالأجر شرط في صحة الإجارة نصحوا على اشتراط العلم بالمنفعة، لأنها المقصودة بالذات.

وللعلم بالمنفعة طرق مختلفة باختلاف ما تتعلق به. وإليك أمثلة من ذلك.

لو استؤجر معلم للتعليم، فلا بد من تعيين المتعلم بالإشارة، أو بالعهدية، أو وصفه، فإن لم يعين أو يوصف فسدت الإجارة، ومثله استئجار المرضعة، فلا بد فيه من تعيين الرضيع أو وصفه، ولو بذكر السن لاختلاف حاله بكثرة الرضاع، وقلته.

لو استؤجرت دار للسكنى مثلاً، أو حانوت لنحو التجارة فلا بد من تعيينيهما، أو وصفهما بذكر الموضع والحدود، ونحو ذلك مما تختلف باختلافه الأجرة إذ لا يصح أن يكون العقار المستأجر في الذمة.

لو استؤجر جدار للبناء عليه وجب وصف البناء بأن يذكر طول ما يبني وعرضه، وكونه من حَجَرٍ أو لبن، أو غير ذلك، بخلاف كراء الأرض للبناء عليها، فلا يشترط فيه ذلك؛ لأنه لا يتعلق به غرض، بل يكفي المساحة.

لو اكتريت دابة ونحوها لركوب أو غيره، فإن لم تكن في الذمة، فلا بد من تعيينها بالإشارة =

= الحسية، أو بأل العهدية، ولا يكفي الوصف، وإن كانت في الذمة بأن لم تقصد عينها وجب تعيين نوعها كإبل أو بغال، وصفتها كعرا ب، وبخت وذكورة، أو أنوثة، ويغني عن ذكر النوع وما بعده، وصفها كدابتك البيضاء، أو السوداء، لكن إن عينت بالإشارة، أو بالعهد انفسخت الإجارة بتلفها، وإلا لم تنفسخ، وعلى ربهما بدلها، وعلم من هذا أن لو قال دابتك البيضاء مثلاً فهي من قبيل ما في الذمة، وإن لم يكن للمكري غيرها، فلا تنفسخ الإجارة بتلفها لاحتمال إبدالها.

يجوز في الإجارة على عمل من حرفة كالخياطة والبناء أو غيرها، كالحصاد، والدراس أن يقين بالزمن كيوم، أو جمعة، أو شهر، وأن تعين بمحل العمل دون الزمن ككتاب علم، أو بناء حائط، أو قنطرة، أو حفر بئر، أو خياطة ثوب إذا وصفت هذه الأمور وصفاً رافعاً للنزاع، فإذا عينت بالزمن استحق العامل الأجرة على تسليمه نفسه في ذلك الزمن، وإن قل عمله، أو لم يتهيأ له عمل، وإذا عينته بمحل العمل استحق الأجرة على العمل طال الزمن أو قصر، فإن جمع الزمن والعمل، كأن قال إنسان لآخر: خط هذا الثوب في هذا اليوم بكذا ففي ذلك تفصيل حاصله.

أنه إن كان الزمن مساوياً للعمل بأن كان يسعه لا يزيد، ولا ينقص، فهو فاسد اتفاقاً عند المالكية، فيما حكاه ابن رشد.

وحكى ابن عبد السلام: أن أحد مشهورين، والآخر عدم الفساد، وإن كان الزمن أقل من العمل، فهو فاسد اتفاقاً عندهم، وإن كان الزمن أوسع من العمل جاز اتفاقاً على ما حكاه ابن عبد السلام، وفسد على المشهور على ما حكاه ابن رشد.

وطريقة ابن عبد السلام أظهر في النظر على ما قال الدردير في «الشرح الكبير». وعلة الفساد فيما لو نقص الزمن عدم إمكان التسليم، وأما إذا ساوى أو زاد، فالعلة احتمال وجود طارئ يطرأ على الأجير يمنعه عن إتمام العمل في هذا الزمن فيؤدي ذلك إلى النزاع. والشافعية أيضاً يمتنعون تقدير المنفعة بالزمن، ومحل العمل مقاماً لم يكن ذكر الزمن بقصد التعجيل.

ولهم فيما لو زاد الزمن على العمل وجهان.

أحدهما: نص عليه البويطي وهو الصحة، لأن عروض عائق عن الإكمال في الزمان المتسع خلاف الأصل، فلا ينظر إليه.

وثانيهما: عدم الصحة، وهو الذي اعتمده. والحنفية مختلفون أيضاً في الجمع بين الزمن والعمل.

فأبو حنيفة يقول فيه بفساد الإجارة، وأبو يوسف ومحمد يقولان: بجوازها.

وجه قول الصحابين أن المعقود عليه هو العمل؛ لأن هو المقصود، والعمل معلوم، فأما ذكر المدة، فهو للتعجيل، فلم تكن المدة معقوداً عليها، فإن فرغ من العمل قبل تمام المدة فله كمال الأجر، وإلا فعليه أن يتمه بعد المدة، وله أجر مثله على ألا يزيد على ما شرطه.

ووجه قول أبي حنيفة: أن المقصود عليه مجهول؛ لأن ذكر أمر إن كل واحد منهما يجوز أن يكون معقوداً عليه، وهما العمل والمدة.

= أما العمل فظاهر، وأما المدة؛ فلأن لو استأجره يوماً للخبز من غير بيان قدر ما يخبز جاز؛ لأن المعقود عليه المنفعة، وهي مقدرة بالوقت، ولا يمكن الجمع بينهما في كون كل واحد منهما معقوداً عليه؛ لأن حكمهما مختلف إذا العقد على المدة يقتضي وجوب الأجر من غير عمل؛ لأنه يكون أجيراً خالصاً، والعقد على العمل يقتضي وجوب الأجر بالعمل؛ لأنه يصير أجراً مشتركاً، فكان المعقود عليه أحدهما، وليس أحدهما بأولى من الآخر فكان مجهولاً، وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد، والخلاف بين أبي حنيفة، وصاحبه إنما هو فيما لو قال استأجرتك لتخيط هذا الثوب اليوم، أو استأجرتك هذا اليوم لتخيط هذا الثوب.

وأما لو دفع إلى خياط ثوباً لتعطيه ويخيطه قميصاً على أن يفرغ منه في يومه هذا بالإجارة جائزة بين أبي حنيفة وصاحبه، ثم إن وفي بالشرط أخذ المسمى، وإن لم يَفِ به فله أجر مثله على ألا يزيد على ما شرطه؛ لأنه لم يجعل الوقت معقوداً عليه، وإنما جعله بياناً لصفة العمل، فلا تأتي فيه علة المنع التي قال بها أبو حنيفة في المثالين السابقين.

والحنابلة مختلفون أيضاً والراجح عندهم أن لا يجوز الجمع بين المدة والعمل ورؤي عن أحمد الجواز كقول أبي يوسف ومحمد، وخلاصة هذا الخلاف كله ثلاثة أقوال:

١ - المنع مطلقاً.

٢ - الجواز مطلقاً.

٣ - التفصيل إما بالمنع عند نقص الزمن، والجواز فيما عداه، وإما بالمنع عند نقص الزمن ومساواته والجواز عند زيادته، وإما بالمنع في بعض الأمثلة، والجواز في بعضها.

والذي يظهر إنما هو التفصيل بين ما لو كان الزمن ينقص عن العمل، أو لا ينقص، فإن نقص فالعقد فاسد لعدم إمكان التسليم؛ ولأنه عبث ما لم يكن كناية عن السرعة غير مقصود به الاشتراط، فإنه حينئذ لا يضر، ولا يعتبر الإحلال به موجباً للخيار.

وإن لم ينقص عن العمل بأن ساواه، أو زاد عليه صحَّ العقد سواء قصد بذكر الزمن الاشتراط، أم جعله كناية عن السرعة؛ لأنه على فرض كونه للاشتراط إنما هو اشتراط للمصلحة، وليس فيه غرر أو جهالة تمنع من التسليم، وما يقال من أن الزمن حينئذ يكون معقوداً عليه فيؤدي ذلك إلى الجمع بين حكمين مختلفين، أو جهالة المعقود عليه، فهو غير ظاهر؛ لأن كل أحد يفرق بالضرورة بين من يقول خط عندي ثوباً وبين من يقول خط لي هذا الثوب في يوم، فمقصود، الأول تملك منفعة الأجير في الزمن المخصوص سواء أخاط له ثوباً، أم أقل، أم أكثر، أم سلم نفسه، ولو لم يعمل شيئاً، ومقصود الثاني إنما هو العمل المخصوص لا يملك سائر منافع الأجير، بل له أن يخيط في هذا الزمن له ولغيره، لكن اشترط الزمن للمصلحة، فليس معقوداً عليه، وإنما هو شرط إذا وفي به فالأمر ظاهر، وإن خاط الثوب في أقل منه فقد زاد حداً، واستحق المسمى، كما لو عجل المدين أداء دينه المؤجل، وإن أبطأ فخاط بعض الثوب في الزمن أو لم يخط شيئاً أصلاً فالمستأجر بالخيار بين الفسخ والإجاعة، فإن فسخ، فللأجير أجر مثل ما صنع إن كان قد صنع شيئاً، ولا عبرة بالمسمى؛ لأنه سقط بالانفاسخ، وإن لم يفسخ فليس على الأجير سوى إتمام العمل، وله المسمى.

الإجارة على غير عمل لا بد فيها من التقدير بمدة، وهذا قدر متفق عليه بين الفقهاء، وقد =

= وجهوا ما ذهبوا إليه بأنه لا خلاف في وجوب العلم بالمنفعة، وهي أمر إضافي إن أمكن انضباطه في الأعمال بالمدة تارة، وبمحل العمل تارة أخرى لم يمكن انضباطه في غير الأعمال إلا ببيان المدة، وترك البيان يقضي إلى النزاع والغرر، فقد يرغب أحد العاقدين في مدة طويلة، والآخر في مدة قصيرة.

وإذا قلنا بتقدير المدة فإن طولها وقصرها يتركان لحرية المتعاقدين حسبما يريانه محققاً لمصلحتيهما على ألا تهلك فيها العين المؤجرة غالباً إلى هذا ذهب الجمهور، خلافاً للمالكية والظاهرية.

أما الظاهرية، فإنهم يشترطون في المدة أن تكون مما يمكن بقاء المؤجر والمستأجر، والشيء المستأجر إليها، فإن لم يمكن بقاء أحدهم إليها لم يجز العقد، وكان مفسوخاً. وحجتهم على ذلك: أن العقد على مدة لا يعيش إليها المتعاقدان باطل؛ لأنه لو كان صحيحاً، لكان عقداً منهما لغيرهما، وقد تعاقدتا لأنفسهما، فلا يصح، ومثله العقد على مدة لا تبقى إليها العين المستأجرة فهو باطل؛ لأن عقد على معدوم لا يوجد. ويناقش ما استدل به الظاهرية بأننا لا تسلم أن العقد على مدة لا يعين إليها المتعاقدان يعتبر عقداً أنهما لغيرهما.

فإن عقد الإجارة ما هو إلا عقد معاوضة يفيد تملك المنافع في مقابلة الأجرة، فالمنافع المعقود عليها كلها تملك للمستأجر والأجرة المقابلة لها كلها تملك للمؤجر، فإذا مات أحدهما ملك ورثته عنه ما كان يملكه من منفعة، أو أجرة، فالورثة لا شأن لهم بالعقد أصلاً، وإنما ورثوا آثار العقد من منفعة وأجرة، كما يرثون أثر البيع من ثمن أو منحه إذا بقي بيد المورث، حتى مات عنه، وبهذا تسقط حجة الظاهرية في إبطال التقدير بمدة لا يعين إليها المتعاقدان، وأما إبطالهم التقدير بمدة لا تبقى إليها العين المستأجرة فمسلّم. والجمهور يقولون به.

وأما المالكية، فإنهم يفسلون في المدة بالنسبة للأعيان المؤجرة، فيحدّدونها في الأرض الزراعية المأمونة الري بخمسين عاماً، وإذا لم تكن مأمونة، فإلى هذه المدة أيضاً بشرط عدم قبض الكراء، وبالنسبة للعبد بخمسة عشر عاماً، وبالنسبة لدور السكنى بثلاثين عاماً وبالنسبة لدواب الركوب بسنة، إلا أن تكون في سفر فشهري، وهذا في الدابة التي يكون فيها قبض الأجرة، وأما مع عدم القبض، فيجوز لأكثر من سنة، وقد فرقوا بين الدابة والعبد من جهة طول المدة وقصرها بأن العبد إذا حصلت له مشقة يخبر عن حال نفسه، والدابة ليست كذلك.

ولم أر من استدلل على هذا التحديد، وغاية ما يستدل به عليه أن الأرض وإن لم تكن في الخمسين عاماً إلا أن قد تغير فيها الأسعار، فالإجارة لأكثر منها تحتوي على الضرر، وأما الدار فإن يخشى انهدامها لو استؤجرت لأكثر من تلك المدة، وكذا يقال في بقية التقادير عندهم.

ولا يخفى ضعف هذه الحجج، وعدم دلالتها على هذه التقادير المعينة المحددة، فالمانع من إطالة المدة إما الجهالة، وإما خوف هلاك أحد العاقدين، وإما خوف هلاك العين. أما الجهالة فلا وجود لها، لأن الغرض أن العاقدين قدرا مدة معينة، وأما خوف هلاك أحد =



ورود الإنفاق عليها، وعلى هذا؛ فلو عَيَّب المكَتري الدار، أو جرح العبد، كان كما لو تعيَّب بأفة سماوية في ثبوت الخيار.

قال الإمام: وقد يختلج في الصدر خلافة، لتضمن التعيَّب الرضا بالعيب.

ومنها: انهدام الدار، والنص أنه يقتضي الانفساخ، ونص فيما إذا اكَتري أرضاً للزراعة، ولها ماء معتاد، فأنقطع أن له فسح العقد، وأختلفوا في النصين، فمنهم من نقل وخرج، وجعل المسألتين على قولين:

أحدهما: انفساخ الإجارة؛ لفوات المقصود، وهو السكنى ههنا، والزراعة هناك، فكان كموت العبد.

والثاني: المنع؛ لأن الأرض باقية والانتفاع ممكن من وجه آخر، ولكن يثبت به الخيار. ومنهم من قرر النصين، وفرق بأن الدار لم تبعد داراً، والأرض بقيت أرضاً، وأيضاً، فربما تمكن الزراعة بالأمطار، وأشار بعضهم إلى القطع بعدم الانفساخ، وحمل ما ذكره في انهدام على ما إذا صارت الدار تلاً غير منتفع به بوجه ما، وطريقة الثقل والتخريج أظهر عند الأصحاب، لكن الأظهر من القولين في انهدام الانفساخ، وفي انقطاع الماء ثبوت الخيار كما نص عليه، وإنما يثبت الخيار، إذا امتنعت الزراعة.

فأما إذا قال المكَري: أنا أسوق الماء إليها في موضع آخر، يسقط الخيار، كما لو بادر إلى إصلاح الدار، فإن قلنا: بالانفساخ، فالحكم على ما ذكرنا في موت العبد،

= العاقدين، فلا أثر له؛ لأنه لا يفسخ العقد بموت أحدهما عندهم وفقاً للجمهور، فلم يبق إلا خوف هلاك العين، وهو لا يتقدر بالخمسين أو الثلاثين والخمسة عشر وغيرها، إذ الأرض قد تبقى مئات السنين، والدار قد تبقى أكثر من الثلاثين بكثير، وكذا العبد قد يعين أكثر من الخمسة عشر، والذي يظهر أن هذا التقدير إنما هو تقريب لا تحديد، والمراد استئجار العين إلى مدة تبقى فيها غالباً، كما يقول الجمهور.

وقد وجه الجمهور ما ذهبوا إليه من عدم تحديد المدة إلا بما تبقى فيه العين المستأجرة غالباً، بأن عقد الإجارة لازم لا يفسخ بموت العاقدين أو أحدهما مع سلامة العين المؤجرة، وقد أعطاهما العقد حسن الانتفاع بما صار إليهما، فالمؤجر بالأجرة، والمستأجر بالعين، وما ثبت لهما من الحقوق يورث عنهما، فلا مانع من إطالة المدة، ولو لم يعن المتعاقدان إليها ما دامت العين تبقى فيها غالباً.

فإن قيل: إن الحنفية يقولون بانفساخ الإجارة بموت أحد العاقدين فكان عليهم أن يقولوا بما قال به الظاهرية من التحديد بمدة يعين إليها العاقدان.

قلنا: لعلهم يلاحظون أن التقييد بالمدة يجعل العقد كأن عقود كثيرة متعددة بتعدد المدة، فطرقها لا يؤثر، إذ غايته أن تبطل في المدة الزائدة، فلو أجر داراً مائة سنة، فالإجارة صحيحة في المدة التي يعيشان إليها، فإذا مات أحدهما انفسخت، فلا داعي لإبطالها ابتداءً.

وإن قلنا بعدم الانفساخ، فله الفسخ في المدة الباقية، وفي الماضية الوجهان، فإن منعناه، فعليه قسط ما مضى من المسمى وإن أجاز، لزمه المسمى، كله، وقيل: يحط للانهدام وانقطاع الماء ما يخصه.

ومنها: إذا غضب العبد المستأجر، أو أبق، أو نددت الدابة، فإن كانت الإجارة في الذمة، فعلى المكري الإبدال، فإن امتنع، استؤجر عليه، وإن كانت إجارة عبيد، أو غضبت الدار المستأجرة، فللمكثري الخيار<sup>(١)</sup>، فإن كان ذلك في أثناء المدة، فإن أختار الفسخ فسخ في الباقي، وفي الماضي ما مضى من الخلاف، وإن لم يفسخ، وكان قد استأجر مدة معلومة فانقضت، فيبني على الخلاف فيما إذا أتلّف أجنبي المبيع قبل القبض، فيفسخ البيع أم لا؟ إن قلنا: يفسخ، فكذلك الإجارة، ويسترد الأجرة، وإن قلنا: لا يفسخ، فكذلك الإجارة ويتخير بين أن يفسخ ويسترد الأجرة، وبين أن يجيز ويطالب الغاصب بأجرة المثل، والذي نصر عليه الشافعي رضي الله عنه وأجاب به الأصحاب انفساخ الإجارة، وإن كان البناء المذكور يقتضي تزجيج عدم الانفساخ وعلى هذا، فلو عاد إلى يده، وقد بقي بعض المدة، فللمكثري أن ينتفع به في الباقي وتسقط حصة المدة الباقية، إلا إذا قلنا: إن الانفساخ في بعض المدة يوجب الانفساخ في الباقي، فليس له الانتفاع في بقية المدة، وإن كان قد استأجره ليعمل معلوم، فله أنه يستعمله فيه متى حصلت القدرة عليه، وإذا بادر المكري إلى الانتزاع من الغاصب، ولم يتعطل منفعة على المكثري، سقط خياره، كما سبق في إصلاح الدار، ثم ذكر في غضب المستأجر صورتين:

إحدهما: لو أقر المكثري بما أكره للغاصب من المستأجر، أو لإنسان آخر، ففي قبول إقراره في الرقبة قولان، يوجه أحدهما؛ بأنه قول يناقض العقد السابق، فلا يلتفت إليه، كما لو أقر بما باعه لغير المشتري، والآخر بأنه مالك في الظاهر غير متهم في الإقرار، ويخالف إقرار البائع؛ لأنه يصادف ملك الغير، وقد يبني الخلاف على أن المكري، هل له بيع المستأجر؟ إن قلنا: نعم، صح إقراره، وإلا، فهو على الخلاف في إقرار الرّاهن، وإذا قلنا: يقبل إقراره، ففي بطلان حق المستأجر من المنفعة أوجه:

أظهرها: أنه لا يبطل؛ لأنه بالإجارة أثبت له الحق في المنفعة، فلا يمكن من رفعه كما، أن البائع لا يتمكن من رفع ما أثبتته بالبيع.

(١) لتعذر الاستيفاء، ومحل الخلاف في غضب الأجنبي، أما إذا غضبها المالك بعد القبض، أو قبله بامتناعه من الإقباض، فطريقان أحدهما: كغضب الأجنبي، وأصحهما القطع بالانفساخ، وإن غضبها المستأجر ويتصور بأخذها من المالك بغير إذنه، قبل انقضاء الإجارة، استقرت الأجرة عليه.

**والثاني:** يَبْطُلُ؛ تَبَعاً لِلرَّقَبَةِ كَالْعَبْدِ إِذَا أَقْرَأَ عَلَى نَفْسِهِ بِالْقَصَاصِ، يُقْبَلُ وَيَبْطُلُ حَقُّ السَّيِّدِ تَبَعاً.

**والثالث:** إِنْ كَانَ الْمَالُ فِي يَدِ الْمُسْتَأْجِرِ<sup>(١)</sup>، فَلَا يَزَالُ يَدُهُ إِلَى أَنْقِضَاءِ مَدَّةِ الْإِجَارَةِ، وَإِنْ كَانَ فِي يَدِ الْمُقْرَّرِ لَهُ، فَلَا يَتَرَعُ مِنْ يَدِهِ.

وإذا قلنا: يَبْطُلُ حَقُّ الْمَكْتَرِيِّ فِي الْمَنْفَعَةِ، فَهَلْ لَهُ تَحْلِيلُ الْمَكْرِيِّ؟ فِيهِ الْخِلَافُ الْمَذْكُورُ فِي أَنَّ الْمَرْتَهَنَ، هَلْ يُحْلَفُ الرَّاهِنَ، إِذَا أَقْرَأَ بِالْمَرْهُونِ، وَقَبْلَانَهُ؟

وَالْأَطْهَرُ مِنَ الْخِلَافِ فِي الْمَسْأَلَةِ أَنَّهُ يَقْبَلُ إِقْرَارَهُ فِي الرَّقَبَةِ، وَلَا يَقْبَلُ فِي الْمَنْفَعَةِ، وَيُخَكِّي هَذَا عَنْ أَبِي بَكْرٍ الْفَارِسِيِّ، لَكِنِ الَّذِي رَوَاهُ عَنِ النَّصِّ فِي «عَيُونِ الْمَسَائِلِ» لَهُ أَنَّ الْإِقْرَارَ جَائِزٌ، وَالْكَرَاءُ بَاطِلٌ.

**الثانية:** لِلْمَكْرِيِّ مَخَاصِمَةٌ مِنْ غَضَبِ الْعَيْنِ الْمَكْرَاءَةِ أَوْ سَرَقِهَا بِحَقِّ الْمَلِكِ، وَهَلْ لِلْمَكْتَرِيِّ مَخَاصِمَتُهُ؟ فِيهِ وَجْهَانُ:

أَحَدُهُمَا: نَعَمْ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّ الْمَنْفَعَةَ، فَيَطَالِبُهُ لِيَسْتَوْفِيَ الْمَنْفَعَةَ.

وَأَطْهَرُهُمَا، وَيُخَكِّي عَنْ نَصِّ الشَّافِعِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لَا؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالِكٍ، وَلَا نَائِبٍ عَنِ مَالِكٍ فَأُشْبِهَ الْمَوْدِعَ وَالْمُسْتَعِيرَ، وَالْوَجْهَانُ جَارِيَانِ فِي أَنَّ الْمَرْتَهَنَ، هَلْ يَخَاصِمُ؛ لِأَنَّ لَهُ حَقًّا فِي الْمَرْهُونِ؟ وَرَأَى الْإِمَامُ وَطَائِفَةُ الْوَجْهِ الْأَوَّلِ أَقْرَبَ إِلَى الْقِيَاسِ، وَعَلَى ذَلِكَ؛ جَرَى صَاحِبُ الْكِتَابِ. وَقَالَ: «وَالْأَقْيَسُ أَنَّ لِلْمُسْتَأْجِرِ أَيْضاً مَخَاصِمَةَ الْغَاصِبِ» وَقَدْ يُوَجِّهُ بِأَنَّ مَنْ ادَّعَى مِلْكَاً، وَقَالَ اشْتَرَيْتُهُ مِنْ فُلَانٍ وَكَانَ مَالِكاً لَهُ إِلَيَّ أَنْ اشْتَرَيْتُهُ تُسْمَعُ بَيْنْتَهُ عَلَيَّ ذَلِكَ، فَكَمَا سَمِعْتِ الْبَيْئَةَ عَلَى تَمَلُّكِ الْبَائِعِ؛ لِتَوْسُلِهِ بِهَا إِلَيَّ إِثْبَاتِ الْمِلْكِ لِنَفْسِهِ، وَجِبَ أَنْ يَكُونَ الْحُكْمُ فِي الْمَنْفَعَةِ كَذَلِكَ.

وَمِنْهَا الثُّوبُ الْمَعْيُنُ لِلْخِيَاطَةِ، إِذَا تَلَفَ، هَلْ يَنْفَسَخُ الْعَقْدُ؟ فِيهِ خِلَافٌ قَدْ مَرَّ ذَكَرَهُ. وَالْأَصْحَحُ عِنْدَ الْإِمَامِ وَجَمَاعَةٍ: أَنَّهُ لَا يَنْفَسَخُ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ الْعَمَلُ، فَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَوْقِعَهُ فِي ذَلِكَ الْمَعْيُنِ، أَوْ فِي مِثْلِهِ.

وَعِنْدَ الْعِرَاقِيِّينَ وَالشَّيْخِ أَبِي عَلِيٍّ: أَنَّهُ يَنْفَسَخُ؛ لِتَعَلُّقِهِ بِذَلِكَ الْمَعْيُنِ فِيهِ، أَجَابَ إِثْبَتُهُ الْحُدَادُ فِيمَا إِذَا اكْتَرَى مِنْهُ دَوَابٌّ فِي الذَّمَّةِ؛ لِحَمْلِ خَمْسَةِ أَعْبُدٍ مَعْيُنِينَ، فَمَاتَ اثْنَانِ، وَحَمَلَ ثَلَاثَةَ، فَقَالَ: لَهُ ثَلَاثَةٌ أَحْمَاسِ الْكَرَاءِ، وَيَسْقُطُ خَمْسَاهُ، وَالْفَرَضُ فِيمَا إِذَا تَسَاوَتْ أَوْزَانُهُمْ، وَيُؤَافِقُهُ نَصُّ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فِيمَا لَوْ نَكَّحَهَا عَلَى خِيَاطَةِ ثُوبٍ بَعِينَهُ، فَهَلَكَ قَبْلَ أَنْ يَخِيطَهُ؛ حَيْثُ قَالَ: لَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ، ثُمَّ بَيَّنَّ الشَّيْخُ مَوْضِعَ الْخِلَافِ؛ فَقَالَ:

الخلاف فيما إذا لزم ذمته خياطة ثوب بعينه، أو حمل عبداً وقناعاً بعينه، فإنَّ العقدَ، وإن كان في الذمَّة، فهو متعلِّقٌ بعينِ ذلك الثَّوبِ أو المتاع.

أما إذا استأجر دابَّةً بعينها مدة؛ لركوب، أو حمل متاع، فلا خلاف في جواز إبدالِ الراكبِ والمتاع، وفي أن العقدَ لا يفسخ بهلاكهما وفَرَّقَ بأنَّ العقدَ، والحالة هذه، تناول المدة؛ ألا تَرَى أَنَّهُ لو سَلَّمَ الدابَّةَ، فلم يركب، تستقرُّ الأجرة، وفيما إذا استأجر؛ لخياطة الثَّوبِ المعينِ العقدُ يتناول العمل، ولهذا لو سَلَّمَ نفسه مدة يُمكنُ فيها الخياطة، ولكن لم يخط له لم تستقرُّ هكذا ذكره الشَّيْخُ، وفيه نزاعٌ ستعرفه من بعدُ إن شاء الله تعالى.

فإن حكمنا بأنَّ الإجارة لا تَنْفَسِخُ، فإن أتى المُستأجرُ بثوبٍ مثله، فذاك، وإن لم يأتِ إما لعجز، أو امتنع عن قدرة، حتى مضت مدةٌ تسع لتوفيته<sup>(١)</sup> فتستقرُّ الأجرة، أو لا تستقرُّ؟ فيه وجهان<sup>(٢)</sup>، نقلهما الإمام:

إن قلنا: تستقرُّ، فللمستأجرِ فسخُ العقدِ؛ لأنه، ربَّما لا يجدُ ثوباً آخرَ أو لا يريد قَطْعَهُ. وفيه وجهٌ آخر: أنه ليس له فسخُ العقدِ، فيخرجُ من هذا وجه أن المستأجر مخير، إن شاء أبدل الثوب التالف، وإن شاء فسخ، وإليه، أشار صَاحِبُ الكِتَابِ في «الوسيط» حيث قال بعد ذكر الخلاف في الانفساخ: «فيه وجهٌ ثالثٌ؛ وهو أنَّهما إن لم يتشاحا في الإبدالِ استمر العقد، ولا يثبت الفسخ.

وموت الصبيِّ المعينِ للتعليم كتلفِ الثَّوبِ المعينِ للخياطة، وكذا الصبيِّ المعينِ للارضاع، إن لم يكن ولدَ المرضعة، وإن كان ولدَها، فالخلاف فيه مرتبٌ، وأولى بالانفساخ؛ لأنَّ دُرُورَ اللَّبَنِ على الولدِ فوق دُرُورِهِ على الأجنبيِّ؛ لزيادة الشفقة على الولدِ، فلا يُمكنُ إقامة غيره مقامه.

ولو بدأ له في قطع الثوب المعين، وهو باقٍ، قال الإمام: المتَّجِهُ أَنَّهُ لا يجبُ عليه الإتيانُ به؛ لأنه قد نتج له غرض في الأمتناع، لكن تستقرُّ عليه الأجرة، إذا سلم الأجير نفسه، ومضى مدةً إمكان العمل، إن قلنا: استقرارُ الأجرة بتسليم الأجير نفسه، وليس للأجير فسخُ الإجارة.

وإن قلنا: لا تستقرُّ، فله فسخُ الإجارة، وليس للمستأجرِ الفسخُ بحال؛ فإنَّ الإجارة عندنا لا تُفسَخُ بالأعذار، ولا يلتحق<sup>(٣)</sup> بالأسباب المذكورة في الفضل موت

(١) في ز: زيادة قوله «وإلا فالوارث بالخيار إن شاء وفاه واستحق الأجرة فإن أعرض للمستأجر فسخ الإجارة.

(٢) قال النووي: أصحهما لا تستقر. (٣) في ز: تستلحق.

المتعاقدين، فلا تنفسخ الإجارة بموت المستأجر، ولا موت المؤجر، وبه قال مالك وأحمد رحمهما الله بل إن مات المستأجر، قام وارثه مقامه في استيفاء المنفعة، وإن مات المؤجر، نزل المال عند المستأجر إلى انتهاء مدة الإجارة، فإن كانت الإجارة واردة على الذمة، فما التزمه دين عليه، فإن كان في التركة وقاءً، أستؤجر منها لتوقيته، وإلا، فالوارث بالخيار، إن شاء وقاه، واستحق الأجرة، وإن أعرض فللمستأجر فسخ الإجارة<sup>(١)</sup>.

وقال أبو حنيفة: يفسخ العقد بموت كل واحد منهما.

لنا: القياس على البيع، وعلى ما إذا زوج أمته، ثم مات، وانفسخ الإجارة بموت الأجير كان من جهة أنه مورد العقد لا من جهة أنه عاقد.

ولو أوصى لزيد بمنفعة داره مدة عمر زيد، فقبل الوصية، وأجرها مدة، ثم مات في خلال المدة، تنفسخ الإجارة؛ لأنتهاء حقه الذي هو مورد الإجارة بموته.

ومما ينظم في الفصل.

مسألة هرب الجَمال: فإذا أكرى جملاً، وهرب، فإما أن يذهب بها، أو يتركها عند المكتري، فإذا ذهب بها، نُظِر؛ إن كانت الإجارة في الذمة، اكرى الحاكم عليه من ماله، فإن لم يجد له مالاً، أكرى عليه من بيت المال، أو من المكتري، أو غيره، واكرى عليه. قال في «الشامل»: ولا يجوز أن يكل أمر الاكتراء إلى المكتري، لأنه يصير وكيلاً في حق نفسه فإن تعدد الاكتراء عليه؛ فللمكتري فسخ العقد، كما لو انقطع المسلم فيه عند المحل، فإن فسح، فالأجرة دين في ذمة الجمال فإن لم يفسح، فله مطالبة الجمال، إذا عاد بما التزمه، وإن كانت الإجارة إجارة عين، فللمكتري فسخ العقد، كما إذا نددت الدابة، وإن تركها عند المكتري، فإن تبرع المكتري بالإئفاق عليها، فذاك، وإلا، راجع الحاكم؛ لينفق عليها، وعلى من يقوم بتعهدها من مال المكري، إن وجد، وإلا، استقر من عليه كما ذكرنا، ثم إن وثق بالمكثري، سلم إليه ما اقتضاه. لينفق عليها، إلا، دفعه إلى من يثق به، وإذا لم يجد مالاً آخر، باع منها بقدر الحاجة؛ لينفق عليها من ثمنه، ولا يُخرَج على الخلاف في بيع المستأجر؛ لأنه محل الضرورة، ويبقى في يد المستأجر إلى انتهاء المدة، ولو لم يستقرض الحاكم من المكتري، ولكن أذن له في الإئفاق ليرجع، ففيه قولان:

أظهرهما: الجواز، كما لو استقرض منه ودفع إليه.

والثاني: المنع، ويُجعل متبرعاً؛ لأننا، لو جوّزناه، لأحتجنا إلى قبول قوله فيما يدعيه لنفسه، وهو بعيد، وإذا قلنا بالأول، نُبال به، وجعلنا القول قوله، إذا اختلفا في قدر ما أنفق.

وعن صاحب «التقريب» وجه آخر: إن القول قول المكري؛ لأن الأضل براءة ذمته، ولو أنفق المكري بغير إذن الحاكم مع إمكان مراجعته، لم يرجع، وإن لم يكن حاكم، فعلى ما ذكرنا في عامل المساقاة، إذا هرب، قال الإمام: ولو كان في الموضع حاكم، وعُسر إثبات الواقعة عنده، فكما لو لم يكن حاكم، فإذا أثبتنا الرجوع فيما إذا أنفق من غير مراجعة الحاكم فلو اختلفا، فالقول قول الجمال؛ لأن اتفاق المكري لم يستند إلى ائتمان من جهة الحاكم.

قال: وفيه احتمال؛ لأن الشرع سلطه عليه، فإذا انقضت مدة الإجارة، ولم يعد الجمال، باع الحاكم منها ما يقضي بضمنه ما اقترض، ويحفظ سائرهما، فإن رأى بيعها لثلا يأكل بنفسها فعل.

قال الغزالي: ومهما حبس المكري الدابة حتى مضت المدة استقرت الأجرة سواء قدرت المدة أم لا، عيّنت الدابة أم لا، فإن حبس المكري وقدرت المدة أنفسخت، وإن لم تقدر فوجهان.

قال الرافعي: وفيه مسألتان:

الأولى: إذا اكرت دابة، أو داراً مدة وقبضها، وأمسكها، حتى مضت المدة، انتهت الإجارة، واستقرت الأجرة، سواء أنفع بها في المدة أم لا، وليس له الانتفاع بعد المدة، ولو فعل، لزمه أجره المثل مع المسمى، ولو ضبطت المنفعة بالعمل دون المدة، كما إذا استأجر دابة ليركبها إلى بلد، أو ليحمل عليها إلى موضع معلوم، وقبضها وأمسكها عنده، حتى مضت مدة يمكن فيها المسير إليه، فكذلك تستقر عليه الأجرة؛ خلافاً لأبي حنيفة رضي الله عنه.

لنا: إن المكري مكته من الانتفاع بأقصى المقدور عليه، فتستقر له الأجرة، كما لو كان الضبط بالمدة، ولا فرق بين أن يكون تخلف المكري لعذر، أو من غير عذر، حتى لو تخلف؛ لخوف في الطريق، أو لعدم وجدان الرفقة، استقرت الأجرة عليه، وإن كان معذوراً من جهة أنه لو خرّج، والحالة هذه، كان متعدداً ضامناً للذية، وإنما استقرت الأجرة عليه؛ لأن عوضها وهي منافع المدة تلبث عنده على أنه متمكن من السفر عليها إلى بلد آخر، ومن استعمالها في البلد تلك المدة، وليس للمكري فسخ العقد بهذا السبب، ولا أن يلزم المكري استرداد الدابة إلى أن يتيسر الخروج، هذا ف

إجارة العين. فلو كانت الإجارة في الذمة، وسلم دابةً بالوصف المشروط، فمضت المدة عند المكثري، استقرت الأجرة أيضاً؛ لتعين حقه بالتسليم وحصول التمكن. وقوله [في الكتاب] «عينت الدابة أم لا» عبارة عن النوعين إجارة العين، والإجارة في الذمة.

وقوله قبله: «قدرت المدة أم لا» إشارة إلى الضبط بالمدة، والضبط بالمنفعة.

ولو كانت الإجارة فاسدة، استقر فيها أجره المثل بما يستقر بها المسمى في الإجارة الصحيحة، سواء انتفع بها أو لم ينتفع، وسواء كانت أجره المثل أقل من المسمى، أو أكثر.

وقال أبو حنيفة: إن لم ينتفع، فلا شيء عليه، فإن انتفع، فعليه أقل الأمرين من المسمى، وأجرة المثل.

ولو أجر الحر نفسه مدة لعمل معلوم، وسلم نفسه، فلم يستعمله المستأجر حتى مضت المدة، أو مضت مدة يمكن فيها ذلك العمل، ففي استقرار الأجرة خلاف ذكرناه في الغضب. والظاهر الاستقرار، ويجري الخلاف فيما إذا أزم ذمة الحر عملاً، وسلم نفسه مدة إمكان ذلك العمل، ولم يستعمله، وسبب الخلاف أن الحر لا يدخل تحت اليد على ما قدمناه.

وأجزئ صاحب «التتمة» الخلاف فيما التزم الحر عملاً في الذمة، وسلم عبده؛ ليستعمله، فلم يستعمله، فوجهه بما يقتضي إثبات الخلاف في كل إجارة على الذمة، ثم إذا قلنا بعدم الاستقرار، فلأجبر أن يرفع الأمر إلى الحكم؛ ليجبره على الاستعمال.

المسألة الثانية: أكرئ عيناً مدة، ولم يسلمها حتى انقضت المدة انفسخت الإجارة، لقوات المعقود عليه، ولو أنه استوفى منفعة المدة، حكى المتولي فيه طريقتين:

أحدهما: أنه كما لو أتلف البائع المبيع قبل القبض.

والثاني: القطع بالانفساخ؛ فرقاً بأن الواجب هناك بالإتلاف القيمة، وأنها قابلة للبيع، فجاز أن يتعدى حكم البيع إليها، وههنا ما تقدّر وجوبه أجره المثل، وأنها لا تقبل الإجارة، فلا يتعدى حكم الإجارة إليها. ولو أمسكها بغض المدة، ثم سلم، انفسخت الإجارة في المدة التي تلت منافعها، وفي الباقي الخلاف فيما إذا تلف بعض المبيع قبل القبض، فإن قلنا: لا تنفسخ الإجارة فللمستأجر الخيار، ولا يبدل زمان بزمان، ولو لم تكن المدة مقدرة، واستأجر دابةً للركوب إلى بلد، ثم لم يسلمها، حتى مضت مدة يمكن فيها المضي إليه، ففيه وجهان يختار الإمام منهما أن الإجارة تنفسخ،

ووجهه بأن المدة، وإن ذُكرت، فليست معينة، وإنما المطلوب المنفعة فيها، فليكن الاعتبار بمضيّ زمان إمكان الانتفاع، وبأن المكثري حبسها هذه المدة، استقرت عليه الأجرة، كما لو حبسها إلى آخر المدة إذا كانت مذكورة في الإجارة، فإذا سوّينا بين نوعي الإجارة في حقّ المكثري، وجب أن نسوي بينهما في حقّ المكثري.

وأظهرهما، وبه أجاب الأكثرون: أنها لا تنفسخ؛ لأن هذه الإجارة متعلّقة بالمنفعة دون الزمان، ولم يتعدّر استيفاءها، ويخالف حبس المكثري بأنها لو لم تقرّر به الأجرة لضاعت المنفعة على المكثري، وعلى هذا، ففي «الوسيط» أنّ للمكثري الخيار؛ لتأخر حقه، ورواية الأصحاب تخالف ما رواه؛ فإنهم قالوا لا خيار للمكثري، كما لا خيار للمشتري، إذا امتنع البائع من تسليم المبيع مدة، ثم سلّمه، ولو كانت الإجارة في الذمة، ولم يسلم ما يستوفي المنفعة منه حتى مضت مدة يمكن فيها تحصيل تلك المنفعة، فلا فسخ ولا انفساخ بحال، فإنه ذين تأخر إبقاؤه.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: الثَّالِثُ مَا يَمْنَعُ اسْتِيفَاءَ الْمَنْفَعَةِ شَرْعاً يُوجِبُ الْفَسْخَ كَمَا لَوْ سَكَنَ أَلَمُ السِّنِّ الْمُسْتَأْجِرَ عَلَى قَلْبِهِ، أَوْ عَفَا عَمَّنْ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ وَقَدْ اسْتَوْجَرَ (و) لِقَطْعِهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْقِسْمُ الثَّالِثُ فَوَاتُ الْمَنْفَعَةِ شَرْعاً، وَهُوَ كَالْفَوَاتِ الْحِسِّ فِي اقْتِضَاءِ الْانْفِسَاحِ؛ لِأَنَّ تَعَدُّرَ الْاسْتِيفَاءِ يَشْمَلُهُمَا، فَإِذَا اسْتَأْجَرَ لِقَلْعِ سِنٍّ وَجَعَهُ أَوْ قَطَعَ يَدَ مَتَاكَلَةٍ، أَوْ لاسْتِيفَاءِ قِصَاصٍ فِي نَفْسٍ، أَوْ طَرْفٍ، فَالظَّاهِرُ صِحَّةُ الْإِجَارَةِ، لَكِنْ فِيهِ شَيْئَانِ:

أحدهما: كما قدّمناه، فإذا قلنا به، فلو زال الوجع، وعفا عمن عليه القصاص، فقد أطلق الأكثرون القول بانفساخ الإجارة، لكن فيه شيان:

أحدهما: أنّ المنفعة في هذه الإجارة مضبوطة بالعمل دون المدة، وهو غير مأیوس منه لاحتمال عود الوجع، فليكن زوال الوجع كغصب العين المستأجرة؛ حتى يثبت خيار الفسخ دون الانفساخ، ولفظ الكتاب حيث قال: «يوجب الفسخ» ظاهره يوافق مالكا إلا أنه أراد الانفساخ، على ما صرح به في «الوسيط».

والثاني: أن الشيخ أبا محمد حكى وجهاً أنّ الإجارة لا تنفسخ، بل يستعمل الأجير في قلع وتيد، أو مسمار، ويراعى تداني العملين، وهذا ضعيف، والقوي ما قيل؛ أنّ الحكم بانفساخ جواب على أن المستوفى به لا يبدل، فإن جوزناه، أجبر بقلع سنّ وجعة لغيره.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَلَوْ مَاتَ الْبَطْنُ الْأَوَّلُ مِنْ أَرْبَابِ الْوَقْفِ بَعْدَ الْإِجَارَةِ وَقَبْلَ مُضِيِّ الْمُدَّةِ فَلَا تُقَسِّمُ (و) الْأَنْفِسَاحَ لِأَنَّهُ تَنَاوَلَ مَا لَا يَمْلِكُهُ، وَلَوْ أَجَرَ الْوَلِيُّ الصَّبِيَّ أَوْ دَابَّتَهُ مُدَّةً تَجَاوَزُ الْبُلُوغَ لَمْ يَجْزُ، فَإِنْ قَصُرَتْ قَبْلَ الْبُلُوغِ بِالْإِخْتِلَامِ عَلَى قُرْبٍ، فَلَا تُقَسِّمُ أَنَّهُ لَا يَنْفَسِخُ إِذْ



بُنِيَ الْعَقْدُ لَهُ عَلَى الْمَصْلَحَةِ، وَإِنْ أُغْتِقَ الْعَبْدُ الْمُكْرِي لَمْ تَنْفَسِحْ (و) الْإِجَارَةُ، وَلَا خِيَارَ (و) لِلْعَبْدِ، وَلَا يَزْجَعُ بِالْأَجْرَةِ عَلَى السَّيِّدِ فِي أَقْبَسِ الْوَجْهَيْنِ، وَنَفَقَتْهُ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ فِي هَذِهِ الْمُدَّةِ، وَقِيلَ: إِنَّهَا عَلَى السَّيِّدِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْفَضْلُ يَشْتَمِلُ عَلَى ثَلَاثِ مَسَائِلَ:

الأولى: إجارة الوقف يُفْرَضُ تارة من الموقوف عليه، وأخرى من المتولي، وبيان الحاليتين موكول إلى «كتاب الوقف» فإذا أجز البطن الأول من الموقوف عليهم، ثم مات في أثناء المدَّة، فأحد الوجهين: أن الإجارة تبقى بحالها؛ لأنها لازمة، فلا تتأثر بموت العائد، كما لو أجز ملكه.

وأصحهما: المنع؛ لأن المنافع بعد موته لغيره، ولا ولاية له عليه، ولا نيابة عنه، فلا يمكنه التصرف في حقه، وسواء الوجهان على أن البطن الثاني يتلقى الاستحقاق من الأول، أو من الواقف، إن قلنا بالأول، فالإجارة بحالها، كما لو أجز ملكه، ومات في المدَّة، وإن قلنا بالثاني، فلا ثمَّ عبارة المعظم في المسألة «الانفساخ وعدمه» فقالوا: في وجه: ينفسخ الإجارة وفي وجه لا تنفسخ، ولم يستحسنها الصبيدلائي والإمام وطائفة؛ لأن الانفساخ يُشعر بسبق الأنعقاد، وردوا الخلاف إلى أنا، هل نبين البطلان؛ لأننا تبيننا أنه تصرف فيما لم يملكه؟ وإذا حكمنا ببقاء الإجارة، فحصة المدَّة الباقية من الأجرة تكون للبطن الثاني، فإن أتلفها الأول، فهي دين في تركته، وليس هذا كما إذا أجز ملكه، ومات في المدَّة؛ حيث تكون جميع الأجرة تركه له تقضي منها ديونه، وتنقذ وصاياه، وفرقوا بأن التصرف هناك ورد على خالص حقه، والباقي له بعد الإجارة رتبة مسلوقة المنفعة في تلك المدَّة، فينتقل إلى الوارث كذلك.

وإن قلنا: إنها لا تبقى، فهل تبطل فيما مضى؟

قال ابن الصَّبَّاح: يُبْنَى عَلَى الْخِلَافِ فِي تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ، إِنْ قُلْنَا: لَا نُفَرِّقُ، كَانَ لِلْبَطْنِ الْأَوَّلِ أَجْرَةُ الْمَثَلِ؛ لِمَا مَضَى. وَأَمَّا إِذَا أجز الْوَقْفِ الْمَتَوَلَّى، فموته لا يؤثر في الإجارة؛ لأنه ناظر للكل، ولا يختص تصرفه ببعض الموقوف عليهم.

وحكى القاضي الرُّوياني وجهاً آخر أنها تبطل، فهو كالخلاف فيما إذا أجز الولي الصبي، فبلغ في المدَّة بالاحتلام<sup>(١)</sup>.

المسألة الثالثة: للولي إجارة الطفل وماله، أباً كان أو وصياً، أو قِيماً، إذا رأى المصلحة فيها، لكن لا تجاوز مدة بلوغه بالسَّنِّ، فلو أجزه مدَّةً، فبلغ<sup>(٢)</sup> في أثنائها؛ بأن

(١) في د: فبلغ بالاحتلام في المدَّة الباقية.

(٢) في ز: يبلغ.

كان ابن تسع، فأجره عشر سنين، فطريقان: قال الأكثرون: يبطل فيما يزيد على مدة البلوغ، وفيما لا يزيد قولاً تفريق الصفة، وقطع بعضهم بالبطلان، كما إذا أجر الراهن المزهون مدة يحل الدين قبل أنقضائها، وهذا أصح عند صاحب «التهديب»<sup>(١)</sup> ويجوز أن يؤجر مدة لا يبلغ فيها بالسّن، وإن احتمل أن يبلغ بالأحتلام؛ لأن الأصل دوام الصبا، فلو اتفق الأحتلام في أثنائها، فوجهان:

أظهرهما: ما ذكره الشيخ أبو إسحاق الشيرازي والقاضي الرؤياني في «الحلية»: أن الإجارة تبقى؛ لأنه كان ولياً حين تصرف، وقد بنى تصرفه على المصلحة فيلزم.

والثاني: لا يبقى؛ لأننا تبيننا أنه زاد على مدة ولايته، وهذا أصح عند الإمام والمتولي<sup>(٢)</sup>، ثم التعبير عن محل الخلاف بالأنفساخ، أو تبين البطلان كما ذكرنا في حكم المسألة.

وإذا قلنا: لا تبقى الإجارة، فيجوز فيما مضى خلاف تفريق الصفة.

فإن قلنا: تبقى، فهل له خيار الفسخ، إذا بلغ؟ فيه وجهان:

أظهرهما: لا كما لو زوج ابنته، ثم بلغت، لا خيار لها.

والثاني، وبه قال أبو حنيفة رضي الله عنه: يثبت؛ لأن التصرف كان لمصلحته، وهو أعرف بمصلحته عند البلوغ، ويخالف النكاح، فإنه معقود للدوام. ولو أجر الولي مال المجنون، فأفاق في أثناء المدة، فهو في معنى البلوغ بالأحتلام.

المسألة الثالثة: إذا أكرى عبداً، ثم اعتقه، نفذ؛ لأن إعتاق المغضوب والآبق نافذ، فهذا أولى، وهل تنفسخ الإجارة؟

الصحيح، وهو المذكور في الكتاب: أنها لا تنفسخ<sup>(٣)</sup>؛ لأن السيد أزال ملكه<sup>(٤)</sup> عن المنافع مدة الإجارة قبل العتق، فالإعتاق يتناول ما بقي ملكاً له، وأيضاً فإنه أجر

(١) قال النووي: واختاره أيضاً ابن الصباغ.

(٢) قال النووي: في زيادة: صحح الرافعي في «المحرر» الثاني وتعصب بأنه الذي صححه في المحرر وتبعه في المنهاج هو الأول وقضيته أنه لا فرق بين بلوغه سفيهاً أو رشيداً وقيد ابن الرفعة في المطلب ذلك بكونه رشيداً وأطلق الماوردي أن الأب أو الوصي إذا أجر الطفل ثم بلغ في مدة الإجارة رشيداً أن الإجارة فاسدة، وقال الشيخ ابن الرفعة أيضاً وإنما قيدت الوجهين بحالة الرشد لأجل ما ذكرته من قبل يعني من دوام الولاية.

(٣) عبر في المنهاج بالأصح، وعللوه بأنه تبرع بإزالة ملكه، ولم تكن المنافع له وقت العتق، فلم يصادف العتق.

(٤) في د: الملك.

ملكه ثم طراً ما يُزِيلُ الْمُلْكَ، فأشبهه ما إذا أُجِّر، ثم مات.

وعن صاحب «التقريب» وَجْهٌ آخَرُ: إِنَّهَا تَنْفَسِخُ كَمَا إِذَا مَاتَ الْبَطْنُ الْأَوَّلُ، وَإِذَا قَلْنَا بِالصَّحِيحِ، فَهَلْ لَهُ الْخِيَارُ، إِذَا أَعْتَقَ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: نَعَمْ، كَمَا لَوْ أُعْتِقَتِ الْأُمَّةُ تَحْتَ الزَّوْجِ الرَّقِيقِ.

وَأَصْحَهُمَا: لَا؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ لِنَفْسِهِ فِي خَالِصِ مِلْكِهِ، فَلَا وَجْهَ لِلْإِعْتِرَاضِ عَلَيْهِ، وَهَذَا هُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ، وَعَلَى هَذَا، فَفِي رَجُوعِهِ عَلَى السَّيِّدِ بِأَجْرَةِ الْمِثْلِ لِلْمَدَّةِ الْوَاقِعَةِ بَعْدَ الْعِتْقِ وَجْهَانِ فِي رِوَايَةِ بَعْضِهِمْ، وَقَوْلَانِ فِي رِوَايَةِ آخَرِينَ:

أَحَدُهُمَا: يَرْجِعُ؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ تُسْتَوْفَى مِنْهُ بِسَبَبٍ مِنْ جِهَةِ السَّيِّدِ قَهْرًا فَصَارَ كَمَا لَوْ أَكْرَهَهُ عَلَى الْعَمَلِ.

وَأَصْحَهُمَا، وَهُوَ الْجَدِيدُ فِي رِوَايَةِ مَنْ جَعَلَهُمَا قَوْلَيْنِ: أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ؛ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ فِي مَنَافِعِهِ حِينَ كَانَتْ مُسْتَحَقَّةً لَهُ بِعَقْدٍ لَازِمٍ، فَصَارَ كَمَا لَوْ زَوَّجَ أُمَّتَهُ، وَاسْتَقَرَّ مَهْرُهَا بِالذَّخُولِ، ثُمَّ أَعْتَقَهَا لَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ، لَمَّا يَسْتَوْفِيهِ الزَّوْجُ بَعْدَ الْعِتْقِ، فَإِنْ قَلْنَا: يَرْجِعُ، فَتَفَقُّهُ فِي تِلْكَ الْمَدَّةِ عَلَى نَفْسِهِ؛ لِأَنَّهُ مَالِكٌ لِمَنَفَعَتِهِ، وَإِذَا قَلْنَا: لَا يَرْجِعُ، فَوَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهَا عَلَى السَّيِّدِ لِإِدَامَتِهِ الْحَبْسِ عَلَيْهِ، وَلِأَنَّهُ كَالْبَاقِي عَلَى مَلِكِهِ مِنْ حَيْثُ إِنَّ مَنَافِعَهُ لَهُ.

وَأَشْبَهُهُمَا: أَنَّهَا فِي بَيْتِ الْمَالِ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ قَدْ زَالَ مِلْكُهُ عَنْهُ، وَهُوَ عَاجِزٌ عَلَى تَعَهُدِ نَفْسِهِ<sup>(١)</sup>. وَإِذَا ظَهَرَ بِالْعَبْدِ عَيْبٌ بَعْدَ الْعِتْقِ، وَفَسَخَ الْمُسْتَأْجِرُ الْإِجَارَةَ، فَالْمَنَافِعُ لِلْعَتِيقِ<sup>(٢)</sup> إِنْ قَلْنَا بِرَجُوعِهِ عَلَى السَّيِّدِ بِأَجْرَةِ الْمِثْلِ، وَإِلَّا، فَهُوَ لَهُ أَوْ لِلْسَّيِّدِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ<sup>(٣)</sup>.

وَلَوْ أُجِّرَ عَبْدُهُ، وَمَاتَ، وَأَعْتَقَهُ الْوَارِثُ فِي الْمَدَّةِ، فَفِي انْفِسَاخِ الْإِجَارَةِ مَا سَبَقَ مِنْهُ الْخِلَافُ، لَكِنْ إِذَا قَلْنَا بِعَدَمِ الْانْفِسَاخِ، فَلَا خِلَافَ هَهُنَا فِي أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ عَلَى الْمُعْتَقِ هَهُنَا بِشَيْءٍ.

وَلَوْ أُجِّرَ أُمُّ وَلَدِهِ وَمَاتَ فِي الْمَدَّةِ عَتَقَتْ وَفِي بَطْلَانِ الْإِجَارَةِ الْخِلَافُ الْمَذْكُورُ فِيمَا إِذَا أُجِّرَ الْبَطْنُ الْأَوَّلُ، وَمَاتَ، وَكَذَا الْحَكْمُ فِي إِجَارَةِ الْمَعْلُوقِ عَتَقَهُ بِصِفَةِ<sup>(٤)</sup>.

(١) قال النووي: فإن قلنا: النفقة على السيد، فوجهان. أحدهما: تجب بالغة ما بلغت، وأحدهما: يجب أقل الأمرين من أجرة مثله وكفايته.

(٢) في ب: للمعتق.

(٣) قال النووي: الأصح كونها للمعتق.

(٤) في ز: على صفة.

قال في «التَّهذِيبِ»: وإنما يجوز إجارته مدَّة لا تتحقَّق وجود الصفة فيها، فإن تحقَّق، فهو كإجارة الصبيِّ مدَّة يتحقَّق بلوغه فيها<sup>(١)</sup>. وكتابة العبد المأذون جائزة عند ابن القَطَّان، وغير جائزة عند القاضي أبْنِ كِج<sup>(٢)</sup>؛ لأنه لا يُمكنه التصرف لنفسه، فإن جوزناه، عاد الخلاف في الخيار، وفي الرجوع على السيِّد<sup>(٣)</sup>.

وقوله في الكتاب في المسألة الأولى «فالأقيس الانفساخ»، وفي المسألة الثانية «فالأقيس أنه لا ينفسخ» وجه افتراقهما في القياس أن البطن الأول لا يلي أمر الثاني، وإنما هو متصرف لنفسه، فإذا جاوز حقه، فالقياس البطلان، وفيما إذا بلغ الصبيُّ بالأحتلام، فالوليُّ عاقد للصبيِّ مراعاة لمصلحته، فالقياس إمضاء تصرفه، كما إذا أجر المتوليُّ، وفي لقطه «الأنفساخ» في المسألتين مناقشة ذكرناها، وأما في مسألة إعتاق العبد المكري، فلا مناقشة فيها.

قَالَ الْعَزَائِي: وَلَوْ بَاعَ الدَّارَ الْمُسْتَأْجِرَةَ مِنَ الْمُسْتَأْجِرِ صَحَّ وَلَمْ يَنْفَسَخِ الْإِجَارَةُ عَلَى الْأَصَحِّ (و) فَيَسْتَوْفِي الْمَنْفَعَةَ بِحُكْمِ الْإِجَارَةِ، وَكَذَلِكَ يَصِحُّ لِلْمُسْتَأْجِرِ إِجَارَةُ الدَّارِ مِنَ الْمَالِكِ كَمَا يَصِحُّ مِنَ الْأَجْنَبِيِّ، وَقِيلَ: إِنَّ الْإِجَارَةَ وَالْمِلْكَ لَا يَجْتَمِعَانِ كَالنَّكَاحِ وَالْمِلْكَ، وَلَوْ بَاعَ الدَّارَ مِنَ غَيْرِ الْمُسْتَأْجِرِ صَحَّ (و) الْبَيْعُ فِي أَقْبَسِ الْوَجْهَيْنِ وَأَسْتَمَرَّتِ الْإِجَارَةُ إِلَى آخِرِ الْمُدَّةِ، وَفِي اسْتِثْنَاءِ الْمَنْفَعَةِ عَنِ بَيْعِ الرَّقَبَةِ شَرْطًا خِلَافَ (و) مَاخُودًا مِنْ جَوَازِ بَيْعِ الْمُسْتَأْجِرِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا بَاعَ الْعَيْنَ الْمُسْتَأْجِرَةَ، فَإِذَا أَنْ يَبِيعَهَا مِنَ الْمُسْتَأْجِرِ، أَوْ غَيْرِهِ.

القِسْمُ الْأَوَّلُ: الْبَيْعُ مِنَ الْمُسْتَأْجِرِ، وَهُوَ صَحِيحٌ؛ لِأَنَّ الْمَلْكَ فِي الرَّقَبَةِ خَالِصٌ حَقُّهُ، وَعَقْدُ الْإِجَارَةِ إِتْمَا رَدَّ عَلَى الْمَنْفَعَةِ، فَلَا يُمْنَعُ مِنْ بَيْعِ الرَّقَبَةِ كَمَا أَنْ تَرْوِجَ الْأُمَّةَ لَا يُمْنَعُ مِنْ بَيْعِهَا، ثُمَّ فِي الْإِجَارَةِ وَجْهَانِ:

أحدهما: وبه قال ابن الحدَّاد أنها تنفسخ؛ لأنه إذا ملك الرقبة، حدثت المنافع على ملكه تابعة للرقبة، وإذا كانت المنافع مملوكة له، لم يبق عقد الإجارة عليها، كما

(١) قال النووي: هذا الذي قاله البيهقي ظاهر إن معنا بيع العين المستأجرة، فإن جوزناه فينبغي أن يقطع بجواز إجارته هنا، لأنه متمكن من بيعه وإبقاء الإجارة إلى انقضاء مدتها، بخلاف مسألة الصبي، لكن قد يقال: وإن تمكن فقد لا يفعل.

(٢) قال النووي: الثاني أقوى.

(٣) قال النووي: ومن مسائل الفصل، ما ذكره ابن كج، وهو خارج عن القواعد السابقة: أنه لو أكرى داراً لعبد ثم قبض العبد وأعتقه، فانهدمت الدار، رجع على المعتق بقدر ما بقي من المددة من قيمة العبد.

أنه لو كان مالِكاً في الابتداء، لم يصحّ منه الاستتجار، وهذا كالنكاح، فإنه كما لا يجوز أن يتزوج أمته كذلك لو اشترى زوجته، يفسخ النكاح، ويعبر عن هذا الوجه بأن الإجارة والملك لا يجتمعان.

وأصحهما أنّها لا تنفسخ؛ لأنه ملك المنافع أولاً ملكاً مستقراً فلا يبطل بما يطرأ من ملك الرقبة، فإن كانت المنافع يتبعها أولاً الملك الأول، كما أنه إذا ملك ثمرة غير مؤثرة، ثم اشترى الشجرة، لا يبطل ملك الثمرة، وإن كانت المنافع تدخل في الشراء، لو لم يملكها أولاً، وفرقوا بين النكاح وما نحن فيه بأن ملك الرقبة في النكاح يغلب ملك المنفعة؛ ألا ترى أن سيد الأمة، إذا زوجها لا يجب عليه تسليمها، وإن قبض الصداق، وفي الإجارة ملك المنفعة، يغلب ملك الرقبة؛ فإن المؤجر، إذا قبض الأجرة، يجب عليه تسليم العين، وأيضاً فإن المؤجر، لم يكن مالِكاً للمنفعة حين باع، فلا تصير تلك المنافع ملكاً للمشتري بالشراء، والسيد مالك لمنفعة بضع الأمة المزوجة؛ ألا ترى أنّها، لو وطئت بالشبهة، يكون المهر له لا للزوج؟ فإذا باع تقع منافع البضع المملوكة له رقبته، وملكها الزوج بالشراء، فأنفسخ النكاح، فإن قلنا: بالانفساخ، فهل يرجع المستأجر على المؤجر بأجرة بقيّة المدة؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، وبه قال ابن الحداد؛ لأن المنافع قائمة في يده، وأيضاً، فإنه لو اشترى زوجته، لا يسقط المهر.

وأصحهما: أنه يرجع؛ لأن الأجرة، إنما تستقر بسلامة المنفعة للمستأجر على موجب الإجارة، فإذا انفسخت الإجارة، سقطت الأجرة كسائر أسباب الانفساخ، ويخالف المهر، فإن استقراره لا يتوقف على سلامة المنفعة للزوج، بدليل ما إذا ماتت.

ولو فسخ المستأجر البيع بعيب، لم يكن له الإمساك بحكم الإجارة؛ لأنها قد انفسخت بالشراء.

ولو تلفت العين لم يرجع على البائع بشيء؛ لأن الإجارة غير باقية عند التلف حتى تتأثر به. وعلى الوجه الثاني: وهو أن الإجارة لا تنفسخ بالشراء، ففي صورة فسخ البيع بالعيب، له الإمساك بحكم الإجارة، ولو فسخ عقد الإجارة، رجع على البائع بأجرة بقيّة المدة، وفي صورة التلف تنفسخ الإجارة بالتلف، وحكمه ما سبق، وتخرج على الخلاف في أن الإجارة والملك، هل يجتمعان؟

مسائل:

منها: إذا أوصى لزيد برقبة دار، ولعمرو لمنفعتها، فأجرها عمرو من زيد، ففي

صحة الإجارة الوجهان<sup>(١)</sup>.

ومنها: لو مات المستأجر، وورثه المؤجر، ففي انفساخ الإجارة الوجهان.

ومنها: لو أجر العين المستأجرة من المالك، فأحد الوجهين المنع، ويحكى عن ابن سريج؛ لأجتمع الإجارة والملك، وأيضاً، فإن المكري يطالب بالتسليم مدة الإجارة، فإذا أكثرى ما أكثرى، كان مطالباً ومطالباً في عقد واحد، وذلك لا يَحْتَمَلُ إلا في حق الأب والجَد في مال الصغير وأصْحُهما، وهو المنصوص الجواز، كما يجوز أن يشتري شيئاً، ثم يبيعه من باعه، وبهذا الوجه أجاب ابن الحَدَّاد في هذه المسألة، وعُدَّ ذلك من مناقضاته؛ لأنه حكم بانفساخ الإجارة، إذا اشترى المستأجر ما استأجره لامتناع اجتماع الملك والإجارة، وإنه لازم ههنا ولا فرق بين أن يكتري ثم يملك، وبين أن يملك ثم يكتري.

قال الشيخ أبو علي: فإن قال من نصره: الاستئجار السابق لم يمنع صحة الشراء اللاحق، كذلك الملك السابق وجب ألا يمنع صحة الاستئجار اللاحق، لكن تنفسخ الإجارة، إذا حصل الاجتماع، كما انفسخت هناك.

فالجواب أن ما ينفسخ إذا كان سابقاً، وجب ألا يصح، إذا طرأ على ما لا ينقطع؛ ألا ترى أن النكاح، لما انفسخ، إذا كان سابقاً. لم يصح، إذا طرأ على الملك؟ ومنها: إذا أجر داراً من ابنه، ومات الأب في المدة، ولا وارث له سوى الابن المستأجر، وعليه ديون مستغرقة، فيبني أولاً على أن الخلاف في أن الوارث، هل يملك التركة، وهناك دين مستغرق؟

إن قلنا: لا يملك، بقيت الإجارة بحالها، وإن قلنا: يملك، وهو ظاهر المذهب، فعلى أظهر الوجهين؛ لا تنفسخ الإجارة، وعلى الثاني الذي إنَّه ابن الحَدَّاد: تنفسخ؛ لأن الملك طرأ على الإجارة، كما لو طرأ بطريق الشراء، وأدعى القاضي الروياني أن هذا ظاهر المذهب، وإذا انفسخت الإجارة، قال ابن الحَدَّاد: الأبُّ غريم يضارب بأجرة بقية المدة مع الغرماء، وهو خلاف قوله في الشراء، أنه لا يرجع، فمنهم من تكلف له فرقين:

أحدهما: أن الانفساخ في صورة الشراء حصل باختيار المستأجر، وفي الميراث لا صنع للمستأجر، فلا يسقط حقه.

(١) لأن الملك لا يتأهبها؛ ولهذا يشتري ملكه من المستأجر وأجاب على الثاني بأنه إنما ينتقل إلى المشتري ما كان للبائع والبائع حين البيع ما كان يملك المنفعة بخلاف النكاح، فإن السيد يملك منفعة بضع أمته المزوجة بدليل أنها لو وطئت بشبهة كان المهر للسيد لا للزوج.

والثاني: أن هناك، الإجارة، وإن انفسخت، فلا يخرج البائع من يده، وههنا يخرج؛ لأن الدار تُباع في الدُّيون، وهما ضعيفان عند المُعتَبَرين.

أما الأول: فلائه، لا فزق في سقوط الأجرة بين أن يفوت المنافع، ويحصل الانفساخ بفعله أو لا يفعله؛ ألا ترى أن هدم المستأجر الدار كأنهدامها.

وأما الثاني: فلأن بقاء المنافع هناك ليس من مقتضى الإجارة، بل لأنها مملوكة بالبيع والتملك بغير جهة الإجارة لا يقتضي استقرار عوض الإجارة، وهذا كما لو تقايلا البيع، ثم وهب البائع المبيع من المشتري، لا يستقر عليه الثمن. ولو مات [الأب] المؤجر عن ابنتين؛ أحدهما المستأجر، فعلى أظهر الوجهين؛ لا تنفسخ الإجارة في شيء من الدار، ويسكنها المستأجر إلى انقضاء المدة، ورقبتها بينهما بالإزث.

وقال ابن الحداد: تنفسخ الإجارة في النصف الذي يملكه المستأجر، وله الرجوع بنصف أجرة ما أنفسخ العقد فيه، لأنه قضية الأنفساخ في النصف الرجوع بنصف الأجرة، لكنه خلف ابنتين، والتركة في يدهما، والدَّين الذي يلحقها يوزع، فيخص الرجوع الربع، ويرجع بالربع على أخيه فإن لم يترك الميت شيئاً سوى الدار، يبيع من نصيب الأخ المرجوع عليه بقدر ما يثبت به الرجوع، وهذا مستبعد عند الأئمة؛ لأن الابن المستأجر ورث نصيبه بمنافعه، وأخوه ورث نصيبه مسلوب المنفعة، ثم قد تكون أجرة مثل الدار في تلك المدة مثلى ثمنها، فإذا رجع على الأخ بربع الأجرة، أحتاج إلى جميع نصيبه، فيكون أحدهما قد فاز بجميع نصيبه، وبيع نصيب الآخر وخذ في دين الميت. قال الشيخ أبو علي: ولو لم يحلف إلا الابن المستأجر، ولا دين عليه، فلا فائدة في الأنفساخ ولا أثر له؛ لأن الكل له، سواء أخذ بالإزث، أو مدة الإجارة بالإجارة، وبغدها بالإزث، وسواء أخذ بالدين أو بالإزث.

ومما يلتحق بصور الفضل ما لو أجر البطن الأول الوقف من البطن الثاني، ومات المؤجر في المدة، فإن قلنا: لو أجر من الأجنبي، ارتفعت الإجارة، فههنا أولى، وإلا، فوجهان من جهة أنه طرأ الاستحقاق في دوام الإجارة، فأشبه ما إذا طرأ الملك.

قال الإمام: وهذه الصورة أولى بأرتفاع الإجارة؛ لأن المالك يستحق المنفعة؛ تبعاً للرقبة، والموقوف عليه يستحقها؛ مقصوداً لا بالتبعية، وليكن هذا الترتيب مبنياً على أن الموقوف عليه لا يملك الرقبة.

أما إذا قلنا: إنه يملكها، فيمكن أن يقال: هو كالمالك في استحقاق المنفعة؛ تبعاً للرقبة. وقوله في الكتاب: «وقيل إن الإجارة والملك لا يجتمعان» يصح رده إلى صورتين المذكورتين قبله، يعني: فينفسخ الإجارة، إذا باع المستأجر من المستأجر، ولا تصح إذا أجر المستأجر ما استأجر المالك.

القِسْمُ الثَّانِي: البيعُ من غير المستأجر، وفيه قولان:

أصحُّهُمَا عند الأكثرين: أَنَّهُ صحيحٌ<sup>(١)</sup>، وبه قال مالك وأحمد رحمهما الله لأن الإجارة إنما تردُّ على المنفعة، فلا تمنع بيع الرقبة كالترزويج.

وأصحُّهُمَا عند الشيخ أبي علي بطلانُهُ؛ كبيع المرهون من غير المرتهن؛ لأن يد المستأجر حائلة، وهما جاربان أذن المستأجر أو لم يأذن قاله في «التممة».

وعند أبي حنيفة: ينعقد البيع؛ موقوفاً على إجارة المستأجر، فإن إجارة، نفذ، وبطلت الإجارة، وإن ردَّ، بطل.

وإذا قلنا: بالصحة لم تنفسخ الإجارة كما لا يفسخ النكاح ببيع الأمة المزوجة، ويترك في يد المُسْتَأْجِرِ إلى انقضاء المُدَّة، وللمشترى فسخ البيع، إن كان جاهلاً، وإن كان عالماً، فلا فسخ له، ولا أجرة لتلك المدة، وكذا لو كان جاهلاً وأجاز، ذكره في «التهذيب» ويُشبهه أن يكون على الخلاف في مدة بقاء الزرع، إذا باع أرضاً مزروعة، ولو وجد المستأجر به عيباً، أو فسخ الإجارة أو عرض ما تنفسخ به الإجارة، فمنفعة بقيته المدة لمن تكون؟ فيه وجهان:

أحدهما، وهو جواب ابن الحداد، للمشتري؛ لأن الشراء يقتضي استحقاق الرقبة والمنفعة جميعاً، إلا أن الإجارة السابقة كانت تمنع منه، فإذا انفسخت، خلص المال له بحق الشراء، وهذا كما إذا اشترى جارية مزوجة، وطلقها زوجها تكون منفعة البضع للمشتري، وليس للبائع الاستمتاع بها، ولا تزوجها من الزوج المطلق.

والثاني، وبه قال أبو زيد: للبائع لأنه لم يملك المشتري منافع تلك المدة، ويئى

(١) أطلق المصنف الصحة وهي قسيمة بأمرين.

أحدهما: أن تكون الإجارة لمدة، فأما الإجارة التي يذكر فيها العمل خاصة، كما لو استأجر دابة للركوب إلى بلد كذا، فالبيع ممتنع قولاً واحداً؛ لجهالة مدة السير، صرح به أبو الفرج في تعليقه نقله في الخادم.

الثاني: أن تكون المدة معلومة، فلو اشترى مأجوراً جاهلاً بمدة الإجارة، قال في الخادم: فالظاهر بطلان البيع، وكلامهم بالصحة محمول على ما إذا علم بها، وبذلك صرح الرافعي في باب الأصول والثمار حيث قال: فيصح بيع الأرض المزروعة على المذهب، ومنهم من خرجه على الخلاف في بيع الدار المستأجرة، قال ورده الجمهور بأنه لو كان في معنى تلك الصورة لوجب أن يقطع بالفساد؛ لأن مدة بقاء الزرع مجهولة، أي: وجهالة المدة تمنع صحة البيع قطعاً بدليل الاتفاق على منع بيع الدار التي استحقت المعتدة بالإقرار إسكانها، ويستثنى من محل الخلاف البيع الضمني، فإنه يصح بلا خلاف، وما إذا هرب بالمال وباع الحاكم جزءاً من المال كما هو مقرر في موضعه.



أبو سعيد المتولّي الوجهين على أن الردّ بالعيب يرفع العقد من أصله، أو من حينه إن قلنا: بالأول، فهو للمشتري، وكأنّ الإجارة، لم تكن، وإن كان من حينه للبايع؛ لأنّه لا يوجد عند الردّ ما يوجب الحقّ للمشتري<sup>(١)</sup>، قال: لو تَقَايَلَا الإجارة، فإن جعلنا الإقالة عقداً فهَي للبايع، وإن جعلناها فسخاً، وكذلك على الصحيح؛ لأنّها ترفع العقد من حينها لا محالة، وإذا حصل الانفساخ رُجِعَ المستأجر بأجرة بقيّة المدة على البايع.

قال القاضي ابنُ كج: وَيُخْتَمَلُ أَنْ يَقَالَ: يرجع على المشتري، وليكن هذا مُفْرَعاً على أنّ المنفعة تُكوّن للمشتري؛ لأنّه رضي بالمبيع ناقص المنفعة، فإذا حصلت له المنفعة، جاز أن يؤخّذ منه بدلها، والقولان في بيع المُسْتَأْجِرِ يجريان في هبته، وتجاوز الوصية به. ولو باع عتياً، واستثنى لنفسه منفعتها شهراً أو سنةً، ففيه طريقان:

أحدهما: وَيُحْكِي عن ابن سُرَيْج: أنّه على القولين في بيع الدار المُسْتَأْجِرَة؛ لأنه إذا جاز ألا تكون المَنَافِعُ للمشتري مدّة بل يكون للمستأجر، كذلك جاز أن تكون للبايع ويدلّ على الجواز أن جابراً - رضي الله عنه - باع في بغض الأسفار بغيراً من رسول الله ﷺ على أن يكون له ظهره إلى المدينة<sup>(٢)</sup>.

والثاني: القَطْعُ بالمنع؛ لأن إطلاق البيع يقتضي دخول المنافع التي تملكها البائع في العقد، والاستثناء غير مقتضاه، فيمنع منه، وفي بيع المُسْتَأْجِرِ لَيْسَتْ المنافع مملوكة للبايع، وأيضاً، فإنّ استثناء المنفعة اشتراط الأمتناع من التسليم الذي هو مقتضى العقد، فلا يُمكن أن يقدم كون البائع نائباً عن المُشْتَرِي في اليد والقبض، لكن يجوز أن تقام يد المُسْتَأْجِرِ مُقَامَ يد المُشْتَرِي، ويُقال: إنّه يملك المال لِنَفْسِهِ بالإجارة، وللمالك ملك الرقبة. والأظهر المنع، سواء ثبت الخلاف أم لا.

ويجوز أن يُعلم لفظ الخلاف في الكتاب بالواو للطريقة الأخرى.

وقوله: «ماخوذ من جواز بيع المُسْتَأْجِرِ» [صريح في أنّ الخلاف في جواز الاستثناء مبني على الخلاف في صحة بيع المُسْتَأْجِرِ]<sup>(٣)</sup> وكذلك ذكره المغظم وزاد القاضي أبو الطيّب في «شرح الفروع» فقال: تجوز الاستثناء مبني على الوجه الذي يقول: إنّ المنفعة عند الفسخ تعود إلى البايع.

(١) لم يصرح المصنف بترجيح قال في الخادم: قضية البناء المذكور ترجيح مقالة أبي زيد، وهو ما رجحه القاضي الحسين وللإمام والرويانى، وقال ابن الرفعة: إنه الذي يظهر ترجيحه، لكن صحح النووي فيما إذا أجر عبده ثم اعتقه ثم فسخ المستأجر الإجارة بالعيب أن المنافع ترجع إلى العتيق لا إلى السيد.

(٢) سقط في: ب.

(٣) في ب: المدة.

وَعَكَسَ الْإِمَامُ، فَقَالَ: الْخِلَافُ فِي جَوَازِ بَيْعِ الْمُسْتَأْجِرِ مَاخُوذٌ مِنْ جَوَازِ الْأَسْتِثْنَاءِ، وَكَأَنَّهُ أَرَادَ نَزْوِعَ الْمَسْأَلَتَيْنِ إِلَى أَصْلِ وَاحِدٍ، وَإِلَّا، فَالظَّاهِرُ الْأَوَّلُ وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقِ وَكَمَا افْتَتَحْنَا [كِتَابَ الْإِجَارَةِ]<sup>(١)</sup> بِمَقْدَمَاتٍ - فإِنَّا [نَخْتِمُ كِتَابَ الْإِجَارَةِ]<sup>(٢)</sup> بِمَوْخِرَاتٍ:

إحداها: فِي مَسَائِلَ، هِيَ مِنْ شَرْطِ الْبَابِ الْأَوَّلِ.

لو قال: أَلزِمْتَ ذِمَّتَكَ نَسِجَ ثَوْبٍ صَفْتَهُ كَذَا عَلَى أَنْ تَنْسِجَهُ بِنَفْسِكَ، لَمْ يَصَحَّ؛ لِأَنَّ فِي هَذَا التَّغْيِينَ غَرراً فَإِنَّهُ رَيْباً يَمُوتُ، وَلِهَذَا لَمْ يُجْزَ تَعْيِينُ مَا يُوَدِّي مِنْهُ<sup>(٣)</sup> الْمُسْلِمَ فِيهِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ الْأَرْضَ بِمَا يَسْتَأْجِرُ بِهِ الْعَبْدَ وَالثَّوْبَ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الطَّعَامِ وَمَا يَنْبِتُ فِي الْأَرْضِ، إِذَا عَيَّنَ، أَوْ وَصَفَ، وَبَيَّنَّ غَيْرَهَا.

وَعَنْ مَالِكٍ: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الْأَرْضِ بِالطَّعَامِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِمَّا يَنْبُتُ مِنَ الْأَرْضِ، كَاللَّخْمِ، وَالْعَسَلِ وَلَا بِمَا يَنْبُتُ مِنَ الْأَرْضِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ طَعَاماً؛ كَالْقَطَنِ.

وَإِذَا اسْتَأْجَرَ دَابَّةً؛ لِيَرْكَبَهَا إِلَى بَلَدَةٍ كَذَا بَعَشْرَةَ دَنَانِيرٍ، فَالْوَاجِبُ نَقْدُ بَلَدِ الْعَقْدِ.

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّ الْوَاجِبَ نَقْدُ الْبَلَدِ الْمَقْصُودِ فَلَوْ كَانَتْ الْإِجَارَةُ فَاسِدةً، فَالاعتبار فِي أَجْرَةِ الْمِثْلِ بِمَوْضِعِ إِتْلَافِ الْمَنْفَعَةِ، نَقْداً أَوْ وَزناً.

وَيَجُوزُ إِجَارَةُ الْمُضْحَفِ وَالْكُتْبِ لِمَطَالَعَتِهَا<sup>(٤)</sup> وَالْقِرَاءَةِ فِيهَا خِلافاً لِأَبِي حَنِيفَةَ.

وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ بَرَكَةً لِيَأْخُذَ مِنْهَا السَّمَكَ، فَإِنَّهُ كَاسْتِئْجَارِ الْأَشْجَارِ لِلثَّمَارِ، وَلَوْ اسْتَأْجَرَهَا لِيُخَيِّسَ فِيهَا الْمَاءَ حَتَّى يَجْتَمِعَ فِيهَا السَّمَكُ جَاز.

وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ أَيْضاً، وَيَصَحُّ مِنَ الْمَسْتَأْجِرِ إِجَارَةُ مَا اسْتَأْجَرَهُ بَعْدَ الْقَبْضِ، سِوَا أَجْرٍ بِمِثْلِ مَا اسْتَأْجَرَ أَوْ أَقْلَ، أَوْ أَكْثَرَ.

وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: إِنْ أَجَّرَهُ بِأَكْثَرِ مِمَّا اسْتَأْجَرَ، لَمْ يَطِبْ لَهُ الرَّيْحُ، وَسَبِيلُهُ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِهِ إِلَّا أَنْ يَحْدُثَ فِيهِ عِمَارَةٌ، فَيَقَعُ ذَلِكَ فِي مَقَابِلَةِ الرَّيْحِ.

لَنَا: الْقِيَاسُ عَلَى مَا إِذَا بَاعَ بِأَكْثَرَ مِمَّا اشْتَرَاهُ يَطِيبُ لَهُ الرَّيْحُ.

وَفِي إِجَارَتِهِ قَبْلَ الْقَبْضِ وَجْهَانِ عَنِ ابْنِ سُرَيْجٍ تَجْوِيزُهُ؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ لَا يَوْجِبُ دُخُولَ الْمَنَافِعِ فِي ضَمَانِهِ، فَلَا مَعْنَى لِتَوْقِيفِ الْعَقْدِ عَلَيْهِ، وَالْأَظْهَرُ: الْمَنْعُ، وَعَلَى هَذَا؛

(١) فِي ز: الْكِتَابِ.

(٢) فِي ب: نَخْتِمُهَا.

(٣) فِي ب: بِهِ.

(٤) قَالَ فِي الْخَادِمِ: الْمَرَادُ بِالْكُتْبِ الْكُتُبِ الَّتِي يَجُوزُ بَيْعُهَا الْمَتَمَتِّعُ بِهَا شَرْعاً؛ لِيُخْرِجَ كُتُبَ السَّحَرِ وَنَحْوَهَا مِمَّا يَخْرُمُ النَّظَرُ فِيهَا، قَالَ: وَكَذَلِكَ سِيرَةُ عَتَرٍ وَبَطَالٍ وَغَيْرِهَا مِنَ الْأَكَاذِبِ الْمَزْحُوفَةِ.

ففي إجارته من المؤجر وجهان، كما في البيع من البائع<sup>(١)</sup>.

والمستعار لا يؤاجر، فإن أستعاره؛ ليؤجره، جاز في وجه، حكاه القاضي ابن كج، كما لو استعاره؛ ليرهنه.

ولو أجز متولّي المسجد حانوته الخراب؛ بشرط أن يعمره المستأجر بماله، ويكون ما أنفقه محسوباً من أجرته، لم تصح الإجارة؛ لأنه عند الإجارة غير متفّع به.

ولا يجوز إجارة الحمام بشرط أن تكون مدة تعطيلها بسبب العمارة، ونحوها محسوبة على المكثري؛ لأنه تمكين من الانتفاع في بعض المدة دون بعض، ولا يشترط أن تكون محسوبة على المكثري لا بمعنى انحصار الإجارة في الباقي؛ لأن المدة تصير مجهولة، ولا بمعنى استيفاء مثلها بعد المدة، لأن نهاية المدة تصير مجهولة.

ولو استأجره لبيع له شيئاً معيناً جاز؛ لأن الظاهر أنه يظفر براغب، ولو استأجره لشيء معين لا يجوز<sup>(٢)</sup>؛ لأنه رغبة مالكة في البيع غير معلومة ولا ظاهرة ولشراء شيء موصوفٍ بجوز، وبيع شيء من معين لا يجوز.

ولو استأجره للخروج إلى بلد السلطان والتظلم للمستأجر، وعرض حاله في المظالم ففي فتاوى القفال أنه يستأجره مدة كذا؛ ليخرج إلى موضع كذا، ويذكر حاله في المظالم، ويسعى في أمره عند من يحتاج إليه، فتصح الإجارة؛ لأن المدة معلومة، وإن كان في العمل جهالة، كما لو استأجره يوماً؛ ليخاصم غرماءه جاز.

قال: ولو بدا للمستأجر، فله أن يستعمله فيما ضرره مثل ذلك.

وحكى القاضي ابن كج عن نص الشافعي رضي الله عنه أنه لا تجوز إجارة الأرض حتى يرى لا حائل دونها من زرع، وغيره، وفي هذا تصريح بأن إجارة الأرض المزروعة لا تصح توجيهاً بأن الزرع يمنع رؤيتها.

وفيها معنى آخر، وهو تأخر التسليم والانتفاع عن العقد، ومشايبته إجارة الزمان المستقبل، ويقرب منه ما لو أجز داراً مشحونة بطعام وغيره، وكأن التفريع يستدعي مدة، ورأيت للأئمة فيما جمع من فتاوى القفال فيه جوابين:

أحدهما: أنه إن أمكن التفريع في مدة ليس لمثلها أجره، صح العقد، وإن لم يكن إلا في مدة لمثلها أجره، لم تصح؛ لأنه إجارة مدة مستقبلة.

(١) قال النووي: الأصح صحة إجارته للمؤجر.

(٢) محل جواز الاستئجار للبيع أنها تكون من معين، فلو استأجره لبيع عنده من فلان، لم يصح بخلاف ما لو وكله لبيعه منه.

والثاني: أنه، إن كان يذهب في التفريع مدة الإجارة، لم يصح، وإن كان يبقى منها شيء، يصح، ولزم قسطه من الأجرة، إذا وجد فيه التسليم، وخرجوا على الجوايين ما إذا استأجر داراً ببلدة أخرى، فإنه لا يتأني، التسليم إلا بقطع المسافة بين البلدين، وما إذا باع جمداً وزناً، وكان ينماح بعضه إلى أن يؤزن<sup>(١)</sup>.

ولو استأجر للخدمة، وذكر وقتها من الليل والنهار، وفصل أنواعها، فذاك، إن أطلق، فقد حكي عن النص المنع، والظاهر الجواز، ويلزم ما جرت العادة به، وفصل أنواعها القاضي أبو سعيد ابن أبي يوسف فقال: يدخل في هذه الإجارة غسل الثوب، وخباطته، والخبز، والعجن وإيقاد النار في الثور، وعلف الدابة، وحلب الحلوبة، وخدمة الزوجة، والغرس في الدار وحمل الماء إلى الدار للشرب، وإلى المتوضىء للطهارة، وعن سهل الصعلوكي أن علف الدابة، وحلب الحلوبة، وخدمة الزوجة لا يلزم إلا بالتنصيص عليها، وينبغي أن يكون الحكم كذلك في خياطة الثوب، وحمل الماء إلى الدار، ويجوز أن يختلف الحكم فيه بالعادة.

وذكر بعض من شرح «المفتاح» أنه ليس له إخراجه من البلدة إلا أن يشترط عليه مسافة معلومة من كل جانب، وأن عليه المكث عنده إلى أن يفرغ من صلاة العشاء الآخرة<sup>(٢)</sup>. ولو استأجره للقيام على ضيعة قام عليها ليلاً ونهاراً على المعتاد.

وإن استأجر؛ للخبز، وجب أن يتبين أنه يخبر الأقراض، أو غلاط الأزغفة، أو رقاها، وأنه يخبز في ثور، أو فرين، وآلات الخبز على الأجير إن كانت الإجارة في الذمة، وإلا، فعلى المستأجر، وليس على الأجير إلا تسليم نفسه، والقول فيمن عليه الحطب كما في الخبز في حق الوراق.

ولو أراد المستأجر أن يستبدل عن المنفعة شيئاً آخر، يقبضه، لم يجز، إن كانت الإجارة في الذمة، وإن كانت إجارة عين قال صاحب «التهذيب»: هو كما لو أجر العين المستأجرة من المؤجر، وفيه وجهان:

(١) قال النووي: الصحيح من الجوايين هو الأول، بل قد تقدم في الشرط الثالث من الركن الرابع من الباب الأول وجه: أنه لا تصح إجارة المشحونة بالقماش وإن أمكن تفريغها في الحال. وتقدم هناك، أن المذهب صحة إجارة الأرض المستورة بالماء للزراعة، وليس هو مخالفاً للمذكور هنا، لأن التعليل هناك بأن الماء من مصالحها مفقود هنا. والأصح عندي، فيما إذا استأجر داراً ببلد آخر، الصحة، وفي الجمد المنع، لإمكان بيعه جزافاً.

(٢) قال النووي: المختار في هذا كله، الرجوع إلى عادة الخادم في ذلك البلد وذلك الوقت، ويختلف ذلك باختلاف مراتب المستأجرين، وباختلاف الاجراء، وفي الذكورة والأنوثة من الطرفين، وغير ذلك، فيدخل ما اقتضته العادة دون غيره.

**الأصح:** الجواز، إذا جرى ذلك بعد القبض، ولو ضمّن رجل العهدة للمستأجر، ففي الفتاوى: أنه يصح، ويرجع عليه عند ظهور الأستحقاق. وعن ابن سُرَيْج أنه لا يصح ضمان العهدة، وذكر شارح «المفتاح» أنه لو اکتري دابة ليركبها إلى فزسخين، لم يجز حتى يبين شرقاً أو غرباً، ثم إذا بين جهة، فأراد العُدول إلى غيرها، فللمكري منعه؛ لأن المعين قد يختص بسهولة أو أمن ويتقدير تساويهما، فقد يكون للمكري غرض فيه، وهذا يخالف ما تقدم، فليجعل وجهاً ملحقاً.

مؤخرة ثانية في مسائل: من شرط الباب الثاني:

إذا استأجر رجلاً؛ ليَعْمَل مَدَّة، كان زمان الطهارة، والصلاة، وفرائضها وسننها الرواتب مستثنى، فلا ينقص من الأجرة شيء، ولا فرق بين صلاة الجمعة وغيرها.

وعن ابن سُرَيْج فيما رواه أبو الفضل بن عبدان: أنه يجوز له ترك الجمعة بهذا السبب، والسبب<sup>(١)</sup> في استئجار اليهودي تقع مستثناة، إذا اطرّد عرفهم بذلك ذكره صاحب الكتاب في فتاويه<sup>(٢)</sup>.

وفي «الزيادات» لأبي عاصم العبادي أنه إذا استأجر حاضنة؛ لتعهد صبي، فالدهن على أبيه، فإن جرى عرف البلد بخلافه، فوجهان.

وأنه إذا استأجر حمالاً لحمل شيء إلى داره، وهي ضيقة الباب، هل عليه إدخاله الدار<sup>(٣)</sup>؟ فيه قولان للعرف، ولا يكلف أن يضعده به السطح.

وأنه إذا استأجر قصاراً؛ لغسل ثياب معلومة، وحملها إليه حمالاً، فأجزته على من شرط من القصار والمالك، فإن لم يجز شرط، فعلى القصار، لأنه من تمام الغسل. وأنه لو استأجره لقطع أشجار بقرية، لم يجب عليه أجرة الذهب، والمجيء لأنهما ليسا من العمل.

وفي شرح «المفتاح» أنه لو استأجر دابة ليركبها، ويحمل عليها كذا متناً، فركبها، وحمل عليها وأخذ في السير، فأراد المكري أن يعلق عليها مخللة أو سفرة، إما من

(١) جمع سبت وهو يوم راحة اليهود وانقطاعهم عن المعيشة والاكتساب ينظر المعجم الوسيط /١/ ٤١٢ بتصرف.

(٢) إن أسلم في المدة كانت مستثناة، ونقل هذا الرافي والنوي عن الغزالي في الفتاوى وخالفهم في ذلك القاضي أبو بكر الشاشي فقال: يجبر على العمل؛ لأن الاعتبار بشرعنا، وقد زال المانع بالإسلام، ويصلي الصلوات الخمس ولعل هذا أظهر من قول الغزالي رضي الله عنه. ذكر ذلك السبكي في شرحه لمنهاج النووي.

(٣) في د: الباب.

قَدَامَ القَتَبِ<sup>(١)</sup>، أو من خَلْفِهِ، أو أراد أن يُزِدِفَهُ رَدِيفاً، كان للمستأجر منعه.

ولو استأجر دابَّةً ليركبها إلى موضع معلوم، فركبها إليه، فعن صاحب «لتقريب» أن له ردها إلى الموضع الذي سار منه إلا أن ينهأ صاحبها، وقال الأكثرون: ليس له الرد، ولكن يسلمها إلى وكيل المالك، إن كان له وكيل هناك، وإلا، فإلى الحاكم، فإن لم يكن هناك حاكم فإلى أمين، فإن لم يجد أميناً، ردها وأستصحبها إلى حيث يذهب كالمودع يسافر بالوديعة؛ للضرورة، وإذا جاز له الرد لم يكن له الركوب، بل يسوقها أو يقودها، إلا أن يكون بها جماح لاتنقاد إلا بالركوب، وبمثله، لو استعار ليركب إليه قال العبادي: له الركوب [في الرد؛ لأن الرد لازم عليه، والإذن يتناوله بالعرف، والمستأجر لا رد عليه.

ولو استأجر دابَّةً للركوب<sup>(٢)</sup> إلى موضع، فجاوزه، فعليه المسمى لما استأجر له، وأجرة المثل؛ لما زاد، ويصير ضامناً من وقت المجاوزة، حتى إذا ماتت، لزمه أقصى القيمة من حينئذ، إن لم يكن صاحبها معها، ولا يبرأ عن الضمان بردها إلى ذلك المكان، وإن كان صاحبها معها، فإن تلفت بعدما نزل، وسلمها إلى المالك، فلا ضمان عليه، وإن تلفت، وهو راكب، نُظِر؛ إن تلفت بالوقوع في بئر ونحوه، ضمن جميع القيمة، فإن لم يحدث سبب ظاهر، فقد قيل: يلزمه جميع القيمة أيضاً.

والأصح: أنه لا يلزمه الكل؛ لأن الظاهر حصول التلف بكثرة التعب، وتعاقب السير حتى لو أقام في المقصد قدر ما يزول فيه التعب، ثم خرج من غير إذن المالك، ضمن الكل، وعلى هذا؛ فالتلف حصل من حق وعدوان، فيلزمه نصف الضمان، أو ما يقتضيه التوزيع على المسافتين؟ فيه قولان، كما ذكرنا فيما إذا حمل فوق المشروط، وإن أستاجرها؛ ليركب ويعود فلا يلزمه؛ لما جاوز أجره المثل، لأنه يستحق أن يقطع قدر تلك المسافة ذهاباً وإياباً؛ بناء على أنه يجوز العدول إلى مثل الطريق المعين<sup>(٣)</sup>.

ثم إن قدر في هذه الإجارة مدة مقامه في المقصد، فذاك، وإلا فإن لم يزد على مدة المسافرين، انتفع بما في الإياب فإن زاد حسب<sup>(٤)</sup> الزيادة عليه وإن أستاجر دابة إلى عشرة فراسخ، فقطع نصف المسافة، ثم رجع لأخذ شيء نسيه راكباً، أنتهت الإجارة،

(١) القتب: الرجل الصغير على قدر سنام البعير.

(٢) سقط في: ب.

(٣) قال النووي: ولا يجوز أن يركبها بعد المجاوزة جميع الطريق راجعاً، بل يركبها بقدر تمام مسافة الرجوع.

(٤) في د: وجبت.

واستقرت الأجرة؛ لأن الطريق لا يتعين، وكذا لو أخذ الدابة، وأمسكها في البيت يوماً، ثم خرّج، فإذا بقي بينه وبين المقصد يوم استقرت الأجرة، ولم يكن له الركوب، وكذا لو ذهب في الطريق؛ لاستيقاء ماء، أو شراء شيء يُمَنّه ويسره كان محسوباً من المدة، ويترك الانتفاع إذا قرب من المقصد بقدره.

ولو دفع ثوباً إلى قصار ليقصره بأجرة، ثم جاء، وأستزجه، فقال: لم أقصره بغد، فلا أردّه وقال صاحب الثوب: لا أريد أن تقصره، فأزذّه إلي فلم يردّ وتلف الثوب عنده، فعليه الضمان، فإن قصره وردّه، فلا أجر له، وعلى هذا قياس الغزل عند السّاج ونظائره<sup>(١)</sup>، ولو أستأجره، ليكتب صكاً على هذا البياض، فكتبه خطأ.

قال في العبادي: عليه نقصان الكاغد، وكذا لو أمره أن يكتب بالعربية، فكتب بالعجمية، أو بالعكس<sup>(٢)</sup>.

وذكر العبادي في «الزيادات» أنه إذا استأجر دابةً، ليحمل الحنطة في موضع كذا إلى داره يوماً إلى الليل، فركبها في عوده، فعطبت الدابة، ضمن؛ لأنه أستأجرها للحمل لا للركوب، وقيل: لا يضمن للعزف، وأنه الأكار لو تعمّد ترك السّفي، والمعاملة صحيحة حتى فسد الزرع، ضمن؛ لأنه في يده، وعليه حفظه.

وفي فتاوى الفقّال: أنه إذا تعدى المستأجر بالحمل على الدابة، ففرّح ظهرها، وهلكت منه، لزمه الضمان، وإن كان الهلاك بعد الرد إلى المالك.

مؤخرة ثالثة في مسائل من شرط الباب الثالث من المنثور للمزني أنه لو أستأجر لخيطة ثوب، فحاط بغضه، واحترق البغض، استحق الأجرة لما عمل.

وإن قلنا: ينفسخ العقد بتلفه، استحق أجرة المثل، وإلا، فقسطه من المسمى.

وأنه لو أستأجر لحمل حب إلى موضع معلوم، فزلقت رجله في الطريق، وانكسر الحب لا يستحق شيئاً من الأجرة.

وفرق بينهما بأن الخياطة تظهر على الثوب، فوقع العمل مسلماً بظهور أثره، والحمل لا يظهر أثره على الحب<sup>(٣)</sup>.

(١) قال النووي: صورة المسألة إذا لم يقع عقد صحيح.

(٢) قال النووي: ولا أجرة له، ويقرب منه ما ذكره الغزالي في «الفتاوى»: أنه لو أستأجره لنسخ كتاب، فغير ترتيب الأبواب، قال: إن أمكن بناء بعض المكتوب بأن كان عشرة أبواب، فكتب الباب الأول آخرًا منفصلاً، بحيث يبني عليه، استحق بقسطه من الأجرة وإلا، فلا شيء له.

(٣) وهل الخيار على الفور أو التراخي، اختلف المتأخرون في ذلك، والأوجه كما أفتى به الشيخ زكريا رحمه الله أنه على الفور؛ لأنه عيب.

ولو أجزر أرضاً إجارة صحيحة، ثم غرقت بسيل، أو ماء نبغ منها، نُظِر؛ إن لم يتوَّع الخسارة مدة الإجارة، فهو كما لو أنهدمت الدار، وإن توَّع فللمستأجر الخيار بين الفسخ والإجارة، كما لو غصبت العين المستأجرة، فإن أجاز، سقط عنه من الأجرة بقدر ما كان الماء مُستويّاً عليها، وإن غرق نصفها فقد مضى نصف المدة، انفسخ العقد فيه، والظاهر أنه لا يفسخ في الباقي، ولكن له الخيار فيه، وفي بقية المدة، فإن فسخ، وكانت أجرة المدة لا تتفاوت، فعليه نصف المسمى للمدة الماضية وإن أجاز، فعليه ثلاثة أرباع المسمى: النصف للمدة الماضية، والرابع لما بقي.

وتعطل الرحي؛ لانقطاع الماء، والحمام؛ لخلل في الأبنية، وانتقاص الماء في بئر كأنهدام الدار، وكذا إذا استأجر قناة، فأنقطع ماؤها، ولو أنتقص، ثبت الخيار، ولم يفسخ العقد، ذكره في شرح «المفتاح»، ومهما ثبت الخيار بسبب يقتضيه، فأجاز ثم بدا له أن يفسخ، نُظِر إن كان السبب بحيث لا يُرجى زواله؛ كما إذا انقطع الماء، ولم يتوَّع عوده، فليس له الفسخ؛ لأنه عيب واحد، وقد رضي به، وإن كان بحيث يُرجى زواله، فله الفسخ ما لم يزل؛ لأنه يقدر كل ساعة زواله، فيتجدد الضرر، وهذا كما إذا تركت الزوجة المطالبة بعد مضي مدة الإيلاء، أو الفسخ بعد ثبوت الإعسار، فلها العود إليه، وكذا لو أشتري عبداً، فأبق قبل القبض، وأجاز ثم أراد الفسخ، فله ذلك ما لم يعد العبد. ولو استأجر طاحونتين متقابلتين، فانقص الماء، وبقي ماء تدور به إحداهما، ولم يفسخ.

قال العبادي: يلزمه أجرة أكثرهما وقال في «التتمة»: إنّه لو دفع غزلاً إلى سُلاج، واستأجره لنسج ثوب طوله عشرة أذرع في عرض معلوم، فجاء بالثوب وطوله أحد عشر لا يستحق شيئاً من الأجرة؛ لأنه في آخر الطاقة الأولى من الغزل، صار مخالفاً لأمره، فإنه إذا بلغ طولها عشرة، كان من حقه أن يقطعها، لتعود إلى الموضع الذي بدأ منه، فإذا لم يفعل، وقع ذلك وما بعده في غير الموضع المأمور، وإن جاء به، وطوله تسعة، فإن كان طول السدي عشرة، استحق من الأجرة بقدره؛ لأنه، لو أراد أن ينسج عشرة؛ لتمكن منه، وإن كان طوله تسعة، لم يستحق شيئاً؛ لمخالفته في الطاقة الأولى ولو كان الغزل المذفوع إليه مسدي فاستأجره كما ذكرنا، ودفع إليه من اللخمة ما يحتاج إليه، فجاء به أطول من العرض المشروط، لم يستحق للزيادة شيئاً، وإن جاء به أقصر من العرض المشروط، استحق بقدره من الأجرة، وإن وافق في الطول، وخالف في العرض، فإن كان ناقصاً، نُظِر؛ إن كان ذلك لمجاوزته القدر المشروط من الصفاقة، لم يستحق من الأجرة شيئاً؛ لأنه مفرط بمخالفته أمره، وإن راعى المشروط في صفة الثوب رقةً وصفاقةً، فله الأجرة؛ لأن الخلل، والحالة هذه، من السدي فإن كان أزيد، فإن أخل بالصفاقة، لم يستحق شيئاً، وإلا استحق الأجرة بتمامها؛ لأنه زاد خيراً.



فرع:

بَيْعُ الْحَدِيقَةِ الَّتِي سَأَى عَلَيْهَا فِي الْمَدَّةِ يَشْبَهُ بَيْعَ الْمَسْتَأْجِرِ، وَلَمْ أَرْ لَهُ ذِكْرًا نَعَم فِي فِتَاوَى صَاحِبِ «التَّهْذِيبِ» أَنَّ الْمَالِكَ، إِنْ بَاعَهَا قَبْلَ خُرُوجِ الثَّمَرَةِ، لَمْ يَصَحَّ؛ لِأَنَّ لِلْعَامِلِ حَقًّا فِي ثَمَارِهَا، فَكَأَنَّهُ قَدْ اسْتَنْتَى بَعْضَ الثَّمَرَةِ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ خُرُوجِ الثَّمَرَةِ، صَحَّ الْبَيْعُ فِي الْأَشْجَارِ، وَنَصِيبُ الْمَالِكِ مِنَ الثَّمَارِ، وَلَا حَاجَةَ إِلَى شَرْطِ الْقَطْعِ؛ لِأَنَّهَا مَبِيعَةٌ مَعَ الْأَصُولِ، وَيَكُونُ الْعَامِلُ مَعَ الْمُشْتَرِي كَمَا كَانَ مَعَ الْبَائِعِ، وَإِنْ بَاعَ نَصِيبَهُ مِنَ الثَّمَرَةِ وَخَذَهَا، لَمْ تَصَحَّ لِلْحَاجَةِ إِلَى شَرْطِ الْقَطْعِ وَتَعَذُّرِهِ فِي الشَّاعِ (١)، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

(١) قال النووي: ومما يتعلق بكتاب الإجارة، مسائل.

إحداها: إذا توجه الحبس على الأجير، قال الغزالي في «الفتاوى»: إن أذكر في الحبس، جمع بينهما. وإن تعذر، فإن كانت الإجارة على العين، قدم حق المستأجر كما يقدم حق المرتين، ولأن العمل مقصود في نفسه، والحبس ليس مقصوداً في نفسه، ثم القاضي يستوثق [عليه مدة العمل] إن خاف هربه على ما يراه. وإن كانت الإجارة في الذمة، طوبى بتحصيله بغيره. فإن امتنع، حبس بالحقين. الثانية: لا يلزم المؤجر أن يدفع عن العين المستأجرة الحريق والنهب وغيرهما، وإنما عليه تسليم العين ورد الأجرة إن تعذر الاستيفاء. وأما المستأجر، فإن قدر على ذلك من غير خطر، لزمه كالمودع.

الثالثة: إذا وقعت الدار على متاع المستأجر، فلا شيء على المؤجر، ولا أجرة تخليصه. الرابعة: استأجره لبناء درجة، فلما فرغ منها انهدمت في الحال، فهذا قد يكون لفساد الآلة، وقد يكون لفساد العمل، والرجوع فيه إلى أهل العرف. فإن قالوا: هذه الآلة قابلة للعمل المحكم وهو المقصّر، لزمه غرامة ما تلف.

الخامسة: إذا جعل غلّة في المسجد وأغلقه، لزمه أجرته، لأنه كما يضمن المسجد بالاتلاف يضمن منفعته، ذكر هذه المسائل الخمس الغزالي في «الفتاوى» وتقييده في المسجد بما إذا أغلقه، لا حاجة إليه، بل لو لم يغلقه، ينبغي أن تجب الأجرة، للعلة المذكورة.

السادسة: استأجر بهيمة إلى بلد لحمل متاع، ثم أراد في أثناء الطريق بيعه والرجوع، وطلب رد بعض الأجرة، فليس له شيء، لأن الإجارة عقد لازم، بل إن باعه، فله حمل مثله إلى المقصد المسمى.

السابعة: في فتاوى القاضي حسين: أنه لو أكره الإمام رجلاً على غسل ميت، فلا أجرة له، لأن غسله فرض كفاية، فإذا فعله بأمر الإمام، وقع عن الفرض، ولو أكرهه بعض الرعية، لزمه أجرة المثل، لأنه مما يستأجر عليه، هذا كلام القاضي حسين، ووافقه جماعة. قال إمام الحرمين: هذا إذا لم يكن للميت تركة، ولا في بيت المال سعة. فإن كان له تركة، فمؤنة تجهيزه في تركته، وإلا، ففي بيت المال إن اتسع، فيستحق المكروه الأجرة. قال الرافعي في أوائل كتاب السير: هذا التفصيل حسن، فيحمل عليه إطلاقهم.

الثامنة: أجرت نفسها للإرضاع، هل عليها الفطر في رمضان إذا احتاج الرضيع إليه؟ فيه كلام سبق واضحاً في كتاب الصيام.

التاسعة: استأجر ابنه الذي بلغ سنّاً يعمل مثله فيه لئسقط نفقته عن نفسه وينفق عليه من أجرته، جاز، كما يشتري ماله، ذكره في فتاوى القاضي حسين.

## كِتَابُ الْجَعَالَةِ

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَصُورَتُهَا أَنْ يَقُولَ: مَنْ رَدَّ عَبْدِي الْأَبْقَ فَلَهُ دِرْهَمٌ مَثَلًا، وَهِيَ صَحِيحَةٌ وَأَزْكَائُهَا أَرْبَعَةٌ: الْأَوَّلُ: الصَّيغَةُ الدَّالَّةُ عَلَى الْإِذْنِ فِي الرَّدِّ بِشَرْطِ عَوَضٍ، فَلَوْ رَدَّ إِنْسَانٌ أَبْدَاءَهُ فَهُوَ مُتَبَرِّعٌ فَلَا شَيْءَ لَهُ (ح م)، وَكَذَا إِذَا رَدَّ مَنْ لَمْ يَسْمَعْ نِدَاءَهُ فَإِنَّهُ قَصَدَ التَّبَرُّعَ، وَإِذَا كَذَّبَ الْفُضُولِيُّ وَقَالَ: قَالَ فَلَانٌ مَنْ رَدَّ فَلَهُ دِرْهَمٌ فَلَا يَسْتَحِقُّ الرَّادُّ عَلَى الْمَالِكِ وَلَا عَلَى الْفُضُولِيِّ لِأَنَّهُ لَمْ يَضْمَنْ، وَإِنْ قَالَ الْفُضُولِيُّ: مَنْ رَدَّ عَبْدَ فَلَانٍ فَلَهُ دِرْهَمٌ لَزِمَهُ لِأَنَّهُ ضَامِنٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ أَوْرَدَ هَذَا الْبَابَ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ، وَمِنْهُمْ صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» وَجَمَّهَرُوهُمْ أوردته في آخر «باب اللقطة» ولكل مناسبة، فالأول لأن للجعالة شبهاً ظاهراً بالإجارة.

والثاني: لأن الحاجة إلى هذا العقد في الأغلب تقع في الضوال والعبيد الأبقين، فحسن وصله باللقطة.

والجعالة في اللغة<sup>(١)</sup>: ما يُجْعَلُ لِلْإِنْسَانِ عَلَى شَيْءٍ يَفْعَلُهُ، وَكَذَلِكَ الْجُعْلُ وَالْجَعِيلَةُ، وَأَمَّا فِي الشَّرْعِ فَصُورَةُ عَقْدِ الْجَعَالَةِ أَنْ يَقُولَ: مَنْ رَدَّ عَلَيَّ عَبْدِي الْأَبْقَى أَوْ

(١) الجعالة بفتح الجيم وكسرهما وضمها: ما يجعل على العمل ويقال: جعلت له جعلاً، وأجعلت: أوجبت.

وقال ابن فارس في «المجمل»: الجعل، والجعالة، والجعيلة: ما يعطاه الإنسان على الأمر يفعله، ينظر المطلاع على أبواب المقنع ص (٢٨١).

عرفها الشافعية بأنه: التزام مطلق التصرف عوضاً معلوماً على عمل معين أو مجهول لمعين أو غيره.

عرفها المالكية بأنه: عقد معاوضة على عمل آدمي بعوض غير ناشئ عن محله به لا يجب إلا بتمامه.

حاشية الباجوري على ابن القاسم ٣٤/٢.

دَائِبِي الضَّالَّة<sup>(١)</sup>، فله كذا، وهو صحيح، لمسيس الحاجة إليه في الأعمال المجهولة واستأنسوا له بقوله تعالى: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ جِمْلٌ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف - ٧٢] ثم إن صاحب الكتاب أودع مسائله فصلين:

أحدهما: في أركان الجعالة وعدّها أربعة أحدها: الصيغة الدالة على الإذن في العمل يعوض يلتزمه، فلو أبق عبداً إنسان، أو ضلّت دابته، فردّه غيره بغير إذنه، فلا شيء له سواء، كان الرادّ مغروراً بردّ الضّوال أو لم يكن، خلافاً لمالك حيث قال: إن كان مغروراً أنّه يستحقّ أجره المثل، ولأبي حنيفة رضي الله عنه حيث قال فلا شيء له، سواء كان الرادّ مغروراً بردّ الضّوال، أو لم يكن؛ خلافاً لمالك حيث قال: إن كان مغروراً به استحقّ أجره المثل، ولأبي حنيفة حيث قال: في العبد خاصة إن ردّه من مسافة ما دون ثلاثة أيام، استحقّ أجره المثل، وإن ردّه من مسافة ثلاثة أيام أو أكثر، فإن لم يكن مغروراً بردّ الأبقين، لم يستحقّ شيئاً، وإن كان مغروراً به، استحقّ أربعين ذهماً استحساناً؛ إلا أن تكون قيمته أقلّ من أربعين، فيستحقّ قدر قيمته ناقصاً بدرهم، ولأحمد؛ حيث قال: يستحقّ في ردّ الأبق ديناراً، سواء كان مغروراً بذلك، أو لم يكن. لنا: أنّه عمل لم يلتزم له المالك عوضاً، فيقع تبرعاً كما لو لم يكن مغروراً بالردّ، وكما لو ردّ غير العبد.

ولو قال لواحد: ردّ أبقني، ولك كذا، فردّه غيره لم يستحقّ شيئاً؛ لأنّه لم يشترط للغير ذلك المعين، نعم، ردّ عبده كردّه في استحقاق الجعل؛ لأنّ يده كيدّه.

ولو قال: من ردّه، فله كذا، فردّه من لم يسمع نداءه، لم يستحقّ شيئاً؛ لأنّه قصّد التبرع، فإنّ قصّد العوض، لا اعتقاده أنّ مثل هذا العمل لا يحبط ويستحقّ به الأجرة، وكذلك، وعن الشيخ أبي محمد تردّد فيه؛ لأنّه حصل المقصود، وشملته اللفظ بعمومه. والظاهر الأوّل، ولا عبرة بأعتقاده، وكذلك لو عين واحداً، فقال: إن ردّه فلأن، فله كذا، فردّه غير عالم بإذنه والتزامه، وإن أذن في الردّ، ولم يلتزم العوض،

(١) قال في الخادم: هل تجوز الجمالة على ردّ الزوجة؟ هذه مسألة مهمة لم يصرحوا بها وقد يتوقف فيها من جهة أن الحر لا يدخل تحت اليد، لكن في كلام الرافعي في الضمان ما يؤخذ منه الجواز حيث قال: تصح الكفالة بيد المرأة لمن ثبتت زوجيته؛ لأنّ الحضور مستحق عليها كما تصح الكفالة بيد عبد أبق لمالكة. انتهى.

وفي هذا التخييع نظر؛ لأن الكفالة لا بد فيها من إذن المكفول، فإذا أذنته في الكفالة فقد سلطته على إحضارها ككفالة بدن الحر إذا أذن فيها، ولا كذلك في الجمالة، وقال الزركشي أيضاً: ولا تنحصر صورتها في ذلك بل لو قال شخص: إن رددت عليك عبدك فلي عليك كذا، فيقول نعم.

فلا شيء للراد. هذا ظاهر النص، وفيه الخلاف المذكور فيما إذا دَفَع ثوباً إلى غَسَالٍ ليغسله، فغسله، ولم يجز للأجرة ذكر.

ولا يشترط أن يكون الملتزم من يقع العمل في ملكه، بل لو قال غير المالك: مَنْ رَدَّ عَبْدَ فُلَانٍ، فله كذا، استحَقَّ الراد عليه؛ ووجه ذلك بأنه التزمه، وليس كما إذا التزم الثَّمَنُ في بيع غيره، والثواب على هبة غيره، لأنه عوض تملك، فلا يتصور وجوبه على غير مَنْ حَصَلَ له المَلِكُ، والجعل ليس عوض تملك، ولو قال فضولي: قال فلان: مَنْ رَدَّ عَبْدِي، فله كذا، لم يستحق الراد على الفضولي؛ لأنه لم يلتزم، وأما المالك، فإن كذب الفضولي عليه، فلا شيء عليه [أيضاً، وكان من حقه الراد أن يثبت، وإن صدق. قال في «التهذيب»: يثبت الأستحقاق عليه، وكان هذا<sup>(١)</sup> فيما إذا كان المخبر ممن يعتمد على قوله، وإلا، فهو كما لو رَدَّ غير عالم بإذنه والتزامه<sup>(٢)</sup>، ولا فَرْق في صيغة المالك بين أن يقول: مَنْ رَدَّ عَبْدِي، وبين أن يقول: إِنْ رَدَّهُ إِنْسَانٌ، أو إِنْ رَدَّدْتَهُ، أو: رُدَّهُ، ولك كذا.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّانِي: الْعَاقِدُ. وَشَرْطُهُ أَهْلِيَّةُ الْإِجَارَةِ، وَلَا يُشْتَرَطُ تَعْيِينُ الْعَامِلِ لِمَصْلَحَةِ الْعَقْدِ وَكَذَلِكَ لَا يُشْتَرَطُ الْقَبُولُ (و) قَطْعاً.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يلتزم الجعل ينبغي أن يكون مُطْلَقَ التصرف، وإليه أشار بقوله: «وشرطه أهلية الإجارة» وإنما خص الإجارة بالذكر؛ لأنها أشبه بالجعالة من البيع وغيره؛ لأن كل واحدة منهما مقابلة منفعة بمال، والعامل يجوز أن يكون شخصاً معيناً، أو جماعة معينين، ويجوز ألا يكون كذلك، وقد بان مثال القسمين في الفصل السابق، وإنما أختل إيهام العامل؛ لأن رد الآبق وما في معناه قد لا يتمكن منه معين، ومن يتمكن [منه] ربما لا يكون حاضراً، وربما لا يعرفه المالك، فإذا أطلق الأشتراط، وشاع ذلك يسارع من يتمكن منه إلى تحصيل العوض<sup>(٣)</sup>، فأقتضت مصلحة العقد احتمالاً، ثم إذا لم يكن العامل معيناً، فلا يتصور للعقد قبول، فإن كان معيناً فلا يشترط قبوله أيضاً على المشهور، ويكفي الإتيان بالعمل.

وقال الإمام: لا يمتنع أن يكون كالوكيل في اشتراط القبول.

فيجوز أن يُعْلَمَ لذلك قوله في الكتاب: «لا يُشْتَرَطُ الْقَبُولُ» بالواو، وقوله:

(١) سقط في: ب.

(٢) قال النووي: لو شهد الفضولي على المالك بإذنه، قال: فينبغي أن لا تقبل شهادته، لأنه متهم في ترويح قوله. وأما قول صاحب «البيان»: مقتضى المذهب قبولها، فلا يوافق عليه.

(٣) في د: الغرض.

«وكذلك» أراد لرعاية مصلحة العقد، وليشترط عند التعيين أهلية العمل في العامل<sup>(١)</sup>.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: الثَّالِثُ: الْعَمَلُ وَهُوَ كُلُّ مَا يُسْتَأْجَرُ عَلَيْهِ وَإِنْ كَانَ مَجْهُولًا فَإِنَّ مَسَافَةَ رَدِّ الْعَبْدِ قَدْ لَا تُعْرَفُ، وَلَا يُشْتَرَطُ (ز) الْجَهْلُ بَلْ لَوْ قَالَ: مَنْ خَاطَ ثَوْبِي أَوْ مَنْ حَجَّ عَنِّي فَلَهُ دِينَارٌ أَسْتَحِقُّ (ز) لِأَنَّهُ إِذَا جَازَ مَعَ الْجَهْلِ فَمَعَ الْعِلْمُ أَوْلَى، وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِلَّا عَلَى عَمَلٍ مَجْهُولٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَا لَا يَجُوزُ الْإِجَارَةُ عَلَيْهِ مِنَ الْأَعْمَالِ لِكُونِهِ مَجْهُولًا تَجُوزُ الْجَعَالَةُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ مَسَافَةَ رَدِّ الْأَبْقِ قَدْ لَا تُعْرَفُ فَتَدْعُو الْحَاجَةَ إِلَى أَحْتِمَالِ الْجَهَالَةِ فِيهِ، كَمَا لَا تَدْعُو إِلَى أَحْتِمَالِهَا فِي الْعَامِلِ، وَإِذَا كُنَّا نَحْتَمِلُ<sup>(٢)</sup> الْجَهَالَةَ فِي الْقِرَاضِ؛ لِتَحْصِيلِ زِيَادَةِ فَلَا نَحْتَمِلُهَا فِي الْجَعَالَةِ أَوْلَى.

وَأَمَّا مَا تَجُوزُ الْإِجَارَةُ عَلَيْهِ، فَفِي جَوَازِ الْجَعَالَةِ عَلَيْهِ وَجِهَانِ، سَبَقَ ذِكْرُهُمَا فِي الْحَجِّ، وَالْأَصْحَحُ: الْجَوَازُ، وَقَدْ ذَكَرْنَا هُنَاكَ مَا يَقْتَضِي إِغْلَامَ قَوْلِهِ: «وَلَا يُشْتَرَطُ الْجَهْلُ» بِالزَّيِّ، وَكَذَا قَوْلُهُ: «أَسْتَحِقُّ».

ولو قال: من رد على مالي، فله كذا، فردّه عليه من كان في يده، نُظِرَ، إِنْ كَانَ فِي رَدِّهِ كَلْفَةٌ وَمَوْئَةٌ؛ كَالْعَبْدِ الْأَبْقِ، اسْتَحَقَّ الْجُعْلُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَالدِّرَاهِمِ وَالْدَنَانِيرِ، فَلَا، لِأَنَّ مَا لَا كَلْفَةَ فِيهِ، لَا يُقَابَلُ بِالْعَوَضِ.

ولو قال: من دلني على مالي، فدلته من المال في يده، لَمْ يَسْتَحَقَّ الْجُعْلُ؛ لِأَنَّ

(١) قال في الخادم: والظاهر أن المراد بأهلية العمل القدرة عليه، فلو لم يكن قادراً كالعاجز الضعيف الذي يغلبه العبد على نفسه لا يصح عقد الجعالة معه؛ لأن كمال منافعه معدومة فأشبهه استئجار ما لا منفعة فيه.

وقضية كلام الشيخ أنه إذا لم يكن معيناً لا يشترط ذلك حتى لو رده صبي أو سفیه استحق المسمى وقد اضطرب كلام الماوردي في مسألة الصبي فقال هنا لو قال: من جاء بعبي الأبق فله دينار، فمن جاء به استحق من رجل أو امرأة أو صبي أو عبد صغير أو كبير عاقل أو مجنون إذا كان قد سمع النداء أو علم به لدخولهم في عموم قوله «من جاء به». انتهى.

وهذا يؤيد إطلاق الشيخ. قال الزركشي: إلا أن في دخول المجنون في الخطاب نظراً لا يخفى، وقال الماوردي في كتاب السير: إن الصبي لو سمع النداء ورد لم يستحق، وكذا العبد إذا قام به بغير إذن سيده، ولو رده بإذن سيده استحق السيد. قال في المطلب بعد إيراد كلام المارودي: والأشبه أنه في العبد لا يستحق سيده، وإن دخل في الخطاب؛ لأن العبد لا يجوز له الرد لأنه تصرف في منافعه المملوكة بغير إذن سيده وإذا لم يجوز له يصح العقد معه كما لو أجز نفسه بلا إذن.

(٢) في ز: وإلا احتمال.

ذلك واجب عليه بالشئ، فلا يجوز أخذ العوض عليه، وإن كان في يد غيره فدل عليه، استحق، لأن الغالب أنه يلحقه مشقة في البحث عنه. وفيما حكيناه ما ينبتك أن ما يُعتبر في العمل لجواز الإجارة يُعتبر لجواز الجعالة سوى كونه معلوماً<sup>(١)</sup>، وربما فهم ذلك من قوله: «وهو كل ما يستاجر عليه، وإن كان مجهولاً».

قال الغزالي: الرابع: الجعل وشروط أن يكون معلوماً مقدراً كالأجرة فلو قال: من رد من بلد كذا فله دينار فرد من نصف الطريق، استحق النصف أو من الثلث استحق الثلث، ولو رد من مكان أبعد لم يستحق زيادة لأنه لم يشترط، وإن قال: من رد فله دينار فاشترك فيه اثنان فهو لهما، فإن عيّن واحداً فعاقبته غيرهُ لقصده معاونة العايل فالكل للعايل، وإن قصد طلب أجرة فلا شيء له وللعايل نصف دينار.

قال الرافعي: يجب أن يكون الجعل المشروط معلوماً كالأجرة، فإنه لا حاجة إلى احتمال الجهالة فيه، بخلاف العمل، وأيضاً، فإنه لا يكاد يزغب أحد في العمل، إذا لم يعلم بالجعل، فلا يحصل مقصود العقد، فإن شرط جعلاً مجهولاً؛ بأن قال: من رد أبقي، فله ثوب أو دابة، أو إن رددته، فعلي أن أرضيك أو أعطيك شيئاً، فسد العقد والمستحق بالعمل أجره المثل، وكذا لو جعل الجعل خمرأ أو خنزيراً، ولو جعل الجعل ثوباً مغصوباً، ذكر الإمام احتمالين:

أحدهما: يُخرجه على القولين فيما إذا جعل المغصوب صداقاً، حتى يرجع في قول إلى قيمة ما يقابل الجعل، وهو أجره المثل، وفي قول إلى قيمة المسمى.

وثانيهما: القطع بأجرة المثل؛ لأن العوض ركن في هذه المعاملة؛ بخلاف الصداق، ولو قال: من رد عبدي، فله سلبة أو ثيابه قال في «التتمة»: إن كانت معلومة أو وصفها بما يفيد العلم، فللرأد المشروط، وإلا، فله أجره المثل، فإن قال: فله نصفه أو زبغه، فالجواب في «التتمة» الصحة، وفي «أمالي» أبي الفرج السرخسي المنع، وهو قريب من استئجار المزرعة (بجزء) من الرقيق الرضيع بعد الفطام، ثم في الفصل مسألتان:

الأولى: لو قال: من رد عبدي من بلد كذا، فله دينار، فيجبي أولاً فيه الخلاف المذكور في أن العمل المعلوم، هل يجوز فيه الجعالة.

إن قلنا: نعم، وهو الأصح فمن رده من نصف الطريق، استحق نصف الجعل،

(١) قال النووي: فمن ذلك أنه لو قال: من أخبرني بكذا، فله كذا فأخبره به إنسان فلا شيء له، لأنه لا يحتاج فيه إلى عمل كذا صرح به البغوي وغيره.

ومن رده من ثلثه، استحقَّ الثلث، وإن رده من مكانٍ أبعد، لم يستحقَّ زيادة؛ لأنه لم يلتزم وإن قال: إن رددتُما عبدي، ملكما كذا، فردّه أحدهما، استحقَّ نصف الجعل؛ لأنه لم يلتزم له أكثر من ذلك ولو قال: إن رددتُما عبدي، فرد واحد منهما أحد العبدَيْن<sup>(١)</sup> لم يستحقَّ إلا الرُّبع.

وفي هذه الصورة شبهة؛ لأنه ألتزم معلق بالرد من ذلك البلد، وبرد العبدین، ولو توزع الجعل في الجعالة على العمل، لا يستحقُّ النصف، إذا رد من ذلك البلد إلى نصف الطريق، ولما وقع النظر إلى كونه المأتي به نافعاً أو غير نافع، كما في الإجارة.

الثانية: قال: من، رد عبدي، فله كذا، فاشترك في رده اثنان أو جماعة، فالجعل مشترك. ولو قال لثقتي: إن رددتُم عبدي، فلكم كذا، فردوه، فكذلك، ويقسم بينهم على عدد الرؤوس؛ لأنَّ العمل في أضله مجهول، ولا نظر إلى مقداره في التوزيع، قال الإمام: لا يبعد أن يُقال: إنما يدفع الجعل إليهم عند تمام العمل، وحيتيذ، فقد أنضبط العمل، فيوزع على أجور أمثالهم.

ولو قال لزيد: إن رددته، فلك دينار، فردّه بشركة غيره، فلا شيء عليه لذلك الغير؛ لأنه، لم يلتزم، وأما زيد فإن قصد الغير معاونته، وإما بعوض أو مجاناً، فله تمام الجعل؛ لأنه قد يحتاج إلى أستعانة بالغير، ومقصود المالك رد العبد بأي وجه أمكن، فلا يُحْمَل لفظه على قصر العمل على المخاطب، ولا شيء لذلك الغير على زيد، إلا أن يلتزم أجره، ويستعين به، وإن قال: عملت للمالك، لم يكن لزيد تمام الجعل. قال الإمام: ويُعترض بالنظر في أن التوزيع على الرؤوس أو على قدر العمل؟ ورأي الظاهر التوزيع على العمل، لكن المشهور الأول، وعلى ذلك ينطبق قوله في الكتاب: «وللعامل نصف دينار».

وليس قوله: «وإن قصد طلب أجره» لتخصيص الحكم به، فإنه إذا قصد العمل للمالك، فلا فرق بين أن يقصد الشركة في الجعل، وبين أنه يقصد التبرع، ولا شاركه اثنان في الرد، فإن قصد إعانة زيد، فله تمام الجعل، وإن قصد العمل للمالك، فله ثلثه، وإن قصد أحدهما إعانتته، والآخر العمل للمالك، فله الثلثان، وقد خطر بالبال هنا أن العامل المعين، هل يوكل الغير؛ لينفرد بالرد كما يستعين به، وأنه إذا كان النداء عاماً، فوكل رجل غيره، ليرد له، هل يجوز؟ ويشبه أن يكون الأول كتوكيل الوكيل.

والثاني: كالتوكيل بالأحطاب والأستقاء<sup>(١)</sup>.

ولو قال لواحد: إن رددته، فلك كذا، ولآخر: إن رددته، فلك كذا، ولثالث: إن رددته، فلك كذا، فأشتركوا في الرد.

قال الشافعي رضي الله عنه لكل واحد منهم ثلث ما جعل له أتفقت الأفعال أو اختلفت. قال المسعودي: وهذا إذا عمل كل واحد منهم لنفسه، أما إذا قال أحدهم: أعنت صاحبي، وعملت لهما، فلا شيء له، ولكل واحد منهما نصف ما شرط له، ولو قال اثنان: عملنا لصاحبنا، فلا شيء لهما، وله جميع المشروط له، ثم في الحكم بأن لكل واحد منهما الثلث تصريح بالتوزيع على عدد الرؤوس، وعلى هذا فلو رده اثنان منهم، فلكل واحد منهما نصف المشروط له وإن أعانهم رابع في الرد، فلا شيء له، ثم إن قال: قصدت العمل للمالك فلكل واحد من الثلاثة ربع المشروط له.

وإن قال: أعنتهم جميعاً، فلكل واحد منهم ثلث المشروط، كما لو لم يكن معهم غيره. وإن قال: أعنت فلاناً، فله نصف المشروط له، ولكل واحد من الآخرين ربع المشروط له، وعلى هذا القياس؛ لو قال: أعنت فلاناً فلاناً، فلكل واحد منهما ربع المشروط له وثلث ربع المشروط له.

ولو قال لواحد: إن رددته، فلك دينار، وقال لآخر: إن رددته، أرختك، أو فلك ثوب فردّه، فلأول نصف الدينار، وللثاني نصف أجرة المثل<sup>(٢)</sup>.

قال الغزالي: أما أحكامها فالجواز من الجانبين كالقراض وجواز الزيادة والتقصان قبل فراغ العمل ووجوب استحقاق الأجرة على تمام العمل حتى لا يستحق بالبعض البعض، بل لو مات العبد على باب الدار أو هرب قبل التسليم فلا حق.

قال الرافعي: الفصل الثاني: في أحكام الجعالة؛ فمنها: الجواز، فلكل واحد من المالك والعاقل فسحبه قبل تمام العمل، قال في «التتمة»: لأن الجعالة تشبه الوصية من حيث إنها تعليق استحقاق بشرط، والرُجوع عن الوصية جائز، وكذلك ههنا، وبعد تمام العمل؛ لا معنى للفسخ ولا أثر له؛ لأن الدين قد لزم<sup>(٣)</sup>، ثم إن اتفق الفسخ قبل

(١) قال النووي: ولو قال: أول من يرد أبقى فله دينار فردّه اثنان، استحقا الدينار وستأتي هذه المسألة إن شاء الله تعالى في آخر الطرف الثالث من الباب السادس في تعليق الطلاق.

(٢) قال النووي: ولو قال المعين للثلاثة مثلاً في الصور السابقة أردت أن أخذ الجعل من المالك، لم يستحق شيئاً، وكان لكل من الثلاثة ربع الشروط له.

(٣) العبارة الوافية أن يقال: لأن الجعل قد لزم أو استحقه العامل أو ملكه العامل ملكاً لازماً أو غير ذلك مما يشمل العين والدين. قاله الشيخ البلقيني.



الشروع في العمل، فلا شيء للعامل، وإن كان بغدّه، فإن فسَخَ العاملُ لم يستحقَّ لما عمل شيئاً؛ لأنه أمتنع بأختياره، ولم يَخْضُلْ غرضُ المالكِ بما عمِلَ، وإن فسَخَ المالكُ، فوجهان مذكوران في «التهديب»:

أحدهما: أنه لا شيء للعامل أيضاً، كما لو فسَخَ بنفسه.

وأصحُّهما: أنه يستحقُّ أجرَةَ المثل لما عمل كَيْلاً يحبط سغيه بفسخ غيره، وهذا ما أورده المعظم، وربما عبّروا عنه بأنه ليس له الفسخ؛ حتى يضمن العاملُ أجرَةَ مثل ما عمل. وذكر الإمام فيما إذا فسَخَ المالكُ بعد الشروع في العمل، والعاملُ معيّنٌ أنه لا يبعد تخريجه على الخلاف في عزل الوكيل في غيبته، وهذا بعيدٌ عن كلام الأصحاب.

ورد أبو سعيد المتولّي هذا التشبيه إلى شيء آخر، وهو أن ما يعملهُ العاملُ بعد الفسخ لا يستحق عليه شيئاً إن كان عالماً بالفسخ، فإن لم يعلمه بنى على ذلك الخلاف. وكما يفسخ الجعالة بالفسخ تنفسخ بالموت، ولا شيء للعامل بما يعمل بعد موت المالك، ولو قطع بعض المسافة، ثم مات المالك، فردّه إلى وارثه، استحقَّ من المسمّى بقدر ما عمِلَ في حياته، ذكره أبو الفرج السرخسي.

ومنها: أنه يجوز التصرف في الجعل بالزيادة والنقصان، وبغير الجنس قبل العمل فلو قال: من ردّ عبدي، فله عشرة، ثم قال: من ردّه، فله خمسة، أو بالعكس، فالاعتبار بالنداء الأخير، والمذكور فيه هو الذي يستحقه الراد.

نعم لو لم يسمع العامل النداء الأخير قال في «الوسيط»: احتمال أن يقال: يزجج إلى أجرَةَ المثل.

ثم قوله في الكتاب «قبل فراغ العمل» يقتضي جواز الزيادة والنقصان، ما لم يتم العمل، وفي «المهدب» وغيره أنه يجوز ذلك قبل العمل، كما قدّمناه، وهذا يشعر بما قبل الشروع، ولا شك في جواز هذا التصرف قبل الشروع، وأمّا في أثناء العمل، فالظاهر تأثيره في الرجوع إلى أجرَةَ المثل؛ لأن النداء الأخير فسَخَ للأول والفسخ في أثناء العمل يقتضي الرجوع إلى أجرَةَ المثل.

ومنها توقّف استحقاق الجعل على تمام العمل حتى لو سعى في طلب الأبق وردّه، فمات في الطريق، أو على باب دار المالك، أو هرب أو غصبه غاصب، أو تركه العامل، أو رجع بنفسه فلا شيء عليه للعامل، لأن الاستحقاق معلق بالرجوع<sup>(١)</sup> وهو

(١) قال النووي: ومنه لو خاط نصف الثوب فاحترق، أو تركه، أو بنى بعض الحائط فانهدم، أو تركه، فلا شيء للعامل. قاله أصحابنا.

المقصود، ويخالف ما إذا استأجره ليحج عنه فأتى ببعض الأعمال، ومات حيث يستحق من الأجرة بقدر ما عمل في أحد القولين، وفرقوا بينهما من وجهين:

أحدهما: أن المقصود من الحج الثواب، وقد حصل ببعض العمل بعض الثواب، وها هنا لم يحصل شيئاً من المقصود.

والثاني: أن الإجازة لازمة تجب الأجرة فيها بالعقد، وتستقر شيئاً فشيئاً، والجمالة جائزة لا يثبت شيء فيها إلا بالشرط، ولم يوجد، وإذا ردّ الأبق، لم يكن له حبه إلى استيفاء الجعل؛ لأن الاستحقاق بالتسليم، ولا حبه قبل الاستحقاق.

ولو قال: إن علمت هذا الصبي أو علمتني القرآن، فلك كذا، فعلمه البعض، وامتنع من تعليم الباقي، فلا شيء له، وكذا لو كان الصبي بليداً لا يتعلم كما لو طلب العبد، فلم يجده، ولو مات الصبي في أثناء التعليم، أستحق الأجرة لما علمه لوقوعه مسلماً بالتعليم؛ بخلاف ردّ الأبق، فإن تسلّم العمل بتسليم الأبق، وههنا، ليس عليه تسليم الصبي، ولا هو في يده، وإن منعه أبوه من التعليم، قللمعلم أجرة المثل لما علم، قاله في «الشامل».

وقوله «ووجوب استحقاق الأجرة» أراد بالأجرة الجعل، لما بينهما من التفاوت.

قال الغزالي: وإن أتكر المالك شرط أضل الجعل، أو شرطه في عبد معين، أو سعى العامل في الردّ فالقول قوله، وإن تنازعا في مقدار الجعل تحالفاً والرجوع إلى أجرة المثل.

قال الزايعي: إذا جاء بعبد الأبق، وطالبه بالجعل، فقال: ما اشترطت جعلاً، أو قال: شرطته على عبد آخر، لا على هذا العبد، ولو قال: ما سعت في رده، وإنما عاد العبد بنفسه، فالقول قول المالك؛ لأن الأضل عدم الشرط والرد.

ولو اختلفا في القدر المشروط<sup>(١)</sup>، تحالفاً، وللعامل أجرة المثل<sup>(٢)</sup>، كما لو اختلفا في الإجازة، وكذا لو قال المالك: شرطت الجعل على ردّ عبيد، فقال العامل: بل على ردّ الذي رددت.

## فروع:

الأول: لو قال: من ردّ عبدي إلي شهر، فله كذا. فعن القاضي أبي الطيب: أنه

(١) بعد الفراغ من العمل أو بعد الشروع، وقلنا: للعامل قسط ما عمله.

(٢) وفسخ العقد كما لو اختلفا في الإجازة، أما قبل الشروع فلا استحقاق له فلا تحالف.

لا يجوز؛ لأنَّ تقدير المدَّة يُخلُ بمَقْصود العَقْد؛ فَإِنَّهُ رِيباً لا يَظْفَرُ به في تلك المدَّة، فيضِيعُ سَعْيَهُ، ولا يَحْصُلُ غرض المَالِك، وهذا كما أَنَّهُ لا يَجُوزُ تقدير مدَّة. القِرَاضِ.

الثاني: إذا قال: بَعِ عِبْدِي هذا أو أَعْمَلْ كذا، وَلِكَ عَشْرَةَ دَرَاهِمَ، ففي بعض التصانيف أَنَّهُ، إِنْ كان العَمَلُ مَضْبُوطاً مُقَدَّراً، فهو إِجَارَةٌ، وَإِنْ احتاج إلى تردد أو كان غير مضبوطة فهو جَعَالَةٌ.

الثالث: لَمْ أَجِدْهُ مَسْطُوراً.

يد العامل على ما يحصل في يده إلى أن يرده يد أمانة، ثم لو رفع اليد عن الدابة، وخلاها في مضية، فهو تقصير مضمن ونفقة العبد، وعلف الدابة في مدة الرد يجوز أن يكون على ما ذكرنا في مكتري الجمال، إذا هرب مالكها، وخلاها عنده، ويجوز أن يقال: ذلك أمر أمضت إليه ضرورة، وههنا، أثبت العامل يده عليه باختياره، فيتكلف مؤنته، ويؤيد هذا بالعادة<sup>(١)</sup>.

الرابع: قال لغيره: إِنْ أَخْبَرْتَنِي بِخُرُوجِ فُلَانٍ مِنَ الْبَلَدِ، فَلِكِ كَذَا، فَأَخْبِرْهُ، ففي فتاوى القفال: أَنَّهُ إِنْ كان له غرض في خروجه، أَسْتَحَقُّ وإلا فلا، وهذا يقتضي أن يكون صادقاً، فَإِنَّ العَرَضَ حينئذٍ يَحْصُلُ، بخلاف ما إذا قال: إِنْ أَخْبَرْتَنِي بِكَذَا، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَأَخْبِرْتَهُ كاذباً، وينبغي أيضاً أن يُنظَرَ في أَنَّهُ، هل يناله تعب أم لا<sup>(٢)</sup>؟ واللَّهُ أَعْلَمُ.

(١) قال النووي: عجب قول الإمام الرافعي في نفقة المردود: لا أعلمه مسطوراً، وأنه يحتمل أمرين، وهذا قد ذكره القاضي ابن كج في كتابه «التجريد» وهو كثير النقل عنه، فقال: إذا أنفق عليه الراد، فهو متبرع عندنا. وهذا الذي قاله، ظاهر جارٍ على القواعد. وقول الرافعي: وخلاها في مضية، لا حاجة إلى التقييد بالمضية، فحيث خلاها، يضمن.

(٢) قال النووي: ومما يتعلق بالباب، وتدعو إليه الحاجة، ما ذكره القاضي حسين وغيره، وهو مما لا خلاف فيه، أنه لو كان رجلان في بادية ونحوها، فمرض أحدهما، وعجز عن السير، لزم الآخر المقام معه، إلا أن يخاف على نفسه، فله تركه. وإذا أقام، فلا أجرة له. وإذا مات، أخذ هذا الرجل ماله وأوصله إلى ورثته، ولا يكون مضموناً، قال القاضي: وكذا لو غشي عليه، قال: وأما وجوب أخذ هذا المال، فإن كان أميناً، ففيه قولان كاللقطة. وعندي، أن المذهب هنا الوجوب.

ومنها: ما ذكره ابن كج، قال: إذا وجدنا عبداً أبقوا، فالمذهب أن الحاكم يحبسهم انتظاراً لصاحبهم. فإن لم يجيء لهم صاحب، باعهم الحاكم وحفظ ثمنهم. فإذا جاء صاحبهم، فليس له غير الثمن. وإذا سرق الأبق، قُطِعَ كغيره.

## كِتَابُ إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَالْمُشْتَرَكَاتُ ثَلَاثَةٌ، أَرْضِي وَمَعَادِنُهَا وَمَنَافِعُهَا أَمَا الْأَرْضِي فَالْمَوَاتُ مِنْهَا يُمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ، قَالَ ﷺ: «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ»، وَالْمَوَاتُ كُلُّ مُتَّفَكٍ عَنِ اخْتِصَاصِ، وَالْاِخْتِصَاصُ سِتَّةُ أَنْوَاعٍ: النَّوْعُ الْأَوَّلُ الْعِمَارَةُ فَلَا يَتَمَلَّكُ مَعْمُورٌ، وَإِنْ أَنْدَرَسَتْ (و) الْعِمَارَةُ فَإِنَّهَا مِلْكٌ لِمَعْيِنٍ أَوْ لِبَيْتِ الْمَالِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ عِمَارَةً جَاهِلِيَّةً وَلَمْ يَظْهَرْ، أَنَّهَا دَخَلَتْ فِي يَدِ الْمُسْلِمِينَ بِطَرِيقِ الْغَنِيمَةِ أَوْ الْفَيْءِ حَتَّى يَجْرِيَ حُكْمُهَا فِيهَا تَمَلُّكُهَا بِالْإِحْيَاءِ (و) قَوْلَانِ لِتَعَارُضِ أَضَلِّ الْإِبَاحَةِ وَظَاهِرِ اسْتِيْلَاءِ الْمُسْلِمِينَ عَلَيْهِ، وَمَعْمُورٌ دَارُ الْحَرْبِ لَا يُمْلِكُ إِلَّا كَمَا (و) يُمْلِكُ سَائِرُ أَمْوَالِهِمْ، وَمَوَاتُهَا الَّذِي لَا يَذُبُّونَ الْمُسْلِمِينَ عَنْهَا يَمْلِكُهَا الْمُسْلِمُونَ وَالْكَفَّارُ جَمِيعاً بِالْإِحْيَاءِ، بِخِلَافِ مَوَاتِ الْإِسْلَامِ فَإِنَّ الْكَفَّارَ لَا يَمْلِكُونَهَا (ح) بِالْإِحْيَاءِ، أَمَا مَوَاتٌ يَذُبُّونَ عَنْهَا فَإِذَا اسْتَوْلَى طَائِفَةٌ عَلَيْهَا فِيهَا اخْتِصَاصُ الْمُسْتَوْلِينَ بِهَا دُونَ الْإِحْيَاءِ خِلَافٌ، قِيلَ: إِنَّهُمْ يَمْلِكُونَ، وَقِيلَ: هُمْ أَوْلَى بِالتَّمَلُّكِ بِإِحْيَائِهِ وَقِيلَ: لَا أَثَرَ لِمَجْرَدِ الْاسْتِيْلَاءِ فِيمَا لَيْسَ بِمَمْلُوكٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: أَكْثَرُ أَبْوَابِ «الْمُخْتَصِرِ» فِي هَذَا الْمَوْضِعِ إِلَى آخِرِ الرَّبْعِ فِي «العطايا»، إِمَّا مِنَ الشَّارِعِ كَمَا فِي «إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ» وَ«الْمَوَارِيثِ» أَوْ مِنَ الْأَدَمِيِّينَ.

«الهِبَةُ» وَ«الْوَصِيَّةُ». وَالْأَضَلُّ فِي إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ<sup>(١)</sup> مَا رُوِيَ عَنْ سَعِيدِ بْنِ زَيْدٍ أَنْ

(١) إحياء الموات: الموات هو الأرض الخراب الدارسة تسمى: ميتة، ومواتاً، ومواتناً بفتح الميم والواو.

والمواتان بضم وسكون الواو الموت الزريع.

ورجل مواتان بفتح الميم وسكون الواو يعني أعمى القلب.

ينظر المغني لابن قدامة ٤١٦/٥.

والموات اصطلاحاً:

عرفه الشافعية بأنه: أرض لا مالك لها، ولا يتنفع بها أحد.

عرفه المالكية بأنه: الأرض الخالية عن الاختصاص.

رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَنْ أَحْيَا، أَرْضاً مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ وَلَيْسَ لِعَرَقِ ظَالِمٍ حَقٌّ»<sup>(١)</sup>. وعن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا عن النبي ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «مَنْ عَمَّرَ<sup>(٢)</sup> أَرْضاً لَيْسَتْ لِأَحَدٍ فَهِيَ أَحَقُّ بِهَا»<sup>(٣)</sup> وعن سَمُرَةَ أَنَّهُ ﷺ قَالَ: «مَنْ أَحَاطَ حَاطِطاً عَلَى أَرْضٍ فَهِيَ لَهُ»<sup>(٤)</sup>.

وَرَوَى أَنَّهُ ﷺ قَالَ: [«عَادَى الْأَرْضَ لِلَّهِ وَرَسُولِهِ ثُمَّ هِيَ لَكُمْ»<sup>(٥)</sup>].

وَرَوَى ثَوْبَانُ: «الْأَرْضُ لِلَّهِ وَرَسُولِهِ ثُمَّ هِيَ لَكُمْ» مِنْ أَيْهَا الْمُسْلِمُونَ. يعني المَوَات، وهي: بفتح الميم والواو.

وقال الخطَّابِيُّ: وفيه لُغَةٌ أُخْرَى، وهو فَتَح الميم وتسكينُ الواو، فأما المَوَاتان بِضَمِّ الميم وسكونِ الواو، فهو الموت الذريع، فدلَّت هذه الأخبارُ وما في معناها على

= عرفه الحنفية بأنه: أرض لم تملك في الإسلام أو ملكت ولم يعرف مالكها وتعذر زرعها بانقطاع الماء أو غلبته أو نحوهما.

عرفه الحنابلة بأنه: الأرض الخراب الدارسة.

حاشية الباجوري ٣٨/٢، حاشية الدسوقي ٦٦/٤، الدرر ٤٣٠٦/١ المغني لابن قدامة ٦/١٤٧.

(١) تقدم في الغصب.

(٢) قال الحافظ في التلخيص: عَمَّر بفتح العين وتخفيف الميم، ووقع في البخاري: «من أعمر» بزيادة ألف في أوله، وخطيء راويها، وقال ابن بطلال، يمكن أن يكون اعتمر فسقطت التاء من النسخة، وفي الباب عن فضالة بن عبيد، ومروان عند الطبراني، وعن عمرو بن عوف المزني عند البزار وغيره.

(٣) أخرجه البخاري حديث (٢٣٣٥)، وأحمد والنسائي.

(٤) أخرجه أحمد وأبو داود حديث (٣٠٧٧) عنه والطبراني والبيهقي (١٤٢/٦) من حديث الحسن عنه وقال الحافظ في التلخيص: وفي صحة سماعه منه خلف، ورواه عبد ابن حميد من طريق سليمان الشكري عن جابر.

(٥) ذكره الحافظ وعزاه للشافعي (١٣٤٩) عن سفيان عن ابن طاوس مرسلاً باللفظ الأول، وزاد: «من أحى شيئاً من موتان الأرض فله رقبته» والبيهقي (١٤٣/٦) من طريق قبيصة عن سفيان باللفظ الثاني لكن قال: «فله رقبته» قال: ورواه هشام بن طاوس فقال: «ثم هي لكم مني» ثم ساقه من طريق أبي كريب نا معاوية بن هشام نا سفيان عن ابن طاوس عن أبيه عن ابن عباس رفعه: «موتان الأرض لله ولرسوله، فمن أحى منها شيئاً فهو له» تفرد به معاوية متصلاً وهو مما أنكر عليه.

قوله في آخره: أيها المسلمون، مدرج ليس هو في شيء من طرقه، وقد استدلل بها الرافعي فيما بعد على أن الأحياء يختص بالمسلمين وهو متوقف عن ثبوتها في الخبر، وقد تبع في إيرادها البغوي في التهذيب، والإمام في النهاية، وقوله: عَادَى الأرض بتشديد الياء المثناة يعني القديم الذي من عهد عاد وهلم جراً، وموتان بفتح الميم والواو قاله ابن بري وغيره، وغلط من قال فيه موتان بالضم.

حُصُولِ الْمَلِكِ بِالْإِحْيَاءِ، وَعَلَى جَوَازِ الْإِحْيَاءِ، وَيَدُلُّ عَلَى أَسْتِحْبَابِهِ مَا رَوَى عَنْ جَابِرِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ ﷺ قَالَ: «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً، فَلَهُ مِنْهُ أَجْرٌ وَمَا أَكَلَهُ الْعَوَافِي» (١) مِنْهَا فَهُوَ لَهُ صَدَقَةٌ» (٢).

وقوله: «والمشتركات ثلاثة»: أشار به إلى أن الأرض، والأعيان الخارجة منها، والمنافع المتعلقة برقيبتها مخلوقة لمنافع سُكَّانِهَا، والأصل فيها الاشتراك على معنى أن لكل أحد أن ينتفع بها، يعرض فيها الاختصاص بالملك وغيره؛ بعد أن لم يكن، ومقصود الكتاب الكلام في رقاب الأرض، وفي منافعها، وفي الأعيان الخارجة منها، وبيان أنها كيف تُملَكُ ويحدث فيها الاختصاص؟ الباب الأول: في رِقَابِ الْأَرْضِ، وهي قسمان:

القسم الأول: أراضي بلاد الإسلام، ولها أحوال ثلاثة:

الحالة الأولى: ألا تكون معمورة في الحال، ولا من قبل، فيجوز تملكها بالإحياء، سواء أذن فيه الإمام، أو لم يأذن، ويكفي إذن رسول الله ﷺ فيه.

وقال أبو حنيفة: لا بد من إذن الإمام فيه، وبه قال مالك رضي الله عنه فيما إذا كان الموضع قريباً من العمران يقع فيه المشاحة، ثم يختص ذلك بالمسلمين، وليس للذمي تملكها بالإحياء، ولا يأذن له الإمام فيه، ولو أذن له الإمام، وأحيائها لم يملك، وفي قوله ﷺ: «هِيَ لَكُمْ مِنِّي أَيُّهَا الْمُسْلِمُونَ». ما يقتضي التخصيص بهم.

وفيه وجه آخر: أنه يملك إذا أذن الإمام فيه؛ لأنه موضع الأجهاد، وبهذا قال الأستاذ أبو طاهر. وإذا قلنا بالأول، فلو كان له فيه عين، مال: [فله] نقله، فإن بقي بعد النقل أثر العمارة، قال القاضي ابن كنج: إن أحيأ مخرى بإذن الإمام، يملكه، وإن لم يأذن، فوجهان (٣)، وإن ترك العمارة متبرعاً، تولى الإمام أخذ غلتها، وصرفها إلى مصالح المسلمين، ولم يجز لأحد تملكها.

(١) العوافي جمع عافية وهم طلاب الرزق.

(٢) قال الحافظ في التلخيص: رواه أحمد (٣/٣١٣، ٣٢٦) والنسائي. وابن حبان من طريق عبيد الله بن عبد الرحمن عنه، وصرح عند ابن حبان بسماع هشام بن عروة منه، ويسمعه من جابر، ورواه أيضاً من طريق وهب بن كيسان عن جابر الجملة الأولى، واستدل به ابن حبان على أن الذمي لا يملك الموات، لأن الأجر إنما يكون للمسلم، وتعقبه المحب الطبري بأن الكافر يتصدق ويجازي عليه الدنيا كما ورد به الحديث، قلت: وقول ابن حبان: أقرب للصواب، وظاهر الحديث معه، والمتبادر إلى الفهم منه إن إطلاق الأجر إنما يراد به الأخروي، والله أعلم.

(٣) قال النووي: لعل أصحابها الملك، إذ لا أثر لفعل الذمي.

وقال أبو حنيفة ومالك وأحمد رضي الله عنهم: الذمي والمُسْلِمُ في الإحياء سواء كما في الاحتطاب والاحتشاش والاصطياد في دار الإسلام. والفرق عندنا: أن الحطب والحشيش والصيد يختلف، ولا يتضرر المسلمون بأن يملكها الذمي بخلاف الأراضي، وكذلك للذمي نقل تراب موات دار الإسلام، إذا لم يتضرر به المسلمون، والمستأمن كالذمي في الإحياء وفي الاحتطاب ونحوه، والحزبي ممنوع من جميع ذلك.

**والحالة الثانية:** إذا كانت معمورة في الحال، فهي لملاكيها<sup>(١)</sup>، ولا مدخل فيها للإحياء؛ لأن الإحياء لإحداث الملك، وهي مملوكة.

**والحالة الثالثة:** إذا لم تكن معمورة في الحال، ولكنها كانت معمورة من قبل، فيُنظر؛ إن عُرف مالِكها، فهي له ولورثته، ولا تملك بالإحياء ولا بالعمارة، وإن لم يُعرف نظر؛ إن كانت العمارة إسلامية، فهي إما لمسلم أو لذمي، وحكمها حكم الأموال الضائعة. قال في «النهاية»: والأمر فيه إلى رأي الإمام، إن رأى حفظه إلى أن يظهر مالكه، فإن رأى بيعه وحفظ ثمنه، وله أن يستقرضه على بيت المال. هذا ظاهر المذهب، وفيه خلاف سيأتي<sup>(٢)</sup>.

(١) إن عرف مسلماً كان أو ذمياً أو نحوه أو لوارثه ولا يملك ما خرب منه بالإحياء، نعم استثنى الماوردي ما عرض عنه كافر قبل القدرة عليه، فإنه يملك بالإحياء.

(٢) قال في الخادم: ما نقله عن الإمام من جواز البيع استشكله بعض المتأخرين وقال: ينبغي امتناع بيع الأرض؛ لأنه لا مصلحة فيه؛ وهي محفوظة بنفسها إلى أن يظهر مالكها أكثر من حفظ ثمنها، قال: والظاهر أن الإمام إنما أراد الآلات.

ورد صاحب الخادم ذلك فقال: كلام الإمام في الأرض لا في العمارة التي كانت عليها فإنه قال قسم الشافعي الأراضي، وعبر عنها بالبلاد إلى أن قال: وأما العمارة فقسمان: قسم لم يجر عليه ملك إلى أن قال: وقسم جرى عليه ملك، ثم درست العمارة فهو ملك لمالكه، والأملك لا تحبى بزوال العمارة، قال صاحب الخادم: ويؤيد ما حكاه الرافعي هنا عن الإمام من البيع ما ذكره في الروضة آخر الجعالة عن ابن كج فيما إذا وجد عبداً أبقوا فمذهبنا أن الحاكم يحبسهم انتظاراً لصاحبهم، فإن لم يجيء لهم صاحب، باعهم الحاكم وحفظ ثمنهم، قيل: وما جزم به النووي تبعاً للرافعي من جواز الاستقراض على بيت المال، لعله في الأعيان التي عمر لها في الأرض إذا رأى قلعها، أما الأرض فلا تقرض.

قال الزركشي: والظاهر أن مراد الرافعي والإمام استقراض ثمن الأرض إذا باعها لا استقراض نفس الأرض، وهذا الذي قاله الزركشي يتمشى على منع قرض جزء من العقار، وقد صرح صاحب التتمة بجوازه، وذكره الرافعي في باب الشفعة، وعلى هذا فالكلام على ظاهره ولا حاجة إلى تأويل ما ذكره قيل أيضاً: ما جزم به الشيخ تبعاً لأصله من حفظه إلى ظهور مالكه محله إذا توقع ظهور مالكه، فإن لم تتوقع معرفته فيصير حبيثاً مصروفاً إلى ما يصرف فيه أموال بيت المال، وهذا جائز في كل مال ضائع قاله الشيخ ابن عبد السلام في قواعد.

وعند أبي حنيفة: يجوزُ تملكُها بالإحياء؛ لأنها بأندراس العمارة عادت مواتاً، وعن مالكٍ مثله، وعنه أنه، إن تركها مختاراً، عادت مواتاً، وإن خربت بموته أو غيبته، فلا. وإن كانت العمارة جاهليَّة، فقولان. ويقال وجهان:

أحدهما: وبه قال أبو إسحاق: أنها لا تُملكُ بالإحياء؛ لأنها كانت مملوكة، والموات ما لم يجز عليه ملك، ولأنه يجوزُ أن يكون ملكاً لكافر، لم تبلغه الدعوة.

وأصحهما: أنها تُملك - لقوله ﷺ: «عَادِي الْأَرْضِ لِلَّهِ وَرَسُولِهِ، ثُمَّ هِيَ لَكُمْ مِثِّي»<sup>(١)</sup>، ولأن الرِّكَازَ يَمْلِكُ مع كونه مملوكاً لأهل الجاهليَّة، فكذلك الأراضي.

وعن ابن سُرَيْج وغيره رفع الخلاف، وتنزيل الجوابين على حالين، إن بقي أثر العمارة، أو كان مغموراً في جاهليَّة قريبة، لم تُملك بالإحياء، وإن اندرست بالكلية، وتقادم عهدُها مُلِكت، ثم عمم صاحب «التهديب» وآخرون هذا الخلاف، وفرَّعوا على قول المنع أنها إن أخذت بقتال، فهي للغانمين، وإلا، فهي من أراضي الفتيء.

وقال الإمام: موضع الخلاف ما إذا لم يُعلم كيفية استيلاء المسلمين عليه ودخوله تحت يدهم، أمّا إذا عُلمت، فإن دخلت في أيديهم بقتال، فهي للغانمين، وإلا، فهي فتيء وحصّة الغانمين تلتحق بملك المسلم الذي لا يعرف.

وطرد طاردون الخلاف فيما إذا كانت العمارة إسلامية، ولم يُعرف مالِكُها، وقالوا: هي كلقطة لا يُعرف مالِكُها. والأكثرون فرَّقوا بين ما إذا كانت لكافر، وبين ما إذا كانت لمُسلم، كما قدّمنا، واحتجوا له بما روي أنه ﷺ قال: «مَنْ أَحْيَا أَرْضاً مَيْتَةً فِي غَيْرِ حَقِّ مُسْلِمٍ، فَهِيَ لَهُ»<sup>(٢)</sup>.

### والقسم الثاني: أراضي بلاد الكُفر ولها أحوال:

الحالة الأولى: إذا كانت معمورة، فلا مدخل للإحياء فيها؛ بل هي كسائر أموال الكُفار، فإن استولينا عليها بقتال، أو بغير قتال، لم يخف حكمه.

الحالة الثانية: إذا لم تكن معمورة في الحال، ولا من قبل، فيملكها الكُفار بالإحياء. وأمّا المسلمون، فيُنظر؛ إن كان مواتاً لا يذبون المسلمين عنها، فلهم تملكها بالإحياء أيضاً، ولا تُملك بالاستيلاء؛ لأنها غير مملوكة لهم، حتى تُملك عليهم، وإن كان مواتاً يذبون المسلمين عنه، لم تُملك بالإحياء كالمعمور من بلادهم، فإن استولينا عليه، ففيه وجوه:

(١) تقدم. (٢) رواه البيهقي من حديث كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف.

وقال الحافظ في التلخيص: وقد تقدم عزوه لغيره.



أصحها: أنه يفيد اختصاصاً كأختصاص المتحجر؛ لأن الاستيلاء أبلغ منه، وعلى هذا، فسيأتي خلاف في أن الأحقية بالتحجر هل يفيد جواز البيع؟

إن قلنا: نعم، فهو غنيمة كالمعمور، وإن قلنا: لا، وهو الأصح - فالغانمون أحق بإحياء أزبعة أخصه، وأهل الخمس أحق بإحياء خمسه، فإن أعرض الغانمون عن إحيائه، فأهل الخمس أحق به؛ لأنهم شركاء الغانمين، وكذا لو أعرض بعض الغانمين، فالباقون أحق، وإن تركه الغانمون وأهل الخمس جميعاً، ملكه من أحياء من المسلمين<sup>(١)</sup>.

والثاني: أنهم يملكونه بالاستيلاء كالمعمور؛ لأنهم حيث منعوا منه، فكأنهم يملكونه على أنه يجوز أن يملك بالاستيلاء ما لم يكن مملوكاً كالذراري والنسوان.

والثالث: أنه لا يفيد الملك ولا التحجر؛ لأنه لم يوجد منه عمل يظهر في الموات؛ فعلى هذا، هو كموات دار الإسلام<sup>(٢)</sup>، من أحياء، ملكه.

الحالة الثالثة: إذا لم تكن معمورة في الحال، لكنها كانت، معمورة من قبل، فإن عرف مالكيها، فهي كالمعمورة، وإلا ففيه طريقة الخلاف، وطريقة ابن سريج المذكورتان فيما إذا كانت العمارة جاهلية في القسم الأول، وإذا فتحنا بلدة صلحاً على أن تكون لنا، وهم يسكنون بجزية، فالمعمور منها فيء، ومواتها الذي كانوا يذبون عنه، هل يكون متحجراً لأهل الفيء؟ فيه وجهان:

أصحهما: نعم، وعلى هذا فهو فيء في الحال أو يحبس الإمام لهم فيه وجهان:

أصحهما: الثاني. وإن صالحناهم على أن تكون البلدة لهم فالمعمور لهم، والموات يختصون بإحيائه، كما أن موات دار الإسلام يختص به المسلمون تبعاً للمعمور، وعن القاضي أبي حامد وصاحب «التقريب» أنه إنما يجب علينا الأمتناع عن مواتها إذا شرطناه لهم في الصلح.

(١) قال النووي: في تصور إعراض اليتامى والمساكين وابن السبيل، إشكال، فيصور في اليتامى أن أولياءهم لم يروا لهم حظاً في الإحياء، ونحوه في الباقيين.

(٢) والمراد بدار الإسلام كل بلدة بناها المسلمون كبغداد والبصرة أو أسلم أهلها عليها كالمدينة واليمن أو فتحت عنوة كخيبر وسواد العراق، أو صلحاً على أن تكون الرقبة لنا وهم يسكنونها بخراج، أو فتحت على أن الرقبة لهم فمواتها كموات دار الحرب، ولو غلب الكفار على بلدة يسكنها المسلمون لا تصير دار حرب.

قال في «التهذيب»: وَالْبَيْعُ الَّتِي لِلنَّصَارَى فِي دَارِ الْإِسْلَامِ، فَلَا تُمْلِكُ عَلَيْهِمْ، فَإِنْ قَتُوا فِيهَا كَمَا لَوْ مَاتَ ذِمِّيٌّ [فِي دَارِ الْإِسْلَامِ]<sup>(١)</sup> وَلَا وَارِثَ لَهُ، فَيَكُونُ قَيْتًا. ونعود بعد هذا إلى ما يحتاج إلى التعرض له في لفظ الكتاب.

قوله: «والموات كلُّ مُنْفَكٍّ عن اختصاص» لا يعني به جميع الاختصاصات، فإن بقعة ما لا ينفك عن جميع الاختصاصات؛ لأنها إن كانت في دار الإسلام، فله اختصاص بالمسلمين من حيث إنها في قبضة الإمام، وإن كانت في دار الحرب، فكذلك، وإنما أراد الاختصاصات الستة التي ذكرها ثم أخذ الأنفكك عنها في تعيين<sup>(٢)</sup> الموات بخلاف اصطلاح الأصحاب وأستعمالهم، فإنهم لا يعتبرون في تفسيره إلا الأنفكك عن الملك والعمارة، ويَجْعَلُونَ الْإِنْفَكَّ<sup>(٣)</sup> عن سائر الاختصاصات من شروط التملك بالإحياء. وقوله: «فلا يملك معمور» لم يرذ به ما هو معمور في الحال؛ لقوله: «وإن اندرست العمارة» وإنما المراد ما عرضت له العمارة في الجملة، ويجوز أن يُعْلَمَ بالواو؛ لأنه لم يستثن إلا إذا كانت العمارة جاهلية وأجاب المنع في غيرها على ما هو ظاهر المذهب، وقد عرفت أن بعضهم طرد الخلاف فيما إذا كانت العمارة إسلامية، و[قد] اندرست، ولم يعلم المالك.

وقوله: «ولم يظهر أنها دخلت في يد المسلمين إلى آخره أراد به ما حكيناه عن الإمام من تخصيص القولين فيما إذا لم يعلم كيفية دخولها في يد المسلمين، ويجوز إغلام قوله: «قولان» بالواو؛ للطريقة التي تولت الجوابين على الحالين، وقوله في توجيه القولين: «لتعارض أصل الإباحة وظاهر استيلاء المسلمين عليه» فيه شيء وذلك لأن المسألة موضوعة في العمارة الجاهلية التي هي في دار الإسلام، وقبضة الإمام؛ ألا تراه يقول: ولم يظهر أنها دخلت في يد المسلمين بطريق الغنيمة أو القنيء، وجعل المجهول كيفية دخولها في يد المسلمين.

أما أصل الدخول، فهو معلوم، وحينئذ، فقوله: «وظاهر استيلاء المسلمين عليه» إن أراد به استيلاء اليد والتمكين من التصرف، فليس ذلك ظاهراً، بل هو حاصل معلوم، وإن أراد استيلاء التملك والعمارة، فظهوره ممنوع، وكيف والمسألة مصورة فيما إذا علم أنها لم تُعْمَرْ إلا عمارة جاهلية.

وقوله: «ومعمور دار الحرب لا يملك إلا بما تملك به سائر أموالهم» يقتضي تملكه بما يملك به سائر أموالهم قيتاً كان أو غنيمَةً.

(٢) في ب: تفسير.

(١) سقط في: ب.

(٣) في ب: الملك.

لكن لو وقع في جملة الفيء أرض، ففي تملكها خلاف مذکور في قسمة الفيء، فيجوز إن يُعلم؛ لذلك قوله: «إلا بما يملك به سائر أموالهم» بالواو. وقوله: «فإن الكافر لا يملكها بالإحياء» مُعلّم بالحاء والميم والألف.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: الثَّانِي: حَرِيمُ الْعِمَارَةِ فَلَا يُمْلِكُ، وَأَهْلُ دَارِ الْحَرْبِ إِذَا قَرَرُوا فِي بَلَدٍ بِضَلْحٍ فَلَا يَخِيَا (و) مَا حَوَالَيْهَا مِنَ الْمَوَاتِ، وَسَائِرُ الْقُرَى لِلْمُسْلِمِينَ لَا يَخِيَا مَا حَوَالَيْهَا مِنْ مُجْتَمَعِ النَّادِي، وَمُرْتَكُضِ الْحَيْلِ، وَمَلْعَبِ الصُّبْيَانِ، وَمَنَاحِ الْإِبِلِ وَمَا يُعَدُّ مِنْ حُدُودِ مَرَاقِبِهِمْ، وَأَمَّا الدَّارُ إِنْ كَانَ فِي مَوَاتٍ فَحَرِيمُهَا مَطْرَحُ الثَّرَابِ وَالثَّلْجِ وَمَصَّبُ الْمِيْرَابِ وَالْمَمَرِّ فِي صَوْبِ النَّبِ، وَإِنْ كَانَ فِي مِلْكٍ فَلَا حَرِيمَ (و) لَهَا إِذِ الْأَمْلَاكُ مُتَعَارِضَةٌ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مِلْكِهِ بِحَسَبِ الْعَادَةِ، فَإِنْ تَصَرَّرَ صَاحِبُهُ فَلَا ضَمَانَ، وَلَوْ اتَّخَذَ حَائِثُوتَ حَدَادٍ أَوْ قَصَّارٍ أَوْ حَمَّامٍ عَلَى خِلَافِ الْعَادَةِ فَفِي مَنَعِهِ خِلَافٌ، وَلَوْ كَانَ لَا يَتَأَدَّى الْمَالِكُ إِلَّا بِالرَّبْحِ كَالْمُدْبِعِ فَالظَّاهِرُ (و) أَنَّهُ لَا يُمْنَعُ مِنْهُ، أَمَّا الْبِئْرُ فِي الْمَوَاتِ فَحَرِيمُهَا مَوْضِعُ التَّرْحِ وَالِدَوْلَابِ وَمُرْتَدِّدِ الْبَهِيمَةِ، وَإِنْ كَانَ قَنَاةً حَوَالَيْهَا مِمَّا يَنْقُصُ مَاءَهَا لَوْ حَفَرَ، وَقِيلَ: إِنَّهُ لَا يُمْنَعُ مِمَّا يَنْقُصُ إِذَا جَاوَزَ حَرِيمَ الْبِئْرِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الغرض الأصلي من الفضل بيان أن حريم العمارة لا يملك بالإحياء، ثم اختلط به القول في حريم الأملاك، فهما جملتان: أما الأولى: فحريم المغمور لا يملك بالإحياء كنفس المغمور، لأن مالك المغمور أستحقق بأستحقاقه المواضع التي هي من مرافقه، وهل نقول بأنه يملك تلك المواضع؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن المالك يحصل بالإحياء، ولم يوجد فيها إحياء.

وأصحهما: نعم، وبه قال القاضي أبو الطيب كما يملك عرصة الدار ببناء الدار، ولم يوجد في نفس العرصة إحياء وأيضاً فالإحياء تارة يكون بجعله معموراً، وتارة يكون بجعله تبعاً للمعمور، ولو باع المالك الحريم دون الملك، فحاصل جواب الشيخ أبي عاصم العبادي معه، كما لو باع شرب الأرض وخذ، وهو الرواية عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - قال: ولو حفر أثنان بئراً على أن يكون نفس البئر لأحدهما، وحريمها للثاني، لم يجز، وكان الحريم لصاحب البئر وللآخر أجره عمله.

الجملة الثانية: بيان الحريم: وهي المواضع القريبة التي يحتاج إليها لتمام الانتفاع؛ كالطريق ومسبل الماء ونحوهما<sup>(١)</sup>، وفيه صور:

(١) كان الأولى تقديم بيان الحريم على حكمه؛ لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره.

إحداها: ذكرنا في الفصل السابق أنّ الكفّار إذا قرّروا في بلدة لهم صلحاً لم، يجز للمسلمين إحياء مواتها الذي يذبّون عنه، فهو من حريم تلك البلدة، ومرافقها ويجوز أنّ يُعلّم قوله في الكتاب: «فلا يحيا ما حوالها من الموات» بالواو؛ لوجه ذكرناه هناك.

الثانية: حريم القرى المحيية ما حوالها من مجتمع النّادي<sup>(١)</sup>، ومن مُرتكّض الخيل، ومناخ الإبل، ومُطرح الرماد والسّماد، وسائر ما يُعدّ من مرافقها.

وأما مرعى البهائم، قال الإمام: إنّ بَعْدَ من القرية، لم يكن من حريمها، وإن قُرِبَ، ولم يستقلّ مرعى، ولكن كانت البهائم تُرعى فيه عند الخوف من الإبعاد، فعن الشيخ أبي عليّ ذكر خلاف فيه، والظاهر عند الإمام أنّه ليس من حريمها أيضاً، ولم يتعرّض لما يستقل مرعى، وهو قريب من القرية، يشبه أن يقطع بكونه من الحريم.

وعند صاحب «التهديب» مرعى البهائم من حقوق القرية مُطلقاً، والمحتطب كالمرعى.

الثالثة: حريم الدار في الموات مطرح التراب والرماد والكناسات والثلج<sup>(٢)</sup> والممرّ في الصوب الذي فُتِحَ إليه الباب<sup>(٣)</sup>، وليس المراد منه أستحقاق الممرّ في قبالة الباب على امتداد الموات، بل يجوز لغيره إحياء ما في قبالة الباب، إذا أبقئ له الممرّ.

فإن احتاج إلى أنعطافٍ وازورار، فعل.

وعدّ جماعة من الأصحاب منهم القاضي ابن كجّ فتاء الدار من حريمها.

وقال ابن الصّبّاع: عندي أنّ حيطان الدار لا فتاء لها ولا حريم، ولو أراد مُخبي أن يبيّن بجنبها، لم يلزمه أن يبعد عن فتائها، نعم، يمنع مما يضر بالحيطان؛ كحفر البئر بقربها. الرابعة: البئر المحفورة في الموات، حريمها الموضع الذي يقف فيه

(١) وهو المجلس الذي يجتمعون فيه يتحدثون، ولا يسمى المجلس نادياً إلا والقوم فيه، ويطلق النادي على أهل المجلس أيضاً.

(٢) اعتبار ذلك إذا كان في محل يكثر فيه ذلك كعادة بلاد الشرق دون بلاد مصر، قاله القاضي أبو الطيب.

(٣) ذكر النووي في زيادة الروضة في باب الصلح أن قدر الطريق قل من تعرض له وهو مهم جداً، إلى أن قال: وإن كان من أرض يريد أصحابها إحياءها، فإن اتفقوا على شيء فذاك، وإن اختلفوا فقدرة سبعة أذرع، واستعمل الفقهاء الصوب بمعنى الجهة.

قال في الخادم: والمعروف في اللغة أن الصوب نزول المطر، وفي المعرب للمطرزي قولهم «لا يجعل تصويب سطحه إلى الميزاب» أرادوا سفله، وانحطاطه لسيلان الماء، قال الزركشي: وفتاء الدار بكسر الفاء والمد، قال الخليل سعة ما أمامها، وقال الجوهري: هو ما تمتد إليه أرجاؤها.

النازح، وموضع الدواب، ومرتدُّ البهيمة، إن كان الاستقاء بهما، ومصَّب الماء، والموضع الذي يجتمع فيه لسقي الماشية، والزرع من حوض ونحوه، والموضع الذي يطرح فيه ما يخرج منه، وكلُّ ذلك غيرُ محدود، وإنما هو بحسب الحاجة.

ومن الأصحاب مَنْ قال: حرِيمُ البئرِ قَدْرُ عُمُقِهَا من كُلِّ جانب:

وعن أبي حنيفة رضي الله عنه أو بعض أصحابه. أَنَّ حَرِيمَ البئرِ أربعون ذراعاً، وحرِيمَ العَيْنِ خُمسمائة، ذراع؛ لما رُوِيَ عن عَبْدِ اللَّهِ بن مَغْفَلٍ: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال: «مَنْ اخْتَفَرَ بئراً، فَلَهُ أربعونَ ذراعاً حَوْلَهَا، لِيَطْعَنَ مَا شِئْتَهُ»<sup>(١)</sup>.

وقال أَحْمَدُ: حَرِيمُ البئرِ خَمْسَةٌ وَعِشْرُونَ ذراعاً، إِلا أَنْ تَكُونَ عَادِيَّةً، فيكون حَرِيمُهَا خَمْسِينَ ذراعاً؛ لما رُوِيَ عَنِ أَبِي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال: «حَرِيمُ البئرِ البَيْدِيِّ»<sup>(٢)</sup> خَمْسَةٌ وَعِشْرُونَ ذراعاً، وَحَرِيمُ البئرِ العَادِيَّةِ خَمْسُونَ ذراعاً<sup>(٣)</sup>.

والبَيْدِيُّ هُوَ البئرُ الَّتِي أُخْدِثَتْ في الإِسْلامِ، ولم تَكُنْ العَادِيَّةُ هكذا، قاله في الصَّحاح<sup>(٤)</sup>، والشَّافِعِيُّ رضي الله عنه لم ير التَّحْدِيدَ، وَحَمَلَ اِخْتِلَافَ الرُّوَايَاتِ على اِخْتِلَافِ القَدْرِ المُخْتِاجِ إليه، وَيُحْكَمُ مثله عن مالك، وبهذا يَقيسُ حَرِيمَ النَّهْرِ المَخْفُورِ في المَوَاتِ. وعن أبي حنيفة - رضي الله عنه - فيما ذكر أبو الفَرَجِ السَّرْحَسِيُّ أَنَّهُ لا حَرِيمَ للنَّهْرِ أصلاً، وَأَمَّا القَنَاةُ فابَّازُهَا لا يُسْتَقَى<sup>(٥)</sup> منها؛ حَتَّى يَعتبرَ به الحَرِيمُ، فَحَرِيمُهَا القَدْرُ الَّذِي لو خُفِرَ فِيهِ لَنَقَصَ ماؤُهَا، أو خِيفَ مِنْهُ أَنهِيَّازٌ وانكِبَاسٌ، ويختلف ذلك بِصِلاَةِ الأَرْضِ ورِخَاوَتِهَا.

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٤٨٦).

وقال الحافظ في التلخيص: وفي سننه إسماعيل بن مسلم وهو ضعيف وقد أخرجه الطبراني من طريق أشعث عن الحسن، وفي الباب عن أبي هريرة عند أحمد.

(٢) البديء بفتح الموحدة وكسر الدال بعدها مرة وهمزة هي التي ابتدأتها أنت، والعادية القديمة.

(٣) أخرجه الدارقطني (٢٢٠/٤) من طريق سعيد بن المسيب عنه وقال الحافظ في التلخيص: وأعله بالإرسال وقال: من أسنده فقد وهم وفي سند محمد بن يوسف المقرئ وهو متهم بالوضع، وأطلق عليه ذلك الدارقطني وغيره، ورواه البيهقي (١٥٥/٦ - ١٥٦) من طريق يونس عن الزهري عن ابن المسيب مرسلًا وزاد: وحریم بئر الزرع ثلاثمائة ذراع من نواحيها.

وقال الحافظ في التلخيص: ورواه من طريق مراسيل أبو داود أيضاً وأخرجه الحاكم (٩٧/٤) من حديث أبي هريرة موصولاً ومرسلًا وقال الحافظ في التلخيص: والموصول من طريق عمر بن قيس عن الزهري وعمر فيه ضعيف، ورواه البيهقي من وجه آخر عن أبي هريرة وقال الحافظ في التلخيص: وفيه رجل لم يسم.

(٤) ينظر الصحاح ٣٥/١ (بدأ). (٥) في ب: يسقى.

وحكى صاحبُ الكتابِ وجهاً آخرَ لم يذكره في «الوسيط»؛ أن حريمها حريمُ البئر التي يُستسقى منها، ولا يُمنعُ من الحفر بعد ما جاوزه، وإن نقص، هذا ما أورده الشيخ أبو حامد، ومن تابعه، والصائرون إليه قالوا: لو جاء آخرُ، وتنحى عن المواضع التي عذّناها حريماً، وحفر بئراً يتقص ماء الأول لم يمنع منه، وهو خارجٌ عن حريم البئر.

وفيه وجه آخر، وهو الأظهر: أنه ليس لغيره الحفر حيث ينقص ماؤها، كما ليس لغيره أن يتصرف قريباً من بنائه، بما يضر به، ويخالف ما إذا حفر بئراً في ملكه، فحفر جازة بئراً في ملكه، فنقص ماء الأول فإنه يجوز قال ابن الصبّاح: والفرق أن الحفر في الموات ابتداء تملك، فلا يمكن منه إذا تضرر الغير، وههنا كل واحد منهما متصرف في الملك، وعلى هذا فذلك الموضع داخلٌ في حريم البئر أيضاً، وما حكمنا بكونه حريماً، فذلك إذا انتهى الموات إليه، فإن كان الموضع مملوكاً قبل تمام حد الحريم، فالحريم إلى حيث ينتهي حد الموات.

واعلم أن جميع ما فصلناه في حريم الأملاك مفروض فيما إذا كان الملك محفوقاً بالموات، أو متاخماً له من بعض الجوانب، فأما الدار الملاصقة للدور، فلا حريم لها؛ لأن الأملاك متعارضة، وليس جعل موضع حريماً لدار أولى من جعله حريماً للأخرى، وكل واحد من الملاك يتصرف في ملكه على العادة، ولا ضمان عليه، إن أفضى إلى تلف، نعم، لو تعدى، ضمن، والقول في تصرف المالكين المتجاوزين بما يجوز منه وما لا يجوز وبم يتعلق الضمان منه ما قد سبق في «كتاب الصلح ومنه ما سيأتي في خلال الديات إن شاء الله تعالى، والمذكور من هذا الأصل ههنا أنه لو اتخذ داره المحفوفة بالمساكن حماماً، أو إسطبلاً أو طاحونة، أو حانوتة في صف العطارين حانوت حداد أو قصاب على خلاف العادة، ففيه وجهان:

أحدهما: وبه قال أحمد أنه يُمنع؛ لما فيه من الضرر.

وأظهرهما: الجواز، لأنه متصرف في خالص ملكه، وفي منعه إضرار به، وهذا إذا احتطاط وأحكم الجدران؛ بحيث يليق بما يقصده، فإن فعل ما الغالب فيه ظهور الخلل في حيطان الجار، فأظهر الوجهين المنع، وذلك كما إذا كان يدق الشيء في داره دقاً عنيفاً، تنزعج منه الحيطان، أو حبس الماء في ملكه، بحيث تنتشر منه الندوة إلى حيطان الجار، ولو اتخذ داره مذبغة أو حانوته مخبزاً حيث لا يعتاد، فإن قلنا: لا يمنع في الصورة السابقة، فهنا أولى، وإن قلنا بالمنع، فههنا تردد للشيخ أبي محمد؛ لأن الضرر ههنا من حيث التأذي بالدخان والرائحة الكريهة، وأنه أهون، وإذا جمعت بين الصور، قلت، فيه ثلاثة أوجه: ثالثها: الفرق بين أن يخاف منه خلل في الأملاك، وبين أن يكون المحذور تأذي الملاك، واختار القاضي الروياني في «الحلية» أن يجتهد الحاكم

فيها، ويمنع إذا ظهر له التعثُّتُ، وقَصَدَ الفسادَ، قال: وكذلك القول في إطالة البِنَاءِ، ومنع الشمس والقمر<sup>(١)</sup>، ولو حَفَرَ في ملكه بئرٌ بالوَعِيَةِ، وفَسَدَ بها بئرُ ماءٍ الجارِ، فهو مَكْرُوهٌ لِكُنْهٖ لَا يُمْنَعُ مِنْهُ، وَلَا ضِمَانٌ عَلَيْهِ بِسَبَبِهِ خِلَافاً لِمَالِكٍ وَعَنْ الْقُقَالِ مُوَافَقَتَهُ؛ وَيَجُوزُ أَنْ يُعْلَمَ قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «وَإِنْ كَانَتْ فِي مَلِكٍ، فَلَا حَرِيمَ لَهَا» بِالْمِيمِ؛ لِأَنَّ الرَّوَايَةَ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ لَهَا حَرِيمًا بِقَدْرِهَا.

هذا بيان الجمليتين، وَلَا مَنَعَ فِي إِحْيَاءِ مَا وَرَاءَ الْحَرِيمِ، قَرُبَ أَمْ بَعُدَ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ «أَقْطَعَ عِنْدَ اللَّهِ بَيْنَ مَسْعُودِ الدُّورِ، وَهِيَ بَيْنَ ظَهْرَانِي عِمَارَةَ الْأَنْصَارِ مِنَ الْمَنَازِلِ وَالنَّخِيلِ»<sup>(٢)</sup>، وَالدُّورُ يُقَالُ: إِنَّهُ أَسْمُ مَوْضِعٍ، وَيُقَالُ إِنَّهُ أَقْطَعَهُ تَلْكَ الْبَقْعَةَ لِيَتَّخِذَهَا دُورًا.

وعن مالك أن الموات القريب من العمران لا يحييه إلا أهل العمران.

وَيُرْوَى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ مِثْلُهُ فِي تَحْدِيدِ الْقُرْبِ بِقَدْرِ صَيِّحَةٍ مِنْ كُلِّ جَانِبٍ، وَرَبَّمَا نَسَبَ ذَلِكَ إِلَى أَبِي يُوسُفَ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّلَاثُ أَخْتِصَاصُ الْخَلْقِ بِالْوُقُوفِ بِعَرَفَةَ، هَلْ يُمْنَعُ مِنَ الْإِحْيَاءِ؟ فِيهِ تَرَدُّدٌ، وَالْأَظْهَرُ: أَنَّهُ إِذَا لَمْ يُضَيِّقْ لَا يُمْنَعُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَوَاتُ الْحَرَمِ يُمْلِكُ بِالْإِحْيَاءِ، كَمَا أَنَّ مَعْمُورَهُ يُمْلِكُ بِالْبَيْعِ وَالْهَبَةِ، وَهَلْ تَمْلِكُ أَرْضِي «عَرَفَةَ» بِالْإِحْيَاءِ كَسَائِرِ الْبِقَاعِ أَمْ لَا؛ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الْوُقُوفِ بِهَا؟ فِيهِ وَجْهَانُ:

(١) الحاصل كما قاله الزركشي منع ما يضر الملك دون المالك، ويستثنى منه من حفر بئراً في ملكه يلزم من حفره سقوط جدار جاره، أنه يجوز له.

واستثنى بعضهم من ذلك أيضاً ما لو كان له دار في سكة غير نافذة، فليس له جعلها مسجداً ولا حماماً ولا حانوتاً ولا سبيلاً إلا بإذن الشركاء كما قاله الخطيب الشربيني وقال: وفيه نظر، ووجهه أن الشخص لا يمنع من التصرف في ملكه وهذا هو المعتمد.

(٢) رواه البيهقي من طريق الشافعي (١٣٥٣) عن ابن عيينة عن عمرو بن دينار عن يحيى بن جعدة أتته منه قال الحافظ في التلخيص وهو مرسل، ولا يقال لعل يحيى سمعه من ابن مسعود فإنه لم يدركه، نعم وصله الطبراني في الكبير (١٠٥٣٤) من طريق عبد الرحمن بن سلام عن سفيان. فقال: عن يحيى بن جعدة عن هبيرة بن يريم عن ابن مسعود قال: لما قدم رسول الله ﷺ المدينة أقطع الدور، وأقطع ابن مسعود فيمن أقطع، فقال له أصحابه: يا رسول الله نكبه عنا، قال: «فلم بعثني الله إذا؟ إن الله لا يقدس أمة لا يعطون الضعيف منهم حقه» وقال الحافظ في التلخيص وإسناده قوي، وعند أبي داود (٣٠٦٠) عن عمرو بن حريث انطلق بي أبي إلى رسول الله ﷺ وأنا غلام شاب، فدعا لي بالبركة ومسح برأسي، وخط لي داراً بالمدينة بقوس وقال: أزيدك عليه؟ قال الحافظ في التلخيص إسناده حسن، وفي الصحيحين عن أسماء بنت أبي بكر قالت: كنت أنقل النوي في أرض الزبير التي أقطعها رسول الله ﷺ.

إن قلنا: يملك، ففي بقاء حق الوقوف فيما ملك وجهان، إن قلنا: يبقى فذاك مع اتساع الباقي أم بشرط ضيقه عن الحجيج فيه وجهان، هذا تلخيص ما حكاه الإمام، وأشار صاحب الكتاب ههنا، وفي «الوسيط» إلى ثلاثة أوجه في المسألة.

**ثالثها:** الفرق بين أن يضيق الموقف، فيمنع، وبين ألا يضيق، فلا يمنع، وهذا أظهر عنده، لكن المنع المطلق أشبه بالمذهب، وبه أجاب صاحب «التتمة»، وشبهها بالمواضع التي تتعلق بها حقوق المسلمين عموماً وخصوصاً، كالمساجد، والطرق، والرباطات في الطرق والمواضع التي يصلى فيها العبد خارج الأمصار<sup>(١)</sup>، والبقاع الموقوفة على معين أو غير معين.

**قال الغزالي:** الرابع أختصاص المتحجر مزمع وهو نصب أحجار علامة على العمارة فهو أولى به إن لم يطل الزمان وكان مشتغلاً بأسباب العمارة، فإن جاوز ذلك بطل أختصاصه (و)، وقيل: البطلان لو تعدى غيره وأخيراً ففي حصول الملك خلاف (و)، وكذا في جواز اغتياض المتحجر عن اختصاصه.

**قال الرافعي:** الشارع في إحياء الموات متحجر ما لم يتمه، وكذا إذا أعلم عليه علامة للعمارة من نصب أحجار أو غرز خشبات قصبات، أو جمع تراب، أو خط خطوط، وذلك لا يفيد الملك، ولكن يجعله أحق به منبر غيره.

أما أنه لا يفيد الملك، فلأن سبب الملك الإحياء، ولم يوجد.

وعن أبي حسين القطان؛ أنه بعض الأصحاب جعله مفيداً للملك.

وأما أنه يفيد الأحقية فلأن الإحياء، إذا أفاد الملك، وجب أن يفيد للشروع فيه الأحقية، كاستيتم مع الشراء، وأيضاً، فليأمن من يقصد الإحياء بالشروع في العمارة، ولا ينبغي أن يزيد المتحجر على قدر كفايته، ويضيق على الناس، ولا أن يتحجر ما لا يمكنه القيام بعمارته، فإن فعل، قال في «التتمة»: لغيره أن يخيب ما زاد على كفايته، وما زاد على ما يمكنه القيام بعمارته.

وقال غيره: لا يصح أضلاً؛ لأن ذلك القدر غير متعين<sup>(٢)</sup>، وينبغي أن يشتغل بالعمارة عقيب التحجر، فإن طالت المدة، ولم يحيى قال له السلطان أخي، أو ارفع يدك عنه، فإن ذكر عذراً، وأستعمل، أمهلته مدة قريبة، يستعد فيها للعمارة، والنظر في تقديرها إلى رأي السلطان، ولا تتقدر بثلاثة أيام في أصح الوجهين، فإذا مضت، ولم

(١) قال النووي: وينبغي أن يكون الحكم في أرض منى ومزدلفة كعرفات، لوجود المعنى.

(٢) قال النووي: قول المتولي أقوى.



يشتغل بالعمارة، بطل حقه، وليس لطولِ المدة الواقعة بعد التحجرِ حدٌ معيّن، وإنما الرجوع فيه إلى العادة.

وقال أبو حنيفة - رضي الله عنه -: مدة التحجر ثلاث سنين، فلا يطالبُ فيها بالعمارة، فإذا مضت، ولم يشتغل بالعمارة، بطل حقه، وقيل أن يبطل حق المتحجر، لو بادر غيره، وأحيا ما يحجره غيره، ففيه ثلاثة أوجه:

أصحها: أنه يملك؛ لأنَّ حقَّ سبب الملك، وإن كان ممنوعاً منه، فأشبه ما إذا دخل في سؤم غيره، واشترى، وهذا الوجه حكاه القاضي ابن كنج عن النّص. والثاني: لا يملك؛ كيلا يبطل حق المتحجر.

والثالث: أنه يفرق بين أن ينضم إلى التحجر إقطاع السلطان، فلا يملك المحيي، وبين ألا ينضم؛ فيملك، ومال الإمام إلى الفرق بين أن يأخذ في العمارة، فلا يملك المبتدئ إلى الإحياء، وبين أن يكون المتحجر ويرسم خطأ ونحوه فيملك، فهذا وجه رابع، وشبهوا الخلاف في المسألة بالخلاف فيما إذا عسش الطائر في ملكه وأخذ غيره الفرح، هل يملكه<sup>(١)</sup>؟.

[ولو باع المتحجر ما تحجره، ففيه وجهان، والتفريع على أن التحجر لا يفيد الملك. قال الجمهور: لا يصح؛ لأنَّ حق التملك<sup>(٢)</sup> لا يباع؛ ألا ترى أن الشفيع لا يبيع الشقص قبل الأخذ؟

وقال أبو إسحاق وغيره: يصح، وكأنه يبيع حق الاختصاص، وعلى هذا، فلو باع وأحياه في يد المشتري محيي، وقلنا: إنه يملك.

حكى أقض القضاة المآزدي عن ابن أبي هريرة - رضي الله عنه - أنه لا يسقط الثمن عن المشتري لحصول التالف بعد القبض، وعن غيره السقوط<sup>(٣)</sup>.

وقوله: «فهو أولى، إن لم يطل الزمان» كان الأولى به أن يقول: «ما لم يطل الزمان لأن الأولوية ثبتت في الحال، ثم ترتفع عند طول الزمان.

وقوله: «وكان مشتغلاً بأسباب العمارة» أراد ما ذكره الإمام أن حق المتحجر يبطل

(١) قال النووي: والأصح أيضاً أنه يملكه. وكذا لو توخّل طيب في أرضه، أو وقع الثلج فيها، ونحو ذلك، وقد سبقت مسائل تتعلق بهذا في كتاب الصيد.

(٢) سقط في: ب.

(٣) قال النووي: أصحهما: الثاني. إذا قلنا: لا يصح البيع فأحياه المشتري قبل الحكم بفسخ البيع، فهل يكون له، أم للبائع؟ فيه وجهان حكاهما الشاشي والصحيح الأول.

بطول الزمان وتركه العمارة، وإن لم يُزَفَع الأمر إلى السُلطان، ولم يخاطبه بشيء ووجهه بأن التحجر ذريعة إلى العمارة، وهي لا تُؤخّر عن التحجر إلا بقدر تهيئة أسباب العمارة، ولذلك لا يعتبر التحجر ممن لا يمكنه تهيئة الأسباب كفقير يتحجر منتظراً القدرة عليها، ولا من متمكن يتحجر ليُعمر في السنة القابلة، فإذا أُخِر، وطالت المدّة، عاد الموات كما كان، وهذا قد حكاه الشيخ أبو حامد عن أبي إسحاق، ثم قال: عندي لا فَرْق بين طول الزمان وقصره، إذا لم يرفع الأمر إلى السُلطان، ولم يخاطبه بشيء، فيجوز أن يُعْلَم لهذا قوله: «بطل اختصاصه» بالواو، ولفظ «التحجر» فيما ذكره الأزهري<sup>(١)</sup> مأخوذاً من الحَجْر، وهو المنع؛ لأنّه بما يرسمه، يمنع غيره [عنه].

قَالَ الْعَزَلِيُّ: الْعَامِسُ إِقْطَاعُ الْإِمَامِ، وَهُوَ مُتَّبِعٌ فِي الْمَوَاتِ، وَحُكْمُهُ قَبْلَ الْإِحْيَاءِ كَحُكْمِ التَّحْجِيرِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لِإِقْطَاعِ الْإِمَامِ مَدْخَلٌ فِي الْمَوَاتِ؛ رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَقْطَعَ الدُّورَ<sup>(٢)</sup>، وَعَنْ عَلْقَمَةَ ابْنِ وائِلٍ عَنْ أَبِيهِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَقْطَعَهُ أَرْضاً بِحَضْرَمَوْتِ<sup>(٣)</sup>.

رُوِيَ أَنَّهُ ﷺ أَقْطَعَ الزُّبَيْرَ بْنَ الْعَوَّامِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - حُضْرَ<sup>(٤)</sup> فَرَسَهُ فَأَخْرَجَتْ فَرَسَهُ، حَتَّى قَامَ، ثُمَّ رَمَى بِسَوْطِهِ، فَقَالَ: «أَعْطُوهُ مِنْ حَيْثُ بَلَغَ السَّوْطُ»<sup>(٥)</sup> وَفَائِدَةُ الْإِقْطَاعِ مَصِيرُ الْمَقْطُوعِ أَحَقُّ بِأَحْيَائِهِ كَالْمَتَحَجِّرِ، وَإِذَا طَالَتِ الْمُدَّةُ أَوْ أَحْيَاهُ مُخَيَّبِي، فَالْحُكْمُ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ فِي الْمَتَحَجِّرِ. وَعَنْ مَالِكٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّهُ إِنْ أَحْيَاهُ عَالِماً بِالْإِقْطَاعِ، كَانَ مَالِكاً لِلْمَقْطُوعِ، وَإِنْ أَحْيَاهُ غَيْرَ عَالِمٍ بِالْإِقْطَاعِ، فَالْقَطْعُ بِالْخِيَارِ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَهُ، وَيَغْرَمَ لِلْمُخَيَّبِي مَا أَنْقَقَ فِي الْعِمَارَةِ، وَيَبِينُ أَنْ يَتْرَكَهُ عَلَى الْمُخَيَّبِي، وَيَأْخُذُ مِنْهُ قِيَمَةَ الْمَوَاتِ قَبْلَ الْعِمَارَةِ. وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: إِنْ أَحْيَاهُ قَبْلَ ثَلَاثِ سِنِينَ، فَهُوَ لِلْمَقْطُوعِ، وَإِنْ أَحْيَاهُ بَعْدَهَا، فَلِلْمُخَيَّبِي، وَلَا يُقْطَعُ الْإِمَامُ إِلَّا مَنْ يَقْدِرُ عَلَى الْإِحْيَاءِ، وَيَقْدِرُ مَا يَقْدِرُ عَلَيْهِ.

- (١) ينظر تهذيب اللغة ٤/١٣٠ (٣/١٤٧/٤/٤٥٦).  
 (٢) تقدم (٢).  
 (٣) أخرجه أحمد وأبو داود (٣٠٥٨، ٣٠٥٩) والترمذي (١٣٨١) وصححه، والبيهقي وقال الحافظ في التلخيص: وعنده قصة لمعاوية معه في ذلك، وكذا رواه ابن حبان والطبراني.  
 (٤) حضر فرسه بضم الحاء، وإسكان الضاد المعجمة وهو العدو.  
 (٥) أخرجه أحمد وأبو داود (٣٠٧٢) من حديث ابن عمر.  
 وقال الحافظ في التلخيص، وفيه العمري الكبير وفيه ضعف، وله أصل في الصحيح من حديث أسماء بنت أبي بكر: أن النبي ﷺ أقطع الزبير أرضاً من أموال بني النضير.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: السَّادِسُ الْجَمْعِيُّ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَهُوَ الْبَقِيعُ وَلَمَنْ بَعْدَهُ مِنَ الْأُيَمَّةِ كَالْتَحْبُرِ فِي الْمَنَعِ مِنَ الْإِحْتِاءِ، وَلَا يَجُوزُ لِمَنْ بَعْدَهُ أَنْ يَحْمِيَ لِنَفْسِهِ وَكَانَ ذَلِكَ خَاصَّةً لَهُ، وَيَجُوزُ (و) أَنْ يَحْمِيَ لِإِبِلِ الصَّدَقَةِ أَعْنَى لِلْأُيَمَّةِ، وَفِي نَقْصِ الْجَمْعِيِّ بَعْدَ زَوَالِ الْحَاجَةِ خِلَافٌ (و)، قِيلَ: إِنَّهُ لَا يَغْتَبِرُ كَالْمَسْجِدِ، وَقِيلَ: نَعَمْ لِأَنَّهُ بُنِيَ عَلَى مَصْلَحَةٍ حَالِيَّةٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْمَرَادُ مِنَ الْحَمِيِّ أَنَّهُ يَحْمِي بَقْعَةً مِنَ الْمَوَاتِ لِمَوَاشٍ بَعَيْنَهَا، وَيَمْتَنِعُ سَائِرَ النَّاسِ عَنِ الرُّغْيِ فِيهَا، وَكَانَ يَجُوزُ ذَلِكَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ لِخَاصَّةِ نَفْسِهِ، وَلَكِنَّهُ لَمْ يَفْعَلْ، وَإِنَّمَا حَمَى النَّفِيعَ<sup>(١)</sup> لِإِبِلِ الصَّدَقَةِ، وَنَعَمَ الْجَزِيَةَ، وَخَبِلَ الْمُجَاهِدِينَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ تَعَالَى<sup>(٢)</sup>.

وَأَمَّا غَيْرُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَالْأَحَادُ لَا يَحْمُونَهُ أَضْلًا، وَلَيْسَ لِلْأُيَمَّةِ الْحَمِيُّ لِنَفْسِهِمْ، وَكَأَنَّ ذَلِكَ مِنْ خَوَاصِّ النَّبِيِّ ﷺ وَفِي حَمَاهُمْ لِمَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ قَوْلَانِ:

أَحَدُهُمَا: الْمَنَعُ أَيْضًا؛ لَمَا رَوَى أَنَّهُ ﷺ قَالَ: «لَا حِمِّيَ إِلَّا لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ»<sup>(٣)</sup>.

وَأَصْحُهُمَا: الْجَوَازُ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَمَالِكٌ؛ لِأَنَّ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - حَمَى، وَاسْتَعْمَلَ عَلَى الْحَمِيِّ مَوْلَى لَهُ يُقَالُ لَهُ: هُنِّي. وَقَالَ: «يَا هُنِّي، أَضْمَمْتُ جَنَاحَكَ لِلْمُسْلِمِينَ، وَأَتَتْ دَعْوَةَ الْمَظْلُومِ فَإِنَّهَا مُجَابَةٌ، وَأَدْخَلَ رَبُّ الصَّرِيمَةَ وَالْعَنِيمَةَ، وَإِبَائِكَ وَنَعَمَ ابْنَ عَوْفٍ وَأَبْنَ عَفَّانَ، فَإِنَّهُمَا إِنْ تَهَلَّكَ مَا شِئْتَهُمَا يَزْجَعَا إِلَيَّ نَحْلُ وَرَزْزَعُ، وَإِنْ رَبُّ الصَّرِيمَةَ وَالْعَنِيمَةَ، إِنْ يَهْلِكَ مَا شِئْتَهُمَا يَأْتِي بِعِيَالِهِ، فَيَقُولُ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ، لَا أَبَا لَكَ، فَالْمَاءُ وَالْكَلْبُ أَيْسَرُ عَلَيَّ مِنَ الذَّهَبِ وَالْوَرَقِ، وَأَنْتُمْ اللَّهُ، لَوْلَا الْمَالُ الَّذِي أَحْمِلُ عَلَيْهِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ، مَا حَمَيْتُ عَنِ الْمُسْلِمِينَ مِنْ بِلَادِهِمْ شِبْرًا»<sup>(٤)</sup> وَأَيْضًا فَلِلْحَاجَةِ الدَّاعِيَةِ.

وَعَنْ صَاحِبِ «التَّقْرِيبِ» الْقَطْعُ بِالْقَوْلِ الثَّانِي، وَالْحَدِيثُ مَحْمُولٌ عَلَى الْمَنَعِ مِنْ أَنْ يَحْمِيَ لِنَفْسِهِ عَلَى مَا كَانَ يَفْعَلُهُ الْعَزِيزُ مِنَ الْعَرَبِ كَانَ، إِذَا انْتَجَعَ بَقْعَةً مُحَصَّنَةً، اسْتَفْوَى كَلْبًا عَلَى جَبَلٍ أَوْ نَشْرٍ، وَوَقَّفَ لَهُ مِنْ يَسْمَعُ صَوْتَهُ، فَإِلَى حَيْثُ انْتَهَى صَوْتُهُ حَمَاهُ لِنَفْسِهِ مِنْ كُلِّ جَانِبٍ، وَرَعَى فِيهَا سِوَاهُ مَعَ النَّاسِ، وَإِذَا جَوَّزْنَا، فَذَلِكَ لِلْإِمَامِ الْأَعْظَمِ خَاصَّةً، أَوْ يَجُوزُ لَوْلَايَتِهِ فِي النَّوَاحِي أَيْضًا؟ فِيهِ وَجْهَانِ رَوَاهُمَا الْقَاضِي ابْنُ كَعْبٍ وَغَيْرُهُ.

أَظْهَرُهُمَا: الثَّانِي، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَحْمِيَ لَخَيْلِ الْمُجَاهِدِينَ أَوْ نَعَمَ الْجَزِيَةَ

(١) قَالَ النَّوَوِيُّ: النَّفِيعُ بِالنُّونِ عِنْدَ الْجُمْهُورِ، وَهُوَ الصَّوَابُ. وَقِيلَ بِالْبَاءِ الْمَوْحَدَةِ وَبَقِيعُ الْغَرَقَدِ بِالْبَاءِ قِطْعًا.

(٢) تَقَدَّمَ فِي أَوَاخِرِ بَابِ مُحْرَمَاتِ الْإِحْرَامِ وَقَالَ الْحَافِظُ فِي التَّلْخِصِ: وَفِيهِ إِدْرَاجًا.

(٣) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ رَقْمَ (٣٠٥٩).

(٤) تَقَدَّمَ.

والصدقة والضوال، ومال الضعفاء عن الأبعاد في طلب النجعة، وعن مالك أنه لا يحمي إلا لخیل المجاهدين، ولا يحمي إلا الأقل الذي يبين ضرره على الناس، ولا يضيق الأمر عليهم، وكذلك كان البقیع الذي حماه رسول الله ﷺ.

إذا عَرَفْتَ ذلك، فهل يجوزُ تغيير الحِمَى ونقضه؟

أما حِمَى غَيْرِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ففيه قولان:

أحدهما: لا يجوزُ تغييره لتعيينه لتلك الجهة كالمسجد والمقبرة.

وأصحُّهما: الجواز؛ لأنَّ الحِمَى كان يطرأ للمُسْلِمِينَ برعاية مصلحة حالِيَّة، وقد يقتضي النظر نقضه وردّه إلى ما كان، وفي بغض الشُّرُوح أنه يجوز [أن يكون] للحامي أن ينقض حِمَى نفسه، ولا يجوزُ لِمَنْ بعده من الأئمة نقض حِمَاهُ، وإذا جَوَّزناه، فلو أحياء مُحَيِّي بِإِذْنِ الإِمَامِ، مَلَكَه، وكانَ الإِذْنُ في الإحياء نقضاً، وإن استقل، فوجهان، ويقال: قولان منصوصان:

أظهرهما: المنع؛ لما فيه من الاعتراضِ عَلَى تصرف الإمام وحكمه.

وأما حِمَى رسول الله ﷺ ففيه طريقان:

منهم من قال: إنَّه نَصُ [من الشارع، فلا ينقض بحال. ومنهم من قال: إنَّ بَقِيَّتْ] <sup>(١)</sup> الحاجة التي حِمَى لها لم يغير، وإن زالت، فوجهان:

أحدهما، وبه قال أبو حنيفة: أنه يجوز تغييره لزوال العلة.

وأظهرهما: المنع؛ لأنَّ التغيير، إنَّما يكون بالاجتهاد، ونحنُ نقطع بأنَّ ما فعله مصلحة؛ فلا يرفع القطع بالظن <sup>(٢)</sup>.

(١) سقط في: ب.

(٢) قال النووي: بقيت من الحمى مسائل مهمة.

منها: لو غرس أو بنى أو زرع في النقيع، نقضت عمارته، وقلع زرعه وغرسه، ذكره القاضي أبو حامد في «جامعه».

ومنها: أن الحمى ينبغي أن يكون عليه حفاظ من جهة الإمام أو نائبه، وأن يمنع أهل القوة من إدخال مواشيهم، ولا يمنع الضعفاء، ويأمره الإمام بالتلطف بالضعفاء من أهل الماشية، كما فعل عمر - رضي الله عنه - . قال القاضي أبو حامد: فإن كان للإمام ماشية لنفسه، لم يدخلها الحمى، لأنه من أهل القوة. فإن فعل فقد ظلم المسلمين.

ومنها: لو دخل الحمى من هو من أهل القوة، فرعى ماشيته، قال أبو حامد: فلا شيء عليه، ولا غرم ولا تعزير، ولكن يمنع من الرعي، ونقل ابن كج أيضاً عن نص الشافعي - رضي الله عنه - أنه لا غرم عليه، وليس هذا مخالفاً لما ذكرناه في كتاب الحج، أن من أتلف شيئاً من =

وقولُهُمْ: «إِنَّهُ لَوْ بَقِيَتْ الْحَاجَةُ، لَمْ يَغْيِرْ» لَا يَخْتَصِرُ بِحِمَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بَلْ حِمَى غَيْرِهِ أَيْضاً إِنَّمَا يَغْيِرُ عِنْدَ زَوَالِ الْحَاجَةِ، وَأَقْتَضَاءُ الْحَالِ التَّغْيِيرِ، وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «الْحِمَى لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَهُوَ التَّقْيِيعُ، وَلَمَنْ بَعْدَهُ مِنَ الْأُئِمَّةِ كَالْتَحْجُرِ فِي مَنْعِ الْإِحْيَاءِ» التَّشْبِيهُ مُسْتَمِرٌّ فِي أَنَّ كَلَاماً مِنَ التَّحْجُرِ وَالْحِمَى يَقْتَضِي الْإِمْتِنَاعَ مِنَ الْإِحْيَاءِ، وَفِي جَرِيَانِ الْخِلَافِ فِي أَنْهُمَا، هَلْ يَمْنَعَانِ حُصُولَ الْمِلْكِ لِلْحِمَى؟ لَكِنَّ الْأَظْهَرَ مِنَ الْخِلَافِ فِي التَّحْجُرِ حُصُولَ الْمِلْكِ، وَفِي الْحِمَى خِلَافُهُ خَاصَّةً فِي حِمَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَقَوْلُهُ: «وَيَجُوزُ أَنْ يَخِيَمِيَ لِإِبْلِ الصَّدَقَةِ» مُعْلَمٌ بِالْوَاوِ؛ لَمَا ذَكَرْنَا، وَذَكَرَ إِبِلَ الصَّدَقَةِ لِلتَّمْثِيلِ لَا لِتَخْصِيصِ الْحُكْمِ بِهَا وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: «أَمَّا الْمَنَافِعُ الْمُشْتَرَكَةُ فَهِيَ مَنَفَعَةُ الشُّوَارِعِ لِلطُّرُوقِ وَالْجُلُوسِ وَمَنَفَعَةُ الْمَسَاجِدِ وَالرَّبَاطَاتِ، أَمَّا الشُّوَارِعُ فَلِلطُّرُوقِ، وَيَجُوزُ الْجُلُوسُ بِشَرْطِ الْأَيِّضِيقِ، ثُمَّ السَّابِقُ يُخْتَصِرُ بِهِ فَلَا يُزْعَجُ، فَإِنْ قَامَ بَطَلٌ حَقَّهُ إِلَّا إِذَا جَلَسَ لِلبَيْعِ فَيَبْقَى حَقُّهُ إِلَى أَنْ يُسَافِرَ أَوْ يَقْعُدَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ أَوْ يَتْرُكَ الْحِرْزَةَ أَوْ يَطُولَ مَرَضُهُ بِحَيْثُ يَنْقَطِعُ الْأَلْفَةُ إِلَى غَيْرِهِ، وَالْأَظْهَرُ: (و) أَنَّ الْإِقْطَاعَ لَا مَدْخَلَ لَهُ فِيهَا إِذِ الْمِلْكَ لَيْسَ مَطْلُوباً مِنْهُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْبَابُ الثَّانِي فِي الْمَنَافِعِ: بَقَاعُ الْأَرْضِ وَإِمَا مَمْلُوكَةٌ أَوْ مَحْبُوسَةٌ عَلَى الْحَقُوقِ الْعَامَّةِ، كَالشُّوَارِعِ، وَالْمَسَاجِدِ، وَالْمَقَابِرِ، وَالرَّبَاطَاتِ، أَوْ مَنَفَكَةٌ عَنِ الْحَقُوقِ الْخَاصَّةِ وَالْعَامَّةِ، وَهِيَ الْمَوَاتُ، فَهَذِهِ ثَلَاثَةُ أَقْسَامٍ، وَإِذَا تَأَمَّلْنَا عَرَفْنَا أَنَّ الْإِنْفِكَكَ عَنِ الْإِخْتِصَاصَاتِ الْمَذْكُورَةِ فِي الْبَابِ الْأَوَّلِ لَا يَكْفِي لِتَمْلُوكِ [بِالْإِحْيَاءِ]، بَلْ يَعْتَبَرُ مَعَ ذَلِكَ الْإِنْفِكَكَ عَنِ الْحَقُوقِ الْعَامَّةِ أَيْضاً.

أَمَّا الْمَمْلُوكَةُ فَمَنَافِعُهَا تَتَّبِعُ رِقَابَهَا.

وَمَقْصُودُ الْبَابِ الْكَلَامُ فِي الْإِنْتِفَاعِ بِالْبَقَاعِ الْمَحْبُوسَةِ عَلَى الْحَقُوقِ الْعَامَّةِ. وَيَقْرَبُ

= شَجَرِ النَّقِيعِ أَوْ حَشِيشِهِ ضَمِنَهُ عَلَى الْأَصْح.

ومنها: أن عامل الصدقات إذا كان يجمعها في بلد، هل له أن يحمي موضعاً لا يتضرر به أهل البلد ليرعاها فيه؟ قال أبو حامد: قيل: له ذلك، ولم يذكر خلافه. وقال ابن كنج: إن منعنا حمى الإمام، فذا أولى، وإلا فقولان.

ومنها: لا يجوز للإمام أن يحمي الماء المعد لشرب خيل الجهاد وإبل الصدقة والجزية وغيرها بلا خلاف، ذكره الشيخ نصر في «تهذيبه». قال أصحابنا: إذا حمى الإمام، وقلنا: لا يجوز حماءه، فهو على أصل الإباحة، من أحياء، ملكه.

ومنها: أنه يحرم على الإمام وغيره من الولاة أن يأخذ من أصحاب المواشي عوضاً عن الرعي في الحمى أو الموات، وهذا لا خلاف فيه، وقد نص عليه الماوردي في «الأحكام»، وقاله آخرون.

منه الانتفاع بالموات من غير إحياء، أمّا الشوارعُ فَمَنْفَعَتُهَا الْأَصْلِيَّةُ الطَّرِيقُ، ويجوز الوقوف والجلوس فيها، لِعَرَضِ الاستراحة والمعاملة ونحوهما بشرط ألا يضيّقَ على المآزةِ إذنُ الإمامِ فيه أو لم يأذن<sup>(١)</sup>، لاتفاق الناسِ عليه مع تلاخُطِ الأعصار، وله أن يُظَلِّلَ على موضعِ جُلُوسه بما لا يضرُّ بالمآزةِ من تُوْبٍ وبَادِيَةٍ ونحوهما، وفي بناء الدُّكَّةِ [على] ما ذكرناه في كتاب الصلح.

فلو سبقَ اثْنانِ إلى موضع، فيقرع بينهما، أو يقدم الإمامُ أحدهما؟ فيه وجهان: **أظهرهما: الأول**، وفي ثبوت هذا الارتفاق لأهل الذمة وجهان، رواهما القاضي ابنُ كَجِّ، واختلفوا في أنه، هل لإقطاع الإمامِ مدخلٌ فيه؟ على وجهين: **أحدهما**: أنه لا مدخلُ له في هذا الارتفاق؛ لأنه منتفعٌ بها على صفتها من غيرِ عمل، فأشبهتِ المعادنَ الظاهرة، ولأنه لا مدخلٌ للتملكِ فيه، ولا معنى للإقطاع بخلاف الموات.

**والثاني**: أن له مدخلاً فيه؛ لأن للإمامَ نظراً واجتهاداً في أن الجلوسَ في الموضع، هل هو مضرٌّ أم لا؟ ولهذا يزعج من جلس ورأى جلوسه مضرّاً.

وإذا قلنا: يزعج إذا أدام الجلوس، فإنما يزعجه الإمام، وإذا كان للاجتهاد فيه مدخلٌ، فكذلك لإقطاعه، وذكر المصنّف أن الوجّه الأولُ أظهر، ويُقال: إنه اختيارُ القفال، لكن الذي عليه الأكثرون الثاني، وهو نصٌّ عليه الشافعي - رضي الله عنه - ثم للنزاع مجالٌ في القول الأول أنه لا مدخل فيه للتملك؛ وفي «الرقم» للعبّادي، وفي «شرح مختصر الجويني» لأبي طاهر روايةٌ وجهٌ أن للإمام أن يتملك من الشوارع ما فصل عن حاجة الطروق<sup>(٢)</sup>.

إذا تقرّر ذلك فلو جلس في موضع، ثم قام عنه، نُظِرَ؛ إن كان جلوسه لأستراحةٍ وما أشبهها بطلَ حقّه، وإن كان لحرفةٍ ومعاملةٍ، فإن فارقه على ألا يعودَ لتركه الحزقة، أو لعوده في موضعٍ آخر، فكذلك الجواب، وإن فارقه على أن يعود، فالأشبه

(١) وشمل إطلاقه الذمي. وفي ثبوت هذا الارتفاق له وجهان. أوجههما كما قال ابن الرفعة وتبعه السبكي الثبوت وإن لم يأذن الإمام.

(٢) قال النووي في زيادته: وليس للإمام ولا غيره من الولاة أن يأخذ ممن يرتفق بالجلوس والبيع ونحوه في الشوارع عوضاً بلا خلاف وتعقبه البكري في حاشيته على الروضة فقال قال الشيخ البليغيني ما نصه في النهاية في آخر باب الشفعة عن أبي إسحاق المروزي أنه قال ثلاث مسائل أخالف فيها الأصحاب المصلحة عن حق الشفعة وحد القذف ومقاعد الأسواق منع أصحابي أخذ العوض في هذه الأسباب وأنا أجوز أخذ العوض عنها. انتهى فيرد هذا نفي الخلاف.

بالمذهب ما ضَبَطَه الإمام، وجرى عليه صاحبُ الكتاب، وهو أنه إن مضى زمان ينقطع فيه الذين ألفوا المعاملة معه، ويستحِقُّون المعاملة مع غيره، بَطَلَّ حَقُّهُ، وإن كان دُونَهُ، لم يَبْطُلْ؛ لأنَّ الغرض من تعيين لموضع أن يُعْرَفَ، فيعامل، فلا فَرْقَ بين أن تكونَ المفارقة، لَعُذْرٍ كالسفر أو المرض، أو لغيرِ عذرٍ، وَعَلَى هذا، فلا يَبْطُلُ حَقُّهُ؛ بأن يرجع في الليل إلى بيته، وليس لغيره مزاحمته، في اليوم الثاني.

وكذلك الأسواق التي تقام في كلِّ أسبوعٍ، أو في كلِّ شهرٍ مرةً، إذا اتخذ فيها مَقْعَدًا، كان أحقُّ به في التَّوْبَةِ الثانية، وإن تخلَّت بينهما أيامٌ.

وقال الإِصْطَخْرِيُّ: إذا رَجَعَ إلى بيته بالليل، فَسَبَقَ إلى الموضع غَيْرُهُ، فهو أحقُّ به، كما إذا فارق موضِعِهِ مِنَ المَسْجِدِ، وعاد للصلاة الأخرى؛ وقد سبقه إليه غيره.

وفَرَّقَتْ طائفةٌ، منهم صاحبُ «الشَّامِلِ» والقاضي الرُّويانِيُّ بين أن يجلس باقْطاع الإمام، فلا يَبْطُلُ حَقُّهُ، إذا قام عَنْهُ، وَلَيْسَ لغيره الجُلُوسُ فيه، وبين أن يستقل، فإن تَرَكَ فِيهِ شيئاً مِنْ رَحْلِهِ أو متاعِهِ، بقي حقه، وإلا، فلا.

وإذا قلنا بالأول، فلو أراد غيرُهُ أن يجلس فيه في مُدَّةٍ غَيْبَتِهِ القصيرة إلى أن يعودَ، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يُمَكَّنُ؛ لأنَّ الأئمةَ يتخيَّلون إعراضه.

والأظهرُ: الثاني؛ كيلا تتعطل<sup>(١)</sup> منفعة الموضع في الحال، وهذا في جلوس الغير للمعاملة، فأما لغيرها، فلا يُمنَع بحال<sup>(٢)</sup>.

ولْيُعَلِّمَ قوله في الكتاب: «فَيَنْقُ حَقُّهُ» بالواو؛ لما ذكرنا من الخلاف.

فرعان:

الأول: كما أن موضع الجُلُوس يختصُّ بالجالس فلا يزاحمُ فيه، كذلك ما حَوَّلَهُ قَدْرٌ ما يحتاج إِلَيْهِ؛ لوضع متاعه، ووقوف المعاملين فيه، وليس لغيره أن يقعد حيث يمتنع من رؤية متاعه، أو وُضُوع المعاملين إليه، أو يُضَيِّقَ عَلَيْهِ الكَيْلَ والوَزْنَ، والأخذ والإعطاء<sup>(٣)</sup>.

(١) في ز: تبطل.

(٢) قال النووي: وإذا وضع الناس الأمتعة وآلات البناء ونحو ذلك في مسالك الأسواق والشوارع ارتفاعاً لينقلوها شيئاً بعد شيء، منعوا منه إن أضر بالمارة إضراراً ظاهراً، وإلا، فلا، ذكره المارودي في «الأحكام السلطانية».

(٣) قال النووي وليس له منع من قعد لبيع مثل متاعه إذا لم يزاحمه فيما يختص به من المرافق المذكورة.

الثاني: الجَوَالُ الذي يُعَدُّ كلُّ يومٍ في موضعٍ من السُّوقِ يَبْطُلُ حَقُّهُ، إذا فارق المكان، والذي تَقَدَّمَ مفروضٌ في غيره.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَمَنْ جَلَسَ فِي الْمَسْجِدِ لِيَقْرَأَ عَلَيْهِ الْقُرْآنَ وَالْعِلْمُ فَيَأْلَفُهُ أَصْحَابُهُ فَهُوَ كَمَقَاعِدِ الْأَسْوَاقِ، فَإِنْ جَلَسَ لِلصَّلَاةِ لَمْ يَخْتَصَّ بِهِ فِي صَلَاةٍ ثَانِيَةً، وَيَخْتَصُّ (و) فِي تِلْكَ الصَّلَاةِ إِذَا غَابَ بِمُدْرٍ رُغَافٍ أَوْ غَيْرِهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: أَمَّا الْمَسْجِدُ، فَالْجُلُوسُ فِيهِ يُفْرَضُ لِأَغْرَاضٍ.

منها: أَنْ يَجْلِسَ؛ لِيَقْرَأَ عَلَيْهِ الْقُرْآنَ، أَوْ يُتَعَلَّمَ مِنْهُ الْفِقْهَ، أَوْ يُسْتَفْتَى.

قال صاحبُ الكتابِ والشَّيْخُ أَبُو عَاصِمٍ الْعَبَّادِيُّ: الْحَكْمُ فِيهِ كَمَا فِي مَقَاعِدِ الْأَسْوَاقِ؛ لِأَنَّ لَهُ غَرَضًا فِي مِلَازِمَةِ ذَلِكَ الْمَوْضِعِ لِأَيْلَافِهِ النَّاسُ<sup>(١)</sup>، وَهَذَا أَشْبَهُهُ بِمَا خُذَ الْبَابُ. وَحَكَى أَقْضَى الْقَضَاةِ الْمَاوَرِدِيُّ: أَنَّهُ مَهْمَا قَامَ، بَطَلَ حَقُّهُ، وَكَانَ السَّابِقُ إِلَيْهِ أَحَقُّ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿سِوَاءَ الْعَاكِفُ فِيهِ وَالْبَادِ﴾<sup>(٢)</sup> [الحج - ٢٥].

ومنها أَنْ يَجْلِسَ لِلصَّلَاةِ، وَذَلِكَ لَا يَقْتَضِي الْاِخْتِصَاصَ لِمَا بَعْدَهَا مِنَ الصَّلَوَاتِ؛ بَلْ مَنْ سَبَقَ فِي سَائِرِ الصَّلَوَاتِ إِلَى ذَلِكَ الْمَوْضِعِ، فَهُوَ أَحَقُّ، وَفَرَّقُوا بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَقَاعِدِ الْأَسْوَاقِ بِأَنَّ غَرَضَ الْمَعَامَلَةِ يَخْتَلِفُ بِاِخْتِلَافِ الْمَقَاعِدِ، وَالصَّلَاةُ فِي بَقَاعِ الْمَسْجِدِ لَا تَخْتَلِفُ، وَيَجُوزُ أَنْ يَمْنَعَ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ ثَوَابَ الصَّلَاةِ فِي الصَّفِّ الْأَوَّلِ أَكْثَرُ، وَأَيْضًا، فَالْإِنْسَانُ قَدْ يَأْلَفُ بِقَعَةٍ مِنَ الْمَسْجِدِ، فَهَلَّا كَانَ الْحَكْمُ كَمَا سَيَأْتِي فِي الْمَدَارِسِ، إِذَا فَارَقَ الْبَيْتَ الَّذِي يَسْكُنُهُ، وَأَمَّا الصَّلَاةُ الَّتِي حَضَرَ لَهَا، فَهُوَ أَحَقُّ بِالْمَوْضِعِ فِيهَا، وَلَيْسَ لغيرِهِ أَنْ يُزْعَجَهُ، فَإِنْ فَارَقَهُ إِجَابَةً لِمَنْ دَعَاهُ، أَوْ لِرُغَافٍ، أَوْ قَضَاءِ حَاجَةٍ أَوْ تَجْدِيدِ وَضوءٍ، فَفِيهِ وَجْهَانِ، ذَكَرَهُمَا الْقَاضِي ابْنُ كَعْبٍ وَغَيْرُهُ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ اِخْتِصَاصَهُ يَبْطُلُ لِحَصُولِ الْمَفَارِقَةِ، كَمَا بِالْإِضَافَةِ إِلَى سَائِرِ الصَّلَوَاتِ. وَأَصْحُهُمَا: الْمَنْعُ؛ لِمَا رُوِيَ أَنَّهُ ﷺ قَالَ: «إِذَا قَامَ أَحَدُكُمْ مِنْ مَجْلِسِهِ فِي الْمَسْجِدِ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ إِذَا عَادَ إِلَيْهِ»<sup>(٣)</sup>. وَلَا فَرْقَ عَلَى الْوَجْهَيْنِ بَيْنَ أَنْ يَتْرَكَ إِزَارَهُ فِيهِ،

(١) فهم من إلحاق المصنف المسجد بالشارع أنه لا يشترط فيه إذن الإمام وهو كذلك كما قاله الإمام، إذ المساجد لله تعالى وإن قيده الماوردي بصغار المساجد.

قال: وأما كبارها والجوامع، فيعتبر فيه إذن الإمام إن كانت عادة البلد الاستئذان فيه.

(٢) قال النووي: هذا المنقول عن الماوردي، حكاه في «الأحكام السلطانية» عن جمهور الفقهاء. وعن مالك - رضي الله عنه -: أنه أحق، فمقتضى كلامه: أن الشافعي وأصحابه، من الجمهور - رضي الله عنهم -.

(٣) أخرجه مسلم (٢١٧٩) من حديث أبي هريرة دون التقييد بالمسجد، وقال الحافظ في التلخيص =



وبين ألا يترك، ولا بين أن يطراً العُذر بعد الشُّروع في الصلاة أو قبله، وإن اتَّسع الوقت، فإنَّ فارقَه من غير عُذر حادثٍ، فهو كما ذكرنا في سائر الصلوات<sup>(١)</sup>.

ومنها: الجلوسُ للبيع والشِّراءِ والحِزْفَةِ، وهو ممنوعٌ إذْ حُزِمَتْهُ المسجدُ تأبى اتخاذه حانوتاً، وقد رُوِيَ أن عثمانَ - رضي الله عنه - رأى خَيْطاً في المَسْجِدِ يخيِّط فأخْرَجَهُ<sup>(٢)</sup>.

فرعان:

الأوَّل: يمنع الناس من استطراقِ حِلَقِ الفقهاء، والقُرَّاءِ في الجامعِ تَوْقِيراً لها.

الثاني: قال الإمام: لا خلاف<sup>(٣)</sup> في أنقطاعِ تَصَرُّفِ الإمام، وإقْطاعه عن بقاء المسجد، فإنَّ المَسَاجِدَ لِلَّهِ تَعَالَى يُخَدِّشُهُ ههنا شيثان:

أحدهما: أنَّ القاضي الماوردي ذكر أنَّ الترتب في المسجد للتدريس، والفَتْوَى [كالترتب للإمامة، حتى لا يعتبر إذْنُ الإمام في مَسَاجِدِ المحالِّ، ويعتبر في الجوامع، وكبار المساجد، إذا كانت]<sup>(٤)</sup> عادةُ البلَدِ فيه الاستئذان، فَجَعَلَ لِإِذْنِ الإمامِ فيه اعتباراً.

والثاني: عدَّ الشيخ أبو حامد وطائفةٌ من جملة ما يقطع؛ ليرتفع المقطع بالجلوس فيه للبيع والشراء مع مقاعدِ الأنواقِ رحابِ المسجد، وهذا كما يقدح في نفي الإقطاع، يعترض على المشهور في المنع من الجلوس في المسجد؛ للبيع والشراء إلا أن يرد

= وقد أورده بالزيادة إمام الحرمين في النهاية وصححه، وأقره في الروضة على ذلك، وعزاه في المطلب إلى البخاري، وليس هو فيه، وقد نص على أنه من أفراد مسلم: عبد الحق والحميدي، وفي ابن خزيمة وغيره من طريق ابن جريج سمعت نافعاً أن ابن عمر قال: قال النبي ﷺ: «لا يقيم أحدكم أخاه من مجلسه ثم يخلفه فيه، فقلت له: في يوم الجمعة؟ قال فيه وفي غيره».

(١) قال النووي: ومنها: الجلوس للاعتكاف، وينبغي أن يقال: له الاختصاص بموضعه ما لم يخرج من المسجد إن كان اعتكافاً مطلقاً. وإن نوى اعتكاف أيام، فخرج لحاجة جائزة، ففي بقاء اختصاصه إذا رجع احتمال، والظاهر بقاؤه، ويحتمل أن يكون على الخلاف فيما إذا خرج المصلي لعذر.

ومنها: الجالس لاستماع الحديث والوعظ، والظاهر أنه كالصلاة فلا يختص فيما سوى ذلك المجلس ولا فيه إن فارقه بلا عذر، ويختص إن فارق بعذر على المختار. ويحتمل أن يقال: إن كان له عادة بالجلوس بقرب كبير المجلس، ويتنفع الحاضرون بقربه منه لعلمه ونحو ذلك، دام اختصاصه في كل مجلس بكل حال وأما مجلس الفقيه في موضع معين حال تدريس المدرس في المدرسة أو المسجد، فالظاهر فيه دوام الاختصاص، لا طراد العرف، وفيه احتمال.

(٢) قال ابن الملقن في «الخلاصة (٢/١١٥)»: رواه ابن عدي بإسناد ضعيف قال عبد الحق: هو غير محفوظ.

(٤) سقط في: ب.

(٣) في د: لا تستريب.

بِالرُّحَابِ الْأَبْنِيَّةِ الْخَارِجَةِ عَنْ حَدِّ الْمَسْجِدِ<sup>(١)</sup>.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَالسَّابِقُ فِي الرِّبَاطَاتِ وَعَظِيمٌ إِلَى بُقْعَةٍ يَخْتَصُّ بِهَا، ثُمَّ إِنْ طَالَ عُكُوفُهُ عَلَى هَذِهِ الْأَنْتِفَاعَاتِ الْمُشْتَرَكَةِ وَصَارَ كَالْتَمَلِكِ الَّذِي أَبْطَلَ أَثْرَ الْأَشْتِرَاكِ فِيهِ الْإِزْعَاجَ خِلَافَ (و).

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الرِّبَاطَاتُ الْمَسْبِلَةُ فِي الطَّرِيقِ، وَعَلَى أَطْرَافِ الْبِلَادِ، إِذَا سَبَقَ إِلَى مَوْضِعٍ مِنْهَا سَابِقٌ، صَارَ أَحَقُّ بِهِ، وَلَيْسَ لغيره إِزْعَاجُهُ، سِوَاةِ دَخْلِ بِإِذْنِ الْإِمَامِ، أَوْ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، وَلَا يَبْطُلُ حَقُّهُ بِالخُرُوجِ لِشِرَاءِ طَعَامٍ وَنَحْوِهِ، وَلَا يَلْزِمُهُ تَخْلِيفُ أَحَدٍ فِي الْمَوْضِعِ، وَلَا أَنْ يَتْرَكَ مَتَاعَهُ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ لَا يَجِدُ غَيْرَهُ، وَلَا يَأْمَنُ عَلَى مَتَاعِهِ، وَلَوْ أزدَحَمَ أَثْنَانِ عَلَى مَوْضِعٍ، وَلَا سَبَقَ، فَعَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي الْمَقَاعِدِ، وَكَذَلِكَ الْحَكْمُ فِي الْمَدَارِسِ، وَالخَوَاتِقِ إِذَا نَزَلَهَا مِنْ هُوٍ مِنْ أَهْلِهَا، وَإِذَا سَكَنَ بَيْتًا مِنْهَا مُدَّةً، ثُمَّ غَابَ أَيَّامًا قَلِيلَةً، فَهُوَ أَحَقُّ إِذَا عَادَ؛ لِأَنَّهُ أَلْفَهُ، وَإِنْ طَالَتْ غَيْبَتُهُ، بَطَلَ حَقُّهُ<sup>(٢)</sup>، وَالنَّازِلُونَ فِي مَوْضِعٍ مِنَ الْبَادِيَةِ أَحَقُّ بِهِ، وَبِمَا حَوْلَيْهِ قَدْرٌ مَا يَحْتَاجُونَ إِلَيْهِ لِمَرَّافِقِهِمْ، وَلَا يَزَاحِمُونَ فِي الْوَادِي الَّذِي سَرَّحُوا إِلَيْهِ مَوَاشِيَهُمْ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِيهِ وَفَاءٌ بِالْكُلِّ، وَإِذَا ارْتَحَلُوا، بَطَلَ اخْتِصَاصُهُمْ، وَإِنْ بَقِيَ آثَارُ الْفَسَاطِيطِ وَنَحْوِهَا<sup>(٣)</sup>.

وقوله: «إن طال عكوفه على هذه الانتفاعات المشتركة، وصار كالتملك الذي أبطل أثر الاشتراك في الازعاج خلاف» يعني المرتفق بالشوارع والمساجد إذا طال العكوف عليها فأخذ الوجهين: أنه يزعج؛ ليظهر الفرق بين المشتركات والأملأك المختصة بالملأك.

(١) قال النووي: قال الماوردي في «الأحكام»: إن حريم الجوامع والمساجد، إن كان الارتفاع به مضراً بأهل المساجد، منع منه، ولم يجز للسلطان الإذن فيه، وإلا، جاز. وهل يشترط فيه إذن السلطان؟ وجهان.

(٢) قال النووي: والرجوع في الطول إلى العرف. ولو أراد غيره النزول فيه في مدة غيبة الأول على أن يفارقه إذا جاء الأول، فينبغي أن يجوز قطعاً، أو يكون على الوجهين السابقين في الموضع من الشارع. ويجوز لغير سكان المدرسة من الفقهاء والعوام دخولها، والجلوس فيها، والشرب من مياهها، والانتكاه والنوم فيها، ودخول بيقاتها، ونحو ذلك مما جرى العرف به. وأما سكنى غير الفقهاء في بيوتها، فإن كان فيه نص من الواقف بنفي أو إثبات، أتبع، وإلا، فالظاهر منعه، وفيه احتمال في بلد جرت به العادة.

(٣) قال النووي: ولو أرادت طائفة النزول في موضع من البادية للاستيطان، قال الماوردي: إن كان نزولهم مضراً بالسابلة، منعهم السلطان قبل النزول أو بعده. وإن لم يضر، راعي الأصلح في نزولهم ومنعهم ونقل غيرهم إليها. فإن نزلوا بغير إذنه، لم يمنعهم، كما لا يمنع من أحيا مواتاً بغير إذنه، ودبرهم بما يراه صلاحاً لهم، وينهاهم عن إحداث زيادة إلا بإذنه. ينظر: الروضة ٤/٤٦٤.

وأظهرهُمَا: وبه قال أبو إسحاق أنه لا يُزَعَج؛ لأنه أحد المرتفقين، وقد ثبتت له اليد بالسبق، فلا تزال.

وأيضاً فقد روي أنه عليه السلام قال: «مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْهُ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ، فَهُوَ لَهُ»<sup>(١)</sup>.

أما الرِّبَاطَاتُ الموقوفة، فإن عَيْنِ الوَاقِفِ مُدَّةُ المَكْتَبِ فيها، فلا يزيد، وكذا لو وَقَفَ على المَسَافِرِينَ، فلا يمكث مدة تزيد على مدة مَكْتَبِ المَسَافِرِينَ، وإن أُطْلِقَ الوَاقِفِ، نُظِرَ إِلَى الغرضِ الذي بنيت البقعة له، وعمل بالمعتاد فيه، فلا يُمْكِنُ من الإقَامَةِ في رِبَاطَاتِ المَآزَةِ، إلا لمصلحتها، أو لخوفِ يعرض، أو لأمطارٍ تتواترُ، وفي المدرسة الموقوفة على طلبة العلم، يُمْكِنُ من الإقَامَةِ إلى استتمام غرضه، فإن ترك التعلُّمَ والتحصيلَ أزعج، وفي الخانقاهات لا يُمْكِنُ، هذا الضبطُ، ففي الإزعاج، إذا طال المَكْتَبُ، ما سَبَقَ في الشُّوَارِعِ والله أعلم.

قَالَ العَرَالِيُّ: أَمَّا المَعَادِنُ فَظَاهِرَةٌ وَبَاطِنَةٌ (أما الظاهرة): فَالْمِلْحُ وَالتَّنْفُطُ وَأَحْجَارُ الرِّحَا وَالرُّخَامُ وَالبُرْمَةُ وَكُلُّ مَا لَا يُحْتَاجُ فِيهِ إِلَى طَلَبٍ فَلَا يُحْتَصَنُ بِهِ أَحَدٌ إِلَّا بِإِحْيَاءٍ وَتَحْوِيطٍ حَوْلَهُ وَلَا يُحْتَصَنُ بِتَحْجِيرٍ وَلَا بِإِقْطَاعِ بَلٍ هُوَ مُبَاحٌ كَالْمِيَاهِ الجَارِيَةِ، وَالسَّابِقُ إِلَى مَوْضِعٍ لَا يُزَعَجُ قَبْلَ قَضَاءِ وَطَرِهِ، فَإِنْ تَسَابَقَ رَجُلَانِ أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا (و) وَيَقْدَمُ القَاضِي مَنْ رَأَى أَحْوَجَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: البَابُ الثَّلَاثُ: فِي الأعيانِ الخَارِجَةِ فِي الأَرْضِ، وفيه فصلان:

الفصلُ الأوَّلُ: فِي المَعَادِنِ، وهي البقاعُ التي أودعها اللهُ تعالى شيئاً من الجواهرِ المَطْلُوبَةِ - وتَنقَسِمُ إِلَى ظَاهِرَةٍ، وَبَاطِنَةٍ:

فالظاهرة: هي التي يبدو جواهرها من غيرِ عَمَلٍ، وإثما السُّعْيِ والعملُ لتخصيله، ثم تحصيلُهُ قد يَسْهُلُ، وقد يَلْحَقَ فِيهِ تَعَبٌ، وذلك كالتَّنْفُطِ وأحجارِ الرِّحَى وَالبُرْمَةِ<sup>(٢)</sup> وَالكِبْرِيَّتِ، وَالقِطْرَانِ وَالقَارِ<sup>(٣)</sup> وَالمُومِيَاءِ<sup>(٤)</sup> وَأشْبَاهِهَا، فلا يملكها أَحَدٌ بالإحياءِ وَالعِمَارَةِ، وإن ازداد الثَّيْلُ<sup>(٥)</sup>، ولا يختص بها التحجُّرُ، وليسَ للسلطانِ إقطاعها بل هو

(١) أخرجه أبو داود من حديث أسمر بن مضر، قال البيهقي: لا أعلم بهذا الإسناد غير هذا الحديث وقال الحافظ في التلخيص: وصححه الضياء في المختارة.

(٢) ماجر يعمل في القدر. (٣) هو الزفت.

(٤) بضم الميم الأولى وبالمد وحكى القصر: شيء يلقيه الماء في بعض السواحل فيجمد فيه فيصير كالقار وقيل: إنه أحجار سوداء باليمن خفيفة فيها تجويف، وأما الذي تؤخذ من عظام المولى فهي نجسة.

(٥) في د: السبك.

فوضى بين الناس كالمياه الجارية، والكلا والحطب وقد رُوِيَ أَنَّ أَبِيضَ بْنَ حَمَالِ المازني أَسْتَقَطَعَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ مَلَحَ مَآرِبٍ، فَأَرَادَ أَنْ يُقَطِعَهُ، وَيُرْوَى فَأَقَطَعَهُ فَقِيلَ: إِنَّهُ كَالْمَاءِ الْعَدِّ (١) قَالَ: فَلَآ، إِذْنُ (٢).

ولو حوط على بعض هذه المعادن محوطاً واتخذ عليه داراً أو بستاناً. لم يملك البقعة لفساد قصده، فإن المعدن لا يتخذ مسكناً ولا بستاناً، وأشار في الوسيط إلى خلاف فيه ولو اَزْدَحَمَ أَثْنَانِ عَلَى معدن ظاهر، فضاقت المكان، فالسابق أولي وبأي قدر يَسْتَحِقُّ التمكن والتقديم؟ عبارة أكثرهم أنه يتقدم بأخذ قدر الحاجة، ولم يبينوا أن المرعى حاجة يوم أو سنة، ولما لم يشف (٣) ذلك، قال الإمام: الرجوع فيه إلى العرف، فيأخذ ما تقتضيه العادة لأمثاله، وإذا أراد الزيادة على ما يقتضيه حق السبق، فوجهان:

أحدهما: لا يزعم أو يأخذ بحق السبق، ما شاء، لما رُوِيَ أَنَّهُ ﷺ قَالَ: «مَنْ سَبَقَ إِلَى مَا لَمْ يَسْبِقْ إِلَيْهِ مُسْلِمٌ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ».

وأظهرهما: الإزعاج؛ فإن عكوفه عليه كالتحجر، والتخويط المانع للغير، هكذا ذكروه مع جعلهم الأظهر في مقاعد الأسواق؛ أنه لا يزعم، ويمكنه أن يفرق بينهما لشدة الحاجات إلى نيل المعادن، وإن جاء معاً، ففيه ثلاثة أوجه:

أظهرهما: أنه يُشْرَعُ بينهما.

والثاني: أن الإمام يَجْتَهِدُ، ويُقَدِّمُ من يراه أحوَجَ وأحق.

والثالث: أنه ينصب من يُقَسِّمُ الحاصل بينهما.

ووضع العراقيون من الأصحاب الوجود فيما إذا كانا يأخذان للحاجة لا للتجارة، فإن كانا يأخذان للتجارة، قالوا: يهايا بينهما فيه، فإن تَشَاخَا فِي السَّبْقِ، أُفْرِعَ، وَكَانَ الْفَرْقُ أَنَّ التَّاجِرَ لْغَرَضِ التِّجَارَةِ الْبَيْقِ وَالْأَشْهَرُ (٤) إِطْلَاقُ الْأَوْجِهَةِ، وَيُشْبِهَ عَلَى قِيَاسِ مَا

(١) قال الحافظ في التلخيص: العد بكسر العين المهملة الدائم الذي لا انقطاع لمادته، وجمعه أعداد، وقيل العد: ما يجمع ويعد، ورده الأزهرى ورجح الأول، وما رب غير مهموز على وزن ضارب موضع بصنعاء. (فائدة) الذي قال للنبي ﷺ ذلك هو الأقرع بن حابس، جينه الدارقطني في روايته.

(٢) رواه الشافعي عن ابن عيينة عن معمر عن رجل من أهل مارب عن أبيه: أن الأبيض ابن حمال سأل، فذكره سواء، ورواه أصحاب السنن الأربعة أبو داود (٣٠٦٤)، الترمذي (١٣٨٠)، النسائي وابن ماجه (٢٤٧٥) من طريق محمد بن يحيى بن قيس المازني عن أبيه عن سمي بن قيس عن شمير عن أبيض، وصححه ابن حبان قال الحافظ في التلخيص: وضعفه ابن القطان.

(٣) في د: فلما كشف. (٤) في ب: الأظهر.

ذكروه أن يُقال: إذا كان أحدهما تاجراً، والآخر محتاجاً يقدم المحتاج.

ومن المعادن الظاهرة: المِلْحُ الذي ينعقد من الماء، وكذا الجبلي إذا كان ظاهراً لا يحتاج فيه إلى حفرة [وتنحية تراب، والكُخْلُ والجَصُّ والمدْرُ، وأحجازُ النورة، وفي بعض شروح «المفتاح» عدُّ المِلْحِ الجبلي من المعادن الباطنة.

وفي «التهذيب» عدُّ الكُخْلِ والجَصِّ منها، وهما محمولان على ما إذا أخرج إظهارها إلى الحفر، ولو كان بقرب الساحل بقعة لو حفرت وسبق الماء إليها، ظهر فيها المِلْحُ، فليست هي من المعادن الظاهرة؛ لأنَّ المقصود منها يظهر بالعمل، وللإمام إقطاعها.

ومن حفرها وساق الماء إليها، وظهر المِلْحُ، ملكها، كما لو أحيَا مواتاً.

وقوله في الكتاب: «والسابق إلى موضع لا يزعم قبل قضاء وطره».

هذا اللفظ إنما ينطبق على الوجه الذاهب إلى أنه يأخذ بحق السبق ما شاء، وفيه ما سبق. وقوله: «أقرع بينهما أو قدم القاضي» أراد أقرع في وجه، وقدم القاضي الأخرج في وجه.

قال الغزالي: (أما الباطنة) وهي التي تظهر بالعمل كالذهب والفضة، فإن ظهر في ملك إنسان بعد أن أحياه فهو ملكه، فإن لم يحمي ولكنه ظهر بعمله فهل يملكه به؟ فيه قولان، فإن قلنا: يملك دخل الإقطاع فيه كالموات، ولا يقتصر ملكه على محل النبل بل الحفرة التي حواليه ويليق بحريمه يملكه أيضاً.

قال الرافعي: الضرب الثاني: المعادن الباطنة، وهي التي لا يظهر جوهرها إلا بالعمل والمعالجة كالذهب، والفضة، والفيروز، والياقوت، والرصاص، والنحاس، والحديد، وسائر الجواهر المبتوثة في طبقات الأرض.

وعن الشيخ أبي محمد تردد في عدُّ حَجَرِ الحديد ونحوه من المعادن الباطنة؛ لأنَّ ما فيها من الجوهر بادٍ على الحجر، والظاهر الأول؛ لأنَّ الحديد لا يُستخرج منه إلا بمعاناة، وليس البادي على الحجر عين الحديد، وإنما هو مخيلته، ولو أظهر السيل قطعة ذهب، أو أتى بها، التحقت بالمعادن الظاهرة.

إذا عرف ذلك، فالمعدن الباطن، هل يملك بالحفر والعمل؟ فيه قولان:

أحدهما: ويُحكى عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - نعم، لأنه غير مملوك لا يتوصل إلى منفعة إلا بمعالجة ومؤنة، فأشبهه الموات إذا أُحْيِيَ.

والثاني: لا، كالمعادن الظاهرة، وليس كإحياء الموات؛ لأنه إذا أحيَا، ثبت

الإحياء فيه، وأستغنى عن العمل كل يوم والنيل ميثوث في طبقات الأرض يُخْرَجُ كُلَّ يومٍ إِلَى حِفْرِ وَعَمَلٍ.

وأصح القولين الثاني فيما ذكره المسعودي، وصاحب «المهذب»، والقاضي الروياني، وفي كلام الشافعي - رضي الله عنه - مَا يُشْعِرُ بترجيحه.

التفريع: إن قلنا: إنه يملك، فذاك، إذا قصد التملك، وحفر حتى ظهر التل، أما قبل الظهور، فهو كالمتحجر، وهذا كما أنه إذا حفر بئراً في الموات على قصد التملك ملكه، وإذا وصل إلى الماء، وإذا اتسع الحفر، ولم يوجد التل إلا في الوسط، أو في بعض الأطراف، لم يقصر الملك على محل التل بل يملك ما حوالاه مما يليق بحريمه، وهو قدر ما يقف فيه الأعوان والدواب، ومن جاوز ذلك، وحفر لم يمنع، وإن وصل إلى العروق ويجوز للسُّلطان أن يقطع الموات، وإن قلنا: إنه لا يملك فالسابق إلى موضع منه أحق به، لكن لو طال عكوفه، ففي الإزعاج ما ذكرنا في المعادن الظاهر، ومنهم من قطع ههنا أنه لا يزعم؛ لأن هناك يمكن الأخذ دفعة واحدة، فلا حاجة إلى إطالة المكث، ولأن ههنا لا يحصل التل إلا بتعب ومشقة، فيقدم السابق على اللاحق ولو ازدحم أثنان، فعلى الوجه المذكورة هناك، وفي جواز إقطاعها على هذا القول قولان:

أحدهما: المنع كالمعادن الظاهرة.

وأصحهما: الجواز؛ لأن النبي ﷺ أَرَادَ إِقْطَاعَ مَلْحٍ مَارِبٍ أَوْ «أَقْطَعَهُ»، فَلَمَّا قِيلَ لَهُ: إِنَّهُ كَالْمَاءِ الْعَدَّ أَمْتَنَعَ مِنْهُ<sup>(١)</sup> فدل على أن الباطن يجوز إقطاعه، ولا يبعد دخول الإقطاع فيما لا يملك كمقاعد الأسواق، ولا يقطع الإمام إلا قدر ما يتأتى للمقطع العمل عليه، والأخذ منه، وعلى القولين يجوز العمل على المعدن الباطن، والأخذ منه من غير إذنه الإمام، فإنه إما كالمعدن الظاهر، أو كالموات.

ولو أحيى مواتاً، ثم ظهر فيه معدن من هذه المعادن، ملكه بلا خلاف، لأنه، بالإحياء ملك الأرض بأجزائها وهو من أجزائها، بخلاف الركاز فإنه مودع فيها، هذا إذا لم يعلم أن فيها معدناً، فإن علم، واتخذ عليه داراً، فإن الشيخ أبا الفرج السرخسي نقل في ملك المعدن طريقتين:

أحدهما: أنه على القولين السابقين<sup>(٢)</sup>.

(١) تقدم.

(٢) في تملكه بالإحياء وهو قضية إطلاق المحرر فيكون الراجح عدم ملكه لفساد القصد وهو المعتمد كما هو في بعض نسخ الروض المعتمدة.

والثاني: القَطْعُ بأنه يَمْلِكُ كما لو لم يَعْلَمَ، وأما البقعة المَحْيَاةُ، فقد قال الإمام: ظاهر المَذْهَبِ أنها لا تَمْلِكُ؛ لأنَّ المَعْدِنَ يَتَّخِذُ داراً، ولا مزرعةً، فالقصدُ فاسدٌ.

ومنهم مَنْ قال: يَمْلِكُهَا بالإخْيَاءِ، وكان ما حَكَيْنَاهُ مِنَ الخِلافِ فِي المَعَادِنِ الظَّاهِرَةِ عن «الوسيط» مأخوذاً من هذا.

ومما يَتَفَرَّغُ على القَوْلَيْنِ أَنَّ المَعْدِنَ البَاطِنَ، إِذَا عَمِلَ عَلَيْهِ فِي الجَاهِلِيَّةِ، هَلْ يَمْلِكُ، وَهَلْ يَجُوزُ إِقْطَاعُهُ؟ إِنَّ قُلْنَا: إِنَّ هَذَا المَعْدِنَ يَمْلِكُ بِالحَفْرِ وَالْعَمَلِ، فَهُوَ مِلْكٌ لِلغَانِمِينَ؛ كَأَرْضِي دارِ الحَرْبِ الَّتِي أَخِيوْهَا، ثُمَّ اسْتَوْلَيْتَنَا عَلَيْهَا، وَإِنْ قُلْنَا: لَا تَمْلِكُ، ففِي جِوَارِ الإِقْطَاعِ مَا قَدَّمَاهُ مِنَ القَوْلَيْنِ.

وقوله فِي الكِتَابِ «وإن لم يُحْيِي، وَلَكِنَّهُ أَظْهَرَ بِعَمَلِهِ أَرَادَ أَنَّهُ لَمْ يُحْيِي كَمَا تَحْيَا المِوَاتُ بَأَن يَتَّخِذَ مَسْكناً أَوْ بَسْتاناً أَوْ مزرعةً، وَلَكِنَّهُ حَفَرَ حَتَّى ظَهَرَ النَيْلُ.

وَمِنَ الأَصْحَابِ مَنْ يُطَلِّقُ لَفْظَ الإخْيَاءِ على العَمَلِ فِي المَعْدِنِ؛ لِأَنَّهُ إِضْلاَحٌ لَهُ، وَيَقُولُ: هَلْ يَمْلِكُ المَعْدِنُ بالإخْيَاءِ؟ فِيهِ قَوْلانِ، وَهَذَا الإِخْتِلاَفُ يَرْجِعُ إِلَى مَجْرَدِ الإِضْلاَحِ. وَفِي قَوْلِهِ: «أَظْهَرَ بِعَمَلِهِ» مَا يَشِيرُ إِلَى أَنَّ الإِظْهَارَ لَا بُدَّ مِنْهُ لِيَجِيءَ القَوْلانِ، وَنَخْتِمُ الفِصْلَ بِمَسْأَلَتَيْنِ:

إِحْدَاهُمَا: ظاهِرُ المِروِيِّ أَنَّهُ مَالِكُ المَعْدِنِ البَاطِنِ، لَا يَجُوزُ لَهُ بَيْعُهُ؛ لِأَنَّ المَقْصودَ مِنْهُ النَيْلُ، وَالنَيْلُ مَتَفَرِّقٌ فِي طَبَقَاتِ الأَرْضِ مَجْهُولُ القَدْرِ وَالصَّفَةِ، فَصَارَ كَمَا لَوْ جَمَعَ قَدراً مِنْ تِرابِ المَعْدِنِ، وَمِنْهُ النَيْلُ وَبِاعَهُ. وَحَكَى الإِمَامُ وَجْهاً آخَرَ فِي جِوَارِهِ، لِأَنَّ المِيعَةَ رِقْبَةُ المَعْدِنِ، وَالنَيْلُ فَائِدَتُهُ وَرَبِيعُهُ.

الثَّانِيَّةُ: مَلِكٌ مَعْدِناً باطناً، فَجاءَ عَيْزُهُ، وَأَسْتَخْرَجَ مِنْهُ نَيْلاً بِغَيْرِ إِذْنِهِ، فَعَلِيهِ رُدُّهُ، وَلَا أُجْرَةَ لَهُ، وَلَوْ قَالَ المَالِكُ: أَعْمَلُ فِيهِ، وَأَسْتَخْرَجَ النَيْلَ لِي، فَفَعَلَ، [فَفِي اسْتِحْقاَقِهِ الأُجْرَةَ على الخِلافِ فِيمَا إِذَا قَالَ: أَعْسِلُ ثِوبِي، فَغَسَلَ.

لَوْ قَالَ: أَعْمَلُ فَمَا اسْتَخْرَجْتَهُ، فَهُوَ لَكَ، أَوْ قَالَ: اسْتَخْرَجْتُ لِنَفْسِيكَ، فَالحَاصِلُ لِلْمَالِكِ؛ لِأَنَّهُ هَبَهُ مَجْهُولٍ، وَكَانَ يُمَكِّنُ تَشْبِيهُهُ بِإِباحَةِ ثَمارِ البُسْتانِ وَنَحْوِهَا، لَكِنَّ المَنْقُولَ الأوَّلَ. وَفِي اسْتِحْقاَقِ الأُجْرَةِ وَجْهانِ:

أَحْدَاهُمَا: المَنْعُ؛ لِأَنَّهُ عَمِلَ لِنَفْسِهِ.

والثَّانِي: وَبِهِ قَالَ ابْنُ سُرَيْجٍ: أَنَّها تَجِبُ؛ لِأَنَّ عَمَلَهُ وَقَعَ لِلْمَالِكِ، وَهُوَ غَيْرُ مُتَعَدِّ بِعَمَلِهِ وَلَا مُتَبَرِّعٌ<sup>(١)</sup>، وَلَوْ قَالَ: أَعْمَلُ فَمَا اسْتَخْرَجْتَهُ، فَهُوَ بَيْنَنَا مُنْاصِفَةً، لَمْ يَصَحَّ؛ لِأَنَّ

(١) قال النووي: ثبوتها أصح.

العَوْضَ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا. قَالَ فِي «الشَّامِلِ»: فَلَيْسَ هَذَا كَمَا لَوْ شَرَطَ جِزَاءً مِنَ الرِّيحِ وَالشَّمْرِ فِي الْقِرَاضِ أَوْ الْمَسَاقَاةِ: لِأَنَّهُ جَعَلَ عَوْضَ الْعَمَلِ هَهُنَا جِزَاءً مِنَ الْأَضَلِّ، فَهُوَ كَمَا لَوْ شَرَطَ لِلْعَامِلِ جِزَاءً مِنْ رَأْسِ الْمَالِ. وَلَوْ قَالَ: مَهْمَا<sup>(١)</sup> اسْتَخْرَجْتَهُ، فَلِكِ مِنْهُ عَشْرَةُ ذَرَاهِمَ، لَمْ يَصِحَّ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ رُبَّمَا يَحْصُلُ هَذَا الْمَقْدَارُ.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: أَمَّا الْمِيَاهُ ثَلَاثَةٌ مُخْرَزَةٌ فِي الْأَوَانِي فَهِيَ مِلْكٌ (و) كَسَائِرِ الْأَمْثَالِ يَصِحُّ (و) بِنَعْيِهِ، وَعَامٌّ لَمْ يَظْهَرْ بِعَمَلٍ وَلَا يَجْرِي بِحَفْرِ نَهْرٍ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ أَنْ يَأْخُذَ سَاقِيَةً مِنْهُ فَيَجْرِي الْمَاءُ إِلَى أَرْضِهِ، وَلِلْأَعْلَى أَنْ يَسْقِيَ أَرْضَهُ إِلَى الْكَعْبِ (و) وَيَلْزَمُهُ بَعْدَ ذَلِكَ أَنْ يَسْرَحَهُ إِلَى الْأَسْفَلِ وَقِيلَ: لَا يَلْزَمُهُ (و)، فَإِنْ تَعَلَّى وَاحِدٌ وَأَخَذَ سَاقِيَةً وَقَطَعَ الْمَاءَ عَنِ الْكُلِّ مُنِعَ لِأَنَّهُمْ بِإِحْيَاءِ الْإَرْضِ اسْتَحَقُّوا مَرِافِقَهَا وَالْمَاءَ مِنَ الْمَرِافِقِ فَيَمْنَعُ مِنْ إِحْدَاثِ مَا لَمْ يَكُنْ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْفَصْلُ الثَّانِي: فِي الْمِيَاهِ، وَهِيَ قِسْمَانِ:

أَحَدُهُمَا: الْمِيَاهُ الْمَبَاحَةُ، وَهِيَ الَّتِي تَنْبُعُ فِي مَوَاضِعَ لَا تَخْتَصُّ بِأَحَدٍ، وَلَا صَنَعَ لِلْأَدْمِيِّينَ فِي إِنْبَاطِهِ وَإِجْرَائِهِ كَمَا «الْفُرَاتُ» و«جِيحُونَ» وَسَائِرِ أودية الْعَالَمِ، وَالغَيْوُنُ فِي الْجِبَالِ، وَسَيُولُ الْأَمْطَارِ، فَالنَّاسُ فِيهَا سِوَاءَ عَلَى مَا رُوِيَ عَنِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثَةٍ: فِي الْمَاءِ وَالنَّارِ وَالْكَلْبِ»<sup>(٢)</sup>.

(١) فِي د: فَمَا.

(٢) رَوَاهُ، ابْنُ مَاجَهَ (٢٤٧٢) مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ بَلْفِظٍ: الْمُسْلِمُونَ قَالَ الْحَافِظُ فِي التَّلْخِصِ: وَفِيهِ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ خِرَاشٍ مَتْرُوكٌ، وَقَدْ صَحَّحَهُ ابْنُ السَّكَنِ، [وَرَوَاهُ الْخَطِيبُ فِي الرَّوَاةِ عَنْ مَالِكٍ، عَنْ نَافِعٍ عَنْ ابْنِ عَمْرٍو، وَزَادَ: وَالْمَلْحُ قَالَ الْحَافِظُ فِي التَّلْخِصِ وَفِيهِ عَبْدُ الْحَكَمِ بْنِ مِيسِرَةَ رَوَايَةٌ عَنْ مَالِكٍ وَهُوَ عِنْدَ الطَّبْرَانِيِّ بِسَنَدِ حَسَنِ عَنْ زَيْدِ بْنِ جَبْرِ عَنْ ابْنِ عَمْرٍو كَالْأَوَّلِ]، وَلَهُ عِنْدَهُ طَرُقٌ أُخْرَى، وَابْنُ مَاجَهَ (٢٤٧٣) مِنْ حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ بِسَنَدٍ صَحِيحٍ: «ثَلَاثٌ لَا يَمْنَعُنَ: الْمَاءُ، وَالْكَلْبُ، وَالنَّارُ، وَالْأَبِيُّ دَاوُدَ مِنْ حَدِيثِ بَهِيْسَةَ عَنْ أَبِيهَا أَنَّهُ قَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ مَا الشَّيْءُ الَّذِي لَا يَحِلُّ مَنَعُهُ؟ قَالَ: الْمَاءُ، ثُمَّ أَعَادَ فَقَالَ: الْمَلْحُ، وَفِيهِ قِصَّةُ قَالَ الْحَافِظُ فِي التَّلْخِصِ: وَأَعْلَهُ عَبْدُ الْحَقِّ، وَابْنُ الْقَطَّانِ بِأَنَّهَا لَا تَعْرِفُ، لَكِنْ ذَكَرَهَا ابْنُ حِبَانَ وَغَيْرُهُ فِي الصَّحَابَةِ، وَابْنُ مَاجَهَ مِنْ حَدِيثِ عَائِشَةَ أَنَّهَا قَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ مَا الشَّيْءُ الَّذِي لَا يَحِلُّ مَنَعُهُ؟ قَالَ: «الْمَاءُ، وَالْمَلْحُ، وَالنَّارُ» - الْحَدِيثُ.

قَالَ الْحَافِظُ فِي التَّلْخِصِ: وَإِسْنَادُهُ ضَعِيفٌ، وَلِلطَّبْرَانِيِّ فِي الصَّغِيرِ مِنْ حَدِيثِ أَنَسٍ: «خَصَلْتَانِ لَا يَحِلُّ مَنَعُهُمَا: الْمَاءُ، وَالنَّارُ» قَالَ الْحَافِظُ فِي التَّلْخِصِ: قَالَ أَبُو حَاتِمٍ فِي الْعِلَلِ: هَذَا حَدِيثٌ مَنكُورٌ، وَلِلْعَقِيلِيِّ فِي الضَّعْفَاءِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سَرْجِسَ نَحْوَ حَدِيثِ بَهِيْسَةَ، وَرَوَى أَبُو دَاوُدَ فِي السَّنَنِ. وَأَحْمَدُ فِي الْمُسْنَدِ مِنْ حَدِيثِ أَبِي خَدَّاشٍ أَنَّهُ سَمِعَ رَجُلًا مِنَ الْمُهَاجِرِينَ مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ قَالَ: غَزَوْتُ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ثَلَاثًا أَسْمَعُهُ يَقُولُ: الْمُسْلِمُونَ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثَ:



فإن أثنان فصاعداً، أخذ كل واحدٍ [منهم] ما شاء، فإن قل الماء أو ضاق المشرعُ قَدَمَ السابق، فإن جاء معاً، أفرغ بينهما، وإن أراد واحدٌ السقي، وهناك من يحتاج إليه للشرب، فالثاني أولى، قاله في «التتمة»، ومن أخذ منه شيئاً في إناء ملكه، ولم يكن للغير أن يزاوجه فيه كما لو احتش أو احتطب، وفي «النهاية» وجهٌ آخرُ أنه لا يملك لكئة أولى به من غيره. والمذهب الأول، وإن دخل شيءٌ منه ملكَ إنسان بسنبل، فليس لغيره أخذه، ما دام فيه الامتناع الدخول في ملك الغير بغير إذنه، لكن لو فعل فيملكه أم للمالك استرداده؟ فيه وجهان:

أصحهما: الأول، فإذا خرَج منه، أخذه من شاء.

وإذا أراد قومٌ سقى أراضيهم من مثل هذا الماء، فإن كان التهرُّ عظيمًا يفى بالكل سقى من شاء منهم، متى شاء<sup>(١)</sup>، وإن كان الماء صغيراً، أو كان الماء ينساق من الوادي العظيم في ساقيةٍ غير مملوكة، بأن انخرقت بنفسها، فيسقى الأول أرضه، ثم يُرسله إلى الثاني، ثم إلى الثالث؛ لما روي عن عبادة بن الصامت - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قضى في الشرب «أن للأعلى أن يسقي قبل الأسفل ثم يُرسِل إلى الأسفل، ولا يخسب الماء في أرضه»<sup>(٢)</sup>.

والمشهور أنه يحبس حتى إلى أن يبلغ الكعبين؛ لما روي في حديث عبادة أنه يجعل الماء إلى الكعبين لما روي عن عمرو بن شعيب عن ابنه عن جدّه أن النبي ﷺ قضى في السيل أن يُمسك حتى يبلغ إلى الكعبين، ثم يُرسِل الأعلى إلى الأسفل<sup>(٣)</sup>،

= الماء، والكلأ، والنار ورواه أبو نعيم في معرفة الصحابة في ترجمة أبي خدّاش قال الحافظ في التلخيص ولم يذكر الرجل، وقد سئل أبو حاتم عنه فقال: أبو خدّاش لم يدرك النبي ﷺ، وهو كما قال، فقد سماه أبو داود في روايته: جبان بن زيد وهو الشرعي، وهو تابعي معروف.

(١) قال في الخادم: كذا أطلقا وهو فيما إذا كان لكل أحد ساقية يرسلها منه إلى أرضه متى شاء، أما لو كان مخرج الماء منه واحداً لا يمكن السقي منه إلا مرتباً فلا، بل الحكم كما سيأتي من تقديم الأول فالأول، وإلا فيصير مستحق التقديم متأخر نوبته.

(٢) رواه ابن ماجه (٢٤٨٣) والبيهقي والطبراني.

وقال الحافظ في التلخيص: وفيه انقطاع.

(٣) رواه، أبو داود (٣٦٣٩)، وابن ماجه (٢٤٨٢) من هذا الوجه بلفظ: قضى في السيل المهزور، ورواه الحاكم في المستدرک من حديث عائشة أنه قضى في سيل مهزور ومذنب: أن الأعلى يرسل إلى الأسفل، ويحبس قدر الكعبين، قال الحافظ في التلخيص وأعله الدارقطني بالوقف، ورواه ابن ماجه من حديث ثعلبة بن أبي مالك، ورواه عبد الرزاق في مصنفه عن أبي حازم القرظي عن أبيه عن جده.

مهزور بتقديم الزاي المضمومة على الراء وادي بالمدينة، ومذنب اسم موضع بها.

وقال رسول الله ﷺ للزبير حين خاصمه الأنصاري في شراح<sup>(١)</sup> الحرة التي يسقون منها: «أسقى يا زبير، ثم أرسِل الماء إلى جارك، فعَضِب الأنصاري وقال: إن كان ابن عمّتك، قتلون وجه رسول الله ﷺ، ثم قال: «يا زبير، أسقى وأخيس الماء حتى يزجج إلى الجدر ثم أرسِله»<sup>(٢)</sup> والشراح: جمع الشرج، وهو النهر الصغير.

والحرة: الأرض التي ألبست الحجارة السود، والجدر: الجدار، واختلفوا في تنزيل الخبر، قيل: إن النبي ﷺ أمره باستيقاء زيادة على القدر المستحق تغليظاً على الأنصاري، حيث اتهم رسول الله ﷺ.

وقيل، وهو الأصح: إنه كان قد استنزله عن بغض حقه، فلما أساء الأنصاري الأدب، قال له: استوف حَقك، ومن قال بهذا، قال: إذا بلغ الماء الكعب بلغ أصل الجدار، فلا مخالفة بين التقديرين، ووراء هذا المشهور أمران:

**أقرئهما:** الرجوع في قدر السقي إلى العادة والحاجة، وقد ذكر أفضى القضاة الماوزدي؛ أنه ليس [له] التقدير بالبلوغ إلى الكعبين على عموم الأزمان والبُلدان، لأنه مقدّر بالحاجة، والحاجة تختلف باختلاف الأرض، وبأختلاف ما فيها من زرع وشجر ووقت الزراعة، ووقت السقي.

وأغربهما عن الداركي وجه أن الأعلى لا يقدم على الأسفل، ولكن يسقون بالحصص، ويحكى هذا عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - ولو كانت أرض الأعلى بعضها مرتفعاً وبعضها منخفضاً، ولو سقياً معاً، لزاد الماء في المنخفضة على الحد المشروع أقرّد كل واحد منهما بالسقي بما هو طريقه<sup>(٣)</sup>.

وإذا سقى الأعلى، ثم احتاج إلى السقي مرة أخرى مُكّن.

وزوّى أبو عاصم العبادي وجهاً: أنه لا يُمكن؛ لأنه روي في خبر عبادة - رضي

(١) قال الحافظ في التلخيص: الشراح بكسر المعجمة وتخفيف الراء وآخره جيم جمع شرجة بفتح الشين والراء وهي مسل الماء، واسم الأنصاري ثعلبة بن حاطب، وقيل: حميد، وقيل: حاطب بن أبي بلنعة، ولا يصح، لأنه ليس أنصاريًا، وحكى ابن بشكوال عن شيخه أبي الحصن بن مغيث أنه ثابت بن قيس بن شماس.

(٢) رواه البخاري (٢٣٥٩، ٢٣٦٠، ٢٣٦١، ٢٣٦٢، ٢٧٠٨، ٤٥٨٥) ومسلم (٢٣٥٧).

(٣) والظاهر كما قال السبكي أنه لا يتعين البداية بالأسفل، بل لو عكس جاز. ومرادهم أنه لا يزيد في المستفلة على الكعبين. وصرح في الاستقصاء بالتخيير بين الأمرين. قاله في مغني المحتاج قال النووي: طريقه أن يسقي المنخفض حتى يبلغ الكعبين، ثم يسده، ثم يسقي المرتفع.

قال الشيخ ابن الرفعة: هو إذا لم يمكن سقي العالية أولاً حتى تبلغ الكعبين، ثم يسد عليها ويرسله للسافلة، فإن أمكن ذلك تعين.

الله عنه -: وتُرْسِلُ الْمَاءَ حَتَّى تَنْتَهِيَ الْأَرْضِي وَإِذَا تَنَازَعَ اثْنَانِ أَرْضاً هُمَا مَتَحَادِيَتَانِ، أَوْ أَرَادَ شَقُّ النَّهْرِ مِنْ مَوْضِعَيْنِ مَتَجَادِبَتَيْنِ يَمِيناً وَيسَاراً، فَيُقْرَعُ أَوْ يَقْسَمُ الْمَاءَ بَيْنَهُمَا، أَوْ يَقْدَمُ الْإِمَامُ مِنْ يَرَاهُ؟ حَكَى الْعَبَادِيُّ فِيهِ ثَلَاثَةَ أَوْجِهٍ<sup>(١)</sup>.

ولو أراد إنسان إحياء مواتٍ وسقَّيه من هذا النَّهْرِ، نُظِرَ؛ إِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ تَضْيِيقٌ، فَلَا مَنَعٌ وَإِنْ كَانَ مَنَعٌ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلِينَ بِإِحْيَاءِ أَرْضِيهِمْ اسْتَحَقُّوا مَرَاقِقَهَا، وَأَنَّهُ مِنْ أَعْظَمِ مَرَاقِقِهَا. وَعِمَارَةٌ حَاقَاتٍ هَذِهِ الْأَنْهَارِ مِنْ وَظَائِفِ بَيْتِ الْمَالِ.

ويجوزُ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يَبْنِيَ عَلَيْهَا قَنْطَرَةً، لِعُبُورِ النَّاسِ، إِنْ كَانَ الْمَوْضِعُ مَوَاتًا، وَأَمَّا بَيْنَ الْعُمَرَانِ، فَهُوَ كَحْفَرِ الْبَثْرِ فِي الشَّارِعِ، لِمَصْلَحَةِ الْمُسْلِمِينَ، وَيَجُوزُ بِنَاءُ الرَّحَى عَلَيْهَا إِنْ كَانَ الْمَوْضِعُ مِلْكًا لَهُ، أَوْ مَوَاتًا مَحْضًا، وَإِنْ كَانَ بَيْنَ الْأَرْضِي الْمَمْلُوكَةِ، فَإِنْ تَضَرَّرَ الْمَلَأُكُ، لَمْ يَجِزْ، وَإِلَّا فَوْجِهَانِ:

أَحَدُهُمَا: الْمَنَعُ؛ كَالْتَصَرُّفِ فِي سَائِرِ مَرَاقِقِ الْعِمَارَاتِ.

وَأَشْبَهُهُمَا: الْجَوَازُ كِإِشْرَاعِ الْجَنَاحِ فِي السُّكَّةِ غَيْرِ الْمَسْنَدَةِ وَهَذَا إِذَا لَمْ تَكُنِ الْأَنْهَارُ وَالسُّوَاقي مَمْلُوكَةً، أَمَّا إِذَا كَانَتْ مَمْلُوكَةً، بَأَنَّ حَقَرَ نَهْرًا يَدْخُلُ فِيهِ الْمَاءُ مِنَ الْوَادِي الْعَظِيمِ، أَوْ مِنَ النَّهْرِ الْمُنْحَرِقِ مِنْهُ، فَالْمَاءُ بَاقٍ عَلَى إِبَاحَتِهِ، لَكِنَّ مَالِكَ النَّهْرِ أَحَقُّ بِهِ؛ كَالسَّيْلِ يَدْخُلُ مَلَكُهُ، فَلَيْسَ لِأَحَدٍ مَزَاحِمَتُهُ؛ لِسَقْيِ الْأَرْضِيْنَ، وَأَمَّا الشُّرْبُ وَالْأَسْتِعْمَالُ، وَسَقْيِ الدَّوَابِّ، فَقَدْ قَالَ الشُّيْخُ أَبُو عَاصِمٍ: لَيْسَ لَهُ الْمَنَعُ، وَتَابَعَهُ صَاحِبُ «التَّتْمَةِ» وَمِنْهُمْ مَنْ أَطْلَقَ الْقَوْلَ بِأَنَّهُ لَا يَذَلِي فِيهِ أَحَدٌ دَلْوًا، وَيَجُوزُ لِغَيْرِهِ أَنْ يَحْفِرَ فَوْقَ نَهْرِهِ نَهْرًا، إِنْ لَمْ يَضْيِقْ عَلَيْهِ، وَإِنْ ضَيَّقَ فَلَا.

وَإِنْ اشْتَرَكَ جَمَاعَةٌ فِي الْحَفْرِ اشْتَرَكُوا فِي الْمِلْكِ عَلَى قَدْرِ عَمَلِهِمْ، فَإِنْ شَرَطُوا أَنْ يَكُونَ النَّهْرُ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ مَا يَمْلِكُونَ مِنَ الْأَرْضِي، فَلْيَكُنْ عَمَلُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَلَى قَدْرِ ضَيْقِ أَرْضِهِ، فَإِنْ زَادَ وَاحِدٌ مَطْوَعًا، فَلَا شَيْءَ لَهُ عَلَى الْبَاقِيْنَ، وَإِنْ زَادَ مَكْرَهًا، أَوْ شَرَطُوا لَهُ عَوْضًا، رَجَعَ عَلَيْهِمْ بِأَجْرَةٍ مَا زَادَ، وَلَيْسَ لِلْأَعْلَى حَبْسُ الْمَاءِ عَلَى الْأَسْفَلِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَكُنِ الْمَوْضِعُ مَمْلُوكًا، وَإِذَا اقْتَسَمُوا الْمَاءَ بِالْأَيَّامِ وَالسَّاعَاتِ، جَازَ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ الرَّجُوعُ، مَتَى شَاءَ، وَلَكِنْ لَوْ رَجَعَ بَعْدَمَا اسْتَوْفَى نَوْبَتَهُ وَقَبْلَ أَنْ يَسْتَوْفِيَ الشَّرِيكَ، ضَمِنَ لَهُ أَجْرَةَ مِثْلِ نَصِيْبِهِ مِنَ النَّهْرِ لِلْمُدَّةِ الَّتِي أُجْرِي فِيهَا الْمَاءُ، وَإِنْ اقْتَسَمُوا

(١) قال النووي أصحهما يقرع. انتهى.

إذ لا مزية لأحدهما على الآخر، وهذا كما قال الأذاعي إذا أحيا دفعة أو جهل أسبقها ولا ينافي هذا من أنه يقدم الأعلى فيما إذا أحيا معاً أو جهل الأسبق، لأنه إنما قدم لقربه من النهر، ولا مزية هنا مع أنه قيل بالإقراع.

الماء نفسه، فعلى ما سنذكره في القناة المشتركة - إن شاء الله عز وجل - ولو أرادوا قسمة النهر، وكان عريضاً، جاز، ولا يجري فيه الإخبار كما في الجداد الحائل، ولو أراد الشركاء الذين أراضيهم أسفل توسيع فم النهر؛ لثلا يقصر الماء عنهم، لم يجز، إلا برضا الأولين؛ لأن تصرف الشريك في الملك المشترك لا يجوز إلا برضا الشريك، وأيضاً، فقد يتضررون بكثرة الماء، وكذا لا يجوز للأولين تضييق فم النهر إلا برضا الآخرين، ولا لواجد منهم بناء قنطرة، أو رعى عليها، ولا غرس شجرة على حافته إلا برضا الشركاء ولو أراد أخذهم تقديم رأس الساقية التي ينساق فيها الماء إلى أرضه، أو تأخيرها، فكذلك، بخلاف لو قدم باب داره إلى رأس السكة المنسدة؛ لأنه يتصرف هناك في الجدار المملوك، وههنا في الحافة المشتركة، ولو كان لأحدهم ماء في أعلى النهر فأجره في النهر المشترك برضا الشركاء؛ لياخذه من الأسفل، ويسقي به أرضه، فلهم الرجوع متى شاءوا؛ لأنه عارية وتنقية هذا النهر، وعمارته يقوم بها الشركاء بحسب الملك، وهل على كل واحد منهم عمارة الموضع الذي يستقل<sup>(١)</sup> عن أرضه؟ فيه وجهان:

أحدهما: وهو المذكور في «الشامل»، وبه قال أبو حنيفة: لا، لأن المنفعة فيه للباقيين.

والثاني: نعم، لشركتهم فيه، وانتفاعهم بإرسال الماء فيه، وهذا أصح عند العبادي.

وأما لفظ الكتاب، فقوله: «أما المياه، فثلاثة» قصد به أن الماء إما محرز في الأواني، فهو مختص بالمحرز ملك له من أي موضع أخذ، وإما غير محرز، وينقسم إلى ما يحدث من موضع غير مملوك؛ كالمياه المباحة العامة، وإلى ما يحدث من موضع<sup>(٢)</sup> مملوك؛ كماء القنوات، فهي ثلاثة أقسام، وفي معنى الأواني الحوض المملوك، إذا جمع فيه الماء. وأعلم بقوله: «فهو ملك» بالواو للوجه المذكور في «النهاية»: وقوله: «ويصح بيعه» - ضرب من التأكيد.

وفي قوله: «كسائر الأملاك» ما يفيد. وقوله: «إلى الكعب» يجوز أن يُغلم بالواو؛ وللوجه الذاهب إلى أنه لا تقدير والمرعى الحاجة.

وكذا قوله «لا يلزمه» للوجه المنقول عن الداركي.

فروع:

(١) في ب: مساء.

(٢) في ب: المتسفل.

كُلُّ أَرْضٍ أَمْكَنَ سَفِيهَا مِنْ هَذَا النَّهْرِ، إِذَا رَأَيْنَا لَهَا سَاقِيَةَ مِنْهُ، أَوْ لَمْ نَجِدْ لَهَا شَرْبًا مِنْ مَوْضِعٍ آخَرَ، حَكَمْنَا عِنْدَ التَّنَازُعِ بِأَنَّ لَهَا فِيهِ شَرْبًا. وَلَوْ تَنَازَعَ شُرَكَاءُ النَّهْرِ فِي قَدْرِ أَنْصِبَائِهِمْ، فَيَجْعَلُ عَلَى قَدْرِ الْأَرْضِي؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الشَّرْكَاءَ بِحَسَبِ الْمَلِكِ، أَوْ بِالسُّوِيَّةِ؛ لِأَنَّهُ فِي أَيْدِيهِمْ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَبِالْأَوَّلِ قَالَ الْإِصْطَخَرِيُّ<sup>(١)</sup>.

وَإِذَا صَادَفْنَا نَهْرًا يُسْقَى مِنْهُ أَرْضٌ، وَلَمْ نَدْرَ أَنَّهُ حَفَرَ أَوْ انْحَرَقَ؟ حُكِمَ بِكَوْنِهِ مَمْلُوكًا؛ لِأَنَّهُمْ أَصْحَابُ يَدٍ وَانْتِفَاعٍ، فَلَا يُقَدَّمُ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ مَمْلُوكًا، لَزِمَ التَّقَدُّمُ، وَالْأَكْثَرُ هَذِهِ الْمَسَائِلُ مِمَّا يَشْتَبِلُ عَلَيْهِ كِتَابُ «الْمِيَاهِ» لِلشَّيْخِ الْعَبَّادِيِّ.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: الثَّلَاثُ: مَا تَرَدَّدَ بَيْنَ الْمُؤْمَمِ وَالْأَخْتِصَاصِ وَهُوَ مَاءُ الْبَيْتِ فَهُوَ مُخْتَصَّصٌ بِهِ، وَلَا يَلْزَمُهُ بَدَلُهُ لِغَيْرِهِ (و) لِعَرَضِ الزُّرْعِ (و) إِلَّا بِعَوَاضٍ، وَهَلْ يَلْزَمُهُ بَدَلُهُ لِلْمَاشِيَةِ؟ إِنْ لَمْ يَكُنِ الْبَيْتُ مَمْلُوكًا لَهُ بَلْ كَانَ قَضْدُهُ مِنَ الْحَفْرِ الْأَنْتِفَاعِ بِالْمَاءِ وَجَبَ الْبَدَلُ لِلْحَدِيثِ، وَإِنْ كَانَ مَمْلُوكًا فَالظَّاهِرُ وَجُوبُهُ لِلْحَدِيثِ، وَمِنْهُمْ مَنْ خَصَّصَ بِمَا لَمْ يَمْلِكْ مَتَبَعُهُ وَالْحَقُّ هَذَا بِالْمُحْرَزِ بِالْأَوَانِي.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لَمَّا فَرَعَ مِنَ الْكَلَامِ فِي الْقَسْمَيْنِ الْأَوَّلَيْنِ، وَهِيَ الْعَامُّ وَالْخَاصُّ، شَرَعَ فِي الثَّلَاثِ الْمَتَرَدِّدِ بَيْنَهُمَا، وَهُوَ مِيَاهُ الْأَبَارِ وَالْقَنْوَاتِ، وَهِيَ مِنْ حَيْثُ إِنَّهَا حَاصِلَةٌ فِي الْمَوَاضِعِ الْمُخْتَصَّةِ بِالْإِنْسَانِ تَشْبَهُ الْمَاءِ الْمُحْرَزِ فِي الْأَبَارِ.

وَمِنْ حَيْثُ إِنَّهَا تَبَدَّلُ، وَيَنْبَسِطُ النَّاسُ فِيهَا تَشْبَهُ الْمِيَاهِ الْعَامَّةِ، وَكَذَلِكَ يَجِبُ بِذَلِكَ عَلَى تَفْصِيلِ سَنَدُكْرُهُ، هَذَا عَلَى مَوْجِبِ تَقْسِيمِهِ الْمَذْكُورِ فِي الْكِتَابِ.

وَأَمَّا عَلَى مَوْجِبِ مَا قَدَّمْنَاهُ، فَنَقُولُ: الْقَسْمُ الثَّانِي: الْمِيَاهُ الْمُخْتَصَّةُ بِبَعْضِ النَّاسِ وَهِيَ مِيَاهُ الْأَبَارِ وَالْقَنْوَاتِ، وَأَعْلَمُ أَوْلَى أَنَّ حَفَرَ الْبَيْتِ يُصَوَّرُ عَلَى أَوْجِهِ:

أَحَدُهَا: الْحَفْرُ فِي الْمَنَازِلِ لِلْمَارَّةِ.

وَالثَّانِي: الْحَفْرُ فِي الْمَوَاتِ عَلَى قَضْدِ الْأَزْتِفَاقِ دُونَ التَّمْلِكِ لِمَنْ يَنْزِلُ فِي الْمَوَاتِ، فَيَحْفَرُ لِلشَّرْبِ، وَسَقَى الدَّوَابِّ.

وَالثَّلَاثُ: الْحَفْرُ عَلَى قَضْدِ التَّمْلِكِ، وَالْقَوْلُ فِي أَنَّ الْبَيْتَ مَتَى تَمْلِكُ سِيَاتِي.

وَالرَّابِعُ: الْحَفْرُ الْخَالِي عَنِ هَذَا الْمَقْصُودِ.

إِذَا عَرَفْتَ ذَلِكَ فَالْبَيْتُ الْمَحْفُورَةُ لِلْمَارَّةِ، مَاؤُهَا مُشْتَرِكٌ بَيْنَهُمْ، وَالْحَافِرُ كَأَحَدِهِمْ وَيَجُوزُ الْأَسْتِقَاءُ مِنْهَا لِلشَّرْبِ، وَسَقَى الزُّرُوعِ، فَإِنَّ ضَاقَ عَنْهُمَا، فَالشَّرْبُ أَوْلَى.

(١) قَالَ النَّوَوِيُّ: هُوَ أَصْحَابُهَا.

والبئر المحفورة على قَصْدِ الارتفاقِ دونَ التَّمَلُّكِ فالحافرُ أَوْلَى بِمَائِهَا إِلَى أَنْ يَزْتَحِلَّ، لَكِنْ لَيْسَ لَهُ مَنَعٌ مَا فَضَّلَ عَنْهُ عَنْ مَنْ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لِلشُّرْبِ، إِذَا اسْتَسْقَى بِدَلْوٍ نَفْسِهِ، وَلَا مَنَعٌ مَوَاشِيَهُ؛ لِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «مَنْ مَنَعَ فَضْلَ الْمَاءِ؛ لِيَمْنَعَ بِهِ الْكَلَاءَ مَنَعَهُ اللَّهُ فَضْلَ رَحْمَتِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»<sup>(١)</sup>.

والمرادُ أَنَّ الماشيةَ إِنَّمَا تَزْعَى بِقُرْبِ الْمَاءِ، فَإِذَا مَنَعَ مِنَ الْمَاءِ، فَقَدْ مَنَعَ مِنَ الْكَلَاءِ، وَجَارَهُ لِنَفْسِهِ، وَلَهُ أَنْ يَمْنَعَ غَيْرَهُ مِنْ سَفْيِ الزَّرْعِ بِهِ؛ لِأَنَّ الْحَيَوَانَ أَعْظَمُ حُرْمَةً، وَلِلْإِمَامِ فِيهِ احْتِمَالٌ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهُ، وَالْأَخْتِصَاصُ إِنَّمَا يَكُونُ بِقَدْرِ الْحَاجَةِ، وَبِهَذَا أَجَابَ فِي «التَّمَةِ» فَحَصَلَ وَجْهَانِ، وَيُغْتَبَرُ فِي الْفَاضِلِ الَّذِي يَجِبُ بِذَلِكَ أَنْ يُفْضَلَ عَنْ سَقِيهِ وَمَوَاشِيهِ وَمَزَارِعِهِ. قَالَ الْإِمَامُ: وَفِي الْمَزَارِعِ أَحْتِمَالٌ عَلَى بُعْدٍ<sup>(٢)</sup>، وَإِذَا ازْتَحَلَ الْمَرْتَفِقُ، صَارَتِ الْبُئْرُ كَالْبُئْرِ الْمَحْفُورَةِ لِلْمَاءِ، فَإِنْ عَادَ، فَهُوَ كغَيْرِهِ<sup>(٣)</sup>.

وَأَمَّا الْبُئْرُ الْمَحْفُورَةُ لِلتَّمَلُّكِ، وَفِي الْمَلِكِ، فَهَلْ يَكُونُ مَآوَهَا مِلْكًا؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: وَبِهِ قَالَ أَبُو إِسْحَاقَ: لَا، لِظَاهِرِ قَوْلِهِ ﷺ: «النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثَةٍ: الْمَاءِ وَالنَّارِ وَالْكَلَاءِ»<sup>(٤)</sup>.

وَأَيْضًا، فَإِنَّ لِلْمَكْتَرِي الدَّارَ أَنْ يَنْتَفِعَ بِمَاءِ بَثَرِهَا، وَلَوْ كَانَ مِلْكًا لِلْمَكْرِي، لَمَا جَازَ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ.

(١) رواه الشافعي (١٣٥١) عن مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة وهو متفق عليه رواه البخاري [٢٣٥٣، ٢٣٥٤، ٦٩٦٢] ومسلم (١٥٦٦) بلفظ: «لا يمنع فضل الماء ليمنع به فضل الكلاء» زاد ابن حبان في صحيحه فيهبزل المال، وتجويع العيال، قال الحافظ في التلخيص: قال البيهقي: هذا هو الصحيح بهذا اللفظ، وكذا رواه الزعفراني عن الشافعي، قال الحافظ في التلخيص: وأما اللفظ المذكور أولاً فهو مما لم يقرأ على الشافعي، وحمله الربيع على الوهم، ولو قرئ على الشافعي لغيره إن شاء الله، ثم قال: وهذا اللفظ في حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وروي من وجه آخر ضعيف عن أبي هريرة ومن مرسل الحسن، وشبهه أن يكون الشافعي ذكر بعض هذه الأسانيد فأدخل الكاتب حديثاً في حديث انتهى. وحديث عمرو بن شعيب رواه أحمد قال الحافظ في التلخيص: وفي إسناده ليث بن أبي سليم، ورواه الطبراني في الصغير من حديث الأعمش عن عمرو بن شعيب، وقال: لم يرو الأعمش عن عمر وغيره، ورواه في الكبير من حديث وائلة بلفظ آخر قال الحافظ في التلخيص: وإسناده ضعيف.

(٢) قال النووي: المراد: الفاضل الذي يجب بذله لماشية غيره. أما الواجب بذله لعطس آدمي محترم، فلا يشترط فيه أن يفضل عن المزارع والماشية.

(٣) قال الأذاعي: هذا إذا ارتحل معرضاً، أما لو كان لحاجة عازماً على العود فلا إلا أن تطول غيبته. وإعراضه عنها كارتحاله كما اقتضاه كلام الروائي.

(٤) تقدم.

وأظْهَرُهُمَا: وبه قال ابنُ أبي هُرَيْرَةَ: نعم؛ لِأَنَّهُ نَمَاءٌ مَلِكُهُ، فَأَشْبَهَ الثَّمَرَةَ وَاللَّبْنَ، وَيُخَكِّي هَذَا عَنِ نَصِّهِ فِي الْقَدِيمِ، وَحَزْمَلَةً، وَيَجْرِي الْخِلَافُ فِيمَا إِذَا تَفَجَّرَتْ عَيْنٌ فِي مَلِكِهِ، ثُمَّ عَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ، إِذَا نَبَعَ الْمَاءُ فِي مَلِكِهِ وَخَرَجَ مَلِكُهُ مِنْ أَخْذِهِ.

وعلى الثاني: لَا يَمْلِكُ، وَلَوْ دَخَلَ دَاخِلَ مَلِكِهِ وَأَخَذَهُ، ففِي مَلِكِهِ الْوَجْهَانِ، وَسِوَاهُ قُلْنَا: يَمْلِكُ أَوْ لَا يَمْلِكُ، فَلَا يَجِبُ عَلَى مَالِكِ الْبِثْرِ بَذْلُ الْفَاضِلِ عَنْ حَاجَتِهِ لَزْرَعٍ غَيْرِهِ؛ خِلَافًا لِأَحْمَدَ فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ، وَبِهِ قَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا فِيمَا حَكَاهُ الْقَاضِي الْمَآوِزِيُّ. وَفِي الْبَدَلِ لِلْمَاشِيَةِ وَجْهَانِ:

أصحهما: الْوُجُوبُ؛ لِحَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ.

والثاني: وبه قال أبو عُبَيْدِ بْنِ حَرْبٍ لَا يَجِبُ كَمَا لَا تَجِبُ إِعَارَةُ الدَّلْوِ وَالرِّشَاءِ، وَبَذْلُ الْمَاءِ الْمَحْرُزِ فِي الْإِنَاءِ، وَالْحَدِيثُ مَحْمُولٌ عَلَى الْأَسْتِحْبَابِ، وَهَذَا مَا اخْتَارَهُ الْإِمَامُ، وَحَكَاهُ عَنِ الْقَاضِي، وَلَكِنَّ الْجُمْهُورَ عَلَى الْأَوَّلِ.

التفريع: شَرَطَ الْمَآوِزِيُّ لَوْجُوبِ الْبَدَلِ شَرْطًا:

أَحَدُهَا: أَلَّا يَجِدَ صَاحِبُ الْمَوَاشِيِ كَلًّا مُبَاحًا.

والثاني: أَنْ يَكُونَ هُنَاكَ كَلًّا يُزْعَى، وَإِلَّا لَمْ يَجِبْ، وَفِي «التتمة» ذَكَرَ وَجْهَيْنِ مِنْ هَذِهِ الشَّرُوطِ.

والثالث: أَنْ يَكُونَ الْمَاءُ فِي مَسْتَقَرِّهِ، فَأَمَّا الْمَأْخُودُ فِي الْإِنَاءِ، فَلَا يَجِبُ بَدْلُهُ، وَإِنْ فَضَلَ عَنْ حَاجَتِهِ. وَعَنْ أَبِي الْحُسَيْنِ بْنِ الْقَطَّانِ أَنَّ مِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ أَوْجَبَهُ، ثُمَّ عَابَرُوا السَّبِيلَ يَبْذُلُ لَهُمْ وَلِمَوَاشِيِهِمْ، وَفِيمَنْ أَرَادَ الْإِقَامَةَ فِي الْمَوْضِعِ وَجْهَانِ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرُورَةَ لَهُ إِلَى الْإِقَامَةِ<sup>(١)</sup>، وَحَكَى الْقَاضِي ابْنَ كَيْجٍ وَجْهَيْنِ فِي أَنَّهُ هَلْ يَجِبُ الْبَدْلُ لِلرَّعَاةِ، كَمَا يَجِبُ لِلْمَوَاشِيِ؛ لِأَنَّهَا لَا تَسْتَقِلُّ بِنَفْسِهَا، وَالْمَنْعُ مِنْهُمْ يَتَضَمَّنُ الْمَنْعَ مِنْهَا، وَهَذَا كَالْمَسْتَبْعَدِ؛ لِأَنَّ الْبَدْلَ لِسُقَاةِ النَّاسِ، رِعَاةً كَانُوا أَوْ غَيْرَهُمْ أَوْلَى مِنَ الْبَدَلِ لِلْمَوَاشِيِ، إِلَّا أَنْ يُنْتَظَرَ إِلَى أَنْ مَنَعَ الْمَوَاشِيِ يَتَضَمَّنُ الْأَسْتِثْنَاءَ بِالْكَلِّ الْمُبَاحِ، أَوْ بَضِيعَتِهَا، عَلَى أَنْ الْإِمَامُ نَقَلَ وَجْهَيْنِ فِي الْمَنْعِ مِنَ الشَّرْبِ عَلَى الْإِطْلَاقِ، إِذَا فَرَّغْنَا عَلَى أَنْ الْمَاءَ مَمْلُوكًا، وَإِذَا أَوْجَبْنَا الْبَدْلَ، فَهَلْ يَجُوزُ أَنْ يَأْخُذَ عَلَيْهِ عَوَضًا؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أحدهما: نعم، كما يطعم المضطرُّ بالعوض.

(١) قال النووي: الأصح الوجوب كغيره. وإذا وجب البذل مكن الماشية من حضور البئر شرط ألا يكون على صاحب الماء ضرر في زرع ولا ماشية فإن لحقه ضرر بورودها، منعت، لكن يجوز للرعاة استقاء فضل الماء لها، قاله الماوردي.

وأصحُّهُمَا: لَأَ؛ لما رُوِيَ عن جابر - رضي الله عنه - أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ «نَهَى عَنْ بَيْعِ فَضْلِ الْمَاءِ»<sup>(١)</sup>.

وَأَمَّا إِذَا حَفَرَ، وَلَمْ يَقْصِدِ التَّمْلِكَ وَلَا غَيْرَهُ، فَفِيهِ وَجْهَانِ مَذْكُورَانِ فِي «النِّهَايَةِ»: أَظْهَرُهُمَا: أَنَّهُ لَا اخْتِصَاصَ لِمَاءِ الْبَيْرِ بِهِ، وَالنَّاسُ كُلُّهُمْ فِيهِ سَوَاءٌ.

وَالثَّانِي: أَنَّ الْقَدْرَ الَّذِي يَحْتَاجُ إِلَيْهِ يَخْتَصُّ بِهِ، فَيَكُونُ التَّوَصُّلُ إِلَى الْمَاءِ مُفِيداً لِاخْتِصَاصِهِ، وَإِنْ لَمْ يَقْصِدْ كَمَا أَنَّ الْإِحْيَاءَ قَدْ يَفِيدُ الْمَلِكَ، وَإِنْ لَمْ يَقْصِدْ.

وقوله في الكتاب: «وهو ماء البئر، فهو مختص به» يشتمل ظاهره البئر المحفورة للتملك، والمحفورة لارتفاعها، وهذا الظاهر معمول به، فإن الاختصاص ثابت في مائها، إلا أنه قال: ولا يلزمه بذله لغرض الزرع، إلا بعوض، وإنما يجوز أخذ العوض على تقدير كون الماء مملوكاً، ثم لا بد ههنا من معرفة أمور:

أحدها: أن قوله: «ولا يلزم بذله». وقوله: «هل يلزمه بذله» محمولان على بذل الفاضل عن حاجته، فأما كل الماء، فلا يلزم بذله بحال.

والثاني: أن بيعه وأخذ العوض عليه كيف يجوز؟ وسيأتي في الفصل التالي لهذا الفصل إن شاء الله تعالى.

والثالث: إن قوله: «إلا بعوض» ليس باستثناء متحقق، فإن البذل، بالعوض غير لازم أيضاً.

والرابع: أن قوله: «لا يلزمه بذله» يجوز أن يُعْلَمَ بالواو؛ لما سبق من الخلاف فيما يُحْفَرُ لِرِثْقِاقٍ، وَمَا يُحْفَرُ لِلْمَلِكِ جَمِيعاً، وَبِالْأَلْفِ أَيْضاً؛ لِمَا مَرَّ.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: أَمَّا الْقَنَاءَةُ الْمُشْتَرَكَةُ فَالْمِلْكُ فِيهَا بِحَسَبِ الْأَشْتِرَاكِ فِي الْعَمَلِ، وَلَهُمُ الْقِسْمَةُ بِنَصَبِ حَسَبِةٍ فِيهَا نُقْبٌ مُتَسَاوِيَةٌ، وَتَنْصَحُ الْمُهَابِئَةَ وَلَا تَلْزَمُ عَلَى الْأَظْهَرِ (و).

قَالَ الرَّافِعِيُّ: حُكْمُ الْقَنْوَاتِ حُكْمُ الْآبَارِ فِي مِلْكِ مِيَاهِهَا، وَفِي لَزُومِ الْبَذْلِ وَغَيْرِهِمَا إِلَّا أَنَّ حَفْرَهَا لِمَجْرَدِ الْإِرْتِفَاقِ لَا يَكَادُ يَقَعُ، وَمَهْمَا اشْتَرَكَ الْمَتَمَلِّكُونَ فِي الْحَفْرِ اشْتَرَكُوا فِي الْمِلْكِ، بِحَسَبِ اشْتِرَاكِهِمْ فِي الْعَمَلِ وَالْإِرْتِفَاقِ كَمَا ذَكَرْنَا فِي الْكُتُبِ

(١) رواه مسلم (١٥٦٥) من حديثه، وأصحاب السنن من حديث إياس بن عبد، وصححه الترمذي.

وقال الحافظ في التلخيص: قال أبو الفتح القشيري: هو على شرطهما. وقال النووي: قال الماوردي: لو كان هناك ماء أن مملوكاً لرجلين لزمهما البذل فإن اكتفت الماشية ببذل أحدهما، سقط الفرض عن الآخر، قال: وإذا لم توجد شروط وجوب البذل، جاز لمالكه أخذ ثمنه إذا باعه مقدراً بكيل أو وزن، ولا يجوز بيعه مقدراً بري الماشية ولا الزرع.



المملوك. ثم لَهُمْ قِسْمَةُ الْمَاءِ؛ بَأَن يُنْصَبَ خَشْبَةً مُسْتَوِيَةً الْأَعْلَى وَالْأَسْفَلَ فِي عَرْضِ النهر، ويفتح فيها ثُقْبٌ متساوية، أو متفاوتة على قدر حقوقهم، ويجوز أن تكون الثُقْبُ متساوية مع تَفَاوُتِ الحقوق، إِلَّا أَنَّ صَاحِبَ الثُّلُثِ يَأْخُذُ ثِقْبَةً، وَالْآخِرُ ثِقْبَتَيْنِ وَيَسْوَ قُ كُلُّ وَاحِدٍ نَصِيبَهُ فِي سَاقِيَةٍ إِلَى أَرْضِهِ، وله أن يدير رَحَى بما صارَ لَهُ، ولا يَشُقُّ وَاحِدٌ مِنْهُم سَاقِيَةً قَبْلَ الْمَقْسَمِ، ولا يَنْصَبُ عَلَيْهِ رَحَى، وَإِنْ أَقْتَسَمُوا بِالْمُهَيَّأَةِ، جاز أيضاً، وقد يكون الماء قليلاً لا يُنْتَفَعُ بِهِ إِلَّا كَذَلِكَ، ولكل واحدٍ مِنْهُم الرُّجُوعُ كما قَدَّمنا فِي التَّهْرِ، هذا هو الظاهر ووراءه وجهان:

أَحَدُهُمَا: عن القاضي الحُسَيْنِ: أَنَّ الْقِسْمَةَ بِالْمُهَيَّأَةِ لَا تَصِحُّ أَصْلًا؛ لِأَنَّ الْمَاءَ يَزِيدُ وَيَنْقُصُ، وَفَائِدَةُ السَّقْيِ تَخْتَلِفُ بِأَخْتِلَافِ الْأَيَّامِ<sup>(١)</sup>.

وَالثَّانِي: أَنَّهَا تَلْزَمُ؛ لِئِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُم بِالْإِنْتِفَاعِ.

فَرَع:

الَّذِينَ يَسْقُونَ أَرْضِيهِمْ مِنَ الْأَوْدِيَةِ الْمَتَاحَةِ لَوْ تَوَاضَعُوا عَلَى مُهَيَّأَةٍ، وَجَعَلُوا لِلأُولَى أَيَّامًا، وللآخِرِينَ أَيَّامًا عَلَى مَا يَعْتَادُ فِي أَوْدِيَةِ «قَزْوِينَ» فَهَذَا أَيْضًا مِنَ الْأُولَى بِتَقَدُّمِ الْآخِرِينَ، وَمَسَامِحَةٍ غَيْرِ لَازِمَةٍ، وَلَهَا شَبَهٌ بِأَصُولِ، مِنْهَا: «هَبَةُ الضَّرَّةِ نَوْبَتِهَا مِنَ الضَّرَّةِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ مَنْ رَجَعَ مِنَ الْأُولَى مُكَّنَ مِنْ سَقْيِ أَرْضِهِ.

وَنَخْتَمُ الْبَابَ وَالْكَلَامَ فِي بَيْعِ الْمَاءِ.

أَمَّا الْمُخَرَّزُ مِنْهُ فِي الْإِنَاءِ، فَبَيْعُهُ صَحِيحٌ، وَفِيهِ الرَّجْعُ الضَّعِيفُ الَّذِي تَقَدَّمَ، وَكَذَا لَوْ أُخْرَزَ فِي حَوْضٍ، وَلِيَكُنْ عُمُقُهُ مَعْلُومًا، وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ مَاءِ الْبَيْرِ وَالْقَنَاةِ فِيهِمَا، أَمَّا إِذَا جَعَلْتَاهُ مَمْلُوكًا، فَلِيَكُونَ مَجْهُولًا، وَأَيْضًا، فَإِنَّهُ يَزِيدُ شَيْئًا فَشَيْئًا، وَيَخْتَلِطُ الْمَبِيعُ بِغَيْرِ الْمَبِيعِ، فَلَا يُمْكِنُ التَّنْزِيلُ، وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَجْعَلْهُ مَمْلُوكًا، فَلِلْمَعَانِي الثَّلَاثَةِ وَلَوْ بَاعَ مِنْهُ أَصْعًا، فَإِنْ كَانَ جَارِيًا كَمَا الْقَنَاةُ، لَمْ يَجْزِ إِذْ لَا يُمْكِنُ ضَبْطُ<sup>(٢)</sup> الْعَقْدِ بِمَقْدَارِ مَعْلُومٍ؛ لَعَدَمِ وَقُوفِهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ جَارِيًا كَمَا الْبَيْرِ، فَكَذَلِكَ الْمَبِيعُ إِنْ قَلْنَا: إِنَّهُ، غَيْرُ مَمْلُوكٍ، وَإِنْ جَعَلْتَاهُ مَمْلُوكًا، فَعِنَ الْقَوْلِ: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ يَزِيدُ فَيَخْتَلِطُ الْمَبِيعُ بِغَيْرِ الْمَبِيعِ<sup>(٣)</sup>.

قال صاحب «التَّهْدِيبِ»: وَالْأَصْحَحُ الْجَوَازُ، كما لو بَاعَ صَاعًا مِنْ صُبْرَةٍ، واعتذر

(١) قال النووي: لو أراد أحدهم أن يأخذ نصيبه من الماء ويسقي به أرضاً ليس لها رسم شرب من هذا النهر، منع منه لأنه يجعل شرباً لم يكن.

(٢) في ب: ربط وكذا عبارة الروضة.

(٣) سقط في: ب.

بأن تلك الزيادة قليلة، فصار كبيع ألفت في الأرض بشرط القطع، ولك أن تمنع ذلك، وتقول: كيف يشبه زيادة العين الفؤارة بالزروع، بل بماء الزرع على تدرجه، ثم لك أن تستبعد الاحتجاج والاعتذار معاً؛ لأن المبيع ليس جُملة الماء، حتى يُقال: إذا زاد اختلط المبيع بغير المبيع، وتعذر التسليم، وإنما المبيع [أضع منه، وبالزيادة لا يتعذر تسليم الأضع، وهذا كما لو باع<sup>(١)</sup> صاعاً من صبرة، وصب عليها صبرة أخرى، فإن البيع بحاله، على قولنا: إن المبيع صاع من الجملة، ويبقى البيع ما بقي صاع.

والأوجه أن يبني قول القائل على مذهبه في أن بيع صاع من صبرة مجهولة الصيغان لا يجوز، ولو باع الماء مع قراره، نُظر؛ إن كان جارياً، فقال: بعتك ماء<sup>(٢)</sup> القناة، مع مائها أو لم يكن جارياً، وقلنا: إن الماء لا يملك، لم يجز البيع في الماء، وفي القرار قولاً تفريق الصفة، وإن قلنا: أنه يملك، جاز.

ولو باع بئر الماء، وأطلق، أو باع داراً فيها بئر ماء، جاز، ثم إن قلنا: إنه يملك، فالموجود وقت البيع، يبقى للبائع، وما يحدث يكون للمشتري.

قال في «التهديب»: وعلى هذا لا يصح البيع حتى يشترط أن الماء الظاهر للمشتري، وإلا فيختلط الماءان، وينفسخ البيع، وإن قلنا: إنه لا يملك، فقد أطلقوا قولهم بأن المشتري أحق بذلك الماء وليحمل على ما نبع بعد البيع، فأما ما نبع قبله، فلا معنى لصرفه إلى المشتري<sup>(٣)</sup>، ولو باع جزءاً شائعاً من البئر أو القناة، جاز، وما يبيع، فمشتري بينهما إما اختصاصاً مجرداً أو ملكاً.

قال الغزالي: فإن قيل: وما طريق إحياء الموات؟ قلنا: إن قصد المسكين فلا يملك إلا بالتحويط وتعليق الباب (و) وتسقيف (و) البغض إذ به يصير مسكيناً، ولا يحتاج في الزبينة إلى التسقيف، وفي البستان يحتاج مع التحويط وتعليق الباب (و) إلى حفر الأنهار وسوق الماء إليه (و)، وفي المزرعة إلى جمع (و) التراب حوالیه وتسوية الأرض وسوق الماء إليها، والأظهر أنه يحتاج إلى الزرع، وفيه وجه آخر: أنه لا يحتاج إليه كما لا يحتاج إلى السكن في الدار، والله أعلم.

قال الرافعي: مقصود الفصل الكلام في أن إحياء الموات ماذا؟ وكان ذكره في مسائل «الإحياء» أولى، لكن كأنه غفل عنه هناك، ولم يكن إلى إهماله سبيل، فأستدركه

(٢) في د: هذه.

(١) سقط في: ب.

(٣) قال النووي: هذا التأويل الذي قاله الإمام الرافعي فاسد، فقد صرح الأصحاب بأن المشتري على هذا الوجه أحق بالماء الظاهر، لثبوت يده على الدار، وتكون يده كيد البائع في ثبوت الاختصاص به.

في آخر الكتاب. قال الأضحاحب: أضل الفضل أن الإحياء في الشرع ورد مطلقاً، فيترك على ما يُعدُّ إحياء في العُزف كالقبوض والاحراز، ويختلف ذلك باختلاف ما يقصد من عمارة الموات. وتفصيله بصور:

إحداها: إذا أراد المسكن، أعتبر في الملك ثلاثة أمور:

أحدها: التحويط، إما بالآجر أو اللبن، أو بمحض الطين، أو ألواح الخشب، أو القصب، بحسب العادة<sup>(١)</sup>.

والثاني: تسقيف البعوض ليهيئاً للسكنى، ولأن اسم الدار، حيثئذ، يقع عليه، وعن صاحب «التقريب» وجه: أنه لا حاجة إلى التسقيف.

والثالث: تغليق الباب؛ لأن العادة في المنازل أن يكون لها أبواب، وما لا باب له لا يتخذ مسكناً، وفي «الشامل» وجه آخر: أنه لا يُعتبر، لأن نصب الباب للحفظ، والسكنى ولا تتوقف عليه.

الثانية: إذا أراد زريبة للدواب أو حظيرة يجفف فيها الثمار، أو يجمع فيها الحطب أو الحشيش، أعتبر التحويط، ولا يكفي نصب سعف وأحجار من غير بناء، لأن الممتلك لا يقتصر عليه في العادة، وإنما يفعل مثله المجتاز المرتفق، ولو حوط بالبناء في طرف، واقتصر للباقي على نصب الأحجار والسعف، حكى الإمام عن القاضي أنه يكفي، وعن شيخه المنع، ولا يشترط التسقيف ههنا، وفي تغليق الباب ما سبق من الخلاف.

الثالثة: إذا أراد أن يتخذ مواتاً مزرعة فيعتبر في إحيائه أمور:

أحدها: جمع التراب حواله؛ لينفصل المخيا عن غيره، وفي معناه نصب شوك ولا حاجة إلى التحويط، فإنه معظم المزارع بارزة.

الثاني: تسوية الأرض بطم المنخفض، وكسح المستعلي، وجرأتها، وتلين ترابها فإن لم يتيسر ذلك إلا بماء يساق إليها، فلا بد منه لتهيئ الأرض للزراعة.

والثالث: ترتيب ماء لها، إما بشق ساقية من نهر، أو حفر بئراً وقناة وسقيها، هكذا أطلق مطلقون.

والأشبه تفصيل ذكره القاضي ابن كج؛ تلخيصه أن البقعة، إن كانت بحيث يكفي لزراعتها ماء السماء، فلا حاجة إلى سقي، ولا ترتيب ماء وحكى عن أبي علي الطبري

(١) قضيته الاكتفاء بالتحويط بذلك من غير بناء، ونص في الأم على اشتراط البناء وهو المعتمد كما في التنبه وغيره.

وجهاً أنه لا بد له منه وضعفه، وإن كانت تحتاج إلى ماء يُساق إليها، لزم تهيئته من عين أو نهرٍ أو غيرهما، فإذا هيأتها، نُظِرَ، إن حفر له الطريق، ولم يبق إلا إجراء الماء فيه، كَفَى، ولم يشترط الإجراء، ولا سَقَى، الأَرْضِ، وإن لم يَخْفِزْ بَعْدُ فوجهان، وفي كلام الإمام أيضاً ما يدلُّ على أن السَّقَى نفسه غيرُ مُحتَاجٍ إِلَيْهِ، وإنما الحاجةُ إلى ترتيبِ ماءٍ يمكن السَّقَى منه.

وأراضي الجبال التي لا يمكن سَوْقُ الماءِ إِلَيْهَا، ولا يصيُبُهَا إِلَّا ماءُ السَّمَاءِ، مالٌ صاحبُ «التقريب» إلى أنه لا مدخلٌ للإحياء فيها، وبه قال القفالُ وبنى عليه أنا إذا وجدنا شيئاً من تلك الأراضي في يد إنسانٍ لم يُحَكِّمْ بأنه ملكه، ولا يجوزُ بيعُهُ وإجارَتُهُ، ومن الأصحاب مَنْ قال: إنها تُملِّكُ بالحرثِ وجمعِ الترابِ على الأطرافِ، وكَم من مزرعةٍ تُسْتَعْنَى بِالْمَطَرِ عن سَوْقِ الماءِ إِلَيْهَا، وهذا ما اختاره القاضي الحسين.

واغْلَمَ أن هذا الخلاف والخلاف أنه يجوزُ إجارَةُ الأراضي التي لَيْسَ لها ماءٌ معلومٌ للزراعةِ قريبان مُستمدانٍ من مأخِذٍ واحدٍ.

فإن قلت: الخلاف في جواز الإجارةِ يَدُلُّ على أن الأرضَ مملوكةٌ، فكيف ينتظمُ استمدادُها من أضلٍ واحدٍ؟ فالجواب: أن الخلافَ في جواز الإجارةِ في الأراضي المملوكةِ التي سِيَقُ الماءُ إِلَيْهَا عند الإحياء، ومِلْكُك، ثم انقطع الماءُ بأنكباسِ القنَّاةِ، وانهيابِ البئرِ، لا في الأراضي التي لا يَنْسَاقُ الماءُ إِلَيْهَا بحال، وحينئذٍ ينتظمُ ما ذكرناه، وهل تشترطُ الزراعةُ لِحُصُولِ المِلْكِ في المزرعةِ؟ فيه وجهان:

أحدهما: نَعَمْ؛ لأنَّ الدَّارَ والزريبةَ لا تصيرُ مُحيَاةً إِلَّا إذا حَصَلَ فيها عينُ مالٍ المُحْيِي، وكذا المزرعةُ.

والثاني: لا، لأنَّ الزراعةَ استيقاءٌ منفعةِ الأرضِ، واستيقاءُ المنفعةِ خارجٌ عن حدِّ الإحياء؛ ألا تَرَى أَنَّهُ لا يُعْتَبَرُ في إحياء الدَّارِ أن يَسْكُنَهَا.

ويُنسَبُ الأولُ إِلَى ظاهرِ النَّصِّ، لكنَّ الثاني أَوْضَحُ، والأكثرُونَ مائلُونَ إِلَيْهِ حتى أنَّ القاضي المَاورِدِيَّ غَلَطَ من قال بغيره.

الرابعة: إذا قَصَدَ بُسْتَاناً أو كَرَمًا، فلا بُدَّ من التَّخْوِيطِ، وكم يُحَوِّطُ؟ ردُّ القاضي ابن كج الأمرِ فيه إلى العادة، وقال: إن كانت عادةُ البَلَدِ بناءً لزم جدارُ البناءِ، وإن كانت عادَتُهُم الحفرُ بالقَصَبِ والشُّوكِ، وربَّما تركوه أيضاً كما بـ«البَصْرَةِ» و«قَزوين» اعتبرت عادتهم، وحينئذٍ يكفي جَمْعُ الترابِ حِوَالِيهِ؛ كالمزرعة، والقولُ في سَوْقِ الترابِ والماءِ إِلَيْهِ على ما ذكرنا في المزرعةِ، وهل يُعْتَبَرُ غرسُ الأشجارِ؟ أمَّا من أَعْتَبَرَ الزَّرْعَ في المزرعةِ، اعتبر الغرسُ في البستانِ بطريقِ الأولى.

وأما الذين لم يَعْتَبِرُوا الزَّرْعَ، فإنهم اختلفوا في الغَرْسِ عَلَى وَجْهَيْنِ، ومعظمُهُمْ اعتَبَرُوهُ، وَالْفَرْقُ مِنْ ثَلَاثَةِ أَوْجِهٍ:

أحدها: أَنَّ أَسْمَ الْمَرْزَعَةِ يَقَعُ عَلَى الْبُقْعَةِ قَبْلَ الزَّرْعَةِ، واسم البستان لا يقع قبل الغرس.

والثاني: أَنَّ الزَّرْعَ يَسْبِقُهُ [حَزَتْ الْأَرْضُ وَتَقْلِيْبُهَا]<sup>(١)</sup>، مجاز أن يُقَامَ مقامه، والغرس لا يَسْبِقُهُ شَيْءٌ يُقَامُ مقامه.

والثالث: أَنَّ الغَرْسَ يَدُومُ، فَالْحَقُّ بِأَبْنِيَةِ الدَّارِ وَالزَّرْعَ بِخِلَافِهِ.

هذا شرح مسائل الكتاب، ويجوز أن يُعْلَمَ قَوْلُهُ: «وَتَغْلِيْقِ الْبَابِ وَتَسْقِيْفِ الْبَعْضِ» بالواو؛ لما سبق.

وقوله: «فِي الْبُسْتَانِ يُحْتَاجُ مَعَ التَّخْوِيْطِ، وَتَغْلِيْقِ الْبَابِ إِلَى حَفْرِ الْأَنْهَارِ» أَرَادَ حَفَرَ النهر إلى الماء الذي يسوقه إليه من عين أو نهر.

وفيما قَدَّمْنَا يَعْرِفُكَ أَنَّهُ يَجُوزُ إِعْلَامُ قَوْلِهِ: «تَغْلِيْقِ الْبَابِ إِلَى حَفْرِ الْأَنْهَارِ، وَسَوْقِ الْمَاءِ إِلَيْهِ»، بالواو، وَيَجُوزُ أَيْضاً أَنْ يُعْلَمَ قَوْلُهُ: «إِلَى جَمْعِ التَّرَابِ حَوَالِيهِ فِي الْمَرْزَعَةِ» بالواو؛ لِأَنَّ الشَّيْخَ أَبَا حَامِدٍ قَالَ فِي التَّغْلِيْقِ «وَعِنْدِي إِذَا صَارَتْ الْأَرْضُ مَزْرُوعَةً بِمَاءٍ سَبَقَ إِلَيْهَا، فَقَدْ تَمَّ الْإِحْيَاءُ، وَإِنْ لَمْ يَجْمَعْ التَّرَابَ حَوَالِيهَا، فَأَعْلَمَ أَنَّ طَرُقَ الْأَصْحَابِ مُتَّفِقَةً عَلَى أَنَّ الْإِحْيَاءَ يَخْتَلِفُ بِأَخْتِلَافِ مَا يَقْصِدُهُ الْمُحْيِي مِنْ مَسْكَنِ، أَوْ حَظِيْرَةٍ وَغَيْرِهِمَا. وَبِحِثِّ الْإِمَامِ فِيهِ عَنِ سَبَبَيْنِ لَا بُدَّ مِنْهُمَا:

أحدهما: أَنَّ الْقَصْدَ إِلَى الْإِحْيَاءِ، هَلْ، يَعْتَبَرُ؛ لِحُصُولِ الْمَلِكِ فِيهِ؟

وَأَجَابَ بِأَنَّ مَا لَا يَفْعَلُهُ فِي الْعَادَةِ إِلَّا الْمَتَمَلِّكُ؛ كِبْنَاءِ الدُّورِ، وَأَتَّخَاذِ الْبُسْتَانِ يَفْعِدُ الْمَلِكُ، فَإِنْ لَمْ يَوْجَدْ مِنْهُ قَصْدٌ، وَمَا يَفْعَلُهُ الْمَتَمَلِّكُ وَغَيْرُ الْمَتَمَلِّكِ؛ كَحَفْرِ الْبِئْرِ فِي الْمَوَاتِ، وَكَزِرَاعَةِ قِطْعَةٍ مِنَ الْمَوَاتِ؛ أَعْتِمَاداً عَلَى مَاءِ السَّمَاءِ، فَإِذَا انْضَمَّ إِلَيْهِ الْقَصْدُ، أَقَادَ الْمَلِكُ، وَإِلَّا، فَوْجِهَانِ، وَمَا لَا يَكْتَفِي بِهِ الْمَتَمَلِّكُ كِتْسُوِيَّةُ مَوْضِعِ الزُّوْلِ، وَتَنْقِيْتِهِ عَنِ الْحِجَارَةِ، لَا يَفْعِدُ التَّمَلِّكُ، وَإِنْ قَصَدَهُ، وَشَبَّ ذَلِكَ بِالْأَصْطِيَادِ، بِنَصْبِ الْأُخْبُولَةِ فِي مَدَارِجِ الصُّيُودِ يَفْعِدُ الْمَلِكُ فِي الصَّيْدِ، وَإِعْلَاقِ الْبَابِ إِذَا دَخَلَ الصَّيْدُ الدَّارَ عَلَى قَصْدِ التَّمَلِّكِ يَفْعِدُ الْمَلِكُ، وَدَوْنَهُ وَجِهَانِ، وَتَوَحُّلِ الصَّيْدِ فِي أَرْضِهِ الَّتِي سَقَاهَا لَا يَفْتَضِي الْمَلِكُ، وَإِنْ قَصَدَهُ.

والثاني: أَنَّهُ إِذَا قَصَدَ نَوْعاً، وَأَتَى بِمَا يُمَلِّكُ بِهِ نَوْعَ آخَرَ، مَا الْحَكْمُ؟ فَأَجَابَ بِأَنَّهُ

(١) في ب: تقليب الأرض وحرثها.

يفيد المَلِكُ، حتى إذا حَوَّطَ البقعة، يَمْلِكُهَا، وإن قَصَدَ الْمَسْكَنَ؛ لأنه مما يملك به الزَّرِيْبَةُ، لو قَصَدَهَا، والجواب عن البحث الأول فمقبول، لا يلزم منه مخالفةُ الأصحاب، بل إن قَصَدَ شَيْئاً، أعتبرنا في كلِّ مقصود ما قَصَلُوهُ، وإلا، نَظَرْنَا فيما أتى به، وَحَكَمْنَا فيه بما ذكره، وأما الجواب عن الثاني، فمخالفةٌ صريحةٌ لما قالوه؛ لما فيه من الاكتفاء بأدنى العمارات أبداً.

فإذا حفر بئراً في المَوَاتِ؛ للتملك، لم يَخْضَلِ الإحياء ما لم يَصِلْ إلى الماء، وإذا وَصَلَ، كَفَى إن كانت الأرضُ صُلْبَةً، وإلا، وجب أن يُطَوَّى، وفي «النهاية»: أنه لا حاجةٌ إليه، وفي حفر القناة يَتَمُّ الإحياءُ بِخُرُوجِ الماءِ وجريانه وإذا حَفَرَ نَهْرًا لِيَجْرِيَ الماءُ فيه عَلَيَّ قَصْدَ التَّمْلِكِ، فإذا انتهت فُوْهُ النهر الذي يَحْفَرُهُ إلى النَّهْرِ القديمِ، وجرى فيه الماءُ، ملكه وكذا ذكره صاحبُ «التَّهْذِيبِ» وَغَيْرُهُ.

وفي «التتمة» أن المَلِكَ لا يتوقَّف على إجراء الماء فيه؛ لأنه استيفاءٌ منفعة؛ فالسكون في الدار<sup>(١)</sup>.

فَرَعٌ:

سَقَى أَرْضَهُ بماءٍ غَيْرِهِ المملوكِ لَهُ فالغلة لصاحبِ البَدْرِ، وعليه قيمةُ الماءِ.  
قال الحنَاطِي: لو اسْتَحَلَّ من صاحبِ الماءِ، كان الطَّعَامُ أَطْيَبَ<sup>(٢)</sup>.

(١) قال النووي: هذا الثاني أقوى.

(٢) قال النووي: ومما يتعلق بالكتاب، ما ذكره صاحب «العدة»: أنه لو أحزم ناراً في حطب مباح بالصحراء، لم يكن له منع من يتنفع بتلك النار، فلو جمع الحطب، ملكه، فإذا أضرم فيه النار، فله منع غيره منها.

## كِتَابُ الْوَقْفِ، وَفِيهِ بَابَانِ

### البَابُ الْأَوَّلُ فِي أَرْكَانِهِ وَمُصَحَّحَاتِهِ

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَهِيَ أَرْبَعَةٌ: الْأَوَّلُ الْمَوْثُوفُ وَهُوَ كُلُّ مَمْلُوكٍ مُتَعَيَّنٍ يَحْضُلُ مِنْهُ فَائِدَةٌ أَوْ مَنْفَعَةٌ لَا يَفُوتُ الْعَيْنُ بِأَسْتَيْفَائِهَا، فَيَجُوزُ وَقْفُ الْعِقَارِ وَالْمَنْقُولِ (ح م) وَالشَّائِعِ وَالْمُفْرَزِ، وَيَجُوزُ وَقْفُ الْأَشْجَارِ لِشِمَارِهَا، وَالْحَيَوَانَ (ح) لِأَلْبَانِهَا وَأَضْوَافِهَا، وَالْأَرَاضِي لِمَنَافِعِهَا، وَلَا يَجُوزُ وَقْفُ الْحَرِّ نَفْسَهُ، وَلَا وَقْفُ الدَّارِ الْمُسْتَأْجَرَةِ، وَلَا يَجُوزُ وَقْفُ الْمُوصَى بِخِدْمَتِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا مَلَكَ فِي الرَّقَبَةِ، وَفِي وَقْفِ الْمُسْتَوْلَدَةِ وَالْكَلْبِ (و) خِلَافٌ، سَبَبُهُ التَّرَدُّدُ فِي أَنَّ الْوَقْفَ هَلْ يُزِيلُ مَلَكَ الرَّقَبَةِ؟ وَيَجُوزُ وَقْفُ الْحُلِيِّ لِلْبَسِّ، وَوَقْفُ الدَّرَاهِمِ لِلتَّرْزِيكِ فِيهِ تَرَدُّدٌ كَمَا فِي الْإِجَارَةِ، وَلَا يَجُوزُ وَقْفُ الطَّعَامِ فَإِنَّ مَنْفَعَتَهُ فِي أَسْتِهْلَاكِهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قَسَمَ الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - الْعَطَايَا، فَقَالَ: تَبْرُعُ الْإِنْسَانِ عَلَى الْغَيْرِ بِمَالِهِ يَتَقَسَمُ إِلَى مَنْجَزٍ فِي الْحَيَاةِ، وَإِلَى مَعْلَقٍ بِالْمَوْتِ.

وَالثَّانِي: هُوَ الْوَصِيَّةُ، وَالْأَوَّلُ: ضَرْبَانِ:

أَحَدُهُمَا: تَمْلِيكٌ مَخْصُنٌ؛ كَالْهَبَاتِ وَالصَّدَقَاتِ.

وَالثَّانِي: الْوَقْفُ<sup>(١)</sup> - وَهُوَ مَقْصُودُ الْبَابِ - وَيُسَمَّى وَقْفًا؛ لِمَا فِيهِ مِنْ وَقْفِ، الْمَالِ

(١) فَهُوَ لُغَةٌ: الْحَبْسُ، مَصْدَرٌ وَقَفْتُ أَقْفُ: حَبَسْتُ.

قَالَ عَتْرَةُ:

وَوَقَفْتُ فِيهَا نَاقَتِي فَكَأَتْهَا فَدَقُّ لَأَقْضِي حَاجَةَ الْمَتَلُومِ

فَمَنْ الْمَوْقِفُ، لِأَنَّ النَّاسَ يَوْقِفُونَ أَي: يَحْبِسُونَ لِلْحِسَابِ، وَهُوَ أَحَدٌ مَا جَاءَ عَلَى «فَعَلَةٌ مَفْعَلٌ»، يَأْتِي لِأَزْمًا وَمَتَعَدِيًّا، وَيَجْتَمِعَانِ فِي قَوْلِ الْقَاتِلِ: وَقَفْتُ زَيْدًا، أَوْ الْحِمَارِ فَوْقَهُ، وَأَمَّا أَوْقَفَةٌ بِالْهَمْزِ، فَلُغَةٌ رَدِيئَةٌ.

وَقَالَ أَبُو الْفَتْحِ بَنُ جَنِي: أَخْبَرَنِي أَبُو عَلِيٍّ الْفَارِسِيُّ عَنْ أَبِي بَكْرٍ عَنْ أَبِي الْعَبَّاسِ عَنْ أَبِي عَثْمَانَ الْمَازِنِيِّ قَالَ: يُقَالُ: وَقَفْتُ دَارِي وَأَرْضِي، وَلَا يَعْرِفُ «أَوْقَفْتُ» فِي كَلَامِ الْعَرَبِ.

وَقَالَ الْجَوْهَرِيُّ: وَلَيْسَ فِي الْكَلَامِ أَوْقَفْتُ إِلَّا حَرْفًا وَاحِدًا، «أَوْقَفْتُ عَلَى الْأَمْرِ الَّذِي كُنْتُ =

على الجهة المعيّنة، وقطع سائر الجهات والتصرفات عنه .

والأضلّ فيه ما رُوِيَ أن عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - مَلَكَ مائَةَ سَهْمٍ من خيبر أشتراها،

= عليه، ثم اشتهر المصدر أي: الوقف في الموقوف، فقليل: هذه الدار وقف، أي: موقوف، كمنسج اليمن بمعنى منسوج اليمن؛ ولذا جمع على أفعال فقليل: «وقف وأوقاف» كوقت وأوقات.

واصطلاحاً:

عرفه الحنفية بأنه: حبس العين على حكم ملك الله تعالى والتصدق بالمنفعة.

عرفه الشافعية بأنه: حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود.

عرفه المالكية بأنه: جعل منفعة مملوك ولو بأجره أو غلته لمستحقه بصيغة مدة ما يراه المحبس.

عرفه الحنابلة بأنه: تحبیس مالک مطلق التصرف ماله المنتفع به مع بقاء عينه بقطع تصرف الواقف وغيره في رقبته يصرف ريعه إلى جهة بر، ولسبيل المنفعة تقريباً إلى الله تعالى.

انظر: الهداية: ١٣/٣، مجمع الأنهر: ٧٣١/١، مغني المحتاج: ٣٧٦/٢ الشرح الصغير: ٥/٣٧٣، كشف القناع: ٤/٢٤٠، الإقناع: ٨١/٢، نهاية المحتاج ٥/٣٥٨.

وحكمة مشرعيته أن الله جلّت قدرته، وعلت حكمته، وعمت رحمته قد أراد النفع لعباده، وأحسن إليهم ببيان سبل الخيرات، سواء أكان النفع في دنياهم أم في آخرتهم، فشرع لهم الوقف بنوعية حفظاً لأموالهم التي جعل الله لهم قياماً، من أن تعبت بها يد السفهاء، فتنوى عزتهم، وتنصرم سعادتهم، وإدامة لعملهم الصالح في الحياة الدنيا وبعد انتقالهم منها، ليصل ثوابه إليهم. دائماً، فضلاً منه وكرماً. يشير إلى ذلك قول الصادق المصدوق عليه السلام (إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية، وعلم ينتفع به، وولد صالح يدعو له)، ولذا ذكر الكمال بن الهمام محاسنه بقوله: ومحاسن الوقف ظاهرة، وهي الانتفاع الذائر الباقي على طبقات المحبوبين من الذرية والمحتاجين، من الأحياء والموتى، لما فيه من إدامة العمل الصالح، كما في الحديث المعروف: (إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية... ) الحديث.

ويستأنس بما قاله الإمام الفاضل مولانا الشيخ أحمد المعروف بشاه ولي الله المحدث الدهلوي في كتاب «حجة الله البالغة» ٨٧/٢٠. ومن التبرعات الوقف، وكان أهل الجاهلية لا يعرفونه فاستنبط النبي صلى الله عليه وآله وسلم لمصالح لا توجد في سائر الصدقات، فإن الإنسان ربما يصرف في سبيل الله مالاً كثيراً ثم يفنى، فيحتاج أولئك الفقراء تارة أخرى، ويجيء أقوام من الفقراء فييقون محرومين؛ فلا أحسن، ولا أنفع للامة، من أن يكون شيء حبساً للفقراء، وأبناء السبيل، تصرف عليهم منافعه، ويبقى أصله على ملك الواقف. وهو قول عليه السلام لعمر رضي الله عنه: (إن شئت حبست أصلها) وساق الحديث: اه وأما سببه:

فهو إرادة محبوب النفس في الدنيا يبر الأحياء، وفي الآخرة بالشواب، إذا كان بالنية من أهلها، وهو المسلم العاقل، وذلك لأن الوقف قد يكون مباحاً؛ والمراد أن لم يوضع للتعبد به كالصلاة والصيام، والزكاة، والحج، ولذا صح من الكافر بشرطه.



فَلَمَّا اسْتَجْمَعَهَا، قَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ - أَصَبْتُ مَا لَمْ أَصِبْ مِثْلَهُ قَطُّ. وَقَدْ أَرَدْتُ أَنْ أَتَقَرَّبَ بِهِ إِلَى اللَّهِ - تَعَالَى - فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «حَسْبُ الْأَضَلِّ وَسَيْلِ الثَّمَرَةِ».

ويزوي: «فجعلها عمر - رضي الله عنه - صدقة لا تباغ، ولا تُورث، ولا تُوهب»<sup>(١)</sup> وعن رسول الله ﷺ أنه قال: «إِذَا مَاتَ ابْنُ دَمٍ، انْقَطَعَ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثٍ: وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ أَوْ عِلْمٍ يَنْتَفِعُ بِهِ أَوْ صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ»<sup>(٢)</sup>.

وحمل العلماء الصَّدَقَةَ الْجَارِيَةَ عَلَى الْوَقْفِ، واشتهر اتِّفَاقُ الصَّحَابَةِ عَلَى الْوَقْفِ قَوْلًا وَفِعْلًا. ويزوي عن أبي حنيفة إنكارُ الْوَقْفِ<sup>(٣)</sup>، غَيْرَ أَنَّ الْأَكْثَرِينَ اسْتَنْكَرُوهُ، وَرَدُّوا قَوْلَهُ إِلَى أَنَّ الْوَقْفَ بِمَجْرَدِهِ لَا يَلْزِمُ عَلِيًّا مَا سَنَحِكِيهِ مِنْ بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ ثُمَّ إِنْ صَاحِبِ الْكِتَابِ - رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى - أَوْدَعَ عَلَى عَادِيَتِهِ مَسَائِلَ الْوَقْفِ فِي بَابَيْنِ: أَحَدَهُمَا: فِي بَيَانِ مَا يُعْتَبَرُ لَصَحَّتِهِ.

والثاني: فِي أَحْكَامِهِ، إِذَا صَحَّ.

وما يعتبر فِي الصَّحَّةِ يَنْقَسِمُ فِي الْأَصْطِلَاحِ الْمَشْهُورِ إِلَى أَرْكَانٍ وَشَرَائِطٍ. وَالبَابُ الْأَوَّلُ مُشْتَمِلٌ عَلَى الضَّرْبَيْنِ، فَقَوْلُهُ: «فِي أَرْكَانِهِ وَمُصَحَّحَاتِهِ» كَأَنَّهُ عَنَى بِالمُصَحَّحَاتِ الشُّرُوطَ، وَهُوَ أَصْطِلَاحُ أَهْلِ الْأَصُولِ، ثُمَّ أَرْكَانُ الْوَقْفِ عَلَى قِيَاسِ مَا ذَكَرَهُ فِي سَائِرِ الْعُقُودِ هِيَ الْوَاقِفُ، وَالْمَوْقُوفُ، وَالْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ، وَصِيغَةُ الْوَقْفِ. أَمَّا الْوَاقِفُ، فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ صَحِيحَ الْعِبَارَةِ، أَهْلًا لِلتَّبْرُحِ<sup>(٤)</sup>، وَلَمْ يُفْرِذْهُ بِالذِّكْرِ لَوْضُوحِ حَالِهِ. أَمَّا الْمَوْقُوفُ، فَفِيهِ مَسَائِلُ:

(١) رواه الشافعي (١٣٧٩) عن سفيان عن العمري عن نافع عن ابن عمر به، ورواه في القديم عن رجل عن ابن عون عن نافع باللفظ الثاني وقال الحافظ في التلخيص: وهو متفق عليه رواه البخاري (٢٧٣٧)، (٢٧٦٤، ٢٧٧٢) ومسلم (١٦٣٢) من حديثه، وله طريق عندهما غيره.

قال الحافظ في التلخيص: الرجل الذي أبهمه الشافعي هو عمر بن حبيب القاضي، بينه البيهقي في المعرفة من طريقه في هذا الحديث.

(٢) رواه مسلم (١٦٣١) من حديث أبي هريرة وقال الحافظ في التلخيص: وقال فيه: أو، أو، وله وللنسائي. وابن ماجه، وابن حبان من طريق أبي قتادة: «خير ما يخلف الرجل من بعده ثلاث: ولد صالح يدعو له، وصدقة تجري يبلغه أجرها، وعلم يعمل به من بعده».

(٣) في ز: أن الوقف لا يصح.

(٤) شمل إطلاقه الإمام إذا وقف أرضاً من بيت المال على جهة عامة كالمساجد والقناطر أو شخص أو أشخاص معينين من أهل العلم والدين وعلى أعقابهم إذا رأى ذلك، وأفتى جماعة من الأئمة وغيرهم بجوازها وأنه لا يجوز لأحد تغييره كأبي بكر الشاشي وابن برهان تلميذ الغزالي وأسعد الميهني والكمال بن يونس وابن القطب النيسابوري وابن الصلاح والشيخ المصدق وقال الشيخ ابن الرفعة في باب الفي أن الذي يحكي عن صحته لأنه لو رأى تملك ذلك للمرهون ملكاً =

إحداها: يجوز وَقْفُ الْعَقَارِ وَالْمَنْقُولِ، كَالْعَبِيدِ، وَالثِيَابِ، وَالذُّوَابِ، وَالسَّلَاحِ، وَالْمَصَاحِفِ، وَالْكَتُبِ<sup>(١)</sup>. وعن مالك: أَنَّ الْمَنْقُولَ مُطْلَقاً لَا يَجُوزُ وَقْفُهُ.

لَنَا: مَا زُوِيَ أَنَّهُ صَلَّى قَالَ: «أُمَّا خَالِدٌ، فَقَدْ حَبَسَ أَدْرَعَهُ وَاعْتَدَهُ<sup>(٢)</sup> فِي سَبِيلِ اللَّهِ<sup>(٣)</sup>». وَأَيْضاً فَالْمَسْلُومُونَ مُتَّفِقُونَ عَلَى وَقْفِ الْحُصْرِ، وَالْقَنَادِيلِ، وَالذُّلَالِيِّ فِي جَمِيعِ الْأَغْصَارِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْمَفْرُوزِ وَالشَّائِعِ، بَلْ يَجُوزُ أَنْ يَقِفَ نِصْفَ دَارٍ وَنِصْفَ عَبْدٍ<sup>(٤)</sup>.  
وَقَفَ عُمَرُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - مِائَةَ سَهْمٍ مِنْ خَبِيرٍ مَسَاعاً<sup>(٥)</sup>.

= مطلقاً، كان له ذلك، ويحكى عن الشيخ أبي حامد منعه، قال: والصحة في الجهة العامة أولى من العين، ونقل عزة عن الفارقي في القطع بالمنع.

(١) في ز: زيادة قوله وعن أبي حنيفة أنه لا مدخل للوقف في الحيوانات.

قال الشيخ جلال الدين البلقيني: وقف الكتب يتناول صورتين إحداها: أنه توقف على طلبه العلم ينتفعون بمطالعتها، وأن توقف على مكان للبيع وينتفع ذلك المكان بأجرتها، والأول صححه بعضهم والثانية لم يقع، فلو وقع يجوز أن يظهر الجواز لأن هذه منفعة يستأجر لها.

(٢) قال الحافظ في التلخيص: قوله: واعتده بضم التاء المشناة فوق جمع عند بفتحين وهو الفرس الصلب أو المعد للركوب.

(٣) رواه البخاري (١٤٦٨) ومسلم (٩٨٣).

(٤) قال في الخادم: ما أطلقه من صحة وقف المشاع قيده ابن الرفعة بما يمكن الانتفاع به مع الإشاعة، أما ما لا يمكن، كوقف نصف من دار أو أرض مسجد فالذي يظهر أنه لا يصح إذا قلنا: القسمة بيع، فإن قلنا: إنها إفراز، ولم نجوز قسمة الوقف، لم يجز أيضاً، وإن جوزناه فيشبه أن يأتي في صحته إذا قلنا: بالإجبار على القسمة احتمال من وقف الدار بشرط أن يتخذ منها حلي ينتفع به الأرامل؛ لأن الانتفاع في الحال غير ممكن إلا بإحداث شيء، قال الزركشي: ويؤيده ما في فتاوى ابن الصباغ الذي جمعه ابن أخته إذا كان له حصة في أرض مشاعة وهي لا تقسم، فجعلها مسجداً، لم يصح ذكره في الكامل، لكن قيل إن كلام الشامل في باب الشفعة يقتضي الصحة، وبه صرح ابن الصلاح في فتاويه وبأن قسمتها واجبة وصرح أيضاً بتحريم المكث فيها للجنب قبل القسمة، وعلمه بالاحتياط وما قاله من وجوب القسمة، قيل: إن خلاف المذهب يعني في قسمة الوقف من الطلق، لكن القمولي قال لا ينبغي أن يخرج صحته على الخلاف في جواز قسمة الوقف من الطلق وما قاله من تحريمه على الجنب قبل القسمة خالف البارزي وقال: يجوز ما لم يقسم كما يجوز للمحدث حمل المصحف مع أمتعة؛ وهو ضعيف؛ لأن تجويز حمل المصحف محله إذا كان المقصود هو الأمتعة، ونظر مسألتنا أن يكون كل منهما مقصوداً، فلا يجوز فيما ذكره من وجوب القسمة وتحريم المكث نظر، والوجه أن يقال: إن وقف الأكثر مسجداً حرم المكث فيه على الجنب، وإن كانت الحصة الموقوفة مسجداً مساوية للباب أو أقل، جاز المكث كما يجوز لبس الذي نصفه حرير ونصفه كتان، وكما يجوز للجنب والمحدث حمل التفسير الذي نصفه قرآن، مع أن القرآن أعظم حرمة من المسجد، فإذا جاز مس ما بعضه قرآن، فلا يجوز المكث فيما بعضه مسجد أولى.

(٥) تقدم.

ولا يسري الوقف من نصف إلى نصف، وإنما السراية من خاصة العتق.

ولو وقف نصف العبد، ثم أعتق النصف الآخر، لم يعتق، بخلاف ما إذا رهن نصف عبداً، ثم أعتق النصف الآخر، فإننا نقول بالسراية إلى المرهون، والفرق أن المرهون قابل للإعتاق، والموقوف بخلافه.

**المسألة الثانية:** يجوز وقف ما يطلب لعين تستفاد منه؛ كالأشجار للشمار، والحيوانات للأصواف والأوتار والألبان، والبيض، وما يطلب لمنفعة يستوفي منه؛ كالذور والأراضي. ولا يشترط أن يكون بحيث تحصل منه المنفعة، والفائدة في الحال، بل يجوز وقف العبد، والجحش الصغيرين والزمن، الذي يرجى زوال زمانته، كما يجوز نكاح الرضیعة.

**المسألة الثالثة:** لا يجوز أن يقف الحر نفسه؛ لأن رقبته غير مملوكة، وإن قدرنا أن منافعها ملحقة بالأموال، والوقف يستدعي أصلاً يحبس [عليه] ليستوفي منفعته على مر الزمان، وكذلك مالك منافع الأموال دون رقابها لا يجوز له الوقف، سواء ملك مؤقتاً كالمستأجر، أو مؤبداً كالموصى له بالخدمة والمنفعة.

وأيضاً، فإن الوقف يشبه التحريم، وملك المنفعة لا يفيد ولاية التحرير، ويجوز أن يعلل اشتراط كون الموقوف عيناً بأن الموقوف يجب أن يكون له دوام على ما سيأتي، والمنافع تحدث وتفتي، فهي كالشيء الذي يتسارع إليه الفساد والفناء.

**المسألة الرابعة:** في وقف المستولدة وجهان:

أحدهما: يجوز كما يجوز إجارتها.

أصحهما: المنع؛ لأن حلها حرمة العتق، فكأنها عتيقة.

وبنى بعضهم الخلاف على أن الوقف، هل ينقل الملك عن الواقف؟ إن قلنا: نعم، لا يصح وقفها؛ لأنها لا تقبل النقل، فإن قلنا: لا تنقل، صح، وهذا ما أشار إليه صاحب الكتاب بأن صححناه.

فإذا مات السيد، وعتقت، قال في «التتمة»: لا يبطل الوقف، بل تبقى منافعها للموقوف عليه، كما لو أجزها، ومات.

وفي «النهاية» أنه يبطل بخلاف الإجارة؛ لأن الحرية تنافي الوقف دون الإجارة، هذا قضية كلام القاضي ابن كنج.

ويجزي الوجهان في جواز وقف المكاتب، ويجوز وقف المعلق عتقه بصفة ثم إذا وجدت الصفة، فإن قلنا: إن الملك في الوقف للواقف، أو لله - تعالى - عتق، وبطل الوقف. وإن قلنا: إنه للموقوف عليه، فلا يعتق، ويكون الوقف بحاله.

ويجوز وَقْف المدبّر أيضاً، ثم هُوَ رجوعٌ، إن قلنا: إن التدبيرَ وصيةٌ، وإن قلنا: إنه تعليقٌ عَتَقَ بصفةٍ، فهو كالعبد المعلق عَتَقَهُ بصفةٍ.

**المسألة الخامسة:** في وقف الكلب المَعْلَم<sup>(١)</sup> وجهان، بناهما باثْنُون، منهم الشيخ أبو حامد على الخلاف في إجارته، وآخرون على الخلاف في هَيْبته، وآخرون على أن الوقف يزِيلُ يملك الرُقْبِيَّةَ، أم لا يزِيلُ؟ إن قلنا: لا يُزِيلُ، فَلَيْسَتْ قضيته سَوِي نُقل المنافع، ومنافعها مستحَقَّةٌ، فجاز أن ينقل، وكيف ما قَدَّر فالأصحُّ المنع، وقد قَطَعَ به بعضهم مع القول بجواز الإجارة، لأن رقبته غَيْرُ مملوكةٍ.

**المسألة السادسة:** في وقف الدراهم والدنانير وجهان، كما ذكرنا في وقف إجارتهما. إن جَوَزنا الإجارة، جازَ وقفها، لتكرى ويجوز وقف الحُلِيِّ؛ لغرض اللبس.

وحكى الإمام أنهم ألحقوا وقف الدراهم؛ لِيُصَاغ منها الحُلِيُّ بوقف العَبْدِ الصغير، وتردّد فيه؛ لأنَّ الصغيرَ يصيرُ إلى حالة الانتفاع بنفسه، وهذا يحتاج إلى إحداث أمرٍ بالأختيار.

**المسألة السابعة:** لا يجوز وقف ما لا يدوم الانتفاع به كالمطعمات؛ فإن منفعتها استهلاكها وكالرياحين المشمومة، فإنها سريعة الفساد، وإنما شرع الوقف؛ ليكون صدقةً جاريةً<sup>(٢)</sup>. ومن المسائل الداخلة في الفضل أنه لو وقف عبداً، أو ثوباً في الذمة، لم يُجَزَّ، كما لو أعتق عبداً في الذمة، ولو وقف أحد عبديهِ، لم يُجَزَّ كما لو باع، وفيه وجه؛ أنه يجوز كما لو أعتق ويجوز وقف غلِّ الدار دون سفلها<sup>(٣)</sup>، ويجوز وقف الفحل للنزوات بخلاف إجارته؛ لأنَّ الوقف قربةً يحتمل فيه ما لا يُحتمل في المعاوضات، والله أعلم.

وقوله في الكتاب: «وهو كلُّ مملوكٍ متعيّن تحصلُ منه فائدةٌ أو منفعةٌ لا تفوت العينُ باستيفائها» أراد به ضَبَطَ الموقوف.

وقوله: «مملوك» يدخل فيه العقارُ، والمنقول، والشائع، والمفروز، ويخرج عنه الحرّ وما لا يملك. وقوله: «متعيّن» قصّد به الاحتراز عمّا إذا وقف أحد العَبْدَيْنِ،

(١) أو قابل للتعليم كما بحثه السبكي.

(٢) قضيته تخصيصه بالرياحين المحصورة، أما المزروعة فيصح وقفها للشم كما قال المصنف في شرح الوسيط إنه الظاهر؛ لأنه يبقى مدة، وفيه منفعة أخرى وهي التنزه.

قال الخوارزمي وابن الصلاح: يصح وقف المشموم الدائم نفعه كالمسك والعنبر والعود.

(٣) يدخل في إطلاقه وقفها مسجداً، وبه صرح الماوردي والرويانى فقلا يجوز أن يجعل السفلى مسجداً دون العلوى، والعلو مسجداً دون السفلى خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله.

ويخرج عنه ما إذا وَقَفَ في الذمَّة. وقوله: «منفعة أو فائدة» - أشار بالمنفعة إلى السكنى واللُّبْس ونحوهما، وبالفائدة إلى الثَّمَرَة واللَّبَنِ ونحوهما.

وقوله: «لا تفوت العينُ بأستيفائها» احترز به عن الطعام، وما في معناه إلا أن هذا الضَّابِطُ يشكِّل بوقفِ المستولدة، فإنه يقتضي جَوَازَه، والأصح فيه المنعُ، وبالملاهي حيث لا يجوز وَقْفُهَا. فَإِنْ قُلْت: كُلُّ عَيْنٍ مَعِينَةٌ مَمْلُوكَةٌ مَلِكًا يَقْبَلُ النِّقْلَ تَحْصُلُ مِنْهَا فائدةٌ أو منفعةٌ يستأجر لها زال الإشكال والله أعلم.

### فرعان:

الأول: أجزأ أرضه، ثم وَقَفَها، جواب الشيخ أبي علي في «الشرح» أنه يصح الوقف؛ لأنه مملوكٌ بالشرائط المذكورة، وليس فيه إلا العجزُ عن صَرْفِ المنفعةِ إلى جهةِ الوقفِ في الحال، وأنه لا يمنع الصَّحَّة، كما لو وَقَفَ ماله في يد الغاصب.

وفي فتاوى القفال تخريجه على الوقف المنقطع الأول.

وزاد بعضهم فقال: إن وَقَفَ على المسجد، صحَّ لمشابهته الإعتاق، وإن وَقَفَ على إنسانٍ، فإن قلنا: المَلِكُ في الوقفِ ينتقل إلى الموقوفِ عليه، فهو على الخلافِ في بيعِ المستأجر، إن لم نصحَّحه، فكذلك الوقفُ.

وإن صحَّحناه، فيخرج حينئذ على الخلاف في الوقف المنقطع الأول، وإن قلنا: ينتقل إلى اللُّه تعالى، فوجهان لافتقاره إلى القبول، ووقف الورثة الموصى بمنفعته شهراً كوقف المستأجر الثاني، إذا استأجر أرضاً؛ ليبنى فيها أو يخرس، ففعل، ثم وَقَفَ البناءَ والخراس، ففي صحَّة الوقف وجهان: أصحُّهما: الصحَّة، وبه قال ابنُ الحدَّاد؛ لأنه مملوكٌ يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه.

والثاني: المنع؛ لأن مالك الأرض بسبيل من قلعه، فكأنه وَقَفَ مالا ينتفع به، وهما كالوجهين في أن الثاني لو انفرد ببيع البناء، هل يجوز؟ ولو وَقَفَ هذا أرضه، وهذا بناءه جاز بلا خلاف كما لو اجتمعا على البيع، وإذا قلنا بصحَّة الوقف، فإذا مضت المدَّة، وقَلع مالك الأرض البناء، فإن بقي متنعفاً به بعدا القلع، فهو وَقَفٌ، كما كان، وإن لم يبن، فيصير ملكاً للموقوفِ عليه، أو يرجع إلى الواقف؟ فيه وجهان، وأزسُّ النقص الذي يؤخذ منه القالع يسلك به مسلك الوقف<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي: الركن الثاني: الموقوف عليه فإن كان موقوفاً على شخصٍ معيَّن

(١) قال النووي: الأصح: صحة وقف ما لم يره، ولا خيار له عند الرؤية.

فَشَرَطُهُ أَنْ يَكُونَ أَهْلًا لِلْهَبَةِ مِنْهُ وَالْوَصِيَّةِ لَهُ، فَيَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَى الْكَافِرِ الذَّمِّيِّ، وَعَلَى الْمُرْتَدِّ وَالْحَرْبِيِّ فِيهِ خِلَافٌ (و) لِأَنَّهُ لَا بَقَاءَ لَهُ لِأَنَّهُ مَقْتُولٌ، وَلَا يَجُوزُ عَلَى الْجَنِينِ؛ لِأَنَّهُ لَا تَسْلِيْطَ فِي الْحَالِ، وَلَا عَلَى الْعَبْدِ (و) فِي نَفْسِهِ وَلَكِنَّ الْوَقْفَ عَلَيْهِ وَقَفَّ عَلَى السَّيِّدِ، وَالْوَقْفُ عَلَى الْبَهِيْمَةِ هَلْ هُوَ وَقَفَّ عَلَى مَالِكِهَا؟ فِيهِ خِلَافٌ، وَلَا يَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَى نَفْسِهِ (م) إِذْ لَا يَتَجَلَّدُ بِهِ إِلَّا مَنَعَ التَّصْرُفِ، وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ: أَنَّهُ يَجُوزُ، وَلَوْ شَرَطَ أَنْ يَقْضِيَ مِنْ رِبْعِ الْوَقْفِ زَكَاتَهُ وَذُبُونَهُ فَهُوَ وَقَفَّ عَلَى نَفْسِهِ، وَكَذَا إِنْ وَقَفَّ عَلَى الْفُقَرَاءِ ثُمَّ صَارَ فَقِيْرًا فَبِي شَرِكْتِهِ خِلَافٌ (و).

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْوَقْفُ إِذَا كَانَ عَلَى مَعِيْنٍ أَوْ غَيْرِ مَعِيْنٍ.

القِسْمُ الْأَوَّلُ: إِذَا كَانَ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ شَخْصًا مَعِيْنًا، أَوْ جَمَاعَةً مَعِيْنِينَ، فَالْشَّرْطُ أَنْ يُمْكِنَ تَمْلِيْكُهُ<sup>(١)</sup>؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ تَمْلِيْكَ الْعِيْنِ وَالْمَنْفَعَةَ إِنْ قَلْنَا: إِنَّ الْمِلْكَ فِي الْوَقْفِ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ، وَتَمْلِيْكُ الْمَنْفَعَةِ، إِنْ لَمْ نَقُلْ بِهِ.

وقوله في الكتاب: «أهلاً للهبة منه والوصية له» ليس الغرض منه اعتبار هذين التصرفين خاصة، بل الاعتبار مطلق أهلية الملك، لكنهما أقرب إلى الوقف من البيع والمعاوضات فكأنه جرى ذكرهما لذلك. وفي الفصل ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: يجوز الوقف على الذمّي من المسلم والذمّي، كما تجوز الوصية له، والتصدق عليه، وفي الحربي والمرتد وجهان: أحدهما: الجواز كالذمّي.

وأصحهما: المنع؛ لأنهما منقولان؛ لأنه لا بقاء لهما، والوقف صدقة جارية، فكما لا يوقف ما لا دوام له، لا يوقف على من لا دوام له<sup>(٢)</sup>.

المسألة الثانية: لا يجوز الوقف على من لا يملك كالجنين، بخلاف الوصية؛ لأنها تتعلق بالمستقبل، والوقف تسليط في الحال، وكذلك لا يجوز الوقف على العبد نفسه، وهذا فيما ذكره ذاكرون مفرغ على قولنا: إنه لا يملك وأما إذا قلنا: إنه يملك،

(١) في حال الوقف عليه بوجوده في الخارج، فلا يصح الوقف على ولده، وهو لا ولد له، ولا على فقير أولاده، ولا فقير منهم، فإن كان فيهم فقير وغني صح. ويعطي منه أيضاً من افتقر بعد، كما قاله بالبخوي.

(٢) قال الأذرعي: ويشبه أن يكون المجاهد والمستامن كالذمي إن حل بدارنا ما دام فيها، فإذا رجع صرف إلى من بعده وقال الزركشي: مقتضى كلامهم أنه كالحربي وجزم به الدميري وقال الخطيب الشرييني: والأول أوجه.

صَحَّ الْوَقْفُ عَلَيْهِ، وَإِذَا عَتَقَ، كَانَ لَهُ دُونَ سَيِّدِهِ.

وعلى هذا قال صاحب «التتمة»: إذا وَقَفَ عَلَى عبد فلانٍ، وقلنا: إنَّ العبد يُمَلِّكُ بالتَمْلِيكِ، فيصحُّ الوقفُ عليه، ويكون الاستحقاقُ متعلقاً بكونه عبدَ فلانٍ حتى لو باعه، أو وهبَهُ، زال صفةُ الْأَسْتِحْقَاقِ، ولك أن تقولَ: الخلافُ في أنه، هل يملك بخصوص ما إذا ملكه السَّيِّدُ؟ فأما إذا ملكه غَيْرُهُ، فلا خِلافُ في أنَّه لا يملك، وحينئذٍ، فإذا كان الواقِفُ غيرَ السَّيِّدِ، كان الْوَقْفُ عَلَى من لا يملك، فأئِي معنى لقولنا: لو ملكه السيد. لملك. وأما إذا أُطْلِقَ الْوَقْفُ عَلَيْهِ، فهو وَقَفَ عَلَى السَّيِّدِ، كما لو وهب منه، أو أوصى، وإذا شرطنا القبول، جاء فيه الخلافُ في أنَّه، هل يستقلُّ بقبول الهبة والوصية أم يحتاج إلى إذن السَّيِّدِ؟ وقد مرَّ في مداينة العبيد.

ولو وقف على مكاتب هل يستقل بقبول الهبة والوصية أم يحتاج إلى إذن السيد، قال الشيخ أبو حامد: لا يجوز كما لو وقف على القن، وفي «التتمة»: أنا نصَّحُ الْوَقْفَ فِي الْحَالِ، وَنَضْرَفُ الْفَوَائِدَ إِلَيْهِ، وَنُدِيمُ حُكْمَهُ، إِذَا عَتَقَ، إِنْ أُطْلِقَ الْوَاقِفُ، وَإِنْ قَالَ: تُضْرَفُ الْفَوَائِدَ إِلَيْهِ، مَا دَامَ مَكَاتِباً، بَطَلَ اسْتِحْقَاقُهُ، وَإِنْ عَجَزَ، بَانَ لَنَا أَنَّ الْوَقْفَ مَنْقُطِحُ الْإِبْتِدَاءِ. وَلَوْ وَقَفَ عَلَى بَهِيمَةٍ وَأُطْلِقَ، فَهَلْ هُوَ كَالْوَقْفِ عَلَى الْعَبْدِ، حَتَّى يَكُونَ وَقْفاً عَلَى مَالِكِهَا؟ فِيهِ وَجْهَانُ:

أصحُّهما: لا؛ لأنها لَيْسَتْ أَهْلاً لِلْمَلِكِ بِحَالٍ، وَهَذَا كَمَا أَنَّه لَا يَجُوزُ الْهَبَةُ مِنْهَا، وَالْوَصِيَّةُ لَهَا.

والثاني: نعم، كما لو وقف على العبد، وهذا ما أختارهُ الْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ [الطبري] في «المجرد» وذكر أنَّه ينفق عَلَيْهَا مِنْهُ مَا يَقِيْتُ؛ وَعَلَى هَذَا، فَالْقَبُولُ لَا يَكُونُ إِلَّا مِنَ الْمَالِكِ، وَفِيمَا إِذَا أَصَافَ إِلَى الْعَبْدِ؛ أَصَحُّ الْوَجْهَيْنِ: أَنَّهُ لَا يَصِحُّ الْقَبُولُ مِنَ السَّيِّدِ؛ لِأَنَّ الْخِطَابَ لَمْ يَجْرِ مَعَهُ.

وحكى أبو سعيد المتولي فيما إذا قال: وَقَفْتُ عَلَى عِلْفٍ بِبَهِيمَةٍ<sup>(١)</sup> فَلانٍ، أَوْ عِلْفٍ بِهَائِمِ الْقَرْيَةِ وَجْهَيْنِ؛ عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي صُورَةِ الْإِطْلَاقِ. قَالَ: وَالْخِلافُ فِيمَا إِذَا كَانَتْ الْبَهِيمَةُ مَمْلُوكَةً.

أما إذا وقف على الْوُحُوشِ، أَوْ عِلْفِ الطَّيُورِ الْمَبَاحَةِ، لَمْ يَصَحَّ بِلَا خِلافٍ<sup>(٢)</sup>.

(١) في د: بها لم.

(٢) التصريح بنفي الخلاف لم يصرح به المتولي نعم اقتضاه كلامه، وما ذكره المتولي يقتضي منع الوقف على حمام مكة، أعني الحمام البري بالحرم، لكن كلام الوسيط ظاهر في أنه يصح جزماً وهذا يقدر في نفي الخلاف.

## المسألة الثالثة: في وقف الإنسان على نفسه وجهان:

أصحهما: ويُحكى عن نصح: المنع؛ لأنَّ الوقْفَ تملك المنفعة وخدّها، أو مع الرقبة، والإنسان لا يملك نفسه<sup>(١)</sup>.

والثاني: وبه قال أحمد وأبو عبد الله الزبيرى أنه جائز؛ لأنَّ استحقاق الشيء وقفاً غيرُ استحقاقه ملكاً، وقد يقصد من نفسه من التصرف المزيل للملك، وينسب هذا الوجه إلى ابن سريج أيضاً.

وحكى القاضي ابن كج عنه أنه يصح الوقف، ويلغو الشرط، وإضافته إلى نفسه، وهذا بناءً على أنه لو اقتصر على قوله: «وقفْتُ»، صحَّ الوقف.

وينبغي أن يطرد في الوقف على من لا يجوز مطلقاً.

ولو وقف على الفقراء، وشرط أن تقضي من ريع الوقف زكاته وديونه، فهذا وقف على نفسه وغيره، ففيه الخلاف، وكذلك لو شرط أن يأكل من ثماره، أو ينتفع به، وقد يوجه الجواز بأنه عثمان - رضي الله عنه - وقف بئر رومة<sup>(٢)</sup>، وقال: دلوي فيها

(١) ذكر بعضهم حياً في الوقف على النفس إذ يقف على أولاد أبيه الذين صفتهم كذا، ويكون ذلك الوصف منحصراً فيه.

ذكره ابن يونس في شرح التبيين وابن عمه في رفع التمويه، وتبعهما الشيخ ابن الرفعة وكان يفتي به وعمل به، فإنه وقف وقفاً على ألقه أولاد أبيه وبقي هو يتناوله كذا حكاه عنه في الخادم وذكر أن بعض المتأخرين نازعه في الكل إلى آخر ما ذكره، وابن يونس ليس منفرداً بذلك، بل هو تابع للشيخ أبي علي الفارقي كما حكاه الأذري وتبعه الزركشي. ومنها: أن يحكم حاكم بصحته كحفي أو حنيلي كما صرح بذلك الشيخ أبو محمد والشيخ أبو حاتم القزويني.

ومنها: أن يؤجر ما يريد وقفه مدة يظن أنه لا يعيش بعدها بأجرة منجمة ثم يقفه بعد على من يريد، فإنه يصح الوقف وتصرف الغلة بعد انقضاء مدة الإجارة إلى جهة الوقف، أفنى به الشيخ ابن الصلاح وفي عد هذه نظر.

ومنها: أن يهبها لغيره ويقبضه إياها أو يبيعها عليه بثمن ما ثم يسأله أن يقفها عليه وعلى من شاء بعده ولا يخفى ما في هذه من الخطر بأن لا يفي وإن وفي له فالصدقة للواقف.

(٢) قال الحافظ في التلخيص: قال أبو عبيد البكري: رومة كانت ركية لليهودي اسمه رومة فنسبت إليه، وزعم ابن مندة أنه صحابي، وقد وهم كما بينته في معرفة الصحابة، واختلف في مقدار الثمن ففي الطبراني أنه عشرون ألف درهم، وعند أبي نعيم أنه اشترى النصف الأول باثني عشر ألفاً، والثاني بسبعمئة، وفي تاريخ المدينة لابن زبالة أنه اشترى النصف الأول بمائة بكرة، والثاني بشيء يسير، وقيل اشتراها بخمسة وثلاثين ألفاً، حكاه الحازمي في المؤلف، ورواه الطبراني أيضاً، وقيل بأربعمائة دينار حكاه ابن سعد.



كِدْلَاءِ الْمُسْلِمِينَ<sup>(١)</sup>.

ومن منَع، قال: ليس ذلك على سبيل الأَشْرَاطِ، ولكنه أخبر أنه للواقف أن ينتفع بالأوقاف العامة؛ كالصلاة في البقعة التي يجعلها مسجدًا، وما أشبه ذلك.

ولو أَسْتَبَقَى الواقفُ القولية لِنَفْسِهِ، وشرط أجره، وفرعنا على أنه لا يجوز أن يقف على نفسه، ففي صححة هذا الشرط وجهان مبنيان على أن الهاشمي، إذا انتصب عاملاً للزكاة، هل له أن يأخذ من سهم العاملين<sup>(٢)</sup>؟ ولو وقف على الفقراء، ثم صار فقيراً، ففي جواز الأخذ وجهان مع المنع من أن يقف على نفسه؛ لأنه لم يقصد نفسه، وإنما وجدت فيه الجهة التي وقف عليها، ويُسببه أن يكون هذا أظهر، لكن المصنف رجح المنع في «الوسيط»، ووجهه بأن الظاهر أن مطلق الوقف ينصرف إلى غير الواقف. وقوله في الكتاب: «فيجوز الوقف على الكافر الذمي، وعلى المرتد والحربي [فيه] خلاف هكذا هو الصواب، وقد يوجد في بعض النسخ «على الكافر الذمي والمرتد والحربي خلاف» وهو غلط.

وقوله «ولا على العبد في نفسه» - يجوز أن يُعْلَمَ بالواو، لما سبق وقوله «ولا يجوز الوقف على نفسه» بالألف والميم أيضاً؛ لأن أبا الفرج السرخسي حكى عن مالك مثل مذهب أحمد، وقيل: إن مذهبه الجواز في اليسير دون الكثير.

وقوله: «إذ لا يتجدد له إلا منَع التصرف» أراد به أن مقتضى الوقف، حبس الرقبة، وتمليك المنفعة، والرقبة مَحْبُوسَةٌ عَلَيْهِ، والمنفعة مملوكة له، فلا يحدث شيء سوى امتناع التصرفات التي يمنعها الوقف.

وقوله: «ففي شركته خلاف» - أي في شركته إياهم في جواز الأخذ، وليس المراد الشراكة في الموقوف؛ لأن أستياعب الفقراء غير واجب.

هذا تمام الكلام في الوقف على المعين.

ولو قال لرجلين: وقفت على أحكما، لم يصح، وفيه احتمال عن الشيخ أبي محمد إذا فرعنا على أن الوقف لا يفتقر إلى القبول.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَلَوْ كَانَ الْوَقْفُ عَلَى جِهَةٍ عَامَّةٍ كَالْمَسَاكِينِ وَالْفُقَرَاءِ فَإِنْ كَانَ فِيهِ قُرْبَةٌ فَصَحِيحٌ، وَإِنْ كَانَ مَغْصِيَةً كَالْوَقْفِ عَلَى عِمَارَةِ الْبَيْعِ وَالْكَتَائِسِ وَكَتَبَةِ الثُّورَةِ وَتَفَقَّهُ قُطَاعِ

(١) رواه الترمذي (٣٧٠٤) من حديثه والنسائي (٢٣٥/٦)، والبخاري (٤٠٦/٥ - ٤٠٧) تعليقا.

(٢) قال النووي: الأرجح هنا جوازه. قال الشيخ أبو عمرو بن الصلاح ويتقيد ذلك بأجرة المثل، ولا يجوز الزيادة إلا من أجاز الوقف على نفسه.

الطَّرِيقِ قَبَاطِلَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَا قُرْبَةَ وَلَا مَعْصِيَةَ كَالْوَقْفِ عَلَى الْأَغْنِيَاءِ أَوْ عَلَى الْمَسَاكِينِ مِنَ الْكُفَّارِ وَالْفُسَّاقِ فَفِيهِ خِلَافٌ (و).

قَالَ الرَّافِعِيُّ:

القِسْمُ الثَّانِي: إِذَا كَانَ الْوَقْفُ عَلَى غَيْرِ مَعِينٍ؛ كَالْوَقْفِ عَلَى الْفُقَرَاءِ، وَالْمَسَاكِينِ، وَهَذَا يُسَمَّى الْوَقْفَ عَلَى الْجِهَةِ؛ لِأَنَّ الْوَاقِفَ يَنْظُرُ إِلَى جِهَةِ الْفَقْرِ وَالْمَسْكَنَةِ، وَيَقْصِدُ سِدْ خَلَةَ قَوْمٍ مَوْصُوفِينَ بِهَذِهِ الصِّفَةِ لَا شَخْصاً بَعِيْنَهُ، فَيَنْظُرُ فِي الْجِهَةِ، أَمِي مَعْصِيَةً أَمْ لَا؟

إِنْ كَانَتِ الْجِهَةُ جِهَةً مَعْصِيَةً؛ كَالْوَقْفِ لِعِمَارَةِ الْبَيْعِ وَالْكَنَائِسِ وَلِقْنَادِيلِهَا وَحَضْرِيهَا، لَمْ يَصَحَّ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ الْإِعَانَةِ عَلَى الْمَعْصِيَةِ<sup>(١)</sup>، وَكَذَا لَوْ وَقَفَ لِكِتَابَةِ التَّوْرَةِ وَالْإِنْجِيلِ؛ لِأَنَّهُمْ بَدَّلُوا وَحَرَّفُوا، وَالِاشْتِغَالَ بِكِتَابَتِهَا غَيْرُ جَائِزٍ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَصْدُرَ هَذَا الْوَقْفُ مِنْ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ، فَنَبْطِلُهُ إِذَا تَرَافَعُوا إِلَيْنَا.

أَمَّا مَا وَقَّفُوهُ قَبْلَ الْمَبْعَثِ عَلَى كِنَائِسِهِمُ الْقَدِيمَةَ فَنَقَرَهُ حَيْثُ نَقَرَ الْكِنَائِسَ، وَإِنْ لَمْ تَكُنِ الْجِهَةُ جِهَةً مَعْصِيَةً، نُظِرَ؛ إِنْ كَانَ يَظْهَرُ فِيهَا قَصْدُ الْقُرْبَةِ؛ كَالْوَقْفِ عَلَى الْمَسَاكِينِ، [وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالْعُلَمَاءِ وَالْمُتَعَلِّمِينَ، وَعَلَى الْمَسَاجِدِ] وَالْمَدَارِسِ وَالرِّبَاطَاتِ وَالْقَنَاطِرِ، صَحَّ الْوَقْفُ، وَعَلَى هَذَا التَّحْوِجْرُثِ أَوْقَافُ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - وَإِنْ لَمْ يَظْهَرِ قَصْدُ الْقُرْبَةِ، [كَالْوَقْفِ عَلَى الْأَغْنِيَاءِ، فِيهِ وَجْهَانِ، مَبْنِيَانِ عَلَى أَنَّ الْمَرْعِيَّ فِي الْوَقْفِ عَلَى الْمَوْصُوفِينَ جِهَةً الْقُرْبَةِ]<sup>(٢)</sup> أَوْ التَّمْلِيكِ؟

وَتَحْقِيقُهُ أَنَّ الْوَقْفَ عَلَى الْمَعْيُوثِينَ يُسَلِّكُ بِهِ مَسَلِّكُ التَّمْلِيكَاتِ؛ وَلِذَلِكَ يَجُوزُ عَلَى مَنْ يَجُوزُ تَمْلِيكُهُ، ثُمَّ قَدْ يَقْصِدُ الْوَاقِفُ التَّقَرُّبَ بِهِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى؛ كَالصَّدَقَةِ. وَأَمَّا الْوَقْفُ عَلَى مَنْ لَا يَتَعَيَّنُ، فَحِكَايَةُ الْإِمَامِ عَنِ الْمَعْظَمِ أَنَّ الْمَرْعِيَّ مِنْهُ طَرِيقُ الْقُرْبَةِ دُونَ التَّمْلِيكِ، وَلِهَذَا لَا يَجِبُ اسْتِعَابُ الْمَسَاكِينِ، بَلْ يَجُوزُ الْأَقْتِصَارُ، عَلَى ثَلَاثَةِ مِنْهُمْ.

وَعَنِ الْقَفَالِ أَنَّ الْمَرْعِيَّ فِيهِ ظَهُورُ طَرِيقِ التَّمْلِيكِ، كَمَا فِي الْوَصِيَّةِ، وَالْوَقْفُ عَلَى الْمَعْيُوثِينَ، وَهَذَا مَا اخْتَارَهُ الْإِمَامُ وَشَيْخُهُ، وَطَرِقَ أَصْحَابُنَا الْعِرَاقِيِّينَ تَوَافِقُهُ حَتَّى أَنَّهُمْ ذَكَرُوا أَنَّ الْوَقْفَ عَلَى الْمَسَاجِدِ وَالرِّبَاطَاتِ تَمْلِيكٌ لِلْمُسْلِمِينَ مُنْفَعَةٌ الْوَقْفِ. فَإِنْ قَلْنَا بِالْأَوَّلِ، لَمْ يَصَحَّ الْوَقْفُ عَلَى الْأَغْنِيَاءِ، وَلَا عَلَى الْيَهُودِ وَالنَّصَارَى وَالْفُسَّاقِ.

(١) لِأَنَّهُ إِعَانَةٌ عَلَى مَعْصِيَةٍ، وَالْوَقْفُ شُرْعٌ لِلتَّقَرُّبِ، فَهَمَا مُتَضَادَانِ، وَسِوَاهُ فِيهِ إِشْأَاءُ الْكِنَائِسِ وَتَرْمِيمُهَا مُنْعَانُ التَّرْمِيمِ أَوْ لَمْ نَمْنَعْ؛ وَلَا يُعْتَبَرُ تَقْيِيدُ ابْنِ الرَّفْعَةِ عَدَمَ صِحَّةِ الْوَقْفِ عَلَى التَّرْمِيمِ بِمَنْعِهِ، فَقَدْ قَالَ السَّبْكَيُّ: إِنَّهُ وَهْمٌ فَاحِشٌ، لَا تَفَاقَهُمْ عَلَى أَنَّ الْوَقْفَ عَلَى الْكِنَائِسِ بَاطِلٌ، فِإِذَا لَمْ نَصَحْ الْوَقْفَ عَلَيْهَا وَلَا عَلَى قَنَادِيلِهَا وَحَضْرِيهَا، فَكَيْفَ نَصَحْهُ عَلَى تَرْمِيمِهَا.

(٢) سَقَطَ فِي: ب.

وإن قلنا بالثاني، جاز الكل، ويجوز أن يخرج على هذا الأصل الخلاف في الوقف على الطالبيّة والعلوّيّة وسائر من لا ينحصرون، وفيه قولان، كما في الوصيّة لهم، فإن راعينا طريق القرية، صحّ الوقف لهم، وإلا، لم يصح؛ لتعدّر الاستيعاب، والأشبه بكلام الأكثرين ترجيح كونه تمليكاً، وتصحيح الوقف على هؤلاء؛ ولهذا صحّ صاحب «الشامل» الوقف على النازلين في الكنائس من مازة أهل الذمّة، وقال: إنه وقف عليهم لا على الكنيسة، لكن الأحسن توسط، ذهب إليه بغض المتأخرين، وهو تصحيح الوقف على الأغنياء<sup>(١)</sup> وإبطال الوقف على اليهود والنصارى، وقطاع الطريق وسائر الفساق؛ لتضمينه الإعانة على المعصية.

فأما ما يتعلّق بلفظ الكتاب، فإنه ذكر الخلاف في الوقف على الكفار والفساق، ولم يذكره في الوقف؛ لنفقة قطاع الطريق، بل أطلق الحكم بالبطلان، ولا يمكن أن يقدر فرق بينهما؛ فإن القطاع ضرب من الفساق؛ فكأنه أراد بالوقف لنفقة قطاع الطريق إن شرط الصرف إلى ما يتهيأ به القطع، من سلاح وغيره، فيكون كالوقف لعمارة البيع وقناديلها، وبمثله لو وقف لآلات سائر المعاصي، بطل الوقف لا محالة.

ولو وقف لتصرف الغلات إلى القطاع، وسائر الفساق لا إلى جهة الفسق، فهو موضع الخلاف، ولا فرق بين فاسق وفاسق. وقوله: «أو على المساكين من الكفار والفساق» أشار به إلى أنه، وإن نص على مساكينهم، فالوقف مختلف فيه، كما لو وقف على أغنياء المسلمين، فإن وقف على أغنيائهم، حصل الخلاف من وجهين والله أعلم. وهذه مسائل آخر تليق بهذا الركن، يجوز الوقف على سبيل الله تعالى وهم المعنيون في آية الزكاة.

وقال أحمد: الحج في سبيل الله، وعلى سبيل البر أو الخير، أو الثواب، ويصرف إلى أقارب الواقف، فإن لم يوجدوا، فإلى أهل الزكاة.

وذكر صاحب «التهذيب» أن الموقوف على سبيل الله<sup>(٢)</sup> يجوز صرفه إلى ما فيه صلاح المسلمين من أهل الزكاة، وإصلاح القناطر، وسد الثغور ودفن الموتى.

وغيرها وفرق بعض أصحاب الإمام، فقال: إذا وقف على جهة الخير، صرف

(١) أما عن ضابط الغنى الذي يستحق به الوقف على الأغنياء.

قال الأذري: الأشبه أن يرجع فيه إلى العرف، وقال غيره: أنه من يحرم عليه الصدقة: إما لملكه أو لقوته وكسبه أو كفايته بنفقة غيره، وهذا أولى.

ولو وقف على الأغنياء وادعى شخص أنه غني، لم يقبل إلا ببينة بخلاف ما لو وقف على الفقراء وادعى شخص أنه فقير، ولم يعرف له مال فيقبل بلا بينة نظراً للأصل فيها.

(٢) في د: البر.

إلى مَصَارِفِ الزَّكَاةِ، فلا يُبْنَى به مسجدٌ ولا رباطٌ، وإذا وقف على جهة الثَّوَابِ، صرف إلى أقاربه، وجوابُ الأَكْثَرِينَ ما قَدَّمناه، قالوا: ولو جمع بين سبيلِ الله وسبيلِ الثَّوَابِ وسبيلِ الخير صرف الثلث إلى العُزَاةِ، والثلث إلى أقاربه، والثلث إلى الفُقَرَاءِ والمَسَاكِينِ والغَارِمِينَ، وأَبْنِ السَّبِيلِ، وفي الرَّقَابِ، وهذا يخالف ما سَبَقَ مِنَ الخِلَافِ. ويجوزُ الوَقْفُ عَلَى أَكْفَانِ المَوْتَى، ومؤنَّةِ الغَسَالِينَ والحَقَّارِينَ، وإن كان ذلك مِنْ فِرَوضِ الكِفَايَاتِ، وعلى شراء الأواني والظُّروفِ لِمَنْ تَكَسَّرَتْ عَلَيْهِ، وعلى المتفَقِّهَةِ، وهم المشتغلون بتَحْصِيلِ الفِئَةِ مَبْتَدِيهِمْ ومُنْتَهِيهِمْ، وعلى الفُقَهَاءِ، ويدخُلُ فيه من حَصَلَ منه شيئاً، وإن قَلَّ<sup>(١)</sup>.

وأما الوَقْفُ على الصُّوفِيَّةِ، ففيما رأيته يخطُّ بغض المحصِّلين أَنَّ الشَّيْخَ أَبَا مُحَمَّدٍ

(١) ما ذكره المصنف في الوقف على الفقهاء، قال جماعة من المتأخرين منهم صاحب الخادم واقتصر على كلامه، فإنه أجمع من غيره، قال ما نصه: ما ذكره من الوقف على الفقهاء غير مساعد عليه نقلاً وتوجيهاً، أما التوجيه فلا يساعده عرف ولا لغة، أما اللغة فلأن الفقهاء جمع فقيه صيغة مبالغة؛ لأنه من فقهه بضم القاف إذا صار الفقه له سجية، فمن حصل شيئاً قليلاً من الفقه، لا يصدق عليه ذلك، وإنما يصدق عليه فاقه. وأما العرف فلأن عرف أهل العلم أن الفقيه العالم بإصلاح الفقه، وقد يخص باسم المتبحر، ولهذا كان الشيخ ابن دقيق العيد يسمي العلامة نجم الدين بن الرفعة الفقيه، وإذا انتهى الطالب على شيخ يقول رجل فقيه، ألا ترى أنه ﷺ قال بعض أصحابه ثكلتك أمك يا فلان، لقد كنت أعدل من فقهاء المدينة، وتقول أهل العلم فقهاء أهل المدينة السبعة، وأما النقل فقال القاضي الحسين: إذا وقف على الفقهاء صرف إلى كل من علم من الأحكام شيئاً، فأما من تفقه شهراً أو شهرين فلا، ولو وقف على المتفقه صرف إلى من تفقه يوماً مثلاً؛ لأن الاسم صادق عليه، وقال في تعليقه: الأحرى يعطى لمن حصل في الفقه شيئاً يهتدى به إلى الباقي.

قال صاحب الخادم: وهذا حسن، وإليه يشير قول الشيخ في التبيين، وإذا تذكره المنتهي تنبه به على أكثر المسائل قال القاضي: ويعرف بالعادة، وقال المتولي: المتفقه هو الطالب لعلم الفقه، وإن كان مبتدئاً، وإذا وقف على الفقهاء صُرِفَ إلى من حصل من الفقه طرفاً، وإن لم يكن متبحراً، فأما من كان مبتدئاً فلا يصرف إليه، وقال الغزالي في الاحياء: إنه يدخل في الوصية للفقهاء الفاضل دون المبتدئ في شهر ونحوه، والمتوسط بينهما درجات يجتهد المفتي فيها، والورع لهذا المتوسط ألا يأخذ منها شيئاً، وإن أفتاه مفت بدخوله فيها، وقد حكاه عنه النووي في كتاب البيع في شرح المهذب، وأقره، وقال البغوي في كتاب الوصية: ولو أوصى للفقهاء فهو لمن يعلم أحكام الشرع من كل نوع شيئاً، وقال المتولي: المرجح فيه للعادة فمن سمي فقيهاً يكون محلاً لوضع الوصية فيه، وقد حكاه الرافعي عنهما في كتاب الوصية. وقال الخوارزمي في الكافي في كتاب الطلاق: لو قال إن كان فلان فقيهاً فامرأتي طالق، ما إن أراد ما يسمى فقيهاً في العادة، وأطلق لم يرد شيئاً فينصرف إلى من يسمى فقيهاً، وعالماً في العادة. وإن أراد الفقه الحقيقي فلا تبع فيما بينه وبين الله تعالى إلى آخر ما ذكره في الخادم بطوله وسبقه الشيخ الأسنوي إلى معظم ما نقله.

لم يصحح الوقف على الصوفية أصلاً؛ إذ ليس للتصوف حدٌ يوقف عليه، والمشهور الصحة، وهم المشتغلون بالعبادات في أغلب الأوقات المغرضون عن الدنيا.

وقضّل صاحب الكتاب في «الفتاوى» فقال: لا بُدّ في الصوفي من العدالة ومن ترك الحرفة، نعم، لا بأس بالوراقة والخياطة، وما يشبههما إذا كان يتعاطاها أحياناً في الرباط لا في الحائوت، ولا تقدح قدرته على الاكتساب ولا الاشتغال بالوعظ والتدريس، ولا أن يكون له من المال قدر ما لا تجب فيه الزكاة، أو لا يفي دخوله بخرجه، ويقدح الثروة الظاهرة، والعروض الكثيرة.

قال ولا بُدّ، وأن يكون في زبي القوم إلا إذا كان مساكناً لهم في الرباط، فيقوم المخالطة والمساكنة مقام الزبي.

قال: ولا يشترط لبس المرقعة من يد شيخ، وكذلك ذكر المتولي.

ولو وقف على الأرقاء الموقوفين لسدانة الكعبة وخدمة قبر رسول الله ﷺ ففي بعض الشروح أن أصح الوجهين جوازه؛ كالوقف على علف الدواب في سبيل الله.

ولو وقف على دار وحانوت، قال أبو عبد الله الحناطي: لا يصح إلا أن يقول: وقفت على هذه الدار على أن يأكل فوائده طارقوها، فيصح على أظهر الوجهين، ولو وقف على المقبرة لتصرف الغلة إلى عمارة القبور، قال في «التتمة»: لا يجوز؛ لأن الموتى صائرُونَ إلى البلى، والعمارة لا تلائم حالهم<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي: الركن الثالث: الصيغة ولا بُدّ منها، فلو أذن في الصلاة في ملكه لم يصير مسجداً، وكذا إذا صلى ما لم يقل: جعلته مسجداً، ولصيغة مراتب: (الأولى) قوله: وقفت وحبست وسبلت وكل ذلك صريح. (الثانية) قوله: حرمت هذه البقعة وأبدتها إن نوى الوقف فهو وقف، وإن أطلق فوجهان. (الثالثة) قوله: تصدقت بهذه البقعة وهي بمجردها ليس بصريح، فإن زاد وقال: صدقة محرمة لا تباع ولا توهب صار وقفاً (و)، فإن اقتصر على المحرمة أو اقتصر على مجرد النية فوجهان، إلا إذا عين شخصاً وقال: تصدقت عليك لم يكن وقفاً (و) بمجرده النية بل ينعقد فيما وهو التملك.

(١) ما أطلقه مخصوص بغير الأنبياء والعلماء والصالحين، ولهذا قال الشيخان في باب الوصية: تجوز الوصية بعمارة قبور الأنبياء والعلماء والصالحين لما فيه من إحيائها بالزيارة والتبرك. قال في الخادم: هذا ظاهر فيما ثبت كونه قبر نبي، أو ولي، دون ما شك فيه أو استفاض بلا أصل.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لَا يَصِحُّ الْوَقْفُ إِلَّا بِاللَّفْظِ<sup>(١)</sup>؛ لِأَنَّهُ تَمْلِيكٌ مُنْفَعَةٌ أَوْ عَيْنٌ مُنْفَعَةٌ، فَأَشْبَهَ سَائِرَ التَّمْلِيكَاتِ، وَأَيْضًا، فَالْعِتْقُ لَا يَخْصُلُ إِلَّا بِاللَّفْظِ مَعَ سُرْعَةِ نَفْوْذِهِ، فَالْوَقْفُ أَوْلَى. وَعَلَى هَذَا، فَلَوْ بَنَى بِنَاءً عَلَى هَيْئَةِ الْمَسَاجِدِ، أَوْ عَلَى غَيْرِ هَيْئَتِهَا، وَأُذِنَ فِي الصَّلَاةِ فِيهِ، لَمْ يَصِرْ مَسْجِدًا، وَكَذَا لَوْ أُذِنَ فِي الدَّفْنِ فِي مَلِكِهِ، لَمْ يَصِرْ مَقْبَرَةً، سِوَاءَ صَلَّى فِي ذَلِكَ أَوْ دَفِنَ فِي هَذَا، أَوْ لَمْ يَفْعَلْ.

وقال أبو حنيفة - رضي الله عنه -: إذا صلى فيه، صار مسجداً، وإذا ذُفِنَ في الموضع ميتٌ واحدٌ صار مقبرةً، وتم الوقف. وقوله: «ما لم يقل جعلته مسجداً» ظاهر في أنه إذا أتى بهذا اللفظ يصير مسجداً، وإن لم يوجد فيه شيءٌ من ألفاظ الوقف التي سنذكرها. بل حكى الإمام أن الأصحاح تردّدوا في استعمال لفظ الوقف فيما يضاهاه التجريد كما إذا قال مالك البقعة: وقفتها على صلاة المضلّين، وهو يبغى جعلها مسجداً. وفي «التهذيب» و«التممة»: أن المكان لا يصير مسجداً بقوله: جعلته مسجداً؛ لأنه لم يوجد شيءٌ من ألفاظ الوقف، وبه أجاب الأستاذ أبو طاهر، قال: لأنه وصفه بما هو موصوفٌ به، قال رسول الله ﷺ «جُعِلَتْ لِي الْأَرْضُ مَسْجِدًا»<sup>(٢)</sup>.

نعم، لو قال: جعلته مسجداً لله [عزّ وجلّ] يصير مسجداً، وهذا ذهابٌ إلى أنه لا بُدَّ من لفظ الوقف، فانظر ما بين الكلامين من التباعد.

والأشبهُ أنه لا بأس باستعمال لفظ الوقف، وأن قوله: «جعلته مسجداً» يقوم مقامه؛ لإشعاره بالمقصود واشتهاره فيه، إذا عرّفت ذلك، فلنتكلم في إيجاب الوقف، ثم في قبوله. أمّا الإيجاب، فإنه جعله على مراتب.

إحداها: أن يقول: وقفتُ كذا أو حبستُ أو سبّلتُ أو أرضي موقوفةً أو محبسةً أو مسبلةً، فكل ذلك صريحٌ؛ لكثرة استعماله، واشتهاره شزعاً وعزفاً، وقد روينا في حديث عمر - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال «حبس الأضلّ وسبّل الثمرة». هذا ظاهر المذهب. وعن الإضطخري: أن التحبّيس والتسبيل كنايةان؛ لأنهما لم يشتهرا اشتهاز الوقف. وعنه رواية أخرى: أن التحبّيس صريحٌ، والتسبيل كناية؛ لأن التسبيل من السبيل، وهو منبهمٌ، والتحبّيس حبس الملك في الرقبة عن التصرفات المزيّلة، وهو معنى الوقف.

(١) يستثنى من ذلك ما إذا بنى مسجداً في موات ونوى به المسجد فإنه يصير مسجداً ولم يحتج إلى قول، قاله الماوردي والرويانى قالوا: لأن الفعل مع النية يغنيان عن القول، وخالف الفارقي ذلك ومحل ما ذكره الشيخ في الناطق أما الأخرس فيصح منه بالإشارة.

(٢) تقدم في التميم.

ورواية أُخْرِي رَوَاهَا أَبُو الْفَرَجِ السَّرْحِييُّ فِي «الْأَمَالِي» أَنَّ شَيْئًا مِنْهَا لَيْسَ بِصَرِيحٍ، بَلْ لَا بُدَّ مِنْ ضَمِّ النِّيَّةِ إِلَى مَا يَسْتَعْمَلُهُ فِيهَا، أَوْ الْجَمْعَ بَيْنَ لَفْظَتَيْنِ مِنْهَا، أَوْ التَّأَكُّدَ بِقَوْلِهِ: «لَا تُبَاعُ وَلَا تُورَثُ»، وَيَشْهَدُ لِهَذَا عَلَى غَرَابَتِهِ أَنَّ الْقَاضِيَّ ابْنَ كَجَّ حَكَى عَنْ أَبِي حَامِدٍ، وَأَبِي الْحُسَيْنِ وَجْهَيْنِ فِي الْأَلْفَاظِ الثَّلَاثَةِ، هَلْ هِيَ صَرِيحَةٌ؟ وَيَتَحَرَّرُ مِنْ هَذِهِ الرِّوَايَاتِ فِيهَا أَرْبَعَةٌ أَوْجِهَ الْكُلِّ صَرِيحٌ، الْكُلِّ كِنَايَةٌ، الصَّرِيحُ الْوَقْفُ وَحْدَهُ، الْكِنَايَةُ التَّنْسِيلُ وَحْدَهُ.

الثانية: لو قال حرّمت هذه البقعة للمساكين، أو أبدتها، أو داري محرمة أو مؤبدة.

فإن جعلنا الألفاظ السابقة كناية فكذلك ههنا وإن جعلناها صريحة، فوجهان:

أحدهما: أن التحريم والتأبيد أيضاً صريحان؛ لإفادتهما العرَضَ أيضاً، واستعمالهما في التحجيس والتسبيل وأشهرهما المنع؛ لأنهما لا يُسْتَعْمَلَانِ مُسْتَقْلَيْنِ، وَإِنَّمَا يُؤَكِّدُ بِهِمَا شَيْءٌ مِنَ الْأَلْفَاظِ الْمَقْدَمَةِ.

المرتبة الثالثة: قوله «تصدقت بهذه البقعة» ليس بصريح، فإن هذا اللفظ على تجرده إنما يستعمل في التملك المحض، فإن زيد عليه شيء، فتلك الزيادة إما لفظ أو نية. أما اللفظ، ففيه وجوه:

أظهرهما: أولها أنه، إذا اقترن به بعض الألفاظ السابقة؛ بأن قال: صدقة محرمة أو محبسة أو موقوفة أو قرن به ذكر حكم الوقف؛ بأن قال: صدقة لا تباع، ولا توهب، التحق بالصراح؛ لأنصرافه بما ذكر عن التملك المحض.

والثاني: أنه لا يكفي قوله: صدقة محرمة أو مؤبدة، بل لا بد من التقييد بأنها لا تباع ولا توهب، ويشبه ألا يعتبر هذا القائل في قوله: صدقة موقوفة مثل هذا التقييد، وأن هذا قول من ذهب إلى أن التحريم والتأبيد ليسا بصريحين.

والثالث: أن لفظاً ما لا يلحقه بالصريح؛ لأنه صريح في التملك المحض الذي يخالف مقصوده مقصود الوقف فلا ينصرف إلى غيره بقريضة لا استقلال لها. ويجوز أن يعلم لهذا قوله: «صار وقفاً» بالواو.

وأما النية، فيُنظر؛ إن أضاف اللفظ إلى جهة عامة بأن قال: تصدقت بهذا على المساكين، ونوى الوقف، فوجهان:

أحدهما: أن النية لا تلتحق باللفظ في الصرف عن الصريح إلى غيره.

وأصحهما: أنها تلتحق، ويكون وقفاً، وإن أضاف إلى معين، فقال: تصدقت عليك، أو قاله لجماعة معينين، لم يكن وقفاً على الأصح، [هكذا] قاله الإمام، بل ينفذ

فيما هو صريح فيه، وهو محض التملك، وفيما ذكره دلالة على أن ههنا خلافاً أيضاً، فيجوز أن يُعلم كذلك قوله: «لم يكن وقفاً». بالواو.

ثم لك أن تقول تجريد لفظ الصدقة عن القرائن اللفظية، إن أمكن فرضه في الجهات العامة مثل أن يقول: تصدقت به على فقراء المسلمين، فلا يمكن فرضه في التصدق على شخص، أو جماعة معينين، إذا لم يجوز الوقف المنقطع، فإنه يحتاج إلى بيان المصارف بعد التعيين، وحينئذ فالمأتى به لا يحتمل إلا الوقف، كما أن قوله: تصدقت به صدقة محرمة، أو موقوفة لا يحتمل إلا الوقف.

وقوله في الكتاب: «إلا إذا عين شخصاً وقال: تصدقت عليك» ينصرف إلى الصورة الثانية، وهي الأقتصار على مجرد النية.

فأما في القرينة اللفظية، فلا فرق بين أن يضيف التصدق إلى معين، أو إلى جهة عامة. وقوله: «لم يكن وقفاً بمجرد النية» [أي] لو صرح بمجرد النية، لم يضر.

قال الغزالي: «أما الموقوف عليه إن قال: رددت الوقف أرتد (و)، وإن سكنت ففي اشتراط قبوله وجهان، وأما البطن الثاني فلا يشترط قبوله (و)، وفي أرتداده عنه برده وجهان.

قال الرافعي: «أما طرق القبول، فإن كان الموقوف على جهة عامة كالفقراء، أو على المسجد والرباط، فلا يشترط لعدم الإمكان، ولم يجعلوا الحاكم نائباً في القبول كما جعل نائباً عن المسلمين في استيفاء القصاص والأموال، ولو صاروا إليه، لكان قريباً ثم ما ذكرناه مفروض في الوقف، فأما إذا قال: جعلت هذا للمسجد.

فهو تملك لا وقف، فيشترط قبول القيم وقبضه، كما لو وهب شيئاً من صبي، وإن كان الوقف على شخص معين، أو جماعة معينين، فوجهان:

أصحهما: على ما ذكره الإمام وآخرون: اشتراط القبول؛ لأنه ينبغى دخول عين، أو منفعة في ملكه من غير رضاه.

وعلى هذا، فليكن متصلاً بالإيجاب كما في البيع والهبة.

والثاني: أنه لا يشترط، واستحقاق الموقوف عليه المنفعة كأستحقاق العتيق منفعة نفسه، وبهذا أجاب صاحب «التهذيب»، وكذا القاضي الروياني قال: لا يحتاج لزوم الوقف إلى القبول، ولكن لا يملك غلته إلا بالأختيار، ويكفي الأخذ دليلاً على الأختيار، وخصص في «التتمة» الوجهين بما إذا قلنا: إن الملك في الوقف ينتقل إلى الموقوف عليه، فأما إذا قلنا: بانتقاله إلى الله - تعالى - أو ببقائه للواقف، فلا يشترط.



أما على التقدير الأول، فإلحاقاً له بالإعتاق، وأما على الثاني، فإنه إذا احتمل كون المنافع، والفوائد معدومة ومجهولة، لم يبعد أن يحتمل ترك القبول، وسواء شرطنا القبول أو لم نشرطه، فلو ردّ، بطل حقه، كما في الوصية، وكما أن الوكالة ترد بالرد، وإن لم يشترط القبول، ووفى صاحب «التهذيب» بتشبيهه بالعتق، وقال: إنه لا يرتد برده، وإذا ردّ، ثم رجع، قال القاضي الروياني: إن رجع قبل حكم الحاكم برده إلى غيره، كان له، وإن حكم الحاكم به لغيره، بطل حقه، هذا في البطن الأول.

أما البطن الثاني والثالث، فلا يشترط قبولهم فيما نقله الإمام وصاحب الكتاب؛ لأن استحقاقهم لا ينقل بالإيجاب، وذكروا أن في ارتداده بردهم وجهين؛ لأن الوقف، قد ثبت ولزم، فيبعد أنقطاعه.

وأجرى أبو سعيد المتولي الخلاف في أنه، هل يشترط قبولهم، وهل يرتد بردهم بناء على أنهم، هل يتلقون الحق من الواقف أو من البطن الأول؟ إن قلنا بالأول، فقبولهم وردهم كقبول الأولين وردهم.

وإن قلنا بالثاني، لم يعتبر قبولهم وردهم، كما في الميراث، وهذا أحسن، ولا يبعد ألا يتصل الاستحقاق بالإيجاب، ومع ذلك يعتبر القبول، كما في الوصية.

قال الغزالي: الركن الرابع في الشرائط وهي أربع الأولى: التأييد فإذا قال: وقفت سنة فهو باطل. كالهبة المؤقتة، وفي الوقف المنقطع آخره قولان، كما لو وقف على أولاده ولم يذكر من يضرّف إليه بعدهم، فإن قلنا بالصحة فقولان في أنه هل يعود ملكاً إلى الواقف أو إلى تركته بعد انقراضهم؟ فإن قلنا: لا يعود فيضرف إلى أهم الخيرات، وقيل: إنه لأقرب الناس إليه، وقيل: إنه للمساكين (و)، وقيل: إنه للمصالح إذ أهم الخيرات أهمها.

قال الزايعي: ضمن هذا الركن شروط الوقف، وهي على ما عدّها أربعة:

أحدها: التأييد؛ وذلك بأن يقف على من لا ينقرض؛ كالفقراء والمساكين، أو على من ينقرض، ثم يرده إلى من لا ينقرض كما إذا وقف على وليه ثم على الفقراء والمساكين أو على رجل ثم على عقبه، ثم على الفقراء، والمساجد، والقناطر، والرباطات كالفقراء والمساكين، وإن عين مساجد أو قناطر، فوجهان.

وفي معنى الفقراء العلماء، وفي فتاوى القفال خلاف؛ لأنهم قد ينقطعون، وفي الفضل مسألتان:

الأولى: إذا قال: وقفت هذا سنة، فعن بعضهم وجه ضعيف أنه يصح، وينتهي

الوقفُ بآنتهاءِ المدَّة. والمذهبُ المشهورُ أنَّ الشرطَ قاسيدٌ، وكذلك أضلُّ الوقف.

ومنهم من قال: إنَّ الوقفَ الَّذي لا يُشترطُ فيه القبولُ لا يفسدُ بالتأقيت كالعِتق، وبِهِ قَالَ الإمام، وَمَنْ تابعه، وفي مطلقِ الوقف قولُ آخر، سنحكيه في الهبة، إن شاء الله تعالى.

المسألة الثانية: إذا قال: وَقَفْتُ عَلَى أولادِي، ولم يذكرْ من يُصرفُ إليه بعدهم، أو قال: وَقَفْتُ عَلَى زَيْدٍ، ثم عَلَى عَقِيهِ، ولم يَزِدْ عليه، ففيه قولان:

أحدهما: وهو المنصوصُ في «المختصر» وبه قال مالكٌ: أَنَّهُ صحيحٌ؛ لأنَّ مقصودَ الوقفِ القريةُ والثوابُ، فإذا بيَّن مصرفه في الحال، سَهَّلَ إِدَامَتَهُ عَلَى سُبُلِ الخير.

والثاني: ويُحكى عن نصه في حرملة مع الأول: أَنَّهُ باطلٌ؛ لأنَّ شَرَطَ الوقفِ التأييدُ، وإذا لم يردَّه إلى ما لا يدومُ، لم يؤبَّدْه، فكان كما لو قال: وَقَفْتُ سَنَةً، وفي «التتمة» بناءُ القولينِ عَلَى أَنَّ البَطْنَ الثاني يتلقونُ الوقفَ من الواقف، أو مِنَ البَطْنَ الأول، إن قلنا بالأول، فلا بدُّ من بيانِ يتسهي الاستحقاقُ إِلَيْهِ.

وإن قلنا بالثاني، فلا حاجةُ إِلَيْهِ، وفي هذا البناءِ كلامان:

أحدهما: أَنَّ قضيته ترجيحُ قولِ البَطْلان؛ لأنَّ قولَ التلقِي من الواقفِ أَرْجَحُ وأصحُّ، وإلَى ترجيحه ذهبَ المَسْعُودِيُّ والإمامُ، لكنَّ الأكثرين قالوا: أصحُّ القولينِ صحَّةُ الوقف؛ مِنْهُم القضاة أبو حامد والطبريُّ والرؤياني.

والثاني: أن بناء قولِ المنعِ عَلَى التلقِي من الواقف، إن ظهر بغضُ الظهور، فبناء قولِ الصَّحَّة عَلَى التلقِي من البَطْنَ الأول لا ظهور له، ولا اتجاه؛ لأنَّهم لا يتلقونُ الحقَّ إلى المتلقين منهم، وليس ذلك عَلَى سبيل الإزث، فإنَّ المَصْرُوفَ إِلَيْهِمْ لَيْسُوا بورثةِ الأولين. وعن صاحبِ «التقريب» قولُ ثالثٌ في المسألة - وهو الفَرْقُ بين أن يكونَ الموقوفُ عَقَاراً، فلا يجوزُ إنشاؤه منقطعاً للآخر أو حيواناً، فيجوزُ - لأنَّ مصير الحيوانِ إلى الهلاكِ وكما يجوزُ فوات الموقوفِ مع بقاء الموقوفِ عَلَيْهِ يجوزُ فوات الموقوفِ عَلَيْهِ مع بقاء الموقوفِ.

التفريعُ: إن قلنا بالصَّحَّة، فإذا انقضَّ مِنْ ذَكَرْه، فقولان:

أحدهما: أَنَّهُ يرتفعُ الوقف، ويعود ملكاً إلى الواقف، أو إلى ورثته، إن كان قد مات، لأنَّ إبقاءَ الوقفِ بلا متصرف متعذَّر، وإثبات مصرف، لم يتعرَّض له الواقفُ، بعيدٌ، فيتعيَّن ارتفاعه، ويُحكى هذا عن المَزْنِي.

وأصحُّهُمَا: أَنَّهُ يبقى وقفاً؛ لأنَّ وضعَ الوقفِ عَلَى أن يدومَ، ويكون صدقة

جارية، وذلك بما ينافيه الحكم بأنقطاعه، وأيضاً، فإنه صرف ماله إلى جهة قريبة، فلا يعود ملكاً، كما لو نذر هدياً إلى «مكة» فلم يقبله فقراؤها. وقوله في الكتاب: «فَقَوْلَانِ فِي أَنَّهُ، هَلْ يَعُودُ مِلْكاً إِلَى الْوَاقِفِ أَوْ إِلَى وَرَثَتِهِ» أراد ويبقى وفقاً ذكر أحد القَوْلَيْنِ وترك الآخر. التفرُّيعُ: إن قلنا: إنه يبقى وفقاً، ففي مصرفه أوجهٌ، وقال: أقوال: قال الإمام: ولعلها من تخريجات ابن سريج.

أصحها: وهو المنصوص في «المختصر»: أنه يُصْرَفُ إِلَى أَقْرَبِ النَّاسِ إِلَى الْوَاقِفِ يَوْمَ الْانْقِضَاءِ الْمَذْكُورِ<sup>(١)</sup>؛ لِأَنَّ الصَّدَقَةَ عَلَى الْأَقْرَبِ أَفْضَلُ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ صِلَةِ الرَّحْمِ، فَكَانَ الصَّرْفُ إِلَيْهِمْ أَوْلَى.

والثاني: أنه يُصْرَفُ إِلَى الْمَسَاكِينِ؛ لِأَنَّ سَدَّ الْخَلَّاتِ<sup>(٢)</sup> أَهْمُ الْخَيْرَاتِ.

والثالث: أنه يُصْرَفُ إِلَى الْمَصَالِحِ الْعَامَّةِ مَصَارِفِ خُمْسِ الْخُمْسِ، فَإِنَّهَا أَعْمُ الْخَيْرَاتِ، وَالْأَعْمُ أَهْمُ.

والرابع: أنه يصرف إلى مستحق الزكاة، حكاه في «شرح مختصر» الجويني وقوله في الكتاب «فيصرف إلى أهم الخيرات» ليس هذا وجهاً برأيه مضموماً إلى ما بعده، بل المراد أننا إذا لم نجد بداً من إبقاء الوقف، وجب إبقاؤه في أهم المصارف.

واختلَفَ الرَّأْيُ فِي أَنَّ الْأَهْمَ مَاذَا؟

التفرُّيعُ: إن قلنا: إنه يُصْرَفُ إِلَى أَقْرَبِ النَّاسِ إِلَى الْوَاقِفِ، فالنظر إلى قرب الرحمة أو استحقاق الإزث؟ فيه وجهان:

أصحهما: الأول حتى يتقدم ابن البنت على ابن العم؛ لأن المرعى صلة الرحمة، وإذا الجامع جماعة، فالقول في الأقرب على ما سيأتي في الوصية للأقرب - إن شاء الله تعالى - وهل يختص الفقراء بالصرف إليهم، أو يشترك فيه الفقراء والأغنياء، قال في «حرملة»: يختص، وأطلق في «المختصر» الصرف إلى الأقرب، فجعلوهما على قولين: أحدهما: أنه لا اختصاص؛ لأن الوقف لا يختص بالفقراء، ولهذا لو وقف على

(١) لأن الصدقة على الأقارب من أفضل القربات. فإن قيل الزكاة وسائر المصارف الواجبة عليه شرعاً لا يتعين صرفها ولا الصرف منها إلى الأقارب، فهلا كان الوقف كذلك؟

أجيب بأن الأقارب مما حث الشارع عليهم في تحبب الوقف لقوله ﷺ لأبي طلحة «أرى أن تجعلها في الأقربين» فجعلها في أقاربه وبني عمه.

وأيضاً الزكاة ونحوها من المصارف الواجبة لها مصرف معين فلم تتعين الأقارب، وهنا ليس معنا مصرف متعين، والصرف إلى الأقارب أفضل فعيناه.

(٢) في ز: الحاجات.

أولاده، دَخَلَ فِيهِ الْعَنِي وَالْفَقِير. وَأَصْحُهُمَا: الْاِخْتِصَاصُ؛ لِأَنَّ الْمَقْصِدَ الْقَرْبَةَ وَالثَوَابَ، وَعَنْ ابْنِ سُرَيْجِ الْقَطْعِ بِالثَّانِي، وَحَمَلَ الْمَطْلُوقَ عَلَى الْمَقْيَدِ، وَإِذَا قُلْنَا بِالِاِخْتِصَاصِ، فَهُوَ عَلَى سَبِيلِ الْوَجُوبِ أَوْ الْأَسْتِحْبَابِ<sup>(١)</sup>. حَكَى أَبُو الْفَرَجِ السَّرْحَسِيُّ فِيهِ وَجْهَيْنِ.

وإن قلنا: بالصَّرْفِ إِلَى الْمَسَاكِينِ، فَفِي تَقْدِيمِ جِيرَانِ الْوَاقِفِ وَجْهَانِ:

أَشْبَهُهُمَا: الْمَنْعُ؛ لِأَنَّا لَوْ قَدَّمْنَا بِالْجَوَارِ، لَقَدَّمْنَا بِالْقَرَابَةِ بِطَرِيقِ الْأَوْلَى أَوْ التَّفْرِيعِ عَلَى غَيْرِهِ. وَلَوْ قَالَ: وَقَفْتُ هَذَا عَلَى زَيْدٍ شَهْرًا عَلَى أَنْ يَعُودَ إِلَيَّ مَلِكِي بَعْدَ الشَّهْرِ، فَالْمَذْمُوبُ بِطِلَانِهِ وَفِيهِ قَوْلٌ آخَرٌ؛ أَنَّهُ يَصْحُحُ، وَعَلَى هَذَا فَيَعُودُ مَلِكًا بَعْدَ الشَّهْرِ، أَوْ يَكُونُ كَالْوَقْفِ الْمُنْقَطِعِ الْآخَرَ، حَتَّى يُصْرَفَ بَعْدَ الشَّهْرِ إِلَى أَقْرَبِ النَّاسِ إِلَى الْوَاقِفِ.

قَالَ صَاحِبُ «التَّهْدِيبِ»: فِيهِ قَوْلَانِ؛ [وَاللَّهُ أَعْلَمُ].

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّانِيَةُ: التَّنْجِيزُ فَإِذَا قَالَ: إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ فَقَدْ وَقَفْتُ لَمْ يَصِحَّ (و) فَإِنَّهُ تَعْلِيقٌ كَمَا فِي الْهَبَةِ، وَلَوْ قَالَ: وَقَفْتُ عَلَى مَنْ سَيُولَدُ مِنْ أَوْلَادِي فَهُوَ مُنْقَطِعُ الْأَوَّلِ فَقَوْلَانِ كَمُنْقَطِعِ الْآخِرِ، وَقِيلَ: يَنْطَلِقُ قَطْعًا لِأَنَّهُ لَا مَقَرَّ لَهُ فِي الْحَالِ، وَإِنْ صَحَّحْنَا فَإِذَا وَقَفَ عَلَى عَبْدِهِ أَوْ عَلَى وَارِثِهِ وَهُوَ مَرِيضٌ ثُمَّ بَعْدَهُ عَلَى الْمَسَاكِينِ فَهُوَ مُنْقَطِعُ الْأَوَّلِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِي الْفَضْلِ مَسْأَلَتَانِ يَفْتَضِي الشَّرْحَ تَقْدِيمَ الْأَخِيرَةِ مِنْهُمَا، فَنُقَدِّمُهَا فنقول:

[المسألة الأولى، وهي الثانية:] إذا قال: وَقَفْتُ عَلَى مَنْ سَيُولَدُ لِي، أَوْ عَلَى مَنْسُجِدٍ سَيُنْتَبِئُ، ثُمَّ عَلَى الْفُقَرَاءِ، أَوْ قَالَ: عَلَى وَلَدِي وَيَعْدُهُ عَلَى الْفُقَرَاءِ، وَلَا وَدَّ لَهُ، فَهَذَا وَقَفْتُ مُنْقَطِعُ الْأَوَّلِ، وَفِيهِ طَرِيقَانِ:

أحدهما: وَبِهِ قَالَ ابْنُ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّهُ عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِي مُنْقَطِعِ الْآخِرِ.

قال في «التتمة»: وَهُمَا مَبْنِيَانِ عَلَى أَنَّ الْبَطْنَ الثَّانِيَّ مِمَّنْ يَتَلَقَّوْنَ، إِنْ قُلْنَا: فِي الْبَطْنِ الْأَوَّلِ، لَمْ يَصِحَّ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ إِذَا لَمْ يَبْثُ لَهُ شَيْءٌ، أَسْتَحَالَ وَالتَّلَقَّى مِنْهُ.

وإن قلنا: مِنَ الْوَاقِفِ، فَهُوَ عَلَى الْخِلَافِ فِي تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ.

والثَّانِي: وَبِهِ قَالَ أَبُو إِسْحَاقَ: الْقَطْعُ بِالْبَطْلَانِ، وَالْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مُنْقَطِعِ الْآخِرِ؛ أَنَّ مَتَّصِلَ الْأَوَّلِ وَجَدَ مُسْتَحَقًّا وَأَبْتَدَأَ صَحِيحًا يُبْنَى عَلَيْهِ الْآخِرُ بِخِلَافِ الْعَكْسِ، وَلِهَذَا يُقَالُ فِي مُنْقَطِعِ الْأَوَّلِ قَوْلَانِ مَرْتَبَانِ عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِي مُنْقَطِعِ الْآخِرِ، أَوْلَى بِالْبَطْلَانِ.

ورأى الإمام عكس هذا الترتيب، وإن منقطع الآخر أولى بالبطلان؛ لأنَّ وَضَعَ

(١) لم يرجع المصنف فيهما شيئاً وصحح السبكي الوجوب وتبعه الأذرعي والزرکشي.

الوقف على أن يدوم، وليس في منقطع الأول إلا أن مصرفه منتظر وسواء أثبتنا الخلاف في المسألة، أو لم نثبت، فالظاهر البطلان، وهي المنصوص في رواية المزني.

والثاني: يقال: إنه مخرج منقطع الآخر، ويقال: إنه منصوص في حرملة التفريع: إن قلنا بالصحة، نُظِر؛ إن لم يمكن انتظار ما ذكره كما إذا أوقف على ولده، ولا ولد له، أو على مجهول، أو ميت، ثم على الفقراء، فهو في الحال مصروف إلى الفقراء، وذكر الأول لغو، وإن أمكن، إما انقراضاً، كما لو وقف على عبد، ثم على الفقراء، وإما حصولاً، كما لو قال وقفت على من سيولد لي، ففيه وجهان.

أحدهما: أن الغلة مصروفة إلى الواقف حتى ينقرض الأول؛ لأنه لم يثبت الاستحقاق التالي إلا بعد الأول، والأول لا يمكن ثبوت الاستحقاق له فيبقى للواقف، وعلى هذا ففي ثبوت الوقف في الحال وجهان.

أحدهما: ثبت لأن نجزه ولكن يتأخر الاستحقاق، والثاني لا يثبت، بل هو ملك، وسيله سبيل المعلق عتقه بصفة.

وأظهرهما: أنه إذا صح الوقف، انقطعت الغلة عن الواقف، وعلى هذا، فثلاثة أوجه فيمن تصرف إليه:

أزجحها: أنه يُصرف في الحال إلى أقرب الناس إلى الواقف، فإذا انقرض المذكور أولاً، يصرف إلى المذكورين بعده، وعلى هذا، فالقول في اشتراط الفقر وسائر التفاريع على ما سبق.

وثانيها: أنه يُصرف إلى المذكورين بعده من أول ما وقف، كما لو كان الأول فمن لا يمكن اعتبار انقراضه.

وثالثها: أنه للمصالح العامة.

ولو وقف على وارثه في مرض الموت ثم على الفقراء، وقلنا: إنه غير صحيح، أو صحيح، ورده باقي الورثة، فهو وقف منقطع الأول، وكذلك إذا وقف على معين، يصح الوقف عليه، ثم على الفقراء، فردّه ذلك المعين، وقلنا بالصحيح، وهو أنه يرتد بالرد.

المسألة الثانية: وهو الأولى: إذا علق الوقف، فقال: إذا جاء رأس الشهر، أو قديم فلان، فقد وقفت كذا، لم يصح، تعليق البيع - والهبة -.

وعن بعض الأصحاب تخريجه على الخلاف المذكور فيما إذا وقف على من سيولد له، قالوا: والتصريح بالتعليق أولى بالفساد والله أعلم. واغلم، أن التعليق في هذه المسألة مُصرَّح به، وفي الأولى ضمني، فلهذه المناسبة جمع بين المسألتين،

وكذلك المسألتان في الشَّرْطِ الأوَّل، والتأقيت في قوله: «وقفت سنة» فصرح به، وفيما إذا قال: وقفت على فلان، واقتصر عليه، ضمني، وأن للوقف وراء انقطاع الآخر مع اتصال الأول أحوالاً وبالعكس أحوالاً:

إحداها: أن يكون متصل الأوَّل والآخِرِ والوسَط، فهو صحيح.

والثانية: أن يكون منقطعاً جميعاً، فهو باطل.

والثالثة: أن يكون متصل الطرفين، منقطع الوسط، كما إذا وقف على أولاده، ثم على رجل، ثم على الفقراء، فترتب على منقطع الآخر، إن صححناه، فهذا أولى، وإلا، فوجهان:

أصحهما: الجواز، ويصرف عند توسط الانقطاع إلى أقرب الناس إلى الواقف، أو إلى المساكين، أو إلى المصالح العامة أو إلى الجهة العامة المذكورة في الوقف آخراً فيه الاختلافات السابقة.

والرابعة: أن يكون منقطع الطرفين معلوم الواسط، كما إذا وقف على رجل، ثم على أولاده، واقتصر عليه، فترتب على منقطع الأول، إن لم نصححه، فهذا أولى، وإن صححناه، فوجهان:

أظهرهما: البطلان، وبتقدير الصحة إلى من يصرف؟ فيه الخلاف السابق، وجميع هذه الأحوال فيما إذا انقض الواقف المصرف وإلا فسيأتي.

وقوله في الكتاب: «فإن صححناه، فإذا وقف على عبده...» إلى آخر لفظه، فإن صححناه لغو وليس المذكور مفرعاً على الصحيح، ولو طرحه، وقال: إذا وقف على عبد لحصل العرض.

قال الغزالي: الثالثة: الإلزام فلن قال: على أني بالخيار في الرجوع عنه ورفع شرائطه فسد (و) الوقف، ولو قال: على أن الخيار في تفصيل الشرط مع بقاء الأصل ففيه وجهان، ولو شرط ألا يؤاجر الوقف أتبع شرطه، وقيل: لا يتبع إلا في الزيادة على السنة، ولو خصص مسجداً بأصحاب الرأي والخديث لم يختص (و)، ولو خصص المدرسة والرباط جاز، ولو خصص المقبرة ففيه تردد (و).

قال الزايعي: في الفصل ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: الوقف بشرط الخيار باطل كالعتق والصدقة، وكذا لو قال: وقفت بشرط أن أبيعه، أو أرجع فيه متى شئت، واحتجوا له بأن الوقف إزالة ملك إلى الله - تعالى - أو إلى الموقوف عليه؛ كالبيع والهبة، وعلى التقديرين، فهذا الشرط مفسد،

لكن في فتاوى القفال: أن العتق، لا يفسد بهذا الشرط، وفرق بينهما بأن العتق مبني على الغلبة والسراية. وعن ابن سريج أنه قال: يحتمل أن تبطل الشروط، ويصح أصل الوقف، ولو وقف على ولده أو غيره بشرط أن يرجع إليه، إذا مات، فعن البونطي أنه على القولين؛ أخذاً من مسألة العمري، والمذهب البطلان.

ولو وقف، وشرط لنفسه أن يحرم من شاء، ويزيد من شاء، أو يقدم أو يؤخر، ففي صحة شرطه وجهان:

أصحهما: المنع؛ لأن وضع الوقف على اللزوم، وإذا كان الموقوف عليه يتعرض للسقوط فلا لزوم.

والثاني: وبه قال ابن القطان: أنه يصح، كما لو شرط صرف الربيع مدة إلى هذا، ومدة إلى هذا. قال الإمام: وموضع الوجهين ما إذا لزم الوقف بالشرط المذكور.

أمّا إذا أطلقه، ثم أراد أن يغير ما ذكره بحزمان أو زيادة مستحق، أو تقدم أو تأخر، لم يجد إليه سبيلاً.

قال: وإذا صححنا شرطه لنفسه، فلو شرطه لغيره، فوجهان:

أصحهما: الفساد، وإن أفسدناه، ففي فساد الوقف به خلاف مبني على أن الوقف؛ كالعتق أم لا؟. هذا ما وجدته فيما يحضرنني الآن من كتب الأصحاب، وجواب عامتهم بطلان الشرط والوقف في الصور جميعاً، ورتب صاحب الكتاب هذه الصور في «الوسيط» على ثلاث مراتب:

إحداها: أن يقول: وقف بشرط أن أزوج متى شئت، أو أحرم المستحق، وأحول الحق إلى غيره، متى شئت فهو فاسد.

والثانية: أن يقول: بشرط أن أغير مقادير الاستحقاق بحكم المصلحة، فهو جائز.

والثالثة: أن يقول: أبقى أصل الوقف، وأغير بفضله، ففيه وجهان.

وقوله ههنا: «ورفع شرائطه» يشبه أن يريد به التحول من شخص إلى شخص، أو جهة إلى جهة الذي عدّه من المرتبة الأولى، وحكم فيها بالفساد.

واعلم أن الترتيب الذي ذكره لا يكاد يوجد لغيره، ثم فيه لبس، فإن التحويل من مستحق إلى مستحق المعدود في المرتبة الأولى، وتعتبر مقادير الاستحقاق الذي جعله مثلاً للثانية، كل واحد منهما مندرج فيما جعله موضع الوجهين، وهو إبقاء أصل الوقف، ويعتبر تفصيله ويجوز أن يُعلم قوله في الكتاب: «فسد الوقف» بالواو؛ لما قدّمناه.

المسألة الثانية: لو شرط الواقف ألا يؤاجر الوقف، ففيه ثلاثة أوجه:

أظهرها: ما ذكره الإمام وصاحب الكتاب؛ أنه يتبع شرطه، كسائر الشروط؛ لما فيه من وجود المصلحة.

والثاني: المنع؛ لأنه يتضمن الحجز على مستحق المنفعة.

والثالث: الفرق بين أن يمنح مطلقاً، فلا يتبع أو الزيادة على سنة، فيتبع لأنه لا تعلق بمصلحة الوقف، وهذا يتفرع على أن من الإجازة في الوقف لا تتقدر كمدة إجازة الملك؛ على الصحيح، وفيه شيء قد مر في «باب الإجازة» وإذا أفسدنا الشرط فالقياس فساد الوقف به، لكن ذكر الشيخ أبو عاصم العبادي في «زياداته» أنه إذا شرط ألا يؤجر أكثر من سنة لم يخالف، ثم حكى وجهاً أنه لو كان الصلاح في الزيادة زيد، وهذا قول بالصحة مع فساد الشرط<sup>(١)</sup>.

المسألة الثالثة: إذا جعل داره مسجداً، أو أرضه مقبرة، أو بنى مدرسة، أو رباطاً، فلكل واحد أن يصلي ويعتكف في المسجد، ويدفن في المقبرة ويسكن المدرسة بشرط الأهلية، وينزل الرباط، ولا فرق فيه بين الواقف وغيره، ولو شرط في الوقف اختصاص المسجد بأصحاب الحديث أو الرأي أو بطائفة معلومين، فوجهان:

أحدهما: أن شرطه غير متبع؛ لأن جعل البقعة مسجداً كالتحريم فلا معنى لاختصاصه بجماعة وعلى هذا، قال في «التمة»: يفسد الوقف لفساد الشرط.

والثاني: يتبع، ويختص بهم؛ رعاية لشرط الواقف، وقطعاً للنزاع في إقامة الشعائر، ويشبه أن تكون الفتوى بهذا، وإن كان المذكور في الكتاب الأول<sup>(٢)</sup>.

(١) قال النووي: ليس هذا فساداً للشرط مطلقاً بخلاف مسألتنا. انتهى.

وفي فتاوى الشيخ ابن الصلاح أنه إذا شرط ألا يؤجر أكثر من سنة ثم انهدمت وليس لها جهة عمارة إلا إجازة سنين، أنه يحق في عقود مستأنفة وإن شرط الواقف أن لا يستأنف لأنه في هذه الحالة مخالف لمصلحة الوقف. قال الشيخ الإمام السبكي: هذا صحيح لكنه لا يحتاج إلى تقييده بالعقود، بل يحق في عقد واحد، وواقفه صاحبه الأدرعي وتبعهما الزركشي.

وفي فتاوى ابن ذرين أنه سئل عن قرية موقوفة خربت من مدة طويلة، فلم يجد الناظر ويستأجرها المدة المشروطة في سنة أو ثلاث ووجد من يستأجرها ثلاثين سنة فأجاب إذا تعذر الانتفاع بها إلا أن يؤجرها مدة زائدة على ما شرطه الواقف، جازت الزيادة عليها إلى حد يمكن أن يتنعق بها، فلا تجوز الزيادة على ذلك، وأفتى به أئمة عصره.

(٢) قال النووي: الأصح اتباع شرطه وصححه الرافعي في «المحرر» والمراد بأصحاب الحديث: الفقهاء الشافعية، وبأصحاب الرأي الفقهاء الحنفية وهذا عرف أهل خراسان.



ثم هذا الخلاف فيما إذا وقف داراً على أن يصليَ فيها أصحابُ الحَدِيثِ، فإذا أنقرضوا، فعلى عامة المسلمين.

أما إذا لم يتعرض لأنقراض، فقد تردّدوا فيه<sup>(١)</sup>. ولو شرط في المدرّسة والرباط الأختصاص، أتبع شرطه، ولو شرط في المقبرة الاختصاص بالغرّباء، أو جماعة معيّنين مخصوصين، فالوجه أن تُرتب على تخصيص المسجد، إن قلنا: يختص بالمقبرة أولى، وإلا فوجهان؛ لتردها بين المدرسة والمسجد.

**والثاني:** أظهره؛ فإن المقابر للأموات كالمساكين للأحياء، وفيما ذكرنا ما يعرفك أن قوله: «ولو خصص مسجداً» ليس المراد منه التخصيص بعد صيرورة البقعة مسجداً، فذاك مما لا عبرة به بحال، وإنما المراد منه شرط الأختصاص عند جعل البقعة مسجداً، وكذا القول في تخصيص المدرسة والمقبرة، واغلب أن المسألتين الأخيرتين لا تعلق لهما بترجمة هذا الشرط، وهو الإلزام، ولا اختصاص لهما بهذا الموضع.

**قَالَ الْغَزَالِيُّ:** الرَّابِعَةُ: بَيَانُ الْمَضْرَفِ وَلَوْ أَقْتَصَرَ عَلَى قَوْلِهِ: وَقَفْتُ لَمْ يَصِحَّ (م) عَلَى الْأَظْهَرِ، وَقِيلَ: يَصِحُّ ثُمَّ يُضْرَفُ إِلَى أَهَمِّ الْخَيْرَاتِ كَمَا ذَكَرْنَا فِي مَضْرَفٍ مُنْقَطِعِ الْآخِرِ، وَلَوْ وَقَفَ عَلَى شَخْصَيْنِ وَبَعْدَهُمَا عَلَى الْمَسَاكِينِ فَمَاتَ أَحَدُهُمَا فَتَصِيْبُهُ لِصَاحِبِهِ أَوْ لِلْمَسَاكِينِ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ رَدَّ الْبَطْنَ الثَّانِي وَقُلْنَا: يَزْتَدُ بِرَدِّهِ فَقَدْ صَارَ مُنْقَطِعِ الْوَسْطِ فَيُضْرَفُ مَا ذَكَرْنَاهُ، وَقِيلَ: إِنَّهُ يُضْرَفُ إِلَى الْجِهَةِ الْعَامَّةِ الْمَذْكُورَةِ بَعْدَ أَنْقِرَاضِهِمْ فِي شَرْطِ الْوَقْفِ، وَقِيلَ: يُضْرَفُ إِلَى الْبَطْنِ الثَّلَاثِ وَيُجْعَلُ الَّذِينَ رَدُّوا كَالْمَغْدُومِينَ.

**قَالَ الرَّافِعِيُّ:** فِي الْفَصْلِ ثَلَاثَ صُورٍ لِاخْتِصَاصِ الْآخِرَتَيْنِ بِهِ عَلَى نَحْوِ مَا ذَكَرْنَا فِي الْفَصْلِ السَّابِقِ:

**الصورة الأولى:** لو قال: وقفْتُ كذا، واقتصر عليه، فقولان:

أصحهما: عند الأكثرين: البطلان، كما لو قال: بعثت داري بعشرة أو رهبتها<sup>(٢)</sup>، ولم يقل لمن؛ ولأنه، لو قال: وقفْتُ على جماعة، لم يصح؛ لجهالة المضرف، فإذا لم يذكر المضرف أصلاً، فأولى ألا يصح.

**والثاني:** يصح، وإليه ميلُ الشيخ أبي حامد، واختاره صاحبُ «المهذب» والقاضي الرُوياني؛ لأنه قصد القرية، فإن لم يبين المضرف، فأشبه ما إذا قال: لِّلَّهِ عَلَيَّ أَنْ

(١) قال النووي: يعني اختلفوا في صحة الوقف لاحتمال انقراض هذه الطائفة، والأصح أو الصحيح الصحة.

(٢) في ب: أو وهبتها.

أَنْصَدَّقُ بِكَذَا، أَوْ أَهْدِي هَذَا، وَلَمْ يَبَيِّنِ الْمَصْرَفَ، وَاحْتَجُّوا لِهَذَا الْقَوْلِ بِأَنَّهُ لَوْ قَالَ: أَوْصَيْتُ بِثَلَاثِ مَالِي، وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ، تَصَحُّحُ الْوَصِيَّةِ، وَيُصْرَفُ إِلَى الْفُقَرَاءِ أَوْ الْمَسَاكِينِ، وَهَذَا، إِنْ كَانَ مُتَّفَقاً عَلَيْهِ، فَالْفَرْقُ مُشْكِلٌ، وَيُعْزَى الْقَوْلَانِ فِي الْمَسْأَلَةِ إِلَى نَصِّهِ فِي «حَرْمَلَةَ»، وَبَعْضُهُمْ يَخْكِي الْخِلَافَ فِي الْمَسْأَلَةِ وَجْهَيْنِ<sup>(١)</sup>.

وَإِذَا قُلْنَا بِالصَّحَّةِ، فِيهِ مَصْرَفُهُ [الْخِلَافُ الْمَذْكُورُ فِي مَنْقَطِعِ الْآخِرِ، إِذَا صَحَّحْنَاهُ، وَعَنْ تَخْرِيجِ ابْنِ سُرَيْجٍ أَنَّ الْمُتَوَلَّى يَصْرَفُهُ]<sup>(٢)</sup> إِلَى مَا يَرَاهُ مِنْ وَجْهِ الْبِرِّ؛ كَعِمَارَةِ الْمَسَاجِدِ، وَالْقَنَاظِرِ، وَسُدِّ الثُّغُورِ، وَتَجْهِيزِ الْمُوتَى، وَغَيْرِ هَذَا.

الصُّورَةُ الثَّانِيَةُ: وَقَفَ عَلَى شَخْصَيْنِ، ثُمَّ عَلَى الْمَسَاكِينِ، فَمَاتَ أَحَدُهُمَا، حَكَى الْأُمَّةُ فِي نَصِيهِ وَجْهَيْنِ:

أَظْهَرُهُمَا: وَيَحْكِي عَنْ نَصِّهِ فِي «حَرْمَلَةَ» أَنَّهُ يُصْرَفُ إِلَى صَاحِبِهِ؛ لِأَنَّ شَرْطَ الْإِنْتِقَالِ إِلَى الْمَسَاكِينِ أَنْقِرَاضُهُمَا جَمِيعاً، وَلَمْ يَوْجَدْ، وَإِذَا امْتَنَعَ الصَّرْفُ إِلَيْهِمْ، فَالصَّرْفُ إِلَى مَنْ ذَكَرَهُ الْوَاقِفُ أَوْلَى.

وَالثَّانِي: عَنْ أَبِي عَلِيٍّ الطَّبْرِيِّ: أَنَّهُ لِلْمَسَاكِينِ، كَمَا أَنَّ نَصِيهِمَا، إِذَا أَنْقَرَضَا، لِلْمَسَاكِينِ، وَالْقِيَاسُ وَجْهٌ ثَالِثٌ؛ وَهُوَ أَلَّا يُصْرَفَ إِلَى صَاحِبِهِ وَلَا إِلَى الْمَسَاكِينِ، وَيُقَالُ: صَارَ الْوَقْفُ فِي نَصِيبِ الْمَيْتِ مَنْقَطِعَ الْوَسْطِ، وَلَوْ وَقَفَ عَلَى شَخْصَيْنِ، وَلَمْ يَذْكَرْ مَنْ يَصْرَفُ إِلَيْهِ بَعْدَهُمَا، وَصَحَّحْنَا الْوَقْفَ الْمَنْقَطِعَ الْآخِرَ، فَمَاتَ أَحَدُهُمَا، فَنَصِيهِهِ لِلْآخِرِ، أَوْ حُكْمُهُ حَكْمَ نَصِيهِمَا، إِذَا مَاتَا، فِيهِ وَجْهَانِ.

الصُّورَةُ الثَّلَاثَةُ: لَوْ وَقَفَ عَلَى الْبُطُونِ، فَرَدَّ الْبَطْنَ الثَّانِي، وَقُلْنَا يَرْتَدُّ بَرْدَهُمْ، فَهَذَا وَقَفَ مَنْقَطِعَ الْوَسْطِ، وَقَدْ سَبَقَ مَا فِيهِ مِنْ الْأَخْتِلَافَاتِ.

وَمِنْهَا مَا خَصَّهُ بِالذِّكْرِ هُنَا، [وَهُوَ الصَّرْفُ إِلَى الْجِهَةِ الْعَامَّةِ الْمَذْكُورَةِ بَعْدَ أَنْقِرَاضِ الْبُطُونِ جَمِيعاً، وَإِنَّمَا احْتِيَاجُ صَاحِبِ الْكِتَابِ إِلَى تَخْصِيصِهِ بِالذِّكْرِ]<sup>(٣)</sup> لِأَنَّ قَوْلَهُ: وَفِي مَصْرَفِهِ مَا ذَكَرْنَاهُ أَرَادَ مَا ذَكَرَهُ فِي مَنْقَطِعِ الْآخِرِ، وَهَذَا الْقَوْلُ لَا مَجَالَ لَهُ هُنَاكَ. وَفِي الْمَسْأَلَةِ وَجْهٌ أَوْ قَوْلٌ آخَرُ: أَنَّهُ يُصْرَفُ إِلَى الْبَطْنِ الثَّلَاثِ، وَيُقَدَّرُ الْبَطْنُ الثَّانِي مَغْدُومِينَ. وَيَجُوزُ أَنْ يُغْلَمَ قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «فَلَوْ اقْتَصَرَ عَلَى قَوْلِهِ: وَقَفْتُ، لَمْ يَصِحَّ» بِالْمِيمِ وَالْأَلْفِ؛ لِأَنَّ الرِّوَايَةَ عَنْهُمَا الصَّحَّةُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

(١) قَالَ النَّوَوِيُّ: الْفَرْقُ، أَنَّ غَالِبَ الْوَصَايَا لِلْمَسَاكِينِ، فَحَمَلَ الْمَطْلُوقَ عَلَيْهِ بِخِلَافِ الْوَقْفِ، وَلِأَنَّ الْوَصِيَّةَ مَبْنِيَّةً عَلَى الْمَسَاهَلَةِ، فَتَصَحُّحُهَا بِالْمَجْهُولِ وَالنَّجْسِ وَغَيْرِ ذَلِكَ بِخِلَافِ الْوَقْفِ.

(٢) سَقَطَ مِنْ: ب.

(٣) سَقَطَ مِنْ: ب.

## البَابُ الثَّانِي فِي حُكْمِ الْوَقْفِ الصَّحِيحِ ، وَفِيهِ فَضْلَانِ

قَالَ الْعَرَّالِيُّ: الْفَضْلُ الْأَوَّلُ فِي أُمُورٍ لَفْظِيَّةٍ فَإِذَا قَالَ: وَقَفْتُ عَلَى أَوْلَادِي وَأَوْلَادِ أَوْلَادِي فَهَوَ لِلتَّشْرِيكِ وَلَا يُقَدَّمُ الْبَطْنُ الْأَوَّلُ إِلَّا بِشَرْطِ زَائِدٍ، وَلَوْ قَالَ: وَقَفْتُ عَلَى أَوْلَادِي لَمْ يَدْخُلِ الْأَخْفَاءُ، وَدَخَلَ الْبَنَاتُ وَالْحَنَائِي، وَلَوْ قَالَ: وَقَفْتُ عَلَى الْبَنَاتِ أَوْ عَلَى الْبَنِينَ لَمْ تَدْخُلِ الْحَنَائِي، وَلَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْوَلَدِ الْجَنِينُ وَلَا الْمَنْفِيُّ (و) بِاللِّعَانِ، وَلَوْ قَالَ: عَلَى ذُرِّيَّتِي أَوْ نَسْلِي أَوْ عِصْمِي دَخَلَ (م) الْأَخْفَاءُ، وَلَوْ قَالَ: عَلَى الْمَوَالِي وَلَهُ الْأَعْلَى وَالْأَسْفَلُ فَهَوَ فَاسِدٌ لِلْإِحْتِمَالِ، وَقِيلَ: يُوزَعُ، وَقِيلَ: يَخْتَصُّ بِالْأَعْلَى لِعِصْمِيَّتِهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا صَحَّ الْوَقْفُ، تَرْتَبَ عَلَيْهِ أَحْكَامُ:

منها: مَا يَنْشَأُ مِنَ اللَّفْظِ الْمُسْتَعْمَلِ فِي الْوَقْفِ، وَيَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْأَلْفَازِ.

ومنها: مَا يَقْتَضِيهِ الْمَعْنَى فَلَا، يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْأَلْفَازِ فَالْكَلَامُ فِي فَصْلَيْنِ:

الْفَضْلُ الْأَوَّلُ: فِي الْأَحْكَامِ اللَّفْظِيَّةِ، نَشَرَخَ مِنْ صَوْرَهَا مَا فِي الْكِتَابِ، وَنَضْمُ إِلَيْهِ مَا يَتَّفِقُ. وَالْأَصْلُ فِيهَا أَنَّ شُرُوطَ الْوَأَقِفِ مَرْعِيَّةٌ مَا لَمْ يَكُنْ فِيهَا مَا يَنَافِي الْوَقْفَ وَيَنَاقِضُهُ، وَعَلَيْهِ جَرَتْ أَوْقَافُ الصَّحَابَةِ؛ وَقَفَ عُمَرُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَشَرَطَ أَنْ لَا جَنَاحَ عَلَيَّ مَنْ وَلِيَهَا أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا بِالْمَعْرُوفِ، وَأَنْ تَلِيَهَا حَفْصَةُ فِي حَيَاتِهَا، فَإِذَا مَاتَتْ، فَذَوِي الرَّأْيِ مِنْ أَهْلِهَا<sup>(١)</sup>. وَوَقَفْتُ، فَاطِمَةُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - لِنِسَاءِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَلِفُقَرَاءِ بَنِي هَاشِمٍ أَوْ بَنِي الْمُطَّلِبِ<sup>(٢)</sup>.

إِذَا عَرَفْتَ ذَلِكَ، فَمِمَّا يَجِبُ رِعَايَتُهُ النَّظْرُ، فِيمَا يَقْتَضِي الْجَمْعَ وَالتَّرْتِيبَ.

فَلَوْ قَالَ: وَقَفْتُ عَلَى أَوْلَادِي وَأَوْلَادِ أَوْلَادِي، فَلَا تَرْتِيبَ، بَلْ يُسَوَّى بَيْنَ الْكُلِّ، وَلَوْ زَادَ، وَقَالَ: مَا يَتَنَاسَلُونَ أَوْ بَطْنًا بَعْدَ بَطْنٍ، فَكَذَلِكَ، وَيُحْمَلُ عَلَى التَّعْمِيمِ.

وَعَنِ الزِّيَادِيِّ أَنْ قَوْلَهُ: بَطْنًا بَعْدَ بَطْنٍ، يَقْتَضِي التَّرْتِيبَ، وَبِهِ أَجَابَ بَعْضُ أَصْحَابِ الْإِمَامِ. وَلَوْ قَالَ: عَلَى أَوْلَادِي، ثُمَّ عَلَى أَوْلَادِ أَوْلَادِي، ثُمَّ عَلَى أَوْلَادِ أَوْلَادِ أَوْلَادِي مَا تَنَاسَلُوا أَوْ بَطْنًا بَعْدَ بَطْنٍ، فَهَوَ لِلتَّرْتِيبِ<sup>(٣)</sup>، وَلَا يُضَرَّفُ إِلَى الْبَطْنِ الثَّانِي شَيْءٌ مَا بَقِيَ مِنْ

(١) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ (٢٨٧٩). قَالَ الْحَافِظُ فِي التَّلْخِيسِ: بِسَنَدٍ صَحِيحٍ بِهِ وَأْتَمَّ مِنْهُ.

(٢) رَوَاهُ الشَّافِعِيُّ (١٣٨٠). قَالَ الْحَافِظُ فِي التَّلْخِيسِ: بِسَنَدٍ فِيهِ انْقِطَاعٌ إِلَّا أَنَّهُمْ مِنْ أَهْلِ الْبَيْتِ.

(٣) وَقَوْلُهُ بَطْنًا بَعْدَ بَطْنٍ يَقْتَضِي التَّسْوِيَةَ بَيْنَ الْجَمِيعِ فَيُشَارِكُ الْبَطْنَ الْأَسْفَلَ الْبَطْنَ الْأَعْلَى، وَهَذَا مَا جَرَى عَلَيْهِ الْبَغْرِيُّ وَالْفُورَانِيُّ وَالْعَبَادِيُّ، وَوَجْهُ بَأْنِ «بَعْدَ» تَأْتِي بِمَعْنَى «مَعَ» كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: «وَالْأَرْضُ بَعْدَ ذَلِكَ دَحَاهَا» أَي مَعَ ذَلِكَ عَلَى أَحَدِ الْأَقْوَالِ، وَذَهَبَ الْجُمْهُورُ إِلَى أَنَّ قَوْلَهُ بَطْنًا بَعْدَ بَطْنٍ لِلتَّرْتِيبِ.

البطن الأول أحد، ولا إلى الثالث ما بقي من الثاني أحد، هكذا أطلقه الجمهور، والقياس فيما إذا مات واحد من البطن الأول أن يجيء في نصيبه الخلاف المذكور في ما إذا وقف على شخصين أو جماعة، ثم على المساكين، فمات واحد إلى من يُصرف نصيبه، ولم أر له تعرضاً إلا للشيخ أبي الفرج السرخسي، فإنه سوى بين صورتين، وحكى فيهما وجهين، لكن رواهما على نسق آخر؛ فقال:

أحد الوجهين أن نصيب الميت لصاحبه.

والثاني: أنه لأقرب الناس إلى الواقف، وهذا إشارة إلى ما ذكرنا أنه القياس في تلك الصورة، ثم رأيت لصاحب «الإفصاح» أنه يُصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف ذكره في «كتاب الشهادات»<sup>(١)</sup>.

ولو قال: على أولادي، وأولاد أولادي الأعلى فالأعلى، أو الأقرب فالأقرب، أو الأول فالأول، فيقتضيه الترتيب أيضاً، وكذا لو قال: على أولادي، وأولاد أولادي على أن يبدأ بالأعلى منهم، أو على الأقل لبطن، وهناك مع فقههم.

ولو قال: فَمَن مات من أولادي، [فنصيبه لولده، أتبع شرطه. ولو قال: على أولادي]، ثم على أولاد أولادي وأولاد أولادي، فيقتضيه الترتيب، بين البطن الأول ومن دونهم والجمع بين من دونهم.

= قال في الخادم: إن الذي جزم به المارودي والبندنجي والقاضي حسين في فتاويه والرويانى والإمام والغزالي وصاحب الذخائر أن ذلك للترتيب.

قال الأسنوي: والرافعي لم يعمن النظر في هذه المسألة، فإنه نقل الترتيب عن بعض أصحاب الإمام وهو مقطوع به في كلام الإمام نفسه.

ثم قال الأسنوي: وما ذكره الشيخان من اقتضاء التسوية باطل من جهة البحث أيضاً، فإن لفظه بعد في اقتضاء الترتيب أصرح من ثم والفاء وغيرهما وقد جزما فيهما باقتضاء الترتيب، فما نحن فيه أولى. قال ابن العماد: ما قاله الأسنوي من أن بعد أصرح من ثم والفاء في الترتيب خطأ مخالف لنص القرآن العظيم، فقد قال الله تعالى: ﴿ولا تطع كل حلاف مهين هماغز مشاء بنميم مناع للخير معتد أثيم عتل بعد ذلك زنيم﴾.

قال المفسرون: أي مع ما ذكر من أوصافه زنيم، واستدل بغير ذلك من القرآن ومن كلام العرب. والمقصود من ذلك إنما هو إظهار الحق؛ لأن العلماء أئمة الهدى وبهم نقتدي فلا يظن فيهم غير ذلك، فظهر بهذا أن ما جرى عليه الشيخان هو المعتمد.

(١) قال النووي: [الصحيح: ما أطلقه الجمهور، لأن من بقي بعد موت بعض الأولاد يسمون أولاداً، بخلاف ما إذا مات أحد الشخصين. ثم إن مراعاة الترتيب لا تنتهي عند البطن الثالث والرابع، بل يعتبر الترتيب في جميع البطون، فلا يصرف إلى بطن وهناك أحد من بطن أقرب، صرح به البغوي وغيره].

ولو قال: عَلَى أَوْلَادِي وَأَوْلَادِ أَوْلَادِي، ثم عَلَى أَوْلَادِ أَوْلَادِ أَوْلَادِي، مقتضاه الجمعُ أولاً، والترتيبُ ثانياً. ولو قال: عَلَى أَوْلَادِي، وَأَوْلَادِ أَوْلَادِي، ومن، مات منهم، فنصيبه لأَوْلَادِهِ، فإذا ماتَ واحدٌ، كان نصيبه لأَوْلَادِهِ خَاصَّةً، ويشاركون الباقيين فيما عدا نصيبَ أبيهم<sup>(١)</sup>. ومن الصور المذكورة في الكتاب: إذا وَقَفَ عَلَى الأَوْلَادِ، هل، يدخل فيه أَوْلَادُ الأَوْلَادِ؟ فيه وجهان:

أصحُّهُمَا: وهو المذكور في الكتاب لا؛ لأنه يقع حقيقة عَلَى أَوْلَادِ الصُّلْبِ؛ ألا تَرَى أَنَّهُ يَنْتَظَمُ أَنْ يُقَالَ: لَيْسَ هَذَا وَكَذَلِكَ، وَإِنَّمَا هُوَ وَكَذَلِكَ وَكَذَلِكَ؟  
والثاني: نعم؛ لقوله تعالى: ﴿يَا بَنِي آدَمَ﴾ [الأعراف - ٢٧].

وفي «النهاية» ترتيب الخلاف في أولاد البنات عَلَى الخلاف في أولاد البَنِينَ، وأولى بعدم الدُّخُولِ؛ لأنَّ انتسابهم إلى آبائهم، وهذا الخلاف عند الإطلاق، وقد يقترن باللفظ ما يقتضي الجزمَ بخُرُوجِهِمْ، كما إذا قال: وَقَفْتُ عَلَى أَوْلَادِي، فإذا انقرضوا، فلاحفادي الثلث، والباقي للفقراء.

وكذا لو وَقَفَ عَلَى الأَوْلَادِ، ولم يكن له إلا أَوْلَادُ الأَوْلَادِ.

ففي «التتمة» وغيرها أَنَّهُ يَجْعَلُ اللَّفْظَ عَلَيْهِمْ؛ صيانةً لكلام المكلف عن الإلغاء<sup>(٢)</sup>، ويجري الخلاف فيما إذا وَقَفَ عَلَى أَوْلَادِهِ، وأَوْلَادِ أَوْلَادِهِ، هل يدخل أولاد

(١) قال الشيخ البلقيني: صيغة للجمع في الأولاد غير معتبرة حتى لو قال: وقفت هذا على زيد ثم من بعده على أولاده، فلم يوجد إلا واحد من أولاده بعده، فإنه يصرف ريع الوقف إليه؛ لأنَّ المعبر الجهة، وهكذا لو قال من يأت منهم وليس له ذرية فنصيبه لإخوته فلم يوجد منهم إلا واحداً صرف إليه، هذا هو الذي يقع به الفتوى، ويظهر من المقاصد حتى لو لم يوجد له من الآخرة إلا أنثى فإنها تأخذ نصيبه، وقد افتيت بذلك في مسألة جاءت من حماه نظراً إلى أن المراد الجهة كما لو لم يوجد إلا بنت واحدة، ولو كان من حجب الأم من الثلث إلى السدس، فقد اتفق على أن المراد الجمع كما هو ظاهر القرآن ووقع الخلاف في الاثنين والثلاث وأجمعوا على أن الثلاثة يحجبون الأم وإن كانت أنثى أو ثنتين. واختلفوا في الإناث المنفردات فحجبتها الجمهور خلافاً للحسن البصري، وأما ما ذكره المصنف في كتاب الوصية من أنه إذا أوصى لأخوة زيد، لا تدخل إخوانه فلا يعارض بما تقدم أنه هو الذي يفتي من جهة أن الوقف مراد للدوام فينزل على الجهات والوصية والموارث ليس الأمر فيهما كذلك، فالمعتبر فيهما الأشخاص لا الجهات إلا في ميراث بيت المال، وحينئذٍ فلا بد من مراعاة الصيغة جمعاً وتذكيراً عند من لا يرى أن الخطاب للمذكر يتناول المؤنث انتهى.

(٢) قال في الخادم: لو حدث له أولاد من صلبه بعد ذلك وقلنا يدخل الحادث، فيحتمل تعيينهم وعدم الصرف إلى أولاد الأولاد لحصول الحقيقة، وإمكان العمل بها، ولا يعدل إلى المجاز، والأقرب أنهم لا يدخلون لتعين المنصرف إلى غيرهم قبل وجودهم، كما لو شرط النظر لأفضل أولاده ففضلهم واحد، فلو حدث من هو أفضل منه، لم ينزع كما قاله الماوردي.

أولادُ الأولاد؟ ويدخل في الوقف على الأولاد البنون والبنات والخناتى المشكّلون، ولا يدخل الخناتى في الوقف على البنين، وفي دخول بني البنين والبنات الوجهان، ويوجّه دخول بني البنات بقوله ﷺ [في الحسن] بن عليّ - رضي الله عنهما -: «إِنَّ أُنْبِي هَذَا سَيِّدٌ»<sup>(١)</sup> ومنهم من خصّص الوجّهين ببني البنين، وجزم بأن بني البنات لا يدخلون فيه، ولو وقّف على البنات لم يدخل الخناتى، وفي دخول بنات الأولاد وجهان. ولو وقّف على البنين والبنات، فأصح الوجّهين دخول الخناتى في مثل هذا لأنه لا يخرج عن الصنفين.

والثاني: المنع؛ لأنه لا يعدّ من هؤلاء، ولا من هؤلاء.

ولو وقّف على بني تميم، وصحّحنا مثل هذا الوقف، ففي دخول نسائهم وجهان:

أحدُهُما: المنع، كما لو وقّف على بني زيد.

وأشبههما: الدخول؛ لأنه يُعبّر به عن القبيلة والمستحقّون في هذه الألفاظ، لو كان أحدُهُم حملاً عند الوقف، هل يدخل حتى يُوقّف له شيء؟

حكى صاحب «التتمة» فيه وجهين:

أحدُهُما: نعم، كما في الميراث، ويستحق الغلة لمدة الحمل.

وأصحُّهُما: لا؛ لأنه قبل الانفصال لا يُسمّى ولداً، وهذا ما ذكره في الكتاب.

وأما غلة ما بعد الانفصال، فإنه يستحقّها وكذا الأولاد، الحادث علوقهم بعد الوقف يستحقّون إذا انفصلوا.

هذا هو المشهور في الكُتب، وفي «أمالي» أبي الفرج السرخسيّ خلاف<sup>(٢)</sup>، والمنفيّ باللعان لا يستحقّ شيئاً؛ لأنقطاع نسبه وخروجه عن أن يكون ولداً.

وعن أبي إسحاق أنه يستحقّ، وأثر اللعان مقصور على الملاعن<sup>(٣)</sup>.

(١) رواه البخاري في صحيحه (٢٧٠٤، ٣٦٢٩، ٣٧٤٦، ٧١٠٩) من حديث أبي بكره بهذا.

وقال الحافظ في التلخيص: وأتم منه.

(٢) قال النووي: ومما يفرع على الصحيح أنه لا يستحق غلة مدة الحمل: أنه لو كان الموقوف نخلة، فخرجت ثمرتها قبل خروج الحمل، لا يكون له من تلك الثمرة شيء، كذا قطع به الفوراني والبغوي، وأطلقاه. وقال الدارمي في «الاستذكار»: في الثمرة التي أطلعت ولم تؤبّر، قولان؛ هل لها حكم المؤبّرة فتكون للبطن الأول، أو لا فتكون للثاني؟ وهذا القولان يجريان هنا.

(٣) قال النووي: فلو استلحقه بعد نفيه، دخل في الوقت قطعاً ذكره البغوي.

ولو وَقَفَ عَلَى أَوْلَادِهِ وَأَوْلَادِ أَوْلَادِهِ، دَخَلَ فِيهِ أَوْلَادُ الْبَنِينَ وَالْبَنَاتِ، خِلَافاً لِمَالِكٍ وَأَحْمَدَ فِي أَوْلَادِ الْبَنَاتِ.

فَإِنْ قَالَ عَلِيٌّ مَنْ يُنْتَسَبُ إِلَيَّ مِنْ أَوْلَادِ أَوْلَادِي، خَرَجَ أَوْلَادُ الْبَنَاتِ، وَحَكَى الْقَاضِي ابْنُ كَيْجٍ وَجْهًا آخَرَ؛ أَنَّهُمْ يَدْخُلُونَ؛ لِمَا مَرَّ مِنْ حَدِيثِ الْحَسَنِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَمِنْهَا: لَوْ قَالَ: وَقَفْتُ عَلَى ذُرِّيَّتِي أَوْ عَقْبِي أَوْ نَسْلِي، دَخَلَ فِيهِ أَوْلَادُ الْبَنِينَ وَالْبَنَاتِ قَرِيبُهُمْ وَبَعِيدُهُمْ.

وَعَنْ مَالِكٍ وَأَحْمَدَ: أَنَّ أَوْلَادَ الْبَنَاتِ لَا يَدْخُلُونَ.

لَنَا قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَمِنْ ذُرِّيَّتِهِ دَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ﴾ [الأنعام - ٨٤] إِلَى أَنْ ذَكَرَ عَيْسَى، وَلَيْسَ هُوَ إِلَّا وَلَدُ الْبَنَاتِ، وَإِذَا حَدَّثَ حَمَلٌ، قَالَ فِي «التتمة»: يَوْقَفُ نَصْبِيهِ؛ لِأَنَّهُ مِنْ نَسْلِهِ وَعَقْبِهِ لَا مُحَالَةً.

وَمِنْهَا: اسْمُ الْمَوْلَى يَقَعُ عَلَى الْمُعْتَقِ، وَيُقَالُ: لَهُ الْمَوْلَى الْأَعْلَى، وَعَلَى الْمُعْتَقِ وَيُقَالُ لَهُ: الْمَوْلَى الْأَسْفَلُ، وَإِذَا وَقَفَ عَلَى مَوَالِيهِ، وَلَيْسَ لَهُ إِلَّا أَحَدُهُمَا فَالْوَقْفُ عَلَيْهِ، وَإِنْ وَجَدَا جَمِيعاً، فَفِيهِ أَوْجُهُ:

أَحَدُهُمَا: وَيُحَكَى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَاخْتِيَارَ ابْنِ الْقَطَّانِ: أَنَّهُ يَصْحُحُ، وَيَقْسَمُ بَيْنَهُمَا؛ لِتَنَاوُلِ الْأَسْمِ لِهَمَا، وَذَكَرَ فِي «التتمة» أَنَّ هَذَا أَصَحُّ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ يَبْتَطُلُ الْوَقْفُ؛ لِمَا فِي الْمَضْرَفِ مِنَ الْإِبْهَامِ وَالْإِجْمَالِ، وَامْتِنَاعِ حَمْلِ اللَّفْظِ الْوَاحِدِ عَلَى الْمَعْنَيْنِ الْمُخْتَلِفَيْنِ، وَهَذَا أَرْجَحُ عِنْدَ صَاحِبِ الْكِتَابِ. وَالثَّلَاثُ: أَنَّهُ لِلْمُعْتَقِ؛ لِأَنَّهُ أَنْعَمَ عَلَيْهِ بِالْإِعْتِقَاقِ، فَهُوَ أَحَقُّ بِالْمُكَافَأَةِ.

وَالرَّابِعُ: حِكَاةُ الْمَتَوَلَّى؛ أَنَّهُ لِلْمُعْتَقِ لِإِطْرَادِ الْعَادَةِ بِإِحْسَانِ السَّادَةِ إِلَى الْعَتَقَاءِ، وَمِنْ أَخْوَاتِهَا أَنَّهُ لَوْ وَقَفَ عَلَى عِثْرَتِهِ، فَعَنِ ابْنِ الْأَعْرَابِيِّ وَثَعْلَبَ أَنَّهُمْ ذُرِّيَّتُهُ، وَعَنْ الْقَتَيْبِيِّ أَنَّهُمْ عَشِيرَتُهُ، فَفِيهِ وَجْهَانِ لِلأَضْحَابِ:

أَظْهَرُهُمَا: الثَّانِي، وَقَدْ رُوِيَ ذَلِكَ عَنْ زَيْدِ بْنِ أَرْزَمٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ <sup>(١)</sup> - وَلَوْ قَالَ: عَلَيَّ عَشِيرَتِي، فَهُوَ كَمَا لَوْ قَالَ: قَرَابَتِي، وَإِذَا قَالَ: عَلَيَّ قَرَابَتِي أَوْ أَقْرَبِ النَّاسِ إِلَيَّ، فَعَلَى مَا سَيَأْتِي فِي الْوَصِيَّةِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ.

(١) قَالَ النَّوَوِيُّ: هَذَانِ الْمَذْهَبَانِ، مَشْهُورَانِ لِأَهْلِ اللُّغَةِ، غَيْرِ مُخْتَصِمِينَ بِالْمَذْكَورِينَ، لَكِنْ أَكْثَرُ مِنْ جَعَلَهُمْ عَشِيرَتَهُ، خِصْمَهُمُ بِالْأَقْرَبِينَ. قَالَ الْأَزْهَرِيُّ: قَالَ بَعْضُ أَهْلِ اللُّغَةِ: عِثْرَتُهُ: عَشِيرَتُهُ الْأَدْنُونُ. وَقَالَ الْجَوْهَرِيُّ: عِثْرَتُهُ: نَسْلُهُ وَرَهْطُهُ الْأَدْنُونُ. وَقَالَ الزَّبِيرِيُّ: عِثْرَتُهُ: أَقْرَبَاؤُهُ مِنْ وَلَدٍ وَغَيْرِهِ، وَمَقْتَضَى هَذِهِ الْأَقْوَالُ أَنَّهُ يَدْخُلُ ذَرِيَّتُهُ عَشِيرَتَهُ الْأَدْنُونُ، وَهَذَا هُوَ الظَّاهِرُ الْمُخْتَارُ.

وفي «التتمة» أنه إذا قال: على قبيلتي أو عشيرتي، لم يدخل فيه إلا قرابة الأب، ثم إذا كانوا غير محصورين في العادة، فقد سبق حكاية الخلاف فيه. والحادثون بعد الوقف يشاركون الموجودين عند الوقف.

وعن البُزيطي منعه، ويُزعى شرط الواقف في الأقدار وصفات المستحقين، وزمان الأستحقاق، فلو وقف على أولاده وشرط التسوية، وتفضيل الذكر على الأنثى كما في الميراث، أو بالعكس أو لتسوية، أتبع شرطه، وكذا لو وقف على العلماء بشرط أن يكونوا على مذهب كذا، أو على الفقراء بشرط الغزبية<sup>(١)</sup> أو الشينخوخة.

ولو قال: وقفت على بني الفقراء، أو على بناتي الأرمال، فمن استغنى منهم، وتزوج منهن، خرج عن الأستحقاق، فإذا عاد فقيراً، أو طلقها زوجها، عاد الاستحقاق<sup>(٢)</sup>. وفي «الزيادات» للعبادي أنه لو وقف على أمهات أولاده إلا من تزوج منهن، فتزوجت، خرجت، ولا يعود [على] الاستحقاق إذا طلقت، ويُشبه أن يقال: ليس هذا وجهاً مخالفاً للأول، ويُفرق بينهما، إما من جهة اللفظ بأن هناك أثبت الأستحقاق لبناته، إذا كن أرمال، وإذا طلقت، حصلت الصفة، وهنا أثبت الاستحقاق لها إلا أن تزوج، وهذه، طلقت، صدق عليها أنها تزوجت.

وإما من جهة المعنى، فإن غرض الواقف ههنا، إن بقي له أمهات أولاده ولا يختلف عليهن غيره، فمن تزوجت منهن، لم تكن وافية، طلقت أو لم تطلق.

ولو شرط صرف غلة السنة الأولى: إلى قوم، وغلة السنة الثانية إلى آخرين، وهكذا ما بقوا، أتبع شرطه. ولو قال: وقفت على أولادي، فإذا انقضت أولادي، وأولاد أولادي، فعلى الفقراء، فهذا وقف منقطع الوسط؛ لأنه لم يجعل لأولاد الأولاد شيئاً، وإنما شرط انقراضهم؛ لاستحقاق الفقراء، وفيه وجه: أنهم يستحقون بعد انقراض أولاد الصلب؛ لأن اشتراط انقراضهم يشعر بإثبات الأستحقاق لهم.

ولو وقف على بنيه الأربعة على أن من مات منهم، وله عقب، فنصيبه لعقبه، ومن مات، ولا عقب له، فنصيبه لسائر أرباب الوقف، ثم مات أحدهم عن ابن وآخر عن ابنين، وثالث، ولا عقب له، فيجعل نصيب الثالث بين الرابع وابن الأول وابني الثاني بالسوية.

(١) في ب: القرية.

(٢) قال النووي: ولم أر لأصحابنا تعرضاً لاستحقاقها في حال العدة وينبغي أن يقال: إن كان الطلاق بائناً أو فارق بفسخ أو وفاة، استحققت، لأنها ليست بزوجة في زمن العدة وإن كان رجعيًا، فلا، لأنها زوجة.



ولو قال: وَقَفْتُ عَلَى بَنِي الْخَمْسَةِ، وَعَلَى مَنْ سِوَلَدٍ لِي عَلَى مَا سَأَفْضَلُهُ، ثُمَّ فَضَّلَ وَقَالَ: صَنِيعَةٌ كَذَا لِأَبْنِي فُلَانٍ، وَضِيعَةٌ كَذَا لِفُلَانٍ، إِلَى أَنْ ذَكَرَ الْخَمْسَةَ، ثُمَّ قَالَ: وَأَمَّا مَنْ سِوَلَدٍ لِي، فَنَصِيبُهُ إِنْ مَاتَ مِنَ الْخَمْسَةِ، وَلَا عَقَبٌ لَهُ فَيَصْرِفُ حَقَّهُ إِلَيْهِ، فَمَاتَ وَاحِدًا، وَلَا عَقَبَ لَهُ، وَوَلَدٌ لِلْوَقْفِ وَلَدٌ يُصْرَفُ إِلَيْهِ نَصِيبٌ مَنِ مَاتَ، وَلَمْ يَعْقِبْ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَطْلُبَ شَيْئًا آخَرَ؛ لِقَوْلِهِ أَوْلَى: وَقَفْتُ عَلَى بَنِي، وَعَلَى مَنْ سِوَلَدٍ لِي فَإِنَّ التَّفْصِيلَ الْمَذْكُورَ آخِرًا بَيَانٌ لِمَا أَجْمَلَهُ أَوْلَى، وَقَدْ جَرَتْ عَادَةُ الشُّرُوطِيِّينَ بِمِثْلِهِ.

ولو قال: وَقَفْتُ عَلَى سُكَّانِ مَوْضِعٍ كَذَا، فَغَابَ بَعْضُهُمْ سَنَةً، وَلَمْ يَبِعْ دَارَهُ، وَلَا اسْتَبَدَّلَ دَارًا، لَا يَبْتَطُلُ حَقَّهُ هَكَذَا ذَكَرَهُ الْعَبَّادِيُّ. وَلَوْ وَقَفَّ عَلَى زَيْدٍ بِشَرَطٍ أَنْ يَسْكُنَ مَوْضِعَ كَذَا، ثُمَّ بَعْدَهُ عَلَى الْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ، فَهَذَا وَقَفَّ فِيهِ انْقِطَاعٌ؛ لِأَنَّ الْفُقَرَاءَ إِنَّمَا يَسْتَحِقُّونَ بَعْدَ انْقِرَاضِهِ، وَاسْتِحْقَاقُهُ مَشْرُوطٌ بِشَرَطٍ قَدْ يَتَخَلَّفُ، وَالصَّفَّةُ وَالِاسْتِثْنَاءُ عَقِيبَ الْجَمَلِ الْمَعْطُوفِ بَعْضُهَا عَلَى بَعْضٍ يَرْجِعَانِ إِلَى الْكُلِّ.

مثال الصفة: وَقَفْتُ عَلَى أَوْلَادِي وَأَخْفَادِي وَإِخْوَتِي الْمَحَاوِجِ مِنْهُمْ.

ومثال الاستثناء: وَقَفْتُ عَلَى أَوْلَادِي وَأَخْفَادِي وَإِخْوَتِي إِلَّا أَنْ يَفْسُقَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ، هَكَذَا أَطْلَقُوهُ وَرَأَى الْإِمَامُ تَقْيِيدَهُ بِقَيْدَيْنِ:

أحدهما: أَنْ يَكُونَ الْعَطْفُ بِالرَّوَاكِ الْجَامِعَةِ، فَأَمَّا إِذَا كَانَ الْعَطْفُ بِكَلِمَةٍ، «ثُمَّ» قَالَ: يَخْتَصُّ الصَّفَّةُ وَالِاسْتِثْنَاءُ بِالْجُمْلَةِ الْآخِرَةِ.

والثاني: الْأَيْتَخَلَّلَ بَيْنَ الْجُمْلَتَيْنِ كَلَامٌ طَوِيلٌ، فَإِنْ تَخَلَّلَ كَمَا لَوْ قَالَ: وَقَفْتُ عَلَى أَوْلَادِي عَلَى أَنْ مَنْ مَاتَ مِنْهُمْ وَأَعْقَبَ [فَنَصِيبُهُ بَيْنَ أَوْلَادِهِ] ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾ [النساء - ١١]، وَإِنْ لَمْ يُعْقَبْ<sup>(١)</sup> فَنَصِيبُهُ لِلَّذِينَ مِنْ دَرَجَتِهِ، فَإِذَا انْقَرَضُوا، فَهُوَ مَضْرُوفٌ إِلَى إِخْوَتِي، إِلَّا أَنْ يَفْسُقَ أَحَدُهُمْ، فَأَلِاسْتِثْنَاءُ يَخْتَصُّ بِالِاخْوَةِ وَالصَّفَّةُ الْمَتَقَدِّمَةُ عَلَى جَمِيعِ الْجَمَلِ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ: وَقَفْتُ عَلَى مَحَاوِجِ أَوْلَادِي، وَأَوْلَادِ أَوْلَادِي، وَإِخْوَتِي كَالْمَتَأَخَّرَةِ عَنْ جَمِيعِهَا حَتَّى يَعْتَبَرَ الْحَاجَةُ فِي الْكُلِّ.

قَالَ الْعَزَّالِيُّ: الْفَضْلُ الثَّانِي فِي الْأَحْكَامِ الْمَعْنَوِيَّةِ وَحُكْمِ الْوَقْفِ اللَّزُومِ (ح) فِي الْحَالِ وَإِنْ لَمْ يُضَفَّ إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ، وَتَأْيِيرُهُ إِزَالَةَ الْمِلْكِ وَحَبْسُ التَّصْرِيفِ عَلَى الْمَوْقُوفِ، ثُمَّ إِنْ كَانَ مَسْجِدًا فَهُوَ فَكٌ مِنَ الْمِلْكِ كَالْتَّخْرِيرِ، وَلَوْ وَقَفَّ عَلَى مُعَيَّنٍ فَهُوَ مِلْكٌ (و) لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ، وَلَوْ وَقَفَّ عَلَى جِهَةٍ عَامَّةٍ فَالْمِلْكُ مُضَافٌ إِلَى اللَّهِ، وَقِيلَ بِإِطْلَاقِ ثَلَاثَةِ أَقْوَالٍ: أَحَدُهَا: أَنَّهُ لِلْوَقْفِ (ح) وَلَمْ يَزَلْ مِلْكُهُ بِدَلِيلِ اتِّبَاعِ شَرْطِهِ. وَالثَّانِي:

(١) سقط في: ب.

أَنَّهُ لِلَّهِ (م) وَإِذْ لَا تَصْرَفُ لِأَحَدٍ فِيهِ. وَالثَّالِثُ: أَنَّهُ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ (ح م) فَإِنَّهُ الْمُتَصْرَفُ بِالْإِنْتِفَاعِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْأَحْكَامُ الْمَعْنَوِيَّةُ:

منها اللزوم في الحال، سواء أضافه إلى ما بعد الموت، أو لم يضيفه، وسواء سلمه أو لم يسلمه، وسواء قضي به قاضٍ أو لم يقض<sup>(١)</sup>، وعن أبي حنيفة - رضي الله عنه - أَنَّ الْوَقْفَ كَالْعَارِيَةِ يَزْجَعُ عَنْهُ، مَتَى شَاءَ إِلَّا أَنْ يُوجِبِي بِهِ، فَيَلْزَمُ بَعْدَ الْمَوْتِ أَوْ يَقْضِي بِهِ قَاضٍ، فَيَلْزَمُ. وَعَنْ أَحْمَدَ رَوَايَةً: أَنَّهُ لَا يَلْزَمُ إِلَّا بِالتَّسْلِيمِ.

وَإِذَا لَزِمَ، امْتَنَعَتِ التَّصْرُفَاتُ الْقَادِحَةُ فِي عَوْضِ الْوَقْفِ، وَشَرَطُ الْوَاقِفِ عَلَى الْوَاقِفِ وَعَلَى غَيْرِهِ.

وَأَمَّا رِقْبَةُ الْوَقْفِ، فَالِنَصُّ هَا هُنَا أَنَّهُ يَمْلِكُ الْوَاقِفُ يَزُولُ عَنْهَا، وَأَنَّ الْمَوْقُوفَ عَلَيْهِ لَا يَمْلِكُهَا، وَإِنَّمَا يَمْلِكُ الْمَنْفَعَةَ، وَذَكَرَ فِي «الشَّهَادَاتِ» أَنَّ مَدْعِيَ الْوَقْفِ، إِذَا أَقَامَ شَاهِدًا وَاحِدًا، حَلَفَ مَعَهُ، وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ يَمْلِكُ الْوَقْفَ، فَلِلْأَصْحَابِ فِي الْمَسْأَلَةِ طُرُقٌ؛ أَخْتَصَرَهَا أَنْ فِي طُرُقِ الْوَاقِفِ قَوْلَيْنِ:

أَصْحُوهَا: وَهُوَ الْمَنْصُوصُ: أَنَّهُ مِلْكُهُ يَزُولُ؛ لِأَنَّهُ تَصْرَفٌ يَقْطَعُ تَصْرُفَهُ فِي الرِّقْبَةِ، وَاسْتِحْقَاقَهُ الْمَنْفَعَةَ، فَاشْبَهَ الْعِثْقَ وَالصَّدَقَةَ.

وَالثَّانِي: وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ: أَنَّهُ لَا يَزُولُ مِلْكُهُ؛ لِأَنَّ شَرْطَةَ مُتَّبِعٍ، وَلَوْ زَالَ، لَمَّا اتَّبَعَ، وَيُحْكَمُ هَذَا عَنْ اخْتِيَارِ الْقَاضِي الْحُسَيْنِ، وَأَنَّ ابْنَ سُرَيْجٍ خَرَّجَهُ مِنْ نَصِّ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فِي الْوَقْفِ الْمُنْقَطِعِ؛ أَنَّهُ يُصْرَفُ إِلَى أَقْرَبِ النَّاسِ إِلَى الْوَاقِفِ وَنَظَائِرِهِ.

وَإِذَا قَلْنَا بِالْأَوَّلِ، فإِلَى مَنْ يَنْتَقِلُ؟

أَظْهَرَ الطُّرُقِ أَنَّهُ عَلَى قَوْلَيْنِ:

وَأَصْحُوهَا: وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّهُ يَنْتَقِلُ إِلَى اللَّهِ - تَعَالَى - كَالْعِثْقِ، وَمَعْنَاهُ أَنَّهُ يَنْفَكُ عَنْ اخْتِصَاصَاتِ الْأَدْمِيَّةِ.

وَالثَّانِي: وَبِهِ قَالَ أَحْمَدُ: أَنَّهُ يَنْتَقِلُ إِلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ كَالصَّدَقَةِ، وَهَذَا مَخْرُجٌ مَأْخُودٌ مِنَ النِّصْنِ الْمَذْكُورِ فِي «الشَّهَادَاتِ».

(١) قَالَ النَّوَوِيُّ: وَسِوَاهُ فِي هَذَا كَانَ الْوَقْفُ عَلَى جِهَةٍ، أَوْ شَخْصٍ، وَسِوَاهُ قَلْنَا: الْمَلِكُ فِي رِقْبَةِ الْوَقْفِ لِلَّهِ تَعَالَى، أَمْ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ، أَمْ بَاقٍ لِلْوَاقِفِ، وَلَا خِلَافَ فِي هَذَا بَيْنَ أَصْحَابِنَا إِلَّا مَا شَدَّ بِهِ الْجِرْجَانِيُّ فِي «التَّحْرِيرِ» فَقَالَ: إِذَا كَانَ عَلَى شَخْصٍ وَقَلْنَا: الْمَلِكُ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ، افْتَقَرَ إِلَى قَبْضِهِ كَالهَبَةِ، وَهَذَا غَلَطٌ ظَاهِرٌ وَشَدُودٌ مُرَدُّدٌ، نَبِهْتُ عَلَيْهِ لِتَلَّا يُعْتَرَّ بِهِ.

والطريقة الثانية: القطع بالأول، وثبوته بالشاهد واليمين؛ لأن المقصود منه إظهار استحقاق المنفعة، لا لأن الرقبة ملك له.

والثالثة: عن رواية القاضي أبي الطيب: القطع بالقول الثاني، وحمل ما ذكره ها هنا على أنه لا يملك البيع ونحوه من التصرفات، هذا كله فيما إذا وقف على شخص معين أو جهة عامة. وأما إذا جعل البقعة مسجداً أو مقبرة، فهو فك عن الملك؛ كتحرير الرقبة، فينقطع عنها اختصاصات الأدميين، وليس ذلك موضع الخلاف. وقوله في الكتاب: «وإن كان على معين...» إلى آخر الأقوال الثلاثة يخرج منه طريقتان:

إحدهما: أنه إذا وقف على معين، فهو ملك الموقوف عليه بلا خلاف، وإن وقف على جهة عامة، فالملك لله - تعالى - بلا خلاف.

والثانية: أن في الحالتين الأقوال الثلاثة، ثم إنه اختار الطريقة الأولى، واستبعد نقل الملك إلى الله - تعالى - في الموقوف على المعين؛ لأنه ليس من القربات، ونقل الملك إلى الموقوف عليه في الجهات العامة؛ لأن الوقف قد يكون على الرباطات، والقناطر، وما لا ينسب إليه ملك، هكذا وجه<sup>(١)</sup> في «الوسيط».

وأعلم أن عامة الأصحاب ساكتون عن الطريقة الأولى، وعن الفرق بين أن يوقف على معين أو على جهة عامة.

والأظهر عندهم من الأقوال إضافة الملك إلى الله - تعالى - ولهم أن يقولوا في الجواب أما أن الواقف على المعين، ليس من القربات، ففيه كلام، وعلى التسليم، فليس المعنى، بكون الملك لله - تعالى - سوى انفكاك المحل عن ملك الأدميين، واختصاصهم، وذلك لا يتوقف على القرية، وقصدها؛ ألا ترى أن الكافر إذا أعتق، صار العتق لله - تعالى - وإن لم يكن منه قرية.

وأما الثاني: فقد قدمنا أن المسجد، والرباط قد يكون لهما ملك، كما يكون عليهما وقف.

وقوله في الكتاب: «وقيل بإطلاق ثلاثة أقوال» لا يتعلق بقوله: «ثم إن قال مسجداً» بل الغرض منه الإشارة إلى حالتَي الوقف على المعين، على الجهة العامة.

وقوله في أول الفصل: «وتأثيره إزالة الملك» الأشبه أن تعود الكتابة إلى اللزوم، يعني أن تأثير اللزوم إزالة الملك، ثم إن كان المراد منه ملك [الرقبة، ففيه الخلاف المذكور من بعد، وإن كان المراد ملك] التصرف والمنفعة، فهو قريب من قوله بعده:

(١) في د: وجد.

«وحبس التصرف على الموقوف ويجوز أن يفسر قوله «وحبس التصرف على الموقوف» بقصر التصرف على ما يلائم غرض الوقف، وينفع الموقوف عليه.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَيَمْلِكُ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ الْعَلَّةَ وَالشَّمْرَةَ وَالصُّوفَ وَالْوَبَرَ مِنَ الْحَيَوَانِ وَيَدَلَّ مَنَفَعَةُ الْبُضْعِ وَالْبَدَنِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ الْوَطْءُ لِلشَّبَهَةِ، وَهَلْ يَمْلِكُ نَتَاجَهُ؟ فِيهِ خِلَافٌ لِأَنَّهُ يَتَرَدَّدُ بَيْنَ وُلْدِ الضَّحِيَّةِ وَهُوَ ضَّحِيَّةٌ وَيَبْنِي لَبَنِ الْحَيَوَانِ الْمَوْقُوفِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قَاعِدَةُ الْفَضْلِ أَنَّ فَوَائِدَ الْوَقْفِ وَمَنَافِعَهُ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ يَتَصَرَّفُ فِيهَا تَصَرُّفَ الْمَلَائِكِ فِي الْأَمْلاكِ، فَإِنَّ الْوَقْفَ كَذَلِكَ يَنْشَأُ، وَيَفْضُلُهَا أَنَّ الْوَقْفَ، إِنْ كَانَ شَجَرَةً، مَلَكَ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ ثَمَارَهَا، لَا يَمْلِكُ أَغْصَانَهَا، إِلَّا فِيمَا يَعْتَادُ قَطْعَهُ؛ كَشَجَرَةِ الْخِلَافِ فَأَغْصَانَهَا كَثْمَارٍ غَيْرِهَا<sup>(١)</sup>.

وإن كان الوقف بهيمة، ملك الصوف والوبر واللبن، وفي التناج وجهان: أظهرهما: أن يملكه أيضاً؛ كاللبن والثمرة.

الثاني: لا، بل يكون وقفاً؛ تبعاً للأُم، كما أن ولد الأضحية يكون أضحية، وبالأول قطع أبو الفرج السرخسي في التعم.

وقال: فإن المطلوب منها الدر والنسل، والوجهان في ولد الفرس والجمار.

وحكى فيه وجهاً ثالثاً ضعيفاً؛ أنه لا حق فيه للموقوف عليه، بل يُضَرَفُ إِلَى أَقْرَبِ النَّاسِ إِلَى الْوَاقِفِ إِلَّا إِذَا صَرَّحَ بِخِلَافِهِ، وَهَذَا الْخِلَافُ فِي النَّتَاجِ الْحَادِثِ بَعْدَ الْوَقْفِ، فَإِنْ وَقَفَ الْبَهِيمَةَ، وَهِيَ حَامِلٌ، وَقَلْنَا: إِنَّ الْحَادِثَ بَعْدَ الْوَقْفِ وَقَفُ، فَهِيَ أَوْلَى، وَإِلَّا، فَوَجْهَانِ بِنَاءٍ عَلَى أَنَّ الْحَمْلَ، هَلْ لَهُ حُكْمٌ؟ وَمَا ذَكَرْنَاهُ فِي الدَّرِّ وَالنَّسْلِ مَفْرُوضٌ فِيمَا إِذَا أُطْلِقَ، أَوْ شَرَطَهُمَا لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ أَمَا إِذَا وَقَفَ الدَّابَّةَ عَلَى رُكُوبِ إِنْسَانٍ، وَلَمْ يَشْرَطْ لَهُ الدَّرَّ وَالنَّسْلَ. قِيلَ: حُكْمُ الدَّرِّ وَالنَّسْلِ حُكْمُ وَقْفِ مَنْقَطِعِ الْآخِرِ.

وقال صاحب «التَّهْدِيْبِ»: يَتَّبَعِي أَنْ يَكُونَ لِلْوَاقِفِ، وَهَذَا أَوْجَهُ، لِأَنَّ الدَّرَّ وَالنَّسْلَ

(١) مراد المصنف بالثمرة، الحادثة بعد الوقف بدليل ما ذكره فيما بعد في الولد والتناج، أما الثمرة الموجودة حال الوقف، فلا شك في أنها للواقف بل عن «مجرد» القاضي أبي الطيب أنه لو قال: وقفت هذا البستان بجميع حقوقه، دخل في الوقف كل متصل به كالبيع إلا الثمار فإن وقفها غير جائز، قيل: وإن كانت غير موبرة فلم لا يقال: إنها للموقوف عليه تبعاً.

قال الزركشي: صرح به الدارمي في الاستذكار وجعلها للواقف إذا كانت موبرة ثم قال: فإن لم تؤبر فقولان واستثنى الإمام في النهاية أيضاً إذا شرط قطع أغصان الأشجار مع بقائها ولعله فيما لا يموت بقطع غصنه لا في كل شجرة، ويقرب منه ما حكاه الروياني عن ابن سريج أنه إذا وقف أصل الشجرة دون أغصانها جاز قطعها ويعها.

لا مَضْرَفَ لهما أولاً ولا آخِراً، بل هما غَيْرُ داخِلَيْنِ في الوقف، ونظيرُ المسألة في أنَّ الوقف لبَعْضِ المنافع، والفوائد خاصَّة، هل يجوز؟ لجوازه شواهدُ نذكرها على الأثر، وأيضاً، فقد ذكروا أنه لو وقِفَ ثور؛ للإنزاء، جاز، ولا يجوز أستعمالُه في الحراثة.

ولا يَجُوزُ ذَبْحُ البهيمةِ المَوْقُوفَةِ المأكولة، وإن خَرَجَتْ عن الأنتفاع، كما لا يجوزُ إعتاق العَبْد، لكن إذا صارت بحيث يَقطعُ بموتها، لو لم يُدْبَح.

قال في «التتمة»: يَجُوزُ ذَبْحُها للضرورة، ويأخُ اللّخْمُ في أحد الطريقتين، ويشترِي بئمنه<sup>(١)</sup> بهيئةً من جنسها وتوقف.

وفي الثاني: إن قلنا: إنَّ المَلِكُ في الوقف لله - تعالى - فعلى الحاكم ما يرى فيه المصلحة. وإن قلنا: للواقف أو للموقوف عليه، صرف إثنين، وإذا ماتت البهيمة الموقوفة فالموقوف عليه أولى بجلدها، وإذا دبغها، ففي عودِه وفقاً وجهاً.

قال في «التتمة»: الظاهرُ العودُ.

والمنافع المستحقَّة للموقوف عليه يجوز أن يستوفيهَا بنفسه، ويجوز أن يقيم غيره مقامه بإعارة منه، أو بإجارة، وتضرف الأجرةُ إليه، هذا إذا كان الوقف مُطلقاً.

أما إذا قال: وقفتُ دارِي؛ ليسكنها من يُعلم الصيَّانَ في هذه القرية، فللمعلم أن يسكنها، وليس له أن يسكن غيره بأجرة، ولا بغير أجرة<sup>(٢)</sup>.

ولو قال: وقفتُ دارِي على أن تستغل، وتضرفُ غلتها إلى فلان، تعين الاستغلال، ولم يجز له أن يسكنها كذا ذكرت الصورتان فيما جُمع من فتاوى الفقهاء وغيره وفيهما تخصيصُ بعضِ المنافع والفوائد بالوقف، وفي الوقف المطلق، لو قال الموقوف عليه؛ أسكن الدار، فقال القيم: أكرهها؛ لأضرف الغلة إلى ممرتها، فله أن يكره<sup>(٣)</sup>. ومتى

(١) في ز: بقيته.

(٢) ما فكره الفقهاء من امتناع العارية في مسألة تعليم الصيَّان يوافق قول الإمام المذهب الظاهر الذي قطع به الأئمة أنه لو وقف داراً على معين وشرط ألا يسكنها ولا يؤجرها، ليس لهم أن يتعدوا موجب شرطه كالرباط والمدرسة، قال الزركشي: لكن عمل الناس على خلافه، ولم يزل الناس يسمحون بإعارة بيت المدرس والشيخ في الرباط، فإذا اقتضى الرفاه ذلك ولم يف بها غرض الواقف لم يمتنع، وعن الشيخ محيي الدين أنه لما تولى دار الحديث بالآشرفية وبها قاعة للشيخ لم يسكنها وأسكنها غيره ويؤيده ما في كتاب الصلح في الصلح على خدمة أن لصاحب الخدمة أن يخدمه غيره ويؤجر غيره في مثل عمله.

(٣) قال في الخادم: كان هذا فيما إذا اقتضى الحال الترميم بخلاف ما إذا كانت سليمة؛ لأنه مجرد عناد. نعم لو كان الواقف شرط أن يسكن ولا يؤجر فيحتمل اتباع الشرط ويؤيده إطلاق الإمام السالف قريباً.

وجب المَهْرُ بوطء الجارية المَوْقُوفَة، فهو للمَوْقُوفِ عَلَيْهِ، كاللبن والشمرة؛ لَأَنَّهُ من الفوائد، وهو المراد؛ بقوله: «وبذل منفعة البُضْعِ وبذل منفعة البدن» هو الأجرَة، وقد يَبْنَاهَا<sup>(١)</sup>.

وأما قوله: «وإن لم يكن الوطء للشبهة»، فاعلم أن وطء الجارية المَوْقُوفَة كما لا يجوز للأجنبي، لا يجوز للواقف، ولا للمَوْقُوفِ عَلَيْهِ.

أما، إذا لم نثبت الملك لهما، فظاهر.

وأما إذا أثبتناه، فلأنه ملك، ناقص لم يحدث نقصانه بوطء سابق، فلا يفيد حلّ الوطء، ويخرج بالقيّد المذكور وطء أم الولد، ولا يلزم وطء العبد الجارية التي ملكها السيد إياه، حيث يجوز على رأي، تفرعاً على القديم؛ لأن الملك تم غير ناقص، وإنما الناقص المالك، فهي كجارية المَجْنُونِ يطؤها ولا يتصرف فيها؛ لنقصانه، فإن وطئت المَوْقُوفَة، لم تخل عن أحوال:

إحداها: أن يطأها أجنبي، فإن لم يكن هناك شبهة، فعليه الحد، والولد رقيق، ثم هو وقف أو ملك مطلق على وجهين، كما في نتاج البهيمه، ويجب المهر، إن كانت مكرهة، وإن كانت مطاوعة عالمة بالحال، ففيه خلاف، وقد سبق في موضعه.

وإن كان هناك شبهة فلا حد، ويجب المهر، والولد حرّ وعليه قيمته، ويكون ملكاً للمَوْقُوفِ عَلَيْهِ، إن جعلنا الولد ملكاً، وإلا فيشتري بها عبد ويوقف.

الثانية: أن يطأها المَوْقُوفِ عَلَيْهِ، فإن لم تكن، شبهة فقد قيل: لا حدّ عليه لشبهة الملك، وهذا ما أورده صاحب «الشامل» والأصح: أنه يئبى على أقوال الملك، إن جعلناه له، فلا حدّ، وإلا، فعليه الحد، ولا عبرة بملك المنفعة، كما لو وطئ الموصى له بالمنفعة الجارية<sup>(٢)</sup>، والولد ملك أو وقف فيه الوجهان.

وإن وطئ بشبهة، فلا حدّ، والولد حرّ ولا قيمة عليه، إن ملكناه ولد المَوْقُوفَة، وإن جعلناه وقفاً، فيشتري به عبداً حرّاً ويوقف، وتصير الجارية أم ولد له، إن قلنا: إن الملك للمَوْقُوفِ عَلَيْهِ، فتعتق بموته، وتؤخذ قيمتها من تركته، ثم هي لمن يتقل الوقف إياه بعده ملكاً أم يشتري بها جارية وتوقف؟ فيه خلاف نذكره في قيمة العبد الموقوف،

(١) في د: قد مناها.

(٢) قال في القوت: هذا الترجيح والتوجيه ضعيفان، فقد جزم بعدم الحد مطلقاً القاضي أبو الطيب والرويانى والإمام الغزالي في البسيط، وحكى عن رواية القاضي الحسين عن الأصحاب مطلقاً، وصرح أبو الطيب في المجرد والرويانى في البحر بأنه لا حد لأنه يسقط بالشبهة، فهذا هو المذهب، وأما التوجيه فقد ذكرا في باب الوصايا أن الصحيح أنه لا حد على الموصى للشبهة. انتهى.

إذا قِيلَ، ولا مَهَرَ على المَوْقُوفِ عَلَيْهِ بحالٍ؛ لأنه لو وجب، لوجب له .

الثالثة: أن يطأها الواقفُ، فإن لم يكن الوطاء بشبهة، تفرع على الخلاف في المِلك، إن لم نجعل المِلكَ له، فعليه الحدُّ والولدُ رقيقٌ، وفي كونه ملكاً أو وقفاً الوجهان، ولا تكون الجاريةُ أمٌ وِلِدُ لَه، وإن جعلنا المِلكَ له، فلا حدَّ .

وفي نفوذ الاستيلاء، إن استولدها الخلافُ في استيلاء الراهن؛ لتعلق حقِّ الموقوفِ عَلَيْهِ بها، وهذا أولى بالمنع، وإن وطئ بشبهة، فلا حدَّ، والولدُ حرٌّ نسيبٌ، وعَلَيْهِ قيمتهُ، وفيما يفعل بها الوجهان، وتصيرُ أمٌ وِلِدُ له، إن ملكناه، يعتقُ بموته، وتؤخذُ قيمتها من تركته، وفيما يفعلُ بها الخلافُ .

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَالظَّاهِرُ (و) أَنَّهُ يُمَكِّنُ تَزْوِيجَهَا ثُمَّ يَتَوَلَّى التَّزْوِيجَ مَنْ نَقُولُ: إِنَّ الْمِلكَ فِيهَا لَهُ، فَإِنْ قُلْنَا: لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ فَلَا يَسْتَشِيرُ أَحَدًا، وَإِنْ قُلْنَا: لِلَّهِ فَالسُّلْطَانُ يَسْتَشِيرُ الْمَوْقُوفَ عَلَيْهِ (و).

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِي تَزْوِيجِ الْجَارِيَةِ الْمَوْقُوفَةِ وَجِهَان:

أَحَدُهُمَا: الْمَنْعُ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ نُقْصَانِ قِيمَتِهَا وَمَنْفَعَتِهَا، وَأَلْتَهَا، إِذَا حَبَلَتْ، ضَعُفَتْ عَنِ الْعَمَلِ، وَرَبُّمَا مَاتَتْ فِي الطَّلُقِ، فَيَتَضَرَّرُ بِهِ أَرْبَابُ الْوَقْفِ .

وَأَظْهَرُهُمَا: الْجَوَازُ تَحْصِينًا لَهَا، وَأَيْضًا، فَإِنَّ النِّكَاحَ عَقْدٌ عَلَى الْمَنْفَعَةِ، فَلَا يَمْنَعُ بِالْوَقْفِ؛ كِلَا جَارَةٍ، وَعَلَى هَذَا فَإِنْ جَعَلْنَا الْمِلكَ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ، فَهُوَ الَّذِي يَلِي تَزْوِيجَهَا، وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى اسْتِشَارَةِ أَحَدٍ .

وإن قلنا: لله تعالى فيزوجها له السلطان، ويستشير الموقوف عليه؛ لأن الحق في منافعتها له وكذا إن قلنا: إنه للواقف فيزوجها بإذن الموقوف عليه، وهذا جواب المعظم، وحكى صاحب الكتاب في «الوسيط» وغيره وجهين في أن السلطان، هل يستشير الموقوف عليه؟ أنه، هل يستشير الواقف أيضاً؟ ويلزم مثله في استشارة الواقف، إذا زوج الموقوف عليه، والمهر للموقوف عليه بكل حال، وولدها من الزوج للموقوف عليه ملكاً، أو وقفاً على الخلاف الذي سبق<sup>(١)</sup>.

فَرَع:

لَيْسَ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِهَا، إِنْ قُلْنَا: إِنَّهَا مِلْكُهُ، وَإِلَّا، فَقَدْ قِيلَ بِجَوَازِهِ . وَالظَّاهِرُ: الْمَنْعُ؛ أَحْتِيَاظًا، وَعَلَى هَذَا، فَلَوْ وَقَفْتَ عَلَيْهِ زَوْجَتَهُ، أَنْفَسَخَ النِّكَاحَ .

(١) قال النووي: ولو طلبت الموقوفة التزويج، فلمهم الامتناع.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَتَوَلِيَّةُ أَمْرِ الْوَقْفِ إِلَى مَنْ شَرَطَ لَهُ الْوَاقِفُ فَإِنْ سَكَتَ فَهُوَ إِلَيْهِ أَيْضاً لِإِنَّهُ لَمْ يَضْرِفْهُ عَنْ نَفْسِهِ، وَقِيلَ: يَبْنِي عَلَى الْأَقْوَالِ فِي الْمَلِكِ فَهُوَ لِلْمَالِكِ، ثُمَّ يَشْتَرِطُ فِي الْمُتَوَلَّى الْأَمَانَةَ (و) وَالْكَفَايَةَ، وَيَتَوَلَّى الْعِمَارَةَ وَالْإِجَارَةَ وَتَحْصِيلَ الرَّبْعِ وَصَرَفَهَا إِلَى الْمُسْتَحِقِّ وَيَأْخُذُ أَجْرَتَهُ إِنْ شَرِطَتْ لَهُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: حَقُّ التَّوَلِيَّةِ فِي الْأَصْلِ لِلْوَاقِفِ؛ لِأَنَّهُ الْمُتَقَرَّبُ بِصَدَقَتِهِ، فَهُوَ أَحَقُّ مَنْ يَقُومُ بِإِمضَائِهَا، وَصَرَفَهَا إِلَى مَصَارِفِهَا، وَقَدْ ثَبِتَ أَنَّ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - كَانَ يَلِي أَمْرَ صَدَقَتِهِ، ثُمَّ جَعَلَهُ إِلَى حَفْصَةَ، وَبَعْدَهَا إِلَى ذَوِي الرَّأْيِ مِنْ أَهْلِهَا.

فَإِنْ شَرَطَهَا الْوَاقِفُ لِنَفْسِهِ، أَوْ لِغَيْرِهِ، أَتْبَعَ شَرْطَهُ<sup>(١)</sup>، وَأَشَارَ فِي «النِّهَايَةِ» إِلَى خِلَافٍ فِيمَا إِذَا كَانَ الْوَقْفُ عَلَى مَعْيْنٍ، وَشَرَطَ التَّوَلِيَّةَ لِلْأَجْنَبِيِّ، هَلْ يَتَّبِعُ شَرْطَهُ؟ إِذَا فَرَعْنَا عَلَى أَنَّ الْمَلِكَ فِي الْوَقْفِ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ، وَالْمَشْهُورُ الْأَوَّلُ، فَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَفُوضَ فِي الْحَيَاةِ، وَبَيْنَ أَنْ يُوصِيَّ فِي الْمَمَاتِ فَكُلُّ مِنْهُمَا مَعْمُولٌ بِهِ، وَإِنْ وَقَفَ، وَلَمْ يَشْتَرِطِ التَّوَلِيَّةَ لِأَحَدٍ، فَمِنْهُمْ مَنْ أَطْلَقَ فِيهِ ثَلَاثَةَ أَوْجِهٍ:

أَحَدُهَا: أَنَّهُ لِلْوَاقِفِ؛ لِأَنَّ النَّظَرَ وَالتَّصَرُّفَ كَانَ إِلَيْهِ، فَإِذَا لَمْ يَضْرِفْهُ عَنْ نَفْسِهِ، بَقِيَ عَلَى مَا كَانَ.

وَالثَّانِي: لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ النُّفْعَ وَالْفَائِدَةَ لَهُ.

وَالثَّلَاثُ: لِلْحَاكِمِ؛ لِأَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقُّ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ وَمَنْ بَعْدَهُ، فَصَاحِبُ النَّظَرِ الْعَامِّ أَوْلَى بِالنَّظَرِ مِنْهُ.

وَمِنْهُمْ مَنْ بَنَى الْأَمْرَ فِيهِ عَلَى الْخِلَافِ فِي مِلْكِ الرَّقْبَةِ، إِنْ قُلْنَا: لِلْوَاقِفِ، فَالتَّوَلِيَّةُ لَهُ، وَقِيلَ: لِلْحَاكِمِ؛ لِتَعَلُّقِ حَقِّ الْغَيْرِ بِهِ، وَإِنْ قُلْنَا: لِلَّهِ تَعَالَى، فَهِيَ لِلْحَاكِمِ، وَقِيلَ: لِلْوَاقِفِ، إِذَا كَانَ الْوَقْفُ عَلَى جِهَةِ عَامَّةٍ، فَإِنْ قِيَامَهُ بِأَمْرِ الْوَقْفِ مِنْ تَيْمَّةِ الْقَرْبَةِ، وَقِيلَ: لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ، إِذَا كَانَ الْوَقْفُ عَلَى مَعْيْنٍ؛ لِأَنَّ الرَّبْعَ وَالْمَنْفَعَةَ لَهُ، وَإِنْ قُلْنَا: إِنَّ الْمَلِكَ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ، فَالتَّوَلِيَّةُ لَهُ، وَذَكَرَ كَثِيرُونَ أَنَّ التَّوَلِيَّةَ فِي صُورَةِ السُّكُوتِ لِلْوَاقِفِ مِنْ غَيْرِ حِكَايَةِ خِلَافٍ وَلَا بِنَاءٍ عَلَى خِلَافٍ، فَهَذِهِ ثَلَاثَةُ طُرُقٍ، وَنَظْمُ الْكِتَابِ يَفْتَضِي تَرْجِيحَ

(١) قَالَ فِي الْخَادِمِ: قَضَيْتَهُ أَنَّهُ لَيْسَ لِلْقَاضِي أَنْ يُولِيَ فِي الْمَدْرَسَةِ أَوْ غَيْرِهَا إِلَّا عِنْدَ فَقْدِ النَّاطِرِ الْخَاصِّ مِنْ جِهَةِ الْوَاقِفِ؛ لِأَنَّهُ لَا نَظَرَ لَهُ مَعَهُ، وَكَلَامُهُمْ فِي بَابِ الْأَقْضِيَّةِ يَدُلُّ عَلَيْهِ حَيْثُ قَالُوا: ثُمَّ يَنْظُرُ فِي الْأَوْقَافِ الْعَامَّةِ وَالتَّوَلِيَّاتِ عَلَيْهَا، وَذَكَرْنَا مِنْهَا عَنِ الْمَوَارِدِيِّ أَنَّهُ يَنْظُرُ فِيهَا أَيْضاً لِأَنَّهَا سَتَتْهُ إِلَى الْعَمُومِ مِنْ جِهَةِ مَعْرِفَةِ مَصَارِفِهَا، وَقَضَيْتَهُ امْتِنَاعَ التَّوَلِيَّةِ عَلَيْهِ فَلْيَتَفَتَّنْ لِدَلَالَتِهِ فَإِنَّ هَذَا قَدْ تَعَمَّ بِهَ الْبَلَوِيُّ مِنْ جِهَةِ الْقَضَاةِ وَتَحْكُمِهِمْ عَلَى النَّاطِرِ الْخَاصِّ.



الثالثة، لكن الذي يفتضي كلامَ المُعْظَمِ الفتوى به أن يقال: إن كان الوقفُ على جهةِ عاثة، فالتوليةُ للحاكم، كما في الوقف على المسجد، والرباط، وإن كان الوقفُ على شخصٍ معين، فكذلك، إن جعلنا الملكَ لله - تعالى - وإن جعلناه للواقفِ أو الموقوفِ عليه، فالتوليةُ كذلك، ثم النظر في أمور:

أحدها: لا بُدَّ من صلاحية المتولي لشغل التولية، والصلاحية يثبتُ بصفَتَيْنِ: إحداهما: الأمانة.

والأخرى: كفاءة التصرف، واعتبارُهُمَا كاعتبارِهِمَا في الوصيِّ والقيمِّ ولا فرق في اعتبارِهِمَا بين المنصوب للتولية، وبين الواقف، إذا قلنا: هو المتولي عند الإطلاق في الوقف، ولا بين الواقفِ على الجهات العاثة، والأشخاص المعيّنين، وفيه وَجْهٌ: أنه لا يُشترطُ العدالة، إذا كان الوقفُ على معيّنين، ولا طفلٌ فيهم، فإن خان حملوه على السداد، والمذهب الأول، حتى لو فوض إلى الموصوف<sup>(١)</sup> بالصفَتَيْنِ معاً، ثم اختلفا أو أحدهما ينزع الحاكمُ الوقفَ منه.

والثاني: وظيفة المتولي العمارة والإجارة، وتحصيل الربيع وقسمتها على المستحقين، وحفظ الأصول والغلات على الأختياط<sup>(٢)</sup>، هذا عند الإطلاق، ويجوز أن ينصب الواقفُ متولياً في بعض الأمور دون بغض، كما إذا جعل إلى واحد العمارة، وتحصيل الربيع، وإلى آخر حفظ الربيع وقسمتها على الأرباب، أو يشرط لواحد الحفظ واليد، ولآخر التصرف.

ولو فوض إلى اثنين، لم يستقل أحدهما بالتصرف، ولو قال: وقفتُ على أولادي على أن يكونَ التَّظَرُّ لعدلين منهم، فإن لم يكن فيهم إلا عدلٌ واحد، ضمَّ الحاكمُ إليه عدلاً آخر، وليس للمتولي أن يأخذ من مال الواقف شيئاً؛ على أن يضمَّه، ولو فَعَلَ، ضمَّه، ولا يجوزُ له ضمُّ<sup>(٣)</sup> الضمان إلى مال الوقف، وإقراض مالِ الوقف، حُكْمُهُ حُكْمُ إقراض مالِ الصبيِّ.

(١) في د: غير موصوف.

(٢) قال في القوت: تعلق بعض فقهاء العصر بقول الشيخين هنا في أنه ليس للناظر المشروط له النظر التولية في الوظائف في المدرسة وغيرها وربما تعلق بقولهما وظيفة كذا وكذا ظاناً أنه للحصر وصاروا يفتنون بأن التولية في التدريس للحاكم وحده، وليس ذلك للناظر الخاص، وهذا غير سديد وكلام الرافعي ونحوه محمول على غالب التصرفات، ولو حمل على الحصر لكان محله الأوقاف التي ليس فيها إلا ذلك كما هو الغالب في الوقف على معين أو موصوف بصفة لا تحتاج إلى تولية وانتصب بعض الشراح رحمهم الله لنصر ذلك وأطال القول فيه.

(٣) سقط في: ب.

والثالث: لو شرط الواقف للمتولي شيئاً من الربيع، جاز، وكان ذلك أجرّة عمّله، ولم يذكر شيئاً، ففي استحقاقه أجرّة عمّله الخلاف المذكور فيما إذا استعمل إنساناً، ولم يذكر له أجرّة، ولو شرط للمتولي عشر الربيع أجرّة لعمله ثم عزّله، بطل استحقاقه، وإن لم يتعرّض لكونه أجرّة، ففي فتاوى الفقّال أنّ استحقاقه لا يبطل؛ لأنّ العشر وقف عليه، فهو كأحد الموقوف عليهم.

ويجوز أن يقال: إذا أثبتنا الأجرّة بمجرد التفويض؛ أخذاً من العادة، فالعادة تقضي بأن المشروط للمتولي أجرّة عمّله، وإن لم يصفه بكونه أجرّة، ويلزم من ذلك بطلان الأستحقاق بالعزل.

الرابع: للواقف أن يعزل من ولّاه ويُنصب غيره، كما يعزل الوكيل ويُنصب غيره، وكان المتولي نائب عنه، هذا هو الظاهر، وبه قال الإضطخري وأبو الطيّب بن سلّمه.

وفيه وجه: أنّه ليس له العزل؛ لأنّ ملكه قد زال فلا تبقى ولايته عليه، وقبول المتولي يشبه أن يجيء فيه ما في قبول الوكيل، أو في قبول الموقوف عليه، ويشبه أن تكون المسألة مصوّرة في التولية بعد تمام الوقف دون ما إذا وقف بشرط أن تكون التولية لفلان؛ لأنّ في فتاوى صاحب «التّهذيب»: أنّه لو وقف مدرسة على أصحاب الشافعي - رضي الله عنه - ثم قال لعالم: فوّضت إليك تدرّسها أو ذهب ودرّس فيها، كان له تبديله بغيره، ولو وقف بشرط أن يكون هو مُدرّسها، أو قال في حالة الوقف: فوّضت تدرّسها إلى فلان، فهو لازم لا يجوز تبديله، كما لو وقف على أولاده الفقّراء، لا يجوز التبديل بالأغنياء<sup>(١)</sup>، وهذا حسن في صيغة الشرط وغير متّضح في قوله: وقفتها،

(١) إن ظاهر هذا الكلام أن الناظر الذي يعزل بغير جنحة تقتضي ذلك قال الشيخ البلقيني: ليس للناظر ذلك، ولا ينفذ عزله أو يكون ذلك قادحاً في نظره، ويؤيد ما قاله الشيخ البلقيني ما ذكره النووي من زيادته في باب قسم الفيء والغنيمة عن الماوردي أنه إذا أراد ولي الأمر إسقاط بعضهم أي بعض الأجناد المتزلين في الديوان بسبب جاز، وبغير سبب لا يجوز. انتهى.

وحيث جعلنا للناظر العزل لم يلزمه بيان مستنده كما أفنى به جمع من المتأخرين منهم الشيخ صدر الدين بن الوكيل والشيخ برهان الدين بن الفركاح والشيخ البلقيني، كما نقله عنه صاحبه الشيخ ولي الدين العراقي والشيخ شرف الدين المقدسي وافق على هذا إلا أنه قيده بما إذا كان الناظر موثقاً بعلمه ودينه.

وقال الشيخ تاج الدين السبكي: لا حاجة لهذا القيد، فإنه إن لم يكن كذلك، لم يكن ذلك ناظراً، أو إن أراد علماً ودينياً، زائد على ما تحتاج إليه النظائر، فلا يصح ما قال، ثم قال في أصل الفتيا وفقه من قبل أن الناظر ليس كالقاضي العام للولاية، فلم لا يطالب بالمستند وقد صرح شريح في أدب القضاء بأن متولي الوقف إذا ادعى على المستحقين الدفع وهم معينون وأنكروا، فالقول قولهم ولهم المطالبة بالحساب، وكذا قال غيره وحكي وجهين في أنه هل للإمام مطالبته بالحساب إذا لم يكونوا معينين.

وفوّضتُ التدريس فيها إليه والله أعلم<sup>(١)</sup>.

وقوله في الكتاب: «فإن سَكَتَ، فهو إِلَيْهِ أَيْضاً» الكناية في قوله: «إليه» ترجع إلى الوَاقِفِ لَا إِلَى من شرط له الوَاقِفُ؛ لأنه لا شَرْط في صورة السُّكُوت لكن قوله «أيضاً» إنّما يحسن، إذا كان مَن إِلَيْهِ التولية في الصورتين واحداً، إلا أن يقال: المشروط له نائب عن الواقف بالحق في الحالتين للواقف. وقوله: «ويأخذ أجرية إن شَرِطْتُ» له ظاهره يوافقُ القَوْلُ بأنّه لا أَجْرَةٌ له عند عَدَمِ الأَشْرَاطِ، وفيه الخلافُ الَّذِي قَدَّمناه.

فرع:

في فتاوى صاحب «التهذيب» أنه لا يُبَدَّلُ بعد موت الواقف القِيمُ الذي نصبه كأنه يُجْعَلُ بعد موته بمثابة الوصي.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَإِنْ كَانَ الْوَقْفُ عَبْدًا فَتَفَقَّهَهُ مِنْ حَيْثُ شَرَطَ، فَإِنْ لَمْ يَشْرَطْ فَمِنْ كَسْبِهِ، فَإِنْ بَطَلَ كَسْبُهُ فَعَلَى مَالِكِهِ وَيُخْرَجُ عَلَى أَقْوَالِ الْمَلِكِ، وَلَوْ أُنْدَرَسَ شَرَطَ الْوَقْفِ فَيُنْقَسِمُ عَلَى الْأَرْبَابِ بِالسُّوِيَّةِ، فَإِنْ لَمْ يَعْرِفِ الْأَرْبَابَ فَهُوَ كَوَقْفٍ مُنْقَطِعِ الْآخِرِ فِي

(١) قال النووي: [هذا الذي استحسنته الإمام الرافعي، هو الأصح أو الصحيح. ويتعين أن تكون صورة المسألة كما ذكر. ومن أطلقها، فكلامه محمول على هذا. وفي فتاوى الشيخ أبي عمرو بن الصلاح رحمه الله تعالى: أنه ليس للواقف تبديل من شرط النظر له حال إنشاء الوقف وإن رأى المصلحة في تبديله، ولا حكم له في ذلك وأمثاله بعد تمام الوقف. ولو عزل الناظر المعين حالة إنشاء الوقف نفسه، فليس للواقف نصب غيره، فإنه لا نظر له بعد أن جعل النظر في حالة الوقف لغيره، بل ينصب الحاكم ناظراً.

وفيها: أنه إذا جعل في حالة الوقف النظر لزيد بعد انتقال الوقف من عمرو إلى الفقراء، فعزل زيد نفسه قبل انتقاله إلى الفقراء، لم ينفذ عزله، ولا يملك الواقف.

عزل زيد في الحال ولا بعدها كما تقدم.

وفيها: أنه ليس للناظر أن يسند ما جعل له من الإسناد قبل مصير النظر إليه.

وفيها: أنه لو شرط النظر للأرشد من أولاد أولاده، فكان الأرشد من أولاد البنات، ثبت له النظر.

وفيها: أنه إذا شرط النظر للأرشد من أولاده، فأثبت كل واحد منهم أنه الأرشد، اشتركوا في النظر من غير استقلال إذا وجدت الأهلية في جميعهم. فإن وجدت في بعضهم، اختص بذلك، لأن البنات تعارضت في الأرشد، فتساقطت وبقي أصل الرشد، فصار كما لو قامت البينة برشد الجميع من غير تفصيل، وحكمه التشريك لعدم المزية. وأما عدم الاستقلال، فكما لو أوصى إلى شخصين مطلقاً.

وفيها: أنه لو كان له النظر على مواضع في بلدان، فأثبت أهلية نظره في مكان منها، ثبتت أهليته في باقي الأماكن من حيث الأمانة، ولا تثبت من حيث الكفاية، إلا أن تثبت أهليته للنظر في سائر الوقوف.

المَصْرَفِ، وَلَوْ آجَرَ الْمُتَوَلَّى الْوَقْفَ عَلَى وَفْقِ الْغَيْبَةِ فِي الْحَالِ فَظَهَرَ طَالِبُ بِالزِّيَادَةِ لَمْ يَنْسَخْ عَلَى الْأَقْيَسِ (و).

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِي الْفَضْلِ ثَلَاثُ مَسَائِلَ:

الْمَسْأَلَةُ الْأُولَى: نَفَقَةُ الْعَبْدِ وَالْبَهِيمَةِ الْمَوْقُوفِينَ مِنْ حَيْثُ شَرَطَ الْوَاقِفُ، فَإِنْ لَمْ يَذْكُرْ شَيْئاً، فَالنَّفَقَةُ فِي الْأَكْسَابِ وَعَوُضُ الْمَنَافِعِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنِ الْعَبْدُ كَسُوباً، أَوْ تَعَطَّلَ كَسْبُهُ، وَمَنَافِعُهُ لَزَمَانَهُ أَوْ مَرَضٌ، أَوْ لَمْ يَفِ كَسْبُهُ بِنَفَقَتِهِ، فَيَبْتَنَى عَلَى أَقْوَالِ الْمَلِكِ، إِنْ قَلْنَا: لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ فَالنَّفَقَةُ عَلَيْهِ.

وإن قلنا: إنَّه لله - تعالى - ففي بيت المال كما لو أعتق عبداً لا كسب له، وإن قلنا: للواقف، فهي عليه؛ فإذا مات، فهي في بيت المال؛ لأن التركة أنتقلت إلى الورثة، والوقف لم ينتقل إليهم، فلا يلزمهم مؤنته، قاله في «التتمة» وقياس قولنا: إن ربة الوقف للواقف أنتقالها إلى ورثته، فإذا مات العبد فمؤنة تجهيزه كنفقته في حياته.

أما العقار الموقوف، فعمارته من حيث شرط الواقف، فإن لم يشرط شيئاً، فمن غلته فإن لم يحصل منه شيء، لم يجب، على أحد عمارته، كالمملك الخالص بخلاف الحيوان تصان روحه.

الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَّةُ: لَوْ أَنْدَرَسَ شَرَطُ الْوَقْفِ، وَلَمْ يَعْرِفْ مَقَادِيرَ الْأَسْتِحْقَاقِ، أَوْ كَيْفِيَّةَ التَّرْتِيبِ بَيْنَ الْأَرْيَابِ، قَسَمَتِ الْغَلَّةُ بَيْنَهُمْ بِالسُّوِيَّةِ<sup>(١)</sup>، إِذْ لَيْسَ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِالْتَفْضِيلِ مِنَ بَعْضٍ. وَحَكَى بَعْضُ الْمَتَأَخِّرِينَ أَنَّ الْوَجْهَ التَّوَقُّفُ إِلَى اصْطِلَاحِهِمْ، وَهُوَ الْقِيَاسُ، وَلَوْ اخْتَلَفَ أَرْيَابُ الْوَقْفِ فِي شَرَطِ الْوَقْفِ وَلَا بَيْنَهُ جُعِلَتِ الْغَلَّةُ بَيْنَهُمْ بِالسُّوِيَّةِ، فَإِنْ كَانَ الْوَاقِفُ حَيًّا، رَجَعْنَا إِلَى قَوْلِهِ، كَذَلِكَ ذَكَرَهُ صَاحِبُ «الْمُهَذَّبِ» وَ«التَّهْذِيبِ».

ولو قيل: لا رجوع إليه، كما لا رجوع إلى قول البائع عند اختلاف المشتريين في كيفية الشراء لما كان بعيداً<sup>(٢)</sup>.

الْمَسْأَلَةُ الثَّالِثَةُ: لِلوَاقِفِ، وَلِمَنْ وُلَّاهُ الْوَاقِفُ إِجَارَةَ الْوَقْفِ، وَإِذَا لَمْ يَنْصَبْ

(١) قال في الخادم: ما أطلقوه من التسوية لا بد فيه من قيدين:

أحدهما: ألا تكون العادة فيه قاضية بالفضل، فلو كانت لم يسوق قطعاً كالمدرس والطالب.

الثاني: ألا يوجد اصطلاح سابق، فلو اندرس شرط الواقف فيه المدرسة ووجد من النظائر السابقين تعزيز شيء اتبع؛ لأن الظاهر استناد تصرفهم إلى أصل.

(٢) قال النووي: الصواب: الرجوع إليه، والفرق ظاهر. وقولهم: جعل بينهم، هو فيما إذا كان في أيديهم، أو لا يد لواحد منهم. أما لو كان في يد بعضهم، فالقول قوله. قال الغزالي وغيره. فإن لم يعرف أرباب الوقف، جعلناه كوقف مطلق لم يذكر مصرفه، فيصرف إلى تلك المصارف.

الواقف للتولية أحداً، فالخلاف فيمن له التولية قد مرّ.

فإن قلنا: إن المتولي الحاكم، فهو الذي يُؤجر.

فإن قلنا: إنه للموقوف عليه؛ بناء على أن الملك له ففي تمكينه<sup>(١)</sup> من الإجازة وجهان. قال في «التتمة»: المذهبُ فيهما التمكين، فإن كان: الوقف على جماعة اشترَكُوا في الإجازة، فإن كان فيهم طفل قام وليه مقامه.

والثاني: المنع؛ لأنه ربّما يموت في المدّة، فتبين أنه يصرف في حقّ الغير، فإن كان الواقف قد جعل لكلّ بطنٍ منهم الإجازة، فلهُم الإجازة لا محالة، وكان ذلك تفويضاً للتولية إليهم، إذا عرفت ذلك، فإذا أجز الموقوف عليه بحكم الملك، وجوزنا، فزادت الأجرة في المدّة، أو ظهر طالبٌ بالزيادة، لم يتأثر العقدُ به، كما لو أجز ملكه المطلق، وإن أجز المتولي بحقّ التولية، ثم حدت ذلك، فكذلك الجواب على أصحّ الأوجه؛ لأنّ العقد حين جرى كان على وجه<sup>(٢)</sup> الغنطة، فأشبه ما إذا باع وليّ الطفل ماله، ثم ارتفعت القيمة بالأسواق، أو ظهر طالبٌ بالزيادة.

والثاني: أنه يفسخ العقد؛ لأنه تبيّن وقوعه على خلاف الغنطة في المستقبل.

والثالث: إن كانت الإجازة سنةً فما دونها، لم يتأثر العقد، وإن كانت أكثر، فالزيادة مردودة، وهذا ما أورده أبو الفرج الرّاز في «الأمالي».

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ تَعَطَّلَ الْمَوْقُوفُ وَبَقِيَ لَهُ أَثَرٌ نَظَرَ، فَإِنْ كَانَ الْبَاقِي هُوَ الضَّمَانُ بِأَنْ قُتِلَ الْعَبْدُ فَيُشْتَرَى بِهِ الْمِثْلُ وَيُجْعَلُ وَقْفًا، وَإِنْ لَمْ يَوْجَدْ عَبْدٌ فَشَقِصُ عَبْدٍ، وَقِيلَ: إِنَّهُ يُصْرَفُ مِلْكًا إِلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: تَعَطَّلَ الْمَوْقُوفُ، وَاخْتَلَالَ مَنَافِعُهُ يُفْرَضُ مِنْ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَخْضَلَ بِسَبَبِ مَضْمُونٍ، كَمَا إِذَا قُتِلَ الْعَبْدُ الْمَوْقُوفُ، وَلَا يَخْلُوا قَتْلُهُ؛ إِمَّا أَلَّا يَتَعَلَّقَ بِهِ الْقِصَاصُ أَوْ يَتَعَلَّقَ:

أَمَّا الْقِسْمُ الْأَوَّلُ؛ فَيَنْظَرُ فِي الْقَاتِلِ، أَمَّا أَجْنَبِيٌّ أَوْ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ أَوْ الْوَاقِفُ؟

الْحَالَةُ الْأُولَى: إِذَا قَتَلَهُ أَجْنَبِيٌّ، فَعَلِيهِ قِيَمَتُهُ، لِبَقَاءِ الْمَالِيَّةِ فِيهِ؛ كَأَمِّ الْوَلَدِ، وَفِيمَا

يُفْعَلُ بِهَا طَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: يَخْرُجُ مَصْرَفَهَا عَلَى أَقْوَالِ الْمَلِكِ، إِنْ جَعَلْنَا الْمَلِكَ لِلَّهِ - تَعَالَى -

فَيُشْتَرَى بِهَا عَبْدًا آخَرَ، لِيَكُونَ وَقْفًا مَكَانَهُ، فَإِنْ لَمْ يَوْجَدْ، فَشَقِصُ عَبْدٍ بِخِلَافِ مَا إِذَا

(١) في د: تمكته.

(٢) في ب: وفق.

أُتلفت الضحية، ولم يوجد بقيمتها إلا شقص شاة؛ لأنه لا يضحى ببعض الشاة، ويوقف بعض العبد، وإن جعلنا الملك للموقوف عليه، أو للواقف، فوجهان:

**أصحهما:** إن الجواب كذلك؛ كئلاً يبطل عرض الواقف؛ وحق البطن الثاني والثالث والثاني أنها تُصرف ملكاً إلى من حكمنا له بملك الرقبة؛ فإنها بدل ملكه، وينتهي الوقف. والطريق الثاني: القطع بشراء عبد بها؛ ليكون وفقاً لمكان الأول؛ لأن حق الوقف أوثق من حق الرهن، فإذا كان بدل المرهون مرهوناً، فبدل الوقف أولى أن يكون وفقاً، وبهذا قال الشيخ أبو حامد، وأصحاب الطريقين متفقون على الفتوى بصرفها إلى عبد، وإذا اشتري بها عبد، وفضل شيء، فيعود ملكاً للواقف، أو يُصرف إلى الموقوف عليه؛ في فتاوى القفال حكاية وجهين فيه<sup>(١)</sup>، ورأيت - في «الجرجانيات» لأبي العباس الرؤبائي تفريراً على ما به الفتوى - أبحاثاً:

**أحدها:** : أن العبد الذي يجعله بدلاً من يشتريه، وهو مبيى على الخلاف في الملك، إن جعلناه لله - تعالى - فيشتريه الحاكم، وإن جعلناه للموقوف عليه، فالموقوف عليه، وإن جعلناه للواقف، فوجهان؛ لأنه لا يملك المنافع والفوائد، هكذا ذكره، ولك أن يخرج الوجهين في أن الموقوف عليه، هل يشتري؛ لأن كونه غير مالك للمنفعة، إن منع من الشراء، فكونه غير مالك للرقبة أولى أن يُمنع منه، ولا يجوز للمثلث أن يشتري العبد ويُقيمه مقام الأول؛ لأن الشيء، إذا ثبت في ذمته، فليس له استيفاؤه من نفسه لغيره.

**والثاني:** العبد المشتري يصير وفقاً بالشراء أم لا بد من عقد جديد؟ حكى فيه اختلافاً للأصحاب جارية في بدل المرهون، إذا أُلّف، والذي ذكره صاحب «التتمة» فيهما الثاني، وقال بالحاكم هو الذي ينشئ الوقف، ويشبه أن يقال: من يباشر الشراء يحدد الوقف<sup>(٢)</sup>.

**والثالث:** لا يجوز شراء جارية بقيمة العبد، وبالعكس، ففي جواز شراء العبد الصغير بقيمة الكبير، وبالعكس وجهان<sup>(٣)</sup>.

**والحالة الثانية والثالثة:** إذا قتله الموقوف عليه، أو الواقف، فإذا صرفنا القيمة إلى أحدهما في الحالة الأولى ملكاً، فلا قيمة عليه، إذا كان هو القاتل، وإلا، فالحكم والتفريع كما في الحالة الأولى.

(١) قال النووي: الوجهان معاً ضعيفان، والمختار أنه يشتري به شقص عبد، لأنه بدل جزء من الموقوف والتفريع على وجوب شراء عبد.

(٢) قال النووي: الأصح: إنه لا بد من إنشاء الواقف فيه ووافق المتولي آخرون.

(٣) قال النووي: أقواهما: المنع، لاختلاف الغرض بالنسبة إلى البطون من أهل الوقف.

وأما القسمُ الثاني: وهو ما يتعلّق به القصاص، فإن قلنا: المِلْكُ فيه للواقف، أو الموقوف عليه، فيجبُ القصاص، ويستوفيه المالكُ منهما.

وإن قلنا: المِلْكُ لله - تعالى - فهو كعبيد بيت المال، والظاهر وجوب القصاص، قاله في «التتمة» ويستوفيه الحاكم.

وحكمُ أروش الأطراف والجنايات على العبد الموقوف فيما دون النفس حكمٌ قيمته في جميع ما ذكرنا.

وعن صاحب «التقريب» حكايةٌ وخبرٌ أيضاً: أنه يُضَرَفُ إلى الموقوف عليه على كلِّ قول، وينزل منزلة المهر والأكساب، وكما تتعلّق الجناية على العبد الموقوف بالخلاف في المِلْك، فكذلك تتعلّق به جناية العبد الموقوف، وحكمها على الأختصار أنها إن أوجبَت القصاص، فللمستحقِّ الأستيفاء، فإن أستوفى فات الوقف، كما لو مات، وإن عفا على مال أو كانت موجبة المال، فلا يتعلّق بقربته لتعذر بيع الوقف، ولكنه يُفديه كأم الولد، إذا جُنّت، ومن الذي يُفدي، إن جعلنا المِلْكُ فيه للواقف، فهو الذي يُفديه، وإن جعلناه لله - تعالى - فثلاثة أوجه:

أظهرها: وبه قال أبو إسحاق: أنه يُفديه الواقف أيضاً؛ لأنه بالوقف<sup>(١)</sup> منع من بيع، فكان كالمستولد لما منع بالاستيلاء من بيعها فداها.

والثاني: أن فداه في بيت المال.

والثالث: أنه يتعلّق بكسبه؛ لأنه إذا تعذّر التعليق بالرقبة، فأقرب الأشياء إليه كسبه، فيتعلّق به كحقوق النكاح. وإن قلنا: إن المِلْكُ للموقوف عليه، فجواب الأكثرين [أن الفداء عليه، وحكى الإمام وجهين آخرين معه.

أحدهما: أنه على الواقف.

والثاني: أنا إن قلنا: إن الوقف لا<sup>(٢)</sup> يفتقر إلى القبول، فهو على الواقف، وإن قلنا: إنه يفتقر، فهو على الموقوف عليه؛ لأنه [يقبوله] تسبب إلى تحقيق الوقف المانع من البيع، وقد أنضم إليه كونه مالِكاً.

فزعان على إسجاب الفداء على الواقف:

أحدهما: لو كان الواقف، قد مات، ففي «الجرجانيات» أنه، إن ترك مالا، فعلى الوارث الفداء فيه؛ لأن العبد ممنوع بسبب صدر منه في الحياة، فلزمه ضمان جنائته في

(٢) سقط من: ب.

(١) في د: لما وقف.

ماله. وقال في «التتمة»: لا يفدى من التركة؛ لأنها انتقلت إلى الوارث، والمِلْك في الوقف ما أنتقل إليه، وعلى هذا، ففي وجه يتعلّق بكسبه، وفي وجه يفدى من بيت المال كالحجر المُعْبِر الذي لا عاقلة له.

الثاني: لو مات العبد عقيب الجناية بلا فصل، ففي سقوط الفداء وجهان:

أحدهما: يسقط كما لو جنى القرن، ومات.

وأظهرهما: وبه قال ابن الحدّاد: أنه لا يسقط؛ لأن تضمين الواقف كان بسبب كونه مانعاً من البيع بالوقف، ويخالف العبد القرن، فإن الأرش متعلّق برقبته، وإذا مات، فلا أرش، ولا فداء، ويجري الخلاف فيما إذا جنت أم الولد، وماتت وتكرّر الجناية من العبد الموقوف كتكرّرها من أم الولد<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي: وإن كان شجرة فجنّت فليل: ينقلب الحطب ملكاً للواقف، وقيل: هو ملك للموقوف عليه، وقيل: يباع ويشتري به شقص شجرة ويجعل وقفاً، وقيل: ينتفع به جذعاً ولا يباع ولا يملك؛ لأنه عين الوقف، والحصير في المسجد إذا يلي ونحاة خشبه قيل: إنه يباع ويصرف في مصالح المسجد، وقيل: إنه يحفظ فإنه عين وقفه فلا يباع، وكذا القول في الجذع المنكسر والدّار المنهدمة، أما المسجد نفسه إن أنهدم وتفرّق الناس من البلد فلا يعود ملكاً لأنه يتوقّع أن يعود إليه.

قال الرافعي: الوجه الثاني: أن يحصل التغلّب بسبب غير مضمون فإن لم يتوق منه شيء، ينتفع به، كما إذا مات العبد الموقوف فقد فات الوقف، فإن بقي كما إذا وقف شجرة، فجنّت، أو قلعتها الرّيح، [ففيه] وجهان:

أحدهما: أن الوقف ينقطع كما إذا مات العبد؛ لأن الوقف منوط بأسم الشجرة، والباقي جذع، أو حطب لا شجرة، فعلى هذا ينقلب الحطب ملكاً للواقف.

وأصحهما: المنع، وعلى هذا فوجهان<sup>(٢)</sup>:

أحدهما: أنه يباع ما بقي؛ لتعدّر الانتفاع بشرط الواقف، وعلى هذا، فالثمن كقيمة المتلف فعلى رأي؛ يصرّف إلى الموقوف عليه ملكاً.

(١) قال النووي: وحيث أوجبنا الأرش في جهة وجب أقل الأمرين من قدر قيمته والأرش، كذا صرح به الأصحاب، منهم صاحب «المهذب» و«التهذيب» وأما قول صاحب «البيان» إذا أوجبنا على الموقوف على تعيين الأرش، فشاذ باطل.

(٢) عبر في المنهاج بالمذهب وتعبه الخطيب الشربيني فقال: لو عبر كالمحرر والروضة وأصلها الأصح كان أولى، فإن المقابل وجه يقول إن الوقف ينقطع وينقلب ملكاً كما أشار المصنف.



وعلى رأي؛ يشتري به شجرة، أو شِقْصَ شجرة من جنسها؛ لتكون وفقاً مكان الأول، ويجوز أن يشتري به ودِّي يغرس في موضعها.

وأصحهما: منع البيع؛ لأنه عين الوقف، والوقف لا يتباع، ولا يُورث؛ على ما ورد في الخبر، فعلى هذا وجهان: أحدهما: ينتفع بإجارته جِذْعاً؛ إدامة للوقف في عينه.

والثاني: يصير ملكاً للموقوف عليه، كما ذكرنا في قيمة العبد المُتَلَف، واختار صاحب «التتمة» وغيره الوجه الأول، إن أمكن استيفاء. منفعة منه مع بقاءه.

والوجه الثاني: إن كانت منفعته في استهلاكه. وزمانه العبد الموقوف كجفاف الشجرة<sup>(١)</sup>. وحُضِرَ المَسْجِد؛ إذا بَلَيْت ونحاة أخشابه إذا نخرت وأستار الكعبة، إذا لم يبق فيها منفعة ولا جمال، ففي جواز بيعها وجهان:

أصحهما: أنها تُباع، لثلا تضيع أو يضيق المكان بها من غير فائدة.

والثاني: لا تُباع؛ لأنها عين الوقف، بل تترك بحالها أبداً وعلى الأول قالوا: يُضَرَفُ ثَمَنُهَا فِي مَصَالِحِ الْمَسْجِد، والقياس أن يشتري بِثَمَنِ الْحَصِيرِ حُضْرًا، ولا يُضَرَفُ إِلَى مَصْلَحَةٍ أُخْرَى، وَيُشْبِهُ أَنْ يَكُونَ هُوَ الْمَرَادُ مِمَّا أُطْلِقُوهُ، وَجِدْعُهُ الْمُنْكَسِرُ، إِذَا لَمْ يَصْلُحْ لَشَيْءٍ سِوَى الْإِحْرَاقِ، جَاءَ فِيهِ هَذَا الْخِلَافُ، وَإِنْ أَمَكْنَ أَنْ يَتَّخِذَ مِنْهُ أَبْوَابَ وَالْوَاخِ.

قال في التتمة: يجتهد الحاكم ويستعمله فيما هو أقرب إلى مقصود الواقف، ويجري الخلاف في الدار المنهدمة، وفيما إذا أشرف الجذع على الانكسار، والدائر على الانهدام<sup>(٢)</sup> قال الإمام: وإذا جوزنا البيع، فالأصح صرف الثمن إلى جهة الوقف.

(١) قال النووي: هذا إذا كانت الدابة مأكولة، فإنه يصح بيعها للحمها، فإن كانت غير مأكولة، لم يجز الخلاف في بيعها، لأنه لا يصح بيعها إلا على الوجه الشاذ في صحة بيعها اعتماداً على جلدتها.

(٢) قال في الخادم: ما صححه من جواز البيع تابع فيه للإمام، وقيل إنه من مفردات الإمام والذي يقتضيه كلام الجمهور ترجيح المنع.

قال وفي البحر قال القاضي الطبري في الجذع لا أعرف أحداً من أصحابنا جوز بيعه. وقال مرة أخرى: فيه وجهان إذا لم يمكن استعمالها بوجه وأطلق ابن القاص في التلخيص أنه لا يجوز بيع أستار الكعبة إلى آخر ما ذكره، وأما قول الشيخ ويجري الخلاف في الدار المنهدمة إلى آخره. اعترضه المتأخرون كالشيخ الإمام السبكي والأذرعي وغيرهم.

وحاصل كلامهم أن الخلاف صحح في الجذع المشرف على الانكسار، حكاه الإمام ولم يرجح شيئاً، وأما الدار المشرفة على الانهدام والمنهدمة، فقالوا: لم يصرح أحد من الأصحاب في =

وقيل: هو كقيمة الموقوف، إذا أتلف، فَعَلَى هذا يُضَرَفُ الثمن إلى الموقوف عَلَيْهِ ملكاً على رأي. وإذا قيل به، فلو قال الموقوف عَلَيْهِ: لا تبيعوها، وأقْبِلُوها إلى ملكي، فالمذهب أَنَّهُ لَا يُجَابُ، ولا تنقلب عين الوقف ملكاً، بل ارتفاع الوقف موقوف على البيع، وأبْعَدُ بعض الأصحاب، وأجازه، وزَعَمَ، أَنَّهُ يَنْقَلِبُ ملكاً من غير وقف عقد.

وقول ثالث ولو أنهدم المَسْجِدُ نَفْسُهُ، أو ضربت المحلَّة، وتفرَّق عنها الناس، وتعتل المسجد، فلا يعود ملكاً بحال، ولا يجوزُ بَيْعُهُ<sup>(١)</sup> كالعبد، إذا أعتقه، ثم زَمِنَ، ولا يشبه جفاف الشجرة؛ لَأَنَّهُ يتوقع عودُ الناس والعمارة قائمة، وهذا كما لو وَقَفَ على ثغر، فَاتَّسَعَتْ رقعة الإسلام بحفظ ربيع الوقف؛ أحتمال عودهِ ثغراً.

وأيضاً، فَالْأَنْتِفَاعُ، في الحال بالصلاة في العَرْصَةِ ممكنٌ، ثم المسجد المعطل في الموضع الخراب إن لم يُخَفَ من أولى الفساد نقضه لم ينقض وإن خيف، نقض وحفظ. وإن رأى الحاكم أن يعمر بنقضه مسجداً آخر، جاز، وما كان أقرب إليه، فهو أوَّلَى، ولا يجوزُ صَرْفُهُ إلى، ولا يجوزُ صَرْفُهُ إلى عمارة بئر، أو حَوْضٍ، وكذا البئرُ الموقوفة، إذا خربت، يُضَرَفُ نقضها، إلى بئراً أُخْرَى أو حَوْضٍ لا إلى المسجد، ويراعى عَرْضُ الواقِفِ ما أمكن. وجميع ما ذكرناه في حُصْرِ المسجد، ونظائرها فيما إذا

= المنهدمة بجواز البيع فضلاً عن أحكام الخلاف فيه، بل كلهم قطعوا بأنه لا يجوز بيعها ولم ينقلوا الجواز إلا عن الإمام أحمد مع حكاية عامتهم الخلاف في الحصر والخلدوع إذا تلفت، وساق الشيخ الإمام السبكي في شرح المنهاج والأذرع في التوسط وشرح المنهاج والزرکشي في الخادم يطول ذكر ما حصل كلامهم أن كتب المذهب من الطريقتين شاهدة بخلاف ما ذكره الرافعي، فظهر أن الإمام منفرد بنقل الخلاف في المشرفة، والرافعي منفرد بذكر الخلاف في المنهدمة وبقضاائه التصحيح فيها وفي المشرفة بالجواز على أن الإمام لما حكى الخلاف في المشرفة عزي للأكثرين المنع.

(١) قال الشيخ جلال الدين البلقيني في حاشية الروضة:

وكما لا يجوز بيعه لا يجوز إجارته للسكنى وهذا واضح، وكذلك البئر الموقوفة لنقل الماء لميضة لا يجوز بيعها ولا إجارته وقد وقعت هذه المسألة في الأقبغوية لها زمن طويل لا ينتفع بها لأن ميضاتها خلطت مع ميضة جامع الأزهر، ثم أريد إجارته فأفتيت بأنه لا يجوز إجارته لأن هذه موقوفة لينتفع بها في وضوء المصلين، فإذا تعذر هذا الانتفاع، لم تبيع ولم توجر لأن الماء يصير ملكاً للمستأجر لأن البئر ليستقي ماؤها تصح إجارته ويملك المستأجر الماء الذي في البئر، وتقع الإجارة هنا لغيره، وهي مستثناة من أصل قاعدة الإجارة أنها لا يقصد لها إلا المنفعة. وحينئذٍ فلا تصح إجارة هذه البئر ليستقي ماؤها كما لا تصح إجارة المسجد المعطل لسكنى، وسئلت عن إجارة جدار المسجد لوضع جذوع جار المسجد حيث لا يضر بالمسجد فظهر لي أنه لا يجوز لأن الجدار أيضاً مسجد، فلا يجوز الانتفاع به كما لا يجوز بيعه، ولا يجوز إجارته.

كانت موقوفةً على المسجد. أمّا ما اشتراه المتولّي للمسجد، أو وهبه منه واهب وقبله المتولّي، فيجوزُ بيعه بلا خلافٍ عند الحاجة؛ لأنّه ملك حتّى إذا كان المشتري للمسجد شقّصاً، كان للشريك الأخذ بالشفعة، ولو باع الشريك، فللمتولّي الأخذ بالشفعة عند الغبطة، هكذا ذكره<sup>(١)</sup> والله أعلم، وبالله التوفيق. وهذه مسائل وفروع تدخل في الباب الأوّل:

إذا وقف ضيعةً على المؤمن التي تقع في قرية كذا من جهة السلطان، ففي «فتاوى القفال» أنّه جائزٌ، وصيغته أن يقول: تصدّقت بهذه الضيعة صدقةً محرمةً عليّ أن تستغلّ فما فصل من عمادتها صرف إلى هذه المؤمن، ويجوزُ الوقف على أقارب رسول الله ﷺ إذا جُوزنا للوقف على قوم غير محصورين. وعن الشيخ أبي محمّد: أنّه وقع في «الفتاوى» زمن الأستاذ أبي إسحاق أنّ رجلاً قال: وقفتُ داري هذه على المساكين بغد مؤتني، فأفتى الأستاذ بصحة الوقف بعد الموت، وساعده أئمة الزمان، وهذا كأنه وصية، ويدلّ عليه أنّ في «فتاوى القفال»: أنّه لو عرض الدار على البيع، صار راجعاً عنه. وأيضاً أنّه لو قال: جعلتُ داري هذه خاتقها للقرّة، لم تصر وفقاً بذلك.

وأنه لو قال: تصدّقتُ بداري هذه صدقةً محرمةً يُصرف من غلتها كلّ شهر إلى فلان كذا، ولم يزد عليه، ففي صحّة هذا الوقف وجهان، إن صحّ، ففي الفاضل عن المقدار أوجه:

أحدها: الصّرف إلى أقرب الناس إلى الواقف.

والثاني: الصّرف إلى الفقراء.

والثالث: أنّه يكون ملكاً للواقف.

وأنه لو قال: جعلتُ هذه الدار للمسجد، أو دفع داراً إلى قيم المسجد، وقال: خذها للمسجد، أو قال: إذا ميتٌ، فأعطوا من مالي ألفَ درهمٍ للمسجد، أو فداري للمسجد لا يكون شيئاً؛ لأنّه لم يوجد صيغةً وقيف، ولا تمليك، ولك أن تقول: إن لم يكن هذا صريحاً في التمليك، فلا شك في كونه كنايةً، وأنّه لو قال: وقفتُ داري على زيد، وعلى الفقراء، فيبتنى على ما إذا وصّى لزيد والفقراء، فإن جعلناه كأحدٍ منهم، صحّ الوقف، ولا يُحرم زيد.

وإن قلنا: النصفُ له، صحّ الوقف في نصف الفقراء، ووقف النصف الآخر

(١) قال النووي: هذا إذا اشتراه الناظر ولم يقفه. أما إذا وقفه. فإنه يصير وفقاً قطعاً وتجري عليه أحكام الوقف.

منقطع الآخر، فإن لم يصح، وَقَعَ في تفريق الصَّفقة .

وأنه لو قال: وَقَفْتُ هذه البقرة على رباط كذا لِيُسْقِي مَنْ لبناها مَنْ ينزل فيه، أو يَنْفَقَ من نسلها عليه، جاز، وإن أقصر على قوله: وَقَفْتُها عليه، لم يجز، وإن كنا نعلم أنه يريد؛ لأن العبرة باللفظ؛ وأنه لو قال: وَقَفْتُ على مسجد كذا، لم يصح ما لم يبين جهته، فيقول: وَقَفْتُ على عمارته، أو يقول: وَقَفْتُ عليه، لِيُسْتَعْلَ وَيُصْرَفَ إلى عمارته، أو إلى ذهن السراج ونحوهما. وقضية إطلاق الجمهور جوازه.

ومنها أنه لو وقف على مسجد، أو رباط معين، ولم يذكر المصرف إن خرب، فهو منقطع الآخر.

وفصل في «التتمة» وقال: إن كان في موضع يستبعد في العادة خرابه؛ بأن كان في وسط البلدة، فهو صحيح، وإن كان في قرية أو جارة، فهو منقطع الآخر، والله أعلم. وهذه مسائل وضور تدخل في الباب الثاني:

ولو وقف على الطالبين وجوزناه، كفى الصرف إلى ثلاثة، ويجوز أن يكون أحدهم من أولاد علي - رضي الله عنه - [والثاني أولاد عقيل، والثالث من أولاد جعفر - رضي الله عنهم -] <sup>(١)</sup> ولو وقف على أولاد علي، وأولاد عقيل، وأولاد جعفر - رضي الله عنهم -، فلا بد من الصرف إلى ثلاثة من كل صنف. وإذا وقف شجرة، ففي دخول المغرس وجهان، وكذا حكم الأساس مع البناء <sup>(٢)</sup>.

وإذا وقف على عمارة المسجد لم يجز صرف الغلة إلى النقش والتزيق.

وذكر في «العدة» أنه يجوز توفير أجره القيم منه، ولا يجوز صرف شيء إلى الإمام والمؤذن، والفرق أن القيم يحفظ العمارة، وأنه يشتري به البواري، ولا يشتري الذهن في أصح الوجهين، وكان الفرق أن القيم حافظ للعمارة، ولباس المسجد منفعة الذهن تختص بالمصلين، والذي ذكره صاحب «التهديب» وأكثر من تعرض للمسألة [أنه] لا يشتري منه الذهن، ولا الحصر، والتجسيص الذي فيه إحكام معدود من العمارات، ولو وقف على مصلحة المسجد، لم يجز النقش والتزيق، ويجوز شراء

(١) سقط من: ب.

(٢) سكت المصنف عن الترجيح وقياس ما رجحناه في البيع عدم الدخول. عن فتاوى القفال أن المغرس يدخل وهو أحد الوجهين. قال في التوسط: وبعد أنه لو جفت الشجرة أن تبقى المغرس وفقاً له من غير تعرض له. انتهى. وقياس ما تقدم في البيع أن الصورة إذا كانت الشجرة رطبة بخلاف اليابسة؛ لأنها لا تتراد للدوام فتكون خارجة عن محل الخلاف. وقول الشيخ وكذا حكم الأساس المراد بالأساس هنا الأرض الحاملة للبناء لا ما هو مدفون منه كما ذكره في التوسط.

الحصر والدُّهن، والقياس جواز الصَّرْف إلى الإمام، والمؤذُن أيضاً.  
والموقوفُ على الحشيش لا يُصَرَّف إلى الحصير وبالعكس، والموقوفُ على  
أحدهما لا يُصَرَّف إلى اللُّبُود<sup>(١)</sup>. وبالعكس.

ولو وَقَفَ على المَسْجِد مطلقاً وجَوَّزناه، ففي «التهذيب» التسويةُ بينه، وبين أن  
يَقِفَ على عِمارةِ المَسْجِد، وفي «الجرجانيات» حكاية موجهين في جواز الصَّرْف إلى  
النقش والتزويق في هذه الصورة، ولو وَقَفَ على النَّقْشِ والتَّزْوِيقِ، ففيه وجهان قَرِيبان  
من الخِلَافِ في جواز تحلية المُضْحَفِ<sup>(٢)</sup>.

وإذا قَالَ المَتَوَلَّى: أنفقت كذا، فالظَّاهِرُ قَبُولُ قوله عند أَلْحَتَمَالِ.

ولا يجوز قسمة العقَّار الموقوف لأربابِ الوقف؛ لما فيه من تغيير شرطِ الواقف،  
ولمَّا فيه من إبطال حقِّ مَنْ بعدهم.

وعن أبي الحُسَيْن أَنَّا إِذَا جَعَلْنَا القِسْمَةَ إقراراً، جاز، فإذا أنقرضَ البَطْنُ الأوَّلَ،  
انتقضت، ويجوزُ لأربابِ الوقف المهايأة هكذا قاله القاضي ابنُ كَجَّ.

ولا يجوزُ تغيير الوقفِ عن هيئته، ولا تجعل الدَّارَ الموقوفةَ بستاناً ولا حَمَاماً  
وبالعكس إلا إذا جعل الواقف إلى المتولي ما يرى فيه مصلحة الوقف.

وفي «فتاوى القفال» أَنَّهُ يجوز أن يُجْعَلَ حانوتُ القَصَّارِينَ لِلحَبَّازِينَ، وكأنَّه احتمل  
تغيير النَّوعِ دون تغيير الجِنْسِ<sup>(٣)</sup>.

ولو هَدَمَ الدَّارَ والبُستانَ مُتَعَدِّدًا، أخذ منه الضَّمَانُ، وبنى به أو غَرَسَ؛ ليكون وَقْفًا

(١) مفردة اللبد على وزن الجلد وهي ما يلبس منه للمطر ينظر: مختار الصحاح ص ٥٨٩.

(٢) قال النووي: الأصح: لا يصح الوقف على النقش والتزويق لأنه منهي عنه.

(٣) قال في الخادم: للضابط في المنع تبدل الاسم قال القاضي والمتولي وكذا لا يجعل الأرض داراً ولا بستاناً، فإن فعل وجب رده إلى ما كان. قال القاضي: ولا خلاف فيه، وعدى ذلك إلى ما لو ضرب وعمى ومنه يعلم أن الأرض المحتكرة إذا خرب بناؤها لا يجوز أن يبنى عليها إلا نظير ما كان. قال العلامة ابن الرفعة: وكان شيخنا الشريف عماد الدين العباسي يقول: إذا اقتضت المصلحة أن يغير بعض بناء الوقف في صورته لزيادة وقفه، جاز ذلك، وإن لم ينص عليه الواقف بلفظ؛ لأن دلالة الحال شاهدة بأن ذلك لو ذكره الواقف حال الوقف لأثبتته في كتاب وقفه.

وقال الشيخ أبو الحسن السبكي: الذي أراه الجواز بثلاثة شروط:

أحدها: أن يكون يسيراً لا يغير مسمى الوقف.

الثاني: ألا يزيل شيئاً من عينه، بل ينقل بعضه من جانب إلى جانب وإن اقتضى زوال شيء من العين لم يجز؛ لأن الأصل الذي نص الواقف على تسميته تجب المحافظة عليه.

الثالث: أن تكون مصلحة الموقوف.

مَكَانَ الْأَوَّلِ، ولو انهدم البِنَاء، وانقلعت الأشجارُ تستغل الأرض بالإجارة مَمَّن يزرعها، أو يضرب فيها خيامه، وبينى ويغرس من غلَّتْها، ويجوزُ أن يقرض الإمام المتولّي من بيت المال، أو يأذن له في الاستقراض، أو الإنفاقِ عَلَى العِمَارَةِ مِنْ مالِ نَفْسِهِ بشرط الرجوع، وليس له الاستقراضُ دُونَ إِذْنِ الإِمَامِ.

ولو تَلَفَ الموقوفُ في يد الموقوفِ عَلَيْهِ من غيرِ تَعَدٍّ، فلا ضمانةَ عَلَيْهِ<sup>(١)</sup>.

وإنِ أَنْكَسَرَ الطَّنْجِيرُ<sup>(٢)</sup> أو المِرْجَلُ الموقوفان، ووجد متبرع بالإضالْح، فذاك، وإلَّا، اتخذه منها أصغر، واتفق الفضل على إضالْحه، فإن لم يُمكنِ اتِّخَاذُ مِرْجَلٍ وطنجِيرٍ اتخذه منه ما يمكن من قِصَّةٍ ومِغْرَفَةٍ وغيرهما، ولا حاجَةٌ ههنا إلى تجديدِ وَقْفٍ؛ فإنه عين الموقوف، وإذا خرب العقارُ الموقوفُ على المَسْجِدِ، وهناك فاضل من غلته، برىء بعمارة الموقوف على العقار، هكذا ذكره ابنُ كَيْجٍ، وقال: إذا حَصَلَ مالٌ كثير من غلَّةِ وَقْفِ المَسْجِدِ، أُعِدَّ منه بقدر ما لو خرب المَسْجِدُ أُعِيدَتْ به العمارة، والزائدُ يشتري به ما فيه للمَسْجِدِ زيادة غلة. وفي فتاوى القفال أن الموقوف لعمارة المَسْجِدِ لا يُشْتَرَى به شيءٌ أصلاً؛ لأنَّ الواقف وَقَفَ على العمارة. والوقوفُ على الفقراء، هل يختص الفقراء ببلد الواقف؟ فيه الخلافُ المذكورُ فيما إذا أوصى للفقراء، وهل يجوزُ الدَفْعُ منه إلى فقيرة لها زوجٌ يَمُونَهَا؟ فيه خلافٌ نشرَّحه عند ذكر الخلاف في دَفْعِ الزكاة إليها في قسم الصدقات إن شاء الله تعالى<sup>(٣)</sup>.

وسُئِلَ الشَّيْخُ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ الحَنَاطِيُّ عن شجرة تنبت في المقبرة، هل للناس الأكلُ من ثمارها؟ فقال: قد قيل يجوزُ، والأوْلَى عندي صَرْفُهَا في مصالح المقبرة<sup>(٤)</sup>.

وعَنْ رَجُلٍ غَرَسَ شَجَرَةً في المَسْجِدِ، كيف نصنعُ بثمارها؟ قال: إن جعلها للمَسْجِدِ، لم يجزأ كُلُّها من غيرِ عَوْضٍ، ويجبُ صَرْفُ عَوْضِهَا إلى مصالح المَسْجِدِ، ولا ينبغي أن يغرس في المَسَاجِدِ الأشجارَ؛ لأنَّها تمنع من الصلاة<sup>(٥)</sup>.

(١) قال النووي: ومن ذلك الكيزان المسبلة على أحواض الماء والأنهر ونحوها، فلا ضمان على من تلف في يده شيء منها بلا تعد. فإن تعدى، ضمن، ومن التعدي، استعماله في غير ما وقف له.

(٢) الطنجير: الطنجرة وهو رقدز أو صحن نحاس أو نحوه ينظر المعجم الوسيط ٥٥٨/٢.

(٣) قال النووي: سبق هناك، أن الأصح أنه لا يدفع إليها ولا إلى الابن المكفئ بنفقة أبيه، قال صاحب «المعاينة»: ولو كان له صنعة يكتسب بها كفايته ولا مال له، استحق الوقف باسم الفقير قطعاً. وفي هذا الذي قاله احتمال.

(٤) قال النووي: المختار الجواز.

(٥) قال النووي: وإن غرسها مسبلة للأكل، جاز أكلها بلا عوض وكذا إن جهلت نيته حيث جرت العادة به، وسبق في كتاب الصلاة أنها تعلق.

## فروع:

عن الشيخ أبي عاصم العبادي: إذا وقف على قنطرة، فأنخرق الوادي، وتعطلت تلك القنطرة، وأختيج إلى قنطرة أخرى، جاز النقل إلى ذلك الموضع، بخلاف المسجد الذي باد أهله حيث تبقى عمارته، ويعمر بعدما خرب، إن أمكن أن يصلي فيه المارة.

وإذا وقف على عمارة المسجد، جاز أن يشتري منه سلم لصعود السطح، ومكانس يكتسب بها التراب ومساها ينقل بها التراب؛ لأن كل ذلك يحفظ العمارة، ولو كان يصيب باب المطر، ويفسده، جاز بناء مظلة منه، وينبغي ألا تضرب بالماراة، وإذا وقف على دهن السراج للمسجد. جاز وضعه في جميع الليل؛ لأنه أنشط للمصلين<sup>(١)</sup>.

وذكر الأئمة أن البقعة التي جعلها مسجداً، إذا كان فيها شجرة، جاز للإمام قلعها بأجتهاده؛ ليتسع للمصلين، وبماذا ينقطع حق الواقف عن الشجرة؟

قال صاحب الكتاب في «الفتاوى»: مجرد ذكر الأرض لا يخرج الشجرة عن ملكه لبني الأرض، وحينئذ لا يكلف تفرغ الأرض، ولك أن تقول: في استتباع الأرض الشجر في البني قولان. وإذا قال: جعلت هذه الأرض مسجداً فلا تدخل الشجرة بحال؛ لأنها لا يجعل مسجداً، ولو جعل الأرض مسجداً، ووقف الشجرة عليها. فعلى هذه الصورة ونحوها ينزل كلام الأصحاب.

وأفتى صاحب الكتاب بأنه يجوز وقف السور ليستر بها جدران المسجد، وينبغي أن يجيء فيه الخلاف المذكور في النقش والتزويق. وأفتى بأنه إذا وقف على المسجد مطلقاً، جاز صرف الغلة إلى الإمام والمؤذن، وبناء منارة المسجد، ويؤشبه أن يجوز بناء المنارة من الموقوف على عمارة المسجد أيضاً، والله أعلم.

(١) قال النووي: إنما يسرج جميع الليل إذا انتفع به من في المسجد كمصل ونائم وغيرهما. فإن كان المسجد مغلقاً ليس فيه أحد ولا يمكن دخوله، لم يسرج لأنه إضاعة مال.

## كِتَابُ الْهَبَةِ، وَفِيهِ فَضْلَانِ

قَالَ الْعَزَلِيُّ: الْأَوَّلُ فِي أَرْكَانِهَا وَهِيَ ثَلَاثَةٌ: الْأَوَّلُ: الصَّنِيعَةُ وَلَا بُدَّ مِنَ الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ إِلَّا فِي هَدَايَا الْأَطْعِمَةِ، وَقَدْ قِيلَ: إِنَّهُ يُكْتَفَى بِالْمُعَاطَةِ إِذْ كَانَ ذَلِكَ مُعْتَادًا فِي عَضْرِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، وَلَا يَصِحُّ تَغْلِيْفُهُ وَتَأْخِيْرُهُ فِيهِ عَنِ الْإِيجَابِ كَالْبَيْعِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا عُرِفَتْ فِي أَوَّلِ الْوَقْفِ أَقْسَامَ الْعَطَايَا، وَأَنَّ مِنْ أَقْسَامِهَا التَّمْلِيكَاتِ الْمَنْجُزَةَ فِي الْحَيَاةِ، فَأَعْرِفِ الْآنَ أَنَّ هَذَا الْقِسْمَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَنْوَاعٍ، وَهِيَ: الْهَبَةُ وَالْهَدِيَّةُ، وَالصَّدَقَةُ. وَسَبِيلُ صَنْبِطِهَا أَنَّهُ التَّمْلِيكُ لَا بَعْوَضَ هَبَةً<sup>(١)</sup> فَإِنْ انْتَضَمَ إِلَيْهِ حَمَلُ الْمَوْهُوبِ مِنْ مَكَانٍ إِلَى مَكَانٍ الْمَوْهُوبِ مِنْهُ؛ إِعْظَامًا لَهُ أَوْ إِكْرَامًا، فَهُوَ هَدِيَّةٌ، وَإِنْ انْتَضَمَ إِلَيْهِ كَوْنُ التَّمْلِيكِ مِنَ الْمَحْتَجِّ تَقْرُبًا إِلَى اللَّهِ - تَعَالَى - وَطَلْبًا لِثَوَابِ الْآخِرَةِ، فَهُوَ صَدَقَةٌ، فَامْتِيَازِ الْهَدِيَّةِ عَنِ الْهَبَةِ بِالثَّقَلِ وَالْحَمَلِ مِنْ مَوْضِعٍ إِلَى مَوْضِعٍ.

وَمِنْهُ إِهْدَاءُ الْقَرَابِينِ إِلَى الْحَرَمِ، وَكَذَلِكَ لَا يَدْخُلُ لَفْظُ الْهَدِيَّةِ فِي الْعَقَارِ بِحَالِ<sup>(٢)</sup>، فَلَا يُقَالُ: أَهْدَيْتُ إِلَيْهِ أَرْضًا وَلَا دَارًا، وَإِنَّمَا يُطْلَقُ ذَلِكَ فِي النُّقُولَاتِ كَالثِيَابِ، وَالْعَبِيدِ،

(١) الهبة لغة: العطية الخالية عن الأعياض والأغراض فإذا أكثرت سمي صاحبها وهبياً.

انظر: لسان العرب ٤٩٢٩/٦.

اصطلاحاً:

عرفها الأحناف بأنها: تملك بلا عوض.

وعرفها الشافعية بأنها: التملك بلا عوض.

وعرفها المالكية بأنها: تملك متمول بغير عوض.

وعرفها الحنابلة بأنها: تملك جائز التصرف مالا معلوماً أو مجهولاً تعذر علمه.

انظر: فتح القدير ١٩/٩، حاشية ابن عابدين ٥٠٨/٤، الإقناع ٨٥/٢، مغني المحتاج ٣٩٦/٢

والمحلي على المنهاج ١١٠/٣، مواهب الجليل ٤٩/٦، شرح منتهى الإرادات ٥١٧/٢

والمغني ٢٤٦/٦.

(٢) قال في التوسط: وهذا هو الصواب، وهو أصلح من قول من أطلق الوجوب، وفي كلام الدارمي

ما يقتضي عدم الوجوب أيضاً.



فِيخْرَجُ مِنْ هَذَا أَنَّ افْتِرَاقَ هَذِهِ الْأَنْوَاعِ بِالْعُمُومِ، وَالْخُصُوصِ، فَكُلُّ هَدِيَّةٍ وَصَدَقَةٍ هِبَةٌ وَلَا تَتَعَكَّسُ، وَلِهَذَا لَوْ حَلَفَ أَلَّا يَهَبُ فَتَصَدَّقَ حَنْثٌ، وَبِالْعَكْسِ لَا يَحْنُثُ.

وَاخْتَلَفُوا فِي أَنَّهُ، هَلْ يَعْتَبَرُ فِي حَدِّ الْهَدِيَّةِ أَنْ يَكُونَ بَيْنَ الْمُهْدِيِّ وَالْمُهْدَى إِلَيْهِ رَسُولٌ وَمَتَوَسِّطٌ؟

فَحَكَّى أَبُو عَبْدِ اللَّهِ الزُّبَيْرِيُّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَجْهَيْنِ فِيمَا إِذَا حَلَفَ أَلَّا يَهْدِي إِلَيْهِ، فَوَهَبَ مِنْهُ خَاتِمًا أَوْ نَحْوَهُ يَدًا بِيَدٍ هَلْ يَحْنُثُ؟

وَالْأَشْبَهُ أَنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ، وَيَنْتَظَمُ أَنْ يَقُولَ لِمَنْ حَصَرَ عِنْدَهُ: هَذِهِ هَدِيَّتِي أَهْدَيْتُهَا لَكَ، وَقَدْ وَرَدَ ذَلِكَ فِي الْأَخْبَارِ، وَفِي الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ ذَكَرَ الْأَنْوَاعَ الثَّلَاثَةَ، وَالنَّدْبَ إِلَيْهَا<sup>(١)</sup>.

قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَإِذَا حَيَّيْتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا﴾ [النساء - ٨٦] قِيلَ: الْمُرَادُ مِنْهُ الْهِبَةُ.

قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَأَتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّ ذَوِي الْقُرْبَى﴾ [البقرة - ١٧٧] الْآيَةُ.

وَقَالَ عَزَّ مِنْ قَائِلٍ: ﴿إِنَّ الْمُصَدِّقِينَ وَالْمُصَدَّقَاتِ﴾ [الحديد - ١٨] وَعَنْ عَائِشَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «تَهَادَوْا فَإِنَّ الْهَدِيَّةَ تُذْهِبُ الضَّعَائِنَ»<sup>(٢)</sup>.

وَرَوَى أَنَّهُ ﷺ قَالَ: «تَهَادَوْا تَحَابُّوا»<sup>(٣)</sup>.

(١) قَالَ النَّوَوِيُّ: قَالَ أَصْحَابُنَا: وَفَعَلَهَا مَعَ الْأَقْرَابِ وَمَعَ الْجِيرَانِ أَفْضَلُ مِنْ غَيْرِهِمْ.

(٢) قَالَ الْحَافِظُ فِي التَّلْخِيصِ: هُوَ مِنْ أَحَادِيثِ الشَّهَابِ وَمَدَارِهِ عَلَى مُحَمَّدِ بْنِ عَبْدِ النَّوْرِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ الْأَعْمَشِيِّ عَنْ هِشَامِ بْنِ أَبِيهِ عَنْهَا، وَالرَّوَايُ لَهُ عَنْ مُحَمَّدٍ: هُوَ أَحْمَدُ بْنُ الْحَسَنِ الْمَقْرِي دَيْبِيسَ، قَالَ الدَّارِقُطْنِيُّ: لَيْسَ بِثِقَةٍ، وَقَالَ ابْنُ طَاهِرٍ: لَا أَصِلُ لَهُ عَنْ هِشَامٍ، وَرَوَاهُ ابْنُ حِبَانَ فِي الضَّعْفَاءِ مِنْ طَرِيقِ بَكْرِ بْنِ بَكَارٍ عَنْ عَائِذِ بْنِ شَرِيحٍ عَنْ أَنَسٍ بَلْفِظٍ: «تَهَادَوْا فَإِنَّ الْهَدِيَّةَ قَلَّتْ أَوْ كَثُرَتْ تَذْهِبُ السَّخِيمَةَ» وَضَعْفَهُ بَعَائِذُ، قَالَ ابْنُ طَاهِرٍ: تَفَرَّدَ بِهِ عَائِذٌ، وَقَدْ رَوَاهُ عَنْهُ جَمَاعَةٌ، قَالَ: وَرَوَاهُ كُوْثَرُ ابْنِ حَكِيمٍ عَنْ مَكْحُولٍ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ مَرْسَلًا، وَكُوْثَرُ مَتْرُوكٌ، وَرَوَى التِّرْمِذِيُّ مِنْ حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ بَلْفِظٍ: تَهَادَوْا فَإِنَّ الْهَدِيَّةَ تَذْهِبُ وَحَرَّ الصَّدْرِ» وَفِي إِسْنَادِهِ أَبُو مَعْشَرٍ الْمَدَنِيُّ وَتَفَرَّدَ بِهِ وَهُوَ ضَعِيفٌ، وَرَوَاهُ ابْنُ طَاهِرٍ فِي أَحَادِيثِ الشَّهَابِ مِنْ طَرِيقِ عَصَمَةَ بْنِ مَالِكٍ بَلْفِظٍ: «الْهَدِيَّةُ تَذْهِبُ بِالسَّمْعِ وَالْبَصَرِ» وَرَوَاهُ ابْنُ حِبَانَ فِي الضَّعْفَاءِ مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَمْرِو بْنِ بَلْفِظٍ: «تَهَادَوْا فَإِنَّ الْهَدِيَّةَ تَذْهِبُ الْغُلَّ» وَرَدَ بِمُحَمَّدِ بْنِ أَبِي الزُّعَيْرِزَةِ وَقَالَ: لَا يَجُوزُ الْإِحْتِجَاجُ بِهِ، وَقَالَ فِيهِ الْبُخَارِيُّ: مِنْكَرُ الْحَدِيثِ، وَرَوَى أَبُو مُوسَى الْمَدِينِيُّ فِي الذَّلِيلِ فِي تَرْجُمَةِ زَعْبِلٍ يَرْفَعُهُ: «تَزَاوَرُوا تَهَادَوْا فَإِنَّ الزِّيَارَةَ تَنْبِتُ الْوَدَّ، وَالْهَدِيَّةُ تَذْهِبُ السَّخِيمَةَ» وَهُوَ مَرْسَلٌ، وَلَيْسَتْ لَزْعَبِلٍ صَحْبَةٌ.

(٣) رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ فِي الْأَدَبِ الْمَفْرُودِ. وَابْيَهَقِي، وَأَوْرَدَهُ ابْنُ طَاهِرٍ فِي مَسْنَدِ الشَّهَابِ مِنْ طَرِيقِ مُحَمَّدِ بْنِ بَكْرِ عَنْ ضَمَامِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ عَنْ مُوسَى بْنِ وَرْدَانَ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ وَإِسْنَادُهُ حَسَنٌ، وَقَدْ اِخْتَلَفَ فِيهِ عَلَى ضَمَامٍ، فَقِيلَ عَنْهُ عَنْ أَبِي قَبِيلٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو، وَأَوْرَدَهُ ابْنُ طَاهِرٍ وَرَوَاهُ فِي مَسْنَدِ الشَّهَابِ مِنْ حَدِيثِ عَائِشَةَ بَلْفِظٍ: «تَهَادَوْا تَزَادُوا حُبًّا» وَإِسْنَادُهُ غَرِيبٌ فِيهِ مُحَمَّدُ بْنُ سَلِيمَانَ، قَالَ =

وقال ﷺ: «لَوْ دُعِيَتْ إِلَى كُرَاعٍ لَأَجَبْتُ، وَلَوْ أُهْدِيَ إِلَيَّ ذِرَاعٌ لَقَبِلْتُ»<sup>(١)</sup>.

ولا ينبغي أن يستحقر القليل، فيمتنع من أن يُهدى، ولا أن يستنكف المهدي إليه عن قبول القليل. وقد روي أنه ﷺ قال: «لَا تُحْقِرَنَّ جَارَةً لِحَارِثَتِهَا وَلَوْ فَرَسِينَ شَاةٍ»<sup>(٢)</sup>،<sup>(٣)</sup>. إذا تقرر ذلك، فأعلم أن الأنواع الثلاثة تفرق في أحكام وتشارك في أحكام، وهي الأكثر، ونحو نبيتها، إن شاء الله تعالى، جارين على نظم الكتاب، وهو يشمل على فضل في أركان الهبة، وفضل في أحكامها. أما الأركان، فالمذكور منها ثلاثة:

أحدها: الصيغة. وأما الهبة فلا بد فيها من الإيجاب والقبول باللفظ، كالبيع وسائر التملكيات<sup>(٤)</sup>. وأما الهدية، فذهب ذاهبون إلى أنه لا حاجة فيها إلى الإيجاب والقبول اللفظيين، بل البعث من جهة المهدي كالإيجاب والقبض من جهة المهدي إليه كالقبول.

وَأَحْتَجُّوا بِأَنَّ الْهَدَايَا كَانَتْ تُحْمَلُ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَيَقْبَلُهَا<sup>(٥)</sup>، ولا لفظ هناك،

= ابن طاهر: ولا أعرفه، وأورده أيضاً من وجه آخر عن أم حكيم بنت وداع الخزاعية، قال ابن طاهر: إسناده أيضاً غريب وليس بحجة، وروى مالك في الموطأ عن عطاء الخراساني رفعه: تصافحوا يذهب الغل، وتهادوا تحابوا وتذهب الشحناء» ذكره في أواخر المكاتب، وفي الأوسط للطبراني من طريق عائشة رفعه: «تهادوا تحابوا، وهاجروا تورثوا أولادكم مجداً، وأقبلوا الكرام عثراتهم» قاله الحافظ في التلخيص: وفي إسناده نظر.

(١) أخرجه البخاري من حديث أبي هريرة في النكاح، وأورده في الهدية من حديثه بلفظ: «لو دعيت إلى ذراع أو كراع لأجبت» ورواه الترمذي من حديث أنس بلفظ «لو أهدى إلى كراع لقبلت، ولو دعيت عليه لأجبت» وصححه.

(٢) قال الحافظ في التلخيص: فرسن الشاة ظلفها، وهو في الأصل خف البعير، فاستعير للشاة ونونه زائدة.

(٣) متفق عليه من حديث أبي هريرة.

(٤) كلام الشيخ في الناطق، أما الأخرس فلا خفاء في صحة هبته بإشارته المفهمة من الناطق ولمثله وانعقاد الهبة بالمكاتبة أولى بالصحة من البيع، والصحيح المنصوص في البيع الصحة. قال الإمام: ولا شك أن من يجوز البيع بالمعاطة يجوز في الهبة، ومحل اعتبار الصيغة في غير الهبة الضمنية كأعتق عبدك عني فأعتقه، فإنه يدخل في ملكه ويعتق عليه.

واستثنى بعضهم أيضاً المرأة إذا وهبت ليلتها من ضررتها، فلا يشترط قبولها على الصحيح.

(٥) رواه الترمذي (١٥٧٦) وأحمد. والبخاري من حديث علي: أن كسرى أهدى إلى النبي ﷺ هدية فقبل منه، وأن الملوك أهدوا إليه فقبل منهم، وفي النسائي عن عبد الرحمن بن علقمة الثقفي قال: لما قدم وفد ثقيف قدموا معهم بهدية، فقال النبي ﷺ: «أهدية أم صدقة؟ فإن كانت هدية فإنما ينبغي بها وجه رسول الله ﷺ وقضاء الحاجة، وإن كانت صدقة فإنما ينبغي بها وجه الله» قالوا: لا بل هدية، فقبلها منهم - الحديث - قال الحافظ في التلخيص والبخاري عن عائشة: كان رسول الله ﷺ إذا أتى بطعام سأل أهديه أو صدقة؟ فإن قيل: صدقة، قال لأصحابه: كلوا، وإن قيل: هدية ضرب بيده فأكل معهم، قال الحافظ في التلخيص: والأحاديث في ذلك شهيرة.

وعلى ذلك جرى الناس في الأغصار، ولذلك كانوا يعثون بها على أيدي الصبيان الذين لا عبارة لهم. ومنهم من اعتبرهما كما في الهبة والوصية، واعتذروا عما جرى بأن ذلك كان إباحة لا تملكياً؛ وأجاب صاحب «الشامل» بأنه لو كان كذلك، لما تصرفوا فيه تصرف الملاك، ومعلوم أن ما قبله النبي ﷺ كان يتصرف فيه، ويملكه غيره. والوجه الثاني، وهو ظاهر كلام الشيخ أبي حامد، والمتلقين عنه، لكن الذي عليه قرأ المذهب بحسب فعل الأولين، ونقل الإثبات من متأخري الأصحاب إنما هو الوجه الأول، وهو الذي أورده صاحب «التهذيب» و«التتمة»، واعتمده القاضي الروياني وغيرهم.

ويمكن أن يُحمل كلام من اعتبر الإيجاب والقبول على الأمر المشعر بالرضا دون اللَّفْظ، ويقال: الأمر المشعر بالرضا قد يكون لفظاً، وقد يكون فعلاً، والصدقة كالهديّة بلا فرق. وقوله: «إلا في هداية الأئمة» - إنما خص الأئمة بالذكر؛ أتباعاً للإمام، فإنه لما حكى عن بغض الأصحاب الأكتفاء بالفعل في الهدايا؛ أخذاً بما جرى عليه الأولون اعترض عليهم بأن عادتهم إنما أطردت بذلك في الأئمة دون غيرها من الأموال. لكن الصحيح أنه لا فرق وأنهم كانوا يتهاذون الأئمة وغيرها، واشتهر وقوع الكسوة والدواب في هدايا الملوك إلى رسول الله ﷺ وأن مارية - رضي الله عنها - أم ولدته كانت من الهدايا<sup>(١)</sup>.

وقوله: «فقد قيل: إنه يكفي بالمعاطاة»، لفظ المعاطاة بالحقيقة إنما يستمر في البيع، وحيث يوجد من الطرفين إعطاء، وأما ههنا، فهو محمول على الإغطاء من طرف، والأخذ من طرف، وحيث اعتبرنا الإيجاب والقبول، لم يجز التعليق بشرط ولا التأقيت كما في البيع.

(١) قال الحافظ في التلخيص رواه أحمد والنسائي، والترمذي أتم من سياقه، ولأبي داود. أن ملك الروم أهدى إلى النبي ﷺ مشيقة سندس فليسها - الحديث - وفيه قصة، وفيه عن أنس أن ملك ذي يزن أهدى إلى رسول الله ﷺ حلة أخذها بثلاثة وثلاثين بغيراً قبلها، وفيهما عن علي: أن أكيدر دومة أهدى إلى النبي ﷺ ثوب حرير فأعطاه علياً، فقال «شققه خمرأ بين الفواطم» وأما الدواب: فروى البخاري عن أبي حميد الساعدي قال: غزونا مع النبي ﷺ تبوك، وأهدى ابن العلماء للنبي ﷺ برداً وكتب له ببحرهم، وجاء رسول صاحب أيلة إلى رسول الله ﷺ بكتاب وأهدى إليه بغلة بيضاء - الحديث - وفي كتاب الهدايا لإبراهيم الحربي: أهدى يوحنا بن روبة إلى رسول الله ﷺ بغلة البيضاء، وفي مسلم: أهدى فروة الجذامي إلى رسول الله ﷺ بغلة بيضاء ركبها يوم حنين، وروى الحربي أيضاً. وأبو بكر بن خزيمة. وابن أبي عاصم، من حديث بريدة أن أمير القبط أهدى إلى رسول الله ﷺ جاريتين وبغلة، فكان يركب البغلة بالمدينة، وأخذ إحدى الجاريتين لنفسه، فولدت له إبراهيم ووهب الأخرى لحسان، وأما مارية فهي المشار إليها في هذا الحديث.

وفيها وجهٌ نذكره في الفصلِ الواقعِ عَقِيبَ هذا الفصلِ .

والمذهبُ الأوَّلُ، ولذلك لا يجوزُ تأخيرُ القَبُولِ عن الإيجابِ، بل يعتبرُ التواصلُ المعتادُ، كما في البيعِ، وعن ابنِ سريجٍ أنه يجوزُ تأخيرَ القبولِ عن الإيجابِ كما في الوصيةِ، وهذا الخلافُ حكاه كثيرٌ من الأصحابِ في الهبةِ، وصاحِبُ «التتمة» خصَّصه بالهديةِ، ومَن التأخيرُ في الهبةِ جَزْماً .

والقياسُ التَّسويةُ بينهما، ثُمَّ في الهدايا التي يبعثُ بها من موضعٍ إلى موضعٍ إذا اعتبرنا اللَّفْظَ والقبولَ على الفورِ، فإنَّما أن يُوكَّلَ الرَّسُولُ ليجبَ ويقبلَ المَبْعُوثُ إليه، وإنَّما أن يوجبَ المهدي، ويقبلَ المهدي إليه عند الوُصُولِ إليه .

وإذا كانت الهبةُ مَمَّن ليس له أهليَّةُ القبولِ؛ كالطفلِ، فيُنظَرُ؛ إنَّ كان الواهبُ أجنبيًّا قَبِلَ له مَنْ يلي أمره مِنْ وَلِيِّ وَوَصِيِّ وَقِيَمٍ، وإن كان الواهبُ مَنْ يلي أمره، فإنَّ كان غيرَ الأبِ والجدِّ قَبِلَ له الحاكمُ، أو مَنْ ينيبهُ .

وإن كان أباً أو جدًّا، تولَّى الطرفين، وهل يحتاجُ إلى لفظي الإيجابِ والقَبُولِ، أم يكفي بأحدهما؟ فيه وجهان كما سبق في البيعِ .

قال الإمامُ: وموضِعُ الوجهين في سبق القبولِ أما إذا أتى بلفظٍ مستقلٍّ؛ بأن يقولَ: اشتريتُ لِطِفْلِي أو اتَّهَنْتُ كذا، أمَّا قَوْلُهُ: قَبِلْتُ البيعَ أو الهبةَ، فلا يمكنُ الاقتصارُ عليه بحالٍ . ولا اعتبارُ بقبولِ المتعهدِ الذي لا ولايةَ له على الطِّفْلِ؛ خلافاً لأبي حنيفةٍ - رضي الله عنه . وإذا وهبَ من عبْدِ إنسانٍ، فالمعتبرُ قَبُولُ العبدِ، وفي افتقارهِ إلى إذنِ السَّيِّدِ خلافٌ تقدَّم (١) .

ولو وهبَ منه شيئاً، فقبل في نضفه أو عبدين، فقبِلَ في أحدهما، ففيه وجهان .

والفرقُ بينه وبين البيعِ أنَّ البيعَ عقدٌ معاوضته (٢)، وقد يتصرَّرُ البائعُ بالتبعيةِ لأنتقاصِ قيمةِ الباقي، والهبةُ بخلافه .

(١) أي في باب معاملات العبيد، والأصح لا .

قال في الخادم: وعلى هذا فهل تجوز بما يلحق فيه ضرر كالعبد والدابة الزميين، فيه وجهان في تعليق القاضي الحسين في كتاب اللقيط وكلام الإمام مقتضى الجزم بالمنع .

(٢) لم يفصح بترجيح، لكن ذكره الفرق فيه إشعاراً بترجيح الصحة، والذي جزم به الإمام في كتاب الوصية «البطالان». جزم الماوردي في كتاب الطلاق بالصحة فيما إذا وهبه عبدين فقبل أحدهما .

قال في الخادم: وينبغي أن يكون الخلاف في الهبة غير ذات الثواب، فإن كان ثواب فينبغي القطع بالمنع؛ لأنها بيع، وأن يكون فيما يدخل التبعية، فلو وهب له أمة وولدها الصغير فقبل أحدهما لم يجز قطعاً كما يمنع التفريق بينهما في الهبة والبيع .

## فُرُوعٌ: في زيادات للشيخ أبي عاصم:

أحدهما: رَجُلٌ في يده عِنْدٌ، فقال لآخر (ابن براس) (١) فهو هِبَةٌ يحتاج إلى القَبُولِ والقَبْضِ. ولو قال (توراست) (٢)، فهو إقْرَارٌ ويُشْبِهُ أَنْ يَكُونَ جَوَابُهُ فِي الْحَالَةِ الْأُولَى مَبْنِيًّا عَلَى أَنَّ هَذِهِ الْعُقُودَ تَتَعَقَّدُ بِالْكِتَابَاتِ.

الثاني: غرس أشجاراً في أرض، وقال عند الغراس: أَعْرِسْهُ لِأَبْنِي، لم يصِرْ لِلابْنِ وَلَوْ قَالَ: جَعَلْتُهُ لِأَبْنِي، وهو صَغِيرٌ، صار له؛ لِأَنَّ هِبَتَهُ مِنْهُ لَا تَقْتَضِي قَبُولاً، بخلاف ما لو جَعَلَ لِابْنِ، وهذا إِلَى مَلْتَفَتِ إِلَى مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْأَنْعِقَادِ بِالْكِتَابَاتِ، وَإِلَى أَنَّ هِبَةَ الْأَبْنِ الصَّغِيرِ، هَلْ يُكْتَفَى فِيهَا بِأَحَدِ الشَّقَيْنِ؟

الثالث: لو خَتَنَ ابْنَهُ، وَأَتَّخَذَ دَعْوَةً، فَحَمَلَتْ إِلَيْهِ الْهَدَايَا، وَلَمْ يُسَمِّ أَصْحَابَهَا الْأَبَ وَلَا الْابْنَ حَكَى فِيهِ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهَا لِلْأَبِ؛ لِأَنَّهُ الَّذِي اتَّخَذَ الدَّعْوَةَ وَالْخَرَاجَ بِالضَّمَانِ.

وَالثَّانِي: لِلْابْنِ؛ لِأَنَّ الدَّعْوَةَ لَهُ اتَّخَذَتْ (٣).

وفي فتاوى صاحب الكتاب أَنَّ خَادِمَ الصُّوفِيَّةِ الَّذِي يَتَرَدَّدُ فِي السُّوقِ، وَيَجْمَعُ لَهُمْ شَيْئاً يَمْلِكُهُ، وَلَا يَلْزِمُهُ الصَّرْفُ إِلَيْهِمْ، إِلَّا أَنَّ الْمُرُوءَةَ تَقْتَضِي الْوَفَاءَ بِمَا تَصَدَّى لَهُ، وَلَوْ لَمْ يَفِ، فَلَهُمْ مَنَعُهُ مِنْ أَنْ يَظْهَرَ الْجَمْعُ لَهُمْ وَالْإِنْفَاقَ عَلَيْهِمْ، وَإِنَّمَا مَلَكَهُ لِأَنَّهُ لَيْسَ بُولِي، وَلَا وَكِيلٌ عَنْهُمْ، كَيْفَ، وَلَيْسُوا بِمَعِينِينَ بِخِلَافِ هَدَايَا الْخِتَانِ (٤).

قَالَ الْعَرَّالِيُّ: وَلَوْ قَالَ: أَعْمَرْتُكَ هَذِهِ الدَّارَ فَإِذَا مِتُّ فَهِيَ لِرِوَرْتِكَ صَحَّ (م) فَإِنَّهُ هِبَةٌ، وَلَوْ أَقْتَصَرَ عَلَى قَوْلِهِ أَعْمَرْتُكَ لَمْ يَصِحَّ (ح م) عَلَى الْقَوْلِ الْقَدِيمِ؛ لِأَنَّهَا مُؤَقَّتَةٌ،

(١) كلمة فارسية معناها: هذا صحيح. (٢) كلمة فارسية معناها: أنت صادق.

(٣) قال النووي: قطع القاضي حسين في «الفتاوى» بأنه للابن، وأنه يجب على الأب أن يقبلها لولده، فإن لم يقبل، أثم. قال: وكذا وصي وقيم، يقبل الهدية والوصية للصغير. قال: فإن لم يقبل الوصي الوصية والهدية، أثم وانعزل لتركه النظر. وفي فتاوى القاضي: أن الشيخ أبا إسحاق الشيرازي قال: تكون ملكاً للأب، لأن الناس يقصدون التقرب إليه، وهذا أقوى وأصح.

(٤) أما إذا عين الدافع له جهة كان الخادم وكيلاً عنه في صرف ما قبضه إليها. ولو قال الخادم: فلان وفلان وفلان ووصفهم يطلبون الهدية فدفعت إليهم لم يملكه الخادم. ولو قال جماعة الصوفية يطلبون ويسألون لم يملكه هو ولا هم للجهل بهم وليس الدفع مخصوصاً به فيملكه. انتهى. لكن صرح في الوجيز ما يقتضي صحة الهدية من غير المعين.

قال النووي: ومن مسائل الفصل، أن قبول الهدايا التي يجيء بها الصبي المميز، جائز باتفاقهم، وقد سبق في كتاب البيع، وأنه يجوز قبول هدية الكافر، وأنه يحرم على العمال وأهل الولايات قبول هدية من رعاياهم.

وَعَلَى الْجَدِيدِ يَصِحُّ وَيَتَأَيَّدُ، فَإِنْ قَالَ: فَإِنْ مِتُّ عَادَ إِلَيَّ فَهُوَ بِالْبُطْلَانِ أَوْلَى، وَكَذَا الرَّقْبَى فَهِيَ بِالْبُطْلَانِ أَوْلَى، وَهُوَ أَنْ يَقُولَ: أَرْقَبْتُكَ هَذِهِ الدَّارَ وَجَعَلْتُهَا لَكَ رُقْبَى أَوْ وَهَبْتُكَ عَلَيَّ أَنَّكَ إِنْ مِتُّ قَبْلِي عَادَ إِلَيَّ أَوْ مِتُّ قَبْلَكَ اسْتَقَرَّ عَلَيْكَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: كَانَتِ الْعَرَبُ فِي الْجَاهِلِيَّةِ تَسْتَعْمَلُ لَفْظَيْنِ وَهُمَا: الْعُمْرَى وَالرَّقْبَى أُمَّ الْعُمْرَى: فَمَاخُودَةٌ مِنَ الْعُمْرِ، وَصُورَتُهَا أَنْ يَقُولَ: أَعْمَرْتُكَ هَذِهِ الدَّارَ مَثَلًا، أَوْ جَعَلْتُهَا لَكَ عُمْرًا، أَوْ حَيَاتِكَ أَوْ مَا عَشْتُ أَوْ حَيَّتْ، أَوْ مَا بَقِيَتْ، وَمَا يَفِيدُ هَذَا الْمَعْنَى، ثُمَّ لَهُ أَحْوَالٌ: أَحَدَاهَا: أَنْ يَقُولَ مَعَ ذَلِكَ: فَإِذَا مِتُّ، فَهِيَ لَوْرَثَتِكَ أَوْ لِعَقْبِكَ<sup>(١)</sup>، فَيَصِحُّ، وَهِيَ الْهَبَةُ بَعَيْنِهَا، لَكِنَّهُ طَوَّلَ عَلَى نَفْسِهِ، فَإِذَا مَاتَ، فَالدَّارُ لَوْرَثَتِهِ.

فَإِنْ لَمْ يَكُونُوا، فَلْيَبِيتِ الْمَالِ، وَلَا يَعُودُ إِلَى الْمَعْمَرِ بِحَالٍ؛ لَمَا رَوَى جَابِرٌ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «أَيُّمَا رَجُلٍ أَعْمَرَ عُمْرِي لَهُ وَلِعَقِبِهِ، فَإِنَّهَا لِلَّذِي أُعْطِيهَا لَا تَرْجِعُ إِلَى الَّذِي أُعْطَاهَا؛ لِأَنَّهُ أُعْطِيَ عَطَاءً وَقَعَتْ فِيهِ الْمَوَارِيثُ»<sup>(٢)</sup> وَقَالَ مَالِكٌ: هَذَا التَّصَرُّفُ مَنْصَرَفٌ إِلَى الْمَنَافِعِ؛ لِأَنَّ تَمْلِيكَ الرَّقْبَةَ لَا يَتَأْتَتْ، فَإِذَا مَاتَ الْمَعْمَرُ، وَلَا وَرَثَتَهُ لَهُ، رَجَعَتْ، إِلَى الْمَعْمَرِ، وَكَذَا، إِنْ كَانَ لَهُ وَرَثَةٌ فَأَنْقَرُضُوا، وَلَا يَكُونُ لِيَبِيتِ الْمَالِ.

الثَّانِيَةُ: إِذَا اقْتَصَرَ عَلَى قَوْلِهِ: جَعَلْتُهَا لَكَ عُمْرًا، وَلَمْ يَتَعَرَّضْ لِمَا بَعْدَهُ، فَفِيهِ قَوْلَانِ:

الْجَدِيدُ، وَيَهْ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَأَخْمَدُ أَنَّهُ يَصِحُّ وَحُكْمُهُ حُكْمُ الْهَبَةِ؛ لَمَا رَوَى أَنَّهُ ﷺ قَالَ: «الْعُمْرَى مِيرَاثٌ لِأَهْلِهَا»<sup>(٣)</sup>.

وَعَنْ جَابِرٍ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «لَا تُعْمَرُوا وَلَا تُرْقَبُوا فَمَنْ أَعْمَرَ شَيْئًا أَوْ أَرْقَبَهُ فَسَبِيلُهُ سَبِيلُ الْمِيرَاثِ»<sup>(٤)</sup>.

(١) اعترض في المهمات على تعبيره بالعقب مع جعله إرثاً بأن العقب قد لا يكون إرثاً كالنبت وابن النبت. وهذا عجيب فإن المراد بالعقب الوارث أعم من يكون عقباً أم لا بدليل قوله: «فإذا مات فالدار لورثته فإن لم يكونوا فليبيت المال» وعلى ذلك حمل العلماء العقب في الحديث، ولا خلاف عندهم أنه لا يختص بالعقب بل لورثته كلهم، والحاصل أن ظاهر النص هنا ليس بمراد وإنما عدلوا عنه لأصل الحديث ويدل على أن المراد من الحديث ذلك قوله ﷺ فإنه أعطى عطاء وقعت فيه الموارث.

(٢) رواه مسلم (١٦٢٥) وروى البخاري (٢٦٢٥) حديث جابر قضى رسول الله. الحديث.

(٣) أخرجه مسلم (١٦٢٥) من حديث جابر. قال الحافظ في التلخيص ولأبي هريرة مثله، ولأحمد والترمذي عن سمرة ولابن حبان من حديث زيد بن ثابت: «العمري سبيلها سبيل الميراث»، ورواه البخاري (٢٦٢٦) بلفظ (العمري جائزة).

(٤) تقدم.

قال الأئمة: هذا نَهْيُ إِزْسَادٍ، معناه: لا تعمروا طمعاً في أن يعود إليكم، واعلموا أن سبيله الميراث، ولأنَّ مَلِكٌ كُلُّ أَحَدٍ يَتَقَدَّرُ بِحَيَاتِهِ، وليس في جعله له مدَّةٌ حَيَاتِهِ مَانِعاً في أنتقاله إلى ورثته من بعده، بل هو شرطٌ لِلأنتقالِ.

والقَدِيمُ: أَنَّهُ لَيْسَ كَذَلِكَ؛ لِمَا رُوِيَ عَنْ جَابِرٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّهُ قَالَ إِنَّمَا الْعُمَرَى الَّتِي أَجَارَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ يَقُولَ: هِيَ لَكَ وَلِعَقِبِكَ مِنْ بَعْدِكَ<sup>(١)</sup>. واختلَفوا في كَيْفِيَّةِ الْقَوْلِ الْقَدِيمِ، فَالظَّاهِرُ، وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ أَنَّ الْعَقْدَ بَاطِلٌ مِنْ أَصْلِهِ؛ لِأَنَّهُ تَمْلِكُ عَيْنٍ قَدْرَهُ بِمَدَّةٍ، فَأَشْبَهَ مَا إِذَا قَالَ: وَهَبْتُ مِنْكَ أَوْ أَعْمَرْتُكَ سَنَةً.

وَعَنْ أَبِي إِسْحَاقَ أَنَّ فِي الْقَدِيمِ تَكُونُ الدَّارُ لِلْمُعَمَّرِ حَيَاتُهُ إِذَا مَاتَ عَادَتْ إِلَى الْمُعَمَّرِ أَوْ وَرَثَتِهِ كَمَا شَرَطَ، وَأَحْتَجَّ لَهُ بِقَوْلِهِ فِي الْحَدِيثِ السَّابِقِ: «أَيُّمَا رَجُلٍ أَعْمَرَ عُمَرَى لَهُ، وَلِعَقِبِهِ مِنْ بَعْدِهِ»<sup>(٢)</sup> شَرَطَ فِي قَطْعِ الرَّجُوعِ أَنْ يُعْمَرَ لَهُ وَلِعَقِبِهِ مِنْ بَعْدِهِ.

وَفِي «التَّهْذِيبِ» أَنَّ أَبَا إِسْحَاقَ قَالَ فِي الْقَدِيمِ: إِنَّهَا تَكُونُ عَارِيَةً مَتَى شَاءَ، أَسْتَرَدَّهَا، إِذَا مَاتَ، عَادَتْ إِلَى الْمُعَمَّرِ.

وَهَذَا قَرِيبٌ مِنْ مَذْهَبِ مَالِكٍ وَهُوَ أَنَّ مَنَافِعَ الدَّارِ لِلْمُعَمَّرِ حَيَاتُهُ، إِذَا مَاتَ، عَادَتْ إِلَى الْمُعَمَّرِ، إِلَّا أَنَّ الْعَارِيَةَ الْمُؤَقَّتَةَ عِنْدَهُ لِازِمَةٌ، فَلَيْسَ لَهُ الرَّجُوعُ مَتَى شَاءَ، وَإِذَا جَمَعْتَ بَيْنَ الرُّوَايَاتِ حَصَلَتْ فِي الْمَسْأَلَةِ أَرْبَعَةُ أَقْوَالٍ، فَظَاهِرُ الْمَذْهَبِ مِنْهَا الْجَدِيدُ، وَيَلِيهِ فِي الظُّهُورِ مِنْ رِوَايَاتِ الْقَدِيمِ بِالْبُطْلَانِ.

الثالثة: إِذَا قَالَ: جَعَلْتُهَا لَكَ عُمَرَكَ، إِذَا مِتُّ، عَادَتْ إِلَيَّ، أَوْ إِلَى وَرَثَتِي، إِنْ مِتُّ، فَإِنَّ حَكْمَنَا بِالْبُطْلَانِ فِي صُورَةِ الإِطْلَاقِ، فَهِيَ أَوْلَى. وَإِنْ قُلْنَا بِالصَّحَّةِ وَالْعُودِ إِلَى الْعُمَرِ، فَكَذَلِكَ هَهُنَا وَلَيْسَ فِيهِ إِلَّا التَّضْرِيحُ بِمَقْتَضَى الإِطْلَاقِ.

وَإِنْ قُلْنَا بِالْجَدِيدِ، وَهُوَ الصَّحَّةُ وَالتَّأْيِيدُ فَوْجِهَانِ:

أحدهما: البُطْلَانُ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ مَا يَخَالِفُ مَقْتَضَى الْمِلْكِ فَإِنْ مِنْ مَلِكٍ شَيْئاً، صَارَ بَعْدَ مَوْتِهِ لَوْرَثَتِهِ.

والثاني: يَصِحُّ وَيُلْغُو الشَّرْطَ، فَإِنَّهُ لَمْ يَشْرَطْ عَلَى الْمُعَمَّرِ شَيْئاً، وَلَا قَطَعَ مَلِكُهُ عَلَيْهِ، إِنَّمَا شَرَطَ الْعُودَ عَلَيْهِ بَعْدَ الْمَوْتِ، وَحَيْثُ قَدْ صَارَ الْمِلْكُ لِلْوَرِثَةِ.

وَالوَجْهُ الْأَوَّلُ أَسْبَقَ إِلَى الْفَهْمِ، وَقَدْ رَجَّحَهُ الْقَاضِي ابْنُ كَيْسَانَ وَصَاحِبُ «التَّامَّةِ» لَكِنَّ الْأَكْثَرِينَ أَجَابُوا بِالثَّانِي، وَسَوَّوْا بَيْنَ هَذِهِ الْحَالَةِ وَحَالَةِ الإِطْلَاقِ، كَأَنَّهُمْ أَخَذُوا

(١) رواه مسلم في صحيحه دون قوله من بعدك.

(٢) تقدم.

بإطلاق الأختيار، وعدلوا به عن قياس سائر الشروط الفاسدة، والحاصل مما ذكرنا عند الأختصار طريقان:

أحدهما: طردُ الخلافه.

والثاني: التقاء الجديدي، والظاهر من روايات القديم وأتفاقهما على البطلان.

وأما الرقبي: فهي أن يقول: وهبتُ منك هذه الدارَ عُمرَكَ، على أنك إن ميتٌ قبلي، عادت إلي وإن مت قبلك، استقرت عليك، أو جعلت هذه الدارَ لك رقبى، أو أرقبتها لك، وهي مأخوذة من الرقوب، كأن كل واحد منهما يرتقب موت صاحبه، والحكم فيها كالحكم في الحالة الثالثة من العُمري؛ لأن قوله: إن مت قبلك، أستقر عليك لا أثر له في المنع، فيبقى قوله: إن مت قبلي، عاد إلي، فيحصل فيه طريقان:

أحدهما: القطع بالبطلان.

وأظهرهما: طردُ القولين.

فعلى الجديدي؛ يصح، ويلغو الشرط لقول ﷺ: «لَا تُعْمِرُوا وَلَا تُرْقِبُوا... الحديث»<sup>(١)</sup>، والقديم البطلان، أو الصحة والترقب.

وعند أبي حنيفة الرقبي لا يملك بها، وإنما هي عارية، وللمزقب الرجوع متى شاء. وقال أحمد: تصح الرقبى كالعُمري، وفي صحة شرط الرجوع إلى الواهب روايتان عنه.

التفريع: إن صححنا العُمري والرقبي، وألغينا الشرط، تصرف المَعمر في المال كيف شاء، وإن أبطلنا العقد أو جعلناه عارية، فلا يخفى أنه ليس له التصرف بالبيع ونحوه. وإن قلنا بصحة العقد والشرط، فلو باع المَعمر<sup>(٢)</sup>، ثم مات، ذكر الإمام فيه احتمالين:

أظهرهما عنده: أننا لا ننفذ البيع؛ لأن مقتضى البيع التأييد، وهو لم يملكه إلا مؤقتاً، فكيف يملك غيره ما لم يملكه؟

والثاني: تنفيذُه كبيع العبد المعلق عتقه قبل وجود الصفة، وهذا ما أجاب به القاضي ابن كعب، وعلل بأنه مالك في الحال، والرجوع أمر يحدث بعد الموت، وشبهه برجوع نصف الصداق إلى الزوج بالطلاق قبل الدخول، برجوع الوالد في الهبة من

(١) رواه الشافعي (١٣٧٧) وأبو داود (٣٥٥٦)، والنسائي (٢٧٣/٦) والبغوي في شرح السنة (٢١٩٨). قال الحافظ في التلخيص - وصححه أبو الفتح القشيري على شرطهما.

(٢) عبارة الروضة: الموهوب له.



الولد، وهو بالأول أشبه؛ لأنه لا يتعلّق بفغله وأختياره، وإذا قلنا بصحّة بيعه، فيُشبهه أنّه يرجع المعمّر في تركته بالعزم رجوع الزوج، إذا طلق بعد خروج الصّدق عن ملكها.

قال الإمام: وفي رجوع المال إلى ورثة المّعمر، إذا مات قبل المعمّر أستبعاد؛ لأنّه إثبات ملكٍ لهم فيما لم يملكه المورث، لكئنه كما لو نصب شبكة، فتعقل بها<sup>(١)</sup> صيد بعد موته يكون الملك فيه للمورث.

والصحيح أنّه تركّة تقضي منها الديون، وينفد الوصايا.

ولو قال: جعلت هذه الدار لك عمري أو حياتي فوجهان:

أحدهما: أنه كما لو قال: عمرك أو حياتك لشمول أسم العمري.

وأظهرهما: المنع لخروجه عن اللفظ المَعهُود في الباب، ولما فيه من تأقيت الملك لجواز موت المّعمر قبله؛ بخلاف ما إذا قال: عمرك أو حياتك؛ لأنّ الإنسان لا يملك إلاّ مدّة حياته، فلا تأقيت فيه، وأجري الخلاف فيما إذا قال: جعلتها لك عمري فلان. وخرج من تصحيح العقد وإلغاء الشرط في هذه الصورة وجه: أنّ الشرط الفاسد لا يُفسد الهبة، وطرده ذلك في الوقف أيضاً، ثم منهم من خصّص الخلاف في هذه القاعدة بما هو من قبيل الأوقات مثل أن يقول: وهبت منك سنة أو وقفتها سنة ومنهم من طرده في كل شرط كقوله: وهبتك بشرط ألاّ تبعه إذا قبضته، وما أشبه ذلك.

وقرئوا بين البيع الهبة والوقف بأنّ الشرط في البيع يورث جهالة الثمن، ويلزم من جهالة الثمن فساد البيع، وهذا إذا قلنا بالصحيح، وهو فساد البيع بالشروط الفاسدة على أنّا حكينا في البيع قولاً أيضاً، وظاهر المذهب فساد الهبة، والوقف بالشروط التي يفسد بها البيع؛ بخلاف العمري؛ لما فيها من الأخبار<sup>(٢)</sup>.

ولو باع على صورة العمري، فقال: ملكتك بعشرة عمرك.

(١) عبارة الروضة: فوقع بها.

(٢) منها حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: العمري جائزة (بخاري ٢٣٨/٥ في كتاب الهبة - حديث (٢٦٢٦)). و(مسلم ١٢٤٨/٣ في الهبات - حديث (١٦٢٦/٣)).

ومنها: حديث جابر - رضي الله عنه -، قال: قال رسول الله ﷺ: أيما رجل أعمار عمري له ولعقبه، فإنها للذي أعطيها لا ترجع إلى الذي أعطها لأنه أعطى عطاء وقعت فيه الموارث. (مسلم ١٢٤٥/٣ في الهبات (١٦٢٥/٢٠)).

ومنها: حديث جابر عن النبي ﷺ أنه قال: العمري جائزة لأهلها والرقبي جائزة لأهلها. (أحمد في المسند ٣/٣٠٣) و(أبو داود ٣/٢٩٥ في البيوع - حديث (٣٥٥٨)) و(الترمذي ٣/٦٣٣ في الأحكام (١٣٥١)). وقال حسن، و(النسائي ٦/٢٧٤ في كتاب العمري) و(ابن ماجه ٢/٧٩٧ في الهبات - حديث (٢٣٨٣)).

قال القاضي ابن كنج: لا يَبْعُدُ عِنْدِي جَوَازُهُ؛ تَفْرِيعاً عَلَى الْجَدِيدِ.

وقال أبو علي الطَّبْرِيُّ: لا يجوز؛ لأنه تطرَّق الجهالة إلى الثمن، ولا يجوز تغليق العُمَرَى بأن يقول: إذا مات، أو قَدِمَ فلان، أو جاء رَأْسُ الشهر، فقد أَعْمَرْتُكَ هذه الدار، أو فهذه الدارُ لك عُمَرَى<sup>(١)</sup>، نعم لو علَّق بموته فقال: إذا مِتُّ، فهذه الدار لك عُمَرَى، فهذه وصيةٌ يعتبر خروجها من التُّلُث.

ولو قال: إذا مِتُّ، فهي لك عُمَرَى، فإذا مِتُّ عادت إلى ورثتي، فهي وصية منه بالعُمَرَى على صورة الحالة الثالثة.

ولو جَعَلَ رجلانِ كُلُّ واحدٍ منهما دَارَهُ لِلاَخر عُمَرَهُ على أَنَّهُ إِنْ مات قَبْلَهُ عاد إلى صاحب الدار، فهذه رُقْبَى من الجانبين. ولو قال: دَارِي لَكَ عُمَرَى، فإذا مِتُّ، فهي لزيد، أو عبدي لك عُمَرَى، فإذا مِتُّ، فهو حُرٌّ، صحَّ العُمَرَى؛ على قولنا الجديد ولغا المذكور بعدها، والله أَعْلَمُ. وقوله في الكتاب: «صحَّ؛ فإنه هبة» يجوز إعلامه بالميم؛ لأنه يجعله عاريةً كما تقدَّم.

وقوله «لم يصحَّ على القول القديم؛ لأنها مؤقتة، وعلى الجديد يصحُّ ويتأبَّد» هكذا الصواب وفي أكثر النسخ سيِّما القديمة منها عكسُ ذلك. ويجوز أن يُعْلَمَ قوله: «لم يصحَّ» بالحاء والميم والألف، وبالواو أيضاً لما حكينا عن الشيخ أبي إسحاق أنَّ القديم كَوْنُ المال للمُعَمَّر، ورجوعه بعد موته إلى المُعَمَّر.

وقوله: «فإن مِتَّ عاد إليّ»، فهو بالبطلان أو لى الغرض منه [أن] البطلان ههنا أظهر منه في صورة الإطلاق على ما هو دأب الترتيب لا تَرْجِيحُ البطلان على الصِّحة المقابلة له، بل الأظهر عند الأكثرين الصِّحة على ما بيَّنا، وكذلك في الرُقْبَى واللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ أَعْلَمُ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّانِي: الْمَوْهُوبُ وَمَا جَارَ بَيْعُهُ جَارَ هِبَتِهِ فَلَا يَمْتَنِعُ بِالشُّبُوحِ وَإِنْ قَبِلَ الْقِسْمَةَ (ح)، وَلَا يَصِحُّ (م) هِبَةُ الْمَجْهُولِ وَالْأَبْقَى، وَفِي هِبَةِ الْكَلْبِ خِلَافٌ (و)، وَهِبَةُ الْمَرْهُونِ هَلْ تُقَيَّدُ الْمِلْكُ عِنْدَ اتِّفَاقٍ فَكَاكِه؟ فِيهِ خِلَافٌ (و)، وَهِبَةُ الدَّيْنِ لَا تَصِحُّ (و) كَمَا لَا يَصِحُّ رَهْنُهُ إِذِ الْقَبْضُ فِيهِ غَيْرُ مُمَكِّنٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الرُّكْنُ الثَّانِي: الْمَوْهُوبُ، وَهُوَ مَعْتَبَرٌ بِالْبَيْعِ، فَإِنَّ الْهِبَةَ تَمْلِكُ بِأَجْرَةٍ؛ كَالْبَيْعِ فَمَا جَارَ بَيْعُ، جَارَ هِبَتُهُ، وَمَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ مِنْ مَجْهُولٍ أَوْ مَعْجُوزٍ عَنِ تَسْلِيمِهِ، لَا يَجُوزُ هِبَتُهُ، هَذَا هُوَ الْغَالِبُ، وَرَبِّمًا اخْتَلَفَا فِي الْأَقْل.

(١) عبارة الروضة: أو فهي لك عمرك.

وفي التفصيل صَوَّرَ: منها: الشائعُ يجوزُ هبته، كما يجوزُ بيعُهُ، ولا فَرْقُ بين المنقسم وغيره، ولا بين أن يَهَبَ من الشريك أو غيره، وبه قال مالكٌ وأحمدُ، وعند أبي حنيفة - رضي الله عنه - لا تصحُّ هبةُ المنقسم من غير الشريك، وبالعُكس؛ فقال: لو وهبَ الشئُ المنقسم من اثنين، لم يصحَّ أيضاً، وتجوُّزُ هبةِ الأرض المزروعة دون الزرع، وبالعكس؛ خلافاً لأبي حنيفة - رضي الله عنه - أيضاً.

وإذا وهب من اثنين، فقبل أحدهما في نصفه، فوجهان، كما في البيع<sup>(١)</sup>.

وجوابُ صاحبِ الشَّاملِ فيهما التصحيحُ.

ومنها: لا يجوزُ هبةُ المجهولِ كَيْتَعِه، وعن مالك - صحَّحَهَا.

ومنها: لا يجوزُ هبةُ الآبِ والضَّالِّ، ويجوزُ هبةُ المغصوبِ من غير الغاصبِ، إن قدرَ على الانتزاعِ، وإلا، فوجهان سنذكرُ مأخذَهُما إن شاء الله تعالى.

وأما الهبةُ مِنَ الغاصبِ، فقد ذَكَرْنَا حُكْمَهَا فِي الرَّهْنِ.

ويجوزُ هبةُ المُستَعَارِ من غيرِ المستعيرِ، ثم إذا قبضَ الموهوبُ منه بالإذنِ، برىء الغاصبُ والمستعيرُ من الضَّمانِ.

وتجوزُ هبةُ المُستأجِرِ من غيرِ المُستأجِرِ، إن جَوَّزْنَا بيعه، وإلا، ففيها الرَّجْهَانِ.

ثم ذكر الشيخ أبو حامد وغيره أنه لو وُكِّلَ الموهوبُ منه الغاصبُ، أو المُستعيرُ، أو المُستأجِرُ بقبضِ ما في يده من نفسه، وقبَل، صحَّ، وإذا مضتْ مُدَّةٌ يتأتى فيها القبضُ، برىء الغاصبُ والمُستعيرُ من الضَّمانِ، وهذا يخالفُ الأضلَّ المشهور في أنَّ الشَّخصَ الرَّاحِدَ لا يَكُونُ قَابِضاً ومُقْبِضاً<sup>(٢)</sup>. ومنها: في هبة المرهون وجهان، إن اعتبرناها، أنتظرنا، فإنَّ بَيْعَ فِي الرَّهْنِ، بأن بطلانُ الهبةِ، وإن أنفك الرَّهْنُ، فللواهبِ

(١) في هذه الصورة الأخيرة إشكال من جهة أن الإقباض معتبر من جانب الواهب والقبض معتبر من جانب المتهب، فإن أذن في إعتاقه صار كأنه استنابة في قبضه وهو المقبض وهو ممتنع. وما ذكره في الصورة الأولى خاص بالأكل فلو أذن في إتلافه فالحكم بخلافه. ذكره في الكافي.

(٢) تقدم ما يستثنى من هبة المجهول، وينبغي أن يستثنى من هبة المغصوب لغير الغاصب إذا قلنا بعدم الصحة الهبة الضمنية كأعتق عبدك عني، وأما ما ذكره الشيخ من الأشكال في مخالفة الأصل في الإقباض، فأجاب عنه الشيخ ابن الرفعة بأن ذلك في قبض متوقف على قبض بأن يكون الحق في الذمة، فأما إذا كان معينا، فلا اتحاد فيه، وما نحن فيه من هذا القبيل. انتهى.

قيل: ويمكن أن يقال ليس هذا من اتحاد المقبض والقابض، وإنما هو مجرد قبض لأن العارية بطلت بالهبة، والتوكيل في قبضها كالتوكيل في قبض عين اشتراها ولا يد لأحد عليها إلى آخر ما ذكره في الخادم.

الخيارُ في الإقباض، والوجهان في هذه الصورة كلها توجه:

أحدهما: وهو الأظهرُ بالقياس على البيع.

والثاني: بأن البيع لا يفيد الملك في الحال، بل يشترط له التسليم، وليست هي بموجبة للتسليم حتى يمتنع فيما يمتنع تسليمه، فيُحتملُ فيها ما لا يُحتملُ في البيع.

ومنها في هبة الكلب وجهان عن رواية الشيخ أبي علي وغيره:

أظهرهُما: وبه قطع الشيخ أبو محمد: المنع كالبيع.

وثانيهما: الصَّحَّة؛ تنزيلاً للهبة منزلة الوصية، وهما جاريان في جلد الميتة قبل

الدباغ، وفي الخمور المحرمة.

قال الإمام: وحق من جاوز الهبة فيها أن يجوزها في المجاهيل، وفي الآبق

كالوصية<sup>(١)</sup>.

ومنها: هبة الدين، وهي إما أن تُفرض ممن عليه الدين، أو من غيره، فإن وهب ممن عليه الدين، فهو إبراء، فإن قلنا باعتبار القبول في الإبراء على ما أسلفنا حكايته عن ابن سريج، فإذا جرى بلفظ الهبة، كان أولى. وإن قلنا: لا يُعتبر، فوجهان، إن نظرنا إلى اللفظ، أعتبرناه، ويحكى هذا عن ابن أبي هريرة.

وإن نظرنا إلى المعنى، فلا. قال في «الشامل» وهو المذهب، وإن وهب من غير من عليه، فيبني على الخلاف في بيع الدين من غير من عليه إن أبطناه، فكذلك الهبة، وهو الأصح، وإن صححناه، ففي الهبة وجهان، كما ذكرنا في رهن الدين فإن صححنا، فهل يفتقر لزومها إلى قبض الدين؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ على قياس الهبات.

والثاني: أنه لا حاجة إلى القبض، وعلى هذا، فوجهان:

أحدهما: أنه يلزم بنفس الإيجاب والقبول، كالحالة؛ لأن المقصود أن يصير المتَّهَبُ بعد الهبة كالواهب قبلها، والواهب كان مستحقاً من غير قبض.

والثاني: أنه لا بد من تسليط بعد العقد، وإذن مجدد، ويكون ذلك كالتخلية في الأعيان التي لا يمكن نقلها وإذا فرعنا على أنه يجوز رهن الدين، افتقر لزومه إلى القبض لا محالة؛ لأنه لا يفيد انتقال الملك والاستحقاق.

(١) وهذا الذي قاله الإمام، قد صرح الماوردي بحكايته عن ابن سريج أنه لا يجوز هبة الآبق. ذكره في كتاب البيع، وقال صاحب العدة. هنا: هبة العبد الآبق في حالة إياقة لا تجوز في وجه.

فزع:

عن صاحب «التقريب»:

مَنْ عَلَيْهِ الزَّكَاةُ، لَوْ وَهَبَ دَيْنَهُ عَلَى الْمَسْكِينِ بِنِيَةِ الزَّكَاةِ، لَمْ يَقَعْ الْمَوْعُ؛ لِأَنَّهُ إِبْرَاءٌ، وَلَيْسَ بِتَمْلِيكٍ، وَإِقَامَةُ الْإِبْرَاءِ مَقَامُ التَّمْلِيكِ إِبْدَالًا، وَإِنَّهُ غَيْرُ جَائِزٍ فِي الزَّكَوَاتِ.

وَلَكَّ أَنْ تَقُولَ: ذَكَرُوا وَجْهَيْنِ فِي أَنَّ هَبَةَ الدَّيْنِ مَمَّنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ تَنْزِلُ مَنْزِلَةَ التَّمْلِيكِ، أَمْ هُوَ مَخْصُصٌ إِسْقَاطًا؟ وَعَلَى هَذَا خَرَجَ اعْتِبَارُ الْقَبُولِ فِيهَا، فَإِنَّ أُعْطِيَتْهَا حَكْمُ التَّمْلِيكِ، وَجَبَ أَنْ يَقَعْ الْمَوْعُ<sup>(١)</sup>، وَلَوْ كَانَ الدَّيْنُ عَلَى غَيْرِهِ، فَوَهَبَهُ لِلْمَسْكِينِ بِنِيَةِ الزَّكَاةِ. وَقَلْنَا: تَصَحُّعُ الْهَبَةِ وَلَا يُعْتَبَرُ الْقَبْضُ، وَقَعَ عَنِ الزَّكَاةِ، وَالْمَسْتَحَقُّ يُطَالِبُ الْمَدْيُونُ بِهِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: الثَّلَاثُ: الْقَبْضُ وَبِهِ يَخْصُلُ (م) وَالْمِلْكُ، فَإِنْ مَاتَ الْوَاهِبُ قَبْلَ الْقَبْضِ تَخَيَّرَ الْوَارِثُ فِي الْإِقْبَاضِ، وَقِيلَ: يَنْفَسِخُ كَالْوَكَاةِ، وَكَمَا قَبْلَ الْقَبُولِ، وَلَوْ قَبَضَهَا الْمُتَهَبُ دُونَ إِذْنِ الْوَاهِبِ لَمْ يَخْصُلِ الْمِلْكُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الرُّكْنُ الثَّلَاثُ: الْقَبْضُ، وَلَا يَخْصُلُ الْمِلْكُ فِي الْهَبَاتِ وَالْهَدَايَا إِلَّا بَعْدَ حُصُولِ الْقَبْضِ. رُوِيَ أَنَّ أَبَا بَكْرٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - نَحَلَ عَائِشَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - جِذَاذَ عَشْرِينَ وَسَقًا، فَلَمَّا مَرَضَ قَالَ: وَدِدْتُ أَنَّكَ جَزَيْتَهُ وَقَبَضْتِيهِ. وَإِنَّمَا هُوَ الْيَوْمَ مَالُ الْوَارِثِ<sup>(٢)</sup>.

(١) أَجَابَ عَنْهُ ابْنُ الرَّفْعَةِ بِأَنَّ هَذَا وَإِنْ جَعَلْنَاهُ تَمْلِيكًا فَهُوَ تَمْلِيكٌ تَقْدِيرِي لَا تَحْقِيقِي، وَالْمَعْتَبَرُ فِي الزَّكَاةِ التَّمْلِيكُ الْحَقِيقِيُّ، وَلِهَذَا قَالَ الْإِمَامُ: إِنَّهُ لَيْسَ بِتَمْلِيكٍ عَلَى الْحَقِيقَةِ. قَالَ فِي الْبَسِيطِ: بَلْ هُوَ كَالْبَدَلِ عَنِ التَّمْلِيكِ، بَلْ قَالَ بَعْضُ الْفَضَلَاءِ: لَا يَنْبَغِي أَنْ يَسْقُطَ بِهِ الزَّكَاةُ، وَإِنْ أُعْطِيَتْهَا حَكْمُ التَّمْلِيكَاتِ الْحَقِيقِيَّةِ لِأَنَّ الزَّكَاةَ تَحْتَاجُ إِلَى دَفْعٍ وَلَمْ يَوْجَدْ، وَقَدْ نَقَلَ الْمَاورِدِيُّ أَنَّهُ إِذَا كَانَ لِرَبِّ الْمَالِ دَيْنٌ عَلَى فَقِيرٍ مِنْ أَهْلِ السَّهْمَانِ لَمْ يَجْزُ أَنْ يَجْعَلَ مَا عَلَيْهِ مِنْ دَيْنِهِ قِصَاصًا مِنَ الزَّكَاةِ إِلَّا أَنْ يَدْفَعَ الزَّكَاةَ إِلَيْهِ، ثُمَّ يَخْتَارُ الْفَقِيرُ دَفْعَهَا إِلَيْهِ مِنْ ذِمَّتِهِ، فَأَرَادَ أَنْ يَجْعَلَهُ عَنْ زَكَاتِهِ. وَقَالَ لَهُ جَعَلْتَهُ عَنْ زَكَاتِي فَوْجَهَانَ أَصْحَمًا لَا يَجْزِيهِ وَالثَّانِي، يَجْزِيهِ كَمَا لَوْ كَانَتْ لَهُ عِنْدَهُ دِرَاهِمٌ وَدِيعَةٌ وَدَفَعَهَا عَنْ الزَّكَاةِ وَهَذَا يُؤَيِّدُ مَا حَكَاهُ الرَّافِعِيُّ مِنَ الْخِلَافِ.

وَقَالَ فِي الْكُفَايَةِ: يَنْبَغِي أَنْ يَتَخَرَّجَ فِي هَذَا خِلَافًا فِي الْخِلَافِ فِيمَا إِذَا أَبْرَأَ ابْنَهُ مِنْ دَيْنٍ لَهُ عَلَيْهِ فَلَا رُجُوعَ إِنْ قَلْنَا: الْإِبْرَاءُ إِسْقَاطٌ، وَإِنْ قَلْنَا: تَمْلِيكٌ ثَبَتَ، وَقَدْ حَكَاهُ الرَّافِعِيُّ فِيمَا بَعْدَ عَنِ الْمُتَوَلِّيِّ. قَالَ فِي الْخَادِمِ.

(٢) رَوَاهُ مَالِكٌ (١٢٥/٢ - ١٢٦) مِنْ ابْنِ شَهَابٍ عَنْ عُرْوَةَ عَنْ عَائِشَةَ بِهِ وَقَالَ الْحَافِظُ فِي التَّلْخِيصِ: وَأْتَمَّ بِهِ، وَابِيهَقِي (١٦٩/٦ - ١٧٠) مِنْ طَرِيقِ ابْنِ وَهَبٍ عَنْ مَالِكٍ وَغَيْرِهِ عَنْ ابْنِ شَهَابٍ، وَقَالَ الْحَافِظُ فِي التَّلْخِيصِ وَعَنْ حَنْظَلَةَ بْنِ أَبِي سَفْيَانَ عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ نَحْوَهُ، وَابِغْوِيِّ فِي شَرْحِ السَّنَةِ (٢٢٠٤).

ولولا تَوْقُفَ الْمَلِكِ عَلَى الْقَبْضِ، لَمَا قَالَ: «إِنَّهُ مَالُ الْوَارِثِ».

وفيه دليلٌ عَلَى أَنَّ الْإِقْبَاضَ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ مِنَ الْوَارِثِ بِمِثَابَةِ الْهَبَةِ مِنْهُ هَذَا ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَفِيهِ قَوْلَانِ آخِرَانِ:

أَحَدُهُمَا: وَيُحْكَى عَنْ رِوَايَةِ عِيسَى بْنِ أَبِيَانَ عَنِ الْقَدِيمِ أَنَّهُ يَحْصُلُ الْمَلِكُ بِنَفْسِ الْعَقْدِ، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ كَالْوَقْفِ.

وَالثَّانِي: أَنَّ الْمَلِكَ مَوْقُوفٌ إِلَى أَنْ يُوجَدَ الْقَبْضُ، فَإِذَا وُجِدَ، تَبَيَّنَ حُصُولَ الْمَلِكِ مِنْ وَقْفِ، الْعَقْدِ، وَهَذَا مَخْرُجٌ مِمَّا ذَكَرْنَا فِي «زَكَاةِ الْفِطْرِ» أَنَّهُ لَوْ وَهَبَ عَبْدًا فِي آخِرِ رَمَضَانَ، وَقَبَضَهُ بَعْدَ غُرُوبِ الشَّمْسِ، كَانَتِ الْفِطْرَةُ عَلَى الْمُوْهَبِ لَهُ.

وَمَنْ قَالَ بِالْوَقْفِ<sup>(١)</sup>، قَالَ: هَذَا تَفْرِيعٌ مِنْهُ عَلَى مَذْهَبِ مَالِكٍ.

وَقَالَ أَحْمَدُ: إِذَا وَهَبَ قَفِيزًا مِنْ ضَبْرَةٍ أَوْ دِرْهَمًا مِنْ دِرَاهِمٍ، فَلَا بُدَّ مِنَ الْقَبْضِ، وَإِنْ وَهَبَ مُعِينًا كَالثُّوبِ وَالْعَبْدِ فَاصْحُ الرِّوَايَتَيْنِ أَنَّ الْمَلِكَ لَا يَنْتَقِرُ إِلَى الْقَبْضِ، وَيَتَفَرَّعُ عَلَى الْأَقْوَالِ أَنَّ الزِّيَادَاتِ الْحَادِثَةَ بَيْنَ الْعَقْدِ وَالْقَبْضِ لِمَنْ تَكُونُ.

وَلَوْ بَاعَ الْوَاهِبُ مَا وَهَبَهُ مِنْ إِنْسَانٍ قَبْلَ الْقَبْضِ - حَكَى الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ أَنَّهُ إِنْ كَانَ يَعْتَقِدُ أَنَّ الْهَبَةَ غَيْرُ تَامَّةٍ، صَحَّ الْبَيْعُ، وَبَطَلَتِ الْهَبَةُ، وَإِنْ كَانَ يَعْتَقِدُ تَمَامَهَا، وَانْتَقَالَ الْمَلِكُ بِنَفْسِ الْعَقْدِ، فَفِي صِحَّةِ الْبَيْعِ قَوْلَانِ كَالْقَوْلَيْنِ فِيْمَا إِذَا بَاعَ مَالٌ أَبِيهِ عَلَى ظَنِّ أَنَّهُ حَيٌّ فَبَانَ مَيِّتًا وَلَوْ مَاتَ الْوَاهِبُ أَوْ الْمَتَّهَبُ بَيْنَ الْعَقْدِ وَالْقَبْضِ فَوَجَّهَانَ، وَيُقَالُ: قَوْلَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يَنْفَسِخُ الْعَقْدُ لَجَوَازِهِ كَالشَّرْكَةِ وَالْوَكَاةِ.

وَأَصَحُّهُمَا: الْمَنْعُ؛ لِأَنَّهُ يُؤْوَلُ إِلَى الْإِجْرَامِ كَالْبَيْعِ الْجَائِزِ، بِخِلَافِ الشَّرْكَةِ وَالْوَكَاةِ، فَعَلَى هَذَا، إِنْ مَاتَ الْوَاهِبُ، يَخْتَرُ الْوَارِثُ فِي الْإِقْبَاضِ، وَإِنْ مَاتَ الْمَتَّهَبُ، قَبْضُ وَارِثِهِ، إِنْ أَقْبَضَهُ الْوَاهِبُ، وَيَجْرِي الْخِلَافُ فِيْمَا إِذَا جُنَّ أَحَدُهُمَا أَوْ أُغْمِيَ عَلَيْهِ<sup>(٢)</sup>.

وَالْقَبْضُ الْمَسْتَعْقَبُ لِلْمَلِكِ هُوَ الْمَقْرُونُ بِإِذْنِ الْوَاهِبِ، فَلَوْ قَبِضَ مِنْ غَيْرِ إِذْنِهِ، لَمْ يَمْلِكْهُ، وَيَدْخُلُ فِي ضَمَانِهِ، وَلَا قَرَقَ بَيْنَ أَنْ يَقْبِضَ فِي مَجْلِسِ الْعَقْدِ أَوْ بَعْدَهُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - إِذَا قَبِضَهُ فِي الْمَجْلِسِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ مَلَكَهُ، وَإِنْ تَأَخَّرَ عَنِ الْمَجْلِسِ، أَحْتَاغَ إِلَى الْإِذْنِ.

لَنَا: قِيَاسُ الْحَالَةِ الْأُولَى عَلَى الثَّانِيَةِ.

(١) فِي ز: الْأَوْلَى.

(٢) قَالَ النَّوَوِيُّ: قَالَ الْبَغْوِيُّ: وَيَقْبِضُ بَعْدَ الْإِفَاقَةِ مِنْهُمَا وَلَا يَصِحُّ الْقَبْضُ فِي حَالِ الْجَنُونِ وَالْإِعْمَاءِ.

ولو كان المَوْهُوبُ في يد المَوْهُوبِ منه، فالحكم ما مرَّ في «كتاب الرهن» .  
 ولو أُذِنَ في القَبْضِ، ثم رَجَعَ عنه قَبْلَ القَبْضِ، لم يَصِحَّ القَبْضُ، وكذا لو أُذِنَ،  
 ثم مات الأذِنُ أو المأذون له قَبْلَ القَبْضِ، بَطَلَ الإذِنُ .  
 ولو بَعَثَ هَدِيَّةً إِلَى إنسان، فَمَاتَ المَهْدِيُّ إليه قبل وصولها إِلَيْهِ، بَقِيَّتِ الهَدِيَّةُ  
 عَلَى مَلِكِ المَهْدِيِّ .

ولو مَاتَ المَهْدِيُّ، لم يَكُنْ لِلرُّسُولِ حَمْلُهَا إِلَى المَهْدِيِّ إِلَيْهِ، وكذا القادم من  
 السَّفَرِ، إذا أَتَعَ [أَصْدَقَانِهِ هَدَايَا] <sup>(١)</sup> ومَاتَ قَبْلَ وُصُولِهَا إِلَيْهِمْ، فَهِيَ مِيرَاثٌ . وَكَيْفِيَّةُ  
 القَبْضِ فِي العَقَارِ وَالْمَنْقُولِ، كما قَدَّمْنَاهُ فِي «الْبَيْعِ» وَحَكَمْنَا ثُمَّ قَوْلًا أَنَّ التَّخْلِيَةَ فِي  
 المَنْقُولَاتِ قَبْضٌ . قال فِي «التَّئِمَّةِ»: لا جَرِيانَ لذلِكَ القَوْلِ ههنا، والفَرْقُ أَنَّ القَبْضَ فِي  
 البَيْعِ مَسْتَحَقٌّ، وللمَشْتَرِي المِطالِبَةُ، به فجاز أَنْ يجعلَ بِالتَّمَكُّنِ قابِضاً، وَفِي الهَبَةِ القَبْضُ  
 غيرَ مَسْتَحَقٍّ، فَأَعْتَبَرُ تَحْقِيقَهُ، ولم يَكْتَفِ بِالوَضْعِ بَيْنَ يَدَيْهِ <sup>(٢)</sup> .

ولهذا لو أَتَلَفَ المَثْبُوبِ المَوْهُوبِ، لم يَصِرْ قابِضاً، بخلافِ المَشْتَرِي، إذا أَتَلَفَ  
 المَبِيعِ، ولو أَمَرَ الوَاهِبُ المَثْبُوبِ بِأَكْلِ الطَّعامِ المَوْهُوبِ، فَأَكَلَهُ، أو بِإِغْتِاقِ العَبْدِ  
 المَوْهُوبِ، فَأَعْتَقَهُ، أو أَمَرَ المَثْبُوبِ الوَاهِبِ فَأَعْتَقَهُ، كَانَ قابِضاً وَاللهُ أَعْلَمُ .

فُرُوعٌ مُحْكِيَةٌ عَنِ نَصِّ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - .

إذا قال: وَهَبْتُهُ لَه، وَمَلَكَه، لَمْ يَكُنْ إِقْرَاراً بَلْزُومِ الهَبَةِ؛ لَجَوازِ أَنْ يَعْتَقِدَ حُصُولَ  
 المَلِكِ بِمَجْرَدِ العَقْدِ، كما قاله مالِكٌ، وَالإقْرارُ يَنْبَنِي عَلَى اليَقِينِ .

ولو قال: وَهَبْتُهُ مِنْهُ وَخَرَجْتَ إِلَيْهِ مِنْهُ، نَظَرٌ؛ إِنْ كانَ المَالُ فِي يَدِ المَثْبُوبِ، كانَ  
 ذلِكَ إِقْراراً مِنْهُ بِالقَبْضِ، وَإِنْ كانَ فِي يَدِ الوَاهِبِ، فلا .

ولو قيلَ لَه: وَهَبْتَ دَارَكَ مِنْ فُلانَ، وَأَقْبَضْتَهَا مِنْهُ، فَقالَ: نَعَمْ، كانَ ذلِكَ إِقْراراً  
 بِالهَبَةِ وَالإقْباضِ .

وقوله فِي الكِتابِ: «وَبِهِ يَحْصُلُ المِلْكُ» يَجوزُ إِغْلَامُهُ بِالْمِيمِ وَالْألفِ وَالواوِ؛ لِمَا

(١) فِي ز: تَحْفَأُ .

(٢) قال النووي: فلو كان الموهوب مشاعاً، فإن كان غير منقول، فقبضه بالتخلية، وإن كان منقولاً، فقبضه بقبض الجميع. قال أصحابنا: صاحب «الشامل» وآخرون: فيقال للشريك ليرضى بتسليم نصيبه أيضاً إلى الموهوب له، ليكون في يده وديعة حتى يتأتى القبض ثم يرده إليه. فإن فعل فقبض الموهوب الجميع، ملك. وإن امتنع، قيل للموهوب له: وكل الشريك في القبض لك. فإن فعل نقله الشريك وقبضه له. فإن امتنع، نصب الحاكم من يكون في يده لهما فينقله ليحصل القبض، لأنه لا ضرر في ذلك عليهما.

سَبَق. وقوله: «وكما قبل القبول» الحُكْمُ بِالْإِنْفِصَاحِ قِيَاساً عَلَى مَا قَبِلَ الْقَبُولَ فِيهِ ضَرْبٌ تَوَسَّعَ، فَإِنَّهُ لَا أُنْعَادَ قَبْلَ الْقَبُولِ حَتَّى يَطْرَأَ عَلَيْهِ أَنْفِصَاحٌ وَالْمَعْنَى أَنَّهُ إِذَا مَاتَ قَبْلَ الْقَبُولِ يَلْتَمِسُ الْإِيجَابَ، وَلَا يَبْقَى لَهُ اعْتِبَارٌ، فَكَذَا إِذَا مَاتَ قَبْلَ الْقَبْضِ؛ لِشُمُولِ الْجَوَازِ لِلْحَالَتَيْنِ.

وأعلم قوله: «لم يحصل الملك» بالحاء إشارة إلى ما ذكرنا من مذهب أبي حنيفة - رضي الله عنه - أنه إن كان القَبْضُ فِي الْمَجْلِسِ، حَصَلَ الْمَلِكُ، وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ الْإِذْنُ، هَذَا شَرْحُ الْأَرْكَانِ الْمَذْكُورَةِ فِي الْكِتَابِ، وَاعْلَمْ أَنَّ الْمُتَعَاقِدَيْنِ مَعْدُودَانِ مِنَ الْأَرْكَانِ، وَكَأَنَّهُ تَرَكَ ذِكْرَهُمَا لَوْضُوحِ حَالِهِمَا، وَمَا يُعْتَبَرُ فِيهِمَا، وَأَنَّ الْقَبْضَ، وَإِنْ كَانَ رِكَناً، لَا بَدَّ مِنْهُ فِي حُصُولِ الْمَلِكِ، وَإِنْ لَمْ يَوْجَدْ الْإِذْنَ، هَذَا شَرْحُ الْأَرْكَانِ إِلَّا أَنَّ كَلَامَهُ فِي الْكِتَابِ فِي أَرْكَانِ الْهَيْبَةِ، وَلَيْسَ الْقَبْضُ مِنْ نَفْسِ الْهَيْبَةِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ يُقَالُ: هَيْبَةٌ أَقْتَرَنَ بِهَا الْقَبْضَ، وَهَيْبَةٌ لَمْ يَقْتَرَنْ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: الْفَضْلُ الثَّانِي فِي حُكْمِهَا وَهُوَ قِسْمَانِ: الْأَوَّلُ مَا قُيِّدَ بِنَفْيِ الثَّوَابِ فَيَلْزَمُ بِالْقَبْضِ، وَلَا رُجُوعَ فِيهِ إِلَّا لِلْوَالِدِ (ح م) فِيمَا يَهَبُ لِوَلَدِهِ، وَفِي مَغْنَاهُ الْوَالِدَةُ وَالْجَدُّ (م) وَكُلُّ أَضَلِّ، وَقِيلَ: إِنَّهُ يَخْتَصُّ بِالْأَبِ، وَإِنْ تَصَدَّقَ عَلَيْهِ لِفَقْرِهِ فَفِي الرُّجُوعِ خِلَافٌ، وَمَهْمَا تَلَفَ الْمَوْهُوبُ أَوْ زَالَ مِلْكُ الْمُتَهَبِ فَاتَ الرُّجُوعُ، وَلَا يَنْبُتُ طَلَبُ الْقِيَمَةِ، وَلَوْ كَانَ عَصِيراً فَصَارَ خَمِراً ثُمَّ عَادَ خَلاً عَادَ الرُّجُوعُ (و)، وَكَذَا إِذَا أَنْفَكَ الرَّهْنُ وَالْكِتَابَةَ، وَلَوْ عَادَ الْمَلِكُ بَعْدَ زَوَالِهِ فَفِي عَوْدِ الرُّجُوعِ قَوْلَانِ (و)، وَلَوْ حَصَلَتْ زِيَادَةٌ مُتَفَصِّلَةٌ سَلِمَتْ لِلْمُتَهَبِ وَأَخْتَصَّ الرُّجُوعُ بِالْأَضَلِّ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِي هَذَا الْفَضْلِ الثَّانِي مَقْصِدَانِ:

أَحَدُهُمَا: الْقَوْلُ فِي الرُّجُوعِ فِي الْهَيْبَةِ.

وَالثَّانِي: فِي أُنْتِزَاعِهَا الثَّوَابَ لَكِنَّهُ خَلَطَ أَحَدُهُمَا بِالْآخَرَ، وَأَشَارَ إِلَى ضَبْطِ مَا يَفِي بِالْمَقْصُودَيْنِ، وَإِنْ لَمْ يُصْرَحْ بِهِ، وَنَحْنُ نَوْضُحُهُ، وَنَأْتِي بِمَسَائِلِ الْكِتَابِ مَدْرَجَةً فِيهِ، فَتَقُولُ: الْهَيْبَةُ تُنْقَسِمُ إِلَى مَقْيَدَةٍ بِنَفْيِ الثَّوَابِ، وَإِلَى مَقْيَدَةٍ بِإِبْتِائِهِ، وَإِلَى مُطْلَقَةٍ.

أَمَّا الْمَقْيَدَةُ بِنَفْيِ الثَّوَابِ، فَإِنَّهَا تَلْزَمُ بِالْقَبْضِ، وَلَا رُجُوعَ فِيهَا إِلَّا لِلْوَالِدِ يَزْجَعُ فِيهَا يَهَبُ لِوَلَدِهِ عَلَى مَا سَيَأْتِي.

وَيَنْبَغِي لِلْوَالِدِ أَنْ يَغْدَلَ فِي الْعَطِيَّةِ بَيْنَ الْأَوْلَادِ كَيْلَا يُفْضِي بِهِمَ الْمَيْلَ إِلَى الْعَقُوقِ قَالَ: فَإِنْ تَرَكَ الْعَدْلَ، فَقَدْ فَعَلَ مَكْرُوهاً لَكِنْ تَصَحُّ الْهَيْبَةُ.

رَوَى عَنِ الثُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّ أَبَاهُ أَتَى بِهِ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ:



إِنِّي نَحَلْتُ أَبْنِي هَذَا غُلَامًا - فَقَالَ: «أَكُلْ وَلَدِكَ نَحَلْتُ مِثْلَ هَذَا؟ قَالَ: لَا، قَالَ: «أَيْسْرُكَ أَنْ يَكُونُوا لَكَ فِي الْبِرِّ سَوَاءً؟» قَالَ: «نَعَمْ، قَالَ: فَلَا، إِذَنْ» وَيُرْوَى عَنْهُ قَالَ: «فَأَزِجْهُ» وَيُرْوَى أَنَّهُ قَالَ: «فَاتَّقُوا اللَّهَ وَأَعْدِلُوا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ»<sup>(١)</sup>.

ثم الأولى، والحالة هذه، أن يُعْطِيَ الآخِرِينَ بما يَحْصُلُ بِهِ الْعَدْلُ، وَلَوْ رَجَعَ، فَلَا بَأْسَ. وَعَنْ أَحْمَدَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّهُ يَجِبُ الرَّجُوعُ، وَيُرْوَى عَنْهُ أَنَّهُ لَا تَصِحُّ الْهَبَةُ مَعَ التَّخْصِيسِ أَضْلًا، وَإِذَا أُعْطِيَ، وَعَدْلٌ، كَرَّةً لَهُ الرَّجُوعُ، وَكَذَا إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ وَاحِدٌ، فَوَهَبَ مِنْهُ، كَرِهَ لَهُ الرَّجُوعُ، إِنْ كَانَ الْوَلَدُ عَظِيمًا بَارِئًا، وَإِنْ كَانَ عَاقًا، أَوْ كَانَ يَسْتَعِينُ بِمَا أُعْطَاهُ فِي مَعْصِيَةٍ، فَلْيُنْزِزْهُ بِالرَّجُوعِ، فَإِنْ أَصْرَ، لَمْ يَكْرَهُ الرَّجُوعُ.

وفي طريقِ العَدْلِ فِي الْهَبَةِ مِنَ الْأَوْلَادِ وَجِهَانِ:

أَصْحَبُهَا: وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَمَالِكٌ - أَنَّ الطَّرِيقَ التَّنَوُّيَّةَ بَيْنَ الذَّكَورِ وَالْإِنَاثِ؛ لَمَّا رُوِيَ أَنَّهُ ﷺ قَالَ: «سَوَّوْا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ فِي الْعَطِيَّةِ، وَلَوْ كُنْتُمْ مَفْضَلًا أَحَدًا لَفَضَلْتُمُ الْبَنَاتِ»<sup>(٢)</sup>.

وَالثَّانِي: وَبِهِ قَالَ أَحْمَدُ: أَنَّهُ يُعْطَى لِلذَّكَرِ مِثْلَ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ<sup>(٣)</sup>، أَعْتَابَرًا بِالْمِيرَاثِ، إِذَا تَقَرَّرَ ذَلِكَ، فَالْكَلَامُ فِيمَنْ يَرْجِعُ؟ وَفِي أَنَّهُ إِلَامٌ يَرْجِعُ؟ وَفِي أَنَّ الرَّجُوعَ لَمْ يَحْصُلْ.

أَمَّا الرَّاجِعُ، فَلِلأَبِ الرَّجُوعُ فِي الْهَبَةِ؛ لَمَّا رُوِيَ أَنَّهُ ﷺ قَالَ: «لَا يَجِلُّ لِوَاهِبٍ أَنْ يَرْجِعَ فِيمَا وَهَبَ إِلَّا الْوَالِدُ فَإِنَّهُ يَرْجِعُ فِيمَا وَهَبَ لِوَلَدِهِ»<sup>(٤)</sup>.

(١) رواه الشافعي في الأم والبيهقي من طريقه باللفظ الثاني ورواه البخاري (٢٥٨٦ و ٢٥٨٧ و ٢٦٥٠) ومسلم (١٦٢٣) وقال الحافظ في التلخيص: واللفظ الثالث عند البخاري، وقوله: أيسرك أن يكونوا لك في البر سواء؟ هو في رواية داود ابن أبي هند عن الشعبي عنه أخرجه البيهقي وغيره.

(تنبيه) وقع في الوسيط للغزالي إلى أن الواهب هو النعمان بن بشير وهو غلط ظاهر.

(٢) رواه الطبراني من حديث ابن عباس إلا أنه قال: النساء، بدل البنات والبيهقي (١٧٧/٦) وقال الحافظ في التلخيص: وفي إسناده سعيد ابن يوسف وهو ضعيف، وذكر ابن عدي في الكامل (١٢١٧/٣) أنه لم يرو له أنكر من هذا زاد القاضي حسين في هذا الحديث بعد قوله العطية: حتى في القبل، وقال الحافظ في التلخيص وهي زيادة منكرة.

(٣) قال النووي: وإذا وهبت الأم لأولادها، فهي كالأب في العدل بينهم في كل ما ذكرناه، وكذلك الجد والجدة، وكذا الابن إذا وهب لوالديه. قال الدارمي: فإن فضل فليفضل الأم.

(٤) رواه الشافعي (١٦٨/٢) رقم (٥٨٤) عن مسلم بن خالد عن ابن حريج عن الحسن بن مسلم عن طاوس به مرسلًا، وقال: لو اتصل لقلت به، انتهى وقد رواه أبو داود (٣٥٣٩) والترمذي (٢١٣٣) والنسائي (٢٦٥/٦) وابن ماجه (٢٣٧٧) وصححه الترمذي وابن حبان (١١٤٨ موارد)

والحاكم (٤٦/٢) من حديث طاوس عن ابن عباس.

وذكر الإمام أن الشيخ أبا علي حكي عن ابن سريج أنه إنما يرجع إذا قصد بهبته أستجلاب بر أو دفع عقوق، فلم يحصل غرضه، أما إذا لم يقصد ذلك، وأطلق الهبة، فلا رجوع له والمشهود الأول.

وقال أبو حنيفة - رضي الله عنه - لا رجوع للأب.

وعن مالك - رحمه الله - أنه إذا رغب رغب في مواصلة الولد بسبب المال الموهوب، فزوج من الابن، أو تزوج بالبنات، فلا رجوع له، وأصح الروايتين عن أحمد - رحمه الله - مثل مذهبننا، وفي غير الأب من الأصول قولان:

أحدهما: لا رجوع لهم؛ لأن الخير ورد في الأب:

وأصحهما: أنهم كالأب كما أنهم كالأب في حصول العتق، ووجوب التفقة وسقوط القصاص. وقطع قاطعون بثبوت الرجوع للأم؛ لأنها كالأب في كون الولد منهما، بل ولادتها متيقنة، وانتسابه إلى الأب ظاهر.

وآخرون بثبوت الرجوع للجد أبي الأب؛ لأنه كالأب في الولاية، وخصصوا الخلاف بالأم وأبائها وأمها وأمهات الأب، وهذا ما أورده المتولي.

وتساق هذه الطرق إلى أربعة أوجه. اختصاصه بالأب اختصاصه بالأب والأم.

اختصاصه بكل أصل [ثبت] له الولاية.

شموله كل أصل، وهو الأصح، وعن مالك أنه لا رجوع لهم سوى الأم، وقال أحمد: لا رجوع لها أيضاً.

وأما غير الأصول كالأخ والعم، وسائر الأقارب، فلا رجوع لهم كما لا رجوع للأجانب، ووجهه ما قدمنا من الخبر، وأيضاً، فقد روي أنه ﷺ قال: «لا يحل لرجل يغطي عطيته أو يهب هبة فيرجع فيها إلا الوالد فيما يغطي ولده، ومثل الذي يغطي العطيته ثم يرجع فيها كمثل الكلب يأكل، فإذا شبع فاه، ثم عاد في قئيه»<sup>(١)</sup>.

وقال أبو حنيفة - رضي الله عنه - لا رجوع في الهبة من المخرم، وبشبه في غير المخرم قريباً كان أو أجنبياً، إلا في هبة أحد الزوجين من الآخر، ولا فرق في حق الرجوع بين أن يكون الوالد والولد متفقين في الدين، أو مختلفين، ولو وهب من عبد ولده، فله الرجوع.

= وقال الحافظ في التلخيص: وهو عنده من رواية عمرو بن شعيب عن طاوس، وقد اختلف عليه فيه، فقيل عنه عن أبيه عن جده والدارقطني (٤٢/٣ - ٤٣).  
(١) قال الحافظ في التلخيص: هو بتمامه هكذا عند أبو داود.

ولو وهب من مكاتب ولده، فلا، وهبة الإنسان من مكاتبه كهبته من الأجنبي.  
ولو تداعى أثنان مؤلوداً، ووهباً منه، فلا رجوع لواحد منهما، فإن لحق بأحدهما فوجهان، لأن الرجوع لم يكن ثابتاً في الابتداء<sup>(١)</sup>. وحكم الرجوع في الهدية حكمه في الهبة. ولو تصدق على ابنه، فوجهان:

أصحهما: ويحكى عن نصه في «حرملة» أن له الرجوع أيضاً؛ لأن الخبر يقتضي ثبوت الرجوع في الهبة، والصدقة ضرب من الهبة، ولأنه تبرع على الولد في الحياة لا بد فيه من التسليم، فأشبه الهبة<sup>(٢)</sup>.

والثاني: وبه قال مالك رحمه الله لا رجوع له، لأن القصد من الصدقة ثواب الآخرة، وقد حصل. فرعان عن «التمة»:

أحدهما: إذا أبرأ ابنه عن دينه، يبنى على أن الإبراء إسقاط، أو تملك.  
إن قلنا بالأول، فلا رجوع، وإلا، ثبت الرجوع<sup>(٣)</sup>.

الثاني: لو وهب من ولده، ثم مات الواهب ووارثه أبوه؛ لكون الولد مخالفاً في الدين، فلا رجوع للجد الوارث؛ لأن الحقوق لا تورث وحدها، إنما تورث بتبعية الأموال، وهو لا يرث المال.

أما أنه إلام يرجع، فأعلم أن الموهوب، إما أن يكون باقياً في سلطته المتهب، أو لا يكون أحد القسمين ألا يكون باقياً في سلطته، فإن تلف في يده، أو زال ملكه عنه ببيع أو غيره، فلا رجوع للواهب، ولا له طلب القيمة، ويلتحق به ما إذا وقف الموهوب، أو كان عبداً فكاتبه، أو أمته، فأستولدها، أو زهر الموهوب وأقبضه، أو وهبه وأقبضه، أو وهبه وحكى الإمام خلافاً في أن الرجوع هل يمتنع بالزهن مبنياً على ما

(١) قال النووي: أصحهما: الرجوع، وبه قطع ابن كعب، لثبوت بنوته في لأحكام.

(٢) قال الشيخ البلقيني: إنما يرجع في المتصدق المتطوع به، فأما المتصدق به الواجب في زكاة أو فدية أو كفارة، فلا رجوع للوالد فيه، وكذا لو أرسل إليه لحم أضحية تطوع وهو فقير أو غني، فإنه لا ينبغي أن يرجع؛ لأنه إنما يرجع ليستفيد التصرف، والتصرف في مثل هذا ممتنع، قلته تخريجاً.

(٣) قال النووي في زيارته: ينبغي ألا يرجع على التقديرين والله أعلم، وقد وافقه ابن الرفعة، ووجهه: بأن الدين سقط على كلا التقديرين وشرط الرجوع بقاء العين الموهوبة. ونازعهما بعضهم فقال: وفيما ذكره من المآخذ نظر. ألا ترى أنه لو اشترى بالدين عيناً ثم تلفت قبل القبض انفسخ العقد وعاد الدين على الظاهر. قيل: أما عود الدين عند التلف فصحيح. صرح به الرافعي فقال في آخر الرهن: لو اعتاض عن الدين عيناً ارتفع الرهن لتحول الحق من الذمة إلى العين، ثم لو تلف قبل التسليم بطل الاعتياض ويعود الرهن كما عاد الدين. وأما إن ذلك يقدر في المآخذ الذي ذكره الشيخ محي الدين وابن الرفعة ففيه نظر لأن الدين عاد بعد زواله.

سبق في صحة هبة المرهون؟ فإن قلنا: لا يصح، لم يصح الرجوع، وإن صححنا، توقفتنا، فإن أنفك الرهن، بأن صحة الرجوع، وذكر أيضاً فيما إذا كاتب العبد تردداً؛ بناء على صحة بيع المكاتب، ولا يمتنع الرجوع بالرهن والهبة، إذا لم يقترن بهما القبض، ولا بالتدبير وتعليق العتق بالصفة، ولا بزراعة الأرض، وتزويج الجارية، ولو أجزر الموهوب، فكذلك جواب الأكثرين، وتبقى الإجارة بحالها، كالترويج.

وقال الإمام: إن صححنا بيع المستأجر، فللواهب الرجوع، وإن لم نصححه، فإن جوزنا الرجوع في المرهون، وتوقفنا ما يكون، فيصح الرجوع، في المستأجر، ولا حاجة إلى التوقف، بل الرقبة للراجع، والمستأجر يستوفي المنفعة إلى انقضاء المدة، وإن منعنا الرجوع في المرهون، ففي المستأجر تردداً؛ لأطراد الملك فيه، واختصاص حق المستأجر بالمنافع.

وخرج على هذا تردداً فيما إذا أبق العبد الموهوب من يد المتهب<sup>(١)</sup>، وهل يصح رجوع الواهب، مع قولنا بأن هبة الأبق لا تصح؟ لأن الهبة تملك مبتدأ، والرجوع بناء، فيسامح فيه، ولو جئنا وتعلق الأرش بقربته، فهو كالمرهون في امتناع الرجوع، لكن لو قال: أفديته، وأزجع فيه، مكن منه، بخلاف ما لو كان مرهوناً، فأراد أن يبذل قيمته، ويرجع، لما فيه من إبطال تصرف المتهب.

وإذا زال ملك المتهب، ثم عاد بإزث أو شراء، ففي عود الرجوع وجهان، وقال صاحب الكتاب: قولان:

أحدهما: يعود لأنه وجد عين ماله عند من له الرجوع فيما وهب منه.

وأصحهما: المنع؛ لأن هذا الملك غير مستفاد منه حتى يزيله ويرجع فيه. واحتج أبو العباس الروياني لهذا الوجه<sup>(٢)</sup> بأنه لو وهب من أبته، فوهبه لأب من جدته ثم وهبه

(١) في ذ: المرهون من يد المرتهن.

(٢) لو سلم للروياني ما ذكره في هذا الفرع، ففي صحة الاستدلال نظر كما قاله ابن الرفعة؛ لأن منع ثبوته هنا للأب لكون إثباته مبطلاً لحق غيره، وهو برجوع الجد، وإنما يثبت الرجوع إذا لم يتعلق بالعين حتى تغير الواهب كما قاله ابن الصباغ في مسائلنا أن العين لو كانت عادت إليه بالشراء ولم يوف الثمن كان البائع أولى بالرجوع في عينها من الواهب، وبناء الغزالي الخلاف على الأصل الذي ذكره يشهد له فإن الخلاف في أن الزائل العائد كالذي لم يزل أولاً فيما إذا كان العود بجهة لا تتعلق بها عهدة كالإرث والهبة، فأما إن تعلق بها عهدة فالعائد غير الأول قطعاً؛ لأن الأول كان خالياً عن العوض، لكن قضية البحث المذكور أنه لو عادل الملك بالبيع ثم وفي الثمن بعد ذلك لا يثبت الرجوع؛ لأن الملك حين عاد كان غير الأول فلا يتقلب بعد وفاء الثمن إلى الأول، وكلام ابن الصباغ يفهم جريان الخلاف في الرجوع عنه.

الجدُّ مِنْ أبْنِ ابْنِهِ الموهوب له أولاً، فَإِنَّ حَقَّ الرجوعِ للجدِّ الذي منه حصل هذا المِلكُ لا للأب، ولا يبعدُ أن يحكم القائل الأولُ بثبوت الرجوع لهما جميعاً.

ويُعبّر صاحب الكتاب عن الخلاف في المسألة بالقولين، كأنه يقر بها من مسائلٍ ذَكَرَ فيها قولان. وكذلك بناه في «الوسيط» على أصلٍ قد مرَّ في «البيع» وهو أنَّ الزائل العائد كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد.

وأيضاً، فإنَّ الروياني ذكر في «الجزجانيات» أنَّ الخلافَ في أنَّ المِلكَ الثاني، هل ينبنى على الأول في رجوع الواهب، كالخلاف في عود الطلاق والظهار والإيلاء؟ ولو وهب منه عصيراً، فصار خمراً؛ ثم عاد خلاً، فله الرجوع؛ لأنَّ المِلكَ الثابت في الخُلِّ سببه ملك العصير، فكأنه الملك الأول بعينه. وقد حكى بعضهم وجهين في أنَّ المِلكَ، هل يزول بالتخمير، ووجهين في عود الرجوع تفریباً على القول بالزوال فيجوز أن يُعلمَ لذلك قوله في الكتاب: «عاد الرجوع» بالواو، ولا يخفى أنَّ المراد من قوله: «ولو كان خمراً ثم عاد خلاً» أي: لو صار الموهوبُ خمراً، وما أشبهه.

ولو انفكَّ الرهنُ والكتابةُ بأن عجز المكاتبُ عن أداء الشُّجوم، ثبت الرجوع؛ لأنَّ المِلكَ الذي كان لم يزل.

وحكى الإمام عن بعض الأصحاب في انفكك الرهن وجهين مرتبين على الوجهين فيما إذا زال المِلكُ وعاد.

وفي «المجرد» للقاضي أبي الطيب ذكر وجه في الكتابة أيضاً؛ لأنَّ الكتابة تجعله في حكم من زال المِلكُ عنه، وإذا انفكَّت، فكأنه حصل ملك جديد، فليكن قوله: «وكذا إذا انفكَّ الرهن والكتابة مرقوماً بالواو».

لذلك: ولو أفلس المتهب، ثم حَجَرَ عليه القاضي، فأخذ الوجهين أن للواهب الرجوع؛ لأنَّ حَقَّهُ أسبقُ من الغرماء، إذ الرجوعُ يثبت بالهبة، وحقُّ الغرماء يثبت بالحجز. وأصحُّهما: المنع، كالمرهون والجاني وبهما يبطل توجيه الأول<sup>(١)</sup>.

ولو ارتد وقلنا: الردة لا تزيل المِلكَ، يثبت الرجوع، وإن قلنا: تزيله، فلا رجوع، ثم إذا عاد إلى الإسلام، ثبت الرجوع، ومنهم من جعله على الخلاف فيما إذا زال ملكه، ثم عاد. ولو وهب الأبُّ المتهب الموهوب لابنه، فهل للجدِّ الرجوع تفریباً على إثبات الرجوع للجدِّ؟ فيه وجهان:

(١) قال النووي: ولو حجر عليه بالسفه، ثبت الرجوع قطعاً لأنه لم يتعلق به حق غيره، قاله المتولي

أحدهما: نعم؛ لأنه موهوبٌ ممن للجدِّ الرجوعُ في هبته.  
والثاني: لا؛ لأنَّ المِلْكَ غَيْرُ مُسْتَفَادٍ مِنْهُ.

ولو باعه منه، أو أنتقل بموته إلى ابنه، فكلامُ صاحبِ «التهديب» يقتضي القَطْعَ بالمنع، وفي «الشامل» طرد الوجهين في صورة الموت، وفي «التتمة» الطَّرْدُ في البيع أيضاً، والأصحُّ في الكلِّ المنع<sup>(١)</sup>.

والقسم الثاني: أن يكونَ باقياً في سُلْطَنِهِ فَإِنْ كَانَ بِحَالِهِ أَوْ نَاقِصاً فَلَهُ الرَّجُوعُ، وليس على الابنِ أَرْشُ النِّقْصَانِ، وإن كان زائداً، نظر؛ إن كانت الزيادةُ مُتَّصِلةً كَالسَّمَاءِ وتعلَّم الحرفة، رَجَعَ فِيهِ مَعَ الزِّيَادَةِ، وإن كانت منفصلةً؛ كَالوَلَدِ وَالكَسْبِ، رَجَعَ فِي الْأَصْلِ، وبقيت الزيادة للمتهب، وإذا وهب جاريةً أو بهيمةً حاملاً فرجع قبل الوضع، رجع فيها حاملاً.

وإن رجع [فيها] بعد الوضع فإن قلنا: يعرف الحمل<sup>(٢)</sup>، رجع في الأم والولد.

وإن قلنا: لا يعرف لم يرجع إلا في الأم، ويرجع في الحال أم عليه الصبرُ إلى الوضع؟ فيه وجهان حكاهما في «التهديب». ولو وهب منه حباً، فبدَّره، ونبتت، أو بيضاً، فصارت فرخاً، فلا رجوع؛ لأنَّ ماله صار مُسْتَهْلَكاً. قال صاحبُ «التهديب»: هذا إذا ضمنا الغاصبَ بذلك، وإلا، فقد وجد عين ماله، فيرجع فيه.

ولو كان الموهوب ثوباً، فصبَّه الابنُ، رجع في الثوب، والابن شريك بالصَّبغ، ولو قصره، أو كان الموهوب حنطةً، فطحنها، أو غزلاً فتنسجه، فإن لم ترذ قيمته، فللاب الرجوع، ولا شيء للابن، وإن زادت، فإن قلنا: القصاره عين، فالابن شريك، وإن قلنا: أثر، فلا شيء له.

ولو كانت أرضاً فبنتى فيها الابنُ، أو عرس، رجع الأب في الأرض، وليس له قلعُ البناءِ والغراسِ مجاناً، لكنَّه يتخير بين الإبقاء بالأجرة، أو التملك بالقيمة، أو القلع وغرامة الثَّقْصَانِ، كما في الغارية.

فرع:

عن أبي الحسين: إن وطىء الابنُ الجاريةَ الموهوبةَ يمنع الرجوع، وإن عرى عن

(١) قال النووي: ولو وهب المتهب لأخيه من أبيه، قال في «البيان»: ينبغي أن لا يجوز للابن الرجوع قطعاً، لأن الواهب لا يملك الرجوع، فالأب أولى. ولا يبعد تخريج الخلاف لأنهم عللوا الرجوع بأنه هبة لمن للجد الرجوع في هبته، وهذا موجود هنا.

(٢) عبارة الروضة: فإن قلنا للمحمل حكم.

الإخبال؛ لأنه يحرمها على الأب، والمذهب خلافه.

وأما أن الرجوع لم يحصل، وهذا مما لم يتعرض له في الكتاب، فيحصل الرجوع بقوله: رجعت فيما وهبت، وارتجعت واسترددت المال - أوردته إلى ملكي، وأبطلت الهبة ونقضتها، وما أشبه ذلك - هكذا أطلقوه لكن حكى أبو العباس الرؤياني في «الجزجانيات» وجهين في أن الرجوع، هل هو نقض وإبطال للملك في الهبة أم لا؟

أحدهما: لا؛ لأنه لو كان نقضاً لملك الواهب الزيادات الحاصلة من الموهوب.

والثاني: نعم، كما أن الإقالة فسخ ونقض للبيع، وإنما لا تسترد الزيادة، لحدوثها على ملك المتهب، كما لا تسترد في الإقالة، فعلى الأول؛ ينبغي ألا يستعمل لفظ النقض والإبطال إلا أن يجعل كناية عن [المقصود، وقد ذكر الرؤياني في هذا، أن اللفظ الذي يجعل به الرجوع ينقسم إلى صريح، وهو قوله: رجعت، وإلى كناية<sup>(١)</sup> تفتقر إلى التية؛ كقوله: أبطلت الهبة وفسختها، ولو لم يأت بلفظ، ولكن باع الموهوب، أو وهبه من غيره، أو وقفه، فوجهان:

أحدهما: أنه رجوع، كما أن هذه التصرفات في زمان الخيار فسخ للبيع.

وأصحهما: المنع؛ لأن الموهوب ملك الابن بدليل نفوذ تصرفاته فيه، فيلغو تصرف الأب فيه، وهذا كما أنه لو ثبت له الفسخ بالغيب، فتصرف فيه لم يحصل به الفسخ، ويخالف المبيع في زمان الخيار؛ بأن الملك فيه ضعيف.

فإن قلنا بحصول الرجوع، قال في «التهذيب»: في صحة البيع والهبة وجهان، كما في البيع في زمان الخيار، ويجري الوجهان في حصول الرجوع، إذا أتلف الطعام الموهوب، أو أعتق العبد أو وطئ الجارية وأشار الإمام إلى وجه ثالث؛ وهو أن مجرد الوطء ليس برجوع، لكن إذا أخبلها، وحصل الاستيلاء كان راجعاً.

وعلى الصحيح؛ يلزمه بالاتلاف القيمة ويلغو الاعتاق، وعليه بالوطء مهر المثل، وبلاستيلاء القيمة<sup>(٢)</sup>. ولو صبغ الثوب الموهوب، أو خلط الطعام بطعام نفسه، لم يكن راجعاً، بل هو كما لو فعل الغاصب ذلك.

(١) سقط من: ب.

(٢) قال النووي: ولا خلاف أن الوطء حرام على الأب وإن قصد به الرجوع، كذا قاله الإمام. لاستحالة إباحة الوطء لشخصين، ولا خلاف أن المتهب يستبيع الوطء قبل الرجوع. لكن إذا جرى وطء الأب الحرام، هل يتضمن الرجوع؟ فيه الخلاف.

## فروع:

الرُّجُوعُ فِي الْهَبَةِ حَيْثُ يَثْبِتُ لَا يَفْتَقِرُ إِلَى قَضَاءِ الْقَاضِي، خِلَافاً لِأَبِي حَنِيفَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَلَوْ رَجَعَ وَلَمْ يَسْتَرِدَّ الْمَالَ، فَهُوَ أَمَانَةٌ فِي يَدِ الْإِبْنِ، بِخِلَافِ الْمَبِيعِ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي بَعْدَ فسخِ الْبَيْعِ، وَفَرَّقُوا بَيْنَهُمَا بِأَنَّ الْمُشْتَرِي أَخَذَهُ عَلَى حُكْمِ الضَّمَانِ.

وَلَوْ أَنْفَقَ الْوَاهِبُ وَالْمُتَّهَبُ عَلَى فسخِ الْهَبَةِ حَيْثُ لَا رَجُوعَ، فَيَنْفَسَخُ كَمَا لَوْ تَقَايَلَا، أَوْ لَا يَنْفَسَخُ كَالْخُلْعِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ عَنِ «الْجُرْجَانِيَّاتِ» وَاللَّهُ أَعْلَمُ<sup>(١)</sup>.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّانِي: الْهَبَةُ الْمَطْلُوقَةُ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَبِيرِ إِلَى الصَّغِيرِ لَمْ تَقْتَضِ ثَوَاباً، وَكَذَا إِنْ كَانَ مِنَ النَّظِيرِ عَلَى الْأَظْهَرِ، وَلَوْ كَانَ إِلَى الْكَبِيرِ مِنَ الصَّغِيرِ فَقَوْلَانِ: الْجَدِيدُ: أَنَّهُ لَا ثَوَابَ (م)، وَالْقَدِيمُ: أَنَّهُ يَلْزَمُهُ (ح) لِلْعَرَفِ، ثُمَّ قِيلَ: إِنَّهُ مَا يَرْضَى بِهِ الْوَاهِبُ (م)، وَقِيلَ: قَدَّرَ الْقِيَمَةَ، وَقِيلَ: مَا يَزِيدُ (م) عَلَى الْقِيَمَةِ وَلَوْ بِقَلِيلٍ، فَإِنْ لَمْ يُسَلِّمْ إِلَيْهِ مَا هُوَ الثَّوَابُ رَجَعَ فِيهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: تَكَلَّمْنَا فِي أَحَدِ أَقْسَامِ الْهَبَةِ، وَهُوَ الْهَبَةُ الْمُقَيَّدَةُ بِتَقْيِ الثَّوَابِ، وَفَرَعْنَا عَلَى الْمَذْهَبِ الصَّحِيحِ فِي صِحَّةِ هَذِهِ الْهَبَةِ. وَفِيهِ وَجْهٌ: أَنَّهَا لَا تَصَحُّ، إِذَا أَوْجِبْنَا الثَّوَابَ بِمُطْلَقِ الْهَبَةِ؛ لِأَنَّهُ شَرْطٌ يَخَالِفُ مُقْتَضَاهَا.

وَالْقِسْمُ الثَّانِي: الْهَبَةُ الْمَطْلُوقَةُ، وَيُنْظَرُ فِيهَا، إِنْ وَهَبَ الْأَعْلَى مِنَ الْأَدْنَى، فَلَا ثَوَابَ لَهُ، إِذْ لَا يَفْتَضِيهِ اللَّفْظُ وَلَا الْعَادَةُ، وَإِنْ كَانَ بِالْعَكْسِ فَقَوْلَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ لَا يَلْزَمُ الثَّوَابَ أَيْضاً، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَحْمَدُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - لِأَنَّهُ لَوْ أَعَارَ دَاراً لَا يَلْزَمُ الْمُسْتَعِيرُ شَيْئاً، فَكَذَلِكَ إِذَا وَهَبَ؛ إِحْقَاقاً لِلْأَعْيَانِ بِالْمَنَافِعِ.

وَالثَّانِي: وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ: يَلْزَمُهُ؛ لِأَطْرَادِ الْعَادَةِ بِهِ.

وَقَدْ رُوِيَ عَنْ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّهُ قَالَ: مَنْ وَهَبَ هَبَةً يَرْجُو ثَوَابَهَا، فَهُوَ رَدٌّ عَلَى صَاحِبِهَا مَا لَمْ يَثْبُتْ مِنْهَا<sup>(٢)</sup> وَلَا بَدَأَ الْآنَ مِنْ مَعْرِفَةِ أَمْرَيْنِ:

(١) قَالَ النَّوَوِيُّ: لَا يَصِحُّ الرَّجُوعُ إِلَّا مَنْجُزاً. فَلَوْ قَالَ: إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ، فَقَدْ رَجَعْتَ، لَمْ يَصِحَّ. قَالَ الْمُتَوَلَّى: لِأَنَّ الْفُسُوحَ لَا تَقْبَلُ التَّعْلِيْقَ.

(٢) رَوَاهُ مَالِكٌ عَنْ دَاوُدَ بْنِ الْحَصِينِ عَنْ أَبِي غَطَفَانَ بْنِ طَرِيفٍ أَنَّ عُمَرَ قَالَ وَقَالَ الْحَافِظُ فِي التَّلْخِيصِ وَأَنَّهُ مِنْهُ، وَرَوَاهُ الْبَيْهَقِيُّ (١٨١/٦) مِنْ حَدِيثِ ابْنِ وَهَبٍ عَنْ حَنْظَلَةَ عَنْ سَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ عَنْ عُمَرَ نَحْوَهُ، قَالَ: وَرَوَاهُ عُبَيْدُ اللَّهِ بْنُ مُوسَى عَنْ حَنْظَلَةَ مَرْفُوعاً، قَالَ الْحَافِظُ فِي التَّلْخِيصِ وَهُوَ وَهْمٌ، قُلْتُ: صَحَّحَهُ الْحَاكِمُ وَابْنُ حَزْمٍ، قَالَ: وَقِيلَ: عَنْ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ مُوسَى، عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ إِسْمَاعِيلَ بْنِ مَجْمَعٍ عَنْ عَمْرٍو بْنِ دِينَارٍ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ مَرْفُوعاً: الْوَاهِبُ أَحَقُّ بِهَبَتِهِ مَا لَمْ يَثْبُتْ =



أحدهما: أَنَّ عَامَّةَ الْأَصْحَابِ رَجَّحُوا الْقَوْلَ الْأَوَّلَ، لَكِنَّ الشَّيْخَ أَبَا مُحَمَّدٍ وَالْقَاضِيَّ الرَّوْيَانِيَّ حَكَمَا بِأَنَّ الثَّانِيَّ أَصَحُّ.

والثاني: أَنَّ الْقَوْلَ الْأَوَّلَ يَشْتَهَرُ بِالْجَدِيدِ، وَالثَّانِي بِالْقَدِيمِ، لَكِنَّ الثَّانِيَّ مَرْوِيٌّ عَنِ «كِتَابِ التَّفْلِيسِ» مِنَ الْجَدِيدِ، كَمَا هُوَ مُحْكِيٌّ عَنِ الْقَدِيمِ، وَفِي اخْتِلَافِ الْعِرَاقِيِّينَ ذَكَرَ الْقَوْلَيْنِ جَمِيعاً، فَإِذَا هُمَا مَذْكُورَانِ فِي الْجَدِيدِ، إِلَّا أَنَّهُ لَمْ يَنْقُلْ عَنِ الْقَدِيمِ سِوَى الثَّانِي، فَشَهَرَ بِالْقَدِيمِ، وَمَقَابَلَهُ الْجَدِيدِ.

التفريع: إذا أوجبنا الثواب ففي قدره أربعة أوجه:

أحدها: ما يَرْضَى بِهِ الْوَاهِبُ؛ لِمَا رُوِيَ أَنَّ أَعْرَابِيًّا وَهَبَ لِلنَّبِيِّ ﷺ نَاقَةً، فَأَثَابَهُ عَلَيْهَا، وَقَالَ: أَرْضَيْتَ؟ قَالَ: لَا، فَرَادَهُ، وَقَالَ: أَرْضَيْتَ؟ قَالَ: نَعَمْ، . فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «لَقَدْ هَمَمْتُ أَلَّا أَتُهَبَ إِلَّا مِنْ قُرَشِيٍّ أَوْ أَنْصَارِيٍّ أَوْ ثَقَفِيٍّ»<sup>(١)</sup>.

وأرجها على ما ذكره الإمام والقاضي الروياني - أنه قدر قيمة الموهوب؛ لأنه عقد يقتضي العوض، ولا يشترط فيه التعيين والتسمية، فإذا لم يسم شيئاً، وجب عوض المثل؛ كالنكاح، وبهذا قال مالك.

والثالث: ما يُعَدُّ ثَوَاباً لِمِثْلِهِ فِي الْعَادَةِ؛ لِأَنَّ أَضْلَ الثَّوَابِ مَا خُوذَ مِنَ الْعَادَةِ، فَكَذَلِكَ قَدْرُهُ.

والرابع: أنه يكفي أقل ما يتمول؛ لوقوع اسم الثواب عليه، وبغضهم يجعل هذه الأوجه أقوالاً مخرجة.

وفي شرح القاضي ابن كج أن الأول والثالث قولان منصوستان، ولا يتعين للثواب جنس من الأموال، بل الخيرة فيه إلى المتهب.

وإذا فرعنا على تقدير الثواب بقدر القيمة، فلو اختلف قدر القيمة، فعن صاحب «التقريب» وجهان في أن الاعتبار بقيمة يوم القبض أم بيوم بذل الثواب؟ والأظهر الأول،

= منها، قلت: رواه ابن ماجه من هذا الوجه، وقال الحافظ في التلخيص والمحفوظ عن عمرو بن دينار عن سالم عن أبيه عن عمر، قال البخاري: هذا أصح، ورواه الدارقطني من هذا الوجه، ورواه الحاكم من حديث الحسن عن سمرة مرفوعاً: «إذا كانت الهبة الذي رحم محرم لم يرجع ورواه الدارقطني من حديث ابن عباس وقال الحافظ في التلخيص: وسنده ضعيف.

(١) رواه أحمد (٢٦٨٧) وابن حبان (١١٤٦ موارد) في صحيحه من حديث ابن عباس، وأبو داود (٣٥٣٧) والنسائي (٢٧٩/٦ - ٢٨٠) عن أبي هريرة بالمتن دون القصة، وطوله الترمذي (٣٩٤٠) وقال الحافظ في التلخيص ورواه من وجه آخر وبين أن الثواب كان ست بكرات وكذا رواه الحاكم (٢/٦٢ - ٦٣) وصححه على شرط مسلم ورواه البخاري في الأدب المفرد (٥٩٦) والبيهقي (١٨٠/٦).

ثم المتهب، إن أثناب بما يصلح ثواباً، فذالك، وإلا، فللواهب الرجوع، إن بقي الموهوب بحاله<sup>(١)</sup>، وإن زاد زيادةً متصلةً، رجع فيه مع الزيادة.

وفي «أمالي السرخسي» وَجَهٌ آخِرٌ: أَنْ لِّلْمَتَّهَبِ أَنْ يُنْسِكَ وَيَبْدُلَ قِيَمَتَهُ دُونَ الزِّيَادَةِ، وَإِنْ زَادَ زِيَادَةً مَنْفَصَلَةً، رَجَعَ فِيهِ دُونَ الزِّيَادَةِ.

وإن كان الموهوب تالفاً، فوجهان، ويقال: قولان منصوصان في القديم:

أصحهما: أَنَّهُ يَرْجَعُ بِقِيَمَتِهِ؛ لِأَنَّهُ مَمْلُوكٌ بَعْوَضٍ، فَإِذَا تَلَفَ، كَانَ مَضْمُوناً كَالْبَيْعِ.

والثاني: لَا يَرْجَعُ بِشَيْءٍ؛ كَالأَبِ فِي هِبَةِ وَادِهِ.

وإن كان ناقصاً، رجع إليه، وفي تغريمه المتهب أزش الثقصان، الوجهان.

وقيل: له أن يترك العين ويُطالِبَ بِكَمَالِ الْقِيَمَةِ<sup>(٢)</sup>.

ولو وهبَ النَّظِيرُ مِنَ النَّظِيرِ، فطريقان:

أحدهما: التخريج على القولين السابقين؛ لأن الأقران لا يتحمل بعضهم من بعض في العادة، بل يعوضون.

وأظهرهما: القَطْعُ بِنَفْيِ الثَّوَابِ؛ لِأَنَّ الْقَضْدَ مِنْ مِثْلِهِ الصُّلَّةُ، وَتَأْكِيدَ الصَّدَاقَةِ، وَقَدْ حَصَلَ هَذَا الْغَرَضُ، فَأَشْبَهَ الصَّدَقَةَ لِمَا كَانَ الْغَرَضُ مِنْهَا ثَوَابَ الْآخِرَةِ، لَمْ يَقْتَضِ ثَوَاباً فِي الْحَالِ. وَعَنْ صَاحِبِ «التَّقْرِيبِ» تَخْرِيجُ الْقَوْلَيْنِ فِي هِبَةِ الْأَعْلَى مِنَ الْأَدْنَى أَيْضاً<sup>(٣)</sup>، فَجُوزَ أَنْ يُعْلَمَ لِذَلِكَ قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «إِنْ كَانَتْ مِنَ الْكَبِيرِ إِلَى الصَّغِيرِ، لَمْ يَقْتَضِ ثَوَاباً» بِالْوَاوِ.

وقوله: «من الكبير» يعني إن كانت صادرةً من الكبير لا ما تُريد بقولك: وهبت من زَيْدٍ، وكذا قوله: «إلى الصغير».

وقوله «وكذا إن كانت من النظير» يصحُّ حمله على المعنيين.

(١) قال النووي: قال أصحابنا: ولا يجبر المتهب على الثواب قطعاً.

(٢) قال النووي: وإن كانت جارية قد وطئها المتهب، رجع الواهب فيها، ولا مهر على المتهب، لأنه وطئ ملكه.

(٣) قال النووي: وحكى صاحب «الإبانة» و«البيان» وجهاً أنه إذا وهب لنظيره ونوى الثواب استحقه، وإلا، فقولان. فإن اختلفا في النية، فأيهما يقبل قوله؟ وجهان. والمذهب: أنه لا يجب الثواب في جميع الصور. قال المتولي: إذا لم يجب فأعطاه المتهب ثواباً، كان ذلك ابتداء هبة. حتى لو وهب لابنه فأعطاه الابن ثوباً لا ينقطع حق الرجوع ولا يجب في الصدقة ثواب بكل حال قطعاً صرح به البغوي وغيره، وهو ظاهر وأما الهدية فالظاهر أنها كالهبة.

وقوله: «لا ثواب» يجوز أن يُعلم بالميم. وقوله: «يلزمه» بالحاء والميم والألف.  
 وقول وقيل: «ما يزيد على القيمة ولو بقليل» هذا الوجه لم أر روايته بهذه العبارة  
 لغير صاحب الكتاب، ولا له إلا في هذا الكتاب، والمروى مكانه أن الثواب ما يعدُّ  
 ثواباً لمثله في العادة، ويُشبه أن يكون هو الذي أرادته، وذهب إلى أن العادة تقتضي زيادة  
 على قدر القيمة، فإن المهدي لو رضي به، لباعه في السوق، ويجوز إغلام هذا الوجه  
 الأول بالميم، والله أعلم بالصواب.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: أَمَا إِذَا صرَّحَ بِشَرْطِ الثَّوَابِ فَإِنَّ عَيْنَهُ فَهُوَ بَيْعٌ وَيَثْبُتُ فِيهِ أَحْكَامُ الْبَيْعِ  
 (و)، وَلَكِنْ عِنْدَ الْعَقْدِ أَوْ عِنْدَ الْقَبْضِ قَوْلَانِ، وَقِيلَ: لَا يَنْعَقِدُ لِتَنَاقُضِ اللَّفْظِ، وَإِنْ كَانَ  
 مَجْهُولًا، فَإِنْ قُلْنَا: الْمُطْلَقُ لَا يَقْتَضِيهِ بِحَالٍ فَهُوَ فَاسِدٌ، وَإِنْ قُلْنَا: يَقْتَضِيهِ فَقِيلَ: إِنَّ هَذَا  
 كَالْمُطْلَقِ، وَقِيلَ: إِنَّ التَّضْرِيحَ بِالثَّوَابِ يَجْعَلُهُ بَيْعًا فَيَفْسُدُ بِالْجَهْلِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْقِسْمُ الثَّلَاثُ: الْهَبَةُ الْمُقَيَّدَةُ بِإثْبَاتِ الثَّوَابِ، وَلَا يَخْلُو الْحَالُ؛ إِمَّا  
 أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا، أَوْ لَا يَكُونَ.

الْحَالَةُ الْأُولَى: إِذَا كَانَ مَعْلُومًا، فَفِيهِ قَوْلَانِ:

أَصْحُوهَا: صَحَّةُ الْعَقْدِ؛ أَمَا إِذَا قُلْنَا إِنَّ مَطْلَقَ الْهَبَةِ لَا يَقْتَضِي الثَّوَابَ؛ فَلَأَنَّهُ  
 مَعَاوِضَةٌ مَالٍ بِمَالٍ؛ كَالْبَيْعِ، وَأَمَا إِذَا قُلْنَا: يَقْتَضِيهِ؛ فَلَأَنَّهُ إِذَا صَحَّ الْعَقْدُ، وَالْعَوْضُ  
 الْوَاجِبُ مَجْهُولٌ، فَأَوْلَى أَنْ يَصَحَّ، وَهُوَ مَعْلُومٌ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ بَاطِلٌ، أَمَا إِذَا أَقْتَضَتْ الْهَبَةُ لثَوَابٍ؛ فَلَأَنَّ مَقْتَضَاهَا ثَوَابٌ غَيْرُ مَعْلُومٍ،  
 وَلَا مَعْيَنٌ بِشَرْطِ الْمَعْلُومِ، وَالْمَعْيَنُ يَخَالِفُهُ، وَأَمَا إِذَا لَمْ يَقْتَضِهَا؛ فَلَأَنَّ شَرْطَ الْعَوْضِ  
 يَخَالِفُ مَقْتَضَاهَا، وَلَأَنَّ لَفْظَ الْهَبَةِ يَقْتَضِي التَّبْرُعَ، فَالْجَمْعُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ شَرْطِ الْعَوْضِ مُخْلَلٌ  
 بِهِ.

وَالْقَوْلُ الثَّانِي: هُوَ الَّذِي أَرَادَهُ صَاحِبُ الْكِتَابِ بِقَوْلِهِ: «وَقِيلَ: لَا يَنْعَقِدُ؛ لِتَنَاقُضِ  
 اللَّفْظِ». وَإِذَا قُلْنَا بِالصَّحَّةِ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ بَيْعٌ؛ أَعْتِبَارًا بِالْمَعْنَى، وَهَذَا هُوَ الْمَذْكُورُ فِي  
 الْكِتَابِ، وَبِهِ قَطَعَ الْقَاضِي أَبُو حَامِدٍ فِيمَا حَكَاهُ أَبُو كَيْسٍ عَنْهُ سَمَاعًا وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ أَنَّهُ  
 هَبَةٌ؛ أَعْتِبَارًا بِاللَّفْظِ. فَإِنْ قُلْنَا: بِهَذَا لَمْ يَثْبُتْ فِيهِ الْخِيَارُ وَالشَّفْعَةُ وَلَمْ يَلْزَمْ قَبْلَ الْقَبْضِ،  
 وَإِنْ قُلْنَا بِالْأَوَّلِ ثَبِتَتْ هَذِهِ الْأَحْكَامُ، وَذَكَرُوا قَوْلَيْنِ فِي أَنَّهَا ثَبِتَتْ عَقِيبَ الْعَقْدِ، أَوْ عَقِيبَ  
 الْقَبْضِ، وَأَوْلَهُمَا أَظْهَرُهُمَا، وَالْمَرْجِعُ بِهِمَا إِلَى التَّرَدُّدِ فِي كَوْنِهِ بَيْعًا أَوْ هَبَةً.

وَلَوْ وَهَبَ مِنْهُ حُلِيًّا بِشَرْطِ الثَّوَابِ أَوْ مُطْلَقًا، وَقُلْنَا: الْهَبَةُ تَقْتَضِي الثَّوَابَ،  
 فَالْحِكَايَةُ عَنْ نَصِّهِ فِي حَرْمَلَةٍ أَنَّهُ إِنْ أَثَابَهُ قَبْلَ التَّفَرُّقِ بِجَنْسِهِ وَأَعْتَبِرَتْ الْمِمَاثَلَةُ، وَإِنْ أَثَابَهُ  
 بَعْدَ التَّفَرُّقِ بَعْرَضٍ، صَحَّ، وَبِالنَّقْدِ، لَا يَصَحُّ؛ لِأَنَّهُ صَرَفٌ، وَهَذَا مَبْنِيٌّ عَلَيَّ أَنَّ هَذَا

العقد بيع. وفي «التتمة» أنه لا بأس بشيء من ذلك؛ لأننا لم نلحقه بالمعاوضات في اشتراط العلم بالعوض، فكذلك في سائر الشرائط، وهذا يُخَرِّج على قولنا: إنه هبة.

والإمام - قدس الله روحه - حكى الأول عن الأصحاب؛ نقلاً، وأبدى الثاني احتمالاً، ووجهه بأن باذل الثواب في حكم واهب جديد، وكأنه يقابل هبة بهبة، ثم زيفه بأن لا نشترط في الثواب لفظ العقد إيجاباً وقبولاً، ولو كانت هبة محددة لاشرط، وخرج على الوجهين ما إذا وهب الأب من ابنه بثواب معلوم، فإن جعلنا العقد بيعاً، فلا رجوع له، وإلا، فله الرجوع.

وإذا وجد بالثوب عيباً، وهو في الذمة، طالب بسليم، وإن كان معيناً، رجع إلى عين الموهوب، إن كان باقياً، وإلا طالب بقيمته، وأستبعد الإمام مجيء الخلاف في أنه بيع أو هبة ههنا، حتى لا يزجج على التقدير الثاني، وإن طرد بغضهم، وإذا جعلناه هبة، فكافأ بما دون المشروط، إلا أنه قريب منه، ففي شرح القاضي ابن كج وجهان في أنه، هل يُجَبَّر على القبول؛ لأن العادة فيه المسامحة؟<sup>(١)</sup>.

الحال الثانية: إذا كان الثواب مجهولاً، فإن قلنا: الهبة لا تقتضي الثواب بطل العقد؛ لتعذر تصحيحه بيعاً وهبةً.

وإن قلنا: إنها تقتضيه، صح، وليس فيه إلا التصريح بمقتضى العقد، هذا ما أورده الأكترون، وحكى صاحب الكتاب وجهاً آخر؛ أنه يبطل؛ بناء على أن ذكر العوض يلحقه بالبيع<sup>(٢)</sup>، وإذا كان بيعاً، وجب أن يكون العوض معلوماً.

(١) قال النووي: والأصح أو الصحيح: لا يجبر.

(٢) فيه أمران:

أحدهما: قضية التعليل اختصاص ذلك بما إذا كانت الهبة من الأعلى أو المساوي، فإن كان الواهب أعلى من الموهوب له لا يصح. قال ابن الرفعة: ولم أر من تعرض له ولعلمهم تركوه لخروجه.

الثاني: أن الغزالي لم ينفرد بالوجه، فقد قال في البحر تفرعاً على انتفاء الثواب، ولو شرط الثواب على هذا القول، فإن كان مجهولاً جاز قولاً واحداً والحكم فيه كما لو أطلق لأنه شرط ما هو مقتضى العقد.

وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه قولان والصحيح أنه لا يجوز لأنه يصير كالبيع بضمن مجهول. وهذا غلط. انتهى.

فحصل طريقان أحدهما القطع بالبطلان، وفيما قاله نظر في الاستدكار للدارمي؛ فإن قيل يقتضي الثواب فشرطه معلوماً صح، وإن شرطه مجهولاً قال القاضي أبو حامد عن القديم: يجوز، وقيل: لا يجوز حكاه أبو ثور، وقال ابن كج في التجريد: إن كان عوضاً مجهولاً وقلنا: لا يقتضي الثواب، ففي الصحة قولان. قال عن القفال في التقريب الذي أجاب به =

والأولون يقولون: إنما يُجْعَلُ بيعاً على رأي، إذا تعذر جعله هبةً، وذلك إذا قلنا: إنَّ الهبة لا تَقْتَضِي الثَّوَابَ.

أما إذا قلنا: «يقتضيه، فاللفظ والمعنى متطابقان، فلا معنى لجعله بيعاً.

وحكى القاضي ابن كج عن نصه أنه، لو وهب من اثنين بشرط الثواب، فأتى به أحدهما دون الآخر، لم يرجع في حصة من أتاب، وأنه لو أتاب أحدهما عن نفسه، وعن صاحبه، ورضي به الواهب، لم يرجع على واحد منهما، ثم إن أتاب بغير إذن الشريك لم يرجع عليه، وإن أتاب بإذنه، رجح بالنصف هذا إذا كان الثواب مما يعتاد ثواباً لمثله، فإن زاد، فهو متطوع بالزيادة.

ولو خرج الموهوب مستحقاً بعد الثواب، رجع بما أتاب على الواهب، وإن خرج بغضه مستحقاً، فهو بالخيار بين أن يرجع على الواهب بقسطه من الثواب، وبين أن يرد الباقي، ويرجع بجميع الثواب، وقيل: يبطل الهبة في الكل، كما في نظيره من البيع.

وقال القاضي أبو حامد: لا يجيء قول الإبطال في الهبة.

ولو قال الواهب: وهبت منك ببذل، وقال المتهب: وهبت بلا بدل.

والتفريع على أن مطلقت الهبة لا يقتضي ثواباً، فالمصدق الواهب؛ لأنه لم يعترف بزوال ملكه إلا ببذل أو المتهب؛ لأنهما توافقاً على أنه ملكه والأصل أن لا عوض؟ فيه وجهان بالأول أجاب القاضي ابن كج<sup>(١)</sup>.

ونختم الكتاب بفروع متعددة حامدين الله تعالى:

لو دفع إليه درهماً، وقال: خذه وأدخل به الحمام، أو ذراهيم، وقال: اشتريها لنفسك عمامة. في «فتاوى القفال» أنه، إن قال ذلك على سبيل البسط المعتاد، ملكه وتصرف فيه، كيف شاء، وإن كان غرضه تحصيل ما عينه لما رأى به من الوسخ والشعث، أو لعلوه بأنه مكشوف الرأس، لم يجز صرقه إلى غير ما عينه.

وسئل الشيخ أبو زيد عن رجل مات أبوه، فبعث إليه إنسان ثوباً ليكفنه فيه، هل يملكه حتى يمسيكه ويكفنه في غيره؟ فقال: إن كان الميت ممن يتبرك بتكفينه لفقاه أو

= الشافعي في كتاب الشفعة يدل على إجازته الهبة، وإن كان الثواب المشروط غير معلوم، وكذلك جعل للشفعة يوم الثواب لا يوم الهبة، وذكر في كتاب ابن أبي ليلى مؤولاً أنها باطلة. وقد حكاه أبو ثور فقال: قال أبو عبد الله، وإذا وهب على عوض شيئاً ورضي به فذاك وإلا ردها ورد ما يبيعها. قاله في الخادم.

(١) قال النووي: الثاني أصح، وقد صححه الروياني في البحر والفرقي فوائد المهذب وهو قضية كلام الجرجاني في التحرير.

ورع فلا، ولو كَفَّنَه في غَيْرِهِ، وَجَب رُدُّهُ إِلَى مالِكِهِ ولو بَعَثَ إِلَيْهِ هَدِيَّةً في ظَرْفٍ، والعادةُ في مِثْلِهَا رُدُّ الظَّرْفِ، لم يكن هَدِيَّةً، وإن كانتِ العادةُ أَلْيَرُدُّ؛ كقواصرِ التَّمْرِ، فهو هَدِيَّةٌ أيضاً، وقد تميز القسمان بكونه مُشْدُوداً فيه، أو غيرَ مُشْدُودٍ، وإذا لم يَكُنْ الظَّرْفُ هَدِيَّةً، كان أمانةً في يد المَهْدِيِّ إليه، وليس له استعمالُهُ في غيرِ الهَدِيَّةِ وإِذَا فيها، فإن أقتضتِ العادةُ التَّفْرِيعَ، لزمه تفرِيعُه، وإن أقتضتِ التنازل منه، جاز التنازُلُ منه. قال صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ»: ويَكُونُ كالمستعارِ.

وإذا نفذ كتاباً إِلَى حاضِرٍ أو غائِبٍ؛ وَكَتَبَ فيه أن أَكْتَبَ الجوابَ عَلَيَّ ظَهَرِهِ، فعَلَيْهِ رُدُّهُ، وَلَيْسَ له التصرُّفُ فيه، وإِلَّا، فَهُوَ هَدِيَّةٌ يملكُهَا المَكْتُوبُ إِلَيْهِ هكذا قاله في «التتمة» وذكر غيرُهُ أَنَّهُ يَبْقَى على مِلْكِ الكَاتِبِ، وللمَكْتُوبِ إِلَيْهِ الأنتفاعُ به على سبيل الإباحة. وهبَةٌ منافع الدَّارِ، هل هي إعارَةٌ لها؟ فيه وجهان في «الجرجانيات» ولا يَخْصُلُ المَلِكُ بِالقَبْضِ في الهبةِ الفاسِدة؛ خلافاً لأبي حنيفة - رضي الله عنه - والمال المقبوض مضمونٌ على المُتَهَبِ، كالمقبوض بالبَّيْعِ الفاسِدِ، أو غير مضمون كالمقبوض في الهبةِ الصحيحة؟ وجهان، ويقال: قولان<sup>(١)</sup>، والله أَعْلَمُ.

(١) قال النووي: أصحهما: لا ضمان، وهو المقطوع به في «النهاية» و«العدة» و«البحر» و«البيان»، ذكروه في باب التيمم، قال المتولي: وإذا حكمنا بفساد الهبة، فسلم المال بعد ذلك هبة، فإن كان يعتقد فساد الأولى، صحت الثانية، وإلا، فوجهان بناءً على من باع مال أبيه على أنه حي فكان ميتاً.

وهذه مسائل متعلقة بالكتاب:

إحداها: قال لرجل كسوتك هذا الثوب، ثم قال: لم أرد الهبة، قال صاحب «العدة»: يقبل قوله، فخلفاً لأبي حنيفة - رضي الله عنه -، لأنه يصلح للعارية، فلا يكون صريحاً في الهبة. الثانية: قال: منحتك هذه الدار، أو الثوب، فقال: قبلت وأقبضه، فهو هبة، قاله في «العدة».

الثالثة: في فتاوى الغزالي: لو كان في يد ابن الميت عين، فقال: وهبتها.

أبي وأقبضنيها في الصحة، فأقام باقي الورثة بينة بأن الأب رجع فيما وهب لابنه، ولم تذكر البينة ما رجع فيه، لا تنتزع من يده بهذه البينة، لاحتمال أن هذه العين ليست من المرجوع فيه. ويقرب من هذا، لو وهب وأقبض ومات، فادعى الوارث كون ذلك في المرض، وادعى المتهب كونه في الصحة، فالمختار أن القول قول المتهب.

الرابعة: دفع إليه ثوباً بنية الصدقة، فأخذه المدفوع إليه ظاناً أنه وديعة أو عارية، فرده على الدافع، لا يحل للدافع قبضه، لأنه زال ملكه، فإن الاعتبار بنية الدافع. فإن قبضه، لزمه رده إلى المدفوع إليه، ذكره القاضي حسين.

الخامسة: بر الوالدين مأمور به، وعقوق كل واحد منهما محرم معدود من الكبائر بنص الحديث الصحيح، وصلة الرحم مأمور بها، فأما برهما، فهو الإحسان إليهما، وفعل الجميل معهما، وفعل ما يسرهما من الطاعات لله تعالى وغيرها مما ليس بمنهي عنه، ويدخل فيه =

## كِتَابُ اللَّقْطَةِ، وَفِيهِ بَابَانِ

### البَابُ الْأَوَّلُ فِي أَرْكَانِهَا

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَهِيَ الْأَلْتِقَاطُ وَالْمُلْتَقِطُ وَاللَّقْطَةُ أَمَا الْأَلْتِقَاطُ فَهَوُ عِبَارَةٌ عَنْ أَخِيذِ مَالٍ ضَائِعٍ لِيَعْرِفَهُ الْمُلتَقِطُ سَنَةً ثُمَّ يَتَمَلَّكُهُ إِنْ لَمْ يَظْهَرْ مَالُكُهُ بِشَرْطِ الضَّمَانِ إِذَا ظَهَرَ، وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ لَيْسَ بِوَاجِبٍ وَلَكِنَّهُ إِنْ وَثِقَ بِأَمَانَةٍ نَفْسِهِ فَمُسْتَحَبٌّ (م)، وَإِنْ عَلِمَ الْخِيَانَةَ فَمُحْرَمٌ، وَإِنْ خَافَ الْخِيَانَةَ فِيهِ الْجَوَازِ خِلَافٌ، كَمَا فِي تَقْلِيدِ الْقَضَاءِ مِمَّنْ يَخَافُ الْخِيَانَةَ، وَقَدْ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَنْ أَلْتَقَطَ لَقْطَةً فَلْيُشْهِدْ عَلَيْهَا، فَاحْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ بِطَرِيقِ الْإِزْشَادِ، وَاحْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ إِجْبَاباً فِيهِ خِلَافٌ (و)، ثُمَّ أَشْهَدَ فَلْيَعْرِفِ الشُّهُودُ بَعْضُ (و) أَوْصَافِ اللَّقْطَةِ لِيَكُونَ فِي الْإِشْهَادِ فَائِدَةٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: عَنْ زَيْدِ بْنِ خَالِدِ الْجُهَيْنِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - قَالَ: جَاءَ رَجُلٌ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَسَأَلَهُ عَنِ اللَّقْطَةِ<sup>(١)</sup> - فَقَالَ: «أَعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا، ثُمَّ عَرَفْهَا سَنَةً،

= الإحسان إلى صديقهما، ففي «صحيح مسلم» أن رسول الله ﷺ قال: إن من أبر البر، أن يصل الرجل أهل وذآبيه. وأما العقوق، فهو كل ما أتى به الولد مما يتأذى به الوالد أو نحوه تأذياً ليس بالهين، مع أنه ليس بواجب. وقيل: تجب طاعتها في كل ما ليس بحرام، فتجب طاعتها في الشبهات. وقد حكى الغزالي هذا في «الإحياء» عن كثير من العلماء، أو أكثرهم. وأما صلة الرحم، ففعلك مع قريبك ما تعد به وأصلاً غير منافر ومقاطع له، ويحصل ذلك تارة بالمال، وتارة بقضاء حاجته أو خدمته أو زيارته. وفي حق الغائب بنحو هذا، وبالمكاتبة وإرسال السلام عليه ونحو ذلك.

السادسة: الوفاء بالوعد، مستحب استحباباً مؤكداً، ويكره إخلافه كراهة شديدة، ودلائله من الكتاب والسنة معلومة، وقد ذكرت في كتاب «الأذكار» فيه باباً، وبينت فيه اختلاف العلماء في وجوبه.

(١) اللقطة لغة: اسم لما يلقط، وفيها أربع لغات، نظمها شيخنا أبو عبد الله ابن مالك فقال:

لِقَاطَةٌ، وَلِقْطَةٌ، وَلَقْطَةٌ      وَلَقَطٌ مَا لَا يَطُّ قَدْ لَقَطَهُ

فالثلاث الأول بضم اللام، والرابعة بفتح اللام والقاف وروي عن الخليل: واللقطة، بضم اللام وفتح القاف: الكثير الالتقاط، وبسكون القاف: ما يلتقط، وقال أبو منصور: وهو قياس اللغة، لأن فعلة بفتح العين أكثر ما جاء فاعل، وبسكونها مفعول كضحكة للكثير الضحك، وضحكة =

فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا، وَإِلَّا فَشَأْنُكَ بِهَا»، قَالَ: فَضَالَةٌ الْعَنَمِ؟ قَالَ: هِيَ لَكَ، أَوْ لِأَخِيكَ، أَوْ لِلذَّبِّ، قَالَ: فَضَالَةٌ الْإِبِلِ؟ قَالَ: مَا لَكَ وَلَهَا مَعَهَا سِقَاؤُهَا وَحِدَاؤُهَا تَرُدُّ الْمَاءَ، وَتَأْكُلُ الشَّجَرَ حَتَّى يَلْقَاهَا رَبُّهَا<sup>(١)</sup>.

وفي الباب أحاديث أخر نأتي ببعضها في الأثناء.

أما اللقطة المترجم به الباب فإن الأزهرى<sup>(٢)</sup> حكى في «شرح حروف المختصر» عن الليث عن الخليل أن اللقطة بتخريك القاف: الذي يلقط، واللقطة بالتسكين: الشيء الملقوط، قال: وهذا هو القياس إلا أن الرواة أجمعوا على أن التخريك في حديث زيد بن خالد - رضي الله عنه - وكذلك رواه أبو عبيد عن الأحمري، وبه قال: الفراء وأبو الأعرابي والأصمعي وغيرهم، ثم قال: وهو الصحيح، فإذا المال الملقوط لقطة بالأنفاق، وفي تسميته لقطة بالتخريك اختلاف. وعد ابن السكيت في الإصلاح<sup>(٣)</sup> اللقطة من الأسماء التي على فعله وفعله، واللقط واللقاط أيضاً الشيء الملقوط، ثم جعل حجة الإسلام - رحمه الله الكتاب في بابين:

أحدهما: في الأزكان، وهي الألقاط والملتقط واللقطة.

أما الألقاط: فمعناه مشهور في اللغة.

= لمن يضحك منه. انظر: المغرب: ١٧٠/٢، القاموس المحيط: ٢٩٧/٢ واصطلاحاً: عرفها الحنفية بأنها: أمانة إذا أشهد الملتقط أنه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها وهي الشيء الذي يجده ملقى ليأخذه أمانة. واللقطة مال معصوم عرض للضياع. عرفها الشافعية بأنها: مال أو اختصاص محترم ضاع بنحو غفلة بمحل غير مملوك لم يحرز ولا عرف الواحد مستحقه ولا امتنع بقوته. عرفها المالكية بأنها: مال معصوم عرض للضياع وإن كلباً أو فرساً. عرفها الحنابلة بأنها: المال الضائع من ربه يلتقطه غيره. انظر: شرح فتح القدير: ١١٨/٦، حاشية بن عابدين: ٣٤٨/٣، تبين الحقائق: ٣٠١/٣، نهاية المحتاج: ٤٢٦/٥، مغني المحتاج: ٤٠٦/٢، الشرقاوي على التحرير: ١٣٥/٢، جواهر الأكليل: ٢١٧/٢، حاشية الدسوقي: ١١٧/٤، الشرح الصغير: ٣٥٠/٣، المغني لابن قدامة: ٦٦٣/٥، كشف القناع: ٢٠٨/٤ - ٢٠٩.

(١) مالك في الموطأ والشافعي عنه من طريقه، وهو متفق عليه من طرق بالفاظ والسائل قيل هو ابن خالد الراوي، وقيل بلال، وقيل عمير والد مالك، قلت: وقيل وسيد الجهني والد عقبة. قال الأزهرى: أجمع الرواة على تحريك القاف من اللقطة في هذا الحديث، وإن كان القياس التسكين.

(٢) ينظر: تهذيب اللغة ١/٦٦ - ٢٤٩.

(٣) ينظر: تهذيب إصلاح المنطق ص ٨٧٩ (١٠٩).



وقوله في الكتاب: «أما الالتقاط، فهو عبارة عن أخذ مال ضائع؛ ليعرفه الملتقط سنة، ثم يتملكه، إن لم يظهر مالكه بشرط الضمان، إذا ظهر إشارة إلى معناه الشرعي الذي يقصده الفقيه، لكنه قد لا يستحسن ذلك؛ لأن الأشباه أن يقال: ليس للالتقاط معنى شرعي، بل هو مقرّر على حقيقته، لكن الفقيه يتكلم في الالتقاط خاص، وأيضاً؛ فلأنه أخذ الملتقط في تفسير الالتقاط، وأيضاً، لأنه أخذ التعريف أو قصد التعريف في التفسير، وذلك لا يلائم عدّه التعريف في الباب الثاني من أحكام الالتقاط، وكذا القول في التملك، وفي الضمان عند ظهور المالك، وفقه الفضل مسألان:

الأولى: قال الشافعي - رضي الله عنه - في «المختصر»: ولا أحب لأحد ترك لقطة وجدّها، إذا كان أميناً. وقال في «كتاب اللقطة الصغير» من «الأم»: «ولا يحل ترك اللقطة لمن وجدّها إذا كان أميناً عليها» وللأصحاب فيها طريقتان:

قال الأكثرون: المسألة على قولين: أحدهما: وجوب الالتقاط؛ لأنه حزمة مال المسلم كحزمة دمه، فيجب صونه من الضياع.

وأصحهما: لا يجب، كما لا يجب قبول الوديعة، إذا عرضت عليه.

وعن ابن سريج وأبي إسحاق حمل النصين على حالين، إن كانت في موضع تغلب على الظن ضياعها بأن تكون في ممر الفساق والخونة، وجب الالتقاط، وإلا، لم يجب؛ لأن غيره يأخذها ويحفظها. هذا ما رواه عامة الحملة.

وفي «النهاية» طريقة أخرى: أنه إن كان لا يثق بنفسه، لم يجب الالتقاط عليه قولاً واحداً، والقولان فيمن يغلب على ظنه أنه لا يخون.

وأخرى قاطعة بنفي الوجوب مطلقاً حاملاً للنص الآخر على تأكيد الأمر به.

وإذا قلنا بنفي الوجوب، فإن وثق بنفسه، ففي الاستحباب وجهان:

أصحهما: ثبوته. قال في «النهاية»: وإن لم يثق بنفسه، وليس هو في الحال من الفسقة، فلا يستحب له الالتقاط لا محالة.

وحكى عن شيخه وجهين في الجواز:

أصحهما: ثبوته، وشبههما بالوجهين في أن الصالح للقضاء، إذا لم يأمن على نفسه، هل يجوز له تقلد القضاء؟

وسواء قلنا بوجوب الالتقاط، أو عدمه، فلا تضمن اللقطة بالتترك، لأنها لم تحصل في يده. هذا حكم الأمين.

أما الفاسق، فجواب معظم الأصحاب أنه يكره له الالتقاط؛ لأنه ربما تدعوه نفسه

إلى كتمانها، فإن فعلَ فسيأتي الكلامَ فيه. وقوله في الكتاب: «وإن عَلِمَ الخيانةَ فمحرّمٌ»<sup>(١)</sup> يخالف ما أظفقه الأكترون من الكراهة، ويوافق قوله في «الوسيط» أن الفاسق لا يجوز له الأخذ، وأنه قدر أن قوله: «وإن عَلِمَ الخيانةَ فيمن هو أمين في الحال، لكثته يعلم أنه لو أخذ، لحنَ وفسق، فالحكمُ بالتحريم أبعد. وقوله قبله: «والأصح أنه ليس بواجب» يجوز أن يُعلم بالواو؛ إشارة إلى قول من قطع بنفي الوجوب، وقوله: «فمستحب» بالميم والألف؛ لأن الحكاية عن مالك وأحمد - رحمهما الله - كراهة الألقاط. الثانية: في وجوب الإسهاد على اللقطة وجهان، ويقال: قولان:

**أظهرهما:** وبه قال مالك وأحمد - رحمهما الله - أنه لا يجب كما لا يجب الإسهاد على الودعة، إذا قبلها؛ لأن النبي ﷺ لم يأمر به في حديث زيد بن خالد - رضي الله عنه -. والثاني: وبه قال أبو حنيفة - رضي الله عنه - أنه يجب الإسهاد؛ لما روي عن عياض ابن حماد - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «من ألقط لقطة، فليشهد عليها ذا عدلٍ أو ذوي عدلٍ»<sup>(٢)</sup>. ومن قال بالأول، حمّله على الاستحباب، وربما احتج به للاستحباب من حيث إنه لو كان الإسهاد واجباً، لما خيّر بين الواحد والاثنين، ثم في كيفية الإسهاد وجهان:

**أحدهما:** يُشهد على أضلها دون صفاتها؛ لئلا ينتشر، فيتوسل بها الكاذب، إن اكتفينا بالصفة، وبمواطأة الشهود، إن أحوجتنا إلى البينة، وهذا أصح عند صاحب «التهذيب» - قال: ويجوز أن يذكر جنسها.

(١) وهو يقتضي نفرد الغزالي بالتحريم وليس كذلك بل هو ظاهر كلام جمع من العراقيين منهم سليم في المجرد والشيخ نصر المقدسي في تهذيبه حيث قالوا: لم يكن له أخذها، وظاهر كلامهم أنه يصح التقاطه، ولكن الأخذ مع ذلك حرام، وحكى ابن الرفعة عن القاضي أبي الطيب أنها كراهة تنزيه، وفي ابن يونس التحريم. وقال القاضي حسين والفوراني: إن جواز أخذه مبني على أن أحكام اللقطة تثبت له أم لا؟ فإن قلنا تثبت له كره له الأخذ وإلا فلا يجوز له الأخذ، لكن سليم - من العراقيين - صرح بثبوت الأحكام مع أنه قائل بالتحريم، وحاول ابن الرفعة أخذه من النص قال: وكيف لا يصار إلى التحريم، وقد حكى الإمام وغيره وجهاً أن غير الخائن إذا كان لا يأمن الخيانة يحرم عليه الأخذ ولم يقيد ذلك بشيء ولا يرد عليه ما ذكره القاضي وغيره من تخريجه على ثبوت الأحكام لأننا نقول: قد يكون الفعل محرماً ويثبت الملك كما في المحرم يصطاد فحكم بالملك على وجه مع أنه حرام.

(٢) رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه وابن حبان به، وزيادة: ثم لا يكتم ولا يغيب، فإن جاء صاحبها فهو أحق بها، وإلا فهو مال الله يؤتية من يشاء، ولفظ البيهقي: ثم لا يكتم وليعرف، ورواه الطبراني وله طرق، وقال الحافظ في التخليص: وفي الباب عن مالك بن عمير عن أبيه أخرجه أبو موسى المدني في الذيل.

والثاني: أنه يُشْهِدَ عَلَى صِفَاتِهَا أَيْضاً، حتى لو مات لَأَيْمَلِكُهَا الْوَارِثُ، وَيَشْهَدُ الشُّهُودُ لِلْمَالِكِ، وَأَشَارَ الْإِمَامُ إِلَى تَوْسُطِ بَيْنِ الْوَجْهَيْنِ؛ وَهُوَ أَنَّهُ لَا يَسْتَوْعِبُ الصَّفَاتِ، وَلَكِنْ يَذْكَرُ بَعْضَهَا؛ لِيَكُونَ فِي الْإِشْهَادِ فَائِدَةٌ، هَذَا، وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ «وَلِيَعْرِفَ الشُّهُودُ بَعْضَ أَوْصَافِ اللَّقْطَةِ» وَيَجُوزُ إِعْلَامُهُ بِالْوَاوِ؛ لِلْوَجْهِ الْأَوَّلِ.

وقوله: «وَأَحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ إِزْشَاداً وَأَسْتِخْبَاباً، وَأَحْمَلُ أَنْ يَكُونَ إِجْبَاباً»، هَذَا هُوَ الْوَجْهَ، وَفِي أَكْثَرِ النُّسَخِ، «فَأَحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ بِطَرِيقِ الْإِزْشَادِ، وَأَحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ أَسْتِخْبَاباً» هَكَذَا يَوْجَدُ فِي أَكْثَرِ النُّسَخِ، وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ، وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا فَرْقٌ إِلَّا أَنْ يُقَالَ الْمَعْنَى بِطَرِيقِ الْإِزْشَادِ إِلَى رِعَايَةِ الْوَاجِبِ، لَكِنَّهُ بَشَعٌ وَقَوْلُهُ: «فِيهِ خِلَافٌ» يَجُوزُ أَنْ يُعْلَمَ بِالْوَاوِ؛ لِأَنَّ أَبَا الْفَرَجِ السَّرْحَسِيَّ حَكَى طَرِيقَةَ قَاطِعَةً بِنَفْسِ الْوُجُوبِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: أَمَّا الْمُلْتَقِطُ فَهُوَ كُلُّ حَرٍّ مُسْلِمٍ مُكَلَّفٍ عَدَلٍ لِأَنَّ فِيهِ مَعْنَى الْأَمَانَةِ وَالْوِلَايَةِ وَالْكَسْبِ، وَالْأَصْحُ أَنَّ الْكَافِرَ أَهْلٌ لِلْإِلْتِقَاطِ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ كَالْأَخْتِطَابِ، وَفِي أَهْلِيَّةِ الْفَاسِقِ وَالْعَبِيدِ وَالصَّبِيِّ قَوْلَانِ (و) لِقَوَاتِ أَهْلِيَّةِ الْوِلَايَةِ وَالْأَمَانَةِ، وَفَائِدَةُ الْمَنْعِ أَنَّهُمْ لَا يَتَمَلَّكُونَ، وَتَكُونُ فِي أَيْدِيهِمْ مَضْمُونَةً، وَلَعَلَّ الْأَصْحُ أَنَّهُمْ يَتَمَلَّكُونَ لِأَنَّ أَخْبَارَ اللَّقْطَةِ عَامَّةٌ، فَعَلَى هَذَا؛ الْقَاضِي إِمَّا أَنْ يَنْتَزِعَ (ح) مِنْ يَدِ الْفَاسِقِ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، أَوْ يَنْتَصِبَ (ح) عَلَيْهِ رَقِيباً كَمَا يَرَاهُ إِلَى أَنْ تَمْضِيَ مَدَّةُ التَّعْرِيفِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الرَّكْنُ الثَّانِي: الْمُلْتَقِطُ، وَبِنَاءِ الْكَلَامِ فِيهِ عَلَى أَضْلٍ؛ وَهُوَ أَنَّ اللَّقْطَةَ فِيهَا تَعْنِي الْأَمَانَةَ وَالْوِلَايَةَ وَالْأَكْتِسَابَ.

أَمَّا الْأَمَانَةُ وَالْوِلَايَةُ، فَفِي الْإِبْتِدَاءِ، فَإِنَّ سَبِيلَ الْمُلْتَقِطِ فِي مَدَّةِ التَّعْرِيفِ سَبِيلُ الْأَمْنَاءِ لَا يَضْمَنُ الْمَالَ إِلَّا بِتَفْرِيطِ، وَالشَّرْعُ قَوْضٌ إِلَيْهِ حِفْظُهُ كَالْوَلِيِّ يَحْفَظُ مَالَ الصَّبِيِّ. وَأَمَّا الْأَكْتِسَابُ، فَفِي الْإِنْتِهَاءِ مِنْ حَيْثُ إِنَّ لَهُ التَّمَلُّكَ بَعْدَ التَّعْرِيفِ، وَمَا الْمَغْلَبُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَيُقَالُ: قَوْلَانِ<sup>(١)</sup>:

أَحَدُهُمَا: مَعْنَى الْأَمَانَةِ وَالْوِلَايَةِ، لِأَنَّهَا نَاجِزَةٌ وَالتَّمَلُّكُ مُنْتَظَرٌ فَيُنَاطُ الْحَكْمُ بِالْحَاضِرِ، وَيُنْتَبِئُ الْآخِرُ عَلَى الْأَوَّلِ.

وَالثَّانِي: مَعْنَى الْاِكْتِسَابِ، لِأَنَّهُ مَالُ الْأَمْرِ وَمَقْصُودُهُ، فَالْمُنْتَظَرُ إِلَيْهِ أَوْلَى؛ لِأَنَّ

(١) قَالَ فِي الْخَادِمِ: وَكِلَاهُمَا يَعْنِي الشَّيْخَيْنِ فِيهِ مُضْطَرَبٌ فَإِنَّهُمَا حَكْمًا بِصِحَّةِ التَّقَاطِ الْفَاسِقِ وَالصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ وَشِبَاهِهِمَا بِاحْتِطَابِ الصَّبِيِّ وَاصْطِيَادِهِ، وَهَذَا تَصْرِيحٌ بِتَغْلِيْبِ الْاِكْتِسَابِ ثُمَّ حَكْمًا بِتَرْجِيْحِ مَنَعِ التَّقَاطِ الْعَبْدِ وَهُوَ تَصْرِيحٌ بِتَغْلِيْبِ الْوِلَايَةِ، وَلَعَلَّ لِذَلِكَ أَطْلَقَ الْخِلَافَ مِنْ غَيْرِ تَرْجِيْحِ.

المُلْتَقَطُ مستقلٌ بالأَلِيقَاتِ، وآحَادُ النَّاسِ لَا يَسْتَقْلُونَ بِالأَمَانَاتِ إِلَّا بِأَتْمَانِ المَالِكِ، ولكنْ يَسْتَقْلُونَ بِالِاكتِسَابِ. إِذَا عَرَفْتَ ذَلِكَ، فَإِنِ اجْتَمَعَ فِي الشَّخْصِ أَرْبَعُ صِفَاتِ: الإِسْلَامِ، وَالحُرِّيَّةِ، وَالعَدَالَةِ، وَالتَّكْلِيفِ، فَلهُ أَنْ يَلْتَقِطَ، وَيُعْرَفَ وَيَتَمَلَّكَ؛ لِأَنَّ أَهْلَ لِلأَمَانَةِ وَالوَالِيَةَ وَالِاكتِسَابِ جَمِيعاً، وَإِلَّا، ففِيهِ مَسَائِلُ:

إِخْدَاهَا: فِي تَمَكِينِ الذَّمِي مِنْ أَلِاقَاتِ فِي دَارِ الإِسْلَامِ وَجِهَانِ:

أَحْدُهُمَا: لَا يُمَكِّنُ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ مَعْنَى الأَمَانَةِ وَالوَالِيَةِ، وَلِأَنَّهُ مَمْنُوعٌ مِنَ التَّسَلُّطِ فِي دَارِ الإِسْلَامِ؛ أَلَا تَرَاهُ أَنَّهُ لَا يُخِيحِي

وَأَصْحُهُمَا: التَّمَكِينُ؛ تَرْجِيحاً لِمَعْنَى الأَلِاقَاتِ، كَمَا أَنَّهُ يَضْطَآدُ وَيَخْتِطِبُ، وَقَطَعَ بَعْضُهُمْ بِالوَجْهِ الثَّانِي، وَزُبْمَا شَرَطَ فِي التَّجْوِيزِ كَوْنَهُ عَدْلًا فِي دِينِهِ، وَقَوْلُهُ فِي الكِتَابِ: «وَالأَصْحُ أَنَّ الكَافِرَ أَهْلٌ لِلِاقتِطَاعِ» يَمَكِّنُ حَمْلَهُ عَلَى الأَصْحِ مِنَ الوَجْهَيْنِ، فَيَكُونُ المَذْكُورُ طَرِيقَةَ الخِلَافِ، وَعَلَى الأَصْحِ مِنَ الطَّرِيقَيْنِ، فَيَكُونُ المَذْكُورُ الطَّرِيقَةَ القَاطِعَةَ.

فَإِن قُلْنَا: لَيْسَ لَهُ الأَلِيقَاتُ، فَالْتَقَطَ، أَخَذَهُ الإِمَامُ، وَحَفِظَهُ إِلَى ظُهُورِ مَالِكِهِ.

وَإِن قُلْنَا: بِجَوَازِهِ، قَالَ فِي «التَّهْدِيبِ»: «هُوَ كَمَا لَوْ أَلْتَقَطَ الفَاسِقُ»<sup>(١)</sup> وَذَكَرَ أَنَّ المَرْتَدَّ، إِذَا قُلْنَا: إِنَّ مِلْكَهُ زَائِلٌ، يُتَنَزَّعُ مِنْ يَدِهِ، كَمَا لَوْ أَحْتَطَبَ، يُتَنَزَّعُ مِنْ يَدِهِ.

إِن قُلْنَا: مِلْكُهُ غَيْرُ زَائِلٍ، فَكَالْفَاسِقِ يَلْتَقِطُ.

وَلَكَّ أَنْ تَقُولَ: إِذَا قُلْنَا: إِنَّ مِلْكَهُ زَائِلٌ، فَإِنَّمَا يَخْتِطِبُهُ يُتَنَزَّعُ مِنْ يَدِهِ، وَيَخْكُمُ بِكُونِهِ لِأَهْلِ الفَقِيهِ، فَإِن كَانَتِ اللُّقْطَةُ كَذَلِكَ فِقْيَاسُهُ أَنْ يَجُوزَ لِلِإِمَامِ إِبْتِدَاءُ الأَلِيقَاتِ لِأَهْلِ الفَقِيهِ وَلبَيْتِ المَالِ، وَأَنْ يَجُوزَ لِلوَالِيِ الأَلِيقَاتِ لِلصَّبِيِّ.

وَإِذَا قُلْنَا: إِنَّ مِلْكَهُ غَيْرُ زَائِلٍ، فَهُوَ بِالذَّمِي أَشْبَهُ مِنْهُ بِالفَاسِقِ، فَلْيَكُنِ النِّقَاطَةُ كَالنِّقَاطِ الذَّمِي، وَكَذَلِكَ أوردَهُ الشَّيْخُ المَتَوَلِي.

(١) وَكَذَا قَالَ ابْنُ أَبِي هُرَيْرَةَ فِي تَعْلِيْقِهِ: يَجُوزُ التَّقَاطُ الذَّمِي. ثُمَّ فِي إِقْرَارِهَا فِي يَدِهِ قَوْلَانِ كَمَا قُلْنَا فِي الفَاسِقِ لَا يَخْتَلِفَانِ. قَدْ حَكَاهُ فِي الذَّخَائِرِ عَنِ الشَّيْخِ أَبِي حَامِدِ الاسْفَرَايِينِيِّ وَيَقْتَضِي إِحْقَاقَهُ بِالفَاسِقِ انْتِزَاعَهُ مِنْهُ وَوَضْعَهُ عِنْدَ عَدْلِ وَأَنَّهُ لَا يَعْتَمِدُ تَعْرِيفَهُ لَكِن ذَكَرَ ابْنَ الرِّفْعَةَ أَنَّهُ يَقْرَأُ فِي يَدِهِ وَيَتَفَرَّدُ بِالتَّعْرِيفِ. قِيلَ: قَوْلَانِ كَالْفَاسِقِ.

وَعَلَى هَذَا اقْتَصَرَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدِ الاسْفَرَايِينِيُّ كَمَا قَالَ فِي الذَّخَائِرِ وَلَا يَبْعَدُ الفَرْقُ بَيْنَ العَدْلِ فِي دِينِهِ وَغَيْرِهِ. قَالَ فِي الوَافِي: وَلَوْ قِيلَ إِنَّ قُلْنَا يَنْزِعُ مِنْ يَدِهِ وَلَمْ يَفْعَلْ ثُمَّ عَرَفَ أَنَّهُ يَكُونُ لَهُ التَّمْلِيكُ لَكَانَ مَتَجَهًّا لِأَنَّهُ صَالِحٌ لِلتَّمْلِيكِ بِالكَسْبِ، وَقَدْ وَجَدَ شَرْوْطَهُ، غَايَةَ مَا فِيهِ أَنَّهُ ارْتَكَبَ مَحْرَمًا بِالتَّعْرِيفِ وَمِثْلَهُ لَا يُوْثَمُ كَوَطْءِ الرَّاهِنِ الجَارِيَةِ المَرْهُونَةَ دُونَ إِذْنِ المَرْتَهِنِ فَإِنَّهَا تَصْبِيرُ مَسْتَوْلِدَةٌ، وَإِن كَانِ الوَطْءُ وَقَعَ حَرَامًا إِذَا كَانَ مُوسَرًّا.

الثانية: هل الفاسقُ أهلٌ للالتقاط؟

عن القفالٍ تخريجُه على الأضليلِ المذكور، إن رَجَحْنَا الأمانةَ والولايةَ، فلا، وما يأخذهُ حكمه حُكْمُ المغضوبِ، وإن رَجَحْنَا الاكتسابَ، فَتَنَعَمْ، وهذه الطريقةُ هِيَ التي أفردها في الكتاب، وقطعَ عامَّةُ الأصحابِ بأهليَّته، وهو الذي يدلُّ عليه نَظْمُ «المُختَصِر»، ويُخَرِّجُ عليه ما حَكَيْنَاهُ عَنِ الْمُعْظَمِ أَنَّهُ يُكْرَهُ لَهُ الِاتِّقَاطُ، وعلى هذا؛ فهل يَقرُّ المالُ في يده، إذا التقط؟ فيه قولان:

أصحُّهُمَا: وهو اختيارُ المُزَنِّي: لا، بل ينتزعُ مِنْ يَدِهِ، ويوضعُ عندَ عدلٍ، لأنَّ مالَ أولاده لا يقرُّ في يده، فكيف يقرُّ مالَ الأجانب؟

والثاني: نعم؛ لأنَّ له حَقَّ التَّمَلُّكِ، ولكن يُضَمُّ إليه عدلٌ يُشْرِفُ عليه، وعن أبي الحُسَيْنِ بْنِ القَطَّانِ وَجَهٌ آخَرُ: أَنَّهُ لا يُضَمُّ إِلَيْهِ أَحَدٌ عَلَى هذا القولِ، وعند أبي حنيفةَ وأحمدَ: لا يُنتزَعُ مِنْ يَدِهِ، ولا يُضَمُّ إِلَيْهِ أَحَدٌ.

وسواء قلنا: أَنَّهُ ينتزعُ من يده، أو يُضَمُّ إِلَيْهِ مُشْرِفٌ، ففي التَّعْرِيفِ قولان:

أشبههُمَا: وهو ظاهرُ نَصِّهِ في «المختصر» أَنَّهُ لا يُعْتَمَدُ في التَّعْرِيفِ؛ لَأَنَّهُ زَيْمًا لا يَخُونُ فيه، حتى لا يَظْهَرَ المَالِكُ، بل يُضَمُّ إِلَيْهِ نَظَرُ العَدْلِ ومراقبتهُ.

والثاني: أَنَّهُ يَكْتَفِي بتعريفه، فَإِنَّهُ المُلتَقِطُ، وهذا روايةُ الربيعِ، ثم إذا تمَّ التعريفُ، فللملتقطِ التَّمَلُّكُ.

وقوله في الكتاب: «وفي أهليةِ الفاسقِ، والعبدِ والصبيِّ قولان» يجوز أن يُعْلَمَ لفظُ القولينِ بالواو؛ للطريقةِ القاطعةِ بأهليةِ الفاسقِ، وهي جاريةٌ في الصبيِّ أيضاً، ولا تجرِي في العبدِ باتِّفاقِ الأصحابِ.

وقوله: «ولعلَّ الأصحَّ أَنَّهُم يتملِّكون» فيه تمثيلٌ [الكتاب]، لكُنْكَ قَدْ عَرَفْتَ أَنَّهُ ظاهرُ المَذْهَبِ في الفاسقِ بلا تمثيلٍ وكذا القولُ في الصبيِّ، ثم إِنَّهُ استأنَسَ لذلك بالأخبارِ الواردةِ في اللقطةِ، فَإِنَّهَا مُطْلَقَةٌ، لا تُفْرَقُ بين هؤلاءِ وَغَيْرِهِمْ.

وقوله: «إِما أن يُنتزَعَ مِنْ يَدِ الفاسقِ، أو يُنصَّبَ عَلَيْهِ رَقِيباً» - ليس تخييراً، وإِما هو إشارةٌ إِلَى ما قَدَّمْنَاهُ مِنَ القولينِ، والكِنَايَةُ في قوله كما تراه لا يُنصَّرُ إِلَى أَحَدِ الأمرينِ، بل الوجهُ صَرَفُهَا إِلَى الرَّقِيبِ، والمعنى: يُنصَّبُ رَقِيباً يَخْتَارُهُ ويستصوبه.

ويجوزُ إغلامُ: قوله «يُنْتزَعُ وَيُنصَّبُ» بالحاء والألف؛ لما ذكرنا من مَذْهَبِ أَبِي حنيفةَ وأحمدَ.

وقوله: «إِلَى أن تَمْضِيَ مُدَّةُ التَّعْرِيفِ» - إشارةٌ إِلَى أَنَّهُ يُحَلَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللقطةِ بَعْدَهَا لِيَتَمَلَّكَهَا، [واللهُ أَعْلَمُ].

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَلِلْعَبْدِ أَنْ يَعْرِفَ وَيَتَمَلَّكَ بِإِذْنِ السَّيِّدِ وَيَحْصُلَ الْمِلْكُ لِلْسَّيِّدِ، وَيَغْيِرَ إِذْنَهُ فِيهِ خِلَافٌ (و) كَمَا فِي الشَّرَاءِ، وَإِنْ تَلَفَ فِي يَدِهِ قَبْلَ الْمُدَّةِ فَلَا ضَمَانَ، فَإِنْ تَلَفَ فِي يَدِهِ بَعْدَ مُدَّةِ التَّغْرِيبِ، فَإِنْ أَدِنَ السَّيِّدُ فِي التَّمَلُّكِ تَعَلَّقَ الضَّمَانُ بِالسَّيِّدِ (و) لَا بِرَقَبَتِهِ كَمَا لَوْ أَدِنَ فِي الشَّرَاءِ، وَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ تَعَلَّقَ بِدِمَّةِ الْعَبْدِ لَا بِدِمَّةِ السَّيِّدِ وَلَا بِرَقَبَتِهِ لِأَنَّهُ لَا خِيَانَةَ مِنْهُ وَلَا إِذْنَ مِنَ السَّيِّدِ، وَالْمَكَاتِبُ وَمَنْ نَضَفَهُ حُرًّا وَنَضَفَهُ رَقِيقًا كَالْحُرِّ عَلَى الْأَصَحِّ (و) وَهُوَ الْمَنْصُوصُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْمَسْأَلَةُ الثَّلَاثَةُ: فِي التَّقَاتِ الْعَبْدِ، وَهُوَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرُبٍ:

أحدها: التقاط لَم يَأْذَنْ فِيهِ السَّيِّدُ، وَلَا نَهَى عَنْهُ.

وقد اختلفَ فِيهِ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - فَأَحَدُ الْقَوْلَيْنِ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - وَأَحْمَدُ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ يَصِحُّ؛ لِأَنَّ يَدَ الْعَبْدِ يَدُ سَيِّدِهِ، فَكَأَنَّ السَّيِّدَ هُوَ الْمُتَقَطُّ، وَهَذَا كَمَا أَنَّهُ إِذَا أَصْطَادَ أَوْ أَحْتَطَبَ، يُغْتَبَرُ وَيَكُونُ الْحَاصِلُ لِلْسَّيِّدِ، وَلَا عِبْرَةَ بِقَضِيهِ، وَهَذَا الْقَوْلُ نَقَلَهُ الْمُزَنِيُّ عَمَّا وَضَعَهُ بِخَطِّهِ، قَالَ: وَلَا أَعْلَمُهُ سَمِعَ مِنْهُ.

والثَّانِي: وَهُوَ الْمَنْصُوصُ فِي «الْأُمَّ» وَأَخْتِيَارُ الْمُزَنِيِّ: أَنَّهُ لَا يَصِحُّ، لِأَنَّ اللَّقْطَةَ أَمَانَةٌ، وَوَلَايَةٌ فِي الْأَبْتِدَاءِ، وَتَمَلُّكٌ فِي الْإِنْتِهَاءِ، وَالْعَبْدُ لَا يَمْلِكُ، وَلَا هُوَ مِنْ أَهْلِ الْأَمَانَةِ وَالْوَلَايَةِ. وَقَدْ أَشَارَ صَاحِبُ الْكِتَابِ إِلَى تَرْجِيحِ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ فِي الْفَضْلِ السَّابِقِ، كَمَا فِي التَّقَاتِ الْفَاسِقِ، لَكِنَّ الشَّيْخَ أَبَا حَامِدٍ وَالْقَاضِي الرُّوْيَانِيَّ وَعَبْرَهُمَا حَكَمُوا بِأَنَّ الثَّانِيَّ أَصَحُّ. وَفِي بَعْضِ الشُّرُوحِ أَنَّ ابْنَ سُرَيْنَجٍ قَالَ: الْقَوْلَانِ مَبْنِيَانِ عَلَى أَنَّ الْعَبْدَ يَمْلِكُ، فَأَمَّا إِذَا فَرَعْنَا عَلَى الْجَدِيدِ، وَهُوَ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ، فَلَيْسَ لَهُ الْإِلْتِقَاطُ بِحَالٍ، وَ[فِي] هَذَا التَّبَاسُّ مِنْ جِهَةِ أَنَّهُ لَيْسَ الْقَوْلَانِ فِي أَنَّ الْعَبْدَ، هَلْ يَمْلِكُ مَطْلَقًا، وَإِنَّمَا هُمَا فِي أَنَّهُ، هَلْ يَمْلِكُ بِتَمْلِيكِ السَّيِّدِ، وَلَا تَمْلِيكِ هَهُنَا مِنْ جِهَةِ السَّيِّدِ؟

التَّفْرِيعُ: إِنْ قُلْنَا: لَا يَصِحُّ التَّقَاطُ، لَمْ يَعْتَدَّ بِتَعْرِيفِهِ، ثُمَّ لَا يَخْلُو؛ إِذَا أَنْ يَعْلَمَ السَّيِّدُ بِالتَّقَاطِ أَوْ لَا يَعْلَمَ، فَإِنْ لَمْ يَعْلَمَ، فَالْمَالُ مَضْمُونٌ فِي يَدِ الْعَبْدِ، وَالضَّمَانُ مُتَعَلِّقٌ بِرَقَبَتِهِ أَتْلَفَهُ أَوْ تَلَفَ بِتَغْرِيبِ، أَوْ غَيْرِ تَغْرِيبِ كَمَا فِي الْمَغْضُوبِ، وَإِنْ عَلِمَ بِهِ السَّيِّدُ، فَلَهُ أَحْوَالٌ:

أحدها: أَنَّهُ يَأْخُذُ مِنْ يَدِهِ، وَقَدَّمَ الْإِمَامُ مُقَدِّمَةً، وَهِيَ أَنَّ الْقَاضِيَّ، لَوْ أَخَذَ الْمَغْضُوبَ مِنَ الْغَاصِبِ لِيَحْفَظَهُ لِلْمَالِكِ، هَلْ يَبْرَأُ الْغَاصِبُ مِنَ الضَّمَانِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، ظَاهِرُ الْقِيَاسِ مِنْهُمَا الْبَرَاءَةُ؛ لِأَنَّ يَدَ الْقَاضِيِ نَائِبَةٌ عَنِ يَدِ الْمَالِكِ، إِنْ قُلْنَا: لَا تَبْرَأُ، فَلِلْقَاضِيِ أَخْذُهَا مِنْهُ، وَإِنْ قُلْنَا: تَبْرَأُ، فَإِنْ كَانَ الْمَالُ غَرْصَةً لِلضَّيَاعِ، وَالْغَاصِبُ بِحَيْثُ لَا يَبْعُدُ أَنْ يُفْلَسَ أَوْ يَغْيِبَ وَجْهَهُ، فَكَذَلِكَ، وَإِلَّا، فَوَجْهَانِ:

أحدهما: أنه لا يأخذ، فإنه أنفع للمالك.

والثاني: يأخذ، نظراً لهما جميعاً، وليس لأحد الناس أخذ المغصوب، إذا لم يكن في معرض الضياع، ولا الغاصب؛ بحيث تفوت مطالبته ظاهراً، وإن كان كذلك، فوجهان:

أظهرهما: المنع؛ لأن القاضي هو النائب عن الغائبين، ولأن فيه ما يؤدي إلى الفتنة وشهر السلاح.

والثاني: الجواز؛ احتساباً ونهياً عن المنكر.

فعلى الأول؛ لو أخذ، ضمن، وكان كالمغاصب من الغاصب، وعلى الثاني؛ لا يضمن، وبراءة الغاصب على الخلاف السابق، وأولى بالأبى.

قال الإمام: ويجوز أن يفرق بين أن يكون هناك قاض يمكن رفع الأمر إليه، فلا يجوز، أو لا يكون، فيجوز.

إذا عرف ذلك، فقد قال معظم الأصحاب: إذا أخذ السيد اللقطة من العبد، كان أخذه التلقاطاً؛ لأن يد العبد، إذا لم تكن يد التلقاط، كان الحاصل في يده ضائعاً بعد، وسقط الضمان عن العبد لوصوله إلى نائب المالك، فإن كان أهلاً للتلقاط كأنه نائب عنه، وبمثله أجابوا فيما لو أخذه أجنبي، إلا أن صاحب «التتمة» جعل أخذ الأجنبي على الخلاف فيما لو تعلق صيد بشبكة إنسان، فجاء غيره وأخذه.

وأستبعد الإمام قولهم؛ بأن أخذ السيد التقاطاً؛ لأن العبد ضامن بالأخذ، ولو كان أخذ السيد التقاطاً يسقط الضمان عليه، ويتضرر به المالك، وهذا وجه قد أوردته القاضي ابن كنج وأبو سعيد المتولي، وحكى تفرعاً عليه أن السيد ينتزعه من يده، ويسلمه إلى الحاكم؛ ليحفظه للمالك أبداً.

وأما الإمام، فإنه قال: إذا قلنا: إنه ليس بالتقاط، فأراد أخذه بنفسه وحفظه لمالكه فيه وجهان مرتبان على أخذ الأحاد المغصوب للحفظ، وأولى بعدم الجواز؛ لأن السيد ساع لنفسه غير مختسب، ثم يترتب على جواز الأخذ حصول البراءة، كما قدمنا، وإن استدعى من الحاكم انتزاعه، فهذه الصورة أولى بأن يزيل الحاكم فيها اليد العادية، فإذا أزال، فأولى بأن تحصل البراءة؛ لتعلق عرض السيد بالبراءة، وكونه غير منتسب إلى العذوان، حتى يغلظ عليه - [والله أعلم].

الحالة الثانية: أن يقره في يده، ويستحفظه عليه؛ ليعرفه، فإن لم يكن العبد أميناً، فهو متعد بالإقرار، وكأنه أخذه منه، وردّه إليه، وإن كان أميناً، جاز كما لو أستعان به في تعريف ما التقت لنفسه. وفي «النهاية» أن في سقوط الضمان وجهين، وأن أظهرهما

المنع، وقياسُ كلامِ الجمهورِ سُقُوطُهُ.

الثالثة: ألا يأخذُهُ، ولا يُقرُّهُ، بل يُهملُهُ ويُعرضُ عنه، فروايةُ المُزنيِّ أن الضمانَ يتعلَّقُ بركة العبدِ، كما كان، ولا يُطالبُ به السيِّدُ في سائرِ أموالِهِ؛ لأنَّهُ لا تُعدِّي منه، ولا أثرٌ لعلمه، كما لو رأى عبده يُتلفُ مالاً، فلم يَمْنَعُهُ منه، وروايةُ الربيعِ تعلقه بالعبدِ، وبجميعِ أموالِ السيِّدِ؛ لأنَّهُ مُتَعَدُّ بتركة في يدِ العبدِ، وَعَكَسَ الإمامُ وصاحبُ الكتابِ في «الوسيط» فَنسَبَا الأوَّلَ إلى روايةِ الربيعِ، والثاني إلى روايةِ المُزنيِّ، والمُعْتَمَدُ المشهورُ<sup>(١)</sup> الأوَّلُ، ثم اختلفوا فيهما على أربعةِ طرقٍ.

قال الأكثرون: المسألةُ على قولين: أظهرُهُمَا؛ على ما ذكره الرويانيُّ وغيره تَعَلُّقه بالعبدِ، وسائرِ أفعالِ السيِّدِ؛ حتى لو هلكَ العبدُ لا يَسْقُطُ الضمانُ، ولو أفلَسَ السيِّدُ، تقدم صاحبُ اللقطةِ في العبدِ على سائرِ الغرماءِ.

ومن قال به، لم يسلِّمَ عدمَ وجوبِ الضمانِ فيما إذا رأى عبده يُتلفُ مالاً، فلم يَمْنَعُهُ. وعن أبي عليٍّ الطبريِّ حَمَلُ منقولِ المُزنيِّ على ما إذا كان العبدُ مُمَيَّزاً، وحملَ منقولِ الربيعِ على ما إذا كان غيرَ مُمَيَّزٍ.

وقَطَعَ بعضُهُم بما رواه المُزنيُّ، وآخَرُونَ بما رواه الربيعُ، وبه قال أبو إسحاق، وَعَلَّطُوا المُزنيِّ في النُّقلِ، وأستشهدُوا بأنَّهُ رَوَى في «الجامع الكبير» كما رواه الربيعُ، فأشعر بغفلته ههنا عن آخرِ الكلامِ.

أما إذا قلنا بصحةِ ألتقاطِهِ، وهذا الطريقُ هو المذكورُ في الكتابِ، فيصحُّ تعريفه، كما يصحُّ ألتقاطُهُ، وليسَ له بعدَ التَّعريفِ أنْ يَتَمَلَّكَ لِنَفْسِهِ، وله التَّمَلُّكُ للسيِّدِ بإذنه، وأما بغيرِ إذنه، فقد حَكِيَ المُصَنِّفُ فيه خلافاً، وأراد به طريقيين، أشار إليهما الإمامُ:

أحدُهُمَا: أنَّه على الوجهين في أنَّه هل يَصِحُّ اتِّهَابُهُ دونَ إذنِ السيِّدِ، أو على القولين في شرائه بغيرِ إذنٍ.

والثاني: القَطْعُ بالمنعِ، بخلافِ الهبةِ، فإنَّها لا تَقْتَضِي عَوَضاً، وبخلافِ الشراءِ، فإنَّنا إن صَحَّحْنَا، عَلَّقْنَا الثَّمَنَ بِذِمَّةِ العبدِ، وههنا يَبْعُدُ ألا يُطالِبُ مالكُ اللقطةِ السيِّدَ المَتَمَلِّكُ؛ لأنَّهُ لم يَرِضْ بِذِمَّةِ العبدِ، والأصحُّ المنعُ، سواءً ثبتَ الخلافُ أم لا.

وعلى هذا، فَعَنَ بعضُ الأصحابِ أنَّه لا يَصِحُّ تعريفُهُ دونَ إذنِ السيِّدِ أيضاً، والأصحُّ إلحاقُ التَّعريفِ بِأَلتَّقَاتِ، كما مرَّ.

قال الإمامُ: نَعَمْ، إن قلنا: أنقضاءُ مُدَّةِ التَّعريفِ يوجبُ المِلْكَ، فيجوزُ أن يُقالَ:

(١) في ب: المستفيض.



لَا يَصِحُّ تَعْرِيفُهُ، وَيُجَوِّزُ أَنْ يُقَالَ: يَصِحُّ، وَلَا يُثْبِتُ الْمَلِكُ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ، كَمَا لَا يُثْبِتُ، إِذَا عُرِفَ مِنْ قِصْدِ الْحَفِظِ أَبَدًا، ثُمَّ لَا يَخْلُو الْحَالُ، إِذَا أَنْ يَعْلَمَ السَّيِّدُ بِالْأَلْتِقَاطِ، أَوْ لَا يَعْلَمُ، فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ، فَالْمَالُ أَمَانَةٌ فِي يَدِ الْعَبْدِ، لَكِنْ، لَوْ كَانَ مُعْرَضًا عَنِ التَّعْرِيفِ، فِي الضَّمَانِ وَجِهَانِ كَالْوَجْهَيْنِ فِي الْحُرِّ إِذَا امْتَنَعَ مِنَ التَّعْرِيفِ، أَوْ أَتْلَفَهُ الْعَبْدُ بَعْدَ مَدَّةِ التَّعْرِيفِ، أَوْ تَمَلَّكَهُ لِنَفْسِهِ فَهَلَكَ عِنْدَهُ، فِي الضَّمَانِ وَجِهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِذِمَّتِهِ؛ كَمَا لَوْ اسْتَقْرَضَ قَرْضًا فَاسِدًا أَوْ اسْتَهْلَكَهُ وَبِهَذَا أَجَابَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ فِي «الْفُرُوقِ».

والثاني: بَرَقِبَتِهِ كَمَا لَوْ غَضِبَ شَيْئًا، فَتَلَفَ عِنْدَهُ، وَلَيْسَ كَالْقَرْضِ، فَإِنْ صَاحَبَ الْمَالَ سَلَمَهُ إِلَيْهِ، وَلَوْ أَتْلَفَهُ فِي الْمُدَّةِ، فَجَوَابُ الْجُمْهُورِ أَنَّ الضَّمَانَ يَتَعَلَّقُ بِرَقِبَتِهِ، وَكَذَا لَوْ تَلَفَ بِتَقْصِيرِ مَنْ، وَفَرَّقُوا بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْإِتْلَافِ بَعْدَ الْمُدَّةِ؛ حَيْثُ كَانَ عَلَى الْخِلَافِ السَّابِقِ بَأَنَّ الْإِتْلَافَ فِي السَّنَةِ جَنَائِيَّةٌ مَخْضَةٌ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَدْخُلْ وَقْتُ التَّمَلُّكِ.

فَأَمَّا بَعْدَهَا، فَالْوَقْتُ وَقْتُ الْأَزْتِفَاقِ وَالْإِنْفَاقِ، فَاسْتَهْلَاكُ الْعَبْدِ بِمِثَابَةِ اسْتِقْرَاضِ فَاسِدٍ. وَحَكَى الْقَاضِي ابْنُ كُجٍّ مَا ذَكَرُوهُ طَرِيقَةً عَنِ أَبِي الْحُسَيْنِ، وَنَقَلَ عَنِ أَبِي إِسْحَاقَ، وَالْقَاضِي أَبِي حَامِدٍ أَنَّ الْمَسْأَلَةَ عَلَى قَوْلَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: التَّعَلُّقُ بِالرَّقَبَةِ.

والثاني: التَّعَلُّقُ بِالذِّمَّةِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا جَوِّزْنَا لَهُ الْأَلْتِقَاطَ، فَكَانَ الْمَالُ حَاصِلًا فِي يَدِهِ بَرَضًا صَاحِبِهِ، وَحَيْثُ، فَالْإِتْلَافُ لَا يَقْتَضِي إِلَّا التَّعَلُّقَ بِالذِّمَّةِ، كَمَا لَوْ أُوْدِعَ الْعَبْدُ مَالًا، فَاتْلَفَهُ يَكُونُ الضَّمَانُ فِي ذِمَّتِهِ، وَلَمَانَعِ أَنْ يَمْنَعِ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الضَّمَانَ فِي الْوَدِيعَةِ أَيْضًا مَتَعَلَّقٌ بِرَقِبَتِهِ، عَلَى قَوْلِ، وَإِنْ عَلِمَ بِهِ السَّيِّدُ فَلَهُ أَخْذُهُ مِنْهُ كَأَكْسَابِهِ الَّتِي يَكْتَسِبُهَا، ثُمَّ هُوَ كَمَا لَوْ أَلْتَقَطَ بِنَفْسِهِ، فَإِنْ شَاءَ، حَفِظَهُ لِمَالِكِهِ، وَإِنْ شَاءَ، عُرِفَ وَتَمَلَّكَ، فَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ قَدْ عُرِفَ بِغَضِّ الْمُدَّةِ، أَحْتَسَبَ بِهِ وَبَنَى، وَإِنْ أَقْرَهُ فِي يَدِ الْعَبْدِ، فَإِنْ كَانَ خَائِنًا، ضَمِنَ السَّيِّدُ بِإِنْقَائِهِ فِي يَدِهِ، وَإِنْ كَانَ أَمِينًا، جَازَ، ثُمَّ إِنْ تَلَفَ الْمَالُ فِي يَدِهِ فِي مَدَّةِ التَّعْرِيفِ، فَلَا ضَمَانَ، وَإِنْ تَلَفَ بَعْدَهَا، فَإِنْ أَدَانَ السَّيِّدُ فِي التَّمَلُّكِ، وَجَرَى التَّمَلُّكُ، لَمْ يَخَفِ الْحُكْمُ، وَإِنْ لَمْ يَجْزِ التَّمَلُّكُ بَعْدُ، فَفِي تَعَلُّقِ الضَّمَانِ بِالسَّيِّدِ وَجِهَانِ مَنْقُولَانِ فِي «الْهِيَاةِ»:

أَظْهَرُهُمَا: يَتَعَلَّقُ؛ لِأَذِنَهُ فِي سَبَبِ الضَّمَانِ، فَصَارَ كَمَا لَوْ أَدَانَ لَهُ فِي اسْتِيَامِ شَيْءٍ، فَأَخْذَهُ، وَتَلَفَ فِي يَدِهِ.

والثاني: لَا يَتَعَلَّقُ، كَمَا لَوْ أَدَانَ لَهُ فِي الْغَضْبِ، فَغَضِبَ، فَإِنْ قُلْنَا بِالثَّانِي، فَيَتَعَلَّقُ الضَّمَانُ بِرَقَبَةِ الْعَبْدِ، وَإِنْ قُلْنَا بِالْأَوَّلِ، فَهُوَ مَتَعَلَّقٌ بِذِمَّةِ الْعَبْدِ، حَتَّى يَطَالِبَ بِهِ بَعْدُ

العَتَقِ، كما أَنَّ السَّيِّدَ مُطَالَبٌ بِهِ، هَكَذَا ذَكَرَهُ الْإِمَامُ وَصَاحِبُ الْكِتَابِ فِي «الْوَسِيْطِ» وَرَبَّمَا فَهَم قَوْلُهُ فِي «الْكِتَابِ تَعَلَّقَ الضَّمَانُ بِالسَّيِّدِ لَا بِرَقَبَتِهِ» أَنْتَقَطَعَ الضَّمَانُ عَنِ الْعَبْدِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ، فَلْيَحْذَرِ الْعَلَطُ.

وقوله: «كما لَوْ أذِنَ فِي الشَّرَاءِ» جَوَابٌ عَلَى الْأَطْهَرِ فِي أَنَّ السَّيِّدَ مُطَالَبٌ بِدِيُونِ مَعَامَلَةِ عَبْدِهِ، وَفِيهِ خِلَافٌ مَذْكُورٌ فِي مَوْضِعِهِ أَضْلاً وَشَرْطاً، فَلَمَّا أَنْ تُعَلِّمَ لِمَا ذَكَرْنَا قَوْلُهُ: «بِالسَّيِّدِ» وَقَوْلُهُ «لَا بِرَقَبَتِهِ» وَقَوْلُهُ: «كما لو أذن في الشراء» جميعها بالواو. وإن لم يَأْذِنِ السَّيِّدُ فِي التَّمَلُّكِ، فَوَجْهَانِ فِي أَنَّ الضَّمَانَ يَتَعَلَّقُ بِذِمَّةِ الْعَبْدِ أَوْ بِرَقَبَتِهِ:

أظْهَرُهُمَا: وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ: أَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِذِمَّتِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا جَنَابَةَ مِنْهُ.

وَالثَّانِي: بِرَقَبَتِهِ؛ لِأَنَّهُ ذَيْنٌ، لَزِمَ لَا يُرْضِي مَسْتَحَقَّهُ، وَلَا يَتَعَلَّقُ الضَّمَانُ بِالسَّيِّدِ بِحَالٍ؛ لَعَدَمِ الْإِذْنِ.

ولو أتلفه العبدُ بعد المُدَّةِ، فَعَلَى مَا تَقَدَّمَ مِنَ الْخِلَافِ. هَذَا هُوَ الْكَلَامُ فِي الضَّرْبِ الْأَوَّلِ. وَهَلْ مِنْ فَرْقٍ بَيْنَ أَنْ يَقْصِدَ بِالْأَلْتِقَاطِ نَفْسَهُ أَوْ سَيِّدَهُ؟

عَنْ صَاحِبِ «التَّقْرِيبِ» أَنَّ الْقَوْلَيْنِ فِي الْمَسْأَلَةِ مَفْرُوضَانِ فِيمَا إِذَا نَوَى بِالْتِقَاطِهِ نَفْسَهُ، فَأَمَّا إِذَا نَوَى سَيِّدَهُ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَطْرُدَ الْقَوْلَانِ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقْطَعَ بِالصُّحَّةِ.

عَكْسَ الْقَاضِي ابْنِ كَيْجٍ فَقَالَ: الْقَوْلَانِ فِيمَا إِذَا أَلْتَقَطَ لِيَدْفَعَهَا إِلَى سَيِّدِهِ، فَأَمَّا إِذَا قَصَدَ نَفْسَهُ، فَلَيْسَ لَهُ الْأَلْتِقَاطُ قَوْلًا وَاحِدًا، بَلْ هُوَ مَتَعَدٌّ بِالْأَخْذِ، وَحِكَاةٌ عَنِ أَبِي إِسْحَاقَ وَالْقَاضِي أَبِي حَامِدٍ.

الضَّرْبُ الثَّانِي: الْإِلْتِقَاطُ الْمَأْذُونُ فِيهِ مِنْ جِهَةِ السَّيِّدِ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ: مَهْمَا وَجَدْتُ ضَالَّةً، فَخَذْتُهَا، وَأَتَيْتَنِي بِهَا، ففِيهِ طَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: الْقَطْعُ بِالصُّحَّةِ، وَإِلَيْهِ مِثْلُ الْإِمَامِ، كَمَا لَوْ أذِنَ لَهُ فِي قَبُولِ الْوَدِيعَةِ، صَحَّ مِنْهُ قَبُولُهَا.

وَالثَّانِي: عَنِ ابْنِ الْقَطَّانِ عَنِ ابْنِ أَبِي هُرَيْرَةَ طَرَدَ الْقَوْلَيْنِ لِمَا فِي اللَّقْطَةِ مِنْ مَعْنَى الْوَلَايَةِ، وَالْإِذْنُ لَا يَفِيدُهُ أَهْلِيَّةُ الْوَلَايَةِ، وَإِذَا أذِنَ لَهُ فِي الْاَكْتِسَابِ مُطْلَقًا، هَلْ يَدْخُلُ فِيهِ الْأَلْتِقَاطُ؟ فِيهِ وَجْهَانُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الضَّرْبُ الثَّلَاثُ: التَّقَاطُ مِنْهُيَّ عَنْهُ مِنْ جِهَةِ السَّيِّدِ، فَعَنِ الْإِضْطِخْرِيِّ: الْقَطْعُ بِالْمَنْعِ، وَعَنْ غَيْرِهِ طَرَدَ الْقَوْلَيْنِ<sup>(١)</sup>.

(١) قَالَ النَّوَوِيُّ: طَرِيقَةُ الْإِضْطِخْرِيِّ أَقْوَى، وَلَكِنْ سَاطِرُ الْأَصْحَابِ عَلَى طَرْدِ الْقَوْلَيْنِ قَالَهُ صَاحِبُ «الْمَسْتِظْهَرِيِّ».

فَرَعُ:

إذا التَّقَطَ لُقْطَةً، ثم اعتَقَهُ السَّيْلُ فَإِنْ صَحَّحْنَا التَّقَاطَهُ، فهي كسب عبده يأخذها السَّيْدُ، ويُعرَفُها، ويتملِّكُها، فَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ قَدْ عَرَفَ، اعتد به، هذا ظاهرُ المذهبِ.

وعن ابن القَطَّانِ وجهان في أَنَّ السَّيْدَ أَحَقُّ بِهَا؛ أعتباراً بوَقْتِ أَلَايِقَاتِ، أو الْعَبْدِ؛ أعتباراً بوَقْتِ الْمَلِكِ، وشبهها بما إِذَا أُعْتِقَتْ تَحْتَ عِبْدٍ، ولم تفسخ، حتى عَتَقَ الْعَبْدُ. وإن لم نصحح التقاطه؟

قال القاضي ابنُ كَجِّ للسَّيْدِ حَقُّ التَّمَلُّكِ، إِذَا قُلْنَا: إِنَّ لِلسَّيِّدِ التَّمَلُّكَ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ.

جوابُ مَغْطَمِ الْأَصْحَابِ أَنَّهُ لَيْسَ لِلسَّيِّدِ أَخْذُهَا؛ لِأَنَّ حَقَّ السَّيِّدِ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهَا؛ لَكَوْنِ الْعَبْدِ مُتَعَدِّياً، وَقَدْ زَالَتْ وَلَايَتُهُ بِالْعِتْقِ، وَعَلَى هَذَا، فَهَلْ لِلْعَبْدِ تَمَلُّكُهَا؟ فِيهِ وَجْهَانُ:

أَطْهَرُهُمَا: نَعَمْ، وَيُجْعَلُ كَأَنَّهُ أَلْتَقَطَ بَعْدَ الْحُرِّيَّةِ.

وَالثَّانِي: الْمَنْعُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ أَهْلًا لِلْأَخْذِ، فَعَلَيْهِ تَسْلِيمُهَا إِلَى الْإِمَامِ.

ثم في الفضل صورتان:

إحدهما: في التقاط المكاتبِ طريقان:

أحدهما: أَنَّهُ عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِي أَلْتَقَاطِ الْقِرْنِ؛ لِتَعَارُضِ مَعْنَى الْوِلَايَةِ وَالْأَكْتِسَابِ.

وثانيهما: الْقَطْعُ بِصِحَّتِهِ؛ لِأَنَّهُ مُسْتَقِلٌّ بِالتَّمَلُّكِ وَالتَّصَرُّفِ كَالْحُرِّ، وَلَهُ ذِمَّةٌ يُمْكِنُ اسْتِيفَاءُ الْحَقُوقِ مِنْهَا، وَهَذَا ظَاهِرٌ نَصُّهُ فِي «المختصر»، وَأَخْتِيَارُ صَاحِبِ «التَّهْذِيبِ»، لَكِنَّ الْأَوَّلَ أَصَحُّ عِنْدَ الْأَكْثَرِينَ، إِلَّا أَنَّ أَصَحَّ الْقَوْلَيْنِ هَهُنَا بِاتِّفَاقِ النَّاظِلِينَ صِحَّتَهُ.

وقوله في الكتاب: «كالحُرِّ عَلَى الْأَصَحِّ» مُحْتَمَلٌ لِأَصَحِّ الْقَوْلَيْنِ، وَلِأَصَحِّ الطَّرِيقَيْنِ؛ أَخْتِيَاراً لِلثَّانِي، وَوَرَاءَ ذَلِكَ أُمُورٌ تُسْتَعْرَبُ:

أَحَدُهَا: عَنِ ابْنِ الْقَطَّانِ رِوَايَةُ طَرِيقَةٍ قَاطِعَةٍ بِالْمَنْعِ، بِخِلَافِ الْقِرْنِ، لِأَنَّ سَيِّدَهُ يَنْتَزِعُهُ مِنْ يَدِهِ، وَالْمَكَاتِبُ أَنْقَطَعَتْ وَلَايَةُ السَّيِّدِ عَنْهُ عَلَى نَقْصَانِهِ.

وَالثَّانِي: حَكَى الْقَاضِي ابْنُ كَجِّ اخْتِلَافاً فِي أَنَّ الْخِلَافَ الْمَذْكُورَ فِي الْمَكَاتِبِ، سِوَاةً صَحَّتِ الْكِتَابَةُ أَوْ فَسَدَتْ، أَوْ فِي الْمَكَاتِبِ كِتَابَةُ صَحِيحَةٍ؟

وَأَمَّا الْمَكَاتِبُ كِتَابَةُ فَاسِدَةٍ فَهِيَ كَالْقِرْنِ لَا مُحَالَةَ، وَالصَّحِيحُ الثَّانِي.

وَالثَّلَاثُ: نَقَلَ الْإِمَامُ عَنِ تَفْرِيعِ الْعِرَاقِيِّينَ عَلَى الْقَطْعِ بِالصَّحَّةِ أَنَّ فِي إِبْقَاءِ اللَّقْطَةِ

في يده قولين؛ على قياس ما مر في الفاسق، وكُتِبُهُمْ ساكنة عن ذلك إلا ما شاء الله - تعالى<sup>(١)</sup> ..

فإن صححنا ألتقاط المكاتب، عرّف اللقطة وتملكها أو يبدلها من كسبه، وفي تقديم صاحب اللقطة بها على سائر الغرماء وجهان المذكوران في «أمالي» أبي الفرج الزاز. وإذا عتق في مدة التغيريف، أتم التعريف، وتملك، وإن عاد إلى الرق قبل تمام التغيريف، فالتقل أن القاضي يأخذها ويحفظها للمالك، وأنه ليس للسيد أخذها أو تملكها؛ لأن التقاط المكاتب لا يقع للسيد ابتداءً، فلا ينصرف إليه أنتهاءً.

وقال صاحب «التهديب»: وجب أن يجوز له الأخذ والتملك؛ لأن الالتقاط اكتساب، وأكساب المكاتب عند عجزه للسيد.

قال: وكذا لو مات «المكاتب»، أو العبد قبل التغيريف، وجب أن يجوز للسيد التعريف والتملك، كما أن الحر إذا ألتقط، ومات قبل التغيريف، يعرف الوارث، ويتملك، أما إذا لم نصح التقاطه، فالتقط، صار ضامناً، ولا يأخذ السيد اللقطة منه؛ لأنه لا ولاية له على المكاتب، ولكن يأخذها القاضي ويحفظها، هكذا ذكره.

ولك أن تقول: ألسنتم ذكرتم تفريراً على منح الألتقاط في القن أن للأجنبي أن يأخذها منه، ويكون ملتقطاً، ولم يعتز والولاية، وليس السيد في حق المكاتب بأدنى حالاً من الأجنبي في القن، وإذا أخذها الحاكم، برىء المكاتب من الضمان، ثم كيف الحكم؟

ذكر الشيخ أبو حامد وغيره: أنه يعرفها، فإذا أنقضت مدة التغيريف تملكها المكاتب، والأصح: أنه ليس له التملك، فإن التفرير على فساد الألتقاط، ولكن إذا أخذها، حفظها إلى أن يظهر مالكها.

الصورة الثانية: من بغضه حر، وبغضه رقيق، في التقاطه طريقان، كما في حق المكاتب؛ لاستقلاله بالملك والتصرف، وقوة ذمته.

قال الشاشي في «المعتمد»: ويمكن أن يفصل، فيقال: يصح ألتقاطه بقدر الحرية أولاً واحداً، والطريقان فيما سواه، وهذا الذي أبداه احتمالاً هو الذي أورده صاحب «التتمة». فإن قلنا: لا يصح ألتقاطه، فهو متعد بالأخذ ضامن بقدر الحرية في ذمته يؤخذ منه، إن كان له مال، ويقدر الرق في رقبته، وذكر القاضي ابن كج وجهين في أنه

(١) وكذا أنكره صاحب الذخائر على الغزالي. وقال: لم أجده في كتب الأصحاب العراقيين التي وقعت إلينا، وما أدري من أين أخذه وكذا قال ابن أبي الدم وصاحب الوافي قال: وكثيراً ما يريد الغزالي بالعراقيين الشيخ أبا حامد لا جميعهم.

يُنْتَزَعُ مِنْهُ، أَوْ يَبْقَى فِي يَدِهِ، وَيُضَمُّ إِلَيْهِ مُشْرِفٌ، وَالظَّاهِرُ الْإِنْتِزَاعُ، ثُمَّ وَجِهَيْنِ عَلَى الْقَوْلِ بِالْإِنْتِزَاعِ فِي أَنَّهُ يُسَلَّمُ إِلَى السَّيِّدِ أَوْ يَحْفَظُهُ الْحَاكِمُ إِلَى ظَهْوَرِ مَالِكِهِ. وَالْأَظْهَرُ الثَّانِي: فَإِنْ سُلِّمَ إِلَى السَّيِّدِ فَعَنْ أَبِي حَفْصِ بْنِ الْوَكِيلِ أَنَّ السَّيِّدَ يُعْرِفُهُ وَيَتَمَلَّكُهُ.

قال القاضي: وَيُحْتَمَلُ عِنْدِي أَنْ يُقَالَ: يَكُونُ بَيْنَهُمَا بِحَسَبِ الرُّقِّ وَالْحُرِّيَّةِ، وَإِنْ صَحَّحْنَاهُ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ السَّيِّدِ مَهَابَاةٌ، فَالَلَّقَطَةُ بَيْنَهُمَا يُعْرَفَانِيهَا، وَيَتَمَلَّكَانِيهَا بِحَسَبِ الرُّقِّ وَالْحُرِّيَّةِ وَهِيَ كَشَخْصِينَ التَّقَطَا مَالاً.

وعن ابن الوكيل أَنَّ السَّيِّدَ يَخْتَصُّ بِهَا؛ إِحْقَاقًا لِللَّقَطَةِ بِاللَّقَطَةِ الْقِنْ، وَإِنْ كَانَتْ بَيْنَهُمَا مَهَابَاةٌ، فَيُنْتَبِئُ عَلَى أَنَّ الْأَكْسَابَ النَّادِرَةَ، هَلْ تَدْخُلُ فِي الْمَهَابَاةِ؛ لِأَنَّ اللَّقَطَةَ نَادِرَةٌ؟ وَفِيهِ قَوْلَانِ، وَيُقَالُ: وَجِهَانٌ؛ لِأَنَّ الْقَوْلَيْنِ لَيْسَا بِمَنْصُوصَيْنِ فِي هَذَا الْأَصْلِ عَلَى إِطْلَاقِهِ، وَإِنَّمَا هُمَا فِي اللَّقَطَةِ، ثُمَّ أَلْحَقَ غَيْرَهَا بِهَا وَقَدْ ذَكَرْنَا هُمَا بِتَرْجِيهِمَا فِي زَكَاةِ الْفِطْرِ، وَمِثْلُ الْعِرَاقِيِّينَ وَالصَّيْدَلَانِي فِي ذَلِكَ الْبَابِ إِلَى تَرْجِيحِ عَدَمِ الدُّخُولِ، إِنَّهُم مَعَ سَائِرِ الْأَصْحَابِ كَالْمُتَّفِقِينَ هُنَا عَلَى تَرْجِيحِ الدُّخُولِ، وَهُوَ نَصُّهُ فِي «الْمَخْتَصَرِ»، وَعَلَى هَذَا، فَإِنْ وَقَعَتِ اللَّقَطَةُ فِي نَوْبَةِ السَّيِّدِ، عَرَفَهَا وَتَمَلَّكَهَا، وَإِنْ وَقَعَتْ فِي نَوْبَةِ الْعَبْدِ، فَكَذَلِكَ، وَالاعْتِبَارُ بِيَوْمِ الْأَلْتِقَاطِ لَا بِوَقْتِ الْمَلِكِ.

وَأَشَارَ فِي «النَّهْيَةِ» إِلَى وَجْهِ آخَرَ، وَهُوَ اعْتِبَارُ وَقْتِ التَّمَلُّكِ، وَأَبْدَى تَرُدُّدًا فِيمَا إِذَا وَقَعَ الْأَلْتِقَاطُ فِي نَوْبَةِ أَحَدِهِمَا، وَأَنْقِضَاءِ مُدَّةِ التَّعْرِيفِ فِي نَوْبَةِ الْآخَرَ، وَلَا مَعْنَى لِهَذَا التَّرُدُّدِ، بَلِ الْجَوَابُ يَخْتَلِفُ بِحَسَبِ التَّفْرِيعِ عَلَى الْوَجْهَيْنِ.

وإن قلنا: الكَسْبُ النَّادِرُ لَا يَدْخُلُ فِي الْمَهَابَاةِ، فَالْحُكْمُ كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمَا مَهَابَاةٌ<sup>(١)</sup>.

وَالْمُدَبِّرُ، وَالْمَعْلُقُ عَتَقُهُ بِصَفَةِ، وَأُمُّ الْوَالِدِ كَالْقِنْ فِي الْأَلْتِقَاطِ، لَكِنْ حَيْثُ حَكَمْنَا بِتَعْلُقِ الضَّمَانِ بِرِقْبَةِ الْقِنْ، فَبِئْسَ الْوَالِدُ يَجِبُ عَلَى السَّيِّدِ، عِلْمُ التَّقَاطُهَا أَوْ لَمْ يَعْلَمْ؛ لِأَنَّ جُنَايَةَ أُمِّ الْوَالِدِ عَلَى سَيِّدِهَا، وَفِي «الْأَمِّ» أَنَّهُ إِنْ عِلِمَ سَيِّدُهَا، فَالضَّمَانُ فِي ذِمَّتِهِ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ، فَبِئْسَ ذِمَّتُهَا، وَهَذَا لَمْ يُثْبِتْهُ، وَقَالُوا: إِنَّهُ سَهْوٌ مِنْ كَاتِبٍ، أَوْ غَلَطٌ مِنْ نَاقِلٍ، وَرَبِمَا حَاوَلُوا لَهُ تَأْوِيلًا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَأَمَّا الصَّبِيُّ فَيُنْبَغِي أَنْ يَنْتَزِعَهُ الْوَالِدُ مِنْ يَدِهِ وَيَتَمَلَّكَ لَهُ مُدَّةَ التَّعْرِيفِ، فَإِنْ أَتَلَّفَهُ الصَّبِيُّ ضَمِنَ، وَإِنْ تَلَفَ فِي يَدِهِ فَوَجَّهَانِ، وَوَجْهُ الْإِجَابِ أَنَّهُ لَيْسَ أَهْلًا لِلْأَمَانَةِ

(١) قال النووي: ونقل إمام الحرمين في باب ذكاة الفطر اتفاق العلماء على أن أَرَشَ الجناية لا يدخل في المَهَابَاةِ، لأنه يتعلق بالرقبة وهي مشتركة.

وَلَمْ يَسْلُطْهُ الْمَالِكُ عَلَيْهِ، بِخِلَافِ الْإِيدَاعِ عِنْدَ الصَّبِيِّ، فَإِنْ قَصَرَ الْوَلِيُّ وَلَمْ يَنْزَعْهُ مِنْ يَدِهِ حَتَّى أَتَلَفَهُ الصَّبِيُّ أَوْ تَلَفَ فَقَرَارُ الضَّمَانِ عَلَى الْوَلِيِّ لِأَنَّهُ مُنْتَزِمٌ حِفْظَ الصَّبِيِّ عَنْ مِثْلِهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْمَسْأَلَةُ الرَّابِعَةُ: فِي أَلْتِقَاطِ الصَّبِيِّ طَرِيقَانِ، كَمَا ذَكَرْنَاهُمَا فِي الْفَاسِقِ، الْأَصْحَحُ صِحَّتُهُ كَأَحْتِطَابِهِ وَأَصْطِيادِهِ.

التَّعْرِيفُ: إِنْ قَلْنَا: يَصْحُحُ أَلْتِقَاطُهُ، فَإِنْ لَمْ يَشْعُرْ بِهِ الْوَلِيُّ، وَأَتَلَفَهُ الصَّبِيُّ ضَمِينًا، وَإِنْ تَلَفَ فِي يَدِهِ، فَوْجِهَانِ:

أَصْحُهُمَا: أَنَّهُ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، كَمَا لَوْ أَوْدَعَ مَالًا، فَتَلَفَ عِنْدَهُ.

وَالثَّانِي: يَضْمَنُ، لِأَنَّهُ وَإِنْ جُعِلَ أَهْلًا لِلاَلْتِقَاطِ، فَلَا يُقَرَّرُ الْمَالُ فِي يَدِهِ، وَلَا يُجْعَلُ أَهْلًا لِلْأَمَانَةِ، وَيُخَالِفُ الْوَدِيعَةَ؛ لِأَنَّ الْمُوَدَّعَ سَلَطَهُ عَلَيْهِ.

وَمَنْ قَالَ بِالْأَوَّلِ قَالَ: تَسْلِيطُ الشَّرْعِ يَغْنِي عَنْ تَسْلِيطِ الْمَالِكِ، وَإِنْ شَعَرَ بِهِ الْوَلِيُّ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَنْزَعَهُ مِنْ يَدِهِ، وَيُعَرِّفَهُ مَدَّةَ التَّعْرِيفِ، ثُمَّ إِنْ رَأَى الْمَضْلِحَةَ فِي تَمَلُّكِهِ لِلصَّبِيِّ جَازًا؛ حَيْثُ يُجَوِّزُ الْأَسْتِقْرَاضَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ تَمَلُّكَ اللَّقْطَةِ كَالْأَسْتِقْرَاضِ.

وَقَالَ ابْنُ الصَّبَّاحِ: عِنْدِي بِجَوِّزِ التَّمَلُّكِ لَهُ وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ لَا يَجُوزُ الْأَسْتِقْرَاضُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّا نُلْحِقُهُ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ بِالْأَكْتِسَابِ<sup>(١)</sup>.

وَإِنْ لَمْ نَرِ التَّمَلُّكَ لَهُ، حِفْظَ أَمَانَةٍ، أَوْ سَلَّمَهُ إِلَى الْقَاضِي، وَإِذَا أَحْتَاجَ التَّعْرِيفَ إِلَى مُؤَنَّةٍ، لَمْ يَضْرَفْ مِنْ مَالِ الصَّبِيِّ، بَلْ يُزْعَمُ الْأَمْرُ إِلَى الْحَاكِمِ؛ لِيبَيْعَ جُزْءًا مِنَ اللَّقْطَةِ لِمُؤَنَّةِ التَّعْرِيفِ، وَيَجِيءُ وَجْهٌ مِمَّا سَيَأْتِي فِي أَلْتِقَاطِ الْعَنَمِ وَنَحْوِهَا، لَهُ أَنْ يَبِيعَ بِنَفْسِهِ، وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى إِذْنِ الْحَاكِمِ<sup>(٢)</sup>.

وَلَوْ تَلَفَتْ اللَّقْطَةُ فِي يَدِ الصَّبِيِّ قَبْلَ الْأَنْتِزَاعِ مِنْ غَيْرِ تَقْصِيرٍ، فَلَا ضَمَانَ، وَإِنْ قَصَرَ الْوَلِيُّ بِتَرْكِهَا فِي يَدِهِ حَتَّى تَلَفَتْ، أَوْ أَتَلَفَهَا، فَعَلَيْهِ الضَّمَانُ، وَشَبَّهَهُ بِمَا إِذَا أَحْتَطَبَ الصَّبِيُّ، وَتَرَكَ الْوَلِيُّ فِي يَدِهِ حَتَّى تَلَفَ أَوْ أَتَلَفَهُ، يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَى الْوَلِيِّ؛

(١) قَالَ النَّوَوِيُّ: هَذَا الَّذِي قَالَهُ ابْنُ الصَّبَّاحِ، كَمَا هُوَ شَدُوذٌ عَنِ الْأَصْحَابِ فَهُوَ ضَعِيفٌ دَلِيلًا، فَإِنَّهُ اقْتِرَاضٌ.

(٢) وَقَدْ تَوَزَعُ فِي هَذَا التَّخْرِيجِ لَوْضُوحُ الْفَرْقِ بِأَنَّهُ يَسْلُطُ هُنَاكَ عَلَى الْأَكْلِ فِي الْحَالِ، فَلِذَلِكَ ثَبِتَ لَهُ وِلَايَةُ الْبَيْعِ عَلَى وَجْهِ بَخْلَافِ مَسْأَلَتِنَا، وَسَيَأْتِي عَلَى الْأَثَرِ مَا يَشْهَدُ لَهُ.

وَيُؤَيِّدُهُ أَنَّ الْمَآوِرِدِيَّ قَالَ: إِذَا قَلْنَا لَا يَجُوزُ لَهُ الْأَكْلُ فَعَلِيهِ أَنْ يَأْتِيَ الْحَاكِمَ حَتَّى يَأْذَنَ لَهُ فِي الْبَيْعِ، وَلَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ بِنَفْسِهِ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى اسْتِئْذَانِ الْحَاكِمِ بِخِلَافِ أَخْذِ الشَّاةِ إِذَا أَرَادَ بَيْعَهَا لِأَنَّ يَدَهُ عَلَى الشَّاةِ أَقْوَى لَمَّا اسْتَحَقَّهُ عَاجِلًا مِنْ أَكْلِهَا وَيَدُهُ عَلَى الطَّعَامِ أَعْضَفُ لَمَّا وَجِبَ عَلَيْهِ مِنْ تَعْرِيفِهِ.

لأنَّ عَلَيْهِ جَفَظَ الصَّبِيِّ عَنْ مِثْلِهِ. قَالَ صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ»: ثُمَّ يُعْرَفُ التَّالِفُ، وَبَعْدَ التَّعْرِيفِ يَتَمَلَّكُ الصَّبِيُّ، إِنْ كَانَ النَّظَرُ فِيهِ، وَيُشْبِهُ أَنْ يَكُونَ هَذَا فِيمَا إِذَا فَرَضَهُ قَبْضٌ مِنْ جِهَةِ الْقَاضِي؛ لِيَصِيرَ الْمَقْبُوضُ مِلْكًا لِلْمُلْتَقِطِ، أَوْ إِفْرَازًا مِنْ جِهَةِ الْوَلِيِّ.

إِذَا قُلْنَا: إِنْ مِنْ أَلْتَقَطَ شَاءً، وَأَكَلَهَا يَفْرُزُ بِنَفْسِهِ قِيمَتَهَا مِنْ مَالِهِ، وَسَيَأْتِي ذَلِكَ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. أَمَّا الضَّمَانُ فِي الدِّمَةِ، فَلَا يُمْكِنُ تَمَلُّكُهَا لِلصَّبِيِّ.

وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَصِحُّ اَلْتِقَاطُ الصَّبِيِّ، فَلَوْ اَلْتَقَطَ، وَتَلَفَتِ اللَّقْطَةُ فِي يَدِهِ، أَوْ اَتَلَفَهَا، وَجَبَ الضَّمَانُ فِي مَالِهِ، وَلَيْسَ لِلْوَلِيِّ أَنْ يُقَرِّهَا فِي يَدِهِ، وَلَكِنْ يَسْعَى فِي اَنْتِزَاعِهَا مِنْ يَدِهِ، فَإِنْ أَمْكَنَهُ رَفْعُ الْأَمْرِ إِلَى الْقَاضِي، فَعَلَّ، وَإِذَا اَنْتَزَعَ الْقَاضِي <sup>(١)</sup> الْمَغْضُوبَ مِنَ الْغَاصِبِ، وَأَوْلَى بِحُصُولِ الْبِرَاءَةِ؛ نَظَرًا لِلطِّفْلِ، وَإِنْ لَمْ يُمْكِنَهُ رَفْعُ الْأَمْرِ إِلَى الْقَاضِي، أَخَذَهُ بِنَفْسِهِ، وَتَبَيَّنَتْ بِرَاءَةُ الصَّبِيِّ عَنِ الضَّمَانِ عَلَى الْخِلَافِ فِي بَرَاءَةِ الْغَاصِبِ بِأَخْذِ الْآحَادِ، فَإِنْ لَمْ تَحْضَلِ الْبِرَاءَةُ، فَفَائِدَةُ الْأَخْذِ صَوْنٌ عَيْنِ الْمَالِ عَنِ التَّضْيِيعِ وَالْإِتْلَافِ.

قَالَ فِي «التَّئِمَّةِ»: وَإِذَا أَخَذَهُ الْوَلِيُّ، فَإِنْ أَمْكَنَهُ التَّسْلِيمَ إِلَى الْقَاضِي، فَلَمْ يَفْعَلْ حَتَّى تَلَفَ، فَعَلَيْهِ الضَّمَانُ، وَإِنْ لَمْ يُمْكِنَهُ، فِقَرَارُ الضَّمَانِ عَلَى الصَّبِيِّ، وَفِي كَوْنِهِ الْوَلِيُّ طَرِيقًا وَجِهَانًا، وَهَذَا إِذَا أَخَذَ الْوَلِيُّ لَا عَلَى قَصْدِ اَلْتِقَاطِ، أَمَّا إِذَا قَصَدَ اَبْتِدَاءَ اَلْتِقَاطِ، فَفِيهِ وَجِهَانًا، وَلِيَكُونَ كَالْخِلَافِ فِي الْأَخْذِ مِنَ الْعَبْدِ عَلَى هَذَا الْقَصْدِ، إِذَا لَمْ نُصَحِّحِ اَلْتِقَاطَهُ، وَلَوْ قَصَرَ الْوَلِيُّ، وَتَرَكَ الْمَالَ فِي يَدِهِ، فَفِي «التَّئِمَّةِ» أَنَّهُ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، إِذَا تَلَفَ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَحْضَلْ فِي يَدِهِ، وَلَا حَقٌّ لِلصَّبِيِّ فِيهِ، حَتَّى يَلْزَمَهُ اَلْحِفْظُ لَهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا فَرَعْنَا عَلَى الْقَوْلِ الْأَوَّلِ، وَحَصَّصَ فِي «النِّهَايَةِ» هَذَا الْجَوَابَ بِمَا إِذَا قُلْنَا: إِنْ أَخَذَهُ لَا يُبْرِيءُ الصَّبِيَّ. مَا إِذَا قُلْنَا: إِنَّهُ يُبْرِيءُهُ، فَعَلَيْهِ الضَّمَانُ، لِإِبْقَائِهِ الطِّفْلَ فِي وَرْطَةِ الضَّمَانِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَضْمَنَ. وَإِنْ قُلْنَا: إِنْ أَخَذَهُ لَا يُبْرِيءُ الصَّبِيَّ؛ لِأَنَّ الْمَالَ فِي يَدِ الصَّبِيِّ عُرْضَةٌ الصِّيَاعِ، فَمَنْ حَقَّهُ أَنْ يَصُونَهُ.

وَالْمَجْنُونُ كَالصَّبِيِّ فِي اَلْتِقَاطِ، وَكَذَلِكَ الْمَخْجُورُ عَلَيْهِ بِالسَّفَهِ إِلَّا أَنَّهُ يَصِحُّ تَعْرِيفُهُ، وَلَا يَصِحُّ تَعْرِيفُ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ <sup>(٢)</sup>.

(١) فِي ز: زِيَادَةُ قَوْلِهِ: فِي بَرَاءَةِ الصَّبِيِّ عَنِ الضَّمَانِ عَلَى مَا حَكَاهُ الْإِمَامُ الْخِلَافِ الْمَذْكُورِ فِي اَنْتِزَاعِ الْقَاضِي.

(٢) فِيهِ أَمْرَانُ: أَحَدُهُمَا: مَرَادُهُ بِصِحَّةِ تَعْرِيفِهِ حَيْثُ فُوضَ لَهُ الْوَلِيُّ، وَمَعَ ذَلِكَ فِيهِ وَجِهَانٌ حَكَاهُمَا صَاحِبُ الْحَلِيَّةِ وَأَشَارَ ابْنُ دَاوُدَ وَصَاحِبُ التَّئِمَّةِ إِلَى أَنَّهُمَا مَخْرَجَانِ مِنَ الْقَوْلِينَ فِي الْفَاسِقِ هَلْ يَفْرَدُ بِالتَّعْرِيفِ.

الثَّانِي: أَنَّ السَّفَهِيَّ مُخَالَفُ الصَّبِيِّ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ خَاصَّةً تَابِعَ فِيهِ الْقَاضِي وَالتَّوَلَّى، وَلَيْسَ كَذَلِكَ بَلْ يَتَخَالَفَانِ فِي صُورَةٍ: مِنْهَا فِي اخْتِيَارِ التَّمَلُّكِ، فَإِنَّ لَهُ التَّمَلُّكَ دُونَ الْوَلِيِّ بَعْدَ اجْتِهَادٍ =

قوله في الكتاب: «وتملك له بعد مدة التعريف» مطلقاً، لكنه محمول على ما إذا كان بحيث يجوز الاستقراض له على ما أورده المَعظم.

وقوله: «بخلاف الإبداع» يمكن أن يكون المقصود منه الفرق بين تلف اللقطة في يده، وبين تلف الوديعة فقط، ويمكن صرفه إلى صورتَي التلّف والإتلاف جميعاً، فإنّ الوديعة لو تلفت، لا يضمها قطعاً، ولو أتلفتها، ففيه خلاف على العكس من اللقطة.

وقوله: «فقرار الضمان على الولي يشعر بأن الصبي ضامن أيضاً على المَعهود من لفظ القرار، ولكن المفهوم من كلام الأصحاب تخصيص الضمان في هذه الحالة بالولي، والله أعلم بالصواب.

قال العزالي: أما اللقطة فهو كل مال معرض لضباع كان في عامر الأرض أو عامرها وذلك ظاهر في كل جماد وحيوان صغير، أما الإبل وفي معناه البقر والحمائر إن وجد في صحراء لم يلتقط (ح) لورود الخبر، ولو وجد في عمران فقد قيل: يلتقط لأنه يضيع بامتداد يد الناس إليه، ولو وجد كلباً التقطه وأختص بالانتفاع به بعد مدة التعريف.

قال الرافعي: الركن الثالث: الشيء الملتقط، وهو إما مال أو غيره:

القسم الأول: المال، وهو جماد وحيوان.

الضرب الأول: الحيوان، والكلام في غير الآدمي، ثم في الآدمي أما غير الآدمي، فنوعان:

أحدهما: ما يمتنع من صغار السباع، إما بفضل قوته؛ كالإبل والخيل والبغال والحمير، أو بشدة عذوه؛ كالأرانب والظباء المملوكة، أو لطيرانه؛ كالحمام، فينظر؛ إن وجدت في مفازة، فللحاكم ومنصوبه أخذها للحفظ، وقد روي أن عمر - رضي الله

= الولي في أن أحظ الأمرين هو التملك. وأما الصبي والمجنون فإن الولي هو الذي يملك لهما. قاله الماوردي. قال ابن الرفعة: بل على رأي ابن الصباغ حيث لا يعتبر جواز الإقراض له التملك دون مراجعة الولي إما جزماً كما له أن يحتطب أو على الصحيح كما في قبول الهبة. وإما على اعتبار رأي بعض الأصحاب في اعتبار جواز الإقراض بغير إذن الولي.

ومنها: أنه يجوز للولي التقاطها من يد الصبي على أحد الوجهين كما سبق، ولا يجوز التقاطها من يد السفیه إذا كان أميناً لا يخشى تلف العين في يده. ذكره ابن الرفعة وهل يكون الولي مخاطباً بانتزاعها من يده إذا قلنا: لا يبرأ الصبي بانتزاعه إياها من يد الصبي يظهر: أن لا؛ لأن ذلك لخشية إتلافه وذلك مفقود، ولهذا قال الفوراني: إذا جوزنا التقاطه جوزنا للولي إقرارها في هذه الحالة. أفاده صاحب الخادم.



عنه - كَانَتْ لَهُ حَظِيرَةٌ يَحْفَظُ فِيهَا الضُّوَالَ<sup>(١)</sup>.

وفي آحاد الناس وجهان:

أحدهما: أَنْ لَهْمِ الْأَخْذِ؛ لِلحِفْظِ أَيْضًا؛ كَيْلًا يَأْخُذَهَا خَائِنٌ فَيُضِيعُهَا.

والثاني: المَنْعُ، إذ لا ولاية للأحادي على مال الغير، وهذا أظهر عند صاحب «التهديب»، والأوّل أظهر عند الشيخ أبي حامد، والمتولّي وغيرهما، ويحكى عن رواية الربيع عن النّص، وأما أخذها للتملك، فهو غير جائز؛ خلافاً لأبي حنيفة - رضي الله عنه - لنا قوله ﷺ في ضالة الإبل «ما لك ولها، معها سقاؤها»<sup>(٢)</sup> في الحديث المذكور في أول الباب، والمعنى فيه أن مثل هذا الحيوان مَصُونٌ عَنْ أَكْثَرِ السَّبَاعِ بِامْتِنَاعِهِ، مُسْتَعْنٍ بِالرُّغْيِ بِالنَّظَرِ لِلْمَالِكِ أَلَّا يَتَعَرَّضَ لَهُ حَتَّى يَجِدَهُ، والغالب أن من أضل شيئاً، طلبه حيث ضيعه، فلو أخذها أحد على قصد التملك، ضيعتها، ولم يبرأ عن الضمان بالرد إلى ذلك الموضع.

وعن أبي حنيفة - رضي الله عنه أنه يبرأ بردها إلى موضعها إلا أن يخلصها من نارٍ أو ماءٍ، ثم يردها إليه، ولو ردها إلى الحاكم، برىء على أصح الوجهين.

وإن وجدت في بلدة، أو قرية، أو موضع قريب منها، فوجهان، أو قولان:

أحدهما: لا يجوز التقاطها للتملك، كما لو وجدت في المقارة لإطلاق الحديث.

وأصحهما: وبه قال أبو إسحاق: أنه يجوز؛ لأنها في العمران تضيع بامتداد اليد الخائنة، بخلاف المقارة، فإن طروق الناس بها لا تعم، ولأنها لا تجد ما يكفيها، ولأن البهائم في العمران لا تهمل، وفي الصحراء قد تسرح وتهمل، فيحتمل أن صاحبها لم يضلها.

وحكى القاضي ابن كنج عن رواية القاضي أبي حامد طريقيين آخرين في المسألة:

أحدهما: القطع بالأوّل.

والثاني: القطع بالثاني، فإن منعنا، فالتقاطها على قصد التملك، كما ذكرنا في التقاطها من الصحراء، وإن جوزناه، فعلى ما سنذكره في النوع الثاني، هذا إذا كان الزمان زماناً أمن، فأما في زمان النهب والفساد، فيجوز التقاطها، سواء وجدت في

(١) رواه مالك في الموطأ. حديث عائشة: لا بأس بما دون الدرهم أن يستنفع به وقال الحافظ في التلخيص: لم أجده، قلت: أخرجه ابن أبي شيبة من رواية جاء الجعفي عن الرحمن بن الأسود عن أبيه عن عائشة: أنها أرخصت في اللقطة في درهم.

(٢) تقدم.

الصَّحَارَى، أو فِي العُمَرَانِ، كَمَا سِيَّاتِي فِيمَا لَا يَمْتَنِعُ مِنْ صِغَارِ السَّبَاعِ، ذَكَرَهُ صَاحِبُ «التَّمَةِ» وَعَيَّرَهُ.

**النُّوعُ الثَّانِي:** مَا لَا يَمْتَنِعُ مِنْ صِغَارِ السَّبَاعِ، كَالكَسِيرِ وَالعَنَمِ وَالعَجَاجِيلِ وَالفَضْلَانَ، فَيَجُوزُ أَخْذَهَا لِلتَّمَلُّكِ، سِوَاءِ وَجَدَتْ فِي المَفَازَةِ، أَوِ العُمَرَانِ؛ لِأَنَّهَا لَوْ لَمْ تُؤْخَذْ لَصَاعَتَ بِنْتَاوَشِ السَّبَاعِ أَوْ بِأَحْتِيَالِ بَعْضِ الخَائِنِينَ، كَمَا قَالَ ﷺ: «هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذَّنْبِ»<sup>(١)</sup> وَعَنْ صَاحِبِ «التَّقْرِيبِ» وَجْهٌ: أَنَّ مَا يُوجَدُ مِنْهَا فِي العُمَرَانِ لَا يُؤْخَذُ؛ لِأَنَّ الحَيَوَانَ لَا يَكَادُ يَصْبِغُ، وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ، ثُمَّ إِنْ وَجَدَ شَيْئاً مِنْهَا فِي المَفَازَةِ فَهُوَ بِالخِيَارِ بَيْنَ أَنْ يُمَسِّكَهَا وَيُعَرِّفَهَا وَيَتَمَلَّكَهَا، وَبَيْنَ أَنْ يَبِيعَهَا، وَيَحْفَظَ ثَمَنَهَا، وَيُعَرِّفَهَا، ثُمَّ يَتَمَلَّكُ ثَمَنَهَا، وَبَيْنَ أَنْ يَأْكُلَهَا، إِنْ كَانَتْ مَأْكُولَةً، وَيَعْرَمَ قِيمَتَهَا. وَعَنْ مَالِكٍ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّ لَهُ أَكْلَهَا مَجَاناً. ثُمَّ الحِصَّةُ الْأَوَّلَى أَوْلَى مِنَ الثَّانِيَةِ، وَالثَّانِيَةُ أَوْلَى مِنَ الثَّلَاثَةِ، وَإِنْ وَجَدَهَا فِي العُمَرَانِ، فَلَهُ الإِمْسَاكُ وَالتَّعْرِيفُ وَالتَّمَلُّكُ، وَلَهُ البَيْعُ وَالتَّعْرِيفُ، وَتَمَلُّكُ الثَّمَنِ، وَفِي الأَكْلِ قَوْلَانِ:

أحدهما: الجواز، وبه قال الشيخ أبو حامد، كما في الصخراء.

[وَأَصْحُهُمَا عِنْدَ الأَكْثَرِينَ: المَنْعُ؛ لِأَنَّ البَيْعَ فِي العُمَرَانِ سَهْلٌ وَفِي الصَّخْرَاءِ]<sup>(٢)</sup> قَدْ لَا يَجِدُ مَنْ يَشْتَرِيهَا، وَيَشُقُّ نَقْلَهَا إِلَى العُمَرَانِ، هَذَا إِذَا كَانَتْ مَأْكُولَةً، وَأَمَّا الجَحْشُ، وَصَعَارٌ مَا لَا يُؤْكَلُ فَحُكْمُهَا فِي الإِمْسَاكِ وَالبَيْعِ حُكْمُ المَأْكُولِ، وَهَلْ يَجُوزُ تَمَلُّكُهَا فِي الحَالِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أحدهما: نعم يجوز كما يجوز أكل المأكول، ولو لم يجز ذلك، لأغرض عنها الواجدون ولصاعت.

وَأَصْحُهُمَا: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ تَمَلُّكُهَا حَتَّى تُعَرَّفَ سَنَةً عَلَى مَا هُوَ دَأْبُ اللُّقْطَةِ، وَإِنَّمَا جَازَ أَكْلُ الشَّاةِ؛ لِلحَدِيثِ. ثُمَّ فِي الخِصَالِ الثَّلَاثُ مَسَائِلُ:

إحداها: إِذَا أَمْسَكَهَا وَتَبَرَّعَ بِالإِنْفَاقِ عَلَيْهَا، فَذَلِكَ، وَإِنْ أَرَادَ الرُّجُوعَ، فَلِيَنْفَقَ بِإِذْنِ الحَاكِمِ<sup>(٣)</sup>، فَإِنْ لَمْ يَجِدِ الحَاكِمَ، أَشْهَدَ كَمَا ذَكَرْنَا فِي نَظَائِرِهِ.

(١) تقدم.

(٢) سقط في: ب.

(٣) والإنفاق شرط، وهو أن ينفق عليها قهر ما لا يأتي على الثمن، فإن كان يأتي عليه. قال الشافعي: باعها وعرف الثمن، وفيه وجه اخترناه ليس عليه التعريف كما ليس عليه في الشاة. قال ابن كنج في التجريد، وكذا قال أبو القاسم بن القفال في التقريب. قال الشافعي في كتاب اللقطة الكبير: ولا يكون للسلطان أن يأذن له أن ينفق عليها إلا اليوم واليومين وما أشبه ذلك مما لا يقع من عينها موقعا إذا جاوز ذلك أمره ببيعها.

الثانية: إِذَا أَرَادَ الْبَيْعَ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ حَاكِمًا، أَسْتَقْلَبُ بِهِ، وَإِنْ كَانَ، فَأُظْهِرُ الْوَجْهَيْنِ،  
وبه قال الشيخ أبو حامد، أنه لا بُدَّ من أستذانه.

ووجه الثاني: أَنَّ الْمُلتَقَطَ نَابَ عَنِ المَالِكِ فِي الحِفْظِ، فَكَذَلِكَ فِي البَيْعِ، وَهَلْ  
يجوزُ بَيْعُ جُزْءٍ مِنْهَا لِتَفَقُّهِ البَاقِي؟ قال الإمام: نعم كما تباع جميعها.

وَحَكَى عَنِ شَيْخِهِ أَحْتِمَالاً أَنَّهُ لَا يَجُوزُ، لِأَنَّهُ يُؤَدِّي [إِلَى] أَنْ تَأْكُلَ نَفْسَهَا، وَهَذَا مَا  
أوردَهُ الشَّيْخُ أَبُو الفَرَجِ الزَّازِ. قال: وَلَا يَسْتَقْرِضُ عَلَى المَالِكِ أَيْضاً لِهَذَا المعنى، لِكُنْه  
يُخَالَفُ مَا مَرَّ مِنْ هَرَبِ الجَمَالِ نحوه<sup>(١)</sup>.

وَالثَّلَاثَةُ: إِذَا جَازَ لَهُ الأَكْلُ، فَأَكَلَ، ففِي وَجُوبِ التَّعْرِيفِ بَعْدَهُ وَجِهَانِ، وَكَذَا فِي  
وَجُوبِ إِفْرَازِ القِيَمَةِ مِنْ مَالِهِ بَعْدَ الأَكْلِ خِلَافًا، وَنَذَرَ المَسْأَلَتَيْنِ بِمَا فِيهِمَا فِيمَا إِذَا أَلْتَقَطَ  
طَعَاماً يَتَسَارَعُ إِلَيْهِ الفَسَادُ وَأَكَلَهُ.

## فَرَع:

مَهْمَا حَصَلَتِ الضَّالَّةُ فِي يَدَيِ الحَاكِمِ، فَإِنْ كَانَ هُنَاكَ حَمَى سَرَّحَهَا، فِيهِ،  
ووسَمَهَا بِسِمَةِ الضَّوَالِ، وَبَسْمَ يَتَاجَهَا أَيْضاً، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَالْقَوْلُ فِي بَيْعِ كُلِّهَا أَوْ بَعْضِهَا  
لِلتَّفَقُّهِ عَلَى مَا سَبَقَ، لَكِنْ لَوْ تَوَقَّعَ مَجِيءَ المَالِكِ فِي طَلْبِهَا عَنْ قُرْبٍ بِأَنْ عَرِفَ أَنَّهَا مِنْ  
نَعْمِ بَنِي فُلَانٍ، تَأْتِي أَيَّاماً كَمَا يَرَاهُ، هَذَا فِي غَيْرِ الأَدْمِيِّ.

أَمَّا الأَدْمِيُّ: فَإِذَا وَجِدَ رَقِيقاً، نُظِرَ إِنْ كَانَ مُمَيَّزاً، وَالزَّمَانُ زَمَانٌ أَمِنَ، لَمْ يَأْخُذْهُ؛  
لِأَنَّهُ يَسْتَدِلُّ عَلَى مَالِكِهِ، فَيُصَلِّ إِلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مُمَيَّزٍ، وَالزَّمَانُ زَمَانٌ نَهَبَ، جَازَ  
أَخْذَهُ؛ كَسَائِرِ الأَمْوَالِ، ثُمَّ يَجُوزُ تَمَلُّكُ العَبْدِ وَالأُمَّةِ الَّتِي لَا تَحِلُّ لَهُ كَالْمَجُوسِيَّةِ،  
وَالأُخْتِ مِنَ الرُّضَاعِ.

وَإِنْ كَانَتْ مِمَّنْ تَحِلُّ لَهُ، فَعَلَى قَوْلَيْنِ، كَمَا فِي الأَسْتِقْرَاضِ<sup>(٢)</sup>؛ لِأَنَّ التَّمَلُّكَ  
بِالْأَلْتِقَاطِ اقْتِرَاضٌ، فَإِنْ مَنَعْنَاهُ، لَمْ يَجِبِ التَّعْرِيفُ. كَذَلِكَ ذَكَرَهُ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ، وَيَنْفَقُ

(١) قال النووي: الفرق بينه وبين هرب الجمال ظاهر، فإن هناك لا يمكن البيع لتعلق حق المستأجر.  
وهنا يمكن، فلا يجوز الإضرار بمالكها من غير ضرورة.

(٢) فيه أمران:

أحدهما: قال الجرجاني في المعاينة وصاحب الذخائر وغيره: إن كان ممن لا يحل له وظنها  
جاز التقاطها للحفظ والتملك، وإلا جاز للحفظ فقط، وحكى الشاشي في الحلية جواز التقاطها  
للمتلك وجهين مطلقين. قال في الذخائر: تتحرر فيها ثلاثة أوجه: أحدها: يجوز، والثاني: لا  
يجوز والثالث: يفرق بين أن يكون من لا تحل أو لا.

الثاني: أطلق الكلام في التقاط الأمة والماوردي وغيره وقدره بالصغيرة. قاله في الخادم.

على الرقيق مدة الحفظ من كسبه، وما يبقى من الكسب يُحفظ معه، فإن لم يكن له كسب، فعلى ما سبق في النوع الثاني من غير الآدمي. وإذا بيع، ثم ظهر المالك، وقال: كنت أعتقته: فظاهر القولين: أنه يقبل قوله، ويحكم بفساد البيع.

والثاني: المنع، كما لو باع بنفسه.

الضرب الثاني من المال: الجماد، وينقسم إلى ما لا يبقى، بل يتسارع إلى الفساد، كالمريسة، وإلى ما يبقى بمعالجة؛ كالرطب يجفف، أو بغير معالجة؛ كالذهب والفضة والياب، فهذه ثلاثة أقسام، وهي بأسرها لقطّة مأخوذة متملّكة، لكن فيما لا يبقى أو يبقى بمعالجة مزيد كلام نذكره في الباب الثاني، لأنه أدرج فيه القول في الطعام الذي يفسد.

القسم الثاني: ما ليس بمال، كما إذا وجد كلباً يقتنى، فمئيل الإمام<sup>(١)</sup> والمتلقين منه إلى أنه لا يؤخذ إلا على قصد الحفظ أبداً؛ لأن الاختصاص به بالعوض ممتنع، وبلا عوض يخالف وضع اللقطة.

وقال أكثرهم يعرفه سنة، ثم يختص وينتفع به، فإن ظهر صاحبه بعد ذلك، وقد تلف، لم يضمه، وهل عليه أجره المئيل لمنفعة تلك المدة؟ فيه وجهان بناء على جواز إجارة الكلب، وهذا ما أورده في الكتاب، لكن اللائق بهذا الجواب ألا يأخذ المال في حد اللقطة، وقد أخذته؛ حيث قال: «وهي كل مال معرض للضياع» ولا في حد الالتقاط، وقد أخذته؛ حيث قال<sup>(٢)</sup>: «فهو عبارة عن أخذ مال ضائع».

وقوله: «وذلك ظاهر في كل جماد وحيوان صغير أراد به أن ما ذكرناه في حد اللقطة ظاهر الحضور في الجماد، والحيوان الصغير وجد في الغامر أو الغامر، ويجوز أن تعلم لفظ «الحيوان الصغير» بالواو؛ للوجه المنقول عن صاحب «التقريب» أنه إذا وجد في العمران، لم يلتقط. وقوله: «ليوزود الخبر فيه» المراد منه الخبر الوارد في الإبل، والبقر والحمائر ملحقان به لم يرد فيهما خبر.

(١) ما حكاه عن الإمام فيه إطلاق، فإنه قيد المسألة بما إذا صادفه العمران وقلنا: يجوز التقاط الحيوان فيه. قال ابن الرقعة: وتقييده بذلك يقتضي أن القائل بجواز التقاطه هو من جواز التقاط الحيوان المملوك في البلد وهو أبو إسحاق. وقال في الذخائر: قول الإمام إن الاختصاص به بغير بدل مخالف وضع اللقطة ممنوع إذا قلنا بجواز إجارته غرمه بدل المنافع؛ لأنها المقصود منه، وقد فوتها فكان كفوات العين، وإن قلنا: لا يجوز فلا نسلم أن وضع اللقطة غرم البديل على الإطلاق، بل إنما يكون ذلك فيما لو بدل وما لا بدل فلا، بل مقتضاه رد العين إلى ربها إذا حضر إن كانت باقية.

(٢) سقط في: ب.

وقوله: فَقَدْ قِيلَ: إِنَّهُ يَلْتَقِطُهُ» هو أظهر الوجهين في المسألة، ويجوز إعلامه، فقد قيل بالواو؛ لما سبق من القطع بالجواز في طريقة، وبالمع في أخرى، ثم اعتبرت الأئمة في اللقطة أموراً لم يتعرض لها في الكتاب.

أحدها: أن يكون شيئاً ضاع عن مالكة لسقوط أو غفلة، فأما إذا ألقت الريح ثوباً في حجره، أولقى إليه رجل في هربه كيساً، ولم يعرف من هو، أو مات مورثه عن ودائع، وهو لا يعرف ملائكتها، فهو مال ضائع يُحفظ ولا يتملك.

ولو وجد ذئباً في الأرض، فالقول في أنه ركاز، أو لقطة، كما مر في الزكاة.

والثاني: أن يوجد في موات أو شارع أو مسجد، أما، إذا وجد في أرض مملوكة، قال في التتمة: لا يؤخذ للتملك بعد التعريف، لكنه لصاحب اليد في الأرض، فإن لم يدعه، فلمن كانت في يده قبله، وهكذا إلى أن ينتهي الأمر إلى المخيي، فإن لم يدعه، فحينئذ يكون لقطة.

والثالث: أنه يوجد في دار الإسلام، أو في دار الحزب وفيها مسلمون، أما إذا لم يكن فيها مسلم مما يوجد فيها غنيمة؛ خمستها لأهل الخمس، والباقي للواجد، ذكره صاحب «التهديب» وغيره، وحكم صاحب الكتاب في «السير» بأن اللقطة التي توجد في دار الحزب لإخذها مطلقاً، وسيأتي الشرح عليه إن شاء الله تعالى.

### الباب الثاني في أحكام اللقطة

قال حجة الإسلام قدس الله روحه: وهي أربعة: الأول: حكم الضمان وهو أنه أمانة في يد من قصد أن يحفظها أبداً لِمَالِكِهَا، مضمون مغضوب في يد من أخذها على قصد الاختزال، ومن أخذها ليعرفها سنة ثم يتملكها فهي أمانة في يده في السنة، فإذا مضت وكان عزم التملك مطرداً صار مضموناً وإن لم يجر بعد حقيقة التملك فإنه صار مُمسِكاً لِنَفْسِهِ، ولو أخذ على قصد الأمانة ثم قصد الخيانة ولم يحقق ففي تأثير مجرد القصد في التضمين خلاف (و) كان مجرد قصد المودع في دوام يده لا يؤثر لأنه مسلط من جهة المالك، ثم مهما صار ضامناً فلو عرف سنة لم يتملكه بعدها، وقيل: إنه يتملك لأن التحريم لم يتمكن من عين السبب، وإنما المحرم القصد ولم يتحقق.

قال الرافعي: مقصود الباب بيان أحكام الالتقاط الصحيح، فمنها حكمه فيما يرجع إلى الأمانة والضمان، وعلى هذا ونحوه يحمل قوله في الكتاب الأول حكم الضمان، وإلا، فليس حكم مجرد الالتقاط الضمان، بل هو إلى الأمانة أقرب،

ويختلف حكمه في الأمانة والضمان<sup>(١)</sup> بحسب قصد الآخذ، وله أحوال:

إحداها: أن يأخذها ليحفظها أبداً، فهي أمانة في يده، ولو دفعها إلى الحاكم، لزِمه القَبُولُ؛ بخلاف الوديعه، لا يلزمه القبول على أحد الوجهين<sup>(٢)</sup>؛ لأنه قادر على الرُدِّ إلى المالك، وكذا من أخذ، للتملك، ثم بدأ له، ودفعها إلى الحاكم، يلزمه القَبُولُ، وهل يجب التعريف، إذا قصد الحفظ أبداً؟ فيه وجهان مذكوران من بعد فإن لم يجب، لم يضمن بتركه وإذا بدأ له قصد التملك، عرفها سنة من يومئذ، ولا يُعتد بما عرف من قبل، وإن أوجبناه، فهو ضامن بالترك<sup>(٣)</sup> حتى لو ابتدأ بالتعريف بعد ذلك، فهلك في سنة التعريف، ضمن.

الثانية: أن يأخذ على قصد الخيانة والأختزال، فيكون ضامناً غاصباً، وفي براءته بالدفع إلى الحاكم وجهان، كما في الغاصب فلو عرف بعد ذلك، وأراد التملك، فجواب أكثرهم، وبه قطع الشيخ أبو محمد؛ أنه لا يمكن منه، كما أن الغاصب ليس له التملك، وعن رواية الشيخ أبي علي وجهان: هذا أحدهما.

والثاني: أن له التملك؛ لوجود صورة الالتقاط والتعريف.

الثالثة: أن يأخذها؛ ليعرفها سنة ويتملكها بعد السنة، فهي أمانة في السنة، وأما بعد السنة فقد ذكر صاحب الكتاب أنها تصير مضمونة عليه، إذا كان عزم التملك مطرداً، وإن لم تجر حقيقته؛ لأنه صار ممسكاً لنفسه، فأشبهه المُستام، ولا يخفى أولاً أن هذا مبنّى على أن اللقطة لا تملك بمضي السنة، فإن قلنا: تملك فإن تلفت تلفت منه لا محالة، ثم لم يوافقه الثقله على ذلك، بل صرح، ابن الصباغ وصاحب «التهذيب» بخلافه، وقالوا: إنها أمانة، إذا لم يختار التملك قضداً، أو لفظاً إذا اعتبرنا اللفظ، كما كانت قبل الحول، نعم، إذا اختار، وقلنا: لا بد من التصرف، فحينئذ يكون مضموناً عليه؛ كالقرض، وقد يعتزض على ما ذكره من التوجيه؛ بأن قد تغيّر القصد إلى الحفظ ما لم يتملك، فلا يكون ممسكاً لنفسه، ولو كان قصد التملك يجعله ممسكاً لنفسه، لزم أن يكون الذي لا يقصد بالتعريف إلا تحقيق شرط التملك ممسكاً لنفسه في مدة السنة أيضاً، وإذا أخذ على قصد الأمانة، ثم قصد الخيانة، فأصح الوجهين أنه لا يصير المال

(١) سقط في: ب.

(٢) قال في الخادم: قضيته أنه لا يجب هنا إشهاد ولا إعلام القاضي لكن سبق في الكلام على الإشهاد ما يخالفه، وما أطلقه من الدفع إلى الحاكم محله في الآمين - فإن لم يكن فدفعه إليه كان ضامناً قطع به القفال في الفتاوى، وهو ظاهر، ومقتضى تخصيص الرافعي الدفع إلى الحاكم عدم مجيئه في غيره، وقد حكاه فيما بعد عن ابن كج وبه صرح القفال في فتاويه. انتهى.

(٣) كذا أطلق وهو ظاهر فيما إذا تركه بغير عذر، فإن رأى المصلحة في الترك فلا وجه للتضمن.

مضموناً عليه بمجرد القصد كالمودع. ووجه الثاني: أن سبب أمانته مجرد نيته، وإلا، فأخذ مال الغير بغير رضاه مما يقتضي الضمان؛ بخلاف المودع، فإنه مسلط مؤتمن من جهة المالك، على أن في المودع - أيضاً - وجهاً أنه يضمن بمجرد القصد، وقد ذكره في الكتاب في باب «الوديعة». ويجوز أن يعلم؛ لذلك قوله ههنا: «لا يؤثر» بالواو.

وإذا قلنا بالظاهر، فلو أخذ الوديعة على قصد الخيانة في الابتداء، ففي كونه ضامناً وجهان، ومهما صار الملتقط ضامناً في الدوام، إما بنفس الخيانة، أو بقصدها، ثم أفلح وأراد أن يعرف، ويتملك، فوجهان:

أحدهما: المنع؛ لأنه صار مضموناً عليه بتعديه، والأمانة لا تعود بترك التعدي.

ووجه الثاني: أن التقاطه في الأبتداء وقع مفيداً للتملك، فلا يبطل حكمه بتفريط يطرأ، وهذا أصح عند صاحب «التهديب»، لكن إيراد، الكتاب يشعر بتزجيج الأول، ويؤيده أنهم شبهوا الوجهين في المسألة بالوجهين فيما إذا أنشأ سقراً مباحاً، ثم غير قصده إلى مغيصية، هل يترخص؟ ومثل الأصحاب إلى منع الترخص أشد، وقد حطر فيما ذكره من التشبيه بحثان:

أحدهما: أن الوجهين في أنه، هل يترخص مفروضان فيما إذا كان مقيماً على قصد المغيصية، فأما إذا طرأ قصد المغيصية، ثم تاب، يثبت الترخص، سواء أعتبنا الحال أو ابتداء السقر، والوجهان ههنا فيما إذا ترك الخيانة، وأراد التعريف والتملك، فلا يتضح التشبيه.

الثاني: قضية هذا التشبيه ثبوت الخلاف في عكسه، وهو أن يقصد الخيانة، ثم يتركه، ويريد التملك، كما رواه الشيخ أبو علي؛ تشبيهاً بما إذا أنشأ السقر على قصد المغيصية، ثم تاب، لكن الظاهر ثبوت الرخصة من حيثئذ، وههنا اتفقوا على أن الظاهر أنه لا يملك. وقوله في الكتاب: «لأن الترخيم لم يتمكن من عين السبب، وإنما المحرم القصد، معناه أن سبب التمكن هو الالتقاط، والتعريف غير محرم، وإنما المحرم ما قصده ولم يتصل بقصده تحقيق، وهذا التوجيه مخصوص بما إذا كان الطارئ قصد الخيانة، لا نفس الخيانة، ولصاحب الوجه الأول أن يمنع ذلك، ويقول قصد الخيانة يكسو الإمساك صفة العذوان كما في الابتداء.

الحالة الرابعة: أن يأخذ اللقطة، ولا يقصد خيانة ولا أمانة فلا تكون مضمونة عليه، وله التملك بشرطه.

قال الإمام: وكذا لو احتمر أحدهما، ونسي ما أضمره، [والله عز وجل أعلم].

قال الغزالي: الحكم الثاني: التعريف، وهو واجب سنة عقيب (ح) الالتقاط،

ويعرف كل يوم في الأبتداء، ثم كل أسبوع ثم كل شهر بحيث لا ينسى أنه تكرر لما مضى، ويذكر في التعريف بعض الصفات لا كلها ليحصل به تنبيه المالك، ولا يلزمه مؤنة التعريف إلا إذا قصد (و) التملك فإذا ذاك يكون ساعياً لنفسه في التعريف، فإذا قصد الحفظ أبداً أمانة لمالكه ففي لزوم أصل التعريف خلاف، والأظهر لزومه فإنه كتمان مفوت للحق، وينبغي أن يعرف في موضع الالتقاط إن كان في بلد، ولا يجوز له أن يسافر به فيعرف في موضع آخر، وإن وجد في الصحراء فيعرف في أي بلدة أراد قرب أم بعد، ولا يلزمه أن يغير قصده فيقصد أقرب البلاد.

قال الرافعي: من حق الملتقط أن يعرف ويعرف إما أن يعرف فينبغي أن يعرف من اللقطة عفاصها ووكاءها على ما ورد في الخبر المذكور في أول الكتاب.

والعفاص: الوعاء من جلد وحزقة وغيرهما، وتسمى الجلد التي تلبس رأس القارورة العفاص والوكاء: هو الخيط الذي يشد به، ويعرف أيضاً جنسها؛ أذهب هي أم فضة أم ثياب؟ وصفتها أهروية هي أم مزوية؟ وقدرها بوزن أو عدد وإنما يعرف هذه الأمور؛ لئلا تختلط بماله، ويستدل به على صدق الطالب، إذا جاء، ويستحب تقييدها بالكتابة. وأما أن يعرف، ففيه مسائل:

إحداها: يجب تعريف اللقطة سنة؛ لقوله ﷺ «عرفها سنة».

وليس ذلك بمعنى أستيعاب السنة، بل لا يعرف في الليالي، ولا يستوعب الأيام أيضاً، بل على المعتاد، فيعرف في الابتداء في كل يوم مرتين في طرفي النهار، ثم في كل يوم مرة، ثم في كل أسبوع مرة أو مرتين، ثم في كل شهر، بحيث لا ينسى أنه تكرر لما مضى. وفي وجوب المبادرة إليه وجهان عن رواية الشيخ أبي علي:

أحدهما: يجب؛ لأن العثور على المالك في ابتداء الضلال أقرب.

والثاني: لا يجب، بل المعتبر تعريف سنة مطلقاً، وبه ورد الأمر، وهذا أشبه بما أورده المصنف. وقوله في الكتاب: «عقيب الالتقاط» ظاهره يفهم الجواب بالوجه الأول، ويتقدير أن يكون كذلك، فليكن معلماً بالواو، لكن يشبه أنه ما أراد ذلك؛ لأنه قال في «الوسيط»: وقت التعريف عقيب الالتقاط، إن عزم على التملك بعد سنة، وإن لم يعزم عليه أصلاً، أو عزم بعد سنين فهل يلزمه التعريف في الحال؟ وجهان، وعلى هذا، فالمعنى؛ وهو واجب سنة عقيب الالتقاط، إن عزم على التملك بعد سنة من وقت الالتقاط، وهل يجوز تفريق السنة بأن يعرف شهرين، ويترك شهرين وهكذا؟ فيه وجهان:



أحدهما: وبه أجاب الإمام لا؛ لأنه إذا فَرَّقَ لم تَظْهَرِ فائدة التعريف، فعلى هذا إذا قطع التعريف مُدَّةً، وجب الاستئناف.

والثاني: وهو ما أورده العراقيون، والقاضي الروياني يجوز، كما لو نذر صوم سنة، يجوز التفريق.

الثانية: ليصِفِ الملتقط بعض أوصاف اللقطة، فإنه أفضى إلى الظفر بالمالك، وهو شَرْطٌ أم مستحب؟ فيه وجهان:

أظهرهما: الثاني، وإذا شرطنا، فهل يكفي ذكر الجنس؛ بأن يقول: مَنْ ضاع منه ذراهم؟ قال الإمام: ما عندي أنه يكفي، ولكن يتعرض للعقاص والوكاء، ومكان الالتقاط وتاريخه، ولا يستوعب الصفات، ولا يبالغ فيها؛ كيلا يُغتمدها الكاذب، فإن فعل، ففي صيرورته ضامناً وجهان: وجه المنع: أنه لا يلزمه الدفع إلا بالبيئة.

وجه الصيرورة: أنه قد دفعه إلى مَنْ يلزمه الدفع [لا] إلى الواصف.

الثالثة: إن تبرع الملتقط بالتعريف، أو بذل مؤنته، فذاك، وإلا، فإن أخذها للحفظ أبداً، فإن قلنا: لا يجب التعريف، والحالة هذه، فهو مُتَبَرِّعٌ إن عَرَفَ.

وإن قلنا: يجب، فليس عليه مؤنته، ولكن يرفع الأمر إلى الحاكم؛ ليندُلَ أجرته من بيت المال، أو يستقرض على المالك، أو يأمر الملتقط به ليرجع، كما في هرب الجمال<sup>(١)</sup>، وإن أخذها للتملك، وأتصل الأمر بالتملك، فمؤنة التعريف على الملتقط، وإن ظهر المالك، فهي على الملتقط؛ لفضده التملك، أو على المالك؛ لعود الفائدة إليه؟ فيه وجهان:

أظهرهما: أولهما، وهو ظاهر ما في الكتاب، وإن قصد الأمانة أبداً أولاً، ثم قصد التملك، ففيه الوجهان؛ نظراً إلى منتهى الأمر ومُسْتَقَرَّهُ.

الرابعة: ما ذكرنا من وجوب التعريف فيما إذا قصد التملك، أما إذا قصد الحفظ أبداً، ففي وجوبه وجهان: أظهرهما عند الإمام، وصاحب الكتاب: وجوبه، وإلا، فهو كتمان مفوت للحق على المستحق.

والثاني: وهو الذي أورده الأكثرون: أنه لا يجب، وعللوا بأن التعريف إنما يجب

(١) وقضيته أن ترتيب الحاكم ذلك من بيت المال إنفاق لا إقراض على المالك لكن صرح ابن الرفعة بأنه إقراض حيث قال: فإن رأى أن يقترض أجرة التعريف من بيت المال فيكون ديناً في ذمته أو يبيع جزءاً منها أو يستقرض من الأحاد أو من اللقطة.

لِتَحْقِيقِ شَرْطِ التَّمَلُّكِ<sup>(١)</sup>. الْخَامِسَةُ: لِيَكُنِ التَّعْرِيفُ فِي الْأَسْوَاقِ، وَمَجَامِعِ النَّاسِ، وَأَبْوَابِ الْمَسَاجِدِ عِنْدَ خُرُوجِ النَّاسِ مِنَ الْجَمَاعَاتِ، وَلَا يُعْرَفُ فِي الْمَسَاجِدِ، كَمَا لَا يَطْلُبُ الضَّالَّةُ فِيهَا.

قال الشاشي في «المعتمد»: «إلا أن أصح الوجهين جواز التعريف في المسجد الحرام؛ بخلاف سائر المساجد.

ثم إذا التقط في بلدة أو قرية، فلا بد من التعريف فيها، وليكن أكثر تعريفه في البقعة والمحلة التي وجد فيها، فإن طلب الشيء في موضع إضلاله أكثر، فإن حضره سقر، فوض التعريف إلى غيره، ولا يسافر بها.

وإن التقط في الصحراء، فعن أبي إسحاق - رحمه الله - أنه، إن اجتازت به قافلة، يتبعهم، ويعرف فيهم، وإلا، فلا فائدة في التعريف في المواضع الخالية، ولكن يعرف في البلدة التي يقصدها، إذا انتهى إليها، [فإن بدا له الرجوع، أو قصد بلدة أخرى، فكذا يعرف عند الوصول إليها]، ولا يكلف أن يغير قصده، ويعدل إلى أقرب البلاد إلى ذلك الموضع، أو يرجع إلى حيث أنشأ السفر منه، حكاها الإمام، وتابعه المصنف، ولكن ذكر المتولي وغيره أنه يعدل ويعرف في أقرب البلدان إليه، وهذا إن كان المراد منه الأحب والأولى فذاك، وإلا، حصل وجهان في المسألة<sup>(٢)</sup>.

وقوله في الكتاب: ولا يجوز له أن يسافر به فيعرف في موضع آخر، ففي الجواز لا يفتقر إلى الأمرين، بل يجوز أن يسافر به، وإن لم يتبع التعريف في موضع آخر، كما لا يجوز السفر بالوديعة، ولا يجوز التعريف في موضع آخر، وإن لم يسافر به.

وقوله: «فيعرف في أي بلد أزد قرب أم بعد؟ غير مجرى على ظاهره، بل هو محمول على البلد الذي هو مقصده.

(١) قال النووي: الأول أقوى وهو المختار والله أعلم.

وقال الشيخ البلقيني ما قاله الشيخ أنه الأقوى صححه في شرح مسلم وقال الشيخ جلال الدين وصححه البغوي أيضاً.

قال الزركشي: وظاهر كلام الماوردي الجزم به، قال: وسكتوا هنا عن مؤنة التعريف ونقل الإمام والغزالي أن المؤنة تابعة للوجوب إن أوجبت التعريف على الملتقط، فالمؤنة عليه، وإلا فعلى المالك وهو ضعيف إذ لا فائدة ترجع إلى المعرف، فينبغي على الوجهين لا يلزم الملتقط في ماله. وكلام الماوردي مصرح به.

(٢) قال النووي: الأصح أنه لا يكلف العدول لكن ما قاله المتوالي هو المجزوم به في الحايي وأنه أفتى ابن الصلاح وهو الأقرب إذ السفر بها من قطر إلى قطر استهلاك لها لا سيما مع تباعد الأقطار.

فَرَعٌ:

ليس للمُنْتَقِطِ تَسْلِيمُ الْمَالِ إِلَى غَيْرِهِ؛ لِيُعْرَفَهُ إِلَّا بِإِذْنِ الْحَاكِمِ، فَإِنْ فَعَلَ، ضَمِنَ، قَالَهُ الْقَاضِي ابْنُ كَيْجٍ وَغَيْرُهُ. آخَرُ: لَا بُدَّ، وَأَنْ يَكُونَ الْمُعْرَفُ عَاقِلًا غَيْرَ مَشْهُورٍ بِالْخَلَاةِ وَالْمُجُونِ، وَإِلَّا، فَلَا يَعْتَمَدُ عَلَى قَوْلِهِ، وَلَا تَخْصُلُ فَائِدَةُ التَّعْرِيفِ<sup>(١)</sup> وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: ثُمَّ وَجُوبُ التَّعْرِيفِ سَنَةٌ فِي مَالٍ كَثِيرٍ لَا يَفْسُدُ، أَمَّا الْقَلِيلُ الَّذِي لَا يَتَمَوَّلُ فَلَا يُعْرَفُ أَضْلًا، وَإِنْ كَانَ مُتَمَوَّلًا عُرِفَ مَرَّةً (ح م و) أَوْ مَرَّتَيْنِ عَلَى قَدْرِ الطَّلَبِ فِي مِثْلِهِ، وَحَدُّ الْقَلِيلِ مَا يَفْتَرُ مَالِكُهُ عَنِ طَلَبِهِ عَلَى الْقُرْبِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ يُقَدَّرُ بِنِصَابِ السَّرِقَةِ، وَقِيلَ: الدِّينَارُ فَمَا دُونَهُ قَلِيلٌ إِذْ وَجَدَ عَلَيَّ كَرَمَ اللَّهِ وَجْهَهُ دِينَارًا فَأَمَرَهُ ﷺ بِالْأَسْتِنْفَاقِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: غَرَضُ الْفَضْلِ وَالَّذِي بَعْدَهُ بَيَانُ أَنَّ التَّعْرِيفَ سَنَةٌ لَا يَجِبُ فِي كُلِّ لِقْطَةٍ، وَإِنَّمَا يَجِبُ عِنْدَ اجْتِمَاعِ وَضْفَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَكُونَ الْمُتَلَقَّطُ كَثِيرًا، فَإِنْ كَانَ قَلِيلًا، نَظَرَ؛ إِنْ أَنْتَهتْ قِلَّتُهُ إِلَى حَدِّ يُسْقَطُ تَمَوُّلُهُ؛ كَالْحَبَّةِ مِنَ الْحِنْطَةِ، وَالزُّبَيْبَةِ الْوَاحِدَةِ، فَلَا تَعْرِيفَ [عَلَى وَاحِدَةٍ]، وَلَهُ الْاِسْتِبْدَادُ بِهِ، وَلَكَ أَنْ تَقُولَ: ذَكَرَ خِلَافٍ فِي أَنَّ مَنْ أَتَلَفَ مَالًا يَتَمَوَّلُ، مَا هُوَ مِنْ قَبِيلِ الْمُثَلِّيَّاتِ، هَلْ يَغْرَمُهُ؟ وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يَغْرَمُهُ كَمَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ وَهَبَتُهُ، وَحَيْثُذِ، فليجزيء فيه الوجه المذكور في أن الكلب لا يجوز ألتقاطه للأختصاص؛ لأنه يمتنع الأختصاص به بعوض، وبغير عوض كما تقدم.

وَأَنْ كَانَ مُتَمَوَّلًا مَعَ الْقِلَّةِ، فَيَجِبُ تَعْرِيفُهُ؛ لِأَنَّ فَاقِدَهُ يَطْلُبُهُ، خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ وَمَالِكٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا يُعْرَفُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: سَنَةٌ، لِإِطْلَاقِ الْأَخْبَارِ، وَهَذَا أَظْهَرَ عِنْدَ الْعِرَاقِيِّينَ.

وَالثَّانِي: الْمَنْعُ؛ لِأَنَّ الشَّيْءَ الْحَقِيرَ لَا يَدُومُ فَاقِدُهُ عَلَى طَلَبِهِ سَنَةٌ، بِخِلَافِ

(١) فِيهِ أَمْرَانِ:

أَحَدُهُمَا: صَرَحَ ابْنُ الرَّفْعَةِ بِأَنَّهُ لَا يَشْتَرِطُ فِيهِ الْأَمَانَةَ إِذَا حَصَلَ الْوَثُوقُ بِقَوْلِهِ نَعَمْ صَرَحَ الدَّارِمِيُّ بِاشْتِرَاطِ الْأَمَانَةِ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَعَهُ مَشْرُفٌ.

الثَّانِي: ذَكَرَ أَوَّلُ الْبَابِ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ تَعْرِيفُ الصَّبِيِّ كَالْمَجْنُونِ، وَكَلَامُ الدَّارِمِيِّ يَصْرَحُ بِصِحَّةِ تَعْرِيفِهِمْ إِذَا كَانَ الْوَلِيُّ مَعَهُمْ، فَإِنَّهُ قَالَ إِذَا وَجَدَ صَبِيًّا أَوْ مَجْنُونًا أَوْ سَفِيهًا لِقِطَةً عَرَفَهَا وَلِيَهُمْ وَلَا يَعْتَدُ بِتَعْرِيفِهِمْ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْوَلِيُّ مَعَهُمْ. انْتَهَى. وَهُوَ ظَاهِرٌ بَلْ يَنْبَغِي إِذَا كَانَ الصَّبِيُّ مَرَاهِقًا وَلَمْ يَعْرِفْ بِكَذِبٍ أَنْ يَعْتَدَ مُسْتَقْلًا.

الخطير، وهذا أشبه بأختيار المُعْظَم، وعلى هذا؛ فأوجُه:

أحدها: وَيُنْسَبُ إِلَى الإِضْطِحْرِيِّ، أَنَّهُ يَكْفِي التَّعْرِيفَ مَرَّةً؛ لِأَنَّهُ يَخْرُجُ بِهِ عَنْ حَدِّ الكَاتِمِ، وَلَيْسَ بَعْدَهَا ضَبْطٌ يُعْتَمَدُ.

والثاني: يُعْرَفُ ثَلَاثَةَ أَيَامٍ؛ لِأَنَّهُ رُوِيَ بَعْضُ الأَخْبَارِ: «مَنْ أَلْتَقَطَ لُقْطَةً يَسِيرَةً، فَلْيُعْرِفْهَا ثَلَاثَةَ أَيَامٍ»<sup>(١)</sup>.

والثالث: وهو الأظهر أَنَّهُ يُعْرَفُ مُدَّةً يُظَنُّ فِي مِثْلِهَا طَلَبُ الفَاقِدِ لَهُ، فَإِذَا غَلَبَ عَلَى الظَّنِّ إِغْرَاضُهُ، سَقَطَ عَنْهُ التَّعْرِيفُ، وَيَخْتَلِفُ ذَلِكَ بِأَخْتِلَافِ قَدْرِ المَالِ.

قال القاضي الرُّوْيَانِيُّ: فَذَائِقُ الفِضَّةِ يُعْرَفُ فِي الحَالِ، وَذَائِقُ الذَّهَبِ يُعْرَفُ يَوْمًا أَوْ يَوْمَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةَ أَيَامٍ، وَبِمَ يَفْرُقُ بَيْنَ القَلِيلِ المَتَمَّوْلِ، وَبَيْنَ الكَثِيرِ؟ فِيهِ أَوْجُه:

أحدها: عن الشيخ أبي محمد: أَنَّهُ لَا يُقَدَّرُ مَقْدَارُهُ، وَلَكِنْ مَا يَغْلِبُ عَلَى الظَّنِّ أَنْ فَاقِدَهُ لَا يُكَبِّرُ أَسْفَهُ عَلَيْهِ، وَلَا يَطُولُ طَلَبُهُ لَهُ فِي الغَالِبِ، فَهُوَ قَلِيلٌ، وَهَذَا أَصَحُّ عِنْدَ المُصَنِّفِ، وَصاحبِ «التتمة».

والثاني: أَنَّ القَلِيلَ مَا دُونَ نِصَابِ السَّرْقَةِ، فَإِنَّهُ تَافَهُ فِي الشَّرْعِ، وَقَدْ قَالَتْ عَائِشَةُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا -: «مَا كَانَتْ الأَيْدِي تَقْطَعُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي الشَّيْءِ التَّافِهِ»<sup>(٢)</sup> وَبِهَذَا قَالَ مالِكٌ وَأَبُو حَنِيفَةَ [رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا].

والثالث: عن رواية الماسرجسي وغيره: أَنَّ الدُّبْنَارَ فَمَا دُونَهُ قَلِيلٌ؛ لِمَا رُوِيَ أَنَّ

(١) رواه أحمد والطبراني والبيهقي واللفظ لأحمد، من حديث عمر بن عبد الله بن يعلى عن جدته حليلة عن يعلى بن مرة مرفوعاً: من التقت لقطعة يسيرة حبلاً أو درهماً أو شبه ذلك، فليعرفها ثلاثة، فإن كان فوق ذلك فليعرفه ستة أيام، زاد الطبراني: فإن جاء صاحبها وإلا فليصدق بها، فإن جاء صاحبها فليخبره، وعمر مضعف قد صرح جماعة بضعفه، نعم. أخرج له ابن خزيمة متابع، وروى عنه جماعة، وزعم ابن حزم أنه مجهول، وزعم هو وابن القطان أن حكيمة ويعلى مجهولان، وهو عجب منهما، لأن يعلى صحابي معروف الصحبة.

إنما قال الراعي: روى في بعض الأخبار، لأن إمام الحرمين قال في النهاية: ذكر بعض المصنفين هذا الحديث، وعنى بذلك الفوراني، فإنه قال: فإن صح فهو معتمد ظاهر، قلت: لم يصح لضعف عمر.

(٢) رواه ابن أبي شيبة في مسنده بلفظ: إن يد السارق لم تكن تقطع، فذكره في حديث أوله: لم تكن تقطع يد السارق على عهد رسول الله ﷺ في أدنى من ثمن المعجن ترس أو جحفة، وكل واحد منهما ذو ثمن، وهو في الصحيحين إلى قوله: ذو ثمن، والباقي بين البيهقي أنه مدرج من كلام عروة. عزا ابن معن حديث عائشة هذا إلى مسلم، وليس هو فيه، إنما فيه أصله وعزاه القرطبي شارح مسلم إلى البخاري، وليس هو فيه أيضاً.

عَلِيًّا - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَجَدَ دِينَارًا، فَسَأَلَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: «هَذَا رِزْقُ وَاللَّهِ، فَاشْتَرِ بِهِ دَقِيقًا وَلَحْمًا» فَأَكَلَ مِنْهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَعَلِيٌّ وَقَاطِمَةُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - ثُمَّ جَاءَ صَاحِبُ الدِّينَارِ يَنْشُدُ الدِّينَارَ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «يَا عَلِيُّ، أَدَّ الدِّينَارَ»<sup>(١)</sup>.

والرابع: أن ما دون الدرهم قليل، والدرهم فما فوقه كثير، لما روي عن عائشة - رضي الله عنها - أنه لا بأس بما دون الدرهم أن يستنفع به<sup>(٢)</sup> وأعلم أن ما ذكرناه من تقسيم القليل إلى متمول، وغير متمول قد حكاها الإمام وصاحب الكتاب، وفي كلام الشيخ أبي حامد ما يدل عليه، والأكثرون لم يتعرضوا له، ولكن قسموا القليل إلى ما لا يطلب، ولا تتبعه الهمة، وإلى ما يطلب، ويشبهه أن يكون الاختلاف في مجرد العبارة والله أعلم. وقوله في الكتاب: «وإن كان متمولاً عرف مرة أو مرتين» يجوز أن يعلم [بالواو والحاء والميم؛ لما تقدم.

وقوله: «إنه يتقدر بنصاب السرقة» من الألفاظ التي أخذت عن المصنف<sup>(٣)</sup> وقيل: الصواب أن يقال: بما دون نصاب السرقة؛ [لأن نصاب السرقة] من حد الكثير، لكن يجوز أن يقال: إنه لم يفسر القليل به، لكن قال: يتقدر به، أي: هو الحد الفاصل فما يقع دونه، فهو قليل، والحد قد لا يدخل في المحدود.

فرع:

عن «التمة»: يحل ألتقاط السَّنَابِلِ وَقَتِ الحَصَادِ، إن أَدِنَ فِيهِ المَالِكُ، أو كَانَ قَدْرُ مَا لَا يَشُقُّ عَلَيْهِ التَّقَاطُ، وإن كَانَ يُلْتَقَطُ بِنَفْسِهِ لَوْ أَطْلَعَ عَلَيْهِ، وإلَّا، لَمْ يَحِلَّ وَاللَّهِ أَعْلَمُ<sup>(٤)</sup>.

(١) رواه أبو داود من حديث عبيد الله بن مقسم عن رجل عن أبي سعيد نحوه، ورواه الشافعي عن الدراوردي عن شريك بن أبي نمر عن عطاء بن يسار عنه، وزاد: أنه أمره أن يعرفه فلم يعرف، ورواه عبد الرزاق من هذا الوجه، وزاد: فجعل أجل الدينار وشبهه ثلاثة أيام، وهذه الزيادة لا تصح، لأنها من طريق أبي بكر بن أبي سبرة وهو ضعيف جداً ورواه أبو داود أيضاً من طريق بلال بن يحيى العبسي عن علي بمعناه، وإسناده حسن، وقال المنذري: في سماعه من علي نظر، قلت: قد روي عن حذيفة ومات قبل علي، ورواه أبو داود أيضاً من حديث سهل بن سعد مطولاً، وفيه موسى بن يعقوب الزمعي مختلف فيه، وأعل البيهقي هذه الروايات لاضطرابها ولمعارضتها لأحاديث اشتراط السنة في التعريف؛ لأنها أصح، قال: ويحتمل أن يكون إنما أباح له الأكل قبل التعريف للاضطراب. قاله في التلخيص.

(٢) قال الحافظ في «التلخيص (٣/٧٧): لم أجده.

(٣) سقط في: ب.

(٤) ما أطلقه من حل الالتقاط مشكل وينبغي تخصيصه بالفقير وأهل الزكاة، وفي جوازه للأغنياء نظر، =

قَالَ الْغَزَالِيُّ: «أَمَا مَا يَفْسُدُ كَالطَّعَامِ فَقَدْ قَالَ ﷺ: «مَنْ أَلْتَقَطَ طَعَامًا فَلْيَأْكُلْهُ»، وَفِي مَغْنَاهُ الشَّاةُ فَإِنَّهُ طَعَامٌ يَخْتِاجُ إِلَى الْعَلْفِ، وَفِي الْجَحْشِ وَصِغَارِ الْحَيَوَانَاتِ الَّتِي لَا تُؤْكَلُ خِلَافًا، فَقِيلَ: لَا يَلْتَحِقُ بِالشَّاةِ لِأَنَّ التَّسَاهُلَ فِي الطَّعَامِ أَكْثَرُ، ثُمَّ فِي وَجُوبِ التَّعْرِيفِ بَعْدَ أَكْلِ الطَّعَامِ خِلَافًا (و)، وَإِنْ وَجَدَ طَعَامًا فِي بَلَدٍ فَقَدْ قِيلَ: يَبِيعُهُ وَيَعْرِفُ ثَمَنَهُ لِأَنَّ ذَلِكَ فِي الصَّخْرَاءِ غَيْرُ مُمَكِّنٍ، وَقِيلَ بِخِلَافِهِ لِعُمُومِ الْحَبْرِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْوَضْفُ الثَّانِي: أَنْ يَكُونَ شَيْئًا لَا يَفْسُدُ، أَمَا مَا يَفْسُدُ، فَضَرْبَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ لَا [يَمَكِّنُ] إِبْقَاؤُهُ كَالهَرِيَسَةِ وَالرُّطْبِ الَّذِي لَا يَتَتَمَّرُ وَالْبُقُولِ، فَإِنْ وَجَدَهُ فِي بَرِّيَّةٍ، فَهُوَ بِالْخِيَارِ بَيْنَ أَنْ يَبِيعَهُ، وَيَأْخُذَ ثَمَنَهُ، وَبَيْنَ أَنْ يَتَمَلَّكَهُ فِي الْحَالِ، فَيَأْكُلَهُ، وَيَغْرَمَ قِيمَتَهُ، كَمَا ذَكَرْنَا فِي الشَّاةِ، وَحَيْثُ يَجِدُهَا إِلَّا أَنْ فِي الشَّاةِ خَصْلَةٌ أُخْرَى، وَهِيَ إِنْسَاكُهَا، وَهُوَ مُتَعَدِّرٌ ههنا وَقَدْ رُوِيَ أَنَّهُ ﷺ قَالَ: «مَنْ وَجَدَ طَعَامًا، فَلْيَأْكُلْهُ، وَلَا يَعْرِفْهُ»<sup>(١)</sup>.

وَإِنْ وَجَدَهُ فِي بَلَدَةٍ أَوْ قَرْيَةٍ؟ ذَهَبَ الْمُزْنِيُّ إِلَى أَنَّ الْمَسْأَلَةَ عَلَى قَوْلَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: وَهُوَ اخْتِيَارُ الْمُزْنِيِّ: أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ الْأَكْلُ؛ بَلْ يَبِيعُهُ، وَيَأْخُذُ ثَمَنَهُ لِمَالِكِهِ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ مُتَيَسِّرٌ فِي الْعُمَرَانِ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ كَمَا لَوْ وَجَدَ فِي الصَّخْرَاءِ؛ لِإِطْلَاقِ الْخَبْرِ، وَهَذَا أَرْجَحُ عِنْدَ عَامَّةِ الْأَصْحَابِ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَطَعَ بِهِ، وَقَضِيَّتُهُ تَرْجِيحُ الْقَوْلِ بِجَوَازِ أَكْلِ الشَّاةِ، إِذَا وَجِدَتْ فِي الصَّخْرَاءِ، كَمَا ذَكَرَهُ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ، وَيُمْكِنُ أَنْ يُفَرَّقَ بَيْنَهُمَا بِأَنَّ الطَّعَامَ قَدْ يَفْسُدُ إِلَى أَنْ يَظْفَرَ بِالْمُشْتَرِي، فَتَمَسَّ الْحَاجَةَ إِلَى أَكْلِهِ، وَالشَّاةُ بِخِلَافِهِ.

إِذَا قُلْنَا: لَا يَجُوزُ الْأَكْلُ، فَلَوْ أَخَذَهُ لِلْأَكْلِ، كَانَ غَاصِبًا، وَحَيْثُ جَوَّزْنَا الْأَكْلَ،

= فَإِنَّ الزَّكَاةَ تَعَلَّقَتْ بِجَمِيعِ السَّنَابِلِ وَالْمَالِكِ مَأْمُورٌ بِجَمْعِهَا، وَإِخْرَاجُ نَصِيبِ الْفُقَرَاءِ وَهُوَ لَوْ أَرَادَ التَّنَصُّفَ فِيهَا قَبْلَ التَّنَصُّفِ، وَإِخْرَاجُ الزَّكَاةِ لَمْ يَجْزِ كَمَا لَا يَجُوزُ لِأَحَدِ الشَّرِيكِينَ التَّنَصُّفَ فِي الْمَشْتَرَكِ بِغَيْرِ إِذْنِ الشَّرِيكِ. وَلَا شَكَّ أَنَّ الْفُقَرَاءَ شُرَكَاءَ لِرَبِّ الْمَالِ، وَحِينَئِذٍ فَكَيْفَ يَصِحُّ إِعْرَاضُ الْمَالِكِ عَنِ السَّنَابِلِ، وَلَعَلَّ مَا ذَكَرَهُ مَحْمُولٌ عَلَى مَقْدَارٍ لَا يَجِبُ فِيهِ الزَّكَاةُ أَوْ عَلَى مَا إِذَا كَانَتْ أَجْرَةٌ جَمْعُهَا تَزِيدُ عَلَى مَا يَحْصُلُ مِنْهَا.

(١) قَالَ الْحَافِظُ فِي التَّلْخِيسِ: هَذَا حَدِيثٌ لَا أَصْلَ لَهُ، قَالَ الْمَصْنِفُ فِي التَّنْذِيبِ: هَذَا اللَّفْظُ لَا ذَكَرَ لَهُ فِي الْكُتُبِ، نَعَمْ قَدْ يَوْجَدُ فِي كُتُبِ الْفُقَهَاءِ، بَلْفِظِ أَنَّهُ قَالَ: مَنْ وَجَدَ طَعَامًا أَكَلَهُ وَلَمْ يَعْرِفْهُ، قَالَ: وَالْأَكْثَرُونَ لَمْ يَقُولُوا فِي الطَّعَامِ حَدِيثًا بَلْ أَخَذُوا حُكْمَ مَا يَفْسُدُ مِنَ الطَّعَامِ مِنْ قَوْلِهِ: إِنَّمَا هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذَّنْبِ، وَعَكْسَ الْغَزَالِيِّ الْقَضِيَّةَ فَجَعَلَ الْحَدِيثَ فِي الطَّعَامِ، ثُمَّ قَالَ: وَفِي مَعْنَاهُ الشَّاةُ، وَقَالَ ابْنُ الرَّفْعَةِ لَمْ أَرَهُ فِيمَا وَقَفْتُ عَلَيْهِ مِنْ كُتُبِ أَصْحَابِنَا.

فَأَكَلَ، ففي وجوبِ التَّعْرِيفِ بَعْدَهُ وَجِهَانِ:

أَصْحُهُمَا: الْوَجُوبُ، إِذَا كَانَ فِي الْبَلَدِ، كَمَا أَنَّهُ، لَوْ بَاعَ، يُعْرَفُ، وَإِذَا كَانَ فِي الصَّخْرَاءِ قَالَ الْإِمَامُ: الظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يَجِبُ؛ لِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِيهِ فِي الصَّخْرَاءِ، وَإِذَا تَأَخَّرَ بَعْدَ الْعُثُورِ عَلَى الْمُسْتَحَقِّ، وَهَلْ يَجِبُ إِفْرَازُ الْقِيَمَةِ الْمَغْرُومَةِ مِنْ مَالِهِ فِيهِ وَجِهَانٌ - وَيُقَالُ: قَوْلَانِ:

أَظْهَرُهُمَا: لَا؛ لِأَنَّ مَا فِي الذِّمَّةِ لَا يُخْشَى هَلَاكُهُ، وَإِذَا أَفْرَزَ، كَانَ الْمُفْرَزُ أَمَانَةً فِي يَدِهِ، وَرَبِّمَا أَحْتَجُّ لَه بِالْقِيَاسِ عَلَى مَا إِذَا أَكَلَ الشَّاةُ؛ حَيْثُ لَا يَجِبُ إِفْرَازُ الْقِيَمَةِ؛ لِأَنَّ هُنَاكَ طَرِيقَةً قَاطِعَةً بِالْمَنْعِ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ يَجِبُ أَحْتِيَاظًا لِصَاحِبِ الْمَالِ؛ لِتَقَدُّمِ صَاحِبِ الْمَالِ بِتِلْكَ الْقِيَمَةِ، لَوْ أَفْلَسَ الْمُتَلَقِّطُ، وَعَلَى هَذَا، فَالطَّرِيقُ أَنْ يَرْفَعَ الْأَمْرَ إِلَى الْحَاكِمِ؛ لِيَقْبِضَ عَنْ صَاحِبِ الْمَالِ بِالْقِيَمَةِ؛ فَإِنَّ لَمْ يَجِدْ حَاكِمًا، فَهَلْ لِلْمُتَلَقِّطِ بِسُلْطَانِ الْأَلْتِقَاطِ أَنْ يُبَيِّبَ عَنْهُ؟ فِيهِ أَحْتِمَالٌ عِنْدَ الْإِمَامِ، وَذَكَرَ أَنَّهُ، إِذَا أَفْرَزَهَا، لَمْ تَصِرْ مِلْكًا لِصَاحِبِ الْمَالِ، لَكِنَّهُ أَوْلَى بِتَمْلُكِهَا، وَبِمِثْلِهِ أَجَابَ الْمُصَنِّفُ فِي «الْوَسِيطِ»، لَكِنَّهُ، لَوْ كَانَ كَذَلِكَ، لَمَا سَقَطَ حَقُّهُ بِهَلَاكِ الْقِيَمَةِ الْمَفْرُوزَةِ، وَقَدْ نَصُّوا عَلَى السُّقُوطِ، وَأَيْضًا نَصُّوا عَلَى أَنَّهُ إِذَا مَضَتْ مُدَّةُ التَّعْرِيفِ، فَهَلْ أَنْ يَتَمَلَّكَ تِلْكَ الْقِيَمَةَ، كَمَا يَتَمَلَّكَ نَفْسَ اللَّقْطَةِ، وَكَمَا يَتَمَلَّكَ الثَّمَنَ، إِذَا بَاعَ الطَّعَامَ، وَهَذَا يَقْتَضِي صَيْرُورَتَهَا مِلْكًا لِصَاحِبِ اللَّقْطَةِ.

وَإِذَا اخْتَلَفَتِ الْقِيَمَةُ يَوْمَ الْأَخْذِ، وَيَوْمَ الْأَكْلِ، فِيهِ بَعْضُ الشُّرُوحِ أَنَّهُ، إِنْ أَخَذَ لِلأَكْلِ اعْتَبَرَتْ قِيَمَتُهُ يَوْمَ الْأَخْذِ، وَإِنْ أَخَذَ لِلتَّعْرِيفِ اعْتَبَرَتْ قِيَمَتُهُ يَوْمَ الْأَكْلِ، وَإِذَا اخْتَارَ الْبَيْعَ فِيهِ الْحَاجَّةُ إِلَى مُرَاجَعَةِ الْحَاكِمِ مَا مَرَّ فِي بَيْعِ الشَّاةِ.

الصَّرْبُ الثَّانِي: مَا يُمَكِّنُ إِبْقَاؤَهُ بِالْمَعَالِجَةِ وَالتَّجْفِيفِ، فَإِنْ كَانَ الْحِظُّ لِصَاحِبِهِ فِي بَيْعِهِ رُطْبًا، يَبِيعُ، إِلَّا، فَإِنَّ تَبَرُّعَ الْوَاجِدُ بِالتَّجْفِيفِ، فَذَلِكَ، وَإِلَّا يَبِيعُ بَعْضُهُ، وَاتَّفَقَ عَلَى تَجْفِيفِ الْبَاقِي.

وَيَخَالِفُ الْحَيَوَانَ حَيْثُ يُبَاعُ جَمِيعُهُ؛ لِأَنَّ الثَّفَقَةَ تَكَرَّرُ، فَيُؤَدِّي إِلَى أَنْ يَأْكَلَ نَفْسَهُ، وَهَذَا الصَّرْبُ الثَّانِي لَمْ يورَدْهُ صَاحِبُ الْكِتَابِ.

وَقَوْلُهُ: «مَنْ أَلْتَقَطَ طَعَامًا، فَلْيَأْكُلْهُ»<sup>(١)</sup>... الْحَدِيثُ بِهَذِهِ اللَّقْطَةِ لَا ذِكْرَ لَهُ فِي الْكُتُبِ، وَإِنَّمَا الَّذِي يُزَوَّى مَا قَدَّمَاهُ. وَالْأَكْثَرُونَ لَمْ يَزُورُوا فِي الطَّعَامِ حَدِيثًا، وَإِنَّمَا أَقْتَبَسُوا حِكْمَهُ مِنَ الْأَحَادِيثِ الْمُنْقُولَةِ فِي ضَالَّةِ الْغَنَمِ، وَصَاحِبُ الْكِتَابِ عَكَسَ الْقَضِيَّةَ،

فَجَعَلَ الْحَدِيثَ فِي الطَّعَامِ أَضْلًا، ثم قال: وفي مَعْنَاهُ الشَّاةُ.

وقوله: «فإنها طعام» - أي: هي في حُكْمِهِ، وقريبةٌ منه، ولذلك جاز التَّبَسُّطُ فيها في دَارِ الْكُفْرِ جَوَازُهُ فِي الْأَطْعَمَةِ. وقوله: «في الْجَحْشِ وَصِعَارِ الْحَيَوَانَاتِ الَّتِي لَا تُؤْكَلُ قَبِيلٌ: لَا يَلْتَحِقُ بِالشَّاةِ» أي: في جواز التملك قبل التعريف، فإنَّ الشَّاةَ تَتَمَلَّكُ وَتُؤْكَلُ.

وقوله: «فقد قيل يبيعه». أي: يتدرج إلى بَيْعِهِ عَلَى مَا يَقْتَضِيهِ الْحَالُ مِنَ الظَّفَرِ بِالْحَاكِمِ وَعَدَمِهِ. وقوله: «وَيُعْرَفُ ثَمَنُهُ» هكذا هو في لَفْظِ الْكِتَابِ، لَكِنَّ الْمَعْرُوفَ بِاتِّفَافِ الْأَصْحَابِ هُوَ الْمَبِيعُ دُونَ الثَّمَنِ، كما أنه إذا أكل، يُعْرَفُ الْمَأْكُولُ دُونَ الْقِيَمَةِ، أفرزها - أو لم يُفْرِزْهَا -.

ولذلك جَعَلَ بَعْضُهُمْ، وَيُعْرَفُهُ لثَمَنِهِ؛ لِيَتَمَلَّكَ الثَّمَنَ بَعْدَ التَّعْرِيفِ:

وقوله: «وقيل بخلافه» يعني أي: لا يتعيَّنُ الْبَيْعُ، ويجوزُ الْأَكْلُ كما لو وُجِدَ فِي الصَّخْرَاءِ.

وَأَعْلَمَ أَنَّ قَوْلَهُ فِي أَوَّلِ الْفَصْلِ السَّابِقِ: «ثم وجوب التعريف سنة في مال كثير لا يفسد» يجوز أن يراد به اعتبارُ ثَلَاثَةِ أُمُورٍ فِي التَّعْرِيفِ سَنَةٌ؛ وهي كونهُ مَالًا، وكثيراً، وَغَيْرَ فَاسِدٍ، لكنَّهُ لَمْ يَفْصَلْ<sup>(١)</sup> ذَلِكَ، وَإِنَّمَا قَصَدَ اعْتِبَارَ أَمْرَيْنِ: الْكَثْرَةَ، وَعَدَمَ الْفَسَادِ، عَلَى مَا شَرَحْنَاهُ. ولو أنه قَصَدَ الْأَوَّلَ لَقَالَ: أَمَّا الَّذِي لَا يَتَمَلَّكُ، فَلَا يُعْرَفُ، وَأَمَّا الْقَلِيلُ مِمَّا يَتَمَلَّكُ، فَيُعْرَفُ مَرَّةً أَوْ مَرَّتَيْنِ، هَذَا، وَخَطُ الْحَقِيقَةِ لَا يَخْتَلِفُ، [والله أعلم].

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّلَاثُ: التَّمَلُّكُ وَهُوَ جَائِزٌ بَعْدَ مَضِيِّ الْمُدَّةِ، وَقَدْ قِيلَ: إِنَّهُ يَخْضَلُ بِمَجْرَدِ مَضِيِّ السَّنَةِ إِذَا تَقَدَّمَ الْقَضْدُ، وَقِيلَ: لَا بُدَّ مِنْ تَجْدِيدِ الْقَضْدِ، وَقِيلَ: لَا بُدَّ مِنْ لَفْظٍ أَيْضًا، وَقِيلَ: لَا بُدَّ مِنْ تَصَرُّفٍ أَيْضًا مُزِيلٍ لِلْمِلْكِ كَمَا فِي الْقَرْضِ، أَمَّا لَفْظَةُ مَكَّةَ فَلَا يَتَمَلَّكُهَا (ح م) لِقَوْلِهِ ﷺ: لَا يَحِلُّ لِقَطْنِهَا إِلَّا لِمُنْتَبِدٍ، مَعْنَاهُ عَلَى الدَّوَامِ وَإِلَّا لَمْ تَنْظَهَرْ فَائِدَةُ التَّخْصِيصِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ يُمَلِّكُ كَسَائِرِ الْبِلَادِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مِنْ أَحْكَامِ اللَّقْطَةِ جَوَازُ التَّمَلُّكِ بَعْدَ التَّعْرِيفِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْمَلْتَقِطُ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا.

وعند أبي حنيفة - رضي الله عنه - من لا تحلُّ له الصدقة لا يجوز له التملك والارتفاق باللقطة، ولكنَّهُ، إِنْ شَاءَ، حَفِظَهَا لِلْمَالِكِ، وَإِنْ شَاءَ، تَصَدَّقَ بِهَا. وَمَنْ يَحِلُّ لَهُ الصَّدَقَةُ، إِنْ شَاءَ، تَمَلَّكَهَا، وَارْتَفَقَ بِهَا وَيَكُونُ مُتَصَدِّقًا عَلَى نَفْسِهِ،

(١) في ذ: يقصد.



وإن شاء، تصدق بها على غيره، وإن شاء، حفظها للمالك، ومهما تصدق بها، ثم جاء المالك، فهو بالخيار بين أن يجيز صدقته وبين أن يغرمه، ويكون ثواب الصدقة للملتقط. وعن مالك - رضي الله عنه - : أنه يجوز للعيني تملك اللقطة، ولا يجوز للفقير. لنا: قوله ﷺ في حديث زيد بن خالد: «فإن جاء صاحبها، وإلا، فشانك بها»<sup>(١)</sup>. ولم يفرق بين الغني والفقير.

وروي أن أبي بن كعب - رضي الله عنه - وجد صرة فيها دنانير، فأتى النبي ﷺ - فأخبره - فقال: «عرفها حولاً، فإن جاء صاحبها، فعرف عددها، ووكأها، فأذفعا إليه، وإلا، فاستمغ بها»<sup>(٢)</sup>. وكان أبي - رضي الله عنه - عنده من المياسير.

وفي الفضل مسألتان:

إحدهما: من ألتقط للملك، وعرف، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يملك بمجرد مضي السنة؛ لما روي أن رجلاً قال: يا رسول الله، ما نجد في السبل العامر من اللقطة؟ قال: «عرفها حولاً، فإن جاء صاحبها، وإلا، فهي لك»<sup>(٣)</sup>. وأصحهما: أنه لا يملك ما لم يختر التملك؛ لقوله ﷺ: «فشانك بها»<sup>(٤)</sup> فوض الأمر إلى خيرته. وعلى هذا، فثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يكفيه تجديد قصد التملك، ولا حاجة إلى اللفظ لأن لفظ التملك، إنما يُعتبر حيث يكون هناك إيجاب. وأصحهما: أنه لا بد من قوله: تملكك، وما أشبه؛ لأنه تملك مال يبدل، فأفتقر إلى اللفظ؛ كالتملك بالشراء.

(١) تقدم.

(٢) قال الحافظ في التلخيص: متفق على المتن من حديث أبي، والسياق لمسلم وفيه: تعيين الدنانير أنها مائة، وفيه أنه أمره أن يعرفها حولاً ثم أتاه فأمره أن يعرفها حولاً ثلاثاً وفي رواية لمسلم: عامين أو ثلاثاً وفي رواية لهما قال شعبة: سمعت سلمة بن كهيل يقول بعد ذلك عرفها عاماً واحداً، وفي رواية: عامين أو ثلاثاً، قال البيهقي: كان سلمة يشك فيه ثم ثبت على واحد، وهو أوفق للأحاديث الصحيحة.

قوله عقب هذا الحديث: وكان أبي من المياسير، هذا حكاه الترمذي عقب حديث أبي عن الشافعي قال: وقال الشافعي: كان أبي كثير المال من مياسير الصحابة، انتهى. وتعقب بحديث أبي طلحة الذي في الصحيحين حيث استشار النبي ﷺ في صدقته فقال: اجعلها في فقراء أهلك، فجعلها أبو طلحة في أبي بن كعب وحسان وغيرهما، ويجمع بأن ذلك كان في أول الحال، وقول الشافعي بعد ذلك حين فتحت الفتوح.

(٣) رواه أحمد وأبو داود والنسائي، من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

(٤) تقدم.

وئالؤها: أنه لا يُحَكِّمُ لَهُ بِالْمَلِكِ مَا لَمْ يَتَصَرَّفْ فِيهِ تَخْرِيْجاً مِنَ الْقَرْضِ، فَإِنَّ التَّصَرُّفَ بِاللَّقْطَةِ كَالْأَسْتِفْرَاضِ، وَعَلَى هَذَا، فَيُشْبِهُهُ أَنْ يَجِيءَ الْخِلَافُ الْمَذْكُورُ فِي الْقَرْضِ فِي أَنْ الْمَلِكِ بِأَيِّ نَوْعٍ مِنَ التَّصَرُّفِ يَحْضُلُ. وَإِنَّ قَوْلَهُ فِي الْكِتَابِ «لَا بُدَّ مِنْ تَصَرُّفٍ أَيْضاً» مَزِيْلٌ لِلْمَلِكِ جَوَابٌ بِالْوَجْهِ الْأَظْهَرِ مِنْ ذَلِكَ الْخِلَافِ.

الثانية: فِي لَقْطَةِ «مَكَّةَ» وَحَرَمِهَا قَوْلَانِ:

أَظْهَرُهُمَا: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَخْذُهَا لِلتَّمَلُّكِ، وَإِنَّمَا تُؤْخَذُ لِلحِفْظِ أَبَدًا؛ لِمَا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «إِنَّ هَذَا، الْبَلَدَ حَرَمَهُ اللَّهُ يَوْمَ خَلَقَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ، لَا يُعْضَدُ شَوْكُهُ، وَلَا يُنْفَرُ صِنْدُهُ، وَلَا يَلْتَقِطُ لَقْطَتَهُ إِلَّا مَنْ عَرَفَهَا»<sup>(١)</sup> وَيُرْوَى: «لَا تَجُلُ لَقْطَتُهُ إِلَّا لِمُنْشِدٍ» أَي لِمُعْرِفٍ، وَالْمَعْنَى عَلَى الدَّوَامِ، وَإِلَّا، فَالْحَكْمُ فِي سَائِرِ الْبِلَادِ كَذَلِكَ، فَلَا تَظْهَرُ فَائِدَةُ التَّخْصِيصِ، وَالْمَعْنَى فِيهِ أَنَّ مَكَّةَ مَثَابَةٌ لِلنَّاسِ يَعُودُونَ إِلَيْهَا مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى، فَرِيْمًا يَعُودُ مَنْ أَضْلَاهَا، أَوْ يَبِيعُ فِي طَلِبِهَا.

وَالثَّانِي: أَنَّهَا كَلَقْطَةِ سَائِرِ الْبِقَاعِ، وَالْمَرَادُ مِنَ الْخَبَرِ أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ تَعْرِيفِهَا سَنَةً، كَمَا فِي سَائِرِ الْبِلَادِ كَيْلَا يُتَوَهَّمُ أَنْ تَعْرِيفُهَا فِي الْمَوْسِمِ كَافٍ لِكَثْرَةِ النَّاسِ، وَبَعْدَ الْعَوْدِ فِي طَلِبِهَا مِنَ الْآفَاقِ.

وَلْيُعْلَمَ قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «فَلَا يَتَمَلَّكُهَا» بِالْحَاءِ وَالْمِيمِ؛ لِأَنَّ مَذْهَبَهُمَا كَالْقَوْلِ الثَّانِي، وَبِالْأَلْفِ لِأَنَّ أَحْمَدَ يُوَافِقُهُمَا فِي أَظْهَرِ الرَّوَايَتَيْنِ، [وَاللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ أَعْلَمُ].

قَالَ الْعَزَالِيُّ: الرَّابِعُ وَجُوبُ (و) الرَّدِّ، فَمَهْمَا أَقَامَ الْمَالِكُ بَيْتَةً فَإِنْ أَطْنَبَ فِي الْوَصْفِ وَغَلَبَ عَلَى الظَّنِّ صِدْقُهُ جَارَ الرَّدِّ، وَفِي الْوُجُوبِ بِغَيْرِ بَيْتَةٍ خِلَافٌ، وَلَعَلَّ الْأَكْتِفَاءَ بِعَدَلٍ وَاحِدٍ أَوْلَى فَإِنَّ الْبَيْتَةَ قَدْ تَغَسَّرَ إِقَامَتُهَا، فَإِنْ رَدَّ إِلَى الْوَاصِفِ فَظَهَرَ مَالِكٌ وَأَقَامَ الْبَيْتَةَ فَإِنْ شَاءَ طَالَبَ الْمُلتَقِطَ، وَإِنْ شَاءَ طَالَبَ الْوَاصِفَ، ثُمَّ الْقَرَارُ عَلَى الْوَاصِفِ إِنْ لَمْ يَكُنْ قَدْ اعْتَرَفَ الْمُلتَقِطُ لَهُ بِالْمَلِكِ، وَلَوْ ظَهَرَ الْمَالِكُ بَعْدَ التَّمَلُّكِ غَرَمَ الْمُلتَقِطُ قِيَمَتَهُ يَوْمَ التَّمَلُّكِ، فَإِنْ كَانَ الْعَيْنُ قَائِمَةً فِيهِ وَجُوبَ رَدِّ الْعَيْنِ تَرَدُّدٌ (و)، فَإِنْ رَدَّ تَعَيَّنَ عَلَى الْمَالِكِ الْقَبُولُ، فَإِنْ كَانَتْ مَعِيْبَةً وَضَمَّ إِلَيْهِ الْأَرْضَ فَهَلْ عَلَيْهِ الْقَبُولُ أَمْ يَجُوزُ لَهُ الْمَطَالَبَةُ بِالْقِيَمَةِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: أَحْكَامُ اللَّقْطَةِ رَدُّ عَيْنِهَا، أَوْ بَدَلِهَا عِنْدَ ظُهُورِ مَالِكِهَا، وَيَقَعُ الْكَلَامُ فِيهِ [فِي جُمْلَتَيْنِ].

(١) تقدم في محرمات الاحرام.

إِخْدَاهُمَا: إِذَا جَاءَ مَنْ يَدْعِيهَا، نُظِرَ؛ إِنْ لَمْ يُقِمِ الْبَيِّنَةَ عَلَى أَنَّهَا لَهُ، وَلَا وَصَفَهَا، لَمْ يُزْفَعِ إِلَيْهِ شَيْءٌ، إِلَّا أَنْ يَغْلَمَ الْمَلْتَقِطُ أَنَّهَا لَهُ، فَيَلْزِمُهُ الدَّفْعُ إِلَيْهِ، وَإِنْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ، رُدَّتْ عَلَيْهِ، وَإِنْ وَصَفَهَا، نُظِرَ؛ فَإِنْ لَمْ يَغْلِبْ عَلَى ظَنِّ الْمَلْتَقِطِ صِدْقَهُ لَمْ يَدْفَعْهَا إِلَيْهِ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَحَكَى الْإِمَامُ تَرَدُّدًا فِي جَوَازِ الدَّفْعِ، وَإِنْ غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ صِدْقَهُ، جَازَ دَفْعُهَا إِلَيْهِ، وَفِي وَجُوبِهِ وَجِهَانِ تَقْلِهِمَا الْإِمَامُ، وَصَاحِبُ الْكِتَابِ:

أَحَدُهُمَا: وَهُوَ الرَّوَايَةُ عَنْ مَالِكٍ وَأَحْمَدَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا -: أَنَّهُ يَجِبُ؛ لِأَنَّ إِقَامَةَ الْبَيِّنَةِ عَلَى اللَّقْطَةِ قَدْ تَغَسَّرُ، وَقَدْ رُوِيَ أَنَّهُ ﷺ قَالَ: «فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا، فَعَرَفَ عِفَاصَهَا وَعَدَدَهَا، فَأَدْفَعَهَا إِلَيْهِ»<sup>(١)</sup>.

وَأَصْحُهُمَا: وَهُوَ الَّذِي يَسْتَمِلُ عَلَيْهِ كُتُبَ عَامَّةِ الْأَصْحَابِ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: أَنَّهُ لَا يَجِبُ؛ لِأَنَّهُ مُدْعٍ، [فِيحْتَاجُ إِلَى بَيِّنَةٍ وَعَلَى هَذَا فَلَوْ قَالَ الْوَاصِفُ: يَلْزِمُكَ تَسْلِيمُهَا إِلَيَّ؛ فَلَهُ أَنْ يَخْلِفَ أَنَّهُ] <sup>(٢)</sup> لَا يَلْزِمُهُ ذَلِكَ.

لَوْ قَالَ: تَغْلَمُ أَنَّهَا مِلْكِي، فَلَهُ أَنْ يَخْلِفَ أَنَّهُ لَا يَغْلَمُ؛ لِأَنَّ الْوَصْفَ لَا يَفِيدُ الْعِلْمَ. وَاخْتَارَ صَاحِبُ الْكِتَابِ شَيْئًا مَتَوَسِّطًا بَيْنَ الْوَجْهَيْنِ، فَقَالَ: الْأَوْلَى أَنْ يُكْتَفَى بِعَدْلِ وَاحِدٍ؛ لِحُصُولِ الثَّقَةِ وَظَاهِرِ الْمَذْهَبِ خِلَافَهُ.

وَإِذَا دَفَعَهَا إِلَى الْوَاصِفِ، ثُمَّ جَاءَ آخَرُ، وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَى أَنَّهَا لَهُ، فَإِنْ كَانَتْ بَاقِيَةً انْتَزَعَتْ مِنْهُ، وَدَفِعَتْ إِلَى الثَّانِي، وَإِنْ تَلَفَتْ عِنْدَهُ، فَهُوَ بِالْخِيَارِ بَيْنَ أَنْ يُضْمَنَ الْمَلْتَقِطُ أَوْ الْوَاصِفُ، فَإِنْ ضَمَّنَ الْوَاصِفُ، لَمْ يَرْجِعْ عَلَى الْمَلْتَقِطِ؛ لِتَلَفِ عِنْدَهُ، وَلِأَنَّ الثَّانِي ظَالِمٌ بِزَعْمِهِ، فَلَا يُزْجَعُ عَلَيْهِ غَيْرَ ظَالِمِهِ، وَإِنْ ضَمَّنَ الْمَلْتَقِطُ رَجَعَ، إِنْ لَمْ يُقِرَّ لِلوَاصِفِ بِالْمَلِكِ، وَإِنْ أَقَرَّ، لَمْ يَرْجَعْ؛ مُوَاحِذَةً لَهُ بِقَوْلِهِ، هَذَا إِذَا دَفَعَ بِنَفْسِهِ.

أَمَّا إِذَا الزَّمَهُ الْحَاكِمُ الدَّافِعُ إِلَى الْوَاصِفِ، لَمْ يَكُنْ لِمَقِيمِ الْبَيِّنَةِ تَضْمِينُهُ، وَلَوْ جَاءَ الْوَاصِفُ بَعْدَمَا تَمَلَّكَ الْمَلْتَقِطُ اللَّقْطَةَ، وَأَتْلَفَهَا، فَعَرَفَهَا لَهُ الْمَلْتَقِطُ؛ لِظَنِّهِ صِدْقَهُ، ثُمَّ جَاءَ آخَرُ، وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ، فَلَهُ مَطَالِبَةُ الْمَلْتَقِطِ دُونَ الْوَاصِفِ، لِأَنَّ الْحَاصِلَ عِنْدَ الْوَاصِفِ مَالُ الْمَلْتَقِطِ لَا مَالُهُ، وَإِذَا عَرِمَ الْمَلْتَقِطُ، فَهَلْ يَرْجِعُ عَلَى الْوَاصِفِ؟ يُنظَرُ، هَلْ أَقَرَّ لَهُ بِالْمَلِكِ عِنْدَ الْغَرَامَةِ أَمْ لَا؟ كَمَا سَبَقَ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ. فَرَعَانَ عَنْ شَرْحِ الْقَاضِي ابْنِ كَيْجٍ - [رَحِمَهُ اللَّهُ] -:

أَحَدُهُمَا: أَقَامَ مُدْعِي اللَّقْطَةِ شَاهِدَيْنِ عَدْلَيْنِ عِنْدَهُ، وَعِنْدَ الْمَلْتَقِطِ، وَهُمَا فَاسِقَيْنِ عِنْدَ الْقَاضِي، فَعَنْ أَبِي الْحَسَنِ وَجِهَانِ فِي أَنَّ الْقَاضِيَّ، هَلْ يَلْزِمُهُ الدَّفْعُ؛ لِاعْتِرَافِهِمَا بَعْدَ التَّهْمَةِ؟ وَالصَّحِيحُ الْمَنْعُ.

الفرع الثاني: ادّعاها آثنان، وأقام كُلّ واحدٍ بينةً على أنّها له، ففيه أقوالٌ التعارضُ<sup>(١)</sup>.

الجملة الثانية: إذا ظهر المالك قبل تملك الملتقط، أخذ اللقطة بزوايدها المتصلة والمنفصلة، وإن ظهر بعد التملك، فللقطة حالتان<sup>(٢)</sup>:

الحالة الأولى: أن تكون باقيةً عنده، فيُنظر، إن بقيت بحالها، فوجهان:

أحدهما<sup>(٣)</sup>: أنّ له أخذها، وليس للملتقط أن يلزمه أخذ بدلها.

والثاني: المنع، ولا شك في أنه، إذا ردها الملتقط، وجب على المالك القبول، وهذا من الجانبين كما سبق في القرض. وإذا قلنا بالأظهر، فلو باعها الملتقط بشرط الخيار، ثم جاء مالكها، حكى صاحب «المعتمد» وجهين في أنه، هل يفسخ العقد<sup>(٤)</sup>، ووجه المنع بأن الفسخ حق العاقد، فلا يتمكن غيره منه بغير إذنه.

ورّد القاضي ابن كج الوجهين إلى أنه، له يُجبر الملتقط على الفسخ؟ ويجوز فرض الوجهين في الأنفساخ، كالوجهين فيما إذا باع العدل الرهن بثمن المثل، فظهر طالب [في مجلس العقد] بزيادة، وإن حدثت في اللقطة زيادة، فالمتصل يتبعها، والمنفصل يسلم للملتقط، فيرد الأصل. وإن نقصت بعيب أو نحوه. وقلنا: إنَّها، لو بقيت بحالها، لم تكن للمالك أخذها، رجح إلى بدلها سليمة. وإن قلنا: له أن يأخذها، فكذلك ههنا ويُعزمه الأرش؛ لأن الكُل مضمونٌ عليه لو تلف، فكذلك البغض، وفيه وجه؛ أنه يقنع بها، ولا يغرمه الأرش، وهو الذي أوردّه في «التهديب»، ولو أراد الرجوع إلى بدلها، وقال الملتقط: أضم إليها الأرش وأرُدّها، فوجهان:

(١) سكت عما إذا وصفها الوصف المعتبر وادعى كل واحد أنها له وحده، وحينئذٍ أن يكون كتعارض البيتين وطريق دفع الخصومة عنه بأن يقول هي لأحدكما ولا أعرفه فيجيء فيه ما في العين في يده إذا قال: هذا لمن ادعاها.

(٢) سكت عما لو يطلبها المالك هل يجب عليه الرد، قال ابن كج هنا في التحريد: إذا عرف صاحبها، فإن كان صاحبها لا يعلم أنها عنده وجب عليه حملها إليه، وإذا كان يعلم أنها عنده فهل يجب عليه حملها وجهان. انتهى.

والمتجه وجوب الإعلام وبه جزم الماوردي فقال: إذا عرف صاحبها لزمه إعلامه بها، فإن كان قبل تملكها فمؤنة ردها على مالكها وإلا فعلى الواجد.

(٣) في ب: أظهرهما.

(٤) لم يرجح فيها شيء، وضح صاحب الانتصار أن له الفسخ لأنه إنما يكون للعاقد، ونقل عن شيخه الفارقي إذا قلنا: لا يجوز له الفسخ فطلب من الملتقط الفسخ فلم يفسخ أخذ منه البدل؛ لأنه بالبيع صارت العين كالتالفة.

أظهرهُما: أن على المالك القَبُولَ؛ لأنَّ العَيْنَ النَّاقِصَةَ مع الأَرْضِ كغير الناقصة، وصَارَ كَالغَاصِبِ.

والثاني: لَهُ الرجوعُ إلى البَدَلِ؛ لأنَّ ما خَرَجَ عَن ملكه تَغْيِيرَ عما كان، وعلى هذا؛ فهو بالخيار بين البَدَلِ والعَيْنِ النَّاقِصَةَ، إمَّا مع الأَرْضِ، أو دُونَهُ، كما سَبَقَ.

الحالة الثانية: أن تكونَ تَالِفَةً، فعَلَيْهِ بَدَلُهَا، إمَّا المِثْلُ أو القِيَمَةُ، وألْعَبَارُ بِقِيَمَةِ يَوْمِ التَّمْلِكِ.

وعن الكَرَابِيسِيِّ من أصحابنا: أَنَّهُ لا يَطالِبُ بِالقِيَمَةِ، ولا يردُّ العَيْنَ عند بقائِها، والمذْهَبُ الأَوَّلُ لِمَا رَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ عَلِيًّا - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنْ يَغْرَمَ الدِّينَارَ الَّذِي وَجَدَهُ، لَمَّا جَاءَ صَاحِبُهُ<sup>(١)</sup>، وعلى هذا، فالضَّمَانُ نَائِبٌ فِي ذِمَّتِهِ مِنْ يَوْمِ التَّلْفِ، ولولا بَوتُهُ، لَمَّا تَمَكَّنَ المَالِكُ مِنْ طَلْبِهِ، إِذَا جَاءَ.

وعن الزِياداتِ على الشَّرْحِ لأبي إِسْحاقَ فيما رواه أبو الطَّيِّبِ السَّائِغِيُّ أَنَّهُ لا يَثْبُتُ، وَإِذَا يَتَوَجَّهُ عند مجيء المَالِكِ ومُطالِبَتِهِ، ويجوزُ أن يُعْلَمَ؛ لِمَا حُكِيَ عَنِ الكَرَابِيسِيِّ قَوْلُهُ فِي الكِتَابِ. «الحُكْمُ الرَّابِعُ: وجوبُ الرَّدِّ بالواو، [واللَّهُ تعالى أعلم].

### فروع مفرقة:

إِذَا وَجَدَ رَجُلَانِ لُقْطَةً يُعْرِفَانِهَا وَيَتَمَلَّكَانِهَا، وَلَيْسَ لأحَدِهِمَا نَقْلُ حَقِّهِ إِلَى صَاحِبِهِ<sup>(٢)</sup>، كما لا يجوزُ للمَلْتَقِطِ نَقْلُ حَقِّهِ إِلَى غَيْرِهِ.

ولو تَنَازَعَا فِي لُقْطَةٍ، وَقَالَ كُلُّ وَاحِدٍ [مِنَهَا]: أَنَا الَّذِي أَلْتَقَطْتُهُ، وَأقامَ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ، فَإِنْ تَعَرَّضَتْ بَيِّنَةٌ لأحَدِهِمَا للسَّبْقِ، وَحُكِمَ لَهُ، وإلَّا، فَعَلَى الخِلافِ لِتَعَارُضِ البَيِّنَتَيْنِ.

ولو ضاعَتْ فِي يدِ الأَخرِ، فأخَذَها غَيْرُهُ، فالأَوَّلُ أَحَقُّ بِها، وفي وجهِ؛ الثاني

(١) تقدم.

(٢) فيه أمران:

أحدهما: ظاهره الاكتفاء بسنة واحدة عنهما لأنها لقطة واحدة، وهو ظاهر كلام سليم في المجرى، فإنه قال: يعرفانها فإذا مضت السنة كان لهما التملك نصفين. وقال ابن الرفعة: هل يعرف كل واحد سنة؛ لأنه في النصف كملتقط كامل أو يكون التعريف بينهما جميعاً سنة يعرف أحدهما نصفها والآخر نصفها فيه احتمال، والأول أشبه كيلاً يختلف المعرف فيشبه الأمر. نعم لو أذن أحدهما للآخر في التعريف فالذي يظهر الاكتفاء بسنة واحدة عنهما.

الثاني: ما جزم به لو أسقط أحدهما حقه إلى صاحبه لا يسقط إليه. صرح به في التتمة ووجهه بأن حق الالتقاط مما لا يقبل النقل إلى الغير. ولهذا لو قال الملتقط لآخر جعلت حق الالتقاط لك حتى تعرف وتملك بعد الحول لا يجوز.

أَحَقُّ<sup>(١)</sup>. ولو كانا يتماشيان، فرأى أحدهما اللقطة، فأخبر بها الآخر، فأخذها، فالأخذ أولى، ولو أراه اللقطة، وقال هاتها، فأخذها لنفسه، فذلك، وإن أخذها للامير أو لنفسه، فعلى الوجهين في جواز التوكيل بالأصطياد ونحوه.

ومن رأى شيئاً مطروحاً على الأرض، فدفعه برجله؛ ليعرف جنسه أو قدره، ثم لم يأخذه حتى ضاع، لم يضمنه؛ لأنه لم يحصل في يده، قاله في «التتمة».

وإذا دفع اللقطة إلى الحاكم، وترك التعريف والتملك، ثم ندم، وأراد أن يعرف ويتملك، ففي تمكينه وجهان، حكاهما القاضي ابن كج<sup>(٢)</sup>. وفي «المهذب»: أنه إن وجد خمراً، أراقها صاحبها، لم يلزمه تعريفها؛ لأن إراقها مستحقة.

فإن صارت عنده خلأ، فوجهان:

أحدهما: أنها لمن أراقها كما لو غصبها، فصارت خلأ عنده.

والثاني: أنه للواجد، لأن الأول أسقط حقه منها، بخلاف صورة الغصب، فإنها حينئذ مأخوذة بغير رضا، ولك أن تقول: ما ذكره تصويراً أو توجيهاً إنما يستور في الخمر المحترمة، وحينئذ، فالقول بأن إراقها مستحقة ممنوع أمّا في الأبتداء، فظاهر، وأمّا عند الوجدان، فذلك ينبغي أن يجوز إمساكها إذا خلا عن قصد فاسد ثم يشبهه أن يكون ما ذكره مخصوصاً بما إذا أراقها؛ لأنه بالإراقة معرض عنها، فيكون كما لو أعرض عن جلد ميتة، فدبغته غيره، وفيه وجهان مذكوران في الكتاب في «الصئد والذبايح». فأما إذا ضاعت الخمر المحترمة من صاحبها، فلتعرف كالكلب والله أعلم<sup>(٣)</sup>.

(١) الوجهان حكاهما ابن كج في التجريد. قال في البحر: والمشهور عند الأصحاب أن الأول أحق لتقدم يده. والثاني: أن الثاني أحق لثبوت يده.

وأطلق الرافي الخلاف، ومحلّه إذا التقط الآخر قبل استكمال ملك الآخذة أما لو كان الواجد تملكها بعد البيئة بالتعريف فإنه يلزمه ردها إليه بلا خلاف. قاله في الحاوي والبحر.

(٢) قال النووي: المختار المنع لأنه أسقط حقه.

(٣) قال النووي: أما قول الإمام الرافي: يشبهه أن يكون... إلى آخره، فكذا صرح به صاحب «المهذب» فقال: وجد خمراً أراقها صاحبها. وأما قوله: إن الواجد يجوز له إمساكها، فغير مقبول، بل لا يجوز وإن خلا عن قصد الفاسد. والكلام فيما إذا لم يعلم الواجد أنها محترمة، وحينئذ فقول صاحب «المهذب»: الإراقة واجبة - يعني على الواجد - كلام صحيح، لأن الظاهر عدم احترامها والله أعلم.

قال في الخادم: وتنزيل النووي كلام صاحب المهذب على ذلك وقول الرافي أنه إنما يستمر في الخمر المحرمة فلا يصح فإن صاحب المهذب والعراقيين يوجبون إراقة الخمر مطلقاً محرمة =

وقد عَرَفَتْ في الباب أنَّ البعير وما في معناه لا يُلتَقَطُ، إذا وُجِدَ في الصَّخْرَاءِ، واستثنى صاحبُ «التخليص» منه ما إذا وُجِدَ بَعِيرًا في أَيَّامِ «مَنَى» في الصَّخْرَاءِ مقلداً كما تقلد الهدايا فحكى عن نَصِّ الشَّافِعِيِّ - رضي الله عنه - أَنَّهُ يَأْخُذُهُ، ويعرفه أَيَّامِ «مَنَى» فإن خاف أن يَفُوتَهُ وَقْتُ النَّحْرِ نَحْرَهُ، والأَحَبُّ أن يَرْفَعَهُ إلى الحَاكِمِ، حَتَّى يَأْمُرَهُ بِنَحْرِهِ.

قال الشَّارِحُونَ لكتابه: إِنَّهُ مَصْدَقٌ في نقله، لكنَّ من الأَصْحَابِ من حكى قولاً آخر؛ أَنَّهُ لا يَجُوزُ أَخْذُهُ عَلَى ما هو قِياسُ البَابِ، ثم بَنَوْا القَوْلَيْنِ على القَوْلَيْنِ فيما إذا وُجِدَ بَدَنَةٌ مَنْحُورَةٌ غَمَسَ ما قَلَدَتْ به في ذمتها وضرب به صفحة سنامها، هل يَجُوزُ الأَكْلُ منها؟ فَإِنَّ مَنَعْنَا الأَكْلَ منعنا الأَخْذَ ههنا وَإِنْ جَوَزْنَا الأَكْلَ؛ أَعْتَمَدْنَا على العلامة، فكذلك التقليد علامة كون البعير هدياً، والظاهرُ أَنَّهُ تَخَلَّفَهُ؛ لضعفه عن المسير، والأضحى المعينة إذا دُبِحَتْ في وَقْتِ النَّحْرِ، وقع المَوْقع، وإن لم يأذن صاحبها.

قال الإمام: لكنَّ دَبْحَ الضَّحِيَّةِ المعينة وإن وقع المَوْقع، لا يَجُوزُ الإِفْدَامُ عليه من غير إذن، ثم ههنا جَوَزَ صاحبُ «التلخيص» فيما نقل، الأَخْذَ والنَّحْرَ، ولهذا الإشكال؛ ذَهَبَ القُّفَالُ؛ تَفْرِيعاً على هذا القول أَنَّهُ يَجِبُ رَفْعُ الأَمْرِ إلى الحَاكِمِ؛ لِيُنْحَرَهُ، وأوَّلَ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ - رضي الله عنه - وأحب ما ذكره في المسألة.

ثمَّ لَكَ أن تقول: الاستثناء غيرُ مُنْتَظَمٍ، وإن قلنا: إِنَّهُ يُؤْخَذُ؛ لأنَّ الأَخْذَ الممنوع منه إنما هو الأَخْذُ للتملُّك، ولا شَكَّ أَنَّ هَذَا البعير لا يُؤْخَذُ للتملُّك<sup>(١)</sup>، واللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ أَعْلَمُ بالصواب.

قال حجَّةُ الإسلامِ قَدَّسَ اللهُ رُوحَهُ:

= وغير محرمة كما سبق بيانه في باب الغصب وحينئذ فالشيخ بنى ذلك على طريقه فلا يستقيم التفصيل على طريق العراقيين فإن ذلك خلط طريقه بطريقه، ويؤخذ من كلام المهذب أن الخمر المراقبة لا يحل أخذها ولا إمساكها بقصد التخليص.

(١) قال النووي: قد سبق في جواز أخذ البعير لأحد الناس للحفاظ وجهان. فإن معناه ظهر الاستثناء. وإن جوزناه وهو الأصح، ففائدة الاستثناء جواز التصرف فيه بالنحر.

## كِتَابُ اللَّقِيطِ<sup>(١)</sup>، وَفِيهِ بَابَانِ

### الْبَابُ الْأَوَّلُ فِي الْأَلْتِقَاطِ وَحُكْمِهِ

قال العزالي: وَكُلُّ صَبِيٍّ ضَائِعٍ لَا كَافِلَ لَهُ فَالْتِقَاطُهُ مِنْ فُرُوضِ الْكِفَايَاتِ، وَفِي وُجُوبِ الْإِشْهَادِ عَلَيْهِ خَيْفَةٌ مِنَ الْأَسْتِزْقَاقِ خِلَافَ (و) مُرْتَبِّ عَلَى اللَّقِيطَةِ، وَأَوْلَى بِالْوُجُوبِ، وَإِنْ كَانَ اللَّقِيطُ بِالْغَا فَلَائْتَقِطُ، وَإِنْ كَانَ مُمَيِّزاً فَفِيهِ تَرَدُّدٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الصَّبِيُّ الْمَوْضُوعُ فِي الطَّرِيقِ الضَّائِعُ يُسَمَّى مِنْبُوداً بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ يَبْدُو لَقِيطاً وَمَلْقُوطاً بِاعْتِبَارِ أَنَّهُ يَلْقَطُ، وَأَسْتَأْتَسُوا لِأَصْلِ الْبَابِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ﴾ [الحج: ٧٧] وَبِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ﴾ [المائدة: ٢] وَبِمَا رُوِيَ عَنْ سَنِينَ أَبُو جَمِيلَةَ؛ أَنَّهُ وَجَدَ مِنْبُوداً، فَجَاءَ بِهِ إِلَى عَمْرِ بْنِ الْخَطَّابِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -؛ فَقَالَ: «مَا حَمَلَكَ عَلَى أَخْذِ هَذِهِ النَّسَمَةِ؟»، فَقَالَ: وَجَدْتُهَا ضَائِعَةً، فَأَخَذْتُهَا، فَقَالَ عَرِيفُهُ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ، إِنَّهُ رَجُلٌ صَالِحٌ، فَقَالَ كَذَلِكَ؟ قَالَ: نَعَمْ، قَالَ: أَذْهَبَ، فَهُوَ حُرٌّ، وَلَكَ وَلَاؤُهُ، وَعَلَيْنَا نَفَقَتُهُ»<sup>(٢)</sup>.

(١) اللقيط لغة: ما يُلْقَطُ أي يرفع من الأرض وقد غلب على الصبي المنبوذ، وفي الصحاح المنبوذ: الصبي الذي تلقى أمه في الطريق.

انظر: الصحاح ٥٧١/٢، والمصباح المنير ٨٥٨/٢، والمغرب ٢٤٧/٢. اصطلاحاً:

عرفه الحنفية بأنه: اسم لحي مولود طرحه أهله خوفاً من العيلة أو فراراً من تهمة الزنا.

عرفه الشافعية بأنه: طفل نبذ بنحو شارع لا يعرف له مدع، وطفل باعتبار الغالب وإلا فقد يكون صغيراً مميزاً.

عرفه المالكية بأنه: صغير آدمي لم يعرف أبوه ولا رقه.

عرفه الحنابلة بأنه: طفل لا يعرف نسبه ولا رقه نبذ أو ضل عن الطريق ما بين ولادته إلى سن

التمييز على الصحيح من المذهب، وقيل المميز لقيط.

انظر: شرح فتح القدير ١٠٩/٦ - ١١٠، مغني المحتاج ٤١٨/٢، نهاية المحتاج ٤٤٢/٥،

كشاف القناع ٢٢٦/٤.

(٢) أخرجه مالك في الموطأ والشافعي عنه عن ابن شهاب عنه به، وزاد عبد الرزاق عن مالك: وعليتنا =



وَلَمَّا كَانَ التَّقَاطُ الْمُنْبُوذَ مُنَاسِباً لِلْقَطْعَةِ، وَمُشَارِكاً لَهَا فِي كَثِيرٍ مِنَ الْأَحْكَامِ، وَصَلَ أَحَدُهُمَا بِالْآخَرِ، وَالْكَلَامُ فِيهِ كَمَا فِي اللَّقِطَةِ الْأَرْكَانِ، وَالْأَحْكَامِ.

ثُمَّ الْأَحْكَامُ تَنْقَسِمُ إِلَى مَا يَطْرُدُ، وَإِلَى مَا لَا يَطْرُدُ، بَلْ تَخْتَلِفُ بِحَسَبِ حَالِ اللَّقِيطِ، وَأَحْكَامِهِ، وَفِيهِ أَكْثَرُ النَّظَرِ، فَأَدْرُجُ صَاحِبَ الْكِتَابِ - رَحِمَهُ اللَّهُ - مَقَاصِدَهُ فِي بَابَيْنِ: أَحَدُهُمَا فِي الْأَرْكَانِ وَالْأَحْكَامِ الْعَامَّةِ، وَالثَّانِي فِي أَحْكَامِ اللَّقِيطِ.

أما الأول: فالأركان ثلاثة:

أَحَدُهَا: فِي نَفْسِ الْإِلْتِقَاطِ وَهُوَ مِنْ فُرُوضِ الْكِفَايَاتِ<sup>(١)</sup>؛ صِيَانَةٌ لِلنَّفْسِ الْمُحْتَرَمَةِ عَنِ الْهَلَاكِ، وَفِي وُجُوبِ الْإِشْهَادِ، إِذَا أَخَذَ اللَّقِيطُ طَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ عَلَى وَجْهَيْنِ أَوْ قَوْلَيْنِ، كَمَا قَدَّمَاهُ فِي «اللَّقِطَةِ»، وَهُمَا فِيمَا ذَكَرَ الْقَاضِي ابْنَ كَجَّ عَلَى سَبِيلِ التَّنْقِيلِ وَالتَّخْرِيجِ؛ لِأَنَّهُ نَصَّ هَاهُنَا عَلَى الْوُجُوبِ، وَفِي «اللَّقِطَةِ» عَلَى الْاسْتِحْبَابِ، وَأَظْهَرَ هَهُمَا الْقَطْعَ بِالْوُجُوبِ بِخِلَافِ اللَّقِطَةِ، فَإِنَّ الْمَقْصُودَ فِيهَا الْمَالُ وَالْإِشْهَادُ فِي التَّصَرُّفَاتِ الْمَالِيَةِ مُسْتَحَبٌّ، وَفِي اللَّقِيطِ يَحْتَاجُ إِلَى حِفْظِ الْحَرِيَةِ وَالنَّسَبِ، فَجَازَ أَنْ يَجِبَ الْإِشْهَادُ عَلَيْهِ كَمَا فِي النِّكَاحِ.

وَأَيْضاً، فَاللَّقِطَةُ يَشْبَعُ أَمْرُهَا بِالتَّعْرِيفِ، وَلَا تَعْرِيفَ فِي اللَّقِيطِ، وَقَدْ يُعْبَرُ عَنِ الطَّرِيقَتَيْنِ بِتَرْتِيبِ الْخِلَافِ عَلَى الْخِلَافِ فِي اللَّقِطَةِ، بَلْ ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ، إِنْ أَوْجَبْنَا

= نفقته من بيت المال، وعلقه البخاري بمعناه، وأخرجه البيهقي من طريق ابن عيينة عن الزهري أنه سمع سنياً أبا جميلة يحدث سعيد بن المسيب قال: وجدت منبوذاً على عهد عمر، فذكره عريفي لعمر، فأرسل إلي فدعاني، والعريف عنده، فلما رأني مقبلاً قال: عسى الغوير أبوساً، قال العريف: يا أمير المؤمنين إنه ليس بمتهم، قال: على ما أخذت هذه النسمة؟ قال: وجدتها بمضيعة فأردت أن يأجرني الله فيها، قال: هو حر، وولاؤه لك، وعلينا رضاعه.

الأول: يقع في نسخ سنين بن جميلة، والصواب: سنين أبو جميلة وهو صحابي معروف، لم يصب من قال إنه مجهول.

الثاني: اسم العريف المذكور سنان، أفاده الشيخ أبو حامد في تعليقه.

(١) لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعاً﴾ إذ بإحيائها يسقط الحرج عن الناس، فأحياؤهم بالنجاة من العذاب ولأنه آدمي محترم فوجب حفظه كالمضطر إلى طعام، بل هو أولى، وفارق اللقطة حيث لا يجب التقاطها بأن المقلب عليها الاكتساب والنفس تميل إليه فاستغنى بذلك عن الوجوب كالنكاح والوطء فيه، فلو لم يعلم بالمنبوذ إلا واحد، لزمه أخذه فلو لم يلتقطه حتى علم به غيره، فهل يجب عليهما كما لو علما معاً أو على الأول فقط؟

أبدى ابن الرفعة فيه احتمالين، وقال السبكي: يجب القطع به أنه يجب عليهما كما في شرحه على منهاج النووي.

الإشهاد ثُمَّ فَهَاهُنَا أُولَى، وَإِلَّا فَيَبِيهِ الْخِلَافُ.

وَحَكَى الْإِمَامُ وَجْهًا ثَالِثًا، وَهُوَ الْفَرْقُ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ ظَاهِرُ الْعَدَالَةِ، فَلَا يَكْلِفُ الْإِشْهَادَ أَوْ مَسْتَوْرَهَا فَيَكْلِفُ؛ لِيَصِيرَ الْإِشْهَادُ قَرِينَةً تَغْلِبُ عَلَى الظَّنِّ الثِّقَةِ.

وَأِنْ أَوْجَبْنَا الْإِشْهَادَ، فَلَوْ تَرَكَهُ قَالَ فِي «الْوَسِيطِ»: لَا تَثْبُتُ لَهُ وَلايَةُ الْحَضَانَةِ، وَيَجُوزُ الْانْتِرَاعُ، وَهَذَا يَشْعُرُ بِاخْتِصَاصِ الْإِشْهَادِ الْوَاجِبِ بِابْتِدَاءِ الْاَلْتِقَاطِ<sup>(١)</sup>، وَإِذَا أَشْهَدَ فَلَيْشْهَدَ عَلَى اللَّقِيْطِ، وَمَا مَعَهُ، نَصَّ عَلَيْهِ<sup>(٢)</sup>.

الرُّكْنُ الثَّانِي: اللَّقِيْطُ، وَقَدْ ضَبَطَهُ فِي الْكِتَابِ، فَقَالَ: كُلُّ صَبِيٍّ ضَائِعٍ لَا كَافِلَ لَهُ، فَالْتِقَاطُهُ مِنْ فُرُوضِ الْكِفَايَاتِ، فَيُخْرَجُ بِقَيْدِ الصَّبِيِّ الْبَالِغِ، فَإِنَّهُ مُسْتَعْنٍ عَنِ الْحَضَانَةِ وَالتَّعَهُدِ، فَلَا مَعْنَى لَالْتِقَاطِهِ<sup>(٣)</sup>، نَعَمْ لَكِنْ الْوُقُوعُ فِي مَعْضِ هَيْلَاكٍ أَعْيُنَ لَيْتَخَلَّصَ، وَفِي الصَّبِيِّ الَّذِي يَلْتَمَسُ سِنَ التَّمْيِيزِ تَرَدُّدٌ لِلْإِمَامِ أَحَدُ الْاِحْتِمَالَيْنِ: أَنَّهُ لَا يُلْتَقِطُ؛ لِأَنَّهُ كَضَالَةٍ الْإِبِلِ فِي أَنَّهُ مُسْتَقِلٌ مُمْتَنِعٌ، فَلَا يَتَوَلَّى أَمْرَهُ إِلَّا الْحَاكِمُ.

وَأَوْفَقَهُمَا لِكَلَامِ الْأَصْحَابِ أَنَّهُ يُلْتَقِطُ لِحَاجَتِهِ إِلَى التَّعَهُدِ وَالتَّرْبِيَةِ.

وَأَمَّا الضَّائِعُ فَيَجُوزُ أَنْ يَرِيدَ بِهِ غَيْرَ الْمُمَيِّزِ؛ لِأَنَّ الْمُمَيِّزُ يَتَدَارَكُ أَمْرَهُ بِتَمْيِيزِهِ، وَأَمَّا

(١) وَقَدْ نَوَّزِعَ فِي هَذَا الْإِشْعَارِ بَأَنَّ الْمُرَادَ أَنَّهُ لَا تَثْبُتُ لَهُ الْوَلَايَةُ مَا لَمْ يَشْهَدْ فَلَا يَشْعُرُ بِاخْتِصَاصِ الْوُجُوبِ بِالْاِبْتِدَاءِ قَوْلِ الْوُجُوبِ وَأَنَّ الْمَلْتَقِطَ لَيْسَ مَتَمَسِكًا بِوَلَايَةٍ عَامَةٍ وَلَا خَاصَةٍ، وَإِذَا أَرَادَ الْوَاجِدُ أَنْ يَتَصَرَّفَ تَصَرَّفَ الْوَلَاةِ عِنْدَ مَسِيْسِ الْحَاجَةِ فَيَنْبَغِي أَنْ يَشْهَدَ عَلَى مَا فِيهِ حَتَّى يَدُنُو حَالَهُ مِنْ حَالِ الْوَلَاةِ، وَلِهَذَا نَظَّائِرُ مَضَتْ وَتَأْتِي. قَالَ ابْنُ الرَّفْعَةِ: وَأَشَارَ بِالنَّظَائِرِ إِلَى هُرُوبِ الْحَمَالِ وَالْمَسَاقَاةِ وَالْاِنْتِقَاطِ عَلَى اللَّقِيْطِ.

وَقَالَ فِي الْبَسِيْطِ: وَمَنْ يُوْجِبُ الْإِشْهَادَ يَجْعَلُهُ شَرْطًا حَتَّى يَخْتَلِفَ حُكْمُ الْاَلْتِقَاطِ وَوَلَايَةِ الْحَضَانَةِ عِنْدَ قَصْدِ الْإِشْهَادِ، وَكَانَهُ يَقُولُ: هَذِهِ وَلايَةُ فَلَا تَثْبُتُ مَا لَمْ يَسْنَدْ إِلَى شَهَادَةٍ.

(٢) قَالَ فِي الْخَادِمِ: لَمْ يَبَيِّنْ أَنَّ الْإِشْهَادَ عَلَى مَا مَعَهُ عَلَى سَبِيلِ الْوُجُوبِ أَوْ الْاِسْتِحْبَابِ أَوْ يَطْرُقُهُ الْخِلَافُ فِي أَصْلِ الْاَلْتِقَاطِ، وَالْمَنْصُوصُ عَلَيْهِ فِي الْمَخْتَصِرِ الْوُجُوبِ، فَقَالَ: إِنْ كَانَ يَعْنِي الْمَلْتَقِطَ ثِقَةً وَجِبَ أَنْ يَشْهَدَ بِمَا وَجَدَ لَهُ، وَأَنَّهُ مَنبُودٌ، وَأَخَذَهُ مِنْ كَلَامِ شَيْخِهِ الْبَلْقِينِيِّ.

(٣) إِطْلَاقُ الشَّيْخِ الْبَالِغِ يَشْمَلُ الْمَجْنُونِ.

قَالَ الزَّرْكَشِيُّ: وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ كَالصَّبِيِّ، وَيَشْهَدُ لَهُ قَوْلُهُمْ فِي بَابِ الْحَضَانَةِ أَنَّ حُكْمَ مَنْ بِهِ جُنُونٌ أَوْ خَيْلٌ لَهُ حُكْمُ صَغِيرٍ، قَالَ الزَّرْكَشِيُّ قَضِيَّتُهُ أَنَّهُ لَا نَقْلَ عِنْدَهُ صَرِيحٍ فِي الصَّبِيِّ الْمُمَيِّزِ، لَكِنْ كَلَامُهُ فِيمَا بَعْدَ صَرِيحٍ فِي نَقْلِهِ عَنِ الْأَصْحَابِ جَوَازِ التَّقَاطِ، وَبِهِ صَرَحَ الْقَاضِي الْحُسَيْنِيُّ هُنَا، وَإِلَيْهِ يَشِيرُ كَلَامُ الْمَاورِدِيِّ فِي بَابِ الْحَضَانَةِ أَنَّهَا تَنْتَهِي بِسِنِ التَّمْيِيزِ وَمَا بَعْدَهُ إِلَى الْبَلُوْغِ يَسْمَى كِفَالَةً، وَقَالَ الزَّرْكَشِيُّ أَيْضًا: إِذَا قَلْنَا، يَجُوزُ التَّقَاطِ، أَنْ يَكُونَ حَضَانَتُهُ لِلْمَلْتَقِطِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ، فَقَدْ جَزَمَ الْإِمَامُ وَالغَزَالِيُّ بِأَنَّهُمَا لِلْحَاكِمِ لَا لِلْأَحَادِ فَتَنْظُرُ لَهُ.

امتناعه، فلا يكون ضائعاً، والأحسن حملُهُ على المنبُذ؛ فإنَّ غَيْرَ المنبُذ، وإن لم يكن له أب، ولا جد، ولا مَصِي من جهتيهما فحفظه من وظيفة القاضي، فيسلمه إلى من يقوم به؛ لأنه كان له كافل معلوم. فإذا قَدِّمَ القَاضِي مقامه، كما أنه يقوم بحفظ مال الغائبين المفقودين، والمنبُذين يشبهون باللقطة، فلم يُختص حفظهم بالقاضي، ذكر ذلك الشيخ أبو محمد.

وأما قوله: «لا كافل له»، فالمراد من الكافل الأب والجد، ومن يقوم مقامهما، والمُلْتَقِطُ مَن هُوَ في حِصَانَةِ أَحَدٍ هَؤُلَاءِ، وَلَا مَعْنَى لِالْتِقَاطِهِ إِلَّا أَنَّهُ لَوْ حَصَلَ بِمُضِيَعَةٍ أَخَذَ لِيَرُدَّ إِلَى حَاضِنِهِ<sup>(١)</sup>.

وقوله في وجوب الإسهاد عليه «خشية من الاسترقاق» لو آخر ذكر خشية الاسترقاق عن قوله: «خلاف مرتب» كان أحسن، فإن خشية الاسترقاق عن خلاف جهة الترتيب. وقوله: «وإن كان اللقيط بالغاً، أي الذي يقصد التقاطه، وإلا فهو غير ملقوطة، وقد يوجد في النسخ، وإن كان الصبي بالغاً وهو مختل.

قال العزالي: «وولاية الالتقاط لكل حر مسلم عدل رشيد، أما العبد والمكاتب إذا التقتا بغير إذن السيد أنتزع من أيديهما فإن الحضانة تبرع وليس لهما ذلك، وإن أذن السيد فهو الملتقط، والكافر يلتقط الصبي الكافر دون المسلم لأنه لا ولاية، أما المسلم فيلتقط الكافر، وأما الفاسق فينتزع من يده، وكذا المبذر فإن الشرع لا يأمئتهما، وأما الفقير فهو أهل له.

قال الرافعي: الركن الثالث: الملتقط، ويعتبر فيه أمور:

أحدها: التكليف، فلا يصح التقاط الصبي والمجنون وهذا أهمله في الكتاب لوضوحه.

والثاني: الحرية، فالعبد إذا التقت ينتزع من يده إن لم يأذن السيد، لأن الحضانة تبرع وليس له أهلية التبرع، وإن أذن السيد أو علم به، فأمره في يده جاز، وكان السيد الملتقط، وهو نائبه في الأخذ والتربية.

(١) قال النووي: معناه: يجب أخذه لرده إلى حاضنه والله أعلم. وهذا ظاهر إذا قام الكافل الخاص بكفاله، أما لو أهمله، قال القمولي: فيظهر أن يقال إن كانت الحضانة تلزمه كأحد الأبوين وإن علا، والملتقط المقدم؛ لأنه بالتقاطه التزم كفاله، فلا يلتقط للزوم الحضانة، وإن الحضانة لا تلزمه كمن عد الأبوين من الأقارب إذا امتنعوا من حضانه، فهل يكون كصبي لا كافل له، فيجوز التقاطه أم لا مخرج على خلاف، ذكره الماوردي.

وَالْمُكَاتَبِ إِذَا التَّقَطَّ بِغَيْرِ إِذْنِ السَّيِّدِ انْتَزَعَ أَيضاً مِنْ يَدِهِ، وَإِنْ التَّقَطَّ بِإِذْنِهِ جَاءَ فِيهِ الْخِلَافُ فِي تَبَرُّعَاتِهِ بِالْإِذْنِ، لَكِنَّ الظَّاهِرَ الْمَنْعَ لِأَنَّ حَقَّ الْحَضَانَةِ وَلَايَةٌ، وَلَيْسَ الْمَكَاتَبُ مِنْ أَهْلِ الْوَلَايَاتِ.

وقوله في الكتاب: «فإن أذن السيد فهو الملتقط ظاهر، في العبد، فإن رجع إلى المكاتب - أيضاً - فهو مفروض فيما لو قال: التقطت لي، ويشبه أن يكون على الوجهين في التوكيل بالاصطياد.

وأما إذا قال التقطت لنفسك، ففيه ما سبق.

وذَكَرَ في «المعتمد» وجهين: فيمن نصفه حر ونصفه عبد إذا التقط في يوم نفسه، هل يستحق الكفالة<sup>(١)</sup>؟

والثالث: الإسلام، فالكافر يلتقط الصبي الكافر دون المسلم؟ لأنه نوع ولاية وتسلط، وللمسلم التقاط الصبي المحكوم بكفره، وستعرف أن اللقيط متى يحكم له بالإسلام ومتى لا يحكم له؟

والرابع: العدالة، فليس للفاسق الالتقاط<sup>(٢)</sup>، ولو التقط انتزع منه، فإنه غير مؤتمن شرعاً، ويخاف منه الاسترقاق وسوء التربية، ويخالف اللقطة حيث تقر في يده على رأي؛ لأن فيها معنى الأكساب، ولا يحتاج إلى رده إليه بعد التعريف للملك، فجاز أن يترك في يده بشرط الاحتياط. ومن ظاهر حاله الأمانة، إلا أنه لم يختبر فلا ينزع من يده، لكن يوكل به الإمام يراقبه من حيث لا يدري كيلا يتأذى، فإذا وثق به صار كمعلوم العدالة، وقبل ذلك لو أراد المسافرة به مئع وانتزع منه؛ لأنه لا يؤمن أن يسترقه، وأن يكون إظهاره العدالة لمثل هذا الغرض الفاسد.

واعلم أن الشافعي - رضي الله عنه - قال في المختصر: «وإن أراد الذي التقطه

(١) قال في الخادم: فيه أمران:

أحدهما: تابع النووي والرافعي على عدم الترجيح وصحح الروياني. المنع وهو الظاهر، وقد جزم الرافعي والنووي في باب الحضانة أن المعتق بعضها لا حضانة لها، وخالف اللقطة فإنها إكساب، وهذه ولاية ويجوز أن يكونا مبنيين على أن الأكساب والمؤن النادرة هل تدخل في المهياة ونحوه أن يكونا مع القول بدخولها لنقصه بالرق.

الثاني: سكت عما إذا لم يكن بينهما مهياة وقد تعرض له الماوردي وقال: إنه كالقن، لا يكون له حق ما لم يأذن له المالك لرقه.

(٢) قال في الخادم: قضيته الامتناع في حق المستور، لكن ذكر بعد ذلك بقليل أن من كان ظاهر حاله العدالة إلا أنه لم يختبر لا ينزع من يده إلى آخر ما ذكره، وقد ذكر النووي فيما بعد أن من ظهرت عدالته بالاختبار يقدم على المستور على الأصح، ومقابل الأصح أنهما سواء كما ذكره الرافعي.

الظعن به، فإن كان يؤمن من أن يسترقه فذلك له، وإلا منعه، يعني الحاكم.

واغترض عليه بأن الفاسق الذي لا يؤمن لا يقر اللقيط في يده سافر به، أم لم يسافر؟ فكيف خص المسافر بالمنع؟ وأجاب أكثر الأصحاب بحمله على ظاهر العدالة المستور الحال كما سبق.

ومنهم من سلم أنه أراد الموثوق بعدالته ظاهراً وباطناً. وقال: قد يكون مأموناً في بلدة ثم يُخش منه عند السفر، وهذا يسوقنا إلى خلاف في جواز مسافة العدل الموثوق به باللقيط، وسيأتي من بعد، إن شاء الله تعالى.

وقال بعضهم: المراد ما إذا أحدث ما يغير أمانته، أو يوقع ريبة في حاله.

الخامس: الرشد، فالمبذر المحجور عليه لا يُقر اللقيط في يده؛ لأنه ليس مؤتمناً شرعاً، وإن كان عدلاً.

ولا يُشترط في الملتقط الذكورة؛ بل الحضانة بالإناث، ولا كونه غنياً إذ ليست النفقة على الملتقط، والفقير أهل للحضانة كالغني.

وفي «المهذب» وجه آخر، أنه لا يقر في يد الفقير؛ لأنه لا يتفرغ للحضانة لاشتغاله بطلب القوت. والصحيح الأول وهو المذكور في الكتاب.

قال الغزالي: ولو ازدحم اثنان قدم من سبق، فإن استويا قدم الغني (و) على الفقير، والبلدي على القروي، والقروي على البدوي، وكل ذلك نظراً للصبي، وظاهر العدالة مقدم على المستور في أقبس الوجهين، وإن تساوتا من كل وجه أقرع بينهما وسلم إلى من خرجت قرعته.

قال الرافعي: إذا ازدحم اثنان على لقيط، نظر: إن ازدحما عليه، قبل الأخذ وقال كل واحد منهما: أنا أخذه وأخضته، جعله الحاكم في يد من رآه منهما، أو من غيرهما، لأنه لا حق لهما قبل الأخذ<sup>(١)</sup>.

وإن ازدحما بعد الأخذ، فإن لم يكن أحدهما أهلاً للالتقاط، منح وسلم اللقيط إلى الآخر، وذلك بأن يكون أحدهما عدلاً، والآخر فاسقاً، فإن كان كل واحد منهما أهلاً، نظر إن سبق أحدهما إلى الالتقاط، منح الآخر من مزاحمته.

وهل يثبت السبق بالوقوف على رأسه من غير أخذ، فيه وجهان عن الشيخ أبي

محمد:

(١) كذا قطع به بعضهم.

أظهرهما: المنع، وإن لم يسبق واحد منهما، فقد يختص أحدهما بصفة تقدمه، وقد يستويان، والصفات المقدمة أربع:

أحدها: الغنى، فإن كان أحدهما غنياً، والآخر فقيراً: فوجهان:

أحدها: أنهما يستويان؛ لأن الفقير أهل كالعني، وأظهرهما وبه قال أبو إسحاق، وهو المذكور في الكتاب، أن العني أولى، لأنه زبماً يواسيه بماله، ولأن الفقير قد يشتغل بطلب الثوب عن الحضانة، وعلى هذا فلو تفاوتا في الغنى، حكى الإمام وجهين في أنه هل تقدم أكثرهما<sup>(١)</sup> مالا؟

الثانية: أن يكون أحدهما بلدياً، والآخر قروياً، أو بدوياً، أو أحدهما بلدياً أو قروياً، والآخر بدوياً.

والقول فيمن تقدم منهم، مبني على انفردهم بالالتقاط، ويلتحق بهما نقل اللقيط من موضع الالتقاط.

والثاني<sup>(٢)</sup>: أن تذكرها مجموعة من الفصل الثالث من هذا الفصل؛ حيث تكلم من نقله.

الثالثة: من ظهرت عدالته بالأخبار من تقدمه على المستور، وجهان:

أحدهما: وبه قطع الشيخ أبو محمد، أنه يتقدم احتياطاً للصبي.

والثاني: أنهما سواء؛ لأن المستور لا يسلم مزية للآخر، ويقول: لا أترك حقي؛ إن لم تعرفوا حالي.

الرابعة: الحر أولى من المكاتب، وإن كان التقاطه بإذن السيد، لأنه ناقص من نفسه وليس يده يد السيد، وأما إذا كان أحدهما عبداً التقط بإذن السيد فالنظر إلى السيد والآخر. ولا تقدم المرأة على الرجل، بخلاف الأم تتقدم على الأب في الحضانة، لأن المراعي هناك شفقة الأمومة في الحضانة.

وكذا لا يتقدم المسلم على الذمي في اللقيط المحكوم بكفره، وفي «أمالي أبي الفرج» الميل إلى تقديم المسلم ليعلمه دينه.

وفي بعض الشروح، تقديم الكافر؛ لأنه على دينه.

واعلم، أن صاحب الكتاب اعتبر في «الوسيط» صفات التزجيج، أولاً، ثم قال: فإن تساوت في الصفات، قدم السابق إلى الآخذ، فهأهنا اعتبر السبق أولاً، ثم إن

(٢) من ر: والرأي.

(١) قال النووي: الأصح لا يقدم.

تَسَاوِيًا، فحَيْثُذِي، نُظِرَ إِلَى الصَّفَاتِ الْمُرْجَحَةِ.

والصوابُ الموافِقُ لنقلِ الأصحابِ ما ذكرَهُ هَاهُنَا، هَذَا إِذَا اخْتَلَفَ فِي حَالِ الْمُرْذَحِمِينَ.

أَمَّا إِذَا تَسَاوَىا وَتَشَاحَا قَالَ الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا وَوَجْهَهُ الْأَصْحَابُ، بِأَنَّهُ - إِذَا أَنْ يَخْرُجَ مِنْ أَيْدِيهِمَا، وَفِيهِ إِبْطَالُ حَقِّهِمَا الثَّابِتِ فِي الْإِلْتِقَاطِ، أَوْ يُتْرَكَ فِي أَيْدِيهِمَا إِذَا جَمِيعًا، وَالْإِجْتِمَاعُ عَلَى الْحِضَانَةِ شَاقٌّ أَوْ مُتَعَذِّرٌ، وَإِنَّمَا بِالْمُهَيَّأَةِ، وَفِيهِ إِضْرَارٌ بِاللَّقِيطِ لِمَا فِي تَبَدُّلِ الْأَيْدِي مِنْ قَطْعِ الْإِلْفِ، وَاخْتِلَافِ الْأَغْذِيَةِ وَالْأَخْلَاقِ، أَوْ يَخْصُ أَحَدُهُمَا بِلا قُرْعَةٍ، وَلَا سَبِيلَ إِلَيْهِ لِتَسَاوِيِهِمَا فَوْجِبَ الْمَصِيرُ إِلَى الْقُرْعَةِ كَالزَّوْجِ يَسَافِرُ بِأَحَدِي زَوْجَاتِهِ، فَإِنَّهُ يُقْرَعُ.

[و] قَالَ أَبُو عَلِيٍّ: هَاهُنَا طَرِيقُ التَّرْجِيحِ، [و] هُوَ أَنَّ يَجْتَهِدُ الْقَاضِي، فَمَنْ رَأَى خَيْرًا لِلَّقِيطِ أَمْرَهُ فِي يَدِهِ، لَكِنْ إِذَا تَحِيرَ الْقَاضِي أَوْ اسْتَوَىا فِي اجْتِهَادِهِ فَلَا سَبِيلَ إِلَى التَّوَقُّفِ، وَلَا بَدَّ مِنْ مَرْجُوعٍ إِلَيْهِ نَسَبُ صَاحِبِ الْكِتَابِ هَذَا الْوَجْهَ فِي «الْوَسِيْطِ» إِلَى ابْنِ أَبِي هُرَيْرَةَ وَالْمَذْكُورِ فِي «المَهْذَبِ» وَغَيْرِهِ حِكَايَتِهِ عَنِ ابْنِ خَيْرَانَ.

قَالَ الْأَثَمَةُ: وَلَا يَخْتِيرُ الصَّبِيَّ بَيْنَهُمَا، وَإِنْ كَانَ لَهُ سَبْعُ سِنِينَ فَأَكْثَرَ بِخِلَافِ تَخْيِيرِ الصَّبِيِّ بَيْنَ الْأَبْوَيْنِ عِنْدَ بُلُوغِهِ سِنَ التَّمْيِيزِ، لِأَنَّهُ يَعُولُ هُنَاكَ: عَلَى الْمِيلِ النَّاشِءِ مِنَ الْوِلَادَةِ، وَهَذَا الْمَعْنَى مَعْدُومٌ فِي اللَّقِيطِ، وَأَبْدَى الْإِمَامِ فِي «النِّهَايَةِ» اِحْتِمَالًا فِيهِ.

وَقَالَ: يَجُوزُ أَنْ يُقَالَ يَخْيَرُ، وَيَجْعَلُ اخْتِيَارَهُ أَوْلَى مِنَ الْقُرْعَةِ، ثُمَّ إِنَّهُ صَوَّرَ ذَلِكَ فِيمَا إِذَا التَّقَطُّهُ اثْنَانِ، [و] لَمْ يَتَّفَقْ فَصَلُّ الْأَمْرِ بَيْنَ الْمُرْذَحِمِينَ حَتَّى يَبْلُغَ اللَّقِيطُ سِنَ التَّمْيِيزِ، وَهَذَا لِاتِّقَافِهِ، حَيْثُ تَرَدَّدَ فِي أَنَّ الْمَمِيْزَ هَلْ يَلْتَقِطُ [غَيْرَ الْمَمِيْزِ] <sup>(١)</sup> لَكِنَّ تَصْوِيْرَ التَّوَقُّفِ إِلَى أَنْ تَطْوُلَ الْمُدَّةُ وَيُنْتَهِيَ غَيْرَ الْمَمِيْزِ إِلَى حُدِّ التَّمْيِيزِ كَالْمُسْتَبْعَدِ، وَظَاهِرُ مَا أَجْرَاهُ الْأَصْحَابُ الْفُرْصِ فِيمَنْ التَّقَطُّ وَهُوَ مَمِيْزٌ، وَإِذَا خَرَجَتْ الْقُرْعَةُ لِأَحَدِهِمَا فَتَرَكَ حَقَّهُ إِلَى الْآخَرِ لَمْ يَجْزُ، كَمَا لَيْسَ لِلْمُنْفَرِدِ نَقْلُ حَقِّهِ وَتَسْلِيمُ اللَّقِيطِ إِلَى غَيْرِهِ <sup>(٢)</sup>.

لَوْ قَالَ قَبْلَ الْقُرْعَةِ تَرَكَتُ حَقِّي فَفِي انْفِرَادِ الْآخَرِ بِهِ وَجْهَانُ:

- (١) سَقَطَ فِي: أ.  
 (٢) وَوَقَعَ فِي التَّمْتَةِ أَنَّهُ يَجُوزُ، وَعَلَّلَهُ بِهَذَا التَّعْلِيلِ، وَكَذَا نَقَلَهُ عَنْهُ صَاحِبُ الْوَاوِي. ثُمَّ قَالَ: وَكَأَنَّهُ أَرَادَ إِذَا اسْتَعَانَ بِالْغَيْرِ فِي الْقِيَامِ، فَأَمَّا مَا نَقَلَهُ إِلَى الْغَيْرِ فَلَيْسَ إِلَيْهِ، وَالْحَاصِلُ أَنَّ خُرُوجَ الْقُرْعَةِ لِأَحَدِهِمَا يَسْقُطُ بِهَا حَقُّ الْآخَرِ حَتَّى إِذَا اسْقَطَ مِنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ حَقُّهُ لَا يَعُودُ الْحَقُّ إِلَى الْآخَرِ، وَلَمْ يَحْكِهِ الرَّافِعِيُّ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ خِلَافًا وَحَكِيَ صَاحِبُ التَّمْتَةِ فِيهِ وَجْهَيْنِ وَقَالَ: الْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يَسْقُطُ وَهُوَ نَظِيرُ الْخِلَافِ فِي الْوَالِيَيْنِ إِذَا خَرَجَتْ الْقُرْعَةُ لِأَحَدِهِمَا وَزَوْجٌ مِنْ لَمْ تَخْرُجْ لَهُ الْقُرْعَةُ، وَكَانَتْ قَدْ أَذْنَتْ لِلْكَلِّ لِصَحِّهِ فِي الْأَصْحَحِ.

أصحهما: الانفراد، لأنَّ الحقَّ لهما، فإذا أسقط أحدهما حقَّه ينتقل إلى الآخر، كالشفيعين.

والثاني: المنع، كما لو ترك حقَّه بعد خروج القرعة، بل يرفع الأمر إلى الحاكم حتى يقره في يد الآخر إن رآه، وله أن يختار أميناً آخر فيقرع بينه وبين الذي لم يترك حقَّه<sup>(١)</sup>. وذكر الإمام تفریباً على الوجه الثاني أن التارك لا يتركه الحاكم، بل يقرع بينه وبين صاحبه، فإن خرج عليه ألزمه القيام بحضاتته<sup>(٢)</sup> بناءً على أن المنفرد في الالتقاط لا يجوز له الترك، وسيأتي - إن شاء الله تعالى - .

قال الغزالي: ثُمَّ مِنَ التَّقَطِّهٖ يَلْزَمُهُ الحَضَانَةُ وَلَا يَلْزَمُهُ التَّفَقُّهُ مِنْ مَالِهِ، فَإِنْ عَجَزَ سَلَّمَهُ إِلَى القَاضِي، فَإِنْ تَبَرَّمَ مَعَ القُدْرَةِ لَمْ يُسَلِّمْ إِلَى القَاضِي عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ لِأَنَّهُ شَرَعَ فِي فَرْضِ كِفَايَةِ فَيَلْزَمُهُ.

قال الزايعي: الكلام في هذا الموضع إلى آخر الباب في أحكام الالتقاط، فمئها: أن الذي يلزم الملتقط حفظ اللقيط ورعايته.

فأما النفقة، فهي غير واجبة عليه، وستكلم في أنه من أين ينفق عليه، فإن عجز عن الحفظ، لأمر عرَض يسلمه إلى القاضي، وإن برم به مع القُدرة، فوجهان؛ بناءً على أن الشروع في فروض الكفايات، هل يلزم الإتمام، وهل يصير الشارع متعيناً، وموضع الكلام فيه كتاب «السيرة» والظاهر هاهنا أن له التسليم إلى القاضي، ورأى القاضي ابن كج القطع به بعدما حكى الوجهين<sup>(٣)</sup>.

(١) جعل في التمة محل الوجهين ما إذا قال مطلقاً: تركت حقي بأن صرح وقال: تركت إلى صاحبي فيسلم إليه ويقر في يده. وكذا جزم بالصحة في هذه الحالة البنديجي وغيره.

(٢) وهذا قاله الإمام تقياً لا نقلاً فقال: الذي يقتضيه القياس على هذا الوجه... إلى آخره. ثم قال: وقال بعض أصحابنا على هذا الوجه ينصب القاضي أميناً ويقيمه مقامه، وفي المجرد لسليم وتعليق القاضي الحسين: أنه صار الحق للمترك له، وهل يحتاج إلى إذن الحاكم وجهان أصحهما لا، وهذا ما أورده القاضي الطبري.

(٣) قال في الخادم: فيه أمور:

أحدها: ما حكاه عن ابن كج رأيت في كتاب التجريد كذلك.

الثاني: هذا الذي وعد به في كتاب السير لم يتحرر منه في الموضع المذكور الصحيح من الخلاف في جميع الصور، فإنه صحح التعيين بالشروع في الجهاد وفي صلاة الجنابة أنه لا يتعين في الاشتغال بالعلم. ولهذا قال البارزي في التمييز هناك ولا يلزم فرض الكفاية بالشروع في الأصح إلا بالجهاد وصلاة الجنابة.

الثالث: سكت عما إذا أراد دفعه لبعض الأحاد فيحتمل أن يمنع كما سبق في اللقطة، ويحتمل خلافه.



ولا شك في أنه يحرم عليه تبذره وردّه إلى ما كان .

وقوله: «ثُمَّ مِنَ التَّقَطِّ، يَلْزَمُهُ الْحِضَانَةُ» لفظ «الحضانة» يُسْتَعْمَلُ كَثِيرًا فِي الْبَابِ، وَكَانَ الْمُرَادُ مِنْهُ الْحِفْظُ وَالتَّرْبِيَةُ لَا الْأَعْمَالُ الْمَفْصَلَةَ فِي الْحِضَانَةِ وَالْإِجَارَةَ؛ فَإِنَّ فِيهَا مَشَقَّةً وَمَوْئِنَةً كَثِيرَةً، فَكَيْفَ نُلْزِمُ مَنْ لَا تَلْزَمُهُ النِّفْقَةُ، وَقَدْ أَوْضَحَهُ صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» فَقَالَ: وَنِفْقَةُ اللَّقِيطِ وَحِضَانَتُهُ فِي مَالِهِ، إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ.

ووظيفة الملتقط حفظه وحفظ ماله، هذا معنى كلامه .

قَالَ الْعَرَالِيُّ: وَعَلَيْهِ حِفْظُهُ فِي مَوْضِعِ التَّقَاطِهِ، فَإِنْ نُقِلَ مِنْ بَلَدٍ إِلَى قَرْيَةٍ أَوْ بَادِيَةٍ لَمْ يَجْزِ لِنَفَاوَتِ الْمَعِيشَةِ، فَإِنْ نُقِلَ مِنَ الْبَادِيَةِ إِلَى الْبَلَدِ جَارًا، وَإِنْ نُقِلَ مِنْ بَلَدٍ إِلَى بَلَدٍ أَوْ مِنْ قَبِيلَةٍ إِلَى قَبِيلَةٍ فِي الْبَادِيَةِ لَمْ يَجْزِ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ لِأَنَّ ظُهُورَ نَسَبِهِ فِي مَحَلِّ التَّقَاطِهِ أَغْلَبُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْمُلتَقِطُ إمَّا حَضْرِيٌّ وَإِمَّا بَدْوِيٌّ، فَالْبَدْيِيُّ، إِذَا وَجَدَ اللَّقِيطَ فِي بَلَدْتِهِ أَقْرَبَ فِي يَدِهِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَنْقُلَهُ إِلَى الْبَادِيَةِ، لَوْ أَرَادَ الْإِنْتِقَالَ إِلَيْهَا، بَلْ يُنْتَزَعُ مِنْهُ؛ لِمَعْنَيْنِ:

أحدهما: أَنْ عَيْشَ أَهْلِ الْبُؤَادِي أَحْشَنَ، وَالْغَالِبُ قِصُورُهُمْ عَنِ مَعْرِفَةِ عُلُومِ الْأَدْيَانِ وَالصَّنَاعَاتِ الَّتِي تَكْتَسِبُ مِنْهَا، فَفِي النُّقْلِ إِضْرَارٌ بِاللَّقِيطِ، وَهَذَا هُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ.

والثاني: أَنْ ظُهُورَ نَسَبِهِ بِمَوْضِعِ التَّقَاطِهِ أَغْلَبُ، لِأَنَّ مِنْ صَبِيْعِهِ، يَطْلُبُهُ حَيْثُ صَبِيْعُهُ، وَلَوْ كَانَ الْمَوْضِعُ الْمُنْقُولُ إِلَيْهِ مِنَ الْبَادِيَةِ قَرِيبًا مِنَ الْبَلَدَةِ، يَسْهُلُ تَخْصِيْلُ مَا يَرَادُ مِنْهَا، فَإِنْ رَاعَيْنَا خَشُونَةَ الْمَعِيشَةِ، لَمْ نَمْنَعُ، وَإِنْ رَاعَيْنَا أَمْرَ الْكَسْبِ، فَإِنْ كَانَ أَهْلُ الْبَلَدَةِ يَخْتَلِطُونَ بِأَهْلِ ذَلِكَ الْمَوْضِعِ، فَكَذَلِكَ<sup>(١)</sup>، وَإِلَّا، مَنَعُ، وَكَمَا أَنَّهُ [لَيْسَ] لَهُ نَقْلُهُ إِلَى الْبَادِيَةِ، لَيْسَ لَهُ نَقْلُهُ إِلَى الْقَرْيِ، وَلَوْ أَرَادَ نَقْلَهُ إِلَى بَلَدَةٍ أُخْرَى، أَوْ التَّقَطُّهُ غَرِيبٌ فِي تِلْكَ الْبَلَدَةِ، وَأَرَادَ نَقْلَهُ إِلَى بَلَدْتِهِ، فَوْجِهَانِ، بِنَاءً عَلَى الْمَعْنَيْنِ، إِنْ نَظَرْنَا إِلَى تَفَاوُتِ الْمَعِيشَةِ، فَالْبَلَادِ مُتَقَارِبَةٍ، وَإِنْ رَاعَيْنَا أَمْرَ النَّسَبِ، مَنَعْنَا، وَأَنْتَزَعْنَا اللَّقِيطَ مِنْ يَدِهِ، وَالْأَوَّلُ النَّصُّ، وَبِهِ أَخَذَ الْمُعْظَمُ، قَالَ فِي «التَّيْمَةِ»: وَلَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ سَفَرِ الثَّقَلَةِ

(١) وصدر كلامه يقتضي أن كلا منهما جزء علة وآخره يقتضي أنه علة مستقلة وهو الصواب، والأصح منهما المعنى الأول وقد صرح به في التفريع الآتي، وبه يظهر أنه ليس في التعليل هنا لمجموعهما ولا بكل منهما بل بالمعيشة على الأصح وعلى الثاني بحفظ النسب وأجمعها هنا لفواتهما في البادية.

والتجارة والزياره<sup>(١)</sup>. والقروي، إذا وجد اللقيط في قريته أو في قرية أخرى، أو في بلدة تقاس بما ذكرنا في البلدي، ولو وجد حضري اللقيط في البادية، نُظِرَ؛ إن كان في مهلكة، فلا بد من نقله، وللملتقط أن يتوجه إلى مقصده، ويذهب به إليه.

ومن قال في اللقطة: يعرفها في أقرب البلدان، يشبه أن يقول: لا يذهب به إلى مقصده، رعاية لأمر النسب<sup>(٢)</sup>.

وإن كان في حلة أو قبيلة، فله نقله إلى البلدة، والقرية على المشهور، وعن القاضي الحسين أنه على وجهين مبنيين على المغنيين، ولو أقام هناك، أقر في يده لا محالة.

[وأما البدوي، إن التقط في بلدة أو قرية، فأراد المقام بها، أقر في يده]، وإن أراد نقله إلى البادية أو إلى قرية بلدة أخرى، فعلى ما ذكرنا في الحضري، وإن وجدته في حلة أو قبيلة في البادية، فإن كان من أهل حلة مقيمين في موضع راتب، أقر في يده، لأنه كبلة أو قرية، وإن كان ممن يتقلون من بقعة متجعجين، فوجهان:

أحدهما: المنع؛ لما فيه من التعب، ولأن في الثقل يصعب نسبه.

والثاني: يقر؛ لأن أطراف البادية كمحال البلدة، والظاهر أن نسبه من أهل البادية، فيكون احتمال ظهوره إذا كان في البادية أقرب.

هذا حكم الحضري والبدوي عند الانفراد بالالتقاط، وقد تبين به موضع جواز النقل عن مكان الالتقاط وعدمه، وكنا وعدنا أن نذكر معها الحكم عند الأزدحام، فنقول: إذا أزدحم على لقيط في البلدة أو في القرية مقيم في ذلك الموضع وظاعن، أطلق في «المختصر» أن المقيم أولي، وفصلوا الأصحاب؛ فقالوا: إن كان الظاعن يظعن إلى البادية، فالمقيم أولي، وإن كان يظعن إلى بلد آخر، فإن قلنا ليس للمنفرد الخروج باللقيط إلى بلد آخر، فكذلك الجواب، وإن جوزنا له ذلك، فهما سواء.

ولو اجتمع على لقيط في القرية قروي مقيم بها وبلدي، قال القاضي ابن كج: القروي أولي، وهذا يخرج على منع الثقل من بلد إلى بلد، فإن جوزناه، وجب أن يقال: هما سواء<sup>(٣)</sup>.

(١) جزم في البسيط بأن سفر غير النقلة جائز وحمل النص عليه وهو الظاهر.

(٢) وهو بعيد؛ لأن إقامة الملتقط في غير مقصده يشق عليه.

(٣) أي: المقيم والمسافر، وفيه نظر من جهة أن الحظ له في الإقامة ليظهر نسبه، وإن جاز السفر به كما أن الحظ له في الغير، وإن كان الفقير أهلاً لالتقاطه ويشهد له ما سيأتي عن ابن كج.

ولو اجتمع حَضْرِيٌّ وَبَدَوِيٌّ عَلَى لَقِيْطٍ فِي الْبَادِيَةِ، نُظِرَ؛ إِنْ وُجِدَ فِي حِلَّةٍ أَوْ قَبِيْلَةٍ، وَالْبَدَوِيٌّ فِي مَوْضِعٍ رَاتِبٍ، فَهَمَا سَوَاءٌ<sup>(١)</sup>.

وقال القاضي ابن كج: البدويُّ أَوْلَى إِنْ كَانَ مَقِيْمًا فِيهِمْ؛ رِعَايَةً لِنَسَبِهِ، فَإِنْ كَانَ الْبَدَوِيُّ مِنَ الْمُنْتَجِعِينَ، فَإِنْ قُلْنَا: يُقْرَأُ فِي يَدِهِ، لَوْ كَانَ مُتَقَرِّدًا، فَهَمَا سَوَاءٌ، وَإِلَّا فَالْحَضْرِيُّ أَوْلَى.

وَإِنْ وُجِدَ فِي مَهْلَكَةٍ، ذَكَرَ ابْنُ كَجِ أَنَّ الْحَضْرِيَّ أَوْلَى، وَقِيَاسُ قَوْلِهِ تَقْدِيمُ الْبَدَوِيِّ أَوْ تَقْدِيمُ مَنْ كَانَ مَكَانُهُ أَقْرَبَ إِلَى مَوْضِعِ الْاَلْتِقَاطِ<sup>(٢)</sup> مِنْهُمَا، وَإِذَا تَأَمَّلْتَ مَا ذَكَرْنَاهُ، عَرَفْتَ أَنَّ قَوْلَهُ فِي الْكِتَابِ «وَعَلَيْهِ حَفْظُهُ فِي مَوْضِعِ اَلْتِقَاطِهِ» وَقَوْلُهُ فِي فَصْلِ الْاِزْدِحَامِ «وَالْبَلَدِيُّ عَلَى الْقُرْوِيِّ، وَالْقُرْوِيُّ عَلَى الْبَلَدِيِّ» غَيْرُ مُجْرَزِينَ عَلَى إِطْلَاقِهِمَا، بَلِ الْأَمْرُ فِيهِمَا عَلَى التَّفْصِيلِ، وَقَوْلُهُ «فَإِنْ نُقِلَ مِنَ الْبَادِيَةِ إِلَى الْبَلَدِ، جَازٌ» مَرْقُومٌ بِالْوَاوِ، وَقَوْلُهُ «أَوْ مِنْ قَبِيْلَةٍ إِلَى قَبِيْلَةٍ فِي الْبَادِيَةِ» هَذِهِ الصُّورَةُ لَا ذِكْرَ لَهَا فِي «الْوَسِيْطِ» وَلَمْ يُطْلَقْهَا فِي «النِّهَايَةِ» وَلَكِنْ قَالَ: لِلْقَبَائِلِ فِي الْبَوَادِي سُنَّةٌ فِي التَّفَاوُتِ وَالْاِعْتِنَاءِ بِالْاَنْسَابِ، فَمَنْ رَاعَى أَمْرَ النِّسْبِ، فَلَا إِضْرَارَ، وَمَنْ رَاعَى عُسْرَ الْمَعِيْشَةِ، فَلَا تَفَاوُتَ، هَذَا إِذَا تَقَارَبَتْ، فَلَمْ يَنْقَطِعْ خَبْرٌ بَعْضُهَا عَنْ بَعْضٍ، أَمَّا إِذَا نَأَتْ الْمَسَافَاتُ، وَانْقَطَعَتْ الْأَخْبَارُ، فَحِيْنَئِذٍ يَظْهَرُ التَّفَاوُتُ فِي أَمْرِ النِّسْبِ، وَحَاصِلُهُ تَخْصِيصُ الْخِلَافِ بِمَا إِذَا تَبَاعَدَتْ، وَأَمَّا كُتُبُ سَائِرِ الْأَصْحَابِ، فَلَيْسَ فِيهَا ذِكْرُ الْخِلَافِ الَّذِي أُوْرِدُوهُ فِي النُّقْلِ مِنْ بَلَدٍ إِلَى بَلَدٍ عَلَى تَشَابُهِ الصُّورَتَيْنِ، بَلِ الَّذِي ذَكَرُوهُ مَا مَرَّ أَنَّ الْبَدَوِيَّ الْمَقِيْمَ فِي مَوْضِعٍ رَاتِبٍ، يَقْرَأُ فِي يَدِهِ اللَّقِيْطَ الَّذِي التَّقَطُّهُ مِنْ قَبِيْلَةٍ أَوْ حِلَّةٍ، وَلَمْ يَقْرَءُوا بَيْنَ أَنْ يَكُونَ مِنْ أَهْلِ الْقَبِيْلَةِ الَّتِي وُجِدَ اللَّقِيْطُ فِيهَا أَوْ مِنْ غَيْرِهَا، وَإِذَا كَانَ مِنْ غَيْرِهَا وَأَقْرَبَ فِي يَدِهِ، فَقَدْ جَوَزْنَا النُّقْلَ مِنْ قَبِيْلَةٍ إِلَى قَبِيْلَةٍ.

قال العزالي: وَأَمَّا نَفَقَةُ اللَّقِيْطِ فَفِي مَالِهِ وَهُوَ مَا وَقَفَ عَلَى اللَّقْطَاءِ، أَوْ وَهَبَ مِنْهُمْ، أَوْ أَوْصِيَّ لَهُمْ وَيَقْبَلُهُ الْقَاضِي، أَوْ مَا وُجِدَ تَحْتَ يَدِهِ عِنْدَ اَلْتِقَاطِهِ يَكُونُ مَلْفُوفًا عَلَيْهِ أَوْ مَشْدُودًا عَلَى ثَوْبِهِ أَوْ مَوْضُوعًا عَلَيْهِ، وَمَا هُوَ مَذْفُونٌ فِي الْأَرْضِ تَحْتَهُ فَلَيْسَ هُوَ لَهُ إِلَّا أَنْ تُوْجِدَ مَعَهُ رُفْعَةً مَكْتُوبَةً بِأَنَّهُ لَهُ فَهُوَ لَهُ عَلَى أَظْهَرَ الْوُجْهِينِ، وَإِنْ كَانَ بِالْقُرْبِ مِنْهُ مَالٌ

(١) قال النووي: المختار الجزم بتقديم القروي مطلقاً، كما قاله ابن كج، وإنما يجوز النقل إذا لم يعارضه معارض. والله أعلم.

(٢) قال ابن الرفعة: وما قال إنه «قياس قوله» صحيح إن كان مأخذه فيما تقدم منع النقل من البادية إلى الحاضرة؛ لأجل لحاظ النسب، لكنه قد يكون مأخذه تضرر الطفل بمجرد النقل مع استغنائه عنه، وهو مظنة الهلاك في الجملة.

مَوْضُوعٌ أَوْ دَابَّةٌ مَشْدُودَةٌ فَيَبِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ وُجِدَ اللَّقِيطُ فِي دَارٍ، فَالِدَارُ لَهُ، لِأَنَّهُ تَحْتَ يَدِهِ  
وَإِخْتِصَاصِهِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ أَنْفَقَ الْإِمَامُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ وَرَعَهُ عَلَى مَنْ  
رَأَى مِنْ أَغْنِيَاءِ الْمُسْلِمِينَ، ثُمَّ لَا رُجُوعَ عَلَيْهِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ إِنْ ظَهَرَ رِقَّةٌ رَجَعَ بِهِ عَلَى سَيِّدِهِ،  
وَإِنْ ظَهَرَ حَرًّا مُوسِرًا وَكُسُوبًا فَعَلَيْهِ، وَإِنْ ظَهَرَ فَقِيرًا قُضِيَ ذَلِكَ مِنْ سَهْمِ الْفُقَرَاءِ  
وَالْمَسَاكِينِ مِنَ الصَّدَقَاتِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: غَرَضُ الْفَصْلِ بَيَانُ أَنَّ اللَّقِيطَ مِمَّنْ يَنْفَقُ عَلَيْهِ، وَلَا يَخْلُو حَالَهُ، إِمَّا  
أَنْ يُوْجَدَ لَهُ مَالٌ، أَوْ لَا يُوْجَدُ، فَإِنْ وُجِدَ، فَتَفَقَّطَهُ فِي مَالِهِ، وَمَالُهُ يَنْقَسِمُ إِلَى مَا يَسْتَحِقُّهُ  
لِعُمُومِ كَوْنِهِ لَقِيطًا وَإِلَى مَا يَسْتَحِقُّهُ بَخْصُوصِهِ.

أَمَّا الْأَوَّلُ، فَكَالْحَاصِلِ مِنَ الْأَوْقَافِ الْعَامَّةِ عَلَى اللَّقَطَاءِ، قَالَ فِي الْكِتَابِ: «هُوَ مَا  
وُقِفَ عَلَى اللَّقَطَاءِ، أَوْ مَا وَهَبَ مِنْهُمْ، أَوْ أَوْصِيَ لَهُمْ»، وَأَجْرِي الْهَبَةِ وَالْوَصِيَّةِ مُجْرَى  
الْوَقْفِ مِنْ وَقُوعِهِمَا لِلْقَطَاءِ عَامَّةً، وَلَمْ يَذْكَرْ فِي «الْوَسِيَّةِ» بِهَذِهِ اللَّفْظَةِ وَلَكِنْ قَالَ:  
«وَمَالُهُ بِالْوَصِيَّةِ لِلْقِيطِ وَالْوَقْفِ عَلَيْهِ وَالْهَبَةِ مِنْهُ»، وَهَذَا أَوْضَحُ؛ لِأَنَّ الْهَبَةَ لِغَيْرِ مَعِيْنٍ مِمَّا  
تُسْتَبَعَدُ، فَيَجُوزُ تَنْزِيلُ مَا فِي الْكِتَابِ عَلَى مَا ذَكَرَهُ هُنَا، وَيَجُوزُ أَنْ تَنْزِلَ الْجَهَةُ الْعَامَّةُ  
بِمَنْزِلَةِ الْمَسْجِدِ، حَتَّى يَجُوزَ تَمْلِكُهَا بِالْهَبَةِ؛ كَمَا يَجُوزُ الْوَقْفُ عَلَيْهَا، وَحِينَئِذٍ يَقْبَلُهُ  
الْقَاضِي، فَإِنْ كَانَ كَذَلِكَ، فَالْأَسْتِحْقَاقُ فِي الصُّورِ الثَّلَاثَةِ بِجَهَةِ كَوْنِهِ لَقِيطًا، وَإِنْ فُرِضَ  
الْوَقْفُ عَلَيْهِ خَاصَّةً أَوْ الْهَبَةُ أَوْ الْوَصِيَّةُ لَهُ، فَهُوَ مِمَّا يَسْتَحِقُّهُ بَخْصُوصِهِ.

وَقَوْلُهُ «وَيَقْبَلُهُ الْقَاضِي» يَعْنِي مَا لِلْقَطَاءِ مُطْلَقًا، وَرَبَّمَا يُوْجَدُ بَدَلَهُ «وَقَبْلَهُ الْقَاضِي»  
يَعْنِي مَا وَهَبَ أَوْ أَوْصِيَ، وَكِلَاهُمَا جَائِزٌ، وَمِمَّا يَسْتَحِقُّهُ بَخْصُوصِهِ مَا يُوْجَدُ تَحْتَ يَدِهِ  
وَإِخْتِصَاصِهِ، فَإِنَّ لِلصَّغِيرِ يَدًا وَإِخْتِصَاصًا كَالْبَالِغِ، وَالْأَصْلُ الْحَرِيَّةُ، مَا لَمْ يَعْرِفْ غَيْرَهَا،  
وَذَلِكَ كَثِيَابُهُ الْمَلْفُوفَةُ عَلَيْهِ الْمَلْبُوسَةُ وَالْمَفْرُوشَةُ تَحْتَهُ، وَمَا غُطِّيَ بِهِ مِنْ لِحَافٍ أَوْ غَيْرِهِ،  
وَمَا شُدَّ عَلَيْهِ، أَوْ عَلَى ثَوْبِهِ، أَوْ جُعِلَ فِي جَيْبِهِ مِنْ حُلِيِّ أَوْ دِرَاهِمٍ وَغَيْرِهَا، وَكَذَا الدَّابَّةُ  
الَّتِي تَوْجَدُ مَشْدُودَةً عَلَيْهِ، وَالَّتِي عَنَانُهَا بِيَدِهِ أَوْ هِيَ مَشْدُودَتَيْنِ فِي وَسْطِهِ أَوْ ثِيَابِهِ،  
وَالْمَهْدُ الَّذِي هُوَ فِيهِ، وَكَذَا الدَّنَانِيرُ الْمَثْوُورَةُ فَوْقَهُ، وَالْمَصْبُوبَةُ تَحْتَهُ، وَتَحْتَ فِرَاشِهِ.

وَحَكَى الْقَاضِي ابْنَ كَيْجٍ وَجْهَيْنِ فِي الَّتِي هِيَ تَحْتَهُ، وَكَذَا لَوْ كَانَ فِي خِيْمَةٍ أَوْ دَارٍ  
لَيْسَ فِيهَا غَيْرُهُ، فَهَمَّا لَهُ، وَعَنْ «الْحَاوِي» وَجْهَانِ فِي الْبُسْتَانِ<sup>(١)</sup>، وَلَوْ كَانَ بَقْرِيهِ ثِيَابٌ  
وَأَمْتَعَةٌ مَوْضُوعَةٌ أَوْ دَابَّةٌ، فَوَجْهَانِ:

(١) كَذَا أَطْلَقَهُ، وَالتَّصْوِيرُ إِذَا لَمْ يَحْكَمْ لَهُ بِالْمَكَانِ، فَإِنْ حَكَمَ لَهُ بِالْأَرْضِ فَهُوَ لَهُ صَرَحَ بِهِ الدَّارِمِيُّ  
وَهُوَ ظَاهِرٌ، وَكَلَامُهُمْ فِي بَابِ الرِّكَازِ مَصْرُوحٌ بِهِ.

أصْحُهُمَا: أَنَّهَا لَا تَجْعَلُ لَهُ؛ كَمَا لَوْ كَانَتْ بَعِيدَةً عَنْهُ.

والثاني: تُجْعَلُ لَهُ؛ لِأَنَّ مِثْلَ هَذَا يَثْبِتُ الْبَيْدَ، وَالِاخْتِصَاصَ فِي حَقِّ الْبَالِغِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الْأَمْتَعَ الْمَوْضُوعَةَ فِي السُّوقِ بِقُرْبِ الشَّخْصِ يُجْعَلُ لَهُ وَالْمَالُ الْمَدْفُونُ تَحْتَهُ يُجْعَلُ لَهُ<sup>(١)</sup>؛ لِأَنَّهُ لَا يَقْصِدُ بِالذَّفْنِ الضَّمَّ إِلَى الطِّفْلِ بِخِلَافِ مَا يُلْفُ عَلَيْهِ، وَيَوْضَعُ بِالْقُرْبِ مِنْهُ، لَكِنَّ، لَوْ وَجَدْتَ مَعَهُ أَوْ فِي ثِيَابِهِ رَقْعَةً فِيهَا أَنْ تَحْتَهُ دَفِينًا وَأَنَّهُ لَهُ، فِيهِ وَجْهَانِ، حَكَاهُمَا الْإِمَامُ:

أَظْهَرُهُمَا عِنْدَ صَاحِبِ الْكِتَابِ: أَنَّهُ لَهُ بِقَرِينَةِ الرَّقْعَةِ، وَقَدْ يَتَّفِقُ فِي الْعُرْفِ مِثْلَهُ..

والثاني: أَنَا نَجْرِي عَلَى الْقِيَاسِ، وَلَا ثُبَالِي بِالرَّقْعَةِ، وَهَذَا مَا يُوَافِقُ كَلَامَ أَكْثَرِهِمْ<sup>(٢)</sup>.

قال الإمام: وَمَنْ عَوَّلَ عَلَى الرَّقْعَةِ، فَلَيْتَ شِعْرِي؛ مَا يَقُولُ فِيمَا إِذَا أُرْشِدَتْ الرَّقْعَةُ إِلَى دَفِينٍ بِالْبُعْدِ أَوْ دَابَّةً مَرْبُوطَةً بِالْبُعْدِ<sup>(٣)</sup>.  
لَوْ كَانَتْ الدَّابَّةُ مَشْدُودَةً بِاللَّقِيطِ [وَعَلَيْهَا رَاكِبٌ].

قال القاضي ابن كج: هِيَ بَيْنَهُمَا، وَمَا سِوَى الدَّفِينِ مِنْ هَذِهِ الْأَمْوَالِ، إِنْ لَمْ يَجْعَلْ لِلَّقِيطِ، فَهِيَ لِقِطَةٌ، وَالدَّفِينِ قَدْ يَكُونُ رِكَازًا، وَقَدْ يَكُونُ لِقِطَةً، عَلَى مَا تَقَدَّمَ، هَذَا إِذَا عُرِفَ لَهُ مَالٌ، فَإِنْ لَمْ يُعْرَفْ، فَقَوْلَانِ:

أصْحُهُمَا، وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ: أَنَّهُ يَنْفِقُ الْإِمَامُ عَلَيْهِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ مِنْ سَهْمِ الْمَصَالِحِ؛ لَمَّا رُويَ عَنْ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّهُ اسْتَشَارَ الصَّحَابَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - فِي نَفَقَةِ اللَّقِيطِ، فَقَالُوا: مِنْ بَيْتِ الْمَالِ<sup>(٤)</sup>، وَلِأَنَّ الْبَالِغَ الْمَعْتَبَرَ يُنْفِقُ عَلَيْهِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ، فَالَلَّقِيطُ الْعَاجِزُ أَوْلَى.

(١) وجزم به الدارمي في الاستذكار ووجهه ابن الرقعة بأنا لو رأينا مع البالغ رقعة مثل ذلك لم يحكم له بذلك في حق الصغير، وقد يقال: إن البالغة لو ادعاه ينبغي تصديقه ولا أثر للرقعة بخلاف الصبي.

(٢) قال النووي: مقتضاه أن يجعله للقيط، فإن الاعتماد إنما هو على الرقعة، لا على كونه تحت. والله أعلم.

(٣) وبه جزم في الذخائر فقال بعد حكاية وجه العمل بالرقعة: ويلزم على هذا طرده في الدفين، وإن بعد والدابة المربوطة على بعد أيضاً.

وقال الإمام: إن الدفين مطلقاً بمثابة الشيء البعيد عن اللقيط.

(٤) أورده الماوردي في الحاوي والشيرازي في المهذب، ولم يقف له على أصل، وإنما يعرف من قصة أبي جميلة: أن عمر قال: وعلينا نفقته من بيت المال، لكن لم ينقل أن أحداً من الصحابة أنكر عليه. قاله في التلخيص.

والثاني: أنه لا تكون في بيت المال؛ لأن مال بيت المال يُصرف إلى ما لا وجه له سواه، واللقيط يجوز أن يكون رقيقاً، فنفقته على سيده، أو حرّاً له مال، أو قريب، فنفقته في ماله، أو على قريبه، فعلى هذا، يستقرض الإمام لنفقته من بيت المال، أو من واحد من الناس، فإن لم يكن في بيت المال شيء، ولم يُقرضه أحد من الناس، جمع الإمام أهل الثروة من البلد، وقسط عليهم نفقته، ويجعل نفسه منهم، ثم إن بان رقيقاً، رجعوا على سيده، وإن كان حرّاً له مال أو قريب، فالرجوع عليه، وإن بان حرّاً لا قريب له ولا مال ولا كسب، قضى الإمام حقهم من سهم الفقراء والمساكين أو الغارمين، كما يراه<sup>(١)</sup>.

وإن قلنا بالأول الأصح، فلو لم يكن في بيت المال مال، أو كان هناك ما هو أهم؛ كسد نغر يغطم ضرره، لو ترك، قام المسلمون بكفائته، ولم يجز لهم تضييعه، ثم طريقه طريق الثقة، أو طريق القرض؟ فيه قولان:

أحدهما: طريق الثقة؛ لأنه محتاج عاجز؛ فأشبهه المجنون والفقير والزمن، فعلى هذا؛ إذا قام به بعضهم، حصل العرض، واندفع الحرّج، عن الباقيين، وإن امتنعوا أتم جميعهم، وطالبهم الإمام، فإن أصروا، قاتلهم، وعند التعذر، يستقرض على بيت المال، ويفق عليه.

والثاني: أن طريقه طريق القرض، حتى يثبت الرجوع؛ كما يبذل الطعام للمضطر بالعوض؛ وهذا؛ لأنه يجوز أن يكون رقيقاً، أو يكون له مال أو قريب، كما تقدّم، فعلى هذا؛ إن تيسر الاستقراض، فذاك، وإلا، قسط الإمام نفقته على الموسرين من أهل البلد، ثم إن ظهر عبداً، فالرجوع على سيده، وإن ظهر له مال أو اكتسبه، فالرجوع عليه، فإن لم يكن شيء، قضى من سهم المساكين، أو الغارمين، وإن حصل في بيت المال مال، قبل بلوغه ويساره، قضى منه؛ لأننا نرفع على أنه، إذا كان في بيت المال

(١) قال النووي في زيادته: اعتباره القريب غريب، قل من ذكره، وهو ضعيف، فإن نفقة القريب تسقط بمضي الزمان والله أعلم.

قال البلقيني: تضعيف النووي ما ذكره الرافعي من اعتبار القريب عجيب، فإن نفقة القريب لا تسقط بمضي الزمان عند استقراض القاضي أو أزيد في الاستقراض لعينه أو امتناع. وقد صرح بما ذكره الرافعي والرويانى في البحر فقال: وإن بان عبداً أرجع بالنفقة على سيده، وإن بان له أب غني أخذها من أبيه، وما ذكره الرويانى اتبع فيه القاضي الماوردي، فإنه جزم بذلك في الحاوي وهو الصواب. انتهى.

وما ذكره الماوردي ذكره الشيخ في المهذب وعزاه في الخادم أيضاً لصاحب التهذيب والعدة والقاضي حسين، وقد زعم بعضهم أنه لا خلاف فيه، لكن في تعليق ابن أبي هريرة ما يساعد النووي، ثم ساق لفظه فحصل خلاف في المسألة.

مَالٌ فَنَفَقْتُهُ مِنْهُ، وَإِنْ حَصَلَ فِي بَيْتِ الْمَالِ أَوْ حَصَلَ لِلْقَيْطِ مَالٌ دَفْعَةً وَاحِدَةً، فَصَى مِنْ مَالِ اللَّقَيْطِ، كَمَا إِذَا كَانَ لَهُ مَالٌ، وَفِي بَيْتِ الْمَالِ مَالٌ، تَكُونُ نَفَقَتُهُ فِي مَالِهِ، وَلَمْ يَتَعَرَّضِ الْأَصْحَابُ لَطَرْذِ الْخِلَافِ فِي أَنَّهُ إِنْفَاقٌ أَوْ إِقْرَاضٌ، إِذَا كَانَ فِي بَيْتِ الْمَالِ مَالٌ، وَقُلْنَا: إِنَّ نَفَقَتَهُ مِنْهُ، وَالْقِيَاسُ طَرْذُهُ، وَمَا الْأَظْهَرُ مِنْ هَذَا الْخِلَافِ<sup>(١)</sup>؟

إيراد الكتاب يُشْعِرُ بِتَرْجِيحِ الْأَوَّلِ؛ فَإِنَّهُ مَالٌ لَا رُجُوعَ عَلَيْهِ، وَقَدْ قِيلَ: إِنَّهُ، إِنْ ظَهَرَ رِفْعُهُ إِلَى آخِرِهِ، وَيُحْكَى أَنَّهُ اخْتِيَارُ الْقَاضِي الْحُسَيْنِ، وَقَضِيَّةُ سِيَاقِ أَصْحَابِنَا الْعِرَاقِيِّينَ وَغَيْرِهِمْ إِنَّ الثَّانِي أَظْهَرُ.

وحيث قلنا: إِنَّ الْإِمَامَ يُقْسِطُ النِّفْقَةَ عَلَى الْأَغْنِيَاءِ، فَذَلِكَ عِنْدَ إِمْكَانِ الْإِسْتِيعَابِ، فَأَمَّا إِذَا كَثُرُوا، وَتَعَدَّرَ التَّوْزِيْعُ عَلَيْهِمْ، قَالَ الْإِمَامُ: يَضْرِبُهَا السُّلْطَانُ عَلَيَّ مِنْ يَرَاهُ مِنْهُمْ، يَجْتَهِدُ فِيهِ، فَإِنْ أَسْتَوَوْا فِي نَظَرِهِ، تَخَيَّرَ<sup>(٢)</sup>، وَإِلَى هَذَا الْكَلَامِ أَشَارَ صَاحِبُ الْكِتَابِ بِقَوْلِهِ «وزعه على من رآه من أغنياء المسلمين» ثم المراد أغنياء تلك البلدة أو القرية.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: ثُمَّ مَهْمَا كَانَ لِلْقَيْطِ مَالٌ لَمْ يَجْزُ لِلْمَلْتَقِطِ إِنْفَاقَهُ إِلَّا بِإِذْنِ الْقَاضِي، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ قَاضٍ فَلْيُشْهَدْ عَلَيْهِ، فَإِنْ أَنْفَقَ دُونَ إِشْهَادِهِ ضَمِنَ، وَهَلْ يَسْتَقِلُّ بِحِفْظِ مَالِهِ دُونَ إِذْنِ الْقَاضِي؟ فِيهِ خِلَافٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا كَانَ لِلْقَيْطِ مَالٌ، فَهَلْ يَسْتَقِلُّ الْمَلْتَقِطُ بِحِفْظِهِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أحدهما: لا، بل يحتاج فيه إلى إذن القاضي؛ لأنَّ إثبات اليد على المال يفتقر إلى ولاية عامة أو خاصة، ولا ولاية للملتقط.

وأرجحهما على ما يقتضيه إيراد «التهديب» الأستقلال؛ لأنه مستقل بحفظ المالك، بل هو أولى به من القاضي<sup>(٣)</sup>، فكان أولى بحفظ ماله ولقوة يده.

(١) قال النووي: ظاهر كلامهم، أنه إنفاق، فلا رجوع لبيت المال قطعاً، وهذا هو المختار الظاهر. والله أعلم.

قال الشيخ البلقيني: قد تعرض له أبو الفرج الزاز في تعليقه وساق لفظه.

قال في الخادم: ويساعده يعني الشيخ النووي قول الماوردي إذا أوجبناه من بيت المال فلا رجوع بما أنفق منه على اختلاف ما ظهر من أحواله لوجوبها فيه - إلى آخر ما ذكره في أحكام اللقيط.

(٢) لأنه لا سبيل إلى التوزيع على كافةهم ولا سبيل إلى الإقراع بين أقوام لا حصر لهم، فلم يبق إلا ذلك. قال صاحب الذخائر: وفي هذا نظر إذ التفريغ يمكن بأن يؤخذ من جميعهم نفقة شهر أو جميعه أو نحوه أو يؤمر كل منهم بأن ينفق عليه يوماً إذ كلهم سواء في توجه النفقة عليهم وقدرتهم عليها، فلم يتخصص الوجوب بأحد منهم.

(٣) قال النووي: رجح الإمام الرافعي في «المحرر» هذا الثاني.

حكى القاضي ابن كج وعيَّزُهُ وجهين من مَخَاصِمِهِ، إذا ظهرَ للمالِ المخصوصِ باللقِيطِ مُنَازَعٌ، والأصحُّ أَنَّهُ لَا يُخَاصِمُ.

وسواءُ قلنا له: إنه يستقلُّ بالحفظِ أو لا، فليس له إنفاقُه على اللقيطِ إلا بإذنِ القاضي، إذا أمكن مراجعتهُ، ولو أنفق، صار ضامناً ولم يكن له الرجوعُ على اللقيطِ، كمن في يده وديعةٌ ليتيم، فأنفقها عليه، هذا هو المشهور.

وفي كتاب القاضي ابن كج وجهٌ غريبٌ؛ أَنَّهُ لَا يَصِيرُ ضامناً.

وإذا رُفِعَ الأمرُ إلى الحاكم، قلنا: حُذِيَ المَالُ مِنْهُ، وليسلم إلى أمين، لينفق منه على اللقيطِ بالمعروف، أو يَصْرِفُهُ إلى المُلتَقِطِ يوماً بيوم، ثم إن خالف الأَمِينُ، وقتر عليه، مُنِعَ مِنْهُ، وإن أسرف، ضَمِنَ كُلُّ واحدٍ من الأَمِينِ وَالْمُلْتَقِطِ الزيادةَ، والقرارُ على الملتقط، إذا كان قد سلمه إِلَيْهِ، لِحُصُولِ الهَلَاكِ في يده، وهل يجوزُ أن يترك المَالُ من يده؟ ويأذنُ له في الإنفاقِ منه؟

تقدّم عليه مسألة، وهي أَنَّهُ إذا لم يَكُنْ لِلْقَيْطِ مَالٌ، واحتيج إلى الاستقراضِ [له]، هل يجوزُ للقاضي أن يأذنَ للملتقطِ في الإنفاقِ عليه من مالِ نفسه ليرجع؟

والنصُّ أَنَّهُ يجوزُ، ونصُّ في الضالَّةِ أَنَّهُ لَا يَأْذَنُ لِوَأَجِدْهَا من الإنفاقِ عَلَيْهَا من مالِ نفسه؛ ليرجعَ على صاحبها، بل يأخذُ المَالُ منه ويدفعُه إلى أمين<sup>(١)</sup>، ثم الأَمِينُ يدفعُ إِلَيْهِ كُلَّ يَوْمٍ بِقَدْرِ الحاجةِ، فَتَحَرَّبَ الأصحابُ فيهما، قَالَ أَكْثَرُهُمْ: المسألةُ على قولين:

أَحَدُهُمَا: المنعُ في الصورتَيْنِ، وبه قال المزنِّي، وإلا كان قابضاً للغيرِ من مالِ نفسه، ومقبضاً.

وأشبههما عند الشَّيْخِ أَبِي حَامِدٍ: الجوازُ؛ لما في الأخذِ والرَدِّ شيئاً فشيئاً من العُسْرِ والمشقةِ، وَلَا يَبْعُدُ أَنْ يَجُوزَ لِلْحَاجَةِ تَوَلَّى الطرفين، وَيَلْحَقُ الأَمِينُ الأبُ في ذلك، ومثلُ هذا الخلافِ قد سَبَقَ فيما إذا أنفق المَالُ عند هَرَبِ العَامِلِ من المساقاةِ والمكربي عند هَرَبِ الجَمَالِ، وأجراه أبو الفَرَجِ السُّرْحَسِيُّ في إنفاقِ قِيمِ الطُّفْلِ عليه مِنْ مالِ نفسه، وأخذ حزبٌ بظاهرِ النَّصِينِ، وَفَرَّقُوا بَأَنَّ اللقيطَ لا وليَّ له ظاهراً، فجاز أن يَجْعَلَ القاضي المُلتَقِطَ وَلِيّاً، وصاحبُ اللقطةِ قد يكونُ رشيداً لا يولى عليه، جئنا إلى

(١) حكاها ابن هريرة في تعليقه فقال: ولو كان أنفق من مال المنبوذ، ومن غير إذن الحاكم فإن قلنا، في مسألة الجمال لا يرجع به عليهما فهاننا أولى، وإن قلنا: رجع على الجمال احتمال في رجوع اللقيط عليه إذا بلغ وجهان: أحدهما: لا، ويفارق المستاجر؛ لأنه أنفق من ماله، ولو رفع إلى السلطان، وكان له مال كان ينفق عليه من ماله بخلاف المستاجر؛ لأنه كان لا ينفق عليه من مال الجمال بل كان يستقرض عليه.



إِذْنِ الْمَلْتَقِطِ فِي الْإِنْفَاقِ عَلَى اللَّقِيطِ مِنْ مَالِهِ، فَالْأَكْثَرُونَ قَدْ طَرَدُوا الطَّرِيقَيْنِ فِي جَوَازِهِ، وَالْأَحْسَنُ مَا أَشَارَ إِلَيْهِ ابْنُ الصَّبَّاحِ، وَهُوَ الْقَطْعُ بِالْجَوَازِ؛ لِأَنَّ مَا ذَكَرْنَا [ه] مِنْ اتِّحَادِ الْقَابِضِ وَالْمُقْبِضِ لَا يَتَحَقَّقُ هَاهُنَا، بَلْ هُوَ كَقِيمِ الْيَتِيمِ، يَأْذُنُ لَهُ الْقَاضِي فِي الْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ، وَلِيَعِدَ الْمَصِيرَ إِلَى الْمَنْعِ؛ لِمَا حَكَاهُ الْإِمَامُ وَجْهًا عَنِ الْعِرَاقِيِّينَ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - قَالَ: لَا أَمْرُ أَنْ يَكُونَ غَلْطَةً مِنْ نَاسِخٍ، لِأَنَّ الْأَمْرَ أَعْظَمُ مِنْ أَنْ يُحْتَمَلَ ذَلِكَ، فَالطَّرُقُ عَلَى اخْتِلَافِهَا مَشْحُونَةٌ بِالطَّرِيقَيْنِ، وَيَتَّبَعِي أَنْ يَجْرِي هَذَا الْخِلَافُ فِي تَسْلِيمِ مَا اسْتَقْرَضَهُ الْقَاضِي عَلَى الْجِمَالِ الْهَارِبِ إِلَى الْمَكْتَرِيِّ، وَلَا ذِكْرَ لَهُ هُنَا.

وَإِذَا جَوَّزْنَا أَنْ يَأْذُنَ لَهُ فِي الْإِنْفَاقِ، فَأْذِنَ لَهُ، ثُمَّ بَلَغَ اللَّقِيطَ، وَاخْتَلَفَا فِيمَا أَنْفَقَ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَلْتَقِطِ، إِذَا كَانَ مَا يَدَّعِيهِ قَصْدًا لائِقًا بِالْحَالِ، وَقَدْ مَرَّ فِي هَرَبِ الْجِمَالِ حِكَايَةُ وَجْهِ آخَرَ؛ تَفْرِيعًا عَلَى هَذَا الْوَجْهِ؛ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْجِمَالِ، وَالْقِيَاسُ اطْرَادَهُ هَاهُنَا<sup>(١)</sup>. وَإِنْ ادَّعَى مَا يَزِيدُ عَلَى الْمَعْرُوفِ، فَهُوَ مُفْرَضٌ عَلَى نَفْسِهِ بِالتَّفْرِيطِ فَيُضْمَنُ، وَلَا مَعْنَى لِلتَّحْلِيفِ.

قَالَ الْإِمَامُ: لَكِنْ لَوْ وَقَعَ التَّرَاغُ فِي عَيْنِ مَالٍ، فزَعَمَ الْمَلْتَقِطُ أَنَّهُ أَنْفَقَهَا، فَيَصَدَّقُ؛ لِيَقْطَعَ الْمَطَالِبَةَ بِالْعَيْنِ، ثُمَّ يَضْمَنُ كَالْغَاصِبِ، إِذَا ادَّعَى التَّلْفَ، هَذَا، إِذَا أَمَكْنَ مَرَاجَعَةُ الْقَاضِي. أَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي الْمَوْضِعِ قَاضِيًا، فَيَنْفَقُ مِنْ مَالِ اللَّقِيطِ عَلَيْهِ بِنَفْسِهِ، أَوْ يَدْفَعُهُ إِلَى أَمِينٍ لِيَنْفَقَ عَلَيْهِ؟

رَوَى صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» وَغَيْرُهُ قَوْلَيْنِ:

أَصْحَبُهُمَا الْأَوَّلُ، وَحِينَئِذٍ يَنْظُرُ؛ أَنْ أَشْهَدَ عَلَيْهِ، لَمْ يَضْمَنُ؛ لِأَنَّهُ مَوْضِعُ ضَرُورَةٍ، وَفِيهِ وَجْهٌ، وَإِنْ لَمْ يُشْهَدْ، ضَمَنَ، وَفِيهِ وَجْهٌ؛ إِذَا مُطْلَقًا أَوْ عِنْدَ تَعَدُّرِ الْإِشْهَادِ، وَكُلُّ ذَلِكَ كَالْخِلَافِ فِي الرَّجُوعِ، إِذَا هَرَبَ عَامِلُ الْمَسَاقَاةِ أَوْ الْجِمَالِ، وَقَدْ تَرْتَّبَ مَا نَحْنُ فِيهِ عَلَيْهِمَا، وَيُقَالُ: هَذَا أَوْلَى بِالْجَوَازِ، لِأَنَّ لِلْمَلْتَقِطِ نَوْعَ وَلَايَةٍ عَلَى اللَّقِيطِ، فَجَازَ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مَالِهِ عِنْدَ الْعِجْزِ عَنِ الْقَاضِي، وَلِأَنَّ غَرَضَهُ هَاهُنَا أَنْ يَصَدَّقَ؛ فَلَا يَضْمَنُ، وَهَنَّا يَلْزَمُ غَيْرُهُ بِالرَّجُوعِ.

## البَابُ الثَّانِي فِي أَحْكَامِ اللَّقِيطِ

قَالَ الْعَرَّالِيُّ: وَهِيَ أَرْبَعَةٌ: (الأوَّلُ: إِسْلَامُهُ) وَالْإِسْلَامُ يَخْصُلُ اسْتِغْلَالًا بِمُبَاشَرَةٍ الْبَالِغِ، وَلَا يَخْصُلُ بِمُبَاشَرَةِ الصَّبِيِّ وَإِنْ كَانَ مُمَيَّرًا (ح م) عَلَى الْمَذْهَبِ الظَّاهِرِ، نَعَمْ إِذَا

(١) وهذا الذي زعم أنه سبق له في هرب الجمال ليس كذلك، وإنما حكاها فيما إذا أنفق من غير مراجعة الحاكم، ومسألنا في الإذن، قاله في الخادم.

وَصَفَ الْإِسْلَامَ حَيْلَ بَيْنَتَهُ وَبَيْنَ آبُونِهِ حَيْفَةَ الْأَسْتَدْرَاجِ، وَقِيلَ: إِنَّ ذَلِكَ اسْتِخْبَابٌ إِنْ فَرَعْنَاهُ عَلَى الْمَذْهَبِ فِي بَطْلَانِ إِسْلَامِهِ، أَمَا الصَّبِيُّ الَّذِي لَا يُمَيِّزُ وَالْمَجْنُونُ فَلَا يَتَّصَرُفُ إِسْلَامُهُمَا إِلَّا تَابِعًا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مِنْ أَحْكَامِ الْقَيْطِ إِسْلَامُهُ وَكُفْرُهُ. وَأَعْلَمُ أَنَّ إِسْلَامَ الشَّخْصِ قَدْ يَثْبُتُ بِنَفْسِهِ اسْتِقْلَالًا، وَقَدْ يَثْبُتُ بغيرِهِ تَبَعًا.

أما الْقِسْمُ الْأَوَّلُ: فذلك في حَقِّ الْبَالِغِ الْعَاقِلِ، فيصح منه مباشرة الإسلام بالعبارة، إن كان ناطقًا، وبالإشارة، إن كان أخرس.

وأما الصَّبِيُّ<sup>(١)</sup> المميز فلا يصح إسلامه، على ظاهر المذهب، لأنه غير مكلف فأشبهه غير المميز.

والمجنون فيه وجهان آخران:

أحدهما، ويحكى عن ابن أبي هريرة أنا نتوقف، فإن بلغ وأستمر على كلمة الإسلام تبيننا كونه مسلمًا من يومئذ، وإن وصف الكفر، تبيننا أنه كان لغيره، وقد يعبر عن هذا بصحة إسلامه ظاهرًا لا باطنًا، ومعناه أنا نُخْرِجُهُ من زمرة الكفار، ونُلْحِقُهُ بزمرة المسلمين في الظاهر، ولا نُدرِي استمرارًا هذا الإلحاق وعدمه.

والثاني: أنه يصح إسلامه، حتى يُفَرِّقَ بَيْنَهُ وبين زوجته الكافرة، ويرث من قريبه المسلم، لِمَا رُوِيَ أَنَّ عَلِيًّا - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - دَعَا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ إِلَى الْإِسْلَامِ قَبْلَ بُلُوغِهِ، فَأَجَابَهُ<sup>(٢)</sup>. ويحكى هذا الطريق عن الإضطراري، وبه قال أبو حنيفة، وأحمد.

(١) واعتبار التمييز هو المشهور، ولكن صرح الماوردي والحلي بأن لا يكفي بل لا بد معه أن يتصل مذهبه إلى معرفة الحق من الباطل، ويميز ما بين الشبهة والدليل، ويعلم في الجملة أنها شهادة الحق وجعلها ذلك هو محل الخلاف. قال الحلي: وأجمعوا على أن الطفل إذا لقن الشهادة فقالها وهو لا يميزها، ولا يعرف ما يراد بها لم تكن منه إسلامًا.

(٢) قال الحافظ في التلخيص: قال ابن سعد في الطبقات أخبرنا إسماعيل بن أبي أويس حدثني أبي عن الحسن بن زيد بن الحسن قال: إن النبي ﷺ دعا عليًّا إلى الإسلام وهو ابن سبع سنين أو دونها، فأجاب، ولم يعبد وثناً، قط لصغره، وروى البيهقي بسند ضعيف عن علي أنه كان يقول: سبقتكم إلى الإسلام طراً: صغيراً ما بلغت أو أن حلمي، وروى الحاكم في المستدرک عن ابن عباس أن النبي ﷺ دفع الراية إلى علي يوم بدر وهو ابن عشرين سنة، وكانت بدر بعد المبعث بأربع عشرة سنة، فيكون في المبعث ستة أو سبعة أعوام، وفي المستدرک أيضاً من طريق ابن إسحاق أن علياً أسلم وهو ابن عشر سنين، وقال ابن أبي خيثمة أخبرنا قتيبة أخبرنا الليث عن أبي الأسود عن حدثه: أن علياً أسلم وهو ابن ثمان سنين، وأما ما روي عن الحسن أن علياً كان له =

وعن مالكٍ اختلافٌ رواية، وعلى هذا؛ فلو أرتدَّ، صحَّت رِدَّتُهُ أيضاً، ولكن لا يُقْتَلُ، حتى يَنْلُغَ، فإن تابَ، وإِلَّا، قُتِلَ<sup>(١)</sup>.

وإذا قلنا بظاهر المذهب، فقد نصَّ الشافعي - رضي الله عنه - أنه يُحال بينه وبين أبويه وأهله الكفار؛ خيفة أن يستدرجوه، وطمعاً في أن يثبت بعد البلوغ على ما وصفه، فإن<sup>(٢)</sup> وصف الكفر بعد البلوغ، هُدِّدَ وطولب بالإسلام، فإن أصرَّ، رُدَّ إليهم، وفي هذه الحيلولة وجهان مرويان في «النهاية»:

[و] أحدهما: إيراد الكتاب يقتضي ترجيحُه أنها محتومة؛ احتياطاً لأمر الإسلام.

وأشبههُمَا، وهو المذكور في «التتمة»: أنها مستحبة، فيستعطف بوالديه ليؤخذ منهما، فإن آتيا، فلا حيلولة، هَذَا في أحكام الدنيا.

وأما فيما يتعلق بالآخرة، فعن الشيخ أبي محمد: أن الأستاذ أبا إسحاق قال: إذا أضمر الإسلام كما أظهره، كان من الفائزين بالجنة، وإن لم يتعلق بإسلامه أحكام الدنيا، ويعبر عن هذا بأن إسلامه صحيح باطناً لا ظاهراً.

قال الإمام: وفي هذا إشكال؛ لأن من يُحكَّم له بالفوز؛ لإسلامه، كيف لا يُحكَّم بإسلامه؟ وقد يجاب عنه بأنه قد يُحكَّم بالفوز في الآخرة، وإن لم يُحكَّم بأحكام الإسلام في الدنيا، كمن لم تبلِّغه الدعوة<sup>(٣)</sup>.

= حين أسلم خمس عشر سنة، فقد ضعفه ابن الجوزي لاتفاقهم على أنه لما مات لم يجاوز ثلاثاً وستين، واختلف فيهما دونها فلو صح قول الحسن لكان عمره ثمانياً وستين. قلت: قد قيل: إن عمره كان خمساً وستين، فإذا قلنا بما رواه ربيعة عن أنس أن النبي ﷺ أقام بمكة بعد المبعث عشر سنين، فيتخرج قول الحسن على وجه من الصحة، وإن كان الأصح غيره، وقال البيهقي: يحتمل أن يكون قول الصبي المميز في أول البعثة كان محكوماً بصحته، ثم ورد الحكم بغير ذلك، وأما على قول الحسن فلا إشكال، وأغرب من ذلك قول جعفر بن محمد عن أبيه أنه لما مات كان عمره ثمانياً وخمسين سنة، فإن قلنا بالمشهور كان عمره عند المبعث خمس سنين أو ست، وإن قلنا بقول ربيعة عن أنس كان ابن ثمان أو تسع والله أعلم. واحتج البيهقي على صحة إسلام الصبي بحديث أنس: كان غلام يهودي يخدم النبي ﷺ - الحديث - وفيه: أنه مرض فعرض عليه الإسلام فأسلم، وأخرجه البخاري، وبحديث ابن عمر أنه عرض الإسلام على ابن صياد وهو لم يبلغ الحلم، متفق عليه، وبحديث: مروهم بالصلاة لسبع، أخرجه أصحاب السنن.

(١) قال النووي الحكم بصحة الردة بعيد بل غلط. والله أعلم.

(٢) سقط في: د.

(٣) قال في الخادم: فيه أمران:

أحدهما: اعترض عليه ابن الرفعة بأن قول الإمام من يحكم له بالفوز لإسلامه مخرج هذه الصفة، وأجاب ابن أبي الدم بأن الأستاذ لم يحكم له بالفوز لإسلامه بل لإيمانه، ولا يلزم من الحكم =

وغير المميز والمجنون لا يصح إسلامهما مباشرة بالاتفاق، ولا يحكم بإسلامهما إلا على جهة التبعية.

قال العزالي: وللتبعية ثلاث جهات: (الأولى) إسلام أحد الأبوين، فكل من انفصل من مسلم أو مسلمة (م) فهو مسلم، وإن طراً إسلام أحد الأبوين حكم بالإسلام في الحال، وكذا إذا أسلم أحد الأجداد أو الجدات إذا لم يكن الأقرب حياً، فإن كان حياً ففي تبعيته تردد (و)، ثم إذا بلغ وأغرب عن نفسه بالكفر فهو مرتد على أصح القولين، وما سبق من التصرفات لا ينقض، ولو قتل قبل البلوغ لم يسقط القصاص لشبهة الكفر، وإن قتل بعد البلوغ وقبل الإغراب وجبت الدية، وفي القصاص خلاف لأجل الشبهة.

قال الرافعي: إحدى جهات التبعية في الإسلام إسلام الأبوين، أو أحدهما، وذلك يفرض من وجهين:

أحدهما: أن يكون الأبوان أو أحدهما مسلماً يوم العلق، فيحكم بإسلام الولد؛ لأنه جزء من مسلم، وإن بلغ وأغرب عن نفسه بالكفر، فهو مرتد.

والثاني: أن يكونا كافرين يوم العلق، ثم يسليما أو أحدهما، فيحكم بإسلام الولد في الحال، حتى يتعلق القصاص والدية بقتله، ويورث من قريبه المسلم، ويحرم ميراث قريبه الكافر، ويجوز إغتافه عن الظهار، لو كان رقيقاً، وهذا لا تردد فيه، إذا قلنا: إن إسلام الصبي لا يصح، أما إذا صححناه.

قال الإمام: تردد أصحاب أبي حنيفة في تبعيته لمن أسلم من أبويه، وهو موضع التردد؛ لأن الجمع بين إمكان الاستقلال وبين إثبات التبعية بعيد.

وقال مالك - رضي الله عنه - لا يتبع الأم إلا إذا أسلمت إلا أن يكون جنيناً في بطنها.

= بالإسلام المتعلق باللفظ. وهذا منه بناء على تغاير الإيمان والإسلام، والفقهاء لا يفرقون بينهما على أن هذا الذي قاله ابن الأستاذ ما يجيء على القول بأن أطفال الشرك لا يدخلون الجنة، أما إذا قلنا بدخولها كما هو مذهب المحققين فهم من الفائزين بها، وإن لم يضرروا الإسلام، فكيف إذا أضمره وأظهره.

الثاني: ما حكاه عن الإمام من الاستشكال ليس كذلك، فإن الإمام لما نقله قال: ما عندي أن هذا الخبر مخالف فيما صار إليه - يعني محل اتفاق - قال: يجزئ إشكالاً ولم يقل فيه إشكال كما نقله الرافعي عنه.

لنا القياس على هذه الحالة، وعلى ما إذا كانت مُسلمة بعد العُلوق، وذكر صاحب «النهاية» أنه مهما تأخر إسلام أحدهما عن العُلوق فلا فرق بين أن يتفق في حالة أجتنان الولد أو بعد انفصاله، لكن يجوز أن يجعل إسلام أحدهما في حالة الأجتنان، كما لو كان مُسلماً يوم العُلوق؛ جواباً على أن الحمل لا يُعرف حتى يلتحق ذلك بالوجه الأول، وستعرف ما يفترق به الوجهان المفروضان. [و] من معنى الأبوين الأجداد والجدات، سواء كانوا واريثين أو لم يكونوا، فإذا طرأ إسلام الجد، تبعه الطفل، إن لم يكن الأب حياً<sup>(١)</sup>، فإن كان حياً، فوجهان:

أحدهما: أنه لا يتبعه، في الإسلام؛ لأن الجد لا ولاية له في حياة الأب، والجدة لا حضنة لها في حياة الأم.

ومر بهما التبعية؛ لأن سبب التبعية القرابة، وأنها لا تختلف بحياة الأب، وموته؛ كسقوط اللقيط، وحد القذف.

وقوله في الكتاب «وكذا إذا أسلم أحد الأجداد والجدات» إلى آخره، يشتمل ما إذا كان الأقرب متوسطاً بين الذي أسلم، وبين الطفل، وما إذا لم يكن، وهو مجرى على ظاهره حتى لو أسلم الجد للأم، والأب حي، أطرده الوجهان، ثم إذا بلغ الصبي فله حالتان:

الحالة الأولى: إذا أعرب عن نفسه بالإسلام، فقد تأكد ما حكمناه به، وانقطع الكلام.

الحالة الثانية: إذا أعرب بالكفر، ففيه قولان:

أصحهما: أنه مرتد؛ لأنه [لأنه] سبق الحكم بإسلامه جزماً؛ فأشبه من باشر الإسلام ثم ارتد، وما إذا حصل العُلوق في حالة الإسلام.

والثاني: أنه كافر أصلي؛ لأنه كان محكوماً عليه بكفره أولاً، وأزيل ذلك بطريق التبعية، فإذا استقل، انقطعت التبعية، فوجب أن يُعتبر بنفسه، ويقال: إن هذا مخرّج، ومنهم من لم يثبتته، وقطع بالأول، فيجوز أن يُعلم؛ لذلك قوله: «على أصح القولين» بالواو.

التفريع إن حكمناه بكونه مرتداً، لم ينقض شيئاً مما [حكمناه به]، وأمضيناه من أحكام الإسلام، وإن حكمناه: إنه كافر أصلي، فوجهان:

(١) ما رجحه حكاه الماوردي عن أكثر الأصحاب.

قضية هذا البناء أنه لا يستتبع أمه في الإسلام فإنه لا ولاية له على المذهب، وليس كذلك، فإنه لا فرق عندنا في الاستتاع بين الأم والأب خلافاً لمالك.

أحدهما: أنها ممضأة بحالها لجريانها في حالة التبعية.

وأظهرهما: أننا نتبين الانتقاض، ونستدرك ما يُمكن استدراكه حتى يرد ما أخذَه من تركة قريبه المسلم، ويأخذ من تركة قريبه الكافر ما حرّمناه منه، ونُحكّم بأنّ إعتاقه عن الكفارة لم يكن مجزئاً، هذا فيما جرى في الصّغر، فأما إذا بلّغ، ومات له قريبٌ مسلمٌ قَبْلَ أن يُعربَ عن نفسه بشيءٍ، أو اعتق عن الكفارة في هذه الحالة، فإن قلنا: لو أعربَ عن نفسه بالكُفر، وكان مرتداً، أمضينا أحكام الإسلام ولا ينقض. وإن جعلناه كافراً أصلياً، فإن أعربَ بالكُفر تبيناً أنّه لا إزث له، ولا إجزاء عن الكفارة، وإن فات الإعراب بموته أو قُتِل، فوجهان:

أحدهما: إمضاء أحكام الإسلام كما لو مات في الصّغر.

أظهرهما: نتبين الانتقاض، لأنّ سبب التبعية الصّغر، وقد زال، ولم يظهر في الحال حكّمه من نفسه، فترك الأمر إلى الكُفر الأصلي، وعن القاضي حُسين أنّه، لو مات قبل الإعراب وبعد البلوغ، يرثه قريبه المسلم، ولو مات له قريبٌ مسلمٌ، فإزثه عنه موقوف.

قال الإمام: أما التوريث منه، فيخرج على أنّه، إذا مات قبل الإعراب، هل ينقض الحكّم، وأما توريثه، فإن عني بالتوقف أنّه يُقال: أعربَ عن نفسك بالإسلام، فهو قريب، ويُستفاد به الخروج من الخلاف. [و] أما إذا مات القريب، ثم مات هو، وفات الإعراب بموته، فلا سبيل إلى الفرق بين توريثه والتوريث عنه، ولو قُتِل بعد البلوغ، وقبل الإعراب، ففي تعلق القصاص بقتله قولان:

أحدهما: التعلق، كما لو قُتِل قبل البلوغ.

والثاني: المنع؛ لأنّ سكوته يحتمل الكُفر والجُحود.

والقصاص يُدزأ بالشبهة، ويخالف ما قبل البلوغ، فإنه حينئذٍ محكومٌ بإسلامه تبعاً وقد انقطعت التبعية بالبلوغ، والقولان مبنيان على أنّه إذا أعربَ بالكُفر، كان مرتداً أو كافراً أصلياً، إن قلنا بالأول، وجب القصاص، وإن قلنا بالثاني، فلا؛ لكن الظاهر منع القصاص، وإن كان الأظهر كونه مرتداً؛ تعليلاً بالشبهة.

وأما الدية؛ فالذي أطلقوه، وحكوه عن نصّ الشافعي - رضي الله عنه - تعلق الدية الكاملة بقتله، وقياس قولنا - أنّه لو أعربَ بالكُفر، كان كافراً أصلياً أنه لا توجب الدية الكاملة على رأي، كما أنّه إذا فات الإعراب بالموت، يُرد الميراث والإجزاء عن الكفارة على رأي<sup>(١)</sup>.

(١) قال النووي: الصواب مما قاله الشافعي والأصحاب رضي الله عنهم.

رَوَى الإِمَامُ عَنِ الْقَاضِي الْحُسَيْنِ إِجْرَاءَ الْقَوْلِ بِمَنْعِ الْقِصَاصِ يَمْنَعُ الْحُكْمَ بِأَنَّهُ، لَوْ أَعْرَبَ بِالْكَفْرِ، كَانَ مَرْتَدًا وَعَدَّهُ مِنْ هَفَوَاتِهِ.

وقوله في الكتاب: «ولو قُتِلَ قَبْلَ الْبُلُوغِ، لَمْ يَسْقُطِ الْقِصَاصُ؛ لِشُبُهَةِ الْكُفْرِ»، يعني أنه لا يمتنع القصاص بسبب يوهم الكفر بعد البلوغ، إذ الإسلام في الحال مجزوم به.

### «فِرْع»

الصَّبِيُّ الْمَحْكُومُ بِكُفْرِهِ، إِذَا بَلَغَ مَجْنُونًا، حُكِمَهُ حُكْمُ الصَّغِيرِ، حَتَّى إِذَا أَسْلَمَ أَحَدُ وَالِدَيْهِ، تَبِعَهُ، وَإِنْ بَلَغَ عَاقِلًا، ثُمَّ جُنَّ، فَوَجِهَانِ:

إِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ إِذَا طَرَأَ جُنُونُهُ، عَادَتْ وَلَايَةُ الْمَالِ إِلَى الْأَبِ، فَإِذَا أَسْلَمَ، اسْتَتَبِعَهُ، وَهُوَ الْأَصْحَحُ، وَإِلَّا، فَلَا.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: (الْجِهَةُ الثَّانِيَةُ) تَبِعِيَةُ السَّابِي الْمُسْلِمِ، وَمَنْ اسْتَرْقَ طِفْلًا حَكِمَ بِإِسْلَامِهِ (و)، وَإِنْ اسْتَرْقَهُ ذِمِّي لَمْ يُحْكَمْ بِإِسْلَامِهِ عَلَى أَصْحَ الْوَجْهَيْنِ، وَإِنْ بَاعَهُ مِنْ مُسْلِمٍ لَمْ يُحْكَمْ أَيْضًا بِإِسْلَامِهِ لِأَنَّ مَلِكَ الْمُسْلِمِ طَارِيءٌ وَإِنَّمَا ذَلِكَ أَثَرُ الْإِبْتِدَاءِ، وَلَوْ اسْتَرْقَهُ مُسْلِمٌ وَمَعَهُ أَبَوَاهُ لَمْ يُحْكَمْ بِإِسْلَامِهِ، ثُمَّ حُكِمَ هَذَا الصَّبِيُّ حُكْمَ مَنْ قُضِيَ بِإِسْلَامِهِ تَابِعًا لِأَبَوَيْهِ إِذَا بَلَغَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الثَّانِيَةُ: تَبِعِيَةُ السَّابِي، فَإِذَا سَبَى الْمُسْلِمُ طِفْلًا مَنْفَرِدًا عَنْ أَبَوَيْهِ، حَكِمَ بِإِسْلَامِهِ؛ لِأَنَّهُ صَارَ تَحْتَ وَلَايَتِهِ، وَلَيْسَ مَعَهُ مَنْ هُوَ أَقْرَبُ إِلَيْهِ، فَتَبِعَهُ كَمَا تَبِعَهُ الْأَبَوَيْنِ<sup>(١)</sup>.

قال الإمام: وكان السبني، لما أبطل حرّيته، قلبه قلباً كلياً، فعدم عما كان وأستفتح له وجود تحت يد السابي وولايته؛ فأشبه تولّده من الأبوين.

(١) قال النووي: هذا الذي جزم به، هو الصواب المقطوع به في كتب المذهب، وشذ صاحب «المذهب» فذكر في كتاب السير في الحكم بإسلامه وجهين، وزعم أن ظاهر المذهب: أنه لا يحكم به، وليس بشيء، وإنما ذكرته تنبيهاً على ضعفه لئلا يغتر به والله أعلم. ما نقله عن الرافعي الجزم معذور فيه، والصواب خلافه.

وأما دعواه شذوذ صاحب المذهب بالخلاف والترجيح فليس كذلك، فإن الشيخ تابع فيهما الماوردي فقال: والضرب الثاني أن يسبى وحده دون أبويه ففيه وجهان: أحدهما: وهو الظاهر من مذهب الشافعي أنه لا يتبع سائبه في الإسلام ويكون حكمه في الشرح حكم أبويه؛ لأن يد السابي استرقاق فلم يوجب إسلامه كالسيد والوجه الثاني أنه يتبع الأب في إسلامه؛ لأنه قبل البلوغ تبع لغيره.

ولو كان السابي ذمياً، فوجهان:

أحدهما: أنه يُحكّم بإسلامه أيضاً؛ لأنه، إذا أسبناه، صار من أهل دار الإسلام؛ لأنّ الذمّي من أهلها، فيجعل مسلماً تبعاً للدار.

وأصحهما: المنع؛ لأنّ كونه من أهل الدار، لم يؤثّر فيه وفي حقّ أولاده<sup>(١)</sup>، فكيف يؤثّر في حقّ مسبّيه، وتبعيّة الدار إنّما تؤثّر في حقّ من لا يُعرّف حاله ونسبّه، ثم لو باعّه الذمّي من مسلم، لم يُحكّم بإسلامه<sup>(٢)</sup> أيضاً؛ لأنّ ملك المسلم طراً، وهو رقيق، وإنما التبعيّة أثرُ ابتداء الملك، فإنّ عنده يتحقّق تحوّل الحال، وكذلك سبي الزوجين يقطع النكاح، وتجدّد الملك على الرقيق لا يقطعه، ولو سبّيه ومعه أبواه أو أحدهما، لم يُحكّم بإسلامه<sup>(٣)</sup>؛ خلافاً لأحمد في إحدى الروايتين [عنه]؛ لأنّ والديه أقرب إليه من سابيّه، فكان أولى بالاستبّاع.

وقال الإمام: وكان لا يبيد أن يبالي بهما حيث أتبعناه السابي مع وجود الأبوين، إذا لم يكونا معه، وقلنا: كأنه ولدٌ جديدٌ، ولكن لم يختلف الأصحاب في ذلك،

(١) قال في الخادم: فيه أمور:

أحدها: في تصوير المسألة إشكال؛ لأنه إن كانت الصورة فيما إذا سرقه من دار الحرب كما صورها البغوي في فتاويه قلنا: خلاف في أن المسروق هل يختص به السارق أم هو غنيمة، فإن قلنا: غنيمة وهو المذهب، فللمسلمين منه شيء ويده نائمة عنهم فينبغي الجزم بإسلامه، وقد قال القاضي حسين إذا قلنا: لا يصير مسلماً بسبي الذمي فاجتمع على سببه مسلم، وذمي صار مسلماً تغليبا لحكم الإسلام وإن قلنا: يختص به فيمكن التصوير به لكنه تفرّج على الضعيف، وتعليل الأصحاب صريح في أن التصوير فيما إذا كان الملك له.

الثاني: إنّما يحكم بإسلام مسبي الذمي بعد دخوله به دار الإسلام لا قبله. صرح به البغوي في فتاويه.

الثالث: لم يتعرض لما إذا قلنا بالأصح وهو أنه لا يحكم بإسلامه ما حكمه ومقتضى كلام الجمهور أنه يتبع السابي في ذمته، وبه صرح الشيخ أبو حامد في تعليقه والقفال في فتاويه والدارمي ويقتضي ذلك أنه لو كان الصغير يهودياً سباه نصراني أو بالعكس أنه يكون على دين السابي. وهذا هو قضية ما نقله الرافعي عن تعليل الإمام أن السبي قلبه قلباً كلياً استفتح له وجود مطلق فأشبه تولده بين الأبوين.

(٢) كذا قطع به، وفي الوسيط وجه أنه لا يحكم بإسلامه؛ لأننا جعلنا وقوع الصبي في يد المسترق كوقوعه في دار الإسلام، وهو ضعيف فإن دار الإسلام إذا لم تؤثر في السائب وهو الذمي ولم يكن مسلماً بذلك فكيف تؤثر فيمن سباه وكيف يثبت للتابع حكم لم يثبت للمتبوع ولا أثر أيضاً في أولاد المتبوع.

(٣) قال في البحر عن الماسرجسي قال: سمعت ابن أبي هريرة يقول: لو سبّيه مع جده فهل يتبع السابي في الإسلام أو الجد فيه وجهان.



وكانَّهم يقولون: إذا لم نَرَهُمَا، فلا نبحث عن بقائهما، وإذا كانا معه، ثم ماتا، لم نحكم بإسلامه أيضاً لما مرَّ من أنَّ التبعيَّة إنما تثبت في ابتداء السنِّي<sup>(١)</sup>.  
وحكم الصبيِّ المحكوم بإسلامه تبعاً للسَّابي، إذا بلغ حكم الذي حكم بإسلامه تبعاً لأبويه، إذا بلغ.

### «فَرْعٌ»

إذا أعربا بالكفر، وجعلناهما كافرَيْن أصليَيْن، ألحقناهما بدار الحرب، فإن كانا كفرهما مما يجوز التفرير عليه بالجزية، قرَّناهما، ولو أعربا بنوع من الكفر غير ما كانا موضوعين به، فهما منتقلان من ملَّة إلى ملَّة، وفيه تفصيلٌ وخلافٌ يُذكرُ في «التَّكاح».

آخر: [و] القولُ في تجهيزهما والصلاة عليهما ودْفِنِهَما في مقابرِ المُسلمين، إذا ماتا بغد البلوغ وقبل الإعراب يتفرَّع على القولين في أنهما، لو أعربا بالكفر، كانا مرتدَّين أو كافرَيْن أصليَيْن<sup>(٢)</sup>.

ورأى الإمام أن يتساهل في ذلك ويقام فيهما شعارُ الإسلام.

قال العزاليُّ: (الجهةُ الثالثةُ) تبعيَّة الدَّارِ وَهُوَ المَقْصُودُ، فكلُّ لَقِيْطٍ وُجِدَ في دَارِ الإسلامِ فَهُوَ مَحْكُومٌ بِإِسْلَامِهِ، وَإِنْ وُجِدَ في دَارِ الحَرْبِ فَكافِرٌ، إِلَّا إِذَا كَانَ فِيهَا مُسْلِمٌ ساكِنٌ مِنْ تاجِرٍ أو أسيرٍ ففِيهِ خِلافٌ، ثُمَّ إِذَا بَلَغَ وَأَعْرَبَ عَن نَفْسِهِ بِالْكَفْرِ فَقَدْ قِيلَ: إِنَّهُ كافرٌ أصليٌّ وَلَيْسَ بِمُرتَدٍّ لِأَنَّ تَبَعِيَّةَ الدَّارِ ضَعِيفَةٌ وَكَأَنَّهُ تَوَقَّفَ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: فِيهِ قَوْلَانِ كَمَا فِي تَبَعِيَّةِ السَّابِي وَالْوَالِدَيْنِ، فَإِذَا قُلْنَا: إِنَّهُ كافرٌ أصليٌّ ففِي التَّوَقُّفِ فِي الأَحْكامِ

(١) قال النووي في زيادته: معنى «سبي معه أحد أبويه»، أن يكونا في جيش واحد وغنيمة واحدة، ولا يشترط كونها في ملك رجل. قال البغوي في كتاب الظهار: إذا سباه مسلم، وسبى أبويه غيره، إن كان في عسكر واحد، تبع أبويه. وإن كان في عسكرين تبع السابي والله أعلم.  
قال في الخادم: فيه أمور:

أحدهما: إن هذا لا يحسن عده من الزوائد فإن الرافعي ذكره في كتاب الكفارة أيضاً.

الثاني: ما ذكره من تبين كلامهم تنبه له صاحب الوافي أيضاً.

الثالث: قضيته أنه لا فرق بين أن يكون السبي في وقت واحد أو في وقتين. والقياس أنه لو تقدم سبي الولد وتمت حيازته قبل سبي أحد أبويه أتبع السابي ولا يؤثر سببهما أو سبي أحدهما بعد ذلك وإن اتحد الجنس أو السابي بخلاف ما لو سببا معاً أو بعد سبي الأصل، لأن التبعيَّة لا تثبت في الابتداء السبي. قالوا: فيما لو مات من كان معه من أبويه فإنه لا يتبع السابي.

(٢) قال النووي: الذي رآه الإمام هو المختار أو الصواب؛ لأن هذه الأمور مبنيَّة على الظواهر وظاهره الإسلام.

الْمَوْقُوفَةَ عَلَى الْإِسْلَامِ نَظَرًا، وَمَالَ صَاحِبَ التَّغْرِيبِ إِلَى التَّوَقُّفِ وَبِهِ عَلَّلَ نَصَّ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فِي سُقُوطِ الْقِصَاصِ عَنْ قَاتِلِهِ، وَلَا خِلَافَ فِي أَنَّهُ لَوْ أَقَامَ ذِمِّيٌّ بَيْتَهُ عَلَى نَسَبِهِ اتَّحَقَّ بِهِ وَتَبِعَهُ فِي الْكُفْرِ فَيُدُلُّ عَلَى ضَعْفِ الْحُكْمِ بِالْإِسْلَامِ، وَلَوْ ائْتَصَرَ الذَّمِّيُّ عَلَى مُجَرَّدِ الدَّعْوَى، لِحَقِّهِ النَّسَبِ، وَفِي تَغْيِيرِ حُكْمِ الْإِسْلَامِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ تَابِعٌ لِلنَّسَبِ خِلَافًا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِنَّمَا قَالَ: «هِيَ الْمَقْصُودَةُ»؛ لِأَنَّ الْغَرَضَ مِنْ عَقْدِ الْبَابِ بَيَانُ أَحْكَامِ اللَّقِيطِ فِي الْإِسْلَامِ وَغَيْرِهِ.

وَالجِهَتَانِ السَّابِقَتَانِ لَا تُفَرِّضَانِ فِي حَقِّ اللَّقِيطِ، حَتَّى يَعْرِفَ بِهِمَا إِسْلَامَهُ، وَإِنَّمَا يُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ بِهَذِهِ الْجِهَةِ الثَّلَاثَةِ.

وَاللَّقِيطُ، إِذَا أَنْ يُوجَدَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ أَوْ فِي دَارِ الْكُفْرِ.

وَأَمَّا دَارُ الْإِسْلَامِ، فَقَدْ جَعَلُوهَا عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرُبٍ:

أَحَدُهَا: دَارُ يَسْكُنُهَا الْمُسْلِمُونَ، فَاللَّقِيطُ الَّذِي يُوجَدُ فِيهَا مُسْلِمًا، وَإِنْ كَانَ فِيهَا أَهْلُ الذَّمِّ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ الْمُسْلِمُونَ أَكْثَرَ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ مِنْ أَوْلَادِهِمْ، وَإِلَّا، فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مِنْهُمْ، فَيُغْلَبُ حُكْمُ الْإِسْلَامِ<sup>(١)</sup>.

وَالثَّانِي: دَارُ فَتَحَهَا الْمُسْلِمُونَ؛ وَأَقْرَبُوهَا فِي يَدِ الْكُفَّارِ بِجَزِيَّةٍ بَعْدَمَا مَلَكَوهَا أَوْ صَالَحُوهُمْ، وَلَمْ يَمْلِكُوها، فَاللَّقِيطُ فِيهَا مُسْلِمًا<sup>(٢)</sup>، إِنْ كَانَ فِيهَا مُسْلِمًا، وَإِلَّا فَكَافِرًا.

وَفِي «التَّمَةِ» وَجْهٌ؛ أَنَّهُ يُحْكَمُ بِكَوْنِهِ مُسْلِمًا؛ لَجَوَازِ أَنْ فِيهِمْ مَنْ يَكْتُمُ إِيمَانَهُ، وَأَنَّ اللَّقِيطَ وَلَدَهُ.

وَالثَّلَاثُ: دَارُ كَانَ الْمُسْلِمُونَ يَسْكُنُونَهَا، ثُمَّ جَلُّوا عَنْهَا، وَغَلَبَ عَلَيْهَا الْمَشْرُوكُونَ<sup>(٣)</sup>، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا مَنْ يُعْرِفُ بِالْإِسْلَامِ، فَهُوَ كَافِرًا.

(١) سَكَتَ عَنْ ضَرْبَيْنِ أَحَدَهُمَا: دَارُ لَا مُشْرِكَ فِيهَا أَصْلًا كَالْحَرَمِ، وَقَدْ ذَكَرَهُ الْمَاوَرِدِيُّ قَالَ: وَهُوَ مُسْلِمٌ ظَاهِرًا وَبَاطِنًا، فَأَمَّا دَارُ بِهَا مُشْرِكٌ حَكَمَ بِإِسْلَامِهِ ظَاهِرًا لَكِنْ فِي هَذِهِ الْأَعْصَارِ يَدْخُلُ التَّجَارَ وَغَيْرَهُمُ الْعَبِيدَ فَالْجَوَارِي النَّصَارَى مِنَ الْجِيُوشِ وَغَيْرِهِمْ إِلَى الْحَرَمِ الشَّرِيفِ لَا يُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ إِنْ هَذَا الْأَجْتِيَازُ لَا أَثَرَ لَهُ. وَالثَّانِي: وَجَدَانَهُ فِي الْبَرِيَّةِ، وَقَدْ تَعَرَّضَ لَهُ صَاحِبُ التَّعْجِيزِ، وَحَكَى عَنْ جَدِّهِ أَنَّهُ مُسْلِمٌ تَرْجِيحًا لِلْإِسْلَامِ، وَهَذَا ظَاهِرٌ إِذَا وَجَدَ فِي بَرِيَّةِ دَارِهِ أَوْ بَرِيَّةِ لَيْسَ لِأَحَدٍ عَلَيْهِمْ طَرُوقٌ مِنْهُمْ أَمَا لَوْ وَجَدَ سَرِيَّةَ دَارِ الْحَرْبِ الَّتِي لَا يَطْرُقُهَا مُسْلِمٌ فِيهِ نَظَرًا.

(٢) وَيَشْتَرَطُ كَوْنَ الْمُسْلِمِ أَنْ يُمْكِنَ وَوَلادَتُهُ لِهَذَا اللَّقِيطِ كَابِنِ تَسَعٍ فِصَاعِدًا وَإِلَّا وَجُودَهُ كَالْعَدَمِ وَإِنَّمَا أَهْمَلُوهُ إِحَالَةً عَلَى مَا يَعْرِفُ فِي الْأَسْتِلْحَاقِ.

(٣) لَا يَخْفَى تَصْوِيرُ الْمَسْأَلَةِ بِمَا إِذَا كَانَ بَيْنَ جِلَاءِ الْمُسْلِمِينَ وَغَلْبَةِ الْكُفَّارِ مَدَّةٌ يَلْحَقُ فِيهَا الْوَلَدُ وَهُوَ مَا دُونَ أَرْبَعِ سَنِينَ، فَإِنْ زَادَتْ لَمْ يُحْكَمَ بِإِسْلَامِهِ.

وقال أبو إسحاق المروزي: إنه مسلم، لأن الدار دار الإسلام، وربما بقي فيها من يكتم إيمانه، وإن كان فيها من يعرف بالإسلام، فهو مسلم.

وقال الإمام: يجوز أن تجرى هذه الدار منجرتى دار الكفر؛ لغلبة الكفار عليها.

وأعلم أن عداهم الضرب الثالث من دار الإسلام يبين أنه ليس من شرط دار الإسلام أن يكون فيها مسلمون، بل يكفي كونها في يد الإمام واستيلائه.

وأما عداهم الضرب الثالث منها، فقد يوجد في كلام الأضحاب ما يشعر بأن الاستيلاء القديم يكفي؛ لاستمرار الحكم، ورأيت لبعض المتأخرين تنزيل ما ذكره على ما إذا كانوا لا يمتنعون المسلمين منها، فإن متعوهم، فهي دار كفر.

وأما دار الكفر، إن لم يكن فيها مسلم، فاللقيط الذي يوجد فيها محكوم بكفره، وإن كان فيها تجار من المسلمين ساكنون، فوجهان:

أحدهما: أنه كافر، تبعاً للدار.

وأشبههما، ويحكى عن ابن أبي هريرة: أنه مسلم؛ لقيام الاحتمال؛ تغليبا للإسلام، ويجري الوجهان فيما إذا كان فيها أسارى، ورأى الإمام ترتيب الخلاف [فيه على الخلاف]<sup>(١)</sup> من التجار؛ لأنهم تحت الضبط<sup>(٢)</sup>، قال، ويشبه أن يكون الخلاف في قوم ينتشرون، إلا أنهم ممنوعون من الخروج من البلدة، فأما المحبوسون في المطامير، فينتجه ألا يكون لهم أثر، كما لا أثر لطرق العابرين من المسلمين، وحيث حكمتنا للقيط بالكفر، فلو كان أهل البقعة أصحاب ملل مختلفة، فالقياس أن يجعل [من] خيرهم ديناً<sup>(٣)</sup>. وقوله في الكتاب: «فكل لقيط وجد في دار الإسلام، فهو محكوم بإسلامه» مطلق، لكن قد عرفت بما ذكرنا أن الأمر فيه على التفصيل، إلا أن يريد به الضرب الأول خاصة، فيكون الكلام على إطلاقه.

وقوله: «إلا إذا كان فيها مسلم ساكن» أشار [به] إلى الطروق، والأختياز لا أثر له. إذا عرفت ذلك، فالصبي المحكوم بإسلامه بتبعية الدار، إذا بلغ وأغرب عن نفسه

(١) سقط من: د.

(٢) قال في الخادم فيه أمران:

أحدهما: قضية إطلاق ما صححوه أنه لو كان مسلم واحد بمصر عظيم بدار الحرب ووجد فيه كل يوم مائة لقيط مثلاً أن يحكم بإسلامهم.

الثاني: التقييد بالسكنى يوم اعتبار الشيطان، والظاهر أنه ليس مراده، بل من انقطع عنه حكم السفر كالسكن.

(٣) عبر النووي بقوله «اصونهم» بالنون وهو خير من قول الرافعي القياس أن يجعل من خيرهم ديناً فإنه لا يقال اليهودية خير من النصرانية، كما نقله في باب الردة.

بالكفر، قال الشافعي - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - : «لَا يَتَّبِعُنِي لِي أَنْ أَقْبَلَهُ وَلَا أُجِيزَهُ عَلَى الْإِسْلَامِ» وللأصحاب فيه طريقان :

أحدهما: أن هذا تَرِيدُ قَوْلٍ مِنْهُ، وفي كونه مُرْتَدًّا أو كافرًا أصلياً قولان، كما في المحكوم بإسلامه تبعاً لأبويه أو السَّابِي :

أظهرهما: الْقَطْعُ بأنه كافرٌ أصليٌ بخلاف من يُحَكِّمُ بإسلامه تبعاً لأبويه، أو للسَّابِي، لأنَّ الْحُكْمَ هناك جازٍ عَلَى عِلْمٍ منا بحقيقة الحال، وههنا مبنيٌّ عَلَى ظاهرِ الدَّارِ. فإذا أعرب عن نَفْسِهِ بالكفر، تَبَيَّنَ خِلافُ ما ظنننا [ه]، وَهَذَا كَمَا أَنَّهُ، لو بَلَغَ، وَأَمَرَ بِالرُّقِّ، يُقْبَلُ، وَإِنْ كُنَّا نَقُولُ بِحَرِّيَّتِهِ؛ بِنَاءٍ عَلَى الظاهر، وَإِلَى هَذَا أَشَارَ فِي الْكِتَابِ بِقَوْلِهِ: «لأنَّ تَبَعِيَّةَ الدَّارِ ضَعِيفَةٌ» ثم احتجَّ عَلَى صَحَّتِهَا بِمَسْأَلَتَيْنِ :

إحدهما: إذا جعلناه كافرًا أصلياً عند إِعْرَابِهِ بِالْكَفْرِ، ففي التَّوَقُّفِ فِي الْأَحْكَامِ الْمُوقُوفَةِ عَلَى الْإِسْلَامِ وَجْهَانِ :

أظهرهما: أَنَا لَا نَتَوَقَّفُ، بَلْ نُمْضِيهَا كَمَا فِي الْمَحْكُومِ بِإِسْلَامِهِ بِأَبَوَيْهِ أَوْ بِالسَّابِي .

والثاني، وَإِلَيْهِ مِثْلُ صَاحِبِ «التَّقْرِيبِ»: أَنَا نَتَوَقَّفُ إِلَى أَنْ يَبْلُغَ، فَيُعْرَبَ عَنِ نَفْسِهِ، فَإِنْ مَاتَ فِي صِبَاهِ، لَمْ يَحْكَمْ بِشَيْءٍ مِنْ أَحْكَامِ الْإِسْلَامِ، وَيَجُوزُ أَنْ يُعْلَمَ قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «كَافِرٌ أَصْلِيٌّ» بِالْحَاءِ وَالْأَلْفِ؛ لِأَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ وَأَحْمَدَ يَجْعَلَانِيهِ مُرْتَدًّا .

وقوله: «وكانه تَوَقَّفُ» أَرَادَ بِهِ التَّوَقُّفَ فِي أَحْكَامِ الْإِسْلَامِ، لَكِنَّهُ قَدْ صَرَّحَ بَعْدَ هَذِهِ اللَّفْظَةِ بِتَرُدِّ الْأَصْحَابِ فِي الْمَسْأَلَةِ، فَلَوْ طَرَحَهَا، لَمَا ضَرَّ .

وقوله: «وبه علل نص الشافعي - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - إلى آخره، أَرَادَ بِهِ أَنَّ الْخِلَافَ الَّذِي نَذَكْرُهُ فِي تَعْلُقِ الْقِصَاصِ بِقَتْلِ اللَّقِيطِ، جَعَلَ صَاحِبَ «التَّقْرِيبِ» مَأْخَذَ الْخِلَافِ فِي التَّوَقُّفِ فِي أَحْكَامِ الْإِسْلَامِ، وَالْمَسْأَلَةُ بِشَرْحِهَا وَمَا قِيلَ فِي مَأْخَذِ الْخِلَافِ فِيهَا بَيْنَ يَدَيْكَ .

وهناك يَتَّبِعُنِي أَنَّهُ هَلْ لِلشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - نَصٌّ عَلَى سَقُوطِ الضَّمَانِ، كَمَا ذَكَرَهُ أَمْ كَيْفَ الْحَالُ؟ وَلَيْسَ فِيهَا حِكَاةٌ مِنْ تَعْلِيلِ صَاحِبِ «التَّقْرِيبِ» فِي هَذَا الْفَضْلِ كَثِيرٌ غَرَضٌ، وَيُعْنِي عَنْهُ مَا فِي الْفَضْلِ بَعْدَ هَذَا .

وَأَعْلَمُ أَنَّ قَوْلَهُ فِي أَوَّلِ الْفَضْلِ «فَهُوَ مَحْكُومٌ بِإِسْلَامِهِ» يَنْبَغِي أَنْ يُحْمَلَ عَلَى مَا يَشْتَرِكُ فِيهِ الْحُكْمُ بِالْإِسْلَامِ جَزْماً، وَالتَّوَقُّفُ فِي أَحْكَامِ الْإِسْلَامِ، وَهُوَ الْاِمْتِنَاعُ مِنَ الْحُكْمِ بِكُفْرِهِ وَمَا أَشْبَهَهُ، وَإِلَّا، فَإِذَا حَكَمْنَا بِالْإِسْلَامِ جَزْماً، كَيْفَ يَنْتَظِمُ هُنَا التَّرَدُّ فِي أَحْكَامِهِ؟! وَيَجُوزُ أَنْ يَجْعَلَ الْأَوَّلُ جَوَاباً عَلَى الْأَظْهَرِ، ثُمَّ تَبَيَّنَ بِالْآخِرَةِ أَنَّ فِيهِ خِلَافاً .

المسألة الثانية: المحتجُّ بها، وهي مقصودةٌ في نَفْسِهَا، اللَّقِيطُ الَّذِي وَجِدَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ، لَوْ ادَّعَى ذِمِّي نَسَبِهِ، وَأَقَامَ عَلَيْهِ بَيْنَةَ، لِحَقِّهِ وَتَبَعِهِ فِي الْكُفْرِ، وَأُزْتَفِعَ مَا كُنَّا

نظئُهُ، وهذا يدل على أن تبعية الدار ضعيفة، وإن اقتصر على مجرد الدعوة، ففيه خلاف، وذلك أن المزنِّي حكى في «المختصر» عن نص الشافعي - رضي الله عنه - أنه إذا قال: أحببت أن أجعله مسلماً في الصلاة عليه، وإن أمره بالإسلام، إذا بلغ من غير إجبار، وأنه - رضي الله عنه - قال في «كتاب الدعوى»: أجعله مسلماً، فمن الأصحاب من جعلهما قولين:

أحدهما: أنه يحكم بكفره؛ لأنه يلحقه بالاستلحاق، وإذا ثبت نسبه، تبعه في الدين، كما لو قامت البينة على النسب.

وأظهرهما: المنع؛ لأننا قد حكّمنا له بالإسلام، فلا نغيّره بمجرد دعوى الكافر، وأيضاً، فيجوز أن يكون ولدّه، ولكن من مسلمة؛ وحيث لا يتبع الدين النسب.

وقال أبو إسحاق وغيره: «يقطع بأنه مسلم كما ذكره في الدعوى، ويحمل على ما قاله ههنا على ما إذا قامت البينة على النسب، وهذا أصح الطريقتين عند الأكثرين<sup>(١)</sup>.

والأول هو الذي أورده في الكتاب، فليعلم لفظ «الخلاف» بالواو، وسواء قلنا: يتبعه في الكفر أو لا يتبعه في الكفر، فإنه يحال بينهما كما ذكرنا، فيما إذا وصف المميز الإسلام<sup>(٢)</sup>، ثم إذا بلغ ووصف الكفر، فإن قلنا: إنه يتبعه في الكفر يقرر، ولكنه يهدّد ويخوف أولاً، فعمله يسلم، فإن قلنا: لا يتبعه، ففي تقريره ما سبق من الخلاف.

### «فرع»

قد مر أن اللقيط المحكوم بإسلامه ينفق عليه من بيت المال، إذا لم يكن له مال، وأما المحكوم بكفره، ففيه وجهان:

أقربهما: الإنفاق أيضاً<sup>(٣)</sup>؛ إذ لا وجه لنضيجه، وفيه نظر للمسلمين؛ فإنه إذا بلغ أعطى الجزية.

(١) وخص الماوردي الخلاف بما إذا استلحقه قبل أن يصدر من اللقيط صلاة أو صوم.  
(٢) وقضيته ترجيح عدم الوجوب إذا قلنا: لا يتبعه، وهو مشكل، ولهذا قال ابن الرفعة: قضية إطلاقهم على قولنا: لا يتبعه وجوب الحيلولة.  
(٣) هذا الذي صححه مخالف لنص الشافعي في الأم فإنه قال: وليس للإمام أن ينفق من مال الله على فقير من أهل الذمة. انتهى.

ويوافق ما جزم به الماوردي في الحاوي ونقله ابن الرفعة عنه أن اللقيط المحكوم بكفره لا ينفق عليه من بيت المال؛ لأن مال بيت المال منصوب للمسلمين دون المشركين، ثم إن تطوع أحد من المسلمين أو من أهل الذمة بالنفقة عليه، وإلا جمع الإمام أهل الذمة الذين كان المنبوذ من أظهرهم، ويجعل نفقته مقسطة عليهم ليكون ديناً لهم إذا ظهر أمره، فإن ظهر له سيد أو قريب موسر رجع بها عليه، وإن لم يظهر ذلك كانت ديناً عليه، ويرجعون بقاء في كسبه إذا بلغ. انتهى.

قال الغزالي: (الحكم الثاني) جناية اللقيط، فأرشهُ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ مِنْ غَيْرِ تَوْقِفٍ، كَمَا أَنَّهُ لَوْ مَاتَ فَمَالُهُ لَبَيْتِ الْمَالِ مِنْ غَيْرِ تَوْقِفٍ، وَإِنْ جُنِيَ عَلَيْهِ فَلأَرشُ لَهُ، وَإِنْ قُتِلَ عَمْدًا ففِي الْقِصَاصِ قَوْلَانِ: (و) (أحدهما): أَنَّهُ يَجِبُ لِأَنَّهُ مُسْلِمٌ مَغْضُومٌ (والثاني): لَا يَجِبُ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ وَارِثٌ مُعَيَّنٌ، وَفِي الْمُسْلِمِينَ صَبِيَّانَ وَمَجَانِينُ فَكَيْفَ يَسْتَوْفِي، وَهَذَا يَجْرِي فِي قَتْلِ كُلِّ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ، وَرَزَيْفَ صَاحِبِ «التَّفْرِيبِ» هَذَا لِأَنَّ الْأَسْتِحْقَاقَ لَا يَنْسَبُ إِلَى أَحَادِ الْمُسْلِمِينَ وَعَلَّلَهُ بِالتَّوَقُّفِ فِي إِسْلَامِهِ، فَعَلَى هَذَا يَسْتَوْفِيهِ الْإِمَامُ إِنْ شَاءَ، أَوْ أَخَذَ الْمَالَ لِبَيْتِ الْمَالِ إِنْ رَأَى الْمَضْلَحَةَ فِيهِ، وَإِنْ قُطِعَ طَرَفُهُ فَيَجِبُ الْقِصَاصُ لِأَنَّ مُسْتَحَقَّهُ مُعَيَّنٌ، وَعَلَى تَغْلِيلِ صَاحِبِ «التَّفْرِيبِ» إِنْ كَانَ الْجَانِي مُسْلِمًا تَوْقِفْنَا، فَإِنْ أَعْرَبَ بِالإِسْلَامِ تَبَيَّنَا وَجُوبَهُ، وَإِنْ أَعْرَبَ بِالكُفْرِ تَبَيَّنَا عَدَمَهُ، ثُمَّ إِنْ قَضَيْنَا بِوَجُوبِهِ فَلَا يَسْتَوْفِيهِ الْإِمَامُ (و) لِأَنَّهُ تَفْوِيثٌ، وَهَلْ يَأْخُذُ الْأَرشَ نَظَرَ، فَإِنْ كَانَ الْمَجْنُونِ عَلَيْهِ مَجْنُونًا فَقَبِيرًا أَخَذَهُ، وَإِنْ كَانَ صَبِيًّا غَنِيًّا لَمْ يَأْخُذْهُ، وَإِنْ وَجَدَ أَحَدَ الْمَغْنِيِّينَ فَوَجَّهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَأْخُذُهُ قَبْلَ أَنْ يَأْخُذَ الْإِسْقَاطِ الْقِصَاصِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَقْصُودُ الْفَضْلِ الْقَوْلُ فِي جِنَايَةِ اللَّقِيطِ، وَفِي الْجِنَايَةِ عَلَيْهِ.

أما جنائته، إِنْ كَانَتْ خَطَأً، فموجبها في بيت المال؛ لأنه ليست له عاقلة خاصة، وماله، إذا مات مصروف إلى بيت المال إرثاً.

وقوله: «من غير توقف» يعني أننا لا نخرج الضرب على بيت المال على الخلاف في التوقف، كما لا نتوقف في صرف تركته إلى بيت المال<sup>(١)</sup>، ويجعل الغرم بالغنم.

وإن كانت عمداً نُظِرَ، إِنْ كَانَ قَدْ بَلَغَ، فعليه القصاص عند اجتماع شرائطه، وإن وقعت قبل البلوغ، فإن قلنا: إِنْ عَمِدَ الصَّبِيُّ عَمْدًا، فتجب الدية مغلظة في ماله، فإن لم يكن له مال، [فهو] ففي ذمته إلى أن يجد.

وإن قلنا: إنه خطأ، فتجب مخففة في بيت المال، ولا يخفى أن ما ذكرناه في جناية تحمل بموجبها.

فأما إذا أتلف مالا، فلا يكون الضمان إلا عليه، ولو كان اللقيط محكوماً بكفره،

(١) وفيه نظر من جهة أنا إذا فرعنا على التوقف فينبغي أن لا يتحمل بيت المال أرشه إذ لا يلزم من صرف ماله لبيت المال إرثاً أو فيثاً أن يكون بيت المال متحملاً تفرعاً على التوقف.

لم يضرب بموجب جنايته على بيت المال، وتركته فيء.

وأما الجناية عليه، فأما أن تكون خطأ أو عمدًا:

إن كانت خطأ، نُظِرَ، إن كانت على نفسه، أخذت الدية، ووضعت في بيت المال، وقياس من قال بالتوقف في أحكامه ألا يوجب الدية الكاملة، ولم أر ذكره<sup>(١)</sup>.

وإن كانت على طرفه، فواجبها حق اللقيط يستوفيه القاضي له، ويعود فيه القياس المذكور. وإن كانت عمدًا، فإن قتل، فالنص في «المختصر» وجوب القصاص، وقطع به بعض الأصحاب<sup>(٢)</sup> فيما رواه أبو الفرج الزاز، ولم يُثبتوا فيه خلافاً.

وأثبت الأكثرون فيه قولاً آخر أنه لا يجب القصاص، ثم اختلف فيه هؤلاء في شيئين.

أحدهما في مأخذ القولين:

قال قوم: وجه الوجوب: أنه مسلم مغصوم، ووجه المنع؛ أنه، لو وجب القصاص، لوجب لعامة المسلمين، كما يضرب ماله إليهم، وفي المسلمين صبيان ومجانين.

ومهما كان في الورثة صبيان ومجانين، لا يمكن استبقاء القصاص قبل البلوغ والإفاقة، وأيضاً، فإنه لا بد من اجتماع الورثة على الاستيفاء، واجتماع جميع المسلمين متعذر.

وعن صاحب «التقريب» بناؤهما على أن المحكوم بإسلامه تجرى عليه أحكام الإسلام، أو تتوقف فيه إلى أن يعرب بالإسلام؟

فإن قلنا بالأول، أوجبنا القصاص، وإن قلنا بالثاني، فقد فات الإعراب بقتله، فلا يجري عليه حكم المسلمين، وهذا لو أوصى من ليس له وارث.

قال: والمأخذ الأول فاسد؛ لأن الاستحقاق ينسب إلى جهة الإسلام، لا إلى آحاد المسلمين؛ ولهذا لو أوصى من ليس له وارث خاص لجماعة من المسلمين، لا يجعل ذلك وصية للورثة، فهذان مأخذان للمسألة.

وفرع عليهما الشيخ أبو محمد، ما إذا [أثبت لرجل حق قصاص لم يستوفيه، حتى مات، وورثه المسلمون، فعلى المأخذ الأول في بقاء القصاص القولان، وعلى

(١) قال النووي: الصواب الجزم بالدية الكاملة.

(٢) محل الخلاف كما قاله شارح التعجيز فيما إذا قتل مسلم، فأما إذا قتل كافر فإنه يجب القود قولاً واحداً.

الثاني، يَنْقَى لا محالة، ولو قُتِلَ اللَّقِيطُ بَعْدَ الْبُلُوغِ وَالْإِعْرَابِ بِالْإِسْلَامِ، جَرَى الْخِلَافُ عَلَى الْمَأْخِذِ الْأَوَّلِ دُونَ الثَّانِي، وَلَوْ قُتِلَ بَعْدَ الْبُلُوغِ وَقَبْلَ الْإِعْرَابِ، جَرَى الْخِلَافُ عَلَى الْمَأْخِذَيْنِ، [و] لَكُنْ بِالترتيبِ عَلَى مَا قَبْلَ الْبُلُوغِ، إِنْ مَنَعْنَا الْقِصَاصَ، ثُمَّ فَهِنَا أَوْلَى، وَإِنْ أَوْجَبْنَا الْقِصَاصَ ثُمَّ فَهِنَا وَجْهَان؛ لِقَدْرَتِهِ عَلَى إِظْهَارِ مَا هُوَ عَلَيْهِ مِنَ الْاِخْتِلَافِ.

الثاني في كيفية قول المنع.

ففي «النهاية» نقله عن رواية البُونَيْطِيِّ، وفي «التتمة» عن رواية الرَّبِيعِ، والمفهوم من كلام الْمُعْظَمِ، أَنَّهُ غَيْرُ مَنْصُوبٍ عَلَيْهِ فِي الْمَسْأَلَةِ بِخُصُوصِهَا، وَلَكِنْ قَالَ قَائِلُونَ: اللَّقِيطُ لَا وَارِثَ لَهُ.

وقد رَوَى الْبُونَيْطِيُّ قَوْلًا: أَنَّهُ لَا قِصَاصَ بِقَتْلِ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ، فَيَتَنَاوَلُ اللَّقِيطُ تَنَاوُلَ الْعُمُومِ لِلْخُصُوصِ.

وعن أبي الطَّيِّبِ ابْنِ سَلَمَةَ وَالْقَفَّالِ تَخْرِيجُهُ مِنْ أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ فِي أَنْ مَنْ قَذَفَ اللَّقِيطَ بَعْدَ بُلُوغِهِ لَا يُحَدُّ، وَيُخْرَجُ مِنْ هَذَا مَأْخِذٌ ثَالِثٌ، وَهُوَ دَرْءُ الْقِصَاصِ بِشِبْهِةِ الرِّقِّ وَالْكَفْرِ، ثُمَّ الْأَصْحَحُ مِنَ الْقَوْلَيْنِ وَجُوبُ الْقِصَاصِ بِالِاتِّفَاقِ، وَإِنْ كَانَتِ الْجَنَايَةُ عَلَى طَرَفِ اللَّقِيطِ، فَعَلَى الْمَأْخِذِ الْأَوَّلِ يُقَطَّعُ بِوَجُوبِ الْقِصَاصِ؛ لِأَنَّ الْاِسْتِحْقَاقَ فِيهِ لِلْقِيطِ، وَهُوَ مُتَعَيَّنٌ لَا لِلْعَامَّةِ.

وعلى الْمَأْخِذِ الثَّانِي، إِذَا فَرَعْنَا عَلَى قَوْلِ الْمَنَعِ هُنَاكَ تَتَوَقَّفُ فِي قِصَاصِ الطَّرَفِ، فَلَوْ بَلَغَ وَأَعْرَبَ بِالْإِسْلَامِ، تَبَيَّنًا وَجُوبَهُ، وَإِلَّا، تَبَيَّنَا عَدَمَهُ.

وعلى الْمَأْخِذِ الثَّالِثِ؛ يَجْرِي الْقَوْلَانِ بِلَا فَرْقٍ، وَإِذَا كَانَ الْجَانِي فِي النَّفْسِ أَوْ فِي الطَّرْقِ كَافِرًا رَقِيقًا، جَرَى الْقَوْلَانِ عَلَى الْمَأْخِذِ الْأَوَّلِ دُونَ الثَّانِي وَالثَّالِثِ، هَذَا مَا يَتَعَلَّقُ بِوَجُوبِ الْقِصَاصِ.

أَمَّا اسْتِيفَاؤُهُ، إِذَا قُلْنَا بِالْوَجُوبِ، فِقِصَاصُ النَّفْسِ يَسْتَوْفِيهِ الْإِمَامُ، إِنْ رَأَى الْمُضْلِحَةَ فِيهِ، وَإِنْ رَأَى غَيْرَهُ، عَدَلَ عَنْهُ إِلَى الدِّيَةِ، وَلَوْ لَمْ نَجُوزْ ذَلِكَ، لِأَنَّ تَحَقُّقَ هَذَا الْقِصَاصِ بِالْحُدُودِ الْمَتَّجِهَةِ، وَلَيْسَ لَهُ الْعَفْوُ مَجَانًا؛ لِأَنَّهُ عَلَى خِلَافِ الْمُضْلِحَةِ لِلْمُسْلِمِينَ.

وَأَمَّا قِصَاصُ الطَّرْفِ، فَإِنْ كَانَ اللَّقِيطُ بِالْغَا عَاقِلًا، فَلَا اسْتِيفَاءَ إِلَيْهِ، وَإِلَّا فَلَيْسَ لِلْإِمَامِ اسْتِيفَاؤُهُ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يُرِيدُ التَّشْفِيَّ، وَقَدْ لَا يُرِيدُ الْعَفْوَ فَلَا يَفُوتُ عَلَيْهِ.

وعن الْقَفَّالِ: أَنَّ لَهُ الْاِسْتِيفَاءَ فِي الْمَخْجُونِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَنْتَظِرُ لِإِفَاقَتِهِ وَقَتَّ مُتَعَيَّنٌ، وَالتَّخْيِيرُ لَا إِلَى غَايَةِ قَرِيبٍ مِنَ التَّثْوِيَتِ، وَهَذَا بَعِيدٌ عِنْدَ الْأَصْحَابِ.

وَأَبْعَدُ مِنْهُ أَنَّ أبا الْفَرَحِ السَّرْحَسِيَّ حَكَمَى وَجْهًا مُطْلَقًا فِي جَوَازِ الْأَقْتِصَاصِ؛ مِنْ



حيث يجوز له أخذ الأزش على ما سنبينه؛ - إن شاء الله تعالى - لأنه أحد البدلين، فله استيفاؤه كالثاني، والمذهب الأول.

وإذا لم يستوف القصاص، فهل له أن يأخذ أزش الجناية، نَظَر، إن كان المجني عليه مجنوناً فقيراً، فله الأخذ؛ لأنه يحتاج، وليس لزوال علته غايةً تُنْتَظَر، وإن كان صبيّاً غنياً، لم يأخذه<sup>(١)</sup> لأنه لا حاجة في الحال، ولزوال الصبي غايةً منتظرة، وإن كان مجنوناً غنياً أو فقيراً صبيّاً، فوجهان:

أحدهما: جواز الأخذ لبُعد الإفاقة في الصورة الأولى، وقيام الحاجة في الثانية.

[والثاني: المنع لعدم الحاجة في الأولى، وفزق الانتظار في الثانية،] والظاهر في الصورتين المنع، والاعتبار بالجنون والفقير جميعاً لجواز الأخذ، وحيث قلنا: لا يجوز أخذ الأزش، أو لم تر المصلحة فيه، فيحبس الجاني إلى آوان البلوغ والإفاقة.

وإذا جوزناه، فأخذه، ثم بلغ الصبي، وأفاق المجنون، وأراد أن يرده، ويقتص، ففي تمكينه منه وجهان شبيهان بالخلاف فيما لو عفا الولي عن حق شفعة الصبي للمصلحة، ثم بلغ، وأراد أخذه، والوجهان فيما ذكر صاحب «التقريب» مبنيان على أن أخذ المال عفو كلي، وإسقاط للقصاص أم سببه الحيلولة؛ لتعذر استيفاء القصاص الواجب وقد يرجح التقدير الأول بأن التضحية بالحيلولة، إنما ينقذ، إذا جاءت الحيلولة من قبل الجاني، كما لو غيب الغاصب المغضوب، أو أبق العبد من يده، وههنا، جاء التعذر من قبله، وأيضاً، فلو كان الأخذ للحيلولة، لجاز الأخذ فيما إذا كان المجني عليه صبيّاً غنياً، وما ذكرناه في أخذ الأزش للقيط، جارٍ في كل طفل يليه أبوه أو جدّه بلا فزق.

وحكى الإمام عن شيخه أنه ليس للوصي أخذه، قال: وهذا [أ]حسن، إن جعلناه إسقاطاً، فلا يجوز الإسقاط إلا لوالٍ أو ولي.

أما إذا جوزناه للحيلولة، فينبغي ألا يجوز للوصي أيضاً.

ولتعد إلى ما يحتاج إلى ذكره من لفظ الكتاب:

قوله: «ففي القصاص قولان» يجوز إعلامه بالواو؛ للطريقة القاطعة بالوجوب.

قوله: «وهذا يجري في قتل كل من لا وارث له» ربما أشعر بأن أضل القولين في اللقيط ثم اطرّد في كل من لا وارث له تفرعاً، وقد صرح صاحب «النهاية» به عن الشيخ أبي محمد، لكن فيما قدمناه ما يقتضي خلافه.

(١) نص عليه الجمهور، واستشكله صاحب التمه.

وقوله: «وزيَّف صاحب «التقريب» هذا» يعني توجيه القول، ولك أن توجه الإشكال على مزيفه من وجهين:

أحدهما: أن غاية ما يلزم من كلامه ضعف المعنى الذي وجهوا به قول المنع، والذي وجهه به ضعيف أيضاً؛ لأن قول المنع مرجوح بالاتفاق، ولا يكون ذلك إلا لضعف دليله، ولا ينكر أن الضعيفين قد يكون أحدهما أضعف من الآخر، لكن البحث إذا انتهى إلى مثل ذلك فلي تركه.

والثاني: أن القولين يأتیان في غير اللقيط ممّا لا وارث له، ولا مجال لما ذكره في غير اللقيط، فكما جاز توجيهه بما ذكره في غير اللقيط، جاز في اللقيط.

وقوله: «فعلى هذا» أي على قول الوجوب، وإن كان هذا اللفظ متصلاً بقول المنع.

وقوله: «يستوفيه الإمام إن شاء» ليس على التشهّي، بل إنما يستوفيه، إذا رأى المصلحة فيه كما صرح به في طرف أخذ المال.

وقوله: «من قطع الطرف فيجب القصاص» أي: جزماً، بناء على المأخذ الأول.

وعلى توجيه صاحب «التقريب» يجري القولان، فعلى قول المنع؛ يتوقف.

وقوله: «إن كان الجاني حرّاً مسلماً» لا اختصاص له بهذا الموضع، بل الكفاءة معتبرة في النفس والطرف جميعاً، والشروط المعبر في الحكم لا يتكرر في كل صورة.

وقوله: «فلا يستوفيه الإمام» معلّم بالواو؛ لما سبق.

وقوله: «فإن وجد أحد المعنيتين» يعني المعنيتين المؤثرين في الأخذ، وهما الجنون والفقْر.

قال العزالي: (الحكم الثالث: نسب اللقيط) فإن استلحقه الملتقط أو غيره الحق به؛ لأن إقامة البيّنة على النسب عسير، وإن بلغ فأنكر فهل ينقطع النسب، فيه خلاف، وإن استلحق بالغاً فأنكر لم يثبت، ولو استلحقه عبد فالصحيح من القولين أنه كالحُر (و) في النسب، ولو استلحقه ذمي الحق به، وفي الحكم بكفره تابعاً له ما سبق، وإن استلحقته امرأة ذات زوج لحقها على أقبس الوجهين، وقيل: لا لأنه يتضمّن استلحاقها لحقوق الزوج، وقيل: إن الخلية يلحقها دون ذات الزوج.

قال الرافعي: القول في نسب اللقيط كما في سائر المجاهيل، فإذا استلحقه حرّ مسلم، الحق به؛ لأنه أقر له بحق؛ فأشبهه ما لو أقر بمال.

وأيضاً، فإن إقامة البيّنة على التّسب هما يَغُسر، ولو لم يُثبِتُهُ بالاستلحاق، إضاع كثير من الأنساب، وقد سبق في «باب الإقرار» بالتّسب ما يَشترط في الاستلحاق، ولا فَرْق في ذلك بين الملتقط وغيره، لكن يُستحب أن يُقال للملتقط: من أين هو لك؟ فرُبما يتوهّم أن يد الالتقاط تُفيد النسب<sup>(١)</sup>.

وعن مالك - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - أنه، إن استلحقه الملتقط، لم يلحق به؛ لأنّ الإنسان لا يبنو ولده، ثم يَلتقطه، إلا أن يكون ممّن لا يعيش له وُلْدٌ، فيلحق به؛ لأنّه قد يفعل مثل ذلك تفاؤلاً ليعيش الوُلْدُ، وإذا ألحق بغير الملتقط، سلّم إليه؛ لأنّ الأب أحقّ بالتربية والحفظ من الأجنبي.

واستلحاق الكافر كاستلحاق المسلم في ثبوت التّسب<sup>(٢)</sup>، لاستوائيهما في الجهات المثبتة للتّسب.

وقوله في الكتاب «وفي الحكم بكفره تابعاً له ما سبق» لا حاجة إلى ذكره، فإنّ الكلام الآن في التّسب، وأمّا حكم الدين، فقد تقدّم.

وقوله: وإن بلغ وأنكر، وقوله «وإن استلحق بالغا» الصورتان مكررتان، قد مرّتا بشرّجهما في «باب الإقرار» بالنسب والحاجة في الفصل إلى شرح مسألتين.

### «المسألة الأولى»

لو استلحقه عبداً، لحقه، إن صدقه السيّد، وإن كذبه، فكذلك نصّ عليه ههنا.

وعن نصّه في «الدّعاوى» أنه ليس أهلاً للاستلحاق، فحصل قولان:

أحدهما: المنع لما فيه من الإضرار بالسيّد بسبب انقطاع الميراث عنه، لو اعتقه.

وأصحهما: اللّحوق؛ لأنّ العبد كالحرّ في أمر التّسب، لا يمكن العلوق منه بالنكاح، وبوطء الشبهة، ولا اعتبار بما ذكره من الإضرار؛ ألا ترى أنّ من استلحق ابناً، وله أخ، يقبل استلحاقه.

(١) وهذا ذكره الشافعي والأصحاب، وقضية التعليل أنه لو فسر بذلك قبل منه، وهو بعيد على أن في الاستحباب نظر، وينبغي وجوبه إذ فائدة السؤال أنه لو ذكر ما لا يقتضي لحوقاً لاستلحقه لا سيما أن بعض الناس قد يعتقد أن ولد الزاني يلحقه وغير ذلك، فإن كان لا يقبل منه بعد استلحاقه فلا معنى لاستحبابه، والأشبه التفصيل بين من يخفى عليه ذلك وغيره.

ولهذا قال الطبري في العدة: فإن لم يسأله جاز؛ لأنه الغالب أنه لا يخفى عليه ذلك.

(٢) إطلاق الكافر يشمل الذمي وغيره وهو كذلك، والتقييد بثبوت النسب يوهّم أنه لا يكون مثله في التسليم إليه، وفيه تفصيل أوضحه الدارمي في الاستذكار فقال: إن ادعاه ذمي يشهد له عدلان الحق به، وإن شهد له أربع نسوة فوجهان في الحكم له بدينه.

وَعَنْ رِوَايَةِ الشَّرِيفِ نَاصِرِ العُمَرِيِّ طَرِيقَتَانِ أُخْرَيَانِ:

إحداهما: القَطْعُ بالقَوْلِ الأوَّلِ.

والثانية: القَطْعُ باللُّحُوقِ، إِذَا كَانَ مَأْدُونًا فِي النِّكَاحِ، وَمَضَى مِنَ الزَّمَانِ مَا يَحْتَمَلُ حُصُولَ الوَلَدِ، وَتَخْصِصَ القَوْلَيْنِ بِمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ مَأْدُونًا، وَيَجْرِي الخِلافُ فِيهَا إِذَا أَقْرَأَ العَبْدُ بِأَخٍ أَوْ عَمٍّ.

وَفِي «التَّتَمَّةِ» طَرِيقَةٌ أُخْرَى قَاطِعَةٌ بِالمَنْعِ ههنا؛ لِأَنَّ لِظُهُورِ نَسَبِهِ طَرِيقًا آخَرَ، وَهُوَ إِقْرَارُ الأبِّ والجدِّ، وَيَجْرِي الخِلافُ فِيهَا لَوْ اسْتَلْحَقَ حُرٌّ عِنْدَ غَيْرِهِ، وَهُوَ بِالْبَيْعِ، فَصَدَّقَهُ لِمَا فِيهِ مِنْ قَطْعِ الإِزْثِ المُتَوَهَّمِ بِالْوَلَاءِ.

وَفِي «النِّهَائِيَّةِ» أَنَّ بَعْضَ الأَصْحَابِ قَطَعَ بِثُبُوتِ النِّسَبِ ههنا وَقَالَ الحر: مِنْ أَهْلِ الأَسْتِلْحَاقِ عَلَى الإِطْلَاقِ، وَيَجْرِي الخِلافُ فِيهَا لَوْ اسْتَلْحَقَ المَعْتَقُ غَيْرَهُ.

وَالقَوْلُ بِالمَنْعِ ههنا أَبْعَدُ لِاسْتِقْلَالِهِ بِالنِّكَاحِ وَالتَّسْرِي، وَإِذَا جَعَلْنَا العَبْدَ مِنْ أَهْلِ الأَسْتِلْحَاقِ، فَلَا يُسَلَّمُ اللَّقِيطُ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَفَرَّغُ لِحَضَانَتِهِ وَتَرْبِيَّتِهِ، وَلَا نَفَقَةَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَا مَالَ لَهُ، وَيَجُوزُ إِغْلَامُ قَوْلِهِ فِي الكِتَابِ. «فَالصَّحِيحُ مِنَ القَوْلَيْنِ» بِالوَاوِ لِمَا حَكَيْتَاهُ.

المسألة الثانية:

إِذَا اسْتَلْحَقَتِ المَرَأَةُ مَوْلُودًا، وَأَقَامَتْ عَلَيْهِ بَيِّنَةً، لَحِقَها وَلَحِقَ زَوْجُها، إِنْ كَانَتْ ذَاتَ زَوْجٍ، وَكَانَ العُلُوقُ مِنْهُ مُمَكِّنًا، وَلَا يَنْتَفِي عَنَّهُ إِلَّا بِاللِّعَانِ، هَذَا إِذَا قِيدَتِ البَيِّنَةُ بِأَنَّهَا وَلَدَتْهُ عَلَى فِرَاشِهِ.

أَمَّا إِذَا لَمْ يَتَعَرَّضْ لِلْفِرَاشِ، فَفِي ثُبُوتِ نَسَبِهِ مِنَ الزَّوْجِ وَجِهَانِ، حَكَاهُمَا الشَّيْخُ أَبُو الفَرَجِ الزَّازِ، فَإِنْ لَمْ تَقُمْ بَيِّنَةٌ، وَأَقْتَصَرَتْ عَلَى مَجْرَدِ الدَّعْوَى، فَفِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهٌ:

أحدها: أَنَّها تَقْبَلُ، وَيَلْحَقُها الوَلَدُ؛ لِأَنَّها أَحَدُ الأَبْوَانِ، فَصَارَتْ كَالرَّجُلِ وَبِلِ أَوْلَى؛ لِأَنَّ جِهَةَ اللُّحُوقِ بِالرَّجُلِ النِّكَاحُ وَالوَطْءُ بِالشَّبْهَةِ، وَالمَرَأَةُ تَشَارِكُ الرَّجُلَ فِيهِمَا، وَتَخْتَصُ بِجِهَةِ أُخْرَى وَهِيَ الزَّنا.

وأظهرهما: المَنْعُ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَتَفَارِقَ الرَّجُلِ مِنَ وَجْهَيْنِ:

أحدهما: أَنَّهُ يُمْكِنُها إِقَامَةُ البَيِّنَةِ؛ عَلَى الوِلَادَةِ مِنْ طَرِيقِ المُشَاهَدَةِ، وَالرَّجُلُ لَا يُمْكِنُ، فَمَسَّتْ الحَاجَةَ إِلَى إِثْبَاتِ النِّسَبِ مِنْ جِهَتِهِ بِمَجْرَدِ الدَّعْوَى.

والثاني، عَنْ صَاحِبِ «التَّقْرِيبِ»: أَنَّها إِذَا أَقْرَأَتْ بِالنِّسَبِ، فَكَأَنَّها تَقْرُبُ بِحَقِّ عَلَيْهَا وَعَلَى غَيْرِها، لِأَنَّها فِرَاشٌ لِلزَّوْجِ، وَقَدْ بَطَلَ إِقْرَارُها فِي حَقِّ الزَّوْجِ؛ بِطَلِ الجَمِيعِ: لِأَنَّ الإِقْرَارَ الوَاحِدَ، إِذَا بَطَلَ بَعْضُهُ، بَطَلَ كُلُّهُ [وَيَقْرُبُ مِنْ] هَذَا قَوْلُهُ فِي الكِتَابِ «لَا لِأَنَّهُ

يَتَضَمَّنُ اسْتِلْحَاقَهَا لِحُوقِ الزَّوْجِ، وَفِيهِ إِشْكَالٌ؛ لِأَنَّ مَنْ أَقْرَعَ عَلَى نَفْسِهِ وَغَيْرِهِ بِمَالٍ يَلْزُمُهُ فِي حَقِّ نَفْسِهِ، وَإِنْ لَمْ يُقْبَلْ فِي حَقِّ الْغَيْرِ.

والثالث: أنها، إن كانت ذات زوج، لَمْ يُقْبَلْ إِقْرَازُهَا؛ لِتَعَدُّرِ الْإِلْحَاقِ بِهَا دُونَ الزَّوْجِ، وَتَعَدُّرِ قُبُولِ قَوْلِهَا عَلَى الزَّوْجِ.

وَعَنْ أَحْمَدَ رِوَايَتَيْنِ كَالْوَجْهِ الْأَوَّلِ وَالثَّالِثِ.

وَإِذَا قَبِلْنَا اسْتِلْحَاقَهَا، وَلَهَا زَوْجٌ، فَفِي الْحُوقِ بِهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا، وَيُحْكِي عَنْ أَبِي الطَّيِّبِ بْنِ سَلَمَةَ؛ لِلْحُوقِ، كَمَا لَوْ قَامَتِ الْبَيِّنَةُ.

وَأَصْحُهُمَا، وَهُوَ الَّذِي أَوْزَدَهُ الْمُعْظَمُ: الْمَنْعُ؛ وَعَلَيْهِ بُنِيَ تَوْجِيهُ الْقَوْلَيْنِ الْأَخِيرَيْنِ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّهَا وَلَدَتْهُ مِنْ وَطءٍ شَبِيهَةٍ أَوْ [مِنْ] زَوْجٍ آخَرَ. وَاسْتِلْحَاقِ الْأَمَةِ كَأَسْتِلْحَاقِ الْحُرَّةِ، إِذَا جَوَّزْنَا اسْتِلْحَاقَ الْعَبْدِ، فَإِنْ قَبِلْنَا، فَهَلْ نَحْكُمُ بِرِقِّ الْوَلَدِ لِمَوْلَاهَا، أَثَبَتَ صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» فِيهِ وَجْهَيْنِ، وَالَّذِي ذَكَرَهُ ابْنُ الصَّبَّاحِ وَتَابَعَهُ الْمُتَوَلَّى: الْمَنْعُ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَإِنْ تَدَاخَى اثْنَانِ مَوْلُوداً لَمْ يُقَدِّمَ حُرٌّ (ح) وَ عَلَى عَبْدٍ، وَلَا مُسْلِمٌ عَلَى كَافِرٍ، بَلْ يُغْرَضُ عَلَى الْقَائِفِ، فَإِنْ لَمْ يُوْجَدْ يُقَالُ لَهُ بَعْدَ الْبُلُوغِ (و) وَال مَنْ شِئَتْ، وَيَعْمَلُ فِيهِ عَلَى مِثْلِ الْجِبِلَّةِ، فَلَوْ رَجَعَ عَنِ اخْتِيَارِهِ لَمْ يُمْكَنْ، وَلَوْ وُجِدَ بَعْدَهُ قَائِفٌ قُدِّمَتْ الْقِيَافَةُ عَلَى اخْتِيَارِهِ، فَإِنْ قَامَتِ بَيِّنَةٌ قُدِّمَتْ الْبَيِّنَةُ (و) عَلَى حُكْمِ الْقَائِفِ، وَإِنْ أَقَامَ رَجُلَانِ بَيِّنَةً عَلَى نَسَبِ مَوْلُودٍ تَهَاتَرْتَا وَأَفْرَعَ بَيْنَهُمَا عَلَى قَوْلٍ وَيَبْقَى مُجَرَّدُ الدَّعْوَى، وَلَا يُقَدِّمُ صَاحِبُ الْيَدِ إِنْ كَانَ يَدُهُ عَنِ الْيَقَاطِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَنِ الْيَقَاطِ وَكَانَ قَدْ سَبَقَ اسْتِلْحَاقُهُ قُدِّمَ عَلَى مَنْ يَسْتَلْحِقُهُ مِنْ بَعْدِ وَإِنْ لَمْ يَسْمَعْ اسْتِلْحَاقَهُ إِلَّا عِنْدَ دَعْوَى الثَّانِي، وَفِي تَقْدِيمِهِ بِمُجَرَّدِ الْيَدِ خِلَافٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: تَكَلَّمْنَا فِيهَا إِذَا اسْتَلْحَقَ اللَّقِيطُ شَخْصًا وَاحِدًا، أَمَا إِذَا ادَّعَى نَسَبَهُ اثْنَانِ، فَفِيهِ صَوْرَةٌ:

إِحْدَاهَا: لَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا حُرًّا، وَالْآخَرُ عَبْدًا، فَإِنْ لَمْ نَقْبَلْ اسْتِلْحَاقَ الْعَبْدِ، الْحَقْنَاءَ بِالْحُرِّ، وَإِلَّا، فَهَمَا سَوَاءٌ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَهْلٌ، لَوْ انْفَرَدَ فَأَشْبَهَا الْحُرَّيْنِ.

فِيَجُوزُ أَنْ يُعْلَمَ قَوْلُهُ «حُرٌّ عَلَى عَبْدٍ» بِالْوَاوِ؛ لِأَنَّ الْمَذْكُورَ جَوَابٌ عَلَى قُبُولِ اسْتِلْحَاقِ الْعَبْدِ. وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ الْحُرُّ أَوْلَى مِنَ الْعَبْدِ.

الثَّانِيَةُ: لَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُسْلِمًا، وَالْآخَرُ كَافِرًا، فَهَمَا سَوَاءٌ؛ لِاسْتِوَائِهِمَا فِي

استلحاق النَّسَبِ، وقَدَّمَ أبو حنيفة المُسَلِّمَ. وأَعْلِمَ قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ «لَمْ يُقَدِّمَ» بِالْحَاءِ لِمَذْهَبِهِ فِي الصُّورَتَيْنِ.

الثالثة: لو اِخْتَصَّ أَحَدُ الْمُتَدَاعِيَيْنِ بِالْيَدِ، نُظِرَ؛ إِنْ كَانَ صَاحِبُ الْيَدِ هُوَ الْمُتَلَقِّطُ، لَمْ يُقَدِّمَ؛ لِأَنَّ الْيَدَ لَا تَدُلُّ عَلَى النَّسَبِ<sup>(١)</sup>، وَلَكِنْ، إِنْ أُسْتَلْحَقَّ مَعًا، وَلَا بَيْنَةَ، فَيُعْرَضُ الْوَلَدُ مَعَهُمَا عَلَى الْقَافَةِ، كَمَا سَنَذْكُرُ، وَإِنْ أُسْتَلْحَقَّهُ الْمُتَلَقِّطُ أَوْلَى، وَحَكَمْنَا بِالنَّسَبِ، ثُمَّ أَدْعَاهُ آخَرَ.

ذَكَرَ الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّهُ يُعْرَضُ مَعَ الثَّانِي عَلَى الْقَائِفِ، فَإِنْ نَفَاهُ عَنْهُ، بَقِيَ لَاحِقًا بِالْمُتَلَقِّطِ بِاسْتِلْحَاقِهِ، وَإِنْ أَحَقَّهُ بِالثَّانِي، غُرِضَ مَعَ الْمُتَلَقِّطِ عَلَيْهِ<sup>(٢)</sup>، فَإِنْ نَفَاهُ عَنْهُ، فَهُوَ لِلثَّانِي، وَإِنْ أَحَقَّهُ بِهِ أَيْضًا، فَقَدْ تَعَدَّرَ الْعَمَلُ بِقَوْلِ الْقَائِفِ، فَيُوقَفُ.

وَإِنْ كَانَ صَاحِبُ الْيَدِ غَيْرَ الْمُتَلَقِّطِ، فَقَدْ حَكَى الْإِمَامُ وَتَابَعَهُ الْمُصَنِّفُ؛ أَنَّهُ، إِنْ كَانَ قَدْ أُسْتَلْحَقَّهُ، وَحَكَمَ بِالنَّسَبِ لَهُ، ثُمَّ جَاءَ آخَرَ وَأَدْعَى نَسَبَهُ، لَمْ يُتَلَقَّ إِلَيْهِ، لِثُبُوتِ النَّسَبِ مِنَ الْأَوَّلِ، مَعْتَضِدًا بِالْيَدِ، وَتَصَرَّفَ الْأَبَاءُ فِي الْأَوْلَادِ، وَإِنْ لَمْ يُسْمَعْ أُسْتَلْحَاقُهُ إِلَّا بَعْدَمَا جَاءَ الثَّانِي، وَأُسْتَلْحَقَّهُ، فَفِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: تَقْدِيمُ صَاحِبِ الْيَدِ، كَمَا لَمْ يُقَدِّمَ أُسْتَلْحَاقُهُ.

وَأُشْبِهَهُمَا: التَّسَاوِي؛ لِأَنَّ الْغَالِبَ مِنْ حَالِ الْأَبِ أَنْ يَذْكُرَ نَسَبَ وَلَدِهِ، وَيَشْهَرَهُ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ، صَارَتْ يَدُهُ كَيَدِ الْمُتَلَقِّطِ فِي أَنَّهَا لَا تَدُلُّ عَلَى النَّسَبِ.

الرابعة: إِذَا تَسَاوَيَا، وَلَا بَيِّنَةَ، عَرِضَ الْوَلَدُ عَلَى الْقَائِفِ، فَبِأَيِّهِمَا أَحَقَّهُ، لِحَقِّهِ، وَالْقَوْلُ فِي مَسْتَدِ الْقِيَافَةِ، وَأَحْكَامِهَا لَهُ بَابٌ مَفْرَدٌ، فَإِنْ لَمْ يَوْجِدِ الْقَائِفَ أَوْ تَحَيَّرَ فِيهِ، أَوْ أَحَقَّهُ بِهِمَا، أَوْ نَفَاهُ عَنْهُمَا، تُرِكَ اللَّقِيطُ حَتَّى يَبْلُغَ، فِإِذَا بَلَغَ، أَمَرَ بِالْأَنْتِسَابِ إِلَى أَحَدِهِمَا، وَلَا يَنْتَسَبُ بِمَجْرَدِ التَّشْهُي، بَلْ يَعُولُ فِيهِ عَلَى مِثْلِ الطَّبْعِ الَّذِي يَجِدُهُ الْوَلَدُ عَلَى الْوَالِدِ، وَالْقَرِيبُ إِلَى الْقَرِيبِ، بِحُكْمِ الْجَبَلَةِ، فِيهِ وَجْهٌ أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ الْبُلُوغُ، بَلْ يَرْجَعُ إِلَى اخْتِيَارِهِ، إِذَا بَلَغَ سِنَّ التَّمْيِيزِ، كَمَا يُخَيَّرُ حَيْثُ يُدْبِئُ بَيْنَ الْأَبْوَيْنِ فِي الْحِضَانَةِ. وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ، وَفَرَّقُوا بِأَنَّ اخْتِيَارَهُ فِي الْحِضَانَةِ لَا يَلْزَمُ، بَلْ لَهُ الرَّجُوعُ عَنِ الْاِخْتِيَارِ الْأَوَّلِ، وَهَاهُنَا إِذَا انْتَسَبَ إِلَى أَحَدِهِمَا، لَزِمَهُ، وَلَمْ يَقْبَلْ رَجُوعَهُ.

وَالصَّبِيُّ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الْأَمْوَالِ الْمَلْزَمَةِ، وَعَلَيْهِمَا النِّفْقَةُ فِي مَدَّةِ الْأَنْتِظَارِ<sup>(٣)</sup>، فِإِذَا

(١) كذا جزم به الرافعي، وفي آخر دعاوى الحاوي أنه كالسبق بالدعوى فيكون على الوجهين.

(٢) سقط من: د.

(٣) وقد يستشكل الرجوع بأنها نفقة قريب، وهي تسقط بمضي الزمان فكيف يجب دفعها، وجوابه أن المسألة مصورة بما إذا أنفق كل منهما بإذن الحاكم كذا ذكره الرافعي في أول الباب الثاني من العدد.

أَنْتَسَبَ إِلَى أَحَدِهِمَا، رَجَعَ الْآخِرُ عَلَيْهِ بِمَا أَنْفَقَ، لَوْلَا لَمْ يَتَسَبَبْ إِلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا؛ لَفَقَدَ الْمَيْلَ، بَقِيَ الْأَمْرُ مَوْقُوفًا<sup>(١)</sup>.

ولو أنتسب إلى غيرهما، وأدعاه ذلك الغير، ثبت نسبه منه، وفيه وجه، أنه إن كان الرجوع إلى انتسابه بسبب إلحاق القائف بهما جميعاً، لم يقبل انتسابه إلى غيرهما، وإذا انتسب إلى أحدهما، لفقد القائف، ثم وجد، عرضناه عليه، فإن الحق بالثاني، قدامنا قوله على الانتساب؛ لأنه حجة أو حكم، وعن أبي إسحاق فيما رواه، أن الانتساب مقدم، على قول القائف.

قال: وعلى هذا؛ فمهما ألحقه القائف بأحدهما، فلآخر أن ينازعه، ويقول: ينتظر حتى يبلغ، فيتسبب إلى من يميل إليه<sup>(٢)</sup>.

ولو ألحقه القائف بأحدهما، ثم أقام الآخر بيته، قدامت البيته على قوله؛ لأن البيته حجة، يعتمد عليها في كل خصومة.

وقول القائف، وإن كان مقبولاً، فمستنده حدس وتخمين، وعن أبي الحسين؛ أن بعض الأضحاب قال: لا ينقض ما حكم به، ولا يعمل بالبيته.

ولو تداعت امرأتان نسب لقيط أو مجهول آخر، ولا بيته، وقرعنا على أن استلحاق المرأة مقبول، ففي عرض الولد معهما على القائف وجهان: أحدهما: المنع؛ لأن معرفة الأمومة يقيناً بمشاهدة الولادة ممكنة.

وأصحهما، وقد نص عليه: أنه يعرض؛ لأن القائف حجة أو حكم؛ فكان كالبيته، وعلى هذا تنبني تجربة القائف وأمتحائه على ما سيأتي بيانه في باب، إن شاء الله تعالى. وإذا ألحقه القائف بأحدهما، وهي ذات زوج، لحق زوجها أيضاً، كما لو قامت البيته. وحكى الإمام وجهاً آخر؛ أنه لا يلحقه؛ لأن قول القائف لا يصلح للإلحاق بالمكبر؛ ألا ترى أن القائف لا يخلق المنبوذ بمن لا يدعيه.

الخامسة: إن أقام كل واحد منهما بيته على نسبه، وتعارضتا، ففي التعارض في الأملاك قولان:

أظهرهما: التساقط، وعلى هذا؛ فيتساقطان هاهنا أيضاً، ويرجع إلى قول القائف وقيل: لا يتساقطان.

ويرجع أحدهما بقول القائف، عن صاحب «الحاوي» رواية، العبارة.

(٢) سقط من: د.

(١) سقط من: د.

الثانية عن ابن أبي هُرَيْرَةَ، والعبارة الأولى عَن أَبِي إِسْحَاقَ، وهو الأشْهَرُ، على أَنَّ أَصْلَ الْعَرَضِ لَا يَخْتَلِفُ.

والثاني: أَنَّهُمَا يَسْتَعْمَلَانِ، إمَّا بِالتَّوَقُّفِ أَوْ بِالقِسْمَةِ أَوْ بِالقُرْعَةِ على ثَلَاثَةِ أَقْوَالٍ مَعْرُوفَةٍ: لَا سَبِيلَ إِلَى التَّوَقُّفِ هَاهُنَا، لِمَا فِيهِ مِنَ الإِضْرَارِ بِالطُّفْلِ، وَلَا إِلَى القِسْمَةِ، فَلَا مَجَالَ لَهَا فِي النِّسْبِ.

وَأَمَّا الإِقْتِرَاعُ، ففِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا، وَيَحْكِي عَنِ الشَّيْخِ أَبِي حَامِدٍ: أَنَّهُ يَجْرِي هَاهُنَا، فَيُقْرَعُ، وَيُقَدَّمُ مَنْ خَرَجَتْ قَرَعَتُهُ، وَهَذَا مَا أوردَهُ فِي الكِتَابِ.

وَالثَّانِيهِمَا، وَبِهِ قَالَ القَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ وَالأَكْثَرُونَ: المَنْعُ؛ لِأَنَّ القُرْعَةَ لَا تَعْمَلُ فِي النِّسْبِ، وَهَذَا مَا أوردَهُ الإِمَامُ وَصَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» وَلَوْ اخْتَصَّ أَحَدُهُمَا بِاليَدِ لَمْ تَرْجَحْ بَيْنَهُ بِالْيَدِ بِخِلافِ الأَمْلَاقِ، كَمَا نُقَدِّمُ فِيهَا بَيْنَهُ ذِي اليَدِ؛ لِأَنَّ اليَدَ تَدُلُّ عَلَى المَلِكِ.

وَفِي «الإِفْصَاحِ» لِلْمَسْعُودِيِّ، وَ«أَمَالِي» أَبِي الفَرَجِ الزَّازِ أَنَّهُ لَوْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا البَيْنَةَ عَلَيَّ أَنَّهُ فِي يَدِهِ مُنْذُ سَنَةٍ، وَالثَّانِي عَلَيَّ أَنَّهُ فِي يَدِهِ مُنْذُ شَهْرَيْنِ، وَتَنَازَعَا فِي نَسْبِهِ، فَالَّتِي هِيَ أَسْبَقُ تَارِيخاً أَوْلَى وَصَاحِبُهَا مُقَدِّمٌ، لَكِنَّ هَذَا كَلَامٌ غَيْرٌ مُهْدَبٌ، فَإِنَّ ثُبُوتَ اليَدِ لَا يَقْتَضِي ثُبُوتَ النِّسْبِ، وَإِنْ فُرِضَ تَعَرُّضُ البَيْنَتَيْنِ لِنَفْسِ النِّسْبِ، فَلَا مَجَالَ فِيهِ لِلتَّقَدُّمِ وَالتَّأخُّرِ، وَإِنْ شَهِدْتَا عَلَى الأَسْتِلْحَاقِ [فِيئِنِّي عَلَى أَنَّ الأَسْتِلْحَاقَ مِنْ شَخْصٍ، هَلْ يَمْنَعُ غَيْرُهُ مِنَ الأَسْتِلْحَاقِ] <sup>(١)</sup> بَعْدَهُ، وَقَدْ مَرَّ.

وَإِنْ كَانَ التَّدَاعِي بَيْنَ أَمْرَاتَيْنِ، وَأَقَامَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا البَيْنَةَ: قَالَ الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: «أَرْبَيْتُهُ القَافَةَ مَعَهُمَا، فبِأَيْتِهِمَا الحَقَّتْ، لِحَقِّهَا، وَلِحَقِّ زَوْجِهَا»، فَمَنْ الأَصْحَابُ مَنْ قَالَ: هَذَا جَوَابٌ عَلَى قَوْلِ الأَسْتِعْمَالِ، وَتَرْجِيحُ لِقَوْلِ القَائِفِ، كَمَا يَرْجَحُ فِي الأَمْلَاقِ بِالقُرْعَةِ، وَهَذَا يُوَافِقُ مَا مَرَّ [مِنْ] حِكَايَتِهِ عَنِ الشَّيْخِ أَبِي حَامِدٍ، وَعَلَيَّ هَذَا؛ فَيَلْحَقُ الزَّوْجَ لَا مَحَالَ؛ لِأَنَّ الحُكْمَ بِالبَيْنَةِ.

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: إِنَّهُ جَوَابٌ عَلَيَّ قَوْلِ التَّهَاتُرِ، وَكَأَنَّهُ لَا بَيْنَةَ، فَيَرْجَعُ إِلَى قَوْلِ القَائِفِ، وَعَلَيَّ هَذَا، فَفِي لُحُوقِ الزَّوْجِ مَا سَبَقَ مِنَ الوَجْهَيْنِ، وَلنَرْجِعُ إِلَى مَا يَتَعَلَّقُ بِلَفْظِ الكِتَابِ:

قَوْلُهُ «بَلْ يَعْرِفُ عَلَى القَائِفِ» مَعْلَمٌ بِالحِجَاءِ؛ لِأَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - قَالَ: لَا أَعْرِفُ القَائِفَ.

(١) سقط من: د.



وقوله: «بَعْدَ الْبُلُوغِ» بالواو لِمَا سَبَقَ، وقوله: «وال من شئت» هذه اللفظة منقولة عن عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - قالها لُغْلَامَ الْحَقَّةِ الْقَائِفِ بِالْمُتَنَازِعِينَ مَعًا<sup>(١)</sup>.

وقوله «قُدِّمَتِ الْقِيَاةُ» وقوله «قُدِّمَتِ الْبَيْتَةُ» مَرْقُومَانِ بِالْوَاوِ.

وقوله «تهاترتا، أو أفرغَ بَيْنَهُمَا عَلَى قَوْلٍ» أي: تهاترتا عَلَى قَوْلٍ أو أفرغَ بَيْنَهُمَا عَلَى قَوْلٍ، ويجوز إعلامُ «وأفرغُ» للوجه الذي أورده الأكثرون. وقوله «وَبَقِيَ مُجَرَّدُ الدَّعْوَى» أي: قَوْلِ التَّهَاتُرِ، وإن كان هَذَا الكَلَامُ مَوْضُولًا بِذِكْرِ الإِفْرَاعِ. وقوله «وَلَا يُقَدَّمُ صَاحِبُ الْيَدِ» يعني إذا تَعَارَضَ دَعْوَاهُمَا، لا بَيِّنَةٌ عَلَى مَا تَبَيَّنَ فِي الصُّورَةِ الثَّلَاثَةِ.

فَأَمَّا إِذَا أَقَامَا الْبَيْتَةَ عَلَى دَعْوَاهُمَا، فلا يُقَدَّمُ صَاحِبُ الْيَدِ إِنْ كَانَ مُلْتَقِطًا أو غَيْرَهُ.

(فرعان): أَلْحَقَهُ الْقَائِفُ بِأَحَدِهِمَا، ثم أَلْحَقَهُ بِالثَّانِي لَمْ يَنْقَلِ إِلَيْهِ، إِذْ أَلْجَأَهُ لَاجْتِهَادًا لَا يُتَّقَضُ بِالْإِجْتِهَادِ.

الثاني: وَصَفَ أَحَدَ الْمُتَدَاعِيَيْنِ [حَالًا أو] أَثَرَ جِرَاحَةٍ أو نَحْوَهُ بِظَهْرِهِ أو بَعْضِ [أَعْضَائِهِ]<sup>(٢)</sup> الْبَاطِنَةَ وَأَصَابَ، لا يُقَدَّمُ جَانِبُهُ.

وعن أبي حنيفة فيما رواه الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ فِي آخِرِينَ أَنَّهُ يُقَدَّمُ، وَبُثِّتَ النَّسَبُ بِهِ، وَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ أَقَامَ هَذَا الْخِلَافَ فِيهَا إِذَا تَنَازَعَا فِي الْأَلْتِقَاطِ، وَقَالَ: كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا: أَنَا الَّذِي أَلْتَقَطْتُهُ.

لنا القياس على الأملاك المتنازعة، إذا وصفها أحدهما، وعلى اللقطة.

قال العزالي: وَلَوْ تَنَازَعَا فِي الْحَصَانَةِ بِحُكْمِ الْأَلْتِقَاطِ فَصَاحِبُ الْيَدِ أَوْلَى، فَإِنْ تَعَارَضَتِ الْبَيْتَتَانِ تَسَاقَطَتَا (و) وَأَفْرَعُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَوْلٍ، وَلَا وَجْهَ لِلْقِسْمَةِ وَلَا لِلتَّوَقُّفِ فَإِنَّ الصَّبِيَّ لَا يَخْتَمِلُ ذَلِكَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْغَرَضُ الْآنَ الْكَلَامُ فِيهَا إِذَا تَنَازَعَ اثْنَانِ فِي الْأَلْتِقَاطِ، وَوَلَايَةُ الْحِفْظِ

(١) رواه الشافعي ومن طريقه البيهقي عن أنس بن عياض، عن هشام عن أبيه عن يحيى بن عبد الرحمن ابن حاطب: أن رجلين تداعيا ولدًا، فدعا له عمر القافة، فقالوا لقد اشتراكا فيه، فقال عمر: وال أيهما شئت، ورواه البيهقي من طريق أخرى عن يحيى بن عبد الرحمن بن حاطب عن أبيه فوصله، ورواه مالك في الموطأ والشافعي عنه عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار عن عمر نحوه، ورواه البيهقي من وجه آخر عن سليمان بن يسار عن عمر بقصة مطولة، ومن طريق مبارك بن فضالة عن الحسن عن عمر في رجلين وطنا جارية في طهر واحد، فجاءت بغلام، فارتفعا إلى عمر، فذكر نحوه وقال الحافظ في التلخيص: - وفي الباب عن علي أخرجه الطحاوي وغيره.

(٢) سقط في: ز.

والتعهد، وهذا النزاع، إن كان قبل الأخذ أو عند ما أخذه، فقد سبق حكمه.

وإن قال كل واحد منهما: أنا الملتقط، وأنا الذي علي حفظه، فإما أن يختص أحدهما باليد أو لا يختص، وإن اختص، فالآخر يقول: إنه أخذه مني، فالقول قول صاحب اليد مع يمينه، فإنها تشهد لقوله، وإن أقام كل واحد منهما بيته، فبيته صاحب اليد مقدمة، وإن لم يختص أحدهما باليد فينظر؛ إن لم يكن في يد واحد منهما، فهو كما لو أخذه معاً، وتشاحاً في حفظه، فيجعل الحاكم عند من يراه أو من غيرهما، وإن كان في أيديهما، فإن نكلاً أو حلفاً، فالحكم كما ذكرنا فيما إذا ازدحماً على الأخذ، وهما متساويا الحال.

وإن حلف أحدهما دون الآخر، خص به، وسواء كان في يدهما أو لم يكن في يد واحد منهما، فلو أقام كل واحد منهما البيته على ما يدعيه، نظر؛ إن كانت البيتان مطلقتين، أو مقيدتين بتاريخ واحد، أو إحداها مطلقة، والأخرى مقيدة، فهما متعارضتان.

فإن قلنا: بالتهاثر، فكأنه لا بيته، وإن قلنا بالاستعمال لم يجيء قول الوقف، ولا قول القسمة، ويجيء قول القرعة، فنقرع، ويسلم إلى من خرجت قرعته، وإن قيدنا بتاريخين مختلفين، حكم لمن سبق تاريخه بخلاف المال، حيث لا يحكم بسبق التاريخ في أصح القولين<sup>(١)</sup>.

وفرقوا بأن أمر الأموال مبني على الانتقال، فربما انتقل عن الأول إلى الثاني، وليس كذلك الالتقاط، فإنه لا ينتقل، ما دامت الأهلية باقية، فإذا ثبت السبق، لزم استمراؤه.

قال الشيخ أبو الفرج الزاز: هذا إذا قلنا: إن من التقط اللقيط، ثم نبذه، لم يسقط حقه، فإن أسقطناه، فهو على القولين في الأموال؛ لأنه ربما نبذه الأول، فالتقطه غيره، وهذا حسن، ويتفرع على تقديم البيته المتعرضة للسبق ما إذا لو كان اللقيط في يد أحدهما، وأقام من هو في يده البيته، وأقام الآخر البيته على أنه كان في يده، أنزعه منه صاحب اليد، فقدم بيته مدعي الانتزاع لإثباتها السابق.

قال الغزالي: (الحكم الرابع) رقه وخرقته، وله أربع أخوال: (الحالة الأولى) إذا لم

(١) هذا الذي قاله يخالف ظاهر قولهم في باب الأفضية أنهما إذا شهدا عند القاضي بحث عن كونهما حرين، وهذا يدل على أن الأصل الرق، وكذا لو باع عبده البالغ وهو ساكت ثبت ملكه فإن الأصل الرق.

يَدْعُ أَحَدَ رِقَّةٍ فَالْأَصْلُ الْحُرِّيَّةُ، وَيُخَكِّمُ بِهَا فِي كُلِّ مَا يُلْزَمُ غَيْرَهُ شَيْئاً فَنَمْلِكُهُ الْمَالَ وَنُقَرِّمُ مَنْ أَتْلَفَ عَلَيْهِ، وَمِيرَاثُهُ لِبَيْتِ الْمَالِ، وَكَذَلِكَ أَرْضُ جَنَائِيهِ فِي بَيْتِ الْمَالِ، وَإِنْ قَتَلَهُ عَبْدٌ قُتِلَ بِهِ (و)، وَإِنْ قَتَلَهُ حُرٌّ فَقَدْ قِيلَ: يَجِبُ الْقِصَاصُ، وَقِيلَ: يَنْسَقُطُ بِالشَّبْهَةِ وَأَخْتِمَالِ الرِّقِّ وَيَبْقَى الدِّيَّةُ، وَقِيلَ: يَجِبُ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنَ الدِّيَّةِ أَوْ الْقِيَمَةِ فَإِنَّهُ الْمُسْتَيْقِنُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مِنْ أَحْكَامِ اللَّقِيطِ الرِّقُّ وَالْحُرِّيَّةُ، وَاللَّقِيطُ لَا يَخْلُو، إِمَّا أَنْ يُقَرَّ عَلَى نَفْسِهِ بِالرِّقِّ فِي وَقْتِ اعْتِبَارِ الْإِقْرَارِ أَوْ لَا يُقَرَّ.

وعلى التقدير الثاني؛ فإما أن يدعي رقة مدع أو لا يدعيه أحد.

وعلى التقدير الأول؛ فإما أن يقيم عليه بينة أو لا يقيم، فيخرج من هذا التقسيم أربعة أحوال، كما ذكر في الكتاب:

الأولى: الأبقر ولا يدعى رقه، فظاهر حاله الحرية؛ لأن الآدميين خلقتوا لیسخروا لا لیسخروا، وأيضاً، فأغلب الناس أحراراً<sup>(١)</sup>.

وأيضاً، فإن الأحرار أهل الدار، والأرقاء مجلوبون إليها ليسوا من أهلها، فكما نحكم بالإسلام بظاهر الدار، نحكم بالحرية، وقد ذكرنا أن من الأصحاب من لا يجزم بالإسلام، ويذهب إلى التوقف، وذلك التردد فيما حكاه الإمام يجري في الحرية، وهي أولى بالتردد في الإسلام، لقوة الإسلام، واقتضائه للاستتباع، ولذلك يتبع الولد أي الأبوين، كان في الإسلام دون الحرية، ويتبع المسيبي السابي في الإسلام دون الحرية، ثم ذكر تفصيلاً متوسطاً ينحل من مقالات الأصحاب في المسائل المبنية على هذا الأصل، وهو أن نجزم بالحرية، ما لم ينته الأمر إلى إلزام الغير شيئاً، فإذا انتهت إليه، ترددتنا، إن لم يعترف الملتزم بحرئته، وهذا ما أشار إليه صاحب الكتاب بقوله «فيحكّم بها في كل ما يلزم غيره شيئاً» فيخرج من ذلك أننا نحكم له بالملك فيما يصادفه معه جزماً، وإذا أتلفه عليه متلف، أخذنا الضمان وصرفناه إليه؛ لأن المال المغصوم مضمون، على المتلف، فلئس أخذ الضمان بسبب الحرية، حتى يأتي فيه التردد، إذا أخذناه فلا عوض للمتلف في أن يصرفه إلى اللقيط أو لا يصرفه.

(١) قال في التتمة: مجهول النسب إذا تزوج معتقة فأتت بولد فظاهر المذهب أنه لا ولاء على الولد؛ لأن ظاهر الدار دل على الحرية، وحكى بعض الأصحاب طريقة أخرى أنه عليه الولاء لموالي الأم لجواز أن الأب رقيق وعليه يدل نص الشافعي في الملاعبة.

والثاني: في باب معاملات العبيد فإنه حكى عن المتولي أيضاً أن في معاملة من جهل رقه وحرئته قولين أظهرهما الجواز لكن الخلاف هناك أقوى لإمكان التعبير عن حاله.

وقوله: «وميراثه لبيت المال» وكذلك «أرث جنائتيه في بيت المال»، هذا قد ذكره مرة في أول الحكم الثاني، وكأنَّ العَرَضَ من إعادته هاهنا بيانٌ أنه كما لا يمتنع ذلك بالتردد في إسلامه، لا يمتنع بالتردد في حرته.

قال الإمام: ويَحْتَمَلُ أن يُخْرَجَ على التردد المذكور؛ لأنَّ مال بيت المال معصومٌ مضمونٌ به لا يُبَدَّلُ إلا عَن تَحْقِيقٍ، وإذا قُتِلَ اللقيطُ، فَقَدْ قُتِلْنَا في وُجُوبِ القصاصِ قولَينِ، واختلافِ الأصحابِ في<sup>(١)</sup> مأخذها، وينضمُّ إليها الترددُ في الحرّية، فمن لا يَجْزِمُ القولَ بإسلامه وحرته، لا يوجبُ القصاصَ على الحرِّ المسلمِ بقتله، ويوجبُه على الرقيقِ الكافرِ، ومن يَجْزِمُ بهما، يُخْرَجُ وُجُوبَ القصاصِ بكلِّ حالٍ على القولينِ؛ بناءً على أنه ليس له وارثٌ معيّنٌ.

وإن قيل خطأ، فالواجبُ الديةُ في أظهرِ الوجهينِ؛ أخذاً بظاهرِ الحرّية، وأقلُّ الأمرينِ من الديةِ أو القيمةِ في الثاني؛ بناءً على أنَّ الحرية غيرُ مستيقنة، فلا يؤاخذُ الجاني بما لا يستيقن شغلُ ذمّته به.

قال الإمام: وقياسُ هذا أن يوجبَ الأقلُّ من قيمته عبداً أو ديةً مجوسيةً؛ لإمكان الحملِ على التمجّسِ، والخلافُ كالاخلافِ فيما إذا قذفه بَعْدَ البلوغِ قاذفٌ، وأدعى رقه، هل يُحَدُّ، وقد يُرْتَبُ الخلافُ في القصاصِ على الخلافِ في الديةِ، فيقال: إن لم يوجبِ الديةَ، فالقصاصُ أولى، وإن أوجبناها، ففي القصاصِ وجهان؛ لسقوطِهِ بالشبهة، وإذا جَمَعَ بينهما، حَصَلَ ثلاثةُ أوجهٍ كما ذكر في الكتابِ.

ثالثها: وجوبُ الديةِ دونِ القصاصِ وقوله: «وإن قتلته عبداً قُتِلَ بِهِ وإن قتلته حرّاً» إلى آخره يُبَيِّنُ على وجوبِ القصاصِ بقتلِ مَنْ لا وارثَ له، فإن لم نوجبِ، فلا فرقَ بين أن يكونَ القاتلُ عبداً أو حرّاً، فيجوزُ أن يُعَلِّمَ قوله قُتِلَ بالواو.

قال العزاليُّ: (الحالةُ الثانيةُ) أن يدعى رقه، فلا يُقبَلُ بِمَجْرَدِ الدَعْوَى مِنْ غَيْرِ صَاحِبِ اليَدِ، وَلَا مِنْ صَاحِبِ اليَدِ إِذَا كَانَ يَدُهُ عَنِ الْإِلْتِقَاطِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَيُخَكِّمُ (و) لَهُ بِالرَّقِّ ظَاهِراً، فَإِنْ بَلَغَ وَأَنْكَرَ فِيهِ انْتِفَاءِ الرَّقِّ وَجِهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الحالةُ الثانيةُ أن يدعى رقه، ولا بينة، وَمَنْ ادَّعَى رِقّاً صَغِيرًا لَا تَتَيَقَّنُ حُرِّيَّتَهُ، سُمِعَتْ دَعْوَاهُ؛ لِإمكانها، ثم لا يخلو؛ إما أن يكونَ الصغيرُ في يده أو لا يكونُ، إن لم يكن في يده، لم يقبلِ قوله، وأحتاج إلى البيّنة؛ لأنَّ الظاهرَ الحرّيةَ، فلا يُتْرَكُ، إلا بحجةٍ بخلافِ دَعْوَى النَّسَبِ؛ لِأَنَّ فِي قَبُولِهَا مَضْلِحَةً لِلطُّفْلِ، وإثباتُ حقِّ له،

وهاهنا في القبول إضراراً به وإثبات رِقِّ عليه، ولأنه لا نَسَبَ له في الظاهر، فليس في قبول قول المدعي تزك أمر ظاهر، والحرية مَحْكُومٌ بها ظاهراً، وإن كَانَ الصَّغِيرُ في يده، فاليدُ، إمَّا التي عَرَفْنَا استنادها إلى التَّقَاتِ المَنبُودِ، وإمَّا غَيْرَهَا، إن كَانَتِ الأُولَى، ففيها قولان:

أحدهما: أَنَّهُ يُقْبَلُ قَوْلُهُ، وَيُحْكَمُ لَهُ بِالرِّقِّ، كَمَا فِي غَيْرِ يَدِ الأَلْتَقَاتِ، وَكَمَا لَوْ التَّقَطُ مَالاً، وَادَّعَى أَنَّهُ لَهُ، وَلَا مُتَازَعٌ، يُقْبَلُ قَوْلُهُ، حَتَّى يُجُوزَ شِرَاؤُهُ مِنْهُ.

وأصحُّهما: وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ: أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ «وَيَحْتَاجُ إِلَى الْبَيِّنَةِ؛ لِأَنَّ الأَصْلَ الْحَرِيَّةَ، فَلَا يَخَالَفُ بِمَجْرَدِ الدَّعْوَى، وَيَخَالَفُ مَا إِذَا كَانَتِ الْيَدُ لَا عَنِ التَّقَاتِ، كَمَا سَيَأْتِي.

وأما إِذَا ادَّعَى مَلِكُ المَالِ المَلْتَقَطِ؛ لِأَنَّ المَالَ مَمْلُوكٌ، وَلَيْسَ فِي دَعْوَاهُ [تَغْيِيرُ صِفَةِ المَالِ، وَالمَلِّقِطُ حُرٌّ ظَاهِرٌ، وَفِي دَعْوَاهُ<sup>(١)</sup> تَغْيِيرُ هَذِهِ الصِّفَةِ، وَإِنْ كَانَتِ الثَّانِيَّةُ، فَيُحْكَمُ لَصَاحِبِهَا بِالرِّقِّ الَّذِي يَدَّعِيهِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ مَنْ فِي يَدِهِ، وَهُوَ مُتَصَرِّفٌ فِيهِ تَصَرُّفُ السَّادَاتِ فِي العَبِيدِ، مَلِكُهُ، وَلَمْ يَعْرِفْ حُدُوثَهَا لِسَبَبٍ لَا يَفْتَضِي المَلِكَ، وَلَا فَرَقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الصَّغِيرُ مُمَيَّزاً أَوْ غَيْرَ مُمَيَّزٍ، مُقَرَّراً أَوْ مُنْكَرَراً عَلَى أَصْحَ الوَجْهَيْنِ.

والثَّانِي: وَيُحْكَمُ عَنِ أَبِي إِسْحَاقَ: أَنَّهُ، إِنْ كَانَ مَمِيَّزاً مُنْكَرَراً، أَحْتَاجُ المَدَّعِي إِلَى البَيِّنَةِ؛ لِأَنَّ لِكَلَامِهِ حُكْماً، وَأَعْتَابَراً فِي الجُمْلَةِ.

قال الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ: وَالمُوجْهَانِ مَبِيَّانِ عَلَى الوَجْهَيْنِ فِي المَوْلُودِ، إِذَا ادَّعَاهُ اثْنَانِ، وَلَا قَائِفٌ، هَلْ يُؤْمَرُ بِالأَنْتِسَابِ؛ لِسَبَبِ التَّمْيِيزِ، أَمْ يُنْتَظَرُ إِلَى أَنْ يَبْلُغَ؟ وَفِي الخُنْثَى المُشْكِلِ، هَلْ يُرَاجَعُ؛ لِسَبَبِ التَّمْيِيزِ أَمْ يُنْتَظَرُ البُلُوغُ، ثُمَّ يَحْلَفُ المَدَّعِي، وَالحَالَةُ هَذِهِ؛ لِحَظَرِ شَأْنِ الحَرِيَّةِ، وَهُوَ وَاجِبٌ أَوْ مُسْتَحَبٌّ، فِيهِ خِلَافٌ، وَالأوَّلُ، هُوَ الَّذِي يُحْكَمُ عَنِ النُّصِّ. ثُمَّ إِذَا بَلَغَ الصَّبِيُّ، وَأَقْرَبَ بِالرِّقِّ لِعَينِ صَاحِبِ اليَدِ، لَمْ يُقْبَلْ، وَإِنْ قَالَ: أَنَا حُرٌّ، فَوَجْهَانِ:

أحدهما، وَبِهِ أَجَابَ ابْنُ الحَدَّادِ: أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ، إِلاَّ أَنْ يَقِيمَ بَيِّنَةً عَلَى الحَرِيَّةِ؛ لِأَنَّ قَدْ حَكَمْنَا بِرِقِّهِ فِي حَالِ الصَّغَرِ، فَلَا يُرْفَعُ ذَلِكَ الحُكْمُ إِلاَّ بِحُجَّةٍ، لَكِنَّ لَهُ تَحْلِيفَ السَّيِّدِ، قَالَ فِي «التَّهْذِيبِ».

والثَّانِي، وَبِهِ قَالَ أَبُو عَلِيٍّ التَّفْهِي: أَنَّهُ يُقْبَلُ قَوْلُهُ، إِلاَّ أَنْ يَقِيمَ المَدَّعِي لِلرِّقِّ بَيِّنَةً عَلَى رِقِّهِ؛ لِأَنَّ الحُكْمَ بِالرِّقِّ، إِنَّمَا جَرَى حِينَ لَا قَوْلَ لَهُ، وَلَا مُتَازَعَةً، فَإِذَا صَارَ مُعْتَبَرًا

القول، فلا بد من إقراره أو البيّنة عليه، كما لو ادّعى مدّع رقّ بالغ، وهما كالوجهين، فيما إذا استلحق صغيراً، فبلغ وأنكر، والوجهان في المسألتين مبنيان عند الشيخ أبي علي، والأئمة على القولين فيمن حكّم بإسلامه بأحد أبويه أو بالسّابي، ثم بلّغ، وأغرب بالكفر، يُجعل مُرتداً، أو يجعل كافراً أصلياً، ويقال: إنه الآن صار من أهل القول، فيرجع إلى قوله، ولا يُنظر إلى حكمتنا به من قبل؟

### «فرعان»:

أحدهما: رأى صغيراً في يد إنسان، يأمره وينهاه، ويستخذه، هل له أن يشهد له بالملك؟ عن أبي علي الطبري: أنه على وجهين، وعند غيره أنه، إن سمعه يقول: هو عبدي، أو سمع الناس يقولون: إنه عبده، شهد بالملك، وإلا، فلا<sup>(١)</sup>.

الثاني: رأى صغيرة في يد إنسان يدعي نكاحها، فبلّغ، وأنكرت، قبل قولها، واحتاج المدعي إلى البيّنة، وهل يُحكّم في صغرها بالنكاح؟

عن ابن الحداد: أنه يُحكّم، والأصح المنع، وفرّقوا بأن اليد في الجملة دالة على الملك، ويجوز أن يولد المولود، وهو مملوك، ولا يجوز أن تولد، وهي منكوحة، فالنكاح طارىء بكل حال، فأفتقر إلى البيّنة.

وقوله في الكتاب «أن يدعى رقه» لا يُمكن صرّف الكتابة إلى اللقيط؛ لأنه لا يُنظّم حينئذ التفصيل، والفرق بين أن يكون اليد عن التقاط أو لا عن التقاط، بل هي

(١) قال النووي: هذا أصح، والله أعلم.

قال في الخادم: حكاية الأوجه هكذا فيه خلل والذي في الحاوي. فإن قيل: أفيجوز للشهود في الأموال أن يشهدوا فيها بالملك واليد وحدها؟

قيل: أما يد لم يقترن بها تصرف كامل فلا يجوز الشهادة بها في الملك، وأما إذا اقترن بها تصرف فقد اختلف أصحابنا فحكى أبو علي الطبري في إيضاحه وجهين عن غيره ووجهاً ثالثاً عن نفسه، أحد الوجهين: يجوز كما يجوز للحاكم، والحكم أكد من الشهادة.

والثاني: لا يجوز؛ لأن للحاكم أن يجتهد، وليس للشهود أن يجتهدوا.

والثالث: الذي حكاه عن نفسه إن اقتربت مشاهدة اليد والتصرف بسماع من الناس ينسبونه إلى ملك جاز أن يشهدوا بالملك ويشهدوا باليد. انتهى.

وظهر به خلل في الشرح والروضة من جهات:

أحدها: إلحاق سماع قوله عبدي بسماعه من الناس، وهذا لم يقله أحد أصلاً، وهو بعيد جداً.

وثانيها: انعكاس النسبة فإن الوجهين عن غيره.

والثالث: لعله له.

وكذا حكاه ابن كج في التجريد.

مصروفة إلى الصغير، وإن لم يعجر له ذكراً، ويجوز أن يعلم قوله «يُحَكِّمُ لَهُ بِالرَّقِّ ظاهراً» لأن القاضي ابن كج حكى وجهاً؛ أن دعوى الرق من صاحب اليد لا [يُمْكِنُ أَنْ] تقبل إلا بالبيئة، وإن لم يكن يده عن التقاط.

قال الغزالي: (الثالثة) أن يقيم المدعي بيته على الرق مطلقاً، ففيه ثلاثة أقوال: (أحدها): أنه يسمع كبيته المال (والثاني): لا لأنه ربما يستند إلى ظاهر يد الالتقاط (والثالث): أنه لا يقبل من الملتقط ويقبل من غيره لسقوط هذا الخيال، فإن شرطنا التقييد فالمقيد بأن يستند إلى شراء أو إزب أو سبي أو يقول: ولدته مملوكتي على ملكي، فإن اقتصر على قوله ولدته مملوكتي فقد قيل: لا يكفي (و) لأنه قد تلد المملوكة حراً، والأصح أنه يكفي إذ القصد قطع احتمال الاستناد إلى ظاهر اليد.

قال الرافعي: الحالية الثالثة: أن يدعي رقه مدع أو يقيم عليه بيته، حيث يحتاج مدعي الرق إلى البيته كما فصلناه، فهل يكتفى بإقامة البيته على الرق أو الملك مطلقاً؟ فيه قولان:

أحدهما: نعم، كما لو شهدت البيته على الملك في دار أو دابة أو غيرها من الأموال، يكفي الإطلاق، وهذا ما اختاره المزني.

ويحكى عن نصه في «الدعوى والبيئات» وفي القديم والثاني، وهو المنصوص هاهنا أنه لا يكفي بها؛ لأن لا تأمن أن يكون اعتماد الشاهد على ظاهر اليد، وتكون اليد يدا التقاط، وإذا احتل ذلك، واللقيط محكوم بحرثيه بظاهر الدار، [فلا يزال ذلك الظاهر] (١) إلا عن تحقيق، ويخالف سائر الأموال؛ لأن أمر الرق خطير، وهذا أصح فيما ذكره الإمام وصاحب التهذيب والقاضي الروياني وآخرون، ومنهم من رجح الأول. قال القاضي ابن كج والشئخ أبو الفرج الزاز: ويؤيده أن من الأصحاب من قطع بالقول الأول، ولم يثبت الثاني، وحمل نصه هاهنا على الاحتياط، ولمن قال به أن يحتج بأن قيام البيته على مطلق الملك ليس بأقل من دعوى غير الملتقط رق الصغير في يده (٢)، فإذا اكتفينا به، جاز أن يكتفى بالبيته على الملك المطلق.

(التفريع): إن لم نكتف بالبيته المطلقة شرطنا تعرض الشهود لسبب الملك من الإزب والشراء أو الأيها ونحوها.

ومن الأسباب أن يشهد بأن أمته ولدته مملوكاً له، فإن اقتصرنا على أن أمته ولدته

(١) سقط في: ز.

(٢) قال النووي: كل من الترجحين ظاهر، وقد رجح الرافعي في «المحرر» الثاني.

أو أنه ولدَ أمته، فالذي نقله المُرني هاهنا أنه يكفي.

وقال في «الدعوى والبيّنات»: إن شهدت البينة أنه ابنُ أمته، ولدته في ملكه، قبلت، فقال الأَكثَرُونَ: فيه قولان:

أحدهما: أنه لا يكفي ذلك؛ لأنه إذا اشترى جاريةً قد ولدت أولاً، فصدق أن يُقال: إن أمته ولدته، وليسوا ملكاً له، وأيضاً، فإن أمته قد تلد حراً بالشبهة، وفي نكاح الغرور.

وقد يلد مملوكاً للغير بأن أوصى بحمل جاريته للغير، ومات فهو للوارث، والذي يلدُه للموصى له.

وأصحُّهُما: على ما ذكره [ه] في الكتاب: الاكتفاء به؛ لأن المقصود العلم بأن شهادتهم لم تستند إلى ظاهر اليد، وقد حصل هذا الغرض أيضاً، فإن الغالب أن ولدَ أمته ملكه.

ومنهم من قطع بالقول الثاني، وجعل ما ذكره في «الدعوى» تأكيداً، ولو شهدت البينة بأن أمته ولدته في ملكه، فإطلاق الجمهور الاكتفاء به.

وقال الإمام: لا يُكتفى به تفریباً على وجوب التعرض لسبب الملك؛ لأنه قد تلد أمته في ملكه حراً أو مملوكاً للغير على ما بيّناه، وهذا حق، ويُشبهه ألا يكون فيه خلاف، ويكون قولهم «في ملكه» مضروباً إلى المولد بمثابة قول القائل «ولدته في مَشِيمَةٍ، لا إلى الولادة ولا إلى الوالدة»، وحينئذ لا فرق بينه وبين قولهم «ولدته مملوكاً [له]»، وعلى القولين تُقبل هذه الشهادة من رجلٍ وامرأتين، لأن الغرض إثبات الملك، وإذا اكتفينا بالشهادة على أنه ولدته أمته، فنقبل من أربع نسوة أيضاً؛ لأنها شهادة على الولادة، ثم يثبت الملك في ضمنها، كما يثبت النسب في ضمن الشهادة على الولادة، ولو شهدت على أنه ملكه ولدته أمته، فعن القاضي الحسين أنه يثبت الملك والولادة، وذكر الملك لا يمنع من ثبوت الولادة، ثم يثبت الملك ضمناً لا بتصريحه.

لو شهدت البينة لمُدعي الرق باليد؟

قال في «المهذب»: إن كان المُدعي الملتقط، لم يُحكّم له، وإن كان غيره؛

فقولان:

وفي «الشامل» وغيره ما هو أقوم وأحسن من هذا، وهو أن المُدعي، إذا أقام البينة على أنه كان في يده قبل أن يلتقطه الملتقط، فبُلت، وثبتت يده، ثم يصدق في دعوى الرق، لما مر أن صاحب اليد على الصغير إذا لم يعرف أن يده عن التقاط، يصدق في دعوى الرق، وبمثله أجاب صاحب «التهذيب» فيما إذا أقام الملتقط بيّنة على أنه كان في



يَدِهِ قَبْلَ أَنْ التَّقَطُّهُ، لَكِنْ رَوَى الْقَاضِي أَبُو كَجٍّ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ عَنِ النَّصِّ أَنَّهُ لَا يُرْقُ حَتَّى يَقِيمَ الْبَيِّنَةَ عَلَى سَبَبِ الْمَلِكِ، وَوَجْهَهُ بِأَنَّهُ إِذَا عَرِفَ بِأَنَّهُ التَّقَطُّهُ، فَكَأَنَّهُ أَقْرَ لَهُ بِالْحَرِيَّةِ ظَاهِرًا، فَلَا تَزَالُ إِلَّا عَنْ تَحْقِيقِ.

جئنا إلى ما يتعلّق بلفظ الكتاب:

قوله «فيه ثلاثة أقوال» يجوز إعلامه بالواو؛ للطريقة القاطعة بالاكْتفاء.

وقوله «كبينة المال» يعني في سائر الأموال، وإلا فالعبدُ مالٌ أيضاً.

وأما القولُ الثالثُ، وهو الفرقُ بين الملتقطِ وغيره في الاكْتفاءِ بالبينة المطلقة، فهذا لا ذكْرُ له في كُتُبِ الأصحابِ، لكنه مخرَجٌ مما ذكرناه، ومن كلام الإمام لا بُدَّ من حكايتِهِ، وذلك أَنَّهُ حَكَى فِيمَا إِذَا ادَّعَى الْمُلتَقِطُ رِقَّةً، القَوْلَيْنِ كما قَدَّمنا، ثم قال: إِنَّ الْمُزْنِيَّ لَمَّا نَقَلَ عَنِ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - اشْتَرَا طَ تَقْيِيدَ الْبَيِّنَةِ عَلَى الْمَلْتَقِطِ، حَكَى نَصًّا آخَرَ، وهو أَنَّهُ قال: إِذَا التَّقَطُّ الرَّجُلُ مُنْبُوذًا، وَجاء آخَرَ، وَقَالَ: هَذَا اللَّقِيطُ مِلْكِي، كَانَ فِي يَدِي قَبْلَ الْاَلْتِقَاطِ، فَأَقَامَ بَيِّنَةً عَلَى أَنَّهُ مِلْكُهُ مُطْلَقًا، قَبِلَتِ الشَّهَادَةُ وَنَظَمَهُمَا قَوْلَيْنِ، وَأَخْتَارَ أَحَدَهُمَا.

قال: وهذا مأخوذٌ عليه، فإنَّ النَّصَّ الأوَّلَ فِي الْمُلتَقِطِ.

والثاني: فِي غَيْرِ الْمُلتَقِطِ، وَلَيْسَ فِي حَقِّ غَيْرِ الْمُلتَقِطِ يَدُ الْاَلْتِقَاطِ حَتَّى يَحْدَدَ اسْتِنَادَ الشَّهَادَةِ إِلَيْهَا، فَقَبِلْتُ عَلَى إِطْلَاقِهَا، وَحَاصِلُهُ أَنَّ الْبَيِّنَةَ الْمُطْلَقَةَ يَكْتُمِي بِهَا مِنْ غَيْرِهِ، وَفِي الْمُلتَقِطِ قَوْلَانِ، وَالْجُمْهُورُ أَتَّبَعُوا فِيهِمَا قَوْلَيْنِ بِلَا فَرْقٍ؛ فَتَوَلَّدَ مِنَ التَّقْلِينِ قَوْلٌ فَارَقَ كَمَا فِي الْكُتُبِ، وَلَكِنْ فِي كَلَامِ الْإِمَامِ تَوَقَّفُ فِي الْمَوْضِعَيْنِ.

أحدهما: أَنَّهُ حَمَلَ مَا نَقَلَهُ الْمُزْنِيُّ أَوَّلًا عَلَى مَا إِذَا ادَّعَى الْمُلتَقِطُ رِقَّةً، وَلَيْسَ فِي اللَّقِيطِ مَا يَخْصُصُهُ بِهِ؛ لِأَنَّهُ قال: قال الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: «إِذَا ادَّعَى رَجُلٌ اللَّقِيطَ أَنَّهُ عَبْدُهُ، لَمْ أَقْبَلْ حَتَّى يَشْهَدَ أَنَّهَا رَأَتْ أُمَّةً فَلانٍ وَلَدَتْهُ» يَعْني الْمَدْعِي.

والثاني: أَنَّ لَفْظَ النَّصِّ الْأَخِيرِ، وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ: وَإِنْ أَقَامَ بَيِّنَةً بِأَنَّهُ كَانَ فِي يَدِهِ قَبْلَ الْاَلْتِقَاطِ الْمَلْتَقِطِ، أَرْقَفْتُهُ لَهُ، وَلَيْسَ فِيهِ تَعَرُّضٌ لِلْمَلِكِ، إِلَّا أَنَّ مَا ذَكَرَهُ الْإِمَامُ مِنْ أَنَّ هَذَا النَّصَّ قَوْلٌ بِقَبُولِ الشَّهَادَةِ عَلَى الْمَلِكِ مُطْلَقًا يُوَافِقُهُ كَلَامُ الْأَصْحَابِ، وَكَأَنَّهُمْ فَهَمُوا مِنْ قَبُولِ الشَّهَادَةِ عَلَى الْيَدِ الدَّالَّةِ عَلَى مَطْلَقِ الْمَلِكِ قَبُولِ الشَّهَادَةِ عَلَى مَطْلَقِ الْمَلِكِ بِطَرِيقِ الْأَوَّلِيِّ، لَكِنْ يُتَوَجَّهُ أَنَّ يُقَالُ: الْمَلِكُ فِي صُورَةِ النَّصِّ [هُوَ] غَيْرُ ثَابِتٍ بِالْبَيِّنَةِ، وَإِنَّمَا ثَبَّتَ بِهَا الْيَدُ وَالْإِرْقَاقُ بِقَوْلِ صَاحِبِ الْيَدِ، كَمَا تَقَدَّمَ.

وقوله «فالمقيد بأن يستند إلى شراء أو إرث أو سبي أو يقول: ولدته مملوكتي على ملكي» هذا حكاية لفظ المدعي، ثم الشهود يطبقون شهادتهم عليه، ولا يفهم من

هَذَا أَنَّ الْمُدْعِيَّ يَجِبُ عَلَيْهِ ذِكْرُ سَبَبِ الْمِلْكِ، بَلْ يَكْفِي الدَّعْوَى.

وقوله «هو ملكي»، ولفظ الكتاب جرى على سبيل الإيضاح.

وقوله «فَقَدْ قِيلَ: لا يَكْفِي» يجوز أن يُرْفَمَ بالواو؛ للطريقة القاطعة بالاكتفاء، ولفظه «قَبْلَ» في الأكثر يستعمل في وجوه الأضحاب، ورُبَّمَا بَالِغٌ فِيهِ الْإِمَامُ، فَإِنَّهُ حَكَى الْخِلَافَ فِي الْمَسْأَلَةِ وَجْهَيْنِ، وَالْأَكْثَرُونَ نَقَلُوا قَوْلَيْنِ مَنْصُوصَيْنِ.

وقوله «إِذَا الْقَصْرُ قَطَعَ» احتمال الاستناد إلى ظاهر اليد، معناه أَنَّ التَعْرُضَ لِمُطْلَقِ الْمِلْكِ، إِنَّمَا لَمْ يَكْتَفَ بِهِ؛ خَوْفًا مِنْ أَنْ يَعْتَمِدَ الشُّهُودُ الْيَدَ.

فَإِذَا اسْتَدْوَاهُ إِلَى غَيْرِ الْيَدِ، فَقَدْ أَمِثْنَا مِنْ ذَلِكَ، فَلَا حَاجَةَ إِلَى التَّنْصِيصِ عَلَى تَمَامِ سَبَبِ الْمِلْكِ، وَيُؤَيِّدُهُ أَنَّ قَوْلَ الشُّهُودِ «إِنَّهُ مَلِكُهُ، وَلَدَنَّهُ مَمْلُوكَتُهُ، جَعَلَهُ فِي «التَّهْدِيبِ» بِمِثَابَةِ قَوْلِهِمْ «وَلَدَنَّهُ مَمْلُوكَتَهُ عَلَى مَلِكِهِ» وَلَمْ يَذْكَرْ فِيهِمَا خِلَافًا، وَإِنَّمَا ذَكَرَ الْخِلَافَ فِيهَا إِذَا قَالُوا: «وَلَدَنَّهُ مَمْلُوكَتَهُ، أَوْ إِنَّهُ وَوَلَدَ مَمْلُوكَتِهِ».

قال العزالي: (الرابعة): أن يُقَرَّ عَلَى نَفْسِهِ بِالرَّقِّ، فَإِنْ كَانَ بَعْدَ أَنْ أَقَرَّ بِالْحُرِّيَّةِ لَمْ يُقْبَلْ عَلَى الصَّحِيحِ، وَإِنْ كَانَ قَبْلَ أَنْ أَقَرَّ بِالْحُرِّيَّةِ قَبْلَ إِفْرَازِهِ، وَإِنْ أَقَرَّ لِإِنْسَانٍ بِالرَّقِّ فَأَتَكَرَّهُ فَأَقَرَّ لِغَيْرِهِ فَالْتَّصُّ أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ لِلثَّانِي لِأَنَّهُ كَالْمَخْكُومِ بِحُرِّيَّتِهِ يَرُدُّ إِفْرَازَهُ الْأَوَّلَ، وَالْقَوْلُ الْمُخْرَجُ أَنَّهُ يُقْبَلُ، كَمَا لَوْ أَنْكَرَتِ الْمَرْأَةُ الرَّجْعَةَ ثُمَّ أَقَرَّتْ، وَإِنْ كَانَ قَدْ سَبَقَ مِنْهُ تَصَرُّفٌ، فَإِنْ أَقِيمَ بَيِّنَةٌ عَلَى رِقِّهِ تَتَّبَعَتِ التَّصَرُّفَاتِ وَجَعَلَتْ كَأَنَّهَا صَدَرَتْ مِنْ عَبْدٍ بِغَيْرِ إِذْنِ السَّيِّدِ، وَإِنْ عَرِفَ رِقَّهُ بِإِفْرَازِهِ فَيُقْبَلُ إِفْرَازُهُ فِيمَا عَلَيْهِ مُطْلَقًا، وَفِيمَا يَضُرُّ بِغَيْرِهِ أَيْضًا عَلَى أَظْهَرِ الْأَقْوَالِ، وَفِي قَوْلٍ: لَا يُقْبَلُ فِيمَا يَضُرُّ بِغَيْرِهِ.

قال الرافعي: الحالة الرابعة: أن يُقَرَّ عَلَى نَفْسِهِ بِالرَّقِّ، وَهُوَ عَاقِلٌ بَالِغٌ، فَيَنْظَرُ؛ إِنْ كَذَّبَهُ الْمُقَرُّ لَهُ، لَمْ يَثْبُتِ الرَّقُّ، وَلَوْ عَادَ بَعْدَ ذَلِكَ، فَصَدَّقَهُ، لَمْ يَلْتَفِتْ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا كَذَّبَهُ، ثَبَّتَتْ حُرِّيَّتُهُ بِالْأَصْلِ، فَلَا يَعُودُ رَقِيقًا، وَإِنْ صَدَّقَهُ، فِيمَا أَنْ يَسْبِقَ الْإِقْرَارَ مَا يَنَاقِضُهُ أَوْ لَا يَسْبِقُهُ.

القسم الأول: أَلَا يَسْبِقُهُ مَا يَنَاقِضُهُ، فَيُقْبَلُ إِفْرَازُهُ، كَسَائِرِ الْأَقَارِيرِ، وَعَنْ حِكَايَةِ صَاحِبِ «التَّقْرِيبِ» قَوْلَ آخَرَ؛ أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ؛ لِأَنَّهُ مَحْكُومٌ بِحُرِّيَّتِهِ بِالذَّارِ، فَلَا يَنَقُضُ، لَمَّا أَنَّ الْمَحْكُومَ بِإِسْلَامِهِ بظَاهِرِ الدَّارِ، إِذَا أَعْرَبَ بِالْكَفْرِ، لَا يَنَقُضُ مَا حُكِمَ بِهِ فِي قَوْلٍ، بَلْ يُجْعَلُ مُرْتَدًّا.

والقسم الثاني: أن يسبقه ما يناقضه، وفيه صور.

إحداها: إِذَا أَقَرَّ بِالْحُرِّيَّةِ بَعْدَ الْبُلُوغِ، ثُمَّ أَقَرَّ بِالرَّقِّ، لَمْ يُقْبَلْ؛ لِأَنَّهُ بِالْإِقْرَارِ الْأَوَّلِ،

التزم أحكام الأحرار في العبادات وغيرها، فلم يملك إسقاطها، وأيضاً فإن الحكم بالحرية بظاهر الدار. قد تأكد بإعرابه عن نفسه، [فلا يُقبل ما يناقضه، كما لو بلغ وأعزب عن نفسه]<sup>(١)</sup> بالإسلام، ثم وصف بالكفر، لا يُقبل ويُجعل مُرتداً.

ونقل الإمام ونجهاً آخر أنه يُقبل، وذكر أن الصنيدلاني، قطع به تشبهاً بما إذا أنكرت المرأة الرجعة، ثم أقرت، وأيضاً، فإنه لو قال: هذا ملكي، ثم أقر لغيره، يُقبل والمذهب الأول.

الثانية: إذا أقر بالرق لزئيد، فكذبته، فأقر لعمره، فعن تخريج ابن سريج أنه يُقبل كما لو أقر بمال لزئيد، فكذبته، فأقر به لعمره، وأيضاً، فأحتمال الصدق في الثاني قائم، فوجب قبوله. والمذهب المنصوص المنع؛ لأن إقراره الأول تضمن نفي الملك لغيره، فإذا رد المقر له خرَج عن كونه مملوكاً له أيضاً، فصار حراً بالأصل، والحرية مظنة حقوق الله تعالى والعباد، فلا سبيل إلى إبطالها بالإقرار الثاني.

الثالثة: إذا وجدت منه تصرفات تستدعي نفوذها بالحرية من بيع ونكاح وغيرها، ثم أقر بالرق. قال الإمام: إن فرغنا على ما نقله صاحب «التقريب» في الصورة الأولى، فأقراره لاغٍ مطرَح.

نعم، لو نكح ثم أقر بالرق، فأقراره اعتراف بأنها محرمة عليه، فلا يمكن القول بحلها [و] إن قلنا بالقبول هناك، ولا إقرار قبلة ولا تصرف، فيجئ هاهنا الخلاف الذي سنذكره، ونحن نُقدم عليه، أنه، لو ثبت الرق بالبيّنة، والحالة هذه، تنقُص التصرفات المستدعية للحرية، وتُجعل صادرة من عبد، لم يَأذن له السيد، ويسترد ما دُفع إليه من الزكاة، والميراث، وما أنفق عليه من بيت المال، وتباع رقبته فيهما.

إذا عرفت ذلك جئنا إلى الإقرار.

قال الشافعي - رضي الله عنه -: «الزمت ما ألزمت به قبل إقراره» وفي إلزامه الرق قولان، وللأصحاب فيما ذكره طريقان:

أحدهما، ويحكى عن أبي الطيب بن سلمة: في قبول أصل الإقرار قولان؛ لظاهر قوله «وفي إلزامه الرق قولان»، وجه عدم القبول: أنه محكوم بحريته بظاهر الدار، فلا يملك إسقاط أحكامها، كما لو أقر بالحرية ثم بالرق، ووجه القبول أن ذلك الحكم كان بناءً على الظاهر، فيجوز أن يُعبر بالإقرار، كما أن من حكم بإسلامه بظاهر الدار، قبله، وأعزب بالكفر، يُجعل كافرأ أصلياً على الأصح.

(١) سقط في: ز.

وأصحهما: القطع بقبول أضل الإقرار، وثبوت أحكام الأرقاء له في المستقبل مطلقاً، وتخصيص القولين بأحكام التصرفات السابقة، فأخذ القولين القبول في أحكامها أيضاً، سواء كان مما يضر به أو ينفع، ويضر غيره؛ لأنه لا تهمة فيه، إذ الإنسان لا يرق نفسه؛ لإلحاق ضرر جري بالغير، وأيضاً، فلأن تلك الأحكام فروع الرق، فإذا قبلنا إقراره في الرق الذي هو الأصل، وجب القبول في أحكامه التي هي فروع له.

وأصحهما: المنع في الأحكام التي تضر بغيره، وتخصيص القول بالأحكام التي تضر به؛ كما لو أقر بمال على نفسه وعلى غيره، فإنه يقبل عليه ولا يقبل على غيره، وبهذا قال أبو حنيفة، وأختره المزني، وعن أحمد روايتان كقولين.

قال الشيخ أبو علي، وهذان القولان مع القبول في أضل الرق، كما يقول فيما إذا أقر العبد بسرقه توجب القطع، والمال في يده، يقبل إقراره بالقطع، وفي المال خلاف، وأصحاب هذه الطريقة قالوا: «وقوله وفي إلزامه الرق قولان» معناه في إلزامه أحكام الرق. ففي قول؛ يلزمه الكل، وفي قول؛ يفصل، وذلك يتبين عند شروعه في تفصيل القولين.

وأما قوله «ألزمته ما لزمه قبل إقراره» ففي بعض الشروح تفسيره بالأحكام التي تلزم الأحرار والعبيد جميعاً.

وقال المسعودي: أي: لا أسقط عنه بهذا الإقرار ما لزمه قبله من حقوق الأدميين، والأول أثبتته بنظم الكلام.

«وفي النهاية» أن بعض الأصحاب طرد قول التفصيل ما يضر به، وما يضر بغيره في المستقبل أيضاً، ويخرج من ذلك ثلاثة أقوال:

أحدها: القبول في أحكام الرق كلها ماضياً ومستقبلاً.

والثاني: تخصيص القبول بما يضر به، والمنع فيما عداه ماضياً ومستقبلاً.

والثالث: تخصيص المنع بما يضر بغيره فيما مضى، والقبول فيما عداه. وثلاثتها متفقة على القبول فيما عليه؛ فلذلك قال صاحب الكتاب «فيقبل إقراره فيما عليه مطلقاً» وخصص التردد بما يضر بغيره، وقد تعرض لذكر الأقوال، إلا أنه لم يصرح بتفصيلها جميعاً، وجعله القبول فيما يضر بالغير أظهر الأقوال غير مساعد عليه، بل الأصحاب إلى المنع أميل، وقد صرح بتزجيجه المسعودي، وصاحب «التهديب» والقاضي الروياني، وبه أجاب ابن الحداد، ويجوز أن يعلم. قوله «فيقبل إقراره فيما عليه مطلقاً» بالواو؛ لأن المذكور في الكتاب هو الطريق الثاني.

وقوله في أول الفصل «لم يقبل على الصحيح» يعني من الوجهين، وأعلم قوله

«قَبِلَ إِفْرَازُهُ» لِمَا رَوَاهُ صَاحِبُ «التَّقْرِيبِ». وَقَوْلُهُ «فَالنَّصُّ أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ» وَالْقَوْلُ الْمُخْرَجُ أَنَّهُ يَقْبَلُ الْمَرَادُ مِنْهُ مَا قَدَّمْتَاهُ مِنْ تَخْرِيجِ ابْنِ سُرَيْجٍ، لَكِنَّ عَامَّةَ النَّقْلَةِ حَكَوْهُ حِكَايَةَ الْوَجُوهِ دُونَ الْأَقْوَالِ الْمَخْرُجَةِ عَلَيَّ أَنَّ الْأَمْرَ فِيهِ قَرِيبٌ، وَتَشْبِيهِهُ بِمَا إِذَا أَنْكَرَتِ الْمَرَاةُ الرَّجْعَةَ، ثُمَّ أَقْرَتْ بَعِيدًا عَنِ الْمَسْأَلَةِ، فَإِنَّ الْإِنْكَارَ وَالْإِفْرَازَ هُنَاكَ مَتَعَلِّقَانِ بِشَخْصٍ وَاحِدٍ، وَحَقٌّ وَاحِدٍ، وَهَاهُنَا صَدَرَ مِنْهُ إِقْرَارَانِ لِشَخْصَيْنِ تَخَلَّلَهُمَا الْإِنْكَارُ مِنَ الْمُقَرَّرِ لَهُ الْأَوَّلِ، وَمَوْضِعُ هَذَا التَّشْبِيهِ مَا إِذَا أَقْرَ بِالْحَرِيَّةِ، ثُمَّ أَقْرَ بِالرَّقِّ فِي تَوْجِيهِهِ مَا اخْتَارَهُ الصَّيْدَلَانِيُّ، عَلَيَّ مَا سَبَقَ، وَكَذَلِكَ ذَكَرَهُ فِي «الْوَسِيطِ» فَكَأَنَّهُ أَشْتَبَهَ عَلَيْهِ.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: فَإِنْ قُلْنَا: لَا يُقْبَلُ فِيْمَا يَضُرُّ بَعِيْرَهُ، فَإِنْ كَانَتْ لَقِيْطَةً فَأَقْرَتْ بَعْدَ النِّكَاحِ فَالنِّكَاحُ مُطَّرَدٌ، وَالْمُسْتَحَقُّ لِلْسَيِّدِ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنَ الْمُسَمَّى أَوْ مَهْرِ الْمَثَلِ، وَالْأَوْلَادُ أَحْرَارٌ، وَلَوْ طَلَّقَهَا زَوْجَهَا فَعَلَيْهَا ثَلَاثَةُ أَقْرَاءٍ (و) نَظْرًا لِلزَّوْجِ، فَإِنْ مَاتَ الزَّوْجُ فَعَلَيْهَا شَهْرَانِ وَخَمْسَةَ أَيَّامٍ إِذَا مَاتَ الزَّوْجُ فَلَا مَعْنَى لِلنَّظَرِ لَهُ، وَقِيلَ: إِنَّهُ لَا يَلْزَمُهَا إِلَّا الْاِسْتِيْرَاءُ إِنْ وَطِئَتْ، فَإِنَّ الزَّوْجَ قَدْ مَاتَ وَهِيَ تَدْعِي بَطْلَانَ أَصْلِ النِّكَاحِ، وَالنَّصُّ هُوَ الْأَوَّلُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: التَّفْرِيعُ: لِلخِلَافِ الْمَذْكُورِ فُرُوعٌ كَثِيرَةٌ تَتَشَعَّبُ عَنِ التَّصْرُفَاتِ السَّابِقَةِ عَلَى الْإِفْرَازِ، وَفِي الْكِتَابِ فِرْعٌ وَاحِدٌ مِنْهَا، وَهُوَ النِّكَاحُ، فَنُشِرْهُ وَنَضْمُ إِلَيْهِ مَا تَيَسَّرَ، فَإِذَا سَبَقَ النِّكَاحُ الْإِفْرَازَ، نَظَرَ فِي اللَّقِيْطِ، أَهْوَأُنْثَى أَمْ ذَكَرَ، إِنْ كَانَ أَنْثَى، فَزَوَّجَهَا الْحَاكِمُ عَلَى الْحَرِيَّةِ، ثُمَّ أَقْرَتْ بِالرَّقِّ - وَهَذَا الطَّرِيقُ هُوَ الَّذِي أوردَهُ فِي الْكِتَابِ - فَإِنْ قُلْنَا بِقَبُولِ الْإِفْرَازِ مَطْلَقًا، فَقَدْ تَبَيَّنَ أَنَّ هَذِهِ جَارِيَةٌ تُكْحَثُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهَا، فَالنِّكَاحُ فَاسِدٌ، وَلَا شَيْءَ عَلَى الزَّوْجِ، إِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا، وَإِنْ دَخَلَ، فَعَلَيْهِ مَهْرُ الْمِثْلِ لِلْمُقَرَّرِ لَهُ، فَإِنْ كَانَ قَدْ سَلَّمَ إِلَيْهَا الْمَهْرَ، اسْتَرَدَّهُ، إِنْ كَانَ بَاقِيًا، وَإِلَّا رَجَعَ عَلَيْهَا بَعْدَ الْعِتْقِ، وَالْأَوْلَادُ مِنْهَا أَحْرَارٌ؛ لِمَطْنَةِ الْحَرِيَّةِ، وَعَلَى الزَّوْجِ قِيْمَتُهُمْ لِلْمُقَرَّرِ لَهُ، وَيَرْجِعُ عَلَيْهَا بِالْقِيْمَةِ، إِنْ كَانَتْ هِيَ الَّتِي عَرَّتَهُ، وَفِي الرَّجُوعِ بِالْمَهْرِ قَوْلَانِ:

وَأَظْهَرَ الْوَجْهَيْنِ، وَبِهِ قَطَعَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ: وَأَنَّهَا تَعْتَدُ بِقُرْعَيْنِ؛ لِأَنَّ عِدَّةَ الْأُمَّةِ بَعْدَ ارْتِفَاعِ النِّكَاحِ الصَّحِيحِ قُرْعَانِ

وَنِكَاحِ الشُّبْهَةِ فِي الْمَحْرَمَاتِ كَالنِّكَاحِ الصَّحِيحِ، وَهَذَا مَا أوردَهُ ابْنُ الصَّبَّاحِ، وَالشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ الشَّيْرَازِيُّ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ لَا عِدَّةَ عَلَيْهَا؛ إِذْ لَا نِكَاحَ، وَلَكِنَّهَا تَسْتَبْرِئُ بِقُرْعٍ وَاحِدٍ؛ لِمَكَانِ الْوَطْءِ وَهَذَا مَا يُوجَدُ فِي تَعْلِيْقِ الشَّيْخِ أَبِي حَامِدٍ.

قَالَ الْإِمَامُ: وَيَجِبُ طَرْدُ هَذَا التَّرْدُدِ فِي كُلِّ نِكَاحِ شُبْهَةِ عَلَيَّ أُمَّةٍ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يُقْبَلُ الْإِفْرَازُ فِيْمَا يَضُرُّ الْبَعِيْرَ، فَالْكَلَامُ فِي نِكَاحِهَا فِي أُمُورٍ:

أحدهما: لا نَحْكُمُ بِإِنْفِسَاخِ النِّكَاحِ، بَلْ نَنْظُرُهُ كَمَا كَانَ.

قال الإمام: سواءَ فَرَقْنَا بَيْنَ الْمَاضِي وَالْمُسْتَقْبَلِ أَوْ لَمْ نَفْرِقْ، فَكَأَنَّا نَجْعَلُ النِّكَاحَ فِي حُكْمِ الْمُسْتَوْفَى الْمَقْبُوضِ فِيمَا تَقَدَّمَ، وَعَلَى هَذِهِ الْقَاعِدَةِ؛ بَيِّنًا أَنَّ الْحُرَّ، إِذَا وَجَدَ الطَّوْلَ بَعْدَ نِكَاحِ الْأُمَّةِ، لَمْ نَقْضِ بِارْتِفَاعِ النِّكَاحِ بَيْنَهُمَا، وَأَسْتَدْرَكَ الْقَاضِي ابْنَ كَجٍ، فَقَالَ: إِنْ كَانَ الزَّوْجُ مِمَّا لَا يَجُوزُ لَهُ نِكَاحُ الْإِمَاءِ، فَيُحْكَمُ بِإِنْفِسَاخِ النِّكَاحِ؛ لِأَنَّ الْأَوْلَادَ الَّذِينَ تَلَدُّهُمْ فِي الْمُسْتَقْبَلِ أَرْقَاءُ عَلَى مَا سَيَأْتِي، فَلَيْسَ لَهُ الثَّبَاتُ عَلَيْهِ، وَهَذَا حَسَنٌ، لَكِنْ صَرَّحَ ابْنُ الصَّبَّاحِ بِخِلَافِهِ<sup>(١)</sup>.

ثم أطلق الأضحاب أن للزوج الخيار [في] فسخ النكاح، وقد نص عليه في «المختصر» ووجهه بنقصان حقه لحكمنا بالرق في الحال والمستقبل، وهو على ما ذكره الشيخ أبو علي مفروض فما إذا نكحها في الابتداء على أنها حرة، فإن توهم الحرية، ولم يجبر شرطها، ففيه خلاف، يذكر في موضعه.

الثاني: في المهر، ومهما ثبت للزوج الخيار، فسسخ النكاح قبل الدخول، فلا شيء عليه، وإن كان بعد الدخول، فعليه أقل الأمرين من المسمى أو مهر المثل [إن كان المسمى أقل، لم يقبل إقرارها في الزيادة عليه، وإن كان مهر المثل أقل]<sup>(٢)</sup>، فالمقر له لا يدعي أكثر منه، وإن أجاز؟ قال: «في التهذيب»: عليه المسمى، فإن طلقها بعد الإجازة وقبل الدخول، فعليه نصف المسمى، وفيه إشكال؛ لأن زعم المقر له فساد النكاح، فإن لم يكن دخول، وجب ألا يطالب بشيء، وقد يشعر بهذا إطلاق صاحب الكتاب<sup>(٣)</sup>، والمستحق للسيد أقل الأمرين، فإنه إنما يتضح بتقدير الدخول، فإن كان الزوج قد دفع الصداق إليها، لم يطالب به ثانياً.

(١) قال النووي: الأصح: أنه لا ينفسخ كما قال ابن الصباغ، كالحرة إذا وجد الطول بعد نكاح الأمة. والله أعلم.

هذا الذي صححه هو الذي جزم به الجمهور منهم صاحب التقريب والقاضيان الماوردي والبنديجي والمتولي وصاحب البيان وغيرهم؛ لأن شرط نكاح الأمة يعتبر ابتداء لا دواماً، ولعل ما قاله ابن كج مبنياً على مذهب المزني أن طريان اليسار على النكاح يبطله، لكن يبعد ذلك أن لو اعتبرناه لكان قولها مفسداً لنكاحه.

(٢) سقط في: ز.

(٣) قال النووي: الراجح: أنه لا يلزمه شيء لما ذكره. والله أعلم.

قضية الاستشكال في الصورة الثانية أن يجري مثله في الصورة الأولى - أعني إذا كان بعد الدخول والمسمى أكثر؛ لأنه بزعمه أيضاً لا يستحقه.

وكلام المتولي مصرح بما رجحه المصنف فإنه قال ليس للسيد مطالبة بالمهر قبل الدخول يعني وإن لم يجد طلاق لزعمه أن النكاح فاسد، والزوج مقر لها بالمهر، وليست من أهل المطالبة.

الثالث: في الأولاد منها، فالذَيْنِ حَصَلُوا قَبْلَ الإِفْرَارِ أَحْرَارًا، وَلَا يَجِبُ عَلَى الزَّوْجِ قِيَمَتُهُمْ؛ لِأَنَّ قَوْلَهَا غَيْرُ مَقْبُولٍ فِي الزَّامِيهِ، أَمَا الْحَادِثُونَ بَعْدَهُ فَهَمُ أَرْقَاءُ؛ لِأَنَّهُ وَطَنَهَا عَلَى عِلْمٍ بِأَنَّهَا أَمَةٌ<sup>(١)</sup>.

قَالَ الإِمَامُ: هَذَا ظَاهِرٌ، إِذَا قَبِلْنَا الإِفْرَارَ فِيمَا يَضُرُّ بِالْغَيْرِ فِي الْمُسْتَقْبَلِ، أَمَا إِذَا لَمْ يُقْبَلْ فِيهِ مَا ضِيًّا وَمُسْتَقْبَلًا، فَيُحْتَمَلُ أَنْ يُقَالَ بِحَرِيَّتِهِمْ؛ صِيَانَةٌ لِحَقِّ الزَّوْجِ، فَإِنَّ الْأَوْلَادَ مِنْ مَقَاصِدِ النِّكَاحِ، كَمَا أَنَّا أَدْمَنَّا النِّكَاحَ، صِيَانَةٌ لِحَقِّهِ فِي الْوَطْءِ، وَسَائِرِ الْمَقَاصِدِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُقَالَ بِرِقَّتِهِمْ، وَهُوَ ظَاهِرٌ مَا أُطْلِقَهُ الْأَصْحَابُ؛ لِأَنَّ الْعُلُوقَ أَمْرٌ مُؤْهَمٌ، فَلَا يُجْعَلُ مُسْتَحَقًّا بِالنِّكَاحِ بِخِلَافِ الْوَطْءِ، وَتَرَدُّدُوا أَيْضًا فِي أَنَّ، إِذَا أَدْمَنَّا النِّكَاحَ نُسَلِّمُهَا إِلَى الزَّوْجِ تَسْلِيمَ الإِمَاءِ أَوْ تَسْلِيمَ الْحَرَائِرِ، وَلَا نُبَالِي بِتَعْطِيلِ الْمَنَافِعِ عَلَى الْمُقَرَّرِ لَهُ، وَالظَّاهِرُ الثَّانِي، وَإِلَّا، لَعَظُمَ الضَّرَرُ عَلَى الزَّوْجِ، وَأَخْتَلَّتْ مَقَاصِدُ النِّكَاحِ، وَيَخَالَفُ أَمْرَ الْوَالِدِ؛ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ مُؤْهَمٌ، وَيُمْكِنُهُ الْأَحْتِجَاجُ لِلْإِحْتِمَالِ الثَّانِي بِقَوْلِ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فِي «المختصر»: «لَا أَصَدِّقُهَا عَلَى فَسَادِ النِّكَاحِ، وَلَا عَلَى مَا يَجِبُ عَلَيْهَا لِلزَّوْجِ».

الرابع: في العِدَّةِ:

أما عِدَّةُ الطَّلَاقِ، فَإِنْ كَانَ رَجْعِيًّا، نُظِرَ؛ إِنْ طَلَّقَهَا، ثُمَّ أَقْرَتْ، فَعَلَيْهَا ثَلَاثَةُ أَقْرَاءٍ، وَلَهُ الرُّجْعَةُ فِيهَا جَمِيعًا؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَثْبُتُ ذَلِكَ بِالطَّلَاقِ، فَلَيْسَ لَهُ إِسْقَاطُ بِالْإِفْرَارِ.

فَإِنْ أَقْرَتْ ثُمَّ طَلَّقَهَا فَوَجْهَانِ:

أصحُّهُمَا، وَهُوَ الَّذِي أوردَهُ الْأَكْثَرُونَ أَنَّ الْجَوَابَ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ أُثْبِتَ لَهُ حَقُّ الرُّجْعَةِ فِي ثَلَاثَةِ أَقْرَاءٍ.

والثاني: أَنَّهَا تَعْتَدُ بِقَرَعَيْنِ عِدَّةَ الإِمَاءِ؛ لِأَنَّهُ أَمْرٌ مُتَعَلِّقٌ، بِالْمُسْتَقْبَلِ؛ فَأَشْبَهَ إِرْقَاقَ الْأَوْلَادِ، وَهَذَا أَصَحُّ عِنْدَ أَبِي الْفَرَجِ الزَّازِ وَحَكَاهُ عَنِ ابْنِ سُرَيْجٍ، فَإِنْ كَانَ الطَّلَاقَ بَائِنًا، فَاصْطَحَّ الْوَجْهَيْنِ: أَنَّ الْحُكْمَ كَمَا فِي الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ؛ لِأَنَّ الْعِدَّةَ فِيهِمَا لَا تَخْتَلِفُ.

والثاني: أَنَّهَا تَعْتَدُ عِدَّةَ الإِمَاءِ عَلَى الطَّلَاقِ؛ لِأَنَّهَا مَخْكُومٌ بِرِقَّتِهَا، وَلَيْسَ لِلزَّوْجِ غَرَضُ الْمَرَاجَعَةِ، أَمَا عِدَّةُ الْوَفَاةِ، فَإِنَّهَا تَتَرَبَّصُ شَهْرَيْنِ وَخَمْسَ لَيَالٍ عِدَّةَ الإِمَاءِ، نَصٌّ عَلَيْهِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ تُقَرَّرَ قَبْلَ مَوْتِ الزَّوْجِ أَوْ بَعْدَهُ فِي الْعِدَّةِ.

والفرقُ بَيْنَ عِدَّةِ الْوَفَاةِ وَعِدَّةِ الطَّلَاقِ أَنَّ عِدَّةَ الطَّلَاقِ حَقُّ الزَّوْجِ، وَإِنَّمَا وَجِبَتْ؛ صِيَانَةً لِمَا تَرَى أَنَّهَا لَا تَجِبُ قَبْلَ الدُّخُولِ، وَعِدَّةُ الْوَفَاةِ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى؛ فَجَبُولُ

(١) قد توهم أن المراد بالحصول وجودهم وليس كذلك.

قَوْلِهَا فِي انتِقَاضِ عِدَّةِ الْوَفَاةِ لَا يُلْحَقُ ضَرراً بِالْغَيْرِ، وَفِيهِ وَجْهٌ. أَنَّهَا يَجِبُ عَلَيْهَا عِدَّةُ الْوَفَاةِ<sup>(١)</sup> أَصلاً؛ لِأَنَّهَا تَزْعُمُ بَطْلَانَ النِّكَاحِ مِنْ أَضْلِهِ، وَقَدْ مَاتَ الزَّوْجُ، فَلَا مَعْنَى لِمَرَاعَةِ جَانِبِهِ بِخِلَافِ عِدَّةِ الطَّلَاقِ، فَعَلَى هَذَا، فَإِنْ جَرَى دُخُولُ، فَعَلَيْهَا الْاسْتِبْرَاءُ.

قَالَ الْإِمَامُ: وَالْقَوْلُ فِي أَنَّهُ بِقَرْءِ وَاحِدٍ أَوْ قَرَيْنِ عَلَى مَا سَبَقَ فِي التَّفْرِيعِ عَلَى الْقَوْلِ الْأَوَّلِ، فَإِنْ لَمْ يَجْرَ، فَلَهُ اخْتِمَالَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهَا تَسْتَبْرِئُ بِقَرْءِ، كَمَا إِذَا اشْتَرَيْتَ مِنْ أَمْرَأَةٍ أَوْ مَجْبُوبٍ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ لَا اسْتِبْرَاءَ أَصلاً؛ لِأَنَّ كُنَّا نَحْكُمُ بِالنِّكَاحِ لِحَقِّ الزَّوْجِ، قَدْ انْقَطَعَتْ حُقُوقُهُ، وَهِيَ وَالْمَقْرَأَةُ يَقُولَانِ: لَا نِكَاحَ وَلَا دُخُولَ، فَهَمَّ الْاسْتِبْرَاءُ، إِنْ وَطِئْتَ، وَلْيُعْلَمَ قَوْلُهُ «فَعَلَيْهَا ثَلَاثَةُ أَقْرَاءٍ» بِالْوَاوِ.

وَالثَّانِي: هُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ صَاحِبُ الْكِتَابِ؛ حَيْثُ قَالَ: وَقِيلَ: إِنَّهُ لَا يَلْزَمُهَا الْاسْتِبْرَاءُ، إِنْ وَطِئْتَ، وَلْيُعْلَمَ قَوْلُهُ «فَعَلَيْهَا ثَلَاثَةُ أَقْرَاءٍ» بِالْوَاوِ؛ لِمَا قَدَّمْنَا، هَذَا تَمَامَ الْكَلَامِ فِي هَذَا الطَّرِيقِ.

أَمَّا إِذَا كَانَ اللَّقِيطُ ذَكَراً، فَيَلْبَسُ وَنَكَحَ، ثُمَّ أَقْرَأَ بِالرُّقِّ، فَإِنْ قَبِلْنَا إِفْرَارَهُ مُطْلَقاً، فَنِكَاحُهُ فَاسِدٌ؛ لِأَنَّهُ عِنْدَ نِكَاحِ بَعْضِ إِذْنِ سَيِّدِهِ، فَيُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا، وَلَا مَهْرَ عَلَيْهِ إِنْ لَمْ يَجْرَ دُخُولٌ.

وَإِنْ كَانَ قَدْ دَخَلَ بِهَا، فَعَلَيْهِ مَهْرُ الْمِثْلِ، كَذَلِكَ جَوَابُ الْأَكْثَرِينَ، وَالَّذِي أَوْزَدَهُ فِي «الْمَهْدَبِ»، وَأَبْدَاهُ الْإِمَامُ أَحْتِمَالاً أَنْ عَلَيْهِ الْأَقْلُ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ أَوْ الْمَسْمِيِّ؛ لِأَنَّهُ، إِنْ كَانَ الْمَسْمِيُّ أَقْلَ، فَهِيَ لَا تَدْعِي الزِّيَادَةَ، ثُمَّ مَتَعَلَّقُ الْوَاجِبُ ذِمَّتَهُ أَوْ رَقَبَتَهُ؟ فِيهِ قَوْلَانِ:

أَصْحُهُمَا: الْأَوَّلُ، وَإِنْ قَبِلْنَا إِفْرَارَهُ فِيمَا يَضُرُّ بِهِ دُونَ مَا يَضُرُّ بغيرِهِ، حَكَمْنَا بِإَنْفِسَاخِ النِّكَاحِ، وَلَمْ نَقْبَلْ قَوْلَهُ فِي الْمَهْرِ، فَعَلَيْهِ نِصْفُ الْمَسْمِيِّ، إِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا، وَجَمِيعُهُ، إِنْ دَخَلَ، وَيُؤَدِّي ذَلِكَ مِمَّا فِي يَدِهِ أَوْ مِنْ كَسْبِهِ فِي الْحَالِ أَوْ الْمُسْتَقْبَلِ، فَإِنْ لَمْ يَوْجِدْ، فَهُوَ فِي ذِمَّتِهِ إِلَى أَنْ يَغْتَقَ.

وَمِنْ فُرُوعِ الْقَوْلَيْنِ: إِذَا كَانَتْ عَلَيْهِ ذِيُونٌ وَقَتَّ الْإِفْرَارَ بِالرُّقِّ، وَفِي يَدِهِ أَمْوَالٌ، فَإِنْ قَبِلْنَا إِفْرَارَهُ مُطْلَقاً، فَالْأَمْوَالُ يُسَلَّمُ لِلْمَقْرَأَةِ، وَالذِّيُونُ فِي ذِمَّتِهِ.

وَإِنْ قَبِلْنَا فِيهَا يَضُرُّ بِهِ دُونَ مَا يَضُرُّ بغيرِهِ، قَضَيْنَا الذِّيُونَ مِمَّا فِي يَدِهِ، فَإِنَّ فَضْلَ مِنَ الْمَالِ شَيْءٌ فَهُوَ لِلْمَقْرَأَةِ، وَإِنْ بَقِيَ مِنَ الذِّيُونِ شَيْءٌ، فَهُوَ فِي ذِمَّتِهِ حَتَّى يَغْتَقَ.

وَمِنْهَا: إِذَا بَاعَ أَوْ اشْتَرَى بَعْدَ الْبُلُوغِ ثُمَّ أَقْرَأَ بِالرُّقِّ، فَإِنْ قَبِلْنَا الْإِفْرَارَ مُطْلَقاً فَالْبَيْعُ

(١) سقط من: د.



والشراء باطلان، وإن كان ما باعه باقياً في يد المشتري، أخذهُ المُقرُّ له، وإلا، طالَبَهُ بقيمته والثمن، وإن أخذهُ المُقرُّ واستهلكه، فهو في ذمته، يُتبع به بعد العتق، وإن كان باقياً، رُدَّهُ ما اشتراه، إن كان باقياً في يده، رُدَّهُ إلى بائعه، وإلا استردَّ الثمن من البائع، وحقُّ البائع يتعلَّق بِذمَّتِهِ، وإن قلنا بالقول الآخر، لم نحكم ببطلانهما لحقِّ العاقِدِ الثاني، ثم ما باعه، إن لم يستوفِ ثمنه، استوفاه المُقرُّ له، وإن كان قد استوفاه، لم يُطالبِ المشتري ثانياً، وما اشتراه، إن كان قد وفى ثمنه، فقد تمَّ العقد، والبيع للمُقرِّ له، وإن لم يوفِّ، فإن كان في يده مال، حينَ أقرَّ بالرقِّ، وفي الثمن منه، وإن لم يكن، فهو كفلاس المشتري، حتَّى يزجج البائع إلى عينِ حاله، إن كان باقياً، وإن لم يكن، فهو في ذمَّة المُقرِّ حتَّى يعتق، كما أنه إذا أفلس المشتري، والمبيع هالك يكون الثمن في ذمَّتِهِ، [و] يُطالبُ به، بعد اليسار.

ومنها: جنى على إنسان، ثم أقرَّ بالرقِّ، فإن كانت الجناية عمداً، فعليه القصاص، سواء كان المجني عليه حراً أو عبداً.

أما إذا قبلنا إقراره مطلقاً، فظاهر، وأما إذا قبلناه فيما يضرُّ به دون ما يضرُّ بغيره، فإن كان المجني عليه حراً، فلا فضيلة للجاني، وإن كان عبداً، ألزمت القصاص؛ لأنه يضرُّه، فإن كانت الجناية خطأ، فإن كان في يده مال أخذ الأرض منه، كذلك ذكره صاحب «التهذيب» لكنه على خلاف قياس القولين؛ لأن الأرض خطأ لا تتعلَّق بما في يد الجاني، حراً كان أو عبداً<sup>(١)</sup>، وإن لم يكن في يده مال، تتعلَّق الأرض برقبته على القولين.

وقال القاضي أبو الطيب: إن قلنا بالقول الثاني، يكون الأرض في بيت المال، وأجيب عنه، بأن على القول الثاني إنما لا تقبل إقراره فيما يضرُّ بالغير، وتعلُّقه بالرقبة لا يضرُّ المجني عليه، بل ينفعه، وله أن يمنع ذلك؛ بأن قطع التعلُّق عن بيت المال إضراراً، فلو زاد الأرض على قيمة الرقبة، فالزيادة في بيت المال على القول الثاني لا محالة<sup>(٢)</sup>.

ومنها: جنى عليه بأن قطع طرفه، ثم أقرَّ بالرقِّ، فإن كانت الجناية عمداً، والجاني عبداً، أقتص منه، وإن كان حراً، لم يقتص؛ لأن قوله مقبول فيما يضرُّ به، ويكون الحكم كما لو كان خطأ، وإن كانت خطأ، فإن قبلنا إقراره مطلقاً، فعلى الجاني

(١) يعني لأن الجناية إذا كانت خطأ، فلا تعلق لهما بما في يد اللقيط؛ لأنه إن كان حراً، فالأرض في بيت المال أو على عاقلته، وإن كان عبداً، ففي رقبته لا فيما في يده.

(٢) وفي الحاوي أنها في ذمته.

كَمَالُ قِيَمَتِهِ، إِنْ صَارَتْ قَتْلًا وَإِلَّا فَمَا تَقْتَضِيهِ جِرَاحَةُ الْعَبْدِ، وَإِنْ قَبِلْنَا إِقْرَارَهُ فِيمَا يَضُرُّ بِهِ دُونَ مَا يَضُرُّ بَعِيرِهِ، وَكَانَتْ الْجَنَائِةُ قَطَعَ يَدَ، فَإِنْ كَانَ نِصْفُ الْقِيَمَةِ نِصْفَ الدِّيَةِ، أَوْ كَانَ نِصْفُ الْقِيَمَةِ أَقْلٌ، فَهُوَ الْوَاجِبُ، وَإِنْ كَانَ نِصْفُ الدِّيَةِ أَقْلٌ، فَوَجْهَانِ حَكَاهُمَا الْإِمَامُ:

أحدهما: أن نوجب نِصْفَ الْقِيَمَةِ<sup>(١)</sup>، ونغلق على الجاني؛ لأن أزش الجنائية يتبين مقدارُهُ بِالْآخِرَةِ، وَقَدْ بَانَ رِقُّهُ، فَلَوْ نَقَضْنَا مِنْ نِصْفِ الْقِيَمَةِ لِتَضَرُّرِ السَّيِّدِ.

وَأَصْحُهُمَا: أَنَّهُ لَا يَجِبُ إِلَّا نِصْفُ الدِّيَةِ؛ لِأَنَّ قَبُولَ قَوْلِهِ فِي الزِّيَادَةِ إِضْرَارٌ بِالْجَانِي، وَنَحْنُ نَفْرَعُ عَلَى أَنَّ قَوْلَهُ لَا يُقْبَلُ فِيمَا يَضُرُّ بِالْغَيْرِ، وَعَلَى هَذَا؛ فَالْوَاجِبُ أَقْلٌ الْأَمْرَيْنِ مِنْ نِصْفِ الدِّيَةِ أَوْ نِصْفِ الْقِيَمَةِ، وَهَذَا كُلُّهُ تَفْرِيعٌ عَلَى تَعَلُّقِ الدِّيَةِ بِقَتْلِ اللَّقِيْطِ، وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ أَسْلَفْنَاهُ، وَهُوَ أَنَّ الْوَاجِبَ الْأَقْلُ مِنَ الدِّيَةِ أَوْ الْقِيَمَةِ، وَذَلِكَ الْوَجْهُ مُطْرَدٌ فِي الطَّرْفِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُقَرَّ بِالْقِيَمَةِ.

ومما يتفرع عن هذا الخلاف في قبول أصل الإقرار، لو ادعى مدع رقه، فأنكره، ولا بيّنة للمدعي. فإن قلنا بقبول الإقرار، فله تحليفه؛ رجاء أن يُقَرَّ، وإن منعناه، لم يكن له تحليفه؛ لأن التحليف لطلب الإقرار، وإقراره غير مقبول، هذا إذا جعلنا اليمين المردودة مع النكول كإقرار المدعى عليه، فإن جعلناها كالبيّنة، فله التحليف، لعله ينكل فيحلف المدعي ويستحق كما لو أقام البيّنة.

واعلم أنه لا فرق في جميع ما ذكرناه: بين أن يُقَرَّ بِالرَّقِّ ابتداءً، وبين أن يدعي رقه؛ فيصدق المدعي، ولو ادعى إنسان رقه، فأنكر ثم أقر [له] ففي قبوله وجهان؛ لأنه بالإنكار لزمه<sup>(٢)</sup> أحكام الإقرار والله أعلم.

قال العزالي: (فرغ): لو قذف لقيطاً بالغا وادعى القاذف رقه وأنكر فالأصل الحرية، والأصل براءة الذمة عن الحد، فالقول قول من؟ فيه قولان (و) لتقابل الأصلين، ولو قطع حر طرفه وجرى النزاع فعلى القولين، وقيل: يجب القصاص قطعاً لأن القيمة أيضاً لو عدلنا إليها فمشكوك فيها، والتعزير الذي يغدل عن الحد إليه مستيقن بكل حال.

قال الرافعي: إذا قذف لقيطاً صغيراً عزر، [و] إن كان بالغاً حد؛ إن اعترف

(١) قول: «فإن لم يزد نصف القيمة على نصف الدية، فالواجب نصف القيمة» مقبول فيما يضره. ومراد الرافعي بالواجب هو نصف الدية، وهو غلط.

(٢) قال النووي: ينبغي أن يفصل، فإن قال: لست بعبد، لم يقبل إقراره بعده، وإن قال: لست بعبد لك، فالأصح القبول، إذ لا يلزم من هذه الصيغة الحرية.

بحريته، فإن ادعى رقه، وقال المقدوف: بل أنا حرٌ فقولان:

أصحهما على ما ذكر [ه] الشيخ أبو علي: إن المصدق المقدوف؛ لأن الأضل الحرية، فيحد القاذف، إلا أن يقيم بينة على الرق، وهذا هو اختيار المزي. والثاني: أن المصدق القاذف؛ لأنه يحتمل أن يكون رقيقاً، والأصل براءة الذمة عن الحدود.

وقطع بعضهم بالقول الأول، لأنه محكوم بحريته بظاهر الدار، وحمل الثاني على مجهول لم تعرف حريته بالدار، فيجوز أن يعلم لذلك قوله «قولان» بالواو، والمشهور طريقة القولين، وينسب الثاني إلى نصه في اللعان، والأول إلى نصه في هذا الباب لكنهما جميعاً مذكوران هاهنا في «المختصر»، وعلى هذا فلز قطع حر طرفه، وادعى رقه وقال المقطوع: بل أنا حر، فطريقان:

أحدهما: إجراء القولين؛ تخريباً لقول المنع بما ذكر في القذف، والآخر منصوص.

والثاني: القطع بالوجوب، وقد سبق ذكر الطريقين في الحكم الثاني من أحكام اللقيط، وفرق أصحاب الطريق الثاني بفرقين:

أحدهما: أن المقصود من الحد الزحر، وفي التعزير الذي يعدل إليه من الحد، ما يحمل بعض هذا الغرض، والمقصود من القصاص التشفية والمقابلة، وليس في المال المعدول إليه ما يحصل هذا الغرض، ويجوز أن يمنع هذا، ويقال: يحصل بالإضرار بعض غرض التشفية.

والثاني: وهو المذكور في الكتاب، أن التعزير الذي يعدل إليه متيقن لأنه بعض الحد، فالعدول إليه عدول من ظاهر أو مشكوك [إلى مستيقن، وإن أسقطنا القصاص، عدلنا إلى نصف الدية أو القيمة، وذلك مشكوك] فيه؛ لأن الحرية شرط وجوب الدية، والرق شرط وجوب القيمة، فكان ذلك عدولاً من ظاهر أو مشكوك فيه إلى مشكوك فيه. وعن الشيخ أبي محمد محاولة فزق ثالث: وهو أن حد القذف أقرب سقوطاً بالشبهة من القصاص؛ فلذلك افتراقاً.

وقوله في الكتاب «لأن القيمة أيضاً لو عدلنا إليها»، مقتضاه العدول إلى القيمة، لو تركنا القصاص، وكذلك ذكره بعضهم، ومقتضى كلام الأكثرين العدول إلى الدية، وسبب الاختلاف: الخلاف الذي يقدم في أن الواجب بقتل اللقيط خطأ الدية أو الأقل من الدية والقيمة، والظاهر وجوب الدية إلا أن عرض الفزق لا يختلف، فإن الشك في الرق والحرية يوجب الشك في القيمة والدية؛ فكأنهم تساهلوا لذلك ثم لا يخفى أن في

وقوله في الكتاب «لأن القيمة أيضاً لو عدلنا إليها»، مقتضاه العدول إلى القيمة، لو تركنا القصاص، وكذلك ذكره بعضهم، ومقتضى كلام الأكثرين العدول إلى الدية، وسبب الاختلاف: الخلاف الذي يقدم في أن الواجب بقتل اللقيط خطأ الدية أو الأقل من الدية والقيمة، والظاهر وجوب الدية إلا أن عرض الفزق لا يختلف، فإن الشك في الرق والحرية يوجب الشك في القيمة والدية؛ فكأنهم تساهلوا لذلك ثم لا يخفى أن في

قَطَعَ يَدِ الْوَاحِدَةِ يَكُونُ النَّظْرُ إِلَى نِصْفِ الدِّيَةِ، وَنِصْفِ الْقِيَمَةِ، وَلَوْ قَذَفَ اللَّقِيطُ شَخْصًا، وَاعْتَرَفَ بِأَنَّهُ حَرٌّ، حُدَّ حَدُّ الْأَحْرَارِ، وَإِنْ ادَّعَى أَنَّهُ رَقِيقٌ، وَصَدَّقَهُ الْمَقْدُوفُ، حُدَّ حَدُّ الْعَبِيدِ، وَإِنْ كَذَّبَهُ، فَقَوْلَانِ<sup>(١)</sup>: فِي أَنْ يُحَدَّ حَدُّ الْعَبِيدِ، أَوْ يُحَدَّ حَدُّ الْأَحْرَارِ.

فَبَنُوا الْأَوَّلَ عَلَى قَبُولِ إِقْرَارِهِ مُطْلَقًا، وَالثَّانِي عَلَى أَنَّهُ إِنَّمَا يَقْبَلُ فِيمَا يُضْرُّ بِغَيْرِهِ، لَا فِيمَا يَنْفَعُهُ، وَيَجُوزُ بِنَاوَاهُمَا عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِيمَا إِذَا ادَّعَى قَاذِفُ اللَّقِيطِ رَقْعَهُ، إِنْ صَدَقْنَا هَاهُنَا، وَإِلَّا فَلَا.

وَفِي «الْمُعْتَمِدِ» وَجْهٌ آخَرٌ: وَهُوَ أَنَّهُ إِنْ أَقْرَرَ لِمُعَيَّنٍ قَبْلَ إِقْرَارِهِ، وَحُدَّ حَدُّ الْعَبِيدِ، وَإِنْ لَمْ يُعَيَّنْ حُدَّ حَدُّ الْأَحْرَارِ<sup>(٢)</sup>، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

(١) قال ابن الرفعة: ويجوز أن يرتب هذا على ذلك فإن صدقناه ثم فهاننا أولى، وإلا فوجهان؛ لأننا هناك إذا لم نجعل القول قول القاذف فوجب التعزير، وقد يكون بغير الضرب، وهنا إذا صدقها اللقيط الواجب بعض الحد إلا أن يجعل التعزير بالقذف إلا بالضرب كما اقتضاه كلامهم.

(٢) وهذا حكاية الماوردي، ومنه أخذه صاحب المعتمد وجعل الماوردي الخلاف إذا قلنا إنه حد في الظاهر، فإن قلنا: مجهول الأصل فالقول عليه، وليس عليه إلا حد العبيد قطعاً، ولو كان أقر بالرق قبل القذف ففي ابن داود أنه يحد حد العبيد.

## كِتَابُ الْفَرَائِضِ (١)، وَفِيهِ فُصُولٌ

قال الغزالي: (الْفَضْلُ الْأَوَّلُ فِي بَيَانِ الْوَرَثَةِ) وَالتَّوْرِيثُ إِذَا بَسَبَبَ أَوْ نَسَبَ،

(١) الإنسان مدني بطبعه محتاج في تحصيل ما به قوام إلى معاونة بني جنسه. فلا يمكنه أن يستقل بجميع حاجاته. فمعابس الناس مرتبطة ومصالحهم مشتركة. هذا وقد أشربت قلوبهم حب الاستثمار بالمال ليحظى كل بالهيمنة في هذه الحياة ويكون هو المخصوص بالرفاهية والجاه. لذلك ترى الناس قد تغالوا في وسائل الحصول عليه. وانهمكوا في الوصول إليه غير مباليين بالمخاطرة. ولو أفضى ذلك إلى سفك الدماء مجاهرة. فلو ترك الله الناس وشأنهم مع ما جبلوا عليه من الأسرة ولم يرسل إليهم هادياً يخرجهم من الظلمات إلى النور لسادت الفوضى وعم البلاء وملا الشقاء القضاء.

«لا تصلح الناس فوضى لا سراً لهمضض ولا سراً إذا جهالهم سادوا»

فلهذا.. اقتضت الحكمة الإلهية إرسال الرسل هادين إلى طريق السداد. سالكين بالأمم سبيل الرشاد. يوضحون السبيل. وينهجون بالناس أعدل الطرق - بقانون سماوي تستنير به البصائر. ويهتدي به من ظلمات الجهالات كل حائر فهو المنهاج القويم والصرط المستقيم.

وقد خصنا الله سبحانه وتعالى بأول درة أضاءت من الكنز المخفي في ظلمة عماء القدم فأبصرتها عين الوجود. وعلّة إيجاد كل درة برأتها بيد الحكيم إذ تردت في هذه العدم فعادت ترفل بأردية كرم وجود سيد العرب والعجم سيدنا محمد صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وخصه بكتاب لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه تنزيل من حكيم حميد.

فإن نزع العادة على النفس دفعة واحدة أشق فأوجب عليهم أولاً الوصية للأقربين قال تعالى: ﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت أن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين﴾... الآية من غير تعيين ولا توقيت بل فوض الأمر إليهم في التخصيص لتطمئن نفوسهم وتنكسر سورة غضبهم فيخصص كل منهم حسبما يرى من المصلحة... فمنهم من ينصره أحد أخويه دون الآخر ومنهم من ينصره والده دون ولده وعلى هذا القياس.

وكان إذا ظهر من موصل جور في التخصيص جاز للقضاة أن يصلحوا وصيته ويغيروا فيها واستمر الحكم على ذلك مدة.

ولما ظهرت أنوار الإسلام وانبعثت في الآفاق ورسخ في قلوبهم انتقل سبحانه وتعالى بهم إلى ما هو أضمن لمصالحهم وأحفظ لمودتهم فلم يجعل الخيرة لهم ولا إلى القضاة من بعدهم بل جعله على المظان الغالبية في علمه من عادات العرب والعجم وغيرهم مما هو كالأمر الجبلي ومخالفة =

كالشاذ النادر فقال تعالى:

﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾ ... الآيات .  
وقال تعالى: ﴿لَا تَدْرُونَ أَيُّهُم أَقْرَبُ لَكُمْ نَفْعًا﴾ .

فبه سبحانه بافتتاحه الآيات بلفظ الوصية على وجوب استتصال ما كانوا عليه واجتناب بذوره من أصله . وجعل للصغار مع الكبار نصيباً . وكذا للإناث مع الذكور . ولا غرو أن كان هذا الحكم مما تحار العقول في حسن ما انطوى عليه من الحكم البالغة فسوى بين الصغير والكبير لأن الصغير إلى المال والإعانة أحوج . ونظر إلى الإناث بضعفهن وترغيباً في نكاحهن . غير أن حكمته اقتضت امتياز الذكر على الأنثى بجعل نصيبه ضعف نصيبها . لأن الذكر ذو حاجتين . حاجة لنفسه وحاجة لعياله والأنثى ذات حاجة واحدة . وأيضاً فإن الرجل أكمل حالاً من المرأة في الخلقة . وفي المناصب الدينية مثل صلاحية القضاء دونها والأمامة ، وشهادتها فيما تقبل فيه على النصف من شهادة الرجل فلذلك استحق أن يكون نصيبه ، في الميراث أكثر .  
أضف إلى ذلك قلة عقلها وكثرة شهوتها مما إذا انضم إليه المال الكثير عظم الفساد .  
قال تعالى: ﴿إِنَّ الْإِنْسَانَ لِرَبِّهِ لَكَنُفٍ﴾ .  
وقال الشاعر:

«إن الشباب والفراغ والجده مفسدة للمرء أي مفسده»

أما الرجل فلكمال عقله يصرف المال فيما يفيد المدح الجميل في الدنيا والثواب الجزيل في الآخرة ، كبناء الرباطات وإغاثة الملهوفين والنفقة على الأراامل والأيتام . وذلك لأنه يخالط الناس كثيراً . أما المرأة فلقلة اختلاطها لا تقدر على ذلك غالباً .

وعلى الجملة فالتوارث يدور على معان ثلاثة .

أولها: القيام مقام الميت في شرفه ومنصبه وما هو من هذا الباب .

ثانيها: الرفق والحدب عليه والخدمة والمواساة .

ثالثها: القرابة المتضمنة هذين المعنيين معاً .

أما المعنى الأول فمظنة من يدخل في عمود النسب كالأب والجد والابن وابن الابن والأخوة ومن في معناهم ممن هم كالعضد ومن قوم المرء وأهل نسبه وشرفه .

وأما المعنى الثاني فمظنة ذات القرابة القريبة والأحق به الأم والبنت ومن في معناهما ممن يدخل في عمود النسب وكذلك الأخت . ويوجد معنى الرفق والحدب في النساء كاملاً .

وأما الثالث فمظنة على وجه الكمال من يدخل في عمود النسب كالأب والجد والابن وابن الابن فهؤلاء أحق الورثة بالميراث . فلذلك يفضل هذا النوع على الأوليين قبله . لأن الناس جميعاً عربهم وعجمهم يرون إخراج منصب الرجل وثروته من قوم إلى قوم آخرين جوراً وظلماً .

هذا ولا يضر تحقيق معنيين من المعاني الثلاثة السابقة في شخص واحد أو تحققها كلها فيه فإن ترتيبها على هذا الوجه لبيان من توفر فيه المعنى بوجه الكمال وكما أن الأب يقوم مقام الابن في الشرف وغيره كذلك الابن يقوم مقام أبيه - إلا أن قيام الابن مقام أبيه هو الوضع الطبيعي الذي عليه بناء العالم من انقراض قرن وقيام القرن الثاني مقامه .

فهو الذي يرجونه ويتوقعونه ولو أن الرجل خير في ماله لكانت مواساة ولده أملك لقلبه من =

وَالسَّبَبُ إِمَّا عَامٌّ كَجِهَةِ الْإِسْلَامِ (ح) وَفِي صَرْفِ الْمِيرَاثِ إِلَى بَيْتِ الْمَالِ، وَإِمَّا خَاصٌّ كَالِإِخْتِاقِ، وَلَا يُورَثُ بِهِ إِلَّا بِالْعُصُوبَةِ، أَوْ كَالنِّكَاحِ وَلَا يُورَثُ بِهِ إِلَّا بِالْفَرِيضَةِ، وَأَمَّا النَّسَبُ فَالْقَرَابَةُ.

= مواساة والده فلذلك جاءت الشريعة الغراء بتفضيل الأبناء على الآباء. وأيضاً فإن الوالدين ما بقي من عمرهما إلا القليل غالباً فكان احتياجهما إلى المال قليلاً. أما الأولاد فهم في زمن الصبا فكان احتياجهم إلى المال كثيراً... هذا وليس تفضيل الذكور على الإناث للمعنى السابق مطرداً بل يستثنى الأخوة لأم فإن نصيبي الذكر والأنثى منهم متساويان كما أنه لا يزداد نصيبهم وإن كثروا على الثلث عند التعدد. لأن الرجال منهم قل أن يقوموا بحماية البيضة والذب عن الذمار. ولا يتحقق فيهم معنى القيام مقام أخيهم من أهمهم في المنصب والشرف كاملاً. فقد يكون الرجل من عائلة وأخوة لأمه من عائلة أخرى. وقد تقوم خصومة بين العائلتين فينصر كلا الأخوين عائلته على الأخرى. ولا يرى الناس قيامه مقام أخيه عدلاً ولا نقاً لأنه من قوم آخرين.

وأيضاً فإن قرابتهم متشعبة من الأم فكانهم جميعاً أمات.

هذا، وإذا اجتمع جماعة من الورثة فإما أن يكونوا في مرتبة واحدة وإما أن يكونوا في منازل شتى. والثاني، إما أن يعمهم اسم واحد وجهة واحدة، أو تكون أسماؤهم وجهاتهم مختلفة. فالقسم الأول - يجب أن يوزع عليهم لمساواتهم في المرتبة والدرجة فلا سبيل لتمييز واحد عن صاحبه ولا لاختصاص واحد دون الآخر بل هم في المعنى سواء. وأما القسم الثاني - وهو ما إذا كانوا في منازل شتى وعمهم اسم واحد وجهة واحدة. فالأقرب منهم يحجب الأبعد حرماناً.

وذلك أن التوارث إنما شرع حثاً على التعاون وشد العرى المناصرة والمؤازرة. ولكل قرابة وتعاون كالرفق فيمن يعمهم اسم الأم والقيام مقام الأب فيمن يعمهم اسم الأب. والذب عنه فيمن يعمهم اسم العصوبة. ولا شك أنها في الأقرب أقوى فلذلك هو الذي يلام على تركه المؤازرة أشد اللوم. ولذا كان هو بالميراث أحق.

وأما القسم الثالث فالأقرب والأفنع فيما علمه الله يحجب الأبعد نقصاناً وإنما ورث الزوج زوجته وورثته هي أيضاً مع أنه لا يتحقق فيهما واحد من المعاني السابقة كاملاً كما لم تشملهما آية «وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله» بطريق إلحاقهما بذوي الأرحام الذين تحقق فيهم أحد تلك المعاني - لوجوه -

منها «أ» أن الزوجة ربما تلد من زوجها أولاداً هم من قوم الرجل لا محالة ومحل نسبه ومنصبه ومعلوم أن اتصال الولد بأمه لا ينقطع أبداً فمن هذه الوجهة تصير الزوجة بمنزلة ذوي الأرحام. فتستحق في الميراث الربع أو الثمن وأما الزوج فله ضعف نصيبها جرياً على القاعدة المتقدمة.

ولما أن الزوج له رابطة خاصة بالانفاق عليها واستبداء ماله عندها ولأنه يأمنها على ما يملك حتى يخيل من شدة العلاقة أن جميع ما تركته أو بعضه هو حقه في الواقع فكان إخراج المال من يده شاقاً على نفسه فعالج الشرع هذا الداء بأن فرض له الربع أو النصف ليكون جابر القلب كاسر السورة غضبه - وأيضاً فإن إلحاقهما بمن تقدم كان راقية من الله ورحمة بعباده سبحانه هو الرؤوف الرحيم.

## الفصل الأول

### في بيان الورثة والتوريث

قَالَ الرَّافِعِيُّ: نَصَدَرُ الْكِتَابِ بَعْدَ حَمْدِ اللَّهِ تَعَالَى بِفَوَاتِحِ:

الْفَاتِحَةُ الْأُولَى: أَضَلُّ الْفَرَايِضِ فِي اللِّسَانِ الْحَزْرُ، وَالْقَطْعُ، وَفَرَضَةُ الْقَوْسِ، وَفَرَضَتِهَا: الْحَزْرُ الَّذِي يَقَعُ فِيهِ الْوَتْرُ، وَفَرَضَةُ التَّهْرِ ثَلَمَتُهُ الَّتِي مِنْهَا يُسْتَقَى، وَالْمَفْرَضُ: الْحَدِيدَةُ الَّتِي يُحَزْرُ بِهَا، وَفَرَضَ اللَّهُ تَعَالَى، أَي: أَوْجَبَ، وَالزَّمَّ، وَأَفْتَرَضَ مَثَلُهُ، وَهُوَ الْفَرَضُ وَالْفَرِيضَةُ. قَالَ فِي الصَّحَاحِ<sup>(١)</sup>: وَالْفَرَضُ الْعَطِيَّةُ الْمَوْسُومَةُ، يُقَالُ: مَا أَصَبْتُ مِنْهُ فَرَضًا وَلَا قَرَضًا.

وَفَرَضْتُ الرَّجُلَ وَأَفَرَضُهُ إِذَا: أَعْطَيْتُهُ، وَفَرَضْتُ لَهُ فِي الدِّيَوَانِ، فَقَالَ الْعُلَمَاءُ: يُسَمَّى الْعِلْمُ بِقِسْمَةِ الْمَوَارِيثِ «الْفَرَايِضُ» - فَصَاحِبُ هَذَا الْعِلْمِ الْفَرَضِيُّ؛ لِمَا فِيهَا مِنْ السُّهَامِ الْمُقَدَّرَةِ، وَالْمَقَادِيرِ الْمُتَقَطِّعَةِ الْمُفْصَلَةِ، وَمِنْهُ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿نَصِيبًا مَفْرُوضًا﴾ [النساء ١١٨] أَي: مُقْتَطَعًا مَحْدُودًا، وَقُرِئَ: ﴿أَنْزَلْنَاهَا وَفَرَضْنَاهَا﴾ [النور: ١] أَي: فَصَّلْنَاهَا.

وَفِيمَا جُمِعَ مِنْ كَلَامِ ابْنِ اللَّبَّانِ الْبَصْرِيِّ وَجَهَ آخِرُ، وَهُوَ أَنْ تَسْمِيَهُ «الْفَرَايِضُ» مِنْ الْوُجُوبِ وَاللُّزُومِ، إِلَّا أَنَّ الْفَرَضَ بِمَعْنَى الْإِجَابِ وَالْإِلْزَامِ، مَأْخُودٌ مِنَ الْمَعْنَى الْأُولَى، وَهُوَ الْاِقْتِطَاعُ؛ لِأَنَّ لِلْفَرِيضَةِ مَعَالِمَ وَحُدُودًا مُقَدَّرَةً، وَإِنْ جَازَا ذَلِكَ، جَازَ أَنْ يُقَالَ: إِنَّهَا مَأْخُودَةٌ مِنَ مَعْنَى الْعَطِيَّةِ؛ لِأَنَّ الْاِسْتِحْقَاقَ بِالْإِزْثِ عَطِيَّةٌ مِنَ الشَّرْعِ، لَكِنَّهُ يُشَبَّهُ أَنْ يُقَالَ: اسْتَعْمَالُ هَذَا اللَّفْظِ فِي نَفْسِ الْإِعْطَاءِ مُسْتَعَارٌ، وَحَقِيقَتُهُ: قَطْعُ شَيْءٍ مِنْ مَالِ الدِّيَوَانِ وَنَحْوِهِ، وَمِنْهُ فَرَضَ لَهُ الْحَاكِمُ النِّفْقَةَ، وَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿أَوْ تَفَرِّضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة: ٢٣٦] وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

[الْفَاتِحَةُ<sup>(٢)</sup>] الثَّانِيَةُ: عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «تَعَلَّمُوا الْفَرَايِضَ، وَعَلَّمُواهَا النَّاسَ، فَإِنِّي أَمْرٌ مَقْبُوضٌ، وَإِنَّ الْعِلْمَ سَيُقْبَضُ، وَتَظْهَرُ الْفِتْنُ، حَتَّى يَخْتَلِفَ الْأَثْنَانِ فِي الْفَرِيضَةِ، فَلَا يَجِدَانِ مَنْ يَفْصِلُ بَيْنَهُمَا»<sup>(٣)</sup>.

(٢) سقط من ب.

(١) ينظر الصحاح ١٠٩٧/٣.

(٣) رواه [أحمد من حديث أبي الأحوص عنه نحوه بتمامه، والنسائي والحاكم والدارمي والدارقطني كلهم، من رواية عوف عن سليمان بن جابر عن ابن مسعود، وفيه انقطاع، وفي الباب عن أبي بكره أخرجه الطبراني في الأوسط في ترجمة علي بن سعيد الرازي، وعن أبي هريرة رواه الترمذي من طريق عوف عن شهر عنه، وهما مما يعلل به طريق ابن مسعود المذكورة، فإن الخلاف فيه على عوف الأعرابي، قال الترمذي: فيه اضطراب].



وعن أبي هريرة - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «تَعَلَّمُوا الْفَرَائِضَ فَإِنَّهَا مِنْ دِينِكُمْ، وَإِنَّهُ نِصْفُ الْعِلْمِ، وَإِنَّهُ<sup>(١)</sup> أَوَّلُ مَا يُنْزَعُ مِنْ أُمَّتِي»<sup>(٢)</sup>.

وَعَنْ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّهُ قَالَ: «إِذَا تَحَدَّثْتُمْ فَتَحَدَّثُوا بِالْفَرَائِضِ، وَإِذَا لَهَوْتُمْ، فَأَلْهُوا بِالرَّمْيِ»<sup>(٣)</sup>.

وَحَمِلَ قَوْلُهُ: «نِصْفُ الْعِلْمِ»، وَأَنَّهُ أَوَّلُ مَا يُنْزَعُ عَلَى أَنَّ لِلْإِنْسَانِ حَالَتِي الْحَيَاةِ وَالْمَوْتِ، وَفِي الْفَرَائِضِ مُعْظَمَ الْأَحْكَامِ الْمُتَعَلِّقَةَ بِحَالِ الْمَوْتِ.

[الْفَاتِحَةُ] الثالثة: كَانُوا فِي الْجَاهِلِيَّةِ يُورَثُونَ الرَّجَالَ دُونَ النِّسَاءِ، وَيَجْعَلُونَ حَظَّ الْمَرْأَةِ مِنَ الْمِيرَاثِ أَنْ يُنْفَقَ عَلَيْهَا مِنْ مَالِ [زَوْجِهَا]<sup>(٤)</sup> سَنَةً وَيَقُولُونَ الرَّجَالُ هُمُ الَّذِينَ يَتَحَمَّلُونَ الْمَوْنَ، وَيُقَرَّبُونَ الْأَضْيَافَ، وَيَلْقَوْنَ الْحُرُوبَ، وَكَانُوا لِيَمِثْلِ ذَلِكَ يُورَثُونَ الْكِبَارَ مِنَ الْأَوْلَادِ دُونَ الصِّغَارِ، وَكَانُوا يُورَثُونَ الْأُمَّ وَابْنَ الْأَخِ [وَزَوْجَةَ الْأَخِ]<sup>(٥)</sup> وَالْعَمَّ كَرَهًا.

وَعَدَّ أَبُو عَلِيٍّ الزَّجَاجِيُّ وَالْقَاضِي الرَّوْيَانِيُّ [رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى] وَكثِيرٌ مِنَ الطَّبَرِيَّةِ التَّوَارِثَ بِالْحَلْفِ وَالنُّصْرَةِ مِنْ وَجْهِ الْإِزْثِ فِي الْجَاهِلِيَّةِ دُونَ مَا كَانُوا عَلَيْهِ فِي ابْتِدَاءِ الْإِسْلَامِ، وَالْمَشْهُورُ جَرِيَانُ التَّوَارِثِ بِهِ فِي ابْتِدَاءِ الْإِسْلَامِ، وَقَدْ حَمَلَ عَلَيْهِ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَالَّذِينَ عَقَدْتَ أَيْمَانَكُمْ فَأَتَوْهُمْ نَصِيحَتُهُمْ﴾ [النساء: ٣٣] ثُمَّ نُسِخَ ذَلِكَ، فَكَانُوا يَتَوَارَثُونَ بِالْهَجْرَةِ وَالْإِسْلَامِ، فَلَزَّ هَاجَرَ أَحَدَ الْقَرِيبِينَ الْمُسْلِمِينَ دُونَ الثَّانِي، لَمْ يَتَوَارَثَا، وَهُوَ الْمَعْنِيُّ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يُهَاجِرُوا مَا لَكُمْ مِنْ وَلَايَتِهِمْ مِنْ شَيْءٍ﴾ [الأنفال: ٧٢] ثُمَّ نُسِخَ ذَلِكَ، وَجُعِلَ الْإِزْثُ بِالْقِرَابَةِ عَلَى مَا قَالَ تَعَالَى: ﴿وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾ [الأنفال: ٧٥] وَيُقَالُ: إِنَّهُ نُسِخَ بآيَةِ الْوَصِيَّةِ، وَهِيَ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ﴾ [البقرة: ١٨٠] الْآيَةِ، وَكَانَتْ وَاجِبَةً لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ.

وَعَنْ ابْنِ سُرَيْجٍ: أَنَّهُ كَانَ يَجِبُ عَلَى الْمُخْتَصِرِ أَنْ يَوْصِيَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْوَرَثَةِ بِمَا فِي عِلْمِ اللَّهِ تَعَالَى مِنَ الْفَرَائِضِ، وَكَانَ مِنْ يُوقَفُ لِذَلِكَ مُصِيبًا، وَمَنْ يَتَعَدَّاهُ مُخْطِئًا.

قَالَ الْإِمَامُ: هَذَا زَلَّلٌ، وَلَا يَجُوزُ ثُبُوتُ مِثْلِهِ فِي الشَّرَائِعِ، فَإِنَّهُ تَكْلِيفٌ، عَلَى

(١) في ز: فإنها.

(٢) أخرجه ابن ماجه والحاكم والدارقطني، ومداره على حفص بن عمر بن أبي العطف وهو متروك.

قال الحافظ في التلخيص: قال ابن الصلاح: لفظ النصف هنا عبارة عن القسم الواحد وإن لم يتساويا وقال ابن عيينة: إنما قيل له نصف العلم لأنه يتلى به الناس كلهم.

(٣) رواه الحاكم والبيهقي، ورواه ثقات إلا أنه منقطع كذا قاله الحافظ في التلخيص.

(٤) سقط في: د.

(٥) في ز: سنة زوجها.

عَمَائِهِ، ثُمَّ نُسِخَ وَجُوبُ الوَصِيَّةِ، وَوَرَدَتْ آيَاتُ المَوَارِيثِ [على ما اسْتَقَرَّ الشَّرْحُ عَلَيْهِ، وَمَا عُدَّ مِنْ وَجْهِ التَّوَارُثِ] <sup>(١)</sup> فِي ابتِدَاءِ الإسلامِ التَّبَنِّيِّ وَالْمَوَاخَاةِ.

**الفاتحة الرابعة:** الأضلُّ في الموارِيثِ قولُهُ تَعَالَى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾ [النساء: ١١] الآية، والتي تليها، وآية الكَلَالَةِ في آخِرِ السُّورَةِ، ولم تشتمل الآياتُ الثلاثُ على جَمِيعِ قواعِدِ الفَرَايِضِ، لَكِن وَرَدَتِ السُّنَّةُ بِأَصُولٍ أُخْرَى، وَتَكَلَّمَ أصحابُ رَسولِ اللَّهِ ﷺ فيما لم يجدوه مُنْصُوصاً عليه، وَكَثُرَ اِخْتِلافُهُمْ فيه؛ لِأَنَّ مَسائِلَ الفَرَايِضِ غَيْرُ مَبِينَةٍ على أَصُولٍ مَعْقُولَةٍ، فَتَعَلَّقُوا بِالأَشْبَاهِ وَالأمْثَالِ.

وَحَكَى الإمامُ عَنِ العُلَمَاءِ بِالفَرَايِضِ أَنَّ صَحَابَةَ رَسولِ اللَّهِ ﷺ تَحَرَّزُوا فَتَكَلَّمُوا أربعةَ مِنْهُم في جَمِيعِ أَصُولِها، وَهُم عَلِيُّ، وَابْنُ مَسْعُودٍ، وَزَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ، وَابْنُ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - وَهُؤُلاءِ الأربعةُ، إِذَا اتَّفَقُوا في مَسْأَلَةٍ وَافْتَنَّهُمُ الأُمَّةُ، وَإِذَا اِخْتَلَفُوا، اِخْتَلَفَتِ الأُمَّةُ، وَلَمْ يَتَّفِقْ في مَوَاضِعِ اِخْتِلافِهِمْ ذَهَابَ اثْنَيْنِ مِنْهُم إلى مَذْهَبٍ وَذَهَابَ الأَخْرَيْنِ إلى خِلافِهِ، وَلَكِن حَيْثُ اِخْتَلَفُوا، وَقَعُوا أَحَاداً، وَذَهَبَ ثَلَاثَةٌ إلى مَذْهَبٍ، وَالرَّابِعُ إلى خِلافِهِ <sup>(٢)</sup>.

وَمِنْهُمْ مَنْ تَكَلَّمَ في [مُعْظِمِها كَأبي بَكْرٍ وَعمر، وَمَعَاذِ بْنِ جَبَلٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - وَمِنْهُمْ مَنْ تَكَلَّمَ في] مَسائِلَ مَعْدُودَةٍ كَابْنِ عَبَّاسٍ <sup>(٣)</sup> - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -، ثُمَّ نَظَرَ الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - في مَوَاضِعِ الخِلافِ، فَأَخْتَارَ مَذْهَبَ زَيْدٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - حَتَّى تَرَدَّدَ قَوْلُهُ حَيْثُ تَرَدَّدَتِ الرِوَايَةُ عَنِ زَيْدٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -.

قَالَ الأَصْحَابُ - رَجَمَهُمُ اللَّهُ -: وَلَمْ يَقْلُدْ زَيْداً، وَإِنَّمَا تَرَجَّحَ مَذْهَبُهُ عِنْدَهُ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُما: رُويَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «أَفْرَضْكُمْ زَيْداً» <sup>(٤)</sup>.

(١) سقط من: د.

(٢) من د: بخلافه.

(٣) في ز: كالعباس وفي التلخيص عثمان وقال لم أقف على ذلك متقولاً بإسناد.

(٤) رواه [أحمد. والترمذي. والنسائي. وابن ماجه. وابن حبان. والحاكم، من حديث أبي قلابه. عن أنس، أرحم أمتي بأمتي أبو بكر - الحديث - وفيه: وأعلمها بالفرائض زيد بن ثابت، صححه الترمذي والحاكم وابن حبان، وفي رواية للحاكم: أفرض أمتي زيد، وصححها أيضاً وقد أعل بالارسال، وسماع أبي قلابه من أنس صحيح، إلا أنه قيل: لم يسمع منه هذا، وقد ذكر الدارقطني الاختلاف فيه على أبي قلابه في العلل، ورجح هو وغيره كالبيهقي والخطيب في المدرج: أن الموصول منه ذكر أبي عبيدة، والباقي مرسل، ورجح ابن المواق وغيره رواية الموصول، وقال الحافظ في التلخيص وله طريق أخرى عن أنس أخرجه الترمذي من رواية داود العطار، عن قتادة عنه، وفيه سفيان بن وكيع وهو ضعيف، ورواه عبد الرزاق عن معمر عن قتادة مرسلًا، قال الدارقطني: هذا أصح، وفي الباب عن جابر رواه الطبراني في الصغير بإسناد ضعيف =

والثاني: قَالَ الْقَفَالُ: مَا تَكَلَّمَ أَحَدٌ مِنَ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - فِي الْفَرَائِضِ، إِلَّا وَقَدْ وَجِدَ لَهُ قَوْلٌ فِي بَعْضِ الْمَسَائِلِ هَجَرَهُ النَّاسُ بِالِاتِّفَاقِ إِلَّا زَيْدًا، فَإِنَّهُ لَمْ يَقُلْ بِقَوْلٍ مَهْجُورٍ بِالِاتِّفَاقِ، وَذَلِكَ يَفْتَضِي التَّرْجِيحَ كَالْعَمُومِيْنَ، إِذَا وَرَدَ، وَقَدْ خُصَّ أَحَدُهُمَا بِالِاتِّفَاقِ دُونَ الثَّانِي، كَانَ الثَّانِي أَوْلَى، وَقَدْ يُعْتَرَضُ قِيْقَالُ: لِلْكَلَامِ مَجَالٌ فِي أَنَّ الْوَجْهَيْنِ، هَلْ يُوجِبَانِ الرَّجْحَانَ، لَكِنْ بِتَقْدِيرِ التَّسْلِيمِ فَالْأَخْذُ بِمَا رُجِحَ عِنْدَهُ، أَنَّهُ [إِنْ] لَمْ يَكُنْ بِنَاءَهُ عَلَى الدَّلِيلِ فِي كُلِّ مَسْأَلَةٍ، لَمْ يَخْرُجْ عَنِ كَوْنِهِ تَقْلِيدًا، كَالْمَقْلَدِ بِأَخْذِ بَقَوْلِ مَنْ رَجِحَ عِنْدَهُ مِنَ الْمُجْتَهِدِينَ، وَإِنْ كَانَ بِنَاءَهُ عَلَى الدَّلِيلِ، فَهُوَ اجْتِهَادٌ وَافِقٌ اجْتِهَادًا، فَلَا مَعْنَى لِلْقَوْلِ بِأَنَّهُ اخْتَارَ مَذْهَبَ زَيْدٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَيُجَابُ عَنْهُ بِأَنَّ الشَّافِعِيَّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - لَمْ يُخَلِّ مَسْأَلَةً عَنِ اجْتِهَادِ، لَكِنَّهُ اسْتَأْنَسَ بِمَا رَجِحَ عِنْدَهُ مِنَ مَذْهَبِ زَيْدٍ، وَرَبَّمَا تَرَكَ بِهِ الْقِيَاسَ الْجَلِيَّ، وَعَضَّدَ الْحَفِيَّ. كَقَوْلِ الْوَاحِدِ مِنَ الصَّحَابَةِ، إِذَا انْتَشَرَ، وَلَمْ يُعْرَفْ لَهُ مُخَالَفٌ؛ فَبَاعْتِبَارِ الْاسْتِثْنَاءِ، قِيلَ: إِنَّهُ أَخَذَ بِمَذْهَبِ زَيْدٍ، وَبَاعْتِبَارِ الْاجْتِهَادِ، قِيلَ: إِنَّهُ لَمْ يَقْلُدْ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الفاتحة الخامسة: يُبْدَأُ مِنْ تَرْكَةِ الْمَيْتِ بِمُؤْنَةٍ<sup>(١)</sup> تَجْهِيْزِهِ الْمَعْرُوفِ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ

= في ترجمة علي بن جعفر، وعن أبي سعيد رواه قاسم بن أصبغ عن ابن أبي خيثمة، والعقيلي في الضعفاء عن علي بن عبد العزيز كلاهما عن أحمد بن يونس عن سلام عن زيد العمي عن أبي الصديق عنه، وزيد وسلام ضعيفان، وعن ابن عمر رواه ابن عدي في ترجمة كوثر بن حكيم وهو متروك، وله طريق أخرى في مسند أبي يعلى من طريق ابن البيلماني عن أبيه عنه، وأورده ابن عبد البر في الاستيعاب من طريق أبي سعد البقال عن شيخ من الصحابة يقال له: محجن أو أبو محجن].

(١) في ز: بمؤن.

المراد بمؤنة التجهيز تكفينه وحنوطه ومؤنة دفنه كما صرح به ابن سراقه في التلقين. قال: ويكون على حسب ما يتعارف مثله في مثل حاله وقدر ماله، ويبرأ أيضاً بمؤنة من عليه تجهيزه إذا مات في حياته. كما نقله النووي في باب التقليل من زوائده عن الشافعي والأصحاب ويستثنى من إطلاق الشيخ هنا المرأة إذا كان لها زوج موسر، فإن كفنها على الزوج ومؤنة التجهيز وإن كانت موسرة على الأصح إلا أن تموت وهي ناشئة.

وقال النووي فإن تعلق كالمرهون وما يتعلق به زكاة، فزكاة هذه من زيادة له على أصله لكن ذكرها المصنف في باب الكفن، وقد استحسن السبكي حذفها وقال لأنه إذا كان النصاب باقياً، فالأصح أنه تعلق شركة، فلا يكون تركه، فليس مما نحن فيه، وإن قلنا، تعلق جناية أو رهن فقد ذكرا وإن علقناها بالذمة فقط أو كان النصاب تالفاً، فإن قدمنا دين الآدمي أو سويماً فلا استثناء، وإن قدمنا فيقدم على دين الآدمي لا على التجهيز فظهر أنه لا استثناء. قال في الخادم: المراد الأول وهو حالة نقاء النصاب كما صرح به في التهذيب والكافي في باب الجنائز.

ولا نسلم أنه ليس له تركه بل هو تركه، وإن قلنا: تعلق شركة إذ ليست شركة حقيقية بدليل أنه يجوز للوارث إخراج الزكاة من غيرها كما يجوز له إمساکه التركة وقضاء الدين من ماله.

إِلَيْهَا، وَإِنَّمَا يَدْفَعُ إِلَى الْوَارِثِ مَا يَسْتَعْنِي عَنْهُ الْمُوَرِّثُ، وَهَذَا فِيمَا لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ حَقُّ الْغَيْرِ، فَإِنْ تَعَلَّقَ كَالْمَرْهُونِ، وَالْعَبْدِ الْجَانِي، وَالْمَبِيعِ إِذَا مَاتَ الْمَشْتَرِي (مُقْلِساً) قُدِّمَ حَقُّ الْغَيْرِ، ثُمَّ تُقْضَى دَيْوُونُهُ مِنْهَا، وَلِلْوَرَّةِ إِمْسَاكُ مَا تَرَكَهُ وَعَرَامَةُ مَا عَلَيْهِ مِنْ عِنْدِهِمْ، كَمَا سَبَقَ فِي «الرَّهْنِ» ثُمَّ تُنْفَذُ وَصَايَاهُ مِنْ ثُلُثِ الْبَاقِي، ثُمَّ يُقَسَّمُ الْبَاقِي بَيْنَ الْوَرَّةِ عَلَى فَرَائِضِ اللَّهِ تَعَالَى، عَلَى مَا قَالَ تَعَالَى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ ذِينَ﴾ [النساء: ١١] إِذَا عَرَفْتَ ذَلِكَ، فَاعْلَمْ أَنَّ الْمُصَنَّفَ - رَحِمَهُ اللَّهُ - أَوْذَعَ مَقْصُودَ الْكِتَابِ فِي ثَلَاثَةِ فُصُولٍ.

أَحَدُهَا: فِي بَيَانِ أَسْبَابِ التَّوْرِيثِ وَالْوَارِثِينَ، وَمَقَادِيرِ اسْتِحْقَاقِهِمْ.

الثَّانِي: فِي وَجْهِ الْحَزْمَانِ بَعْدَ قِيَامِ سَبَبِ التَّوْرِيثِ [فِي التَّقَدُّمِ وَالْحَجَبِ].

وَالثَّلَاثُ: فِي حِسَابِ الْفَرَائِضِ.

= وإن قلنا: إن الدين يتعلق بالتركة تعلق شركة إلى آخر ما ذكره، وهو تقرير حسن، وزاد على ما ذكره الشيخ صوراً.

أحدها: الربح في القراض إذا مات المالك قبل أن يقسم الربح، وقلنا بالمذهب إن العامل لا يملك حصته إلا بالقسمة.

ثانيها: الدار التي أسكنها المعتدة بغير الأشهر، وهي المعتدة عن الوفاة فإنها تستحق السكنى فيها إلى انقضاء العدة على المذهب، ولا يصح بيع رقة الدار للجهل بالمدة فيكون حقها متعلقاً بعينها مدة العدة، ومقتضى ذلك تقديم حقها على مؤن التجهيز.

ثالثها: إذا أدى المكاتب النجوم إلى السيد ثم مات السيد قبل الإيفاء، فقد ذكر المصنف أنه يأخذ الواجب منه ولا يزاحم أصحاب الديون لأن حقه في عينه.

رابعها: اللقطة إذا ظهر مالها بعد التملك فله أخذها على الأصح، ويقدم بها على سائر الحقوق.

خامسها: اطلع المشتري على عيب في المبيع، وقد آيس من الرد بغير تقصير منه كأن أعتقه مثلاً فإنه يثبت الإرث، وهو جزء من الثمن، فإن كان باقياً، فالصحيح أن حقه متعلق بعينه، وليس للبائع دفع الأرض من غيره، فلو مات قبل أخذ الأرض فقياس تعلق حقه بعينه أن يقدم بقدر الأرض على سائر الحقوق.

سادسها: البيع بعد التحالف إذ فرعنا على الأصح أنه لا يفسخ بنفس التحالف فللبائع أن يفسخ ويقدم بالمبيع على سائر الحقوق لتعلق حقه بعينه.

سابعها: أصدقها عيناً وأقبضها ثم حصل فراق قبل الدخول إما بسببها أو بسببه ثم ماتت، والعين باقية، لكنها نقصت في يدها فإنه والحالة هذه يخير بين أن يرجع فيها أو في نصفها، ويقدم بالعين على سائر الحقوق لتعلق حقه بعينها، وبين أن يرجع إلى البدل.

ثامنها: إذا مات المقترض بعد قبضه وهو باق في يده، وفرعنا على المذهب أنه يملك بالقبض لا بالتصرف، وأن له الرجوع في عينه ما دام باقياً بحاله.

قال الزركشي: فينبغي أن يجوز له الرجوع، ويقدم كسائر الحقوق المتعلقة بالأعيان

أما الفضل الأول، فهو مُفْتَتَحٌ بَعْدَ أسبابِ التَّوْرِيثِ، وَالْعِبَارَاتُ فِيهِ مُخْتَلِفَةٌ، وَإِنْ أَدَّتْ مَقْصُوداً وَاحِداً، وَكثيراً ما يَتَّفِقُ ذَلِكَ فِي ضَوَابِطِ الْفَرَايِضِ، فَقَالَ الْأَكْثَرُونَ: أسبابِ التَّوْرِيثِ ثَلَاثَةٌ: قَرَابَةٌ، وَنِكَاحٌ، وَوَلَاءٌ، وَالْأَقَارِبُ يَرِثُ بَعْضُهُمْ مِنْ بَعْضٍ عَلَى تَفْصِيلِ سِيَّاتِي. قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَأَوْلُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾ [الأنفال: ٧٥] [وَأما] الزُّوجَانِ فَيَرِثُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنَ الْآخَرِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ وَلَهُنَّ الرِّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ﴾ [النساء: ١٢] والمراد من الْوَلَاءِ أَنَّ الْمُعْتَقَ يَرِثُ مِنَ الْمُعْتَقِ.

رُويَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ «وَرَّثَ بِنْتَ حَمْرَةَ مِنْ مَوْلَى لَهَا»<sup>(١)</sup>، وَعَتَى هَؤُلَاءِ بِمَا ذَكَرُوهُ الْأَسْبَابِ الْخَاصَّةِ، وَوَرَاءَهَا سَبَبٌ آخَرٌ عَامٌّ، وَهُوَ الْإِسْلَامُ، فَمَنْ مَاتَ، وَلَمْ يَخْلَفْ مِنْ يَرِثُهُ بِالْأَسْبَابِ الثَّلَاثَةِ، فَمَالُهُ لِبَيْتِ الْمَالِ؛ يَرِثُهُ الْمُسْلِمُونَ بِالْعُصُوبَةِ، كَمَا يَتَحْمَلُونَ عَنْهُ الدِّيَةَ.

وقد رُويَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «أَنَا وَارِثٌ مِنْ لَأِ وَارِثٌ لَهُ، أَعْقِلْ عَنْهُ وَأَرِثْهُ»<sup>(٢)</sup>.

وفيه وَجْهٌ آخَرٌ: أَنَّهُ يُوضَعُ مَالُهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ عَلَى سَبِيلِ الْمَصْلَحَةِ لَا إِزْتِائاً؛ لِأَنَّهُ لَا يَخْلُوعُوا عَنِ ابْنِ عَمٍّ، وَإِنْ بَعُدَ فَالْحَقُّ ذَلِكَ بِالْمَالِ الضَّائِعِ الَّذِي لَا يُزْجَى ظَهُورُ مَالِكِهِ، وَيُحْكَمُ هَذَا عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، وَأَخْمَدَ، وَأَقَامَهُ الْقَاضِي الرُّومِيُّ قَوْلًا عَنْ رِوَايَةِ ابْنِ اللَّبَّانِ، وَالْأَوَّلُ هُوَ الْمَذْهَبُ، وَمِنْهُمْ مَنْ جَمَعَ بَيْنَ الْجِهَاتِ الْعَامَّةِ وَالْخَاصَّةِ، وَقَالَ: التَّوْرِيثُ

(١) إرواه النسائي وابن ماجه من حديثها، وفي إسناده ابن أبي ليلي القاضي، وأعله النسائي بالإرسال وضح هو والدارقطني الطريق المرسله، وفي الباب عن ابن عباس أخرجه الدارقطني.

قال الحافظ في التلخيص صرح الحاكم في المستدرک في هذا الحديث بأن اسمها أمامة، ورواه أحمد في مسنده من طريق قتادة عن سلمى بنت حمزة فذكره، قال البيهقي: اتفق الرواة على أن ابنة حمزة هي المعتقة، وقال إبراهيم النخعي: توفي مولى لحمزة بن عبد المطلب، فأعطى النبي ﷺ ابنة حمزة النصف طعمة، قال: وهو غلط، قلت: قد روى الدارقطني من حديث جابر بن زيد عن ابن عباس: أن مولى لحمزة توفي وترك ابنته وابنة حمزة، فأعطى النبي ﷺ ابنته النصف، وابنة حمزة النصف، وجاء في مصنف ابن أبي شيبة أنها فاطمة، وأخرجه الطبراني في الكبير أيضاً.

(٢) إرواه أبو داود والنسائي وابن ماجه والحاكم وصححه وابن حبان، من حديث المقداد بن معديكرب في حديث فيه: والخال وارث، وحكى ابن أبي حاتم عن أبي زرعة أنه حديث حسن، وأعله البيهقي بالاضطراب، ونقل عن يحيى بن معين أنه كان يقول: ليس فيه حديث قوي، وفي الباب عن عمر رواه الترمذي بلفظ: الله ورسوله مولى من لا مولى له والخال وارث من لا وارث له، وعن عائشة رواه الترمذي والنسائي والدارقطني، من حديث طاروس عنها بقصة الخال حسب، وأعله النسائي بالاضطراب، ورجح الدارقطني والبيهقي وقفه، وقال البزار: أحسن إسناده فيه حديث أبي أمامة بن سهل، قال: كتب عمر بن الخطاب إلى أبي عبيدة، قاله الحافظ فذكره.

يُثْبِتُ سَبَبٍ وَنَسَبٍ، فَالتَّسَبُّبُ: القَرَابَةُ، والسَّبَبُ: إِمَّا خَاصٌّ، وَهُوَ التَّنْكَاحُ وَالإِغْتِاقُ، وَإِمَّا عَامٌّ، وَهُوَ الإِسْلَامُ، هَذَا مَا أَوْرَدَهُ فِي الكِتَابِ، وَهُوَ لَئِنْ يَغْتَوْنُ بِالسَّبَبِ مَا سِوَى التَّسَبُّبِ مِنْ وُجُوهِ الإِزْثِ، وَالْأَفْالتَّسَبُّبِ أَحَدُ أَسْبَابِ الإِزْثِ، وَأَحَدُ وُجُوهِ الوَصْلَةِ بَيْنَ الشَّخْصَيْنِ، فَيَكُونُ دَاخِلًا فِي السَّبَبِ دُخُولَ الخِصُوصِ فِي العُمُومِ، فَلَا يَنْتَظِمُ التَّقْسِيمُ.

وقوله في الكتاب: (إمّا عام كجهة الإسلام) يجوز أن يُعلمم بالحاء والألف والواو، لما تقدّم، ولَوْ قَالَ: «هُوَ جِهَةٌ الإِسْلَامِ» لَكَانَ أَحْسَنَ؛ لِأَنَّ الكَافَ لِلتَّمْثِيلِ؛ وَليْسَ هَاهُنَا سَبَبٌ عَامٌّ سِوَى الإِسْلَامِ.

وَدَكَرَ صَاحِبُ «التَّيْمَةِ» تَفْرِيعًا عَلَى الخِلافِ فِي أَنَّهُ مَوْضُوعٌ فِي بَيْتِ المَالِ إِزْثًا أَمْ عَلَى سَبِيلِ المِصْلَحَةِ؟ أَنَا إِذَا جَعَلْنَاهُ إِزْثًا، لَمْ يَجُزْ صَرْفُهُ إِلَى المِكَاتِبَيْنِ، وَلَا إِلَى الكُفَّارِ، وَفِي جَوَازِ صَرْفِهِ إِلَى القَاتِلِ وَجِهَانِ:

وجه الجواز أن تهمة الاستعجال لا تتحقق هاهنا؛ لأنه لا يتعين مضرراً لماله<sup>(١)</sup>.

وفي جواز صرفه إلى من أوصى له بشيء وجهان:

ففي وجه لثلا يُجمع بين الوصية والإزث، ويخير بينهما.

وفي وجه: يجوز<sup>(٢)</sup> بخلاف الوارث المُعَيَّن؛ لأنه أغناه بوصية الشرح بقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ﴾ [النساء: ١١] عن وصية غيره.

ويجوز على الوجهين تخصيص طائفة من المسلمين به، ووجهه: بأنه استحقاق بصفة وهي أخوة الإسلام، فصار، كما لو أوصى بثلثه لقوم موصوفين لا يجب استيعابهم، وكذلك، يجوز<sup>(٣)</sup> أن يُصرف إلى من ولد بعد موته، أو كان كافراً فأسلم بعد موته، أو رقيقاً، فعق<sup>(٤)</sup>.

(١) قال النووي: الأصح أو الصحيح: المتع والله أعلم.

(٢) قال النووي: الأصح الجواز والله أعلم.

(٣) في ز: لا يجوز.

(٤) قال النووي في زيادته: قد ضم صاحب «التلخيص» إلى هذه الأسباب الأربعة سبباً خامساً، وهو سبب النكاح، وهو غير النكاح، وذلك في المبتوتة في مرض الموت إذا قلنا بالقديم: إنها تراث. والله أعلم.

قال الشيخ البلقيني: قوله «ويجوز صرفه إلى من ولد بعد موته إلى آخره عطفاً على ما لا خلاف فيه وكذلك يقتضيه كلام النووي في الروضة. وكل ذلك مخالف لما ذكره الروياني في البحر عن الأصحاب حيث قال: فرع إذا صرف المال إلى المسلمين ميراثاً يرثه من كان موجوداً عند وفاته دون من يولد بعد وفاته يصرفه الإمام إلى الموجودين على ما يراه من المصلحة، ويكون الذكر والأنثى فيه سواء؛ لأنهما تساويا في جهة الاستحقاق، وهي الموالاة في الدين، كما قلنا: في =

وقوله في الإغتاق، (وَلَا يُورَثُ بِهِ إِلَّا بِالْعَصُوبَةِ) وفي النكاح، (وَلَا يُورَثُ بِهِ إِلَّا بِالْفَرِيضَةِ) مبني، على أصل سيأتي من بعد - إن شاء الله - وهو أَنَّ مِنَ الْوَارِثِينَ مِنْهُمْ مَنْ يَرِثُ بِالْفَرِيضَةِ، وَمِنْهُمْ مَنْ يَرِثُ بِالتَّغْصِيبِ، فبين أَنَّ الإِزْتِ بِالِإِغْتَاقِ مِنَ الْقِسْمِ الثَّانِي وَبِالنِّكَاحِ مِنَ الْأَوَّلِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قال الغزالي: وَالْوَارِثُ مِنَ الرُّجَالِ عَشْرَةٌ اثْنَانِ مِنَ السَّبَبِ وَهُمَا الْمُعْتَقُ وَالرُّوْحُ، وَاثْنَانِ مِنَ أَعْلَى النَّسَبِ وَهُمَا الْأَبُ وَالْجَدُّ، وَاثْنَانِ مِنَ الْأَسْفَلِ وَهُمَا الْابْنُ وَابْنُ الْابْنِ، وَأَرْبَعَةٌ عَلَى الطَّرْفِ وَهُمْ الْإِخْوَةُ وَبَنُوهُمْ إِلَّا بَنِي إِخْوَةِ الْأُمِّ، وَالْأَعْمَامُ وَبَنُوهُمْ إِلَّا الْأَعْمَامَ مِنْ جِهَةِ الْأُمِّ وَهُمْ إِخْوَةُ الْأَبِ لِلأُمِّ، وَالْوَارِثَاتُ مِنَ النِّسَاءِ سَبْعٌ، اثْنَتَانِ مِنَ السَّبَبِ وَهُمَا الْمُعْتَقَةُ وَالرُّوْحَةُ، وَاثْنَتَانِ مِنَ أَعْلَى النَّسَبِ وَهُمَا الْأُمُّ وَالْجَدَّةُ، وَاثْنَتَانِ مِنَ الْأَسْفَلِ وَهُمَا الْبِنْتُ وَبِنْتُ الْبِنْتِ، وَوَاحِدَةٌ عَلَى الطَّرْفِ وَهِيَ الْأَخْتُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ:

## فصل في بيان المجمع على توريثهم

في حضر الورثة طريقتان:

إحداهما: طريقة خَلَطِ الذُّكُورِ بِالْإِنَاثِ، وَهِيَ أَنَّ الْوَرِثَةَ قِسْمَانِ: مَنْ يَرِثُ بِالنِّسَبِ، وَهِيَ الرُّوْحَانُ وَالْمُعْتَقُ، ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى، وَمَنْ يَرِثُ بِالنِّسَبِ وَالْمَنَاسِبُونَ قِسْمَانِ: مَنْ يُذَلِّي إِلَى الْمَيْتِ بِغَيْرِ وَسِطَةٍ، وَهِيَ الْأَبْوَانُ، وَالْأَوْلَادُ، [و] كُلُّهُمْ وَارِثُونَ، وَمَنْ يُذَلِّي بِوَسِطَةٍ، وَهُوَ إِمَّا ذَكَرٌ أَوْ أُنْثَى، وَعَلَى التَّقْدِيرَيْنِ، فَالتَّوَسُّطُ إِمَّا بِمَحْضِ الذُّكُورِ، أَوْ بِمَحْضِ الْإِنَاثِ أَوْ بِهُمَا جَمِيعًا، فَيُخْرَجُ مِنْ ذَلِكَ سِتُّ حَالَاتٍ: ذَكَرَ وَالتَّوَسُّطُ بِمَحْضِ الذُّكُورِ، وَكُلُّهُمْ وَرِثَةٌ، ذَكَرَ وَالتَّوَسُّطُ بِمَحْضِ الْإِنَاثِ، وَلَا يَرِثُ مِنْهُمْ إِلَّا الْأَخُّ لِلأُمِّ، ذَكَرَ وَالتَّوَسُّطُ بِالذُّكُورِ وَالْإِنَاثِ، وَلَا يَرِثُ مِنْهُمْ أَحَدٌ إِلَّا أُنْثَى، وَالتَّوَسُّطُ

= أولاد الأم، الذكر منهم والأنثى في الإرث سواء؛ لأنهما في جهة الاستحقاق، وهي الرحم سواء. ذكره أصحابنا.

ويوافق قول النووي في زيادته الجرجاني حيث قال في التحرير «ولا يورث على الخصوص بغير رحم ولا نكاح ولا ولاء ولا الميتة في مرض الموت إذا قلنا بالقديم إنها ترث مطلقاً، ثم هذا ليس بقديم، فقد قال الماوردي: إنه نص على القولين في الرجعة، والعدد من الإماء، وكذا نقلهما القاضي أبو الطيب عن الجديد.

قال الزركشي: وينبغي أن يضم إليها الرحم عند عدم بيت المال على ما سيأتي قياساً على جعل الإسلام سبباً عند فقد العصبية الخاصة.

بِمَخْضِ الذُّكُورِ، وَلَا يَرِثُ مِنْهُنَّ إِلَّا بِنْتُ الْإِبْنِ وَالْأُخْتُ لِلأَبِ وَالْجَدَّةُ لِلأَبِ أَنْثَى، وَالتَّوَسُّطُ بِمَخْضِ الْإِنَاثِ لَا يَرِثُ مِنْهُنَّ إِلَّا الْأُخْتُ لِلأُمِّ، وَالْجَدَّةُ لِلأُمِّ أَنْثَى، وَالتَّوَسُّطُ بِالصَّفَتَيْنِ لَا يَرِثُ مِنْهُنَّ إِلَّا الْجَدَاتُ الْمُذَلِّيَاتُ بِمَخْضِ الْإِنَاثِ إِلَى مَخْضِ الذُّكُورِ؛ كَأُمِّ أُمِّ الأَبِ، وَأُمِّ أُمِّ أَبِي الأَبِ. الثَّانِيَةُ طَرِيقَةُ التَّمْيِيزِ: وَهِيَ أَنَّ الْوَرِثَةَ صِنْفَانِ رِجَالٌ وَنِسَاءٌ، وَفِي حَضْرٍ كُلِّ صِنْفٍ عِبَارَتَانِ بَسْطٌ وَإِيجَازٌ.

فَمَنْ يَنْسَطُ يَقُولُ: الرِّجَالُ الْوَارِثُونَ خَمْسَةَ عَشْرَةَ: الأَبْنُ، وَابْنُ الأَبْنِ، وَإِنْ سَقَلَ، وَالأَبُّ، وَالْجَدُّ لِلأَبِ وَإِنْ عَلَا، وَالأَخُّ لِلأَبِ وَالأُمُّ، وَالْأُخْتُ لِلأَبِ، وَالْأُخْتُ لِلأُمِّ، وَابْنُ الأَخِّ لِلأُمِّ، وَابْنُ الأَخِ لِلأَبِ، وَالْعَمُّ لِلأَبِ وَالْأُمُّ، وَالْعَمَّةُ لِلأَبِ، وَابْنُ الْعَمِّ لِلأَبِ وَالْأُمِّ، وَابْنُ الْعَمِّ لِلأَبِ، وَالزَّوْجُ، وَالْمُعْتَقُ.

وَالنِّسَاءُ الْوَارِثَاتُ عَشْرٌ: الْبِنْتُ، وَبِنْتُ الْإِبْنِ، وَإِنْ سَقَلَتْ، وَالْأُمُّ وَالْجَدَّةُ لِلأَبِ وَالْجَدَّةُ لِلأُمِّ، - وَإِنْ عَلَتَا - وَالْأُخْتُ لِلأَبِ وَالْأُمُّ، وَالْأُخْتُ لِلأَبِ، وَالْأُخْتُ لِلأُمِّ، وَالزَّوْجَةُ، وَالْمُعْتَقَةُ.

وَمَنْ يُوجِزُ يَقُولُ: الرِّجَالُ عَشْرَةٌ: الأَبْنُ وَابْنُ الْإِبْنِ، وَالأَبُّ، وَالْجَدُّ، وَالزَّوْجُ، وَالْمُعْتَقُ، كَمَا سَبَقَ، وَيَتَصَرَّفُ فِيمَنْ عَدَاهُمْ بِالْإِخْتِصَارِ، فَيَعُدُّ الأَخَّ وَاحِدًا، وَيَدْخُلُ فِيهِ الْإِخْوَةُ مِنَ الْجِهَاتِ الثَّلَاثِ.

وَأَمَّا الْبَاقُونَ، فَلِلْمَوْجِزِينَ فِيهِمْ أَرْبَعُ عِبَارَاتٍ:

إِحْدَاهَا: أَطْلَقَ بَعْضُهُمْ: ابْنُ الأَخِّ، وَالْعَمُّ وَابْنُ الْعَمِّ، وَهَذَا يَدْخُلُ فِيهِ الْأُمِّيُونَ مِنْهُمْ، لَكِنَّ تَأْوِيلَهُ أَنَّ الْغَرَضَ الآنَ بِيَانِ الْجِنْسِ، ثُمَّ تَبَيَّنَ عِنْدَ التَّفْصِيلِ أَنَّ الشَّرْطَ يَكُونُوا مِنَ الأُمِّ، وَهَذَا كَمَا أَنَا أَطْلَقْنَا الْقَوْلَ فِي الْجَدِّ لِلأَبِ، وَفِي الْجَدَّةِ، ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّ الشَّرْطَ أَلَّا يَتَوَسَّطَ بَيْنَهُمَا وَيَبَيِّنَ الْمَيْتَ مِنْ لَا يَرِثُ.

وَالثَّانِيَةُ: قِيلَ: وَابْنُ الأَخِّ لِلأَبِ، وَالْأُمُّ أَوْ الأَبِ، وَكَذَلِكَ فِي الْعَمِّ، وَابْنُ الْعَمِّ.

وَالثَّلَاثَةُ: قِيلَ: وَابْنُ الأَخِّ لِلأَبِ، وَفِي الْعَمِّ وَابْنُ الْعَمِّ كَذَلِكَ.

وَصَاحِبُ هَذِهِ الْعِبَارَةِ يَعْني الْإِنْتِسَابَ إِلَى الأَبِ بِمَطْلَقِهِ، وَأَنَّهُ مَوْجُودٌ<sup>(١)</sup> فِي الْإِنْتِسَابِ إِلَى الأَبْوَيْنِ، [وَصَاحِبُ الْعِبَارَةِ الثَّانِيَةِ يَعْني الْإِنْتِسَابَ إِلَى الأَبِ، وَأَنَّهُ غَيْرُ مَوْجُودٍ فِي أَنْتِسَابِ إِلَى الأَبْوَيْنِ]<sup>(٢)</sup> وَهَذَا أَشْهَرُ فِي الْإِسْتِعْمَالِ.

وَالرَّابِعَةُ: قِيلَ: وَابْنُ الأَخِّ إِلَّا مِنَ الأُمِّ، وَفِي الْعَمِّ وَابْنِ الْعَمِّ كَذَلِكَ، وَالْمَرَادُ إِلَّا مِنَ الأُمِّ وَخَدَّهَا، وَأَحْسَنُ الْعِبَارَاتِ هَذِهِ أَوْ الثَّانِيَةُ.

قَالَ الْمَوْجِزُونَ: وَالنِّسَاءُ الْوَارِثَاتُ سَبْعٌ: الْبِنْتُ، وَبِنْتُ الْإِبْنِ، وَالْأُمُّ، وَالْجَدَّةُ مِنَ

(٢) سقط من د.

(١) في ز: غير موجود.



[الْجِهَتَيْنِ، وَالْأُخْتِ، وَالزَّوْجَةَ، وَالْمُعْتِقَةَ، وَضَمَّ الشَّيْخُ أَبُو خَلْفٍ السُّلَمِيُّ إِلَى الْمَذْكُورِينَ فِي الصَّنْفَيْنِ: عَصَبَاتِ الْمُعْتِقِ، وَمُعْتِقِ الْمُعْتِقِ، وَهَذَا<sup>(١)</sup> قَرِيبٌ لَفْظًا، فَإِنَّ اسْمَ الْمُعْتِقِ لَا يَنْتَظِمُهُمَا، لَكِنْ لَوْ فَتَحْنَا هَذَا الْبَابَ، لَأَحْتَجْنَا إِلَى ضَمِّ عَصَبَاتِ مُعْتِقِ الْمُعْتِقِ، وَمُعْتِقِ مُعْتِقِ الْمُعْتِقِ، وَهَكَذَا إِلَى مَا لَا يَتَنَاهَى، فَإِذْنِ الْمُرَادِ مِنَ الْمُعْتِقِ مَنْ صَدَرَ مِنْهُ الْإِعْتَاقُ، وَكُلُّ مَنْ يَتَوَسَّلُ بِهِ.

وَإِذَا اجْتَمَعَ الْوَارِثُونَ مِنَ الرِّجَالِ لَمْ يَرِثْ مِنْهُمْ إِلَّا الْأَبُ، وَالْإِبْنُ، وَالزَّوْجُ.  
وَإِذَا اجْتَمَعَتِ الْوَارِثَاتُ مِنَ النِّسَاءِ، وَرِثَتْ مِنْهُنَّ خُمْسٌ: الْبِنْتُ، وَبِنْتُ الْإِبْنِ، وَالْأُمُّ، وَالزَّوْجَةُ، وَالْأُخْتُ مِنَ الْأَبَوَيْنِ.

وَإِذَا اجْتَمَعَ مَنْ يُمْكِنُ اجْتِمَاعُهُمْ مِنَ الصَّنْفَيْنِ، وَرِثَ الْأَبَوَانِ، وَالْإِبْنُ، وَالْبِنْتُ، وَمَنْ يُوجَدُ مِنَ الزَّوْجَيْنِ<sup>(٢)</sup>.

وَمَنْ أَنْفَرَدَ مِنَ الرِّجَالِ؛ جَازَهُ جَمِيعَ التَّرَكَةِ؛ إِلَّا الزَّوْجَ، وَالْأَخَ لِلْأُمِّ، وَمَنْ يَقُولُ بِالرَّدِّ، لَا يَسْتَنْبِي إِلَّا الزَّوْجَ.

وَمَنْ أَنْفَرَدَتْ مِنَ النِّسَاءِ لَمْ تَحْزُ جَمِيعَ التَّرَكَةِ إِلَّا الْمُعْتِقَةَ، وَمَنْ يَقُولُ بِالرَّدِّ يَثْبِتُ لِكُلِّهِنَّ الْحِيَازَةَ إِلَّا الزَّوْجَةَ<sup>(٣)</sup>.

وَإِذَا تَوَعَّلَتْ الْكِتَابَ، عَرَفَتْ صِدْقَ هَذِهِ الثَّلَاثِ، وَوَجُوهَهَا.  
وَاعْلَمْ أَنَّ الْفَضْلَ مِنْ أَضْلِهِ لِبَيَانِ الْمُجْمَعِ عَلَى تَوَرِثِهِمْ مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ، ثُمَّ

(١) سقط في ب.

(٢) قال النووي في الروضة: إذا اجتمع الصنفان غير أحد الزوجين، ورث خمسة: الأبوان، والإبن، والبنت، وأحد الزوجين.

قال في الخادم: وقد يقال: إن عبارة الروضة أحسن لإمكان اجتماع الكل لا الزوجين، فلا يوجد إلا أحدهما لكن يحجب بعضهم بعضاً إلا الخمسة، فلا يحجب وقد يجتمع جد وجدة وابن وابن بنت ابن وأحد الزوجين، وليس معه حاجب فيرثون.

وقال في الخادم أيضاً: ما جزموا به عدم تصور اجتماع الزوجين ممنوع، بل يتصور في صورتين: إحداهما: في الخنثى وهي ما إذا أقام رجل بيته على بنت ملفوف، في كفن أنها امرأته وهؤلاء أولاده منها وأقامت امرأة بيته أنه زوجها، وهؤلاء أولاده منها فكشف عنه، فإذا هو خنثى له الاثنان ففي طبقات العبادي وأدب القضاء للهرودي عن الشافعي أنه قال: يقسم المال بينهما.

الثانية: لو أقاما بينتين على غائب لم يظهر حاله، فينبغي أن يجري فيه ذلك لو أقاما بينتين بعد الوصية.

قال النووي: وليس في الورثة ذكر يُدلي بأنثى فيرث، إلا الأخ للأم، وليس فيهم من يرث مع من يدلي به إلا أولاد الأم. قال صاحب «التلخيص» والقفال وغيرهما: ليس لنا من يورث ولا يرث، إلا الجنين في غرته، والمعتق بعضه على الأظهر: أنه يورث.

(٣) في ز: وغيرهم.

مَنْ يَقُولُ بتوريثِ ذَوِي الأرحامِ يزيدُ عليهم بكثيرٍ .

وقوله في الكتاب «والوَارِثُونَ مِنَ الرَّجَالِ عَشْرَةٌ» هُوَ عبارةُ الإيجازِ، وزادها بياناً، فقال «اثنانِ مِنْهُم مِنَ السَّبَبِ، وَهُمَا: الزَّوْجُ والمُعْتَقُ، والباقُونَ مِنَ النَّسَبِ اثنانِ مِنْ أَعْلَاهُ» يعني: أصولُ الميِّتِ، ولم يَقيدْ لفظَ الجدِّ بأبي الأب، وهو المرادُ، ولا يَصْلُحُ قوله «مِنَ أَعْلَى النَّسَبِ» مُقيداً كما لا يَصْلُحُ في طرفِ الجدَّةِ، واثنانِ مِنْ أَسْفَلِهِ، يعني: فُرُوعَهُ، وأربعةً عَلَى الطَّرْفِ، وهم الإخوةُ وبنوهم، والأعمامُ، وبنوهم.

قوله «إلا الأعمامَ مِنْ جِهَةِ الأُمِّ» استثناءٌ مِنَ الأعمامِ، واكتفى به عَنِ الاستثناءِ مِنْ بينهم؛ لانه إِذَا بَانَ أَنَّ العَمَّ مِنَ الأُمِّ لا يَرِثُ، فابنه<sup>(١)</sup> أولَى بالأُ يَرِثُ.

وقوله «وَهُمُ إِخْوَةُ الأَبِ للأُمِّ» تفسيرٌ لا تَمَسُّ الحاجَةَ إليه، ولفظُ «الأعمامِ» ينظم عَمَّ الميِّتِ، وَعَمَّ أبِيهِ وَعَمَّ الجدِّ إلى حيثَ يَنْتَهِي، وَكَذَلِكَ حَيْثُ أَطْلَقْنَا لَفْظَ العَمِّ فِي عَدِّ الوارِثِينَ بخلافِ لَفْظِ الأَخِ، فَإِنَّ المُرَادَ مِنْهُ أَخَ الميِّتِ لا عَمَّ، والله أعلم.

قال العزاليُّ: وَمَنْ عَدَا هَؤُلَاءِ كَأَبِ الأُمِّ، وَأَوْلَادِ البَنَاتِ، وَبَنَاتِ الإخوةِ، وَأَوْلَادِ الأَخواتِ، وَالعمَمَاتِ وَالخَالَاتِ، وَبَنَاتِ الأعمامِ فَهُمُ مِنْ ذَوِي الأرحامِ وَلَا شَيْءَ لَهُمْ (ز ح و).

### فصل في ذوي الأرحام

قال الرافعيُّ: ذُوو الأرحامِ بالقولِ الجَمَلِيِّ: كُلُّ قَرِيبٍ يَخْرُجُ مِنَ المَعْدُودِينَ فِي الفَضْلِ السَّابِقِ.

وإن شئتَ قُلْتَ: كُلُّ قَرِيبٍ لَيْسَ بذي قَرَضٍ ولا عَصَبِيَّةٍ، وَهَذَا عَلَى إِدخالِ قَرَابَةِ الأُمِّ فِي مُطَلَقِ لَفْظِ القَرَابَةِ، وَأَمَّا تَفْصِيلُهُمْ، ففِيهِ طَرِيقَانِ:

أحدهما: [إن نقلت الطريقة الأولى في حصر الورثة]<sup>(٢)</sup> وتقول: كُلُّ مناسِبٍ، فإمَّا أو يَتَوَسَّطُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الميِّتِ واسِطَةً، وَلَيْسَ فِي هَذَا القِسْمِ أَحَدٌ مِنْ ذَوِي الأرحامِ أو يَتَوَسَّطُ، فَهُوَ إما ذَكَرٌ أو أنثى، وَعَلَى التَّقْدِيرَيْنِ، فالتَّوَسُّطُ إمَّا بِمَحْضِ الذَّكَورِ، أو بِمَحْضِ الإناثِ، أو بِهِمَا: إن كَانَ ذَكَراً، وَالتَّوَسُّطُ بِمَحْضِ الذَّكَورِ، فَلَيْسَ فِيهِمْ أَحَدٌ مِنْ ذَوِي الأرحامِ أيضاً.

وإن كَانَ ذَكَراً، وَالتَّوَسُّطُ بِمَحْضِ الإناثِ؛ فَكُلُّهُمُ مِنْ ذَوِي الأرحامِ إِلا الأَخَ مِنَ الأُمِّ.

(٢) في ز: أحدهما حصر الورثة.

(١) في ز: فإنه.

وإن كان أنثى، والتوسط بمخض الذكور، فكلُّهم من ذوي الأرحام، إلا بنت الابن، والأخت للأب، والجدة للأب.

وإن كانت أنثى، والتوسط بمخض الإناث، فكذلك الأخت للأب، والجدة للأب.

وإن كان ذكراً أو أنثى، والتوسط بالإناث والذكور جميعاً، فالكلُّ من ذوي الأرحام إلا الجدات المذليات بمخض الإناث إلى مخض الذكور.

والثاني: أن ذوي الأرحام عشرة أصناف: الجدُّ أبو الأم، وكلُّ جدِّ وجدَّة ساقطين، وأولاد البنات، وبنات الإخوة، وأولاد الأخوات، وبنو الإخوة للأب، والعمُّ للأب، وبنات الأعمام والعمات، والأخوال، والخالات، ومنهم من يعدُّهم أحد عشر صنفاً، ويفصل الجدَّ عن الجدَّة.

ومنهم من يزيد على ذلك، والمقصود لا يختلف، فهؤلاء لا يرثون بالرحم شيئاً، وبه قال مالك: خلافاً لأبي حنيفة وأحمد؛ لما روي أنه ﷺ قال: «سألت الله عزَّ وجلَّ عن ميراث العمَّة والخالة فسأني جبريل أن لا ميراث لهما».

ويروي أنه ﷺ «ركب إلى قباء يستخير الله تعالى في العمَّة والخالة، ثم قال: «أنزل عليَّ أن لا ميراث لهما».

وأيضاً، فإنَّ العمَّة لا ترث مع العمِّ، وكلُّ أنثى لا ترث مع من في درجتها من الذكور لا ترث إذا انفردت كاتبة المغتبي.

وأيضاً فإنَّهم لو ورثوا، لتقدّموا على المغتبي؛ لأنَّ القرابة مقدّمة على الولاء، وقد سلّم أبو حنيفة بتقدّم المعتق عليهم.

وليُعلم قولُه في الكتاب «لا شيء لهُم» بالحاء والألف وبالزاي والواو أيضاً؛ لأنَّ في «التهديب» أنَّ المزيَّ وابن كج يوافقان أبا حنيفة في المسألة، ويبنى على منع التوريث منع الرّد، وهو أن يخلف الميث صاحب فرض أو أصحاب فروض، لا تستغرق المال، فلا يرُدُّ الباقي عليهم.

والدين ورثوا بالرحم حكّموا بالرّد على أصحاب الفروض، إلا على الزوج والزوجة؛ فإنه لا رحم لهما، ويقدمون الرّد على توريث ذوي الأرحام الذين لا فرض لهُم؛ لأنَّ القرابة المفيدة لأستحقاق الفرض أولى، واحتجوا على إبطال الرّد بقوله تعالى: «إنَّ أمرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها إن لم يكن لها ولد» [النساء: ١٧٦] جعل له الكلُّ حيث جعل لها النصف.

ولو قلنا بالرّد، لورثت الكلُّ كما يرثه الأخ، فيرتفع الفرق، وبما روي عن النبي

ﷺ قَالَ: «فَمَا أَبَقَتِ الْفَرَائِضُ فَلأَوْلَى عَصَبِيَّةٍ»<sup>(١)</sup>.

ومثل هذا الشخص عَصَبَتُهُ الْمُسْلِمُونَ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُمْ يَتَحَمَّلُونَ عَنْهُ الدَّيَّةَ، وَمَا ذَكَّرْنَا مِنْ مَنَعِ تَوْرِيثِ ذَوِي الْأَرْحَامِ، وَمَنَعَ الرُّدِّ فِيمَا إِذَا انْتَضَمَ أَمْرُ بَيْتِ الْمَالِ بِأَنْ وَلِيَ النَّاسَ إِمَامًا عَادِلًا.

أَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ إِمَامًا، أَوْ لَمْ يَكُنْ مُسْتَحِقًّا لِلإِمَامَةِ، فَفِي مَالٍ مَنْ لَمْ يَخْلُفْ إِذَا فَرَضَ وَلَا عَصَبِيَّةٍ أَوْ خَلَفَ ذَوِي فُرُوضٍ لَا تَسْتَعْرِقُ الْمَالَ، وَجِهَانِ حَكَاهُمَا الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ وَالْمُعْتَبِرُونَ.

أَظْهَرُهُمَا، عِنْدَ أَبِي حَامِدٍ وَصَاحِبِ «الْمَهْدَبِ»: أَنَّهُ لَا يُضْرَفُ إِلَى ذَوِي الْأَرْحَامِ وَلَا يُرَدُّ عَلَى ذَوِي الْفُرُوضِ أَيْضًا؛ لِأَنَّ الْحَقَّ فِيهِ لِعَامَّةِ الْمُسْلِمِينَ، فَلَا يَسْقُطُ بِفَقْدَانِ مَنْ يَنْوِبُ عَنْهُمْ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ يُضْرَفُ وَيُرَدُّ؛ لِأَنَّ الْمَالَ مَضْرُوفٌ إِلَيْهِمْ أَوْ إِلَى بَيْتِ الْمَالِ بِالِاتِّفَاقِ.

فَإِذَا تَعَدَّرَتْ إِحْدَى الْجِهَتَيْنِ، تَعَيَّنَتِ الْأُخْرَى، وَلَوْ تَوَافَقْنَا، لَعَرَضْنَا الْمَالَ لِلْفَرَاثِ وَالْأَقَاتِ، وَهَذَا مَا اخْتَارَهُ الْقَاضِي ابْنُ كَيْجٍ، وَأَفْتَى<sup>(٢)</sup> بِهِ أَكَابِرُ الْمَتَأَخِرِينَ<sup>(٣)</sup>.

التفريع: إن قلنا: لا يُضْرَفُ إِلَيْهِمْ، وَلَا يُرَدُّ، فَإِنْ كَانَ الْمَالَ فِي يَدِ أَمِينٍ؛ قَالَ فِي «التَّيْمَةِ»: يُنْظَرُ: إِنْ كَانَ فِي الْبَلَدِ قَاضٍ، بِشَرَايِطِ الْقَضَاءِ، مَاذُونَ فِي التَّضْرُفِ فِي مَالِ الْمَصَالِحِ، وَدَفِعَ إِلَيْهِ؛ لِيُضْرَفَ فِيهَا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ قَاضٍ، أَوْ لَمْ يَكُنْ بِشَرَايِطِ الْقَضَاءِ، صَرَفَهُ الْأَمِينُ بِنَفْسِهِ إِلَى الْمَصَالِحِ، وَإِنْ كَانَ هُنَاكَ قَاضٍ بِشَرَايِطِ الْقَضَاءِ، لَكِنَّهُ لَمْ يُؤَدِّنْ لَهُ

(١) متفق عليه، قوله: وفي رواية: فلأولى عصبية ذكر، وقال بعد أوراق: اشتهر عن النبي ﷺ أنه قال فذكره بهذا اللفظ، والثابت في الصحيحين من حديث ابن عباس فما أبقت الفرائض فلأولى رجل ذكر، وهذا اللفظ تبع فيه الغزالي، وهو تبع إمامه، وقد قال ابن الجوزي في التحقيق: إن هذه اللفظة لا تحفظ، وكذا قال المنذري، وقال ابن الصلاح: فيها بعد عن الصحة من حيث اللغة، فضلاً عن الرواية، فإن العصبية في اللغة اسم للجمع لا للواحد، انتهى. وفي الصحيح عن أبي هريرة حديث: أيما امرئ ترك مالا فليبرئه عصبته من كانوا، فيشمل الواحد وغيره.

(٢) في ز: وأوصى.

(٣) قال النووي في زيادته: هذا الثاني، هو الأصح أو الصحيح عند محققي أصحابنا، وممن صححه وأفتى به الإمام أبو الحسن بن سُرَاقَةَ من كبار أصحابنا ومتقدميهم، وهو أحد أعلامهم في الفرائض والفقه وغيرهما، ثم صاحب «الحاوي»، والقاضي حسين، والمتولي، والخبزي - بفتح الخاء المعجمة وإسكان الباء الموحدة - وآخرون، قال ابن سُرَاقَةَ: وهو قول عامة مشايخنا. قال: وعليه الفتوى اليوم في الأمصار، ونقله صاحب «الحاوي» عن مذهب الشافعي رضي الله عنه، قال: وغلط الشيخ أبو حامد في مخالفته، قال: وإنما مذهب الشافعي منعهم إذا استقام بيت المال.

في التَّصَرُّفِ فِي مَالِ الْمَصَالِحِ، فَيُدْفَعُ إِلَيْهِ أَمْ يَفْرَقُهُ الْأَمِينُ بِنَفْسِهِ [إِلَى الْمَصَالِحِ]؟ فِيهِ وَجْهَانِ<sup>(١)</sup>، وَعَلَى الثَّانِي وَتُوقَفُ الْمَسَاجِدُ فِي الْقَرْيَةِ يَصْرَفُهَا صَلْحَاءُ الْقَرْيَةِ إِلَى عِمَارَةِ الْمَسْجِدِ وَمَصَالِحِهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِ أَمِينٍ، وَدْفِعَ إِلَيْهِ لِيَفْرَقَهُ.

وَحَكَى أَبُو الْفَرَجِ الرَّازِ وَجْهًا آخَرَ، وَهُوَ: أَنَّهُ لَا يُفْرَقُ، بَلْ يُوقَفُ إِلَى أَنْ يَظْهَرَ بَيْتُ الْمَالِ، وَمَنْ يَتَّقِ لَهْ بِشَرْطِهِ، وَإِذَا قُلْنَا بِالصَّرْفِ إِلَى ذَوِي الْأَرْحَامِ، فَقَدْ رَوَى الْقَاضِي ابْنُ كَيْجٍ وَجْهًا أَنَّهُ يَصْرَفُ إِلَى الْفُقَرَاءِ مِنْهُمْ، وَيَقْدَمُ الْأَخْوَجُ فَالْأَخْوَجُ؛ جَمْعًا بَيْنَ الْمَذْهَبَيْنِ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ.

وَالْمَشْهُورُ أَنَّهُ يَصْرَفُ [إِلَى جَمِيعِهِمْ]، ثُمَّ هُوَ إِزْتِ أَمْ شَيْءٌ عَلَى سَبِيلِ الْمَصْلَحَةِ؟ أَشْبَهُهُمَا بِأَصْلِ الْمَذْهَبِ: أَنَّهُ عَلَى سَبِيلِ الْمَصْلَحَةِ، وَهَذَا مَا اخْتَارَهُ الْقَاضِي الرَّوْيَانِيُّ، وَذَكَرَ أَنَّهُ يَصْرَفُ<sup>(٢)</sup> إِلَيْهِمْ، إِنْ كَانُوا مُحْتَاجِينَ، أَوْ إِلَى غَيْرِهِ مِنْ أَنْوَاعِ الْمَصَالِحِ، فَإِنْ خِيفَ عَلَى الْمَالِ مِنْ حَاكِمِ الزَّمَانِ، صُرِفَ إِلَى الْأَصْلَحِ بِقَوْلِ مُفْتِي الْبَلَدِ<sup>(٣)</sup>، وَأُطْلِقَ صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» أَنَّ شَيْخَهُ الْقَاضِيَّ، حَسَنِينَ كَانَ يُفْتِي بِتَوْرِيثِ ذَوِي الْأَرْحَامِ، وَهَذَا يَجُوزُ أَنْ يَرَادَ بِهِ عِنْدَ فَسَادِ بَيْتِ الْمَالِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُطْلَقًا كَمَا حَكَاهُ عَنِ الْمُزْنِيِّ وَأَبْنِ سُرَيْجٍ.

وَإِنْ حَكَمْنَا بِأَنَّهُمْ يورثونهم، وَيَثْبُتُونَ الرَّدَّ، فَلَا بُدَّ مِنْ مَعْرِفَةِ كَيْفِيَّةِ الْأَمْرَيْنِ، وَالخَطْبُ فِي بَيَانِهَا لَيْسَ بِهَيِّنٍ، وَلَا يَلِيْقُ بِهِ هَذَا الْمَوْضِعُ، فَتَوْرِدُهُ فِي جُمْلَةِ أَبْوَابِ، نَأْتِي بِهَا بَعْدَ الْفَرَاغِ مِنْ شَرْحِ مَسَائِلِ الْكِتَابِ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: فَتَذَكَّرُ الْآنَ قَدَرُ نَصِيبِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْوَرَاثِ (أَمَّا الرُّوْحُ) فَلَهُ النُّصْفُ، فَإِنْ كَانَ لِلْمَيِّتِ وَلَدٌ أَوْ وَلَدٌ وَوَلَدٌ وَوَارِثٌ فَلَهُ الرُّبْعُ (وَأَمَّا الزُّوْجَةُ) فَلَهَا الرُّبْعُ، فَإِنْ كَانَ لِلْمَيِّتِ وَلَدٌ أَوْ وَلَدٌ وَوَارِثٌ فَلَهَا الثُّمْنُ، فَإِنْ كُنَّ جَمَاعَةٌ أَشْتَرَكَنَّ فِي الرُّبْعِ أَوْ الثُّمْنِ، وَلَا يَزِيدُ حَقَّهُنَّ.

(١) وحكى النووي في هذا أوجه ولم يحك المصنف هنا إلا وجهين، ووجه التوقف إنما ذكره بعد ذكر الحالة الأخرى وهي ما إذا لم يكن بيده المال أميناً، فيحتمل أن يكون مراد الرافعي به أن القاضي يتوقف في هذه الحالة وأن الأمير والقاضي يتوقفان في الحالين.

(٢) سقط من: د.

(٣) قال النووي: [الصحيح الذي عليه جمهور من قال من أصحابنا بتوريث ذوي الأرحام: إنه يصرف إلى جميعهم على سبيل الميراث، على تفصيل يأتي إن شاء الله تعالى في الباب الثامن في كيفية توريثهم والرداً].

## «فصل في بيان ما يستحقه كل وارث من المجمع عليهم»

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لَمَّا فَرَّغَ مِنْ بَيَانِ مَنْ يَرِثُ وَمَنْ لَا يَرِثُ مِنَ الْأَقَارِبِ، تَكَلَّمَ فِيْمَا يَسْتَحِقُّهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْوَرَثَةِ، وَتَقَدَّمَ عَلَيْهِ أَنَّ كُلَّ وَارِثٍ: إِمَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ سَهْمٌ مُقَدَّرٌ فِي الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ، وَيُقَالُ لَهُ: صَاحِبٌ فَرَضٍ، أَوْ لَا يَكُونُ، وَيُقَالُ لَهُ: عَصَبَةٌ، وَلَكِنْ بَشْرَطٍ، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ مُجْمَعاً عَلَى تَوْرِيثِهِ، فَإِنَّ مَنْ وَرَثَ ذَوِي الْأَرْحَامِ لَا يُسَمِّيهِمْ عَصَبَاتٍ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ سَهْمٌ مُقَدَّرٌ.

ثُمَّ أَصْحَابُ الْفُرُوضِ صَنَفَانِ: مِنْهُمْ مَنْ لَا يَرِثُ إِلَّا بِالْفَرْضِيَّةِ؛ وَهُمْ الزَّوْجَانِ، وَالْأُمُّ، وَالْجَدَّةُ، وَوَلَدُ الْأُمِّ، وَمِنْهُمْ مَنْ يَرِثُ بِالتَّعْصِيبِ أَيْضاً، ثُمَّ مِنْ هَؤُلَاءِ مَنْ لَا يَجْمَعُ بَيْنَ الْجِهَتَيْنِ دَفْعَةً وَاحِدَةً، بَلْ إِمَّا أَنْ يَرِثَ بِهَلَدِهِ أَوْ بِهَلَدِهِ، وَهُمْ الْبَنَاتُ وَبَنَاتُ الْإِبْنِ وَالْأَخَوَاتُ مِنَ الْأَبَوَيْنِ، وَالْأَخَوَاتُ مِنَ الْأَبِ.

وَمِنْهُمْ مَنْ يَرِثُ بِالْجِهَتَيْنِ جَمِيعاً، وَعَلَى الْأَنْفِرَادِ، وَهُوَ الْأَبُ وَالْجَدُّ<sup>(١)</sup>.

وَالْعَصَبَةُ عَلَى ضَرْبَيْنِ: عَصَبَةٌ بِنَفْسِهِ، وَهُوَ كُلُّ ذَكَرٍ يُدْلِي إِلَى الْمَيْتِ بِغَيْرِ وَسِطَةٍ أَوْ بَتَوْسِطٍ مَحْضٍ الذَّكَورِ، وَهَؤُلَاءِ يَأْخُذُونَ جَمِيعَ الْمَالِ إِذَا انْفَرَدُوا.

وَالْبَاقِي بَعْدَ أَصْحَابِ الْفَرَائِضِ عِنْدَ الْاجْتِمَاعِ، وَرُبَّمَا سَقَطُوا<sup>(٢)</sup>.

وَعَصَبَةٌ بِغَيْرِهِ، وَهُمْ الْبَنَاتُ وَبَنَاتُ الْإِبْنِ، وَالْأَخَوَاتُ مِنَ الْأَبَوَيْنِ، وَالْأَخَوَاتُ مِنَ الْأَبِ، فَيَتَعَصَّبْنَ بِأَخَوَاتِهِنَّ، وَيَتَعَصَّبُ الْأَخَوَاتُ مِنَ الْجِهَتَيْنِ بِالْبَنَاتِ وَبَنَاتِ الْإِبْنِ أَيْضاً<sup>(٣)</sup>، وَقَدْ تُجْعَلُ الْعَصَبَةُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرُبٍ:

(١) كَلَامُ الشَّيْخِ يَشْعُرُ بِالْحَمْرِ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ فَالْأَخُ الشَّقِيقُ يَشَارِكُ الْأَخُوَيْنِ مِنَ الْأُمِّ فِي الثَّلَاثِ كَمَا ذَكَرَهُ الشَّيْخُ فِيْمَا بَعْدَ.

(٢) قَالَ النَّوَوِيُّ: [ هَذَا الَّذِي قَالَ فِي حَدِّ الْعَصَبَةِ، غَيْرُ مُطْرَدٍ وَلَا مُنْعَكَسٍ، فَإِنَّهُ يَقْتَضِي دُخُولَ الزَّوْجِ - فَإِنَّ الْغَزَالِيَّ وَغَيْرَهُ عَدُوهُ مِمَّنْ يَدْلِي بِنَفْسِهِ - وَخُرُوجَ الْمُعْتَقَةِ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَقُولَ: هُوَ كُلُّ مُعْتَقٍ وَذَكَرَ نَسِيبَ يَدْلِي إِلَى آخِرِهِ ].

وَقَدْ أَجَابَ فِي التَّنْقِيحِ عَنِ الْأَوَّلِ بِأَنَّ الْمُرَادَ الْعَصَبَةَ مِنْ جِهَةِ النَّسَبِ فَلَا يَدْخُلُ الزَّوْجُ فَإِنَّهُ مِمَّا يَدْلِي بِنَفْسِهِ فَلَوْ قِيلَ بِالنَّسَبِ اسْتِقَامَ، وَمَا اخْتَارَهُ مِنَ الضَّابِطِ نَاقِصٌ أَيْضاً فَإِنَّهُ لَا يَدْخُلُ فِيهِ مُعْتَقُ الْعَصَبَةِ وَالْأَحْسَنُ أَنْ يُقَالَ كُلُّ ذِي وِلَاءٍ ذَكَرَ نَسِيبَ لَا يَدْلِي بِمَحْضٍ أُنْثَى.

(٣) وَيَلْتَحِقُ بِهِ الْأَخَوَاتُ مَعَ الْجَدِّ، فَإِنَّهُ يَعْصِبُهُمْ وَيَكُونُ كَالْأَخِ كَذَا قَالُوا، وَفِيهِ إِشْكَالٌ لِأَنَّهُ لَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ مَعَ الْأَخْتِ كَالْأَخِ الشَّقِيقِ أَوْ مِنَ الْأَبِ أَوْ مِنَ الْأُمِّ أَوْ أَخٍ رَابِعٍ وَلَا جَائِزٌ أَنْ يَكُونَ كَالْأَخِ الشَّقِيقِ وَإِلَّا لِحُجْبِ الْأَخْتِ مِنَ الْأَبِ وَلَا جَائِزٌ أَنْ يَكُونَ كَالْأَخِ مِنَ الْأَبِ وَإِلَّا لِحُجْبِهِ مِنَ الْأَخْتِ الشَّقِيقَةِ وَلَا جَائِزٌ أَنْ يَكُونَ كَالْأَخِ مِنَ الْأُمِّ، فَإِنَّهُ لَا تَعْصِبُ وَلَيْسَ لَنَا أَخٍ رَابِعٍ وَقَدْ يَكُونُ مُرَادُهُمْ بِكَوْنِهِ كَالْأَخِ أَيَّ مِنْ جِهَةِ الْأُخُوَّةِ مِنْ غَيْرِ نَظَرٍ إِلَى أَفْرَادِهَا.

عصبة بنفسه، كما سبق، وعصبة بغيره، وهو تعصيب الأوصاف الأربعة بالإخوة، وعصبة مع غيره، وهو تعصيب الأخوات من الجهتين بالبنت وبنات الابن، ويفرق بينهما بأننا إذا قلنا: عصبة بالغير، فذلك الغير عصبة، وإذا قلنا: عصبة مع الغير، لم يجب أن يكون ذلك الغير عصبة بنفسه، وهذا تفاوت في الاصطلاح، والحقيقة واحدة، فأعرف هذه الجملة، وتفصيلها بين يديك.

جئنا إلى المقصود بالفضل، فنقول: للزوج نصف المال، إذا لم يكن للميت ولد، ولا ولد ابن، وريعه إذا كان لها ولد أو ولد ابن منه أو من غيره.

وللزوجة الربع، إذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن، والثمن، إذا كان له ولد، أو ولد ابن منها، أو من غيرها، قال الله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾ وقال: ﴿وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ﴾ [النساء: ١٢] إلى آخرها، إلا أن النص ساكت عن ولد الابن فقال قائلون: اسم الولد يقع على ولد الابن أيضاً، فكانا مرادين باللفظ قد ذكرنا في الوقف أن اسم الولد لا يتناول ولد الابن في أصح الوجهين.

وقال آخرون: قسناه على الولد للإجماع على أنه كولد الصلب في الإرث والتعصيب، والزوجتان والثلاث والأربع يشتركن في الربع أو الثمن، ولا يزيد حقهن، فلو زدنا، لاستغرقت الأربع المال، والزاد نصيبهن على نصيب الزوج، وهكذا توجيه إقناعي، وكفى بالإجماع حجة.

وقوله في الكتاب «أولاد ولد وارث» لفظ «وارث» نعت لـ «الولد» المضاف، وإنما يكون وارثاً، إذا كان المضاف إليه ابناً، فإن ابن البنت لا يرث ويخرج عنه ما إذا كان قاتلاً أو رقيقاً، فإن من لا يرث بهذه الأسباب لا يحجب، ويجوز أن يجعل عائداً إلى ولد الصلب أيضاً، فيكون بمثابة قوله [تعالى]: ﴿وَجَعَلْنَا ابْنَ مَرْيَمَ وَأُمَّهُ آيَةً﴾ [المؤمنون: ٥٠] ولا يجوز أن يقدر «الوارث» نعتاً لـ المضاف إليه؛ لأن ولد البنت ولد وارث، وأنه لا يحجب، والله أعلم.

قال الغزالي: (أما الأم) فلها الثلث إلا في أربع مسائل، زوج وأبوان، وزوجة وأبوان، فلها المسألتين ثلث (و) ما يبقى، وإن كان للميت ولد أو ولد وارث، أو اثنان من الإخوة أو الأخوات فصاعداً، فلها في السادس.

قال الرافعي: قال الله تعالى: ﴿وَلِأَبْوَاهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ﴾ [النساء: ١١] فنصت الآية على أن للأم الثلث، إذا لم يكن للميت ولد، ولا إخوة له، وعلى أن لها السدس، إذا كان له ولد أو إخوة.

وَوَلَدُ الْأَبْنِ مُلْحَقٌ بِالْوَالِدِ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي مِيرَاثِ الزَّوْجَيْنِ، وَإِنْ كَانَ لَهُ اثْنَانِ مِنَ الْإِخْوَةِ وَالْأَخَوَاتِ أَيْ جِهَةً كَانُوا، فَلَهَا السُّدُسُ أَيْضاً، وَلَفْظُ الْآيَةِ «الْإِخْوَةُ» وَظَاهِرُهُ يَفْتَضِي الْأَنْتَقَصَ عَنِ الثَّلَاثِ بِأَثْنَيْنِ مِنْهُمْ، لَكِنْ قَدْ يَعْبُرُ بِلَفْظِ الْجَمْعِ عَنِ الْاِثْنَيْنِ. وَقَدْ قَالَ ﷺ: «الْاِثْنَانِ فَمَا فَوْقَهُمَا جَمَاعَةٌ»<sup>(١)</sup>.

وَرُوِيَ أَنَّ ابْنَ عَبَّاسٍ احْتَجَّ عَلَى عُثْمَانَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَقَالَ: «كَيْفَ تَرُدُّهَا إِلَى السُّدُسِ بِالْأَخْوَيْنِ، وَلَيْسَا بِإِخْوَةٍ، قَالَ عُثْمَانُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: لَا أَسْتَطِيعُ رَدَّ شَيْءٍ كَانَ قَبْلِي وَمَضَى فِي الْبُلْدَانِ، وَتَوَارَثَ النَّاسُ بِهِ»<sup>(٢)</sup>.

فَأَشَارَ إِلَى إجماعِهِمْ عَلَيْهِ قَبْلَ أَنْ أَظْهَرَ ابْنُ عَبَّاسٍ لِرَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ [الْخِلَافَ].

وَأَيْضاً، فَإِنَّهُ حَجَبٌ يَتَعَلَّقُ بَعْدَهُ، فَكَانَ الْاِثْنَانِ أَوَّلَهُ كَحَجَبِ الْبَنَاتِ [لِبَنَاتِ] الْاِبْنِ، وَأَخْتَجَّ أَيْضاً بِأَنَّهُ فَرَضٌ يَتَعَيَّنُ بَعْدَهُ، فَكَانَ الْاِثْنَانِ فِيهِ كَالثَّلَاثَةِ كَفَرَضِ الْبَنَاتِ، فَهَذَا ابْنُ فَرَضَانِ لِلْأُمِّ، وَلَهَا فَرَضٌ ثَالِثٌ فِي مَسْأَلَتَيْنِ:

أحدهما: إِذَا مَاتَتْ أُمْرَأَةٌ، وَخَلَّفَتْ زَوْجاً وَأَبْوَيْنِ: فَلِلزَّوْجِ النُّصْفُ، وَلِلْأُمِّ ثُلُثٌ مَا يَبْقَى، وَالباقِي لِلْأَبِ.

والثانية: مَاتَ رَجُلٌ وَخَلَّفَ زَوْجَةً وَأَبْوَيْنِ، فَلِلزَّوْجَةِ الرُّبْعُ، وَلِلْأُمِّ الثُّلُثُ مَا يَبْقَى، وَالباقِي لِلْأَبِ، وَوَجَّهَهُ بِأَنَّهُ شَارَكَ الْأَبْوَيْنِ ذُو فَرَضٍ، فَيَكُونُ لِلْأُمِّ<sup>(٣)</sup> ثُلُثٌ مَا فَضَّلَ عَنِ الْفَرَضِ، كَمَا لَوْ شَارَكَتْهَا بِنْتُ، وَبِأَنَّ كُلَّ ذَكَرٍ وَأُنْثَى، لَوْ أَنْفَرَدَا أَقْتَسَمَا الْمَالَ أَثْلَاثًا، وَإِذَا اجْتَمَعَا مَعَ الزَّوْجِ وَالزَّوْجَةِ، وَجَبَ أَنْ يَكُونَ الْفَاضِلُ عَنِ فَرَضِهِمَا بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا، كَالْأَخِ

(١) رواه ابن ماجه. والحاكم من حديث أبي موسى الأشعري، وفيه الربيع بن بدر وهو ضعيف، وأبوه مجهول، ورواه البيهقي من حديث أنس وقال: هو أضعف من حديث أبي موسى، والدارقطني من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وفيه عثمان الواصي وهو متروك، وابن أبي خيثمة من حديث الحكم بن عمير، وإسناده واه، وله طريقان آخران، أحدهما: رواه ابن المغلس في الموضح عن علي بن يونس عن إبراهيم بن عبد الرزاق الضرير، عن علي بن بحر عن عيسى بن يونس، عن محمد بن عمرو عن أبي سلمة عن أبي هريرة به ومن دون علي بن بحر مجهولان، والثانية: روى أحمد من طريق عبيد الله بن زحر عن علي بن يزيد عن القاسم عن أبي أمامة: أن رسول الله ﷺ رأى رجلاً يصلي، فقال: ألا رجل يتصدق على هذا فيصلني معه، فقام رجل يصلي معه، فقال: هذان جماعة، هذا عندي أمثل طرق هذا الحديث لشهرة رجاله، وإن كان ضعيفاً، وقد رواه الطبراني من وجه آخر عن أبي أمامة، وقال البخاري في الصلاة من صحيحه: باب اثنان فما فوقهما جماعة، ثم أخرج حديث مالك بن الحويرث فأدنا وأقيما، وليؤمكما أكبركما.

(٢) رواه الحاكم وصححه وفيه نظر. فإن فيه شعبة مولى ابن عباس وقد ضعفه النسائي.

(٣) في ب: للاب وهو خطأ.



والأخت، وبأن الأصل في الفرائض أنه إذا اجتمع ذكر وأنثى في درجة واحدة، يكون للذكر ضعف ما للأنثى.

فلو جعلنا في زوج وأبوين للأُم الثلث كاملاً، فقد فضلناها على الأب، ولو جعلنا لها الثلث في زوجة وأبوين، لم يحصل تفضيل الأب على النسبة المعهودة.

قال الإمام: وهذا يشكّل بما إذا اجتمع مع الابن، ويجوز أن يحتاج في المسألتين باتفاق الصحابة - رضي الله عنهم - قبل إظهار ابن عباس - رضي الله عنه - الخلاف، كما احتج عثمان - رضي الله عنه - في المسألة السابقة.

وأعلم أن ما تأخذه الأُم في المسألة الأولى سدس المال، وفي الثانية ربعه، إلا أن الله - تعالى - جعل لها الثلث عند عدم الولد والإخوة، فأحبوا استيفاء لفظ الثلث موافقة للقرآن.

وقوله في الكتاب «فلها الثلث إلا في أزيد مسائل» أراد بالمسألة الثالثة: أن يكون للميت ولد أو ولد ابن، وبالرابعة: أن يكون له اثنان من الإخوة، والأخوات فصاعداً، وليس في بناء فرضهما على الثلث، واستثناء المسائل الأزيد كثير عريض، ولو بني على السدس واستثنى ثلاث مسائل: زوج وأبوان، وزوجة أبوان.

وإذا لم يكن ولد ولا ولد ابن ولا اثنان من الإخوة والأخوات كان مثله أو قريباً منه.

ولك أن تعلم قوله «فلها في المسألتين ثلث ما ينقى» [بالواو]؛ لأن الشيخ أبا حاتم القزويني - رحمه الله - لما حكى مذهب ابن عباس في زوج وأبوين، وهو أن للأُم الثلث كاملاً، قال: وبه قال شيخنا يعني أبا الحسن بن اللبان.

ورأيت في «الإيجاز» من جمع الأخذ بقول ابن عباس - رضي الله عنه - في صورتين، والله أعلم.

قال العزالي: (أما الجدّة) فلها السدس أبداً وهي التي تذلّي بوارث، ولا شيء لأُم أب الأُم لأنّها تذلّي بغير وارث، فكل جدّة تذلّي بمخص الإناث كأُم الأم، أو بمخص الذكور كأُم أب الأب، أو بمخص الإناث إلى مخص الذكور كأُم أم أب الأب فإنّها ترث (م)، وإذا دخل في نسبها إلى الميت ذكر بين الأنثيين لم ترث، وفيه قول آخر أن كل جدّة تذلّي بذكر فلا ترث إلا أُم الأب وأمهاتها من قبل الأُم.

قال الزافعي: عن قبيصة بن ذؤيب، قال: جاءت الجدّة إلى أبي بكر - رضي الله عنه - تسأله عن ميراثها، فقال: ما لك في كتاب الله شيء، وما علمت لك في سنة

رَسُولِ اللَّهِ ﷺ شَيْئاً، فَازْجِعِي، حَتَّى أَسْأَلَ النَّاسَ، فَسَأَلَ النَّاسَ، فَقَالَ الْمُغِيرَةُ بْنُ شُعْبَةَ: شَهِدْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَعْطَاهَا السُّدُسَ، فَقَالَ: هَلْ مَعَكَ غَيْرُكَ؟ فَقَامَ مُحَمَّدُ بْنُ مُسْلِمَةَ الْأَنْصَارِيُّ، فَقَالَ مِثْلَ مَا قَالَ الْمُغِيرَةُ، فَأَنْفَذَ لَهَا أَبُو بَكْرٍ السُّدُسَ.

ثُمَّ جَاءَتِ الْجَدَّةُ الْأُخْرَى إِلَى عَمَرَ تَسْأَلُهُ مِيرَاثَهَا، فَقَالَ لَهَا: مَا لَكَ فِي كِتَابِ اللَّهِ شَيْءٌ، وَمَا كَانَ الْقَضَاءُ الَّذِي قَضَيْتَ بِهِ إِلَّا لِيُغَيِّرِكَ، وَمَا أَنَا بِزَائِدٍ فِي الْفَرَائِضِ شَيْئاً، وَلَكِنْ هُوَ ذَلِكَ السُّدُسُ، فَإِنْ اجْتَمَعْتُمَا، فَهُوَ بَيْنَكُمَا، وَأَيُّكُمَا خَلَّتْ بِهِ فَهُوَ لَهَا<sup>(١)</sup>.

وَعَنْ بُرَيْدَةَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَعَلَ لِلْجَدَّةِ السُّدُسَ<sup>(٢)</sup>، إِذَا لَمْ يَكُنْ دُونَهَا أُمٌّ.

والكلام في الجدّة في فصول، مِنْهَا فِي جِهَتِهَا، وَسَيَأْتِي [إِنْ شَاءَ اللَّهُ - تَعَالَى -] فِي «فَضْلِ الْحَجَبِ».

ومِنْهَا بَيَانُ الَّتِي تَرِثُ مِنَ الْجَدَّاتِ، وَالتِّي لَا تَرِثُ، فَتَرِثُ أُمُّ الْأُمِّ، وَأُمَّهَاتُهَا الْمُدْلِيَاتُ بِمَخْضِ الْإِنَاثِ، وَأُمُّ الْأَبِ، وَأُمَّهَاتُهَا كَذَلِكَ<sup>(٣)</sup>.

وقد رُوِيَ عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ قَالَ: جَاءَتِ الْجَدَّتَانِ إِلَى أَبِي بَكْرٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فَأَعْطَى أُمَّ الْأُمِّ الْمِيرَاثَ<sup>(٤)</sup> دُونَ أُمَّ الْأَبِ، فَقَالَ لَهُ بَعْضُ الْأَنْصَارِ: أَعْطَيْتَ الَّتِي لَوْ

(١) رواه مالك وأحمد وأصحاب السنن وابن حبان والحاكم من هذا الوجه، وإسناده صحيح لثقة رجاله، إلا أن صورته مرسل، فإن قبيصة لا يصح له سماع من الصديق، ولا يمكن شهوده للقصة قاله ابن عبد البر بمعناه وقد اختلف في مولده، والصحيح أنه ولد عام الفتح، فبعد شهوده القصة، وقد أعله عبد الحق تبعاً لابن حزم بالانقطاع، وقال الدارقطني في العلل بعد أن ذكر الاختلاف فيه عن الأزهري: يشبه أن يكون الصواب قول مالك ومن تابعه.

قال الحافظ: تنبيه: ذكر القاضي الحسين: أن التي جاءت إلى الصديق أم الأم، والتي جاءت إلى عمر أم الأب، وفي رواية ابن ماجة ما يدل له، وسيأتي فيما بعد: أنهما معاً أتتا أبا بكر، وقد ذكر أبو القاسم بن منده في المستخرج من كتب الناس للتذكرة: أنه روي أيضاً من حديث معقل بن يسار وبريدة وعمران بن حصين كلهم عن النبي.

(٢) رواه أبو داود والنسائي، وقال الحافظ في التلخيص: وفي إسناده عبد الله العتكي مختلف فيه، وصححه ابن السكن.

(٣) وقال الروياني في البحر: الجدة المطلقة هي أم الأم، وأما أم الأب فهل هي جدة على الإطلاق أيضاً كأما أم أم هي جدة بالتقييد على وجهين، وعلى هذا اختلفوا فيمن يسأل عن ميراث جدة هل يسأل عن أي الجدتين أراد فقال: من جعلها جدة على الإطلاق لا يجاب حتى يسأل، ومن جعلها جدة بالتقييد يجاب عن أم الأم حتى يذكر أنه أراد أم الأب.

قال: والأصح أنه ينظر فإن كان ميراثها يختلف في الفريضة بوجود الأب الذي يحجب أمه لم يجب حتى يسأل عن أي الجدتين، وإن كان ميراثها لا يختلف أجيب ولم يسأل.

(٤) سقط من: ب.

مَاتَتْ، لَمْ يَرِثْهَا، وَمَنْعَتْ النَّبِيَّ لَوْ مَاتَتْ وَرِثَهَا، فَجَعَلَ أَبُو بَكْرٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - السُّدُسَ بَيْنَهُمَا<sup>(١)</sup>.

وفي أم أب الأب وأم من فوقه من الأجداد وأمهاتهن قولان للشافعي [- رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -] وروايتان عن زيد - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -:

أَصْحُهُمَا: أُنْهَنَ وَارِثَاتُ<sup>(٢)</sup>، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - لِمَا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَعْطَى السُّدُسَ ثَلَاثَ جَدَّاتٍ؛ جَدَّتَيْنِ مِنْ قِبَلِ الْأَبِ وَوَاحِدَةً مِنْ قِبَلِ الْأُمِّ<sup>(٣)</sup>؛ لِأَنَّهِنَّ جَدَّاتٌ مُذْلِيَّاتٌ بِالْوَارِثِينَ فَأَشْبِهْنَ أُمَّ الْأَبِ.

والثاني: رَوَاهُ أَبُو ثور عَنْ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -؛ أُنْهَنَ لَا يَرِثَنَّ؛ لِأَنَّهِنَّ مُذْلِيَّاتٌ بِجَدِّ فَأَشْبِهْنَ أُمَّ أَبِي الْأُمِّ.

وَقَالَ أَحْمَدُ: لَا يَرِثُ مِنَ الْجَدَّاتِ إِلَّا ثَلَاثٌ: أُمُّ الْأُمِّ، وَأُمُّ أُمِّ الْأَبِ وَأُمُّ أَبِي الْأَبِ، وَأُمَّهَاتُهُنَّ.

وأما الجدة التي تُذلي إلى الميت بذكر بين أُنثيين، كأُمُّ أُمِّ الْأَبِ، فَإِنَّهَا لَا تَرِثُ، كَمَا لَا يَرِثُ ذَلِكَ الذَّكَرُ، بَلْ هُمَا مِنْ ذَوِي الْأَرْحَامِ، كَمَا قَدَّمْنَا.

إِذَا عَرَفْتَ ذَلِكَ، فَفِي ضَبْطِ الْجَدَّاتِ الْوَارِثَاتِ عَلَى الْقَوْلِ الصَّحِيحِ عِبَارَتَانِ، ذَكَرَهُمَا فِي الْكِتَابِ:

إحدهما: أَنْ يُقَالَ: الْوَارِثَاتُ؛ كُلُّ جَدَّةٍ تُذلي بِمَخْضِ الْإِنَاثِ أَوْ بِمَخْضِ الذَّكَورِ أَوْ بِمَخْضِ الْإِنَاثِ إِلَى مَخْضِ الذَّكَورِ.

والثانية: أَنْ يُقَالَ: الَّتِي لَا تُذلي بِمَخْضِ الْوَارِثِينَ غَيْرَ وَارِثَةٍ وَالْبَاقِيَّاتُ وَارِثَاتٌ عَلَى مَذْهَبِ مَالِكٍ، وَالْقَوْلُ الَّذِي رَوَاهُ أَبُو ثورٍ لَا يَرِثُ مِنَ الْجَدَّاتِ مَنْ تُذلي بِغَيْرِ وَارِثٍ، وَلَا

(١) رواه [مالك في الموطأ عن يحيى بن سعيد عن القاسم وهو منقطع، رواه الدارقطني من حديث ابن عيينة، وبين أن الأنصاري هو عبد الرحمن بن سهل بن حارثة].

(٢) رواه الدارقطني من طريق أبي الزناد عن خارجة بن زيد بن ثابت عن أبيه: أنه كان يورث ثلاث جدات إذا استوين، ثنتان من قبل الأب، وواحدة من قبل الأم، وروي من حديث قتادة عن سعيد ابن المسيب عن زيد نحوه، لكن قال: ثنتين من قبل الأم، وواحدة من قبل الأب، ورواه البيهقي من طرق عن زيد بن ثابت نحو الأول وكلها منقطعة. قاله الحافظ في التلخيص.

(٣) رواه الدارقطني بسند مرسل، ورواه أبو داود في المراسيل بسند آخر عن إبراهيم النخعي، والدارقطني والبيهقي من مرسل الحسن أيضاً، وذكر البيهقي عن محمد بن نصر: أنه نقل اتفاق الصحابة والتابعين على ذلك، إلا ما روي عن سعد بن أبي وقاص أنه أنكر ذلك، قال الحافظ ولا يصح إسناده عنه.

مَنْ وَقَعَ آخِرَ نَسَبِهَا، أَبُوَانِ فَصَاعِدًا، وَعَلَى مَذْهَبِ أَحْمَدَ، وَلَا الَّتِي يَقَعُ فِي نَسَبِهَا ثَلَاثَةٌ أَبَاءً.

وقوله في الكتاب «وهي التي تُدلي بوارث» يعني أن الجدة التي لها السدس هي التي تُدلي بوارث، أو ما أشبهه، وإن كان المذكور مطلق الجدة.

ويجوز أن يُعلم قوله «فإنها ترث» بالميم والألف؛ فإنهن لا يرثن جميعاً عندهما، بل فيه التفصيل المذكور، والقول المذكور [آخرًا هو] الذي رواه أبو ثور.

ومنها: بيان فرضها، وهو السدس.

إذا اجتمعت جدتان وإرثان فصاعداً، اشتركت في السدس، ولم يزد حقهن؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْأَخْبَارِ وَالْآثَارِ، فَإِنْ كَانَتْ إِحْدَى الْجَدَّتَيْنِ تُدلي بِجَهْتَيْنِ؛ كَالْمَرْأَةِ تَزُوجُ ابْنَ بِنْتِهَا بِنْتِهَا الْأُخْرَى، فَيُولَدُ لَهُمَا وَلَدٌ، فَهَذِهِ الْمَرْأَةُ أُمُّ أُمِّ أَبِيهِ، وَأُمُّ أُمِّ أُمِّهِ، فَإِذَا مَاتَ الْوَلَدُ، وَخَلَفَ هَذِهِ الْجَدَّةُ وَجَدَّةً أُخْرَى هِيَ أُمُّ أَبِي أَبِيهِ، فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ يُسَوَّى بَيْنَهُمَا فِي السُّدُسِ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ.

وعن ابن سريج وأبي عبيد بن حزبويه أن ثلثي السدس لصاحبة القرابتين، وثلثه للأخرى تورثاً لها بالجهتين، كما يرث ابن العم الذي هو أخ لأُم من الجهتين، ومن نصر المذهب قال: إنما يورث بالقرابتين، إذا اختلفتا، والجدة قرابة واحدة.

ومن هذا القبيل ما إذا نكح ابن ابن المرأة بنت بنتها، فولد لهما ولد، فالمرأة أم أبي أبيه، وأم أم أمه، ويجوز أن تكون الواحدة جدة من ثلاثة أوجه وأكثر، كما إذا نكح الولد في المثاليين حافدة أخرى لتلك المرأة، وولد لهما ولد، تكون المرأة جدة للولد الثاني من ثلاثة أوجه، وينجرى الخلاف فيها، فعلى المذهب يوزع السدس على الرؤوس، وعلى الوجه الآخر يوزع على الجهات.

ومنها القول في تنزيل الجدات، ولم يتعرض له في الكتاب، وتلخيص ما قيل فيه على طوله أن يقال: لك أب، وأم، وهما الواقعان في الدرجة الأولى من درجات أصولك، ثم لأبيك أب، وكذلك لأُمك، فالأربعة هم الواقعون في الدرجة الثانية من درجات أصولك، وهذه الدرجة هي الأولى من درجات الأجداد والجدات، ثم أصولك في الدرجة الثالثة ثمانية؛ لأن لكل واحد من الأربعة أباً وأماً، فثُضِرَبَ الأربعة في اثنتين، وفي الدرجة الرابعة: ستة عشر، وفي الخامسة: اثنان وثلاثون كمثلي ذلك، والنصف من الأصول في كل درجة ذكور، والنصف إناث، وهن الجدات، ففي الدرجة الثانية من الأصول جدتان، وفي الثالثة أربع، وفي الرابعة ثمان، وفي الخامسة ستة عشر، وهكذا يتضاعف عددهن في كل درجة، ثم منهن وارثات وغير وارثات، فإذا سئلت عن عدد

مِنَ الْجَدَّاتِ الْوَارِثَاتِ عَلَى أَقْرَبِ مَا يُمَكِّنُ مِنَ الْمِنَازِلِ، فَأَجْعَلُ دَرَجَتَهُنَّ بِالْعَدَدِ الَّذِي سَأَلْتُ عَنْهُ، وَمَحْضِ نِسْبَةِ الْأُولَى إِلَى الْمَيِّتِ مِنْ أُمَّهَاتٍ، ثُمَّ أَبْدِلُ مِنْ آخِرِ نِسْبَةِ الثَّانِيَةِ أُمًّا بِأَبٍ، وَفِي آخِرِ نِسْبَةِ الثَّلَاثَةِ أُمِّيْنَ بِأَبَوَيْنِ، وَهَكَذَا يَنْقُصُ مِنَ الْأُمَّهَاتِ، وَتَزِيدُ فِي الْآبَاءِ حَتَّى تَمَحْضَنَ نِسْبَةَ الْأَخِيرَةِ آبَاءً.

مثاله: سَأَلْتُ عَنْ أَرْبَعِ حَدَّاتٍ، فَقُلْتُ: هُنَّ: أُمُّ أُمِّ أُمِّ، وَأُمُّ أُمِّ أُمِّ، وَأُمُّ أُمِّ الْأَبِ، وَأُمُّ أُمِّ أَبِي أَبِي وَأُمُّ أَبِي أَبِي أَبِي، فَلِأُولَى مِنْ جِهَةِ أُمِّ الْمَيِّتِ، وَالثَّانِيَةِ مِنْ جِهَةِ أَبِيهِ، وَالثَّلَاثَةَ مِنْ جِهَةِ جَدِّهِ، وَالرَّابِعَةَ مِنْ جِهَةِ أَبِي جَدِّهِ، وَهَكَذَا، إِذَا زِدْتُ، زِدْتُ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ آبَاءً. وَإِذَا أَرَدْتُ مَعْرِفَةَ مَنْ يُحَادِثُ الْوَارِثَاتِ مَعَ السَّاقِطَاتِ، فَإِنْ كَانَ السُّؤَالُ عَنِ جَدَّتَيْنِ عَلَى أَقْرَبِ مَا يُمَكِّنُ، فَلَيْسَ فِي دَرَجَتَيْهِمَا غَيْرُهُمَا، وَإِنْ كَانَ السُّؤَالُ عَنْ أَكْثَرِ، فَأَلْتِي مِنْ عَدَدِ الْوَارِثَاتِ اثْنَتَيْنِ أَوَّلًا، وَضَعْفُ الْاِثْنَيْنِ بَعْدَهُمَا بَقِيَّ مِنْهُنَّ، فَمَا بَلَغَ، فَهُوَ عَدَدُ الْجَدَّاتِ، فِي تِلْكَ الدَّرَجَةِ الْوَارِثَاتِ وَالسَّاقِطَاتِ، فَإِذَا أَسْقَطْتَ مِنْهُنَّ الْوَارِثَاتِ، فَالْبَاقِيَّاتُ السَّاقِطَاتُ.

مثاله: خُذْ مِنَ الْأَرْبَعِ اثْنَيْنِ وَضَعْفُهُمَا مَرَّتَيْنِ؛ لِأَنَّ الْبَاقِيَّ اثْنَانِ، فَيَبْلُغُ ثَمَانِيَةَ، فَهُنَّ عَدَدُ الْوَارِثَاتِ وَالسَّاقِطَاتِ، فَإِذَا فَرَضْتَ ثَلَاثَ جَدَّاتٍ؛ فَخُذْ مِنَ الثَّلَاثَةِ اثْنَتَيْنِ وَضَعْفُهُمَا مَرَّةً؛ لِأَنَّ الْبَاقِيَّ وَاحِدٌ، فَيَبْلُغُ أَرْبَعَةَ، فَهِيَ عِدَدُهُنَّ وَفِي هَذِهِ الدَّرَجَةِ ثَلَاثُ وَارِثَاتٍ، وَوَاحِدَةٌ سَاقِطَةٌ، وَاعْلَمْ أَنَّ الْوَارِثَاتِ فِي كُلِّ دَرَجَةٍ مِنْ دَرَجَاتِ الْأَصُولِ بَعْدَ تِلْكَ الدَّرَجَةِ، فِي الثَّانِيَةِ اثْنَتَانِ، وَفِي الثَّلَاثَةِ ثَلَاثٌ، وَفِي الرَّابِعَةِ أَرْبَعٌ، وَهَكَذَا فِي كُلِّ دَرَجَةٍ لَا تَزِيدُ إِلَّا وَارِثَةً وَاحِدَةً، وَإِنْ تَضَاعَفَ عَدَدُهُنَّ فِي كُلِّ دَرَجَةٍ، وَسَبَبُهُ أَنَّ الْجَدَّاتِ مَا بَلَغْنَ نِصْفَهُنَّ مِنْ قِبَلِ الْأُمِّ، وَنِصْفَهُنَّ مِنْ قِبَلِ الْأَبِ، وَلَا يَرِثُ مِنْ قِبَلِ الْأُمِّ إِلَّا وَاحِدَةً، وَالْبَاقِيَّاتُ مِنْ قِبَلِ الْأَبِ، فَإِذَا صَعَّدْنَا دَرَجَةً، تَبَدَّلَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ بِأُمَّهَا، وَزَادَتْ أُمُّ الْجَدِّ الَّذِي صَعَّدْنَا إِلَيْهِ، وَلَا يُخْفَى أَنَّ مُعْظَمَ مَا ذَكَرْنَا مِنْ تَنْزِيلِ الْجَدَّاتِ مَبْنِيٌّ عَلَى الْقَوْلِ الصَّحِيحِ، فَأَمَّا عَلَى مَا رَوَاهُ أَبُو ثَوْرٍ، فَلَا يَرِثُ إِلَّا جَدَّتَانِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قال العزالي: (أما الأب والجد) فلأب السدس بالفريضة المحضة إن كان للميت ولد ذكر وارث (م)، وله كل المال أو ما بقي بالعضوية المحضة إذا لم يكن للميت ولد وارث، فإن كان للميت ولد أنثى وارثة فله السدس بالفريضة، وما ينقي من الفرائض بالعضوية، ويجمع بين الفرض والتعصيب.

قال الرافعي: للأب في الميراث ثلاث حالات: حالة يرث فيها بمحض الفريضة، وهي أن يكون مع الأب ابن أو ابن ابن، فله السدس، قال الله تعالى: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ﴾ [النساء: ١١] والباقي للابن أو ابن الابن، لأنهما أقوى في العضوية.

وحالة يرث فيها بمخض التَّغْصِيبِ وهي الأُتْحَلَفَ غيرَهُ فله جميعُ المالِ بالعضوية، وكذا إذا اجتمع مع ذي فرض، ليس بولدٍ ولا ولدِ ابنٍ؛ كزوجٍ وأمٍّ أو جدَّة، فيأخذُ ذو الفرضِ فرضه، والباقي للأبِّ بالعضوية.

وحالة يرث فيها بالجهتين معاً، وهي ما إذا اجتمع معه بنتٌ أو بنتُ ابنٍ، فله السدسُ بالفرضية؛ لأنَّ الآيةَ لم تفصل بين أن يكون الولدُ ذكراً أو أنثى، والباقي بعد الفرضِ يأخذه بالعضوية؛ لقوله ﷺ: «فَمَا أَبَقَتِ الْفَرَايِضُ، فَلِأَوْلَى رَجُلٍ ذَكَرٍ»<sup>(١)</sup>.

قال الإمام: الجَمْعُ بينَ الفرضِ والتَّغْصِيبِ يَتَّفِقُ في صُورٍ: كزَوْجٍ هُوَ مُغْتَقٍ، أو ابْنِ عَمٍّ، وكابْنِي عَمٍّ، أَحَدُهُمَا أَخٌ لَأُمٍّ، لَكِنَّهُ يَسْتَنِدُ إِلَى سَبَبَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ، فَأَمَّا الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا بِسَبَبٍ وَاحِدٍ، وَهُوَ الْأَبُوءُ، فَقَدْ أَمْتَارَ بِهِ الْأَبُ عَنِ سَائِرِ الْوَرَثَةِ، وَهَلِ الْجَدُّ كَالأَبِ؟ فِيهِ؟ اُخْتَلَفَ الْفَرَضِيُّونَ مِنْ قَائِلِ نَعَمْ، وَبِهِ قَطَعَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ، وَمِنْ قَائِلِ لَا يَقُولُ: لِلبِنْتِ النُّصْفُ، وَالْبَاقِي لِلْجَدِّ؛ لِأَنَّ إِتْمَا جَمَعْنَا بَيْنَ الْجِهَتَيْنِ فِي حَقِّ الْأَبِ<sup>(٢)</sup> وَالْمَشْهُورُ أَنَّهُ كَالأَبِ؛ لِظَاهِرِ الْآيَةِ، وَهَذَا الْخِلَافُ يَرْجِعُ إِلَى الْعِبَارَةِ، وَمَا يَأْخُذُ أَنَّهُ وَاحِدٌ.

وقوله في الكتاب: «إِنْ كَانَ لِلْمَيِّتِ وَلَدٌ ذَكَرٌ وَارِثٌ» وقوله بَعْدَ ذَلِكَ «فَإِنْ كَانَ لِلْمَيِّتِ وَلَدٌ أَنْثَى وَارِثَةٌ» تطويلٌ لفظٌ لَا حَاجَةَ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْإِبْنَ يَقُومُ مَقَامَ الْوَلَدِ [الذَّكَرِ، وَالْبِنْتَ مَقَامَ الْوَلَدِ]<sup>(٣)</sup> الْآثِنَى.

وأما الوراثة فسيأتي، [إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى]، أَنْ مَنْ لَا يَرِثُ، لَا يَحْجُبُ [بِحَالِ]، بَلْ وَجُودُهُ كَعَدَمِهِ وَالْأَصُولُ الْكَلِيَّةُ لَا تَتَكَرَّرُ فِي أَحَادِ الصُّورِ، وَإِنْ تَوَهَّمَتْ مُتَوَهَّمٌ أَنْ الْعَرَضَ مِنْ هَذَا اللَّفْظِ أَنْ يَتَنَاوَلَ وَلَدَ الْإِبْنِ، وَمَنْ وَصَفَهُ بِالْإِزْثِ أَنْ يَخْرُجَ وَلَدُ الْبِنْتِ، فَلَيْسَ بِقَوْمٍ؛ لِأَنَّ تَنَاوُلَ الْوَلَدِ لِوَلَدِ الْإِبْنِ كَتَنَاوُلِ الْإِبْنِ وَالْبِنْتَ لِوَلَدِ الْإِبْنِ وَالْبِنْتَ وَلَا فَرْقَ.

قال العزالي: وَالْجَدُّ فِي مَعْنَى الْأَبِ، إِلَّا فِي مَسْأَلَتَيْنِ (إِحْدَاهُمَا) أَنَّ الْأَبَ يُسْقِطُ الْإِخْوَةَ وَالْجَدُّ يُقَاسِمُهُمْ (ح) (الثَّانِيَةُ) أَنَّ الْأَبَ يَرُدُّ الْأُمَّ إِلَى ثُلُثٍ مَا يَبْقَى إِذَا كَانَ فِي الْمَسْأَلَةِ زَوْجٌ وَأَبْوَانٌ، أَوْ زَوْجَةٌ وَأَبْوَانٌ، وَالْجَدُّ لَا يَرُدُّهَا بَلْ لَهَا مَعَ الْجَدِّ الثُّلُثُ كَامِلًا.

(٢) سقط من: د.

(١) تقدم.

(٣) سقط من: ب.

## في بيان المسائل المستثناة من مشابهة الجَد الأب

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الجَدُّ كالأب في الميراثِ إلا في مسائلٍ:

أحداها: الأبُّ يُسْقِطُ الإخوةَ والأخواتِ، والجَدُّ لا يُسْقِطُهُمْ، إِذَا كَانُوا مِنْ الأَبَوَيْنِ أَوْ مِنَ الأَبِ، بَلْ يُقَاسِمُهُمْ، وَالكَلَامُ فِي الطَّرْفَيْنِ سِيَّاتِي.

والثانية: الأبُّ يَرُدُّ الأُمَّ إلى ثُلُثٍ ما يَبْقَى في صورتَيْنِ: زوجِ وأبوينِ، وزوجةِ وأبوينِ، كَمَا سَبَقَ، وَلَوْ كَانَ فِي المَسْأَلَةِ زَوْجٌ وَجَدٌّ، وَأُمٌّ أَوْ زوجةٌ وَجَدٌّ وَأُمٌّ، فَالجَدُّ لا يَرُدُّها إلى ثُلُثٍ ما يَبْقَى بَلْ لَهَا الثُلُثُ كامِلاً؛ لِأَنَّ الجَدَّ لا يُساوِيها في الدَّرَجَةِ، فلا يَلْزَمُ تَفْضِيلُهُ عَلَيْهَا.

والثالثة: الأبُّ يُسْقِطُ أُمَّ نَفْسِهِ، وَأُمَّ كُلِّ جَدٍّ، والجَدُّ لا يُسْقِطُ أُمَّ الأبِّ، وَإِنْ أَسْقَطَ أُمَّ نَفْسِهِ وَسِعَعُودُ هَذَا فِي الحَجَبِ، وَأَبُو الجَدِّ وَمَنْ قَوْقَهُ كالجَدِّ، لَكِنْ كُلُّ وَاحِدٍ يَحْجُبُ أُمَّ نَفْسِهِ، وَلا يَحْجُبُها مَنْ قَوْقَهُ، وَإِذَا لَمْ يَجْمَعْ الجَدُّ بَيْنَ الفَرَضِ وَالتَّعْصِيبِ، كَانَ الجَدُّ مَفَارِقاً فِيهِ أَيْضاً، لَكِنَّ تِلْكَ كلَّ المَفارِقَةِ لَفْظِيَّةٌ<sup>(١)</sup>، وَلا يَخْفَى بَعْدَ هَذَا أَنَّ الاستِثْنَاءَ غَيْرُ مُنْحَصِرٍ فِيما ذَكَرَهُ فِي الكِتابِ، وَأَنَّ قَوْلَهُ «والجَدُّ يُقَاسِمُهُمْ» غَيْرُ مُجْرَى عَلَى إِطْلَاقِهِ، ثُمَّ يَجُوزُ أَنْ يُعْلَمَ بِرُقُومٍ مَنْ يُخَالِفُ فِي مَقَاسِمَةِ الجَدِّ وَالإخوةِ وَسَنَذَكُرُهُمْ.

قال الغزالي: (أما الأولاد) فالابن الواحد يستغرق جميع المال، وكذا الجماعة، وإن كان معهم أنثى فالمال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، وللبنات الواحدة النصف، وللبنات فصاعدا الثلثان، وأما أولاد الابن إذا انفردوا فحكمهم حكم أولاد الصلب.

### «فصل في الأولاد»

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الابنُ الوَاحِدُ يَسْتغْرِقُ جَمِيعَ المَالِ بالإِجماعِ، ثُمَّ اسْتَأْنَسُوا بِوَجْهَيْنِ.

(١) ما ذكره الرافي من أن الخلاف لفظي ممنوع بل له فائدتان:

أحدهما: ما لو أوصى بثلاث ما يبقى بعد إخراج الفرض، فإن قلنا: يأخذ السدس فرضاً، والباقي بالتعصيب قسم الثلث الباقي أثلاثاً فيكون موصى له بثلاث الثلث وهو التسع، وإن قلنا: الجميع بالتعصيب قسم النصف أثلاثاً فيكون موصى له بالسدس لكن ينبغي هذا على مسألة أخرى في الوصية وهي ما إذا دخل على بعض ورثته ما يضره دون الباقي وهي المشهورة بمسألة الضيم فإن له ابن يرد فيهما يخصه من ذلك القدر. انتهى ما أردته منه، وما ذكره غيره أيضاً من شراح المنهاج وغيرهم ولم لا يقال لا ضيم في الصورة المذكورة، وإنما يقدر ذلك لمعرفة قدر الوصية فإذا خرج القدر الموصى به يقسم الباقي على الحال الذي لا وصية فيه.

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ أَقْوَى مِنَ الْعَصَبَاتِ، وَهَذَا شَأْنُ الْعَصْبَةِ إِذَا أَنْفَرَدُوا.

والثاني: أَنْ مِنْ خَلْفِ ابْنِ ابْنٍ، أَخَذَ الْإِبْنُ ضِعْفَ مَا أَخَذَتِ الْبِنْتُ، إِذَا أَنْفَرَدَتْ تَأْخُذُ الْبِضْفَ، وَالإِبْنُ إِذَا أَنْفَرَدَ وَجِبَ أَنْ يَأْخُذَ ضِعْفَهَا، وَهُوَ الْكُلُّ، وَكَذَلِكَ الْإِثْنَانِ وَالْجَمَاعَةُ مِنَ الْإِبْنَاءِ يَسْتَعْرِقُونَ الْمَالَ لِلبِنْتِ الْوَاحِدَةِ النُّصْفُ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النُّصْفُ﴾ [النساء: ١١] وللبنتين فصاعداً الثلثان؛ لَمَا رُوِيَ أَنَّ امْرَأَةً مِنَ الْأَنْصَارِ أَتَتْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ وَمَعَهَا ابْنَتَانِ، فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، هَاتَانِ ابْنَتَانِ سَعِيدِ بْنِ الرَّبِيعِ، قُتِلَ أَبُوهُمَا مَعَكَ يَوْمَ أُحُدٍ، وَأَخَذَ عَمُهُمَا مَالَهُ، وَوَالِدَهُ، لَا تُنْكَحَانِ وَلَا مَالَ لَهُمَا، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: يَقْضِي اللَّهُ تَعَالَى فِي ذَلِكَ فَتَزَلِ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ﴾ [النساء: ١١] فَدَعَا النَّبِيُّ ﷺ الْمَرْأَةَ وَصَاحِبَهَا، فَقَالَ: «أَعْطِ الْبِنْتَيْنِ الثُّلُثَيْنِ، وَالْمَرْأَةَ الثُّمْنَ وَخُذِ الْبَاقِي» (١).

وَلَمَّا بَيَّنَّتِ السُّنَّةُ ذَلِكَ، قِيلَ: كَلِمَةُ «فَوْقَ» زَائِدَةٌ كَقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَأَضْرِبُوا فَوْقَ الْأَعْنَاقِ﴾ [الأنفال: ١٢]، وَقِيلَ: الْمَعْنَى اثْنَتَيْنِ فَمَا فَوْقَهُمَا.

وَإِذَا اجْتَمَعَ الْبَنُونَ وَالْبَنَاتُ، فَلِلذَكَرِ مِثْلُ حِظِّ الْأُنثَيْنِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿لِلذَكَرِ مِثْلُ حِظِّ الْأُنثَيْنِ﴾ [النساء: ١١]، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾ [النساء: ١١] الْآيَةَ.

هَذَا حُكْمُ أَوْلَادِ الصُّلْبِ، إِذَا أَنْفَرَدُوا، وَلَمْ يَكُنْ مَعَهُمْ أَوْلَادُ الْإِبْنِ، وَكَذَلِكَ حُكْمُ أَوْلَادِ الْإِبْنِ، إِذَا أَنْفَرَدُوا بِأَقْرَبٍ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ الْعَرَّالِيُّ: وَإِذَا اجْتَمَعَ أَوْلَادُ الصُّلْبِ وَأَوْلَادُ الْإِبْنِ فَإِنْ كَانَ فِي أَوْلَادِ الصُّلْبِ ذَكَرٌ سَقَطَ أَوْلَادُ الْإِبْنِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ نَظَرٌ، فَإِنْ كَانَتْ بِنْتُ وَاحِدَةٍ فَلَهَا النُّصْفُ، ثُمَّ يَنْظَرُ إِلَى أَوْلَادِ الْإِبْنِ فَإِنْ كَانَ فِيهِمْ ذَكَرٌ فَالْبَاقِي بَيْنَهُمْ ﴿لِلذَكَرِ مِثْلُ حِظِّ الْأُنثَيْنِ﴾، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ذَكَرٌ فَسَوَاءٌ كَانَتْ بِنْتُ وَاحِدَةٍ أَوْ بَنَاتٌ فَلَهَا أَوْ لِهِنَّ السُّدُسُ تَكْمِلَةُ الثُّلُثَيْنِ، أَمَا إِذَا كَانَ مِنَ الصُّلْبِ بِنْتَانِ فَصَاعِدًا فَلَهُنَّ الثُّلُثَانِ، ثُمَّ يَنْظَرُ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي أَوْلَادِ الْإِبْنِ ذَكَرٌ سَقَطَ إِذْ لَمْ يَبْقَ مِنْ فُرُوضِ الْبَنَاتِ شَيْءٌ وَهُوَ تَكْمِلَةُ الثُّلُثَيْنِ، وَإِنْ كَانَ فِيهِمْ ذَكَرٌ فَلَهُ الْمَالُ، أَوْ ذَكَرٌ مَعَ الْأُنثَى فَالْمَالُ لَهُمْ، وَتَنْعَصَبُ الْأُنثَى بِأَخِيهَا، وَكَذَا بِذَكَرٍ هُوَ أَسْفَلُ مِنْهَا كَأَبْنِ أَخِيهَا أَوْ ابْنِ أَخِيهَا وَإِنْ سَفَلَ.

(١) رواه [أحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجه والحاكم، من حديث عبد الله بن محمد بن عقيل عن جابر، ووقع في رواية لأبي داود: هاتان بنتا ثابت بن قيس، قال أبو داود: وهو خطأ].



قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا اجْتَمَعَ أَوْلَادُ الصُّلْبِ وَأَوْلَادُ الْإِبْنِ، إِمَّا مِنْ ابْنٍ وَاحِدٍ، أَوْ مِنْ ابْنَيْنِ فَصَاعِدًا، فِيمَا أَنْ يَكُونَ فِي أَوْلَادِ الصُّلْبِ ذَكَرٌ، فَلَا شَيْءَ لِأَوْلَادِ الْإِبْنِ، بَلْ يَخْجُبُهُمْ لِقُرْبِهِ، أَوْ لَا يَكُونَ، فَوَلَدُ الصُّلْبِ، إِمَّا بِنْتُ وَاحِدَةٍ أَوْ أَكْثَرُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ إِلَّا بِنْتُ وَاحِدَةٍ، فَلَهَا النُّصْفُ، ثُمَّ يَنْظَرُ: فَإِنْ كَانَ وَلَدُ الْإِبْنِ ذَكَرًا، فَالْبَاقِي لَهُ، وَكَذَا لَوْ وُجِدَ ذَكَرَانِ أَوْ ذُكُورٌ، وَإِنْ اجْتَمَعَ ذُكُورٌ، وَإِنَاثٌ، فَالْبَاقِي بَيْنَهُمْ «لِلذَكَرِ مِثْلُ حِظِّ الْأُنثِيِّينَ»، وَإِنْ كَانَ وَلَدُ الْإِبْنِ أَنْثَى وَاحِدَةً، فَلَهَا السُّدُسُ تَكْمِلَةَ الثَّلَاثِينَ؛ لِمَا رُوِيَ عَنِ هَزِيلِ بْنِ شَرْحِبِيلٍ - بِالزَّي - أَنَّهُ قَالَ: سُئِلَ أَبُو مُوسَى عَنْ بِنْتِ وَبِنْتِ ابْنٍ وَأَخْتِ، فَقَالَ: لِلْبِنْتِ النُّصْفُ، وَلِلْأَخْتِ النُّصْفُ، وَأَثْتُ ابْنِ مَسْعُودٍ فَسَيَتَابِعُنِي فَسُئِلَ ابْنُ مَسْعُودٍ، وَأَخْبَرَ بِقَوْلِ أَبِي مُوسَى، فَقَالَ: لَقَدْ ضَلَلْتُ إِذْنًا وَمَا أَنَا مِنَ الْمُهْتَدِينَ، لِأَقْضِيَنَّ فِيهَا بِمَا قَضَى النَّبِيُّ ﷺ: لِلْبِنْتِ النُّصْفُ، وَلِلْبِنْتِ الْإِبْنِ السُّدُسُ [تَكْمِلَةَ الثَّلَاثِينَ] وَمَا بَقِيَ فَلِلْأَخْتِ، فَأَتَيْنَا أَبَا مُوسَى، فَأَخْبَرَنَا بِقَوْلِ ابْنِ مَسْعُودٍ، فَقَالَ: لَا تَسْأَلُونِي مَا دَامَ هَذَا الْجَبْرُ فِيكُمْ وَبَيْنَكُمْ<sup>(١)</sup>.

وَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَصَاعِدًا، فَالسُّدُسُ لَهُنَّ؛ لِأَنَّ الْبَنَاتِ لَا يَسْتَحَقِقْنَ أَكْثَرَ مِنَ الثَّلَاثِينَ، فَالْبِنْتُ وَبِنْتُ الْإِبْنِ أَوْلَى بِذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْبَنَاتِ يُسَوَّى بَيْنَهُنَّ، وَتُرْجَحُ الْبِنْتُ عَلَى بَنَاتِ الْإِبْنِ لِقُرْبَاهَا، وَإِنْ كَانَ مِنْ أَوْلَادِ الصُّلْبِ بَنَاتَانِ فَصَاعِدًا، فَلَهُنَّ الثَّلَاثَانِ، وَلَا يُفْرَضُ لِبَنَاتِ الْإِبْنِ شَيْءٌ، لِأَنَّهُنَّ إِنَّمَا يَأْخُذْنَ الثَّلَاثِينَ عِنْدَ عَدَمِ الْبَنَاتِ أَوْ مَا بَقِيَ مِنَ الثَّلَاثِينَ؛ وَلِذَلِكَ سُمِّيَ هَذَا السُّدُسُ تَكْمِلَةَ الثَّلَاثِينَ، لِكِنْ لَوْ كَانَ مَعَهُنَّ أَوْ أَسْفَلَ مِنْهُنَّ ذَكَرٌ عَصَبَهُنَّ وَكَانَ الْبَاقِي بَيْنَهُمْ لِلذَكَرِ مِثْلُ حِظِّ الْأُنثِيِّينَ، وَأَمَّا تَعْصِيبُ مَنْ فِي دَرَجَتِهِنَّ إِيَّاهُنَّ، فَكَمَا يُعْصَبُ الْإِبْنُ الْبَنَاتِ، وَالْأَخُ الْأَخَوَاتِ، وَالَّذِي فِي دَرَجَتِهِنَّ قَدْ يَكُونُ أَخَاهُنَّ، وَقَدْ يَكُونُ أَخَا بَعْضِهِنَّ، وَيُسَمَّى [الْأَخُ] الْمُبَارَكُ، وَقَدْ يَكُونُ ابْنُ عَمِّهِنَّ، وَأَمَّا تَعْصِيبُ مَنْ هُوَ أَسْفَلَ مِنْهُنَّ؛ فَلأنَّهُ لَا يُمَكِّنُ إِسْقَاطَهُ؛ لِأنَّهُ عَصَبَةٌ ذَكَرٌ، [وَأَمَّا إِذَا] لَمْ يَنْسَقِطْ، فَكَيْفَ يَجُوزُ حَزْمَانُ مَنْ فَوْقَهُ؟ وَكَيْفَ يُفْرَدُ بِالْمِيرَاثِ مَعَ بَعْدِهِ، وَلَوْ كَانَ فِي دَرَجَتِهِنَّ، لَمْ يُفْرَدَ مَعَ قُرْبَاهُ، وَلِهَذَا لَا يُعْصَبُ مَنْ هِيَ أَسْفَلَ مِنْهُ، وَلَا يُعْصَبُ الَّتِي فَوْقَهُ، إِذَا أَخَذَتْ شَيْئًا، وَذَلِكَ فِيمَا إِذَا خَلَفَتْ بِنْتُ صُلْبٍ وَاحِدَةٍ، وَبِنْتُ ابْنِ، وَابْنُ ابْنِ ابْنِ، وَبِنْتُ ابْنِ ابْنِ، فَلِلْبِنْتِ النُّصْفُ، وَلِلْبِنْتِ الْإِبْنِ السُّدُسُ، وَالْبَاقِي بَيْنَ الْأَسْفَلِينَ أَثْلَاثًا [لأنَّ الَّتِي فَوْقَهُ غَيْرُ مَحْرُومَةٍ، فَجَرَيْنَا عَلَى الْقِيَاسِ، وَأَوْلَادُ ابْنِ الْإِبْنِ مَعَ أَوْلَادِ الْإِبْنِ، كَأَوْلَادِ الْإِبْنِ مَعَ أَوْلَادِ

(١) رواه [أحمد والبخاري وأبو داود، والترمذي وابن ماجه والحاكم، من هذا الوجه، زاد من عدا البخاري: جاء رجل إلى أبي موسى، وسلمان بن ربيعة، والباقي نحوه (تنبيه) هزيل قيده الرافي في الأصل بالزاي وإنما صنع ذلك مع وضوحه: لأنه وقع في كلام كثير من الفقهاء هذيل بالذال، وهو تحريف.

الصلب، في كل تفصيل، وكذا في كل درجة نازلة مع درجة عالية<sup>(١)</sup> حتى؛ إذا خلف بنت ابن وبنت ابن ابن، فلعلها النصف، وللسفلى السدس، ولو خلف بنتي ابن وبنت ابن ابن، فلبنتي الابن الثلثان، وليس للسفلى شيء، إلا أن يكون في درجتها أو أسفل منها من يعصبها.

وقوله في الكتاب: «وتعصب الأثني بأخيها، وكذا بذكر هو أسفل منها كابن أخيها أو ابن ابن أخيها، وإن سفل هذا بغض صور [التعصيب، وليس يشترط أن يكون المعصب أبا أو ابن أخ، بل قد يكون ابن عمها أو ابن ابن عمها، كما سبق.

قال الفرضيون: وليس في الفرائض من يعصب أخته<sup>(٢)</sup> وعمته وعمه أبيه وجده وبنات أعمامه، وبنات أعمام أبيه، وجده إلا المستغل<sup>(٣)</sup> من أولاد الابن، والله أعلم.

قال الغزالي: (وأما الإخوة والأخوات) إن كانوا لأب وأم فحكمهم عند الانفراد حكم أولاد الصلب، وكذا الإخوة والأخوات من الأب إذا انفردوا فهم كإخوة الأب والأم، إلا في المسألة المشتركة، وهي زوج وأم وأخوان لأم وأخ لأب وأم، فللزوج النصف وللأم السدس وإخوة الأم الثلث، ولا يبقى للأخ من الأب والأم شيء فيشارك أولاد الأم بقرابة الأمومة ويسقط إخوة الأب، ولو كان بدل أم لأب سقط ولا يشاركهم إذ لا يساويهم في قرابة الأم.

### فصل في الإخوة والأخوات

قال الرافعي: الإخوة والأخوات: إما أن يكونوا من الأبوين أو من الأب أو من الأم، فهم ثلاثة أصناف، والصنفان الأولان: إما أن ينفرد أحدهما أو يجتمعا، فأما عند انفرادهم، فالإخوة والأخوات من الأبوين كأولاد الصلب، فللذكر الواحد جميع المال، وكذا الاثنان فصاعداً، وإن مات وله أخت، فلها نصف ما ترك، وإن كانتا اثنتين، فلهما الثلثان، وإن كانوا إخوة رجالاً ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين بنص القرآن.

والإخوة والأخوات للأب عند الانفرد كالإخوة والأخوات من الأبوين إلا في المشتركة<sup>(٤)</sup>، وهي: زوج وأم وأخوان [لأم، وأخوان] لأب وأم، فللزوج النصف،

(١) سقط في د، ب. (٢) سقط في د، ب.

(٣) أي فإن الأشقاء يشاركون أولاد الأم في ثلثهم ولو كان بدلها أخوان من أب سقطا ويضاف لما ذكره الرافعي في مسألة أخرى وهي الأخ الشقيق يحجب الأخت من الأب والأخ من الأب لا يحجبها بل يكون بينهما «للذكر مثل حظ الأنثيين» وقد ذكرهما الروائي في الحلية.

(٤) سقط في ب.

وللأم السُدُسُ، وللأخوين لأم الثلث، والأخوان للأب والأم يُشَارِكَانِيهَا فِي الثَّلْثِ، وَلَا يَسْقِطَانِ، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ، وَقَالَ أَحْمَدُ [وَأَبُو حَنِيفَةَ<sup>(١)</sup>]: يَسْقِطَانِ، وَحَكَى أَبُو بَكْرٍ بْنُ لَالٍ قَوْلًا لِلشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَقَالَ: لَهُ فِي الْمَسْأَلَةِ قَوْلَانِ، بِحَسَبِ اخْتِلَافِ الرَّوَايَةِ عَنْ زَيْدٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَالرَّوَايَةُ عَنْ زَيْدٍ مُخْتَلِفَةٌ، كَمَا ذَكَرَ، لَكِنْ لَمْ أَجِدْ لغيره نقل قول للشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فِي الْمَسْأَلَةِ، نَعَمْ ذَهَبَ ابْنُ اللَّبَّانِ إِلَى الْإِسْقَاطِ.

وَقَالَ أَبُو خَلْفٍ، الطَّبْرِيُّ وَهُوَ اخْتِيَارُ أَسْتَاذِي أَبِي مَنْصُورِ الْبَغْدَادِيِّ وَوَجْهُهُ: أَنَّ الْإِخْوَةَ مِنَ الْأَبْوَيْنِ عَصَبَةٌ، فَإِذَا اسْتَعْرَقَتِ الْفُرُوضُ الْمَالَ، سَقَطُوا.

وَوَجْهُ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ: أَنَّهَا فَرِيضَةٌ، جَمَعَتِ الْإِخْوَةَ مِنَ الْأَبْوَيْنِ، وَالْإِخْوَةَ مِنَ الْأُمِّ فَوَرِثَ الصَّنْفَانِ مَعًا، كَمَا لَوْ أَنْفَرَدَا، وَبِأَنَّ أَوْلَادَ الْأُمِّ، لَوْ كَانَ بَعْضُهُمْ ابْنِ عَمٍّ، شَارَكَ الْآخَرِينَ بِقَرَابَةِ الْأُمِّ، وَإِنْ سَقَطَتْ عُضُوبَتُهُ، فَالْأَخُ مِنَ الْأَبِ وَالْأُمُّ أَوْلَى لِأَنَّ يَكُونُ كَذَلِكَ، وَلَكِنْ أَنْ تُعْلِمَ؛ لَمَّا نَقَلْنَا قَوْلَهُ فِي الْكِتَابِ: «فَيُشَارِكُ أَوْلَادَ الْأُمِّ» مَعَ الْحَاءِ وَالْأَلِفِ بِالْوَاوِ.

قَالَ الْفَرَضِيُّونَ: وَالصُّورِ<sup>(٢)</sup> الْمَشْتَرِكَةِ<sup>(٣)</sup> أَرْبَعَةٌ أَرْكَانٍ: أَنْ يَكُونَ فِيهَا: زَوْجٌ.

وَأَنْ يَكُونَ فِيهَا مَنْ يَأْخُذُ السُّدُسَ مِنْ أُمٍّ أَوْ جَدَّةٍ<sup>(٤)</sup>، وَأَنْ يَكُونَ فِيهَا اثْنَانِ فَصَاعِدًا مِنْ أَوْلَادِ الْأُمِّ، وَأَنْ يَكُونَ مِنْ أَوْلَادِ الْأَبِ وَالْأُمِّ ذَكَرًا، إِمَّا وَحْدَهُ أَوْ مَعَ ذُكُورٍ أَوْ إِنَاثٍ، وَإِنْ شِئْتَ، قُلْتَ: أَنْ يَكُونَ مِنْ أَوْلَادِ الْأَبِ وَالْأُمِّ عَصَبَةٌ، فَإِذَا اجْتَمَعَتْ هَذِهِ الْأَرْكَانُ، فَهُوَ مَوْضِعُ الْخِلَافِ الْمَذْكُورِ.

أَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ عَصَبَةٌ بَلْ كَانَ فِي الْمَسْأَلَةِ زَوْجٌ وَأُمٌّ وَاثْنَانِ مِنَ الْأَوْلَادِ لِلْأُمِّ، وَأَخْتٌ مِنَ الْأَبْوَيْنِ أَوْ مِنَ الْأَبِ فَيَفْرَضُ لَهَا النُّصْفُ وَلَوْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ، فَيَفْرَضُ لَهُمَا الثُّلُثَانِ وَيُقَالُ الْمَسْأَلَةُ، وَلَوْ كَانَ وَلَدُ الْأُمِّ وَاحِدًا، أَخَذَ السُّدُسَ، وَالْبَاقِي لِلْعَصَبَةِ مِنْ أَوْلَادِ الْأَبِ وَالْأُمِّ أَوْ الْأَبِ<sup>(٥)</sup>، وَلَا بُدَّ مِمَّنْ تَأْخُذُ النُّصْفَ وَالسُّدُسَ؛ لِيَخْضَلَ الْاسْتِعْرَاقُ، وَتُسَمَّى هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ الْمَشْتَرَكَةَ، لِأَنَّ فِيهَا مِنَ التَّشْرِيكِ بَيْنَ أَوْلَادِ الْأُمِّ، وَأَوْلَادِ الْأَبِ وَالْأُمِّ، وَالْحِمَارِيَّةِ، لِأَنَّ عَمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - كَانَ لَا يُوَرِّثُ أَوْلَادَ الْأَبِ وَالْأُمِّ، فَقَالُوا: هَبْ

(١) في ز: ذكره.

(٢) في د: والصورة.

(٣) في ب: والتركة.

(٤) في ز: وأخوة.

(٥) في ز: والأب.

أَنْ أَبَانَا كَانَ حِمَارًا، أَلَسْنَا مِنْ أُمِّ وَاحِدَةٍ؟ فَشَرَكَهُمْ<sup>(١)</sup>.

ولو كَانَ بَدَلَ الإِخْوَةِ مِنَ الأبِّ وَالْأُمِّ إِخْوَةٌ مِنَ الأبِّ، سَقَطُوا بِالِاتِّفَاقِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُمْ قَرَابَةٌ الْأُمُومَةِ، حَتَّى يُشَارِكُوا أَوْلَادَ الْأُمِّ فَافْتَرَقَ الصَّنْفَانِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ.

وَإِذَا شَرَكْنَا فِي الثُّلُثِ بَيْنَ أَوْلَادِ الْأُمِّ وَأَوْلَادِ الأبِّ وَالْأُمِّ، فَيَتَقَاسَمُونَهُ بِالسُّوِيَّةِ؛ لِأَنَّهُمْ يَأْخُذُونَ بِقَرَابَةِ الْأُمِّ فَيَسْتَوِي ذِكْرُهُمْ وَأُنثَاهُمْ، وَكَأَنَّ يَجُوزُ أَنْ يُقَالَ: إِذَا تَقَاسَمُوا فِي الثُّلُثِ بِالسُّوِيَّةِ، أَخَذَ مَا يَخْصُ أَوْلَادَ الأبِّ، وَالْأُمِّ، فَيُجْعَلُ بَيْنَهُمْ ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾، كَمَا أَنَّ فِي الْمَعَادَةِ<sup>(٢)</sup>، إِذَا أُخْرِجَ نَصِيبُ الْجَدِّ، افْتَسَمُوا الْبَاقِي بَيْنَهُمْ، كَمَا يَفْتَسِمُونَهُ إِذَا انْفَرَدُوا.

وَإِذَا قُلْنَا بِالْمَذْهَبِ، فَالَّذِي يَأْخُذُونَهُ بِالْفَرَضِ، فَإِنَّ الإِخْوَةَ مِنَ الْأَبَوَيْنِ يَرثُونَ بِالتَّعْصِيبِ تَارَةً، وَبِالْفَرَضِ تَارَةً أُخْرَى كَالْأَخَوَاتِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَمَهْمَا اجْتَمَعُوا فَحُكْمُهُمْ حُكْمُ أَوْلَادِ الصُّلْبِ مَعَ أَوْلَادِ الْأَبْنِ إِذَا اجْتَمَعُوا، وَيَنْزِلُ أَوْلَادُ الأبِّ وَالْأُمِّ مَنْزِلَةَ أَوْلَادِ الصُّلْبِ، وَالْأَوْلَادُ مِنَ الأبِّ مَنْزِلَةَ أَوْلَادِ الْأَبْنِ مِنْ غَيْرِ قَرَبٍ، إِلَّا فِي شَيْءٍ وَهُوَ أَنَّ بِنْتَ الْأَبْنِ يَعْصِبُهَا مَنْ هُوَ أَسْفَلُ مِنْهَا، وَالْأَخْتُ لِلأَبِّ لَا يَعْصِبُهَا إِلَّا مَنْ هُوَ فِي دَرَجَتِهَا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: عَرَفْتَ حُكْمَ الصَّنْفَيْنِ عِنْدَ الْانْفِرَادِ.

أَمَّا إِذَا اجْتَمَعَا، فَهُوَ كَمَا لَوْ اجْتَمَعَ أَوْلَادُ الصُّلْبِ مَعَ أَوْلَادِ الْأَبْنِ، فَأَوْلَادُ الْأَبَوَيْنِ كَأَوْلَادِ الصُّلْبِ، وَأَوْلَادُ الأبِّ كَأَوْلَادِ الْأَبْنِ، فَلَوْ كَانَ مِنْ أَوْلَادِ الْأَبَوَيْنِ ذَكَرٌ، فَأَوْلَادُ الْأَبَوَيْنِ مَحْجُوبُونَ وَإِلَّا فَإِنَّ كَانَتْ أَنْثَى وَاحِدَةً، فَلَهَا النُّصْفُ، وَالْبَاقِي لِأَوْلَادِ الأبِّ، إِنْ تَمَحَّضُوا ذُكُورًا أَوْ كَانُوا ذُكُورًا وَإِنَانًا.

(١) رواه الحاكم في المستدرک. والبيهقي في السنن من حديث زيد بن ثابت وصححه الحاكم، وفيه أبو أمية بن يعلى الثقفي وهو ضعيف، ورواه من حديث الشعبي عن عمر وعلي وزيد لم يزداهم الأب إلا قرأ، وذكر الطحاوي: أن عمر كان لا يشرك حتى ابتلى بمسألة فقال له الأخ والأخت من الأب والأم: يا أمير المؤمنين هب أن أبانا كان حماراً ألسنا من أم واحدة، أصل التشريك أخرجه الدارقطني من طريق وهب بن منبه عن مسعود بن الحكم الثقفي قال: أتى عمر في امرأة تركت زوجها وأمها وإخواتها وأمها وإخوتها لأبيها وأمها، فشارك بين الإخوة للام وبين الإخوة للأب والأم، فقال له رجل: إنك لم تشرك بينهما عام كذا. فقال: تلك على ما فطينا، وهذه على ما فطينا، وأخرجه عبد الرزاق، وأخرجه البيهقي من طريق ابن المبارك عن معمر، لكن قال عن الحكم بن مسعود، وصوبه النسائي، وأخرج البيهقي أيضاً أن عثمان شارك بين الإخوة، وأن علياً لم يشرك. قال الحافظ.

(٢) في ز: العادة.

وإن تَمَحَّضُوا إِنَانًا أَوْ كَانَتْ أُنْتَى وَاحِدَةً، فَلَهُنَّ أَوْلَاهَا السُّدُسُ تَكْمِلَةَ الثَّلَاثَيْنِ، وَإِنْ كَانُوا مِنْ أَوْلَادِ الْأَبَوَيْنِ اثْنَتَانِ فَصَاعِدًا، فَلَهُمَا الثَّلَاثَانِ، وَلَا شَيْءَ لِأَوْلَادِ الْأَبِ، إِلَّا أَنْ يَكُونُوا ذُكُورًا، أَوْ يَكُونَ فِيهِمْ ذَكَرٌ يُعَصَّبُ الْإِنَاثَ، وَهَذَا كُلُّهُ كَمَا سَبَقَ فِي أَوْلَادِ الْإِبْنِ وَالْأَوْلَادِ الصَّلْبِ، إِلَّا أَنْ بَنَاتِ الْأَبْنِ يُعَصَّبُهُنَّ مَنْ فِي دَرَجَتَيْهِنَّ، وَمَنْ هُوَ أَسْفَلَ مِنْهُنَّ، وَالْأُخْتُ لِلْأَبِ لَا يُعَصَّبُهَا إِلَّا مَنْ هُوَ فِي دَرَجَتَيْهَا، فَلَوْ خَلَفَ أُخْتَيْنِ لِأَبٍ وَأُمٍّ، وَاخْتَأَ وَأَخًا لِأَبٍ [وَابْنٌ أَخٌ لِأَبٍ]؛ فَلِلْأُخْتَيْنِ الثَّلَاثَانِ، وَالبَاقِي لِأَبْنِ الْأَخِّ، وَلَا يُعَصَّبُ عَمَّتَهُ، إِلَّا أَنْ ابْنَ الْأَخِّ لَا يُعَصَّبُ مَنْ فِي دَرَجَتَيْهِ، فَلَا يُعَصَّبُ مَنْ فَوْقَهُ، وَابْنُ الْإِبْنِ، وَإِنْ سَقَلَ، يُعَصَّبُ مَنْ فِي دَرَجَتَيْهِ، فَجَازَ أَنْ يُعَصَّبَ مَنْ فَوْقَهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قال العزالي: (وَأَمَّا الْإِخْوَةُ وَالْأَخَوَاتُ مِنْ جِهَةِ الْأُمِّ) فَلِلْوَاحِدِ مِنْهُمُ السُّدُسُ، وَلِلثَلَاثِينَ فَصَاعِدًا الثَّلَاثُ، وَلَا يَزِيدُ حَقُّهُمْ بِزِيَادَتِهِمْ يَسْتَوِي ذَكَرُهُمْ وَأُنْثَاهُمْ فِي الْأَسْتِحْقَاقِ.

قال الرافعي: الصَّنْفُ الثَّلَاثُ: الْإِخْوَةُ وَالْأَخَوَاتُ مِنَ الْأُمِّ، وَلِلْوَاحِدِ مِنْهُمُ السُّدُسُ، ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْتَى، وَلِلثَلَاثِينَ فَصَاعِدًا الثَّلَاثُ يُقَسَّمُ بَيْنَ ذُكُورِهِمْ وَإِنَاثِهِمْ بِالسُّوِيَّةِ<sup>(١)</sup>، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةً وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتُ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثَّلَاثِ﴾ [النساء: ١٢].

والمراذ أخْتٌ أَوْ أُخٌّ مِنَ الْأُمِّ، وَكَذَلِكَ هُوَ فِي قِرَاءَةِ ابْنِ مَسْعُودٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - .

(١) قال النووي: أولاد الأم يخالفون غيرهم في خمسة أشياء، فيرثون مع من يدلون به، ويرث ذكرهم المنفرد كائنا هم المنفردة، ويتقاسمون بالسوية. والرابع: أن ذكرهم يدلي بأنثى، ويرث. والخامس: يحجبون من يدلون به، وليس لهم نظير<sup>(١)</sup>. والله أعلم. قلت فيه أمران:

أحدهما: قد تنازع فيما ذكره. أما الأولى فالجدة قد ترث مع ابنتها كما إذا كانت جدة قريبة من قبل الأب وابنتها جدة تساويها من قبل الأم، وصورة ذلك أن يكون لامرأة ابن بنت وبنات بنت بنت فيتزوج هذا الابن هذه البنت وهي بنت بنت خالته وأولدها ولدًا فالجدة قريبة من قبل أبيه ومن قبل أمه لكنها من قبل الأب أقرب لأنها أم أم ابنة وابنتها أم أم أمه فهي مساوية لها، فإذا مات هذا الولد وليست له أم قريبة كان السدس الذي تستحقه الجدة بين هذه العليا وابنتها لتساويهما في الجدة فهي لا نظير لها. (قاله القاضي أبو الطيب في تعليقه والروائي في الحلية). وأما الثالثة وهي المتساوي القسمة فينتقض بالأب والأم مع الولد.

وأما الخامس: فكونهم يحجبون من يدلون به شامل لما إذا ورثوا أو حجبا بالجد مثلاً وينبغي أن يكون مراده حجب النقصان بالأم. وإن كان في الورثة ابنان منهم حجباها من الثلث إلى السدس. الأمر الثاني: يضاف إليه سادس وهو أنهم يشاركون في فرضهم في المشتركة ولا نعلم أحداً يشارك في فرضه غيرهم.

قال الغزالي: (وأما بنات الإخوة) فلا ميراث (ح و) لهن، وبنو الإخوة للأم أيضاً لا ميراث لهم (ح و)، وبنو الإخوة للأب والأم، وبنو الإخوة للأب فينزلون منزلتهم عند عدمهم إلا في حجب الأم من الثلث إلى السدس، وفي مقاسمة الجد، وفي مسألة المشتركة، وفي تعصيب الأخت فإنهم لا يزدون الأم إلى السدس، ويسقطون بالجد، ويسقطون في مسألة المشتركة لو كانوا بدل أبيهم، ولا يعصبون أخواتهم إذ لا ميراث لأخواتهم أصلاً.

قال الزايعي: قوله: (أما بنات الإخوة، فلا ميراث لهن) وكذا (بنو الإخوة من الأم) لا حاجة إليه في هذا الموضع؛ لأنه قد ذكره مرة في ذوي الأرحام، [وأيضاً، فإن الكلام ها هنا فيما يأخذه كل واحد من الورثة، وهؤلاء ليسوا من الورثة.

وأما بنو الإخوة من الأبوين أو من الأب<sup>(١)</sup>.

فينزل كل واحد من الصنفين منزلة أبيه في حالتي الأفراد والاجتماع، حتى يستغرق الواحد والجماعة منهم المال عند الأفراد، ويأخذ ما فصل عن أصحاب الفرائض، وعند الاجتماع، يسقط ابن الأخ من الأب كما يسقط الأخ من الأب مع الأخ من الأبوين إلا أنهم يفارقون الإخوة في أمور:

أحدها: أن الإخوة يزدون الأم من الثلث إلى السدس، وبنوهم لا يزدون؛ لأن الله أعطاهما الثلث إذا لم يكن ولد، ثم قال: ﴿فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ﴾ [النساء: ١١]، وبنو الإخوة ليسوا بإخوة، وفرقوا بين ما نحن فيه وبين الولد وولد الولد<sup>(٢)</sup>؛ حيث زدوا كل واحد منهما إلى السدس بأن اسم الولد يقع على ولد الولد بالحقيقة أو المجاز، واسم الأخ لا يقع على ولده بحال، ولأن قوة الابن في الحجب أشد؛ ألا ترى أن الواحد من الأولاد يحجب، والواحد من الإخوة لا يحجب، وإذا كانت قوته أشد جاز أن يتعدى الحجب منه إلى ولده، ولهذا يحجب ابن الابن الإخوة والأعمام والزوج أو الزوجة، كما يحجبهم الابن، والأخ من الأبوين قد يحجب من لا يحجبه ابنه، وهو الأخ من الأب.

والثاني: أن الإخوة من الأبوين ومن الأب يقاسمون الجد، وبنوهم لا يقاسمون، بل يسقطون به تبعدهم، وأيضاً، فإن الجد في درجة الأخ، وبنو الأخ يسقطون بالأخ، فكذلك بالجد.

(٢) في د: الأب.

(١) سقط في: ب.

والثالث: أن بني الإخوة من الأبوين، لو كانوا بدل آبائهم في المُشترَكَة، سقطوا؛ لبغديهم.

والرابع: أن الإخوة من الأبوين أو من الأب يعصبون أخواتهم، ويئوهم لا يعصبون أخواتهم<sup>(١)</sup>؛ فإنهن غير وارثات، وأعرف بعد هذا شيئين:

أحدهما: أن مفارقة بني الإخوة لأبائهم في الأمر الأول غير مخصوص بالإخوة من الأبوين، وبالإخوة من الأب، بل الحكم في الإخوة من الأم وأولادهم كذلك.

والثاني: أن لفظ الكتاب يقتضي مفارقة كل واحد من الصنفين بني الإخوة من الأبوين، وبني الإخوة من الأب لأبائهم في جميع الأمور الأربعة، لكن المفارقة في الأمر الثالث يختص ببني الأخوة من الأبوين وأبائهم، فأما الإخوة من الأب ويئوهم، فيسقطون جميعاً بلا فرق.

قال الغزالي: وأما أخ الأب وهو العم فهو عصبه، وكذا ابنته، وكذا عم الأب وعم الجد ويئوهم.

قال الرافعي: العم من الأبوين والعم من الأب كالأخ من الجهتين في أن من انفرد منهما يأخذ جميع المال، أو ما بقي من أصحاب الفرائض، وإذا اجتمعوا، أسقط العم من الأبوين، العم من الأب، كما يسقط الأخ من الأبوين من الأب، ولا يخفى أن المراد من قوله: (أما أخ الأب وهو العم) ما إذا كان من الأبوين أو من الأب.

وقوله: (فهو عصبه) ليس على معنى: أن المذكورين قبله أصحاب فروض، بل البنون ويئوهم ويئو الأخ كلهم عصباء، ولكن أشار بأنه عصبه إلى أنه يأخذ جميع المال، أو ما بقي من أصحاب الفروض.

قال الغزالي: ومن حكم الأخوات أنهم مع البنات عصباء، فإذا كان للاميت بنت وثلاث أخوات متفرقات فليلبنت النصف والباقي للأخت من قبل الأب والأم بالمصوبة وسقطت الأخت للأب لمصوبة الأخت للأب والأم، وتسقط الأخت للأم بالبيت.

قال الرافعي: الأخوات من الأبوين، ومن الأب مع البنات وبنات الابن عصباء، لما مر من حديث هزبل عن ابن مسعود - رضي الله عنه - .

قال الإمام: والسبب فيه أنه إذا كان في المسألة بنتان فصاعداً، أو بنتا ابن وأخوات، وأخذت البنات الثلثين، فلو فرضنا للأخوات، وأعلنا المسألة، نقص نصيب

(١) في ز: أخواتهن.

البنات، فاستبعدوا أن يزحم أولاد الأب الأولاد، ولم يُمكن إسقاطهنَّ فيجعلوهن عصابات، ليدخل النقص عليهن خاصة.

إذا تقرّر ذلك، فالأخت من الأبوين أو من الأب مُنزلةً مع البنات منزلة الأخ، حتى لو خلف بنتاً وأختاً، فللبنت النصف، والباقي للأخت، ولو خلف بنتين أو أختاً أو أخوات، فلهن الثلثان، والباقي للأخت أو للأخوات بالسوية، ولو كان معهن زوج، فللبنتين الثلثان، وللزوج الربع، والباقي للأخت أو للأخوات، ولو كان معهن أمٌ عالت المسألة، وسقطت الأخت، كما لو كان معهن أخ، ولو خلف بنتاً وبنت ابن وأختاً، فالنصف والسدس والباقي.

وإذا اجتمعت الأخت من الأبوين، والأخت من الأب مع البنت أو بنت الابن، فالباقي للأخت من الأبوين، وسقطت الأخرى.

وكذا، لو خلف بنتاً وأختاً من الأبوين وأخاً من الأب، كان الباقي للأخت، وسقط الأخ بها سُقوطه بالأخ من الأبوين، لكن لو خلف بنتاً وأخاً وأختاً من الأبوين، كان الباقي بينهما ﴿للدكر مثل حظ الأنثيين﴾، ولم نجعل معه كالأخ لأن تعصيبها، والحالة هذه، بالأخ دون البنت، لأن التعصيب بالبنت إنما يصار إليه عند الضرورة، وإذا تعصبت به، لزم تفضيلها عليها على ما هو المعهود في تعصيب الإناث بالذكر.

وإذا خلف الميت بنتاً وثلاث أخوات متفرقات، فللبنت النصف، والباقي للأخت من الأبوين بالعضوية، وسقطت الأخت من الأب، والأخت من الأم بالبنت، وكذا الحكم في بنت وثلاثة إخوة متفرقين.

قال الغزالي: الفصل الثاني في التقديم والحجب فإن لم يكن للميت إلا عصابات فترتيبهم أن أولى العصابات البنون، ثم بنوهم وإن سفلوا، ثم الأب، ثم الجد والإخوة فإنهم يتقاسمون (ح ز و)، ثم إخوة الأب والأم يتقدمون على إخوة الأب ثم بنو إخوة الأب والأم، ثم بنو إخوة الأب، ثم العم للأب والأم، ثم العم للأب ثم بنوهم على ترتيبهم ثم أعمام الأب، ثم أعمام الجد وبنوهم على ترتيبهم، فإن لم يكن واحد منهم فالعضوية لمعتق الميت، فإن لم يكن حياً فلعصبات المعتق، فإن لم يكن فلمعتق المعتق، فإن لم يكن فلعصبات معتق المعتق إلى حيث ينتهي، فإن لم يكن واحد منهم فالمال ليبت المال، وهو أيضاً (ح) عضوية (و) لأنه يستغرق إذا لم يكن وارث، ويأخذ ما بقي من أصحاب الفرائض إذا كان للميت ذو فرض.



## فصل في بيان العصبات وترتيبهم

قَالَ الرَّافِعِيُّ: أَكْثَرُ مَا يُسْتَعْمَلُ لَفْظُ التَّقَدُّمِ فِي الْعَصَبَاتِ وَتَرْتِيبِهِمْ، وَلَفْظُ الْحَجَبِ فِي ذَوِي الْفُرُوضِ، وَكَأَنَّهُ لِدَلَالَةِ جَمْعِ بَيْنِ اللَّفْظَيْنِ فِي تَرْجُمَةِ الْفَضْلِ.

أَمَّا الْعَصَبَاتُ، فَالْأَقْرَبُ مِنْهُمْ يُسْقَطُ الْأَبْعَدُ، وَقَدْ اشْتَهَرَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «الْحَقُّوا الْفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا، فَمَا أَبْقَتِ الْفَرَائِضُ، فَلَأَوْلَى عَصَبَةٍ ذَكَرَ»<sup>(١)</sup> وَقَدْ فَسَّرَ «الْأَوْلَى» بِالْأَقْرَبِ وَقِيلَ: إِنَّهُ مَأْخُودٌ مِنَ الْوَلِيِّ وَهُوَ الْقَرَبُ.

وَجَمَلَةُ عَصَبَاتِ النَّسَبِ: الْإِبْنُ وَالْأَبُ وَمَنْ يُذَلِّي بِهِمَا، وَأَوْلَاهُمْ الْإِبْنُ، وَإِنَّمَا يَقْدَمُ عَلَى الْأَبِ، لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى جَعَلَ لِلْأَبِ مَعَهُ السُّدُسَ، وَأَعْطَاهُ الْبَاقِي، وَأَيْضاً، فَلِإِبْنِ يَعِصِبُ أُخْتَهُ، وَالْأَبُ لَا يَعِصِبُ أُخْتَهُ، فَاحْتِجَّ بِذَلِكَ عَلَى قُوَّةِ عَصَبِيَّتِهِ، ثُمَّ الْأَوْلَى بَعْدَ الْبَنِينَ بَنُوهُمْ، وَإِنْ سَقَلُوا، ثُمَّ الْأَبُ، لِأَنَّ سَائِرَ الْعَصَبَاتِ يُذَلُّونَ بِهِ، وَبَعْدَهُ الْجَدُّ وَالْإِخْوَةُ مِنَ الْأَبَوَيْنِ أَوْ مِنَ الْأَبِ فِي دَرَجَةٍ وَاحِدَةٍ، وَلِذَلِكَ يَتَقَاسَمُونَ عَلَيَّ مَا سَيَأْتِي - إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى - وَأَبُو الْجَدِّ، وَإِنْ عَلَا، مَعَ الْأَخِ كَالْجَدِّ مَعَ الْأَخِ، يَتَقَاسَمُونَ لِقُوَّةِ الْجُدُودَةِ، وَوُقُوعِ الْأَسْمِ عَلَى الْقَرِيبِ وَالْبَعِيدِ، هَذَا مَا نَصَّ عَلَيْهِ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ.

وَقَالَ الْإِمَامُ الَّذِي رَأَيْتُهُ فِي ذَلِكَ [يَعْنِي الْأَصْحَابَ] أَنَّ أَبَا الْجَدِّ لَا يَسْقَطُ بِالْأَخِ، وَلَكِنْ لَا يِقَاسَمُ الْأَخِ، بَلْ لَهُ السُّدُسُ، وَالْبَاقِي لِلْأَخِ، ثُمَّ قَالَ: وَفِي الْقَلْبِ مِنْ هَذَا شَيْءٌ، وَأَبْدَى الْمَذْهَبَ الْمُنْصَوِّصَ عَلَيْهِ<sup>(٢)</sup> كَمَا يُبْدِي الْأَحْتِمَالَاتِ<sup>(٣)</sup>، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ أَخٌ، فَلَأَوْلَى الْجَدُّ ثُمَّ أَبُوهُ، وَإِنْ عَلَا، وَيَسْقَطُ ابْنُ الْأَخِ بِالْجَدِّ الْعَالِي سَقُوطُهُ بِالْجَدِّ الْأَدْنَى،

(١) فِي ز: أَخَوَاتِهِمْ.

(٢) تَقْدِم.

(٣) سَقَطَ مِنْ: د.

(٤) قَالَ فِي الْخَادِمِ: فِيهِ أَمْرَانِ:

أَحَدُهُمَا: مَا حَكَاهُ عَنِ النَّصِّ هُوَ فِي الْمَخْتَصَرِ إِذْ قَالَ: وَكُلُّ جَدٍّ وَإِنْ عَلَا فَكَالْجَدِّ إِذَا لَمْ يَكُنْ جَدُّ دُونَهُ مِنْ كُلِّ جَانِبٍ إِلَّا فِي حَجَبِ أُمَّهَاتِ الْجَدِّ وَإِنْ بَعْدَهُ، فَالْجَدُّ يَحْجِبُ أُمَّهَاتِهِ، وَإِنْ بَعْدَهُ، وَلَا يَحْجِبُ أُمَّهَاتٍ مِنْ هُوَ أَقْرَبُ مِنْهُ اللَّاتِي لَمْ تَلِدْهُ. انْتَهَى.

وَجَرَى عَلَيْهِ الْأَصْحَابُ الْعِرَاقِيُّونَ وَغَيْرُهُمْ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ خِلَافٍ فِيهِ، وَوَجْهَهُ الْمَآوِرِيُّ ثُمَّ قِيلَ: إِنْ جَعَلْتُمُ الْجَدَّ الْأَعْلَى كَالْجَدِّ الْأَدْنَى فِي مِقَاسَةِ الْإِخْوَةِ فَهَلَّا جَعَلْتُمُ بَنِي الْإِخْوَةِ مَعَهُمْ كَالْإِخْوَةِ. قِيلَ: الْمَعْنَى فِي تَوْرِيثِ الْجَدِّ مَا فِيهِ مِنَ التَّعْصِيبِ وَالْوِلَاةِ، وَهَذَا مَوْجُودٌ فِي الْأَبْعَدِ كَوْجُودِهِ فِي الْقَرِيبِ كَمَا أَنَّ مَعْنَى الْإِبْنِ فِي التَّعْصِيبِ وَالْحَجَبِ مَوْجُودٌ فِي ابْنِ الْإِبْنِ، وَإِنْ سَقَلُ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ حَالُ الْإِخْوَةِ، وَبَيْنَهُمْ لِأَنَّ مِقَاسَتَهُمُ الْجَدَّ إِذَا كَانَ بِقُوَّتِهِمْ عَلَى تَعْصِيبِ أَخَوَاتِهِمْ وَحَجَبِ أُمَّهَاتِهِمْ مِنْ الثَّلَاثِ إِلَى السُّدُسِ وَبَنُو الْإِخْوَةِ قَدْ عَدِمُوا هَذَيْنِ الْمَعْنِيَيْنِ فَلَا يَحْجِبُونَ الْأُمَّ وَلَا يَعِصِبُونَ الْأَخَوَاتِ فَلِذَلِكَ قَصَرَ عَنِ الْإِخْوَةِ فِي مِقَاسَةِ الْجَدِّ وَلَمْ يَقْصُرْ أَبُ الْجَدِّ عَنِ مِقَاسَةِ الْإِخْوَةِ كَالْجَدِّ.

الْأَمْرُ الثَّانِي: إِنْ مَا حَكَاهُ عَنِ الْإِمَامِ احْتِمَالاً وَلَمْ يَحْفَظْهُ وَجْهاً قَدْ جُزِمَ بِهِ الْقَاضِي الْحُسَيْنِيُّ فِي

وفي «النهاية» وجهٌ ضعيف: أن [أبا الجَدِّ وابن الأخ يتقاسمان<sup>(١)</sup>] كما يتقاسم الجَدُّ والأخ، والمذهبُ الأوَّل، فإنَّنا إذا قَدَّمنا نوعاً على نوع، لا ينظر إلى القُرْب والبُعد؛ ألا ترى أنَّ ابن الأخ، وإن سفل<sup>(٢)</sup> يقدِّم على العمِّ مع قربه، وإن لم يكن جَدُّ، [فالأخ من الأبوين على الأخ من الأب، ثم الأخ من الأب، وإنما يقدِّم الأخ من الأبوين على الأخ من الأب]<sup>(٣)</sup>، لما رُوِيَ عن عليٍّ - كَرَّمَ اللهُ وجهه - أنَّ النبيَّ ﷺ قال: «أَعْيَانُ بَنِي الْأُمِّ يَتَوَارَثُونَ دُونَ بَنِي الْعَلَاتِ، يَرِثُ الرَّجُلُ أَخَاهُ لِأَبِيهِ وَأُمَّهُ دُونَ أَخِيهِ لِأَبِيهِ»<sup>(٤)</sup>.

والمذكور أخيراً تفسير للمذكور أولاً، فأولاد الأعيانِ الأخوةُ والأخوات من الأبوين، وأولاد العلاتِ الإخوةُ والأخوات من الأب، وأيضاً فالأخ من الأبوين أقربُ لأختصاصِهِ بقرابتين، فكانَ المَالُ مَضْرُوباً إِلَيْهِ؛ لقوله: «فَمَا تَرَكَتِ الْفَرَايِضُ، فَلَأَوْلَى عَصَبَةٍ ذَكَرَ» ثم بعد الإخوة من الجهتين، الأَوْلَى بنو الإخوة من الأبوين، ثم بنو الإخوة من الأب، وكذلك بنوهم، وإن سفلوا، ثم العمُّ من الأبوين، ثم العمُّ من الأب، ثم بنو العمِّ كذلك، ثم عمُّ الأب من الأبوين، ثم عمُّه من الأب، ثم بنوهما كذلك، [ثم عم الجَدِّ من الأبوين، ثم عمُّه من الأب، ثم بنوهما كذلك]<sup>(٥)</sup>، إلى حيث ينتهي، فإن لم يوجَد أحدٌ من عصبات النَّسَبِ، والميِّتِ عتيق، فالعصوبةُ لمعتيقِهِ، فإن لم يكن حياً، فلِعصباتِ الْمُعْتِقِ، فإن لم يوجدوا، فلمعتيقِ المعتيقِ، ثم لعصابتِهِ إلى حيث ينتهون، وإن لم يكن عتيقاً، وأبوه أو جده عتيق، ثبت الولاء عليه لمعتيقِ الجَدِّ أو الأب؛ على ما سيأتي من موضعه - إن شاء الله تعالى - فإن لم يكن منهم أحدٌ، فالْمَالُ لِبَيْتِ الْمَالِ.

وقوله في الكتاب: «فإن لم يكن للميِّتِ إلا عصبات» هذا التقييد غير محتاج إليه، بل مَنْ خَلَفَ [ذوي فروض، فالكلامُ فيمن يستحق الباقي من الفروض، على هذا الترتيب. وقوله: «فإنَّهُمْ يَتَقَاسِمُونَ، قد أُعْلِمَ بعلامات مَنْ يخالِفُ في مقاسمة الجَدِّ والإخوة»]<sup>(٦)</sup>، وسنذكرهم.

وقوله: «عند ذكر بيت المال: وهو أيضاً عصبوبة» يجوز أن يُعْلَمَ بالحاء والألف والواو؛ لِمَا مَرَّ فِي أَوَّلِ الْكِتَابِ.

(١) في ز: لا يتقاسمان.

(٢) سقط من: ب.

(٣) سقط من: ب.

(٤) رواه الترمذي. وابن ماجه والحاكم، من حديث الحارث عن علي، والحاثر فيه ضعف، وقد

قال الترمذي: إنه لا يعرف إلا من حديثه، لكن العمل عليه وكان عالماً بالفرائض، وقد قال

النسائي: لا بأس به.

(٥) سقط من: ب.

(٦) سقط من: ب.

قال العزالي: **ثُمَّ لِيُعْلَمَ أَنَّ ابْنَ الْأَخِ وَإِنْ سَقَلَ مُقَدَّمٌ عَلَى الْعَمِّ الْقَرِيبِ لِاخْتِلَافِ الْجِهَةِ، وَابْنَ الْأَخِ لِلْأَبِ مُقَدَّمٌ عَلَى ابْنِ ابْنِ الْأَخِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ بِسَبَبِ الْقُرْبِ مَعَ أَنَّ جِهَةَ الْإِخْوَةِ فِي حُكْمِ جِنْسٍ وَاحِدٍ، وَلَوْ كَانَ لِلْمَيِّتِ ابْنًا عَمَّ أَحَدَهُمَا أَخٌ لِلْأُمِّ فَلَهُ بِأَخُوَّةِ الْأُمِّ السُّدْسُ وَالْبَاقِي بَيْنَهُمَا بِعُضُوبَةِ بِنْتِ الْعَمِّ عَلَى السَّوَاءِ، وَلَوْ كَانَ لِلْمَيِّتِ بِنْتٌ وَابْنًا عَمَّ أَحَدَهُمَا أَخٌ لِلْأُمِّ، فَلِلْبِنْتِ النُّصْفُ وَيَسْقُطُ إِخْوَةُ الْأُمِّ بِالْبِنْتِ، وَالْبَاقِي بَيْنَهُمَا (و) بِالسُّوَيْتَةِ.**

قال الرافعي: في الفصل مسألتان:

المسألة الأولى: البعيد من الجهة المقدّمة يتقدّم على القريب من الجهة المؤخّرة:

مثاله: ابن الابن، وإن سَقَلَ يُقَدَّم على الأب وابن الأخ، وإن سَقَلَ، يُقَدَّم على العم، وكذا ابن العم السافل يُقَدَّم على عم الأب، وإذا اتَّحدتِ الجهة، فالمُقَدَّم الأقرَّب، فإن استويا في القرب، وأحدهما يُدلي بقراءة الأب والأم، قُدِّم على من يُدلي بقراءة الأب وحده.

مثاله: الأخ من الأبوين يُقَدَّم على الأخ من الأب، والأخ من الأب يُقَدَّم على ابن الأخ من الأبوين وابن الأخ من الأب، وكذلك القول في بني العم وبني عم الأب.

وقوله: «مع أن جهة الأخوة في حكم جنس واحد» ربما أشعر بأن جهته الإذلاء في الأخوة بني الإخوة واحدة، وهي الأخوة، لأنه ذكر عقيب تقديم ابن الأخ من الأب، على ابن ابن الأخ من الأبوين، لكن الأشبه أن بثو الإخوة جهة برأسها وراء الأخوة، فيكون المعنى أن جهة الأخوة في حكم جنس واحد، وكذلك جهة بثوة الإخوة.

المسألة الثانية: إذا اشترك اثنان في جهة عضوية، واختص أحدهما بقراءة أخرى، كابني عم، أحدهما أخ للأم، فينظر: إن أمكن التوريث بالقراءة الأخرى؛ لفقد الحاجب، فالنص أنه يورث بهما، فالأخ للأم يأخذ السدس، والباقي بينهما بالعضوية، ونص فيما إذا مات وخلف ابني عم معتمقه، وأحدهما أخو المعتق لأمه، أن جميع المال للذي هو أخوه لأمه، وللأصحاب فيها طريقتان.

منهم من نقل وخرج، وجعلهما على قولين:

أحدهما: أنه يترجح الأخ للأم، ويأخذ جميع المال في الصورتين، لأنها استويا

في جهة العُصوبة، واختصَّ أحدهما بقرابة الأمِّ، فأشبهها الأخ من الأبوين مع الأخ من الأب أو العم من الأبوين مع العم من الأب.

والثاني: أنه لا يترجَّح، لأنه اختصَّ بجهة تُفرض بها، فلا يسقط من يُشاركه في جهة العُصوبة كإبني عمِّ أحدهما زوج، وعلى هذا؛ ففي النسب له السدس بالفرضية، والباقي بينهما بالعُصوبة، وفي الولاء لا يمكن التوريث بالفرضية، وقد استوتوا في العُصوبة، فيكون المال بينهما بالسوية، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك، وربما خرج من نصِّه في الولاء هاهنا، ولم يعكس.

والطريقة الثانية، وهي الأصحُّ: القطع بالمنصوص في الموضعين<sup>(١)</sup>، والفرق: أن الأخ من الأم يورث في النسب، فأمكن أن يعطى فرضه، ويجعل الباقي بينهما لأستوائيهما في العُصوبة، وفي الولاء لا يرث بالفرضية، فترجح عصبوهُ من يُذلي بقرابة الأمِّ، كما أن الأخ من الأبوين، لما لم يأخذ بقرابة الأمِّ شيئاً ترجَّحت بها عصبوئته حتى يقدم على الأخ للأب، وهذا كله مبني على أن أخ المعتق من الأبوين يقدم على أخيه من أبيه، وفيه خلافٌ مذكور في الفضل الذي يلي هذا الفضل، ويجري الخلاف فيما إذا خلف ابني عمِّ أبيه، وأحدهما أخوه لأمه<sup>(٢)</sup>، ولو خلفت المرأة ابني عمِّ، أحدهما أخ لأم، والثاني زوج، فعلى الصحيح؛ للزوج النصف، وللآخر السدس، والباقي بينهما بالسوية، وإذا رجَّحنا الأخ للأب فالباقي كله له، ولو خلفت ثلاثة أبناء أعمام، أحدهما زوج، والثاني أخ لأم فعلى الصحيح: للزوج النصف وللأخ السدس، والباقي بينهما بالسوية، وإذا رجَّحنا الأخ للأب، فللزوج النصف والباقي له، فهذا إذا أمكن توريث

(١) في ترجيحه المنصوص إشكال إن لم يثبت عن زيد خلاف هذه الرواية وكيف يكون مذهب الشافعي خارجاً عن مذهب زيد، وهذا خلاف ما عده المذهب لكن جمهور الأصحاب على ترجيح المنصوص، وفي الكافي هذا هو المذهب نص عليه كالأخ لأبوين مع الأخ لأب وجزم به الدارمي في الاستذكار وابن الصباغ في الشامل وهو قضية كلام العراقيين وقال الشافعي: إن المال كله للأخ للأب لا تفرد بأخوة ولا يمكن توريثه بهما على الإيراد فرجح جانبه بها، ثم قال وفي المسألة وجه آخر وهو القياس أن المال بين ابني عم المعتق نصفان ولا ترجيح بإخوة الأم بخلاف الأخ للأبوين.

نعم الأخ للأب لأن الأخوة من جنس الأخوة فصلحت للترجيح عند الاجتماع وليس من جنس العمومة فلا يبقى لها الترجيح. انتهى.

وهذا النص نقله القاضي الحسين عن رواية القاضي أبي حامد.

(٢) [سكت عما إذا خلف ابن عم لأب وأم وابن عم لأب هو أخ لأم.

قال ابن اللبان في الإيجاز: يروى عن يحيى بن آدم أنه قال: المال لابن العم للأب الذي هو أخ من أم على قول ابن مسعود، وإليه ذهب أكثر الفرضيين.

المختصين بتلك القرابة، أمّا إذا لم يكن لمكان الحَاجِبِ، كما إذا خَلَفَ بِنْتًا وابْنِي عَمٍّ، أَحَدُهُمَا، أَخَ لَأُمٍّ، ففيه وجهان:

أظهرهما: وهو المذكور في الكتاب: أنّ لبنت النصف، والباقي بينهما بالسوية، لأنّ إخوة الأم سقطت بالبنت، فكانها لم تكن، فیرثان بیئوة العم على السواء، وأقواهما عند الشيخ أبي عليّ، وهو جواب ابن الحدّاد أن الباقي للذي هو أخ لأمٍّ؛ لأنّ البنت منعتة من الأخذ بقرابة الأمٍّ، وإذا لم يأخذ بها، رجحت عَصَوِيَّتُهُ، كالأخ من الأبوين مع الأخ للأب.

واحتج ابن الحدّاد لجوابه بنفي الشافعي - رضي الله عنه - في صورة الولاء على ما قدّمناه، فقال الأخ من الأبوين يتقدّم في ولاية النكاح على الأخ من الأب ترجيحاً بقرابة الأمومة، وإن كانت لا تفيد ولاية النكاح وهذا هو أصح القولين فيه.

ولنا قول آخر: أنّهما سواء في ولاية النكاح نذكره في موضعه، إن شاء الله تعالى.

وأعلم أنّ لهذين الوجهين ترتيباً على الخلاف، فيما إذا لم يوجد حاجب، وكيف يترتبان؟ توجيه الوجه الثاني يقتضي أن يقال: إن رجحنا الأخ من الأم هناك، فما هنا أولى، والأفوجهان، لأنّ هناك ورتب بقرابة الأمومة، وما هنا لم يرتب، فانتفضت مرجحة، وقد نصّ على هذا ابن الحدّاد، وتوجيه الوجه الأول يقتضي أن يقال: إن لم نرجح الأخ من الأم هناك، فما هنا أولى، وإن رجحناه، فوجهان؛ لأنه وجد المسقط للجهة، فصار وجودها كعدمها، وقد وجدته منصوصاً في كلام ابن اللبّان تفرعاً على قول من يقدم الأخ هناك، والله أعلم.

وإذا قلنا بالصحيح، فلو خلف ابن عم لأب وأمٍّ، وآخر لأبٍ، وهو أخ لأمٍّ، فللثاني السدس بالأخوة، والباقي للأول، وتسقط به عصوبة الثاني.

ولو خلف ثلاثة بني أعمام متفرّقين، والذي هو لأمٍّ زوج، والذي هو لأبٍ أخ لأمٍّ، فللزوجة النصف، وللأخ السدس، والباقي للثالث.

ولو خلف أخوين لأمٍّ، [وترك سواهما] أحدهما ابن عمٍّ، فلها الثلث بالأخوة، والباقي لابن العمّ منهما بلا خلاف، وصورة ابنتي عمٍّ أحدهما أخ لأمٍّ: أن يتعاقب أخوان على امرأة واحدة، وتلد لكل واحد منهما ابناً، ولأحدهما ابن من امرأة أخرى، فابن ابنة عمٍّ الآخر، وأحدهما أخوه لأمّه.

وصورة أخوين لأمٍّ، أحدهما ابن عمٍّ: أن يكون للمرأة في الصورة المذكورة ابن من زوج آخر، فابنهما من الأجنبي، وابن أحد الأخوين أخ للآخر من الأمٍّ، وأحدهما ابن عمّه.

ولو خَلَفَ ابْنِي عَمِّ، أَحَدُهُمَا أَخٌ لَأُمِّ، وَخَلَفَ سِوَاهُمَا أُخْوَيْنِ لَأُمِّ، أَحَدُهُمَا ابْنُ عَمِّ، فَالْحَاصِلُ أَنَّهُ خَلَفَ أُخْوَيْنِ، هُمَا ابْنَا عَمِّ، وَأَخَا لَيْسَ بِابْنِ عَمِّ، وَابْنَ عَمِّ لَيْسَ بِأَخٍ، فَالثَّلَاثُ لِلْإِخْوَةِ الثَّلَاثَةِ، وَالبَاقِي لِابْنِي الْعَمِّ مِنَ الثَّلَاثَةِ، وَالبَاقِي الْعَمُّ الَّذِي لَيْسَ بِأَخٍ بِالْعُصْبَةِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

قال العزالي: أما عَصَبَاتُ الْمُعْتِقِ، فَإِنْ كَانَ لِلْمُعْتِقِ أُمٌّ وَابْنٌ فَالْعُصْبَةُ لِلابْنِ، وَلَا يَثْبُتُ الْإِزْتُ بِالْوَلَاءِ لِلنِّسَابِ إِلَّا إِذَا كَانَتْ الْمَرْأَةُ مُعْتَقَةً، وَأَخُ الْمُعْتِقِ لِأَبِيهِ وَأُمِّهِ يُقَدَّمُ عَلَى الْأَخِ لِلأَبِ كَمَا فِي النِّسَابِ، وَقِيلَ: لَا يُقَدَّمُ إِذْ لَا أَثَرَ لِقَرَابَةِ الْأُمومةِ فِي الْوَلَاءِ، وَلَوْ اجْتَمَعَ جَدُّ الْمُعْتِقِ وَأَخُوهُ فَقَوْلَانِ (أَحَدُهُمَا): أَنَّهُمَا يَسْتَوِيَانِ (ح م) لِاسْتِوَاءِ الْقُرْبِ (وَالثَّانِي): أَنَّ الْأَخَ مُقَدَّمٌ لِأَنَّهُ ابْنُ أَبِي الْمُعْتِقِ، وَالْإِذْلَاءُ بِالْبُتُوَّةِ أَقْوَى فِي الْعُصْبَةِ، وَالْوَلَاءُ يَدُورُ عَلَى الْعُصْبَةِ الْمَخْضَةِ.

### «فصل في عصابات المعتق»

قال الرافعي: قد مرَّ أن من لا عَصَبَةَ له من النِّسَابِ فَمَالُهُ، أَوْ مَا يَفْضَلُ عَنْ الْفُرُوضِ لِمُعْتِقِهِ، إِنْ كَانَ عَتِيقًا.

وإنَّما يُؤَخَّرُ الْوَلَاءُ عَنِ النِّسَابِ؛ لِمَا رُوِيَ أَنَّ رَجُلًا أَتَى النَّبِيَّ ﷺ بِرَجُلٍ، فَقَالَ: إِنِّي اشْتَرَيْتُهُ، وَأَعْتَقْتُهُ، فَمَا أَمْرُ مِيرَاثِهِ؟ فَقَالَ ﷺ: «إِنْ تَرَكَ عَصَبَةً، فَالْعَصْبَةُ أَحَقُّ، وَإِلَّا، فَالْوَلَاءُ لَكَ»<sup>(١)</sup>.

وأيضاً، فَالنِّسَابُ أَقْوَى مِنَ الْوَلَاءِ؛ لِأَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِهِ الْمَحْرَمِيَّةُ، وَوَجُوبُ النِّفَاقَةِ، وَسُقُوطُ الْقِصَاصِ، وَرُدُّ الشَّهَادَةِ، وَنَحْوُهَا، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْمُعْتِقُ رَجُلًا أَوْ امْرَأَةً؛ لِقَوْلِهِ ﷺ: «الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»<sup>(٢)</sup>، وَلِأَنَّ الْإِنْعَامَ بِالْإِعْتِقَاقِ مَوْجُودٌ مِنْهُمَا، فَاسْتَوَى فِي الْإِزْتُ، فَإِنْ لَمْ يَوْجِدِ الْمُعْتِقُ، فَالاسْتِحْقَاقُ لِعِصَابَتِهِ [مِنَ النِّسَابِ] الَّذِينَ يَتَعَصَّبُونَ بِأَنْفُسِهِمْ دُونَ مَنْ يَعْصِبُهُمْ غَيْرَهُمْ، حَتَّى لَوْ مَاتَ وَلِ الْمُعْتِقِ ابْنٌ وَبِنْتُ، فَلَا حَقَّ لِلبِنْتِ، وَكَذَا فِي الْأَخِ وَالْأَخْتِ.

وَكَذَا لَوْ كَانَ لَهُ أَبٌ وَأُمٌّ، بَلْ لَا يَرِثُ النِّسَاءُ بِالْوَلَاءِ إِلَّا مِمَّنْ أَعْتَقَنَ أَوْ أَعْتَقَ مِنْ

(١) [رواه، البيهقي وعبد الرزاق واللفظ له. وسعيد بن منصور، من مرسل الحسن: أن رجلاً أراد أن يشتري عبداً - فذكر الحديث - وفيه: أنه سأل النبي ﷺ عن ميراثه، فقال: إن لم يكن له عصابة فهو لك].

(٢) تقدم وهو في الصحيحين.

أَعْتَقَ أَوْ جَرَّ الْوَلَاءَ إِلَيْهِنَّ مَنْ أَعْتَقْنَ، وَإِنْ شِئْتَ قُلْتَ: لَا تَرِثُ الْمَرْأَةُ بَوْلَاءً إِلَّا مِنْ مَعْتَقِهَا أَوْ مِنْ يَنْتَمِي إِلَيْهَا بِوَلَاءٍ أَوْ نَسَبٍ.

قال ابن سُرَيْجٍ: وَإِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْوَلَاءَ أَوْضَعُفٌ مِنَ النَّسَبِ الْمَتْرَاحِيِّ، وَإِذَا تَرَخَى النَّسَبُ، وَرِثَ الذَّكَورُ دُونَ الْإِنَاثِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ بَنِي الْأَخِ وَالْعَمِّ وَابْنَهُ يَرِثُونَ دُونَ أَخَوَاتِهِمْ، فَإِذَا لَمْ تَرِثْ بِنْتُ الْأَخِ وَالْعَمِّ، فَبِنْتُ الْمُعْتَقِ أَوْلَى الْأَتْرِثِ.

وقوله في الكتاب: «وَلَا يُثْبِتُ الْإِرْثَ بِالْوَلَاءِ لِلْإِنَاثِ إِلَّا إِذَا كَانَتِ الْمَرْأَةُ مُعْتَقَةً» فِيهِ تَسَاهُلٌ، وَالضَّابِطُ مَا ذَكَرْنَاهُ، ثُمَّ الَّذِينَ يَتَعَصَّبُونَ بِأَنْفُسِهِمْ، تَرْتِيبُهُمْ فِي الْوَلَاءِ كَتَرْتِيبِهِمْ فِي النَّسَبِ، حَتَّى يَتَقَدَّمَ ابْنُ الْمُعْتَقِ وَابْنُ ابْنِهِ عَلَى أَبِيهِ وَجَدِّهِ.

وقال أَحْمَدُ: لِلْأَبِ أَوْ الْجَدِّ السُّدُسُ، وَالْبَاقِي لِلْإِنِّ، وَادَّعَى أَنَّ كُلَّ ذَكَرٍ يَرِثُ بِالْوَلَاءِ، سِوَاءً كَانَ صَاحِبَ فَرْضٍ أَوْ عَصَبَةٍ.

نعم، يفترق الترتيبان في مسائل:

منها: في أَخٍ لِأَبَوَيْهِ مَعَ أَخِيهِ لِأَبِيهِ طَرِيقَانِ:

أَصْحُهُمَا: تَقْدِيمُ الْأَخِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ كَمَا فِي النَّسَبِ.

والثاني: أَنَّ فِيهِ قَوْلَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: هَذَا.

والثاني: أَنَّهُمَا يَتَسَاوَيَانِ، إِذْ لَا أَثَرَ لِقَرَابَةِ الْأُمَمَةِ فِي الْوَلَاءِ، وَقَدْ اسْتَبَوِيَا فِي قَرَابَةِ الْأَبِ، وَمِنْهَا إِذَا اجْتَمَعَ جَدُّ الْمُعْتَقِ وَأَخُوهُ، ففِيهِ قَوْلَانِ:

أَحَدُهُمَا، وَبِهِ قَالَ أَحْمَدُ: أَنَّهُمَا يَسْتَوِيَانِ كَمَا فِي النَّسَبِ؛ لِاسْتَوَائِهِمَا فِي الْقُرْبِ.

والثاني: أَنَّ الْأَخَ مَقْدَمٌ؛ لِأَنَّهُ ابْنُ أَبِي الْمُعْتَقِ، وَالْجَدُّ أَبُو أَبِيهِ، وَالْبِنُوتُ أَقْوَى مِنَ الْعُصُوبَةِ، وَإِنَّمَا تَرَكْنَا هَذَا الْقِيَاسَ فِي النَّسَبِ؛ لِاجْتِمَاعِ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - عَلَى أَنَّ الْأَخَ لَا يَنْسَقُطُ الْجَدُّ<sup>(١)</sup>، وَأَيْضاً، فَالْوَلَاءُ يَدُورُ عَلَى مَخْضِ الْعُصُوبَةِ، وَلَا يُورَثُ فِيهِ إِلَّا بِهَا، فَمَنْ أَقْرَبُ، كَانَ أَقْوَى عَصُوبَةً، فَهُوَ أَوْلَى، وَبِهَذَا الْقَوْلِ قَالَ مَالِكٌ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَأَبِيهِمَا أَصَحُّ.

قال في «التهديب»: إِنَّ الْأَوَّلَ أَصَحُّ، إِلَّا أَنَّ الشَّيْخَ أَبَا حَامِدٍ وَأَبَا خَلْفٍ الطَّبْرِيَّ وَالْأَكْثَرِينَ رَجَّحُوا الثَّانِي، وَأَبُو حَنِيفَةَ خَالَفَ الْقَوْلَيْنِ جَمِيعاً، وَقَدَّمَ الْجَدَّ، فَيَجُوزُ إِعْلَامُ قَوْلِهِ: «يَسْتَوِيَانِ» وَقَوْلِهِ: «إِنَّ الْأَخَ مَقْدَمٌ» بِالْحَاءِ، وَإِعْلَامُ الْأَوَّلِ بِالْمِيمِ، وَالثَّانِي بِالْأَلْفِ.

(١) وفيه نظر، لأن ابن حزم حكى أقوالاً أن الأخرة تقدم على الجد فأين الإجماع.

التفريع: إن قلنا إنهم يستويان، فقد روى أبو عبد الله الحنطلي وغيره وجهين:

أحدهما: أن للجد ما هو خير له من المقاسمة وغيرها، على ما سيأتي - إن شاء الله تعالى - في النسب، وأصحهما وهو النقل المستفيض<sup>(١)</sup> أنه يقاسمهم أبداً؛ لأنه لا مدخل للفرض المقدر في الولاء، ولو اجتمع مع جد المعتق إخوة من الأبوين وإخوة من الأب، فالحكاية عن ابن سريج: أنه لا معادة، والجد مع الأخ من الأبوين يقسمان: وفيه وجه آخر، وهو اختيار ابن اللبان: أنه يعد الأخ من الأب على الجد كما في النسب، وبالأول أخذ أكثرهم، ويمكن أن يفرق بين البابين.

فأما إذا أدخلنا أولاد الأب في الحساب هناك، فقد يدفع إليهم شيئاً، وكما لو اجتمع مع الجد أخت من الأبوين، وأخت من الأب، وها هنا لا يمكن صرف شيء إلى ولد الأب أصلاً؛ لأنه لا يأخذ بالولاء إلا الذكور، ولا شيء للأخ من الأب مع الأخ من الأبوين، فيبعد أن يدخل في القسمة من لا يأخذ بحال، وعلى هذا القول، فالجد أولى من ابن الأخ، كما في النسب، وقيل: هما سواء، وفي «التهذيب» تفريعاً على هذا القول: أن الأخ أولى من أب الجد، وأن أبا الجد مع ابن الأخ يستويان، والله أعلم وعلى القول الثاني، وهو تقديم الأخ على الجد، أن الأخ أيضاً يقدم عليه، وبه قال مالك - رضي الله عنه - كما أن ابن الأبن، وإن سفل، يقدم على الأب، والقولان في الأخ والجد يجريان من العم مع أبي الجد<sup>(٢)</sup>، وفي كل عم اجتمع مع جد، إذا أولى العم بأب دون الجد، ولا خلاف أن الجد أولى من العم.

ومنها: إذا كان للمعتق ابناً عم، أحدهما: أخ لأم، فالنص أنه أولى بخلاف ما في النسب على ما تقدم.

ثم إن لم يوجد أحد من عصابات المعتق، فالمال لمعتق المعتق، ثم لعصباته على النسق المذكور من عصابات المعتق، ثم لمعتق معتق المعتق، وعلى هذا القياس، ولا يربط معتق عصبة الميت إلا معتق أبيه أو معتق جدّه، وكذا معتق عصبة المعتق إلا معتق أبي المعتق أو جده.

والقول في تفصيل ذلك، وفي قواعد آخر ومسائل عويصة في الولاء، ومؤخر إلى كتاب «العنق» والله يسر على الوصول إليه.

قال العزالي: أما مقاسمة الجد والإخوة في النسب فالإخوة للأم يسقطون، وأما مقاسمته مع إخوة الأب والأم أو الإخوة للأب فصورتها أنه إذا لم يكن معهم ذو فرض

(١) سقط من: ب.

(٢) في الروضة بابين ذلك الجد.



فَيَكُونُ الْجَدُّ كَوَاحِدٍ مِنْهُمْ مَا دَامَتِ الْقِسْمَةُ خَيْرًا لَهُ مِنَ الثُّلُثِ، فَإِنْ نَقَصَتِ الْقِسْمَةُ مِنَ الثُّلُثِ فَلَهُ الثُّلُثُ كَامِلًا، فَإِنْ كَانَ مَعَهُ أَخٌ أَوْ ثَلَاثُ أَخَوَاتٍ أَوْ أُمٌّ وَأَخْتَانِ فَالْقِسْمَةُ خَيْرٌ، وَإِنْ كَانَ مَعَهُ أَخَوَانِ أَوْ أَرْبَعُ أَخَوَاتٍ أَوْ أَخٌ وَأَخْتَانِ فَالْقِسْمَةُ وَالثُّلُثُ سَيِّئَانِ، فَإِنْ كَانَ الْإِخْوَةُ أَكْثَرَ مِنْ هَذَا فَالثُّلُثُ خَيْرٌ لَهُ فَيَسْلَمُ إِلَيْهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْقَوْلُ فِي مِيرَاثِ الْجَدِّ مَعَ الْإِخْوَةِ بَابٌ خَطِيرٌ فِي الْفَرَايِضِ، وَقَدْ أَكْثَرَ فِيهِ الصَّحَابَةُ وَمَنْ بَعْدَهُمْ مِنَ الْأَئِمَّةِ<sup>(١)</sup> - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - وَإِنَّمَا أوردَهُ الْمُصَنِّفُ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ بَيَّنَّ فِي تَرْتِيبِ الْعَصَبَاتِ أَنَّ الْجَدَّ مَعَ الْإِخْوَةِ وَالْأَخَوَاتِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ، أَوْ مِنَ الْأَبِ فِي دَرَجَةِ وَاحِدَةٍ، لَا هُوَ يُسْقِطُهُمْ، وَلَا هُمْ يُسْقِطُونَهُ، فَمَسَّتِ الْحَاجَةُ إِلَى مَعْرِفَةِ أَنَّهُمْ كَيْفَ يَقْتَسِمُونَ الْمَالَ.

وقوله: «فَالْإِخْوَةُ لِلأُمِّ يَسْقُطُونَ» هذا قد أعاده من بعد في فصل حَجَبِ الْإِخْوَةِ، وَلَا ضَرُورَةَ إِلَى ذِكْرِهِ هَا هُنَا؛ لِأَنَّ الْكَلَامَ مِنْ أَوَّلِ الْفَصْلِ الثَّانِي إِلَى آخِرِ مَا يَتَعَلَّقُ بِالْجَدِّ وَالْإِخْوَةِ فِي الْعَصَبَاتِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ قَالَ فِي آخِرِ حُكْمِ الْعَصَبَاتِ، وَالْإِخْوَةُ «وَالْأَخَوَاتِ مِنْ الأُمِّ: لَيْسُوا مِنَ الْعَصَبَاتِ» وَجَمَلَةُ الْقَوْلِ فِي الْبَابِ أَنَّ الْإِخْوَةَ وَالْأَخَوَاتِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ أَوْ مِنَ الْأَبِ، إِذَا اجْتَمَعُوا مَعَ الْجَدِّ لَمْ يَسْقُطُوا بِهِ، وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ وَأَحْمَدُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ -.

وقال أبو حنيفة والمُزَنِّيُّ: إِنَّهُمْ يَسْقُطُونَ، وَيُحْكَمُ ذَلِكَ عَنْ اخْتِيَارِ ابْنِ سُرَيْجٍ، وَمُحَمَّدِ بْنِ نَضْرِ الْمَرْزُوقِيِّ، وَابْنِ اللَّبَّانِ وَأَبِي مَنْصُورِ الْبَغْدَادِيِّ، وَوَجَّهَ ذَلِكَ: بِأَنَّ ابْنَ الْإِبْنِ نَازِلٌ مَنزَلَةَ الْإِبْنِ فِي إِسْقَاطِ الْإِخْوَةِ وَالْأَخَوَاتِ، وَغَيْرِهِ فَلْيَكُنْ أَبُ الْأَبِ نَازِلًا مَنزَلَةَ الْأَبِ، وَيُزَوِّى هَذَا التَّوَجِيهَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا<sup>(٢)</sup> - وَبِأَنَّ الْجَدَّ أَقْوَى مِنَ الْأَخِ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَشَارِكُهُ فِي الْإِزْثِ، وَيَنْفَرِدُ بِوَلَايَةِ الْمَالِ وَالتَّكَاحِ، وَبِدَلِيلِ أَنَّ الْإِبْنَ

(١) قال الحافظ في التلخيص: في البخاري تعليقا يروى عن عمر. وعلي. وزيد بن ثابت. وابن مسعود في الجد قضايا مختلفة، وقد بينت أسانيد ذلك في تعليق التعليق، وقد ذكر البيهقي في ذلك آثارا كثيرة، وروى الخطابي في الغريب بإسناد صحيح عن محمد بن سيرين قال: سألت عبيدة عن الجد، فقال: ما تصنع بالجد؟ لقد حفظت عن عمر فيه مائة قضية يخالف بعضها بعضا، ثم أنكر الخطابي هذا إنكارا شديدا بما لا محصل له وسبقه إلى ذلك ابن قتيبة في مقدمة مختلف الحديث وما المانع أن يكون قول عبيدة مائة قضية على سبيل المبالغة، وقد أول البزار كلام عبيدة هذا].

(٢) قال الحافظ لم أره كذلك، لكن في البيهقي من طريق عبد الله بن مغل: جاء رجل إلى ابن عباس فقال له: كيف تقول في الجد؟ قال: إنه لا جد أي أب لك أكبر، فسكت الرجل فلم يجبه، فقلت: أنا آدم، قال: أفلا تسمع إلى قول الله تعالى ﴿يا بني آدم﴾.

يُسْقِطُ الإِخْوَةَ، وَلَا يُسْقِطُ الْجَدَّ، وَعَنِ ابْنِ اللَّبَّانِ: أَنَّهُ احْتَجَّ بِأَنَّ الْجَدَّ إِذَا كَانَ يَكُونُ كَالْأَخِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ، أَوْ كَالْأَخِ مِنَ الْأَبِ، أَوْ أضعَفَ مِنْهُمَا أَوْ أَقْوَى مِنْهُمَا، إِنْ كَانَ كَالْأَخِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ، وَجِبَ أَنْ يَسْقِطَ الْأَخُ مِنَ الْأَبِ، وَإِنْ كَانَ كَالْأَخِ مِنَ الْأَبِ، وَجِبَ أَنْ يَسْقِطَ، بِالْأَخِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ، وَإِنْ كَانَ أضعَفَ مِنْهُمَا وَجِبَ أَنْ يَسْقِطَ بِهِمَا جَمِيعاً، وَلَمَّا تَعَدَّرَتِ الْأَقْسَامُ الثَّلَاثَةَ تَعَيَّنَ الرَّابِعُ، وَهُوَ أَنَّهُ أَقْوَى مِنْهُمَا، فَيُسْقِطُهُمَا.

وَأَمَّا وَجْهَ ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ، فَعَنْ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - تَشْبِيهُ الْجَدِّ بِالْبَحْرِ أَوْ النَّهْرِ الْكَبِيرِ، وَالْأَبِ كَالْخَلِيجِ الْمَأْخُوذِ مِنْهُ، وَالْمِيَّتِ وَإِخْوَتِهِ كَالسَّاقِيَتَيْنِ الْمُتَمْتَدَّتَيْنِ مِنَ الْخَلِيجِ، وَالسَّاقِيَةَ إِلَى السَّاقِيَةِ أَقْرَبُ مِنْهَا إِلَى الْبَحْرِ؛ لِأَنَّ تَرَى أَنَّهُ إِذَا<sup>(١)</sup> سُدَّتْ إِحْدَاهُمَا، أَخَذَتِ الْأُخْرَى مَاءَهَا، وَلَمْ يَرْجِعْ إِلَى الْبَحْرِ.

وَعَنْ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: يُشَبَّهُ الْجَدُّ بِسَاقِ الشَّجَرَةِ وَأَصْلِهَا، وَالْأَبُ كَغَضَنٍ مِنْهَا، وَالْأَخُوَّةُ كَغَضَنَيْنِ تَفْرَعَا مِنْ ذَلِكَ الْغَضَنِ، وَأَحَدُ الْغَضَنَيْنِ إِلَى الْآخَرِ أَقْرَبُ مِنْهُ إِلَى أَصْلِ الشَّجَرَةِ؛ لِأَنَّ تَرَى أَنَّهُ إِذَا قُطِعَ أَحَدُهُمَا امْتَصَّ الْآخَرُ مَا كَانَ يَمْتَصُّهُ الْمَقْطُوعُ، وَلَمْ يَرْجِعْ إِلَى السَّاقِ<sup>(٢)</sup>.

وَوَجْهَ الْأَصْحَابِ: بِأَنَّ الْأَخَ يُعْصَبُ أَخْتَهُ، فَلَمْ يَسْقِطْ بِالْجَدِّ كَالابْنِ، وَبِأَنَّ وَلَدَ الْأَبِ يُذَلِّي بِالْأَبِ، فَلَا يَسْقِطُ بِالْجَدِّ كَأَمِّ الْأَبِ، وَبِأَنَّ الْأَخَ أَقْوَى مِنَ الْجَدِّ مِنْ جِهَةِ أَنَّهُ ابْنُ أَبِي الْمِيَّتِ، وَالْجَدُّ أَبُو أَبِيهِ، وَالْبِنُوَّةُ أَقْوَى مِنَ الْأَبُوَّةِ، وَأَنَّهُ يُعْصَبُ أَخَوَاتِهِ، وَالْجَدُّ لَا يُعْصَبُهُنَّ؛ فَإِنَّ الإِخْوَةَ وَالْأَخَوَاتِ يَرْتُونَ حَسَبَ مِيرَاثِ الْأَوْلَادِ عُسُوبَةَ وَفَرْضِيَّةَ، وَالْجَدُّ بِخِلَافِهِ، وَإِنْ فَرَعَ الْأَخَ، وَهُوَ ابْنُ الْأَخِ يَسْقِطُ فَرَعَ الْجَدِّ، وَهُوَ الْعَمُّ، وَقُوَّةُ الْفَرَعِ تَدُلُّ عَلَى قُوَّةِ الْأَصْلِ، وَإِذَا كَانَ الْأَخُ أَقْوَى فَقَضِيَّتَهُ أَنْ يَسْقِطَ الْجَدُّ بِهِ إِلَّا أَنَّ الإِجْمَاعَ صَدَدْنَا عَنْ ذَلِكَ، فَلَا أَقْلٌ مِنَ الْآيِ يَسْقِطُ [بِذَلِكَ] الْجَدُّ إِذَا تَقَرَّرَ ذَلِكَ، فِيمَا أَنْ يَجْتَمِعَ مَعَ الْجَدِّ أَحَدُ الصَّنْفَيْنِ مِنَ الإِخْوَةِ وَالْأَخَوَاتِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ، وَالْإِخْوَةَ وَالْأَخَوَاتِ مِنَ الْأَبِ، وَإِنَّمَا أَنْ يَجْتَمِعَ مَعَهُ الصَّنْفَانِ.

القِسْمُ الْأَوَّلُ: إِذَا اجْتَمَعَ مَعَهُ أَحَدُهُمَا، فِيمَا لَا يَكُونُ مَعَهُ ذُو فَرْصٍ، وَإِنَّمَا أَنْ يَكُونَ:

(١) فِي التَّلْخِيصِ شَقَّتْ.

(٢) رَوَاهُ الْبَيْهَقِيُّ مِنْ طَرِيقِ الشَّعْبِيِّ قَال: كَانَ مِنْ رَأْيِ أَبِي بَكْرٍ وَعَمْرٍ: أَنْ يَجْعَلَ الْجَدُّ أَوْلَى مِنَ الْأَخِ، وَكَانَ عَمْرٌ يَكْرَهُ الْكَلَامَ فِيهِ، فَلَمَّا وَلِيَ عَمْرٌ قَال: هَذَا أَمْرٌ لَا يَدُ لِلنَّاسِ مِنْ مَعْرِفَتِهِ، فَأَرْسَلَ إِلَى زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ فَذَكَرَهُ، وَأَرْسَلَ إِلَى عَلِيٍّ فَذَكَرَهُ كَمَا تَقَدَّمَ، وَذَكَرَهُ عَنْهُ بِلَفْظِ آخَرَ، وَأَخْرَجَهُ مِنْ طَرِيقِ أُخْرَى، وَرَوَاهُ الْحَاكِمُ بِغَيْرِ هَذَا السِّيَاقِ، وَأَخْرَجَهُ ابْنُ حَزْمٍ فِي الْأَحْكَامِ مِنْ طَرِيقِ إِسْمَاعِيلِ الْقَاضِي عَنْ إِسْمَاعِيلِ بْنِ أَبِي أُوَيْسٍ عَنْ ابْنِ أَبِي الزِّنَادِ عَنْ أَبِيهِ، عَنْ خَارِجَةَ بْنِ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ عَنْ أَبِيهِ، أَنَّ عَمْرُ بْنَ الْخَطَّابِ اسْتَشَارَ فَذَكَرَ قَضِيَّةَ تَشْبِيهِ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ.

**الحالة الأولى:** إذا لم يكن معهم ذو فرض، فللجد خير الأمرين من المقاسمة معهم، وتُلت جميع المال، فإن قاسمهم، كان بمثابة أخ منهم، وإن أخذ الثلث، فالباقي بينهم **«للدكر مثل حظ الأنثيين»**، وقد يستوي الأمران، فلا فرق في الحقيقة، ولكن الفرضيون يتلفظون بالثلث، فإنه أسهل، وإنما تكون القسمة خيراً له إذا لم يكن معه إلا أخ أو أخت، أو أخ وأخت أو أختان أو ثلاث أخوات، فهي خمس مسائل، وإنما يستوي الأمران، إذا لم يكن معه إلا أخوان أو أخ وأختان أو أربع أخوات، فهي ثلاث مسائل، وفيما عدا ذلك الثلث خير له من القسمة.

والعبارة الضابطة: أن الإخوة والأخوات، إن كانوا مثليه، فالقسمة والثلث سيان، وإن كانوا دون مثليه فالقسمة خير، وإن كانوا فوق المثلين، فالثلث خير، ووجه اعتبار الثلث أن الجد والأم، إذا اجتمعا، أخذ الجد مثلي ما تأخذه الأم، لأنها لا تأخذ إلا الثلث، والإخوة ينقصون الأم من السدس، فوجب ألا ينقصوا الجد من ضعف السدس، والله أعلم.

قال الغزالي: **وإن كان معهم ذو فرض سلم للوي الفرض فروضهم، فإن لم يبق إلا السدس سلم إلي الجد، وإن بقي أقل من السدس أو لم يبق شيء أعيبت المسألة وفرض للجد سدس عائل وسقط الإخوة، وإن بقي أكثر من السدس فيسلم للجد، إما سدس جميع المال أو ثلث ما يبقى أو ما توجهه القسمة فأبي ذلك كان خيراً له خص الجد به.**

**قال الرافعي:** الحالة الثانية: إذا كان معهم ذو فرض وأصحاب الفروض الوارثون مع الجد والإخوة ستة: البنت، وبنات الابن، والأم، والجدة، والزوجة، والزوجة. فإما ألا يبقى بعد الفروض شيء أو يبقى وحينئذ، فإما أن يكون الباقي قدر السدس أو أقل أو أكثر، فهذه أربعة تقديرات: أحدها: ألا يبقى شيء؛ كبنتين، وأم، وزوج، فيفرض للجد السدس، ويزاد في العول.

**والثاني:** أن يكون الباقي قدر السدس، كما إذا كان مع الجد والإخوة بنتان وأم، فيصرف السدس والباقي إلى الجد.

**والثالث:** أن يكون الباقي دون السدس؛ كبنتين وزوج، فيفرض للجد السدس، وتقال المسألة.

وعلى التقديرات الثلاثة يسقط الإخوة والأخوات.

والرابع: أن يكون الباقي فوق السُدُس، فللجدّ خيرُ الأمور الثلاثة وهي المقاسمة مع الإخوة والأخوات، وتُلك ما يبقى وسُدُس جميع المال.

أما المقاسمة؛ فلمساواته إياهم ونزوله منزلة أخ، وأما تُلك ما يبقى؛ فلأنه لو لم يكن صاحب فرض، لأخذ تُلك جميع المال، فإذا خرج قدر الفرض مستحقاً، فأخذ تُلك الباقي.

وأما السُدُس؛ فلأن البتّين لا يُتَقصون الجدّ عن السُدُس، فالإخوة أوّلَى، هذا هو الترتيب المذكور في الكتاب، ووراءه عبارتان تؤدّيان الفرض:

إحدهما: أن يقال: إن كان الفرض دون النصف؛ لزوج أو زوجة معهم، فللجدّ خيرُ الأمرين من المقاسمة وتُلك ما يبقى، وإن كان فوق النصف ودون الثلثين؛ كبنّت وزوجة أو قدر الثلثين؛ كبتّين، فله خيرُ الأمرين من المقاسمة أو سدُس جميع المال، وإن كان فوق الثلثين؛ كبنّت وزوج، فللجدّ السُدُس، فهو خيرٌ وهو والقسمة سيان، وذلك إذا لم يكن مع الجدّ، والصورة هذه، إلا أخت واحدة.

والثانية: أن يُختَصَرُ فيقال: إذا اجتمع معهم ذو فرض، فللجدّ خيرُ الأمور الثلاثة، وإذا أردت أن تعرف أن كل واحدٍ منهما في أي موضع يكون خيراً، فانظر في قدر الفرض، فإن كان قدر النصف أو دونه، فالقسمة خير، إذا لم يكن معه أخت، أو أخ، أو أختان أو ثلاث، أو أخ وأخت، فإن زادوا، فتُلك الباقي خير، وفي هذا القسم تقع المسألة المعروفة بـ«الخرفاء»، وهي: أم، وجدّ، وأخت، فللأم الثلث، والباقي يُقسّم بين الجدّ والأخت أثلاثاً، وسُمّيت بـ«الخرفاء» لتخرق أقوال الصحابة - رضي الله عنهم - وكثرة اختلافهم فيها، فعند أبي بكر - رضي الله عنه - للأم الثلث والباقي للجدّ.

وعند عمر - رضي الله عنه -: للأخت النصف، وللأم تُلك ما يبقى، والباقي للجدّ. وعند عثمان - رضي الله عنه -: لكل واحدٍ منهما الثلث.

وعند علي عليه السلام: للأخت النصف، وللأم الثلث، وللجدّ السُدُس وعند ابن مسعود - رضي الله عنه -: النصف، والباقي بين الجدّ والأم بالسوية، ويُروى عنه مثل مذهب عمر - رضي الله عنه <sup>(١)</sup> -.

(١) إقال الحافظ: أما مذهب زيد وعثمان وعلي وابن مسعود فرواه البيهقي عن الشعبي أن الحجاج سأله عن أم وأخت وجد، فقال: اختلف فيها خمسة من أصحاب رسول الله ﷺ: عثمان وعلي وابن مسعود وزيد بن ثابت وابن عباس، قال: فما قال فيها عثمان، قلت: جعلها أثلاثاً، قال: فما قال فيها أبو تراب، قلت: جعلها من ستة أسهم، للأخت ثلاثة، وللأم سهمين، وللجد سهماً قال: فما قال فيها ابن مسعود، قلت: جعلها من ستة: فأعطى الأخت ثلاثة، والجد سهمين، =

والذي ذكرناه أولاً هو مذهب زيد، وإن كان الفرض يفوق النصف ودون الثلثين، فالقسمة خير مع أخ وأخت وأختين، فإن زادوا فالسدس خير، وإن كان قدر الثلثين، فالقسمة خير، إن لم يكن إلا أخت واحدة وإلا فالسدس خير، وهذا التفصيل قد أتى به الشافعي - رضي الله عنه - في «المختصر» بأكثره، لكثته قال: «إذا كان الفرض أكثر من النصف، ولم يجاوز الثلثين قاسم أخاً أو أختين»<sup>(١)</sup>.

قال الشارحون: المراد: إذا لم يبلغ الثلثين أيضاً؛ لأنه إذا بلغ الثلثين، فلا يقاسم أخاً ولا أختين، إنما يقاسم أختاً واحدة، كما مر، والله أعلم.

قال الغزالي: هذا إذا لم يكن معه إلا إخوة للأب والأم أو إخوة الأب، فإذا اجتمعوا جميعاً فحكم الجد لا يتغير بل هو كما كان، وإنما تتجدد المعادة وهي أن أولاد الأب نعلتهم على الجد في حساب المقاسمة وتقدرهم ورثة، ثم إذا أخذ الجد حصته قدر نصيب الإخوة كأنه كل المال بينهم، فإن كان في أولاد الأب والأم ذكر استرد جميع ما خص أولاد الأب، وإن كان في أولاد الأب والأم أنثى واحدة استردت ما يكمل لها به النصف، وإن كانتا اثنتين استردتا ما يكمل به لهما الثلثان، فإن كان لا يتم النصف أو الثلثان باسترداد الجميع اقتصر على ذلك إذ لم يبق شيء للتكميل.

قال الرافعي: القسم الثاني: إذا اجتمع مع الجد الصنفان الإخوة والأخوات من الأبوين والإخوة والأخوات من الأب، فللجد خير الأمرين، إن لم يكن معهم ذو فرض، وخير الأمور الثلاثة، إن كان معهم ذو فرض كما إذا لم يكن معه إلا أحد الصنفين، لكن ها هنا أولاد الأبوين يعادون الجد بأولاد الأب، أي: يدخلونهم في العدة مع أنفسهم ويعدونهم في القسمة على الجد ثم [إذا أخذ الجد حصته، نظر: إن كان ولد الأبوين عصبه]<sup>(٢)</sup> إما ذكراً أو ذكوراً وإما ذكوراً وإناثاً، فلهم كل الباقي، ولا شيء لولد الأب، وإن لم يكن عصبه، بل أنثى أو إناثاً متمحضات، فالثنتان فصاعداً

= والأم سهماً، قال: فما قال فيها زيد بن ثابت، قلت: جعلها من تسعة، أعطى الأم ثلاثة، والجد أربعة، والأخت سهمين - الحديث - وأما مذهب عمر ومتابعة ابن مسعود له: فرواه البيهقي من طريق إبراهيم النخعي قال: كان عمر وعبد الله لا يفضلان أمأ على جد، وعن عمر أيضاً في هذه المسألة: للأخت النصف، وللأم السدس، وللجد ما بقي، وكذا رواه ابن حزم من طريق إبراهيم عن عمر، وأما الرواية عن أبي بكر فقال البزار: نا روح بن الفرج المصري ويقال ليس بمصر أوتق منه نا عمرو بن خالد نا عيسى بن يونس نا عباد بن موسى عن الشعبي قال: أتى بي الحجاج موثقاً فذكر القصة، وأوردها أبو الفرج المعافي في الجليس والأنيس بتمامها.

(١) ينظر: المختصر ١٢٧/٨. (٢) سقط من: ب.

يَأْخُذْنَ إِلَى الثَّلَاثِينَ، وَالوَاحِدَةُ تَأْخُذُ إِلَى النِّصْفِ، فَإِنْ زَادَ شَيْءٌ، فَهُوَ لِأَوْلَادِ الْآبِ، ذُكُوراً كَانُوا أَوْ إِنَاثاً.

أمثلهُ:

جَدٌّ، وَأَخٌ مِنَ الْأَبْوَيْنِ، وَآخَرٌ مِنَ الْآبِ: يَدْخُلُ الثَّانِي فِي الْقِسْمَةِ، وَيَأْخُذُ الْجَدُّ الثَّلَاثَ، وَهُوَ وَالْمَقَاسِمَةُ سِوَاءٌ، وَالْبَاقِي لِلْأَخِ مِنَ الْأَبْوَيْنِ.

جَدٌّ وَأَخٌ مِنَ الْأَبْوَيْنِ، وَأَخْتٌ مِنَ الْآبِ، الْمَالُ عَلَى خَمْسَةِ: لِلجَدِّ سَهْمَانِ، وَالْبَاقِي لِلْأَخِ.

جَدٌّ، وَأَخٌ، وَأَخْتٌ مِنَ الْأَبْوَيْنِ، وَأَخٌ وَأَخْتٌ مِنَ الْآبِ، وَجَدٌّ، لِلجَدِّ الثَّلَاثَ، وَالْبَاقِي لِلْأَخْتَيْنِ مِنَ الْأَبْوَيْنِ.

أَخْتَانِ مِنَ الْأَبْوَيْنِ، وَأَخٌ، وَأَخْتَانِ مِنَ الْآبِ لِلجَدِّ الثَّلَاثَ، وَالْبَاقِي لِلْأَخْتَيْنِ، مِنَ الْأَبْوَيْنِ، وَهُوَ تَمَامُ فَرَضِهِمَا.

أَخْتَانِ مِنَ الْأَبْوَيْنِ، وَأَخْتَانِ مِنَ الْآبِ، وَجَدٌّ: الْمَالُ عَلَى خَمْسَةِ لِلجَدِّ سَهْمَانِ، وَالْبَاقِي لِلْأَخْتَيْنِ مِنَ الْأَبْوَيْنِ، وَهُوَ دُونَ فَرَضِهِمَا.

أَخْتَانِ مِنَ الْأَبْوَيْنِ وَأَخْتٌ مِنَ الْآبِ، وَزَوْجٌ، وَجَدٌّ، لِلزَّوْجِ النِّصْفُ، وَيَسْتَوِي فِي الْبَاقِي الْقِسْمَةُ، وَثُلُثٌ مَا يَبْقَى وَسُدُسُ الْمَالِ فَيَأْخُذُهُ الْجَدُّ، وَالْبَاقِي لِلْأَخْتَيْنِ مِنَ الْأَبْوَيْنِ، وَهُوَ دُونَ فَرَضِهِمَا.

أَخْتٌ مِنَ الْأَبْوَيْنِ، وَأَخْتَانِ، وَأَخٌ مِنَ الْآبِ، وَجَدٌّ: الْمَالُ عَلَى خَمْسَةِ أَسْهَمٍ: لِلجَدِّ سَهْمَانِ، وَلِلْأَخْتِ مِنَ الْأَبْوَيْنِ سَهْمَانِ وَنِصْفٌ، وَهُوَ قَدْرُ فَرَضِهِمَا، وَالْبَاقِي لَوَلَدِ الْآبِ.

أَخْتٌ مِنَ الْأَبْوَيْنِ، وَأَخْوَاتٌ مِنَ الْآبِ فَصَاعِداً، وَجَدٌّ: لِلجَدِّ اثْنَلْتِ، فَهُوَ خَيْرٌ، وَلِلْأَخْتِ مِنَ الْأَبْوَيْنِ النِّصْفُ، وَالْبَاقِي لِأَوْلَادِ الْآبِ.

أَخْتٌ مِنَ الْأَبْوَيْنِ، وَأَخْرَى مِنَ الْآبِ وَجَدٌّ: الْمَالُ عَلَى أَرْبَعَةِ أَسْهَمٍ: سَهْمَانِ لِلجَدِّ، وَالْبَاقِيَانِ يَأْخُذُهُمَا الْأَخْتُ لِلأَبْوَيْنِ.

أَخْتٌ مِنَ الْأَبْوَيْنِ، وَأَخٌ مِنَ الْآبِ، وَجَدَّةٌ، وَجَدٌّ: لِلجَدَّةِ السُّدُسُ، وَالْبَاقِي بَيْنَهُمْ عَلَى خَمْسَةِ: لِلجَدِّ سَهْمَانِ، وَالْبَاقِي تَأْخُذُهُ الْأَخْتُ، فَهُوَ نِصْفُ الْمَالِ، فَإِنْ كَانَ بَدَلُ الْجَدَّةِ زَوْجَةً، أَخَذَتِ الرَّبْعَ، وَالْبَاقِي عَلَى خَمْسَةِ: لِلجَدِّ سَهْمَانِ، وَالْبَاقِي تَأْخُذُهُ الْأَخْتُ، وَهُوَ دُونَ النِّصْفِ، [إِذَا مَاتَ]. وَإِذَا تَأَمَّلْتَ ذَلِكَ عَرَفْتَ أَنَّ أَوْلَادَ الْآبِ لَا يَأْخُذُونَ شَيْئاً إِلاَّ أَنْ يَكُونَ وَلَدُ الْأَبْوَيْنِ اثْنَيْ وَاحِدَةً، وَأَنْهُمْ لَا يَأْخُذُونَ فِي جَمِيعِ صُورِ وَجُودِهَا، هَذَا مَعْنَى الْمُعَادَاةِ وَطَرَقَ فِي صُورِهَا.

وأما أنه لِمَ قِيلَ بها؟ فقد ذكروا له نوعين من التَّوَجِيهِ، واستأنسوا بشيءٍ ثالثٍ:

أحد النوعين: أن الجَدَّ شخصٌ له ولادةٌ تخجُّبه عن نصيبه، أخوانٍ وارثانٍ، فجاز أن يحجُّبه أخوانٍ، وارثٌ، وغيرُ وارثٍ؛ كالأمِّ، كما يحجُّبها عن الثُلثِ أخوانٍ وارثانٍ، يحجُّبها وارثٌ وغيرُ وارثٍ، وأيضاً، فإنَّ أولاد الأب، أخوة يرثون، لو أنفردوا مع شخصٍ له ولادةٌ، فإذا اجتمعَ معَهُم من يمتنع الإخوة من الإرث، حُجِّبوا، ولم يرثوا، كأولاد الأم إذا اجتمعَ معهم الجدُّ.

والثَّاني: أن الأخ من الأبوين يقول للجدِّ: أنا وأخي من الأبِ بالإضافة إليك سواءً، وأنا الذي حُجِّبهُ، فأزحمك به وأخذ حصته، وهذا كما أنَّ الإخوة يرثون الأم من الثلث إلى السُدُس، والأب يحجبهم ويأخذ ما نقضوا من الأمِّ، وفَرَّقوا بين ما نحن فيه وبين ما إذا اجتمع الأخ من الأمِّ مع الجدِّ، والأخ من الأبوين حيث لا يقول الجدُّ: أنا الذي أحجبه فأزحمك به، وأخذ حصته - بأن الأخوة جهةٌ واحدةٌ، فجاز أن ينوب أخٌ عن أخ، والإخوة والجدودَةُ جهتانِ مختلفتانِ، فلا يجوزُ أن يستحقَّ الجدُّ نصيبَ الأخ، وأوَّلِي من هذا أن يُقال: ولَدَّ الأب المعدود على الجدِّ ليسَ بمحروم أبداً بل يأخذ قسماً مما قُسم له في بعض الصُّورِ على ما بيَّنا، ولو عدَّ الجدُّ الأخ من الأمِّ على الأخ من الأبوين، كان مَحْرُوماً أبداً، فلا يَلزَمُ من تلك المُعَادَةُ هذه المُعَادَةُ.

وأما الاستثناس، فقد قال القاضي إسماعيل المالكِيُّ - [رحمه الله] -: يجوزُ أن يُعدَّ الإنسانُ على غيره من لا يأخذ شيئاً، ويأخذ حصته؛ ألا ترى أنَّه لو أوصى بمائة درهم لزيد، وبما يبقى من ثلاثة بعد المائة لعمرو، وبجميع الثلث ليكر، وثلثة مائتان، فإنَّ زيدا يُدخلُ عمراً في قسمة بكر، ويقول: أوصى لنا بالثلث، كما أوصى لك، ثم يقول لعمرو: ليس لك أن تأخذ شيئاً ما لم أستوفِ المائة، ويأخذ جميع المائة، ويحرم عمراً، لكن ذكر القاضي ابن كجَّ أنَّ من الأصحاب من منع المسألة، وسوى بين زيد وعمرو في المائة، وسندكرُ الخلافَ في المسألة وأخواتها في «الوصية» إن شاء الله تعالى.

وقوله في الكتاب: استردَّ جميع ما خصَّ أولاد الأب، ضربُ استعادةٍ، وليس هناك دفعٌ واستردادٌ محققٌ، وإنما هو كلامٌ تقديريٌّ، أي: ما قُسم وجعلَ باسمه لا يُدفعُ إليه، ويحول إلى الأخ من الأبوين، وعلى هذا يقاس ما ذكره من استردادِ النُصفِ والثلثين، وربما سبق إلى الوهم من لفظِ الكتاب: أنَّ الواحدة تستردُّ تكملة النُصفِ والاثنتين تستردانِ تكملة الثلثين، ويقرَّر ما فضل على أولاد الأب، وقد يتوقَّ ذلك في الواحدة، لكن لا يتصور في الاثنتين، ولا يفضل عن الثلثين شيءٌ.

فائدة: إذا اجتمع الصُّنفانِ [معه] وكان غير القسمة خيراً للجد، كما إذا اجتمع معه

أخت من الأبوين [وأخوات من الأب أو أربع أخوات فصاعداً، فرضنا للجد الثلث، فعن بعض الفرضيين أنه يجعل الباقي بين ولد الأبوين<sup>(١)</sup> وولد الأب، ثم يزُد ولد الأب على ولد الأبوين قدر فرضه، قال ابن اللبان: والصواب أن يفرض للأخت من الأبوين النصف، ويجعل الباقي لولد الأب، لأن إدخالهم الحساب إنما كان؛ لإدخال النقص على الجد، فإذا أخذ فرضه، وانحاز، فلا معنى للقسمة والرد، والله أعلم.

قال الغزالي: ولا يفرض للأخت مع الجد إلا في مسألة تعرف بالأكدرية، وهي زوج وأم وجد وأخت، فللزوجة النصف وللأم الثلث وللجد السدس ولم يبق للأخت شية فيفرض لها النصف، وتعمل المسألة، ثم يؤخذ ما في يد الجد والأخت ويقسم عليهما «للدكر مثل حظ الأنثيين»، فإن كان بدل الأخت أخ سقط إذ لا فرض للأخ بحال.

قال الرافعي: لا فرق بين أن يجتمع مع الجد محض الإخوة أو الإخوة مختلطين بالأخوات، أو محض الأخوات، بل الجد في الأحوال كلها بمثابة أخ، ولهذا من لم يسقط الإخوة بالجد، اتفقوا في جد وأخ وأخت، على أن المال بينهم «للدكر مثل حظ الأنثيين».

وإن كان كذلك، فالأخوات معه، كما إذا كن مع أخ، فلا يفرض لهن، ولا تعال المسألة من أجلهن بخلاف الجد، حيث ذكرنا أنه يفرض له، وتعال المسألة؛ لأنه صاحب فرض بجهة الجدودة، فرجع إليه عند الضرورة، وهذا أصل مطرد إلا في مسألة واحدة تعرف بالأكدرية، وهي: زوج، وأم، وجد، وأخت من الأبوين أو من الأب، فللزوجة النصف، وللأم الثلث، وللجد السدس، ويفرض للأخت النصف وتعال المسألة من ستة إلى تسعة ثم يضم نصيب الأخت إلى نصيب الجد، ويجعل بينهما أثلاثاً، ويصح من سبعة وعشرين ويمتحن بها، فيقال فريضة عدد الوارثين فيها أربعة، أخذ أحدهم ثلث الجميع من المال، والثاني ثلث الباقي، والثالث ثلث الباقي، والرابع الباقي؛ لأن الزوج يأخذ تسعة من سبعة وعشرين، وهي ثلثها، وللأم ستة، وهي ثلث الباقي؛ وللأخت أربعة، وهي ثلث الباقي، والجد الباقي، وإنما فرض للأخت في هذه الصورة؛ لأن الجد رجع إلى أصل فرضه، فلا سبيل إلى إسقاطها، فرجعت هي أيضاً إلى فرضها، وإنما قسم المبلغان بينهما؛ لأنه لا سبيل إلى تفضيلهما على الجد، كما في سائر صور الجد والإخوة، ففرض لها بالرحم، وقسم بينهما بالتعصيب رعاية للجانبين،



هذا ما وُجِّهَت المسألة به، وقياس كونها عصبية بالجَدِّ أن تُسْقَطَ، وإن رَجَعَ الجَدُّ إلى الفَرَضِ، ألا تَرَى أَنَا نَقُولُ: فِي بَنَتَيْنِ، وَأُمٍّ، وَجَدٍّ، وَأَخْتٍ: لِلبَنَتَيْنِ الثَّلَاثَانَ، وَلِلْأُمِّ السُّدُسَ، وَلِلجَدِّ السُّدُسَ، وَتَسْقَطُ الْأَخْتُ؛ لِأَنَّهَا عَصْبَةٌ مَعَ الْبَنَاتِ، وَمَعْلُومٌ أَنَّ الْبَنَاتِ لَا يَأْخُذْنَ إِلَّا الْفَرَضَ؛ يُوَيْدُهُ أَنْ قَبِيصَةً بَيْنَ ذَوْئِبٍ يُزَوَّى عَنْهُ أَنَّهُ أَنْكَرَ قَضَاءَ زَيْدٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فِي الْأَكْدَرِيَّةِ بِمَا اشْتَهَرَ عَنْهُ<sup>(١)</sup>.

وأجيب عن هذه الرواية بإسقاطها. وقد مرَّ أَنَّ الشافعيَّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - يَأْخُذُ بِقَوْلِ زَيْدٍ فِي الْفَرَايِضِ، وَأَنَّهُ اخْتَلَفَ قَوْلُهُ حَيْثُ اخْتَلَفَتِ الرَّوَايَةُ عَنْ زَيْدٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فَقَضِيَّتُهُ تَخْرِيجَ قَوْلٍ لِلشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَإِنْ لَمْ يُنْقَلْ، وَإِنْ كَانَ بَدَلَ الْأَخْتِ أَخٌ، سَقَطَ لَا مَحَالَةَ؛ إِذْ لَا فَرَضَ لِلْإِخْوَةِ، وَلَوْ كَانَتْ أَخْتَانِ، فَلِلزَّوْجِ النِّصْفِ، وَلِلْأُمِّ السُّدُسَ، وَلِلجَدِّ السُّدُسَ، وَالْبَاقِي لِهَمَا، وَلَا فَرَضَ وَلَا عَوْلَ.

وَلِمَ سُمِّيَتِ الْأَكْدَرِيَّةُ؟

فِيهِ أَرْبَعَةٌ أَوْجُهٌ:

قِيلَ: إِنَّ امْرَأَةً مِنْ أَكْدَرَ مَاتَتْ وَخَلَفْتَهُمْ، فَسُمِّيَتْ إِلَيْهَا.

وقيل: لِأَنَّ عَبْدَ الْمَلِكِ بْنَ مَرْوَانَ سَأَلَ رَجُلًا مِنْ أَكْدَرَ عَنْهَا.

وقيل: لِتَكَدُّرِ أَضَلِّ زَيْدٍ فِيهَا، فَإِنَّهُ لَا يَفْرُضُ لِلْأَخْوَاتِ مَعَ الْجَدِّ، وَقَدْ فَرَضَ هَا هُنَا، وَلَا يُعِيلُ فِي الْجَدِّ وَالْأَخْوَةِ، وَقَدْ أَعَالَ هَا هُنَا.

وقيل: لِتَكَدُّرِ أَقْوَالِ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - وَكَثْرَةِ خِلَافِهِمْ فِيهَا.

فأبو بكرٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - يُسْقَطُ الْأَخْتِ، وَعِنْدَ عُمَرَ وَابْنِ مَسْعُودٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا -: لِلْأُمِّ السُّدُسَ، وَالْبَاقِي كَمَا ذَكَرْنَا، فَيَكُونُ الْعَوْلُ إِلَى ثَمَانِيَّةٍ، وَعِنْدَ عَلِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - يَفْرُضُ وَتَعَالَ كَمَا ذَكَرْنَا، لَكِنْ تَقَرَّرَ نَصِيبُ الْأَخْتِ عَلَيْهَا، وَلَكِنْ أَنْ تَقُولَ إِذَا عَصَبْنَا الْأَخْوَاتِ بِالْجَدِّ، فَمِنْ حَقِّهَا أَنْ نُلْحِقَ عَصَوِبَتَهُنَّ بِالْجَدِّ لِعَصَوِبَتَهُنَّ بِالْبَنَاتِ وَبِنَاتِ الْإِبْنِ، فَإِنَّهَا مِنْ أَنْوَاعِ الْعُصُوبَةِ بِالْغَيْرِ، وَإِنْ لَمْ يَذْكَرْهَا فِي جَمَلَتِهَا.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: هَذَا حُكْمُ الْعَصَبَاتِ (أَمَّا سَائِرُ الْوَرَثَةِ) فَالزَّوْجُ وَالزَّوْجَةُ لَا يَخْجَبَانِ كَالْأَبِ وَالْأُمِّ وَالْإِبْنِ وَالْبِنَاتِ، لِأَنَّهُمْ يَدُلُّونَ بِأَنْفُسِهِمْ، أَمَّا الْجَدُّ فَلَا يَخْجَبُهُ إِلَّا الْأَبُ،

(١) قَالَ الْحَافِظُ: بَوَّبَ عَلَيْهِ الْبَيْهَقِيُّ، وَأُورِدَ أَقْوَالُ الصَّحَابَةِ فِيهَا، وَأَخْرَجَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ مِنْ طَرِيقِ تَقِي ابْنِ مَخْلَدٍ نَا أَبُو بَكْرٍ بِنَ أَبِي شَيْبَةَ نَا وَكَيْعٌ عَن سَفْيَانَ قَلْتِ لِلْأَعْمَشِ: لَمْ سُمِّيَتِ الْأَكْدَرِيَّةُ؟ قَالَ: طَرَحَهَا عَبْدُ الْمَلِكِ عَلَى رَجُلٍ يُقَالُ لَهُ الْأَكْدَرُ، كَانَ يَنْظُرُ فِي الْفَرَايِضِ، فَأَخْطَأَ فِيهَا، قَالَ وَكَيْعٌ: وَكُنَّا نَسْمَعُ قَبْلَ ذَلِكَ أَنَّ قَوْلَ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ تَكَدَّرَ فِيهَا.

وَالْجَدَّةُ مِنْ قِبَلِ الْأُمِّ تَحْجُبُهَا الْأُمُّ، بَلْ لَا تَرِثُ مَعَ الْأُمِّ جَدَّةٌ أُضْلًا، وَأُمُّ الْأَبِ يَحْجُبُهَا  
 الْأَبُ وَالْأُمُّ، وَالْقُرْبَى مِنْ كُلِّ جِهَةٍ تَحْجُبُ الْبُعْدَى مِنْ تِلْكَ الْجِهَةِ، وَالْقُرْبَى مِنْ جِهَةِ الْأُمِّ  
 تَحْجُبُ الْبُعْدَى مِنْ جِهَةِ الْأَبِ، وَالْقُرْبَى مِنْ جِهَةِ الْأَبِ لَا تَحْجُبُ (ح) الْبُعْدَى مِنْ جِهَةِ  
 الْأُمِّ عَلَى أَظْهَرِ الْقَوْلَيْنِ، وَالْجَدَّةُ مِنَ الْجِهَتَيْنِ لَا تَحْجُبُ الْجَدَّةَ مِنْ جِهَةِ وَاحِدَةٍ، بَلْ  
 يَشْتَرِكْنَ عَلَى السَّوَاءِ فِي السُّدُسِ.

### «القول في الحجب»

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لَمَّا تَكَلَّمْ فِي تَرْتِيبِ الْعَصَبَاتِ، وَبَيَّنَّ الْمَتَقَدِّمَ وَالْمَتَأَخَّرَ مِنْهُمْ،  
 وَالَّذِينَ يَقَعُونَ فِي دَرَجَةٍ وَاحِدَةٍ، أَرَادَ أَنْ يَبَيِّنَ سَائِرَ الْوَرِثَةِ مَنْ لَا يُحْجَبُ وَمَنْ يُحْجَبُ  
 وَحَاجِبُهُ، ثُمَّ أَحْوَجَهُ سِيَاقُ الْكَلَامِ إِلَى أَنْ يُعَيِّدَ بَعْضَ مَا يَتَعَلَّقُ بِتَرْتِيبِ الْعَصَبَاتِ، عَلَى مَا  
 بَيَّنَّهُ ..

واعلم أن الحجب نوعان<sup>(١)</sup>: حجب نقصان: يحجب الولد الزوج من النصف إلى

(١) الحجب لغة: المنع وشرعاً منع شخص معين عن ميراثه أما كله أو بعضه بوجود شخص آخر.  
 والمراد بقولنا عن ميراثه - أن يقوم به سبب الأثر كالقربة فيمنع عنه وقولنا - أما كله أو بعضه -  
 (أو) فيه للتبويب لا للشك. فالأول حجب الحرمان والثاني حجب نقصان.  
 ولهذا المبحث شأن عظيم في الفرائض. فمن لم يعرف الحجب لا يعد عالماً بالفرائض ويحرم  
 عليه أن يفتي وفيها.  
 وهو في حد ذاته قسمان:

(١) حجب بالأوصاف وهي الموانع السابقة التي هي الرق والقتل... الخ.  
 (٢) حجب بالأشخاص وهو المراد من عبارة الفرضيين عند إطلاقهم لفظ الحجب. وهذا على  
 نوعين.

أولاً: حجب حرمان.

ثانياً: حجب نقصان.

والورثة في الحجب على ثلاثة أصناف:

الأول: أن يكون كل من الحاجب والمحجوب عصبه. وفي هذه الحالة قد يكون الحجب حجب  
 حرمان كما إذا كانا في جهة واحدة ولكن أحدهما أقرب ورحمة من الآخر فإن الأقرب يحجب  
 الأبعد، وقد يكون حجب نقصان كالعصبتين المتساويتين في القرب كالابنتين مثلاً. فإن كل واحد  
 منهما يحجب عن ميراث الكل إلى البعض بوجود الآخر.

الثاني: إذا كانا من أهل السهام. وفي هذه الحالة أيضاً يكون حجب حرمان ونقصان فالأول - كما  
 إذا اجتمع أولاد الأم مع البنات وبنات الابن والثاني - كالأم مع البنات والأخوات. والأخت لأب  
 مع الشقيقة.

الثالث: إذا كان أحدهما عاصباً والآخر ذا فرض: ولا يخلو الحال من أن يكون الحاجب ذا سهم والمحجوب عصبية فيحجب العصبية حيثئذ حجب نقصان بذي السهم - كالبنت مع الابن والأخت مع الأخ فإن لو لم تكن الأنثى لصار جميع المال للذكر. ويوجد الأنثى انتقص نصيبه.

أو يكون الحاجب عصبية والمحجوب ذا سهم. وفي هذه الحالة قد يكون الحجب حجب نقصان كما إذا ترك الميت أختين شقيقتين وأختين لأم. وأم فالمسألة في الأصل من ستة وتقول بسدسها إلى سبعة ويكون للأختين الثلثان «أربعة» من سبعة فلو ترك معهما أخاً شقيقاً لكان لهما معه ثلاثة من ستة.

وقد يكون حجب حرمان كبنت الابن مع الابن أو كإخ شقيق مع الأخت لأب واعلم أيها القارئ الكريم أن: الحجب مبني على قاعدتين: -

إحدهما: أن كل من يدلي إلى الميت بشخص لا يرث مع وجود ذلك الشخص كابن الابن فإنه لا يرث مع الابن. وشرط حجب المدلي بالمدلى به أحد أمرين أما استحقاق المدلى به جميع التركة سواء اتحدا في سبب الإرث أم لا كما في الأب والجد والابن وابنه فإن الأب يدلي به الجد والابن يدلي به ابنه... الخ وهما يستحقان جميع التركة، وقد اتحدا أي المدلي والمدلى به في سبب الإرث: ومثال عدم اتحادهما في سبب الإرث أب وإخوة وأخوات فإن المدلى به لما أحرز جميع المال لم يسبق للمدلي شيء أصلاً. وقد اختلفت جهة الإرث في هذا المثال.

الشرط الثاني: اتحاد السبب إذا لم يستحق المدلى به الجميع كما في الأم وأم الأم. فإن المدلى به وهي الأم لما أخذت نصيبها بجهة الأمومة لم يبق للجددة شيء من النصيب الذي يستحق بتلك الجهة فليس لها نصيب آخر وصارت محرومة.

أما إذا اختلفا في السبب كما في الأم مع أولاد الأم فإن المدلى به وهي الأم تأخذ نصيبها المستند إلى سبب الأمومة كاملاً والمدلي وهو ولدها يأخذ نصيباً آخر مستنداً إلى سبب آخر وهي الأخوة مع كونها أي تلك الجهة لا تستحق جميع التركة لو انفردت.

الثانية: ما تقدم في باب العصبية من أن التفضيل يكون بالجهة عند اختلافها فإن اتحدت واختلفت الدرجة فالأقرب درجة يحجب الأبعد عنه أما إن اتحدت الجهة والدرجة واختلفت القوة قدم الأقوى قرابة على الأضعف وكما تتحقق هذه القاعدة في العصبية كذلك قد تجري في أصحاب القروض فمثال التقديم في أصحاب الفروض بالجهة..

تقديم البنت أو بنت الابن على ولد الأم. ومثال التقديم بالقرب تقديم البنتين على بنتي الابن اللتين لم يعصبا.

ومثال التقديم بالقوة - تقديم الأختين الشقيقتين على أختين لأب لم يعصبا.

وقد تتحقق هذه القاعدة في أصحاب الفروض مع العصبية:

فمثال التقديم فيهم بالجهة: تقديم الأب أو الجد على الأخوة للأم.

ومثال التقديم بالقرب - تقديم ابن علي بنت ابن.

ومثال التقديم بالقوة - تقدم الأخ الشقيق على الأخت للأب ولا يفوتنا أن نذكر حجب الأصول والفروع والحواشي توضيحاً للقاعدتين السابقتين فنقول:

الجد في جميع حالاته يحجب بالأب كذلك: لأن الجد انتسب إلى الميت بواسطة الأب. وكذلك =

= يحجب كل جد قريب كلَّ جد بعيد لأولائه به .  
 أما الجدات فتحجب بالأم سواء أكانت الجدات من جهة الأم أم من جهة الأب . أما حجب  
 الأولى بالأم فلأنها تدلي بها . وأما حجب الثانية بها فلكون الأم أقرب من يرث بالأمومة . فإنها  
 ترث بها بلا واسطة بخلاف الجدات فيرثن بها بواسطة : فالتى من جهة الأب ترث بالأمومة باعتبار  
 كونها أم أب . والتي من جهة الأم ترث بالأمومة باعتبار كونها أم أم .

روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال :

«أنت أبا بكر الجدة مع ابنتها فطلبت الميراث من بنتها فجلس أبو بكر على المنبر يشير كأنه يريد  
 أن يشركها مع ابنتها فدخل العباس بن عبد المطلب وأبو بكر يقول تلك المقالة - فقال العباس -  
 أحقهما التي باتت تقول على رأسه آه . آه . فقال أبو بكر - صدقت - فورث بنتها وترك أم البنت  
 التي هي جدة الميت . والأم إذا حجبت الجدة من قبلها حجبت الجدة من قبل الأب أيضاً لأنها  
 مثلها . بل الجدة من قبل الأب أضعف حالاً من الجدة التي من قبل الأم ولهذا قدمت الثانية على  
 الأولى في حق الحضانة .

وكما تحجب الجدات من جهة الأب بالأم . تحجب أيضاً بالأب وهو قول عثمان وعلي وزيد بن  
 ثابت وغيرهم رضي الله عنهم .

وتسقط الجدات الأبويات أيضاً بالجد إلا أم الأب وإن علت كام أم الأب وهكذا فإنها ترث مع  
 الجد لأنها ليست من قبله بل هي زوجة له مثلاً فترث مع الجد . كما أن الأم ترث مع الأب .  
 والجدة القربى من أي جهة تحجب البعدى من تلك الجهة سواء أكانت من قبل الأب أو من قبل الأم .  
 وحاصل أقسام الجدات باعتبار القريب والبعد أربعة :

إذ لا يخلو إما أن تكون القربى والبعدى من جهة الأم كام الأم مع أم أم الأم أو يكون كل منهما  
 من جهة الأب كام الأب مع أم أم الأب . أو القربى من جهة الأب والبعدى من جهة الأم كام  
 الأب مع أم أم الأم . أو العكس كام الأم مع أم أم الأب أو مع أم أبي الأب . .  
 وحكم هذه الأقسام أن القربى من أي جهة تحجب البعدى من أي جهة لكن إذا كانت القربى من  
 جهة الأب والبعدى من جهة الأم . فالأصح عند الشافعي رحمه الله أن الجدتين تقسمان السدس  
 بالسوية بينهما وهو مروى عن زيد بن ثابت في إحدى الروايتين عنه .

وإليه ذهب مالك رضي الله عنه . لأن الجدة إنما تستحق بالأمومة وهي في الجدة التي في جانبها  
 الأم أظهر فإنها أم تدلي بأم بخلاف الأبوية فإنها أم تدلي بأب . فإذا كانت القربى من جهة الأم  
 فلها رجحان بزيادة القرب وظهور صفة الأمومة معاً فكانت أولى .

أما إذا كانت القربى من جهة الأب والبعدى من جهة الأم كما هو الفرض فلاحداهما ظهور الصفة  
 وللأخرى زيادة القرب فتستويان في استحقاق الإرث .

ويرى أبو حنيفة رضي الله عنه أن البعدى من جهة الأم تسقط بالقربى من جهة الأب وهو المفتى  
 به عند الحنابلة . وأحد القولين للشافعي واستدل الحنفية ، بأن استحقاق الجدة باعتبار الأمومة  
 وهي الأصلية ومعنى الأصلية في القربى أظهر وأقوى من في البعدى سواء أكانتا من جهة واحدة  
 أم من جهتين فتكون القربى مقدمة على البعدى مطلقاً . ولو كان ظهور الأمومة موجباً للتقديم  
 لكانت أم الأم مقدمة على أم الأب مع تساويهما في الدرجة مع أن تقديمها في تلك الصورة لم  
 يقل به أحد .

= ورد عليه بأن قوة المدلى به في أم الأب قاوم ظهور الأمومة التي في أم الأم فتساوينا حينئذ قلم تتقدم أم الأب عليها لعدم الترجيح - سواء في جميع ما تقدم أكانت القرى وارثة كأم الأب عند عدمه مع أم أم الأم وكأم الأم عند عدمها مع أم أم الأب - أم محجوبة كأم الأم عند وجودها فإنها محجوبة بها ومع ذلك تحجب أم أم الأب والجدة الوارثة هي من أدلت بمحض الذكور كأم الأب وأم أم الأب أو أدلت بمحض الإناث كأم أم الأم أو بمحض إناث إلى ذكور كأم أم أب كما تقدم شرحه.

وأما حجب الفروع فالابن يحجب ابن الابن وابن ابن الابن وإن نزل وابن الابن يحجب ابن ابن الابن وهكذا كل ابن وابن ابن نازلين بابن أب أقرب منه. وهو مبني على القاعدة الثانية المتقدمة.

أما حجب الأخوة، فهم يسقطون بالولد الذكر واحداً أو أكثر سواء أكان الأخوة أشقاء أم لأب أم لأم ذكوراً كانوا أم إناثاً واحداً أم متعدداً. وولد الابن الذكر كالولد في حجب الأخوة سواء أكان ابن الابن واحداً أم أكثر.

وتسقط أيضاً الأخوة بالأب دون الجد فيقاسمون كما سيأتي وإنما حُجبت الاخوة بالابن وابن وبالأب لمفهوم معنى الكلالة فإنها هي من لم يترك ولداً ولا والداً. وقد ورد لفظ الكلالة في آيتين: -

الأولى: قوله تعالى: ﴿وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة﴾ . . . الآية فهذه تفيد بمفهومها حجب الأخوة للأم بالولد والوالد.

وخص منها البنت فإنها لا تحجب الأخوة الأشقاء أو الأب ودليل التخصيص هنا ما ورد في السنة.

والثاني: قوله تعالى: ﴿يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة﴾ . . . الآية وهي تفيد بمفهومها أيضاً حجب الأخوة الأشقاء أو لأب بالابن والأب وابن الابن في الأولى ملحق بالابن . . . وكذا في الثانية ملحق به ودليله من السنة قوله ﷺ (فما بقي فلأولى رجل ذكر).

ولا شك أن كلاً من الابن والأب وكذا ابن الابن أولى من الأخوة فعلم أن الأشقاء يحجبون بالابن وابن الابن والأب.

والأخ لأب يحجب بهؤلاء الثلاثة وبالشقيق. وبالأخت الشقيقة إذا صارت عصبة مع البنت أو بنت الابن.

وابن الأخ الشقيق يحجب بهؤلاء وبالجد والأخ للأب وبالأخت للأب إذا صارت عصبة مع البنت أو بنت الابن، وابن الأخ للأب وخص من هذا البنت مع الأخت بالحديث فإنها عصبة يحجب بهؤلاء وبابن الأخ الشقيق.

والعم الشقيق يحجب بهؤلاء وبابن الأخ للأب.

والعم للأب يحجب بهؤلاء وبالعم الشقيق.

وابن العم الشقيق يحجب بهؤلاء وبالعم للأب.

وابن العم للأب يحجب بهؤلاء وبابن العم الشقيق.

والمدلي المعتق ذكراً كان أو أنثى يحجب بهؤلاء وابن العم للأب.

أما الأخ للام وأخته فيحجبان بالابن وابن الابن والأب والبنت وبنات الابن والجد.

الرُّبْع [الزوجة من الربع إلى الثمن] والأم من الثُلُث إلى السُدُس، وَحَجْبُ جِرْمَانَ: وهو أَنْ يُسْقَطَ الشَّخْصُ غيره بالكُلِّيَّة، وهو المقصودُ من هذا الفصل والذي يليه، والورثة يُنْقَسِمُونَ إلى من لا يتوسَّط بينهم وبين الميت غيرهم، وهم: الزَّوْجُ، والزَّوْجَةُ، والأبُ، والأمُّ، والابنُ، والبنْتُ، وإن اختصرت، قلتُ، الزوجانِ، والأبوانِ، والأولادِ فهؤلاء لا يحجبُهُم غيرهم، وإلى من يتوسَّط وهم ثلاثة أُضْرِبُ:

الأوَّلُ: المنتسبونُ إلى الميت من جهة العُلُوِّ، وهم الأَصُول، فالجدُّ لا يحجبُه إلا الأبُ، وإنما حجبه الأبُ؛ لأنَّه مَنْ يُذلي بعصبة، لا يرث معه، وكذلك كلُّ جدِّ يحجبُ مَنْ فوقه، والجداتُ قد يحجبُهُنَّ غيرُهُنَّ، وقد يحجبُ بعضهن بعضاً.

فأما حجبهُنَّ بغيرهنَّ، فالأمُّ تحجبُ كلَّ جدةٍ، سواءً كانت من جهتها أو من جهة الأبِ، كما يحجبُ الأبُ كلَّ من يرث بالأبوة.

قال العلماء: وكأنَّ الجدات يرثن السُدُسَ الذي تستحقُّه الأمُّ، فإذا أخذته، فلا شيء، والأبُ يحجبُ كلَّ جدةٍ من جهته؛ خلافاً لأحمد في أصحَّ الروايتين.

لنا: أنها تُذلي بعصبة، فلا ترث معه، كالجدِّ، وابنِ الابنِ، وأنها تُذلي بولدها، فلا تُشاركه في الميراثِ، كأُمِّ الأمِّ مع الأمِّ.

وكذلك كلُّ جدِّ يحجب كلَّ أمِّ نفسه وأبائه، ولا يحجبُ أمَّ من هو دونه.

والأبُ والأجدادُ لا يحجبونُ الجدةَ من جهة الأمِّ، قريبة كانت أو بعيدةً بالإجماع. وأما حجبُ بعضهنَّ ببعض فالقريبُ من كلِّ جهةٍ تحجبُ البعدى من تلك الجهة، وهذا من جهة الأمِّ لا يكونُ إلاَّ والبعدى مُذليَّةً بالقريبِ.

ومن جهة الأبِ، قد يكونُ كذلك، فالحكم كمثلِ، وقد لا يكونُ كأُمِّ الأبِ، وأمُّ أبي الأبِ، ففيه اختلافٌ عن الفرضيين.

= وبنيت الابن فأكثر تحجب بالبتين فأكثر ما لم يعصبها ابن ابن في درجاتها أو أنزل منها فترث وبنيت ابن الابن مع بنتي الابن كذلك وهكذا تحجب الأخوات للأب الواحدة والمتعددة بالشقيقتين فأكثر إذ لم يسبق لهن من الثلثين شيء ما لم يكن معهن أخ لأب فيعصبهن ولا يعصب إلا من في درجة، ينظر الميراث للشيخ وهبة إبراهيم.

«تتمة»

وجود المحجوب بالوصف كالعدم فلا يحجب أحداً حرماناً ولا نقصاناً عند الشافعية والحنفية وهو قول عامة الصحابة رضي الله عنهم لما روي - أن امرأة مسلمة تركت زوجاً مسلماً وأخوين من أمهما مسلمين وابناً كافراً. فقضى فيها علي وزيد بن ثابت بأن للزوج النصف ولأخويها الثلث وما بقي فهو للعصبة لو كان هناك عصبة ترث ولم يعطوا الابن لكونه كافراً وجعلوا وجوده كالعدم بالنسبة للحجب خلافاً لابن مسعود فإنه قال لا يحجب حجب حرمان بل حجب نقصان.

والذي أورده صاحب «التهذيب» وغيره أن القربى تحجب البعدى أيضاً، ولو كانت البعدى مدليةً بالقربى، لكن البعدى جدّة من جهة أخرى، فلا تحجب.

ومثاله: أن يكون لزينب بنتان حفصة، وعمرة، ولحفصة ابن، ولعمرة بنت بنت فنكح الابن بنت خالته، فأنت منه بولد، فلا تسقط عمرة التي هي أم أم أمها؛ لأنها أم أبي المولود<sup>(١)</sup>.

والقربى من جهة الأم كأم الأم تحجب البعدى من جهة الأب كأم أم الأب، كما أن الأم تحجب أم الأب.

والقربى من جهة الأب كأم الأب هل تحجب البعدى من جهة الأم؛ كأم أم الأم، فيه روايتان عن زيد، وقولان للشافعي - رضي الله عنهما -.

أحدهما: وبه قال أبو حنيفة - رحمه الله - نعم، وحجبت القربى من جهة الأم البعدى من جهة الأب.

وأظهرهما: وبه قال مالك وأحمد - رحمهما الله - لا، لأن الأب لا يخجب تلك الجدّة، فأتمه المدلية به أولى ألا يحجبها، وعلى هذا القياس نقل صاحب «التهذيب» أن القربى من جهة أمهات الأب، كأم أم الأب تسقط البعدى من جهة أباء الأب، كأم أم أبي الأب، وأم أبي أبي الأب، والقربى من جهة أباء الأب؛ كأم أبي الأب، هل تسقط البعدى من جهة أمهات الأب؛ كأم أم أم الأب، فيه القولان.

وقوله في الكتاب: «وأم الأب يخجبها الأب» معلم بالألف.

وقوله: «والقربى من جهة الأب لا تحجب البعدى من جهة الأم» بالحاء، وأما قوله «الجدّة من الجهتين لا تحجب الجدّة من جهة واحدة» هذه فقد صورنا في هذا الفصل ومن قبل الجدّة من جهتين، يبيّن أن السدس يكون بينهما ومن ضرورته ألا تكون واحدة منهما حاجبة للأخرى، وليعلم قوله «على السواء» بالواو؛ لوجه قدمنا، فإن القسمة على الجهات لا على الرؤوس والله أعلم.

قال الغزالي: «أما ابن الأبن فلا يخجبه إلا الأبن، وأما بنت الأبن فيخجبها الأبن، وبنتان من أولاد الصلب إلا أن يكون معها أو أسفل منها من يعصبها، والأخ للأب والأم»

(١) أي فالكبرى جدة هذا الولد من قبل أبيه ومن قبل أمه لكنها من قبل الأب أقرب لأنها أم أم أبيه وابنتها أم أم أمه فهي مساوية لها، فإذا مات هذا الولد وليست له أم قريبة كان القياس الذي تستحقه الجدة من هذه العليا وابنتها لتساويهما في الجدودة قال القاضي أبو الطيب والرويانى: وليس لنا جدة ترث مع ابنتها إلا في هذه الصورة.

لَا يَخْجُبُهُ (ح ز و) إِلَّا الْأَبُ وَالْأَبْنُ وَابْنُ الْأَبْنِ، وَالْأَخْتُ لِلْأَبِ وَالْأُمُّ كَذَلِكَ، وَالْأَخُّ لِلْأَبِ يَخْجُبُهُ مَنْ يَخْجُبُ الْأَخَّ لِلْأَبِ وَالْأُمُّ، وَالْأَخُّ لِلْأَبِ وَالْأُمُّ أَيْضًا يَخْجُبُهُ، وَالْأَخْتُ لِلْأَبِ يَخْجُبُهَا مَنْ يَخْجُبُ أَحَاهَا، وَأَخْتَانِ مِنْ قِبَلِ الْأُمِّ وَالْأَبِ، وَالْإِخْوَةُ وَالْأَخَوَاتُ لِلْأُمِّ يَخْجُبُهُمُ الْأَبُ وَالْجَدُّ وَالْأَبْنُ وَالْبِنْتُ وَابْنُ الْأَبْنِ وَبِنْتُ الْأَبْنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الضَّرْبُ الثَّانِي: الْمُنْتَسِبُونَ إِلَيْهِ مِنْ جِهَةِ السَّفَلِ، فابن الابن لا يَخْجُبُهُ إِلَّا الابنُ، وهو كما سبق في ترتيب العَصَبَاتِ، وَبِنْتُ الابنِ يَخْجُبُهَا الابنُ، وكذا بنتان من أولادِ الصُّلْبِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَعَهَا أَوْ أَسْفَلَ مِنْهَا دَكَرَ يُعْصَبُهَا، وَكَذَا بَنَاتُ ابْنِ الابنِ يَخْجُبُهَا ابْنُ الْأَبْنِ، وَيَسْقُطْنَ أَيْضًا، إِذَا اسْتَكْمَلَتْ بَنَاتُ الابنِ الثَّلَاثِينَ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَعَهُنَّ أَوْ أَسْفَلَ مِنْهُنَّ دَكَرَ فَيُعْصَبُهُنَّ، وكذا إن كانت بنتٌ من الصُّلْبِ، وَبِنْتُ ابْنِ أَوْ بَنَاتُ ابْنِ، وَعَلَى هَذَا الْقِيَاسِ.

الضَّرْبُ الثَّلَاثُ: الْمُنْتَسِبُونَ إِلَيْهِ عَلَى الطَّرْفِ، فَالْأَخُّ مِنَ الْأَبوينِ يَحْجِبُهُ ثَلَاثَةٌ؛ الْأَبُ، وَالْابْنُ، وَابْنُ الْابْنِ، وَاحْتِجَّ لِذَلِكَ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ﴾ [النساء: ١٧٦] الْآيَةَ، لَكِنَّهُ احْتِجَّاجٌ يَفْتَقِرُ إِلَى مَقْدَمَاتٍ طَوِيلَةٍ.

وفي الإجماع ما يغني عن مثله، ويجوزُ أَنْ يُعْلَمَ قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «لَا يَحْجِبُهُ إِلَّا الْأَبُ وَالْابْنُ وَابْنُ الْابْنِ» بِالْحَاءِ وَالزَّايِ وَالْوَاوِ، وَلِأَنَّ مَنْ يَقُولُ: الْجَدُّ وَالْإِخْوَةُ لَا يَتَقَاسِمُونَ يَسْقُطُهُمُ بِالْجَدِّ، وَالْأَخْتُ مِنَ الْأَبوينِ، كَالْأَخِّ فِي أَنَّهُ لَا يَخْجُبُهَا إِلَّا الثَّلَاثَةُ، وَالْأَخُّ مِنَ الْأَبِ يَخْجُبُهُ الَّذِينَ يَخْجُبُونَ الْأَخَّ مِنَ الْأَبوينِ؛ لِمَا سَبَقَ مِنَ الْحَدِيثِ فِي تَرْتِيبِ الْعَصَبَاتِ فَجَمَلُهُ حَاجِبِيهِ أَرْبَعَةٌ، وَالْأَخْتُ مِنَ الْأَبِ يَحْجُبُهَا هَوْلَاءِ الْأَرْبَعَةِ، وَكَذَلِكَ إِذَا اسْتَكْمَلَتْ الْأَخْتَانِ أَوْ الْأَخَوَاتُ مِنَ الْأَبوينِ الثَّلَاثِينَ سَقَطَتِ الْأَخَوَاتُ مِنَ الْأَبِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَعَهُنَّ مَنْ يُعْصَبُهُنَّ.

وَالْإِخْوَةُ وَالْأَخَوَاتُ مِنَ الْأُمِّ يَحْجُبُهُنَّ سِتَّةٌ: الْأَبُ، وَالْجَدُّ، وَالْابْنُ، وَابْنُ الْابْنِ، وَالْبِنْتُ، وَبِنْتُ الْأَبْنِ، وَإِنْ شئتُ قُلْتُ: أَرْبَعَةٌ: الْأَبُ، وَالْجَدُّ وَالْوَلَدُ، وَوَلَدُ الْابْنِ، وَوَجْهُهُ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتُ﴾ [النساء: ١٢] الْآيَةَ، وَالْمَرَادُ مِنَ الْأُمِّ عَلَى مَا تَقَدَّمَ.

وقوله [تعالى]: «يُورَثُ كَلَالَةً» مَفْسَّرٌ بِأَنْ يَرِثَهُ غَيْرُ الْوَالِدِينَ وَالْمَوْلُودِينَ، ثُمَّ يَقَالُ: «الْكَلَالَةُ»: اسْمُ الْمَيْتِ، وَيَقَالُ: اسْمُ غَيْرِ الْوَالِدِينَ وَالْمَوْلُودِينَ مِنَ الْوَرِثَةِ.

وعن الْأَزْهَرِيِّ وَقَوْلُهُ عَلَيْهِمَا جَمِيعًا، فَذَلَّتِ الْآيَةُ عَلَى أَنَّهُمْ إِنَّمَا يَرِثُونَ عِنْدَ عَدَمِ الْوَالِدِ وَالْوَلَدِ.

وَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ [يَخْلِطُ أَصْحَابَ الْفُرُوضِ بِالْعَصَبَاتِ، وَيَعُدُّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْ



الورثة ومن<sup>(١)</sup> يَحْجَبُهُ.

أما الرجال، فالابن لا يَحْجَبُهُ غيره، وابن الابن لا يَحْجَبُهُ إلا من يُذَلِّي به. والأب لا يُحْجَبُ، والجد لا يَحْجَبُهُ إلا من يُذَلِّي به، والأخ من الجهات على ما تبين، وابن الأخ من الأبوين يَحْجَبُهُ سته: الابن، وابن الابن، والأب، والجد، والأخ من الأبوين، والأخ من الأب، وابن الأخ من للأب يَحْجَبُهُ هؤلاء، وابن الأخ من الأبوين والعم من الأبوين يَحْجَبُهُ هؤلاء، والعم من الأبوين يَحْجَبُهُ هؤلاء، والعم من الأبوين يَحْجَبُهُ هؤلاء، والعم من الأب وابن العم من الأب يَحْجَبُهُ هؤلاء.

وابن العم من الأبوين والزوج لا يُحْجَبُ، والمعتق يَحْجَبُهُ عصباء النسب. وأما النساء، فالبنات لا تُحْجَبُ، وبنات الابن يَحْجَبُها الابن، وبنات الصلْب، إذا لم يكن من يعصِبُها، والأم لا تُحْجَبُ، والجدَّة من الأم لا يَحْجَبُها إلا الأم، ومن الأب يَحْجَبُها الأب والأم، والأخت من الجهات على ما بيَّنا.

والزوجة والمعتقة كالزوج والمعتق. وكل عصبية من هؤلاء يَحْجَبُهُ أصحاب الفروض المستغرقة للتركة.

قال الغزالي: ومن لا يرث لا يَحْجَبُ إلا في مسألة وهي أبوان وأخوان فإن الأخوين ساقطان بالأب، ويَحْجَبَانِ الأم من الثلث إلى السدس، والتقدير أنهما يَحْجَبَانِ الأم أولاً ثم الأب يَحْجَبُهُمَا ويأخذ فائدة حجبهما.

قال الرافعي: جميع ما ذكرنا في حجب شخص بشخص فيما إذا كان الحاجب وارثاً من الميت، أما إذا لم يرث، نُظِرَ إن كان امتناع الإرث لرق، وما في معناه من الموانع، فلا يُحْجَبُ لا حجب حرمان، ولا حجب نقصان، أما حجب الحرمان فمجمع عليه، وأما الآخر، فمقيس عليه، فلو مات عن: ابن رقيق، وزوجة وأخ حرين لم يحرم الأخ الابن<sup>(٢)</sup> ولا ينقص فرض الزوجة، وإن كان لا يرث لتقدم غيره عليه، فقد يحجب غيره حجب النقصان، وذلك في صور:

إحداها: إذا مات عن: أبوين، وأخوين، فللأم السدس لمكان الأخوين، والباقي للأب، لأنهما يسقطان بالأب، ويترجع فائدة حجبهما إليه.

الثانية: أم وجد، وأخوان، من الأم، الحكم كما في الصورة الأولى.

(٢) في ب لا يحرم الابن الأخ.

(١) سقط من ب.

الثالثة: أب، وأم أب، وأم أم، تسقط أم الأب بالأب، وفيما ترثه أم الأم

وجهان:

أحدهما: نصف السُدُس، لأن الأب هو الذي حجب أمه، فترجع فائدة الحجب

إليه.

وأظهرهما: السُدُس؛ لانفرادها بالاستحقاق، وليس كما سبق، لأن الجدة ترث بالفرضية، فلا تناسب جهة استحقاق الأب، وهي العُصوبة، وهناك كل واحد منهما يرث بالعصوبة، فأمكن رد الفائدة إليه.

الرابعة: في المعادة.

إذا مات عن جد وأخ من الأبوين وأخ من الأب، ينقص الأخ من الأب نصيب

الجد، ولا يأخذ شيئاً.

وقوله في الكتاب: «ومن لا يرث، لا يحجب إلا في مسألة»... هذه اللفظة

مشهورة من الفرائض مع هذا الاستثناء، وليس المراد منه حجب الجزمان، فإنه لا استثناء منه، وإنما المراد حجب النقصان، أو ما يشتركان فيه.

وعلى التقديرين، فالاستثناء غير مقصود في المسألة المذكورة، كما تبين.

فالتقدير أنهما يحجبان الأم أولاً ثم الأب يحجبهما ويأخذ فائدة حجبهما قضية

اللفظ ترتب حجبهما على الحجب بهما، ولا يعرف بهما ترتب لا بالزمان ولا بالرتبة وصرف ما يفضي إلى الأب متوجه من غير أن يُقدَّر هنا الترتيب بأن يُقال: ليس لها مع الأخوين إلا السُدُس بالنص، فما يبقى يأخذه الأب بالعصوبة، ويتقدير ثبوت الترتيب المفروض.

فالأخوان حين حجبنا الأم لم يخرجنا عن كونهما وارثين؛ لأنهما لم يحجبا بعد،

فلا تكون المسألة مستثناة من قولنا: «من لا يرث لا يحجب». والله أعلم.

قال الغزالي: ومهما اجتمعت قرأتان في شخص واحد لا يجوز الجمع بينهما في

الإسلام قسداً، ولكن لو حصل بينكاح المجوس أو بوطاء الشبهة يسقط أضعف القرابتين

بأقواهما ولم يؤرث (ح و) بهما، والأقوى يعرف بأمرين (أحدهما): أن تحجب إحداهما

الأخرى كنبت هي أخت لأم فنسقط أخوة الأم بالبنوة (والثاني): أن تكون إحداهما أقل

حجبا كأم أم هي أخت لأب ورثت بالجدوة، لأن الجدة لا تسقط إلا بواحدة وهي الأم،

والأخت تسقط بالأب والأبن وابن الأبن، فإذا نكح المجوسي ابنته فولدت بنتاً فمات

المجوسي فقد خلف بنتين إحداهما زوجة فلا حكم للزوجية، ولهما الثلثان، وإن ماتت

الْعُلْيَا بَعْدَهُ فَقَدْ خَلَفَتْ بِنْتًا هِيَ أُخْتٌ لِأَبٍ فَلَهَا النُّصْفُ بِالْبُتُوَّةِ، وَسَقَطَتِ (ح) وَ (و) الْأُخُوَّةُ، وَإِنْ مَاتَتِ السُّفْلَى أَوْلًا فَقَدْ خَلَفَتْ أُمًّا هِيَ أُخْتٌ لِأَبٍ فَلَهَا الثُّلُثُ بِالْأُمُومَةِ وَسَقَطَتِ (ح) وَ (و) الْأُخُوَّةُ، فَلَوْ أَنَّ الْمَجُوسِيَّ وَطِءَ الْبِنْتَ السُّفْلَى فَوَلَدَتْ بِنْتًا، فَإِذَا مَاتَ فَقَدْ خَلَفَ ثَلَاثَ بَنَاتٍ فَلَهُنَّ الثُّلَاثَانِ، فَإِنْ مَاتَتِ الْعُلْيَا فَقَدْ خَلَفَتْ بِنْتًا وَبِنْتَ بِنْتٍ، فَلِلْبِنْتِ النُّصْفُ بِالْبُتُوَّةِ، وَلِلْبِنْتِ الْبِنْتِ الْبَاقِي بِأُخُوَّةِ الْأَبِ، وَأُخُوَّةُ الْأَبِ فِي حَقِّ الْبِنْتِ الْعُلْيَا قَدْ سَقَطَتْ، فَلَوْ مَاتَتْ الْوَسْطَى أَوْلًا فَقَدْ خَلَفَتْ أُمًّا وَبِنْتًا هُمَا أُخْتَا أَبٍ، فَسَقَطَتِ الْأُخُوَّةُ مِنَ الطَّرَفَيْنِ، فَلِلْأُمِّ السُّدُسُ وَلِلْبِنْتِ النُّصْفُ، فَلَوْ مَاتَتِ السُّفْلَى أَوْلًا فَقَدْ خَلَفَتْ أُمًّا وَأُمَّ هُمَا أُخْتَا أَبٍ، فَلِلْأُمِّ الثُّلُثُ بِالْأُمُومَةِ، وَلِلْأُمِّ النُّصْفُ بِأُخُوَّةِ الْأَبِ، وَسَقَطَتْ جُدُودُهَا بِالْأُمِّ، هَذَا طَرِيقُ النَّظَرِ فِيهِ.

### القول في ميراث المجوسي :

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مقصودُ الفِضْلِ الكلامُ فيما إذا اجتمعَا في شَخْصٍ وَاحِدٍ قَرَابَتَانِ، منع الشَّرْعُ من مباشرة سَبَبِ اجْتِمَاعِهِمَا؛ كَأُمِّ هِيَ أُخْتٌ، وذلك يَقَعُ فيما بَيْنَ، الْمَجُوسِي الْمُسْتَبِيحِينَ لِنِكَاحِ الْمُحَارِمِ، وربما أسلموا بَعْدَ ذَلِكَ، أو تَرَافَعُوا إِلَيْنَا، وقد يتفق نادراً فيما بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ بِالْعَلَطِ وَالِاشْتِبَاهِ، وَالْحُكْمُ أَنَّهُ لَا يُورَثُ بِالْقَرَابَتَيْنِ جَمِيعاً، وَإِنَّمَا يُورَثُ بِأَقْوَاهُمَا، وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَحْمَدُ: يُورَثُ بِالْقَرَابَتَيْنِ جَمِيعاً، إِذَا كَانَتِ الْقَرَابَتَانِ بِحَيْثُ لَوْ وَجِدْنَا فِي شَخْصَيْنِ، لَوَرَّثْنَا مَعاً.

وبه قال ابنُ اللَّبَّانِ، وحكاه ابنُ الصَّبَّاحِ عن ابنِ شَرِيحٍ وقال الشيخُ أبو عليٍّ: إنه ذهب إليه في بعض المسائل، ولم يُطْلَقْ.

واحتجَّ القائلون به بأنَّهُمَا سَبَبَانِ يُورَثُ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عِنْدَ الْإِنْفِرَادِ، فَإِذَا اجْتَمَعَا لَمْ يُسْقَطْ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ، كَأَبْنِ عَمٍّ، هُوَ أَخُ الْأُمِّ أَوْ زَوْجِ زَوْجَةٍ.

ووجه ظاهر المَذْهَبِ أَنَّهُمَا قَرَابَتَانِ يُورَثُ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَرَضَ عِنْدَ الْإِنْفِرَادِ، فَإِذَا اجْتَمَعَا لَمْ يورث بهما الفِرْضَانِ كالأختِ مِنَ الأبِ والأُمِّ، لا تَرثُ بِالْقَرَابَتَيْنِ مَعاً، وَيُخَالَفُ مَا اسْتَشْهَدُوا بِهِ، فَإِنَّ هُنَاكَ يُورَثُ بِأَحَدِي الْجِهَتَيْنِ فِرْضاً، وَبِالْآخَرَى عَصُوبَةً وَاجْتِمَاعَهُمَا مَعَهُودٌ كَمَا فِي حَقِّ الْأَبِ مَعَ الْوَلَدِ.

قال علماءونا - رحمهم الله تعالى - : والأقوى يُعْرَفُ بِأَمْرَيْنِ:

أحدهما: أن تحجب إحداهما الأخرى؛ كبنيت، هي أخت لأم، وذلك بأن يطأ أمه، فتلد بنتاً، فهي أخته لأمه وبنته، فالأخوة ساقطة بالبنتية.

وأبو حنيفة يوافق على التوريث بالأقوى من هذا الوجه، وإنما الخلاف من الأقوى من الوجه الثاني.

والثاني: أن يكون أحدهما أقل حجياً أو لا يتطرق إليهما حجبت.

مثال الأول: أم أم، هي أخت لأب: وصورتها: أن يطأ ابنته، فتلد بنتاً، فيطأها، فتلد ولداً، فالأولى أم أم الولد وأخته لأبيه.

ومثال الثاني: أم، هي أخت لأب، وذلك بين من هذا التصوير، فيكون الإزث بالأمومة أو بالجدودة دون الأخوة؛ لأن الأم لا تحجب، وأم الأم لا تحجبها إلا الأم. وأما الأخت فيحجبها جماعة، سبق بيانه.

وابن اللبان - رحمه الله تعالى - حكى غير هذه العبارة من معرفة الأقوى والأضعف، فقال: إذا كانت إحدى الترابتين تسقط حيث لا تسقط الأخرى، فالأولى ضعيفة والأخرى قوية، فالأم التي هي أخت تراث بالأمومة؛ لأن الأخت تسقط بالأب والابن، وابن الابن دون الأم.

قال: وهذا يشكّل بأم الأم التي هي أخت لأب، فإن الجدة تسقط بالأم، والأخت لا تسقط، والأخت تسقط بالأب والجدة، لا تسقط بالأم فيلزم أن تكون كل واحدة من القربتين أقوى من الأخرى وأضعف، وأخذ يحتج بذلك على إبطال القول بسقوط إحدى القربتين، والعبارة مزيفة، كما ذكره، ولكن اعتماد الأصحاب على ما سبق.

وهذا الإشكال لا يرد عليه.

إذا تقرر ذلك، فنوضحه بمثالين:

أحدهما: وقد ذكره صاحب الكتاب - رحمه الله -: نكح المجوسي ابنته فأولدها بنتاً، ثم مات المجوسي، فقد خلف بنتين: إحداهما زوجة، فلها الثلثان، ولا عبرة بالزوجية بالاتفاق، كما لو ماتت الكبرى بعده، فقد خلفت بنتاً هي أخت لأب، فلها النصف بالبنتية وسقطت الأخوة.

ولو ماتت الصغرى بعده دون الكبرى، فقد خلفت أمّاً، هي أخت لأب، فلها الثلث بالأمومة، وسقطت الأخوة. وقال أبو حنيفة ومن ساعده من الصورة الأولى: لها النصف بالبنتية والباقي بالأخوة.

وفي الثانية: لها الثلث بالأمومة، والنصف بالأخوة.

وعن تخريج ابن سريج مثل قوله في الصورة الأولى دون الثانية، والفرق أن الأخت مع البنت تأخذ بالعصوبة، فلا يلزم الجمع بين فرضين، وفي الثانية يلزم.

وعنه أيضاً: أنه يحتمل أن يُقال في الصورة الثانية: لها النُصفُ مفهوماً إلى الثلث بخلاف ما إذا خلّفت أماً، هي أختُ لأبٍ وأختُ أخزى، حيث لا نورثها بالأخوة، ولا يلزمنا أن نردّها إلى السُدس، فتكون قد حَجَبَتْ نَفْسَهَا، وهذا لا يُجوزُ.

واحتمل أبو حنيفة حَجَبَهَا بنفسها، وجعل لها السُدس بالأمومة، والثلاثين بينهما بالأخوة.

ولو كانت المسألة بحالها، ووطيء المجوسي البنت الصغرى، فولدت بنتاً، ثم ماتت، فقد خلف ثلاث بناتٍ، فلهنّ الثلثان، فإن ماتت العليا بعده، فقد خلّفت بنتاً وبنتَ بنتٍ، هما أختان لأبٍ، فللبنتِ النصفُ بالبنتِ، وللبنتِ الباقي بالأخوة.

وإن ماتت الوسطى بعد الأب أولاً، فقد خلّفت أماً وبنتاً، هما أختان لأبٍ، وكلُّ واحدةٍ من الأمومة والبنتِ أقوى من الأخوة، فللأمّ السُدس وللبنتِ النُصف.

وعند أبي حنيفة: الباقي بينهما بالسوية؛ لأنهما أختان.

ولو ماتت السفلى أولاً؛ فقد خلّفت أماً وأمّ أمّ، هما أختان لأبٍ، فللأمّ الثلث بالأمومة، وللأمّ النُصف بالأخوة؛ لأنه سقطت جدودتها بالأمّ.

ولو أن في مسألة البنات الثلاث ماتت العليا قبل الأب، فقد خلّفت أباً وبنتاً وبنتَ بنتٍ، فهما أختان لأبٍ، فالمال للأب والبنتِ.

فلو مات بعدها الأب، فقد خلف بنتين، ولو ماتت الوسطى دون الأب، فقد خلّفت أباً وبنتاً، ولو ماتت بدلها السفلى، فقد خلّفت أباً وأمّاً، ولو كانت الوسطى أوّل مَنْ مات من الأربعة، فقد خلّفت: أبوين وبنتاً، فلو مات بعدها الأب، فقد خلف بنتين ولو ماتت بعدها العليا، فقد خلّفت أباً وبنتَ بنتٍ، هي أختُ لأبٍ فلا شيء لها.

ولو ماتت السفلى بعدها فقد خلّفت: أباً وأمّ أمّ، هي أختُ لأبٍ، فلها السُدس بالجدودة، والباقي لأبٍ.

ولو كانت السفلى أوّل مَنْ ماتت من الأربعة، فقد خلّفت أباً وبنتاً، وأمّ أمّ، هما أختان لأبٍ، فتسقط أمّ الأمّ وجدودتها بالأمّ وأخويها بالأب، فلو مات الأب بعدها، فقد خلّف: بنتين. وإن ماتت العليا، فقد خلّفت أباً وبنتاً<sup>(١)</sup>.

وإن ماتت الوسطى، فقد خلّفت أبوين.

ولو ماتت العليا بعد موت الأب والوسطى، فلها بنتُ بنتٍ، هي أختُ لأبٍ، ولو

(١) سقط من: ب.

مَاتَتِ الْوَسْطَىٰ بَعْدَ مَوْتِ الْأَبِ وَالسَّفَلَىٰ، فَلَهَا بِنْتُ، هِيَ أُخْتُ لِأَبٍ.

ولو مَاتَتِ الْوَسْطَىٰ بَعْدَ مَوْتِ الْأَبِ<sup>(١)</sup>، وَالْعَلِيَا، فَلَهَا بِنْتُ، هِيَ أُخْتُ لِأَبٍ.

ولو مَاتَتِ بَعْدَ مَوْتِ الْأَبِ وَالسَّفَلَىٰ، فَقَدْ خَلَفَتْ أُمًّا، هِيَ أُخْتُ لِأَبٍ، فَلَهَا الثَّلَاثُ بِالْأُمومة.

ولو مَاتَتِ السَّفَلَىٰ بَعْدَ مَوْتِ الْأَبِ وَالْعَلِيَا، فَقَدْ خَلَفَتْ أَيْضًا أُمًّا، هِيَ أُخْتُ لِأَبٍ.

ولو مَاتَتِ بَعْدَ مَوْتِ الْأَبِ وَالْوَسْطَىٰ، فَقَدْ خَلَفَتْ أُمَّ أُمَّ، هِيَ أُخْتُ لِأَبٍ، فَلَهَا السُّدُسُ بِالْجُدُودَةِ.

وَحَكَى الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ أَنَّ ابْنَ اللَّبَّانِ ذَكَرَ وَجْهًا آخَرَ، وَهُوَ أَنَّهَا تَرِثُ بِالْأُخُوَّةِ، لِأَنَّ نَصِيبَ الْأَخْتِ أَكْثَرُ وَلِيَحْرَرُ هَذَا مِنْ أَخَوَاتِ الصُّورَةِ.

المسأل الثاني: نكح أمه، فأولدها بنتاً، ومات، فقد خلف أمّاً وبنتاً، هي أخت لأم؛ فللأم السدس، وللبنات النصف، ولا شيء لها بأخوة الأم بالاتفاق.

ولو مَاتَتِ الْأُمُّ بَعْدَهُ، فَقَدْ خَلَفَتْ بِنْتًا، هِيَ بِنْتُ ابْنِ، فَلَهَا النُّصْفُ بِالْبِتِّيَّةِ.

وقال أبو حنيفة: لها مع ذلك السدس تكملة الثلثين. ولو مَاتَتِ الْبِنْتُ دُونَ الْأُمِّ، فَقَدْ خَلَفَتْ أُمًّا، هِيَ أُمُّ أَبِي، فَلَهَا الثَّلَاثُ بِالْأُمومة.

ولو مَاتَتِ الْأُمُّ أَوْلًا، فَقَدْ خَلَفَتْ بِنْتًا هِيَ بِنْتُ ابْنِ، فَإِنْ مَاتَ بَعْدَهَا الْمَجُوسِيُّ، فَقَدْ خَلَفَتْ بِنْتًا، هِيَ أُخْتُ لِأُمِّ.

ولو مَاتَتِ الْبِنْتُ دُونَ الْمَجُوسِيِّ، فَقَدْ<sup>(٢)</sup> خَلَفَتْ أَبًا، هُوَ أَخُ لَأُمِّ، وَلَوْ مَاتَتِ الْبِنْتُ أَوْلًا، فَقَدْ خَلَفَتْ أَبُوَيْنِ، وَالْأَبُ أَخُ لَأُمِّ وَالْأُمُّ أُمُّ أَبِي.

فإن مات المجوسي بعدها، فقد خلف أمّاً، وإن مَاتَتِ الْأُمُّ بَدَلَهُ، فَقَدْ خَلَفَتْ ابْنًا.

ولو أن المجوسي، أولد أمه بنتين، ثم نكح أحدهما فأولدها ابناً وبنتاً، ومات فله أم وبنتان، هما أختاه لأمه، وابن وبنت، هما ولد ابنتيه وأخته لأمه<sup>(٣)</sup>، فللأم السدس والباقي بين الأولاد، فإن مَاتَتِ بَعْدَهُ الْأُمُّ، فَلَهَا بِنْتَانِ هُمَا بِنْتَا ابْنِ، وَبِنْتُ ابْنِ وَابْنُ ابْنِ،

(١) سقط من: ب.

(٢) سقط من: ب.

(٣) سقط من: د.

هما ولدا بنتي، فلبنتين الثلثان، والباقي بين بنتِ الابنِ وابنِ الابنِ أثلاثاً، يعصّب الذكرُ أختهَ لأبيه وأمه دون أخته لأبيه. قال ابن شريح: ولو مات الغلامُ دون الأم، فله أختُ من الأبوينِ وأختان من الأب؛ إحداهما أمُّه، وجدته هي أمُّ أمه وأمُّ أبيه، فللاختِ من الأبوينِ النصفُ، وللأختِ من الأب التي هي أمُّ السدسِ بالأمومة، وللأخرى السدسُ تكملةً الثلثينِ وسقطتِ الجدةُ بالأم.

وهذا جوابُ أبي حنيفةَ في الأختِ من الأبوينِ والجدة. وقال: للأمُّ السدسُ، ولها بأخوة الأب مع الأخرى السدسُ بالشركة. ولو ماتت أختُ الغلامِ دونَهما، فلها أخٌ من الأبوينِ وأختان من الأب، إحداهما أمُّ وجدته، هي أمُّ أب وأمُّ أم، فللأمِّ السدسُ، والباقي للأخ.

ولو ماتت أمُّ الغلامِ دونَهم، فلها ابنٌ وبنتٌ هما ولدا أب وأم، وأختٌ من الأبوينِ، فلأمها السدسُ والباقي بين ولديها.

ولو ماتت التي هي خالةُ الغلامِ دونَهم، فلها أمٌ وأختٌ من الأبوينِ وأخٌ وأختٌ من الأب، فلأمها السدسُ، وللأختِ من الأبوينِ النصفُ، والباقي بين الأخِ والأختِ أثلاثاً. وقياسُ مذهب أبي حنيفة حيث لم نذكره بين وليعلم قوله في الكتاب، ولم يورث بهما، بالحاء والألف والواو، ويمكن إعادة هذه العلامات في مواضع من الفضل، وقد يخطر بالبال أنه، لِمَ وصل القولُ من ميراثِ المجوسي بفصول الحجب، فلعل سببه أن إسقاطِ إحدى القرابتين بالأخرى ضرب من الحجب، والله أعلم.

قال الغزالي: وما يتدفع به الميراث ستة أمور: الأول: اختلاف الدين، فلا يتوارث الكافرُ والمسلمُ (ح و)، ويتوارث اليهودُ والنصارى وأهل الملل، وفي توارث الذمّي والحزبي مع انقطاع الموالاة بينهما بالدارِ خلاف (و)، والمعاهد (ح) في حكم الذمّي على الأظهر، لا في حكم الحزبي، وقيل: إنه في حكم الحزبي، والمزند لا يرث ولا يورث (ح) أصلاً، بل ماله فيء والزنديق كالمزند.

قال الرافعي: قد يكون في الشخص صفة أو تعرض بينه وبين المورث حالة تمنع من الإرث، وربما سماه القرصيون حجباً بالأوصاف وما سبق حجباً بالأشخاص، ولما كانا جميعاً مقتضيين للحزمانِ قرن صاحب الكتاب بينهما، وهذا النوع فيما عدّه ستة أضرب:

الضرب الأول: اختلاف الدين، وفيه ستة مسائل:

المسألة الأولى: المسلم لا يرث الكافر، ولا بالعكس، لِمَا روي عن أسامة بن

زَيْدٌ أَنْ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «لَا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ، وَلَا الْكَافِرُ الْمُسْلِمَ»<sup>(١)</sup> (٢).

ولا فَرْقٌ بين القريبِ والمعتقِ، ولا بَيِّنٌ أن يُسْلِمَ قَبْلَ الْقِسْمَةِ، أو يَسْتَمِرَّ عَلَيَّ الْفُرَّةَ<sup>(٣)</sup>؛ خلافاً لأحمدَ من المسألتين؛ حيث قال: المسلم يَرِثُ عتيقه الكافرِ، وَمَنْ

(١) وأجمعوا على عدم إرث الكافر المسلم إذا دام على كفره حتى قسمت التركة فإن أسلم قبل قسمتها فلا يرث أيضاً قياساً على الأول بجامع أن كلا كافر حال الموت، وقال الإمام أحمد رضي الله عنه - إن أسلم الكافر قبل قسمة التركة ورث - ترغيباً له في الإسلام - وقال - المسلم يرث عتيقه الكافر.

وأما عدم إرث المسلم الكافر فهو مذهب الجمهور خلافاً لمعاذ بن جبل ومعاوية رضي الله عنهما.

واستدلوا بقوله ﷺ: «الإسلام يزيد ولا ينقص».

وقياساً على النكاح والاعتنام - فكما أن المسلم يتزوج الكافرة بالشروط فكذلك الميراث. وكما أن المسلم يفتنم مال الكافر كذلك يصح أن يرثه - وأجيب بأن الخبر إن صح فمعناه يزيد بفتح البلاد ولا ينقص بالارتداد - وأما القياس فمردود بأن العبد ينكح الحرة ولا يرثها. والمسلم يفتنم مال الحربي ولا يرثه.

ثم إنهم اختلفوا هل الكفر كله ملة واحدة أو ملل متعددة. فالأصح من مذهبنا كمذهب الحنفية أن الكفر كله ملة واحدة فيتوارث الكفار بعضهم من بعض إلا ما سيأتي التنبيه على عدم إرثه. ومذهب المالكية والحنابلة أن الكفر ملل. فاليهود ملة - والنصارى ملة - والمجوس ملة - وعباد الشمس ملة - وعليه فلا يتوارث بعضهم من بعض لاختلاف مللهم.

استدل الأولون بقوله تعالى: -

﴿فَمَاذَا بَعَدَ الْحَقِّ إِلَّا الضَّلَالُ﴾.

وقوله أيضاً: ﴿لَكُمْ دِينُكُمْ وَلِيَ دِينِ﴾.

واستدل الآخرون بقوله تعالى: -

﴿وَلَنْ تَرْضَى عَنْكَ الْيَهُودَ وَالنَّصَارَى حَتَّى تَتَّبِعَ مِلَّتَهُمْ﴾ فهما ملتان.

وقوله تعالى:

﴿لِكُلِّ جَمَلْنَا مِنْكُمْ شَرْعَةً وَمَنْهَاجاً﴾.

وقوله ﷺ: «لا يتوارث أهل ملتين».

وأجاب الأولون بأن الآية الأولى لا تدل على اختلاف ملتهما. إذ يحتمل أن تكون ملتهما واحدة كما يشعر به وقوع لفظ الملة مفرداً. ويكون أفراد كل منهما بالذكر لاختلافهما في بعض الأحكام مع كون ملتهما واحدة.

والجواب عن الآية الثانية. أن معناها لكل من دخل دين محمد ﷺ جعلنا له القرآن شرعة ومنهاجاً كما قال مجاهد.

ويجاب عن الحديث بأن المراد بالملتين في الإسلام والكفر بدليل أن في بعض طرقه زيادة «فلا يرث المسلم الكافر».

(٢) متفق عليه، وأخرجه أصحاب السنن.

(٣) قيل يستثنى من قول الشيخ المسلم لا يرث الكافر ما لو مات الكافر عن زوجة حامل ووقفنا =



أَسْلَمَ قَبْلَ الْقِسْمَةِ وَرِثَ مِنَ الْمُسْلِمِ، قَالَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ: وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْمِيرَاثِ، حَيْثُ لَا يَرِثُ الْمُسْلِمُ مِنْ كَافِرٍ مَا، وَيَبِينُ النُّكَاحَ، حَيْثُ يَجُوزُ لَهُ نِكَاحُ بَعْضِ الْكَافِرَاتِ أَنْ التَّوَارِثُ مَبْنِيٌّ عَلَى الْمَوَالَاةِ وَالْمَنَاصَرَةِ، وَلَا مَوَالَاةَ وَلَا مَنَاصَرَةَ بَيْنَ الْمُسْلِمِ وَالْكَافِرِ بِحَالٍ، وَمَوَاصِلَتُنَا إِيَّاهُمْ نَوْعٌ تَشْرِيفٌ لَهُمْ، فَيَخْتَصُّ بِمَنْ لَهُمْ أَضَلُّ مِنَ الْإِحْتِرَامِ، وَهُمْ أَهْلُ الْكِتَابِ.

المسألة الثانية: يَرِثُ الْكُفَّارُ بَعْضُهُمْ مِنْ بَعْضٍ، كَالْيَهُودِيِّ مِنَ النَّصْرَانِيِّ، وَالنَّصْرَانِيِّ مِنَ الْمَجُوسِيِّ، وَالْمَجُوسِيِّ الْحَرَبِيِّ مِنَ الْوَثْنِيِّ، وَبِالْعُكُوسِ وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: وَوَجْهَهُ: بَأَنَّ الْكُفَّارَ - عَلَى اخْتِلَافِ فِرْقِهِمْ - كَالنَّفْسِ الْوَاحِدَةِ فِي مُعَادَاةِ الْمُسْلِمِينَ وَالتَّمَالُؤِ عَلَيْهِمْ.

قال الشافعي - رضي الله عنه - المُشْرِكُونَ فِي تَفْرِيقِهِمْ وَاجْتِمَاعِهِمْ يَجْمَعُهُمْ أَعْظَمُ الْأُمُورِ، وَهُوَ الشَّرْكَ بِاللَّهِ تَعَالَى، فَجَعَلَ اخْتِلَافَهُمْ كَاخْتِلَافِ الْمَذَاهِبِ فِي الْإِسْلَامِ، وَقَدْ قَالَ عَزَّ اسْمُهُ:

﴿لَكُمْ دِينُكُمْ وَلِيَ دِينِ﴾: [الكافرون: ٦] وَقَالَ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿فَمَاذَا بَعْدَ الْحَقِّ إِلَّا الضَّلَالُ؟﴾ [يونس ٣٢].

فَأَشْعَرَ بَأَنَّ الْكُفْرَ كُلَّهُ مِلَّةٌ وَاحِدَةٌ.

وقال أحمد - رحمه الله - فِي أَصْحَحِ الرَّوَايَتَيْنِ: لَا يَرِثُ أَهْلُ مِلَّةٍ مِنْ أَهْلِ مِلَّةٍ أُخْرَى.

وعن ابن خَيْرَانَ وَغَيْرِهِ تَخْرِيجَ وَجْهِ مِثْلِهِ بِنَاءً عَلَى قَوْلِنَا إِنْ الْكَافِرُ إِذَا انْتَقَلَ مِنْ دِينٍ إِلَى دِينٍ لَا يُقْرَأُ عَلَيْهِ، فَإِنَّهُ يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ الْكُفْرُ كُلَّهُ مِلَّةً مُخْتَلِفَةً.

وهذا ما اخْتَارَهُ الْأَسْتَاذُ أَبُو مَنْصُورٍ فِيمَا حَكَاهُ أَبُو خَلْفٍ الطَّبْرِيُّ، وَيَدُلُّ عَلَيْهِ ظَاهِرُ مَا رُوِيَ أَنَّهُ عليه السلام قَالَ: «لَا يَتَوَارَثُ أَهْلُ مِلَّتَيْنِ شَيْءٌ»<sup>(١)</sup>.

= الميراث للحمل فأسلمت ثم ولدت الولد ورث، وإن كان محكوماً بإسلامه لأنه كان محكوماً بكفره يوم الموت. ذكره الرافعي في الكلام على إرث الجنين، وقد يقال هذه لا ترد لأنه حين موت أبيه كان كافراً فما ورثنا إلا كافراً من كافر. وما ذكره الشيخ الأسنوي عن الأشراف للقاضي عبد الوهاب المالكي في الخلاف أن الشافعي رضي الله عنه قال: إذا مات عتيق المسلم النصراني أنه يرثه معتقه المسلم لا يعرف هذا في نصوص الشافعي بل الموجود في نصوصه عدم الإرث وأطال الشيخ البلقيني وغيره الرد عليه.

(١) رواه أحمد. والنسائي. وأبو داود. وابن ماجه. والدارقطني. وابن السكن، من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، ورواه ابن حبان من حديث ابن عمر في حديث، ومن حديث جابر =

وَمَنْ قَالَ بِالْمَذْهَبِ الْمَشْهُورِ حَمَلَهُ عَلَى الْإِسْلَامِ وَالْكَفْرِ؛ لَمَا سَبَقَ؛ وَيُؤَيِّدُهُ أَنَّهُ رُويَ مِنْ بَعْضِ الرُّوَايَاتِ:

«لَا يَتَوَارَثُ أَهْلُ مِلَّتَيْنِ؛ وَلَا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ»<sup>(١)</sup>. فجعل الثاني بياناً للأول، وهذا إذا كان اليهودي والنصراني مثلاً ذميين أو حربيين، ولا فرق بين أن يكون الحربيان متقفي الدار، أو مختلفيها.

وقال أبو حنيفة: إن كانا مختلفي الدار؛ كالروم والهند<sup>(٢)</sup>، لم يتوارثا، وإن اتحدت ملتتهما، والضابط أن يختلف الملوك ويرى بعضهم قتل بعض.

أما إذا كان أحدهما ذمياً، والآخر حربياً؛ ففي التوارث بينهما قولان، حكاهما الإمام وغيره.

أحدهما: جريانه، لشمول الكفر.

وأصحهما: المنع، لانقطاع الموالاة بينهما.

وهذا ما أورده أكثر الأصحاب. وربما نقل الفرضيون إجماع العلماء عليه، والمعاهد والمستأن كالذمي أو كالحربي؟ فيه وجهان:

= رواه الترمذي واستغربه، وفيه ابن أبي ليلى، وأخرجه البزار من حديث أبي سلمة عن أبي هريرة بلفظ: «لا ترث ملة من حلة» وفيه عمر بن راشد، قال: إنه تفرد به وهو لين الحديث، ورواه النسائي والحاكم. والدارقطني بهذا اللفظ، من حديث أسامة بن زيد، قال الدارقطني: هذا اللفظ في حديث أسامة غير محفوظ، ووهم عبد الحق فعزاه لمسلم، قوله: روي في بعض الروايات: «لا يتوارث أهل ملتين، لا يرث المسلم الكافر» فجعل الثاني بياناً للأول، فدل على أن المراد بالملتين: الإسلام، والكفر، البيهقي بلفظ: «لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم، ولا يتوارث أهل ملتين» وفي إسنادها الخليل بن مرة وهو واه. قاله الحافظ في التلخيص.

(١) تقدم.

(٢) [حكى الشيخ النووي في شرح مسلم عن الأصحاب أن الحربيين، وكذا لو كانوا حربيين في بلدين متجاورين لم يتوارثا. انتهى.]

قال في القوت: وهذا النقل سهو منه رحمه الله، وإنما هو مذهب أبي حنيفة رحمه الله لا يعرف عن أحد من أصحابنا هذا هو الصواب بلا شك الموجود في كتب المذهب وكتب الفرائض للأصحاب وكلها ناصة على عدم الفرق عندنا خلافاً لأبي حنيفة، وقد وقع هذا السهو لصاحب التعجيز في شرحه وتبعه عليه بعض الفرضيين من أهل العصر فإنه قال بعد أن قرر التوارث بينهم وقال الماوردي: إذا اختلف دار أهل الحرب باختلاف ملوكهم ومعاداتهم فلا يرث بعضهم من بعض. هذا إنما حكاها الماوردي عن أبي حنيفة إلى آخر ما ذكره. وأخذ صاحب الخادم واعتمده، وفي النفس مما قاله الأذرعى وتبعه الزركشي شيء والشيخ هو الثقة الأمين ولم ينقله عن الماوردي.]

أَحَدُهُمَا: وَيُحَكِّى عَنْ ابْنِ سُرَيْجٍ: أَنَّهُ كَالْحَرَبِيِّ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَوِطِنُ دَارَنَا، وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ.

وَأَصْحُهُمَا: وَهُوَ الَّذِي حَكَاهُ ابْنُ اللَّبَّانِ عَنِ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: أَنَّهُ كَالذَّمِّيِّ؛ لِأَنَّهُمَا جَمِيعاً مَعْضُومَانِ بِالْعَهْدِ وَالْأَمَانِ.

فَعَلَى هَذَا يَجْرِي التَّوَارِثُ بَيْنَ الذَّمِّيِّ وَالْمَسْتَأْمَنِ، وَعَلَى الْأَوَّلِ فِي (١) التَّوَارِثِ بَيْنَهُمَا الْقَوْلَانِ. وَيَجْرِي التَّوَارِثُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْحَرَبِيِّ، وَلَا بِأَسَ بِإِيرَادِ مِثَالٍ مِنَ الْمَسْأَلَةِ: يَهُودِيٌّ ذَّمِّيٌّ مَاتَ عَنِ ابْنِ مِثْلِهِ، وَآخِرُ نَصْرَانِيٍّ ذَّمِّيٍّ، وَآخِرُ يَهُودِيٍّ مَعَاهِدٌ، وَآخِرُ يَهُودِيٍّ حَرَبِيٍّ، فَالْمَالُ بَيْنَهُمْ سِوَى الْأَخِيرِ عَلَى الْمَذْهَبِ (٢).

وَيَجِيءُ مِنَ النُّصْرَانِيِّ وَجْهٌ بِنَاءً عَلَى انْقِطَاعِ التَّوَارِثِ بَيْنَ مَلِكِ الْكُفَّارِ، وَمِنَ الْمَعَاهِدِ أَيْضاً بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ كَالْحَرَبِيِّ وَالذَّمِّيِّ يَتَوَارَثَانِ وَيَجِيءُ فِي الْحَرَبِيِّ وَجْهٌ أَنَّهُ يَرِثُ؛ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْحَرَبِيَّ وَالذَّمِّيَّ يَتَوَارَثَانِ، وَلِيَعْلَمَ قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «وَيَتَوَارَثُ الْيَهُودُ وَالنُّصَارَى» بِالْأَلْفِ وَالْوَاوِ وَالْمِيمِ أَيْضاً، فَقَدْ اضْطَرَبَتِ الرَّوَايَةُ عَنِ مَالِكٍ فِيهِ.

وقولُهُ: «وَالْمَعَاهِدُ مِنْ حُكْمِ الذَّمِّيِّ بِالْحَاءِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

المسألة الثالثة: المرتد لا يرث من أحد، ولا يرثه أحد لا مسلم ولا مرتد ولا كافر أصلي، بل ماله فيء لبيت المال، سواء ما اكتسبه (٣) في حال الإسلام، وما اكتسبه في حال الردة، وبه قال أحمد ومالك - رضي الله عنهما - إلا أن مالكا يقول: إذا ارتد في مرضه، وأتاهم بأن قصد منع المال من الورثة ورثوه.

(١) سقط من ب.

(٢) قيل: كيف يتصور توارث اليهودي من النصراني وعكسه لأن الصحيح النصراني إذا تهود أو عكسه لا يقر على ذلك بل لا يقبل منه إلا الإسلام.

وأجيب بأنه يتصور بما لو أتت اليهودية من النصراني بولد ومات النصراني واختار الولد دين أمه ورث من أبيه.

قال في الخادم: ويتصور في الولاء بأن يعتق نصراني عبداً يهودياً في الزوجية بأن ترث اليهودية من النصراني وعكسه. وأحسن من ذلك تصويره بما لو تهود النصراني في دار الحرب قبل التزام الجزية فإن المنع من التقرير إنما هو بعد التزامها بدليل حكايتهم قولين فيما إذا لم يسلم هل يقتل أو يلحق بمأمنه أصحابهما الثاني، أما لو تهود في دار الحرب ثم جاءنا وقبل الجزية أقر قطعاً لمصلحة قبول الجزية.

(٣) رد الشيخ الإمام السبكي على الشيخ ابن الرفعة تقييده ذلك بموته على الردة وأطال في ذلك وأحسن فيما قال. وقال الشيخ البلقيني في التدريب وأما ما وجب له من قصاص بقطع طرف أو جرح في حال إسلامه فإنه يستوفيه من كان وارثه لولاء الردة على مقتضى النص المعمول به فيمكن أن يستثنى، وإن لمح فيه التشفي، وقياس ذلك يأتي في حد القذف وفي اليهودي ينتصر.

وقال أبو حنيفة: ما اكتسبه في حال الإسلام يرثه المسلمون من أقاربه.

لنا: حديث أسامة بن زيد - رضي الله عنه - وقياس المتنازع فيه على المتفق عليه، وأبدى الإمام احتمالاً في توريث المرتد من المرتد على قولنا: أن ملك المرتد لا يزول إلا بالموت، تخريجاً من قولنا إن ولد المرتد من المرتدة مُرْتَدٌ ولا ينزل التحاقه بدار الحرب منزلة مَوْتِهِ.

وقال أبو حنيفة: ينزل منزلة الموت، حتى يقسم ماله بين ورثته وتحل ديونته ويُعتق مدبرته، قال: فلو رجع مسلماً ردّ الورثة ما بقي في أيديهم، وما استهلكوا وتصرفوا فيه، لم يلزمهم ضمانه. هذا من المرتد الذي يظهر كفره.

وكذا الحكم في المرتد بالزندقة الذي يخفي الكفر، ويتجمل بالإسلام، خلافاً لمالك؛ حيث قال: ماله لورثته المسلمين، والله أعلم.

قال الخزازي: الثاني: الرقيق فلا يرث ولا يورث إذ لا ملك له ويستوي فيه المكاتب (ح م) والمدبر وأم الولد والقين، ومن نصفه حرٌ ونصفه رقيق لا يرث، بل يورث في القول الجديد، فإن قلنا: لا يورث فما ملكه ينصفه الحر لسيدِهِ، أو لبنيت المال، فيه خلاف (و م).

### «القول في الرق»

قال الرافعي: الرقيق لا يرث، واحتج له بأنه لو ورث، لكان الملك للسيد، والسيد أجنبي عن الميت، فلا يمكن توريثه منه، ولم يقولوا: إنه يرث العبد ثم يتلقاه السيد بحق الملك، وسواء استمر الرق أو عتق قبل قسمة التركة، خلافاً لأحمد - رحمه الله -.

من الحالة الثانية: ولا يرث من الرقيق أحد؛ لأنه لا ملك له، وإذا قلنا إنه يملك بتمليك السيد، فهو ملك غير مستقر، يعود إلى السيد، إذا زال الملك عن رقبته، كما إذا باعه، ويستوي في ذلك القين والمكاتب والمدبر، وأم الولد، فلا يرثون، ولا يورثون. وعن أبي حنيفة ومالك أن المكاتب، إذا مات عن وفاء فما يفضل عن النجوم لورثته؛ لأنه يموت حراً عندهما، وأما من بعضه حرٌ وبعضه رقيق، فلا يرث أيضاً؛ لأنه لو ورث لكان بعض المال لِمَالِكِ الباقي، وهو أجنبي عن الميت.

وقال أحمد - رحمه الله -:

يرث بقدر ما فيه من الحرية.

وهل يورث عنه؟ فيه قولان:

القديم، وبه قال أبو حنيفة ومالك: أنه لا يورث عنه، كما أنه لا يرث.  
والجديد، وبه قال أحمد<sup>(١)</sup>: أنه يرث؛ لأن ملكه تام على ما في يده؛ فأشبهه  
الحر. فإن قلنا بالقديم، فما ملكه بالبغض الحر، لمن يكون؟ فيه وجهان:  
أظهرهما: عند أكثرهم، وحكوه عن نصه في القديم: أنه لملك الباقي؛ لأنه  
نقص منع الإزث، فصار كما لو كان كله رقيقاً.

والثاني: أنه لبيت المال، ويُنسب هذا إلى تخريج الإصطخري.  
ووجهه أن مالك الباقي قد أخذ حقه من كسبه، وهذا مملوك بالحرية.  
ونقل الفرضيون هذا الوجه عن ابن سريج<sup>(٢)</sup>.  
وقالوا: إنه الصحيح؛ لأنه ليس لملك الباقي على الجزم مئة ولا ولاء، ولا ملك،  
ولا نسب، فلا معنى لصرفه إليه.

وإن قلنا بالجديد، فهو لمن له من قريب أو معتق.

وفي القدر الموروث وجهان، حكاهما ابن اللبان والإمام:

أحدهما: أن ما جمعه بنصفه الحر يتقسط على مالك الباقي والورثة بقدر ما فيه  
من الرق والحرية، فإذا كان نصفه حرّاً، ونصفه رقيقاً، فنصف ما جمعه بنصفه الحر  
للسيد، ونصفه للورثة، لأن سبب الإزث الموت، والموت حل جميع بدنه، وبدنه  
ينقسم إلى الرق والحرية، فينقسم ما خلفه.

وأصحهما: أنه يملك جميع ما ملكه بنصفه الحر؛ لأن مالك الباقي قد استوفى  
نصيبه بحق الملك؛ فلا سبيل له على الباقي.

وقوله في الكتاب: «ومن نصفه حرّ ونصفه رقيق لا يرث» يجوز أن يُغَلَمَ مع  
الألف بالواو والزاي.

أما الواو؛ فلأن أبا عبد الله الحناطي روى عن ابن سريج وجهاً أنه يرث بقدر ما  
فيه من الحرية.

وأما الزاي، فلأن المزي، لما نقل عن الشافعي - رضي الله عنه - أن نصف  
العبد، إذا كان حرّاً يرثه أبوه، إذا مات.

قال: والقياس على قوله: أنه يرث من حيث يورث، فمن الأصحاب من قال:  
قصد بهذا الكلام الاختجاج على أنه لا يورث إذ: لو ورث، لو ورث.

(٢) سقط من: د.

(١) سقط من: ب.

وقال آخرون: أراد به كما يُورث ينبغي أن يرث بقدر ما فيه من الحرّية. وظاهر قوله تخريج قول للشافعي - رضي الله عنه - وكذلك حكاه ابن اللبان، والفرضيون على مذهب المزي في جملة.

ومن ورث المعتقد بغضه، وبه قال في الصحابة علي - كرم الله وجهه - وعلى هذا؛ فلو ترك الحر ابناً له، نصفه حرّاً، وأخاً حرّاً، فالنصف للابن، والباقي للأخ.

ولو ترك ابنتين ونصف كل واحد منهما حرّاً، وأخاً حرّاً، فقد اختلفوا في قياس قول علي - رضي الله عنه -:

فمن محمد بن الحسن اللؤلؤي في آخرين أن قياسه أن يجمع ما فيهما من الحرّية، وهو حرّية تام، فيسقط الأخ، ويكون جميع المال بينهما.

وقال سفيان الثوري - رحمه الله - قياس:

قوله: قسمة المال بينهما. على تقدير كمال الحرّية، والخط بقدر ما فيهما من الرق.

ولو كانا حرّين، لكان جميع المال بينهما لكل واحد منهما النصف، فإذا كان نصف كل واحد منهما رقيقاً، رجّع حقه إلى النصف، فلكل واحد منهما الربع، والباقي للأخ.

وللبصريين عبارة أخرى تؤذي قول سفيان - رحمه الله عليه - وهي: أن يؤخذ المال مثل جزء الحرّية، ويقسم بينهما بحسب ما فيهما من الرق والحرّية، فيأخذ في هذه الصورة نصف المال، ويجعله<sup>(١)</sup> بينهما نصفين، وهذا هو الصحيح عند الفرضيين؛ لأنّ علياً - رضي الله عنه - قال: ويحجب بقدر ما فيه من الرق ومن جميع ما فيهما من الحرّية لم يحجبهما عن شيء، ويشبه أن يذهب إلى الصحيح من ورثته من أصحابنا.

وهذه صور مما يتفرّع على توريثه.

ابنان ثلث كل واحد منهما حرّاً، وأخ، فعلى الطريق الأول: لهما ثلثا المال، وعلى الصحيح: لكل واحد منهما ثلث النصف.

ثلاثة بنين، نصف كل واحد منهما حرّاً.

على الطريق الأول فيهم حرّية ونصف حرّية، فيجعل المال بينهم أثلاثاً، وعلى الصحيح: لو كانوا أحراراً، لاقتسما المال أثلاثاً؛ فلكل واحد منهم نصف الثلث.

(١) في د: يجعل.

بتّان، نصف كل واحدة منهما حرّ:

على الأول: فيهما حرّية بنت فلها النصف.

وعلى الصحيح: لو كانتا حرّتين، لأخذنا ثلثي المال، فالآن يأخذان نصف الثلثين. أربع بنات، نصف كل واحدة منهنّ حرّ:

على الأول: فيهن حرّية بتّين؛ فلهنّ الثلثان.

وعلى الصحيح: لو كنّ حرائر، لأخذنّ الثلثين؛ لكل واحدة منهنّ السدس، فالآن تأخذ كل واحدة منهنّ نصف السدس.

بتّان: نصف إحداهما وثلث الأخرى حرّ:

على الأول: فيهما خمسة أسداس حرّية؛ فلهما خمسة أسداس النصف، يقتسمانها بحسب حرّيتهما.

وعلى الصحيح: لو كانتا حرّتين، لكان لكل واحدة منهما الثلث، فلكل واحدة منهما ثلث الثلث، وهو التسع؛ لأشتراكهما في حرّية الثلث، ثم صاحبة النصف اختصت بمزيد حرّية، وهو السدس، فلها مع ذلك سدس النصف، فلا يُنظرُها هنا إلى الثلث الذي تأخذه مع الأخرى بتقدير الحرّية، وإنما يُنظرُ إلى النصف الذي تأخذه عند الانفراد؛ لأنها انفردت بالسدس الزائد.

بنت نصفها حرّ، وأخرى ثلثها حرّ، وأخرى ربعها حرّ:

على الأول: فيهما حرّية ونصف سدس حرّية، فلهنّ بالحرّية نصف المال، وبالزائد نصف سدس السدس؛ لأن حصّة الواحدة، من النصف السدس، فيضمّ ذلك إلى النصف، ويقسم بينهن على ثلاثة عشر، ست للأولى وأربعة للثانية، وثلاثة للثالثة.

وعلى الصحيح: لو كنّ حرائر، لأخذت كل واحدة منهنّ ثلثي المال، وقد استوين من حرّية الربع، فلكل واحدة منهنّ ربع التسعين، وذلك تمام حقّ التي ربعها حرّ، وإذا خرجت من البنين، نظرنا إلى ما تأخذه كل واحدة من الباقيتين بتقدير حرّيتهما، وانفراجهما، وهو الثلث، ولكل واحدة منهما نصف سدس الثلث؛ لأشتراكهما في حرّية. نصف السدس بعد الربع، وذلك تمام حقّ التي ثلثها حرّ.

والثالثة فضلتها بحرّية السدس، ولها بتقدير الحرّية والانفراد نصف المال، فتأخذ سدس النصف، وتضمّه إلى ما عندها.

ابن نصفه حرّ، وآخر ثلثه حرّ، وآخر ربعه حرّ:

على الأول: جميع المال بينهم على ثلاثة عشر.

وعلى الصحيح: لو كانوا أحراراً، لأخذوا المالَ أثلاثاً، وقد استوتوا في حرية الربع، فلكل واحد منهم ربع الثلث، وهو تمام حق الذي رُبَعُهُ حُرٌّ.

ثم الآخران لو انفردا، لكان لكل واحد منهما نصفُ المال، ولو اشتركا في حرية نصفِ السُدُسِ بعد الربع، فلكل واحد منهما نصفُ سدسِ النصفِ. وهو تمام حق الذي ثلثه حُرٌّ، ثم الآخران، لو انفردا، لكان لكل واحد منهما نصفِ المال، وقد اشتركا في حرية نصفِ السُدُسِ بعد الربع، فلكل واحد منهما نصفُ سدسِ النصفِ، وهو تمام حق الذي ثلثه حُرٌّ، وللآخر مع ذلك سدسُ المال؛ لأنه لو انفرد، لأخذ كل المال، وقد فضّلها بحرية السُدُسِ.

ابنُ وبنْت، نصفُ كل واحدٍ منهما حُرٌّ:

على الأول: يضمُّ نصفُ حريةِ البنْتِ إلى حريةِ الابنِ؛ لأن بنتينِ بائِنِ، فيحصلُ ثلاثة أرباعِ حريةٍ، فلهما ثلاثة أرباعِ المالِ أثلاثاً.

وعلى الطريقةِ الثانيةِ: لو كانا حرّينِ، لكان المالُ بينهما أثلاثاً، فلكل واحدٍ منهما الآن نصفُ نصيبه، لو تمتْ حرّيته.

وقيل: لو كانَ الابنُ حُرّاً، وهي رقيقةٌ، لأخذ جميعَ المالِ.

ولو كانا حرّينِ، لأخذَ ثلثي المالِ، بحريتها وحجبته عن ثلثِ المالِ، فنصفُ حرّيتها تحجبه عن نصفِ الثلثِ، فيبقى له خمسةُ أسداسِ المالِ، وهي عشرون سهماً من أربعة وعشرين سهماً، لكن نصفه رقيقٌ، فيعود ذلك إلى عشرة أسهمٍ.

ولو كانتِ البنْتُ حرّةً، وهو رقيقٌ، لأخذت نصفَ المالِ.

ولو كانا حرّينِ، لأخذت ثلثه فحرّيته حجبته عن سدسِ المالِ، فنصف حرّيته تحجبها عن نصفِ السُدُسِ، فيكون لها الربعُ والسدسُ، وهو عشرة من أربعة وعشرين، لكن نصفها رقيقٌ، فيعود إلى خمسة من أربعة وعشرين.

وهذا الجوابُ اختيارُ ابنِ اللَّبانِ وغيره في هذه الصّورة، ويسمى هذا النوعُ من القسمة طَريقَ المُخاطبةِ والدَّعوىِ.

ابنُ وابنُ ابنِ نصفُ كل واحدٍ منهما حُرٌّ.

قيل: يجمع بين الحرّيتين ويجعلُ المالَ بينهما نصفينِ.

وعلى طريقِ سُفيانَ - رحمه الله تعالى - : للابنِ النصفُ، ولا شيء لابنِ الابنِ، لأنَّ الابنَ يَحْجُبُ ابْنَ الابنِ. لو كانا حرّينِ فَنُصِفَهُ يَحْجُبُ نَصْفَهُ.

وقيل: للابنِ النصفُ، ولابنِ الابنِ نصفُ الباقي؛ لأنه لو كان حُرّاً، لكان له



الباقي، فإذا كان نصفه حرّاً، كان له نصفُ الباقي. قال الشيخ أبو خَلْفِ الطبري: وهذا أظهر. بنتٌ وبنْتُ ابنٍ، نصفُ كلِّ واحدةٍ منهما حرٌّ.

قيل على قياس محمد بن الحسن: يجمع بين الحرّيتين، فيحصل حرية بنتٍ، فلهما النصفُ بالسوية، وسببُ التسوية أنّ بنتَ الابنِ، تقول لبنتِ الصُّلبِ: ليس لك إلاّ الربعُ، فخذيه ودعيني مع العصة ولي معهم، لو انفردت، النصفُ فأخذُ نصفهُ.

وعلى طريقه سفيان - رحمه الله -: لو كانتا حرّتين لأخذت البنتُ النصفَ، وبنْتُ الابنِ السدسَ، فيرد كلُّ واحدٍ إلى نصفِ نصيبها.

وقيل: هو اختيارُ ابنِ اللبان وغيره: للبنتِ الربعُ، لأنها لو كانت حرّةً، لكان لها النصفُ، ولبنتِ الابنِ السدسُ، وبنوها على أنّها، لو كانت حرّةً، وكان النصفُ من بنتِ الصُّلبِ حرّاً، يكون لبنتِ الابنِ الثلثُ؛ لأنها تستحقُّ مع حرية البنتِ السدسَ، ومع رقتها النصفَ، فإذا حجبتُها حرّيتها عن الثلثِ الزائدِ على السدسِ، فيحجبها نصفُ حرّيتها عن نصفِ الثلثِ الزائدِ على السدسِ<sup>(١)</sup>.

وإذا كانَ لها الثلثُ عند حرّيتها، فيكونُ لها السدسُ عند حرية نصفها.

والظنُّ أن أصحابَ المذهبين الأولين لا يسلّمون أنّها تستحقُّ الثلثَ عند تمامِ الحرّيةِ، واللّه أعلم. أبٌ وابنٌ، نصفُ كلِّ واحدٍ منهما حرٌّ:

عن محمد اللؤلؤي - رحمه الله تعالى - أنه يُقسّم المالَ بينهما نصفين، لأنّ كلَّ واحدٍ منهما، لو انفرد، لأخذَ الكلَّ، كأنهما جمعا ما فيهما من الحرّيةِ، فتحصلُ عصبَةٌ كاملةٌ.

وطريقة سفيان: أنهما لو كانا حرّين، كان للأبِ السدسُ، والباقي للابنِ، فلكلِّ واحدٍ منهما الآن نصفُ نصيبه.

وقيل: للأبِ سدسٌ وثمنٌ، وللابنِ سدسٌ ثلثٌ، وثمنٌ؛ لأنه، لو كان الأبُ حرّاً، والابنُ رقيقاً، أخذَ جميعَ المالِ.

ولو كانا حرّين، أخذَ سدسَ المالِ، فحرية الابنِ تخجبه عن خمسَةِ أسداسِ المالِ، فنصفها يخجبه عن نصفِ هذا المبلغِ، وهو ربعٌ وسدسٌ، فينضم ذلك إلى السدسِ، فيحصل له ثلثٌ وربعٌ، لكن نصفهُ رقيقٌ، فيعود إلى سدسٍ وثمنٍ.

والابنُ، لو كانَ حرّاً، والأبُ رقيقاً، لأخذَ جميعَ المالِ.

(١) سقط من: ب.

ولو كانا حرّين، لأخذ خمسة أسداس المال، فحرية الأب تخجبه عن سدس المال، فنصفها يخجبه عن نصف السدس، فيحصل له خمسة أسداس، ونصف سدس، لكن نصفه رقيق، فيرتد إلى نصف هذا المبلغ، وهو ثلث وثمن.

قال أبو خَلَفٍ: وهذا هو الصحيح على قياس<sup>(١)</sup> علي - رضي الله عنه - وهذه صورة تفيده الأقيس بهذا المذهب، ولم نطوّل بإيراد أخواتها؛ لبُعد هذا المذهب من مذهبنا، ولأننا لم نجد عن القائسين على مذهب علي - رضي الله عنه - ضوابط منقحة، فتخرج عليها الفروع وبالله التوفيق.

قال الغزالي: الثالث القاتل لا ميراث له إن كان قتلُه مضموناً إمّا بكفارة، أو إثم (و)، أو دية، أو قصاص سواء كان عمداً أو خطأ (ح م و)، بسبب كحفر البئر، أو مباشرة من مكلف (ح) أو غير مكلف، فإن لم يكن مضموناً كقتل الإمام في الحدّ فقولان، وإن كان يسوغ قتلُه ونزكته كقتل القصاص، ودفع الصائل، وقتل العادل الباغي فقولان مرتبان.

### القتل مانع من الإرث

قال الرافعي: عن عمر - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ أنه قال: «ليس للقاتل ميراث»<sup>(٢)</sup>.

وعن ابن عباس - رضي الله عنهما - أنه ﷺ قال: «لا يرث القاتل شيئاً»<sup>(٣)</sup>.  
ويروى: «من قتل قتيلاً، لا يرثه، وإن لم يكن له وارث غيره»<sup>(٤)</sup>.

(١) في ب: قول.

(٢) رواه النسائي بهذا اللفظ من رواية عمرو بن شعيب عن عمر مرفوعاً في قصة وهو منقطع، ورواه ابن ماجه. والموطأ والشافعي. وعبد الرزاق. والبيهقي، قال البيهقي: ورواه محمد بن راشد عن سليمان بن موسى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً، قلت: وكذا أخرجه النسائي من وجه آخر عن عمرو، وقال: إنه خطأ، وأخرجه ابن ماجه. والدارقطني من وجه آخر عن عمرو في أثناء حديث وفي الباب عن عمر بن شيبه بن أبي كثير الأشجعي أخرجه الطبراني في قصة، وأنه قتل امرأته خطأ، فقال له النبي ﷺ: «اعقلها ولا ترثها»، وعن عدي الجذامي نحوه أخرجه الخطابي، وسيأتي له طريق أخرى.

(٣) رواه الدارقطني وفي إسناده كثير بن سليم وهو ضعيف.

(٤) قال الحافظ في التلخيص: رواه البيهقي من طريق عبد الرزاق عن معمر عن رجل عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعاً فذكره بزيادة: وإن كان والده أو ولده، والرجل المذكور هو عمرو بن برق قاله عبد الرزاق راوي الحديث، قال الحافظ في التلخيص وهو ضعيف عندهم.

وعن أبي هريرة - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّهُ قَالَ ﷺ: «الْقَاتِلُ لَا يَرِثُ»<sup>(١)</sup>.  
والمعنى الكلبي أنا لو ورثنا القاتِلَ، لم نأمن مِنْ مستعجلِ الإرث أن يقتل مورثه،  
فأقتضت المصلحة حزمته<sup>(٢)</sup>.

إذا تقرّر ذلك، فالقتل ضربان:

أحدهما: المضمون منه، وهو موجبٌ لِلِحِزْمَانِ، سواء كان مضموناً بالقصاص أو

(١) تقدم.

(٢) اختلف في القتل المانع من الإرث فعندنا معاشر الشافعية لا يرث من له مدخل في القتل. ولو كان بحق كمتص وإمام وقاصد وجلاد بأمرهما أو أحدهما سواء أكان مباشراً أم متسبباً بالاختيار أم بالإكراه - لكنهم رجحوا في صورة من حفر بترأ في ملكه فقتل فيه مورثه. وكذا من وضع حجراً أو نصب ميزاباً في ملكه أو بنى حائطاً في ملكه فمات المورث بسببها - رجحوا في هذه الصور الإرث. . لأنه لم يتعد فيها. أما إذا تعدى بأن حفر بترأ في الطريق فإنه لا يرث إذا مات بها مورثه - هذا إذا كان التسبب قريباً. بخلاف ما إذا كان بعيداً كان أحبل الزوج زوجته فماتت بالولادة فإنه يرث. وإن كان له تسبب في موتها بالأحبال - لكنه بعيد - ولأن الوطء من باب الاستمتاع. ومن شأنه ألا ينسب إليه قتل.

هذا والقتل يشمل المقصود كما تقدم وغير المقصود كقتل النائم والمجنون والصبي غيرهم. فلا يرث واحد منهم من قتله.

وأما حديث «رفع القلم عن ثلاث - عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق» فلا يرد علينا - لأنه المرفوع هنا إنما هو قلم التكليف ولا تعلق له بالإرث. وخالف في ذلك أبو حنيفة فقال بإرث القاتل إذا كان صبياً أو مجنوناً لارتفاع القلم عنهما. وعندنا لا يرث لمن له دخل في القتل سواء أقصد به مصلحة كضرب الأب ابنه للتأديب فيموت بسببه وربطه الجرح للمعالجة أم لا.

قال ﷺ: «ليس للقاتل من الميراث شيء» أي ليس لمن له مدخل في القتل شيء من الإرث. وأما السادة الحنفية. فيقولون. إن القتل المانع من الإرث هو ما يتعلق به وجوب القصاص أو الكفارة. فالذي يوجب القصاص هو العمد. وما لا يوجب الكفارة أما شبه العمد وأما الخطأ - وموجبهما الكفارة والدية على العاقلة ولا إثم فيه. ويحرم القاتل الميراث في هذه الصور كلها - هذا إذا كان القتل بغير حق - أما لو قتل مورثه قصاصاً أو حداً أو رقماً عن نفسه فلا يحرم الميراث - وكذا إذا تسبب في القتل ولم يباشره مطلقاً سواء أكان في تسببه متعدياً أم لا.

واعترض على الحنفية في قصر المانع على القتل الموجب للقصاص أو الكفارة. بما إذا قتل الأب ابنه عمداً فإنه لم يثبت به قصاص ولا كفارة مع أنه محروم اتفاقاً.

وأجيب بأنه موجب للقصاص بحسب أصله إلا أنه سقط بقوله عليه الصلاة والسلام «لا يقتل الوالد بولده ولا السيد بعبده».

وعند السادة الحنابلة كل قتل مضمون بدية أو قصاص أو كفارة مانع وما لا فلا - أما القتل بحق فلا يمنع الميراث.

وعند السادة المالكية. يرث القاتل خطأ من المال دون الدية. ولا يرث القاتل عمداً وعدواناً.

الدِّية أو الكفارة، والتضمين: بمجرد الكفارة، كما إذا رَمَى إلى صَفِّ الكَفَّارِ في القتال، ولم يعلم أن فيهم مُسْلِماً، وكان فيهم مورثه المُسْلِمُ، فقتله، تجب الكفارة ولا دية.

ولا فرق بين أن يكونَ القتلَ عمداً أو خطأً، خلافاً لمالك - رحمه الله - حيث قال: الخاطيء يرث إلا من الدية الواجبة بفعله.

وحكى الحناطي قولاً: أنه الخاطيء يرث مطلقاً.

لنا: الأخبار، وأيضاً، فمن لا يرث من الدية، وجب ألا يرث من غيرها؛ كالعمد، ولا فرق بين أن يكونَ الخطأً بالباشرة، كما إذا كان يرمي إلى هدف أو صيد، فأصاب مورثه، أو بالتسبب، كما لو حفر بئراً عُذواناً، فتردئ فيها مورثه، أو نصب حَجراً في الطريق، فتعثر به ومات. وقال أبو حنيفة: القتل بالتسبب لا يقتضي الحزمان، إلا إذا ركب دابةً، فرسست مورثه، ومات.

لنا: أنه قتل يتعلّق به الضمان، فيتعلّق به الحزمان كالقتل مباشرة، ولا فرق بين أن يقصد بالتسبب مصلحة؛ كضرب الأب والمعلم والزوج للتأديب، إذا أفضى إلى الموت، وكما إذا سقى مورثه الصبي دواءً أو بطاً له جرحاً على سبيل المعالجة، فمات أولاً يقصد.

وفي سقي الدواء وبط الجرح وجه حكاه ابن اللبان وغيره.

وعن صاحب «التقريب» وجه في مطلق القتل بالتسبب: أنه لا يوجب الحزمان، والمذهب الأول.

ولا فرق بين أن يصدّر القتل من مكلف أو غير مكلف، خلافاً لأبي حنيفة، حيث قال: القتل الصادر من الصبي والمجنون والمبرس لا يقتضي الحزمان.

لنا: الأخبار، وأن ما يمنع من توريث المكلف يمنع من توريث غيره؛ كالرق، ولك أن تعلم، لما ذكرنا قوله في الكتاب: «أو خطأ» بالميم والواو، وقوله: «بسبب» بالحاء والواو، وقوله: «أو غير مكلف» بالحاء، ويجوز إغلامه بالواو، وأيضاً؛ لأنه، إذا كان لنا في الخطأ قول جاء منه خلاف في الصبي بناءً على أن عمده خطأ، وقوله: «مضموناً إما بكفارة أو إثم» لفظ التضمين بالإثم، كالبعيد عن الاستعمال.

ثم المراد منه مسألة، وهي: أن المكروه على قتل مورثه، إذا قتله لا يرثه.

وإن قلنا: لا قصاص، ولا ضمان؛ لأنه أثم بالقتل. [هذا ظاهر المذهب، وفيه وجه آخر، بناءً على أن المكروه أله القتل]، وهو المذكور في الكتاب من أبواب القصاص، فيجوز أن يُرَقَمَ قوله «أو أثم» لذلك.

الضرب الثاني: غير المضمون من القتل، وينقسم إلى: مستحق مقصود وإلى

غيره.

والأوّل نوعان:

أحدُهُما: لا يُسَوِّغُ تركُهُ، فإذا قتل الإمامُ مَوْرَثَهُ حَدّاً بِالرَّجْمِ، أو في المَحَارَبَةِ،  
ففيه قولان أو وجهان:

أحدُهُما: عن تخريج ابنِ سُرَيْجٍ وغيره: أنه لا يوجبُ الحرمانَ؛ لأن الإمامَ مأمورٌ  
به محمولٌ عليه، ويحكى هذا عن ابنِ خَيْرَانَ.

والثاني: يوجبُهُ لإطلاقِ الأخبارِ، وفيه وجهٌ آخرُ أنه يُفَرَّقُ بَيْنَ أن يَثْبُتَ بالإقرارِ،  
فلا يُحْرَمُ؛ لأنه غيرُ مَثْمَمٍ وبين أن يَثْبُتَ بالبينة، فيحرمُ؛ لاحتمالِ مواطاةِ الشُّهُودِ، وبه  
قال أبو إسحاق.

والنوع الثاني: ما يُسَوِّغُ تركَهُ؛ كقتلِ المورثِ قِصاصاً، ففيه خلافٌ مرتبٌ على  
الخلافةِ في قتلِ الإمامِ حَدّاً، وهذا أوّلَى باقتضاءِ الحرمانِ؛ لأنه مخيرٌ<sup>(١)</sup> [في التركِ  
والقتلِ]، فإذا قتلَ؛ فقد يَثْمَمُ بقصدِ جلبِ الميراثِ.

والقسمُ الثَّاني: ما لا يوصفُ بكَوْنِهِ مستحقاً مقصوداً؛ كقتلِ الصائلِ والباغيِ، فإنَّ  
المقصودَ الدَّفْعَ والرَّدَّ إلى الطاعةِ لا القتلُ بخصوصه، ففي تعلقِ الحرمانِ بقتلِ الصائلِ  
خلافٌ مرتبٌ على الخلافةِ في القِصاصِ، وهذا أوّلَى باقتضاءِ الحرمانِ؛ لأنه غيرُ  
مستحقٍّ، والتهمةُ منقذةٌ؛ لاحتمالِ الزيادةِ على القدرِ المحتاجِ إليه في الدفعِ، وكذا  
قتلِ العادلِ البَاطِلِ.

وأما قتلُ الباطِلِ العادلِ، فإن قلنا: الباطِلِ يَضْمَنُ؛ فلا ميراثَ لَهُ.

وإن قلنا: لا يَضْمَنُ؛ فوجهانِ مرتبانِ على الخلافةِ في العكسِ، وهذا أوّلَى  
بالحرمانِ؛ لأننا لا نَظَلِّقُ له قتلَ العادلِ.

وإذا جمعتَ بينهما، قلتَ: في جريانِ التوارثِ ثلاثةُ أقوالٍ أو أوجهٍ ثالثها؛ أن  
العادلِ يرثُ من الباطِلِ ولا يَنعَكِسُ.

واعلم أن ظاهر قولِ الشافعيِّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - ومذهبهُ في الصُّورِ جميعاً إنَّما هو  
الحرمانُ، وبه قال الإمامُ أحمدُ.

قال القاضي الرُّويانيُّ، لكن الأخبارَ والقياسَ أبَّ ما لا يوجبُ الضَّمَانَ لا يوجبُ  
الحرمانَ، ولا يبعدُ تخصيصُ الأخبارِ بالقياسِ<sup>(٢)</sup>.

(١) في ب: تقدم وتأخير.

(٢) قد يرد من الشارع أمر متعلق بعامة ثم يظهر أن بعض أفراد هذا العام يستحق حكماً يخالف سائر الأفراد وهذا الحكم معلل بعلة توجد في غيره من الأفراد كأن يقول قائل لمن له أن يأمره «لا تعط من سالك شيئاً» فمن عام يتنظم جميع أفراد السائلين أغنياء أو فقراء علماء أو جهلاء، ثم تلا ذلك =

وقال أبو حنيفة: ما لا يوجب الكفارة من أنواع القتل لا يوجب الحرمان، واستثنى على أضله القتل العمد.

= أمر آخر يقول «واعط محمداً لفقره» فلما علمنا العلة وأردنا تعميم محل الاعطاء فهل نقول إنه مأمور بإعطاء كل فقير سواء كان محمداً أو غيره؟ وبعبارة أخرى هل لنا أن نخصص العام الأول بهذا القياس ونقول إن مراد الناهي بلفظ العام غير الفقراء ويكون المخرج نوعين أحدهما بالنص وهو «محمد» والثاني بالقياس وهو غيره من الفقراء.. هذا هو محل النزاع بين الأصوليين..

وكان من أثر اختلاف الأصوليين في دلالة العام اختلافهم في جواز تخصيص العام من الكتاب أو السنة المتواترة بالقياس إذا لم يخصصا بدليل مستقل مقارن قطعي الثبوت، ونذكر هنا أمر آخر كان سبباً من أسباب الخلاف بينهم في جواز التخصيص بالقياس وهو وجود الضعف في القياس الناشئ من احتياجه في الغالب إلى الاجتهاد في أمور - كون حكم الأصل معللاً، وتعيين علته، ووجودها في الأصل، ووجودها في الفرع، وخلوها عن المعارض فيهما، وكل ذلك بعد معرفة حكم الأصل - والأمور الاجتهادية يتطرق إليها احتمال الخطأ، وهذا بخلاف الخبر فإن محل الاجتهاد فيه - أن كان - أمران، عدالة الراوي وكيفية الدلالة لهذين الأمرين وقع الخلاف بين علماء الأصول في جواز تخصيص العام بالقياس وعدم جوازه وذهبوا فيه مذاهب شتى..

فذهب الأئمة الأربعة والأشعري وأبو هاشم من المعتزلة إلى الجواز ألا أن الذين قالوا بأن دلالة العام على أفرادها قطعية شرطوا لذلك أن يكون العام مخصصاً بغير القياس بدليل متصل مقارن قطعي الدلالة - أن كان العام كذلك.

وذهب أبو علي الجبائي من المعتزلة إلى تقديم العام على القياس مطلقاً سواء كان القياس جلياً أو خفياً وسواء كان العام مخصوصاً أو لا، ونقله القاضي في التقريب عن الأشعري..

وذهب ابن سريج إلى الجواز أن كان القياس جلياً وهو ما كان الجامع فيه وصفاً مناسباً للحكم لا أن كان خفياً وهو قياس الشبه كقياس طهارة الخبث على طهارة الحدث في تعين الماء للطهارة بجامع أن كلا طهارة تراد للصلاة فإن هذه العلة غير مناسبة للحكم بذاتها ألا أن يتوهم، فيها المناسبة لأن الشارع رتب عليها تعين الماء في الطهارة الحديثة. وقيل الجبلي ما قطع فيه بنفي الفارق بين الأصل والفرع كقياس الأمة على العبد في تقويم البعض على معتق بعضه الآخر ليعتق الكل أو ما كان تأثير الفارق فيه ضعيفاً كقياسهم العمياء على العوراء في عدم الأجزاء في الضحية بجامع النقص، والخفي ما كان تأثير الفارق فيه قوياً كقياس القتل بالمثل على القتل بالمحدد..

وقيل يجوز أن كان أصله وهو المقيس عليه مخرجاً من ذلك العام بنص وقيل يجوز أن كان المقيس عليه مخرجاً من العام أو ثبتت علة القياس بنص أو إجماع وإلا اعتبرت القران فإن ظهر ما يرجح القياس خصص العام وإلا عمل به وألغى القياس وهو مختار ابن الحاجب..

وذهب الإمام حجة الإسلام الغزالي إلى أن تفاوت القياس والعام في غلبة الظن رجح الأقوى فإن تعادلا فالوقف..

وذهب القاضي أبو بكر وأمام الحرمين إلى الوقف..

والحاصل من جملة هذه المذاهب أنها راجعة إلى القول، بالجواز مطلقاً وعدمه مطلقاً وإلى التفصيل والوقف..

ولو شهد على مورثه بما يوجب القصاص أو الحد، وقتل بشهادته، ففي إرثه الخلاف المذكور فيما إذا قتله قصاصاً، ولو شهد على إحصانه، وشهد غيره على الزنا، فهل يُخرم شاهد الإحصان؟

قال ابن اللباني وآخرون: فيه مثل ذلك الخلاف، ويُشبه أن يجيء فيه طريقة قاطعة بأنه لا يُخرم.

ولو شهد على عدالة شهود الزنا على مورثه، ففيه الخلاف:

### «فرع»

يمكن أن يرث المقتول من القاتل بأن جرح<sup>(١)</sup> مورثه، ثم مات قبل أن يموت المنجروح من تلك الجراحة، والله أعلم.

قال العزالي: الرابع: انتفاء النسب باللعان يقطع التوارث بين الملائع والولد، وكذا كل من يذلي بالملائع لأنه انقطع نسبه، ويبقى الإزث بين الأم والولد، ولو نفى باللعان توأمين فهما يتوارثان بأخوة الأم لا بالمصوبة إذ الأبوة منقطة، وولد الزنا كالمنفى باللعان، فلا يرث من الزاني، وترثه الأم ويرثها.

قال الرافعي: أكثر الأصحاب لا يعدون هذا من موانع الإزث؛ لأنهم يغنون بالمانع ما يجامع سبب الإزث من نسب وغيره؛ كالرق، واختلاف الدين، وتساهل صاحب الكتاب في «الوسيط» في تسميته مانعاً. وأما ههنا، فلم يأت بلفظ المانع، ولكن قال: «وما يندفع به الميراث ستة»، والاندفاع قد يكون للمانع، وقد يكون للسبب<sup>(٢)</sup>، فحسن الجمع بين النوعين<sup>(٣)</sup>.

وفقه الفصل مسألتان:

المسألة الأولى: اللعان، يقطع التوارث بين الملائع والولد؛ لأنه يقطع النسب بينهما، وكذلك يقطع التوارث بين الولد، وكل من يذلي بالملائع، كآبيه وأمه وأولاده.

(١) في ب: خرج. (٢) في ب: للنسب.

(٣) قال في الخادم: وحاصله أنه لا يحس عد اللعان مانعاً، فإنهم إنما يعللون بالمانع مع قيام السبب والمسبب هنا وهو الزوجية مفقود.

وجواب هذا من وجهين: أحدهما: أن الراجع في التعليل بالمانع أنه لا يتوقف على وجود المقتضى كما اختاره ابن الحاجب وغيره في الأصول. الثاني: سلمنا، ولكن السبب هنا وهو النسب في حكم القائم بدليل أن الملائع لو أكذب نفسه لحق به، ولولا أن النسب في حكم القائم لما توارث التوأمين، يأخذ الأب وللأم على أحد الوجهين أي وهو الضعيف إلى آخر ما ذكره.

وفي «السلسلة» للشيخ أبي<sup>(١)</sup> محمد ذكر وجه مخرج: أن اللعان لا يقطع التوارث بين الولد والملاعِن، وبناء الخلاف في الوجهين في أن الملاعن، هل له أن ينكح بنت الملاعنة التي نفاها، إذا لم يكن قد دخل بأمرها؟ إن قلنا: له ذلك؛ كنكاح بنت الزنا، فلا يرث.

وإن منعنا منه؛ لأن نسبها يعرض الثبوت من حيث إنه قد يكذب نفسه، فيرث.

قال: وبهذا قال مالك - رحمه الله - ولم نر لغيره نسبة هذا المذهب إلى مالك، ولا حكاية هذا الوجه، والله أعلم.

وأما الولد مع الأم، فإنهما يتوارثان توارث سائر الأولاد والأمهات؛ والتوأمين المتعيان باللعان، كيف يتوارثان؟ فيه وجهان:

أصحهما: وهو المذكور في الكتاب، وبه قال أبو إسحاق: أنهما لا يتوارثان إلا بأخوة [الأم]؛ لانقطاع نسبهما عن الأب.

والثاني: يتوارثان<sup>(٢)</sup> بأخوة الأب والأم، وبه قال مالك - رضي الله عنه - لأن اللعان إنما يؤثر في حق المتلاعنين دون غيرهما.

وإذا قلنا بالأول، فلا عصبية للولد المنفي إلا من صلبه أو من جهة الولاء؛ بأن يكون عتيقاً أو أمه عتيقة، فيثبت الولاء لمولاها عليه، وعصبية الأم لا يكونون عصبية له، خلافاً لأحمد - رحمة الله عليه - فيما إذا لم يكن له من صلبه عصبية، حتى إذا خلف أمه، وخالاً، قال: للأم الثلث والباقي للخال، ويؤوى هذا المذهب عن أبي حنيفة، ولا يكاد يثبت له.

لنا: أنهم ليسوا عصبية له في تحمّل العقل والزولية فكذلك في الميراث.

ولو نفى الولد باللعان، ثم استلحقه، لحقه فإن كان بعد موت الولد، فكذلك، وتنقض القسم، لو قسمت تركته، حتى لو كان على أمه ولاء، فأخذ مولاها ميراثه، كان للمستلحق الاستزاد، ولا فرق في اللّحوق بين أن يخلف الميت ولداً أو لا يخلف.

وقال أبو حنيفة: إذا لم يخلف ولداً، لم يلحقه الاستلحاق بعد الموت.

المسألة الثانية: ولد الزنا كالولد المنفي باللعان، لأن الوجه الذي حكاها الشيخ أبو محمد لا مساع له ههنا، وأن ولد الزنا لا يلحق الزاني بالاستلحاق، وأن التوأمين من الزنا لا يتوارثان إلا بأخوة الأم.

(١) قال النووي: هذا الوجه غلط؛ لأنه في الحال لا نسب.

(٢) سقط من: د.



وعن «الحاوي» وجهٌ ضعيفٌ؛ أنَّهما يتوارثان أيضاً بأخوة الأب والأم، وحكاة الحناطي أيضاً<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي: الخامس إذا استبهم التقدّم والتأخّر في الموت، كما إذا مات قومٌ من الأقارب في سفر، أو تحت هدم، أو عرق، فيقدّر في حقّ كلِّ واحدٍ كأنه لم يخلف صاحبه، وإنما خلف الأحياء إذ عسر التوريث للأشيتاء، وكذلك نفعل إن علمنا أنّهم ماتوا على ترتيبٍ ولكن عسر معرفة السابق.

قال الرافعي: إذا مات المتوارثان بعرقٍ أو حرقٍ أو تحت هدمٍ أو في بلاد الغربة أو وجدًا مقتولين في معركة؛ فله صور خمس:

إحداها: أن يعرف تلاحق موتيهما وعين السابق منهما، وحكمهما بين.

والثانية: أن يعلم التلاحق، ولكن لا يعلم عين السابق منهما.

والثالثة: أن يُعلم وقوع الموتين معاً.

الرابعة: ألا يُعلم أتلاحقا أم وقعا معاً.

ففي هذه الصور الثلاث لا يورث أحدهما من صاحبه، بل يُجعل ما لكل واحدٍ منهما لسائر ورثته، لو لم يخلف الآخر.

وقال أحمد - رحمه الله -: يرث كل واحد من الآخر تليد<sup>(٢)</sup> ما له دون طريقه.

والمراد من التليد: ما كان له، ومن الطريق: ما ورثه من الآخر.

لنا: أن كل واحدٍ منهما لا تتحقّق حياته عند موت صاحبه، فلا يورث منه؛ كالجنين، إذا انفصل ميتاً بعد موت مورّثه.

واحتجّ الشيخ أبو حامد بأننا إذا ورثنا كل واحدٍ منهما من صاحبه، فقد حكمنا بالخطأ يقيناً؛ لأنهما إن ماتا معاً، ففيه توريث ميّت من ميّت، وإن ماتا على الترتيب، ففيه توريث من تقدّم موته عمّن تأخّر موته. ولا بُدّ هاهنا من التعرّض لأُمور:

أحدها: إيضاح المذهبين بالمثال.

أخوَانِ غَرِيْقَانِ غَرِقَا: مَالُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِمَوْلَاهُ.

وعن أحمد: مَالُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِأَخِيهِ، ثُمَّ يَتَلَقَّاهُ مِنْهُ مَوْلَاهُ.

(١) قال النووي: هذا الوجه غلط فاحش، قال الإمام: ولو علقت بتوأمين من واطيء بشبهة، ثم جهل الواطيء، توارثا بأخوة الأبوين بلا خلاف.

(٢) التليد ما ولد عندك من مالك أو نتج. ينظر ترتيب القاموس ١/٣٧٤.

أَخٌ وَأُخْتٌ غَرِقًا، وَخَلْفَ الْأَخِ زَوْجَةٌ وَبِنْتًا، وَالْأُخْتُ زَوْجًا وَبِنْتًا، فَيَجْعَلُ كَأَنَّ الْأَخَ مَاتَ عَنْ زَوْجَةٍ وَبِنْتٍ لَا غَيْرَ، وَالْأُخْتُ عَنْ زَوْجٍ وَبِنْتٍ لَا غَيْرٍ.

وعند أحمد يميت الأخ أولاً، وتورث الأخت من تليد ماله، فيكون للزوجة منه الثمن، وللبنات النصف، والباقي للأخت، وهذا الباقي يقسم على ورثتها الأخياء خاصة، بم يميت الأخت أولاً، ويورث الأخ من تليد ماله، فيكون للزوج منه الربع، وللبنات النصف، والباقي للأخ، وهذا الباقي للأخياء من ورثته خاصة.

الأمر الثاني: رأى الإمام تخصيص الخلاف فيما إذا سبق موت أحدهما، وأشكل السبق، واستبعد المصير إلى توريث أحدهما من الآخر، إذا علم وقوع الموتين معاً، لكن الشيخ أبا حامد في آخرين حكوا الخلاف في الصور الثلاث جميعاً.

[الأمر] الثالث: نقل ابن اللبان عن بعض المتأخرين فيما إذا تلاحق الموتان، ولم يعلم السابق، أن القياس أن يُعطى كل وارث ما يتقن له، ويوقف المشكوك فيه.

قال أبو حاتم القزويني، وبه قال شيخنا أبو الحسن - يعني ابن اللبان - وحكاها عن ابن سريج.

الصورة الخامسة: أن يعلم من سبق موته، ثم يُشكل الحال، وتلتبس الحال، فيوقف الميراث، حتى يتبين أو يضطرحا؛ لأن التذكر غير ميؤوس منه هذا ظاهر المذهب. وفيه وجه آخر: أنه كما لو لم يعلم السابق منهما، وإليه ميل الإمام. وهذه الصور الخمس، كما ذكرنا في الجمعيتين المقامتين في بلدة واحدة.

قال الإمام: لكن هناك قولان فيما إذا علم السابق، ولم يتعين السابق، وههنا بحزم بمنع التوارث؛ لأن الأمر بتدارك الصلاة هين، ووقف الميراث أبداً لا معنى له.

وقوله في الكتاب: «وكذلك نفعل إن علمنا أنهم ماتوا على ترتيب ولكن عسر معرفة السابق» يمكن حملهُ على جهة اللفظ على ما إذا علمنا الترتيب، ولم يتعين لنا السابق، وعلى ما إذا لم يتعين لنا السابق، ثم عرض نسيان والتباس، لكن الأقرب الحمل على الثاني؛ لأن الأول عين قوله أولاً «إذا استبهم التقدم والتأخر في الموت»<sup>(١)</sup> إلا أن يؤول ذلك في استبهم الترتيب والمعينة، بأن يرد التقدم<sup>(٢)</sup> والتأخر إلى موت

(١) هو أحد احتمالي الشيخ أبي محمد اختاره ولده الإمام وقطع به الغزالي في الوسيط والبندنجي في المعتمد، وإطلاق الروياني في الحلية يقتضيه وقد أنكر ذلك على الوسيط ابن الصلاح في مشكله.

وقال النووي في التنقيح: ممن قطع بالوقف إلى أن يبين في صورة النسيان الشيخ أبو حامد الاسفراييني وأصحاب الشامل والمهذب والبيان وغيرهم من العراقيين والخراسانيين.

(٢) سقط من: د.

الواحد منهما على معنى أنه إذا استبهم أن موته تقدم أو تأخر، حتى وقع مع موت الآخر، لكنه تكلف.

وإذا كان المراد المحمل الثاني، جاز أن يعلم بالواو؛ [لما سبق، وكذلك قوله: «وإنما خلف الأحياء» يصح إعلامه بالواو]<sup>(١)</sup>؛ للوجه الذي حكاه ابن اللبان، فأما إذا أوقفنا بعض المال، لم يكن كما لو لم يخلف إلا الأحياء.

قال الغزالي: السادس ما يمنع من الصرف في الحال، وهو الإشكال إما في الوجود أو في النسب أو في الذكورة (أما الإشكال في الوجود) فصورته الأسير والمفقود الذي انقطع خبره، إن كان له مال حاضر فلا يقسم ما لم تقم بينة على موته أو تمض (و) مدة يحكم الحاكم فيها بأن مثله لا يعيش فيقسم على ورثته الموجودين عند الحكم، وإن مات له قريب حاضر توقفتنا في نصيبه وأخذنا في حق الحاضرين بأضر الأحوال على كل واحد أخذاً بأسوأ الأحوال، فمن كان ينقص حقه بموته قدرنا في حقه موته، ومن كان ينقص حقه بحياته قدرنا في حقه حياته، وقد قيل: يقدر الموت في حق الكل، وقيل: يقدر الحياة في حق الكل، ثم إن ظهر خلافه غيرنا الحكم.

### «أسباب تمنع صرف المال إليه في الحال للشك في استحقاقه»

قال الرافعي: أول ما نذكره أن عد هذا من الموانع أو الدوافع غير متجه؛ لأن امتناع الصرف في الحال ليس إلا التوقف إلى زوال الشك في الاستحقاق على ما ستعرفه، وحينئذ إن تبين أنه ليس بمستحق، فذاك، وإلا، صرف إليه، والتوقف ليس حكماً بعدم التورث.

والمقصود أن الموصوف بسبب الإزث قد يمتنع صرف المال إليه للشك في استحقاقه، وهذا الشك قد يكون بعروض الشك في وجوده، وقد يكون للشك في نسبه أو للشك في الذكورة.

أما مع الشك في الوجود أو دونه، فهذه أربعة أسباب:

أما الشك في الوجود، فكمن مات وله قريب مفقود، لا نعلم حياته ولا موته، ولما جرى ذكر المفقود، وتكلم في توريث الغير منه، ثم في توريثه من الغير، وإن كان الشك في الوجود لا يقع إلا في توريثه من الغير، أما التورث منه، فالمقصود الذي

انْقَطَعَ خَبْرُهُ، وَجُهْلَ حَالِهِ، إِمَّا فِي سَفَرٍ أَوْ حَضَرَ، فِي قِتَالٍ أَوْ عِنْدَ انْكَسَارِ سَفِينَةٍ، وَغَيْرِهِمَا، وَلَهُ مَالٌ حَاضِرٌ، وَفِي مَعْنَاهِ الْأَسِيرُ، إِذَا انْقَطَعَ خَبْرُهُ.

قال صاحبُ الْكِتَابِ «وَلَا يَقْسَمُ مَا لَمْ تَقْمِ بَيْنَهُ عَلَى مَوْتِهِ أَوْ تَمَضِي مُدَّةٍ يَحْكُمُ الْحَاكِمُ فِيهَا بِأَنَّ مِثْلَهُ لَا يَعِيشُ».

فَأَمَّا الْقِسْمَةُ عِنْدَ قِيَامِ الْيَتِيمَةِ عَلَى مَوْتِهِ فَجَائِزٌ.

وَأَمَّا إِذَا لَمْ تَقْمِ؛ فَعَنِ الْأَسْتَاذِ أَبِي مَنْصُورٍ وَغَيْرِهِ، أَنَّ الصَّحِيحَ أَنَّهُ لَا يَقْسَمُ مَالَهُ، وَلَا مُدَّةً يَتَّبِعُ إِلَيْهَا؛ لِاخْتِلَافِ أَعْمَارِ النَّاسِ فِي جَمِيعِ الْأَعْصَارِ.

وَقَدْ نَصَّ الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - عَلَى أَنَّ زَوْجَةَ الْمَفْقُودِ تَضْبِرُ إِلَيْهِ أَنْ يَعْرِفَ حَالَهُ، فَكَذَلِكَ هُنَا.

وَالْأَكْثَرُونَ أَجَابُوا بِمَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ مِنْهُمْ ابْنُ اللَّبَّانِ وَصَاحِبُ «الشَّامِلِ» وَ«المَهْذَبِ» وَأَبُو الْحَسَنِ الْعَبَّادِيُّ، وَلَعَلَّهُ الْأَظْهَرُ.

وعلى هذا؛ فالبحثُ والنظرُ في أمور:

أحدها: ليست هذه المدَّةُ مقدَّرةٌ عند الجمهور، قالوا: وهو الظاهر من مذهب أبي حنيفة ومالك - رحمهما الله - ومن أصحاب مالك من يُقدِّرها بسبعين سنةً، ومن أصحاب<sup>(١)</sup> أبي حنيفة من يُقدِّرها بمائةٍ وعشرين سنةً، ويرويه عنه. ومن أصحاب مالك من يُقدِّرها بتسعين سنةً، ومن فرائض بعض المتأخِّرين أن من أصحابنا من قال به.

وعن أحمد أنه ينتظر أربع سنين، فإذا مضت، ولا أثر، قُسم ماله، ونكحت زوجته، فيجوز أن يُعلم قوله: «لا يقسم» بالألف كذلك.

والثاني: أنه تعتبر مدة يقطع بأنه لا يعيش أكثر منها أو مدة يغلب على الظن أنه لا يعيش أكثر منها، منهم من اكتفى بغالب الظن، ومنهم من أطلق لفظ القطع واليقين.

هذا ابن اللَّبَّانِ يَقُولُ: كَانَ الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - لَا يَقْسَمُ مَالَهُ، حَتَّى يُعْلَمَ مَوْتُهُ أَوْ تَمَضِي مَدَّةٍ يُتَبَيَّنُ فِيهَا بِمَوْتِهِ، وَالْأَشْبَهُ الْأَوَّلُ، وَيجوز أن يُحْمَلَ الثَّانِي عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَتَسَاهَلُ فِي إِطْلَاقِ لَفْظِ الْيَقِينِ عَلَى الظَّنِّ الْغَالِبِ؛ أَلَا تَرَى إِلَى قَوْلِ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فِي أَمْرِ الْمَفْقُودِ، وَأَنَّهَا لَا تُنْكَحُ مَا لَمْ يَأْتِهَا يَقِينٌ وَفَاتِهِ، وَمَعْلُومٌ أَنَّ قِيَامَ الْيَتِيمَةِ عَلَى الْوَفَاةِ كَافٍ، وَأَنَّهَا لَا تَقِيدُ الْقَطْعَ.

الثالث: لعلك تقول: من الأصحاب من يقول: لا يقسم ماله حتى تمضي مدة،

(١) سقط من: ب.

يُغَلِّمُ مَوْتَهُ فِيهَا، وَلَا يَتَعَرَّضُ لِحُكْمِ الْحَاكِمِ، كَمَا نَقَلَ عَنِ ابْنِ اللَّبَّانِ. وَمِنْهُمْ مَنْ يَعْتَبِرُ الْحُكْمَ عَلَى مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ، فَكَيْفَ الْحَالُ فِيهِ؟ وَالَّذِي يَنْبَغِي أَنْ يُقَالَ فِي الْجَوَابِ: إِنَّ الْقِسْمَةَ، وَإِنْ كَانَتْ بِالْقَاضِي، فَقِسْمَتُهُ تَتَضَمَّنُ الْحُكْمَ بِالمَوْتِ، وَإِنْ أقتَسَمُوا بِأَنْفُسِهِمْ، فَيَجُوزُ أَنْ يَقْدَرُ فِيهِ خِلَافٌ، إِنْ اعْتَبَرْنَا الْقَطْعَ، فَلَا حَاجَةَ إِلَيْهِ، وَإِلَّا، فَلَا بَدَّ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ فِي مَحَلِّ الاجْتِهَادِ.

وأيضاً، فإنهم حكوا؛ تفریعاً على القول القديم من امرأة المفقود، وجهين في أنها، هل تحتاج إلى حكم الحاكم؛ لتتضح أم يكفي مضي المدة؟ والظاهر اعتبار الحكم.

الرابع: إذا مضت المدة المعتبرة وقسم ماله، فهل لزوجه أن تتكح؟ والجواب من مفهوم كلام الأئمة - رحمهم الله - دلالة وتصريحاً أن لها ذلك، وأن المنع على الجديد مخصوص بما قبل هذه المدة، ألا ترى أنهم ردوا على القول القديم حيث اكتفى بأربع سنين، بأنه، إذا لم يجز الحكم بموته في قسمة أمواله وعنتي أمهات أولاده، لم يجز الحكم به في فراق زوجته.

فأشعر بأنهم رأوا الحكمين متلازمين.

وعلى هذا؛ فالعبد المنقطع الخبر بعد هذه المدة لا تجب فطرته، ولا يجزىء عن الكفارة بلا خلاف، وموضع القولين ما قبل ذلك. ولا ينقى للاستناد متمسك في نصه الجديد في مسألة المفقود. وقوله: «فيقسّم على ورثته الموجودين عند الحكم» معناه أننا ننظر إلى من يرثه حين حكم الحاكم بموته، ولا يورث من مات قبل الحكم، ولو بلحظة؛ لجواز أن يكون موت المفقود بين موته وبين حكم الحاكم.

وأشار العبادي في «الرقم» إلى أنه لا يشترط أن يقع حكم الحاكم بعد المدة، فقال: «يضرب الإمام له مدة لا يعيش في الغالب أكثر من تلك المدة، فإذا انتهت، فكانه مات ذلك اليوم» هذا لفظه.

وأما توريثه، فإذا مات للمفقود قبل الحكم بموته قريب حاضر، نُظِرَ: إن لم يكن له إلا المفقود، توقفنا إلى أن يتبين أنه كان حياً عن موت الحاضر أو ميتاً، وإن كان له غير المفقود، توقفنا في نصيب المفقود، وأخذنا في حق محل واحد من الحاضرين بالأسوأ، فمن يسقط منهم بالمفقود لا يُعطى شيئاً إلى أن يتبين حاله<sup>(١)</sup>، ومن ينقص

(١) قال الشيخ جلال الدين البلقيني: بقي قسم رابع وهو من يستحق بتقدير حياته فيقدر في حقه موته. مثاله: بنتان وبنت ابن وابن ابن غائب وأخ شقيق حاضر. فإن بنت الابن إن كان ابن الابن =

حَقُّه بحياته، يُقَدَّر في حقه حياته، ومن ينقص حَقُّه بموته، يُقَدَّر في حَقِّه موته، ومن لا يختلف نصيبه بحياته وموته، أُعْطِيَ نصيبه. ونوضِّح ذلك بالمثال:

زَوْجٌ مَفْقُودٌ وَأَخْتَانِ لَأَبٍ وَعَمٌّ حَاضِرُونَ [فَإِنْ كَانَ حَيًّا، فَلِلأَخْتَيْنِ أَرْبَعَةٌ مِنْ سَبْعَةٍ، وَلَا شَيْءَ لِلْعَمِّ، وَإِنْ كَانَ مَيِّتًا<sup>(١)</sup> فَلَهُمَا اثْنَانِ مِنْ ثَلَاثَةٍ، وَالْبَاقِي لِلْعَمِّ، فَيُقَدَّرُ مِنْ حَقِّهِمْ حَيَاتِهِ.

أَخٌ لَأَبٍ مَفْقُودٍ، وَأَخٌ مِنَ الْأَبَوَيْنِ، وَجَدُّ حَاضِرٌ: فَإِنْ كَانَ حَيًّا، حَصَلَ لِلأَخِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ الثَّلَاثِ، وَلِلجَدِّ الثَّلَاثُ، وَإِنْ كَانَ مَيِّتًا، فَالْمَالُ بَيْنَهُمَا، بِالسُّوِيَّةِ، فَيُقَدَّرُ فِي حَقِّ الجَدِّ حَيَاتِهِ، وَفِي حَقِّ الأَخِ موته، حَتَّى لَا يَأْخُذَ إِلَّا النِّصْفَ أَخٍ مِنَ الْأَبَوَيْنِ مَفْقُودٌ وَأَخْتَانِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ، وَزَوْجٌ حَاضِرُونَ، إِنْ كَانَ حَيًّا، فَلِلزَّوْجِ النِّصْفِ، لَهُ وَالْبَاقِي بَيْنَهُمْ؛ فَيَحْصُلُ لِلأَخْتَيْنِ رُبْعُ الْمَالِ.

وَإِنْ كَانَ مَيِّتًا، حَصَلَ لِلزَّوْجِ ثَلَاثَةٌ مِنْ سَبْعَةٍ، وَلِلأَخْتَيْنِ أَرْبَعَةٌ مِنْ سَبْعَةٍ، فَيُقَدَّرُ فِي حَقِّ الزَّوْجِ موته؛ حَتَّى لَا يَأْخُذَ إِلَّا ثَلَاثَةً مِنْ سَبْعَةٍ، وَفِي حَقِّ الأَخْتَيْنِ حَيَاتُهُ، حَتَّى لَا يَصْرَفَ إِلَيْهِمَا إِلَّا قَدْرُ الرُّبْعِ.

ابْنٌ مَفْقُودٌ وَبِنْتٌ، وَزَوْجٌ حَاضِرَانِ: لِلزَّوْجِ الرُّبْعُ بِكُلِّ حَالٍ، فَيَسْلَمُ إِلَيْهِ. هَذَا ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ فِي الْمَسْأَلَةِ، وَوَرَاءَهُ وَجْهَانِ:

أحدهما: أَنَا نَقْدَرُ موته فِي حَقِّ الكُلِّ؛ لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَ الْحَاضِرِينَ مَعْلُومٌ، وَاسْتِحْقَاقَهُ مَشْكُوكٌ فِيهِ، فَإِنْ ظَهَرَ خِلَافُهُ، غَيَّرْنَا الْحُكْمَ.

والثاني: أَنَا نَقْدَرُ حَيَاتِهِ فِي حَقِّ الكُلِّ، لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ حَيَاتِهِ، فَإِنْ ظَهَرَ خِلَافُهُ، غَيَّرْنَا الْحُكْمَ.

وقوله فِي الْكِتَابِ: «وَأَخَذْنَا مِنْ حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْحَاضِرِينَ بِأَصْرِّ الْأَحْوَالِ؛ فَمَنْ كَانَ يَنْقُصُ حَقُّهُ بِمَوْتِهِ» إِلَى آخِرِهِ كَافٍ مُغْذٍ بَيْنَ ذَلِكَ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: أَمَّا الْإِشْكَالُ فِي النَّسْبِ فَهُوَ الَّذِي يَفْتَقِرُ إِلَى عَرْضِهِ (ح) عَلَى الْقَائِفِ فَحُكْمُهُ حُكْمُ الْمَفْقُودِ.

= حَيًّا اسْتِحَقَّتْ، وَإِنْ كَانَ مَيِّتًا لَمْ تَسْتَحِقْ فَيُقَدَّرُ فِي الْأَوَّلَى موته، وَفِي الثَّانِيَةِ حَيَاتِهِ، فَإِنْ قِيلَ مَا مِثَالُ مَنْ يَنْقُصُ حَقَّهُ بِتَقْدِيرِ موته. قُلْنَا: مِثَالُهُ بِنْتَانِ وَأَبَوَانِ وَزَوْجَةٌ وَابْنٌ غَائِبٌ، فَإِنْ قَدَرْنَا موته كَانَتِ الْمَنْبَرِيَّةُ بَعِينَهَا وَإِنْ قَدَرْنَا حَيَاتِهِ كَانَ لِلزَّوْجِ الثَّمَنُ وَلِلأَبِ السُّدُسُ وَالْأُمُّ السُّدُسُ، وَالْبَاقِي لِلذَّكْرِ مِثْلَ حِظِّ الْأُنثِيَيْنِ. وَلَكِنْ الْأَحْوَالُ هِيَ الْأَوَّلَى لِأَنَّ بِهَا يَنْقُصُ نَصِيبُ الْأَبِ وَالْأُمِّ وَالزَّوْجَةِ.

### «القول في الشك في النسب»

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا أَشْكَلَ نَسَبُ الْمَوْلِدِ بِأَنْ وَطِئَ اثْنَانِ فَصَاعِدًا امْرَأَةً بِالشَّبْهَةِ، فَآتَتْ بَوْلِدٍ، يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ مِنْ هَذَا، وَمِنْ هَذَا، أَوْ تَدَاعَى اثْنَانِ فَصَاعِدًا مَجْهُولًا، فَسَيَأْتِي فِي مَوْضِعِهِ - إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى - أَنَّهُ لَا يُلْحَقُ بِهِمَا جَمِيعًا، بَلْ يَعْضُضُ عَلَى الْقَائِفِ، فَلَوْ مَاتَ فِي زَمَانِ الْإِشْكَالِ، وَقَفْنَا مِيرَاثَ الْأَبِ، وَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا، تَوَقَّفْنَا فِي مِيرَاثِ الْمَوْلُودِ مِنْهُ، وَنَأْخُذُ فِي نَصِيبِ كُلِّ مَنْ يَرِثُ مَعَهُ، لَوْ ثَبِتَ نَسَبُهُ بِالْأَسْوَى، كَمَا مَرَّ فِي تَوْرِيثِ الْمَقْضُودِ.

وَيَجُوزُ إِغْلَامُ الْمَسْأَلَةِ بِالْحَاءِ؛ لِأَنَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لَا حُكْمَ لِلْقَائِفِ، وَلَا إِشْكَالَ فِي النَّسَبِ، بَلْ يُلْحَقُ بِالِاثْنَيْنِ فَصَاعِدًا، وَيَرِثُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِيرَاثَ ابْنِ كَامِلٍ، وَيَرِثَانِ مِنْهُ مِيرَاثَ ابْنِ وَاحِدٍ، لَوْ مَاتَ قَبْلَهُمَا. فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا، ثُمَّ مَاتَ الْمَوْلُودُ، وَرِثَ الْأَخِيرُ مِنْهُ مِيرَاثَ أَبِي كَامِلٍ، قَالَ: وَلَوْ أَقَامَ اثْنَانِ الْبَيْتَةَ، كُلُّ وَاحِدٍ عَلَى أَنَّهُ ابْنُهُ مِنْ أُمَّرَأَتِهِ، وَكَانَ ابْنًا لِلرَّجُلَيْنِ وَالْمَرَأَتَيْنِ، وَالتَّوَارُثُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمَرَأَتَيْنِ كَهَوِّ بَيْتَتِهِ وَبَيْنَ الرَّجُلَيْنِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: أَمَّا الْإِشْكَالُ فِي الذُّكُورَةِ وَالْوُجُودِ جَمِيعًا فَبِأَنَّ يُخْلَفَ الْمَيْتَ زَوْجَةً حَبْلِي فَنَأْخُذُ بِأَضْرَ الْأَحْوَالِ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْوَرَثَةِ، وَأَقْصَى الْمُحْتَمَلِ (و) مِنْ حَيْثُ الْعَدَدُ أَنْ يَقْدَرُ أَرْبَعَةُ أَوْلَادٍ.

### «ميراث الحمل»

قَالَ الرَّافِعِيُّ: وَالْمَقْصُودُ بَيَانُ مِيرَاثِ الْحَمْلِ؛ وَنَعْنِي بِهِ كُلَّ حَمْلٍ، لَوْ كَانَ مَنْفَصَلًا، لَوَرِثَ مِنْهُ إِمَّا مَطْلَقًا أَوْ عَلَى تَقْدِيرٍ.

وَهَذَا الْحَمْلُ قَدْ يَكُونُ مِنَ الْمَيْتِ، وَيَرِثُ لَا مُحَالَةً، وَقَدْ يَكُونُ مِنْ غَيْرِهِ، كَمَا لَوْ كَانَتْ أُمُّهُ حَامِلًا مِنْ غَيْرِ أَبِيهِ أَوْ مِنْ أَبِيهِ، وَالْأَبُ مَيْتٌ أَوْ مَحْجُوبٌ بَرَقٌ وَمَا فِي مَعْنَاهُ، وَكَذَا زَوْجَةُ ابْنِهِ أَوْ أَخِيهِ أَوْ جَدِّهِ، وَالْحَمْلُ مِنْ غَيْرِهِ قَدْ لَا يَرِثُ إِلَّا عَلَى تَقْدِيرِ الذُّكُورَةِ كَحَمْلِ امْرَأَةِ الْأَخِ وَالْجَدِّ، وَقَدْ لَا يَرِثُ إِلَّا عَلَى تَقْدِيرِ الْأُنثَى؛ كَمَا إِذَا مَاتَ عَنْ زَوْجٍ وَأَخِيٍّ مِنَ الْأَبَوَيْنِ وَحَمْلٍ مِنَ الْأَبِ، وَفِيهِ فَصْلَانُ:

الْفَضْلُ الْأَوَّلُ: فِيمَا بَعْدَ الْانْفِصَالِ، وَإِنَّمَا يَرِثُ بِشَرْطَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَعْلَمَ وَجُودَهُ عِنْدَ الْمَوْتِ، فَإِذَا كَانَ الْحَمْلُ مِنْهُ، وَانْفَصَلَ لَمَّا بَيْنَ مَوْتِهِ وَبَيْنَ أَكْثَرِ مَدَةِ الْحَمْلِ، وَرِثَ لِثُبُوتِ نَسَبِهِ، إِنْ انْفَصَلَ لَمَّا بَعْدَ ذَلِكَ، لَمْ يَرِثْ، وَإِنْ

كان من غيره، نُظِرَ: إن لم يكن لها زوج يَطُؤُها<sup>(١)</sup>، فالحكْمُ كما لو كان الحملُ منه، ولم يذكروا ههنا الوجهين فيما إذا أوصى لحملِ امرأة، وانفصل الولدُ لستة أشهرٍ فأكثر، وليست هي ذات زوج أنه، هل يستحق؟ وسببه أن النسب ثابت، والميراث يتبع النسب، والوصية بخلافه، وإن كان لها زوج يَطُؤُها، فإن انفصل قبل تمام ستة أشهرٍ من وقت الموت، فقد عَلِمَ وجوده، حينئذ، وإن انفصل لستة أشهرٍ فأكثر، لم يرث؛ لأحتمال أن العلق حصل بعده، إلا أن يعترف سائر الورثة بوجوده عند الموت.

وإذا مات حرٌّ عن أب رقيقٍ تحته حرّةٌ حاملٌ، فإن ولدت قبل ستة أشهرٍ من يومِ الموتِ، ورث المولودُ من أخيه، والأب الرقيق لا يَحْجُبُ.

وإن ولدت لستة أشهرٍ فصاعداً، لاحتمال حدوث العلق بعد الموت إلا إذا تطابقتا على وجوده يومئذٍ، وينبغي أن يمسك الأب عن الوطء حتى يظهر الحال.

قال الإمام: ولا نقولُ بتخريمه.

والثاني: أن ينفصل حياً، فإن انفصل ميتاً، فكان لا حمل، سواء كان يتحرك في البطن أو لا يتحرك، وسواء انفصل ميتاً بنفسه<sup>(٢)</sup> أو بجناية جانٍ.

وإن كانت الجناية توجبُ الغرة، وتصرف الغرة إلى ورثة الجنين، لأن إيجاب الغرة لا يتعين له تقدير الحياة؛ ألا ترى إلى قول الأصحاب أن الغرة إنما وجبت لدفع الجاني الحياة مع تهؤُّ الجنين لها، وتقدير أن يكون وجوب الغرة على تقدير الحياة، فالحياة مقدرة في حق الجاني خاصة، فتقدر في توريث الغرة خاصة، وإنما تشترط الحياة عند تمام الانفصال.

فلو خرج بغضه حياً، ومات قبل تمام الانفصال، فهو كما لو خرج ميتاً، وكذا في سائر الأحكام، حتى لو ضرب ضاربٌ بطنها بعد خروج بغضه، وانفصل ميتاً، فالواجب الغرة دون الدية، هذا ظاهر المذهب، وعن القائل وغيره: أنه إذا خرج بغضه حياً، ورث؛ وإن كان عند الانفصال ميتاً، وبه قال أبو خلف الطبري.

وعند أبي حنيفة أنه إذا خرج أكثره حياً، ثم مات، ورث، ولو مات عقيب انفصاله حياً بحياة مستقرة، فنصيبه لورثته، وتعلم الحياة المستقرة بصراحة، وهو الاستهلال، وكذلك بالبكاء والعطاس والتثاؤب وامتصاص الثدي؛ لدالاتها على الحياة

(١) وصورته أن يموت حر عن أب رقيق تحته حرة حامل أو عن أب كافر أسلمت زوجته وهي حامل فالأب لا يحجب لقيام المانع فيه أو عن أم حامل من غير أبيه.

(٢) سقط من: ب.



دَلَالَةُ الاستهلال وقال مالك: الاعتبارُ بالاستهلالِ لا غيرُ.

وحكى الإمام اختلاف قول في الحركة والاختلاج، ثم قال: وليس موضع القولين ما إذا قبض اليد وبسَطها، فإن هذه الحركة تُدُلُّ على الحياة قطعاً، ولا الاختلاج الذي يقع مثله؛ لِانْبِغَاطِ وتقلُّص، عصب فيما أُظُنُّ<sup>(١)</sup>، وإنما الأختلاف فيما بين هاتين الحركتين، والظاهر كيف ما قُدِّرَ الخلافُ أنَّ ما لا تعلم به الحياة، [و] يمكن أن يكون مثله لانتشار، بسبب الخروج من المضيق، أو لاستواء عن التواء فلا عبرة به كما لا عبرة بحركة المذبوح.

ولو ذُبح رجلٌ، وهو يتحرك، فمات أبوه في تلك الساعة، لم يرث المذبوح منه. وفي «تجربة» الروياني وجه آخر ضعيف، أنه يرث، وحكى الحناطي قريباً منه عن المُرَبِّي<sup>(٢)</sup>.

الفصل الثاني: فيما قبل الأنفصال، ومهما ظهرت مخايل الحمل، فلا بُدُّ من التوقف - كما سنفصله - وإن لم تظهر مخايله، وادعت المرأة، ووصفت علامات خفية، ففيه تردُّد للإمام.

والظاهر الاعتماد على قولها<sup>(٣)</sup>، وطرده التردُّد فيما إذا لم تدَّعه، لكنها قريبة العهد بالوطء، واحتمال الحمل قريب.

إذا عرف ذلك، فإن لم يكن للميت وارث سوى الحمل المرتقب، وقفنا المال إلى أن ينفصل. وإن كان له وارث آخر، فعن أبي حنيفة ومالك، أنه يوقف أيضاً، ولا يُصرفُ شيءٌ منه في الحال إلى سائر الورثة.

(١) وهذا الذي ظنه صرح به صاحب التريب فقال: قد يعرف حياته بالحركة إلا أن تكون حركته نحو اختلاج اللحم فلا يجعل بذلك حياً. انتهى.

(٢) قال النووي في زيادته: هذا الوجه غلط ظاهر، فإن أصحابنا قالوا: من صار في حال النزح، فله حكم الميت، فكيف الظن بالمذبوح. والله أعلم.

قال الشيخ البلقيني: ما نقله النووي عن الأصحاب يخالفه أنه جزم في الجنائيات بأن قاتله يقتل ولم يعطه حكم الميت، وفي كلام حكيمه عن القاضي الحسين في الجنائيات أنه لا يقتل قاتله ولم يذكره.

(٣) عجيب منه في حكايته هذا الخلاف تردد، وهو قد حكاها في الجنائيات وجهين مشهورين، والشافعي نص في الأم على المسألة وأنه يعتمد عليها، وقال العجلي في مقدمة له في الفرائض: فإن قيل: كيف ينتظر بمجرد قولها أربع سنين وربما تكون كاذبة، قلنا: إن ظهرت مخايل الحمل أو كانت موطوءة وطأً يحمل العلق فلا بد من الوقف للعلامة، وإن لم تظهر علامته فالأولى الوقف؛ لأنها أعرف بالعلامات، وهي مؤتمنة على ما في رحمها.

قال في «الإبانة» وبه قال بعض أصحابنا وحكاه الشيخ أبو خلف الطَّبْرِيُّ قولاً عن رواية الرِّبِيع .

والظاهر من مذهبنا ومذهب أبي حنيفة: أنه لا يوقف الجميع، ولكن يُنظر في الظَّاهرين من الورثة فيمن يحجبه الحمل، إذا انفصل حياً؛ إما مطلقاً؛ كأولاد الأم، إذا كان الحمل من الميت أو على بعض التقديرات؛ كأولاد الأب والأم لا يُدفع إليه شيء، ومن لا يحجبه الحمل، وله مقدر لا ينقص منه، دفع إليه، فإن أمكن العول دفع إليه ذلك القدر عائلاً.

مثاله: زوجة حامِل وأبوان، يُدفع إلى الزوجة ثمن عائل، وإلى الأبوين سدسَانِ عائلاً؛ لاحتمال أن يكون الحمل بنتين، فإن لم يكن له نصيب مقدر؛ كالأولاد، فهل يُصرف إليهم شيء؟ يبني على أنه، هل لأقصى عدد الحمل ضبطاً والأصحاب فيه مختلفون؛ فعن شيخنا المذهب أبي حامد والقفال: أنه لا ضبط لذلك، وبه قال أصحابنا العراقيون والصنيدلاني والقاضي حسين؛ لأن الشافعي - رضي الله عنه - قال: أخبرني شيخ باليمن أنه ولد له خمسة أولاد في بطن واحد.

وعن ابن الميزباني أن امرأة بالأنبار ألفت كيساً، فيه اثنا عشر ولداً، وذكر صاحب «التهذيب» أن هذا أصح.

وقال آخرون: أقصى الحمل أربعة، وهذا ما أورده صاحب الكتاب والقاضي ابن كنج، وجعله الفرضيون قياس قول الشافعي - رضي الله عنه - وأزادوا به أن الشافعي - رضي الله عنه - يتبع في مثل ذلك الوجود، وأكثر العدد الذي وجد أربعة. لكن هذا يشكل بما نقله الأوّلون.

وروى عبد الله بن المبارك عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - مثل الوجه الثاني.

فلو قلنا بالأول: فلو خلف ابناً وأمّ ولِد حاملاً، لم يُصرف إلى الابن شيء، ولو خلف ابناً وزوجة حاملاً، فلها الثمن، ولا يُدفع إلى الابن شيء، وعلى الثاني له الخمس أو خمس الباقي على تقدير أنهم أربعة ذكور.

وعلى هذا؛ فهل يُمكن الذين صرف إليهم حصّتهم من التصرف فيها؟ عن القفال: أنهم لا يُمكنون منه؛ لأنه قد يهلك الموقوف للحمل، فيحتاج إلى استرداد، والحاكم، وإن كان يلي أمر الأطفال، لكنه لا يلي أمر الأجنّة، فلا يمكن حمل ما جرى على القسمة.

والظاهر التمكّن، ولو منبوعاً من التصرف، لما دفع إليهم. ثم الموقوف للحمل على الوجه الثاني، قد يكون بتقدير الذكورة أكثر كما إذا خلف ابناً وحاملاً.

وقد يكون بتقدير الأنونة أكثر كما لو خَلَفَتْ زوجاً وأماً حاملاً من أبيها، فإن كان الحمل ذكراً أو ذكوراً، فإنما يحصل لهم سدس المال أو ثلثه، وإن كان اثنين فتعول المسألة، ويكون لهما أربعة من ثمانية، فيقف أربعة من ثمانية، ويدفع إلى الأم سهماً، وإلى الزوج ثلاثة، فناخذ بأصغر الاحتمالات في كل صورة على ما ذكره في الكتاب.

وقوله: «وأقصى الحمل من حيث العدد» معلّم بالواو؛ لما بيناه، وبالالف؛ لأن عند أحمد - رحمه الله - الأقصى اثنان.

فرعان:

الأول: مات الكافر عن امرأة حامل، ووقفنا الميراث للحمل، فأسلمت، ثم ولدت، وراث الولد، وإن كان محكوماً بإسلامه، لأنه كان محكوماً بكفره يوم الموت.

الثاني: مات عن ابن وزوجة حامل، فولدت ابناً وبتناً، فاستهل أحدهما، ووجد ميتين، ولم يدر المستهل أيهما، يعطي كل وارث أقل ما يصيبه، ويوقف الباقي، حتى يصطلحوا أو تقوم بيته. وهذا الفرع ونظائره يُعرف بـ«مسائل الاستهلال» ولها حساب دقيق، نوره في فصول الحساب، إن شاء الله تعالى.

قال الغزالي: وَكَذَلِكَ لَوْ خَلَفَ وَلَدًا خُنْثَى فَنَأْخُذُ فِي حَقِّهِ وَحَقِّ الْبَاقِيَيْنِ (ح و) بِأَسْوَأِ الْأَحْتِمَالَاتِ أَخْذًا بِالْمُسْتَيْقِنِ وَتَوَقُّفًا فِي مَحَلِّ الشُّكِّ.

### «القول في ميراث الخنثى»

قال الرافعي: الخنثى: هو الذي له ذكر وفرج، أو ليس له واحد منهما، وله ثقبه يؤول منها، وقد مر في «كتاب الطهارة» الطرق التي تُعرف بها ذكوره وأنوثته.

وإذا مات مدة الإشكال مورث له، فيُنظر: إن لم يختلف ميراثه بذكورته وأنوثته؛ كأولاد الأم، والمعتق، وراث ولا إشكال.

وإن اختلف؛ فيؤخذ في حق الخنثى، ومن معه من الورثة باليقين، ويوقف المشكوك فيه، فإن كان يرث على أحد تقديري الذكورة، والأثوثة دون الآخر، لم يدفع إليه شيء، ووقف ما يرثه على ذلك التقدير، وكذلك فيمن يرث معه على أحد التقديرين دون الآخر، وإن كان يرث على التقديرين، لكثه يرث على أحد التقديرين أقل، دفع إليه الأقل، ووقف الباقي، وكذلك في حق من يرث معه على التقديرين، ويختلف قدر ما يأخذه، وإن كان من معه، يرث على التقديرين، ولا يختلف ما يأخذه، دفع إليه حقه.

وقال أبو حنيفة: يؤخذ في حق الخنثى باليقين، ولكن لا يوقف الباقي، بل يُعرف إلى سائر الورثة، لأن سبب استحقاقهم ثابت، فلا يُحجبون بإشكال حال الخنثى، وبه

قال بعض أصحابنا، فيما رواه الأستاذ أبو منصور<sup>(١)</sup>، ورأيت ابن اللبان نسبته إلى تخريج ابن سريج، وحكى وجهين في أنه، هل يؤخذ من سائر الورثة ضمين. وعن مالك، وبعض أصحابه: أنه يؤخذ بذكورة الخثى.

وقال أحمد: له نصف نصيب الذكر، ونصف نصيب الأثني.

لنا: أنه أشكل أمره فيوقف ما تردد فيه، كالمفقود، ويجوز أن يعلم؛ لما ذكرنا قوله: «فَتَأْخُذُ» فِي حَقِّهِ بِالْمِيمِ وَالْأَلْفِ، وقوله: «فِي حَقِّ الْحَاضِرِينَ» بِالْحَاءِ وَالْوَاوِ.

وكان ينبغي أن يقول بدل «الحاضرين» الواضحين، أو الباقين، وهو المراد، فكأن اللسان، أو القلم سبق إلى ذكر الحاضرين؛ لما مر في المفقود.

### [أمثلة توضح مسائل الخثى]

ولا بد من إيضاح الفصل بالأمثلة:

بنتان وولد ابن خثى وأخ للبنتين الثلثان، ويوقف الباقي.

ولد خثى، وأخ أو عم: للخثى النصف، ويوقف الباقي، ولا يدفع إلى الأخ والعم شيء.

ولد خثى وابن: يدفع إلى الخثى الثلث، وإلى الابن النصف، ويوقف الباقي بينهما.

ولد خثى وابنان: يدفع إلى الخثى الخمس، والابنان الثلثان<sup>(٢)</sup>.

ولد خثى وبنت وعم: يدفع إلى الولدتين الثلثان بالسوية ويوقف الباقي بين الخثى والعم.

(١) ما حكاه وجهاً روي قولاً، فذكر ابن سراقه في كتاب، الكشف عن أصول الفرائض أن بعض أصحابنا حكى للشافعي أربعة أقوال في ميراث الخثى. أحدها: أنه أثني بكل حال على ما قاله في الديات.

والثاني: ما رواه الربيع في كتاب النكاح أنه يرجع إلى قوله أي إذا كان بالغاً عاقلاً.

والثالث: أنه يدفع إليه أقل النصيبين ويدفع الباقي إلى الورثة ويؤخذ منهم ضمين قياساً على قوله في كتاب الدعوى أنه إذا أقام بينة أنه أخو الميت ووارثه دفع إليه المال بعد الاستكشاف وأخذ ضمين.

والرابع: أنه يدفع إلى كل ولده أقل ما يحضه نصيبه وتوقف الباقي. قال: والأصح أن المسألة في ذلك على قول واحد وهو أنه يوقف الباقي كذلك. [رواه عنه الربيع والمزني وأبو ثور وغيرهم]. انتهى.

(٢) سقط من: د.

زَوْجٍ، وَأَبٍ، وولَدٌ وَخُنْثَى: لِلزَّوْجِ الرَّبِيعِ، وَلِلْأَبِ السُّدُسُ، وَلِلْخُنْثَى النُّصْفُ، وَيُوقَفُ الْبَاقِي بَيْنَ الْأَبِ وَالْخُنْثَى.

زَوْجٍ، وَأُمٍّ، وولَدٌ أَبٍ خُنْثَى: لِلزَّوْجِ النُّصْفُ عَائِلًا؛ لِأَنَّ عَلَى تَقْدِيرِ الْأَثْوَةِ تَعُولُ الْمَسْأَلَةُ إِلَى ثَمَانِيَّةٍ، فَلِلْأُمِّ الثَّلَاثُ عَائِلًا، وَيُدْفَعُ إِلَى الْخُنْثَى السُّدُسُ الثَّامِ مِنَ الْمَالِ.

وَإِذَا اجْتَمَعَ وَلَدَانِ خُنْثَيَانِ، فَلَهُمَا الثَّلَاثَانِ، وَيُوقَفُ الْبَاقِي.

ثَلَاثَةُ أَوْلَادٍ خَنَائِي وَعَمٍّ: لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ حُكْمُ الْمَالِ، لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ أَنْثَى، وَالْآخِرَانِ ذَكَرَانِ وَيُوقَفُ الْبَاقِي إِلَى تَمَامِ الثَّلَاثَيْنِ بَيْنَهُمْ، وَبَاقِي الْمَالِ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ الْعَمِّ.

أَبْنٌ وَخُنْثَيَانِ: يُدْفَعُ إِلَى الْإِبْنِ الثَّلَاثُ، وَإِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْخُمْسُ، فَتَكُونُ الْقِسْمَةُ مِنْ خَمْسَةِ عَشَرَ، وَيُوقَفُ سَهْمٌ وَنِصْفٌ بَيْنَ الْخُنْثَيَيْنِ، وَالْبَاقِي بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ الْأَبْنِ.

وَلَدٌ خُنْثَى وولَدٌ ابْنِ خُنْثَى وَعَمٍّ: لِلوَلَدِ النُّصْفُ، وَيُوقَفُ السُّدُسُ بَيْنَهُمَا وَبِالْبَاقِي بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ الْعَمِّ.

بِنْتُ وَبِنْتُ ابْنِ، وولَدٌ ابْنِ خُنْثَى وَعَمٍّ: لِلبِنْتِ النُّصْفُ وَلِوَلَدِ ابْنِ السُّدُسُ بِالسُّوِيَّةِ وَبِالْبَاقِي بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ الْعَمِّ.

ثَلَاثَةُ أَوْلَادٍ [ابْنِ] خَنَائِي بَعْضُهُمْ أَسْفَلُ مِنْ بَعْضٍ، وَعَمٍّ:

لِلْأَعْلَى النُّصْفُ، وَيُوقَفُ السُّدُسُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْأَوْسَطِ، وَبِالْبَاقِي بَيْنَ الْكُلِّ.

ثُمَّ آتَى الْإِمَامُ [رَحِمَهُ اللَّهُ] مِنْ مِيرَاثِ الْخُنْثَى بِمَبَاحِثَاتٍ مُفِيدَةٍ:

إِحْدَاهَا: أَنَّ الْمَالَ الْمَوْقُوفَ، إِلَى مَتَى يُوقَفُ؟ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ غَايَةٌ، أَفْضَى إِلَى تَعْطِيلِهِ، وَإِبْطَالِ فَائِدَتِهِ وَأَجَابَ بِأَنَّهُ لَا بَدْءَ مِنَ التَّوَقُّفِ؛ مَا دَامَ الْخُنْثَى بَاقِيًا، وَالْبَيَانُ مُتَوَقِّعًا، فَإِذَا مَاتَ، فَعِنَ الْأُسْتَاذِ أَبِي مَنْصُورٍ: أَنَّ أَبَا نُورٍ حَكَى عَنِ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - قَوْلًا أَنَّهُ لَا يُوقَفُ بَعْدَ ذَلِكَ، بَلْ يُرَدُّ إِلَى وَرَثَةِ الْمَيِّتِ الْأُولَى، وَشَبَّهَهُ بِوَجْهِ ذُكْرٍ فِيمَا إِذَا أَسْلَمَ الْكَافِرُ عَلَى أَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ، وَمَاتَ قَبْلَ الْإِحْتِيَارِ: أَنَّ الرَّبِيعَ أَوْ الثَّمَنَ يُقَسَّمُ بَيْنَ جَمِيعِهِنَّ، وَلَا يُوقَفُ، وَالْمَشْهُورُ فِي الصُّورَتَيْنِ خِلَافَهُ.

الثَّانِيَةُ: لَوْ اصْطَلَحَ الَّذِينَ وَقَفَ الْمَالَ بَيْنَهُمْ عَلَى تَسَاوٍ، أَوْ تَقَاوُبٍ (١) جَازَ قَالَ الْإِمَامُ: وَلَا بَدْءَ أَنْ يَجْرِيَ بَيْنَهُمْ تَوَاهُبٌ، وَإِلَّا، بَقِيَ الْمَالُ عَلَى صُورَةِ التَّوَقُّفِ، وَهَذَا التَّوَاهُبُ لَا يَكُونُ إِلَّا عَنِ جِهَالَةٍ، لَكِنَّهَا تَخْتَمَلُ لِلضَّرُورَةِ.

(١) وليس المعنى من الصلح إلا أن كلاً منهم وهب من الآخر، فينبغي أن يكتفي بمجرد الصلح إذا قصد به الهبة ولا يحتاج إلى التصريح بها.

ولو أخرج بعضهم نفسه من البين، وَوَهَبَهُ لِهِمْ عَلَى جَهْلِ بِالْحَالِ (١) جَارَ أَيْضاً.  
الثالثة: لو قال الخثى في أثناء الأمر: أنا رجلٌ أو امرأةٌ، فالذي ذكره الإمام: أنه يُقضى بقوله، ولا نَظَرُ إِلَى التُّهْمَةِ؛ فَإِنَّهُ لَا إِطْلَاعَ عَلَى الْحَالِ إِلَّا مِنْ جِهَتِهِ وَهَذَا مَا حَكَاهُ أَبُو الْفَرَجِ السَّرْحَسِيُّ عَنْ نِصِّهِ هَا هُنَا قَالَ:

وَنَصَّ فِيمَا إِذَا جُنِيَ عَلَيْهِ، وَاخْتَلَفَ الْجَانِي وَالْخَثَى مِنْ ذِكْرَتِهِ، أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْجَانِي، فَمِنْهُمْ مَنْ نَقَلَ وَخَرَّجَ، وَمِنْهُمْ مَنْ فَرَّقَ؛ بَأَنَّ عَرَفْنَا هُنَاكَ أَصْلًا ثَابِتًا، وَهُوَ بِرَاءَةُ ذِمَّةِ الْجَانِي، فَلَا تَرْفَعُهُ بِقَوْلِهِ، وَهَذَا بِخِلَافِهِ، وَإِذَا قَبَلْنَا قَوْلَهُ؟ حَلْفَانَا عَلَيْهِ (٢).

هذا شرح ما ذَكَرَ فِي مَوَاقِعِ الْإِرْثِ، وَدَوَافِعِهِ، وَمِمَّا عُدَّ مِنْهَا، أَنَّ يَلْزَمَ مِنَ التَّوْرِيثِ نَفْيُهُ، فَيَصِيرُ الدَّوْرُ مَانِعًا.

مثالهُ: بِإِقْرَارِ الْأَخِ بَأَنَّ لِأَخِيهِ الْمِيَّتِ ثَبَتَ نَسَبُهُ وَلَا يَرِثُ، وَالْمَسْأَلَةُ بِمَا فِيهَا مِنْ الْخِلَافِ، قَدْ مَرَّتْ فِي «بَابِ الْإِقْرَارِ».

وَلَوْ أَوْصَى بَعْدَهُ لِأَبِي الْعَبْدِ، فَمَاتَ الْأَبُ قَبْلَ الْقَبُولِ وَقَبِلَهَا أَخُوهُ؛ يُعْتَقُ الْعَبْدُ وَلَا يَرِثُ، وَهِيَ مَذْكُورَةٌ فِي «كِتَابِ الْوَصِيَّةِ» وَمَرَّةٌ أُخْرَى فِي أَوَاخِرِ النَّكَاحِ.

ولو اشترى المريضُ أباهُ، عَتَقَ، وَلَمْ يَرِثْ (٣)، وَهِيَ مَذْكُورَةٌ فِي النَّكَاحِ أَيْضاً. ولو ادعى مدعٍ نسباً على ورثة ميت، فأنكروا ونكّلوا عن اليمين حلف وورث معهم، إن لم يخجّبهم، وإن خجّبهم، فوجّهان، حكاهما الأستاذ أبو منصور:

أصحهما: أنه لا يرث، وإلا، بطل نكولهم ويمينه، وبهذا، أجاب الاستاذ أبو إسحاق الإسفرائيني.

ولو ملك أخاه ثم أقر في مرض موته، أنه كان قد أعتقه في الصحة، قال في «التّهذيب»: كان العتق نافذاً وهل يرثه؟

(١) سقط من: ب.

(٢) قال في الخادم: قضيته أن الراجح القبول، وقد صححه النووي في آخر باب الحصانة من زوانده ونقله في الروضة في باب الأحداث عن الأصحاب كما لو أخبر خثى ببلوغه للإمكان فإنه يقبل لكن حكيا الخلاف في باب الجنائيات في باب ما يشترط فيه مساواة القتيل للقاتل في الكلام على ما إذا قطع ذكره وادعى أنه ذكر بالميل وطلب دية الذكر وجهين واقتضى كلامهما تصحيح عدم القبول للتهمة. وصرح بتصحيحه في الشرح الصغير هناك وكذا صحح النووي في باب الأحداث من التحقيق وشرح المهذب.

(٣) هذه المسألة ذكرها الشيخ في باب الوصية وأمعن في النظر ثم قال: متى حكمتا بعتقه من الثلث لا يرثه لأنه وصية ولا سبيل إلى الجمع بينها وبين الإرث. هكذا أطلقوه وكأنه تفرغ على بطلان الوصية لوراث. فإن قلنا نقف على إجازة الوارث لم يمتنع الجمع بينها وبين الإرث فيحتمل توقف الأمر على الإجازة ويحتمل خلافه.

إِنْ صَحَّحْنَا الإِقْرَارَ لِلوَارِثِ، وَرِثَهُ، وَإِلَّا لَمْ يَرِثْهُ؟ لِأَنَّ تَوْرِيثَهُ يَوْجِبُ إِبْطَالَ الإِقْرَارِ بِحَرِيَّتِهِ، وَإِذَا بَطَلَتِ الحَرِيَّةُ؟ بَطَلَ الإِرْثُ، فَأَثْبَتْنَا الحَرِيَّةَ، وَأَسْقَطْنَا الإِرْثَ، ذَكَرَهُ فِي الإِقْرَارِ.

### «فَضْلٌ»

ثُمَّ إِنَّ صَاحِبَ الكِتَابِ، اشْتَغَلَ بَعْدَ فِي الفَضْلِ المَعْقُودِ فِي الحِسَابِ، وَلَمْ يَأْتِ فِيهِ بِمَا يُفْتَحُ، بَلْ أَحَالَ مُعْظَمَ مَا فِيهِ عَلَى «الْوَسِيطِ»، وَأَهْمَلَ أَيْضاً أَبْوَاباً يُعْتَنَى بِهَا مِنَ الفَرَائِضِ مِنْهَا:

بَابٌ فِي تَوْرِيثِ المُطْلَقَاتِ، وَبَابٌ فِي الرَّدِّ، وَبَابٌ فِي ذَوِي الأَرْحَامِ، وَبَابٌ فِي المَسَائِلِ المَلْقَبَاتِ، وَبَابٌ فِي مَسَائِلِ المَعَايَا، وَبَابٌ فِي النَّسَبِ، وَنَحْنُ لَا نَطِيبُ قَلْباً بِإِخْلَاءِ هَذَا الشَّرْحِ عَنْهَا، لَكِنْ نُوخِرُ تَوْرِيثَ المُطْلَقَاتِ إِلَى كِتَابِ الطَّلَاقِ، فَإِنَّ طَرَقاً مِنْهُ مَذْكَورٌ فِي الكِتَابِ هُنَاكَ وَتَتَكَلَّمُ أَوَّلاً فِي الرَّدِّ وَذَوِي الأَرْحَامِ، لِيَتِمَّ القَوْلُ فِي الفِتَاوَى والأَحْكَامِ، ثُمَّ نَشْرَعُ فِي الحِسَابِ فَنَشْرَحُ مَا فِي الكِتَابِ، وَنَضْمُ إِلَيْهِ مَا يَقَعُ الاكْتِفَاءُ بِهِ، ثُمَّ نَخْتُمُ بِفُصُولٍ فِي المُلْقَبَاتِ وَالمَعَايَا وَالنَّسَبِ وَبِاللهِ التَّوْفِيقَ الكَلَامُ فِي الرَّدِّ وَذَوِي الأَرْحَامِ أَصْلَ المَذْهَبِ فِيهِمَا، وَمَا اخْتَارَهُ الأَصْحَابُ - رَحِمَهُمُ اللهُ - لِحُضُورِ فَسَادِ بَيْتِ المَالِ قَدْ ذَكَرْنَا هُمَا فِي أَوَّلِ الكِتَابِ.

وَإِذَا قُلْنَا بِالرَّدِّ، فَحِظْ الفَتَوَى مِنْهُ، أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ مِمَّنْ يُرَدُّ إِلَيْهِ مِنْ ذَوِي الفُرُوضِ إِلاَّ صِنْفٌ وَاحِدٌ، فَإِنْ كَانَ شَخْصاً وَاحِداً، دُفِعَ إِلَيْهِ الفَرَضُ، وَالبَاقِي بِالرَّدِّ وَإِنْ كَانُوا جَمَاعَةً، فَالبَاقِي بَيْنَهُمْ بِالسُّوِيَّةِ فَإِنْ اجْتَمَعَ صِنْفَانِ أَوْ ثَلَاثَةَ، فَالفَاضِلُ مِنَ الفُرُوضِ يَرُدُّ عَلَيْهِمْ بِقَدْرِ سَهَائِهِمْ.

وَأَمَّا الحِسَابُ وَالتَّصْحِيحُ عِنْدَ الرَّدِّ، فَيَأْتِي مِنْ فُصُولِ الحِسَابِ.

### «القَوْلُ فِي مِيرَاثِ ذَوِي الأَرْحَامِ»

وَأَمَّا تَوْرِيثُ ذَوِي الأَرْحَامِ، فَالذَّاهِبُونَ مَثلاً إِلَيْهِ، اخْتَلَفُوا فِي كَيْفِيَّتِهِ، فَأَخَذَ بَعْضُهُمْ بِمَذْهَبِ أَهْلِ التَّنْزِيلِ<sup>(١)</sup>.

(١) الرِّحْمُ فِي الأَصْلِ مَنبِتُ الوَلَدِ وَوَعَاؤُهُ ثُمَّ سَمِيَتِ القَرَابَةُ الوَاصِلَةُ مِنْ جِهَةِ الوَلَاءِ رَحْماً لِأَنَّهَا مَسْبِيَةٌ عَنْهُ. وَشَرَعاً كُلُّ قَرِيبٍ لَيْسَ بِذِي سَهْمٍ وَلَا عَصَبَةٍ.

وَاعْتَرَضَ بِالمَحْجُوبِ بِالوَصْفِ الَّذِي لَيْسَ مِنْ ذَوِي الأَرْحَامِ فَإِنَّهُ يَصْدُقُ عَلَيْهِ أَنَّهُ قَرِيبٌ لَيْسَ بِذِي سَهْمٍ وَلَا عَصَبَةٍ.

وَاجِبٌ أَنَّهُ فِي الحَقِيقَةِ ذُو سَهْمٍ أَوْ عَصَبَةٍ فِي نَفْسِهِ وَإِنْ كَانَ عَدَمَ اسْتِحْقَاقِ المَالِ فَرَضاً وَتَعْصِيماً لِمَانَعٍ =

= ومن السهل معرفة ذوي الأرحام بعد ما عرفت أصحاب الفروض والعصبات فكل من خرج عنهما ممن يستحق المال فهو من ذوي الأرحام.

وقد اختلف الصحابة والتابعون والفقهاء في توريثهم إذا كان بيت المال موجوداً ومنتظماً: فذهب الشافعي إلى أنه لا ميراث لهم وقال إن بيت المال أولى منهم وهو قول زيد بن ثابت وإحدى الروایتين عن عمر وعليه مالك وأكثر أهل المدينة والأوزاعي وأكثر أهل الشام. وقال أبو حنيفة رحمه الله: إن ذوي الأرحام أولى بالميراث من بيت المال وهو قول علي بن أبي طالب وعبد الله بن مسعود وإحدى الروایتين عن عمر.

ومن التابعين عمر بن عبد العزيز والحسن البصري وشريح والشعبي وطاوس.

ومن الفقهاء أهل العراق وأحمد بن حنبل وإسحق بن راهويه. استدل الأولون بوجوه:

الأول: ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: -

«إن الله تعالى قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث» فأشار ﷺ إلى ما في القرآن من الموارث وليس فيه لذوي الأرحام شيء: ولو كان لهم حق لبيته. وما كان ربك نسياً فمن جعل لهم حقاً فقد زاد على النص. والزيادة على النص لا تثبت بخبر الواحد أو القياس: الثاني: ما رواه عطاء بن يسار: «أتى رجل من أهل البادية فقال يا رسول الله - إن رجلاً هلك وترك عمه وخالة. فقال اللهم رجل ترك عمه وخالة - ثم سكت هنيهة - ثم قال لا أرى نزل على شيء لا شيء لهما».

وروى زيد بن أسلم عن علي أن النبي ﷺ ركب إلى قباء يستخير الله تعالى في العمه والخالة فنزل عليه أن لا ميراث لهما.

وأيضاً - روى عمران بن سليمان - أن رجلاً مات فأتت بنت أخته النبي ﷺ في الميراث. فقال:

«لا شيء لك - اللهم من منعت ممنوع، اللهم من منعت ممنوع».

الثالث: أن مشاركة الأنثى لأخيها أثبت في الميراث من انفرادها. ألا ترى أن بنات الابن يسقطن مع البنات وإن شاركنه ذكر ورثن وصرن له عصبه. فلما كان بنات الأخوة والأعمام يسقطن مع أخواتهن كان أولى أن يسقطن بانفرادهن.

واستدل الآخرون على مذهبهم بما يأتي:

«١» قوله تعالى: «وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله» فلا يجوز منعهم من الميراث وقد جعلهم الله أولى به.

وأجيب عن هذا:

«١» أن المقصود بالآية نسخ التوارث بالحلف والهجرة ولم يرد بها أعيان من تستحق الميراث.

«٢» أن قوله: «بعضهم أولى ببعض» دليل على أن ما سوى ذلك البعض ليس بأولى لأن التبعض يمنع الاستيعاب.

«٣» أنه تعالى قال: «في كتاب الله» وكان ذلك مقصوراً على ما فيه وليس لهم فيه ذكر فدل على أن ليس لهم في الميراث حق.

«٤» أن قوله تعالى: «أولى» محمول على ما سوى الميراث من الحضانة وما جرى مجراها إذ ليس في الآية ذكر ما هم به أولى.

«ب» ما رواه طاوس عن عائشة ورواه غيره عن عمر رضي الله عنهم عن النبي ﷺ أنه قال: - =



= «الله ورسوله مولى من لا مولى له والخال وارث من لا وارث له».

وما رواه المقداد بن معديكرب عن النبي ﷺ أنه قال: -

«الخال وارث من لا وارث له».

والجواب عنه: -

«١» أن هذا الكلام موضوع في لسان العرب للسلب والنفي لا للإثبات وتقديره أن الخال ليس بوارث كما تقول العرب الجوع طعام من لا طعام له. والدنيا دار من لا دار له. والصبر حيلة من لا حيلة له يعني أنه ليس طعام ولا دار ولا حيلة.

«٢» أنه جعل الميراث للخال الذي يعقل ولا يعقل إلا إذا كان عصبه ونحن نقول بوارث الخال إذا كان عصبه - والنزاع في خال ليس بعصبه.

«ح» روي أنه توفي ثابت بن الدحداح ولم يدع وارثاً فرفع إلى النبي ﷺ. فسأل عنه عاصم بن عدي. «هل ترك من أحد؟ فقال ما نعلم يا رسول الله ترك أحداً - فدفع رسول الله ﷺ ماله إلى ابن أخته».

وروي عن النبي ﷺ أنه قال:

«العم والد إذا لم يكن دونه أب والخاله والدة إذا لم تكن دونها أم».

وردة هذا: -

بأن النبي عليه الصلاة والسلام إنما أعطى ابن أخت أبي الدحداح لمصلحة رآها لا ميراثاً. لأنه لما قيل لا وارث له. دفعه إليه على أنه يجوز أن تكون عصبه خاصة قد يخفى سببها فلا يصح ادعاء العموم فيها:

ونظيره ما رواه عمرو بن دينار عن عوسجة عن ابن عباس، أن رجلاً مات ولم يدع وارثاً إلا غلاماً له كان أعتقه فقال رسول الله ﷺ:

هل له أحد؟ قالوا لا إلا غلاماً له كان أعتقه «فقال الرسول الله ﷺ: هل له أحد؟ قالوا لا إلا غلاماً» فجعل ﷺ ميراثه له. ومعلوم أنه لا يستحق ميراثاً لكن فعل ذلك لمصلحة رآها. ونظيره أيضاً - ما رواه عبد الله بن بريدة عن أبيه قال: مات رجل من خزاعة فأتى النبي ﷺ بميراثه.

فقال: «التمسوا له وارثاً أو ذات رحم» فلم يجدوا له وارثاً ولا ذات رحم فقال ﷺ: «أعطوه الكل من خزاعة» فميز ﷺ بين الوارث والرحم فدل على أنه غير وارث ثم أمر بدفع ميراثه إلى الكل من قومه لأنه رأى المصلحة في إعطائهم.

أما الجواب عن حديث «العم والد... الخ».

فهو محمول على ما سوى الميراث من الحضانة وإلا فليست الخالة كالأم عند عدمها في الميراث. إذا كان هناك وارث.

«د» ولأن كل من أدلى بوارث كان وارثاً كالعصبات.

وأجيب عنه: -

بالنقص بنت المولى في الولاء فإنها لا تترث مع ادلائها بعاصب وارث.

«ه» قالوا ولأن ذوي الأرحام شاركوا المسلمين في الإسلام وفضلوهم بالرحم فوجب أن يكونوا أولى منهم بالميراث كالمعتق لما شارك المسلمين في الإسلام وفضل عنهم بالعتق صار أولى منهم =

وهَذَا الَّذِي أوردَهُ الْقَاضِي ابْنُ كَيْجٍ، وَصَاحِبُ «المَهْدَبِ» وَالْإِمَامُ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - وَرَجَّحُوا هَذَا الْمَذْهَبَ، بِأَنَّ الْقَائِلِينَ بِهِ مِمَّنْ يُورَثُ ذَوِي الْأَرْحَامِ فِي الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - وَمَنْ بَعْدَهُمْ أَكْثَرُ.

= بالميراث. وكالأخ الشقيق لما شارك الأخ للاب وفضله بالأم كان أولى بالإرث: -  
والجواب:

النقص بنت المولى - لأنها قد فضلتهم بكونها بنت عاصب مع التساوي في الإسلام ثم لا تقدم عليهم.

على أن المسلمين قد فضلوهم بالتعصيب لأنهم يعقلون فكانوا أولى بالميراث.  
«و» قال تعالى:

﴿لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانُ وَالْأَقْرَبُونَ﴾ . . . الآية فقالوا إن العمات والخالات وأولاد البنات والأخوال من الأقربين فوجب دخولهم فيها.

غاية ما في الباب أن قدر ذلك غير مذكور في هذه الآية - لكننا ثبت استحقاقهم لأصل النصيب بها - وأما المقدار فمستفاد من سائر الدلائل.

وأجيب عن هذا بما يأتي: -

«١» قال تعالى في آخر الآية: ﴿نصيباً مفروضاً﴾ أي مقدراً وبالإجماع ليس لذوي الأرحام نصيب مقدر فثبت أنهم غير داخلين في هذه الآية.

«٢» إن هذه الآية خاصة بالأقربين. فليتم قلتم أن ذوي الأرحام من الأقربين مع أنه لا يصح ذلك؟ لأنه إما أن يكون المراد من الأقربين من كان أقرب من شيء آخر أو من كان أقرب من جميع الأشياء والأول باطل لأنه يقتضي دخول أكثر الخلق فيه فإن كل إنسان له نسب مع غيره إما بوجه قريب أو بوجه بعيد وأقله الانتساب إلى آدم عليه السلام. ولا بد أن يكون هو أقرب إليه من ولده إليه فيلزم دخول كل الخلق في هذا النص وهو باطل. ولما بطل هذا الاحتمال وجب حمل النص على الاحتمال الثاني وما ذاك إلا الوالدان والأولاد. فثبت أن هذا النص لا يدخل فيه ذوو الأرحام ولا يقال لو حمل الأقربون على هذا المعنى فيعم الوالدين للزم التكرار لانا نقول - الأقرب جنس يندرج تحته نوعان - الوالد والولد - فذكر سبحانه النوع ثم ذكر الجنس فلم يلزم التكرار.

«٣» إن أصل الفرض الحز والقسط. ثم إن أصحاب أبي حنيفة خصصوا لفظ الفرض بما عرف وجوبه بدليل قاطع واسم الوجوب بما عرف وجوبه بدليل ظني. فقالوا لأن الفرض عبارة عن الحز والقسط وأما الوجوب فهو عبارة عن السقوط يقال وجبت الشمس إذا سقطت. ولا شك أن تأثير الحز والقسط أقوى وأكمل من تأثير السقوط فلهذا السبب خصص لفظ الفرض عندهم بما عرف وجوبه بدليل قاطع - ولفظ الوجوب بما عرف وجوبه بدليل مقلنون.

وهذا يقضي عليهم بأن الآية لم تتناول ذوي الأرحام لأن توريتهم ليس من باب ما عرف بدليل قاطع بالإجماع. فلم يكن توريتهم فرضاً والآية إنما تناولت التوريت المفروض. فلزم القطع بأن الآية ما تناولت ذوي الأرحام.

هذا والحق أن الوجوب في اللغة هو الثبوت وأما مصدر الواجب بمعنى الساقط والمضطرب إنما هو الوجبة والوجيب. وإن كان استعمال الفرض فيما ثبت بقطعي والواجب فيما ثبت بظني شائع مستفيض كقولهم الوتر فرض والصلاة واجبة. ينظر الميراث للشيخ وهبة إبراهيم.

ومنهم مَنْ أَخَذَ بمذهب أهل القَرَابَةِ، وبه قَالَ أبو حنيفة، وهذا ما أورده صاحب «التَّهذِيبِ» وأبو سعد المَتَوَلَّى، وإِنَّمَا سُمِّيَ الأولونَ أهلَ التَّنزِيلِ، لأنَّهم نَزَّلُوا كُلَّ فرعٍ مَنزِلَةً أصْلِهِ.

وسُمِّيَ الآخرونَ أهلَ القَرَابَةِ؛ لأنَّهم يُورِثُونَ الأقربَ فالأقربَ، كالعَصَبَاتِ<sup>(١)</sup>.

والمذهبانِ مَتَّفِقَانِ على أَنَّ مَنْ انفردَ مِن ذَوِي الأرحامِ، يجوزُ جميعُ المالِ، وإِنَّمَا يظهرُ الاختلافُ عندَ اجتماعِهم، ولا بُدَّ مِن ذكرِ المذهبَيْنِ على اختصارٍ، لاختلافِ اختيَارِ الأصحابِ، والوجهُ [بناؤهما] من كُلِّ صِنْفٍ منهم عندَ الانفرادِ، ثُمَّ فيما إذا اجتمعَ منهمُ صنفانِ فصاعداً.

أما البيانُ الأولُ مِنَ الأصنافِ: أولادُ البناتِ وبناتُ الابنِ.

أما أهلُ التَّنزِيلِ، فَيُنزَلُونَهُم مَنزِلَةَ البناتِ وبناتِ الابنِ، ويُقدِّمونَ منهمُ من سبقَ إلى الوارثِ، فَإِن استَوْوا فِي السَّبْقِ إلى الوارثِ، قُدِّرَ كأنَّ الميِّتَ حَلَفَ مَنْ يَدُلُّونَ بِهِ مِنْ الوَرَثَةِ، وَاجِدًا كَانَ أو جَمَاعَةً، ثُمَّ يُجْعَلُ نصيبُ كُلِّ واحدٍ منهمُ للمُدْلِينِ بِهِ على حَسَبِ ميراثِهِم، لو كَانَ هُوَ الميِّتَ.

وقال أهلُ القَرَابَةِ: إِنْ اختلفت درجائُهُم فالأقربُ إلى الميِّتِ أوَّلَى ذَكَرًا كَانَ أو أنثى، فَتَقَدَّمُ بنتُ البنتِ على بنتِ بنتِ البنتِ، وعلى ابنِ بنتِ البنتِ، وَإِن لَمْ تَخْتَلِفْ، فَإِن كَانَ فِيهِمْ مَنْ يُدلي بوارثِ، فَهُوَ أوَّلَى، فَتَقَدَّمُ بنتُ بنتِ الابنِ على بنتِ بنتِ البنتِ؛ لأنَّها تُدلي بوارثَةٍ هَذَا إِذَا أدلَّى بنفسه بالوارثِ.

أما إِذَا أدلَّى بواسطة، كِبنتِ بنتِ بنتِ الابنِ، مع بنتِ بنتِ بنتِ البنتِ.

فالأصحابُ أَبِي حنيفة، فِيهِ اختلافٌ، والصحيحُ عندهم، أَنَّهُ لا تَرْجِيحَ.

وقضيةُ مَا أورده أصحابنا، التَّرجيحُ كما لَو أدلَّى بِنَفْسِهِ، وَإِن استَوْوا فِي الإذْلَاءِ، وَرِثُوا جَمِيعًا، وَكَيْفَ يرثُونَ؟ قال أبو يوسف: وَالنَّظَرُ إلى أبدانِهِم دُونَ مَنْ يتوسطُ بينهم مِنَ الأبياءِ والأُمَّهاتِ؛ فَإِن كانوا ذُكُورًا، أو إِنانًا، سَوِيَّ بينهم، فَإِن اختلفوا فللذَكَرِ مثلُ حظِّ الأنثيينِ.

وقال محمد: يُنظَرُ مِنَ المتوسِّطينَ بيئُهُم، وَبَيْنَ الميِّتِ، مِن ذَوِي الأرحامِ، فَإِن اتَّفَقُوا، ذُكُورَةً وَأُنُوثَةً، فالجوابُ كذَلِكَ، وَإِن اختلفوا فإِما أَن يكونَ الاختلافُ فِي بطنِ واحدٍ أو أَكثَرَ.

(١) قال النووي: الأصح الأقيس: مذهب أهل التنزيل، وللقائلين بتوريث ذوي الأرحام مذاهب غير

هذين، لكن الذي اختاره أصحابنا منها هذان.

إِنْ كَانَ فِي بَطْنٍ وَاحِدٍ، قَسَمْنَا الْمَالَ بَيْنَ أَعْلَى بَطُونِ الْاِخْتِلَافِ وَجَعَلْنَا كُلَّ ذَكَرٍ بَعْدَ أَوْلَادِهِ الَّذِينَ يُقَسَّمُ مِيرَاثُهُمْ ذُكُورًا، وَكُلَّ أُنْثَى بَعْدَ أَوْلَادِهَا الَّذِينَ يُقَسَّمُ مِيرَاثُهُمْ إِنَاثًا، وَيُقَسَّمُ الْمَالَ بَيْنَ الذُّكُورِ وَالْإِنَاثِ الْحَاصِلِينَ مِنْ هَذَا التَّقْدِيرِ، ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾.

ثُمَّ مَا أَصَابَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الصُّنْفَيْنِ، يُقَسَّمُ عَلَى أَوْلَادِهِ؛ ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾.

وَإِنْ كَانَ الْاِخْتِلَافُ فِي أَكْثَرَ مِنْ بَطْنٍ وَاحِدٍ، قَسَمْنَا الْمَالَ بَيْنَ أَعْلَى بَطُونِ الْاِخْتِلَافِ، كَمَا ذَكَرْنَا، فَمَا أَصَابَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الصُّنْفَيْنِ، قُسِمَ عَلَى أَوْلَادِهِ الَّذِينَ فِيهِمُ الْاِخْتِلَافُ، عَلَى التَّحْوِ الْمَذْكُورِ فِي الْبَطْنِ الْأَوَّلِ. وَهَكَذَا يُفْعَلُ حَتَّى تَنْتَهِيَ الْقِسْمَةُ إِلَى الْأَحْيَاءِ.

قَالَ النَّاقِلُونَ: كُلُّ وَاحِدٍ مِنْ أَبِي يَوْسُفَ وَمُحَمَّدٍ، يَدْعِي أَنْ قَوْلَهُ قَوْلَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَالْأَكْثَرُونَ صَدَقُوا مُحَمَّدًا، إِلَّا أَنْ مُتَأَخَّرِي أَصْحَابِهِمْ، يُفْتَوْنَ بِقَوْلِ أَبِي يَوْسُفَ. وَكَذَلِكَ ذَكَرَ صَاحِبُ «التَّهْدِيبِ» وَالتَّيْمَةَ، إِنَّهُ أَظْهَرَ الرُّوَايَتَيْنِ، وَالْقَوْلَانِ مُتَّفِقَانِ عَلَى تَفْضِيلِ الذَّكَرِ عَلَى الْأُنْثَى؛ عِنْدَ الْقِسْمَةِ عَلَيْهِمْ، وَفِي «التَّيْمَةِ» وَجْهٌ آخَرٌ؛ أَنَّهُ يَسَوَّى بَيْنَ الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى، وَهُوَ اخْتِيَارُ الْأُسْتَاذِ أَبِي إِسْحَاقَ الْإِسْفَرَايِينِي، اِحْتِجَاجًا بِأَنَّ الْأَصْلَ فِي التَّوْرِيثِ بِالرَّجْمِ أَوْلَادَ الْأُمَّ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ ذُكُورِهِمْ وَإِنَاثِهِمْ. وَلِتَضَرِبَ أَمْثَلَةً تَوْضِحُ الْغَرَضَ:

### «فرع في أمثلة توضح الفرض»

بِنْتُ بِنْتٍ، وَبِنْتُ بِنْتِ ابْنٍ: الْمُتَزَلُّونَ يَجْعَلُونَ الْمَالَ بَيْنَهُمَا أَرْبَاعًا بِالْقَرَضِ وَالرَّدِّ، كَمَا يَكُونُ بَيْنَ الْبِنْتِ وَبِنْتِ الْاِبْنِ.

وَأَهْلُ الْقَرَابَةِ يَجْعَلُونَ الْكُلَّ لِبْنْتِ الْبِنْتِ؛ لِقُرْبَاهَا.

بِنْتُ ابْنِ بِنْتٍ، وَبِنْتُ بِنْتِ ابْنٍ؛ الْمَالَ لِلثَّانِيَةِ بِالْإِتِّفَاقِ، أَمَّا عَلَى التَّنْزِيلِ؛ فَلَأَنَّ السَّبْقَ إِلَى الْوَارِثِ هُوَ الْمَعْتَبَرُ.

وَأَمَّا عَلَى الْمَذْهَبِ الثَّانِي فَلِأَنَّهُ الْمُعْتَبَرُ عِنْدَ اسْتَوَاءِ الدَّرَجَةِ.

بِنْتُ بِنْتٍ، وَابْنُ وَبِنْتٍ مِنْ بِنْتِ أُخْرَى:

الْمُنْزَلُونَ يَجْعَلُونَ الْمَالَ بَيْنَ بِنْتِي الصُّلْبِ؛ تَقْدِيرًا بِالْقَرَضِ وَالرَّدِّ، ثُمَّ يَقُولُونَ: نِصْفَ الْبِنْتِ الْأُولَى لِبِنْتِهَا، وَنِصْفَ الْأُخْرَى لَوْلَدِهَا أَثْلَانًا.

وَأَهْلُ الْقَرَابَةِ يَجْعَلُونَ الْمَالَ بَيْنَ ثَلَاثَتِهِمْ ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾، وَمُحَمَّدٌ لَا

يخالف في هذه الصورة، إنما يخالف فيما إذا اختلفت الأصول الذين هم من ذوي الأرحام.

ابن بنت، وبنت بنت أخرى وثلاث بنات بنت أخرى: المنزّلون يقولون: للابن الثلث، وللبنات المفردة كذلك، وللثلاث الثلث أثلاثاً.

وأهل القرابة يجعلون المال بينهم **«للدّكر مثل حظ الأنثيين»**.

بنت بنت بنت، وبنت ابن بنت:

عند المنزّلين وأبي يوسف: المال بينهما بالسوية.

وعند محمد: ثلث المال للأولى، وثلثاه للثانية، أنه يقسم بين بنت بنت وابن بنت كذلك، فتجعل حصة كل واحد لبيته.

بنتا بنت، وثلاث بنات ابن بنت أخرى:

عند المنزّلين: النصف للبتين بالسوية، والنصف للثلاث أثلاثاً.

وعند أبي يوسف: المال بين الخمس بالسوية.

وعند محمد: يقسم المال بين الذّكر والأنثى المتوسّطين، ويقدر الذّكر ثلاثة ذكور بعدد فروعهم، والأنثى اثنتين بعدد فروعها، فيكون على ثمانية حصص الذّكر ستة، وهي لبنات بالسوية، وحصة الأنثى سهمان، هما لبيتها.

بنت بنت بنت وبنت بنت ابن بنت وابن ابن بنت: عند أبي يوسف: المال بينهم على أربعة، وقال محمد - رحمه الله -: يقسم المال أولاً بين أعلى بطني، الاختلاف، وفيه ابنان وبنت، وكل واحد منهم يعدّ واحداً: لأنّ الفروع آحاد، فيكون المال بينهم على خمسة: حصة البنت سهم، هو لبنت بنتها، وحصة الذّكرين أربعة أسهم، يقسم على ولديهما للاختلاف، وهما: ابن وبنت على ثلاثة وأربعة، لا تنقسم على ثلاثة، فتضرب ثلاثة في خمسة، تكون خمسة عشر، كان للبنت، في القسمة الأولى سهماً، فلها الآن ثلاثة، وكان لكل واحد من الأبتين سهمان، فيكون الآن ستة، يجمع بينهما؟ فيكون اثني عشر يقسم بين ولديهما، **«للدّكر مثل حظ الأنثيين»**.

فإذن لبنت بنته البنت ثلاثة من خمسة عشر، وللأخرى أربعة من خمسة عشر، وللبنات السمانية الباقية.

ومن الأصناف: بنات الإخوة، وبنو الإخوة للأُم وأولاد الأخوات:

فالمنزّلون ينزّلون كل واحد منهم منزلة أبيه أو أمه، ويرفعونهم عند التسفل بطناً بطناً، فمن سبق إلى وارث، قدموه، فإن استورا في الانتهاء إلى الوارث، قسّم المال

بَيْنَ الْأَصُولِ، فَمَا أَصَابَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ قُسْمَ بَيْنِ قُرُوعِهِ.

وقال أهل القربة: إن اختلفوا في الدرجة، قَدِمَ مِنْهُمْ الْأَقْرَبُ إِلَى الْمَيِّتِ مِنْ أَيِّ جِهَةٍ كَانَ حَتَّى تَقْدَمَ بِنْتُ الْأَخْتِ لِلأَبِ أَوْ الأُمُّ عَلَى بِنْتِ (١) ابْنِ الأَخِ مِنَ الأَبِ عَلَى بِنْتِ ابْنِ الأَخْتِ مِنَ الأَبَوَيْنِ، وَإِنْ لَمْ يَخْتَلِفُوا فِي الدَّرَجَةِ، فَالأَقْرَبُ إِلَى الوَارِثِ أَوْلَى مِنْ أَيِّ جِهَةٍ كَانَ، حَتَّى تَقْدَمَ بِنْتُ [ابن] الأَخِ مِنَ الأَبِ عَلَى بِنْتِ ابْنِ الأَخْتِ مِنَ الأَبَوَيْنِ.

فإن استَوَرَا فِيهِ أَيْضاً، فعند أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ: يَقْدَمُ مَنْ كَانَ مِنَ الأَبَوَيْنِ، ثُمَّ مَنْ كَانَ مِنَ الأَبِ، ثُمَّ مَنْ كَانَ مِنَ الأُمِّ؛ رعايَةَ لِقَوَّةِ القربة، وَلَا يُنْظَرُ إِلَى الأَصُولِ.

وَمَنْ يَسْقُطُ مِنْهُمْ عِنْدَ الاجْتِمَاعِ وَمَنْ لَا يَسْقُطُ.

وعند محمد: يَقْدَمُ مَنْ كَانَ مِنَ الأَبَوَيْنِ عَلَى مَنْ كَانَ مِنَ الأَبِ، وَلَا يَقْدَمُ مَنْ كَانَ مِنْ جِهَةِ الأُمِّ؛ اعتباراً بالأَصُولِ، ثُمَّ أولادُ الإخوةِ والأخواتِ مِنَ الأُمِّ، يُسَوَّى بَيْنَهُمْ فِي القِسْمَةِ عِنْدَ الجُمهُورِ مِنَ المنزِلينِ وأهلِ القربةِ.

قال الإمام: وقياسُ قولِ المنزِلينِ تفضيلُ الذَكَرِ عَلَى الأنثى؛ لأنَّهُمْ يَقْدَرُونَ أولادَ الوارِثِ، كأنَّهُمْ يرثُونَ مِنْهُ، وَأَمَّا أولادُهُمْ مِنَ الأَبَوَيْنِ وَمَنْ الأَبِ فَيُفَضَّلُ ذَكَورُهُمْ عَلَى إناثِهِمْ عِنْدَ المنزِلينِ. وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ روايتان:

أظهرهما، وبه قال أبو يوسف: أن الجواب كذلك.

والثانية: وبها قال محمد: أنه يُقسَّمُ المَالُ بَيْنَ الأَصُولِ أَوْلًا وَيُؤخَذُ عَدَدُهُمْ مِنَ القُرُوعِ، فَمَا يَصِيبُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ، يُجْعَلُ لِقَرُوعِهِ كَمَا ذَكَرْنَا فِي أولادِ البَنَاتِ. الأمثلة:

بِنْتُ أُخْتِ، وَأَبْنَا أُخْتِ أُخْرَى، وَهُمَا مِنَ الأَبَوَيْنِ أَوْ مِنَ الأَبِ: عِنْدَ المنزِلينِ: نِصْفُ المَالِ لِلْبِنْتِ والنِّصْفُ الأَخْرَى لِلأَبْنَيْنِ، وَأهلِ القربةِ قالوا: المَالُ بَيْنَهُمْ عَلَى خَمْسَةِ: ثَلَاثَ بَنَاتٍ إِخْوَةَ متفرقين.

قال المنزِلونَ ومحمد: السُّدُسُ لبِنْتِ الأَخِ مِنَ الأُمِّ، والباقِي لبِنْتِ الأَخِ مِنَ الأَبَوَيْنِ؛ اعتباراً بالأبَاءِ. وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: الكلُّ لبِنْتِ الأَخِ مِنَ الأَبَوَيْنِ. ثلاثة بني أخواتٍ متفرقات:

قال المنزِلونَ ومحمد: المَالُ بَيْنَهُمْ عَلَى خَمْسَةِ كَمَا يَكُونُ بَيْنَ أُمَّهَاتِهِمْ بالفرضِ والرِّدِّ.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: الكل لابن الأخت من الأبوين، ولو كان بدلهم ثلاث بنات أخوات متفرقات كان جواب الفريقتين كذلك.

ولو اجتمع البنون الثلاثة والبنات الثلاث:

قال المنزّلون: المال بين أمهاتهم على خمسة بالفرض والرّد: نصيب الأخت من الأبوين لولديها أثلاثاً، ونصيب الأخت من الأب كذلك، ونصيب الثالثة لولديها بالسوية.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: الكل لولدي الأخت من الأبوين. وقال محمد: يجعل كأن في المسألة ست أخوات؛ اعتباراً بعدد الفروع، فيكون للأخت من الأم الثلث، بتقديرها أختين، وللأخت من الأبوين الثلثان؛ بتقديرها أختين، فحصة كل واحدة لولديها، هذه بالتفضيل، وتلك بالسوية.

قال الإمام - رحمه الله تعالى - قد نظر محمد - رحمه الله تعالى - ههنا إلى الأصول الوارثين، وفي [أولاد] البنات، لم ينظر إلى الوارثين، وإنما نظر إلى بطون الاختلاف من ذوي الأرحام كما تقدم.

ابن أخت من الأبوين وبنت أخ كذلك:

عند المنزّلين ومحمد؛ الثلثان لبنت الأخ، والثلث لابن الأخت. وقال [أبو حنيفة] وأبو يوسف ومحمد بالعكس.

ومن الأضناف: الأجداد الفاسدون، والجدات الفاسدات: المنزّلون ينزّلون كل واحد منهم منزلة ولديه بطناً بطناً، ويقدمون منهم من انتهى إلى الوارث أولاً، فإن استويا في الانتهاء فسم المال بين الورثة الذين انتهوا إليهم وقسمت حصه كل وارث بين المذلين به.

وقال أهل القرابة: إن اختلفت درجاتهم، فالمال للأقرب من أي جهة كان حتى يتقدم أب الأم على أبي أم الأب، وأم أبي الأم على أبي أبي الأم، وإن تساوا في الدرجة، فلا يقدم ههنا بالسبق إلى الوارث على المشهور من مذهب أبي حنيفة ومن أصحابه من قدم به، فإن لم يقدم به أو قدم، واستوا في السابق إلى الوارث نظر: إن كان الكل من جهة أبي الميت، فرواية أبي سليمان الجوزجاني - وهو الأظهر - أنه يجعل ثلثا المال لمن هو من جهة أب الأب، وثلثه لمن هو من جهة أم الأب.

وعلى رواية عيسى بن أبان: المال كله لمن هو من جهة أبيه، ويسقط من هو من جهة الأم، وإن كان الكل من جهة أم الميت، أطردت الروايتان في أنه يسقط من هو من قبل أمها، أو يجعل المال بين من [هو من قبل أبيها]، ومن هو من قبل أمها أثلاثاً؟ وإن

كَانَ بَعْضُهُمْ مِنْ جِهَةِ أَبِي الْمَيِّتِ، وَبَعْضُهُمْ مِنْ جِهَةِ أُمِّهِ؛ فَسُمَّ الْمَالُ بَيْنَ الْجِهَتَيْنِ  
أَثَلَانًا، وَجُعِلَ كُلُّ قِسْمٍ كَأَنَّهُ كُلُّ التَّرَكَةِ، وَأَهْلُ كُلِّ جِهَةٍ كَأَنَّهُمْ كُلُّ الْوَرِثَةِ، فَتَجِيءُ فِيهِ  
الرَّوَايَاتَانِ، ثُمَّ قِسْمَةُ الثَّلَاثِينَ عَلَيَّ مَنْ فِي جِهَةِ الْأَبِ، ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلَ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾،  
وَقِسْمَةُ الثَّلَاثِ عَلَيَّ مَنْ فِي جِهَةِ الْأُمِّ كَمِثْلِ كَذَلِكَ أوردَه في «التَّهْدِيبِ».

الْأَمْثَلَةُ: أُمُّ أَبِي الْأُمِّ، وَأَبُو أُمِّ الْأُمِّ:

عِنْدَ الْمُنْزَلَيْنِ: الْمَالُ لِأَبِي أُمِّ أُمِّ الْأُمِّ؟ لِأَنَّهُ أَسْبَقَ إِلَى الْوَارِثِ، وَعَلَى رِوَايَةِ  
الْجَوْزَجَانِيِّ: الثَّلَاثَانِ لِأُمِّ أَبِي الْأُمِّ وَالثَّلَاثَ لِأَبِي أُمِّ الْأُمِّ.

وَعَلَى رِوَايَةِ عَيْسَى: الْكُلُّ لِأُمِّ أَبِي الْأُمِّ. أَبُ أُمِّ أَبِي، وَأَبُو أَبِي أُمِّ:

عِنْدَ الْمُنْزَلَيْنِ: الْمَالُ لِلأَوَّلِ، وَعَلَى رِوَايَةِ عَيْسَى: لِلثَّانِي. وَعَلَى رِوَايَةِ  
الْجَوْزَجَانِيِّ: الثَّلَاثَانِ لِلثَّانِي، وَالثَّلَاثَ لِلأَوَّلِ. أَبُ أَبِي أُمِّ، وَأَبِي أُمِّ أَبِي:

قَالَ الْمُنْزَلُونَ: الْمَالُ لِلثَّانِي، وَكَذَلِكَ الْجَوَابُ عِنْدَ مَنْ رَجَحَ بِالسُّنَنِ إِلَى الْوَارِثِ  
مِنْ أَهْلِ الْقَرَابَةِ، وَأَمَّا عَلَى الظَّاهِرِ عِنْدَهُمْ، فَالثَّلَاثَانِ لِلثَّانِي، وَالثَّلَاثَ لِلأَوَّلِ.

أَبُ أُمِّ الْأُمِّ، وَأَبُ أُمِّ الْأَبِ:

عِنْدَ الْمُنْزَلَيْنِ: الْمَالُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ، كَمَا يَكُونُ بَيْنَ أُمِّ الْأُمِّ، وَأُمِّ الْأَبِ قَرْضًا  
وَرَدًّا. وَعِنْدَ أَهْلِ الْقَرَابَةِ: الثَّلَاثَ لِلأَوَّلِ، وَالثَّلَاثَانِ لِلثَّانِي. أَبُ أَبِي الْأُمِّ، وَأُمُّ أَبِي الْأُمِّ،  
وَأَبُ أُمِّ أُمِّ الْأُمِّ: عِنْدَ الْمُنْزَلَيْنِ: الْمَالُ لِلثَّلَاثِ. وَعَلَى رِوَايَةِ عَيْسَى: لِلأَوَّلَيْنِ.

وَعَلَى رِوَايَةِ الْجَوْزَجَانِيِّ: الثَّلَاثَانِ بَيْنَ الْأَوَّلَيْنِ ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلَ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾، وَالثَّلَاثَ  
لِلثَّلَاثِ.

أَبُو أَبِي أُمِّ أَبِي، وَأُمُّ أَبِي أُمِّ الْأَبِ، وَأَبُو أَبِي أَبِي الْأُمِّ، وَأُمُّ أَبِي أَبِي الْأُمِّ.

قَالَ الْمُنْزَلُونَ: الْمَالُ لِلأَوَّلَيْنِ.

وَقَالَ أَهْلُ الْقَرَابَةِ: الْأَوَّلَانِ مِنْ جِهَةِ الْأَبِ، وَالآخِرَانِ مِنْ جِهَةِ الْأُمِّ، فَيُجْعَلُ الْمَالُ  
أَثَلَانًا بَيْنَ الْجِهَتَيْنِ.

ثُمَّ عَلَيَّ رِوَايَةُ الْجَوْزَجَانِيِّ: الثَّلَاثَانِ بَيْنَ الْأَوَّلَيْنِ أَثَلَانًا، وَالثَّلَاثَ بَيْنَ الْآخِرِينَ.

وَعَلَى رِوَايَةِ عَيْسَى: الثَّلَاثَانِ لِلأَوَّلِ مِنَ الْأَوَّلَيْنِ، لِأَنَّهُ أَبُو أَبِي أُمِّ الْأَبِ، وَالثَّانِي أُمُّهُ  
وَالثَّلَاثَ لِلأَوَّلِ مِنَ الْآخِرِينَ؟ لِأَنَّهُ أَبُو أَبِي أُمِّ الْأَبِ، وَالثَّانِي أُمُّهُ<sup>(١)</sup>.

وَمِنْ الْأَصْنَافِ؛ الْخَالَاتُ وَالْأَخْوَالُ وَالْعَمَّاتُ وَالْأَعْمَامُ مِنَ الْأُمِّ.

(١) سقط من د.



نَزَلَ الْمَنْزُولَ الْأَخْوَالَ وَالْخَالَاتِ مِنْزَلَةَ الْأُمِّ، وَقَسَّمُوا الْمَالَ بَيْنَهُمْ إِذَا انْفَرَدُوا عَلَى حَسَبِ مَا يَأْخُذُونَ مِنْ تَرِكَةِ الْأُمِّ، لَوْ كَانَتْ هِيَ الْمِيَتَةَ.

واختلفوا في العمات والعم للام، منهم من نزلهم منزلة الاب، وهو الاظهر، ومنهم من نزلهم منزلة العم؛ لموافقة الاسمين، وهؤلاء اختلفوا: فقيل: العمات من الجهات منزلات منزلة العم من الابوين.

وقيل: كل عممة تنزل منزلة العم الذي هو اخوها، ثم من جعل العمات بمنزلة الاب، او بمنزلة العم من الابوين على اقرارهم، قال: اذا انفردن، قسم المال بينهما على حسب استحقاقهن، لو كان الاب هو الميت.

ومن نزلهم منزلة الاعمام المتفرقين قدم العممة من الابوين، ثم العممة من الاب، ثم العممة من الام، واذا اجتمعت العمات والخالات والاخوال؛ فالثلاثان للعمات والثلاث للاخوال والخالات، ويعتبر في كل واحد من النصيبين ما اغتبر في جميع المال، لو انفرد احد الصنفين.

واما اهل القرابة، فانهم قالوا: اذا انفردت الخالات، فان كن من جهة واحدة، قسم المال بينهما بالسوية، وان اختلفت الجهة، فالخالة من الابوين مقدمة ثم الحالة من الاب، والاخوال المنفردون كالخالات.

وإذا اجتمع الاخوال والخالات: فان كانوا من جهة واحدة، قسم المال بينهم **«للدكر مثل حظ الأنثيين»**، وان كانوا من جهة الام، وان اختلفت الجهات، فمن اخص بقرابة الابوين اولى، ثم من اخص بقرابة الاب.

العمات المنفردات كالخالات.

وإذا اجتمع الاعمام من الاب<sup>(١)</sup> والعمات من الام، فالمال بينهما **«للدكر مثل حظ الأنثيين»**.

وإذا اجتمعت العمات والخالات، فللعمات الثلاثان، وللخالات الثلث، سواء اتفقت جهة العمات والخالات، او اختلفت على المشهور عندهم وعن ابي يوسف - رحمه الله - انه ان اختلفت الجهة، فالمال لا قوى الصنفين جهة، ثم اذا قسم المال اثلاثاً اغتبر في كل واحد من النصيبين ما يغتبر من جميع المال عند انفرد الصنف المضروب اليهم.

الأمثلة:

ثلاث حالات متفرقات :

عند المنزّلين : المال بينهم على خمسة ؛ كما لو ورثن من الأم . وعند أهل القرابة : هو للخالة من الأبوين ، وبمثله أجابوا في ثلاثة أحوال متفرقين .

والمنزّلون قالوا : للخال من الأم السدس ، والباقي للخال من الأبوين [للمذكر مثل حظ الأنثيين] .

ولو اجتمع الأخوال متفرقين .

فقالمنزّلون قالوا : للخال من الأم السدس ، والباقي للخال من الأبوين<sup>(١)</sup> .

ولو اجتمع الأخوال المفترقون والخالات والمتفرقات :

قال أهل القرابة : المال كله للخال والخالة من الأبوين ، [للمذكر مثل حظ الأنثيين]<sup>(٢)</sup> .

وقال المنزّلون : ثلثا المال لهما كذلك ، وثلث المال للخال والخالة من الأم كذلك . قال الإمام : وتفضيل الخال من الأم على الخالة من الأم مشكّل مخالف للتسوية بين الذكور والإناث من أولاد الأخ للأم .

ثلاثة أحوال متفرقين ، وثلاث عمات متفرقات عند المنزّلين : ثلث المال بين الخال من الأبوين والخال من الأم على ستة ، واحد للثاني ، والباقي للأول ، وقسمة الثلثين تخرج على الخلاف في تنزيل العمات .

إن جعلنا كالأعمام ، فالثلثان للعمّة من الأبوين ، وإن نُزلن منزلة الأب ، فالثلثان بينهما على خمسة ، كما يَرَيْن من الأب ، وقال أهل القرابة : الثلثان للعمّة من الأبوين ، والثلث للخال من الأبوين .

### «فَرْعَان»

#### الأول :

أحدهما : أولاد الأخوال والخالات والأعمام والعمات من الأم . عند المنزّلين : بمنزلة آباؤهم وأمهاتهم عند الانفراد والاجتماع ، ومن تسفل منهم ، رُفِعَ بطناً بطناً ، فإن سبق بعضهم إلى وارث ، قدّم ، وإن استوزوا فيه ، قُسم المال بين الذين يُدلي بهم هؤلاء ؛ على حسب استحقاقهم من الميّت ، فما أصاب كل واحدٍ منهم يُقسّم بين المُدلين به على حسب استحقاقهم منه كما لو كان هو الميّت . وقال أهل القرابة : الأقرب يُسقط

(٢) سقط من : ب .

(١) سقط من : د .

الْأَبْعَدُ بِكُلِّ حَالٍ، فَإِنْ أَسْتَوَوْا فِي الدَّرَجَةِ، نُظِرَ: إِنْ أَنْفَرَدَ أَوْلَادُ الْأَخْوَالِ وَالْحَالَاتِ:  
فَمَا أَنْ تَخْتَلَفَ الْجِهَةُ، فَيَقْدَمَ الَّذِينَ هُمْ مِنَ الْأَبَوَيْنِ، ثُمَّ الَّذِينَ هُمْ مِنَ الْأَبِّ، ثُمَّ  
يَأْخُذُ الَّذِينَ هُمْ مِنَ الْأُمِّ وَإِمَا لَمْ يَخْتَلَفْ، فَيَرْتُونَ جَمِيعًا.

ثُمَّ النَّظَرُ عِنْدَ أَبِي يَوْسُفَ إِلَى أَبْدَانِهِمْ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ إِلَى وَقُوعِ الْاِخْتِلَافِ فِي آبَائِهِمْ  
وَأَجْدَادِهِمْ، عَلَى مَا سَبَقَ مِنْ أَوْلَادِ الْأَخْوَاتِ وَبَنَاتِ الْإِخْوَةِ، وَأَوْلَادِ الْعَمَّاتِ عِنْدَ  
الْاِنْفِرَادِ كَأَوْلَادِ الْحَالَاتِ وَالْأَخْوَالِ.

وَإِنْ اجْتَمَعَ الصَّنْفَانِ؛ فَكُلُّنَا الْمَالِ لِأَوْلَادِ الْعَمَّاتِ، وَتُلْتَهُ لِأَوْلَادِ الْأَخْوَالِ  
وَالْحَالَاتِ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي آبَائِهِمْ، وَيُعْتَبَرُ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ النَّصِيبِينَ مَا يُعْتَبَرُ فِي  
جَمِيعِ الْمَالِ.

وَإِذَا اجْتَمَعَ مَعَ هَؤُلَاءِ بَنَاتُ الْأَعْمَامِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ أَوْ مِنَ الْأَبِّ وَلَمْ تَخْتَلَفِ الدَّرَجَةُ  
فَبَنَاتُ الْأَعْمَامِ أَوْلَى لِسَبْقِهِنَّ إِلَى الْوَارِثِ.

الثاني: أخوال الأم وخالاتها:

عِنْدَ الْمَنْزِلَيْنِ: بِمِثَابَةِ الْجَدَّةِ أُمِّ الْأُمِّ، وَأَعْمَامُهَا وَعَمَّاتُهَا بِمِثَابَةِ الْجَدِّ أَبِي الْأُمِّ،  
وَأَخْوَالُ الْأَبِّ وَحَالَاتُهُ بِمِثَابَةِ الْجَدَّةِ أُمِّ الْأَبِّ، وَعَمَّاتُهُ عِنْدَ مَنْ نَزَلَ عَمَّةَ الْمَيْتِ مَنْزِلَةً أَبِيهِ  
بِمَنْزِلَةِ الْجَدِّ أَبِي الْأَبِّ.

وَعِنْدَ مَنْ نَزَلَ عَمَّةَ الْمَيْتِ مَنْزِلَةً عَمِّهِ، بِمِثَابَةِ عَمِّ الْأَبِّ، فَيَقْسَمُ الْمَالُ بَيْنَهُمْ، وَمَا  
أَصَابَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ يُجْعَلُ لِلْمُذَلِّينَ بِهِ عَلَى حَسَبِ مَا يَسْتَحِقُّونَهُ، لَوْ كَانَ هُوَ الْمَيْتَ.  
وَعَلَى هَذَا الْقِيَاسِ، يَجْعَلُونَ كُلَّ خَالٍ وَخَالَةٍ مَنْزِلَةَ الْجَدَّةِ، الَّتِي هِيَ أَخْتُهُمَا، وَكُلَّ  
عَمٍّ وَعَمَّةٍ بِمَنْزِلَةِ الْجَدِّ الَّذِي هُوَ أَخُوهُمَا.

وَأَمَّا أَهْلُ الْقَرَابَةِ، فَإِنَّهُمْ يَعْتَبَرُونَ فِي أَخْوَالِ الْأُمِّ وَحَالَاتِهَا، مَا اعْتَبَرُوهُ فِي أَخْوَالِ  
الْمَيْتِ وَحَالَاتِهِ، وَكَذَلِكَ فِي عَمَّاتِهَا؛ إِذَا انْفَرَدَتْ، وَإِنْ اجْتَمَعَ أَعْمَامُهَا وَعَمَّاتُهَا، فَالْمَالُ  
بَيْنَهُمْ، ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾ عَلَى الْمَشْهُورِ.

وفيه رواية أخرى: أنهم، إن كانوا من الأبوين أو من الأب، قُدِّمَ الْأَعْمَامُ.

ولو اجْتَمَعَ أَعْمَامُهَا وَعَمَّاتُهَا وَأَخْوَالُهَا وَحَالَاتُهَا فَالْثُلُثُ لِلْحَالَاتِ وَالْأَخْوَالِ،  
وَالثُّلُثَانِ لِلْأَعْمَامِ وَالْعَمَّاتِ، كَمَا فِي عُمُومَةِ الْمَيْتِ وَخَتُولَتِهِ، وَخَوْوَلَةِ الْأَبِّ وَعُمُومَتِهِ،  
كَخَوْوَلَةِ الْأُمِّ وَعُمُومَتِهَا عِنْدَ الْاِنْفِرَادِ وَالْاِجْتِمَاعِ.

ولو اجْتَمَعَ قَرَابَاتُ الْأَبَوَيْنِ، فَلِقَرَابَةِ الْأَبِّ الثُّلُثَانِ وَلِقَرَابَةِ الْأُمِّ الثُّلُثُ، ثُمَّ يُقْسَمُ كُلُّ  
نَصِيبٍ بَيْنَهُمْ؛ كَمَا يُقْسَمُ جَمِيعُ الْمَالِ، لَوْ انْفَرَدُوا فَكُلُّنَا الثَّلَاثِينَ لِعَمَّاتِ الْأَبِّ، وَتُلْتَهُ

لأخواله وخالاته، وكذلك الثلث، ولا فرق بين أن يكون قرابة الأب من جنس قرابة الأم، أو لا يكون، حتى لو خلف عم أمه وخالة أبيه، يكون الثلثان للحالة، والثلث للعم. ولو خلف ثلاث عمات متفرقات، وثلاث خالات متفرقات لأبيه، ومثلهن لأمه، فعلى الصحيح - من قول أهل القرابة -: ثلثا الثلثين لعمة الأب من الأبوين، وثلثهما لخالة الأب من الأبوين، وثلث الثلث لعمة الأم من الأبوين، وثلثه لخالة الأم من الأبوين، ويسقط البواقي.

وعند المنزليين: نصف سدس المال بين خالات الأب، ومثله بين خالات الأم؛ لنزولهن منزلة الجدتين، والباقي لعمات الأب دون عمات الأم، لأن عمات الأب كآب الأب وعمات الأم كآب الأم.

هذا تمام البيان الأول، وقد ظهر به كيفية توريث الأضناف، ومن يتقدم ويتأخر من أشخاص كل صنف.

### البيان الثاني: في ترتيب الأضناف:

قال المنزليون: كل واحد من ذوي الأرحام ينزل منزلة الوارث الذي يؤدي به، ثم ينظر في الورثة لو قدر اجتماعهم، فإن كانوا يرثون، ورث المذلولون بهم، وإن كان يحجب بعضهم بعضاً، جرى الحكم كذلك في ذوي الأرحام.

وقال أهل القرابة: ذوو الأرحام - وإن كثروا - يرثون إلى أربعة أنواع.

المتنمون إلى الميت، وهم؛ أولاد البنات، وبنات الابن، والمتممي إليهم الميت وهم: الأجداد والجدات الفاسدات، والمتنمون إلى أبوي الميت، وهم أولاد الأخوات وبنات الإخوة، والمتنمون إلى أجداده وجداته، وهم: العمومة والخولة.

ومذهبهم الظاهر تقديم النوع الأول، ثم الثاني، ثم الثالث، فما دام يوجد أحد من فروع الميت - وإن كان من غايية السفل - فلا شيء لأضوله من ذوي الأرحام، وإن قرَّبوا. وعلى هذا القياس. وعن أبي حنيفة رواية أخرى، وهي تقديم النوع الثاني على الأول. وقدم أبو يوسف ومحمد النوع الثالث على الثاني.

واتفقوا على أن من كان من العمومة والخولة، وأولادهم ومن ولد جد أو جدة [أقرب إلى الميت فهي أولى بالميراث، فإن بعد ممن هو من ولد جد أو جدة<sup>(١)</sup>] أبعد [منه].

وإذا اجتمع الأجداد والجدات من ذوي الأرحام مع الخالات والأخوال والعمات،

فَعَلَى أَصْلِ أَبِي حَنِيفَةَ: تَقَدَّمُ الْجَدُودَةُ، وَعِنْدَ صَاحِبَيْهِ: إِنْ كَانَتِ الْعُمُومَةُ أَوْ الْخَوُولَةُ مِنْ وَلَدِ جَدٍّ أَوْ جَدَّةٍ، تُسَاوِي الْجَدَّ وَالْجَدَّةَ الْمَوْجُودَيْنِ فِي الْمَسْأَلَةِ، أَوْ أَبْعَدَ مِنْهُمَا، فَالْأَجْدَادُ وَالْجَدَّاتُ أَوْلَى، وَإِنْ كَانُوا مِنْ أَصْلِ أَقْرَبَ مِنْهُمَا، فَهُمْ أَوْلَى وَعَنْ أَحْمَدَ - رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَيْهِ - تَقْدِيمُ الْخَالِ عَلَى جَمِيعِ ذَوِي الْأَرْحَامِ.  
وَفِي الْبَاقِينَ، مَذْهَبُهُ مَذْهَبُ الْمَنْزِلِينَ فِي كُلِّ فَضْلٍ.

### «فَرَعَانِ»

الأول: قَدْ يَجْتَمِعُ فِي الشَّخْصِ الْوَاحِدِ مِنْ ذَوِي الْأَرْحَامِ قَرَابَتَانِ، إِمَّا فِي أَوْلَادِ الْبَنَاتِ؛ بَأَنْ يَكُونَ لِلرَّجُلِ بِنْتَانِ، لِإِحْدَاهُمَا ابْنٌ وَلِلْأُخْرَى بِنْتُ، فَيَنْكِحُ الْإِبْنَ بِنْتِ خَالَتِهِ، فَتَلِدُ لَهُ بِنْتًا، فَهِيَ بِنْتُ بِنْتِ الرَّجُلِ وَبِنْتُ ابْنِ بِنْتِهِ، أَوْ فِي أَوْلَادِ الْإِخْوَةِ وَالْأَخْوَاتِ؛ بَأَنْ يَنْكِحَ أَخُو زَيْدٍ لَأُمِّهِ أُخْتَهُ لِأَبِيهِ؛ فَتَلِدُ لَهُ بِنْتًا، فَهِيَ بِنْتُ أُخْتِ زَيْدٍ لِأَبِيهِ، وَبِنْتُ أُخْتِهِ لِأُمِّهِ، أَوْ فِي أَوْلَادِ الْأَخْوَالِ وَالْعَمَّاتِ؛ بَأَنْ يَنْكِحَ خَالَ الرَّجُلِ عَمَّتَهُ، فَتَلِدُ بِنْتًا، فَهِيَ بِنْتُ خَالِهِ وَبِنْتُ عَمَّتِهِ.

فَالْمَنْزُولُونَ يُنْزَلُونَ وَجُوهَ الْقَرَابَةِ؛ فَإِنْ سَبَقَ بَعْضُ الْوَجُوهِ إِلَى وَارِثٍ يُقَدَّمُ بِذَلِكَ الْوَجْهِ عَلَى غَيْرِهِ، وَإِلَّا قَدَّرُوا الْوَجُوهَ أَشْخَاصًا، وَوَرِثُوا بِهَا عَلَى مَا تَقْتَضِيهِ الْحَالُ.

وَأَمَّا أَهْلُ الْقَرَابَةِ، فَعِنْدَ مُحَمَّدٍ: يُورِثُ صَاحِبُ الْقَرَابَتَيْنِ بِالْجِهَتَيْنِ جَمِيعًا.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: إِنْ اتَّفَقَ ذَلِكَ فِي أَوْلَادِ الْبَنَاتِ، جُعِلَتِ الْوَجُوهُ كَوَجْهِ وَاحِدٍ، وَلَمْ يُورِثْ بِهَا.

وَإِنْ اتَّفَقَ فِي أَوْلَادِ الْإِخْوَةِ وَالْأَخْوَاتِ وَرِثَ بِالْجِهَةِ الَّتِي هِيَ أَقْوَى.

وَإِنْ اتَّفَقَ فِي أَوْلَادِ الْخَوُولَةِ وَالْعُمُومَةِ، وَرِثَ بِالْقَرَابَتَيْنِ مَعًا؛ لِأَنَّهُمَا مُخْتَلِفَانِ، وَهَذَا أَظْهَرُ عِنْدَهُمْ.

وَعَلَى هَذَا؛ فَلَوْ خَلَفَ بِنْتُ أَخٍ لِأُمِّ هِيَ بِنْتُ أُخْتِ لِأَبٍ كَمَا صَوَّرْنَا، [وَبِنْتُ أُخْتِ أُخْرَى، أَوْ بِنْتُ أَخٍ أُخْرَى؛ وَرِثَتْ بِإِحْدَى<sup>(١)</sup> الْقَرَابَتَيْنِ، وَهِيَ أَنَّهَا بِنْتُ الْأُخْتِ مِنَ الْأَبِ].

وَلَوْ خَلَفَ بِنْتُ خَالٍ، هِيَ بِنْتُ عَمَّةٍ، كَمَا صَوَّرْنَا، وَبِنْتُ عَمَّةٍ أُخْرَى<sup>(٢)</sup> فَالْثُلُثُ لِبِنْتِ الْخَالِ، وَالثُّلُثَانِ بَيْنَهُمَا بِالسُّوِّيَّةِ. وَلَوْ كَانَ مَعَهُمَا بِنْتُ خَالٍ أُخْرَى، فَالْثُّلُثَانِ لَهَا، لِأَنَّهَا بِنْتُ الْعَمَّةِ، وَالثُّلُثُ بَيْنَهُمَا بِالسُّوِّيَّةِ.

(٢) سقط من: ب.

(١) في الروضة بأقوى.

الثاني: إذا كان مع ذوي الأرحام الزوج أو الزوجة:

قال أهل القرابة: يخرج نصيب من وجد منهما، ويُقسَّم الباقي على ذوي الأرحام، كما يُقسَّم الجميع، لو انفردوا فالمخرج للزوج أو الزوجة كذَيْن يُقدَّم من التركة.

وللمنزّلين قولان: أظهرهما أن الجواب كذلك.

والثاني: أن الباقي بعد فرض الزوج أو الزوجة يُقسَّم بينهم على نسبة سهام الذين يذلي بهم ذوو الأرحام من الورثة مع الزوج أو الزوجة.

يُعرف القائلون بالأول بأصحاب اعتبار ما بقي، والقائلون بالثاني بأصحاب اعتبار الأضل.

مثاله:

زوجة وبنت بنت، وبنت أخت من الأبوين:

عند أهل القرابة: للزوجة الرُّبع، والباقي لبنت البنت، وأصحاب القول الأول من المنزّلين جعلوا لها الرُّبع، والباقي بين بنت البنت، وبنت الأخت بالسوية.

ومن قال بالثاني، قال إذا نزلناهما، فكان في المسألة زوجة وبنت وأختا، ولو كان كذلك، لكانت المسألة من ثمانية: نصيب الزوجة منها واحد، يبقى سبعة، فنحفظها، ثم نخرج نصيب الزوجة بتمامه، يبقى ستة، نقسم بينهما أسباعاً.

ولو خلفت زوجاً وبنت بنت وخالة وبنت عم.

عند أهل القرابة: للزوج النصف [والباقي لبنت البنت].

وعلى القول الأول للمنزّلين: للزوج النصف<sup>(١)</sup>، ولبنت البنت نصف الباقي، وللخالة سدس الباقي، والباقي لبنت العم.

وقال أصحاب القول الثاني: إذا نزلنا، حصل في المسألة مع الزوج بنت وأم وعم، وحينئذٍ فهي من اثني عشر، تسقط نصيب الزوج يبقى تسعة فنحفظها، ثم نخرج النصف الثام للزوج، ونقسم بينهم الباقي، وهو ستة على التسعة المحفوظة، والله أعلم.

الكلام في حساب الفرائض. قال:

قال العزالي: الفصل الثالث في أصول الحساب ومقدرات الفرائض ست، النصف

(٢) سقط من: ب.

(١) في الروضة بأقوى.

وَنِصْفُهُ وَهُوَ الرَّبْعُ وَنِصْفُ نِصْفِهِ وَهُوَ الثُّمْنُ، وَالثُّلثَانِ وَنِصْفُهُمَا وَهُوَ الثُّلُثُ وَنِصْفُ نِصْفَيْهِمَا وَهُوَ السُّدُسُ، أَمَّا مُسْتَحَقُّوهَا، فَالنِّصْفُ فَرَضُ خَمْسَةِ مِنَ الْوَرِثَةِ فِي أَحْوَالٍ مُخْتَلِفَةٍ، وَالرَّبْعُ فَرَضُ اثْنَيْنِ، وَالثُّمْنُ فَرَضُ وَاحِدَةٍ، وَالثُّلثَانِ فَرَضُ أَرْبَعَةٍ، وَالثُّلُثُ فَرَضُ اثْنَيْنِ، وَالسُّدُسُ فَرَضُ سَبْعَةٍ، وَإِذَا تَأَمَّلْتَ مَا سَبَقَ عَرَفْتَ التَّفْصِيلَ، وَأَمَّا مَخَارِجُ هَذِهِ الْمُقَدَّرَاتِ فَسَبْعَةٌ، الْاِثْنَانِ، وَالثَّلَاثَةُ وَالْأَرْبَعَةُ، وَالسَّبْعَةُ، وَالثَّمَانِيَّةُ، وَالْاِثْنَا عَشَرَ، وَالْأَرْبَعُ وَالْعِشْرُونَ، وَزَادَ آخَرُونَ ثَمَانِيَّةَ عَشَرَ وَسِتَّةً وَثَلَاثِينَ، وَذَلِكَ يُخْتِاجُ إِلَيْهِ فِي مَسَائِلِ الْجَدِّ حِينَ يَطْلُبُ ثُلُثَ مَا بَقِيَ بَعْدَ إِخْرَاجِ سَهْمِ ذِي فَرَضٍ، وَلَا يُخْرَجُ الثُّلُثُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثَةٍ، وَالسُّدُسُ إِلَّا مِنْ سِتَّةٍ، وَالثُّمْنُ إِلَّا مِنْ ثَمَانِيَّةٍ، وَالسُّدُسُ وَالرَّبْعُ مَعًا إِلَّا مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ، وَالثُّمْنُ وَالسُّدُسُ مَعًا إِلَّا مِنْ أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ (أَمَّا الْعَوْلُ) فَذَاخِلٌ مِنْ جُمْلَةِ هَذِهِ الْأَعْدَادِ عَلَى ثَلَاثَةٍ، عَلَى سِتَّةٍ فَعَوْلٌ إِلَى سَبْعَةٍ، وَإِلَى ثَمَانِيَّةٍ، وَإِلَى تِسْعَةٍ، وَإِلَى عَشْرَةٍ، وَلَا يَزِيدُ عَلَيْهِ، وَأَتْنَا عَشَرَ تَعَوْلُ بِالْإِفْرَادِ إِلَى ثَلَاثَةِ عَشَرَ، وَخَمْسَةَ عَشَرَ، وَسَبْعَةَ عَشَرَ، وَلَا تَعَوْلُ إِلَى أَرْبَعَةِ عَشَرَ وَسِتَّةَ عَشَرَ، وَالْأَرْبَعُ وَالْعِشْرُونَ تَعَوْلُ مَرَّةً وَاحِدَةً إِلَى سَبْعَةٍ وَعِشْرِينَ فَقَطْ، وَمَعْنَى الْعَوْلِ الرَّفْعُ وَهُوَ أَنْ يَضِيقَ الْمَالُ عَنِ الْأَجْزَاءِ فَيُرْفَعُ الْحِسَابُ حَتَّى يَدْخُلَ الثَّقِصَانُ عَلَى الْكُلِّ عَلَى وَبِيرَةٍ وَاحِدَةٍ، كَزَوْجٍ وَأَخْتَيْنِ، لِلزَّوْجِ النِّصْفُ وَهُوَ ثَلَاثَةٌ مِنْ سِتَّةٍ إِذِ الْمَسْأَلَةُ مِنْ سِتَّةٍ، وَلِلْأَخْتَيْنِ أَرْبَعَةٌ فَيَكُونُ الْمَجْمُوعُ سَبْعَةَ فَتُرْفَعُ السَّبْعَةُ إِلَى سَبْعَةٍ أَمَّا تَصْحِيحُ مَسَائِلِ الْفَرَايِضِ فَإِنْ كَانَ الْوَرِثَةُ كُلُّهُمْ عَصَبَاتٍ فَالْمَسْأَلَةُ مِنْ عَدَدِ رُؤُوسِهِمْ، تَصِحُّ، فَإِنْ كَانَ فِيهِمْ أَنْثَى تُقَدَّرُ كَأَنَّ كُلَّ ذَكَرٍ اِثْنَيْنِ، وَإِنْ كَانَ فِيهِمْ ذُو فَرَضٍ وَعَرَفْتَ الْمَسْأَلَةَ بِعَوْلِهَا ثُمَّ عِنْدَ الْقِسْمَةِ أَنْكَسَرَ عَلَى فَرِيقٍ أَوْ عَلَى فَرِيقَيْنِ فَطَرِيقُ التَّصْحِيحِ ذِكْرَانَهُ فِي الْمَذْهَبِ الْبَسِيطِ وَالْوَسِيطِ جَمِيعًا وَهَذَا الْوَجِيزُ لَا يَخْتَمِلُ اسْتِثْقَاءَهُ.

[في أصول الحساب ومقدّرات الفرائض ستّة:]

النصف ونصفه - وهو الربع -، ونصف نصفه وهو الثمن<sup>(١)</sup>. مقصود الحساب في

هذا الفن شيئان:

أحدهما: تصحيح المسائل.

والثاني: قسمة التركة على الورثة.

المقصد الأول: التصحيح.

وله مقدّمات أوردَ بعضها في الكتاب، ولم يُوردَ طريقَ التّصحيح:

أحداها: الفروضُ المقدّرةُ في كتابِ اللهِ تعالى ستّة: النّصفُ ونصفُه وهو الرُّبُعُ، ونصفُ نصفِه، وهو الثُّمْنُ، والثُّلثانِ ونصفُهُمَا وهو الثُّلثُ، ونصفُ نصفهما وهو السُّدُسُ.

وقد تفضّل من قبلُ بيانُ مُستحقّيها، وإذا جمعتهم قلت النصفُ فرضُ خُمسةٍ وهم الزَّوْجُ ولبنتُ وبنْتُ الابنِ والأختُ مِنَ الأبوينِ والأختُ مِنَ الأبِ<sup>(١)</sup>.

والرُّبُعُ فرضُ اثنتينِ وهما: الزَّوْجُ والواحدةُ والعددُ مِنَ الزَّوْجَاتِ<sup>(٢)</sup>، والثُّمْنُ فرضُ الواحدةِ والعددِ مِنَ الزَّوْجَاتِ.

والثُّلثانِ فرضُ أربعةٍ وهنّ: الإناثُ اللَّواتي تأخذُ الواحدةُ منهنّ النّصفُ.

والثُّلثُ فرضُ اثنتينِ وهما: الأمُّ والابنُ مِنَ أولادِ الأمِّ هكذا بقوله بعضهم، وعلى ذلك جَرَى في الكتابِ. ومنهم من يقول: فرضُ ثلاثةٍ، ويزيدُ الجدُّ مع الإخوةِ في بعضِ الأحوالِ وهو الأصحُّ.

والسُّدُسُ فرضُ سبعةٍ وهنّ: الأمُّ، والجدَّةُ، والأبُّ، والجدُّ وبنْتُ الابنِ مع بنتِ الصُّلبِ والأختُ مِنَ الأبِ مع الأختِ مِنَ الأبوينِ، والواحدةُ مِنَ أولادِ الأمِّ.

الثانية: كلُّ عددَينِ؛ فهما إمّا ممتثالانِ كثلاثةٍ وثلاثةٍ وخمسةٍ وخمسةٍ، أو غيرِ ممتثالينِ. فإمّا أنْ نفني الأكثرَ بالأقلِّ إذا أسقطَ منه مرّتينِ فصاعداً كالثلاثةِ مع التسعةِ والخمسةِ مع العشرةِ، أو لا نفني به فإن كان الأولُ، سُميَا مُتداخِلينِ، والمعنى أنْ أحدهما داخلٌ والآخرُ مدخولٌ فيه.

وإن كانَ الثاني فإمّا أنْ يفنيهما جميعاً عددَ ثالثٍ كالسّنةِ مع العشرةِ يفنيهما الاثنانِ، وكالتسعةِ مع الاثني عشرَ يفنيهما الثلاثةُ. أو لا يفنيهما عددٌ آخرٌ وإنما يفنيانِ بالواحدِ؛ إن كانَ الأولُ سُميَا مُتوافِقينِ، وإن كانَ الثاني سُميَا مُتباينينِ.

فإذن كلُّ عددَينِ فهما إمّا ممتثالانِ أو مُتداخِلانِ أو مُتوافِقانِ أو مُتباينانِ.

(١) كان ينبغي أن يقول منفردات كما قيده في المحرر.

(٢) كان ينبغي أن يضاف إليهما ثالث وهو الأم، فإنه فرضها في مسألة زوج وأبوين، فإن قيل: ذاك يعبر عنه بثالث الباقي ثلثاً إن كان ثلث الباقي فرضاً مستقلاً فينبغي أن يراد في إعداد الفروض، ونجعله كما به. نعم لنا فرض سابع حقيقة، وهو ثلث ما يبقى في مسائل الجد إذا كان معه ذو فرض في بعض الأحوال وذلك فيما إذا كان في المسألة ربع أو سدس فقط كأجد وإخوة فله ثلث الباقي فرضاً، وإنما لم يذكره؛ لأنه لم يرد لا في القرآن ولا في السنة بل استفيد من دليل آخر.



وكل متداخلين فهما متوافقان؛ لأن الأقل إذا أفنى الأكثر، كانا متوافقين بإجزاء ما في العدد الأقل من الأحاد.

مثاله: الخمسة تفنى العشرة فهما متوافقان بالأخماس.

وإذا أردت أن تعلم أن العددين هل يدخل في الآخر، فأسقط الأقل من الأكثر [مرتين فصاعداً، أو زد على الأقل مثله مرتين فصاعداً، فإن فني الأكثر بالأقل، أو ساوى الأقل الأكثر بزيادة الأمثال، فهما متداخلان وإلا، فلا.

وإذا أردت أن تعلم، هل هما متوافقان، فأسقط الأقل من الأكثر ما أمكن، فما بقي، فأسقطه من الأقل<sup>(١)</sup> فإن بقي منه شيء فأسقطه مما بقي من الأكثر، ولا تزال تفعل ذلك حتى يفنى العدد المنقوص منه آخراً، فإن فني بواحد فلا موافقة بينهما، وإن فني بعدد، فهما متوافقان بالجزء المأخوذ من ذلك العدد، إن فني باثنين فهما متوافقان بال نصف، وإن فني بثلاثة، فبالثلث، وإن فني بعشرة، فبالعشر، وإن فني بأحد عشر، فبأجزاء أحد عشر، وعلى هذا القياس.

مثاله: واحد وعشرون وتسعة وأربعون:

تسقط الأقل من الأكثر مرتين يبقى سبعة، وتسقط السبعة من الأقل ثلاث مرات يفنى بها؛ فهما متوافقان بالأسباع.

مائة وعشرون ومائة [و]<sup>(٢)</sup> خمسة وستون:

تسقط الأقل من الثاني، تبقى خمسة وأربعون، فأسقط هذا العدد من المائة والعشرين مرتين، يبقى ثلاثون، أسقطه من الخمسة والأربعين، تبقى خمسة عشر، أسقطه من الثلاثين مرتين، يفنى به الثلاثون، فهما متوافقان بأجزاء خمسة عشر ومهما حصل التداخل، انقسم الأكثر على الأقل قسمة صحيحة، وكان الأقل غير زائد على نصف الأكثر.

وإذا أفنى عددين أكثر من عدد واحد، فهما متوافقان بأجزاء ما في تلك الأعداد من الأحاد. مثاله: اثنا عشر ومائتيه عشر: تُفنيهما الستة والثلاثة، والاثنا عشر فهما متوافقان بالأسداس والأثلاث والأنصاف، والعمل والاعتبار في مثل ذلك بالجزء الأقل، فيعتبر في هذا المثال السدس، وفي المتوافقين بالأخماس والأعشار العشر. وعلى هذا القياس.

الثالثة: في أصول مسائل الفرائض.

أصل المسألة: هو العدد الذي يخرج منه سبهاً.

(٢) سقط من: ب.

(١) سقط من: د.

## ومسائل الفرائض نواعان:

أحدهما: أن يكون الورثة كلهم عصبات، فإن كانوا ذكوراً أو إناثاً [فالقِسْمَةُ بَيْنَهُمْ بالسُّوِيَّةِ، وصورته في الإناث الممحضات: أن تُعْتَقَ نسوة رقيقاً يَمْلِكُنَّه عَلَى التَّساوِي. وَإِنْ كَانُوا ذُكُوراً وَإِنَاثاً<sup>(١)</sup>، قَدَرْنَا كُلَّ ذَكَرٍ اثْنَيْنِ، وَقَسَمْنَا الْمَالَ، وَأَعْطَيْنَا كُلَّ ذَكَرٍ سَهْمَيْنِ وَكُلَّ أُنْثَى سَهْمًا، فَعَدَدُ الرُّؤُوسِ<sup>(٢)</sup> فِي هَذَا النَّوعِ هُوَ أَصْلُ الْمَسْأَلَةِ.

والثاني: المسائل التي ورثتها أصحاب فُرُوضٍ أو بعضهم صاحب فرض، فالأصول في هذا النوع سبعة عند المتقدمين، ومن المتأخرين من يقول: تسعة، أما السبعة المتفق عليها فهي: اثنان وثلاثة وأربعة وستة وثمانية وأثنا عشر وأربعة وعشرون، وهذا لأن الفروض الستة كُسِرَتْ مضافةً إلى الشيء المغدود وإحداً، وهو التركة.

ولا يخلوا إما أن يقع في المسألة واحدٌ منها أو اثنان فصاعداً: إن لم يقع فيها إلا واحد، فالمخرج المأخوذ منه ذلك الكسر هو أصل المسألة، فالتصاف من الثلثين والثلث من ثلاثة والرُّبُع من أربعة. وعلى هذا، وإن وقع فيها اثنان فصاعداً. فإن كانا من مخرج واحد، فهو أصل المسألة، وإن كانا مختلفي المخرج، أخذنا المخرجين، ونظرنا فيهما، فإن كانا متداخلين كما إذا اجتمع الثلث والسدس، فأكثر المخرجين أصل المسألة، وإن كانا متوافقين، كما إذا اجتمع السدس والثمن، ضربنا وفق أحد المخرجين في جميع الآخر، تحصل أربعة وعشرون، فهو أصل المسألة.

وإن كانا متباينين، كما إذا اجتمع الثلث والرُّبُع ضربنا أحد المخرجين في الآخر، وجعلنا الحاصل - وهو اثنا عشر - أصل المسألة.

وإذا فصلت، قلت: كل مسألة فيها نصف، وما بقي كزوج وأخ، أو نصفان، كزوج وأخت، فهي من اثنين وكل مسألة فيها ثلثان وما بقي؛ كأختين من الأبوين وعم أو ثلث، وما بقي؛ كأم وعم.

أو ثلثان وثلث، كأختين من الأبوين وأختين من الأم، فهي من ثلاثة.

وكل مسألة فيها ربع، وما بقي؛ كزوج وابن، أو زوجة وأب. أو ربع ونصف وما بقي؛ كزوج وبنيت وأخ، فهي من أربعة.

وكل مسألة فيها سدس، وما بقي كأم وابن؛ أو سدس ونصف وما بقي، كأم وبنيت عم أو سدس، وثلث وما بقي؛ كأم ولدي أم وعم.

أو نصف وثلثان؛ كزوج وأختين، أو نصف وثلث وما بقي؛ كأم وزوج وعم،

(٢) في ز: الوارثين.

(١) سقط من: ب.

فهي من ستّة. وكلّ مسألة فيها ثُمْنٌ وما بَقِيَ؛ كزوجة وابن، أو ثُمْنٌ ونصفٌ وما بَقِيَ؛ كزوجةٍ وبنيتٍ وعمّ، فهي من ثمانية.

وكلّ مسألة فيها رُبْعٌ وثلثانٍ وما بَقِيَ؛ كزوج وبتين وعمّ، أو رُبْعٌ وثلثٌ وما بَقِيَ؛ كزوجة وأمّ وأخ فمن ستة أو رُبْعٌ وسُدُسٌ وما بَقِيَ؛ كزوج وأمّ وابن، فهي من اثني عشر. وكلّ مسألة فيها ثُمْنٌ وثلثانٍ وما بَقِيَ؛ كزوجة وبتين وأخ، أو ثُمْنٌ وسُدُسٌ وما بَقِيَ؛ كزوجة وأمّ وابن، فهي من أربعة وعشرين.

وإذا تأملت، عرفت أنّ الأصلين الآخرين من السبعة لا يتولّدان إلا من فرضين مختلفين، وأنّ الأصل الأوّل لا يكون إلا عند اتحاد الفرض، وما عداها قد يتفق مع الاتّحاد وقد يختلف مع الاختلاف.

وأما الأصلان المختلف من وضعيهما، فهما ثمانية عشر، وضعفهما ستّة وثلثون، زادهما بعض المتأخّرين على قول زَيْد - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - في الجدّ والإخوة، حيث كان ثلث الباقي بغد الفرض خيراً له من القسمة.

والثمانية عشر أضلّ كلّ مسألة فيها سدُسٌ وثلث ما بقي وما يبقى؛ كأّم وجدّة وإخوة<sup>(١)</sup>.

والستّة وثلثون أضلّ كلّ مسألة فيها رُبْعٌ وسُدُسٌ وثلثٌ وما بقي وما يبقى؛ كزوجة وأمّ وجدّ وإخوة.

(١) وفي كلام السهلي ما يخالفه فإنه قال: إذا كان في الفريضة ولد أمّ وعاصب كانت المسألة من ستة كما هي إذا كان فيها واحد من ولد أمّ وعاصب وإذا كان فيها ثلاثة من ولد الأمّ فأكثر وعاصب فهي من ثلاثة. قال ابن الرفعة: وكأنه والله أعلم فهم من قوله تعالى: ﴿فلكل واحد منهما السدس﴾ أراد حالة اجتماعهما فإنه إذا كان كذلك اقتضى أن يكون مسألتها من ستة؛ لأن يقال جعل لهم منها سدساً وسدساً ولم يسلم لها الثلث ومناط الخارج ما جاء في الكتاب والسنة من التسمية وهذا كما إذا وجد في الفريضة جدة الكتاب والسنة من التسمية وصار هذا كما إذا وجد في الفريضة جدة واحد من ولد الأمّ وما بقي فإنها من ستة وخالف حال كونهم ثلاثة وما فوقها لأن الله تعالى قال: ﴿فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث﴾ فسمى لهم الثلث في هذه الحالة فكان مسألتهم كذلك من ثلاثة لكن سياق الآية وظاهرها يقتضي أنه سبحانه أراد بقوله فلكل واحد منهما السدس حالة انفراد الأخ أو الأخت لأجل قوله قبل ذلك وله أخ أو أخت، وهو صريح في الانفراد وقوله: ﴿فلكل واحد منهما﴾ جواب له وكان مقتضى ذلك حالة الانفراد وقوله تعالى: ﴿فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث﴾ يكون تقديره على مقتضى ذلك. فإن كانوا أكثر من واحد فهم شركاء في الثلث لأن الواحد هو المشار إليه بقوله ذلك ولا يتخيل من هذا أنه يشمل الاثنين فما فوقها بل هو للثلاثة فما فوقها لأجل قوله: ﴿فإن كانوا﴾ فإنه جمع وأقلّ الجمع ثلاثة وأكد هذا المعنى بقوله كانوا.

والمتقدمون قالوا: لا يزيد على الأصول المستخرجة من الفروض المذكورة في كتاب الله تعالى.

وتصحيح المسألتين بالضرب:

**فالأولى:** من ستة: للام سهم يبقى خمسة، ونحن نحتاج إلى ثلث ما يبقى، وليس للخمسة ثلث صحيح، فنضرب مخرج الثلث في أصل المسألة، تصير ثمانية عشر.

**والثانية:** من اثني عشر، تخرج بالفرض خمسة، وليس للباقي ثلث صحيح، فيضرب مخرج الثلث في اثني عشر، تصير ستة وثلاثين واستصوب الإمام وصاحب «التتمة» صنيع المتأخرين؛ لأن ثلث ما يبقى، والحالة هذه، فرض مضموم إلى السدس والرُبع، فلتكن الفريضة من مخرجها.

واحتج صاحب «التتمة» بأنهم اتفقوا في زوج وأبوين على أن المسألة من ستة، ولولا إقامة الفريضة من الثلث وثلث ما يبقى، لقالوا: هي من اثنتين، للزوج واحد، يبقى واحد، وليس له ثلث صحيح؛ فنضرب مخرج الثلث في اثنتين، تصير ستة:

واعلم أنه قد يتفق في صورة الجد والإخوة نصف ما يبقى؛ كزوج أو بنت وجد وإخوة، فيجوز أن يقدر اتفاقهم على أنه من ستة، كما حكى في زوج وأبوين، ويجوز أن يقدر في أصله الخلاف<sup>(١)</sup>.

**الرابعة:** في العول<sup>(٢)</sup>.

(١) قال النووي: الاحتمال أصح، والمختار أن الأصح الجاري على القاعدة: طريق المتأخرين، كما اختاره الإمام، لما سبق ولكونها أخصر.

(٢) هو زيادة السهام ونقص الأنصباء، ويدخل على ثلاثة من الأصول السبعة متى ضاق الأصل عن الفروض وهي الستة والاثنا عشر والأربعة والعشرون فتعول السنة بسدسها إلى سبعة كزوج وشقيقتين فللزوجة ثلاثة ولهما أربعة. وتعول إلى ثمانية (بثلثها) كما إذا زاد على المسألة السابقة أخ لأم، فإنه يأخذ واحداً ويكون المجموع ثمانية وتعول أيضاً بنصفها إلى تسعة كما إذا كان بدل الأخ لأم أخوان لأم فإنهما يأخذان الثلث وهو اثنان فيكون المجموع تسعة. وتعول بثلثها إلى عشرة كما إذا زيدت أم في المسألة السابقة فإنها تأخذ واحداً ويكون المجموع عشرة.

وتسمى بالمسألة الشريحية نسبة إلى القاضي شريح.

وأما الاثنا عشر فتعول إلى ثلاثة عشر كزوجة وأختين وأخت لأم.

وإلى خمسة عشر كما إذا كان بدل الأخت لأم أختان لأم.

وإلى سبعة عشر كثلاث زوجات وجدتين وأربع أخوات وثمان شقيقات. وتسمى هذه المسألة أم الأرامل.

إِذَا ضَاقَ الْمَالُ عَنْ سِيَّهَامِ ذَوِي الْفُرُوضِ، تُعَالَ الْمَسْأَلَةُ، أَيْ: تُزْفَعُ سَهْمَانَهَا؛ لِيَدْخُلَ النِّقْصُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ بِقَدْرِ فَرْضِهِ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ يَأْخُذُ فَرْضَهُ عِنْدَ الْإِنْفِرَادِ بِتَمَامِهِ، فَإِذَا ضَاقَ الْمَالُ عَنِ الْوَفَاءِ بِهَا، وَجِبَ أَنْ يَقْتَسِمُوا عَلَى قَدْرِ الْحَقُوقِ؛ كَأَصْحَابِ الدُّيُونِ وَالْوَصَايَا.

وَقَدْ اتَّفَقَتْ الصَّحَابَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - عَلَى الْعَوْلِ فِي زَمَانِ عَمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَعَنْهُمْ أَجْمَعِينَ حِينَ مَاتَتْ امْرَأَةٌ فِي عَهْدِهِ عَنْ زَوْجٍ وَأَخْتَيْنِ فَكَانَتْ أَوْلَ فَرِيضَةٍ عَائِلَةٍ فِي الْإِسْلَامِ فَجَمَعَ الصَّحَابَةُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - وَقَالَ لَهُمْ:

فَرَضَ اللَّهُ تَعَالَى لِلزَّوْجِ النُّصْفَ وَاللأَخْتَيْنِ التُّلْثِينَ، فَإِنْ بَدَأَتْ بِالزَّوْجِ، لَمْ يَبْقَ لِلأَخْتَيْنِ حَقُّهُمَا، وَإِنْ بَدَأَتْ بِالأَخْتَيْنِ لَمْ يَبْقَ لِلزَّوْجِ حَقُّهُ، فَأَشِيرُوا عَلَيَّ، فَأَشَارَ إِلَيْهِ الْعَبَّاسُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - بِالْعَوْلِ، وَقَالَ:

أَرَأَيْتَ لَوْ مَاتَ رَجُلٌ قَدْ تَرَكَ سِتَّةَ ذَرَاهِمٍ وَلِرَجُلٍ عَلَيْهِ ثَلَاثَةٌ وَلَاخَرَ أَرْبَعَةٌ، أَلَيْسَ يَجْعَلُ الْمَالَ سَبْعَةَ أَجْزَاءٍ؟ فَأَخَذَتِ الصَّحَابَةُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - بِقَوْلِهِ، ثُمَّ أَظْهَرَ ابْنَ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - الْخِلَافَ فِيهِ بَعْدَ ذَلِكَ، وَلَمْ يَأْخُذْ بِقَوْلِهِ إِلَّا قَلِيلٌ.

إِذَا عَرَفْتَ ذَلِكَ، فَالْأَعْدَادُ التَّسْعَةُ الَّتِي هِيَ الْأَصُولُ الْمُتَّفَقُ عَلَيْهَا مِنْهَا نَاقِصٌ، وَهُوَ الَّذِي إِذَا اجْتَمَعَتْ أَجْزَاؤُهُ الصَّحِيحَةُ كَانَتْ أَقَلَّ مِنْهُ وَتَامَ: وَهُوَ الَّذِي إِذَا اجْتَمَعَتْ كَانَتْ مِثْلَهُ وَفَائِدٌ وَهُوَ الَّذِي إِذَا اجْتَمَعَتْ كَانَتْ أَكْثَرَ مِنْهُ فَالْإِثْنَانِ وَالثَّلَاثَةُ وَالْأَرْبَعَةُ وَالثَّمَانِيَةُ نَاقِصَةٌ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لِلابْنَيْنِ لِلأَخْتَيْنِ جُزْءٌ صَحِيحٌ إِلَّا النُّصْفُ وَأَنَّهُ وَاحِدٌ، وَلَيْسَ لِلثَّلَاثَانِ جُزْءٌ آخَرَ وَإِنَّمَا هُوَ تَضْعِيفُ الثَّلْثِ، وَجُعِلَ فَرْضاً بِرَأْسِهِ؛ لِأَنَّ النَّظَرَ هُنَاكَ إِلَى الْمُقَدَّرَاتِ الَّتِي يَسْتَحِقُّهَا الصَّنْفُ الْوَاحِدُ مِنَ الْوَرَثَةِ، وَالْأَرْبَعَةُ لَيْسَ لَهَا إِلَّا الرَّبْعُ وَالنُّصْفُ وَهُمَا ثَلَاثَةٌ، وَالثَّمَانِيَّةُ لَيْسَ لَهَا الثُّمْنُ وَالرَّبْعُ وَالنُّصْفُ، وَمَجْمُوعُهُمَا سَبْعَةٌ. فَأَجْزَاءُ هَذِهِ الْأَعْدَادِ أَقَلُّ مِنْهَا. وَالسِتَّةُ تَامَةٌ؛ لِأَنَّ لَهَا السُّدُسَ، وَالثَّلْثَ وَالنُّصْفَ وَالْمَجْمُوعُ سِتَّةٌ بِلَا زِيَادَةٍ وَلَا نَقْصَانٍ.

وَالْإِثْنَانُ عَشَرَ وَالْأَرْبَعَةُ وَعِشْرُونَ زَائِدَانِ؛ أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَهُ السُّدُسُ وَالرَّبْعُ وَالثَّلْثُ وَالنُّصْفُ، وَالْمَجْمُوعُ خَمْسَةٌ عَشَرَ وَأَمَّا الثَّانِي فَلَهُ الثُّمْنُ وَالسُّدُسُ وَالرَّبْعُ وَالثَّلْثُ وَالنُّصْفُ، وَالْمَجْمُوعُ ثَلَاثَةٌ وَثَلَاثُونَ، فَالْثَّاقِصَةُ مِنْ هَذِهِ الْأَصُولِ لَا يَدْخُلُهَا الْعَوْلُ وَالتَّامَةُ وَالزَّائِدَةُ وَهِيَ السِتَّةُ وَضِعْفُهَا وَضِعْفُ ضِعْفِهَا يَدْخُلُهَا الْعَوْلُ أَمَّا السِتَّةُ فَتَعُولُ أَرْبَعِ مَرَاتٍ عَلَى التَّوَالِي تَعُولُ بِسُدُسِهَا إِلَى سَبْعَةِ كَزَوْجٍ وَأَخْتَيْنِ، وَبِثَلَاثِهَا إِلَى ثَمَانِيَّةٍ كَهَوْلَاءِ وَأُمَّ وَبِنَصْفِهَا إِلَى تِسْعَةِ كَزَوْجٍ وَأَخْتَيْنِ لِأَبٍ وَأُمَّ وَأَخْتَيْنِ لِأُمَّ وَبِثَلَاثِهَا إِلَى عَشْرَةٍ كَهَوْلَاءِ وَأُمَّ وَتُسَمَّى هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ، أُمَّ الْفُرُوجِ لِكثْرَةِ السَّهَامِ الْعَائِلَةِ فِيهَا وَ«الشَّرِيحِيَّةُ»، لَوْقُوعِهَا فِي زَمَنِ شَرِيحٍ وَقَضَائِهِ فِيهَا.

وَمَتَى عَالَتْ إِلَى ثَمَانِيَةٍ أَوْ تِسْعَةٍ أَوْ عَشْرَةٍ فَلَا يَكُونُ الْمَيْتُ إِلَّا امْرَأَةً وَاحِدَةً وَأَمَّا  
الْإِثْنَا عَشَرَ فَعَمَلُ ثَلَاثِ مَرَاتٍ بِالْإِفْرَادِ؛ تَعُولُ بِنَصْفِ السُّدُسِ إِلَى ثَلَاثَةِ عَشَرَ كَزَوْجَةٍ وَأُمُّ  
وَأُخْتَيْنِ لِأَبٍ، وَبِالرُّبْعِ إِلَى خَمْسَةِ عَشَرَ كَزَوْجَةٍ وَأُخْتَيْنِ لِأَبٍ وَأُخْتَيْنِ لِأُمِّ، وَبِالرُّبْعِ  
وَالسُّدُسِ إِلَى سَبْعَةِ عَشَرَ، كَهَوْلَاءِ وَأُمِّ أَوْ جَدَّةٍ.

وَمِنْ صُورِ هَذَا الْعَوْلِ مَسْأَلَةٌ أُمُّ الْأَزْمَلِ، وَهِيَ ثَلَاثُ زَوَاجَاتٍ وَجِدَّتَانِ وَأَرْبَعُ  
أَخَوَاتٍ لِأُمِّ وَثَمَانِ أَخَوَاتٍ لِأَبٍ فَهِنَّ سَبْعُ عَشْرَةَ نِسْوَةً أَيْضًا وَهِيَ مُتَسَاوِيَةٌ.  
وَلَا يَكُونُ الْعَوْلُ إِلَى سَبْعَةِ عَشَرَ إِلَّا، وَالْمَيْتُ رَجُلٌ.

وَأَمَّا الْأَرْبَعَةُ وَالْعِشْرُونَ، فَتَعُولُ مَرَّةً وَاحِدَةً بِالثُّمْنِ إِلَى سَبْعَةِ وَعِشْرِينَ كَزَوْجَةٍ  
وَابْنَيْنِ وَأَبْوَيْنِ.

وهذه المسألة المنبرية سُئِلَ عَنْهَا عَلِيُّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَهُوَ عَلَى الْمَنْبِرِ، فَقَالَ  
[كَرَّمَ اللَّهُ وَجْهَهُ وَهُوَ عَلَى الْمَنْبِرِ] عَلَى: الْارْتِجَالِ صَارَ ثُمْنُهَا تِسْعًا<sup>(١)</sup>، وَذَلِكَ لِأَنَّ ثُلُثَهُ  
مِنْ سَبْعَةٍ وَعِشْرِينَ تَسَعُ فِي الْحَقِيقَةِ. وَهَذَا الْعَوْلُ لَا يَكُونُ إِلَّا وَالْمَيْتُ رَجُلٌ، بَلِ الْمَسْأَلَةُ  
لَا تَكُونُ إِلَّا مِنْ أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ حَيْثُ نَدَى؛ لِأَنَّهُ يُعْتَمَدُ قِيَامُ الثُّمْنِ.

واعلم أن ما ذكّرناه من انقسام الأصول التسعة إلى ناقص وتام وزائد قد تخبّط فيه  
جماعة، تقسيمًا وتفسيرًا، والمُرَضِي الموافق لقول الحساب ما بيّناه.

وقوله في الكتاب: «ومعنى العول الرُفْع»، لو ذكّر بدل الرُفْع الارتفاع، لكان  
أحسن.

قال الأزهري وغيره: فسروه بالارتفاع والزيادة وقالوا: آلت الفريضة أي ارتفعت؛  
مأخوذ من قولهم عال الميزان فهو عائل إذا مال وارتفع<sup>(٢)</sup>.

على أن بعضهم يقول: عال الفريضة وأعالها فيعد به.

وقوله: «على وتيرة واحدة» أي طريقة، يُقَالُ مَا زَالَ، ذَلِكَ عَلَى وَتِيرَةٍ وَاحِدَةٍ،  
والمراد حتى يدخل النقصان على الكل على حدود مناسبة وقوله: كزوج وأختين للزوج  
النصف وهو ثلاثة من ستة، أي عند عدم العول، والله أعلم.

هذا تمام المقدمات.

أما التصحيح ففيه نظران:

(١) قال الحافظ: رواه أبو عبيد والبيهقي، وليس عندهما: أن ذلك كان على المنبر، وقد ذكره  
الطحاوي من رواية الحارث عن علي فذكر فيه المنبر.

(٢) ينظر: تهذيب اللغة (٣/١٩٥).

أحدهما: في توضيح فريضة الميت الواحدة.

والثاني: في التوضيح إذ لم تقسم تركة الميت حتى مات من ورثته فإن وثالث وأكثر، وتعرف بـ«المناسحات» أما النظر الأول: فإن كان الورثة كلهم عصبات، فأمر القسم سهل، وقد بيّناه، وإن كانوا أصحاب فروض، أو كان فيهم صاحب فرض وعرفت أصل المسألة بعولها إن كانت عائلة فالنظر في السهام وأصحابها إن انقسمت عليهم جميعاً خفت المؤنة ولا حاجة إلى الضرب. وذلك كزوج وثلاثة بنين فهي من أربعة: للزوج الربع والثلاثة الباقية للبنين.

وكزوجة وبنين وثلاثة بنين، فهي من ثمانية؛ للزوجة واحد وللبنين أربعة والباقي لهم.

وإن لم تقسم؛ فإما أن يقع الكسر على صنف واحد أو أكثر.

القسم الأول إذا وقع الكسر على صنف واحد<sup>(١)</sup> نُظِرَ في سهامهم وعدد رؤوسهم؛ إن كانا متباينين ضرب عدد رؤوسهم في أصل المسألة بعولها إن كانت عائلة، وإن كانا متوافقين ضرب جزء الوفق من عدد رؤوسهم في أصل المسألة بعولها، فالحاصل على التقديرين تصح منه المسألة.

مثال: الثباين: زوج وأخوات وهي من اثنين للزوج واحد يبقى واحد لا يصح عليهما ولا موافقة فيضرب عددهما من أصل المسألة تبلغ أربعة منها تصح.

مثال: التوافق: أم وأربعة أعمام هي من ثلاثة؛ للأم واحد يبقى اثنان لا يصح عليهم، لكن العددين متوافقان بالنصف، فنضرب، نصف عدد الأعمام في أصل المسألة تبلغ ستة منها تصح.

وإذا اتفق التوافق من جزئين فصاعداً، ضربنا أقل أجزاء الفرض في عدد الرؤوس في أصل المسألة بعولها فما بلغ منه تصح.

مثال: زوج وأم وست عشر بنتاً، هي من اثنا عشر، وتعمل إلى ثلاثة عشر: للبنات منها ثمانية لا تصح عليهن، لكن الثمانية مع عددين يتوافقان بالنصف والربع والثمن، فتأخذ أقل هذه الأجزاء من عدد الرؤوس فنضرب ثمانية من أصل المسألة بعولها تبلغ ستة وعشرين منها تصح.

القسم الثاني: إذا وقع الكسر على أكثر من صنف واحد.

فإما أن يقع على اثنين أو ثلاثة أو أربعة ولا مزيد، لأن الوارثين في الفريضة

(١) سقط في: ز.

الوَاحِدَةَ لَا يَزِيدُونَ عَلَى خَمْسَةِ أَصْنَافٍ، لِمَا بَيَّنَّا فِي أَوَّلِ الْكِتَابِ عِنْدَ اجْتِمَاعِ مَنْ يَرِثُ مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ أَوْ أَحَدِ الصَّنْفَيْنِ، وَلَا بُدَّ مِنْ صَحَّةِ نَصِيبِ أَحَدِ الْأَصْنَافِ عَلَيْهِ؟ لِأَنَّ أَحَدَ الْأَصْنَافِ الْخَمْسَةِ الزَّوْجُ وَالْأَبْوَانُ، وَالوَاحِدُ يَصْحُحُ عَلَيْهِ مَا يَصِيبُهُ لَا مُحَالَةَ فَلَرِمَ الْحَضْرُ<sup>(١)</sup>.

فَإِنْ وَقَعَ الْكَسْرُ عَلَى صِنْفَيْنِ، نَظَرْنَا فِي سَهَامِ كُلِّ صِنْفٍ وَعَدَدِ رُؤُوسِهِمْ، وَلَهُمَا أَحْوَالٌ ثَلَاثَةٌ:

**الحالة الأولى:** تَكُونُ بَيْنَ السَّهَامِ وَعَدَدِ الرُّؤُوسِ مَوَافَقَةً فِي وَاحِدٍ مِنَ الصَّنْفَيْنِ فَتَتْرَكَ رُؤُوسَ الصَّنْفَيْنِ بِحَالِهَا.

**والحالة الثانية:** أَنْ تَكُونَ بَيْنَ السَّهَامِ وَعَدَدِ الرُّؤُوسِ مَوَافَقَةً فِيهِمَا فَتَرُدُّ عَدَدَ رُؤُوسِ كُلِّ صِنْفٍ إِلَى جِزَاءِ الْوَفْقِ.

**والحالة الثالثة:** أَنْ تَكُونَ بَيْنَ السَّهَامِ وَعَدَدِ الرُّؤُوسِ مَوَافَقَةً فِي أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ، فَتَرُدُّ عَدَدَ مَنْ يُوَافِقُ رُؤُوسَهُمْ سَهَامَهُمْ إِلَى أَجْزَاءِ الْوَفْقِ وَتَتْرُكُ عَدَدَ الْآخَرِينَ بِحَالِهِ.

ثُمَّ عَدَدُ الرُّؤُوسِ فِي الْأَحْوَالِ مَرْدُودِينَ أَوْ أَحَدُهُمَا<sup>(٢)</sup> أَوْ غَيْرِ مَرْدُودِينَ إِمَّا أَنْ يَتِمَّائِلًا فَتَقْرُبُ أَحَدُهُمَا فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ بِعَوْلِهَا، أَوْ يَتَدَاخِلَا، فَتَضْرِبُ الْأَكْثَرَ مِنْهُمَا مِنْ أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ بِعَوْلِهَا أَوْ يَتَوَافَقَا، فَتَضْرِبُ جِزَاءَ الْوَفْقِ مِنْ أَحَدِهِمَا أَوْ أَقَلَّ جِزَاءِ الْوَفْقِ أَنْ يَتَوَافَقَا بِجُزْئَيْنِ فِي جَمِيعِ الْأَجْزَاءِ، فَمَا حَصَلَ يُضْرَبُ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ بِعَوْلِهَا أَوْ تَبَايُنَ فَتَضْرِبُ أَحَدَهُمَا فِي الْآخَرِ فَمَا حَصَلَ تَضْرِبُ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ بِعَوْلِهَا فَمَا بَلَغَ مِنْهُ تَصْحُحُ الْمَسْأَلَةُ. وَيَخْرُجُ مِنْ هَذِهِ الْأَحْوَالِ اثْنَا عَشَرَ مَسْأَلَةً، لِأَنَّ فِي كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنَ الْأَحْوَالِ الثَّلَاثَةِ أَرْبَعِ حَالَاتٍ، وَالْحَاصِلُ مِنْ ضَرْبِ ثَلَاثَةٍ فِي أَرْبَعَةٍ اثْنَا عَشَرَ وَلِنُوضِّحَ أَمِثْلَتَهَا:

**أمثلة:** [الحالة الأولى]: ثَلَاثُ بَنَاتٍ وَثَلَاثَةُ إِخْوَةٍ، ثَلَاثُ بَنَاتٍ وَسِتَّةُ إِخْوَةٍ، تَسَعُ بَنَاتٍ وَسِتَّةُ إِخْوَةٍ، ثَلَاثُ بَنَاتٍ وَأَخْوَانٍ.

**أمثلة:** [الحالة الثانية]: أُمٌّ وَسِتَّةُ إِخْوَةٍ لِأُمٍّ وَاثْنَا عَشَرَ أَخْتًا لِأَبٍ مِنْ سِتَّةٍ، وَتَعُولُ إِلَى سَبْعَةٍ، لِلْإِخْوَةِ سَهْمَانِ يُوَافِقَانِ عَدَدَهُمْ بِالنُّصْفِ، فَيُرَدُّ عَدَدُهُمْ إِلَى ثَلَاثَةٍ، وَلِلْأَخْوَاتِ أَرْبَعَةٌ، يُوَافِقُ عَدَدَهُنَّ، النُّصْفُ وَالرُّبْعُ فَيُرَدُّ عَدَدُهُنَّ إِلَى ثَلَاثَةٍ رَدًّا إِلَى أَقَلِّ الْوَفْقَيْنِ، فَيَتِمَّائِلُ الْعَدَدَانِ الْمَرْدُودَانِ.

(١) ما ذكره من الحصر في الأربع في غير الولاء، أما الولاء المنجز فيتصور فيه أزيد من ذلك.

(٢) زاد في د: دُونَ الْآخَرِ فَتَرُدُّ عَدَدَ مَنْ يُوَافِقُ سَهَامَهُمْ إِلَى جِزَاءِ الْوَفْقِ وَيَتْرُكُ عَدَدَ الْآخَرِينَ بِحَالِهِمْ.



أمّ وثمانية إخوة لأمّ وثمانٍ أخواتٍ لأبٍ :  
يرجعُ عددُ الإخوةِ إلى أربعةٍ، وعددُ الأخواتِ إلى اثنتين؛ ردّاً إلى أقلِّ الوَفَّقَيْنِ  
وهما متداخِلان.

أمّ واثنا عشرَ أخاً لأمّ وستَ عشرةَ أختاً لأبٍ :  
يرجعُ الإخوةُ إلى [سته]، والأخواتُ إلى أربعٍ، وهما متوافقان.  
أمّ وستةِ إخوةٍ لأمّ وثمانٍ أخواتٍ لأبٍ : يرجعُ الإخوةُ إلى<sup>(١)</sup> ثلاثةٍ، والأخواتُ  
إلى اثنتين، وهما متباينان.

أمثلة الحالة الثالثة: الموافقة بين السهام وعدد الرؤوس في الصنف الأول:  
ستُ بناتٍ وثلاثُ إخوةٍ من ثلاثة: سهامان للبناتِ، وبينهما موافقةٌ بالنُصفِ،  
فيرجعُ عددهنَّ إلى النُصفِ، ويمثل عدد الإخوةِ.

أربعُ بناتٍ وأربعُ إخوةٍ: يرجعُ عددهنَّ إلى اثنتين، ويتداخل العددان.  
ثمانٍ بناتٍ وستةِ إخوةٍ: يرجعُ عددهنَّ إلى أربعةٍ، ويتوافق العددانِ بالنُصفِ.  
أربعُ بناتٍ وثلاثةِ إخوةٍ: يرجعُ عددهنَّ إلى اثنتين ويتباينُ العددانِ.

فإن وَقَعَ الكَسْرُ على ثلاثةِ أصنافٍ أو أربعةٍ، نظرنا أولاً في سهام كلِّ صنفٍ،  
وعددي رؤوسهم، وحيثُ وجدنا الموافقةَ ردّدنا عدد الرؤوس إلى جزءِ الوَفَّقِ، وحيثُ لم  
نَجِدْ بَقْيَتَاهُ بِحَالِهِ؛ ثم يجيء في عدد الأصنافِ الأحوالُ الأربعُ، فكلُّ عددينِ متماثلينِ،  
نقتصرُ منهما على واحدٍ، فإن تماثلَ الكلُّ، اكتفينا بواحدٍ، وضرّبناه في أصلِ المسألةِ  
بِعَوْلِهَا.

وكلُّ عددينِ متداخلينِ نقتصرُ منهما على الأكثرِ، وإن اتَّفَقَ التداخلُ بين الكلِّ،  
اكتفينا بأكثرهما، وضرّبناه في أصلِ المسألةِ بِعَوْلِهَا.

وكلُّ عددينِ متوافقينِ نُضْرِبُ وَفَقَ أَحَدِهِمَا فِي الْآخِرِ، وإن توافَقَ الكلُّ فللفرَضِيِّينِ  
طريقان:

فالبَضْرِبُونَ يَقْفُونَ أَحَدَهُمَا، ويردّون ما عداه إلى جزءِ الوَفَّقِ ثم ينظرون في أجزاءِ  
الوَفَّقِ، فيكتفون عند التماثلِ بواحدٍ، وعند التداخلِ بالأكثرِ، وعند التوافقِ يضرّبون جزءَ  
الوَفَّقِ من البَغْضِ في البعضِ، وعند التباينِ نُضْرِبُ البَغْضَ فِي البَغْضِ، ثم يضرّبون  
الحاصلَ فِي العَدَدِ الموقُوفِ ثم ما حَصَلَ فِي أصلِ المسألةِ بِعَوْلِهَا.

(١) سقط من: د.

والكوفيون يقفون أحد الأعداد ويقابلون بينه وبين عدد آخر، ويضربون وفق أحدهما من جميع الآخر، ثم يقابلون الحاصل بالعدد الثالث، ويضربون وفق أحدهما من جميع الآخر، ثم يقابلون الحاصل بالعدد الرابع، ويضربون وفق أحدهما في جميع الآخر، ثم يضربون الحاصل في أصل المسألة بعولها.

وتسمى صور توافق الأعداد «المسائل الموقّفات».

وإن كانت الأعداد متباينة، ضربنا عدداً منها في آخر [ثم] ما حصل في ثالث ثم ما حصل في الرابع، ثم ما حصل في أصل المسألة [بعولها]، وإن شئنا ضربنا أحدهما في أصل المسألة بعولها، ثم ما حصل في الثاني ثم في الثالث ثم في الرابع.

وإذا لم يكن بين السهام [و] عدد الرؤوس [ولا بين أعداد الرؤوس] موافقة، سُميت المسألة «صماء».

واعلم أننا لو حاولنا استيعاب هذه الأحوال بالأمثلة، لطال الشغل، وقَلَّ النزول، فنقتصر على الأهم، ونرجو أن يتضح به الباقي:

ثلاث جدّاتٍ وثلاث أخواتٍ لأبٍ وستة إخوةٍ لأُمّ:

هي من ستّة، وتعمل إلى سبعة، [و] لا موافقة في الجدّات والأخوات بين السهام والرؤوس، وفي الإخوة موافقة، فيزد عددُهُم إلى ثلاثة، وحينئذٍ تتماثل الأعداد، فنقتصر منها على واحد، يضرب في ثلاثة في المسألة بعولها، يخصل أحد وعشرون، منها تصحّ.

ست أخواتٍ لأبٍ وأربع زوجاتٍ وأربع وعشرون جدّةً وأربعة وعشرون أختاً لأُمّ:

هي من اثنتي عشرة، وتعمل إلى سبعة عشر، ويرجع عدد الأخوات للأب والجدّات إلى النصف، وعدد الإخوة إلى الربع؛ للموافقة بين السهام وعدد الرؤوس، فيحصل ثلاثة وستة واثنا عشر وأربعة، هي عدد الزوجات، وهي كلّها داخلّة في اثنتي عشرة، فنضرب اثني عشر في أصل المسألة بعولها، تبلغ مائتين وأربعة، منها تصحّ.

ست جدّاتٍ وتسع بناتٍ وخمسة عشر أختاً: وهي من ستة، ولا موافقة بين السهام وأعداد الرؤوس، لكنّ أعداد الرؤوس متوافقة.

فعلی طريقة البصريين نقف منها ستة مثلاً، ونقابل بينها وبين التسعة، فنجدهما متوافقين بالثلث، فنرجع التسعة إلى ثلاثة، ثم نقابل بين الستة والخمسة عشر، فنرجع هي إلى خمسة، فنجد جزءي الوفاق متباينين، فنضرب أحدهما في الآخر، تكون خمسة عشر، تضربها في العدد الموقوف يكون تسعين، نضربها في أصل المسألة، تبلغ خمسمائة وأربعين.

وعلى طريقة الكوفيّين: إذا وَقَفْنَا السِّتَّةَ، وَقَابَلْنَا بِهَا التُّسْعَةَ، ضَرْبْنَا وَفَّقْ أَحَدِهِمَا فِي الْآخِرِ تَبْلُغُ [ثَمَانِيَةَ عَشْرَ، نَقَابِلُ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ الْخَمْسَةِ عَشْرَ، وَنَضْرِبُ وَفَّقْ أَحَدَهُمَا فِي الْآخِرِ، تَبْلُغُ] <sup>(١)</sup> تِسْعِينَ؛ نَضْرِبُهَا فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ.

سِتُّ جَدَاتٍ وَثَلَاثُونَ أَحَاً لِأُمِّ وَأَرْبَعُونَ أَخْتًا لِأَبٍ.

نَضِيبُ الْإِخْوَةِ يُوَافِقُ عِدَدَ رُؤُوسِهِمْ بِالنُّصْفِ، فَيَرْجِعُ إِلَى خَمْسَةِ عَشْرَ، وَنَضِيبُ الْأَخْوَاتِ يُوَافِقُ عِدَدَهُنَّ بِالرُّبْعِ، فَيَرْجِعُ إِلَى عَشْرَةَ، فَمَعْنَا إِذْنًا: سِتَّةَ، وَخَمْسَةَ عَشْرَ، وَعَشْرَةَ، فَتَقْفُ السِّتَّةَ، وَنَقَابِلُ بِهَا خَمْسَةَ عَشْرَ، فَيَرْجِعُ إِلَى خَمْسَةَ، [لِمَوَافَقَتِهِمَا بِالثَّلْثِ، وَعَشْرَةَ فَيَرْجِعُ إِلَى خَمْسَةَ] <sup>(٢)</sup> لِمَوَافَقَتِهِمَا بِالنُّصْفِ، فَقَدْ تَمَاطَلَتِ الرَّاجِعَاتُ، فَنَكْتَفِي بِأَحَدِهِمَا، وَنَضْرِبُهُ فِي السِّتَّةِ الْمَوْقُوفَةِ، تَبْلُغُ ثَلَاثِينَ، نَضْرِبُهَا فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ بِعَوْلِهَا تَبْلُغُ مِائَتَيْنِ وَعَشْرَةَ، مِنْهَا تَصْحُحُ عَلَى طَرِيقَةِ الْبَضْرِيِّينَ.

وَعَلَى طَرِيقَةِ الْكُوفِيِّينَ: إِذَا وَقَفْنَا السِّتَّةَ، وَقَابَلْنَا بِهَا الْخَمْسَةَ عَشْرَ، ضَرْبْنَا وَفَّقْ أَحَدَهُمَا فِي الْآخِرِ، تَبْلُغُ ثَلَاثِينَ، ثُمَّ نَقَابِلُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْعَشْرَةِ، فَنَجِدُ الْعَشْرَةَ دَاخِلَةً فِي الثَّلَاثِينَ، فَنَكْتَفِي بِالثَّلَاثِينَ وَنَضْرِبُهَا فِي الْمَسْأَلَةِ.

إِحْدَى وَعِشْرُونَ جَدَّةً وَخَمْسُ وَثَلَاثُونَ بِنْتًا وَثَلَاثُونَ أَخْتًا لِأَبٍ:

تَقْفُ الْوَاحِدَةَ وَالْعِشْرِينَ وَتَزِدُ الْخَمْسَةَ وَالثَّلَاثِينَ إِلَى سَبْعِهَا لِمَوَافَقَتِهَا بِالسَّبْعِ، وَتَزِدُ الثَّلَاثِينَ إِلَى ثَلَاثِهَا؛ لِمَوَافَقَتِهَا بِالثَّلْثِ، فَيَحْصُلُ مَعْنَا خَمْسَةَ وَعَشْرَةَ، وَالْخَمْسَةَ دَاخِلَةً فِي الْعَشْرَةِ، فَنَضْرِبُ الْعَشْرَةَ فِي الْعِدَدِ الْمَوْقُوفِ، تَبْلُغُ مِائَتَيْنِ وَعَشْرَةَ، نَضْرِبُهَا فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ، تَبْلُغُ أَلْفًا وَمِائَتَيْنِ وَسِتِّينَ، مِنْهَا تَصْحُحُ.

وَالْكُوفِيُّونَ يَضْرِبُونَ وَفَّقَ أَحَدَ الْعِدْدَيْنِ مِنَ الْوَاحِدِ وَالْعِشْرِينَ وَالْخَمْسَةَ وَالثَّلَاثِينَ فِي الْآخِرِ، تَبْلُغُ مِائَةَ وَخَمْسَةَ، وَهِيَ مَعَ الثَّلَاثِينَ يَتَوَافَقَانِ بِأَجْزَاءِ خَمْسَةَ عَشْرَ، فَيَأْخُذُونَ وَفَّقَ الثَّلَاثِينَ، وَهُوَ اثْنَانِ، وَيَضْرِبُونَهَا فِي الْمِائَةِ وَالْخَمْسَةِ، تَبْلُغُ مِائَتَيْنِ وَعَشْرَةَ، يَضْرِبُونَهَا فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ.

زَوْجٌ وَثَلَاثُ وَسِتُّونَ جَدَّةً وَسَبْعُونَ أَحَاً لِأُمِّ وَخَمْسَةُ وَسَبْعُونَ أَخْتًا لِأَبٍ الْمَسْأَلَةُ مِنْ سِتَّةَ، وَتَعُولُ إِلَى عَشْرَةَ، تَقْفُ الْخَمْسَةَ وَالسَّبْعِينَ فَالْخَمْسَةَ وَالثَّلَاثُونَ تَوَافَقُوا بِالْخَمْسِ، فَتَرْجِعُ إِلَى سَبْعَةَ، وَالثَّلَاثَةَ وَالسِتُّونَ بِالثَّلْثِ، فَتَرْجِعُ إِلَى أَحَدٍ وَعِشْرِينَ، فَيَحْصُلُ مَعْنَا سَبْعَةَ وَأَحَدَ وَعِشْرُونَ، وَهُمَا مُتَوَافِقَانِ بِالسَّبْعِ، فَنَضْرِبُ سَبْعَ أَحَدِهِمَا فِي الْآخِرِ، تَبْلُغُ اثْنَيْنِ وَأَرْبَعِينَ، نَضْرِبُهَا فِي الْعِدَدِ الْمَوْقُوفِ، وَهُوَ خَمْسَةُ وَسَبْعُونَ، تَبْلُغُ ثَلَاثَةَ آلَافٍ

(١) سقط من ز.

(٢) سقط من: ذ.

ومائة وخمسين، نضربها في أصل المسألة بعولها، تبلغ أحداً وثلاثين ألفاً وخمسمائة، منها تصحّ.

واعلم أنّ فيما ذكرناه من الأعداد المتوافقة لا فرق بين عددٍ وعددٍ، بل تَقِفُ أيها شئت، والعدد الذي تصحّ منه المسألة بعد تمام العمل لا يختلف، وإن اتّفَقَ اختلافُ، فأستدلّ به على العَلَطِ، وإن وافق أحد الأعداد الثلاثة الآخرين، والآخَرانِ متباينان. فلا يجوز أن تَقِفَ إلا الذي يوافقهما، ويسمى هذا الموقوف المَقِيدَ<sup>(١)</sup>.

مثالُه:

أربع جداتٍ وستٍ وخمسون أختاً لأبٍ وأحدٌ وعشرون أختاً لأم:

وهي من ستّة، وتعود إلى سبعة، ويرجع نصيب الأخوات إلى أربعٍ عشر؛ لأن سهامهنّ يوافق عددهنّ بالربع، فيحصل معنا أربعةً وأربعةً عشرٍ وأحدٌ وعشرون والأربعة عشر توافق الأربعة بالنصف، والأحد والعشرين بالسبع، فنقف الأربعة عشر، ونرد الأربعة إلى اثنتين، والأحد والعشرين إلى ثلاثة، ونضرب أحدهما في الآخر، تكون ستة، تضربها في الأربعة عشر الموقوفة، تبلغ أربعةً وثمانين، نضربها في أصل المسألة بعولها، تبلغ خمسمائةً وثمانيةً وثمانين، منها تصحّ المسألة.

زوجتان وثلاث جداتٍ وخمس أخواتٍ لأبٍ، وسبعٌ لأم:

هي من اثني عشر، وتعود إلى سبعة عشر، ولا موافقة بين السهام ولا بين أعداد الرؤوس، فنضرب اثنتين في ثلاثة، تكون ستّة، نضربها في خمسة، تكون ثلاثين، نضربها في سبعة، تكون مائتين وعشرة، نضربها في أصل المسألة بعولها، تبلغ ثلاثة آلاف وخمسمائةً وسبعين، منها تصحّ.

هذا بيان التصحيح، فإذا فرغت منه، وأردت أن تعرف نصيب الصنف كل واحد من مما حصل من الضرب فله طرق:

(١) قال الشيخ البلقيني: وقف المقيد يفرع على الطريقتين، فعلى طريقة البصريين إذا اجتمع معنا تسع أخوات وأربع زوجات وست عمات أشقاء مثلاً فالسعة توافق التسعة بالثلث والأربعة بالنصف فتوقف الستة وترد الأربعة إلى نصفها وهو اثنان والتسعة إلى ثلثها وهو ثلاثة ثم ينظر بين الواقفين فتجدهما متباينين فنضرب أحدهما في الآخر تبلغ ستة ثم تضرب الستة في العدد الموقوف وهو ستة تبلغ ستة وثلاثين. وعلى طريقة الكوفيين توقف الستة وتقابل بينهما وبين التسعة مثلاً ثم تضرب وفق أحدهما في كامل الآخر فيبلغ ثمانية عشر ثم تقابل بين العدد المذكور وهو ثمانية عشر وبين الأربعة فالموافقة بينهما بالانصاف بضرب نصف أحدهما في كامل الآخر تبلغ ستة وثلاثين.

أشهرها وأحفظها: أن تضرب نصيب كل صنف من أصل المسألة في العدد المضروب في المسألة، ويعرف بعدد المنكسرين، فما بلغ، فهو نصيب ذلك الصنف، وإذا قسّمت المبلغ على عدد رؤوسهم، فالخارج من القسمة نصيب كل واحد من الصنف. **مِثَالَةٌ:** زوجتان وأربع جدات وست أخوات لأب:

هي من اثني عشر، وتعمل إلى ثلاثة عشر، ويرجع عدد الجدات إلى اثنين، وعدد الأخوات إلى ثلاثة، فيحصل اثنان واثان وثلاثة، تسقط أحد المتماثلين، وتضرب الآخر من ثلاثة، تكون ستة، تضرب في أصل المسألة بعولها، تبلغ ثمانية وسبعين، كان للزوجين من أصل المسألة ثلاثة، فتضرب في ستة تبلغ ثمانية عشر، فهو نصيبهما، وإذا قسّم ذلك على عدد رؤوسهما، خرج تسعة، وكان للجدات سهمان، تضرب في ستة، تبلغ اثني عشر، وإذا قسّم عليهن، خرج ثلاثة، وكان للأخوات ثمانية، تضرب في ستة، تبلغ ثمانية وأربعين، يقسم على عددهن تخرج ثمانية.

**الثاني:** تقسم سهام كل صنف من أصل المسألة على عدد رؤوسهم، فما خرج من القسمة، يضرب في المضروب في أصل المسألة، فما حصل، فهو نصيب كل واحد من الصنف.

ففي المثال المذكور يقسم نصيب الزوجين على عدد رؤوسهما، يخرج من القسمة سهم ونصف، تضرب في الستة المضروبة في المسألة، تبلغ تسعة، فهي نصيب كل واحدة منهما، ويقسم نصيب الجدات عليهن، نخرج من القسمة نصف سهم، يضرب في الستة، تكون ثلاثة، فهو نصيب كل واحد منهما، ويقسم نصيب الجدات عليهن، يخرج من القسمة نصف سهم، يضرب في الستة، تكون ثلاثة، فهي نصيب كل واحدة منهن، وعلى هذا، فقيس [الأخوات].

**الثالث:** يقسم العدد المضروب في المسألة على عدد رؤوس كل صنف منهم، فما خرج على القسمة، نضربه في نصيب ذلك الصنف، فما بلغ، فهو نصيب الواحد من ذلك الصنف. ففي المثال المذكور: تقسم الستة على عدد رؤوس الزوجتين، تخرج من القسمة ثلاثة، نضربها من نصيب الزوجتين من أصل المسألة، وهو ثلاثة، تبلغ تسعة، فهو نصيب كل واحدة منهما.

وعلى القياس.

**الرابع:** نقابل بين نصيب كل صنف وعدد رؤوسهم ونضبط النسبة بينهما، وتأخذ بتلك النسبة في العدد المضروب في المسألة، فهو نصيب كل واحد من ذلك الصنف.

ففي المثال المذكور: نصيب الزوجتين ثلاثة، وهما اثنان، والثلاثة مثل الاثنتين،

ومثل نصفهما، فنأخذ مثل العدد المضروب في المسألة، ومثل نصفه وهو تسعة، فهو نصيب كل واحدة منهن، ونصيب الأخوات ثمانية، وعددهن ستة، والثمانية مثل الستة، ومثل ثلثها، فلكل واحدة منهما مثل العدد المضروب، ومثل ثلثه، وهو ثمانية، [وعددهن ستة] ونصيب الجدات سهمان مثل نصف عددهن، فلكل جدة منهما نصف العدد المضروب في المسألة.

الخامس: ويُعرف به نصيب كل واحد من الورثة قبل الضرب والتصحيح إن كان الكسر على صنف واحد، فانظر: إن لم يوافق سهامهم عددهم، فيصيب كل واحد منهم بعدد سهام جميع الصنف من أصل المسألة؛ ونصيب كل واحد من الأضناف الذين لم ينكسر عليهم سهامهم بعدد رؤوس المنكسر عليهم، إن كان لكل واحد منهم سهم واحد، وإن كان أكثر من سهم، ضرب ما لكل واحد منهم من أصل المسألة في عدد المنكسر عليهم، فما حصل، فهو نصيب كل واحد منهم، وإن وافق سهامهم عددهم، فنصيب كل واحد من المنكسر عليهم بعدد وفق سهامهم من أصل المسألة، ونصيب كل واحد ممن لم ينكسر عليهم سهامهم وفق عدد رؤوس المنكسر عليهم؛ على ما ذكرنا.

#### المثال الثالث:

زوج وأخوان لأم وخمس أخوات لأب:

تعول من ستة إلى تسعة، وتصح من خمسة وأربعين، ونصيب كل أخت بعدد سهام جميعهن من أصل المسألة، وهو أربعة، ونصيب كل واحدة من الأخوات خمسة بعدد رؤوس الأخوات المنكسر عليهن، ونصيب الزوج خمسة عشر؛ لأنه كان له أكثر من سهم واحد، وهو ثلاثة، فتضرب في عدد رؤوسهن، لو كان عدد الأخوات عشرة، وافق سهامهن عددهن بالنصف، فترد عددهن إلى النصف، ويكون نصيب كل واحدة بعدد نصف ما لجميعهن من أصل المسألة، وهو اثنان، ويكون لكل واحد من الأخوات خمسة نصف عدد رؤوس الأخوات، وللزوج ثلاثة مضرورة من نصف عدد رؤوسهن.

وإن كان الكسر على صنفين، ولم يكن بين السهام وعدد الرؤوس موافقة، أو كانت، وزدّت عدد الرؤوس إلى الوفق، فأنظر في عدد الرؤوس، [ولهما أحوال الثلاث]<sup>(١)</sup>.

الحالة الأولى: إن كانا متباينين، فالحاصل من ضرب كل واحد من الصنفين في سهام الصنف الآخر من أصل المسألة، وهو نصيب كل واحد من الصنف المضروب في

(١) في ز: ولها ثلاثة أحوال.

سهامهم، والحاصل من ضرب عدد أحد الصنفين في الآخر، إذا ضربته من نصيب الواجد من الذين لم ينكسر عليهم سهامهم، كان المبلغ نصيب ذلك الواجد من ذلك الصنف. المثال: خمس بنات وأربع زوجات وأربع جدات وأخ لأب:

هي من أربعة وعشرين، وتصح من أربعمائة وثمانين، والكسر في البنات والزوجات، ولا موافقة بين عدديهما، فإذا ضربت عدد رؤوس البنات في سهام الزوجات، حصل خمسة عشر، فهو نصيب كل واحدة من الزوجات، وإذا ضربت عدد رؤوس البنات الزوجات من سهام البنات، حصل أربعة وستون، فهو نصيب كل واحدة من البنات، وإذا ضربت عدد رؤوس في الزوجات، حصل عشرون، فإذا ضربت في نصيب كل واحدة من الجدات كان عشرين؛ لأن لكل واحدة واحد فهو نصيب كل واحدة منهم، وكذلك نصيب الأخ، ولو كان بدل الأربع جدتان، ضربت العشرين في اثنتين، فالحاصل نصيب كل واحدة منهما.

الحالة الثانية: إذا كان عدد الرؤوس متوافقين، سواء تداخلا أم لا، فإذا ضربت وفق أحد العددين في سهام الآخر، كان الحاصل نصيب كل واحد من الصنف المضروب في سهامهم، وإذا ضربت وفق أحدهما في جميع الآخر، ولا تداخل بينهما، وضربت ما حصل في نصيب الواجد من الذين لم ينكسر عليهم سهامهم، كان الحاصل نصيب الواجد، من ذلك الصنف، وإن تداخلا، ضربت أكثرهما في النصيب، فما حصل، فهو نصيب الواجد منهم.

المثال: زوج وتسعة إخوة لأم وخمسة عشر أختاً لأب: هي من ستة، وتعمل إلى تسعة، وتصح من أربعمائة وخمسة، تضرب وفق عدد الإخوة في سهام الأخوات تكون اثني عشر، فهو نصيب كل أخت وفق عدد الأخوات في نصيب الإخوة، تكون عشرة، فهو نصيب كل أخ وفق أحدهما في جميع الآخر، تبلغ خمسة وأربعين، تضربه في سهام الزوج، وهي ثلاثة تبلغ مائة وخمسة وثلاثين، فهو نصيب الزوج، فإن كان عدد الإخوة اثني عشر وعدد الأخوات ستة عشر، فالسهام توافق الأعداد، فترجع عدد الإخوة إلى ستة وعدد الأخوات إلى أربعة للموافقة في الربع، وبين العددين موافقة بالنصف، فتصح المسألة من مائة وثمانية، وإذا ضربت وفق الراجع من عدد الإخوة، وهو ثلاثة، في وفق سهام الأخوات، وهو واحد؛ [لأن سهامهم] وافق عددهم بالربع، كان الحاصل ثلاثة، وهو نصيب كل أخت، وإذا ضربت وفق الراجع من عدد الأخوات، وهو اثنان، في وفق سهام الإخوة<sup>(١)</sup> وهو واحد<sup>(٢)</sup>، كان الحاصل اثنتين، وهو نصيب كل أخ،

(٢) سقط من: د.

(١) سقط من: ب.

وإذا ضربت وفق أحد الراجعين في جميع الآخر، حصل اثنا عشر، فإذا ضربته في سهام الزوج من الأصل، حصل ستة وثلاثون، وهو نصيب الزوج.

**الحالة الثالثة:** إذا كان عدد الرؤوس متماثلين، فنصيب كل واحد من كل صنف بعدد ما كان لجميعهم من أصل المسألة، ونصيب كل واحد ممن لم ينكسر عليهم سهامهم هو الحاصل من ضرب ما كان له في عدد أحد الصنفين المنكسر عليهم سهامهم.

**المثال:** خمس بنات، وخمس جدات وأخ:

[هي] من ستة، وتصح من ثلاثين ونصيب كل واحدة من البنات مثل ما كان لجميعهن، وهو أربعة، ونصيب واحدة من الجدات مثل ما كان لجميعهن، وهو واحد، ونصيب الأخ هو الحاصل من ضرب ما كان له في خمسة، وهو خمسة، وإن كان الكسر على ثلاثة أصناف، فانظر: إن كانت أعداد الرؤوس متباينة، فأفرز الصنف الذين تريد أن تعرف نصيبهم، واضرب أحد العددين الآخرين في الآخر، فما بلغ، فأضربه في نصيب الصنف الذين أفرزتهم، فما بلغ، فهو نصيب كل واحد منهم، [واضرب عدد رؤوس الأصناف الثلاثة بعضهم في بعض، فما بلغ، فأضربه في نصيب من أنقسم عليهم نصيبهم من أصل المسألة، فما بلغ، فهو نصيب كل واحد منهم]<sup>(١)</sup>.

**المثال:** أربع زوجات، وثلاث جدات، وخمس بنات، وأخت لأب: هي من أربعة وعشرين، وتصح من ألف وأربعمائة وأربعين، فإذا أردت [أن تعرف] نصيب الزوجات، فأفرزهن، واضرب عدد رؤوس البنات في عدد رؤوس الجدات؛ تبلغ خمسة عشر، أضربه في نصيب الزوجات في الأصل، تبلغ خمسة وأربعين، فهو نصيب كل واحدة منهن، وإذا أردت نصيب الجدات، فأفرزهن، واضرب عدد الزوجات في البنات، تبلغ عشرين، أضربه في نصيب الجدات، تبلغ ثمانين، فهو نصيب كل واحدة منهن، وعلى هذا القياس، حكم البنات.

واضرب - لمعرفة نصيب الأخت - عدد الأصناف المنكسر عليهم بعضهم في بعض، تبلغ ستين، أضربه في نصيبها من أصل المسألة، وهو واحد يكون ستين، فهو نصيبها.

فإن كانت الأعداد متوافقة أو متماثلة، فالعمل على قياس ما ذكرناه، في الكسرين، وصورة التماثل هيئة.



وأما التوافقُ، فَكَتَبْنَا بِنَاتٍ، وَسِتُّ جَدَّاتٍ، وَخَمْسَةَ عَشَرَ أَخًا لِأَبٍ: هِيَ مِنْ سِتَّةٍ، وَتَصْحُ مِنْ خَمْسَمَائَةٍ وَأَرْبَعِينَ:

إِذَا أَرَدْتَ أَنْ تَعْرِفَ نَصِيبَ الْبَنَاتِ، فَأَفْرِزْهُنَّ، وَاضْرِبْ وَفْقَ أَحَدِ الصَّنْفَيْنِ مِنَ الْجَدَّاتِ وَالْإِخْوَةِ فِي وَفْقِ الْآخَرِ تَكُونَ عَشْرَةٌ، تُضْرِبُ فِي نَصِيبِ الْبَنَاتِ، تَبْلُغُ أَرْبَعِينَ، فَهُوَ نَصِيبُ كُلِّ وَاحِدَةٍ، مِنْهُنَّ وَكَذَلِكَ تَفْرِزُ الْجَدَّاتِ، وَتَضْرِبُ وَفْقَ أَحَدِ الصَّنْفَيْنِ الْآخَرَيْنِ فِي وَفْقِ الثَّانِي فَتَكُونَ خَمْسَةَ عَشَرَ، تَضْرِبُ فِي نَصِيبِ الْجَدَّاتِ، تَكُونَ خَمْسَةَ عَشَرَ؛ فَهُوَ نَصِيبُ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ، وَتَفْرِزُ الْإِخْوَةَ، وَتَضْرِبُ وَفْقَ أَحَدِ الْآخَرَيْنِ فِي وَفْقِ الثَّانِي تَكُونُ سِتَّةٌ تَضْرِبُهَا فِي نَصِيبِهِمْ، تَكُونَ كَذَلِكَ، فَهُوَ نَصِيبُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

### النَّظَرُ الثَّانِي: فِي الْمَنَاسَخَاتِ:

[أَمَّا] إِذَا مَاتَ عَنْ جَمَاعَةٍ مِنَ الْوَرَثَةِ، ثُمَّ مَاتَ أَحَدُهُمْ قَبْلَ قِسْمَةِ التَّرِكَةِ فَلِلْمَسْأَلَةِ حَالَتَانِ:

**الحالَّةُ الْأُولَى:** أَنْ تَتَّخِصَرَ وَرَثَةُ الْمَيِّتِ الثَّانِي فِي الْبَاقِينَ. وَيَكُونُ الْإِزْثُ مِنَ الثَّانِي عَلَى حَسَبِ إِزْثِهِمْ مِنَ الْأَوَّلِ، فَتَجْعَلُ كَأَنَّ الْمَيِّتَ الثَّانِي لَمْ يَكُنْ، وَنَقَسْمُ التَّرِكَةَ عَلَى الْبَاقِينَ، وَيَتَّصُورُ ذَلِكَ فِيمَا إِذَا كَانَ الْإِزْثُ عَنْهُمَا بِالْعُصْبَةِ كَمَنْ مَاتَ عَنْ إِخْوَةٍ وَأَخَوَاتٍ مِنَ الْأَبِ، ثُمَّ مَاتَ أَحَدُهُمْ عَنِ الْبَاقِينَ، أَوْ عَنْ بَيْنَيْنِ وَبَنَاتٍ ثُمَّ مَاتَ أَحَدُهُمْ، وَخَلَّفَ الْإِخْوَةَ وَالْأَخَوَاتِ، وَفِيمَا إِذَا كَانَ الْإِزْثُ عَنْهُمَا بِالْفَرْضِيَّةِ، كَمَا إِذَا مَاتَ عَنْ زَوْجٍ وَأُمَّ وَأَخَوَاتٍ مُخْتَلِفَاتِ الْأَبَاءِ، ثُمَّ نَكَحَ الزَّوْجُ إِحْدَاهُنَّ، فَمَاتَ عَنِ الْبَاقِينَ، وَفِيمَا إِذَا كَانَ بَعْضُهُمْ يَرِثُ بِالْفَرْضِيَّةِ وَبَعْضُهُمْ بِالْعُصْبَةِ، كَمَا إِذَا مَاتَ عَنْ أُمٍّ وَإِخْوَةٍ لِأُمٍّ، وَمُعْتِقٍ، ثُمَّ مَاتَ أَحَدُ الْإِخْوَةِ عَنِ الْبَاقِينَ. وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَرِثَ كُلُّ الْبَاقِينَ مِنَ الثَّانِي أَوْ بَعْضُهُمْ؛ كَمَا إِذَا مَاتَ عَنْ زَوْجَةٍ وَبَيْنَيْنِ، وَلَيْسَتْ الزَّوْجَةُ أُمَّ الْبَنِينَ، ثُمَّ مَاتَ أَحَدُ الْبَنِينَ عَنِ الْبَاقِينَ.

**الحالَّةُ الثَّانِيَّةُ:** أَلَّا يَكُونَ كَذَلِكَ بَلَا تَتَّخِصَرَ وَرَثَةُ الثَّانِي فِي الْبَاقِينَ، إِمَّا لِأَنَّ الْوَارِثَ غَيْرَهُمْ، أَوْ لِأَنَّ غَيْرَهُمْ يَشْرِكُهُمْ، أَوْ تَتَّخِصِرُ، إِلَّا أَنَّ مَقَادِيرَ الْأَسْتِحْقَاقِ أَوْ بَعْضَهَا تَتَّفَاقَتْ، فَتَصَحُّ مَسْأَلَتِي الْأَوَّلِ وَالثَّانِي جَمِيعًا، وَتُنْظَرُ فِي نَصِيبِ الثَّانِي مِنْ مَسْأَلَةِ الْأَوَّلِ، فَإِنْ انْقَسَمَ نَصِيبُهُ عَلَى مَسْأَلَتِهِ، فَذَلِكَ، وَإِلَّا، فَتَقَابِلُ نَصِيبِهِ بِمَسْأَلَتِهِ الْمَصْحُوحَةِ، إِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا مُوَافَقَةٌ ضَرْبِ أَقْلٍ جُزْءِ الْوَفْقِ مِنْ مَسْأَلَتِهِ فِي مَسْأَلَةِ الْأَوَّلِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ضَرْبِ جَمِيعِ مَسْأَلَتِهِ فِي مَسْأَلَةِ الْأَوَّلِ، فَمَا بَلَّغَ، تَصْحُ مِنْهُ الْمَسْأَلَتَانِ.

وَإِذَا أَرَدْتَ مَعْرِفَةَ نَصِيبِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْوَرَثَةِ، مِمَّا حَصَلَ مِنَ الضَّرْبِ، فَأَعْلَمُ أَنَّ [مِنْ] لَهُ شَيْءٌ مِنَ الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى يَأْخُذُهُ مَضْرُوبًا فِيمَا ضَرَبْتَهُ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى، وَهُوَ

تمامَ الْمَسْأَلَةِ الثَّانِيَةِ أَوْفَقَهَا وَمَنْ لَهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّانِيَةِ، يَأْخُذُهُ مَضْرُوباً فِي نَصِيبِ الْمَيِّتِ الثَّانِي مِنَ الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى، أَوْ فِي وَفْقِ النَّصِيبِ، إِنْ كَانَ بَيْنَ نَصِيبِهِ وَمَسْأَلَتِهِ مُوَافَقَةً.  
الأمثلة:

زَوْجٌ وَأَخْتَانِ لِأَبٍ، مَاتَتْ إِحْدَاهُمَا عَنِ الْأُخْرَى، وَعَنْ بِنْتِ الْأُولَى مِنْ سَبْعَةٍ، وَالثَّانِيَةِ مِنْ اثْنَيْنِ، وَنَصِيبُ الْمَيِّتِ الثَّانِي مِنَ الْأَوَّلِ اثْنَانِ.  
زَوْجَةٌ وَثَلَاثَةُ بَنِينَ، وَبِنْتُ، ثُمَّ مَاتَتِ الْبِنْتُ عَنْ أُمَّ وَثَلَاثَةِ إِخْوَةٍ، وَهُمْ الْبَاقُونَ مِنْ وَرَثَةِ الْأَوَّلِ.

المسألة الأولى من ثمانية، والثانية تصح من ثمانية عشر، ونصيب الميئة من الأولى سهم لا موافقة بين نصيبها ومسألتها، فتضرب المسألة الثانية في الأولى، تبلغ مائة وأربعة وأربعين للزوجة؛ منها سهم مضروب في ثمانية عشر، ولكل ابن سهمان مضروبان في ثمانية عشر، تكون ستة وثلاثين، وللبنات ثمانية عشر، للام منها ثلاثة، وهو نصيبها من المسألة الثانية مضروباً في نصيب الميت الأولى، ولكل أخ خمسة، فيحصل للام أحد وعشرون، ولكل واحد أحد وأربعون.

جدتان وثلاث أخوات متفرقات، ثم ماتت الأخت من الأم، عن أخت لأم، وهي الأخت من الأبوين في المسألة الأولى وعن اختين لأب وأم، وعن أم أم، وهي إحدى الجدتين فالأولى من اثني عشر، والثانية من ستة، ونصيب الأخت الميتة من المسألة الأولى سهمان، ونصيبها ومسألتها يتوافقان بالنصف، فتضرب نصف مسألتها في الأولى، تبلغ ستة وثلاثين، كان للجدتين سهمان يأخذانهما مضروبين في ثلاثة، تكون ستة، وكذا الأخت من الأب، وكان للأخت من الأبوين ستة تأخذها مضروبة في ثلاثة، تكون ثمانية عشر، وكان لها من المسألة الثانية سهم تأخذه مضروباً في وفق نصيب الميتة من الأولى وهو سهم.

وللاختين من الأبوين أربعة مضروبة في سهم ولأم الأم سهم مضروب في سهم، فيحصل للأخت الوريثة في المسألتين تسعة عشر، وللجدة الوريثة فيهما أربعة.

ولو مات ثالث قبل قسمة التركة، فلك طريقان:

أحدهما: أن تصح المسائل الثلاث، وتأخذ نصيب الميت الثالث منهما، وتقابله بما تصح منه مسألته، فإن أنقسم نصيبه على مسألتيه، فذاك، وإلا، فإن توافقاً، ضربت وفق مسألته فيما صححت منه الأوليان، وإن تباينت، ضربت مسألته فيه.

وعلى هذ القياس تعمل، إذا مات رابع وخامس قبل القسمة، ثم من كان له شيء من المسألتين الأولىين أو من إحداهما، أخذه مضروباً في الثالثة أو في وفقها، ومن كان

له شيء من الثالثة، أخذه مضروباً من نصيب الثالث من المسألتين الأولىين أو في وقفه .

المثال:

زَوْجٌ وَأُمٌّ وَثَلَاثُ أَخَوَاتٍ مُتَفَرِّقَاتٍ، ثُمَّ مَاتَ الزَّوْجُ عَنْ خَمْسَةِ بَنِينَ، وَخَمْسِ بَنَاتٍ، ثُمَّ مَاتَ أَحَدُ الْبَنِينَ عَنْ أَرْبَعَةِ بَنِينَ، وَأَرْبَعِ بَنَاتٍ:

المسألة الأولى: من تسعة، والثانية تصح من خمسة عشر، ونصيب الميِّت الثاني من الأول ثلاثة، وبينهما موافقة بالثلث، تُضْرَبُ ثَلَاثُ الْخَمْسَةِ عَشْرَ فِي الْأُولَى، تَبْلُغُ خَمْسَةَ وَأَرْبَعِينَ، كَانَ لِلْأَخْتِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ مِنَ الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى ثَلَاثَةٌ تَأْخُذُهُ مَضْرُوباً فِي خَمْسَةٍ، تَكُونُ خَمْسَةَ عَشْرَ، وَكَانَ لِلْأَخْتِ مِنَ الْأَبِ سَهْمٌ، تَأْخُذُهُ مَضْرُوباً فِي خَمْسَةٍ، تَكُونُ خَمْسَةَ، وَالْأَخْتِ مِنَ الْأُمِّ كَذَلِكَ، وَاللَّامُ كَذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ لِلزَّوْجِ ثَلَاثَةٌ، تُضْرَبُ فِي خَمْسَةٍ، تَكُونُ خَمْسَةَ عَشْرَ، تَنْقَسِمُ عَلَى مَسْأَلَتِهِ، وَنَصِيبُ كُلِّ ابْنِ سَهْمَانٍ، فَإِذَا نُصِيبَ الْمَيِّتَ الثَّلَاثِ سَهْمَانٍ، وَتَصَحُّ مَسْأَلَتُهُ مِنْ اثْنَيْ عَشْرَ، وَبَيْنَهُمَا مُوَافَقَةٌ بِالنُّصْفِ، فَتَضْرَبُ نِصْفَ الْاِثْنَيْ عَشْرَ، فَمَا صَحَّتْ مِنْهُ الْمَسْأَلَتَانِ، وَهُوَ خَمْسَةٌ وَأَرْبَعُونَ، تَبْلُغُ مِائَتَيْنِ وَسَبْعِينَ لِلزَّوْجِ، مِنْهَا خَمْسَةَ عَشْرَ مَضْرُوبَةً فِيمَا ضَرَبَتْهُ مِنَ الْخَمْسَةِ وَالْأَرْبَعِينَ، تَبْلُغُ مِائَتَيْنِ وَسَبْعِينَ، لِلزَّوْجِ مِنْهَا خَمْسَةَ عَشْرَ مَضْرُوبَةً فِيمَا ضَرَبَتْهُ مِنَ الْخَمْسَةِ وَالْأَرْبَعِينَ وَهُوَ سِتَّةٌ تَكُونُ تِسْعِينَ، وَكَانَ لِلْأَخْتِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ خَمْسَةَ عَشْرَ، تَضْرَبُ فِي سِتَّةٍ تَبْلُغُ تِسْعِينَ، وَالْأَخْتِ مِنَ الْأَبِ خَمْسَةَ مَضْرُوبَةً فِي سِتَّةٍ تَكُونُ ثَلَاثِينَ.

وكذلك للأخت من الأب وللأم، كان لكل ابن من الميِّت الثاني سَهْمَانٍ، فَيَحْصُلُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا اثْنَا عَشْرَ، اضْرِبِ السَّهْمَيْنِ فِي السِّتَّةِ، فَيَنْقَسِمُ نَصِيبُ الْمَيِّتِ الثَّلَاثِ عَلَى وَرَثَتِهِ، كَانَ لِكُلِّ ابْنٍ مِنْ مَسْأَلَتِهِ سَهْمَانٍ، فَيَضْرَبَانِ فِي وَفْقِ نَصِيبِهِ مِنَ الْخَمْسَةِ وَالْأَرْبَعِينَ، وَهُوَ وَاحِدٌ، فَيَكُونُ سَهْمَيْنِ، وَلِكُلِّ بِنْتٍ سَهْمٌ، لِمِثْلِ ذَلِكَ.

زَوْجٌ وَخَمْسَةُ إِخْوَةٍ، ثُمَّ مَاتَ الزَّوْجُ عَنْ اثْنَيْنِ وَبِنْتٍ، الْأُولَى تَصَحُّ مِنْ عَشْرَةٍ، وَالثَّانِيَةُ مِنْ خَمْسَةٍ، وَنَصِيبُ الْمَيِّتِ الثَّانِي مِنَ الْأُولَى خَمْسَةٌ فَيَنْقَسِمُ نَصِيبُهُ عَلَى مَسْأَلَتِهِ، ثُمَّ مَاتَ أَحَدُ الْاِبْنَيْنِ عَنْ أَخٍ وَأَخْتٍ، مَسْأَلَتُهُ مِنْ ثَلَاثَةٍ وَنَصِيبُهُ اِثْنَانِ، [و] لَا مُوَافَقَةَ بَيْنَهُمَا، تُضْرَبُ ثَلَاثَةٌ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى تَبْلُغُ ثَلَاثِينَ كَانَ لِلزَّوْجِ مِنَ الْأُولَى خَمْسَةَ تَضْرِبُهَا فِيمَا ضَرَبَتْهُ [فِي الْأُولَى] تَبْلُغُ خَمْسَةَ عَشْرَ، وَلِكُلِّ أَخٍ ثَلَاثَةٌ، ثُمَّ نَقَسَمَ مَا أَصَابَ الْمَيِّتَ الثَّانِي، وَهُوَ خَمْسَةَ عَشْرَ، كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْ ابْنَيْ سَهْمَانٍ، تَضْرِبُهُمَا فِي الثَّلَاثَةِ، تَكُونُ سِتَّةً، وَلِلْبِنْتِ ثَلَاثَةٌ، ثُمَّ السِّتَّةُ الَّتِي أَصَابَتْ الْمَيِّتَ الثَّلَاثِ تَنْقَسِمُ عَلَى وَرَثَتِهِ، كَانَ لِلْأَخِ سَهْمَانٍ، فَتَضْرِبُهَا فِي نَصِيبِ الْمَيِّتِ الثَّلَاثِ مِنَ الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى، وَهُوَ سَهْمَانٍ، تَكُونُ أَرْبَعَةً، وَكَانَ لِلْأَخْتِ سَهْمٌ، فَتَضْرِبُهُ فِي نَصِيبِ الْمَيِّتِ، وَهُوَ سَهْمَانٍ، تَكُونُ سَهْمَيْنِ.

الطريق الثاني: أن تصحح كل مسألة برأسها، وتقابل نصيب كل ميّت بمسالته، فمن أنقسم نصيبه على مسالته، فلا اعتداد بمسالته، ومن لم ينقسم حُفِظَتْ مسالته بتمامها، إن لم يتوافق نصيبه ومسالته، أو فقها، إن توافقا، وفعلت بها ما يفعل بأعداد الأضناف المنكسرة عليهم سهامهم من المسألة الواحدة، فما حصل، ضرته في المسألة الأولى، فما حصل قسمته، فتضرب ما لكل واحد من الأولى في العدد المضروب فيها، فما خرج، فهو له، إن كان حياً، ولورثيه، إن كان ميّتاً.

مثاله: زوجة وبنت وثلاثة بني ابن، ثم ماتت البنت عند زوج وأخ لأم، وأم، وهي الزوجة في المسألة الأولى [ثم مات أحد ابني الابن عن زوجة وبنت وابن ابن، وجدّة، وهي الزوجة في المسألة الأولى]، ثم مات آخر عن هذه الجدة، وعن خمس بنين، وخمس بنات.

الأولى من ثمانية، والثانية من ستة، والثالثة من أربعة وعشرين، والرابعة من ثمانية عشر، ونصيب البنت موافق مسالتها بالأضناف، فترد مسالتها إلى ثلاثة، فإذاً معنا ثلاثة، وثمانية عشر، وأربعة وعشرون، والثلاثة داخله في الأربعة والعشرين، فنقتصر على الأكثر، وهو توافق الثمانية عشر بالأسداس، فتضرب سدس أحدهما في الآخر، تبلغ اثنتين وسبعين، فنضربها من مسألة الميّت الأول، وهي ثمانية، تبلغ خمسمائة وستة وسبعين، منها تصح المسائل، فمن له شيء من المسألة الأولى، تضرب نصيبه من اثنتين وسبعين، ويقسم على ورثته.

زوجة وثلاثة إخوة، ثم مات أحدهم عن ابنين والثاني عن ابنين وبنت، والثالث عن ابن وبنت.

الأولى من أربعة، والثانية من اثنتين، والثالثة من خمسة، والرابعة من ثلاثة، والسهام لا توافق المسائل، فتضرب المسائل الثلاث بعضها في بعض، تبلغ ثلاثين، تضرب في المسألة الأولى، تكون مائة وعشرين؛ للزوجة منها سهم في ثلاثين، ولكل أخ كذلك، فما للأول بين ابنيه لكل واحدة منهما خمسة عشر، ما للثاني بين ابنيه وبنته، لكل ابن اثنا عشر، وللبنيت ستة، وما للثالث بين ابنيه وبنته، للإبن عشرون، وللبنيت عشرة.

هذا تصحيح المناسحات.

قال الفرضيون: وقد يمكن اختصار الحساب بعد الفراغ من عمل التصحيح، وذلك إذا كانت أنصباء الورثة كلها متماثلة، فترد القسمة إلى عدد رؤوسهم، وكذلك، إذا كانت متوافقة بجزء صحيح، فيؤخذ ذلك الوقف من نصيب كل واحد منهم، ويقسم المال بينهم على ذلك العدد كزوجة وبنت وثلاثة بنين منها، ثم مات أحد البنين عن

الباقين، فالأولى من ثمانية، والثانية من ستة، ونصيب الميِّت الثاني سهمان يوافقان مسألته بالتضف، فتضرب نصف مسألته في الأولى، تكون أربعة وعشرين، للزوجة منها ثلاثة، وللبنات ثلاثة، ولكل ابن ستة، ومن نصيب الميِّت الثاني للأُم سهم، وللأخت سهم، ولكل أخ سهمان، فمجموع ما للأُم أربعة، وللأخت كذلك، ولكل أخ ثمانية، فالأنصباء متوافقة [بالربع، فتأخذ ربع كل نصيب، تبلغ ستة، فنقسم المال عليها؛ اختصاراً].

أما إذا لم تكن بين الأنصباء موافقة<sup>(١)</sup>، أو لم تكن إلا في بعضهما، لم يكن الاختصار.

### المقصد الثاني: قسمة التركات:

وله أضل وفروع متشعبة:

أما الأضل: فإن كانت التركة ذراهم أو دنانير أو غيرهما، مما ينقسم بالأجزاء؛ كالمكيلات والموزونات، فنقسم عينها بين الورثة، وإن كان مما لا يقسم بالأجزاء<sup>(٢)</sup>، كالعبيد والجواري والدواب، فنقوم، ثم نقسم بينهم بالقيمة، فما أصاب كل واحد من القيمة، فله بقدرها من المقوم، ولا بد من القسمة من إقامة أضل المسألة بعولها، ثم يتأتى العمل قبل التصحيح وبعده، والأول أسهل وأخف.

وطريقه: أن يُنظر في التركة، أهى عدد صحيح من الدراهم وغيرها، أم عدد وكثر؟

إن كان الأول، فقابل التركة بالمسألة بعولها، إن كانت عائلة، فإن تماثلاً، فلا إشكال، وإلا، فإن كانا متباينين، فاضرب نصيب كل وارث من أضل المسألة بعولها، أو مما صححت منه المسألة في عدد التركة، فما بلغ، فأقسمه على أضل المسألة بعولها، وعلى ما صححت منه المسألة، [فما خرج من القسمة، فهو حصة ذلك الوارث].

وإن شئت، قسمت التركة أولاً على أصل المسألة<sup>(٣)</sup> بعولها، أو على ما صححت منه المسألة، فما خرج من القسمة، فاضربه في سهم كل وارث، فما بلغ، فهو حصته.

وإن كانا متوافقين؛ فإن عملت، كما تعمل في المتباينين، حصل الغرض، وإن طلبت الاختصار فخذ وفقها، واضرب سهم كل وارث في وفق التركة، فما بلغ، فأقسمه على وفق المسألة، فما خرج، فهو نصيبه من التركة، وإن شئت، فأقسم وفق

(١) سقط من: ب.

(٢) سقط من: د.

(٣) سقط من: ب.

التركة على وفق المسألة، فما خرَجَ فأضرَبُهُ في سَهْمِ كُلِّ وارث، فما بَلَغَ، فهو نصيبُهُ، وإذا فرَغَت من العَمَلِ، امتَحَنَت صَحَّتَهُ؛ بأن تجمع ما أصابَ كُلَّ واحد من الورثة وتنظر: هل المجموعُ مثلُ التركة أم لا؟

الأمثلة:

زوج، وأم، وأختانٍ لأبٍ، وأختانٍ<sup>(١)</sup> لأم، والتركة ستونَ ديناراً:

المسألة من ستّة، وتعودُ إلى عَشْرَةٍ، فإن شئت، ضَرَبْتَ سهامَ الزوج في الستين، تبلغ مائةً وثمانين، تقسّمه على المسألة، تخرج ثمانيةَ عَشَرَ، فهو نصيبُ الزوج، وتضربُ نصيبَ الأم في الستين، تكونُ ستين، تقسّمه على المسألة، تخرجُ ستّة، فهو نصيبُها، وتضربُ نصيبَ الأختينِ للأم في الستين، تكون مائةً وعشرينَ نُقسّمه على المسألة، تخرج اثني عَشَرَ، فهو نصيبُها، وتضربُ نصيبَ الأختينِ للأب في الستين، تكون مائتينِ وأربعين، نقسّمه على المسألة، تخرجُ أربعةً وعشرين، فهو نصيبها وإن شئت، قَسَمْتَ التركة على المسألة، تخرجُ ستّة، تضربها في سهامِ كُلِّ وارث، يخرج ما ذكرنا. زوجٌ وأمٌ وأختٌ لأبٍ، والتركة أربعةُ دراهمَ:

المسألة تُعَوَّلُ إلى ثمانية، تضربُ نصيبَ الزوج في التركة، يكون اثني عَشَرَ، تقسّمه على سهامِ المسألة، يخرج للواحدِ درهمٌ ونصف، وكذلك نصيبُ الأخت، وتضربُ نصيبَ الأم، وهو سهمانٍ من أربعة، تكون ثمانية، تقسّم على سهامِ المسألة، يخرج واحدٌ، فهو نصيبُها.

ثلاثُ زوجاتٍ، وأربعةُ إخوةٍ لأم، وخمسُ أخواتٍ لأبٍ، والتركة خمسةٌ وسبعونَ ديناراً:

المسألة تُعَوَّلُ إلى خمسةٍ [عَشَرَ وتوافق التركة بأجزاء خَمْسَةِ عَشَرَ، فترُدُّهما إلى جزءِ الوفق، فتعود التركة إلى خمسة]<sup>(٢)</sup>، والمسألة إلى واحدٍ، ثم إن شئت، ضَرَبْتَ سهامَ الزَّوْجَاتِ - وهي ثلاثةٌ - في وفقِ التركة - وهو خمسةٌ - تبلغُ خَمْسَةَ عَشَرَ، فهو للزَّوْجَاتِ، وضَرَبْتَ سهامَ الإخوةِ - وهي أربعةٌ - في الخمسة، تكونُ عِشْرِينَ، فهو نصيبهم، وسهامُ الأخواتِ - وهي ثمانيةٌ - في الخمسة، تكونُ أَرْبَعِينَ، [فهو نصيبهن] وإن شئت، قَسَمْتَ وفقِ التركة - وهو خمسةٌ - على وفقِ المسألة، وهو واحدٌ، يخرج خمسةً، [و] تضرب في سهامِ كُلِّ وارث، يكون ما ذكرنا.

(١) في الروضة ٧٣/٥ وأخوان لأم.

(٢) سقط من: ز.

## «فَرْعٌ»

وإن كانت التركة عدداً أو كسراً، نُظِرَ، إن كان الكسر واحداً، ضُربت مخرج ذلك الكسر في العدد الصحيح، فما حصل فَرُدُّ عليه الكسر، واقسم المجموع على الورثة، انقسم الصحاح. ثم اجعل مماً خرج من القسمة بعدد مخرج ذلك الكسر واحداً صحيحاً، وأضف إليه الباقي. المثال: زوج وأختان، والتركة عشرة دراهم ونصف:

تضرب مخرج النصف - وهو اثنان - في العشرة، تكون عشرين، وتزيد على النصف واحداً، فكان التركة أحد وعشرون من الصحاح، تعمل بها عمك بالصحاح، فيخرج للزوج تسعة من الأنصاف [وهي أربعة دراهم ونصف، ولكل أخت ستة من الأنصاف] وهي ثلاثة دراهم.

ولو كانت المسألة بحالها، والتركة ثمانية وثلاثة أرباع:

ضربت مخرج الربع - وهو أربعة - في الثمانية تبلغ اثنين وثلاثين، تزيد عليه الكسر وهو ثلاثة تكون خمسة [ثلاثين]<sup>(١)</sup>، تقسم كما يقسم الصحاح، يخرج للزوج خمسة عشر، وهي ثلاثة دراهم، وثلاثة أرباع درهم، ولكل أخت عشرة، وهي درهمان ونصف، وإن كان مع الصحاح كسران، كربع وسدس، أخذت مخرج مجموعهما، وهو اثنا عشر، وضربته في الصحاح، وتمت العمل، كما ذكرنا<sup>(٢)</sup>.

وأما الفروع المتشعبة، فإنها تتنوع أنواعاً كثيرة نورد منها مسائل:

مسألة: إذا أخذ بعض الورثة قدراً معلوماً من التركة، وأردت أن تعرف حملتها، ما قم سهام المسألة بعزولها، إن كانت عائلة، ثم إن شئت، ضربت المأخوذ في سهام المسألة، فما بلغ قسمته على سهام الأخذ، فما خرج من القسمة، فهو جملة التركة، وإن شئت، قسمت المأخوذ على سهام الأخذ، وضربت الخارج من القسمة في سهام المسألة، فما بلغ، فهو التركة.

(١) في ز: وثلاثة أرباع.

(٢) قال الشيخ البلقيني: لكن لم يبين المصنف - وتبعه في الروضة - ما يراد، وبسط ذلك، أنه إذا مات عن زوجة وأم وأختين وتركته خمسة دراهم وربع وسدس ثم فإنك إذا أخذت مخرج مجموعها وهو اثنا عشر وضربته في الصحاح بلغ ستين، وحيث قد تزيد على مجموع عدد الكسرين من مخرجها، وهو خمسة فتبلغ خمسة وستين، ثم اعمل الباقي بما قرره المصنف بيانه أنك إذا أردت أن تعرف نصيب الزوجة مثلاً فخذ سهامها وهي ثلاثة، واضربها في هذا المبلغ، وهو خمسة وستون يصير ذلك مائة وخمسة وتسعين يقسم على سهام المسألة، وهي ثلاثة عشر فما خص سهاماً، وهو خمسة عشر فهو نصيب الزوجة وتجمع باعتبار أحاد المخرج، وهو اثنا عشر.

مثالُهُ: زَوْجٌ، وَأُمٌّ، وَأَخْتَانِ لِأَبٍ، وَأَخَذَ الزَّوْجُ بِحَقِّهِ ثَلَاثِينَ دِينَارًا، إِنْ شِئْتَ، صَرَبْتَ الثَّلَاثِينَ فِي سَهَامِ الْمَسْأَلَةِ - وَهِيَ ثَمَانِيَةٌ - تَكُونُ مَائَتَيْنِ وَأَرْبَعِينَ، تَقْسَمُ عَلَى سَهَامِ الزَّوْجِ - وَهِيَ ثَلَاثَةٌ - يَخْرُجُ ثَمَانُونَ، فَهُوَ التَّرَكَةُ.

وَإِنْ شِئْتَ، قَسَمْتَ الثَّلَاثِينَ عَلَى سَهَامِهِ، يَخْرُجُ عَشْرَةٌ، وَتَضْرِبُ فِي سَهَامِ الْمَسْأَلَةِ تَبْلُغُ ثَمَانِينَ.

وَلِكِ أَنْ تَسْلُكَ طَرِيقَةً أُخْرَى، وَهِيَ أَنْ تَنْظُرَ فِيمَا بَيْنَ سَهَامِ الْآخِذِ وَسَهَامِ الْبَاقِيْنَ مِنَ الْوَرَثَةِ مِنَ النِّسْبَةِ وَتَرِيدَ عَلَى الْمَأْخُودِ بِمِثْلِ نِسْبَةِ سَهَامِهِمْ مِنْ سَهَامِهِ، فَهُوَ جَمَلَةُ التَّرَكَةِ، فِي الْمِثَالِ الْمَذْكُورِ سَهَامُ بَاقِيِ الْوَرَثَةِ مِثْلُ سَهَامِ الزَّوْجِ، وَمِثْلُ ثَلَاثِيهَا فَتَزِيدُ عَلَى الثَّلَاثِينَ مِثْلَهَا وَمِثْلُ ثَلَاثِيهَا، يَبْلُغُ ثَمَانِينَ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

مَسْأَلَةٌ: زَوْجَةٌ وَأُمٌّ وَثَلَاثُ أَخَوَاتٍ مَتَفَرِّقَاتٍ، وَالتَّرَكَةُ ثَلَاثُونَ دِينَارًا وَثَوْبٌ، أَخَذَتْ الزَّوْجَةُ بِنَصِيبِهَا الثَّوْبَ بِتَرَاضِيِ الْوَرَثَةِ، كَمْ قِيَمَةُ الثَّوْبِ وَجَمَلَةُ التَّرَكَةِ؟

الطَّرِيقُ فِيهَا، وَفِي أَخَوَاتِهَا: أَنْ تَقِيْمَ أَضْلَ الْمَسْأَلَةِ بِعَوْلِهَا، إِنْ كَانَتْ عَائِلَةً، وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ تَعُولُ إِلَى خَمْسَةِ عَشَرَ، ثُمَّ لِكَ طَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ تَضْرِبَ سَهَامَ الزَّوْجَةِ مِنَ الْمَسْأَلَةِ فِي عَدَدِ الدَّنَانِيرِ، فَتَبْلُغُ تِسْعِينَ، تُقْسَمُ التَّسْعِينَ عَلَى مَا بَقِيَ مِنْ سَهَامِ الْمَسْأَلَةِ، بَعْدَ سَهَامِ الزَّوْجَةِ، وَهُوَ اثْنَا عَشَرَ، يَخْرُجُ مِنَ الْقِسْمَةِ سَبْعَةٌ وَنِصْفٌ، فَهُوَ قِيَمَةُ الثَّوْبِ.

وَإِنْ شِئْتَ، قَسَمْتَ الدَّنَانِيرَ عَلَى بَاقِيِ سَهَامِ الْوَرَثَةِ، وَهُوَ اثْنَا عَشَرَ، يَخْرُجُ دِينَارَانِ وَنِصْفٌ، تَضْرِبُهُ فِي سَهَامِ الزَّوْجَةِ، تَبْلُغُ سَبْعَةً وَنِصْفٌ دِينَارًا.

وَإِنْ شِئْتَ، نَسَبْتَ سَهَامَهَا إِلَى سَهَامِ الْبَاقِيْنَ، فَإِذَا هِيَ رُبْعُ سَهَامِ الْبَاقِيْنَ، فَتَأْخُذُ رُبْعَ الثَّلَاثِينَ، وَهُوَ سَبْعَةٌ وَنِصْفٌ، فَهَذِهِ ثَلَاثَةُ أَوْجِهِ.

وَالطَّرِيقُ الثَّانِي: طَرِيقُ الْجَبْرِ، تَقُولُ: إِذَا أَخَذْتَ بِخُمْسِ التَّرَكَةِ ثَوْبًا، فَحَمَلَةُ التَّرَكَةِ خَمْسَةُ أَثْوَابٍ، وَهِيَ تَعْدِلُ ثَوْبًا وَثَلَاثِينَ دِينَارًا، فَتَسْقُطُ ثَوْبًا بِثَوْبٍ، فَتَبْقَى أَرْبَعَةُ أَثْوَابٍ فِي مَقَابَلَةِ ثَلَاثِينَ دِينَارًا، عَلِمْنَا أَنَّ الثَّوْبَ الْوَاحِدَ سَبْعَةٌ وَنِصْفٌ.

أَوْ تَقُولُ: خُمْسُ التَّرَكَةِ خُمْسُ ثَوْبٍ، وَسِتَّةُ دَنَانِيرٍ، وَقَدْ أَخَذْتَ بِالْخُمْسِ ثَوْبًا، فَهُوَ يَعْدِلُ خُمْسَ ثَوْبٍ، وَسِتَّةُ دَنَانِيرٍ، وَتَقْسُطُ الْخُمْسَ بِالْخُمْسِ، يَبْقَى أَرْبَعَةُ أَخْمَاسِ ثَوْبٍ فِي مَقَابَلَةِ سِتَّةِ دَنَانِيرٍ، فَتَكْمَلُ الثَّوْبَ؛ بِأَنْ تَزِيدَ عَلَى الْأَخْمَاسِ الْأَرْبَعَةِ رُبْعَهَا، وَتَزِيدَ عَلَى الْعَدِيلِ رُبْعَهُ، وَذَلِكَ سَبْعَةٌ وَنِصْفٌ.

وَلَوْ كَانَتْ الْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا، وَأَخَذْتَ مَعَ الثَّوْبِ خَمْسَةَ دَنَانِيرٍ:

فَعَلَى الطَّرِيقِ الْأَوَّلِ: تَنْقُصُ الْخَمْسَةَ مِنَ الثَّلَاثِينَ، تَبْقَى خَمْسَةٌ وَعِشْرُونَ، ثُمَّ



تضرب نصيبهما من المسألة في الخمسة والعشرين، تكون خمسة وسبعين، تقسم على سهام الباقين، وهي اثنا عشر يخرج ستة دنانير وربع، وهو نصيبها من التركة، فإذا نقصت منها الخمسة، يبقى دينار وربع، وهو قيمة الثوب.

وبالجبر نقول: أخذت بخمس التركة ثوباً، وخمسة دنانير، فجميع التركة خمسة أثواب، وخمسة وعشرون ديناراً، تعدل ثوباً وثلاثين ديناراً، فنسقط ثوباً بثوب، وخمسة وعشرين بخمسة وعشرين ديناراً، تبقى أربعة أثواب في مقابلة خمسة دنانير، فالثوب الواحد دينار وربع.

ولو كانت بحالها، وأخذت الزوجة الثوب، وردت ستة دنانير: فعلى الطريق الأول: تزد الستة المردودة على الثلاثين، وتضرب سهام الزوجة في الستة والثلاثين، تبلغ مائة وثمانية، تقسم على اثني عشر، فيخرج من القسمة تسعة، فهو نصيبها من التركة، فإذا زدت على التسعة ستة دنانير، فهي قيمة الثوب.

وعلى طريق الجبر يقال: أخذت بخمس التركة ثوباً، إلا ستة دنانير، فجميع التركة خمسة أثواب، إلا ثلاثين ديناراً، تعدل ثوباً، وثلاثين ديناراً، فتكمل الثياب بثلاثين ديناراً، ويزاد مثل ذلك على العديل، فتصير خمسة أثواب معادلة لستين ديناراً، وثوب يسقط ثوباً بثوب، تبقى أربعة أثواب في مقابلة ستين ديناراً، فالثوب الواحد خمسة عشر. ولو كانت بحالها، والتركة ثلاثون وثلثون وربع وخاتم، أخذت الزوجة بنصيبها الثوب، والأم العبد والأخت للأم الخاتم:

فعلى الطريق الأول: تضرب سهام الزوجة، وهي ثلاثة، في الثلاثين، تبلغ تسعين، تقسمها على ثمانية، يخرج من القسمة أحد عشر وربع، أو تقسم الثلاثين على الباقي من المسألة بعد سهام الزوجة والأم والأخت للأم، وهو ثمانية، يخرج من القسمة ثلاثة وثلاثة أرباع، تضرب في سهام الزوجة، تبلغ أحد عشر وربعاً، فهو قيمة الثوب، وفي سهمي الأم تبلغ سبعة ونصفاً، فهو قيمة العبد، وكذلك قيمة الخاتم.

وبالجبر يقال: أخذت الزوجة بالخمس ثوباً، والأم بثلثي الخمس عبداً، والأخت بمثله خاتماً، بقي من السهام ثمانية، وهي خمساً وثلثاً خمس؛ يكون ثوبين وثلثي ثوب، فالجملة ثلاثة أثواب، وثلثاً ثوب وربع وخاتم، وهي تعدل ثوباً وعبداً وخاتماً، وثلاثين ديناراً، تسقط ثوباً بثوب، والعبد بالعبد والخاتم بالخاتم، بقي ثوبان وثلثاً ثوب من مقابلة ثلاثين ديناراً، فالواحد يعدل أحد عشر وربعاً.

ولو كانت بحالها، والتركة ثلاثون، وثوبان يتفاوتان في القيمة بدنانيرين، أخذت الزوجة بنصيبها الثوب الأذني:

على الطريق الأول: يزيد التفاوت بينهما على الدينارين، فتصيرُ اثنتين وثلاثين، تضرب سهام الزوجة في اثنتين وثلاثين، فتكون وتسعين<sup>(١)</sup>، تقسم على الباقي من سهام المسألة بعد إسقاط نصيب الزوجة، وهو ثلاثة، وبعد إسقاط مثله للثوب الآخر، والباقي تسعة، يخرج من القسمة عشرةً ديناراً وثلاثاً ديناراً، فهو قيمة ما أخذته.

وبالجبر نقول: أخذت بالخمسة ثوباً، فالجميع خمسة أثواب، تعدل التركة، وهي ثوبانِ واثنانِ وثلاثون ديناراً يسقط ثوبين بثوبين، تبقى ثلاثة أثواب، تعدلُ اثنتين وثلاثين ديناراً، فالواحد بعدلُ عشرةً وثلاثين، ولو أخذت الزوجة بنصيبها الثوب الأعلى فتزيد الدينارين على الثلاثين، تصير التركة اثنتين وثلاثين ديناراً، وثوبين متساويين، وقد أخذت الزوجة بثلاثة أسهم ثوباً ودينارين، فيخص ثلاثة أسهم أخرى مثل ذلك، فإذا أسقطناها هي من سهام المسألة تسعة، ومن التركة ثمانية وعشرون ديناراً، تضرب سهام الزوجة في ثمانية وعشرين، تبلغ أربعة وثمانين، تقسمها على التسعة الباقية من السهام، يخرج تسعة وثلاث، فهو قيمة الثوب الأعلى، وقيمة الأذنئ سبعة وثلاث، وجميع التركة ستة وأربعون ديناراً وثلاثان.

## مسألة:

ابنان، والتركة ثوبان بينهما ديناران أخذ أحدهما ثلاثة أرباع الأعلى، كم قيمة كل واحدٍ منهما؟

طريقه: أن تزيد التفاوت عليهما، فتجعل التركة ثوبين ودينارين، وحينئذ، فلكل واحدٍ منهما ثوبٌ ودينارٌ، وقد أخذ أحدهما ثلاثة أرباع ثوبٍ وديناراً ونصفاً، فتقابل به حقه، وهو ثوبٌ ودينارٌ، [وتسقط ثلاثة أرباع ثوبٍ لمثلها، وديناراً بدينارٍ، يبقى ربعُ ثوبٍ]<sup>(٢)</sup> في مقابلة نصفِ دينارٍ، فالثوب الكامل يعدلُ دينارين، فهما قيمة الأذنئ، وقيمة الأعلى أربعة، وجملة التركة ستة.

ثلاثة بينين، والتركة ثلاثة أثوابٍ متفاوتة بدينارين، أخذ أحدهم ربعَ الأعلى، وثلاثُ الأوسطِ ونصفِ الأذنئ، قيمتها؟ تزيدُ التفاوتُ عليهما، لتساوي قيمِ الأثوابِ، وتجعل التركة ثلاثة أثوابٍ، وستةً دينارين؛ اثنان منها لما بين الأوسطِ، والأذنئ من التفاوتِ، وأربعة لما بين الأعلى والأذنئ، فيكون لكل واحدٍ منهم ثوبٌ وديناران، [وقد أخذ أحدهم بربعِ الأعلى وربعِ ثوبٍ وديناراً] وثلاثُ الأوسطِ ثلثُ ثوبٍ، وثلثي دينار، وبنصفِ الأذنئ نصفَ ثوبٍ لا غير، فالجملة ثوبٍ ونصفِ سدسِ ثوبٍ ودينارٌ وثلاثا ديناراً، وهي تعدلُ ثوباً ودينارين، يسقط المشترك، ويبقى نصفُ سدسِ ثوبٍ في مقابلة

(٢) سقط من: د.

(١) في د: وستين.

ثلث<sup>(١)</sup> دينار، فالثوب الكامل يعدل أربعة، فهي قيمة الأذنَى، وقيمة الأوسط ستة، وقيمة الأعلى ثمانية، وجملة التركة ثمانية عشر.

مسألة: زوج وابن، أخذ الزوج بميراثه ويدين له على الميتة ثلث المال:

المسألة من أربعة، تسقط منها سهم الزوج، يبقى ثلاثة، تضربها من مخرج الكسر، المذكور في السؤال، تبلغ تسعة، منها تخرج المسألة، للزوج ثلاثة، وللابن ستة، وإذا كان للابن بثلاثة أسهم ستة فللزوج بسهم اثنان فائنان إرث وواحد دين.

وتقول بطريق آخر: المسألة من أربعة، والدين شيء؛ فجملة التركة أربعة أسهم، وشيء منها سهم وشيء ثلث المال، وثلاثة أسهم ثلثه، والثلث يعدل نصف الثلثين، فإذا سهم وشيء، يعدل سهماً ونصف سهم، يسقط السهم بالسهم، يبقى شيء في مقابلة نصف سهم، فعرفنا أن الشيء المضموم إلى السهام الأربعة نصف سهم، فإذا بسطناها أنصافاً، كانت تسعة.

مسألة:

ابن وبنت انتها التركة، ثم رد كل واحد منهما على صاحبه رُبع ما انتهب، فوصل كل واحد منهما إلى حقه من الميراث:

يجعل ما انتهبه الابن أربعة أشياء، وما انتهبته البنت أربعة دنانير، فإذا رد الابن رُبع ما انتهبه، وأخذ منها رُبع ما انتهبته، حصل في يده ثلاثة أشياء، ودينار، وفي يدها ثلاثة دنانير وشيء، ومعلوم أن حقه ضعف حَقها، فضعف ما معها مثل ما معه، وضعف ما معها ستة دنانير وشيئان، تعدل ثلاثة أشياء وديناراً، فتسقط ديناراً بدينار، وشيئين بشيئين تبقى خمسة دنانير، تعدل شيئاً، فعرفنا أن قيمة الشيء خمسة، وقيمة الدينار واحد وجملة التركة أربعة أشياء، وأربعة دنانير، فيكون أربعة وعشرين، ما انتهبه الابن عشرون، وما انتهبته البنت أربعة، فإذا دفع إليها خمسة، وأخذ منها واحداً، كان معه ستة عشر ومعها ثمانية.

وتعرف هذه المسألة ونظائرها «بمسائل النهي» ولتقتصر من قسمة التركات على ما أوردناه ونختم الكلام في الحساب بجملة تختص بأبواب قدمنا فتاويها:

منها: قد مر أن المفقود، إذا مات له قريب، وخلف ورثة حاضرين، يؤخذ في حق كل واحد منهم بالاستواء من حياة المفقود وموته في إسقاطه، وفي دفع الأقل إليه، وطريق معرفة الأقل أن تصحح المسألة على تقدير حياته، وتصحح على تقدير موته،

(١) في ز: نصف.

وتضرب إحداهما في الأخرى، إن لم تتوافقا، وإن توافقتا، ضُربَ وَفُقَ أحدهما في جميع الآخر، ثم كلٌّ من يرث على التقديرين يُضْرَبُ ما يَرِثُهُ مِنْ كُلِّ مَسْأَلَةٍ فِي الأُخْرَى أو فِي وَفْقِهَا، إن توافقتا، وتصرف إليه الأقل مما حَصَلَ مِنَ الضَّرْبَيْنِ.

مثاله: أختانِ لأبٍ، وعمٌّ، وزَوْجٌ مفقودٌ:

إن كان حَيًّا فِهي من سَبْعَةٍ، وإلَّا، فمِنْ ثَلَاثَةٍ، ولا موافقة بينهما، فَتُضْرَبُ إحداهما فِي الآخرِ بِبَلِغِ أَحَدًا وَعَشْرِينَ، لِلأُخْتَيْنِ مِنْ مَسْأَلَةِ الحَيَاةِ أَرْبَعَةٌ مَضْرُوبَةٌ فِي ثَلَاثَةٍ، تَكُونُ اثْنَيْ عَشَرَ، [ومن مَسْأَلَةِ المَوْتِ سَهْمَانِ مَضْرُوبَانِ فِي سَبْعَةٍ، تَكُونُ أَرْبَعَةَ عَشَرَ، فيصرف إليهما الأقل، وهو اثنا عَشَرَ، وَيُوقَفُ البَاقِي] <sup>(١)</sup>، فإن عرف حياة الزَّوْجِ، دُفِعَ إِلَيْهِ، وإن عرف موته، فَسَهْمَانِ لِلأُخْتَيْنِ، والباقِي للعمِّ:

أم زَوْجٌ وَأُخْتَانِ مِنَ الأبوينِ وَابْنٌ مفقودٌ:

إن كَانَ حَيًّا، فالمسألة من اثني عَشَرَ، وإن كَانَ مَيِّتًا، فمِنْ سِتَّةٍ، وَتَعُولُ إِلَى ثمانية، وهما متوافقان بالرُّبُعِ، فَتُضْرَبُ رِيعَ أَحَدِهِمَا فِي الآخرِ، تَبْلُغُ أَرْبَعَةَ وَعَشْرِينَ، لِلأمِّ مِنْ مَسْأَلَةِ الحَيَاةِ سَهْمَانِ مَضْرُوبَانِ فِي وَفْقِ مَسْأَلَةِ المَوْتِ، تَكُونُ أَرْبَعَةَ، وَمِنْ مَسْأَلَةِ المَوْتِ سَهْمٌ مَضْرُوبٌ مِنْ وَفْقِ مَسْأَلَةِ الحَيَاةِ، تَكُونُ ثَلَاثَةً، فَتُضْرَبُ إِلَيْهَا الأَقْلُ، وَهُوَ ثَلَاثَةٌ، وَلِلزَّوْجِ مِنْ مَسْأَلَةِ الحَيَاةِ ثَلَاثَةٌ مَضْرُوبَةٌ مِنْ وَفْقِ مَسْأَلَةِ المَوْتِ، تَكُونُ سِتَّةً، وَمِنْ مَسْأَلَةِ المَوْتِ ثَلَاثَةٌ مَضْرُوبَةٌ فِي وَفْقِ مَسْأَلَةِ الحَيَاةِ، تَكُونُ تِسْعَةً، فَتُضْرَبُ إِلَيْهِ سِتَّةً، وَيُوقَفُ البَاقِي.

ومنها: الطريقُ فِي تَضْهِيحِ مَسَائِلِ الخُنْثَى عَلَى جَمِيعِ الحَالَاتِ، مَطْلَبُ الأَقْلِ المَسْتَيَقِّنِ أن تَقِيمَ المَسْأَلَةَ عَلَى جَمِيعِ الحَالَاتِ، فَإِن كَانَ الخُنْثَى وَاحِدًا، فَله حَالَتَانِ، وَإِن كَانَ هُنَاكَ خُنْثَيَانِ، فَلَهُمَا ثَلَاثُ حَالَاتٍ؛ لِأَنَّهُمَا إِما ذَكَرَانِ، أو أُثْنَيَانِ أو أَحَدُهُمَا ذَكَرٌ وَالآخرُ أُثْنَى، وَلثَلَاثُ خُنْثَى أَرْبَعُ حَالَاتٍ، لِأَنَّهُمْ؛ إِما ذَكَورٌ أو إِنَاثٌ، أو أَحَدُهُمْ ذَكَرٌ، وَالآخرانِ أُثْنَيَانِ، أو بِالعَكْسِ، وَعَلَى هَذَا القِياسِ، فَإِذَا ضَبَطْتَ أَصْلَ كُلِّ حَالَةٍ، فَخُذْ أُثْنَيْنِ مِنْهَا، وَانظُرْ، أَهْمًا مَتَمَاتِلَانِ أم مَتَدَاخِلَانِ أم مُتَوَافِقَانِ أم مُتَبَايِنَانِ؟ وَاعْمَلْ مِنْهُمَا عَمَلَكَ عِنْدَ الانكِسارِ عَلَى فَرِيقَيْنِ، ثُمَّ قَابِلِ الحَاصِلَ مَعَكَ بِأَصْلِ ثَالِثٍ، وَهَكَذَا فَافْعَلْ إِلَى أن تَأْتِيَ عَلَى آخِرِهَا، ثُمَّ إِن لَمْ يَكُنْ فِي المَسْأَلَةِ صَاحِبُ فَرَضٍ، صَحَّتِ القِسْمَةُ مِمَّا عِنْدَكَ، وَإِن كَانَ ضَرِبَتُهُ فِي مَخْرَجِ الفَرَضِ، ثُمَّ قَسَمْتَ.

المثال: وَلَدَانِ خُنْثَيَانِ، إِن كَانَا ذَكَرَيْنِ، فالمسألة من اثنتين، وَإِن كَانَا أُثْنَيْنِ، أو

أحدهما ذكراً، والآخر أنثى، فمن ثلاثة، فتسقط أحد الثلاثين؛ للتماثل، وتضرب الأخرى في اثنتين، تبلغ ستة، تصرف إلى كل واحد منهما سهمين؛ أخذاً بالأضرب، وتقف سهمين، فإن كانا ذكراً، فلكل واحد منهما واحد، وإن كانا أنثيين، فهما لبيت المال، وإن كان أحدهما ذكراً، فهما له.

زوج وولدان خنثيان:

تضرب الستة التي صحت منها مسألتها على الأحوال عند تجزئتهما في مخرج الربع، تبلغ أربعة وعشرين، للزوج منها ستة، ولكل واحد منهما ستة، لأحتمال أنوثته وذكورة الآخر.

ابن وولدان خنثيان:

إن كانا ذكراً، فهي من ثلاثة، وإن كان أحدهما ذكراً، والآخر أنثى، فمن خمسة، وإن كانا أنثيين، فمن أربعة، والأعداد متباينة، فتضرب ثلاثة في أربعة، تبلغ اثني عشر، تضرب في خمسة، تبلغ ستين، منها للواضح عشرون سهماً؛ أخذاً بالأضرب عليه، وهو ذكورتها، ولكل واحد منهما اثنا عشر، أخذاً بالأضرب عليه، وهو أنوثته، وذكورة صاحبه<sup>(١)</sup>، وتوقف ستة عشر إلى أن يتبين الحال، ويرد بالاختصار إلى خمسة عشر؛ لتوافقهما بالربع. ويقرب من ذلك تصحيح مسائل الحمل؛ تفرعاً على أن أكثر

(١) قال النووي: ثلاثة أولاد خنثائي، إن كانوا ذكوراً، فمن ثلاثة، أو إنثاء، تصح من تسعة، أو ذكراً وأنثيين، فمن أربعة، أو عكسه، فمن خمسة، والثلاثة داخله في التسعة، فتضرب الأعداد الثلاثة بعضها في بعض، تبلغ مائة وثمانين، منها تنقسم، تعطي كل واحد سهماً من خمسة في أربعة، ثم في تسعة وستة وثلاثين. فإن بان واحد أنثى، لم ترده، لبقاء الاحتمال، وتزيد صاحبيه كل واحد تمام أربعين إذ أسوأ أحوالهما أن يكونا أنثيين. فإن بان أحد الآخرين أنثى، لم تزدهما، وتزيد الأول تمام الأربعين. فإن بان الثالث أنثى، فلا زيادة لهن. وإن بان ذكراً، تم له تسعون، ولكل واحد منهما خمسة وأربعون والله أعلم.

هذا، وما ذكر أنها تصح من مائة وثمانين خالفه فيه القاضي البارزي في توضيح الحاوي فقال: إنها تصح من ستين، والذي في الروضة هو الصواب وما قاله البارزي سهو فإنه قال: إن كان ذكراً وإنثاءً فمن ثلاثة وهو صحيح في الذكور فقط وفي الإناث يصح من تسعة وبتقدير ذكورة الاثنين من خمسة وبتقدير أبويه اثنين من أربعة فحصل معنا ثلاثة وتسعة وخمسة وأربعة والثلاثة داخله في التسعة فكيفني بها وتضرب خمسة في أربعة بعشرين ثم في تسعة تبلغ مائة وثمانين ومنها يصح وطريق الصرف إليهم أن أصل الأحوال في حق كل واحد أبويته مع ذكورة الآخرين فيصرف إلى كل واحد من الخمس وهو ستة وثلاثون وتوقف هو اثنان وسبعون فإن ظهرت ذكورتهم فهو لهم بالسوية فيكمل لهم مائة وعشرين تكملة الثلثين والباقي للعصبة وإن بان ذكورة واحد وأنوثة اثنين كمل للذكر تمام تسعين ولها كذلك وإن بان ذكورة اثنين وأنوثة واحد دفع الباقي إلى الذكرين وهو تكملة مائة وأربعين.

الحمل أربعة، ومَنْ ليس له نصيبٌ مقدَّرٌ؛ كالأولاد يأخذون مع الحمل شيئاً، فتقام المسألة على تقدير ولدٍ واحدٍ، وله حالتان، وعلى تقدير ولدَيْنِ، فلهما ثلاث حالات؛ لأنهما إما ذَكَرَانِ أو أُنثَيَانِ، أو أحدهما ذَكَرٌ، والآخرُ أنثى، وعلى تقدير ثلاثة أولادٍ، فلهم أربع حالاتٍ، لأنَّهُم: إما ذكورٌ أو إناثٌ أو ذكرٌ وأنثيانِ [أو أنثى وذَكَرَانِ، وعلى تقدير أربعة أولادٍ، لهم خمس حالات؛ لأنَّهُم: إما ذكورٌ أو إناثٌ أو ذَكَرَانِ وَأُنثَيَانِ، أو<sup>(١)</sup> ذكرٌ وثلاثُ إناثٍ، أو أنثى وثلاثُ ذكورٍ، ثم ينظرُ في الأعداد، فيكتفي مما تماثل بواحد ومما تداخلُ بالأكثر، ومما توافق بجزء الوفق، وتترك الأعدادَ والمتباينة بحالها، وتضرب ما حصل في الأعداد بعضها في بعضٍ، فما بلغ، تصح منه القسمة.

المثال: ابنٌ وأمه حاملٌ: إن كانت حاملاً بوليدٍ، فالمسألة في إحدى الحالتين من اثنين، وفي الثانية من ثلاثة، وإن كانت حاملاً بولدين، فهي في حالٍ من ثلاثة، وفي حالٍ من أربعة، وفي حالٍ من خمسة.

فإن كانت حاملاً بثلاثة، فهي من أربعة أو خمسة أو ستة أو سبعة، وإن كانت حاملاً بأربعة، فهي من خمسة أو ستة أو سبعة أو ثمانية أو تسعة، فيكتفي من الأعداد المتماثلة بواحدٍ، يحصل معه اثنان وثلاثة وأربعة وخمسة وستة وسبعة وثمانية وتسعة، فيعد الرُّدَّ إلى الوفق والاكتفاء بالأكثر من المتداخلين تبقى خمسة وسبعة وثمانية وتسعة، تضرب بعضها في بعضٍ، تبلغ ألفين وخمسمائة وعشرين، للابن منها الخمس، وهو خمسمائة وأربعة، لأنَّ أضرَّ الأحوال أن تلد أربعة بنين، ويوقف الباقي. ويقرَّب منه تصحيح مسائل الاستهلال.

فإذا مات عن ابنٍ وزوجةٍ حاملٍ، فولدت، ابناً وبناتاً، واستهلَّ أحدهم، ثم وجدَا ميّتين، ولم يدر من المستهل، فقد سبق أنه يُدفعُ إلى كلِّ وارثٍ أقل ما يستحقه، وطريق معرفة الأقل أن يقال:

المسألة الأولى: تصح من ستة عشر، إن كان الابن هو المستهل، للزوجة سهمان، ولكل واحد من الابنين سبعة ومسألة الابن المستهل من ثلاثة، والسبعة لا تنقسم على الثلاثة، ولا موافقة بينهما، فتضرب ثلاثة في ستة عشر، تبلغ ثمانية وأربعين، للزوجة منها الثمن ستة، ولكل واحدٍ منهما أحد وعشرون، منها للأُم سبعة، والباقي للأخ، فتجتمع للأُم ثلاثة عشر، وللأخ خمسة وثلاثون، وإن كانت البنت هي المستهلة، فالمسألة الأولى تصح من أربعة وعشرين، للبنت منها سبعة، ومسألتهما من ثلاثة، ولا تصح سبعة على ثلاثة، ولا موافقة، فتضرب ثلاثة، في أربعة وعشرين، تبلغ

(١) سقط من: ب.

اثنين وسبعين، للمرأة الثُّمْنُ تِسْعَةً، وللابنِ اثنان وأربعون، وللبنْتِ أَحَدٌ وَعِشْرُونَ، لِلأُمِّ منها سبعة، وللأخِ أربعةَ عَشَرَ، فتجتمع لِلأُمِّ سِتَّةَ عَشَرَ، وللأخِ سِتَّةَ، وَخَمْسُونَ، وهما متوافقانِ بِالثُّمْنِ، فترد ما صحَّ منه .

مسألة البنْتِ، وهو اثنان وسبعون إلى ثُمْنِهَا، وهو تسعة، لِلأُمِّ سَهْمَانِ، وللابنِ سبعة، فانتَهَى الأَمْرُ إِلَى أَنَّ المسألة على تقديرِ اسْتِهْلَالِ الابنِ، صحَّت من ثمانية وأربعين، ومسألة البنْتِ من تسعة، وهما متوافقانِ بِالثُلُثِ، فتضرب ثلث أحدهما في جميع الآخر، تبلغ مائة وأربعة [وأربعين]، منها تصحُّ في الحاليتين، لِلأُمِّ بتقديرِ اسْتِهْلَالِ الابنِ تسعةً وثلاثون، وبتقديرِ اسْتِهْلَالِ البنْتِ اثنان وثلاثون، فتعطى الأقل، وللابنِ بتقديرِ اسْتِهْلَالِ الابنِ مائة [وخمسة وبتقديرِ اسْتِهْلَالِ البنْتِ مائة] واثنى عشر فتعطى الأقل، وتوقف سبعة أسهم بينهما .

ولو خلفَ أماً وأخاً لأبٍ وأُمٌّ ولِدَ حَامِلاً مِنْهُ، فولدتَ ذكراً أو أنثى، واستهلَّ أحدهما، إن كان الابنُ هو المستهلُّ، فالمسألة من ستة، منها خمسةً للابنِ، ومسألته من ثلاثة، لأمه الثلث، والباقي للعم، فتضرب ثلثه في ستة، تبلغ ثمانيةَ عَشَرَ، لِلأُمِّ ثلاثة، ولأُمِّ الولدِ خمسة، وللعلمِ عشرة .

وإن كانتِ البنْتُ المستهله؛ فالمسألة الأولى من ستة أيضاً، نصيبُ البنْتِ منها ثلاثة، ومسالتها من ثلاثة، فمعنا ستةً وثمانيةَ عَشَرَ، وهما متداخِلانِ، فتكتفي بالأكثر وتصحَّح منها المسألة في الحاليتين؛ لِلأُمِّ ثلاثة على التقديرين، وللعلمِ عشرة على تقديرِ اسْتِهْلَالِ الابنِ، ولأُمِّ الولدِ خمسة . وعلى تقديرِ اسْتِهْلَالِ البنْتِ: للعلمِ اثنا عشر، ولأُمِّ الولدِ ثلاثة، فيعطى كل واحد منهما الأقل، ويوقف بينهما اثنان .

### فَرْعُ لَابْنِ الْحَدَّادِ

ماتَ عن زوجةٍ حَامِلٍ وَأَخَوَيْنِ، فولدتِ ابناً، ثم صودف ميتاً، فقالتِ الزوجةُ: إنه انفصلَ حيّاً، ثم مات، نُظِرَ: إن صدَّقاها، فهذا رجل مات وخلفَ زوجةً وابناً، ثم مات الابنُ، وخلفَ أماً وعمين، فنصحان أربعة وعشرين، وإن كذباها، فالقول قولهما مع يمينهما، وتصحَّح المسألة من ثمانية .

وإن صدَّقها أحدهما، وكذَّبها الآخرُ، فيحلفُ المكذَّبُ، ويأخذ تمام حقه لو كذَّبها، وهو ثلاثة من ثمانية، والباقي، وهو خمسة، يقسم بين المصدق والزوجة على النسبة الواقعة بين نصيبها، [و] لو صدَّقاها، وذلك لاتفاقهما على أن المكذَّبَ ظالمٌ، يأخذ الزيادة، فكأنها تلت من التركة أو غضبت .

ونصيبُ الزوجةِ، لو صدَّقها عشرةً من أربعة وعشرين، ثلاثة من الزوج، وسبعة

من الابن، ونصيب العم سبعة، فالخمسَةُ بينهما على سبعة عشر، والخمسة لا تنقسم على سبعة عشر، فتضرب سبعة عشر في أصل المسألة، وهو ثمانية، تبلغ مائة وستة وثلاثين، للمكذب ثلاثة مضروبة فيما ضربناه في المسألة، وهو سبعة عشر، يكون أحداً وخمسين، والباقي، وهو خمسة وثمانون، تقسم على سبعة عشر، يكون لكل سهم خمسة، فلها بعشرة خمسون، وله بسبعة خمسة وثلاثون، وقد زاد نصيب المكذب على نصيب المصدق بسبعة عشر سهماً: ولو كانت المسألة بحالها، ولكن ولدت بنتاً:

قال الشيخ أبو علي تخریباً على هذه القاعدة: إن صدقها، صححت الفريضة من ثمانية وأربعين، وإن كذباها، فمن ثمانية، وإن صدقها أحدهما، وكذباها الآخر، فمن مائتين وثمانية وأربعين. ومنها: حساب مسائل الرد:

قال الأئمة - رضي الله عنهم -: الرد نقيض العول؛ لأن الرد ينقص السهام عن سهام المسألة، والعول يزيداها، ولا يخلو الحال في صور الرد: إما أن لا يكون في الورثة من لا يرث عليه أو يكون:

القسم الأول: إذا لم يكن في الورثة من لا يرث عليه، نُظِر: إن كان شخصاً واحداً، فجميع المال له قرصاً ورتداً، وإن كانوا جماعة من صنف واحد، فالمال بينهم بالسوية، ذكوراً كانوا أو إناثاً، وإن كانوا صنفين أو ثلاثة أصناف؛ جعل عدد سهامهم من المسألة، كأنه أصل المسألة، ثم ينظر في عدد سهام كل صنف، وعدد رؤوسهم؛ إن أنقسم عليهم، فذاك، وإلا، صحح بطريقة. المثال: أم وبنت.

أصل المسألة من ستة وسهامها أربعة، ونجعل المسألة، منها أم وبنت وبنت ابن مجموع سهامهن خمسة، فتجعلها أصل المسألة، فإن كان مع الأم والبنت ثلاث بنات ابن، ضربنا عددهن في خمسة، تبلغ خمسة عشر، للأم ثلاثة، للبنت تسعة، ولبنات الابن ثلاثة.

القسم الثاني: إذا كان فيهم من لا يرث عليه، فيدفع إليه فرضه من مخرجه، ويجعل الباقي لمن يرث عليه، إن كان شخصاً واحداً، وإن كانوا جماعة من صنف واحد، وإن كانوا صنفين أو أصنافاً، أخذنا مخرج فروضهم وسهامهم منه، ونظرنا في الباقي من مخرج فرض من لا يرث عليه، فإن أنقسم على سهامهم، فذاك، وإلا، ضربنا سهامهم في مخرج فرض من لا يرث عليه، فما بلغ، يجعل أصل المسألة، فإن وقع فيه كسر أو أكثر صححنا المسألة بطريقة.

### الأمثلة:

زوجة وأم، لها الربع، والباقي للأم.



زوجٍ وستُ بناتٍ، له الرُّبُعُ، والباقي لا يصحُّ عليهن [و] لكن يتوافقان بالثلث، فتضرب وَفَقَّ عددِهِنَّ في أربعة، تبلغ ثمانية منها تصحُّ.

زوجةٌ وأمٌّ وثلاث بناتٍ: مَخْرَجُ فَرَضِ الزَّوْجَةِ ثمانية، ومسألة الأمِّ والبناتِ من ستَّةٍ، وسهامُهُنَّ خمسة، والسبعةُ الباقيةُ لا تصحُّ على خمسة، ولا يتوافقان، فتضرب خمسة في ثمانية تبلغ أربعين، للزوجة خمسة، والباقي بينهُنَّ أخماساً، للأمِّ سبعة، تبقى ثمانية وعشرون، لا تصحُّ على ثلاثة، فتضرب الثلاثة في الأربعين، تبلغ مائة وعشرين، منها تصحُّ. زوجٌ وبنْتُ وبنْتُ ابنٍ: للزوج الرُّبُعُ والباقي ثلاثة، ومسألتُهُما من ستَّةٍ، نصيبها منه أربعة، ولا تصحُّ ثلاثة على أربعة، ولا موافقة، فتضرب أربعة في أربعة، تبلغ ستة عَشَرَ، منها أربعة للزوج، والباقي بينهما أربعاً تسعة للبت، وثلاثة للبتِ الابنِ زوجتانِ وثلاث جَدَّاتٍ وسبعة إخوةٍ لأمِّ:

للزوجتين الرُّبُعُ وما بقي للجدَّاتِ والإخوةِ أثلاثاً، للجدَّاتِ سهمٌ، وللأخوةِ سهمان، فتضربُ اثنتين في ثلاثة، تكون ستَّة، تضربُها في سبعة، تبلغ اثنتين وأربعين، تضربُها في مسألة الزوجين، وهي أربعة، تبلغ مائة وثمانية وستين، للزوجين منها اثنانِ وأربعون، وللجداتِ كذلك؛ لكلِّ واحدةٍ أربعة عَشَرَ، وللإخوةِ أربعة وثمانون، لكلِّ واحدٍ اثنا عَشَرَ.

فروع: إذا باعَ بعضُ الورثة جميعَ نصيبه من الباقيين على قدرِ أنصبيَّتهم، قدر، كأنه لم يكن، وقسم المالَ على الباقيين.

مثالُه: زوجٌ وابنٌ وبنْتُ، باع الزوجُ نصيبه لهما<sup>(١)</sup> على قدرِ حقِّهما، فكأنه لا زوج، وتقسمُ التركةُ بينهما أثلاثاً، ولو باع بعضُ نصيبه، جعلت المسألة من عددٍ، يؤخذُ لنصيبِ البائع منه الجزء المبيع، ويُقسَّمُ ذلك على الباقيين.

مثالُه: لو باعَ الزوجُ في الصورة المذكورة نصفَ نصيبه، تجعل المسألة من ثمانية، ليكون لنصيبه منها، وهو الرُّبُعُ، نصف، لكن نصفُ رُبُعِ الثمانية لا يُقسَّمُ على البنتِ والابنِ أثلاثاً، فتضربُ الثمانية في مَخْرَجِ الثلث، تبلغ أربعة وعشرين، للزوج ثلاثة، وللبنِ أربعة عَشَرَ، وللبنِّ سبعة، وعلى هذا القياس، والله أعلم.

### «الكلامُ في المسائلِ الملقباتِ»

منها: «المشركة» و«الخزفاء» و«الأكدرية» و«أمُّ الفروخ»، ومسألة «الأرامل» و«المنبرية» و«الصَّمَاء»، وقد بيَّناها، وقد تُسمَّى الخزفاءُ مسألة عثمان - رضي الله عنه -

(١) في ز: منهما.

لما سبق من مذهبه، و«مسدسة»؛ لأن فيها ستة مذاهب عن الصحابة - رضي الله عنهم - على ما مر تفصيلهما، و«مُسَبَّعة»؛ لأن عمر - رضي الله عنه - فيها روايتين مختلفتي العبارة:

إحدهما: التي تقدّمت.

والأخرى: أنه يُفرضُ للأم السُدُس، والمَعَتَى واحد، وربّما سميت «مخمسة»؛ لأن منهم من يقول: قضى فيها عثمان وعليّ وزيدُ وابنُ مسعودِ وابنُ عباسٍ - رضي الله عنهم أجمعين - كأنه لا يثبت الرواية عن غيرهم.

ومنها مَرَبَعَاتُ ابنِ مَسْعُودٍ - رضي الله عنه - وهن بنتٌ وأختٌ وجَدٌّ، قال: للبتِّ النصفُ والباقي بينهما مناصفةً.

وزوجٌ وأمٌ وجَدٌّ، قال: للزوجِ النصفُ، والباقي بينهما.

زوجةٌ وأمٌ وجَدٌّ وأخٌ؛ جعل المال بينهم أرباعاً.

وزوجةٌ وأختٌ وجَدٌّ، قال: للزوجةِ الرُبُعُ، وللأختِ النصفُ، والباقي للجدِّ.

فالصورة<sup>(١)</sup> كلّها من أربعة، والصورة الأخيرة تُسمّى مُرَبَّعة الجماعة؛ لأنهم جميعاً جعلوها من أربعة، وإن اختلفوا في بعض الأنصبا.

ومنها: «المُثَمَّنَّة»، وهي: زوجةٌ وأمٌ وأختانِ لأبٍ وأمٌ وأختانِ لأمٍ وولدٌ لا يرث لِرِقٍّ أو قتلٍ، لأن فيها ثمانية مذاهب، عند الجمهور: هي من اثنتي عشرة، وتؤول إلى سبعة عشر. وعن ابن عباس - رضي الله عنه - تفريعاً على إنكار العول<sup>(٢)</sup> الفاضل عن

(١) في ب: الصور.

(٢) [قال الحافظ: هكذا أورده وهو مشهور في كتب الفقه، والذي في كتب الحديث خلاف ذلك، فقد رواه البيهقي من طريق محمد بن إسحاق حدثني الزهري عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة قال: دخلت أنا وزفر بن أوس بن الحدثان على ابن عباس بعدما ذهب بصره، فتذاكرنا فرائض الميراث، فقال: ترون الذي أحصى رمل عالج عدداً لم يجعل في مال نصفاً ونصفاً وثلاثاً، إذا ذهب نصف ونصف، فأين موضع الثلث؟ فقال له زفر: يا ابن عباس من أول من أعال الفرائض؟ قال عمر، قال: لم؟ قال: لما تدافعت عليه. وركب بعضها بعضاً، قال لهم: والله ما أدري كيف أصنع بكم؟ والله ما أدري أيكم أقدم ولا أيكم أؤخر؟ قال: وما أجد في هذا شيئاً خيراً من أن أقسم عليكم بالحصص، ثم قال: قال ابن عباس: وأيم الله لو قدم من قدم الله، وآخر من آخر الله، ما عالت فريضة، ثم ذكر تفسير التقديم والتأخير، قال: فقال له زفر: ما منعك أن تشير على عمر بذلك؟ فقال: هبته والله، وأخرجه الحاكم مختصراً.

قول ابن الحاجب: انفرد ابن عباس بإنكار العول، مراده بذلك من الصحابة وإلا فقد تابعه محمد ابن علي بن أبي طالب المعروف بابن الحنفية، وعطاء بن أبي رباح، وهو قول داود وأتباعه. ]

فرض الزوجة، والأم وولدي الأم [الولدي الأبوين]: فتصح من أربعة وعشرين، وعنده أيضاً أن الفاضل عن فرض الزوجة، والأم بين ولدي الأبوين وولدي الأم<sup>(١)</sup> أثلاثاً، فتصح من اثنين وسبعين. وعن معاذ - رضي الله عنه -: أن للأُم الثلث؛ تفرعاً على أنها لا تحجب إلا بالأخوة، فتعول إلى تسعة عشر.

وعن ابن مسعود - رضي الله عنه -: إسقاط ولدي الأم، وعنه إسقاط ولدي الأبوين، وعنه إسقاط الصنفين جميعاً، والباقي للعصبة، وعنه - وهو الأشهر -: أن للمرأة الثمن، تفرعاً على أن من لا يرث من الأولاد يخجّب الزوجة والأم، فتكون المسألة من أربعة وعشرين، وتعول إلى أحدٍ وثلاثين، وتسمى لذلك «ثلاثينية ابن مسعود» - رضي الله عنه ..

ومنها: «تسعينية زيد» - رضي الله عنه - وهي: أم، وجد، وأخت من الأبوين، وأخوان، وأخت لأب، وهي من ثمانية عشر أضلاً، أو ضرباً؛ للأُم ثلاثة، وللجد خمسة، وللأخت من الأبوين تسعة، يبقى سهم، لا يصح على خمسة، فتضرب خمسة من ثمانية عشر، تبلغ تسعين، منها تصح.

ومنها: التصفية، وهي: زوج، وأخت من الأبوين، أو من الأب، لأنه ليس في الفرائض شخصان يرثان نصفي المال فرضاً إلا هما، وربما سُميت الصورتان يتيمتين.

ومنها: «العمرتان» وهما: زوج، وأبوان أو زوجة وأبوان؛ لأن أول من قضى فيها عمر - رضي الله عنه ..

ومنها: «مختصرة زيد» - رضي الله عنه - وهي أم، وجد، وأخت من الأبوين، وأخ وأخت من الأب؛ لأنها تعمل فيها على قول زيد - رضي الله عنه - بالبسط تارة، بأن يقال: هي من ستة، للأُم سهم، والباقي بين الجد والأخ والأختين على ستة، وخمسة لا تصح على ستة، فتضرب ستة في أصل المسألة، تبلغ ستة وثلاثين، يبقى بعد القسمة سهمان لولدي الأب، وهما لا يصحان على ثلاثة، فتضرب ثلاثة في ستة وثلاثين، تبلغ مائة وثمانية، منها تصح، السهام بعد القسمة تتوافق بالإنصاف، فتردها إلى أربعة وخمسين، وبالاختصار تارة بأن يقال: المقاسمة وثلث الباقي سواء للجد، فتقسم من ثمانية عشر، يبقى سهم لا يصح على ثلاثة، فتضرب ثلاثة في ثمانية عشر، تبلغ أربعة وخمسين.

ومنها: «مسألة الأمتحان»، وهي أربع نسوة، وخمس جدات، وسبع بنات وتسعة

إخوة لأب، هي مِنْ أربعة وعشرين، وتصحُّ من ثلاثين ألفاً ومائتين وأربعين<sup>(١)</sup>.

ومنها: العرّاء، وقد تُفسَّرُ بمطلَقِ العَوْلِ إلى تسعة، وقد تفسَّرُ بصورة خاصة منه، وهي: زوج وأختان لأب وأم وأخوان لأم، وهذه الصورة تُسمَّى «مروانية»، لأنها فيما يُقال: وَقَعَتْ فِي زَمَنِ بَنِي أُمَيَّةَ، واشتهرت في النَّاسِ، فَسُمِّيَتْ، عرّاء، وفي الملقّباتِ «مروانية» أخرى، وهي: زوجة ورثت من زوجها ديناراً ودرهماً، والتركه عشرون ديناراً، وعشرون درهماً، يقال: إن عَبْدَ الْمَلِكِ سُئِلَ عَنْهَا، فقال: صَوَّرْتُهَا أَخْتَانَ لِأَبِ وَأُمَّ وَأَخْتَانَ لِأُمِّ وَأَرْبَعِ زَوْجَاتٍ، لِلزُّوْجَاتِ خُمْسُ الْمَالِ؛ لِمَكَانِ الْعَوْلِ، وَالْخُمْسُ أَرْبَعَةُ دَنَانِيرَ، وَأَرْبَعَةُ دَرَاهِمَ، لِكُلِّ وَاحِدَةٍ دِينَارٌ وَدَرَاهِمٌ.

ومنها: مسائل «المباهلة»، وهي مسائل العَوْلِ؛ لأن ابن عباس - رضي الله عنه - قال: مَنْ شَاءَ بَاهَلْتُهُ أَنْ الْفَرِيضَةَ لَا تَعُولُ.

ومنها: «الناقصة»: وهي: زوج وأم وأخوان لأم؛ لأنها تنقض أحد أضلي ابن عباس - رضي الله عنهما - إن أعطاهما الثلث، لزم العول، وإن أعطاهما السُّدُسَ، لَزِمَ الْحَجَبَ بِأَخْوَيْنِ.

لكن قيل: إن الصَّحِيحَ عَلَى قِيَاسِ قَوْلِهِ أَنْ الْبَاقِي لِلْأَخْوَيْنِ.

ومنها: «الدينارية»، وهي: زوجة وأم وبنتان واثنا عشر أخاً، وأخت، والتركه ستمائة دينار، فنصيب الأخت منها ديناراً، يُرْوَى أَنَّ الْأَخْتَ دَفَعَ إِلَيْهَا دِينَاراً، فَجَاءَتْ إِلَى عَلِيٍّ - كَرَّمَ اللَّهُ وَجْهَهُ - كَالْمَتَّظِمَةِ، فقال: قَدْ اسْتَوْفَيْتِ حَقَّكَ<sup>(٢)</sup>.

ومنها: «المأمونية»، وهي: أبوان وبنتان، لم تقسم التركة حتى ماتت إحدى البنتين، وخلقت الباقيين.

سأل المأمون عنها يحيى بن أكرم، حين أَرَادَ أَنْ يُؤَلِّيَهُ الْقَضَاءَ، فَقَالَ: بَيْنَ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ أَنَّ الْمَيْتَ الْأَوَّلَ رَجُلٌ أَمْ امْرَأَةٌ؟

فقال المأمون: إِذَا عَرَفْتَ الْفَرْقَ، عَرَفْتَ الْجَوَابَ، وَذَلِكَ أَنَّهُ إِنْ كَانَ رَجُلًا، فَالْأَبُ وَارِثٌ فِي الْمَسْأَلَةِ الثَّانِيَةِ، لِأَنَّهُ أَبُو الْأَبِ، وَإِلَّا، فَغَيْرُ وَاثِرٍ؛ لِأَنَّهُ أَبُو الْأُمِّ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

(١) قال النووي [سميت بالامتحان، لأنه يقال: ورثة لا تبلغ طائفة منهم عشرة، لم تصح مسألته من أقل من كذا].

(٢) قال النووي: ويروى أنها قالت له رضي الله عنه: ترك أخي ستمائة دينار، أعطيت ديناراً، فقال: لعل أخاك ترك زوجة... وذكر الباقيين، وذكر الشيخ نصر المقدسي رحمه الله تعالى: أنها تسمى: العامرية، وأن الأخت سألت عامراً الشعبي رحمه الله تعالى عنها، فاجاب بما ذكرنا.

## الكَلَامُ فِي مَسَائِلِ الْمُعَايَاةِ:

قالت حبلى لِقَوْمٍ يَقْسُمُونَ التَّرِكَةَ: لَا تَعَجَّلُوا، فَإِنِّي حَبْلَى، إِنْ وَلَدْتُ ذَكَرًا، وَرَثْتُ، وَإِنْ وَلَدْتُ أُنْثَى، لَمْ تَرِثْ، وَإِنْ وَلَدْتُ ذَكَرًا وَأُنْثَى، وَرَثْتُ الذَّكَرُ دُونَ الْأُنْثَى، هَذِهِ زَوْجَةٌ كُلُّ عَصْبَةٍ سِوَى الْأَبِ وَالْإِبْنِ.

وَإِنْ قَالَتْ: إِنْ وَلَدْتُ ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى، وَرِثْنَا، وَإِنْ وَلَدْتُ أُنْثَى، لَمْ تَرِثْ، فَهِيَ زَوْجَةُ الْأَبِ.

وَفِي الْوَرِثَةِ أُخْتَانِ لِأَبٍ وَأُمٍّ أَوْ زَوْجَةِ الْإِبْنِ، وَفِي الْوَرِثَةِ بَتْنَانِ مِنَ الصُّلْبِ.

وَلَوْ قَالَتْ: إِنْ وَلَدْتُ ذَكَرًا لَمْ يَرِثْ، وَإِنْ وَلَدْتُ أُنْثَى، وَرِثْتُ، فَهِيَ زَوْجَةُ الْإِبْنِ، وَالْوَرِثَةُ الظَّاهِرُونَ زَوْجٌ وَأَبْوَانٌ، [وَيَنْتَ أَوْ زَوْجَةُ الْأَبِ، وَالْوَرِثَةُ الظَّاهِرُونَ زَوْجٌ وَأُمٌّ] (١)، وَأُخْتَانِ لِأُمٍّ.

وَلَوْ قَالَتْ: إِنْ وَلَدْتُ ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى، لَمْ تَرِثْ، وَإِنْ وَلَدْتُهُمَا، وَرِثْنَا، فَهِيَ زَوْجَةُ الْأَبِ، وَقَدْ مَاتَ الْأَبُ قَبْلَهُ، وَالْوَرِثَةُ الظَّاهِرُونَ أُمٌّ وَجَدٌّ وَأُخْتُ مِنَ الْأَبَوَيْنِ.

إِنْ وَلَدْتُ ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى، فَهُوَ أَخٌ أَوْ أُخْتُ لِأَبٍ، فَيَكُونُ الْبَاقِي بَعْدَ فَرِضِ الْأُمِّ بَيْنَ الْجَدِّ وَالْأُخْتِ وَالْمَوْلُودِ، ثُمَّ تَسْتَرِدُّ الْأُخْتُ جَمِيعَ حِصَّةِ الْمَوْلُودِ، وَإِنْ وَلَدْتُ ذَكَرًا وَأُنْثَى، أَخَذَ الْجَدُّ ثُلُثَ الْبَاقِي بَعْدَ فَرِضِ الْأُمِّ، فَمَا بَقِيَ تَأْخُذُ الْأُخْتُ مِنْهُ قَدْرَ النُّصْفِ، فَيَبْقَى لَهَا شَيْءٌ.

نَوْعٌ آخَرَ: قَالَ: إِنْ وَلَدْتُ ذَكَرًا، وَرِثْتُ وَوَرِثْتُ، وَإِنْ وَلَدْتُ أُنْثَى، لَمْ تَرِثْ، وَلَا ارِثْ، هِيَ بِنْتُ ابْنِ الْمَيِّتِ، وَزَوْجَةُ ابْنِ ابْنِ آخَرَ، وَفِي الْمَسْأَلَةِ بَتْنَانِ مِنَ الصُّلْبِ، فَإِنْ وَلَدْتُ ذَكَرًا، فَهِنَاكَ بَتْنَانِ، وَبِنْتُ ابْنِ، وَابْنُ ابْنِ ابْنِ ابْنِ، فَالْبَاقِي بَيْنَهُمَا، وَإِنْ وَلَدْتُ أُنْثَى، فَلَا شَيْءَ لَهَا.

وَلَوْ قَالَتْ: إِنْ وَلَدْتُ ذَكَرًا، لَمْ يَرِثْ وَلَا وَرِثْتُ، وَإِنْ وَلَدْتُ أُنْثَى وَرِثْنَا، فَهِيَ

(١) سقط من: د.

بثت ابن ابن الميتة، وزوجة ابن ابن آخر، والورثة الظاهرون زوج، وأبوان، وبنت، ابن وإن ولدت ذكراً، فلا شيء، له ولا لأمه.

وإن ولدت أنثى، اجتمع مع المذكورين بنت ابن ابن، وهي الوالدة، وأخرى في درجتها، وهي المولودة، فيفرض لهما، وتؤول المسألة.

ولو قالت: إن ولدت ذكراً، فلي الثمن، والباقي له، وإن ولدت أنثى، فالمال بيني وبينها بالسوية، وإن أسقطت ميتاً، فلي جميع المال، فهي امرأة أعتقت عبداً، ثم نكحته، فمات عنها، وهي حبلتي [منه].

نوع آخر: قال رجل: لا تعجلوا، فامرأتي غائبة، إن كانت ميتة، ورثت، وإن كانت حيّة، ورثت، ولم أرث، فهذا أخو الميت لأبيه وزوجته الغائبة أخت الميت لأمه، وله معها أم وأختان من الأبوين. فإن كانت ميتة، فالباقي له، وإن كانت حيّة، فالسدس الباقي فزضها، ولا شيء له، ويصح الجواب أيضاً في امرأة، خلقت زوجاً وأماً وأختين لأم وأخاً لأب، قد نكح إحدى أختيها، وهي الغائبة.

ولو قال: إن كانت حيّة ورثت أنا دونها، وإن كانت ميتة، فلا شيء لي ولا لها، فصورته: امرأة ماتت عن زوج وأم وجد وأخت لأم، وأخ لأب، قد نكحها، وهي الغائبة، إن كانت حيّة، فللزوجة النصف، وللأم السدس، والباقي بين الجد والأخ، وإن كانت ميتة، فللزوجة النصف، وللأم<sup>(١)</sup> الثلث، وللجد السدس، ولا شيء للأخ.

نوع آخر: امرأة وزوجها، أخذوا ثلاثة أرباع المال، وأخرى وزوجها أخذوا الربع، صورته: أخت لأب، وأخرى لأم وأبنا عم؛ أحدهما أخ لأم، والذي هو أخ لأم زوج الأخت للأب، والأخر زوج الأخت للأم، فللأخت من الأب النصف، وللأخ والأخت من الأم الثلث، والباقي بين ابني العم بالسوية.

زوجان أخذوا ثلث المال، وآخران أخذوا ثلثيه، صورته أبوان وبنت ابن في نكاح ابن ابن آخر. رجل وابنته ورثا مالا عن ميت نصفين، صورته: امرأة ماتت عن زوج، هو ابن عم، وبنت منه.

رجل وزوجته، ورثوا المال أثلاثاً، صورته: بنتا ابنين في نكاح ابن أخ أو ابن ابن ابن. ابن زوجة وسبعة إخوة لها، ورثوا المال بالسوية، صورته: نكح ابن الرجل أم امرأته وأولدها سبعة، ومات الرجل بعد موت الابن عن زوجته، وبني ابن، وهم إخوتها لأم، فلها الثمن، ولهم الباقي.

(١) في ز: السدس.

أخوان لأبٍ وأمٍّ؛ ورث أحدهما عن مَيِّتِ ثلاثة أرباع المال، والآخر ربعه، صورته: ابنا عمٍّ، أحدهما زَوْجٌ.

نَوْعٌ آخَرُ: امرأةٌ ورثت أربعة أزواجٍ واحداً بعدَ واحدٍ، فحصل لها نصفُ أموالهم، هم أربعة إخوةٌ لأبٍ وأمٍّ، كان لهم ثمانية عشرَ ديناراً، للأول ثمانية، وللثاني ستة، وللثالث ثلاثة، وللرابع دينارٌ، فنصيبها من الأول ديناران، ومن الثاني كذلك، لأنه كان له ستة، وأصابه من الأول ديناران، ومن الثاني كذلك؛ لأنه كان له ثلاثة، وأصابه من الأول ديناران، ومن الثاني ثلاثة، [ونصيبها من الرابع ثلاثة؛ لأنه كان له دينار، وأصابه من الأول ديناران، ومن الثاني ثلاثة، ومن الثالث ستة<sup>(١)</sup>]، فيجتمع لها تسعة.

امرأةٌ ورثت خمسة أزواجٍ، فحصل لها نصفُ أموالهم.

وهم خمسة إخوةٌ لهم ثمانية وأربعون ديناراً، للأول ستة عشرَ، وللثاني ثلاثة عشرَ، وللثالث تسعة، وللرابع ثلاثة، وللخامس سبعة.

امرأةٌ ورثت ثلاثة أزواجٍ، فحصل لها نصفُ أموالهم.

وهم ثلاثة إخوةٌ لهم مائةٌ وثمانية وثلاثون؛ للأول مائةٌ وثمانية وعشرون، وللثاني ثمانيةٌ وللثالث ديناران.

نَوْعٌ آخَرُ: دخلَ صحيحٌ على مريضٍ، فقال أوص لي، فقال وإنما ترثني أنت وأخوك وأبوك وعمّك، فالصحيحُ أخو المريضِ لأمه وابن عمه وأخواه أخو المريضِ لأمه، وأبواه عمُّ المريضِ وأمه، وعمّاه عمّا المريضِ، والحاصلُ ثلاثة إخوةٌ لأمٍّ وأمٍّ وثلاثة أعمامٍ.

ولو قال: يرثني أبوك وعمّك وخالك، فالصحيحُ ابن أخي المريضِ لأبيه، وابن أخته لأمه، وله أخوان آخران لأبٍ وأخوان آخران لأمٍّ، ولو قال: ترثني جدّتك وأختك وزوجتك وبنّتك، فجدتا الصحيحِ زوجتا المريضِ واختاه من قبل الأمِّ أختا المريضِ من قبل الأبِّ، وزوجتا الصحيحِ، إحداهما أمُّ المريضِ، والأخرى أخته من الأبِّ وبنّتا الصحيحِ أختا المريضِ من الأمِّ ولدتهما له أمُّ المريضِ.

والحاصلُ: زوجتان وثلاث أخواتٍ لأبٍ وأختانٍ لأمٍّ، وأمٍّ، ولو قال: ترثني زوجتك، وبنّتك، وأختك وعمّتك وخالك، فزوجتا الصحيحِ أمُّ المريضِ وأخته لأبيه، وبنّتا الصحيحِ أختا المريضِ لأمه وأختا الصحيحِ لأمه أختا المريضِ لأبيه وعمّتا الصحيحِ، إحداهما لأبٍ، والأخرى لأمٍّ، وخالتاه كذلك، وأربعتهن زوجاتُ المريضِ،

(١) سقط من: ب.

فالحاصل أربع زوجات، وأم وأختان لأم، وثلاث أخوات لأب.

نوع آخر: ترك سبعة عشر ديناراً على سبع عشرة امرأة، فأخذت كل واحدة منهن ديناراً، صورته مسألة الأراميل.

ترك أربعة وعشرين ديناراً على أربع وعشرين امرأة، وأخذت كل واحدة منهن ديناراً، صورته: ثلاث زوجات وأربع جدات وست عشرة بنتاً وأختاً لأب.



## الكَلَامُ فِي الْأَنْسَابِ وَالْقَرَابَاتِ

### الْمُتَشَابِهَةُ:

ثلاث بنات ابن، بعضهن أسفل من بعض يحتمل أن تكون العليا عمّة الوسطى بأن تكون العليا بنت ابن، والوسطى بنت ابن ذلك الابن، ويحتمل أن تكون العليا بنت عمّ أب الوسطى بأن تكون الوسطى بنت ابن آخر، وكذلك الوسطى يحتمل أن تكون عمّة السفلى، ويحتمل أن تكون بنت عمّ أبيها، وأما العليا مع السفلى، فيحتمل أن تكون العليا عمة أبي السفلى، ويحتمل أن تكون بنت عمّ جدها.

ثلاث بنات ابن، بعضهن أسفل من بعض، ومع كل واحدة منهن أختها، فإن كنّ لأب وأمّ أو لأب، ففي كل درجة بنتا ابن، وإن كنّ لأمّ، فهن أجنبيات، وكذلك لو كان مع كل واحدة منهن بنت عمها بنت ابن معها جدتها، إن كانت أم الأمّ، فهي أجنبية عن الميت، وإن كانت أم الأب، فإن كان الميت رجلاً فهي زوجته، وإن كان امرأة، استحالت المسألة، فإنّ الجدة هي الميتة.

رجلان، كل واحد منهما عم الآخر، صورته أن ينكح كل واحد من عمرو وزيد أم الآخر، فولد لكل واحد منهما ابن، فكل واحد من الاثنين عم الآخر لأمه.

رجلان، كل واحد منهما خال الآخر، صورته: أن ينكح كل واحد من عمرو وزيد بنت الآخر، فولد لكل واحد منهما ابن، فكل ابن منهما خال الآخر.

[رجلان] كل واحد منهما عمّ أبي الآخر، صورته: أن ينكح رجلان، كل واحد منهما، أمّ أبي الآخر، فيولد لهما [ابنان].

كل واحد منهما عمّ أم الآخر، صورته: أن ينكح رجلان، كل واحد منهما بنت ابن الآخر، فيولد لهما ابنتان.

كل واحد منهما، خال أب الآخر، أن ينكح ثنان، كل واحد منهما، أمّ أم الآخر، فيولد لهما ابنتان.

كل واحد منهما خال أم الآخر هو أن ينكح اثنان، كل واحد منهما، بنت بنت

الْآخِرُ فَيُولَدُ لهما ابْنانِ. رجُلانِ، أَحَدُهُما عَمُّ الْآخِرِ، وَالْآخِرُ خالُ الْأوَّلِ، صَورَتُهُ: أن يَنكحَ رَجُلٌ امْرَأَةً، وَيَنكحُ ابْنُهُ أُمَّها، فَيُولَدُ لِكُلِّ واحِدٍ مِنْهُما ابْنٌ، فابْنُ الْأبِ عَمُّ ابْنِ الابْنِ، وَهُوَ خالُ ابْنِ الْأبِ.

شَخْصٌ، هُوَ خالٌ وَعَمٌّ، صَورَتُهُ: أن يَنكحَ أَحَدُ الْأَخوَيْنِ، مِنَ الْأبِ، أُخْتِ الْآخِرِ مِنَ الْأُمِّ، فَتَلِدُ لَهُ ابْنًا، فَالْأَخُ الْآخِرُ عَمُّ المُولودِ لِأبيهِ، وَخالُهُ لِأُمَّه.

وأيضاً إِذا نَكَحَ أَحَدُ الْأَخوَيْنِ، مِنَ الْأُمِّ، أُخْتِ الْآخِرِ لِأبيهِ، فَوَلَدَتْ لَهُ ابْنًا، فَالْآخِرُ خالُ هَذَا الابْنِ مِنْ جِهَةِ الْأَبِ، وَعَمَهُ مِنْ جِهَةِ الْأُمِّ.

وأيضاً إِذا نَكَحَ زَيْدٌ أُمَّ عَمْرٍو، وَعَمْرٍو بِنْتَ زَيْدٍ، وَوَلِدَ لِكُلِّ واحِدٍ ابْنٌ، فابْنُ زَيْدٍ عَمُّ ابْنِ عَمْرٍو، لِأَنَّهُ أَخُو عَمْرٍو لِأُمَّه، وَخالُ لَهُ؛ لِأَنَّهُ أَخُو أُمِّهِ مِنَ الْأَبِ، وَأَيضاً إِذا نَكَحَ امْرَأَةً، وَلَهُ بِنْتُ مِنْ غَيْرِها، وَلِها ابْنٌ مِنْ غَيْرِها، فَنَكَحَ ابْنُها بِنْتَهُ فَوَلِدَ لِلوَالِدَيْنِ ابْنٌ وَلِلوَالِدَيْنِ ابْنٌ، فابْنُ الوَالِدَيْنِ عَمُّ ابْنِ الوَالِدَيْنِ مِنَ الْأُمِّ؛ لِأَنَّهُ أَخُو أُمِّهِ مِنَ الْأُمِّ، وَخالُهُ؛ لِأَنَّهُ أَخُو أُمِّهِ مِنَ الْأَبِ، وَقَدْ نَظَمَ بَعْضُهُمُ الْمَسْأَلَةَ فَقَالَ: [المقارِب]

وَجَارِيَةَ عَمُّها خالُها إِذا ما مَشَتْ صَاحَ خالُها  
أَبِيئوا لَنَا أَيُّها الفارِضو نَ عَنْ هَذِهِ الخَوْدِ، ما حالُها؟

وبمثل ذلك يَصوِّرُ المَضْرَاعُ الثَّانِي مِنَ البَيْتِ المَعْرُوفِ: [البسيط]

حَزَفَ أَبوها أَخوها مِنْ مَهْجَنَةٍ وَعَمُّها خالُها قَوداءِ شَمْلِيلِ  
ويزوِّى هَذَا البَيْتَ عَنْ كَعْبِ بْنِ زُهَيْرِ بْنِ سَلَمَى مِنْ قَصِيْدَةٍ مَدَحَ بِها سَيِّدَنَا رَسُوْلَ  
الله ﷺ وَأَنْشَدَها بَيْنَ يَدَيْهِ أَوْلُها: [البسيط]

بَائَتْ سَعادًا؛ فَقلِّبِي البَيوْمَ مَتَبوْلَ مُتَيِّمٍ إِثْرَها لَمَ يُفَدَ مَكَبُوْلُ<sup>(١)</sup>  
ويزوِّى هَذَا البَيتَ عَنْ أوسِ بْنِ حَجْرٍ أَيضاً، كَأَنَّ أَحَدَهُما ضَمَّنَهُ.

وأما قولُهُ «أبوها أخوها» فمِثْلُهُ يَوجَدُ<sup>(٢)</sup> فِي أنكَحَةِ المَجوسِ، أَوْ بالبِشْبَةِ.

وذلك بأن يَطأ المَجوسِيُّ أُمَّه، فَيولِدُها بِنْتًا، فَهُوَ أَبوها وَأخوها لِأُمَّها، واجْتِماعُ  
القَرابَتَيْنِ المَذكُورَتَيْنِ فِي المَضْرَاعِ الأوَّلِ والقَرابَتَيْنِ المَذكُورَتَيْنِ فِي الثَّانِي؛ بأن يَضْرِبَ

(١) يَنظُرُ البَيتَ فِي ديوانِ كَعْبِ (٦) وَالمَصنُونِ فِي الأَدبِ (٢٠٢) وَدلائِلُ الإِعْجازِ (١٨) بِروايَةٍ مَغلولِ  
وَمَعْنَى بَائَتْ: فَارَقَتْ. وَمَتَبوْلٌ: أَصِيبَ بِتَبَلٍ، أَي تَبَلَّتْ قَلْبِي. وَمَتَيِّمٌ: مَضَلٌّ وَهُوَ التَّنْذِلُ، ذَلَّلَهُ  
الحُبُّ. وَمَكَبُوْلٌ: مَحْتَبَسٌ عِنْدَها. وَالكَبْلُ: القَيْدُ، يُقالُ: مَكَلَبْتُ وَمَكَبَلْتُ بِمَعْنَى واحِدٍ. وَقَالَ ابْنُ  
الأَعْرابِيِّ: مَكَبَلْتُ: بِالحديدِ، وَمَكَلَبْتُ: شَدُّ فِي كَلْبَةِ السَّرْجِ وَهِيَ حَلْقَةٌ فِي مؤخَّرَةِ السَّرْجِ.  
ويزوِّى: «لَمْ يُفَدَ» مِنَ الفِداءِ. وَلَمْ يُحْزَرْ: مِنَ الجَزاءِ. يَقولُ: ما أَنابْتَنِي.

(٢) فِي ز و د لا يَوجَدُ.

فحلَّ ابنته، فتضع حملين، فيضربها أحدهما، فتضع ناقةً، فالفحل الثاني أبوها وأخوها  
لأمها، والذي كان معه عمها؛ لأنه أخو أبيها، وخالها؛ لأنه أخو أمها.

و«الحرف»: الثاقفة الضامرة، ويُقال: «الصلبة، المهجئة» بنت الهجين، وهو الذي  
أبوه شريف عتيق، والأم بخلافه، و«القوداء»: الطويلة، و«الشمليل» السريعة.

رجل، هو عم أبيه، وعم أمه، صورتُه: أن ينكح أبو أبي أبيه أم أبي أمه، فولدت  
ابناً، فذلك الابن عم أبيه من الأب، وعم أمه من الأم. رجل هو خال أبيه، وخال أمه.  
[صورته: أن ينكح أبو أم أمه، أم أم أبيه، فولدت ابناً، فذلك الابن [هو] خال أم الرجل  
لأبيه وخال أبيه لأمه] (١).

رجلان، كل واحد منهما، ابن عم الآخر، وابن خاله، صورته: أن ينكح  
رجلان، كل واحد منهما، أخت الآخر، فيولد لهما ابنان، فكل واحد من الابنين ابن  
عم الآخر وابن خاله.

عن حرمة أن رجلاً دفع إلى الشافعي - رضي الله عنه - رُفعةً فيها: رجل مات،  
وخلّى رجلاً: ابن عم ابن أخي عم أبيه.

فكتب الشافعي - رضي الله عنه - في أسفلها: [الرمل]

صَارَ مَالُ الْمُتَوَفَّى كَمَالاً      بِاتِّفَاقِ الْقَوْلِ لَا مِزِيَةَ فِيهِ  
لِلَّذِي خَبَّرْتَ عَنْهُ أَنَّهُ      ابْنُ عَمِّ ابْنِ أَخِي عَمِّ أَبِيهِ  
وذلك لأن ابن أخي عم الأب هو ابن عمه، فابن عمه هو ابن عم الأب، ويقرب من  
هذا قول القائل: ورث من الميت خال ابن عمته دون أخيه من الأبوين؛ وذلك لأن خال  
ابن العمّة هو الأب والأعمام، والمراد هاهنا: الأب.

وقول القائل: ورث من الميت عمّة ابن خاله دون الجدّة؛ وذلك لأن عمّة ابن  
الخال هي الأم.

وهذه فنون لا تتناهى، وقد أتينا منها بطرف صالح، نفعنا الله والناظرين فيه بمنه  
وكرمه. ونرجع إلى الموضوع الذي تركناه من الكتاب بعون الله وحسن توفيقه.

تم الجزء السادس،

وبليه الجزء السابع، وأوله:

«كتاب الوصايا»

(١) سقط في: ز.

## الفهرس

### كتاب القراض وفيه ثلاثة أبواب

- ٣ ..... الباب الأول: في أركان صحته وهي ستة
- ٣ ..... الركن الأول: رأس المال
- ١١ ..... الركن الثاني: العمل
- ١٥ ..... الركن الثالث: الربح
- ١٧ ..... الركن الرابع: الصيغة
- ١٨ ..... الركن الخامس والسادس: العاقدان
- ٢١ ..... الباب الثاني: في حكم القراض الصحيح وله خمسة أحكام
- ٢١ ..... الحكم الأول: أن العامل كالوكيل في تقييد تصرفه بالغبطة
- ..... الحكم الثاني: ليس لعامل القراض أن يقارض عاملاً آخر بغير إذن
- ٢٧ ..... المالك
- ٣٠ ..... الحكم الثالث: ليس للعامل أن يسافر بمال القراض إلا بالإذن
- ..... الحكم الرابع: اختلف القول في أنه هل يملك الربح بمجرد الظهور
- ٣٣ ..... أم يقف على المقاسمة
- ٣٦ ..... الحكم الخامس: الزيادة العينية
- ٣٩ ..... الباب الثالث: في التفاضل والتنازع

### كتاب المساقاة وفيه بابان

- ٥٠ ..... الباب الأول: في أركانها وهي أربعة
- ٥٠ ..... الركن الأول: متعلق العقد

- ٥٩ ..... الركن الثاني: الثمار  
 ٦٣ ..... الركن الثالث: العمل  
 ٦٧ ..... الركن الرابع: الصيغة  
 ٦٨ ..... الباب الثاني: في أحكامها

### كتاب الإجارة وفيه ثلاثة أبواب

- ٧٩ ..... الباب الأول: في أركانها  
 ٧٩ ..... الركن الأول: الصيغة  
 ٨٣ ..... الركن الثاني: الأجرة  
 ٨٨ ..... الركن الثالث: المنفعة  
 ١٢٣ ..... الباب الثاني: في حكم الإجارة الصحيحة وفيه فصلان  
 ١٢٣ ..... الفصل الأول: في موجب الألفاظ المطلقة  
 ١٤٥ ..... الفصل الثاني: في الضمان  
 ١٦٢ ..... الباب الثالث: في الطوارئ الموجبة للفسخ وهي ثلاثة أقسام  
 ١٦٢ ..... القسم الأول: ما ينقص المنفعة نقصاناً تتفاوت فيه الأجرة  
 ١٦٤ ..... القسم الثاني: فوات المنفعة بالكلية  
 ١٧٧ ..... القسم الثالث: ما يمنع استيفاء المنفعة شرعاً يوجب الفسخ

### كتاب الجمالة وأركانها أربعة

- ١٩٥ ..... الركن الأول: الصيغة الدالة على الإذن  
 ١٩٧ ..... الركن الثاني: العاقد  
 ١٩٨ ..... الركن الثالث: العمل  
 ١٩٩ ..... الركن الرابع: الجعل

### كتاب إحياء الموات

- ٢٠٥ ..... أنواع الاختصاص ستة  
 ٢٠٥ ..... النوع الأول: العمارة  
 ٢١٢ ..... النوع الثاني: حريم العمارة

- النوع الثالث: اختصاص الخلق الوقوف بعرفة ..... ٢١٦  
 النوع الرابع: اختصاص المتحجر ..... ٢١٧  
 النوع الخامس: إقطاع الإمام ..... ٢١٩  
 النوع السادس: الحمى لرسول الله ..... ٢٢٠

### كتاب الوقف وفيه بابان

- الباب الأول: في أركانه ومصطلحاته ..... ٢٤٨  
 الباب الثاني: في حكم الوقف الصحيح ..... ٢٧٦

### كتاب الهبة وفيه فصلان

- الفصل الأول: في أركانها وهي ثلاثة ..... ٣٠٥  
 الفصل الثاني: في حكمها ..... ٣٢١

### كتاب اللقطة وفيه بابان

- الباب الأول: في أركانها ..... ٣٣٦  
 الباب الثاني: في أحكام اللقطة وهي أربعة ..... ٣٥٨  
 الحكم الأول: الضمان ..... ٣٥٨  
 الحكم الثاني: التعريف ..... ٣٦٠  
 الحكم الثالث: التملك ..... ٣٦٩  
 الحكم الرابع: وجوب الرد ..... ٣٧١

### كتاب اللقيط وفيه بابان

- الباب الأول: في الالتقاط وحكمه ..... ٣٧٧  
 الباب الثاني: في أحكام اللقيط ..... ٣٩٤

### كتاب الفرائض وفيه فصول

- الفصل الأول: في بيان الورثة ..... ٤٣٨  
 فصل في بيان المجتمع على توريثهم ..... ٤٤٨  
 فصل في ذوي الأرحام ..... ٤٥١

- ٤٥٥ ..... فصل في بيان ما يستحقه كل وارث من المجمع عليه
- ٤٦٤ ..... في بيان المسائل المستثناة من مشابهة الجد الأب
- ٤٦٤ ..... فصل في الأولاد
- ٤٦٧ ..... فصل في الإخوة والأخوات
- ٤٧٣ ..... الفصل الثاني: في التقديم والحجب
- ٤٧٤ ..... فصل في بيان العصبات وترتيبهم
- ٤٧٩ ..... فصل في عصبات المعتق
- ٤٩١ ..... القول في الحجب
- ٥٠٠ ..... القول في ميراث المجوسي
- ٥٠٩ ..... القول في الرق
- ٥١٥ ..... القتل مانع من الإرث
- ٥٢٤ ..... أسباب تمنع صرف المال إليه في الحال للشك في استحقاقه
- ٥٢٨ ..... القول في الشك في النسب
- ٥٢٨ ..... ميراث الحمل
- ٥٣٢ ..... القول في ميراث الخشى
- ٥٣٦ ..... القول في ميراث ذوي الأرحام
- ٥٥١ ..... الفصل الثالث: في أصول الحسابات ومقدرات الفرائض
- ٥٧٤ ..... قسمة التركات
- ٥٨٦ ..... الكلام في المسائل الملقبات
- ٥٩٠ ..... الكلام في مسائل المعاياة
- ٥٩٤ ..... الكلام في الأنساب والقربات

# العقود

شرح الوجيز  
المعروف بالشرح الكبير

تأليف

الإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الراعي الفزوي الشافعي

المؤلف سنة ٦٢٣ هـ

تحقيق وتعليق

إشيخ علي محمد معوض شيخ عادل أحمد عبد الموهوب

الجزء السابع

يحتوي على الكتب التالية:

الوصايا - الوديعة - قسم الفئ والغنائم  
قسم الصدقات - النكاح

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان



## جميع الحقوق محفوظة

جميع حقوق الملكية الادبية والفنية محفوظة لدار الكتب العلمية بيروت - لبنان ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تنضيد الكتاب كاملاً أو مجزأً أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو برمجته على اسطوانات ضوئية إلا بموافقة الناشر خطياً.

Copyright ©  
All rights reserved

Exclusive rights by DAR al-KOTOB al-ILMIYAH Beirut - Lebanon. No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

الطبعة الأولى  
١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م

## دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت  
تلفون وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦١١٢٥ - ٦٠٢١٣٣ (١ ٩٦١) ٠٠  
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

## DAR al-KOTOB al-ILMIYAH

Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif, Bohatory st., Melkart bldg., 1st Floore.  
Tel. & Fax : 00 (961 1) 60.21.33 - 36.61.35 - 36.43.98  
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

### كِتَابُ الْوَصَايَا، وَفِيهِ أَرْبَعَةُ أَبْوَابٍ

#### الْبَابُ الْأَوَّلُ فِي أَرْكَانِهَا

وَهِيَ أَرْبَعَةٌ: الرُّكْنُ الْأَوَّلُ الْمُوصِي وَيَصِحُّ الْوَصِيَّةُ مِنْ كُلِّ حُرٍّ مُكَلَّفٍ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ، وَلَا يَصِحُّ مِنَ الْمَجْنُونِ وَالصَّبِيِّ الَّذِي لَا يُمَيِّزُ وَيَصِحُّ مِنَ السَّفِيهِ الْمُبْدَرِ لِصِحَّةِ عِبَارَتِهِ فِي الْأَقَارِيرِ، وَفِي الصَّبِيِّ الْمُمَيِّزِ قَوْلَانِ لِتَرَدُّدِهَا بَيْنَ مَشَابِهِ الْقُرْبَاتِ وَالتَّمْلِيكَاتِ، وَالرَّافِعِ إِنْ أَوْصَى ثُمَّ عَتِقَ وَمَلَكَ لَمْ يَنْفَذْ عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ وَالْكَافِرِ يَنْفَذُ وَصِيَّتَهُ، إِلَّا أَنْ يُوصِيَ بِخَمْرِ أَوْ خَنْزِيرٍ أَوْ عِمَارَةٍ كَنِيسَةٍ، وَلَوْ أَوْصَى بِعِمَارَةٍ قُبُورِ أَنْبِيَائِهِمْ جَازَ لِأَنَّ عِمَارَتَهَا إِخْيَاءٌ لِلزُّيَارَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يُقَالُ أَوْصَيْتُ لِفُلَانٍ بِكَذَا، وَوَصَيْتُ، وَأَوْصَيْتُ إِلَيْهِ؛ إِذَا جَعَلَهُ وَصِيًّا<sup>(١)</sup>

(١) فِي ز: وَصِيَّةٌ.

قَالَ فِي الْخَادِمِ: إِنَّمَا صَدَرَ بِأَوْصَى؛ لِئِنَّهُ عَلَى أَنَّهُ أَفْصَحُ مِنْ وَصَى كَمَا قَالَ الْخَلِيلُ فِي كِتَابِ الْعَيْنِ، وَحَاصِلُهُ أَنَّ الْمَعْنَى يَخْتَلِفُ بِالتَّعْدِيَةِ، فَإِنْ عَدَى بِاللَّامِ فَمَعْنَاهُ جَعَلَ لَهُ ذَلِكَ مِنْ مَالِهِ وَذَلِكَ مُوصَى لَهُ، وَإِنْ عَدَى بِالْيَاءِ فَمَعْنَاهُ جَعَلَهُ وَصِيًّا وَذَلِكَ مُوصَى إِلَيْهِ وَلَمْ يَذْكُرْ مَصْدَرَهَا، وَقَالَ ابْنُ فَارِسٍ: يُقَالُ: وَصَيْتَهُ بِوَصِيَّةٍ وَأَوْصَيْتَهُ أَيْضاً وَقَالَ الْجَوْهَرِيُّ: أَوْصَيْتُ إِلَيْهِ إِذَا جَعَلْتَهُ وَصِيًّا، وَالاسْمُ الْوَصَايَةُ بِالْكَسْرِ وَالْفَتْحِ.

قَالَ ابْنُ الْقَطَّاعِ: يُقَالُ: وَصَيْتُ إِلَيْهِ وَصَايَةً وَوَصِيَّةً، وَوَصَيْتُهُ وَأَوْصَيْتُهُ، وَأَوْصَيْتُ إِلَيْهِ، وَوَصَيْتُ الشَّيْءِ بِالشَّيْءِ وَصِيًّا: وَصَلْتُهُ. قَالَ الْأَزْهَرِيُّ: وَسَمِيَتِ الْوَصِيَّةُ وَصِيَّةً، لِأَنَّ الْمَيْتَ لَمَّا أَوْصَى بِهَا، وَصَلَّ مَا كَانَ فِيهِ مِنْ أَيَّامِ حَيَاتِهِ بِمَا بَعْدَهُ مِنْ أَيَّامِ مَمَاتِهِ.

يَنْظُرُ: الْمَصْبُوحُ الْمُنِيرُ ٢/٦٦٢، الصَّحَاحُ ٦/٢٥٢٥، وَالْمَغْرِبُ ٢/٣٥٧، لِسَانُ الْعَرَبِ ٦/٤٨٥٣. اصطلاحاً:

عَرَفَهَا الْحَنْفِيَّةُ بِأَنَّهَا: تَمْلِكُ مِضَافاً إِلَى مَا بَعْدَ الْمَوْتِ بِطَرِيقِ التَّبَرُّعِ.

عَرَفَهَا الشَّافِعِيَّةُ بِأَنَّهَا: تَبَرُّعٌ بِحَقِّ مِضَافٍ وَلَوْ تَقْدِيرًا لَمَّا بَعْدَ الْمَوْتِ.

عَرَفَهَا الْمَالِكِيَّةُ بِأَنَّهَا: عَقْدٌ يَوْجِبُ حَقًّا فِي ثَلَاثِ عَاقِدَةٍ يَلْزَمُ بِمَوْتِهِ أَوْ نِيَابَةِ عَنْهُ بَعْدَهُ.

عَرَفَهَا الْحَنَابِلَةُ بِأَنَّهَا: الْأَمْرُ بِالتَّصَرُّفِ بَعْدَ الْمَوْتِ.

يَنْظُرُ: شَرْحُ فَتْحِ الْقَدِيرِ ٨/٤١٦، شَرْحُ فَتْحِ الْجَلِيلِ ٤/٦٤٢، كِشَافُ الْقِنَاعِ ٤/٣٣٥.

وَاللَّفْظَةُ فِيمَا ذَكَرَ الْأَزْهَرِيُّ<sup>(١)</sup> مُسْتَقَّةٌ مِنْ قَوْلِهِمْ وَصِيَتِ الشَّيْءَ أَصِيهَ إِيْصَاءٌ إِذَا وَصَلْتَهُ بِهِ وَأَوْصَى وَأَصِيَّةٌ، أَي: مُتَّصِلَةُ الْبِنَاتِ، فَسُمِّيَ هَذَا التَّصَرُّفُ وَصِيَّةً لِمَا فِيهِ مِنْ وَصْلِ الْقُرْبَةِ الْوَاقِعَةِ بَعْدَ الْمَوْتِ بِالْقُرْبَاتِ الْمُتَجَزَّةِ فِي الْحَيَاةِ، وَذَلَالَتِ الْإِجْمَاعِ وَالْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ مُتَعَاضِدَةً عَلَى جَوَازِ الْوَصِيَّةِ؛ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿مَنْ بَعَدَ وَصِيَّةً يُوصَى بِهَا أَوْ دِينًا﴾ [النساء - ١٢] وَعَنْ أَبِي قَتَادَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَدِمَ الْمَدِينَةَ، فَسَأَلَ عَنِ الْبِرَاءِ بْنِ مَعْرُورٍ، فَقِيلَ لَهُ: إِنَّهُ هَلْكَ، وَأَوْصَى لَكَ بِثُلْثِ مَالِهِ فَقَبِلَهُ ثُمَّ رَدَّهُ عَلَى وَرَثَتِهِ<sup>(٢)</sup>.

وَقَالَ سَعْدُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - مَرِضْتُ عَامَ حَجَّةِ الْوَدَاعِ بِمَكَّةَ فَجَاءَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَعُودُنِي، فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، بَلَغَ بِي مِنَ الْوَجَعِ مَا تَرَى وَأَنَا ذُو مَالٍ، وَلَا يَرِثُنِي إِلَّا ابْنَتِي لِي، أَفَأَتَصَدَّقُ؟

وَيُرْوَى: «أَفَأُوصِي بِثُلْثِي مَالِي؟ فَقَالَ: لَا، فَقُلْتُ: فَبِشَطْرِهِ؟ قَالَ: لَا، قُلْتُ: فَبِالْثُلْثِ؟ قَالَ: الثُّلُثُ، وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ» وَيُرْوَى: «كَبِيرٌ؛ إِنَّكَ أَنْ تَذَرَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ، خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَذَرَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّمُونَ النَّاسَ»<sup>(٣)</sup>.

وَعَنْ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «إِنَّ اللَّهَ أَعْطَاكُمْ ثُلْثَ أَمْوَالِكُمْ فِي آخِرِ أَعْمَارِكُمْ؛ زِيَادَةً فِي أَعْمَالِكُمْ»<sup>(٤)</sup> قَالَ الْعُلَمَاءُ: وَكَانَتْ الْوَصِيَّةُ وَاجِبَةً فِي أُبْتِدَاءِ الْإِسْلَامِ؛ عَلَى مَا دَلَّ عَلَيْهِ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ...﴾ [البقرة - ١٨٠] الْآيَةَ، ثُمَّ نُسِخَ الْوَجُوبُ، وَبَقِيَ الْأَسْتِجَابُ.

وَاخْتَجُّوا عَلَى نَفْيِ الْوَجُوبِ بِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ: ﴿مَنْ بَعَدَ وَصِيَّةً يُوصَى بِهَا أَوْ

(١) ينظر تهذيب اللغة (١٢/٢٦٧ - ٢٦٨).

(٢) أخرجه الحاكم والبيهقي عنه من حديثه، وفي الإسناد نعيم بن حماد؛ ورواه الطبراني في ترجمة البراء بن معرور من طريق أبي قتادة، عن البراء بن معرور به.

(٣) تقدم.

(٤) رواه الدارقطني والبيهقي من حديث أبي أمامة عن معاذ بلفظ: إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم، زيادة لكم في حسناتكم، ليجعل لكم زكاة في أموالكم، وفيه إسماعيل بن عياش وشيخه عتبة ابن حميد وهما ضعيفان، ورواه أحمد من حديث أبي الدرداء ولفظه: «إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم» ورواه ابن ماجه والبخاري والبيهقي، من حديث أبي هريرة بلفظ: «إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم، زيادة لكم في أعمالكم»، وإسناده ضعيف، وفي الباب عن أبي بكر الصديق رواه العقيلي في تاريخ الضعفاء، من طريق حفص بن عمر بن ميمون وهو متروك، عن خالد ابن عبد الله السلمي وهو مختلف في صحبته، رواه عنه ابنه الحارث وهو مجهول.

دَيْنٍ ﴿ [النساء - ١٢] فنكر (١) الوصية؛ كما نكّر الدّين، ولو وجبت الوصية، لأشبهه أن يقول: «من بعد الوصية» وبأنه لو لم يوص، يقسم جميع ما له بين ورثته بالإجماع، ولو كانت واجبة، لخرج [شيء من] المال عن قسمة الورثة، كالدّين، وبأنها عطية، فلا تجب، كالهبة في الحياة، وبما روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «ما حقّ أمرىء مسلم له مال يريد أن يوصي فيه، يبيت ليلتين، إلاّ ووصيته مكتوبة» (٢) عنده» فوضّ الوصية إليه، وعلّقها بإرادته.

والذي روي من غير تغليق أنه ﷺ قال: «ما حقّ أمرىء مسلم له شيء يوصي فيه، يبيت ليلتين، إلاّ ووصيته مكتوبة عنده». فقد قال الشافعي - رضي الله عنه -: يحتمل أن يكون المراد ما الحزم والأختياط إلاّ هذا، وذلك؛ لأنه قد يفاجئه الموت، وما ينبغي أن يغفل المؤمن عن الموت، والاستعداد له، والإناية إلى الدار الآخرة، ويحتمل أن يكون المراد: ما المعروف في مكارم الأخلاق إلاّ هذا، وهو مثل ما روي أنه ﷺ قال: «حقّ [على] (٣) كل مسلم أن يغتسل في الأسبوع مرّة» (٤) فظهر بالوجه المذكورة أن الوصية ليست واجبة.

نعم، من عنده ودبعة، أو في ذمته حقّ لله تعالى؛ من زكاة، أو حجّ، أو دين لادمي، يجب عليه أن يوصي فيه، إذا لم يعلم به غيره (٥).

وأما الاستخفاف، فالأفضل تعجيل الصدقة في الحياة [لما روي] عن رسول الله ﷺ أنه قال: «أفضل الصدقة أن يتصدق وأنت صحيح صحيح، تأمل الغنى، وتخشى الفقر، ولا تمنهل حتى إذا بلغت الخلقوم، قلت: لفلان كذا» (٦).

وإن أزد الوصية، فالأفضل أن يقدم من لا يرث من أقاربه، ويقدم منهم [الأقارب] المحارم، ثم غير المحارم، ثم يقدم بالرضاع، ثم بالمصاهرة، ثم بالولاء،

(١) في ز: نكر.

(٢) متفق عليه. (٣) سقط في ز.

(٤) متفق عليه من حديث أبي هريرة بلفظ: حق لله على كل مسلم أن يغتسل في سبعة أيام يوماً، يغسل رأسه وجسده، زاد النسائي: وهو يوم الجمعة.

(٥) قال النووي: المراد إذا لم يعلم به من يثبت بقوله والله أعلم.

(٦) قال في الخادم: ينبغي أن يزيد ولا يخشى من كتمان بعض الورثة والموصى له ومن غيرهم، ولو قال من يوثق به لكان أولى، وتمثله بما ذكر يقتضي تخصيصه بما تدخله النيابة فلا تصح الوصاية بالصلاة الفاتية في ذمته.

(٦) متفق عليه من حديث أبي هريرة.

ثُمَّ بِالْجَوَارِ، كَمَا فِي الصَّدَقَاتِ الْمُنْجُزَةِ. وَفِي «أَمَالِي» أَبِي الْفَرَجِ السَّرْحَسِيِّ - رَحِمَهُ اللَّهُ -؛  
أَنَّ مَنْ قَلَّ مَالُهُ، وَكَثُرَ عِيَالُهُ، فَالْمُسْتَحَبُّ لَهُ أَلَّا يُقَوِّتَهُ عَلَيْهِم بِالْوَصِيَّةِ وَالْمَشْهُورُ الْأَوَّلُ<sup>(١)</sup>.

إِذَا تَقَرَّرَ ذَلِكَ، فَالْوَصِيَّةُ قَدْ يَكُونُ لِلإِنْسَانِ، وَقَدْ تَكُونُ إِلَيْهِ، وَالْوَصِيَّةُ لَهُ قَدْ  
تَصِحُّ، وَقَدْ تُفْسَدُ، وَإِذَا صَحَّتْ، فَقَدْ يَسْتَجِرُّ الْمُوصِي عَلَيْهَا، وَقَدْ يَزِجُّ، وَإِذَا أَسْتَمَرَ،  
أَمْضَيْتْ، وَحُكْمٌ بِمُوجِبِهَا، وَهَذِهِ الْمَقَاصِدُ مَحْضُورَةٌ فِي الْكِتَابِ فِي أَرْبَعَةِ أَبْوَابٍ:

أَحَدُهَا: فِي أَرْكَانِ الْوَصِيَّةِ، وَيُبَيِّنُ فِيهِ صَحِيحَهَا مِنْ فَاسِدِهَا.

وَالثَّانِي: فِي أَحْكَامِهَا، إِذَا صَحَّتْ، وَأَسْتَمَرَ الْمُوصِي عَلَيْهَا.

وَالثَّلَاثُ: فِي الرُّجُوعِ عَنْهَا.

وَالرَّابِعُ: فِي الْوَصَايَا بِأَرْكَانِهَا، وَأَحْكَامِهَا.

أَمَّا أَلْبَابُ الْأَوَّلِ؛ فَلِلْوَصِيَّةِ عَلَى الرُّسْمِ الْمَعْهُودِ أَرْبَعَةُ أَرْكَانٍ: الْمُوصِي، وَالْوَصِي،  
وَالْمُوصَى لَهُ، وَالْمُوصَى بِهِ. وَالصِّيغَةُ.

أَمَّا الْمُوصِي، فَقَالَ صَاحِبُ الْكِتَابِ: «وَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ مِنْ كُلِّ مُكَلَّفٍ حُرٍّ وَفِي هَذَا  
الضَّبْطِ قِيدَانٍ:

أَحَدُهُمَا: التَّكْلِيفُ، فَلَا يَصِحُّ وَصِيَّةُ الْمَجْنُونِ، وَالْمُبْزِمِ وَالْمَعْتُوهِ الَّذِي لَا  
يَعْقِلُ، وَالصَّبِيِّ الَّذِي لَا يُمَيِّزُ، وَفِي وَصِيَّةِ الصَّبِيِّ الْمُمَيِّزِ وَتَذْيِيرِهِ قَوْلَانِ:

أَرْجَحُهُمَا: عِنْدَ الْأُسْتَاذِ أَبِي مَنْصُورٍ - رَحِمَهُ اللَّهُ - : أَنَّهُمَا صَحِيحَتَانِ؛ لِمَا رُوِيَ أَنَّ  
غُلَامًا مِنْ غَسَّانٍ حَضَرَتْهُ الْوَفَاةُ، وَلَهُ عَشْرُ سِنِينَ، فَأَوْصَى لِابْنَتِ عَمِّ لَهُ، وَلَهُ وَارِثٌ،  
فَرَفَعَتْ، الْقِصَّةُ إِلَى عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فَأَجَازَ وَصِيَّتَهُ<sup>(٢)</sup>.

(١) قضية قوله كما في الصدقة المنجزة «يقدم فيها غير الوارث على الوارث، والمذكور في باب  
صدقة التطوع أن الوارث مقدم.

وقضية كلامه أيضاً أن من له عيال وهو قليل المال يستحب له الوصية على الصحيح، والأصح  
عند الشيخ المصنف أنه لا يجوز إذا كان ذلك يضيع عياله. وقال الشيخ: إنه مكروه.

(٢) أخرجه مالك من حديث عمرو بن سليم الزرقني أنه قال لعمر بن الخطاب: إن ههنا غلاماً لم  
يحتلم من غسان، ووارثه بالشام، وهو ذو مال، وليس له ههنا إلا ابنة عم، فقال عمر: فليوص  
لها - الحديث - ورواه أيضاً من وجه آخر وفيه: أن الغلام كان ابن اثنتي عشرة سنة أو عشر سنين، =

وَعَنْ عُثْمَانَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّهُ أَجَازَ وَصِيَّةَ غَلامِ ابْنِ إِخْدَى عَشْرَةَ سَنَةً<sup>(١)</sup>؛  
وَلأنَّ الوَصِيَّةَ لا تُزِيلُ مُلْكَهُ في الْحَالِ، وَتُفِيدُ الثُّوبَ بَعْدَ الْمَوْتِ، فَتَصِحُّ كَسَائِرِ  
القُرْبَاتِ، وَبِهَذَا القَوْلِ قَالَ مالِكٌ وَأَحْمَدُ - رَحِمَهُما اللهُ تَعَالَى - .

والثَّانِي، وَهُوَ الأَظْهَرُ عِنْدَ الأَكْثَرِينَ، وَبِهِ قالَ أَبُو حَنِيفَةَ: أَنَّهُما بِإِطْلانِ كَهْبَتِهِ  
وَإِعْتاقِهِ، وَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ لا عِبارةَ لَهُ؛ وَلِهَذَا لا يَصِحُّ بَيْنُهُ، وَإِنْ كانَ فِيهِ غَبْطَةٌ، وَفي السَّفِيهِ  
المُبَدَّرِ طَرِيقانِ:

أحَدُهُما: تَخْرِيجُ<sup>(٢)</sup> وَصِيَّتِهِ، إِذا كانَ مَخْجوراً عَلَيْهِ القَوْلينِ في وَصِيَّةِ الصَّبِيِّ  
المُمَيِّزِ، وَهَذَا ما أوردَهُ صَاحِبُ «التَّيْمَةِ» - رَحِمَهُ اللهُ - .

وَأَصْحُهُما: القَطْعُ بِالصَّحَّةِ، مَخْجوراً كانَ أَوْ لَمْ يَكُنْ؛ لِأَنَّ عِبارةَ صَحِيحَةٍ؛ أَلَّا  
تَرى أَنَّ طِلاقَهُ يَقَعُ وَإِقْرارُهُ بِالْعُقوباتِ يُقْبَلُ.

والثَّانِي: الحُرِّيَّةُ، فَلَوْ أَوْصَى الرُّقِيقُ، وَماتَ على الرُّقِّ، لَعَتَّ وَصِيَّتُهُ، وَإِنْ عَتَّقَ،  
ثُمَّ ماتَ، فَوَجَّهانِ: أَظْهَرُهُما، وَيُحْكى عَنِ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ -: أَنَّها لِأَعْيَةٍ أَيْضاً؛  
لأنَّهُ لَمْ يَكُنْ أَهلاً، حَيْثُ.

والثَّانِي: الصَّحَّةُ؛ لِأَنَّهُ صَحيحُ العِبارةِ، وَقَدْ أَمَكَّنَ تَنفيذُ وَصِيَّتِهِ، وَالْمُكَاتَبُ  
كَالقِنِ<sup>(٣)</sup>، وَيدخُلُ في الصَّنِيطِ المذْكورِ الكافِرُ؛ فَتَصِحُّ؛ وَصِيَّتُهُ، كما يَصِحُّ إِعتاقُهُ  
وتمليكَتَهُ، نَعَم، يُشْتَرطُ أَنْ يُوصِيَ بِما يُتَمَوَّلُ أَوْ يُقْتَنى، فلا تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ بِالخَمْرِ  
والخِنْزِيرِ، وَسواءَ أَوْصَى لِمُسلِمٍ، أَوْ ذِمِّيٍّ؛ وَأَلَّا يُوصِيَ لِجَهَةِ مَغْصِبَةٍ، كما إِذا أَوْصَى  
بِعِمارَةٍ<sup>(٤)</sup> كَنِيسَةٍ، أَوْ بِنائِها، أَوْ لِكُتْبَةِ التَّوْراةِ وَالإِنْجِيلِ، أَوْ لِقِرائَتِهِما وما أَشْبَهُهما.

= وقال البيهقي: علق الشافعي القول بجواز وصية الصبي وتدبيره بثبوت الخير عن عمر، لأنه منقطع وعمرو بن سليم لم يدرك عمر. قلت: ذكر ابن حبان في ثقافته أنه كان يوم قتل عمر جاوز الحلم، وكأنه أخذه من قول الواقدي أنه كان حين قتل عمر راهق الاحتلام.

(١) أخرجه ابن شيبه من طريق الزهري: أن عثمان أجاز فذكر مثله سواء قاله الحافظ في التلخيص.

(٢) في: تخرج.

(٣) وإلحاقه المكاتب بالقن فيه نظر، والمتجه الصحة فيه إذا أعتق ثم مات إذ لا ضرر فيه على السيد، وقضيته أنها لا تصح ولو أذن له السيد، ويشبه أن يكون على الخلاف في تبرعته بالإذن.

(٤) في أ: لعمارة.

وَعَدُوا مِنْ هَذَا الْقَبِيلِ الْوَصِيَّةَ لِذَهْنِ سِرَاجِ الْبَيْعِ وَلَكِنَّ قَيْدَ الشَّيْخِ أَبُو حَامِدٍ الْمَنْعَ بِمَا إِذَا قَصِدَ تَعَظُّمُ الْبَقْعَةِ؛ فَأَمَّا إِذَا قَصِدَ أَنْتِفَاعَ الْمَقِيمِينَ، أَوْ الْمُجْتَازِينَ، بِضَوْئِهَا، جَازَتْ الْوَصِيَّةُ<sup>(١)</sup>، كَمَا إِذَا أَوْصَى بِصَرْفِ شَيْءٍ إِلَى أَهْلِ الذَّمَّةِ، ثُمَّ هَذَا الشَّرْطُ لَا يَخْتَصُّ بِوَصِيَّةِ الْكَافِرِ، بَلْ هُوَ مُعْتَبَرٌ فِي وَصِيَّةِ الْمُسْلِمِ أَيْضاً، حَتَّى لَوْ أَوْصَى بِبِنَاءِ بُقْعَةٍ لِأَهْلِ الْمَعَاصِي، لَمْ تَصِحَّ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْ شَرْعِ الْوَصِيَّةِ تَذَارُكُ مَا فَاتَ فِي حَالِ الْحَيَاةِ مِنَ الْحَسَنَاتِ؛ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ فِي وُجُوهِ الْمَعْصِيَةِ، وَيَجُوزُ لِلْمُسْلِمِ وَالذَّمِّيِّ الْوَصِيَّةَ لِعِمَارَةِ الْمَسْجِدِ الْأَقْصَى، وَلِعِمَارَةِ قُبُورِ الْأَنْبِيَاءِ ﷺ، وَالْعُلَمَاءِ الصَّالِحِينَ رَحِمَهُمُ اللَّهُ مَا فِيهَا مِنْ إِحْيَاءِ الزِّيَارَةِ وَالتَّشْرِيكِ بِهَا وَكَذَا الْوَصِيَّةُ لِفَكَ أَسَارَى الْكُفَّارِ مِنْ أَيْدِي الْمُسْلِمِينَ؛ لِأَنَّ الْمَفَادَاةَ جَائِزَةً، كَذَا الْوَصِيَّةُ بِبِنَاءِ رِبَاطٍ يَنْزِلُهُ أَهْلُ الذَّمَّةِ، أَوْ دَارٍ لِتُصْرَفَ عَلَيْهَا إِلَيْهِمْ<sup>(٢)</sup>.

وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «وَيَصِحُّ مِنَ السَّفِيهِ الْمُبْدِرِ» وَيَجُوزُ إِعْلَامُهُ بِالْوَاوِ، لِطَرِيقَةِ الْقَوْلَيْنِ، وَقَوْلُهُ: «لِتَرَدُّدِهَا بَيْنَ مَشَابِهِ الْقُرْبَاتِ وَالتَّمْلِيكَاتِ» إِشَارَةٌ إِلَى تَوْجِيهِ الْقَوْلَيْنِ فِي وَصِيَّةِ الصَّبِيِّ الْمُتَمَيِّزِ، وَقَضِيَّةِ التَّرَدُّدِ الْمَذْكُورِ؛ أَنْ يَجِيءَ فِي الْوَصِيَّةِ الْجِهَاتُ الْعَامَّةُ الَّتِي

(١) وهو يقتضي تفرد الشيخ أبي حامد به، وليس كذلك ففي الكفاية وهو ما حكاه البندنجي وصاحب العدة والفوراني وغيرهم.

وكذا القاضي الحسين في تعليقه والمحاملي في المجموع وسليم في المجرد، لكن الصواب أن هذا إذا كان بحيث ينزل بها المسلمون وإلا فهو إعانة لأهل الذمة على باطلهم فيمتنع، وإليه يشير كلام القاضي الحسين في فتاويه فقال: لو أوصى أن يصرف شيء من ماله إلى قتاديل أهل الذمة. ينظر فإن كانوا يوقدون لقراءة التوراة لم يجز كبناء الكنيسة وإن كانوا يوقدون لتبصر المارة جاز. انتهى وذكر الجرجاني في المعاينة مثله.

(٢) قضية تقييد الشيخ القبور بما ذكره أنه لا تجوز الوصية بعمارة غيرها من القبور ويؤيده ما ذكره المتولي في باب الوقف أن الوقف على المقبرة لتصرف الغلة على عمارة القبور لا يجوز لأن الموتى صائرون إلى البلا والعمارة لا تلائم حالهم. قال في الخادم: لكن تعليقه هنا بإحياء الزيارة يقتضي الجواز مطلقاً، وسكت عن تبين المراد بالعمارة وتبعه النووي فإن كان المراد ببناءها بالآلات والبناء عليها فيمتنع وكذا لو أوصى ببناء قبة وقصد بها تعظيم القبور كما كانت في الجاهلية ففعله، وإن كان المراد بعمارتها رد التراب فيها وملازمتها خوفاً من الوحش وإعلام الزائرين بها لثلا يندرس فقريب، وما جزم به الشيخ من صحة الوصية ببناء رباط ينزله أهل الذمة نص عليه الشافعي في كتاب الجزية ونقله الأئمة هناك وحكى الرافعي قبل باب الهدنة فيما إذا خصص أهل الذمة به وجهين من غير ترجيح.

لَا يَظْهَرُ فِيهَا قَصْدُ الْفَرْبَةِ الْخِلَافِ الَّذِي سَبَقَ ذِكْرُهُ فِي «الْوَقْفِ» عَلَى الْأَغْنِيَاءِ، وَحَيْثُ يُدْخِلُ قَيْشِيَهُ مَجِيئُهُ فِي الْوَصِيَّةِ لِفِكَ أَسَارَى الْكُفَّارِ؛ لِأَنَّهُ، وَإِنْ جَازَ، فَلَا يَكَادُ يَلْتَحِقُ بِالْمَنْدُوبَاتِ، وَالْقُرْبَاتِ.

وَلْيُعْلَمَ قَوْلُهُ: «إِلَّا أَنْ يُوصِيَ بِخَمْرٍ، أَوْ خِنْزِيرٍ، وَلِعِمَارَةِ الْكَنِيسَةِ، وَبِنَائِهَا».

[بالحاء لأن أبا حنيفة - رحمه الله - يُجَوِّزُ وصية الكافر بالخمر والخنزير]<sup>(١)</sup>.

وَأَعْلَمُ أَنَّ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ، وَالَّتِي بَعْدَهَا، كَالْأَجْنَبِيِّ عَنِ هَذَا الرُّكْنِ، فَإِنَّهُ مَعْقُودٌ لِبَيَانِ مَنْ تَصَحَّ مِنْهُ الْوَصِيَّةُ.

وَالْكَافِرُ تَصَحَّ وَصِيَّتُهُ فِي الْجُمْلَةِ، لَكِنْ لَمَّا كَانَ صَدُورُ هَذِهِ الْوَصِيَّةِ وَنَحْوِهَا مِنَ الْكَافِرِ أَظْهَرَ، حَسَنَ إِيرَادِهَا مَعَ ذِكْرِ وَصِيَّةِ الْكَافِرِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: الرُّكْنُ الثَّانِي: الْمَوْصَى لَهُ وَهُوَ كُلُّ مَنْ يَتَّصَرُّ لَهُ الْمَلِكُ إِلَّا الْقَاتِلَ وَالْوَارِثَ، فَلَوْ أَوْصَى لِحَمَلٍ جَازَ بِشَرْطِ أَنْ يَنْفَصَلَ حَيًّا لَوْقَتِ يُعْلَمُ وَجُودُهُ عِنْدَ الْوَصِيَّةِ، وَهُوَ لِمَا دُونَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، فَإِنْ كَانَ لِمَا فَوْقَهُ وَالْمَرْأَةُ ذَاتُ زَوْجٍ لَمْ يَسْتَحِقَّ لِظُهُورِ طَرِيَانِ الْعُلُوقِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَأَظْهَرَ الْوَجْهَيْنِ أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ، إِلَّا أَنْ يُجَاوِزَ أَرْبَعَ سِنِينَ لِأَنَّ طَرِيَانَ وَطءِ الشَّبَهَةِ بَعِيدٌ، وَمَهْمَا أَنْفَصَلَ مَيِّتًا وَلَوْ بِجِنَايَةِ جَانٍ فَلَا شَيْءَ لَهُ، وَلَوْ أَوْصَى لِحَمَلٍ سَيَكُونُ فَسَدَ فِي أَصْحِ الْوَجْهَيْنِ إِذْ لَا مُتَعَلِّقٌ لِلْمَعْدِ فِي الْحَالِ، وَلَوْ أَوْصَى بِحَمَلٍ سَيَكُونُ صَحَّ فِي أَصْحِ الْوَجْهَيْنِ، كَالْوَصِيَّةِ بِالْمَنَافِعِ وَتِمَارِ الْأَشْجَارِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْوَصِيَّةُ إِمَّا أَنْ تَكُونَ لِجِهَةٍ عَامَّةٍ، أَوْ لِشَخْصٍ مُعَيَّنٍ؛ إِنْ كَانَتْ لِجِهَةٍ عَامَّةٍ، فَالشَّرْطُ أَلَّا تَكُونَ جِهَةً مَعْصِيَةً، وَقَدْ أُنْذِرَ ذِكْرُهُ فِي الرُّكْنِ الْأَوَّلِ، وَإِنْ كَانَتْ لِمُعَيَّنٍ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَتَّصَرَّ لَهُ الْمَلِكُ<sup>(٢)</sup>، وَيَتَعَلَّقُ بِهَذَا الضُّبُطِ مَسَائِلُ دُخُولًا وَخُرُوجًا.

أَحَدُهَا: الْوَصِيَّةُ لِلْحَمَلِ جَائِزَةٌ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ أَوْسَعُ مَجَالًا مِنَ الْإِرْثِ؛ أَلَّا تَرَى أَنَّ الْمَكَاتِبَ وَالْكَافِرَ لَا يَرِثَانِ، وَيَجُوزُ لَهُمَا الْوَصِيَّةُ، فَإِذَا أُثْبِتَ الْمِيرَاثُ لِلْحَمَلِ، فَالْوَصِيَّةُ أَوْلَى بِالْجَوَازِ.

ثُمَّ يُنظَرُ؛ إِنْ قَالَ: أَوْصِيْتُ لِحَمَلٍ فَلَانَةَ، أَوْ لِحَمَلٍ فَلَانَةَ الْمَوْجُودِ الْآنَ، فَلَا بُدَّ لِنُفُوذِ الْوَصِيَّةِ مِنْ شَرْطَيْنِ:

(١) سقط في أ، ز.

(٢) قال الشيخ البلقيني: هذا الضبط ليس بمستقيم، فالعبد لا يتصور له الملك والوصية له صحيحة حتى لو عتق قبل الموت كانت له والمرتد كذلك.



أحدهما: أن يُغَلَمَ وجوده عند الوصيَّة؛ بأن يَنْفَصِلَ لِأَقْلٍ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، فَإِنْ أَنْفَصَلَ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِداً، نُظِرَ؛ إِنْ كَانَتْ الْمَرْأَةُ فِرَاشاً لِزَوْجٍ، أَوْ سَيِّدٍ، لَمْ يَسْتَحِقْ شَيْئاً؛ لِاحْتِمَالِ حُدُوثِ الْعُلُوقِ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ، وَالْأَضْلُ عَدَمُ الْحَمْلِ يَوْمَئِذٍ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ فِرَاشاً، بَلْ فَارَقَهَا مُسْتَفْرِشَهَا قَبْلَ الْوَصِيَّةِ؛ فَإِنْ كَانَ الْأَنْفِصَالُ لِأَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ مِنْ وَقْتِ الْوَصِيَّةِ، فَكَذَلِكَ لَا يَسْتَحِقُّ شَيْئاً<sup>(١)</sup>؛ لِلْعِلْمِ بِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ مَوْجُوداً.

وَإِنْ كَانَ الْأَنْفِصَالُ لِمَا دُونَ ذَلِكَ، فَقَوْلَانِ، وَقَالَ صَاحِبُ الْكِتَابِ فِي آخِرِينَ: وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: الْمَنْعُ؛ لِاحْتِمَالِ حُدُوثِ الْعُلُوقِ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ، وَيُخَالِفُ النَّسَبَ، فَإِنَّهُ يَكْفِيهِ الْإِمْتِكَانُ، وَهَذَا مَا اخْتَارَهُ الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ، وَعَزَاهُ بَعْضُهُمْ إِلَى رِوَايَةِ الرَّبِيعِ، وَبَعْضُهُمْ إِلَى تَخْرِيجِ ابْنِ الْقَاصِرِ.

وَأَظْهَرُهُمَا: عِنْدَ الْعِرَاقِيِّينَ وَغَيْرِهِمْ، وَمِنْهُمْ صَاحِبُ الْكِتَابِ: أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ وَيُكْتَفَى بِأَنَّ الظَّاهِرَ وَجُودَهُ عِنْدَ الْوَصِيَّةِ؛ لِأَنَّ اتِّفَاقَ وَطْءِ الشُّبْهَةِ نَادِرٌ، وَفِي تَقْدِيرِ الزُّنَا إِسَاءَةٌ الظَّنِّ بِالْمُسْلِمِينَ، وَيُنْسَبُ هَذَا إِلَى رِوَايَةِ الْمُزَنِيِّ - رَحِمَهُ اللَّهُ -.

وَلَوْ زَادَ الْمُوصِي؛ فَقَالَ: أَوْصَيْتُ لِحَمَلِ فُلَانَةٍ مِنْ زَيْدٍ، فَكَمَا يُشْتَرَطُ الْعِلْمُ بِوَجُودِهِ عِنْدَ الْوَصِيَّةِ، يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ ثَابِتَ النَّسَبِ مِنْ زَيْدٍ؛ حَتَّى لَوْ كَانَتْ الْوَصِيَّةُ بَعْدَ زَوَالِ الْفِرَاشِ، فَآتَتْ بِوَلَدٍ لِأَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ مِنْ وَقْتِ الْفِرَاقِ؛ لِأَقْلٍ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ الْوَصِيَّةِ، فَلَا يَسْتَحِقُّ؛ لِأَنَّ النَّسَبَ غَيْرُ ثَابِتٍ مِنْهُ بِخِلَافِ مَا إِذَا اقْتَصَرَ عَلَى الْوَصِيَّةِ

(١) قال في الخادم: ذكروا في الطلاق والعدد ما يقتضي إلحاقها بما دونها وأن أقل مدة الحمل ستة أشهر ولحظتان وهو الظاهر؛ لأنه لا بد من تقدير زمن العلق ثم رأيت العلامة نجم الدين بن الرفعة قال في المطلب: الذي يظهر أن الحكم فيما إذا أتت به لسته أشهر كالحكم فيما إذا أتت به لما دونها لأنه لا بد أن يتقدم الأشهر الستة العلق ولا بد له من زمن يتحقق أن الحمل كان موجوداً حين الوصية واستعرف في كتاب الطلاق أن الفوراني قال فيما إذا قال لزوجه إن كنت حاملاً فأنت طالق، فأنت به لسته أشهر فما دونها يقع عليه الطلاق، لكن الذي نص عليه في الأم، وصاحب التلخيص وابن الصباغ وسليم وطائفة ما جرى عليه الرافعي وليس هذا يبحث ولكنه موضع تأمل.

قال صاحب الخادم: يجب تأويل إطلائهم على ما ذكرنا وكذا قول الفارقي، لم يرد الشيخ - أي أبو إسحاق والشيرازي رحمه الله ستة أشهر تحديداً فإنه لا بد من زمان العلق إلا أنه لم يذكره لقلته.

لِحَمَلِ فُلَانَةٍ، وَلَوْ أَقْتَضَى الْحَالُ ثُبُوتَ النَّسَبِ مِنْ زَيْدٍ، لَكُنْهُ نَفَاهُ بِاللَّعَانِ، فَعَنِ ابْنِ سُرَيْجٍ وَعَامَّةِ الْأَصْحَابِ: أَنَّهُ لَا شَيْءَ لَهُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ.

وعن أبي إسحاقٍ وأختارَهُ الْأَسْتَاذُ أَبُو مَنْصُورٍ: أَنَّهُ يَسْتَحَقُّ؛ لِأَنَّهُ كَانَ النَّسَبُ ثَابِتًا إِلَّا أَنَّهُ انْقَطَعَ بِاللَّعَانِ، وَاللَّعَانُ إِنَّمَا يُؤْتَرُ فِي حَقِّ الزَّوْجَيْنِ.

وَهَذَا الْخِلَافُ كَالْخِلَافِ فِي أَنَّ التَّوَهُّمِينَ الْمُعَيَّنِينَ بِاللَّعَانِ يَتَوَارَثَانِ بِاخْوَةِ الْأُمِّ [وَحَدَهَا]، أَوْ بِاخْوَةِ الْأَبَوَيْنِ، لَكِنَّ الْحِكَايَةَ عَنْ أَبِي إِسْحَاقٍ هُنَاكَ: أَنَّهُمَا لَا يَتَوَارَثَانِ، إِلَّا بِاخْوَةِ الْأُمِّ وَذَلِكَ لَا يُلَايِمُ قَوْلَهُ هَا هُنَا، وَيَجْرِي الْخِلَافُ فِيمَا إِذَا أَوْصَى لِحَمَلٍ جَارِيَةٍ مِنْ سَيِّدِهَا؛ فَادْعَى السَّيِّدُ الْأَسْتَبْرَاءَ، وَرَأَيْتَا نَافِيًا لِلنَّسَبِ.

وَالشَّرْطُ الثَّانِي: أَنْ يَنْفَصَلَ حَيًّا، أَمَا إِذَا انْفَصَلَ مَيِّتًا، فَلَا شَيْءَ لَهُ، وَإِنْ انْفَصَلَ بِجَنَابَةِ جَانٍ، وَأَوْجَبْنَا الْعُرَّةَ، لِمَا مَرَّ فِي الْمِيرَاثِ.

فَرَعَانِ أَحَدُهُمَا: أَنْتِ بَوْلَدَيْنِ بَيْنَهُمَا أَقْلٌ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ لَوْ بَيْنَ الْوَصِيَّةِ وَالْأَوَّلِ أَقْلٌ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ<sup>(١)</sup> صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ لَهُمَا - وَإِنْ زَادَ مَا بَيْنَ الثَّانِي وَالْوَصِيَّةِ عَلَى سِتَّةِ أَشْهُرٍ، وَكَانَتِ الْمَرْأَةُ فِرَاشًا؛ لِأَنَّهَا حَمَلٌ وَاحِدٌ. وَالثَّانِي يَقْبَلُ الْوَصِيَّةَ لِلْحَمَلِ مَنْ يَلِي أَمْرَهُ بَعْدَ خُرُوجِهِ حَيًّا، وَإِنْ قَبِلَهَا قَبْلَ انْفِصَالِهِ، ثُمَّ انْفَصَلَ حَيًّا، فَعَنِ الْقُقَالِ: أَنَّهُ لَا يُعْتَدُ بِذَلِكَ الْقَوْلِ.

وَقَالَ غَيْرُهُ: فِيهِ قَوْلَانِ، كَمَا لَوْ بَاعَ مَالٌ أَبِيهِ عَلَى ظَنِّ أَنَّهُ حَيٌّ، فَبَانَ أَنَّهُ مَيِّتٌ<sup>(٢)</sup>.

هَذَا إِذَا قَالَ: أَوْصَيْتُ لِحَمَلِهَا، أَوْ لِحَمَلِهَا الْمَوْجُودِ، أَمَا إِذَا صَرَخَ؛ فَقَالَ: لِحَمَلِهَا الَّذِي سَيَخْدُثُ، وَيَكُونُ مِنْ بَعْدِ، فَوَجَّهَانِ:

أَظْهَرُهُمَا: عِنْدَ أَكْثَرِ الْأَصْحَابِ: يُطْلَأُ الْوَصِيَّةَ؛ لِأَنَّهَا تَمْلِكُ<sup>(٣)</sup>؛ وَتَمْلِكُ مَنْ لَمْ يُوْجَدْ مُمْتَنِعٌ، وَلِأَنَّهُ مَتَعَلِّقٌ لِلْعَقْدِ فِي الْحَالِ، فَأَشْبَهَ مَا إِذَا وَقَفَ عَلَى مَسْجِدٍ سُبَيْتِي.

وَالثَّانِي: وَبِهِ قَالَ أَبُو إِسْحَاقٍ: أَنَّهَا صَحِيحَةٌ، كَمَا يَصِحُّ بِالْحَمَلِ الَّذِي سَيُوجَدُ،

(١) سقط في ز.

(٢) قضية كلام الشيخ أن الأكثرين على خلاف ما قاله القفال. قال في الخادم: وهو متابع في ذلك البغوي في التهذيب إلى آخر ما ذكره.

(٣) في ز: تمتلك.

فَإِذَا جَازَ تَمْلِيكَ مَا لَمْ يُوجَدْ، جَازَ تَمْلِيكَ مَنْ لَمْ يُوجَدْ، وَهَذَا مَا أَوْزَدَهُ الْأَسْتَاذُ أَبُو مَنْصُورٍ - رَجِمَهُ اللَّهُ - .

وفيه وجهٌ ثالثٌ، وَهُوَ النَّظَرُ إِلَى حَالِ الْمَوْتِ؛ فَإِنْ كَانَ الْحَمْلُ مَوْجُوداً، جِيئَتْهُ صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ. وَإِلَّا، فَلَا. وَقَوْلُهُ: «فَلَوْ أَوْصَى لِحَمَلٍ سَيَكُونُ» دَخِيلٌ فِي هَذَا الرُّكْنِ، بَلْ مَوْضِعُهُ الرُّكْنُ الْمَعْقُودُ فِي الْمَوْصَى بِهِ وَلِأَنَّ الْحَامِلَ عَلَى ذِكْرِهِ [وَهُوَ] تَوْجِيهِ الْوَجْهِ الثَّانِي، وَتَحْنُ تُؤَخَّرُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ، لِتَذَكُّرِهَا مَعَ أَخَوَاتِهَا، وَهُنَاكَ؛ يُعْرَفُ أَنَّ الْوَصِيَّةَ بِالْمَنَافِعِ جَائِزَةٌ، بِلَا خِلَافٍ، وَأَنَّ الْوَصِيَّةَ بِشَمَارِ الْأَشْجَارِ مُخْتَلَفٌ فِيهَا، وَأَنَّ قَوْلَهُ هَا هُنَا «كَالْوَصِيَّةِ بِالْمَنَافِعِ وَشَمَارِ الْأَشْجَارِ» مِنْ طَرِيقَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: أَمَّا الْعَبْدُ فَالْوَصِيَّةُ لَهُ صَحِيحَةٌ، ثُمَّ إِنْ كَانَ حُرّاً عِنْدَ الْأَسْتِخْقَاقِ فَهُوَ لَهُ، وَإِلَّا فَهُوَ لِسَيِّدِهِ، وَفِي ائْتِقَارِهِ إِلَى إِذْنِ السَّيِّدِ فِي الْقَبُولِ (و) خِلَافٌ، وَكَذَا فِي مُبَاشَرَةِ السَّيِّدِ الْقَبُولِ بِتَفْسِيهِ خِلَافٌ (و)، وَإِنْ كَانَ عَبْدٌ وَارِثٌ لَمْ يَصَحَّ (م)، لِأَنَّ الْمَلِكَ لِلْوَارِثِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ عِنْدَ الْأَسْتِخْقَاقِ حُرّاً، أَوْ فِي مِلْكِ أَجَنَبِيٍّ، وَيَصَحُّ الْوَصِيَّةُ لِأُمِّ الْوَلَدِ، وَالْمَكَاتِبِ، وَالْمُدَبِّرِ إِنْ أُعْتِقَ مِنَ الثُّلُثِ، وَإِلَّا فَلَا فَإِنَّهُ عَبْدٌ وَارِثٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَّةُ: الْعَبْدُ الْمَوْصَى لَهُ: إِمَّا أَنْ يَكُونَ لِأَجَنَبِيٍّ، أَوْ لِلْمَوْصِي، أَوْ لِوَارِثِهِ.

الْقِسْمُ الْأَوَّلُ: إِذَا كَانَ لِأَجَنَبِيٍّ، فَتَصَحُّ الْوَصِيَّةُ، ثُمَّ لَا يَخْلُو؛ إِمَّا أَنْ يَسْتَمِرَّ رِقَّهُ، أَوْ لَا يَسْتَمِرَّ.

الْحَالَةُ الْأُولَى: أَنْ يَسْتَمِرَّ رِقَّهُ، فَالْوَصِيَّةُ لِلسَّيِّدِ، حَتَّىٰ لَوْ قَتَلَ الْعَبْدُ الْمَوْصَى لَهُ، لَمْ تَبْطُلِ الْوَصِيَّةُ، وَلَوْ قَتَلَهُ سَيِّدُ الْعَبْدِ، كَانَتْ وَصِيَّتُهُ لِلْقَاتِلِ<sup>(١)</sup>؛ وَفِي ائْتِقَارِ قَبُولِ الْعَبْدِ

(١) قَالَ فِي الْخَادِمِ فِيهِ أَمْرَانِ:

أحدهما: قَدْ نَسَبَ فِي الذِّخَائِرِ الْقَوْلَ بِأَنَّهَا لِلسَّيِّدِ لِلْعِرَاقِيِّينَ. قَالَ: وَبَنُوا عَلَيْهِ فِسَادَ الْوَصِيَّةِ إِذَا كَانَ السَّيِّدُ وَارِثاً، وَحَكَمِي فِي الْوَسِيَّةِ عَنِ الْمَذْهَبِ أَنَّ الْوَصِيَّةَ تَصَحُّ لِلْعَبْدِ وَيَصِفُ أَمْرَهَا، فَإِنْ كَانَ حُرّاً عِنْدَ مَوْتِ الْمَوْصِي مَلَكَهَا أَوْ عَبْدًا فَالسَّيِّدُ وَادْعَى الْوَفَاقَ فِيهِ.

الثَّانِي: أَطْلَقُوا هُنَا أَنَّهَا لِلسَّيِّدِ وَفَصَلُوا فِي الْوَقْفِ وَالْهَبَةِ، فَإِنْ قَصِدَا الْعَبْدَ نَفْسَهُ بَطَلَ فِي الْجَدِيدِ أَوْ السَّيِّدِ أَوْ أُطْلِقَ فَذَلِكَ عَلَى سَيِّدِهِ وَلَمْ يَقُلْ أَحَدٌ هُنَا بِهَذَا التَّفْصِيلِ فَيَحْتَمِلُ حَمْلَ كَلَامِهِمْ هُنَا عَلَى حَالَةِ الْإِطْلَاقِ وَإِلَيْهِ جَنَحَ ابْنُ الرَّفْعَةِ، وَالتَّنْزِيلِ عَلَى مَا سَبَقَ عَلَيْهِ الْأَمْرُ عِنْدَ مَوْتِ الْمَوْصِي إِمَّا =

إِلَى إِذْنِ السَّيِّدِ وَجَهَانٍ، وَقَدْ ذَكَرَهُمَا مَرَّةً فِي «بَابِ مُعَامَلَةِ الْعَبِيدِ» وَالْأَصْحَحُ الْمَنْعُ.

وَهَلْ يَصِحُّ مِنَ السَّيِّدِ مُبَاشَرَةَ الْقَبُولِ بِنَفْسِهِ؟ فِيهِ وَجَهَانٌ:

أَحَدُهُمَا: نَعَمْ؛ لِأَنَّ الْاسْتِحْقَاقَ لَهُ، وَالْفَائِدَةُ تَعُودُ إِلَيْهِ.

وَأَصْحَهُمَا: الْمَنْعُ، لِأَنَّ الْخِطَابَ لَمْ يَجْرِ مَعَهُ، وَالْوَجْهَانِ فِيمَا قِيلَ مَخْصُوصَانِ يَقُولُنَا: «إِنَّ قَبُولَ الْعَبْدِ يَفْتَقِرُ إِلَى إِذْنِ السَّيِّدِ» وَيَجُوزُ أَنْ يَعْصِمَا؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ لِلْسَّيِّدِ بِكُلِّ حَالٍ، فَلَا يَبْعَدُ تَضْحِيحُ الْقَبُولِ مِنْهُ، وَإِنْ لَمْ يُسَمَّ فِي الْوَصِيَّةِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ وَارِثَ الْمُوصِي لَهُ يَقْبَلُ، وَإِنْ لَمْ يُسَمَّ فِي الْوَصِيَّةِ؟

وَهَلْ قَبُولُ السَّيِّدِ الْهَبَّةَ مِنَ الْعَبْدِ عَلَى هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ؟ قَالَ قَائِلُونَ: نَعَمْ.

وَقَالَ الْإِمَامُ: لَا، بَلْ يَبْطُلُ لَا مَحَالَةَ؛ لِأَنَّ الْقَبُولَ بِالْهَبَّةِ كَالْقَبُولِ فِي سَائِرِ الْعُقُودِ، وَقَبُولُ الْوَصِيَّةِ بِخِلَافِهِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ يُعْتَدُّ بِهِ مُتَفَصِّلاً عَنِ الْإِجَابِ، وَإِقْعَاً بَعْدَ خُرُوجِ الْمَوْجِبِ عَنِ أَهْلِيَّةِ الْإِجَابِ، فَصَارَ مِنْ وَارِثِ الْمُوصِي لَهُ مَعَ أَنَّهُ لَمْ يُخَاطَبْ؟ إِذَا صَحَّحْنَا قَبُولَ الْعَبْدِ مِنْ غَيْرِ إِذْنِ السَّيِّدِ، فَلَوْ مَنَعَهُ الْقَبُولُ، قَالَ الْإِمَامُ - رَحِمَهُ اللَّهُ -: الظاهر عندي الصحة، وحصول الملك للسيد، كما لو نهاه عن الخلع، فخالع، وإذا قلنا: لا يصح من غير إذنه؛ فلو ردَّ السيد، فهو أبلغ من عدم الإذن، فلو بدا له أن يأذن في القبول بعد ذلك؛ ففيه احتمال عند الإمام، قال: وإذا صحَّحْنَا الْقَبُولَ مِنَ السَّيِّدِ، فَيَجِبُ أَنْ يَبْطُلَ رَدُّ الْعَبْدِ، لَوْ رَدَّهُ.

وَالثَّانِيَةُ أَلَا يَسْتَمِرُّ رَقُّهُ، بَلْ يُعْتَقَ، فَيُنْظَرُ؛ إِنْ عَتَقَ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي، فَالاستحقاق للعبد؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ تَمْلِكُ بَعْدَ الْمَوْتِ؛ وَهُوَ حُرٌّ حِينَئِذٍ، وَإِنْ عَتَقَ بَعْدَ مَوْتِهِ، فِيمَا أَنْ يَقْبَلَ ثُمَّ يُعْتَقَ وَإِمَا أَنْ يُعْتَقَ ثُمَّ يَقْبَلَ، إِنْ قُبِلَ ثُمَّ عَتَقَ، فَالاستحقاق للسيد، وَإِنْ عَتَقَ ثُمَّ قُبِلَ، فَإِنْ قُلْنَا: الْوَصِيَّةُ تُمْلِكُ بِالْمَوْتِ، أَوْ قُلْنَا: يَتَبَيَّنُ بِالْقَبُولِ الْمَلِكُ مِنْ يَوْمِ الْمَوْتِ، فَالاستحقاق للسيد أيضاً. وَإِنْ قُلْنَا: تَمْلِكُ بِالْقَبُولِ، فَلِلْعَبْدِ.

= يعتق العبد إن كان حينئذ حراً أو سيده ويحتمل عدم مجيء التفصيل هنا، والفرق أنه قد يعتق قبل موت الموصي وقال بعض الفضلاء في الوجه للعبد نظراً، وذلك أنهم قالوا: لو أوصى لعبد فالاعتبار بصرف الوصية وعدمها بوقت الموت، فإن كان حراً حينئذ فالوصية له، وإن كان رقيقاً فإن كان سيداً أجنياً فالوصية له وإن وارثاً فهي وصية للوارث.

وإذا أوصى لعبد زَيد، فباعه من عمرو، فَيَنْظَرُ في وقتِ البَيْعِ، وَيُجَابُ بمثل هذا التَّفْصِيلِ.

ولو أوصى لمن نصفه حرًّا، ونصفه<sup>(١)</sup> لأجنبي؛ فإما أن يكون بينه وبين السيد مهياة، أو لا يكون، إن لم يكن بينهما مهياة، وقبل بإذن السيد، فالموصى به بينهما بالسوية، كما لو احتش أو احتطب، وإن قبل بغير إذنه، فينتى على الوجهين؛ في افتقار العبد إلى إذن السيد، إن احوجناه إليه، فالقبول باطل في نصف السيد، وفي نصفه وجهان؛ لأن ما يملك ينقسم على نصفيه فيلزم دخول بعضه في ملك السيد من غير إذنه.

وإن كانت بينهما مهياة، فينتى على الخلاف في أن الأكساب النادرة، هل تدخل في المهياة؟ وفيه خلافٌ مذكورٌ أولاً في «زكاة الفطر» ومعاد ثانياً في «اللقة» فإن قلنا: إنها لا تدخل في المهياة، فكما لو لم يكن مهياة، وإن قلنا: تدخل، فلا حاجة إلى إذن السيد في القبول، ووجهه: بأنه لما هأياًه، فقد أذن له في جميع الأكساب الداخلة في المهياة ثم أعتبر بأي يوم؟

عن بعض الأصحاب: أن الاعتبار بيوم الوصية، حتى إذا وقعت الوصية في يومه، فالوصية له، وإن كان القبول في يوم السيد، وإذا وقعت الوصية في يوم السيد، فهي له، وإن كان القبول في يوم العبد، وهذا كما أن في اللقة [الاعتبار]<sup>(٢)</sup> بيوم الالتقاط.

وقال المحققون: ليست الوصية كالالتقاط؛ لأن الالتقاط سبب ثبوت الحق، فالوصية على تجردها لا تثبت الحق؛ ألا ترى أنه لو أوصى لعبد، فعتنق قبل موت الموصي، كانت الوصية للعبد؟ ولو ألقط العبد، ثم عتنق قبل تمام الحول، كان حق التملك للسيد، وبنوا ذلك على أن الملك في الوصية بم يثبت إن قلنا: يثبت بموت الموصي، أو قلنا: يتبين بالقبول الملك من يوم الموت، فالاعتبار بيوم الموت.

وإن قلنا: يثبت بالقبول، فوجهان؛ قال الشيخ أبو علي: ذكرهما القفال وأنا معه.

أحدهما: أن الحق الاعتبار بيوم القبول؛ لأنه يوم الملك.

وأصحهما: أن الاعتبار بيوم الموت أيضاً؛ لأنه يتأكد به حق، ويلزم، وإن لم يثبت الملك، كما أن في اللقة الاعتبار بيوم الالتقاط؛ لأنه يثبت به الحق، وإن لم يثبت الملك، والهبة ممن نصفه حرًّا ونصفه رقيقاً، على القولين في دخول الأكساب النادرة في المهياة أيضاً، فإن أدخلناها، فإذا وقع العقد في يوم أحدهما والقبض في يوم

(٢) سقط في: أ.

(١) في ب: ونصفه عبد.

الآخر، فيبئى على أن المَلِكُ في الهبة المقبوضة يَسْتَنِدُ إِلَى وقت الهبة، أو يثبُت عَقِبَ القَبْضِ؟ فإن قلنا؛ بالأول، فالاعتبار بيوم العَقْدِ، وإن قلنا بالثاني، فالاعتبار به أو بيوم القَبْضِ؟ فيه وجهان كالوجهين في الوصية، أن الاعتبار بيوم المَوْتِ أم يوم القَبُولِ؟ تفريراً عَلَى أن المَلِكُ يَحْضُلُ بالقبول، لكنَّ الأظهر في الهبة الاعتبار بيوم القَبْضِ؛ لأنَّ الحَقَّ لا يَلْزَمُ بالهبة، وفي الوصية يَلْزَمُ بالمَوْتِ.

فَرَعَانِ:

أَحَدُهُمَا لو قال: أوصيتُ لنصفه الحرِّ، أو لنصفه الرقيقِ خاصَّةً، فعن القُفَالِ: أن الوصية باطلَّةٌ ولا يجوزُ أن يوصيَ لنصفِ الشَّخْصِ، كما لا يجوزُ أن يرثَ نصفه؛ وعن غيره: أنها تصحُّ، وَيُنزَلُ تقييدُ الموصي منزلةَ المَهَيَاةِ؛ فيكون الموصى به للسيد، إن أوصى لنصفه الرقيق، وله إن أوصى لنصفه الحرِّ<sup>(١)</sup>.

الثاني: تردَّد الإمام فيما إذا صرح بإدراج الأَكْسَابِ النادرة، في المَهَيَاةِ أنها تدخل لا محالة، أو يَكُونُ على الخلاف؟ وفيما إذا عَمَّتِ الهبات، والوصايا في قَطْرِ، أنها تَدْخُلُ لا محالة، كالأكساب العامة، أو هي عَلَى [الخلاف]<sup>(٢)</sup> لَأَنَّ الغالبَ فيها النُدُورُ<sup>(٣)</sup>.

القسم الثاني: إذا كان العبدُ الموصى له، للموصى، نُظِرَ؛ إن أوصى لعبده القِرْنَ برقبته، فهذه الصورة لها ذكْرٌ في القسم الثاني من الباب الثاني في الكتاب، وستذكرها إن شاء الله تعالى، وإن أوصى له بجزءٍ من رقبته، نَفَذَتِ الوصيةُ فيه، وَعَقَّتْ ذلك الجزء، وكذلك لو قال: أوصيتُ له بثُلثِ مالي، ولا مال له سواه.

ولو قال: أوصيتُ له بكلِّ ما أملك من رقبَةٍ، وغيرها من أموالي، نَفَذَتِ الوصيةُ في ثلثه، وبقي باقيه رقيقاً للورثة؛ فتكونُ الوصيةُ له بالثلثِ مِنْ سائر أمواله وصيةً لمن بعضه حرٌّ وبعضه رقيق للوارث، وحكهما سيأتي. ولو قال: أوصيتُ له بثلث ما أملك، أو بثُلثِ أموالي، ولم ينصَّ عَلَى رقبته، فوجهان.

(١) قال النووي الأصح الثاني والله أعلم.

وفيما رجحاه نظر بل القياس ترجيح الأول؛ لأن ما حصل للبعض يكون مقسوماً بينهما وهو متعذر، وما لا فلا ويقع مشتركاً بين السيد والمبعض وهو يؤدي إلى الإبطال جملة كما هو المنقول عن الشيخ أبي علي كما يأتي فيما إذا أوصى لمبعض وكان بينهما مهياة وقلنا: لا يدخل الإذن في المَهَيَاةِ إذا لم يكن بينهما فقال الشيخ أبو علي: إن انتهينا إلى ذلك أبطلنا الوصية أيضاً فإن المبعض منهما يتصرف إلى مالك الرق ويصرفه إلى الوارث غير جائز فبطلت.

(٢) سقط في: أ.

(٣) قال النووي: الراجح طرد الخلاف مطلقاً، لكثرة التفاوت.

أظهرهما: وهو جواب ابن الحَدَّاد: أن رقبته تَدْخُلُ في الوصِيَّة؛ لأنها من جملة أمواله.

والثاني: لا تَدْخُلُ؛ لأن قوله: «أوصيتُ لك بثلث أموالي» يُشعرُ بالمغايرة بين الموصى به، وبين الموصى له، وبأن المراد ما سيوى رقبته، فعلى هذا؛ لا يعتق منه شيء، والوصية له وصية للعبد بغير رقبته، وعلى الأول الحكم كما لو قال: أوصيتُ له بثلث رقبته، وبثلث سائر أموالي، وقد بيَّناه، هكذا ذكر [ه] الشيخ أبو علي.

وفي «التهذيب» وجه آخر؛ وهو أن تجمع الوصية في رقبته، فإن خرج كله من الثلث، عتق، وإن كان الثلث أكثر من قيمة رقبته، صُرف الفضلُ إليه، وإن لم يخرج كله من الثلث، عتق منه بقدر ما يخرج<sup>(١)</sup>، وإن أوصى له بعين مال، أو قال: أعطوه من مالي كذا، فإن مات، وهو ملَّكُه، فالوصية للورثة، وإن باعه الموصي، فهو للمشتري، وإن أعتقه، فهو للعتيق<sup>(٢)</sup>.

ولو أوصى له بثلث جميع أمواله، وشرط<sup>(٣)</sup> تقديم رقبته، عتق جميعه، ودفع إليه ما يتم به الثلث.

ويجوز أن يوصي الإنسان لأم ولده؛ لأنها حرة بعد موته، ثم هي تعتق من رأس المال، والوصية تُعتَبَرُ من الثلث، وكذا المكاتب؛ لأنه مستقل بالملك، ثم لو عجز ورث، صارت الوصية للورثة، وكذا المدبر، والعتق والوصية معتبران من الثلث، فإن وقى بهما، عتق [وتفدَّت الوصية، وإن لم يف الثلث بالمدبر، عتق منه]<sup>(٤)</sup> بقدر الثلث،

(١) وفي البحر في آخر باب الكتابة لو أوصى لعبد بثلث ماله. قال بعض أصحابنا بخراسان فيه ثلاثة أوجه: أحدها لا يصح، والثاني: يصح بثلثه، والثالث: يصح بجميع ثلثه ويقدم نفسه عليه. انتهى. وقال الصميري في الإيضاح: لو أوصى لعبد بثلث ماله سئل الوارث عنه، فإن قال رقبته دخلت في الثلث فقد عتق ثلثه وإن قال: إنما أردت ثلث ما سوى رقبته فالوصية باطلة لأن الظاهر أن الموصى به عين الموصى له وحيثه فيجمع خمسة أوجه.

(٢) وما جزم به في صورة البيع جزم صاحب البحر بخلافه فقال: لو أوصى لعبد نفسه لا يصح لأن العبد لا يملك شيئاً وما يوصى به يكون لسيدته، ولو أوصى به ثم باعه من رجل ثم مات الموصي لم يصح أيضاً لأن الوصية لم تتعد لعبد نفسه أصلاً. انتهى وقد نقله عنه في الكفاية. ثم قال وفيه نظر من وجهين:

أحدهما: أن البندنجي قال في الوصية لعبد نفسه وصية لعبد وارثه في الحقيقة لأنه يكون لوارثه بعد الموت، فأى فرق بينهما. والثاني: أن الرافعي حكى عنه في الركن الرابع من القسامة أنه لو أوصى لعبد نفسه ثم أعتق قبل أن يموت تصح الوصية والبيع من الأجنبي كالعتق.

(٤) سقط في: ز.

(٣) في أ: بشرط.

وصارت الوصية لمن بغضه حرًا، وبعضه رقيقًا للوارث، وإن وُقي الثلث بأحد الأمرين من المُدبّر، أو المُوصى له، كما إذا كان المُدبّر يساوي مائة، والوصية بمائة، وله سواهما مائة، فوجهان<sup>(١)</sup>:

أحدهما: تقدم رقبته، فيُعتق كلُّه، ولا شيء له من الوصية.

والثاني: يُعتق نصفه، والوصية [وصية]<sup>(٢)</sup> لمن بغضه [حرًا] وبعضه رقيقًا للوارث، وهذا أصحُّ عند صاحب «التهذيب» وبالأول أجاب الشيخ أبو علي<sup>(٣)</sup>.

القسم الثالث: إذا كان العبد الوارث المُوصى، بأن باعه قبل موت الموصي، فالوصية للمُشترى، وإن أعتقه، فللمعتق، إن أستر في ملكه، فهي وصية للوارث، وسيأتي حكمها إن شاء الله تعالى.

وكذلك لو أوصى لعبد أجنبي، واشتراه وارثه، ثم مات الموصي.

ولو أوصى لمن نصفه حرًا، ونصفه لوارثه، فإن لم تكن بينه وبين السيد مهايأة أو كانت بينها مهايأة، وقلنا: إن الوصية لا تدخل في المهايأة، فهي كالوصية للوارث؛ لأن ما يثبت له بالوصية، يكون نصفه للوارث، ولهذا قلنا: إنه لا يرث: لأنه لو ورث شيئاً، لملك السيد نصفه، وهو أجنبي عن الميت.

قال الإمام: وكان يحتمل أن يعرض الوصية، كما لو أوصى بأكثر من<sup>(٤)</sup> الثلث.

وإن جرث بينهما مهايأة، وقلنا: إنها تدخل في المهايأة، فقد قدمنا أن العبرة بيوم الموت على ظاهر المذهب، فيُنظر يوم موت الموصي، إن مات في يوم العبد، فالوصية صحيحة، وإلا، فهي وصية لوارث، ولا فرق بين أن يكون بينهما مهايأة يوم الوصية أو لا يكون، ثم يحدثانها قبل موت الموصي، [هكذا] قاله الشيخ أبو علي - رحمه الله -.

ولو أوصى لمكاتبٍ وارثه، فإن عتق قبل موت الموصي، نفذت الوصية، وكذا لو عتق بعده بأداء التُّجوم، وإن عجز، ورَقَّ، صارت وصيته للوارث، والله أعلم.

(١) وما جزم به فيما إذا خرج بعضه من الثلث أن يعتق منه بقدره خلاف ما عراه في البحر للجمهور بأنه قال: لو خرج بعضه من الثلث دون جميعه صح من الوصية له بقدر ما عتق منه وبطل منها بقدر ما رق منه. هكذا ذكر في الحاوي وقال سائر أصحابنا: إذا رق بعضه بطلت الوصية، وقال في الكفاية، وعلى ذلك جرى البندنجي.

(٢) سقط في: ب، ز. (٣) قال النووي الأول أصح.

(٤) ما ذكره من التخريج قد حكاه ابن يونس في شرح التعجيز عن جده فقال: يحتمل أن يكون على الوجهين في الوقف عليهما. وأولى بالصحة لأن باب الوصية أوسع.



قَالَ الْعَزَلِيُّ: أَمَا الدَّابَّةُ فَالْوَصِيَّةُ لَهَا بَاطِلَةٌ إِنْ أَطْلَقَ أَوْ قَصَدَ التَّمْلِيكَ، وَإِنْ فَسَّرَ بِالصَّرْفِ فِي عِلْفِهَا صَحَّ، وَهَلْ يُفْتَقَرُ إِلَى قَبُولِ الْمَالِكِ؟ فَوَجْهَانِ، وَإِنْ قَبِلَ فَهَلْ يَلْزَمُ صَرْفُهُ إِلَى الدَّابَّةِ، أَمْ هُوَ كَالْوَصِيَّةِ لِلْعَبْدِ؟ فَوَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ: أَوْصَيْتُ لِلْمَسْجِدِ فَقَدْ قِيلَ: إِنَّهُ كَالدَّابَّةِ، وَلَا يَصِحُّ إِلَّا إِذَا فَسَّرَ بِالصَّرْفِ إِلَى مَصَالِحِهِ، وَالظَّاهِرُ تَنْزِيلُ الْمُطْلَقِ عَلَيْهِ لِلصَّرْفِ بِخِلَافِ الدَّابَّةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْمَسْأَلَةُ الثَّلَاثَةُ: إِذَا أَوْصَى لِدَابَّةِ الْغَيْرِ، وَقَصَدَ تَمْلِيكَهَا، فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ، وَبِمِثْلِهِ أَجَابُوا فِيمَا إِذَا أَطْلَقَ؛ لِأَنَّ مُطْلَقَ اللَّفْظِ لِلتَّمْلِيكَ، وَالدَّابَّةُ لَا تُمْلِكُ، وَفَرَّقُوا بَيْنَ الْوَصِيَّةِ الْمُطْلَقَةِ لِلدَّابَّةِ وَبَيْنَ الْوَصِيَّةِ الْمُطْلَقَةِ لِلْعَبْدِ، بِأَنَّ الْعَبْدَ يَنْتَظِمُ الْخِطَابَ مَعَهُ، وَيَتَأْتَى الْقَبُولَ مِنْهُ؛ وَرَبَّمَا يُعْتَقُ قَبْلَ مَوْتِ الْمَوْصِي، فَيُثْبِتُ الْمَلِكُ لَهُ، بِخِلَافِ الدَّابَّةِ، لَكِنَّهُ قَدْ مَرَّ فِي «الْوَقْفِ» ذِكْرَ وَجْهَيْنِ؛ فِيمَا إِذَا أَطْلَقَ الْوَاقِفُ عَلَيْهَا أَنَّهُ، هَلْ يَكُونُ وَقْفًا عَلَى مَالِكِهَا، فَيُشْبِهُ أَنْ تَكُونَ الْوَصِيَّةُ عَلَى ذَلِكَ الْخِلَافِ؟ وَقَدْ يُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا بِأَنَّ الْوَصِيَّةَ تَمْلِيكَ مُحَضَّرٌ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُضَافَ إِلَيْهِ مِنْ يُمْلِكُ.

وَالْوَقْفُ لَيْسَ بِتَمْلِيكَ مُحَضَّرٌ، بَلْ لَيْسَ بِتَمْلِيكَ، إِذَا قُلْنَا: إِنْ الْمَلِكُ فِيهِ يَزُولُ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى، فَيَجُوزُ أَنْ تَحْتَمِلَ فِيهِ الْإِضَافَةُ إِلَيْهِ مِنْ لَا يَمْلِكُ.

وَلَوْ فَسَّرَ الْوَصِيَّةَ لِلدَّابَّةِ بِالصَّرْفِ فِي عِلْفِهَا، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ؛ لِأَنَّ صَرْفَ عِلْفِ الدَّابَّةِ عَلَى مَالِكِهَا، فَالْقَصْدُ بِهَذِهِ الْوَصِيَّةِ الْمَالِكِ، هَكَذَا نَقَلَ الْمُصَنِّفُ وَصَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» وَغَيْرُهُمَا.

لَكِنَّا ذَكَرْنَا فِي «الْوَقْفِ»؛ أَنَّ أَبَا سَعْدٍ الْمُتَوَلَّى - رَحِمَهُ اللَّهُ - حَكَى فِيمَا لَوْ وَقَفَ عَلَى عِلْفِ بَهِيمَةِ الْغَيْرِ وَجْهَيْنِ؛ فِي صَحَّةِ الْوَقْفِ، وَيُشْبِهُ أَنْ يَكُونَ هَذَا فِي مَغْنَاهُ، وَإِذَا قُلْنَا بِالصَّحَّةِ، وَهُوَ الظَّاهِرُ، فَفِي اشْتِرَاطِ الْقَبُولِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: وَاخْتَارَهُ أَبُو زَيْدٍ: أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ وَتَجْعَلُ هَذِهِ الْوَصِيَّةَ لِلدَّابَّةِ، «فَفِي كُلِّ كَيْدٍ حَرَى»<sup>(١)</sup> أَجْرًا.

(١) متفق عليه في قصة الرجل الذي سقى الكلب العطشان، لكن بلفظ: رطبة، بدل حرى، ورواه الطبراني في الكبير من حديث سراقه بن جعشم بلفظ: في كل كبد حرى سقيتها أجر، وفي رواية له: في كل ذات كبد حرى أجر، وأصله من حديث سراقه عند أحمد. وابن حبان. وابن ماجه، ورواه أبو يعلى الموصلي من حديث القاسم بن مخول السلمي عن أبيه قلت: يا رسول الله الضوال ترد علينا، هل لنا أجر أن نسقيها؟ قال: نعم في كل كبد حرى أجر، وصححه ابن حبان، ورواه أحمد من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: أن رجلاً قال فذكر نحوه، وصححه ابن السكن قاله الحافظ في التلخيص.

وأصحُّهما: وبه قال «صاحب التلخيص»: الاشتراطُ كسائر الوصايا، وهي وصيةٌ للمالك؛ كما لو أوصى بعمارة داره، بتقدير أن يكون وصيةً للدابة، فيبعد حدوث الأستحقاق، لملكه من غير رضا.

وإذا قبل، فهل يتعيَّن صرفه إلى جهة الدابة؟ فيه وجهان:

قال صاحب «التلخيص»: نعم؛ رعايةً لغرض الموصي، وعلى هذا فيتولى الإنفاق الوصيُّ، فإن لم يكن وصيًّا، فالقاضي أو مَنْ نأمره به من المالك وغيره.

وعن القائل: أنه لا يتعيَّن، بل له أن يمسه، وينفق على الدابة من موضع آخر، وقضية إيراد الناقلين ترجيح الأول، وليعرفها هنا شيان؛

أحدهما: قد تكرر في خلاف الكلام أن الوصية على رأي وصيةً للبهيمة نفسها، وحينئذ فلا يتَّجه فرق بين البهائم المملوكة، وبين الوحوش، والصبيود المباحة، وهذا يَغْتَرِضُ على ما قدَّمنا عن صاحب «التتمة» في الوقف؛ أنه لو وقف على علف الطيور المباحة، والوحوش، لم يصحَّ، بلا خلاف، وأن موضع الخلاف ما إذا كانت البهيمة مملوكة.

والثاني: إذا انتقلت الدابة من مالكها إلى غيره، فقياس كون الوصية للدابة الاستمرار<sup>(١)</sup> لها، وقياس كونها للمالك اختصاصها بالمتنقل عنه؛ والله أعلم.

وإذا وصى للمسجد، وفتر بالصرف إلى عمارته، ومصالحته، صحَّت الوصية، وإن أطلق، فوجهان.

أحدهما: البطلان، كالوصية للدابة.

وأظهرهما: الصحة؛ لأن مقتضى العزف تنزيله على المصروف إلى عمارته، ومصالحته، والقيِّمُ يصرف إلى الأهم، والأصلح بأجتهاده.

وإن قال: أردتُ (به)<sup>(٢)</sup> تمليك المسجد، فقد ذكَّر بعضهم أن الوصية لاغية، ولك أن تقول: قد سبق أن للمسجد ملكاً وعليه وقفاً، وذلك يقتضي صحة الوصية وثبوت<sup>(٣)</sup> الملك، والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: أَمَا الْحَزْبِيُّ فَيَصِحُّ (ح) الْوَصِيَّةُ لَهُ عَلَى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ، كَالِهَيْبَةِ

(١) قال النووي: بل القياس اختصاصها بالمتنقل إليه، كما سبق في الوصية للعبد.

(٢) سقط في: ز، ب.

(٣) قال النووي: هذا الذي أشار الإمام الرافعي إلى اختياره هو الأفقه والأرجح.

وَالْبَيْعِ، وَكَذَا الْمُزْتَدُ، وَقِيلَ: لَا يَصِحُّ لِأَنَّهُ تَقَرَّبَ إِلَى مَنْ أَمَرَ بِقَتْلِهِ، وَلَا خِلَافَ فِي جَوَازِهِ لِلذَّمِيِّ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْمَسْأَلَةُ الرَّابِعَةُ: فِي الْوَصِيَّةِ لِأَهْلِ الْحَرْبِ مِنَ الْكُفَّارِ وَجِهَانِ:

أحدهما: الجواز، وبه قال أحمد رحمه الله، كما يجوز البيع، والهبة، منهم، وعلى هذا؛ يخرج ما قدمنا من الوصية؛ لمفاداة أسراهم من أيدي المسلمين.

وثانيهما: المنع، وبه قال أبو حنيفة، وابن القاص؛ لقوله تعالى: ﴿لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ﴾ [المتحنة - ٨] أشعر ذلك بالنهي عن برهم، إذا قاتلونا، وأيضاً، فإننا مأمورون بقتلهم، فلا معنى للتقرب إليهم بالوصية، والظاهر من الوجهين الثاني عند الأستاذ أبي منصور، والأول عند الجمهور، وهو منصوص عليه في «عيون المسائل»<sup>(١)</sup>.

وفي الوقف على الحزبي ذكرنا أن أصح الوجهين المنع، وفرقوا بوجهين:

أحدهما: أن الوقف صدقة جارية، فاعتبر في الموقوف عليه الدوام؛ كما اعتبر في الوقف.

والثاني: أن معنى التملك في الوصية أظهر منه في الوقف؛ ألا ترى أن الموصى له يملك الرقبة، والمنفعة، والتصرف، كيف شاء والموقوف عليه بخلافه؟ فألحقت الوصية بسائر التملكيات، والوجهان في الوصية للحزبي جاريان في الوصية للمرتد، وبنى بعضهم الخلاف في الوصية له على الخلاف في ملكه.

وتجوز الوصية للذمي، بلا خلاف، كما يجوز التصدق<sup>(٢)</sup> عليه، وقد روي «أن صفة - رضي الله عنها - أوصت لأخيها بثلاثين ألفاً، وكان يهودياً»<sup>(٣)</sup>.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: أَمَّا الْقَائِلُ فِيهِ الْوَصِيَّةُ لَهُ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ، يَصِحُّ (ح)، وَلَا يَصِحُّ،

(١) قيل إن الجرجاني طرد الخلاف في الذمي ولم يعز المصنف النص إلا في الحزبي ثم قال والوجهان يجريان في الحزبي.

(٢) في ب: الصدقة.

(٣) أخرجه البيهقي من حديث عكرمة أن صفة قالت لأخ لها يهودي: أسلم ترثني، فرجع ذلك إلى قومه، فقالوا أتبيع دينك بالدنيا، فأبى أن يسلم، فأوصت له بالثلث، ومن طريق أم علقمة: أن صفة أوصت لابن أخ لها يهودي، وأوصت لعائشة بألف دينار، وجعلت وصيتها إلى عبد الله بن جعفر، فطلب ابن أخيها الوصية، فوجد عبد الله قد أفسده، فقالت عائشة: أعطوه الألف دينار أوصت لي بها عمته.

وَيُفْرَقُ فِي الثَّالِثِ بَيْنَ الْوَصِيَّةِ لِلْجَارِحِ وَبَيْنَ الْوَصِيَّةِ قَبْلَ الْجَرْحِ فَإِنَّهُ مُسْتَعَجَلٌ لِلْإِزْثِ،  
وَالْمُسْتَوْلَدَةُ إِذَا قَتَلَتْ سَيِّدَهَا فَإِنَّهُ اسْتَعَجَلَتْ عَتَقَتْ، وَكَذَا مُسْتَحِقُّ الدِّينِ الْمُؤَجَّلِ إِذَا قَتَلَ  
مَنْ عَلَيْهِ الدِّينُ حَلَّ أَجَلُهُ، وَالْمُدَبِّرُ مُرَدَّدٌ بَيْنَ الْمُوصَى لَهُ وَبَيْنَ الْمُسْتَوْلَدَةِ فَيَبِيحُ خِلَافَهُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْمَسْأَلَةُ الْخَامِسَةُ: فِي الْوَصِيَّةِ لِلْقَاتِلِ قَوْلَانِ:

أحدهما: وبه قال أبو حنيفة: أنها غيرُ صحيحة؛ لِمَا رَوَى أَنَّهُ ﷺ قَالَ: «لَيْسَ  
لِقَاتِلِ وَصِيَّةٌ وَأَيْضاً فَإِنَّهُ اسْتَحْقَاقٌ يثبت بِالْمَوْتِ، فَيَمْتَنَعُ بِالْقَتْلِ كَالْمِيرَاثِ.

وأظهرهما: عند العراقيين، وتابعهم الإمام، والرؤياني [أيضاً] أنها صحيحة؛ لأن  
التمليك بالوصية تمليك بإيجاب وقبول فأشبهه التملك بالبيع والهبة، وبهذا قال مالك -  
رحمه الله - ويروى عنه تخصيص الجواز بما إذا كان القتل خطأ، وعن أحمد - رحمه الله -  
روايتان كقولين.

ولا فزق عندنا على القولين بين أن يكون القتل عمداً، أو خطأ، وتكلموا في  
موضعهما من وجهين:

أحدهما: هل من فزق بين أن يكون القتل بحق كالقصاص، أم لا يكون؟ سكت  
الأكثر عنهُ، وقال صاحب «التلخيص»: تجوز الوصية للقاتل بالحق، والخلاف في  
غيره، وأدار الوصية على الإرث وقال القفال: إن ورث القاتل بالحق جوزنا الوصية له،  
وإلا، ففيه الخلاف.

والثاني: أن من الأصحاب من قال: القولان فيما إذا أوصى المجروح لجارحه،  
ثم مات، فأما إذا أوصى لإنسان، فجاء وقتله، بطلت الوصية قولاً واحداً؛ لأنه  
مستعجل بالقتل؛ فيخزم؛ كالوارث، ومنهم من عكس؛ وصحح الوصية جزماً فيما إذا  
أوصى لجارحه، وخصص القولين بما إذا أوصى لإنسان، فجاء وقتله، والأكثر طردوا  
القولين في الحاليتين، فإذا اختصرت، تحصّلت على ثلاثة أقوال، كما في الكتاب  
تصح، لا تصح، تصح إن تقدّمت الجراحة، ويُنظَّل، إن<sup>(١)</sup> تأخرت.

والمستولدة، إذا قتلت سيدها، عتقت، وإن استعجلت؛ لأن الإحبال يُنزَّل منزلة  
الإعناق؛ ألا ترى أنَّ الشريك، إذا أحبل الجارية المشتركة، سرى الأستيلاد إلى

(١) قيد ابن الرفعة الخلاف بما إذا كان حراً أما إذا كان أوصى للقاتل وهو رقيق صحت قولاً واحداً  
لأنها وصية لسيدته وقال الشيخ البلقيني: محل ذلك إذا أوصى له بغير القود أما إذا أوصى له بالقود  
أو عفى عنه في مرض موته فإنه يصح جزماً. ذكره الشيخ أبو حامد في التعليق في باب عفو  
المجنني عليه.

(نصيب) الشريك، كما لو أَعْتَقَ نصيبه، وإذا كان كالإعتاق، لم يقدح القتل فيه، كما إذا أَعْتَقَ العَبْدَ، ثم جاء العبدُ وقتله، وكذلك مستَحِقُّ الدِّينِ المؤجَّلُ، إذا قتل مَنْ عليه الدِّينُ، حلَّ أجله؛ لأنَّ الأجل حَقٌّ مَنْ عَلَيْهِ الحقُّ، أثبت ليرتفق به بالاكتساب في المدَّة، فإذا هَلَكَ، فالحظُّ له في التعجيل؛ لتبرأ ذمته.

وإذا قتل المدبِّرُ سيده، فَيُنَى على أن التَّدبير وصِيَّةٌ، أو تعليقٌ عتق بصفة؟ إن قلنا بالأول، فهو كما لو أَوْصَى لإنسانٍ، فجاء وقتله، وإن قلنا بالثاني، عَتَقَ؛ كالمستولدة، وقال في «التهديب»: إن صَحَّحنا الوصية للقاتل، عَتَقَ المَدبِّرُ، إذا قتل سيده، وإن لم يصحَّحها، لا يُعْتَقُ، وَيُنْبَطُّ التَّدبير، سواءً جعلنا التَّدبير وصِيَّةً، أو تعليقاً للعِتق؛ لأنه، وإن كان تعليقاً، فهو في حكم الوصية، لأنه يُعْتَبَرُ من الثلث، وهذا إثباتٌ للخلاف، سواءً جعلناه وصِيَّةً، أو تعليقاً وإذا أَوْصَى لعبدٍ جارِحِهِ، أو لمدبِّرِهِ، أو لمستولديتِهِ، فإن عَتَقَ قبل موت الموصي، صَحَّتْ الوصية له، وإن انتقل منه إلى غيره، صَحَّتْ الوصية لذلك الغيرِ، وإلا، فهي وصِيَّةٌ للجارح، ولو أَوْصَى لعبدٍ بشيءٍ، فجاءه العبد، وقتله، لم تتأثر به الوصية، وإن جاء [السيد]، وقتله، فهي وصِيَّةٌ للقاتل.

ولو أوصى لمكاتبٍ، فقتل المكاتبُ الموصيَ، فإن عَتَقَ، فهي وصية للقاتل، وإن عجز، فالوصيةٌ صحيحةٌ للسيد وإن جاء سيّدُ المُكاتبِ، فقتله، فالحكم بالعكس، وتجوُّزُ الوصية للعبد القاتل؛ لأنها تَقَعُ للسيد.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَأَمَّا الْوَارِثُ فَلَا وَصِيَّةَ لَهُ لِقَوْلِهِ ﷺ أَلَا لَا وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ، وَإِنْ أَجَازَ الْوَرِثَةَ وَصِيَّةَ الْوَارِثِ وَالْقَاتِلِ وَوَصِيَّةَ الْأَجْنَبِيِّ بِمَا زَادَ عَلَى الثَّلْثِ نَفَذَتْ فِي أَصَحِّ الْقَوْلَيْنِ وَكَانَ تَنْفِيذاً أَوْ إِمْنَاءً، وَفِي الْقَوْلِ الثَّانِي هُوَ أَبْتِدَاءُ (ح م) عَطِيَّةٍ مِنَ الْوَرِثَةِ، فَإِنْ كَانَ عِتْقاً فَلَهُمُ الْوَلَاءُ، وَلَوْ أَوْصَى لِكُلِّ وَاْرِثٍ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ فَهُوَ لَفَوْ، فَإِنْ خَصَّصَ كُلَّ وَاحِدٍ بَعَيْنٍ هِيَ قَدْرُ حِصَّتِهِ فَفِي الْحَاجَةِ إِلَى الْإِجَازَةِ فِيهِ خِلَافٌ، وَالْأَظْهَرُ: أَنَّهُ يَخْتِاجُ إِذْ يَظْهَرُ الْغَرَضُ فِي أَعْيَانِ الْأَمْوَالِ، وَكَذَلِكَ لَوْ أَوْصَى بِأَنْ يَبَاعَ عَيْنُ مَالِهِ مِنْ إِنْسَانٍ يَنْفَعُ (ح و)، وَلَا خِلَافَ أَنَّهُ لَوْ بَاعَ فِي مَرَضٍ الْمَوْتِ عَيْنَ مَالِهِ مِنْ وَاْرِثِهِ بِمَنْ الْمِثْلِ نَفَذَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْمَسْأَلَةُ السَّادِسَةُ: الْوَصِيَّةُ لِلْوَارِثِ، وَتُقَدَّمُ عَلَيْهَا أَنْ الْإِنْسَانَ لَا يَنْبَغِي أَنْ يَوْصِيَ بِأَكْثَرَ مِنْ ثُلْثِ مَالِهِ<sup>(١)</sup>؛ لِحَبْرِ سَعْدٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - الْمَذْكُورِ فِي أَوَّلِ

(١) قال في الخادم: هذه العبارة أي عبارة الرافعي لا ينبغي أن يوصي بأكثر من الثلث غير مخلصة وأحسن منها فينبغي لا يوصي بأكثر من الثلث - وهي عبارة الروضة - وبها عبر البغوي والمتولي والخوارزمي، وقال القاضي الحسين؛ لا يجوز، ومثله قول ابن سريج في الودائع «ليس له ذلك» =

الكتاب، فإن فعل، فإمّا أن يكونَ له وارثٌ خاصٌّ، أو لا يكونَ، إن كان، وردَّ الوارث، ارتدَّتِ الوصيةُ في الزيادة على الثلث، وبطلتْ، وإن أجاز ذَفَعَ المال إلى الموصي له، وما حال إجارته، أهَيَ تنفيذاً وإمضاءً؛ لتصرفِ الموصي، أم ابتداءً عطيةً من الوارث؟ فيه قولان:

أحدهما: أنها ابتداء عطية تُصرفُ الموصي لاغ في الزيادة على الثلث؛ لأنه منهيٌّ عنه، والنهي يقتضي الفساد، وأيضاً، فإن الزيادة متعلِّقٌ بحقِّ الورثة، فيلغو تصرفه فيها، كتصرفِ الراهن في المرهون.

وأصحُّهما: أنه تنفيذ وإمضاء لتصرفِ الموصي، وتصرفه موقوفٌ على الإجازة؛ لأنه تصرفٌ مصادفٌ للملك، وحقُّ الوارث إنما يثبت في ثاني الحال، فأشبهه ببيع الشَّقْصِ المشفُوع، ويدل على انعقاده أنه لو برأ من مرضه، نفذت تصرفاته، ولم يفتقر إلى الاستئناف، وقد يُعبَّرُ عن الغرض بعبارةٍ أخرى، وهي أن الوصية بالزيادة، (على الثلث)<sup>(١)</sup> غيرُ نافذةٍ إن لم يجز الوارث، وإن أجاز، ففي نفوذها بالإجازة قولان.

فإن لم يكن له وارثٌ خاصٌّ، فوصيته بالزيادة على الثلث باطلة؛ لأنه لا مجيز،

= ونحوه، وقول الماوردي «فأما الزيادة على الثلث فممنوع منها في قليل المال وكثيره لأن النبي ﷺ نهى سعداً». انتهى.

وهو ظاهر في التحريم، وكذا قال أبو زكريا الساجي في كتاب «اختلاف الفقهاء» أنه لا يجوز أن يوصي بأكثر من الثلث، قال الشيخ البلقيني وولده الشيخ جلال الدين لو كان في الورثة صغير أو معتوه أو بالغ سفیه ففي «الأم» في باب اختلاف الورثة قبل الوصية للقرابة قال الشافعي - رحمه الله -: لو كان في الوصية صغير أو بالغ محجور عليه، أو معتوه، لم يجز على واحد من هؤلاء أن يجيز في نصيبه شيئاً جاوز الثلث من الوصية، ولم يكن لولي واحد من هؤلاء أن يجيز ذلك في نصيبه، ولو أجاز ذلك في ماله كان ضامناً له في ماله، فإن وجد في يدي من أجاز له أخذ من يديه، وكان للولي أن يتبع من أعطاه إياه بما أعطى منه؛ لأنه أعطاه ما لا يملك. انتهى. ينظر الأم ١٤٥/٤.

وحاصله أن الولي لا يجوز له أن يجيز ولا يجب عليه أن يرد ولا يعطل التصرف في العين بل يجوز بيعها والتصرف فيها.

فإن قيل هل يجزي جواز البيع والتصرف في البالغ الرشيد قبل أن يرد إذا كان وارثاً يحتمل أن يجزي ويحتمل أن يفرق بأن له مندوحة في ذلك بأن يرد - باللفظ - وهذا الثاني أولى. انتهى.

وذكر في الخادم ذلك ولم يعزه لنقل شيخه ونقل عن الماوردي أنه لا يصح إجازة الورثة إلا من بالغ عاقل جائر الأمر، فإن كان فيهم صغير أو مجنون أو محجور عليه بسفه لم يصح منه الإجازة، ولا من الحاكم عليه، ولا من وليه لما في الإجازة عليهم من تضييع حقهم ولا ضمان على الولي المجيز ما لم يُقبض، فإن أقبض صار ضامناً بقدر ما أجازته من الزيادة. قاله البكري.

(١) سقط في: ب، ز.

والمال للمسلمين. وعند أبي حنيفة - رحمه الله - أنها صحيحة، وبه قال أحمد في أصح الروايتين عنه، وفي «شرح أدب القاضي» لأبي عاصم العبادي وجه مثله.  
وقال في «التتمة» للإمام: رد هذه الوصية.

وهل له إجارتها لئنتي على أن الإمام، هل يُعطى حكم الوارث الخاص؟ إذا عُرِف ذلك، ففي الوصية للوارث طريقان:

أصحهما: أن الحكم، كما لو أوصى لأجنبي بالزيادة على الثلث، حتى يرتد برد سائر الورثة، وإن أجازوا، فعلى القولين، وقد نص عليهما في «الأم»:  
أحدهما: أن إجازتهم ابتداء عطية والوصية باطلة؛ لقوله ﷺ: «إِنَّ اللَّهَ قَدْ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقِّ حَقَّهُ، إِلَّا لَأَوْصِيَّةٍ لِّوَارِثِ»<sup>(١)</sup>.

والأصح، وبه قال أبو حنيفة، ومالك، وأحمد - رحمهم الله - إنها تنفيذ لما فعله الموصي، وللذني فعلة. انعقاد واعتبار؛ لما زوي عن ابن عباس - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «لَا تَجُوزُ الْوَصِيَّةُ لِّوَارِثٍ إِلَّا أَنْ يُجِيزَهَا الْوَرِثَةُ». ويروى: «لَا وَصِيَّةَ لِّوَارِثٍ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ الْوَرِثَةُ»<sup>(٢)</sup>.

والطريق الثاني: أنها باطلة، وإن أجاز الورثة، بخلاف الوصية للأجنبي بما زاد على الثلث، والفرق أن المنع من الزيادة لحق الورثة، فإذا رضوا، جوزنا، والمنع ها هنا لتغيير<sup>(٣)</sup> الفروض التي قدرها الله تعالى للورثة على ما أشعر الخبر، فلا أثر

(١) رواه أبو داود. والترمذي. وابن ماجه من حديث أبي أمامة باللفظ التام، وهو حسن الإسناد، وكذا رواه أحمد. والترمذي. والنسائي. وابن ماجه، من حديث عمرو بن خارجة، ورواه ابن ماجه من حديث سعيد بن أبي سعيد عن أنس، ورواه البيهقي من طريق الشافعي عن ابن عيينة عن سليمان الأحول عن مجاهد: أن رسول الله ﷺ قال: لا وصية لوارث، قال الشافعي: وروى بعض الشاميين حديثاً ليس مما يشبه أهل الحديث، فإن بعض رجاله مجهولون، فاعتمدنا على المنقطع مع ما انضم إليه من حديث المغازي، وإجماع العلماء على القول به، وكأنه أشار إلى حديث أبي أمامة المتقدم، ورواه الدارقطني من حديث جابر وصبو إرساله من هذا الوجه، ومن حديث علي وإسناده ضعيف، ومن طريق ابن عباس بسند حسن، وفي الباب عن معقل بن يسار عند ابن عدي، ومن حديث خارجة بن عمرو عند الطبراني في الكبير، ولعله عمرو بن خارجة انقلب. قاله الحافظ في التلخيص.

(٢) رواه الدارقطني من حديث ابن عباس باللفظ الأول، وأبو داود في المراسيل من مرسل عطاء الخراساني به ووصله يونس بن راشد فقال عن عكرمة عن ابن عباس أخرجه الدارقطني والمعروف المرسل، ورواه الدارقطني من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وإسناده واهي، ورواه الدارقطني أيضاً من حديث عمرو بن خارجة باللفظ الثاني وهو عند البيهقي.

(٣) في ز: لتعير.

لِرِضَاهُمْ، وَتُحَكِّى هَذِهِ الطَّرِيقَةَ عَنِ الْمُزْنِيِّ، وَعَنْ ابْنِ أَبِي هُرَيْرَةَ - رَحِمَهُمَا اللَّهُ - .

وقوله في الكتاب: «أما الوارث، فلا وصية له» لم يُرَدَّ به الجواب على هذه الطريقة، وإنما أرادَ بطلانها عندَ رَدِّ الباقيين؛ ألا تراه يقول على الأثر «فإن أجاز الوارث» إلى آخره وعلى مثل هذا ينزل قوله في فضل الوصية للعبد «وإن كان عبداً وارثاً، لم يَصِحَّ» ويجوز أن تُعَلِّمَ هذه الكلمة بالميم؛ لأن عند مالك - رحمه الله - إن لو أوصى لعبد وارثه بشيء يسير، صحَّت الوصية، ووقعت للعبد، وإن أوصى بمال كبير، فهي كالوصية للوارث، وقوله: «نفذت على أصح القولين» عتني به أن الوصية منعقدة، موقوفة، فإن أجازوها، أمضيها، ونفذناها، بإجازتهم وفي القول الثاني: هي لاغية، فيكون إجازتهم ابتداء عطية منهم، وأما قوله «والقاتل» فالخلاف في الوصية للقاتل عند الإجازة على ما حكاه الإمام، كالوصية للوارث عند الإجازة، فتجيء فيها الطريقتان؛ وذلك إذا لم تُطْلَقِ الْقَوْلُ بِصِحَّتِهَا أما إذا صححناها، فلا خيرة للوارث، ولا حاجة إلى إجازته، ويجوز أن يُعَلِّمَ قوله «على أصح القولين» بالواو، للطريقة القاطعة بالبطان في الوصية للوارث، والقاتل، ثم الكلام في التفريع على القولين في كيفية الإجازة، وفي مسائل وقواعد تسلك في الفضل:

أما التفريع: فإن قلنا: إنها تنفيذ وإمضاء، كفى لفظ الإجازة، ولا حاجة إلى هبة وتجديد قبول، وقبض من الموصى له، وليس للمجيز الرجوع، وإن لم يخلص القبض بعد أن جعلناها ابتداء عطية منهم، فلا يكفي قبول الوصية أولاً، بل لا بد من قبول آخر في المجلس، ومن القبض، وللمجيز الرجوع قبل القبض، وهل يُعْتَبَرُ لفظ التملك، ولفظ الإعتاق؟

إذا كان الموصى به العتق، فيه وجهان:

أحدهما: لا، بل يكفي لفظ الإجازة، لظاهر الخبر.

وأظهرهما: نعم، ولا يكفي لفظ الإجازة كما لو تصرف تصرفاً فاسداً من بيع، أو هبة، ثم أجازته ويُنسب هذا الوجه إلى مالك، وهو الاختيار المزنّي - رحمه الله - .

وإذا خلّف زوجة، هي بنت عمه، وأباها، وكان قد أوصى لها، وأجاز أبوها الوصية، فلا رجوع له، إن جعلنا الإجازة تنفيذاً.

وإن جعلناها ابتداء عطية، فله الرجوع.

وإذا اعتق عبداً في مرضه، أو (أوصى)<sup>(١)</sup> بعتقه، ولا مال له سواه، أو زادت

(١) في أ: أوصى.



قيمته على الثلث، فإن جعلنا الإجازة ابتداء عطية من الورثة، فولاء ما زاد على الثلث للمجيزين، ذكورهم وإناثهم بحسب استحقاتهم، وإن جعلناها تنفيذاً، فولاء الكل للميت؛ فيرثه ذكور العصابات لا غير.

وحكى الأستاذ أبو منصور عن بعض الأصحاب أنه يُحتمل أن يكون الولاء للميت على القولين جميعاً؛ لأننا، وإن جعلنا إجازتهم ابتداء عطية، وقلنا: إنه ملكهم، فإجازتهم إعتاق الميت، كإعتاقهم عن الميت بإذنه، ومن أعتق عبده عن غيره بإذنه والتماسه، كان الولاء للأذن، ويُنسب هذا الوجه إلى ابن اللبان، إلا أن اعتبار الإذن بعد موت الآذن كالمستبعد.

ولو أعتق العبد في مرض الموت، ومات العبد قبل موته، فيموت، كله [حر] أم<sup>(١)</sup> كيف الحال؟ [فيه خلاف مذکور في الكتاب] في «كتاب العتق».

أما المسائل؛ فمنها.

الهبه في مرض الموت من الوارث، والوقف عليه، وإبواؤه عما عليه من الدين، كالوصية له، ففيها الخلاف.

ومنها: لا اعتبار برد الورثة، وإجازتهم في حياة الموصي، وإذا أجازوا في الحياة، وأذنوا له في الوصية، ثم أرادوا الرد بعد الموت، فلهم ذلك؛ لأنه لا يتحقق استحقاقهم قبل الموت؛ ليجوز أن يبرأ المريض، أو يموتوا قبل موته.

وعن مالك - رحمه الله - أن الإجازة قبل الموت تلزم، إلا أن يكون الوارث في نفقته، وعنه أيضاً: أنهم، إن أذنوا له في الوصية، وهو صحيح، فلهم الرجوع، وإن أذنوا، وهو مريض، فلا رجوع لهم، ولو أجازوا بعد الموت، وقبل القسمة؛ قال الأستاذ أبو منصور: في تنزيلها منزلة الإجازة قبل الموت قولان مخرجان للأصحاب، والظاهر لزومها.

ومنها: ينبغي أن يعرف الوارث مقدار الزائد على الثلث، ومقدار التركة، فإن لم يعرف قدر الزائد، أو قدر التركة، لم تصح الإجازة، وإن جعلناها ابتداء عطية، وإن جعلناها تنفيذاً، فهي كالإبراء عن المجهول.

ولو أجاز الوصية بما زاد على الثلث، ثم قال: كنت أعتقد أن التركة قليلة، فبانت أكثر مما ظننت، فعن نصه في «الأم» أنه يحلف، وتنفذ الوصية في القدر الذي كان يتحققه.

(١) في أ: حرّ أم.

قال الأصحاب: وإنما يُخْتاجُ إلى اليمين، إذا حصل المال في يد الموصي له، أما إذا لم يخصل، فلا حاجة إلى اليمين، إذا جعلناها ابتداءً هبة؛ فإنَّ الهبة قبل القبض لا تلزم، وفي «التتمة» أن التنفيذ في القدر الذي يتحققه مبنئ على أن الإجازة تنفيذ فتتنزل منزلة الإبراء، أما إذا جعلناها ابتداءً هبة، فإذا حلف، بطل في الكل، واللفظ المحكي عن النص ينازع فيما إذا ادعاه.

ولو أقام الموصي له بيئة على أنه كان عارفاً بقدر التركة عند الإجازة، لزم، إن جعلناها تنفيذاً، وإن جعلناها ابتداءً هبة، لم تلزم، إذا لم يوجد القبض، ولو كانت الوصية بعيد معيّن، وأجاز الوارث، ثم قال: كنتُ أظنُّ أن التركة كبيرة، وأن العبد خارجٌ من ثلثها، [فتبينت] (١) خلافه، أو ظهر دَينٌ لم أعلمه، أو تبين لي أنه تَلَفَ بعضها، فإن جعلنا الإجازة ابتداءً عطيةً، صحت.

قال في «التتمة»: لأن العبد معلومُ الجهالة في غيره، بخلاف ما إذا كانت الوصية بالجزء المشاع.

وإن جعلناها تنفيذاً وإمضاءً، فقولان نقلهما صاحب «الشامل» وغيره:

أحدهما: الصحة للعلم بالعقد.

والثاني: أنه يحلف، ولا يلزم إلا الثلث، كما في الوصية بالمشاع، وهذا ما أورده المتولي (٢).

ومنها: العبرة في كونه وارثاً بيوم الموت، حتى لو أوصى لأخيه، ولا أبين له ثم وُلِدَ له ابنٌ قبل موته، فالوصية صحيحة.

ولو أوصى لأخيه، وله ابن، فمات الابن قبل موت الموصي، فهي وصية للوارث؛ وقد ذكرنا في الإقرار للوارث خلافاً؛ في أن العبرة بيوم الإقرار، أو بيوم الموت، والفرق أن استقرار الوصية بالموت، ولا ثبات لها قبله.

ومنها: قال صاحب الكتاب: «إذا أوصى لكل واحد من ورثته بقدر حصته من التركة، لَعَثَ وصيته؛ لأنهم مستحقون لها، وإن لم يوص ويحيء فيه وجه آخر، لأن

(١) في ز: فيبت.

(٢) قال النووي وبهذا قطع المتولي هذا التصحيح من عنده والرافعي حكى الخلاف من غير ترجيح بل كلامه يشعر بترجيح الثاني، فإنه لم يحك الأول عن أحد، وحكى الثاني عن إيراد المتولي وحكاه ابن الرفعة في الكفاية عن البندنجي والرويانى وغير مسلم بهذا أن الجمهور على ترجيح هذا. وقال في المهمات: الصحيح الصحة فقد صححه في تصحيح التنبيه. قلت: ليست مسألة التنبيه وتصحيحه في المعين.

صاحب «التتمة» حكى وجهين فيما إذا لم يكن له إلا وارث واحد، فأوصى له بماله:  
المذهبُ منهما أنه تلغو الوصية، ويأخذ التركة بالإزث.

والثاني: أنه يأخذها بالوصية، إذا لم ينقضها، قال: وفائدة الخلاف تظهر فيما إذا ظهر دين، إن قلنا: إنه يأخذ التركة إرثاً، فله إمساكها، وقضاء الدين من موضع آخر، وإن قلنا: إنه يأخذها بالوصية، قضاه منها، ولصاحب الدين الامتناع لو قضى من غيرها، ومعلوم أنه لا فرق بين أن يتحد الوارث<sup>(١)</sup>، أو يتعدّد.

ولو أوصى لكل واحد من الورثة بعين، هي قدر حصته من ثوب وعبد وغيرهما، فهل تحتاج هذه الوصية إلى الإجازة أم لا؟ ويختص كل واحد منهم بما عينه؟ فيه وجهان:

أظهرهما: الحاجة؛ لأن الأغراض تتفاوت بأعيان الأموال، والمنافع الحاصلة منها.

والوجه الثاني: أن حق الورثة يتعلّق بقيمة التركة، لا بعينها؛ ألا ترى أنه لو باع المريض أعيان التركة بأثمان [مثلها]، صحّ، وحقوقهم في القيمة موفأة ها هنا؟ وذكر صاحب «التهذيب» في هذا الموضوع صورتين؛ كالمستشهد بهما للوجهين.

إحدى الصورتين: إذا أوصى بأن يباع عين ماله من إنسان، فالوصية صحيحة؛ لأن الأغراض يتعلّق بالعين، كما يتعلّق بالقدر، فتصحّ الوصية بها، كما تصحّ بالقدر، وفي «التتمة»، «والمعتمد» للشاشي وجه آخر؛ أنها لا تصحّ، وبه قال أبو حنيفة - رحمه الله -: لأنه لو باع ماله في مرض [الموت]<sup>(٢)</sup>؛ لا يُعتَبَر من الثلث، ولو صحّت الوصية، لا عُتِبَر من الثلث.

والثانية: يبيع المريض ماله من وارثه بئمن المثل نافذ، خلافاً لأبي حنيفة، حيث قال: إنه وصية، يُوقَف على إجازة سائر الورثة.

لنا: أنه لا تبرُّع فيه؛ ألا ترى أنه يجوز بيع الزائد على الثلث بضمن المثل من الأجنبي.

والصورة الثانية: يشهد لوجه الاستغناء عن الإجازة فيما إذا أوصى لكل واحد بعين هي قدر حصته، والأولى تشهد لوجه الحاجة إليها، فكذلك قال، وكذلك لو

(١) قال النووي: ومن فوائده لو حدثت من عين التركة زوائد. إن قلنا: وصية لم يملكها. وإن قلنا: إرث ملكها على الصحيح.

(٢) سقط في: ز.

أوصى بأن يباع عين ماله من إنسان، نفذ، لكن لا خلافَ إلَيَّ آخره، إلا أن الاستشهاد إنما يَحْسُنُ إذا كان المستشْهَدُ به مُتَّفَقاً عليه، أو كان الحَكْمُ فيه أظهر منه في موضع الكلام.

وادعى صاحب «التتمة» أن الخلاف في الصورة الأولى مبني على الخلاف في الحاجة إلى الإجازة وإذا أوصى لكل واحد بعين، هي قدر حصته، إن قلنا بالحاجة هناك، صحَّت الوصية ها هنا، وإلا، فلا، فإن كان كذلك، فالأحسن أن يقرأ، وكذلك لو أوصى بأن تُباعَ عينُ ماله من إنسان، نفذ؛ ليكون عطفاً على أظهر الجوابين في المسألة السابقة، وهذا يوجد في بعض النسخ.

ومنها: أوصى بثلث ماله لأجنبي ووارث، إن صححنا الوصية للوارث، وأجاز سائر الورثة، فالثلث بينهما، وإن أبطلناها، أو ردها سائر الورثة، فقد دُكِرَ وجه: أنها تبطل في حق الأجنبي، أيضاً؛ أخذاً من منع تفريق الصفقة، لكئنه ضعيف؛ لأن العقد مع شخصين كعقدين، بل للأجنبي السدس<sup>(١)</sup>.

وعن أبي حنيفة: أن له تمام الثلث، ولو أوصى لهذا بالثلث، ولهذا بالثلث، فإن اعتبرنا الوصية للوارث، وأجاز سائر الورثة، فلكل واحد منهما الثلث؛ وإن أبطلناها، أو ردوا فلا شيء للوارث، ثم يُنظَرُ في كيفية الرد؛ إن ردوا وصية الوارث، سلّم للأجنبي تمام الثلث، وفيه وجه بعيد؛ أنه لا يسلم إلا السدس.

وإن قالوا: ردّنا ما زاد على الثلث من الوصيتين، فوجهان:

أحدهما: وهو الذي ذكره الشيخ أبو حامد، ونسبه أبو الفرج الزاز إلى اختيار القفال: والشيخ أبي علي - رحمه الله - أنه ليس للأجنبي إلا السدس، فإن الزيادة قد بطلت بالرد؛ فكانه أوصى بالثلث ولهما.

وأرجحهما عند أكثرهم، وهو الذي أورده في «التهذيب»: أن له تمام الثلث، ووجه بأن القائل للرد في حق الأجنبي الزائد على الثلث، وفي حق الوارث الجميع، فكان الانصراف إلى نصيب الوارث أولى.

(١) قضيته جريان هذا الوجه سواء اعتبرنا إجازة الوارث أو لا، وليس كذلك بل محله إذا أراد تفريعاً على اعتبار إجازة الوارث فإن أبطلناها لم يجيء الوجه المذكور بل يكون للأجنبي الثلث كاملاً بلا خلاف ويشهد لذلك توجيه ابن الصباغ هذا الوجه بأن الوارث يزاحم الأجنبي إذا أجاز الورثة وصيته، فإن ردوها وجب أن يرجع إليهم بنصيبه، ويكون للأجنبي حقه، وهو السدس وشبهه ابن الرفعة بالأخوين يردان الأم من الثلث إلى السدس مع الأب، ويرجع فائدة الحجب إلى الأب؛ لأنه الذي أسقط الأخوين.

ومنها: إذا أوصى إلى أحد ورثته بقدر نصيبه من التركة، أو بما دونه، وأجاز الباقي، سلم له الموصى به، والباقي مشترك بينهم.

قال الإمام - رحمه الله -: وذلك القدرُ خرج عن كونه موروثاً باتفاق الورثة، أما الموصى له؛ فلأنه أوقعه عن جهة الوصية، حيث قبلها، وأما غيره؛ فلأنه أجازها.

ولو أوصى لبعض الورثة بأكثر من قدر نصيبه، فوجهان:

أصحهما: أن الجواب كذلك.

والثاني: أن الباقي لمن لم يوص له؛ لاحتمال أن غرضه من الوصية تخصيصه بتلك الزيادة، لا بجميع الموصى به، ويخرج على هذا الأصل ما إذا أوصى لأجنبي بنصف ماله، ولأحد أبنائه الجائزين بالنصف، وأجاز الوصيتين، فلأجنبي النصف.

وأما الابن الموصى له، ففيما يستحقه وجهان:

أحدهما: النصف.

والثاني: الربع، والسدس، والباقي، وهو نصف السدس للذي لم يوص له، ونسب الإمام وغيره الوجه الأول إلى جواب الفقهاء، والثاني إلى ابن سريج، ورأيت الأستاذ أبا منصور حكى الأول عن ابن سريج، ووجه خروجها على الأصل المذكور، أن الثلث مسلم للأجنبي، لا حاجة فيه إلى إجازة الاثنين، والباقي بينهما لو رُد لكل واحد منهما الثلث، فإذا أوصى لأحدهما بالنصف، فقد زاد على ما يستحقه سدساً، فإن قلنا: الباقي بعد الوصية لهما جميعاً، فالسدس بينهما، لكنهما إذا أجازا، لزم كل واحد منهما أن يدفع نصف سدس إلى الأجنبي؛ ليطم له النصف، وحينئذ فيعود ما كان للموصى له إلى النصف، ولا يبقى للآخر شيء، وهذا هو الوجه الأول وإن قلنا: إن السدس الباقي يختص به الذي لم يوص له، فيعود بإجازتهما وصية الأجنبي نصف الابن الموصى له، إلى ربع، وسدس وسدس الابن الآخر إلى نصف سدس، وهذا هو الوجه الثاني. ولو أجاز الابن الذي لم يوص له الوصيتين جميعاً، ولم يجز الموصى له وصية الأجنبي؛ فالمسألة تصح؛ من اثني عشر للأجنبي الثلث؛ أربعة بلا إجازة، ويأخذ سهماً آخر من نصيب الذي أجاز، فيجتمع له خمسة، وللابن الموصى له سبعة؛ ستة منها بحكم الوصية، وواحد؛ لأنه لم يجز وصية الأجنبي، هكذا حكاها الأستاذ عن ابن سريج، وهو قياس الوجه الأول.

وقياس [الوجه]<sup>(١)</sup> الثاني أن يأخذ الابن الموصى له ستة أسهم، ويبقى للابن

(١) سقط في: ز.

الآخر سهم، ولو لم يجز الأبن الذي لم يُوصَ له وصية الأجنبي، فللموصى له خمسة، ثم على قياس الوجه الأول: لابن الموصى له ستة، وللآخر سهم، وعلى قياس الثاني: للموصى له خمسة، وللآخر سهمان.

ومنها: أوصى لأجنبي بثلث ماله، ولأحد أبنيه الجائزين بالكل، وأجازا الوصيتين، فللأجنبي الثلث كاملاً، والثلاثان للأبن الموصى له، وليس له زحمة الأجنبي في الثلث، فإن الوصية بالثلث للأجنبي مستغنية عن الإجازة، وفيه احتمال للمتأخرين، [وإن ردًا<sup>(١)</sup>] فثلث الأجنبي بحاله، ولا شيء للابن الموصى له بالوصية، ولو أوصى للأجنبي بالثلث، ولكل واحد من ابنه بالثلث، فردًا، لم يؤثر ردها في حق الأجنبي، وفيه وجه؛ أنه ليس له إلا ثلث الثلث بالشيوع.

ومنها: وقف داراً في مرض موته على ابنه الجائر، فإن أبطلنا الوصية للوارث، فهو باطل، وإن اعتبرناها موقوفة على الإجازة، فعن ابن الحداد؛ أنه [إذا احتملها]<sup>(٢)</sup> ثلث ماله، لم يكن للوارث إبطال الوقف في شيء منها؛ لأن تصرف المريض في ثلث المال نافذ، فإذا تمكّن من قطع حق الوارث [عن الثلث] بالكلية؛ فلأن يتمكّن من وقفه عليه، وتغليق حق الغير به، كأن أُولَى، وإن زادت على الثلث، لم يبطل الوقف في قدر الثلث، وأما الزيادة، فليس للمريض تفويت ملكها على الوارث.

وللوارث الرد، والإبطال، فإن أجاز، فإجازته وقف منه على نفسه، إن جعلنا إجازة الوارث ابتداء عطية منه، وإن جعلناها تنفيذاً منه، لزم الوقف.

وفي «التممة»: أن القفال قال: له رد الوقف في الكل؛ لأن الوصية بالثلث في حق الوارث كهيّ بالزيادة في حق غير الوارث؛ ألا ترى أنه لو أوصى لأحد الوارثين بشيء قليل، كان للآخر الرد؟ فإن أجاز الابن فالحكم في الكل على الخلاف في كيفية الإجازة.

وأجاب الشيخ أبو علي عن هذا التوجيه بأننا إنما جوّزنا لأحد الوارثين إبطال الوصية على الثاني؛ لأنه بالوصية فضّله عليه، ونقص حق الذي لم يُوصَ له عن عطية الله تعالى، وها هنا لا تفضيل.

والتفريع على جواز الوصية للوارث في الجملة فلينفذ تصرفه في الثلث المستحق له، والنقل المشهور هو المخكي عن ابن الحداد، وعليه تفريع الصور المذكورة من بعد، ثم ذكر الإمام أن المسألة مصورة فيما إذا نجّز الوقف في مرض موته أمّا إذا كان

(٢) في أ: إذا احتملها.

(١) في الروضة: ردًا.

الابنُ طفلاً، فقبله له، ثم مات فحاول الابن الردَّ، والإجازة، ولكنه لا حاجة إلى هذا الفرض؛ لأنه، وإن كان بالغاً، وقبل بنفسه، لم يمتنع عليه الردُّ بعد الموت<sup>(١)</sup>؛ إذ الإجازة المعتبرة هي الواقعة بعد الموت، ولو كان له ابنٌ، وبنْتٌ، فوقف ثلثي الدار على الابن، والثلث على البنتِ، فلا ردُّ لهما، إن خرجت الدار من الثلث؛ لأنه لم يُفْضَلْ، ولم يغير عطية الله تعالى، وإن زادت على الثلث، فلهما ردُّ الوقف في الزيادة.

وإن وقَّفا عليهما نصفين، والثلث يحتملها، فإن رضيَ الأبْنُ، فهو كما لو وقف، وإلا، فظاهرُ جواب ابن الحدَّاد أن له ردُّ الوقف في ربع الدار؛ لأنه لما وقَّف عليه النصف، كان من حقِّه أن يقف على البنت الرُّبع، فإذا زاد، كان للابن رده، ثم لا يصير شيء منه وقفاً [عليه] فإن الأب لم يقف عليه إلا النصف، بل يكون الربع المرذودُ بينهما أثلاثاً ملكاً، وتقع القسمة من اثني عشر؛ لحاجته إلى عدد لربعه ثلاثاً، فتسعة منها وقَّف عليهما، وثلاثة ملك، وكلاهما بالأثلاث.

وقال الشيخ أبو علي: عندي ليس للابن إبطال الوقف إلا في سدس الدار؛ لأنه إنما يحتاج إجازته فيما هو حقُّه، وحقُّه منحصرٌ في ثلثي الدار، وقد وقف عليه النصف، فله استخلاصُ تمام حقِّه، وهو السدس، أما الثلث الآخر، فهو حقُّها، فلا معنى لتسليطه على إبطال الوقف فيه، نعم، يتخير هي، إن شاءت، أجازت، فيكون كلُّه وقَّفا عليها، وإن شاءت، ردَّت الوقف في نصف سدس الدار، وحينئذ فتكون القسمة على ما سبق، والنسبة بين وقَّفيها وملكها، كالنسبة بين وقفه<sup>(٢)</sup> وملكه.

ولو وقف الدار على ابنه، وزوجته نصفين، ولا وارث له سواهما.

قال ابن الحدَّاد؛ قد نقصَ المريض عن حقِّ الابن ثلاثة أثمان الدار [وهي ثلاثة أسباع حقِّه؛ لأن سبعة أثمان الدار]<sup>(٣)</sup> له ولم يقف عليه إلا أربعة أثمانها، وهي أربعة

(١) قال في الخادم: فيه أمران:

أحدهما: ما ذكره من ترجيح طريقة ابن الحداد على طريقة القفال ممنوع أما أولاً فلأن الشافعي نص على الإبطال مطلقاً وفاقاً للقفال فقال في الأم في آخر باب عطايا المريض فإذا تكلم بالصدقة المحرمة صحيحاً ثم مرض أو مريضاً ثم صح فهي جائزة خارجة من ماله، فإذا تكلم بها مريضاً فلم يصح فهي من ثلثة جائزة بما يصدق به لو جازت له الوصية بالثلث، ومردودة عما قال عمن يرد عنه الوصية بالثلث. انتهى، والذي يرد عنه الوصية بالثلث هو الوارث، ولكن هذا إذا قلنا إن الوصية للوارث باطلة، فإن توقفتنا على الإجازة ففيه ما قاله المصنف.

الثاني: إن إطلاقه هنا يقتضي لزوم الوقف بمجرد اللفظ من غير احتياج إلى قبول الموقوف المعين وهو خلاف ما رجحه في بابه.

(٢) قال النووي: قول أبي علي هو الأصح، أو الصحيح، أو الصواب.

(٣) سقط في: ز.

أسباع حقّه، فله ردّ الوقف في حقّها من الدار، وهو الثمن إلى أربعة أسباعه؛ ليكون الوقف عليها من نصيبها، كالوقف عليه من نصيبه، فيكون الباقي بينهما أثماناً ملكاً، فتكون القسمة من ستة وخمسين؛ لحاجتنا إلى عدد لثمنه سبع؛ فيكون أربعة أسباع الدار كلّها، وهي اثنان وثلاثون وقفاً؛ ثمانية وعشرون منها وقف على الابن، وأربعة على الزوجة، والباقي، وهو أربعة وعشرون، ملكاً بينهما: منها أحد وعشرون للإبن، وثلاثة للزوجة.

وقال الشيخ أبو عليّ ليس له ردّ الوقف إلا في قيمة حقّه، وهو ثلاثة أثمان الدار، وأما الثمن، فالخيار فيه للزوجة ولو وقف ثلث الدار على ابنه، وثلثها على أمه، ولا وارث له سواهما، فالجواب على قياس ابن الحدّاد؛ أنه نقص من نصيب الأب ثلث الدار لأنّه يستحق ثلثها، ولم يقف عليه إلا الثلث، وذلك نصف نصيبه<sup>(١)</sup>، فله ردّ الوقف في نصف نصيبها، وهو سدس الدار، والباقي بينهما أثلاثاً ملكاً، وتقع القسمة من ستة؛ لأننا نحتاج إلى عدد لثمنه نصف، فيكون نصف الدار وقفاً ونصفها ملكاً أثلاثاً وعلى قياس الشيخ: لا يردّ الوقف إلا في تيمّة نصيبه، وهو الثلث ولها الخيار في السدس. والله أعلم.

ولفظ ابن الحدّاد في «المولدات» في هذا الباب يُمكنُ تنزيله على ما ذكره الشيخ؛ فيرتفع الخلاف، لكنه يُخوِّج إلى ضرب تعسّف.

فزع: الوصية للميت باطلة، سواء علم الموصي بموته<sup>(٢)</sup> أو لم يعلم؛ لأن الوصية تمليك، ولا يمكن تمليك الميت.

وقال مالك - رحمه الله - إن علم موته، صحّت الوصية، وكان الموصى به من تركته، وفي لفظ الكتاب في أول الركن الثاني حيث قال: «وهو كل من يتصور له الملك» ما ينه على هذا الفرع.

قال الغزالي: الركن الثالث في الموصى به وتصيح الوصية بكل مقصود يقبل الثقل بشرط ألا يزيد على الثلث، ولا يشترط كونه موجوداً أو عيناً إذ يصح بالحمل، وثمرة البستان والمنفعة، ولا كونه معلوماً ومقدوراً عليه إذ يصح بالحمل والمغضوب

(١) في ز: نصفه.

(٢) قال الماوردي: ولو أوصى لحي وميت فللحي النصف وينبغي أن يجري فيه الوجهان في الوصية لمن يملك ولمن لا يملك.

وما جزم به الماوردي قريب مما إذا أوصى بالثلث لأجنبي ووارث قلنا الوصية للوارث باطلة أوردتها بقية الورثة ففي وجوه تبطل في حق الأجنبي أيضاً أخذاً من تفريق الصفقة، والأصح صحتها، ويعطى السدس ولم يقل أحد من الأصحاب بأنه يعطي الثلث كما قاله أبو حنيفة.



وَالْمَجَاهِيلِ، وَلَا كَوْنُهُ مُعَيَّنًا (و) إِذْ تَصِحُّ بِأَحَدِ الْعَبْدَيْنِ وَإِنْ لَمْ يَصِحَّ لِأَحَدِ الشَّخْصَيْنِ عَلَى الْأَظْهَرِ فَرَقًا بَيْنَ الْمُوصَى لَهُ وَالْمُوصَى بِهِ، وَلَا كَوْنُهُ مَالًا إِذْ يَصِحُّ بِالْكَلْبِ الْمُتَشَفِّعِ بِهِ وَجِلْدِ الْمَيْتَةِ وَالزَّنْبَلِ وَالْخَمْرَةِ الْمُخْتَرَمَةِ وَكُلِّ مَا يَنْتَقِلُ إِلَى الْوَارِثِ، إِلَّا الْقَصَاصَ وَحَدَّ الْقَذْفِ فَإِنَّهُ لَا أَرْبَ فِيهِ لِلْمُوصَى لَهُ بِخِلَافِ الْوَارِثِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: نوردُ فقهَ مسائلِ الفُضْلِ، ثم نعودُ إلى ما يتعلَّقُ بالضَّبِطِ.

فَمَنْ الْمَسَائِلُ الْوَصِيَّةُ بِالْحَمْلِ، وَهِيَ إِمَّا أَنْ يَكُونَ بِالْحَمْلِ الْمَوْجُودِ فِي الْحَالِ، أَوْ بِالْحَمْلِ الَّذِي سِيحَدُثُ، فَإِنْ كَانَتْ (١) بِالْحَمْلِ الْمَوْجُودِ فِي الْحَالِ، فَإِنْ أُطْلِقَ، قَالَ: أَوْصِيْتُ بِحَمْلِ فَلَانَةٍ، أَوْ قَيْدٌ؛ فَقَالَ: بِحَمْلِهَا الْمَوْجُودِ فِي الْحَالِ؛ فَهِيَ جَائِزَةٌ، كَمَا يَجُوزُ إِعْتَاقُ الْحَمْلِ، ثُمَّ الشَّرْطُ، أَنْ يَنْفَصَلَ لَوْ قَتِ يَعْلَمُ وَجُودَهُ عِنْدَ الْوَصِيَّةِ، وَأَنْ يَنْفَصَلَ حَيًّا عَلَى مَا سَبَقَ فِي الْوَصِيَّةِ لِلْحَمْلِ.

نعم، لو انفصل ميتاً مضموناً بجناية جانٍ، فقد ذُكِرَ أَنْ الْوَصِيَّةَ لَا تَبْطُلُ، وَتَنْفَعُ مِنَ الضَّمَانِ؛ لِأَنَّهُ أَنْفَصَلَ مَتَقَوِّمًا، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَوْصَى لِحَمْلِ، وَانْفَصَلَ مَيْتًا بِجِنَايَةِ جَانٍ، حَيْثُ تَبْطُلُ الْوَصِيَّةُ عَلَى مَا سَبَقَ؛ لِأَنَّ الْمَعْتَبِرَ هُنَاكَ الْمَالِكِيَّةُ (٢)، وَهَلْ يَصِحُّ قَبُولُ الْمَوْصَى لَهُ قَبْلَ الْوَضْعِ؟ فِيهِ خِلَافٌ مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ الْحَمْلَ، هَلْ يُعْرَفُ؟ وَإِنْ كَانَتْ الْوَصِيَّةُ بِالْحَمْلِ الَّذِي سَيَكُونُ، فَوْجِهَانِ:

أحدهما: وَيُخَكِّى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهَا بَاطِلَةٌ؛ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْإِعْتِبَارَ بِحَالِ الْوَصِيَّةِ، وَلَا مَلِكَ يَوْمئِذٍ، بَلْ لَا وَجُودَ، وَالتَّصَرُّفُ يَسْتَدْعِي مُتَصَرِّفًا فِيهِ.

وأصحهما: الصَّحَّةُ، كَمَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِالْمَنْفَعِ؛ وَهَذَا لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ إِنَّمَا جُوزَتْ؛ وَفَقًّا بِالنَّاسِ، وَكَذَلِكَ أُخْتِمَلُ فِيهَا وَجُودُ الْغَرْرِ، فَكَمَا تَصِحُّ بِالْمَجْهُولِ، تَصِحُّ بِالْمَغْدُومِ.

ومنها: الْوَصِيَّةُ بِشَمَارِ الْبُسْتَانِ الْحَاصِلَةِ فِي الْحَالِ، صَحِيحَةٌ، وَبِالَّتِي سَتَحَدُثُ طَرِيقَانِ:

أظهرهما: أَنَّهَا عَلَى الْوَجْهَيْنِ فِي الْحَمْلِ الَّذِي سَيَحْدُثُ. وَالثَّانِي: الْقَطْعُ بِالصَّحَّةِ، كَالْوَصِيَّةِ بِالْمَنْفَعِ؛ لِأَنَّهَا تَحْدُثُ مِنْ غَيْرِ إِحْدَاثٍ أَمْرٍ فِي أَصْلِهَا، وَالْوَلَدُ لَا يَخْدُثُ إِلَّا بِإِحْدَاثٍ أَمْرٍ فِي أَصْلِهِ، وَلِهَذَا تَجُوزُ الْمَسَاقَاةُ عَلَى الشَّمَارِ الَّتِي سَتَحْدُثُ، وَلَا تَجُوزُ الْمَعَامَلَةُ عَلَى النَّتَاجِ الَّذِي سَيَحْدُثُ وَالْوَصِيَّةُ بِصُوفِ الشَّاةِ وَلِبْنِهَا، كَالْوَصِيَّةِ بِالشَّمَارِ. وَمِنْهَا: الْوَصِيَّةُ بِمَنْفَعِ الدَّارِ، وَالْعَبْدِ، صَحِيحَةٌ؛ لِأَنَّ الْمَنْفَعِ أَمْوَالٌ مُقَابِلَةٌ بِالْعَوْضِ، فَأَشْبِهَتْ الْأَعْيَانَ، وَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِهَا مُؤَبَّدَةً، وَمُؤَقَّتَةً، وَالْإِطْلَاقُ يَقْتَضِي

(٢) فِي ب: الْمَالِيَّةِ.

(١) فِي ز: كَانَ.

التأييد. ومنها: الوصية بما لا قدرة على تسليمه، كالمغصوب، والآبق، والطير المنفلة، صحيحة، وكذا الوصية بالمجهول، مثل أن يقول: أعطوه ثوباً، أو عبداً؛ لأن الله تعالى أعطانا ثلث أموالنا في آخر أعمارنا، وقد يشبه علينا قدر الثلث، إما لكثرة المال، أو غيبته، فدعت الحاجة إلى تجويز الوصية بالمجهول.

ومنها: لو أوصى بأحد العبدنين، صحت الوصية؛ لأنها محتملة للجهالة، فلا يقدر الإبهام، ولو أوصى لأحد الشخصين، فأحد الوجهين أن الجواب كذلك.

وأظهرهما: المنع كما في سائر التمليكات، وقد يُحتمل في الموصى به ما لا يُحتمل في الموصى له، ولذلك كان الأظهر في الوصية بحمل كَوْن<sup>(١)</sup> الجواز، وفي الوصية بحمل سيكون المنع؛ لأن الإبهام في الموصى له، إنما يُمنع إذا قال: أوصيت لأحد الرجلين، أما إذا قال: أعطوا هذا العبد أحد الرجلين، ففي «المهذب» و«التهذيب» وغيرهما: أنه جائز؛ تشبيهاً بما إذا قال لوكيله: بعه من أحد الرجلين، وإذا أبهم الموصى به، عيئه الوارث وإن أبهم الموصى له، وجوزناه، فحكمه مذكور في الكتاب من بعد. ومنها: الوصية بما يحل الانتفاع به من النجاسات، كالكلب المعلم والزيت النجس، والزبل، وجلد الميتة، والخمر المحترمة صحيحة لثبوت الاختصاص فيها، وانتقالها من يد إلى يد بالإرث، وغيره، قال في «التتمة»: ومن هذا القبيل سُخْم الميتة، لدهن السفن، ولحمها إذا جوزنا الانتفاع به؛ وفي الجرو الذي يقع الانتفاع به وجهان؛ بناء على أنه، هل يجوز إمساكه، وترتيبه، لما يتوقع في المُستقبل.

والأظهر الجواز وأما ما لا يحل اقتناؤه، والانتفاع به؛ كالحمر، والخنزير والكلب العقور فلا يجوز الوصية<sup>(٢)</sup> به، ونقل الحنطية وجهاً أنه يجوز الوصية بالكلب الذي لا

(١) في ز: سيكون.

(٢) قال في الخادم: فيه أمران:

أحدهما: ما ذكره من التفصيل في الخمر هي طريقة المراوغة بناء على رأيهم في جواز إمساكها، لكن العراقيين أطلقوا القول بأن الوصية بالخمر باطلة، وأوجبوا إراقتها مطلقاً وهو ظاهر النص، ومخرج من كلام الدارمي وجه بالصحة مطلقاً، وهو بعيد.

الثاني: ما حكاه عن التتمة يقتضي أن في المسألتين خلافاً فأما الأولى وهي الانتفاع بلحم الميتة في إطعام الجوارح فقال ابن الرفعة: كلام الغزالي في البيع والمارودي وابن الصباغ هنا، وغيرهم تنازع فيه.

قلت: الذي اقتضاه كلام التتمة صحيح، وفي الكافي أنه لا يصح بالميتة ويشهد له قول النبي ﷺ «لا تنتفعوا من الميتة بشيء». وقال في الوافي: هنا في جواز اقتنائها لإطعام الجوارح وجهان، والظاهر أن هذا الخلاف مراد المتولي، ويشبه تنزيل الخلاف على تفصيل ابن القطان في فروعه فقال: إذا أوصى له بميتة، وما أشبه ذلك فإن كان له فيه غرض مثل أن يطعمه جوارحه، أو شجر فيه شوك صحت الوصية، وإن كان لا منفعة له فيه فالوصية باطلة.

يجوز اقتناؤه أيضاً، وقولاً: أنه لا يجوز الوصية بالمقتنى المنتفع به من الكلاب، كما لا تجوز هبته على رأي، وهما غريبان. وتصح الوصية بتجوم الكتابة؛ وإن لم تكن مستقرّة، فإن عجز، فلا شيء للموصى له، وتصح برقبة المكاتب، إن جؤزنا بيعه، وإلا، فقد قال في «التتمة»: هي كما لو أوصى بمال الغير، فإذا أوصى بمال الغير؛ فقال: أوصيت بهذا العبد، وهو ملك لغيره أو بهذا العبد، إن ملكته، فوجهان:

أحدهما: أنها صحيحة، لأن الوصية بغير الموجود جائزة، فغير المملوك أولى.

والثاني: المنع، لأن مالكه يتمكن من التصرف بالوصية، والشيء الواحد لا يجوز أن يكون محلاً لتصرف شخصين، وبهذا أجاب صاحب الكتاب في «الوسيط»<sup>(١)</sup>.

والوصية بالأصنام، والسلاح للذمي، والحربي، وبالعبد المسلم، والمصاحف للكافر، بمثابة بيعها<sup>(٢)</sup>، هذه مسائل الفضل وما يتعلّق بها.

وأما ضبط الموصى به، فصاحب الكتاب - رحمه الله - اعتبر فيه ثلاث أمور:

أحدها: أن يكون مقصوداً، فيخرج عنه ما لا يقصد<sup>(٣)</sup>، ويلتحق به ما يحرم اقتناؤه، والانتفاع به، والمنفعة المحرمة كالمعدومة.

والثاني: أن تقبل النقل من شخص إلى شخص، فما لا يمكن نقله لا تصح الوصية به، ويخرج بهذا القيد القصاص، وحدّ القذف<sup>(٤)</sup>؛ فإنهما إن أنتقلا بالإرث، لا يتمكن مستحقهما من نقلهما إلى غيره، فلا جرم، لا تجوز الوصية بهما؛ والسبب أن القصاص، وحدّ القذف شرعاً للمنتقم المستشفي باستيفائهما، وليس الموصى له في ذلك كالوارث. وكذلك لا تجوز الوصية بالحقوق التابعة للأموال، كالخيار، وحقّ الشفعة، إن لم تبطل بالتأخير لتأجيل الثمن.

والثالث: ألا يزيد على الثلث، على ما سيأتي.

(١) قال النووي: الأول أفقه وأجرى على قواعد الباب.

(٢) وقضيته طرد الخلاف هنا، وبه صرح في كتاب البيع وقال: قال المتولي: هذا إذا قلنا يملك القبول، فإن قلنا: بالموت، صح بلا خلاف كالإرث وكلام صاحب الوافي هنا يقتضي القطع بالمنع فإنه قال: وفي بيع السلاح للحربي ممن لا يعلم أنه يقاتل به المسلمين وجهان، والفرق أن البيع ليس بقرية، فيصح وإن لم يكون حسبه بخلاف الوصية، وهذا الذي قاله حسن. قاله في الخادم.

(٣) قال في الخادم: الصواب عدم اعتبار القصد فإنه يجوز هبة التافه كحيتي الحنطة ونحوهما، والوصية أوسع من الهبة، ولهذا صحت بالمجهول والنجاسات.

(٤) قال في الخادم، ما قاله في حد القذف صحيح، وأما القصاص فيجب تقييده بما إذا أوصى به لغير من هو عليه، وأما لمن هو عليه، فلا شك في الجواز كما صرحوا به في باب العفو عن القصاص، وأخذه من كلام شيخه البلقيني.

ونزيد أمراً رابعاً وهو اختصاصه بالموصي، إذا قلنا: لا تجوز الوصية بمال الغير.

وقوله: «ولا يُشْتَرَطُ كونه موجوداً، أو عيناً إذ تصحُّ بالحمل، وثمره البستان» أراد به الحمل الذي سيوجد، والثمرة التي ستحدث، وأجاب فيهما بالأظهر، ويجوز أن يُعْلَمَ بالواو؛ لما فيهما من الخلاف، وشرط في «الوسيط» أن يكون الموصى به موجوداً، وذلك إما أن يحمل على ما إذا اقتضى اللفظ الوجود عند الوصية، كما إذا قال: أوصيتُ لك بحمّل فلانة، ولم يصرّح بالحمل المستقبل، أو يُقال: إنه جوابٌ على أنه لا تصحُّ الوصية بالحمل الذي سيوجد على خلاف الجواب ها هنا.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ أَوْصَى بِكَلْبٍ وَلَا كَلْبَ لَهُ لَمْ يَصِحَّ لِأَنَّ شِرَاءَهُ مُتَعَدِّرٌ، وَإِنْ كَانَ كِلَابَ لَهُ لَا مَالَ لَهُ سِوَاهَا فَوَجْهٌ أَعْتَبَارُهُ مِنَ الثُّلْثِ تَقْدِيرُ الْقِيَمَةِ (و) لَهَا، وَقِيلَ: يُغْتَبَرُ بِعَدَدِ الرُّؤُوسِ، وَقِيلَ: يُقَدَّرُ بِتَقْوِيمِ الْمَنْفَعَةِ، وَكِلَا الْوَجْهَيْنِ مُتَعَدِّرٌ فِيمَنْ لَا يَمْلِكُ إِلَّا كَلْبًا وَطَبْلٌ لَهُوَ وَزِقٌ خَمْرٍ وَأَوْصَى بِوَاحِدٍ مِنْهَا، فَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ سِوَاهُ تَقَدَّرَ وَإِنْ قَلَّ الْمَالُ لِأَنَّهُ خَيْرٌ مِنْ ضِعْفِ الْكَلْبِ الَّذِي لَا قِيَمَةَ لَهُ، وَقِيلَ: يُقَدَّرُ كَأَنَّهُ لَا مَالَ لَهُ وَيَرُدُّ إِلَى ثُلْثِ الْكِلَابِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِي الْفَضْلِ فِرْعَانَ مُتَعَلِّقَانِ بِالْوَصِيَّةِ بِالْكَلْبِ:

أحدهما: إذا قال: أعطوه كلباً من كلابي؛ وله كلابٌ يحل الانتفاع بها من كلبٍ صيد، وزرع، وماشية، أعطيتُ واحداً منها<sup>(١)</sup>.

ولو قال: كلباً من مالي، فكذلك، وإن لم يكن الكلب مالاً؛ لأن المنتفع به من

(١) قال في الخادم: فيه أمران:

أحدهما: أطلق الإعطاء وشرطه أن يكون الموصى له ممن يحل له الانتفاع به، بأن يكون صاحب صيد أو حرث أو ماشية، فإن لم يكن صاحب واحد منها ففي صحة الوصية وجهان في الحاوي لعلهما الوجهان في جواز اقتنائه لمن ليس له صيد ولا حرث ولا ماشية فإنه حكى وجهين، وقال النووي في شرح المهذب هناك: ظاهر كلام الجمهور القطع بالتحريم، وإن ابن الصباغ حكى فيه وجهين والأقرب المنع.

الثاني: قضيته تخيير الوارث مطلقاً، وينبغي تقييده بما إذا كان الموصى له اجتمعت فيه الأسباب بأن كان صاحب صيد وحرث وماشية، فإن لم يكن كذلك بل كان ممن ينتفع بأحدها لزم الوارث إعطاء ما ينتفع به دون غيره. جزم به الدارمي في الاستذكار، وحكى الماوردي في المسألة وجهان من غير ترجيح، ورجح بعض المتأخرين عدم التعيين، فإن اللفظ عام، وليس في لفظ الموصي ما يقدر حتى التخصيص والراجع ما قاله الدارمي، وحاصل الوجهين أنا هل نعتبر منفعة الكلب أو منفعة الموصى له.

الكلاب مما يقتني وتعتوره الأيدي كالأموال، فقد يُسْتَعَار له أَسْمُ المَالِ.

ولو قال: أعطوه كلباً من كلابي، أو من مالي، وليس له كَلْبٌ يُنْتَفَعُ به، بَطَلَتْ الوصية، بخلاف ما إذا قال: أعطوه عبداً من مالي، حيث يُشْتَرَى العبد، والكلب يتعذر شراؤه<sup>(١)</sup>. ويمكن أن يُقال: لو تبرّع متبرّع، وأراد تنفيذ وصيته من عنده، يجوز كما لو تبرّع بقضاء دينه.

**والثاني:** من لا مال له، وله كَلْبٌ، فأوصى به، لم تُنفذ الوصية، إلا في الثلث؛ لأنه شيء منتفع به؛ فلم يكن له تفويت جميعه على الورثة كالأموال وإن أوصى ببعضه، أو كان له كلاب، فأوصى ببعضها، ففي «أمالي» أبي الفرج الزاز وجّه: أنه لا يُغْتَبَرُ خروج الموصى به من الثلث؛ لأنها غير متقومة، ويكفي أن يترك شيئاً للورثة، وإن قل والمشهور اعتباره كما في الأموال، وعلى هذا؛ فإن لم يكن إلا كَلْبٌ واحد، لم يخف اعتبار الثلث منه. وإن كان له كلاب، ففي كَيْفِيته وجوه:

**أحدها:** وبه قال صاحب «التلخيص»: أنه يُنظر إلى قيمتها بتقدير المالية فيها، كما يُقدّر الرُّقُّ في الحرّ عند الحاجة، وتنفذ الوصية في الثلث بالقيمة.

**والثاني:** أنه يُنظر إلى عدد الرؤوس وتنفذ الوصية من ثلاثة<sup>(٢)</sup> في واحد، وكلام الناقلين يشعر بتجميع هذا الوجه، ومنهم من لا يذكّر غيره.

**والثالث:** أنه تُقوّم منافعها؛ لأنه لا مالية للدواب، ويؤخذ الثلث من قيمة المنافع، ومن لم يملك إلا كلباً، وطَبْلَ لَهْوٍ، وزقاً خَمْرٍ محترمة، فأوصى بواحد منها، وأردنا اعتبار الثلث، لم يجز الوجه الثاني، ولا الثالث<sup>(٣)</sup>؛ لأنه لا تناسب بين الرؤوس، ولا بين المنافع؛ فتعين اعتبار القيمة. فهذا إذا لم يكن للموصي بالكلب مال، أما إذا كان له

(١) قال النووي: هذا هو الصحيح المعروف. وفي وجه حكاة الجرجاني في «المعابة» وغيره: أنه تصح الوصية ويعطى قيمة مثل الكلب من الجوارح الظاهرة، وهذا ليس بشيء.

(٢) في ز: في ثلثه.

(٣) ما قاله من عدم مجيء الخلاف ممنوع، فإن الغزالي في البسيط فرض المسألة تبعاً للإمام فيما إذا كان له كلاب وأزقة خمر وأهب غير مدبوغة ولا شيء له غير ذلك لما وصى له ببعضها قال: إنه يعتبر القيمة إذ لا تتجانس منافعها، ولا تتناسب أعدادها. ومن أصحابنا من طرد النظر إلى العدد. قال الإمام، وهو بعيد، وما ذكره الإمام من الوجه يقرب به من وجه يشعر به في نكاح الشركات فيما إذا أصدق الكافر زوجته ثلاثة كلاب وزقي خمر وخنزيراً وقبضت بعض ذلك في الشرك، أنا ننظر على وجه إلى العدد وعلى وجه إلى القيمة، وعلى وجه إلى الجنس، والوجهان الأولان قد جرى مثلهما فيما نحن فيه فيظهر من الثالث فيه أيضاً، ويكون الحكم في المثال المذكور كما إذا نظرنا إلى العدد.

مال، و كلاب، فأوصى بجميعها، أو بعضها، ففيه وجهان مذكوران في الكتاب. ووجه ثالث:

أظهرهما: نفوذ الوصية، وإن كثرت وقل المال؛ لأن المعتبر أن يبقى للورثة ضعف الموصى به، والمال، وإن قل خير من ضعف الكلب الذي لا قيمة له، ويحكى هذا عن أبي علي بن أبي هريرة والطبري والشيخ.

والثاني: وبه قال الإصطخري: أن الكلاب ليست من جنس الأموال، فيقدر كأنه لا مال له، وتتفد الوصية في ثلث الكلاب، على ما مر وهذا كما أن الوصية بالمال، والصورة هذه، تُعتبر من ثلث المال، وتقدر كأنه لا كلاب له.

والثالث: أنه تقوم الكلاب، أو منافعها على اختلاف الوجهين السابقين، ويضم إلى ماله من المال، وتتفد الوصية في ثلث الكل لمن له أعيان، ومنافع أوصى له بها، فإن ثلثه يُعتبر من الأعيان والمنافع جميعاً.

ولو أوصى بثلث ماله لرجل، وبالكلاب لآخر؛ فعلى قول الإصطخري يُعتبر ثلث الكلاب وخدها، وأما على الوجه الأول، فعن القاضي أبي الطيب: أنه تتفد الوصية بجميع الكلاب؛ لأن ثلثي المال الذي يبقى للورثة خير من ضعف الكلاب، واستبعده ابن الصباغ؛ لأن ما يأخذه الورثة من الثلثين هو حصتهم بحسب ما نفذت الوصية فيه، وهو الثلث، فلا يجوز أن يُحسب عليه مرة أخرى [كما]<sup>(١)</sup> في الوصية بالكلاب، فعلى هذا يلتقي<sup>(٢)</sup> الوجهان، وقياس الوجه الثالث، أن تُضم قيمة الكلاب، أو منافعها إلى المال، ويدخل المال في حساب الوصية بالكلاب، [وإن لم تدخل الكلاب في حساب الوصية بالمال.

وقوله في الكتاب]<sup>(٣)</sup> ولا مال له سواها، وكذا «فإن كان له مال سواها» فيه تساهل؛ لأنها ليست بمال؛ حتى يُستثنى، والحمل فيه على مثل ما ذكرنا في قول الموصي بكتب من مالي.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: وَإِذَا أَوْصَى بِطَبْلِ لَهْوٍ فَسَدَتْ إِلَّا إِذَا قَبِلَ الْإِضْلَاحَ لِحَرْبٍ مَعَ بَقَاءِ أَسْمِ الطَّبْلِ، وَإِنْ كَانَ رُضَاضُهُ مِنْ دَهَبٍ أَوْ عُودٍ فَيَكُونُ هُوَ الْمَقْصُودَ فَيَنْزِلُ عَلَيْهِ (و) فَكَأَنَّهُ أَوْصَى بِرُضَاضِهِ.

(١) سقط في: ز.

(٢) قال النووي: قول ابن الصباغ أصح، والله أعلم.

(٣) سقط في: ز.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: اسم الطبل يقع على طَبْلِ الحرب، الذي يُضْرَبُ للتَهْوِيلِ، وعلى طبل الحجيج والقوافل، الذي يضرب لإعلام النزول، والارتحال، وعلى طبل العطارين، وهو سَفَطٌ<sup>(١)</sup> لهم، وعلى طبل اللُّهُو، وقد فُسِّرَ بالكوبة التي يضرب بها المخشون، وسَطُّهَا ضَيْقٌ، وطرفاها واسعان، وهي من الملاهي، ولعل التمثيل بها أولى من التفسير.

فإن أطلق الوصية بالطبل، فقد ذكره في الباب الثاني، وإن عيّن ما سوى طبل اللُّهُو، صحّ؛ وإن عين طبل اللُّهُو، نُظِرَ؛ إن صَلَّحَ للحرب أو للحجيج، أو منفعة مباحة، إما على الهيئة التي هو عليها، أو بعد التغيير الذي يَبْقَى معه اسم الطبل، فالوصية صحيحة أيضاً، وإلا، فهي غير صحيحة، ولا تُنظَرُ إلى المنافع المتوقعة بعد زوال اسم الطبل؛ لأنه إنما أوصى بالطبل، هذا ما أورده عامة الأصحاب في المسألة وذكر الإمام، وصاحب الكتاب؛ أنه إذا لم يصلح لغرض مباح مع بقاء اسم الطبل، وكان لا يَنْتَفَعُ إلا برضاؤه لم تصح الوصية؛ لأنه لا يقصد منه الرضاؤ، إلا إذا كان من شيء نفي كذهب، أو عود، فتتزل الوصية عليه، وكأنه أوصى برضاؤه، إذا كسر، والوصية قابلة للتعليق.

واعلم أن في بيع الملاهي التي يُعَدُّ رضاؤها مالا ثلاثة أوجه، بينها في «كتاب البيع».

ثالثها: الفرق بين أن تكون مُتَّخَذَةً من جوهر نفيس، أو من غيره، فإن اكتفينا بمالية الرضاؤ لصحة البيع في الحال، فكذلك في الوصية. إذ هي أولى بالصحة، وإلا فكذلك في الوصية، [فإن]<sup>(٢)</sup> ما ذكره عامة الأصحاب [مع ما ذكره وجهان في المسألة وكما أطلق عامة الأصحاب]<sup>(٣)</sup> المنع في البيع فكذلك منعوا الوصية، والإمام، وصاحب الكتاب اختارا صحة البيع، إذا كانت مُتَّخَذَةً من جواهر نفيسة، وبمثلها أجابا في الوصية. وليعلم لذلك قوله: «فينزل عليه» والله أعلم.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَيَشْتَرُطُ أَلَّا يَكُونَ الْمُوصَى بِهِ زَائِدًا عَلَى ثُلُثِ الْمَالِ الْمَوْجُودِ عِنْدَ الْمَوْتِ لِقَوْلِهِ ﷺ لِسَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَّاصٍ «الثُّلُثُ وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ، وَكُلُّ تَبْرُجٍ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ فَهُوَ مَخْسُوبٌ مِنَ الثُّلُثِ وَإِنْ كَانَ مُنَجَّرًا، وَكَذَا إِذَا وَهَبَ فِي الصَّحَّةِ ثُمَّ أَقْبَضَ فِي الْمَرَضِ».

(١) هو بفتح السين المهملة والفاء واحد الإسقاط أصله وعاء يعبا فيه الطيب ونحوه ثم يستعاد للصندوق الصغير.

(٢) سقط في: ز.

(٣) في ز: فإذا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قد سبق أن الموصي به لا ينبغي أن يزيدَ عَلَى ثلث المال؛ لحديث سَعْدٍ - رضي الله عنه - بل الأحسن أن ينقص من الثلث؛ لقوله ﷺ «وَالثَّلْثُ كَثِيرٌ»<sup>(١)</sup> وعن عليٍّ - كرم الله وجهه - أنه قال: «لأنَّ أوصِيَ بِالْخُمْسِ أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ أَنْ أوصِيَ بِالرُّبْعِ، وَلأنَّ أوصِيَ بِالرُّبْعِ أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ أَنْ أوصِيَ بِالثَّلْثِ»<sup>(٢)</sup> فمن أوصى بالثلث لم يترك وقيل إن كان ورثته أغنياء استوفى الثلث<sup>(٣)</sup> وإلا نقص، وبأي يوم يُعْتَبَرُ المال؟ فيه وجهان:

أحدهما: بيوم الوصية، كما لو نذر التصدق بثلث ماله، ينظر إلى يوم النذر.

وأصحهما: وهو المذكور في الكتاب أن الاعتبار بيوم الموت؛ لأن الوصية تملك بعد الموت، وحينئذ يلزم، فعلى هذا؛ لو زاد ماله بعد الوصية تعلقت الوصية به [وكذا لو هلك ثم كسب مالا تعلقت به ولو أوصى بعشرة ولا مال له ثم استفاد مالا تعلقت الوصية به]<sup>(٤)</sup> وعلى الأول كل ذلك بخلافه. ومنهم من جعل الاعتبار في القدر بيوم المَوْتِ جزماً، وخصَّص الخلاف بما إذا لم يملك شيئاً أصلاً، ثم ملكه<sup>(٥)</sup>.

ثم الثلث الذي تُنفَّذُ فيه الوصية هو الثلث الفاضل عن الديون، والديون مقدّمة على الوصايا؛ لما رُوِيَ عن عليٍّ - كرم الله وجهه - أنه قضى بالدين قبل الشَّرِكَةِ<sup>(٦)</sup>، وأيضاً فالديون مقدّمة على حق الورثة، فأولئى أن تقدم على حق الموصى له؛ لأنه أضعف.

فلو كان عليه دينٌ مستغرقٌ، لم تنفذ الوصية في شيء، نعم، يُحكَّمُ بأنعقادها في الأضل حتى ينفذها، لو تبرّع متبرّع بقضاء الدين، أو أبرأ<sup>(٧)</sup> المستحقّ.

(١) تقدم.

(٢) رواه البيهقي من حديث الحارث عن علي بالجملة الثانية، وزاد: فمن أوصى بالثلث فلم يترك، والحارث ضعيف، وروي أيضاً عن ابن عباس أنه قال: الذي يوصي بالخمس أفضل من الذي يوصي بالربع - الحديث - . قاله الحافظ في التلخيص.

(٣) هذا الوجه الذي ضعفه هو الصواب، وقد نص عليه الشافعي في الأم في باب الوصية بالثلث فقال: فإذا تركهم أغنياء اخترت له أن يستوعب الثلث، وإذا لم يدعهم أغنياء كرهت له أن يستوعب الثلث انتهى.

وحكاه عنه ابن المنذر في الإشراف والبيهقي في المعرفة.

(٤) سقط في: ز.

(٥) وهذا الذي حكاه ثالثاً رواية الإمام الشيخ أبي علي عن الأصحاب.

(٦) رواه أحمد وأصحاب السنن من حديث الحارث عنه، وعلقه البخاري ولفظهم: قبل الوصية، والحارث وإن كان ضعيفاً فإن الإجماع منعقد على وفق ما روى.

(٧) وهذا جزم به في التتمة ويقضي كلامهم أنه لو رضي الغريم بتقديم الوصية وبقاء الدين في ذمته أنه لا يقدم نظراً للميت، وفيه نظر.



وقوله في الكتاب «وَيُشْتَرَطُ أَلَّا يَكُونَ الْمَوْصِيُّ بِهِ زَانِدًا عَلَى ثُلُثِ الْمَالِ» أي يشترط هذا في لزوم الوصية، وأما أصل الصحة فيبنى على أن إجازة الورثة ابتداءً وعطية منهم، أو تنفيذًا، وقد مرَّ.

وكما أن التبرعات المعلقة بالموت، وهي الوصايا، معتبرة من الثلث، سواء أوصى به في الصحة، أو في المرض؛ فكذلك التبرعات المنجزة في مرض الموت، تُعتبر من الثلث، وفي قوله ﷺ «إِنَّ اللَّهَ أَعْطَاكُمْ ثُلُثَ أَمْوَالِكُمْ فِي آخِرِ أَعْمَارِكُمْ»<sup>(١)</sup> ما يشعر به، وإذا هب في الصحة، ثم أقبض في المرض، كان كما لو هب في المرض؛ لأن تمام الهبة بالقبض، وحديث أبي بكر وعائشة - رضي الله عنهما - فيه مشهور<sup>(٢)</sup>.

إذا عُرِفَ ذلك، فهذه [القاعدة]<sup>(٣)</sup> يحتاج فيها إلى معرفة ثلاثة فصول: أن المرض المخوف، ماذا؟ وأن التبرعات، والتصرفات المحسوبة من الثلث، ما هي؟ وأنها كيف تُحسب منه، إذا تكررت وتعددت؟ وصاحب الكتاب أورد هذه الفصول في معرض الأسئلة والأجوبة، [والله أعلم].

قَالَ الْعَرَالِيُّ: (فَإِنْ قِيلَ): وَمَا الْمَرَضُ الْمُخَوِّفُ؟ (قُلْنَا): كُلُّ مَا يَسْتَعِدُّ (ح) الْإِنْسَانَ بِسَبَبِهِ لِمَا بَعْدَ الْمَوْتِ كَالْقَوْلَانِجِ، وَذَاتِ الْجَنْبِ، وَالرَّعَافِ الدَّائِمِ، وَالْإِسْهَالِ الْمُتَوَاتِرِ مَعَ قِيَامِ الدَّمِ، وَالسَّلُّ فِي أَنْتَهَائِهِ (و)، وَالْفَالِجِ فِي أَيْدَائِهِ، وَالْحُمَى الْمُطْبِقَةَ، أَمَّا أَيْدَاءُ السَّلِّ وَآخِرُ الْفَالِجِ وَالْجَرَبُ وَوَجَعُ الضَّرْسِ وَحُمَى يَوْمٍ أَوْ يَوْمَيْنِ فَلَيْسَ بِمُخَوِّفٍ، وَمَهْمَا أَشْكَلَ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ حُكِمَ فِيهِ بِقَوْلِ مُسْلِمَيْنِ طَبِيبَيْنِ عَدْلَيْنِ حُرَيْنِ، وَإِذَا ثَبَتَ كَوْنُهُ مُخَوِّفًا حَجَزْنَا عَلَيْهِ فِي التَّبَرُّعَاتِ فِي الزِّيَادَةِ عَلَى الثَّلْثِ، وَإِنْ سَلِمَ تَبَيَّنَا الصَّحَّةَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُخَوِّفًا لَمْ نَحْجِزْ، فَإِنْ مَاتَ مَوْتًا قِيلَ إِنَّهُ مِنْ ذَلِكَ الْمَرَضِ وَكُنَّا لَا نَنْظُهُ مُخَوِّفًا تَبَيَّنَ الْبُطْلَانُ، فَإِنْ حَمِلَ عَلَى الْفَجَاءَةِ فَلَا، وَمَهْمَا أَلْتَحَمَتِ الْفِرْقَتَانِ فِي الْقِتَالِ، أَوْ تَمَوَّجَ الْبَحْرُ، أَوْ وَقَعَ فِي أَسْرِ كُفَّارٍ عَادَتْهُمْ الْقَتْلُ، أَوْ قُدِّمَ لِلْقَتْلِ فِي الرِّثَا، أَوْ ظَهَرَ الطَّاعُونَ فِي الْبَلَدِ وَلَمْ يَتَعَلَّقَ بِيَدَيْهِ فِي هَذِهِ الْأَحْوَالِ وَالْتِحَاقَهَا بِالْمَرَضِ الْمُخَوِّفِ قَوْلَانِ (و)، وَإِنْ قُدِّمَ لِلْقِيَصَاصِ فَالْتِصُّ أَنَّهُ قَبْلَ الْجَرْحِ غَيْرُ مُخَوِّفٍ، وَقِيلَ: هُوَ كَالْأَسِيرِ، وَالْحَامِلُ قَبْلَ أَنْ يَضْرِبَهَا الطَّلُقَ لَيْسَ بِمُخَوِّفٍ، فَإِذَا ضَرَبَهَا فَهُوَ مُخَوِّفٌ، وَقِيلَ: إِنَّ السَّلَامَةَ مِنْهُ أَغْلَبَ فَلَيْسَ بِمُخَوِّفٍ.

(٢) تقدم في الهبة.

(١) تقدم.

(٣) في ز: قاعدة.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَفْصُودُ الْفَصْلِ بَيَانُ الْمَرَضِ (١) الْمَخَوْفِ، وَالْأَحْوَالِ الَّتِي هِيَ فِي مَعْنَاهُ، وَبَيَانُ الطَّرِيقِ إِلَى مَعْرِفَتِهِ عِنْدَ الْإِشْكَالِ، وَبَيَانُ مَا يَحْكُمُ بِهِ لِلْمَخَوْفِ، وَغَيْرِ الْمَخَوْفِ، فَهَذِهِ ثَلَاثَةُ أُمُورٍ:

أما الأول: فما بالإنسان من مرض وعلّة. إما أن ينتهي إلى حالة يُقَطَّعُ فِيهَا بِمَوْتِهِ مِنْهُ عَاجِلاً؛ وَذَلِكَ بِأَن يَشْخَصَ بَصْرَهُ عِنْدَ التُّزَعِ، وَتَبْلُغَ الرُّوحُ الْحَنْجِرَةَ، أَوْ يُقَطَّعَ حَلْقُومُهُ، وَمَرِيئُهُ، أَوْ يُسْقَى بَطْنُهُ وَتَخْرُجَ حَشْوَتُهُ. قَالَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ: أَوْ يَغْرُقَ فِي الْمَاءِ، وَيَغْمَرُهُ، وَهُوَ لَا يَحْسُنُ السَّبَاحَةَ، فَلَا عِتْبَارَ بِكَلَامِهِ فِي الْوَصِيَّةِ وَغَيْرِهَا، حَتَّى لَا يَصِحَّ إِسْلَامُ الْكَافِرِ وَتَوْبَةُ الْفَاسِقِ، وَالْحَالَةُ هَذِهِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ صَارَ فِي حَيِّزِ الْأَمْوَاتِ، وَحَرَكَتُهُ كَحَرَكَةِ الْمَذْبُوحِ (٢). وَإِمَّا أَلَّا يَنْتَهِيَ إِلَيْهَا، فِيمَا أَنْ يُخَافُ مِنْهُ الْمَوْتُ عَاجِلاً، وَهُوَ الْمَخَوْفُ الَّذِي يَقْتَضِي الْحَجْرَ فِي التَّبَرُّعَاتِ، أَوْ لَا يَكُونُ كَذَلِكَ، فَحُكْمُهُ حَكْمُ حَالَةِ الصَّحَّةِ، وَتَكَلَّمَ الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَالْأَصْحَابُ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - فِي أَمْرَاضٍ خَاصَّةٍ مَخَوْفَةٍ، وَغَيْرِ مُخَوْفَةٍ.

فَمِنْ الْأَمْرَاضِ الْمَخَوْفَةِ الْقَوْلُجُ (٣) وَهُوَ أَنْ تَنْعَقِدَ إِخْلَاطُ الطَّعَامِ فِي بَعْضِ الْأَمْعَاءِ؛

(١) المرض في اللغة: «إظلام الطبيعة واضطرابها بعد صفائها واعتدالها، وقال ابن دريد: المرض السقم وهو نقيض الصحة، وقال ابن الأعرابي: المرض النقصان يقال: بدن مريض أي ناقص القوة.

وقد ذكر الفقهاء هنا أمراضاً مختلفة جرت العادة بالموت عندها نذكر طائفة منها على سبيل المثال، لا على سبيل الحصر: -

أولاً: السل: مرض معروف ينحل البدن منه ويضعفه.

ثانياً: القولنج: مرض بالإمعاء يعسر معه خروج الفضلات.

ثالثاً: إسهال الدم. رابعاً: الحمى الملازمة. خامساً: ذات الجنب وهي قروح تحدث في داخل الجنب بوجع شديد ثم تفتتح فيه.

سادساً: رعاف دائم، سابعاً: إسهال متواتر. ثامناً: دق داء يصيب القلب ولا تمتد معه الحياة غالباً.

تاسعاً: خروج الطعام غير مستحيل لانحراف البطن.

(٢) قال النووي: واحتج أصحابنا بأن هذه هي الحال التي قال فيها فرعون: «أمنت» فلم يصح منه والله أعلم.

وذكر في الجنائيات بأن المريض إذا انتهى إلى هذه الحالة بسبب المرض فقتله إنسان فله حكم الأحياء حتى يقاد به. نبه على ذلك الأذرعى وغيره، وقول الشيخ يشخص بصره. قال في الصحاح. يقال شخص بصره بالفتح فهو شاخص إذا فتح عينيه وجعل لا يطرف، والحنجرة بفتح الحاء المهملة، ويقال الحنجرة والحلقوم والحشوة بضم الحاء (قاله الزركشي).

(٣) القَوْلُجُ: مرض معوي مؤلم يصعب معه خروج البراز والريح، وسببه التهاب القولون: ينظر المعجم الوسيط ٧٦٧/٢.

فلا ينزل، ويصعد بسببه البخار إلى الدماغ؛ فيؤدي إلى الهلاك.

ومنها: ذات الجنب؛ وهي قروحٌ تخدث في داخل الجنب بوجع شديد، ثم يفتح في الجنب ويسكن الوجع، وذلك وقت الهلاك، وكذلك وجع الخاصرة<sup>(١)</sup>.

ومنها الرعاف الدائم؛ لأنه نرف الدم، ويسقط القوة، وابتدأه ليس بمخوف.

ومنها: الإسهال، إن كان متواتراً، فهو مخوف؛ لأنه ينشف رطوبات البدن، وإن كان يوماً، أو يومين، ولم يدم، فليس بمخوف، إلا إذا انضم إليه أحد أمور:

الأول: أن يخرق البطن؛ فلا يمكنه الإمساك، ويخرج الطعام غير مستحيل.

والثاني: أن يكون معه زحير وهو أن يخرج بشدة ووجع؛ أو تقطيع، وهو أن يخرج كذلك، ويكون مقطعاً، وقد يئوهم انفصال شيء كثير، فإذا نُظِر، كان قليلاً.

والثالث: أن يُعجله، ويمنعه التؤم.

والرابع: إذا كان معه دم، نقل المزنبي أنه ليس بمخوف، وفي «الأم»: أنه كان يوماً، أو يومين، ولا يأتي معه الدم، لا يكون مخوفاً، وهذا يُشعر بالتقييد بما إذا لم يكن [معه]<sup>(٢)</sup> دم، فمن الأصحاب من قال: سها المزنبي وخروج الدم مخوف؛ لأنه يُسقط القوة، وإلى هذا ذهب المسعودي، وأول الأكترون، فحملوا ما رواه المزنبي على دم يخذث من المخرج من البواسير ونحوه، وما رواه الربيع على دم الكبد وسائر الأعضاء الشريفة، فهذا مخوف، وذلك غير مخوف.

ومنها: السل<sup>(٣)</sup>: هو داء يصيب الرئة، ويأخذ البدن منه في النقصان والأصفرار،

(١) قال ابن النفيس في شرح القانون: وظاهر كلام الشيخ في القانون أنه ورم فيما سوى الرئة والقلب، والمشهور عند الأطباء أنه ورم في الغشاء المتبطن للأضلاع هذا إذا أطلقوا لفظ ذات الجنب.

(٢) سقط في: أ، ز.

(٣) قال في الخادم، قال الزبيدي السل بكسر السين وجمعه سلال، ووقع في المهمات أنه بفتح السين وهو سهو.

ثم قال صاحب الخادم: وما جزم به - يعني الرافي - من كونه مخوفاً نازع فيه بعضهم بقول جالينوس في شرح فصول القراط، والسل هزال البدن كله الذي لا يبرأ الكائن به من حمى دقيقة بسبب قرحة في البرية. انتهى.

وما ذكره من أن الرافي جزم بذلك عجيب، فإن الرافي لم يجزم بذلك بل قال: «أطلق في المختصر أنه ليس بمخوف» وهذا الإطلاق أخذ به آخذون حتى صرح أبو عبد الله الحنطي رحمه الله أنه ليس بمخوف لا في أوله ولا في آخره. ووجهه بأن السل وإن لم يسلم منه صاحبه غالباً فلأنه لا يخشى منه الموت عاجلاً فيكون بمثابة الشبخوخة والهرم، وحكى الشيخ أبو إسحاق =

وقد أطلق في «المختصر» أنه ليس بمخوف، وبهذا الإطلاق أخذ آخذون، حتى صرح أبو عبد الله الحنطاطي بأنه ليس بمخوف، لا في أوله، ولا في آخره، ووجهه بأن السُّلَّ، وإن لم يسلم منه صاحبه غالباً، فإنه لا يخشى منه الموت عاجلاً، فيكون بمثابة الشيخوخة والهرم.

وحكى الشيخ أبو إسحاق الشيرازي [وصاحب الكتاب]<sup>(١)</sup> أن السُّلَّ في انتهائه مخوف، وفي ابتدائه ليس بمخوف. وكان سببه أنه أن تتناول مدته، فأبتداؤه لا يخاف الموت منه عاجلاً، فإذا انتهى، خيف، لكن هذا المعنى يقتضي أن يكون آخر الفالَج مخوفاً أيضاً، وعكس البغوي في «التهذيب»؛ فقال: ابتداؤه مخوف، فإذا استمر، فليس بمخوف؛ لأن الغالب أنه إذا دام لا يقتل عاجلاً، ويبقى مدة، فهو كالهرم، وهذا كما سنذكره في الفالَج، فحصلت، فيه ثلاثة مذاهب كما ترى.

وأشبهها بأصل المذهب: الأول.

ومنها: الدَّق مخوف؛ وهو داء يصيب القلب، ولا تمتد معه الحياة غالباً.

ومنها: الفالَج<sup>(٢)</sup>؛ وسببه غلبة الرطوبة، والبلغم، وابتداؤه مخوف؛ لأنه إذا هاج زُبماً أطفأ الحرارة الغريزية، وأهلك، فإذا استمر لم يخف منه الموت عاجلاً، فلا يكون مخوفاً، وفيه وجه: أنه إذا استمر مع ارتعاش، لم يكن مخوفاً؛ وإلا فهو مخوف.

ومنها: الحمى الشديدة؛ وهي ضربان: مطبقة، وغير مطبقة.

فالمُطَبِّقَةُ: هي اللازمة التي لا تبرح، فإن كانت حمى يوم أو يومين، لم تكن مخوفاً، وإن زادت، صارت مخوفة، وفيه وجه آخر أن الحمى من أول حدوثها مخوفة، وهذا الخلاف فيما نقل أبو الحسن العبادي، وغيره ناشيء من الاختلاف في قراءة لفظ

= الشيرازي وصاحب الكتاب أن السل في انتهائه مخوف، وفي ابتدائه غير مخوف، ثم قال وعكس البغوي - رحمه الله - في التهذيب فقال، ابتداؤه مخوف فإذا استمر فليس بمخوف ثم قال: وأشبههما بأصل المذهب الأول يعني قول الحنطاطي تبعاً لإطلاق المختصر أنه ليس بمخوف لا في أوله ولا في آخره على ذلك في الروضة، وزاد بياناً، والأشبه بأصل المذهب ما قاله الحنطاطي وموافقوه فلم يجزم الراقعي بأنه مخوف بل رجح أنه ليس بمخوف مطلقاً.

(١) سقط في: أ، ز.

(٢) لم يذكر تعريفه. وقال ابن النفيس: سمي به باعتبار ما يتبعه، فالفالَج في اللغة المنصف والشاق أي الجاعل شيئاً ما نصفين وشقين. وهذا المرض يفعل ذلك لأنه يقسم البدن نصفين فنصف صحيح ونصف بخلافه وحقيقته بطلان الحسن والحركة الإرادية ويشق من البدن أو كله سواء أعضاء الرأس، فإن ذلك يسمى لقوة.

فهو شلل يصيب أحد شقي الجسم طولاً. ينظر المعجم الوسيط ٦٩٩/٢.

الشافعي - رضي الله عنه - ومن المَخُوفِ منه - يغني عن المرض - إذا كانت الحمى بدأت بصاحبها ثم إذا تَطَاوَلَ، فهو مخوف، إلا الربيع، فقرأ بعضهم: بدأت، وقرأ بعضهم تَذَابُ أَي: تتعبه، فمن قرأ: بدأت، قال: هي من أول حدوثها مخوفة، والمشهور الأول، وعلى هذا، فلو اتصل المَوْتُ بحمى يوم أو يومين، نُظِرَ في عطيته، إن كان قبل أن يَعرَقَ فهي من الثلث، وقد بَانَ أنها مخوفة، وإن كانت بعد العرق، فهي من رأس المال؛ لأن أثرها قد زال بالعرق، والموت بسبب آخر، كذلك ذكره صاحب «التهذيب» و«التممة».

والضرب الثاني: غير المطبقة، وهي أنواع: الورد: وهي التي تأتي كل يوم. والغَبْ: وهي التي تأتي يوماً، وتُقْلِعُ يوماً. والثُلث: وهي التي تأتي يومين، وتُقْلِعُ يوماً. حَمَى الأخوين: وهي التي تأتي يومين، وتقلع يومين. والرَّبِيع: وهي التي تأتي يوماً، وتُقْلِعُ يومين<sup>(١)</sup>.

فما سوى الربيع والغَبْ من هذه الأنواع مخوف.

والربيع على تجرُّدها غير مَخُوفَةٍ<sup>(٢)</sup>؛ لأن المحموم يأخذ القوة في يومِ الإقلاع.

وفي الغَبْ وجهان<sup>(٣)</sup>، قال قائلون: هي مخوفة، وبهذا أجاب في «التهذيب».

وقال آخرون: لا، وبه أجاب في «الشامل» أما الحمى اليسيرة، فهي غير مخوفة بحال. ومنها: قال الشافعي - رضي الله عنه -: «مَنْ سَاوَرَهُ الدَّمُ حَتَّى تَغْيِرَ عَقْلَهُ أَوْ المَرَارَ أَوْ البَلْغَمَ، كَانَ مَخُوفًا».

وقال أيضاً: «الطاعونُ - نعوذ بالله منه - مخوفٌ حتى يذهب».

قوله: «ساوره» أي: واثبه وهاج به المرار الصفراء، فهيجان الصفراء والبلغم مخوف، وكذلك هيجان الدَّم، بأن يثور، وينصب إلى عَضْوٍ من يد، أو رِجْلٍ، فتحمر وتنتفخ وقد يذهب العضو، إن لم يتدارك أمره في الحال، وإن سلم الشخص، وقوله «حتى تغير عقله» ليس مذكوراً على سبيل الأَشْتِرَاطِ، بل هو مخوف، وإن لم يتغير العقلُ نصٌّ عليه في «الأم».

(١) وهذا أخذه من إظماء الإبل. قال بعض الفضلاء، وكان حقها أن يقال فيها حمى كما يقول الناس: حمى مثلية. والجواب أنها أول أخذها للإنسان أن يأخذ أول يوم ويدعه يومين آخرين ثم يأخذه في اليوم الرابع فمن هنا سميت ربعا لا ثلاثا.

(٢) أشار بقوله على تجرُّدها إلى أن هذا ما لم يلزم الفرائض: كذا نص عليه في البويطي في باب الطلاق في الربيع.

(٣) قال النووي: أصحهما: مخوفة، وبه قطع الرافعي في «المحرر».

وَالطَّاعُونَ فَسَّرَهُ بَعْضُهُمْ بِهَذَا الَّذِي ذَكَرْنَاهُ مِنْ أَنْصَابِ الدَّمِ إِلَى عَضْوٍ<sup>(١)</sup>.  
وقال أكثرهم: إنه هيجانُ الدَّمِ في جميعِ البدنِ وانتفاخه.

قال في «التتمة» وهو قريبٌ من الجذام من أصابه، تأكلت أعضاؤه، وتساقط لُحْمُهُ. ومنها: الجراحة، إن كانت على مقتل، أو نافذة إلى جوف، أو في موضع كثير اللُحْمِ، أولها ضَرْبَانٌ شَدِيدٌ، أو حصل معها تَأْكُلٌ، أو ورمٌ، فهي مخوفةٌ، وإلا، فلا.

وذكر بعض الشارحين أن الِوَرَمَ وَخَدَهُ لَا يُوجِبُ كونه مخوفةً وإنَّما يوجبهُ الورم مع التَأْكُلِ. وأخْتِجَ عليه بأن الشافعي - رضي الله عنه - قال في «المختصر» ولم يتأكل، وورم فهو غير مخوف، ولم يقل: ولم يرم.

ومنها: القَيْءُ، إن كان معه دم، أو بلغم، أو غيرهما من الأخلاط، فهو مخوف وإلا، فغير مخوف إلا أن يدم.

ومنها: البِزْسَامُ<sup>(٢)</sup> وهو مخوفٌ، وأما الجَرْبُ، ووجعُ الضرس، ووجع العين، والصداع، فهي غير مخوفة<sup>(٣)</sup> هذا هو الكلام في الأمراض المخوفة، وقد تعرَّضَ أحوالٌ تشبه الأمراض في اقتضاء الخوف، وفيها صور:

إحداها: إذا أَلْتَقَى الفَرِيقَانِ، وَأَلْتَحَمَ القِتَالُ بينهما، واختلط بَعْضُهُم ببعض.

والثانية: إذا كان في السَّفِينَةِ، واشتدَّت الرياح، وهاجَتِ الأمواج.

والثالثة: إذا وقع في أسر الكفار وعادتهم قتل الأسارى.

والرابعة: قُدَمٌ؛ لِيُقْتَلَ قِصَاصاً، ولم يُجرح بعدُ فالحكاية عن نَصِّ الشافعي - رضي الله عنه - في الصور الثلاث: الأولى أنها تلتحقُ بالمرض المخوف، وعن نَصِّه في

(١) قال النووي في شرح مسلم: هو قروح تخرج من الجسد فتكون في المرافق والأباط أو الأيدي أو الأصابع وسائر البدن، ويكون معه ورم، وألم شديد، ويخرج تلك القروح مع أهدب وكسور ما حواليه أو يخضر ويحمر حمرة بنفسجية كدرة يحصل معه خفقان القلب والقيء. انتهى. أما الأطباء فقالوا: الطاعون ورم قتال يحدث غالباً في أحد المواضع الثلاثة التي هي الإبط وحلقة الأذن والأرنبية، وبالجملة في اللحوم الرخوة ويختص باللحم الغددي، لأنه لا يقبله من الأعضاء إلا ما كان أضعفه وأسلمه الأحمر ثم الأصفر ثم الذي في السواد لا يقبل منه أحد.

قال ابن سينا في الطواعين: تكثر في الوباء، وفي البلاد الموبئة، وروى الطبراني أنه ﷺ سئل عن الطاعون فقال: «طعنكم عدامكم من الجن» وفي الصحيح أنه كان عذاباً على من كان قبلنا وصار لنا رحمة وشهادة.

(٢) وهو بياء موحدة مكسورة في أوله، ورم في حجاب القلب أو الكبد، ويصعد أثره في الدماغ.

وفي المعجم الوسيط ٤٩/١: هو ذات الجنب، وهو التهاب في الغشاء المحيط بالرئة.

(٣) وقيد في الوسيط الجرب والصداع باليسير.

«الإملاء» في الصورة الرابعة: المَنع، وللأصحاب فيهما طريقان<sup>(١)</sup>:

أظهرهما: وبه قال المزني أنها جميعاً على قولين بالنقل والتخريج:

وأحدهما: أنها غير ملتحقة بالمرض المَخُوف؛ لأنه لم يُصَبْ بدنه شيء.

وأظهرهما: وبه قال أبو حنيفة، ومالك، والمزني - رحمهم الله - الالتحاق بها، لأنها أحوال تستعقب الهلاك غالباً.

والثاني: الجريان على ظاهر النصين، والفرق بين الصور الثلاث.

والرابعة: أنه إذا التحم القتال لا يَزَحْمُ بعضهم بعضاً، والبحر لا يحابي، والكافر لا يَزَحْمُ المسلم لكن مستحق القصاص لا تَبْعُدُ منه الرحمة، والعفو بعد القُدرة إما طمعاً في الثواب، أو في المَالِ. وعن صاحب «التقريب» أنه إن كَانَ هناك ما يَغْلِبُ على الظَّنِّ أنه يقبض من شدة حقد، أو عداوة شديدة، فهي مخوف، وإلاً، فلا، ثم موضع الخلاف في صورة التحام القتال ما إذا كان الفريقان متكافئين، أو قَرَبَيْنِ من التكافؤ، وإلاً، فلا خَوْفٌ في حقِّ الغالب، بلا خلاف، ولا خلاف أيضاً فيما إذا لم يلتحم الحرب، ولم يختلط الفريقان، وإن كانا يتراميان بالنشاب والحرب، ولا فيما إذا كان البحر ساكناً، ولا في الأسير في يد الكفار الذين لا يقتلون الأسارى كالرؤم<sup>(٢)</sup>.

الخامسة: إذا قُدِمَ؛ ليقتل رجماً في الزنا أو ليقتل في قطع الطريق فالحكم كما في صورة التحام القتال ونظائرها؛ لأنه ليس في موضع العفو والرَّحْمَةِ بخلاف ما إذا قُدِمَ للقصاص، فعلى طريقه فيه القولان، وعلى الثاني يقطع بكونه مَخُوفاً، ومنهم من فَرَّقَ بين أن يَثْبُتَ الزنا بالبينة أو بالإقرار؛ لاحتمال الرجوع.

(١) قال في الخادم: فيه أمور:

أحدها: أن الشافعي قد نص أيضاً في الأولى على المنع أيضاً فلا حاجة لحكايته بالتخريج.

الثاني: ينبغي أن يكون ذكر الكفار في الثالثة خبري على الغالب لا قيد حتى لو اعتاد البغاة قتل أسيرهم أن يكون الحكم كذلك، وكذلك لا يتقيد بأسيرنا، فلو أسرت اليهود أو النصارى أو بالعكس كان الحكم كذلك، والمعنى شامل لذلك كله.

الثالث: قضية إطلاقه في الثانية أنه لا فرق بين من يحسن السباحة أو لا، ولا بين الراكب في البحر أو الأنهار العظيمة كالنيل والفرات، وفي الأول نظر لا سيما الماهر بهما القريب من الساحل.

الرابع: قوله «قدم ليقتل قصاصاً» قال في المهمات: توهم أنه قيل ذلك غير مخوف، وليس كذلك فقد قال في الوديعه: فإذا مرض المودع عنده مرضاً مخوفاً أو حبس للقتل لزمه أن يوصي بالوديعه. قال، فجعل الحبس كالمريض المخوف.

(٢) قال النووي: وسواء في مسألة القتال كان الفريقان مسلمين أو كفاراً، أو فريقاً مسلمين وفريقاً كفاراً، كذا صرح به القاضي أبو الطيب، وغيره.

السادسة: إذا وقع الطاعون في البلد وفشا الوباء، فهل هو مخوف في حق من لم يُصِبه؟ فيه وجهان مخرّجان من الخلاف في الصورة السابقة، والأصح أنه مخوف قاله صاحب «التهذيب».

السابعة: الحامل قبل أن يضربها الطلق، ليست في حال خَوْف. وقال مالك - رحمه الله -: إذا بلغت ستة أشهر، دخلت في حال الخوف، واحتج الأصحاب بأنها ما دامت حاملاً لا تخاف الموت، وإنما تخافه عند حدوث الطلق، وإذا ضربها الطلق، ففيه قولان:

أصحهما: أن الحال حال خَوْف؛ لصعوبة أمر الولادة.

والثاني: المتع، ويُنسب إلى رواية الشيخ أبي حامد؛ لأن الغالب السلامة، وإذا وضعت، فالخوف باقٍ إلى أن تنفصل المشيمة، فإذا انفصلت، زال الخوف، إلا إذا حصل من الولادة جراحة، أو ضرباً شديداً، أو ورمٌ أو إلقاء المضغّة، أو العلقّة. قال الشيخ أبو حامد، وابن الصباغ: لا خَوْف منه؛ وفي «التتمة» أن إلقاء المضغّة كالولادة، وموت الولد في البطن يوجب الخوف<sup>(١)</sup>، هذا، [هو] أحد مقاصد الفضل، وهي كثيرة.

والثاني: إذا، أشكل الحال في مرض؛ فلم يدر، أهو مخوف أم لا؟ فالرجوع فيه إلى أهل الخبرة [والعلم بالطب، ولا بد في المرجوع إليه من الإسلام والبلوغ والعدالة والحرية]<sup>(٢)</sup>، ولا بد من العدد أيضاً وقد ذكرنا وجهاً في جواز العدول من الوضوء إلى التيمم بقول الصبي - المراهق والفاسق، ووجهاً في أنه لا يُشترط فيه العدو، وعن أبي سليمان الخطابي وجهٌ لم نذكره في ذلك الباب، أنه يجوز العدول من الوضوء إلى التيمم يقول الطبيب الكافر، كما يجوز شرب الدواء من يده، وهو لا يدري أنه دواء، أو داء ولا يبعد أن تطرد هذه الاختلافات ها هنا، وقد قال الإمام: الذي أرى أنه يلحق بالشهادات [من كل وجه]، بل يلحق بالتقويم وتعديل الأنصباء في القسمة، حتى يختلف الرأي في اعتبار العدد<sup>(٣)</sup>.

(١) قال النووي: وإذا كان المرض مخوفاً، فتبرع، ثم قتله إنسان، أو سقط من سطح فمات، أو غرق، حسب تبرعه من الثلث، كما لو مات بذلك المرض ذكره البغوي.

(٢) سقط في: ز.

(٣) قال النووي: المذهب: الجزم باشتراط العدد وغيره مما ذكرنا أولاً، لأنه يتعلق بهذا حقوق الأدميين من الورثة والموصى لهم، فاشتراط شروط الشهادة كغيرها من الشهادات، بخلاف التيمم، فإنه حق لله تعالى مبني على المسامحة، مع أنه ينتقل إلى بدل، وليس كالقويم الذي هو تخمين في محسوس يمكن تدارك الخطأ، إن وقع فيه.

قال في المطلب: الفرق بين مسألتنا وباب التيمم أن ذلك لا يتوقف الأمر فيه على الرفع إلى =



وإذا اختلف الوارث والمتبرع عليه في كون المَرَضِ مَخُوفاً بعد موت المتبرع، فالقول قول المتبرع عليه؛ لأن الأضل السلامة عن المرض المخوف، وعلى الوارث البيئة، ولا تثبت دعواه إلا بشهادة رجلين، ولا يقبل قول رجل وامرأتين؛ لأنها شهادة على غير المال، وإن كان المقصود المال، نعم، لو كانت العلة بامرأة على وجه لا يتطلع عليه الرجال غالباً، فتقبل شهادة رجلين، ورجل وامرأتين، وأربع نسوة، ويُعْتَبَرُ في الشاهدين العِلْمُ بالطَّبِّ قاله في «التهديب».

والثالث: إذا وجدنا المرض مَخُوفاً، حَجَرْنَا عليه في التبرع فيما زاد على الثلث ولم ننفذه لكثته، لو فعل، ثم سلم وبرا، تبيّن [صحة] التبرع، وأن ذلك المرض لم يَكُنْ مَخُوفاً، ومن هذا القبيل [ما] إذا التَحَمَّ القتال، وحكّمنا بأنه مَخُوفٌ، ثم انقضى الحَرْبُ وسلم، وإذا رأينا المَرَضَ غَيْرَ مَخُوفٍ، فاتصل به الموت، نُظِرَ؛ إن كان بحيث لا يُحَالُ عليه الموت بحال؛ كوجع الضرس ونحوه، فالتبرع نافذ، والموت محمول على الفجأة وإن كان غيره كإسهال يوم، أو يومين، فتبيّن بأتصال الموت كونه مَخُوفاً وكثا نظن أن القوة تحتمله، فَبَانَ خلافه، وكذلك حمى يوم، أو يومين فيما رواه صاحب الكتاب في «الوسيط» وقد حكّمنا من قبل الفَرْقَ بين أن يعرق، أو لا يعرق في هذه الصورة والله أعلم. ونعود الآن إلى ما يتعلّق بلفظ الكتاب:

أما تغيير الترتيب في بعض مسائل الفَضْلِ، فسببه أنا أَرَدْنَا أن نذُكِرَ الأمراض المَخُوفَةَ، والأحوال الملتحقة بها مجْمُوعَةً، ثم نأخذ في نوع آخر من الكلام، وأما قوله: «كُلُّ ما يستعد الإنسان بسببه لما بعد الموت» فمعناه أنه يتهيأ للموت، ويعد أسباب التجهيز، وما ينفعه بعد الموت من توبة، ووصية، ورد مظلمة، وفي هذه اللفظة ما يُشْعِرُ بإخراج الفَالِجِ، إذا امتدّت مدته عن الأمراض المخوفة؛ لأن المفلوج لا يستعد للموت، وما بعده، ويجوز أن يُعَلِّمَ [قوله] <sup>(١)</sup> بالحاء؛ لأن الأستاذ أبا منصور وغيره حَكَّوْا عن أبي حنيفة وأصحابه أن المرض المَخُوفَ ما يمنعه من أن يجيء، ويذهب، وما لا يمنعه من التردّد، فهو غير مخوف، وروِيَ عنهم أَنَّ المَخُوفَ هو الذي يجوزُ القُعودُ له في صلاة الفَرَضِ.

= الحاكم فكان بمنزلة الأخبار، وأخبار الصبي مقبولة على رأي، فكذا خبر الفاسق يجب العمل به إذا وقع في نفس المخبر صدقه في حق نفسه، وقد تقول بمثل ذلك في خير الكافر، ولا كذلك فيما نحن فيه؛ لأنه لا يتعلّق بسماع الحاكم لا يقبل قول صبي ولا فاسق ولا كافر، كيف وفيه تفرد حكمه على الغير، ومما يوضح ذلك كله أن قول العدد الواحد في باب التيمم كافٍ بل ظن التيمم يكفي فيه، ولا كذلك فيما نحن فيه:

(١) سقط في: ز.

وقوله «والإسهال المتواتر مع قيام الدم» إن أراد بالمتواتر ظاهر مفهومه، وهو الدائم الممتد، فلا حاجة إلى اعتبار قيام الدم، كما سبق، وإن أراد بالمتواتر [في] (١) اليوم، واليومين، فيعتبر؛ لكونه مخوفاً قياماً الدم، أو شيئاً مما في معناه، وقوله «والسل في انتهائه» ينبغي أن يُعَلَّم بالواو؛ لما عرفت فيه، وقوله: «ففي إلحاقها بالمرض المخوف قولان» المشهور من الخلاف، في صورة ظُهور الطاعون وجهان، لا قولان، لكنَّ القولين الحاصلين من التصرف بالنقل والتخريج يقرَّبان من الوجهين، فجاز التساهل، ويجوز إعلام لفظ القولين بالواو؛ للطريقة الجازمة، وقوله: «فالنص أنه قيل الجرح غير مخوف» مُعَلَّم بالحاء والميم والزاي، وقوله في مسألة الحمل وقيل: إن السلامة أغلب» قول لا وجه.

### فَرَعٌ:

قال الإمام: لا يُشْتَرَطُ في المرض المخوف أن يكون الموت منه غالباً، بل يكفي أن يكون نادراً بدليل البرسام، ولو قال أهل البصر: هذا المرض لا يخاف منه الموت، لكنه سبب ظاهر في أن يتولد منه المرض المخوف، فالأول مخوف أيضاً، وهذا يشكل بالحامل قبل أن يأخذها الطلق، وإن قالوا: يُقْضَى إلى المرض المخوف نادراً، فالأول ليس بمخوف (٢).

قَالَ الْعَزَالِيُّ: (فَإِنْ قِيلَ): فَمَا حَدُّ التَّبْرُعِ (قُلْنَا): هُوَ إِزَالَةُ الْمَلِكِ عَنِ مَالِهِ بِغَيْرِ ثَمَنِ الْمِثْلِ مِنْ غَيْرِ اسْتِحْقَاقِ كَالْعِثْقِ وَالصَّدَقَةِ وَالْهَبَةِ، أَمَا قَضَاءُ الدِّيُونِ وَالزُّكُوتِ (ح) وَالْكَفَّارَاتِ (ح) وَ الْوَاجِبَةِ فَمِنْ رَأْسِ الْمَالِ (ح م) أَوْصَى (و) بِهَا أَوْ لَمْ يُوصِ، وَإِذَا بَاعَ بِثَمَنِ الْمِثْلِ مِنْ وَارِثٍ (ح) أَوْ مِنْ بَعْضِ الثَّرَمَاءِ نَفَذَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، فَلَوْ كَانَ بِمُحَابَاةٍ فَقَدَّرَ الْمُحَابَاةَ مِنَ الثَّلْثِ، وَإِنْ نَكَحَ بِأَكْثَرِ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ فَالزِّيَادَةُ مِنَ الثَّلْثِ، وَإِنْ نَكَحَ بِأَقَلِّ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ فَلَا حَرَجَ (و) فَإِنَّ ذَلِكَ أَمْتِنَاعٌ مِنَ الْاِكْتِسَابِ وَالْبُضْعِ لَا يَرْتُهُ الْوَارِثُ، فَإِنْ أَجَرَ دَوَابَّهُ أَوْ عَيْدَهُ بِأَقَلِّ مِنْ أُجْرَةِ الْمِثْلِ فَالْمُحَابَاةُ مِنَ الثَّلْثِ، وَإِنْ أَجَرَ نَفْسَهُ فَلَا لِأَنَّهُ لَا يَعُدُّ مَطْمَعاً لِلْوَرِثَةِ، وَفِيهِ وَجْهٌ أَنَّهُ كَمَنْفَعَةِ الْعَبْدِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْفَصْلُ الثَّانِي فِي بَيَانِ التَّبْرُعِ الْمَخْسُوبِ مِنَ الثَّلْثِ، وَقَدْ ضَبَطَهُ فِي

(١) سقط في: ز.  
 (٢) قال النووي: وإذا كان المرض مخوفاً فتبرع، ثم قتله إنسان أو سقط من سطح فمات، أو غرق، حسب تبرعه من الثلث: كما لو مات بذلك المرض ذكره البغوي.

الكتاب فقال: «هو إزالة المِلْك عن مالٍ بغير ثمن [المثل]»<sup>(١)</sup> من غير استحقاق [كالمعتق والهبة والوقف والصدقة وغيرها]»<sup>(٢)</sup>.

وفيه أربعة قُيُود: إزالة الملك، وكونها إزالة عن مالٍ وكونها بغير ثمن المثل، ومجاناً، وبغير استحقاق. وفيما يدخل فيها، ويخرج منها مسائل:

إحداها: ما يستحق عليه من ديون الأدميين، وديون الله تعالى؛ كالزكاة، وحجة الإسلام، تُوفى بعد موته، وتكون من رأس المال أوصى بها، أو لم يوصَ وقال أبو حنيفة: إن أوصى بالزكوات والكفارات، يُؤدَّى من الثلث، وإن لم يوصَ بها، فقد ذكرنا عنه، وعن مالك في «كتاب الحج»؛ أنها تسقط، فيُعلمُ قوله في الكتاب «فمن رأس المال» بالحاء والميم، ويجوز أن يُعلمَ قوله «أوصى» بالواو؛ لوجه سيأتي في الباب الثاني؛ أنه إذا أوصى بها بحسب من الثلث. وقوله في الكتاب «والكفارات الواجبة» ينبغي أن يُعلمَ بالواو أيضاً؛ لأن الذي يجعله من رأس المال - بلا خلاف - ما يجب بأصل الشرع أيضاً كالحج، والزكاة، فأما ما يتعلق بالتزام العبد من نذر، ومباشرة بسبب يقتضي الكفارة، ففيه خلافٌ مذكورٌ في الباب الثاني، ولو قضى في مرضه ديونٌ بغض الغرماء، فلا يزاحمه غيره، إن وُفِيَ المالُ بجميع الديون، وإلا، فكَذلك على المذهب المشهور.

وفيه وجهٌ آخر: أن للباقيين مزاحمته، وهو قول أبي حنيفة - رحمه الله -، كما لو أوصى بتقديم بعض الغرماء، لا تُنفذ وصيته.

الثانية: البيع بثلث المثل أو أكثر نافذٌ من رأس المال؛ سواءً باع من الوارث، أو من أجنبيٍّ غريم، أو غير غريم، وقد ذكرنا خلافَ أبي حنيفة في البيع من الوارث من قبل، وإن باع محاباة، فإن كانت يسيرةً يتسامح بمثلها، فكما لو باع بثلث المثل، وإن كانت أكثر من ذلك، فإن كانت مع الوارث، فهي وصيةٌ للوارث، وإلا، فهي معتبرة من الثلث، فإذا لم تخرج من الثلث، فإن أجاز الوارث، نفذ البيع في الكل، وإلا، بطل فيما لا يخرج من الثلث، وفيما يخرج طريقان، وإذا لم تبطل، ففي كيفية صحة البيع قولان، وكل ذلك ذكرناه في «باب تفريق الصفقة»<sup>(٣)</sup> من البيع، ثم المحاباة المعتبرة من الثلث كل ما يزيد على ثمن المثل أم ما يزيد على ما يتغابن الناس بمثله.

(١) سقط في: أ، ز.

(٢) قال النووي: ينبغي أن يضم إليه ما يتناول التبرع بالكلب وسائر النجاسات، وبالمنفعة التي تصح الوصية بها، فيقال: إزالة الاختصاص عن مال ونحوه.

(٣) ذكره الحناطي والأستاذ أبو منصور وهو المنصوص للشافعي.

الذي ذكره الأستاذ أبو منصور، وأبو عبد الله الحنطلي هو الاحتمال الثاني، وهذا كله إذا باع بثمن حال، فإن باع بثمن مؤجل، ولم يحل الأجل، حتى مات، فيعتبر من الثلث، سواء باع بثمن المثل، أو أقل، أو أكثر؛ لما فيه من تفويت اليد على الورثة، وتفويت اليد ملحق بتفويت المال؛ ألا ترى أن الغاصب يضمن بالحيلولة، كما يضمن بتفويت المال؟ فليس له تفويت اليد عليهم، كما ليس له تفويت المال، فإن لم يخرج من الثلث، ورد الوارث ما زاد، فالمشتري بالخيار بين فسخ البيع، والإجازة في الثلث بثلث الثمن، فإن أجاز، فهل يزيد ما يصح فيه البيع، إذا أدى الثلث؟ فيه وجهان منقولان في «التهديب»:

أصحهما: لا؛ لارتفاع العقد بالرد.

والثاني: نعم، لأن ما يحصل للورثة ينبغي أن نصحح الوصية في نصفه، فعلى هذا يصح البيع في قدر نصف المؤدى، وهو السدس بسدس الثمن، فإذا أدى ذلك السدس، زيد بقدر نصف النصف، هكذا إلى أن يحصل الاستيعاب.

الثالثة: نكاح المريض صحيح، وعن مالك - رحمه الله - منعه لنا: أن معاذاً - رضي الله عنه - قال في مرض [موتيه] زوجوني حتى، لا ألقى الله تعالى أغزباً<sup>(١)</sup>، وأيضاً، فإنه استباحة بضع فيستوي فيه حال الصحة والمرض، كشراء الجواري، وإذا نكح، فينظر، إن كان بمهر المثل، أو أقل، أعتبر من رأس المال، كما لو اشترى شيئاً بثمن مثله، وإن كان بأكثر من مهر المثل، فيستحق مهر المثل، فالزيادة تبرع على الوارث، وقد سبق حكمه؛ فإن لم تكن وارثة كالذمية، والمكاتبية، فالزيادة محسوبة من الثلث، إن خرّجت منه، نفذ التبرع بها، ولو ماتت الزوجة قبله، فإن كانت الزيادة تخرج من الثلث، فيسلم لها، لأنه لا يلزم الجمع بين التبرع والميراث، وإن لم يخرج، دارت المسألة، ونذكرها في «باب الدور» إن شاء الله تعالى.

ولو نكحت المريضة بأقل من مهر المثل، فالنقصان تبرع على الوارث، فللورثة رده وتكميل مهر المثل، فإن لم يكن وارثاً، كما إذا كان عبداً، أو مسليماً وهي ذمّية، لم يكمل مهر المثل ولم يُعتَبَر هذا النقصان من الثلث، وإنما جعل ذلك وصية في حق الوارث، ولم يجعل وصية في الاعتبار من الثلث؛ لأن المريض، إنما يُمنع من تفويت ما عنده، وهذا ليس بتفويت، وإنما هو امتناع من الاكتساب.

وأيضاً، فإن المنع فيما يتوهم بقاؤه للوارث، وانتفاعه به، والبضع ليس كذلك،

(١) رواه البيهقي من حديث الحسن عنه مرسلًا، وذكره الشافعي بلاغاً. تنبيه وقع في بعض نسخ الرافعي معاوية، بدل معاذ، وهو غلط. قاله الحافظ في التلخيص.

هذا هو المشهور في المسألة، وفي «التتمة» وجه أنه يُعْتَبَرُ من الثلث، وفرق بينه وبين ما إذا أجزه نفسه بأقل من أجره المثل، حيث لا يُعْتَبَرُ من الثلث، مع أن كل واحد منهما لا يبقى للورثة بوجهين:

أحدهما: أن النكاح من غير ذكر المهر يقتضي مهر المثل، فإذا قال الولي زوجته، وذكر ما دون مهر المثل، فكأنه أسقط العوض بغد وجوبه، فكان كالإبراء، وأما الإجارة، فإنها لا تنعقد من غير ذكر العوض.

والثاني: أن المحاباة في المهر تلحق نوع عارٍ بالورثة، فأثبت لهم ولاية الدفع، بخلاف المحاباة في الإجارة<sup>(١)</sup>.

الرابعة: إجارة العبيد والدواب وسائر الأموال بما دون أجره المثل معتبرة من الثلث، وكذلك إعارتها حتى لو انقضت مدة الإجارة، أو الإعارة في مرضه، واسترد العين، اعتبر قدر المحاباة في الإجارة، وجميع الأجرة في الإعارة من الثلث، ولو أجر نفسه بمحاباة، أو عملٍ لغيره متبرعاً، فوجهان:

أحدهما: الاعتبار من الثلث أيضاً؛ لأن منافعه مال.

وأصحهما: المنع؛ لأن منافعه لا تبقى للورثة، وإن لم يتبرع، ولا تمتد إليها أطماعهم.

وقوله في الكتاب: «وهو إزالة الملك عن مال نفسه» لفظ «الإزالة» ألا تكون الإعارة معتبرة من الثلث؛ لما مر أن الإعارة ليست إزالة ملك وأن المستعير مستبيح، لكننا حكينا أن الإعارة معتبرة من الثلث، فإذا لفظ محمول على تفويت المال المملوك أو نحوه وقوله [في الكتاب]<sup>(٢)</sup> بغير ثمن المثل أراد عوض المثل، لا خصوص العوض في البيع، ولفظ «الوسيط» إزالة الملك عن مال مجاناً وهو أحسن.

وقوله «كالتق، والصدقة، والهبة» لفظ الصدقة ينتظم الوقف، وصدقة التملك، وكلاهما من هذا القبيل وقوله: «إن نكحت بأقل من مهر المثل فلا حرج» مرقوم بالواو؛ لما حكينا [ه] عن «التتمة» ثم هو غير مُجَرَى على إطلاقه؛ بل إذا كان الزوج وارثاً، فلباقي الورثة التكميل، وهو الغالب، وقد يشكل الضبط المذكور بما إذا باع بثمن المثل نسبة فإنه يُعْتَبَرُ من الثلث مع أنه فقد أحد [القيود]<sup>(٣)</sup> الأربعة.

فُرُوعٌ: باع بالمحاباة بشرط الخيار، ثم مرص في زمان الخيار، وأجاز العقد، إن

(١) قال النووي: هذان الفرقان ضعيفان جداً. وكذا الحكم الذي ادعاه وشذ به.

(٢) سقط في: ز، أ.

(٣) سقط في: ز، أ.

قلنا: إن الملك في زمان الخيار للبائع، فقدّر المحاباة من الثلث، وإلا، فلا<sup>(١)</sup>؛ لأنه ليس بتفويت، وإنما هو امتناع من الأكتساب، والاستدراك، فصار كما إذا أفلس المشتري، والمبيع قائم عنده، ومريض البائع فلم يفسخ، أو قدر على فسخ النكاح بغيب فيها، فلم يفعل حتى مات، واستقر المهر، فإنه لا يُعْتَبَرُ من الثلث.

وكذا لو اشترى بمحاباة، ثم مرض، ووجد بالمبيع عيباً، ولم يرد مع الإمكان، لا يُعْتَبَرُ قدر المحاباة من الثلث<sup>(٢)</sup>، ولو وجد العيب، وتعذر الرد بسبب، فأعرض عن الأرض، اعتبر قدر الأرض من الثلث، وقدر المحاباة في الإقالة يُعْتَبَرُ من الثلث، كما في البيع والشراء، وحل المريض، لا يُعْتَبَرُ من الثلث؛ لأن له أن يطلّق مجاناً، ولأن الوارث لا ينتفع ببقاء النكاح، وأما خلع المريضة، فمذكور في الكتاب في «باب الخلع».

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (فَإِنْ قِيلَ): فَكَيْفَ يُحَسَبُ مِنَ الثُّلْثِ (قُلْنَا): إِنْ كَانَتْ التَّبَرُّعَاتُ مُنْجَزَةً عَلَى التَّرْتِيبِ قُدِّمَ الْأَوَّلُ فَالْأَوَّلُ، وَإِنْ تَقَدَّمَ هَبَةٌ وَإِقْبَاصٌ فَهِيَ أَوْلَى مِنَ الْعِنَقِ بَعْدَهَا، وَإِنْ أَعْتَقَ عَبِيداً وَضَاقَ الْمَالُ أَقْرَعَ (ح) بَيْنَهُمْ، وَإِنْ وَهَبَ عَبِيداً نَقَدَ فِي بَعْضِ كُلِّ عَبْدٍ لِأَنَّ التَّشْقِيقَ فِي الْعِنَقِ مَحْذُورٌ لِيُزَوِّدَ الْحَبِيرَ فِيهِ، وَإِنْ أَضَافَ الْكُلَّ إِلَى الْمَوْتِ فَفِي تَقْدِيمِ الْعِنَقِ عَلَى غَيْرِهِ قَوْلَانِ، وَلَا يَتَقَدَّمُ (و) الْعِنَقُ عَلَى الْوَصِيَّةِ بِالْعِنَقِ، وَهَلْ تَقَدَّمُ الْكِتَابَةُ عَلَى الْهَبَاتِ؟ خِلَافٌ (و)، وَالْكِتَابَةُ مَحْسُوبَةٌ (ح) مِنَ الثُّلْثِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْفَصْلُ الثَّالِثُ فِي كَيْفِيَّةِ الْأَخْتِسَابِ مِنَ الثُّلْثِ، إِذَا وُجِدَ تَبَرُّعَانِ فَضَاعِداً، وَضَاقَ عَنْهُمَا الثُّلْثُ، فَهِيَ إِمَّا مَنْجَزَةٌ، أَوْ مَعْلُوقَةٌ بِالْمَوْتِ، أَوْ هِيَ مِنَ النَّوْعَيْنِ جَمِيعاً:

(١) أي وإن قلنا: الملك للمشتري أو موقوف لم يعتبر من الثلث، وعمه إذا ترك الأمرين حتى انقضى الخيار وقد يظن التحاقه بالإجازة، والأشبه خلافة بدليل قوله بعده «وكذا لو اشترى بمحاباة ثم مرض ووجد بالمبيع عيباً ولم يرد مع الإمكان لا يعتبر قدر المحاباة من الثلث».

قال ابن الرفعة: والخلاف في تقديم العتق عند اجتماعه مع الهبة يظهر فيما إذا قلنا الملك يحصل بالموت، أما إذا قلنا: لا يحصل إلا بالقبول فإن قلنا بتقديم العتق فلا إشكال. وإن قلنا بمساواته ففي هذه الحالة يظهر أن يكون في تقديمه وجهان بناء على ما لو أوصى بعتق عبد ودبر آخر وضاق الثلث هل يستوي نظراً لاستحقاق العتق أو تقدم التدبير لوقوعه بالموت وتأخر الإعتاق وفيه وجهان.

(٢) أي لجريان العقد في الصحة، وسكت عن قدر البعض، واقتضى كلامه فيما سيأتي اعتبار فإنه قال في المسائل الدوريات: الثالث اشترى المريض عبداً بعشرة وترك بسواه عشرين وأوصى لرجل بعشرة ثم وجد بالعبد عيباً فنقصه خمسة فاختر إمسأكه جاز، وكأنه حاباه بخمسة، فالمحاباة مقدمة على الوصية للموصى له باقي الثلث وهو خمسة انتهى. وبذلك صرح الإمام في باب التفليس.

**القسم الأول:** التبرعات المنجزة، كالإِعْتِاق، والإِبْرَاء، والوَقْف، والصَّدَقَة، والهَبَة مع الإِبْرَاض، والمُحَابَاة في العُقُود، وهي إِمَّا أَنْ تَتَرْتَّبَ، أَوْ تَوْجَدَ دَفْعَةً وَاحِدَةً، وَإِنْ تَرْتَبَتْ؛ فَيَقْدَمُ الْأَوَّلُ فَالْأَوَّلُ إِلَى اسْتِغْرَاقِ الثَّلَاثِ، وَإِذَا تَمَّ الثَّلَاثُ، نِيَطُ أَمْرُ الزَّائِدِ بِإِجَازَةِ الْوَرَثَةِ عَلَى مَا مَرَّ.

وإنما كان كذلك؛ لأن الأول لازم لا يفتقر إلى رضا الورثة، فكان أقوى، ولا فرق بين أن يكون المتقدم والمتأخر من جنس واحد، أو من جنسين، ولا إذا كان من جنسين بين أن يتقدم المحاباة على العتق، أو يتقدم العتق على المحاباة.

وقال أبو حنيفة - رحمه الله -: إذا تقدمت المحاباة على العتق، يسوئ بينهما، ويُقسَّم الثلث عليهما.

لنا: أنها عطية منجزة لازمة، فلا يساويها ما بعدها، كما لو تقدم العتق، أو ترتبت محاباة، وإن وجدت دفعة واحدة، فإما أن يتحد الجنس، أو يختلف:

إن اتحد كما إذا قال لعبيد [له]: أعتقتكم، أو وهب عبداً من جماعة، أو أبرأ جماعة عن ديونه عليهم، فلا يتقدم البعض على البعض، ولكن في غير العتق يقسط الثلث على الكل؛ باعتبار القيمة على ما يقتضيه الحال من التساوي أو التفاضل.

وفي العتق يُفَرِّعُ بين العبيد، ولا تفرق الحرية وعند أبي حنيفة - رحمه الله - لا يُفَرِّعُ بينهم، بل يُعْتَقُ من كل واحد منهم ثلثه ويستسعى في الباقي ومُعْتَمِدُنَا في الفَرْقِ بَيْنَ الْعِتْقِ وَغَيْرِهِ: مَا رُوِيَ عَنْ عِمْرَانَ بْنِ حُصَيْنٍ - رضي الله عنه - أَنَّ رَجُلًا أَعْتَقَ سِتَّةَ أَعْبِيدٍ عِنْدَ مَوْتِهِ، لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُمْ فَدَعَاهُمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَجَزَاهُمْ أَثْلَاثًا، ثُمَّ أَفْرَعَ بَيْنَهُمْ، فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ وَأَرْقَى أَرْبَعَةً<sup>(١)</sup>، وَفَرَّقُوا مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى؛ بِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْإِعْتِاقِ تَخْلِيصَ الشَّخْصِ مِنَ الرِّقِّ، وَتَكْمِيلَ حَالِهِ، وَهَذَا الْغَرَضُ لَا يَخْضُلُ مَعَ التَّشْقِيقِ لِبَقَاءِ أَحْكَامِ الرِّقِّ.

والمقصود من الهبة، وما في معناها التملك والتشقيص لا ينافيه، فإن اختلف الجنس؛ بأن وكل بكل تبرع وكيلاً، فتصرفوا دفعة واحدة، فإن لم يكن فيها عتق، فيقسط الثلث على الكل باعتبار القيمة، وإن كان فيقسط أو يقدم العتق؟ فيه قولان، كما سنذكر في التبرعات المتعلقة بالموت.

**القسم الثاني:** التبرعات المتعلقة بالموت، كالوصايا، وتعليق العتق؛ فلا يقدم عتق

(١) أخرجه مسلم، والنسائي، وأبو داود، وزاد أن الرجل كان من الأنصار، وأنه قال: لو شهدته قبل أن يدفن، لم يقبر في مقابر المسلمين.

عبد على عتق غيره، ولا في غير العتق تبرع على غيره، وإن تقدّم بعض الوصايا، وتأخر بعضها، بل في العتق يُقرع، وفي غيره يقسّط الثلث على الكل؛ باعتبار القيمة، وفي العتق في هذا القسم وجه أنه لا يُقرع، بل يقسّط الثلث عليهم، وإنما القرعة من خاصية العتق المنجز؛ لورود الخبر، وهذا الوجه مذكور في الكتاب في «باب العتق» والمذهب الأول، ثم ذلك عند إطلاق الوصية، أما إذا قال: أعتقوا سالمًا بعد موتي، ثم غانمًا، أو أذفَعُوا إلى زيد مائة، ثم إلى عمرو مائة، فيقدّم ما قدمه لا محالة، وإذا اجتمع في هذا القسم العتق وغيره، فقولان:

أحدهما: يقدم العتق؛ لما روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أنه قال: يُبدأ في الوصايا بالعتق<sup>(١)</sup>، وعن ابن المسيب - رحمه الله - أنه قال: مضت السنة أن يُبدأ بالعتاق في الوصية، ولأن العتق أقوى؛ لتعلق حق الله تعالى، وحق الآدمي به ولأن له سرية وقوة ليست لغيره.

وأصحهما: التسوية؛ لما روي عن ابن عمر<sup>(٢)</sup> - رضي الله عنهما - أنه: «حكم الرجل أن يوصي بالعتق، وغيره بالتخاص<sup>(٣)</sup>، ولأن وقت لزوم الجميع واحد، وهذا في وصايا التمليك مع الوصية بالعتق، أما إذا أوصى للفقراء بشيء، وبعث عبد، قال في «التهذيب»: هما سواء؛ لأن كلاً منهما قرية. والذي أورد[ه] الشيخ أبو علي طرد القولين؛ اعتماداً على أن سبب تقديم العتق ما له من القوة والسرية<sup>(٤)</sup>.

وإذا قلنا بالتسوية، فما يخص العبيد المعتقين، إذا ضاق عنهم يُقرع بينهم فيه.

وقال أبو حنيفة - رحمه الله -: إن كان في الوصايا الأمر بزيادة واجبة، أو حجّ تُقدّم تلك الوصية على سائر الوصايا، وإلا، فيقدّم ما ابتدأ به لفظاً.

القسم الثالث: إذا صدرت منه تبرعات منجزة وأخرى معلقة بالموت، تقدّمت المنجزة؛ لأنها تفيذ الملك في الحال، ولأنها لازمة، لا يتمكن المريض من الرجوع عنها. وعن أبي حنيفة: أنه إذا أعتق، وأوصى بالعتق، فهما سواء.

وقوله في الكتاب: «ولا يقدم العتق على الوصية بالعتق» المراد منه ما إذا علق عتق عبد عند الموت، وأوصى بإعتاق آخر فلا يتقدم أحدهما على الآخر؛ لأن وقت استحقاقهما واحد، وقد اشتركا في قوة العتق.

(١) أخرجه البيهقي من حديث أشعث عن نافع عنه به موقوفاً.

(٢) في التلخيص: عمر.

(٣) أخرجه البيهقي من حديث مجاهد عن عمر قال: إذا كانت وصية وعتاق تحاصوا، وفي إسناده ليث بن أبي سليم وهو ضعيف وأخرج مثله عن ابن سيرين. قاله الحافظ في التلخيص.



وفي «الشامل» وغيره وجه آخر؛ أن المدبر أولى بالعتق؛ لأنه يسبق الآخر من حيث إن الآخر يحتاج إلى إنشاء عتقه بعد الموت.

وقوله قبل ذلك: «إن تقدمت هبة وإقباض»، بين بذكر «الإقباض» أن تقديم الهبة وحدها، غير كاف؛ لأن تمام الهبة بالقبض. حتى لو وهب، ثم أعتق أو حابى في بيع، ثم أقبض الموهوب تقدم العتق، أو المحاباة؛ لتأخر القبض عنهما. ولا تفتقر المحاباة الواقعة في بيع ونحوه إلى قبض؛ لأنها في ضمن معاوضة.

وقوله: «لأن التشقيص في العتق محذورٌ أشار به إلى أن التشقيص لا يفيد التخلُّص من الرق وأحكامه، والخير المُجملُ ذكرُهُ هو حديثُ عِمْرَانَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - .

وفي تقديم الكتابة على الهبات وسائر الوصايا طريقان:

أشبههما: أنه على القولين في تقدم العتق عليها.

والثاني: القطع بالتسوية؛ لأنها ليس لها من القوة والسراية ما للعتق.

وأما قوله: «والكتابة محسوبة من الثلث» فهذه المسألة أولاً - ليست من شرط الفصل، بل موضعها الفضل السابق، ثم فقها أنه إذا كاتب في مرضه عبداً أو أوصى بكتابه، تُعْتَبَرُ قيمته من الثلث، خلافاً لأبي حنيفة - رحمه الله إذا كاتبه على قدر القيمة أو أكثر.

واحتج الأصحاب بأن المكاتب تقابل ملكه بملكه، وهو كسبه فيكون نفويتاً على الورثة لا معاوضة، وبتقدير أن يكون معاوضة، فالعوض مؤخر، فأشبه البيع نسيئة، ولو كاتب في الصحة، واستوفى النجوم في المرض، لم تعتبر قيمته من الثلث؛ لأنه بالخارج عن ملكه، ولو أعتقه في المرض، أو أبراه عن النجوم، اعتبر من الثلث أقل الأمرين، قيمته أو النجوم لأنه، إن كانت القيمة أقل، فربما كان يُعْجَزُ نفسه، فيسقط النجوم، وإن كانت النجوم أقل، فربما كان يؤديها، فلا يحصل للوارث غيرها.

والاستيلاء في المرض لا يُعْتَبَرُ من الثلث، كما يستهلكه من الأطعمة اللذيذة، والثياب النفيسة، ويُقْبَلُ إقراض المريض بالاستيلاء؛ لقدرته على الإنشاء، ولا يُعْتَبَرُ قيمتها من الثلث، وعند أبي حنيفة - رحمه الله - تُعْتَبَرُ قيمتها من الثلث في صورة الإقرار، ولو قال لعبد: أنت حرٌ قبل موتي بيوم، أو شهر، ثم مرض، ومات؛ لم يعتبر من الثلث، وإن قال: قبل موتي بشهر، فإن نقص مرضه عن شهر، فكذلك الجواب، وإلا، فهو كما لو علق عتق عبد في الصحة، ووجدت الصفة في المرض، وفيه قولان.

فروغ: قال في مرضه: سالمٌ حرٌّ، وغانمٌ حرٌّ، وفائقٌ حرٌّ، فهذا من صور ترتيب التبرعات المنجزة، ولو قال: سالمٌ، وغانمٌ، وفائقٌ، أحرارٌ، فهو من صور وقوعها دفعة

واحداً، ولو علق عتقهم بالموت، أقرع بينهم، سواء قال: [إذا مت] (١) فسالم حر وغانم حر، وفائق حر، أو قال: فهم أحرار ولو قال: إذا ميت، فسالم حر، وإن ميت من مرضي هذا، فغانم حر، فإن مات من ذلك المرض، ولم يف الثلث بهما، أقرع بينهما، وإن برأ ومات بعده، بطل التديير المقيد، وعتق سالم [والله أعلم].

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ كَانَ لَهُ عَبْدَانِ فَقَالَ لِغَانِمٍ: إِنْ أَعْتَقْتِكَ فَسَالِمٌ حُرٌّ ثُمَّ أَعْتَقَ غَانِمًا وَالثَّلْثُ لَا يَفِي إِلَّا بِأَحَدِهِمَا تَعَيَّنَ غَانِمٌ لِلْعِتْقِ وَلَا قُرْعَةٌ فَإِنَّمَا إِنْ خَرَجَتْ عَلَى سَالِمٍ فَكَيْفَ يُعْتَقُ وَلَمْ تُوَجَدْ فِي حَقِّهِ الصَّفَةُ الَّتِي عُلِقَ عَلَيْهَا عِتْقُهُ وَغَانِمٌ كَانَ السَّبَبَ وَسَالِمٌ كَانَ الْمُسَبَّبَ فَكَيْفَ يُقَدَّمُ الْمُسَبَّبُ عَلَى السَّبَبِ، وَإِذَا وَصَّى بِعَبْدٍ هُوَ ثُلُثٌ مَالِهِ وَثُلَاثًا وَمَالِهِ غَائِبٌ لَمْ يَتَسَلَّطِ الْمُوصَى لَهُ عَلَيْهِ، وَفِي تَسْلِيطِهِ عَلَى الثَّلْثِ خِلَافٌ (و)، وَوَجْهَ الْمَنْعِ مَعَ أَنَّهُ مُسْتَحِقٌّ بِكُلِّ حَالٍ أَنَّ حَقَّ الْوَارِثِ أَنْ يَتَسَلَّطَ عَلَى مِثْلِي مَا يَتَسَلَّطُ عَلَيْهِ الْمُوصَى لَهُ وَهُوَ غَيْرُ مُمَكِّنٍ هَهُنَا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِي الْفَصْلِ مَسْأَلَتَانِ:

إحدهما: له عبدان؛ سالم، وغانم، فقال: إن أعتقت غانماً، فسالم حر، ثم أعتق غانماً، في مرض موته، فإن خرجا من الثلث، عتقاً، وإن لم يخرج إلا أحدهما، ففيه وجه ضعيف، أنه يُقرع بينهما، كما له قال: أعتقتكما، والمذهب أنه لا يُقرع، بل يتعين للعتق غانم؛ لأننا لو أقرعنا، فربما تخرج القرعة على سالم، فيلزم إرفاق غانم، وإذا رُق غانم، لم يحصل شرط عتق سالم، وبعضهم يقول في التوجيه: إن عتق سالم مرتب على عتق غانم، والأسبق أولى بالنفوذ، لكن سيأتي - إن شاء الله تعالى - في «أبواب الطلاق» أن مثل هذا الترتيب لا يقتضي سبقاً زمنياً وإنما تثبت الأولوية لما هو أسبق إذا سبق بالزمان، فالتوجيه الأول أوضح.

ولو قال: إن أعتقت غانماً، فسالم حر في حال إعتاقي غانماً، ثم أعتق غانماً في مرضه، فالجواب كذلك، ولا فرق، وعلى هذا؛ لو قال: إن أعتقت غانماً، فسالم وفائق حران، ثم أعتق غانماً، والثلث لا يفي إلا بأحدهم، تعين للعتق غانم، ولا قرعة، وإن فضل من الثلث شيء أقرع بين الآخرين، فمن خرجت له قرعة الحرية، عتق كله، إن خرج كله، وبعضه، إن لم يخرج إلا بعضه، وإن كان يخرج أحد الآخرين من الثلث بغض [الثالث] (٢) فالذي خرجت القرعة له، يُعتق كله، ويُعتق من الآخر بعضه.

ولو قال لعبده: إن تزوجت، فأنت حر، ثم تزوج في مرض الموت، فقد ذكرنا

(٢) في ب: المال.

(١) سقط في: أ، ز.

أن مهر المثل محسوب من رأس المال، وأن الزيادة من الثلث، وإن اقتضى الحال تنفيذ الزيادة على مهر المثل، نُظِرَ؛ إن خرجت الزيادة، وقيمة العبد من الثلث، نفذ، وإلا، فيقدم المهر، كذا ذكره توجيهاً بأن المهر أسبق، فإنه يجب بالنكاح، ثم يترتب عليه العتق، لكن قضية قولنا: إن المرتب، والمرتب عليه يقعان معاً، ولا يتلاحقان من حيث الزمان ألا يتقدم أحدهما على الآخر، بل يُوزَع الثلث على الزيادة، وعلى قيمة العبد.

وقد صرّحوا بأنه لو قال: إن تزوّجت، فأنت حرّ في حال تزويجي، أنه يُوزَع الثلث كذلك؛ لأنه لا يترتب فذلك عند الإطلاق، إذا لم يكن ترتيب زمني، ثم الفرق بين التعليق، بالتزويج، وبين مسألة العبدنين، حيث لا يوزع هناك، كما لا يُفرَع أن العتق ها هنا معلق بالنكاح، والتوزيع لا يَزَع النكاح، ولا يقدر فيه، وهناك عتق سالم معلق بعق غانم كاملاً، وإذا وزعنا، لا يكمل عتق غانم، فلا يمكن إعتاق شيء من سألِم.

ولو قال لجارته الحامل: إن أعتقت نصف حَمْلِكِ، فأنت حرّة، ثم أعتق نصف حملها في مرض موته، فقضيته عتق ذلك النصف سرايته إلى النصف الآخر، وعتق الأم بسبب التعليق، فإن خرجا من الثلث، عتقا جميعاً، وإن لم يخرج من الثلث مع النصف المعتق إلا الأم، أو النصف الآخر [كما إذا كان جميع ماله ثلاثمائة، والأم منها خمسون والولد مائة فيقرع بين الأم والنصف الآخر]<sup>(١)</sup> فإن خرجت على [النصف] الآخر عتق جميع الولد فإن خرجت على الأم، لم تُعتق كلها؛ لأن الحمل في حكم جزء منها يتبع عتقه عتقها فتوزع قيمة الثلث، وهي خمسون، على الأم، وعلى النصف الباقي بالسوية؛ فيعتق من الأم نصفها، ومن النصف الباقي نصفه، فيكون ثلاثة أرباعه حرّاً، ولو كانت الصورة كما ذكرنا إلا أن قيمة الأم أيضاً مائة، وخرجت القرعة على الأم، وزع الخمسون عليها، وعلى النصف الباقي أثلاثاً؛ فيعتق منها ثلثها، وهو ثلث الخمسين، ومن النصف الباقي ثلثه، وهو ثلث الخمسين، وسدس الجملة، فيكون الحرية من الأم الثلث، ومن الولد الثلثين.

المسألة الثانية: إذا وصى بعبد، أو توبّ يخرج من ثلث ماله، وباقى ماله غائب، لم يُدفع كله إلى الموصى له، ولم يسقط على التصرف فيه، ما لم يحضر من المال الغائب ما يخرج الموصى به من ثلثه؛ لأن ما يحصل للموصى له ينبغي أن يحصل للوارث مثله وربما يتلف المال الغائب وهل يتسلط الموصى له على التصرف في ثلثه؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن استحقاقه لهذا القدر مستيقن.

(٢) سقط في: ز.

(١) سقط في: ز.

وأصحهما: المنع؛ لأن تسليط الموصي له يتوقف على تسليط الورثة على مثلني ما تسلط عليه، ولا يمكن تسليطهم على الثلثين؛ لأنه ربما يسلم المال الغائب، ويخلص الموصي به للموصي له، فكيف يتصرفون فيه؟ فلو أنهم تصرفوا في ثلثي الحاضر، قال أبو الفرج السرخسي في «الأمالي»: إن بان هلاك المال الغائب، فتيين نفوذ تصرفهم؛ ولك أن تقول: وجب أن يخرج ذلك على وقف العقود<sup>(١)</sup>.

قال: وإن سلم، وعاد إليهم، فتيين بطلان التصرف. أم لا؟ ويُغرم للموصي له الثلثين؟ فيه وجهان؛ الثاني منهما ضعيف.

واعلم أن هذا الوجه الثاني قريب من قول مالك - رحمه الله -: إن الورثة يتمكثون من خلع الوصية في العين الموصى بها، وجعلها شائعة في ثلث المال.

ولو اعتق عبداً، هو ثلث ماله، أو ذبته، وباقي ماله غائب، ففي نفوذ العتق والتدبير في ثلثه الخلاف المذكور في الوصية، هكذا ذكره في «الوسيط» وغيره، وسيأتي في التدبير، وقد يستبعد التردد في حصول العتق في الثلث، فإن المال الغائب إما باق، فجميعه حر أو هالك، فالثلث حر، بل الوجه الجزم بالوصية أيضاً بإنبات الملك في الثلث، ورد الخلاف إلى أنه، هل ينفذ تصرفه فيه، أو يمنع من التصرف إلى أن يتسلط الوارث على مثليه، والله أعلم.

قَالَ الْعَزَائِي: الرَّحْنُ الرَّابِعُ: الصَّيْغَةُ وَلَا بُدَّ مِنَ الْإِجَابِ وَهُوَ قَوْلُهُ: أَوْصَيْتُ أَوْ أَعْطَوهُ أَوْ جَعَلْتُهُ لَهُ، فَإِنْ قَالَ: هُوَ لَهُ فَهُوَ إِفْرَارٌ يُؤَاخَذُ بِهِ إِلَّا أَنْ يَقُولَ: هُوَ مِنْ مَالِي لَهُ، وَلَوْ قَالَ: عَيْنْتُهُ لَهُ فَهُوَ كِنَايَةٌ فَيَنْفُذُ مَعَ النَّيَّةِ، وَالْقَبُولُ شَرْطُ (و)، وَلَا أَثَرَ لَهُ فِي حَيَاةِ الْمُوصِي، وَلَا يَشْتَرِطُ الْفَوْرَ بَعْدَ الْمَوْتِ، وَإِنْ مَاتَ الْمُوصِي لَهُ أَنْتَقَلَ حَقُّ الْقَبُولِ وَالْمَلِكُ إِلَى الْوَارِثِ، وَإِنْ أَوْصَى لِفَقْرَاءٍ وَمَنْ لَا يَتَعَيَّنُ لَا يَشْتَرِطُ الْقَبُولُ، وَالْمُعَيَّنُ إِنْ رَدَّ بَعْدَ الْقَبُولِ وَقَبِلَ الْقَبْضَ فَقِي نَفُوذِهِ خِلَافًا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْكَلَامُ فِي «الصَّيْغَةِ» فِي طَرَفِ الْإِجَابِ، ثُمَّ فِي الْقَبُولِ:

أما الإيجاب، فلا بد منه، وذلك بأن يقول: أوصيت له بكذا، أو أعطوه، أو اذفَعُوا إليه بعد موتي كذا، أو هو له، أو جعلته له بعد موتي، أو ملكته، أو وهبته منه بعد موتي، أما إذا اقتصر على قوله: وهبت منه، ونوى الوصية، فأظهر الوجهين: أنه لا يكون وصية؛ لأنه أمكن تنفيذه في موضوعه الصريح، وهو التملك الناجز.

(١) قال النووي: بل ينبغي تخريجه على القولين فيمن باع مال أبيه ظاناً حياته فبان ميتاً والله أعلم.

ولو قال: هُوَ لَهُ؛ فهذا إقرارٌ يُؤاخذُ به، ولا يجعل كنايةً عن الوصية، إلا أن يقول: هو له من مالي، أو يقول: عبدي هذا لفلان، فيصح كنايةً عن الوصية؛ لأنه لا يَصْلُحُ<sup>(١)</sup> إقراراً.

ولو قال: عينته له، فهذا كناية؛ لأنه لا يحتمل التعيين للملك بالوصية، والتعيين للإعارة، والإفهام في الحال، فلا يَنْصَرِفُ إلى الوصية إلا بالتعيين.

وقوله في الكتاب «تنفذ مع النية» فيه وفي كلام الإمام وغيره إشعارٌ بأن الوصية تُتَعَقَدُ بالكنايات جزماً، وأنه لا يجيء فيه الخلاف المذكور في البيع ونحوه، ووجّه ذلك بأننا ذكرنا في أول «البيع» أن ما يَقْبَلُ مقصوده التعليق بالإغرار كالكتابة، والخُلْع - ينعقد بالكناية مع النية، والوصية في نفسها تَقْبَلُ التعليق بالإغرار<sup>(٢)</sup> فأولئى أن تتعقد، ولأنها إذا قبلت التعليق بالإغرار، فَلَأَنَّ تَقْبَلَ الكنايات أولئى، وبأن الوصية لا تفتقر إلى القبول في الحال، فيشبه ما يستقل به الإنسان من التصرفات.

ولو كتب: إنّي أوصيتُ لفلان بكذا، قال في «التتمة»: لا ينعقد، إذا كان الشخصُ ناطقاً، كما لو قيل له: أوصيتُ لفلان بكذا، فأشار أن نَعَمُ<sup>(٣)</sup>.

ولو وُجِدَ له كتابٌ وصيةٌ بعد موته، ولم يَقُمْ بينة على مضمونه، أو كان قد أشهد جماعةً أن الكتابَ خَطِي، وما فيه وصيَّتي، ولم يُطْلِعْهم على ما فيه، فجواب عامة الأصحاب أنه لا تُنْفَذُ الوصيةُ بذلك، ولا يُعْمَلُ بما فيه حتى يشهد به الشهودُ مفصلاً، وذكر أن نَصَرَ بنَ أَحْمَدَ من أمراء خُرَاسَانَ أراد أن يُوصِي، ولا يُطْلِعَ على وصيته أحداً، فشاور العلماء، فلم يُفْتَوْا له بذلك، إلا محمد بن نَصَرَ المَرْوَزِي، فإنه قال فيما روى الإمام، والمتولّي: يَكْفِي الإشهادُ عليه مبهماً، وفيما روى أبو الحسن العَبَّادِي أنه يكفي

(١) قال في الخادم: كلام النووي في المنهاج مصرح بأنه تصريح، فإنه عده مع الصرائح، وذكر حكم الكناية بعده، والعجب أن كلام المحرر يقتضي أنه كناية أيضاً وقد احتج بعض المتأخرين إلى الصراحة على وفق ما في المنهاج.

قال: ونص الشافعي في مسألتين يقتضي أنه صريح، والظاهر أن الحامل للرافي على ذلك قول الوجيز فهو إقرار إلا أن يقول من مالي، وفي الوسيط لو قال هذا لفلان ثم قال: أردت الوصية فيقبل قوله إنه أراد الوصية إلى آخر ما ذكره.

(٢) قضيته الجزم بما قاله في التتمة وهو مخالف لجزم النووي في المنهاج بأن الكتابة كناية على أن الرافي بعد ذلك أبدى انقاعها بالكتابة بحثاً قال: لأنها بمثابة الألفاظ سبق في البيع ذكر الخلاف في انعقاد البيع ونحوه بها، فإذا كتب وقال: نويت الوصية لفلان، أو اعترف ورثته به بعد موته، وجب أن يصح.

(٣) تقدم.

الكتاب من غير الإشهاد، واحتج بقوله ﷺ: «إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَهُ» أشعر ذلك بأعتبار الكتابة.

واعلم أن انعقاد الوصية بالكتابة ليس ببعيد، وإن استبعده؛ لأن الكتابة [بمثابة] كنايات الألفاظ، وقد سبق في «البيع» ذُكِرَ الخلاف في انعقاد البيع ونحوه بالكناية، وذكرنا الآن أن الوصية أشدُّ قبولاً للكنائيات، فإذا كتب وقال: نويث الوصية لفلان أو أعترف الورثة به بعد موته، وَجِبَ أَنْ يَصْحَ.

ولو اعتقل لِسَانَهُ، صَحَّتْ وصيته بالإشارة والكتابة، وقد رُوِيَ أن أمانة بنت أبي العاص أضحمت، فقيل لها: لفلان كذا، ولفلان كذا، فأشارت أن نعم، فجعل ذلك وصية<sup>(١)</sup>.

وأما القبول، فإن كانت الوصية لغير معين؛ كالفقراء والمساكين، لزمتم بالموت، ولم يُشترط فيها القبول، وإن كانت الوصية لمعين، فلا بُدَّ من القبول، كما في الهبة، ويجيء فيه خلاف من قول، سنذكره في أن الموصى به يملك بالموت، فإن صحة الوصية على هذا القول مستغنية عن القبول.

ولا يصح قبول الوصية، ولا ردها في حياة الموصي وله الرد، وإن قبل في الحياة وبالعكس، وذلك لأنه لا حقَّ له قبل الموت؛ إذ هي إيجاب ملك بعد الموت، فأشبهه إسقاط الشفعة قبل البيع، وعن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه إذا قبل في الحياة لم يكن له الرد بعد الموت [وإذا رد في الحياة، كان له القبول بعد الموت، ولا يشترط القبول في الفور بعد الموت وإنما]<sup>(٢)</sup>. يُشترط ذلك في العقود الناجزة، التي يُعتَبَرُ فيها ارتباط القبول بالإيجاب، ثم للرد بعد الموت أحوال.

أحدها: أن يقع قبل القبول، فترتد الوصية، ويستقر الملك للورثة، إن كان الموصى<sup>(٣)</sup> به عين مالٍ أو منفعة، فالعين للورثة، ولو أوصى بالعين لواحد، وبالمنفعة لآخر، فردَّ الموصى له المنافع، فهي للورثة، أم للموصى له الآخر؟ فيه وجهان؛ أشبههما: الأول، ولو أوصى بخدمة عبد لإنسان سنة، وقال: هو حرُّ بعد سنة، فردَّ الموصى له، لم يعتق قبل السنة، خلافاً لمالك - رحمه الله -.

الثانية: أن يقع بعد القبول وقبض الموصى له، فلا تصح، فإن رضي الورثة، فهو ابتداء تملكك إياهم.

(١) ذكر القاضي أبو الطيب والبنديجي وغيرهما أنه يدخل ملك الوارث من حين الرد فقطن له. فإن عبارة الرافعي توهم خلافه.

(٢) سقط في: أ، ز. (٣) في ب: المولى.

(٢) سقط في: أ، ز.

والثالثة: أن يقع بعد القَبُول وقبل القبض، ففيه وجهان:

أحدهما: صحة الرَّد؛ لأنه تملك من آدمي بغير عوض، فيصح رده قبل القبض، كالوقف ويُحكى هذا عن ظاهر نصه في «الأم».

وأظهرهما: المنع لأن الملك حاصل بعد القبول، فلا يرتفع بالرَّد، كما في البيع، وكما بعد القبض، فإذا قال الموصي له: رددت الوصية لفلان، يعني أحد الورثة، فعن «الأم» أنه إن قال: أردت لرضاه، كان رداً على جميع الورثة، وإن قال: أردت تخصيصه بالرَّد عليه، فهو هبة له خاصة.

قال الأئمة - رحمهم الله -: وهذا مفرع على تصحيح الرَّد بعد القبول، وإلا فما، لا يملكه لا يمكنه أن يملكه غيره، ثم لم يُعتبر لفظ الهبة والتمليك، وقال القاضي أبو الطيب - رحمه الله -: لا بد منه، وهو القياس، ولو مات، ولم يبين ما أراده، جعل رداً على جميع<sup>(١)</sup> الورثة، وإذا لم يقبل الموصي له، ولم يرَد، فللوارث مطالبته بأحد الأمرين، فإن امتنع، حُكِمَ عليه بالرد.

ولو مات الموصي له قبل موت الموصي، بطلت الوصية، ولو مات بعد موته، قام وارثه مقامه في القبول والرد.

وقال أبو حنيفة - رحمه الله -: تلزم الوصية بموته، ويجوز أن يُعلم؛ لذلك قوله: «انتقل حق القبول» بالحاء؛ واحتج الأصحاب بأن وارث الموصي له فرغ له، فإذا لم يملك الأصل بغير قبول، فالفرع أولى، ولفظ «الملك» في قوله: «انتقل حق القبول» والملك يريد به حق التملك، ويجوز أن يُحمل على نفس الملك، تفريعاً على أن الموصي به يملك الموت.

(١) قال في الخادم فيه أمور:

أحدها: قضية أن الشافعي أطلق النص والحمل للأصحاب وهو في ذلك متابع لصاحب الشامل وليس كذلك فقد قال الشافعي في الأم في باب الوصية للرجل وقبوله ورده ما نصه: ولو قبلها ثم قال: قد تركتها لفلان من بين الورثة أو كان له على الميت دين فقال: قد تركته لفلان من بين الورثة قبل قوله تركته لفلان، يحتمل معنيين أظهرهما تركته تشفعاً لفلان أو تقريباً إليه. فإن كنت أردت فهذا هو متروك للميت بين ورثته كلهم وأهل وصاياه ودينه كما ترك، وإن مات قبل أن يسأل فهو هكذا؛ لأن هذا أظهر.

الثاني: ما حكاه عن القاضي قال: إنه القياس ممنوع، بل النقل والقياس على الصحة، وإن لم يوجد لفظ الهبة ولا التملك أو النقل فكلام الشافعي السابق مصرح بانعقاد الهبة بالكنايات.

الثالث: لم يبين أي الإرادتين أظهر وفي كلام الشافعي أن الأولى أظهر، ولهذا فرع عليه أنه إذا مات قبل البيان حمل عليه كما جزم به الرافي أخيراً.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَالْأَصْحَحُ (ح م) مِنَ الْأَقْوَالِ أَنَّ الْمَلِكَ قَبْلَ الْقَبُولِ مَوْقُوفٌ، فَإِنْ قَبِلَ تَبَيَّنَّا الْمَلِكَ مِنْ وَقْتِ الْمَوْتِ، وَإِنْ رَدَّ تَبَيَّنَّا الْأَنْتِقَالَ إِلَى الْوَرَثَةِ بِالْمَوْتِ، وَيَمْلِكُ بِالْمَوْتِ فِي قَوْلِ ثَانٍ (ح)، وَبِالْقَبُولِ فِي قَوْلِ ثَالِثٍ، وَتَتَوَقَّفُ فِي أَحْكَامِ الْمَلِكِ كَمَا تَوَقَّفْنَا فِي الْمَلِكِ كَالرُّيَاذَةِ الْحَادِيَةِ وَالنَّفَقَةِ وَرِزْقَةِ الْفِطْرِ وَالْمَعَارِمِ وَأَنْفَسَاخِ النَّكَاحِ إِنْ كَانَ الْمُوصِي بِهِ زَوْجَةَ الْوَارِثِ أَوْ الْمُوصِي لَهُ وَالْعَتَقِ إِنْ كَانَ قَرِيبَ الْمُوصِي لَهُ أَوْ الْوَارِثِ، وَلَوْ كَانَ الْمُوصِي بِهِ ابْنَ الْمُوصِي لَهُ وَمَاتَ قَبْلَ الْقَبُولِ وَقَبِلَ أَخُوهُ الْوَارِثُ عَتَقَ الْأَبْنُ بِطَرِيقِ التَّبْيِينِ مِنْ وَقْتِ (و) مَوْتِ الْمُوصِي، ثُمَّ لَا يَرِثُ إِذْ فِي تَوْرِيثِهِ حِجْبُ الْأَخِ وَإِنْطَالُ قَبُولِهِ فَفِي تَوْرِيثِهِ إِنْطَالُ تَوْرِيثِهِ، وَكَذَا إِنْ كَانَ الْقَابِلُ ابْنَ الْقَابِلِ إِذْ يَزْتَدُّ حَقَّهُ إِلَى الْقَبُولِ فِي النُّصْفِ وَمَنْ يَنْصِفُهُ حُرٌّ لَا يَرِثُ أَيْضًا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَتَى يَمْلِكُ الْمُوصِي لَهُ الْمُوصِي بِهِ؟ فِيهِ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ:

أحدها: عن رواية ابن عبد الحَكَمِ الْمِضْرِيِّ، وَأَبِي ثَوْرٍ: أَنَّهُ يُمْلِكُ بِالْمَوْتِ؛ لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَهُ يَتَعَلَّقُ بِالْمَوْتِ، فَأَشْبَهَ الْمِيرَاثَ.

والثاني: وبه قال أبو حنيفة، ويروى عن مالك، وأحمد - رحمهم الله - أنه يُمْلِكُ بِالْقَبُولِ؛ لِأَنَّهُ تَمْلِيكٌَ بَعْدُ، فَيَتَوَقَّفُ الْمَلِكُ فِيهِ عَلَى الْقَبُولِ، كَمَا فِي الْبَيْعِ وَنَحْوِهِ، وَعَلَى هَذَا فَالْمَلِكُ قَبْلَ الْقَبُولِ، لِلْوَارِثِ أَوْ يَبْقَى لِلْمَيِّتِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أصحهما: الأول، والثالث، وبه قال المزني، وهو الأصح، أنا نتوقف في الحال، فَإِنْ قَبِلَ، تَبَيَّنَّا أَنَّهُ مَلِكٌ مِنْ يَوْمِ الْمَوْتِ، وَإِلَّا، تَبَيَّنَّا أَنَّهُ كَانَ مَلِكًا لِلْوَارِثِ مِنْ يَوْمِئِذٍ؛ لِأَنَّهُ لَوْ مَلَكَ بِالْمَوْتِ، لَمَا أَزْتَدُّ بِالرَّدِّ، كَالْمِيرَاثِ، وَيَتَقَدَّرُ أَنْ يَرْتَدَّ، وَجِبَ أَنْ يَكُونَ انْتِقَالُهُ إِلَيْهِمْ بِحَسَبِ الْهَبَةِ<sup>(١)</sup> مِنْهُمْ، لَا بِحَسَبِ الْإِرْثِ مِنَ الْمُوصِي، وَلَوْ مَلَكَ بِالْقَبُولِ، فِيمَا أَنْ يَكُونَ قَبْلَ الْقَبُولِ لِلْمَيِّتِ، وَاسْتِمْرَارِ الْمَلِكِ مَعَ الْمَوْتِ بَعِيدٍ أَوْ لِلْوَارِثِ، وَحِينَئِذٍ، فَالْمَوْصِي لَهُ يَتَلَقَّى الْمَلِكَ عَنِ الْوَارِثِ، لَا عَنِ الْمُوصِي، وَهُوَ بَعِيدٌ أَيْضًا. وَأَيْضًا، فَالْإِرْثُ يَتَأَخَّرُ عَنِ الْوَصَايَا، كَمَا قَالَ تَعَالَى: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينٍ﴾ [النساء - ١٢] وَإِذَا بَطَلَ الْجُزْمُ بِالْأَقْسَامِ، وَجِبَ التَّوَقُّفُ لَوْ أَوْصَى بَعْتَقَ عَبْدٌ مَعْيَنٍ بَعْدَ مَوْتِهِ، فَالْمَلِكُ فِي الْعَبْدِ إِلَى أَنْ يُعْتَقَ لِلْوَارِثِ، وَلَا يُجْعَلُ عَلَى الْخِلَافِ، وَقَرُّوا بِأَنَّ الْوَصِيَّةَ تَمْلِكُ لِلْمَوْصِي لَهُ، فَيُعَدُّ الْحَكْمَ بِالْمَلِكِ لغير مَنْ أَوْجِبَ لَهُ الْمَلِكُ،

(١) سقط في: ز.



والعتق ليس بتملك. ثم يتفرّع على الأصل المذكور مسائل:

أحدها: كسب العبد، وثمرَةُ الشَّجَرَة، وسائرُ زوائدِ الموصى به، إن حصلت قبل موت الموصي، فهي له، والوصية لا تتناولها، وإن حصلت بعده، وبعد القبول، فهي للموصى له، وإن حصلت بعد موته، وقبِلَ القبول، فإن قلنا: إن الملك يحصل بالموت، فهي للموصى له، قَبِلَ الوصيةَ أوردّها، وفيما إذا ردّها وجه: أن الزوائد ترتد أيضاً؛ لأنه تبيّن أن سبب الملك لم يستقر.

وإن قلنا: يحصل بالقبول، فلا تكون الزوائد للموصى له، قَبِلَ الوصيةَ أو ردّها، لأنها حدثت قبل حصول ملكه، وفيما إذا قبلها وجه: أنها تكون للموصى له؛ لأن حق التملك من وقت الموت، فهي حادثة على محلّ حقه، وإن قلنا: بالتوقف، فهي موقوفة أيضاً، إن قَبِلَ الوصية، فهي له، وإلا، فلا.

وحيث قلنا: إن الزوائد ترتد فإلى من ترتد؟ فيه وجهان:

أحدهما: إلى الموصي، حتى تكون من جملة تركاته، يقضي منها ديونه، وتنفذ وصاياه، كأصل.

وأصحهما: أنها تكون للوارث؛ لحدوثها بعد زوال ملك الموصي؛ وعلى هذا الخلاف ولذ الجارية، ونتاج [البهيمه]<sup>(١)</sup> الموصى بهما، ويتعلّق بها تفاصيل وأحكام أخر نذكرها موضحة على الأثر - إن شاء الله تعالى -.

ومنها: فطرة العبد الموصى به، إذا وقع وقت وجوبها بين الموت والقبول، على من تجب يخرج، على هذا الخلاف. وقد أوردناه في «زكاة الفطرة».

وقوله في الكتاب «والمغارم» أراد به النفقة والمؤن المحتاج إليها بين الموت والقبول، وحكمها حكم الفطرة؛ وذكر في «الوسيط»؛ أنها على الموصى له، إن قَبِلَ على كل قول، وعلى الوارث، إن رد على كل قول، ولا يعود فيها الوجه المذكور في الزيادات، وإن كان يُحتمل أن يقال: الغرم في مقابلة الغنم؛ لكن إدخال شيء في الملك قهراً هو أهون من التزام مؤنة قهراً، هكذا قاله، لكن فيما قدمناه في «زكاة الفطر» طرد ذلك الوجه. والله أعلم.

وإذا توقّف الموصى له في القبول أو الرد، ألزم النفقة، فإن أراد الخلاص رده.

ومنها: إذا كان قد زوّج أمته من حرّ، وأوصى له بها، فإن ردّ الوصية، استمرّ النكاح، إلا إذا قلنا: إن الموصى له يملك بالموت، فيفسخ النكاح من يوم الموت،

(١) في ب: الدابة.

وإن كان المَلِكُ ضعيفاً؛ لأن الملك والنكاح لا يجتمعان، وإن قَبِلَ انفسخ، ويكون الانفساخ من يوم القَبُول، إن قُلْنَا: إنَّ الملكَ يَحْصُلُ بالقَبُولِ من يوم المَوْتِ، على سبيل التبيين، إن قلنا بالتوقف.

وإن كان قد زَوَّجَهَا من وارثه، ثم أوصى بها لغيره، فإن قَبِلَ الموصى له الوصية، استمر النكاح، إلا إذا قلنا: إنَّ الملكَ يَحْصُلُ بالقَبُولِ؛ وإنه قبل القبول للوارث، فيه وجهان:

أظهرهما: الانفساخ، ووجه الثاني أن المَلِكُ ضعيفٌ يتعلّق باختيار الغير، بخلاف جانب الموصى له، على أن صاحب «التتمة» أشار إلى وجهه هناك أيضاً [وإن در، انفسخ النكاح، وفي استناد الفسخ إلى حالة الموت لضعف الملك] (١)، هذا الخلاف، هذا إذا خرجت الأُمَّة من التُّلث، فإن لم تُخْرَجْ، ولم يُجْزِ الوارث، انفسخ النكاح؛ لدخول شيء مما يَزِيدُ على التُّلث في ملك الزوج، وإن أجازوا، وقُلْنَا: يحصل الملك بالموت، أو قلنا بالتوقف، فهل ينفسخ؟ إن قلنا: إنَّ إجازتهم تنفيذاً لما فعله الوصي، وإن قلنا: ابتداءً عطية، فنعم؛ لكونها في مِلْكِهِمْ إلى أن أعطوه.

ومنها: أوصى بجارية، فولدت؛ فإما أن تلد قبل موت الموصى له، أو بعده؛ فهذه ثلاثة أقسام:

القسم الأول: إذا ولدت قبل موت الموصي، فَيُنْتَظَرُ؛ إن تَقَضِيَ أَقْلُ مدة الحَمَلِ من يوم الوصية، وهي ستة أشهر، فالولدُ غَيْرُ متناولٍ بالوصية؛ لأن حدوثه بعد الوصية مُحْتَمَلٌ، والأصلُ عَدَمُ الحمل. [يومئذ،] فلا يُجْعَلُ الموصى به بالشك، والاحتمال، وإن لم ينقص، عَلِمَ وجوده يوم الوصية، فيبنى على الخلاف في أنَّ الحمل، هل يُعْرَفُ، ويُعْطَى حكماً قبل الأَنْفِصَالِ؟ إن قلنا: لا، فإنما النظرُ إلى حالة الانفصال؛ فالولد غير متناولٍ أيضاً، بل هو زيادةٌ حدثت في ملك الموصي، فيكون لورثته، وإن قلنا: نعم، فهو كما لو أوصى بالجارية، وولدها بعد الأَنْفِصَالِ، فَيُنْتَظَرُ؛ أَيْقِيلُهُمَا الموصى له، أم يرُدُّهُمَا، أم يقبل أحدهما دون الآخر؟

وفي هذه الحالة مزيد بحث، موضعه أول الباب الثاني عند قوله: «وعند الإطلاق هل يتناول الحَمَلُ باسم الجارية؟ فيه خلاف».

وإذا كان الموصى له زوج الجارية، وقَبِلَ الوصية في الولد، عَتِقَ عليه بالملك، وله ولاؤه ولا تصير الجارية أمً وُلِدَ له؛ لأنها علقت منه بريق.

(١) سقط في: ز، أ.

القسم الثاني: أن تَلِدَ منه بعد مَوْتِ المَوْصِي، وقبل قبول المَوْصِي له، فإما أن تلد بعد انقضاء أقل من مدة الحمل من يوم موت الموصي، أو قبله وحيثُذ إما أن تلد بعد انقضاء هذه المدة من يوم الوصية، أو قبلها فهذه أحوال ثلاث.

إحداها: إذا ولِدَتْ بعد انقضاء أقل مدة الحمل من يوم الموت، فالولِدُ غير موصى به؛ لأحتمال حدوثه بعد الموت، إن كان الموصى له زوج الجارية، بُنِيَ حكم الولد على أن الوصية، بم تَمْلِكُ؟ إن قلنا بالقبول، وإنها قبل القبول لورثة الموصي، فالولِدُ لَهُمْ، لا إزْتِناً عن الميت، بل لحدوثه من [مللهم]<sup>(١)</sup>، وإن قلنا تملك بالموت، أو توقفنا، فقبيل، فيكون العلوق في ملك الموصى له، فيعقد الولد حراً، لا ولاء عليه؛ وتكون، الجارية أم ولد له.

الثانية: إذا ولِدَتْ قبل أقل مدة الحمل من يوم المَوْت، وبعد انقضاء هذه المدة من يوم الوصية، فهذا لا يجوز أن يكون حدوثه بعد الموت، ويجوز أن يكون بعد الوصية، فيجعل كأنه حَدَثَ بعدها، فإن قلنا: الحمل يُعْرَفُ، فالولِدُ زيادة حدثت في ملك الموصي، فهو له ولورثته بعده، وإن قلنا: لا يُعْرَفُ، ولا يعطى حكماً، فيبني على أن الوصية، بم يَمْلِكُ؟ إن قلنا بالقبول، وإنها للورثة قبل القبول، فالولد حادث في ملكهم، وإن قلنا بالموت أو توقفنا، وكان الموصى له زوج الجارية، فقبيل، عتق الولد عليه بالملك، وله الولاء، ولا تصير الجارية أم ولد له؛ لأن العلوق حصل وهو مملوك.

الثالثة: إذا ولِدَتْ قبل انقضاء مدة الحمل من يوم الموت والوصية جميعاً، فإن قلنا: الحمل يُعْرَفُ، فكانه أوصى بالجارية والحمل جميعاً، وإلا، فعلى الخلاف في أن الوصية، بم تَمْلِكُ؟ على ما ذكرنا في الحالة الثانية.

القسم الثالث: أن تَلِدَ بعد الموت والقبول، فله أحوال:

إحداها: أن تَلِدَ بعد انقضاء أقل مدة الحمل من وقت القبول، فالولِدُ للموصى له، وإن كان الموصى له زوج الجارية، أَعْقَدَ الولد حراً، وصارت الجارية أم ولد له.

والثانية: أن تَلِدَ قبل انقضاء هذه المدة من وقت القبول، وبعد انقضائها من وقت المَوْت، فإن قلنا: إن الوصية تَمْلِكُ بالموت، أو توقفنا فقبيل فالحكم كما في الحالة الأولى. وإن قلنا: تملك بالقبول، وإنها قبل القبول للورثة، فإن قلنا: إن الحمل يُعْرَفُ، فهو زيادة في ملك الوارثة، وإلا، فللموصى له، وإذا كان الموصى له زوج

(١) في ز: ملكه.

الجارية، عَتَقَ الولدُ عليه، ويثبت له الولاء، ولا تصير الجارية أمّ ولد.

**والثالثة:** أن تَلِدَ قبل انقضاء هذه المدة مِنْ وَقتِ القبولِ والمَوْتِ جميعاً، أو بعد انقضائها من يوم الوصية، فإن قلنا: إن الحَمْلَ يُعْرَفُ، فالولدُ غير متناولٍ بالوصية، فإن قلنا: لا، واعتبرنا حالة الأَنْفِصَالِ [فالانفصال] <sup>(١)</sup> حَصَلَ في ملك الموصى له، فيكون الولدُ له، وَيُعْتَقُ عليه، إن كان الموصى له زَوْجِها، ولا استيلاد.

**والرابعة:** أن تلد قبل انقضائها من يوم الوصية أيضاً، فإن قلنا: إن الحمل يُعْرَفُ، فهو داخلٌ في الوصية، وإلا، فهو حاصلٌ في ملك الموصى له، فيكون له، فإن كان زَوْجِها، عَتَقَ عليه بالملك ولا استيلاد.

وتناج سائر الحيوانات يُقَاسُ بما ذكرناه، وَيُرْجَعُ في مدة حَمْلِها إلى أهل الخبرة، فإنها تختلف.

ثم تذب المسألة بتذنيات.

**أحدها:** قال الشيخ أبو الفرج الزاز: حيث حكّمنا بِمَصِيرِ الجارية أمّ ولد، فيعتبر حقيقة الإصابة من وقت الملك، أم يكفي إمكان الإصابة؟ وفيه وجهان. والثاني هو الملائم لإيراد المُعْظَم.

**الثاني:** قال: حيث بَقِيَنا الولدَ على ملك الوارث، فالمعتبر من الثلث قيمة الجارية وخُدها، وإذا لم تسبقه، فالمعتبر من الثلث ما كان موجوداً يَوْمَ موت الموصي، فإن كانت حائلاً، اعتبرنا قيمتها وخُدها، وإن كانت حاملاً، اعتبر قيمتها مع قيمة الحمل؛ وحينئذ فالنظر إلى قيمتها حاملاً يوم موت الموصي، عند عامة الأصحاب.

قال ابن سُرَيج: تُعْتَبَرُ قيمتها يَوْمَئِذٍ، لو كانت حائلاً، وتُعْتَبَرُ قيمة الحمل في أول حال الانفصال، وإذا قَوْمَناهما، فخرجا من الثلث، فذاك، وإلا، فلا يُقْرَعُ، ولكن ننفذ الوصية في القدر الذي يحتمله الثلثُ منهُما على نسبة واحدة.

**الثالث:** روى المزني في «المختصر» [أنه] <sup>(٢)</sup> لو أوصى بأمة لزَوْجِها، فلم يعلم حتى وضعت له بعد موت سيدها أولاداً، فإن قبل، عُتِقُوا، ولم تكن أمهم أمّ ولد، حتى تلد منه بعد قبوله لسته أشهر، وفيه إشكال من وجهين:

**أحدهما:** أنه لم اعتبر عدم العلم بالوصية، وهل يفترق الحال بين أن يعلم أو لا يعلم؟

(٢) سقط في: ز، أ.

(١) سقط في: ز، أ.

والثاني: أنه حكم بحريّة الأولاد، وبأنها لا تصيرُ أمّ ولدٍ له: فَإِنْ فرغ على أن المِلْكَ يحصلُ بالموتِ، أو على قول التوقّف، فَلِمَ اعتبرَ مُضِيَّ الأشهرِ في مصير الجارية أمّ ولدٍ له؟ وإن فرغ على الحصولِ بالقَبُولِ، فَلِمَ يحكّم بحريّة الأولادِ في الحالِ؟

أمّا الأوّل: فعن الخصري ما يقتضي الفرقَ بين العلمِ وعدمه، واحتجّ عليه بأنّ الشافعيّ - رضي الله عنه - حكّم فيما إذا وطىء أمة الغَيْرِ على ظنّ أنّها زوجته الحرّة، بحريّة الولد، ولو ظنّ أنّها زوجته الرقيقة، يكونُ الولدُ رقيقاً. فاختلَفَ الحُكْمُ باعتقاده.

والظاهرُ: أنّه لا فرقَ في ثبوتِ أميّة الولدِ في أميّة، بين أن يكونَ عالماً، أو لا يكونُ، حتى لو وطىء أمته على ظنّ أنّها لغيره، أو أنّها حرّة وأحبّلها، ثبت أميّة الولد، [فإذن] قوله: «ولم يعلم» كأنه خرَجَ مخرَجَ الغالب؛ فإنّ الغالب أن الوصيّة لا تبقى المدّة الطويلة معلّقة غير مردودة، ولا مقبولة، إلا إذا لم يعلم الموصى له بالوصيّة؛ لتعيّة، أو نحوها.

وأما الثاني: فقد قيل: إنّهُ تخليط من المُرَنيّ - رحمه الله - فقوله: «عتقوا» تفرّغ على أن المِلْكَ يحصلُ بالموتِ، وقوله: «لا تصيرُ أمّ ولدٍ له» تفرّغ على أنّه يحصلُ بالقَبُولِ.

وقال الأكثرون: بل هو تفرّغ على قول التوقّف، ويتبيّن حصول المِلْكِ بالموتِ، وأرادَ بالقَبُولِ في قوله: «بعد قبوله» الموتَ سماءً قبولاً؛ لأنّه وقتُ القَبُولِ.

ومنهم من قال: لفظُ الشافعيّ - رضي الله عنه - «الموت» لكنّ المُرَنيّ غلَطَ فيه، وبالجملة، فهذا من المواضع التي أضبَ فيها الشارحون «المختصر» وحظّ الفقه ما سبق.

ولو كانت الجارية الموصى بها زوجة الموصى له، كما صورنا، ومات الموصى له قبل القَبُولِ والرّد، فقد مرّ أن ورثته قائمون مقامه في الرّد والقَبُولِ، فإنّ قبلوا، فعلى الخلاف في أنّ المِلْكَ بم يحصل؟ إن قلنا بالموتِ، أو قلنا: هو موقوف، فقبولهم كقبول الموصى له في عتق الأولاد بالمِلْكِ، وفي انعقادهم على الحرّية، وفي مصير الجارية أمّ ولدٍ، وفي بقائهم ممالك لورثة الموصي، على اختلاف الأحوال المذكورة في المسألة، ولا فرقَ إلاّ أنّهم، إذ عتقوا بقبول الموصى له ورثوه، وإذا عتقوا بقبول الورثة، لم يرثوا؛ على ما سيأتي، إن شاء الله تعالى.

وإن قلنا يحصل المِلْكُ بالقَبُولِ، فإنّ كان بين الوارث والأولاد قرابة تقتضي العتق؛ بأن كان وارث الموصى له أباه، فيعتقون عليه؛ لأنهم حفدته، وإلا، فوجهان،

وإذا لم يحصل العتق، فهل يُقتضى ديون الموصى له منها، أم تُسَلَّم للورثة؟ فيه وجهان، سُبِينٌ مَأْخَذَهُمَا.

ومنها: إذا وصى لإنسان [بابنه أو أبيه]<sup>(١)</sup>، لم يجب عليه قبول الوصية، كما لا يجب عليه شراؤه، إذا قَدَرَ عليه، بل له الرد، وعن مالك - رحمه الله - أنه يجب عليه القبول، وفيه وجه أنه ممتنع الرد، إذا فرغنا على أن المَلِكَ يحصلُ بالموت؛ لأنه يُعْتَقُ عليه، وهذا ما أورده صاحب «التَّيْمَةِ» تفریباً على ذلك القول، لكن المذهب خلافه، فإنه لا يُعْتَقُ عليه قَبْلَ القَبُولِ. إذا عرفت ذلك، فإن رد، فإذ قَبِل، وقلنا: إن المَلِكَ يحصلُ بالقَبُولِ، عَتَقَ عليه حيثنذ، وإن قُلْنَا بالموت، أو قُلْنَا بالتَّوَقُّفِ، تَبَيَّنَ أَنَّهُ عَتَقَ عليه يوم الموت.

ولو ملك ابن أخيه، فأوصى به لأجنبي، ووارثه أخوه فقَبِلَ الموصى له الوصية، فهو للأجنبي، وإن قلنا بالتوقف، أو بحصول المَلِكِ بالموت، وإن قُلْنَا: بحصوله بالقَبُولِ، وجعلناه قبل القَبُولِ للوارث، فقضية العتق على الوارث يوم الموت، لكن الحكاية عن الأصحاب أنه لا يُعْتَقُ عَلَيْهِ؛ كيلا تَبْطُلَ الوصية، هذا في رد الموصى له وقبوله بنفسه. أما إذا وصى لإنسان بابنه، ومات الموصى له بعد موت الموصي، وقَبِلَ القبول فيه وجهان مرجوحان، ووجه ثالث وهو المذهب:

أحد الوجهين المرجوحين: ما قدمنا؛ أن الرد يُمْتَنَعُ، لِعْتَقِهِ على الموصى له، بناءً على أن المَلِكَ يحصلُ بالموت.

والثاني: حكاه الشيخ أبو علي؛ أنه ليس للوارث القَبُولُ؛ لما فيه من العتق على الميت من غير إذنه، وإثبات الولاء له، وإنما يجيء هذا على قولنا: إن العتق، إذا حصل وقع [على]<sup>(٢)</sup> الميت وستعرف الخلاف فيه.

والوجه الثالث: أن الوارث قائم مقامه في الرد والقَبُولِ لنايئه عنه في حقوقه، فإن قَبِلَ: فهو كما لو قَبِلَ الموصى له بنفسه، إن قُلْنَا بالتوقف، أو بحصول المَلِكِ بالموت، وإن قُلْنَا بحصوله بالقَبُولِ، نُظِرَ؛ إن لم يكن بين الموصى به، ووارث الموصى له قرابة تقتضي عتقه عليه، بأن كان الوارث أماً للموصى له، أو ابن أخيه، فهل يُحَكَّمُ بعتقه؟ فيه وجهان:

(١) في ب: بأبيه أو ابته.

(٢) سقط في: أ، ز.

أحدُهُمَا: لا؛ لأنَّ القبول، الَّذِي يترتبُ عليه العِتْقُ وُجِدَ من الوارث؛ فيثبتُ المِلْكُ لَهُ ابتداءً، لا تلقِيًا من الوارث، كما لو ورثَ حقَّ الشفِعةِ، فأخَذَ بِهَا، ينتقلُ المِلْكُ إليه من المُشْتَرِي لا من مُورِّثِهِ، وهذا ما أورده صاحبُ «السَّامِلِ» وآخرون.

وأظهرهُمَا: نَعَم، وهو الَّذِي ذكره الشَّيْخُ أبو علي، وصاحبُ الكِتَابِ؛ لأنَّ الموصِيَّ إِنَّمَا أوجبَ المِلْكَ للموصى له فلا يثبتُ لغيرِهِ، وإِنَّمَا اغْتَبِرَ القَبُولُ للوارثِ على سبيلِ الثَّيَابَةِ، وهكذا كما لو [نصب] <sup>(١)</sup> شبكةً في حياتِهِ، وتعلقَ بِهَا صيدٌ بعدَ موته، فإنَّا نحكمُ بِشَوْتِ المِلْكِ لَهُ.

وإن كَانَ بين الموصِيَّ بِهِ وبينَ وارثِ الموصى له قرابةٌ تَقْتَضِي العِتْقَ؛ بأنَّ كَانَ الوارثُ أبًا للموصى له [فنحكمُ بعِتْقِ الموصى به لا محالة، ويعود الوجهان في أنه يعتق على الموصى له] <sup>(٢)</sup>، أو على وارثِهِ، وإنَّ الولاءَ لمن يَثْبُتُ، وإذا لم يُحكَمْ بالعِتْقِ، فَهَلْ تُقَضَى منه ديونُ الموصى له، أم يَسَلَّمُ للوارثِ؟ فيه وجهانِ عن روايةِ القاضي أبي الطَّيِّبِ في «المُجَرَّدِ» وجهٌ.

الثاني: أنَّ الوارثَ ملك لا من جهةِ الموصى له، [والوجه] <sup>(٣)</sup> الأوَّل، وهو الأظهرُ: أنَّ الوارثَ مَلَكَ بسببِ يتعلَّقُ بالموصى له، فهو كالدَّيَّةِ الواجبةِ بِقَتْلِهِ، تُقَضَى منها ديونُهُ، وإنَّ قُلْنَا: إِنَّمَا تَثْبُتُ للوارثِ ابتداءً، هذا حكمُ العتقِ، وهل يرثُ الَّذِي عَتَقَ مِنَ الموصى له؟ أمَّا إذا قَبِلَ بنفسِهِ، فيَنْظَرُ؛ إن قَبِلَ في حالِ الصَّحَّةِ، فَتَعَمَّ، وإن قَبِلَ في مرضِ الموتِ، فإرثُهُ مبنِيٌّ على أنَّ عِتْقَهُ، إِذَا حَصَلَ المِلْكُ [فيه] لا يَبْعُضُ. بَلْ يِلْزَمُ، أو هَبَّةٌ، أو قَبُولِ وصِيَّةٍ، يُعْتَبَرُ من الثَّلْثِ، أو من رأسِ المالِ، وفيه وجهانِ مذكورانِ في الكِتَابِ في «بابِ العتقِ» إن اعتبرناه من الثَّلْثِ، لم يَرِثُهُ، وإلاَّ وَرِثُهُ، قالَهُ في التَّهْذِيبِ، وهو الأصحُّ.

أمَّا إِذَا ماتَ قَبْلَ القَبُولِ، وَقَبِلَ وارثُهُ، فإنَّ حَكْمَنَا بحصولِ الحرِّيَّةِ عندَ القَبُولِ، لم يرثُ من الموصى له؛ لتأخُّرِ عِتْقِهِ عندَ موته، وإنَّ حَكْمَنَا بحصولِها عندَ الموتِ، فإنَّ كَانَ القابلُ مِمَّنْ يَحْبِبُهُ الموصى بِهِ كالأخِ، لم يرثُ؛ لأنَّهُ لَوْ ورثَ، يَحْبِبُ الأَخَ، وأخرجه عن أن يكونَ وارثًا، وإذَا خَرَجَ عن أن يكونَ وارثًا، بَطَلَ قَبُولُهُ؛ فَيَبْقَى رَقِيقًا، فَيَمْتَنَعُ تَوْرِيثُهُ فإذن في توريثِهِ يبطالُ توريثِهِ.

وإذا كَانَ القابلُ ممن لا يَحْبِبُهُ الموصى بِهِ كابنِ أخ، ففيه ثلاثة أوجه:

(٢) سقط في: أ، ز.

(١) في ب: طرح.

(٣) في ز: ووجه.

أحدها: أنه يرث؛ لأنَّ توريثه لا يؤدي إلى جرمانِ القابل، فصار كما لو مات عن ابن مشهور النسب، وأقرَّ بابنٍ آخر يرثان معاً. ولو مات عن أخ، فأقرَّ بابنٍ للميت، ثبت نسبه ولم يرث.

وأظهرهما: وهو المذكور في الكتاب: المنع؛ لأننا لو ورثناه؛ لارتدَّ حقُّ القابل من القبول في الكلِّ إلى القبول في النصف، ولا يصحُّ من الموصى به أن يقبل نصيب نفسه؛ لأنه إنما يقبل إذا كان وارثاً، وإنما يكون وارثاً إذا عتق، وإنما يُعتق إذا قبل، فإذا يَمَيَّ نصفه رقيقاً، ومن بعضه رقيق، لا يرث، كمن كلَّه رقيق.

قال الشيخ أبو علي: ويفارق هذا إقرار الابن بابنٍ آخر؛ لأنهما حينئذٍ مُقرَّانِ بانهما ابنا الميت، فورثا المال. وها هنا العتق في جميعه لا يصحُّ إلا بقبول من يجوز جميع التركة، ولا مدخل [للمقبول]<sup>(١)</sup> في القبول، فإنه لم يكن الأول جائزاً، بطلَّ القبول من أصله.

والوجه الثالث: عن الداركي: أنه إن ثبت القبول للموصى له، وهو مريض، لم يرثه، لأنَّ قبول ورثته كقبوله، ولو أنه قبله لكان وصيةً والإرث والوصية لا يجتمعان. وإن ثبت، وهو صحيح ورثه ولا يخفى بعد هذا الحاجة إلى إعلام قوله: «عتق الابن» بالواو.

وقوله: «بطريق التبيين من وقت موت الموصي»، جواب على قولنا: «إن المملك يحصل بالموت، أو يتبين بالقبول حصوله من وقت الموت»، فأما إذا قلنا: «إنه يحصل بالقبول»، وحكمنا بوقوع العتق عن الموصى له، فلفظ الإمام أنه يسند العتق إلى أَلْطَفِ جِبِينِ<sup>(٢)</sup> قبل موت الموصى له، فيجوز أن يُعلم لذلك قوله: «من وقت موت الموصى بالواو».

وفي «مولدات» ابن الحداد وشروجه فروع تتعلق بالاختلاف في وقت الملك:

أحدها: أوصى بأمته الحامل من زوجها لزوجها، ولابن لها حُرٌّ، ومات وخرجت هي كلها من الثلث، فقبلاً الوصية، وهما موسران، يُنظر؛ إن قبلاًها معاً، عتقت الأمة كلها؛ على ابنتها النصف بالمملك، والباقي بالسراية وعلى الزوج نصف قيمتها، ويُعتق الحمل عليهما بالسوية. أما نصيب الزوج؛ فلأنه ولده، وأما نصيب الابن؛ فلأن الأم عتقت عليه، والعتق يسري في الحامل إلى ما يملكه المعتق من حملها، ولا يقوم نصيب واحد منهما على الآخر، لأنَّ العتق حصل عليهما [حصل] دفعة واحدة، فأشبه ما إذا اشترى ابنان أباهما وأمهما عتق عليهما ولا تقويم وإن قبل أحدهما، قبل الآخر، فإن قلنا: يحصل المملك بالموت، أو قلنا بالتوقف، فالجواب كذلك؛ لأنَّ وقت المملك واحد.

(١) في ب: للقبول.

(٢) أي زمن مما في الروضة كذا في حاشية الأصل.



وإن اختلف وقت القبول، وإن قلنا: يحصل الملك بالقبول، فإن تقدم قبول الابن، عتقت الأمة بالملك والحمل بسراية العتق من الأم إلى الحمل، وعليه للزوج نصف قيمتها، فإن تقدم قبول الزوج، عتق جميع الحمل، عليه النصف بالملك، والنصف بالسراية، فيغرم نصف قيمته يوم الولادة. للابن، ولا يعتق عليه من الأمة شيء.

وإذا قبل الابن عتق عليه جميعها بالملك والسراية، وغرم للزوج نصف قيمتها، وإن قبل للزوج وحده عتق عليه الحمل النصف بالملك، والنصف بالسراية، فيغرم نصف قيمته لورثة الموصي ولا يسري العتق في الحمل إلى الأم؛ لأن الحمل تبع لها وليست هي تبعاً له، فإن قبل الابن وحده عتقا عليه، وغرم نصف قيمتها لورثة الموصي.

**الثاني:** أوصى لإنسان بمن يعتق عليه، ومات الموصي له عن ابنين فالقول في قولهما تفرعاً على الأقوال في وقت الملك، كما سبق والظاهر صحته ووقوع العتق عن الميت، فإن قبل أحدهما دون الآخر يصح القبول في النصف، ويعتق على الميت ثم قال ابن الحداد وآخرون: يُنظر إن ورث القابل من الموصي له ما يفي بقيمته العبد، فوَم عليه الباقي فيما ورثه وإلا لم يقوم عليه، ولا اعتبار بيسار القابل في نفسه، ولا يثبت [التقويم] في نصيب الذي لم يقبل من التركة. أما أنه لا اعتبار بيساره في نفسه؛ فلأن العتق وقع عن الميت، فلا يكون التقويم على غيره، وإما أنه لا يثبت في نصيب الذي لم يقبل؛ فلأن سبب العتق القبول؛ فالذي لم يقبل لم يُنسب إليه.

ولك أن تقول: هب أنه لم يُنسب لكئه غير منكراً، عتق نصيب القابل، واقتضائه التقويم والتقويم كدَيْن يلحق التركة، وقال الشيخ أبو علي: يجب ألا يقوم على الميت، ويقتصر العتق على القدر المقبول لمعتنين.

**أحدهما:** أن الملك حصل للميت بغير اختياره، بل بقبول الوارث، فأشبه ما إذا ورث شخصاً شقصاً من عبد، فعتق عليه لا يقوم عليه الباقي.

**والثاني:** أن العتق يحصل بعد موته، ولا مال له حينئذ، فأشبه ما إذا عتق شقصاً من عبد بعد الموت، لا يقوم عليه الباقي، قال: وقد رأيت هذا لبعض الأضحاب، وللأولين أن يقولوا: نحن إنما حكمنا بالعتق على الميت؛ لجعلنا الوارث نائباً عنه، وكيف ينتظم مع القول بالنيابة، نفي اختيار المنوب، نعم، كلاهما حكمان، وأما الثاني، فلا يسلم أن العتق يحصل بعد الموت، بل يستند إلى ما قبل الموت، كما تقدم، ثم ولائ ما عتق منه للميت، ويشترك فيه الابنان أم ينفرد به القابل؟

فيه وجهان: وجه الثاني: أنه انفرد باكتسابه فأشبه ما إذا شهد شاهد بدين للميت، وحلف معه أحد الابنين فإنه ينفرد الحالف بنصفه، ولا يشاركه الآخر فيه ولك أن تقول: المنفرد بالاكتساب في هذه الصورة لم ينفرد إلا بنصيبه، فما أثبت للميت، فوجب

أَنْ يَكُونَ هَا هُنَا كَذَلِكَ. وَلَوْ أَوْصَى لِإِنْسَانٍ بِبَعْضٍ مِّنْ يَّعْتَقُ عَلَيْهِ، وَمَاتَ الْمُوصَى لَهُ، وَقَبِلَ وَارثُهُ الوَصِيَّةَ، فَالْقَوْلُ فِي عِتْقِهِ عَلَى المَيِّتِ، وَتَقْوِيمِ البَاقِي عَلَيْهِ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ فِي هَذِهِ المَسْأَلَةِ.

**الثالث:** أَوْصَى بِأَمَةٍ لِأَبْنَيْهَا مِنْ غَيْرِهِ نَظْرًا، إِنْ كَانَتْ تَخْرُجُ مِنَ الثَّلَاثِ، وَقَبِلَ الْمُوصَى لَهُ الوَصِيَّةَ، عَتَقَتْ عَلَيْهِ، وَإِنْ رَدَّ بَقِيَّتَ للوَارِثِ، وَإِنْ لَمْ تَخْرُجْ، فَالْجَوَابُ فِي قَدْرِ الثَّلَاثِ كَذَلِكَ، وَأَمَّا الزَّائِدُ عَلَيْهِ فَلَوْ أَعْتَقَهُ الوَارِثُ، وَهُوَ مُوسِرٌ، عَتَقَ عَلَيْهِ، ثُمَّ إِنْ لَمْ يَقْبَلِ ابْنُهَا الوَصِيَّةَ، فَقَدْ بَيَّنَّا أَنَّ جَمِيعَهَا للوَارِثِ، فَيَسْرِي العِتْقُ مِنَ البَعْضِ الَّذِي أَعْتَقَهُ إِلَى البَاقِي، وَإِنْ قَبِلَ عَتَقَ عَلَيْهِ مَا قَبِلَ.

قال ابنُ الحَدَّادِ: وَلَا يُقَوِّمُ نَصِيْبَهُ عَلَى الوَارِثِ وَلَا نَصِيْبُ الوَارِثِ عَلَيْهِ، أَمَّا أَنَّهُ لَا يُقَوِّمُ نَصِيْبُ الوَارِثِ عَلَيْهِ؛ فَلِأَنَّهُ أَعْتَقَ نَصِيْبَهُ قَبْلَ قَبُولِهِ، وَأَمَّا أَنَّهُ لَا يُقَوِّمُ نَصِيْبَهُ عَلَى الوَارِثِ؛ فَلِأَنَّ تَبْيِينَ بالقَبُولِ حُصُولَ مِلْكِهِ بِالمَوْتِ، وَتَقَدَّمَ عَلَى إِعْتَاقِ الوَارِثِ [الزِّيَادَةَ].

قال الشيخ أبو علي: والصواب عند الأصحاب أن يقال: إن قلنا بحصول الملك بالموت ابتداءً، أو تبيناً فيقوم نصيب الوارث عليه؛ لأننا تبينا استناد عتقه إلى وقت الموت وعتق الوارث متأخر عليه؛ لأنه لا بد فيه من مباشرة الإعتاق، وإن قلنا بحصوله بالقبول فيعتق الكل على الوارث لأنه يرى من نصيبه إلى قدر الثلث والقبول بعده كإعتاق الشريك الثاني بعد إعتاق الأول وهو موسر، هذا إذا حكمنا بحصول السراية بنفس<sup>(١)</sup> الإعتاق، وإن قلنا: إنها لا تحصل إلا بعد أداء القيمة، فقبوله كإعتاق الشريك الثاني نصيبه قبل أخذ القيمة، وفيه وجهان:

أحدهما: النفوذ؛ لأنه ملكه ما لم يأخذ القيمة.

وأصحهما: المنع، لأن الأول بإعتاق نصيبه استحق تقويمه عليه للإعتاق، فصار كما لو استولد أحد الشريكين الجارية المشتركة، وهو موسر تصير أم ولد له، وليس للأخر إعتاق نصيبه، فعلى هذا له قيمة نصيبه على الوارث، وكأنه فوته بإعتاق نصيبه.

ولو كانت المسألة بحالها، ووارث الموصي ابن له من هذه الأمة، فإن رد الموصى له عتقت على الابن الذي هو وارث السيد، وإن قبلها فينتظر: إن خرجت من الثلث عتقت على الموصى له، وإن لم تخرج فالزائد على الثلث منها. أطلق ابن الحداد أنه يعتق في الحال على الوارث، وفصل الشارحون فقالوا: إن لم يجز الوارث الزيادة على الثلث، فالجواب ما ذكروا وإن أجاز فعتقه مبني على أن إجازة الوارث ابتداء عطية

(١) سقط في: ز.

منه، أو تنفيذ إن قلنا بالأول، فقد حكمنا للوارث بالملك قبل أن يُعطى فيعتق عليه، وإن قلنا بتنفيذ لم يُعتق؛ لأننا على هذا القول لا نجعل الزائد على الثلث للوارث، بل نقفه على الرد والإجازة فإذا أجاز تبين أنه لم يملكه وأما قدر الثلث فإنه يعتق على الموصى له، ولا يقوم نصيب أحدهما على الآخر. وأما أنه لا يقوم على ابن السيد؛ فلأنه ملك بالإرث، وعتق الشقص المملوك بالإرث لا يقتضي السراية.

وأما أنه لا تقويم على ابنها الموصى له؛ فلأن نصيب شريكه عُتق قبل عتق نصيبه، وإن قلنا: إنه يُملك بالقبول، ومع عتق نصيبه إن قلنا: إنه يُملك بالموت، ولا تقويم على التقديرين.

الرابع: أوصى بعبد لشخصين؛ أحدهما قريبه الذي يعتق عليه، فإن قبلا الوصية معاً عُتق جميعه على القريب، إن كان موسراً، النصف بالملك، والباقي بالسراية، ويُعزَم للأجنبي نصف قيمته.

وإن قبل القريب أولاً، فكذلك حكم العتق. ويكون غرم النصف للأجنبي، إن قبل الوصية بعد ذلك، والوارث الموصى إن لم يقبل، وإن قبل الأجنبي أولاً ملك نصيبه ونصيب القريب موقوف إلى أن يقبل أو يرد فإن أعتق الأجنبي نصيبه قبل قبول القريب، ثم قبل فإن قلنا: الملك في الوصية يحصل بالقبول، قوم نصيبه على الأجنبي، فكان كما لو أعتق الشريك نصيبه، وهو موسر، ثم أعتق الثاني نصيبه فإن قلنا: يحصل بالموت، أن عتق الأجنبي غير نافذ، وأنه عتق جميعه على الوارث، وعليه نصف القيمة للأجنبي والله أعلم.

### الباب الثاني في أحكام الوصية الصحيحة

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَهِيَ تَنْقَسِمُ إِلَى لَفْظِيَّةٍ وَإِلَى حُكْمِيَّةٍ وَإِلَى حِسَابِيَّةٍ أَمَّا اللَّفْظِيَّةُ فَلَهَا طَرَفَانِ: الْأَوَّلُ فِي الْمَوْصَى بِهِ، وَإِذَا أَوْصَى بِجَارِيَةٍ دُونَ حَمْلِهَا، وَبِالْحَمْلِ دُونَ الْجَارِيَةِ صَحَّ، وَعِنْدَ الْإِطْلَاقِ هَلْ يَتَنَاوَلُ الْحَمْلُ بِاسْمِ الْجَارِيَةِ؟ فِيهِ خِلَافٌ، فَإِنْ تَنَاوَلَهُ فَلَا يَنْقَطِعُ بِالْأَنْفِصَالِ بَلْ يَبْقَى مَوْصَى بِهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا اسْتَجْمَعَتِ الْوَصِيَّةُ مِمَّا يَفْتَقِرُ إِلَيْهِ صَحَّتْهَا، صَحَّتْ، وَوَقَعَ النَّظَرُ بَعْدَ ذَلِكَ فِي أَحْكَامِهَا، وَالنَّظَرُ فِيهَا تَارَةٌ يَكُونُ مِنْ جِهَةِ اللَّفْظِ؛ كَنظَرِنَا فِي أَنَّ الشَّاةَ، وَالذَّائِبَةَ، وَالْفَرَسَ عَلَامَ تَحْمُلِ الْوَصِيَّةِ بِهَا، وَتَارَةٌ مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى؛ كَنظَرِنَا فِي أَحْكَامِ الْوَصِيَّةِ بِالْمَنَافِعِ، بِأَيَّةِ لَفْظَةٍ قُدِّرَتِ الْوَصِيَّةُ ثُمَّ كَمِيَّةِ الْمَوْصَى بِهِ قَدْ تُعْرَفُ مِنْ غَيْرِ حِسَابٍ، وَقَدْ يَحْتَاجُ فِيهَا إِلَى أَعْمَالٍ فِكْرٍ، وَضَرْبِ حِسَابٍ جَلِيٍّ أَوْ خَفِيِّ، فَلِذَلِكَ جَعَلَ أَحْكَامَهَا ثَلَاثَةَ أَنْوَاعٍ لَفْظِيَّةً، وَمَعْنَوِيَّةً، وَحِسَابِيَّةً:

القسم الأول: اللفظية، واللفظ المبحوث عنه، قد يُستعمل في الموصى به، وقد يستعمل في الموصى له:

الطرف الأول في الموصى به.

فمن مسأله: أنه لو أوصى بجارية حامل، واستثنى حملها لنفسه، جاز بخلاف البيع، وكذلك تجوز الوصية بالحمل وحده، على الشرط الذي سبق، بخلاف بيعه ولو أوصى بالحمل لرجل، وبالجارية [آخر]<sup>(١)</sup> صحت الوصيتان، ولو أطلق الوصية بالجارية، ففي دخول الحمل وجهان:

أحدهما: الدخول، كما لو باع الحامل.

والثاني: المنع؛ لأنه ليس جزءاً منها، والأول أظهر فيما دل عليه كلام الأئمة، ولكن لا تبعد الفتوى بالثاني، بخلاف البيع؛ لأن الحمل لا يُفرد بالبيع، فجعل تبعاً، ويُفرد بالوصية، فلا معنى لجعله تبعاً؛ ولأن الأضل التنزيل على الأقل المستيقن ولأن الوصية عقد ضعيف لا يليق بحالها الاستتباع، فإن قلنا بدخوله، فلا تنقطع الوصية بانفصال الحمل، بل يبقى موصى به، والانفصال زيادة حصلت فيه، وقد ذكرنا من قبل فيمن أوصى بجارية، فولدت غير متناول، بل هو لورثة الموصي، وإن قلنا: إن الحمل لا يُعرف، فالولد غير متناول، بل هو لورثة الموصي، وإن قلنا: إن الحمل يُعرف، فهو كما لو أوصى بهما، وتلك المسألة هي المسألة المذكورة ها هنا، بعينها؛ لأنه لو تعرض [في الوصية]<sup>(٢)</sup> بالحمل والجارية معاً، ارتفع الخلاف؛ كما لو أوصى بالجارية لواحد، بالحمل لآخر، ولا ينقدح تشبيه التنصيص على الحمل؛ تفرعاً على أن الحمل لا يُعرف بالتنصيص فيما إذا قال: بغت هذه الجارية وحملها وأنه غير جائز في أصح الوجهين، حتى يجيء الخلاف ها هنا مع التنصيص، وذلك لأن الحمل لا يجوز إفراده بالبيع، ولا يجوز جعله أحد مقصوديه، ويجوز إفراده بالوصية.

وقوله وبالحمل دون الجارية، صح هذه المسألة قد ذكرها في الباب الأول، والغرض الآن التنبيه على توجيه المسألة السابقة، أي: كما تجوز الوصية بالحمل وحده، تجوز الوصية بالحامل وحدها بخلاف البيع، والله أعلم.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَلَوْ أَوْصَى بِطَبْلِ مِنْ طَبُولِهِ وَلَهُ طَبْلٌ لَهُوَ وَطَبْلٌ حَزْبٌ نُزِّلَ عَلَى طَبْلِ الْحَزْبِ مَيْلًا إِلَى التَّضْحِيحِ، وَلَوْ أَوْصَى بِعُودٍ مِنْ عِيدَانِهِ وَلَهُ عُودٌ لِلْهُوَ وَالْبِنَاءِ وَالْقَوْسِ بِطَلٍ لِأَنَّ ظَاهِرَهُ لِلْهُوَ، وَقِيلَ: إِنَّهُ يُنَزَّلُ عَلَى عُودِ الْبِنَاءِ أَوْ الْقَوْسِ، كَمَا إِذَا قَالَ: عُودٌ مِنْ

(٢) سقط في: ز.

(١) في ب: لواحد.

عِيدَانِي وَلَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا عُدُ الْقَوْسِ وَالْبِنَاءِ، وَلَوْ أَوْصَى بِقَوْسٍ حُمِلَ عَلَيَّ مَا يُزِمُنِي بِهِ النَّشَابُ دُونَ قَوْسِ النَّذْفِ وَالْجَلَاهِقِ إِلَّا إِذَا قَالَ قَوْسٍ مِنْ قِسِيٍّ وَلَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا قَوْسُ النَّذْفِ وَالْجَلَاهِقِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ ثَلَاثُ صُورٍ:

إحداها: الطُّبْلُ أنواع، أسلفنا ذِكْرَهَا، وَبَيَّنَّا أَنَّ طَبْلَ اللّهُو، إِنْ صَلَّحَ لِمَنْفَعَةٍ مَبَاحَةٍ، إِمَّا عَلَى هَيْئَتِهِ، وَإِمَّا بَعْدَ التَّغْيِيرِ الَّذِي لَا يَبْطُلُ اسْمُ الطُّبْلِ، صَحَّتِ الوَصِيَّةُ، وَإِلَّا فَلَا، إِذَا تَذَكَّرْتَ ذَلِكَ، فَلَوْ أَطْلَقَ، وَقَالَ: أَعْطُوهُ طَبْلًا مِنْ مَالِي، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ طَبْلٌ يَحِلُّ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ اشْتَرِي، وَدَفَعَ إِلَيْهِ، وَإِنْ قَالَ: طَبْلًا مِنْ طَبُولِي، فَإِنْ كَانَ لَهُ طَبْلٌ يَحِلُّ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ؛ كَطَبْلِ الْحَرْبِ، وَطَبْلِ اللّهُو، لَا تَصَحُّ الوَصِيَّةُ بِهِ وَنَزَلَ عَلَى طَبْلِ الْحَرْبِ وَنَحْوِهِ؛ مِيلاً إِلَى التَّصْحِيحِ؛ لِأَنَّ الْمَوْصِيَّ يَقْصِدُ حِيَازَةَ الثُّوَابِ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَقْصِدُ مَا تَصَحُّ الوَصِيَّةُ بِهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا طَبُولٌ، لَا تَصَحُّ الوَصِيَّةُ بِهَا، فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ إِذَا صَحَّتِ الوَصِيَّةُ بِالطُّبْلِ، فَالْجِلْدُ الَّذِي عَلَيْهِ، يُدْفَعُ إِلَى الْمَوْصِيِّ لَهُ، إِنْ كَانَ لَا يَقَعُ عَلَيْهِ اسْمُ الطُّبْلِ دُونَ الْجِلْدِ، وَالذُّفُّ تَجُوزُ الوَصِيَّةُ بِهِ، فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ شَيْءٌ مِنَ الْجَلَاجِلِ وَحَرَمَتَاهَا نَزَعَتْ، وَلَمْ يُدْفَعْ إِلَيْهِ إِلَّا حَتَّى أَنْ يُنْصَّ عَلَيْهَا.

الثَّانِيَّةُ: اسْمُ الْعُودِ يَقَعُ عَلَيَّ هَذَا الَّذِي يُضْرَبُ بِهِ، وَهُوَ عُدُ اللّهُو، وَعَلَى الْوَاحِدِ مِنَ الْأَخْشَابِ، مِنْهَا الَّتِي تَسْتَعْمَلُ فِي الْبِنَاءِ، وَالَّتِي تَصْلُحُ لِلْقِسِيِّ وَالْعِصِيِّ؛ وَالْوَصِيَّةُ بِعُودِ اللّهُو، كَهَيِّ طَبْلِ اللّهُو، فَيُنْظَرُ؛ هَلْ يَصْلُحُ عَلَيَّ هَيْئَتِهِ؛ لِمَنْفَعَةٍ مَبَاحَةٍ، أَوْ بَعْدَ التَّغْيِيرِ الَّذِي لَا يَبْطُلُ اسْمُ الْعُودِ، أَوْ لَا يَصْلُحُ؟ وَإِذَا صَحَّتِ الوَصِيَّةُ بِهِ، لَمْ يُدْفَعْ إِلَيْهِ الْوَتْرُ، وَالْمِضْرَابُ؛ لِأَنَّهُ يُسَمَّى عُودًا دُونَهُمَا.

وَإِنْ قَالَ: أَعْطُوهُ عُودًا مِنْ عِيدَانِي، نُظِرَ؛ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا عِيدَانُ الْقِسِيِّ وَالْبِنَاءِ، فَيُعْطَى وَاحِدًا مِنْهَا، وَكَذَا لَوْ كَانَ مَعَهَا عِيدَانُ اللّهُو، لَكُنْهَا تَصْلُحُ لِمَنْفَعَةٍ مَبَاحَةٍ، فَيُعْطِيهِ الْوَارِثُ مَا شَاءَ مِنَ الْكُلِّ، وَإِنْ كَانَ لَهُ عِيدَانُ اللّهُو، الَّتِي لَا تَصْلُحُ لِمَنْفَعَةٍ مَبَاحَةٍ، وَعِيدَانُ الْقِسِيِّ، وَالْبِنَاءِ، فَوْجِهَانِ:

أحدهما: تَنْزِيلُ الوَصِيَّةِ عَلَيَّ عِيدَانِ الْقِسِيِّ، وَالْبِنَاءِ كَمَثَلِهِ فِي الطُّبْلِ، وَكَمَا لَوْ لَمْ يَكُنْ إِلَّا عِيدَانُ الْقِسِيِّ وَالْبِنَاءِ، فَيُعْطَى وَاحِدًا مِنْهَا.

وأظهرهما: وهو المنصوص: أَنَّ الوَصِيَّةَ تُنْزَلُ عَلَى عِيدَانِ اللّهُو، فَيَبْطُلُ؛ لِأَنَّ اسْمَ الْعُودِ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ لِهَذَا الَّذِي يُضْرَبُ بِهِ، وَاسْتِعْمَالُهُ فِي غَيْرِهِ مَرْجُوحٌ، وَالطُّبْلُ يَقَعُ عَلَى طَبْلِ اللّهُو وَغَيْرِهِ وَقَوْعًا وَاحِدًا، وَلَيْسَ كَمَا لَوْ قَالَ: عُودًا مِنْ عِيدَانِي، لَيْسَ لَهُ إِلَّا أَعْوَادُ الْبِنَاءِ وَالْقِسِيِّ؛ لِأَنَّ هُنَاكَ التَّقْيِيدَ مَعْنَاً مِنَ الْأَخْذِ بِالْإِطْلَاقِ، وَهِيَ هُنَا فَوَائِدُ:

إحداها: لصاحب الوجه الأول أن يمنع ظهور اسم العود في الذي يُضْرَبُ به، ويقول: لفظ العودِ مشترك، يستعمل وفي الذي يُتَجَرَّبُ به، وفي الواحد من الأخشاب بحسب الحاجة، ولا ترجيح، ثم له أن يقول: إن كان الاستعمال في عود اللهو أظهر، فكما ينصرف اللفظ إليه، إذا كان واحداً، يَنْصَرِفُ إذا كان جميعاً؛ فيلزم أن ينصرف قوله: «عود من عيداني» إليه، فحينئذ وجب أن تلغو الوصية، إذا لم يكن له عيدان لهو، وإن كان له ما يصلح للأبنية والقيسي.

الثانية: إذا أوصى بعود، ولا عود له فقضية تنزيل مطلق العود على عود اللهو إبطال الوصية، أو أن يشتري له عود لهو يصلح لمنفعة مباحة، وأطلق في «التتمة» أنه يشتري ما لو كان موجوداً في ماله، أمكن تنفيذ الوصية بالعود به.

الثالثة: وقوع الطبل على أنواعه، ليس كوقوع العود على معلنيه المذكورة، بل الطبل موضوع للمشارك بين الأنواع، وليس مشتركاً بينهما، والعود مشترك بين الخشب، والذي يُضْرَبُ به، والذي به، ثم هو بالمعنى الأول غير مشترك بين ما يستعمل في الأبنية، ويصلح للقيسي بل للمشارك بينهما.

الرابعة: لو أوصى بعود من عيدانه، وليس له إلا عود واحد من أعود اللهو، وواحد مما يصلح للبناء، وواحد مما يصلح للقيسي، فإن جعلنا لفظ العيدان على هذه الآحاد، حملنا اللفظ المشترك على معنائه معاً، وفيه نظر للأصوليين؛ فإن منع، فهذه الصورة كما لو أوصى بعود من عيدانه، وليس له إلا واحد من أعود اللهو، أو لا عود له، وجب حمل قوله في الكتاب «وله عود اللهو، والقوس، والبناء» على الجنس دون الآحاد.

فزع: الوصية بالمزمار كالوصية بعود اللهو، وإذا صح، لم يلزم تسليم الجميع، وهو الذي يجعله الزايم بين شفتيه؛ لأن الاسم لا يتوقف عليه.

الصورة الثالثة: اسم القوس يقع على العربية، وهي التي يُزْمَى بها النبل، وهي السهام العربية، وعلى الفارسية، وهي التي يُزْمَى بها الشَّابُّ، وعلى القيسي التي لها مجرى تنفذ فيها السهام الصغار، وتسمى الحسيان، وعلى الجلاهيقي، وهو ما يُزْمَى بها البندق، وعلى قوس النذافين، والسابق إلى الفهم من لفظ القوس أحد الأنواع الثلاثة الأولى، فلو قال أعطوه [ما يسمى] قوساً حمل على أحدها دون قوس النذف، والجلاهيقي، ولو قال: أعطوه ما يسمى قوساً، ففي «التتمة» أن للوارث أن يعطي ما شاء

من الأنواع الثلاثة وَغَيْرَهَا، ويشبهه أن يكون كما لو قال: أعطوه قوساً إلا أن يقول ما يُسَمَّى قوساً غالباً، أو نَادِراً، أو ما أشبه ذلك، ولو قال: أعطوه قوساً من قِيسِي، وله قِيسِي من كلِّ نوع، أُعْطِيَ ما يرمي به النبل، أو الثَّشَابِ، أو [الحسبان]<sup>(١)</sup> دون قَوْسِ النَّذْفِ وَالْجُلَاهِقِ، وكذلك لو كان له شيء من الأنواع الثلاثة، فإن لم يكن له إلا قَوْسُ الْجُلَاهِقِ، أو قَوْسِ النَّذْفِ [حمل اللفظ عليه؛ للتقييد والإضافة، وإن كان له الْجُلَاهِقُ وَقَوْسُ النَّذْفِ]<sup>(٢)</sup> جميعاً، أُعْطِيَ الْجُلَاهِقُ؛ لأن الاسم أسبق إليه، وكل هذا عند الإِطْلَاقِ، فلو قال أعطوه قوساً يقاتلُ بها، أو يرمي الطير، أو يندق، فقد أبان الغرض، وهل يستتبع الوصية بالقوس الوتر؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن الانتفاع يتوقف عليه.

وأصحُّهما: لا؛ لخروجه عن مُسَمَّى القوس، وصار كما أن الوصية بالداة لا يستتبع السرج، ويشبه أن يجيء الوجهان في بيع القوس، والنصل والرَّيش يَدْخُلَانِ فِي السَّهْمِ؛ لثبوتهما، والله أعلم.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَلَوْ أَوْصَى بِشَاةٍ دُفِعَ إِلَيْهِ الصَّغِيرُ وَالْكَبِيرُ وَالْمَعِيبُ وَالسَّلِيمُ وَالذَّكَرُ وَالْأُنْثَى وَالضَّانُّ وَالْمَعْرُزُ، وَلَا يُعْطَى الْكَبِشُ عَلَى النَّصِّ، وَقِيلَ: يُعْطَى إِذْ لَيْسَ التَّاءُ فِيهَا لِلتَّأْنِيثِ، وَأَسْمُ الْبَعِيرِ فِي تَنَاوُلِهِ النَّاقَةُ كَالشَّاةِ فِي تَنَاوُلِهَا الْكَبِشَ فِيهِ خِلَافٌ وَالْجَمَلُ لَا يَتَنَاوَلُ النَّاقَةَ، وَلَا النَّاقَةُ الْجَمَلَ، وَلَا الثَّوْرُ الْبَقْرَةَ، وَلَا عَكْسُهَا، وَلَا الْكَلْبُ الْكَلْبَةَ، وَلَا الْحِمَارَ الْحِمَارَةَ، وَلَا الدَّابَّةَ الْخَيْلَ وَالْبَعَالَ وَالْحَمِيرَ، فَإِنْ خَصَّصَ عُرْفَ بَلْدَةٍ بِالْفَرَسِ فَقِيلَ يُحْكَمُ بِالْعُرْفِ، وَقِيلَ: يَنْزَلُ عَلَى الْوَضْعِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: : إحدَى صور الفضل: اسم الشاة يَنْتَظِمُ صغيرة الجثة، وكبيرتها، والسليمة، والمعيبة، والصحيحة، والمریضة، والضأنيّة، والماعزة، وأما الكباش، والثيوس، فنص الشافعي - رضي الله عنه - في «الأم» أن اسم الشاة لا يتناولها، وإنما هو للإناث بالعرف، ومن الأصحاب من قال: إنه يتناول الذكر والأنثى؛ لأنه اسم جنس كالإنسان، وليست التاء فيه للتأنيث، يدلُّ عليه قولهم: لَفْظُ الشَاةِ يَذْكَرُ وَيؤنثُ، ولهذا حُمِلَ قَوْلُهُ ﷺ: «فِي أَرْبَعِينَ شَاةً شَاةً» عَلَى الذَّكَورِ وَالْإِنَاثِ، وَبِهَذَا الْوَجْهِ أَجَابَ صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» وَذَكَرَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ الْحَنَاطِيُّ مَصِيرَ الْأَصْحَابِ [أكثرهم]<sup>(٣)</sup> إِلَيْهِ، وَيُؤَيِّدُهُ أَنَا ذَكَرْنَا

(٢) سقط في: ز، أ.

(١) في ب: الحساب.

(٣) سقط في: ز.

وجهين في جواز إخراج الذَّكَرِ عن خَمْسٍ من الإبل، وبيئنا أن الأصحَّ الجواز؛ لشُمُول الاسم، وفي السَّخْلَةِ والعِتاقِ وجهان:

أظهرهما: أَنَّ اسْمَ الشاةِ لا يَقَعُ عليهما.

والثاني: يقع؛ بناءً على أنه اسم جنس، فمن قال بالأوَّل، حَمَلَ قَوْلَ الشافعيِّ - رضي الله عنه - صغيرة أو كبيرة على صِغَرِ الجِنَّةِ، وكِبَرِها، وبه قال الصيدلانيُّ - رحمه الله - ومن قال بالثاني، حَمَلَهُ عَلَى السِّنِّ.

إذا عُرِفَ ذلك، قلو قال أعطوه شاةً من شياهي، أو مِنْ غنمي؛ نُظِرَ؛ إن لم يكن له غنم، فالوصية باطلَّة، وإن كان له غَنَمٌ، أُعْطِيَ واحدةً منها سليمةً، أو معيبةً، من الضأن، أو المعز، وإذا كانت كلها ذُكُوراً، أُعْطِيَ ذَكَراً، وإن كانت كلها إناثاً، أُعْطِيَ أنثى، وإن كانت ذكوراً وإناثاً، جاز أَنْ يُعْطَى أنثى، وفي الذَّكَرِ الخِلافُ المذكورُ في تناولِ الشاةِ الذَّكَرِ، وكان يجوز أن يُقَالَ؛ تفریباً على أن اسم الشاة لا يَقَعُ على الذكر: إن الوصية تَلْعُو، إذا كان جميعُ غنمه ذُكُوراً، كما إذا قال: شاةً من غنمي، ولا غَنَمَ له.

ولو قال: أعطوه شاةً من مالي، أُعْطِيَ واحدةً يتناولها الاسم؛ فإن ملك غنماً، فللوارث أن يعطى على غَيْرِ صفةِ غَنَمِهِ، وإن لم يملك غنماً، اشترى له شاة، بخلاف ما لو قال: مِنْ غَنَمِي، ولا غَنَمَ له، ولو قال: اشْتَرُوا له شاةً، حكى صاحب «التهذيب» أنه لا يجوز أن يشتري معيبةً؛ لأن إطلاق الأمر بالشراء يَفْتَضِي السليم، كما في التوكيل بالشراء، وأيدى فيما حكاه أختماً.

ولو قال: أعطوه كَبِشاً، أو تَيْساً أو شاةً [ليتریها]<sup>(١)</sup> على غنمه، فالوصية بالذَّكَرِ، ولو قال: نَعْجَةً، أو شاةً يحلبها، أو يتنفَعُ بدُرِّها ونَسْلِها، فهي<sup>(٢)</sup> بالأنثى.

وقد تَجَدُّ في لفظ الكتاب في المسألة «دُفِعَ إِلَيْهِ الصَّغِيرِ وَالْكَبِيرِ وَالسَّلِيمِ، وَالْمُعِيبِ، وَالذَّكَرِ، وَالْأُنْثَى، وَالضَّأْنَ، وَالْمَعْزُ»، وقد تطرح بعض النسخ لفظ الذكر، والأنثى، وهو الصواب؛ لأن الخِلافَ في الكَبِشِ مذكورٌ على الأثر، فكيف يذُكَّرُ المسألة مرَّةً بلا خلاف، ومرَّةً عَقِبَها مع الخِلاف؟!!

فَرَعُ: الظباء قد يقال لها: شياهُ البَرِّ، والثورُ الوحشيُّ قد يُسَمَّى شاةً في اللُّغة، لكن مطلقاً الوصية بالشاة لا يحمل عليهما، نعم، لو قال: أعطوه شاةً من شياهي،

(١) سقط في: ز.

(٢) قال النووي: في زيادته لم يفصح الإمام الرافعي بالعرض في هذه المسألة. فإن قال نعمة: فهي للأنثى من الضأن بلا خلاف عند الفقهاء وأهل اللغة. وقد أوضحت هذا في «تهذيب الأسماء واللغات». وإن قال: شاة يحلبها، أو يتنفَعُ بدُرِّها ونسلها، فهي للأنثى من الضأن، أو المعز.



وليس له إلا طباءً فيه وجهان في «المعتمد»<sup>(١)</sup>.

الثانية: البعير والجمل والناقة أسماء تشمل السليم والمعيب والبُخاتي، والغراب، ولا يتناول الجمل الناقة، ولا الناقة الجمل، والبعير، هل يتناول الناقة؟ فيه مثل الخلاف المذكور في أن الشاة، هل تتناول الذكور؟ فالحكاية عن النص المنع وتنزيل اسم البعير منزلة الجمل، والأظهر عند الأصحاب التناول؛ لأنه اسم جنس في اللغة، وسُميت العرب تقول: صرعتني بعيري، وحلب فلان بعيره، وربما أفهمك كلام الأصحاب توسطاً بينهما، وهو أن يُنزَل النص على ما إذا عمَّ العرف باستعمال البعير بمعنى الجمل، والعمل بقضية اللغة، إذا لم تعم. واسم الثور للذكر، وفي البقرة وجهان:

أصحهما: أنها لا تتناول الذكر ووجه الثاني: حمل الهاء على التوحيد، كقولنا ثمرة، وزبيبة، وبهذا قال أبو حنيفة - رحمه الله - وكذا الخلاف في اسم البغلة.

ولو قال: أعطوه عشراً من الإبل أو البقر، أو الغنم، جاز الذكر والأنثى، ولو قال: عشرة أئتي، أو بقرات، لم يُعط إلا الإناث، ولا فرق بين التصريح بالأئتي، والبقرات بين أن يقول: عشراً أو عشرة، وهذا في البقرات جواباً على الصحيح، وهو أن البقرة للأئتي.

ولو قال: أعطوه عشراً من الإبل، أو عشرة، جاز الذكر والأنثى؛ لتناول الإبل النوعين [وفي «أمالي» أبي الفرج السرخسي وجه: أنه إن قال: عشرة، فهي للذكور،]<sup>(٢)</sup> وإن قال: عشراً، فللإناث، وإن قال: أعطوه رأساً من الإبل أو البقر أو الغنم، جاز الذكر والأنثى.

ولو أوصى بكلب، أو حمار، حكى صاحب الكتاب وغيره أنهما لا يتناولان الأنثى؛ لأنهم ميّزوا، فقالوا: كلب، وكلبة، وحمار، وحمارة، ويشبه أن يُقال: إنهما للجنس، وإن هذا التمييز ليس مستمراً، متقدراً في اللغة، ولذلك قال صاحب «الصّحاح»<sup>(٣)</sup> وربما قالوا للأتان حماراً، فرواه رواية الشيء الغريب، وتقدير استمراره، فلا شك أن العرف استمر بخلافه، وقد قال بعض الأصحاب: لهذا يتبع العرف<sup>(٤)</sup>.

فزع: تكميل البقر بالجواميس في نضب الزكاة، دخول الجواميس في البقر وكونهما نوعي جنس واحد.

(١) قال النووي: ينبغي أن يكون الأصح تنزيل الوصية على واحد منها.

(٢) سقط في: أ، ز.

(٣) قال النووي: الصواب ما قاله الغزالي وغيره.

وقال في «المعتمد»: الجواميسُ لا تدخلُ في البقرِ إلا إذا قال: مِنْ بَقْرِي، وليس له إلا الجواميسُ، فوجهان، كما ذكرنا في الطُّبَاءِ.

الثالثة: الدابةُ في اللغة اسمٌ لما يدبُّ على وجه الأرض، ثم إنه اشتهر استعماله فيما يُركبُ من البهائم، والوصيةُ تنزلُ على هذا الموضوع الثاني، فلو قال: أعطوه دابةً حمل على الخيل والبغال والحمير، فيما نصَّ عليه الشافعي - رضي الله عنه -.

واختلف الأصحاب - رحمهم الله - فعن ابنِ سُرَيْجٍ أن الشافعي - رضي الله عنه - إنما ذكرَ ذلك على عادةِ أهلِ مضرٍ في ركوبها جميعاً، وباستعمال لفظ «الدابة» فيها، فأما في سائر البلاد، فحينئذ لا يستعمل اللفظُ إلا في الفرس، لا يعطى إلا الفرس، وعن أبي إسحاق، وابن أبي هريرة، وغيرهما أن الحكمَ في جميع البلاد، كما نص عليه، هذا ما أشار إليه صاحبُ الكتاب بقوله: «فقد قيل: يُحكَّمُ بالعرف، وقيل: يُنزَلُ على الوضع» يعني الوضع الثاني، وهذا أظهر عند الأئمة، وعلى هذا؛ فلو قال: دابةٌ من دوابي، وله جنسان من الأجناس الثلاثة، بخير الوارث، فإن لم يكن له إلا جنس واحد، تعين، وإن لم يكن له شيء منها، فالوصية باطلة.

ويدخل في لفظ «الدابة» الذكر والأنثى، والسليم والمعيب، والصغير والكبير، هذا عند الإطلاق.

أما إذا قيد؛ فقال: دابةٌ للكر، والفر أو للقتال، حمل على الفرس، ولو قال: لينتفع بظهرها ونسلها [ودرها]، فكذلك، ولو قال: يظهرها، ونسلها، حمل على الفرس، والحمار، ولو قال: للحمل، حمل على البغال والحمير، إلا أن يكون في بلد [حرث] جرت عاداتهم بالحمل على البراذين، فيدخل الكل.

قال في «التتمة»: بل لو كان المعهودُ في ذلك البلد الحمل على الجمال والبقر، فيجوز أن يعطى حملاً أو بقرة، ولك أن تقول: هذا كلام لم يصدُر عن تأمل، فإننا إذا نزلنا الدابة على الأجناس الثلاثة، لا ينتظم مئاً حملها على غير هذه الأجناس، بل نصفها بصفة، أو تقيدها بقيد.

قَالَ الْعَزَائِي: وَالرَّقِيقُ يَتَأَوَّلُ الصَّغِيرَ وَالْكَبِيرَ وَالْمَعِيبَ وَالسَّلِيمَ وَالذَّكَرَ وَالْأُنْثَى وَالْحُنْثَى، وَإِنْ قَالَ: أَعْطُوهُ رَأْسًا مِنْ رَقِيقِي وَمَاتَ وَلَهُ وَاحِدٌ تَعَيْنَ، وَإِنْ مَاتُوا أَوْ قُتِلُوا قَبْلَ مَوْتِهِ أَنْفَسَحَتِ الْوَصِيَّةُ، وَإِنْ قُتِلُوا بَعْدَ مَوْتِهِ أَنْتَقَلَ حَقُّ الْوَصِيَّةِ إِلَى الْقِيَمَةِ، وَلَوْ قَالَ: أَعْتَقُوا عَنِّي عَبْدًا جَارَ الْمَعِيبِ، وَقِيلَ: يَخْتَصُّ بِالسَّلِيمِ لِعَرَفِ الشَّرْعِ فِي الْعِتْقِ، وَإِنْ قَالَ: أَعْتَقُوا عَنِّي رِقَابًا فَأَقْلَهُ ثَلَاثَةً، فَإِنْ وَفَى الثَّلَاثُ بِأَتْنَيْنِ وَبِعَضِّ الثَّالِثِ اشْتَرَيْنَا الْبَعْضَ عَلَى الْأَطْهَرِ (و)، وَإِنْ وَفَى بِتَفْسِيئَيْنِ أَوْ خَسِيئَيْنِ وَبِعَضِّ الثَّالِثِ فَفِي الْأَوْلَى تَرَدُّدٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: اسْمُ الرَّقِيقِ بِالْوَضْعِ يَتَنَاوَلُ الصَّغِيرَ، وَالْكَبِيرَ، وَالسَّلِيمَ، وَالْمَعِيبَ وَالْمَسْلَمَ، وَالْكَافِرَ، وَالذَّكَرَ، وَالْأُنْثَى، وَالْخَثَى، وَفِيهِ مَسَائِلُ:

إِحْدَاهَا: إِذَا قَالَ: أَوْصَيْتُ بِرَأْسِ مَنْ رَقِيقِي، أَوْ أَعْطُوهُ رَأْسًا مِنْ رَقِيقِي، نُظِرَ؛ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ رَقِيقٌ يَوْمَ الْوَصِيَّةِ، وَلَا حَدَّثَ مِنْ بَعْدِ، فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ، وَكَذَا لَوْ قَالَ: أَعْطُوهُ عَبْدِي الْحَبَشِيُّ، أَوْ الْعَبْدَ الَّذِي صَفْتَهُ كَيْتَ وَكَيْتَ، [وَلَا عَبْدَ لَهُ بِتِلْكَ الصَّفَةِ يَوْمَ الْوَصِيَّةِ وَلَا حَدَّثَ بَعْدَهُ، وَإِنْ حَدَّثَ لَهُ أَرْقَاءً<sup>(١)</sup>] لَهُ إِرْثًا بَعْدَ الْوَصِيَّةِ، فَفِيهِ الْوَجْهَانِ السَّابِقَانِ فِي أَنْ الْإِعْتِبَارَ بِيَوْمِ الْوَصِيَّةِ، أَوْ بِيَوْمِ الْمَوْتِ، وَعَلَيْهِمَا يُخْرَجُ مَا إِذَا كَانَ لَهُ أَرْقَاءُ يَوْمَ الْوَصِيَّةِ وَحَدَّثَ آخَرُونَ بَعْدَهُ؛ هَلْ لِلْوَارِثِ أَنْ يُعْطِيَهِ رَقِيقًا مِنَ الْحَادِثِينَ، أَمْ يَتَعَيَّنُ الْأَوْلُونَ؟ وَلَوْ لَمْ يَمْلِكْ إِلَّا رَقِيقًا وَاحِدًا، وَقَالَ: أَعْطُوهُ رَأْسَيْنِ مِنْ رَقِيقِي، فَتَبْطُلُ الْوَصِيَّةُ، أَمْ تَصْحُحُ وَيُدْفَعُ إِلَيْهِ ذَلِكَ الْوَاحِدُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ مَذْكُورَانِ فِي «التَّئِمَّةِ» وَالْمَذْهَبُ عَلَيَّ مَا حَكَاهُ مِنْ تَلَقُّفٍ عَنِ الْإِمَامِ هُوَ الثَّانِي.

وَإِنْ كَانَ لَهُ أَرْقَاءُ أَعْطَاهُ الْوَارِثُ مِنْهُمْ مَنْ شَاءَ، نَعَمْ، فِي الْخَثَى وَجْهَانِ:

أَصْحَهُمَا: الْجَوَازُ أَيْضًا؛ لَوْ قُوعِ الْأَسْمِ عَلَيْهِ، فَإِنَّهُ إِمَّا ذَكَرَ أَوْ أُنْثَى.

وَالثَّانِي: الْمَنْعُ؛ لِأَنْصِرَافِ اللَّفْظِ إِلَى الْغَالِبِ الْمَغْهُودِ، وَيَشْبَهُ ذَلِكَ بِمَا لَوْ أَوْصَى بِدَابَّةٍ يَنْصَرِفُ إِلَى الْمَعْهُودِ دُونَ مَا يَدْبُ عَلَيَّ وَجْهَ الْأَرْضِ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُعْطَى غَيْرَ أَرْقَائِهِ بَدَلًا إِلَّا بِرَضَى الْمَوْصَى لَهُ، وَلَا دُونَ رِضَاهُ، أَمَا دُونَ رِضَاهُ، فَظَاهِرٌ، وَأَمَا بِالرَضَى؛ فَلِأَنَّ حَقَّهُ غَيْرَ مُتَعَيَّنٍ، وَالْمَصَالِحَةُ عَنِ الْمَجْهُولِ غَيْرُ جَائِزَةٌ.

الثَّانِيَّةُ: لَهُ أَرْقَاءُ، وَأَوْصَى بِوَاحِدَةٍ مِنْهُمْ، فَمَاتُوا، أَوْ قُتِلُوا قَبْلَ مَوْتِ الْمَوْصَى، بَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ، وَإِنْ بَقِيَ وَاحِدٌ، تَعَيَّنَ ذَلِكَ الْوَاحِدُ، وَكَذَا لَوْ أَعْتَقَهُمْ إِلَّا وَاحِدًا؛ وَلَيْسَ لِلْوَارِثِ أَنْ يُنْسَكَ الَّذِي بَقِيَ، وَيُدْفَعُ إِلَيْهِ قِيَمَةٌ وَاحِدَةٌ مِنَ الْمَقْتُولِينَ، وَإِنْ قَتَلُوا بَعْدَ مَوْتِهِ، وَبَعْدَ قَبُولِ الْمَوْصَى لَهُ، انْتَقَلَ، حَتَّى الْوَصِيَّةُ إِلَى الْقِيَمَةِ، فَيَصْرِفُ الْوَارِثُ قِيَمَةَ مَنْ شَاءَ مِنْهُمْ إِلَيْهِ، وَإِنْ قَتَلُوا بَعْدَ الْمَوْتِ، وَقَبِلَ الْقَبُولَ، فَكَذَلِكَ إِنْ قُلْنَا بِالْوَقْفِ أَوْ قُلْنَا تَمْلِكُ الْوَصِيَّةُ بِالْمَوْتِ، وَإِنْ قُلْنَا إِنَّهَا تُمْلِكُ بِالْقَبُولِ، بَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ، وَإِنْ مَاتَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ، أَوْ قُتِلَ بَعْدَ مَوْتِ الْمَوْصَى، وَقَبُولِ الْمَوْصَى لَهُ، فَلِلْوَارِثِ التَّعْيِينُ فِيهِ حَتَّى يَجِبَ [التَّجْهِيزُ]<sup>(٢)</sup> عَلَى الْمَوْصَى لَهُ، وَتَكُونُ الْقِيَمَةُ لَهُ، إِذَا قَتَلَ، وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ بَعْدَ الْمَوْتِ، وَقَبِلَ الْقَبُولَ، فَكَذَلِكَ أَيْضًا، إِنْ قُلْنَا: تُمْلِكُ الْوَصِيَّةُ بِالْمَوْتِ، أَوْ تَوْقَفْنَا، وَإِنْ قُلْنَا: تَمْلِكُ بِالْقَبُولِ، فَيُعْطَى وَاحِدًا مِنَ الْبَاقِينَ، كَمَا لَوْ كَانَ ذَلِكَ قَبْلَ مَوْتِ الْمَوْصَى.

الثَّلَاثَةُ: لَوْ أَوْصَى بِرَقِيقٍ مِنْ مَالِهِ، وَلَمْ يَضِفْ إِلَيْهِ أَرْقَائِهِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ رَقِيقٌ،

(١) سقط في: ز، أ.

(٢) سقط في: ب، أ.

يشترى من ماله، وإن كان للوارث أن يعطيه واحداً من أرقائه، وَيَشْتَرِي له كما يشاء، وإن قال: اشْتَرُوا له مملوكاً، فكما ذكرنا في قوله «اشْتَرُوا له شاة» ولو قال: أعطوه شاة، ولم يَقُل من مالي، فالجواب في «التهديب» أن ذلك لا يَكُونُ وصيةً، وحكى المتولي فيه وجهين؛ هذا أحدهما.

والثاني: تصحيح الوصية، وجعلها كما لو قال: من مالي؛ لأنه المراد ظاهراً، وهذا هو المذهب.

الرابعة: لو قال: أعطوه عبداً، لم يُعْطَ أمةً ولا خنثى مشكلاً ولو قال: أعطوه أمةً، لم يُعْطَ عبداً، ولا خنثى مشكلاً وفي الواضح الوجهان المذكوران من قَبْلُ، ولو قال: رقيقاً يستمتع به، أو يَخْضُنْ ولده، فهو كما لو قال: أمةً، ولو قال: رقيقاً يخدمه، فهو كما لو أطلق.

الخامسة: أَوْصَى بأن يعتق عنه عبداً، فأظهر الوجهين: أنه يعتق عنه ما يقع عليه الاسم، كما لو قال: أعطو فلاناً رقيقاً.

والثاني: واختاره الماسرجسي: أنه لا يعتق إلا ما يجري في الكفارة؛ لأن للشرع عرفاً معلوماً في العتق، فيُنزَلُ لفظ الموصي عليه بخلاف العطايا والتمليكات فإنه لا عرف فيها.

فرع: قال اشْتَرُوا بثُلْثي عبداً، وأعتقوه عني فامثل الوارث ما رَسَمَهُ، ثم ظَهَرَ عليه دَيْنٌ مستغرق، قال الأئمة: إن اشتراه في الذمة، وقع عنه، ولزمه الثمن، ويكون العتق عن الميت؛ لأنه أعتق عنه، وإن اشتراه بعَيْنِ التركة، بطل الشراء، والعتق؛ لأنه تبين أنه تُصْرَفُ فيما يتعلّق به حق الغير، فأشبهه التصرف في المرهون، هكذا أطلقوه، ولم يذكروا فيه خلافاً؛ لكنه قد سبق تفصيل في تصرف الوارث في التركة مع قيام الدين، وذكرنا على تقدير البطلان خلافاً في أنه إذا تصرف فيه، ثُمَّ ظَهَرَ دَيْنٌ، تبين بطلانه، أم لا؟ وهذا ينبغي أن يكون على ذلك الخِلاف.

السادسة: إذا قال: أعتقوا عني رقاباً، أو قال: اشْتَرُوا بثُلْثِ مالي رقاباً، وأعتقوهم، فأقل عدد يقع عليه اسم الرقاب ثلاثة، فيُنْظَرُ؛ إن تيسر شراء ثلاث رقاب فصاعداً، بثلثه فعل، قال الشافعي - رضي الله عنه -: والاستكثار مع الأسترخاص أولى من الاستقلال مع الاستغلاء؛ ومعناه أن إعتاق خمس رقاب قليلة القيمة، أولى من إعتاق أربع كثيرة القيمة؛ لما فيه من تخليص رقبة زائدة عن الرق، وقد قال ﷺ: «مَنْ أَعْتَقَ رَقَبَةً اللَّهُ بِكُلِّ عَضْوٍ مِنْهَا عَضْواً مِنْهُ مِنَ النَّارِ»<sup>(١)</sup> ولا يجوز صرف الثلث،

(١) متفق عليه من حديث أبي هريرة، وفي رواية لهما: من أعتق رقبة مؤمنة، وفي الباب عن أبي أمامة صححه الترمذي، وعن كعب بن مرة أخرجه أحمد وأصحاب السنن.

والحالة هذه، إلى رقبَتَيْنِ، أو رقبة، فإن صرفه إلى رقبَتَيْنِ، قال الشيخ أبو الفرج الزاز: يضمن الوصيُّ الرقبةَ الثالثةَ، وضمانه ثلث ما نفذ فيه الوصية، أو أقل ما يجدُ به رقبة؟ فيه خلافٌ، كما لو دفع نصيب أحد أصناف الزكاة إلى اثنين، وإن لم يتيسر شراء ثلاث رقابٍ بالثلث، فيُنظَرُ؛ إن لم يوجد به إلا رقبَتانِ، اشتريناهُمَا، وأعتقناهما، وإن وجدنا رقبَتينِ، وفضل شيء، فهل يشتري بالفاضل شِقْصًا؟ فيه وجهان: أحدهما: ويحكى عن أبي إسحاق: نعم؛ تكثيراً للعتق؛ ولأنه أقرب إلى غرض الموصي.

والثاني: وبه قال ابن سُرَيْج: لا؛ لأن الشَّقْصَ ليس برقبة، فصار كما لو قال: اشترُوا بثلثي رقبةً وأعتقوه، فلم يجد به رقبةً، لا يشتري الشَّقْصَ ولأن نفاسة الرقبة مزعوبٌ فيها، روي أنه ﷺ سئل عن أفضل الرقاب، فقال: «أكثرها ثمنًا، وأنفسها عند أهلها»<sup>(١)</sup> فيراعونها إذا ألزمتنا محذور الشَّقْصِ، والوجه الأول أظهر عند صاحب الكتاب، والثاني أظهر عند عامة الأصحاب، وهو ظاهر النَّصِّ، فإن قلنا: لا يشتري الشَّقْصَ، اشترينا رقبَتينِ نفيسَتَيْنِ، يستغرق ثمنهما الثلث، فإن فضل عن أنفس رقبَتينِ، وجدناهما، بطلت الوصية فيه، ويرد على الورثة، وإن قلنا: يشتري الشَّقْصَ، فذاك، إذا وجد شَقْصَ يشتري بالفاضل، وزاد على ثمن أنفس رقبَتينِ شيء. أما إذا لم يكن شراء شَقْصَ بالفاضل، إما لقلته، أو لفقدان الشَّقْصِ، فيشتري رقبَتانِ نفيسَتانِ، فإن فضل شيء عن أنفس رقبَتينِ وجدناهما، بطلت الوصية فيه، وفيه وجه أنه يُوقَفُ إلى أن يوجد شَقْصَ، وإن لم يزد على ثمن أنفس رقبَتينِ شيء؛ بل أمكن شراء رقبَتَيْنِ نفيسَتَيْنِ، وأمكن شراء خسيستين، وشَقْصَ من ثلاثة فأبى الطريقتين أولى؟ فيه وجهان: أحدهما: الأول لمعنى النَّفَاسَةِ.

وثانيهما: الثاني؛ لما فيه من كثرة العتق، وهذا أشبه بما أخذ الوجه الذي عليه نفع، ولو كان لفظ الموصي: أضرِفُوا ثلثي إلى العتق، فلا خلاف في أننا نشترى الشَّقْصَ، ولو قال: اشترُوا عبداً بال ألف، وأعتقوه، فلم يخرج الألف من ثلثه، وأمكن شراء عبْدٍ بالقدر الذي يخرج، فيشتري ويُعتقُ كما لو أوصى بإعتاق عبد، فلم يخرج جميعه من الثلث فيتعين، إعتاق القدر الذي يخرج، وقال أبو حنيفة - رحمه الله -: لا يشتري وتَبْطُلُ الوصية. والله أعلم.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: الطَّرْفُ الثَّلَاثُ فِي الْمَوْصِي لَهُ فَإِذَا قَالَ: لِحَمَلِ فُلَانَةٍ، كَذَا فَاتَتْ

(١) متفق عليه من حديث أبي ذر بلفظ: أعلاها، بدل أكثرها، وهو في الموطأ من حديث عائشة بلفظ المصنف.

بَوْلَدَيْنِ وُزِعَ عَلَيْهِمَا بِالسُّوِيَّةِ، وَأَسْتَوَى الذَّكَرُ وَالْأُنْثَى فِي الْمِقْدَارِ، فَلَوْ خَرَجَ حَيٌّ وَمَيِّتٌ فَالْكُلُّ لِلْحَيِّ، وَقِيلَ يَسْقُطُ الشُّطْرُ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ كَانَ حَمَلُهَا غَلاماً فَأَعْطُوهُ فَوَلَدَتْ غَلامَيْنِ أَوْ غَلاماً وَجاريةً لَمْ يَسْتَحِقْ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ كَانَ فِي بَطْنِهَا غَلامٌ فَأَعْطُوهُ اسْتَحَقَّ الْغَلامُ دُونَ الْجاريةِ، وَإِنْ كَانَا غَلامَيْنِ فَثَلَاثَةٌ أَوْجِهَ، قِيلَ: يُوزَعُ عَلَيْهِمَا، وَقِيلَ: خِيَارُ التَّغْيِينِ إِلَى الْوَارِثِ، وَقِيلَ: يُوقَفُ بَيْنَهُمَا إِلَى الصُّلْحِ بَعْدَ الْبُلُوغِ، وَكَذَا الْحُكْمُ إِذَا أَوْصَى لِأَحَدِ الشُّخْصَيْنِ وَمَاتَ قَبْلَ الْبَيَانِ إِنْ جَوَزْنَا الْإِبْهَامَ فِي الْمُوصَى لَهُ وَصَحَّحْنَا هَذِهِ الْوَصِيَّةَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مِنَ الْمَوَاضِعِ الَّتِي يُنَبِّهُ فِيهَا عَنِ اللَّفْظِ الْمُسْتَعْمَلِ فِي الْمُوصَى لَهُ وَالْوَصِيَّةِ لِلْحَمَلِ، وَقَدْ سَبَقَ شَرْطُ صَحَّتِهَا، وَالنَّظَرُ الْآنَ فِي قَضِيَةِ اللَّفْظِ بِاعْتِبَارِ الْعَدَدِ، وَالذَّكُورَةِ، وَالْأُنْثَوَةِ، وَفِيهِ صَوْرَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: إِذَا قَالَ: أَوْصَيْتُ لِحَمَلِ فَلاَنَةِ بِكَذا، فَاتَتْ بَوْلَدَيْنِ، وَزُعَ عَلَيْهِمَا بِالسُّوِيَّةِ، وَلَا يَفْضَلُ الذَّكَرُ عَلَى الْأُنْثَى، كَمَا لَوْ وَهَبَ مِنْ رَجُلٍ وَامْرَأَةٍ شَيْئاً، وَإِنَّمَا التَّفْضِيلُ فِي التَّوْرِيثِ بِالْعَصُوبَةِ، نَعَمْ، لَوْ فَضَلَ صَرِيحاً فَقَالَ: إِنْ كَانَ فِي بَطْنِهَا ذَكَرٌ فَلَهُ كذا، وَإِنْ كَانَ فِي بَطْنِهَا أَنْثَى فَكذا، كَانَ الْأَمْرُ عَلَى مَا ذَكَرَ، وَلَوْ خَرَجَ حَيٌّ وَمَيِّتٌ، فَوَجْهَانِ:

أَظْهَرُهُمَا: أَنَّ الْكُلَّ لِلْحَيِّ وَالْمَيِّتِ كَالْمَعْدُومِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الْوَاحِدَ، إِذَا انْفَصَلَ مَيِّتاً، تَبْطُلُ الْوَصِيَّةُ، وَلَا يُصْرَفُ إِلَى وَرَثَتِهِ شَيْءٌ، وَصَارَ كَالْمِيرَاثِ الْمَوْقُوفِ لِلْحَمَلِ؟ وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ يَسْقُطُ الشُّطْرُ، وَيَكُونُ لِلْوَارِثِ، وَيَصْرَفُ النِّصْفُ إِلَى الْحَيِّ أَخْذاً بِالْأَسْوَأِ فِي حَقِّهِ.

الثَّانِيَةُ: لَوْ قَالَ: إِنْ كَانَ حَمَلُهَا غَلاماً، فَأَعْطُوهُ كذا، وَإِنْ كَانَ جاريةً فَكذا، أَوْ اقْتَصَرَ عَلَى أَحَدِ الطَّرَفَيْنِ، فَإِنْ وَلَدَتْ غَلاماً، أَوْ جاريةً، فَعَلَى مَا ذَكَرْنَا، وَإِنْ وَلَدَتْ غَلاماً وَجاريةً، فَلَا شَيْءَ لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ صِفَةَ الذَّكُورَةِ أَوْ الْأُنْثَوَةِ فِي جُمْلَةِ الْحَمَلِ، وَلَمْ يَخْضَلْ، وَإِنْ وَلَدَتْ غَلامَيْنِ، فَالْجَوَابُ فِي الْكِتَابِ أَنَّهُ لَا شَيْءَ لَهُمَا؛ لِأَنَّ التَّنْكِيرَ يُشْعِرُ بِالتَّوْحِيدِ.

وَيَصْدُقُ أَنَّ يُقَالَ: بَأَنَّ حَمَلُهَا غَلامانِ، لَا غَلامَ، لَكِنَّهُ ذَكَرَ فِي «الطَّلَاقِ»؛ أَنَّهُ لَوْ قَالَ: إِنْ كَانَ حَمَلُكَ ذَكَراً، فَانْتِ طالِقٌ طَلَقَةً، وَإِنْ كَانَ أَنْثَى، فَانْتِ طالِقٌ طَلَقَتَيْنِ، فَوَلَدَتْ ذَكَرَيْنِ، وَجَهَيْنِ:

أَحْدَهُمَا: أَنِهَا [لا] <sup>(١)</sup> تُطَلِّقُ؛ لِهَذَا الْمَعْنَى.

وَالثَّانِي: تُطَلِّقُ وَاحِدَةً وَالْمَعْنَى، إِنْ كَانَ جِنْسُ حَمَلِكَ ذَكَراً، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْبَايْتَيْنِ،

فيجيء وجه آخر؛ أنه يقسم المذكور بينهما، وهذا ما أجاب به الشيخ أبو الفرج الزاز، قال: ويمثله لو قال: إن كان حملها ابناً، فله كذا، وإن كان بنتاً فكذا، فولدت ابنين، فلا شيء، لهما، [وفرق] بأن الذكر والأنثى أسماء جنس، فيقع على الواحد والعَدَد، بخلاف الابن والبنت، وهذا ليس بمتضح، والقياسُ الأ<sup>(١)</sup> فَرَق.

ولو قال: إن كان ما في بطنها غلاماً، والذي في بطنها، فهو كما لو قال: إن كان حملها غلاماً. ولو قال: إن كان في بطنها غلاماً، فأعطوه كذا، فولدت غلاماً وجاريةً، استحق الغلام ما ذكره؛ وإن ولدت غلامين، فوجهان منقولان في «التتمة»:

أحدهما: بطلان الوصية، وهذا يخرج على قولنا: «إن التنكير يقتضي التوحيد».

أظهرهما: وهو المذكور في الكتاب: أنها [لا]<sup>(٢)</sup> تبطل، وعلى هذا؛ فثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يورث عليهما، فليس أحدهما أولى من الآخر.

وأشبههما: أن الوارث يتخير، فيصرفه إلى من شاء منهما، كما لو وقع الإبهام في الموصى به يرجع إلى الوارث.

والثالث: أنه يوقف بينهما إلى أن يبلغا، فيصطلحا، وتجري الأوجه فيما إذا وصى لأحد الشخصين، وجوزنا الإبهام في الموصى له ومات قبل البيان ففي وجه: يورث، وفي آخر تعيين الوارث، وفي آخر يوقف بينهما إلى أن يصطلحا.

ولو قال: إن كانت حاملاً بغلام، أو إن ولدت غلاماً، فهو كما لو قال: إن كان في بطنها غلاماً، ولو قال: إن ولدت ذكراً، فله مائتان، وإن ولدت أنثى، فلها مائة، فولدت ختنى، دُفع إليه الأقل، وإن ولدت ذكراً وأنثى<sup>(٣)</sup>، فلكل واحد منهما ما ذكّر، ولو ولدت ذكراً وأنثيين جاء الوجهان، ثم الوجوه الثلاثة في كل واحد من الصنفين، وقد عرفت ممّا بيّنا أن جواب صاحب الكتاب، فيما إذا قال: إن كان حملها غلاماً فأعطوه كذا، فولدت غلامين، لا يلائم جوابه فيما إذا قال: إن كان في بطنها غلاماً، فولدت غلامين.

وقوله: «إن جوزنا الإبهام في الموصى به، وصححنا هذه الوصية» بسط في العبارة، وأحدهما مغن عن الآخر، والله أعلم.

(١) قال النووي: بل الفرق واضح، والمختار ما قاله أبو الفرج، فيقسم بين الذكرين في الصورة الأولى، دون الثانية، لما ذكرناه من الفرق.

(٢) سقط في: ب، ز. (٣) في أ: وإن ولدت ذكراً أو أنثى.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَإِذَا أَوْصَى لِجِيرَانِهِ أُعْطِيَ لِأَرْبَعِينَ (ح و) جَاراً مِنْ أَرْبَعَةِ جَوَانِبِ قُدَّامٍ وَخَلْفٍ وَيَمِينٍ وَشِمَالٍ لِلْحَدِيثِ، وَأَسْمُ الْقُرَاءِ لِمَنْ يَحْفَظُ جَمِيعَ الْقُرْآنِ، فَإِنْ لَمْ يَحْفَظْ عَنْ ظَهْرِ قَلْبٍ فَوَجْهَانِ، وَالْعُلَمَاءُ يُنَزِّلُ عَلَى الْعُلَمَاءِ بِمَعْلُومِ الشَّرْحِ، وَيَدْخُلُ فِيهِ التَّفْسِيرُ وَالْحَدِيثُ وَالْفِقْهُ، وَلَا يَدْخُلُ فِيهِ مَنْ يَسْمَعُ الْحَدِيثَ فَقَطْ وَلَا عِلْمٌ لَهُ بِطَرِيقِ الْحَدِيثِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِي الْفَصْلِ صُور:

إحداها: لو أوصى لجيرانه، فالمشهور من المذهب أنه يُصْرَفُ إِلَى أَرْبَعِينَ دَاراً مِنْ كُلِّ جَانِبٍ مِنَ الْجَوَانِبِ الْأَرْبَعَةِ؛ لِمَا رُوِيَ أَنَّهُ ﷺ قَالَ: «حَقُّ الْجَوَارِ أَرْبَعُونَ دَاراً هَكَذَا، وَهَكَذَا، وَهَكَذَا، وَأَشَارَ قُدَّاماً، وَخَلْفاً، وَيَمِيناً، وَشِمَالاً»<sup>(١)</sup>.  
وعند أبي حنيفة - رحمه الله - الجار هو الذي يلاصق دأره دأره، وحكاه بعضهم وجهاً لنا.

وقال الأستاذ أبو منصور: من يلاصق دأره دأره من الجوانب جازاً، وفيمن ليس بملاصق كالذي باب دأره حذاء باب دأره، والذين هم في زقاقٍ واحدٍ غير نافذ - اختلافٌ للأصحاب<sup>(٢)</sup>.

وقال أحمد - رحمه الله - فيما روى صاحب «التهذيب» وغيره: إن جيرانه الذين يخضرون مسجده، والمشهور عنه كالمشهور من مذهبنا.

الثانية: إذا أوصى للقراء، لم يُصْرَفْ إِلَى مَنْ يَقْرَأُ بَعْضَ الْقُرْآنِ، بَلْ إِلَى الَّذِينَ يَقْرَأُونَ الْجَمِيعَ؛ لِأَنَّهُمُ الَّذِينَ يَقَعُ الْأَسْمُ عَلَيْهِمْ فِي الْعَادَةِ، وَهَلْ يَدْخُلُ فِيهِ مَنْ لَا يَحْفَظُ، وَيَقْرَأُ مِنَ الْمُصْحَفِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ؛ يُنْظَرُ فِي أَحَدِهِمَا إِلَى الْوَضْعِ، وَفِي الثَّانِي إِلَى الْعُرْفِ، وَهُوَ الْأَظْهَرُ، وَلِئِنْ قِيلَ: اسْمُ الْقُرَاءِ، وَالْمَقْرئين فِي هَذِهِ الْأَغْصَارِ يُطْلَقُ عَلَى الْحُقَاطِ، وَعَلَى الَّذِينَ يَقْرَأُونَ بِالْأَلْحَانِ.

وبالمعنى الثاني لا يُشْتَرَطُ لِإِطْلَاقِ اللَّفْظِ الْحِفْظُ، وَلَا قِرَاءَةَ جَمِيعِ الْقُرْآنِ، فَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ: إِنْ كَانَ هُنَاكَ قَرِينَةٌ تُفْهَمُ أَحَدَ الْمَعْنِيَيْنِ، فَذَلِكَ، وَإِلَّا، فَهُوَ كَمَا لَوْ أَوْصَى

(١) أبو داود في المراسيل بسند رجاله ثقات إلى الزهري بلفظ: أربعون داراً جار، قال الأوزاعي: فقلت لابن شهاب: كيف قال الأربعون عن يمينه - الحديث - قال البيهقي: وروي من حديث عائشة، أنها قالت: يا رسول الله ما حد الجوار؟ قال: أربعون داراً، وفي رواية عنها: أوصاني جبريل بالجار إلى أربعين داراً عشرة من ههنا - الحديث - قال البيهقي: وكلاهما ضعيف، والمعروف المرسل الذي أخرجه أبو داود انتهى. ورواه ابن حبان في الضعفاء مثل ما ذكره الرافعي سواء من حديث أبي هريرة، وفي إسناد عبد السلام بن أبي الجنوب وهو متروك، ورواه الطبراني من حديث كعب بن مالك نحو سياق أبي داود، وينظر في إسناده. قاله الحافظ في التلخيص.

(٢) قال النووي: ويقسم المال على عدد الدور، لا على عدد سكانها.



للموالي<sup>(١)</sup>.

**الثالثة:** إذا أوصى للعلماء، أو لأهل العلم صُرفَ إلى العُلَماء بعلوم الشرع التفسير والحديث والفقه، ولا يدخل في هذا الاسم الذين يسمعون الحديث، ولا علم لهم بطرقه لا بأسامي الرواة، ولا بالمتون، فإنَّ السماع المجرد ليس بعلم، وكذلك لا يدخل فيه المقرئون، والمعبرون، والأدباء، والأطباء، والمَنجُمون، والحُساب، والمُهَنَّدسون، وهكذا ذكر أكثرهم في المتكلمين، وفي «التتمة» أن الكلام يدخل في العلوم الشرعية، وهذا قريب<sup>(٢)</sup>؛ لأن إطلاق اسم العلماء في الفقهاء عُزف مشهور، وهو بالفارسية في

(١) قال النووي: الصواب ما رجحه الأصحاب: أنه لا يعطي إلا من يحفظ الجميع.

(٢) قال في الخادم: الصواب لمن ذكر أي من علماء التفسير والحديث والفقه إن دلت عليه قرينة فذاك وإن كان مستنده - يعني الراجعي - العرف العام فممنوع، فقد قال الكلاباذي، إذا أطلقوا كان المفهوم منه الفقهاء، فأما سائر العلماء فإنما يستعمل لهم ما يختصون به، ولهذا يقولون هذا قول المتكلمين وقول المفسرين وقول اللغويين وقول النحاة وقول القراء ينسبون أهل كل نوع من العلم إلى متنتله. وأما العلماء فاسم يختص به الفقهاء عند الإطلاق، وحمل عليه قول النبي ﷺ «سائر العلماء» قال: أراد به علم الأحكام فإن البلوى فيه أكثر والحاجة إليه أمس. قال - أعني صاحب الخادم -: والذي قاله هو الذي يسكن إليه القلب، وقد قال المارودي: لو أوصى لأعلم الناس صرفها إلى الفقهاء خاصة لتعلق الفقه بأكثر العلوم، ويعلم من كلام الشيخ أنه لا يشترط في الصواب إليه الإحاطة بالثلاثة بل يكفي العلم بأحد، والمراد بالمفسر العارف بمعاني الآيات وأحكامها. قال الفارقي: ولا يصرف إلى من عرف تفسير القرآن ولم يعرف أحكامه؛ لأنه كناقل الحديث. قال: وهكذا لا يصرف لمن عرف طرق الحديث، ولم يعرف أحكامه؛ لأنه لا يصير من علماء الشرع بذلك القدر وتابعه تلميذه ابن أبي عسرون في الانتصار، وإليه يرشد قول المارودي في الوقف أنه لا يصرف للقراء وأصحاب الحديث؛ لأن العلم ما تصرف في معانيه دون ما كان محفوظاً للتلاوة، وأفتى الكيا صاحب الإمام أنه لو أوصى للعلماء أو الفقهاء يدخل فيه كتبه الحديث لحديث «من حفظ على أمتي أربعين حديثاً» ولعله أراد كتبه الحديث لمن عنده شيء من العلم، والمراد بالفقه معرفة الأحكام الشرعية نصاً واستنباطاً فلا يدخل في ذلك الظاهر كما هو المنقول عن ابن سريج والقاضي الحسين وغيرهما والمقري والتالي. قال الشيخ ابن الرفعة في المطلب: أما العارف بالروايات ورجالها فكالعالم بطرق الحديث والمراد بالأدب النحاة وأهل اللغة قال في الخادم: وسئل ابن خزيمة عن الكلام في الأسماء والصفات فقال: بدعة ابتدعوها ولم يكن أئمة المسلمين وأرباب المذاهب وأئمة الدين كمالك وسفيان والأوزاعي والشافعي وأحمد وإسحاق ويحيى بن يحيى وأبي حنيفة ومحمد بن الحسن وأبي يوسف يتكلمون في ذلك وينهون عن الخوض فيه ويدلون أصحابهم على الكتاب والسنة فإياك والخوض فيه والنظر في كتبهم بحال.

ثم قال ويجوز أن يكون مراد الشافعي المتكلم الذي ذمه وقال فيه: لأن يلقي العبد ربه بكل ذنب ما عدا الشرك خير من أن يلقاه بعلم الكلام، وذلك أنهم يبنون الكلام فيه على الفلسفة وأقوال أهل البدع وخلط الحق بالباطل وعلى هذا ينزل كلام الأكثرين أما من دأبه رد البدعة وتمييز الاعتقاد الصحيح ونصرتة على طريق السلف فلا شك أنه من العلوم الشرعية، وعليه ينزل كلام =

لفظ **دَأْسَمَنْدَانٌ**<sup>(١)</sup> أظهر لكن لا يُعْرَفُ في العُرْفِ فَرَقٌ بين المفسر، والمحدث، وبين المتكلم، فليدخل الكل، أو ليخرج الكل.

ولو أوصى للمتفقهة، أو الفقهاء، أو الصوفية، فعلى ما ذكرنا في الوقف؛ لكن لفظ صاحب «التهديب» لا يقنع؛ بما مر في تفسير الفقهاء؛ لأنه قال: ولو أوصى للفقهاء، فهو لمن يُعَلِّم أحكام الشُّعْر من كل نوع شيئاً، وفي «التتمة»: أن الرجوع فيه إلى العادة فمن يسمّى فقيهاً يدخل فيه، ثم حكى وجهاً في أن من حفظ أربعين مسألة، فهو فقيه؛ لما روي أنه ﷺ قال: «مَنْ حَفِظَ عَلَيَّ أُمَّتِي أَرْبَعِينَ حَدِيثاً، كُتِبَ فُقَيْهاً»<sup>(٢)</sup> ولا يفتوى هذا للاحتجاج؛ لأن حفظ الشيء غير حفظه على الغير، وأيضاً، فلا دلالة له على اعتبار أربعين مسألة، فقد تجتمع أحاديث كثيرة في المسألة<sup>(٣)</sup> الواحدة.

ولو أوصى لأعقل الناس في البلد، صُرفَ إلى أزهدهم في الدنيا، حكاه عبد الرحمن بن أبي حاتم عن الربيع، عن نَصِّه، ولو أوصى لأجهل الناس، روى القاضي الروياني أنه يُصْرَفُ إلى عبدة الأوثان، فإن قال: من المسلمين، قال: مَنْ يَسْبُ الصحابة - رضي الله عنهم - وفي «التتمة» أنه يُصْرَفُ إلى الإمامية المنتظرة للقائم، وإلى المشبهة الذين يثبتون لله تعالى الجوارح والأعضاء<sup>(٤)</sup>.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ أَوْصَى لِلْفُقَرَاءِ دَخَلَ الْمَسَاكِينُ، وَلِلْمَسَاكِينِ دَخَلَ الْفُقَرَاءُ إِذْ يُطَلَّقُ الْأَسْمَانُ عَلَى الْفَرِيقَيْنِ، وَلَوْ أَوْصَى لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَجَبَ الْجَمْعُ بَيْنَ الْفَرِيقَيْنِ،

= المتولي والرافعي ولا ينبغي خلاف، وقد صرح بذلك الصيمري في شرح الكفاية وألحق الفارسي في تعليقه علم المنطق بعلم الكلام، وقد جعله الغزالي في الإحياء منه فقال: والمنطق هو بحث عن وجه الدليل وشروطه ووجه الحد وشروطه وهما داخلان في علم الكلام.

(١) كلمة فارسية بمعنى: العلماء.

(٢) رواه الحسن بن سفيان في مسنده، وفي أربعين من حديث ابن عباس، وروى من رواية ثلاثة عشر من الصحابة. أخرجها ابن الجوزي في العلل المتناهية، وبين ضعفها كلها، وأفرد ابن المنذر الكلام عليه في جزء مفرد قاله الحافظ في التلخيص.

(٣) قال النووي: وقيل: يصرف إلى مرتكبي الكبائر من المسلمين، إذ لا شبهة لهم والله أعلم.

قال في الخادم: إن كلامهم على هذه الصورة يقتضي صحة الوصية للمذكورين، وهو لا يلائم قولهم إنه يشترط في الوصية لجهة عدم المعصية، وقد تفتن لذلك صاحب الاستقصاء فقال: ينبغي ألا تصح لهم الوصية لما فيها من المعصية كما لا تصح لقاطع الطريق.

(٤) وعصام بن يوسف هذا حنفي، وقضيته أن أبا إسحاق رواه لا من جهة عصام، وليس كذلك ففي تعليق القاضي أبي الطيب: سمعت الماسرجسي يقول: سمعت أبا إسحاق المروزي بمصر يقول: رأيت في رواية عصام عن الشافعي أنه قال: إذا أوصى للفقراء لم يدخل المساكين بخلاف العكس. قال القاضي: وهذا أصح، والمشهور الأول.

وَأَنْ أَوْصَى لِسَبِيلِ اللَّهِ فَهُوَ لِلْغَزَاةِ، وَلِلرُّقَابِ فَهُوَ لِلْمَكَاتِبِينَ (م) بِغَرَفِ الشَّرْعِ، ثُمَّ لَا يَجِبُ الْأَسْتِيعَابُ، وَأَقْلُ مَا يَكْفِي مِنْ كُلِّ جَنْسٍ ثَلَاثَةٌ (ح)، وَلَا يَجِبُ التَّسْوِيَةُ بَيْنَ الثَّلَاثِ إِلَّا إِذَا أَوْصَى لِثَلَاثَةِ مُعَيَّنِينَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يَدْخُلُ فِي الْوَصِيَّةِ لِلْفُقَرَاءِ الْمَسَاكِينُ، حَتَّى يَجُوزَ الصَّرْفُ إِلَى هَؤُلَاءِ، وَإِلَى هَؤُلَاءِ، وَكَذَلِكَ يَدْخُلُ فِي الْوَصِيَّةِ لِلْمَسَاكِينِ الْفُقَرَاءُ، وَيَجُوزُ الصَّرْفُ إِلَى الصَّنْفَيْنِ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْأَسْمَانِ يَقَعُ عَلَى الْفَرِيقَيْنِ عِنْدَ الْأَنْفِرَادِ؛ وَعَنْ أَبِي إِسْحَاقَ الْمَرْوَزِيِّ رَوَايَةً قَوْلًا: أَنَّ مَا أَوْصَى بِهِ لِلْفُقَرَاءِ، لَا يَجُوزُ صَرْفُهُ إِلَى الْمَسَاكِينِ، وَبِالْعَكْسِ، يَجُوزُ؛ لِأَنَّ حَاجَةَ الْفُقَرَاءِ أَشَدُّ، وَهَذَا فِي «الرَّقْمِ» مَنْسُوبٌ إِلَى رَوَايَةِ عَصَامِ بْنِ يَوْسُفَ عَنِ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَلَوْ جُمِعَ بَيْنَهُمَا، فَأَوْصَى لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ، يَجِبُ الْجُمُوعُ بَيْنَهُمَا، كَمَا فِي الزَّكَاةِ.

وَلَوْ أَوْصَى لِسَبِيلِ اللَّهِ؛ وَقَالَ ضَعُوا ثُلُثِي فِي سَبِيلِ اللَّهِ، فَهُوَ لِلْغَزَاةِ الَّذِينَ تُصَرَّفُ إِلَيْهِمُ الزَّكَاةُ، وَلَوْ أَوْصَى لِلرُّقَابِ أَوْ قَالَ: ضَعُوا ثُلُثِي فِي الرُّقَابِ، فَلِلْمَكَاتِبِينَ، فَإِنْ دُفِعَ إِلَى مَكَاتِبِ، فَعَادَ إِلَى الرُّقِّ، وَالْمَالُ بَاقٍ فِي يَدِهِ، أَوْ فِي يَدِ السَّيِّدِ، اسْتَرَدَّ، وَلَوْ أَوْصَى لِلْغَارِمِينَ، أَوْ لِأَبْنِ السَّبِيلِ، فَلَمَنْ تُصَرَّفُ إِلَيْهِ الزَّكَاةُ مِنْهُمْ؟ وَبِالْجُمْلَةِ فَالْحُكْمُ فِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ كَمَا فِي الزَّكَاةِ؛ أَخَذًا بِغَرَفِ الشَّرْعِ فِيهَا؛ وَلِذَلِكَ يَقُولُ: لَوْ أَوْصَى لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ، يُجْعَلُ الْمَالُ بَيْنَ الصَّنْفَيْنِ نَضْفَيْنِ، وَلَا يُجْعَلُ، كَمَا لَوْ أَوْصَى لِابْنِ زَيْدٍ، بَنِي عَمْرٍو، حَيْثُ يَقْسَمُ [الْمَالُ] <sup>(١)</sup> عَلَى عَدَدِهِمْ، وَلَا يَنْصَفُ، وَلَا يَجِبُ الْأَسْتِيعَابُ.

وَيَكْفِي الصَّرْفُ مِنْ كُلِّ صَنْفٍ إِلَى ثَلَاثَةٍ، وَلَا يَجِبُ التَّسْوِيَةُ بَيْنَ الثَّلَاثَةِ، وَلَوْ صَرَفَ إِلَى اثْنَيْنِ، غَرَمَ، إِمَّا الثَّلَاثَ، أَوْ أَقْلَ مَا يُتَمَوَّلُ؛ عَلَى الْخِلَافِ الْمَذْكُورِ فِي «قِسْمِ الصَّدَقَاتِ» ثُمَّ لَيْسَ لَهُ دَفْعُ مَا يَغْرَمُهُ إِلَى ثَالِثٍ، بَلْ يَسْلَمُهُ إِلَى الْقَاضِي؛ لِيُدْفَعَ بِنَفْسِهِ، أَوْ يَرُدَّهُ إِلَيْهِ، وَيَأْتِمَنَهُ فِي الدَّفْعِ.

وَالْوَصِيَّةُ لِلْعُلَمَاءِ وَسَائِرِ الْمَوْصُوفِينَ كَالْوَصِيَّةِ لِأَصْنَافِ الزَّكَاةِ فِي أَنَّهُ لَا يَجِبُ الْأَسْتِيعَابُ، وَيَقْتَصِرُ عَلَى ثَلَاثَةٍ، وَالْأَوْلَى اسْتِيعَابُ الْمَوْجُودِينَ عِنْدَ الْإِمْكَانِ كَمَا فِي الزَّكَاةِ. وَلَوْ أَوْصَى لِفُقَرَاءِ بِلَدَةٍ بَعِينِهَا، وَهُمْ عَدَدٌ مُحْضُورُونَ، فَيَشْتَرَطُ اسْتِيعَابُهُمْ، وَالتَّسْوِيَةُ بَيْنَهُمْ؛ لِتَعْيِينِهِمْ بَلْ يَشْتَرَطُ الْقَبُولَ [فِي] هَذِهِ الْوَصِيَّةِ بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ لِمَطْلُوقِ الْفُقَرَاءِ، ذَكَرَهُ صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» وَغَيْرِهِ، وَاعْلَمْ أَنَا سَنَذَكُرُ الْخِلَافَ فِي أَنَّ مَا أَوْصَى بِهِ لِلْفُقَرَاءِ أَوْ الْمَسَاكِينِ، هَلْ يَجُوزُ نَقْلُهُ مِنْ بِلَدَةِ الْمَالِ إِلَى غَيْرِهِ؟ فَإِذَا قُلْنَا: لَا يَجُوزُ،

(١) سقط في: ز، ب.

وجب أن يكون قوله «أوصيت للفقراء» وفقراء البلدة محصورون، بمثابة قوله «أوصيت لفقراء هذه البلدة وهم محصورون» ويدل عليه أن الأستاذ أبا منصور ذكر في الوصية للغارمين أنه يعطى لثلاثة منهم، إن كانوا غير محصورين. وإن كانوا محصورين، استوعبوا، فإن اقتصر الوصي على ثلاثة، فيجزئه أم يضمن حصّة الباقيين؟ جعله على جوازيين، إن قلنا بالثاني، فالحساب على ديونهم، أم على عدد رؤوسهم؟ فيه وجهان<sup>(١)</sup>

ولو أوصى لثلاثة معينين، وجب التسوية بينهم، بخلاف الثلاثة المضروف إليهم من الفقراء وسائر الأصناف، فإننا عرفنا ذلك من مذهب الشريعة في الزكاة، وها هنا الاستحقاق مضاف إلى أعيانهم.

ويجوز أن يُعلم قوله: «دخل فيه المساكين» بالواو، وقوله: «فهو للمكاتبين» بالميم، وقوله: «وأقل ما يكفي من كل جنس ثلاثة» بالحاء والألف، لأن الحكم ها هنا كما في الزكاة، وسنذكر مذهبهم في «قسم الصدقات».

ولو أوصى لسبيل البر، أو الخير، أو الثواب؛ فعلى ما ذكرنا في الوقف؛ ولو قال: ضغ ثلثي حيث رأيت، أو فيما أراك الله، لا يضعه في نفسه، كما لو قال بغير كذا، لا يبيعه من نفسه، والأولى صرفه إلى أقارب الموصي الذين لا يرثون منه ثم إلى محارمه من الرضاع، ثم إلى جيرانه<sup>(٢)</sup> والله أعلم.

(١) قال النووي: الصحيح المعتمد ما قاله الأصحاب.

قال الزركشي: فيه أمران:

أحدهما: ما نقله عن صاحب التهذيب من وجوب الاستيعاب واشتراط التسوية واشتراط قبولهم، في الثلاثة كلام. أما الأول وهو الاستيعاب فصرح النووي في تصحيح التنبيه أنه لا خلاف فيه حيث قال: الصواب أنه إذا أوصى لفقراء بلد معين، وهم محصورون وجب استيعابهم. انتهى.

وينبغي تخصيص الاستيعاب بما إذا كان يحصل لكل واحد مع التوزيع قدر له وقع فإنه على الموصى به وكان المدفوع إلى كل فرد لا يعني شيئاً لعائلته فيظهر التخصيص بحسب الحاجة والعيال.

وأما التسوية ففيه نظر؛ لأنه لم يثبت لهم على التعيين، وقال في المطلب: المراد بالتسوية الدفع إلى ثلاثة من الفقراء أو المساكين أو الرقاب أو الغارمين أو في سبيل الله إنما بنى على قدر حاجتهم لا في مقدار العطايا، فإذا كانت حاجة بعضهم تندفع بمائة والآخر بمائتين والآخر بثلاثمائة وكان الثلث لا يفي بذلك فالتسوية أن يعطي الأول سدس الثلث والثاني ثلثه والثالث نصفه؛ لأنه يقسم الثلث بينهم أثلاثاً كما بين ذلك في قسم الصدقات.

أما القبول فكلام القاضي أبي الطيب يقتضي عدم اشتراطه.

(٢) قال في الخادم: فيه أمران.

أحدهما: وفي عبارته إيهام جواز صرفه إلى أقاربه الوارثين وليس كذلك كما نص عليه الشافعي =

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَلَوْ أَوْصَى لِزَيْدٍ وَلِلْفُقَرَاءِ، قَالَ الشَّافِعِيُّ الْقِيَاسُ أَنَّهُ كَأَحَدِهِمْ، فَقِيلَ: مَعْنَاهُ أَنَّهُ لَوْ أُعْطِيَ أَرْبَعَةً أَوْ خَمْسَةً فَيُعْطِيهِ الْخُمُسُ أَوْ السُّدُسُ فَيَكُونُ كَأَحَدِهِمْ (و)، وَقِيلَ: يَكْفِيهِ (م ح) أَقْلُ مَا يَتَمَوَّلُ إِذْ لَهُ ذَلِكَ فِي أَحَادِ الْفُقَرَاءِ، وَقِيلَ: يُعْطِيهِ الرَّبْعُ (خ) إِذْ أَقْلُ عَدَدِ الْفُقَرَاءِ ثَلَاثَةٌ، وَقِيلَ: النُّصْفُ (م) لِزَيْدٍ وَالنُّصْفُ لِلْفُقَرَاءِ لِلْمُقَابَلَةِ فِي الذَّكْرِ وَهُوَ خِلَافُ النَّصِّ، وَلَوْ أَوْصَى لِلْعَلْوِيِّينَ أَوْ الْهَاشِمِيِّينَ أَوْ قَبِيلَةَ عَظِيمَةَ فَبِئْسَ صِحَّةِ الْوَصِيَّةِ قَوْلَانِ، وَوَجْهَ الْإِبْطَالِ عُسْرُ الْأَسْتِعَابِ، مَعَ أَنَّهُ لَا عُرْفَ فِي الشَّرْعِ يُخَصِّصُ بِثَلَاثَةِ بِخِلَافِ الْفُقَرَاءِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: هَذَا الْفَضْلُ، وَالَّذِي بَعْدَهُ، لَيْسَ لِهَذَا كَثِيرٌ اخْتِصَاصٍ [بِهَذَا الْمَوْضِعِ]، وَلَعَلَّ رُكْنَ الْمَوْصَى لَهُ، أَوْ رُكْنَ الصَّيْغَةِ، أَحَقُّ بِهِمَا، ثُمَّ فَهَّمَهُ الْفَضْلُ مَسْأَلَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: إِذَا أَوْصَى لِزَيْدٍ، وَلِجَمَاعَةٍ مَعَهُ؛ فِيمَا أَنْ يَكُونُوا مَوْصُوفِينَ أَوْ مَعْيُنِينَ:

الْقِسْمُ الْأَوَّلُ: إِذَا كَانُوا مَوْصُوفِينَ غَيْرَ مَحْضُورِينَ، كَالْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ، فَبِئْسَ الْمَسْأَلَةُ وَجْهَ أَنَّ الْوَصِيَّةَ فِي حَقِّ زَيْدٍ بَاطِلَةٌ؛ لِجَهَالَةِ مَا أُضِيفَ إِلَيْهِ، حَكَاهُ أَبُو الْفَرَجِ [الزَّازِ] <sup>(١)</sup> فِي «الْأَمَالِيِّ» وَهُوَ ضَعِيفٌ بِمَرَّةٍ، وَالصَّحِيحُ صَحَّتْهَا، وَعَلَى هَذَا، فَوَجْهَانِ، وَيُقَالُ: قَوْلَانِ:

أَظْهَرُهُمَا: مَا رَوَى الْمُزَنِيُّ عَنِ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فِي بَعْضِ كِتَابِهِ: أَنَّهُ قَالَ: الْقِيَاسُ أَنَّهُ كَأَحَدِهِمْ وَوَجْهَ التَّشْبِيهِ بِمَا إِذَا أَوْصَى لِزَيْدٍ، وَأَوْلَادِ عَمْرٍو، فَإِنْ زِيدَ يُكُونُ كَأَحَدِهِمْ، ثُمَّ اخْتَلَفُوا فِي تَفْسِيرِ مَا ذَكَرَهُ عَلَى وَجْهِهِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ مَعْنَاهُ أَنَّ الْوَصِيَّ يُعْطِيهِ سَهْمًا مِنْ سَهَامِ الْقِسْمَةِ، إِنْ قَسَّمَ الْمَالُ عَلَى أَرْبَعَةٍ مِنَ الْفُقَرَاءِ، أَعْطَاهُ الْخُمُسَ؛ لِأَنَّ جُمْلَةَ الْمَضْرُوفِ إِلَيْهِمْ خَمْسَةٌ، وَإِنْ قَسَّمَهُ عَلَى خَمْسَةٍ مِنْهُمْ، أَعْطَاهُ السُّدُسَ، وَعَلَى هَذَا الْقِيَاسِ، وَهَذَا مَا قَرَّرَهُ الْأَسْتَاذُ أَبُو مَنْصُورٍ.

= وجزم به الصيمري والماوردي وصاحب البيان وغيره لأن الوصية للوارث لا تصح، وحكاها صاحب التقريب عن ابن سريج.

الثاني: قضية إلحاق هذه المسألة بالوكيل في البيع كما سبق من كلام الشافعي أنه لا يجوز للوصي أن يدفع منه شيئاً لولده كما لا يبيع له، وهو ما حكاها الهروي في الإشراف فقال: إذا قال ضع ثلثي حيث شئت قال الشافعي: لا يضعه في نفسه وابنه وزوجته ولا ورثة الموصي إلا فيما لا مصلحة فيه للميت.

(١) سقط في: ز.

وأظهرهما: أنه كواحدٍ منهم في أنه يجوز أن يُعطَى أقلُّ ما يَتَمَوَّلُ إلاَّ أنه لا يجوز حرمانه للنصِّ عليه، ويُعطَى غنياً كان، أو فقيراً.

والثالث: وبه قال مالك [رحمه الله]: أنَّ لزيدِ الربع، والباقي للفقراء؛ لأنَّ أقلَّ مَنْ يقع عليه اسمُ الفقراء ثلاثة، فكانه أوصى لزيد، ولثلاثةٍ معه، ثم نصيبُ الفقراء يقسَّم بينهم على ما يراه الوصيُّ من تساوي وتفاوتٍ، ولا بدُّ على اختلاف الأوجه من الصَّرف إلى ثلاثةٍ من الفقراء، وربما أفهم لفظ صاحب «الشامل» تفرعاً على الوجه الأوسط وجوز الاقتصار على اثنين منهم، إذا كان زيدٌ فقيراً.

والوجه الثاني: وبه قال أبو حنيفة، وأحمد - رحمهما الله -: أن النصف لزيد، والنصف للفقراء؛ لأنه قابل بينه وبينهم في الذَّكر، فأشبه ما إذا أوصى لزيد وعمرو، وعن أبي إسحاق أن زيدا إن كان فقيراً، فهو كأحدهم، وإلا، فله النصف، حكى البندنجي عنه؛ أنه ذكره في الدُّرس، ونقله إلى الشُّرح، فهذا وجه ثالث.

وفي «التتمة» أنه إن كان غنياً، فله الربع؛ لأنه يدخل في الفقراء، فهم ثلاثة، وهو رابعهم، وإن كان فقيراً، فله الثلث؛ لدخوله فيهم، وهذا وجهٌ رابعٌ.

هذا كله فيما إذا أُطلق ذكْرُ زيدٍ، أما إذا وصَّفه بمثل صفة الجماعة، فقال: لزيد الفقير، وللفقراء، جرى الخلاف فيما لزيد، إن كان فقيراً، ومنهم من خصص الأوجه بهذه الحالة، ونفى القول بكونه كأحدهم عند الإطلاق، وإن كان غنياً، لم يُصْرَفْ إليه شيء، ونصيبه للفقراء، إن قلنا: إنَّه كأحدهم، وإلا، فهو لورثة الموصي، وإن وصف زيدا بغير صفة الجماعة؛ فقال: لزيد الكاتب، وللفقراء.

قال الأستاذ أبو منصور: له النصفُ قولاً واحداً، ويشبه أن يجيء فيه القولُ بأن له الربعُ إن لم تجيء باقي الاختلافات.

ولو أوصى لزيدِ بدينارٍ، للفقراءِ بثلثِ ماله، لم يُصْرَفْ إلى زيدٍ غيرَ الدينار، وإن كان فقيراً؛ لأنه قطع اجتهاد الوصيِّ بالتقدير، ولك أن تقول: إذا جاز أن يكون التنصيب على زيدٍ في قوله: «لزيد وللفقراء؛ لثلاثيُحرمَ زيدٌ، جاز أن يكون التقديرها هنا: لثلاثيُنقص المصروف إليه عن دينار، وأيضاً، فيجوز أن يقصد عين زيد بالدينار، وجهه الفقراء بالباقي، فيستوي في غرضه الصَّرف إلى زيد وغيره.

ولو أوصى لزيد، وللفقراء، والمساكين، فإن جعلناه كأحدهم في الصورة السابقة، فكذلك ها هنا، وإن جعلنا له النصف هناك، فله الثلثُ ها هنا، وإن جعلنا له الربعُ هناك، فله السبعُ ها هنا.

القسم الثاني: إذا كانوا معينين، نُظِر؛ إن لم يكونوا محضورين كالعَلَوِيِّينَ

وَالطَّالِبِينَ، فسنذكر الخلافَ في صَحَّةِ الوصِيَّةِ لَهُمْ وَإِنْ صَحَّحْنَا، فَالْحُكْمُ كَمَا إِذَا كَانُوا مَوْصُوفِينَ، وَإِنْ لَمْ نَصَحِّحْ، قَالَ الْمَسْعُودِيُّ: هُوَ كَمَا لَوْ أَوْصَى لِرَجُلٍ وَلِلْمَلَائِكَةِ، وَإِنْ كَانُوا مَحْضُورِينَ، فَهُوَ كَأَحَدِهِمْ أَمْ لَهُ النِّصْفُ قَالَ الْأَسْتَاذُ أَبُو مَنْصُورٍ: فِيهِ اِحْتِمَالَانِ أَظْهَرُهُمَا الثَّانِي، ثُمَّ حَكَى اخْتِلَافًا لِلْأَصْحَابِ فِي أَنَّ النِّصْفَ الَّذِي هُوَ لَهُمْ <sup>(١)</sup> يُقَسَّمُ بَيْنَ جَمِيعِهِمْ، أَمْ يَجُوزُ صَرْفُهُ إِلَى ثَلَاثَةِ مِنْهُمْ؟ وَالْمَشْهُورُ لَزُومُ الْقِسْمَةِ عَلَى الْجَمِيعِ.

فَرَعَ: لَهُ ثَلَاثُ أَمْهَاتٍ أَوْلَادٍ، وَأَوْصَى لِأَمْهَاتِ أَوْلَادِهِ، وَلِلْفُقَرَاءِ، وَالْمَسَاكِينِ.

قَالَ الْمَتَوَلَّى: ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ قِسْمَةُ الْمَالِ عَلَى الْأَصْنَافِ أَثَلَاثًا، وَعَنْ أَبِي عَلِيٍّ الثَّقَفِيِّ: أَنَّهُ يُقَسَّمُ عَلَى خَمْسَةِ؛ لِأَنَّ أَمْهَاتِ الْأَوْلَادِ مَحْضُورَاتٌ، وَيَجِبُ اسْتِعَابُهُنَّ، وَالْفُقَرَاءُ، وَالْمَسَاكِينُ غَيْرُ مَحْضُورِينَ، فَيُجْعَلُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الصَّنْفَيْنِ مَصْرَفًا وَكُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْ أَمْهَاتِ الْأَوْلَادِ مَصْرَفًا، [وَاللَّهُ أَعْلَمُ].

السَّأَلَةُ الثَّانِيَّةُ: فِي الْوَصِيَّةِ لِجَمَاعَةٍ مَعْيِنِينَ غَيْرِ مَحْضُورِينَ؛ كَالْعَلَوِيَّةِ، وَالْهَاشِمِيَّةِ، وَالطَّالِبِيَّةِ، قَوْلَانِ، وَيُقَالُ: وَجْهَانِ:

أَصْحُهُمَا: وَبِهِ قَالَ أَحْمَدُ - رَحِمَهُ اللَّهُ - أَنَّهَا صَحِيحَةٌ كَالْوَصِيَّةِ لِلْفُقَرَاءِ، وَالْمَسَاكِينِ.

وَالثَّانِي: وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللَّهُ - أَنَّهَا بَاطِلَةٌ؛ لِأَنَّ التَّعْمِيمَ يَقْتَضِي الْاسْتِعَابَ، وَأَنَّهُ مَمْتَنَعٌ بِخِلَافِ الْفُقَرَاءِ، فَإِنَّا عَرَفْنَا هُنَاكَ عَرَفًا مَخْصَصًا لِلشَّرْعِ بِثَلَاثَةِ، فَاتَّبَعْنَاهُ. وَمَنْ نَصَرَ الْأَوَّلَ، قَالَ: ذَلِكَ الْعَرَفُ إِنَّمَا يَثْبِتُ فِي الْفُقَرَاءِ، وَأَصْنَافِ الزَّكَاةِ، ثُمَّ الْحَقُّ بِهِ الْعُلَمَاءُ وَنَحْوُهُمْ بِالِاتِّفَاقِ، فَجَازَ أَنْ يَلْحَقَ بِهِ الْعَلَوِيَّةُ، وَمَنْ فِي مَعْنَاهُمْ لَتَعْدُرَ الْاسْتِعَابَ، فَإِن قَلْنَا بِالْأَوَّلِ، لَمْ يَجِبِ الْاسْتِعَابُ، وَيَجُوزُ الْاِقْتِصَارُ عَلَى ثَلَاثَةِ مِنْهُمْ، وَلَا يَجِبُ التَّسْوِيَةُ، كَمَا فِي الْفُقَرَاءِ، وَلَا يُشْتَرَطُ الْقَبُولُ.

وَمَهُمَا أَوْصَى لِبَنِي فَلَانٍ، فَإِنِ عَدَا قَبِيلَةَ كَبْنِي تَمِيمٍ، وَبَنِي هَاشِمٍ، فَهِيَ كَالْوَصِيَّةِ لِلْعَلَوِيَّةِ، وَفِي جَوَازِ الصَّرْفِ إِلَى [أَبْنَائِهِمْ] <sup>(٢)</sup> وَجْهَانِ، ذَكَرْنَاهُمَا فِي «الْوَقْفِ» عَلَى بَنِي تَمِيمٍ؛ وَالْأَظْهَرُ الْجَوَازُ: فَإِن لَمْ يُعْدُوا قَبِيلَةَ كَبْنِي زَيْدٍ، وَبَنِي عَمْرٍو، فَيَشْتَرَطُ الْقَبُولَ، وَالْاسْتِعَابَ، وَالتَّسْوِيَةَ، وَلَا يَجُوزُ الصَّرْفُ إِلَى الْإِنَاثِ.

وَأَمَّا لَفْظُ الْكِتَابِ فَقَوْلُهُ: «وَإِذَا أَوْصَى لَزَيْدٍ، وَلِلْفُقَرَاءِ»، أَجْرَى ذَكَرَ زَيْدٍ مِنْ غَيْرِ وَضَفَ بِالْفَقْرِ، وَلَا غَيْرِهِ، فَيَجُوزُ أَنْ يَرِيدَ بِهِ الْمَشْتَرَكَ بَيْنَ صُورَةِ تَجْرِيدِ ذَكَرَ زَيْدٍ، وَوَصْفِهِ وَيَجُوزُ أَنْ يَرِيدَ صُورَةَ التَّجْرِيدِ عَلَى التَّقْدِيرَيْنِ، فَيَجُوزُ أَنْ يُعْلَمَ قَوْلُهُ: «قَالَ

(١) فِي ب: لَهُ.

(٢) فِي ز: إِنَائِهِمْ.

الشافعي - رضي الله عنه -: «الْقِيَاسُ أَنَّهُ كَأَحَدِهِمْ» لما ذكرنا أن بعضهم لم يُثَبِّتْ هذا القول في صورة التجريد، وَحَمَلَ لَفْظَ الشَّافِعِيِّ - رضي الله عنه - على ما إذا أوصى لزيد الفقير، وللفقراء، ويجوز أن يُعْلَمَ ما سَوَى وجه «النصف» بالحاء والألف؛ لأنهما يقولان بذلك الوجه، وما سوى وجه «الربع» بالميم؛ لأن مالكا يقول به، وقوله: «أو قبيلة عظيمة» يعني التي تنحصر، لا التي تكثر.

قَالَ النَّزَالِيُّ: وَلَوْ أَوْصَى لَزَيْدٍ وَلِجَبْرِيلَ فَالنُّصْفُ (و) لَزَيْدٍ وَالْبَاقِي بَاطِلٌ، وَكَذَا لَوْ قَالَ: لَزَيْدٍ وَلِلرَّيْحِ، وَقِيلَ: الْكُلُّ لَهُ إِذِ الْإِضَافَةُ إِلَى الرَّيْحِ لِأَغْيَةِ بِخِلَافِ جَبْرِيلَ، وَلَوْ أَوْصَى لَزَيْدٍ وَلِلَّهِ قِيلَ: الْكُلُّ لَزَيْدٍ، وَذَكَرَ اللَّهُ تَعَالَى تَأْكِيدَ لِقُرْبَةِ الْوَصِيَّةِ، وَقِيلَ: الْمُضَافُ إِلَى اللَّهِ لِلْفُقَرَاءِ فَإِنَّهُمْ مَصَّبُ الْحُقُوقِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا أَوْصَى لَزَيْدٍ وَجَبْرِيلَ عَلَيْهِ السَّلَامُ فَوْجِهَانِ:

أصحهما: أن النصف لزيد، وتبطل الوصية في الباقي، كما لو أوصى لزيد، ولأحد ابنتيه، يكون لزيد النصف، وتبطل في الباقي، إن لم نصح الوصية للوارث، أو صححناها، ورُدَّ بسائر الورثة كما لو أوصى لابن زيد، وابن عمرو، ولم يكن لعمرو ابن، أو لزيد وعمرو، وابني بكر، ولم يكن لبكر إلا ابن، يسمى زيدا يكون النصف للموجود، ويبطل الباقي.

والثاني: وبه قال أبو حنيفة - رحمه الله -: أن الكل لزيد، ويلغو ذكر من لا يثبت له الملك ويفارق تلك الصورة؛ فإن المذكور هناك ممن يثبت له الملك، ولم يذكر صاحب الكتاب في المسألة سوى الوجه الأول، وذكر الوجهين فيما إذا قال: لزيد وللريح، وأوهم القطع بما ذكر في الصورة الأولى؛ فرقا بأن جبريل حي قادر، والإضافة إلى الريح لأغية من كل وجه، والأكثرون نقلوا فيهما وجهين بلا فرق، وطردهما في كل صورة. أوصى لزيد، ولمن لا يوصف بالملك؛ كالشيطان<sup>(١)</sup>، والبهيمة، والحائط، وغيرها، ولو أوصى لزيد وللملائكة، أو لزيد وللرياح، أوله وللحيوان، فإن جعلنا الكل لزيد، فذاك، وإلا، فله النصف، أو الربع، أو للموصي أن يعطيه أقل ما يتمم على الخلاف المذكور فيما إذا أوصى لزيد، وللفقراء، أو لو أوصى لزيد ولله تعالى، فوجهان:

أحدهما: أن الكل لزيد، وذكر الله تعالى للتبرك؛ كقوله تعالى في آيتي الفتي،

(١) ما جزم به أن الشيطان لا يملك به نظر لورود الأحاديث بأنه يأكل ويشرب وقد جعل النبي ﷺ العظم زاد الجن وغير ذلك وهذا يستدعي تصور الملك، وعلى هذا فيصرف لزيد النصف ويكون كما لو أوصى لمجهول لتعذر الوصول إلى تملك الشياطين.



وَالْغَنِيمَةَ: ﴿فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ﴾ [الأنفال - ٤١].

والثاني: أن النصف لزيد، والباقي للفقراء؛ فإنهم مَصَّبُ الحقوق المضافة إلى الله تعالى. قال الأستاذ أبو منصور: وهذا أصح الوجهين، لكنه لم يخصص النصف الباقي بالفقراء، بل [لو] قال: إنه في سبيل الله، يُضْرَفُ إِلَى وَجوه الْقُرْب، وفيه وجه ثالث عن ابن القاص، أن النصف يُرْجَعُ إِلَى ورثة الموصي.

واعلم أنا حكينا فيما إذا أوصى لأجنبي، ووارث يطلب الوصية في حق الوارث وجهاً أنها تبطل في حق الأجنبي أيضاً، بناء على أن تفريق الصفة لا يجوز، وذلك الوجه على ضعفه يلزم طرده في نصيب زيد في هذه الصورة.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ أَوْصَى لِأَقْرَابِ زَيْدٍ دَخَلَ فِيهِ الْوَارِثُ وَالْمَحْرَمُ وَغَيْرُ الْمَحْرَمِ (ح)، وَلَا يَدْخُلُ الْأَبُ وَالْأَبْنُ فَلَا يُعْرَفَانِ بِالْقَرِيبِ، وَيَدْخُلُ الْأَخْفَادُ وَالْأَجْدَادُ، وَقِيلَ: لَا يَدْخُلُ (ح) الْأَصُولُ وَالْفُرُوعُ، وَقِيلَ: يَدْخُلُ (ح)، وَلَا يُزْتَقَى فِي بَنِي الْأَعْمَامِ مِنَ الْأَقْرَابِ إِلَّا إِلَى أَقْرَبِ جَدٍّ يَنْسَبُ إِلَيْهِ الرَّجُلُ، حَتَّى لَوْ أَوْصَى لِأَقْرَابِ الشَّافِعِيِّ فِي زَمَانِهِ أَرْتَقَيْنَا إِلَى بَنِي شَافِعٍ لَا إِلَى بَنِي عَبْدِ مَنْأَفٍ وَبَنِي الْمُطَّلِبِ، وَفِي زَمَانِنَا لَا يُضْرَفُ إِلَّا إِلَى أَوْلَادِ الشَّافِعِيِّ وَمَنْ يَنْتَسِبُ إِلَيْهِ لَا إِلَى بَنِي شَافِعٍ، وَقَرَابَةُ الْأُمِّ تَدْخُلُ فِي وَصِيَّةِ الْعَجَمِ، وَلَا تَدْخُلُ فِي وَصِيَّةِ الْعَرَبِ عَلَى الْأَظْهَرِ لِأَنَّهُمْ لَا يُعْدُونَ ذَلِكَ قَرَابَةً، إِلَّا إِذَا أَوْصَى لِلأَزْحَامِ فَإِنَّ لَفْظَ الرَّجْمِ لَا يُخْصُونَ بِهِ، وَلَوْ أَوْصَى لِأَقْرَابِ نَفْسِهِ خَرَجَ وَرَثَتُهُ لِقَرِينَةِ الشَّرْعِ، وَكَانَتْ الْوَصِيَّةُ كُلُّهَا لِلْآخِرِينَ، وَقِيلَ: يُورَثُ فَيَبْطُلُ نَصِيبُ الْوَارِثِ وَيَصِحُّ الْبَاقِي.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْكَلَامُ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ إِلَى آخِرِ الطَّرْفِ فِي الْوَصِيَّةِ لِلْقَرَابَةِ، وَتَشْتَمِلُ مَسْأَلَتَيْنِ:

إحدهما: إِذَا أَوْصَى لِأَقْرَابِ زَيْدٍ، فَيَضَحُ الْحَكْمَ بِذِكْرِ جَمَلٍ:

إحدها: يَدْخُلُ فِي هَذَا اللَّفْظِ الذَّكَرُ وَالْأُنْثَى، وَالْفَقِيرُ وَالْغَنِيُّ، وَالْوَارِثُ وَغَيْرُ الْوَارِثِ، وَالْمَحْرَمُ وَغَيْرُ الْمَحْرَمِ، وَالْقَرِيبُ وَالْبَعِيدُ، وَالْمُسْلِمُ وَالْكَافِرُ، لِأَنَّ الْاسْمَ يَنْتَظِمُ الْجَمِيعَ. وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَا يَدْخُلُ الْغَنِيُّ، وَلَا غَيْرُ الْمَحْرَمِ، وَلَا يَسُوَّى بَيْنَ الْقَرِيبِ وَالْبَعِيدِ، بَلْ يُقَدَّمُ الْأَقْرَبُ، فَلِأَقْرَبِ، وَلَا يَصْرَفُ إِلَى الْعَمِّ شَيْءٌ مَعَ وَلَدِ الْأَخِ، وَلَا إِلَى ابْنِ الْعَمِّ مَعَ الْعَمِّ.

وقال مالك - رحمه الله -: لا يدخل غير الوارث، وعن أحمد - رحمه الله - أنه لا يدخل الكافر، ولو أوصى لأقارب نفسه، ففي دخول الورثة وجهان.

أحدهما: أنهم لا يدخلون لقرينة الشَّرْع، لأنَّ الوارث لا يُوصى له، خاصَّةً، ولا يدخلُ في عموم اللفظ، فعلى هذا تختصُّ الوصية بالباقيين، هذا ما يُحكى عن الصَّيدلاني، ولفظ الكتاب يقتضي ترجيحَهُ، ولم يذكر في «التتمة» غيره.

والثاني: يدخلون؛ لوقوع الاسم عليهم، ثم يبطل نصيبهم، ويصحُّ الباقي لغير الورثة. ولك أن تقول: وجب أن يختصَّ الوجهان بقولنا: إنَّ الوصية للوارث باطلة، أما إذا قلنا: إنها موقوفة على الإجازة، فليُقطع بالوجه الثاني.

الثانية: في دخول الأصول والفروع أوجه:

أحدها: وبه قال أبو حنيفة وأبو إسحاق - رحمهما الله -: إن الأبوين، والأولاد لا يدخلون، ويدخل الأحماد، والأجداد؛ لأن الولد والوالد لا يُعرفان بالقرب في العرف، بل القريب من يتيمي إليه بواسطة.

[والثاني: أنه لا يدخل واحد من الأصول والفروع؛ إذ: لا يُسمون أقارب]<sup>(١)</sup>.

والثالث: يدخل الكل وهذا ما أورده المتولي، ورجحه الشيخ [أبو الفرج] الزاز، ولهما أن يمنعا ما زعمه صاحب الوجه الأوّل في تفسير القريب، وأن يحتجاً بأن الأب والابن يدخلان فيما إذا وصى لأقرب الأقارب، فكيف يكون الشخص أقرب الأقارب، ولا يكون من الأقارب، وعلى هذا؛ فالأوّل أظهر من جهة النقل، كما يشعر به نظم الكتاب، حتى أن الأستاذ أبا منصور ادعى إجماع الأصحاب على أنه لا يدخل الأبوان والأولاد.

الثالثة: يعتبر أقرب جد يُنسب إليه الرجل، ويعدُّ أصلاً، وقبيلة في نفسه، فيرتقي في بني الأعمام إليه، ولا يعتبر من فوقه حتى لو وصى لأقارب حسني، أو أوصى حسني لأقارب نفسه، لم يدخل الحسينيون. وكذلك وصية المأموني لأقاربه، والوصية لأقارب المأموني لا يدخل فيها أولاد المعتصم، وسائر العباسية، والوصية لأقارب الشافعي - رضي الله عنه - في زمانه يُصرف إلى أولاد شافع، ولا يدخل فيها أولاد علي، والعباس، وإن كان شافع، وعلي، وعباس، كلهم أولاد السائب بن عبيد، والشافعي هو مُحَمَّدُ بْنُ إِدْرِيسَ بْنِ الْعَبَّاسِ، وَبْنُ عُثْمَانَ بْنِ شَافِعِ بْنِ السَّائِبِ بْنِ عُبَيْدِ بْنِ يَزِيدَ بْنِ هَاشِمِ بْنِ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ بْنِ عَبْدِ مَنَافٍ.

ولو أوصى موص لأقارب بعض أولاد الشافعي - رضي الله عنه - في هذه الأزمنة، دخل فيه أولاد الشافعي - رضي الله عنه - دون غيرهم من أولاد شافع، وعلى هذا القياس.

(١) سقط في: ز، أ.

وعن أحمد - رحمه الله - أنه يُنظَرُ إِلَى الأب الثالث، فَتُصَرَّفُ الوصيةُ إلى أولاده، دون أولاد الأب الرابع، ومن فوقه.

الرابعة: وصية العجم، يَدْخُلُ فِيهَا قرابةُ الأب، والأُمُّ في وصية العَرَبِ وجهان:

أظهرهما: عند المصنّف وصاحب «التهديب»: أن قرابة الأم لا تدخل، وبه قال أحمد - رحمه الله - لأن العرب لا تعدّها قرابة، ولا تفتخر بها، وإنما تفتخر بمنّ ينتمي إليهم من جهة الأب.

والثاني: وبه قال أبو حنيفة - رحمه الله - وهو ظاهر النص في «المختصر»: الدخولُ كما في وصية العجم، والذي ادعاه صاحبُ الوجه الأول ممنوعٌ؛ ألا تَرَى إلى ما رَوَى أَنه ﷺ قال: «سَعْدُ خَالِي فَلْيَرِنِي أَمْرُؤُ خَالَهُ»<sup>(١)</sup> وبهذا أجاب أصحابنا العراقيون، وهو الأقوى.

الخامسة: لا فَرْقُ بين أن يقول: أوصيتُ لأقاربي، أو لقرايتي، أو لذوي قرابيتي، أو ذوي رَجَمِي، أو ذَوِي قَرَابَتِي، أو ذَوِي رَجَمِي، في جميع ما ذكرنا، لكن قرابة الأم على ما هو ظاهرُ النصِّ يدخل في لفظ الرِّجْم، بلا خلاف، في وصية العرب والعجم، جميعاً؛ لأن لفظ الرِّجْم لا يختص بطرف الأب، وإذا لم يوجَدْ إلا قَرِيبٌ واحدٌ، صُرِفَ المالُ إليه، إن أوصى لذوي قرابته، أو ذوي رَجَمِهِ، أو لقرايته، فإن القرابة مصدرٌ يوصفُ بها الواحدُ والجمعُ، أما إذا كان اللفظ: لأقاربي، أو أقربائي، أو ذوي قَرَابَتِي، أو ذوي رَجَمِي، فوجهان في أنه، هل يكون له الكلُّ:

أظهرهما: نعم؛ لأن الجميع ليس مقصوداً ها هنا، وإنما المقصود الصَّرْفُ إلى جهة القرابة، هكذا وجه الإمام، لكنه لو كان كذلك، لَمَا وجب الاستيعابُ؛ كالوصية للفقراء، وإذا قلنا: لا يكونُ الكلُّ لذلك الواحد، فله الثلثُ، ويبطلُ الباقي، وحكى الأستاذ أبو منصور وجهاً آخر؛ أنه يكون له النصفُ، إن كان هناك جماعةٌ محصورون، فَيُقَسَّمُ المالُ بينهم بالسوية، ولا بد من استيعابهم، خلافاً لأبي حنيفة - رحمه الله - حيث جَوَّزَ صَرْفَ المالِ إلى ثلاثة منهم.

وحكى الحناطي وجهاً مثله، وقد مضى نحو منه عن رواية الأستاذ أبي منصور،

(١) أخرجه الترمذي. والحاكم من حديث جابر قال: أقبل سعد - يعني ابن أبي وقاص - فذكره.

(تنبيه) خولة سعد للنبي ﷺ من جهة أمه آمنة لأنها من فخذ بني زهرة وقد وقع مثل هذا في حق أبي طلحة الأنصاري رواه الحاكم عن أنس نحوه، وخوله أبي طلحة له من جهة أم والده عبد الله ابن عبد المطلب، لأنها من فخذ بني النجار.

(٢) في ب: ذوي.

وإن كانوا غير محصورين؛ كالوصية للعَلَوِيَّة، والقَبَائِلِ العَظِيمَةِ، وقوله في الكتاب «ازْتَقَيْنَا إِلَى بَنِي شَافِعٍ، لَا إِلَى بَنِي عَبْدِ مَنَافٍ، وَبَنِي الْمُطَلِّبِ» هؤلاء كلهم أجداد الشَّافِعِيِّ - رضي الله عنه - على ما ذكرنا نسبه، لكن شافعا أقربهم منه، وإليه انتسابه.

وقوله «وفي زماننا لا يُضَرَفُ إِلَّا إِلَى أَوْلَادِ الشَّافِعِيِّ، أَي: إِذَا أَوْصَى لِأَقْرَبِ بَعْضِ أَوْلَادِ الشَّافِعِيِّ، وَقَوْلُهُ: «لَأَنَّ لَفْظَ الرَّجْمِ لَا يَخْصُّ صُوْنَهُ» يَعْنِي أَنَّهُمْ لَا يَخْصُّ صَوْنَ هَذَا اللَّفْظِ بِقَرَابَةِ الْأَبِّ، بِخِلَافِ لَفْظِ الْقَرِيبِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَلَوْ أَوْصَى لِأَقْرَبِ أَقَارِبِهِ دَخَلَ فِيهِ الْأَبُ وَالْأَبْنُ، ثُمَّ لَا تَرْجِيحُ بِالذُّكُورَةِ، فَيَسْتَوِي الْأَبُ وَالْأُمُّ، وَالْأَخُ وَالْأُخْتُ، وَالْأَخُ مِنَ الْجَائِزِينَ أَوْلَى مِنَ الْأَخِ مِنْ جِهَةِ وَاحِدَةٍ، وَالْأَخْفَادُ وَإِنْ سَفَلُوا يُقَدِّمُونَ عَلَى الْإِخْوَةِ، وَكَذَا بَنُو الْإِخْوَةِ عَلَى الْأَعْمَامِ لِقُوَّةِ الْجِهَةِ، وَلَا يُقَدِّمُ ابْنُ ابْنِ الْأَخِ لِلأَبِّ وَالْأُمُّ عَلَى الْأَخِ لِلأَبِّ، وَلَا عَلَى ابْنِهِ لِأَنَّ جِهَةَ الْأَخُوَّةِ وَاحِدَةٌ فَيَرَاغَى قُرْبُ الدَّرَجَةِ، وَيُقَدِّمُ ابْنُ الْبِنْتِ عَلَى حَفَدَةِ الْآبِنِ لِلْقُرْبِ وَلَا يُنْظَرُ إِلَى الْوَرَاثَةِ، وَفِي الْجَدِّ مَعَ الْأَخِ لِلأَبِّ قَوْلَانِ: أَحَدُهُمَا: يَسْتَوِيَانِ، وَالثَّانِي: الْأَخُ أَوْلَى لِقُوَّتِهِ، وَفِي الْجَدِّ مَعَ ابْنِ الْأَخِ قَوْلَانِ: أَحَدُهُمَا: الْجَدُّ أَوْلَى لِقُرْبِهِ، وَالْآخَرُ: ابْنُ الْأَخِ أَوْلَى لِقُوَّةِ الْبُنُوَّةِ، وَالْجَدُّ أَبُ الْأُمِّ مَعَ الْأَخِ لِلأُمِّ كَأَبِ الْأَبِّ مَعَ الْأَخِ لِلأَبِّ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَّةُ: إِذَا أَوْصَى لِأَقْرَبِ أَقَارِبِ زَيْدٍ، دَخَلَ فِيهِ الْأَبْوَانُ، ثُمَّ فِي الْأَبِّ وَالْأَبْنِ، إِذَا اجْتَمَعَا وَجْهَانِ، وَعَنْ رَوَايَةِ الْقَاضِي أَبِي الطَّيِّبِ قَوْلَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يَسْوِي بَيْنَهُمَا؛ لِاسْتَوَائِهِمَا فِي الرَّتْبَةِ، وَعَلَى هَذَا؛ يُقَدِّمُ [الأب على ابن الابن].

وَأُظْهِرَهُمَا: وَلَمْ يورد طوائف سواه: أَنَّهُ يُقَدِّمُ<sup>(١)</sup> الابن لقوة إزته وعصوبته، وَعَلَى هَذَا؛ فَالأَوْلَادُ يُقَدِّمُونَ عَلَى مَنْ عَدَاهُمْ، وَيَلِيهِمُ الْبَطْنُ الثَّانِي، ثُمَّ الثَّالِثُ إِلَى حَيْثُ انْتَهَوْا وَيَسْتَوِي أَوْلَادُ الْبَنِينَ، وَأَوْلَادُ الْبَنَاتِ.

وَقَدْ يُقَالُ: إِذَا اقْتَضَتْ قُوَّةُ الْإِرْثِ، وَالْعُصُوبَةُ فِي الْآبِنِ، تَقْدِمَهُ عَلَى الْأَبِّ، فَهَلَّا اقْتَضَى أَضْلُ الْإِرْثِ بِالْعُصُوبَةِ فِي أَوْلَادِ الْبَنِينَ تَقْدِمُهُمْ عَلَى أَوْلَادِ الْبَنَاتِ فَإِنَّ لَمْ يَكُنْ أَحَدٌ مِنَ الأَوْلَادِ وَالْأَحْفَادِ، فَيُقَدِّمُ الأَبْوَانُ، وَبَعْدَهُمَا الأَجْدَادُ وَالْجَدَّاتُ، إِنْ لَمْ تُوجَدِ الْإِخْوَةُ وَالْأَخَوَاتُ، عَلَى شَرْطِ تَقْدِيمِ الأَقْرَبِ فَالأَقْرَبِ مِنْهُمْ، أَوْ الْإِخْوَةُ وَالْأَخَوَاتُ، إِنْ لَمْ تُوجَدِ الأَصُولُ.

(١) سقط في: ز. أ.

وإذا اجتمع الجدُّ والأخ.

فأظهر الطريقتين أن المسألة على قولين:

أحدهما: أنهما يستويان؛ لأستوائهما في الدرجة.

وأصحهما: تقدّم الأخ؛ لِقُوَّةِ البِنُوَّةِ وهما كالقولين فيما إذا اجتمع جدُّ المعتق، وأخوه.

والطريق الثاني: القطع بالقول الثاني، فإن قلنا بالتسوية، فالجدُّ أولى من ابن الأخ؛ لقربه، وإن قدمنا الأخ؛ فكذلك يُقدّم ابن الأخ، وإن سَقَلَ، وأُجْرِيَ الخلاف في ابن الأخ من أب الجدِّ، والظاهرُ تقدّمُ ابن الأخ، ثم يقدم بعدهم أولادُ الأخوة والأخوات، ثم الأعمامُ والعَمَّات، ويساويهم الأخوالُ والخالاتُ، ثم أولادُ هؤلاء، والأخ من الجهتين يُقدّم على الأخ من جهةٍ واحدة؛ لزيادة قرابته.

وحكى الإمامُ في «باب النكاح» أن بعض الأَصْحَابِ أثبت في تقدمه<sup>(١)</sup> قولين؛ كما في ولاية التزويج، وهكذا نذكر الحناطِي، والأخ من الأب والأم، والأخ من الأم يستويان فيه، وكذا القولُ في أولاد الإخوة، والأعمام، والأخوال، وأولادِهِمْ، وفي تقدم الجدة من الجهتين، على الجدِّ من جهةٍ واحدةٍ وجهان، وهما كالوجهين في الميراث؛ أن السدس بينهما أم تفضل صاحب الجهتين ويخرُج مما ذكرنا أنه إذا اجتمع أولادُ إخوة مفرقين<sup>(٢)</sup>، وأولاد أخوات مفرقات، فالمالُ لولدِ الأخ من الأبوين، وولد الأخت من الأبوين، وإن لم يوجد أولادُ الإخوة والأخوات من الأبوين، وأولادُهُمْ من الأب، وأولادُهُمْ من الأم سواء، هذا إذا استوتت الدرجة، فإن اختلفت، قُدّم الأقرب منهم من أي جهة كان، حتّى لا يُقدّم ابنُ ابنِ الأخ من الأبوين على الأخ من الأب، ولا على ابنه، بل يُقدّمان عليه، وكذا يُقدّم الأخ من الأم، وابنه؛ لأن جهة الأخوة واحدة، فيراعى من قرب الدرجة، فإذا<sup>(٣)</sup> اختلفت الجهة البعيدة من الجهة القريبة، تُقدّم على القريب من الجهة البعيدة، حتّى يُقدّم ابنُ ابنِ الابنِ على الأخ، وابنُ ابنِ الأخ، وإن سَقَلَ على العم.

ولا ترجيح في هذا الباب بالذكورة، ولا ينظر إلى الورثة بل يستوي في الاستحقاق الأب والأم والابن والبنت، والأخ والأخت، كما يستوي المسلم، والكافر، ويُقدّم ابنُ البنتِ على ابنِ [ابن]<sup>(٤)</sup> الابن، وكلُّ ذلك؛ لأن الاستحقاق منوطٌ بزيادة القرب.

(٢) في أ: مفرقين.

(٤) سقط في: ز.

(١) في أ: تقدمته.

(٣) في ب: فأما إذا.

فَرَعَانِ: الأول: لو أوصى لجماعة من أقرب أقارب زَيْدٍ، فلا بد من الصرف إلى ثلاثة، فإن كان له في الدرجة القرى ثلاثة، كبنين، أو بنات، أو إخوة، دفع إليهم، وإن كانوا أكثر من ثلاثة، ففي وجوب تعميمهم وجهان.

أحدهما: أنه لا يجب؛ لأن الجماعة تحصل بثلاثة، فيختار الوصي ثلاثة منهم، كما لو أوصى للفقراء.

والثاني: وهو الذي اختاره صاحب «الشامل» وحكاه عن القاضي أبي الطيب في «المجرد»: أنه يجب التعميم، وإلا صارت الوصية لغير معين، بخلاف الوصية للفقراء؛ لأن الاعتبار هناك جهة الفقر، وإن كانوا دون الثلاثة، تَمَمًا الثلاثة، ممن يليهم، وإن كان له ابنان وابن ابن، دُفِعَ إليهم، وإن كان له ابن، دُفِعَ إليهم، وفي ابن، وابن ابن، وابن ابن ابن، يُدْفَعُ إلى الأبن، وابن الابن، وواحد من الذين هم في الدرجة الثالثة، أم يعممون؟ فيه الوجهان، وإذا قلنا: يعممون، فالقياس التسوية بين كل المدفوع إليهم، وفي «تعليق» الشيخ أبي حامد أن الثُلُثَ لِمَنْ في الدرجة الأولى، والثالث لمن في الثانية، والثالث للَّذِينَ هم في الثالثة، هذا ما نقل عن الثَّصُّ وكلام الأصحاب في الفَرْع، وكان الأشبه أن يُقَالَ: إنها وصية لغير معين؛ لأن لفظ الجماعة منكر فصار كما لو أوصى لأحد الرجلين، أو لثلاثة لا على التعيين من جماعة معينين.

الثاني: لو أوصى لأقرب أقارب نفسه، فالترتيب على ما بينا، لكن لو كان الأقرب وارثاً، صُرِفَ إلى من يليه ممن ليس بوارث، إن لم نصح الوصية للوارث، أو صححناها، ولم يُجْزِ سائر الورثة، هكذا نقل صاحب «التهذيب»<sup>(١)</sup> وغيره، وهو جواب على قولنا: إنه لو أوصى لأقرب نفسه، لم تُدْخَلِ الورثة بقرينة الشَّرْع، أما إذا قلنا: إنهم يَدْخُلُونَ، ويوزع المال عليهم، وعلى من ليس بورثة، فهذا تبطل الوصية، إلا أن يتعدد الأقربون، ويكون فيهم وارث، وغير وارث.

وأما لفظ الكتاب، فقد تغير ترتيب بعض مسائل الكتاب<sup>(٢)</sup> فيما ذكرناه ولا بأس بمثله عند الحاجة، وقوله: «فيستوي الأب والأم» وكذا قوله: «والأخ من الجانبين أولى من الأخ من جهة واحدة» فإن هذا اللفظ ينتظم الأخ من الأب، والأخ من الأم وكلاهما جواب على أن قرابة الأم يَدْخُلُونَ في الوصية مطلقاً، وعلى ذلك؛ يتفرع ما بيناه في شرح الفُضْل، فإن قلنا: إنهم لا يَدْخُلُونَ في وصية القرب، فلا استحقاق للأخ من الأم بحال، وقوله: «وفي الجد مع الأخ للأب قولان» يجوز إعلام لفظ القولين بالواو؛

(٢) في أ: الكتاب..

(١) في أ: التقريب.

للطريقة القاطعة، بتقديم الأخ، ويمكن إعلام قوله «يستويان» وقوله: «الأخ أولي» بالحاء؛ لما ذكر الأستاذ أبو منصور أن قياس قول أبي حنيفة - رحمه الله - في الميراث تقديم الجد على الأخ، وذلك خلاف القولين جميعاً، وعلى هذا، يمكن إعلام قوله: «ابن الأخ أولي» بالحاء أيضاً.

وأما قوله: «والجدُّ أبُ الأمِّ مع الأخ للأمِّ كالجدُّ أبُ الأبِّ مع الأخ للأبِّ» فينبغي أن يُعلِّمَ بالواو لأنه يفرض على إدخال قرابة الأمِّ في الوصية، ثم لا شك على هذا الوجه في مجيء القولين في الأخ للأمِّ مع الجدِّ للأمِّ لكنَّ إيراد الكتاب مع التقييد أولاً في قوله وفي الجدِّ مع الأخ للأبِّ يشعر إشعاراً ظاهراً بتقديم الجدِّ أبُ الأبِّ على الأخ للأمِّ جزماً، كما في الإرث، لكن الذي ذكره أصحابنا العراقيون، وصاحب «التهديب»، و«التتمة» - رحمهم الله - أنه لا فرق ويَجْرِي القولان في الجدِّ أبُ الأبِّ مع الأخ للأمِّ، وفي الجدِّ أبُ الأمِّ مع الأخ للأبِّ، وهذا هو قياس الباب.

ثم إننا نختم هذا القسم بفروع تليق به [ونوردها أتباعاً]<sup>(١)</sup> بتوفيق الله تعالى، مقتصرين على بيان الألفاظ المستعملة في الموصى لهم، فنقول:

آل رسول الله ﷺ بنو هاشم، وبنو المطلب أم جميع أمته. فيه وجهان ذكرناهما في «الصلاة»، والأصح الأول، وعن مالك: آله أصحابه ولو أوصى لآل غيره، فوجهان:

أحدهما: بطلان الوصية؛ لإبهام اللفظ؛ وتردده بين القرابة وأهل الدين وغيرها. وأشبههما: الصحة؛ لظهور أضل له في الشريعة؛ وعلى هذا قال الأستاذ أبو منصور: يُحتمل أن يكون كالوصية للقرابة، ويُحتمل أن يُفوض إلى اجتهاد الحاكم، فإن كان هناك وصي فالمتبع رأي الحاكم، أو الوصي؟ حكى الإمام: فيه وجهين، ولم يذكروا أن الحاكم والوصي يتخريان مراد الموصي، أم أظهر معاني اللفظ بالوضع، أو الاستعمال، وينبغي أن يقال: المرعي مراده، إن أمكن العثور عليه بقرينة، وإلا فظاهر المعاني<sup>(٢)</sup>.

وفي أهل بيت الرجل وجهان:

أحدهما: الحمل على ما يُحمَلُ عليه الآل.

والثاني: دخول الزوجة أيضاً، وكأنه أشبه، وفي أهله دون لفظ البيت وجهان

أيضاً:

(١) سقط في: ز، ب.

(٢) قال النووي: وهذا الذي اختاره الرافي هو الراجح المختار.

أحدهما: الحَمْلُ على الزوجة خاصَّةً، وبه قال أبو حنيفة - رحمه الله - .

والثاني: على كلِّ مَنْ تَلزُمُه نفقتهُ، فعلى الأول؛ لو صدرتِ الوصيةُ من امرأةٍ بطلت<sup>(١)</sup>.

وأبـاء فلان: أجداده من الجهتين، وأمـهاته جدَّاته من الجهتين، هكذا ذكره الأستاذ أبو منصور وغيره، وحكى الأستاذ عن أصحاب الرأي أن الأجدادَ من جهة الأم لا يدخلون في الآباءِ والجدَّاتُ من جهة الأب لا يدخلنَ في الأمهات.

وجعل الإمام المذهبيَّين وجَّهين، ورأى الأظهر ما نسب إلى أهل الرأي، ولا خلافَ في شُمول الأجدادِ والجدَّاتِ من الجهتين، ولا يدخل في الإخوة والأخوات والأحفاد. والأختانُ أزواج البنات، ولا يدخل في أزواج العمَّات، والخالاتِ، وفي أزواج الأخوات وجهان:

أصحُّهما: عند الإمام المنعُ، ويدخلُ أزواج الحوافد، وإن قلُّنا بدخول الأحفاد في الوصية للأولاد، عن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه يدخلُ زَوْجَ كلِّ ذاتِ رَحِمٍ محرم، وللأصحاب وجه مثله، ثم الاعتبارُ بكونه زوجاً عند الموت، فلو كانت خليَّةً يوم الوصية، منكوحَةً يوم الموت، استحقَّ زوجها.

ولو كانت مزوجةً يوم الوصية، مطلقةً يوم الموت فإن كان الطلاقَ رجعيًّا، فالاستحقاقُ بحاله، وإلَّا، فلا شيء له، وإن طلق بين الموت والقبول، استحق، إن قلنا: إن الملكَ في الوصية يخلُص بالموت، أو توقفنا فإن قلنا: يحصل بالقبول، فعلى وجهين. ويجري الخلافُ فيمن تزوجت بعد موتِ الموصي، ثم قتل زوجها.

وأحماء الرُّجُل أبوا زوجته، وفي دخول أجدادها وجدَّاتها تردُّد، حكاها الإمام - رحمه الله -، ولا يدخل أبوا زوجة الأب، وأبوا زوجة الابن، والأصهارُ كالأحماء، هذا ما نقله الأستاذ أبو منصور، وتابعه إمام الحرميَّين.

وفي «أمالي» أبي الفرج السرخسي: أن كلَّ رجلٍ من رجال المحارم، وأبو زوجته حمُّو، وأن الأصهار تشمل الأختان والأحماء<sup>(٢)</sup>.

ويدخل في المحارم كلُّ محرَّم بالنسب، وبالرضاع، أو بالمصاهرة، والأولاد، والدُّرِّيَّة، والنَّسْل، والعقب، والعترَّة، على ما ذكرنا في الوقف.

(١) قال النووي: ينبغي أن لا تبطل، بل يتعين الوجه الثاني، أو يرجع فيه إلى العرف والأرجح من الوجهين الثاني.

(٢) قال النووي: وهذا الذي قاله السرخسي هو المعروف عند أهل اللغة. والله أعلم.



ولو قال: لورثة فلان، فلمن ورثته من ذكر، وأنثى ينسب أو سبب بالسوية، لا على مقادير الإزث، فإن لم يكن له وارث خاص، وصرف ماله إلى بيت المال، بطلت الوصية.

وإن ورثته بنت واحدة ولم يحكم بالرد، فتستحق جميع الوصية، أم بعضها؟ فيه وجهان:

أصحهما: عند الأستاذ: أولهما، ولو مات الموصي، والذي أوصى لورثته، أو لعقبه حي؟ فالحكاية عن بعض الأصحاب بطلان الوصية، لأن الإنسان لا يرثه، ولا يعقبه أحد، وهو حي، وقال صاحب «النهاية» الظاهر عندي صحة الوصية في لفظ العقب، إن كان له أولاد؛ لأنهم يسمون أعقاب الشخص في حياته.

قال: ومثل هذا محتمل<sup>(١)</sup> في لفظ الورثة، وعلى هذا؛ فيوقف إلى أن يموت، فيتبين من يرثه<sup>(٢)</sup>.

ولو أوصى لعصبة فلان، لم يشترط في الاستحقاق كون فلان ميتاً يوم موت الموصي، بخلاف ما ذكره في لفظ الورثة، والعقب، ثم أولاهم بالتغصيب أولاهم بالوصية.

للموالي؛ على ما ذكرنا في «الوقف»، ولو كان له موال من الأعلى والأسفل، ففيه الوجوه، وعن رواية البويطي قول آخر؛ أنه يوقف إلى الاضطلاع؛ وإن لم يكن إلا أحدهما، فيصرف المال إليه، وها هنا كلامان:

أحدهما: قد يبحث عن موضع الأوجه، فنقول: إن قصد أحدهما، وجب أن يُخْمَل اللفظ عليه، ولا يجيء فيه الخلاف، وإن فرض الكلام، فيما إذا لم يقصد واحداً منهما، فلا معنى لقولنا: إن الظاهر الإحسان إلى المعتق مكافأة، أو أن العادة الإحسان إلى المماليك، بل لا تتجه إلا القسمة عليهما، أو الإنطال.

والثاني: إذا لم يوجد إلا أحدهما، فينقلح أن يُقَرَّع على الأوجه فيقال: إن قلنا بالقسمة، فينبغي أن يُصْرَف الآن إلى الذي وجد النصف، وإن قلنا بالحمل على المعتق، أو العتيق فإن كان الموجود، هو المخمول عليه، فذاك، وإلا، بطلت الوصية، وإن قلنا بالبطلان، فكذلك ها هنا؛ لأن إبهام اللفظ لا يختلف بين أن يوجد مجاملة، أو

(١) في ز: يحتمل.

(٢) قال النووي: هذا الذي اختاره الإمام في العقب وهو الذي قطع به صاحب «العدة» وجعله مذهبا وجعل البطلان مذهب أبي حنيفة. وهذا هو الراجح إن شاء الله تعالى.

لا يوجد، ثم إذا اقتضى الحال الحمل على الموالي من الأسفل، أو صرّح الموصى به، ثبت الاستحقاق لكل من عتق عليه، سواء تبرع بإعتاقه، أو أدى به كفارة أو نذراً أو أعتق عليه بالملك.

وفي أمهات أولادِهِ، ومدبريه وهم الذين يُعتقون بموته وجهان<sup>(١)</sup>.

ويتامى القبيلة الصبيان الفاقدون لآبائهم، وهل يُشترط الفقر للأستحقاق؟ فيه وجهان.

أشبههما: ما قيل في سهم الفَيء والغنيمة: نعم، ولا بد من تعميم المستحقين، هذا إذا انحصروا، [وأما] إذا لم ينحصروا، فيجوز الاقتصار حينئذ على ثلاثة، وجزم الأستاذ بأشترط الفقر فيهم، لكن الوجهين مشهوران في خمس الخمس مع عدم الانحصار.

والعنيان والزمنى كالأيتام في التفضيل والخلاف<sup>(٢)</sup>.

واسم الأرامل يقع على اللواتي ماتت عنهن الأزواج، وعلى المختلعات، والمبتوتات دون الرجعيات، والأيامى غير ذوات الأزواج، هذه عبارة الأستاذ [أبي منصور] وبها أخذ الإمام - رحمه الله - وقال: الفرق أن الأرملة التي كانت لها زوج والأيم لا يشترط فيها تقدم زوج، ويشتركان في اعتبار الخلو عن الزوج في الحال، وعبارة صاحب «المهذب» والشيخ القراء لا يُعتبر تقدم الزوج في تفسير الأرامل، وذكروا في دخول من لا زوجة له من الرجال في لفظ الأرامل<sup>(٣)</sup> وجهين؛ لأن الاسم في العرف للنساء، لكن الشاعر قال [البيط]:

كُلُّ الأَرَامِلِ قَدْ قَضَيْتْ حَاجَتَهُنَّ      فَمَنْ لِحَاجَةِ هَذَا الأَرْمَلِ الذَّكْرِ

وفي اشتراط الفقر الوجهان المذكوران في الأيتام، وبلا اشتراط أجاب الأستاذ ها

هنا.

والمعتبرون من الأقارب الذين يعترضون، ولا يسألون، وذو القنوع الذين،

يسألون.

(١) قال النووي: الأصح: لا يدخلان، إذ ليسا من الموالي، لا حال الوصية، ولا حال الموت.

(٢) قال النووي: قطع صاحب «العدة» بعدم اشتراط الفقر في الزمنى، قال، ومثله الوصية لأهل السجون وللغارمين، وتكفين الموتى وحفر القبور، ويدخل في كل ذلك الغني، والفقير، والمختار طرد الخلاف.

(٣) قال النووي: الأصح تخصيص الأرملة بمن فارقتها زوجها، ونقله إمام الحرمين عن نص الشافعي، وهو المفهوم في العرف، والأصح: أن الرجل لا يدخل في الأرامل.

وثيب القبيلة: النساء دُونَ الرِّجَالِ عَلَى أظهر الوجْهَيْنِ، وبه قال أبو حنيفة- رحمه الله..

والثاني: أنه يَدْخُلُ الرِّجَالُ الذي أصابُوا، وفي الأَبْكَار هذا الخِلافُ.

وَعِلْمَانِ القَوْمِ وصبيائِهِمْ، وكذا الأَطْفَالِ، والدَّرَارِي، واختلف الجوابُ في الشيوخ، والفتيان، والشبان ففي «المهذب» و«التهذيب» أن الشيوخ الذين جاوزُوا الأربَعِينَ، والفتيان والشُّبَّان الذين جاوزُوا البلوغَ إلى الثلاثين، والمفهومُ منه أن الكُهول هم بين الثلاثين والأربعين، فرواية الأستاذ عن الأَصْحَابِ الرُّجُوعِ في ذلك إلى اللُّغَةِ، واعتبارُ كَوْنِ الشَّعْرِ في السواد، والبياض، والاختلاط، ويختلف ذلك باختلاف أمزجة الأبدان<sup>(١)</sup>.

(١) قال النووي: هذا المنقول عن «المهذب» و«التهذيب» قاله أيضاً آخرون، وهو الأصح المختار. وصرح الروياني وغيره بأن الكهول: من جاوز ثلاثين إلى أربعين. وكذا قال أهل اللغة: إنه من جاوز الثلاثين لكن قال ابن قتيبة: إنه يبقى حتى يبلغ خمسين. وقد أوضحت هذه الأسماء مع اختلاف العلماء فيها وما يتعلق بها في «تهذيب الأسماء». ومن المسائل المتعلقة بما سبق، لو أوصى للمحجيج، قال صاحب «العدة»: يستحب دفعه إلى فقرائهم، فإن صرف إلى فقرائهم وأغنيائهم، جاز، لشمول الاسم. وينبغي أن يطرد فيه الوجهان، كالأيتام، والأرامل. واشترط الفقر هنا أرجح.

## [القسم الثاني: في المسائل المعنوية]

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الْقِسْمُ الثَّانِي فِي الْمَسَائِلِ الْمَعْنَوِيَّةِ: أَوْلَاهَا الْوَصِيَّةُ بِمَنَافِعِ الدَّارِ وَغَلَّةِ البُسْتَانِ وَتَمَرَّتِهِ نَصُّ الشَّافِعِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَلَى صِحَّتِهِ، وَكَذَا مَنَافِعِ الْعَبْدِ وَهُوَ تَمْلِيكَ مَنفَعَةَ بَعْدِ الْمَوْتِ لَا مُجَرَّدَ (ح) إِيَاحَةٍ حَتَّى إِذَا مَاتَ الْمُوصِي لَهُ وَرِثَ (ح) عَنْهُ، وَنَصَحَ (ح) إِجَارَتَهُ، وَلَا يَضْمَنُ إِذَا تَلَفَ الْعَبْدُ فِي يَدِهِ، وَيَمْلِكُ جَمِيعَ أَكْتِسَابِ الْعَبْدِ مِنَ الْأَضْطِيَادِ وَالْأَخْطَابِ، وَلَا يَمْلِكُ وَلَدَ الْجَارِيَةِ وَلَا عَقْرَهَا، وَلَا مَا يَمْلِكُهُ الْعَبْدُ بِأَلْتِهَابِ عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ، وَهَلْ يَمْلِكُ الْمُسَافِرَةَ بِهَا دُونَ رِضَا الْمَالِكِ فِيهِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قَدْ سَبَقَ أَنَّ الْوَصِيَّةَ بِمَنَافِعِ الْعَبْدِ وَالدَّارِ صَحِيحَةٌ مُؤَبَّدَةٌ، وَمُوقَّتَةٌ، وَكَذَا بَعْلَةُ الدَّارِ، وَالْحَانُوتِ، وَكَذَا بِشِمَارِ البُسْتَانِ الَّتِي سَتَحَدَّثُ عَلَى الْأَصْحَحِ، وَلَوْ أَوْصَى بِخِدْمَةِ عَبْدٍ سَنَةً مِنَ السَّنِينَ، وَلَمْ يَعْينَ، [فَيَجْعَلُ] التَّعْيِينَ إِلَى الْوَارِثِ [وَصَحَّتِ الْوَصِيَّةُ]؛ قَالَه الْخَضْرِيُّ، وَغَيْرُهُ وَيَجُوزُ أَنْ يَجْعَلَ لَهُ ثَمْرَةَ بُسْتَانِهِ [فَإِنْ لَمْ تَتَمَّرْ فِثْمَرَةَ] (١) الْعَامَ الْقَابِلِ، أَوْ خِدْمَةَ عَبْدِهِ الْعَامَ، فَإِنْ مَرَضَ، فَخِدْمَةُ الْعَامِ الثَّانِي، وَكَذَا يَجُوزُ أَنْ يُوصِيَ بِخِدْمَةِ عَبْدِهِ لِإِنْسَانٍ مَدَّةَ حَيَاةٍ زَيْدٍ.

إِذَا تَقَرَّرَ ذَلِكَ، فَالْغَرَضُ الْآنَ الْكَلَامُ فِي فُرُوعِ الْوَصِيَّةِ بِالْمَنَافِعِ، وَيَبْنِي عَلَى أَصْلِ، وَهُوَ أَنَّ هَذِهِ الْوَصِيَّةَ تَمْلِكُ لِلْمَنَافِعِ بَعْدَ الْمَوْتِ، وَلَيْسَتْ مُجَرَّدَ إِيَاحَةٍ. كَمَا أَنَّ الْوَصِيَّةَ بِالْأَعْيَانِ تَمْلِكُ لَهَا بَعْدَ الْمَوْتِ، فَلَوْ مَاتَ الْمُوصِي لَهُ، وَرَثَتْ عَنْهُ؛ كَسَائِرِ حَقُوقِهِ، وَلَهُ الْإِجَارَةُ، وَالْإِعَارَةُ، وَالْوَصِيَّةُ بِهَا، وَلَوْ تَلَفَ الْعَبْدُ فِي يَدِهِ، لَمْ يَضْمَنْهُ، كَمَا لَا يَضْمَنُ الْمُسْتَأْجِرُ.

قَالَ فِي «التَّهْذِيبِ» وَلَيْسَ عَلَيْهِ مَوْئِدَةُ الرَّدِّ.

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهَا عَارِيَّةٌ لِأَزْمَةٍ لَا مِلْكَ فِيهَا، وَلَا يُورَثُ عَنْهُ، وَلَيْسَ لَهُ الْإِجَارَةُ، هَذَا إِذَا أُطْلِقَ الْوَصِيَّةُ بِالْمَنَافِعِ، أَوْ قَيْدَهَا بِالتَّأْيِيدِ، وَالْمَرَادُ مِنَ التَّأْيِيدِ اسْتِيعَابُ

(١) سقط في: ز.

الوصية بمنفعة العبد مدة حياته، وكذا الحكم فيما إذا أوصى بمنفعته مدة مقدرة من شهر أو سنة، وحكي عن رواية أبي علي الطبري؛ وغيره وجه آخر؛ أنها لا تنتقل إلى وارث الموصى له لا عند الإطلاق ولا إذا قدر بمدة معلومة، ومات الموصى له قبل انقضائها، والمذهب المشهور الأول.

أما إذا قال: أوصيت لك بمنافعه مدة حياتك، فهو إباحة، وليس بتملك، فليس له الإجارة، وفي الإعارة وجهان<sup>(١)</sup>. وإذا مات الموصى له، رجع الحق إلى ورثة الموصي، ولو قال: أوصيت لك أن تسكن هذه الدار، أو بأن يخدمك هذا العبد، فهو إباحة أيضاً، لا تملك؛ بخلاف قوله: «أوصيت لك بسكنائها أو خدمته» هكذا ذكره القفال وغيره، لكننا ذكرنا وجهين فيما إذا قال: «أستأجرتك لتفعل كذا، أن العقد حاصل إجارة عين، أم إجارة في الذمة؟ فإن قلنا: إنه إجارة في الذمة، فينبغي ألا يفرق ها هنا بين قوله: «بأن يسكنها، أو بسكنائها».

وفي «فتاوى القفال»: أنه لو قال: أطعموا فلاناً كذا متاً من الخبز من مالي، اقتضى تملكه، كما في إطعام الكفارة، ولو قال: اشترؤا الخبز، واصرفوه إلى أهل محلتي، فسيبيله الإباحة، هذا هو الأصل.

وأما الفروع: فمنها ما يتعلق بجانب الموصى له فيملك إثبات اليد على العبد الموصى بمنفعته أو منافعه، وإكسابه المعتادة من الاحتطاب والاصطياد، وأجرة الحرقة؛ فإنها أبدال منافعه، وفي الأكساب النادرة؛ كالموهوب والملتقط وجهان:

أظهرهما: المنع، فإنها لا تقصد بالوصية، وذكر الحناضي، أبو الحسن العبادي الوجهين في مطلق الأكساب، وسيأتي في آخر الفصل ما يحقق روايتهما.

(١) في ز: قولان. وقال في الخادم: ما جزم به من منع الإجارة خالفه في باب الإجارة فقطع بالجواز، والموقع له في هذا تعليل صاحب التهذيب فإنه قال هنا: أما إذا قال أوصيت لك بمنافعه حياتك، فهو إباحة ليس بتملك، فليس له أن يؤجره، وقال في كتاب الإجارة: ولو أوصى لإنسان بمنفعة داره ما عاش، فمات الموصي وقبل الموصى له الوصية وأجرها جاز فإذا مات الموصى له في خلاف المدة تنفسخ الإجارة لأنه انتهى حق الموصى له هذا كلامه وتابعه على ذلك صاحب الكافي والرافعي وسبق أن الصواب الجواز وأنهما مسألتان ثم بعد ذلك بأسطر ذكره شيخه البلقيني، ولفظ الشيخ البلقيني بعد ذكره عن التهذيب ما تقدم لم يحك في التهذيب الوجهين في هذه بل حكاها فيما إذا كانت صيغته أن يخدمك هذا العبد أو تسكن هذه الدار، ولقائل أن يقول بطرد الوجهين في الصورة التي في الكتاب؛ لأنه إنما أوصى بأن يخدمه أو يسكنها. وقضية هذا أن الخطاب ينصرف إلى نفس الموصى له، فإذا أراد أن يعيره لغيره ففيه وجهان من أجل فقدان معنى المخاطبة لكن في كلام البغوي شيء يقتضي طرد الوجهين في صورة الكتاب أيضاً وهو قوله لأنه إباحة، وليس بتملك.

ولو أتت الجارية الموصى بمفعتها بولد من زوج، أو زنى، فوجهان:  
أحدهما: أنه يملكه الموصى له؛ كالأكساب، وقد روي أنه ﷺ سَمَى وَلَدَ الرَّجُلِ  
كُنْبِهِ.

وأصحهما: أنه لا يملكه، وعلى هذا، فوجهان:  
أحدهما: أنه ملك لورثة الموصى؛ لأن استحقاق المنفعة لا يتعدى إلى الولد،  
كما في الإجارة.

والثاني: أن حكمه حكم الأم، رقبته للورثة، ومنفعته للموصى له؛ لأنه جزء من  
الأم، فيجري مجراها، وبهذا أجاب العراقيون، وصاحب «التهذيب» وإذا وُطِّتْ بِشِبْهَةِ،  
أَوْ زُوِّجَتْ، فَلِمَنِ الْمَهْرُ؟ فيه وجهان؛ جواب العراقيين بأسرهم: أنه للموصى له،  
توجهاً بأن المهر من نماء الرقبة وغلتها، فكان كالأكساب، وتابعهم عليه صاحب  
«التهذيب». والمنسوب إلى المرأوزة: أنه لورثة الموصى؛ لأنه بدل منفعة البضع،  
ومنفعة البضع لا تجوز الوصية بها، فبدلها لا يستحق بالوصية، وإذا تعدد ذلك كان تابعاً  
للرقبة؛ وهذا أشبه وأظهر على ما ذكره صاحب الكتاب، وهو الذي أورده أبو سعيد  
المتولي، ولا خلاف أنه ليس له وطؤها، لكن لو وطئها، لم يُجَدَّ للشبهة، وفيه وجه:  
أنه يُحَدُّ، كما لو وطئ المستأجر، ولو أولدها بالوطء لم تُصِرْ أم ولد له، لكن الولد  
حرٌّ للشبهة.

وحكى العبادي وجهاً؛ أنه يكون رقيقاً، فإذا قلنا بحريته، فإن جعلنا الولد  
المملوك كالكسب، فلا قيمة عليه، وإلا، فعليه القيمة، ثم هل هي لمالك الرقبة أم  
يشترى بها عبداً تكون رقبته لمالك الرقبة ومنفعتها للموصى له فيه وجهان، هذا ما ذكره  
في هذه الصورة، ولم يفرقوا بين أن يقول: أوصيت بمنفعة العبد، أو بخلته، أو بكسبه،  
أو بخدمته، أو بمنفعة الدار، أو سكنها، أو غلتها، وكان الأحسن أن يُقال: الوصية  
بالمنفعة تُفيد استحقاق الخدمة في العبد، والسكنى في الدار، والوصية بالخدمة،  
والسكنى لا تفيد استحقاق سائر المنافع؛ ألا ترى أنه إذا استأجر عبداً للخدمة، لم يملك  
تكليفه البناء، والغراس، والكتابة؟ وإذا استأجر داراً للسكنى لم يكن له أن يعمل فيها  
عمل الحدادين، والقضارين، ولا أن يطرح الزيل فيها؟ ولا يبعث أن يكون المراد هذا.

وإن أطلقوا الكلام إطلاقاً، وأجزوا الصور مجرى واحداً، بل ينبغي أن يُقال:  
الوصية بالغلّة، والكسب، لا تفيد استحقاق السكنى، والركوب، والاستخدام، والوصية  
بواحد منها لا تفيد استحقاق الغلّة، والكسب، والغلّة، فائدة عينية، والمنفعة تُطلق في  
مقابلة العين، فيقال: الأموال تنقسم إلى الأعيان والمنافع، وهذا يوافق ما حكاها وجهاً؛  
أن الموصى له بالمنفعة لا يستحق مطلق الكسب.

وهل يفرد الموصى له بالمسافرة بالموصى بمنفعته؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، كما لا يجوز لزوج الأمة أن يسافر بها، رعاية لحق المالك.

وأظهرهما: نعم، وإلا، فيتبعض عليه الانتفاع، وليس كالزواج مع السيد، فإن المنفعة هناك للسيد، ولذلك يستقل بالمسافرة وملك الرقبة، ها هنا لا يستقل.

وقوله في الكتاب في مبدأ الفصل «الوصية بمنافع الدار، وغلة البستان، وثمرته لفظ الغلة» بالدار أليق منه بالبستان، فلو قال: بمنافع الدار، وغلتها، وثمرتها البستان كان أولى، وهكذا هو لفظ الشافعي - رضي الله عنه - في «المختصر» قال: «ولو أوصى بخدمة عبده، أو بغلة داره أو ثمره بستانه».

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَالْوَارِثُ يَمْلِكُ إِعْتَاقَهُ، ثُمَّ يَبْقَى (و) مُسْتَحِقُّ الْمَنَافِعِ بَعْدَ الْعِتْقِ، وَيَلْزَمُهُ (ح) الْإِنْفَاقُ قَبْلَ الْعِتْقِ، فَإِنْ أَرَادَ الْخَلَاصَ فَلْيُعْتِقْ، وَقَبْلَ الْإِنْفَاقِ عَلَى الْمُوصَى لَهُ، كَمَا أَنَّهَا عَلَى الزَّوْجِ، وَقِيلَ: إِنَّهَا فِي كَسْبِهِ، وَلَا يَمْلِكُ الْوَارِثُ بَيْعَهُ إِنْ أَوْصَى بِمَنْفَعَتِهِ مُؤَبَّدًا، وَإِنْ كَانَ مُوقَّتًا فَهُوَ كَبَيْعِ الْمُسْتَأْجِرِ، وَهَلْ يَمْلِكُ كِتَابَتَهُ وَلَا كَسْبَ لَهُ إِلَّا الصَّدَقَاتُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَالْمَاشِيَةُ الْمُوصَى بِتَّاجِهَا لِلغَيْرِ يَجُوزُ بَيْعُهَا لِبِقَاءِ بَعْضِ الْمَنَافِعِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: وَمِنَ الْفُرُوعِ مَا تَتَلَقَّى بِجَانِبِ وَاثِرِ الْمُوصِي، وَهِيَ أَرْبَعَةٌ:

إحداها: الوارث يملك إعتاق العبد الموصى بمنفعته؛ لأن رقبته خالصة له، وأشار صاحب «الرقم» وغيره إلى خلاف<sup>(١)</sup> فيه؛ والمذهب الأول؛ وحكى الإمام وجهين في جواز إعتاقه عن الكفارة.

وأصحهما: المنع؛ لأنه عاجز عن الكسب لنفسه، فأشبه الزمن، ثم إذا أعتق،

فوجهان:

أصحهما: وهو المذكور في الكتاب: بل في معظم كتب الأصحاب: أن الوصية تبقى بحالها، وتكون المنافع مستحقة للموصى له، كما كانت؛ كما إذا أعتق العبد المستأجر، ولا يرجع العتق على المعتق بقيمة المنفعة، بخلاف ما إذا أجز عبده، ثم أعتقه، حيث قلنا: على رأي: إنه يرجع بقيمة المنفعة للمدة الباقية؛ لأنه أتلف عليه منفعة بعد العتق، بعقد قبله، وأخذ عوضها، وها هنا ملك الرقبة مسلوب المنفعة، ولم يفوت عليه شيئاً.

والثاني: نقله أبو الفرج الزاز أن الوصية تبطل، ويبعد أن يكون الحر مستحق

(١) هذا الخلاف صرح به الماوردي وغيره.

المنفعة أبد الدهر، وعلى هذا؛ فهل يرجع الموصي له على المغتني ببدل المنافع؟ فيه وجهان، وهل للوارث كتابة هذا العبد؟ فيه وجهان:

أظهرهما: لا؛ لأن أكسابه مستحقة للغير فلا تنصرف إلى جهة الكتابة.

والثاني: نعم؛ اعتماداً على ما يأخذه من الزكاة.

الثاني: إن كانت الوصية بمنفعة مدة معلومة، فنفقته على الوارث؛ لأنه مالك الرقبة. كما إذا أجر عبده، وإن كانت الوصية بها على التأيد، فثلاثة أوجه:

أصحهما: أن الجواب كذلك، فإن كان يتضرر بذلك فخلاصه في أن يعتقه.

والثاني: وبه قال أبو حنيفة - رضي الله عنه - والإصطخري: أنها على الموصي له؛ لأنه ملك منفعته على التأيد، فأشبه الزوج.

والثالث: أنها في كسبه، فإن لم يكن له كسب، أو لم يف بها، ففي بيت المال<sup>(١)</sup>؛ لأن الإيجاب على الوارث، ولا فائدة له في العبد وإجحاف به، والموصي له، لا يملك الرقبة، حتى نوجب عليه، فتعين ما ذكرناه، والفطرة على ما ذكره أبو الفرج السرخسي، وطائفة، كالنفقة، ففيها الخلاف.

وعلى ما أورده صاحب «التهذيب» القطع بوجوبها على مالك الرقبة، وهو كما حكينا عن أبي الفضل بن عبدان في «باب الفطرة» فيما إذا وصى برقبة عبده لرجل، وبمنفعته لآخر، وعلف البهيمة كنفقة العبد، وعمارة الدار الموصى بمنافعها وسقي البستان الموصى بشماره، إن تراضيا عليه، أو تطوع به أحدهما، فذاك، وليس للآخر منعه، وإن تنازعا، لم يُجبر واحد منهما، بخلاف النفقة؛ لحرمة الحيوان.

وأشار بعضهم إلى طرد الخلاف المذكور، في العمارة، وسائر المؤنات<sup>(٢)</sup>.

الثالث: بيع الموصي بمنفعته مدة؛ كبيع المستأجر، وإن كان موصى بمنفعته على التأيد، ففي بيع الوارث الرقبة وجوه:

أحدها: الصحة؛ لكمال الملك فيها.

(١) وأطلق الماوردي في نقل الثالث ولعله وجه رابع، الدارمي صرح به فقال: تفقه على أربعة، أوجه:

أحدها: على مالك المنفعة، والثاني: على مالك الرقبة. والثالث: في بيت المال: والرابع: في كسبه مما فضل فللمالك منفعته وإن عجز فعلى بيت المال.

(٢) هذا الذي جزم به من عدم إجبار أحدهما مخالف لما نقله في باب الرهن عن الروياني أن الراهن والمرتهن لو اتفقا على ترك سقي الثمرة مع إمكانه أن لا يجوز وادعى الروياني أنه الأصح ووجهه ظاهر لأن تركه إضاعة المال وهو غير جائز.



والثاني: المنع؛ لأستغراق المنفعة بحق الغير.

والثالث: أنه يصح بيع العبد، والأمة، دون البهائم والجمادات؛ لأنه يتقرب إلى الله تعالى بإعتاقها.

والرابع: أنه يصح البيع من الموصى له، ولا يصح البيع من غيره؛ إذ لا فائدة [له] فيه، وهذا أرجح على ما يدل عليه كلام الأئمة - رحمهم الله -؛ ومنهم من قطع بالمنع، إذا باع من غير الموصى له.

والماشية الموصى بنتاجها للغير، يجوز بيعها؛ لبقاء بعض الفوائد، والمنافع؛ كالصوف واللبن والظهر، وإنما الخلاف فيما إذا استغرقت الوصية المنافع، وهذه الفروع الثلاثة هي المذكورة في الكتاب، والمواضع المحتاجة إلى العلامات منها غير خافية.

وقوله: «ولا يملك الوارث بيعه إن أوصى بمنفعته مؤبداً ظاهره الجواب بنفي الصحة مطلقاً، لكنه على ما يدل عليه كلامه في «الوسيط» أراد الوجه الفارق بين ما إذا باع من الموصى له، أو من غيره؛ والمعنى إلا أن يبيع من الموصى له.

وقوله: «ولا كسب له إلا ما يأخذ من الصدقات» فيه إشارة إلى توجيه الوجهين، ويمكن أن تجعل مجموعة وجهاً للمنع، أي لا كسب له إلا ما يأخذ من الصدقات، وأنها عارضة لا اعتماد عليها، فلا للتصحيح.

الفرع الرابع: ليس للوارث وطء الجارية الموصى بمنفعتها، إن كانت ممن تحبل؛ لما فيه من خوف الهلاك بالطلق، والثقصان والضغف بالولادة والحمل، وقد يوجه أيضاً بأنه غير تام الملك فيها، وإن كانت ممن لا تحمل، فعلى وجهين، كما ذكرنا في وطء المراهق الجارية المرهونة.

وقطع صاحب التتمة بالجواز، وإن كانت ممن لا تحبل، وذكر وجهين فيما إذا كانت ممن تحبل، فيحصل من ذلك ثلاثة أوجه في المسألة؛ فإن حرمتنا الوطاء، فوطء، فلا حد؛ لظهور الشبهة، ووجوب المهر يبنى على أنها لو وطئت بالشبهة؛ لمن يكون المهر؟ إن جعلناه للوارث، لم يجب عليه المهرها هنا، وإلا، وجب.

فإن أولدها، فالولد حر، وعليه قيمته، وتكون القيمة للموصى له، أم يشتري بها عبداً يخدم الموصى له، ورقبته للوارث؟ فيه وجهان كالوجهين فيما إذا ولدت ولداً رقيقاً، وتصير الجارية أم ولد له، وتعق بموته، مسلوقة المنفعة، وفيه وجه ضعيف؛ أنها لا تصير أم ولد.

قال الغزالي: إذا قُتل العبد فليلوارث استيفاء القصاص، ويحبط حق الموصى له، فإن رجع إلى القيمة فقد قيل: إن الوارث يختص بها، وقيل: يشتري بها عبداً فيقوم

مَقَامَهُ، وَقِيلَ: يُوزَعُ عَلَى الرَّقَبَةِ مَسْلُوبَةَ الْمَنْفَعَةِ وَعَلَى الْمَنْفَعَةِ، وَيُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا بِهَذَا الْأَعْتِبَارِ، وَإِنْ جَنَى هُوَ تَمَلَّقَ الْأَرْضَ بِرَقَبَتِهِ، فَإِذَا بَيْعَ بَطَلَ حَقُّ الْمَوْصِي لَهُ، وَإِنْ فَدَاهُ الشَّيْءَ، اسْتَمَرَ حَقُّهُ، وَالصَّحِيحُ أَنَّ طَرِيقَ اخْتِسَابِهِ مِنَ الثَّلَاثِ أَنْ يُعْتَبَرَ مَا نَقَصَ مِنْ قِيَمَتِهِ بِسَبَبِ الْوَصِيَّةِ بِمَنْفَعَتِهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِي هَذِهِ الْبَقِيَّةِ ثَلَاثُ مَسَائِلَ:

إحداها: فِي الْجَنَايَةِ عَلَى الْعَبْدِ الْمَوْصِي بِمَنْفَعَتِهِ، فَإِنْ قُتِلَ، نُظِرَ؛ إِنْ كَانَ قَتْلًا يُوْجِبُ الْقِصَاصَ، فَلِمَالِكِ الرَّقَبَةَ الْاِقْتِصَاصَ، وَإِذَا اقْتَصَصَ، حَبِطَ حَقُّ الْمَوْصِي لَهُ، كَمَا لَوْ مَاتَ، أَوْ انْهَدَمَتِ الدَّارُ، وَبَطَلَتْ مَنَافِعُهَا، وَإِنْ كَانَ مِمَّا يُوْجِبُ الْمَالَ، أَوْ رَجَعَ إِلَيْهِ، فَفِي الْقِيَمَةِ الْمَأْخُودَةُ أَوْجَهُ:

أحدها: أَنَّهُ لِلْوَارِثِ، بِحَقِّ مَلِكِ الرَّقَبَةِ، وَلَا شَيْءَ لِمَسْتَحِقِّ الْمَنْفَعَةِ، كَمَا لَا حَقَّ لِلْمَسْتَأْجِرِ فِي بَدْلِ الْمَسْتَأْجِرِ، وَلَا لَزَوْجِ الْأُمَّةِ فِي بَدْلِهَا.

والثاني: وَيُحْكَمُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللَّهُ - أَنَّهُ يَشْتَرِي بِهَا عَبْدٌ يَقُومُ مَقَامَهُ، فَتَكُونُ رَقَبَتُهُ لِلْوَارِثِ، وَمَنْفَعَتُهُ لِلْمَوْصِي لَهُ؛ لِأَنَّ الْقِيَمَةَ بَدْلُ الرَّقَبَةِ وَمَنَافِعُهَا، فَتَقُومُ مَقَامَهَا، وَهَذَا أَصَحُّ عِنْدَ الشَّيْخِ أَبِي حَامِدٍ وَالْإِمَامِ - رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى - .

والثالث: أَنَّهُا تُوزَعُ عَلَى الرَّقَبَةِ مَسْلُوبَةَ الْمَنَافِعِ، وَعَلَى الْمَنْفَعَةِ وَحِدهَا وَطَرِيقَهُ أَنَّ يَقُومَ الرَّقَبَةَ بِمَنَافِعِهَا، ثُمَّ تَقُومُ بِهَا مَنفَعَةٌ، وَلَا بَدْلُ، وَأَنْ يَكُونَ لَهَا قِيَمَةٌ؛ لَمَّا فِي إِعْتَاقِهَا مِنَ الثَّوَابِ، وَجَلَبَ الْوَلَاءِ، فَقَدَّرَ التَّفَاوُتِ هُوَ قِيَمَةُ الْمَنْفَعَةِ، فَمَا هُوَ حِصَّةُ الرَّقَبَةِ مِنَ الْقِيَمَةِ، فَهُوَ لِلْوَارِثِ، وَمَا هُوَ حِصَّةُ الْمَنْفَعَةِ، فَلِلْمَوْصِي لَهُ، وَهَذَا الْوَجْهَ وَالَّذِي قَبْلَهُ مَأْخُودُهُمَا وَاحِدٌ، وَافْتَرَقَهُمَا فِي أَنَّ الْقِيَمَةَ تُصَرَّفُ إِلَى عَبْدٍ آخَرَ، أَوْ تُقَسَّمُ بِحَالِهَا.

ولولا ما سنذكره من الإشكال في تقويم المنفعة، لآقتضى القياس ترجيح الثاني، كما في غرامة سائر المتلفات، وإنما يتوجه تحصيل عبد آخر في «الوقف».

والرابع: أَنَّهُا لِلْمَوْصِي لَهُ خَاصَّةً؛ لِأَنَّ تَقْوِيمَهُ بِمَنَافِعِهِ، وَالْمَنَافِعَ حَقُّهُ؛ وَيُخْرَجُ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ [فِيمَا] إِذَا قَتَلَهُ الْوَارِثُ، أَوْ الْمَوْصِي لَهُ؛ فَلَا شَيْءَ عَلَى مَنْ لَوْ كَانَ الْقَاتِلَ غَيْرَهُ، لَكَانَتِ الْقِيَمَةُ مَصْرُوفَةً إِلَيْهِ، وَإِنْ جَنَى عَلَيْهِ بِقَطْعِ بَعْضِ أَطْرَافِهِ؛ فَمِنْهُمْ مَنْ طَرَدَ الْأَوْجِهَ الثَّلَاثَةَ الْأَوَّلَ فِي الْأَرْضِ، وَذَكَرَ أَنَّهُ يَشْتَرِي بِهِ عَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي، وَلَا يَبْغُدُ تَخْرِيجُ الْوَجْهِ الرَّابِعِ عَلَى هَذِهِ الطَّرِيقَةِ؛ تَشْبِيهًا لَهُ بِالْوَلَدِ، وَالزِّيَادَاتِ الْعَيْنِيَّةِ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَطَعَ هَا هُنَا، يَكُونُ الْأَرْضُ لِلْوَارِثِ، وَاتَّفَقُوا عَلَى تَرْجِيحِهِ، وَإِنْ ثَبَّتَ الْخِلَافَ، وَكَانَ سَبَبُهُ أَنَّ الْعَبْدَ بَقِيَ مَنْتَفَعًا بِهِ، وَمَقَادِيرُ الْمَنْفَعَةِ لَا تَنْضَبُطُ، وَتَخْتَلِفُ بِالْمَرَضِ وَالْكِبَرِ، وَكَأَنَّ حَقَّ الْمَوْصِي لَهُ بَاقِيًا بِحَالِهِ.

الثانية: في جنائته، فإن أتى بما يوجبُ القصاص، وأقتَص منه، فقد ضاع حقُّ المالك، والموصى له جميعاً، وإن وجب المال، تعلَّق برقبته، فإن لم يفدياه، يبيع في الجناية، وبطل حقهما، ويتقدم حق المجني عليه على حقهما، فإن زاد الثمن على الأرش، قال أبو الفرج السرخسي: يُقسَّم بينهما على نسبة حقهما، وينبغي أن يجيء فيه الخلافُ السابق، وإن فدياه، استمر الحقان، وإن فداه مالك الرقبة فكذلك، وإن فداه الموصى له، فوجهان في لزوم الإجابة على المجني عليه:

أحدهما: لا يلزم؛ لأنه أجنبي عن الرقبة.

وأشبههما: اللزوم؛ لظهور غرضه فيه، وهذا فيما إذا فدَى أحدهما العبدَ بمنافعه، فإن فدَى حصته، قال أبو عبد الله الحناطي: يُباع نصيب صاحبه، وفيه إشكال؛ لأنه إن فدَى مالك الرقبة، فكيف تباع المنافع وخدها؟ وإن فدَى الموصى له، واستمر حقه فبيع الرقبة يكون على الخلاف الذي مرَّ في أن الوارث، هل يبيح الرقبة؟

وقوله في الكتاب: «إن فداه السيد استمر حقه» يعني حقَّ الموصى له، وتخصيص السيد بالذكر يمكن أن يكون إشارة إلى الخلاف في أن فداء الموصى له، هل تلزم إجابته، أو والاختيار أنها لا تلزم.

الثالثة: كيف يُحسب الوصية بالمنفعة من الثلث؟ إن أوصى بالمنفعة أبداً، فوجهان، ويقال: قولان:

أحدهما: أنه يُعتبر الرقبة بتمام منافعها من الثلث، كما لو باع بثمن مؤجل يعتبر قيمته من الثلث، وهذا؛ لأنه حالٌ بينها وبين الوارث، والحيلولة كالإتلاف؛ ألا ترى أن الغاصب يضمن بها؟ وأيضاً فإن منافع الرقبة وفوائدها قد بطلت على الوارث، فكأنه قد فوتها بالكلية.

والثاني: خرَّجه ابن سريج: أن المعتبر ما بين قيمتها بمنافعها وقيمتها مسلوقة بالمنفعة؛ لأن الرقبة باقية للوارث، فلا معنى لأحتسابها على الموصى له، وهذا أصح عند صاحب الكتاب وطائفة، والأول أصح عند الأكثرين، وهو نصه في اختلاف العراقيين في «الإملاء»، وبه أجاب ابن الحداد، ووجه أيضاً بأن المنفعة أبداً هي التي أوصى بها، والمنفعة أبداً لا يمكن تقويمها؛ لأن المنفعة أبداً يُعنى بها منفعة مدة العمر، ومدة العمر غير معلومة، فمنفعة مدة العمر غير معلومة، وما لم يُعلم ولا يضبط لا يمكن تقويمه.

وإذا تعدد تقويم المنافع وحدها، تعيَّن تقويم الرقبة؛ وحكي هذا الوجه عن أبي إسحاق.

واعلم أننا ذكرنا ما قيل في طريق تقويم المنفعة من قبل، ويشبه أن يُقال: إنه غير صالح لتقويم منفعة الموصي بها<sup>(١)</sup> كما ذكره أبو إسحاق، لكنه صالح المعرفة ما فات على الورثة، أما الأول؛ فلأننا إذا قوّمنا الرقبة مع منافعها، فلا يُعتَبَرُ فيه إلا صفات الرقبة في الحال، ولا ينظر إلى تأبدها، ولا تأقتها، كما لا يُنظَرُ في الذات إلى مدة بقائها، والموصي به ليس له مجرد المنفعة، بل منفعة مدة العمر، فإذاً الطريق المذكور، لو أفاد، إنما يُفيد معرفة قيمة المنفعة، لا قيمة المنفعة أبداً، وهي التي أوصى بها.

وأما أنه صالح المعرفة ما فات على الورثة؛ فلأننا إذا قوّمناه منتفعاً به، ومسلوب المنفعة، عرّفنا أن ما نقص هو الذي فوته على الورثة، فأمكن أن يقال: إنه المعتبر من الثلث، ويجوز أن يفوت على الورثة بوصيته ما لا يحصل للموصي له، كما لو أوصى بأحد مصراعي الباب، وزوجي الحُفّ.

والذي ينبغي أن يُعتَبَرُ من الثلث هو الذي نقص من قيمتها، فإن قلنا: إن المحسوب من الثلث قدر التفاوت، فهل يُحسَبُ قيمة الرقبة من التركة أم لا تُحسب على الوارث، كما لا تُحسب على الموصي له؟ فيه وجهان:

أظهرهما: الأول، ولنوضح ذلك بالمثال:

أوصى بمنفعة عبد، قيمته بتمام منافع مائة، ودون المنافع عشرة، فعلى المنصوص يُعتَبَرُ من الثلث المائة، ويشترط أن يكون له سوى العبد مائتان، وعلى الثاني المعتبر التسعون، فيشترط أن يبقى للورثة ضعف التسعين مع العشرة على وجه، ودونها على وجه، هذا إذا أوصى بمنفعته أبداً، وإن أوصى بها سنة أو شهراً، ففيه طرق:

أحدها: أن الحكم كما في الوصية المؤبدة، نقله بعض الشارحين.

والثاني: عن الخضرِيّ: إن اعتبرنا تفاوت ما بين القيمتين هناك، فما هنا أولى، وإن اعتبرنا قيمة الرقبة، فما هنا وجهان؛ بناءً على جواز بيع المستأجر. إن جوزناه، اعتبرنا من الثلث قدر التفاوت، وإلا، اعتبرنا قيمة الرقبة؛ لأنها كالتالفة، ويمكن على هذا القياس أن يُبَيَّنَ الخلاف فيما إذا أوصى بمنفعته أبداً على الخلاف في أنّ الوارث، هل يتمكّن من بيعه؟

والثالث: أن المعتبر الثلث من قيمة منفعة تلك المدة، وهي أجرة المثل، واستبعده في «الوسيط» لأن المنافع تحدث بعد الموت، فليس الموصي مفوتاً لها من ملكه.

**والرابع:** وهو الأظهر: أنه يقوم العبد بمنافعه، ثم يقوم مسلوب المنفعة في تلك المدة فما نقص، فهو المعتبر من الثلث، وقيمة الرقبة في هذه الحالة محسوبة من التركة بلا خلاف. ويتفرع على الخلاف المذكور صُور:

**إحداها:** إذا أوصى بمنفعة عبده ثلاث سنين، ولا مال له سواه، إن اعتبرنا قيمة الرقبة من الثلث، صححت الوصية في منافع الثلث، وزدّت في الباقي، وإن اعتبرنا ما نقص بسبب الوصية، وكان النقصان نصف القيمة، فترد الوصية في سدس العبد، أو ينقص من آخر المدة سدسها؟ فيه وجهان.

أظهرهما الأول؛ لأن قيمة المنافع تختلف باختلاف الأوقات.

**والثانية:** أوصى برقبته لإنسان، وبمنفعته لآخر، إن قلنا: يُعتبر من الثلث كمال القيمة، فيُنظر فيما سواه من التركة، ويسلم إلى كل واحد حقه كاملاً أو غير كامل، وإن قلنا: المعتبر التفاوت، فإن حسبنا الرقبة على الوارث [إذا بقيت له ها هنا يحسب كمال القيمة عليهما وإن لم تحسب الرقبة على الوارث]<sup>(١)</sup>، فكذلك لا تحسب على الموصى له بها، وتصح وصيته من غير اعتبار الثلث، كذلك ذكره في «التتمة».

**والثالثة:** أوصى بالرقبة لإنسان، واستبقى المنفعة للورثة، فإن قلنا: المعتبر من الثلث كمال القيمة، لم تعتبر هذه الوصية من الثلث، لجعلنا الرقبة الخالية عن المنفعة كالتالفة، وإن قلنا: المعتبر التفاوت فإن حسبنا قيمة الرقبة على الوارث، فهذا هنا تحسب قيمة الرقبة على أرباب الوصايا، وندخلها في الثلث، وإن لم تحسب قيمة الرقبة على الوارث، فهذا هنا يحسب قدر التفاوت على الوارث، ولا يحسب قيمة الرقبة على أرباب الوصايا.

**الرابعة:** العبد الموصى بمنفعته، لو غصبه غاصب، فلمن تكون أجرة المدة التي كاتت في يد الغاصب؟

قال في «التتمة»: إن قلنا: المعتبر من الثلث جميع القيمة، فهي للموصى له، فكأنه قوّت الرقبة على الوارث، وإن قلنا: المعتبر التفاوت، فوجهان: أحدهما: الأجرة لمالك الرقبة، كما لو غصب العبد المستأجر.

**وأظهرهما:** أنها للموصى له؛ لأنها بدل ملكه، وتخالف الإجارة لأن الإجارة تنسخ في تلك المدة، فتعود المنافع إلى ملك مالك الرقبة.

**والخامسة:** لو أوصى بثمره بستانه، خرج على الخلاف، ففي وجه: تُعتبر جميع قيمة البستان من الثلث، وفي وجه: ما بين قيمته بمنافعه وفوائده، وبين قيمته مسلوب

(١) سقط في أ، ز.

المنفعة<sup>(١)</sup>، فإن احتمله الثلث، فذاك، وإلا، فللموصى له القدر الذي يحتمله والباقي للوارث، فإن لم يحتمل إلا النصف، فله من ثمرة كل عام النصف، والباقي للوارث.

فَرْعٌ: لابنِ الحَدَّادِ - رحمه الله - إذا وصَّى لرجلٍ بدينارٍ كلَّ شَهْرٍ من غلَّة داره، أو كسبِ عَبْدِهِ، وجعله بعده لوارثه، أو للفقراءِ والمساكينِ، والغلَّةُ، والكسبُ عَشْرَةٌ مثلاً؛ فأعتبارُ هذه الوصية من الثلث كاعتبارِ الوصية بالمنافع مدَّة معلومة؛ لبقاء بعض المنافع لمالكِ الرقبة، فيكون الظاهر فيهما أنَّ المعتبرَ قدرُ التفاوتِ بين القيمتين، ثم يُنظَرُ؛ إن خرجتِ الوصية من الثلث، قال ابنُ الحَدَّادِ: ليس للورثة أن يبيعوا بعض الدار، ويدعوا ما يحصل منه دينار؛ لأنَّ الأجرة تتفاوت؛ فقد تتراجع، وتعود إلى دينارٍ وأقل، وحينئذ، فيكون الجميع للموصى له، وهذا إذا أرادوا بيع بعضها على أن تكون الغلَّة للمشتري، فأما بيع مجرد الرقبة، فعلى ما سبق من الخلاف في بيع الوارثِ الموصى بمنفعته، وإن لم يخرج من الثلث، فالزائد على الثلث رقبة، وغلَّة للوارث يتصرف فيه كيف يشاء، وإن كانت الوصية بعُشر الغلَّة في كلِّ سنة، فما سوى العُشر يخلص للوارث، يتصرف فيه كما يشاء، والفَرْقُ ظاهر<sup>(٢)</sup>.

فَرْعٌ: أوصى لإنسانٍ بدينارٍ كلَّ سنة، حكى الإمام أنَّ الوصية تصحُّ في السنة الأولى بدينار، وفيما بعدها قولان:

أحدهما: الصحة؛ لأن غاية ما فيها الجهالة، وأنها لا تمنع صحة الوصية، وأيضاً، فالوصية بالمنافع صحيحة لا إلى نهاية، فكذلك ها هنا.

(١) قال في الخادم: فيه أمران

أحدهما: لم يحك هنا الوجه الثالث في العبد، وقضية قوله يخرج على الخلاف جريان الأوجه السابقة في العبد كلها وسكوته في الوجه الثاني عن حكم الرقبة لا يدل على شيء، وصرح في البيان بأن صاحب الوجه الثاني هو القائل بتقديم المنفعة على الموصى له، والرقبة على الوارث مفرقاً بأن البستان قد يجف فتبطل الوصية بالمنفعة فثمرته ويمكن الوارث الانتفاع.

الثاني: هذا الخلاف فيما إذا أوصى له بها على التأييد كما قيده في المهذب أما إذا أوصى بالثمرة مدة معلومة ففي البيان أن الرقبة تقوم في حق الوارث المنفعة من حق الموصى له وجهاً واحداً، والظاهر أن مراده أن الرقبة لا تقوم على الموصى له، ولا تترك بلا تقويم، بل يقوم على الوارث قطعاً، ولا يقوم على الموصى له سوى المنفعة، ويجيء في طريق تقويم المنفعة الوجهان فيما لو أوصى بمنفعة العبد مدة معلومة.

(٢) قال في الذخائر: وما قاله ابن الحداد صححه الأصحاب، وقال ابن الصلاح: في فتاويه لم أجد لابن الحداد مخالف في صحة الوصية في هذه الصورة مع اشتمالها على إنشاء الوصية للفقراء حتى لا يوصي وبعد موت الموصي يجيز ثم لم يفسدها فدل على أن ذلك لا يؤثر.

وأظهرَهُمَا: البطلان؛ لأنه لا يعرف قَدْر الموصى به حتَّى يخرج من الثلث؛ فإن صحَّحناها<sup>(١)</sup>، فإن لم يكن هناك وصيةً أخرى، فللورثة التصرف في ثلثي المال لا محالة، وفي ثلثه وجهان:

أحدهما: نفوذ التصرف بعد إخراج الدينار الواحد؛ لأننا لا نذري أستحقاق الموصى له في المستقبل.

والثاني: أنه يوقف؛ لأن الأستحقاق قد يثبت بقبول الوصية، إلى أن يظهر قاطع، وإن قلنا بالتوقف، وبقي الموصى له إلى أن استوعب الدينارين الثلث، فذاك، وإن مات، فعن صاحب «التقريب» أن بقية الثلث تُسلم للورثة.

قال الإمام: وفيه نظر؛ لأن هذه الوصية، إذا صحَّحناها كالوصية بالشمار بلا نهاية، فوجب أن ينتقل الحق إلى الورثة، وإن نفذنا تصرفهم فكلَّمًا انقضت سنة، طالب الموصى له الورثة بدينار، وكان ذلك كوصية تظهر بعد قسمة الورثة التركية، وإن كان هناك وصايا أخرى، قال صاحب «التقريب» يغض الثلث بعد الدينار الواحد على أرباب الوصايا، ولا يتوقف فإذا انقضت سنة أخرى، أسترده منهم بدينار ما يقتضيه التقسيط.

قال الإمام: وهذا بين، إذا كانت الوصية مقيدة بحياة الموصى له، أما إذا لم تقيد وأقمنا ورثته مقامه، فهو مشكل لا يهتدى إليه.

فَرَعَ: لو انهدمت الدار الموصى بمنافعها، فأعادها الوارث بآلاتها، هل يعود حق الموصى له؟ فيه وجهان محكيان في «المعتمد». ولو أراد الموصى له إعادتها بآلاتها، فعلى الوجهين<sup>(٢)</sup>.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّانِيَةُ: إِذَا أَوْصَى بِالْحَجِّ عَنْهُ نُظِرَ، إِنْ كَانَ تَطَوُّعًا صَحَّتْ إِنْ جَوَّزْنَا الْأَسْتِثْنَاءَ بِتَطَوُّعِ الْحَجِّ، ثُمَّ هُوَ مَحْسُوبٌ مِنَ الثُّلُثِ، وَلَكِنْ يَتَنَزَّلُ مُطْلَقُهُ عَلَى حَجِّهِ مِنَ الْمِيقَاتِ، أَوْ مِنْ دَوَائِرِ أَهْلِهِ فِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنْ كَانَ حَجَّةَ الْإِسْلَامِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى الْوَصِيَّةِ فَإِنَّهُ دَيْنٌ يَخْرُجُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ وَإِنْ لَمْ يُوصَ بِهِ كَالرُّكُوتِ وَسَائِرِ الدُّيُونِ، وَلَكِنْ إِنْ قَالَ: حُجُّوا مِنْ ثُلُثِي كَانَ فَايِدْتُهُ رَحْمَةً الْوَصَايَا بِالْمُضَارَبَةِ، وَلَا يُقَدَّمُ الْحَجُّ عَلَى الْوَصَايَا فِي الثُّلُثِ عَلَى الصَّحِيحِ (و)، ثُمَّ إِنْ لَمْ يَتَمَّ الْحَجُّ بِمَا حَصَلَ مِنَ الْمُضَارَبَةِ كَمَلَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، أَمَّا الْحَجَّةُ الْمَنْذُورَةُ فَبِهَا وَفِي الصَّدَقَةِ الْمَنْذُورَةِ وَفِي الْكَفَّارَاتِ ثَلَاثَةٌ أَوْجِبُ: (أَحَدُهَا) أَنَّهَا دِيُونٌ كَالرُّكُوتِ (وَالثَّانِي) أَنَّهَا كَالتَطَوُّعَاتِ لِأَنَّهُ مُتَّبِعٌ بِالتَّزَامِ، فَإِنْ أَوْصَى

(١) في ز: صححنا.

(٢) قال النووي أصحها العمود والله أعلم.

أَخْتَسِبَ مِنَ الثُّلُثِ (وَالثَّلَاثُ) أَنْ أَلْتَزِمَهَا كَالْوَصِيَّةِ فَيُؤَدِّي مِنَ الثُّلُثِ وَإِنْ لَمْ يُوصَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْحَجُّ ضَرْبَانِ: مَتَطَوَّعٌ بِهِ، وَمَفْرُوضٌ:

الضرب الأول: المتطوع به، وصحة الوصية [به] مبنية على دخول النيابة فيه، وفيه قولان مذکوران في «كتاب الحج»، أصحهما الجواز، ثم هو محسوب من الثلث<sup>(١)</sup>؛ كسائر التبرعات، ويحج عنه من الميقات، إن قيد به، ومن بلده، إن قيد به، وعند الإطلاق فيه وجهان:

أحدهما: من الميقات؛ حملاً على أقل الدرجات.

والثاني: من بلده؛ لأن الغالب التجهيز للحج، والنهوض له من البلد، وإلى الأول ميل أكثرهم؛ لكن في «عيون المسائل» عن نصه: أنه إذا أوصى أن يحج عنه متطوعاً، فبلغ ثلثه الحج من بلده، أحج عنه من بلده، وإن لم يبلغ أحج عنه من حيث بلغ ثلثه؟ وربما حُجِّلَ ذلك على ما إذا قيد به، وهل يقدم حج التطوع في الثلث على سائر الوصايا [عن القفال: أنه على القولين في تقديم العتق على سائر الوصايا]<sup>(٢)</sup> لأن الحج قرينة كالعتق. قال الشيخ أبو علي - رحمه الله -: ولم أرَ هذا لأحدٍ من أصحابنا، وجعلوا الوصية به مع سائر الوصايا على الخلاف فيما إذا اجتمع حق الله تعالى وحقوق الأدميين<sup>(٣)</sup>. وإذا لم يف الثلث، أو حصة الحج منه بالحج، بطلت الوصية.

وكذا لو قال: أحجوا عني بمائة من ثلثي، ولم يمكن أن يحج بها، ولو قال: أحجوا عني بثلثي، صرف ثلثه إلى ما يُمكن من حجتين، وثلاث فصاعداً، فإن فَضَلَ مَا

(١) هذا متفق عليه لأن ذلك تبرع مضاف إلى ما بعد الموت.

قال في المطلب: ولو كان معضوباً فاستأجر من يحج عنه تطوعاً في مرض موته وصرف فيه مالاً لم يحسب عليه من الثلث كما يصرفه في ملاذه وشهواته.

(٢) قال البكري: قيل فظاهره أن يكون الأصح تقديم الوصية بحج التطوع على الوصية للفقراء أو غيرهم، وفيه وقفة.

قلت: ليس الأمر كذلك وإنما جاء هذا التوهم من اختلال فيما نقله المصنف عن الشيخ أبي علي وإنما حكى الشيخ أبو علي هذا التخريح فيما إذا اجتمع حج التطوع مع الوصية ويخرج من هذا أن حج التطوع وصدقة التطوع سيان، وهي مسألة عزيزة النقل، ولم يصرح بها غير العبادي في الزيادات فقال: الصدقة أفضل من حج التطوع في قول أبي حنيفة، وهذا يحتمل في هذا الزمان انتهى، وقد يفهم أن مذهبنا بخلافه، وحيث قلنا: بتقديم الحج، فشرطه للحج زيادة على أجره المثل لم يقدم تلك الزيادة لا سبب التقديم مدة الحج فاجتمعت به، وقيل يقدم لأن مصرفها الحج، واستبعده الإمام قال في الذخائر: وهو ظاهر قول أكثر الأصحاب.

(٣) سقط في: ز.



لا يُمكنُ أن يَحجَّ به، فهو للورثة<sup>(١)</sup>.

ولو قال: أَحجُّوا عني بثلاثي، حجةٌ صُرفَ ثلثه إلى حجةٍ واحدةٍ، ثم إن كان الثلثُ قدرَ أجره المثل، أو دُونها، فسواءٌ رغب وارث، أو أجنبيُّ، وإن كان أكثر من أجره المثل، لم يستأجر به الأجنبيُّ؛ لأن الزيادةَ محاباةً، فلا تجوز للوارث.

الضرب الثاني: المفروض، وهو حجةُ الإسلام أو غيرها.

أما حجةُ الإسلام، فمن مات، وهي في ذمته، قُضِيَتْ من ماله، وإن لم يوص بها، كالزكوات، وسائر الديون، ويجوز أن يُعلِّم بالواو [قوله في الكتاب] «فإنه دين يخرج من رأس المال» بالحاء والميم؛ لما ذكرنا في «باب الحج» أن أبا حنيفة ومالكاً - رحمهما الله تعالى - قالوا بأنَّها تسقط بالموت، ولو أوصى بحجة الإسلام، نُظِرَ: إن إضافها إلى رأس المال، فهي تأكيدٌ وتذكير منه، وكذلك يفعل، لو لم يوص، وإن أضاف إلى الثلث، قضى منه، كما لو أوصى بقضاء دينه من ثلثه، وتتضمن هذه الوصية ترفيه الورثة بتوفير الثلثين عليهم.

وفي تقديم الحجِّ على سائر الوصايا وجَّهَان.

وقال الشيخ أبو علي: قولان للشافعي - رضي الله عنه - يجريان فيما لو أوصى بقضاء دينه من الثلث:

أحدهما: التقدُّم؛ لأنه لو لم يوص، كان الحجُّ مقدِّماً في جميع المال على الوصايا، وإذا جعله في الثلث، تقدَّم فيه على الوصايا.

والثاني: لا يتقدَّم، بل يزاخهما بالمضاربة؛ لأنه لما علَّقه بالثلث الذي هو محلُّ الوصايا، كان سبيلَهُ [سبيلها]<sup>(٢)</sup> وهذا أصحُّ عند صاحب الكتاب، ثم إن لم يفِ الثلث بالحجِّ على الوجه الأول، أو الحاصل من المضاربة على الوجه الثاني، كُملَ من رأس المال، كما لو قال: اقضوا ديني من ثلثي، فلم يفِ الثلث به، وحينئذ فالمسألة تدورُ وسنوضح في الفصل مِثَال ذلك.

وإن أطلق، ولم يصف إلى الثلث، ولا إلى رأس المال، فالجواب على الاختصار، أنه يُحجَّ عنه من رأس المال على المذهب، وقيل من الثلث، وفي «البيسط»

(١) سكت في الحالة الأولى عن الفاضل هل يكون للوارث أو يكمل به نفسه الوصاية وقال في المطلب: لم أر فيه نقلاً.

والظاهر أنه للوارث، وأفهم من كلامه أنه لو أمكن صرف الفاضل إلى العمرة لم يصرف وبه صرح الماوردي لأنه أوصى بالحج لا بالعمرة.

(٢) سقط في: ب، ز.

أن المَزْنِيَّ قال في «المختصر»: ولو أوصى أن يُحجَّ عنه، ولم يُحجَّ حجة الإسلام، فإن بلغ ثلث حجة من بلدة، أُحجَّ عنه من بلده، وإن لم يبلغ أُحجَّ عنه من حيث بلغ، وظاهره يقتضي أن يُحجَّ عنه من ثلثه، فعن أبي الطَّيِّب بن سلمة، وأبي حفص بن الوكيل في آخرين: أنهم أثبتوه قولاً، وقالوا: لما أوصى به، أخرجهُ مُخْرَجَ الوصايا، فجعله من الثلث، كما لو صرح به. والجمهور منَعُوا منه، وقَطَعُوا بأنه من رأس المال، كما لو لم يوص، وقالوا: ليس في هذه الوصية إلا تذكيرُ الورثة، ثم هؤلاء فريقان:

فريق خَطَّوهُ في النقل، وقالوا: الصوابُ نقلُ الربيع، وهو ما نسبناه إلى «عيون المسائل» وذلك في تطوع الحج وآخرون أولوا، فعن ابن سُرَيْج حمل ما نقله المَزْنِيَّ على ما إذا كانت عليه حجة الإسلام، وأوصى بحجة أخرى تطوعاً، ومنهم من حمله على ما إذا قال: أُحجُّوا من ثلثي، ولو قرن بالوصية بالحج ما هو من الثلث، كما لو قال: أُحجُّوا عني أو اعتقوا، أو تصدقوا، ولم يتعرض للثلث، ولا لرأس المال، فمن جعل الحج من الثلث عند تجرُّد الوصية عن القرينة، فهذا هنا أولى، وأما غيرهم، فعن ابن أبي هريرة: أنه من الثلث بالقرينة المضمومة إليه، واستمر عامتهم على جوابهم؛ لأن المقترنين لفظاً قد يختلفان حكماً، ورأى الإمام تخصيص هذا الترتيب، بما إذا قال: أوصيت إليكم لتُحجُّوا عني، وتُعتقوا، فإن لم يجر لفظ الوصية، وقال: أُحجُّوا وأعتقوا، قال: هو كما لو تجرَّد ذكر الحج، والأشهر ألا فرق ثم مهما<sup>(١)</sup> جعلنا الحج من رأس المال، فيُحجَّ عنه من الميقات؛ لأنه لو كان حياً، لم يلزمه إلا ذلك، حتى لو كان في سفر تجارة، ثم بدا له الحج حتى انتهى إلى الميقات، جاز.

وإن جعلناه من الثلث، إما لتصريحه بالإضافة إلى الثلث، أو في صورة الإطلاق، فوجهان كما في حج التطوع:

أحدهما: وبه قال أبو إسحاق: يُحجَّ عنه من بلده؛ لأن الأصل وجوب الإحرام منه، قال الله تعالى: ﴿وَأْتِمُوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾ [البقرة - ١٩٦] وعن عمر وعلي - رضي الله عنهما - أن إتمامها أن تحرم بهما من ذُوَيْزَةَ أَهْلِكَ<sup>(٢)</sup>، لكن رخص في ترك الإحرام إلى الميقات، فيقي السغي من البلد واجباً، وعلى هذا قال أبو إسحاق: إن أوصى بالحج من الثلث، فجميعه من الثلث، وإن أطلق، فوجهان، فإن جعلناه من الثلث، فالذي هو من الثلث مؤنة ما بين البلد إلى الميقات، فهو من رأس المال.

وأظهرهما: أنه يُحجَّ عنه من [الميقات لأنه الذي أَسْتَقَرَّ وجوبه في الشَّرع، وعلى

هذا، فلو أوصى بأن يحجَّ عنه من بلده<sup>(١)</sup>، فلم يبلغ ثلثه حَجَّةً من بلده، حُجَّ عنه من حيث أمكن، وإن لم يبلغ الحَجَّ من الميقات، تُمَمَّ من رأس المال ما يتم به الحج من الميقات، هذا في حجة الإسلام.

وأما الحجة المنذورة: ففيها وجهان متأيِّدانِ بتردُّد قولٍ محكيٍّ في «الأم».

أظهرهما: أنها كحجَّة الإسلام، والزكوات، والذيون؛ لوجوبها.

والثاني: أنها كالتطوعات؛ لأنها لا تلزَمُ ابتداءً، وإنما تتعلَّقُ بالتزامه، فعلى هذا؛ إن لم يوص بها، لم تقض، وإن أوصى، كانت من الثلث<sup>(٢)</sup>، وعلى الأول؛ إن أوصى بها، فكما أوصى بحجة الإسلام؛ فيُنظَرُ في إطلاق الوصية وتقييدها، وإن لم يوص بها، فتقضي من رأس المال أو الثلث فيه؟ وجهان:

أصحهما: من رأس المال؛ لوجوبها.

والثاني: من الثلث؛ لأنه بالتأذُّر متبرِّع، فجعل نذره كالوصية، ولأنها لو قُضِيَتْ من رأس المال، لم يؤمَّن أن تستغرق بالتأذُّر أمواله، ويخرج من ذلك ثلاثة أوجه كما في الكتاب، ويجري الخلاف في الصدقة المنذورة والكفارات<sup>(٣)</sup>.

فَرَعٌ: أوصى بأن يحجَّ عنه حجة الإسلام من الثلث، وأوصى لإنسانٍ بمائة، وجملة التركة ثلاثمائة، وأجرة الحجِّ مائة، فإن قدمنا الحج على سائر الوصايا، صُرفَ الثلث إلى الحجِّ، وإن لم يُقدِّم، ووزعنا الثلث، دارت المسألة؛ لأن حصَّة الحجِّ تكمُلُ من رأس المال، وإذا أخذنا شيئاً من رأس المال، نَقَصَ الثلث، وإذا نقص الثلث، نَقَصَتْ حصَّة<sup>(٤)</sup> الحجِّ، فلا تعرف حصَّة الحجِّ ما لم يُعرَفِ الثلث، ولا يُعرَفِ الثلث،

(١) سقط في ز، أ.

(٢) فيه أمور.

أحدها: هذا الخلاف إذا كان لالتزام في الصحة، فإن كان في المرض فهي من الثلث قطعاً، صرح به الفوراني في كتاب الحج. قال في الكفاية: وهو ظاهر، نقله في البحر عن بعض أصحابنا بخراسان وأقره.

الثاني: ما ذكره في تحصيل الخلاف نازعه في المطلب، لأن لكلامه تصريح بأننا نخرج ذلك من الثلث مع قولنا إنه كواجب الشرع، وأنه الوجه الثالث وإذا تأملت الوجه الثالث وجدته مفرعاً على قولنا إنه محايد الشرع وبينهما فرق.

الثالث: أنا إذا فرعنا على أنها كالتطوع ولم يوص بها لا تقضي قطعاً، وليس كذلك بل فيه وجه أنها تقضي من الثلث، وإن لم يوص بها لأنذره لذلك يغن عن الوصية بخلاف التطوع. حكاها صاحب الذخائر وهو متجه.

(٣) وهذا الخلاف فيما إذا صدر النذر قبل المرض، فإن صدر في المرض اعتبر من الثلث قطعاً.

(٤) وهذا حكاها الإمام عن الأصحاب.

ما لم يُعْرِفِ المَأخُوذَ من رأس المال، ولا يُعْرِفُ ذلك حَتَّى تُعْرِفَ حِصَّةَ الحِجِّ، فالطَّرِيقُ أن تأخُذَ من التركة شيئاً لإكْمَالِ حِصَّةِ الحِجِّ، يبقى ثلاثمائة إلا شيئاً، يفرز ثلثه، وهو مائة إلا ثُلثُ شيء، يُقَسَّمُ بين الحِجِّ والموصى له نِصْفَيْنِ، فنصيبُ الحِجِّ خمسون، إلا سدس شيء، فيُضْمُ الشيء المُفْرَزُ إليه، يبلغ خمسين وخمسة أسداس شيء تعدل مائة، وذلك تمام الأجرة فيسقط الخنسين بخنسين، يبقى خمسة أسداس شيء في مقابلة خمسين، وإذا كانت خمسة أسداس الشيء خمسين، كان الشيء ستين فعرفنا أن ما قررناه ستون، فناخذ ثلث الباقي وبعد الستين، وهو ثمانون، ونقسمة بين الوصيتين، يخص كل واحدة أربعون والأربعون مع الستين تمام أجرة الحِجِّ.

فَرَعٌ: أوصى بأن يُحجَّ عنه تطوعاً، أو حجة الإسلام من ثلثه بمائة، وأوصى بما يبقى من ثلثه بعد المائة، لإنسان، وثلث ماله لآخر، ولم تُجزِ الورثة ما زاد على الثلث، فيقسم الثلث بين الموصى له بالثلث، وبين الوصيتين، الأخرتين نصفين؛ لأن الوصية له بمثل الوصيتين الآخرين، فإذا كان ثلث المال ثلاثمائة، كان للموصى له بالثلث مائة، وخمسون، والباقي بين الحِجِّ والموصى له بالباقي، وفي كيفية القسمة بينهما وجهان:

أحدهما: ويحكى عن ابن خيران: أنه يُضرفُ خمسون إلى الحِجِّ، ومائة إلى الموصى له بالباقي؛ رعايةً للنسبة بين الوصيتين على تقدير الإجازة، وأيضاً فإن الموصى له بالباقي، يقول للحاج أوصى لي بالثلث ولك أثلاثاً، ثم دخل علينا الموصى له بالثلث، فليس لك أن تُدخِلَ عَلَيَّ ضرراً بدخوله علينا.

وأصحهما: أنه يصرف مائة إلى الحِجِّ، وخمسون إلى الموصى له بالباقي؛ لأنه لم يوص إلا بما يزيد على مائة الحِجِّ.

ولو كان الثلث مائتين، فللموصى له بالثلث مائة، ويدخل الموصى له بالباقي في الحساب، ويعد على الموصى له بالثلث، ثم المائة الثانية تُضرفُ إلى الحِجِّ في أصح الوجهين، ولا شيء للموصى بالباقي، ونظيره المعادة في الفرائض، وفي الوجه الثاني المائة، الثانية، بين الحِجِّ والموصى له بالباقي في الحساب بالسوية.

ولو كان الثلث مائة؛ فيقسم بين الحِجِّ والموصى له بالثلث نصفين، ولا يدخُلُ الموصى له بالباقي في الحساب؛ لأن الثلث غير زائد على ما عينه للحِجِّ؛ ولا شيء للموصى له بالباقي، وإن لم تُوجدِ الوصية الثالثة، بخلاف ما، إذا كان الثلث فوق المائة.

ولو كانت الوصايا بحالها؛ لكنه أوصى أولاً بالثلث لإنسان، ثم أوصى بالحِجِّ بمائة، ثم، لآخر بما يبقى من الثلث بعد المائة، فعن أبي إسحاق أن الوصية بالباقي من الثلث بعد المائة باطلة؛ لأن الوصية الأولى قد استغرقت الثلث.

وقال ابنُ أبي هريرة وعامةُ الأصحاب - رحمهم الله تعالى - : لا فرق بين التقديم والتأخير، والوصية بالمائة، وبما يبقى من الثلث بعد المائة، وصية بثلث آخر، وهذا الشخص قد أوصى بالثلثين، ولولا ذلك، لحكمتنا فيما إذا أوصى لزيد بالثلث، ثم لعمرو بالثلث ببطلان الوصية الثانية، ولما وزعنا الثلث عليهما.

وهذا كله جوابٌ على أن الحجَّ لا يُقدَّم في الثلث على سائر الوصايا، وإنما قدَّمنا مائة الحجَّ على وصية الموصى له بالباقي؛ لأنَّ موصى قدَّمها لفظاً.

فأما إذا قدَّمنا الحجَّ على سائر الوصايا، فإن كان الثلث ثلاثمائة، والمائة المقررة للحجَّ أجراً مثل الحج، فتؤخذ المائة من رأس الثلث؛ وكيف يُقسَّم الباقي بين الموصى له بالباقي، والموصى له بثلث جميع المال.

قال ابن الحداد: يُجعلُ بينهما نصفين؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما، لو أنفردَ مع الحج لأخذ ما زاد على المائة، وغلظه عامةُ الأصحاب، وقالوا: يُقسَّم الباقي بينهما على قدر وصيتهما، والوصية للموصى له بالباقي بما تبين، وللموصى له بالثلث بثلاثمائة، فيقسَّم الباقي بينهما على خمسة أسهم؛ للموصى له بالباقي ثمانون لسهمين، وللآخر مائة وعشرون بثلاثة أسهم، وإن كان أجر مثل الحج خمسين، والصورة بحالها، أخذ من الثلث خمسون أولاً، ثم قال ابن الحداد: ويُجعلُ الباقي بين الموصى له بالثلث، وبين الحج والوصية الأخرى نصفين؛ للموصى له بالثلث مائة وخمسة وعشرون، ويصرف من الباقي خمسون إلى الحج بالوصية، والباقي للموصى له الآخر.

وقال الآخرون: بل يُقسَّم الباقي بعد أجرة مثل الحج على أحد عشر سهماً؛ لأن الوصية في هذه الصورة للموصى له بالثلث بثلاثمائة والحج، وللموصى له الآخر بمائتين وخمسين، والنسبة بينهما ما ذكرنا، فللموصى له بالثلث ما يخص ستة، والباقي يقدم الحاج منه بخمسين؛ لأنَّ حقَّ الموصى له الآخر مؤخر عن مائة الحج، والباقي له.

ولو كان الثلث مائتين، فإن كان أجرة مثل الحج مائة، أخذ من رأس المال، ثم على قول ابن الحداد يُجعلُ الباقي بينهما نصفين، وعلى الصحيح يُجعلُ بينهما على ثلاثة أسهم؛ لأن الوصية لهذا بمائة، ولهذا بمائتين. ولو كان أجرة مثله خمسين، فيؤخذ خمسون أولاً، والباقي على قول ابن الحداد بين الموصى له بالثلث، وبين الوصيتين الآخرين بالسوية، ثم يقدم الحاج بخمسين من حصتهما.

وعلى الصحيح: يُجعلُ المالُ بعد الخمسين على سبعة أسهم؛ لأنه أوصى لأحدهما بمائتين، وللحج، وللآخر بمائة وخمسين، فللموصى له بالثلث ما يخص أربعة، والباقي يؤخذ منه خمسون للحج، والباقي للموصى له الآخر.

ولو كان الثلث مائة، فإن كان أجرة مثل الحجّ مائة، فلا شيء للموصى لهما وإن كان أجرة مثله خمسين، أخذ للحجّ خمسون، ثم على ما ذكر ابن الحدّاد؛ الباقي بين الحجّ والموصى له بالسوية، وعلى الصحيح الباقي بين الحجّ والموصى له بالثلث على ثلاثة؛ للحجّ واحد؛ لأن الوصية في هذه الصورة للحجّ بخمسين، وله بمائة، وإذا لم تَف حصّة الحجّ في هذه الصورة بالحجّ، فإن كانت الوصية بحجّ التطوع، بطلت، وإن كانت بحجّة الإسلام، كملنا من رأس المال، وقد بيّنا طريقة.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: ثُمَّ الْكُفَّارَةُ مَهْمَا أَخْرَجَهَا الْوَارِثُ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ وَلَمْ يَكُنْ لَهُ تَرَكَةٌ وَقَعَتْ عَنْهُ تَشْبِيهًا بِقَضَاءِ الدَّيْنِ، وَيَسْتَوِي فِيهِ الْعِنَقُ وَالْإِطْعَامُ، وَأَمَّا الْأَجْنَبِيُّ إِذَا تَبَرَّعَ بِهِ فَفِي نَفْوَهِ عَنْهُ وَجْهَانِ، وَلَا يَجُوزُ التَّبَرُّعُ بِالْعِنَقِ الَّذِي لَيْسَ بِإِلْزَامٍ عَلَى الْمَيِّتِ لِلْوَارِثِ وَلِغَيْرِهِ، وَلَوْ أَوْصَى بِالْعِنَقِ فِي كُفَّارَةِ مُخَيَّرَةٍ وَالثَّلْثُ لَا يَفِي بِهِ فَهُوَ كَالْتَّبَرُّعِ، وَإِنْ كَانَ إِخْدَى خِصَالِ الْوَاجِبِ، أَمَّا الدَّعَاءُ لِلْمَيِّتِ يَنْفَعُهُ بِدَلِيلِ الْخَيْرِ، وَكَذَا الصَّدَقَةُ، وَأَمَّا الصَّلَاةُ عَنْهُ قَضَاءٌ لِمَا فَاتَهُ فَلَا تَنْفَعُهُ (و)، وَالصَّوْمُ أَيْضًا لَا يَقَعُ عَنْهُ عَلَى الْقَوْلِ الْجَدِيدِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: جرت العادة بذكر ما يقع عن الميّت بفعل الغير في هذا الموضع لمناسبة الحجّ عنه؛ إما بالوصية، أو دونها؛ فالحجّ يؤدي عنه، إن كان فرضاً، ثم إن عيّن شخصاً، أو أوصى إليه فيه، فعله عنه وارثاً كان، أو أجنبياً، ولو قال: أجبوا عني، ولم يعيّن، فللوارث أن يحجّ عنه بنفسه، وله أن يأمر أجنبياً بذلك، وإن لم يوص به أصلاً، فللوارث أن يحجّ عنه، وكذا للأجنبي، إن أذن للوارث، ودون إذنه، وجهان:

أظهرهما: الجواز، كما لو كان عليه دين، فقضاه عنه.

والثاني: المنع؛ لأن الحجّ عبادة تفتقر إلى النية، ولا تصحّ النية إلا باستنابته أو باستنابة نائبة، وأما حجّ التطوع، ففي جريان النيابة فيه خلاف، قد سبق، فإن أجريناها، ففي «أمالي» السرخسي، أن للوارث أن ينيب فيه، وأنه إذا أوصى الميّت إلى معيّن، فعل، ولو استقل به أجنبي، فوجهان:

أصحهما: المنع وفي هذا الإيراد تجويز الإنابة للوارث، وتجويز، فعله بنفسه، وإن لم يوص [الميت به، لكن العراقيون، أطلقوا أنه إن لم يوص بحجّ التطوع<sup>(١)</sup>، لم يحج عنه، والزكاة المؤداة عنه، كالحجّ الواجب حتى يجوز للأجنبي أن يؤدي عنه زكاة المال؛ وزكاة الفطر على الأظهر، وقد حكاه الروياني في «التجربة» عن النص.

(١) سقط في: ز، أ.

وأما الكفارة، فإن كانت مرتبة، فللوارث أن يؤدي الواجب المالي من التركة، ويحصل الولاء للميت إذا اعتق، وإن كانت مخيرة، فله أن يطعم، ويكسو، وفي الإعتاق وجهان:

أحدهما: المنع؛ لأنه لا ضرورة إليه.

وأصحهما: الجواز، والوارث نائبه شرعاً، فإعتاقه كإعتاقه، ولو أدى الوارث من مال نفسه، ولا تركه، فالظاهر الجواز، وفيه وجهان. آخران:

أحدهما: المنع؛ لبعد العبادات عن النيابة، وإنما جوزنا هناك؛ لِمَكَانِ التركة.

والثاني: تخصيص المنع بالإعتاق؛ لبُعْدِ إثبات الولاء للميت، وإذا قلنا: بالجواز، فلو تبرع الأجنبي بالطعام، أو الكسوة، وأدى عنه؛ فوجهان:

أحدهما: أنه لا يقع عنه؛ لأنه عبادة، فلا بد من نيته أو نية وارثه؛ بخلاف ما لو قضى دينه.

وأشبههما: الجواز، كما في قضاء الديون؛ ووجهه الإمام بأنه، لو اشترط الورثة لأعتبر صدوره من جميع الورثة، كالإقرار بالنسب، ولا يُغْتَبَرُ، بل يستبد به كل واحد من الورثة، ولو تبرع بالعتق؛ فمنهم من جعله على الوجهين، وهو قضية إطلاق الكتاب ها هنا، وقطع قاطعون بالمنع<sup>(١)</sup>، وهو الذي أورده صاحب الكتاب في «باب كفارة اليمين». فقال هناك: والأجنبي لا يُعتَقُ عنه متبوعاً؛ لاجتماع عدم النيابة وبُعْدِ إثبات الولاء للميت، وإذا لم يكن على الميت: عتق أصلاً، فأعتق عنه معتق؛ لم يُجْزَ، وارثاً كان أو أجنبياً؛ على قياس العبادات، ويختص منها بما ذكرنا من معنى الولاء، بل يكون العتق والولاء للمعتق.

ولو أوصى بالعتق في الكفارة المخيرة، وزادت قيمة الرقبة على قيمة الطعام والكسوة؛ ففيه وجه: أن الوصية تعتبر من رأس المال؛ لأنه أداء واجب، والأصح اعتباره من الثلث؛ لأنه غير متحتم عليه، وتحصل براءة الذمة بما دونه، وعلى هذا، فوجهان، قال في «التهديب»: قولان:

أحدهما: أنه تُغْتَبَرُ جميع قيمته من الثلث، وإن لم يف الثلث به، عدل إلى الإطعام.

(١) لم يرجح شيئاً من الطريقتين. قال في الخادم: وعبرة الرافعي تقتضي ترجيح طريقة القطع فإنه قال منهم من جعله على الوجهين وقطع قاطعون بالمنع. قال - أعني الزركشي - وهو قضية كلام القاضي أبي الطيب وابن الصباغ في باب كفارة الظهار ورجح في المنهاج رجح طريقة الوجهين. انتهى ما أردته منه. ومحل الخلاف في الكفارة المخيرة. أما الكفارة المرتبة فصححنا هناك صحته من الأجنبي بناء على إحدى العلتين في المخيرة وهي سهولة التكفير بغير الإعتاق.

وَأَقْبِسْهُمَا: أن المعْتَبَر من الثُلُث ما بين القِيمَتَيْن من التفاوت؛ لأن أقل القِيمَتَيْن لازم لا محالة، ويجري الخلاف فيما إذا أوصى بأن يكسو عنه، والكسوة أكبر قيمة من الطعام، والمسألة معادة في «كتاب الأيمان».

وسندكُرُ هناك ما يزيدُ به هذا الخلاف وضوحاً - إن شاء الله تعالى - ولو أعتق في مَرَضِ الموتِ مَنْ عليه كفارةٌ مخيرةٌ، فقد أطلق في «التتمة» أنه لا يُعْتَبَرُ قيمة العَبْد من الثلث؛ لأنه مؤدٌّ فرضاً؛ وهذا كأنه جوابٌ على الوجه الذي قلنا: إنه لو أوصى به، اعتبر من رأس المال.

وقوله في الكتاب فيما إذا أخرج الوارث الكفارة من مال نفسه «وقعت عنه» مُعَلِّمٌ بالواو؛ لما مر، وقوله: «ويستوي فيه العتق والإطعام» كذلك؛ للوجه الفارق بينهما، وقوله: «ولم يكن له تركة» تدعو إلى البحث عما إذا كانت له تركة، ويشبه أن يقال: الوارث حينئذٍ كالأجنبي، وقوله: «تشبيهاً بقضاء الديون»، ويؤيد ترجيح الوجه الذاهب إلى أنه يجوز للأجنبي الإخراج؛ لأنه لا فرق في قضاء الدين بين الوارث والأجنبي.

وأما الدعاء للميت، فإنه ينفعه، قال الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ جَاءُوا مِنْ بَعْدِهِمْ يَقُولُونَ رَبَّنَا اغْفِرْ لَنَا وَلِإِخْوَانِنَا الَّذِينَ سَبَقُونَا بِالْإِيمَانِ﴾ [الحشر - ١٠] أثبت عليهم بالدعاء للسابقين، وعن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «إِذَا مَاتَ ابْنُ آدَمَ، انْقَطَعَ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثٍ؛ صَدَقَةٌ جَارِيَةٌ، أَوْ عِلْمٌ يُنْتَفَعُ بِهِ، أَوْ وَلَدٌ صَالِحٌ يَدْعُو لَهُ»<sup>(١)</sup>؛ والصدقة عنه تنفعه أيضاً؛ لما روي أن رجلاً قال للنبي ﷺ: «إِنَّ أَبِي مَاتَ وَتَرَكَ مَالاً، وَلَمْ يُوصِ، فَهَلْ يُكْفَرُ عَنْهُ أَنْ أَتَصَدَّقَ عَنْهُ؟ قَالَ: نَعَمْ»<sup>(٢)</sup> يستوي في الصدقة والدعاء الوارث والأجنبي، قال الشافعي - رضي الله عنه -: «في وَسْعِ اللَّهِ تَعَالَى أَنْ يُثَبِّتَ الْمُتَصَدَّقَ أَيْضاً».

وعلى هذا قال الأصحاب: يُسْتَحَبُّ أَنْ يَنْوِيَ الْمُتَصَدِّقُ الصَّدَقَةَ عَنْ أَبِيهِ، فَإِنْ لَمْ يَنْوِهَا، بَيْنَهُمَا الثَّوَابُ وَلَا يَنْقُصُ عَنْ أَجْرِهِ شَيْئاً<sup>(٣)</sup> وذكر صاحب «العدة»؛ أنه لو

(١) رواه مسلم، وقد مضى في كتاب الوقف.

(٢) رواه النسائي بسند صحيح من حديث أبي هريرة، وهو في مسلم بدون قوله: وترك مالا.

(٣) قال الشيخ عز الدين بن عبد السلام: ظاهر السنة وقوع الصدقة عن الميت بخلاف الدعاء فإنه شفاعة أجرها للشافع ومقصودها المشفوع منه. وقال ابن أبي الدم في باب الإحصار: إذا كانت الصدقة تقع عن الميت بلا خلاف فلا يخلو إما أن يقع في يد الفقير عن ملك الميت أو عن ملك المتصدق فإن وقعت عن ملك المتصدق فكيف يثاب الميت على صدقة غيره بمال وفعل غيره وأن ليس للإنسان إلا ما سعى، وإن وقعت عن ملك الميت، فالميت لم يملك هذا المال في حياته، وليس أهلاً للتملك بعد موته إلا بسبب تقدم في حياته كنصب شبكة نصبها ثم مات فوقه =



أنبط عيناً، أو حَفَرَ نَهْرًا، أو غرس شَجْرَةً، أو وَقَفَ مُضَحِّفًا في حال حياته، أو فَعَلَ غيره عَنْهُ بَعْدَ موته، يُلْحَقُ الثَّوَابَ بِالمَيِّتِ .

واعلم أنَّ هذه الأُمُورَ إِذَا صَدَرَتْ مِنَ الحَيِّ، فهي صدقاتٌ جاريةٌ يلحقه ثوابُها، بعد الموت، كما وَرَدَ في الخَبَرِ .

وَإِذَا فَعَلَ غيره عَنْهُ بَعْدَ موته، فقد تصدَّقَ عنه، والصدقة عن الميت تنفعه، ولا ينبغي أَنْ يَخْصُصَ الحُكْمَ بِوَقْفِ المُضَحِّفِ، بل يُلْحَقُ بِهِ كُلُّ وَقْفٍ، وهذا القياسُ يقتضي جَوَازَ التَّضَحُّفِ عَنِ المَيِّتِ؛ فَإِنِهَا ضَرَبُ مِنَ الصَّدَقَةِ، وقد رأيتُ أَبَا الحَسَنِ العَبَّادِيَّ أَطْلَقَ القَوْلَ بِجَوَازِ التَّضَحُّفِ عَنِ العَئِيرِ . وَرَوَى فِيهِ حَدِيثًا<sup>(١)</sup>، لكن في «التهديب»: أَنَّهُ لَا تَجُوزُ التَّضَحُّفُ عَنِ العَئِيرِ بَعْدَ إِذْنِهِ، وكذلك عَنِ المَيِّتِ إِلا أَن يَكُونَ قَدْ أَوْصَى بِهِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

وما عَدَا هذه القَرَبِ تَنَقِّسُمُ إِلَى صُومٍ وَغيره:

أما الصَّوْمُ، فلا يتطوع به عَنِ المَيِّتِ .

وفي قضاء فَائْتَةٍ عنه قولان، سبق ذِكْرُهُمَا في «كتاب الصوم» .

الجديد: المنع، والقديم أن لوليه أن يصومَ عَنْهُ؛ وَعَلَى هذا فلو أَوْصَى إِلَى أَجْنَبِيٍّ لِيصُومَ، كان بمِثَابَةِ الوَلِيِّ وَلَوْ مَرَضَ بِحَيْثُ لَا يُرْجَى بَرُؤُهُ، ففي الصوم عنه وجهان، تشبيهاً بالبحج .

= فيها صيد فلم يوجد ناقل الملك إليه ولأن وجد منه سبب نقله إليه في حياته فلم يبق إلا أن يقال إذا كان الإجماع منعقدًا على وقوع الصدقة عن الميت تعين أن يقدر حصول الملك له قبيل الصدقة لترتب على هذا النقل حصول الصدقة عنه أو يقال يقدر حصول الملك له قبيل موته وهو بعيد وكل هذا مشكل انتهى .

وليس المراد ما قال، بل المراد أن ثواب الصدقة يحصل للميت بقصد المتصدق ذلك، ومن هذا قال القاضي عياض: يكون انتفاع المتصدق عنه، وإن لم يكن له فيه نية أن المتصدق وهب أجرة منه، ولا امتناع فيما قاله أن يفضل إلا سبحانه وتعالى عند هبة الحي ثواب عمله للميت يجعل ثواب ذلك ثواب للميت .

(١) قال الحافظ في التلخيص كأنه يريد ما رواه أبو داود . والترمذي والحاكم، من حديث علي: أنه كان يضحى بكبش عن النبي ﷺ، وبكبش عن نفسه - الحديث - وفيه: أنه أمرني أن أضحي عنه أبداً، صححه الحاكم، وقال في علوم الحديث: تفرد به أهل الكوفة، وفي إسناده حنش بن ربيعة، وهو غير حنش بن الحارث وهو مختلف فيه، وكذا شريك القاضي النخعي، وقال ابن القطان: شيخه فيه أبو الحسناء لا يعرف حاله، قلت: وفي الباب حديث آخر عن أبي رافع: أن النبي ﷺ ضحى بكبش عنه، وبكبش عن أمته، أخرجه البزار وغيره .

وأما غير الصوم؛ كالصلاة عنه قضاء، أو غير قضاء، وقراءة القرآن عنه: فلا تنفعه، واستثنى صاحب «التلخيص» عن الصلاة ركعتي الطواف، وقال: يأتي بهما الأجير عن المحجوج عنه، ووافقَهُ بغضُ الأصحاب، وقالوا: [إنه] يقع عنه تبعاً للطواف، ومنهم من قال: هي عن الأجير وتَبيراً ذمّة المحجوج عنه بما يفعل، كما لو ارتكبَ محظوراً، ولزمه الدّم، أو الصّوم.

والظاهر الأوّل، ويمكن أن يُعلّم قوله: «وأما الصلاة عنه قضاء لما فاته لا تنفعه» بالواو لتخريج من الصوم أشرنا إليه، وقد ذكرناه في «باب الصوم».

والذي يعتاد من قراءة القرآن على رأس القُبور قد ذكرنا في «باب الإجارة» طريقين في عود فائدتها إلى الميّت، وعن القاضي أبي الطيّب طريق ثالث، وهو أن الميت كالحَيِّ الحاضر، فترجى له الرحمة ووصول البركة إليه، إذا أهدى الثواب إلى القارىء.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: الثَّالِثَةُ إِذَا مَلَكَ قَرِيبُهُ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ بِالْإِزْثِ عَتَقَ (و) مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، وَإِنْ مَلَكَ بِالشَّرَاءِ عَتَقَ مِنَ الثُّلُثِ، فَمَا زَادَ لَمْ يُعْتَقْ، وَإِنْ مَلَكَ بِقَبُولِ وَصِيَّةٍ أَوْ هِبَةٍ فِيهِ وَجْهَانِ، وَقَدَّرَ الْمُحَابَاةَ مِنَ الْمَبِيعِ كَالْمَوْهُوبِ، ثُمَّ إِذَا عَتَقَ مِنَ الثُّلُثِ لَمْ يَرِثْ (ح و م) إِذْ يَنْقَلِبُ الْعَتَقُ تَبْرَعاً عَلَى وَارِثٍ فَيَمْتَنِعُ، وَإِنْ عَتَقَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ وَرِثَ (و) لِأَنَّهُ وَقَعَ مُسْتَحَقّاً شَرْعاً.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: ضمن هذا الفصل فروعاً متفرقة:

أحدهما: إذا ملك في مرض موته من يعتق عليه، نُظِرَ: إن ملكه بالإرث، فوجهان في أنه يعتق من الثلث أو من رأس المال:

أحدها: من الثلث؛ لأنه حصل في ملكه، ثم زال، فأشبهه ما إذا أعتق عبداً ورثه في مرضه، وما إذا ورث مالا، فأشترى به من يعتق عليه.

والثاني، ويحكى عن مالك - رحمه الله -: أنه يعتق من رأس المال؛ لأنه لم يقصد تملكاً ولا إزالة ملك، بل حصل بغير اختياره، وأيضاً لم يبذل في مقابلته مالا فيتضرر به الورثة، وبهذا الوجه أجاب صاحب الكتاب ها هنا، ونقل الوجهين في كتاب «العتق» وما الأصح منهما؟ قال في «التّهذيب»: الأول أصح وذكر المتولي أنه ظاهر النص وأن الثاني من تخريج ابن سرنج، لكن الأشبه تزجيح الثاني على ما أجاب به في الكتاب؛ لأن في كلام الشيخ أبي علي وغيره ما يقتضي الجزم به ورفع الخلاف، وأيضاً فلم يورد الأستاذ أبو منصور غيره.

ولو وهب منه من يعتق عليه، أو أوصى له به، فإن قلنا: إنه لو ورثه، لعتق من

الثالث، فها هنا أولي وإن قلنا يعتق من رأس المال هناك، فها هنا وجهان:

أحدهما، وبه قال أبو حنيفة: أنه يعتق من الثالث، كما لو وهب منه من لا يعتق عليه، فقبله وأعتقه، ويُجعل قضده إلى تملك من يعتق عليه، كابتداء العتق في المرض.

وأظهرهما: وبه قال ابن الحداد والأستاذ أبو منصور: أنه يعتق من رأس المال؛ لأنه لم يبذل في مقابلته مالا، والزوال حصل بغير اختياره، فإن قلنا: يعتق من رأس المال، عتق، وإن لم يكن له مال سواه، وكذا لو كان عليه دين مستغرق، وكذا المفلس المحجور عليه، إذا قبل، ولا سبيل للغرماء عليه<sup>(١)</sup> وإن قلنا: إنه يعتق من الثالث، فلو لم يكن له مال سواه، لم يعتق إلا لثله، ولو كان عليه دين، لم يعتق، وبيع في الدين، وكذا في المفلس المحجور عليه، ولو اشترى المريض من يعتق عليه، فإما أن يكون عليه دين أو لا يكون، فإن كان، ففي صحة الشراء وجهان، ويقال: قولان.

وجه المنع: أنه لو صح، لملكه، ولو ملكه، لعتق عليه، وفيه تضييع حقوق الغرماء.

وأصحهما: الصحة؛ لأنه لا خلل في الشراء، فثبت مقتضاه، وهو الملك لأنه لا يعتق لحق الغرماء، وبهذا أجاب ابن الحداد، وذكر الشيخ أبو علي أن الخلاف مبني على قولين منصوصين فيما إذا وصى لصبي بغير من يعتق عليه، والصبي موسر، هل للولي القبول؟ في قول: لا، وإلا، لعتق، وقوم عليه الباقي، فيه إلتاف مال الصبي، وفي قول: نعم، ولا يقوم عليه، فعلى هذا: يصح الشراء، ولا يعتق، وعلى الأول: لا يصح، وإن لم يكن عليه دين، فيعتبر عتقه من الثالث؛ لأنه لا يملك بالاختيار، وبذل في مقابلته المال، فإن خرج كله من الثالث، صح الشراء، وعتق كله، وإلا، ففي صحة الشراء فيما زاد على الثلث مثل الخلاف فيما إذا كان عليه دين، فإن قلنا: لا يصح، ففي قدر الثلث الخلاف المذكور في «تفريق الصفقة»، وإن قلنا: يصح، عتق من الثالث، ولم يعتق ما زاد، وعلى هذا، ينطبق قوله في الكتاب «إن ملك بالشراء، عتق من الثلث، فما أزد لم يعتق» وروى الأستاذ أبو منصور وجهاً مطلقاً أن شراء المريض أباه باطل؛ لأنه وصية والوصية موقوفة على الخروج من الثلث أو الإجازة، والبيع لا يصح موقوفاً، وجميع هذا فيما إذا لم يكن محاباة، أما إذا اشتراه محاباة، كما لو كانت قيمته مائة، فاشتراه بخمسين، كان قدر المحاباة، كالموهوب فيجزي الوجهان في أنه يعتق من الثلث أو من رأس المال فإن اعتبرنا الموهوب من الثلث، فجميع المائة من الثلث، وإلا، فالمعتبر منه خمسون، ثم مهما حكمنا بأنه يعتق من الثلث، فلا يرث

(١) سقط في: أ، ز.

العتيق؛ لأن عتقَه وصِيَّته، ولا سبيل إلى الجَمْع بين الوصيَّة والميراث، فلو وَرِثَ، لَصَارَتِ الوصيَّةُ وصِيَّةً للوارث، فيُبطِل، وإذا بَطَلَ العتقُ، امتنع التوريثُ، فإذا في توريثه عَدَمُ توريثه، هكذا أطلقوه حكماً وتعليلاً، وكأنه مبنيٌّ على أن الوصيَّة للوارث باطلةٌ، فإن وقفاها على الإجازة، فلا يمتنع الجَمْعُ بين الوصيَّة والميراث، فيحتمل أن يُوقَفَ الأمرُ على الإجازة، ويحتمل خلافُه<sup>(١)</sup>، وحكى الأستاذُ وجهاً: أنه يرث؛ لأنه لا

(١) قال في الخادم: وقد جزم بالاحتمال الأول الفارقي في فوائده فقال: وتعليل الشيخ بأن الإرث والوصية لا يجتمعان هو على أحد القولين، وعلى القول الآخر تصح الوصية للوارث مع الإجازة، فإن أجاز، أي: فإن أجاز وصح العتق ويرث وإن لم يجيزوا بطل العتق.

قال صاحب الوافي: لا ينبغي التفريع مع الصحة مع الإجازة إذ ربما لا يجيزون فيؤدي إلى بطلان العتق بالكلية إلى آخر ما نقله عنه في الخادم وفي آخر كلامه نظر.

قال الزركشي في الخادم أيضاً: وفي كل من الاحتمالين نظر، أما الأول فمن وجهين.

أحدهما: أن الذي يتوقف على الإجازة إنما هو التبرع لا الإرث والتبرع قد تقرر أولاً أنه من الثلث فكيف ينعكس آخره ويقال بل يتوقف على الإجازة مطلقاً وهذا الاحتمال لشيخه البلقيني وبقيّة كلام شيخه وتحرير المقال أنه لا يخلو في أول الأمر أما أن يحسب ذلك من الثلث من غير توقف على إجازة الوارث أو يتوقف على الإجازة من أول الأمر أن يتوقف على الإجازة من أول الأمر لما فيه من إبطال حق الميت في الثلث مع أن العتق وجد حين لا يرث، وكان يلزم عليه أنه لو لم يكن له وارث خاص أو كان ولكنه صغير أنه لا يعتق منه شيء ولا قائل به، وإذا أثبت أنه لا يتوقف على الإجازة من أول الأمر ثبت العتق من الثلث وإذا ثبت من الثلث فلا يرث لثلاثي يؤدي إلى الجمع بينهما للوارث ولا سبيل إلى التوقف على الإجازة في الإرث ولا في التبرع لما تقدم فلا يرث حينئذ سواء قلنا إن الوصية للوارث باطلة أو متوقفة على الإجازة لأن محل القولين فيمن صلح للإرث من غير توقف إرثه على الإجازة أما من لم يثبت له الحرمة إلا بعتق من الثلث فليس محل القولين على أن الرافعي لم يجزم بالبحث بل قال ويحتمل خلافه والمعتمد ما قلناه:

وأيضاً فإنه لا سبيل إلى أن التبرع على الوارث يحسب من الثلث؛ لأن الثلث خارج قهراً على الورثة، والتبرع على الورثة يحتاج إلى الإجازة فينافي موضوعها انتهى. والشيخان لا يقولان إن العتق موقوف على الإجازة لأنهما فرضا المسألة أنه خرج من الثلث وإنما نازعا من علل بأن الإرث والوصية لا يجتمعان فقالا: كأنه مفرع على أن الوصية للوارث باطلة أي وهذا عدم الإرث ظاهر ثم قالوا فإن قلنا: يقف على إجازة الوارث لم يمتنع الجمع بينهما وبين الإرث أي فانتفى قولهم إنه لا سبيل إلى الجمع بينهما وإذا تقرر أنه يمكن الجمع بين الإرث والوصية فانتفى منع تعليل الإرث بذلك ثم ذكر احتمالين: أحدهما: توقف الأمر أي من الإرث على الإجازة أي فإن قلنا إنها ابتداء عطية فلا يرث وإن قلنا تنقيده فالإرث.

والاحتمال الثاني: خلافة أي من الإرث لا يتوقف على الإجازة فيرث، وهذا هو الظاهر من كلام الشيخين.

وأما قول الشيخ البلقيني إن محل القولين فيمن صلح للإرشاد... إلى آخره، والظاهر أنه من تفقه الشيخ وقد تقدم كلام الفارقي وظهر بحمد الله تعالى أن ما ذكره بحثاً هو المنقول كما ذكره =

يملك رقبته، حتى يقال: أَوْصَى له بها، وإنما ينتفع بالعتق، فهو كانتفاع الوارث بَمَسْجِدٍ، وقنطرة بناهما المورث، وذلك لا يمنع الميراث، فليُغْلَمَ؛ لهذا قوله في الكتاب «لم يرث» بالواو، ويجوز أن يعلم بالحاء والميم أيضاً؛ لأنهما ذهباً إلى توريثه، ويُحَكَّى عن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه يسعى في قيمته، حتى يخرج عتقه عن أن يكون وصيةً، ومهما حكّمنا بأنه يعتق من رأس المال، فوجهان:

أصحهما: أنه يرث<sup>(١)</sup>؛ لأن العتق، والحالة هذه، ليس بوصيةً، بل هو مستحقّ شرعاً، فلا يلزم الجمع بين الميراث والوصية.

والثاني: وبه قال الإصطخري: لا يرث، ويُجْعَل عتقه وصيةً في حقه، وإن لم يُجْعَل وصيةً في حق الوارث، كما لو نكحت المريضة بدون مهر المثل، تصحّ المحابة من رأس المال، إن لم يكن الزوج وارثاً، وإن كان وارثاً، يُجْعَل وصيةً، فتبطل، ويجب مهر المثل.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ قَالَ: أَخْتَفُوا عَبْدِي بَعْدَ مَوْتِي لَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى قَبُولِ الْعَبْدِ لِأَنَّ لِلَّهِ

= الفارقي وهذا من علو درجة الشيخين وبركتهما وكيف لا وتحرير المذهب راجع إليهما، ثم ذكر الشيخ البلقيني جرياً على ما تقرر عنده فقال: يستنبط من ذلك أن من كانت له جارية ثم في مرض موته أعتقها ثم تزوجها أنها لا ترث لأن عتقها من الثلث ومن يعتق من الثلث لا يرث، وهكذا أطلق صاحب الحاوي الصغير لكن لو كان للرجل مستولدة فأعتقها في مرض موته ثم تزوجها ثم مات فإنها ترث؛ لأن عتقها لا يحسب من الثلث ولو لم يوجد العتق لعتقت بالموت من رأس المال إلى آخر ما ذكره.

وما ذكره الشيخ عن الحاوي الصغير مصرح به في الروضة في مسائل الدور الحكمي قبل الباب الثاني عشر في اختلاف الزوجين في النكاح فقال ما نصه: أعتق أمة في مرض موته ونكحها على مهر سماه نظر إن لم يخرج من الثلث فحكمه ما ذكرناه في المسائل الدورية في كتاب الوصايا وإن خرجت من الثلث نظر إن كانت قدر الثلث بلا مزيد بأن كانت قيمتها مائة وله مائتان سواء فالنكاح صحيح ثم إن لم يجر دخول فلا مهر لها لأنه لو ثبت المهر لكان ديناً على الميت وحينئذ لا تخرج من الثلث ويرق بعضها وحينئذ يبطل النكاح والمهر فإثباته يؤدي إلى إسقاطه فيسقط وإن جرى دخول فقد ذكرنا حكمه في كتاب الوصايا وسواء دخل أم لا فلا ترث بالزوجة لأن عتقها وصية والإرث والوصية لا يجتمعان فلو أثبتنا الإرث لزم إبطال الوصية وهي العتق، وإذا بطلت بطلت الزوجية، وبطل الإرث إلى آخر ما ذكرنا في هذا الباب لأنه لا يمتنع الجمع بينهما وذكرنا ما تقدم تقريره فمسألة الأمة أيضاً مبنية على ذلك إن قلنا الوصية للوارث باطلة فلا يرث، وإن قلنا: موقوفة على الإجازة فلها الإرث.

(١) ما صححه الشيخ هنا أن يعتق من رأس المال هو المعتمد عند جمع من المتأخرين منهم الشيخ البلقيني والشيخ الأذري وإن كان النووي في المنهاج أنه من الثلث. قال الأذري: تبع المحرر والمحرر تبع البغوي على عادته ثم ضعف كلام المنهاج وبالغ الشيخ البلقيني في تضعيفه في تصحيح المنهاج.

حَقًّا فِي الْعِتْقِ، وَلَوْ قَالَ: أَوْصَيْتُ لَهُ بِرَقَبَتِهِ فَفِي أَشْرَاطِ الْقُبُولِ وَجِهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الثَّانِي: إِذَا قَالَ: أَعْتَقُوا عَبْدِي بَعْدَ مَوْتِي، لَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى قَبُولِ الْعَبْدِ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى حَقًّا مُوَكَّدًا فِي الْعِتْقِ، فَكَانَ كَالْوَصِيَّةِ لِلجِهَاتِ الْعَامَّةِ وَبِنَاءِ الْمَسْجِدِ وَالْقَنْطَرَةِ، وَلَوْ قَالَ: أَوْصَيْتُ لَهُ بِرَقَبَتِهِ، فَهَذِهِ الْوَصِيَّةُ صَحِيحَةٌ، وَمَقْصُودُهَا الْإِعْتَاقُ، وَهَلْ يَفْتَقِرُ إِلَى قَبُولِهِ؟ فِيهِ وَجِهَانٌ:

أَحَدُهُمَا: لَا؛ لِأَنَّهُ فِي الْمَعْنَى كَقَوْلِهِ: «أَعْتَقُوا عَبْدِي».

وَأَصْحُهُمَا: وَبِهِ أَجَابَ الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ: أَنَّهُ يَفْتَقِرُ إِلَيْهِ؛ لِأَقْتِضَاءِ الصِّيغَةِ الْقَبُولِ، وَصَارَ كَمَا لَوْ قَالَ لِعَبْدِهِ: وَهَبْتُ مِنْكَ نَفْسَكَ، أَوْ مَلَكَتْكَ نَفْسَكَ، فَإِنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى الْقَبُولِ فِي الْمَجْلِسِ، وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللَّهُ -: لَا حَاجَةَ إِلَى الْقَبُولِ مِنْ شَيْءٍ مِنْ هَذِهِ الصُّورِ، وَلَوْ قَالَ: وَهَبْتُ نَفْسَكَ، لَا عَلَى طَرِيقِ التَّمْلِيكِ، بَلْ تَوَوَّى وَبِهِ الْمَغْتِقُ عَتَقَ مِنْ غَيْرِ قُبُولٍ<sup>(١)</sup>.

قَالَ الزَّعْرَائِيُّ: وَلَوْ أَعْتَقَ ثُلُثَ الْعَبْدِ بَعْدَ مَوْتِهِ وَلَيْسَ فِي الْمَالِ مُتَسَّعٌ لَمْ يَسْرِ لِأَنَّهُ مُعَسِّرٌ وَالْمَالُ لِغَيْرِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الثَّالِثُ: لَوْ قَالَ: إِذَا مِتُّ فَأَعْتَقُوا ثُلُثَ عَبْدِي، أَوْ قَالَ: ثُلُثُ عَبْدِي حُرًّا، إِذَا مِتُّ، لَمْ يُعْتَقَ إِذَا مَاتَ أَكْثَرُ مِنْ ثُلُثِهِ؛ لِأَنَّ إِعْتَاقَ بَعْضِ الرِّقِيقِ، إِنَّمَا يَسْرِي إِلَى الْبَاقِي، إِذَا كَانَ الْمَغْتِقُ مَالِكًا لِلْبَاقِي، أَوْ لَمْ يَكُنْ مَالِكًا إِلَّا أَنَّهُ مُوسِرٌ بِقِيمَتِهِ، وَإِذَا مَاتَ، زَالَ مَلِكُهُ عَنِ الْبَاقِي وَعَنْ سَائِرِ أَمْلَاكِهِ، فَلَا هُوَ حِينَ الْعِتْقِ مَالِكٌ لِلْبَاقِي، وَلَا هُوَ مُوسِرٌ بِقِيمَتِهِ، وَيُخَالِفُ مَا لَوْ أَعْتَقَ الْمَرِيضُ بَعْضَ عَبْدِهِ، حَيْثُ يَسْرِي إِلَى الْبَاقِي، إِذَا وَقَى الثُّلُثَ بِهِ؛ لِأَنَّهُ مَالِكٌ لِلْبَاقِي، وَلَوْ مَلَكَ ثَلَاثَةَ أَعْبِيدٍ مُتَسَاوِي الْقِيَمَةِ، لَا مَالٌ لَهُ سِوَاهُمْ، فَأَعْتَقَ فِي مَرَضِهِ ثُلُثَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ، فَقَالَ: أَثْلَاثَ هَؤُلَاءِ أَحْرَارًا، وَثُلُثَ كُلِّ وَاحِدٍ حُرًّا، فَفِيهِ وَجِهَانٌ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يُعْتَقُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ثُلُثُهُ، كَمَا ذَكَرْنَا.

وَأَصْحُهُمَا: أَنَّهُ يُفْرَعُ بَيْنَهُمْ؛ لِتَجْتَمِعَ الْحَرِيَّةُ فِي وَاحِدٍ، فَإِنْ عَتَقَ الْمَالِكُ، لَا يَتَجَرَّأُ، وَإِعْتَاقَهُ بَعْضُ مَمْلُوكِهِ كِإِعْتَاقِهِ جَمِيعَهُ، فَكَأَنَّهُ قَالَ: أَعْتَقْتُ هَؤُلَاءِ، وَلَوْ قَالَ ذَلِكَ

(١) قَالَ فِي الْخَادِمِ: صُورَةُ الْمَسْأَلَةِ أَنْ لَا يَلْحَقُهَا كَافُ الْخَطَابِ وَالْمَعْنَى وَهَبْتُ اللَّهُ نَفْسَكَ أَيَّ جَعَلْتَهَا اللَّهُ، أَمَا إِذَا وَجَدَ خَطَابَ فَلَا يَدُ مِنَ الْقَبُولِ وَعِنَهَا احْتَرَزَ - يَعْنِي الرَّافِعِيُّ بِقَوْلِهِ لَا عَلَى طَرِيقِ التَّمْلِيكِ وَغَلَطَ مِنْ فَهْمٍ مِنْ كَلَامِهِمَا خِلَافَ ذَلِكَ، وَالثَّابِتُ فِي نَسْخِ الرُّوَضَةِ الصَّحِيحَةِ كَمَا فِي الرَّافِعِيِّ.

لأقرعنا بينهم بسهمي رق وسهم عتق، فمن خرَج له سهم العتق، عتق، وكذلك ها هنا.

ولو قال: أعتقتك ثلثكم، أو ثلثكم حر، فهو كما لو قال: أعتقتكم أو أعتقت واحداً منكم، فيقرع بينهم، ولا يجيء الوجهان، ومنهم من جاء بالوجهين، وجعل الصيغتين، كما لو قال: أثلاث هؤلاء أحرار، ولو أضاف إلى الموت، فقال: أثلاث هؤلاء أحرار بعد موتي، أو ثلث كل واحد منهم، فيعتق من كل واحد منهم ثلثه، ولا يقرع؛ لما ذكرنا أن العتق بعد الموت لا يسري، نعم، لو زاد ما أعتق على الثلث، فيقرع لرد الزيادة لا للسرية، وفي «التهديب» وغيره وجه [آخر] أنه يقرع، كما لو نجز في مرض الموت، فمن خرَج له سهم العتق، عتق ورَق الأخران، والصحيح الأول، وبه أجاب ابن الحداد، وقرع عليه بما أوضحه، فقال: لو قال للأعبد الثلاثة: النصف من كل واحد منكم حر بعد موتي، فقد عتق نصف ماله، فإن لم تجز الورثة، لقرع بين العبيد بسهم رق وسهمي عتق، فالذي أصابه سهم الرق يرق واللذان أصابهما سهم العتق، يعتق من كل واحد منهما نصفه، ولا يسري، ولو أعتق الانصاف في مرضه، فمن عتق منه شيء، لا بد وأن يسري إلى باقية إلى أن يتم الثلث، فيقرع بينهم بسهمي رق، وسهم عتق، فمن خرَج له سهم العتق، عتق كله، وهو ثلث المال، ولو لم يملك إلا عبدتين قيمتهما سواء، فقال: نصف غانم حر بعد موتي، وثلث سالم حر بعد موتي، فقد أعتق خمسة أسداس العبد، وليس له إلا إعتاق ثلثي عبد، فيقرع بينهما؛ لرد الزيادة، فإن خرَج سهم العتق لغانم، عتق نصفه، وعتق سدس الآخر، ليتم الثلث، وإن خرَج لسالم، عتق ثلثه، وعتق ثلث غانم، وإن أعتق نصف واحد منهما في مرضه، أقرع بينهما، فمن خرَج له سهم العتق، عتق ثلثاه، ورَق باقيه مع جميع الآخر، وهذا كله مفروض فيما إذا أعتق الأبعاض في المرض معاً؛ بأن قال: أثلاث هؤلاء أحرار، ونصف كل واحد منهما حر، فأما إذا قدم وأخر، فيقدم الأسبق، فالأسبق، حتى لو قال: نصف غانم حر وثلث سالم حر، يعتق من غانم ثلثاه ولا قرعة.

قال العزالي: وإن أعتق الجارية دون الحمل ففي السرية إلى الحمل بعد الموت وجهان، من حيث إنه من الأضل كعضو معين لا يقف العتق عليه، وكذلك إذا أسنتي الجنين صريحاً عن الحرية ففي صحة الاستثناء وجهان.

قال الرافعي: الرابع: لو أعتق جاريته بعد الموت، وهي حامل، ففي الحمل وجهان:

أحدهما: لا يعتق؛ لما مر أن عتق الميت لا يسري.

وأصحهما: أنه يعتق لأن الجنين كعضو من الأم، والعتق لا يثبت في بعض

الأعضاء دون عضو؛ لأن الأم، تستبغ الحمل، كما في البيع، وهذا المعنى أقوى؛ لأن الأول يشكل بما، إذا أُعْتِقَ الحمل لا تعتق الأم ولو كان كعضو منها، لَعْتَقْتَ، ولو استثنى الحمل صريحاً، فقال: هي حُرَّةٌ بعد موتي إلا جنيئها [أو دون جنيئها]<sup>(١)</sup> ففي صحة الاستثناء وجهان:

أحدهما: الصحة؛ لأنه يعرض الانفصال، والاستثناء يجعله كالمُفْصَل.

والأشبه: المنع كاستثناء الأعضاء وقد قيل: إن الوجه الصائر إلى أنه لا يعتق عند الإطلاق مخرج من القول بصحة الاستثناء.

وقوله في الكتاب «وإن أعتق الجارية دون الحمل» أي: أعتقها ولم يتعرض للحمل، فأما إذا قال دون الحمل، فهذه صورة التصريح بالاستثناء.

وقوله «لا يقف العتق عليه» أي: على الأصل بل يسري هذا إذا أعتق الحامل بعد الموت، فأما إذا نجز عتقها في الحياة، ففي «التهديب» وغيره: أن الحمل يعتق أيضاً، فإن الاستثناء لا يصح، ولم يذكروا فيه خلافاً، ووجهوه بأن الاستثناء في البيع لا يصح، فكذلك ها هنا، إلا أن البيع يبطل من أصله، والعتق ينفذ فيهما؛ لغلبته، ولو كانت الأم لواحد، والحمل لآخر فأعتق مالك الأم الأم، وعتقت دون الحمل؛ لأن اختلاف الملك يمنع الاستباع.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ أَوْصَى بِثُلْثِ عَبْدِهِ فَاسْتَحَقَّ ثُلُثَاهُ نَزَلَتِ الْوَصِيَّةُ عَلَى ثُلْثِهِ الَّذِي بَقِيَ، وَقِيلَ: لَا يَبْقَى لِلْوَصِيَّةِ إِلَّا ثُلُثُ الثُّلُثِ بِحُكْمِ الشُّيُوعِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْخَامِسُ: أَوْصَى بِثُلْثِ عَبْدٍ مَعِينٍ أَوْ دَارٍ أَوْ غَيْرِهِمَا، فَاسْتَحَقَّ ثُلُثَاهُ، نَظَرَ: إِنْ لَمْ يَمْلِكْ شَيْئاً آخَرَ فَلِلْمَوْصِي لَهُ ثُلُثُ الثُّلْثِ الْبَاقِي [وإن ملك غيره، واحتمل ثلثه الثُّلُثُ الْبَاقِي، فقد قال في «المختصر» له الثُّلُثُ الْبَاقِي]،<sup>(٢)</sup> وَرَوَى قَوْلُهُ «إِنَّ لَهُ ثُلْثَ الْبَاقِي» وَهَذَا نَسَبَهُ صَاحِبُ «التَّهْدِيبِ» إِلَى رِوَايَةِ الرَّبِيعِ وَالمَتَوَلَّى إِلَى بَعْضِ نَسَخِ «المختصر» ولِلأَصْحَابِ فِي الْمَسْأَلَةِ طَرِيقَانِ:

أصحهما: أن فيها قولتين:

أظهرهما: أن الوصية تنزل على ثُلُثِ الْبَاقِي، وتصح فيه لأن المقصود من الوصية إرفاق الموصى له، فإذا أوصى بما احتمله الثلث، أمكن رعاية عِرْضِهِ مِنْهَا، فيصار إليه.

(٢) سقط في: أ، ز.

(١) سقط في: أ، ز.



والثاني: وهو اختيار ابن سُرَيْج، ويحكى عن أبي حنيفة ومالك والإصطخري - رحمهم الله - أن له ثلث الثلث الباقي؛ لأن الوصية بالثلث الشائع، فإذا خرج الثلثان بالأسحقاق بَقِيَتِ الوصية في ثلث الباقي، وهو تُسَعُّ الجملة، وصار كما لو أوصى بثلث ماله، فاستحق ثلثاه، لا يكون من الباقي إلا الثلث.

والطريق الثاني: القطع بأن له ثلث الثلث الباقي، وحمل ما رواه المزني على ما إذا لم يتلفظ بالثلث، ولكن كان له ثلاثون من العنم مثلاً، في الظاهر، فقال: أعطوه عَشْرَةَ منها، ثم استحق عشرون منها بعينها أو على ما إذا أوصى بأحد أثلاث العبد المعين، فاستحق ثلثاه، أو على ما إذا أوصى بثلث معين من الدار، فاستحق باقيها أو على ما إذا اشترى ثلثها من زيد وثلثيها من عمرو وأوصى بما اشتراه من زيد، واستحق ما اشتراه من عمرو، فإن في هذه الصور [ة] يكون له الثلث الباقي، واعلم أن أصحاب الطريقة الأولى من يعبر عن الخلاف بالوجهين أو بالمنصوص والمخرج، وربما وجهوا الأظهر بأن الظاهر أنه إنما يوصى ويتصرف فيما يملكه، وقد اشتهر الخلاف في العبد المشترك بين اثنين بالسوية، إذا قال أحدهما، بعث نصفه أن البيع يتصرف إلى نصفه أو يشيع، ولا فرق في ذلك بين البيع والوصية، فينتظم أن يبنى أحد الخلاقين على الآخر أو يقال: هو هو، ثم عن ابن سُرَيْج أن الوصية إنما تنتفي في ثلث الثلث الباقي، إذا كان قد قال: أوصيت له بثلث هذا العبد، فأما إذا قال: أعطوه ثلثه، دفع إليه الثلث الباقي كاملاً، لا محالة، ولو أوصى بأثلاث الأعبد الثلاثة، واستحق اثنان منهم، فلا شك أن الوصية تنفذ إلا في ثلث العبد الباقي، ولو أوصى بثلث صبرة، فتلف ثلثاها، فله ثلث الباقي بلا خلاف؛ لأن الوصية تناولت التالف، كما تناولت الباقي، وها هنا لا تتناول المستحق.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: فَرَعَ إِذَا مَتَّعْنَا نَقَلَ الصَّدَقَاتِ فِيهِ نَقَلَ مَا أَوْصَى بِهِ فِي بَلَدِهِ لِلْمَسَاكِينِ وَجَهَانٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَا أَوْصَى بِهِ لِلْمَسَاكِينِ، هَلْ يَجُوزُ نَقْلُهُ إِلَى مَسَاكِينِ غَيْرِ بَلَدِ الْمَالِ فِيهِ طَرِيقَانِ<sup>(١)</sup>:

أحدهما: أنه على قولين، كما في نقل الزكاة؛ تنزيلاً للفظ المطلق على ما ورد به الفرع.

والثاني: ترتيب الوصية على نقل الزكاة، إن جَوَزْنَا نقل الزكاة، ففي الوصية

(١) قال النووي أصحابهما النقل والله أعلم.

أولئ، وإن منعناه ففي الوصية وجهان.

والفرق أن الزكاة مطمح نظر الفقراء؛ من حيث إنها موظفة داره، والوصية بخلافه، ولهذا يجوز تقييد الوصية بمساكين سائر البلاد.

والطريق الثاني: وهو المذكور في الكتاب، لكن الأكثرُونَ أوردوا الأول، وهو الذي يدلُّ عليه نصُّ الشافعي - رضي الله عنه - فإنه نصُّ في «المختصر» ههنا على منع النقل، وهو جواب منه على أحد القولين، وإذا قلنا: لا يجوز النقل، فلو لم يكن في تلك البلدة فقير، فنتقل كالزكاة أو تبطل الوصية؟ فيه وجهان في بعض الشروح، ولو عين فقراء بلده، ولم يكن فيه فقير، بطلت الوصية<sup>(١)</sup> كما لو أوصى لولد فلان، ولا وكَد له، والله أعلم.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: الْقِسْمُ الثَّلَاثُ فِي الْمَسَائِلِ الْحِسَابِيَّةِ، إِذَا قَالَ: أَوْصَيْتُ لَهُ بِمِثْلِ نَصِيبِ ابْنِي أَوْ بِنَصِيبِ (ح) وَ ابْنِي وَلَهُ ابْنٌ وَاحِدٌ فَهُوَ وَصِيَّةٌ بِالنُّصْفِ (و)، وَلَوْ كَانَ لَهُ ابْنَانِ وَأَوْصَى بِنَصِيبِ وَاحِدٍ فَهُوَ وَصِيَّةٌ بِالثَّلَاثِ (م)، وَإِنْ كَانُوا ثَلَاثَةً فَبِالرُّبْعِ (م) وَبِالْجُمْلَةِ يَسَوَى بَيْنَهُ وَبَيْنَ التَّيْنِ فِي الْقِسْمَةِ، وَكَذَا إِذَا أَوْصَى بِنَصِيبِ ابْنٍ ثَالِثٍ لَوْ كَانَ وَلَمْ يَكُنْ فِي الْحَالِ فَهُوَ كَمَا لَوْ كَانَ وَأَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِهِ، وَلَوْ أَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدٍ وَرَثَتِهِ أُعْطِيَ مِثْلَ سَهْمِ أَقْلِهِمْ نَصِيباً (م)، وَلَوْ أَوْصَى بِضِعْفِ نَصِيبِ وَلَدِهِ أُعْطِيَ مِثْلَ مَا أُعْطِيَ وَلَدَهُ مَرَّتَيْنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْمَسَائِلُ الْحِسَابِيَّةُ مِنَ الْوَصَايَا طَوِيلَةٌ كَثِيرَةٌ الْأَشْعَابِ، وَلِذَلِكَ جَعَلُوهَا مَعَ سَائِرِ الْمَسَائِلِ الدُّورِيَّةِ؛ عِلْماً بِرَأْسِهِ، وَأَفْرَدُوهُ بِالتَّدْرِيسِ وَالتَّصْنِيفِ، وَلَمْ يورد صاحب الكتاب في هذا القسم إلا مسائل معدودة، فالوجه أن نشرحها ونضم إليها ما لا بد منه في الباب من الإيجاز وبالله التوفيق.

فمما ذكره: إذا أوصى بمثل نصيب ابنه، وله ابن واحد لا يرثه سواه، فالوصية

(١) فيه أمران.

أحدهما: ما جزم به من البطلان مشكل بما لو أوصى للرقاب ولم يكن في الدنيا مكاتب ففي البحر عن نص الشافعي أنه يوقف الثلث حتى يوجد الاحتمال بالكتابة فيما بعد. قال: ويحتمل بطلان الوصية وهو قوي لما في الوقف من الإضرار بالوارث. وقد ذكر النووي من زوائده في آخر كتاب الحج قبل باب الهدى ما يخالف المذكور هنا.

الثاني: سكت عما إذا كان فيه فقير واحد فلا بد من صرف شيء لله، وهل هو الثلث أو غيره يشبه أن يكون على الخلاف فيما إذا أوصى لذوي قرابته، وليس له الأقرب واحد وتبع صاحب المطلب ذلك القسم الثالث. قاله الزركشي.

بالنصف<sup>(١)</sup> فإن لم يجز، رُدَّت إلى الثلث، وكذا لو كان له ابنان أو بنون، فأوصى بمثل: نصيبهما أو نصيبهم.

وعن مالك - رحمه الله -: أن الوصية في الصورة وصية بالكل، واحتج الأصحاب بأن الوصية بمثل نصيب الأبن تقتضي أن يكون للأبن نصيب، وللموصى له نصيب، وأن يكون النصيبان مثلين، فيلزم التسوية، وربما قالوا: الأبن يأخذ الكل؛ لولاء الوصية، فإذا نزل الموصى له منزله، فقد أثبت الكل له أيضاً، والمبلغ إذا عَالَ بمثله، كان الزائد مثل المزيد عليه، ولو لم يكن له أبن أو لم يكن له وارثاً لرق، وغيره، فالوصية باطلة؛ لأنه لا نصيب للأبن، ولو قال: أوصيتُ له بنصيب ابني، ولم يذكر لفظ المثل، فوجهان:

أحدهما: وبه قال أبو حنيفة: أن الوصية باطلة؛ لورودها على حق الغير، وهذا أصح عند أصحابنا العراقيين وتابعهم صاحب «التهذيب».

والثاني: وبه مالك - رحمه الله -: أنها صحيحة، والمعنى بمثل نصيب ابني، ومثله كثير في الاستعمال، وهذا ما أورده الأستاذ أبو منصور، وهو الأصح عند الإمام والقاضي الروياني - رحمهم الله تعالى - وغيرهما، وقالوا: إن الوصية واردة على مال الموصي، وليس للأبن نصيب قبل موته، وإنما الغرض التقدير بما يستحقه من بعد.

ويجري الوجهان، فيما لو قال: بعثت عبدي منك بما باع به فلان فرسه، وهما يعلمان قدره، فإن صححنا، فهي وصية بالنصف، كما لو قال: أوصيت بمثل نصيب ابني، وفي «التهذيب» وجه آخر: أنها وصية بالكل، ولو كان له ابنان، فأوصى بمثل نصيب أحدهما أو بمثل نصيب ابن، فالوصية بالثلث، ولو كانوا ثلاثة، فالربع، وإن كانوا أربعة، فالخمس، وعلى هذا القياس ويجعل الموصى له كابن آخر معهم.

وعن مالك - رحمه الله - أن الوصية في صورة الاثنين بالنصف، وفي الثلاثة بالثلث، وعلى هذا؛ فالضابط عنده أن يعتبر نصيب الموصى بنصيبه؛ لو لم تكن وصية، وعندنا يعتبر بعد الوصية، فتقام فريضة الميراث، ويزاد عليها مثل سهم الموصى بنصيبه، حتى لو كانت له بنت، وأوصى بمثل نصيبها، فالوصية بالثلث؛ لأن المسألة

(١) قال في الخادم: صورة المسألة إذا لم يقل مع ذلك بما كان نصيبه فأما لو أوصى له بمثل ما كان نصيب ابنه كانت وصية بجميع المال إجماعاً صرح بذلك الماوردي وفرق بأنه في المسألة الأولى جعل لابنه مع الوصية نصيباً فلذلك كانت فيه بالنصف، وفي الثانية لم يجعل له نصيباً فلذلك كانت الصيغة بالإضافة للجميع، فأما لو قال أوصيت له بمثل نصيب ابن لي لو كان وفي نصيب ابني لا يصح على الأصح.

من اثنين، لو لم تكن وصية<sup>(١)</sup> فتزيد على الاثنين سهماً وتعطيه سهماً من ثلاثة أسهم.  
ولو أوصى، وله بنتان بمثل نصيب إحداهما، فالوصية بالربع، لأن المسألة من ثلاثة؛ لأن الوصية لكل واحدة منهما سهم، فتزيد للموصى له سهماً، فتبلغ أربعة.  
ولو أوصى بنصيبهما معاً، فالوصية بخمسي المال؛ لأنهما من ثلاثة، ولهما سهمان من الثلاثة، فتزيد على الثلاثة سهمين، يبلغ خمسة.

ولو أوصى، وله ثلاث بنات وأخ بمثل نصيب واحدة منهن، فالوصية بسهمين من أحد عشر سهماً؛ لأن المسألة من تسعة، لولاء الوصية، ونصيب كل بنتٍ منهما سهمان، فتزيد على التسعة سهمين، يكون أحد عشر، وكذا إذا أوصى، وله ثلاثة بنين، وثلاث بنات بنصيب ابن، ولو أوصى، وله ثلاثة بنين وبنت بمثل نصيب البنات، فالوصية بالثمن؛ لأنها من سبعة، لو لم تكن وصية للبنات، منها واحد فيزيد على السبعة واحد.

ولو كان له ابن وثلاث بنات وأبوان وأوصى بمثل نصيب الابن، فالمسألة تصح من ثلاثين، لو لم تكن وصية، نصيب الابن منها ثمانية، فتزيد ثمانية على الثلاثين، ونقول: الوصية بثمانية أسهم ثمانية وثلاثين سهماً، تروى هذه الصورة عن عليّ - رضي الله عنه -<sup>(٢)</sup>.

#### ثم في الفصل مسألتان:

إحداهما: أوصى، وله ابن، بمثل نصيب ابن ثانٍ لو كان، أو أوصى، وله ابنان، بمثل نصيب ابن ثالث، لو كان فالحكم في الصورة الأولى، كما لو كان له ابنان، وأوصى بمثل نصيب أحدهما، فتكون الوصية بالثلث، وفي الثانية كما لو كان له ثلاثة بنين له، وأوصى بمثل نصيب أحدهم، فتكون الوصية بالربع، وحكى الإمام عن شيخه أن الأستاذ أبا إسحاق كان يقول: هذه الوصية تتضمن إقامة الموصى له مقام الابن المقدر، فتكون الوصية في الصورة الأولى بالنصف، وفي الثانية بالثلث، وهل من فرق بين أن يحذف لفظ «المثل»، فيقول: «بنصيب ابن ثانٍ أو ثالث، لو كان»، وبين ألا يحذفه؟ القياس أنه على الوجهين فيما إذا أضاف إلى الوارث الموجود، وحكى الأستاذ أبو منصور عن الأصحاب أنهم فرّقوا ههنا بين اللفظين، وإن لم يفرّقوا فيما إذا أضاف إلى الوارث الموجود، وقالوا: إذا أوصى بمثل نصيبه، دفع إليه نصيبه، لو كان مزيداً على سهام الفريضة، وإذا أوصى بنصيبه، دفع إليه نصيبه، لو كان من أصل سهام

(١) في ب: ولكل واحد منهما سهم. (٢) قال الحافظ لم أره.

الفريضة، فعلى هذا لو أوصى، وله ابنان بنصيب ابن ثالث، لو كان، فالوصية بالثلث، [ولو قال بمثل نصيب ابن ثالث لو كان، فبالربع، كما سبق، ولو أوصى وله ثلاثة]<sup>(١)</sup> بنين، بمثل نصيب بنت، لو كانت، فالوصية بالثلث، وعلى ما حكى عن الأستاذ أبي إسحاق بالشعب.

وقوله في الكتاب «وكذا إذا أوصى بنصيب ابن ثالث لو كان» إلى آخره ينطبق على القول بالتسوية بين أن يذكر لفظ «المثل» أو يُحذفه، وهو الذي أورده في الوارث الموجود أيضاً. ويجوز أن يُعلم قوله «فهو كما لو كان، فأوصى بمثل نصيبه» لما حكيناه عن كل واحد من الأستاذين، وقوله: «ولم يكن في الحال» كالمستغنى عنه وفي لفظه «لو كان» ما يشعر به.

فرع: لأبْنِ سُرَيْحٍ: له ابنان، فأوصى لزيد بمثل نصيب ابن رابع، لو كان، ولعمرو بمثل نصيب ابن خامس، لو كان، فللحساب طريقان:

أحدهما: أن يقال: المسألة من اثنين، لو لم تكن وصية، ومن أربعة، لو كانوا أربعة، ومن خمسة كانوا خمسة، فهنا اثنان وأربعة وخمسة، والاثنان والأربعة متداخلان، فتسقط الاثنان تبقى أربعة وخمسة، يضرب أحدها في الآخر، تبلغ عشرين، وهذا العدد ينقسم على الاثنان بلا وصية، وعلى الأربعة، لو كانوا، ونصيب كل واحد خمسة، وعلى الخمسة، لو كانوا، ونصيب كل واحد أربعة، فيأخذ الخمسة والأربعة ونزيدهما على العشرين، تبلغ تسعة وعشرين لزيد، خمسة من تسعة وعشرين ولعمرو أربعة، والباقي للاثنين.

والثاني: أن يقال: لو لم تكن إلا وصية زيد، لكان له سهم من خمسة، فيقسم الباقي على خمسة؛ لوصيبته لعمرو بمثل نصيب ابن خامس، فيخرج من القسمة أربعة أخماس، وهو نصيب كل ابن، لو كانوا خمسة، فتزيد على الخمسة، لعمرو أربعة أخماس، يكون خمسة، وأربعة أخماس لزيد، منها واحد، ولعمرو أربعة أخماس، والباقي للاثنين، فإذا بسطناها أخماساً، كانت تسعة وعشرين.

وإن شئت، قلت: لو لم تكن إلا وصية عمرو، لكان له سهم من ستة، فيقسم الباقي على أربعة؛ لوصيبته لزيد بمثل نصيب ابن رابع، فيخرج من القسمة واحد وربع، وذلك نصيب كل ابن، لو كانوا أربعة، فتزيد على الستة؛ لزيد واحداً وربعاً، يكون سبعة وربعاً لعمرو منها واحد، ولزيد واحد وربع، وإذا بسطناها أرباعاً، كانت تسعة وعشرين.

(١) سقط في: ز، أ.

ولو كانت المسألة بحالها، وأوصى لزيد بمثل نصيب ابن ثالث، لو كان، ولعمرو بمثل نصيب ابن رابع، لو كان، فعلى الطريق الأول، نقول: المسألة من اثنين ومن ثلاثة، لو كانوا ثلاثة، وأربعة، لو كانوا أربعة، فهنا اثنان وثلاثة وأربعة، يسقط الاثنان؛ لدخولهما في الأربعة، يبقى ثلاثة وأربعة، تضرب أحدهما في الآخر، تبلغ اثني عشر، وهذا العدد ينقسم على الاثنين، وعلى الثلاثة، ونصيب الواحد أربعة، وعلى الأربعة، ونصيب الواحد ثلاثة، فنزيد الأربعة والثلاثة على الأثني عشر، يكون تسعة عشر، فلزيد منها أربعة، ولعمرو ثلاثة، والباقي بين الاثنين.

وعلى الثاني نقول: لو لم تكن إلا وصية زيد، لكان له سهم من أربعة، يقسم الباقي على أربعة، للوصية الأخرى يخرج من القسمة ثلاثة أرباع، فهي نصيب كل واحد، لو كانوا أربعة، فيزيد ثلاثة أرباع على الأربعة لعمرو، منها تصح القسمة، وإذا بسطتها أرباعاً، كانت تسعة عشر أو تقول: لو لم تكن إلا وصية عمرو، لكان له سهم من خمسة، يقسم الباقي على ثلاثة للوصية الأخرى، يخرج من القسمة واحد وثلاث، وذلك نصيب كل واحد، لو كانوا ثلاثة، فتزيد واحداً وثلاثاً على الخمسة لزيد، تبلغ ستة وثلاثاً، منها تصح القسمة، وإذا بسطتها اثلاثاً، كانت تسعة عشر.

**المسألة الثانية:** أوصى لإنسان بمثل نصيب أحد ورثته، أعطى مثل سهم أقلهم نصيباً، والطريق أن تقام سهام الورثة بلا وصية، ويزاد عليها مثل سهم أقلهم نصيباً، ثم تقسم، فلو كان له ابن وبنت، فالفريضة بلا وصية من ثلاثة، للبت منها سهم، فتزيد على الثلاثة سهماً، ونقول: الوصية بالربع، فيقسم المال، كما يقسم بين ابن وابنتين، ولو كان له زوج وأم وأختان من الأب، فالفريضة بلا وصية من ثمانية للأُم وهي أقلهم نصيباً، سهم منها، فتزيد على الثمانية سهماً، ونقول: الوصية بالثمنع، وفي بنتين وثلاث زوجات وأخ الوصية يجرء من خمسة وعشرين، وفي بنت وابن وأخ الوصية بسبع المال، ولو كانت صيغة الوصية في هذه الصورة «أوصيت لفلان بمثل نصيب أحد ولدي» قال الشافعي - رضي الله عنه - في «المختصر» أعطيته سدساً، وأعرف فيه شيئين: أحدهما: أنه أراد سدساً عائلاً، وهو السبع لا سدساً كاملاً، وحينئذ فالجواب، كما لو كانت صيغة الوصية «بنصيب أحد ورثتي».

**والثاني:** أن في وقوع اسم الولد على ولد الولد خلافاً سبق في «الوقف» فإن وقع عليه، فالتصوير ظاهر، وإلاً، فالمنع عند الإطلاق، فأما ههنا فالنية في قوله: «أحد ولدي» قرينة تبين إرادتهما جميعاً.

وعن مالك - رحمه الله -: أنه إذا أوصى بمثل نصيب أحد الورثة، اغتبر عدد رؤوسهم، ولا ينظر إلى صفاتهم، ولا أنصبتهم، فيجوز أن يعلم؛ لذلك قوله: «أعطى

مثل سهم أقلهم نصيباً، ولو أوصى بمثل نصيب أكثر الورثة نصيباً، أقيمت سهام الورثة بلا وصية، فتزيد عليها مثل سهام أكثرهم نصيباً، ثم يقسم؛ فلو كان له ابن وبنت، فالمسألة من ثلاثة لابن منها سهمان، نزيد على الثلاثة سهمين، ونقول: الوصية بخمسي المال.

فرع: له ابنان، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهما، ولعمرو بمثل نصيب الثاني، فإذا أجاز الوصيتين، قسم المال بينهم أرباعاً، وإن رد الوصيتين، أردتتا إلى الثلث، وكان الثلث بينهما بالسوية، وإن أجازا إحداهما، وردا الأخرى، فظاهر المذهب أن كل واحد منهما يأخذ سدس المال؛ أستحقاقاً، ويأخذ الذي أجاز له، ذلك نصف سدس آخر؛ اعتباراً بحال من أجاز وصيته بما لو أجاز الوصيتين، وبحال الآخر، بما لو ردأهما، وتصح المسألة من أربعة وعشرين للذي أجاز وصيته ستة، وللآخر أربعة، ولكل ابن سبعة، وعن تخريج ابن سريج: أن الذي أجاز له يضمن سدسه إلى ما للإثنين، ويقسمونه أثلاثاً، والذي رد وصيته يأخذ السدس وتصح من ثمانية عشر، وإن أجاز أحد الابنين لأحدهما دون الآخر، ورد الثاني الوصيتين، فعلى المذهب: المسألة من أربعة وعشرين لمن لم يجر له أربعة، والذي أجاز له يستحق أربعة بلا إجازة، والباقي إلى تمام وصيته سهمان، فيأخذ سهماً ممن أجاز له، فيحصل له خمسة، وللمجيز سبعة، وللراذ ثمانية، وعلى ما حكى عن ابن سريج هي من ثمانية عشر؛ للموصى لهما ستة؛ أستحقاقاً لكل واحد ثلاثة يبقى لكل ابن ستة، يدفع المجيز مما في يده سهماً إلى من أجاز له؛ لأنهما لو أجازا له، لكان لكل واحد منهم خمسة، فإذا أجاز أحدهما، أعطاه نصف ما بقي، وهو سهم، فيحصل له أربعة، وللابن المجيز خمسة، وللآخر ستة، وللموصى له الآخر ثلاثة.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ أَوْصَى بِضِعْفَيْنِ أُعْطِيَ مِثْلَهُ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ (ح م)، وَإِنْ أَوْصَى بِثَلَاثَةِ أَضْعَافِهِ أُعْطِيَ مِثْلَهُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ، وَإِنْ أَوْصَى بِحِطِّ أَوْ نَصِيبٍ أَوْ سَهْمٍ أُعْطِيَ أَقْلَ مَا يَتَمَوَّلُ (ح م و)، وَلَوْ أَوْصَى بِالثَّلْثِ إِلَّا شَيْئاً نَزَلَ عَلَى أَقْلٍ مَا يَتَمَوَّلُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِي الْفَصْلِ مَسْأَلَتَانِ:

إحدهما: الضَّغْفُ عبارة عن الشيء ومثله، روي أنه أضعف عمر - رضي الله عنه - الصَّدَقَةَ عَلَى نَصَارَى بَنِي تَغْلِبِ (١) ومعلوم أنه كان يأخذ قدر الصدقة ومثله، فلو أوصى بضغف نصيب ابنه، وله ابن واحد، فهذه وصية بالثلثين، ولو قال: بضغف [نصيب] (٢)

(١) سيأتي في الجزية.

(٢) سقط في: ب، ز.

أحد أولادي، أو أحد ورتتي، أعطي مثل نصيب أقلهم نصيباً، فإن كان له ثلاثة بنين، فيجعل المال على خمسة أسهم، لكل ابن سهم، وللموصى له سهمان، ولو أوصى لزيد بمائة، ولعمرو بضعفها، فالوصية بمائتين، وضعفاً الشيء عبارة عن قدر ذلك الشيء ومثله، وإن شئت قلت: ثلاثة أمثاله، ولو أوصى بضعفي نصيب ابنه، وله ابن واحد، فالوصية بثلاثة أرباع المال، ولو أوصى بضعفي نصيب، أحد بنيه، وله ثلاثة بنين قسم المال على ستة، لكل واحد منهم سهم، وللموصى له ثلاثة أسهم ولو، أوصى لزيد بمائة، ولعمرو بضعفها، فالوصية بثلاثمائة، وعلى هذا ثلاثة أضعاف الشيء أربعة أمثاله، وأربعة أضعاف خمسة أمثاله.

وقوله في الكتاب «أعطي مثله ثلاث مرات» معلم بالحاء؛ لأن عن أبي حنيفة إذا أوصى بضعفي الشيء، أعطي مثله أربع مرات، وفي بعض الشروح نسبتبه إلى مالك، فيجوز أن يُعلم بالميم أيضاً، واحتج الأصحاب بأنه، إذا كان الضعف أن يزداد على الشيء مثله، كان الضعفان أن يزداد عليه مثلاه، وربما قالوا: المراد من الضعفين أن يضعف مرة بعد مرة، واللفظ محتمل له، فوجب أن ينزل على الأقل.

الثانية: إذا أوصى بجزء من ماله أو نصيب أو حظ أو قسط أو شيء أو قليل أو كثير أو سهم، رجعنا في التفسير والتقدير إلى الورثة، ويقبل منهم التفسير بأقل ما يتمول؛ لأن هذه الألفاظ تقع على القليل والكثير؛ ألا ترى أن الشريك في الدار بأدنى جزء [كان،<sup>(١)</sup>] يصدق أن يقال: إنه له سهم في الدار، ولهذا لو قال: بعثك سهماً من الدار، لم يصح؛ لأنه غير مضبوط، وساعدنا أبو حنيفة وأحمد - رحمهما الله - في لفظ الخبر والنصيب والحظ والقسط.

وقال أبو حنيفة: لو قال: أعطوه كثيراً من مالي، أو عظيماً، لم يقبل التفسير بأقل ما يتمول بل الحكم كما سبق في «الإقرار»، وعنه في لفظ السهم روايتان:

أظهرهما: أن للموصى له أقل الأمرين من نصيب أقل الورثة نصيباً أو سدس ماله.

والثانية: له أكثر الأمرين من السدس أو نصيب أقلهم [نصيباً]<sup>(٢)</sup>، وعن أحمد ثلاث روايات:

أصحها: أن له السدس.

والثانية: نصيب الأقل من نصيب [أقل]<sup>(٣)</sup> الورثة نصيباً أو الثلث.

(٢) سقط في: ب، ز.

(١) سقط في: ز، أ.

(٣) سقط في: ب، ز.



**والثالثة:** أنه يزداد على سهام الفريضة بعد تصحيحها سهم للموصى له، وعن أصحاب مالك - رحمه الله تعالى - اختلاف، منهم من قال: له السدس، ومنهم من قال: الثمن، وسووا بين السهم والحظ والنصيب، وحكى أبو الفرج الزاز عن ابن سريج أنه يحتمل أن يكون الجواب في لفظ السهم، كالرواية الثانية عن أحمد، فيجوز أن يعلم قوله في الكتاب «أُعْطِيَ أَقْلٌ ما يُتَمَوَّلُ» بالحاء والميم والألف والواو، وإذا عرف ذلك، فلو عين الورثة قدرأ من المالِ وأدعى الموصى له أن الموصي أراد أكثر من ذلك.

قَالَ الْأَكْثَرُونَ، منهم الأستاذ أبو منصور، والحناطي والمسعودي يحلف الوارث على أنه لا يعلم إرادته الزيادة، وحكى صاحب «التهديب» أنه لا يتعرض للإرادة، وإنما يحلف على أنه لا يعلم استحقاق الزيادة، وسلم أنه لو أقر بمبهم، ومات، وجرى مثل هذا النزاع بين المقر له، وبين الوارث، حلف الوارث على نفي إرادة المورث، وفرق بأن الإقرار إخبار، والوصية إنشاء أمر على الجهالة، وهذا قد ذكرناه في «باب الإقرار» وللأولين أن يقولوا: نعم، الوصية إنشاء، لكن قد يخبر الموصي الوارث بما أراد، إما قبل الإنشاء أو بعده، فإذا احتمل الإطلاع قائم في الصورتين، ورد صاحب «التممة» افتراق البابين إلى شيء آخر، فقال: الوارث ههنا يحلف على أنه لا يعلم أن الموصي أراد الزيادة، [ولا يحلف]<sup>(١)</sup> على أنه أراد هذا القدر، وفي «الإقرار»؛ يحلف على أنه لا يعلم الزيادة، وعلى أنه [أراد]<sup>(٢)</sup> هذا القدر. والله أعلم.

ولو أوصى بثلث ماله، إلا شيئاً، قبل تفسير الموصى به، وتنزيله على أقل ما يتموّل، وحمل الاستثناء على مال كثير، وذكر الأستاذ أبو منصور - رحمه الله - في «القضايا» أن هذه وصية بنصف الثلث؛ فيكون المستثنى دون النصف، فعلى الوارث أن يعطيه السدس، ويزيد ما يشاء، قال: وكذا لو قال: أعطوه ثلث مالي إلا قليلاً، ولو قال: أعطوه الثلث إلا كثيراً، جاز أن يعطيه الوارث أقل من النصف، والمشهور الأول.

فروع: لو قال: أعطوه من واحد إلى عشرة، فعلى الأوجه المذكورة في «الإقرار»، وحكى الأستاذ أبو منصور عن بعض الأصحاب أنه إن أراد الحساب، فللموصى له خمسة وخمسون، وهو الحاصل من جمع واحد إلى عشرة، على توالي العدد، وإن لم يرد الحساب، فله المستيقن، وهو ثمانية، ولا شك في اطراد هذا في الإقرار<sup>(٣)</sup>.

(٢) سقط في: أ، ز.

(١) سقط في: أ، ز.

(٣) فيه أمران:

أحدهما: توهم أن هذا الاستدراك وجه آخر في المسألة لا يقيد وليس كذلك بل هذا هو المتعين توجيهاً ونقلًا.

الثاني: ظهر بما نقلناه من كلام الأستاذ أنه لم يحكه وجهاً كما ادعاه الرافعي.

ولو قال: أعطوه واحداً في عشرة أو ستة في خمسة، أطلق الأستاذ بثبوت ما يقتضيه الضرب، وذكرنا فيه تفصيلاً في «الإقرار»<sup>(١)</sup>.

لو قال: أعطوه أكثر مالي، فالوصية بما فوق النصف، ولو قال: أكثر مالي ونصفه، فالوصية بما فوق ثلاثة أرباع، ولو قال: أكثر مالي ومثله، فبالجميع.

ولو قال: أعطوه زهاء ألف درهم أو معظم الألف أو وعامته، فالوصية بما فوق النصف<sup>(٢)</sup>.

ولو قال: أعطوه دراهم أو دنانير، فأقل ما يعطى<sup>(٣)</sup> ثلاثة، ولفظ «الدرهم والدنانير» عند الإطلاق يُحمَل على النقد الغالب، كما في «البيع»، وليس للوارث التفسير بغيره، فإن لم يكن غالباً، فالرجوع إلى الوارث، وإذا قال: أعطوه كذا، وقال: كذا وكذا، أو قال: كذا درهماً أو قال: كذا وكذا درهماً، فعلى ما ذكرنا في «الإقرار».

ولو قال: مائة ودرهماً أو ألفاً ودرهماً، لم يلزم أن تكون المائة والألف دراهم، ولو قال مائة وخمسين درهماً أو مائة وخمسة وعشرين درهماً، فعلى الخلاف المذكور هناك.

قال في «التهذيب»: ولو قال كذا وكذا من دنانيري، يعطى ديناراً، ولو قال: كذا، وكذا، وكذا من دنانيري، يعطى دينارين، ولو قال: كذا، وكذا من دنانيري، يعطى حبة، ولو قال: كذا وكذا من دنانيري، فحبتان، ولك أن تقول: لصاحب الدنانير دينار ودنانير، وكل ما هو دينار، فهو من دنانيره، فإذا جاز حمل قوله «كذا من دنانيري» على حبة، وجب مثله في قوله «كذا من دنانيري».

قَالَ الْعَرَالِيُّ: وَإِذَا أَوْصَى بِجُزْءٍ مِنْ مَالِهِ وَلَهُ وَرَثَةٌ فَطَرِيقُ تَضْحِيحِ الْوَصِيَّةِ أَنْ يُنْسَبَ جُزْءُ الْوَصِيَّةِ إِلَى مَا يَبْقَى مِنَ الْمَالِ الَّذِي هُوَ مَخْرُجُ الْوَصِيَّةِ وَيَزَادُ مِثْلَ نِسْبَتِهِ عَلَى مَسْأَلَةِ الْوَرَثَةِ فَمَا بَلَغَ فَمِنَهُ تَصِحُّ الْمَسْأَلَتَانِ، وَيَبَيِّنُهُ أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ وَخَلْفَ ابْنَيْنِ وَيَتَيْنِ فَمَسْأَلَةٌ

(١) هذا الذي نقله عن الأستاذ غير محرر، فإن لفظ الأستاذ في كتاب القضايا: ولو قال أعطوه كذا في كذا مثل قوله خمسة في ستة فقد قال زفر وابن شبرمة: له العدد الأول من غير ضرب.

(٢) قال النووي: هذا في «زهاء» مشكل، لأن زهاء ألف، معناه في اللغة: قدر ألف، ولا يصدق ذلك على خمسمائة ودرهم. والله أعلم.

وهذا تابع فيه الأستاذ وكأنه بناء على أن زهاء معناه معظم وليس كذلك والمتجه إعطاء ألف درهم إن كان الموصى لغوياً نعم رأيت في كتاب الأخفش النحوي في باب ما يمد وزهاء كذا ونحوه. انتهى.

(٣) كذا قاله الأستاذ قال: وعن أهل الظاهر اثنان بناء على أن أقل الجمع اثنان ومقتضى ذلك أن يكون فيه وجه فإن الخلاف في المسألة الأصولية وجه عندنا.

الْوَصِيَّةِ مِنْ ثَلَاثَةٍ وَمَسْأَلَةُ الْوَرَثَةِ مِنْ سِتَّةٍ وَنِسْبَةُ جُزْءِ الْوَصِيَّةِ وَهُوَ وَاحِدٌ إِلَى مَا بَقِيَ مِنْ مَخْرَجِهَا وَهُوَ الثَّلَاثَةُ مِثْلَ النُّصْفِ إِذِ الْبَاقِي بَعْدَ إِخْرَاجِ الْوَاحِدِ اثْنَانِ وَالْوَاحِدُ مِثْلُ نِصْفِ الْاِثْنَيْنِ فَيُزَادُ عَلَى مَسْأَلَةِ الْوَرَثَةِ وَهِيَ مِنْ سِتَّةٍ مِثْلُ نِصْفِهَا لِيَصِيرَ تِسْعَةً وَيُعْطَى الْمُوصَى لَهُ الثُّلُثُ ثَلَاثَةٌ يَبْقَى سِتَّةٌ تَصِحُّ عَلَى الْوَرَثَةِ، أَمَا إِذَا أَوْصَى بِمَا يَزِيدُ عَلَى الثُّلُثِ وَرَدَّ مَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ فَطَرِيقُهُ أَنْ يَغْرِفَ نِسْبَةَ التَّفَاوُتِ بَيْنَ أَرْبَابِ الْوَصَايَا حَالَةَ الْإِجَارَةِ وَيَقْسِمَ الثُّلُثَ بَيْنَهُمْ عَلَى تِلْكَ النِّسْبَةِ، فَلَوْ أَوْصَى لِوَاحِدٍ بِنِصْفِ، وَلاَخِرَ بِثُلُثٍ فَالْمَسْأَلَةُ مِنْ سِتَّةٍ عِنْدَ الْإِجَارَةِ، لِلْمُوصَى لَهُ بِالنُّصْفِ ثَلَاثَةٌ وَلِلْمُوصَى لَهُ بِالثُّلُثِ سَهْمَانِ، وَالْمَجْمُوعُ خَمْسَةٌ وَالنِّسْبَةُ بَيْنَهُمَا بِالْأَخْمَاسِ، فَتَطْلُبُ مَا لَئِلْكَ خُمْسٌ يُضْرَبُ ثَلَاثَةً فِي خُمْسِهِ وَهُوَ خَمْسَةٌ عَشْرَ وَيُضْرَفُ ثَلَاثَةً مِنَ الْخَمْسَةِ إِلَى الْمُوصَى لَهُ بِالنُّصْفِ وَسَهْمَانِ إِلَى الْمُوصَى لَهُ بِالثُّلُثِ فَهَذَا طَرِيقُهُ، وَهَذَا الْوَجِيزُ لَا يَخْتَمِلُ أَكْثَرَ مِنْ هَذَا الْبَيَانِ فِي الْحِسَابِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَنْ لَهُ وَرَثَةٌ، إِذَا أَوْصَى بِالْجُزْءِ الشَّاعِ وَأُورِدْنَا قِسْمَةَ التَّرَكَةِ بَيْنَ الْوَرَثَةِ وَالْمُوصَى لَهُ فِيمَا أَنْ يُوَصَّى بِالثُّلُثِ فَمَا دُونَهُ أَوْ بِأَكْثَرَ مِنَ الثُّلُثِ.

القسم الأول: إِذَا أَوْصَى بِالثُّلُثِ فَمَا دُونَهُ، فَلَهُ حَالَتَانِ:

إحدهما: أَنْ تَكُونَ الْوَصِيَّةُ بِجُزْءٍ وَاحِدٍ، فَتُصَحِّحُ مَسْأَلَةَ الْمِيرَاثِ عَائِلَةً أَوْ غَيْرَ عَائِلَةً، وَيَنْظَرُ فِي مَخْرَجِ جُزْءِ الْوَصِيَّةِ، وَيُخْرَجُ مِنْهُ جُزْءُ الْوَصِيَّةِ، ثُمَّ إِنْ الْقِسْمُ الْبَاقِي عَلَى مَسْأَلَةِ الْوَرَثَةِ، صَحَّتِ الْمَسْأَلَتَانِ، وَذَلِكَ كَمَا إِذَا أَوْصَى بِرَبْعِ مَالِهِ، وَخَلَّفَ ثَلَاثَةً بَيْنَيْنِ، فَمُخْرَجُ جُزْءِ الْوَصِيَّةِ أَرْبَعَةٌ، وَالْبَاقِي بَعْدَ إِخْرَاجِ الرَّبْعِ يَنْقَسِمُ عَلَى الْبَيْنَيْنِ، وَإِنْ لَمْ يَنْقَسِمِ، فَلِكِ طَرِيقَانِ:

أحدهما: أَنْ تَنْظُرَ فِي الْبَاقِي فِي مَسْأَلَةِ الْوَرَثَةِ، فَإِنْ تَبَايَنَّا، ضَرَبْتَ مَسْأَلَةَ الْوَرَثَةِ فِي مَخْرَجِ الْوَصِيَّةِ، وَإِنْ تَوَافَقَا، ضَرَبْتَ وَقْفَ مَسْأَلَةِ الْوَرَثَةِ فِي مَخْرَجِ الْوَصِيَّةِ، فَمَا بَلَغَ، تُصَحِّحُ مِنْهُ الْقِسْمَةَ، ثُمَّ مَنْ لَهُ شَيْءٌ مِنْ مَخْرَجِ الْوَصِيَّةِ، أَخَذَهُ مُضْرُوباً فِيمَا ضَرَبْتَهُ فِي مَخْرَجِ الْوَصِيَّةِ، وَمَنْ لَهُ شَيْءٌ مِنْ مَسْأَلَةِ الْوَرَثَةِ، [أَخَذَهُ] مُضْرُوباً فِيمَا بَقِيَ مِنْ مَخْرَجِ الْوَصِيَّةِ بَعْدَ إِخْرَاجِ جُزْءِ الْوَصِيَّةِ، إِنْ كَانَ الْبَاقِي مَعَ مَسْأَلَةِ الْوَرَثَةِ مَتَبَايِنَيْنِ، وَإِنْ كَانَا مُتَوَافِقَيْنِ، فَفِي وَقْفِ الْبَاقِي.

والثاني: وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ: أَنْ تُنْسَبَ جُزْءُ الْوَصِيَّةِ إِلَى الْبَاقِي مِنْ مَخْرَجِهَا بَعْدَ الْجُزْءِ، وَتَزِيدَ بِمِثْلِ تِلْكَ النِّسْبَةِ عَلَى مَسْأَلَةِ الْوَرَثَةِ، فَمَا بَلَغَ، فَمِنْهُ الْقِسْمَةُ، فَإِنْ كَانَ فِيهِ كَسْرٌ، ضَرَبْتَهُ فِي مَخْرَجِ الْكَسْرِ، فَمَا بَلَغَ تَصَحُّحُ مِنْهُ الْقِسْمَةَ.

المثال: ثَلَاثَةٌ بَيْنَيْنِ وَأَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ: مَسْأَلَةُ الْوَرَثَةِ مِنْ ثَلَاثَةٍ، وَمَخْرَجُ الْوَصِيَّةِ

ثلاثة أيضاً، والباقي بعد جزء الوصية اثنان لا ينقسمان على ثلاثة فعلى الطريق الأول؛ لا موافقة بين الاثنين والثلاثة، فتضرب ثلاثة في مخرج الوصية؛ تبلغ تسعة، منها تصح القسمة، كان للموصى له سهم، فيأخذه مضروباً في الثلاثة التي ضربناها في مخرج الوصية، وكان لكل ابن سهم من مسألة الورثة، فيأخذه مضروباً في الباقي من مخرج الوصية بعد إخراج جزء الوصية، وهو اثنان، وعلى الطريق الثاني؛ تقول: جزء الوصية نصف الباقي من مخرجها، فتزيد على مسألة الورثة نصفها، تكون أربعة ونصفاً، تبسطها أنصافاً؛ تبلغ تسعة.

أبوان وخمس بنات، وأوصى بخمس ماله؛ مسألة الورثة: من ستة، وتصح من ثلاثين، ومخرج جزء الوصية خمسة، والباقي بعد إخراج جزء الوصية أربعة لا تصح على الثلاثين؛ فعلى الطريق الأول هما متوافقان بالنصف، فتضرب نصف مسألة الورثة، وهو خمسة عشر، في مخرج الوصية؛ تبلغ خمسة وسبعين، كان للموصى له سهم من مخرج الوصية يأخذه مضروباً في خمسة عشر، وكان لكل واحد من الأبوين خمسة من مسألة الورثة، يأخذه مضروباً في نصف الأربعة الباقية من مخرج الوصية، تكون عشرة، وكان لكل واحدة من البنات أربعة، تأخذها مضروبة في نصف الأربعة، تكون ثمانية.

وعلى الطريق الثاني، تقول: الجزء المخرج مثل ربع الباقي، فتزيد على الثلاثين ربعها، وهو سبعة ونصف، تبسطها أنصافاً، تكون خمسة وسبعين.

أبوان وبتان، أو ابنان وبتان، وأوصى بالثلث، وهذا المثال مذكور في الكتاب مسألة الوصية: من ثلاثة، ومسألة الورثة من ستة، والباقي بعد إخراج الجزء سهمان لا ينقسمان على ستة؛ فعلى الطريق الأول نقول: هما متوافقان بالنصف، فتضرب نصف الستة، وهو ثلاثة في مخرج الوصية؛ تكون تسعة، كان للموصى له سهم من مخرج الوصية، يأخذه مضروباً في ثلاثة، وكان لكل ابن سهمان من مسألة الورثة، يأخذهما مضروبين في نصف الباقي من مخرج الوصية، وهو واحد، وكان لكل بنت سهم، تأخذه مضروباً في واحد.

وعلى الطريق الثاني تقول: جزء الوصية نصف الباقي من مخرجها، فتزيد على مسألة الورثة نصفها، تكون تسعة وعبر بعضهم عن الطريقة الثانية بعبارة أقصر؛ فقال: يزداد على مسألة الورثة مثل الجزء الذي هو قبل جزء الوصية، فإن كانت الوصية بالثلث، يزداد عليها النصف، وإن كان بالربع، فالثلث، وإن كان بالخمس، فالرابع، وعلى هذا.

الحالة الثانية: أن تكون الوصية بجزئين فصاعداً، فيؤخذ مخرج الجزئين بالطريق الذي بيئناه في أصول مسائل الفرائض، ثم العمل على ما تبين في الحالة الأولى: المثال: أبوان، وأوصى بثمن ماله لرجل، وبخمس لآخر: مسألة الورثة من ثلاثة،

ومخرجُ الجزئَيْنِ أربعونَ، يُخْرَجُ مِنْهُمَا الخُمُسُ ثمانيةً، والثُّمْنُ خمسةً، تَبْقَى سبعةً وعشرونَ، وتصحُّ على ثلاثة.

ثلاثة بنين، وأوصى برُبْعِ مالِهِ لرجلٍ وبنصفِ سدسه لآخر: مسألة الورثة من ثلاثة ومخرجُ الوصيتين: اثنا عشر، ومجموعُ الجزئَيْنِ أربعة، إذا أَخْرَجْنَاهَا، يَبْقَى ثمانية، لا تصحُّ على ثلاثة.

فعلى الطريق الأول نقول: لا موافقة، فنضرب ثلاثة في اثني عشر تبلغ ستة وثلاثين، منها تصح القسمة.

وعلى الثاني نقول: ما خَرَجَ بالوصيتين نصف الباقي من مخرجهما فنزيد على مسألة الورثة نصفها، يبلغ أربعة ونصفاً، نبسطها أيضاً أنصافاً، فتكون تسعة، لكن نصيب الموصى لهما من مخرج الوصيتين أربعة، والذي يصيبهما من التسعة ثلاثة، وثلاثة لا ينقسم على أربعة ولا موافقة، تُضْرَبُ الأربعة في تسعة، تبلغ ستة وثلاثين، ولو كان البنون ستة، والوصيتان بحالهما؛ فعلى الطريق الأول نقول: الباقي، وهو ثمانية لا يصح على ستة، ولكن يتوافقان بالنصف، فنضرب نصف الستة في اثني عشر، تبلغ ستة وثلاثين، والطريق الثاني كما سبق.

القسم الثاني: إذا أوصى بأكثر من الثلث فينظر: إن كانت الوصية لشخص واحد أو لجماعة يشتركون فيه: إما بجزء؛ كالنصف، أو بجزئين؛ كالنصف والرُبع، فمدار المسألة كما سبق في إجازة الورثة وردهم، وقد سبق بيان الحكم والحساب، وإن أوصى لواحد بجزء، ولآخر بجزء، فهذا هنا يزداد النظر في الحساب، فإن أجاز الورثة، دُفِعَ إلى كل واحد منهم ما سُمِّيَ له، وقُسم الباقي بين الورثة، وطريق القسمة ما مر في القسم الأول وإن زدوا ما زاد على الثلث، قُسم الثلث بينهم على قدر نسبة أنصابتهم بتقدير الإجازة، ولا فرق بين أن يزيد على أحد الجزئين وحده على الثلث كالنصف والثلث، أو لا يزيد واحد منهما؛ كالثلث والرُبع.

وقال أبو حنيفة - رحمه الله -: إن لم يكن في الأجزاء ما يزيد على الثلث يُقسَّم هكذا على التفاوت، وإن كان فيها ما يزيد على وحده على الثلث، فلا نعتبر الزيادة في القسمة عند الرد، حتى لو أوصى لواحد بالنصف، ولآخر بالثلث، ورد الورثة، قُسم الثلث بينهما بالسوية.

لنا: أنه أوصى بجزئين مختلفين لشخصين، فإذا ارتدت القسمة إلى الثلث، روعي تفاوت الجزئين، كما لو أوصى بجزئين لا يرد واحد منهما على الثلث.

المثال: أبوان وابنان، وأوصى لواحد بنصف مالِهِ، ولآخر بالثلث، وأجازوا

الوصيّتين، فمسألة الورثة من ستة، ومخرج الوصية من ستة أيضاً، والباقي بعد إخراج جزءي الوصية لا ينقسم على ستة، فسيبيل القسمة على الطريق الأول: أن تضرب الستة في مخرج الوصيتين، تصير ستة وثلاثين.

وعلى الثاني أن نقول: جزء الوصية خمسة أمثال الباقي من مخرجها، فيزاد على مسألة الورثة خمسة أمثالها، تبلغ ستة وثلاثين، فمنها تصح القسمة، وإن زدوا الوصيتين إلى الثلث، قسّمنا الثلث بينهم على خمسة؛ لأن نصيبهما بتقدير الإجازة خمسة أسهم من ستة، ولك طريقان:

أحدهما: أن تنظر إلى ما زاد من جملة الوصايا على الثلث، وتنفص بتلك النسبة عن نصيب كل واحد من الموصي لهم، ونسبة ما زاد في هذه الصورة ثلاثة أخماس لأن مجموع الوصيتين بخمسة من ستة، لكن مخرج الوصيتين لا خمس له، ونصيب كل واحد منهما لا خمس له، فنضرب مخرج الخمس في ستة، يكون ثلاثين، منها خمسة عشر للموصي له بالنصف، وعشرة للموصي له بالثلث، فينقص كل واحد من النصيبين ثلاثة أخماسه، يبقى للأول ستة، وللثاني أربعة، والباقي عشرون للورثة، وهذه الأنصاء متوافقة بالنصف، فتردها إلى أنصافها، وتقسّم من خمسة عشر.

والثاني: أنا إذا كنا نقسم الثلث بينهما أخماساً، فالسنة التي هي مخرج الوصيتين، لا تنقسم ثلثها أخماساً فنطلب مالا لثلاثة خمس فنضرب مخرج الثلث في مخرج الخمس، يكون خمسة عشر، يذفع ثلثها إليهما: ثلاثة إلى الموصي له بالنصف، واثنين إلى الآخر؛ تبقى عشرة للورثة، ومسألتهم من ستة، وعشرة لا تصح على ستة، لكن يتوافقان بالنصف، فنضرب نصف الستة، فما صحّت منه الوصيتان، وهو خمسة عشر، يكون خمسة وأربعين، منها تصح القسمة، هذا إذا لم تستغرق الوصية المال، بل بقي منه شيء، فإن استغرقت، وأجاز الورثة قسم المال بين أرباب الوصايا، وإن زدوا قسّم الثلث بينهم على نسبة أنصبايهم بتقدير الإجازة، وإن زادت الوصية على المال، كما إذا أوصى لواحد بجميع ماله، ولاخر بثلثه، فإن أجازوا، فقد عالت المسألة بثلثها إلى أربعة فيقسم المال بينهما على أربعة: للموصي له بالجميع ثلاثة، وللآخر واحد، وإن زدوا، قسّم الثلث بينهما على أربعة، وتكون قسمة الوصية من اثني عشر، قال أبو حنيفة - رحمه الله -: وإن زدوا، قسّم الثلث بينهما بالسوية، وإن أجازوا ففيه روايات:

منها أن صاحب الجميع ينفرد بدعوى الثلثين، فيسلم له الثلثان، ويتزاحمان معاً في الثلث، فيشتركان فيه، فيكون لصاحب الجميع خمسة أسداس، وللآخر سدس.

ومنها: أن الوصية بالثلث لازمة فيستويان فيه، ثم الموصي له بالجميع يأخذ نصف المال؛ لأنه لا منازع فيه، يبقى من المال سدس يتنازعان فيه فيكون بينهما،

فيحصل للأول ثلاثة أرباع، وللآخر ربع ولَوْ أَوْصَى لواحِدٍ بنصف ماله، ولآخر بالثلث ولآخر بالربع؛ فَإِنْ أَجَازَ الْوَرِثَةَ، قُسِمَ الْمَالُ بَيْنَهُمْ عَلَى ثَلَاثَةِ عَشَرَ سَهْمًا، وَإِنْ رَدُّوا، قُسِمَ الثُّلُثُ عَلَى ثَلَاثَةِ عَشَرَ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رحمه الله - إنه إن أَجَازُوا، سَلَّمَ لِصَاحِبِ النُّصْفِ السُّدُسَ الَّذِي يُفْضَلُ بِهِ عَلَى [صاحب] <sup>(١)</sup> الثُّلُثِ، ثُمَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْ صَاحِبِ النُّصْفِ، وَصَاحِبِ الثُّلُثِ، يُفْضَلُ صَاحِبَ الرَّبْعِ بِنُصْفِ سُدُسٍ، فَيَأْخُذُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَ سُدُسِ الْمَالِ، ثُمَّ يُقَسَّمُ الْبَاقِي بَيْنَهُمْ أَثَلَاثًا وَإِنْ رَدُّوا، فَالْمُوصَى بِهِ بِأَكْثَرِ مِنَ الثُّلُثِ لَا يُضْرَبُ إِلَّا بِالْثُّلُثِ، وَيُقَسَّمُ الثُّلُثُ بَيْنَهُمْ عَلَى أَحَدِ عَشَرَ سَهْمًا: لِصَاحِبِ النُّصْفِ أَرْبَعَةً، وَلِصَاحِبِ الثُّلُثِ كَذَلِكَ وَلِصَاحِبِ الرَّبْعِ ثَلَاثَةً.

ولو أَوْصَى لِإِنْسَانٍ بِعَبْدٍ قِيمَتُهُ مِائَةٌ وَلِلْآخَرَ بَدَارٍ قِيمَتُهَا أَلْفٌ، وَلِآخَرَ بِخَمْسِمِائَةٍ وَثُلُثِ مَالِهِ ثَمَانِيَةً، فَقَدْ أَوْصَى بِثَلَاثِي مَالِهِ، فَإِنْ أَجَازَ الْوَرِثَةَ، فَذَلِكَ، وَإِلَّا، فَالزَّائِدُ عَلَى الثُّلُثِ مِثْلُ نِصْفِ جَمِيعِ الْوَصَايَا، فَتَرُدُّ كُلُّ وَصِيَّةٍ إِلَى نِصْفِهَا، وَيُخَصُّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِنُصْفِ مَا عَيَّنَ لَهُ.

ولو أَوْصَى لِزَيْدٍ بِعَشْرَةٍ، وَلِعَبْدِ اللَّهِ بِعَشْرَةٍ، وَلِخَالِدٍ بِخَمْسَةٍ، وَثُلُثِ مَالِهِ عَشْرُونَ، وَلَمْ يُجْزِ الْوَرِثَةَ، قُسِمَ الْعَشْرُونَ بَيْنَهُمْ عَلَى خَمْسَةِ أَسْهُمٍ: لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْأَوَّلِينَ ثَمَانِيَةً، وَلِخَالِدٍ أَرْبَعَةً: وَذَلِكَ لِأَنَّهُمْ لَوْ أَجَازُوا، لَكَانَ الْخَمْسَةُ وَالْعَشْرُونَ بَيْنَهُمْ عَلَى خَمْسَةِ أَسْهُمٍ، وَلَوْ كَانَتِ الْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا، وَقَالَ: قَدَمُوا خَالِدًا عَلَى عَبْدِ اللَّهِ؛ قَالَ ابْنُ الْحَدَّادِ - رحمه الله - لزيد ثمانية، ولعبد الله سبعة، ولخالد خمسة؛ وذلك لأنه قدّم خالدًا على عبد الله، فتمننا له الخمسة التي كان يأخذها، لو أُجيزت الوصايا، وأدخلنا النقص على عبد الله ولو قال؛ قَدَمُوا خَالِدًا عَلَيْهِمَا، فنتم له الخمسة، ويُدخِلُ النُّقْصَ عَلَيْهِمَا بِالسُّوِيَّةِ، فَيَكُونُ لِكُلِّ وَاحِدٍ سَبْعَةٌ وَنِصْفٌ.

ولو أَوْصَى بِعَبْدٍ لِزَيْدٍ، وَلِعَمْرٍو بِمَا بَقِيَ مِنْ ثُلُثِ مَالِهِ، نَظَرْنَا فِي مَالِهِ عِنْدَ الْمَوْتِ: فَإِنْ خَرَجَ الْعَبْدُ مِنْ [الثلث دفعنا إلى زيد ودفعنا إلى عمرو الباقي من] <sup>(٢)</sup> الثُّلُثِ، فَإِنْ بَقِيَ شَيْءٌ، وَإِلَّا، بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ لَهُ، وَإِنْ مَاتَ الْعَبْدُ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي، لَمْ يُخَسَّبْ مِنَ التَّرَكَةِ، وَيُنْظَرُ فِي سَائِرِ أَمْوَالِهِ، فَيُحْطَ مِنْ ثُلُثِهَا قِيمَةُ الْعَبْدِ، وَيُدْفَعُ الْبَاقِي إِلَى عَمْرٍو، فَإِنْ لَمْ يَبْقَ شَيْءٌ، فَالْوَصِيَّتَانِ لِأَغْيَتَانِ، وَإِنْ مَاتَ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي، عُذَّ مِنَ التَّرَكَةِ وَخُسِبَتْ قِيمَتُهُ مِنَ الثُّلُثِ، فَإِنْ بَقِيَ شَيْءٌ، دُفِعَ إِلَى عَمْرٍو وَلَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ سِوَى الْعَبْدِ، فَأَوْصَى لِزَيْدٍ بِهِ، وَلِعَمْرٍو بِثَلَاثَةٍ، أَوْ بِثُلُثِ مَالِهِ، وَلَمْ يَجْرَ لِفِظِ «يَقْتَضِي» الرَّجُوعَ عَنِ الْوَصِيَّةِ الْأُولَى، فَإِنْ أَجَازَ الْوَرِثَةَ، قُسِمَ الْعَبْدُ بَيْنَهُمَا أَرْبَاعًا: لِزَيْدٍ ثَلَاثَةٌ وَأَرْبَاعُهُ،

(٢) سقط في: ز.

(١) سقط في: أ، ز.

ولعمرو ربعه، وإن لم يُجيزوا، قَسَمَ الثلثُ كذلك، وإن كانَ له مالٌ آخَرَ، والوصيَّتان هكذا، كما إذا كانَ له سواه الألفان، وقيمةُ العبدِ ألفٌ: فإنَ أجازَ الورثةَ، جُعِلَ العبدُ بينهماَ أربعاً، ولعمرو مع ربعِ العبدِ ثلثُ الألفين، وإذا كانَ العبدُ الذي هو ثلثُ المالِ أربعةً، كانَ الألفان، وهما ثلثاه ثمانية؛ لكنَ لئسَ للثمانيةِ ثلثٌ، فنضربُ مخرجَ الثلثِ في اثني عشرَ، يكونُ ستَّةً وثلاثينَ؛ العبدُ منها اثنا عشرَ، تسعةً منه لزيد، وثلاثةٌ مع ثمانية من الباقي لعمرو، والباقي للورثة، وإن رَدَّ الورثةَ، قَسَمَ الثلثُ بينهما على عشرينَ سهماً؛ لأنَّ جملةَ سهامِ الوصايا حالةَ الإجازةِ عشرونَ، وإذا كانَ العبدُ، وهو ثلثُ المالِ عشرينَ، كانَ الجميعُ ستينَ، لزيد تسعةً من العبدِ، ولعمرو ثلاثةٌ منه، وثمانيةُ أسهمٍ من الباقي؛ كما كانَ في حالِ الإجازةِ؛ يَبْقَى للورثةِ ثمانيةُ أسهمٍ من العبدِ، واثنانِ وثلاثونَ من الباقي، وذلكَ أربعونَ ضعفَ سهامِ الوصيةِ، وجميعُ ما ذكرنا فيما إذا جازَ جميعُ الورثةِ جميعَ الوصايا، أو رَدَّ جميعَهُم إلى الثلثِ، ووراءَهُما حالاتُ خَمْسَ.

إِخْدَاهَا: أن يُجيزوا جميعاً بعضها، دونَ بعضٍ.

والثانية: أن يجيزَ بعضُهُم جميعاً، ويردُّ بعضُهُم جميعاً.

والثالثة: أن يجيزَ بعضُهُم جميعاً، وبعضُهُم بعضاً دونَ بعضٍ.

والرابعة: أن يردُّ بعضُهُم جميعاً، وبعضُهُم بعضاً دونَ بعضٍ.

الخامسة: أن يجيزَ بعضُهُم بعضاً، وبعضُهُم البعضَ الآخَرَ.

والطريقُ في هذه الأحوالِ أن يُصَحَّحَ المسألةُ على تقديرِ الإجازةِ المطلقةِ، وعلى تقديرِ الرَدِّ المطلقِ، فإن تماثلتِ المسألتانِ، اكتفيتِ بواحدةٍ منهما، وإن تداخلتا، اكتفيتِ بالأكثرِ، واستدعيتِ عن الضربِ، وإن تباينتَا، ضربتِ إحداهما في الأخرى، وإن توافقتَا، ضربتِ جزءَ الوفيِّ من إحداهما في الأخرى، ثم يقسَمُ المالُ بينهما على تقديرِ الإجازةِ، والرَدِّ جميعاً من ذلكَ العددِ، ويُنظَرُ في الحاصلِ لكلِّ مجيزٍ على التقديرينِ، فيكونُ قدرُ التفاوتِ بينهما لمن أجازَ له.

المثالُ: ابنانِ، وأوصى لزيد بنصفِ مالِهِ، ولعمرو بالثلثِ المسألةُ على تقديرِ الإجازةِ: من اثني عشرَ، وعلى تقديرِ الرَدِّ: من خمسةَ عشرَ، وهما متوافقانِ بالثلثِ، فنضربُ ثلثَ إحداهما في الآخرِ، تبلغُ ستينَ: لزيد منها؛ على تقديرِ الإجازةِ المطلقةِ: ثلاثونَ، ولعمرو: عشرونَ، ولكلِّ ابنِ خمسةً، ولزيد؛ على تقديرِ الرَدِّ المطلقِ: اثنا عشرَ، ولعمرو: ثمانية، ولكلِّ ابنِ عشرونَ، والتفاوتُ بين نصيبِ كلِّ ابنِ بخمسةَ عشرَ، وإن أجازوا وصيةَ زيدٍ، فقد سامحه كلُّ واحدٍ منهما بتسعةٍ فيتم له ثلاثونَ؛ ويبقى لكلِّ واحدٍ أحدَ عشرَ، وإن أجازوا وصيةَ عمرو، فقد سامحه كلُّ واحدٍ بستةٍ، فيتم له



عشرون، ولكل واحد أربعة عشر، وإن أجاز أحدهما الوصيتين، وردّهما الآخر فقد سامح المجيز زيداً بتسعة، وعمراً بستة، فيكون لزيد أحد وعشرون، ولعمرو أربعة عشر، وللمجيز خمسة، وللآخر عشرون، وإن أجاز أحدهما الوصيتين، وردّهما الآخر، فقد سامح المجيز زيداً بتسعة، وعمراً بستة، فيكون لزيد أحد وعشرون، ولعمرو أربعة عشر، وللمجيز خمسة، وللآخر عشرون، وإن أجاز أحدهما الوصيتين، وأجاز الآخر، وصية زيد، تم لزيد ثلاثون، وإن أجاز الآخر وصية عمرو، تم له عشرون، وإن أجاز أحدهما وصية زيد، والآخر وصية عمرو، فهذا سامح زيداً بتسعة، وذلك سامح عمراً بستة، فيكون لزيد أحد وعشرون، ولمجيز وصيته أحد عشر، ولعمرو أربعة عشر، ولمجيز وصيته، مثل ذلك.

ابنان، وأوصى لزيد بجميع ماله، ولعمرو بثلث ماله؛ على تقدير الإجازة المطلقة، من أربعة: ثلاثة لزيد، وواحد لعمرو؛ على تقدير الرد المطلق: من اثني عشر: لزيد ثلاثة، ولعمرو وواحد، ولكل ابن أربعة، والأربعة داخله في الاثني عشر، فنكتفي بها، إن أجاز وصية زيد، فقد سامحه كل واحد منهما بثلاثة، فبتم له ثلاثة أرباع المال، وإن أجاز وصية عمرو، فقد سامحه كل واحد منهما بسهم، فبتم له [ربع] (١) المال، وإن أجاز أحدهما وصية زيد، والآخر وصية عمرو، فالذي أجاز لزيد سامحه بثلاثة؛ يبقى له واحد، ويحصل لزيد ستة، والذي أجاز لعمرو، وسامحه بسهم، يبقى له ثلاثة، ويحصل لعمرو سهمان، وقسي على هذا ما أردت، وبالله التوفيق، فهذا شرح ما في الكتاب.

وأما قسم الحساب [من] (٢) المسائل التي يحتاج فيها إلى الجبر والمقابلة؛ من الوصايا وغيرها: فإن من صاحب الكتاب لم يورد شيئاً منها، ونحن لا نجد من النفس إهمالها؛ لكن إشباع القول فيها يخوج إلى ذكر المسائل الست الجبرية وأصولها، وأصول طريقة الخطائين وغيرها، وينجر إلى ما يطول الخطب فيه، وهو من برأسه، وإنما يحسب البسط فيه، إذا أفرده، واحداً قصداً فاقتدينا بعامة الأصحاب في سلوك مسلك وسط، وأوردنا من كل نوع منها فضولاً في ثلاثة أبواب؛ مقتصرين على استعمال ما يتفق من طريق الحساب في كل مسألة، دون أن نستوعبها، أو نتكلم في أصولها، ومآخذها.

أحد المسائل الدورية: من الوصايا.

والثاني: في المسائل الدورية، في سائر التصرفات الشرعية.

والثالث: في مسائل العين والدين، والاستعانة بالله تعالى.

(٢) سقط في: ز.

(١) سقط في: ز.

## أَبَابُ الْأَوَّلِ فِي الدَّورِيَّاتِ مِنَ الوَصَايَا

### فَصْلٌ فِي الوَصِيَّةِ بِنَصِيبِ أَحَدِ الوَرِثَةِ وَبِجِزَاءِ شَائِعٍ مِنَ المَالِ

الجزء الشائع قد يكون مضافاً إلى ما يبقى من المال بعد التّصيب، وقد يكون مضافاً إلى جميع المال، فإن كان مضافاً إلى جميع المال، نُظِرَ: إن لم يزد جملة الموصى به على الثلث جعل الموصى له النصيب؛ كأحد الورثة، وضُحِّحَتْ مسألة الورثة، ثم يؤخذ مخرج الوصية، ويُخْرَجُ منه جزء الوصية، وينظر، هل ينقسم الباقي على مسألة الورثة، إن انقسم، فذاك، وإلا، فطريق التصحيح ما سبق، وإن زادت على الثلث، وأجاز الورثة، فذلك الحساب والجواب<sup>(١)</sup>، وإن لم يُجِزُوا، فُسِّمَ الثلث على نسبة القسمة عند الإجازة.

المثال: ثلاثة بنين، وأوصى بمثل نصيب أحدهم، ولآخر بعشر المال؛ فمسألة الورثة والموصى له بالتصيب من أربعة، ومخرج الجزء عشرة يبقى منها بعد إخراج الجزء تسعة، لا تقسيم على أربعة، ولا موافقة، فتضرب أربعة في عشرة، تبلغ أربعين، للموصى له بالعشر أربعة، ولكل واحد من البنين والموصى له بالتصيب تسعة، وجملة الوصيتين ثلاثة عشر، وإن أردت استخراجاً بطريق الجبر، فخذ مالاً، وأسقط منه نصيباً؛ يبقى مال سوى نصيب، أسقط منه عشر جميع المال للوصية الأخرى، تبقى تسعة أعشار مال سوى نصيب، يعدل ثلاثة أنصباء، تُجبر وتقابل، يكون تسعة أعشار مال معادلة لأربعة<sup>(٢)</sup> أنصباء، فاضرب الأربعة في مال له عشر، وأقله عشرة، يكون أربعين، كما خرج بالطريق الأول، وإن كان الجزء مضافاً إلى ما تبقى من المال بعد التصيب؛ مثل أن يختلف ثلاثة بنين، ويوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم، ولعمرو سدس ما تبقى من المال بعد التصيب، فالمقصود من هذه المسألة وما في معناها، يُعرف بطريق.

ومنها طريقة الجبر، ولها وجوه: أسهلها أن تأخذ مالاً، وتُسقط منه نصيباً لزيد، ويبقى مال سوى نصيباً، يسقط سدسه لعمرو، تبقى خمسة أسداس مال إلا خمسة أسداس نصيب، يعدل أنصباء الورثة، وهي ثلاثة فتُجبر وتُقابل، فيكون خمسة أسداس مال معادلة لثلاثة أنصباء وخمسة أسداس نصيب، فتضرب ثلاثة وخمسة أسداس مال في أقل عدد له سدس، وهو ستة، تكون ثلاثة وعشرين: النصيب من ذلك خمسة، تبقى ثمانية عشر، سدسها لعمرو، تبقى خمسة عشر؛ لكل ابن خمسة، وهذا ما كان يستعمله الحسن بن أحمد بن حسان الفرائضي القزويني، وهو من المتقدمين.

(٢) في ب: ثلاثة.

(١) في ب: والحكم.

ومنهما: أن يُجْعَلَ المَالُ كُلُّهُ ديناراً وستة دراهم، والوصية بالسدس تجعلُ الدينارَ نصيبَ زيدٍ، ودرهماً من الستة لعمرو؛ يبقى خمسة دراهم للبينين؛ لكل واحدٍ منهم درهمٌ وثلثان؛ فعلمنا أنَّ قيمةَ الدينارِ درهمٌ وثلثان، وكثنا جعلنا المَالُ ديناراً وستة دراهم، فهو إذن سبعة دراهم وثلثان، فنبسطةا أثلاثاً، تكونُ ثلاثة وعشرين، وتسمى هذه الصورة طريقةَ الدينارِ والدرهم.

قال الأستاذ أبو منصور: ربما سُمِّيَتِ العُثمانيَّةُ؛ لأنَّ عثمانَ بنَ أبي ربيعةَ الباهليَّ<sup>(١)</sup> كان يستعملُها.

ومنها: مسألةُ الورثةِ من ثلاثة سهام، فيكونُ لزيدٍ سهمٌ مثل واحدٍ منها، ويزيدُ على كل واحدٍ من سهامِ البينين مثل خمسة؛ لأنه أوصى بسديها، وسدس كل شيءٍ مثل خمس الباقي بعد إخراج السدس، فيكونُ جميعُ المالِ أربعة سهام، وثلاثة أخماس، نبسطةا أخماساً، تبلغُ ثلاثة وعشرين، وهذه تُسمى طريقةَ القياس.

ومنها: تُقسَّمُ سهامُ الورثةِ وهي، ثلاثة وتصنيف: سهماً لزيدٍ، يكونُ أربعة، نضربها في مخرج السدس، يكونُ أربعة وعشرين، يسقطُ منها الحاصلُ من ضربِ الجزءِ الموصى به بعد النصيبِ في النصيبِ، وهو واحدٌ، يبقى ثلاثة وعشرون، فهي المَالُ، فإن أردتُ النصيبَ؛ أخذتُ سهماً منها، وضربتهُ في مخرج السدس، يكونُ ستة، تسقطُ منها ما أسقطته من المَالِ؛ يبقى خمسة، فهي النصيبُ، وهذه تشتهرُ بطريقةِ الحشو، ويسمى هذا الذي يُسقطُ سهمَ الحشو، ويقالُ: كانَ محمدُ بنُ الحسنِ يعتمدُ عليها، وسماها ابنُ حسانَ القزويني حسابَ اليتيم<sup>(٢)</sup>.

ومنها: تأخذُ سهامَ الورثةِ، وتضربُها في مخرج السدس، يكونُ ثمانية عشرَ تصرفُ سدسُها إلى عمرو؛ تبقى خمسة عشرَ؛ لكل ابن خمسة، وإذا بانَ أنَّ النصيبَ خمسة، فيزيدُ خمسة على الثمانية عشر، يكونُ ثلاثة وعشرين.

ومنها: أن يقالَ: المَالُ كُلُّهُ ستة، ونصيبُ النصيبِ لزيدٍ، وسهمُ عمرو، يبقى خمسة، لا تصحُ على ثلاثة، ولا توافقُ تضربُ ثلاثة في ستة، تكونُ ثمانية عشرَ، مع النصيبِ المجهولِ، سدسُ الثمانية عشرَ لعمرو، والباقي بينَ البينين؛ لكل واحدٍ خمسة، فعرفنا أنَّ النصيبَ المجهولَ خمسة، وأنَّ المَالُ ثلاثة وعشرون.

مسألة: ثلاثة بينين، وأوصى لزيدٍ بمثل نصيبِ أحدهم، و لعمرو بثلث ما يبقى من المَالِ بعد النصيبِ استخراجها بطريقي الخطأين: يُقدَّرُ المَالُ، إن شئتَا أربعة؛ لعلِمنا أنَّ

(١) قال الحافظ لم أقف على إسناده. (٢) في ز: القسم.

هَذَا نَصِيْبًا وَثَلَاثًا بَعْدَ النَّصِيْبِ، وَيَجْعَلُ النَّصِيْبُ وَاحِدًا، وَيَدْفَعُ ثُلُثَ الْبَاقِي إِلَى عَمْرُو؛ يَبْقَى اثْنَانِ، وَنَحْنُ نَحْتَاجُ إِلَى ثَلَاثَةٍ؛ لِيَكُونَ لِكُلِّ ابْنٍ مِثْلُ النَّصِيْبِ الْمَفْرُوضِ، فَقَدْ نَقَصَ عَنِ الْوَاجِبِ وَاحِدًا، وَهَذَا هُوَ الْخَطَأُ الْأَوَّلُ.

ثُمَّ نَجْعَلُ الْمَالَ خَمْسَةً، وَنَجْعَلُ النَّصِيْبَ مِنْهَا اثْنَيْنِ، وَنَدْفَعُ ثُلُثَ الْبَاقِي إِلَى عَمْرُو، يَبْقَى اثْنَانِ، وَنَحْنُ نَحْتَاجُ إِلَى سِتَّةٍ؛ لِيَكُونَ لِكُلِّ ابْنٍ مِثْلُ النَّصِيْبِ الْمَفْرُوضِ، فَقَدْ نَقَصَ عَنِ الْوَاجِبِ أَرْبَعَةً، وَهُوَ الْخَطَأُ الثَّانِي، وَالْخَطَأَانِ جَمِيعًا نَاقِصَانِ، فَسَقَطَ أَوْلُهُمَا مِنْ أَكْثَرِهِمَا، يَبْقَى ثَلَاثَةٌ؛ فَحَفِظْهَا، ثُمَّ نَضْرِبُ الْمَالَ الْأَوَّلُ فِي الْخَطَأِ الثَّانِي، يَكُونُ سِتَّةَ عَشَرَ وَنَضْرِبُ الْمَالَ الثَّانِي فِي الْخَطَأِ الْأَوَّلِ، يَكُونُ خَمْسَةً يَسْقُطُ الْأَقْلُ مِنَ الْأَكْثَرِ يَبْقَى أَحَدَ عَشَرَ سَهْمًا، نَقْسُمُهَا عَلَى الثَّلَاثَةِ الْمَحْفُوظَةِ، يَخْرُجُ مِنَ الْقِسْمَةِ ثَلَاثَةٌ وَثَلَاثَانِ، نَبْسُطُهَا أَثَلَاثًا بِالضَّرْبِ فِي ثَلَاثَةٍ، يَكُونُ أَحَدَ عَشَرَ، فَهُوَ الْمَالَ، ثُمَّ نَضْرِبُ النَّصِيْبَ الْأَوَّلُ فِي الْخَطَأِ الثَّانِي، يَكُونُ أَرْبَعَةً، وَنَضْرِبُ النَّصِيْبَ الثَّانِي فِي الْخَطَأِ الْأَوَّلِ يَكُونُ اثْنَيْنِ، يَسْقُطُ الْأَقْلُ مِنَ الْأَكْثَرِ؛ يَبْقَى اثْنَانِ، نَقْسُمُهَا عَلَى الثَّلَاثَةِ الْمَحْفُوظَةِ، يَخْرُجُ مِنَ الْقِسْمَةِ ثَلَاثَانِ، وَإِذَا بَسَطْنَا، كَانَا اثْنَيْنِ، فَهَمَا النَّصِيْبُ فَتَدْفَعُ اثْنَيْنِ مِنْ أَحَدِ عَشَرَ إِلَى زَيْدٍ، وَثُلُثَ الْبَاقِي ثَلَاثَةً إِلَى عَمْرُو؛ يَبْقَى سِتَّةٌ لِكُلِّ وَاحِدٍ اثْنَانِ، وَهَذَا إِذَا أَجَازَ الْوَرِثَةَ، فَالْوَصِيَّتَانِ زَائِدَتَانِ عَلَى الثُّلُثِ، وَتُسَمَّى هَذِهِ الطَّرِيقَةُ «الْجَامِعَ الْكَبِيرَ مِنْ طَرُقِ الْخَطَايِنِ».

وَبَطْرِيقَةِ الْبَابِ: نَقُولُ: سَهَامُ الْبَنِيْنَ ثَلَاثَةٌ، وَقَدْ أَوْصَى بِثَلَاثَةٍ؛ فَيَبْقَى لِكُلِّ ابْنٍ ثَلَاثًا سَهْمًا، فَتَبَيَّنَ أَنَّ النَّصِيْبَ الْمَوْصَى بِهِ لَزَيْدٍ ثَلَاثًا سَهْمًا، ثُمَّ نَضْمُ الثُّلُثَ الْمَخْرَجَ، إِذْ بَيَّنَّا النَّصِيْبَ إِلَى أَنْصَابِهِمْ، فَيَكُونُ جَمْلَةُ الْمَالِ ثَلَاثَةَ سَهَامٍ وَثَلَاثِي سَهْمٍ نَبْسُطُهَا أَثَلَاثًا؛ تَكُونُ أَحَدَ عَشَرَ.

وَبَطْرِيقِ الْمَقَادِيرِ: يُعْطَى الْمَوْصَى لَهُ بِمِثْلِ النَّصِيْبِ نَصِيْبًا مِنَ الْمَالِ؛ يَبْقَى مِنْهُ مَقْدَارًا تُدْفَعُ ثُلُثُهُ إِلَى عَمْرُو، وَيَبْقَى ثَلَاثًا مَقْدَارِ نَقْسُمُهَا بَيْنَ الْبَنِيْنِ؛ يَخْضُلُ لِكُلِّ وَاحِدٍ تُسْعًا مَقْدَارًا، فَتَعْلَمُ بِذَلِكَ أَنَّ مَا أَخَذَهُ الْمَوْصَى لَهُ بِالنَّصِيْبِ تُسْعًا مَقْدَارًا، فَالْمَالُ كُلُّهُ إِذْنِ مَقْدَارٌ وَتُسْعًا مَقْدَارًا، نَبْسُطُهَا أَسَاعًا، يَكُونُ أَحَدَ عَشَرَ، وَتَخْرُجُ الْمَسْأَلَةُ السَّابِقَةُ بِهَذِهِ الطَّرِيقِ الثَّلَاثِ خُرُوجَ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ بِتِلْكَ الطَّرِيقِ السَّتِّ.

## فَضْلٌ

وَقَدْ تَكُونُ الْوَصِيَّةُ بِجِزءٍ مِنْ جِزءٍ مِنَ الْمَالِ، فَمَا بَقِيَ يُعَدُّ النَّصِيْبَ أَوْ بَعْضَهُ؟

مِثَالُهُ: ثَلَاثَةُ بَنِيْنٍ، وَأَوْصَى لَزَيْدٍ بِمِثْلِ نَصِيْبِ أَحَدِهِمْ، وَلِعَمْرُو بِثُلُثِ مَا تَبَقَّى مِنْ ثُلُثِ الْمَالِ بَعْدَ النَّصِيْبِ: يُقَدَّرُ ثُلُثُ الْمَالِ عَدَدًا لَهُ ثُلُثٌ؛ لِقَوْلِهِ بِثُلُثِ الْبَاقِي مِنَ الثُّلُثِ وَلِيَكُنْ ثَلَاثُهُ، فَيَزِيدُ عَلَيْهِ وَاحِدًا لِلنَّصِيْبِ، فَيَكُونُ أَرْبَعَةً، وَإِذَا كَانَ الثُّلُثُ أَرْبَعَةً، كَانَ

الثلاثان ثمانيةً وجملةُ المالِ اثنا عشرَ تدفعُ إلى زيدٍ واحداً، وإلى عمرو واحداً وهو ثلثُ الثلاثةِ الباقيةِ من ثلثِ المالِ، يبقى سهمانِ، تَضُمُهُمَا إلى ثلثي، المالِ تكونُ عشرةً، وكان ينبغي أن يكونَ ثلاثةً؛ ليكونَ لكلِّ ابنٍ مثلُ النصيبِ المفروضِ، فقد زادَ على ما يحسبُ سبعةً، وهو الخطأُ الأوَّلُ.

ثم يُقدَّرُ الثلثُ خمسةً، ويُجعلُ النصيبُ اثنين وتُدفعُ إلى عمرو واحداً، يبقى سهمانِ، يزيدُهُما على ثلثي المالِ، وهو عشرةً، على هذا التقديرِ، يبلغُ اثني عشرَ، وكان ينبغي أن يكونَ ستةً؛ ليكونَ لكلِّ ابنٍ سهمانِ، فزادَ على الواجبِ ستةً، وهو الخطأُ الثاني. ثمَّ نقولُ: لما أخذنا أربعةً؛ زادَ على الواجبِ سبعةً ولما زدنا سهماً، نَقَصَ عن الخطأِ سهمٌ؛ فعلمنا أن كلَّ سهمٍ يزيدُ، ينقصُ به من الخطأِ سهمٌ، وقد بقي من الخطأِ ستةُ أسهمٍ، فنزيدُ لها ستة أسهمٍ، يكونُ أحدَ عشرَ سهماً، فهو ثلثُ المالِ؛ النصيبُ منها ثمانيةً، وجميعُ المالِ ثلاثةٌ وثلاثونَ، وتُسمَّى هذه الطريقةُ «الجامعُ الصَّغيرُ من طرقِ الخطأين».

مسألة: ابنانِ، وأوصى بمثلِ نصيبِ أحدهما لزيدٍ، وأوصى لعمرو بنصفِ ما تبقى من الثلثِ بعد النِّصيبِ:

استخراجها بطريقِ الهندسة: أن يُجعلَ المالُ كلهُ خطَّ أ ب، ويُقسَّمُ ثلاثةَ أقسامٍ متساويةً، هي خطوطُ أ ح حد دب، ثمَّ نأخذُ خطَّ أ ح، ونقتطعُ منه بمقدارِ أ ه نسَمِّيه، ونقسِّمُ الباقي بقسَمينِ متساويينِ، وهما خطَّا هو و ج، فيعطي زيداً النصفَ، وعمراً خطَّ هو يبقَى منه خطَّ و ح، وإذا كانَ خطَّ أ ح نصيباً وقسَمينِ متساويينِ، كانَ خطَّ ح ب نصيبينِ وجملةً أربعةَ أقسامٍ متساويةً؛ إذا ضَمَمْنَا إليه القسَمَ الثاني من خطَّ أ ح، كانَ المبلغُ نصيبينِ وخمسةَ أقسامٍ؛ يُقسَّمُ بينَ البنينِ، لابنينِ نصيبانِ، وللثالثِ خمسةَ أقسامٍ؛ فَبَانَ أن النصفَ الذي اقتطعناه خمسةً، والقسمانِ الباقيانِ منه سهمانِ، فجميعُ خطَّ أ ح سبعةً، وهو ثلثُ خطَّ أ ب، فخطَّ أ ب أحدٌ وعشرونَ، وهو صورتهُ أ ه و ح د، وخمسةُ لزيدٍ، يبقى اثنانِ: أحدهما لعمرو، ويبقى واحدٌ يضمُّها إلى أربعةَ عشرَ؛ يكونُ خمسةَ عشرَ للبنينِ؛ لكلِّ واحدٍ خمسةً.

مسألة: أربعةُ بنينِ، وأوصى لزيدٍ بمثلِ نصيبِ أحدهم، و لعمرو بربعِ ما بقي من الثلثِ بعد النِّصيبِ بأحدِ أربعةِ أسهمٍ؛ لقوله: «ربعِ ما بقي» ويزيدُ عليه النصيبُ واحداً، ويجعلُ الخمسةَ ثلثَ المالِ، فندفعُ منها سهماً بالنصيبِ إلى زيدٍ، وسهماً بربعِ ما تبقى إلى عمرو، تبقى ثلاثةً، نُضمُّها إلى ثلثي المالِ عشرةً، تبلغُ ثلاثةَ عشرَ، وكان ينبغي أن يكونَ أربعةً، فزادتُ تسعةً، وهو [الخطأ] (١) الأوَّلُ.

ثمَّ تُضعَّفُ ما كنَّا أخذناه أولاً، فنأخذُ ثمانيةً، وتزيدُ عليها النصيبُ مثلَ ما ذكرناه

أولاً، وهو واحد، ونجعل التسعة؛ ثلث المال؛ واحداً منها لزيد، وسهمانٍ هما ربع الباقي لعمرو؛ يبقى ستة، نضّمها إلى ثلثي، المال؛ تكون أربعة وعشرين، وكان ينبغي أن يكون أربعة، فزاد عشرون، وهو الخطأ الثاني، والتفاوت بين الخطأين أحد عشر، فهو النصيب، ثم نضرب المال الأول، وهو خمسة في الخطأ الثاني، وهو عشرون؛ تكون مائة؛ ونضرب المال الثاني، وهو تسعة في الخطأ الأول، وهو تسعة؛ يكون أحداً وثمانين، والتفاوت بين المبلّغين تسعة عشر<sup>(١)</sup>، فهو ثلث المال؛ لزيد منه أحد عشر، يبقى ثمانية، ربعها لعمرو وسهمان، يبقى ستة، نضّمها إلى مائة وثلاثين، يكون أربعة وأربعين؛ لكل واحد أحد عشر بثلاث النصيب، وتسمى هذه الطريقة الجامع الأكبر من طرق الخطأين.

وبطريقة المقادير؛ نأخذ ثلث المال، وتسقط منه نصيباً لزيد، يبقى منه مقدار، وقد بقي من المال ثلثاه، فنصرف من كل ثلث نصيباً إلى ابن؛ يبقى من كل ثلث مقدار، ويُعلم أن عمراً لا يستحق إلا ربع مقدار، فجميع الباقي مقداران، وثلاثة أرباع: مقدار يكون للابنين اللذين لم يأخذ شيئاً، فيكون النصيب مقداراً وثلاثة أثمان مقدار، والنصيب منه مقدار وثلاثة أثمان مقدار، نبسطها أثماناً؛ فيكون الثلث تسعة عشر، والنصيب أحد عشر، وبطريقة الدينار والدّزهم: نجعل المال ديناراً، ومن الدراهم عدداً له ربع، وليكن أربعة دراهم، ولنصرف الدينار بالنصيب إلى زيد، ودرهماً إلى عمرو، ويبقى ثلاثة دراهم، نزيدها على ثلثي المال؛ يبلغ دينارين وأحد عشر درهماً، يعدل أربعة دنانير [فنلقى دينارين بدينارين]<sup>(٢)</sup> يبقى ديناران في مقابلة أحد عشر درهماً، فالدينار الواحد يعدل خمسة دراهم ونصف درهم، وكنا جعلنا الثلاث ديناراً وأربعة دراهم، فهو إذن تسعة دراهم ونصف، نبسطها أنصافاً؛ يكون تسعة عشر، فهي الثلث والدينار الذي هو النصيب أحد عشر.

مسألة: أبوان وبتتان، وأوصى لزيد بمثل أحد الأبوين، ولعمرو ثلاثة أخماس ما يبقى من الثلث:

استخرجها بطريقة الحشو أن يقال: مسألة الورثة من ستة؛ تزيد عليها مثل نصيب أحد الأبوين تبلغ سبعة، تُضرب في مخرج الأقسام؛ يكون خمسة وثلاثين، يسقط منها الحاصل من ضرب الأجزاء الموصى بها بعد النصيب، وهي ثلاثة في النصيب، وهو واحد؛ يكون ثلاثة [نسقطها من الخمسة والثلاثين]<sup>(٣)</sup>، يبقى اثنان وثلاثون فهي

(٢) في ز: يبقى دينارين.

(١) في ز: سبعة.

(٣) سقط في: ز، أ.

ثلث المال، فإن أردنا النصيب، أخذنا سهماً، وضريناه في مخرج الأخماس؛ يكون خمسة، نضربها في مخرج الثلث، يكون خمسة عشر، نُسْقِطُ منها ما أسقطنا من الأول، يكون اثني عشر، فهو النصيب، فإذا دَفَعْنَا اثني عشرَ إلى زيد، يبقى من الثلث عشرون تدفع ثلاثة أخماسه إلى عمرو، يبقى ثمانية، نضمها إلى ثلثي المال أربعة وستين؛ يكون اثنين وسبعين؛ لأحد الأبوين منها السدس اثنا عشر؛ كالتصيب المفروض.

وبحساب الجبر: نأخذ ثلث المال، ونُسْقِطُ منه نصيباً؛ يبقى ثلث مال غير نصيب، نُسْقِطُ ثلاثة أخماسه لعمرو، ويبقى خُمُسًا ثلث المال سوى خُمُسِي نصيب، نضمها إلى ثلثي المال، يبلغ ثلثي مال، وخُمُسِي ثلثه سوى خُمُسِي نصيب، يعدل سهام الورثة، وهي ستة، تُجَبَّرُ وَتَقَابَلُ؛ فتكون ثلثا مالٍ وخُمُسًا ثلثه معادلاً لستة أيضاً، وخُمُسِي نصيب، فنضرب الستة والخمسين في أقل عددٍ له خُمُسٌ، وهو خمسة؛ يكون اثنين وثلاثين، فهو الثلث.

مسألة: ثلاثة بنين، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم، ولعمرو بثلث ما بقي من الثلث بعد نصف النصيب، حُذِّ ثلث مالٍ، وأسْقِطُ منه نصيباً، يبقى ثلث مالٍ سوى نصيب، وأسْقِطُ منه ثلث الباقي بعد نصف النصيب، وهو تُسْعُ مالٍ إلا سُدَسَ نصيب، فيبقى تُسْعًا مالٍ إلا خُمُسَةً أسداس نصيب، زده على ثلثي المال؛ فيكون ثمانية أتساع مالٍ إلا خمسة أسداس نصيب، يعدل ثلاثة أنصباء فأجبر وقابل تعدل ثمانية أتساع مالٍ ثلاثة أنصباء، وخمسة أسداس نصيب، فاضرب ثلاثة وخمسة أسداس في تسعة؛ تبلغ أربعة وثلاثين ونصفاً، أبسطها أنصافاً، تكون تسعة وستين، فهي المال: لزيد منها بالنصيب ستة عشر، ولعمرو خمسة، وهو ثلث الباقي من الثلث بعد نصف النصيب، وهو ثمانية، يبقى سهام زدهم على ثلثي المال، يبلغ ثمانية وأربعين؛ لكل ابن ستة عشر كالتصيب.

## فصل

في الوصية بنصيب أحد الورثة مع الوصية بجزئين أحدهما بجميع المال، والآخر بما يبقى، مثاله: بنت وأخ، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهما، ولعمرو بربع المال، وللثالث بنصف الباقي، يُعَدُّ ذلك الحساب بطريق القياس: أنا نعلم أنه إذا أخذ عمرو ربع المال، وزيد نصيباً، ينبغي أن يكون للباقي نصف، وأقل عدد له نصف اثنان، وللثالث واحد منهما؛ يبقى واحد، لكل واحدٍ من الوارثين نصف سهم، فعلمنا أن النصيب نصف سهم، فيكون الباقي من المال بعد الربع سهمين ونصف سهم، وذلك ثلاثة أرباع المال، تزيد عليه ثلثه، وهو خمسة أسداس، يبلغ ثلاثة وسُدَسَيْن، نبسَطُها أسداساً، تكون عشرين: لزيد ثلاثة ولعمرو خمسة يبقى اثنا عشر للثالث ستة ولكل واحدٍ من

الوارثين ثلاثة؛ كالتصيب المفروض، ولو كانت الصورة بحالها إلا أن وصية عمرو بخمس المال، ووصية الثالث بثلث الباقي، فالمال خمسة، والنصيب واحد.

### فصل

فيما إذا كان الجزآن مع التصيب أحدهما بعد الآخر:

مثاله: أم وعمان، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم، ولعمرو بربع ما تبقى من المال بعد النصيب ولثالث بثلث ما تبقى من المال بعد ذلك والرابع بنصف ما يبقى بعد ذلك، نأخذ مالا وتلقى منه نصيباً؛ يبقى مال إلا نصيباً، تلقى من هذا الباقي ربعه، يبقى ثلاثة أرباع مال إلا ثلاثة أرباع نصيب تلقى من الباقي ثلثه؛ ويبقى نصف مال إلا نصف نصيب، تلقى من الباقي نصفه، يبقى ربع مال إلا ربع نصيب تعدل ثلاثة أنصباء، تجبر، وتقابل، فربع مال يعدل ثلاثة أنصباء، وربع نصيب، فنضرب الثلاثة والربع في أربعة، تكون ثلاثة عشر، النصيب منه واحد، يبقى اثنا عشر: لعمرو ربعه ثلاثة يبقى تسعة، للثالث الثلث يبقى ستة، للرايع نصفه ثلاثة، يبقى ثلاثة لكل واحد من الورثة واحد؛ كالنصيب.

مسألة: ثلاثة بنين، وأوصى لزيد بنصيب أحدهم، ولعمرو بنصف الباقي من الثلث، ولثالث بثلث الباقي من الثلث بعد ذلك، يجعل ثلث المال ديناراً، ومن الدراهم عدداً له نصف، ولنصفه ثلث، وليكن ستة، نعطى زيدا الدينار، ونصف الدراهم عمراً، تبقى ثلاثة نعطى ثلثها للثالث؛ يبقى سهمان، تزيدهما على ثلثي، المال، وهو ديناران، واثني عشر درهماً، تبلغ دينارين وأربعة عشر درهماً، وذلك يعدل ثلاثة دنانير تلقى دينارين بدنانيرين قصاصاً، يبقى دينار يعدل أربعة عشر درهماً، وكان الثلث ديناراً وستة، فهو إذن عشرون، والنصيب أربعة عشر يدفع أربعة عشر إلى زيد، تبقى ستة، لعمرو نصفها، تبقى ثلاثة، للثالث ثلثها، يبقى سهمان، تضمها إلى ثلثي المال، تبلغ اثنين، وأربعين، لكل ابن أربعة عشر.

### فصل

في الوصية بنصيين مع الوصية بجزء بعد كل نصيب:

مثاله: ثلاثة بنين، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم، ولعمرو بثلث ما تبقى من الثلث، ولثالث بمثل نصيب أحدهم ولرابع بنصف ما تبقى من الثلث بعد النصيب، فأخذ أحد أثلاث المال، فتدفع منه نصيباً إلى زيد، يبقى منه مقدار يدفع ثلثه إلى عمرو، يبقى معنا ثلثا مقدار، ونأخذ ثلثاً آخر، فتدفع منه نصيباً إلى الثالث، يبقى مقدار، يدفع نصفه إلى الرابع، يبقى نصف مقدار، فيضم الباقي من الثلث، وهو مقدار وسدس مقدار



إلى الثلث الثالث، وهو نصيب ومقدار، يكون نصيباً ومقدارين وسُدس مقدار، وذلك يعدل أنصبا الورثة، وهو ثلاثة تُسقط نصيباً بنصيب؛ يبقى مقداران وسُدس مقدار، في معادلة نصيبين فالنصيب الواحد مقدار ونصف سدس مقدار، وكذا قرضاً كلُّ ثلث نصيباً ومقداراً، فهو إذن مقداران ونصف سدس مقدارٍ نسطها بالضرب في اثني عشر، تكون خمسة وعشرين، وجملة المال خمسة وسبعون والنصيب ثلاثة عشر، لزيد ثلاثة عشر، ولعمرو أربعة وللثالث ثلاثة عشر، وللرابع ستة، وجملة ذلك ستة وثلاثون، تبقى تسعة وثلاثون للبين، لكل واحد ثلاثة عشر؛ كالنصيب.

ولو كانت الصورة بحالها إلا أنه أوصى للرابع بنصف ما تبقى من الثلثين بعد النصيب الثاني، فناخذ ثلثاً، ونجعل منه نصيباً لزيد؛ يبقى مقدار، تجعل ثلاثة لعمرو، وناخذ ثلثاً آخر، فتدفع نصيباً منه إلى الثالث، يبقى مقدار نضمه إلى الثلث الثالث، يبلغ نصيباً ومقدارين؛ يدفع إلى الرابع نصفه، وهو نصف نصيب ومقدار، ويبقى معنا نصف نصيب ومقدار، وكان قد بقي من الثلث الأول ثلثا مقدار، يعدل كل ذلك أنصبا الورثة، وهي ثلاثة، فتلقي نصف نصيب بنصف نصيب؛ يبقى مقدار وثلثا مقدار في معادلة نصيبين ونصف نصيب، فيكون النصف ثلثي مقدار؛ فإذا كلُّ ثلث مقدار، وثلث مقدار نسطها أثلاثاً، يكون خمسة، والمال خمسة عشر، والنصيب اثنان، لزيد اثنان، ولعمرو واحد، وللثالث اثنان، وللرابع أربعة. تبقى ستة للابنتين.

## فصل

في الوصية بالنصيب وجزء شائع على شرط ألا يضام بعض الورثة، أي: لا يدخل النقض عليه.

مثاله: ابنان، وأوصى لواحد بربع المال، ولآخر بنصيب أحد الابنتين على ألا يضام الثاني بالوصيتين، هي من أربعة لذكره الربع: واحد للموصى له بالربع، واثنان للابن الذي شرط ألا يضام [يبقى]<sup>(١)</sup> واحد للموصى له الثاني، وللابن الثاني لا يصح عليهما، فنضرب اثنان في أربعة.

مسألة: ثلاثة بنين، وأوصى من ثلث ماله لزيد بنصيب أحدهم، ولعمرو بثلث ما تبقى من الثلث<sup>(٢)</sup>، وشرط ألا يضام بكر منهم: نأخذ ثلث المال، وتدفع منه نصيباً إلى زيد؛ يبقى مقدار، ندفع ثلثه إلى عمرو، يبقى ثلثا مقدار، نضمه إلى الثلثين، وهما نصيبان ومقداران، وذلك كله يعدل ثلث المال بتمامه ونصيبين، أما ثلث المال، فهو

(٢) سقط في: ز.

(١) سقط في: ز.

الذي توفيه بكثرًا غير منقوص، وأما النصيبان، فهما نصيبا الابنَيْن الآخرين، وذلك ثلاثة أنصباء ومقدار، فنسقط نصيبين بنصيبين، ومقداراً بمقدار؛ يبقى نصيب في معادلة مقدار، وثلثين، فعرفنا أن النصيب مقدار وثلثان، وأن الثلث مقداران وثلثان، بنسبتهما أثلاثاً، فيكون ثمانية، وهي ثلث المال، والنصيب منهما خمسة، وجملة المال أربعة وعشرون، لزيد خمسة، ولعمرو واحد، ولبكر الذي شرط ألا يضم ثمانية تبقى عشرة، للآخرين؛ لكل واحد خمسة؛ كالنصيب.

## فضل

في الوصية بالنصيب مع استثناء جزء من المال عنه.

مثاله: ثلاثة بنين أوصى بمثل نصيب أحدهم لإربع جميع المال، نأخذ مالا ونسقط منه نصيباً، يبقى مال ناقص بنصيب زيد عليه ربع المال المستثنى، يبلغ مالا، وربع مال إلا نصيباً وذلك يعدل ثلاثة أنصباء وهي أنصباء تُجبر، وتقابل؛ فإذن مال وربع يعدل أربعة أنصباء، بنسبها أرباعاً، ونقلب الاسم، فالمال ستة عشر، والنصيب خمسة؛ ندفع إلى الموصى له خمسة وتسترجع منه ربع المال أربعة، يبقى معنا خمسة عشر؛ لكل ابن خمسة؛ كالنصيب.

وبطريقة الخطأين: يجعل المال أربعة، والنصيب اثنين، يدفع إلى الموصى له اثنين، وتسترجع ربع المال واحداً؛ يبقى معنا ثلاثة، وكان يجب أن يبقى ستة؛ ليكون لكل ابن مثل النصيب، فقد نقص عن الواجب ثلاثة، وهذا هو الخطأ الأول.

ثم نجعل المال ثمانية، والنصيب ثلاثة، ندفعها إليه، وتسترجع اثنين ربع المال، يبقى معنا سبعة وكان ينبغي أن يكون تسعة، فقد نقص اثنين، وهذا هو الخطأ الثاني.

وهما ناقصان، فنسقط من الأكثر؛ يبقى واحد نحفظه، ثم نضرب المال الأول، وهو أربعة في الخطأ الثاني، وهو اثنان، تكون ثمانية، ونضرب المال الثاني، وهو ثمانية في الخطأ الأول، وهو ثلاثة، يكون أربعة وعشرين، فنسقط الأقل من الأكثر، يبقى ستة عشر، نقسمه على الواحد المحفوظ، يكون ستة عشر، فهو المال، ونضرب النصيب الأول، وهو اثنان في الخطأ، الثاني يكون أربعة، والنصيب الثاني، وهو في الخطأ الأول، وهو ثلاثة، يكون تسعة، نسقط الأقل من الأكثر، ونقسم الحاصل على الواحد المحفوظ، يكون خمسة، فهو النصيب.

وبالدينار والدرهم نجعل المال ديناراً، وأربعة دراهم، وندفع الدينار بالنصيب إلى الموصى له، وتسترجع منه ربع جميع المال، وهو ربع دينار ودرهم، يحصل معنا خمسة دراهم، لوربع دينار، وذلك يعدل ثلاثة دنانير، ونسقط ربع دينار بربع دينار،

وتبقى خمسة دراهم<sup>(١)</sup> في معادلة دينارين، وثلاثة أرباع دينار، فإذا قَسَمْنَا عددَ الدراهم على عددِ الدينارين، خرجَ الدينارُ خمسةَ أجزاءٍ من أحد عشر جزءاً، نَجْمَعُ بين هَذَيْنِ العَدَدَيْنِ، يكونُ سِتَّةَ عَشَرَ، فهو المالُ.

مَسْأَلَةٌ: ابنُ، وأوصى بمثلٍ بنصيبٍ إلا نصفَ المالِ، نأخذُ مالاً ونُسْقِطُ منه نصيباً، ثم نَسْتَرِجِعُ من النصبِ نصفَ مالٍ، يحصلُ معنا مالٌ ونصفٌ غيرَ نصيبٍ، يعدلُ نصيباً واحداً، تُجَبَّرُ وتُقَابَلُ، فيكونُ مالٌ ونصفٌ، يعدلُ نصيبينِ، نَسْطُهَاً أَنْصَاباً وَتُقَلَّبُ الاسمُ، فيكونُ المالُ أربعةً، والنصيبُ ثلاثةً، تدفعُ إلى الموصى له ثلاثةً وتَسْتَرِجِعُ منه اثنين، يبقى عنده واحدٌ، وهو مثلُ نصيبِ الابنِ ناقصاً يَنْصِفُ المالِ.

مَسْأَلَةٌ: ابنُ، وأوصى بنصيبِ ابنِ رابعٍ، لو كانَ إلا عَشَرَ المالِ، نقولُ: لو كانَ البنونَ أربعةً، لَقَسَمَ المالُ بينهم على أربعةً، فنأخذُ مالاً، ونُلْقِي منه نصيباً، ونَسْتَرِجِعُ منه عَشَرَ المالِ، يكونُ معنا مالٌ وعَشْرُ مالٍ سوى نصيبٍ، يعدلُ أربعةً أَنْصَابٍ فيُجَبَّرُ ويُقَابَلُ؛ فإذا مالٌ وعَشْرُ يُقَابَلُ خمسةً أَنْصَاباً، فنَسْطُهَاً أَعْشَاراً، وَتُقَلَّبُ الاسمُ، فالمالُ خمسونَ، والنصيبُ أحدَ عشرَ، نَدْفَعُ إلى الموصى له أحدَ عشرَ؛ ونَسْتَرِجِعُ منه عَشَرَ المالِ، وهو خمسةٌ؛ يبقى للموصى له ستةً، ونأخذُ لابنِ أربعةً وأربعينَ، ولو كانوا أربعةً، لَأَخَذَ كُلُّ واحدٍ أحدَ عشرَ؛ كالتَّصْيِبِ.

## فَضْلٌ

في الوصية بالنصيب، مع استثناء جزء مما تبقى من المال، هذا: إما أن يفرض مع تقييد الموصي الاستثناء بجزء مما تبقى من المال بعد النصيب، أو مع التقييد بجزء مما تبقى من المال بعد الوصية، أو يفرض مع الإطلاق وإهمال كل واحد من القيدين، فهذه ثلاثة أقسام.

أما القسم الأول فمثاله:

ثلاثة بنين، وأوصى بمثل نصيب أحدهم إلا ربع الباقي من المال بعد النصيب: نأخذُ مالاً، ونُسْقِطُ منه نصيباً؛ يبقى مالٌ ناقصٌ بنصيب تزيد عليه ربعه، وهو الذي يسترده من جملة النصيب وربعه ربع مالٍ إلا ربع، نصيب، فيبلغُ مالاً وربع مالٍ إلا نصيباً، وربع نصيب، يعدلُ ثلاثة أَنْصَابٍ، فيُجَبَّرُ، ويُقَابَلُ، فإذا مالٌ وربع مالٍ يعدلُ أربعةً أَنْصَاباً وربع نصيب، فنَسْطُهَاً أَرْبَاعاً، وَتُقَلَّبُ الاسمُ، فالمالُ سبعةً عَشَرَ، والنصيبُ خمسةً نَدْفَعُ إلى الموصى له خمسةً، يبقى اثنا عشرَ، يَسْتَرِجِعُ من الخمسة ربع

(١) سقط في: ز، أ.

الباقِي، وهو ثلاثة، يبقى عند الموصي له سهمان، ونجعل للبنين خمسة عشر، لكل واحد خمسة، وبالمقادير ندفع إلى الموصي له نصيباً، يبقى مقدار، نسترجع رُبْعَهُ من النصيب، ونزيده على المقدار، يبلغ مقداراً ورُبْعَ مقدار، يعدل أنصباء الورثة، وهي ثلاثة، فالنصيب ثلث مقدار، وثلث ورُبْعَ مقدار؛ لأنه إذا قسّم المقدار والرُبْعَ على ثلاثة، يخرج من القسمة ما ذكرنا، والمال مقداراً وثلث مقدار وثلث ورُبْعَ مقدارٍ نسبتها بأجزاء ثلث الرُبْع، وذلك بالضرب في اثني عشر، فيكون المال سبعة عشر، والنصيب خمسة.

وبالقياس: علمنا أن الباقي، من المال بعد النصيب عدد له ربع فيكون أربعة، وقد استثنى الربع، فنزيد ربع الأربعة عليها، يكون خمسة، للبنين لكل واحد سهم وثلثان؛ فعلمنا أن النصيب سهم وثلثان، فنزيده على الأربعة، يبلغ خمسة وثلثين، نسبتها اثلاثاً فالنصيب خمسة، والمال سبعة عشر.

مسألة: الصورة بحالها، لكنه قال: إلا رُبْعَ الباقي من المال بعد نصف النصيب، نأخذ ما لا ونسقط منه نصيباً، يبقى مال ناقص بنصيب، نزيد عليه رُبْعَهُ بعد نصف النصيب، وهو رُبْعُ المال إلا ثمن نصيب، فيبلغ ما لا ورُبْعَ مالٍ إلا نصيباً، يعدل أربعة أنصباء وثمن نصيب، فنسقطها أثماناً، ونقلب الاسم، فالمال ثلاثة وثلثون والنصيب عشرة [تخرج عشرة]<sup>(١)</sup> ونظر في الباقي من المال بعد نصف العشرة، فإذا هو ثمانية وعشرون، نسترجع رُبْعَهَا، وهو سبعة من العشرة، يبقى للموصي له ثلثه الباقي ثلاثون، لكل واحد عشرة؛ كالنصيب.

مسألة: زوجة، وأبوان، وابنان، وأوصى بمثل نصيب أحد الابنتين إلا جزء ما تبقى من المال بعد النصيب: مسألة الورثة تصح من ثمانية وأربعين، ونجعل الوصية ديناراً، نضمها إلى هذه السهام، ثم نسقط نصيب ابن، وهو ثلاثة عشر سهماً، يبقى خمسة وثلثون سهماً وديناراً، نأخذ خمسها، وهو سبعة أسهم، وخمس دينار، ونسقطه من نصيب الابن، يبقى ستة أسهم إلا خمس دينار، وذلك<sup>(٢)</sup> يعدل المضموم إلى السهام، فإذا أجبرنا وقابلنا، عادت ستة أسهم ديناراً، وخمس دينار، فيكون الدينار الواحد خمسة أسهم، فتيماً أن المضموم إلى سهام الورثة خمسة، وأن جميع المال ثلاثة وخمسون سهماً، يخرج منها ثلاثة عشر فيبقى أربعون نسترجع من الثلاثة عشر مثل خمس الأربعين، وهو ثمانية؛ يبقى مع الموصي له خمسة أسهم، والباقي ثمانية وأربعون للورثة.

(٢) في ب: وذلك يعدل دينار.

(١) سقط في: ز.

القسم الثاني: ما إذا قُيِّد الاستثناء بِجُزءٍ مِمَّا يَبْقَى مِنَ الْمَالِ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ، قَالَ الْمَعْنِيُّونَ بِهَذَا الْقَوْلِ: الْجُزءُ مِنْ بَاقِي الْمَالِ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ مِثْلُ الْجُزءِ الَّذِي يَقَعُ تَحْتَهُ مِنْ بَاقِي الْمَالِ بَعْدَ النَّصِيبِ، فَعُسْرُ الْبَاقِي بَعْدَ الْوَصِيَّةِ كَتَسَعِ الْبَاقِي بَعْدَ النَّصِيبِ [وتسع الباقي بعد الوصية، كثمن الباقي بعد النصيب]<sup>(١)</sup> وَعَلَى هَذَا الْقِيَاسِ؛ حَتَّى يَنْتَهِيَ إِلَى ثُلْثِ الْبَاقِي بَعْدَ الْوَصِيَّةِ، فَهُوَ كَنْصَفِ الْبَاقِي بَعْدَ النَّصِيبِ، وَخَرَجُوا صُورَ هَذَا الْقِسْمِ بِطَرِيقَيْنِ.

أَحَدُهُمَا: الْبِنَاءُ عَلَى الْقَاعِدَةِ الْمَذْكُورَةِ؟ فَإِذَا أَوْصَى، وَلَهُ ثَلَاثَةُ بَنِينَ بِنَصِيبِ أَحَدِهِمْ إِلَّا [أربع ما يبقى من المال بعد الوصية، فهو كما لو أوصى بنصيب أحدهم إِلَّا]<sup>(٢)</sup> ثُلْثٌ مَا يَبْقَى بَعْدَ النَّصِيبِ، فَتَأْخُذُ مَالاً، وَتُلْقِي مِنْهُ نَصِيباً؛ يَبْقَى مَالٌ نَاقِصٌ بِنَصِيبِ زَيْدٍ عَلَيْهِ ثَلَاثَةٌ؛ لِلْإِسْتِثْنَاءِ، وَهُوَ ثُلْثُ مَالٍ إِلَّا ثُلْثُ نَصِيبِ، يَبْلُغُ مَالاً وَثُلْثُ مَالٍ إِلَّا نَصِيباً وَثُلْثُ نَصِيبِ، يَعْدُلُ ثَلَاثَةَ أَنْصِبَاءِ، فَيَجْبُرُ وَيُقَابِلُ؛ فَإِذَنْ مَالٌ وَثُلْثُ مَالٍ يَعْدُلُ أَرْبَعَةَ أَنْصِبَاءٍ وَثُلْثُ نَصِيبِ، نَبْطُهَا أَثْلَاثًا وَنَقْلِبُ الْاسْمَ، فَالْمَالُ ثَلَاثَةٌ عَشْرَ وَالنَّصِيبُ أَرْبَعَةٌ تُدْفَعُ إِلَى الْمُوصَى لَهُ أَرْبَعَةٌ، وَيَبْقَى تِسْعَةٌ تَسْتَرُدُّ مِنَ الْأَرْبَعَةِ ثُلْثُ التَّسْعَةِ الْبَاقِيَّةِ، يَبْقَى عِنْدَهُ سَهْمٌ، وَيَحْصُلُ لِلْبَنِينَ اثْنَا عَشَرَ؛ لِكُلِّ وَاحِدٍ أَرْبَعَةٌ، فَالَّذِي أَخَذَهُ الْمُوصَى لَهُ مِثْلُ النَّصِيبِ إِلَّا ثُلْثُ الْبَاقِي بَعْدَ النَّصِيبِ، وَمِثْلُ النَّصِيبِ إِلَّا رُبْعَ الْبَاقِي بَعْدَ الْوَصِيَّةِ؛ لِأَنَّ الْبَاقِي بَعْدَ الْوَصِيَّةِ اثْنَا عَشَرَ، وَرُبْعُهَا ثَلَاثَةٌ.

وَالثَّانِي: أَنَّا نَعْلَمُ أَنَّ بَاقِي الْمَالِ فِي الصُّورَةِ الْمَذْكُورَةِ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ أَنْصِبَاءُ الْبَنِينَ، وَهِيَ ثَلَاثَةٌ وَرُبْعُهَا ثَلَاثَةٌ أَرْبَاعَ نَصِيبِ، فَهُوَ الْمُسْتَثْنَى مِنْ نَصِيبِ أَحَدِ الْبَنِينَ، يَبْقَى رُبْعُ نَصِيبِ، وَهُوَ الْوَصِيَّةُ، فَزَيْدٌ عَلَى أَنْصِبَاءِ الْبَنِينَ، تَبْلُغُ ثَلَاثَةَ أَنْصِبَاءٍ وَرُبْعَ نَصِيبِ، تَبْطُهَا أَرْبَاعاً بِالضَّرْبِ فِي أَرْبَعَةٍ، يَكُونُ ثَلَاثَةَ عَشَرَ، وَالْوَصِيَّةُ سَهْمٌ.

القِسْمُ الثَّلَاثُ: مَا إِذَا أُطْلِقَ الْإِسْتِثْنَاءُ، فَقَالَ: أَوْصَيْتُ لَهُ بِمِثْلِ نَصِيبِ فَلَانَ إِلَّا رُبْعَ مَا تَبْقَى مِنَ الْمَالِ، وَلَمْ يَقُلْ بَعْدَ النَّصِيبِ، وَلَا بَعْدَ الْوَصِيَّةِ، حَكَى الْأَسْتَاذُ أَبُو مَنْصُورٍ فِيهِ وَجْهَيْنِ عَنِ الْأَصْحَابِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يُحْمَلُ عَلَى الْبَاقِي بَعْدَ النَّصِيبِ، لِأَنَّ الْمَذْكُورَ، هُوَ النَّصِيبُ، فَيَنْصَرَفُ الْإِسْتِثْنَاءُ إِلَيْهِ.

وَالثَّانِي: وَبِهِ قَالَ أَكْثَرُهُمْ: أَنَّهُ يُحْمَلُ عَلَى الْبَاقِي بَعْدَ الْوَصِيَّةِ، لِأَنَّ الْبَاقِي بَعْدَ الْوَصِيَّةِ أَكْثَرُ مِنَ الْبَاقِي بَعْدَ النَّصِيبِ، فَيَكُونُ جُزءَ الْمُسْتَثْنَى مِنَ النَّصِيبِ أَكْثَرَ؛ فَيَكُونُ الْبَاقِي لِلْمُوصَى لَهُ أَقْلٌ، وَقَدْ تَقَرَّرَ تَنْزِيلُ الْوَصَايَا وَالْأَقَارِيرِ عَلَى الْأَقْلِ الْمُسْتَيْقِنِ، ثُمَّ

(٢) سقط في: ز.

(١) سقط في: ز.

طريق الحسابِ على ما سبق، هذا هو النقل في الأقسام الثلاثة، وكانَ يحتملُ أن يُجعلَ الاستثناء من الباقي بعد الوصية صريحاً كالاستثناء من الباقي بعد النصيب [لأن الموصى به هو النصيب، فسواء، قال بعد الوصية أو بعد النصيب] (١) إلا، أنهم قالوا: لفظ «النصيب» لا يحتملُ إلا ما يأخذه الوارث ولفظ «الوصية» يحتملُ ما دونه، فإذا صححنا المسألة على ما مضى، فقد وفينا بالمستيقن من قضية اللفظ، فصار كما لو أوصى بمال، ينزل على الأقل.

## فصل

«في الوصية بالنصيب مع استثناء جزء مما تبقى من جزء من المال».

هذا يجيء في الأقسام المبينة في الفصل السابق، والقسم الثالث فيه الوجهان، وإن صرح بذكر النصيب، فأوصى، وله ثلاثة بنين بمثل نصيب أحدهم إلا ثلث ما تبقى من الثلث بعد النصيب، فأخذ ثلث مالٍ وتلقي منه نصيباً؛ يبقى ثلث مالٍ سوى نصيب، تزيد عليه ثلثه، وهو تسع مالٍ، إلا ثلث نصيب الاستثناء، فيبلغ أربعة تسع مالٍ سوى نصيب، وثلث نصيب، فزيده على ثلثي المال، كمال وتسع مالٍ سوى نصيب، وثلث نصيب، يعدل أنصبا الورثة، وهي ثلاثة فتجبر وتقابل: فمالٌ وتسع مالٍ يعدل أربعة أنصبا وثلث نصيب، نسطها تسع، وتقلب الاسم فالمال تسعة وثلثون، والنصيب عشرة نأخذ الثلث ثلاثة عشر، فنسقط منه نصيباً، وهو عشرة تبقى ثلاثة، نسترجع ثلثها بالاستثناء، يبقى تسعة، نسقطها من المال؛ يبقى ثلاثون لكل ابن عشرة.

وبطريق آخر، نقول: ثلث المال نصيب وثلثة أسهم، ندفع النصيب إلى الموصى له، ونسترد منه بقدر ثلث الباقي، وهو واحد، ونضمه إلى الثلاثة التي معنا، يكون أربعة نضمها إلى ثلثي المال، وهو نصيبان، وستة أسهم، يبلغ نصيبين وعشرة أسهم، [تدفع النصيبين إلى ابنين، تبقى عشرة للابن الثالث، فعرفنا أن النصيب عشرة أسهم] (٢) وأن الثلث ثلاثة عشر سهماً.

ولو كانت المسألة بحالها، إلا أن البنين خمسة، فالخطاين تأخذ ثلث المال اثنين مثلاً، وتجعل النصيب سهماً، فنسترجع ثلاثة من النصيب، ونضم السهم، والثلث إلى ثلثي المال، وهو أربعة، تبلغ خمسة وثلثاً، وكان ينبغي أن يكون خمسة؛ ليكون لكل ابن كالنصيب، فأخطانا بثلث سهم، وهو الخطأ الأول.

ثم نجعل ثلث المال ثلاثة، والنصيب سهمين، يبقى سهم نسترجع ثلثه من

(١) سقط في: ز.

(٢) سقط في: ز.

النَّصِيبِ، وَنَضُمُ السُّنْهَمِ، وَالثَّلْثُ إِلَى ثَلَاثِي، الْمَالِ، وَهُوَ سِتَّةٌ يَبْلُغُ سَبْعَةَ وَثَلَاثًا، وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ عَشْرَةً، فَقَدْ نَقَصَ اثْنَانِ، وَثَلَاثَانِ، وَهُوَ الْخَطَأُ الثَّانِي.

وهذا ناقصٌ والأولُ زائدٌ، نجمعُ بينهما، تبلغُ ثلاثةً نحفظها، فهي المقسومُ عليها، ثم نُضْرِبُ ما أخذناه أولاً، وهو الاثنانِ من الخطِيبِ الثاني، يبلغُ خمسةً وثلثًا، ونُضْرِبُ ما أخذناه ثانياً، وهو ثلاثةٌ<sup>(١)</sup> في الخطِيبِ الأوَّلِ، وهو ثلثٌ، يكونُ سهماً نجمعُ بينهما، يكونُ ستةً وثلثًا، نبسطُها اثلاثاً، يكونُ تسعةً عشرَ، فلو قَسَمْنَاها على الثلاثةِ المحفوظةِ، خرجَ من القسمةِ ستةً وثلثٌ، واحتجنا إلى البسطِ ليزول الكسرُ، فينزلُ القسمةُ، ونقول: الثلثُ تسعةً عشرَ، ونُضْرِبُ النَّصِيبَ الأوَّلَ في الخطِيبِ الثاني، يكونُ اثنين وثلثين، والنَّصِيبَ الثاني في الخطِيبِ الأوَّلِ وهو ثلثٌ، يكونُ ثلاثين، ومجموعهما ثلاثةٌ وثلثٌ، نبسطُها اثلاثاً؛ وتتركُ القسمةُ، فالنَّصِيبُ عشرةٌ، نأخذُ ثلثَ المالِ تسعةً عشرَ، ونُسْقِطُ منه النَّصِيبَ، وهو عشرةٌ تبقى تسعةً، نسترجعُ ثلثها من النَّصِيبِ، يبقى عند الموصي سبعةً، نسقطُها من جملةِ المالِ؛ يبقى خمسةٌ للبين.

مسألة: أربعةٌ بنين، وأوصى بمثل نصيبِ أحدهم، إلا ربعَ ما بقي من الثلثِ بعد ثلثِ النَّصِيبِ، نأخذُ ثلثَ مالٍ، ونُسْقِطُ منه نصيباً يبقى ثلثُ مالٍ سوء نصيبٍ، ثم تسترجعُ من النَّصِيبِ ربعَ الباقي من الثلثِ بعد ثلثِ النَّصِيبِ، وهو نصف سدسِ مالٍ إلا سدس<sup>(٢)</sup> نصيبٍ، ونُضْمُ إلى ما معنا، تبلغُ خمسةً أجزاءً من اثني عشرَ جزءاً من مالٍ إلا نصيباً، وجزءٌ من اثني عشرَ جزءاً من نصيبٍ، نزيدهُ على ثلثي المالِ، يبلغُ مالاً وجزءاً من اثني عشرَ جزءاً من مالٍ إلا نصيباً، وجزءاً من اثني عشرَ جزءاً من نصيبٍ يعدلُ أنصباةِ الورثةِ، وهي أربعةٌ، تُجْبَرُ وتقابلُ فإذا مالٌ وجزءٌ من اثني عشرَ جزءاً من مالٍ يعدلُ خمسةً أنصباةً وجزءاً من اثني عشرَ جزءاً من نصيبٍ، ثم إن شئت، فقل: نبسطُها بأجزاءِ اثني عشرَ، ونقلبُ الاسمَ، فالنَّصِيبُ ثلاثة عشرَ، والمالُ أحدٌ وستون وإن شئت، فقل: تضربُ خمسةً وجزءاً من اثني عشرَ في اثني عشرَ يبلغُ أحدٌ وستين، فهو المالُ، ولكن ليس لأحدٍ وستين ثلثٌ؛ فنضربُها في ثلاثة، تبلغُ مائةً وثلاثةً وثمانين، فهو المالُ والنَّصِيبُ تسعةً وثلثون، نأخذُ ثلثَ المالِ؟ وهو أحدٌ وستون، ونعزلُ منه تسعةً وثلثين للنَّصِيبِ، ثم نسترجعُ منه اثني عشرَ، لأن الباقي من الثلثِ بعد ثلثِ النَّصِيبِ ثمانيةٌ وأربعون، وربعها اثنا عشرَ يبقى للموصي له سبعةً وعشرون، نسقطُها من المالِ، يبقى مائةٌ وستةً وخمسون؛ لكلِّ ابنٍ تسعةً وثلثون.

فَرَعٌ: لو أوصى بمثلِ نصيبِ أحدِ الورثةِ إلا ثلثَ ما يبقى، ولم يزد عليه، فعن

(٢) في ز: إلا نصف سدس.

(١) في ز: ثلثه.

أبي حنيفة: أنه يُجْعَلُ كَأَنَّهُ قَالَ: إِلَّا ثُلُثٌ مَا يَبْقَى مِنَ الثَّلَاثِ بَعْدَ النَّصِيبِ، وَعِنْدَنَا: كَأَنَّهُ قَالَ: إِلَّا ثُلُثٌ مَا يَبْقَى مِنَ الْمَالِ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ؛ لِأَنَّهُ الْأَقْلُ الْمُسْتَقَرُّ، فَإِذَا كَانَ لَهُ ابْنَانِ، وَالصُّورَةُ هَذِهِ، فَنَحْنُ نَعْطِيهِ وَاحِدًا مِنْ تِسْعَةٍ؛ لِأَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْإِبْنَيْنِ وَالْمَوْصِي لَهُ ثَلَاثَةٌ، ثُمَّ نَسْتَرْجِعُ مِنْهُ بِقَدْرِ ثُلُثِ الْبَاقِي، وَهُوَ سَهْمَانِ، يَبْقَى مَعَنَا وَاحِدٌ، وَعَلَى قَوْلِهِمْ يُعْطَى تَمَامُ الثَّلَاثِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا أُعْطِيَ ثَلَاثَةٌ، لَمْ يَبْقَ مِنَ الثَّلَاثِ شَيْءٌ؛ حَتَّى يَسْتَنْتَى وَيُضَمَّ إِلَى مَا لِلوَرَثَةِ، ذَكَرَ الْفِرْعَ هَكَذَا صَاحِبُ «التَّيْمَةِ» وَفِيهِ خَبْرٌ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَأَمَّا إِذَا صَرَّحَ بِذِكْرِ الْوَصِيَّةِ، وَالْبَاقِي مِنَ الْجِزْرِ فَقَالَ، وَلَهُ ثَلَاثَةٌ بَيْنَيْنِ: أَوْصَيْتُ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِهِمْ، إِلَّا ثُلُثٌ مَا يَبْقَى مِنَ الثَّلَاثِ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ، فَطَرِيقُ الْحِسَابِ فِيهِ عَلَى قِيَاسِ مَا سَبَقَ؛ لَكِنْ يَسْتَعْمَلُ بَدَلَ ثُلُثِ الْبَاقِي مِنَ الثَّلَاثِ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ؛ نِصْفَ الْبَاقِي مِنَ الثَّلَاثِ بَعْدِ النَّصِيبِ؛ كَمَا مَرَّ فِي الْفَصْلِ السَّابِقِ، وَنَجْرِي فِي الصُّورَةِ الْمَذْكُورَةِ طَرِيقَيْنِ:

إِحْدَاهُمَا: طَرِيقَةُ الْمَقَادِيرِ: فَنَأْخُذُ ثُلُثًا، وَنُسْقِطُ مِنْهُ نَصِيبًا، يَبْقَى ثُلُثٌ مَقْدَارًا، فَزَيْدٌ عَلَيْهِ نِصْفُهُ؛ لِلإِسْتِنَاءِ يَحْصُلُ مَعَنَا مَقْدَارٌ وَنِصْفُ مَقْدَارٍ، فَندْفَعُ مِنْ كُلِّ ثُلُثٍ نَصِيبًا إِلَى أَنْ يَبْقَى مِنْ كُلِّ ثُلُثٍ مَقْدَارٌ نَضْمُهُ إِلَى مَا مَعَنَا مِنَ الثَّلَاثِ الْأَوَّلِ، فَيَحْصُلُ مَعَنَا ثَلَاثَةٌ مَقَادِيرَ وَنِصْفُ مَقْدَارٍ، فَهُوَ لِلابْنِ الثَّلَاثِ، فَعَلَمْنَا أَنَّ النَّصِيبَ ثَلَاثَةٌ مَقَادِيرَ وَنِصْفُ مَقْدَارٍ، وَكَانَ الْبَاقِي مِنَ الثَّلَاثِ بَعْدَ النَّصِيبِ مَقْدَارًا، فَيَكُونُ جَمِيعُ الثَّلَاثِ أَرْبَعَةَ مَقَادِيرَ، وَنِصْفُ مَقْدَارٍ، نَبْسُطُهَا أَنْصَافًا، تَبْلُغُ تِسْعَةَ وَجَمِيعُ الْمَالِ سَبْعَةَ وَعِشْرُونَ، وَالنَّصِيبُ سَبْعَةٌ، فَإِذَا أَخَذْنَا ثُلُثَ الْمَالِ، وَهُوَ تِسْعَةٌ عَزَلْنَا<sup>(١)</sup> مِنْهُ سَبْعَةَ، تَبْقَى اثْنَانِ، نَسْتَرْجِعُ نِصْفَهَا مِنَ النَّصِيبِ، وَهُوَ وَاحِدٌ<sup>(٢)</sup> يَبْقَى مَعَ الْمَوْصِي لَهُ سِتَّةٌ، وَمَعَ الْبَنِينِ أَحَدٌ وَعِشْرُونَ، لِكُلِّ وَاحِدٍ سَبْعَةٌ، كَالنَّصِيبِ، وَإِذَا خَرَجَتِ الْمَسْأَلَةُ، هَكَذَا، فَمَا أَخَذَهُ الْمَوْصِي لَهُ، كَمَا أَنَّهُ مِثْلُ النَّصِيبِ إِلَّا نِصْفًا مَا يَبْقَى مِنَ الثَّلَاثِ بَعْدَ النَّصِيبِ، فَهُوَ مِثْلُ النَّصِيبِ وَإِلَّا ثُلُثٌ مَا يَبْقَى مِنَ الثَّلَاثِ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ؛ لِأَنَّ الثَّلَاثَ تِسْعَةَ، وَالْوَصِيَّةَ سِتَّةً، فَالْبَاقِي ثَلَاثَةٌ، وَالسِتَّةُ نَاقِصَةٌ عَنِ النَّصِيبِ بِثَلَاثَةِ الثَّلَاثَةِ.

وَالثَّانِيَةُ: أَنْ يَقَالَ: ثُلُثُ الْمَالِ نَصِيبٌ نَاقِصٌ، وَثَلَاثَةٌ أَسْهُمٌ فَجَمِيعُ الْمَالِ ثَلَاثَةٌ أَنْصِبَاءً، وَتِسْعَةٌ أَسْهُمٌ، لَكِنْ تَعْلَمُ أَنَّهُ لَا نَقْصَانَ فِي نَصِيبَيْنِ؛ لِأَنَّهُمَا لِابْنَيْنِ، وَإِنَّمَا النَّقْصَانُ فِي نَصِيبِ الْمَوْصِي لَهُ، فَرَجَعَتِ السَّهَامُ إِلَى سَبْعَةٍ، نَدْفَعُ نَصِيبَيْنِ كَامِلَيْنِ إِلَى اثْنَيْنِ، يَبْقَى سَبْعَةٌ أَسْهُمٌ، نَأْخُذُهَا لِلابْنِ الثَّلَاثِ، فَعَرَفْنَا أَنَّ النَّصِيبَ الْكَامِلَ سَبْعَةٌ أَسْهُمٌ، وَأَنَّ النَّصِيبَ الثَّاقِصَ سِتَّةٌ، لِأَنَّهُ كَمَّلَ بِسَهْمٍ فَإِذْ ثُلُثُ الَّذِي قُلْنَا: إِنَّهُ نَصِيبٌ نَاقِصٌ وَثَلَاثَةٌ أَسْهُمٌ، وَالْمَالُ سَبْعَةٌ وَعِشْرُونَ، وَهَذِهِ الطَّرِيقَةُ حَكَاهَا إِمَامُ الْحَرَمَيْنِ عَنِ

(١) في ب: عشر لنا.

(٢) في ب: أحد.



الصيْدَ لَأَيِّ وَذَكَرَ أَنَّ الصيْدَ لَأَيِّ وَغَيْرَهُ، لَمْ يَتَعَرَّضُوا لِلْوُجُوهِ الثَّلَاثَةِ الَّتِي فَصَّلْنَا فِي  
الاسْتِثْنَاءِ، وَلَا بَدْ مِنْهُ، وَرَبَّمَا اعْتَضَدَ بِمَا حَكَاهُ الْاِحْتِمَالُ الَّذِي قَدَّمَاهُ فِي أَنَّ التَّضْرِيحَ فِي  
الْوَصِيَّةِ لَهُوَ بِالنَّصِيبِ.

## فَضْلٌ

فِي الْوَصِيَّةِ بِجُزْءٍ مِنَ الْمَالِ وَبِالنَّصِيبِ مَعَ اسْتِثْنَاءِ جُزْءٍ مِنَ بَاقِي الْمَالِ الْبَاقِي مِنَ  
الْمَالِ، قَدْ يَقِيدُ بِمَا بَعْدَ النَّصِيبِ وَقَدْ يَقِيدُ بِمَا بَعْدَ الْوَصِيَّةِ، وَقَدْ يُطْلَقُ كَمَا مَرَّ؛ فَإِنْ  
جَرَى ذِكْرُ النَّصِيبِ؛ بِأَنَّ أَوْصَى، وَلَهُ ابْنَانِ، لَزِيدٍ بِرِبْعِ الْمَالِ، وَلِعَمْرُو بِمِثْلِ نَصِيبِ  
أَحَدِهِمَا، إِلَّا تُلِّتُ مَا بَقِيَ مِنَ الْمَالِ بَعْدَ النَّصِيبِ، فَنَأْخُذُ مَالاً، وَنَجْعَلُ رُبْعَهُ لَزِيدٍ، يَبْقَى  
ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ مَالٍ، نَضْرِفُ مِنْهَا نَصِيباً إِلَى عَمْرُو، يَبْقَى ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ مَالٍ إِلَّا نَصِيباً، نَسْتَرْجِعُ  
مِنَ النَّصِيبِ مِثْلَ ثُلُثِ هَذَا الْبَاقِي، وَهُوَ رِبْعُ مَالٍ إِلَّا ثُلُثَ نَصِيبِ، نَزِيدُهُ عَلَى مَا مَعْنَا  
يَبْلُغُ مَالاً إِلَّا نَصِيباً، وَثُلُثَ نَصِيبِ، وَذَلِكَ يَعْدُلُ نَصِيبَيْنِ، فَتُجَبَّرُ وَتُقَابَلُ: فَإِذَا مَالٌ يَعْدُلُ  
ثَلَاثَةَ أَنْصَابٍ، وَثُلُثَ نَصِيبِ، فَنَبْسِطُهَا أَثْلَاثًا، وَتَقْلِبُ الْاسْمَ، فَالْمَالُ عَشْرَةٌ وَالنَّصِيبُ  
ثَلَاثَةٌ، نَضْرِفُ رِبْعَ الْعَشْرَةِ إِلَى زَيْدٍ، يَبْقَى سَبْعَةٌ وَنِصْفٌ، نَعَزِلُ مِنْهَا ثَلَاثَةً لِعَمْرُو يَبْقَى  
أَرْبَعَةٌ وَنِصْفٌ نَزْجِعُ ثُلُثَهَا مِنَ الثَّلَاثَةِ، وَهُوَ وَاحِدٌ وَنِصْفٌ، وَنَضْمُهُ إِلَى مَا مَعْنَا يَبْلُغُ سِتَّةً،  
لِكُلِّ وَاحِدٍ ثَلَاثَةَ كَالنَّصِيبِ، فَإِنْ أَرَدْنَا إِزَالََةَ الْكُسْرِ، بَسَطْنَا الْعَشْرَةَ أَنْصَابًا، وَقَلْنَا: الْمَالُ  
عَشْرُونَ، وَالنَّصِيبُ سِتَّةٌ وَبَطْرِيْقِ الْمَقَادِيرِ: نَجْعَلُ الْمَالَ عَدَدًا لَهُ بَعْدَ الرَّبْعِ وَالنَّصِيبِ  
ثُلُثٌ، فَلْيَكُنْ ثَلَاثَةٌ، نَزِيدُ عَلَيْهَا ثُلُثَهَا، يَكُونُ أَرْبَعَةً، نَقْسُمُهَا بَيْنَ الْاِثْنَيْنِ، لِكُلِّ وَاحِدٍ  
مِنْهُمَا سَهْمَانِ فَإِذَا: النَّصِيبُ سَهْمَانِ، نَزِيدُهُمَا عَلَى الثَّلَاثَةِ، تَبْلُغُ خَمْسَةً، وَهِيَ ثَلَاثَةٌ  
أَرْبَاعِ الْمَالِ، فَتَزِيدُ عَلَيْهَا ثُلُثَهَا؛ لِنَكْمَلُ الْمَالُ، تَبْلُغُ سِتَّةً وَثَلَاثِينَ، نَبْسِطُهَا أَثْلَاثًا، يَكُونُ  
عَشْرُونَ، وَبِالْخَطَائِنِ يَجْعَلُ الْمَالُ ثَمَانِيَةَ مِثْلًا، وَنَسْقُطُ رِبْعَهَا لَزَيْدٍ، ثُمَّ نَجْعَلُ النَّصِيبَ  
ثَلَاثَةً، وَنَسْتَرْجِعُ مِنْهَا ثُلُثَ الْبَاقِي، وَهُوَ وَاحِدٌ يَبْلُغُ مَا مَعْنَا أَرْبَعَةً، وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ  
سِتَّةً، لِيَأْخُذَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهَا ثَلَاثَةً، فَقَدْ نَقَصَ اِثْنَانِ، وَهُوَ الْخَطَأُ الْأَوَّلُ.

ثُمَّ نَجْعَلُ الْمَالُ اِثْنَيْ عَشَرَ، رِبْعَهَا لَزَيْدٍ، وَنَجْعَلُ النَّصِيبُ ثَلَاثَةً، وَنَسْتَرْجِعُ مِنْهَا  
ثُلُثَ الْبَاقِي، وَهُوَ اِثْنَانِ يَكُونُ مَعْنَا ثَمَانِيَةً، وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ سِتَّةً، فَقَدْ زَادَ اِثْنَانِ،  
فَجَمَعَ بَيْنَ الْخَطَائِنِ؛ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا زَائِدٌ، وَالْآخَرَ نَاقِصٌ، يَبْلُغُ أَرْبَعَةً فَتَحْفَظُهَا، ثُمَّ  
تَضْرِبُ الْمَالُ الْأَوَّلَ فِي الْخَطِ الثَّانِي، يَكُونُ سِتَّةً عَشَرَ، وَتَضْرِبُ الْمَالُ الثَّانِي فِي الْخَطِ  
الْأَوَّلِ، يَكُونُ أَرْبَعَةً وَعَشْرِينَ، وَنَجْمَعُ بَيْنَهُمَا، يَكُونُ أَرْبَعِينَ، نَقْسُمُهَا عَلَى الْأَرْبَعَةِ  
الْمَحْفُوظَةِ؛ يَخْرُجُ عَشْرَةٌ فَهُوَ الْمَالُ، وَيَبْلُغُ بِالْبَسْطِ عَشْرِينَ وَهَذَا إِذَا قِيدَ بِالنَّصِيبِ، أَمَّا  
إِذَا قِيدَ بِالْوَصِيَّةِ، فَأَوْصَى، وَلَهُ ابْنَانِ، بِرِبْعِ الْمَالِ، وَآخَرَ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا، إِلَّا  
ثُلُثَ مَا يَبْقَى مِنَ الْمَالِ بَعْدَ الْوَصِيَّةِ، فَهُوَ بِمِثَابَةِ مَا لَوْ قَالَ: إِلَّا نِصْفَ مَا يَبْقَى مِنَ الْمَالِ

بعد النصيب؛ على ما أسلفنا، وحيث: فناخذُ مالا، ونجعلُ لزيد ريعه، تبقى ثلاثة أرباع مال، ندفعُ منها نصيباً إلى عمرو، يبقى ثلاثة أرباع سوى نصيب، نسترجعُ منه نصفَ هذا الباقي، وهو ثلاثة أثمانِ مالِ سوى نصفِ نصيب، ونزيدهُ على ما معنا، فيبلغُ مالاً وتُمنُ مالٍ إلا نصيباً، ونصفَ نصيب، وذلك يَعدُلُ نصيبين، فإذا جبرنا وقابلنا، فمالٌ وتُمنُ مالٍ يعدلُ ثلاثة أنصباء، ونصفَ نصيب، بنسبتها أثلاثاً، والمالُ ثمانية وعشرون، والنصيبُ تسعة، تدفعُ ربعَ المالِ إلى زيد، وهو سبعة، تبقى أحد وعشرون تفرز منها [تسعة]<sup>(١)</sup> لعمرو؛ يبقى اثنا عشر، نسترجعُ منها نصفها، وهو ستة من التسعة، ونضمها إلى ما معنا، تبلغُ ثمانية عشر لكلِّ ابنِ تسعة؛ كالنصيب، فالثلاثة السالمة لعمرو، كما أنها مثلُ النصيبِ إلا نصفَ الباقي من المالِ بعدَ النصيب، فهو مثلُ النصيبِ إلا ثلثُ الباقي من المالِ بعدَ الوصية، لأنَّ الباقي من المالِ بعدَ الوصية ثمانية عشر، والستة المستثناة ثلثها.

### فصل

«في الوصية بجزءٍ شائعٍ من المالِ وبالنصيب مع استثناءِ جزءٍ ما يبقى من جزءٍ من المال».

مثاله: خمسة بنين، وأوصى لزيد بثمان ماله، ولعمرو بثلث ما تبقى من الثلث بعد الثمن، والنصيب، ناخذُ ثلث مال، وتلقي منه ثمن جميع المال، يبقى خمسة من أربعة وعشرين جزءاً من المال، تفرز منه نصيباً لعمرو؛ يبقى خمسة من أربعة وعشرين جزءاً، سوى نصيب، نسترجعُ من النصيب ثلث هذا الباقي، وليسَ للخمسة ثلث صحيح، فنضربُ المالَ في ثلاثة، يكون اثنين وسبعين، ويكونُ معنا خمسة عشر جزءاً من اثنين وسبعين جزءاً من المال، سوى نصيب زيد ثلث هذا المبلغ عليه يكونُ عشرين من اثنين وسبعين جزءاً من المال، سوى نصيب وثلث نصيب تزيده على ثلثي المال، وهو ثمانية وأربعون، يكونُ ثمانية وستين جزءاً من اثنين وسبعين جزءاً سوى نصيب وثلث نصيب، يعدلُ أنصباء الورثة، وهي خمسة، فإذا جبرنا وقابلنا؛ فثمانية وستون تعدلُ ستة أنصباء، وثلث نصيب، فنسبتها بأجزاء، اثنين وسبعين، ونقلبُ الاسم، فالمالُ أربعمائة وستة وخمسون، والنصيبُ ثمانية وستون، ناخذُ ثلث المال، وهو مائة واثنا وخمسون وتلقي منها تُمنُ المال، وهو سبعة وخمسون، يبقى خمسة وتسعون؛ نلقي منه نصيباً، وهو ثمانية وستون؛ يبقى سبعة وعشرون، وتسترجعُ من النصيب ثلثها وتزيدها على السبعة والعشرين، تبلغُ ستة وثلاثين، نزيدها على ثلثي المال وهو [ثلاثمائة وأربعة أسهم تبلغ

(١) في ز: سبعة.

ثلاثمائة<sup>(١)</sup> وأربعين، لكل ابن ثمانية وستون؛ كالنصيب، هذا إذا صرح بذكر النصيب.

فإن كانت المسألة بحالها، إلا أنه أوصى لعمرو بثلاث ما يبقى من الثلث بعد الثمن، وبعد وصيته، فالحساب كما مضى ولكن نجعل بدل استثناء ثلث الباقي من الثلث بعد الوصية نصف الباقي من الثلث بعد النصيب، ونستخرج المسألة، فنأخذ ثلث مال، ونسقط منه ثمن جميع المال؛ يبقى خمسة من أربعة وعشرين جزءاً من المال، نُقرُّ منه نصيباً لعمرو، ونسترجع من النصيب نصف الباقي، وليس للخمسة نصف صحيح، فنضرب المال في اثنين، تكون ثمانية وأربعين، ويكون معنا عشرة أجزاء من ثمانية وأربعين جزءاً من المال سوى نصيب، نزيده عليه نصفه، يكون خمسة عشر جزءاً من ثمانية وأربعين سوى نصيب، ونصّف نصيب نزيده على ثلثي المال، وهو اثنان وثلاثون من ثمانية وأربعين جزءاً، يبلغ سبعة وأربعين جزءاً من ثمانية وأربعين، سوى نصيب ونصّف نصيب يعدل أنصباء الورثة، وهي خمسة، فتجبر وتقابل فسبعة وأربعون جزءاً من ثمانية وأربعين تعدل ستة أنصباء ونصّف نصيب، نبسطها بأجزاء ثمانية وأربعين فالمال ثلاثمائة واثنى عشر، والنصيب سبعة وأربعين، نأخذ ثلث المال، وهو مائة وأربعة ونسقط منه ثمن المال، وهو تسعة وثلاثون، يبقى خمسة وستون، فنسقط منه النصيب سبعة وأربعين يبقى ثمانية عشر، نسترجع من النصيب نصفها، تسعة، ونزيدها عليها، تكون سبعة وعشرين، نزيدها على ثلثي المال، وهو مائتان وثمانية، تبلغ مائتين وخمسة وثلاثين لكل ابن سبعة وسبعون فالتسعة التي هي نصف الباقي من الثلث بعد الثمن، والنصيب ثلث الباقي من الثلث بعد الثمن والوصية، فإن الثمن تسعة وثلاثون، والذي يسلم لعمرو ثمانية وثلاثون، يبقى سبعة وعشرون.

## فصل

في الوصية بمثل نصيب وارث أو عدد من الورثة، إلا بمثل نصيب وارث آخر، وعدد منهم، هذه الوصية إما أن تتجرد عن الوصية بجزء شائع من المال، والوصية بجزء مما تبقى من المال أو بجزء من جزء مما تبقى أو لا يتجرد.

أما الحالة الأولى: : فلا حاجة فيها إلى الطرق الجبرية، ولكن تقام مسألة الورثة، وتؤخذ سهام من أوصى بمثل نصيبه، فينقص منها نصيبه من استثنى مثل نصيبه، ويزاد ما بقي على مسألة الورثة، فمنه تصح:

المثال: زوجة وأخت وعم، وأوصى بمثل نصيب الأخت إلا مثل نصيب الزوجة،

(١) سقط في: ز.

هي من أربعة، ونصيب الأختِ سهمان، ينقص منهما نصيب الزوجة، وهو سهم، يبقى سهم، نزيده على الأربعة، فيكون خمسة، واحد، منها للموصى له، والباقي للورثة.

زوجة وثلاث أخوات متفرقات، وأوصى بمثل نصيب الزوجة، إلا مثل نصيب الأختِ للأم، فالمسألة تعول إلى ثلاثة عشر، ومنها تصح للزوجة، منها ثلاثة نسقط منها نصيب الأختِ للأم يبقى واحد، نزيده على الثلاثة، فإن أوصى مع ذلك الآخر بمثل نصيب الأختِ للأب والأم إلا مثل نصيب الزوجة، أخذنا نصيب الأختِ للأب والأم، وهي ستة، ونقصنا منها نصيب الزوجة، وهو ثلاثة؛ يبقى ثلاثة، نزيدها أيضاً على الثلاثة عشر، يكون الكل سبعة عشر، واحد للموصى له الأول، وثلاثة للثاني، والباقي للورثة، ولو أوصى بمثل نصيب بعض الورثة إلا نصيب وارث آخر، لو كان، فيقام سهام الفريضة من عدد، يصح على الموجودين، وعليهم مع ذلك للوارث المقدر، ثم نأخذ نصيب الذي أوصى بمثل نصيبه، ونسقط منه نصيب المستثنى مثل نصيبه، فما بقي، يزد على ذلك القدر وتصح منه.

مثاله: ثلاثة بنين وزوج، وأوصت بنصيب الزوج، إلا نصيب ابن سادس، لو كان، فمسألة الموجودين من أربعة، ولو كان البنون ستة مع الزوج، لصحت من ثمانية، نجعلها من ثمانية، ونأخذ نصيب الزوج، وهما سهمان فنقص منها نصيب الابن السادس، لو كان؛ يبقى سهم نزيده على الثمانية.

الحالة الثانية: إذا لم يتجرّد، وفيه صور:

إحداها: أن يوصى مع ذلك بجزء شائع من المال:

مثاله: أبوان، وأوصى لزيد بربع ماله، ولعمرو بمثل نصيب الأب إلا مثل نصيب الأم، فالحساب أن يُنظر في مسألة الورثة وهي من ثلاثة، فأخذ مالا، فنلقى رُبعه لزيد؛ يبقى ثلاثة أرباع، نلقى منها نصيبين مثل نصيب الأب ونسترجع نصفها مثل نصيب الأم؛ فيبقى ثلاثة أرباع مال سوى نصيب يعدل ثلاثة أنصباء، هي سهام الورثة، فتجبر وتقابل: فثلاثة أرباع مال تعدل أربعة أنصباء، نسطها أرباعاً، وتقلب الاسم، فالمال ستة عشر، والنصيب ثلاثة، وإذا أخذنا ستة عشر، وأسقطنا ربعها، بقي اثنا عشر، نسقط منها نصيبين، وهما ستة؛ ونسترجع نصيباً، وهو ثلاثة يبقى للموصى له ثلاثة، فإذا أسقطنا الوصيتين من المال، يبقى تسعة، للأب ستة، وللأم ثلاثة، ولو كان مع الأبوين زوج، وأوصت لزيد بثالث ماله، ولعمرو بمثل نصيب الزوج، إلا مثل نصيب الأب، فنقسم مسألة الورثة من ستة، ثم نأخذ مالا، ونلقى عليه ثلاثة لزيد؛ يبقى ثلثا مال؛ نسقط منه ثلاثة أنصباء، هي سهام الزوج، ونسترجع نصيبين مثل سهمي الأب، فيبقى ثلثا مال إلا نصيباً، يعدل ستة أنصباء، فتجبر وتقابل: فثلثا مال يعدل سبعة أنصباء، فنسطها أثلاثاً،

ونقلب الاسم، فالمال أحد وعشرون، والنصيب اثنان، نأخذ أحداً وعشرين، ونسقط ثلثها، لزيد؛ يبقى أربعة عشر، نأخذ منها ثلاثة أنصباء مثل نصيب الزوج، وهي ستة ونسترجع منها أربعة، يبقى لعمرو سهمان، فإذا أسقطنا الوصيتين، من أحد وعشرين؛ يبقى اثنا عشر، للزوج ستة، وللأب أربعة، وللأم سهمان.

والثانية: أن يوصى مع ذلك بجزء مما تبقى من المال:

مثاله أبوان، وأوصى لزيد بمثل نصيب الأب إلا مثل نصيب الأم، ولعمرو بربع ما يبقى من المال، نأخذ مالا، ونلقي منه نصيبين، هما نصيب الأب من مسألة الورثة، ونسترجع نصيباً، وهو نصيب الأم؛ فيبقى مال سوى نصيب، ندفع زُبْعَهُ إلى عمرو، وهو ربع مال إلا ربع نصيب، نلقي<sup>(١)</sup> ثلاثة أرباع إلا ثلاثة أرباع نصيب، تعدل ثلاثة أنصباء، هي سهام المسألة، فنجبر ونقابل، بثلاثة أرباع مال، تعدل ثلاثة أنصباء، وثلاثة أرباع نصيب، فنسبُطها أرباعاً ونقلب الاسم، فالمال خمسة عشر، والنصيب ثلاثة، نأخذ خمسة عشر، ونسقط منه نصيبين، وهما ستة، ونسترجع نصيباً، وهو ثلاثة يبقى اثنا عشر، زُبْعُهَا لعمرو، يبقى تسعة، ستة للأب، وثلاثة للام.

والثالثة: أن يوصي مع ذلك بجزء من جزء مما تبقى من المال:

مثاله: أبوان، وأوصى لزيد بمثل نصيب الأب، إلا مثل نصيب الأم، ولعمرو بربع ما يبقى من ثلثي المال، نأخذ ثلثي مال، ونسقط منه نصيبين ونسترجع منه نصيباً؛ يبقى ثلثا مال، سوى نصيب؛ نسقط ربعة لعمرو، وهو سدس مال، إلا ربع نصيب؛ يبقى نصف مال إلا ثلاثة أرباع نصيب، يزيد على ثلث مال، يبلغ خمسة أسداس مال، إلا ثلاثة أرباع نصيب، تعدل ثلاثة أنصباء، هي سهام المسألة، فنجبر ونقابل، فخمسة أسداس مال تعدل ثلاثة أنصباء وثلاثة أرباع نصيب، نسبُطها [بأجزاء]<sup>(٢)</sup> اثني عشر، ونقلب الاسم، فالمال خمسة وأربعون، والنصيب عشرة، نأخذ ثلثي المال، وهو ثلاثون ونسقط منها نصيبين، وهما عشرون ونسترجع نصيباً، يبقى معنا عشرون، ونسقط ربعة لعمرو، يبقى خمسة عشر، نزيدها على ثلث المال، يكون ثلاثين، للأب عشرون وللأم عشرة.

## فَضْلٌ

في الوصية بالنصيب، مع استثناء نصيب وارث آخر منه وجزء شائع أيضاً، الجزء المستثنى مع النصيب قد يكون من جميع المال، وقد يكون من باقي المال، وقد يكون

(١) في ز: يقي.

(٢) سقط في: ز.

من جزء من الباقي: مثال الأول: أبوان، وأوصى بمثل نصيب الأب إلا مثل نصيب الأم وإلا عشر [جميع] (١) المال، تأخذ مالا، وتلقى منه نصيبين، ونسترجع نصيباً وعشر جميع المال، يبقى مالٌ وعشرُ مالٍ إلا نصيباً يعدل أنصباء الورثة، وهي ثلاثة، فنجبر ونقابل، فمالٌ وعشرُ مالٍ يعدل أربعة أنصباء، بنسبتها أعشاراً، ونقلب الاسم، فالمال أربعون، والنصيب أحد عشر، نأخذ أربعين، ونسقط منها نصيبين، وهما اثنان وعشرون، ونسترجع منها نصيباً، وهو أحد عشر وعشرُ جميع المال، وهو أربعة، فيسلم للموصى له سبعة، يبقى ثلاثة وثلاثون، اثنان وعشرون منها للأب، وأحد عشر للأم.

ومثال الثاني: المسألة بحالها إلا أنه استثنى مثل نصيب الأم وعشر ما تبقى من المال بعد نصيب الأم تأخذ مالا، وتلقى منه نصيب الأب، وهو نصيبان من ثلاثة أنصباء، هي سهام المسألة، ونسترجع منه نصيباً، يبقى مالٌ إلا نصيباً، نزيد عليه مثل عُشره، وهو عُشرُ المال إلا عُشر نصيب، يبلغ مالا وعشر مال، إلا نصيباً وعشر نصيب، يعدل ثلاثة أنصباء، هي سهام المسألة؛ فنجبر ونقابل، ونسبتها أعشاراً، ونقلب الاسم، فالمال أحد وأربعون، والنصيب أحد عشر، نأخذ أحداً وأربعين، ونسقط منه نصيبين، وهما اثنان وعشرون، وتسترجع نصيباً، فيكون مَعَنَا ثلاثون، تسترجع عُشرَ الثلاثين من ذلك النصيب أيضاً، وهو ثلاثة، وتزيده على ما مَعَنَا، يبلغ ثلاثة وثلاثين، للأب اثنان وعشرون، وللأم أحد عشر.

ومثال الثالث: المسألة بحالها إلا أنه استثنى منه نصيب الأم، وثمان ما تبقى من ثلثي المال بعد نصيب الأم، فتأخذ ثلثي مالٍ، وتسقط منه نصيبين، وتسترجع نصيباً، يبقى ثلثا مالٍ سوى نصيب، تسترجع ثمن هذا المبلغ أيضاً من النصيب، وهو نصف سدس مالٍ إلا ثمن نصيب، وتزيده على هذا المبلغ، يكون ثلاثة أوباع مالٍ إلا نصيباً وثمان نصيب، تزيده على ثلث مالٍ، يبلغ مالا ونصف سدس مال، إلا نصيباً وثمان نصيب، وذلك يعدل أنصباء الورثة، وهي سهام المسألة، فنجبر ونقابل، فمالٌ ونصف سدس مال، يعدل أربعة أنصباء وثمان نصيب، فتبسطها بأجزاء أربعة وعشرين، وبها التفاوت بين الثمن ونصف السدس، وتقلب الاسم، فالمال تسعة وتسعون، والنصيب ستة وعشرون، تأخذ ثلثي المال، وهو ستة وستون، وتسقط منه نصيبين، وهما اثنان وخمسون، وتسترجع نصيباً، يبقى معنا أربعون، ونسترجع ثمنه من النصيب أيضاً، وهو خمسة وتزيده على الأربعين، يكون خمسة وأربعين، تزيده على ثلث المال، وهو ثلاثة

(١) سقط في: ز.

وثلاثون، تبلغ ثمانية وسبعين للأب بنصيبين اثنان وخمسون، وللأم بنصيب ستة وعشرون، ولو كانت المسألة بحالها، لكن قال: وإلا ثمن ما يبقى من ثلثي المال بعد نصيب الأب، فتأخذ ثلثي المال، وتسقط منه نصيبين، وتسترجع نصيباً يبقى ثلثا مال سوى نصيب، وتسترجع أيضاً من ثلثي المال بعد النصيبين، وهو نصف سدس مال إلا ربع نصيب، نزيده على ثلثي مال سوى نصيب يبلغ ثلاثة أرباع مال إلا نصيباً وربع نصيب، نزيده على ثلث مال، يبلغ مالا ونصف سدس مال، إلا نصيباً وربع نصيب، يعدل أنصباء الورثة، فتجبر وتقابل، فمال ونصف سدس مال يعدل أربعة أنصباء وربع نصيب، فتبسطها بأجزاء اثني عشر، وتقلب الاسم، فالمال أحد وخمسون، والنصيب ثلاثة عشر، نأخذ ثلثي المال، وهو أربعة وثلاثون، يسقط منه نصيبين، وهما ستة وعشرون، وتسترجع نصيباً يبقى للموصى له ثلاثة عشر، تسترجع منه أيضاً ثمن الباقي من الأربعة والثلاثين بعد النصيب، وهو واحد يبقى له اثنا عشر، يسقطها من جميع المال، يبقى تسعة وثلاثون، للأب نصيبين ستة وعشرون، وللأم بنصيب ثلاثة عشر.

### فصل

في الوصايا بالتكملة، والمراد منها: البقية التي يبلغ بها الشيء حداً آخر، فلا تخلو الوصية بالتكملة: إما أن تتجرد عن الوصية بغيرها، والاستثناء فيها أو لا تتجرد:

القسم الأول: فالوصية إما أن تكون بتكملة واحدة أو بتكملتين فصاعداً:

مثال الأول: أربعة بنين، وأوصى بتكملة ثلث ماله بنصيب أحدهم، فتأخذ مالا، وتصرف ثلثه إلى الموصى له، وتسترجع منه نصيباً، فيحصل معنا ثلثا مال ونصيب، وذلك يعدل أنصباء الورثة، وهي أربعة، فتلقى نصيباً بنصيب قصاصاً، يبقى ثلثا مال في معادلة ثلاثة أنصباء، تبسطها أثلاثاً، وتقلب الاسم، فالمال تسعة، والنصيب اثنان، والتفاوت بين النصيب والثلث بواحد، فهو التكملة يدفع إلى الموصى له، يبقى ثمانية لكل واحد سهمان.

وبطريق الدينار والدّهم: تجعل ثلث المال ديناراً ودرهماً، وتجعل الدينار نصيباً، والتكملة درهماً تدفعه إلى الموصى له، يبقى من المال ثلاثة دنانير ودرهمان، يأخذ ثلاثة بين ثلاثة دنانير فيبقى درهمان، يأخذه الابن الرابع فعلمنا أن قيمة الدينار درهمان، وأن ثلث المال ثلاثة دراهم، والنصيب درهمان وبالقياص نقول: إذا أخذ الموصى له وصيته، كان الباقي مقسوماً على أربعة، فيجعل الباقي عدداً له ربع، وأقله أربعة، فإذا ضمّمنا سهماً منها إلى التكملة، كان ثلث المال، وذلك يعدل ثلث تكملة، وسهماً، وثلث سهم؛ لأن جملة المال تكملة، وأربعة أسهم، فثلثها ثلث تكملة وسهم وثلث؛

فنسقطُ ثلث تكملة بثلث تكملة، وسهماً بسهم قصاصاً، يبقى ثلثا تكملة تُغْدِلُ ثلث سهم، فالتكملة الواحدة تعدل نصف سهم، فالسهم مثلاً التكملة، فالسهم اثنان، والتكملة واحدٌ، فثلث المال ثلاثة أسهم، فجميع المال تسعةً.

ومثال التكملة أربعاً بنين وبنات، وأوصى بتكملة ثلث ماله بنصيب ابن، ولاحقاً بتكملة ربع ماله بنصيب البنت:

الوصية الأولى: ثلث مال سوى نصيبين، والثانية: ربع مال سوى نصيب؛ لأن لكل ابن سهمين، وللبنت سهماً، وكل سهم في مثل ذلك يسمى نصيباً، فتأخذ مالا، وتسقط منه الوصيتين، يبقى خمسة أسهم من اثني عشر سهماً من مال وثلاثة أنصباء تعدل أنصباء الورثة؛ وهي تسعة تسقط ثلاثة أنصباء بثلاثة أنصباء قصاصاً؛ يبقى خمسة أسهم من اثني عشر سهماً من مال في معادلة ستة أنصباء، ثم إن شئت، قلت: نسطها بأجزاء اثني عشر، ونقلب الاسم، فالمال اثنان وسبعون، والنصيب خمسة، وإن شئت، قلت: إذا كانت خمسة من اثني عشر تُغْدِلُ ستة، فالمال بتمامه، يعدل أربعة عشر وخمسين، نسطها أخماساً، تبلغ اثنين وسبعين، نأخذ ثلث المال، وهو أربعة وعشرون، ونسقط منه نصيبين، وهما عشرة؛ يبقى أربعة عشر؛ فهي الوصية الأولى، ونأخذ ربعه، وهو ثمانية عشر، نسقط منه نصيباً واحداً، وهو خمسة؛ يبقى ثلاثة عشر، فهي الوصية الثانية، فتسقط الوصيتين من المال؛ يبقى خمسة وأربعون؛ لكل ابن عشرة، وللبنت خمسة.

وأما القسم الثاني: فيصور على وجوه:

منها الوصية بالتكملة مع الوصية بجزء شائع من المال.

مثاله: ثلاثة بنين، وأوصى لزيد برُبع ماله، ولعمرو بتكملة النصف بنصيب أحد البنين، نأخذ مالا، ونلقي منه ربعه لزيد، ثم نلقي نصفه لعمرو، ونسترجع منه نصيباً، يبقى معنا ربع مال ونصيب، وذلك يعدل ثلاثة أنصباء، ونسقط نصيباً بنصيب؛ يبقى ربع مال في معادلة نصيبين نسطها أرباعاً، ونقلب الاسم، فالمال ثمانية والنصيب واحد تأخذ ثمانية، فتعزل ربعها لزيد، ثم تأخذ نصف الثمانية لعمرو، وتسترجع منه واحداً؛ يبقى معنا ثلاثة؛ لكل واحد من البنين واحد.

وبطريق القياس نقول: ربع المال ونصفه يستحقها زيد، وعمرو، وأحد البنين، فتأخذ مالا له ربع ونصف، وهو أربعة، فتسقط منها الربع والنصف، يبقى واحد، تقسمه بين الاثنين الآخرين، فلكل واحد منهما نصف، فعلمنا أن النصف نصف سهم، تسقطه من الثلاثة التي أسقطناها من المال، يبقى اثنان ونصف، وتسقط منها ربع جميع المال، يبقى واحد ونصف، فهو التكملة، تبسط الجميع أنصافاً، لزوال الكسر فالنصيب



واحد، والتكملة ثلاثة، والرابع اثنان، والمال ثمانية، وبالدينار والدراهم يُجعلُ نصف المال ديناراً ودرهماً، ويدفع الدرهم بالتكملة إلى عمرو، ويبقى ديناران ودرهم، تسقط منها ربع المال، وهو نصف دينار، ونصف درهم، يبقى دينار، ونصف دينار، ونصف درهم، وذلك يعدل ثلاثة دنانير، تسقط الجنس بالجنس فيبقى دينار ونصف، في معادلة نصف درهم، نيسطها أنصافاً، ونقلب الاسم، فالدينار واحد، والدرهم ثلاثة، وهو التكملة.

ومنها الوصية بالتكملة، مع الوصية بجزء مما تبقى من المال.

مثاله: أربعة بنين، وأوصى لزيد بتكملة ثلث ماله بنصيب أحدهم، ولعمرو بربع ما تبقى من المال، نأخذ مالاً، وندفع ثلثه إلى زيد، ونسترجع منه نصيباً، ونزيده على باقي المال، فيحصل معنا ثلثا مال، ونصيب؛ يخرج ربعة لعمرو، وذلك سدس مال، وربع نصيب يبقى نصف مال، وثلاثة أرباع نصيب، يعدل أنصاء الورثة، وهي أربعة، فنسقط ثلاثة أرباع نصيب بثلاثة أرباع نصيب، يبقى نصف مال في معادلة ثلاثة أنصاء، وربع نصيب؛ فنسبطها أرباعاً، ونقلب الاسم، فالمال ثلاثة عشر، والنصيب سهران؛ لكن ليس لثلاثة عشر ثلث؛ فنضربها في ثلاثة؛ تبلغ تسعة وثلاثين، فهي المال، والنصيب ستة، نأخذ ثلثها، وهو ثلاثة عشر، ونسقط منه نصيباً؛ يبقى سبعة؛ فهي التكملة، ندفعها إلى زيد، يبقى من المال اثنان وثلاثون، ندفع ربعها إلى عمرو، وهو ثمانية، يبقى أربعة وعشرون للبنين؛ لكل واحد ستة.

بطريق الخطائين: يجعل المال خمسة أسهم، والتكملة واحداً منها تدفعه إلى زيد، وتدفع ربع الأربعة الباقية إلى عمرو، يبقى ثلاثة للبنين لكل واحد ثلاثة أرباع، فإذا ضمناها إلى التكملة، كان الحاصل واحداً وثلاثة أرباع، وكان يجب أن يكون واحداً، وثلثين؛ لأن ذلك ثلث الخمسة التي قدزنا أنها المال، فقد زاد نصف سدس، وهذا هو الخطأ الأول، ثم يجعل المال ستة، والتكملة اثنين، فنخرجهما، وربع الباقي، يبقى ثلاثة؛ لكل واحد منهم ثلاثة أرباع، نضمها إلى التكملة؛ يكون اثنين وثلاثة أرباع، وكان يجب أن تكون اثنين، فقد أخطأنا بثلاثة أرباع، وهذا الخطأ زائد أيضاً؛ فنسقط الأقل من الأكثر، يبقى ثلثا سهم، فنحفظه، ثم نضرب المال الأول في الخطأ الثاني، يحصل ثلثه، وثلاثة أرباع، ونضرب المال الثاني في الخطأ الأول؛ يحصل سهم يسقط الأقل من الأكثر؛ يبقى ثلاثة وربع، يقسم على ثلثي سهم، يخرج من القسمة سهران وسدس، يسقط أسداساً، يكون ثلاثة عشر، فهو المال، وينتهي إلى تسعة وثلاثين؛ كما سبق.

ومنها الوصية بالتكملة، مع الوصية بجزء مما يبقى من المال:

مثال: ثلاثة بنين، وأوصى لزيد بتكملة ثلث ماله بنصيب أحدهم، ولعمرو بثلث ما يبقى من الثلث، نأخذ ثلث مال، ونلقي منه نصيباً؛ يبقى ثلث مال إلا نصيباً، ندفعه

إلى زيد، فإنه التكملة؛ يبقى من الثلث نصيب، فيدفع ثلثه إلى عمرو؛ يبقى ثلثا نصيب، نضمه إلى ثلثي المال، وذلك يعدل أنصباء الورثة، فهي ثلاثة، تسقط ثلثي نصيب بثلثي نصيب، يبقى ثلثا مال يعدل نصيبين، وثلث نصيب، ثم إن شئنا، قلنا: نسطها أثلاثاً، ونقلب الاسم، فالمال سبعة، والنصيب اثنان، وإن شئنا، قلنا: إذا عادل ثلثا مال نصيبين، وثلث نصيب، فالمال كله معادل ثلاثة أنصباء، ونصف نصيب؛ نسطها أنصافاً؛ يكون سبعة؛ لكن ليس لسبعة ثلث صحيح، فنضربها في ثلاثة؛ يبلغ أحداً وعشرين؛ فهو المال، والنصيب ستة، نأخذ ثلث المال «سبعة»، تلقى منه النصيب «سته»، يبقى واحد، فهو التكملة، وتدفع ثلث الستة إلى عمرو، يبقى أربعة، نضمها إلى ثلثي المال، يكون ثمانية عشر؛ لكل ابن ستة.

قال إمام الحرَمَيْنِ: هكذا ذكروه؛ لكن لو تجردت الوصية الأولى في هذه، فأوصى له ثلاثة بنين بتكملة ثلث ماله بنصيب أحدهم، فالوصية باطلة؛ لأن نصيب كل ابن مستغرق للثلث؛ فلا تكملة؛ وحيثئذ: يمكن أن يقال ها هنا: الوصية الأولى باطلة، والثانية فرعها [فتبطل أيضاً]؛ ووجه ما ذكروه أن الوصية الثانية تنقُصُ النصيب عن الثلث، ويظهر بها التكملة، قال: ويجب أن تخرج من المسألة وأخواتها على الوجهين في أن العبرة باللفظ، أو بالمعنى، كما إذا قال: بعثك بلا ثمن، ونحوه [وذلك أن يخرج على الخلاف فيما إذا قال: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا واحدة؛ فإننا على وجه: نقول: الاستثناء الأول باطل، والثاني فرع عليه، فيبطل أيضاً، وعلى وجه نقول: الاستثناء الثاني أخرج الأول عن أن يكون مستغرقاً، ولعله إلى هذا المآخذ أقرب<sup>(١)</sup>.

ومنها الوصية بالتكملة مع الوصية بالنصيب.

مثال: ثلاثة بنين، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم، ولعمرو بتكملة ثلث ماله، نأخذ ثلث مال، فنُدفع منه نصيباً إلى زيد، والباقي إلى عمرو، يبقى معنا ثلثا مال، يعدل أنصباء الورثة، وهي ثلاثة نسطها أثلاثاً، ونقلب الاسم، فالمال تسعة، والنصيب اثنان، نأخذ ثلث التسعة، ثلاثة، ندفع منها اثنين، إلى زيد، وسهماً إلى عمرو، وهو التكملة يبقى ستة للبنين.

طريقة أخرى: ينظر في مسألة الورثة، وهي من ثلاثة، فيزيد عليها مثل نصفها، يبلغ أربعة ونصفها نسطها أنصافاً، يكون تسعة. فإذا أردنا أن نعرف قدر التكملة، نظرنا في مجموع ما تصح منه المسألة، وما زدنا عليه، فالتكملة ما تزيد منه على ما تصح منه المسألة مضموماً إليه؛ مثل نصيب الموصي بنصيبه، فإن لم يزد عليه شيء، فالوصية

(١) ما بين القوسين سقط.

بالتكملة باطلّة، ففي الصورة المذكورة: المجموعُ أربعةٌ ونصفٌ، والزائد على ما تصحُّ منه المسألة مضموماً إليه نصيبُ نصفِ سهم قبل البَسْطِ، وسهم بعده، فهو التكملة؛ وعلى هذا القياس: لو أوصى، وله خمسة بنين، بمثل نصيب أحدهم، ولآخر تكملة الخمس فنقول: الفريضة من خمسة، يزداد عليها رُبْعُهَا، تبلغ ستة، وربعا تبسط أرباعاً، يكون خمسة وعشرين، نأخذ خمسها خمسة، التكملة منه واحدٌ، والنصيب أربعة .

ولو أوصى، وله عَشْرَةٌ بنينَ، بنصيب أحدهم، ولآخر بتكملة السدس، فهي من عشرة، يزيدُ عليها خمسها، تبلغ اثني عشر نأخذ سدسها، اثنين، التكملة واحدٌ، والنصيب واحدٌ .

ولو ترك اثنين، وأوصى بمثل نصيب أحدهما ولآخر تكملة الثلث، فالوصية الثانية باطلّة؛ [لأننا إذا زدنا نصف ما تصحُّ منه المسألة عليه، لا نزيد شيء منه، على ما تصحُّ منه المسألة مضموماً إليه النصيب]، وكذا لو أوصى، وله ثلاثة بنين؛ بمثل نصيب أحدهم، ولآخر بتكملة الربع .

ومنها: الوصية بالتكملة مع استثناء جزء من المال:

مثاله: ثلاثة بنينَ، وأوصى بتكملة نصف ماله، بنصيب أحدهم إلا ثمن جميع المال: طريقة أن يقال: نصفُ المال نصيبٌ، وتكملةٌ، والتكملة شيء، وثن جميع المال يدفع الشيء إلى الموصى له، يبقى من النصف نصيبٌ وثن جميع المال، نَضُمُهَا إلى النصف الثاني، يحصل معنا خمسة أثمان المال ونصيب، يعدل أنصاء الورثة، وهي ثلاثة تسقط نصيباً بنصيب، يبقى خمسة أثمان المال، تعدل نصيبين، فنبسّطها أثماناً، ونقلب الاسم، فالمال ستة عشر، والنصيب خمسة، نأخذ نصف المال، وهو ثمانية، يسقط منه النصيبُ خمسة؛ يبقى ثلاثة، يسقط منها ثمن جميع المال، وهو اثنان؛ يبقى واحد، وهو التكملة؛ يسقط من جميع المال، يبقى خمسة عشر للبنين .

صورةٌ أخرى: عشرة بنين، وأوصى بتكملة ثلث ماله بنصيب أحدهم إلا تسع جميع المال: [ثلث المال نصيبٌ وتكملة، والتكملة شيء، وتسع جميع المال]<sup>(١)</sup>، يدفع الشيء إلى الموصى له، يبقى من الثلث نصيبٌ وتسع جميع المال، نَضُمُهَا إلى ثلث المال، يحصل تسعة أتساع مال، ونصيب يعدل أنصاء الورثة، وهي عشرة؛ نسقط نصيباً بنصيب؛ يبقى سبعة أتساع مال، يعدل تسعة أنصاء، فنبسّطها أتساعاً، ويقلب الاسم، فالمال أحد وثمانون، والنصيبُ سبعة، نأخذ ثلث المال، وهو سبعة وعشرون، فَتُسْقَطُ منها النصيبُ سبعة، يبقى عشرون، نسقط منها تسع جميع المال، وهو تسعة،

(١) سقط في: ز، أ.

يبقى أحد عشر: للموصى له؛ تسقط أحد عشر للموصى له، يبقى سبعون؛ لكل ابن سبعة؛ كالنصيب.

ومنها الوصية بالتكملة مع استثناء جزء مما يبقى من المال:

سنة بنين، وأوصى بتكملة ثلث ماله بنصيب أحدهم، إلا ثمن ما تبقى من المال، نأخذ ثلث المال، ونسترجع منه نصيباً؛ يبقى ثلث مال، إلا نصيباً، فهو التكملة، يبقى معنا ثلثا مال، ونصيب، تسترجع من التكملة ثمنه، وينتظم الحساب من أربعة وعشرين، لذكر الثلث والثلث؛ فالذي معنا ستة عشر، ونصيب، وثمانه اثنان وثمان نصيب، نزيده عليه؛ يبلغ ثمانية عشر جزءاً من أربعة وعشرين جزءاً من مالٍ ونصيباً وثمان نصيب، يعدل<sup>(١)</sup> أنصباء الورثة، وهي ستة، تسقط المثل بالمثل، يبقى ثمانية عشر جزءاً من أربعة وعشرين جزءاً من مال يعدل أربعة أنصباء وسبعة أثمان نصيب، نبسطها بأجزاء المال، وهي أربعة وعشرون، ونقلب الاسم، فالمال مائة وسبعة عشر، والنصيب ثمانية عشر، نأخذ ثلث المال، وهو تسعة وثلاثون، ونسقط منها نصيباً؛ يبقى أحد وعشرون، هو التكملة إذا أسقطناه عن جميع المال، يبقى ستة وتسعون؛ ثمنه اثنا عشر، نسقطه من التكملة؛ يبقى تسعة، فهي التي يأخذها الموصى له؛ يبقى مائة وثمانية للبنين؛ لكل ابن ثمانية عشر.

ومنها: الوصية بالتكملة، مع استثناء جزء مما تبقى من جزء من المال.

سبعة بنين وأوصى بتكملة ربع ماله بنصيب أحدهم إلا ثلث ما تبقى من الثلث، نأخذ ربع مال، ونلقى منه نصيباً؛ يبقى ربع مال، سوى نصيب، وهو التكملة، نلقها من الثلث، يبقى نصف سدس مال، ونصيب، تلقى ثلث ذلك من التكملة، وينتظم الحساب من ستة وثلاثين؛ فإنه أقل عدد لنصف سُدِّيه ثلث؛ فإذا الذي معنا من الثلث ثلاثة ونصيب، نسترجع ثلاثة<sup>(٢)</sup> من التكملة، وهو واحد، وثلث نصيب؛ يبقى للوصية ثمانية أجزاء من ستة وثلاثين جزءاً من مالٍ إلا نصيباً وثلث نصيب نسقطها من المال وثلث نصيب يبقى ثمانية وعشرون جزءاً من ستة وثلاثين جزءاً من مالٍ [ونصيب وثلث نصيب وذلك يعدل سبعة أنصباء تسقط المثل بالمثل]<sup>(٣)</sup> في معادلة خمسة أنصباء وثلثي نصيب نبسطها بأجزاء ستة وثلث وينقلب الاسم، فالمال مائتان وأربعة، والنصيب ثمانية وعشرون [تأخذ ربع المال، وهو أحد وخمسون، وتسقط منه النصيب؛ يبقى ثلاثة وعشرون]<sup>(٤)</sup> هي التكملة، نلقها من ثلث المال، وهي ثمانية وستون؛ يبقى خمسة

(١) في ز: يعدل أربعة.

(٢) في ز: ثلث.

(٣) سقط في: ز.

(٤) سقط في: ز.

وأربعون، نسترجع ثلثها، وهو خمسة عشر من التكملة؛ يبقى ثمانية، فهي الوصية، نسقطها من المال؛ يبقى مائة وستة وتسعون للبنين؛ لكل واحد ثمانية وعشرون.

ومنها: الوصية بالتكملة مع استثناء تكملة أخرى:

ثلاث بنين، وأوصى بتكملة نصف مال [بنصيب أحدهم إلا تكملة ثلث ماله بنصيب أحدهم؛ نأخذ نصف مال وتأخذ منه نصيباً، فالباقي هو تكملة النصف، ثم نأخذ ثلث مال، ونسقط منه نصيباً، فالباقي هو تكملة،<sup>(١)</sup> الثلث تسقط تكملة الثلث من تكملة النصف؛ يبقى سدس مال، بلا استثناء، فالوصية إذاً: بسدس المال؛ يبقى خمسة أسداس، تعدل ثلاثة أنصباء، فنبسطها أسداساً، ونقلب الاسم، فالمال ثمانية عشر، والنصيب خمسة؛ نأخذ نصف المال تسعة، ونسقط منها النصيب؛ يبقى أربعة، فهي تكملة النصف، ثم نأخذ ثلثه ستة، ونسقط منها النصيب؛ يبقى واحد، فهو تكملة الثلث. نسقط واحداً من أربعة؛ يبقى ثلاثة؛ فهي الوصية نسقطها من جميع المال، يبقى خمسة عشر للبنين؛ لكل واحد خمسة.

ومنها: الوصية بالتكملة مع الوصية بالنصيب وبجزء مما تبقى من المال:

خمسة بنين، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم، ولعمرو بتكملة ربع ماله، بنصيب أحدهم، ولثالث بثلث ما يبقى بعد ذلك، نأخذ ربع مال، وتنقص منه نصيباً، والباقي هو تكملة للربع، تدفعه إلى عمرو، وتدفع النصيب إلى زيد، فانصرف الربع إلى الوصيتين؛ يبقى ثلاثة أرباع المال، تدفع منها واحداً إلى الثالث؛ يبقى ربعان يعدلان أنصباء البنين، وهي خمسة، نبسطها أرباعاً، ونقلب الاسم؛ فالمال عشرون، والنصيب اثنان، نأخذ ربع المال خمسة؛ تدفع منها اثنين إلى زيد، وثلاثة إلى عمرو؛ يبقى خمسة عشر، ثلثها خمسة للثالث، والباقي للبنين.

وبطريق الخطئين: يقدر المال ثمانية، ويجعل النصيب واحداً، والتكملة كذلك؛ يبقى ستة: اثنان منها للثالث؛ تبقى أربعة، وكان ينبغي أن يكون خمسة، فقد نقص واحد، وهذا هو الخطأ الأول.

ثم يجعله اثني عشر، فالنصيب منها اثنان، والتكملة واحد؛ تبقى تسعة؛ ثلاثة منها للثالث؛ يبقى ستة، وذلك ينبغي أن يكون عشرة، فقد نقص أربعة، وهذا هو الخطأ الثاني، ينقص الأقل من الأكثر، يبقى ثلاثة، فنحفظها، ثم نضرب المال الأول في الخطأ الثاني، يكون اثنين وثلاثين، ونضرب المال الثاني في الخطأ الأول، يكون اثني

(١) سقط في: ز.

عشر، تسقط الأقل من الأكثر؛ يبقى عشرون، فهو المال، ثم تضرب النصيب الأول في الخطأ الثاني، يكون أربعة، وتضرب النصيب الثاني في الخطأ الأول، يكون اثنين، تسقط الأقل من الأكثر، يبقى اثنان، فهو النصيب.

ومنها: الوصية بالتكملة، مع الوصية بالنصيب وبجزء مما تبقى من جزء من المال:

خمس بنين، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم، ولعمرو بتكملة الربع بالنصيب، ولثالث بثلث ما تبقى من الثلث بعد الوصيتين، يحتاج إلى مال له ربع وثلث، والباقي من الثلث بعد إسقاط الربع ثلث، وأقله ستة وثلاثون، تأخذ ربه، وهو تسعة، فنصرفها إلى الوصية بالتكملة، والنصيب، وإذا أسقطنا تسعة من الثلث؛ يبقى ثلاثة، نصرف منها واحداً إلى الثالث؛ يبقى اثنان، تزيدهما على ثلثي المال، يكون ستة وعشرين، تعدل أنصبا الورثة، وهي خمس، نسطها بأجزاء ستة وثلاثين، ونقلب الاسم، فالمال مائة وثمانون، والنصيب ستة وعشرون؛ نأخذ ثلث المال، وهو ستون، وتلقى منه ربه، وهو خمس وأربعون بالوصيتين الأوليين، ستة وعشرون بالوصية بالنصيب، والباقي بالوصية الأخرى؛ يبقى من الثلث خمس عشرة، نصرف ثلثها إلى الوصية الثالثة؛ يبقى عشرة تزيدها على ثلثي المال، تبلغ مائة وثلاثين، لكل واحد ستة وعشرون.

ومنها: الوصية بالتكملة مع الوصية بالنصيب مستثنى منه جزء مما تبقى من المال.

أربعة بنين، وأوصى لزيد بتكملة الثلث بنصيب أحدهم، ولعمرو بمثل نصيب أحدهم إلا خمس ما يبقى من المال نأخذ ثلث المال، ونصرفه إليهما بالنصيب والتكملة، ونسترجع من النصيب خمس الباقي، ولنقرر المال خمسة عشر؛ ليكون الباقي بعد الثلث خمس فالثالث المخرج بالنصيب والتكملة؛ إذن خمس نسترجع من النصيب خمس الباقي، وهو اثنان؛ فالحاصل معنا اثنا عشر جزءاً من خمس عشر جزءاً من المال، وذلك يعدل أنصبا الورثة، وهي أربعة، نسطها بأجزاء خمسة عشر، ونقلب الاسم، فالمال ستون، والنصيب اثنا عشر، نأخذ ثلث المال، وهو عشرون، ونلقى منها النصيب اثني عشر؛ يبقى ثمانية، وهي التكملة، وندفعها إلى زيد، ونسترجع من النصيب خمس الباقي، وهو ثمانية، يبقى لعمرو أربعة، فالوصيتان جميعاً اثنا عشر؛ يبقى ثمانية وأربعون للبنين؛ لكل واحد اثنا عشر.

ومنها الوصية بالتكملة، مع الوصية بالنصيب مستثنى منه جزء مما تبقى من جزء من المال: خمس بنين، وأوصى لزيد بتكملة الربع بنصيب أحدهم، ولعمرو بمثل نصيب أحدهم، إلا ثلث ما تبقى من الثلث بعد ذلك، نحتاج إلى مال له ربع وثلث، وللباقي من الثلث بعد إسقاط الربع ثلث، وأقله ستة وثلاثون، نأخذ ربه، وهو تسعة،

فتصرفها إلى الوصيتين، وتسترجع من النصيب ثلث ما تبقى من ثلث المال، وهو واحد تزیده على الباقي من الثلث يبقى أربعة، نزيدها على ثلثي المال، تبلغ ثمانية وعشرين جزءاً من ستة وثلاثين جزءاً من مال، وذلك يعدل أنصاء الورثة، وهي خمسة، بنسبتها بأجزاء ستة وثلاثين، ونقلب الاسم؛ فالمال مائة وثمانون، والنصيب ثمانية وعشرون، نأخذ ربع المال، وهو خمسة وأربعون، فنلقي منه نصيباً، وهو ثمانية وعشرون؛ يبقى سبعة عشر، فهي التكملة، ثم نلقي الربع من الثلث جميع المال، وهو ستون، يبقى خمسة عشر؛ نسقط ثلثها من النصيب؛ يبقى لعمرو ثلاثة وعشرون، والوصيتان معاً أربعون؛ يبقى مائة وأربعون للبنين؛ لكل واحد ثمانية وعشرون.

### فَضْلٌ

في الوصية بالنصيب مستثنى من التكملة:

ثلاثة بنين، وأوصى بمثل نصيب أحدهم، إلا تكملة ثلث ماله بالنصيب، نجعل ثلث المال ديناراً ودرهماً، ونجعل النصيب ديناراً، ندفعه إلى الموصى له، ونسترجع منه درهماً؛ لأن التكملة درهم يبقى من الثلث درهماً، تزيدهما على الثلثين تبلغ دينارين وأربعة دراهم، تعدل أنصاء الورثة، وهي ثلاثة دنانير، فتسقط المثل بالمثل؛ يبقى أربعة دراهم في معادلة دينار، فنقلب الاسم، ونقول: الدينار أربعة دراهم والدرهم واحد فالثلث خمسة، والمال خمسة عشر، تأخذ ثلث المال، وهو خمسة، ندفع منها إلى الموصى له نصيباً، وهو أربعة، وتسترجع واحداً، وهو التكملة؛ يبقى للموصى له ثلاثة، تطرحها من المال، يبقى اثنان عشر؛ لكل واحد من البنين أربعة.

### فَضْلٌ

في الوصايا المتعرضة للجذور، والكعاب.

الجذر: كل مضروب في نفسه، والحاصل من الضرب يُسمى مالا، ومجذوراً، ومرتباً والكعب كل ما ضرب في مثله، ثم ضرب مبلغه فيه، والحاصل من الضربين يُسمى مكعباً، فالواحد جذره، وكعبه الواحد.

والأعداد ضربان:

أحدهما: ماله جذر صحيح، فينطق به؛ كالأربعة؛ جذرها اثنان، والتسعة جذرها ثلاثة، والمائة جذرها عشرة.

والثاني: ما ليس له جذر، ينطق به، وإنما يُستخرج جذره بالتقريب؛ كالعشرة، والعشرين، ويقال له الأصم، وفي التسيحات: سُبْحَانَ مَنْ يَعْرِفُ جَذْرَ

الأَصَمُّ<sup>(١)</sup>. وكذلك من الأعداد: ماله كَعَبٌ ينطق به، كالثمانية كَعْبُها اثنان، والسبعة والعشرون كعِبا ثلاثة:

ومنها: ما ليس له كَعَبٌ ينطق به؛ كالعَشْرَةَ والمائة، وإنما يستخرج كعبه بالتقريب، وقد يكون العدد منطوقاً بجذره وكعبه؛ كالأربعة والستين، جذرها ثمانية، وكعِبا أربعة، وقد يكون أصَمُّ في الجذر، دون الكعب؛ كالسبعة والعشرين، أو في الكعب، دون الجذر؛ كالأربعة، والتسعة، أو فيهما كالعشرة<sup>(٢)</sup>.

إذا عرف ذلك، فتعرض الوصية للجذر والكعب يفرض من وجوه:

منها: الوصية بجذر، المال، قال الأستاذ أبو منصور: تفرض المسألة من عدد مجذور، إذا سقط منه جذره، انقسم الباقي صحيحاً على سهام الورثة، فإذا أوصى بجذر ماله، وله ثلاثة بنين، فإن جعلت المال تسعة، فللموصى له ثلاثة، والباقي بين البنين لكل [ابن سهمان، وإن جعلته ستة عشر فللموصى له أربعة والباقي للبنين لكل]<sup>(٣)</sup> واحد أربعة، ولو أوصى بكعب ماله، والورثة هؤلاء، يجعل المال عدداً مكعباً إذا سقط منه كعبه انقسم الباقي على سهام الورثة بلا كسر، فإذا جعل المال ثمانية، فاثنان للموصى له، والباقي بين البنين، وإن جعلته سبعة وعشرين، فثلاثة للموصى له، والباقي بين البنين، وقضى الإمام العَجَبُ مِنْ إرساله الكلام هكذا؛ لاستحالة أن يكون الأمر في ذلك على التخيير، والفرض كيف شاء الفارض، فإن الأقدار تختلف باختلاف العدد المفروض، فإذا كان المال تسعة، فالجذر ثلاثة المال، وإن كان ستة عشر، فالجذر أربعة.

وفيه إشكال آخر: وهو أن كل عدد مجذور إلا أن من الأعداد: ما لا ينطق بجذره، ومنها: ما ينطق على ما سبق، وليس في اللفظ إلا جَذْرُ المال، فلم حمل على مجذور صحيح؟! ولم شرط أن ينقسم الباقي على الورثة صحيحاً؟ فإذا: كلام الأستاذ؛ على ما بينه الإمام، محمول على ما إذا قيد الموصى وصيته بما يقتضي الحمل على عدد معين من الأعداد المجذورة، فإذا قال: نزلوا مالي على أول مجذور صحيح، إذا خرج جذره، انقسم الباقي على سهام ورثتي بلا كسر، تعين الحمل في الصورة المذكورة على تسعة، وكانت الوصية بثلاث المال، وإن عين مرتبة أخرى، تعينت.

قال الإمام: فإن أطلق الوصية بالجذر، ولم يقيد بشيء من ذلك، لكن أراد بالجذر ما يريد الحُساب، فإن كان ماله مقدراً بكييل، أو وزن، أو زرع؛ كالأرض، أو

(١) قال الحافظ لم أر هذا.

(٢) سقط في: ز.

(٣) في ز: على العشرة.



عدد؛ كالجوز - نُزِّلَ عليه، ثم إن كان جذره مما ينطق به، فذاك، وإلا فالقَدْرُ المستيقَنُ يسلم للموصى له، والقدر المشكوك فيه يفصل أمره بالتراضي، وإن لم يكن المال مقدراً بشيءٍ من ذلك؛ كعبد وجارية، فَوَمَّ ودَفَعَ جذر القيمة إلى الموصى له.

ومنها: الوصية بجذر النصيب، فلو أوصى من خلف ثلاثة بنين يجذر نصيب أحدهم: قال الأستاذ: يجعل نصيب كل ابن عدداً مجذوراً، ثم يجمع أنصباء البنين، ويزاد عليها جذر نصيب أحدهم، فما بلغ تصحُّ منه القسمة، فإن جعلنا نصيب كل ابن واحد، فأنصباؤهم ثلاثة، تزيد عليه واحداً، تبلغ أربعة، تصح منه القسمة، وإن جعلنا النصيب أربعة، فأنصباؤهم اثنا عشر، تزيد عليها اثنين، يبلغ أربعة عشر، تصحُّ منه القسمة، ولو أوصى بجذري نصيب أحدهم، وفرضنا النصيب أربعة، فأنصباؤهم اثنا عشر، تزيد عليها جذري النصيب، تبلغ ستة عشر، منها تصحُّ القسمة، ولو أوصى بكعب نصيب [أحدهم جعلنا النصيب مكعباً وجمعنا الأنصباء، وردنا عليها كعب نصيب] <sup>(١)</sup> قال الإمام: وليكن هذا الجواب فيما إذا تقيَّدت الوصية، كما ذكرنا، وفيما إذا قال السائل: كيف يصور عدد تصحُّ منه الوصية والميراث؟ فيجاب بأنه يمكن فيه وجوه؛ منها: كيت وكيت، أما إذا أطلق الوصية بجذر النصيب، فقد ذكَّر فيه احتمالين:

أظهرهما: أنه ينظر في حصة ابن من التركة، فيؤخذ جذره منطوقاً به، أو أصم، كما ذكرنا في جذر جميع المال، فيزاد على مسألة الورثة.

والثاني: أنه يُنظر في نصيب كل واحد من سهام المسألة، فيؤخذ جذره، ويزاد على مسألة الورثة، وعلى هذا، فنصيب كل ابن ها هنا واحد، فيزاد على السهام الثلاثة واحداً، ويصير الحكم كما لو أوصى بنصيب أحدهما.

ومنها: الوصية بجذر [النصيب وجذر المال معاً، فلو أوصى من خلق ثلاثة بنين بجذر] <sup>(٢)</sup> نصيب أحدهم لزيد، ولعمرو بجذر جميع المال، فالمفهوم من كلام الأستاذ: أن يقال: إذا كان وصية زيد جذر نصيب ابن، فنصيب كل ابن مال، ثم يجعل المال أموالاً لها جذور صحيحة، فإن شئت جعلتها أربعة أموال، فتكون وصية عمرو وجذرين، كما أن جذر أربعة من العدد اثنان، فتكون الوصيتان ثلاثة أجدار، نسقطها من المال؛ يبقى أربعة أموال، إلا ثلاثة أجدار، تعدل أنصباء الورثة، وهي ثلاثة أموال، فتجبر وتقابل، فأربعة أموال تعدل ثلاثة أموال، وثلاثة أجدار، فتسقط الجنس بالجنس، فمال يعدل ثلاثة أجدار، فالجذر ثلاثة، والمال تسعة، وتقدير الكلام: مال يعدل ثلاثة أجداره؛ حينئذ: فالتركة ستة وثلاثون؛ لأنها أربعة أموال، ونصيب كل ابن تسعة يأخذ

(٢) سقط في: ز.

(١) سقط في: ز.

زيد جذر النصيب، وهو ثلاثة، وعمرو جذر المال، وهو ستة، يبقى سبعة وعشرون للبنين، وإن شئت جعلتها تسعة أموال، فيكون وصية عمرو ثلاثة أجدار، كما أن جذر تسعة من العدد ثلاثة، فتكون الوصيتان أربعة أجدار، نسقطها من المال، يبقى تسعة أموال إلا أربعة أجدار، تعدل أنصاء الورثة، وهي ثلاثة أموال، فتجبر وتقابل، فتسعة أموال تعدل ثلاثة أموال وأربعة أجدار تسقط الجنس بالجنس، فسته أموال تعدل أربعة أجدار، فمال يعدل ثلثي جذر، فالجذر ثلثا درهم، والمال أربعة أتساع، وقد كان المال تسعة أموال، فهي إذن أربعة دراهم، والنصيب أربعة أتساع: لزيد، جذر النصيب، وهو ثلثا درهم، ولعمرو جذر المال، وهو درهمان؛ يبقى درهم وثلث بين البنين؛ لكل واحد أربعة أتساع، ولو أوصى لزيد بجذر نصيب أحدهم، ولعمرو بجذر ما تبقى<sup>(١)</sup> من المال، فوصية زيد جذر، وكل نصيب مال، ويجعل المال بعد وصية زيد أموالاً لها جذورٌ صحيحة، فإن شئت جعلتها أربعة أموال، فتكون وصية عمرو جذرين، وجملة المال أربعة أموال، أو جذوراً، فإذا أسقطت الوصيتين من المال يبقى أربعة أموال إلا جذرين، تعدل ثلاثة أموال، فتجبر وتقابل فأربعة أموال تعدل ثلاثة أموال وجذرين، فتسقط الجنس بالجنس، فمال يعدل جذرين، والجذر اثنان، فالمال أربعة، وقد كان جميع المال أربعة أموال وجذراً؛ فهو إذن: ثمانية عشر؛ اثنان منها لزيد؛ يبقى ستة عشر: جذرها لعمرو، وهو أربعة، يبقى اثنا عشر للبنين، وإن شئت، جعلتها بعد وصية زيد تسعة أموال، فتكون وصية عمرو ثلاثة أجدار، وجملة المال تسعة أموال وجذر، فإذا أسقطت الوصيتين، يبقى تسعة أموال إلا ثلاثة أجدار، تعدل أنصاء الورثة، وهي ثلاثة أموال، فبعد الجبر، والمقابلة، وإسقاط الجنس بالجنس، يبقى ستة أموال في معادلة ثلاثة أجدار، فالمال الواحد يعدل نصف جذر، فالجذر نصف درهم، والمال ريع، وكأن جميع التركة تسعة أموال وجذراً؛ فهو إذن: درهمان، وثلاثة أرباع درهم؛ لزيد جذر النصيب، وهو نصف درهم؛ يبقى درهمان وربع، لعمرو جذره، وهو درهم ونصف، يبقى ثلاثة أرباع درهم للبنين، قال الإمام: وهذه المسائل كلها وضعيَّة، وطريق تطبيقها على الفقه ما سبق.

ومنها: الوصية بالنصيب والجذر، فإذا أوصى، وله ثلاث بنين بمثل نصيب أحدهم، ولآخر بجذر المال؛ فيقدر كأن البنين أربعة، وأوصى بجذر المال وحده، وقد بانَّ طريقه.

ومنها: الوصية بالنصيب وبجزء شائع وبجذر شائع والجذر كما إذا حلف ثلاثة

(١) في ب: ما بقي.

بنين، وأوصى بمثل نصيب أحدهم، ولآخر بجذر المال، ولآخر بثلث ما يبقى من الثلث، فنأخذ ثلث مال، فنلقي منه نصيباً وجذراً، يبقى ثلث مال إلا جذراً ونصيباً، ونسقط ثلثه للوصية الثالثة، فيبقى من الثلث تسعا مال إلا ثلثي جذر وإلا ثلثي نصيب، نزيده على ثلثي المال، يبلغ ثمانية أتساع المال إلا ثلثي جذر، وإلا ثلثي نصيب، يدل ثلاثة أنصباء، فتجبر، وتقابل؛ فيعدل ثمانية أتساع مال ثلاثة أنصباء، وثلثي نصيب، وثلثي جذر، فاجعل النصيب بعد ذلك أي عدد شئت؛ بشرط أن نزيده على ضعف الجذر؛ فإن جعلته ثلاثة أمثال الجذر، فمكك مما انتهت المعادلة إليه ثلاثة أنصباء، فيكون تسعة أجدار، وثلثا نصيب؛ فيكون جذرين، وثلثا جذر؛ فالمبلغ أحد عشر جزءاً، وثلثا جذر؛ فإذا ثمانية أتساع مال تعدل أحد عشر جذراً، وثلثي جذر، فتكمل أجزاء المال بأن يزيد عليها ثمنها، ويزيد على عدليها مثله، تبلغ ثلاثة عشر جذراً وثمان جذر، فإذا مال يعدل ثلاثة عشر جذراً وثمان جذر، فالجذر ثلاثة عشر وثمان، نضربه في مثله، يبلغ مائة واثنين وسبعين درهماً، وسبعة عشر جزءاً، من أربعة وستين جزءاً من درهم فهو المال، نأخذ ثلثه، وهو سبعة وخمسون درهماً، وسبعة وعشرون جزءاً من أربعة وستين جزءاً من درهم، فنسقط منه جذر المال، ونسقط منه النصيب أيضاً، وقد فرضناه ثلاثة أمثال الجذر، فالحاصل أربعة أمثال الجذر، وهي اثنان وخمسون درهماً، ونصف درهم؛ يبقى من الثلث أربعة دراهم وتسعة وخمسون جزءاً من أربعة وستين جزءاً من درهم، يدفع ثلثها إلى الموصى له الثالث، وهو درهم واحد وأربعون جزءاً من أربعة وستين جزءاً من درهم، فجملة الوصايا أربعة وخمسون درهماً، وتسعة أجزاء من أربعة وستين جزءاً من درهم، إذا أسقطها من المال، وهو مائتان، واثنان وسبعون درهماً، وسبعة عشر جزءاً من أربعة وستين جزءاً من درهم، وهي ثمن درهم، يقسم بين البنين، لكل واحد منهم تسعة وثلثون درهماً، وثلثة أثمان درهم، وهو ثلاثة أمثال الجذر، كما قررناه، هذا إذا فرض النصيب عند المعادلة زائداً على ضعف الجذر، فإن فرض ضعف الجذر أو أقل، استحالت المسألة: بيانه: إذا فرضناه ضعف الجذر، فالذي معنا، وهو ثلاثة أنصباء، وثلثا نصيب، يكون سبعة أجدار، وثلث جذر ومعنا أيضاً ثلثا جذر، فالمبلغ ثمانية أجدار تعدل ثمانية أتساع مال، فإن زدنا على كل واحد منهما ثمنه، صار مال يعدل تسعة أجدار، فيكون الجذر تسعة، والمال أحداً وثمانين، نأخذ ثلثه، وهو سبعة وعشرون، ونسقط منه جذر المال، وهو تسعة؛ يبقى ثمانية عشر، نسقطها النصيب<sup>(١)</sup>، لأننا فرضناه ضعف الجذر؛ فلا يبقى للوصية الثالثة شيء.

ومنها: الوصية بالجزاء والنصيب مع استثناء الجذور منها:

(١) في ز: للنصيب.

**المثال:** أوصى، وله ثلاثة بنين بثلث ماله إلا جذر جميع المال، يدفع إلى الموصى لمثلث المال، ونسترجع منه جذراً، يكون معنا ثلثا مال وجذر، يعدل أنصباء الورثة، وهي ثلاثة، فيجعل المال عدداً له ثلث صحيح بشرط أن ينقسم ثلثاه زائداً عليه جذرُه على ثلاثة وأقل، وليكن ذلك ستة وثلثون، فندفع ثلثه إلى الموصى له، وتسترجع منه جذر المال، وهو ستة، يبقى عنده ستة، فقد أخذ ثلث المال إلا جذر المال، يبقى ثلاثون للبنين، ولو أوصى بمثل نصيب أحدهم إلا جذر جميع المال، نأخذ مالا، ونسقط منه نصيباً، ونسترجع من النصيب جذر المال؛ يبقى مال وجذر إلا نصيباً يعدل أنصباء البنين، فيجبر، ويقابل، فمال وجذر يعدل أربعة أنصباء، فيجعل المال عدداً مجذوراً، إذا زيد عليه جذرُه، انقسم على أربعة، وليكن ستة عشر إذا زيد عليه جذره، كان عشرين، إذا قسم على أربعة، يخرج من القسمة خمسة، فإذا نقصت من النصيب جذراً المال، يبقى واحد يدفع إلى الموصى له، يبقى خمسة عشر للبنين، ولو أوصى بمثل نصيب أحدهم إلا جذر نصيب أحدهم، فالنصيب عدد مجذور، فإن جعلته أربعة، فالوصية اثنان، والأنصباء اثنا عشر، وجملة المال أربعة عشر، إذا دفعت إلى الموصى له اثنين، فقد أخذ مثل نصيب أحدهم إلا جذر نصيب أحدهم، وإن جعلته تسعة، فالأنصباء سبعة وعشرون، والوصية ستة.

ومنها: الوصية بالجذور المضافة إلى الجذور:

**المثال:** ثلاثة بنين، وأوصى لزيد بجذر نصيب أحدهم، ولعمرو بجذر وصية زيد، وثلث بجذر وصية عمرو: فاجعل وصية الثالث ما شئت من الأعداد، فإن جعلته اثنين، فوصية عمرو أربعة، ووصية زيد ستة عشر، ونصيب كل ابن مائتان [وستة]<sup>(١)</sup> وخمسون، وجملة المال سبعمائة وتسعون، ولو أوصى لزيد بجذر نصيب أحدهم، ولعمرو بجذر باقي النصيب، فالنصيب مال، فاجعل وصية عمرو أي عدد شئت إلا جذراً، فإن جعلته ثلاثة إلا جذراً، فاضربها في مثلها، يحصل تسعة أعداد ومال، إلا ستة جذار؛ ألا ترى أنك إذا أردت بالجذور واحداً، كان الحاصل ضرب اثنين في اثنين، والمبلغ أربعة، ولا فرق بين أن يقول: أربعة، وبين أن يقول: تسعة من العدد ومال، وهو واحد إلا ستة جذور، وهي ستة، والمبلغ المذكور، وهو تسعة ومال إلا ستة أجزار يعدل الباقي من نصيب الابن بعد وصية زيد، وهو مال إلا جذراً، فيجبر ما في هذا الجانب ستة أجزار، ويزيد عليه ستة أجزار؛ فإذا: تسعة من العدد ومال يعدل مالا وخمسة أجزار، يسقط المال بالمال، يبقى تسعة من العدد في معادلة خمسة

(١) سقط في: ز.

أجذار، فالجذر الواحد درهم وأربعة أخماس، تضربه في مثله، فيكون أحداً وثمانين جزءاً من أجزاء خمسة وعشرين جزءاً من درهم، فهي ثلاثة دَرَاهِمٍ وستة أجزاء من خمسة وعشرين جزءاً من درهم، وذلك نصيب ابن، ينقص منه وصية زيد، وهي جذر، ودرهم، وأربعة أخماس؛ يبقى ستة وثلاثون جزءاً من أجزاء خمسة وعشرين، ينقص منها وصية عمرو، وهي جذر هذه الستة والثلاثين، وهو درهم وخمس، فالوصيتان مقابلته دراهم، والتركة اثنا عشر درهماً، وثمانية عشر جزءاً من خمسة وعشرين جزءاً من درهم.

ومنها: الوصية الجامعة بين الجذر والتكملة:

المِثَال: أوصى بتكملة ثلث ماله بجذر نصيب أحدهم: يجعل ثلث المثل مالاً وجذراً، ويدفع المال إلى الموصى له، يَبْقَى جذره، نزيده على ثلثي المال، يبلغ مالين وثلاثة أجذار، وذلك يعدل أنصباء البنين، وهي ثلاثة أموال، فنسقط مالين بمالين؛ يبقى ثلاثة أجذار في معادلة مال؛ فالجذر ثلاثة، والمال تسعة ثلث المال اثنا عشر، والوصية تسعة، نسقطها من المال؛ يبقى سبعة وعشرون للبنين، وقد أخذ الموصى له ثلث المال، إلا جذر نصيب أحدهم، ولو أوصى لزيد بتكملة ربع ماله بجذر نصيب أحدهم، ولعمرو بجذر ما يَبْقَى من ثلثه، فيجعل النصيب مالاً وثلث التركة مالاً ووصية زيد، وهي ربع التركة إلا جذراً، نسقط منه وصية عمرو، وهي جذره؛ يَبْقَى من الثلث مال إلا جذراً نزيده على ثلثي التركة، وهو مالان ونصف تركة إلا جذرين، يبلغ ثلاثة أموال ونصف تركة، إلا ثلاثة أجذار يعدل أنصباء البنين، وهي ثلاثة أموال فتجبر ما معنا بثلاثة أجذار، وتزيد على عديله مثلها، فثلاثة أموال ونصف تركة تعادل ثلاثة أموال وثلاثة أجذار، فنسقط الأموال بالأموال؛ يبقى نصف تركة، في معادلة ثلاثة أجذار؛ فالتركة إذْ سَتَة أَجْدَارٍ، وثلثها جَذْرَانِ، وربعاها جَذْرٌ ونصف، وقد كان ثلث التركة مالاً وربع تركة إلا جذراً، فإذا خرج جذر من ربع التركة؛ بالاستثناء، كان الباقي نصف جذر، فهو وصية زيد، نسقطها من ثلث المال، وهو جذران؛ يَبْقَى جذر ونصف، وذلك يعدل مالاً؛ لأننا جعلنا باقي الثلث مالاً، والجذر درهم ونصف، والمال درهم وربع، وهو نصيب كل ابن، والتركة ستة أجذار، فهي تسعة دراهم، نأخذ ثلثها ثلاثة، ونسقط منه ربع التسعة إلا جذر نصيب، وهو ثلاثة أرباع درهم، وهي وصية زيد؛ يبقى من الثلث درهمان وربع، نأخذ جذره، وهو درهم ونصف لعمرو، ويبقى من الثلث ثلاثة أرباع درهم، نزيدها على ثلثي المال، وهو ستة؛ يكون ستة دراهم، وثلاثة أرباع بين البنين؛ لكل واحد درهم وربع.

## فَضْلٌ

الوصايا المتعرضة لمقدر من المال من ذرهم، ودينار، وغيرهما:

منها: الوصية بالنصيب ويدرهم:

المثال: أربعة بنين، وأوصى بمثل نصيب أحدهم، ويدرهم.

قال الأستاذ: اجعل التركة أي عدد شئت بعد أن يكون بحيث إذا عزلت منها درهماً، وقسمت الباقي بين البنين والموصى له، على خمسة، كان النصيب الواحد مع الدرهم مثل ثلث التركة أو أقل، فإن جعلت التركة أحد عشر درهماً، فأسقط منها درهماً، يبقى عشرة، لكل واحد سهمان، وإن جعلتها ثلاثة عشر، أسقطت درهماً، وقسمت الباقي بينهم فيخرج من القسمة اثنان وخمسان رُد على الخارج الذرهم المنقوص، يكون ثلاثة وخمسين للموصى له، فإن أردت أن يزول الكسر، فانقص الدرهم من ثلاثة عشر، واضرب الباقي في خمسة، يكون ستين، لكل ابن اثنا عشر؛ لأنه كان له اثنان وخمسان، فإذا ضرب ذلك في خمسة، حصل اثنا عشر، وللموصى له مثل ذلك بزيادة درهم، واستدرك الإمام؛ فقال: القدر المدفوع إلى الموصى له يختلف باختلاف الأعداد المفروضة، والفتوى لا تحتمل التخبير بين القليل والكثير، فليحمل ما قاله الحُساب على مثل ما مر في الفصل السابق، أما إذا أطلق الوصية، فتنزل على ما يوجد في التركة تعزل منها درهم، ويقسم الباقي بين البنين، والموصى له، ثم إن انحصرت الوصية في الثلث، نفذت وإلا اعتبرت الإجازة، وهذا الاستدراك لا بُد منه في أكثر أنواع الفصل.

ومنها: الوصية بالنصيب مع استثناء درهم.

فإذا أوصى بمثل نصيب أحد البنين الأربعة إلا درهماً، فإن جعلت للموصى له درهمين، فاجعل لكل واحد من البنين ثلاثة، واجعل التركة من أحد وعشرين، وإن جعلت له ثلاثة، فاجعل لكل واحد من البنين أربعة، واجعل التركة من خمسة عشرة.

ومنها: الوصية بجزءٍ شائع ويدرهم، فإذا أوصى، وله ثلاثة بنين بسُدس ماله، ويدرهم، يخرج سدس التركة ودرهم، ويقسم الباقي بين الورثة، وبطريقة الجبر قالوا: نأخذ مالاً، وتسقط منه سدسه ودرهماً، يبقى خمسة أسداس مال، إلا درهماً، يعدل ثلاثة أنصباء، فيجبر، ويقابل، فخمسة أسداس المال تعدل ثلاثة أنصباء ودرهماً فتكمل أجزاء المال؛ بأن يزيد عليها مثل خمسها، ويزيد على العديل خمسة، فمال يعدل ثلاثة أنصباء، وثلاثة أخماس نصيب ودرهماً، وخمس درهم، فاضرب الأنصباء الثلاثة، وأخماس النصيب في عدد يبلغ الحاصل منه مزيداً عليه الدرهم والخمس عدداً صحيحاً

وذلك بأن نضربها في ثلاثة فيحصل عشرة دراهم وأربعة أخماس درهم إذا زدت عليه الدرهم والخُمس يبلغ اثني عشر درهماً فمنها تصح القسمة: لصاحب السُدس والدرهم ثلاثة، ولكل ابن ثلاثة.

ومنها: الوصيةُ بجزءٍ شائعٍ مع استثناءِ درهم، فإذا أوصى، وله ثلاثة بنين بسدس ماله إلا درهماً، فيأخذ مالا، ونسقط منه سدسه، ونسترجع من السدس درهماً، يحصل معنا خمسة أسداس مال ودرهم، يعدل ثلاثة أنصباء، فتكمل أجزاء المال بأن تزيد عليها خمسها، وتزيد الخمس على كل ما في المعادلة، فمال ودرهم وخمس درهم يعدل ثلاثة أنصباء، وثلاثة أخماس نصيب، فتضرب هذه الأنصباء والأخماس في عدد، إذا نقص من الحاصل من الضرب درهم وخمس، كان الباقي عدداً صحيحاً، وهو سبعة، فإنه إذا ضرب سبعة في ثلاثة وثلاثة أخماس، حصل خمسة وعشرون وخمس، فإذا نقص منه درهم وخمس، كان الباقي أربعة وعشرين، منها تصح المسألة، ندفع سدسها إلى الموصى له، ونسترجع منه درهماً؛ يبقى أحد وعشرون للبنين.

ومنها: الوصية بالنصيب، وبجزء، وبدرهم، أو دراهم، أو مع استثناء درهم أو دراهم:

المثال: خمسة بنين، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم ودرهم، ولعمرو بثلث ما يبقى من ثلثه ودرهم، نأخذ ثلث المال، وتسقط منه نصيباً ودرهماً؛ يبقى ثلث مال إلا نصيباً ودرهماً تسقط لعمرو من هذا الباقي ثلثه ودرهماً آخر، يبقى تسعاً مال إلا ثلثي نصيب، وإلا درهماً، وثلثي درهم، نزيده على ثلثي المال، يكون ثمانية أتساع مال إلا ثلثي نصيب، وإلا درهماً، وثلثي درهم، يعدل خمسة أنصباء، فيجبر، ويقابل، فثمانية أتساع مال تعدل خمسة أنصباء وثلثي نصيب ودرهماً وثلثي درهم، تكمل أجزاء المال بأن تزيد عليها ثمنها، ويزيد على كل ما في المعادلة ثمنه، فمال يعدل ستة أنصباء وثلاثة أثمان نصيب ودرهماً، وسبعة أثمان درهم، فنطلب عدداً، إذا ضرب في ستة وثلاثة أثمان، يكون الحاصل منه مزيداً عليه درهم، وسبعة أثمان عدداً صحيحاً، وهو ثلاثة، إذا ضربناها في ستة وثلاثة أثمان، حصل تسعة وعشر وثمان، إذا زيد عليه درهم، وسبعة أثمان كان أحداً وعشرين، فمنه القسمة، والنصيب ثلاثة، تضرب الأنصباء في ثلاثة، نأخذ ثلث المال، وهو سبعة، فنضع منها إلى زيد أربعة بالنصيب والدرهم، يبقى ثلاثة تدفع لثلثها ودرهماً آخر<sup>(١)</sup> إلى عمرو؛ يبقى درهم، نزيده على ثلثي المال، يكون خمسة عشر للبنين الخمسة.

(١) في ز: أجزاء.

ولو أوصى، وله ستة بنين بمثل نصيب أحدهم، ولآخر بسدس ماله إلا درهماً، فנأخذ مالا، وتسقط منه نصيباً لإحدى الوصيتين، وسدسه إلا درهماً للوصية الأخرى؛ يبقى خمسة أسداس مال ودرهم إلا نصيباً، يعدل ستة أنصباء، فيجبر، ويقابل، وتكمل أجزاء المال بزيادة خمسها، وتزيد على كل ما في المعادلة خمسة، فمال، ودرهم وخمس درهم يعدل ثمانية أنصباء، وخمسة نصيب، فتضرب الأنصباء الثمانية والخمسين في عدد إذا نقص، فما يحصل من الضرب درهم وخمس، كان الباقي عدداً صحيحاً، وهو ثلاثة، إذا ضربناها في ثمانية وخمسين يحصل خمسة وعشرون، وخمس درهم، إذا نقص منه درهم وخمس، بقي أربعة وعشرون، فمنها القسمة، والنصيب ثلاثة يدفع إلى الموصى له بالسدس السدس إلا درهماً، وهو ثلاثة، وإلى الموصى له الآخر ثلاثة، يبقى ثمانية عشر للبنين الستة.

ومنها: الوصية المعترضة للتكملة والدرهم، وما في معناه من الأموال المقدرة.  
المثال: أربعة بنين، وأوصى بتكملة ثلث ماله بنصيب أحدهم، ويدرهم، والمراد من الوصية الثلث إلا نصيب أحدهم، وإلا درهماً.

استخراجها بالخطائين: أن نجعل المال خمسة عشر والنصيب ثلاثة، فنأخذ ثلث المال خمسة، ونسقط منها النصيب، ونسقط درهماً أيضاً؛ يبقى واحد، هو الوصية، نسقطه من المال؛ يبقى أربعة عشر، وكان ينبغي أن يكون اثني عشر، فقد زاد اثنان، وهو الخطأ الأول.

ثم يجعل المال ثمانية عشر، والنصيب أربعة، فنأخذ ثلثه ستة، ونسقط منه النصيب أربعة، ونسقط درهماً أيضاً، يبقى واحد، وهو الوصية، إذا أسقطناه من المال، يبقى سبعة عشر، وكان ينبغي أن يكون ستة عشر، فقد زاد واحد، وهو الخطأ الثاني، يسقط الأقل من الأكثر، يبقى واحد، نحفظه، ثم نضرب المال الأول في الخطأ الثاني، يكون خمسة عشر، ونضرب المال الثاني في الخطأ الأول، يكون ستة وثلاثين، ونسقط الأقل من الأكثر، يبقى أحد وعشرون، فهو المال، ونضرب النصيب الأول في الخطأ الثاني، يكون ثلاثة، ونضرب النصيب الثاني في الخطأ الأول، يكون ثمانية، نسقط الأقل من الأكثر، يبقى خمسة، فهي النصيب، نأخذ ثلث المال، وهو سبعة، ونسقط منه النصيب خمسة ودرهماً آخر، يبقى واحد، فهو الوصية، نسقطها من المال، يبقى عشرون للبنين الأربعة.

أربعة بنين، وأوصى بتكملة ثلث ماله بنصيب أحدهم، ولآخر بسدس ماله إلا درهماً بقدر المال اثني عشر، والنصيب اثنين، فنأخذ ثلثه، وهو أربعة، ونسقط منه النصيب اثنين، يبقى للموصى له الأول اثنان، ونأخذ سدسه اثنين، ونسقط منه واحداً؛



يبقى للوصية واحدٌ، ينقص الوصيتين من المال، يبقى تسعة، وكان ينبغي أن تكون ثمانية، فقد زاد واحد، وهو الخطأ الأول، ثم نجعل المال ثمانية عشر، والنصيب أربعة، فنأخذ ثلثه ستة، ونسقط منه النصيب؛ يبقى الوصية اثنان، نأخذ سدسَهُ بثلثه، ونسقط منه واحداً؛ تبقى الوصية اثنان أيضاً، نسقطهما من المال، يبقى أربعة عشر، وكان ينبغي أن تكون ستة عشر، فقد نقص اثنان بجميع بين الخطأين، يبلغ ثلاثة، نحفظها، فهي المقسوم عليها.

ثم نضرب المال الأول، وهو اثنا عشر في الخطأ الثاني، وهو اثنان، تكون أربعة وعشرين، ونضرب المال الثاني في الخطأ الأول، تكون ثمانية عشر، نجتمع بينهما، تبلغ اثنين وأربعين، نقسمه على الثلاثة المحفوظة، تخرج من القسمة أربعة عشر، فهو المال،<sup>(١)</sup> ثم نضرب النصيب الأول في الخطأ الثاني، يكون أربعة، ونضرب النصيب الثاني في الخطأ الأول، يكون أربعة؛ نجتمع بينهما، يبلغ ثمانية، نقسمهما على الثلاثة، يخرج من القسمة دزهمان وثلثان، فهو النصيب، نأخذ ثلث المال، وهو أربعة وثلثا درهم؛ فنسقط منه نصيباً، بقي درهمان للموصي الأول، ونأخذ سدسه، وهو درهمان وثلث درهم ونسقط منه درهماً يبقى درهم وثلث للموصى له الثاني، نجتمع بين الوصيتين، ونسقطهما من المال، يبقى عشرة وثلثا درهم للبنين؛ لكل واحد منهم درهمان وثلثان.

فَرَعُ: ابنان وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهما، ولعمرو بمثل ما تبقى من النصف ويدرهم، والتركة عشرون درهماً: نأخذ نصف التركة عشرة، ونسقط منه نصيباً لزيد، يبقى عشرة إلا نصيباً تسقط من هذا الباقي نصفه ودرهماً لعمرو، وهو ستة إلا نصف نصيب؛ يبقى من العشرة أربعة إلا نصف نصيب، نزيدها على نصف المال، يبلغ أربعة عشر درهماً إلا نصف نصيب، يعدل نصيب الابن، يجبر، ويقابل، فأربعة عشر تعدل نصيبين ونصف نصيب، نبسطها أنصافاً، فالمال ثمانية وعشرون، والنصيب خمسة، يُقسَّم المال على النصيب، يخرج من القسمة خمسة دراهم، وثلاثة أخماس دزهم، فهو النصيب، نأخذ عشرة، وندفع منها إلى زيد خمسة دراهم وثلثة أخماس؛ يبقى منها أربعة دراهم وخمسان، ندفع نصفها، وهو درهمان وخمس، ودرهماً آخر إلى عمرو؛ يبقى من العشرة درهم وخمس، تزيده على العشرة الأخرى، يكون أحد عشر وخمسا للابنين، لكل واحد خمسة دراهم، وثلاثة أخماس درهم.

آخَرُ: ابنان، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهما، إلا ثلث جميع المال، ولعمرو

(١) سقط في: ز، أ.

بثلث ما يبقى من الثلث، وبدرهم، والتركه ثلاثون درهماً، فأخذ ثلث المال، وهو عشرة، ونسقط منه نصيباً، ونسترجع من النصيب ثلث المال، وهو عشرة، يحصل معنا عشرون إلا نصيباً، ندفع ثلثه، وهو ستة دراهم، وثلثا درهم إلا ثلث نصيب، ودرهماً آخر إلى عمرو؛ يبقى اثنا عشر درهماً، وثلث درهم إلا ثلثي نصيب، نزيده على ثلثي المال، يبلغ اثنين وثلاثين درهماً، وثلث درهم إلا ثلثي نصيب يعدل نصيبين، فتجبر، وتقابل، فائنان وثلاثون درهماً وثلث درهم تعدل نصيبين وثلثي نصيب، فنسقطها أثلاثاً، فالنصيب ثمانية، والمال سبعة وتسعون، تقسم أجزاء المال على أجزاء النصيب، يخرج من القسمة اثنا عشر درهماً، وثمان درهم، فهو النصيب، نأخذ اثني عشر درهماً وثمان درهم، نسترجع منه ثلث المال، فهو عشرة يبقى معه درهمان وثمان درهم هي وصية، نسقطها من ثلث المال، يبقى سبعة دراهم وسبعة أثمان، ندفع ثلثها ودرهماً إلى عمرو، وذلك ثلاثة دراهم وخمسة أثمان درهم؛ يبقى أربعة دراهم وربع درهم، نزيدها على ثلثي المال، وهو عشرون؛ تبلغ أربعة وعشرين درهماً وربع درهم للابنين، هذا طريق الحساب فيه.

وقال الإمام: لو انفردت الوصية الأولى، لبطلت؛ لكون الاستثناء مستغرقاً إلا أنه لما اقترنت بها الوصية الأخرى، أخرجتها عن الاستغراق، فيجيء تردد في صحتها، وقد سبق في نظائره.

## فصل

في نوازل الفصول المتقدمة:

مسألة: ثلاثة بنين وبنات: وأوصى لزيد بمثل نصيب البنت، وثلث ما أوصى به لعمرو ولعمرو بمثل نصيب أحد البنين وربع ما أوصى لزيد، فتجعل وصية زيد عدداً له ربع، وليكن أربعة دنانير، وصية عمرو عدداً له ثلث، وليكن ثلاثة دراهم، وليعلم أننا إذا نقصنا من وصية زيد ثلث وصية عمرو، وهو درهم، بقي أربعة دنانير، إلا درهماً، وذلك نصيب البنت؛ لأن جملة وصية زيد مثل نصيب البنت وثلث وصية عمرو، وإذا نقصنا من وصية عمرو ربع وصية زيد، وهو دينار بقي ثلاثة دراهم إلا ديناراً، وهو نصيب الابن، وإذا تبين أن نصيب البنت أربعة دنانير، إلا درهماً، ونصيب الابن ثلاثة دراهم إلا ديناراً، فيقابل بين الجملتين، فيضعف نصيب البنت؛ ليعادل نصيب الابن، وضعفه ثمانية دنانير إلا درهمين، تعدل ثلاثة دراهم إلا ديناراً، فنجبر كل واحد من الاستثنائين، ونقابل فتسعة دنانير تقابل خمسة دراهم، فالدينار خمسة أسهم، والدرهم تسعة أسهم، وكانت وصية زيد أربعة دنانير، فهي إذن عشرون، ووصية عمرو ثلاثة دراهم، فهي إذن سبعة وعشرون، ونصيب كل ابن اثنان وعشرون؛ لأنه ثلاثة دراهم،

وهي سبعة وعشرون إلا ديناراً، وهو خمسة ونصيب بنت أحد عشر؛ لأنه أربعة دنانير، وهو عشرون إلا درهماً، وهو تسعة، فوصية زيد مثل نصيب بنت، وهو أحد عشر مثل ثلث وصية عمرو، وهي تسعة، ووصية عمرو مثل نصيب ابن، وهو اثنان وعشرون، مثل ربع وصية زيد وهو خمسة.

مسألة: أربعة بنين وبنث: وأوصى لزيد بمثل نصيب ابن إلا ثلث ما يبقى من أربعة بعد النصيب، ولعمرو بثلث ما يبقى من ثلثه بعد الوصية الأولى، نأخذ ربع مال، ونلقي منه نصيبين لأنا نسعي كل سهم من سهام المسألة نصيباً، ولكل ابن سهمان، فيبقى ربع مال إلا نصيبين يزيد عليه ثلاثة للاستثناء، فيبلغ ثلث مال إلا نصيبين وثلثي نصيب، وهذا هو الباقي من الربع بعد الوصية الأولى، ونحن نحتاج إلى معرفة الباقي من الثلث بعد الوصية الأولى؛ لندفع إلى عمرو ثلاثة، فنزيد عليه ما بين الثلث، والربع، وهو نصف سدس، فيبلغ ربع مال وسدس مال، إلا نصيبين وثلثي نصيب، فيدفع ثلثه إلى عمرو، وتبقى عشرة أجزاء من ستة وثلثين جزءاً من المال، إلا نصيباً، وسبعة أتساع نصيب زليدها على ثلثي المال، تبلغ أربعة وثلثين جزءاً من ستة وثلثين جزءاً من المال، إلا نصيباً وسبعة أتساع نصيب، فنضربها تعدل أنصباء الورثة، وهي تسعة، فتجبر وتقابل فأربعة وثلثين جزءاً من ستة وثلثين جزءاً من مال يعدل عشرة أنصباء وسبعة أتساع نصيب، فنضربها في ستة وثلثين، نقلب الاسم فيهما، فالنصيب أربعة وثلثون، والمال ثلاثمائة وثمانية وثمانون، لكن ليس له ثلث صحيح، فنضربه في ثلاثة، يبلغ ألفاً ومائة وأربعة وستين، ويكون النصيب مائة واثنين، نأخذ ربع المال، وهو مائتان، واحد وتسعون، فنلقي منه نصيبين، وهو مائتان وأربعة، تبقى سبعة وثمانون، نأخذ ثلثها، وهو تسعة وعشرون، فنلقيه من النصيبين، فيبقى مائة وخمسة وسبعون، فهي الوصية الأولى، فنسقطها من ثلث المال، وهو ثلاثمائة وثمانية وثمانون، يبقى مائتان وثلاثة عشر، ندفع ثلثها إلى عمرو، وهو أحد وسبعون يبقى مائة واثنان وأربعون، نزيدها على ثلثي المال، تبلغ تسعمائة وثمانية عشر؛ لكل ابن مائتان وأربعة، للبنث مائة وسهمان.

مسألة: ثلاثة بنين، وأوصى بمثل نصيب أحدهم إلا ما انتقص من أحدهم بالوصية، فنقول: لو لم تكن وصية، لكان لكل ابن ثلث المال، وقد انتقص منه بالوصية شيء، فثلث المال نصيب وشيء، والمال كله ثلاثة أنصباء وثلاثة أشياء، ندفع إلى الموصى له نصيباً إلا شيئاً؛ يبقى معنا نصيبان وأربعة أشياء، تعدل ثلاثة أنصباء، نسقط نصيبين بنصيبين؛ يبقى نصيب يعدل أربعة أشياء فالنصيب أربعة أسهم، فالشيء سهم، وكانت التركة ثلاثة أنصباء وثلاثة أشياء، فهي إذن خمسة عشر سهماً، والوصية نصيب إلا شيئاً، فهو ثلاثة أسهم، يبقى اثنا عشر للبنين، وقد أخذ الموصى له مثل

نصيب أحدهما، إلا ما نقص بالوصية، وهو سهم من خمسة عشر؛ لأنه لولا الوصية، لكان لكل واحد منهم خمسة من خمسة عشر.

ولو أوصى، وله ثلاثة بنين بربع ماله، إلا ما انتقص من أحدهم بالوصية، فثلث المال على ما ذكرنا نصيب وشيء، وجملة المال ثلاثة أنصباء وثلاثة أشياء، نأخذ ربعها، وهو ثلاثة أرباع نصيب، وثلاثة أرباع شيء، فنسقط منه قدر النقصان، وهو شيء، يبقى ثلاثة أرباع نصيب إلا ربع شيء، نسقط ذلك للموصى له من جملة المال، وهو ثلاثة أنصباء وثلاثة أشياء؛ يبقى نصيبان وربع نصيب، وثلاثة أشياء وربع شيء يعدل ثلاثة أنصباء، فنسقط المثل بالمثل يبقى ثلاثة أرباع نصيب، تعدل ثلاثة أشياء وربع شيء، فالنصيب الكامل يعدل أربعة أشياء، وأربعة أجزاء من اثني عشر جزءاً من شيء، فنبسطها بأجزاء [خمس عشرة] <sup>(١)</sup> ونقلب الأسم، فالشيء اثنا عشر، والنصيب اثنان وخمسون، وجملة المال مائة واثنان وتسعون، نأخذ ربع المال، وهو ثمانية وأربعون، ونسقط منه ما انتقص من نصيب أحدهم، وهو اثنا عشر؛ لأنه لولا الوصية لأخذ كل واحد منهم أربعة وستين؛ يبقى ستة وثلاثون، هي الوصية، نسقطها من المال؛ يبقى مائة وستة وخمسون، لكل واحد اثنان وخمسون.

مسألة: ثلاثة بنين، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم، إلا ربع ما يبقى من ماله بعد جميع الوصايا، ولعمرو بمثل نصيب أحدهم، إلا خمس ما يبقى من ماله بعد الوصايا، ولثالث بمثل نصيب أحدهم إلا سدس ما يبقى من ماله بعد الوصايا، فيعلم أن الباقي من المال بعد الوصايا كلها ثلاثة أنصباء، فوصية زيد نصيب إلا ربع ثلاثة أنصباء، وهو ثلاثة أرباع نصيب؛ يبقى وصية بربع نصيب، ووصية عمرو نصيب إلا خمس ثلاثة أنصباء، وهي ثلاثة أخماس نصيب؛ يبقى وصية بخمس نصيب، ووصية الثالث بنصيب إلا سدس ثلاثة أنصباء، وهي نصف نصيب، فوصيته بنصف نصيب، فجملة الوصايا ربع نصيب وخمسا نصيب، ونصف نصيب، وهي نصيب وثلاثة أجزاء من عشرين جزءاً من نصيب؛ فيبقى مال إلا نصيباً، وثلاثة أجزاء من عشرين جزءاً من نصيب، وذلك يعدل ثلاثة أنصباء، فيجبر ويُقَابَل: فمال يعدل أربعة أنصباء، ثلاثة أجزاء من عشرين جزءاً من نصيب، نبسطها بأجزاء عشرين، ونقلب الاسم، فالمال ثلاثة وثمانون، والنصيب عشرون؛ نلقى الوصايا كلها وهي ثلاثة وعشرون؛ يبقى ستون للبنين، ولزيد نصيب إلا ربع ما يبقى من المال بعد الوصايا، وهو خمسة عشر، فله خمسة، ولعمرو نصيب إلا خمس ما يبقى بعد الوصايا، وهو اثنا عشر، فله ثمانية، وللثالث نصيب إلا

(١) في ز: اثني عشر.

سدس ما يَبْقَى بعد الوصايا، وهو عَشْرٌ، فله عشرة.

مسألة: <sup>(١)</sup> خمسة بنين وأوصى بمثل نصيب أحدهم إلا سدس ما يَبْقَى من ماله بَعْد الوصية، وإلا ثلث ما يَبْقَى من ثلثه بعد الوصية، فيجعل الوصية شيئاً، والباقي أنصبا الورثة، فالمال شيء وثلاثة أنصبا، فتسقط الوصية [وتأخذ سدس الباقي وهو نصف نصيب فتحفظه ثم تأخذ ثلث المال وهو نصيب وثلث شيء فتسقط منه الوصية]<sup>(٢)</sup> وهي شيء؛ يَبْقَى نصف نصيب إلا ثلثي شيء، تأخذ ثلثه، وهو ثلث نصيب إلا تسعي شيء وهو من النصيب، فتضمه إلى نصف النصيب المحفوظ، يصير خمسة أسداس نصيب، إلا تُسْعَى شيء، وهو المستثنى من النصيب، فتضمه إلى الوصية، وهي شيء؛ لنكمل النصيب، فيبلغ خمسة أسداس نصيب، وسبعة أتساع شيء، وذلك يعدل نصيباً وتسقط خمسة أسداس نصيب بمثلها؛ يَبْقَى سدس نصيب في معادلة سبعة أتساع شيء، فالنصيب الكامل يعدل أربعة أشياء، وثلثي شيء، ينسبها أثلاثاً، ونقلب الاسم؛ فالنصيب أربعة عشر، والشيء ثلاثة، والمال كله خمسة وأربعون؛ لأنه ثلاثة أنصبا وشيء، تلقى الوصية من المال؛ يَبْقَى اثنان وأربعون، تأخذ سدسها سبعة، وتحفظها، وتلقى الوصية من ثلث المال أيضاً، وهو خمسة عشر؛ يبقى اثنا عشر؛ تأخذ ثلثها، وهو أربعة، ونضمها إلى السبعة المحفوظة، يبلغ أحد عشر، تلقى من النصيب، فيبقى ثلاثة.

مسألة: خمس بنين، وأوصى بمثل نصيب أحدهم إلا ثلث ما تبقي عن قدر الوصية من ربع ما يَبْقَى عن الوصية بالمال شيء هو الوصية وخمسة أنصبا، تأخذ ربع الباقي بَعْد الشئ، وهو نصيب وربع نصيب، نسقط منه الشيء، يَبْقَى نصيب وربع نصيب إلا شيئاً، تأخذ ثلثه، وهو ربع نصيب وسدس نصيب، إلا ثلث شيء، وهو المستثنى من النصيب، فتضمه إلى الشيء، ليكمل النصيب، وإذا ضممناه إليه، بلغ ربع نصيب وسدس نصيب، وثلثي شيء، وذلك يعدل نصيباً، نسقط الربع والسدس بمثلها، يَبْقَى ثلثا شيء في معادلة ثلث نصيب وربع نصيب، فعرفنا أن النصيب مثل الشيء وسبعة، فالنصيب ثمانية، والشيء سبعة، والمال كله سبعة وأربعون؛ لأنه خمسة أنصبا وشيء، تأخذ ربع المال بَعْد الوصية، وهو عشرة، ونسقط منه الوصية؛ يَبْقَى ثلاثة، تأخذ ثلثها وهو واحد نسقطه من النصيب يَبْقَى سبعة، فهي الوصية، وإذا أسقطناها من المال؛ يَبْقَى أربعون لكل واحد من البنين ثمانية.

مسألة: ثلاثة بنين، وبنث؛ وأوصى لزيد بمثل نصيب البنث إلا ثلث ما أوصى

(١) في أ، ز: ثلاثة.

(٢) سقط في: ز.

لعمرو، ولعمرو بمثل نصيب أحد البنين إلا ربع ما أوصى لزيد، فنجعل وصية زيد عدداً ربع، وليكن أربعة دنانير، ووصية عمرو عدداً له ثلث، وليكن ثلاثة دراهم، ويعلم أنا إذا أخذنا ثلث وصية عمرو، وضممناه إلى وصية زيد بلغ أربعة دنانير ودرهماً، وذلك مثل نصيب البنت، فنصيب كل ابن ضعفه، وهو ثمانية دنانير ودرهمان وإذا أسقطنا من ذلك، ربع وصية، وهو دينار؛ يبقى سبعة دنانير ودرهمان، وهي وصية عمرو، ونقابل بها الدراهم التي جعلناها وصية أولاً، فنسقط درهمن بمثلها، يبقى سبعة دنانير في مقابلة درهم واحد، فالدينار واحد، والدرهم سبعة، كانت وصية زيد أربعة دنانير، فهي إذن أربعة دنانير وكانت وصية عمرو ثلاثة [دراهم]<sup>(١)</sup>، فهي إذن أحد وعشرون، ونصيب البنت أربعة دنانير ودرهم، فهو إذن أحد عشر، ونصيب كل ابن اثنان وعشرون، فما أخذه زيد مثل نصيب البنت إلا ثلث وصية عمرو، وما أخذه عمرو مثل نصيب ابن إلا ربع وصية عمرو.

مسألة: زوجة وأبوان وابن، وأوصى لزيد بتكملة ثلث ماله بنصيب أحد الأبوين، ولعمرو بتكملة ربع ما تبقى من ماله بنصيب الآخر، فنجعل الوصيتين شيئاً واحداً، فيكون المال شيئاً وسهام الورثة، وهي أربعة وعشرون، نأخذ ثلثها، وهو ثلث شيء وثمانية أسهم، فنسقط منه نصيب أحد الأبوين، وهو أربعة؛ يبقى أربعة وثلث شيء، فهو وصية زيد، نسقطها من المال؛ يبقى عشرون وثلثان نأخذ ربعه، وهو خمسة وسدس شيء، نسقط منه نصيب أحد الأبوين، يبقى سهم وسدس شيء، فهو وصية عمرو تجتمع بين الوصيتين، يبلغ خمسة ونصف شيء، وذلك يعدل الشيء الذي جعلناه أولاً مجموع الوصيتين، نسقط نصف شيء بنصف شيء؛ يبقى خمسة في معادلة نصف شيء، فالشيء عشرة<sup>(٢)</sup> نزيدها على سهام الورثة، تبلغ أربعة وثلثين، كان لزيد أربعة، وثلث شيء، فهي سبعة وثلث، وهي مع نصيب أحد الأبوين ثلث جميع المال، وكان لعمرو سهم وسدس من شيء، فهو سهمان وثلثان، وذلك مع نصيب أحد الأبوين ربع الباقي من المال بعد وصية زيد؛ تبقى بعد العشرة أربعة وعشرون للورثة.

ولو كانت المسألة بحالها، وأوصى لثالث بتكملة نصف ما يبقى بعد الوصيتين الأوليين بنصيب زوجة، فنجعل مجموع الوصايا شيئاً، ونسقط من المال وصية زيد وعمرو، وكما بينا؛ يبقى تسعة عشر، ونصف شيء، بأخذ نصفها، [وهو تسعة، ونصف سهم، وربع شيء، نسقط منه نصيب الزوجة،]<sup>(٣)</sup> وهو ثلاثة؛ يبقى ستة ونصف

(٢) في ز: اثنا عشر.

(١) سقط في: ز.

(٣) سقط في: ز.

سهم وربع شيء، فهي وصية الثالث، نضمها إلى الوصيتين الأوليين؛ تبلغ أحد عشر سهماً، ونصف سهم، وثلاثة أرباع شيء، وهذا يعدل الشيء الذي جعلناه مجموع الوصايا؛ نسقط ثلاثة أرباع شيء بثلاثة أرباع شيء، يبقى ربع شيء في معادلة أحد عشر سهماً، ونصف سهم، فالشيء الكامل يعدل ستة وأربعين، نزيدها على سهام الورثة، يبلغ سبعين، كان لزيد أربعة وثلاث شيء، فله تسعة عشر وثلاث، وهو مع نصيب أحد الأبوين ثلث جميع المال، وكان<sup>(١)</sup> لعمرو سهم وسدس، فله ثمانية وثلاثان، وهو تسع نصيب أحد الأبوين ربع الباقي بعد وصية زيد، وكان للثالث ستة، ونصف سهم، وربع شيء، فله ثمانية عشر، وهي مع نصيب الزوجة نصف الباقي بعد الوصيتين، وجملة الوصايا ستة وأربعون؛ يبقى أربعة وعشرون للورثة.

مسألة: سبعة بنين، وأوصى بتكملة ربع ماله بنصيب أحدهم إلا بتكملة سدس ما تبقى من ماله بعد الوصية بنصيب أحدهم، فتجعل الوصية شيئاً، ونصف من المال يبقى مال إلا شيئاً، نأخذ سدسه، وهو سدس مال، إلا سدس شيء، وهذا السدس الناقص سدس شيء مثل ربع المال إلا شيئاً؛ لأن الربع الناقص شيء ما هو إلا نصيب من تكملة سدس الباقي المستثناة، وسدس الباقي نصيب، وتلك التكملة، فإذا سدس مال إلا سدس شيء يعدل ربع المال إلا شيئاً، فيجبر الربع بشيء، ويزيد الشيء على عديله، فإذا ربع مال يعدل سدس مال، وخمسة أسداس شيء، نسقط المثل بالمثل، يبقى نصف سدس مال في معادلة خمسة أسداس شيء، فالمال يعدل عشرة أشياء، والشيء عشر مال؛ يبقى تسعة أعشار مال بين البنين، وتسعة لا تنقسم على سبعة، ولا موافقة بينهما، فنضرب عدد البنين في مخرج العشر، يكون سبعين، والنصيب تسعة، نأخذ ربع المال، وهو سبعة عشر، ونلقي منه نصيباً، وهو تسعة؛ يبقى ثمانية ونصف، فهي تكملة ربع المال بالنصيب، ثم نسقط الوصية، وهي سبعة من المال؛ يبقى ثلاثة وستون، نأخذ سدسها، وهو عشرة ونصف، فنسقط منها النصيب؛ يبقى سهم ونصف، هو تكملة سدس الباقي من المال بعد الوصية، نسقطها من تكملة ربع الباقي من المال، وهي ثمانية ونصف؛ يبقى سبعة، وهي الوصية، فإذا أسقطناها من المال، يبقى ثلاثة وستون، لكل ابن تسعة.

مسألة: ابن وبنت وأوصى بوصية، إذا زدت عليها أربعة دراهم، كانت مثل نصيب البنت، فإذا زدت عليها تسعة دراهم، كانت مثل نصيب الابن، فيجعل نصيب البنت شيئاً، وأربعة دراهم، ونصيب الابن شيئاً وتسعة دراهم، ثم نضع نصيب البنت،

(١) في ز: وقد كان.

يكون شيئين وثمانية دراهم، وذلك يعدل نصيب الابن، فتسقط شيئاً بشيء، وثمانية دراهم بثمانية دراهم؛ يبقى شيء يعدل درهماً، فهو الوصية، فإذا زدت درهماً على أربعة، بلغت خمسة، وهي نصيب البنت، فإذا زدت درهماً على تسعة، بلغت عشرة، وهي نصيب الابن، وجملة التركة ستة عشر، ولو أوصى بوصية، إذا زدتها على نصيب البنت، بلغ أربعة، وإذا زدتها على نصيب الابن، بلغ سبعة، فتجعل الوصية شيئاً، ونلقيه من أربعة، يبقى أربعة إلا شيئاً، فهي نصيب البنت، ونلقيه من سبعة؛ تبقى سبعة إلا شيئاً، فهي نصيب الابن، ثم نضعف نصيب البنت ثمانية إلا شيئين، وذلك يعدل نصيب الابن، فيجبر الثمانية بشيئين، ونزيدهما على التعديل، فثمانية تعدل سبعة وشيئاً، يسقط سبعة بسبعة، يبقى واحد يعدل شيئاً، فالشيء واحد، وهو الوصية، ونصيب البنت ثلاثة، ونصيب الابن ستة، وجملة التركة عشرة.

مسألة: ابنان وبنث وأوصى لكل واحد من زيد وعمرو بوصية، إذا زدت على وصية زيد أربعة دراهم، كانت مثل نصيب البنت، وإذا زدت على وصية عمرو تسعة دراهم، كانت مثل نصيب ابن، والوصيتان جميعاً عشرون، كم التركة، وكم الأنصاء، وكل وصية، فنجعل نصيب البنت شيئاً؛ فيكون نصيب الابن شيئين، ويكون وصية زيد شيئاً، إلا أربعة دراهم، ووصية عمرو شيئين إلا تسعة، فالوصيتان ثلاثة أشياء إلا ثلاثة عشر درهماً، وذلك يعدل عشرين درهماً، فيجبر ويُقَابَلُ: فثلاثة أشياء تعدل ثلاثة وثلاثين، فيكون الشيء أحد عشر، فهو نصيب البنت ونصيب كل ابن اثنان وعشرون، فإذا نقصت من أحد عشر أربعة، بقي سبعة، فهي وصية زيد، وإذا نقصت من اثنين وعشرين تسعة؛ بقي ثلاثة عشر، فهي وصية عمرو، فالوصيتان معاً عشرون، والتركة خمسة وسبعون.

ولو قيل: كانت وصية زيد إذا نقصت من خمسة عشر، بقي مثل نصيب البنت، ووصية عمرو إذا نقصت من أربعين، بقي مثل نصيب ابن، والوصيتان عشرون، كم التركة؟ وكم الأنصاء؟ وكل واحدة من الوصيتين؟! فجعل نصيب البنت شيئاً، ونصيب الابن شيئين، وينقص نصيب البنت عن خمسة عشر؛ يبقى خمسة عشر إلا شيئاً، فهو وصية زيد، وينقص نصيب الابن من أربعين؛ يبقى أربعون إلا شيئين، فهو وصية عمرو، فالوصيتان خمسة وخمسون، إلا ثلاثة أشياء، وهي تعدل عشرين، فتجبر وتقابل: فخمسة وخمسون تعدل عشرين، وثلاثة أشياء تسقط عشرين بعشرين، يبقى خمسة وثلاثون في معادلة ثلث شيء، فالشيء يعدل أحد عشر وثلثين، وهو نصيب البنت أنقصته من خمسة عشر؛ يبقى ثلاثة وثلثين، فهي وصية زيد، ونصيب الابن ثلاثة وعشرون وثلث، إذا نقصته من أربعين؛ يبقى سبعة عشر، وثلثان، فهي وصية عمرو، فالوصيتان عشرون، والتركة ثمانية وسبعون وثلث.



**مسألة:** ثلاثة بنين، وأوصى لثلاثة أشخاص بوصايا، هي مثل نصيب أحد البنين، ووصية زيد وعمرو معاً أكثر من وصية بكر بثلاثة دراهم، ووصية عمرو وبكر معاً أكثر من وصية زيد بسبعة دراهم، ووصية زيد وبكر معاً أكثر من وصية عمرو باثني عشر درهماً، كم التركة، وكم كل وصية؟ تجعل نصيب كل ابن شيئاً، فتكون الوصايا كلها شيئاً، تسقط منه فضل وصية زيد وعمرو وعلى وصية بكر وهو ثلاثة؛ يبقى شيء إلا ثلاثة دراهم، نأخذ نصفه، وهو نصف شيء إلا درهماً ونصفاً، فهو وصية بكر، ثم تسقط منه فضل وصية عمرو وبكر على وصية زيد، وهو سبعة؛ يبقى شيء إلا سبعة دراهم، نأخذ نصفه، وهو نصف شيء إلا ثلاثة دراهم ونصف درهم، فهو وصية زيد ثم تسقط منه فضل وصية زيد وبكر على وصية عمرو، وهو اثنا عشر، يبقى شيء إلا اثني عشر، نأخذ نصفه، وهو نصف شيء إلا ستة فهو وصية عمرو، وجميعها عند الأصم شيء ونصف شيء إلا أحد عشر درهماً، وذلك يعدل شيئاً، فيجبر ويقابل: فشيء ونصف شيء يعدل شيئاً وأحد عشر، يسقط الشيء بالشيء، فالنصف يعدل أحد عشر، والشيء الكامل يعدل اثنين وعشرين، فعرفنا أن نصيب كل ابن اثنان وعشرون، وكذلك جميع الوصايا، فإن أردنا أن نعرف كل وصية أسقطنا من مبلغ الجميع فضل وصيتي زيد وعمرو، على وصية بكر، وهو ثلاثة؛ يبقى تسعة عشر، نأخذ نصفها، وهو تسعة ونصف، فهي وصية بكر، ثم أسقطنا منه فضل وصيتي عمرو وبكر على وصية زيد، وهو سبعة؛ يبقى خمسة عشر، نأخذ نصفها، وهو سبعة ونصف درهم، فهي وصية زيد، ثم أسقطنا منه فضل وصيتي زيد وبكر على وصية عمرو، وهو اثنا عشر، يبقى عشرة، نأخذ نصفها خمسة، فهي وصية عمرو، وجملتها اثنان وعشرون، والتفاوت كما وقع السؤال عنه، ولما كانت الوصايا في هذه الصورة ثلاثاً، وكانت كل اثنين منها تفضل الثالثة بعدد، كانت كل مفضولة نصف الباقي من جملة الوصايا بعد إسقاط الفضل، ولو كانت الوصايا أربعاً، وكل ثلاث يفضل الرابعة بعدد، فتكون المفضولة ثلث الباقي من جملة الوصايا بعد إسقاط الفضل، ولو كانت الوصايا خمساً، وكل أربع منها يفضل الخامسة بعدد، فتكون المفضولة ربع الباقي من جملة الوصايا بعد إسقاط الفضل، وعلى هذا القياس.

**مسألة:** ابنان، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهما، ولعمرو بثلث ما يبقى من النصف وبدرهم، وترك ثلاثين درهماً، فنجعل الوصيتين شيئاً، ونلقيه من التركة؛ يبقى ثلاثون درهماً، إلا شيئاً، لكل ابن خمسة عشر إلا نصف شيء، فهو النصيب، ثم نأخذ نصف المال، وهو خمسة عشر، فنسقط منها نصيباً، وهو خمسة عشر إلا نصف شيء؛ يبقى نصف شيء، نأخذ لعمرو ثلاثة، وهو سدس شيء، ونضم إليه درهماً، فالوصيتان معاً ستة عشر إلا ثلث شيء، وذلك يعدل شيئاً، فيجبر ويقابل: فسته عشر درهماً،

تعديل شيئاً وثلاث شيء، فالشيء يعدل اثني عشر درهماً، وهي جملة الوصيتين، يبقى ثمانية عشر للابنين نأخذ نصف المال، وهو خمسة عشر درهماً فنسقط نصيباً، وهو تسعة، تدفعه إلى زيد؛ يبقى ستة نأخذ ثلثها ودرهماً، لعمر؛ يبقى ثلاثة تزيدها على النصف الآخر، تبلغ ثمانية عشر؛ لكل ابن تسعة.

مسألة: ستة بنين، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم، ولعمر بثلث ما يبقى من الثلث، والتركة ثلاثة عشر درهماً، وثوب فأخذ زيد الثوب بحقه كم قيمته فجعل الثوب شيئاً فتكون التركة ثلاثة عشر درهماً و شيئاً، نأخذ ثلثها، وهو أربعة دراهم، وثلث درهم، وثلث شيء، فيسقط منه بالنصيب شيئاً، يبقى أربعة دراهم، [وثلث درهم، إلا ثلثي شيء فنسقط من ذلك ثلاثة، وهو درهم<sup>(١)</sup>، وأربعة أتساع درهم، إلا تسع شيء؛ يبقى درهمان، وثمانية أتساع درهماً، إلا أربعة أتساع شيء، نزيده على ثلثي المال وهو ثمانية أتساع درهم إلا أربعة أتساع شيء، نزيده على ثلثي المال، وهو ثمانية دراهم، وثلثا شيء يبلغ أحد عشر درهماً وخمسة أتساع درهماً، وتسع شيء، وذلك يعدل ستة أشياء، فنسقط تسع شيء، بتسع شيء؛ يبقى أحد عشر درهماً وخمسة أتساع درهم، في معادلة خمسة أشياء، وسبعة أتساع شيء، فنبسطها أتساعاً، فتكون الأشياء اثنين وخمسين، والدراهم مائة وأربعة؛ فالشيء الواحد يعدل درهمين، ففرغنا أن قيمة الثوب درهمان، نأخذ ثلث المال، وهو خمسة دراهم، يدفع الثوب منها إلى زيد بدرهمين، يبقى ثلاثة، يدفع منها واحداً إلى عمرو، يبقى اثنان، نزيدهما على ثلثي المال، يبلغ اثني عشر، لكل واحد درهمان، ولو كان البنون ثلاثة، فالعمل على ما ذكرنا إلى أن يعادل أحد عشر درهماً.

وخمسة أتساع درهم، وتسعاً شيء، ثلاثة أشياء تسقط تسعين بتسعين، فأحد عشر درهماً، وخمسة أتساع، يعدل شيئين، وسبعة أتساع نبسطها أتساعاً، فالأشياء خمسة وعشرون، والدراهم مائة وأربعة، فالشيء يعدل أربعة دراهم، وأربعة أجزاء من خمسة وعشرين جزءاً من درهم، فهو قيمة الثوب، وجملة التركة سبعة عشر درهماً، وأربعة أجزاء من خمسة وعشرين جزءاً من درهم، نأخذ ثلثه؛ وهو خمسة دراهم وثمانية عشر جزءاً من خمسة وعشرين جزءاً من درهم، فنسقط منه لزيد أربعة دراهم وأربعة أجزاء من خمسة وعشرين جزءاً من درهم؛ يبقى درهم، وأربعة عشر جزءاً من خمسة وعشرين جزءاً من درهم، نأخذ ثلاثة عشر جزءاً من خمسة وعشرين جزءاً من درهم [يبقى درهم وأربعة عشر جزءاً من خمسة وعشرين جزءاً من درهم، نأخذ ثلثه، وهو ثلاثة عشر جزءاً من خمسة وعشرين جزءاً من درهم؛<sup>(٢)</sup> يبقى درهم وجزء من خمسة

(٢) سقط في: ز، أ.

(١) سقط في: ز.

وعشرين جزءاً من درهم، تزيده على ثلثي المال؛ وهو أحد عشر درهماً، وأحد عشر جزءاً من خمسة وعشرين جزءاً من درهم، يبلغ اثني عشر درهماً، واثني عشر جزءاً من خمسة وعشرين جزءاً من درهم لكل واحد أربعة دراهم وأربعة أجزاء من خمسة وعشرين من درهم.

مسألة: اثنان، وأوصى بوصية، إذا نقصتها من نصيب أحدهما، بقي مثل الوصية وربع جميع المال، كم الوصية، وكم النصيب؟ نجعل ربع المال شيئاً، وتعلم أنه إذا انضمت إليه وصية، كانت مثل نصيب أحد الابنين، إلا وصية، فنصيب كل ابن شيء ووصيتان، ثم نأخذ المال كله، وهو أربعة أشياء؛ لانا جعلنا الربع شيئاً، فنسقط منه الوصية، يبقى أربعة أشياء إلا وصية، وهو يعدل نصيب الابنين، وهما شيئان وأربع وصايا؛ لأن كل نصيب شيء ووصيتان، فتجبر وتقابل؛ فأربعة أشياء تعدل شيئين وخمس وصايا، نسقط شيئين بشيئين، يبقى شيئان في معادلة خمس وصايا، فنقلب الاسم، فتقول: الشيء خمسة، والوصية اثنان، فكان المال أربعة أشياء، فهو إذن عشرون، ونصيب كل ابن شيء ووصيتان، فهو إذن تسعة، فإذا نقصنا الوصية، وهي اثنان من النصيب، تبقى سبعة، وهي مثل الوصية وربع جميع المال.

مسألة: ابن و بنت، وأوصى بثلاث وصايا لثلاثة أشخاص، وكان إذا جمعت وصيتا زيد وعمرو، كان المبلغ مثل نصيب الابن، وإذا جمعت وصيتا زيد وبكر، كان مثل ثلث التركة، فيجعل وصية عمرو شيئاً، ويسقطه من نصيب الابن؛ يبقى نصيبان إلا شيئاً، فهو وصية زيد، ويسقط الشيء من نصيب البنت، يبقى نصيب إلا شيئاً، فهو وصية بكر، ثم يجمع وصيتي بكر وزيد، وهما ثلاثة أنصباء إلا شيئين، وذلك ثلث المال؛ فالمال إذن تسعة أنصباء إلا ستة أشياء، فتلقى منه الوصايا كلها، وهي ثلاثة أنصباء إلا شيئاً؛ لأن وصية زيد نصيبان إلا شيئاً، ووصية عمرو شيء، ووصية بكر نصيب إلا شيئاً.

وإذا أسقطنا ذلك من المال، بقي ستة أنصباء إلا خمسة أشياء، تغدّل أنصباء الورثة؛ وهي ثلاثة، فتجبر وتقابل، فسته أنصباء تعدل ثلاثة أنصباء، وخمسة أشياء تسقط ثلاثة أنصباء بمثلها؛ يبقى ثلاثة أنصباء تغدّل خمسة أشياء، فيقلب الاسم، ونقول: الشيء ثلاثة، والنصيب خمسة، فللابن عشرة وللبنات خمسة، ووصية زيد سبعة؛ لأنها نصيبان إلا شيئاً، ووصية عمرو ثلاثة؛ لأنها شيء، ووصية بكر اثنان؛ لأنها نصيب إلا شيئاً، والتركة تسعة وعشرون.

مسألة: ابن و بنت، وأوصى لزيد وعمرو بوصيتين، فكانت وصية زيد ضعف وصية عمرو، وكانتا معاً سدس المال، وإذا ضربت كل واحدة منهما في نفسها،

وأسقطت الأقل من الأكثر، كان الباقي مثل نصيب البنت؛ فيجعل وصية عمرو شيئاً، ووصية زيد شيئين، وهما معاً سدس المال، فالمال ثمانية عشر شيئاً، ثم تضرب وصية عمرو في نفسها، فيجعل مال. ووصية زيد في نفسها يجعل أربعة أموال، تسقط الأقل من الأكثر؛ تبقى ثلاثة أموال، فهي نصيب البنت.

فنصيب الابن ستة أموال، نزيد الوصيتين على مجموعهما، تحصل تسعة أموال وثلاثة أشياء، وهي تعدل جميع المال، وهو ثمانية عشر شيئاً، يسقط ثلاثة أشياء بمثلها، تبقى تسعة أموال في معادلة خمسة عشر شيئاً، فالشيء واحد وثلثان، وهو وصية عمرو، ووصية زيد ثلاثة وثلث، وهما جميعاً سدس التركية، فهي إذن ثلاثون، وإذا ضربت درهماً وثلثي درهم في نفسه، حصل درهماً وسبعة أتساع، وإذا ضربت ثلاثة دراهم وثلث درهم في نفسه، حصل أحد عشر درهماً وتسع دراهم، وإذا أسقطت الأقل من الأكثر، يبقى ثمانية دراهم وثلث؛ وهي مثل نصيب البنت والابن ستة عشر وثلثان.

مسألة: زوج، وأم، وأخ وأوصى لزيد بمثل نصيب الأخ، ولعمرو بثلث ما يبقى من الثلث، وشرط الأتصام الأم، فمسألة الورثة من ستة، وتجعل ثلث المال سهماً، وثلاثة دراهم، أما سهما فلان الأخ الموصى بمثل نصيبه، له سهم من مسألة الورثة، وأما ثلاثة دراهم، فلذكره ثلث ما يبقى من الثلث، فنُدفع سهماً إلى زيد؛ يبقى ثلاثة دراهم، يُدفع منها واحد إلى عمرو يبقى درهماً، نزيدهما على ثلثي المال، وهو سهمان وستة دراهم، يكون سهمين وثمانية دراهم، وذلك يعدل ثلث المال وأربعة أسهم؛ لأن الأم، إذا لم تُضم، أخذت ثلث المال كاملاً.

وللزوجة والأخ أربعة أسهم، وثلث المال سهم وثلاثة دراهم، فإذا: سهمان وثمانية دراهم تعدل خمسة أسهم وثلاثة دراهم، يسقط المثل بالمثل، فتعود السهام إلى ثلاثة، والدرهم إلى خمسة، وتقلب الاسم، ويعول السهم خمسة، والدرهم ثلاثة، وكان ثلث المال سهماً وثلاثة دراهم، فهو إذن أربعة عشر، [تعزل]<sup>(١)</sup> منها نصيب الأخ، وهو خمسة لزيد، وثلث الباقي، وهو ثلاثة لعمرو، يبقى ستة، نزيدها على ثلثي المال، يبلغ أربعة وثلثين؛ من ذلك ثلث المال للأم، وهي أربعة عشر، يبقى عشرون للزوج بثلثه خمسة عشر، وللأخ بواحد خمسة، والمسألة ونظائرها تُفرض فيما إذا أجاز من عليه الضيم لمن لا ضيم عليه.

(١) في ز: يعدل.

## البَابُ الثَّانِي

### فِي الْمَسَائِلِ الدَّورِيَّةِ

#### مِن سَائِرِ التَّصَرُّفَاتِ الشَّرْعِيَّةِ

ونوردها على ترتيب أبوابها في الفقه .

فمنها البيعُ : وقد ذكرنا في تفريق الصفقة مسائل ؛ منه يفرض لها الدور .

فمن تلك المسائل أن يبيع المريض قفيزاً جيداً من الحنطة، قيمته عشرون بقفيز رديء، قيمته عشرة، ويؤننا أن هذا البيع باطل أصلاً على أحد القولين، وإذا بطل البيع على ذلك القول، بطلت المحاباة التي هي في ضمنه، وليس للمشتري أن يقول: رددت البيع، فسلموا إلي قدر المحاباة.

وعلى القول الثاني يصح البيع في بعض القفيز ببعض القفيز، واستخرجنا بالجبر وغيره: أن ذلك البعض هو ثلثان، ولو باع كراً قيمته خمسون بكرّ قيمته ثلاثون، وله سواه عشرة دراهم، صح البيع في جميع الكر؛ لأنه رجع إليه ثلاثون، وعنده عشرة، فيبقى لورثته أربعون، ولم يحاب إلا بعشرين، ولو كانت قيمة الكر الجيد خمسين، وقيمة الكر المقابل خمسة عشر، وله عشرة، فنقول: صح البيع في شيء من الكر الجيد، وقابله من الثمن ثلاثة أعشار ذلك الشيء، فبقيت المحاباة سبعة أعشار شيء مع الورثة؛ عشرة دراهم أيضاً، وهي عشر كراً، فيجتمع معهم كر وعشر كراً إلا سبعة أعشار شيء، وذلك يعدل ضعف المحاباة، وهي شيء وأربعة أعشار شيء؛ لأن المحاباة سبعة أعشار شيء، فيجبر، ويقابل فكر وعشر كراً يعدل شيئين وعشر شيء، بنسبتها أعشاراً، ونقلب الاسم، فيكون الكر أحداً وعشرين، والشيء اثني عشر، فيصح البيع في اثني عشر جزءاً من أحد وعشرين جزءاً من الكر.

وذلك يعدل أربعة أسباعه بأربعة أسباع الكر الرديء، وهي بالقيمة ثلاثة أعشار المبيع من الكر الجيد، فيجعل الكر عدداً له سبع وعشر، وأقله سبعون، فيصح البيع في أربعة أسباعه، وهي أربعون بثلاثة أعشار الأربعين، وهي اثنا عشر، فبقيت المحاباة بثمانية وعشرين.

ومع الورثة مما بطل البيع فيه ثلاثون وعشر كراً، وهما أربعة عشر، بأجزاء السبعين، فيجتمع عندهم ستة وخمسون، ضعف المحاباة، وبطريق النسبة والتقدير: نقول: ثلث الكر والعشرة المتروكة عشرون، والمحاباة بخمسة وثلاثين.

والعشرون أربعة أسباع الخمسة والثلاثين، فيصح البيع في أربعة أسباع الكر.

ولو باع كراً قيمته مائة، بكر قيمته خمسون، وعليه عشرة دراهم ديناً، فنحط العشرة من ماله، ويُقدَّر كأنه لا يملك إلا تسعين، وثلاثها ثلاثون، والمحابة بخمسين، والثلاثون ثلاثة أخماس الخمسين، فيصحُّ البيع في ثلاثة أخماس الجيد، بثلاثة أخماس الرديء، فيخرج من ملكه ستون، ويعود إليه ثلاثون؛ ويبقى مما بطل فيه ثلاثون، وذلك ضعف المحابة.

وإذا كان على المريض دين، وله مال سوى ما باع تركته، فيقابل الدين بالتركة، فإن تساويا؛ فكأنه لا دين، ولا تركة، وإن زاد أحدهما، اعتبرنا الزائد على ما بيناه.

وهذا في بيع الجنس بالجنس من الرويات.

أما إذا باع كر حنطة قيمته عشرون، بكر شعير قيمته عشرة، فإن قلنا: نصحُّ البيع في البعض بقسطه من الثمن، فالجواب كما لو باع الحنطة الجيدة بالرديئة، فيصحُّ البيع في ثلثي الحنطة، بثلثي الشعير، وإن قلنا: يصح فيما يحتمله الثلث، وفيما يوازي، الثمن بجميع الثمن، فيصحُّ البيع في خمسة أسداس الحنطة بجميع الشعير؛ لأنه يصحُّ في قدر الثلث، وفيما يوازي الشعير بالقيمة، وهو النصف، ولا بأس بالمفاصلة في الكيل ما هنا.

## فصل

في بيع المريض بالمحابة مع حدوث زيادة، أو نقصان في المبيع.

أما الزيادة: فالاعتبار بالقدر الذي يصح فيه البيع بيوم البيع، وزيادته للمشتري غير محسوبة عليه، والاعتبار في القدر الذي يبطل فيه البيع، ويبقى للورثة بيوم الموت، ولا فرق بين أن تكون الزيادة لمجرد ارتفاع السوق، أو لصفقة تزيد في القيمة، فإذا باع عبداً قيمته عشرون بعشرة، ثم زادت قيمته، فبلغت أربعين، وصححنا البيع في بعضه على ما بيناه في تفريق الصفقة؛ فإن صححنا البيع في بعضه بجميع الثمن، فللمشتري بالعشرة نصف العبد، وهي قيمته يوم الشراء، يبقى نصف العبد وقيمه يوم الموت عشرون، تضمه إلى الثمن يبلغ ثلاثين، فله من ذلك شيء بالمحابة، وشيء يتبع المحابة؛ بسبب زيادة القيمة غير محسوب عليه. يبقى ثلاثون درهماً إلا شيئاً، يعدل ضعف المحابة؛ وهو شيئان، فيُجَبَّر، ويقابل، فثلاثون درهماً تعدل أربعة أشياء، فالشيء ربع الثلاثين، وهو سبعة دراهم ونصف درهم، وهذا ما يجوز التبرُّع فيه، وهو ثلاثة أثمان العبد يوم البيع، فيُضَمُّ إلى النصف الذي ملكه المشتري بالثمن؛ فيحصل له بالتبرُّع، والثلث سبعة أثمان العبد، يبقى للورثة ثمنه، وهو خمسة يوم الموت، والثلث، وهو عشرة، وهما ضعف المحابة.

وإن صححنا البيع في بعضه بقسطه من الثمن؛ فنقول: صحَّ البيع في شيء من العبد بنصف شيء من الثمن؛ فيكون المحاباة بنصف شيء ويبطل البيع في عبد إلا شيء، وقيمته عند الموت أربعون درهماً إلا شيئين، وإنما استثنى شيئين؛ لأن الاستثناء يزيد بحسب زيادة المستثنى منه، فيُضْمُ إليه الثمن، وهو نصف شيء، يبقى أربعون إلا شيئاً ونصف شيء؛ وذلك يعدل ضعف المحاباة، إليه الثمن، فيُجَبَّرُ، ويقَابَلُ.

فأربعون تعدل شيئين ونصف شيء، فالشيء خمساً الأربعين، وهما ستة عشر، وهي أربعة أخماس العبد يوم البيع، فللمشتري أربعة أخماس العبد بأربعة أخماس الثمن، وهي ثمانية؛ [فتكون المحاباة بثمانية، وللورثة أربعة أخماس الثمن، وهي ثمانية]<sup>(١)</sup> وخمس العبد وقيمته يوم الموت ثمانية، فالمبلغ ستة عشر؛ ضعف المحاباة.

ولا اعتبار بالزيادة الحادثة بعد موت المريض، بل وجودها كعدمها.

وأما النقصان: فإما أن يحدث في يد المشتري، أو في يد البائع المريض:

القسم الأول: إذا حدث النقصان في يد المشتري؛ فإما أن يحدث قبل موت البائع، أو بعده:

أما الحالة الأولى فمثالها: أن يبيع عبداً قيمته عشرون بعشرة، ثم تعود قيمته إلى عشرة، ثم يموت البائع، فإن صححنا البيع في بعض العبد بجميع الثمن، فنقول: يملك المشتري نصف العبد بالعشرة، ويُضْمُ نصفه الآخر يوم الموت، وهو خمسة إلى الثمن، يبلغ خمسة عشر، فللمشتري شيء من ذلك بالمحاباة، وذلك الشيء محسوب عليه بشيئين؛ لأن النقصان بالقسط محسوب على المتبرع عليه، فيبقى للورثة خمسة عشر إلا شيئاً، يعدل ضعف المحسوب عليه من المحاباة، وهو أربعة أشياء، فيُجَبَّرُ، ويقَابَلُ، فخمسة عشر تعدل خمسة أشياء، فالشيء ثلاثة، وهي ثلاثة أعشار العبد يوم الموت، وإذا انضم إليها النصف الذي ملكه بالثمن، وهو خمسة يوم الموت، كان المبلغ ثمانية، وهي أربعة أخماس العبد [يوم الموت، فيصحُّ البيع في أربعة أخماس العبد]<sup>(٢)</sup> وهو ستة عشر بجميع الثمن، وهو عشرة؛ يبقى التبرع بستة، وللورثة خمس العبد، وهو دزهمان، والثمن، وهو عشرة، وجملتها اثنا عشر ضعف المحاباة.

وإن صححنا البيع في بعضه بالقسط فنقول: يصحُّ البيع في شيء من العبد بنصف شيء من الثمن، ويبطل في عبد ناقص بشيء، وقيمته يوم الموت عشرة إلا نصف شيء [فنضم الحاصل من الثمن، وهو نصف شيء]<sup>(٣)</sup> إليه، فيكون عشرة دراهم

(١) سقط في: ز، أ.

(٢) سقط في: ز، أ.

(٣) سقط في: ز، أ.

بلا استثناء، وهي تعدل ضعف المحاباة، وهو شيء، فالشيء عشرة دراهم، وهي نصف العبد يوم البيع، فيصح البيع في نصفه، وهو عشرة بنصف الثمن، وهو خمسة، فالمحاباة بخمسة دراهم، وللورثة نصف العبد يوم الموت، وهو خمسة، ونصف الثمن، وهو خمسة، وجملتها ضعف المحاباة.

وفقه هذه الحالة: أن ما يصح فيه البيع، فحصته من النقصان محسوبة على المشتري؛ لأنه مضمون عليه [بالقبض، وما بطل فيه البيع، فحصته من النقصان غير مضمونة]<sup>(١)</sup> على المشتري، لأنه أمانة في يده؛ لأنه لم يتعد بإثبات اليد عليه، ولا قبضه لمنفعة نفسه. واستدرك الإمام، فقال: إن كان النقصان مجرد انخفاض السوق، فهذا صحيح؛ لأن نقصان السوق لا يُضمَّن باليد مع بقاء العين، وأما إذا كان النقصان في نفس العبد؛ فيحتمل أن يقال: إنه مضمون على المشتري؛ لأنه مقبوض على حكم البيع، حتى لو برأ المريض، كان البيع لازماً في الجميع.

وإذا كان المقبوض بالبيع الفاسد مضموناً على المشتري لأعتقاد كونه مبيعاً، فهذا أولى؛ فعلى هذا: يصير المشتري غارماً لقدر من النقصان، مع الثمن، ويختلف القدر الخارج من الحساب.

**الحالة الثانية:** أن يحدث النقصان بعد موت البائع؛ فظاهر ما أورده الأستاذ أبو منصور: أنه كما لو حدث قبل الموت؛ حتى يكون القدر المبيع ها هنا، كالقدر المبيع فيما إذا حدث قبل موته، قال الإمام: وهذا خطأ، إن أراد هذا الظاهر؛ لأن النظر في التركة، وحساب الثلث والثلثين، إلى حالة الموت، ولا معنى لاعتبار النقصان بعده؛ كما لا يعتبر الزيادة.

**القسم الثاني:** إذا حدث النقصان في يد البائع، بأن باع المريض عبداً يساوي عشرين بعشرة، ولم يسلمه؛ حتى عادت قيمته إلى عشرة؛ ذكر الأستاذ: أنه يصح البيع في جميعه؛ لأن التبرع إنما يتم بالتسليم، وقد بان قبل التسليم أنه لا تبرع، وأنه باع الشيء بثمن مثله، وبمثله أجاب، لو عادت القيمة إلى خمسة عشر؛ لأن التبرع يكون بخمسة، والثلث واف بها، واعترض الإمام بأن التبرع الواقع في ضمن البيع لا يتوقف نفوذه، وانتقال الملك فيه على التسليم؛ فوجب أن ينتظر إلى وقت انتقال الملك، وألاً يفرق بين النقصان بعد القبض وقبله، وهذه الاعتراضات يبيته.

**فرع:** النقصان الحادث في يد المشتري، إن كان بانخفاض السوق، لم يُزف خيار المشتري بتبعض الصفقة عليه، وإن كان لمعنى في نفس المبيع، فقد شبهوه بالعيب الحادث، مع الاطلاع على العيب القديم.

(١) سقط في: ز، أ.



## فَصْلٌ

محاباة المشتري تُعَبَّرُ من الثلث؛ كمحاباة البائع؛ لأن كل واحد منهما مَفُوتٌ للملك على الورثة، فإذا اشترى المريض عبداً، قيمته عشرةً بعشرين، لا يملك غيرها، فثلثُ ماله ستة وثلثان؛ والمحاباة عشرة، وستة، وثلثان ثلثا العشرة، فيصحُّ الشراء في ثلثي العبد؛ وهو ستة، وثلثان بثلثي الثمن وهو ثلاثة عشر وثلث، يبقى مع الورثة ثلث الثمن وهو ستة وثلثان - وثلثا العبد - وهو ستة وثلثان، وذلك ضعف المحاباة.

هذا إذا أجاز البائع البيع، وله أن يفسخ، ويسترد العبد؛ لتبعض الصفقة عليه، ولو اشترى عبداً، قيمته عشرة، بعشرين، فزادت قيمة العبد في يده، أو في يد البائع، فصارت خمسة عشر، فقد زادت خمسة في تركته، فإن قلنا: يصحُّ الشراء في بعض ما حابى فيه بجميع ما يقابله، فيضم الخمسة الزائدة إلى الثمن؛ فيصير جميع التركة خمسة وعشرين، وثلثها ثمانية وثلث، فيقال للبائع: ثلث ماله ثمانية وثلث، وقد حاباك بعشرة، فإما أن يفسخ العقد، وتسترد العبد، وإما أن ترد ما زاد على الثلث، وهو درهم وثلثان، فإن رد، فمع الورثة العبد، وقيمته يوم الموت خمسة عشر، ومعهم درهم وثلثان، وهما ضعف المحاباة، وإن قلنا: يصحُّ الشراء في بعضه ببعض ما يقابله، فنقول: يصحُّ الشراء في شيء من العبد بشيئين من الثمن؛ فتكون المحاباة بشيء.

يبقى عشرون درهماً إلا شيئين؛ يُضْمُ إليه المُشْتَرَى من العبد، وكان شيئاً فصار شيئاً ونصفاً، يبلغ عشرين إلا شيئاً، ونصف شيء، وذلك يعدل ضعف المحاباة، وهو شيان، فيُجَبَّرُ وَيُقَابَلُ فالعشرون، تعدل شيئين ونصف شيء، فالشيء ثمانية؛ وهي خمس العشرين، وأربعة أخماس العبد، فيصحُّ البيع في أربعة أخماس العبد، وهي ثمانية بأربعة أخماس الثمن، وهي ستة عشر؛ فتكون محاباة المشتري بثمانية، يبقى لورثته خمس الثمن؛ وهو أربعة وأربعة أخماس العبد، وهي اثنا عشر يوم الموت فالجملة ستة عشر، ضعف المحاباة.

ولو اشترى كما ذكرنا، ثم نقص العبد في يد المريض، فعادت قيمته إلى خمسة، فإن قلنا.

بالأول من القولين، فقد كانت تركته عشرين، وصارت بالآخرة خمسة عشر، وثلثها خمسة، فيقال للبائع: إما أن ترد على الورثة خمسة؛ ليكون معهم العبد، وهو والدرهم الخمسة<sup>(١)</sup>، فيكون لهم ضعف الخمسة، وإما أن تفسخ البيع، وترد الثمن بتمامه، وتسترد العبد ناقصاً، ولا ضمان للمشتري، وإن قلنا بالتقسيت، فقد ذكر الأستاذ

(١) في: ز: وهو خمسة والدرهم.

أبو منصور: أن المُشْتَرِي يضمن قسطن ما بطل البيع فيه من النقصان، وينقص ذلك من التركة؛ كدَيْن يلزمه قضاؤه، قال الإمام: هذا رجوعٌ إلى ما قدمنا أن المأخوذ على أنه مبيع، يكون مضموناً عليه، ومناقض لما ذكر الأُسْتَاذُ أن ما لا يصحُّ فيه البيع أمانة في يد المشتري، ثم حسابه أن يُقال: صحَّ الشراء في شيء من العبد، بشيئين من الثمن، وبطلَّ في عبد ناقص، بشيء، قيمته بالتراجع خمسة دراهم، إلا نصفَ شيء، فينقص القدر الذي نقص من التركة، تبقى خمسة عشر درهماً إلا شيئاً ونصف شيء؛ تضم إليه الشيء المشتري من العبد، وقد رجع إلى نصف شيء، فيكون الحاصل خمسة عشر [درهماً إلا شيئاً يعدل ضعف المحاباة، وهو شيئان فتجبر وتقابل فخمسة عشر]<sup>(١)</sup> تعدل ثلاثة أشياء.

فالشيء ثلث الخمسة عشر، وهو نصف العبد، فيصحُّ الشراء في نصف العبد بنصف الثمن، فتكون المحاباة بخمسة؛ يبقى للورثة نصف الثمن، وهو عشرة، ونصف العبد، وهو اثنان ونصف، يسقط من المبلغ قسط ما بطلَّ العقد فيه من النقصان، وهو اثنان ونصف شيء، يبقى في أيديهم عشرة ضعف المحاباة.

فرع: اشترى المريض عبداً يساوي عشرة بعشرين، وله ثلاثون درهماً، وقبض العبد، وأعتقه، فالمحاباة بعشرة، وهي ثلث ماله، قال ابن الحداد: إن كان ذلك قبل توفية الثمن على البائع نفذ العتق، وبطلَّت المحاباة، والبائع يأخذ قدر قيمة العبد، بلا زيادة، وعلل بأن المحاباة في الشراء. كالهبة، فإذا لم تكن مقبوضة حتى جاء ما هو أقوى منها، وهو العتق، أبطلها. وإن كان بعد توفية الثمن، بطل العتق؛ لأن المحاباة المقبوضة قد استغرقت الثلث.

قال الشيخ أبو علي: قد أكثر ابن الحداد التبجح<sup>(٢)</sup> بهذه المسألة، وهو غلطٌ فيها عند الأصحاب كلهم، وقالوا: لا فرق في المحاباة بين أن تكون مقبوضة، أو لا تكون مقبوضة؛ لأنها متعلقة بالمعاوضة [والمعاوضات]<sup>(٣)</sup> تلزم بنفس العقد، ولهذا يتمكن الواهب من إبطال الهبة قبل القبض، ولا يتمكن من إبطال المحاباة.

وقد أجاب ابن الحداد في «باب الصداق» بهذا، إذا أصدق المريض المرأة أكثر من مهر مثلها، وإذا لم يفترق الحال بين أن تكون مقبوضة، أو غير مقبوضة فالجواب في الحاليتين تصحيح المحاباة المتقدمة، وإبطال العتق المتأخر، قال: وأما قوله: «إن البائع يأخذ قيمة العبد بلا زيادة»، فهذا لا يجوز أن يلزم، ويكلف به؛ لأنه لم يزل ملكه إلا بعشرين، ولكن يُخَيَّرُ بين ما ذكره، وبين أن يفسخ البيع ويبطل العتق.

(٢) في: ز: الحجج.

(١) سقط في: ز، أ.

(٣) سقط في: ز.

## فَضْلٌ فِي إِتْلَافِ الْمَرِيضِ الْمُحَابِي، أَوْ صَاحِبِهِ مَا أَخَذَهُ

باع المريض عبداً، يساوي عشرين، بخمسة، وأتلف الثمن الذي أخذه؛ فإن قلنا: يصحُّ البيع في بعض ما حابى فيه بجميع ما يقابله، فقد ملك المشتري ربع العبد بالخمسة، وأتلف البائع الخمسة من ماله، فعادت التركة إلى خمسة عشر للمشتري من ذلك شيء بالمحابة، يبقى للورثة خمسة عشر إلا شيئاً يعدل ضعف المحابة، وهو شيئان، فيجزي، ويقابل؛ فخمسة عشر تعدل ثلاثة أشياء؛ فالشيء خمسة، وهو ربع العبد؛ فيحصل للمشتري نصف العبد، ربه بالثمن، وربعه بالتبرع، وهو خمسة؛ يبقى للورثة عشرة ضعف المحابة.

وإن قلنا بالتقسيم، صحَّ البيع في ثلث العبد بثلث الثمن، وقد بينا ذلك بطريقة الجبر وغيرها، فيما إذا باع قفيز حنطة يساوي عشرين، أو ثلاثين، بقفيز يساوي عشرة في «باب تفريق الصفة» وهذا الجواب مطرد، كيف فرضت قيمة الجيد والرديء على اختلاف الأقدار، ويُنَّ ذلك بطريقتين أخريتين والتصوير فيما إذا كان الجيد يساوي عشرين، والرديء عشرة.

إحدهما: بطريقة الخطائين، فقدر القفيز الجيد خمسة أسهم، وتصحيح البيع في سهم بنصف سهم، فتكون المحابة بنصف سهم؛ يبقى أربعة أسهم ونصف سهم، يقضي منها القفيز الرديء، وهو سهمان ونصف، ويبقى في يد الورثة سهمان، وكان ينبغي أن يكون سهماً، ولو ضعف المحابة فأخطأنا بسهم واحد، ثم نعود ونصحح البيع في سهم وثلث سهم من الخمسة بنصفه، وهو ثلث سهم؛ فتكون المحابة بثلثي سهم، تبقى في يد الورثة أربعة وثلث.

نقضي منها القفيز الرديء، وهما سهمان ونصف، يبقى سهم وخمسة أسداس سهم، وكان ينبغي أن يكون سهماً وثلثاً، فأخطأنا بنصف سهم، فنقول: لما زدنا ثلث سهم، ذهب نصف الخطأ. فلو زدنا ثلثي سهم، ذهب جميع الخطأ، فإذا ما يصحُّ البيع فيه من الخمسة سهم وثلثان، وذلك ثلث الخمسة.

والثانية: طريقة الدينار والدرهم، نُقدِّر القفيز الجيد ديناراً ودرهماً، ونصحح البيع في الدينار، ويعود إليه نصفه، فتبقى المحابة بنصف دينار، ويكون عنده درهم ونصف دينار، وهو العائد إليه، وقد أتلف الرديء، وهو نصف درهم ونصف دينار، فينقصه مما بقي للورثة، يبقى نصف درهم، يعدل بنصف المحابة، وهو دينار، فعرفنا أن الدينار نصف درهم، وهو ثلث القفيز.

ولو أتلف المريض بعض القفيز الرديء، كأنه أتلف نصفه، وقيمة القفيز الجيد عشرون، فبطريق النسبة والتقدير يقول: مال المريض عشرون، لكنه أتلف خمسة،

فَنَحْطُ مِنْ مَالِهِ، يَبْقَى خَمْسَةَ عَشْرَ؛ ثَلَاثًا خَمْسَةَ، وَالْمَحَابَاةَ عَشْرَةَ، وَالْخَمْسَةَ نَصْفَ الْعَشْرَةِ، فَيَصْحُ الْبَيْعُ فِي نَصْفِ الْعَبْدِ، بِنَصْفِ الثَّمَنِ، فَيَكُونُ الْمَحَابَاةَ بِخَمْسَةَ، يَبْقَى لِلْوَرِثَةِ نَصْفَ الْعَبْدِ، وَهُوَ عَشْرَةَ، ضَعْفَ الْمَحَابَاةِ.

وبطريق الدينار والدزهم: يَجْعَلُ الْقَفِيزَ الْجَيِّدَ دِينَارًا وَدِرْهَمًا، نَصَحَّ الْبَيْعُ فِي الدِّينَارِ بِمِثْلِ نَصْفِهِ، يَبْقَى دِرْهَمٌ وَنَصْفُ دِينَارٍ؛ يُقْضَى مِنْهُ الدَّيْنُ، وَهُوَ رِبْعُ دِينَارٍ وَرِبْعُ دِرْهَمٍ؛ لِأَنَّ الرَّدِيَّ نَصْفُ دِينَارٍ، وَنَصْفُ دِرْهَمٍ، وَالْمَتْلَفُ نَصْفُ الرَّدِيِّ، فَيَبْقَى مَعَ الْوَرِثَةِ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ دِزْهَمٍ وَرِبْعُ دِينَارٍ، يَعْدَلُ ضَعْفَ الْمَحَابَاةِ، وَهُوَ دِينَارٌ، فَتَسْقُطُ رِبْعُ دِينَارٍ وَرِبْعُ دِينَارٍ؛ يَبْقَى ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ دِرْهَمٍ، يَعْدَلُ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ دِينَارٍ، فَالدِّينَارُ مِثْلُ الدِّرْهَمِ، فَعَرَفْنَا صِحَّةَ الْبَيْعِ فِي نَصْفِ الْقَفِيزِ بِنَصْفِ الْقَفِيزِ.

فروع أحدها: باع المريض قفيز حنطة، قيمته خمسة عشر لأخيه، بقفيز قيمته خمسة، فمات أخوه قبله، وخلف بنتاً، وأخاه البائع، ثم مات البائع، ولا مال لهما سوى ما تصرفا فيه، فيصح البيع في شيء من القفيز الجيد، ويُزَجُّ بِالْعَوْضِ ثَلَاثُ شَيْءٍ؛ يَبْقَى مَعَهُ قَفِيزٌ إِلَّا ثَلَاثِي شَيْءٍ، فَالْمَحَابَاةُ بِثَلَاثِي شَيْءٍ، وَيَحْصُلُ مَعَ الْمُشْتَرِي شَيْءٌ مِنَ الْقَفِيزِ الْجَيِّدِ، وَالْبَاقِي مِنْ قَفِيزِهِ، وَهُوَ قِيَمَةُ الْقَفِيزِ الْجَيِّدِ، ثَلَاثُ قَفِيزٍ إِلَّا ثَلَاثُ شَيْءٍ، فَهُمَا مَعًا ثَلَاثُ قَفِيزٍ وَثَلَاثُ شَيْءٍ، يُزَجُّ نَصْفَهُ بِالْإِرْثِ إِلَى الْبَائِعِ، وَهُوَ سَدَسُ قَفِيزٍ وَثَلَاثُ شَيْءٍ، فَتَزِيدُهُ عَلَى مَا كَانَ لِلْبَائِعِ، فَالْمَبْلُغُ قَفِيزٌ وَسَدَسُ قَفِيزٍ إِلَّا ثَلَاثُ شَيْءٍ، وَهَذَا يَعْدَلُ ضَعْفَ الْمَحَابَاةِ، وَهُوَ شَيْءٌ وَثَلَاثُ شَيْءٍ، فَيُجْبَرُ وَيُقَابَلُ.

قفيز وسدس قفيز يعدل شيئاً وثلثي شيء، فنبسطها أسداساً، ونقلب الاسم، فالقفيزُ عَشْرَةَ، وَالشَّيْءُ سَبْعَةٌ، فَيَصْحُ الْبَيْعُ فِي سَبْعَةِ أَعْشَارِ الْجَيِّدِ، وَهُوَ عَشْرَةٌ وَنَصْفٌ، بِسَبْعَةِ<sup>(١)</sup> أَعْشَارِ الرَّدِيِّ، وَهُوَ ثَلَاثَةٌ وَنَصْفٌ فَتَكُونُ الْمَحَابَاةَ بِسَبْعَةِ، يَبْقَى مَعَ الْبَائِعِ مِنْ قَفِيزِهِ أَرْبَعَةٌ وَنَصْفٌ، وَقَدْ أَخَذَ بِالْعَوْضِ ثَلَاثَةَ دِرَاهِمٍ، وَنَصْفُ دِزْهَمٍ، فَالْمَجْمُوعُ ثَمَانِيَةٌ، وَلِلْمُشْتَرِي مِنْ قَفِيزِهِ دِزْهَمٌ وَنَصْفٌ وَمِنْ الْقَفِيزِ الْجَيِّدِ عَشْرَةٌ وَنَصْفٌ، يَكُونُ اثْنِي عَشَرَ دِرْهَمًا، يُزَجُّ نَصْفَهُ إِلَى الْبَائِعِ، وَهُوَ سِتَّةٌ، يَبْلُغُ مَا عِنْدَهُ أَرْبَعَةَ عَشْرَ، وَهِيَ ضَعْفُ الْمَحَابَاةِ.

ولو كان القفيز الرديء بالقيمة نصف الجيد، والجيد يساوي عشرين، صح البيع في الجميع؛ لأنه يكون المحاباة بعشرة، فيبقى عنده عشرة، ويُزَجُّ إِلَيْهِ بِالْإِرْثِ عَشْرَةَ.

الثاني: باع المريض عبداً، يساوي عشرين، بعشرة، فاكسب العبد عشرين في يد البائع، أو في يد المشتري، ثم مات المريض، فإن ترك عشرة سوى ثمن العبيد، نفذ

(١) في: ز: تسعة.

البيع في جميع للعبد، وكان الكسب للمشتري، وإن لم يملك شيئاً آخر، بطل البيع في بعض العبد؛ لأن المحاباة لا تَخْرُجُ عن الثلث.

ثم حكى الإمام عن الأستاذ: أن الكسبَ بتمامه للمشتري؛ لأنه حصل في ملكه، ثم عرض الفسخ والرد، وكان كما لو أُطْلِعَ المشتري على عيب قديم بَعْدَ الكسب، فإنه يردّه، ويبقى الكسب له، قال: وهذا زللٌ عظيمٌ؛ بل الوجه القطعُ بأن الكسب تبعضُ بتبعض العبد، كما في العتق، وليس هذا فسحاً؛ ورداً للبيع في بعض العبد، بل نتيجان حصول الملك للمشتري في بغض العبد دون البغض، وصحة البيع، وهذا حق؛ لكن الأستاذ غير مبتدئ بهذا الكلام، ولا مبدله من عند نفسه حتى يعدل عليه، وإنما رواه عن جواب ابن سُرَيْجٍ وأكثر الأصحاب. ثم حكى عن بعضهم: أن الكسب كالزيادة الحادثة في قيمته؛ وعلى هذا: فيكون الحكم التبعض، كما في الزيادة، ولو اشترى المريض عبداً، قيمته عشرة بعشرين، فاكسب، فالكسبُ كالزيادة في القيمة؛ لأن التركة تزدادُ به، وحكم الزيادة ما سبق.

الثالث: لو اشترى المريض عبداً بعشرة، وترك سواء بعشرين، وأوصى لرجل بعشرة، ثم وجد بالعبد عيباً ينقصه خمسة، فاختر إمساكه، جاز، وكأنه حاباه بخمسة. والمحاباة مقدّمة على الوصية، وللموصى له باقي الثلث، وهو خمسة، وإن وجد الورثة العبد معيباً، وأمسكوه، للموصى له العشرة، وما نقص بالعيب، كأنهم أتلفوه؛ لأنهم لو شاءوا لَفَسَّخُوا، واستردوا الثمن، ولو اشترى عبداً بثلاثين، فأعتقه، وخلف ستين درهماً، ثم وجد الورثة به عيباً، ينقصه خمسة دراهم، رجعوا على البائع بالأرش ولو وهبه وأقبضه، لم يرجعوا؛ لأنه ربما يعود إليهم، فيردوه، هذا جواب الأستاذ:

وفيه وجه آخر مشروخ في موضعه، ولو لم يخلف غير العبد، وكان قد أعتقه، عتق منه خمسه، وهو عشرة دراهم، يرجع الورثة بالأرش، وهو خمسة على البائع، ولهم مع ذلك ثلاثة أخماس العبد، وهي خمسة عشر؛ فتكون عشرين ضعف المحاباة.

قال الأستاذ: وللبائع أن يأخذ ثلاثة أخماس العبد، ويرد ثلاثة أخماس الثمن، ويُعَرِّمُ أرشَ خمسه وهو درهمان، ولو كان قد وهبه، وأقبضه بدّل الإعناق، فالخمسُ الناقصة تُخسبُ من الثلث؛ لأن المريض هو الذي قوّت الرجوع بالأرش بما أنشأ من الهبة، وللموهوب له حُسه، وهو خمسة، وللورثة أربعة أخماسه وهي عشرون.

الرابع: ترك عبداً قيمته ثلاثون، وأوصى بأن يُبَاعَ من زيد بعشرة، فثلث ماله عشرة، وأوصى بأن يُحَابَى بعشرين؛ فإذا لم يُجَزَّ الورثة، بيع منه على قولٍ لثلاث العبد بجميع العشرة؛ لتحصل له المحاباة بقدر الثلث؛ وللورثة ضعفه.

وعلى قولٍ التقسيط يُبَاعُ منه نصف العبد بنصف الثمن، ولو أوصى مع ذلك بثلاث

ماله لعمرو، فالثلث بينهما على ثلاثة؛ لزيد سهمان، و لعمرو سهم، [قال الأستاذ: فعلى أحد القولين: يُباع من زيد خمسة أتساع العبد، وهي ستة عشر وثلثان، عشرة]<sup>(١)</sup> بالثمن، والباقي محاباةً بجميع العشرة، ويُدفع إلى عمرو ثلاثة وثلث، يبقى<sup>(٢)</sup> عشرون للورثة، وعلى الثاني: يُباع ثلث العبد، وهو عشرة، بثلث الثمن، وهو ثلاثة وثلث، ويُدفع إلى عمرو ثلاثة وثلث، والباقي للورثة وهو عشرون.

ومن التصرفات التي يعترها الدور السلم، فإذا أسلم المريض عشرة في قدر من الحنطة مؤجلاً، يساوي عشرة، ومات قبل أن يحل الأجل، فللورثة الخيار؛ إن أجازوا، فالسلم بحاله، وإن قالوا: لا نرضى بالأجل في محل حقنا، وهو الثلثان، فلهم ذلك على ما ذكرنا في بيع الأعيان، بثمن مؤجل، وحينئذ فالمسلم إليه بالخيار؛ إن شاء، فسخ السلم، ورد رأس المال بتمامه، وإن شاء، رد ثلثي رأس المال؛ وفسخ العقد في الثلثين، وبقي الثلث عليه مؤجلاً، وإن شاء عجل ثلث ما عليه، وبقي الثلث مؤجلاً عليه، فأيهما اختار، سقط حق الورثة من الفسخ.

ولو أسلم عشرة في قدر يساوي ثلاثين، فللورثة الخيار أيضاً مع الغبطة بسبب التأجيل، وللمسلم إليه الخيار كما ذكرنا، فيكفيه أن يعجل مما عليه ثلثي العشرة، وذلك تسعا ما عليه من الحنطة، فيكون الباقي عليه إلى انقضاء الأجل، وإنما كفاه تعجيل هذا القدر؛ لأنه يقول: عليه الأمر؛ أنه وهب مني العشرة، وأنتم رددتم تبرعه في ثلثيها؛ فلا يحصل لكم إلا ما أعجله، ولو أسلم ثلاثين في قدر يساوي عشرة، فللورثة الاعتراض ها هنا من جهة التأجيل، ومن جهة أنه تبرع بما فوق الثلث، فإذا لم يجيزوا، فالمسلم إليه بالخيار؛ إن شاء، فسخ السلم، ورد رأس المال، وإن شاء، فسخه في الثلاثين، ورد ثلثي رأس المال، ويكون الباقي عليه إلى أجله، وإن شاء، عجل ما عليه؛ مع ما زاد من المحاباة على الثلث.

ولا يكفيه تعجيل ما عليه ها هنا؛ لأنه يحصل للورثة ثلثا المال، ولو عجل نصف ما عليه مع نصف رأس المال، وفسخ السلم في النصف، كفى، ولو أسلم المريض إلى رجلين ثلاثين درهماً في قفيز من الحنطة، قيمته عشرة إلى أجل؛ ولم يجز الورثة، واختار المسلم إليهما إمضاء السلم فيما يجوز فيه السلم، فإن فرعنا على أن العقد يصح في بعض ما حابى فيه بقسطه مما يقابله، صح لهما السلم في نصف المسلم فيه، وقيمه خمسة دراهم، بنصف رأس المال، وهو خمسة عشر؛ فتكون المحاباة بعشرة وللورثة نصف المسلم فيه، وهو خمسة، ونصف رأس المال، وهو خمسة عشر، وذلك ضعف

(٢) في ز: ما يبقى.

(١) سقط في: ز.

المحابة فلو غاب أحدهما بعد الاختيار، وصار مغسراً، وتعذر تحصيل المال منه، فلا ين سريخ وجهان:

أحدهما: أنهما إذا رَضِيَا بالمسلم فيما يستحقُّه الغائب من المحابة، يُجْعَلُ كَأَنَّهُ قَبْضُهُ؛ فيدخل في حساب التبرع، وما عليه في الحال جعل كالتالف، وكان ما في يد الحاضر كل التركة، فيصح السَّلْمُ في ثلاثة أعشار نصف المسلم فيه لحاضر بثلاثة أعشار نصف الثمن، وحسابه أن يُقَالَ: صحَّ السلم لهما في شيء من المسلم فيه بثلاثة أشياء من الدراهم، فتكون المحابة بشيئين، فيؤدي الحاضر نصف الشيء بشيء ونصف، ويرد باقي الدراهم التي قبضها، وهو خمسة عَشْرَ إِلاَّ شيئاً ونصف شيء، فيضمه الورثة إلى ما أخذوا من المسلم فيه، فيكون خمسة عَشْرَ درهماً إِلاَّ شيئاً، وذلك يَعدُّلُ ضعف المحابة، وهو أربعة أشياء، فيُجَبَّرُ، وَيُقَابَلُ.

فخمسَة عَشْرَ تعدل خمسة أشياء، فالشيء خمسي الخمسة عشر، وهو ثلاثة، وهي ثلاثة أعشار القفيز، يؤدي الحاضر نصف ذلك، وهو ثلاثة أعشار نصف القفيز، وقيمتها درهم ونصف، بثلاثة أعشار نصف الدراهم، وهي أربعة ونصف، فتردُّ باقي النصف من الدراهم، وهي عشرة ونصف، يضمُّه الورثة إلى ما أخذوا، يبلغ اثني عشر، وهي ضعف محاباته، ومحابة صاحبه الغائب، وكلُّ ما يحصل بالمحابة له، يحصل صاحبه مثله.

ثم إذا حضر الغائب، وأحضر ما عليه، صحَّ لهما السلم في النصف، فيؤدي الغائب ربع القفيز، ونصف ما قبض من الدراهم، ويؤدي الحاضر تمة الربع، ويسترد من الورثة ثلاثة دراهم.

والوجه الثاني: أنا نقدر كأن الميت [لم] <sup>(١)</sup> يعامل إِلاَّ الحاضر، وكأنه أسلم خمسة عشر في نصف قفيز، قيمته خمسة، فيصح السلم في ربع قفيز، بنصف رأس المال، ثم إن تلف ما على الغائب، فالذي جرى ماضٍ على الصحة، وإن حضر الغائب أدى ربع القفيز، ونصف <sup>(٢)</sup> ما قبض من الدراهم، هذا على قول التَّقْطِيطِ.

أما إذا قلنا: يصحُّ العقد في بعض ما حابى فيه بجميع الثمن.

قال الأستاذ: إذا اختار إمضاء العقد، صح السلم في جميع القفيز بثلثي رأس المال؛ فيؤديان القفيز، ويردَّان عشرة دراهم، وإن كان أحدهما غائباً، وأجاز الحاضر، جعلت الثلث سهمين بين الحاضر والغائب، وللورثة الثلثان، يسقط سهم <sup>(٣)</sup> الغائب؛

(٢) في: ب: وهو.

(١) سقط في: ز.

(٣) في: ز: أربعة يسقط سهم.

لأنه يأخذ مما عنده، ويقسم الحاضر من التركة، وهو خمسة عشر بين الورثة والحاضر على خمسة أسهم، للحاضر منها سهم؛ وهو ثلثه، وهي وصية؛ فيؤدَّى نصف القفيز وقيمته خمسة بتمامه؛ ثلاثة منها محاباة، ويرد سبعة دراهم؛ فيكون للورثة نصف القفيز، وسبعة دراهم، وذلك اثنا عشر ضعف ما يحصلُ لهما من المحاباة. وعلى الوجه الأول الذي تقدَّر أن الميت لم يُعامل غير الحاضر، فيؤدي نصف القفيز، ويرد خمسة دراهم.

ومنها الضمان، والإقرار، والشُّفعة: وقد ذكرنا مثال الدَّور فيها، في أبوابها، ومن صوره في الإقرار، إذا قال زيد لعمرو عليّ عشرة، إلا نصف ما على بكر، وقال بكر لعمرو: عليّ عشرة، إلا نصف ما على زيد: فعلى كل واحد من زيد، وبكر عشرة إلا شيئاً، نأخذ نصف ما على أحدهما، وهو خمسة إلا نصف شيء، وذلك يعدل الشيء الناقص من العشرة، لأننا نعلم أن ما على كل واحد منهما إذا زيد نصفه على عشرة إلا شيئاً، كان المبلغ عشرة؛ فإذا: خمسة إلا نصف شيء، يعدل شيئاً، فيُجَبَّر ويُقَابَلُ فخمسة تعدل شيئاً ونصفاً، فالشيء ثلثا الخمسة، وهو ثلاثة وثلث، فهي الشيء، تسقطها من العشرة، يبقى ستة وثلثان، فهي التي يجبُ على كل واحد منهما.

ولو قال: كل واحد: عشرة إلا ربع ما على الآخر، قلنا: على كل واحد عشرة إلا شيئاً، نأخذ ربع، ما على أحدهما، وهو درهمان ونصف، إلا ربع شيء، وذلك يعدل الشيء الناقص، فيُجَبَّرُ، ويُقَابَلُ، فيقع درهمان ونصف في معادلة شيء وربع، شيء فالشيء درهمان، يسقطهما من العشرة، يبقى ثمانية، فهي التي تجبُ على كل واحد منهما.

ولو قال أحدهما: عشرة إلا نصف ما على الآخر، وقال الآخر: عشرة إلا ثلث ما على الآخر، فعلى أحدهما ثلاثة أشياء لذكر الثلث، يسقط ثلثها من العشرة، تبقى عشرة إلا شيئاً، فهي التي على الآخر، نأخذ نصفها، وهو خمسة إلا نصف شيء، فنزيدها على ما على الآخر، وهو ثلاثة أشياء، فتكون خمسة دراهم وشيئين ونصف شيء، وذلك يعدل عشرة، يسقط الخمسة بخمسة، يبقى خمسة دراهم في معادلة شيئين ونصف، فالشيء الواحد درهمان، وكان على أحدهما ثلاثة أشياء، فهي ستة دراهم، وعلى الآخر عشرة إلا شيئاً، فهي ثمانية.

ولو قال كل واحد منهما: له عشرة ونصف ما على الآخر، فنقول على كل واحد منهما عشرة وشيء، ونأخذ نصف ما على أحدهما، وهو خمسة ونصف شيء، وذلك يعدل الشيء الزائد على العشرة، فيسقط نصف شيء بنصف شيء؛ يبقى نصف شيء في معادلة خمسة دراهم، فالشيء عشرة دراهم وعلى كل واحد عشرون، ولو قال كل واحد: عشرة وثلث ما على الآخر [فيُزاد على العشرة نصفها تبليغ خمسة عشر فهي



الواجب على كل منهما ولو قال وربيع ما على الآخر<sup>(١)</sup> فَيَزَادُ عَلَى الْعَشْرَةِ ثَلَاثًا، وَيُقَالُ: عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَلَاثَةٌ عَشْرٌ وَثَلَاثٌ، وَعَلَى هَذَا التَّنْزِيلِ. وَمِنْهَا الْهَبَةُ، وَفِيهَا فَضْلَانِ:

## فَضْلٌ

إذا وهب المريض عبداً مثلاً من غيره، ثم رجع الموهوب، أو بعضه إلى الواهب بهبة، أو غيرها، دارت المسألة؛ لأن التركة تزيد بحسب قدر الراجع، وإذا زادت التركة، زادت الثلث، وإذا زاد الثلث، زاد الراجع وزادت التركة، وتضمن الفضل مسائل.

مسألة: وهب المريض عبداً، فأقبضه، ثم وهبه الثاني من الأول، وهو مريض أيضاً، وماتا، ولا مال لهما سوى العبد، فبالجبر: نقول: صحّت هبة الأول في شيء من العبد، فبقي عبد إلا شيئاً؛ وصحّت هبة الثاني في ثلث ذلك الشيء، فيرجع إلى الأول ثلث شيء، ويكون عنده عبد إلا ثلثي شيء وذلك يعدل ضعف ما صحّت هبته فيه، وهو شيان، فبعد الجبر؛ عبد يعدل شيئين وثلثي شيء، بنسبتها أثلاثاً، ونقل الاسم.

فالعبد ثمانية، والشيء ثلاثة؛ فتصح هبة الأول في ثلاثة أثمان العبد، وتبطل في الباقي، وتصح هبة الثاني في ثمن من الأثمان الثلاثة؛ فيبقى مع ورثة الثاني ثمان، وهما ضعف هبته، ومع ورثة الأول ستة أثمان العبد، وذلك ضعف هبته.

وبطريق السهام: تطلب عدداً له ثلث، وثلثه ثلث؛ لمكان الهبتين، وأقله تسعة، فتصح هبة الأول في ثلاثة، ويُرْجَعُ مِنَ الثَّلَاثَةِ وَاحِدٌ إِلَى الْأَوَّلِ، وَهَذَا هُوَ سَهْمُ الدَّوْرِ، يسقطه من التسعة، يبقى ثمانية، تصح الهبة في ثلاثة منها، كما سبق، فإن كان الباقي صحيحاً، صحّت هبة الأول في شيء من العبد؛ فيبقى عبد إلا شيئاً. ثم يرجع ذلك الشيء بالهبة إليه، فعنده عبد كامل، يعدل ضعف ما صحّت فيه الهبة، وهو شيان، فنقلب الاسم، ونجعل العبد اثنين، والشيء واحداً؛ فتصح الهبة في نصفه، ويُرْجَعُ إِلَيْهِ، فيكون عنده عبد تام ضعف ما وهب ولو وهب الثاني من مريض ثالث، وأقبضه، ثم وهب الثالث من الأول، فتصح هبة الأول في شيء من العبد، وهبة الثاني في ثلث ذلك الشيء، وهبة الثالث في ثلث ثلاثة، وهو تسع، فيرجع إليه تسع ذلك الشيء، يبقى معه عبد إلا ثمانية أتساع شيء، وذلك يعدل شيئين، فبعد الجبر: عبد يعدل شيئين، وثمانية أتساع الشيء.

(١) سقط في: ز.

فنبسطها أتساعاً، وتقلب الاسم، فالعبد ستة وعشرون، والشيء تسعة، فتصح هبة الأول في تسعة أجزاء من ستة وعشرين جزءاً من العبد، وهبة الثاني في ثلاثة منها، يبقى مع ورثته ستة، هي ضعف هبة الثالث في واحد، يبقى مع ورثته سهمان، وتضم جزءاً إلى ما بقي مع ورثة الأول، يكون ثمانية عشر، وهي ضعف ما صحّت فيه هبته.

وبالسهم تطلب عدد له ثلث، وثلثه ثلث، وثلث ثلثه ثلث، لاجتماع الهيئات الثلاث، وأقله سبعة وعشرون، يسقط منه سهم الدور، يبقى ستة وعشرون، على ما ذكرنا، ولو أن المريض الثاني وهب من المريض الأول، ومن مريض ثالث معاً، ثم هب الثالث ما صار له من الأول، ثم ماتوا: فتصح هبة الأول في شيء، يبقى عبد ناقص بشيء، ويصح هبة الثاني من ثلث الشيء، لكل واحد من الموهوب لهما سدس شيء، وتصح هبة الثالث في ثلث السدس الذي صار له، وهو جزء من ثمانية عشر، فيزجع إلى الأول من الثاني سدس، ومن الثالث ثلث سدس شيء، فيكون عنده عبد إلا أربعة عشر جزءاً من ثمانية عشر جزءاً من شيء.

وذلك يعدل شيتين، فبعد الجبر، والمقابلة، والبسط بأجزاء الثمانية عشر، وقلب الاسم يكون العبد خمسين، والشيء ثمانية عشر، فتصح هبة الأول في ثمانية عشر من خمسين من العبد، وهبة الثاني في ثلثه وهو ستة، وهبة الثالث في ثلث ما صار له، وهو واحد، فيزجع إلى الأول من الثاني ثلاثة، ومن الثالث واحد، يجتمع معه ستة وثلاثون، ضعف ما صحّت فيه هبته.

مسألة: إذا كان للواهب شيء من التركة سوى الموهوب، كأن وهب عبداً، قيمته مائة، وأقبضه، ثم وهب الموهوب منه، وهو مريض أيضاً من الأول، ثم ماتا، للأول خمسون سوى العبد.

فطريق الدينار والدرهم نقول: العبد ديناراً ودرهم تصح هبة الأول في درهم، ويزجع إليه بهبة الثاني ثلث درهم، يبقى معه من العبد ديناراً، ومما سواه نصف دينار، ونصف درهم، فإنه مثل نصف العبد، ومما رجع إليه ثلث درهم، فالمبلغ دينار ونصف دينار، وخمسة أسداس درهم، وذلك يعدل ضعف المحاباة، وهو درهمان، يسقط خمسة أسداس درهم بخمسة أسداس درهم، يبقى دينار ونصف دينار في معادلة درهم وسدس درهم، فنبسطها أسداساً، ونقلب الاسم.

فالدرهم تسعة، والدينار سبعة، وكان العبد درهماً وديناراً؛ فهو إذن: ستة عشر؛ تصح الهبة في تسعة منها، وتزجع إليه بالهبة الثانية ثلاثة، ومعه تركة مثل نصف العبد فالمبلغ ثمانية عشر، ضعف التسعة، ولو كان على الواهب الأول دين، ولا تركة سوى العبد، فإن كان الدين مثل العبد، أو أكثر، فالهبة باطلة، وإن كان أقل؛ بأن وهب عبداً،

قيمته مائة، وعليه عشرون ديناراً، فتصح هبة الأول في شيء، ويُزَجَعُ إليه ثلث شيء، فيبقى عبد إلا ثلثي شيء، يُقْضَى منه الدين، وهو خمس العبد، يبقى أربعة أخماس العبد إلا ثلثي شيء، يعدل شيئين، فبعد الجبر: أربعة أخماس عبد يُعْدَلُ شيئين، وثلثي شيء، فنبسَطها بأجزاء الثلث، والخمس بأن نضربهما في خمسة عشر، ونقلب الاسم، فالعبد أربعون، والشيء اثنا عشر؛ تصح هبة الأول في اثني عشر، من أربعين من العبد، وتعود إليه أربعة، يبقى اثنان وثلثون، يُقْضَى منه الدين، وهو ثمانية أجزاء، مثل خمس العبد؛ يبقى أربعة وعشرون، ضعف الهبة.

ولو كان للمريض الثاني تركة سوى العبد؛ بأن كان العبد مائة، وللثاني خمسون سوى العبد، ووهب جميع ماله؛ فتصح هبة الأول في شيء من العبد، ويكون مع الثاني نصف عبد وشيء، يُزَجَعُ ثلثه إلى الأول، وهو سدس عبد وثلث شيء، فيجتمع عنده عبدٌ، وسدسُ عبدٍ، إلا ثلثي شيء، يعدل شيئين، فبعد الجبر عبدٌ وسدسُ عبدٍ يعدل شيئين وثلثي شيء؛ فنبسَطها أسداساً.

ونقلب الاسم، فالعبد ستة عشر، والشيء سبعة، ومع الثاني نصف عبد، وهو ثمانية، [مع الشيء وهو سبعة]<sup>(١)</sup> فالمبلغ خمسة عشر، يُزَجَعُ إلى الأول من هبته خمسة، فالمبلغ أربعة عشر، ضعف الهبة، ولو كانت الهبتان، كما ذكرنا، ولا شيء لهما سوى العبد، وعلى الثاني خمسة وعشرون ديناراً، فيجعل العبد ديناراً ودرهماً، وتصح هبة الأول في الدراهم، ويُقْضَى منه دين الثاني؛ وهو ربع دينار وربع درهم؛ لأن الدين ربع العبد، فيبقى ثلاثة أرباع درهم إلا ربع دينار؛ ويعود ثلثه بالهبة الثانية إلى الأول، فيجتمع معه خمسة أسداس دينار، ونصف سدس دينار، وربع درهم، وذلك يعدل درهمين، فيسقط ربع درهم بمثله، يبقى خمسة أسداس دينار، ونصف سدس دينار في معادلة درهم، وثلاثة أرباع درهم.

فنبسَطها بأجزاء نصف السدس، ونقلب الاسم؛ فالدرهم أحد عشر، والدينار أحد وعشرون، وكان العبد ديناراً ودرهماً، فهو اثنان وثلثون؛ يُقْضَى من أحد عشر دين الثاني، وهو ثمانية؛ لأنه رُبُعُ العبد، يبقى ثلاثة، يعود منها إلى الأول واحد، يكون اثنين وعشرين ضعف الهبة، ولو كان لكل واحدٍ منهما خمسون سوى العبد، فتصح هبة الأول في شيء من العبد، ومع الثاني خمسون، وهو نصفُ عبد، فيجتمع معه نصف عبد وشيء، يُزَجَعُ ثلاثة إلى الأول، وهو ثلث عبد وثلث شيء، ومع عبد ونصف إلا شيئاً، فالمبلغ عبد وثلثا عبد إلا ثلثي شيء، فبعد الجبر: عبدٌ وثلثا عبد يعدل شيئين وثلثي شيء.

(١) سقط في: ز، أ.

فينسطها أثلاثاً، وتقلب الاسم؛ فالعبد ثمانية، والشيء خمسة، فتصحُّ الهبة في خمسة أثمان العبد، ومع الثاني نضف عبد، وهو أربعة، فالمبلغ تسعة أجزاء، تصحُّ هبته في ثلاثة منها، فيحصلُ مع الأول هذه الثلاثة الراجعة، والثلاثة التي بقيت عنده نصف عبد، وهو أربعة، فالمبلغ عَشْرَةٌ، ضعف هبته.

مسألة: وهب المريض عبداً، قيمته مائة، فمات في يد المتهب، ثم مات الواهب، ولا مال له، فعن ابن سُرَيْج وجهان:

أحدهما: تصحُّ الهبة في جميع العبد؛ لأنه لم يَبْقَ شيء، يورثُ عنه، فتَجْعَلُ هبته؛ كهبة الصَّحِيح.

وأصحُّهما: أنها باطلة<sup>(١)</sup>؛ لأنها في معنى الوصية، ولا تثبت الوصية في جزء، ما لم يثبت الإزث في جزأين، فإن قلنا بالبطلان، ففي وجوب الضمان على المتهب وجهان:

وجه الوجوب أنه قبض لنفسه، فكانت يده كيد المستعير، والأشبه المنع، فليس كالمستعير؛ فإنه قبض ليرد، فإذا كان مضمون الرد، كان مضمون العين، فإن أوجبنا الضمان، قال الأستاذ: يضمنُ ثلثي قيمته لورثة الواهب.

وقياس بطلان الهبة أن يضمن جميع القيمة، ولو اكتسب العبد في يد المتهب مائة، ثم مات، فإن صححنا الهبة في الجميع، فالكسب للمتهب، وإن أبطلناها في الجميع، إذا لم يكن كسب، فما هنا تصحُّ الهبة في شيء من العبد، ويكون للمتهب شيء من الكسب، غير محسوب عليه من الوصية، وللورثة باقي الكسب، وهو مائة إلا شيئاً يعدلُ شيئين، فبعد الجبر والمقابلة: [مائة]<sup>(٢)</sup> تعدلُ ثلاثة أشياء، فالشيء ثلث المائة، فتصحُّ الهبة في ثلث العبد، وتبطلُ في ثلثه، ولورثة الواهب ثلثا كسبه، وذلك ضعفُ ما صحَّت الهبة فيه، ولم يُخسب ثلثا العبد على ورثة الواهب؛ لأنه تلف قبل موت الواهب، وحسبنا على المتهب ما تلف من وصيته؛ لأنه تلف تحت يده.

مسألة: وهب من أخيه عبداً، لا مال له سواه، فمات الأخ قبله، وخلف بنتاً،

(١) فيه أمران:

أحدهما: ما صححه هنا هو قياس ما صححه في كتاب العتق عن الصيدلاني وأنه أجاب به أبو زيد في مجالس المحمودي.

الثاني: هذا إذا تلف فأما لو أتلفه المتهب كان ضامناً بلا خلاف، ومن ثم قال في الحاوي غرم المتهب المتلف الزائد.

(٢) سقط في: ز.

وأخاه الواهب، ثم مات الواهب، فتصحُّ الهبة في شيء من العبد، ويُرجعُ بالميراث نصفه، فالباقي عبدٌ إلا نصف شيء، وذلك يعدل شيئين فيجبر ويُقَابَلُ، فبعد يعدل شيئين ونصف شيء، فالشيء خمسا العبد؛ فتصحُّ الهبة في خمسه، وتبطل في ثلاثة أخماسه، ويُرجعُ بالميراث أحد الخمسين، فيحصلُ للورثة له أربعة أخماسه، وهو ضعفُ ما صحَّت الهبة فيه.

ولو خلف الواهب مائة درهم، سوى العبد، وقيمة العبد مائة أيضاً، فتصحُّ الهبة في شيء من العبد، ويُرجعُ بالإرث [نصف] <sup>(١)</sup> شيء ومعه مثل العبد، فيجتمع عبدان إلا نصف شيء، فبعد الجبر عبدان يعدلان شيئين ونصف شيء.

فنبسطها أنصافاً، ونقلب الاسم؛ فالعبد خمسة، والشيء أربعة، تصحُّ الهبة في أربعة أخماس العبد، فيُرجعُ بالإرث خمسان، وقد كان معه خمس، ومثل العبد، فهي ثمانية أخماس ضعف الهبة، ولو مات، ولا مال له سوى العبد، وعليه خمسون ديناراً، فتصحُّ الهبة في شيء، ويُرجعُ نصف شيء، تبقى عبدٌ إلا نصف شيء، ويُقضى منه الدين، وهو نصف عبد، يبقى نصف عبد إلا نصف شيء، يعدل شيئين، فبعد الجبر: نصف عبد يعدل شيئين، ونصف شيء، فالشيء خمسا نصف عبد، فهو عشراً عبد كامل، فتصح الهبة في عشريه، ويُرجعُ بالإرث أحدهما، يبقى عبد، إلا عشراً، يُقضى منه الدين، وهو نصف عبد؛ يبقى أربعة أعشار عبد، ضعف الهبة.

ولو خلف المتهب مائة، سوى العبد، فتصحُّ الهبة في شيء، فينضم إلى ما للمتهب، وهو مثل العبد، فيجتمع عبد وشيء، يُرجعُ نصفه بالإرث، وهو نصف عبد ونصف شيء، فيحصلُ عبد ونصف عبد إلا نصف شيء، يعدل شيئين، فبعد الجبر: عبد ونصف عبد، يعدل شيئين ونصف شيء؛ فنبسطها أنصافاً، ونقلب الاسم؛ فالعبد خمسة، والشيء ثلاثة، تصح الهبة في ثلاثة أخماس العبد، ومع المتهب مثل العبد، ويرجع نصف الجملة بالإرث، وهي أربعة أخماس؛ وقد بقي مع الواهب خمسان، فالمبلغ [سته] <sup>(٢)</sup> أجزاء، ضعف الهبة.

فلو مات ولا وارث له سوى الموهوب، وعليه خمسة وعشرون ديناراً؛ فتصحُّ الهبة في شيء، يُقضى منه دين المتهب، وهو ربع عبد؛ يبقى شيئين إلا ربع؛ يُرجعُ نصفه بالإرث، وهو نصف شيء إلا ثمن عبد، فيجتمع سبعة أثمان عبد إلا نصف شيء، يعدل شيئين، فبعد الجبر، سبعة أثمان عبد يعدل شيئين ونصف شيء.

فنبسطها أثماناً، ونقلب الاسم، فالعبد عشرون، والشيء سبعة، تصحُّ الهبة في

(٢) في ب: ستة عشر.

(١) سقط في: ز، أ.

سبعة أجزاء من عشرين جزءاً من العبد، يُقضى منها دَيْن المتهب، وهو خمسة، يبقى جزءان، يُرجع أحدهما بالإرث إلى الواهب، فيجتمع أربعة عشر جزءاً، ضعف الهبة.

ولو خَلَفَ كُلُّ واحد منهما خمسين سوى العبد، صَحَّت الهبة في شيء؛ فيكون للمتهب شيء، ومثل نصف العبد، يرجع نصفه إلى الواهب [وهو] <sup>(١)</sup> نصف شيء وربع عبد، فيجتمع معه عِبْدٌ وثلاثة أرباع عبد، تعدلُ شيئين إلا نصف شيء، يعدل شيئين، فبعد الجبر: عبدٌ وثلاثة أرباع يعدلُ شيئين ونصف شيء، فنبسَطُها أرباعاً، ونقلب الاسم؛ فالعبد عشرة، والشَّيء سبعة، فتصحُّ الهبة في سبعة أعشار، مثل خمسة أعشاره، فهي اثنا عشر جزءاً، يُزَجُّ نصفها إلى الواهب، وقد بقيَ معه ثلاثة أعشار، ومثل خمسة أعشار، فالمبلغ أربعة عشر جزءاً، ضعف الهبة.

مسألة: أَخٌ وأختٌ مريضان، وَهَبَ كُلُّ واحد منهما من الآخر عبداً لا يملك غيره، وهما متساويا القيمة، ثم مات الأخ، وخَلَفَ بنتين، والأخت الواهبة، أو ماتت الأخت، وخَلَفَتْ زوجاً، والأخ الواهب، فإن ماتت الأخت أولاً، صارت هبتها للأخ وصية لوارث، وأما هبة الأخ فتصحُّ في شيء، ويُزَجُّ إليه بالإرث نصف شيء مع نصف العبد الذي كَانَ لَهَا، فيجتمع لورثته عبدٌ ونصف عبدٍ إلا نصف شيء، وذلك يعدلُ شيئين، فبعد الجبر عبدٌ ونصف عبدٍ يعدلُ شيئين ونصف شيء، فنبسَطُها أنصافاً، ونقلب الاسم؛ فالعبد خمسة، والشَّيء ثلاثة، تصحُّ الهبة في ثلاثة أخماس العبد، ويُزَجُّ إليه بالإرث، نَصْفُهَا ونصف العبد الذي لها، وهو أربعة أخماس، فينضم إلى الخمسين الباقيين له، فيكون ستة أجزاء ضعف الهبة.

ولو مات الأخ أولاً، صارت هبته للأخت وصية لوارث، وتصحُّ هبة الأخت في شيء من العبد، ويُزَجُّ إليها ثلثها مع ثلث العبد الذي كان له، فيجتمع لورثتها عبدٌ وثلثُ عبد، إلا ثلثي شيء، يعدلُ شيئين، فبعد الجبر: عبدٌ وثلثُ عبدٍ يعدلُ شيئين وثلثي شيء؛ فنبسَطُها أثلاثاً، ونقلب الاسم، فالعبد ثمانية، والشَّيء أربعة، وهي نصفها، فتصحُّ الهبة في نصف العبد، وتنضمُّ إلى ماله، وهو عبد؛ فالمبلغ عبد ونصف، يعود ثلثها إلى الأخت، وهو نصفُ عبد، فيجتمع لورثتها عبدٌ، ضعف الهبة، ولو عمى موتهما، ولم يرث واحدٌ منهما من الآخر، صَحَّت هبة كُلِّ واحدٍ منهما في نصف عبده.

مسألة: وهب مائة لا يملك غيرها من زوجته، وأقبضها، وأوصت هي بثلث مالها، ثم ماتت قبل الزوج، فتصحُّ هبته في شيء من المال، وتصحُّ وصيتها في ثلث

ذلك الشيء، ويُزَجَعُ إلى الزوج بالإِزْثُ نصف الباقي، وهو ثلث شيء، فيحصلُ عند الزوج مائة إلا ثلثي شيء، وذلك يَغْدِلُ شيئين، فبعد الجبر مائة، تعدل شيئين وثلثي شيء.

فنبسطها أثلاثاً، وتقلب الاسم، فالمائة ثمانية، والشيء ثلاثة، فتصحُّ الهبة في ثلاثة أثمان المائة، وتصحُّ الوصية في ثمن، ويُزَجَعُ بالإِزْثُ ثمن إلى الزوج، فيحصل عند ورثته ستة أثمان، وهي ضعفُ الهبة ولو أن الزوج بعد الهبة [أوصى] <sup>(١)</sup> بثلث ماله لإنسان، فالهبة لو لم تكن وصيةً، تصحُّ في خمس المائة؛ لأنها تصحُّ في شيء، ويُزَجَعُ إلى الزوج نصفه، يبقى مائة إلا نصف شيء، يعدل شيئين، فبعد الجبر: مائة تعدل شيئين ونصف شيء، فالشيء خمساً المائة، ويُزَجَعُ إلى الزوج أحدهما، فيجتمع له أربعة أخماسها، وهي ثمانون، فإذا جرت الوصية، فعن ابن سُرَيْج: أنه يُصَرَّفُ إلى الوصية من الثمانين تيمُّة ثلث المائة، فيكون لورثة الزوج ستة وستون وثلثان، وللموصى له ثلاثة عشر وثلث، ولغير الزوج من ورثة الزوجة عشرون.

وقال الأستاذ أبو منصور: هذا غلط؛ لأنَّ الهبة المقبوضة مقدَّمة على الوصية، وقد استغرقت الهبة الثلث، والوصية بعد استغراق الثلث باطلَّة، فكأنه لا وصية.

قال إمام الحرَمَين: وليس قول ابن سُرَيْج مع هذا استدراكاً ساقطاً عندي؛ لأنه أوصى بثلث مرسل، والاعتبار في الوصايا بمالها، وإذا استقرَّت له أربعة أخماس المال أجزاء، لم يبعد تنفيذ الوصية فيما يبقى من الثلث بعد الهبة، وإن لم يزاحم الهبة. ولو وهب المريض عبداً من مريض، وأقبضه، ثم وهب الثاني من الأول وأقبضه، ولا مال لهما غيره، ثم أعتقه الأول، وماتا؛ قال ابن سُرَيْج: المسألة تصحُّ من أربعة وعشرين، لورثة الواهب الأول ثلثاه، ولورثة الثاني ريعه، ويُعتَق منه باقي الثلث، وهو نصف سدسه. قال الأستاذ: هذا خطأ عند حُذَّاقِ الأصحاب، والعتق باطل؛ لأنه قدَّم الهبة على العتق، وهي تستغرق الثلث، وإذا بطلَّ العتق، صحَّت هبة الأول في ثلاثة أثمان العبد، ويُزَجَعُ إليه بالهبة الثانية ثمنه، فيجتمع عند ورثته ستة أثمان، وهي ضعف الهبة.

وصوب الإمام ابن سُرَيْج، فقال: إذا اجتمع للأول ستة أثمانه، ثم أعتق، فتنفيذ العتق في تمام الثلث لا يَنْقُصُ حقَّ ورثته عن الثلثين، ولا حتى الموهوب له، فيتعيَّن المصيرُ إليه؛ وحينئذٍ: فلا بد من تعديل الثلث والثلثين، ورعاية الأثمان، فنضرب ثلاثة في ثمانية، تبلغ أربعة وعشرين، كما ذكره، نَعَمْ، لو أعتقه قبل هبة الثاني، ثم وهب الثاني، فهذا عتق لا يُصَادِفُ محلاً، فيلغوا إلا أن يحتمل الوقف.

**فَزَعَانِ: أحدهما:** وَهَبَ الْمَرِيضُ مِنْ أَخِيهِ عَبْدًا قِيمَتَهُ مِائَةَ فَاكْتَسَبَ فِي يَدِهِ خَمْسِينَ، ثُمَّ مَاتَ الْمَتَّهَبُ، وَخَلَّفَ بَنَتَيْنِ، وَأَخَاهُ الْوَاهِبَ، ثُمَّ مَاتَ الْوَاهِبُ، فَتَصَحَّ الْهَبَةُ فِي شَيْءٍ مِنَ الْعَبْدِ، وَيَتَّبَعُهُ، مِنَ الْكَسْبِ مِثْلَ نِصْفِهِ، وَهُوَ نِصْفُ شَيْءٍ؛ يَبْقَى لَوْرَثَةِ الْوَاهِبِ عَبْدٌ إِلَّا شَيْئًا، وَمَنْ كَسَبَهُ نِصْفَ عَبْدٍ إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ، يَزْجَعُ إِلَيْهِمُ بِالْإِرْثِ ثُلُثَ مَا حَصَلَ لِلْمَتَّهَبِ، وَهُوَ نِصْفُ شَيْءٍ، فَالْمَبْلُغُ عَبْدٌ وَنِصْفٌ إِلَّا شَيْئًا، يَعْدَلُ شَيْئَيْنِ؛ فَبَعْدَ الْجَبْرِ: عَبْدٌ وَنِصْفٌ يَعْدَلُ ثَلَاثَةَ أَشْيَاءٍ؛ فَالشَّيْءُ نِصْفُ الْعَبْدِ؛ تَصِحُّ الْهَبَةُ فِي نِصْفِ الْعَبْدِ، وَيَتَّبَعُهُ مِنَ الْكَسْبِ نِصْفَهُ، وَهُوَ قَدْرُ رِبْعِ عَبْدٍ غَيْرِ مُحْسُوبٍ عَلَيْهِ، فَجَمَلَةٌ مَا يَحْضُلُ لِلْمَتَّهَبِ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ عَبْدٍ، يَبْقَى لَوْرَثَةِ الْوَاهِبِ نِصْفَ عَبْدٍ وَيَتَّبَعُهُ مِنَ الْكَسْبِ نِصْفَهُ، وَهُوَ رِبْعُ عَبْدٍ، وَيُزْجَعُ إِلَيْهِمُ بِالْإِرْثِ، وَثُلُثُ مَا لِلْمَتَّهَبِ وَهُوَ رِبْعُ عَبْدٍ، فَالْمَبْلُغُ عَبْدٌ تَامٌ ضَعْفُ الْهَبَةِ.

**والثاني:** في زيادة الموهوب، ونقصانه كالزيادة والنقصان في العبد المُعْتَقِ، لكن ما يُحَسَبُ هُنَاكَ لِلْعَبْدِ الْمُعْتَقِ أَوْ عَلَيْهِ، تُحَسَبُ هَا هُنَا لِلْمَتَّهَبِ أَوْ عَلَيْهِ، وَمَا يُحَسَبُ عَلَى وَرَثَةِ الْمُعْتَقِ، يَحَسَبُ هَا هُنَا عَلَى وَرَثَةِ الْوَاهِبِ، وَسَوْضَحَهُ فِي «الْعَتَقِ».

**فَزَعُ ثَالِثٌ:** وَهَبَ الْمَرِيضُ مِنْ أَخِيهِ عَبْدًا، ثُمَّ وَهَبَ الْمَتَّهَبُ مِنْهُ نِصْفَ الْعَبْدِ، وَهُوَ صَحِيحٌ، وَمَاتَ قَبْلَ الْمَرِيضِ، وَخَلَّفَ بَنَاتًا وَأَخَاهُ الْوَاهِبَ، فَفِيهِ قَوْلَانِ:

**أصحهما:** عِنْدَ الْأَسْتَاذِ أَبِي مَنْصُورٍ: أَنَّ هَبَةَ الثَّانِي تَنْحَصِرُ فِيمَا مَلَكَهُ بِهَبَةِ الْأَوَّلِ، وَتَصَحُّ فِي جَمِيعِهِ، وَالْحِسَابُ أَنَّ هَبَةَ الْمَرِيضِ تَصَحُّ فِي شَيْءٍ، وَيُزْجَعُ بِالْهَبَةِ الثَّانِيَةِ ذَلِكَ الشَّيْءُ كُلُّهُ؛ لِأَنَّ الْوَاهِبَ الثَّانِيَّ صَحِيحٌ، فَيَكُونُ مَعَهُ عَبْدٌ يَعْدَلُ شَيْئَيْنِ، فَالشَّيْءُ نِصْفُ عَبْدٍ؛ فَتَصَحُّ الْهَبَةُ فِي نِصْفِ الْعَبْدِ، ثُمَّ يُزْجَعُ إِلَيْهِ، فَيَكُونُ لَوْرَثَتِهِ عَبْدٌ تَامٌ ضَعْفُ الْهَبَةِ.

**والقول الثاني:** أَنَّهَا تَصِحُّ لِمَصَادِفَتِهَا مَا مَلَكَ، وَمَا لَمْ يَمْلِكْ، فَتَصَحُّ فِي نِصْفِ مَا مَلَكَ، وَالْحِسَابُ أَنَّ هَبَةَ الْمَرِيضِ تَصَحُّ فِي شَيْءٍ مِنَ الْعَبْدِ، وَيُزْجَعُ بِهَبَةِ الثَّانِيِ نِصْفَ ذَلِكَ الشَّيْءِ، ثُمَّ يُزْجَعُ بِالْإِرْثِ نِصْفَ مَا بَقِيَ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ شَيْءٍ، يَبْقَى عَبْدٌ إِلَّا رِبْعَ شَيْءٍ، يَعْدَلُ شَيْئَيْنِ، فَبَعْدَ الْجَبْرِ: يَعْدَلُ شَيْئَيْنِ وَرِبْعَ شَيْءٍ، فَنَبْسُطُهَا أَرْبَاعًا، وَنَقْلِبُ الْأَسْمَاءَ؛ فَالْعَبْدُ تِسْعَةٌ، وَالشَّيْءُ أَرْبَعَةٌ، فَتَصِحُّ الْهَبَةُ فِي أَرْبَعَةِ أَسْوَاعِ الْعَبْدِ، وَيُزْجَعُ إِلَيْهِ بِالْهَبَةِ تِسْعَانِ، وَبِالْإِرْثِ تِسْعَ آخَرَ، فَيَجْتَمِعُ عِنْدَ وَرَثَتِهِ ثَمَانِيَةٌ أَسْوَاعَ، ضَعْفُ الْهَبَةِ.

ولو كانت الصورة بحالها، إلا أن الثاني وَهَبَ مِنَ الْأَوَّلِ ثُلُثَ الْعَبْدِ، فَعَلَى الْقَوْلِ الْأَوَّلِ؛ تَصَحُّ الْهَبَةُ فِي شَيْءٍ مِنَ الْعَبْدِ، وَيُزْجَعُ إِلَيْهِ مِنْ ذَلِكَ الشَّيْءِ ثُلُثُ عَبْدٍ، بِالْهَبَةِ، فَيَحْضُلُ عَبْدٌ وَثُلُثُ عَبْدٍ إِلَّا شَيْئًا، وَيَبْقَى لِلْمَتَّهَبِ شَيْءٌ إِلَّا ثُلُثَ عَبْدٍ، وَيُزْجَعُ نِصْفَهُ بِالْإِرْثِ، وَهُوَ نِصْفُ شَيْءٍ إِلَّا سُدُسَ عَبْدٍ، فَالْحَاصِلُ وَعِنْدَهُ عَبْدٌ وَسُدُسُ عَبْدٍ إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ، يَعْدَلُ شَيْئَيْنِ، فَيُجَبَّرُ وَيُقَابَلُ؛ فَبَعْدَ وَسُدُسِ عَبْدٍ يَعْدَلُ شَيْئَيْنِ وَنِصْفَ شَيْءٍ،



فنبسطها أسداساً، ونقلب الاسم؛ فالعبد خمسة عشر، والشيء سبعة، وتصحُّ الهبة في سبعة من خمسة عشر، ويَرَجُعُ بالهبة ثلثُ العبد، وهو خمسة، وبالإرث سهم آخر، وقد كَانَ بقي عنده ثمانية، فالمبلغ أربعة عَشَرَ، ضعف ما صحَّت فيه الهبة، وعلى القول الثاني؛ تصحُّ الهبة في شيء من العبد، ويَرَجُعُ بالهبة مثلُ ثلثه، ثم يَرَجُعُ نصف الباقي، فجملة الراجح ثلثا شيء؛ يبقى عبد إلا ثلثُ شيء، يعدلُ شيئين، فبعد الجبر: يعدل شيئين وثلثُ شيء، فنبسطها أثلاثاً، ونقلب الاسم، فالعبد سبعة، والشيء ثلاثة؛ تصحُّ الهبة في ثلاثة أسباع العبد، ويَرَجُعُ منها سبع بالهبة، وسبع بالإرث، فيجتمع ستة أسباع، ضعف الهبة.

## فصل

### فيما إذا وُطِّتِ الجاريةُ الموهوبةُ وطئاً يوجب المهر

إن وطئها أجنبيٌّ بالشبهة قبل موت الواهب، فالمهر كالكسب، يُقسَّمُ على ما يصحُّ فيه الهبة، وعلى ما لا يصح، فحصة ما تصح فيه الهبة لا يُحَسَّبُ على المتهب، وحصة ما لا تصحُّ فيه الهبة تُحَسَّبُ على ورثة الواهب.

وإن وطئها الواهب في يد المتهب، ومهرها مثل قيمتها، فتصحُّ الهبة في شيء، ويستحقُّ المتهب على الواهب مثل ذلك الشيء من المهر، فيقضي مما بقي، يبقى جارية إلا شيئين، يعدل شيئين، فبعد الجبر [جارية]<sup>(١)</sup> تعدل أربعة أشياء، فالشيء ربع الجارية، وتصحُّ الهبة في ربع الجارية، وثبت على الواهب مثل رُبعها، يُقضى من الجارية، يبقى مع الورثة نصفها، وهو ضعف الموهوب.

فإن وطئها المتهب، ومهرُ مثلها مثل قيمتها، فتصحُّ الهبة في شيء، وتبطل في جارية سوى شيء، وثبت للواهب على المتهب مثل ما بطلت فيه الهبة، وهو جارية إلا شيئاً، فيحصل له جارتان إلا شيئين [يعدلان شيئين]<sup>(٢)</sup> فبعد الجبر: جارتان تعدلان أربعة أشياء، فالشيء نصف جارية؛ فتصحُّ الهبة في نصفها، ويستحق بالوطء مثل نصفها، فيحصل للورثة جارية تامة، وهي ضعف الموهوب.

وإن كان مهرُ مثلها نصف قيمتها، فتصحُّ الهبة في شيء، وتبطل في جارية سوى شيء، ويستحق الواهب على المتهب مثل نصف ما بطلت فيه الهبة، وهو نصف جارية إلا نصف شيء، فيجتمع عند الواهب جارية ونصف إلا شيئاً، ونصف شيء، يعدل شيئين، فبعد الجبر: جارية ونصف تعدل ثلاثة أشياء ونصفاً؛ فنبسطها أنصافاً، ونقلب

(١) سقط في: ز.

(٢) سقط في: ز.

الاسم، فالجارية سبعة، والشيء ثلاثة؛ تصحُّ الهبة في ثلاثة أسباع الجارية، وتبطلُ في أربعة أسباعها، ويُغرَّم المتبَّع من مهرها مثل سُبْعِي قيمتها، فيجتمع مع ورثة الواهب ستة أسباعها، ضعف الموهوب.

وإن وطَّئها الواهبُ والمتبَّع جميعاً، ومهرها مثل قيمتها، فتصحُّ الهبة في شيء، ويثبت للمتبَّع على الواهب مثل ذلك الشيء؛ يبقى جارية إلا شيتين، يثبت للواهب على المتبَّع مثل ما بطلت في الهبة، وهو جارية إلا شيئاً، فتضم إلى ما يبقى للواهب، يبلغ جارتين إلا ثلاثة أشياء، وذلك يعدل شيتين، فبعد الجبر: جارتان يعدلان خمسة أشياء؛ فالشيء خمس الجاريتين، وهو خمس جارية، فتصحُّ الهبة في خمسها، ويثبت للمتبَّع على الواهب خمسان آخران، فالمبلغ أربعة أخماس، ثم يسترجع الواهب مثل ما بطلت في الهبة، وهو ثلاثة أخماس، فيجتمع لورثته أربعة أخماس، وهو ضعف الموهوب.

ولو كان مهرها نصف قيمتها، تصحُّ الهبة في ثلاثة أثمانها، وتبطل في خمسة أثمانها، ويثبت للمتبَّع على الواهب ثمن ونصف ثمن، فيجتمع له أربعة أثمان ونصف ثمن، ثم يسترجع الواهب نصف ما بطلت في الهبة، وهو ثمانان<sup>(١)</sup> ونصف، فيجتمع لورثته ستة أثمان، ضعف الموهوب.

ومنها: الصَّدَاقُ والخُلْعُ وقد مرَّ أنَّ المريض إذا نكحَ بمهر المثل، جعلَ ذلك من رأس المال، وإن نكحَ بأكثر، فالزيادة من الثلث، وإن كانت وارثة، فالتبرُّع على الوارث، وذكرنا أنه، إن ماتت الزوجة قبله، وورثها الزوج، وقع الدُّور؛ لأنه لا يرث منها؛ فتزيد بالدُّور، وإذا زاد ماله، زاد ما ينفذ فيه التبرُّع؛ وإذا زاد ذلك، زاد ما يرث منها، إذا تذكَّرت ذلك، ففي الفصل مسائل:

إحداها: أصدق المرأة مائة، ومهرٌ مثلها أربعون، فماتت قبله، ولا مال لهما سوى الصَّدَاق، فلها مهرٌ مثلها أربعون من رأس المال، ولها شيء بالمحابة، فيبقى مع الزوج ستون إلا شيئاً، ويُرْجَعُ إليه بالإرث نصف ما للمرأة، وهو عشرون، ونصف شيء، فالمبلغ ثمانون إلا نصف شيء، يعدل شيتين، ضعف المحابة، فبعد الجبر: يعدل ثمانون شيتين ونصف شيء؛ فالشيء خمس الثمانين، وهو اثنان وثلاثون، فلها اثنان وسبعون؛ أربعون مهرٌ مثل، والباقي محابة، يبقى مع الزوج ثمانية وعشرون، ويُرْجَعُ إليه بالإرث ستة وثلاثون؛ فيجتمع لورثته أربع وستون، ضعف المحابة.

فإن كان لها ولدٌ، فالراجعُ إليه بالإرث رُبْعُ مالِها، وهو عشرة، ورُبْعُ شيء،؛

(١) في ز: ثمان.

فيحصلُ للزوج سبعة إلا<sup>(١)</sup> ثلاثة أرباع شيء، وذلك يعدل شيئين؛ فبعد الجبر؛ سبعون تعدل شيئين وثلاثة أرباع شيء، فنبسَطُها أرباعاً، فيكون الدرهم مائتين وثمانين، والأشياء أحد عشر، تُقسَّم الدراهم على الأشياء، يخرج من القسمة خمسة وعشرون، وخمسة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم، فهذا قدر المحاباة، فيكون لها بالمهر والمحاباة خمسة وستون درهماً وخمسة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم، يُزجَعُ إلى الزوج ربع ذلك، وهو ستة عشر درهماً، وأربعة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم [فيجتمع مع ورثته خمسون درهماً وعشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم]<sup>(٢)</sup> وذلك ضغفُ المحاباة.

ولو كانت الصورةُ بحالها، وعلى الزوج عشرة دراهم دينار، فإن ورث منها النصف، فلها أربعون من رأس المال، ولها بالمحاباة شيء يبقى للزوج ستون إلا شيئاً، فيرجع إليه بالإرث نصف مالها، وهو عشرون، ونصف شيء، فالمبلغ ثمانون إلا نصف شيء، يُقضى منه دينه، وهو عشرة؛ يبقى سبعون إلا نصف شيء، يعدل شيئين، فبعد الجبر؛ سبعون تُعدّل شيئين ونصف شيء، فالشيء خمس السبعين، وهو ثمانية وعشرون، فهو المحاباة، فلها بالمهر والمحاباة ثمانية وستون، يُزجَعُ إليه نصفه، أربعة وثلاثون، وكان قد بقي له اثنان وثلاثون، فالمبلغ ستة وستون؛ يُقضى منه عشرة، يبقى ستة وخمسون، نصف المحاباة.

وإن ورث منها الربع، فالراجِعُ بالإرث رُبُعُ مالها، وهو عشرة ورُبُعُ شيء، فالمبلغُ سبعمون إلا ثلاثة أرباع شيء؛ يُقضى منها الدين؛ يبقى ستون إلا ثلاثة أرباع شيء، تعدل شيئين، فبعد الجبر: ستون تعدل شيئين وثلاثة أرباع شيء، نبسَطُها أرباعاً، فالدراهم مائتان وأربعون، والأشياء أحد عشر، يقسَّم الدراهم على الأشياء، يخرج من القسمة واحد وعشرون، وتسعة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم؛ فهو محاباة، فلها إذن بالمهر والمحاباة أحد وستون درهماً وتسعة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم، يُزجَعُ إلى الزوج ربعه، وهو خمسة عشر وخمسة أجزاء.

وكان قد بقي له ثمانية وثلاثون درهماً وجزءان من أحد عشر جزءاً، فالمبلغ ثلاثة وخمسون، وسبعة أجزاء من أحد عشر جزءاً، يُقضى منها الدين عشرة، يبقى ثلاثة وأربعون درهماً وسبعة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم، وذلك ضغفُ المحاباة.

ولو كانت بحالها، وعلى المرأة عشرة دراهم دينار، ولا شيء على الزوج، فلها أربعون من رأس المال، ولها بالمحاباة شيء، فذلك أربعون وشيء، يُقتضى منها

(٢) سقط في: ز.

(١) في ز: سبعون.

الدَّيْنِ، يَبْقَى ثَلَاثُونَ وَشَيْءٌ، لِلزَّوْجِ نِصْفَهُ إِذَا اقْتَضَى الْحَالُ النِّصْفَ، وَهُوَ خَمْسَةٌ عَشْرَ، وَنِصْفُ شَيْءٍ، فَيَكُونُ لَهُ خَمْسَةٌ وَسَبْعُونَ إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ، وَذَلِكَ يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ، فَبَعْدَ الْجَبْرِ: خَمْسَةٌ وَسَبْعُونَ تَعْدِلُ شَيْئَيْنِ وَنِصْفَ شَيْءٍ، فَالشَّيْءُ خَمْسًا الْخَمْسَةَ وَالسَّبْعِينَ، وَهُوَ ثَلَاثُونَ، فَهُوَ الْمُحَابَاةُ، وَلِهَا بِالْمَهْرِ وَالْمُحَابَاةِ سَبْعُونَ، يُقْضَى مِنْهَا الدَّيْنُ عَشْرَةَ، يَبْقَى سِتُونَ، يَزْجَعُ نِصْفَهَا إِلَى الزَّوْجِ، وَهُوَ ثَلَاثُونَ، وَقَدْ كَانَ بَقِيَ لَهُ ثَلَاثُونَ، فَالْمَبْلُغُ سِتُونَ، ضَعْفَ الْمُحَابَاةِ.

ولو كانت بحالها، وَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَشْرَةٌ دَيْنًا، فَلِهَا أَرْبَعُونَ، وَلِهَا بِالْمُحَابَاةِ شَيْءٌ، فَيُقْضَى مِنْ ذَلِكَ دَيْنُهَا؛ يَبْقَى ثَلَاثُونَ وَشَيْءٌ، وَيَزْجَعُ بِالْإِرْثِ نِصْفَهُ إِلَى الزَّوْجِ، وَهُوَ خَمْسَةٌ عَشْرَ وَنِصْفَ شَيْءٍ، فَيَحْضُلُ لَهُ خَمْسَةٌ وَسَبْعُونَ إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ، يُقْضَى مِنْهَا دَيْنُهُ؛ يَبْقَى خَمْسَةٌ وَسِتُونَ إِلَّا نِصْفَ شَيْءٍ، وَذَلِكَ يَعْدِلُ شَيْئَيْنِ، فَبَعْدَ الْجَبْرِ: خَمْسَةٌ وَسِتُونَ تَعْدِلُ شَيْئَيْنِ وَنِصْفَ شَيْءٍ، فَالشَّيْءُ خَمْسًا الْخَمْسَةَ وَالسَّتِينَ، وَهُوَ سِتَّةَ وَعَشْرُونَ، فَهُوَ الْمُحَابَاةُ، وَلِهَا بِالْوَجْهِينِ سِتَّةَ وَسِتُونَ؛ وَيُقْضَى مِنْهَا دَيْنُهَا، يَبْقَى سِتَّةَ وَخَمْسُونَ، يُزْجَعُ نِصْفَهُ إِلَى الزَّوْجِ، يَبْقَى ثَمَانِيَةَ وَعَشْرُونَ، وَكَانَ قَدْ بَقِيَ لَهُ أَرْبَعَةٌ وَثَلَاثُونَ، فَالْمَبْلُغُ اثْنَانِ وَسِتُونَ، يُقْضَى مِنْهَا الدَّيْنِ، يَبْقَى اثْنَانِ وَخَمْسُونَ، ضَعْفَ الْمُحَابَاةِ، وَهَذَا كُلُّهُ فِيمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ لِهَمَا شَيْءٌ سِوَى الصَّدَاقِ.

فإن كانت الصورة بحالها، وخلف الزوج سوى الصداق مائة درهم، ولا دين، نَقَذَتِ الْمُحَابَاةُ بِالشَّيْئَيْنِ؛ لَخُرُوجِهَا مِنَ الثَّلَاثِ، وَلِذَلِكَ لَوْ مَلَكَ سَبْعِينَ سِوَى الصَّدَاقِ؛ لَا يَمْلِكُ الْمَائَةَ بِالْمَهْرِ وَالْمُحَابَاةِ، وَيَزْجَعُ إِلَيْهِ بِالْإِرْثِ خَمْسُونَ، فَيَجْتَمِعُ لورثة الزوج مائة وعشرون، ضَعْفَ الْمُحَابَاةِ.

فإن كان لها ولد، لم تنفذ المحاباة كلها، ولكن لها أربعون، ولها بالمحاباة شيء، يبقى للزوج ستون إلا شيئاً، ويرجع إليه بالإرث عشرة إلا ربع شيء، وله سبعون سوى الصداق، فالمبلغ مائة وأربعون إلا ثلاثة أرباع شيء، يعدل شئتين، فبعد الجبر: مائة وأربعون تعدل شئتين، وثلاثة أرباع شيء، فنبسطها أرباعاً، بالدرهم خمسمائة وستون، والأشياء أحد عشر، تقسم الدراهم على الأشياء، يخرج من القسمة خمسون درهماً وعشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم، وهو المحاباة، فإذا لها بالمهر والمحاباة تسعون درهماً وعشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم، يبقى [مع الزوج] <sup>(١)</sup> تسعة دراهم وجزء من أحد عشر جزءاً من درهم، وسبعون سوى الصداق، يَزْجَعُ إِلَيْهِ بِالْإِرْثِ اثْنَانِ وَعَشْرُونَ دَرَهْمًا وَثَمَانِيَةَ أَجْزَاءٍ مِنْ أَحَدِ عَشْرِ جِزْءٍ مِنْ دَرَهْمٍ،

(١) سقط في: ز.

فالمبلغ مائة دراهم، وثمانية أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم، وذلك ضعف المحاباة. وإن خلفت المرأة شيئاً دون الزوج، فإن كان ما خلفته قدراً، إذا ضُمَّ إليه الصداق، كان الرجوع إلى الزوج ضعف المحاباة، نفذت المحاباة بتمامها، وإلا، لم تنفذ بتمامها.

مثاله: إذا كان ما خلفته في الصورة المذكورة عشرة دراهم، فلها أربعون من رأس المال، وشيء بالمحاباة، والعشرة المخلفة، فجمعتها خمسون درهماً وشيء، فإذا اقتضى الحال رجوع النصف إلى الزوج، فجملة ما يحصل له خمسة وثمانون إلا نصف شيء، يعدل شيئين، فبعد الجبر: يظهر أن الشيء خمساً وخمسة وثمانين، وهو أربعة وثلاثون، فلها أربعة وسبعون من الصداق، والعشرة المخلفة، يُزجَعُ نصف المبلغ إلى الزوج، وهو اثنان وأربعون، وكان قد بقي له ستة وعشرون، فالمبلغ ثمانية وستون، ضعف المحاباة.

وإن خلف كل واحد منهما عشرة سوى الصداق، فمبلغ مالها خمسون وشيء، يُزجَعُ إلى الزوج نصفه، وهو خمسة وعشرون ونصف شيء، وله عشرة سوى الصداق، وستون إلا شيئاً من الصداق، فالمبلغ خمسة وتسعون إلا نصف شيء، يعدل شيئين، فبعد الجبر، الشيء خمساً وتسعين، وهو ثمانية وثلاثون، فلها من الصداق ثمانية وسبعون، ولها عشرة سوى الصداق، يُزجَعُ نصف المبلغ بالإرث، وهو أربعة وأربعون، فله من باقي الصداق اثنان وعشرون، وعشرة سوى الصداق، فالمبلغ ستة وسبعون، ضعف المحاباة.

فَرَحٌ: وصية الزوج، أو الزوجة، أو كليهما بثالث المال، كذَيْنِ عليهما، أو على أحدهما، وقياس الحساب ما ذكرنا.

المسألة الثانية: أعتق المريض جاريةً، ونكحها على مهر مسمى، نُظِرَ: إن لم يملك غيرها، فالنكاح باطل؛ لأنه لا يعتق جميعها، والنكاح والمكاح لا يجتمعان، ثم إن لم يدخل بها، فلا مهر لها، وإن دخل فالوطء وطء شبهة، فلها من المهر بقسط ما عتق منها، ويقع فيه الدور؛ لأنَّ القدر الذي يلزمه من المهر كذَيْنِ يلحق التركة، فيوجب نقصان ما عتق، وإذا نقص ما عتق، نقص ما يلزم من المهر، وإذا نقص ما يلزم، زاد ما يعتق.

فإذا كانت قيمتها مائة، والمهر خمسين، فيعتق منها شيء، ولها بالمهر نصف شيء؛ لأن المهر نصف القيمة، تبقى جاريةً إلا شيئاً ونصف شيء، يعدل شيئين، فبعد الجبر، جاريةً تعدل ثلاثة أشياء، ونصف شيء، فالشيء سبعاً الجارية، فينفذ العتق في سبعمها، ويبطل في خمسة أسباعها، فيصرف سبع منها إلى مهر السبعين، يبقى للورثة أربعة أسباعها، ضعف ما عتق به؛ ثم السبع المصروف إلى المهر، إن رضيت به بدلاً عما لها من المهر، فذاك، ويعتق عليها حين ملكته، لا بالإعتاق الأول، وإن أبت بيع سبعمها في مهرها هذا إذا لم يملك غيرها.

وإن ملك مالا آخر، وكانت الجارية قَدْرَ الثلث؛ بأن خلف مائتين سواها، فإن لم يدخل بها، فلا مهر لها؛ لأنها لو استحقت المهر للحق دين بالتركة، وحينئذ: فلا يخرج جميعها من الثلث، وإذا لم يخرج جميعها من الثلث، بطلَ النكاح، فيسقط المهر، وهذه الحالة من أحوال المسألة المذكورة في الكتاب في «باب النكاح».

وإن دخل بها، قال الشيخ أبو علي: تُخَيَّرُ: إن عفت عن مهرها، عتقت، وصحَّ النكاح، وإن لم تَعْفَ، فلها ذلك؛ لأنه أتلف منفعة بضعها؛ وحينئذ يتبين أن جميعها لم يُعْتَقَ، وأن النكاح فاسدٌ، ولها مهرها ما عتق منها، وطريق استخراجها أن يُقَالَ: عَتَقَ منها شيءٌ، ولها بالمهر نصفُ شيءٍ، يبقى للورثة ثلاثمائة إلا شيئاً ونصف شيءٍ، يعدل شيئين، فبعد الجبر: ثلاثمائة تعدل ثلاثة أشياء ونصف شيءٍ، فمائة تُعَدِلُ شيئاً وسدس شيءٍ، نبسطها أسداساً، ونقلب الاسم، فالشيء ستة، والمائة سبعة، فالشيء ستة أسباع الجارية.

الثالثة: سبق القول في أن خلع المريض [بأقل من مهر المثل]<sup>(١)</sup> لا يُعْتَبَرُ من الثلث، وأن المريضة لو نُكِحَتْ بأقل من مهر المثل، جاز، ولا اعتراض للورثة، إذا لم يكن الزوج وارثاً وسياتي - إن شاء الله تعالى - في الخلع: أن المريضة، لو اختلعت بأكثر من مهر المثل، كانت الزيادة معتبرة من الثلث، إذا تمهد ذلك.

فلو نكح في مرضه امرأة بمائة، ومهرها أربعون درهماً، ثم خالعتُ في مرضها بمائة، وماتا من مرضهما، ولا مال لهما إلا مائة، فإما أن يكون الخلع بعد الدخول، أو قبَّله:

الحالة الأولى: إذا كان بعد الدخول، فللمرأة أربعون من رأس المال، ولها شيء بالمحابة، ثم يَرْجَعُ إلى الزوج أربعون بالخلع، فله ثلث شيءٍ بالمحابة، فيحصلُ لورثة الزوج مائة إلا ثلثي شيءٍ، يعدل شيئين، فبعد الجبر: مائة تعدل شيئين وثلثي شيءٍ، فالشيء ثلاثة أثمان المائة، وهو سبعة وثلاثون درهماً ونصف درهم، وهي المحابة فللمرأة بالمهر والمحابة سبعة وسبعون درهماً ونصف درهم، ثم يأخذ الزوج من ذلك أربعين درهماً بَعْوَضِ الخلع، وبالمحابة ثلث الباقي، وهو اثنا عشر ونصف، وكان قد بقي له اثنان وعشرون ونصف، فالمبلغ خمسة وسبعون، ضعف المحابة.

هذا إذا جرى الخلع بمائة في ذمتها، أما إذا جرى بعين المائة التي أصدقها، فقد خالعتُها على مملوك، وغير مملوك.

قال الأستاذ أبو منصور جواباً على أن المسمى ينطَلُ، ويرجع إلى مهر المثل: لها

(١) سقط في: ز.

أربعون من رأس المال، وشيء بالمحابة، وللزوج عليها أربعون بالخُلْع، ولا شيء له بالمُحَابَاة؛ لأن المسمى، إذا بطل، بَطَلَ ما في ضمنه من المحابة، فيكون لورثة الزوج مائة إلا شيئاً، يعدل شيئين، فبعد الجبر والمقابلة تبين أن المسمى ثلث المائة، وهو ثلاثة وثلاثون درهماً وثلث درهم، فلها بالمهر والمحابة ثلاثة وستون درهماً وثلث درهم، يأخذ الزوج من ذلك أربعين، فيجتمع لورثته ستة وستون وثلثان، ضعف المحابة.

**الحالة الثانية:** إذا جرى الخُلْع قبل الدخول، فَنُشِطِرُ الصداق، فالحاصل للمرأة نصف مهر المثل من رأس المال، وهو عشرون درهماً وشيء بالمحابة، للزوج من ذلك مهر المثل أربعون؛ يبقى شيء إلا عشرين درهماً، له ثلاثة بالمحابة، وهو ثلث شيء إلا ستة دراهم، وثلثي درهم، يبقى لورثتها ثلثا شيء إلا ثلاثة عشر درهماً، وثلث درهم؛ [فيجتمع عند ورثة الزوج مائة وثلاثة عشر درهماً وثلث درهم،<sup>(١)</sup> إلا ثلثي شيء، وذلك يعدل ضعف المحابة شيئين، فبعد الجبر: مائة وثلاثة عشر وثلث، تعدل شيئين ثلثي شيء، فالشيء ثلاثة أثمان.

هذا المبلغ، وهو اثنان وأربعون درهماً ونصف درهم، وهي المحابة، فللمرأة نصف المهر، والمحابة اثنان وستون درهماً ونصف درهم، يبقى للزوج سبعة وثلاثون درهماً ونصف درهم، ونأخذ مما صار لها بعوض الخُلْع أربعين، فيأخذ أيضاً ثلث الباقي، وهو سبعة دراهم ونصف، فالمبلغ خمسة وثمانون، ضعف المحابة.

هذا ما أجاب به الأستاذ، واعترض الإمام؛ بأن مهر المثل مع المحابة الصداق؛ فوجب أن يَرْجِعَ شَطْرُ الجميع إلى الزوج، وألا يفرد المحابة عن مهر المثل؛ وعلى هذا: فطريق الحساب: أن يُقَالَ: لها من رأس المال أربعون، والمحابة شيء، يبقى للزوج ستون إلا شيئاً، ويَرْجِعُ إليه شَطْرُ ملكته صداقاً، وهو عشرون ونصف شيء.

فللزوج ثمانون إلا نصف شيء، ثم يأخذ مما بقي لها أربعون؛ يبقى لها نصف شيء إلا عشرين درهماً، تأخذ بالمُحَابَاة ثلث هذا الباقي، وهو سدس شيء إلا ستة دراهم، وثلثي درهم، فيجتمع عند ورثته مائة وثلاثة عشر درهماً وثلث درهم، إلا ثلث شيء، وذلك يعدل شيئين، فبعد الجبر والمقابلة: تبين أن الشيء ثلاثة أسباع، مائة وثلاثة عشر درهماً وثلث درهم، وهو ثمانية وأربعون درهماً، وأربعة أسباع درهم، يبقى للزوج أحد عشر درهماً وثلاثة أسباع درهم، ويَرْجِعُ إليه بالتشطير أربعة وأربعون [درهماً وسبعان، ويأخذ من الشطر الآخر، قدر مهر المثل، وهو أربعون،<sup>(٢)</sup> وثلث الباقي،

(٢) سقط في: ز.

(١) سقط في: ز.

وهو درهم وثلاثة أسباع، فالمبلغ سبعة وتسعون درهماً، وسبع درهم، وذلك ضعفُ المحاباة، يَبْقَى الورثة المرأة دِرْهَمَانِ وستة أسباع درهم، وعلى جواب الأستاذ يَبْقَى لهم خمسة عَشَرَ.

ثم لتعرف في المسألة أموراً:

أحدها: لا فرق فيها بين أن يموت الزوج قبل المرأة، أو بالعكس، أو معاً؛ لانقطاع الميراث بالاختِلاعِ.

والثاني: الدُّورُ في المسألة، إنما يَقَعُ في جانب الزوج، دُونَ الزوجة؛ لأنه لا يعودُ إِلَيْهَا شيء مما يخرج منها.

والثالث: المسألة في الحالة الثانية تتعلق بأصولٍ تُشْرَحُ في موضعها، منها القولان في تفريق الصفقة، ومنها القولان في الحَضْر، والشيوع، ومنها القولان في أَنَّ الرَّجُوعَ عند فساد الصِّدَاقِ إلى بدله، أو إلى مهر المثل؟ وَيَظْهَرُ حينئذ: أن الجواب المذكور ها هنا، علام يتخرَّج من الأبواب التي يقع فيها الدُّورُ الجنايات؟

فإذا جنى عبد على حرٍّ خطأً، وعفى المجنئُ عليه، ومات، لم يكن العفو وصيةً لقاتل؛ لأن فائدته تعودُ إلى السيد، فإن أجاز الورثة فذاك، وإلا نفذ في الثلث، وانفك ثلث العبد عن تعلق الأرش، وأشار الإمام فيه إلى وجه آخر؛ [أنه لا ينفك]<sup>(١)</sup> كما أن شيئاً من المرهون لا ينفك، ما بَقِيَ شيء من الدين، والظاهر الأول، ثم السيد بالخيار؛ بَيِّنَ أن يسلم ثلثيه للبيع، وبين أن يفديه، فإن سلمه، فلا دور، بل يَبْتَاعُ، ويؤدِّي من ثمنه ثلثاً الأرش، أو ما تيسر، وإن فداه، فيفدي الثلثين بثلثي الأرش، كم كان، أم بالأقل من ثلثي القيمة، أو ثلثي الدية؟ فيه قولان، فإذا كان الفداء بثلثي قيمته، فلا دور، وإذا كان الفداء بالدية، لزم الدور، فيقطع الحساب.

مثاله: قيمة العبد ثلاثمائة، وقومنا الإبل، فكانت ألفاً، ومائتين، فيصح العفو في شيء من العبد، ويبطلُ في عبد ناقص بشيء يفديه السيد بأربعة أمثاله؛ لأن الدية أربعة أمثال القيمة، وأربعة أمثاله، أربعة أعبد إلا أربعة أشياء، فيحصلُ لورثة العافي أربعة أعبد إلا أربعة أشياء، وذلك يعدل شيئين، فيُجَبَّرُ ويُقَابَلُ؛ فأربعة أعبد تعدل ستة أشياء، فنقلب الاسم.

ونقول: العبدُ ستَّة، والشيء أربعة، وهي ثلثا الستة، فيصحُ العفو في ثلثي العبد، وهو مائتان، ويفدي السيد ثلثه بثلث الدية، وهو أربعمائة، فيحصل لورثة العافي ضعف

(١) سقط في: ز.



المائتين، هذا إذا لم يترك العافي سوى ما يستحق من الدية، فإن ترك شيئاً آخر، نُظِرَ، إن كانت القيمة أقل من الدية، وكان ما تركه ضعف القيمة صحَّ العفو في جميع العبد لأن السيد لو اختار تسليم العبد، يتحصّل ورثة العافي إلا على قيمته، وإن كان ما تركه دون ضعف القيمة، فيُضْمُ ما تركه إلى قيمة العبد، وتصحح العفو في ثلث الجملة من العبد، وإن كانت القيمة أكثر من الدية، فيُجمَعُ بين ما تركه، وبين الدية، ويصحح العفو في ثلث الجملة من الدية، ونوضّح هذه الأحوال بالأمثلة مَضْبُوبَةٌ في قَالِبِ الصُّورَةِ المذكورة:

مثال الحالة الأولى: المتروك ستمائة، يصحّ العفو في جميع العبد؛ لأن عبد ورثة العافي ضعفه.

ومثال الثانية: المتروك ثلاثمائة، فإن سلم السيد العبد بالقيمة والتركة معاً، ستمائة للسيد، ثلثها مائتان، وذلك مثل ثلثي العبد، فيصحّ العفو في ثلثيه، ويَبَاعُ ثلثه، ويصرف ثمنه إلى ورثة العافي، ومعهم ثلاثمائة، فالمبلغ ضعف ما صحّ العفو فيه. وإن اختار الفداء، وقلنا: الفداء بالأقل من الدية، أو القيمة، فالجواب كذلك؛ ويُدْفَعُ إليهم مائة.

وإن قلنا: الفداء بالدية، فيصحّ العفو في شيء من العبد، ويُفَدَى باقيه بأربعة أمثاله، وهي أربعة أعبد إلا أربعة أشياء، تُضْمُ إليها الثلاثمائة، يبلغ خمسة عشر إلا أربعة أشياء، وذلك يعدل شيئين، فبعد الجبر، وقلب الاسم، يكون العبد ستة، والشيء خمسة، فيصحّ العفو في خمسة أسداس العبد، ويُفَدَى سدسه بأربعة أمثاله، ومع الورثة مثل العبد، فالمبلغ عَشْرَةٌ أسداس، ضعف ما صحّ فيه العفو.

فُرُوعٌ: أحدها: لو لم يترك سوى ما يستحق من الدية، وعليه مائتان ديناراً، وسلمه للبيت، واختار الفداء، وقلنا: الفداء بأقل الأمرين، فيسقط الدين من قيمة العبد، يبقى مائة للسيد؛ ثلثها، وهو ثلاثة وثلاثون درهماً وثلث درهم، وذلك تسع العبد، فيصحّ العفو في تسعة، ويَبَاعُ ثمانية أتساعه، أو يفديه السيد بثمانية أتساع قيمته، وهي مائتان وستة وستون درهماً، وثلثان، يُقْضَى منها الدين، يبقى ستة وستون وثلثان، ضعف ما صحّ فيه العفو.

وإن قلنا: إن الفداء بالدية، فيصحّ العفو في شيء، ويُفَدَى السيد الباقي بأربعة أمثاله، وهي أربعة أعبد، إلا أربعة أشياء، يُحِطُ منها قدر الدين، وهو ثلثا عَبد؛ يبقى ثلاثة أعبد وثلث عبد، إلا أربعة أشياء؛ تُعَدَلُ شيئين، فيُجَبَرُ وَيَقَابَلُ: فنبسطها أثلاثاً، ونقلب الاسم.

فالعبد ثمانية عَشْرَ، والشيء عَشْرَةٌ، وهي خمسة أتساعها، فيصحّ العفو في خمسة أتساع العبد، وهي مائة وستة وستون درهماً وثلثان، ويُفَدَى السيد باقية، وهي مائة

وثلاثة وثلاثون درهماً، وثلث درهم بأربعة أمثاله، وهي خمسمائة وثلاثة وثلاثون وثلث، يُقضى منها الدين، يبقى ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث درهم، ضعف ما صح فيه العفو.

الثاني: جئى عبدان خطأ على حُرّ فعفا عنهما، ومات، ولا مال له سوى ما يستحق من الدية، فإن اختار السيد أن يسلمها، أو اختار الفداء، وقلنا: الفداء بأقلّ الأمرين، صحّ العفو في ثلث كل عبد، وبيع ثلثاه، أو فدّى سيده ثلثيه بثلثي القيمة.

وإن قلنا: الفداء بالدية، فلو كانت قيمة كل عبد ثلاثمائة، وقيمة الدية ألف ومائتان، كما قدمنا، فيصحّ العفو في شيء من كل واحد منهما، وفداء السيد بآقيه بضعفه؛ لأن نصف الدية، هو الذي يتعلّق بكل واحد منهما، ونصف الدية ضعف، كل واحد منهما، فيحصل لورثة العافي أربعة أعبد إلا أربعة أشياء [وذلك يعدل ضعف ما جاز فيه العفو، وهو أربعة أشياء] (١).

فبعد الجبر، أربعة أعبد تعدل ثمانية أشياء، فنقلب الاسم، ونجعل العبد ثمانية، والشيء أربعة، وهي نصفها، فيصحّ العفو في نصف كل عبد، ويفدي كل سيد نصف عبده، بعبده، فيحصل للورثة عبدان، ضعف ما صحّ العفو فيه وإن اختار أحدهما الفداء، والآخر التسليم، وقلنا: الفداء بالدية، صحّ العفو في شيء من كل واحد من العبدین؛ فيسلم الأول عبداً إلا شيئاً، ويفدي الثاني باقي عبده بضعفه، وهو عبدان إلا شيئين، فيجتمع عند ورثة العافي ثلاثة أعبد إلا ثلاثة أشياء، تعدل ضعف ما صحّ العفو فيه، وهو أربعة أشياء، فبعد الجبر، وقلب الاسم، يكون العبد سبعة، والشئ ثلاثة، فيصحّ العفو في ثلاثة أسباع كل واحد منهما، ويسلم للأول أربعة أسباع عبده، ويفدي الآخر أربعة أسباع عبده بضعفها، وهو ثمانية أسباع، فيجتمع لورثة العافي اثنا عشر سبعاً، ضعف ما صحّ العفو فيه.

ولو مات أحد العبدین قبل أن يفصل الأمر، ففيه جوابان عن الأصحاب:

أحدهما: أن الموت لا يُحسب على الورثة، ولا على الموصى له، ويقدر كأن لم يكن، فعلى هذا، إن اختار السيد تسليم العبد الثاني، نفذنا العفو في ثلثه، وبعنا ثلثيه، وإن اختار الفداء، وقلنا: الفداء بالأرش، فيصحّ العفو في نصف العبد بنصف الدية.

والثاني: أنه يُحسب حصة العبد الذي مات من العفو؛ لأن العفو توجه نحوهما جميعاً، فعلى هذا، يتبعض العفو في حق الحي؛ لأنه يصحّ العفو في شيئين منها، وقد

تعذر تحصيل التركة من الذي مات، فيحصل من الآخر، فإن سلمه سيده للبيع بهذا العبد إلا شيئاً يعدل ضعف العفو في العبدین، وهو أربعة أشياء، فبعد الجبر والمقابلة؛ عبدٌ يعدلُ خمسة أشياء، فنقلب الاسم، فالعبد خمسة، والشئ خمسة، فيصح العفو في كل خمس كل واحد منهما، ويسلم صاحب العبد الثاني أربعة أخماسه للبيع، وهو ضعف الخمسين اللذين نفذ فيهما العفو؛ فإن اختار الفداء، وقلنا: الفداء بالدين، فدى باقي عبده، وهو عبدٌ إلا شيئاً، يضعفه، وهو عبدان إلا شيئين، وذلك يعدل أربعة أشياء، فبعد الجبر: عبدان يعدلان ستة أشياء، فنقلب الاسم، فنقول: العبد ستة، والشئ اثنان، وهما ثلث الستة، فيصح العفو في ثلث كل واحد منهما، يفدي سيد الثاني ثلثه<sup>(١)</sup> بضعفهما، وهي أربعة أثلاث، ضعف ما صح العفو فيه.

الثالث: قتل عبد حرين خطأ، تعلقت برقبته الديتان، فإن اختار سيده التسليم، بيع وورع الثمن عليهما، وإن اختار الفداء، وقلنا: الفداء بالقيمة، وزعت القيمة، وإن قلنا: الفداء بالدية، فداء بالديتين، فإن عناه أحدهما في مرضه، فعن ابن سريج: أنه يدفع إلى ورثة العافي ثلثا نصفه، وإلى ورثة الذي لم يغف بتمام النصف، كأن حق كل واحد منهما متعلق بنصف ثمنه، فينفذ عفو العافي في ثلث محل حقه.

قال الأستاذ أبو منصور: هذا لا يستقيم على أصل الشافعي - رضي الله عنه - بل الديتان متعلقتان بجميع العبد، وإذا عفا أحدهما، سقط ثلث الدية، فورثته وورثة الآخر يتضاربون؛ هؤلاء بثلثي دية مورثهم، وهؤلاء بتمام دية مورثهم.

ومنها العتق: إذا أعتق المريض عبداً، فاکتسب مالا قبل موت المعتق، يورع الكسب على ما يعتق منه، وعلى ما يرق، وحصه ما عتق؛ لا يحسب عليه، وحصه ما رق تزيد في التركة، وإذا زادت التركة، زاد ما عتق، فيزيد حصته من الكسب، وإذا زاد حصه ما عتق، نقصت حصه التركة، فينقص ما عتق، فيزيد المال، فيزيد ما عتق، وهكذا تدور زيادته على نقصانه، ونقصانه على زيادته، فيقطع الدور بالطرق الحسابية، وفيه مسائل:

مسألة: اكتسب العبد مثل قيمته، فاعتق منه شيء، وبيعه من الكسب شيء غير محسوب عليه، يبقى للورثة عبدان إلا شيئين، وذلك يعدل ضعف ما عتق، وهو شيان، فبعد الجبر: عبدان يعدلان أربعة أشياء، فنقلب الاسم، فالعبد أربعة، والشئ اثنان، والاثنان نصف الأربعة، فعلمنا أنه يعتق من العبد نصفه، وتبعه نصف الكسب غير محسوب عليه، يبقى للورثة نصف العبد، ونصف الكسب، وذلك ضعف ما عتق.

(١) خ ز: ثلثيه.

وبطريقي السهام نأخذ للعتق سهماً، ولما تَبِعَهُ من الكسب سهماً، ونأخذ للورثة ضعف ما أخذنا للعتق، وهما سهمان، فيجتمع معنا أربعة أسهم، ثم تأخذ الرقبة والكسب، وهما مثلان، فنقسمهما على الأربعة، يخرج من القسمة نصف، فعلمنا أن الذي عتق نصف الرقبة.

وبطريق الخطائين: نجعل العبد ثلاثة أسهم، ونجيز العتق في سهم؛ يبقى للورثة سهمان، ولهم من الكسب سهمان، فالمبلغ أربعة، وكان ينبغي أن يكون اثنين، فقد زاد اثنان، وهو الخطأ الأول.

ثم نجعله خمسة، ونجيز العتق في سهم؛ يبقى للورثة أربعة، ولهم من الكسب أربعة، فالمبلغ ثمانية، وكان ينبغي أن يكون اثنين، فقد زاد إذن ستة، وهو الخطأ الثاني.

يسقط الأقل من الأكثر؛ يبقى أربعة، نحفظها، ثم نضرب المال في الخطأ الثاني، يكون ثمانية عشر، والمال الثاني في الخطأ الأول، يكون عشرة، يسقط الأقل من الأكثر؛ يبقى ثمانية، نقسمها على الأربعة المحفوظة، يخرج من القسمة اثنان، فعلمنا أن العبد يجب أن يُقسَّم على سهمين، ثم نضرب ما أجزنا العتق فيه أولاً الخطأ الثاني؛ يكون ستة، وما أجزنا فيه العتق ثانياً في الخطأ الأول؛ يكون اثنين، يسقط الأقل من الأكثر، يبقى أربعة، نقسمها على الأربعة المحفوظة، يخرج من القسمة واحداً، فهو الذي يُعتق والواحد، من الاثنين نصف، ولو اكتسب العبد، وقيمته تسعون، مثل قيمته، ومثل نصفها، فيعتق منه شيء، ويتبعه من الكسب شيء ونصف، غير محسوب عليه؛ يبقى للورثة عبدان ونصف إلا شيئين ونصف شيء، يعدل شيئين، فبعد الجبر: عبدان ونصف، يعدل أربعة أشياء ونصف شيء، فنبسطها أنصافاً، ونقلب الاسم، فالعبد تسعة، والشيء خمسة، فيعتق منه خمسة أتساعه، وقيمتها خمسون، ويتبعها خمسة أتساع الكسب، وهي خمسة وسبعون؛ يبقى للورثة أربعة أتساع العبد، وهي أربعون وأربعة أتساع الكسب، وهي ستون، وهما مائة ضعف ما عتق وبالسهم يأخذ للعتق سهماً، ويتبعه من الكسب سهم ونصف سهم، ونأخذ للورثة ضعف العتق، وهو سهمان؛ فالمبلغ أربعة ونصف يُقسَّم عليها قيمة الرقبة والكسب هي مائتان وخمسة وعشرون؛ فنبسطها أنصافاً، فيكون المقسوم عليه تسعة، والمقسوم أربعمائة وخمسين، يخرج من القسمة خمسون، فذلك قيمة ما عتق منه، وهو خمسة أتساعه.

ولو كانت الصورة الثانية بحالها، وعلى السيد مثل قيمة العبد ديناً، فيعتق منه شيء، ويتبعه من الكسب شيء ونصف؛ يبقى عند الورثة عبدان ونصف عبد، إلا شيئين ونصف شيء، يسقط منه عبد للدين؛ ويبقى عبد ونصف إلا شيئين ونصف شيء، يعدل

ضعف ما عتق، وهو شيثان، فبعد الجبر: عبد ونصف يعدل أربعة أشياء ونصف شيء. فنبسطها أنصافاً، ونقلب الاسم فالعبد تسعة، والشيء ثلاثة، يعتق من العبد ثلاثة أتساعه، وتبعه من الكسب ثلاثة أتساعه، يُقضى الدين من الباقي؛ يبقى عند الورثة ضعف ما عتق.

وبطريق الدينار والدرهم؛ يُجعل العبد ديناراً ودرهماً، والكسب ديناراً ونصف دينار، ودرهماً ونصف درهم، ويُعتق من العبد ديناراً، وتبعه من الكسب ديناراً ونصف شيء؛ يبقى مع الورثة دينار ونصف، يسقط منه الدين ديناراً ودرهماً، يبقى درهم ونصف إلا ديناراً يعدل ضعف ما عتق، وهو ديناران، فبعد الجبر: يعدل درهم ونصف ثلاثة دنانير، فنبسطها أنصافاً، ونقلب الاسم، فالدينار ثلاثة، والدرهم ستة، وجملة العبد تسعة، فإن كانت بحالها، إلا أنه لا دين على السيد، وله سوى العبد، وكسبه تسعون، فيعتق منه شيء، وتبعه من الكسب شيء ونصف، يبقى مع الورثة عبدان ونصف إلا شيئين ونصف شيء، ومعهم مثل قيمة العبد، فيجتمع عندهم ثلاثة أعبد ونصف عبد إلا شيئين ونصف شيء، يعدل شيئين، فبعد الجبر: ثلاثة أعبد ونصف عبد، يعدل أربعة أشياء ونصف شيء، فنبسطها أنصافاً، ونقلب الاسم، فالعبد تسعة، والشيء سبعة، فيعتق منه سبعة أتساعه، وهو سبعون، وتبعه من الكسب سبعة أتساعه، وهو مائة وخمسون، يبقى للورثة تسعاه عشرون، وتسعا الكسب ثلاثون، ومعهم تسعون، أيضاً فالمبلغ مائة وأربعون، ضعف ما عتق.

ومنهما ترك السيد ضعف قيمة العبد، عتق جميعه، وتبعه كسبه، ولا دور.

وإذا كان عليه دين، وله سوى العبد، وكسبه مال، فويل الدين بذلك المال، فإذا تساوا، فكان لا دين، ولا مال، وإن زاد الدين فكان قدر الزائد هو الدين، وإن زاد المال، فكان القدر الزائد هو المتروك.

والمؤهب من العبد وأرش الجناية عليه كالكسب.

فزعان: أحدهما: قيمته تسعون، واكتسب مثل قيمته بعد العتق، فاستقرضها السيد منه وأتلفها ثم مات، فعتق منه شيء، ويستحق على السيد شيئاً، هو دين عليه، يبقى للورثة عبد إلا شيئين، يعدل ضعف ما عتق، فبعد الجبر: عبد يعدل أربعة أشياء، فنقلب الاسم، ونقول: عتق منه ربعه، وتبعه ربعه، كربع كسبه، يبقى للورثة نصفه، وهو ضعف ما عتق، ثم ربع الكسب الذي هو دين، إن آداه الورثة من عندهم، جاز، واستمر ملكهم على ثلاثة أرباعه، وملك هو ما سلموا إليه بربعه الحر، وإن تراضوا مع العبد على أن يكون ربع رقبته بدلاً من ربع الكسب، جاز، وعتق منه ربعه على نفسه.

ثم عن ابن سريج: أن ولاء ذلك الربع يكون لبيت المال، وعن غيره من

الأصحاب: أنه لا ولاً عَلَيْهِ، وإن أراد الورثة بيعه من غيره، وقال العَبْدُ آخِذُهُ بدلاً عن الدَّيْنِ، فقد ذكر الأستاذ: أنه أَحَقُّ بنفسه من الأَجَانِبِ.

قال الإمام: وهذا مَحْمُولٌ على الأولوية دون الاستحقاق.

الثاني: مات العَبْدُ المَعْتَقُ قَبْلَ موت السيد، فهل يموت حرّاً، أو رقيقاً، أو ثلثه حرّاً، وثلثاه رقيقاً؟ فيه ثلاثة أوجه مذكورة في الكتاب في «باب العتق» وهو كالمخلاف الذي أسلفناه في موت العَبْدِ الموهوب، قبل مَوْتِ الواهبِ المَرِيضِ.

قال الأستاذ أبو منصور: والمشهورُ من المَذْهَبِ الوجه الأول، والثاني، تخريج ابن سُرَيْجٍ، وإن كان العَبْدُ قد اكتسب ضعفَ قيمته، ولم يخلف إلا السيد، فيموت حرّاً بلا خلاف، أما إذا قلنا: إنه يموت حرّاً، إذا لم يخلف شيئاً، فهذا هنا أولى، وإن قلنا: إنه يموت رقيقاً، هناك فلأن سببه: أنه لم يخلف شيئاً، وههنا يرث السيدُ بالولاء كَسْبُهُ، فيحصل لورثته ضعفُ العبد، وإن كان الكسبُ مثلَ قيمته، فإن قلنا: لو لم يخلف شيئاً، لمات حرّاً، فهذا هنا أولى؛ وإن قلنا: مات رقيقاً، فهذا هنا لا يرث جميعه؛ لأنه خَلَفَ شيئاً، ولا يعتق جميعه؛ لأنَّ الكسب ليس ضعفه.

وإن قلنا: إن مَنْ بعضه حرٌّ، وبعضه رقيقٌ، يُورَثُ، فَيُعْتَقُ نصفه، فيكونُ جميع كسبه للسيد، النصف بحق الملك، والنصف بحق الإرث بالولاء، فيحصل لورثته ضعفُ ما عَتَقَ، وإن قلنا: إنه لا يُورَثُ، قال الإمام: يُعْتَقُ منه شيء، ويتبعه من الكسب شيء، يُضْرَفُ ذلك الشيء إلى بيت المال، فيبقى عبد ناقص بشيء، يعدل ضعفُ ما عتق، وهو شيثان، فبعد الجبر: عبد يعدل ثلاثة أشياء، فالشيء ثلث العبد، فيعتق ثلثه، ويتبعه من الكسب ثلثه؛ يبقى للسيد ثلثا كسبه بحق الملك، وهو ضعف ما عَتَقَ، فإن كان الكسبُ ضعفَ القيمة، وخَلَفَ العتيق مع السيد بنتاً، فإن قلنا: لو لم يخلف بنتاً، لمات حرّاً، فكذلك ها هنا، والكسب بين البنت والسيد بالسوية.

وإن قلنا: يَمُوتُ رقيقاً، فإن قلنا: مَنْ بعضه حرٌّ، وبعضه رقيقٌ، يُورَثُ، فيعتق منه شيء، ويتبعه من الكسب شيثان، يرث البنت أحدهما، والسيد الثاني، فيحصل لورثة السيد ضعف العبد إلا شيئاً، وذلك يعدل شيئين، فبعد الجبر عبدان يعدلان ثلاثة أشياء.

فالشيء ثلث العبدين، وهو ثلثا عبد، فَيُعْتَقُ من العبد ثلثاه، ويتبعه ثلثا الكسب، ثم يرجع أحدهما بالإرث إلى السيد، فيحصل لورثة السيد ثلثا الكسب، وهما ضعف ما عَتَقَ.

وإن قلنا: إن مَنْ بعضه حرٌّ، وبعضه رقيقٌ، لا يُورَثُ، فلا ترث البنت منه؛ لأنها لو ورثت، لَمَا خرج جميعه من الثلث، فيرقُّ بعضه، فإذا رَقَّ بعضه، لم يورث، فيؤدِّي توريثها إلى إبطال توريثها، وهذه من الدوريات الحكمية، وإذا لم ترث، فكأنه لم

يخلف إلا السيد، فيموت حرّاً، ويكوّن جميع الكسب للسيد كما مرّ.

وإن كانت الصورة بحالها، وخلف بدل البنت ابناً فإن قلنا: إنه يموت حرّاً، لو لم يخلف شيئاً، فكذلك ها هنا، والكسب للابن، وإن قلنا: يموت رقيقاً هناك، فإن قلنا: من بعضه حر، وبعضه رقيق، يُورث، فيعتق منه شيء، ويتبعه من الكسب شيان، هما للابن، يبقى لورثة السيد باقي الكسب، وهو عبدان إلا شيئين، فبعد الجبر: عبدان يعدلان أربعة أشياء، فالشيء ربع العبدين، وهو نصف عبد، فيعتق نصف العبد، ويتبعه من الكسب نصفه، يفوز به الابن، يبقى لورثة السيد نصف كسبه بحق الملك. وهو ضغف ما عتق، وإن قلنا: إن من بعضه حر، وبعضه رقيق، لا يُورث، فيموت حرّاً، وجميع الكسب للسيد، ولا يرث الابن للدور، ولو لم يمت المعتق، لكن كان له ابن حرّ، فمات قبل موت السيد، وترك أضعاف قيمة أبيه، وليس له إلا أبوه، وسيد أبيه، فلا يرث منه أبوه؛ لأنه لو ورث، لاستغرق، ولم يحصل للسيد شيء؛ وحينئذ: فلا يعتق جميعه، فلا يرث، وإذا لم يرث حُكِمَ بحريته، وورث السيد مال ابنه بالولاء.

ولو كانت تركة الابن مثل قيمة المعتق، فيعتق منه شيء، ويثبت للسيد الولاء بقدر ما عتق على الابن، فيرث من تركته شيئاً، ولا يرثه أبوه؛ لأن من بعضه رقيق لا يرث، فيحصل لورثة السيد عبد إلا شيئاً، والشيء الذي ورثه السيد بالولاء، فيتم لهم عبد؛ لأن تركته مثل العبد، وذلك يعدل شيئين، فالشيء نصف العبد، فيعتق نصفه، ويكون للورثة نصفه، ونصف تركة ابنه، وهما ضغف ما عتق.

مسألة: من الأصول المقررة: أن المريض إذا أعتق عبيداً، لا يملك غيرهم، معاً، أفرغ بينهم، وإن أعتقهم على الترتيب، بديء بالأول فالأول، فإن زاد الأول على الثالث، عتق منه قدر الثالث، فلو أعتق عبداً، فاكسب مثل قيمته، ثم أعتق عبداً آخر، ولا مال سواهما، وهما متساويا القيمة، فيعتق من الأول شيء، ويتبعه من الكسب شيء غير محسوب عليه، يبقى للورثة ثلاثة أعبد إلا شيئين، فبعد الجبر: ثلاثة أعبد تعدل أربعة أشياء، فالشيء ثلاثة أرباع العبد، فيعتق من الأول ثلاثة أرباعه، ويتبعه ثلاثة أرباع الكسب، يبقى عبد ونصف، وهما ضغف ما عتق.

ولو اكتسب الثاني مثل القيمة دون الأول، عتق الأول وبقي الثاني، وكسبه للورثة، وإن اكتسب كل واحد منهما مثل قيمته، عتق الأول، وتبعه كسبه، وبقي الثاني وكسبه للورثة، وإن اكتسب الأول مثل قيمتهما، عتق منه شيء، وتبعه من الكسب شيان، يبقى للورثة أربعة أعبد إلا ثلاثة أشياء، تعدل شيئين، فبعد الجبر يكوّن الشيء خمس أربعة أعبد، وهو أربعة أخماس عبد، يعتق من الأول أربعة أخماسه، ويتبعه أربعة أخماس الكسب، يبقى للورثة خمسة، وخمس كسبه، والعبد الآخر، وإن اكتسب الثاني

مثل قيمتهما، عَتَقَ الأول، ومن الثاني شيء، ويتبعه من الكسب شيان؛ يبقَى للورثة من الثاني وكسبه ثلاثة أعبد، إلا ثلاثة أشياء، تعدل ضعف ما عَتَقَ، وهو عبدان وشيآن؛ لأن الذي عَتَقَ عبدٌ وشيء، فبعد الجبر: ثلاثة أعبد تعدل وعبدین وخمسة أشياء، تُسْقَطُ عَبدین بعَبدین؛ يبقَى عبدٌ في معادلة خمسة أشياء.

فالشئ خُمَسَ العبد، فالذي عَتَقَ من الثاني خُمُسُهُ، وكذلك الحكم، لو اكتسب كل واحد منهما مثل قيمتهما، ولو أعتق العبدین معاً أقرعَ بينهما، فمن خرجت له القرعة، فكان السيد قدّمه، والحسابُ في الصورة على ما ذكرنا.

ولو أعتق المريضُ ثلاثة أعبد معاً، لا يملك غيرهم، فاكْتَسَبَ أحدهم قَبْلَ موته مثل قيمته، وقيمتهم متساوية، يُفْرَعُ بينهم بِسَهْمِ عَتَقِ، وسَهْمِي رِقٍّ، فإن خرج سهم العتق على المكتسب، عَتَقَ، ويتبعه كسبه، والآخِرَانِ للورثة؛ وإن خرج لأحد الآخرین، عَتَقَ، ثم تُعَادُ القرعة؛ لاستكمال الثلث، فإن خرج للآخر، عَتَقَ ثلثه، وكان ثلثاه مع المكتسب، وكسبه للورثة، ولا دُور، فإن خرج سهم العتق في القرعة الثانية للمكتسب، دخله الدُور، فنقول: يُعْتَقُ منه شيء، ويتبعه من الكسب شيء، يبقَى للورثة ثلاثة أعبد إلا شيئين، يَعدِلُ ضعف ما عَتَقَ، وهو عبدان وشيآن، فَبَعْدَ الجبر: ثلاثة أعبد تعدل عَبدین وأربعة أشياء، فَتُسْقَطُ عَبدین بعَبدین؛ يبقَى عبد في معادلة أربعة أشياء.

فالشئ رُبُعَ العبد، فيعتق منه رُبُعُهُ، ويتبعه ربع كسبه؛ يبقَى للورثة ثلاثة أرباعه، وثلاثة أرباع كسبه، والعبد الآخر، وذلك عبدان ونصف، وهو ضعف ما عتق.

وإن كانت الصورة بحالها، وعلى السيد من الدّين مثل قيمة أحدهم، فيُفْرَعُ بين العَبدِ بِسَهْمِ دَيْنِ، وسَهْمِي تركة، ولسهم الدين حالتان:

إحدهما: أن يخرج لأحد اللذين لم يكتسبا، فَيُبَاعُ في الدّين، ثم يُفْرَعُ بين الآخرین؛ لإعتاق الثلث بعد قضاء الدّين بسهم رِقٍّ، وسهم عَتَقِ، فإن خرج سهم العتق للذي لم يكتسب، عَتَقَ، والمكتسبُ وكسبه للورثة، وإن خرج المكتسبُ، دخله الدُور، فيعتق منه شيء، ويتبعه من الكسب شيء، يبقَى للورثة ثلاثة أعبد إلا شيئين [تعدّل شيئين فبعداً<sup>(١)</sup>] الجبر ثلاثة أعبد، تعدل أربعة أشياء، فالشئ رُبُعٌ إلا عبد، وهو ثلاثة أرباع عبد.

الحالة الثانية: يخرج سهم الدّين للمكتسب، فيباع منه ومن كسبه بقدر الدّين، والدّين مثل نصفها، فيباع في الدّين نصف رقبته، ونصف كسبه، ثم يُفْرَعُ بين الباقي

(١) سقط في: ز.



وَبَيْنَ الْآخِرِينَ بِسَهْمِ عَتَقٍ، وَسَهْمِي رِقٍّ، فَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ الْعَتَقِ لِأَحَدِ الْآخِرِينَ، عَتَقَ، وَالْآخِرَ وَنَصَفَ الْمَكْتَسَبَ وَكَسْبَهُ لِلوَرِثَةِ، وَإِنْ خَرَجَ لِلْمَكْتَسَبِ، عَتَقَ نِصْفَهُ الْبَاقِي، وَيَتْبَعُهُ الْكَسْبُ غَيْرَ مَحْسُوبٍ، ثُمَّ تُعَادُ الْقُرْعَةُ بَيْنَ الْآخِرِينَ؛ لِاسْتِكْمَالِ الثَّلَاثِ، فَإِنَا لَمْ نَعْتَقْ إِلَّا نِصْفَ عَبْدٍ، وَقَدْ بَقِيَ عَبْدَانِ، فَلَا يَهْمَا خَرَجَ الْعَتَقُ، عَتَقَ ثَلَاثَهُ، فَيَكُونُ جَمَلَةً مَا عَتَقَ خَمْسَةَ أَسْدَاسِ عَبْدٍ، يَبْقَى لِلوَرِثَةِ عَبْدٌ وَثَلَاثَا عَبْدٍ، ضَعْفَ مَا عَتَقَ.

ولو كانتِ الصورةُ بحالها إلا أن قيمتهم مختلفة؛ فأحدهم يساوي مائة، والثاني مائتين، والثالث ثلاثمائة، والكسب لكل واحدٍ منهم مثل قيمته، فيقرع بينهم، فإن خرج سهمُ العتق على الأعلى، عَتَقَ، وتبعه كسبه، والآخِرَانِ وَكَسْبُهُمَا لِلوَرِثَةِ، وذلك ضعفُ الأعلى، هذه حالة، ووراءها حالتان:

إحدهما: إذا خرج على الأدنى، عَتَقَ، وتبعه كسبه، وتُعَادُ الْقُرْعَةُ، لِاسْتِكْمَالِ الثَّلَاثِ، فَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ الْعَتَقِ لِلأَوْسَطِ؛ عَتَقَ، وتبعه كسبه، ويبقى الأعلى، وكسبه للوَرِثَةِ، وذلك ضعفُ العتقين، وإن خرج للأعلى، عَتَقَ منه شيء، ويتبعه من الكسب مثله، يبقى للوَرِثَةِ باقية وباقي كسبه، والعبد الأوسط وكسبه، وجملة ذلك ألف إلا شيئين، يعدل ضعف ما عتق، وهو مائتان وشيئان، فبعد الجبر: ألف تعدل مائتين وأربعة أشياء، يسقط مائتين بمائتين، يبقى ثمان مائة تعدل أربعة أشياء، فالشيء مائتان، وذلك ثلثا الأعلى، فيعتق منه ثلثا، ويتبعه ثلثا الكسب، يبقى للوَرِثَةِ ثلثه وثلث كسبه، والعبد الأوسط وكسبه، وذلك ستمائة، ضعف ما عتق من الأدنى، وما عتق من الأعلى.

الحالة الثانية: إذا خرج سهم العتق على الأوسط، عَتَقَ، وتبعه كسبه، وتُعَادُ الْقُرْعَةُ، فَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ الْعَتَقِ لِلأَدْنَى، عَتَقَ، وتبعه كسبه، والأعلى وكسبه للوَرِثَةِ، وإن خرج للأعلى، عَتَقَ ثلثه، وتبعه ثلث كسبه، والباقي مع الأدنى للوَرِثَةِ، وطريق الحساب ما بيناه.

مسألة: أعتق المريضُ جاريةً، لا يملك غيرها، فَوُطِّئَتْ بِالشَّهْبَةِ قَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ، فَلَهَا مَهْرٌ مَا عَتَقَ مِنْهَا غَيْرَ مَحْسُوبٍ مِنَ الثَّلَاثِ، وَلِلسَّيِّدِ مَهْرٌ مَا رَقَّ مِنْهَا، فَإِنْ كَانَ مَهْرُهَا مِثْلَ ثَلَاثِ قِيَمَتِهَا، فَيَعْتَقُ مِنْهَا شَيْءٌ، وَيَتْبَعُهُ مِنَ الْمَهْرِ ثَلَاثِي شَيْءٍ، وَبَاقِيهَا لِلوَرِثَةِ، وَهُوَ جَارِيَةٌ وَمِثْلُ ثَلَاثِهَا إِلَّا شَيْئاً، وَثَلَاثُ شَيْءٍ، يَعدِلُ شَيْئَيْنِ، فَبَعْدَ الْجَبْرِ: جَارِيَةٌ وَثَلَاثُ، تَعدِلُ ثَلَاثَةَ أَشْيَاءٍ وَثَلَاثُ شَيْءٍ، فَنَبْطِطُهَا أَثَلَاثاً، وَنَقْلِبُ الْاسْمَ، فَالْجَارِيَةُ عَشْرَةٌ، وَالشَّيْءُ أَرْبَعَةٌ، فَيُعْتَقُ أَرْبَعَةَ أَعْشَارِهَا [ويَتْبَعُهَا أَرْبَعَةَ أَعْشَارِ الْمَهْرِ، يَبْقَى لِلوَرِثَةِ، سِتَّةَ أَعْشَارِهَا] (١)، وَسِتَّةَ أَعْشَارِ مَهْرِهَا، وَسِتَّةَ أَعْشَارِ مَهْرِهَا عَشْرًا رَقْبَتِهَا، فَيَجْتَمِعُ لَهُمْ مِثْلُ

(١) سقط في: ز.

ثمانية أعشار الرقبة، ضعف ما عتق منها. فإن أحبلها الواطيء، وولدت قبل موت السيد ولداً، قيمته يوم الولادة ثلث قيمتها، فعلى الواطيء مع العفو قيمة الولد، بقدر ما رُق منها؛ لتقوية رِقِّه على السيد، فيعتق منها شيء من الولد، ثلث شيء غير محسوب من الثلث، ولها من المهر ثلث شيء، يبقى للورثة جارية ومثل ثلثها، إلا شيئاً وثلث شيء، وذلك يعدل شيئين.

فبعد الجبر: جارية وثلثا جارية تغدِل ثلاثة أشياء وثلثي شيء، فنبسطها أثلاثاً، ونقلب الاسم، فالجارية أحد عشر، والشيء خمسة، فيعتق منها خمسة من أحد عشر [ويتبعها خمسة من أحد عشر من الولد، ولها خمسة من أحد عشر<sup>(١)</sup> من المهر، يبقى للورثة ستة من أحد عشر من الرقبة، وستة من أحد عشر من المهر، وستة من أحد عشر من قيمة الولد، والشيطان جميعاً كأربعة من أحد عشر من الرقبة؛ فيجتمع للورثة مثل عشرة من أحد عشر من الرقبة وهي ضعف ما عتق.

فإن كان الواطيء مُغسراً، فلم يحصل منه مهر، ولا قيمة لم يتجزأ، لا عتق ثلثها، وثلثاها للورثة؛ فإن أيسر، وحصل منه المهر والقيمة، أتممنا عتقها على ما يقتضيه الحساب، وتسترد الجارية من كسبها مقدار ما عتق منها زائداً على الثلث؛ لنين العتق فيه.

وعن ابن سُرَينج تخريج وجه أنها لا تسترد، فإن كان الواطيء هو المعتق، فعلى ما ذكرنا في وطء الواهب المريض بعد الهبة، والإقباض.

مسألة: وإذا زادت قيمة المعتق قبل موت السيد، دخل المسألة دوزر؛ لأن زيادة القيمة بمثابة الكسب، فقسط ما عتق، لا يحسب على العبد، وقسط ما رُق، تزيد به التركة. وكذا نقصان القيمة يوزع، فقسط ما عتق يحسب على العبد، كأنه شيء قبضه وأتلفه، وقسط ما رُق كأنه تلف من مال المعتق، وإذا نقص المال، نقص ما يعتق منه، ويحتاج في استخراج المسألة إلى الطرق الحسابية.

مثال الزيادة: أعتق عبداً، قيمته مائة، لا مال له غيره، فبلغت، قيمته قبل موت السيد مائة وخمسين، فنقول: يُعتق منه شيء، وذلك الشيء محسوب عليه بثلثي شيء، فيبقى مع الورثة عبداً إلا شيئاً، يعدل ضعف المحسوب على العبد، وهو شيء وثلث شيء، فبعد الجبر: عبداً يعدل شيئين وثلث شيء.

فنبسطها أثلاثاً، ونقلب الاسم، فالعبد سبعة، والشيء ثلاثة، فيعتق منه ثلاثة أسابيع، وقيمته يوم الموت أربعة وستون وسبعان، والمحسوب عليه منها قيمة يوم

(١) سقط في: ز

الإعتاق، وهي اثنان وأربعون وستة أسباع، يبقى للورثة أربعة أسباع العبد، وقيمتها خمسة وثمانون، وخمسة أسباع، وهي ضعف المحسوب على العبد.

ومثال النقصان: كانت قيمته مائة، فعادت إلى خمسين، فيعتق منه شيء، وهو محسوب عليه بشيئين، فالباقي وهو عبد إلا شيئاً يُغْدَلُ ضعف المحسوب، وهو أربعة أشياء، فبعد الجبر: عبد يعدل خمسة أشياء، فالشيء خمس العبد، فيعتق منه شيء، وهو خمسة، وقيمه يوم الموت عشرة، ويحسب عليه بعشرين؛ لأن قيمته يوم الموت عشرون، يبقى للورثة أربعة أخماسه، وقيمتها أربعون، ضعف المحابة.

ومنها الكتابة: فإذا كاتب في مرضه عبداً، لا يملك غيره، ولم يؤد شيئاً من النجوم في حياة السيد، فثلثه مكاتب، فإذا أدى نجوم الثلث، عتق وهل يزداد في الكتابة؛ لأن التركة قد زادت بما أدى؟ فيه اختلاف يجيء في الكتابة - إن شاء الله تعالى - فإن زيدت، فقد ذكر في طريق الحساب: أن الكتابة تصح في شيء من العبد، ويؤدى المكاتب عنه شيئاً، والفرض فيما إذا كانت النجوم مثل القيمة، فيحصل للورثة من الرقبة، ومال الكتابة مثل عبد، وذلك يعدل ضعف ما صحّت فيه الكتابة، وهو شيان، فالشيء نصف العبد، فإذا أدى نجوم النصف، عتق نصفه، واسترد من الورثة كسب سدسه، فيحصل للورثة نصف الرقبة، ونصف النجوم، وذلك ضعف ما صحّت الكتابة فيه.

ولو كاتب عبده في الصحة، ثم أعتقه في المرض، أو أبراه عن النجوم، نُظِرَ إن عجز نفسه، عتق ثلثه، ورزق ثلثاه، وإن استدام الكتابة، فإن كانت النجوم مثل القيمة، فوجهان:

أظهرهما: أنه يُعتَقُ ثلثه ويبقى الكتابة في الثلثين.

والثاني: أنه لا يُعتَقُ ثلثه؛ حتى يسلم الثلثان للورثة، إما بالعجز، أو بأداء نجوم الثلثين، لأن ما يعجز العتق فيه، ينبغي أن يحصل للورثة مثلاً، فإذا كانت الكتابة مستمرة في الثلثين، والنجوم في الذمة، لم يحصل في يدهم شيء.

ومن قال بالأول: قال: لو لم يعتقه، لكان جميعه مكاتباً، وكانت الحيلولة قائمة؛ فالإعتاق ورد على محل فيه حيلولة، فليثبت العتق في الثلث، وليبق الباقي بحاله، وإن كان بين النجوم والقيمة تفاوت، فقد سبق أن المعتبر من الثلث أقل الأمرين، فإن كانت النجوم أقل؛ بأن كانت مائة، والقيمة مائتين، فيعتق ثلثه، ويسقط ثلث النجوم، وهو المحسوب من الثلث؛ يبقى للورثة ثلثا النجوم، إن أدى؛ وثلثا الرقبة إن عجزوا، إن كانت القيمة أقل بأن كانت مائة، والنجوم مائتين، دخله الدور؛ لأننا نحتاج إلى أن يعتق منه شيئاً محسوباً من الثلث؛ ويسقط ثلثه من النجوم، غير محسوب من الثلث.

وحسابه أن يقال: عَتَقَ منه شيءٌ، وسقط من النجوم شيئان، يَبْقَى للورثة من النجوم مائتًا درهم إلا شيئَيْن، وذلك يَغْدِلُ ضَعْفَ ما عَتَقَ، وهو شيئان؛ فبعد الجبر: مائتان يَغْدِلَانِ أربعة أشياء، فالشيءُ ربع المائتين، وهو نصفُ العبد، فعلمنا أن الذي يعتق نصف العبد، وأنه يُسْقِطُ نصف النجوم.

قال الأستاذ: فإن عَجَلَ ما عليه من النجوم، عَتَقَ نصفه؛ وإن لم يؤد شيئاً، لم يحكم بعق شيء، ثم كلما أَدَّى شيئاً، حُكِمَ بعق نصف ما أَدَّى؛ حتَّى يؤدي نصف الكتابة، ويستوفي وصيته.

هذا ما اتفق إيراده الآن من المسائل الدورية في أبواب الفقه، وكما أوردنا طرفاً منها في بعض الأبواب التي تتقدَّم على الوصايا، فربما نورد طرفاً في بعض الأبواب التي يتأخَّر عنها إذا انتهينا إلى فقهها - بمشيئة الله تعالى - ونختم الباب بمسائل يتولَّد الدَّور فيها من ازدواج أصليين.

مسألة: أعتق المريض عبداً، لا يملك غيره، ثم قتله، فينفذ العتق في جميعه؛ لأنه لا تَرَكَة، أو لا يعتق منه شيء، لأنه لا يَبْقَى للورثة ضعف المحكوم بعقته فيه خلاف سبق في نظائره؛ قال الأستاذ أبو منصور: قياس مذهب الشافعي - رضي الله عنه - الثاني، فإن ترك السيد مالا، إذا قضيت الدية منه، كان الباقي ضعف قيمته، فهو حرٌّ، وإن ترك من المال دون ذلك، عَتَقَ بعضه، ورَقَّ بعضه، ووجب على السيد قسْط ما عَتَقَ من الدية، ولا يرث السيد من دِيَّتِهِ؛ لأنه قاتل له، بل إذا كان له وارث أقرب من السيد، فهي له، وإلا فهو لأقرب عَصَبَات السيد.

مثاله: قيمته مائة، وقيمة إبل الدية ثلاثمائة، وترك السيد ثلاثمائة، فنقول: يعتق منه شيء، وعلى السيد من الدية ثلاثة أمثاله، وباقي العبد الذي بَطَلَ العتق فيه، قد أتلفه بالقتل، ولم يترك إلا ثلاثمائة، وهو مثل ثلاثة أعبد، يقضي منها ما وَجَبَ من الدية، يَبْقَى ثلاثة أعبد إلا ثلاثة أشياء، تعدل ضعف ما عَتَقَ، وهو شيئان، فيجْبَرُ وَيُقَابَلُ، فثلاثة أعبد تَغْدِلُ خمسة أشياء، فنقلب الاسم، فالعبدُ خمسة، والشيءُ ثلاثة، يعتق منه ثلاثة أخماسه، وهي ستون، ويجب عليه ثلاثة أخماس الدية، وهي مائة وثمانون، يَبْقَى مائة وعشرون، ضعف ما عتق، ويطريق السهام: تأخذ العبد بالعتق سهماً، ويتبعه من الدية ثلاثة أسهم، ولورثة السيد سَهْمَان، ضعف سهم العتق، فالمبلغ ستة أسهم، ونسقط منها سهماً، وهو الذي تلف من العبد، يَبْقَى خمسة أسهم، فهي سهام العبد، يعتق منها مثل سهام التركة.

طريقة أخرى: تضرَبُ قيمة العبد في ثلاثة؛ تكون ثلاثمائة، وتردُّ عليها الدية، تبلغ ستمائة، ينقص منها قيمة العبد؛ لأنه تلف؛ يَبْقَى خمسمائة، نسب إليها التركة،

وهي ثلاثمائة، يكون ثلاثة أخماسه، فالذي يعتق من العبد ثلاثة أخماس، ولو قُطِع يده، فنقص من قيمته خمسون ديناراً ودية اليد، لو كان حرّاً يساوي مائة دينار، وترك السيد مائة دينار، فيعتق منه شيء، ويجب على السيد من الدية شيء، وقد ترك السيد مائة دينار، وهو مثل عبد وما بطل فيه العتق من العبد، وهو عبد إلا شيئاً، وقد نقص منه نصفه، وهو نصف عبد إلا نصف شيء، فالحاصل عبدٌ ونصفٌ إلا نصف شيء، نسقط منه بالدية شيئاً؛ يبقى عبد ونصف إلا شيئاً ونصف شيء؛ وذلك يعدل ضعف ما عتق، وهو شيان، فبعد الجبر: عبدٌ ونصف يعدل ثلاثة أشياء، ونصف شيء، فنبسطها أنصافاً، ونقلب الاسم، فالعبد سبعة، والشيء ثلاثة، فيعتق منه ثلاثة أسباعه، وهي اثنان وأربعون ديناراً، وستة أسباع؛ يبقى منه سبعة وخمسون ديناراً وسبع دينار، ولكنه نقص نصفه، فعاد هذا الباقي إلى ثمانية وعشرين. ديناراً، وأربعة أسباع دينار، ومع الورثة من التركة مائة، يؤدي ما وجب من الدية، وهو مثل ما عتق، يبقى خمسة وثمانون ديناراً، وخمسة أسباع دينار، وذلك ضعف ما عتق.

ولو أعتق المريض عبداً، قيمته ستون، لا يملك غيره، فقطع أجنبي يده، ودية اليد، لو كان حرّاً مائة وثمانون، ونقص من قيمته عشرة، فيعتق منه شيء، ويجب على الجاني للعبد ثلاثة أشياء، يبقى للسيد من رقبته عبد إلا شيئاً، فيستحق به نصفه، وهو نصف عبد إلا نصف شيء؛ لأن خراج العبد من قيمته كخراج الحر من ديته، فيجتمع له عبدٌ ونصف عبد إلا شيئاً ونصف شيء.

لكنه نقص سدس العبد، فينقص مما كان له سدس عبد إلا سدس شيء، فيعود ما عند ورثته إلى عبد وثلاث عبد، سوى شيء وثلاث شيء، وذلك يعدل شيئين، فبعد الجبر: عبدٌ وثلاث عبد، يعدل ثلاثة أشياء وثلاث شيء، فنبسطها أثلاثاً، ونقلب الاسم، فالعبد عشرة، والشيء أربعة، يعتق منه أربعة أعشار؛ يبقى للسيد ستة أعشار، يستحق به ثلاثة أعشار؛ لكنه نقص من ستة أعشار واحد، فالمبلغ ثمانية أعشار، ضعف ما عتق، ولو كانت قيمة العبد والدية كما ذكرنا، وقتله أجنبي، وخلف العبد بنتاً وسيدة المعتق [فيعتق<sup>(١)</sup> منه شيء، ويستحق من الدية ثلاثة أشياء، يبقى للسيد عبد إلا شيئاً، فيستحق به مثله على القاتل؛ لأن المستحق للسيد القيمة؛ فيحصل له عبد إلا شيئاً، وله نصف ما استحقه العبد، وهو شيء ونصف، فيجتمع للورثة عبدٌ ونصف شيء، وذلك يعدل شيئين، فنسقط نصف شيء بنصف شيء؛ يبقى عبد يعدل شيئاً ونصف شيء؛ فالشيء ثلثا العبد، فيعتق منه ثلثاه، وهو أربعون، ويجب به على الجاني مائة وعشرون، يبقى

(١) سقط في: ز.

للسيد عشرون، ويرث من المائة والعشرين شيئين، فالمبلغ ثمانون، ضغف ما عتق.  
والمسألة تنفرع على توريث من بغضه رقيقاً.

مسألة: أعتق المريض عبداً، فعجنى العبد على أجنبي بقطع، أو قتل، ولا مال للسيد غيره، نُظِرَ: إن كان أرش الجناية مثل قيمة العبد، أو أكثر، لم يعتق منه شيء؛ لأن الأرش دين يتعلق بالرقبة، والدَّين يتقدم على الوصايا، وإن كان دُونَهَا، كما إذا كان العبد يساوي مائة، والأرش خمسة وسبعين، فيعتق منه شيء، ويرق الباقي، والأرش يتوزع عليهما فحصة ما عتق، يتعلق بذمة العبد، وحصته ما رَقَّ، يؤدي منه، إن أراد السيد التسليم والأرش ثلاثة أرباع القيمة، فعلى السيد تسليم ثلاثة أرباع ما رَقَّ، وهو ثلاثة أرباع عبد إلا ثلاثة أرباع شيء، يبقى مع ورثته ربع عبد إلا ربع شيء، يعدل شيئين، فبعد الجبر: ربع عبد يعدل شيئين، وربع شيء.

فنبسطها أرباعاً، ونقلب الاسم، فالعبد تسعة، والشيء واحد، فيعتق منه سبعة، ويرق الباقي، فيسلم في الجناية ثلاثة أرباعه، وهي ستة أتساع؛ يبقى مع الورثة تسعاً، ضغف ما عتق.

مسألة: أعتق عبداً قيمته ستون، وآخر قيمته أربعون، ولا مال له غيرهما، ثم قتل السيد الذي قيمته ستون، وديته لو كان حراً تساوي ثمانين، فيقرع بين العبدَيْن، فإن خرجت القرعة للحَيِّ، عتق ثلثه، ورَقَّ ثلثاه، ومات المقتول رقيقاً على الأظهر، وإن خرجت للمقتول، دازت المسألة؛ فيعتق منه شيء، ويرق الباقي، وهو عبد إلا شيئاً، [وثلثه شيء يعدل شيئين، فبعد الجبر ثلثا عبد يعدل ثلاثة أشياء وثلث شيء] (١) وقد تلف ما عتق، وما رَقَّ بقي مع السيد عبداً، قيمته ثلثا عبد، يُقضى منه دية ما عتق من المقتول، وهو شيء وثلث شيء؛ لأن الدية مثل القيمة، ومثل ثلثها؛ يبقى ثلث عبد إلا شيئاً وثلث شيء.

فنبسطها أثلاثاً، ونقلب الاسم، فالعبد عشرة، والشيء اثنان، فيعتق منه عشراه، وهما اثنا عشر، وعلى السيد من الدية عشراها، وهما ستة عشر، يُقضى من الحي، يبقى منه أربعة وعشرون، ضغف ما عتق.

ولو أعتقهما، كما ذكرنا.

وقتل الذي قيمته أربعون، وقطع يد الآخر، فنقص من قيمته عشرة، ودية كل واحد منهما، لو كان حراً يساوي ثمانين، فيقرع، إن خرجت القرعة للمقتول، عتق

(١) سقط في: ز، أ.

ثلثه، ورَقَّ ثلثاه، وإن خرجت للمقتول، فيعتق منه شيء، ويرق الباقي، لكنه أتلفه فالذي يَبْقَى، لورثة العبد المَقْطُوع، وهو بعد ما نَقَص مثل عبد وربع عبد، يُقضى منه ما لزمه من الدية، وهو شيان؛ لأنَّ الدية ضَعْفُ القيمة، فيبْقَى عبد وربع عبد إلا شيئين، يعدل شيئين، فبعد الجبر عبد وربع عبد يعدل أربعة أشياء، فنبسطةا أربعاً، وتقلب الاسم، فالعبد ستة عَشَرَ، والشيء خمسة، فيعتق من العبد خمسة أجزاء من ستة عشر جزءاً، وقيمته اثنا عشر ونصف، تركة السيد خمسون؛ يُقضى منها ما لزمه من الدية، وهو ضعف ما عَتَق؛ يبقى منها خمسة وعشرون، ضعف ما عتق.

مسألة: وهب المريض عبداً لا يملك غيره، وأقبضه، فقتل العبد الواهب خطأ، نُظِرَ: إن كانت قيمته مثل الدية، صحَّت الهبة في نصفه، ويَبَاحُ ذلك النصف في الجناية، أو يَفْدِيهِ المؤهوب له، فيحصل لورثة الواهب قدر نصفه، وقد بَقِيَ لهم النصف وهما ضعف ما صحَّت الهبة فيه، ويهدر نصف الجناية؛ لأن جناية المملوك على المالك مهذرة.

وإن كانت القيمة أكثر، كما إذا كان العبد يساوي ثلاثمائة، والدية مائة، فتصحُّ الهبة في شيء من العبد، وتبطل في الثاني، ويَزْجَعُ بالجناية إلى ورثة السيد ثلث شيء، فيبْقَى معهم عبداً إلا ثلثي شيء، يعدل شيئين؛ فبعد الجبر عبدك يعدل<sup>(١)</sup> شيئين، وثلثي شيء.

فنبسطةا أثلاثاً، ونقلب الاسم، فالعبد ثمانية، والشيء ثلاثة، فتصحُّ الهبة في ثلاثة أثمان العبد، ويَزْجَعُ إلى ورثة الواهب ثلث ما صحَّت الهبة فيه، وهو ثمن، فيجتمع لهم ستة أثمان، ضعف ما صحَّت الهبة فيه.

وإن كانت القيمة أقل، فإن قلنا: إن الفداء بالأقل من القيمة، أو الدية، فكذلك الجواب، وإن قلنا: إن الفداء بالدية، فإن كانت القيمة مثل نصف الدية، أو أقل، صحَّت الهبة في جميعه، فإذا فداه، كان عندهم ضعف ما صحَّت الهبة فيه أو أكثر، وإن كانت أكثر من نصف الدية؛ كما إذا كانت القيمة مائتين، والدية ثلاثمائة، فتصحُّ الهبة في شيء من العبد، ويفديه بمثله، ومثل نصفه، فيحصل للورثة عبد ونصف شيء، يعدل شيئين، فيسقط نصف شيء بنصف شيء؛ يبقى عبد يعدل شيئاً ونصف شيء، فالشيء ثلثا العبد، فصحَّت الهبة في ثلثه، يبْقَى للورثة من الرقبة ثلث، ومن الفداء مثل عبداً، فيجتمع عبد وثلث عبد وثلث. ضعف ما صحت الهبة فيه.

فإن عفا الواهب عن الجناية، فالهبة سابقة على العفو، فيقدم، ثم ينظر إن كانت القيمة مثل نصف الدية، أو أكثر، بطل العفو، لأن الهبة تستغرق الثلث، فلا يبْقَى شيء ينفذ العفو فيه.

(١) في ز: الجبر يعدل.

وإن كانت القيمة أقل من نصف الدية، نُظِرَ: إن سلم الموهوب له العبد، أو فداءه، وقلنا: الفداء بأقل الأمرين، فكذلك الجواب، وإن قلنا: الفداء بالدية فالفاضل من الثلث عن الهبة يُصَرَّفُ إلى العفو.

مثاله: القيمة مائة، والدية ثلاثمائة، فتصح الهبة في جميع العبد، ويصح العفو في شيء منه، ويفدى الباقي، وهو عبد إلا شيئاً بثلاثة أمثاله، وهي ثلاثة أعبدٍ إلا ثلاثة أشياء، وذلك يعدل ضعف ما صح بالهبة، والعفو، وهو عبدان وشيئان، فبعد الجبر: ثلاثة أعبدٍ تغلُّ عبدين وخمسة أشياء، يسقط عبدين بعبدين، يبقى عبد في معادلة خمسة أشياء، فالشيء خمس العبد، فيصح العفو في خمس، وهو عشرون فقد صحَّت الهبة في جميعه وهو مائة، فالمبلغ مائة وعشرون، يبطل العفو في أربعة أخماسه، وهي ثمانون، يفديها الموهوب بأربعة أخماس الدية، وهي مائتان وأربعون، ضعف ما صح فيه العفو والهبة، وهذه الصور وأوضاعها لا تتناهى، فتقع بهذا القدر والله يتقَّع به.

### الباب الثالث في مسائل العين والدين

بناء الباب على أن يخلف الميت عيناً، وديناً على بعض الورثة، أو على أجنبي، فيصيب الوارث بعض ما عليه بالإرث، أو الأجنبي بعض ما عليه بوصية تُفَرِّضُ له، وأول ما نذكره أن الميت، إذا لم يخلف إلا ديناً على بعض الورثة، فالذي عليه يبرأ من حصته، ولا يتوقَّف براءته على توفير حصَّة الآخرين؛ لأن الملك بالإرث لا يتأخَّر والإنسان لا يستحقُّ على نفسه شيئاً.

ولو خلف عيناً وديناً على بعض الورثة، نُظِرَ: إن كان الدين، من غير جنس العين، أو من غير نوعه، فيقسَّم العين بين الورثة، فما أصاب من لا دين عليه، دفع إليه، وما أصاب المديون فعند أبي حنيفة [لا يدفع إليه، ويوقف عند من لا دين عليه، على سبيل الرهن؛ حتى]<sup>(١)</sup> يؤدي نصيب من لا دين عليه، من الدين، وعندنا لا تتوقف، بل إن كان مقرراً مليئاً، دُفِعَ إليه، وإن كان جاحداً، أو مُعْسِراً، فالآخر مستحق، ظفر بغير جنس حقه، وحكمه مذكور في موضعه.

وإن كان الدين من ذلك الجنس، وذلك النوع، كما إذا حَلَفَ عَشْرَةَ عيناً، وعَشْرَةَ ديناً، على أحد ابنيه الحائزين، فجواب الأستاذ أبي منصور: أن الذي لا دين عليه يأخذ العشرة، نصفها إرثاً، ونصفها قصاصاً، عما يصيبه من الدين، وفي كيفية القصاص: الخلاف المذكور المعروف.

(١) سقط في: ز.



قال الإمام: وهذا بعيد، والأقوال في تقاص الدينين، لا في تقاص الدين والعين، بل المذهب أن الإزث يثبت شائعاً في العين والدين، وليس لمن لا دين عليه الاستبداد بالعشرة التي هي عين، إن كان المديون مقراً مليئاً؛ فإن تراضياً، أنشأ عقداً، وإن كان جاحداً، أو مُعسراً، فله أن يأخذها على قُصد التملك؛ لأنه ظفر بجنس حقه ممن تعذر تحصيله منه.

وإذا خُلف ديناً وعيناً، وأوصى بالدين لإنسان، وهو ثلث ماله، أو أقل، فحقه منحصراً فيه، فما نُض، دُفع إليه ولو أوصى بثلث الدين، فوجهان:

أحدهما: أن ما نُض منه يُضم إلى العين، فإن كان ما نُض ثلث الجميع، أو أقل، دُفع إلى الموصى له؛ لاحتواء يد الورثة على مثليه.

وأصحهما: أنه كلما نُض منه شيء، دُفع إليه ثلثه إلى الموصى له، وثلثاه إلى الورثة؛ لأن الوصية شائعة في الدين.

إذا تقرر ذلك، فالدين المختلف مع العين من جنسه ونوعه، إما أن يكون على وارث، أو أجنبي، أو عليهما:

القسم الأول: أن يكون على الوارث، فنصيبه من جملة التركة: إما أن يكون مثل ما عليه من الدين، أو أكثر، أو أقل.

الحالة الأولى: إذا كان نصيبه مثل ما عليه، فتصح المسألة، وتطرح، فما تصح منه المسألة نصيب المديون، وتقسّم العين على سهام الباقيين، ولا يُدفع إلى المديون شيء، ولا يؤخذ منه شيء.

مثاله: زوج وثلاثة بنين، وترك خمسة ديناً على أحد البنين، وخمسة عشر عيناً، فجملة التركة عشرون، ونصيب كل ابن خمسة، فما على المديون مثل نصيبه، فتصح المسألة من أربعة، وتطرح منها نصيب ابن، يبقى ثلاثة، تقسم عليها العين، وهي خمسة عشر، يخرج من القسمة خمسة، ونصيب المديون، يقع قصاصاً بما عليه، هكذا أطلقوه؛ قال الإمام: وهو محمول على ما إذا أوصى المديون بذلك، أو على ما إذا كان جاحداً، أو مُعسراً؛ والباقيون من الورثة ظافرون بحبس حقوقهم من ماله؛ فيأخذونه، ويقسمونه بينهم، وعلى ذلك ينزل الجواب المطلق في جميع هذه المسائل.

الثانية: إذا كان نصيبه أكثر مما عليه، فيقسم التركة بينهم فما أصاب المديون، يطرح منه ما عليه، ويأخذ الباقي من العين.

مثاله: الدين في الصورة المذكورة ثلاثة، والعين سبعة عشر، نصيب كل ابن من التركة خمسة، وما على المديون ثلاثة، يسقطها من الخمسة، يبقى اثنان. يأخذهما من العين.

الثالثة: إذا كان نصيبه أقل مما عليه، فَيَقَامُ سهام الفريضة، فيطرحُ منها نصيبُ المديون، وتقسّم العين على الباقي، فما خرج من القسمة يضرب في نصيب المَدْيُون، الذي طُرِحَ فما بلغ، فهو الذي حَيَّ من الدين، والمراد من هذه اللفظة أن ما يقع في مقابلة العين من الدين، كالمستوفي في المقاصة؛ فكأنه حي من الدين فلولا المُقَاَصَّة، فالذَّيْن على المفلس ميت فائت، ثم الباقي من الذَّيْن بعد الذي حي يسقط منه شيء، ويبقى شيء، يؤدِّيه المديون إلى سائر الورثة.

والطريق في معرفة السَّاقِطِ والباقي؛ أن يُقسَّم جميع التركة بين الورثة، فما أصاب المديون يُطْرَحُ مما عليه من الذَّيْن، فما بَقِيَ هو الذي يؤدِّيه المديون، فيقسمه سائر الورثة على ما بقي من سهام الفريضة بعد إسقاط نصيب المديون.

المثال: الدين في الصورة المذكورة ثمانية، والدين اثنا عشر؛ يُقسَّم سهام الفريضة من أربعة، ويُطرح منها نصيب المديون، ويُقسَّم العين على الباقي؛ يخرج من القسمة أربعة، نضربها في نصيب المديون هو واحد، يكون أربعة، فكذلك هو الذي حي من الدين؛ يبقى منه أربعة، تأخذ نصيب المديون من التركة، وهو خمسة، فنطرحها مما عليه يبقى ثلاثة، فالثلاثة هي التي تبقى من الدين، ويسقط واحد، وتلك الثلاثة مقسومة بينهم على السهام مما يصح منه المسألة، وهي ثلاثة، وهذا إذا لم تكن وصية، فإن كانت؛ كما لو خلف ابنين، وترك عشرة عيناً، وعشرة ديناً، على أحدهما، وأوصى بثلث ماله لرجل، ففيه وجهان:

أحدهما: وينسب إلى ابن سريج: أنا ننظر إلى الفريضة الجامعة للوصية والميراث، وهي ثلاثة، للموصى له سهم، ولكل ابن سهم، فيأخذ المديون سهمه، مما عليه، ويُقسَّم الابن الآخر، والموصى له العين نصفين، وقد حي من الذَّيْن خمسة، يبقى خمسة، للمديون ثلاثة، يبقى ثلاثة، وثالث، إذا أداها اقتسمها الابن الآخر، والموصى له نصفين؛ ووجهه أن الإرث والوصية ثابتان على الشيوع، فلكل واحد من الابنين والموصى له ثلث الذَّيْن، وثلث العين، فيبرأ المديون عن ثلث الذَّيْن، ويجعل نصيبه من العين قصاصاً بثلث الذَّيْن، فما يستحقه على ما بينا كيفية المقاصة يبقى ثلث الذَّيْن لهما عليه بالسوية.

والثاني: وينسب إلى أبي ثور: أن الموصى له يأخذ ثلث العين، والابن الذي لا دين عليه، يأخذ ثلثها إرثاً، والثلث قصاصاً، فيبرأ المديون عن ثلثي الذَّيْن بالإرث، والمقاصة؛ يبقى عليه ثلث الذَّيْن، يأخذه الموصى له، ومال الأستاد إلى هذا الوجه، ووجهه بأنه لو كان الذَّيْن على أجنبي، لم يكن للموصى له من العين إلا الثلث، فكذلك، إذا كان على أحد الابنين، لكن الجمهور أجابوا بالأول، وبه

قال [أصحاب] <sup>(١)</sup> الرأي.

وما ذكره الأستاذ مقلوب عليه، فإنه لو كان الدين على أجنبي، لم يكن لأحد الابنين إلا ثلث العين، وكذلك إذا كان على أحد الابنتين.

ولو كانت الصورة بحالها، إلا أنه أوصى بربع ماله، فعلى الوجه الأول الفريضة الجامعة من ثمانية؛ للموصى له سهمان، ولكل ابن ثلاثة، تسقط سهام المديون، يبقى خمسة، يقسم عليها العين، وهي عشرة، يخرج لكل واحد سهمان، فيكون للموصى له أربعة، وللأبن ستة، وقد حي من الدين، يبقى من الدين أربعة، يسقط منها حصة المديون، وهي دزهم ونصف؛ لأن لكل ابن ثلاثة من ثمانية، يبقى درهمان ونصف، إذا أداها اقتسمها الابن الآخر، والموصى له على خمسة؛ لهذا ثلاثة، ولهذا سهمان، فيكمل للموصى له ربع المال.

وعلى الوجه الثاني: يأخذ الموصى له ربع العين، وثلاثة أرباعها للابن الذي لا دين عليه بالإرث، والمقاصة، وتبرأ ذمة المديون عن ثلاثة أرباع الدين، يبقى عليه ربه للموصى له، ولو كانت بحالها، إلا أنه أوصى بالنصف؛ فإن لم يُجز الابنان ما زاد على الثلث، فكما لو أوصى بالثلث، فإن أجاز، فعلى الوجه الأول: الفريضة الجامعة من أربعة، للموصى له سهمان، ولكل ابن سهم، يأخذ الغريم سهمه مما عليه، ويقسم الابن الآخر، والموصى له العين على ثلاثة؛ للموصى له ثلثها، وللأبن ثلثها، وقد حي من الابن ثلثه، وثلث يبقى ستة وثلثان؛ للمديون ربعها، يبقى خمسة، كلما أدى منها شيئاً، اقتسمه الابن الآخر، والموصى له ثلثاً وثلثين.

وعلى الوجه الثاني يأخذ الموصى له نصف العين، ونصفها للابن الذي لا دين عليه بالإرث، والمقاصة، ويبرئ المديون عن نصف الدين، يبقى عليه نصفه، للموصى له؛ وإن أجاز الابن المذيون دون الآخر؛ ذكر الأستاذ تفريراً على الوجه الأول أن نصف العين للموصى له، ونصفها للابن الآخر؛ كما لو كانت الوصية بالثلث، وللموصى له على المديون ثلاثة وثلث، وللآخر عليه دزهم وثلثان، فيحصل للموصى له ثمانية وثلث، وللآخر ستة وثلثان، ويسقط من الدين <sup>(٢)</sup> خمسة، وهو ربع الشركة الذي يستحقه حيث أجاز، وتفريراً على الوجه الثاني: أن للموصى له ثلث العين، والباقي يأخذه الذي لا دين عليه، وللموصى له خمسة على المديون.

وأما تفرير الوجه الثاني فبين، وأما الأول: فإن للإمام وجهاً ينصف العين بينهما؛ بأن المسألة مبنية على المقاصة، وهي على ما ذكرنا مخصوصة بحالة الإفلاس، وليس

(٢) في ب: العين.

(١) سقط في: ز.

للمفلس إبطال حقّ المستحق الذي للدين بنزعه، مبتدئاً كان أو مجيزاً، وكان كلُّ واحد منهما يأخذ نصف العين، لو كانت الوصية بالثلث، وإن أجاز الابنُ الذي لا ذين عليه ذيون المديون، فعلى الوجه الأول يأخذ الموصي له من العين خمسة دراهم، وخمسة أسداس؛ لأنهما لو أجاز الأخذ، [لأخذ]<sup>(١)</sup> الثلثين، ولو كانت الوصية بالثلث، لأخذ النصف، فإذا أجازا أحدهما دون الآخر، بنصف ما بين النصف والثلثين، وهو درهم وثلثان؛ فنصفه خمسة أسداس، والباقي؛ وهو أربعة سدس، يأخذه الابن الآخر بالإرث والمقاصة، يبقى للموصي له على الابن المذيون درهمان ونصف، وللابن الآخر عليه خمسة أسداس، ويسقط عنه ستة وثلثان.

وعلى الوجه الثاني يأخذ الموصي له من العين خمسة؛ لأن الذي أجاز يلزمه أن يؤدي إليه نصف ما عنده، وله على المديون ثلاثة وثلث؛ وللابن المجيز نصف العين إرثاً وقصاصاً، وهو قدر حقه، ولو كانت بحالها إلا أنه أوصى بخمسة دراهم من ماله، حكى الأستاذ تفريراً على الوجه الأول: أنه يدفع إلى الموصي له من العين خمسة، ويأخذ الذي لا ذين عليه الخمسة الباقية؛ نصفها بالإرث، ونصفها قصاصاً، عما له على المديون، ويبرأ المديون عن نصف الدين بالميراث، ومن ربه بالقصاص، يبقى عليه ربع [الدين الآخر]<sup>(٢)</sup>، وتوقف الإمام في هذا؛ لأن الاعتبار في الوصايا بما لها.

وإذا كان المال بحاله؛ حتى مات، فالتركة عشرون، والخمسة ربع العشرين، فليكن الحكم، كما لو أوصى بربع ماله، ولو أوصى كذلك، لم يكن للموصي له نصف العين، بل خماسها، كما سبق، وعلى الوجه الثاني: للموصي له ثلث العين، فيكون الباقي من الدين. ولو خلفت زوجاً، وثلاثة بنين، وخمسة ذيناً على أحد البنين، وخمسة عشر عيناً، وهو المال المذكور أولاً، وأوصت بثلث ماله.

فعلى الوجه الأول الفريضة: الجامعة من ستة؛ للموصي له سهمان، ولكل واحد من الزوج والبنين سهم، يسقط نصيب المذيون، يبقى خمسة، يقسم عليها العين، يخرج من القسمة ثلاثة، وللموصي له ستة، ولكل واحد منهم سوى المديون ثلاثة، وقد حي من الدين ثلاثة، يبقى من الدين درهمان، يسقط منها حصّة المديون، وهو ثلث درهم؛ لأن لكل ابن سهمان من ستة، يبقى درهم وثلثان، إذا أداها، واقتسموها على خمسة، للموصي له ثلثان، ولكل واحد من الابنين والزوج ثلث.

وعلى الوجه الثاني، للموصي له ثلث العين، وهو خمسة، وللزوج والابنين الذين لا ذين عليهما الباقي بالتسوية؛ لكل واحد درهمان ونصف، بالإرث، وخمسة أسداس

(١) سقط في: ز.

(٢) في ز: ربع للأخر.

بالمقاصَّة، [ويبرأ المديون عن سدس الدَّين بالإرث، وعن درهمين ونصف بالمقاصَّة] (١) يبقى عليه ذرهم وثلاثان للموصى له.

القسم الثاني: إذا كان الدَّين على أجنبي؛ فيُنظَرُ: إن لم يكن وصية، فالورثة يشتركون في العَيْن والدَّين، ولا إشكال، وإن كانت، فهي إما: أن تكون لغير المديون، أو للمدِّيون، أولهما:

إن كان لغير المديون، كما إذا خلف ابنين، وترك عشرة دراهم عيناً، وعشرة ديناً على رجل، وأوصى لرجل بثلث ماله، فالابنان والموصى له يقسمون العين أثلاثاً، وكلما حصل شيء من الدين، اقتسموه كذلك، ولو قيد الوصية بثلث الدَّين، اقتسم الابنان العَيْن، وأما الدين، فقد سبق حكاية وجهين فيه:

أحدهما: أن الحاصل من الدَّين يُضَمُّ إلى العين، ويدفع [ثلث الدين]، (٢) حصل إلى الموصى له، ويشهر هذا بوجه الحَضْر؛ لأنه حصر حق الموصى له فيما يَنْجَزُ من الدين.

وأصحهما: أن ما يَخْضَلُ من الدَّين يُدْفَعُ إليه ثلثه، ويشتهر هذا بوجه الشيوخ، ولو أوصى، والصورة ما ذكرنا، لزيد بثلث العَيْن، ولعمرو بثلث الدَّين، فلزيد ثلث العين، وأما عمرو، فإذا خَصَلَّ من التركة خمسة، فعلى وجه الشيوخ: يُدْفَعُ إليه ثلثها، وهو درهم وثلاثان، وعلى وجه الحَضْر: إن أجاز الورثة، دُفِعَ إليه من الخمسة ثلث الدين، وهو ثلاثة وثلث، وإن لم يجيزوا، لم يُدْفَعُ إليه ثلث الدين تاماً؛ لأن الموصى له بالعَيْن قد أخذ ثلث العين، فلو أخذ عمرو ثلث الدين، لا يصرف إلى الورثة ستة وثلثان، ولم يحصل في يد الورثة بَعْدُ إلا ثمانية وثلث، وذلك دون الضَّغف.

وإذا تعدَّر ذلك، فكم يُدْفَعُ إلى عمرو؟ قال الأستاذ أبو منصور: على تخريج أبي نُور يُدْفَعُ إليه ثلث الخمسة الحاصلة، فيكون المصروف إلى الوصيتين خمسة، وفي يد الورثة عشرة، وعلى تخريج ابن سريج: تُضَمُّ الخمسة إلى العشرة التي هي عين، ويُؤخَذُ ثلث المبلغ، وهو خمسة، يضارب فيها زيد وعمرو بجزئين متساويين، فيكون حصَّة عمرو درهمين ونصف درهم، واحتج الأستاذ بهذه المسألة على ترجيح قول أبي نُور؛ لأننا إذا دَفَعْنَا إلى عمرو ذرهمين ونصفاً، وقد أخذ زيد ثلاثة وثلثا، وكان المبلغ خمسة دراهم وخمسة أسداس، وليس في يد الورثة ضغف ذلك.

قال الإمام: وجه الحصر في أوله ضعف، فليحتج بما يلزم منه من محذور على

(٢) سقط في: ز.

(١) سقط في: ز.

فساده، لا على فساد قول ابن سُرَيْج؛ على أن القياس التفرُّغ عليه على قول ابن سُرَيْج، رد نصيب زيد إلى درهمين ونصف [أنصافاً]<sup>(١)</sup>، فلا يلزم المحذور المذكور، فإن كانت الوصية للمديون، فيُنظَر فيما يستحقُّه بالوصية: أهو مثل الدين، أو أقل، أو أكثر؟ ويقاس بما ذكرنا فيما إذا كان الدين على وارث، وإن كانت الوصية لهما؛ كما إذا أوصى، والصورة ما سبق، بثلث العين لزيد، وللغريم بما عليه، ورد الابنان الوصيتين إلى الثلث؛ فيكون الثلث بينهما على أربعة؛ لزيد سهم، وللغريم ثلاثة.

فعلى الوجه المنسوب إلى ابن سُرَيْج، الفريضة [الجامعة]<sup>(٢)</sup> من اثني عشر، للوصيتين أربعة، وللابنين ثمانية، فيقسم زيد والابنان العين على قدر سهامهم، وهي تسعة؛ لصاحب العين سهمٌ وثُسع، ولكل واحد منهما أربعة، وأربعة أتساع، ويبرأ الغريم عن ثلاثة أرباع الثلث، وهي خمسة دراهم؛ يبقى عليه خمسة، كلما أدَّى شيئاً، جعل بين زيد والابنين، وعلى تسعة، فيحصل لزيد خمسة أتساع درهم، فيتم له ربع الثلث، وهو درهم وثلثان، وللابنين أربعة وأربعة أتساع، فبلغ مالهما ثلاثة عشر درهماً وثلث درهم، وذلك ثلثا المال، ثم ليكن المصروف إلى زيد عند خُرُوج الدين من العين، إن كانت باقية.

وعلى الوجه المنسوب إلى تخريج أبي ثور، لزيد ربع الثلث، وهو درهم وثلثان، يأخذه من العين، والباقي من العين للابنين، ويبرأ الغريم من خمسة، يبقى عليه خمسة، إذا أداها، فيقتسمها الابنان.

ولو خلف ابنين، وعشرين درهماً عيناً، وعشرة ديناراً على رجل، وأوصى للغريم بما عليه، ولزيد بعشرة من العين، ولم يجز الابنان ما زاد على الثلث، فيجعل الثلث بينهما نصفين، ثم حكى الأستاذ فيه وجهين عن ابن سُرَيْج:

أصحهما: أن الفريضة الجامعة من ستة؛ للوصيتين اثنان، وللابنين أربعة، فيقسم زيد والابنان العشرين على قدر سهامهم، وهي خمسة؛ فيحصل لزيد أربعة، ولكل ابن ثمانية، ويبرأ الغريم عن نصف الثلث، وهو خمسة، يبقى عليه خمسة، إذا حصل منها شيء، جعل بينهم أخماساً حتى يتم لزيد خمسة، ولهما عشرون.

والثاني: أنه يُدْفَع إلى زيد من العين نصف وصية، وهو خمسة، ويبرأ الغريم من نصف ما عليه وهو خمسة، [وللابنين باقي العين]<sup>(٣)</sup>، وهو خمسة عشر، ويقتصان باقي الدين، وهو خمسة؛ لأن في أيديهما من العين ضعف ما أخذ منهما والدين لم يؤخذ

(٢) سقط في: ز.

(١) في ز: أيضاً.

(٣) سقط في: ز.

منهما، وإنما برىء الغريم مما عليه، قال الإمام: وهذا الوجه على ضعفه يخبري فيما سبق.

القسم الثالث: إذا كان الدين على وارث وأجنبي [كما إذا خلف ابنين وترك عشرة عيناً وعشرة ديناً على أحدهما وعشرة ديناً على أجنبي<sup>(١)</sup>] وأوصى بثلث ماله؛ فعلى قياس تخريج ابن سريج الفريضة الجامعة من ثلاثة، يُجعل سهم للمديون ما عليه، ويقسم الابن الآخر والموصى له العين، نصفين. وإذا حصل ما على الأجنبي اقتسماه كذلك وعلى الوجه الثاني، يأخذ الموصى له ثلث العين، والباقي للابن الذي لا دين عليه [ويبرأ الابن المديون عما عليه وإذا حصل ما على الأجنبي أخذ الموصى له ثلثيه والابن الذي لا دين عليه ثلثه]<sup>(٢)</sup>.

فرغ: ترك عشرة ديناً على أحد ابنه الجائزين، وعرضاً يساوي عشرة، وأوصى بثلثه، فلكل واحد من الابنين والموصى له ثلث الدين، وثلث العرض، فبرأ المديون عن ثلث الدين، ويُؤخذ منه ثلثا الدين لهما، فإن لم يملك إلا ثلث العرض أعطاهما ذلك عن حقهما، فإن لم يفعل باعه الحاكم، ودفع الثمن إليهما.

ولو ترك عشرة على أحدهما، وعبداً يساوي عشرة، وثوباً يساوي عشرة، فهل يمنع المديون من التصرف في حقه من العين؛ حتى يؤدي نصيب أخيه من الدين، أم هو مطلق اليد فيه؟ حكى الأستاذ أبو منصور فيه وجهين، وقضى على الوجهين بنفوذ إعتاقه في نصف العبد، لكن إذا قلنا: إنه ممنوع من التصرف، بيع نصيبه من الثوب، ودفع ثمنه إلى أخيه عن جهة الدين، ويرق نصف العبد له، وإن أطلقنا يده، فإن كان موسراً، قومنا عليه الباقي، فإن لم يملك إلا نصيباً من الثوب، بغناه، وقضينا بنصف ثمنه، بنصف ما عليه لأخيه، وأعتقنا بنصفه ربع العبد، ويرق ربه، كأننا إذا أنفذنا تصرفه، جعلنا إعتاقه ملزماً غرم التقويم، فيضم ذلك إلى ما عليه من الدين، فيورع ما يملكه عليهما، وإن لم ينفذ تصرفه، لم تعتبره في غرم التقويم، وكان يجوز أن يلحق إعتاقه بإعتاق الراهن، إذا معناه من التصرف؛ حتى يجيء في عتق نصفه الخلاف، وهذا وقت العود إلى شرح الكتاب.

### الباب الثالث في الرجوع عن الوصية

قال الغزالي: ويصح الرجوع عنها قبل الموت لأنه جائز لم يتصل به القبض، وللرجوع أسباب: أولها: صريح الرجوع كقولهِ: نقضت ورجعت وفسخت وهذا

(٢) سقط في: ز.

(١) سقط في: ز.

لِوَارِثِي، فَلَوْ قَالَ: هُوَ تَرَكَتِي فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَيْسَ بِرُجُوعٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يَجُوزُ لِلْمَوْصِي الرَّجُوعُ عَنِ الْوَصِيَّةِ؛ لِأَنَّهُ عَقَدَ تَبَرُّعًا، لَمْ يَتَّصِلْ الْقَبْضُ بِهِ، فَاشْبَهَ الْهَبَةَ قَبْلَ الْقَبْضِ، وَأَيْضًا: فَإِنَّ الْقَبُولَ الْمَعْتَبَرَ فِي الْوَصِيَّةِ، إِنَّمَا هُوَ الْقَبُولُ بَعْدَ الْمَوْتِ، وَكُلُّ عَقْدٍ لَمْ يَقْتَرَنْ بِإِجَابَةِ الْقَبُولِ الْمَعْتَبَرِ، فَلِلْمَوْجِبِ فِيهِ الرَّجُوعُ، وَقَدْ رُوِيَ عَنْ عَمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّهُ قَالَ: «يُعَيَّرُ الرَّجُلُ عَنِ وَصِيَّتِهِ مَا شَاءَ»<sup>(١)</sup>.

وعن عائشة - رضي الله عنها - مثله<sup>(٢)</sup>.

وكما يجوز الرجوع عن جميع الوصية، يجوز عن بعضها، كما لو أوصى لعبد، ثم رجع عن نصفه وبيع جواز الرجوع كل تبرع معلق بالموت؛ كقوله: إذا مت، فلفلان كذا، ما دفعوا إليه، أو عبدي، أو فهو وقف ناعم في الرجوع عن التذبير صريحاً خلافاً يُذَكَّرُ فِي بَابِهِ، وَلَا رَجُوعَ عَنِ التَّبَرُّعَاتِ الْمُنْجِزَةِ فِي الْمَرَضِ<sup>(٣)</sup>، وَإِنْ كَانَ فِي الْإِعْتِبَارِ مِنَ الثَّلَاثِ؛ كَالْمَعْلُوقَةِ بِالْمَوْتِ، ثُمَّ الرَّجُوعُ يَحْضُلُ بِطَرَقٍ:

مَنْهَا: أَنْ يَقُولَ: نَقَضْتُ وَصِيَّتَيْنِ، أَوْ أَبْطَلْتُهَا، أَوْ رَدَدْتُهَا، أَوْ رَفَعْتُهَا، أَوْ فَسَخْتُهَا، أَوْ رَجَعْتُ عَنْهَا: وَلَوْ سُئِلَ عَنِ الْوَصِيَّةِ، فَأَنْكَرَهَا كَانَ رَجُوعاً عَلَى مَا مَرَّ فِي جُحُودِ الْوَكَاةِ<sup>(٤)</sup>، وَلَوْ قَالَ: لَا أَدْرِي، لَمْ يَكُنْ رَجُوعاً؛ خِلَافاً لِأَبِي حَنِيفَةَ، فِيمَا حَكَاهُ الْأَسْتَاذُ أَبُو مَنْصُورٍ، وَأَشَارَ إِلَيْهِ خِلَافَ الْأَصْحَابِ، فِيمَا إِذَا قَالَ: هُوَ حَرَامٌ عَلَى الْمَوْصِي لَهُ، وَالْمَشْهُورُ أَنَّهُ رَجُوعٌ، كَمَا لَوْ حَرَّمَ طَعَامَهُ عَلَى غَيْرِهِ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَكْلُهُ، وَلَوْ قَالَ: هَذَا لَوْ أَرِثِي بَعْدَ مَوْتِي، أَوْ هُوَ مِيرَاثٌ عَنِّي، حَصَلَ الرَّجُوعُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَكُونُ

(١) قال الحافظ: رواه ابن حزم من طريق الحجاج بن منهال عن همام عن قتادة، عن عمرو بن شعيب عن عبد الله بن أبي ربيعة: أن عمر قال: يحدث الرجل في وصيته ما شاء، وملاك الوصية آخرها.

(٢) قال الحافظ: رواه الدارقطني والبيهقي من طريق القاسم عنها قالت: ليكتب الرجل في وصيته إن حدث بي حدث قبل أن أغير وصيتي هذه.

(٣) لا خفاء أن هذا في غير الهبة لولده فإن الهبة لولده يجوز له الرجوع فيها، وعن القاضي الحسين والإمام وغيرهما أن الوصية تفارق العطايا المنجزة من ثلاثة أوجه: أحدها: أن الوصية تقبل الرجوع والعطايا المنجزة في المرض لا تقبل الرجوع.

ثانيها: أن الوصايا لا يملكها الموصى له إلا بعد الموت، ولا ينفذ تصرفه قبله، والعطايا المنجزة في المرض يملكها المتبرع عليه، وينفذ تصرفه.

ثالثها: أنهما إذا اجتمعا وضاق الثلث قدم المنجز على الوصية؛ لأنه ناجز وهي موقوفة.

(٤) وقضيته التفصيل بين أن يكون الإنكار بالنسيان أو لغرض في الإخفاء وصحح بقاء الوصية، وعبارة الشيخ تفهم القطع بأنه رجوع مطلقاً.

قال في الخادم: وعبارة الروضة توافق منقول الأستاذ ثم ساق لفظه.



للوارث، إذا انقطع تعلُّق الموصي له عنه، هكذا قيل .

لكن سنذكر: أنه إذا أوصى بشيء لزيد، ثم أوصى به لعمرو، ولم يكن رجوعاً، بل يشترك بينهما، وكان يجوز أن يقدر التشريك ها هنا أيضاً. ويقال ببطلان نصف الوصية، ولو قال: هو تركتي فوجهان؛

أحدهما: أنه رجوع؛ إذ التركة للورثة.

وأظهرهما: لا؛ فالوصية من التركة.

وقوله في الكتاب: «لأنه جائز لم يتصل به القبض» لا يكاد يفسر العقد الجائز إلا بما يجوزُ إبطاله، والرجوع عنه؛ وحينئذ: فلا يحسن تعليل جواز الرجوع به، فليجعل كنايةً عن التبوع، أو ما أشبهه.

وقوله: «وللرجوع أسباب» سبيل ضبطها، على ما ذكره: أن ما يخصلُ به الرجوع: إما قول، أو فعل: والقول ينقسم إلى لفظ يستعمله الموصي لغرض الرجوع، وإلى لفظ يستعمله لغرض آخر، لكن يقع من لوازمه الرجوع، وإلى غيرهما:

والفعل ينقسم إلى ما يشعر [بقصد] التصرف الذي يقع من لوازمه الرجوع، وإلى ما يبطل اسم الموصي به، وإلى غيرهما:

والثالث من كل نوع لا أثر له، بقي القسمان الأولان من كل نوع، وهي الأربعة المذكورة في الكتاب.

ولا ينبغي أن يُحمَل قوله: «صريح الرجوع» على اللفظ الدال على الرجوع بالوضع؛ لأنه عد من هذا القبيل قوله: «هذا لوارثي» معلوم أنه غير موضوع للرجوع، بل صريح الرجوع محمول على ما لا يقصد استعماله، إلا الرجوع، وما يتضمن الرجوع؛ على ما يقصد به غير الرجوع، إلا أنه يلازمه الرجوع، كما سبق، ولا بأس بأن يفسر لفظ الرجوع في قوله: «وللرجوع أسباب» بالبطلان والانتقاص؛ لأنه أدرج في مسائل الباب انهدام الدار الذي لا فعل للموصي فيه، ولا اختيار، ومثل هذا لا يجوز أن يُعد رجوعاً منه، لكن يجوز أن يؤثر في البطلان.

قال الغزالي: الثاني: ما يتضمّن الرجوع؛ كالبيع والعنق والكتابة والاستيلاء والوصية بها فإن ذلك ضد الوصية، أما إذا أوصى بعبد لزيد، ثم أوصى به لعمرو فهو تشريك بينهما كما لو قال: أوصيت لهما، ولو قال: الذي أوصيت به لزيد فقد أوصيت به لعمرو فهو رجوع، ولو أوصى بثلاث ماله وباع جميع ماله لم يكن رجوعاً لأن الثالث المرسل لا ينحصر في العين الحاضرة.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِزَالَةُ الْمَلِكِ عَنِ الْمَوْصِيَّ بِهَ بِالْبَيْعِ، أَوْ الْإِصْدَاقِ، أَوْ الْإِعْتِاقِ، أَوْ جَعْلُهُ أَجْرَةً فِي إِجَازَةٍ، أَوْ عَوْضًا فِي خَلْعٍ، رَجُوعٌ عَنِ الْوَصِيَّةِ؛ لِأَنَّهُ نَافِذُ التَّصَرُّفِ فِيهِ؛ لِمُصَادَفَتِهِ خَالِصَ مَلِكِهِ؛ وَالْوَصِيَّةُ تَمْلِكُ عِنْدَ الْمَوْتِ، فَإِذَا لَمْ يَبْقَ فِي مَلِكِهِ مَا تَنْفِذُ الْوَصِيَّةَ فِيهِ، بَطَلَتْ؛ كَمَا لَوْ هَلَكَ الْمَوْصِيُّ بِهِ.

والهبة مع القبض رجوع أيضاً، ودون القبض وجهان:

أصحهما: أنها رجوع، لظهور قصد الصرف عن الموصي له، والرهن كالهبة، لهذا المعنى، وفيه وجه: أنه ليس برجوع؛ لأنه لا يزيل الملك، وإنما هو نوع انتفاع؛ كالاستخدام، والكتابة رجوع، وكذا التدبير؛ لأنه أقوى من الوصية؛ ألا ترى أنه لا يحتاج إلى القبول، والوصية تحتاج؟ وقيل: إن جعلنا التدبير وصية، فهو كما لو أوصى بمال لزيد، ثم أوصى به لعمرو، فيصير نصفه مدبراً، وتبقى الوصية في نصفه.

ولو أوصى بالبيع، أو غيره مما هو رجوع، فالمشهور المنصوص أنه رجوع عن الوصية الأولى لما مر وحكى أبو الفرج الزاز وجهاً أنه كما لو أوصى لزيد، ثم أوصى لعمرو؛ لأن كليهما وصية، وفرق صاحب الكتاب في «الوسيط» بين صورتين؛ بأن الموصي به ثانياً ها هنا ليس من جنس الأول؛ حتى يحمل على التشريك، ولذلك لا ينتظم الجمع بينهما في صيغة التشريك؛ بأن يقول: «أوصيت به لفلان»، وأعتقه؛ بخلاف قوله: «أوصيت به لهما» لكن هذا غير مُجَدِّدٍ لما سنذكر أن معنى قوله: «أوصيت لهما به»، أوصيت بالنصف لهذا، أو بالنصف لهذا» فالجمع هكذا منتظم مع اختلاف الجنس؛ بأن يقول: «أوصيت بنصفه لفلان، وباعتاق نصفه».

والوجهان أوردتهما أبو بكر الشاشي صاحب المُعْتَمَدِ، فيما إذا أوصى بعبد لإنسان، ثم أوصى بعتقه، فعلى وجه: يُعْتَقُ، وتبطل الوصية الأولى، وعلى وجه يُعْتَقُ نصفه، ويدفع إلى الموصي له نصفه.

ولو أوصى بعتقه، ثم أوصى به لإنسان، فالقياس أن يُصَرَّفَ إِلَى الْمَوْصِيَّ لَهُ عَلَى الْأَوَّلِ، وَأَنْ يَنْصَفَ عَلَى الثَّانِي، لَكِنَّهُ قَالَ: أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ: أَنَّهُ يَتَعَيَّنُ الْعَتَقُ، وَتَبْطُلُ الْوَصِيَّةُ الثَّانِيَّةُ، وَالثَّانِي التَّنْصِيفُ، وَالتَّوَكُّيلُ بِالتَّصَرُّفَاتِ الْمَذْكُورَةِ، كَالْوَصِيَّةِ بِهَا.

واستيلاد الجارية الموصى بها رجوع؛ لخروجها عن قبول النقل، ولو أقر بأن العبد الموصى به مغضوب، أو حر الأصل أو قال: كنت أعتقه.

قال الأستاذ أبو منصور: تبطل الوصية، وذكر أنه لو باعه، ثم فسخ بخيار المجلس، فإن قلنا: إن الملك يزول بنفس العقد، يحصل الرجوع، وإن قلنا: يحصل بانقطاع الخيار، فلا.

ولك أن تقول: على كل حال هو أقوى من الرهن والهبة، قبل القبض، فإذا كان الظاهر فيهما حصول الرجوع، فما هنا أولى، وتعليق العتق رجوعاً، لتنجزه، قاله العبادي في «الرقم» ويشبه أن يجيء فيه الخلاف المذكور فيما لا يزيل الملك.

وإذا أوصى بعين مال لزيد، ثم أوصى بها لعمرو، ففي «التتمة» وجّه: أن الوصية الثانية رجوع عن الأولى كما لو وهب مالاً من زيد، ثم وهبه من عمرو قبل القبض، والمذهب المنصوص المشهور: أنها ليست برجوع، وبه قال أبو حنيفة، ومالك، وأحمد رحمهم الله، ووجهه بأنه يجوز أنه قصد الجمع والتشريك دون الرجوع، فيشرك بينهما، وتنزل الوصيتان منزلة ما لو قال دُفَعَةً واحدة: «أوصيتُ به لهما» وليس ما ذكره من جواز قصد التشريك من جهة اقتضاء اللَّفْظِ التشريك، كما يقتضيه قَوْلُهُ: «أوصيت به لهما» ألا ترى أن الأصحاب قالوا: إذا قال: أوصيتُ لكما بهذا العبد» فرد أحدهما، لم يكن للأخر الأ نصفه؛ لأنه لم يوجب له إلا النصف؟ [ولو أوصى به لزيد ثم أوصى به لعمرو] (١) ها هنا إذا رد أحدهما كان للأخر أخذ الكل، ولو أوصى به لأحدهما، ثم أوصى بنصفه للأخر، فإن قبلاه فثلثاه للأول، وثلثه للثاني، وإن ردَّ الأول، فنصفه للثاني، وإن ردَّ الثاني، فكله للأول (٢)؛ فظهر أن اللَّفْظَ لا يقتضي التشريك، ولكن وجهه أنه لما أوصى لهذا بعد ما أوصى لذلك، فكأنه أراد أن يشرك بينهما؛ لأنه ملك كل واحد منهما جميع العبد عند الموت، ولا يمكن أن يكون جميعه لكل واحد منهما، فيتضاربان فيه، كما لو أوصى بجميع ماله لزيد، ثم أوصى بجميعه، أو ثلثه لعمرو.

(١) سقط في: ز.

(٢) ادعى في المهمات أن ما ذكره الشيخان هنا غلط بل الصواب الجاري على القواعد أن للأول ثلاثة أرباعه، وللثاني: الربع، وأراد بالقواعد مسائل التزاحم كما إذا أوصى لزيد بعين ثم أوصى بها لآخر فإنهما يشتركان فيها، وهذا يقتضي أن التزاحم إنما وقع في النصف خاصة فينفرد الموصى له بالنصف، ويشتركان في النصف الآخر وصرح بهذا القاضي الحسين في فتاويه.

قال في الخادم: لكن يعارضه قاعدة الباب وهو العول ولا يصير إلحاقها بمسألة الاشتراط فإنه ليس هناك معنى يلحظ ثم نقل عن نص الأم في اختلاف العراقيين في باب اليمين وإذا أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بماله فالثلث بينهما على أربعة لصاحب الثلث واحد ولصاحب الكل ثلاثة وذكر البيهقي مثله، وهذا موافق لكلام الشيخين، والمبادرة إلى دعوى غلط الشيخين عجيب خصوصاً والمسألة من منصوصات الشافعي وتقريرها على قاعدة العول أن مجموع الكل والنصف ثلاثة أنصاف فهي بمنزلة عول الستة إلى تسعة فيعطى لصاحب الكل الثلثان ولصاحب النصف الثلث.

وعن القفال في فتاويه والشيخ أبي زيد أنه لو أوصى بجميع داره لرجل، ولآخر بثلثها قسمت بينهما أربعاً ويفارق ما لو أقام بيعة بملك كل الدار، وأقام آخر بيعة بثلثها، وهي في يد ثالث قضى بالثلثين لمدعي الكل وقد تعارضت البيعتان في الثلث، فإن قلنا: بالقسمة جعل سدسها لمدعي ثلثها وباقيها لمدعي الكل.

وعلى هذا: فقولُه في الكتاب: «فهو تشريك بينهما» معناه أن حُكْمَنَا فيه التشريك، كما لو قال: أوصيتُ به لهما؛ إلا أن قضية اللفظ التشريك، ولو قال: الذي أوصيتُ به لزيد، فقد أوصيت به لعمرو، أو قال: [لعمرو]<sup>(١)</sup> أوصيتُ لك بالعبد الذي أوصيتُ به لزيد، فهو رجوع؛ لإشعاره الظاهر بالرجوع، وفيه وجه؛ أنه ليس برجوع، كالصورة السابقة.

وفرقوا على المذهب؛ بأن هناك يجوز إرادة التشريك؛ كما بيئنا، ويجوز أنه نسي الوصية الأولى، فاستصحبناها بقدر الإمكان، وها هنا بخلافه، ولو أوصى به لزيد، ثم قال: بيعوه، واصرفوا ثمنه إلى الفقراء؛ فهو رجوع؛ بناءً على ما سبق؛ أن الوصية بالبيع رجوع عن الوصية للشخص، ولو أوصى ببيعه، وصرف ثمنه، إلى الفقراء، ثم قال: بيعوه، واصرفوا ثمنه إلى الرقاب، جُعل الثمن بين جهتين؛ لأن الوصيتين متفتتان على البيع.

وإنما الزحمة في الثمن، ولو أوصى له بدار، أو بخاتم، ثم أوصى بأبنية الدار، وبفص الخاتم لآخر، فالدار أو الخاتم للأول، والأبنية والفص بينهما؛ تفرعاً على المذهب المشهور.

ولو أوصى له بدار، ثم أوصى لآخر بسكنائها؛ أو بعبد، ثم أوصى بخدمته لآخر، نقل الأستاذ أبو منصور: أن الرقبة للأول، والمنفعة للثاني، وكان يجوز أن يشتركا في المنفعة؛ كما في الفص والأبنية.

وهذا كله في الوصية الواردة على مال معين، فأما إذا أوصى بثلث ماله، ثم تصرف في جميع ما يملكه ببيع، أو إعتاق، أو غيرهما، لم يكن رجوعاً، وكذلك لو هلك جميع ماله، لا تبطل الوصية؛ لأن ثلث المال مطلقاً لا يختص بما عنده من المال حال الوصية، بل المعتبر ما يملكه عند الموت زاد، أو نقص، أو تبدل.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: الثَّالِثُ: مُقَدِّمَاتُ هَذِهِ الْأُمُورِ كَالْعَرَضِ عَلَى الْبَيْعِ، وَمُجَرَّدُ الْإِبْجَابِ فِي الرَّهْنِ وَالْهَبَةِ رُجُوعٌ فِي أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ لِذِلَالَتِهِ عَلَى قَضْدِ الرَّجُوعِ، وَتَرْوِيجِ الْعَبْدِ وَالْأَمَةِ، وَإِجَارَتُهُمَا، وَخِتَانَتُهُمَا، وَتَغْلِيمُهُمَا لَيْسَ بِرُجُوعٍ، وَالْوَطْءُ مَعَ الْعَزَلِ لَيْسَ بِرُجُوعٍ، وَمَعَ الْإِنْزَالِ دَلِيلٌ عَلَى قَضْدِ الرَّجُوعِ فَإِنَّهُ تَسْرٌ، وَلَوْ أَوْصَى بِمَنْفَعَةٍ سَنَةٍ، ثُمَّ أُجِرَ سَنَةً وَمَاتَ فَقَدْ قِيلَ: إِنَّهُ إِنْ بَقِيَ مِنْ مُدَّةِ الْوَصِيَّةِ شَيْءٌ عِنْدَ أَنْقِضَاءِ الْإِجَارَةِ سَلَّمَ إِلَى الْمُوصَى لَهُ بِقِيَّةِ السَّنَةِ، وَإِلَّا فَلَا شَيْءَ لَهُ، وَقِيلَ: إِنَّهُ يُسْتَأْنَفُ لَهُ سَنَةٌ كَامِلَةٌ بَعْدَ مُضِيِّ مُدَّةِ الْإِجَارَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ مَسَائِلُ:

إحداها: في [أن] التوسل إلى الأمر الذي يَخْصُلُ به الرجوع، هل يكون رجوعاً؟  
مثاله: العرض على المبيع؛ فيه وجهان؛ كالوجهين في التوكيل بالبيع، والأظهرُ  
أنه رجوعٌ، وكذا العَرَضُ على الهبة، ويجري الوجهان في مجرد الإيجاب في الرهن،  
والهبة، والبيع.

الثانية: تزويجُ العبد والأمة الموصى بهما، وإجارتها [وختانها،] <sup>(١)</sup> وتعليمهما:  
ليس برجوع، وكذلك الإعارة، والإذن في التجارة، والاستخدام وركوب الدابة، ولبس  
الثوب؛ لأن هذه التصرفات لا دلالة لها على الرجوع بل هي: إما انتفاع، وله المنفعة  
بالرقبة قبل الموت، وإما استصلاح محض، وربما قَصِدَ به إفادة الموصى له.

واعلم أن هذه المسألة لا اختصاص لها بهذا الموضع، وكان الأحسن أن يذكر  
أسباب الرجوع بتمامها، ثم يذكر ما ليس برجوع.

الثالثة: وطء الجارية الموصى بها مع العزل ليس برجوع؛ كالاستخدام، وإن أنزل  
الماء في الفرج، ولم يعزل؟ ففيه وجهان؛ قال ابن الحداد: هو رجوع، لأن الظاهر أنه  
أراد الإيلاد، والتسري، فكان كالعرض على البيع، وسائر ما يدل على الرجوع،  
واستشهد على هذا بأن الشافعي - رضي الله عنه - قال: في «الإملاء»: لو خلف ألا  
يتسرى، فوطء جارية من جواريه، وعزل، لم يحنث، وإن لم يعزل، حنث؛ لأنه قد  
طلب الولد، وطلب الولد هو التسري، وهذا ما أورده صاحب الكتاب.

وقال أكثرهم: لا يكون رجوعاً، ولا اعتبار بالعزل وتزويجه، فقد ينزل ولا تحبل،  
وقد يعزل، فيسبق الماء، وربما اعتذروا عن العرض على البيع ونحوه؛ بأن اقتضاء  
العرض على البيع إلى البيع أظهر وأقرب من إفضاء الوطء إلى الولد.

وأما مسألة اليمين، فعن ابن سريج في التسري ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه لو وطئ من غير عزل على ما ذكره ابن الحداد.

والثاني: أن التسري هو مجرد الوطء.

والثالث: أنه الوطء مع المنع من الخروج، وعلى هذين الوجهين: لا فرق بين أن  
يَعْزَلَ أو لا يَعْزَلَ.

الرابعة: إذا أوصى بمنفعة عبد، أو دار سنة، ثم أجر الموصى به سنة مثلاً. نُظِرَ:

(١) سقط في: ز.

إن مات بعد انقضاء مدة الإجارة، فالوصية بحالها، وإن مات قبله، فوجهان:

أرجحهما: على ما يقتضيه إيراد الكتاب وغيره [أنه]<sup>(١)</sup> إن انقضت مدة الإجارة قبل انقضاء سنة من يوم الموت [فالمنفعة بقيّة السنّة للموصى له، ويُبتل الوصية فيما مضى، وإن انقضت بعد انقضاء سنة من يوم الموت]<sup>(٢)</sup> فالوصية باطلة؛ وذلك لأن المستحق للموصى له منفعة السنة الأولى، فإذا انصرفت منفعتها إلى جهة أخرى، بطلت الوصية.

والثاني: أنه يستأنف للموصى له سنة من [يوم]<sup>(٣)</sup> انقضاء مدة الإجارة، لأن الوصية بمنفعة سنة، وإنما يُصرف إليه السنة الأولى مبادرة إلى توفية الحق، فإذا منع منه مانع، تداركنا بسنة أخرى، فإن كان الموصي قد قيد وصيته بالسنة الأولى وجب ألا يجيء الخلاف، ثم قضية التوجيهين: أن يُقال: لو لم يسلم الوارث [حتى انقضت سنة]<sup>(٤)</sup> بلا عُذر، فعلى الوجه الأول يغرم قيمة المنفعة، وعلى الثاني: يسلم سنة أخرى.

وقوله في الكتاب: «إن بقي من مدة الوصية شيء» يعني به سنة من يوم الموت، لكن هذه اللفظة تنفرع على أن المستحق بالوصية بمنفعة السنة الأولى، وصاحب الوجه الثاني لا يسلمه، والله أعلم.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: الرَّابِعُ: مَا يُبْتَلُ بِهِ أَسْمُ الْمُوصَى بِهِ، كَمَا لَوْ أَوْصَى بِحِنْطَةٍ فَطَحَتْهَا، أَوْ دَقِيقٍ فَعَجَنَتْهُ، أَوْ عَزَلٍ فَتَسَجَهُ، أَنْفَسَخَتِ الْوَصِيَّةَ، وَلَوْ أَوْصَى بِخُبْزٍ فَجَعَلَهُ فَيْتًا، أَوْ بِلَحْمٍ فَقَلَّدَهُ، أَوْ بِرَطْبٍ فَجَفَّفَهُ، أَوْ بِقُطْنٍ فَحَسَا بِهِ الْفِرَاشَ، أَوْ بِدَارٍ فَأَنْهَدَمَتْ حَتَّى بَطَلَ أَسْمُ الدَّارِ، أَوْ بِعَرَصَةٍ فَبَنَى فِيهَا أَوْ عَرَسَ، أَوْ بِثَوْبٍ فَقَطَعَهُ قَمِيصًا، أَوْ بِخَشَبٍ فَاتَّخَذَهُ بَابًا، أَوْ بِشَيْءٍ وَنَقَلَهُ مِنْ مَوْضِعِ الْمُوصَى لَهُ إِلَى مَكَانٍ بَعِيدٍ فِيهِ الْكُلُّ وَجِهَانِ، فَأَمَّا إِذَا أَوْصَى بِصَاعِ حِنْطَةٍ، فَخَلَطَهَا بِغَيْرِهَا كَانَ رُجُوعًا، وَإِنْ أَوْصَى بِصَاعٍ مِنْ صُبْرَةٍ، فَصَبَّ عَلَيْهَا صُبْرَةً مِثْلَهَا، لَمْ يَكُنْ رُجُوعًا؛ لِأَنَّهَا زِيَادَةٌ لَمْ تَدْخُلْ فِي الْوَصِيَّةِ، وَإِنْ كَانَ أَرْدَا فَوَجِهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا أَوْصَى بِحِنْطَةٍ، فَطَحْنَهَا، أَوْ اتَّخَذَ مِنْهَا سَوِيْقًا، أَوْ بَدَّرَهَا، أَوْ بَدَقِيْقٍ، فَعَجَنَتْهُ بَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ، وَكَانَ مَا أَتَى بِهِ رُجُوعًا مِنْهُ؛ لِمَعْنِيَيْنِ.

(٢) سقط في: ز، أ.

(٤) سقط في: ز.

(١) سقط في: ز.

(٣) سقط في: ز.

أحدهما: أن اسم الموصى به قد بَطَلَ قبل استحقاق الموصى له، وكانت الوصية متعلقة بذلك الاسم، فإذا بَطَلَ، بَطَلَ الاستحقاق.

والثاني: أن الوصية تملك بعد الموت، فلو كان على قصده الأول، لاستدام الموصى به، وهذه التصرفات مشعرة بالصرف عنه، فإن الحنطة تُطْحَنُ، والدقيق يُعْجَنُ للأكل، والاستهلاك.

ونسب الشيخ أبو حامد المعنى الأول إلى الشافعي - رضي الله عنه - والثاني إلى أبي إسحاق - رحمه الله - وليس [بطلان الوصية]<sup>(١)</sup> ببطلان الاسم واضحاً كل الوضوح؛ ألا ترى أن العصير المرهون، إذا تخمر وتخلل قَبْلَ القبض، لا يبطل الرهن فيه على رأي؟ بل يكون الكل مرهوناً مع بطلان الاسم، والرهن قبل القبض والوصية متقاربان، ثم قضيته أن يُفَرَّقَ بين قوله: «أوصيت بهذا الطعام» وبين أن يقول: «أوصيت بهذا» ويقتصر عليه، أو يقول: «أوصيت بما في هذا البيت» ولو عرضت الأحوال المذكورة من غير إذن الموصي، فقياس المعنى الأول بطلان الوصية، وقياس الثاني بقاؤها وقد نص الأئمة على وجهين في بعضها، والباقي ملحق به، وألحقوا بهذا الصورة، إذا أوصى بشاة، فذبحها، أو بعجين فخبزه، لكن خبز العجين ما ينبغي أن يكون كعجين الدقيق، فإن العجين يفسد، لو ترك، فيحتمل أنه قصد الاستصلاح، والحفظ على الموصى له.

وألحق أبو الحسن العبادي بها ما إذا أوصى بجلد، فدبغه، أو ببيض، فاحضنه الدجاج، ولك أن تقول: قياس المعنى الأول ألا يكون الدبغ رجوعاً؛ لبقاء الاسم، وكذا الإحضان إلى أن يتفرخ، ثم الكلام في صور:

منها: إذا أوصى بخبز، فجعله فتيتاً؛ فيه وجهان.

أشبههما: أنه رجوع؛ لإشعاره بالصرف عن الوصية؛ لأن الخبز يفتت ويدق ليؤكل.

والثاني: لا؛ لأنه يقال: «خبز مذقوق» ولم يبطل الاسم بالكلية، وقاسوا الوجه الأول على ما لو تردده، لأنه ينتظم أن يقال: «خبز مشروء» فليجر فيه الخلاف، وعلى الوجهين: ما إذا أوصى بلحم فقدده لأنه لا يسمى لحمًا على الإطلاق، لكن يقال: لحم قديد.

ولم يذكروا خلافاً فيما إذا طحنه، أو شواه، أنه رجوع مع صحة القول: بأنه لحم

(١) سقط في: ز.

مطبوخ. ولو أوصى برطبِ فتمره، فوجهان أيضاً؛ لأن اسم الرطب قد زال؛ لكُنه صيانة له عن الفساد، فلا يشعر بتغير القصد، والأشبه ألا يُجْعَلَ هذا رجوعاً، وكذا تقديد اللحم، إذا كان تعرض للفساد.

ومنها أوصى بقطن، فغزله، أو بغزل فنسجه، فهو رجوعٌ وحكى ابن الصباغ - رحمه الله - في نسج الغزل وجهاً آخر، ولو حشا بالقطن فزاشاً، أو جِبَّةً، فوجهان؛ لأنَّ الاسم باق، لكنه يشعر بقصد الصرف عن الوصية، والأظهر أنه رجوعٌ.

ومنها: أوصى بدار، فهدمها؛ حتى بطل اسم الدار، فهو رجوعٌ في الأخشاب والنقض، كذا في العرصة؛ على أصح الوجهين.

والثاني: أن وصيته تبقى في العرصة؛ لأن الهدم ورد على الأبنية دون العرصة؛ وإن انهدمت، قال صاحب التتمة: في النقض وجهان.

أصحهما: بطلان الوصية فيه؛ لزوال اسم الدار.

والثاني: بقاءها؛ لأنه لم يوجد منه فعلٌ وتصرف؛ وأما العرصة، فتبقى الوصية فيها، وفيه وجه أيضاً، وإن كان الانهدام بحيث لا يبطل اسم الدار، وبقيت الوصية فيما بقي بحاله، وفي المنفصل وجهان<sup>(١)</sup>، حكاهما صاحب المتمدّد. وإذا قلنا في الانهدام: إن الوصية لا تبقى في النقض، فلو فرض الانهدام بعد الموت وقبل القبول، فطريقان:

أحدهما: التخريج على أقوال الملِك.

وأصحهما: القطع بأنه للموصى له؛ لأن الوصية تستقرّ بالموت، وكان اسم الدار باقياً يؤمّنئذ. ومنها: أوصى بعرصة، فزرعها، لم يكن رجوعاً؛ كلبس الثوب، ولو بنى فيها، أو غرس، فوجهان:

أحدهما: أن الجواب كذلك.

وأصحهما: أنه رجوع؛ لأنه للدوام؛ فيشعر بأنه قصد إبقائها لنفسه، وأبطل قضده الأول، فإن لم نجعله رجوعاً، فموضع البناء والغراس كالبياض المتخلل؛ حتى يأخذه الموصى له، إن زال البناء والغراس يوماً، أو تبطل الوصية فيه، ويصير تبعاً للبناء؟ فيه وجهان، ومطلق عمارة الدار ليس برجوع، لكن لو بطل الاسم؛ بأن جعلها خاناً، فهو رجوع، وإن لم يبطل؛ ولكن أحدث فيها بناءً وباباً من عنده، فعلى الوجهين فيما لو بنى

(١) سكت الشيخ عن الترجيح.

قال في الخادم: والأرجح عدم بطلانها فيه فقد نص عليه الشافعي وقال به جمهور أصحابنا كما قاله الماوردي في الحاوي.



في الأرض، فإن لم نجعله رجوعاً، فالبناء الجديد لا يدخل في الوصية، وفيه وجهٌ أنه لا يدخل؛ لأنه صار من الدار.

ومنها لو أوصى بثوب، ففَقَطَعَهُ قميصاً، ففيه وجهان:

أظهرهما: أنه رجوعٌ، ولا يخفى مأخذهما مما تقدّم، ولو غسله لم يكن رجوعاً؛ كتعليم العبد، ولو صبغه، فالأظهر، وهو المذكور في «التهذيب»: أنه رجوع، وفيه وجهٌ آخر؛ كما في عمارة الدار؛ ولو قصّره، فإن قلنا القصارة أثراً محضاً، فهو كالغسل، وإلا فكالصبغ، ولو أوصى بثوب مقطوع، فخاطه، لم يكن رجوعاً، وعن أبي حنيفة خلافة. واتخاذ الباب من الخشب الموصى به كاتخاذ القميص من الثوب.

ومنها: لو أوصى بشيء، ونقله من بلد الموصى له إلى مكان بعيد، ففيه وجهان؛ لأنه لو كان على قصد صرفه إليه، لَمَا بَعْدَهُ عنه، والأظهر المنع؛ ويشبه أن يكون الخلاف مخصوصاً بما إذا أشعر التباعد بتغير القصد.

فأما إذا أوصى صحيح البدن بدابة، ثم أركبها رجلاً أو حمل عليها إلى بلد بعيد، فلا إشعار<sup>(١)</sup>.

ومنها: لو أوصى بصاع حنطة بعينه، ثم خلطها بحنطة أخرى فهو رجوع؛ لأنه أخرجهُ عن مكان التسليم، وذكر أبو الفرج الزاز أن الشيخ أبا زيد فصل؛ فقال: إن خلطها بأجود منها، فهو رجوع، وإن خلطها بمثلها، أو بأردأ منها، لم يكن رجوعاً؛ لأنه إذا خلطه بالأجود، حدثت فيه زيادة بجودة الخلط، والوصية لم تتناولها، وإن خلط بالمثل، أو بالأردأ، فلا زيادة، والأول هو المشهور والمخصوص.

وإن أوصى بصاع من صبرة، ثم خلطها بغيرها، نُظِرَ: إن كان الخلط بالمثل، لم يكن رجوعاً؛ لأن الموصى به ها هنا مخلوطٌ بغيره، شائعٌ فيه، فلا تضر زيادة الخلط، ولا يختلف فيه الغرض، وإن كان الخلط بالأجود، فهو رجوع؛ لأن الزيادة الحاصلة لم تتناولها الوصية، وقد ذكرنا في البناء المستحدث في الدار وجهاً؛ أنه يدخل في الوصية؛ لأنه صار من الدار، وذلك الوجه ها هنا أقرب منه في البناء، وإن لم يذكروه، وإن كان الخلط بالأردأ فوجهان:

أحدهما: أنه رجوع لتغير الموصى به عما كان. كما لو خلط بالأجود.

وأظهرهما: المنع؛ لأن التغير فيه بالنقصان، فأشبه ما لو عيب الموصى به، أو

(١) ويؤيده تخصيص الماوردي الوجهين بما إذا أنقله لغير عذر. قال: فإن نقله لعذر ظاهر من حوف طراً فلا يكون ذلك رجوعاً.

أُتلف بغضه، ولو اختلطت بالأجود بِنَفْسِهَا، فعلى الخلاف السابق في نظائره، وإذا أبقينا الوصية، فالزيادةُ الحاصلةُ بالجودة غير متميزة؛ فتدخل في الوصية.

ولو أوصى بصاع من حنطة، ولم يعين الصاع، ولا وصف الحنطة، فلا أثر للخلط؛ ويعطيه الوارث مما شاء من حنطة التركة، ولو وصفها، وقال: حنطتي الفلانية، فالوصف مَرَعِيٌّ، فإن بَطَلَ بِالْخَلْطِ، بَطَلَتِ الوصية، وإن قال: من مالي حَصَلَهُ الوارث.

فَرَعٌ: لو أوصى له بمائة معينة، ثم بمائة معينة، فله المائتان، وإن أطلق إحداهما، حملت المطلقة على المعينة، وكذا لو أطلقها، لم يكن له إلا مائة؛ ولو أوصى بخمسين، ثم بمائة، فله المائة، ولو أوصى بمائة، ثم بخمسين، فوجهان: أحدهما: أن له مائة وخمسين<sup>(١)</sup>.

وأشبههما: أنه لا يدفع إليه إلا خمسون؛ لأنه يحتمل أنه قصد تقليل حقه، والرجوع عن بعض الوصية الأولى، فلا يُعْطَى إلا اليقين.

### البَابُ الرَّابِعُ فِي الوِصَايَةِ

قَالَ الْعَرَالِيُّ: وَالنَّظَرُ فِي أَرْكَانِهَا وَأَحْكَامِهَا: (أما الأركان) فَأَرْبَعَةٌ: الْأَوَّلُ الوَصِيّ وَشَرَايِطُهُ خَمْسَةٌ التَّكْلِيفُ (م ح)، وَكَمَالُ الحُرِّيَّةِ، وَالإِسْلَامُ (ح)، وَالْعَدَالَةُ (ح) وَكِفَايَةُ التَّصَرُّفِ، وَفِي جَوَازِ التَّفْوِيضِ إِلَى الْأَعْمَى وَجِهَانِ، وَبِجَوَازِ التَّفْوِيضِ إِلَى النِّسَاءِ، وَالْأُمِّ أَوْلَى مَنْ يَنْتَصِبُ قَيْمًا، فَإِنْ لَمْ تَنْصَبْ فَلَا وِلَايَةَ لَهَا، وَلَوْ أَوْصَى إِلَى مُسْتَوْلِدَتِهِ أَوْ مُدَبِّرِهِ فَفِيهِ تَرَدُّدٌ، مَشْهُوهُ أَنَّ المَرَاعَى حَالَةُ المَوْتِ أَوْ حَالَةُ العَقْدِ، وَلَوْ أَوْصَى الكَافِرُ إِلَى كَافِرٍ فِي أَوْلَادِهِ الكُفَّارِ جَازًا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا عَرَفْتَ فِي أَوَّلِ الكِتَابِ: أَنَّ هَذَا البَابَ مَعْقُودٌ لِلوِصَايَةِ بِأَرْكَانِهَا، وَأَحْكَامِهَا، وَهِيَ مُسْتَحَبَّةٌ فِي رَدِّ الظَّالِمِ؛ وَقَضَاءُ الدِّيُونِ، وَتَنْفِيذُ الوِصَايَا، وَأُمُورِ الأَطْفَالِ<sup>(٢)</sup>:

[رُوي أن عبد الله بن مسعود - رضي الله عنه - أوصى؛ فَكَتَبَ أَنَّ وَصِيَّتِي إِلَى اللَّهِ تَعَالَى، وَإِلَى الزُّبَيْرِ وابنه عبد الله بن الزبير - رضي الله عنهما<sup>(٣)</sup> - فإن لم يوصِ إِلَيَّ أَحَدٌ، نَصَبَ القَاضِي مِنْ يَقُومُ بِهَا.

(١) وقضيته أن هذا الخلاف لا يطرق الصورة التي قبلها.

(٢) قال النووي: هي في رد المظالم وقضاء الديون التي يعجز عنها في الحال واجبة والله أعلم

(٣) قال الحافظ: رواه البيهقي بإسناد حسن عنه بهذا وزيادة.

وأغزب الأستاذ أبو منصور، فحكى عن بعض الأصحاب: أنه: إذا كان في الورثة رشيداً، قام بهذه الأمور، وإن لم ينصبه القاضي، ولا شك أن في هذا العقد شخصاً، يُوصى إليه، وشخصاً يُوصى به، وشيئاً يُوصى به وصيغة يوصى بها، وهذه الأمور هي التي سماها أركاناً، الأول الوصي وله شروط.

أحدها: التكليف فالصبي والمجنون، لا يوصى إليهما؛ لأنهما لا يملكان التصرف لأنفسهما؛ فكيف يتصرفان لغيرهما؟ ولأن في الوصاية معنى الأمانة، ومعنى الوكالة؛ من حيث إنَّها تعتمد تفويضاً من الغير، ومعنى الولاية من حيث إن الموصي يتصرف لعاجز، وهما لا يتأهلان لهذه المعاني.

والثاني: الحرية؛ فلا تصح الوصية إلى العبد؛ لأنه لا يتصرف في مال ابنه فلا يصلح وصياً لغيره؛ كالمجنون، ولأنها تستدعي فراغاً، وهو مشغول بخدمة السيد.

والمكاتب ومن بعضه حرٌّ - كالقن، وكذا المدبر، وأم الولد، نعم، في مستولده ومدبره خلاف مبني على أن صفات الوصي تعتبر حالة الوصاية، أم حالة الموت، وسيأتي - إن شاء الله تعالى -.

وقال مالك وأحمد: تصح الوصية إلى العبد.

وقال أبو حنيفة: لا يوصى إلى عبد غيره؛ ويجوز أن يوصى إلى عبد نفسه، إذا لم يكن في ورثته رشيد، وجوز الوصاية إلى المكاتب.

والثالث: الإسلام؛ فلا يجوز أن يوصى المسلم إلى الذمي، وفي وصاية الذمي إلى الذمي وجهان.

أحدهما: المنع؛ كما لا يجوز شهادة الكافر للمسلم ولا للكافر.

وأظهرهما: الجواز، وبه قال أبو حنيفة؛ كما يجوز أن يكون ولياً لأولاده، وهذا ما ذكره في الكتاب.

ويجوز وصاية الذمي إلى المسلم، كما يجوز شهادة المسلم على الذمي، وقد ثبت له الولاية على الذمي؛ ألا ترى أن الإمام يلي تزويج الذميات؟

والرابع: العدالة؛ فلا تجوز الوصاية إلى الفاسق؛ لما فيها من معنى الأمانة، والولاية، وبهذا قال أحمد - رحمه الله - في إحدى الروايتين.

والثانية: يجوز ويضم إليه أمين، وعند أبي حنيفة - رحمه الله - تصح الوصاية إليه، ولو تصرف نفد، ولكن القاضي لا يقره عليها، وفرق الشافعي - رضي الله عنه - بين الوصاية والوكالة؛ حيث يجوز توكيل الفاسق؛ بأن الوصاية في حق الغير، وفي مثله في الوكالة تشترط العدالة أيضاً؛ حتى لا يوكّل الأب فاسقاً في مال ولده، ولا يودع

المودع إلا عند أمين، وإن كان يجوز أن يؤكل الفاسق في ماله ويودعه إياه.

والخامس: كفاية التصرف؛ فلا يجوز الوصاية إلى من يعجز عن التصرف، ولا يهتدي إليه لسفه، أو هرم، أو غيرهما، هذا هو الظاهر، وقد تعرض له الحنطاطي، فقال: لا يجوز الوصاية إلى منحجور.

والقاضي الروياني، فقال: لا يجوز أن يكون الوصي مغفلاً، وربما دل كلام الأصحاب على أن هذا الشرط غير مرعي، ويوافقه ظاهر قولهم: أن شروط الوصي خمسة؛ الإسلام، والعقل، والبلوغ، والحرية، والعدالة.

وفي جواز التفويض للأعمى وجهان وجه المنع: أنه لا يقدر على البيع والشراء لنفسه، فلا يحسن أن يفوض إليه أمر غيره.

والأظهر: الجواز، وبه قال أبو حنيفة، ويؤكل فيما لا يتمكن من مباشرته، فعلى الأول: تصير الشروط ستة.

وزاد الروياني وآخرون شرطاً سابعاً؛ وهو ألا يكون الوصي عدواً للطفل الذي يفوض إليه أمره. وحصروا الشروط جميعاً بلفظ مختصر، فقالوا: ينبغي أن يكون الوصي بحيث تقبل شهادته على الطفل<sup>(١)</sup>، وكل ما اعتبر من الشروط، ففي وقت اعتباره ثلاثة أوجه:

أظهرهما: وبه قال ابن سريج، وأبو إسحاق - رحمهما الله -: يعتبر حالة الموت؛ كما أن الاعتبار في الوصية بحالة الموت، وكما أن الشاهد تعتبر صفاته عند الأداء.

والثاني: أنه يُعتبر عند الوصاية والموت جميعاً، فتلك حالة التفويض، وهذه حالة الاشتغال بالتصرف.

والثالث: أنه يُعتبر في الحالتين، وفيما بينهما؛ لا ختم الموت والحاجة إلى التصرف.

(١) ما حكاه الشيخ عن الروياني منقول أيضاً عن القاضي أبي الطيب في المجرّد.

قال في الخادم: وهذا يوافق ما قاله ابن كج من أن العداوة تسلب ولاية إجبار النكاح. نقله الحنطاطي عن علي بن المرزباني قال ويحتمل خلافه. انتهى ما أردته لكن سيأتي في النكاح عن المطلب أن العداوة لا تسلب ولاية الإجبار على المذهب. وقال في الخادم: ما ذكره من الضابط يرد عليه صورتان:

إحدهما: الأخرس فإن شهادته لا تقبل وتصح الوصية إليه كما هو ظاهر كلامهم هنا.

الثانية: الوصي إذا ادعى ديناً في التركة ولم يتمكن من إثباته تخرج الوصية من يده مخافة أن يأخذها إلا أن يبري. ونقله عن العبادي.

ولا يُشْتَرَطُ في الوصي الذكورة، بل يجوز التفويض إلى النساء، رُوِيَ أن عُمَرَ - رضي الله عنه - أوصى إلى حَفْصَةَ - رضي الله عنها<sup>(١)</sup> - .

إذا حصلت الشروط في أم الأطفال، فهي أولى من ينصب قيماً، ولكن لا ولاية لها بالأمومة، كما بيناه في «الحجر» وعن أبي حنيفة: أن لها ولاية الحفظ والإنفاق، دون البيع والشراء. وذكر الحنَاطِيّ - رحمه الله - وجهاً أنه لا تجوز الوصاية إليها، إذا أفرغنا على ظاهر المذهب، وهو أنها لا تلي، وهذا غير بعيد من جهة المعنى؛ نظراً إلى أن في الوصاية ولاية، وحقه الطرد في جميع النساء.

واحتج بعضهم على أن للمرأة ولاية المال في الجملة؛ بأن النبي ﷺ قال لهند: «خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدِكِ بِالْمَعْرُوفِ» .

وإذا وقفت على شرح الفضل، أعلمت قوله في الكتاب «وكمال الحرية» بالحاء والميم والألف، وفي لفظ «الكمال» إشارة إلى أن المكاتب، ومن بعضه حرٌّ، لا يُجْعَلُ وصياً.

وقوله: «والعدالة» بالحاء والألف.

وقوله: «ويجوز التفويض إلى النساء» بالواو ولفظ «القيّم» في منصوب القاضي أشهر إلا أنه بالحقيقة يشمل الوصي، ومنصوب القاضي وقوله: «أولى من ينصب قيماً» يفيد أولوية الوصاية، إليها، ونصب القاضي إياها.

وقوله: «فإن لم تنصب فلا ولاية لها» معلّم بالواو والحاء؛ لوجه حكيانه عن الإصطخري في «كتاب الحجر»، والمسألة مكرّرة، وقد ذكرها هناك<sup>(٢)</sup>، وإذا عاد، فلو لم يذكر «فإن لم ينصب»، وقال: «لا ولاية لها»، لحصل الغرض وقوله: «ولو أوصى الكافر إلى كافر في أولاده الكفار جاز» معلّم بالواو، ولما سبق، وشروطوا على وجه الجواز أن يكون عدلاً في دينه، وقصد بقوله: «في أولاده الكفار» أنهم لو كانوا مسلمين، لم يجز أن يلي المفوض إليه أمرهم، لكن لو لم يتعرض له، لم يضر؛ لأنه ذكر من بعد أنه يشترط في الموصى أن تكون له ولاية على الأطفال، ولا ولاية للكافر على أولاده المسلمين.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَلَوْ كَانَ الْوَصِيُّ أَمِيناً فَطَرّاً فَفَسَقُ أَنْعَزَلَ، فَإِنْ عَادَ أَمِيناً لَمْ يَعُدْ

(١) أخرجه أبو داود من طريق نافع عن ابن عمر تقدم في أول الوقف.

(٢) ثبتت في هامش أ: وقال الإصطخري: هي وليه في المال، مقدمة على وصي الأب، لأنها أحد الأهلين.

وَصِيًّا، وَكَذَلِكَ الْقَاضِي يَنْعَزِلُ ثُمَّ لَا يَعُودُ بِالتَّوْبَةِ، وَالْأَبُ يَعُودُ وَلِيًّا بِالتَّوْبَةِ، وَلَا تَعُودُ  
وَلَايَةُ الْقَاضِي وَالْوَصِيِّ بِالإِفَاقَةِ بَعْدَ الْجُنُونِ عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ، وَإِلَامَامٌ لَا يَنْعَزِلُ بِالفِسْقِ  
لِأَجْلِ المَصْلَحَةِ الكُلِّيَّةِ، وَلَكِنْ لَوْ أَمَكْنَ الأَسْتِبدَالُ بِهِ مِنْ غَيْرِ فِتْنَةٍ فَعَلَّ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: غرض الفضلِ الكلامُ فيما إذا تغيَّر حال الوصِيِّ، وذلك: إمَّا أن  
يكون قبل موت الوصِيِّ، أو بعده، إن كان قبله: فيبني على ما ذكرنا في أنَّ الشُّرُوطَ  
في أيِّ وقتٍ تُعْتَبَرُ، وإن تغيَّر بعد موته، نظر إن فسق: إمَّا بتعدُّ في المال، أو بسبب  
آخَرَ، بطلت ولايته.

وفي «المجرد» للحنَّاطيِّ وجهٌ أنها لا تبطل؛ حتى يعزله الحاكم، والمشهور  
الأول؛ وفي معناه قِيَمُ الحاكم.

وفي بطلان ولاية القاضي بالفِسْق وجهان.

أصحُّهما: وهو المذكورُ في الكتاب: أنها تبطلُ أيضاً؛ لزوالِ الشُّرُوطِ.

والثاني: لا تبطلُ، كالإمام الأعظم، والأب، والجَدُّ، إذا فسقا، انتزع الحاكم مال  
الطفل منهما، ولا تبطل ولاية الإمام الأعظم بالفِسْق؛ لتعلُّق المصالح الكلية بولايته، بل  
تجوز تولية الفاسق ابتداءً، إذا دعت إليها ضرورةٌ، نَعَم، لو أمكن الاستبدالُ به، إذا  
فسق من غير فتنة، استبدل. وفيه وجه: أنها تبطلُ أيضاً، وهذا ما أورده أفضى القضاة  
[الماورديُّ] في الأحكام السلطانية<sup>(١)</sup>.

ولو فرضت توبة، وصلاح حال، بعد الفِسْق، هل تعود الولاية؟ أما الوصِيِّ  
[والقيَم]، فلا تعود ولايتهما [والأب والجَد تعود ولايتهما]<sup>(٢)</sup>.

وفي أمالي الشيخ أبي الفرج وجهٌ غريبٌ: أنها تعود؛ كالأب، والجَدُّ، إذا تابا بعد  
الفِسْق، والمذهب الفرق؛ لأن ولايتهما شرعية، وولاية القاضي والقيَم مستفادة من  
التولية والتفويض، فإذا ارتفعت لم تعد، إلا بتفويض جديد، والقاضي إذا عزلناه بالفِسْق

(١) ما حكاه عن إيراد الماوردي في الكتاب المذكور ليس على إطلاقه بل قيده بقيد لا بد منه فقال ما  
نصه: فأما الخروج من عدالته بعد الفِسْق وهو على ضربين: أحدهما: ما تابع فيه الشهوة.  
والثاني: ما تعلق فيه بشبهة فأما الأول كإقدامه على المحظورات فهذا فسق مع انعقاد الإمامة  
واستدامتها إذا طرأ فلو عاد إلى العدالة لم يعد إلا بعقد مبتدأ.

وأما الثاني فيتعلق باعتبار المتأول بشبهة بغرض متأول لها خلاف الحق فقد اختلف العلماء فمنهم  
من قال: المنع من انعقاد الإمامة ومن استدامتها ومنهم من قال: إنه لا يمنع كما لا يمنع من  
ولاية القضاء وجواز الشهادة انتهى.

(٢) سقط في: ز.

كالوصي، وإذا كان الوصي قد أتلف مالا، فلا يبرأ عن ضمانه؛ حتى يدفعه إلى الحاكم، ثم يرده الحاكم عليه، إن ولاه، وفي مثله للأب أن يقبض الضمان من نفسه لولده، وليس من التعدي أكل الأب والوصي مال الطفل للضرورة، لكن إذا وجب الضمان، فطريق البراءة ما ذكرنا، وتصرفات الوصي بعد ما انعزل بالفسق مردودة. قال القفال: لكن رد الغصب، والعواري والودائع وقضاء الديون من جنسها في التركة - لا ينقض، لأن أخذ المستحق فيها كاف.

وإن جن الوصي أو أعجمي عليه، أقام الحاكم غيره مقامه، فإن أفاق، فوجهان:

أحدهما: أنه على ولايته، كالأب والجد، والإمام الأعظم، إذا أفاقوا.

وأظهرهما: المنع؛ لأنه يلي بالتفويض كالتوكيل، بخلاف الأب والجد بخلاف الإمام للمصلحة الكلية.

ويجري الوجهان في القاضي، إذا أفاق وإذا أفاق الإمام الأعظم بعد ما ولي غيره، فالولاية للثاني إلا أن تتور فتنه، فهي للأول، قاله في «التهذيب»، وإذا اختلت كفاية الوصي؛ بأن ضعف عن الكتابة، والحساب، أو ساء تدبيره؛ ليكبر، أو مرض، فيضم القاضي إليه من يعينه ويؤشده، ولو عوض ذلك لقيم القاضي عزله؛ لأنه الذي نصبه، فيأتي بخير منه، أو مثله. ومنصب الأب يحفظ ما أمكن.

قال العزالي: الثاني: الموصي وهو كل من له ولاية على الأطفال شرعاً كالأب والجد، أما الوصي فليس له الإيضاء إلا إذا أذن له الولي في الإيضاء فله ذلك على أصح القولين، كما إذا اشترط أن يكون ولده وصياً بعد البلوغ إذ يتحول الوصاية إليه، ولو أوصى إلى رجلين وشرط استيفال أحدهما عند موت الثاني، صح شرطه، ولا يجوز نصب الوصي على الأولاد البالغين، نعم ينصب وصياً في قضاء الديون وتنفيذ الوصايا، ولا يجوز نصب الوصي في حياة الجد فإنه ولي شرعاً.

قال الرافعي: الركن الثاني: الموصي.

فإن كانت الوصاية في قضاء الديون، وتنفيذ الوصايا فتصح من كل حر مكلف. وأما في أمور الأطفال، فيشترط مع ذلك أن يكون للموصي ولاية على الأطفال ابتداء من الشرع، لا بتفويض<sup>(١)</sup>، وشرط، وفيه مسائل:

(١) قال الشيخ البلقيني: محل ما ذكره إذا لم يكن الأولاد البالغون - أي من المجانين طراً عليهم السفه، فإن الذي يلي أمرهم القاضي على الأصح، أما لو كان البالغون لم يرشدوا قط فإن الولاية عليهم للأب ثم الجد فيجوز والحالة هذه نصب الوصي عليهم.

إحداها: في أن الوصي، هل يوصي؟ وفيه صور:  
 إحداها: ليس للوصي في الوصاية المطلقة: أن يوصي إلى غيره، وبه قال أحمد -  
 رحمه الله -.

وقال أبو حنيفة، ومالك - رحمهما الله -: إن له أن يوصي.  
 لنا: أن الولي لم يرض بالثاني، وأيضاً: فإنه يتصرف بالتولية والتفويض؛ فلا  
 يملك التفويض إلى غيره؛ كالوكيل.

الثانية: لو قال: أوصيت إليك، فإذا مت، ففلان وصي، أو فقد أوصيت إليه، أو  
 قال: أوصيت إليك، إلى أن يبلغ ابني فلان، أو يقدم من سفره، فإذا بلغ، وقدم، فهو  
 الوصي. أو قال: أوصيت إليك إلى سنه، فإذا مضت، فوصي فلان، جاز؛ لأن  
 الموصي هو الذي أوصى إليهما، ورضيهما، إلا أن الوصاية إلى الثاني مشروطة بشرط.

وقد روي أن فاطمة بنت رسول الله ﷺ - ورضي عنهما - أوصت في وقفها إلى  
 علي بن أبي طالب عليه السلام فإن حدث به حادث، فإلى ابنها - رضي الله عنهما <sup>(١)</sup> -.

وأيضاً فإن الوصاية قريب من التأمير، ومن المشهور أن النبي ﷺ أمر زيداً - رضي  
 الله عنه - وقال: «إن أصيب، فجعفر، فإن أصيب، فعبد الله بن رباح» <sup>(٢)</sup> هذا ظاهر  
 المذهب، ويحتمل الوصية التعليق، كما تحتمل الجهالات، والأخطار.

وحكى أبو عبد الله الحنططي، وآخرون فيها خلافاً أخذاً من الخلاف في تعليق  
 الوكالة. وبالمنع أجاب القاضي الروياني؛ فقال: لو قال: إذا مت، فقد أوصيت إليك لا  
 يجوز بخلاف قوله: أوصيت إليك، إذا مت، ولو قال: أوصيت إليك.

فإذا حدث بك حدث الموت، فقد أوصيت إلى من أوصيتك إليه، فوصيك وصي  
 روى المزني [عن نسه] <sup>(٣)</sup> المنع وحكى عن اختلاف العراقيين قولاً آخر: أن الوصاية  
 صحيحة، وللأصحاب في هذه الصورة ثلاثة طرق؛ أشهرها أن فيها قولين:

أحدهما: الصحة؛ لأن الوصاية إلى الأول والثاني صادرة من الموصي، فهي  
 كالصورة السابقة.

وأظهرهما: على ما ذكره «صاحب التهذيب» والشيخ أبو الفرج وغيرهما: المنع؛  
 لأن الموصي إليه مجهول ها هنا.

والطريق الثاني: القطع بالمنع، وحمل القول الآخر على ما إذا أوصى وأذن

(٢) رواه البخاري وقد تقدم في الوكالة.

(١) قال الحافظ: لم أره.

(٣) سقط في: ز.



للوصي في أن يوصيَ إِلَى مَنْ يرى، وهكذا وجدت التصوير في اختلاف العراقيين، وحكى أبو الفرج هذه الطريقة عن القفال.

والثالث: في بعض الشروح أن منهم مَنْ قَطَعَ بالجواز، وَعَلَطَ المُرَنيَّ.

الثالثة: أوصى إلى إنسان، وأذن له في الوصاية إلى غيره، فينظر: إن لم يعين، بل قال: أوصى بتركتي إلى من شئت، فأوصى بها إلى رجل، فطريقان: أصحهما<sup>(١)</sup>: أن في صحة الوصاية قولين:

أحدهما: المنع، وهو ظاهر قوله في «المختصر» لأن إذنه قد بطلَ بالموت، فلا يجوز أن ينصب عليه نائب حيث لا إذن، كما لو وكل وكليلاً، وأذن له في التوكيل، فعزله، ثم وكل الوكيل عنه، لا يجوز.

وأصحهما: عند صاحب الكتاب: الصحة، وهو اختيار أبي إسحاق والقاضي [أبي الطيب وابن الصباغ - رحمهم الله - ووجهه أن للأب أن يوصي، فله أن يستنيب]<sup>(٢)</sup> في الوصاية، كما في الوكالة، وأيضاً: فإن نظره للأطفال بعد الموت متبع؛ بدليل اتباع شرطه، فيما إذا أوصى إلى رجل إلى أن يبلغ ابنه، وفي نظائره، وكذا لو أوصى إلى رجلين، وشرط استقلال أحدهما، إذا مات الثاني يتبع شرطه، وهذا القول يوافق مذهب أبي حنيفة ومالك.

والطريق الثاني: القطع بالصحة<sup>(٣)</sup>، وحمل ما في «المختصر» على أنه قصد الرد على أبي حنيفة؛ حين قال: لو أوصى الوصي في أمر نفسه، كان وصيته وصية للموصي، فقال: لا يكون كذلك؛ حتى يتعرض لتركه الموصي، وأمر أطفاله، وإن عين، فقال: أوصي بتركتي إلى فلان، فمنهم: من طرد القولين، ومنهم: من قطع بالصحة؛ لأنه قطع نظر الوصي واجتهاده، فصار كما لو قال: أوصيت بعده إلى فلان.

فَرَع: لو أطلق، فقال: أوص إلى من شئت، أو إلى فلان، ولم يضيف إلى نفسه، فتحمل على الوصاية عنه؛ حتى يجيء فيه الخلاف، ويقطع بأنه لا يوصي عنه وحكى «صاحب التهذيب» - رحمه الله - فيه خلافاً للأصحاب، وقال: الأصح الثاني.

المسألة الثانية: لا يجوز نضب الوصي على الأولاد البالغين؛ لأنه لا يلي

(١) في ب: أظهرها. (٢) سقط في: ز.

(٣) قال في الخادم: ظاهره أن الخلاف في الإيصاء عن الموصي، وعن نفسه لكن تعليل الرافعي صريح في أن الكلام في الإيصاء عن الموصي وهذا هو الذي فهم ابن الرفعة من كلام الرافعي فقال في الكفاية: فرض الرافعي الخلاف في الإذن في الإيصاء عن الموصي، وفرضه القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والرويان في الإذن عن نفسه وقطعوا بالصحة فيما إذا أذن له أن يوصي عن الموصي.

قال صاحب الخادم: وبه صرح في البيان وساق لفظه ونقله عن الاستقصاء.

أمرهم<sup>(١)</sup>، نعم: له أن ينصب وصياً في قضاء الديون، وتنفيذ الوصايا، فإذا نصب وصياً لذلك، لم يتمكّن من إلزام الورثة تسليم التركة؛ لبيع في الدين، بل لهم الإمساك وقضاء الدين من مالهم، لكن لو امتنعوا من التسليم والقضاء من عندهم، ألزمهم أحد الأمرين<sup>(٢)</sup>؛ تيرئة لذمة الموصي.

هذا إذا أطلق الوصاية بقضاء الدين، فإن قال: ادفع هذا العبد إليه؛ عوضاً عن دينه، فينبغي ألا يكون للورثة إمساكه؛ لأن في أعيان الأموال أغراضاً، ولذلك قيل: لو أوصى بأن يُباع عين ماله من فلان، نفذت الوصية، ولو قال: بعه واقض دينه من ثمنه، فيجوز ألا يكون لهم الإمساك أيضاً؛ لأنه قد يكون أطيب<sup>(٣)</sup> وأبعد عن الشبهات، ولا

(١) أطلق ذلك، ومحله إذا طرأ عليهم السفه فإن الذي يلي أمرهم القاضي على الأصح أما لو كان البالغون لم يرشدوا قط فإن الولاية عليهم للاب ثم الجد فيجوز حينئذ نصب الولي عليهم.

(٢) قال في الخادم: من هنا يؤخذ أن الوصية بقضاء الدين لا تسلط الوصي على البيع دون إذن الوارث وقد استفتى العلامة نجم الدين بن الرفعة من الشام - عن مسائل، منها: هل للوصي إذا أثبتت الديون عند الحاكم أن يبيع التركة مستقلاً بنفسه أو بإذن الحاكم لوفاء الديون بغير إذن الورثة أو امتناعهم من وفاء الدين والحالة هذه أو لا يبيعها إلا إذا امتنعت الورثة من قضاء الدين بطريقة أو بإذنتهم له في البيع. فأجاب ليس له بيع التركة إذا كانت عقاراً أو ما في معناه من العروض التي تمنع من اقتنائها - أي من بيعها - قبل مراجعة الولد بسبب ذلك وتخيره في قضاء الدين إن كان قدر قيمة التركة أو دونها أو بدل ما تقدم ذكره إن زادت الديون على قيمة التركة والاعراض عن إمساكه التركة لنفسه أما ما عدا ذلك من العروض، وكلام بعض الأصحاب يقتضي جواز بيع ذلك للوصي والحالة هذه قبل مراجعة الوارث وتخيره ومراجعة الحاكم، لأن ذلك لا يحتفل به لكثرة أمثاله وتيسر وجوده، والأشبه عندي أنه لا بد في ذلك من مراجعة الوارث وتخيره في كل التركة ما كانت لأنها أعيان أمواله لكن عند تيسر ذلك، فإن لم يتيسر ناب الحاكم عنه في الإذن وبدل على صحة هذا الاحتمال أن صاحب البحر حكى فيما لو باع الوصي في وفاء الدين متاع البيت بشمن ما يحتفل به وما لا يحتفل به ومقابل الأظهر أن يبعه موقوف، فإن بذل الوارث قيمة التركة أو قضى الدين بأن بطلانه وإلا فلا، وكان يشبه أن يقال فيما إذا أوصى الميت إلى آخر بوفاء دينه ولم يتعرض للإذن في بيع التركة أنه لا تسلط للوصي على البيع كيف وقد قال الأصحاب: إذا أوصى إليه في شيء لم يكن وصياً في غيره وحينئذ يكون المتولي في البيع هو الوارث إن لم يرغب في إمساك ذلك بالطريق السابق؛ لأن الملك في الرقبة له وهو يخرج عن ملكه إلى ملك المشتري بالشرء إلى آخر ما ذكره الزركشي عنه.

(٣) حكى القاضي الحسين في الأسرار عن القفال في هذه المسألة التي بحثها الشيخ وجهين فقال: لو قال اقض ديني من هذا المال ففيه وجهان مبنيان على ما لو أوصى بقضاء دينه فهل ينفذ ويحاصص أهل الوصايا.

وقضية البناء ترجيح الاحتمال الذي اقتصر عليه الرافعي.

قال في المطلب: إنه الظاهر حتى لرب الدين أن يمتنع من قبض الدين من مال الوارث نعم لو قبض رب الدين من مال الوارث برضاه بطلت فائدة التعيين كما إذا قبضه من أجنبي.

يجوز نصب الوصي في حياة الجد؛ فإنَّ الجد بدله شرعاً، فليس له نقل الولاية عنه؛ كولاية التزويج.

وقال أبو حنيفة: يجوز، وبه قال بعض أصحابنا: لأنه أولى من الجد، فكذلك نائبه، وهذا في أمر الأطفال، فأماً قضاء الديون، وتنفيذ الوصايا، فله نصب الوصي، ويكون الوصي أولى من الجد، ولو لم ينصب وصياً، فأبوه أولى بقضاء الدين، وأمر الأطفال، والحاكم أولى بتنفيذ الوصايا، وكذلك حكاه «صاحب التهذيب» وغيره.

**المسألة الثالثة:** ليس للأخ والعم، وغير الأب والجد الوصاية في أمر أطفال الورثة؛ لأنهم لا يلون أمرهم، فكيف ينيبون فيه، وهل للأُم الوصاية ينيبني على أُنَّها، هل تلي، فعلى قول الإصطخري لها الوصاية.

وأما لفظ الكتاب، فقوله: «وهو كلُّ مَنْ له ولاية على الأطفال شرعاً» المراد منه اعتبار هذا الشرط في الوصاية في أمر الأطفال، لا في مطلق الوصاية؛ كما سبق، ثم الحكم غير منوط بخصوص الطفولية، بل الولد المجنون كالصغير في أنه يجوز الوصاية في أمره والمعتبر أن يكون له ولاية على الذي يوصي في حقّه، وقوله من بعد «على الأولاد البالغين» يعني العقلاء ومواضع العلامات لا تخفى بعد ما تقدّم، ومن جملتها قوله: «على أصح القولين» للطريقة النافية للخلاف.

**قَالَ الْعَزَالِيُّ:** الثالث: الموصى فيه وهو التصرفات المالية المباحة، ولا يجوز الإيصاء في تزويج الأولاد إذ لا غبطة فيه، ولا في بناء البيعة، وكتبة التوراة فإنها مغيبة.

**قَالَ الرَّافِعِيُّ:** قوله في ضبط الموصى فيه: «وهو التصرفات المالية المباحة» يدخل فيه الوصاية بقضاء الديون، وتنفيذ الوصايا، وأمور الأطفال، وفيه تعرض لقندين:

أحدهما: كون التصرف مالياً، فلا تجوز الوصاية في تزويج الأطفال؛ خلافاً لمالك وأحمد - رحمهما الله - لأن الوصي لا يتغير بدخول الدنيء في نسبهم، فالغبطة والاحتياط تفويضه إلى من يتعين أو إلى من يختص بقوة النظر والاجتهاد، وهو السلطان، وأيضاً: فإنهم، إن كانوا بالغين لم تجز الوصاية في حقهم، وإن كانوا صغاراً، فغير الأب والجد لا يزوج الصغير والصغيرة.

**والثاني:** كونه مباحاً، فلو أوصى إلى رجل في بناء بيعة أو في كتابة التوراة، فهذا في الحقيقة وصية ووصاية، وهما باطلتان، وذكر طائفة، منهم الإمام: أن الوصاية لا تجزي في رد الغصب والودائع، ولا في الوصية بعين لمعين؛ لأنها مستحقة بأعيانها، فباخذها أصحابها، وإنما يوصي فيما يحتاج إلى نظر، واجتهاد كالوصية للفقراء، وهذا

موضع التوقف نقلاً ومعنى، أما النقل؛ فلِمَا سيأتي في بقية الباب، وفي «كتاب الوديعة»؛ حيث قال «صاحب الكتاب»: ولو أوصى إلى فاسق، ضمن، وأما المعنى؛ فلأنه قد يخاف خيانة الوارث<sup>(١)</sup>، فيحتاج إلى الاستعانة بأمين، وبالله العصمة والتوفيق.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الرَّابِعُ: الصَّيغَةُ وَهِيَ أَنْ يَقُولَ: أَوْصَيْتُ إِلَيْكَ لِتَتَصَرَّفَ فِي مَالِ الْأَطْفَالِ، فَإِنْ لَمْ يَذْكَرِ التَّصَرَّفَ لَمْ يَنْزِلْ مُطْلَقَ الْإِبْصَاءِ إِلَّا عَلَى مُجَرَّدِ الْحِفْظِ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَمَهْمَا أَثْقَلَ لِسَانَهُ، فَقَرِءَ عَلَيْهِ كِتَابَ الْوَصِيَّةِ، فَأَشَارَ بِرَأْسِهِ كَفَى (ح).

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لَا بُدَّ فِي الْوَصَايَةِ مِنَ الْإِجْبَابِ؛ بَأَنْ يَقُولَ: أَوْصَيْتُ إِلَيْكَ وَفَوَّضْتُ، أَوْ أَقْمَتُكَ مَقَامِي وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ، وَيَجُوزُ فِيهَا التَّأْيِثُ، كَمَا سَبَقَ مِنْ جَوَازِ التَّعْلِيقِ، وَذَلِكَ نَحْوَ أَنْ يَقُولَ: أَوْصَيْتُ إِلَيْكَ إِلَى سَنَةِ أَوْ إِلَى أَنْ يَبْلُغَ ابْنِي فَلَانَ، أَوْ يَوْصِي إِلَى زَوْجَتِهِ إِلَى أَنْ تَنْكَحَ، وَأَمَّا الْقَبُولُ: فَالظَّاهِرُ اشْتِرَاطُهُ، وَأَشَارَ بَعْضُهُمْ إِلَى خِلَافٍ فِيهِ، وَحَكَى، الْأَسْتَاذُ أَبُو مَنْصُورٍ وَجْهَيْنِ؛ فِي أَنَّ عَمَلَ الْوَصِيِّ، هَلْ يَقُومُ مَقَامَ لَفْظِ الْقَبُولِ، وَكُلُّ هَذَا مَأْخُودٌ مِنَ الْوَكَالَةِ، وَلَا يَشْتَرَطُ وَقُوعُ الْقَبُولِ فِي حَيَاةِ الْمَوْصِي، وَهَلْ يَعْتَدُ بِهِ فِي حَيَاتِهِ وَجْهَانِ:

أظهرهما: ويحكى عن، ابن سريج - رحمه الله -، لا؛ كما لو أوصى بمالٍ يُشترط وقوعُ القبول بعد الموت.

والثاني: نعم، كما لو وَكَّلَهُ بِعَمَلٍ يَتَأَخَّرُ وَقْتُهُ، يَكُونُ الْقَبُولُ فِي الْحَالِ وَالْإِمْتِثَالِ فِي الْمُسْتَقْبَلِ، وَالرَّدُّ فِي حَيَاةِ الْمَوْصِي عَلَى هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ، فَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ، لَوْ رُدَّ فِي حَيَاتِهِ، وَقَبِلَ بَعْدَ مَوْتِهِ، جَازَ، وَلَوْ رُدَّ بَعْدَ الْمَوْتِ، لَعُتِ الْوَصَايَةُ.

ثم إن فصل الموصي، فقال: أوصيتُ إليك في قضاء ذبوني، وتنفيذ وصاياي والتصرف في مال أطفالي، والقيام بمصالحهم، أو دكر بغض هذه الأعمال، فذاك وإن، اقتصر على قوله: «أوصيتُ إليك فهو لغو، كما لو قال: وَكَّلْتُكَ، ولم يبيِّن ما فيه التوكيل، ولو قال: أوصيتُ إليك، أو أقمتك مقامي في أمر أطفالي، ولم يذكر التصرف، فوجهان:

أحدهما: أنه ليس له إلا حفظ أموالهم؛ تنزيلاً على الأقل.

(١) وأبدى ابن الرفعة معنى آخر فقال: يجوز أن يظهر فائدة الوصاية في تنفيذ الوصاية بالأعيان في حال غيبة الموصي لهم، وفي حال تعذر القبول فيكون الأعيان تحت يد الموصي. ولولا الوصاية لكانت في تلك الحالة تحت يد الحاكم انتهى. وتظهر فائدتها في الودائع والعواري والغصب في مطالبة الوصي بها لتصل إلى يد أصحابها وتبرأ ذمة الميت عنها.

والثاني: أن له الحفظ والتصرف؛ اعتماداً على العرف.

قال صاحب «التتمة»: والمذهب هذا، وذكر بدل الوجه الأول وجهاً: أن الوصاية لا تصح؛ حتى يبين ما فوضه إليه، فحصل في المسألة ثلاثة أوجه، وقد عرفت بما ذكرنا أن قوله في الكتاب «فإن لم يذكر التصرف...» إلى آخره، ليس المراد منه ما إذا اقتصر على قوله: «أوصيت إليك، فلا خلاف فيه، وإنما المراد ما إذا قال: أوصيت إليك في أمور أطفالي، ولم يتعرض للتصرف، ولو اعتقل لسانه، فأوصى بالإشارة المفهومة، أو قرىء عليه كتاب الوصية، فأشار برأسه أن نعم، صحت؛ لأنه بالعجز، صار كالأخرس، وعن أبي حنيفة: أنها لا تصح، والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ أَوْصَى إِلَيْهِ فِي بَعْضِ التَّصَرُّفَاتِ لَمْ يَتَعَدَّ (ح) مَا رَسَمَهُ لِأَنَّهُ مُتَّصِرٌ بِالِإِذْنِ، وَلَوْ أَوْصَى إِلَى رَجُلَيْنِ، فَمُطْلَقُهُ مُنَزَّلٌ عَلَى التَّعَاوُنِ؛ حَتَّى لَا يَسْتَقْبَلَ أَحَدُهُمَا بِشَيْءٍ إِلَّا إِذَا صَرَحَ بِإِثْبَاتِ الْأَسْتِقْلَالِ، فَإِنْ لَمْ يَثْبُتِ الْأَسْتِقْلَالُ فَمَاتَ أَحَدُهُمَا لَمْ يَنْفَرِدِ الثَّانِي حَتَّى يَنْصَبَ الْقَاضِي بَدَلًا عَنِ الْمَيِّتِ فَإِنَّهُ مَا رَضِيَ بِرَأْيِ وَاحِدٍ، وَلَوْ أَوْصَى إِلَى زَيْدٍ ثُمَّ أَوْصَى إِلَى عَمْرٍو، فَإِنْ قَبِلَ جَمِيعًا كَانَا شَرِيكَيْنِ، وَلَمْ يَنْفَرِدْ أَحَدُهُمَا بِالتَّصَرُّفِ، وَإِنْ قَبِلَ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ، انْفَرَدَ بِالتَّصَرُّفِ، وَلَوْ أَوْصَى إِلَى زَيْدٍ ثُمَّ قَالَ: ضَمَمْتُ إِلَيْكَ عَمْرًا، فَقَبِلَ عَمْرٌو دُونَ زَيْدٍ، لَمْ يَكُنْ لِعَمْرٍو الْانْفِرَادُ حَتَّى يَضُمَّ الْقَاضِي إِلَيْهِ أَمِينًا آخَرَ؛ لِأَنَّ لَفْظَ الضَّمِّ لِلشَّرِكَةِ، وَمَهْمَا اخْتَلَفَ الْوَصِيَّانِ فِي تَعْيِينِ مَنْ يُصَرِّفُ إِلَيْهِ الْوَصِيَّةَ مِنَ الْفُقَرَاءِ أَوْ فِي حِفْظِ الْمَالِ تَوَلَّى الْقَاضِي الْأَمْرَ الْمُتَنَازِعَ فِيهِ، وَقَدْ قِيلَ: إِنَّهُ يَنْسَمُ الْمَالُ بَيْنَهُمَا إِذَا قَبِلَ الْقِسْمَةَ مَهْمَا تَنَازَعَا فِي الْحِفْظِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِي الْفَضْلِ مَسَائِلُ:

إحداها: إذا أوصى إليه في بعض التصرفات، لم يتعدها؛ خلافاً لأبي حنيفة؛ حيث قال: إذا أوصى إليه في شيء مما يوصى فيه، صار وصياً في جميع ما يوصى فيه.

لنا: أنه متصرف بالإذن والتولية فأشبهه الوكيل والحاكم لا يتصرفان في غير ما فوض إليهما، وأيضاً: فالوصي أمين، لا يثبت أمانته في غير المؤتمن فيه؛ كالمودع.

الثانية: يجوز أن يوصي إلى اثنين، فصاعداً؛ كما يجوز أن يوكل اثنين، ويجوز أن يوصي إلى واحد، وينصب عليه مشرفاً، فلا يتصرف الوصي إلا بإذنه، ثم إذا أوصى إلى اثنين، نُظِرَ: إن كانت الوصاية في ردِّ الودائع، والغضوب، والعواري، وتنفيذ الوصية المعيّنة، وقضاء الديون التي تشمل التركة على جنسه، فلكل واحد منهما الانفراد به، لأن صاحب الحق مستقل بالأخذ في هذه الصورة، فلا يضرب الانفراد هكذا نقل

صاحب «التهديب» وغيره، ولك أن تقول: هذا أحد المواضع التي صرّحوا فيها بجريان الوصاية في ردّ الغصب، والودائع، خلاف منا ذكره تلك الطائفة، ثم وقوع المدفوع موقعه وعدم الردّ والنقص عند انفراد أحدهما بيّن، لكنّ تجويز الانفراد لكل واحد منهما ليس بيّن، فإن تصرفهما في هذه الأموال مستفاد من الوصاية، فليكن بحسب الوصاية، ولتجيء فيه الأحوال التي نذكرها في سائر التصرفات، وستجد في كلام الأصحاب ما هو كالصريح في أنّ الحكم كما ذكرته، وإن كانت، الوصاية في تفرقه الثلث، وأمور الأطفال، والتصرف في أموالهم فلها أحوال ثلاث:

إحداها: أن يثبت الاستقلال لكل واحد، فيقول: أوصيت إليكما، أو إلى كل واحد منكما، أو يقول: كل واحد منكما وصي في كذا: قال: «أبو الفرج الزاز - رحمه الله - أو يقول: أنما وصيائي في كذا، فلكل واحد منهما الانفراد بالتصرف، وإذا مات أحدهما أو جنّ أو فسق، أو لم يقبل الوصاية، كان للآخر الانفراد، وإن ضعفت نظر أحدهما، فكذلك للآخر الانفراد، وللحاكم أن يضم إلى ضعيف النظر من يعينه، كما لو أوصى إلى واحد، فضعف نظره.

الحالة الثانية: أن يشترط اجتماعهما على التصرف، فليس لواحد منهما الانفراد، وإن انفرد، لم ينفذ البيع والشراء والإعتاق، ويضمن ما أنفق على الأطفال وإن مات أحدهما، أو فسق أو جنّ، أو غاب، أو لم يقبل الوصية نصب الحاكم بدلاً عنه، ليصرف مع الآخر، وهل له إثبات الاستبداد للآخر؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ كما ينصب القيم الواحد، ابتداءً.

وأصحهما: لا؛ لأنه لم يرض برأيه وخده، ولو ماتا معاً، فهل للحاكم نصب واحد، أم لا بدّ من اثنين أتباعاً لرأيه في التفويض إلى اثنين، فيه الوجهان: قال إمام الحرمين: وليس المراد من اجتماعهما على التصرف تلفظهما بصيغ العقود معاً، بل المراد صدوره عن رأيهما، ثم لا فرق بين أن يباشر أحدهما، أو غيرها بإذنهما.

الحالة الثالثة: أن يطلق قوله: أوصيت إليكما، ويقتصر عليه، فالحكم كما لو قيد بالاجتماع، والتعاون؛ لأنه محتمل<sup>(١)</sup>، فينزل عليه؛ أخذاً بالأقل، وبهذا قال مالك وأحمد - رحمهما الله -: وجوز أبو حنيفة لكل واحد منهما الانفراد بشراء الكفن وموارة الميت وقضاء الديون، وتنفيذ الوصايا، وردّ الودائع، والإنفاق على الصغار، وقبول الهبة، لهم والخضومة عن الميت، ومنع من شراء العقار، وسائر التصرفات، وقاس الأصحاب ما جوزه على ما منعه، وعلى ما إذا وكل اثنين، وأطلق حيث لا يفرد

(١) في ب: المتيقن.

أحدهما بشيء من التصرفات. وقوله في الكتاب: «فإن لم يثبت الاستقلال، فمات أحدهما، لم ينفرد الثاني، حيث ينصب القاضي بدلاً عن الميت» يوافق الوجه الذاهب إلى أنه لا يجوز إثبات الاستقلال للثاني، ويمكن إعلامه بالواو؛ للوجه الآخر.

**المسألة الثالثة:** إذا قال: أوصيت إلى زيد، ثم قال: أوصيت إلى عمرو، لم يكن قوله الثاني عزلاً للأول، ثم إن قبلاً، فهما شريكان، وليس لأحدهما الانفراد بالتصرف، وإن قبلاً أحدهما دون الآخر، انفرد بالتصرف ولو قال للثاني: الذي أوصيت به إلى فلان، فقد أوصيت به إليك، فهو رجوع، وهذا كله كما مرّ فيما إذا أوصى بمال لزيد، ثم أوصى به لعمرو، وفي التهذيب: أنه ينفرد كل واحد منهما، إذا قال: أوصيت إلى زيد، ثم قال: أوصيت إلى عمرو، والاعتماد على الأول، وهو المذكور في «التتمة»، ولو أوصى إلى زيد، ثم قال: ضمنت إليك عمراً، أو قال لعمرو: ضمنتك إلى زيد<sup>(١)</sup>، فإن قيل عمرو، دون زيد، لم ينفرد بالتصرف، ولكن يضم القاضي إليه أميناً؛ لأنه لم يفرد بالوصاية، بل جعله مضموماً إلى غيره، وذلك يقتضي الشركة، وينبغي أن يجيء في إثبات الاستقلال له الوجهان، وإن قيل زيد دون عمرو، فالذي حكاه المتولي وصاحب الكتاب في «الوسيط» أنه ينفرد بالتصرف؛ لأنه أفرد بالوصاية إليه، ويشبه أن يقال: إن ضم عمرو إليه بسلب استقلاله، لأن الضم كما يشعر بعدم الاكتفاء، فالمضموم يشعر بعدم الاكتفاء بالمضموم إليه، فليصر عمرو مشرفاً لزيد، وإن قبلاً جميعاً، فلفظ «الوسيط» أنهما شريكان، ويشبه أن يقال: زيد وصى وعمرو مشرف عليه.

**المسألة الرابعة:** إذا أوصى إلى شخصين، فاختلفا في التصرف، نُظر: إن كانا مستقلين، وقال كل واحد [منهما]<sup>(٢)</sup>: أنا أتصرف، حكى الشيخ أبو حامد - رحمه الله -: أنه يقسم بينهما؛ حتى يتصرف كل واحد منهما في نصفه، فإن كان الشيء ممّا لا يُنقسم، ترك بينهما؛ حتى يتصرفا فيه، لأنه ليس أحدهما بأولي من الآخر.

وقال غيره: لا حاصل لهذا الخلاف، ومن سبق، نفذ تصرفه<sup>(٣)</sup> وإن لم يكونا مستقلين، أمرهما الحاكم بما يرى المصلحة فيه، فإن امتنع أحدهما، ضمّ القاضي أميناً إلى الآخر، وإن امتنعا، أقام مقامهما آخرين، ولا ينعزلان بالاختلاف، بل الآخران نائبان عنهما، وإن اختلفا في تعيين من تُصرف إليه الوصية من الفقراء، عيّن القاضي من يراه، وإن اختلفا في الحفظ، قال الشافعي - رضي الله عنه -: يقسم بينهما واخلقوا في موضع النص، فعن أبي إسحاق - رحمه الله -: أنه أراد ما إذا كانا مستقلين، فيقسم

(١) في ب: إليك.

(٢) سقط في: ز.

(٣) قال في الخادم: قضيته أن عامة الأصحاب على خلاف مقالة أبي حامد لكن سيأتي في كلامه عن أبي إسحاق ما يوافق.

ولكل واحدٍ منهما التصرف فيما في يده، وفي يد صاحبه، أما إذا لم يكونا مستقلّين، فلا ينفرد واحدٌ منهما بحفظ شيء، وقال أكثرهم يُقسّم، سواء كانا مستقلّين، أم لا؛ لأنّه إذا كان المال في يدهما، كان النصف في يد كل واحدٍ منهما، فجاز أن يعين ذلك النصف، فحصل في القسمة، إذا لم يكونا مستقلّين وجهان، ثم إذا قسم، وتنازعا في عين النصف المحفوظ، فوجهان، في أنّه يقرع بينهما، أو يُعيّن القاضي الأوّل منهما، وهو الذي أورده الحنّاطي - رحمه الله -: هذا إذا كان المال المتنازع فيه ممّا ينقسم [أما إذا لم ينقسم]<sup>(١)</sup> فيحفظانه معاً إمّا أن يجعلاه في بيت، ويقفلا عليه، أو بأن يرضيا بثالث يحفظه من جهتهما، والأولى القاضي حفظه، وهكذا الحكم، إذا كان مما ينقسم، وقلنا: إنّه لا ينقسم عند عدم الاستقلال، ثم ذكر صاحب «التّهذيب» أنّ التفصيل المذكور فيما إذا جعل إليهما التصرف، واختلفا في الحفظ إلى التصرف، فأما إذا جعل الحفظ [إلى اثنين، لم ينفرد أحدهما بحال، وقوله في الكتاب: «ومهما اختلف الوصيان» ظاهر اللفظ يقتضي التصوير في المستقلّين، لكنّه ذكر عند الاختلاف في الحفظ]<sup>(٢)</sup> وجهين؛ في أنّ القاضي يتولاه، ويقسم، وليس عن الأصحاب هذا الخلاف، إلا في صورة عدم الاستقلال، فليحمل الوصيان<sup>(٣)</sup> على الموصى إليهما، وقوله: «مهما تنازعا في الحفظ» أشار به إلى أنّ وجه القسمة مخصوص بالاختلاف في الحفظ ولا مجال له، وفيما إذا اختلفا في تعيين الفقير وعلى ما حكينا[ه] عن الشيخ أبي حامد أنّه يقسم هناك أيضاً، هذا تمام النّظر في الأركان، والله أعلم.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: أَمَّا أَحْكَامُ الْوَصَايَةِ فَإِنَّهَا عَقْدٌ جَائِزٌ، وَلِلْوَصِيِّ أَنْ يَغْزِلَ نَفْسَهُ (ح) مَهْمَا شَاءَ، وَلَهُ أَنْ يَقْضِيَ دَيْوْنَ الصَّبِيِّ، وَأَنْ يَنْفِقَ عَلَيْهِ بِالْمَعْرُوفِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَزْوَجَ الْأَطْفَالَ، وَلَهُ تَرْوِيجُ إِمَائِهِمْ وَعَبِيدِهِمْ عَلَى الْأَطْهَرِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَوَلَّى طَرْفِي الْعَقْدِ، وَأَنْ يَبِيعَ مِنْ نَفْسِهِ بِخِلَافِ الْأَبِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ لِلْأَطْفَالِ بِمَالٍ، إِذْ يَسْتَفِيدُ بِهَا وَلَايَةَ التَّصَرُّفِ فِيهِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَصِيّاً إِلَّا فِي الثُّلْثِ اسْتَفَادَ اتِّسَاعَ التَّصَرُّفِ بِاتِّسَاعِ الثُّلْثِ، وَمَهْمَا نَارَعَهُ الصَّبِيُّ فِي قَدْرِ الثَّقَفَةِ وَنَسَبَهُ إِلَى الزُّبَادَةِ فِيهَا أَوْ نَسَبَهُ إِلَى الْحَيَانَةِ فِي بَيْعِ فَالْقَوْلِ قَوْلِ الْوَصِيِّ فَإِنَّهُ أَمِينٌ وَالْأَضْلُ عَدَمُ الْحَيَانَةِ، وَإِنْ نَارَعَهُ فِي تَارِيخِ مَوْتِ الْأَبِ أَوْ تَكْثِيرِ الثَّقَفَةِ أَوْ فِي دَفْعِ الْمَالِ إِلَيْهِ بَعْدَ الْبُلُوغِ فَالْقَوْلُ قَوْلِ الصَّبِيِّ، إِذْ الْأَضْلُ عَدَمُ الرَّدِّ وَالْمَوْتُ وَإِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ عَلَيْهِمَا مُمَكِّنٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مِنْ أَحْكَامِ الْوَصَايَةِ الْجَوَازُ، فَلِلْمَوْصِي الرُّجُوعُ مَتَى شَاءَ، وَلِلْوَصِيِّ

(١) سقط في: ز.

(٢) سقط في: ز.

(٣) في ز: الوصيان.



عزّل نفسه، متى شاء<sup>(١)</sup>.

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : لَيْسَ لَهُ عَزْلٌ نَفْسِهِ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي، وَلَا فِي حَيَاتِهِ إِلَّا بِحُضُورِهِ لَنَا : أَنَّهُ مُتَصَرِّفٌ بِالتَّوَلِيَةِ وَالتَّفْوِيزِ، فَأَشْبَهَ الْوَكِيلَ وَقِيمَ الْحَاكِمِ.

ومنها: الوصي<sup>(٢)</sup> يقضي ديون الصبي من الغرامات، والزكوات، وكفارة القتل، وفي الكفارة وجهٌ [لأنها ليست على الفور وينفق عليه وعلى من عليه نفقته كما ذكرنا في التتمة في «باب الحجر» ولينفق بالمعروف، وهو ألا يكون فيه إسراف ولا تقتير<sup>(٣)</sup>، فإن أسرف، ضَمِنَ الزيادة، ويشترى له الخادِمُ عند الحاجة، إذا كان مثله يخدم.

وإذا بلغ الصبي، ونازعه في أضلّ الإنفاق، صدّق الوصي بيمينه، لأنه يعسر إقامة البينة عليه، ولو قال: أسرفت في الإنفاق، فإن كان ذلك بعد تعيينهما قدر النفقة، نُظِرَ فيه، وصدّق من يقتضي الحال تصديقهُ، وإن لم يعينا، فالمصدّق الوصي؛ لأنه يدعي

(١) قال النووي في زيادته: إلا أن يتعين عليه، أو يغلب على ظنه تلف المال باستيلاء ظالم من قاضٍ وغيره. والله أعلم.

هذه الزيادة تابع الشيخ فيها أبا عمر وابن الصلاح في فتاويه. وكذا أجاب الشيخ ابن عبد السلام وزاد ولا يصح عزله، وذكر في الخادم عن بعضهم أنه قال: إذا كان حفظ مال اليتيم فرض كفاية والشروع في فروض الكفاية يوجب الاتمام على الأصح فينبغي أن يحرم على الوصي عزل نفسه مطلقاً. وجوابه أن ذلك في قطع نفوت به المقصود كصلاة الجنائز دون ما لم يفت لأن محل الجواز إذا لم يضيع بعزله، ومحل الجواز أيضاً إذا لم يكن إجارة لازمة فإن كانت فقد ذكر الماوردي أنه يلزمه القيام بها وإن ضعف عنها استؤجر من ماله من يقوم مقامه فيما يعجز عنه وله الأجرة المسماة.

قال في الخادم: وفي كلامه إشكال من وجهين:

أحدهما: تجويزه الإجازة فيه فإن الشروع لا يتصل بالعقد ويمكن تصويرها بما إذا استأجره القاضي على الاستمرار في الوصية لمصلحة رآها.

الثاني: هذه إجارة عين فكيف يستأجر غيره.

قال صاحب الخادم - وسكتا يعني الشيخين عن حال الوصي قبل القبول هل يلزمه أم لا، ونقل عن الماوردي أنه قال: إن كان يعلم من نفسه الأمانة والقدرة فيستحب له القبول، وإن لم يعلم من نفسه ذلك فيختار له أن لا يقبل.

قال الزركشي: وعلى هذا فإن علم الخيانة أو التضييع فالوجه التحريم إلى آخر ما ذكره في الخادم.

(٢) قال في الخادم: إنما يقضي الدين عند الطلب وما قاله في كفارة القتل هو فيما إذا أعتق من مال الصبي، فإن كان الاعتاق عن الصبي من مال الصبي لم يجز، ولا بد من قبول الحاكم بخلاف الأب والجد. كذا قاله المصنف في باب كفارة القتل، وأطلق في الصداق المنع في صورة الولي من مال نفسه.

(٣) سقط في: ز.

خيانتة، والأصل عدمُ الخيانة، وفي «التهذيب» أن من الأصحاب من جعل في قبول قوله في قدر ما ينفق عليه وجهين، وهذا، على غرابته، يجيء في أصل الإنفاق<sup>(١)</sup>، بطريق الأولى، ولو ادعى على الوصي: أنه خان في بيع ماله، بأن باعه من غير حاجة ولا غبطة، فالذي في الكتاب إطلاق القول بتصديق الوصي توجيهاً بأن الأصل عدم الخيانة، وقد ذكرنا في «باب الحجر» أن من الأصحاب من جعل المسألة على وجهين، ومنهم من قال: لا يصدق في العقار، وفي غيره وجهان، ورجحوا وجه المنع، على خلاف جواب الكتاب، وربما يعارض قوله: «إذ الأصل عدم الخيانة» بأن الأصل عدم الحاجة والغبطة وبأن الأصل عدم استمرار ملكه.

ولو تنازعا في تاريخ موت أبيه، فقال: مات منذ خمس سنين، وقال الوصي منذ ست، وهما متفقان على اتفاقه من يوم الموت، فعن الإصطخري - رحمه الله -: تصديق الوصي، والأصح خلافه، وهو المذكور في الكتاب؛ لأن الأصل عدم الموت في الوقت الذي يدعيه، وإقامة البينة عليه هيئة بخلاف الإنفاق ولو ادعى الوصي دفع المال إليه بعد البلوغ، وأنكر، فهو المصدق بيمينه، وعلى الوصي البينة، وفيه وجه أنه يصدق الوصي، وبه قال أبو حنيفة وأحمد - رحمهما الله تعالى - والمسألة مذكورة مرة في «الوكالة» مشروحة هناك، نعم، لفظ الكتاب في «الوكالة»: القيم وحكم الوصي وقيم الحاكم واحد في ذلك ويقبل قولهما في دعوى التلّف بالغضب، والسرقه، والنزاع بين الوصي، والمجنون بعد الإفاقة في جميع ذلك، كنزاع الصبي، إذا بلغ، وإذا بلغ الصبي مجنوناً أو سفياً، استمر ولاية الوصي على ما سبق في «باب الحجر» ثم ينظر: إن رأى أن يدفع إلى المبدّر نفقة أسبوع فعل، فإن كان لا يثق به دفعها إليه يوماً بيوم، ويكسوه كسوة مثله، فإن كان يخرقها، هدهه، فإن لم يمتنع، اقتصر في البيت على إزار، فإذا خرّج كساه، وجعل عليه رقيباً.

ومنها: ليس للوصي تزويج الأطفال، ذكر الموصى له ذلك أو لم يذكر؛ لما مر، وإذا بلغ الصبي سفياً، استمرّ نظر الوصي، واعتبر إذنه في نكاحه، على ما سنذكر حكم نكاح السفیه في موضعه - إن شاء الله تعالى - وذكر القاضي الروياني في «الحلية» أن الوصي يزوجه بإذن الحاكم، واعتبار إذن الحاكم لا معنى له.

وأما قوله في الكتاب: «وله تزويج عبيدهم وإمائهم على الأظهر» هذا مبني على أن تزويج عبد الصغير وأمه، هل يجوز، وموضع بيانه «كتاب النكاح» وهناك تبين أنه غير مساعد على ترجيح وجه الجواز.

(١) قال الخادم: دعوى إغراب البغوي غريب من أن القاضي الحسين وصاحب الشامل والبيان والنهاية

حكوا الوجهين في الوصي وجزموا في الأب والجدة بتصديقهما.

ومنها: لا يبيع مال الصبي من نفسه، ولا مال نفسه منه، ولا يتولى الطرفين في بيع مال صغير من صغير، بخلاف الأب؛ لقوة ولايته، وعن أبي حنيفة - رحمه الله -: أن له أن يبيع مال الصبي من نفسه بأكثر من ثمن المثل ويتولى الطرفين.

لنا: أنه متصرف بالتفويض، فلا يبيع المال من نفسه؛ كالوكيل، ويجيء فيما تقدم من نظائر المسألة في الوكالة وجه في أنه يبيع من نفسه، ويتولى الطرفين.

ومنها: تجوز شهادة الوصي على الأطفال، ولا يجوز أن يشهد لهم بمال؛ لأنه يثبت لنفسه ولاية التصرف، وكذا: لو لم يكن وصياً إلا في تفرقة الثلث؛ لأنه إذا زاد المال، اتسع الثلث الذي هو محل التصرف، ولو كان وصياً في مال معين، فشهد بمال آخر، جاز.

هذا شرح ما في الكتاب.

ويجوز أن يوكل الوصي فيما لم تجر العادة بمباشرة لمثله، ولا يبيع شيئاً من مال كبار الورثة [بغير إذنهم]<sup>(١)</sup> وعن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه إذا كان بيع جميع، العين أصلح للصغير والكبير، فله البيع من غير إذن الكبير، وإذا أوصى بثلث ماله، وليس له إلا عبد، لم يبيع، الوصي إلا ثلثه، وجوز أبو حنيفة - رحمه الله - بيع الجميع، ولو كان الوصي والصبي شريكين، فلا يستقل بالقسمة؛ لأنها، إن كانت بيعاً، فليس له تولي الطرفين، وإن كانت إفراز حق، فليس له أن يقبض لنفسه من نفسه.

وفي «فتاوى القفال» - رحمه الله -: أنه ليس له خلط حنطته بحنطة الصبي ولا دراهمه بدارهمه؛ وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ تَحَالَطَوْهُمْ﴾ [البقرة - ٢٢] محمول على ما لا بد منه للإرفاق، وهو خلط الدقيق بالدقيق، واللحم باللحم؛ للطبخ ونحو، وأنه لو أوصى إلى رجل، فقال: بئ أرضي الفلانية، واشتر من ثمنها رقبة، فأعتقها عني [وأحج عني] واشتر من الخبز مائة من، فأطعمه الفقراء، فباع الأرض بعشرة، وكان لا توجد الأرض بأقل من عشرة، ولا يوجد الحج بأقل من عشرة، ولا يباع الخبز بأقل من خمسة، فتوزع العشرة عليها على خمسة أسهم، ولا يحصل الإعتاق والحج بحصتهما، فيضم إلى حصة الخبز تمام الخمسة، وتنفذ فيه الوصية ويرد الباقي على الورثة؛ كما لو أوصى لكل واحد من زيد وعمر بعشرة، وكان ثلاثة عشر، ورد أحدهما يدفع العشرة إلى الآخر، ولو قال: اشتر من ثلثي رقبة، فأعتقها، وأحج عني، واحتاج كل واحد منهما إلى عشرة، فإن قلنا: يقدم العتق، صرقت العشرة إلى العتق، وإلا، فينبغي أن يُقرع بينهما، ولا يُوزع، إذ لو وزعت العشرة، لم يحصل واحد منهما، وفي «الجرجانيات»

(١) سقط في: ز.

لأبي العباس الروياني حكاية وجهين في أن الوصي، وهل يجب عليه الإشهاد في بيع مال اليتيم؟ والأصح المنع، وجهين في أن الولي، لو فسق قبل انبرام البيع، هل يبطل البيع<sup>(١)</sup>؟ وجهين في أن الوصاية، هل تتعقد بلفظ الولاية بأن يقول: وليتك كذا بعد موتي؟ وذكر الأستاذ أبو منصور - رحمه الله -: أن للوصي أن يضارب بمال اليتيم؛ بشرط ألا يخرج من البلد، فإن دفعه مضاربة إلى من يخرج به، ضمن، وهذا جواب على منع المسافرة بمال اليتيم، وقد سبق في «باب الحجر»<sup>(٢)</sup> أن الأظهر خلافه عند أمن الطريق، والله أعلم.

ولو أوصى إلى الله تعالى، وإلى زيد، فقياس ما سبق فيما إذا أوصى الله تعالى، ولزيد مجيء وجهين:

أحدهما: أن الوصاية إلى زيد.

والثاني: أن الوصاية إلى زيد، وإلى الحاكم<sup>(٤)</sup>، ويدل عليه ما رويناه في أول الباب من وصاية ابن مسعود - رضي الله عنه -.

ولو أوصى بشيء لرجل لم يذكره، وقال: سميته لوصي، فللورثة ألا يصدقوه وفي شرح «أدب القضاء» لأبي عاصم العبادي - رحمه الله -: «أنه لو قال: سميته لوصي زيد وعمرو، فعيننا رجلاً، استحقه، وإن اختلفا في التغيين، فقولان في أنه تبطل الوصية» أو يحلف كل واحد منهما مع شاهده وفي الزيادات لأبي عاصم: «أنه إذا خاف الوصي أن يستولي غاصب على المال، فله أن يؤدي شيئاً لتخليصه والله يعلم المفسد من المصلح»<sup>(٥)</sup>.

(١) سكت الشيخ عن الترجيح.

قال في الخادم: والظاهر أنه لا يبطل بل يقوم الحاكم مقامه، ويفعل الأحظ للمولى عليه، وهذا فيما إذا لم يبلغ الصبي رشيداً فلو بلغ فينبغي انتقاله إليه.

(٢) قال في الخادم يشبه أن يكونا في كونها كناية وأن يكونا في غير منصوب القاضي.

(٣) قال الشيخ البلقيني: الذي ذكره في الحجر جواز المسافرة في البر فأما المسافرة في البحر فإنه لا يجوز وإن كان الغالب فيه السلامة على المذهب كما سبق في الحجر في زيادات النووي وإن النص يقتضي خلافه.

(٤) قال في الخادم: كلام الرافعي يشعر بترجيح الأول والظاهر القطع به فإن المفهوم عرفاً من إطلاق هذا اللفظ، وإنما يذكر اسمه تبارك وتعالى تبركاً وتوكلاً واستعظافاً إلى آخر ما ذكره.

(٥) قال في الخادم: ويجب اجتهاده في ذلك الشيء حتى لا يدفع له قدرأ مع ظنة اندفاعه بما دونه ثم ذكر احتمالاً بعدم الدفع وهو ضعيف. وقال الشيخ جلال الدين البلقيني: عامل القراض والشريك إذا دفع مالا لتخليص مال القراض من الظالم ينبغي أن يلحق بذلك.

## كِتَابُ الْوَدِيعَةِ

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَحَقِيقَتُهَا أَسْتِنَابَةٌ فِي حِفْظِ الْمَالِ، وَأَرْكَانُهَا كَأَرْكَانِ الْوَكَالَةِ، وَصِبْغَتُهَا كَصِبْغَتِهَا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: اسْتَأْنَسَ الْعُلَمَاءُ فِي الْبَابِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ [النساء - ٥٨] ، وبِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ﴾ [البقرة - ٢٨٣] وبِمَا رُوِيَ أَنَّهُ ﷺ قَالَ: «أَدِّ الْأَمَانَةَ إِلَىٰ مَنْ ائْتَمَكَ، وَلَا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ»<sup>(١)</sup>.  
وَالْوَدِيعَةُ: هِيَ الْمَالُ الْمَوْضُوعُ عِنْدَ الْغَيْرِ؛ لِيَحْفَظَهُ<sup>(٢)</sup>، وَالْجَمْعُ «الْوَدَائِعُ»، وَاسْتَوْدَعَهُ الْوَدِيعَةَ، أَي: اسْتَحْفَظَهُ بِهَا.

وَعَنِ الْكَسَائِيِّ - رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى - يُقَالُ: «أَوْدَعْتُهُ كَذَا، إِذَا دَفَعْتُ إِلَيْهِ الْوَدِيعَةَ، وَأَوْدَعْتَهُ كَذَا، إِذَا دَفَعْتُ إِلَيْكَ الْوَدِيعَةَ، [فَقَبْلَتُهَا] فَهِيَ مِنْ أَسْمَاءِ الْأَضْدَادِ، وَالْمَشْهُورُ فِي الِاسْتِعْمَالِ الْمَعْنَى الْأُولَى، وَقَدْ ذَكَرَ أَنَّ اللَّفْظَ مُشْتَقٌّ مِنَ الدَّعَةِ، وَهِيَ الْحِفْظُ وَالرَّاحَةُ، وَيُقَالُ: وَدَعْتُ الرَّجُلَ، فَهُوَ وَدِيعٌ وَوَادِعٌ؛ لِأَنَّهَا فِي دَعَةِ عِنْدَ الْمَوْدَعِ، لَا تَبْدُلُ وَلَا

(١) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ. وَالتِّرْمِذِيُّ وَالْحَاكِمُ مِنْ حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ، تَفَرَّدَ بِهِ طَلْقُ بْنُ غَنَامٍ عَنْ شَرِيكَ، وَاسْتَشْهَدَ لَهُ الْحَاكِمُ بِحَدِيثِ أَبِي التَّيَّاحِ عَنْ أَنَسٍ، وَفِيهِ أَيُّوبُ بْنُ سُوَيْدٍ مُخْتَلَفٌ فِيهِ، وَذَكَرَ الطَّبْرَانِيُّ أَنَّهُ تَفَرَّدَ بِهِ، وَفِي الْبَابِ عَنْ أَبِي بِنِ كَعْبٍ ذَكَرَهُ ابْنُ الْجَوْزِيِّ فِي الْعِلَلِ الْمَتْنَاهِيَةِ، وَفِي إِسْنَادِهِ مَنْ لَا يَعْرِفُ، وَرَوَى أَبُو دَاوُدَ. وَالبَيْهَقِيُّ مِنْ طَرِيقِ يُوْسُفَ بْنِ مَاهِكٍ عَنْ فُلَانٍ عَنْ آخَرَ، وَفِيهِ هَذَا الْمَجْهُولُ، وَقَدْ صَحَّحَهُ ابْنُ السَّكَنِ، وَرَوَاهُ الْبَيْهَقِيُّ مِنْ طَرِيقِ أَبِي أَمَامَةَ بِسَنَدٍ ضَعِيفٍ، وَمِنْ طَرِيقِ الْحَسَنِ مَرْسَلًا، قَالَ الشَّافِعِيُّ: هَذَا الْحَدِيثُ لَيْسَ بِثَابِتٍ، وَقَالَ ابْنُ الْجَوْزِيِّ: لَا يَصِحُّ مِنْ جَمِيعِ طَرَفِهِ، وَنَقَلَ عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ أَنَّهُ قَالَ: هَذَا حَدِيثٌ بَاطِلٌ لَا أَعْرِفُهُ مِنْ وَجْهِ يَصِحُّ. قَالَه الْحَافِظُ فِي التَّلْخِيسِ.

(٢) قَالَ فِي الْخَادِمِ: قَضَيْتُهُ أَنْ مَا لَيْسَ بِمَالٍ مِنَ الْمُخْتَصَصَاتِ كَالنَّجَاسَاتِ الْمُنْتَفَعِ بِهَا لَا يَصِحُّ إِدَاعُهُ وَخَرَجَ بِقَوْلِهِ «الْمَوْضُوعُ» الْأَمَانَاتُ الشَّرْعِيَّةُ كَمَا لَوْ طِيرَتِ الرِّيحُ ثَوْبًا إِلَىٰ دَارِهِ، وَالْعَيْنُ فِي يَدِ الْمَلْتَقَطِ فَإِنَّ الْإِثْمَانَ فِيهَا مِنْ جِهَةِ الشَّرْعِ لَا مِنَ الْمَالِكِ إِلَّا أَنَّهُ قَدْ يَخْرُجُ الْعَقَارُ وَسِيْذَكَرُ الرَّافِعِيُّ أَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ الْمَنْقُولِ وَالْعَقَارِ، ثُمَّ قَالَ وَخَرَجَ بِقَوْلِهِ لِيَحْفَظَهُ يَدُ الْغَاصِبِ وَيَدُ الْمُسْتَعِيرِ إِلَىٰ آخِرِ مَا ذَكَرَهُ.

تستعمل، أو مِنْ قولهم: يدع كذا أي: يتركه؛ لأنها متروكةٌ مستقرة عند المودِع<sup>(١)</sup>، ومَنْ أودِعَ وديعةً، وهو عاجزٌ عن حفظها، لم يَجُزْ له قبولها<sup>(٢)</sup>، وإن كان قادراً، لكنه لم يَتَّقِ بأمانة نفسه، فمنهم: مَنْ يقول: لا يجوزُ له القَبُولُ<sup>(٣)</sup>، ومنهم: من يقول: يُكْرَهُ، وإن كان قادراً على حفظها واثقاً بأمانة نفسه، فيستحبُّ له القبول، فإن لم يكن هناك غيره، فقد أطلق مطلقون تعيينَ القبول عليه، وهو محمولٌ على ما بينه الشيخ أبو الفرج في «الأمالي» وهو أنه يجب أضلُّ القبول، دون أن يتلف منفعة نفسه، وحرزه في الحفظ، من غير عَوْضٍ وقوله في الكتاب: «وحقيقتها استنابةٌ في حفظ المال» ظاهرُ

(١) الوديعة لغة: فعيلة بمعنى مفعولة، من الودع، وهو: الترك. قال ابن القطاع: ودعت الشيء ودعاً: تركته. وابن السكيت، وجماعة غيره، ينكرون المصدر، والماضي من «بدع» وقد ثبت في «صحيح مسلم». «الينتهين أقوام عن ودعهم الجمعات» وفي «سنن النسائي» من كلام رسول الله ﷺ: «اتركوا الترك ما تركوكم، ودعوا الحبشة ما ودعوكم» فكانها سميت وديعة، أي: متروكة عند المودع. وأودعتك الشيء: جعلته عندك وديعة، وقبلته منك وديعة، فهو من الأضداد.

ينظر: الصحاح: ١٢٩٦/٣، المغرب: ٤٧٩، المطلع: ٢٧٩ واصطلاحاً:

عرفها الحنفية بأنها: توكيل لحفظ مال غيره تبرعاً بغير تصدق.

عرفها الشافعية بأنها: العقد المقتضي للاستحفاظ أو العين المستحقة به حقيقة فيها، وبتعريف آخر: توكيل من حفظ مملوك أو محترم مختص على وجه مخصوص.

عرفها المالكية بأنها: مال وكل على مجرد حفظه.

عرفها الحنابلة بأنها: اسم للمال المودع المدفوع إلى من يحفظه بلا عوض.

ينظر: الإنصاف: ٣١٦/٦، الشرقاوي على التحرير: ٩٦/٢، حاشية الدسوقي: ٤١٩/٣،

كشاف القناع: ١٦٦/٤. مجمع الأنهر ٣٣٧/٢. الفواكه الدواني ٢٣٧/٢.

(٢) قال في القوت: هذا واضح إذا جهل المالك الدافع حاله لا ما إذا علم به، فلو أخذها فهل تكون مضمونة بمجرد الأخذ أولاً؟ فيه نظر، والأقرب المنع، لأن المالك رضي بيده. نعم لو أودعه وكيل أو لي حيث يجوز له الإبداء ضمن بمجرد الأخذ. قلته تفقهاً ثم رأيت في محيط ابن يونس تقييد التحريم على العاجز بما إذا ظن المالك به القدرة.

(٣) لم يصرح الشيخ بترجيح لكن النووي في المنهاج جرى على الكراهة.

قال في القوت: وبالتحريم أوجب أصحاب الحاوي والمهذب والذخائر والمحيط والحلية ثم قال ويتجه أن يقال إن غلب على ظنه الخيانة أو علمها من نفسه، وعادته حرم وإن غلب على ظنه الحفظ وأداء الأمانة فلا، وإن تردد على السواء فوجهان وقال ابن الرفعة: إن للخلاف التفاتاً على الخلاف فيما إذا خاف الخيانة هل يجوز الالتقاط، وقد يُرتب لأن خوف الخيانة فوق عدم الوثوق بالأمانة. قال: ويظهر أن هذا كله فيما إذا أراد قبولها من غير اطلاع المالك على الحال فإن أطلعه ففرضي بذلك فلا تحريم ولا كراهة، وكذا محل ذلك إذا لم يتعين القبول فإن تعين فقد يقول عند الخوف به أيضاً كما في ولاية القضاء انتهى.

وهذا كله في المتردد ولا ترجيح عنده كما أشرت إليه. انتهى كلام القوت.

النظم يقتضي عَوْدَ الكتابة إلى الوديعة، [لكن الوديعة]<sup>(١)</sup> في تفسير الفقهاء واللُّغَوِيِّينَ هي المالُ نفسه، والذي ذكره حقيقة الإيداع، فليتناول<sup>(٢)</sup> اللفظ وفي لفظ «المال» ونحوه ما يبين أن الخمر ونحوها لا تودع، وإذا كان الإيداعُ عبارةً عن الاستنابة في الحفظ، كان توكيلاً خاصاً، فلذلك قال: «وأركانها كأركان الوكالة» وأركان الوكالة على ما بينت في بابها أربعة: ما فيه التوكيل؛ وهو الحفظُ ها هنا، والوكيل، والموكل، ويُسمَّيانِ في هذا التوكيل: المودِعُ، والمودَعُ، والصيغَةُ، ولا بدُّ من جهة المودع من صيغة دالة على الاستحفاظ؛ كقوله: استودعْتُكَ هذا المالَ، أو أودعْتُكَ، أو استحفظتكَ، أو أنبتكَ في حفظه، أو أحفظه عندك، أو هو وديعةٌ عندك، وما في معناها<sup>(٣)</sup>، وهل يُعْتَبَرُ القبول باللفظ من المودَع؟ قيل: لا، ويكتفي بالقبض بكيفيته في العقار والمَنْقُول، وقيل: نعم، وقيل: يفرَّق بين أن يقول: أودعْتُكَ، وما هو على صيغ العُقُود، وبين أن يقول: احفظه أو هو وديعةٌ عندك؛ وهي بعينها كما ذكرنا في الوكالة، والأظْهَرُ الأوَّل، وإلى هذه الجملة أشار بقوله «وصيغتها كصيغتها» ولو قال: إذا جاء رأسُ الشهر، فقد أودعْتَكَ هذا، فجواب القاضي الروياني في «الحلية» الجواز، والقياسُ تخريجُه على الخلاف في تعليق الوكالة، ولو جاء بماله ووضعه بين يدي غيره، ولم يتلفظ بشيء، لم يحصل الإيداعُ، فلو قبضه الموضوعُ عنده، ضَمِنَهُ، وكذا لو كان قد قال مِنْ قَبْلُ: أريد أن أودعكَ، ثم جاء بالمال، وإن قال: هذا وديعتي عندك، أو احفظه، ووضعه بين يديه، فإن أخذه الموضوعُ عنده، تَمَّت الوديعة، إذا لم يعتبر القبول اللفظي، وإن لم يأخذه، نُظِرَ: إن لم يتلفظ بشيء، لم تكن وديعةً، حتى لو ذهب وتركه، فلا ضمانَ عليه، نعم: يَأْتُمُّ، إن كان ذهابه بَعْدَ ما غاب المالكُ، وإن قال: قبلْتُ أوضعه فوضعه، كان إيداعاً، كما لو أخذه بيده، كذا قال في «التهذيب» وقال في «التممة»: أنه لا يكونُ وديعةً، ما لم يقبضه، وفي فتاوى صاحب «الكتاب» - رحمه الله - أنه إن كان الموضِعُ في يده، فقال: ضعه، دخل المال في يده لحصوله في الموضع الذي هو في يده، وإن لم يكن كما لو قال: انظُرْ إلى متاعي في دكاني، فقال: نعم، لم يكن<sup>(٤)</sup> وديعةً، وعلى الأول: لو ذهب<sup>(٥)</sup> الموضوعُ عنده، وتركه، فإن كان المالك حاضراً بعد، فهو ردُّ للوديعة، وإن

(٢) في ز: فليأول.

(١) سقط في ز.

(٣) قال في القوت: هذا في الناطق الحاضر، وتكفي إشارة الأخرس المفهمة وكذا كتابة الغائب فيما أراه وكذلك الحاضر بالبلد على الأصح كالبيع وأولى.

(٤) لم يصرح الشيخ بترجيح، ورجح الرافي في الشرح الصغير مقالة البغوي. قال في الخادم: ويؤيده ما جزم به الرافي في الكلام على قبض المبيع لو جاء البائع بالمبيع فقال المشتري: ضعه فوضعه حصل القبض.

(٥) في أ: وهبه.

غاب المالك، ضَمِنَهُ، والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَالْتَكْلِيفُ شَرْطٌ فِي الْعَاقِدَيْنِ، فَلَوْ أَخَذَ الْوَدِيعَةَ مِنْ صَبِيٍّ ضَمِنَ إِلَّا إِذَا أَخَذَ تَخْلِيصاً عَلَى وَجْهِ الْحَسَنِيَّةِ، فَإِنَّهُ لَا يَضْمَنُ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ أودَعَ عِنْدَ صَبِيٍّ فَاتْلَفَهُ الصَّبِيُّ لَمْ يَضْمَنَ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ، لِأَنَّهُ مُسَلِّطٌ عَلَيْهِ، كَمَا لَوْ أَقْرَضَهُ أَوْ بَاعَهُ، وَكَذَا الْخِلَافُ فِي تَغْلِيْقِ الضَّمَانِ بِرَقَبَةِ الْعَبْدِ إِذَا أودَعَ فَاتْلَفَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لَا يَصْحُ الْإِيدَاعُ إِلَّا مِنْ مَكْلَفٍ، فَلَوْ أودَعَهُ صَبِيٌّ أَوْ مَجْنُونٌ مَالاً، لَمْ يَقْبَلْهُ، وَإِنْ قَبَلَهُ، ضَمِنَ، وَلَا يَزُولُ الضَّمَانُ إِلَّا بِالرَّدِّ إِلَى النَّاطِرِ فِي أَمْرِهِ، نَعَمْ، لَوْ خَافَ هَلَاكَهُ، فِي يَدِهِ، فَأَخَذَهُ عَلَى وَجْهِ الْحَسَبَةِ صَوْناً لَهُ، فَفِي الضَّمَانِ وَجْهَانِ، كَالْوَجْهَيْنِ فِيْمَا إِذَا أَخَذَ الْمُخْرِمَ صَيْدًا مِنْ جَارِحَةٍ لِيَتَعَهَّدَهُ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ<sup>(١)</sup>، وَلَا يَصْحُ الْإِيدَاعُ إِلَّا عِنْدَ مَكْلَفٍ؛ لِأَنَّهُ اسْتِحْفَازٌ، وَالصَّبِيُّ وَالْمَجْنُونُ لَيْسَا مِنْ أَهْلِ الْحَفِظِ فَلَوْ أودَعَ مَالاً عِنْدَ صَبِيٍّ، فَتَلَفَ عِنْدَهُ، لَمْ يَضْمَنَ؛ إِذْ لَيْسَ عَلَيْهِ حِفْظُهُ فَأَشْبَهَ مَا لَوْ تَرَكَهُ عِنْدَ بَالِغٍ مِنْ غَيْرِ اسْتِحْفَازٍ، فَتَلَفَ، وَإِنْ أَتْلَفَهُ، فَقَوْلَانِ، وَيُقَالُ: وَجْهَانِ:

أحدهما: وبه قال أبو حنيفة: أنه لا يضمن لأن المالك سلطه عليه، فصار كما لو أقرضه أو باعه منه، وأقبضه، فاتلفه، فلا ضمان عليه.

والثاني: وبه قال أحمد - رحمه الله -: «أنه يضمن، كما لو أتلف مال الغير من غير سبقي استحفاظ» ولا تسليط على الإيتلاف<sup>(٢)</sup>.

(١) قال الأزرعي: قال الدارمي: لو أودع مراهق رجلاً وديعة لغيره ضمنها المودع وإن كانت للصبي فأخذها ليحفظها ضمن وإن أخذها ليعطيها الحاكم أو وليه فوجهان وإن ردها إليه ضمن جزماً، والظاهر أنه لو علم أنها لغيره وأنه استولى عليها بغير إذنه فأخذها منه ليردها على المالك أنه يجري فيها الخلاف في الأخذ من الغاصب للرد والأصح المنع، وإذا جوزنا الأخذ للرد فادعى ذلك ونازعه الولي أو المالك وقال، بل أخذتها منه للحفظ هل يصدق فيه نظر، وهذا النزاع إنما يجيء عند التلف أو النقص أو في طلب الأجرة إذا مضى زمن لمثلة أجرة.

(٢) ما رجحه الشيخ هو المعتمد لكنه قال بعد ذلك: إن قلنا: الوديعة عقد لم يضمن الصبي أو مجرد ائتمان ضمن. وقضية ذلك أنه لا ضمان لأن الأصح أنها عقد.

قال في القوت: والظاهر أن الخلاف فيما إذا أودعه المطلق التصرف ماله، فإن كانت لغيره دخلت في ضمانه بالاستيلاء كما لو أودعه صبي أو مجنون أو سفيه محجور عليه أو غاصب ونحوه. ولا شك في ضمانه بالإتلاف، والحالة هذه وخصص بعضهم الخلاف في صورة الكتاب بغير القتل. أما لو كان عبداً فقتله ضمنه بلا خلاف. قال صاحب القوت: إن صح هذا جاء مثله في البغل والحمار وكل ما لا يؤكل لحمة من الحيوان. وقال الشيخ جلال الدين البلقيني: لو أودع صبياً مالا ثم إن الصبي رد عليه عين ذلك في صباه كان ذلك مبرئاً للصبي، ولو أنكر المالك لا يحلف =



قال ابن الصَّبَّاح وغيره: «وهذا أظهر» وليس الإيداع كالبيع والإقراض؛ لأن ذلك تملك وتُسَلِّط على التصرف، والإيداع تسليط على الحفظ دون الإتلاف والتصرف.

ولو أودع ماله عبداً، فتلف عنده، فلا ضَمَان، وإن أتلفه فهل، يتعلَّق الضمان برقبته، كما لو أتلف ابتداءً أو بذمته دون الرقبة، كما لو باعه؟ فيه الخلاف المذكور في الصبي، وإيداع السفينة، والإيداع عنده كإيداع الصبي، والإيداع عنده، وإذا تأملت هذه الصور، عَرَفْتَ أَنَّ التَّكْلِيفَ فِي الْعَاقِدِينَ غَيْرَ مَكْتَفِي بِهِ، بَلْ يُعْتَبَرُ مَعَ ذَلِكَ جَوَازُ التَّصَرُّفِ، وَلَوْ قُلْتَ: يَشْتَرُ فِيهِمَا جَوَازُ التَّصَرُّفِ، اسْتَعْيَنْتَ عَنِ التَّعَرُّضِ لِلتَّكْلِيفِ.

واستنبطوا من الخلاف المذكور في الصبي والعبد أصلاً في الباب، وهو أن الوديعة عقد برأسه أم إذن مجرد، إن قلنا: إنه عقد، لم يضمنه الصبي، ولم يتعلَّق برقبة العبد، وإن قلنا: إذن مجرد، ضمنه الصبي، وتعلَّق برقبة العبد، وخرَّجوا على هذا الأصل ولَدَّ الجارية المودعة، ونَتَاجَ البهيمة، فإن جعلناها عقداً، فالولد وديعة كالأم، وإلا لم تكن وديعة بل أمانة شرعية في يده يجب ردها في الحال؛ حتَّى لو لم يرد مع التمكن، ضمنه على أظهر الوجهين، هكذا أورده صاحب «التهديب» وقال: أبو سعيد المتولي: إن جعلناها عقداً، لم يكن وديعة، بل أمانة؛ اعتباراً بعقد الرهن، والإجارة، وإلا فيتعدى حكم الأم إلى الولد، كما في الضحية أو لا يتعدى، كما في العارية؟ فيه وجهان، وعلى الأصل المذكور خرَّج بعضهم اعتبار القبول لفظاً، إن جعلناها عقداً، اعتبرناها، وإلا اكتفينا بالفعل.

واعلم أن الموافق لإطلاق الجمهور كَوْنُ الوديعة عَقْدًا<sup>(١)</sup>، وعلى ذلك تنطبق عبارة صاحب الكتاب في مواضع؛ نحو قوله: والتكليف شرط في العاقدين، وقوله بعد هذا: «إنها عقد جائز».

= الصبي في حال صباه بل ينتظر بلوغه ولو ادعى بعد بلوغه الرد عليه أو التلف عنده على حكم الأمانة فالقول قوله مع يمينه، وكذلك لو ادعى تلفه عنده قبل بلوغه لا يحلف بل ينتظر كما تقدم.

(١) قال الشيخ الإمام البلقيني: هذا الاستنباط غير مسلم، فإننا إذا قلنا إن الوديعة عقد برأسها لم يلزمه من ذلك أنه إذا أتلف العبد أو الصبي الوديعة ألا يضمنها لأنه يمكن أن يكون عقداً بنفسها، والضمان يتوجه إلى من أتلفها من صبي أو عبد، وإذا قلنا: إن الوديعة إذن مجرد فإنه لا يضمن الصبي والعبد لأنه يمكن أن يكون إذناً مجرداً ولا ضمان على المتلف من صبي أو عبد.

فإن قيل إذا قلنا: إنها مجرد إذن واستحفاظ فليس فيها تسليط على الإتلاف. قلنا: وكذلك إذا قلنا: إنها عقد برأسها فإنه ليس فيها تسليط على الإتلاف. ثم قال: هذا الاستنباط لم يذكره الشافعي ولا أحد من الأصحاب في الطريقتين إلا البغوي في تهذيبه ومن تبعه وفي التتمة نحوه وهو استنباط مردود بما كتبه على الحاشية انتهى وقال الأزرعي: إن القاضي الحسين ذكره وأتباعه.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: أَمَّا حُكْمُ الْوَدِيعَةِ فَهُوَ عَقْدٌ جَائِزٌ مِنَ الْجَانِبَيْنِ يَنْفَسَخُ بِالْجُنُونِ، وَالْإِغْمَاءِ، وَالْمَوْتِ، وَبِعِزْلِهِ نَفْسَهُ، وَإِذَا انْفَسَخَ بَقِيَ أَمَانَةٌ شَرْعِيَّةٌ فِي يَدِهِ كَالثُّوبِ تُطَيَّرُهُ الرِّيحُ إِلَى دَارِهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْوَدِيعَةُ تَرْتَفِعُ بِجُنُونِ الْمُوَدَّعِ، أَوْ الْمُوَدِّعِ، وَبِالْمَوْتِ وَالْإِغْمَاءِ<sup>(١)</sup>؛ لِأَنَّهَا إِنْ كَانَتْ مَجْرَدُ إِذْنٍ فِي الْحِفْظِ، فَالْمُوَدِّعُ بِعَرُوضِ هَذِهِ الْأَحْوَالِ يَبْطُلُ إِذْنُهُ، وَالْمُوَدَّعُ يَخْرُجُ عَنْ أَهْلِيَةِ الْحِفْظِ، وَإِنْ كَانَ عَقْدًا، فَقَدْ ذَكَرْنَا أَنَّهُ تَوَكَّلَ خَاصًّا وَالْوَكَالَةَ جَائِزَةً، وَمَتَى أَرَادَ الْمُوَدِّعُ الْاسْتِرْدَادَ، لَمْ يَكُنْ لِلْمُوَدَّعِ رَدَهُ وَمَتَى أَرَادَ الْمُوَدِّعُ [الرَّدَ]، لَمْ يَكُنْ لِلْمُوَدَّعِ أَنْ يَمْتَنِعَ مِنَ الْقَبُولِ؛ لِأَنَّهُ مَتَّبِعُ بِالْحِفْظِ، وَلَوْ عَزَلَ الْمُوَدِّعُ نَفْسَهُ<sup>(٢)</sup>، فَفِيهِ وَجْهَانُ؛ تَخْرِيجًا عَلَى أَنَّ الْوَدِيعَةَ مَجْرَدُ إِذْنٍ أَمْ عَقْدٌ؟ إِنْ قُلْنَا: بِالْأُولَى، فَالْعِزْلُ لَعَوٌّ، كَمَا لَوْ أَذِنَ فِي تَنَاوُلِ طَعَامِهِ لِلضُّيْفَانِ، فَقَالَ بَعْضُهُمْ: عَزَلْتُ نَفْسِي يَلْغُو قَوْلُهُ: «وَيَكُونُ لَهُ الْأَكْلُ بِالْإِذْنِ السَّابِقِ» فَعَلَى هَذَا تَبَقِيَ الْوَدِيعَةُ بِحَالِهَا، وَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهَا عَقْدٌ، ارْتَفَعَتْ الْوَدِيعَةُ، وَبَقِيَ الْمَالُ أَمَانَةً شَرْعِيَّةً فِي يَدِهِ كَالرِّيحِ تُطَيِّرُ الثُّوبَ إِلَى دَارِهِ، وَكَاللُّقْطَةِ فِي يَدِ الْمَلْتَقِطِ بَعْدَ مَا عَرَفَ الْمَالِكَ، فَعَلِيهِ الرَّدُّ عِنْدَ التَّمَكُّنِ، وَإِنْ يَطْلُبُ لَمْ عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ، ضَمِنَ وَهَذَا مَا أوردَهُ فِي الْكِتَابِ وَيَجُوزُ إِعْلَامُ قَوْلِهِ: «عَقْدٌ جَائِزٌ بِالْوَاوِ، وَقَوْلُهُ: «وَيُعْزَلُهُ نَفْسَهُ» بَلْ قَوْلُهُ: «يَنْفَسَخُ» لِأَنَّ لَفْظَ الْإِنْفَسَاخِ؛ إِنَّمَا يَسْتَمِرُّ عَلَى تَقْدِيرِ كَوْنِهَا عَقْدًا.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَلِلْوَدِيعَةِ عَاقِبَتَانِ ضَمَانٌ عِنْدَ التَّلْفِيفِ، وَرَدٌّ عِنْدَ الْبَقَاءِ أَمَّا الضَّمَانُ فَلَا يَجِبُ إِلَّا عِنْدَ التَّقْصِيرِ، وَلِلتَّقْصِيرِ سَبْعَةٌ أَسْبَابُ: الْأَوَّلُ أَنْ يُودَّعَ عِنْدَ غَيْرِهِ سِوَاءَ أُوْدَّعَ زَوْجَتَهُ أَوْ عَبْدَهُ أَوْ أَجْنَبِيًّا، إِلَّا أَنْ يُودَّعَ عِنْدَ الْقَاضِي فَإِنَّهُ لَا يَضْمَنُ، وَلَوْ حَضَرَهُ سَفَرٌ فَسَافَرَ بِهِ ضَمِينَ لِأَنَّ حَزَرَ السَّفَرِ دُونَ حَزْرِ الْحَضَرِ، إِلَّا أَنْ يُودَّعَ فِي حَالَةِ السَّفَرِ، فَطَرِيقُهُ عِنْدَ السَّفَرِ: أَنْ يَرُدَّ إِلَى الْمَالِكِ، فَإِنْ عَجَزَ فِإِلَى الْقَاضِي، فَإِنْ عَجَزَ فَعِنْدَ أَمِينٍ، فَإِنْ تَرَكَ هَذَا التَّرْتِيبَ مَعَ الْقُدْرَةِ ضَمِينَ، فَإِنْ عَجَزَ عَنِ الْكُلِّ فَسَافَرَ بِهِ تَعَرَّضَ لِخَطَرِ الضَّمَانِ عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ، وَمَهْمَا تَبَرَّمَ بِالْوَدِيعَةِ فَسَلَّمَهَا إِلَى الْقَاضِي عِنْدَ الْعَجْزِ عَنِ الْمَالِكِ، فَفِي لُزُومِ قَبُولِهِ وَجْهَانِ، جَارِيَانِ فِي الْغَاصِبِ، وَإِذَا حَمَلَ الْمَغْضُوبُ إِلَى الْقَاضِي، وَفِي مَنِّ عَلَيْهِ الدِّينِ، وَإِذَا حَمَلَ الدِّينُ إِلَيْهِ، وَمَنْ حَضَرَتْهُ الْوَفَاءُ فَلَمْ يُوصِ بِالْوَدِيعَةِ ضَمِينَ إِلَّا أَنْ

(١) قال الشيخ جلال الدين البلقيني: وكذا الحجر عليه بالسفه. صرح به الماوردي وهو ظاهر ويلزم مثله في الوكالة.

(٢) سقط في: ز.

يَمُوتَ فَبَجَاةً، وَلَوْ أَوْصَى إِلَى فَاسِقٍ ضَمِنَ، وَلَوْ أَوْصَى فَأَجْمَلَ وَلَمْ يُمَيِّزِ الْوَدِيعَةَ ضَمِنَ، كَمَا إِذَا قَالَ: عِنْدِي ثَوْبٌ وَلَمْ يَصِفْهُ وَلَهُ أَثْوَابٌ وَلَوْ قَالَ: عِنْدِي ثَوْبٌ فَلَمْ يُصَادِفْ فِي تَرْكِتِهِ فَلَا ضَمَانَ تَنْزِيلاً عَلَى التَّلْفِ قَبْلَ الْمَوْتِ، وَلَوْ وُجِدَ فِي تَرْكِتِهِ كَيْسٌ مَخْتُومٌ مَكْتُوبٌ عَلَيْهِ إِنَّهُ وَدِيعَةٌ فَلَانَ لَمْ يُسَلِّمْ إِلَيْهِ فَلَعَلَّهُ كَتَبَهُ تَلْيِيسًا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْأَصْلُ فِي الْوَدِيعَةِ الْأَمَانَةُ؛ لَمَا رُوِيَ عَنْ عَمْرٍو بْنِ شُعَيْبٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَوْدَعِ غَيْرَ الْمَغْلِ ضَمَانًا»<sup>(١)</sup> وَيُرْوَى: «مَنْ أَوْدَعَ وَدِيعَةً فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ»<sup>(٢)</sup> وَعَنْ أَبِي بَكْرٍ، وَعَلِيٍّ، وَابْنِ مَسْعُودٍ وَجَابِرٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - «أَنَّهَا أَمَانَةٌ»<sup>(٣)</sup> وَلِأَنَّ الْمَوْدَعَ يَحْفَظُهَا لِلْمَالِكِ، فَيَدُهُ كَيْدُهُ، وَلَوْ ضَمِنَ الْمَوْدِعُ، لَرَغِبَ النَّاسُ عَنْ قَبُولِ الْوَدَائِعِ، وَإِذَا تَقَرَّرَ ذَلِكَ، فَذَكَرَ فَقَهُ الْفَضْلُ مَجْرَدًا، ثُمَّ نَرَجِعُ إِلَى مَا يَتَعَلَّقُ بِالنِّظْمِ وَالتَّرْتِيبِ، أَمَا الْفَقْهُ: فَمَسَائِلُ:

إِحْدَاهَا: الْمَوْدِعُ، إِذَا أَوْدَعَ غَيْرَهُ بَعْدَ إِذْنِ الْمَالِكِ، فِيمَا أَنْ يُودَعَ مِنْ غَيْرِ عُدْرٍ، أَوْ بَعْدَرٍ:

الْحَالَةُ الْأُولَى: إِذَا أَوْدَعَ مِنْ غَيْرِ عُدْرٍ فَيُضْمَنُ لِأَنَّ الْمَالِكَ، لَمْ يَرْضَ بِبِدِّ غَيْرِهِ وَأَمَانَتِهِ، وَلَا فَرَّقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ الْغَيْرُ عَبْدَهُ، أَوْ زَوْجَتَهُ، أَوْ ابْنَهُ، أَوْ أَجْنَبِيًّا وَعَنْ مَالِكٍ - رَحِمَهُ اللَّهُ -: أَنْ لَهُ أَنْ يُودَعَ زَوْجَتَهُ وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللَّهُ - وَأَحْمَدُ لَهُ أَوْ يُودَعَ مِنْ عَلَيْهِ نَفَقَتَهُ مِنْ وَلَدٍ، وَوَالِدٍ، وَزَوْجَةٍ، وَعَبْدٍ.

لَنَا: الْقِيَاسُ عَلَى مَنْ سَلِمُوهُ، وَإِذَا أَوْدَعَ غَيْرَهُ، فَالْكَلَامُ فِي تَضْمِينِ الْمَالِكِ الْمَوْدِعِ الثَّانِي إِيَّاهَا قَدْ مَرَّ فِي الرِّهْنِ وَالْغَضَبِ، هَذَا إِذَا أَوْدَعَ عِنْدَ غَيْرِ الْقَاضِي، فَأَمَّا إِنْ أَوْدَعَ عِنْدَ الْقَاضِي، فَوَجْهَانِ، حَكَاهُمَا الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ - رَحِمَهُ اللَّهُ - فِيمَا إِذَا وَجَدَ الْمَالِكُ،

(١) قَالَ الْحَافِظُ: أَخْرَجَ الدَّارِقُطْنِي بَلْفِظٍ: لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ غَيْرَ الْمَغْلِ ضَمَانَ، وَلَا عَلَى الْمُسْتَوْدَعِ غَيْرَ الْمَغْلِ ضَمَانَ وَفِي إِسْنَادِهِ ضَعِيفَانِ، قَالَ الدَّارِقُطْنِي: وَإِنَّمَا يَرُودُ هَذَا عَنْ شَرِيحٍ غَيْرِ مَرْفُوعٍ، وَرَوَاهُ مِنْ طَرِيقٍ أُخْرَى ضَعِيفَةً بَلْفِظٍ: لَا ضَمَانَ عَلَى مُؤْتَمِنٍ.

(٢) (تَنْبِيهُ) الْمَغْلُ هُوَ الْخَائِنُ، وَكَذَا فَسَّرَ فِي آخِرِ رِوَايَةِ الدَّارِقُطْنِي، وَقِيلَ هُوَ مُدْرَجٌ وَقِيلَ الْقَابِضُ. ابْنُ مَاجَةَ عَنْ عَمْرٍو بْنِ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ، وَفِيهِ الْمُثَنَّى بْنُ الصَّبَّاحِ وَهُوَ مَتْرُوكٌ، وَتَابِعَهُ ابْنُ لَهْيَعَةَ فِيمَا ذَكَرَهُ الْبَيْهَقِيُّ. قَالَ الْحَافِظُ فِي التَّلْخِصِ.

(٣) قَالَ الْحَافِظُ: أَمَّا أَبُو بَكْرٍ فَرَوَاهُ سَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ. ثَنَا أَبُو شَهَابٍ عَنْ حِجَّاجِ بْنِ أَرْطَاةَ عَنْ أَبِي الزُّبَيْرِ عَنْ جَابِرٍ: أَنَّ أَبَا بَكْرٍ قَضَى فِي وَدِيعَةٍ كَانَتْ فِي جِرَابٍ فَضَاعَتْ، أَنَّ لَا ضَمَانَ فِيهَا، وَإِسْنَادُهُ ضَعِيفٌ، وَأَمَّا عَلِيُّ وَابْنُ مَسْعُودٍ فَرَوَاهُ الثُّورِيُّ فِي جَامِعِهِ، وَابْنُ بَيْهَقِيِّ مِنْ طَرِيقِهِ عَنْ جَابِرِ الْجَعْفِيِّ عَنِ الْقَاسِمِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّ عَلِيًّا وَابْنَ مَسْعُودٍ قَالَا: لَيْسَ عَلَى الْمُؤْتَمِنِ ضَمَانَ، وَأَمَّا جَابِرٌ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَمَّا رَوَاهُ عَنْ أَبِي بَكْرٍ وَلَمْ يَنْكَرْهُ جَعَلَ كَأَنَّهُ قَالَ بِهِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وقدر على الردّ عليه، وفيما إذا لم يجذ أحدهما: أنه لا يضمن، أما إذا كان المالك حاضراً؛ فلأن أمانة القاضي أظهر من أمانة المودع، فكأنه جعل الوديعة في موضع أحرز، وأما إذا كان غائباً؛ فلأنه لو كان حاضراً، لألزمه المودع الردّ، فإذا كان غائباً، ناب القاضي عنه.

وأظهرهما عند الأكثرين: أنه يضمن، أما إذا كان المالك حاضراً فلأنه [لا ولاية للقاضي على الحاضر الرّشيد، فأشبهه سائر الناس، وأما إذا كان غائباً؛ فإنه<sup>(١)</sup> لا ضرورة بالمودع إلى إخراجها من يده، ولم يرض المالك بيد غيره، فليحفظه إلى أن يجد المالك أو يسنح له عذر، وإذا جوزنا الدفع إلى القاضي، فهل يجب على القاضي القبول، إذا عرفها عليه أما إذا كان المالك حاضراً، والتسليم إليه متيسراً، فلا وجه لوجوبه عليه، وأما إذا لم يكن كذلك، ففي إيجاب القبول، وجهان:

أحدهما: المنع؛ لأنه التزم حفظه، فيؤمّر بالوفاء به.

وأظهرهما: الإيجاب لأنه نائب الغائبين، ولو كان المالك حاضراً، لألزم القبول، والغاصب إذا حمل المغصوب إلى القاضي، ففي وجوب القبول الوجهان، لكن هذه الصورة أولى بعدم الوجوب؛ ليبقى مضموناً للمالك، ومن عليه الدين، إذا حمّله إليه نظر إن كان بحيث لا يجب على رب الدين القبول، لو كان حاضراً، فعلى القاضي أولى، وحيث يجب، يجري فيه الوجهان، وهذه الصورة أولى بعدم الوجوب، وهو الأظهر؛ لأن الدين في الذمة لا يتعرض للتألف، وإذا تعين تعرض له، ولأن من في يده العين قد يثقل عليه حفظها وجميع ما ذكرنا فيما إذا استخفظ الغير وأزال يده ونظره عن الوديعة، أما إذا استعان به في حملها إلى الحرز، فلا بأس، كما لو استعان في سقي البهيمة وعلفها ذكره ابن سريج، وتابعه الأصحاب عليه.

قال القفال: وكذا لو كانت خزائنه وخزانة ابنه واحدة، فدفعتها إلى ابنه؛ ليضعها في الخزانة المشتركة.

وفي «النهاية»: أن المودع، إذا أراد الخروج لحاجاته فاستحفظ من يثق به من متصليه، وكان يلاحظ المخزن في عوداته، فلا بأس، وإن فوض الحفظ إلى بعضهم، ولم يلاحظ الوديعة أصلاً، ففيه تردد، وإن كان المخزن خارجاً عن داره التي يأوي إليها، وكان لا يلاحظه أصلاً، فالظاهر تضمينه.

الحالة الثانية: إذا كان هناك عذر، كما إذا عزم على السفر، فينبغي للمودع، إذا

(١) سقط في: ز.

عرض له هذا العذر: أن يرد الودیعة إلی مالکها أو إلی وکیلها، إن كان له وکیل؛ إما في استرداده خاصّة، أو في عامّة أشغاله، فإن لم یظفر بالمالك؛ لغيبته أو تواریه، أو حَبْسِه وتعدّر الوصول إلیه، ولا ظفر بوکیلها، فیدفعها إلی القاضي، وعليه قبُولها، فإن لم یجد القاضي، دفعها إلی أمين، ولا یكلف تأخیر السّفَر، وقد رُوِيَ أن النّبِيَّ ﷺ «كَانَتْ عِنْدَهُ وَدَائِعٌ؛ فَلَمَّا أَرَادَ الْهَجْرَةَ، سَلَّمَهَا إلی أُمِّ أَيْمَنَ، وَأَمَرَ عَلِيًّا - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - بِرَدِّهَا»<sup>(١)</sup> فإن ترك هذا الترتيب، فدفعها إلی الحاكم أو إلی أمين مع إمكان الدفع إلی المالك، أو وکیلها، ضَمَنَ، ويجيء في الحاكمِ الخلافُ المذكور من قبل، وإن دفع إلی أمين، وهو یجد الحاكم، فوجهان:

أحدهما: وبه قال أحمد وابن خَيْرَانَ والإصطخري: أنه یضمن<sup>(٢)</sup>، لأنّ أمانة الحاكم ظاهرة متفقٌ علیها، فلا یُعَدَلُ عنها، كما لا یُعَدَلُ عن النصّ إلی الاجتهاد، وأيضاً: فإن الحاكمَ نائبُ الغائبين، فكان كالوکیل.

والثاني: لا یضمن، وبه قال أبو إسحاق، ويحكى عن مالك، لأنه أودعَ بالعذر أميناً، فأشبهه الحاكم، وذكر القاضي الروياني: أن هذا أظهرُ في المذهب، ولكنّ الشيخ أبا حامد - رحمه الله - رجّح الأول، وبه قال صاحبُ «التهذيب» وغيره، وقد يعبر عن الخلافِ بالقولین؛ لأنّ الشافعيّ - رضي الله عنه - قال في باب «الرهن» فيما إذا أراد العَدْلُ الرهن، لو دفعه، یعنی: إلی عدل، بغير أمرِ الحاكم - ضمن وقال ها هنا في «ردّ الودیعة»: ولو لم یکن حاضراً، یعنی رَبُّ الودیعة، فأودعها أميناً، یودعُه ماله - لم یضمن، فلم یفرق بین أن یجد الحاكمَ أو لا یجد. ونقل المتولّي وغيره طريقةً قاطعةً بأنّه یضمن، ويحمل ما ذكره ها هنا علی ما إذا لم یجدِ الحاكم وفي بعض الشروح طريقةً قاطعةً بأنّه لا یضمن، ويحمل ما ذكره في الرهن علی ما إذا كان المالكُ أو وکیله حاضراً في البلد وحكى الشيخ أبو حاتمِ القزويني - رحمه الله - وجهاً أنه یشتَرَطُ أن

(١) قال الحافظ في التخليص: «روي أنه ﷺ كانت عنده ودائع فلما أراد الهجرة سلمها إلی أم المؤمنين، وأمر علياً بردها».

أما تسليمها إلی أم المؤمنين فلا يعرف، بل لم تكن عنده في ذلك الوقت. إن كان المراد بها عائشة نعم كان قد تزوج سودة بنت زمعة قبل الهجرة. فإن صح فيحتمل أن تكون هي. وأما أمره علياً بردها، فروى ابن إسحاق بسند قوي، فذكر حديث الخروج إلی الهجرة، قال: فأقام علي بن أبي طالب خمس ليال وأيامها حتى أدى عن النبي ﷺ الودائع التي كانت عنده للناس.

(٢) قال الرافعي في الشرح الصغير رجّح التضمن وقول الإمام الرافعي أن الشيخ أبا حامد رجّح الأول - یعنی الضمان - لعل النقل عن الشيخ أبي حامد مختلف، والذي في الشامل نقلاً عنه أنه صحح في التعليق عدم الضمان ونقله عنه أيضاً كذلك في البيان.

يكون الأمين الذي يودِعُه بِحَيْثُ يَأْتَمِنُه وَيُودِعُ ماله عنده لظاهر قوله: «يودِعُه ماله» والظاهر خلافه، فإن ذلك مسوق على سبيل التأكيد والإيضاح، ولو أنه حين عَزَمَ على السَّفَرِ، دَفَنَ الوديعَةَ في مَوْضِعٍ، وسافر، صَمِنَها إن دَفَنَ في غَيْرِ حَرْزٍ أو في حَرْزٍ، ولم يعلم بها أميناً أو أَعْلَمَ أميناً، حيث لا يَجُوزُ الإيداعُ عند الأمين، أو حيث يَجُوزُ إلا أن الذي أخبره لا يسكن ذلك الموضع، وإن كَانَ يسكنه، فالجواب كذلك في أحد الوجهين؛ لأنه إعلَامٌ لا إيداعٌ، ولا يضمن في أظهرهما؛ لأنَّ المَوْضِعَ وما فيه في يَدِ الأمين، فالإعلام كالإيداع، هكذا فَصَّلَ الأكثرون.

وجعل الإمام - رحمه الله - في معنى السُّكْنَى أن يراقبها من الجوانب، أو من فَوْقِ مراقبة الحارس<sup>(١)</sup>، ومثهم: من جعل الإعلام كالإيداع من غير فَرْقٍ بَيْنَ أن يسكن الموضع أو لا يسكنه، ثم نقل صاحب «المعتمد» وغيره وجهين في أن سَبِيلَ هذا الإعلامِ الإِشْهَادُ أو الإِثْمَانُ؟

فعلى الأول: لا بد من إعلام رجلين أو رجل وامرأتين، والظاهر الثاني، وكما يجوز إيداع الغير بعذر السَّفَرِ على ما تَبَيَّنَ، فكذلك سائر الأعدار، كما لو وَقَعَ في البُتْعَةِ حريق أو نهب أو غارة أو خاف الغرق، وليكن في معناها: إذا أشرف الحِرْزُ على الخراب، ولم يجذ جزأ آخر، يَنْقَلُها إليه.

المسألة الثانية: إذا أودع مسافراً، فسافر بالوديعه أو منتجعاً، فانتجع بها، فلا ضمان؛ لأنَّ المالكَ رَضِيَ به؛ حيث أودعه، وإن أودع حاضراً، لم يكن له أن يسافر بها، فإن سافر، ضمن؛ لأنَّ حِرْزَ السَّفَرِ دون حِرْزِ الحَضَرِ، وفي الخبر: «إنَّ المُسَافِرَ وَمَتَاعَهُ لِعَلِي قُلْتُ إلا ما وقى الله، وفيه وجه أنه إذا كان الطريق أميناً، لا يضمن، وكذا لو سافر في البَحْرِ، إذا كان الغالب منه السلامة، والمذهب الأول، وعند أبي حنيفة

(١) قال في الخادم: قال العلامة نجم الدين بن الرفعة: والذي رأيت في النهاية أن بعض الأئمة أطلق الاكتفاء بإطلاع الأمين مع كون الموضوع حرزاً. وحكي عن أئمة العراق اختيار سكن الدار واستحسنه ثم قال: ولست أرى ذلك خلافاً بين الطرق والإطلاع الذي ذكره غير العراقيين محمول على ما ذكره العراقيون ولكنهم بينوه وفصلوه، والذي يوضح ذلك أن الموضع إذا لم يكن تحت يد المطلع فلا يكون محفوظاً، وغايته أنه لو فرض الدفن في دار فيها سكان المطلع لا يدخلها ولكن يرهاها من فوق رعاية الحارس أو من الجوانب فلا يكاد يصل إلى الغرض وإن أحاطت بالدار حياطته وعينها من الجوانب رعايته فهذه اليد التي تليق بالوديعه وهي التي عناه العراقيون. انتهى وما نقله عن العراقيين صحيح ويؤيده قول سليم وقد يمنع الشرط أن تكون يده على ذلك الموضع. ومن صرح بالسكنى جرى على ظاهر النص في الأم فإن دفنها ولم يخلف في المنزل أحداً يحفظه فهلك ضمن.

وأحمد - رحمهما الله - : له المسافرةُ بها، إذا كان الطريق آمناً، ولم يصرح المالك بالمنع، وإن سافر بها لعذر، كما لو اتَّفَقَ جَلَاءُ لأهل البلد، أو وقع حريقٌ، أو غارةٌ، فلا ضمانٌ، والشَّرْطُ أن يعجز عن الرُّدِّ إلى المالك أو وكيله، أو الحاكم أو عن الإيداع عند أمينٍ، ويلزمه المسافرةُ بها، والحالة هذه؛ وإلَّا فهو مضيِّعٌ، ولو عزم على السفر في وقتِ السلامة، وعجز عن المالك ووكيله، وعن الحاكم، والأمين، فسافر بها، فوجهان:

أحدهما: أنه يضمنها؛ لأنه التزم الحفظ في الحضر، فليؤخر السفر أو يلتزم خطر الضمان.

والثاني: المنع، وإلا فينقطع عن السفر، وتتعلَّط مصالحُه، وفيه تنفيرٌ عن قَبُولِ الودائع.

والأوَّلُ أظهرُ عند صاحب الكتاب، والثاني أظهرُ عند المغظم، وشرطوا لجواز المسافرة بها: أن تكونَ الطريقُ آمناً، وإلا، فيضمن، وهذا ظاهرٌ في مسألة الوجهين، فأما عند وقوع الحريق ونحوه، فكان يجوز أن يُقالَ: إذا كان احتمالُ الهلاكِ في الحضرِ أقربَ منه في السفر، فله أن يسافرَ بها، قال في «الرُّقم»: وإذا كان الطريقُ آمناً، فحدث خوفٌ، ولو هجم القطع، فألقى المَالُ في مضيعة؛ إخفاءً له فضاع، فعليه<sup>(١)</sup> الضمان.

الثالثة: من مرض مرضاً مخوفاً، أو حُجِسَ، ليقتل، وعنده وديعةٌ، فعليه أو يوصيَ بها، فلو سكت عنها، وتركها بحالها، ضَمِنَ؛ لأنه عَرَضَهَا للفتوات؛ إذ الوارثُ يعتمدُ ظاهرَ اليد، ويدعيها لنفسه، فكان ذلك تقصيراً مضمناً، وها هنا كلمتان:

إحدهما: أن التقصير إنما يتحقَّق بترك الوصاية إلى الموت، فلا يحصلُ التقصير، إلا إذا مات، لكن كأننا نتبيَّن عند الموت أنه كان مقصراً من أول مرضه فضمَّناه أو يحلف التلّف، إذا حصل بعد الموت بالتردِّي بَعْدَ الموت في بئرٍ، حَفَرَهَا متعدياً.

والثانية: ربَّما أفهم كلام الأئمة أن المراد من الوصية بها تسليمها إلى الوصي ليدفعها إلى المالك، وهو الإيداع بعينه، لكن المُعْتَمَدُ أن المراد الإعلام، والأمر بالردِّ [من غير أن يخرجها من يده، وأنه، والحالة هذه، مخير بين أن يودع، وبين أن يقتصر على الإعلام، والأمر بالردِّ]؛<sup>(٢)</sup> لأن وقت الموت غير معلوم، ويده مستمرة على

(١) وكذا أجاب به أبو بكر الشاشي في فتاويه أنه لو دفنه خوفاً من القطاع عند إقبالهم فلما انكشفوا أضل موضعه ضمن وكان وجهه أنها ضاعت بفعله وأنه مقصر بإضلال مظانها ويشهد له ما سيأتي أنه لو ضاعت بنسيان ضمنها في الأصح، وهو مشكل.

(٢) سقط في: ز، أ.

الوديعة، ما دام حيّاً، وهذا بيّن مما ذكره صاحب الكتاب في «الوسيط» حيث قال: «يودع الحاكم أو أميناً، إن عجز عن الحاكم، أو يوصي إلى وارثه» ويشهد عليه صَوْناً لها عن الإنكار.

ثم يعتبر في الوصية بها أمور:

أحدها: أن يعجز عن الردّ إلى المالك أو وكيله، وحينئذٍ، فيودع عند الحاكم أو يوصي إليه، فإن عجز، فيودع عند أمين، أو يوصي إليه، هكذا رتب الجمهور، كما إذا عزم على السّفَر، وفي «التهذيب» أنه تكفي الوصية، وإن أمكنه الردّ إلى المالك؛ لأنه لا يَدْرِي متى يَمُوتُ.

والثاني: أن يوصي إلى أمين، فإن أوصى إلى فاسق، كان كما لو لم يوص (١)، فيضمن ولا بأس أن يوصي إلى بعض ورثته، وكذا الإيداع حيث يجوز أن يودع أميناً.

والثالث: أن يبيّن الوديعة، ويميّزها عن غيرها بالإشارة إلى عينها، أو بيان جنسها، وصفتها فلو لم يبيّن الجنس، بل قال: عندي وديعة، فهو كما لو لم يوص، ولو ذكر الجنس، فقال: عندي ثوب لفلان، ولم يصفه، نُظِرَ؛ إن لم يوجد في تركته جنس الثوب، فوجهان:

أحدهما: أنه يضمن، فيضارب ربّ الوديعة.

الغرماء بقيمتها؛ لتقصيره بترك البيان.

والثاني: وبه قال أبو إسحاق: لا يضمن؛ لأنها ربّما تَلَفَتْ قبل الموت، والوديعة أمانة، فلا تضمن بالشك، وهذا الثاني هو الذي أوردّه صاحب الكتاب، والأول ظاهر المذهب عند عامة الأصحاب، وإن وجد في تركته جنس الثوب، فإما أن يوجد أثواب أو ثوب واحد، إن وجد أثواب ضمن؛ لأنه إذا لم يميّز، فكأنه خلط الوديعة بغيرها، وإن وجد ثوب واحد، ففي «التهذيب» «والثمة»: أنه ينزل كلامه عليه، ويدفع إلى الذي ذكره، ومنهم من أطلق القول: بأنه إذا وجد جنس الثوب ضمن ولا يدفع إليه عين الموجود، وأما الضمان، فللتقصير بترك البيان، وأما أنه لا يدفع إليه عين الموجود؛ فلاحتمال أن الوديعة قد تَلَفَتْ، والموجود غيرها، وهذا أحسن، وفي المسألة وجه آخر: أنه إنما يضمن، إذا قال: عندي ثوب لفلان، وذكر معه ما يقتضي الضمان، فأما إذا اقتصر عليه، فلا ضمان.

(١) قال الماوردي: وسواء علم فسقه أم لا لأن العمد والخطأ في ضمان الأحوال سواء، وينبغي أن يكون الحكم بالضمان من حين الموت، ومن حين يضع الفاسق يده إن اتفق وضعها قبل الموت.



فَرَعُ: قال الإمام - رحمه الله - : «ولو لم يُوصِ، فادَّعَى رُبُّ الوديعة أنه قَصَّر، وقال الورثة: لعلها تلفت قَبْلَ أن ينسب إلى التَّقْصِيرِ، فالظاهرُ براءةُ الذِّمَّةِ»<sup>(١)</sup> ثم جميع ما ذكرنا [ه] فيما إذا وَجَدَ فرضة الإيداعِ أو الوصِيَّةَ، أما إذا لم يَجِدْ بأن مات فجأةً، أو قتل غيلةً، فلا ضمان .

الرابعة: إذا مات، ولم يذكر أن عنده وديعةً، لكن وجد في تركته كيس مختوم أو غير مختوم مكتوب عليه أنه وديعةُ فلان، أو وجد في جريدته أن لفلانٍ عندي كذا وكذاً، وديعة، لم يجب على الوارث التسليم، بهذا القدر؛ لأنه ربما كتبه هو أو غيره تليساً، وربما اشترى الكيس بَعْدَ تَلْكَ الكتابة، ولم يمحصها، أو ردَّ الوديعة بَعْدَ ما أثبت في الجريدة، ولم يمحصه، وإنما يكلف الوارث التسليم؛ إما بإقراره أو إقرار المورث ووصية أو بقيام البينة والله أعلم .

(١) تعقبه الشيخ البلقيني وصاحبه الزركشي وأطال الزركشي فذكرت عبارته لما فيها من الإيضاح الذي زاده على شيخه البلقيني فقال: هذا الذي نقله عن الإمام ليس في النهاية وكأنه طالع أول كلام الإمام دون آخره فحصل الخلل والذي في النهاية: ولو مات ولم يوص فادعى المودع التقصير بترك الإيصاء، فيها فقال الورثة: لعله لم يوص لتلف الوديعة على حكم الأمانة في يده فاعترفوا بأصل الإيداع وادعوا ما ذكرناه، فهذه المسألة مترددة في الضمان وإذا كان أبو إسحاق يرى نفي الضمان حيث لم يصادف الوديعة في التركة بعد الإقرار بها قبل الإيصاء فلا شك أنه ينفي الضمان في الصورة التي ذكرناها آخرها وهي ادعاء التلف، وحمل ترك الإيصاء عليه، ومن أوجب الضمان، وخالف أبا إسحاق فقد توجب الضمان هنا ونفي الضمان هنا أولى، ثم إن ادعى الورثة التلف فالأمر على ما ذكرنا، وإن قالوا عرفنا الإيداع ولكن لا ندري كيف كان الأمر ونحن نجوز أنها تلفت على حكم الأمانة فلم يوص لأجل ذلك ولا تثبت في ذلك قولاً، فإن ضمانهم حيث يجزمون بدعوى التلف فيها هنا أولى وإلا فوجهان أصحهما أن الضمان يجب لأنهم لم يذكروا مسقطاً ولم يدعوه. انتهى .

وحاصله صورتان: إحداهما: أن تجزم الورثة بدعوى التلف قبل أن ينسب إلى تقصير بترك الوصية ورتبه على الخلاف بين أبي إسحاق وغيره وأن الأولى عدم الضمان وعلى هذا فلهم الحلف على ذلك .

والثانية: إذا لم يجزوا بدعوى التلف لكن قالوا لعلها تلفت قبل أن ينسب إلى تقصير وصح فيها الضمان. فنقل الرافي عنه في هذه ترجيح عدم الضمان مردود وترجيح للإمام الضمان فيها مشكل لأن الأصل براءة الذمة فكيف يضمن بالشك، وقد قال الإمام في موضع آخر: إن الوديعة في يد الوارث كتوب طيرته الريح .

وأما الأولى فقد تعرض لها الرافي آخر الباب، وحكي عن المتولي أنهم إذا جزوا بدعوى التلف في يده لا تقبل إلا بالبينة، وعن البغوي التصديق وقال، إنه الوجه فتفتن لذلك، وإذا قلنا: لا ضمان فهل معناه لا ضمان أصلاً ولا ضمان عدوان بسبب ترك الإيصاء ويجزي في ضمان الفقد الخلاف السابق فيه نظر ولم يصرح الإمام فيه بشيء وهو محتمل .

ونرجع الآن إلى ما يتعلّق بنظم الكتاب وترتيبه .

وقوله: «وللوديعه عاقبتان» تدرّج لطيف إلى فقه الباب، فإذا حصلت الوديعه عند المودع، فإما أن تهلك عنده أو تبقى إن آل أمرها إلى الهلاك، فإن لم يكن منه تقصير، فلا ضمان، وقد انقطع الكلام، أو تبقى، وإن كان، فعليه الضمان، ويحتاج فيه إلى معرفة ما يصير به مقصراً، وإن بقيت، فيرد.

وقوله: «وللتقصير سبعة أسباب» عدّها في «الوسيط» ثمانية، فجعل الإيداع من الغير [سبباً، والمسافرة بالوديعه سبباً، وها هنا خلط أحدهما بالآخر وعدهما،] <sup>(١)</sup> سبباً واحداً، وما في «الوسيط» أحسن، ولو جعل ترك الإيصاء سبباً آخر، لأستقام.

وقوله: «إلا أن يودع عند القاضي» معلّم بالواو؛ لما حكينا من الوجه المانع من إيداع القاضي، إذا لم يكن سفر عذر، سواء وجد المالك أو وكيله، أو لم يجد، ولفظ الكتاب في نفي الضمان بإيداع القاضي، وإن كان مطلقاً إلا أنه أراد ما إذا لم يجد المالك أو وكيله على ما هو مبين في «الوسيط» ومع ذلك، فأكثر الأئمة على خلاف الجواب المذكورة في الكتاب، كما قدّمنا، وساعده أبو سعيد المتولي على اختيار ذلك الجواب، وقوله: «فسافر به ضمن» معلّم بالحاء والألف والواو.

وقوله: «إلا أن يودع في حالة السفر» أي: يودع، وهو مسافر، فله إدامة السفر، والسيّر به.

وقوله: «أن يرد إلى المالك» يعني أو وكيله، وقوله: «وإن ترك هذا الترتيب، ضمن» معلّم بالواو والميم؛ لما سبق، وقوله: «وسافر به تعرّض لخطر الضمان على أظهر الوجهين» بينا أن الأظهر عند المعظم خلاف ما ذكره، وفي قوله: «فسافر به» تعرّض، كالإشارة إلى أنه لا يكلف ترك السفر، والكلام في أن التجويز، هل هو مشروط بسلامة العاقبة، وإذا لم يكلف ترك السفر، فسافر، فلا بد، وأن يسافر به، وإلا فهو مضيع، والحالة هذه.

وقوله «ومهما تبرم بالوديعه . . .» إلى آخره مبني على تجويز الرفع إلى القاضي من غير سفر وعذر منه، وفيه ما قد عرفته وقوله:

«ومن حضرته الوفاة» ليس بمحمول على المختصر، بل كل مريض بخيفة مرضه، كالمختصر في ذلك لا يلحق بالمرض الكبير والشيوخوخة، وقوله: «فلا ضمان» تنزيلاً على التلّف قبل الموت خلاف ما روينا عن عامة الأصحاب: أنهم جعلوه ظاهر

المَذْهَب، وقالوا: التَّلَف، وَإِنْ حَصَلَ قَبْلَ الْمَوْتِ، حَصَلَ، وَهُوَ مَقْصَرٌ بَتْرَكَ الْبَيَانَ، وَلَا يُمْكِنُ فَرْضُ التَّلَفِ قَبْلَ الْوَصِيَّةِ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ: «عِنْدِي نُؤْبٌ» يَقْتَضِي حَصُولَهُ فِي الْحَالِ.

قَالَ النَّزَّالِيُّ: الثَّانِي نَقْلُ الْوَدِيْعَةِ مِنْ قَرْيَةٍ إِلَى قَرْيَةٍ إِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا مَسَافَةٌ ضَمِنَ بِالسَّفَرِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَإِنْ نَقَلَ مِنْ قَرْيَةٍ أَهْلِهِ، ضَمِنَ، لِأَنَّ قَرْيَةَ أَهْلِهِ أُحْرَزَ فِي حَقِّهِ، وَلَوْ كَانَ بِالْعَكْسِ لَمْ يَضْمَنْ إِلَّا إِذَا ظَهَرَ نَقْصَانُ الْحِرْزِ فِي الْقَرْيَةِ الْأَهْلَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا أودعه في قرية، فنقل الوديعه إلى قرية أخرى، نُظِرَ: إِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا مَسَافَةٌ تُسَمَّى الضَّرْبُ فِيهَا سَفَرًا، ضَمِنَ بِالسَّفَرِ بِهَا، وَبَعْضُهُمْ لَا يَقِيدُ، وَيَقُولُ: إِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا مَسَافَةٌ، ضَمِنَ كَأَنَّهُ يَجْعَلُ مَطْلُقَ الْمَسَافَةِ مُصْحَحًا اسْمَ السَّفَرِ، وَظَاهَرَ الْكِتَابَ يُوَافِقُ هَذَا؛ لِأَنَّهُ أَرَادَ الْأَوَّلَ عَلَى مَا قَيَّدَهُ فِي «الْوَسِيْطِ» وَهُوَ الظَّاهِرُ، وَحَكَى الشَّيْخُ أَبُو حَاتِمٍ الْقَزْوِينِيُّ وَغَيْرُهُ وَجْهًا: أَنَّهُ إِذَا كَانَتِ الْمَسَافَةُ دُونَ مَسَافَةِ الْقَصْرِ، وَكَانَتِ أَمْنَةً، وَالْقَرْيَةُ الْمُنْقُولُ إِلَيْهَا أُحْرَزَ، لَمْ يَضْمَنْ، وَهَذَا مُصَيِّرٌ إِلَى أَنَّ الْمَسَافَةَ بِالْوَدِيْعَةِ، إِنَّمَا تَضْمَنُ بِشَرْطِ طُولِ السَّفَرِ، وَهُوَ بَعِيدٌ، فَإِنَّ خَطَرَ السَّفَرِ، لَا يَتَعَلَّقُ بِالطُّوْلِ وَالْقَصْرِ، وَإِنْ كَانَتِ الْمَسَافَةُ بِحَيْثُ لَا تَصْحَحُ اسْمَ السَّفَرِ، فَإِنْ كَانَ فِيهَا خَوْفٌ، ضَمِنَ، وَإِلَّا فَوْجَهَا:

أحدهما: أن الجواب كذلك؛ لأن حدوث الخوف في الصحراء غير بعيد.

وأظهرهما: أنه كما لو لم يكن بينهما مسافة أصلاً، بل اتصلت العمارات، وحينئذ: فإن كان المنقول عنها أُحْرَزَ، ضَمِنَ، فَإِنَّ الْمَالِكَ، إِذَا أودعها، فِيهَا يَعْتَمِدُ حَفَظَةَ فِيهَا، وَإِنْ كَانَ الْمُنْقُولُ إِلَيْهَا أُحْرَزَ، أَوْ تَسَاوَا، فَلَا ضَمَانَ، وَاعْلَمْ أَنَّ كَوْنَ الْقَرْيَةِ أُحْرَزَ لَهُ أَسْبَابٌ:

منها حصانتها في نفسها، أو انضباط أهلها، وانقطاع الأيدي الفاسدة عنها.

ومنها: أن تكون عامرة كثيرة الأهل.

ومنها: تكون مسكنة ومسكن أقاربه، وأصدقائه، فلا يتجاسر أولو الغرامة على الهجوم عليه، ولا تمتد أطماعهم وأيديهم إليه، وبهذا الاعتبار: يجوز أن يقرأ لفظ الكتاب على إضافة «القرية» إلى «الأهل»، فيقال: «من قرية أهله إلى قرية غير أهله [وبالاعتبار الذي قبله: يجوز أن يقرأ على الصفة، فيقال: «من قرية أهله، إلى قرية غير أهله»]<sup>(١)</sup>.

(١) سقط في: ز.

والمنزول الأهل: العاير الذي فيه أهله، وهذا الثاني. يوافق لفظ الشافعي - رضي الله عنه - إلا أن الأشبه بقول صاحب الكتاب الأول؛ إذ الموجود في أكثر النسخ القديمة عند تعليل الضمان؛ لأن قرية أهلة أحرز في حقه، وقد يوجد في بعضها إدخال الألف واللام؛ حتى يصير: «لأن القرية الأهلة أحرز» لكن كلمة «في حقه» لا تحسن في هذا الموضع، حينئذ، ولو أراد ذلك لاقتصر على قوله: «لأن القرية الأهلة أحرز» إلا أن يقدر عود الكناية في لفظة «حقه» إلى المال.

وقوله: «إلا إذا ظهر نقصان الجزر في قرية أهله يستمر فيه القراءتان، فيجوز أن يكون الموضع مسكنه ومسكن أقاربه، أو عامراً فيه أهله إلا أن غيره أحرز منه؛ لمعارض راجح، وحيث منعنا من الثقل، فذلك إذا لم تكن ضرورة، فإن وقعت ضرورة، فكما ذكرنا في المسافرة، وإذا أراد الانتقال، ولا ضرورة، فالطريق ما سبق؛ فيما إذا أراد السفر والثقل من محلّة إلى محلّة أو من دار إلى دار كالنقل من قرية إلى قرية متصلتي العمارة، وأما إذا نقل من بيت إلى بيت في دار واحدة، أو خان واحد، فلا يضمن، وإن كان الأول أحرز منهما، كان الثاني جزأاً أيضاً، ذكره في «التهذيب» وجميع كلام الفضل مفروض فيما إذا أطلق الإيداع، أما إذا أمر بالحفظ في موضع<sup>(١)</sup> معين فسيأتي إن شاء الله تعالى.

قال الغزالي: الثالث التقصير في دفع المهلكات، فإن ترك علف الدابة أو سقيها ضمن إلا إذا نهاه المالك فإنه يعصي ولا يضمن، وكذلك إذا لم يرض الثوب الذي يفسده الدود للريح ضمن، فإن لم يندفع إلا بالنس لزم للنس، إلا إذا نهاه المالك، ومهما أمر صاحبه بعلق الدابة أو سقيها لم يضمن على الأظهر؛ لأن ذلك معتاد، وكذا لو أخرجهُ للسقي والطريق آمن، وقيل: إنه يضمن لأنه إخراج من الجزر بغير عذر.

قال الرافعي: يجب على المودع دفع مهلكات الوديعه على المعتاد؛ لأنه من أصول الحفظ، وفيه مسألتان:

إحدهما: إذا أودعه دابة، فله أحوال:

إحداها: أن يأمره بالعلق والسقي، فعليه رعاية الأمور، فإن امتنع؛ حتى مضت مدة يموت مثلها في مثل تلك المدة نظر: إن ماتت، ضمنها، وإن لم تمت، دخلت في ضمانه، وإن نقصت، ضمن النقصان، وتختلف المدة باختلاف الحيوانات، وإن ماتت قبل مضي تلك المدة، لم يضمنها، إن لم يكن بها جوع، وعطش سابق، وإن كان،

(١) والإمام جعل هذا فيما إذا عين له بيتاً ولم يصرح بالنهي عن النقل فيه.

وهو عالم به، ضمن، وإلاً فوجهان، كالوجهين فيما إذا حَبَسَ مَنْ به بعضُ الجوع، وهو لا يعلم به؛ حتَّى مات وهو لا يعلم، قال في «التتمة»: «والأظهر أنه لا ضمان»، وإذا أوجهنا الضمان، فضمن الكلّ أو بالقسط حكى أبو الحسن العبادي في وجهين، كما لو استأجرَ بهيمةً، ليحملَ عليها مائة من فَرَادَ.

والثانية: إن نهاء عن العَلْفِ والسَّقْيِ، فيعصى، لو ضيَّعها لحرمة الروح، وفي الضمان وجَّهان، قال الإصطخري: «يجبُ، لحصولِ التعدي في الودیعة».

وقال الجمهور: «لا يجبُ، كما لو قال: اقتل دابتي، فقتلها وعن الشيخ أبي زيد - رحمه الله -: تخريجُ الخلاف، فيما إذا قال: اقتلني، فقتله، هل تجبُ الوديعة؟ ولم يرتضوا هذا البناء، لأننا إذا أوجبنا الوديعة، أوجبناها للوارث، ولم يوجد منه إذن في الإلتلاف، وها هنا بخلافه.

الثالثة: أن يطلق الإيداع فلا يأمر بالعلف، والسقي، ولا ينهي، فعلى المودع القيامُ بهما؛ لأنه التزم حفظها.

وقال أبو حنيفة: لا يلزم ذلك. ثم الكلام في مسألتين:

أحدهما: لا شك أن المودع لا يلزمه العلف من ماله، ولكن إن دفع إليه المالك ما يعلفها منه، فذاك، ولو قال: أغلفها من مالك، فهو كما لو قال: اقض ديني.

والظاهر: أنه يرجع عليه، وإن لم يذكر شيئاً، فيراجع المالك أو وكيله، ليستردّها، أو يعطي علفها، فإن لم يظفر بهما، رفع الأمر إلى الحاكم، ليستقرض على المالك، أو يبيع جزءاً منها، أو يؤجرها، ويصرف الأجرة إلى مؤنتها، والقول فيه وفي تفاريعه على ما سبق في هرَبِ الجمال، وعلف الضالة، والإنفاق على اللقيط ونحوها.

والثاني: إن علفها وسقّاها في داره أو إضطبله، حيث يسقي ويعلف دوابّه، فقد وَفَى الحفظُ حقه، وإن أخرجها من موضعيها، فإن كان يفعل ذلك في دوابّ نفسه؛ لضيق الموضع وغيره، فلا ضمان، وإن كان يسقي دوابّه فيه، فقد قال الشافعي - رضي الله عنه - في «المختصر»: «وإن أخرجها إلى غير داره [وهو يسقي في داره]»<sup>(١)</sup> ضمن واختلف الأصحاب فيه، فأخذ الإصطخري بظاهره، وأطلق وجوب الضمان؛ لأنه أخرج الوديعة عن الحرز بغير ضرورة، وحمله طائفة على ما إذا كان ذلك الموضع أحرز، فأما إذا كان الموضع المخرَجُ إليه أحرزاً أو تساوياً، فلا ضمان، وحمله أبو إسحاق، وآخرون على ما إذا كان في الإخراج خوفٌ، فإن لم يكن، لم يضمن، لأطراد العادة به هذا هو

الأظهر؛ ثم إن تولى السقي والعلف بنفسه أو أمر به صاحبه وغلामه، وهو حاضر، لم تزل يده، فذاك، وإن بعثها على يده لسقيها، وأمره بعلفها أو أخرجها من يده، نُظِر: إن لم يكن صاحبه أميناً، ضمن، وإن كان أميناً، فوجهان:

أظهرهما: أنه لا يضمن للعادة، والوجهان على ما ذكر في «الوسيط» مخصوصان بمن يتولى ذلك بنفسه، فأما في حق غيره، فلا ضمان قطعاً، وإذا كان النهي عن العلف لعلّة تقتضيه، كالقَوْلُج، فعلفها قبل زوال العلة، فماتت، ضمن، والعبد المودع كالبهيمة في الأحوال المذكورة، ولو أودعه نخيلاً؛ حكى الحنّاطي فيه وجهين:

أحدهما: أن سقيها كسقي الدابة.

والثاني: أنه لا يضمن بترك السقي، إذا لم يأمره<sup>(١)</sup> بالسقي.

المسألة الثانية: ثياب الصوف التي يفسدها الدود يجب على المودع نشرها وتعريضها للريح، بل لبسها، إذا لم يندفع إلا بأن تلبس وتعبق بها رائحة الأدمي. فإن لم يفعل، ففسدت، ضمن، سواء أمره المالك أو سكت عنه، نعم لو نَهَاه عنه، فامتنع، حتى فسدت، كره، ولا يضمن، وأشار في «التتمة» إلى أنه يجيء فيه وجه الإصطخري<sup>(٢)</sup>، ولو كان الثوب في صندوق مقفل ففتح القفل، ليخرجه وينشره، قال في التهذيب: فيه وجهان:

أصحهما: أنه لا يضمن، وهذا كله فيما إذا علم المودع، أما إذا لم يعلم؛ بأن كان في صندوق أو كيس مشدود، ولم يعلمه المالك، فلا ضمان.

قَالَ الْعَزَّالِيُّ: الرَّابِعُ الْأَنْتِفَاعُ فَإِذَا لَبَسَ الثُّوبَ أَوْ رَكِبَ الدَّابَّةَ ضَمِنَ إِلَّا أَنْ يَرْكَبَ لِدَفْعِ الْجُمُوحِ عِنْدَ السَّقِيِّ، أَوْ يَلْبَسَ لِدَفْعِ الدُّودِ عِنْدَ الْحَرِّ، وَكَذَا إِنْ أَخَذَ الدَّرَاهِمَ لِيُضْرِفَهَا إِلَى حَاجَتِهِ (ح) ضَمِنَ، وَإِنْ نَوَى الْأَخْذَ وَلَمْ يَأْخُذْ لَمْ يَضْمَنْ، بِخِلَافِ الْمُلتَقِطِ

(١) سكت عن الترجيح.

قال في الخادم: وقياس نظائر ترجيح الثاني، والفرق حرمة الروح، وقد رأيت الجزم به في باب بيع الأصول والثمار من تعليقة ابن أبي هريرة ثم ساق لفظه. قال: سكت الرافي عن الطعام كما لو كانت الوديعه حنطة يخاف عليها السوس أو تمرأ يخاف عليه الدود، وفي «أدب القضاء للدبيلي» أنه يرفع الأمر إلى الحاكم ليفعل ما يراه لثلاث يفسد كما قلنا: في الحيوان غير أن على الحاكم الاتفاق على الحيوان من مال المودع، وليس كذلك الطعام.

ثم قال: وفيه نظر، بل الظاهر حفظ مال الغائب بطريقه حيواناً كان أو غيره.

(٢) وهذه الإشارة صرح بها الدبيلي في أدب القضاء فحكى الوجه فيما إذا قال أحرقت ثوبي أو أفسد متاعي أنه يجب الضمان لكن كلام القاضي أبي الطيب في المجرد مخالفته.

فَإِنَّهُ يَضْمَنُ بِمَجْرَدِ النَّيَّةِ إِذْ سَبَبَ أَمَانَتِهِ مُجْرَدُ نِيَّتِهِ، وَقِيلَ: إِنَّ الْمُوَدَّعَ أَيْضاً يَضْمَنُ، ثُمَّ مَهْمَا تَرَكَ الْخِيَانَةَ لَمْ يَعُدْ (ح) أَمِيناً، فَلَوْ رَدَّ عَيْنَ الدَّرْهَمِ ذَلِكَ إِلَى الْكَيْسِ، وَأَخْتَلَطَ بِالْبَاقِي لَمْ يَتَعَدَّ الضَّمَانَ إِلَى الْبَاقِي عَلَى أَقْبَسِ الْوَجْهَيْنِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا رَدَّ بَدَلَهُ إِلَيْهِ فَإِنَّ ذَلِكَ خَلَطَ مَلِكِهِ بِمَلِكِ الْغَيْرِ، وَمَهْمَا أَتْلَفَ بَعْضَ الْوَدِيعَةِ لَمْ يَضْمَنْ الْبَاقِي إِلَّا إِذَا كَانَ مُتَّصِلاً بِهِ، كَمَا إِذَا قَطَعَ طَرْفَ الْعَبْدِ أَوْ الثَّوْبِ فَإِنَّهُ يَضْمَنُ الْكُلَّ لِخِيَانَتِهِ، فَإِنْ كَانَ مَخِطَافاً لَمْ يَضْمَنْ إِلَّا الْمَفْقُوتَ عَلَى أَسَدِ الْوَجْهَيْنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: التَّعْدِي بِاسْتِعْمَالِ الْوَدِيعَةِ وَالْإِنْتِفَاعِ بِهَا كَلْبَسِ الثَّوْبِ، وَرُكُوبِ الدَّابَّةِ خِيَانَةً مُضْمَنَةً، نَعَمْ: لَوْ كَانَ هُنَاكَ عُدْزٌ بِأَنْ لَبَسَ؛ لِدَفْعِ الدَّوْدِ، كَمَا ذَكَرْنَا، أَوْ رَكِبَ الدَّابَّةَ، بَحِيثٌ يَجُوزُ إِخْرَاجُهَا لِلسُّفِيِّ، وَكَانَتْ لَا تَنْقَادُ إِلَّا بِالرُّكُوبِ، فَلَا ضَمَانَ، وَإِنْ انْقَادَتْ مِنْ غَيْرِ رُكُوبٍ، فَرَكِبَ، ضَمِنْ، وَلَوْ أَخَذَ الدَّرَاهِمَ، لِيَصْرِفَهَا إِلَى حَاجَتِهِ أَوْ الثَّوْبِ، لِيَلْبِسَهُ أَوْ أَخْرَجَ الدَّابَّةَ مِنْ مَكَانِهَا، لِيَرْكَبَهَا، ثُمَّ لَمْ يَسْتَعْمَلْ، ضَمِنْ؛ لِأَنَّ الْإِخْرَاجَ عَلَى هَذَا الْقَصْدِ خِيَانَةٌ.

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : «لا يضمن؛ حتى يستعمل» ولو نوى الأخذ، [لنفسه] (١) ولم يأخذ، فوجهان: قال ابن سريج - رحمه الله - : يضمن، كما يضمن الملتقط، إذا أخذ بنية الاختزال، وكما إذا أخذ المودع ابتداءً على قصد الخيانة، وقال الأكرهون: لا يضمن، لأنه لم يُخْدِثْ فعلاً مع قصد الخيانة، وفي اللَّقْطَةِ أَخْدَتْ الْأَخْذَ، مع قصد الخيانة، وأيضاً، فللفرق الذي مرَّ في «باب اللَّقْطَةِ» وقد أعاده هنا في الكتاب وأما إذا أخذ الوديعَةَ عَلَى قَصْدِ الْخِيَانَةِ، فَقَدْ حَكَيْنَا فِي اللَّقْطَةِ: أَنَّهُ عَلَى وَجْهَيْنِ، فَإِنْ قَلْنَا: إِنَّهُ يَضْمَنُ، وَهُوَ الظَّاهِرُ، فَالْفَرْقُ أَنَّ الْأَخْذَ فَعَلٌ أَحْدَثَهُ مَعَ قَصْدِ الْخِيَانَةِ، وَالْوَجْهَانِ جَارِيَانِ فِيمَا إِذَا نَوَى الْأَخْذَ يَرُدُّ الْوَدِيعَةَ بَعْدَ طَلْبِ الْمَالِكِ، وَالْحِكَايَةُ عَنِ الْقَاضِي أَبِي حَامِدٍ، وَعَنْ أَقْضَى الْقَضَاةِ الْمَاوَزِدِيِّ - رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى -: أَنَّهُ يَضْمَنُ هَا هُنَا، وَلَا يَضْمَنُ فِيمَا إِذَا نَوَى الْأَخْذَ، وَلَمْ يَأْخُذْ؛ لِأَنَّهُ إِذَا نَوَى الْأَخْذَ، صَارَ مَمْسُكاً لِنَفْسِهِ، وَبِنِيةِ الْأَخْذِ، لَا يَصِيرُ مَمْسُكاً لِنَفْسِهِ. وَيَجْرِي الْوَجْهَانِ فِيمَا إِذَا كَانَ الثَّوْبُ فِي صَنْدُوقٍ غَيْرِ مَقْفَلٍ، فَرَفَعَ رَأْسَهُ، لِيَأْخُذَ الثَّوْبَ، وَيَلْبِسَهُ، ثُمَّ بَدَأَ لَهُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُخْدِثْ فِي الثَّوْبِ فِعْلاً، وَلَوْ كَانَ الصُّنْدُوقُ مَقْفَلاً، وَالْكَيْسُ مَخْتوماً، فَفَتَحَ الْقِفْلَ، وَقَضَى الْخَتْمَ، وَلَمْ يَأْخُذْ مَا فِيهِ، فَأَخَذَ الْوَجْهَيْنِ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللَّهُ - أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ مَا فِيهِ وَإِنَّمَا يَضْمَنُ الْخَتْمَ الَّذِي تَصَرَّفَ فِيهِ».

(١) سقط في: ز.

وأصحهما: أنه يضمن ما فيه؛ لأنه هتك الحزْر، وعلى هذا؛ فهل يضمن الصندوق، والكيس، فيه وجهان؛ لأنه لم يقصد الخيانة في الظرف، ولو خرق الكيس، نظر: إن الخرق تحت موضع الختم، فهو كفض الختم، وإن كان فوقه، لم يضمن، إلا نقصان الخرق<sup>(١)</sup>، ولو أودعه شيئاً مدقوناً، فنبشه، فهو كفض الختم، ولا يلتحق بفتح القفل، وفض الختم حل الخيط الذي يشد به رأس الكيس، أو رزمة الثياب، لأن القصد منه المنع من الأتيسار لا أن يكون مكتوماً عنه وعن الحاوي: نقل وجهين؛ فيما إذا كانت عنده دراهم، فوزنها، أو عدّها، أو ثياب، فذرعا ليعرف طولها وعرضها، أنه هل يضمن؟ ويشبه أن يجيء هذا الخلاف في حل الشد<sup>(٢)</sup>.

وأما قوله: «مهما ترك الخيانة» إلى قوله: «على أحد الوجهين» هذا شرّحه، ثم في الفصل ثلاث مسائل:

أحداها: إذا صارت الوديعة مضمونة على المودع، بانتفاع، أو إخراج من الحزْر، أو غيرهما من وجوه التفصير، ثم إنه ترك الخيانة، وردّ الوديعة إلى مكانها، لم يبرأ، ولم تعد أمانته.

وقال أبو حنيفة - رحمه الله -: «يبرأ، ويعود أميناً» إلا أنه سلم أنه لو جحد الوديعة، وضمنها بالجحد، ثم أقر بها، لا يبرأ ففاس الأصحاب سائر أسباب الضمان عليه، وأيضاً: فلو ردّ السارق المسروق إلى موضعه، لا يبرأ، فكذلك ها هنا، ولو ردّها هنا إلى المالك، ثم إنه أودعه ثانياً، فلا شك في أنه يعود أميناً، ولو لم يردّها، ولكن أحدث المالك له استئماناً، فقال: أدت لك في حفظها أو أودعتها أو استأمنتك، أو أبرأتك عن الضمان، فوجهان:

أحدهما: ويحكى عن ابن سريج: أنه لا يعود أميناً، لظاهر قوله ﷺ «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»<sup>(٣)</sup>.

وأصحهما: وهو ظاهر نصّه في باب العارية عوده أميناً؛ لأن التضمنين لحق المالك، وقد رضي بسقوطه، وروى بعضهم الأول عن نصّه في الأم فعلى، هذا: يجوز التعبير عن الخلاف بالقولين، وهو كالخلاف فيما إذا حفر بثراً في ملك غيره عذواناً، ثم أبراه المالك عن ضمان الحفر، ولو قال في الابتداء: أودعتك كذا، فإن خنت، ثم

(١) قال في الخادم: هذا التفصيل ذكره العراقيون ومحلّه إذا لم يرفعه من الأرض، فإن رفعه بنية الخيانة ضمن بذلك ولزمه أرش نقص الكيس مطلقاً.

(٢) قال النووي: ليس هو مثله والله أعلم.

(٣) تقدم في العارية.



تركت الخيانة، عدتُ أميناً لي، فخان، ثم ترك الخيانة.

قال في التتمة: «لا يعودُ أميناً، بلا خلاف»، لأنه لا ضمانَ حينئذٍ حتَّى يسقطه، وهناك الضمانُ ثابتٌ، فيصحُّ إسقاطه، وفي هذا شيءٌ آخرٌ، وهو أن الاستثمان الثاني معلقٌ وقد سبق الكلامُ في تعليق الوديعة.

فَرَعٌ: له شبه بما نحن فيه لو قال: «خذ هذا وديعةً يوماً، وغير وديعةً [يوماً] فهو وديعةٌ أبداً ولو قال وديعةً يوماً وعاريةً يوماً فهو وديعةٌ»<sup>(١)</sup> في اليوم الأول، وعاريةً في اليوم الثاني ثم لا تعود وديعةً أبداً، حكاه القاضي الروياني عن وفاق الأصحاب<sup>(٢)</sup> - رحمهم الله - في «التجربة».

المسألة الثانية: إذا خلط الوديعةً بمالٍ نفسه، وارتفع التمييزُ، ضمن، [وإن خلطَ] بالمثل، أو الأجود، [فعن مالك أنه] لا يضمن، وإن خلطها بمالٍ آخر للمالك كما لو كانت له دراهم في كيس فخلط ما في أحدهما بالآخر، فيضمن أيضاً على أظهر الوجهين؛ لأنه ربما ميّز بينهما لغرضٍ دعا إليه فالخلطُ خيانة، ولو كانت عنده دراهمٌ فأخذ منها درهماً، فأنفقه ثم ردَّ مثله إلى موضعه، لا يبرأ من الضمان، ولا يملكه ربُّ الوديعة إلا بالدفع إليه، ثم إن كان المرذودُ لا يتميز عن الباقي، صار الكلُّ مضموناً عليه، لخلطه الوديعةً بمالٍ نفسه، وإن كان يتميِّز، فالباقي غيرُ مضمونٍ عليه، وإن لم ينفقِ الدراهمَ المأخوذة، وردّه بعينه، فلا يبرأ عن ضمان ذلك الدرهم، ولا يصير الباقي مضموناً عليه، إن كان يتميِّز ذلك الدرهم عن غيره، وإلا فوجهان:

أحدهما: أن الجواب كذلك؛ لخلط المضمونٍ بغير المضمون.

وأصحُّهما: المنع؛ لأن هذا الاختلاط كان حاصلًا قبل الأخذ، فعلى هذا، لو تلفت العشرة، لم يلزمه إلا دزهمٌ، لو تلف منه خمسة، لم يلزمه إلا نصفُ درهم، وقد يعبر عن الخلاف بالقولين؛ لأن الثاني - ظاهر نصّه في «المختصر» والأول ينسب إلى رواية الربيع - رحمه الله - وهذا كله فيما إذا كانت الدراهم غير مختومة، ولا قفل عليها، أو قلنا: إن مجرد الفضّ والفتح لا يقتضي الضمان، أما إذا قرعنا على أنه يقتضيه، وهو الأصحُّ، فبالفضّ والفتح يضمن الجميع.

المسألة الثالثة: إذا أتلف بغض الوديعة، ولم يكن له اتصالٌ بالباقي، كأحد الثوبين؛ فلا يضمن إلا المثلف، وإن كان له اتصالٌ؛ كتخريق الثوب، وقطع طرف العبد، والبهيمة، نُظِرَ: إن كان عامداً، فوجهان على الكلِّ، فيضمن، وإن كان مخطئاً،

(١) سقط في: ز.

(٢) وكان ينبغي تخريج الثانية على الخلاف في أن الواو تقتضي الترتيب أم لا.

ضمن المثلث، وفي الباقي وجهان: أحدهما: يضمنه أيضاً، ويسوي بين العبد والخطأ فيه، كما سوي في القدر الثالث.

وأصحهما: المنع؛ لأنه لم يتعد، وإنما ضمن المثلث لفواته.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الْخَامِسُ: الْمُخَالَفَةُ فِي كَيْفِيَّةِ الْحِفْظِ فَإِذَا سَلِمَ إِلَيْهِ صُنْدُوقًا فَقَالَ: لَا تَرْتُدْ عَلَيْهِ فَرَقَدَ عَلَيْهِ فَقَدْ زَادَ خَيْرًا فَلَا يَضْمَنُ إِلَّا إِذَا أَخَذَ اللَّصُوصُ مِنْ جَنْبِ الصُّنْدُوقِ فِي الصَّحْرَاءِ فَإِنَّهُ يَضْمَنُ لِأَنَّ مِثْلَ هَذِهِ الْمُخَالَفَةِ جَائِزَةٌ بِشَرْطِ سَلَامَةِ الْعَاقِبَةِ، وَلَوْ سَلِمَ إِلَيْهِ دَرَاهِمٌ وَقَالَ: أَرَبِطْهَا فِي كُمِّكَ فَأَخَذَهَا فِي يَدِهِ فَأَخَذَهَا غَاصِبٌ لَمْ يَضْمَنْ لِأَنَّ الْيَدَ هَهُنَا أُخْرَزَتْ، فَإِنْ اسْتَرْخَى بِنُومٍ أَوْ نِسْيَانٍ، ضَمِنَ، وَإِنْ رَبَطَ فِي كُمِّهِ أَمْتِثَالًا لَهُ وَجَعَلَ الْخَيْطَ الرَّابِطَ خَارِجَ الْكُمِّ فَأَخَذَهُ الطَّرَارُ ضَمِنَ لِأَنَّ ذَلِكَ إِغْرَاءٌ لِلطَّرَارِ، فَإِنْ ضَاعَ بِالْإِسْتِزْسَالِ لَمْ يَضْمَنْ وَإِنْ جَعَلَ الْخَيْطَ دَاخِلَ الْكُمِّ فَالْحُكْمُ بِالْمَعْكِسِ مِنْ هَذَا، وَإِنْ قَالَ: أَحْفَظْ فِي هَذَا الْبَيْتِ وَلَمْ يَنْهَ عَنِ الثَّقْلِ فَتَقَلَّ إِلَى مَا هُوَ دُونَهُ فِي الْجِرْزِ ضَمِنَ، وَإِنْ نَقَلَ إِلَى مَا هُوَ مِثْلُهُ أَوْ فَوْقَهُ لَمْ يَضْمَنْ، إِلَّا إِذَا هَلَكَ بِسَبَبِ الثَّقْلِ كَأْتِهَادِ الْبَيْتِ الْمُنْقُولِ إِلَيْهِ، وَكَذَلِكَ مُكْتَرِي الدَّابَّةِ إِذَا رَبَطَهَا فِي الْإِضْطَبْلِ فَمَاتَتْ لَمْ يَضْمَنْ، وَإِنْ أَتَهَدَمَ عَلَيْهَا ضَمِنَ، وَإِنْ نَهَاةً عَنِ الثَّقْلِ فَتَقَلَّ ضَمِنَ لِصَرِيحِ الْمُخَالَفَةِ، وَإِنْ كَانَ الْمُنْقُولُ إِلَيْهِ أُخْرَزَ إِلَّا إِذَا كَانَ الثَّقْلُ لِمُضَرَّةٍ أَوْ حَرِيْقٍ، وَلَوْ نَقَلَ مِنْ صُنْدُوقٍ إِلَى صُنْدُوقٍ وَالصَّنَادِيقُ لِلْمَالِكِ لَمْ يَضْمَنْ، وَإِنْ كَانَ لِلْمُودِعِ فَهُوَ كَالْبَيْتِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا أَمَرَهُ بِحِفْظِ الْوَدِيعَةِ عَلَى وَجْهِ مَخْصُوصٍ، فَعَدَلَ عَنْهُ إِلَى وَجْهِ آخَرَ، وَتَلَفَتِ الْوَدِيعَةُ، فَإِنْ كَانَ التَّلْفُ بِسَبَبِ الْجَهَةِ الْمَعْدُولِ إِلَيْهَا، ضَمِنَ، وَكَانَتِ الْمُخَالَفَةُ مِنْ أَسْبَابِ التَّقْصِيرِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ رَاعَى الرَّجُلُ الْمَأْمُورَ بِهِ، لَمْ يَتَحَقَّقِ التَّلْفُ، وَلَوْ حَصَلَ التَّلْفُ بِسَبَبِ آخَرَ، فَلَا ضَمَانَ، وَهَذِهِ جَمَلَةٌ يَفْضَلُهَا صُورًا:

الصُّورَةُ الْأُولَى: أَوْدَعَهُ مَالًا فِي صُنْدُوقٍ، وَقَالَ: لَا تَرْتُدْ عَلَيْهِ، فَرَقَدَ عَلَيْهِ، نُظِرَ: إِنْ كَانَ تَلْفٌ بِالرَّقُودِ، بَأَنَّ انْكَسَرَ رَأْسُ الصُّنْدُوقِ بِثِقَلِهِ أَوْ تَلَفَ مَا فِيهِ، وَجَبَّ الضَّمَانُ، وَإِلَّا، فَإِنْ كَانَ فِي بَيْتِ مُحْرَزٍ، وَأَخَذَهُ اللَّصُّ، أَوْ فِي صَحْرَاءٍ، وَأَخَذَهُ اللَّصُّ مِنْ رَأْسِ الصُّنْدُوقِ، فَعَنَ مَالِكٌ - رَحِمَهُ اللَّهُ - أَنَّهُ يَضْمَنُ، وَبِهِ قَالَ بَعْضُ الْأَصْحَابِ؛ لِأَنَّ الرَّقُودَ عَلَيْهِ يُوهِمُ السَّارِقَ نَفَاسَةً مَا فِيهِ، فَيَقْصُدُهُ، وَالْمَذْهَبُ: أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ؛ لِأَنَّهُ زَادَ احْتِيَاطًا وَحِفْظًا، وَالتَّلْفُ مَا جَاءَ مِمَّا أَتَى بِهِ وَيَجْرِي هَذَا الْخِلَافُ فِيمَا إِذَا قَالَ: لَا تَقْلُ عَلَيْهِ، فَاقْلُ، أَوْ لَا تَقْلُ عَلَيْهِ، إِلَّا قُلًّا وَاحِدًا، فَاقْلُ قُلَّيْنِ، أَوْ لَا تَغْلِقْ بَابَ الْبَيْتِ، فَاعْلِقْ، وَإِنْ كَانَ فِي الصَّحْرَاءِ، وَأَخَذَ اللَّصُّ مِنْ جَنْبِ الصُّنْدُوقِ، فَوَجْهَانِ مَقُولَانِ فِي «التَّمَةِ»:

أحدهما: أنه لا يضمن؛ لأنه إذا كان فوق الصندوق، يطلع على الجوانب كلها، فيكون أبلغ في الحفظ.

وأظهرهما: وهو المذكور في الكتاب: أنه يضمن؛ لأنه إذا رقدَ عليه، فقد أخلى جنب الصندوق، وربما لم يتمكن السارق من الأخذ، لو كان بجنبه، وإنما يظهر هذا إذا فرض الأخذ من الجانب الذي لو لم يرقد عليه، لكان يرقد هناك، وذلك بأن كان يرقد قدام الصندوق، فتركه فانتَهز السارق الفرصة، أو قال المالك: أرقد قدامه، فرقد عليه، فأخذ السارق المال من قدامه، وقد تعرض لهذا القيد متعرضون.

وقوله في الكتاب «فقد زاد خيراً» في بعض النسخ: «فقد زاد جزأً» وهو لفظ الشافعي - رضي الله عنه.

وقوله: «فلا يضمن» معلّم بالواو والميم.

وقوله: «يضمن» بالواو، وقوله: «لأن مثل هذه المخالفة جائزة، بشرط سلامة العاقبة» يعني به ما بينا أنه لا بأس بالمعدول من جهة حفظ إلى مثلها، لكن لو أفضى المعدول إليه إلى التلف، وجب الضمان وإذا أمره بدفن الوديعة في بيته. وقال: لا تبين عليه، فبتى، فهو كما لو قال: لا ترقد عليه فرقد، ثم هو عند الاسترداد منقوض غير مغروم على المالك، كما لو نقل الوديعة عند الضرورة لا يرجع بالكره على المالك؛ لأنه متطوع، نص عليه في «عيون المسائل».

الثانية: إذا سلم إليه دراهم، أو غيرها، وقال: اربطها في كُمك، فأمسكها في يده، فالنص في «المختصر»: أنه لا ضمان، وعن رواية الربيع - رحمه الله -: أنه يضمن، وحكى العراقيون وغيرهم فيها طريقتين:

أحدهما: إن المسألة على قولين: وجه الأول: أن اليد أحرز من الكُم لأن الطراز يأخذ من الكُم، ولا يتمكن من الأخذ من اليد، ووجه الثاني: أن ما في اليد يضيع بالتسليان، ويسقط اليد، وما في الكُم لا يضيع.

وأصحهما: تنزيل النصين على حالتين، وفيه طريقتان:

أحدهما: أنه، إن لم يربطها في الكُم، واقتصر على الإمساك باليد، ضمن، كما نقله الربيع، ورواية المزني محمولة على ما إذا أمسك باليد بعد الربط في الكُم.

وأصحهما: وهو المذكور في الكتاب، واختاره الشيخ أبو حامد: أن رواية المزني محمولة على ما إذا تلفت بأخذ غاصب، فلا يضمن؛ لأن اليد أحرز بالإضافة إليه، وإن سقطت بنوم، أو نسيان، ضمن؛ لأنها لو كانت مربوطة في الكُم، ما ضاعت بهذا السبب، فالتلف حصل بسبب المخالفة، ولفظ النص في «عيون المسائل» مصرح بهذا

التزويل ولو لم يربطها في الكُم، وجعلها في جَنِيهِ، لم يضمن؛ لأنه أحرزَ إلا إذا كان واسعاً غير مزور.

وفيه وجه ضعيف: أنه يضمن، وبالعكس يضمن لا محالة لو أنه امتثل أمره، فربطها في كُمه، فلا يحتاج في ذلك إلى الإمساك باليد، ثم ننظر: إن جعل الخيط الرابط خارج الكُم، فأخذها الطرار، ضمن، لأن فيه إظهار الوديعة، وذلك يتضمن تنبيه الطرار، وإغراءه، وأيضاً: فإن قطعه، وحلّه يكون أسهل على الطرار، وإن ضاع بالاستزسال، وانحلال العقدة، لم يضمن إذا كان قد احتاط في الربط؛ لأنها إذا انحلت بقيت الدراهم في الكُم، وإن جعل الخيط الرابط داخل الكُم، انعكس الحكم، فإن أخذه الطرار، لم يضمن، وإن ضاع بالاستزسال، ضمن؛ لأن العقدة، إذا انحلت، تناثرت الدراهم، هذا ما قاله الأصحاب، وهو مشكل لأن المأمور به مطلق الربط، فإذا أتى به، وجب ألا ينظر إلى جهات التلّف بخلاف ما إذا عدل عن المأمور به إلى غيره، فأفضى إلى التلّف، وقضية هذا أن يقال إذا قال: احفظ الوديعة في هذا البيت، فوضعها في زاوية منه، فانهدمت عليها، يضمن؛ لأنها لو كانت في زاوية أخرى، لسلمت ومعلوم أنه بعيد ولو سلم إليه دراهم في السوق، أو طريق، لم يقل: اربطها في كُمك، ولا امسكها في يدك، فربطها في الكُم، وأمسكها باليد، فقد بالغ في الحفظ، وكذا لو جعلها في جَنِيهِ، وهو ضيق أو واسع مزور، فإن كان واسعاً غير مزور، ضمنها؛ لسهولة تناولها باليد. ولو أمسكها بيده، ولم يربطها في الكُم، لم يضمن، إن تلفت بأخذ غاصب، وضمن إن تلفت بغفلة أو بنوم، ولو ربطها، ولم يمسكها بيده، فقياس ما سبق النظر إلى كيفية الربط، وجهة التلّف. ولو وضعها في الكُم، ولم يربط فسقطت، فإن كانت خفيفة، لا يشعر بها، ضمن؛ لتفريطه في الإحراز، وإن كانت ثقيلة، يشعر بها، لم يضمن، ذكره في «المهدب» وقياس هذا؛ يلزم طرده فيما سبق من صور الاستزسال كلها، ولو وضعها في كور عمامة، ولم يشد، ضمن، ولو أودعه في السوق، وقال: احفظ وديعتي في بيتك، فينبغي أن يضمن إلى بيته، ويحزها فيه، فإن أحر من غير عذر، ضمن<sup>(١)</sup> وإن أودعه في البيت، وقال: احفظها في البيت، فربطها في الكُم، وخرج بها، صارت مضمونة عليه، وكذا لو لم يخرج بها، وربطها في الكُم مع إمكان إحرازها في الصندوق ونحوه وإن كان ذلك لقفل تعدر فتحه، أو ما أشبه

(١) كان أطلقه، وفصل القاضي أبو علي الفارقي وابن عسرون ومن تبعهما فقالوا: إن كان مما عادته القعود بالسوق إلى وقت معلوم لاشتغاله بتجارة وغيرها فأخرها إلى ذلك الوقت لم يضمن، وإن لم تجر عادته بالقعود ولأنه وقت معلوم في المضي إلى البيت فأخرها ضمن هذا عند الإطلاق. وأما إذا قال أحرزها الآن في البيت فقبل وأخرها ضمن مطلقاً.

ذلك، لم يضمن، قال في «المعتمد»: «وإن شُدّها في عَضِدِهِ، وَخَرَجَ بِهَا، فَإِنْ كَانَ الشُّدُّ مِمَّا يَلِي الأَضْلَاعَ، لم يضمن؛ لأنه أَخْرَزُ من البَيْتِ، وإن كان الشُّدُّ من الجانب الأخر، ضمن؛ لأن البيت أحرز منه، والله أعلم.

وفي تقييدهم الصورة بما إذا قَالَ: «احفظها في البيت» ما يُشعرُ بأنه لو أودعه في البيت، ولم يُقل شيئاً، يجوز أن يخرج بها مربوطة، ويشبه أن يكون الرجوع إلى العادة.

الصورة الثانية: إذا عين للوديعه مكاناً؛ بأن قال: احفظها في هذا البيت، أو في هذه الدار، فإما أن يقتصر عليه، أو ينهيه مع ذلك عن الثقل، فإن اقتصر عليه، فنقلها إلى ما دونه في الحرز، ضمن، وإن كان المنقول إليه جزءاً لمثلها، وإن نقلها إلى بيت مثل الأول، أو أحرز منه، لم يضمن، ويحمل التعيين على تقدير الحرز به، لا دون التخصيص الذي لا غرض فيه، كما إذا أجر أرضاً لزراعة الحنطة، يجوز أن يزرعها، وما ضرره مثل ضررها، نعم: لو كان التلف بسبب النقل، كما إذا انهدم عليه البيت المنقول إليه، فيضمن، لأن التلف ها هنا جاء من المخالفة. وقوله في الكتاب وكذلك مكتري الدابة للرُكوب، إذا ربطها في الإضطبل، فماتت، لم يضمن، وإن انهدم عليها، ضمن المسألة مذكورة في الإجارة، والغرض ها هنا الاستشهاد، والسرقة من البيت المنقول إليه كالانهدام فيما ذكره صاحب «التهديب» و«التتمة» فلفظ الكتاب في الإجازة يقتضي إلحاق السرقة والغضب بالموت، وكذا أورده بغضهم، وإن نهاه عن الثقل، فقال: احفظها في هذا البيت، ولا تثقلها، فإن نقل من غير ضرورة، ضمن؛ لصريح المخالفة من غير حاجة، سواء كان المنقول إليه أحرز، أو لم يكن وقال أبو سعيد الإصطخري إن كان مثل الأول أحرز، لم يضمن، كما لو لم يته، وإن نقل ضرورة غارة أو غلبة أو حريق اللصوص لم يضمن، إذا كان المنقول إليه جزءاً لمثلها، ولا بأس بكونه دون الأول، إذا لم يجد أحرز منه، ولو ترك النقل، والحالة هذه، فأصح الوجهين: أنه يضمن، لأن الظاهر أنه قصد بالنهي عن الثقل نوعاً من الاحتياط، فإذا عرضت هذه الأحوال، فالاحتياط النقل، وإن قال: «لا تثقلها، وإن حدثت ضرورة» فحدثت ضرورة، فإن لم ينقل<sup>(١)</sup>، لم يضمن، كما لو قال: «أثلف مالي» فآلفه، وفيه وجه عن الإصطخري - رحمه الله - وإن نقل فوجهان:

أصحهما: أنه لا يضمن أيضاً؛ لأنه قصد الصيانة والإصلاح، وحيث لا يجوز النقل إلا بضرورة، فلو اختلف في أنه، هل كان ضرورة، فإن عرف هناك ما يدعيه

(١) هذا إذا كان في إخراجها مصلحة، فإن كان فيه خوف كالخوف في تركها فأخرجها فتلفت قال الصميري في الإيضاح: يلزمه ضمانها لكن نقلها والحالة هذه غير مقيد، وقد تلفت بفعله فيلزمه الضمان.

المودعُ صُدِّقَ بيمينه، وإلا طُوب باليمنة، فإن لم يكن بينه صدق المالك بيمينه. وحكى أبو الفرج الزاز - رحمه الله - وجهاً أن ظاهرَ الحال يغنيه عن اليمين، وحكى أيضاً وجهاً غريباً فيما إذا لم يَنه عن الثقل، فَنَقَلَ إِلَى ما دونه: أنه لا يَضْمَن فيجوز أن يعلم لذلك قوله في الكتاب: «فنقل إلى ما دونه في الجزر، ضمن» بالواو، وقوله: «فإن نهاه عن النقل، فنقل، ضَمِنَ» معلّم بالواو؛ لما سبق، وبالحاء؛ لأن عند أبي حنيفة أنه لا بأس بالنقل من بيت إلى بيتٍ آخر من الدار، [وسلم أنه لا يجوزُ النقلُ من دار] (١) إلى دارٍ أخرى، إذا نهى عن النقل.

ثم ذكر الأئمة: أن جميعَ هذا فيما إذا كان البيئتُ المعين والدارُ المعيّنة للمودع، أمّا إذا كان للمالك، فليس للمودع إخراجها عن ملكه بحالٍ إلا أن تعرض ضرورةً.

الصورة الثالثة: إذا نقل الوديعة من ظرف إلى ظرف كخريطة إلى خريطة، وصندوق إلى صندوق، فقد أطلق صاحب الكتاب أنه إن كانت الظروف للمالك، لا يضمن، وأطلق مطلقون، والحالة هذه؛ أنه يضمن، كما لو نقلها من بيته.

والذي يتلخص فيه من كلام الأصحاب على اضطرابه [أنه] إن لم يُجز فتح قفل، ولا قَصَّ حَتْم، ولا خَلَط، ولم يعين المالك ظرفاً، فلا يضمن بمجرد النقل، سواء كانت الصناديق للمودع أو للمالك، وإذا كانت للمالك، فحصولها في يد المودع قد يكونُ بجهة كونها وديعة، أيضاً إما فارغةً أو مشغولةً بالوديعة، وقد تكون بجهة العارية، وإن جرى شيء من ذلك، فأما الفض، والفتح، والخلط، فقد مرَّ أنها مضمنة، وأما إن عين ظرفاً، نُظِر: إن كانت الظروف للمالك، فوجهان:

أحدهما: أنه يضمن؛ لأن التفتيش عن المتاع الموضوع في الصندوق، والتصرف فيه بالثقل لا يليق بحال المودع.

وأصحهما: المنع؛ لأن الظرف والمظروف وديعتان، وليس فيه إلا أنه حفظ أحدهما في حرز، والآخر في غيره، فعلى هذا: إن نقل إلى المثل، أو الأحرز، فلا بأس، وإن نقل إلى ما دونه، ضمن، وإن كانت الظروف للمودع، فهو كالبيوت بلا خلاف.

ومما يناسب صور الفصل، لو قال: احفظ وديعتي في هذا البيئت، ولا تدخل عليها أحداً، أو لا تستعن على حفظها بالحارسين فخالف فإن حصل التلف؛ بسبب المخالفة؛ بأن سرق الذين أدخلهم أو الحارسون، ضمن، وإن سرق غيرهم، أو وقع

(١) سقط في: ز، ب.

حَرِيْقٌ، فلا، ولو أودَعَه خاتماً، وقال: اجعلُهُ في خِنْصِرِكَ، فجعله في البِنْصِرِ، فهو أَحْرَزُ لَأَنَّهَا أَغْلَطُ، لكن لو انكسر، لِعِظْهَا، ضمن، وكذا لو أمسكه في أنحلته العلياً، لأنه في أصلِ الخنصرِ أَحْرَزُ، ولو قال: اجعله في البِنْصِرِ، فجعله في الخنصر، إن كان لا ينتهي إلى أصلِ البِنْصِرِ، فالذي فعله أَحْرَزُ، فلا يضمن<sup>(١)</sup>، وإن كان ينتهي إِلَيْهِ، ضمن؛ لأن ما يثبت في البِنْصِرِ، إذا جعل في الخنصر، كان يعرض السقوط، ولو أودعه الخاتَمَ، ولم يذكر شيئاً، فإن جعله في غير الخنصر، لو يضمن إلا أن المرأة قد تختم في غير الخنصر، فيكون غير الخنصر في حقها، كالخنصر إن كانت مودعة، وإن جعله في الخنصر، ففيه احتمالان عن القاضي الحُسَيْنِ وغيره:

أحدهما: ويحكى عن أبي حنيفة - رحمه الله -: أنه يضمن؛ لأنه استعمال.

والثاني: أنه إن قصد الحفظ، لم يضمن، وإن قصد الاستعمال، ضمن وفي «الرُّقْمِ» لأبي الحسن العبادي: أنه إن جعلَ فَصَّهُ إلى ظهر الكف، ضمن، وإلا<sup>(٢)</sup>، فلا؛ كأنه استدلَّ بجعله إلى ظهر الكف على قصد الاستعمال، لكن من آداب الختم: أن يجعل الفص إلى بطن الكف، وأنه يقدر في هذا الاستدلال والجواب المطلَق فيما إذا قال: اجعلهُ في البِنْصِرِ، فجعله في الخنصر، يُنظر إلى هذا الخلاف، ولو أودعه، وقال: لا تخبر بوديعتي أحداً، فخالف فسرقها من أخبره، أو من أخبر من أخبره، ضمن المودع؛ لإقضاء الإخبار إلى السرقة، ولو تلفت بسبب آخر، لم يضمن ذكره الشيخ أبو الفرج.

وزاد العبادي على هذا؛ فقال: لو أن رجلاً من عرض الناس سأل المودع، هل عندك لفلان وديعة، فأخبره بها، ضمنها؛ لأن كتمانها من حفظها، فإذا أخبره، فقد ترك الحفظ، والله أعلم.

قال الغزالي: السادس: التضييع وذلك أن نلقيه في مضيعة، أو يدل عليه سارقاً، أو يسعى به إلى من يصادر المالك فيضمن، ولو ضيع بالتسنيان ففي ضمانيه وجهان، وإن سلم مكرهاً فقرار الضمان على الظالم، وفي توجه المطالبة عليه وجهان، ومهما طالبه

(١) قال في الخادم فيه أمران:

أحدهما: قضية التقيد بالعليا أنه لا يضمن إذا جعله في الوسطى، والذي أورده القاضي أبو الطيب وغيره الضمان وهو الظاهر.

الثاني: ما أطلق من عدم الضمان في جعله في الخنصر مقيد بما إذا كان يصلح للأصبعين؛ لأن اليمين حينئذ أوثق فإن كان يصلح للخنصر ويضمن للبصر ضمن.

(٢) قال النووي: المختار أنه يضمن مطلقاً، إلا إذا قصد الحفظ.

الظالمُ فعَلَيْهِ أَنْ يُخْفِي، وَلَا بَأْسَ أَنْ يَخْلُفَ كَاذِبًا لِمُضْلِحَةٍ، فَإِنْ خَيْرَ بَيْنَ الْحَلْفِ بِالطَّلَاقِ أَوْ التَّنْسِيمِ فَإِنْ سَلَّمَ ضَمَنَ، وَإِنْ حَلَفَ طَلَّقَتْ زَوْجَتَهُ لِأَنَّ الْخِيَارَ فِي التَّنْغِيصِ إِلَيْهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مِنْ أَسْبَابِ التَّقْصِيرِ التَّنْغِيصُ، فَإِنَّ الْمُوَدَّعَ مَأْمُورٌ بِحِفْظِ الْوَدِيعَةِ، حَيْثُ يَكُونُ حِرْزاً لِمِثْلِهَا وَبِالتَّحَرُّزِ عَنْ أَسْبَابِ التَّلْفِ، فَلَوْ أُخْرِجَتْ مَعِ الْإِمْكَانِ، ضَمَنَ، وَلَوْ جَعَلَهَا فِي مَضِيعَةٍ أَوْ فِي غَيْرِ حِرْزٍ مِثْلِهَا، فَكَذَلِكَ، وَلَوْ جَعَلَهَا فِي أُخْرَزٍ مِنْ حِرْزٍ مِثْلِهَا، ثُمَّ نَقَلَهَا إِلَى حِرْزٍ مِثْلِهَا، فَلَا بَأْسَ، إِذَا عُرِفَ ذَلِكَ، فَفِيهِ صَوْرٌ:

الْأَوَّلَى: لَوْ سَعَى بِالْوَدِيعَةِ إِلَى مَنْ يَصَادِرُ الْمَالِكَ، وَيَأْخُذُ أَمْوَالَهُ، ضَمَنَهَا؛ بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ السَّعَايَةُ مِنْ غَيْرِ الْمُوَدَّعِ، فَإِنَّهُ لَمْ يَلْتَزِمِ الْحِفْظَ، وَلَوْ أَخْبَرَ اللَّصُوصَ بِالْوَدِيعَةِ، فَسَرَقُوا؛ إِنْ عَيَّنَ الْمَوْضِعَ، ضَمَنَ، وَإِلَّا فَلَا، وَكَذَلِكَ فَضَّلَ صَاحِبُ «التَّهْدِيبِ» وَقَدْ يُشْعِرُ بِهِ لَفْظُ الْكِتَابِ؛ حَيْثُ قَالَ: أَوْ يَدُلُّ عَلَيْهِ سَارِقًا.

الثَّانِيَّةُ: لَوْ ضَمَّنَ الْوَدِيعَةَ بِالنِّسْيَانِ.

فَأَحَدُ الْوَجْهَيْنِ: أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ؛ لِأَنَّ النَّاسِيَّ غَيْرَ مُتَعَدٍّ، وَالْمُوَدَّعَ إِتْمَا يَضْمَنُ بِالتَّعَدِّيِّ.

وَالثَّانِي: يَضْمَنُ؛ لِأَنَّ التَّنْغِيصَ سَبَبُ التَّقْصِيرِ، فَيَسْتَوِي فِيهِ النَّسْيَانُ وَغَيْرُهُ، كَالْإِتْلَافِ، وَبِالْأَوَّلِ أَجَابَ بَعْضُ الْمُتَأَخِّرِينَ، وَنَسَبَ إِلَى الْخَضْرِيِّ؛ لِأَنَّهُ سُئِلَ عَنْ امْرَأَةٍ، سَلِمَتْ خُلُخَالَهَا إِلَى زَوْجِهَا، لِيُدْفَعَهُ إِلَيْهَا صَانِعٌ، فَدَفَعَهُ، وَنَسِيَ الصَانِعَ، فَقَالَ: إِنْ أَشْهَدَ لَمْ يَضْمَنَ، وَإِلَّا ضَمِنَ، لَكِنْ الْأَشْبَهُ رَجَحَانُ الثَّانِي لِأَنَّهُ نَصٌّ فِي «عَيُونِ الْمَسَائِلِ»: أَنَّهُ إِذَا أُوْدِعَهُ إِنَاءً مِنْ قَوَارِيرِ، فَأَخَذَهُ الْمُسْتَوْدَعُ بِيَدِهِ، لِيُخْرِزَهُ فِي مَنْزِلِهِ، فَأَصَابَهُ شَيْءٌ مِنْ غَيْرِ فَعَلِيهِ، فَانْكَسَرَ، لَمْ يَضْمَنَ، وَلَوْ أَصَابَهُ بِفَعْلِهِ مُخْطِئًا أَوْ عَامِدًا قَبْلَ أَنْ يَصِيرَ إِلَى الْبَيْتِ أَوْ بَعْدَ مَا صَارَ إِلَيْهِ، فَهُوَ ضَامِنٌ، وَالْخَطَأُ وَالنِّسْيَانُ يَجْرِيَانِ مِنْ جَرَى وَاحِدٍ وَأَيْضًا: فَإِنَّ أَبَا سَعْدِ الْمُتَوَلِّيِّ - رَحِمَهُ اللَّهُ ذَكَرَ أَنَّ الْوَجْهَيْنِ فِي النَّسْيَانِ مَبْنِيَانِ عَلَى أَنَّ الْمَأْمُورَ بِالْفِعْلِ، إِذَا تَرَكَ نَاسِيًا، هَلْ يَعُدُّ مَفْرَطًا، كَمَا لَوْ نَسِيَ الْمَاءَ فِي رَحْلِهِ وَتَيَمَّمَ، هَلْ يَقْضِي الصَّلَاةَ؟ فِيهِ قَوْلَانِ، وَالظَّاهِرُ فِي ذَلِكَ الْأَضْلُ وَجُوبُ الْقَضَاءِ، لِأَنَّهُ ذَكَرُوا أَنَّهُ لَوْ انْتَفَعَ بِالْوَدِيعَةِ، ثُمَّ ادَّعَى الْغَلَطَ، وَقَالَ: ظَنَنْتَهُ مَلِكِي، لَا يُصَدِّقُ، وَمَعْلُومٌ أَنَّ هَذَا احْتِمَالٌ قَرِيبٌ، وَكَانَ الْجَوَابُ مَبْنِيًّا عَلَى أَنَّ الْغَلَطَ غَيْرُ دَافِعٍ لِلضَّمَانِ.

الثَّلَاثَةُ: إِذَا أَخَذَ الظَّالِمُ الْوَدِيعَةَ فَهَرَأَ، فَلَا ضَمَانَ عَلَى الْمُوَدَّعِ، كَمَا لَوْ سُرِقَتْ مِنْهُ، وَإِنْ أَكْرَهَ؛ حَتَّى سَلَّمَهَا بِنَفْسِهِ، فَلِلْمَالِكِ مَطَالِبَةُ الظَّالِمِ بِالضَّمَانِ، وَلَا رَجُوعَ لَهُ، إِذَا غَرَمَ، وَهَلْ يَطَالِبُ الْمُوَدَّعَ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:



أظهرهما: نعم؛ لتسليمه، ثم يزجج هو على الظالم، وهما كالوجهين في أن المكره على إتلاف مال الغير، هل يطالب؟ وقوله: «فقرار الضمان على الظالم وفي توجه المطالبة عليه وجهان» مسأفه يقتضي [الجزم بالقرار عليه مع الوجهين وفي مطالبة المؤدع]<sup>(١)</sup> لكن المعنى بالقرار في هذه المواضع الأ يرجع الشخص، إذا غرم، ويرجع عليه غيره، إذا غرم، وهذه الحقيقة تعتمد توجیه المطالبة على شخصين، فلا ينتظم الحكم بالقرار عليه، إلا إذا قلنا بتوجه المطالبة [على المكره، فلا يكون مجزوماً، به مع الخلاف في المطالبة]<sup>(٢)</sup> ومهما طالبه الظالم بالوديعة فعليه دفعه بالإنكار والإخفاء والامتناع، ما قدر عليه، فإن ترك الدفع مع القدرة، ضمن، وإن أنكّر، فحلفه، جاز له أن يخلف لمصلحة حفظ الوديعة، ثم يكفر<sup>(٣)</sup>؛ لأنه كاذب.

وفي «التتمة»: أن وجوب الكفارة يُبنى على أنه، إن أكره على تطبيق إحدى امرأتيه، فطلقها، هل يقع أم لا فإن قلنا: لا يقع، فيمينه لا يتعقد، هذا لفظه، وإن أكره على أن يخلف بالطلاق، أو العتاق فحاصله التخيير بين الحلف، وبين الاعتراف والتسليم، فإن اعترف، وسلم، ضمن؛ لأنه فدى زوجته بالوديعة، وإن حلف بالطلاق، طلقت زوجته؛ لأنه قدر على الخلاص بتسليم الوديعة، ففدى الوديعة بالطلاق. وفي «التتمة»: أنا إن قلنا: إن من أكره على طلاق إحدى امرأتيه، فطلق، لا يقع، فهذا هنا إن حلف بالطلاق، لم يقع، وإن اعترف بالوديعة، وسلمها، كان كما لو سلمها مكرهاً، والله أعلم.

قال الغزالي: السايح: الجحود وهو مع غير المالك غير مضمّن، ومع المالك بعد مطالبته مضمّن، وبعد سؤاليه دون المطالبة وجهان، ومهما جحد فالقول قوله، فإن أقيم عليه البيّنة فأدعى الرّد من قبل فإن كان صيغة جحوده إنكاراً لأصل الوديعة لم يقبل قوله بغير بيّنة، وفي قوله مع البيّنة وجهان لتناقض كلاميه، وإن كان صيغة جحوده أنه لا يلزمني تسليم شيء إليك قبل قوله في الرّد والتلف؛ إذ لا تناقض بين كلاميه.

قال الرافعي: في الفصل مسألتان:

إحداهما: من في يده وديعة، إذا قال: لا وديعة لأحد عندي، إما ابتداءً أو في

(١) في ب: توجيه المطالبة عليه. (٢) سقط في: ز، أ.

(٣) تعبير الشيخ بالجواز يفهم عدم الوجوب.

قال في الخادم: لو كانت الوديعة رقيقاً والظالم يريد قتله عدواناً أو الفجور به وجب أن يحلف كما أشار إليه الغزالي في صورة القتل بل أطلق في البسيط أنه يجب أن يحلف كاذباً بأنه ليس عنده وديعة، وموضع وجوب الكفارة إذا لم يأت بالتورية، فإن ورى لم تجب وتنفعه التورية وإن كان المستحلف حاكماً لأنه ظالم كما صرح به الروياني في الحلية في كتاب الطلاق.

جواب سؤال غير المالك، سواء جرى ذلك بحضور المالك أو في غيبته، فلا يضمن؛ لأن الوديعة يسعَى في إخفائها؛ فإنه أقرب إلى الحفظ، وإن طلبها المالك، فجحَد، فهو خائنٌ ضامنٌ، وإن لم يطلب، لكن قال: لي عندك وديعة، فإن سكت، لم يضمن، وإن أنكر، فوجهان:

أحدهما: يضمن؛ كما لو جَحَدَ بعد الطلب.

وأشبههما: لا؛ لأنه لم يمسكها لنفسه؛ بخلاف ما بعد الطلب لأنه قد يعرض له في الإنكار والإخفاء غرض صحيح، ولو قال بعد الجحود: كُنْتُ غَلَطْتُ أو نَسِيتُ الوديعة، فالمقول أنه لا يبرأ عن الضمان إلا أن يصدقه المالك.

الثانية: من أنكر وديعةً أذيعت عليه، صدقَ بيمينه، فلو أقام المدعي بينةً على الإيداع، أو اعترف به المدعي عليه، طُوبِ بِهَا، فإن ادعى ردّها أو تلفّها بعد الجحود أو قبله، نظِرَ في صيغة جحوده: إن أنكر أضلَّ الإيداع، لم يصدق في دعوى الرد، لتناقض كلاً منيه، وظهور خيانتيه، وأما في دعوى التلّف، فيصدق لكنه كالغاصب، فيلزمه الضمان، وهل يتمكّن من تحليف المالك؟ وهل تسمع بينته على ما يدعيه من الرد أو التلّف؟ فيه وجهان:

أحدهما: المنع، لأنه بإنكار أضلَّ الإيداع مكذب لقوله الثاني، وللشهود.

وأظهرهما: ويحكى عن اختيار القفال، والشيخ أبي علي: أنها تسمع؛ لأنه ربما كان ناسياً، ثم تذكر الوديعة، والرد، وهذا كما لو ادعى، وقال: لا بينة لي، ثم جاء بينة، تُسَمَّعُ، فعلى هذا؛ إن قامت البينة على الرد أو على الهلاك قبل الجحود، سقطت المطالبة، وإن قامت على الهلاك بعد الجحود، ضمن لخيانتته.

واعلم أننا حكينا في ألفاظ المراجعة، إذا قال: اشتريتُ بمائة، ثم قال: اشتريتُ بمائة وخمسين: أن الأصحاب فرّقوا بين أن يذكر وجهاً محتملاً في الغلط أو لا يذكره، ولم يتعرضوا لمثله ها هنا، والتسوية بينهما<sup>(١)</sup> متّجهة، وإن كانت صيغة جحود أن ألا يلزميني تسليم شيء إليك، أو ما لك عندي وديعة، أو شيء، صدق في دعوى الرد والتلف، لأنها لا تناقض كلامه الأول، فإن اعترف أنه كان باقياً يوم الجحود، لم يصدق في دعوى الرد إلا ببينة، وإن ادعى الهلاك، فهو كالغاصب، إذا ادّعا، فالمذهب أنه يصدق بيمينه، ويؤخذ منه الضمان.

(١) تعرض لقيامها قبل الجحود، بالرد أو التلف ولقيامها بعد الجحود بالهلاك وسكت عن قيامها في هذه الحالة بالرد وتعرض لها صاحب الاستقصاء وقال: قلت: سمعت لأنها تشهد ببراءته من ضمانها بالراد فسمعت.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: الْعَاقِبَةُ الثَّانِيَةُ رُدُّ الْعَيْنِ عِنْدَ بَقَائِهِ وَهُوَ وَاجِبٌ مَهْمَا طَلَبَ الْمَالِكُ، فَإِنْ أَخَّرَ بغيرِ عُدْرٍ ضَمِنَ، وَإِنْ أَخَّرَ لِاسْتِثْمَامٍ غَرَضٍ نَفْسِهِ بِأَنْ كَانَ فِي حَمَامٍ أَوْ عَلَى طَعَامٍ، جَازَ بِشَرْطِ سَلَامَةِ الْعَاقِبَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: تَكَلَّمْنَا فِيهَا إِذَا آلَ أَمْرَ الْوَدِيعَةِ إِلَى الْهَلَاكِ فِي يَدِ الْمَوْدَعِ، فَأَمَا إِذَا كَانَتْ بَاقِيَةً، فَعَلَى الْمَوْدَعِ الرُّدُّ، إِذَا طَلَبَ الْمَالِكُ، وَليْسَ الْمَرَادُ أَنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ مَبَاشَرَةً الرُّدُّ، أَوْ تَحْمُلُ مَوْثَنَةً، بَلْ هِيَ عَلَى الْمَالِكِ، وَالذِّي يَجِبُ عَلَى الْمَوْدَعِ رَفْعُ الْيَدِ عَنْهُ، وَالتَّخْلِيَةُ بَيْنَ الْمَالِكِ وَمَالِهِ، فَإِنْ أَخَّرَ مِنْ غَيْرِ عُدْرٍ، دَخَلَتِ الْوَدِيعَةُ فِي ضَمَانِهِ، وَالتَّحَقُّقُ ذَلِكَ بِمَا مَرَّ مِنْ أَسْبَابِ التَّقْصِيرِ، وَإِنْ كَانَ هُنَاكَ عُدْرٌ لَا يُمْكِنُ قَطْعُهُ أَوْ بَعْسَرُ بِأَنْ كَانَ طَالِبُهُ فِي جَنَحِ اللَّيْلِ، وَالْوَدِيعَةُ فِي خَزَانَةٍ لَا يَتَأْتَى فَتَحَ بَابِهَا فِي الْوَقْتِ أَوْ كَانَ مَشْغُولًا بِصَلَاةٍ، أَوْ قَضَاءِ حَاجَةٍ، أَوْ طَهَازَةٍ، أَوْ فِي حَمَامٍ، أَوْ عَلَى طَعَامٍ، فَأَخَّرَ؛ حَتَّى يَفْرُغَ، أَوْ كَانَ مَلَاذِمًا لِغَرِيمٍ يَخَافُ هَرَبَهُ أَوْ كَانَ يَجِيءُ الْمَطَرُ وَالْوَدِيعَةُ فِي الْبَيْتِ، فَأَخَّرَ؛ حَتَّى يَقْلَعُ وَيَرْجِعُ إِلَى الْبَيْتِ، وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ، فَهُوَ جَائِزٌ، لَا مَحَالَةَ، ثُمَّ الْمَذْكُورُ فِي «التَّمَةِ»: أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ، لَوْ تَلَفَتِ الْوَدِيعَةُ فِي تِلْكَ الْحَالَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَعُدُّ مَقْصُرًا بِهَذَا التَّأخِيرِ، وَهَذَا قِضِيَّةٌ يُرَادُ «التَّهْذِيبُ» وَلَفْظُ صَاحِبِ الْكِتَابِ فِي «الْوَسِيطِ» يُشْعِرُ بِتَفْصِيلِهِ، وَهُوَ أَنَّهُ إِنْ كَانَ التَّأخِيرُ لِتَعُدُّرِ الْوَصُولِ إِلَى الْوَدِيعَةِ، فَلَا ضَمَانَ، وَإِنْ كَانَ لِعُسْرِ يَلْحَقُهُ، وَغَرَضٍ يَفُوتُهُ، فَيَضْمَنُ<sup>(١)</sup>.

وقد ذكر القسم الثاني في الكتاب، فقال: «وإن أخّر؛ لاستتمام غرض نفسه؛ بأن كان في حمامٍ أو على طعامٍ إلى آخره.

وقوله: «جاز، بشرط سلامة العاقبة» لفظٌ يكثر استعمالُهُ في مثل هذا المقام، وليس المراد منه اشتراطُ السلامةِ في نفس الجواز؛ حَتَّى إِذَا لَمْ تَسْلِمِ الْوَدِيعَةُ، يَتَبَيَّنُ عَدَمُ الْجَوَازِ، وَكَيْفَ وَالسَّلَامَةُ أَوْ عَدَمُهَا تَتَبَيَّنُ أَجْزَاءً، وَنَحْنُ نَجُوزُ لَهُ التَّأخِيرُ فِي الْحَالِ، وَلَكِنِ الْمَرَادُ أَنَّا نَجُوزُ لَهُ التَّأخِيرَ، وَنَشْتَرِطُ عَلَيْهِ التَّرَامَ خَطَرَ الضَّمَانَ.

ولو قَالَ الْمَوْدَعُ: لَا أَرُدُّ؛ حَتَّى يَشْهَدَ الْمَالِكُ أَنَّهُ قَبِضَ، هَلْ لَهُ ذَلِكَ؟ فِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجِيهِ، سَبَقَ ذِكْرُهَا فِي «الْوَكَالَةِ» وَوَجْهٌ رَابِعٌ، وَهُوَ أَنَّهُ إِنْ أَشْهَدَ عَلَيْهِ الْمَالِكُ عِنْدَ الْإِيدَاعِ، فَلَهُ أَيْضًا طَلَبُ الْإِشْهَادِ عِنْدَ الرُّدِّ؛ لِذِيْفَعِ التَّهْمَةَ عَنْ نَفْسِهِ، وَإِلَّا، فَلَا، وَيَشْتَرِطُ أَنَّ يَكُونَ الْمَرْدُودُ عَلَيْهِ أَهْلًا لِلْقَبْضِ، فَلَوْ حَجَرَ عَلَيْهِ بِالسَّفْهِ، أَوْ كَانَ نَائِمًا، فَوَضَعَهُ فِي يَدِهِ، لَمْ يَجُزْ، وَلَوْ أَوْدَعَ جَمَاعَةً مَالًا وَذَكَرُوا، أَنَّهُ مُشْتَرِكٌ بَيْنَهُمْ، ثُمَّ جَاءَ بَعْضُهُمْ بِطَلْبِهِ،

(١) قال النووي: الراجع أنه لا يضمن مطلقاً، وصرح به كثيرون.

لم يكن للمودع القسمة، ولا تسليم الكل، بل يرفع الأمر إلى الحاكم، ليقسمه، ويدفع إليه نصيبه والله أعلم.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَإِنْ قَالَ: رُدَّ عَلَيَّ وَكَيْلِي فَطَلَبَ الْوَكِيلَ وَلَمْ يَزِدْ ضَمَنَ، وَإِنْ لَمْ يَطْلُبْ وَلَكِنْ تَمَكَّنَ مِنَ الرُّدِّ وَلَمْ يَزِدْ فِي الضَّمَانِ وَجَهَانِ جَارِيَانٍ فِي كُلِّ أَمَانَةٍ شَرْعِيَّةٍ، كَالثُّوبِ إِذَا طَيَّرَهُ الرِّيحُ إِلَى دَارِهِ، وَمَهْمَا رَدَّ عَلَى الْوَكِيلِ وَلَمْ يَشْهَدْ فَاتَّكَرَ الْوَكِيلُ لَمْ يَضْمَنْ بِهَذَا التَّفْصِيرِ عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ، بِخِلَافِ الْوَكِيلِ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ فَإِنَّهُ يُضْمَنُ بِتَرْكِ الْإِشْهَادِ لِأَنَّ حَقَّ الْوَدِيْعَةِ الْإِخْفَاءُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا قَالَ لِلْمُودِعِ: رُدَّ الْوَدِيْعَةَ عَلَيَّ وَكَيْلِي فَلَايَ، فَطَلَبَ الْوَكِيلَ، وَلَمْ يَزِدْ، فَهُوَ كَمَا لَوْ طَلَبَ الْمَالِكُ، فَلَمْ يَزِدْ، لَكِنْ لَهُ التَّأخِيرُ، لِيَشْهَدَ الْمُدْفُوعُ إِلَيْهِ عَلَى الْقَبْضِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ أَنْكَرَ الْمُدْفُوعُ إِلَيْهِ، صُدِّقَ بِيَمِينِهِ، وَإِنْ لَمْ يَطْلُبِ الْوَكِيلَ، فَإِنْ لَمْ يَتِمَّكَنَ مِنَ الرَّدِّ، لَمْ تَصِرْ مَضْمُونَةً عَلَيْهِ، وَإِنْ تَمَكَّنَ، فَوَجْهَانِ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا أَمَرَهُ بِالذَّفْعِ إِلَيَّ وَكَيْلِهِ، فَكَانَ عَزَلَهُ، فَيَصِيرُ مَا فِي يَدِهِ كَالْأَمَانَاتِ الشَّرْعِيَّةِ، مَثَلُ الثُّوبِ تَطْيِيرَهُ الرِّيحَ إِلَى دَارِهِ، وَفِيهَا وَجْهَانِ:

أحدهما: أنه يمتد إلى المطالبة، كالودائع.

وأظهرهما: أنه ينتهي بالتمكّن من الرّد، قال القاضي ابن كنج: ويجري الوجهان فيمن وجد ضالّةً، وهو يعرف مالكها. وذكر إمام الحرمين في «الأساليب»: أنه لو قال: رُدَّ الْوَدِيْعَةَ عَلَيَّ مِنْ قَدْرَتِ عَلَيْهِ مِنْ وَكَلَايَتِي، وَلَا تُؤَخَّرْ، فَقَدَرَ عَلَى الرَّدِّ عَلَى بَعْضِهِمْ، وَأَخَّرَ لِيَرُدَّهُ عَلَى غَيْرِهِ، فَهُوَ ضَامِنٌ عَاصٍ بِالتَّأخِيرِ، وَأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَقُلْ: وَلَا تُؤَخَّرْ يَضْمَنُ بِالتَّأخِيرِ، وَفِي الْعِضْيَانِ وَجْهَانِ، وَأَنَّهُ لَوْ قَالَ: رُدَّهَا عَلَيَّ مِنْ شِئْتِ مِنْهُمْ، فَلَمْ يَرُدَّهَا عَلَى وَاحِدٍ لِيَرُدَّ عَلَى آخَرَ لَا يَقْضِي وَفِي الضَّمَانِ وَجْهَانِ، وَهَلْ يَجِبُ عَلَيْهِ الْإِشْهَادُ عِنْدَ الْإِيْدَاعِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَكَذَا لَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ مَالًا؛ ابْتِدَاءً، وَأَمَرَهُ بِإِيْدَاعِهِ أَحَدَهُمَا، يَجِبُ كَمَا لَوْ أَمَرَهُ بِقَضَاءِ دَيْنِهِ، يَلْزَمُهُ الْإِشْهَادُ.

والثاني: لا يجب؛ لأنّ الوديعة أمانة، وقول المودع مقبول في الرّد والتلف، فلا يغني الإشهاد<sup>(١)</sup>، ولأنّ الودائع حقّها الإخفاء؛ بخلاف قضاء الدين، وهذا أظهر عند صاحب الكتاب، وفي «التهديب» أنّ الأول أصحّ، ويُحكى عن أبي إسحاق، فإذا قلنا به، فالحكم على ما بيناه في الوكالة، أنه إن دفع في غيبة المالك من غير إشهاد، ضمن، وإن دُفع، وهو حاضر، لم يضمن، على الأصحّ، وقوله في الكتاب «بخلاف

(١) لم يفصح بترجيح وفي الكفاية تصحيح عدم الوجوب.

الوكيل بقضاء الدين؛ فإنه يَضْمَنُ بِتَرْكِ الإِشْهَادِ غير مجرى عَلَى إِطْلَاقِهِ، بَلْ هُوَ مَنْزِلٌ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: فَرَعَانِ: أَحَدُهُمَا لَوْ طَالَبَهُ بِالرُّدِّ فَادَّعَى التَّلْفَ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ، إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَ تَحْرِيقًا أَوْ غَارَةً فَإِنَّهُ لَا يَصَدَّقُ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ أَوْ اسْتِفَاضَةٍ، وَلَوْ ادَّعَى الرُّدَّ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ، إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَ الرُّدَّ عَلَى غَيْرِ مَنْ اتَّيَمَّنَهُ كَدَعْوَى الرُّدِّ عَلَى وَارِثِ المَالِكِ، أَوْ دَعْوَى وَارِثِ المُوَدَّعِ عَلَى المَالِكِ، أَوْ دَعْوَى مَنْ طَيَّرَ الرِّيحَ الثُّوبَ فِي دَارِهِ، أَوْ المُلْتَقِطِ، أَوْ دَعْوَى المُوَدَّعِ الرُّدَّ عَلَى وَكَيْلِ المَالِكِ فَإِنَّهُ يَخْتِاجُ إِلَى البَيِّنَةِ فِي كُلِّ ذَلِكَ؛ إِذْ لَا يَجِبُ تَصْديقُهُ إِلَّا عَلَى مَنْ اعْتَرَفَ بِأَمَانَتِهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِي الفَرْعِ مَسْأَلَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: إِذَا طَالَبَهُ المَالِكُ بِالرُّدِّ، فَادَّعَى التَّلْفَ، فِيمَا أَنْ يَذْكَرُ سَبَبَ التَّلْفِ، أَوْ لَا يَذْكَرُهُ؛ إِنْ ذَكَرَ سَبَبَهُ، نَظَرُ: إِنْ كَانَ سَبَبًا خَفِيًّا؛ كَالسَّرِقَةِ قَبْلَ قَوْلِهِ مَعَ يَمِينِهِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ اتَّيَمَّنَهُ فَلْيَصَدِّقْهُ، وَإِنْ كَانَ سَبَبًا ظَاهِرًا؛ كَالْحَرِيقِ، وَالغَارَةِ، وَالسَّيْلِ، [بِتَلْكِ البَقْعَةِ لَمْ يَقْبَلْ قَوْلَهُ، بَلْ يَطَالِبُ، بِالبَيِّنَةِ عَلَى مَا يَدَّعِيهِ]<sup>(١)</sup>، فَإِنْ لَمْ يَعْرِفْ مَا يَدَّعِيهِ ثُمَّ يَقْبَلْ قَوْلَهُ مَعَ يَمِينِهِ فِي حُصُولِ الهَلَاكِ بِهِ، وَإِنْ عَرَفَ مَا يَدَّعِيهِ بِالمُشَاهَدَةِ، أَوْ الِاسْتِفَاضَةِ، فَإِنْ عَرَفَ عَمُومَهُ، صُدِّقَ بِلا يَمِينِ، وَإِنْ لَمْ يَعْرِفْ عَمُومَهُ، وَاحْتَمَلَ أَنَّهُ لَمْ يَصِبِ الوُدِيْعَةَ، صُدِّقَ بِالبَيِّنِ، وَإِنْ لَمْ يَذْكَرْ سَبَبَ التَّلْفِ، صُدِّقَ بِيَمِينِهِ، وَلَا يَكْتَفَى بِبَيَانِ سَبَبِ التَّلْفِ، وَإِنْ نَكَلَ المُوَدَّعُ عَنِ اليَمِينِ، حَلَفَ المَالِكُ عَلَى نَفْيِ العِلْمِ بِالتَّلْفِ، وَاسْتَحَقَّ، وَعَدَّ فِي «التَّمَتَةِ» مَوْتَ الحَيَوَانِ مِنَ الِأَسْبَابِ الظَّاهِرَةِ، وَكَذَلِكَ العُصْبُ، وَفِي «التَّهْذِيبِ» إِلْحَاقُ العُصْبِ بِالسَّرِقَةِ، وَهُوَ الأَقْرَبُ.

الثَّانِيَةُ: ادَّعَى [أَنَّهُ] رَدَّ الوُدِيْعَةَ، فِيمَا أَنْ يَدَّعِيَ رَدَّهَا عَلَى [مَنْ اتَّيَمَّنَهُ، أَوْ عَلَى غَيْرِهِ؛ إِنْ ادَّعَى رَدَّهَا]<sup>(٢)</sup> عَلَى الَّذِي اتَّيَمَّنَهُ، وَهُوَ المَالِكُ، صُدِّقَ<sup>(٣)</sup> بِيَمِينِهِ، كَمَا ذَكَرْنَا فِي التَّلْفِ، فَلَوْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يَحْلِفَ نَابَ عَنْهُ وَارِثُهُ، وَانْقَطَعَتِ المَطَالِبَةُ لِحَلْفِهِ، وَعَنْ مَالِكٍ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ: إِنْ لَمْ يَشْهَدْ عَلَيْهِ بِالإِيْدَاعِ، صُدِّقَ فِي دَعْوَى الرَّدِّ، وَإِنْ أَشْهَدَ

(١) سقط في: ز، أ.

(٢) سقط في: ز.

(٣) وكذا يصدق في الرد على الولي والوصي وقيم الحاكم والحاكم. قال الشيخ جلال الدين البلقيني: قد توهم أنه لو ادعى التخلية أنه لا يقبل، وليس كذلك بل دعواه التخلية مقبولة فلو قال خليت بينها وبين المالك فأخذها فإنه يقبل قوله، ولا فرق بين أن يقول رددتها على المالك بنفسه أو بوكيلي ووصلت إليه أو خليت بينها وبين المالك فأخذها الكل سواء في قبول قوله.

عليه لم يُصدّق، وإن ادّعى الرّدّ على غير من اتّمنه، فيطالب بالبيّنة؛ قياساً؛ فإنّ الأصل عدمُ الرّد، [وإنّ أشهد علىّ، لم يصدّق، وإنّ ادّعى الرّدّ علىّ غيره<sup>(١)</sup>] وهو لم يأتّمه، فلا يكلف تصديقه، وتفصيل ذلك بصور:

منها: إذا مات المالك، فعلى المودّع الرّدّ على ورثته؛ حتّى لو تلف في يده بعد التمكن من الرّدّ فأصحّ الوجهين أنه يضمن، فإن لم يجد الورثة، دفعها إلى الحاكم، وفي «العدّة» تقييد هذا الجواب بما إذا لم يعلّم الورثة بالوديعة، أما إذا علموا، فلا يجب الرّد، إلاّ بعد طلبهم، ولو طالبه الوارث، فقال: ردّدته على المالك، أو تلف في يدي في حياته، صدّق بيمينه، وإن قال: ردّدته عليك، وأنكر، فالمصدّق عليه الوارث، وإن قال: تلف في يدي قبل تمكّني من الرّدّ، فالمصدّق الوارث كما في دعوى الرّدّ، أم المودّع لأن الأصل براءة ذمّته، فيه وجهان<sup>(٢)</sup>.

ومنّها: إذا مات المودّع، فعلى وارثه ردّ الوديعة، فلو تلفت في يده بعد التمكن من الرّدّ، ضمن في أصحّ الوجهين<sup>(٣)</sup>، وإذا كان المالك غائباً، سلّمها إلى الحاكم، فإن تنازعا، فقال وارث المودّع: ردّد عليك مورثي لو تلفت في يده، ففي «التمّة»: أنه يطالب بالبيّنة؛ لأنّ المالك لم يأتّمه؛ حتّى يصدقه، وفي «التهديب»: أنه يصدّق بيمينه، وهو الوجه؛ لأنّ الأصل عدم حصولها في يده، ولو قال: أنا ردّدتها عليك، وأنكر المالك، فالمصدّق المالك، ولو قال: تلف في يدي قبل التمكن، فعلى الوجهين.

ومنّها: لو قال من طير الريح الثوب في داره: «ردّدت على المالك» أو ادعاه الملتقط، لم يصدّق إلاّ بالبيّنة.

ومنّها: إذا قال المودّع للمالك: أودعتها عند وكيلك فلان بأمرك، فللمالك أحوال: إحداهما: أن يُنكر الإذن الوكالة<sup>(٤)</sup> فيصدّق بيمينه، فإذا حلف، نُظر: إن كان فلان مقرّاً بالقبض والوديعة باقية، فتردّ على المالك، فإن غاب المدفوع إليه، فللمالك

(٢) قال النووي: ينبغي أن يكون الثاني أصح.

(١) سقط في: ز.

(٣) فيه أمران:

أحدهما: يقتضي في مقابله لا ضمان أصلاً، وفي أدب القضاء للدبيلي فإن لم يسلمها الورثة إلى الموصى إليه حتى بلغت فيجعل وجهين: أحدهما: يضمن الورثة في مالهم؛ لأنه ضارب لهم عليها يد والثاني يضمن في مال الميت.

والثاني: قال الإمام بعين قول الأصحاب إن تلفت قبل الإمكان ولم يضمن أو بعد الإمكان ضمن المراد أن يتمكن من الأعلم، فلم يعلم ولم يردوا أن الوارث يلزمه تعاطي الرّد بنفسه حتى إن كان للردّ مؤنة فيلزمه هذا ما لا قائل به.

(٤) سقط في: ز.

تغريمُ المودِعِ، فإذا قدم، أخذها وردّها على المالك، واستردّ البدل، ذكره الشيخ أبو حامد وغيره، وإن كانت تالفّة، فللمالك تغريمٌ من شاء منهما، وليس لمن غرم منهما أن يزجِعَ على صاحبه؛ لزعمه أن المالك ظالمٌ بما أخذ، وإن كان فلانٌ منكرًا، فهو مصدّقٌ بيمينه، ويختصُّ الغرم بالمودِعِ.

الثانية: أن يعترف بالإذن، وينكر الدّفْع، ففيه وجه أنه يصدّق المودِع، ويجعل دعوى الرّد على وكيل المالك؛ كدعوى الرّد على المالك، ويحكى هذا عن أبي حنيفة، والأصح تصديق المالك؛ لأنّ المودِع يدّعي الرّد على من لم يأتّمه، ولو وافق فلانٌ المودِع، وقال: إنها تَلَفْتُ في يدي، لم يُقبَل قوله على المالك، بل يحلف المالك، ويضمّن المودِع.

الثالثة: أن يعترف بالإذن والدفع معاً، لكنه يقول: إنك لم تشهد عليه، والمدفوع إليه منكر، فيبني على الخلاف الذي مرّ في وجوب الإشهاد على الإيداع إن أوجبنا، فالحكم ما سبق في الوكالة في نظير هذه الصورة، إذا قال: أقض دّيني، وإن لم نوصه، لم يكن له تغريمه، ولو توافقوا جميعاً على الدّفْع إلى الأمين الثاني، وادعى الثاني: أنه ردّ على المالك أو تَلَف في يده، صدق بيمينه، وهذا إذا عيّن المالك الثاني، فأما إذا أمره بأن يودع أميناً، ولم يعيّن، فادعى الثاني التلّف، صدّق، وإن ادعى الرّد على المالك، وأنكر المالك، فهو المصدّق؛ لأنه يدّعي الرّد على غير من ائتمنه، هكذا ذكره، ولو قيل: أمين أمينه أمينه، كما تقول على رأي وكيل وكيله، لم يتعد<sup>(١)</sup>.

ومنها: إذا أراد المودِع سرفاً، فأودعها أميناً، فادعى ذلك الأمين التلّف، صدّق، وإن ادعى الرّد على المالك، لم يصدّق لأنه لم يأتّمه، وإن ادعى الرّد على الأول، صدّق؛ لأنه ائتمنه، كذلك ذكره المتولّي، وصاحب الكتاب في «الوسيط» وهذا ذهابٌ إلى أن الأول، إذا عاد من السّفَر، له أن يستردّها، وبه أجاب العبادي وغيره، لكن حكى عن كلام الإمام أن الأليق بمذهب الشافعي - رضي الله عنه - منعه من الاسترداد بخلاف المودِع؛ يستردّ من الغاصب في وجه؛ لأنه من الحفظ المأمور به، ولو كان المالك قد عيّن أميناً، فقال: إذا سافرت، فاجعلها عند فلان، ففعل، فالجواب على العكس، إن ادعى الرّد على المالك، صدّق، وإن ادعى الرّد على الأول، لم يصدّق.

قال العزالي: الثاني: ادعى رجلان وديعة عليه فقال: هو لأحدهما وقد نسيت عينه، فإن صدقاه في التّسنيان فصلت الخصومة بينهما بطريقها وجعل المال في أيديهما،

(١) قال النووي: بل هو بغير والفرق ظاهر. والله أعلم.

وإن أَدْعِيَ الْعِلْمَ عَلَى الْمُوَدَّعِ فَيُخْلَفُ لَهُمَا يَمِينًا وَاحِدَةً عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ، فَإِنْ تَكَلَّ وَحَلَفَا عَلَى عِلْمِهِ ضَمِنَ الْقِيَمَةَ وَجُعِلَتِ الْقِيَمَةُ وَالْعَيْنُ فِي أَيْدِيهِمَا، وَإِنْ سَلَّمَ الْعَيْنَ بِحُجَّةٍ لِأَحَدِهِمَا رَدَّ نِصْفَ الْقِيَمَةِ إِلَى الْمُوَدَّعِ، وَلَمْ يَجِبْ عَلَى الثَّانِي الرُّدُّ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّهَا بِتَمْيِينِهِ وَلَمْ يَغْدُ عَلَيْهِ الْمُبْدَلُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَالٌ فِي يَدِ رَجُلٍ، جَاءَ اثْنَانِ، وَادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُ لَهُ، أَوْدَعَهُ إِيَّاهُ، فَالْجَوَابُ يَفْرَضُ عَلَى وَجْهِهِ:

أَحَدُهُمَا: إِنْ أَكْذَبَهُمَا، وَقَالَ: الْمَالُ لِي، حَلَفَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ تَسْلِيمُهُ إِلَيْهِ.

وَالثَّانِي: إِذَا أَقْرَبَ بِهِ لِأَحَدِهِمَا بَعْيْنَهُ، دَفَعَ إِلَيْهِ، وَهَلْ لِلْآخِرِ تَحْلِيفُهُ، يَبْنَى عَلَى أَنَّهُ إِذَا أَقْرَبَ بِمَالٍ لَزِيدٍ، ثُمَّ أَقْرَبَ بِهِ لِعَمْرٍو، هَلْ يَغْرَمُ لِعَمْرٍو، إِنْ قَلْنَا: لَا، فَلَا، وَإِنْ قَلْنَا: نَعَمْ، عَرَضَتْ الْيَمِينُ عَلَيْهِ، فَإِنْ حَلَفَ، سَقَطَتْ عَنْهُ دَعْوَى الْآخِرِ، وَإِنْ نَكَلَ حَلَفَ الْآخِرِ، ثُمَّ يَوْقِفُ الْمَالُ بَيْنَهُمَا إِلَى أَنْ يَصْطَلِحَا، أَوْ يَقْسِمَ بَيْنَهُمَا، كَمَا لَوْ أَقْرَبَ لَهُمَا أَوْ يَغْرَمُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ الْقِيَمَةَ لَهُ، فِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجِهٍ عَنْ ابْنِ سُرَيْجٍ، قَالَ ابْنُ الصَّبَّاحِ: وَالْمَذْهَبُ الثَّلَاثُ<sup>(١)</sup>، وَهَذَا الْخِلَافُ نَاطِقٌ إِلَى أَنَّ الْيَمِينَ بَعْدَ نِكْوَلِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ كِإِقْرَارِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَوْ كَالْبَيِّنَةِ مِنْ جِهَةِ الْمُدَّعَى، وَعَبَّرَ فِي «التَّهْذِيبِ» عَنِ الْغَرَضِ بِعِبَارَةٍ أُخْرَى، فَقَالَ: إِذَا أَقْرَبَ لِأَحَدِهِمَا، هَلْ لِلْآخِرِ دَعْوَى الْقِيَمَةِ يَبْنَى عَلَى الْخِلَافِ فِي الْغَرَمِ، لَوْ أَقْرَبَ لِلثَّانِي، إِنْ قَلْنَا يَغْرَمُ، فَنَعَمْ، وَإِنْ قَلْنَا لَا، فَيَبْنَى عَلَى أَنَّ الْيَمِينَ بَعْدَ النِّكْوَلِ كَالِإِقْرَارِ، أَوْ كَالْبَيِّنَةِ، إِنْ قَلْنَا: كَالِإِقْرَارِ، لَمْ يَدَّعِ الْقِيَمَةَ، وَإِنْ قَلْنَا: كَالْبَيِّنَةِ، فَلَهُ دَعْوَاهَا، فَإِنْ حَلَفَ، بَرِيءٌ، وَإِنْ نَكَلَ، حَلَفَ الْمُدَّعَى، وَأَخَذَهَا، وَلَا تَنْتَزِعُ الْعَيْنُ مِنَ الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّهَا، وَإِنْ كَانَتْ كَالْبَيِّنَةِ، فَلَيْسَتْ كَالْبَيِّنَةِ فِي حَقِّ غَيْرِ الْمَتَدَاعِيَيْنِ.

وَالثَّلَاثُ: إِذَا قَالَ: هُوَ لَكُمْ، فَهُوَ كَمَا فِي يَدِ شَخْصَيْنِ يَتَدَاعِيَانِيهِ، فَإِنْ حَلَفَ لِأَحَدِهِمَا، قَضَى لَهُ، وَلَا خِصُومَةَ لِلْآخِرِ مَعَ الْمُوَدَّعِ لِنِكْوَلِهِ، وَإِنْ نَكَلَا، جَعَلَ بَيْنَهُمَا، وَكَذَا لَوْ حَلَفَ، وَحَكَمَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي النِّصْفِ الْآخِرِ كَالْحُكْمِ فِي الْكُلِّ فِي حَقِّ غَيْرِ الْمُقَرَّرِ لَهُ، وَقَدْ بَيَّنَّا.

(١) ما نقله عن ترجيح ابن الصباغ تابعه الشاشي في الحلية وصاحب الانتصار والذخائر والاستقصاء فقالوا: أصح الأوجه أنها تقر في يد الأول ويغرم للثاني قيمتها وما ذكره من التخريج مخالف لكلام جمع من العراقيين منهم البندنيجي وسليم الرازي حيث قالوا: إن الأوجه مفرعة على أنه بمنزلة الإقرار وأما إن قلنا كالبينة لزمه أن يبطل إقراره للأول ويحكم بها للثاني. (قاله ابن الرفعة).



والرابع: وهو المذكور في الكتاب: إِذَا قَالَ: هو لأحدهما، وقد نَسِيَتْ عَيْنَهُ، فَإِنْ ضَمْنَا المودِعَ بالنسيان، [فهو ضامنٌ، وقد قصر الكلامَ، وإن لم يضمه بالنسيان، طال التفریح، فيُنظر: إن صدَّقه في النسيان، فلا خصومةَ لهما معه، وإنما الخصومةُ بينهما، فَإِنْ اصطَلحا عَلَى شَيْءٍ فَذَكَ، وَإِلَّا فَيُجْعَلُ المَالُ، كأنه في أيديهما يتداعيانِهِ؛ لِأَنَّ صاحبَ اليَدِ يَقُولُ: إن اليَدَ لِأحَدِهِمَا، وليس أحدهما بأولى من الآخر، وفي «الوسيط» وجه آخرُ عن المحامِليِّ: أَنَّهُ كَمَالٍ فِي يَدِ ثَالِثٍ يَتَدَاعَاهُ اثْنَانِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُثْ لِأحَدِهِمَا يَدٌ عَلَيْهِ، فعلى الأَوَّلِ، لو أقام كلُّ واحدٍ منهما بيئته، أو حَلَفَا، أو نَكَلَا، فهو بينهما، وإن أقام أحدهما البيئته، أو حَلَفَ، ونكَلَّ صاحِبُهُ، قُضِيَ لَهُ، وعلى الثاني: لو أقام كلُّ واحدٍ منهما بيئته، فهو على الخلاف في تعارض البيئتين، وإن نكلا أو حَلَفَ، وَقَفَّ المَالُ بينهما، وسواء قلنا بالوجهِ الأَوَّلِ، أو الثاني، فيترك المَالُ في يد المدعَى عليه إلى أن تفصل الخصومة بينهما أو ينتزع منه، فيه قولان:

أحدهما: يترك؛ لأنه لا بد من وَضْعِهِ عند أمين، وهو أمينٌ، لم يظهر منه خيانه.

والثاني: وهو الذي أورده صاحبُ «التهذيب» وغيره: أَنَّهُ يَنْتَزَعُ، لِأَنَّ مطالبتهَا بالردِّ يتضمَّنُ عزله، قال في «التتمة»: والقولان فيما إذا طَلَبَ أحدهما الانتزاعَ، والآخر التزكُّ عنده، أما إذا اتفقا على أحدِ الأمرين، فيتبع الحاكم رأيهما، ويمكن أن يكون هذا مبنياً على أَنَّهُ يجعل المَالُ، كأنه في يدهما، وإلا فيتبع الحاكم رأيه، هذا إذا صدَّقه في النسيان، وإن كذَّبه، وادعَى كلُّ واحدٍ علمه بأنه المالك، فالقولُ قول المودِعِ مع يمينه، ويكفيه يمينٌ واحدةٌ عَلَى نفي العلم؛ لِأَنَّ المدعَى شَيْءٌ واحدٌ، وهو علمه، عند أبي حنيفة - رحمه الله - : أَنَّهُ يحلفُ لكلِّ واحدٍ منهما يميناً، وهل للحاكم تحليفُهُ عَلَى نفي العلم، إذا لم يدعه الخصمان، وذكروا فيه<sup>(١)</sup> وجهين، ثم إذا حلف المدعَى عليه، فالحكمُ كما لو صدَّقه في النسيان، وذكر بعضهم: أَنَّهُ يَنْتَزَعُ المَالُ من يده ها هنا، وإن لم يَنْتَزَعُ هناك؛ لِأَنَّهُ خَائِنٌ عِنْدَهُمَا بدعوى النسيان، وإن نكَلَّ، فتردُّ اليمينُ عليهما، فإن نكَلَا، فالمَالُ مقسومٌ بينهما، أو موقوفٌ حَتَّى يصطلحا عَلَى ما تقدَّم، وإن حلف أحدهما، دون الآخر، قُضِيَ للحالف، وإن حلفا، فقولان، ويقال وجهان:

أحدهما: أَنَّهُ يوقَفُ بينهما؛ حَتَّى يصطلحا؛ لِأَنَّهُمَا يَمْضِيَانِ تَعَدُّرَ الجَمْعِ بينهما.

وأصحُّهما: أَنَّهُ يقسمُ لِأَنَّهُ في أيديهما، وَعَلَى هذا، فيعزَمُ القيمة، ويقسَمُ بينهما أيضاً؛ لِأَنَّ كلَّ واحدٍ منهما أثبت بيمينِ الردِّ جميعَ العَيْنِ، ولم يخلص له إلا نصفها،

(١) لم يرجع شيئاً، وقد حكاه الإمام عن صاحب التقریب وأنه قال: أصحهما لا يحلفه لأنه حقهما وهما لم يطلباه.

هذا أشهر ما قيل فيما إذا نكَلَ المودَعُ، وأظهر، وفيه وجه أنه لا يغرَمُ القيمة مع العَيْنِ، إذا حلفا، وفي «أمالي» الشيخ أبي الفَرَجِ وجهٌ أنه إذا نكَلَ لا تُرَدُّ اليمينُ عليهما، بل يوقفُ، بناءً على أنهما لو حلفا يوقفُ المالَ بَيْنَهُمَا، فلا معنى بعرض اليمينِ، وذكر وجهين؛ تفریعا على ردِّ اليمينِ: أنه يفرَعُ بينهما أو يبدأ الحاكم بمن رأى منهما، وقال: الأصحُّ الثاني، وإذا حلفا، وقسَمنا بينهما العَيْنِ والقيمة، فإن لم يناع أحدُهما الآخر، فلا كلامَ، وإن نازعه، وأقام البينة على أن جميع العَيْنِ له، سلَمناها إليه، وردَدْنَا القيمة على المودَعِ، وإن لم تكن بينة، ونكل صاحبه عن اليمينِ، فحلف، واستحقَّ العَيْنِ، فیردُّ نصف القيمة الذي أخذه، لأنَّه عاد إليه المبدل والناكل، لا یردُّ ما أخذ؛ لأنه استحقَّه بيمينه على المودَعِ، ولم يعد إليه المبدل، ونكوله كان مع صاحبه لا مع المودَعِ، هكذا فرق صاحب «التتمة» بين أن تسلّم العين لأحدهما بالبينة، وبين أن تسلّم باليمين المردودة، وكذلك الجواب في بغض نسخ «التهذيب» وقضية قوله في الكتاب، «وإن سلمت العين بحجة لأحدهما...» إلى آخره ألا یرد الثاني ما أخذه، سواء سلمت العين بالبينة أو باليمين، وقد صرَّح في «الوسيط» بذلك، فيجوز أن يعلم قوله ولم يجب على الثاني الردُّ بالواو؛ للنزاع فيما إذا سلمت بالبينة، ولعلم قوله: «وجعل المال كأنه في أيديهما» بالواو، وقوله: «يميناً واحداً» بالحاء، وقوله: «وحلفا على علمه» بالواو، وكذا قوله: «ضمن القيمة» لما قدّمنا.

فَرَعُ: ادعى اثنان غضب مال في يده، كل واحد منهما يقول: عَصَبْتُهُ مِنِّي، فقال: غضبته من أحدكما، لا أعرفه بعينه، فعليه أن يخلف لكل واحد منهما على البت أنه لم يغضب، فإذا حلف لأحدهما تعين المغضوب للثاني، فلا يخلف له.

والخامس: إذا قال في الجواب: هو وديعة عندي، ولا أذري، أهو لكما، أو لأحدكما، أو لغيركما، وادعيا عليه العلم، على نفي العلم بترك في يده إلى أن تقوم بينة، وليس لأحدهما تحليف الآخر؛ لأنه لم يثبت لواحد منهما فيه يد، ولا استحقاق بخلاف الصورة الأولى، والله أعلم. ونختم الكتاب بفروع مثورة:

إذا تعدى في الودیعة، ثم بقيت في يده مدة، لزمه أجره مثلها، وفي «فتاوى القفال»: أنه لو دخل خاناً، فترك حمارة في صحن الخان، فقال للخاني: احفظه كيلا يخرج، فكان الخاني ينظر إليه، فخرَج في بعض غفلاته، فلا ضمان عليه؛ لأنه لم يقصر في الحفظ المعتاد، وأن المودَع إذا وقع في خزائنه حريق، فبادر إلى نقل الأمتعة، وقدم أمتعه على الودیعة، واحترق الودیعة، لم يضمن، كما لو لم يكن فيها إلا ودائع، فأخذ في نقلها، فاحترق ما تأخر نقله، وأنه لو ادعى ابن المالك موت أبيه، وعلم المودَع بذلك، وطلب الودیعة، فله تحليف المودَع على نفي العلم، فإن نكل،

حلف المدعي، وأنه إذا مات المالك، وطلب الوارث الوديعة، فامتنع المودع، ليفحص هل في التركة وصية، فهو متعدّد ضامن، وأن من وجد لقطّة، وعرف مالکها، فلم يخبره؛ حتى تلفت، ضمن، وكذا قيم الصبي والمسجد، وإذا كان في يده مال، فعزل نفسه، ولم يخبر الحاكم، حتى تلف في يده المال ضمن، وهذا كما قدمنا أنه يجب الرد عند التمكّن، أو هو هو، وأن من صور تعدي الأمانة ألا يبيع قيم الصبي أوراق فرصادة؛ حتى يمضي وقتها، فيلزمه الضمان، وليس من التعدي أن يؤخر البيع؛ لتوقع زيادة، فينفق رخص، وكذا قيم المسجد في أشجاره، وهذا أشبه بتعريض الثوب الذي يُفسده الدود للريح.

وفي «الزيادات» للعبادي: لو بعث رسولا إلى حانوته، ودفع خاتمه إليه علامة، وقال: رُدّه عليّ، إذا قبضت المأمور بقبضه، فقَبَضَهُ، ولم يردّ الخاتم، ووضع في حرزه، فلا ضمان، كأن المعنى فيه: أنه ليس عليه الرد، ولا مؤنته، وإنما عليه التخلية.

وعن «فتاوى» القاضي الحسين: أن الثياب في مسلخ الحمام، إذا سُرِقَتْ، والحمامي جالس في مكانه، مستيقظ، فلا ضمان عليه، وإن نام أو قام من مكانه، ولا نائب هناك، ضمن، وفي قوله: «ولا نائب هناك» بحث من جهة أن المودع لا يودع غيره، ويجب على الحمامي الحفظ، إذا استحفظ، وإن لم يستحفظ، حكى القاضي عن الأصحاب - رحمهم الله - أنه [لا يجب عليه لحفظ قال: وعندي يجب للعادة، وعن بعضهم أنه<sup>(١)</sup> لو أودع إنسانا قبالة<sup>(٢)</sup>] وقال: لا تردّها إلى زيد؛ حتى يدفع ديناراً، فردّها قبله فعليه قيمة القبالة مكتوبة الكاغد وأجره الوراق<sup>(٣)</sup>.

(١) تقبلت العمل من صاحبه إذا التزمته بعقد. والقبالة بالفتح اسم المكتوب من ذلك لما يلتزمه الإنسان من عمل ودين وغير ذلك. قال الزمخشري: كل من تقبل بشيء مقاطعة وكتب عليه بذلك كتاباً. فالكتاب الذي يكتب هو القبالة بالفتح والعمل قبالة بالكسر لأنه صناعة. (المصباح المنير ٢/٦٧٠).

(٢) قال النووي: ومن مسائل الباب قال أصحابنا: لو أكرهه على قبول وديعة وحفظها، فأخذها، لم تكن مضمونة عليه كما لو قبضها مختاراً وأولى. ولو تعين عليه قبول وديعة، فلم يقبلها، وتلفت، فهو عاص، ولا ضمان، لأنه لم يلتزم الحفظ.

(٣) سقط في: ز.

## كِتَابُ قَسَمِ الْفِيءِ وَالْغَنَائِمِ، وَفِيهِ بَابَانِ

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الْبَابُ الْأَوَّلُ فِي الْفِيءِ وَهُوَ كُلُّ مَالٍ فَاءَ إِلَى الْمُسْلِمِينَ مِنَ الْكُفَّارِ بِغَيْرِ إِيجَافٍ خَيْلٍ وَرِكَابٍ كَمَا إِذَا أَنْجَلُوا عَنْهُ خَوْفًا، أَوْ بَدَّلُوهُ لِنَكْفٍ عَنْ قِتَالِهِمْ فَهُوَ مُحَمَّسٌ، وَكَذَا مَا أَخَذَ بِغَيْرِ تَخْوِيفٍ؛ كَالْجِزْيَةِ وَالْخَرَاجِ، وَالْعُشْرِ، وَمَالِ الْمُزْتَدِ، وَمَالِ مَنْ مَاتَ، وَلَا وَاوٍ لَهُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْمَالُ <sup>(١)</sup> الْمَأْخُودُ مِنَ الْكُفَّارِ يَنْقَسِمُ إِلَى مَا يَحْضُلُ مِنْ غَيْرِ قِتَالٍ، وَإِيجَافٍ خَيْلٍ، وَرِكَابٍ، وَإِلَى مَا يَحْضُلُ بِذَلِكَ: وَيَسْمَى الْأَوَّلُ فَيْئًا؛ لِرَجُوعِهِ <sup>(٢)</sup> مِنَ الْكُفَّارِ إِلَى الْمُسْلِمِينَ؛ يُقَالُ فَاءَ أَيْ؛ رَجَعَ الثَّانِي وَيَسْمَى غَنِيمَةً <sup>(٣)</sup>؛ لِأَنَّهُ فَضُلٌ وَفَائِدَةٌ

(١) تعبير الشيخ بالمال يخرج النجاسات المنتفع بها مع أن لها حكم الفيء، ويدخل في عبارته المأخوذ على وجه السرقة وهو غنيمة على الصحيح، وكذا ما أهدوه والحرب قائمة على النص، والواو في كلام الشيخ بمعنى أو لأن أحدهما كاف، ولا يشترط اجتماعهما.

ومراد الشيخ ما حصل للمسلمين، أما ما حصل لأهل الذمة من أهل الحرب بقتال، فإنه ليس بغنيمة على النص ولا يخمس؛ لأن الخمس حق على المسلمين كالزكاة، ومراده أيضاً بالكفار أهل الحرب بقربنة القتال.

(٢) الفيء في اللغة: مصدر فاء يفيء إذا رجع، وشرعاً: ما وصل إلى المسلمين من أموال الكفار من غير إيجاف خيل ولا ركاب كالجزية، وعشر التجارة، والخراج، وما جلوا عنه خوفاً، ومال مرتد مات على رده، وذمي مات بلا وارث جائز، وبهذا فارق الفيء الغنيمة.

(٣) الغنيمة في اللغة ما ينال الرجل أو الجماعة بسعي، ومن ذلك قول الشاعر:

وقد طوّفت في الأفاق حتى رضيت من الغنيمة بالأياب

وتطلق الغنيمة على الفوز بالشيء بلا مشقة، ومن قولهم للشيء يحصل عليه الإنسان عفواً بلا مشقة «غنيمة باردة» خصت في عرف الشرع بمال الكفار يظفر به المسلمون على وجه القهر والغلبة، وهو تخصيص من الشرع لا تقتضيه اللغة. وقد سمي الشرع المال الواصل من الكفار إلى المسلمين في حال الحرب باسمين. غنيمة وفيه وقد اختلف العلماء فيما هي الغنيمة والفيء - فقال بعضهم: الغنيمة ما أخذ عنوة من الكفار في الحرب، والفيء ما أخذ عن صلح. وقهو قول الشافعي: وقال بعضهم: الغنيمة ما أخذ من مال منقول، والفيء الأرضون قاله مجاهد، =

مخضّة ثم ذكر المسعودي وطائفة: أن اسم كل واحد من المألين يقع على الآخر، إذا أفرد بالذکر، فإذا جمع بينهما، افترقا؛ كاسمي الفقير والمسكين.

وقال الشيخ أبو حاتم القزويني وغيره: اسم الفيء يشمل المألين، واسم الغنيمة لا يتناول الأول، وفي لفظ الشافعي - رضي الله عنه - في «المختصر» ما يشعر به، وبيان قسمة المألين تقع في باين:

أحدهما: في الفيء، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿مَا آفَاءَ اللَّهِ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى﴾ [الحشر - 7] فمنه ما جلى عنه الكفار خوفاً من المسلمين، إذا سمعوا خبرهم، وما جلوا عنه؛ لضرر أصابهم، وجزية أهل الذمة، وما صولح عليه أهل بلد منهم،

= وقال آخرون: الغنيمة والفيء بمعنى واحد.

فالغنيمة: اسم لما أخذه المسلمون من الكفار، بإيجاف الخيل أو الركاب فما أخذه المسلمون من أهل الذمة أو من الكفار بغير إيجاف خيل ولا ركاب، وما أخذه الذميون من أهل الحرب لا يسمى غنيمة ولا تجرى عليه أحكامها.

قد صح أن الغنيمة كانت محرمة في الشرائع السابقة، وإنما أبيحت لأمة محمد ﷺ خاصة، قال تعالى في سورة الأنفال: ﴿فَاكْلُوا مِمَّا غَنِمْتُمْ حَلَالًا طَيِّبًا﴾ ضمن ما فضل الله به الرسول عليه الصلاة والسلام، وذلك في الحديث الذي رواه مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه، وهو أن رسول الله ﷺ قال: «فَضَلْتُ عَلَى الْأَنْبِيَاءِ سِتًّا: أُعْطِيتُ جَوَامِعَ الْكَلِمِ، وَنُصِرْتُ بِالرُّغْبِ، وَأُجِلْتُ لِي الْغَنَائِمُ، وَجُعِلَتْ لِي الْأَرْضُ طَهْرًا وَمَسْجِدًا، وَأُرْسِلْتُ إِلَى الْخَلْقِ كَافَّةً، وَخَيَّمْتُ بِي الْبَيْتُونَ» - وروى البخاري عن همام بن منبه عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «عَزَا نَبِيٌّ مِنَ الْأَنْبِيَاءِ فَقَالَ لِقَوْمِهِ: لَا يَتَّبِعُنِي رَجُلٌ مَلَكَ بَضْعَ امْرَأَةٍ، وَهُوَ يُرِيدُ أَنْ يَنْبِيَّ بِهَا وَلَمَّا بَيَّنَّ بِهَا، وَلَا أَحَدٌ بَنَى بُيُوتًا، وَلَمْ يَرْفَعْ سُقُوفَهَا، وَلَا أَحَدٌ اشْتَرَى غَنَمًا أَوْ خَلْفَانًا، وَهُوَ يَنْظُرُ وَلَا دَهْمًا، فَغَزَا فَدَنَا مِنَ الْقَرْيَةِ صَلَاةَ الْعَصْرِ أَوْ قَرِيبًا مِنْ ذَلِكَ فَقَالَ لِلْمَسْمُوسِ إِنَّكَ مَأْمُورَةٌ وَأَنَا مَأْمُورٌ، اللَّهُمَّ احْبِسْهَا عَلَيْنَا فَحَبَسَتْ حَتَّى فَتَحَ اللَّهُ عَلَيْهِمْ، فَجَمَعَ الْغَنَائِمَ فَجَاءَتْ - تُعْنِي النَّارَ - لِتَأْكُلَهَا فَلَمْ تُطْعَمْنَا فَقَالَ: إِنْ فِيكُمْ غُلُولٌ، فَلْيَبْيَأْنِي مِنْ كُلِّ قَبِيلَةٍ رَجُلٌ فَلَزَقَتْ يَدَ رَجُلٍ بِيَدِهِ فَقَالَ: فِيكُمْ الْغُلُولُ فَلْيَبْيَأْنِي فَيَبْلُغْكَ فَلَزَقَتْ يَدَ رَجُلَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةٍ بِيَدِهِ فَقَالَ: فِيكُمْ الْغُلُولُ فَجَاؤُوا بِرَأْسٍ مِثْلَ رَأْسِ بَقْرَةٍ مِنَ الذَّهَبِ، فَوَضَعُوهَا فَجَاءَتْ النَّارُ فَأَكَلَتْهَا، ثُمَّ أَحَلَّ اللَّهُ لَنَا الْغَنَائِمَ، ثُمَّ رَأَى ضَعْفَنَا وَعَجَزَنَا فَأَحَلَّهَا لَنَا».

وبهذه الآية والأحاديث أخذت الغنائم في الإسلام حكم الحل، ونزل فيها قوله تعالى: ﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ﴾ الآية - بياناً لطريق قسمتها.

والحكمة في حل الغنائم أن المجاهدين لما خرجوا عن أموالهم وأولادهم، وتركوا الاشتغال بأمر معاشهم رغبة في الجهاد في سبيل الله، ونشر دينه وإعلاء كلمته، وعرضوا أنفسهم لركوب الأخطار واستقبال الموت من أبوابه المختلفة، تفضل الله عليهم بإباحة الغنائم لهم تقوية لعزائمهم وحفزاً لهممهم وتنشيطاً لهم على الجهاد، وكسراً لشوكة الكفار وإذلالاً لهم بقتلهم، وأسره، وسلب ما يتمتعون به من نعم الله التي أغدقها عليهم، ولم يقوموا بشكرها، وإيداناً بأنهم ليسوا أهلاً لها، لعنادهم واستكبارهم عن عبادته.

وعشور تجارتهم المشروطة عليهم، إذا دخلوا دار الإسلام، ومال من مات أو قتل على الردة، ومال من مات من أهل الذمة عندنا، ولا وارث له، فكل ذلك مخمس على ما سنفصله، هذا ما عليه قراؤ المذهب.

وحكي عن القديم أن مال المرتد لا يخمس، فمنهم من خصص هذا القول المرتد، وقطع بتخميس سائر الأنواع المذكورة؛ فرقاً بأن المرتد يستصحب فيه حكم الإسلام، كما يؤمر بقضاء الصلوات وتلزمه الحدود. ومال المسلم، إذا مات، ولا وارث له، لا يخمس، ومنهم من قال: ما تركوه؛ خوفاً من المسلمين يخمس، قطعاً وفيما عده يطرد القول القديم فيه، ومنهم من أطلق في مال الفبيء قولين: الجديد: أنه يخمس؛ كالغنيمة، والقديم: المنع؛ لأنه لم يقاتل عليه، كما لو صولخوا على الضيافة، لا حق لأهل الخمس في مال الضيافة، بل يختص به الطارقون نقل الطريقة هكذا صاحب «التهديب» قال: وحيث قلنا: لا يخمس، فحكم جميع المال حكم الأخماس الأربعة على قولنا بالتخميس، وفيه خلاف سيأتي، واحتج لظاهر المذهب بأن آية الفبيء نزلت في بني النضير، وقد روي أن النبي ﷺ صالحهم على أن يتركوا الدور والأراضي، وتحملوا كل صفراء وبيضاء، وما يحمله الركاب.

وأيضاً: فإنه مال مأخوذ من الكفار، فيخمس؛ كالغنيمة.

وقوله في الكتاب: «فهو مخمس» يجوز إعلامه بالواو للطريقة المروية في «التهديب».

وقوله: «وكذا ما أخذ بغير تخويف؛ كالجزية» قد يخطر فيه أولاً أن الجزية أيضاً مأخوذة بتخويف، قال الله تعالى: ﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾<sup>(١)</sup> إلى أن قال: ﴿حَتَّىٰ يَعْطُوا الْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾ [التوبة - ٢٩] ولو لم يخافوا، لم يؤدوا، وهذا صحيح، ولكن المراد منه التخويف الناجز في الحال، والجزية لا تؤخذ بتخويف حال، بل يعقد لها استفادة للعضمة دائماً، ثم يؤدي المال شيئاً فشيئاً، كدين منجم.

ثم أعلم قوله: «وكذا» بالواو في كثير من النسخ جزياً على الطريقة المخصصة للخلاف بما أخذ من غير تخويف القاطعة بالتخميس فيما تركوه؛ خوفاً، وهي التي أوردتها الأكرتون ولفظ صاحب الكتاب في «الوسيط» يشعر بكون المبدول ليكف عن قتالهم شيئاً مخمساً بلا خلاف، لكن المبدول ليكف عن قتالهم، إن كان المراد منه ما

(١) قال الشيخ البلقيني: ما نقله عن الروياني متعقب فإن بلاد الصلح المفتوحة صلحاً عند القتال لا تكون غنيمة فكذلك المال المصالح عليه عند القتال.

يبدلونه؛ ليصالحهم، ولا يستعمل بقتالهم، فهذا قد طردوا فيه الخلاف، ولم يلحقوه بما تركه الكفار؛ خوفاً، وإن كان المراد: ما يبدلونه بعد إيجاب الخيل والركاب، وقريباً منهم ليتصرف، ففي «حلية» القاضي الروياني ما ينازع في عده من الفداء؛ لأنه قال: إذا صالحونا على مال عند القتال، فهو غنيمة<sup>(١)</sup>.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: فَخُمُسُ هَذَا الْمَالِ مَقْسُومٌ بِخُمْسَةِ (ح) أَسْهُمٍ بِحُكْمِ نَصِّ الْكِتَابِ السَّهْمِ الْأَوَّلِ الْمُضَافِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى وَرَسُولِهِ ﷺ مَصْرُوفٍ إِلَى مَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ (و) إِذْ كَانَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي حَيَاتِهِ وَالْأَنْبِيَاءِ لَا يُورَثُونَ، وَمَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ سُدِّ الثُّغُورِ وَعِمَارَةِ الْقَنَاطِرِ وَأَرْزَاقِ الْقَضَاةِ وَأَمْثَالِهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَالُ الْفِدَاءِ يَقْسَمُ عَلَى خُمْسَةِ أَسْهُمٍ مِثْلًا مِثْلًا ثُمَّ يُؤْخَذُ مِنْهَا سَهْمٌ، فَيَقْسَمُ خُمْسَةَ أَسْهُمٍ مِثْلًا مِثْلًا فَأَرْبَعَةٌ يَأْتِي بِإِيجَابِ مِثْلًا مِثْلًا فَتَكُونُ الْقِسْمَةُ مِنْ خُمْسَةِ وَعِشْرِينَ سَهْمًا، هَكَذَا كَانَ يَقْسَمُهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ<sup>(٢)</sup>: أَحَدُهَا السَّهْمُ الْمُضَافُ إِلَى اللَّهِ

(١) في ب: نفسه وأهله ومصالحه.

(٢) وقوله: كانت أربعة أخماس الفداء لرسول الله ﷺ مضمومة إلى خمس الخمس، فجملة ما كان له أحد وعشرون سهماً من خمسة وعشرين سهماً، وكان يصرف الأخماس الأربعة إلى المصالح، ثم قال في موضع آخر: وكان ينفق من سهمه على نفسه وأهله ومصالحه، وما فضل جعله في السلاح عدة في سبيل الله وفي سائر المصالح، ثم قال بعد أن قرر أن سهم النبي ﷺ هو خمس الخمس، وأن هذا السهم كان له يعزل منه نفقة أهله إلى آخره، قال: ولم يكن رسول الله ﷺ يملكه ولا ينتقل منه إلى غيره إرثاً، بل ما يملكه الأنبياء لا يورث عنهم. كما اشتهر في الخبر، أما مصرف أربعة أخماس الفداء فبوب عليه البيهقي واستنبطه من حديث مالك بن أوس عن عمر، وورد ما يخالفه، ففي الأوسط للطبراني وتفسير ابن مردويه من حديث ابن عباس: كان رسول الله ﷺ إذا بعث سرية قسموا خمس الغنيمة، فضرب ذلك الخمس في خمسة، ثم قرأ: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنْ مَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ﴾ الآية فجعل سهم الله وسهم رسوله واحداً، وسهم ذي القربى بينهم هو والذي قبله في الخيل والسلاح، وجعل سهم اليتامى، وسهم المساكين، وسهم ابن السبيل لا يعطيه غيرهم، جعل الأربعة أسهم الباقية للفرس سهمان، ولراكبه سهم، وللراجل سهم، وروى أبو عبيد في الأموال نحوه، وأما نفقته من سهمه على الوجه المشروح فمتفق عليه من حديث ابن عمر قال: كانت أموال بني النضير مما أفاء الله على رسوله مما لم يوجف المسلمون عليه بخيل ولا ركاب، فكانت للنبي ﷺ خاصة، فكان ينفق على نفسه وأهله نفقة سنة، وما بقي جعله في الكراع والسلاح عدة في سبيل الله، وأما قوله أنه كان يصرفه في سائر المصالح فهو بين في حديث عمر الطويل، وأما كونه كان لا يملكه فلا أعرف من صرح به في الرواية، وكأنه استنبط من كونه لا يورث عنه، وأما حديث: إن الأنبياء لا يورثون، فمتفق عليه من حديث أبي بكر أنه ﷺ قال: «لا نورث ما تركنا صدقة»، وللنسائي في أوائل الفرائض من السنن الكبرى: إنا معشر الأنبياء لا نورث، ما تركنا صدقة، وإسناده على شرط مسلم، ورواه الطبراني في الأوسط =

تعالى وإلى رسوله ﷺ قال الله تعالى: ﴿قَلِيلٌ وَلِلرَّسُولِ﴾ [الحشر - ٧] كان رسولُ الله ﷺ ينفق منه على نفسه وأهله ومصالحِهِ<sup>(١)</sup>، فما فضل، جعله في السِّلَاحِ عِدَّةٍ في سبيلِ الله، وفي سائرِ المصالحِ، والإضافة إلى الله تعالى، قيل: إِنَّهُ عَلَى سَبِيلِ التَّبَرُّكِ والابتداء باسمِهِ تَبَارَكَ وتعالى، وقيل: إِنَّهَا إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ مَصَارِفَهُ مَصَارِفُ الْقَرَبِ أَوْ إِلَى قِطْعِهِ عَمَّا كَانَتْ الْمَلُوكُ تَعْتَادُهُ قَبْلَ الْمَبْعُثِ مِنَ الْإِسْتِبْدَادِ بِالْخُمْسِ وَنَحْوِهِ أَوْ إِلَى أَنَّ سَبِيلَهُ سَبِيلُ الْمَصَالِحِ، ولم يكن رسول الله ﷺ يملكه، ولا يَنْتَقِلُ مِنْهُ إِلَى غَيْرِهِ إِزْتِئًا، بل

= من وجه آخر من طريق عبد الملك بن عمير عن الزهري بالسند المذكور، ولفظه لفظ الباب، ويستدل له أيضاً بما رواه النسائي في مسند حديث مالك عن قتيبة عنه عن الزهري عن عروة، عن عائشة أن أزواج النبي ﷺ لما توفي أردن أن يبعثن عثمان إلى أبي بكر فيسألنه ميراثهن من رسول الله، فقالت لهن عائشة: أليس قد قال رسول الله ﷺ «لا يورث نبي ما تركنا صدقة»، لكن رواه في الفرائض من السنن الكبرى عن قتيبة بهذا الإسناد بلفظ: لا نورث ما تركنا صدقة، ليس فيه نبي، فالله أعلم، وكذا هو في الصحيحين، ورواه أحمد من طريق محمد بن عمرو عن أبي سلمة، أن فاطمة قالت لأبي بكر: ما لنا لا نرث النبي ﷺ؟ قال: سمعته يقول: إن النبي لا يورث، وفي الصحيحين مثل حديث أبي بكر عن عمر أنه قال لعثمان وعبد الرحمن بن عوف والزبير وسعد وعلي والعباس: أنشدكم بالله - فذكره - وفيه: أنهم قالوا نعم، زاد النسائي: فيهم طلحة، وعندهما عن أبي هريرة: لا يقتسم ورثتي ديناراً ولا درهماً، ما تركت بعد نفقة نسائي ومؤنة عاملي، فهو صدقة، وأخرجه الحميدي في مسنده عن سفيان عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «إنا معشر الأنبياء لا نورث، ما تركنا فهو صدقة»، وذكر الدارقطني في العلل حديث الكلبي عن أبي صالح عن أم هانئ عن فاطمة: أنها دخلت على أبي بكر فقالت: لو مت من كان يرثك؟ قال: ولدي وأهلي، قالت: فما لنا لا نرث النبي ﷺ؟ قال: سمعته يقول: إن الأنبياء لا يورثون، ما تركوه فهو صدقة، وفي الباب عن حذيفة أخرجه أبو موسى في كتاب له اسمه براءة الصديق، من طريق فضيل بن سليمان عن أبي مالك الأشجعي عن ربيعي عنه، وهذا إسناد حسن.

(تنبيه) نقل القرطبي وغيره اتفاق النقلة على أن قوله صدقة بالرفع على أنه الخبر، وحكى ابن مالك في توضيحه جواز النصب على أنها حال سدت مسد الخبر واستبعده غيره.

(١) أخرجه البخاري باختصار سياق، ورواه الشافعي وأحمد وأبو داود والنسائي، قال البرقاني: وهو على شرط مسلم. قوله ويروى أنه قال: لم يفارقونا في جاهلية ولا إسلام، ذكره الشافعي في روايته وهو في السنن أيضاً. قوله كان عثمان من بني عبد شمس، وجبير من بني نوفل، فأشار النبي ﷺ بما ذكره إلى شأن الصحيفة الفاطمية التي كتبها قريش على أن لا يجالسوا بني هاشم ولا يبايعوهم ولا يناكحوهم، ويقروا على ذلك سنة، ولم يدخل في بيعتهم بنو المطلب: بل خرجوا مع بني هاشم في بعض الشعاب، هذا مشهور في السير والمغازي، ورواه البيهقي في الدلائل والسنن.

(تنبيه) المشهور في الرواية في قوله: إنما بنو هاشم وبنو المطلب شيء واحد، بالشين المعجمة، قال الخطابي: وكان يحيى بن معين يرويه واحد بالسين المهملة وتشديد الياء، قال: وهو أجد.



ما يملكه الأتبياء عليهم السلام لا يورث عنهم، كما اشتهر في الخبر، وأما بعده عليه السلام فإنه يصرف هذا السهم إلى مصالح المسلمين، كسد الثغور، وعمارة الحصون، والقناطر، والمساجد، وأرزاق القضاة، والأئمة، ويقدم الأهم فالأهم منها.

ونقل الشافعي - رضي الله عنه - عن بعض أهل العلم: أن هذا السهم بعد رسول الله صلى الله عليه وآله يزد على أهل السهمان التي ذكرها الله تعالى معه، وقد جعل بعض الأصحاب هذا فيما رواه أبو الفرج الزاز قولاً للشافعي - رضي الله عنه - لأنه بعد ما نقله استحسنه، والمذهب الأول، ويجوز أن يعلم لهذا قوله في الكتاب «فخمس هذا المال مقسوم بخمسة أسهم» بالواو، وأيضاً بالحاء، والألف، والميم؛ لأن عند أبي حنيفة وأحمد - رحمهم الله -: أنه لا يخمس الفياء، لا جميعه للمصالح.

ومن أصحابنا من يروي عن أبي حنيفة: أنه يقسم جميع الفياء على ثلاثة أسهم؛ لليتامى، والمساكين، وابن السبيل، كما يقوله في خمس الغنيمة، ويروي عنه أن خمس الفياء والغنيمة يقسم على أربعة: ثلاثة لهؤلاء، وواحد للفقراء من ذوي القرى، وعن مالك - رحمه الله - أنه لا يلزم تخميس الفياء، بل يصرفه الإمام إلى حيث يرى المصلحة فيه.

وقوله «بحكم نص الكتاب» المراد منه أصل القسمة بالأسهم الخمسة، وهو المنصوص عليه لا قسمة الخمس بالأسهم الخمسة، أما أن ظاهر الآية يقتضي قسمة جميع الفياء بالأسهم الخمسة، فستكلم فيه.

وقوله «مصروف إلى مصالح المسلمين» معلّم بالواو؛ لأن في «الوسيط» حكاية وجه عن الأصحاب: أن سهم رسول الله صلى الله عليه وآله يصرّف إلى الإمام؛ لأنه خليفته، والأكثرون نقلوه مذهباً لبعض الناس، ولم ينسبوه إلى الأصحاب.

قال الغزالي: السهم الثاني لذوي القرى وهم أقارب رسول الله كبنّي هاشم وبنّي المطلب، دون غيرهم من بنّي عبد شمس وبنّي نوفل، ويشترك في استحقاقه الغني والفقير والصغير والكبير والرجل والمرأة والغائب والحاضر بعد أن يكون الانتساب لجهة الآباء، ولا يفضل أحد على أحد إلا بالذكورة: فإنه يضعف به الحق كما في الميراث.

قال الرافعي: المراد «من ذوي القرى» أقارب رسول الله صلى الله عليه وآله المنتسبون إلى هاشم، وإلى المطلب ابني عبد مناف دون غيرهم من بني عبد شمس، وبنّي نوفل، وإن كان عبد شمس، ونوفل ابني عبد مناف أيضاً؛ لما روي عن جبير بن مطعم - رضي الله عنه - قال: «لما قسم رسول الله صلى الله عليه وآله سهم ذوي القرى بين بنّي هاشم، وبنّي المطلب، أتيت أنا وعثمان بن عفان - رضي الله عنه - رسول الله صلى الله عليه وآله فقلنا: يا رسول الله، أما بنو

هاشيم، فَلَا تُنْكِرُ فَضْلَهُمْ؛ لمكانك الذي رفعك الله به منهم، فَمَا بَالُ إِخْوَانِنَا مِنْ بَنِي الْمُطَّلِبِ، أَعْطَيْنَهُمْ، وَتَرَكْتَنَا، وَإِنَّمَا قَرَابَتُنَا وَقَرَابَتُهُمْ وَاحِدَةٌ؟ فَقَالَ ﷺ: «إِنَّمَا بَنُو هَاشِمٍ وَبَنُو الْمُطَّلِبِ شَيْءٌ وَاحِدٌ، وَشَبَّكَ بَيْنَ أَصَابِعِهِ»<sup>(١)</sup> وَرَوَى أَنَّهُ قَالَ: «لَمْ يُفَارِقُونِي فِي جَاهِلِيَّةٍ، وَلَا إِسْلَامٍ» وكان عثمان - رضي الله عنه - من بني عبد شمس وجبير بن مطعم من بني نوفل، وأشار النبي ﷺ [بما ذكره] إلى شأن الصَّحِيفَةِ القاطعة التي كتبها قريش، وتبايعوا على ألا يجالسوا بني هاشم، ولا يبايعوهم، ولا يناكحوهم، وَبَقُوا عَلَى ذَلِكَ سَنَةً، لم يَدْخُلْ فِي بَيْعَتِهِمْ بنو المطلب، بل خرجوا مع بني هاشم إلى بَعْضِ الشَّعَابِ، ثم فيه مسائل:

إحداها: يشترك في استحقاق هذا السَّهْمِ الغَنِيِّ والفقير؛ لأن العباس - رضي الله عنه - كان يأخذ منه، وهو غني، وكذلك الكبير والصغير، والدَّكْرُ والأنثى، ويروى أَنَّ الزُّبَيْرَ - رضي الله عنه - كان يأخذ لأمه<sup>(٢)</sup>، ويعمم بالعطاء الغائب عن مَوْضِعِ حَصُولِ الْفَيْءِ، والحاضر فيه.

وقال أبو إسحاق - رحمه الله -: يُدْفَعُ هذا السَّهْمُ مما يَحْضُلُ في كلِّ إقليم إلى من فيه من ذوي القُرْبَى، فالحاصل من كفار الرُّومِ يُدْفَعُ إلى من في الشام والعراق من ذوي القُرْبَى، والحاصل من التُّركِ يُدْفَعُ إلى مَنْ بِخِرَاسَانَ؛ لما في النقل من المشقة، ووجه ظاهر المذهب بعموم الآية، وبأنه سهم يستحقُّ بالقرابة، فيستوي فيه القاضي والدَّانِي؛ كالميراث، وأما المشقة، فإنَّ الإمام يأمر أمناءه في كلِّ إقليم بِضَبْطِ مَنْ فِيهِ من ذوي القُرْبَى، ولا يلزم نقل كلِّ ما يَحْضُلُ من إقليم إلى من في سائر الأقاليم، بل الحاصل في كلِّ إقليم يفرقه على ساكنيه، وإن لم يتفق في بعضها شيء، أو لم يَبْ بمن فيه، إذا وزع جميع السَّهْمِ عليهم، فحينئذٍ: ينقل بقدر الحاجة وذلك مما لا تعظم فيه المشقة.

قال إمام الحرمين: ولو كان الحاصل من الفَيْءِ قدراً لَوْ وُزِعَ عليهم، لم يسدَّ مسدّاً، فيقدّم الأَحْوَجُ فالأَحْوَجُ، ولا يستوعب للضرورة، وتصير الحاجة مرجحة، وإن لم تكن معتبرة في استحقاق هذا السَّهْمِ.

الثانية: يشترط أن يكون الانتساب بجهة الآباء، ولا يُدْفَعُ إلى أولاد البنات شيء، وكذلك فعل الأولون وعن القاضي الحسين - رحمه الله -: أن المذليَّ بجهتين يفضّل على المذليَّ بجهة واحدة، كما يقدّم الأخ من الأبوين على الأخ من الأب قال صاحب

(١) سقط في: ز.

(٢) قال الحافظ ذكره الشافعي. قوله: يروى أن الزبير كان يأخذ لأمه، أما المقبرض فذكره ابن إسحاق في السيرة في مقاسم خبير، ولأم الزبير أربعين وسقاً، وأما كون الزبير كان يقبضه فينظر.

الكتاب وغيره: هذا يدل على أن للإذلاء بالأُم أثراً في الاستحقاق، وحينئذٍ: فلا يبعُد عن القياس تأثيره عند الانفراد.

الثالثة: لا يفضل أحد، على أحد من ذوي القربى إلا بالذكورة، فللذكر سهمان، وللأنثى سهم؛ لأنه مستحق بقرابة الأب، فأشبهه الميراث، وعند المزني - رحمه الله - يُسمَّى بينهما في الوصية للأقارب.

وقوله في الكتاب «ولا يفضل أحد على أحد» يجوز أن يُعَلَمَ بالواو؛ لما نقل عن القاضي من تفضيل المُذلي بجهتين.

وقوله «إلا بالذكورة فإنه يضعف بها الحق» بالزاي والحاء؛ لأن أبا حنيفة في الرواية التي أثبت لذوي القربى حقاً لم يفضل الذكر على الأنثى.

وقوله: «أقارب رسول الله ﷺ كبنو هاشم وبني المطلب» لو قال بدله: «بنو هاشم وبني المطلب» على البديل من الأقارب، لكان أحسن؛ لأن الكاف للتمثيل، لا مستحق سواهم؛ حتى يمثل بهم.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: السَّهْمُ الثَّلَاثُ: الْيَتَامَى وَهُوَ كُلُّ طِفْلِ لَا كَافِلَ لَهُ، وَيُشْتَرَطُ كَوْنُهُ فَقِيْرًا عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ لِأَنَّ لَفْظَ الْيَتِيمِ يُنْبِئُ عَنْهُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: أَحَدُ سَهَامِ الْخُمْسِ لِلْيَتَامَى، وَلَا بَدَّ مِنَ الصَّغَرِ فِي تَحْقِيقِ اسْمِ الْيَتِيمِ، رَوَى أَنَّهُ ﷺ قَالَ: «لَا يَتَمُّ بَعْدَ الْحُلْمِ»<sup>(١)</sup>.

ثم قال الأكثرون: اليتيم الصغير الذي ليس له أب، فاكتفوا بفقدان الأب، وهذا ما أوردناه في الوصية.

ومنهم؛ من أضاف إليه الجد، فقال: الذي لا أب له، ولا جد.

وقوله في الكتاب: «وهو كل طفل لا كافل له» أعم من ذلك، فالمفهوم من الكافل الذي يقوم بنفقته ومؤناته، ومقتضاه اشتراط فقدان الأصول، لكن غالب الظن خلافه، بل الوضع والمعرف يوجب الاكتفاء بفقدان الأب.

وقد صرح به بعض شارحي المفتاح، وظاهر المذهب: أنه يشترط الفقر، ووجه بأن استغناؤه بمال أبيه، إذا منع من الاستحقاق، فاستغناؤه بمال نفسه أولى أن يمنع، وبأن

(١) رواه أبو داود عن علي في حديث وقد أعله العقيلي وعبد الحق وابن القطان والمنذري وغيرهم، وحسنه النووي متمسكاً بسكوت أبي داود عليه، ورواه الطبراني في الصغير بسند آخر عن علي، ورواه أبو داود الطيالسي في مسنده، وفي الباب حديث حنظلة بن حنيفة عن جده وإسناده لا بأس به، وهو في الطبراني وغيره وعن جابر رواه ابن عدي في ترجمة حزام بن عثمان وهو متروك، وعن أنس.

لفظ «اليتيم» يُشعر بالضعف والحاجة، وكأنهم أعطوا بدلاً عما فاتهم من كفاة الآباء.

وعن ابن القاص، والقفال الشاشي، فيما روى الحلبي عنه: نَقَلَ قَوْلِ آخِر: أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ الْفَقْرُ، وَيَشْتَرِكُ فِيهِ الْعَيْتِيُّ وَالْفَقِيرُ؛ لشمول الاسم، فحصل في المسألة قولان.

ومنهم من يُعَبَّرُ عن الخلاف فيها بالوجهين، وعلى ذلك جَزَى صاحب الكتاب.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: السَّهْمُ الرَّابِعُ: لِلْمَسَاكِينِ السَّهْمُ الْخَامِسُ: لِأَبْنَاءِ السَّبِيلِ، وَبَيَانُهُمَا فِي تَفْرِيقِ الصَّدَقَاتِ، وَالْمُسْتَحَقُّونَ بِالْحَاجَةِ تَتَفَاوَتْ حُقُوقُهُمْ بِتَفَاوُتِ الْحَاجَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْقَوْلُ فِي مَعْنَى الْمَسْكِينِ وَأَبْنَاءِ السَّبِيلِ يَأْتِي فِي قَسْمِ الصَّدَقَاتِ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْ هَذَيْنِ الصَّنْفَيْنِ سَهْمٌ مِنَ الْخَمْسِ بِالْآيَةِ، وَيَعْمُ الْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينِ، وَأَبْنَاءِ السَّبِيلِ، أَمْ يَخْتَصُّ الْحَاصِلُ فِي كُلِّ إِقْلِيمٍ وَنَاحِيَةٍ بِمَنْ فِيهَا؟ مِنْهُمْ حَكَى الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ وَغَيْرُهُ: أَنَّهُ عَلَى الْخِلَافِ الْمَذْكُورِ فِي ذَوِي الْقُرْبَى، وَقَدْ مَرَّ فِي بَابِ الْوَصِيَّةِ: أَنَّ عِنْدَ الْإِنْفِرَادِ يَدْخُلُ فِي اسْمِ الْفُقَرَاءِ الْمَسَاكِينُ، وَبِالْعَكْسِ، وَلَفْظُ «الْمَسَاكِينِ» مُفْرَدٌ هُنَا: فَيَدْخُلُ فِيهِ الْفُقَرَاءُ، وَحِينَئِذٍ، فَقَضِيَةُ الْقَوْلِ تُوجِبُ التَّعْمِيمَ فِي مَسَاكِينِ النَّاحِيَةِ، أَوْ الْمَسَاكِينِ كُلِّهِمْ، يَتَنَاوَلُ الْفُقَرَاءُ أَيْضاً، وَإِيرَادُ بَعْضِ الْأَنْمَةِ يُوَافِقُ هَذِهِ الْقَضِيَةَ. وَمِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ: يَجُوزُ الصَّرْفُ لِلْفُقَرَاءِ؛ لِأَنَّهُمْ أَشَدُّ حَاجَةً، وَهَذَا الْإِيرَادُ<sup>(١)</sup> لَا يُوَافِقُهَا، وَيَجُوزُ أَنْ يَفَاوَتْ بَيْنَ الْيَتَامَى<sup>(٢)</sup>، وَكَذَا فِي الْمَسَاكِينِ<sup>(٣)</sup>، وَأَبْنَاءِ السَّبِيلِ؛ لِأَنَّ هَؤُلَاءِ يَسْتَحَقُّونَ بِالْحَاجَةِ، فِيرَاعِي حَاجَتَهُمْ، بِخِلَافِ ذَوِي الْقُرْبَى؛ فَإِنَّهُمْ يَسْتَحَقُّونَ بِالْقَرَابَةِ، وَلَا يَشْتَرُطُ أَنْ يَكُونَ هَؤُلَاءِ الْأَصْنَافُ الثَّلَاثَةُ مِنَ الْمُرْتَزَقَةِ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَعَنِ الْقَفَالِ اخْتِصَاصُ الْاسْتِحْقَاقِ بِيَتَامَى الْمُرْتَزَقَةِ، وَذَكَرَ أَقْضَى الْقَضَاةِ الْمَاوَرِدِيِّ مِثْلَهُ فِي الْمَسَاكِينِ، وَأَبْنَاءِ<sup>(٤)</sup> السَّبِيلِ، فَقَالَ: يُصَرَّفُ سَهْمٌ إِلَى مَسَاكِينِ أَهْلِ الْفَيْءِ، وَسَهْمٌ إِلَى أَبْنَاءِ السَّبِيلِ مِنْهُمْ،

(١) قال النووي: الصحيح الأول، وأنهما داخلان في الاسم. وممن صرح به القاضي أبو الطيب في تعليقه.

(٢) ما جزم به من التفاوت في اليتامى هو مفرع كما قاله الماوردي على اشتراط الفقر فيهم سواء من مات أبوه أو قتل، فأما إذا قلنا لا يشترط الفقر اختص به من قتل أبوه في الجهاد ولا يختص به بعضهم.

(٣) وما ذكره في المساكين مفرع على أنه يستحقه جميع مساكين المسلمين كما صرح به الماوردي أما إذا قلنا إنه لمساكين أهل الجهاد والذين عجزوا عنه بالمسكنة والزمانة فيجب التسوية بينهم من غير تفضيل بين كبير وصغير وذكر وأنثى ولا يجوز أن يجمع لهم بين سهم من الخمس وسهم من الزكاة ويجوز الدفع إليهم من الكفارات فلأنه على القول الآخر.

(٤) ذكره في الأحكام السلطانية لكن لم يجزم به في الحاوي بل حكى فيه وجهين فقال: وأما سهم المساكين فاختلف فيه أصحابنا فيمن يستحقه على وجهين أحدهما، جميع المساكين المسلمين والثاني مساكين أهل الجهاد الذين عجزوا عنه بالمسكنة والزمانة.

قال: وأهل الفيء هم الذابون، عن البيضة، والمجاهدون للعدو، وقد يحتج له بظاهر قول ابن عباس - رضي الله عنهما - أن أهل الفيء كانوا في زمان رسول الله ﷺ بمغزلي عن الصدقة، وأهل الصدقة بمغزلي عن الفيء، وإذا فقد بعض الأصناف، وزع نصيبه على الباقيين، كما في الزكاة، إلا سهم رسول الله ﷺ فإنه مصروف بعده إلى المصالح كما تقدم، ولا يجوز الصرف إلى كافر؛ كالزكاة، ولا يجوز الاقتصار على إعطاء ثلاثة من المساكين، وأبناء السبيل، ويمثله أجابوا في الزكاة، إذا كان الإمام هو الذي يقسم على ما سيأتي<sup>(١)</sup>.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: أَمَا الْأَخْمَاسُ الْأَرْبَعَةُ فَقَدْ كَانَتْ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي حَيَاتِهِ، وَبَعْدَهُ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ (أَحَدُهَا): أَنَّهُ لِلْمَصَالِحِ كَخُمْسِ الْخُمْسِ (وَالثَّانِي): أَنَّهُ يُقَسَّمُ كَمَا يُقَسَّمُ الْخُمْسُ فَيَكُونُ جُمْلَةُ الْفَيْءِ مَقْسُومًا بِخُمْسَةِ أَقْسَامٍ كَمَا دَلَّ ظَاهِرُ الْكِتَابِ عَلَيْهِ (وَالثَّالِثُ): وَهُوَ الْأَظْهَرُ أَنَّهُ لِلْمُرْتَزِقَةِ الْمُقَاتِلِينَ كَأَرْبَعَةِ أَخْمَاسِ الْغَنِيمَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قَدْ تَبَيَّنَ مَصْرُفُ خُمْسِ الْفَيْءِ، فَأَمَّا أَرْبَعَةُ أَخْمَاسِهِ، فَإِنَّهَا كَانَتْ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي حَيَاتِهِ مضمومة إلى خمس الخمس، فجملته ما كان له ﷺ أحد عشر سهمًا من خمسة وعشرين سهمًا، هكذا ذكر الأكثرون.

ومنهم: من قال: إن جميع الفيء كان له ﷺ وقد نقله «الوسيط» مع أنه قال فيه: إن خمس الخمس كان له، وإن أربعة أخماس الفيء كانت له، ولا معنى لتخصيصها بالذكر مع القول بأن الكل كان له ثم ذكر أبو العباس الروائي ها هنا شئتين:

أحدهما: أن النبي ﷺ كان يصرف الأخماس الأربعة إلى المصالح، وهل كان ذلك واجباً عليه أو تفضلاً منه، قيل: فيه طريقتان، وهذا الخلاف يوجب الخلاف في قولنا: إنها كانت له.

والثاني: حكى خلافاً في أنه، من أين كان يأخذ قوته، وقوت عياله، ففي وجه: يأخذه من أربعة أخماس الفيء، وفي وجه: من خمس الفيء، والغنمية، فهذا حكمها في حياته.

(١) قال النووي: لا يجوز دفع شيء من سهم ذوي القربى إلى مواليتهم، قال صاحب «التلخيص»: لو ادعى أنه مسكين أو ابن سبيل، قبل بلا بيعة، ولا يقبل اليتيم والقراة إلا بيعة. والله أعلم.

أقره عليه، وما ذكره في القراة محله إذا لم يستفرض بسببه بينهم فإن استفاض اكتفى بذلك. (قاله الإمام).

وأما بعده ﷺ فقد نُقِلَ صاحب الكتاب وآخرون: أن فيها ثلاثة أقوالٍ والمشهورُ الأولُ والثالثُ:

أحدها: أنها للمصالح؛ لأنها كانت للنبي ﷺ فَمَصْرَفُهَا بعده للمصالح؛ كخمس الخمس.

والثاني: أنها تقسّم كما يقسّم الخمس وعلَى هذا فينقسم خمس الفيء بخمسة أسهُم، كما دَلَّ عليه ظاهرُ قوله تعالى: ﴿مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَى رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَى فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَأَبْنِ السَّبِيلِ﴾ [الحشر - ٧] وما قدّمنا أن القسمة تصح من خمسة وعشرين يتفرّع على غير هذا القول.

والثالث: وهو الأصح: أنها للمرتزقة المترصدين للجهاد؛ لأنها كانت للنبي ﷺ لحُصُولِ الثُغرة به، كان منصوراً بالرُعب على مسيرة شهر، وبعده جند الإسلام، فهم المترصدون للثغرة، وإرغاب الكفار، هذا وجه القول به، لكنه يُشكِلُ بخمس الخمس.

وقوله في الكتاب «أربعة أخماس الغنيمة» يعني أنها مصروفة إلى المقاتلين، وكذلك أربعة أخماس الفيء، والغرض التشبيه الجملي، ثم التفاصيل مختلفة، وأما ظاهر الآية، فإذا علم أن الأخماس الأربعة كانت لرسول الله ﷺ فهو معمول به، ليس فيه إلا أن الاستحقاق على التفاضل، فللنبي ﷺ أحد وعشرون من خمسة وعشرين، ولكل واحد من الأصناف سهم، والإضافة عند التفاضل، والتساوي شائعة، وإذا فرعنا على القول الأول، وهو أنها للمصالح، فيبدأ بالأهم فالأهم والأهم تعهد المرتزقة، فإنهم القائمون بحفظ بيضة الإسلام، هكذا ذكره الأصحاب، وكذلك يكون الحكم في خمس الخمس، وبهذا يهون وقع البحث عن الأصح من القولين المشهورين؛ لأن المَصْرَفِ المرتزقة على القولين، وإنما يختلف التفرُّع فيما يفضل عنهم، ولنتكلم الآن في كيفية الصّرف إليهم.

قَالَ الْقَزَالِيُّ: فَعَلَى هَذَا يَنْبَغِي لِإِمَامٍ أَنْ يَضَعَ دِيواناً يُخَصِّي فِيهِ الْمُرْتزِقَةَ بِأَسْمَائِهِمْ، وَيُنصَبُ عَلَى كُلِّ عَشْرَةٍ عَرِيفاً يَجْمَعُهُمْ، وَيَسْوِي (و) بَيْنَهُمْ فِي الإِعْطَاءِ فَيُعْطِي كُلَّ وَاحِدٍ عَلَى قَدْرِ حَاجَتِهِ، وَيُعْطِي (و) لَوَالِدِهِ وَعَبْدِهِ وَفَرَسِهِ وَرَوْجَتِهِ وَإِنْ كُنْ أَرْبَعاً، وَلَا يَزِيدُ عَلَى عَبْدٍ وَاحِدٍ إِذْ لَا حَضَرَ فِيهِ، وَيُعْطِي الصَّغِيرَ وَالْكَبِيرَ، وَكُلَّمَا زَادَتْ حَاجَتُهُ بِالْكَبَرِ زَادَ فِي حِصَّتِهِ، وَيَقْدَمُ فِي الإِعْطَاءِ قَرْنِشاً، وَمِنْ جَمَلَتِهِمْ بَنُو هَاشِمٍ وَبَنُو الْمُطَّلِبِ، ثُمَّ مَنْ بَعْدَهُمْ عَلَى تَرْتِيبِ الْقُرْبِ، ثُمَّ يُعْطِي الْعَجَمَ بَعْدَ الْعَرَبِ، ثُمَّ يَقْدَمُ بِالسُّنِّ أَوْ بِالسَّبْقِ فِي الإِسْلَامِ، وَلَا يَثْبُتُ فِي الدِّيوانِ أَسْمَ صَبِيٍّ وَلَا مَجْنُونٍ وَلَا عَبْدٍ وَلَا ضَعِيفٍ، بَلِ أَسْمَ الْمُسْتَعِدِينَ

لِلْعَزْوِ، فَإِنْ طَرَأَ الضَّعْفُ وَالْجُنُونُ فَإِنْ كَانَ يُرْجَى زَوَالُهُ فَلَا يَسْقُطُ الْأَسْمُ، وَإِلَّا فَيَسْقُطُ، وَإِذَا مَاتَ فَلَا يَظْهَرُ (و) أَنَّهُ يُعْطَى لِزَوْجَتِهِ وَأَوْلَادِهِ مَا كَانَ يُعْطِيهِمْ فِي حَيَاتِهِ، أَمَّا الزَّوْجَةُ فَلِأَنَّ التَّزْوُجَ، وَأَمَّا الْأَوْلَادَ فَلِأَنَّ الْأَسْتِقْلَالَ بِالْكَسْبِ أَوْ الْجِهَادِ، وَيُفْرَقُ أَرْزَاقُهُمْ فِي أَوَّلِ كُلِّ سَنَةٍ، فَلَوْ مَاتَ وَاحِدٌ بَعْدَ جَمْعِ الْمَالِ وَأَنْقِضَاءِ السَّنَةِ فَحَقُّهُ لَوَرَثَتِهِ، وَإِنْ كَانَ قَبْلَ الْجَمْعِ وَالْحَوْلِ فَلَا حَقَّ لَهُ (و)، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الْجَمْعِ وَقَبْلَ الْحَوْلِ فَقَوْلَانِ:

### «القول في كيفية الصرف إليهم»

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لِلْإِمَامِ فِي الْقَسْمِ عَلَى الْمُرْتَزَقَةِ بَيَانٌ وَظَائِفٌ:

إِحْدَاهَا: يَضَعُ دِيْوَانًا، قَالَ فِي «الشَّامِلِ»، وَهُوَ الدَّفْتَرُ الَّذِي يَثْبِتُ فِيهِ الْأَسْمَاءُ<sup>(١)</sup>، وَيُخَصِّي فِيهِ الْمُرْتَزَقَةَ بِأَسْمَائِهِمْ، وَيُنْصَبُ لِكُلِّ قَبِيلَةٍ أَوْ عَدَدٍ يَرَاهُ، عَرِيفًا لِيَعْرِضَ عَلَيْهِ، أَحْوَالَهُمْ وَيَجْمَعُهُمْ عِنْدَ الْحَاجَةِ، وَيَثْبِتُ فِيهِ أَقْدَارَ أَرْزَاقِهِمْ<sup>(٢)</sup>، وَكُلَّ ذَلِكَ لِلتَّسْهِيلِ، وَلَفْظُ «العشرة» فِي الْكِتَابِ جَرَى التَّقْرِيبَ دُونَ التَّقْدِيرِ، فَلَهُ أَنْ يَزِيدَ وَيَنْقُصَ عَلَيَّ مَا يِقْتَضِيهِ الْحَالُ عَلَيَّ أَنَّهُ يُوَافِقُ مَا رَوَى عَنْ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَرَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ عَرَفَ عَامَ خَيْبَرَ عَلَيَّ كُلَّ عَشْرَةٍ عَرِيفًا، وَذَلِكَ فِي اسْتِطَابَتِهِ قُلُوبَهُمْ فِي سَنِي هَوَازِنَ<sup>(٣)</sup>.

الثَّانِيَةُ: يُعْطَى كُلُّ وَاحِدٍ قَدْرَ حَاجَتِهِ، فَيَعْرِفُ حَالَهُ، وَعَدَدَ مَنْ فِي نَفَقَتِهِ وَيَقِفُ عَلَيَّ قَدْرَ نَفَقَاتِهِمْ، وَكَسْوَتِهِمْ، وَسَائِرَ مُؤْتِنَتِهِمْ، وَيَرَاعَى الزَّمَانَ وَالْمَكَانَ، وَمَا يَعْزِضُ مِنْ رُخْصٍ أَوْ غَلَاءٍ، وَحَالَ الشَّخْصِ مِنْ مَرُوعَتِهِ وَضُدَّهَا، وَعَادَةَ الْبَلَدِ فِي الْمَطَاعِمِ، فَيَكْفِيهِ الْمُوْتَاتِ، لِيَتَفَرَّغَ لِلْجِهَادِ، وَهَذِهِ: جَمَلَةٌ تَفْصِيلُهَا صُورٌ:

إِحْدَاهَا: يُعْطَى لِأَوْلَادِهِ الَّذِينَ هُمْ فِي نَفَقَتِهِ، أَطْفَالًا، كَانُوا أَوْ كِبَارًا، وَكُلَّمَا زَادَتْ الْحَاجَةُ بِالْكَبَرِ، زَادَ فِي حَصَّتِهِ وَنَقَلَ الْحَنَاطِيُّ، وَأَبُو الْفَرَجِ الزَّازَ وَجْهًا غَرِيبًا: أَنَّهُ لَا

(١) وصرح المارودي بأنه الموضوع الذي يجلس فيه للكتابة.

قال في الخادم: ولا شك أن الديوان يطلق على كل واحد منهما، فينبغي الجمع بينهما.

(٢) قال النووي: نصب العريف مستحب والله أعلم.

قال في الخادم: هذا يومهم أن وضع الديوان واجب لكن قول الرافي من بعد يشعر باستحبابه، والظاهر الوجوب لثلاث يقع في الخبط والغلط، وبه يشعر كلام الحاوي والبسيط وغيرها.

(٣) أخرجه الشافعي في الأم نقلاً عن سير الواقدي بهذا، وأصل القصة في صحيح البخاري من حديث المسور، دون قوله إن العرفاء كان كل واحد على عشرة، وفي البخاري أيضاً في قصة أضياف أبي بكر من رواية عبد الرحمن بن أبي بكر وعرفنا مع كل عريف جماعة، الحديث. قاله الحافظ في التلخيص.

يُعْطِي لِلأَوْلَادِ شَيْئاً؛ لِأَنَّهُمْ لَا يِقَاتِلُونَ، وَعَلَى الصَّحِيحِ: فَيُدْفَعُ إِلَيْهِ مَا يَتَعَهَّدُ مِنْهُ لِلأَوْلَادِ، أَوْ يَتَوَلَّى الإِمَامُ تَعَهُدَهُمْ بِنَفْسِهِ، أَوْ بِمَنْ يَنْصَبُهُ لِذَلِكَ، ذَكَرُوا فِيهِ قَوْلَيْنِ، أَشْبَهُهُمَا أَوَّلُهُمَا.

الثانية: إِذَا كَانَ لَهُ عَبْدٌ يَقْتَنِيهِ لِلزَّيْنَةِ، أَوْ لِلتَّجَارَةِ، لَمْ يُعْطَ لَهُ، وَإِنْ كَانَ يِقَاتِلُ مَعَهُ، أَوْ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ فِي الغَزْوِ؛ لِسِيَاسَةِ الدَّوَابِّ وَنَحْوِهَا، أُعْطِيَ لَهُ، وَكَذَا لَوْ كَانَ لَهُ عَبْدٌ يَخْدُمُهُ، وَهُوَ مِنْ يَخْدُمِ، بَلْ لَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَبْدٌ، وَاحْتَاجَ إِلَيْهِ، فَيُعْطِيهِ الإِمَامُ عَبْدًا، وَلَا يُعْطَى إِلَّا لِعَبْدٍ وَاحِدٍ، وَفِي الزَّوْجَاتِ يُعْطَى الزَّائِدَةُ عَلَى الْوَاحِدَةِ؛ لِأَنَّ نَهَائِيَّتَهُنَّ أَرْبَعٌ، وَالْعَبِيدُ لَا حَضَرَ لَهُمْ، وَكَانَ هَذَا فِي عِبِيدِ الخِدْمَةِ، فَأَمَّا الَّذِينَ يَتَعَلَّقُ بِهِمْ مَصْلِحَةُ الجِهَادِ<sup>(١)</sup>، فَيَنْبَغِي أَنْ يُعْطَى لَهُمْ، كَمَا كَانُوا<sup>(٢)</sup>.

الثالثة: يُعْطَى الْمُرْتَزِقُ مَوْئِنَةً فَرَسِهِ، بَلْ يُعْطَى الْفَرَسَ، إِذَا كَانَ يِقَاتِلُ فَارِسًا، وَلَا فَرَسًا لَهُ، وَلَا يُعْطَى الدَّوَابُّ الَّتِي يَتَّخِذُهَا لِلزَّيْنَةِ وَنَحْوِهَا.

الرابعة: يُعْطَى لِلزَّوْجَةِ الْوَاحِدَةِ وَالزَّوْجَاتِ، وَإِذَا نَكَحَ جَدِيدَةً، زَادَ فِي الْعَطَاءِ.

وقوله: «فِي الْكِتَابِ وَيَسْوِي بَيْنَهُمْ فِي الإِعْطَاءِ» أَي فِي أَنْ يُعْطَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِقَدْرِ حَاجَتِهِ لَا فِي الْقَدْرِ الْمَعْطَى، وَلَا يُفْضَلُ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ لِشَرَفِ النَّسَبِ وَالسَّبْقِ فِي الإِسْلَامِ وَالهِجْرَةِ وَسَائِرِ الْخِصَالِ الْمَرْضِيَّةِ، بَلْ يَسْوَى بَيْنَ الشَّرِيفِ وَغَيْرِهِ كَمَا يَسْوَى فِي الإِرْثِ بَيْنَ الْبَارِ وَالْعَاقِ، وَفِي الْغَنِيمَةِ بَيْنَ الْجَرِيِّ وَالْجَبَانِ؛ وَهَذَا لِأَنَّهُمْ يُعْطَوْنَ بِسَبَبِ تَرْصُدِهِمْ لِلجِهَادِ، وَكُلُّهُمْ مُتَرْصِدُونَ لَهُ، وَإِلَى التَّسْوِيَةِ ذَهَبَ أَبُو بَكْرٍ، وَعَلِيٌّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا - وَكَانَ عَمْرٌ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - يُفْضَلُ، وَعَنْ عَثْمَانَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - مِثْلُهُ<sup>(٣)</sup>.

وحكى أَبُو الْفَرَجِ السَّرْحَسِيُّ أَنَّ مِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ قَالَ بِالتَّفْضِيلِ إِذَا كَانَ فِي الْمَالِ سَعَةٌ فَيَجُوزُ أَنْ يَعْلَمَ لِهَذَا قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ «وَيَسْوِي بَيْنَهُمْ فِي الإِعْطَاءِ» فَيُعْطَى كُلُّ وَاحِدٍ

(١) أَي لِسِيَاسَةِ الدَّوَابِّ وَنَحْوِهَا.

(٢) قَالَ النَّوَوِيُّ: كَذَا هُوَ مَنْقُولٌ، وَإِنَّمَا يَقْتَضِرُ فِي عِبِيدِ الخِدْمَةِ عَلَى وَاحِدٍ حَصَلَتْ بِهِ الْكِفَايَةُ. فَأَمَّا مَنْ لَا تَحْصُلُ كِفَايَتُهُ إِلَّا بِخِدْمَةِ عَبِيدٍ، فَيُعْطَى لِمَنْ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ، وَيَخْتَلَفُ بِاخْتِلَافِ الْأَشْخَاصِ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

(٣) أَخْرَجَهُ الشَّافِعِيُّ فِي الْأَمِّ، وَرَوَى الْبَزَارُ وَالْبَيْهَقِيُّ مِنْ طَرِيقِ أَبِي مَعْشَرٍ عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ عَنْ أَبِيهِ، قَالَ: قَدِمَ عَلَيَّ أَبُو بَكْرٍ مَالًا مِنَ الْبَحْرَيْنِ، فَقَالَ: مَنْ كَانَ لَهُ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عِدَّةٌ فَلْيَأْتِ، فَذَكَرَ الْحَدِيثَ بِطَوْلِهِ فِي تَسْوِيَةِ النَّاسِ فِي الْقِسْمَةِ، وَفِي تَفْضِيلِ عَمْرِ النَّاسِ عَلَيَّ مَرَاتِبَهُمْ، وَرَوَى الْبَيْهَقِيُّ مِنْ وَجْهِ آخَرَ مِنْ طَرِيقِ عَيْسَى بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الْهَاشِمِيِّ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ قَالَ: أَنْتَ عَلِيٌّ أَمْرَاتَانِ فَذَكَرَ قِصَّةَ وَفِيهَا: إِنِّي نَظَرْتُ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَلَمْ أَرْ فِيهِ فَضْلًا لَوْلَدِ إِسْمَاعِيلَ عَلَى وَلَدِ إِسْحَاقَ، قَوْلُهُ: وَعَنْ عَمْرِ مِثْلُهُ، قَالَ الْبَيْهَقِيُّ: رَوَيْنَا ذَلِكَ عَنْ عَثْمَانَ.



على قدر حاجته» بالواو. ويجوزُ أن يُعَلِّمَ قوله: «يعطي لولده» للوجهِ العَرِيبِ في الأولاد، ويجري ذلك على بُعْدِهِ في العِيْدِ والزَّوْجَاتِ والله أعلم.

**الوظيفة الثالثة:** يُقَدِّمُ الإمامُ في الإِغْطَاءِ، وفي إثباتِ الاسمِ في الديوانِ قُرَيْشاً على سائرِ الناسِ على ما قال ﷺ: «قَدِّمُوا قُرَيْشاً»<sup>(١)</sup> وهم ولدُ النَّضْرِ بْنِ كِنَانَةَ بْنِ حَزِيمَةَ بْنِ مُدْرَكَةَ بْنِ الْيَاسِ بْنِ مُضَرَ بْنِ نِزَارِ بْنِ مَعَدِّ بْنِ عَدْنَانَ.

قال الاستاذ أبو منصور - رحمه الله - : هذا قول أكثر النسابين، وبه قال الشافعي - رضي الله عنه وأصحابه - رحمهم الله تعالى - وهو أصح الأقوال.

ومنهم من قال: هم ولدُ إلياسِ بْنِ مُضَرَ.

ومنهم من قال: هُمُ ولدُ مُضَرَ بْنِ نِزَارِ وفي «المهذب»: أن بعض الناس قال: هم ولدُ فَهْرِ بْنِ مَالِكِ بْنِ النَّضْرِ بْنِ كِنَانَةَ.

ثم يُقَدِّمُ من قريشِ الأَقْرَبِ فالأَقْرَبُ إلى رسولِ الله ﷺ وهو مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ بْنِ هَاشِمِ بْنِ عَبْدِ مَنَافٍ بْنِ قُصَيِّ بْنِ كِلَابِ بْنِ مُرَّةَ بْنِ كَعْبِ بْنِ لُؤَيِّ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ فَهْرِ بْنِ مَالِكِ بْنِ النَّضْرِ بْنِ كِنَانَةَ، فيُقَدِّمُ بني هاشم، وبني الْمُطَّلِبِ على سائرِ قُرَيْشٍ أما تقديمُ بني هاشم؛ فلأن رسولَ الله ﷺ منهم، وأما تقديمُ بني الْمُطَّلِبِ، فلتسويةِ النَّبِيِّ ﷺ بينهما، كما سبق ثم يُقَدِّمُ بعدهما بني عبدِ شمسِ وبني نوفلِ أَخَوَيْ هَاشِمِ، ويُقَدِّمُ منهما بني عبدِ شمسِ لأنَّ عَبْدَ شَمْسٍ أَخُو هَاشِمِ مِنَ الأبوين، ونوفلِ أخوه من الأب، ثم يقدمُ بعدهم بني عبدِ العزَّى، [وبني عبدِ الداد، وهما ابنا قُصَيِّ، ويُقَدِّمُ منهما بني عبدِ العزَّى]<sup>(٢)</sup> لأنهم أصهارُ رسولِ الله ﷺ فَإِنَّ خَدِيجَةَ - رضي الله عنها - من بني أسدِ بْنِ عَبْدِ الْعَزَّى.

وأيضاً، فإنهم من الْمُطَيِّبِينَ، وكان لقريشِ حلفانِ قَبْلَ الْمَبْعَثِ والحلفُ العَهْدُ، والبيعة:

**أحدهما:** أنه وقع تنازعٌ بينَ بني عبدِ مناف، وبني عَبْدِ الدَّارِ فيما كان إلى قُصَيِّ من الحجابة، والسقاية، والرقادة، واللواء، فتبع عبدُ منافٍ قبائلَ، منهم أسدُ بن عبدِ العزَّى وتيمم، وزهرة، وبنو الحارثِ بنِ فهر، وتحالفوا على ألا يتخاذلوا، وعلى أن ينصروا المظلومين، ويدفعوا الظالمين، وتبع عبد الدارِ جُمُعَ، وسَهْمَ، ومخزومَ، وعديَّ، وتحالفوا أيضاً وهؤلاء يُسَمَّونَ بالأحلاف، وعبد مناف ومن معهم يسمونَ الْمُطَيِّبِينَ؛ لأنهم أخرجوا جفنةً مملوءةً طيباً، وكانوا يغمسونَ أيديهم فيها، ويتبايعون.

وقيل: لأنهم أخرجوا من طيب أموالهم، وأعدوه للأضياف.

**والثاني:** أنه كان في قريش من يَسْتَضِعُ الغريبَ، فيظلمه، ويأخذ مالهَ، فأنكروا ذلك وَتَبَايَعُوا على منع الظالم من الظلم في دار عبد الله بن جُدَعَانَ واجتمع عليه بنو هاشم، وبنو المطلب، وأسَد ابن عبد العزى، وزهرة وتيم، ويسمى هذا حَلْفَ الفُضُول.

قيل: لأنهم أخرجوا فُضُولَ أموالهم للأضياف.

وقيل: لأنه قام بأمره جماعة، اسمهم الفُضُلُ منهم الفُضْلُ بن الحارث، والفضل ابن وَدَاعَةَ، والفضل بن فَضَالَةَ، فَجُمِعُوا على فُضُولٍ؛ كَسَعْدِ وسُعُودٍ، وكان رسول الله ﷺ معهم في حَلْفِ الفُضُولِ<sup>(١)</sup>، وكذلك في الحَلْفِ الأول، وكان مع المطيبين، ثم بعد بني عبد العزى يُقَدِّمُ بني عبد الدار، ثم بني زهرة بن كلاب، وهو أخو قُصَيٍّ، ثم بني تيم وبني مخزوم، وهما أخوا كلاب، تقدّم منهما بني تيم، لمكان أبي بكرٍ، وعائشة - رضي الله عنهما - من رسول الله ﷺ ثم تقدم بني جُمَعٍ، وبني سَهْمٍ، وهما ولد هُصَيْنِ بن كَعْبٍ، وبني عدي بن كعب وهصيص وعدي أخوا مرة بن كَعْبٍ، وقَدِّمُ عَمْرُ - رضي الله عنه - من هؤلاء القَبَائِلِ الثلاث من بني جمح، وسوى بين بني سَهْمٍ، وبني عَدِيٍّ، كما يسوي بين بني هاشم وبني المطلب، قال الشافعي - رضي الله عنه - وقدم المهدي - رضي الله عنه - [أمير المؤمنين في زمانه بني عدي على بني جمح، وبني سهم لمكان عَمْرٍ<sup>(٢)</sup>] والذي فعله عَمْرُ - رضي الله عنه - كان تواضعاً منه، ثم يقَدِّمُ بني عامر بن لُؤَيٍّ، وهو أخو كَعْبٍ، ثم بني الحارث بن فَهْرٍ، وهو أخو غَالِبٍ. وإذا فَرَّغَ من قريش، بدأ بالأنصار<sup>(٣)</sup>، لأنّارهم الحميدة في الإسلام، ثم يعطي سائر<sup>(٤)</sup> العرب،

(١) أخرجه البيهقي من حديث طلحة بن عبد الله بن عوف الزهري، وفيه إرسال، ورواه الحميدي في مسنده عن سفيان عن عبد الله بن أبي بكر به مراسلاً، ورواه الحارث بن أبي أسامة أيضاً، وذكر ابن قتيبة في الغريب تفسير الفُضُولِ (تنبيه) ما رواه أحمد وابن حبان والبيهقي من حديث عبد الرحمن بن عوف ومن حديث أبي هريرة مرفوعاً: شهدت وأنا غلام حلف المطيبين، وفي آخره: لم يشهد حلف المطيبين لأنه كان قبل مولده، وإنما شهد حلف الفُضُولِ وهم كالمطيبين، قال البيهقي: لا أدري هذا التفسير من قول أبي هريرة أو من دونه، وقال محمد بن نصر: قال بعض أهل المعرفة بالسير: قوله في الحديث حلف المطيبين غلط، إنما هو حلف الفُضُولِ، لأنه ﷺ لم يدرك حلف المطيبين، لأنه كان قديماً قبل مولده بزمان، وبهذا أعل ابن عدي الحديث المذكور. قاله الحافظ في التلخيص.

(٢) سقط في: ز.

(٣) قضيته أنه لا ترتيب بينهم، وينبغي تقديم الأوس لنصرتهم النبي ﷺ وليوائهم إياه.

(٤) قضيته أنه لا ترتيب، لكن في الحاوي<sup>(١)</sup> ثم يقدم بعد قريش الأنصار ثم من بعدهم مضر ثم ربيعة ثم جميع ولد عدنان ثم قحطان فيرتبهم على السابقة كقريش.

هكذا رتّب الأصحاب، وظاهر لفظ الشافعي - رضي الله عنه - يوافقه .

وفي «أمالي» أبي الفرج السرخسيّ حمله على الَّذِينَ هُمْ أبعَدُ من الأنصار، فأما سائر العرب الذين هم أقرب إلى رسول الله ﷺ من الأنصار فيقدمون عليهم، وإذا تساوى اثنان في القُرب، فُدم أسنهما، فإن استويا في السن، فأقدمهما إسلاماً، وهجرة<sup>(١)</sup>، ثم يعطي العَجَمُ بعد العرب، ثم في «المهذب» والتّهذيب: أن التقديم فيهم بالسنّ والفضائل، ولا يقدم بعضهم على بعضٍ بالنسب، وفيه كلامان:

أحدهما: أن المعتمد في العرب القُرب من رسول الله ﷺ والعَجَمُ قد يعرف نسبهم، فينبغي أن يعتبر في معرفتي النسب منهم القرب والبعد أيضاً.

والثاني: أن النسب في باب الصلاة بالجماعة من الأسباب المقدّمة، [و]حكينا أن هناك عن كلام الإمام - رحمه الله -: أن الظاهر رعاية كل نسبٍ يعتبر في الكفاءة في النكاح، وسنذكر إن شاء الله - تعالى جده - أن نسب العَجَمِ مرعي في الكفاءة على خلافٍ فيه، فليكن ذلك ما هنا<sup>(٢)</sup> قال الأئمة: وجميع الترتيب المذكور في هذه الوظيفة مستحب، لا مستحق<sup>(٣)</sup> واعلم أنه قد سبق في خصال التقديم للصلاة ذكر خلافٍ في أن المقدم من السنّ والنسب أيهما، ولم يذكره هنا، بل أطلقوا تقديم شرف النسب على السنّ، فليتأمل في الفرق.

الرابعة: لا يُثبِتُ في الديوان اسم الصبيان، والمجانين، والنسوان، والعبيد، والضّعفاء الذين لا يصلحون للغزو نحو العميان والزمنى، وإنما هم تبع للمقاتل، إذا كانوا في عياله، يعطي لهم كما مرّ، وإنما يُثبِتُ في الديوان اسم الرجال المكلفين المستعدين للغزو، وإذا طرأ على المقاتل مرض أو جُثون، نظر: إن كان يرجى زواله، أعطى، ولم يسقط اسمه من الديوان، وإلا لرغب الناس عن الجهاد، واشتغلوا بالكسب، فإنهم لا يأمنون هذه العوارض، وإن كان لا يرجى زواله، فيسقط اسمه، وهل يعطى، فيه الخلاف المذكور على الأثر في زوجة المقاتل وأولاده يعد موته، وهو

(١) قال النووي: قد عكس أفضى القضاة الماوردي هذا، فقال في «الأحكام السلطانية»: يقدم بالسابقة في الإسلام. فإن تقاربا فيه، قدم بالذين. فإن تقاربا فيه، قدم بالسن، فإن تقاربا فيه، قدم بالشجاعة. فإن تقاربا فيه، فولّي الأمر بالخيار بين أن يرتبهم بالقرعة، أو برأيه واجتهاده، وهذا الذي قاله هو المختار.

(٢) قال النووي قد أشار الماوردي إلى اعتبار نسب العجم فقال: إن كانوا عجماً لا يجتمعون على نسب، جمعهم بالأجناس، كالترك، والهند، وبالبلدان. ثم إن كانت لهم سابقة في الإسلام، ترتبوا عليها، وإلا، فبالأقرب من ولي الأمر. فإن تساوا، فبالسبق إلى طاعته.

(٣) وبالإستحباب صرح به في المهذب والمجرد لسليم، قال ابن الرفعة: وفيه نظر.

أولئ بأن<sup>(١)</sup> يعطى، وإذا مات واحد من المرتزقة، ففي زوجته وأولاده وجّهان، ويقال: قولان، وهو الأظهر:

أحدهما: أنهم لا يرزقون؛ لأنهم ليسوا بمقاتلين ولم يتق من كانوا تبعاً له.

وأظهرهما: على ما ذكره في الكتاب: أنهم يرزقون؛ لئلا يشتغل المجاهدون بالكسب، إذا علموا ضياع عيالهم، فيتعطل أمر الجهاد، فعلى هذا ترزق الزوجة إلى أن تزوج، فتستغني بالزوج الثاني، وأما الأولاد، فإلى أن يبلغوا، ويستغلوا بالكسب، أو يرغبوا في الجهاد، فيثبت اسمهم في الديوان، ومن منهم، وهو أعمى أو زمن، رزق على هذا القول، كما كان يرزق قبل البلوغ، هذا في ذكور الأولاد.

أما الإناث: ففضية ما في «الوسيط»: «أنهن يرزقن إلى أن يُنكحن، والله أعلم.

وقوله في الكتاب «فالأظهر أنه يُعطي لزوجته وأولاده ما كان يعطيهم في حياته» لفظة «يعطيهم» [يوافق]<sup>(٢)</sup> ظاهرها القول الثاني بينما روينا أن الإمام تعهدهم بنفسه ولا يدفع موتاهم إلى المقاتل، والله أعلم.

الخامسة: يفرق الأرزاق في كل عام مرة، ويجعل له وقتاً معلوماً، لا يختلف والتقدير بالعام؛ لئلا يشغلهم بالأخذ كل أسبوع أو كل شهر عن الجهاد، ولأن الاعتماد في أمر الفيء على الجزية الدارة، وهي تؤخذ في السنة مرة؛ فلذلك يفرق مرة، نعم لو رأى الإمام المصلحة في أن يفرق مشاهرة ونحوها، اتبع المصلحة، وإذا اقتصر في السنة على المرة الواحدة، فيشبه أن يقال: يجتهد فيما يقتضيه الحال، ويتمكن فيه من الإعطاء في أول السنة، أو في آخرها يأتي به؛ وعلى ذلك ينزل قوله في الكتاب: «ويفرق أرزاقهم في أول كل سنة» وقول آخرين أنه يفرقها في آخر كل سنة وإذا مات واحد من المرتزقة بعد جمع المال، وانقضاء الحول، فيصرف نصيبه إلى ورثته؛ لأنه حق لازم، له، فينتقل إلى ورثته، ولا يسقط هذا الحق بالإعراض عنه، على الظاهر، هكذا قاله<sup>(٣)</sup>

(١) قال النووي: ترك من شروط من يثبت في الديوان الإسلام، وذكر الماوردي في «الأحكام السلطانية» شرطاً آخر، وهو أن يكون فيه إقدام على القتال ومعرفة به. فإن اختل ذلك، لم يجز إثباته، لعجزه عما هو مرصد له. قال: ولا يجوز إثبات الأقطع، ويجوز إثبات الأعرج إن كان فارساً. وإن كان راجلاً، فلا. ويجوز إثبات الأخرس والأصم. قال: وإذا كتبه في الديوان، فإن كان مشهور الاسم، لم يحسن تحليله. وإن كان مغموراً وصف وحلي، فيذكر سته وقده ولونه وحلي وجهه، بحيث يتميز عن غيره.

(٢) سقط في: ز.

(٣) لا يفهم منه حقيقة الخلاف، وعبارة الإمام «وفي كلام الأصحاب تردد في أن المرتزق لو أعرض عن مقدار رزقه بعد انقراض الزمان وحصول المال هل يسقط حقه بالأعراض أم الملك في حصته =

الإمام - رحمه الله - وإن ماتَ بَعْدَ جَمْعِ المَالِ، قَبْلَ تَمَامِ الحَوْلِ، فقولان، ويقال: وجهان:

أظهرهما: أن قَسَطَ ما مَضَى، يُصْرَفُ إِلَى ورثته، كالأَجْرَةِ في الإِجَارَةِ.

والثاني: المَنْعُ كالجعل في الجعالة، لا يستحق قَبْلَ تَمَامِ العَمَلِ، وإن مات قَبْلَ جَمْعِ المَالِ، فإن انقضى الحَوْلُ، ثم مات، فَظَاهِرُ النَصِّ أَنَّهُ لا شَيْءَ للوارث، وبه أخذ القاضي أبو الطَّيِّبِ وآخرون، وقالوا: إنما يثبت الحقُّ بحصول المَالِ، وهذا ما أورده في «التهديب».

وقال الشيخ أبو حامد: إن عطاءه يصرف مما سيحصل إِلَى ورثته وادعى ثبوت الحقِّ له بمضَى المُدَّةِ، والحقُّ إذا ثبت لمعيّن، انتقل بموته إِلَى ورثته، وقيدُ التغيين للاحتراز عما إذا مَاتَ الفقيرُ بعد تمام الحَوْلِ ووجوب الزكاة، حيث لا شَيْءَ لورثته؛ لأن ذلك الفقيرُ غَيْرُ متعيّنٍ للزكاة؛ حتّى لو لم يكن في القرية إلا ثلاثة من الفقراء ومنعنا نقل الصدقة، فعن نَصِّه في «الأم» أن الحقَّ ينتقل إِلَى الورثة، وإن لم يتمّ الحول، فإن قلنا: لو مات بَعْدَ انقضائه، فلا شَيْءَ للوارث، فها هنا أَوْلَى وإن قلنا: إن عطاءه يصرف إِلَى ورثته هناك، ففي قَسَطِ ما مَضَى الخِلافُ المذكورُ فيما إذا مَاتَ بعد جمع المَالِ، وقبل تمام الحَوْلِ، كذلك رَتَّبَ الشيخ أبو الفرج السرخسي، وقد أحسن فيه، ويجوز أن يُعَلِّمَ لذلك قوله في الكتاب «وإن مات قبل الجَمْعِ والحَوْلِ، فلا حق له» بالواو، وما ذكرناه من انقضاء الحَوْلِ وعدمه، فهو مبنيٌّ على ما إذا كان الإمامُ يَعْطَى في الحول مرةً واحدةً، وقد عيّن له وقعاً، فإن رأى العطاء مرتين، فصاعداً، فالاعتبار بمضَى المدة المضروبة.

قَالَ العَرَّالِيُّ: وَإِنْ كَانَ فِي جُمْلَةِ الفَيءِ أَرْضٌ فَخُمُسُهَا لِأَهْلِ الخُمُسِ، وَالباقِي يَكُونُ وَقْفاً هَكَذَا نَصَّ الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -، فَقِيلَ: أَرَادَ بِهِ وَقْفاً شَرْعِيّاً لِأَنَّهُ المَصْلَحَةُ، وَقِيلَ: أَرَادَ بِهِ التَّوَقُّفَ عَنِ قِسْمَةِ الرِّقْبَةِ، وَقِيلَ فُرْعَ (و) عَلَيَّ أَنَّهُ لِلْمَصَالِحِ، وَإِلَّا فَعَلَى القَوْلِ الثَّانِي تَجِبُ قِسْمَتُهُ، وَإِذَا فَضَلَ شَيْءٌ مِنَ الأَخْمَاسِ الأَرْبَعَةِ عَنِ قَدْرِ حَاجَتِهِمْ وَزَعَّ عَلَيْهِمْ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِي الفَضْلِ مَسْأَلَتَانِ:

إحدهما: أن جميع ما ذكرناه في المُنْقُولَاتِ من أموال الفَيءِ، فأما الدُّورُ

= لازم كالمالك الحاصل للورثة في حصصهم». والمسألة محتملة والأظهر عندنا أن الملك لازم فإن المرتب في ديوان المرتزقة ظاهر الأشعار بقصد تحصيل الرزق والجهاد لا يحمل على قصد المغنم فإن بناه على قصد إعلاء كلمة الله فلا يقع المغنم فيه مقصود.

والأراضي، فقد قال الشافعي - رضي الله عنه -: هي وقفٌ للمسلمين تستغل، وتقسم غلتها في كل عام كذلك أبداً، والوجه أن نورد مقالات الأَصْحَابِ في أربعة أخصاسها أولاً، ثم في خمسها:

فأما أربعة أخصاسها، فمنهم: من يقول: الحكم بأنها وقفٌ مفرغٌ على أن أربعة أخصاس الفَيء للمصالح. فأما إذا جعلناها للمرتزقة، فيقسم بينهم، كالمنقولات، وكأربعة أخصاس الغنيمة، ومنهم: من يقول هذا الحكم، سواءً جعلناها للمصالح أو للمرتزقة خاصة؛ لتبقى الرقبة مؤبدة، وينتفع بغلتها المستحقون كل عام، وتفارق المنقولات؛ لتعرضها للهلاك لو بقيت، وتفارق أربعة أخصاس الغنيمة؛ لأنها بعيدة عن نظر الإمام، واجتهاده، لتأكد حق الغانمين فيها، وأربعة أخصاس الفَيء فيها بحال النظر والاجتهاد؛ فإنه يجتهد في تعرف حاجاتهم ومقاديرها، وهذا أصح، وإذا قلنا بالوقف: إما تفرغاً على أنها للمصالح أو على القولين جميعاً، فوجهان:

أحدهما: أن المراد منه التوقف عن قسمة الرقبة، دون الوقف الشرعي المانع من البيع ونحوه.

وأظهرهما: أن المراد الوقف الشرعي للمصلحة، وعلى هذا، فوجهان:

أحدهما: أنه يصيرُ وقفاً بنفس الحصول، كما يرقُ النساء والصبيان بنفس الأُسْر.

وأصحهما: المنع، لكن الإمام يقفها، وإن رأى قسمتها أو بيعها، أو قسمة ثمنها فله ذلك ذكره في «التهذيب».

وقول الشافعي - رضي الله عنه -: «هي وقفٌ أي تجعل<sup>(١)</sup> وقفاً، وأما خمسها، فقد قال في الكتاب: إنه لأهل الخمس، هكذا ذكر في «التهذيب» والاقْتِصَارُ عَلَيْهِ لا يغني، بل لا بد من تفصيل سهامه فأما سهم المصالح، فلا سبيل فيه إلى القسمة، بل الطريق: إما الوقف وصرف الغلة إلى المصالح، أو البيع، وصرف الثمن إليها، والوقف أولى، ويجيء الوجه السابق في أنه يصيرُ وقفاً بنفس الحصول، وأما سهم ذوي القربى، فعلى الخلاف المذكور في الأخصاس الأربعة؛ تفرغاً على أنها للمرتزقة، وسهم اليتامى والمساكين، وأبناء السبيل يرتب على سهم ذوي القربى، إن قلنا: إنه وقفٌ، فهذه السهام أولى؛ لأن ذوي القربى يتعينون بخلاف هؤلاء الأصناف، وإن لم نجعله وقفاً، ففي هذه السهام وجهان:

(١) قال الشيخ البلقيني: ما صححه تبعاً لأصله في مسألة الأراضي لم يصححه أحد من الأصحاب والذي عليه الأئمة كما في النهاية أنه لا يجوز بيع شيء من ذلك وأن الأراضي تبقى موقوفة وفي وجه لا بد من وقفها، وجعله الماوردي خطأ، وتبع في ذلك الشيخ أبا حامد فإنه قال: إنه ليس بشيء ووافق صاحب الزركشي على ذلك في الخادم.

أحدهما: أن الجواب كذلك.

وأظهرهما: أنها وقف أيضاً، وإذا تأملت هذه الاختلافات المذكورة في الأحماس الأربعة، ثم في الخمس، عرفت أن الظاهر في الكل الوقف، وهو الموافق لنص الشافعي - رضي الله عنه الذي أوردناه في أول المسألة.

الثانية: الأحماس الأربعة، إذا فضلت عن حاجات المرتزقة، فإن قلنا: إنها للمرتزقة، وهو الأصح، يصرّف الفاضل إليهم أيضاً، ويقسم بينهم على قدر مؤناتهم، وهل يجوز أن يصرّف شيء منه إلى إصلاح الحُصُون، وإلى الكُراع والسلاح، ليكون عُدّة لهم؟ فيه وجهان:

أظهرهما: نعم، وإن قلنا: إنها للمصالح، فما فضل مَصْرُوفٍ إلى سائر المصالح، كإصلاح الحُصُون، والكُراع، والسلاح، فإن فضل شيء، ففي جوازِ صرّفه إليهم وجهان<sup>(١)</sup>، ولا خلاف في جوازِ صرّفه إليهم عن كفاية السنة القابلة. وقوله في الكتاب وزع عليهم مفرّع على القول الأصح، فيجوز إعلامه بالواو؛ للقول الآخر.

ثم الباب مختومٌ بفروع ومسائل:

من شَرَطِهِ؛ إذا جاء رجلٌ وطالب إثبات اسمه في الديوان، أجابه الإمام، إن في المال سعة، وفي الطالب أهلية، وإلا لم يجبه، ولا يحبس شيئاً من مال الفياء؛ خوفاً من أن تنزل بالمسلمين نازلة، بل يفرق الجميع عند مجيء الوقت المعين، ثم إذا نزلت نازلة، فعلى كافة المسلمين القيام بأمرها، وإن غشيهم العدو، فعلى جميعهم أن يتفروا، وذكر الشافعي - رضي الله عنه - أنه يزرق من مال الفياء الحكام وولاة الأحداث والصلاة، وكل من قام بأمر الفياء من والٍ وكاتبٍ وجندي لا يستغني أهل الفياء عنهم، والمراد من الحكام: الذين يحكمون بين أهل الفياء في مغزاهم، وولاة الأحداث: قيل: هم الذين يعلمون أحداث أهل الفياء القروسية والرمي.

وقيل: الذين ينصبون في الأطراف لتولية القضاة، وسعاة الصدقة، وعزلهم، وتجهيز الجيوش إلى الثغور، وحفظ البلاد من أهل الفساد ونحوها من الأحداث، وولاة الصلاة الخطباء الذين يقيمون لهم الجمعات، والجماعات، وكذلك يرزق عرفاء أهل الدفء، وإذا وجد من يتطوع بهذه الأعمال، لم يزرق عليها غيره، ويجوز أن يكون عامِلُ الفياء من ذوي القرى.

قال أفضى القضاة الماوردي - رحمه الله - وعاملُ الفياء إن ولي وضع أموال الفياء

(١) لم يرجح - أي الرافعي والنووي - شيئاً من الوجهين لأنه تفرع على المرجوح ومقتضى استدلال الماوردي ترجيح الجواز.

وَتَقْدِيرَهَا، وتقريرها فَيُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ مُسْلِمًا، حُرًّا، مُجْتَهِدًا، عَارِفًا بِالْحِسَابِ  
وَالْمَسَاحَةِ، وَإِنْ وَلِيَ جَبَايَةَ أَمْوَالِهَا بَعْدَ تَقَرُّرِ جِهَاتِهَا، سَقَطَ اِعْتِبَارُ الشَّرْطِ الثَّالِثِ، وَإِنْ  
وَلِيَ جَبَايَةَ نَوْعٍ، خَاصٍ مِنْ أَمْوَالِ الْفِيءِ، نُظِرَ: إِنْ لَمْ يَسْتَعْنِ فِيهِ عَنْ اسْتِنَابَةٍ، اعْتَبِرَ فِيهِ  
الْإِسْلَامُ، وَالْحَرِيَّةُ، وَالْاَضْطِلَاحُ بِشَرْطِ مَا وَلِيَ مِنْ حِسَابٍ أَوْ مَسَاحَةٍ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ مَعْنَى  
الْوِلَايَةِ، وَإِنْ اسْتَعْنَى عَنِ الْاسْتِنَابَةِ، جَازَ أَنْ يَكُونَ عَبْدًا؛ لِأَنَّهُ كَالرَّسُولِ الْمَأْمُورِ، فَأَمَّا  
كَوْنُهُ ذِمِّيًّا، فَإِنْ كَانَتْ جَبَايَتُهُ مِنْ أَهْلِ الذِّمَّةِ؛ كَالْجَزْيَةِ، وَعَشْرِ التِّجَارِ، جَازَ أَنْ يَكُونَ  
ذِمِّيًّا، وَإِنْ كَانَتْ مِنَ الْمُسْلِمِينَ؛ كَالْخَرَاجِ الْمَوْضُوعِ عَلَى رِقَابِ الْأَرْضِيِّينَ، إِذَا صَارَتْ  
فِي أَيْدِي الْمُسْلِمِينَ، فَفِي جَوَازِ كَوْنِهِ ذِمِّيًّا وَجِهَانًا، وَإِذَا فَسَدَتْ وِلَايَةُ الْعَامِلِ، وَقَبِضَ  
الْمَالُ مَعَ فَسَادِهَا بَرِيءًا، الدَّافِعُ؛ لِأَنَّ الْإِدْنَ يَبْقَى، وَإِنْ فَسَدَتْ الْوِلَايَةُ، نَعَمْ، لَوْ نَهَى  
عَنِ الْقَبْضِ بَعْدَ فَسَادِهَا، لَمْ يَبْرَأِ الدَّافِعُ بِالذَّفْعِ إِلَيْهِ، إِنْ عَلِمَ بِالنَّهْيِ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ  
النَّهْيَ، فَوَجِهَانٌ؛ كَالْوَكِيلِ<sup>(١)</sup>، ذَكَرَ ذَلِكَ كُلَّهُ الْمَأْوَزِدِيُّ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

### البَابُ الثَّانِي فِي قِسْمَةِ الْغَنَائِمِ

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَالْغَنِيمَةُ كُلُّ مَالٍ أَخَذَهُ الْفِتْنَةُ الْمُجَاهِدَةُ عَلَى سَبِيلِ الْغَلْبَةِ، فَخُمُسُهَا  
مَقْسُومٌ كَخُمُسِ الْفِيءِ، وَأَرْبَعَةٌ أَخْمَاسُهَا لِلْغَانِمِينَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ الْغَنِيمَةَ: هِيَ الْمَالُ الَّذِي يَأْخُذُهُ الْمُسْلِمُونَ مِنَ الْكُفَّارِ  
بِإِيجَابِ الْخَيْلِ وَالرُّكَّابِ.

قَالَ فِي «التَّهْذِيبِ»: سِوَاءَ مَا أَخَذُوهُ مِنْ أَيْدِيهِمْ قَهْرًا، وَمَا اسْتَوْلُوا عَلَيْهِ بَعْدَ مَا  
هَزَمْنَاهُمْ فِي الْقِتَالِ فَتَرَكَوا الْمَالَ، وَمَا كَانَتْ الْغَنَائِمُ تَحِلُّ لِلْأَنْبِيَاءِ ﷺ قَبْلَ رِسُولِ  
اللَّهِ ﷺ ثُمَّ إِنَّهَا أَحَلَّتْ لَهُ، وَلَا مَتَهُ، كَمَا قَالَ ﷺ: «أُعْطِيَتْ خُمْسًا لَمْ يُعْطَهُنَّ أَحَدٌ قَبْلِي»  
فَذَكَرَ مِنْهَا إِحْلَالَ الْغَنَائِمِ<sup>(٢)</sup>، وَكَانَتْ فِي أَوَّلِ الْأَمْرِ لَهُ خَاصَّةٌ يَصْنَعُ بِهَا مَا يَشَاءُ، وَفِي

(١) قَالَ النَّوَوِيُّ: قَالَ الْمَأْوَزِدِيُّ: إِذَا تَأَخَّرَ الْعَطَاءُ عَنِ الْمَشْبُوتِينَ فِي الدِّيْوَانِ عِنْدَ اسْتِحْقَاقِهِمْ، وَكَانَ  
الْمَالُ حَاصِلًا، فَلَهُمُ الْمَطَالِبَةُ كَالدِّيُونِ. وَإِنْ أَعُوذَ بَيْتُ الْمَالِ، كَانَتْ أَرْزَاقُهُمْ دِينًا عَلَى بَيْتِ  
الْمَالِ، وَلَيْسَ لَهُمْ مَطَالِبَةٌ وَوَلِيَ الْأَمْرُ بِهِ. قَالَ: وَإِذَا أَرَادَ وَوَلِيَ الْأَمْرُ إِسْقَاطَ بَعْضِهِمْ لِسَبَبٍ، جَازَ  
وَيُغَيِّرُ سَبَبًا، لَا يَجُوزُ. وَإِذَا أَرَادَ بَعْضُهُمْ إِخْرَاجَ نَفْسِهِ مِنَ الدِّيْوَانِ، جَازَ إِنْ اسْتَعْنَى عَنْهُ، وَلَا  
يَجُوزُ مَعَ الْحَاجَةِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَعْذُورًا. قَالَ: وَإِذَا جَرَدَ الْجَيْشُ لِلْقِتَالِ، فَامْتَنَعُوا وَهُمْ أَكْفَاءُ مِنْ  
حَارِبِهِمْ، سَقَطَتْ أَرْزَاقُهُمْ. وَإِنْ ضَعُفُوا عَنْهُ، لَمْ تَسْقُطْ. وَإِذَا جُرِّدَ أَحَدُهُمْ لِسَفَرٍ، أُعْطِيَ نَفَقَةَ  
سَفَرِهِ إِنْ لَمْ يَدْخُلْ فِي تَقْدِيرِ عَطَائِهِ، وَلَمْ يَعْطَ إِذْ دَخَلَ فِيهِ. وَإِذَا تَلَفَ سِلَاحَهُ فِي الْحَرْبِ، أُعْطِيَ  
عَوَضَهُ إِنْ لَمْ يَدْخُلْ فِي تَقْدِيرِ عَطَائِهِ، وَإِلَّا، فَلَا.

(٢) مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ مِنْ حَدِيثِ جَابِرٍ، وَلَهُمَا مِنْ حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ: لَمْ تَحِلَّ الْغَنَائِمُ لِأَحَدٍ قَبْلَنَا. الْحَدِيثُ،  
وَفِيهِ قِصَّةٌ.



ذَلِكَ نَزَلَ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿قُلِ الْأَنْفَالُ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ﴾ [الأنفال - ١] لَمَّا تَنَازَعَ فِيهَا الْمُهَاجِرُونَ وَالْأَنْصَارُ<sup>(١)</sup> - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - يَوْمَ بَدْرٍ، وَعَلَيْهِ يَحْمَلُ إِعْطَاؤُهُ مَنْ لَمْ يَشْهَدْ الْوَقْعَةَ، ثُمَّ نُسِخَ ذَلِكَ، فَجُعِلَ خُمْسُهَا مَقْسُومًا بِخُمْسَةِ أَصْهُمِ كَالْفِيءِ<sup>(٢)</sup>؛ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿فَإِنَّ لِلَّهِ خُمْسَهُ وَلِلرَّسُولِ﴾ [الأنفال - ٤١] الْآيَةَ، جَعَلَ أَرْبَعَةَ أَصْحَابِهَا لِلْغَنَائِمِ زُورِي أَنْ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: «الْغَنِيمَةُ لِمَنْ شَهِدَ الْوَقْعَةَ»<sup>(٣)</sup>.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَيَتَطَرَّقُ إِلَيْهِ الثَّقُلُ وَالرَّضْخُ وَالسَّلْبُ، ثُمَّ الْقِسْمَةُ بَعْدَهُ أَمَّا الثَّقُلُ فَهُوَ زِيَادَةُ مَالٍ يَشْتَرِطُهُ أَمِيرُ الْجَيْشِ لِمَنْ يَتَعَاطَى فِعْلاً مَخْطِئاً كَتَقَدُّمِهِ عَلَى طَلِيعَةٍ أَوْ تَهْجِيمِهِ عَلَى قَلْعَةٍ، وَمَحْلُهُ مَالُ الْمَصَالِحِ أَوْ خُمْسُ الْخُمْسِ مِمَّا سَيُؤَخَذُ مِنَ الْكُفَّارِ، وَقَدْرُهُ مَا يَفْتَضِيهِ الرَّأْيُ بِحَسَبِ خَطَرِ الْفِعْلِ، أَمَا ثُلُثُ خُمْسِ الْخُمْسِ أَوْ رُبُعُهُ أَوْ ثُلُثُ مَا يَأْخُذُهُ أَوْ رُبُعُهُ كَمَا يَرَاهُ الْإِمَامُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: نَفْرُضُ فِي مَالِ الْغَنِيمَةِ النَّظَرَ فِي ثَلَاثَةِ أُمُور:

أَحَدُهَا<sup>(٤)</sup>: الثَّقُلُ وَهُوَ زِيَادَةُ مَالٍ عَلَى سَهْمِ الْغَنِيمَةِ يَشْرُطُهُ الْإِمَامُ أَوْ أَمِيرُ الْجَيْشِ

(١) رواه البيهقي في السنن من طريق معاوية بن صالح عن علي بن أبي طلحة عن ابن عباس: كانت الأنفال لرسول الله ﷺ ليس لأحد فيها شيء، ما أصابت سرايا المسلمين أتوه به، فمن حبس منه شيئاً فهو غلول، فسألوا رسول الله ﷺ أن يعطيهم فنزلت ﴿يسألونك عن الأنفال﴾ وعليه يحمل عطاؤه لمن لم يشهد الوقعة.

(٢) قال الشيخ جلال الدين البلقيني: لا يصح التشبيه بالفيء لأن الغنيمة خمسها مقسوم بظاهر النص. وأما الفيء فكله مقسوم على خمسة بظاهر النص ولذلك وقع فيه الخلاف.

(٣) هذا الحديث بهذا اللفظ إنما يعرف موقوفاً كما سيأتي، لكن في هذا المعنى حديثان، أحدهما عن أبي موسى أنه لما وافى هو وأصحابه أي النبي ﷺ حين افتتح خيبر، أسهم لهم مع من شهدها، وأسهم لمن غاب عنها غيرهم، متفق عليه، والثاني: حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ بعث أبان بن سعيد بن العاص في سرية قبل نجد، فقدم أبان بعد خيبر، فلم يسهم له، رواه البخاري وأبو داود، وأما لفظ الغنيمة لمن شهد الوقعة، فراه ابن أبي شيبة نا وكيع نا شعبة عن قيس بن مسلم عن طارق بن شهاب الأحمسي: أن أهل البصرة غزوا نهاوند، فذكر القصة فكتب عمر: إن الغنيمة لمن شهد الوقعة، وأخرجه الطبراني والبيهقي مرفوعاً وموقوفاً، وقال: الصحيح موقوف، وأخرجه ابن عدي من طريق بختري بن مختار عن عبد الرحمن بن مسعود عن علي موقوفاً قاله الحافظ في التلخيص.

(٤) [هو بالتحريك مأخوذ من النقل بالسكون معناه الزيادة وشرعاً: زيادة على سهم الغنيمة يمنحها الإمام لبعض الغزاة وهي قد تكون جزاء على أثر محمود قام به الغازي كمبارزة وحسن أقدام، وهذا يسمّى إنعاماً ومكافأة، وقد يكون عدة من الأمير لمن يفعل ما فيه زيادة مكايده للكفار كالتقدم على طليعة، والتهجم على قلعة وهذا سمي جُعالةً، ويشترط الإمام مالك في الجُعَل أن يكون من غير السلب، وسيأتي رأيه في السلب عند الكلام عليه].

أما دليل مشروعيته فما صح في أحاديث مستمدة من ان النبي ﷺ فعله مع المقاتلة في وقائع شتى: منها ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي ﷺ «كَانَ يُنْفَلُ بَعْضُ مَنْ يَبْعَثُ مِنْ السَّرَايَا لِأَنْفُسِهِمْ خَاصَّةً سِوَى قَسَمِ عَامَةِ الْجَيْشِ» وعنه أن النبي ﷺ بَعَثَ سَرِيَّةً قَبْلَ تَجِدِ فَخَرَجَتْ فِيهَا قَبْلَتْ سِيهَامُنَا اثْنِي عَشَرَ بَعِيرًا، وَنَقَلْنَا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ بَعِيرًا بَعِيرًا، متفق عليهما. وما روي عن عبادة بن الصامت أن النبي ﷺ «كَانَ يُنْفَلُ فِي الْبَدَاةِ الرَّبِيعِ وَفِي الرَّجْعَةِ الثَّلْثُ، رواه أحمد، وابن ماجه، والترمذي. وقد تلقت الأمة هذه الأحاديث كلها بالقبول، وقد نزل فيه فيما يرى بعض العلماء قوله تعالى ﴿يَسْتَلُونَكَ عَنِ الْأَنْفَالِ قُلِ الْأَنْفَالُ لِلَّهِ وَالرُّسُولِ﴾ والمراد أن الحكم فيها يرجع إلى الله ورسوله فيحكم فيها النبي ﷺ بما يراه.

اتفقت الأمة على مشروعية الأنفال، وعبر عنها بعض الفقهاء بالجواز كما جاء في كتاب «المهذب للشيرازي» من علماء الشافعية قال: يجوز لأمير الجيش أن ينفل لمن فعل فعلاً يفضي إلى الظفر بالعدو، وعبر عنها بعضهم بالاستحباب كما جاء في كتاب «فتح القدير» للكمال بن الهمام من علماء الحنفية تعليقاً على قول صاحب «الهداية» «ولا بأس بأن ينفل الإمام في حال القتل ويحرض به على القتال» قال الكمال: «أي يستحب أن ينفل نص عليه في المبسوط، وسيذكر المصنف أنه تحريض والتحريض مندوب إليه» ثم قال أيضاً «واعلم أن التحريض واجب للنص المذكور أي قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ حَرِّضِ الْمُؤْمِنِينَ عَلَى الْقِتَالِ﴾ لكنه لا ينحصر في التنفيل ليكون التنفيل واجباً، بل يكون بغيره أيضاً من الموعظة الحسنة، والترغيب فيما عند الله فإذا كان التنفيل أحد خصال التحريض كان التنفيل واجباً مخيراً، ثم إذا كان هو أذعى الخصال إلى المقصود يكون إسقاط الواجب به دون غيره مما يسقط به الواجب أولى وهو المندوب، فصار المندوب اختيار الإسقاط به دون غيره لا هو في نفسه، بل هو واجب مخير».

هذا - وقد نقل الكمال بن الهمام أيضاً: طعن بعض الناس على التنفيل بحجة أن فيه ترجيح البعض، وتوهين البعض الآخر قالوا: وتوهين المسلم حرام، فقال الكمال في الرد عليه «إنه ليس بشيء، وإلا حرم التنفيل لاستلزامه المحرم وهو توهين المسلم مع أن التنفيل ثابت بالأحاديث الصحيحة».

والواقع أن التنفيل من شأنه أن يغري الباقيين بمثل ما فعل المنفل له، فهو يورث شجاعة وحمية لا توهينا ثم هو بعد ذلك ليس على عمل قام به جميع المجاهدين، بل على عمل زائد قام به المُنْفَلُ له فكان النفل مكافأة، وشكراً لا إشاراً له وانتقاصاً لغيره ممن يساوي. فالحق كما قال الكمال: إن هذا القول ليس بشيء».

ومما سبق يتبين أن التنفيل مشروع الأصل، وأن يحسب ما يراه الإمام فيكون حائزاً ويكون مندوباً، وقد يكون واجباً متى تعين طريقاً للتحريض الواجب بقوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ حَرِّضِ الْمُؤْمِنِينَ عَلَى الْقِتَالِ﴾ الآية.

اختلف الفقهاء في محل النفل من الغنيمة فقل إن من الخمس الواجب لبيت المال، وهو مذهب الإمام مالك، ورُوي عن سعيد بن المسيب وقيل من خمس الخمس المرصد للمصالح، وهو الأصح عند الشافعية وقيل من الأخماس الأربعة، وهو مذهب الإمام أحمد ووجه عند الشافعية، وبه قال إسحاق، وأبو عبيد، وفقهاء الشام وأنس بن مالك، وقيل من أصل الغنيمة، وروي عن =

= الإمام أحمد، والأوزاعي، وأبي ثور، والهادوية، وهو وجه عند الشافعية أيضاً وذهب الحنفية إلى أن النفل قيل الإحراز بدار الإسلام يكون بالسرير بعد الخمس، أو بالربيع أو بالثلث، أو بالكل، فحمله قيل الإحراز كل الغنيمة غير أنهم قالوا لا ينبغي للإمام أن ينفل بكل المأخوذ، ومع ذلك إن فعله جاز متى رأى فيه المصلحة أما بعد الإحراز فلا يجوز أن ينفل إلا من الخمس.

استدل الإمامان مالك، والشافعي على أن النفل يكون من الخمس على وجه العموم بما رواه مالك في الموطأ عن أبي الزناد عن سعيد بن المسيب أنه قال: «كَانَ النَّاسُ يُعْطُونَ النَّفْلَ مِنَ الْخُمْسِ» قال الإمام مالك: وذلك أحسن ما سمعت في ذلك» قال القرطبي: وإنما لم ير النفل من رأس الغنيمة لأن أهلها معينون، وهم الموجفون، والخمس مردود قسمة إلى اجتهاد الإمام، وأهله غير معينين فلم يمكن بعد هذا أن يكون النفل من حق أحد وإنما يكون من حق رسول الله ﷺ وهو الخمس.

ولكن الإمام الشافعي يرى أن النفل لا يكون من الخمس كله بل من خمس الخمس المرصد للمصالح كما هو الأصح في المذهب، لأن الخمس بالنص موزع على خمسة قسم لرسول الله ﷺ يتصرف فيه كيف شاء ويضعه حيث أراه الله، وهذا الذي يعطي منه النفل، وما سوى ذلك السهم من بقية الخمس يكون لمن سماهم الله عز وجل في كتابه، وهم ذو القربى، ومن عطف عليهم فلا ينفل من حقوقهم لأحد، قال في «الأم» «وقول سعيد بن المسيب يعطون النفل من الخمس كما قال: إن شاء الله وذلك من خمس النبي ﷺ فإن له خمس الخمس من كل غنيمة فكان النبي ﷺ يضعه حيث أراه الله كما يضع سائر ماله فكان الذي يريه الله تبارك وتعالى ما فيه صلاح المسلمين، وما سوى سهم النبي ﷺ من جميع الخمس لمن سماه الله عز وجل له فلا يتوهم عالم بأن يكون قوم حضروا فأخذوا مالهم وأعطوا مما لغيرهم إلا أن يطوع به عليهم غيرهم».

واستدل الإمام أحمد على أن النفل من الأخماس الأربعة بما رواه أحمد وأبو داود عن معين بن يزيد السلمي قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لَا نَفْلَ إِلَّا بَعْدَ الْخُمْسِ» وبروايتهما أيضاً عن حبيب بن مسلمة أن النبي ﷺ «نَفَلَ الرَّبِيعَ بَعْدَ الْخُمْسِ فِي بَدَأَتِهِ، وَنَفَلَ الثُّلُثَ بَعْدَ الْخُمْسِ فِي رَجَعَتِهِ» فهذان الحديثان صريحان في أن النفل من الأخماس الأربعة.

واستدل القائلون بأن النفل يكون من أصل الغنيمة بما رواه أبو داود عن نافع عن ابن عمر أن النبي ﷺ بعث سرية قبل نجد فأصبنا نعمة كثيراً ففقلنا أميزنا بغيراً لكل إنسان، ثم قدمنا على رسول الله ﷺ فقسّم رسول الله ﷺ بيننا غنيمتنا فأصاب كل رجل منا اثني عشر بغيراً بعد الخمس وما حاسبنا رسول الله ﷺ بالذي أعطانا صاجبتنا ولا عاب عليه ما صنع فكان لكل رجل منا ثلاثة عشر بغيراً بتفليهِ» وهو صريح في أن التنفيل كان من أصل الغنيمة.

واستدل الحنفية بأن لم يثبت للغانمين حق قيل الإحراز فليس في التنفيل بالكل أو ببعض اعتداء على حق أحد أما بعد الإحراز فقد تأكد حق الغانمين به، ولهذا يورث عمّن مات منهم فلا يجوز إبطال حقهم فيمتنع التنفيل بما يتعلق به حقهم وهو الأخماس الأربعة، وليس لهم حق في الخمس فجاز للإمام أن ينفل منه.

وقد اعترضوا هم على ذلك بأن حق الفقراء أيضاً قد تأكد في الخمس كما تأكد حق الغانمين في =

لِمَنْ يَقُومُ بما فيه نكاية زائدة في العَدُوِّ، أو تَوْفُّعٌ ظَفَرٌ أو دَفْعٌ شَرٌّ، وذلك كالتقدم على طليعة، أو التَهْجُمُ على قلعة، أو الدَّلالة عليها، أو كحفظ مكنن، وتجنُّس حالي، وما أشبهها، وإنما ينفل الإمام إذا مَسَّتِ الحاجةُ إليه لكثرة العَدُوِّ، وقلَّةُ المسلمين، وأقْتَضَى الرأيُ بَعَثَ السرايا، وحفظ المكامين، ولذلك نَفَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ في بعض الغزوات دُونَ بَعْضِ (١).

ثُمَّ الكلامُ فيمن يشرط له، وفي محلِّ المَشْرُوطِ وَقَدْرِهِ.

أما الأول: فيجوز أن يَكُونَ المَشْرُوطُ له شخصاً معيناً، أو جماعةً معينين، ويجوز أن يُطْلَقَ؛ فيقول: مَنْ فَعَلَ كذا، فله كذا.

وأما المحلُّ: فيجوزُ أن يشترطَ الثَّغْلُ من مال المصالح المرصدة عنده في بيت المال، وَحَيْثُيذُ فيشترط كونه معلوماً، ويجوز أن يشرطه مما سيغنم، وَيُؤْخَذُ من الكُفَّارِ في هذا القتال، وَحَيْثُيذُ [فيذكر جزء من] (٢) ثلث وربع وغيرهما، ويحتمل فيه الجهالة للحاجة، وإذا نفل من المأخوذ فيمن نفل، فيه ثلاثة أوجه، ويقال: ثلاثة أقوال، ويقال: قَوْلَانِ وَوَجْهٌ:

أظهرهما: أنه ينتفل من خُمُسِ خُمُسيه؛ لما رُوِيَ عن سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - قال: كان النَّاسُ يعطون النفلَ من الخُمُسِ (٣).

والثاني: أنه ينفل من رَأْسِ مال الغنيمة، ويجعل ذلك كأجرَةِ الكَيْتال، وما في مغناها، ثم يقسم الباقي، ونُسِبَ هذا إلى رواية القاضي الحُسَيْنِ - رحمه الله - عن القديم.

والثالث: أنه ينفل من أربعة أخماس الغنيمة، ثُمَّ يُقَسَّمُ الباقي منها بين أصحاب النفل، وسائر الجَيْشِ، وأما القَدْرُ فليس له حَدٌّ مُضْبُوطٌ، ولكن يجتهدُ الإمامُ فيه،

= الأخماس الأربعة فوجب ألا يجوز إبطال حقهم كما لا يجوز إبطال حق الغانمين.

وأجابوا بأن جواز ذلك في الخمس باعتبار أن المنفك إليه مصرف، ولهذا قيده بالمقاتل الفقير، وقالوا إذا كان غنياً لا يجوز تفيله لما فيه من إبطال حق الأصناف الثلاثة.

(١) في الصحيحين من حديث ابن عمر أنه كان ينفل بعض من يبعث من السرايا، وقال الترمذي قال مالك: بلغني أن النبي ﷺ نفل في بعض مغازيه ولم ينفل في مغازيه كلها.

(٢) سقط من ز.

(٣) رواه الشافعي عن مالك عن أبي الزناد عنه بهذا، ورواه ابن أبي شيبة عن حفص عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب قال: ما كانوا ينفلون إلا من الخمس، وروي من طريق الحكم عن عمرو بن شعيب عن أبيه: أن رسول الله ﷺ كان ينفل قبل أن ينزل فريضة الخمس من المغنم - الحديث - وهو مرسل.

ويَجْعَلُهُ عَلَى قَدْرِ الْعَمَلِ وَخَطَرِهِ، وَقَدْ رُوِيَ عَنْ عِبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ «نَفَلَ فِي الْبَدَاءِ الرَّبِيعَ وَفِي الرَّجْعَةِ الثَّلْثَ»<sup>(١)</sup> وَفَسَّرَ بَعْضُهُمْ «الْبَدَاءَ» بِالسَّرِيَةِ الْأُولَى «وَالرَّجْعَةَ» بِالثَّانِيَةِ، وَالْمَشْهُورُ أَنَّ الْبَدَاءَ ابْتِدَاءُ السَّفَرِ، وَالْمُرَادُ [بِالْبَدَاءِ]<sup>(٢)</sup> بِالسَّرِيَةِ: الَّتِي بَعَثَهَا الْإِمَامُ قَبْلَ دُخُولِهِ دَارَ الْحَرْبِ مَقْدَمَةً لَهُ، وَالرَّجْعَةَ: الَّتِي يَأْمُرُهَا بِالرُّجُوعِ بَعْدَ تَوَجُّهِ الْجَيْشِ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ، وَإِنَّمَا زَادَ الثَّقَلُ فِي الرَّجْعَةِ؛ لِأَنَّهُمْ فِي الْبَدَاءِ مَسْتَرْحُونَ لَمْ يَطَّلُ بِهِمُ السَّفَرُ؛ وَلِأَنَّ الْكُفَّارَ فِي غَفْلَةٍ مِنْهُمْ؛ وَلِأَنَّ الْإِمَامَ مِنْ وَرَائِهِمْ فَيَسْتَنْظِرُونَ بِهِ، وَكُلُّ ذَلِكَ فِي الرَّجْعَةِ بِخِلَافِهِ، وَاخْتَلَفُوا فِي الْمُرَادِ مِنَ الْخَبَرِ، بِحَسَبِ اخْتِلَافِهِمْ فِي مَحَلِّ الثَّقَلِ: فَمِنْ قَائِلٍ: إِنَّ الْمُرَادَ ثَلَاثَ خُمْسِ الْخُمْسِ؛ أَوْ رِبْعِهِ، وَمِنْ قَائِلٍ: إِنَّ الْمُرَادَ ثَلَاثَ الْجَمِيعِ أَوْ رُبُعَهُ، وَمِنْ قَائِلٍ: إِنَّ الْمُرَادَ ثَلَاثَ أَرْبَعَةٍ أَوْ خَمْسَةٍ أَوْ رُبُعَهَا.

وقيل: إنه أراد أنه يزداد حصة كل واحد من الغنيمة مثل ثلثه أو مثل ربعه، ويجوز الزيادة على الثلث، والثقصان عن الربيع بالاجتهاد، والله أعلم، هذا هو الفقه.

أما لفظ الكتاب فقوله: «أو يتطرق إليها» يعني إلى الغنيمة، وقوله: «ثم القسمة بعده» فظاهر صرف الكناية إلى «المتطرق إليها» لكن في كون القسمة بعد هذه الأمور توقف واختلاف شديد، سواء قدرنا أن المراد قسمة الغنيمة خمسا وأربعة أخماس، أو قسمة الأخماس الأربعة على الغانمين، أما في الثقل، فعلى قولنا: إنه، ينفل من الخمس، فلا تكون القسمة بعده، وأما في الرضخ والسلب، فسيأتي.

وقوله: «ومحله مال المصالح» يعني الحاصل في بيت المال، وقوله بعده: «أو خمس الخمس، مما سيؤخذ من الكفار» ظاهره يشعر بتخيير الإمام، وربما صرح به، والأشبه أنه يجتهد، ويراعي المصلحة.

وقوله: «أما ثلث خمس الخمس أو ربعه» يعني خمس الخمس مما سيؤخذ منهم.

وقوله: «أو ثلث ما يأخذه أو ربعه» يحتمل أن يفسر بما يأخذه الإمام، ويغنمه من هذا القتال، ويحتمل أن يفسر بحصته التي يأخذها من الغنيمة، ولو لم يقل كما يراه الإمام، لجعلنا التريديد إشارة إلى وجهين للأصحاب قد أسلفناهما، فالمحتمل الأول:

(١) رواه الترمذي وابن حبان في صحيحه، وفي الباب عن حبيب بن مسلمة أخرجه أبو داود وغيره (تنبيه) فسر الخطابي بما حاصله: إن للسرية إذا ابتدأت السفر نفلها الربع، فإذا قفلوا ثم رجعوا إلى العدو ثانية كان لهم الثلث، لأن نهوضهم بعد القفول أشق عليهم وأخطر. قاله الحافظ في التلخيص.

(٢) سقط في: ز.

هو الوجه الثاني من الوجوه المذكورة في محل الثقل، والمحمثل الثاني: هو الوجه الآخر من الوجوه المذكورة في تفسير حديث البداء، وإذا ذكره، فظاهر المفهوم منه التخيير والتفويض إلى رأي الإمام، وأنه شيء زائد على ما قال الأصحاب.

فَرَعُ: إذا قال الأمير: «مَنْ أَخَذَ شَيْئاً، فَهُوَ لَهُ» فعلى قولين، أشار الشافعي - رضي الله عنه - إليهما:

أحدهما: أنه يصح شرطه؛ لما روي أنه ﷺ قَالَ ذَلِكَ يَوْمَ (١) بدر، وبهذا قال أبو حنيفة وأحمد - رحمهما الله - ويروى أيضاً عن مالك - رحمه الله -.

وأصحهما: المنع كما لا يجوز شرط شيء من الغنيمة لغير الغانمين، والحديث مما تكلموا في ثبوته، وبتقدير ثبوته، فإن غنائم بدر كانت له خاصة يضعها حيث يشاء.

آخر: من ظهر منه في الحرب مبارزة، وحسن إقدام، وأثر محمود، أعطي سهمه من الغنيمة وزيد من سهم المصالح ما يليق بالحال.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَأَمَّا الرِّضْخُ فَهُوَ مَا لَمْ تَقْدِرْهُ إِلَى رَأْيِ الْإِمَامِ بِشَرْطِ الْأَيْزِيدِ عَلَى سَهْمٍ وَاحِدٍ مِنَ الْغَانِمِينَ بَلْ يَنْقُصُ، وَيُضْرَفُ إِلَى الْعَبِيدِ وَالصَّبِيَّانِ وَالنِّسَاءِ، وَنُقْصَانُهُ عَنِ السَّهْمِ لِنُقْصَانِ حَالِهِمْ، وَكَذَا الْكَافِرُ (و) إِنْ حَضَرَ بِإِذْنِ الْإِمَامِ (و) يُرْضَخُ لَهُ، وَفِي مَحَلِّهِ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ: (أَحَدُهَا) أَنَّهُ مِنْ أَضْلِ الْغَنِيمَةِ كَأَجْزَةِ الثَّقَلِ وَالْحَمَلِ (وَالثَّانِي): أَنَّهُ مِنْ خُمْسِ الْخُمْسِ كَالثَّقَلِ (وَالثَّلَاثُ): أَنَّهُ مِنَ الْأَخْمَاسِ الْأَرْبَعَةِ لِأَنَّهُ سَهْمٌ مِنَ الْغَنِيمَةِ لِأَنََّّهُ دُونَةٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْأَمْرُ الثَّانِي (٢): الرِّضْخُ: فَالْعَبِيدُ وَالصَّبِيَّانِ وَالنِّسَاءُ وَالْحَنَائِثُ وَالرُّؤْمَى

(١) قال الحافظ: والحديث تكلموا في ثبوته، وبتقدير ثبوته فإن غنائم بدر كانت له خاصة يضعها حيث شاء، أما الحديث فروى الحاكم من حديث عبادة بن الصامت: أن رسول الله ﷺ حين ألقى الناس بيدر نفل كل امرئ ما أصاب، وهو من رواية مكحول عن أبي أمامة عنه، وقيل لم يسمع منه. وروى أبو داود والحاكم من حديث عكرمة عن ابن عباس: أن النبي ﷺ قال يوم بدر: «من قتل قتيلاً فله كذا»، ومن أسر أسيراً فله كذا، فذكر الحديث بطوله، وصححه أيضاً أبو الفتح في الاقتراح على شرط البخاري، قال البيهقي. وروينا في حديث سعد بن أبي وقاص في سرية عبد الله بن جحش قال: وكان الفيء إذ ذاك من أخذ شيئاً فهو له، وأما الجواب الثاني فمستقيم لأن الأحاديث كلها بينة ظاهرة في أن ذلك قبل بدر، وأما ما بعد بدر فصار الأمر في الغنيمة إلى القسمة، وذلك بين في الأحاديث، حديث ابن عباس المتقدم ذكره وغيره.

(٢) الرضخ في اللغة: إعطاء القليل، وفي الشرع إعطاء شيء دون سهم المجاهد يجتهد الإمام في قدرة لأنه لم يرد عن الشرع فيه تحديد، فيرجع فيه إلى رأي الإمام، وعليه أنه يفاوت بين المرضخ لهم فيعطى كلاً بمقدار نضجه وغنائه وما يقوم به من عمل، واستثنى الحنفية الذي يقوم بنوع من الدلالة فجزوا زيادة رضخه على السهم إذا كان في دلالة متفعة عظيمة، ولا يلزم من =

وأهل الذمة، لا يُسهم لهم من الغنيمة؛ رُوِيَ أَنَّ ابْنَ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - «سُئِلَ عَنِ النِّسَاءِ: هَلْ كُنَّ يَشْهَدْنَ الْحَرْبَ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، وَهَلْ كَانَ يَضْرِبُ لَهُنَّ بِسَهْمٍ، فَقَالَ: كُنَّ يَشْهَدْنَ الْحَرْبَ<sup>(١)</sup> فَأَمَّا أَنْ يُضْرَبَ لَهُنَّ بِسَهْمٍ، فَلَا» ولأنهم ليسوا من أهل فَرَضِ الْجِهَادِ، فلا يشاركون أهل الكمال في استحقات السهم، لا وجه لحرمانهم، إذا

= ذلك تسويته بالمجاهدين لأن ما يأخذه بمنزلة الأجرة، فيعطى بالغأ ما بلغ.

ذهب الجمهور من الحنفية، والشافعية، والحنابلة إلى أنه لا يسهم للمرأة، والصبي، والعبد، بل يرضخ لهم، وذهب الإمام مالك في المشهور عنه إلى أن الذين لا يسهم لهم لا يرضخ لهم أيضاً، وله في الصبي إن أجزى وقتل خلاف:

وحكى الشوكاني عن الأوزاعي أنه يسهم للمرأة، والصبي وهذا هو مشهور المذاهب.

استدل الجمهور بما رواه أحمد، ومسلم عن عبد الله بن عباس أن النبي ﷺ كان يَغْزُوُ بِالنِّسَاءِ فَيُدَاوِينَ الْجَرْحَى وَيُحْذِينَ مِنَ الْغَنِيمَةِ، «وَأَمَّا بِسَهْمٍ فَلَمْ يَضْرِبْ لَهُنَّ» وعنه: كان رسول الله ﷺ «نُعْطِي الْمَرْأَةَ وَالْمَمْلُوكَ مِنَ الْغَنَائِمِ. دُونَ مَا يُصْنَبُ الْجَيْشُ» رواه أحمد - وعنه أيضاً «أَنَّهُ كَتَبَ إِلَى تَجْدَةَ الْحَرُورِيِّ سَأَلَتْ عَنِ الْمَرْأَةِ وَالْعَبْدِ هَلْ كَانَ لِهَمَّا سَهْمٌ مَعْلُومٌ إِذَا حَضَرَ النَّبِيُّ، وَإِنَّهُ لَمْ يَكُنْ لَهُمَا سَهْمٌ مَعْلُومٌ إِلَّا أَنْ يُحْذِيَ مِنَ الْغَنَائِمِ الصُّومِ» رواه أحمد، ومسلم.

وليس للإمام مالك على منع الرضخ دليل معروف. قال الشوكاني والظاهر أنه لا يُسهمُ لِلنِّسَاءِ، والصبيان، والعبيد، والذميين وما ورد من الأحاديث مما فيه إشعار بأن النبي ﷺ أسهم لأحد من هؤلاء فينبغي حمله على الرضخ، وهو العطية القليلة. جمعاً بين الأحاديث، وقد صرح ابن عباس بذلك. وكذلك صرح حديث عمير مولى أبي اللحم فإنه فيه أن النبي ﷺ رَضَخَ لَهُ بِشَيْءٍ مِنَ الْأَثَاثِ وَلَمْ يُسْهِمْ لَهُ. وبذلك يتعين حمل ما جاء في مرسل الأوزاعي أن النبي ﷺ أسهم للصبيان بِخَبَرٍ، رواه الترمذي وما في مرسل الزهري أنه ﷺ أسهم لِقَوْمٍ مِنَ الْيَهُودِ قَاتِلُوا مَعَهُ، رواه الترمذي، وأبو داود في الوسيلة وما عن حَشْرَجٍ أَنَّهُ ﷺ أسهم لِلنِّسَاءِ رواه أحمد وأبو داود - ويحمل ذلك كله على مجرد العطية جمعاً بين الأحاديث.

اختلف الفقهاء في مأخذ الرضخ فذهب الحنفية والشافعية في قول له وأحمد في رواية عنه إلى أنه من أصل الغنيمة، والحجة في ذلك أنه من أعوان المجاهدين فجعل حقه في أصل الغنيمة كالنقل والحافظ وذهب الشافعية في أظهر الأقوال عنده، وأحمد في رواية عنه إلى أنه من الأخماس الأربعة، والحجة في ذلك أنه من المجاهدين فحقه في الأخماس الأربعة.

وذهب الشافعية في قول ثالث له إلى أنه من خمس الخمس المرصد للمصالح. وذهب الإمام مالك إلى أنه من الخمس كله والحجة في ذلك أنه من أهل المصالح فحقه في سهمها. والراجح المذهب الأول؛ لأنه لم يصل إلى درجة المجاهدين حتى يعتبر منهم، ولأن عمله أشق من عمل أرباب المصالح فلا يصح اعتباره منهم.

(١) أخرجه مسلم وأبو داود من حديثه مطولاً وفيه: ويحذين من الغنيمة، وفي رواية لأبي داود: قد كان يرضخ لهم، ويعارضه حديث حشر بن زياد عن جدته أن النبي ﷺ أسهم لهم كما أسهم للرجال، أخرجه أبو داود والنسائي في حديث، وحشر مجهول، وروى أبو داود في المراسيل من طريق مكحول: أن النبي ﷺ أسهم للنساء والصبيان والخيل، وهذا مرسل.

كثُرُوا السَّوَادَ، وَأَعَانُوا الْمُسْلِمِينَ، فِيرْضَخُ لَهُمْ بِشَيْءٍ وَحَكَّى أَبُو الْفَرَجِ الزَّازِ قَوْلَيْنِ: فِي أَنَّهُ مُسْتَحَبٌّ أَوْ مُسْتَحَقٌّ، وَالْمَشْهُورُ الْإِسْتِحْقَاقُ، لَمْ يَتْرِكْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الرِّضْخَ قَطُّ، وَلَنَا فِيهِ أُسُودَةٌ حَسَنَةٌ، ثُمَّ يَجْتَهِدُ الْإِمَامُ فِي تَقْدِيرِهِ، وَلَا يَبْلُغُ بِهِ سَهْمَ وَاحِدٍ مِنَ الْغَانِمِينَ، فَلَا يَبْلُغُ بِهِ سَهْمَ رَاجِلِهِمْ، إِنْ كَانَ مِنْ يُرْضَخُ لَهُ رَاجِلًا، وَإِنْ كَانَ فَارِسًا، فَهَلْ يَجُوزُ أَنْ يَبْلُغَ بِهِ سَهْمَ رَاجِلِهِمْ؟ فِيهِ وَجْهَانُ؛ بِنَاءٍ عَلَى أَنَّهُ، هَلْ يَجُوزُ أَنْ يَبْلُغَ تَعْزِيرُ الْحُرِّ حَدًّا<sup>(١)</sup> الْعَبِيدَ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ حَضُورَ الْعَبِيدِ بِإِذْنِ السَّادَةِ وَالصَّبِيَّانِ وَالنِّسَاءِ، بِإِذْنِ الْأَوْلِيَاءِ وَالْأَزْوَاجِ، أَوْ بِغَيْرِ إِذْنٍ، أَمَا الذَّمِّيُّ: إِذَا حَضَرَ بِغَيْرِ إِذْنِ الْإِمَامِ؛ فَإِنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ شَيْئًا؛ لِأَنَّهُ مَتَّهَمٌ بِمُوَالَاةِ أَهْلِ دِينِهِ، بَلْ لِلْإِمَامِ تَعْزِيرُهُ، إِذَا أَدَّى اجْتِهَادَهُ إِلَيْهِ، وَفِيهِ وَجْهٌ: أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ الرِّضْخَ، وَالْمَسْأَلَةُ بِمَا فِيهَا مِنَ الْخِلَافِ مَذْكُورَةٌ فِي كِتَابِ «السِّيَرِ»، وَإِنْ حَضَرَ بِالْإِذْنِ، فَإِنْ كَانَ قَدْ اسْتَأْجَرَهُ، فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا الْأَجْرَةُ، وَإِلَّا فَلَهُ الرِّضْخُ، وَفِي بَعْضِ الشُّرُوحِ وَجْهٌ: أَنَّهُ لَا شَيْءَ لَهُ، وَعَنْ أَبِي إِسْحَاقَ: أَنَّهُ إِذَا يَسْتَحِقُّ الرِّضْخَ، إِذَا قَاتَلَ بِخِلَافِ سَائِرِ مُسْتَحَقِّي الرِّضْخِ؛ لِأَنَّ الْمُدْفُوعَ إِلَيْهِ فِي مَعْنَى الْأَجْرَةِ فَلَا بَدَّ مِنَ الْعَمَلِ، وَنِسَاءَ أَهْلِ الذَّمِّ، إِذَا خَرَجْنَ بِإِذْنِ الْإِمَامِ، لَهُنَّ الرِّضْخُ عَلَى أَصْحَابِ الْوَجْهَيْنِ؛ كَنِسَاءِ الْمُسْلِمِينَ، وَيَفْضُلُ الْإِمَامُ بَيْنَ أَهْلِ الرِّضْخِ عَلَى حَسَبِ مَا يَرَى مِنْ غَنَائِمِهِمْ؛ فَيَزِيدُ الْمُقَاتِلَ، وَلَمَنْ قَاتَلَ أَكْثَرَ عَلَى غَيْرِهِ [وَالْفَارِسَ عَلَى الرَّاجِلِ] وَيَفْضُلُ الْمَرْأَةَ الَّتِي تَدَاوَى الْجَرْحَى، وَتَسْقِي الْعَطْشَى عَلَى الَّتِي تَحْفَظُ الرَّجُلَ بِخِلَافِ سَهْمِ الْغَنِيمَةِ، حَيْثُ يَسْوِي فِيهِ بَيْنَ الْمُقَاتِلِ، وَغَيْرِهِ، وَفَرَقَ بَعْضُ بَيْنَهُمَا بِأَنَّ الْغَنِيمَةَ: مَنْصُوصٌ عَلَيْهَا [وَالرِّضْخَ مَجْتَهِدٌ فِيهِ، فَجَازَ أَنْ يَخْتَلَفَ كَدِيَةِ الْحُرِّ، لَمَّا كَانَ مَنْصُوصًا عَلَيْهِ]<sup>(٢)</sup> لَمْ يَخْتَلَفْ، وَقِيَمَةُ الْعَبْدِ مَجْتَهِدٌ فِيهَا، فَاخْتَلَفَتْ، وَمَنْ أَيْنَ يُرْضَخُ لَهُمْ؛ أَمَا الْعَبِيدُ وَالنِّسَاءُ وَالصَّبِيَّانَ، فَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ، وَرَبْمَا قِيلَ: أَوْجَهُ:

أحدها: مِنْ أَضَلِّ الْغَنِيمَةِ؛ كَأَجْرَةِ الثَّقَلِ، وَالْحَمَلِ، وَالْحِفْظِ؛ لِأَنَّ حَضُورَهُمْ لِمَصْلَحَةِ الْغَنِيمَةِ، وَالْغَانِمِينَ؛ فَإِنَّهُمْ يَسْقُونَ الْمَاءَ، وَيَحْفَظُونَ الرَّحْلَ، وَيَكْفُونَ الْمَوْنَ، فَيَتَفَرَّغُ الْغَازِوْنَ لِشَأْنِهِمْ.

والثاني: مِنْ خُمْسِ الْخُمْسِ بِسَهْمِ الْمَصَالِحِ؛ لِأَنَّهُمْ لَيْسُوا مِنْ أَهْلِ أَرْبَعَةِ أَخْمَاسِ، الْخُمْسِ، وَلَا هُمْ عَلَى صِفَاتِ الْغَانِمِينَ؛ فَكَانَ الدَّفْعُ إِلَيْهِمْ مِنَ الْمَصَالِحِ.

(١) قضية البناء ترجيح الجواز لكن الماوردي قطع بالمنع. قال في الخادم: لكنه - يعني الماوردي رجح في كتاب السير أنه يبلغ به سهم - راجل ولا يبلغ به سهم فارس. وكذا نقله عن صاحب البحر هناك - ثم قال الزركشي -: وهذا الذي رجحه الماوردي هو الذي أجاب به الإمام وقضية كلام الدارمي أنه المقول.

(٢) سقط في: ز.



والثالث: وهو الأصح: أنه من الأخماس الأربعة المقسومة بين الغانمين، لأنه سهم من الغنيمة مستحق بحضور الوقعة إلا أنه ناقص.

وأما أهل الذمة، فأصح الطريقين: أن رضخهم كرضخ العبيد.

والثاني: القطع بأنهم يغطون من خمس الخمس؛ لأنهم يغطون لمجرد المصلحة وغيرهم بحضور الوقعة، ومنهم من خصص هذا القول برضخ أهل الذمة، ولم يثبت في حق غيرهم إلا القول الأول والثالث، وحيث قلنا: إن الرضخ من أصل الغنيمة، فيبدأ الإمام به، كما يبدأ بالسلب، ثم يقسم الباقي خمساً وأربعة أخماس.

وأما لفظ الكتاب، فقوله: «وأما الرضخ: فهو ما تقديره إلى رأي الإمام تمام الكلام بعد قوله: «يصرف إلى العبيد والصبيان والنساء» كأنه قال: الرضخ: ما يصرف إليهم، وقدره يتبع فيه رأي الإمام، ويشتراط ألا يزيد على سهم واحد من الغانمين، وإنما قال: بل ينقص؛ لأنه قال: أولاً بشرط ألا يزيد، ولا يكتفي بأن لا يزيد فاحتاج إلى استدراك، ولو قال: بشرط ألا يبلغ سهم واحد من الغانمين، لاستغنى عن الجمع بين الكلمتين، ثم ظاهر لفظه يوافق الوجه الذاهب إلى أن سهم ذي الرضخ، وإن كان فارساً، لا يبلغ سهم الرجال من الغانمين، كما لا يبلغ سهم الفارس منهم، وأنه مطلق، وبذلك أجاب الماوردی - رحمه الله -.

وقوله: «وكذا الكافر، إن حضر بإذن الإمام، يرضخ لهم» يجوز أن يعلم بالواو؛ لما سبق، ثم في التقييد إشارة إلى أنه حضر بغير إذن الإمام، لم يرضخ له، وهو الظاهر، ولكن يجوز أن يعلم بالواو؛ لما سبق وقوله: «من خمس الخمس، كالنفل» يعني على الأصح من الخلاف الذي مر في النفل.

فروع: أحدها: إذا انفرد العبيد، والنساء، والصبيان بغزوة، وغنموا، خمست ثم في الباقي ثلاثة أوجه محكية في «الشامل» عن أبي إسحاق، وهو الأصح عند القاضي أبي الطيب، أنه يقسم بينهم، كما يقسم الرضخ على ما يقتضيه الرأي من التسوية والتفضيل.

والثاني: يقسم كما تقسم الغنيمة للفارس ثلاثة أسهم، وللرجال سهم.

والثالث: يرضخ لهم، ويجعل الباقي في بيت المال، وخصص هذا الوجه في «التهديب» بالصبيان والنساء، ولم يذكر في العبيد إلا أنه لساداتهم، وحكى أنه لو سبي مراهقون ومجانين صغاراً، حكم بإسلامهم تبعاً لهم، ولو كان مع أهل الرضخ واحد من أهل الكمال، فيرضخ لهم، والباقي لذلك الواحد، ولا يخمس ما أخذه الذميون من أهل الحزب؛ لأن الخمس حق يجب على المسلمين؛ كالزكاة<sup>(١)</sup>.

(١) ما جزم به الشيخ نقله الداركي عن نص الشافعي.

والثاني: مَنْ قَاتَلَ مِنْ أَهْلِ الْكَمَالِ أَكْثَرَ مِنْ غَيْرِهِ، فَيُرْضَخُ لَهُ مَعَ السَّهْمِ، كَذَلِكَ ذَكَرَهُ الْمَسْعُودِيُّ، وَصَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» وَمِنْهُمْ: مَنْ يَنَازِعُ كَلَامَهُ فِيهِ، وَقِيلَ: يَزَادُ مِنْ سَهْمِ الْمَصَالِحِ مَا يَلِيقُ بِالْحَالِ.

الثالث: لَوْ زَالَ نَقْصَانُ أَهْلِ الرِّضْخِ فَيَعْتَقِ الْعَبْدَ، وَاسْلَمَ الْكَافِرَ، وَبَلَغَ الصَّبِيَّ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْحَرْبِ، أَسْهَمَ لَهُمْ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْحَرْبِ، فَقَدْ أَطْلَقَ الْقَاضِي الْمَآوَزْدِيُّ: أَنَّهُ لَيْسَ لَهُمْ إِلَّا الرِّضْخُ، وَيَنْبَغِي أَنْ يَجِيءَ فِي الزَّوَالِ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْحَرْبِ وَقَبْلَ حِيَاةِ الْمَالِ [الْخِلَافُ الَّذِي سَنَذَكِرُهُ فِي اسْتِحْقَاقِ مَنْ حَضَرَ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْحَرْبِ وَقَبْلَ حِيَاةِ الْمَالِ] (١).

قَالَ الْعَزَالِيُّ: أَمَّا السَّلْبُ فَهُوَ مَا يُوجَدُ مَعَ الْقَتِيلِ مِنْ ثِيَابِهِ وَسِلَاحِهِ وَزِينَتِهِ يَسْتَحِقُّهُ قَاتِلُهُ بِشَرْطِ أَنْ يَكُونَ الْقَتِيلُ مُقْبِلًا وَالْقَاتِلُ رَاكِبًا لِلْعَزْوِ، فَلَوْ رَمَى مِنْ حِضْنِ، أَوْ مِنْ وَرَاءِ الصَّفِّ وَقُتِلَ، أَوْ كَانَ الْقَتِيلُ مَنُهِمًا أَوْ غَافِلًا فَقُتِلَ لَمْ يَسْتَحِقَّ، وَيَسْتَحِقُّ بِالْإِنْخَانِ، فَإِنْ قَتَلَهُ غَيْرُهُ فَالسَّلْبُ لِلْمُخَنِّ، فَإِنْ اشْتَرَكَ فِي الْإِنْخَانِ فَالسَّلْبُ لَهُمَا، وَإِذَا أَسَرَ كَافِرًا اسْتَحَقَّ سَلْبُهُ (و)، وَفِي اسْتِحْقَاقِ رَقَبَتِهِ إِذَا رُقَّ، أَوْ بَدَلَهُ إِذَا قَادَى نَفْسَهُ قَوْلَانِ، وَالذَّمِّيُّ لَا يَسْتَحِقُّ (و) السَّلْبَ، وَفِي مُسْتَحَقِّ الرِّضْخِ إِذَا قُتِلَ خِلَافَ، وَالْحَاتِمَ وَالسَّوَارِ وَالْمَنْطِقَةَ مِنَ السَّلْبِ عَلَى الْأَظْهَرِ (و)، وَالْحَقِيبَةَ الْمَشْدُودَةَ عَلَى فَرْسِهِ، وَكَذَا الْجَنِيْبِيَّةَ لَيْسَ مِنَ السَّلْبِ عَلَى الْأَشْهَرِ، وَفِيمَا مَعَهُ مِنَ الدَّنَائِيرِ قَوْلَانِ، وَالْأَشْبَهُ بِالْحَدِيثِ أَنَّهُ لَا يَخْرُجُ الْعُخْمُسُ مِنَ السَّلْبِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ (٢): السَّلْبُ لِلْقَاتِلِ؛ لَمَّا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ: أَعْطَى سَلْبَ مَرْحَبٍ يَوْمَ

(١) سقط في: ز.

(٢) [السَّلْبُ هُوَ ثِيَابُ الْقَتِيلِ وَأَلَاتُ حَرِيَّةِ كَالسَيْفِ، وَالرَّمْحِ، وَالدَّرْعِ وَالدَّابَّةِ الَّتِي يَرْكَبُهَا وَالتِّي تَكُونُ بَجَانِبِهِ، وَمَا مَعَهُ مِنْ حَلِيٍّ وَمَالٍ عَلَى خِلَافِ لِبَعْضِ الْفُقَهَاءِ فِي بَعْضِ مَا ذَكَرْنَا وَالْأَمْرُ فِيهَا هَيْتَنَ يَسِيرٍ. وَاخْتَلَفَ الْفُقَهَاءُ فِي أَنَّ السَّلْبَ حَقٌّ لِلْقَاتِلِ أَوْ حَقٌّ لِلْإِمَامِ إِنْ شَاءَ وَعَدَّ بِالتَّنْفِيلِ بِهِ وَإِنْ شَاءَ وَضَعَهُ فِي الْغَنِيمَةِ.

فذهب الإمام الشافعي، وأحمد، والليث، وغيرهم إلى أن السلب للقاتل بشروط ذكرت في كتبهم سواء قال الإمام من قتل قتيلاً فله سلبه أم لا، فاستحقاق القاتل له حكم شرعي ثابت في نفسه لا يتوقف على جعل الإمام وقال الحنفية والمالكية والثوري: إن القاتل لا يستحق إلا أن يشترط له الإمام، وهو عندهم من النفل.

استدل الشافعي، ومن معه بقوله ﷺ في حديث طويل متفق عليه عن أبي قتادة: «مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا لَهُ عَلَيْهِ بَيْنَةٌ فَلَهُ سَلْبُهُ» وبما رواه أحمد وأبو داود عن أنس رضي الله عنه: أن النبي ﷺ قال يوم حنين: «مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا فَلَهُ سَلْبُهُ، فَقَتَلَ أَبُو طَلْحَةَ عَشْرَيْنِ رَجُلًا وَأَخَذَ أَسْلَابَهُمْ» فهذا الحديثان صريحان في أن السلب للقاتل واستدل الحنفية، ومن وافقهم بعموم قوله تعالى: «وَاعْلَمُوا أَنَّمَا =

غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ» الآية، والسلب مال مغنوم لأنه مأخوذ بقوة الجيش، إذ لولا الجيش لما حصل السلب، ومباشرة القتل لا عبرة بها، كما أنها لم تعتبر في منع الردء من الغنيمه بل هو، والمقاتل المباشر فيها سواء - وبما رواه البخاري، ومسلم من حديث جاء فيه: أن معاذَ ابن عمرو بن الجُمُوحِ ومُعَاذَ ابْنِ عَفْرَاءَ صَرَبَا أَبَا جَهْلٍ بِسَيْفَيْهِمَا حَتَّى قَتَلَاهُ فَاتَّبَعَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: أَيُّكُمَا قَتَلَهُ؟ فَقَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا: أَنَا قَتَلْتُهُ، فَنَظَرَ فِي السَّيْفَيْنِ فَقَالَ: كِلَاكُمَا قَتَلَهُ، وَقَضَى بِسَلْبِهِ لِمُعَاذِ بْنِ عَمْرٍو بْنِ الْجُمُوحِ» فهذا الحديث نصّ على أن السلب ليس للمقاتل، بل هو بتعيين الإمام وبما روي عن طريق عمرو بن واقد عن موسى بن يسار عن مكحول عن جنادة بن أبي أمية أن حبيب بن مسلمة قتل قتيلاً فأراد أبو عبيدة أن يخمس سلبه فقال له حبيب: إن رسول الله ﷺ قضى بالسلب للمقاتل فقال له معاذ: مهلاً يا حبيب سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إِنَّمَا لِلْمَرْءِ مَا طَابَتْ بِهِ نَفْسُ إِمَامِهِ» وهذا الحديث أيضاً يدلّ على أن السلب ليس للمقاتل، إذ لو كان له لما توقف على طيب نفس الإمام.

ورد على الحنفية في استدلالهم بالآية أن السلب حقيقة من الغنيمه وتشمله الآية؛ ولكن الرسول عليه الصلاة والسلام بيّن أنه خارج من حكم الغنيمه كما خصت الآية بكثير غير السلب كالمقاتل الذمي، وقاتل النساء، والصبيان، وغيرهم ممن لم يقاتل، وإنما جعله ﷺ للمقاتل في مقابلة مخاطرته بنفسه رغبة منه في إعلاء كلمة الله تعالى وأما حديث الصحيحين فقد أجيب عنه بأن في سياق دلالة على أن السلب يستحقه من أثنخن في القتل ولو شاركه غيره في الضرب أو الطعن، وإنما حكم بالسلب لمعاذ بن عمرو بن الجُمُوحِ، لأنه رأى أن ضرته هي المؤثرة في قتله لعمقها وظهور أثرها، قال المهلب: «وإنما قال كلاكما قتله وإن كان أحدهما هو الذي أثنخنه لتطيب نفس الآخر».

أما حديث حبيب بن مسلمة، ففيه عمرو بن واقد وهو منكر الحديث كما قاله البخاري وغيره.

وقد ورد على ما استدلل به الشافعي، ومن معه من قوله عليه الصلاة والسلام: «مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا فَلَهُ سَلْبُهُ» أن النبي ﷺ إنما قاله يوم حنين، وقد هُزِمَ المسلمون تحريضاً لهم على القتال، قال الإمام مالك: لم يبلغني ذلك في غير حنين، وأجاب الشافعي، ومن معه بأن ذلك حفظ عن النبي عليه الصلاة والسلام في عدة مواطن منها يوم بدر، ويوم أحد، فقد قتل حاطب بن أبي بلتعة رجلاً فسَلَّمَهُ رسول الله ﷺ سَلْبُهُ كما أخرجه البيهقي، وفي غزوة مؤتة وفي وقائع كثيرة، واحتج به الصحابة بعد وفاة الرسول ﷺ في كل مرة خولف فيها أمره عليه الصلاة والسلام. وردّ على الشافعية في تخصيص آية الغنيمه بحديث السلب أن هذا لو كان على سبيل الشرع العام، وهو موضع النزاع. وورد عليهم أن قوله ﷺ «كِلَاكُمَا قَتَلَهُ» مع قضائه بالسلب لأحدهما ظاهر في أن أمر السلب للإمام، وما يقولونه تأويلاً لهذا بعد قوله: «فَاتَّبَعْتَاهُ بِسَيْفَيْهِمَا» وقوله ﷺ «كِلَاكُمَا قَتَلَهُ» بعد نظره في سيفيهما بعيد؛ لأنه يتضمن ثبوت الاشتراك في القتل ومباشرتهما له، وهو موجب لاشتراكهما في السلب والقول بأنه تطيب لنفس الآخر غير مسلم. بل هو حرمان له بعد تقرير النبي عليه الصلاة والسلام أنه قتل مع صاحبه، والرسول ﷺ مقدر لجهة الحكم فلا يصح أن يقول هذا ثم يحكم لأحدهما فقط.

فدلّ ذلك على أن المسألة ليست شرعاً مقررراً في ذاته وإنما هي ترجع إلى رأي الإمام، وقد رأى إعطاء أحدهما دون الآخر وهو الذي يقدر عوامل الإعطاء والحرمان.

حَبِيبٍ مَنْ قَتَلَهُ<sup>(١)</sup>، وعن أبي قتادة - رضي الله عنه - قال: حَرَجْنَا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ يَوْمَ حَنْينَ فَرَأَيْتُ رَجُلًا مِنَ الْمُشْرِكِينَ عَلَا رَجُلًا مِنَ الْمُسْلِمِينَ، فَاسْتَدْرَكَتْ لَهُ حَتَّى أَتَيْتُهُ مِنْ وِرَائِهِ، فَضَرَبْتُهُ عَلَى حَبْلِ عَاتِقِهِ ضَرْبَةً، فَأَقْبَلَ عَلَيَّ، فَضَمَّنِي ضَمَّةً وَجَدْتُ فِيهَا رِيحَ الْمَوْتِ، ثُمَّ أَذْرَكَهُ الْمَوْتَ، فَأَرْسَلَنِي إِلَى أَنْ مَاتَ، فَقَالَ ﷺ: «مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا لَهُ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ، فَلَهُ سَلْبُهُ؛ فَقَمْتُ، فَأَقْتَصَصْتُ عَلَيْهِ الْقِصَّةَ، فَقَالَ رَجُلٌ: صَدَقَ يَا رَسُولَ اللَّهِ، وَسَلَبَ ذَلِكَ الْقَتِيلَ عِنْدِي، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَأَعْطَاهُ إِيَّاهُ» فَأَعْطَانِيهِ فَأَبْتَعْتُ بِهِ مَخْرَفًا فِي بَنِي سَلْمَةَ فَإِنَّهُ لَأَوَّلُ مَا تَأْتِلُهُ فِي الْإِسْلَامِ.

والكَلَامُ فِي سَبَبِ اسْتِحْقَاقِ السَّلْبِ، وَفِي الْمَسْتَحِقِّ، وَفِي السَّلْبِ نَفْسَهُ، وَفِي كَيْفِيَةِ إِخْرَاجِهِ مِنَ الْعَنَائِمِ: أَمَّا سَبَبُ اسْتِحْقَاقِ: فَقَدْ قَالَ فِي «الْوَسِيطِ» فِي ضَبْطِهِ: هُوَ رَكُوبُ الْغُرْرِ فِي قَهْرٍ كَافِرٍ مُقْبِلٍ عَلَى الْقِتَالِ بِمَا يَكْفِي شَرَّهُ بِالْكَلِيَّةِ، وَفِيهِ قِيُودٌ:

أَحَدُهَا: رَكُوبُ الْغُرْرِ، فَلَوْ رَمَى مِنْ حَصَنِ إِلَى كَافِرٍ أَوْ مِنْ وِرَاءِ الصَّفِّ، وَقَتْلُ لِم

= وبعد هذا فالسلب نوع من التحريض، والتحريض أمره موكول إلى الإمام في أصله ونوعه فهو الذي يشترطه، وهو الذي يتصرف فيه بما يرى، وقد جاء في مسلم، وأبي داود حديث عوف بن مالك الأشجعي، وهو ظاهر في أن مرجع السلب إلى الإمام، وهذا هو الحديث. عن عوف بن مالك قال: قَتَلَ رَجُلٌ مِنْ جَمِيْرٍ رَجُلًا مِنَ الْعَدُوِّ فَأَرَادَ سَلْبُهُ فَمَنَعَهُ خَالِدُ بْنُ الْوَلِيدِ، وَكَانَ وَالِيًا عَلَيْهِمْ، فَاتَى رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَوْفُ بْنُ مَالِكٍ فَأَخْبَرَهُ بِذَلِكَ فَقَالَ لِيَخَالِدُ مَا مَنَعَكَ أَنْ تُعْطِيَهُ سَلْبَهُ؟ فَقَالَ: اسْتَكْبَرْتُهُ يَا رَسُولَ اللَّهِ قَالَ: اذْفَعُهُ إِلَيْهِ فَمَرَّ خَالِدٌ بِعَوْفٍ فَجَرَّ بِرِدَائِهِ ثُمَّ قَالَ: هَلْ أَنْجَزْتَ لَكَ مَا ذَكَرْتَ لَكَ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ؟ فَسَمِعَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَاسْتَعْصَبَ فَقَالَ: لَا تُعْطِيَهُ يَا خَالِدُ هَلْ أَنْتُمْ تَارِكُونَ لِي أَمْرًا؟ إِنَّمَا مِثْلُكُمْ وَمِثْلُهُمْ كَمِثْلِ رَجُلٍ اسْتَرْعَى إِبِلًا وَعَنْمًا فَرَعَاهَا ثُمَّ تَجَيَّنَ سُغْيَهَا فَأَوْرَدَهَا حَوْضًا فَشَرَبَتْ فِيهِ فَشَرِبَتْ صَفْوَةً وَتَرَكَتْ كَيْدَهُ، فَصَفْوَهُ لَكُمْ وَكَيْدُهُ عَلَيْهِمْ» رواه أحمد، ومسلم، فهذا الحديث يرد على من قال: أن النبي ﷺ لَمْ يَقُلْ مِنْ قَتْلِ قَتِيلًا فَلَهُ سَلْبُهُ إِلَّا يَوْمَ حَنْينَ، فَإِنَّ هَذِهِ الْوَاقِعَةَ كَانَتْ فِي غَزْوَةِ مَوْتَةَ، وَهِيَ قَبْلَ حَنْينَ، وَيَدُلُّ أَيْضًا عَلَى أَنَّ السَّلْبَ مَوْكُولٌ إِلَى الْإِمَامِ أَلَا تَرَى أَنَّهُ ﷺ مَنَعَ خَالِدًا مِنْ إِعْطَاءِ السَّلْبِ بَعْدَ مَا أَمَرَهُ بِهِ، وَلَا يَكُونُ... ذَلِكَ، وَالْقَضَاءُ بِالسَّلْبِ شَرَعٌ لِأَزْمِ لِلْقَاتِلِ وَالْقَوْلُ بِأَنْ رَدَّ السَّلْبَ كَانَ زَجْرًا لِعَوْفٍ بِمَنْعِهِ أَنْ عَوْفًا لَمْ يَكُنْ هُوَ صَاحِبَ الْحَقِّ حَتَّى يُزَجَرَ بِمَنْعِهِ، وَإِنَّمَا صَاحِبُهُ الْمُدَدِيُّ الَّذِي كَانَ مَعَ عَوْفٍ، وَهُوَ لَمْ يَتَجَرَّ عَلَى خَالِدٍ، وَلَمْ يَصْدُرْ مِنْهُ مَا يَسْتَحِقُّ بِهِ الزَّجْرَ، وَالزَّجْرُ إِنَّمَا يَكُونُ لِمَنْ أَذْنَبَ ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾، وَكَيْفَ يَزْجُرُ إِنْسَانٌ بِمَنْعٍ آخَرَ حَقَّهُ؟

(١) قال الحافظ: رواه الحاكم بإسناد فيه الواقدي، ضرب محمد بن مسلمة ساقى مرحب فقطعهما. ولم يجهز عليه، فمر به علي فضرب عنقه، فأعطى رسول الله ﷺ محمد بن مسلمة، وروى الحاكم أيضاً بسند منقطع فيه الواقدي أيضاً: أن أبا دجانة قتله، وجزم ابن إسحاق في السيرة بأن محمد بن مسلمة هو الذي قتله، والصحيح أن علي بن أبي طالب هو الذي قتله كما ثبت في صحيح مسلم من حديث سلمة بن الأكوع، وفي مسند أحمد عن علي لما قتلت مرحباً أتيت برأسه إلى رسول الله ﷺ. متفق عليه.

يستحقُّ، وكذا لو رَمَى من صفِّ المسلمين إلى صفِّ الكفار، فأصاب واحداً منهم، فقتلَهُ لأنَّ السلب في مقابلةِ احتمالِ الخطرِ.

**والثاني:** إقبال الكافرِ على القتالِ، وليس المرادُ منه اشتغاله بالقتالِ حينَ قُتِلَ، لأنهما لو تقاتلا زماناً، ثم هَرَبَ، فقتلَهُ المسلمُ في إداره، قال الأصحاب: يستحقُّ سلبه، ولا يشترط أيضاً أن يكون مقاتلته مع قاتله، بل لو قَصَدَ كافرٌ مسلماً، فجاء مسلماً آخرٌ من ورائه، وقتله، استحقَّ سلبه كما دلَّ عليه حديثُ أبي قتادة، بل المرعي ما ذكره أصحابنا العراقيون - رحمهم الله -: وهو أن يقتله مُقبِلاً أو مُدبراً، والحرْبُ قائمةٌ، فأما إذا انهزم جيشُ الكافرين، فاتبعهم، وقتلَ واحداً منهم، لم يستحقَّ سلبه؛ وذلك لأنهم، لما انهزموا، فقد اندفع شهرهم، وما دامت الحربُ قائمةً، فالشر متوقِّعٌ، والمولِّي لا يؤمِّنُ كَرْتَهُ، ولو قُتِلَ الكافرُ، وهو أسيرٌ في يده، أو نائمٌ، أو مشغولٌ بأكلٍ ونحوه، أو مثخنٌ زائلُ الامتناعِ، لم يستحقَّ سلبه؛ [لأن النبي ﷺ] لم يُعْطَ ابنُ مسعودٍ - رضي الله عنه - سلبَ أبي جهلٍ؛ لأنه كان قد أُنْحِنَهُ فِتْيَانٌ مِنَ الْأَنْصَارِ، وهما: مُعَاذٌ وَمُعَوِّذُ ابْنَا عَفْرَاءَ<sup>(١)</sup>.

وقوله في الكتاب بشرط أن يكونَ القتلُ مُقبِلاً، والقَاتِلُ راكباً للغزو إشارةً إلى هَذَيْنِ الْقَيْدَيْنِ، ويمكن أن يستغنى بأحدهما عن الثاني، فإنه إذا كان القتلُ مقبلاً على القتالِ، كان القاتلُ راكباً للغزو، وإنما يكون القاتلُ راكباً للغزو، إذا كان القتلُ مقبلاً ولفظُ الشافعي - رضي الله عنه - لا يتعرَّضُ إلا لإقبالِ الكافرِ، وقيامِ الحَرْبِ.

**القيد الثالث:** قَهْرُهُ بما يكفي شَرَّهُ بالكلية، إما بالقتلِ أو بالإنْحَانِ، أو إزالةِ الامتناعِ؛ بأن يعميه أو يقطع يَدَيْهِ ورجلَيْهِ، ولا يلحق به قَطْعُ يَدٍ واحدةٍ أو رجلٍ واحدةٍ، وإن قَطَعَ يَدَيْهِ أو رِجْلَيْهِ أو يداً ورجلاً، فقولان:

أحدهما: أنه ليس بإِنْحَانٍ، لأنه لا يكفي شَرَّهُ بالكلية، فإنه بعد قطع الرجلين قد يُقَاتِلُ راكباً بيديه، وبعد قَطْعِ اليَدَيْنِ قد يَهْرُبُ، ويجمع القَوْمُ.

وأشبههما: أنه إنْحَانٌ، كما لو فقأ عَيْنَيْهِ، وهذا ما أورده المزنيُّ، وبه أجاب

(١) متفق عليه من حديث أنس قال: قال رسول الله ﷺ: من ينظر ما صنع أبو جهل؟ فانطلق ابن مسعود فوجده قد ضربه ابنا عفراء حتى برد، فأخذه بلحيته، فقال: أنت أبو جهل، الحديث ولهما من حديث عبد الرحمن في قصة قتل أبي جهل مطولاً وفيه: فانصرفا إلى رسول الله ﷺ فقال: أيكما قتله؟ قال كل واحد منهما: أنا قتلته، فنظر إلى السيفين فقال: كلاكما قتله، وقضى بسلبه لمعاذ بن عمرو بن الجموح، وكان الآخر معاذ ابن عفراء، وفي مسند أحمد عن أبي عبيدة ابن عبد الله بن مسعود عن أبيه: أنه وجد أبا جهل يوم بدر، وقد ضربت رجله وهو صريع، وهو يذب الناس عنه بسيف له، فأخذته فقتلته به، فنفلني النبي ﷺ، وهو معارض لما في الصحيح، ويمكن الجمع بأن يكون نفل ابن مسعود سيفه الذي قتله به فقط.

جماعة من الأصحاب، منهم القاضي الروياني، ولو اشترك اثنان فصاعداً في الإثخان أو القتل، فالسلب مشترك.

وحكى أبو الفرج الزاز وجهاً: أنه لو وقع فيما بين جماعة، لا تُرجى نجاته منهم، لم يختص قاتله بسلبه؛ لأنه صار مكفياً الشر بالوقوع فيما بينهم، وذكر أنه لو أمسكه واحد، وقتله آخر، كان السلب بينهما؛ لأن كفاية شره حصلت بهما ويخالف القصاص، فإنه منوط بالقتل؛ وكان هذا التصوير فيما إذا منعه من أن يذهب لوجهه، ولم يضبطه، فأما الإمساك الضابط، فإنه أسر، وقتل الأسير لا يستحق به السلب، ولو أثنى واحد، ثم قتله آخر، فالسلب للمثخن<sup>(١)</sup>، ولو جرحه، ولم يثخنه، ثم قتله آخر، فالسلب للثاني، وإذا أسير كافر، هل يستحق سلبه؟ فيه قولان:

أحدهما: لا لأن شره كله لا يندفع بالأسر.

وأصحهما: وهو اختيار الشيخ أبي حامد والفقهاء - رحمهما الله تعالى - نعم؛ لأن الأسر أصعب من القتل، وأبلغ في القهر، ولأنه إذا أسر، تمكن الإمام من القتل وغيره، ثم الإمام يتخير في الأسير الذي ليس من الذرية بين القتل، والاسترقاق، والمن، والمفاداة على ما سيأتي في موضعه - إن شاء الله تعالى - فإن أرقه، هل لمن أسره رقبته، وإن فاداه، هل له مال الفداء؟ طرد فيه القولان، ومنهم: من يقول: فيه وجهان، ويشبه أن يكون الأظهر ما هنا المنع؛ لأن اسم السلب لا يقع عليه وأما مستحق السلب، فمن يستحق سهم الغنيمة يستحق السلب، وأما من لا يستحقه؛ كالعبد والصبي والمرأة، ففيه وجهان، ويقال: قولان:

أحدهما: الاستحقاق لعنوم الخبر، لأنهم كفوا الشر.

والثاني: المنع؛ لأن استحقاق الغنيمة أكد من استحقاق السلب، فإذا لم يستحق الغنيمة، فالسلب أولى، وعلى هذا، فلو كان القاتل خنثى يوقف السلب إلى أن يتبين حاله، وفي الذمي طريقان:

أحدهما: طرد الخلاف، وهذا ما ذكره العراقيون.

والثاني: القطع بالمنع، والفرق أن الصبي والمرأة والعبد أشبه بالغانمين؛ ألا ترى أنهم يستحقون بالحضور والكافر لا يأخذ إلا على سبيل الأجرة، وفي «التهديب»: أنه إن قلنا: يرضخ له من الغنيمة، فهو كالعبد، وإن قلنا: من مال المصالح، فلا سلب له، وهذا إذا حضر الذمي بإذن الإمام، أما إذا حضر بغير إذنه، فلا سلب له، وكذا

(١) هذا إذ كفى عشرة بإثخانه.

المخذل، لا سَلْبَ له، كما لا سَهْمَ له، والذي أجاب به صاحبُ الْكِتَابِ في حَقِّ الذَّمِّي الْمَنْعُ، وفي الصَّبِيِّ والمرأة، اختار القاضي الروياني الاستحقاق، ويلزم مثله في الْعَبْدِ بطريق الأولى؛ لزيادة العناء فيه؛ ولذلك جزم الْعَبَّادِيُّ في «الرُّقْمِ» بثبوت الاستحقاق في الْعَبْدِ، وخصَّص الوجهين بالصَّبِيِّ والمرأة والتاجر إذا قُلْنَا: إنه لا يستحقُّ السَّهْمَ بِالْحَضُورِ، كالصَّبِيِّ في استحقاق السَّلْبِ، هذا في طرف القاتل، أما الكافر المقتول، إن كان صبيّاً أو امرأة، نَظَرَ: إن كان لا يُقَاتِلُ، لا يستحقُّ سَلْبَهُ؛ لأنَّ قتله مَنهِيٌّ عَنْهُ، وإن كان يُقَاتِلُ، استحقَّ عَلَى أَصْحَ الوجهين، والعبد يلحق بالصَّبِيِّ والمرأة في «التهديب» وامتنع بعضهم عن ذكر الخلاف فيه، كما ذكرنا فيما إذا كان قاتلاً.

وأما السَّلْبُ، فَهُوَ ما عليه من ثياب الْبَدَنِ مع الْخُفِّ والرائين<sup>(١)</sup>، وما عليه من آلاَتِ الْحَزْبِ؛ كالدرع والمَغْفَرِ، والسلاح ومركوبه الَّذِي يُقَاتِلُ عَلَيْهِ، وما عليه من السَّرْجِ وَاللِّجَامِ، وَالْعُقُودِ وغيرها، وكذا لو كان مُسَيِّكاً بعنانه، وهو يقاتل راجلاً، وفيما عليه من الزينة، كالطوق، والسوار، والمنطقة، والخاتم، وفي الهميان، وما فيه من دراهم الثَّقَّة، قولان، ويقال وَجْهَانِ:

أحدهما: أنها لَيْسَتْ من السَّلْبِ؛ كثيابه وأمتعته المخلَّفة في خيمته.

وأصْحُهُمَا: فيما ذكره الشيخ أبو حامد وغيره: أنها من السَّلْبِ؛ لأنها مسلوبةٌ ومأخوذة من يده، وطمع القاتل يمتدُّ إِلَى جميع ما في يَدِهِ، وربما أشعر إيرادُ بَعْضِهِمْ بإخراج المنطقة من الخلاف؛ لأنها تَبَعُ لِلسَّلَاحِ المعلق بها والجنيبة التي تُقَادُ بَيْنَ يَدَيْهِ، وفيها طريقان<sup>(٢)</sup>:

أحدهما: الْقَطْعُ بِالْمَنْعِ؛ كالدوابِّ الَّتِي يَحْمِلُ عَلَيْهَا أَثْقَالَهَا.

(١) الران كالخف إلا أنه لا قدم له، وهو أطول من الخف.

(٢) ليس قوله التي تقاد بين يديه قيدا فالتى بجنبه وخلفه إذا كان يقودها كذلك خلافاً لما فهم بعض شراح الحاوي من قوله والجنيبة أمامه. قال في التعليق، احترز بقوله أمامه عن الجنيبة ورواه واعترض الجيلوني فقال أراد بقوله أمامه جنيبته الحاضرة معه في المعركة، ويقودها معه سواء كانت قدماه أو خلفه واحترز به عن جنيبة تركها في خيمته، فإنها لا تكون من السلب. قال: وقد زعم جماعة ممن لم يحققوا الفقه ولم يراجعوا الكتب أنه أشار بقوله أمامه إلى أن التي تقاد من خلفه ليست من السلب. وهو خطأ.

قال الزركشي: وهو كما قال والعجب منه في المهمات حيث جعل هذا التقييد من كلام الرافي للتوضيح لا للتخصيص وزعم أن صاحب الحاوي جعله للتخصيص وغلط فيه مع أن عبارة الحاوي كعبارة الرافي والأقلام على تخطئة الأئمة بلا دليل عجيب، وأخذ من كلام الأذري بعد ذلك.

نعم هل يشترط أن يكون هو قائدها أم لا؟ ظاهر كلام الرافي والروضة لا فرق بل قولهم بين يديه مصرح بذلك، وعبارة جماعة منهم ابن الصباغ والعمراني والرويانى في الحلية يفهم الأول =

وأظهرهُمَا: وبه قال القاضي الماوردِي، والشيخ أبو حامد: طَرُدُ الخِلاف؛ لأنه قَدْ يَخْتِاج إليها، فهي كمركوبه الَّذِي أَمْسَكَ بعنانه، وهو يقاتل راجِلاً، والحقيبة المشدودة على فرسه وما فيها من الدَّرَاهِمِ والأمتعة، طرد بعضهم الخِلاف فيها، وقَطَعَ آخرون بالَمَنع، وهو الأظهر.

وأما كيفية إخراج السِّلْبِ ففي تخميسه قولان:

أحدهما: أنه يَخْمَسُ؛ كسائر أموال الغنيمة، فيدفع خمسة [إلى أهل الخُمُس، والباقي للقاتِلِ، وعلى هذا يخرج خُمُسُهُ] (١) أولاً، ثم يدفع السِّلْبِ إلى القاتِلِ، ثم يقسَّم الباقي.

وأصحُّهُما: المنع؛ لظاهرِ قوله ﷺ: «مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا فَلَهُ سَلْبُهُ» (٢) وعن عَوْفِ بْنِ مَالِكِ الأشْجَعِيِّ، وَخَالِدِ بْنِ الْوَلِيدِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ «قَضَى بِالسِّلْبِ لِلْقَاتِلِ، وَلَمْ يُخْمَسِ السِّلْبُ» (٣) ولا فرق في استحقاق السِّلْبِ بَيْنَ أَنْ يُقْتَلَ الْكَافِرُ فِي الْمَبَارِزَةِ، وَبَيْنَ أَنْ يَنْغَمِسَ فِي صَفِّ الْعَدُوِّ، فيقتله، ولا بَيْنَ أَنْ ينادِي الإمام؛ فيقول: «من قتل قتيلاً، فله سلبه» أو لَا يُنادِي، وبه قال أحمد في أصح الروايتين، والرواية

= وبه صرح صاحب التعجيز في شرحه فقال: والجنيبة إن كان ممسكها فعلى وجهين، فإن لم يكن ممسكاً لم يكن سلباً كسائر ماله الذي ليس معه بيده.

وعبارة المنهاج محتملة للأمرين، والظاهر أنه أراد الثاني وإلا لقال يقودها، والحاصل أن الجنيبة على ضربين:

أحدهما: أن يقودها هو ويقاتل على غيرها فليل سلب قطعاً وقيل قولان.

الثاني: أن تقاد معه بيد غلامه، وفيها طريقتان أظهرهما وبه جزم الجمهور أنها ليست من السلب، والثاني: على قولين أو وجهين أرجحهما عندهما أنها سلب، واعتمد الرافعي هذا الترجيح؛ لأن الروايي وغيره عدوا الجنيبة من السلب.

قال الأذرعِي: ولفظ الروايي: والجنيبة التي يمسكها في أصح القولين، والذي رأيت في الطريقتين ما قدمته والرافعي منفرد بالترجيح في التي يقودها غيره وحاصل الضربين ثلاثة أوجه أصحها التفصيل.

سقط في: ز. (١)

(٢) متفق عليه من حديث أبي قتادة، في مسند أحمد عن سمرة بن جندب مثله، كالذي هنا سواء، وسنده لا بأس به (فائدة) وقع في كتب بعض أصحابنا أن النبي ﷺ قال ذلك يوم بدر، وهو وهم، وإنما قاله يوم حنين، وهو صريح عند مسلم، نعم وقع ذلك في تفسير ابن مردويه في أول الأنفال من طريق الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس، وروى أبو داود من حديث ابن عباس: أنه ﷺ قال يوم بدر: «من قتل قتيلاً فله كذا وكذا»، وقد تقدم، وقال مالك في الموطأ لم يبلغني أن النبي ﷺ قال: «من قتل قتيلاً فله سلبه، إلا يوم حنين»، قلت: وفي الصحيحين أنه ﷺ قضى بالسلب للقاتل. قاله الحافظ في التلخيص.

(٣) رواه أحمد وأبو داود وابن حبان والطبراني من حديث عوف وهو ثابت في صحيح مسلم في حديث طويل: فيه قصة لعوف بن مالك مع خالد بن الوليد.



الأخرى وبها قال مالك وأبو حنيفة: أنه ليس للقاتل السلب إلا إذا نادى الإمام وشرطه.

لنا حديث أبي قتادة - رضي الله عنه - المذكور في أول الفصل، فإن قتلته المشرك، كان قبل النداء، وقد دفع إليه سلبه، ثم السلب معدود من أصل الغنيمة.

وعن مالك - رحمه الله - : أنه يخسب من خمس الخمس المضروف إلى المصالح، فإن كان بقدره، فذاك، وإن زاد السلب، دفع إلى القاتل قدر خمس الخمس، والباقي للمصالح، وإن زاد خمس الخمس، دفع إليه السلب، والباقي للمصالح، ولنرجع إلى ما يتعلق بلفظ الكتاب، والله أعلم.

قوله: «يوجد مع القتل إشارة فيه إلى أن ما خلفه في خيمته من الثياب والسلاح لا يعد من السلب، وقوله: «وزيته» ينطبق على أظهر القولين في الخاتم والسوار، وقد ذكر فيها الخلاف من بعد، وقضية لفظه ها هنا إخراج الدنانير التي معه، لأنها ليست من الثياب، والسلاح ولا الزينة وقوله: «أو كان القتل منهزماً» محمول على ما إذا نهزم مع الجيش دون أن ينهزم، والصف بحاله، كما بيناه وقوله: «وإن أسر كافراً، استحق سلبه» معلّم بالواو، وكذا قوله: «والذمي لا يستحق السلب» لما مرّ وقوله: «وفي مستحق الرضخ» أي: سوى الذمي، وقوله: «الحقبة المشدودة على قريبه، وكذا الجنية ليست من السلب على الأشهر» هكذا هو في بعض النسخ، وهو صحيح، والخلاف ثابت في كليهما على ما حكينا وقطع بعضهم الجنية عن الحقبة، وألحق بينهما كلمة «فصار» والحقبة المشدودة على قريبه ليست من السلب، والجنية إلى آخره، ولعلّ الحامل عليه أن صاحب الكتاب حكى في «الوسيط»: اتفاق الأصحاب على أن الحقبة ليست من السلب، ثم عن القاضي: أنه لا بد؛ من أجل الخلاف فيها، ولو جمع بين الخاتم والسوار الحقبة، والجنية، والدنانير، وحكي الخلاف في الجميع - لكان صحيحاً، لكنه فصل بينهما، ليتبين الظاهر في السوار، وما في معناه أنه من السلب، وفي الحقبة المنع، ورأى القولين في الدنانير كالمتمقاومين، فأطلقهما إطلاقاً، وقرب الجنية من والحقبة في ظهور المنع، فقال: «على الأشهر» لكن ذكر القاضي الروياني وغيره: أن الأصح عد الجنية من السلب ثم ذكر أبو الفرج الزاز: «أنا إذا جعلنا الجنية من السلب، لم يستحق إلا جنية واحدة» وعلى هذا، فيبقى النظر فيما إذا كان يقود جنيبتين فصاعداً في أن السلب أيهما، أيرجع فيه إلى تعيين الإمام، أم يُقرع<sup>(١)</sup>؟

وقوله: «والأشبه بالحديث» يجوز أن يريد بالحديث، قوله «من قتل قتيلاً، فله

(١) قال النووي: تخصيص أبي الفرج بجنية فيه نظر. وإذا قيل به، فينبغي أن يختار القاتل جنية قتيله، فهذا هو المختار بل الصواب، بخلاف ما أبداه الرافعي والله أعلم.

سَلْبُهُ» ويجوزُ أن يريدَ ما رُوِيَ عن خَالِدِ بْنِ الْوَلِيدِ، وعوف بن مالك - رضي الله عنهما - وهو الذي يَدُلُّ عليه سياقُ «الوسيط» وليعلم قوله: «ولا يخرج الخُمُسُ» بالميم.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: أَمَّا قِسْمَةُ الْغَنِيمَةِ فَفِيهَا مَسَائِلٌ: الْأُولَى إِذَا مَيَّزَ الْإِمَامُ الْخُمُسَ وَالسَّلْبَ وَالرُّضْخَ وَالثَّقْلَ قَسَمَ الْبَاقِيَ عَلَى الْغَانِمِينَ بِالسُّوِيَّةِ عَقَارًا كَانَ أَوْ مَنْقُولًا، وَلَا يُؤَخَّرُ الْقِسْمَةُ (ح) إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: القول في قسمة الغنيمة وأحكامها يتوزع على هذا الباب، وعلى كتاب «السير» نحن نشرح كل قسم منها في موضعه - إن شاء الله تعالى - فما يتعلق بهذا الموضوع أنه إذا أراد الإمام أو أمير الجيش القسمة، بدأ بالسلب، فيدفعه إلى القاتل؛ تفریباً على الصحيح، وهو أن السلب لا يخمس، ثم يخرج المون التي تلزم من أجره الحمال والحافظ وغيرهما، ثم يجعل الباقي خمسة أقسام متساوية ويأخذ خمس رفاع فيكتب على واحدة: لله تعالى، أو للمصالح، وعلى أربعة للغانمين، ويدرجها في بنادق متساوية، ويجففها، ويخرج لكل قسم رقعة، فما خرج عليه اسم الله تعالى، جعله بين أهله على خمسة أسهم، وفيه يقع الثقل على الظاهر من الخلاف المذكور فيه، ويقسم الباقي على الغانمين، ويقدم قسمته على الغانمين على قسمة الخمس؛ لأنهم حاضرُونَ مَحْضُورُونَ، وفيه يقع الرضخ على الظاهر من الخلاف فيه، ولا فرق بين المنقول والعقار من أموال الكفار؛ لإطلاق القرآن والأخبار.

وقال أبو حنيفة وأحمد - رحمه الله - يتخير الإمام في العقار بين القسمة؛ كالمنقول، وبين أن يرده على الكفار، ويضرب عليه خراجاً، فتصير حقاً على ربة الأرض، ولا يسقط بالإسلام، وبين أن يقفه على المسلمين.

وقال مالك - رحمه الله - تصير وفقاً بنفس الاغتنام، وعند أحمد - رحمه الله -: إن رأى الإمام أن الأضلع قسمتها، قسمها، وإن رأى وقفها ووقفها، وكل نزل أمر سواد العراق على مذهبه، وسيأتي ذلك في «السير» - إن شاء الله تعالى - ويجوز قسمة الغنائم في دار الحزب من غير كراهة<sup>(١)</sup> لأن النبي ﷺ قسّم غنائم بدرٍ يشعب من شعاب الصفرَاء قَرِيبٍ مِنْ بَدْرٍ، وقسم غنائم بني المصطلق على مياهم، وقسم غنائم حنين بأوطاس، وهو وادي حنين<sup>(٢)</sup>.

(١) قال النووي: هذه العبارة ناقصة، فالصواب أن يقال: يستحب قسمتها في دار الحرب، كما قاله أصحابنا، بل قد ذكر صاحب «المهذب» وغيره: أنه يكره تأخيرها إلى دار الإسلام من غير عذر.

(٢) أما قسمة غنائم بدر: فرواه البيهقي من طريق ابن إسحاق وهو في المغازي، وأما قسمة غنائم بني المصطلق فذكره الشافعي في الأم هكذا، واستنبطه البيهقي من حديث أبي سعيد قال: غزونا مع =

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - لا تُقسَمُ الغنيمة في دار الحرب، وقوله في الكتاب: «إِذَا مَيَّرَ الْإِمَامُ الْخُمْسَ وَالسَّلْبَ وَالرِّضْخَ وَالنَّقْلَ» يعني على ما فيها من الاختلاف الذي مرَّ في التقديم والتأخير، وقوله: «بالسوية» يعني إذا لم يوجد سبب التفضيل، وهو مبين [من] بَعْدُ في المسألة الرابعة.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَالْغَانِمُ مَنْ شَهِدَ الْوَقْعَةَ لِنُصْرَةِ الْمُسْلِمِينَ، فَلَوْ شَهِدَ آخِرَ الْوَقْعَةِ اسْتَحَقَّ، وَلَوْ حَضَرَ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْقِتَالِ فَلَا (ح)، وَإِنْ حَضَرَ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْقِتَالِ وَقَبْلَ حِيَاةِ الْغَنِيمَةِ فَقَوْلَانِ، وَإِذَا حَابَ فِي آخِرِ الْقِتَالِ إِنْ كَانَ بِأَنْهَرَامٍ سَقَطَ حَقُّهُ إِلَّا إِذَا قَصَدَ التَّحْيِيزَ إِلَى فِتَّةٍ أُخْرَى، وَإِذَا أَتَاهُمْ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ، وَإِنْ مَاتَ لَمْ يَسْتَحِقَّ السَّهْمَ، وَإِنْ مَاتَ فَرَسُهُ اسْتَحَقَّ سَهْمَهُ لِأَنَّ الْمَتَّبِعَ قَائِمٌ هَذَا هُوَ النَّصُّ، وَقِيلَ: فِيهِ قَوْلَانِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ، وَالْمَرَضُ الَّذِي لَا يُزَجَى زَوَالُهُ كَالْمَوْتِ، وَقِيلَ: طَرَبَانُهُ لَا يُسْقَطُ السَّهْمَ لِحَاجَتِهِ إِلَى نَفَقَةِ الْعِلَاجِ وَالْإِنَابِ، أَمَا الْمُخَذَّلُ لِلْجَيْشِ فَيُخْرَجُ مِنَ الصَّفِّ، فَإِنْ بَقِيَ فَلَا يَغْطَى شَيْئاً أَصْلاً.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَنْ شَهِدَ الْوَقْعَةَ عَلَى نِيَةِ الْجِهَادِ، وَنُصْرَةِ الْمُسْلِمِينَ، اسْتَحَقَّ الْغَنِيمَةَ، قَاتِلٌ أَوْ لَمْ يَقَاتِلْ؛ لِمَا رُوِيَ مَرْفُوعاً عَنِ النَّبِيِّ ﷺ وَمَوْقُوفاً عَلَى أَبِي بَكْرٍ، وَعَمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا -: «أَنَّ الْغَنِيمَةَ لِمَنْ شَهِدَ الْوَقْعَةَ»<sup>(١)</sup> ويتعلق بهذا الأصلُ صُورٌ:

إحداها: مَنْ حَضَرَ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْقِتَالِ، اسْتَحَقَّ الْغَنِيمَةَ؛ لِأَنَّهُ شَهِدَ الْوَقْعَةَ، وَإِنْ حَضَرَ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْقِتَالِ، نُظِرَ: إِنْ كَانَ بَعْدَ حِيَاةِ الْمَالِ، لَمْ يَسْتَحِقَّ شَيْئاً، وَإِنْ لَمْ يَدْخُلُوا بَعْدَ دَارِ الْإِسْلَامِ؛ خِلَافاً لِأَبِي حَنِيفَةَ - رحمه الله - فِيمَنْ لَحِقَ فِي دَارِ الْحَزْبِ قَبْلَ قِسْمَةِ الْغَنِيمَةِ، حَيْثُ قَالَ: «إِنَّهُمْ يَشَارِكُونَ» وَإِنْ كَانَ قَبْلَ حِيَاةِ رِيَّةِ، فَوَجَّهَانِ فِي رِوَايَةِ بَعْضِهِمْ، وَقَوْلَانِ فِي رِوَايَةِ آخَرِينَ:

أصحهما: أَنَّ الْجَوَابَ كَذَلِكَ؛ لِعَدَمِ شُهُودِ الْوَقْعَةِ.

والثاني: أَنَّهُ يَثْبُتُ الْاسْتِحْقَاقُ؛ لِأَنَّهُ لَحِقَ قَبْلَ تَمَامِ الْاسْتِيلَاءِ، وَحَكَى الْقَاضِي ابْنَ كَعْبٍ عَنْ بَعْضِ الْأَصْحَابِ: «أَنَّهُ إِنْ كَانَ لَا يُؤْمَنُ رَجْعَةُ الْكُفَّارِ، اسْتَحَقَّ الَّذِي لَحِقَ؛

= رسول الله ﷺ غزوة بني المصطلق، فسيبنا كرائم العرب، فطالت علينا العزبة ورغبنا في الفداء، وأردنا أن نستمتع ونعزل - الحديث - قال ففيه دليل على أنه قسم غنائمهم قبل رجوعه إلى المدينة، وأما قسمة غنائم حنين، فغير معروف، والمعروف ما في صحيح البخاري وغيره من حديث أنس أنه قسمها بالجعرانة، وفي الطبراني الأوسط من حديث قتادة، عن أنس لما فرغ رسول الله ﷺ من غزوة حنين والطفاف، أتى الجعرانة فقسم الغنائم بها واعتمر منها.

لانتفاع الأولين بحضوره، وإن كان يُؤمّن، لم يستحقّ فهذا وجهٌ ثالثٌ، وعلى قياس المسألة، قال الحنّاطي - رحمه الله -: «إذا أقاموا على حِصْنٍ، وأشرفوا على فتحه، فَلِحَقِّ مَدَدٍ قَبْلَ الْفَتْحِ، شاركوهم في الغنيمة، وإن فَتَحُوا، ودخلوا آمينين، ثم جاءهم المَدَدُ، لم يشاركوهم».

الثانية: إذا غاب بعضهم في أثناء القتال منهزماً، لم يُعَدَّ حَتَّى انقضى القتال، فلا حقّ له وإن عاد قبل انقضائه، استحقّ من المحوز بعد عَوْدِهِ، دون المحوز قبل عَوْدِهِ، هكذا ذكره في «التهذيب» وقياسه أن يُقَالَ فيمن حَضَرَ قبل انقضاء القتال. إنه لا حقّ له في الغنيمة المحوزة قبل حضوره، وكذلك نقله أبو الفرج الزاز عن بعض الأصحاب، وإن أطلقنا في المسألة السابقة<sup>(١)</sup>، أنه يستحقّ، ولم يفصل، وإن ولى مُتَحَرِّفاً لقتال أو مُتَحَرِّزاً إلى فئة، لم يبطل حَقُّه على تفصيل مذكور في «السير» ومن هَرَبَ ثم أَدْعَى أنه كان مُتَحَرِّفاً أو مُتَحَرِّزاً، فالجواب في الكتاب أنه يصدّق بيمينه، وقال في «التهذيب»: إن لم يُعَدَّ إلا بعد انقضاء القتال، لم يصدّق؛ لأن الظاهر خلافه<sup>(٢)</sup>، وإن عاد قبله، صُدِّقَ بيمينه، فإن حَلَفَ، استحقّ من الكُلِّ، وإن نكَل، لم يستحقّ إلا من المحوز بَعْدَ عَوْدِهِ<sup>(٣)</sup>.

الثالثة: إذا مات واحدٌ من الغانمين قبل الشروع في القتال، فلا حقّ له، وإذا مات فرسه، فليس له سهمُ الفرس، وإن كان ذلك بَعْدَ دخوله دارَ الحزبِ فارساً، ولو سرق فرسه، أو عار، أو خرج من يده ببيع أو هبة، فهو كما لو مات، وفيما إذا عار وجهه: أنه يستحقّ سهمه، نقله الشيخ أبو حامد، وضعفه.

وقال أبو حنيفة - رحمه الله -: «إذا دخل دارَ الحزبِ فارساً، ثم ماتَ الفرسُ، استحقَّ سهمَ الفرس».

وعنه فيما لو باعه أو وهبَهُ رويّتان، واحتجّ الأصحابُ بأنّه حيوانٌ يُسَهَّمُ له، فإذا مات قبل الشروع في القتال، لم يُسَهَّمْ له كالفارس، لكن أفضى القضاة المأوزديّ روي عن أبي حنيفة - رحمه الله - في: «الأحكام السلطانية»: أنه إذا مات هو، أو فرسه بعد دخول دار الحزب، «يُسَهَّمُ له» فسوى بين موت الفارس وموت الفرس، ولو مات واحدٌ منهم بَعْدَ انقضاء القتال، وحياسة المال، انتقل حَقُّه إلى ورثته وإن لم يدخلوا بَعْدَ دار الإسلام؛ خلافاً لأبي حنيفة - رحمه الله - ولو مات فرسه في هذه الحالة، استحقّ سهم الفرس، ولو مات الغانم بعد انقضاء القتال، وقبل حيازة المال، فوجهان قال في «التهذيب»:

(١) قال النووي: هذا الذي نقله أبو الفرج متعين، وكلام من أطلقه محمول عليه.

(٢) وفيما قاله نظر لأنه قد يكون له عذر الانقطاع.

(٣) قال النووي: الذي قاله البغوي أرجح.

أصحهما: انتقال حقه إلى ورثته أيضاً، ويجري الوجهان فيما إذا مات فرسه في هذه الحالة هل يستحق سهم الفرس لحصول الغنائم بحضوره فارساً، وإن مات في أثناء القتال، فالحكاية عن النص سقوط حقه، وفيما إذا مات فرسه في أثناء القتال: أنه يستحق سهم الفرس، وللأصحاب فيها طُرُق:

أظهرها: تقرير النصين؛ فرقاً بأن الفارس متبوع، فإذا مات فات الأصل، والفرس تابع؛ فإذا مات، جاز أن يبقى سهمه للمتبوع.

والثاني: أن فيهما جميعاً قولين: وجه الاستحقاق: شهود بغض الواقعة، ووجه المنع: اعتبار آخر القتال؛ فإنه وقت الخطر؛ والظفر.

وعن الشيخ أبي زيد: أنه إن حصلت حيازة المال بنصب قتال جديد، فلا استحقاق، لا في موت الفرس، ولا في موت الفارس، وعليه يُحمّل نصه في موت الفارس، وإن أفضى ذلك القتال إلى الحيازة، ثبت الاستحقاق في صورتين، وعليه يحمل لهما في صورة الفرس.

الرابعة: إذا شهد الواقعة صحيحاً، ثم مرض نُظر: إن كان مرضاً لا يمتنع معه القتال؛ كالحُمى الخفيفة، والصداع أو كان يرجى زواله، لم يبطل حقه، وإن كان غير ذلك؛ كالزمانة، والفالج، والعمى، فقولان، أو جهان:

أحدهما: يبطل، لخروجه عن أهلية القتال، كما لو مات.

والثاني: المنع؛ لأنه يُنْفَع برأيه ودُعائه بخلاف الميت؛ ولأنه يحتاج إلى العلاج والإياب؛ بخلاف الميت، وفي إبطال حقه ما يمنعه عن الجهاد، وهذا أصح عند صاحب «التهذيب» وغيره وإيراد الكتاب يُشعرُ بترجيح الأول؛ وهو الذي أورده القاضي ابن كج، ولو جرح في الحزب، ففي «التهذيب» يُنزل منزلة المرض، فينظر في الجراحة، وحصول الأتخان بها، وعدمه، وفي «الشامل» وغيره ترتيب الجراحة على المرض، إن قلنا: يستحق المريض، فالمجروح أولى، وإلا، ففيه خلاف، لأن ما أصابه إنما أصابه بسبب الحرب، فلا يحسن حرمانه، ثم الأكثرون أطلقوا القول في رجاء الزوال وعدمه، وحكى بعض أصحاب الإمام: أن المعتبر رجاء الزوال قبل أنجلاء القتال<sup>(١)</sup>، وإذا لم يستحق المريض، فيرَضَح له، وكذلك ذكره الحنطاطي وآخرون، والمريض بعد انقضاء القتال؛ وقيل حيازة الغنيمه، على الخلاف الذي سبق في الموت.

الخامسة: المُخَذَّل للجنس يُمنع من الخروج مع الناس، والحضور في الصف،

(١) قال في الخادم: عجب حكايته عن بعض أصحاب الإمام وهو مصرح به في النهاية.

فإن حضر، لم يُعْطَ شيئاً، لا السَّهْم، ولا الرُّضْخ؛ لأنَّ ضرر حضوره فَوْقَ ضرر انهماز المُنْهَزِم؛ والمخْذَل هو الذي يُكْثِرُ الأراجيف؛ وَيُكْسِرُ قُلُوبَ النَّاسِ، وَيُبْطِطُهُمْ، فيقول: لا تنفروا في الحر؛ وإنَّ في العَدُوِّ كثرةً، وما أشبه ذلك، ولا يلحق الفاسق بالمُخْذَل، وذكر القاضي ابن كج: أنَّ أبا الحُسَيْنِ حَكَى وَجْهًا: «أَنَّهُ لَا يُسْهَمُ لَهُ؛ لِأَنَّهُ لَا يُؤْمَنُ مِنْهُ العَدُوُّ والتَّخْذِيلُ»<sup>(١)</sup>.

قَالَ العَرَالِيُّ: الثَّانِيَةُ إِذَا وَجَّهَ الإِمَامُ سَرِيَّةً فَغَنِمَتْ شَيْئًا يُشَارِكُ فِي اسْتِحْقَاقِهَا جَيْشُ الإِمَامِ، إِذَا كَانُوا بِالْقُرْبِ مُتَرَصِّدِينَ لِلنُّصْرَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لو بعث الإمام أو قائد الجيش سرية إلى دار الحرب، وهو مقيم في بلده، فغنمت شيئاً، لم يشاركهم الإمام ومن معه من الجيش<sup>(٢)</sup>؛ كانت السرايا تخرج من المدينة على عهد رسول الله ﷺ فتغنم، فلا يشاركهم المقيمون بها، ولو بعث سريتين إلى جهتين، فلا تشارك إحداهما الأخرى فيما تغنم، نعم؛ لو أوغلنا في ديار الكفر، والتقتا في موضع، فيشتركان فيما يغنمان بعد الاجتماع، ولو بعثهما إلى جهة واحدة، فإن أمر عليهما أسيراً واحداً أو كانت إحداهما قريبة من الأخرى؛ بحيث تكون إحداهما عوناً للأخرى، فيشتركان في الغنائم، وإلا، فلا، ولو دخل الإمام دار الحزب، أو دخلها قائد الجيش، فوجه سرية إلى ناحية فغنمت شاركهم جيش الإمام، ولو غنم الجيش، شاركته السرية؛ لاستظهار كل فرقة منها بالأخرى، وقد زوي أن جيش المسلمين تفرقوا، فغنم بعضهم بـ«أوطاس» ومنهم بخيبر فشاركهم، ولو وجه سريتين إلى جهة واحدة، اشترك الكل فيما يغنم كل منهم، ولو وجههما إلى جهتين، فكذلك في ظاهر المذهب؛ لأن كل واحدة منهما تستظهر بجيش الإمام، وهو كالجامع لهما؛ بخلاف ما لو بعثهما إلى جهتين، وهو في بلده، حيث لا تشارك إحداهما الأخرى؛ لأنه لا جامع هناك، ولا تستظهر واحدة منهما بالأخرى، وفيه وجه: أنه لا مشاركة بين

(١) قال النووي: كذا قطع الجمهور، أن المخذل لا رضخ له. وقال الجرجاني «في التحرير»: إن حضر بإذن الإمام، رضخ له. والله أعلم.

قال في الخادم: وعجب حكايته عن التحرير وهو في الرافي في كتاب السير وقد صرح به في الروضة هناك.

قال: أعني صاحب الخادم وشمل إطلاقه ما لو قتل كافراً وهو قضية ما سبق أنه لا يستحق سلبه لأنه ضرر كله ونحن إنما نسهم أو نرضخ لمن ينفع ولا يضر.

(٢) قال النووي: سواء كانت دار الحرب قريبة من الإمام، أم لا. حتى لو بعث سرية، وقصد الخروج وراءها، فغنمت السرية قبل خروجه، لم يشاركها وإن قربت دار الحرب، لأن الغنيمة للمجاهدين، وقيل الخروج ليسوا مجاهدين.

السريتين ها هنا أيضاً، وأشار في «الشامل» إلى خلاف في التشريك هناك أيضاً، ثم ذكر القاضي ابن كج والإمام - رحمهما الله تعالى - : أن شرط الشركة أن يكونوا بالقرّب مترصدين للثغرة، وحدّ القرّب أن يبلغهم الغوث والمدد منهم، إن احتاجوا، وعلى ذلك جرى في الكتاب، ولم يتعرض أكثرهم لذلك، واكتفوا باجتماعهم في دار الحرب<sup>(١)</sup> وهكذا حكاه صاحب الكتاب عن القفال، واستبعده، فعلى الأول؛ ولو كانت إحداها قرية، والأخرى بعيدة، اختصت القرية بالمشاركة.

### «فرع»:

بعث الإمام جاسوساً، فعنم الجيش قبل رجوعه:

فأحد الوجهين: أنه لا يشاركهم؛ لأنه لم يشهد الواقعة.

وأشبههُمَا: وبه قال الداركي - رحمه الله - أنه يشاركهم؛ لأنه فارقهم؛

لمصلحتهم، وخاطَرَ بما هو أعظم من شهود الواقعة.

قال الغزالي: الثالثة من حضر لا يقصد الجهاد كالأجير لسياسة الدواب إن لم يقاتل لم يستحق (و)، وإن قاتل فثلاثة أقوال، في الثالث يُخَيَّرُ بَيْنَ إسقاط الأجرة من ابتداء القتال وبين إسقاط الغنيمة، وفي التاجر هذان القولان ولا يجري الثالث، وأما الأجير للجهاد فإن كان كافراً استأجره الإمام استحق الأجرة، وإن كان مسلماً فلا، ولا يستحق الغنيمة أيضاً على أحد الوجهين، لأنه أعرض عنها، وأما الأجير إن كان من هذا الجيش وعاد استحق قاتل أو يقاتل، وإن كان من جيش آخر ولم يقاتل فقولان، وإن كان كافراً فاستلم والتحق بجند الإسلام استحق وإن لم يقاتل على الأظهر (و).

قال الرافعي: مقصود المسألة الكلام في صور:

إحداها: إذا شهد الأجير مع المستأجر الواقعة، نظر: إن كانت الإجارة لعمَل في الذمة من غير تعيين مدة؛ كخياطة ثوب، وبناء حائط، فخرج، وشهد الواقعة، فله السهم بلا خلاف، والعمل المستأجر عليه دين في ذمته، وإن تعلقت الإجارة بمدّة معينة، كما إذا استأجر لسياسة الدواب، وحفظ الأمتعة شهراً، وخرج به، نقل جماعة منهم المصنّف، وصاحب «التهذيب» أيضاً؛ أنه إن لم يقاتل، لم يستحق السهم، وإن قاتل، فثلاثة أقوال، وأطلق المسعودي وآخرون الأقوال من غير فصل بين أن يقاتل أو لا يقاتل، وكذلك أطلقها الشافعي - رضي الله عنه - في «المختصر».

(١) قال النووي: هذا المنقول عن الأكثرين، هو الأصح أو الصحيح.

أظهرها: أن له السهم؛ لشهود الواقعة.

والثاني: المنع؛ لأن منفعته مستحقة للغير، وكان كالعبد، إذا شهد الواقعة وعلى القولين يستحق الأجرة بمقتضى الإجازة.

والثالث: أنه يخيّر بين الأجرة، و[بين] سهم الغنيمة، فإن اختار الأجرة، فلا سهم له، وإن اختار السهم، سقطت الأجرة؛ ليخلص سعيه للجهاد وقد توجه له، و[قد] احتج له بأن التسليم الواحد لا يوجب بدلين مختلفين، وأيهما اختار سقط الآخر؛ كالخصاص، والدية، وهذا القول الثالث موضع البحث من جهة أن الإجازة عقد لازم، فكيف يخيّر الأجير فيها، ويتقدير التخيير، فإذا اختار السهم سقط أجرة جميع المدة، أم كيف الحال؟ ومتى يخيّر، قبل شهود الواقعة، أو بعده؟ فالجواب:

أما الأول: فمن صاحب «الإفصاح»: «أن القول الثالث فيما إذا استأجر الإمام؛ لسقي الغزاة، وحفظ دوابهم من سهم الغزاة من الصدقات، فشهد الأجير الواقعة، فيخيره فالإمام فأما أجير أحاد الناس، فلا يجيء فيه هذا القول؛ لأن الإجازة لازمة إلا أن يكون الجاري بينهما صورة الجمالة، وأيضاً فإن أجير الأحاد يسلم الأجرة للمستأجر، ويؤخذ السهم من الغانمين، وهو بعيد، والذي استأجره الإمام؛ لمصلحة الغزاة: إن اختار السهم، سلمت الأجرة للغزاة، وإن اختار الأجرة، سلم السهم لهم، والأكثر أن أجروه في الأجيرين، كما أطلقه الشافعي - رضي الله عنه - وقالوا: «لزوم الإجازة لا يختلف في صورتين» وأما سلامة الأجرة للمستأجر، فلا يعد فيما إذا مرض إذ الغرض أن يخلص عمله للجهاد، وللقرية، فليقدر الغانمون أنه لم تجر إجازة، وأما ما يسقط من الأجرة، إذا اختار السهم ففيه وجهان:

أحدهما: أنها تسقط من وقت دخول دار الحرب.

وأظهرهما: من وقت شهود الواقعة؛ لأن استحقاق الغنيمة يتعلق به، فلا يجب معه الأجرة، فأما فيما قبله، وبعده، فلا يجمع الحقان، وأما أنه متى يخيّر، ففي «الشامل»: أن الأصحاب قالوا: يخيّر قبل القتال وبعده، فيقال قبله: إن أردت الجهاد، فأطرح الأجرة. وإن أردت الأجرة، فأطرح الجهاد، ويقال بعده: إن كنت قصدت الجهاد، فلا أجرة لك، وإن قصدت الأجرة، فخذها، ولا سهم لك والمراد أن الغرض يحصل بكل واحد منهما إلا أنه يخيّر في الحالتين جميعاً، والله أعلم.

وإذا قلنا: يسهم للأجير، فله السلب، إذا قتل، وإن قلنا: لا يسهم له، فوجهان، وله الرضخ؛ كالعبيد والمرأة، وحكى القاضي ابن كج وجهاً: «أنه لا يرضخ له»؛ لأنه لم يسهم له، وهو من أهله، فلا يرضخ له، هذا في سائر الأجزاء، وأما الأجير للجهاد، فالكلام في استئجار المسلم واستئجار الذمي للجهاد مؤخر إلى كتاب «السير» وإذا



صَحَّتِ الإِجَارَةُ، فَلِلْأَجِيرِ الأَجْرَةُ، وَلَا سَهْمٌ، وَلَا رِضْخٌ وَبِنَبْغِي أَنْ يَجِيءَ عَلَيَّ وَجْهِ دُكْرٍ فِي صَحَّةِ اسْتِئْجَارِ المُسْلِمِ عَلَى الجِهَادِ الأَقْوَالُ الثَّلَاثَةُ، وَإِذَا لَمْ تَصَحَّ الإِجَارَةُ، فَلَا أَجْرَةَ لَهُ، وَفِي سَهْمِ الغَنِيمَةِ، فوجهان:

أحدهما: أنه يستحقُّه لشهودِ الوقعة.

والثاني: وهو المذكورُ في «التهديب»: المنعُ، قاتل أو لم يقاتل؛ لأنه أعرَضَ عنه بالإجارة، ولم يحضُرْ مجاهداً، والوجهان فيما ذكر الشيخ أبو محمد - رحمه الله - مبيَّانٍ على القولين فيما إذا أُخْرِمَ الأَجِيرُ عن المُسْتَأْجِرِ، ثم صرف النية إلى نفسه، هل يستحقُّ الأجرة، وهما شبيهان بالوجهين فيما إذا شَرَطَ في المضاربة كلَّ الربح للمالك، هل يستحقُّ الأجرة، قوله في الكتاب: «إن لم يقاتل، لم يستحق»، يجوزُ إعلامه بالواو؛ للطريقة المطلقة.

وقوله: «وبين إسقاط الأجرة من ابتداء القتال، وبين الغنيمة» أي: وبين إسقاط الغنيمة، وإلا فإسقاط الأجرة إثبات الغنيمة، فلو لم يضمن في الغنيمة الإسقاط، لم يكن فيه تعرُّض للطرفين، وقوله: «من ابتداء القتال» مرقوم بالواو؛ للوجه الآخر، وقوله: «وإن كان كافراً، استأجره الإمام» أشار به إلى أن استئجار الأحاد ممنوع منه، وفيه خلافٌ مذكورٌ في السير وقوله: «وإن كان مسلماً فلا» يجوزُ إعلامه بالواو لشيء يُذكرُ هناك.

الثانية: تُجَار العَسْكَرُ وأهلُ الحَرْفِ، كالسَّراجين الخياطين البزازين والبقالين، وكلُّ من خرج لِعَرْضِ تجارةٍ أو معاملةٍ، إذا شهد الوقعة، هل يُسَهَّمُ له؟ فيه قولان؛ كما في الأجير، ولا يجيء فيهم قولُ التخيير، وفي موضعِ القولين طُرُق:

أظهرها: أن القولين فيما إذا قاتلوا، فإن لم يقاتلوا، لم يستحقوا قولاً واحداً، وهذا ظاهر لفظ «المختصر» وهو الذي يقتضيه نَظْمُ الكتاب.

والثاني: وهو الذي قال به القاضي أبو حامد: «أن القولين فيما إذا لم يقاتلوا، وأما إذا قاتلوا، استحقوا بلا خلاف، لأننا عرفنا بقتاله أن قضده لم يكن لمخصِّص التجارة، فصار كما لو خرج للجِّهَاد، وحمل مع نفسه متاعاً يبيعه.

والثالث: وبه قال أبو إسحاق، وابنُ القَطَانِ - رحمهما الله تعالى - أنهما يُطْرَدَانِ في الحالتين، وبهذا أجاب القاضي الرُّوياني - رحمه الله - في «الحلية» وقال: أصحُّ القولين: أنه يُسَهَّمُ للتاجر؛ لتكثيره سوادَ المُسْلِمِينَ «وإذا قلنا: لا يُسَهَّمُ للتاجر، فهل يُرْضَخُ له؟ فيه وجهان، كما في الأجير؛ الأصحُّ: نعم.

الثالثة: لو أفلت الأسيرُ من يد الكافر، وشهد الوقعة مع المسلمين؛ فإن كان من

هذا الجيش استحقَّ السهم، قاتل أو لم يقاتل؛ لأنه خرج للجهاد وقهر العدو بالإفلات، وشهد الواقعة، وإن كان من جيش آخر، أسر من قبل، فقولان؛ وجه المنع: أنه لم يقصد الجهاد، ووجه الاستحقاق: شهود الواقعة، وفي محل القولين طريقان عن أبي إسحاق وغيره، طرذ القولين فيما إذا قاتل أو لم يقاتل [فأظهرهما، وهو المنصوص في «المختصر»: أن القولين فيما إذا لم يقاتل<sup>(١)</sup>] فإن قاتل، استحقَّ بلا خلاف؛ لأنه قد بان بالقتال أن قصده الجهاد، وأن الخلاص لم يتمخض عرضاً له، فصار كما لو اختلط أن أحاط المشركون بأهل قرية لا يُسهم للمقيمين بها، حتى يقاتلوا؛ ليمتاز المجاهد عن المقيم، حكى هذا التوجيه والشبه<sup>(٢)</sup> عن أبي يعقوب الأبيوردي، هذا إذا أفلت قبل الحرب، وحياسة الغنيمَة، وإن أفلت بعد الحرب، وقبل الحياسة، فعلى ما مرَّ في لحوق المدد، وإن أفلت بعد الحياسة، قال في «الشامل»: إن قلنا: تملك الغنيمَة بالحياسة، فلا سهم له، وإلا فهو كما لو أفلت قبل الحياسة ولم يقاتل، وإذا لم نجعل للأسير السهم، ففي الرضخ الخلاف السابق وعند أبي حنيفة - رحمه الله - حكم الأجير والتاجر والأسير واحد، إن قاتلوا، استحقوا السهم، وإلا فلا.

الرابعة: لو أسلم كافر، فالتحق بجند الإسلام، استحقَّ السهم، قاتل أو لم يقاتل؛ لأنه قصد إعلال كلمة الله تعالى بالإسلام، وشهود الواقعة فيقبح حرمانه.

وقوله: «استحقَّ السهم وإن لم يقاتل على الأظهر» هكذا هو في متن الكتاب، وقضيته إثبات خلاف في المسألة وخط بعض المعنيين بهذا الكتاب على كلمة «على الأظهر» لأنه لم يذكر في «الوسيط» خلافاً فيه، بل قال: «يستحقَّ السهم قاتل أو لم يقاتل» لكن يجوز أن يترك بحالها لأن أبا الحسن العبادي قال في «الرقم لو أسلم كافر، وحضر المعسكر إن قاتل، استحق، وإن لم يقاتل، لم يستحق» قال: وأصل هذه المسائل إن القصد إلى الجهاد، هل هو شرط يعني من الابتداء، واختلاف جواب الأئمة يوجب الخلاف.

واغلم أن الحكم في هذه الصور بالترتيب، فالكافر الذي أسلم أو لى بالاستحقاق، ويليه الأسير لما في الإفلات من قهر الكفار، ويليهما التاجر والأجير والله أعلم.

قال العزالي: الرابعة يسوى (ح م) بين الجميع في القسمة إلا لأصحاب الرضخ فإنهم يتفصون، وإلا الفارس فإنه يُعطى (ح) ثلاثة أسهم وللرجال سهم، ولا يُعطى إلا لراكب الخيل، ثم لا فرق في الفرس (و) بين العربي والعجمي والتركي، ولا يُعطى

(٢) في ب: والتبنيه، وفي أ: والتقسيم.

(١) سقط في: زي.....

الصَّعِيفُ وَالْأَعْجَفُ عَلَى أَقْبَسِ الْقَوْلَيْنِ، وَلَوْ أَحْضَرَ فَرَسَيْنِ لَمْ يُغَطَّ (و) إِلَّا لِأَحَدِهِمَا، وَيُعْطَى لِلْفَرَسِ الْمُسْتَعَارِ وَالْمُسْتَأْجِرِ، وَكَذَا الْمَغْضُوبُ، (و) وَلِكِنَّهُ لِلْمَغَاصِبِ، أَوْ لِلْمَالِكِ فَقَوْلَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قَدْ مَرَّ أَنَّ الْمَالَ الْمَغْنُومَ يَبْدَأُ مِنْهُ بِالسَّلْبِ وَالْمُؤْنِ، ثُمَّ يَقْسَمُ الْبَاقِي خَمْسَةَ أَقْسَامٍ، وَيَجْعَلُ أَرْبَعَةً أَحْمَاسِهَا لِلغَائِبِينَ، يُسَوِّى بَيْنَهُمْ فِي ذَلِكَ، وَلَا يُفْضَلُ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ إِلَّا بِشَيْئَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: التَّفْضِيلُ الْمَقْتَضِي لِلرُّضْخِ، عَلَى مَا سَبَقَ، وَهَذَا مَفْرَعٌ عَلَى أَنَّ الرُّضْخَ مِنَ الْأَخْمَاسِ الْأَرْبَعَةِ.

وَالثَّانِي: أَنَّ الْفَارِسَ يُفْضَلُ عَلَى الرَّاجِلِ، وَيُعْطَى الْفَارِسُ ثَلَاثَةَ أَسْهُمٍ؛ سَهْمًا لَهُ، وَسَهْمِينَ لِفَرَسِهِ، وَيُعْطَى الرَّاجِلُ سَهْمًا، لَمَّا رُوِيَ عَنْ ابْنِ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ «ضَرَبَ لِلْفَرَسِ بِسَهْمَيْنِ، وَلِلْفَارِسِ بِسَهْمٍ»<sup>(١)</sup>.

وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللَّهُ -: لِلْفَارِسِ سَهْمَانِ؛ سَهْمٌ لَهُ، وَسَهْمٌ لِفَرَسِهِ، وَلِلرَّاجِلِ سَهْمٌ وَاحِدٌ، وَيَتَعَلَّقُ بِهَذَا الْأَضْلُ مَسَائِلٌ.

إِحْدَاهَا: لَا يَلْحَقُ رَاكِبُ الْبَعِيرِ، وَالْفَيْلِ، وَالْحِمَارِ، وَالْبَغْلِ بِرَاكِبِ الْخَيْلٍ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الدَّوَابَّ لَا تَصْلُحُ لِلْحَرْبِ صِلَاحِيَّةَ الْخَيْلِ، وَلَا يَتَأْتَى مِنْهَا الْكُرُّ وَالْقُرُّ، وَلَكِنْ يُعْطَى لِلرَّاكِبِ سَهْمٌ، وَيَرْضَخُ لِهَذِهِ الدَّوَابِّ، وَيَجْعَلُ رَضْخَ الْفَيْلِ أَكْثَرَ مِنْ رَضْخِ الْبَغْلِ، وَرَضْخَ الْبَغْلِ أَكْثَرَ مِنْ رَضْخِ الْحِمَارِ، وَلَا يَبْلُغُ رَضْخُهُمَا سَهْمَ الْفَرَسِ<sup>(٢)</sup>.

الثَّانِيَةُ: لَا فَرْقَ فِي الْخَيْلِ بَيْنَ الَّذِي أَبَوَاهُ عَرَبِيَّانِ، وَيُقَالُ: لَهُ الْعَرَبِيُّ، وَالَّذِي أَبَوَاهُ عَجَمِيَّانِ، وَيُقَالُ: لَهُ الْبَزْدُونُ، وَالَّذِي أَبُوهُ عَرَبِيٌّ، وَأُمُّهُ عَجَمِيَّةٌ، وَهُوَ الْهَجِينُ، وَالَّذِي أَبُوهُ عَجَمِيٌّ، وَأُمُّهُ عَرَبِيَّةٌ، وَهُوَ الْمَقْرَفُ، لِأَنَّ الْكُرُّ وَالْقُرُّ يَجِيءُ مِنْ هَذِهِ الْأَنْوَاعِ، وَقَدْ رَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «الْخَيْلُ مَعْقُودَةٌ فِي نَوَاصِيهَا إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ» الْأَجْرُ وَالْمَغْنَمُ<sup>(٣)</sup>.

(١) متفق عليه.

(٢) قال في الخادم: قضية كلام الأكثرين أنه لا يستحق ما يستحقه الراجل وبه صرح الفوراني والإمام، ولم يحك العلامة نجم الدين بن الرفعة ما قاله الرافي إلا عن الجيلي خاصة.

قال - أعني صاحب الخادم -: لكن صرح به في التهذيب فتابعه الرافي.

(٣) من حديث عروة بن الجعد البارقي، وابن عمر، وأنس، وفي الباب عن أبي هريرة في الترمذي والنسائي، وعتبة بن عبد عند أبي داود، وجريز عند مسلم، وأبي داود وجابر وأسماء بنت يزيد عند أحمد، وحذيفة عند أحمد، والبيزار، وله طرق أخرى جمعها الدمياطي في كتاب الخيل، وقد لخصته وزدت عليه في جزء لطيف قاله الحافظ.

فأطلق لَفْظَ الخيل، وفيه قول: أنه لا يسهم للبرذون، بل يُرَضِّخُ له؛ لأنه لا يعمل عمَلُ العربي، ومن قال بالظاهر شبه تفاوتهما بتفاوتِ الراكب القوي، والراكب الضعيف، وعن أحمد - رحمه الله في أصح الروايتين: «أنه يجعل لما سوى العربي سهم لا سهمان».

الثالثة: ليتعهد الإمام الخيل، إذا أراد دخول دار الحزب، فلا يُدْخِلُ إلا فرساً شديداً، ولا يُدْخِلُ حطماً وهو قحماً وهو الهرم الفاني ولا ضرعاً، وهو الصغير الضعيف، ولا أعجف رازحاً والأعجف الهزول والرازح البين الهزال<sup>(١)</sup>، فلو أذخل بعضهم شيئاً منها، نُظِرَ: إن نهى الإمام عن إدخاله، وبلغه خبر النهي، لم يسهم لفرسه، وإن لم ينه الإمام أو لم يبلغه خبر النهي، فقولان:

أحدهما: أنه يُسَهَّمُ له، كما يُسَهَّمُ للشيخ الضعيف، إذا حضر.

وأصحهما: المنع؛ لأنه لا فائدة فيه، بل هو كلُّ على صاحبه، بخلاف الشيخ، فإنه ينتفع برأيه. ودعائه، وعن أبي إسحاق أنه لا خلاف في المسألة، بل القول الأول محمود على ما إذا أمكن القتال عليه، والثاني على ما إذا لم يُمكن.

الرابعة: من حضر بفرسين، لم يسهم إلا لواحد، لما روي أن النبي ﷺ: «لَمْ يُعْطِ الزُّبَيْرَ - رضي الله عنه - إلا لفرس واحد، وقد حضر يوم خيبر<sup>(٢)</sup> بأفراس».

وقال أحمد - رحمه الله: «يعطي لفرسين» ولا يزاو لحديث ورد<sup>(٣)</sup> فيه، ورواه راوون قولاً عن الشافعي - رضي الله عنه -.

(١) قال النووي: القحم، بفتح القاف وإسكان الحاء المهملة، والضرع، بفتح الضاد المعجمة وفتح الراء أيضاً، والرازح، بالراء وبعد الألف زاي مكسورة ثم حاء مهملة، وضبطت هذه الألفاظ، لأنها في كلام الشافعي وكتب الأصحاب - رحمهم الله -، ورأيت من صحفها فأردت السلامة.

(٢) رواه الشافعي من حديث الزبير بسند منقطع، ورد حديث مكحول أن النبي ﷺ أعطاه خمسة أسهم لما حضر خيبر بفرسين، بأنه منقطع، وولد الرجل أعرف بحديثه، قلت: لكن عند أحمد والنسائي من طريق يحيى بن عباد بن عبد الله بن الزبير عن جده قال: ضرب النبي ﷺ يوم حنين للزبير أربعة أسهم - الحديث - وروي الواقدي عن عبد الملك بن يحيى عن عيسى بن معمر قال: كان مع الزبير يوم خيبر فرسان، فأسهم له النبي ﷺ خمسة أسهم، وهذا يوافق مرسل مكحول لكن قاله الحافظ الشافعي كذب الواقدي.

(٣) قال الحافظ: فيه أحاديث منقطعة، أحدها عن الأوزاعي أن رسول الله ﷺ كان يسهم للخيل، ولا يسهم للرجل فوق فرسين، وإن كان معه عشرة أفراس، رواه سعيد بن منصور عن إسماعيل بن عياش عنه، وهو معضل، ورواه سعيد من طريق الزهري أن عمر كتب إلى أبي عبيدة أن أسهم للفرس سهين، وللفرسين أربعة أسهم، ولصاحبه سهماً، فلذلك أربعة أسهم، ولصاحبه سهماً، فلذلك خمسة أسهم، وما كان فوق الفرسين فهي جنائب وروي عن الحسن عن بعض الصحابة قال: كان رسول الله ﷺ لا يقسم إلا لفرسين.

الخامسة: يُسَهَمُ لِلْفَرَسِ الْمُسْتَعَارِ وَالْمُسْتَأْجِرِ، وَيَكُونُ ذَلِكَ لِلْمُسْتَعِيرِ وَالْمُسْتَأْجِرِ، وَعَنْ رَوَايَةِ: ابْنِ الْقَطَّانِ - رَحِمَهُ اللَّهُ - وَجِهَ: أَنَّهُ يَكُونُ سَهْمُ الْفَرَسِ الْمُسْتَعَارِ لِلْمُسْتَعِيرِ، وَأَمَّا الْفَرَسُ الْمَغْضُوبُ، فَوَجِهَانِ فِي أَثَرِهِ، هَلْ يَسَهَمُ لَهُ: وَجِهَ الْمَنْعِ: أَنَّ رُكُوبَهُ وَإِحْضَارَهُ حَرَامٌ شَرْعاً، فَكَانَ كَالْمَعْدُومِ، وَالْأَصْحَحُ الْإِثْبَاتُ؛ لِحُصُولِ الْغَنَاءِ بِهِ، وَعَلَى هَذَا، فَهُوَ لِلْمَالِكِ<sup>(١)</sup> أَوْ لِلْغَاصِبِ الرَّائِبِ فِيهِ قَوْلَانِ، وَيُقَالُ: وَجِهَانٌ؛ وَجِهَ الْأَوَّلُ: أَنَّ مَنَافِعَ الْفَرَسِ وَفَوَائِدَهُ لِلْمَالِكِ، وَالْأَصْحَحُ الثَّانِي، لِأَنَّهُ الَّذِي أَخْضَرَهُ، وَشَهِدَ بِهِ الْوَقْعَةَ، وَفِي «تَعْلِيْقٍ» الشَّيْخِ أَبِي حَامِدٍ - رَحِمَهُ اللَّهُ - «بِنَاءُ هَذَا الْخِلَافِ عَلَيَّ أَنَّ رِيحَ الدَّرَاهِمِ الْمَغْضُوبَةِ، لِلْمَالِكِ أَوْ لِلْغَاصِبِ» وَقَدْ عَرَفْتُ بِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ قَوْلَهُ فِي الْكِتَابِ يُسَوِّى بَيْنَ الْجَمِيعِ فِي الْقِسْمَةِ يَعْنِي قِسْمَةَ الْأَخْمَاسِ الْأَرْبَعَةِ، وَلَوْ حَمَلَ عَلَيَّ جَمِيعَ الْغَنِيمَةِ، لِاحْتِيَاجِ إِلَى اسْتِثْنَاءِ أَصْحَابِ الثَّقَلِ وَالسَّلْبِ أَيْضاً، ثُمَّ هُوَ مُعَلَّمٌ بِالْحَاءِ وَالْمِيمِ؛ لِأَنَّ عِنْدَهُمَا يَجُوزُ لِلْإِمَامِ تَفْضِيلُ بَعْضِ الْفَارِسِينَ عَلَيَّ بَعْضِ، وَبَعْضِ الرَّاجِلِينَ عَلَيَّ بَعْضِ، كَمَا يَرَاهُ، وَجُوزَ مَالِكٍ - رَحِمَهُ اللَّهُ -: أَنْ يُعْطِيَ غَيْرَ مَنْ شَهِدَ الْوَقْعَةَ أَيْضاً.

وقوله: «إنه يعطي ثلاثة أسهم» معلّم بالحاء، ويجوز أن يعلم قوله «إلا لراكب خيل» بالألف؛ لأن عند أحمد: يجعل للبعير سهم.

وقوله: «ثم لا فرق في الفرس» معلّم بالألف والواو، وكذا قوله: «لم يغط إلا لأحدهما»، وقوله: «وكذا للمغضوب» بالواو، ويمكن أن يعلم قوله «فقولان» بالواو؛ لأن صاحب «الشامل» رأى القطع بأنه للغاصب.

## فَرْعٌ:

إذا كان القتال في ماءٍ أو حصن، وقد أحضر الفرس، أسهم لفرسه؛ لأنه قد يحتاج إلى الركوب، حكى ذلك عن نَصِّهِ فِي «الْأَمِّ» وَحَمَلَهُ الْقَاضِي ابْنُ كَيْجٍ: «عَلَى مَا إِذَا كَانُوا بِالْقَرْبِ مِنَ السَّاحِلِ» وَاحْتَمَلَ أَنْ يُخْرَجَ، وَيَرْكَبُ، فَأَمَّا إِذَا لَمْ يَخْتَمِلِ، الْحَالُ الرُّكُوبَ، فَلَا مَعْنَى لِإِعْطَاءِ سَهْمِ الْفَرَسِ.

ولك أن تقول: قضية التوجيه المذكور أن يسهم لفرسين وأكثر؛ لأنه قد يحتاج إلى ركوب الثاني والثالث، وقد التزم مؤنتهما، ويوضح للصبي والذمي والفرسين أكثر مما إذا كانا راجلين، ولو أحضر اثنان فرساً مشتركاً بينهما، فلا يعطيان سهم الفرس؛ لأنه لم يخضر واحد منهما بفرس تام، أو يعطى كل واحد منهما سهم فرس؛ لأن معه

(١) قال الأذريعي: هذا في مالك لم يشهد الواقعة فأما شاهدها المسلم الكامل فسهما فرسه له للغاصب ولا لمن وجده ضائعاً أو عاتراً فجاهد عليه.

فرساً، قد يركبه أو يُعْطِيَانِ سهم فرس مناصفة؟ فيه ثلاثة أوجه<sup>(١)</sup> مذكورة في «أمالي أبي الفرج السرخسي» - رحمه الله - ولو ركب اثنان فرساً وشهدا الواقعة، حكى القاضي ابن كج عن أبي الحسين عن بعض الأصحاب: «أَنْهُمَا كَفَارِسَيْنِ، يجعل لهما سته أسهم» واستبعده، وعن بعضهم أنهما كراجلين، لتعذر الكرّ والفرّ، قال: «وعندي يجب أن يُجْعَلَ لهما أربعة أسهم، سهمان لهما، وسهمان للفرس»<sup>(٢)</sup> والله أعلم.

(١) قال النووي: لعله الأصح المناصفة والله أعلم.

(٢) قال النووي في زيادته: اختار ابن كج في «التجريد» وجهاً رابعاً حسناً أنه كان فيه قوة الكرّ والفرّ مع ركوبهما، فأربعة أسهم، وإلا، فسهمان.

ومن مسائل الباب: لو دخل دار الحرب راجلاً، ثم حصل فرساً ببيع أو إعارة أو غيرهما، وحضر به الحرب، أسهم له. قال صاحب «العدة»: ولو حضر فارساً، فضاع فرسه، فأخذه رجل وقاتل عليه، فأسهم المقاتل له وللفرس، كان سهماً الفرس لمالكه، لأنه شهد الواقعة وفرسه حاضر ولم يوجد منه اختيار إزالة يد، فصار كما لو كان معه ولم يقاتل عليه، ويفارق المنصوب حيث قلنا: سهم الفرس للغاصب على المذهب، لأن المالك لم يشهد الواقعة.

ومنها: الأعمى، والزمن، ومقطوع اليدين والرجلين، المذهب: أنه لا يسهم لهم، لكن يرضخ. وحكى الجرجاني في استحقاقهم السهم قولين.

ولو شرط الإمام للجيش أن لا يخمس عليهم، فشرطه باطل، ويجب تخميس ما غنموا، وسواء ذلك لضرورة، أم لا. وحكى ابن كج وجهاً أنه إن شرطه لضرورة، لم يخمس، وهذا شاذ باطل. ولو غزت طائفة بغير إذن الإمام فغنمت، خمّس على المذهب، وبه قطع الجمهور. وحكى ابن كج وجهاً: أنه لا يخمس، وهو باطل. ولو كان معه فرس فلم يركبه ولم يعلم به، قال ابن كج: لم يسهم له بلا خلاف. قال: ولو علم به ولم يركبه بحال، فلا سهم له. قال: وعندي يسهم له إذا كان يمكنه ركوبه ولم يحتج إليه. والله أعلم.

وهذا قد صرح به الرافعي في الكلام على الغنمة لمن شهد الواقعة، وما حكاه عن الجرجاني هو موجود في التحرير وجزم في المعاينة بأنه يسهم للمريض والزمن قال: لأنهم من أهل الجهاد وإنما يسقط للعجز فأشبه المريض إذا حضر الجمعة يعتد به. وكذا قاله صاحب الكافي: إن كان يرجى زوال مرضه أسهم قطعاً وكذا إن لم يرج على الأصح.

## كِتَابُ قَسَمِ الصَّدَقَاتِ وَفِيهِ بَابَانِ الْبَابُ الْأَوَّلُ فِي بَيَانِ الْأَصْنَافِ الثَّمَانِيَةِ

قَالَ الْعَزَلِيُّ: الصَّنْفُ الْأَوَّلُ الْفَقِيرُ وَهُوَ الَّذِي لَا يَمْلِكُ أَصْلًا وَلَا يَقْدِرُ (ح) عَلَى كَسْبِ يَلِيْقٍ بِمُرُوعَتِهِ، أَوْ كَانَ يَقْدِرُ عَلَى كَسْبٍ وَلَكِنْ يَمْتَنِعُ الْأَسْتِغَالُ بِهِ عَنِ التَّفَقُّهِ وَهُوَ مُتَّفَقَةٌ، وَإِنْ كَانَ يَمْتَنِعُ عَنِ اسْتِغْرَاقِ الْوَقْتِ بِالْعِبَادَاتِ، فَلَا يُعْطَى سَهْمَ الْفُقَرَاءِ، وَلَا يَشْتَرَطُ الزَّمَانَةُ، وَلَا التَّعَفُّفُ عَنِ السُّؤَالِ فِي اسْتِحْقَاقِ هَذَا السَّهْمِ عَلَى الْجَدِيدِ (و).

قَالَ الرَّافِعِيُّ: اسْمُ الصَّدَقَاتِ يَشْمَلُ الزَّكَاةَ وَالتَّطَوُّعَاتِ، وَالكِتَابُ وَافٍ بِالنُّوعَيْنِ، وَأَنْهُمَا إِلَى مِنْ يَصْرَفَانِ؟ وَكَيْفَ يُصْرَفَانِ؟ إِلَّا أَنَّ النُّوعَ الثَّانِيَّ لَا يَطُولُ الْكَلَامُ فِيهِ، فَرَسَهُ مَسْأَلَةً فِي آخِرِ الْبَابِ الثَّانِي، وَحَقُّهُ أَنْ يَقْطَعَ عَنِ النَّوعِ الْأَوَّلِ بِالْكَلِيَّةِ، وَلَا يَجْعَلُ مَسْأَلَةً فِي فِصْلِهِ، أَمَا الزَّكَاةُ: فَالْقَوْلُ فِيهَا تُوَدِّي وَتُوَدِّي مِنْهُ، وَمَنْ عَلَيْهِ مَسْتَوْفَى فِي «كِتَابِ الزَّكَاةِ»، وَأَمَا الَّذِي تُوَدِّي إِلَيْهِ، فَلَهُ عَقْدُ هَذَا الْكِتَابِ، ثُمَّ مِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ يُورِدُ مَقْصُودَ هَذَا الْبَابِ فِي «كِتَابِ الزَّكَاةِ» مَقْرُونًا بِسَائِرِ فُضُولِهَا، وَالشَّافِعِيُّ وَأَكْثَرُ الْأَصْحَابِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - أوردوه ها هنا مقرونًا بقسم «الفيء والغنيمة»، ولكل وجه؛ فالأول ظاهره، وأما الثاني؛ فلأن كل واحد من هذه الأموال يتولى الإمام جمعها، ثم تفريقها، وقسمتها على من يضرب فيها بسهم إلا أن ذلك يحصل من الكفار، وهذا من المسلمين، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ﴾ [التوبة - 60] الآية، ولا بد من بيان الأصناف الثمانية، وكيفية الصرف إليهم فأودعهما في بابين.

أما الأول: فالصنف الأول: «الفقير»؛ وهو الذي لا مال له، ولا كسب يقع موقعا من حاجته فالمال الذي لا يقع موقعا؛ كما إذا كان يحتاج إلى عشرة، وهو لا يملك إلا درهمين أو ثلاثة، لا يسلب اسم الفقير، وكذا الدار التي يسكنها، والثوب الذي يلبسه متجملا به، ذكره صاحب «التهديب» وغيره، ولم يتعرضوا لعنبد، الذي يحتاج إلى خدمته، وهو في سائر الأصول ملحق بالمسكن<sup>(١)</sup> ولو كان عليه دين، فيمكن أن يقال:

(١) قال النووي: قد صرح ابن كنج في كتابه «التجريد»: بأنه كالمسكن وهو متعين والله أعلم.

الْقَدْرُ الَّذِي يُوَدَّى بِهِ الدَّيْنُ لَا عِبْرَةَ بِهِ فِي مَنَعِ الاستِحْقَاقِ؛ كَمَا لَا عِبْرَةَ بِهِ فِي وَجُوبِ نَفَقَةِ القَرِيبِ، وَكَذَا فِي زَكَاةِ الفِطْرِ عَلَى الوَجْهِ الَّذِي مَرَّ فِي مَوْضِعِهِ، وَفِي «فَتَاوَى» صَاحِبِ «التَّهْذِيبِ»: أَنَّهُ لَا يُعْطَى مِنْ سَهْمِ الفُقَرَاءِ حَتَّى يُصْرَفَ مَا عِنْدَهُ إِلَى الدَّيْنِ<sup>(١)</sup>، قَالَ: «وَيَجُوزُ أَخْذُ الزَّكَاةِ لِمَنْ مَالُهُ عَلَى مَسَافَةِ القَضْرِ إِلَى أَنْ يَصِلَ إِلَى مَالِهِ، وَلَوْ كَانَ لَهُ دَيْنٌ مُوجِبٌ عَلَى إِنْسَانٍ، فَكَذَلِكَ يَأْخُذُ مَا يَكْفِيهِ إِلَى حُلُولِ الأَجْلِ، وَقَدْ يَتَرَدَّدُ النَّاطِرُ فِي اشْتِرَاطِ كَوْنِهِ عَلَى مَسَافَةِ القَضْرِ.

وَأَمَّا اعْتِبَارُ العَجْزِ عَنِ الكَسْبِ؛ لِأَنَّ القُدْرَةَ عَلَى الكَسْبِ بِالجَزْفَةِ بِمِثَابَةِ المَالِ فِي حَصُولِ الكِفَايَةِ، وَقَدْ رُوِيَ: «أَنَّ رَجُلَيْنِ أَتَىا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ لِيَسْأَلَا بِهِ الصَّدَقَةَ، فَقَالَ: إِنْ شِئْتُمَا أُعْطِيْتُمَا وَلا حَظَّ فِيهَا لِعَنِي، وَلا لِدِي مَرَّةً سَوِيًّا»؛ وَهِيَ القُوَّةُ، وَيُزَوَّى: «وَلا لِدِي قُوَّةً مَكْتَسَبَةً»<sup>(٢)</sup>.

وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: «لَا يُعْتَبَرُ العَجْزُ عَنِ الكَسْبِ، وَيَكْفِي أَلَا يَمْلِكُ نِصَاباً مِنْ النَّقْدِينَ وَلا مَا قِيَمَتُهُ نِصَابٌ، ثُمَّ المَعْتَبَرُ العَجْزُ عَنِ كَسْبِ مَا يَقَعُ مَوْقِعاً مِنْ حَاجَتِهِ، لَا عَنَ أَوَّلِ الكَسْبِ، كَمَا ذَكَرْنَا فِي المَالِ، وَالمَعْتَبَرُ الكَسْبُ بِحَرْفَةٍ تَلِيْقُ بِحَالِهِ، وَمَرْوَعَتِهِ، دُونَ مَا لَا يَلِيْقُ بِحَالِهِ، وَلَوْ قَدَّرَ عَلَى الكَسْبِ إِلَّا أَنَّهُ مَشْغُولٌ بِتَحْصِيلِ بَعْضِ العُلُومِ الشَّرْعِيَّةِ، وَلَوْ أَقْبَلَ عَلَى الكَسْبِ، وَلا نَقَطَعَ عَنِ التَّخْصِيلِ، تَحَلُّ لُهُ الزَّكَاةُ؛ لِأَنَّ تَحْصِيلَهَا مِنْ فُرُوضِ الكِفَايَاتِ، وَأَمَّا المُعْطَلُ المَعْتَكِفُ فِي المَدْرَسَةِ، وَمَنْ لَا يَتَأْتَى مِنْهُ التَّحْصِيلُ، لَا يَجِلُّ لَهَا الزَّكَاةُ مَعَ القُدْرَةِ عَلَى الكَسْبِ»<sup>(٣)</sup>، وَمَنْ أَقْبَلَ عَلَى نَوَافِلِ

(١) قَالَ الشَّيْخُ جَلالُ الدِّينِ البَلْقِينِي: إِنْ كَانَ المَرادُ أَنَّ القَرِيبَ لَا تَجِبُ مَعَ الدِّينِ فَهَذَا وَهْمٌ وَإِنْ كَانَ المَرادُ أَنَّ نَفَقَةَ القَرِيبِ تَجِبُ مَعَ الدِّينِ فَالْقِيَاسُ عَلَيْهِ لَا لَهُ فَهُوَ دَائِرُ بَيْنِ وَهْمٍ وَقِيَاسٍ لَا يَلِائِمُ مَدْعَاهُ. انْتَهَى مَا أَرَدْتَهُ مِنْهُ وَفِيما قَالَه نَظَرَ. (قَالَه البَكْرِيُّ فِي حَاشِيَتِهِ).

(٢) أَخْرَجَهُ الشَّافِعِيُّ وَأَحْمَدُ وَأَبُو داوُدَ وَالنَّسَائِيُّ وَالدَّارِقُطْنِيُّ، مِنْ حَدِيثِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَدِيِّ بْنِ الخِيَارِ: أَنَّ رَجُلَيْنِ أَخْبَرَاهُ أَنَّهُمَا أَتَىا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَسْأَلَانِهِ الصَّدَقَةَ، فَقَلَبَ فِيهِمَا النَظَرَ، فَرَأَاهُمَا جَلْدَيْنِ، فَقَالَ: إِنْ شِئْتُمَا أُعْطِيْتُمَا، وَلا حَظَّ فِيهَا لِعَنِي وَلا لِقُرِيِّ مَكْتَسَبِ، لَفْظُ أَحْمَدَ، زَادَ الطَّحَاوِيُّ فِي بَيانِ المَشْكَالِ: أَنَّ رَجُلَيْنِ مِنْ قَوْمِهِ، قَالَ أَحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ: مَا أَجُودُهُ مِنْ حَدِيثِ.

(تَنْبِيهُ) تَبَيَّنَ بِهَذَا أَنَّ قَوْلَهُ: وَلا لِدِي مَرَّةً سَوِيًّا، لَيْسَ هُوَ فِي هَذَا المَتْنِ، نَعَمْ رُوِيَ فِي حَدِيثِ آخَرَ [رَوَاهُ أَحْمَدُ وَالنَّسَائِيُّ وَابْنُ مَاجَةَ وَابْنُ حِبَّانَ وَالحَاكِمُ، مِنْ حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ بِلَفْظٍ: لَا تَحَلُّ الصَّدَقَةُ لِعَنِي، وَلا لِدِي مَرَّةً سَوِيًّا، وَأَبُو داوُدَ وَالتِّرْمِذِيُّ وَالحَاكِمُ مِنْ حَدِيثِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو بْنِ العَاصِ بِسَنَدٍ حَسَنٍ، وَلفِظُهُ: لِدِي مَرَّةً قَوِيًّا، وَفِي البَابِ عَن طَلْحَةَ مِثْلَ حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ ذَكَرَهُ الدَّارِقُطْنِيُّ فِي العِلَلِ، وَرَوَاهُ أَبُو يَعْلَى، وَعَن ابْنِ عَمْرِو بْنِ كَامِلِ ابْنِ عَدِيِّ، وَعَن حَبِشِيِّ بْنِ جَنَادَةَ فِي التِّرْمِذِيِّ، وَعَن جَابِرِ عِنْدَ الدَّارِقُطْنِيِّ وَرَوَاهُ أَحْمَدُ مِنْ طَرِيقِ أَبِي زَمِيلِ عَن رَجُلٍ مِنْ بَنِي هَلالِ بِهِ، وَعَن عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ فِي الطَّبْرَانِيِّ قَالَه الحَافِظُ.

(٣) قَالَ النُّووي: هَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ فِي المَشْغَلِ بِالعِلْمِ، هُوَ المَعْرُوفُ فِي كُتُبِ أَصْحَابِنَا وَذَكَرَ الدَّارِمِيُّ =



العبادات، وكان الكَسْب يمنعه عنها أو عَنِ اسْتِغْرَاقِ الْوَقْتِ بِهَا، فَلَا تَحِلُّ لَهُ الصَّدَقَةُ؛ لِأَنَّ الْكَسْبَ وَقَطْعَ الطَّمَعِ عَمَّا فِي يَدِ النَّاسِ أَوْلَى مِنَ الْإِقْبَالِ عَلَى النَّوَافِلِ مَعَ الطَّمَعِ، وَإِذَا لَمْ يَجِدِ الْكَسُوبَ مَنْ يَسْتَعْمَلُهُ، حَلَّ لَهُ الزَّكَاةُ، وَهَلْ يَشْتَرِطُ فِي الْفَقِيرِ الزَّمَانَةَ، وَالتَّعَفُّفَ عَنِ السُّؤَالِ؟ فِيهِ طَرِيقَانِ:

أشهرهما: أَنَّهُ عَلَى قَوْلَيْنِ: الْقَدِيمُ: نَعَمْ؛ وَاحْتِجَّ لَهُ بِأَنَّهُ إِذَا سَأَلَ، أُعْطِيَ: وَإِذَا لَمْ يَكُنْ زَمِيئًا، كَانَ لَهُ نَوْعُ كَسْبٍ؛ فَيَكُونُ مَسْكِينًا لَا فَقِيرًا، وَبِأَنَّ الْفَقِيرَ مُشْتَقٌّ مِنْ كَسْرِ الْفَقَارِ الَّذِي هُوَ مُهْلِكٌ، وَقَضِيَّةُ هَذَا الْاسْتِغْرَاقِ عَدَمُ الْقُدْرَةِ عَلَى الْإِطْلَاقِ، وَالْجَدِيدُ لَا بَلَّ الزَّمْنَ وَغَيْرَ الزَّمَنِ وَالسَّائِلِ وَغَيْرِ السَّائِلِ سِوَاءً فِي الْاسْتِحْقَاقِ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ «أَعْطَى مَنْ سَأَلَ الصَّدَقَةَ، وَهُوَ غَيْرُ زَمَنِ»<sup>(١)</sup>، وَلِأَنَّ اسْتِحْقَاقَ الْفَقِيرِ بِالْحَاجَةِ، وَالْحَاجَةُ مَوْجُودَةٌ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ زَمِيئًا، إِذَا لَمْ تَكُنْ لَهُ حَرْفَةٌ، أَوْ كَانَتْ ضَعِيفَةً، لَا وَقَعَ لَهَا فِي حَقِّ السَّائِلِ أَيْضًا، وَبِهَذَا قَالَ الْمُرْزِيُّ.

وَالثَّانِي: الْقَطْعُ بِعَدَمِ اسْتِطْرَافِهَا، وَإِلَيْهِ مَالُ الْمُعْتَبِرُونَ، وَأَوْلَا مَا نَقَلَ عَنِ الْقَدِيمِ، وَمَنْعُوا التَّوْجِيهَ الْمَذْكُورَ.

وقوله في الكتاب: «وَهُوَ الَّذِي لَا يَمْلِكُ شَيْئًا أَضْلًا» غَيْرُ مَعْمُولٍ بِظَاهِرِهِ، بَلِ الْمَعْنَى: أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ شَيْئًا أَوْ لَا يَمْلِكُ إِلَّا مَالًا، وَقَعَ لَهُ بِالْإِضَافَةِ إِلَى حَاجَتِهِ، وَكَذَا قَوْلُهُ: «وَلَا يَقْدِرُ عَلَى كَسْبِ يَلِيقَ بِمَرْوَتِهِ» وَلِيَعْلَمَ بِالْحَاجَةِ؛ لَمَا ذَكَرْنَا، وَقَوْلُهُ: «عَلَى الْجَدِيدِ» بِالْوَاوِ؛ لِلطَّرِيقَةِ الْأُخْرَى.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَالْمَكْفِيُّ بِتَفَقُّهِ أَبِيهِ هَلْ يُعْطَى فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَا يَجُوزُ لِلْأَبِ إِعْطَاؤُهُ قَطْعًا، لِأَنَّهُ يَدْفَعُ التَّفَقُّهَ عَنِ نَفْسِهِ، وَالْمَكْفِيَّةُ بِتَفَقُّهِ زَوْجِهَا لَا تُعْطَى عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ، لِأَنَّ نَفَقَتَهَا كَالْعَوَضِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَقْصُودُ الْفَضْلِ الْكَلَامِ فِي أَنَّ الْمَكْتَفِيَّ بِإِنْفَاقِ أَبِيهِ أَوْ غَيْرِهِ؛ مِمَّنْ يَلْزَمُهُمُ النَّفَقَةُ وَالْفَقِيرَةُ الَّتِي يَنْفِقُ عَلَيْهَا الزَّوْجُ الْغَنِيُّ<sup>(٢)</sup>، هَلْ يُعْطِيَانِ مِنْ سَهْمِ الْفُقَرَاءِ؟

= فِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجَهُ. أَحَدُهَا: يَسْتَحِقُّ، وَالثَّانِي: لَا، وَالثَّلَاثُ: إِنْ كَانَ نَجِيبًا يَرْجَى تَفَقُّهُهُ وَنَفَعَ النَّاسَ بِهِ، اسْتَحِقُّ، وَإِلَّا، فَلَا.

(١) رَوَاهُ مُسْلِمٌ مِنْ حَدِيثِ أَنَسٍ: كُنْتُ أَمْشِي مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَعَلَيْهِ رِدَاءٌ نَجْرَانِيٌّ غَلِيظُ الْحَاشِيَةِ، فَأَدْرَكَهُ أَعْرَابِيٌّ فَجَبَذَهُ بِرِدَائِهِ جَبْذَةً شَدِيدَةً - الْحَدِيثُ - وَفِيهِ: ثُمَّ أَمَرَ لَهُ بِعَطَاءٍ، وَأَكْثَرَ أَحَادِيثِ الْبَابِ شَاهِدَةٌ لِذَلِكَ.

(٢) تَقْيِيدُهُ الزَّوْجَ بِالْغَنِيِّ يَفْهَمُ أَنَّهُ لَوْ كَانَ لَهَا زَوْجًا فَقِيرًا أَنَّهَا تُعْطَى.

قَالَ الشَّيْخُ جَلَالُ الدِّينِ الْبَلْقِينِيُّ: وَفِيهِ نَظَرٌ لِأَنَّ الْفَقِيرَ يَلْزَمُهُ نَفَقَةُ الْمَعْسَرِينَ وَالنَّفَقَةُ مَطْلَقًا فِيهَا كِفَايَةٌ فِيهَا مَكْتَفِيَّةٌ بِنَفَقَةٍ، وَإِنْ كَانَتْ نَفَقَةُ الْمَعْسَرِينَ، نَعَمْ لَوْ كَانَ مَعْسَرًا لَا يَجِدُ نَفَقَةَ الْمَعْسَرِينَ فَيُظْهِرُ أَنَّ تَعْطَى الزَّكَاةَ إِذَا أَعْطَاهَا غَيْرَ مِنْ تَلْزَمُهُ نَفَقَتَهُ.

ويقدم على المسألتين أنه لو وَقَفَ عَلَى فقراء أقاربه أو أَوْصَى لهم بمالٍ، وكانا في أقاربه، هل يستحقان سهماً من الوَقْفِ والوصية؟ وفيه أربعة أوجه، حكاها الشيخ أبو عَلِيٍّ في الشرح:

أحدها: وبه قال ابن الحَدَّاد: نَعَمْ؛ لأنهما فقيران في نفسيهما، إلاَّ أنَّ هناك من يَمُوْنُهُمَا.

والثاني: ويُحَكِّمُ عن أبي زيد، والخُضْرِيُّ لا؛ لأنهما غنيان بالثَّفَقَة المستحقَّة لهما، فَصَارَ كمن حَصَلَتْ كفايته في كسبه أو من ضيعة موقوفة عليه.

والثالث: عن الأودني فيما نقله الفقيه أبو يعقوب عنه: أنَّ مَنْ في نفقة القَرِيبِ يستحقُّ دون الزوجة، والفرق أنها تستحقُّ النفقة عوضاً، وهي تستقرُّ في ذمَّة الزوج، فتكون غنيةً به، كذَيْنِ في ذمَّة الغَيْرِ حَالٍ أو مَوْجَلٍ، يكون صاحبه غنياً به والقريب يواسيه القريب يوماً يوماً، ولا يستقرُّ له في ذمَّتِهِ شيءٌ، يكون غنياً به.

والرابع: أنَّ الزوجة تستحقُّ دون مَنْ في نفقة القريب، والفرق: أنَّ القريب يلزمه كفاية أمر القريب من كُلِّ وجه، حتَّى الدواء وأجرة الطبيب، فاندفعَتْ حاجاته بالكلية، والزوجة ليس لها إلاَّ مُقَدَّرٌ، وربما لا يكفيها، فتبقى محتاجة.

إذا تقرَّر ذلك، جئنا إلى الزكاة، فإنَّ قُلْنَا: لا استحقاقَ لهما في قدر الوَقْفِ والوصية، فلا يعطيان من الزكاة؛ لَعَدَمِ الحاجة، وهو الأصحُّ عند الشيخ أبي علي وغيره، وإنَّ قُلْنَا: إنَّ لهما حقاً هناك، فهنا وجهان:

أصحهما: أنَّ الجواب كذلك.

والثاني: المنع، وبه قال ابن الحَدَّاد، والفرق. أنَّ الاستحقاق في الوَقْفِ باسم الفقير، ولا يزول اسم الفقير بقيام غيره بأمره، والاستحقاق في الزكاة بالحاجة، ولا حاجة مع توجه النفقة على الغير، فأشبهه المكتسب الذي يكتسب كلَّ يوم قدرَ كفايته، حيث لا يجوز له الأخذ، وإن كان معدوداً في الفقراء، ومن قال بالأوَّل، منع هذا، وقال: الاستحقاقان منوطان بالفقر، فوجب التسوية بين البابين، كما أنَّ الوصية لأبناء السبيل محمولة على ما يحمل عليه ابن السبيل في آية الزكاة، ثم الوجهان في مسألة القريب، فيما إذا أعطاه غير من ينفق عليه من سهم الفقراء والمساكين، ولا كلام في أنه يُعْطِيهِ من سائر السهام، وأما المتفق عليه، فلا يعطيه من سهم الفقراء والمساكين، لا محالة؛ لمعنيين:

أحدهما: كونه غنياً بتلك النفقة، على ما ذكرناه.

والثاني: أنه بالصَّرْفِ إليه يجزئ نفعاً إلى نفسه، وهو دفع النفقة، عن نفسه وله أن

يعطيه من سهم الغارمين، والعاملين، والمكاتبين والغزاة، إذا كانوا<sup>(١)</sup> بهذه الصفات<sup>(٢)</sup>، وكذا من سهم المؤلفة إلا أن يكون فقيراً؛ فإنه حينئذ يسقط النفقة عن نفسه، ويجوز أن يعطيه من سهم أبناء السبيل قدر مؤنة السفر، دون ما يحتاج إليه سفراً وحضراً، فإن هذا القدر هو المستحق عليه، وأما في مسألة الزوجة، فالوجهان في أن غير الزوج، هل يعطيه من سهم الفقراء والمساكين، بجريان في الزوج أيضاً؛ لأنه بالصرف إليها لا يدفع النفقة عن نفسه، بل نفقتها عوضاً لازماً، غنية كانت أو فقيرة، فصار كما لو استأجر فقيراً، يجوز له صرف الزكاة إليه مع الأجرة، فإن منعنا، فلو كانت ناشزة، ففي «التهذيب» أنه يجوز أن يعطيه؛ لأنه لا نفقة لها، وجواب الشيخ أبي حامد والأكثرين: المنع، لأنها قادرة على ترك الشؤز والعود إلى الطاعة، فأشبهت القادر على الاكتساب، ويجوز للزوج أن يعطيها من سهم المكاتبين والغارمين، قال في «التتمة»: «وكذا من سهم المؤلفة».

وفي «تعليق الشيخ أبي حامد» أن المرأة لا تكون من المؤلفة، والأول هو المقبول، ولا تكون المرأة عاملة، ولا تصلح للجهاد، وأما سهم ابن السبيل، فإن سافرت مع الزوج، لم تغط منه، لأنها إن سافرت بإذنه، فهي مكفية المؤنة، وإن سافرت بغير إذنه، فالنفقة عليه؛ لأنها معه، هكذا ذكره، ولا تغطي مؤنة السفر؛ لأنها<sup>(٣)</sup> عاصية بالخروج، وإن سافرت وخذها، نظرت: إن خرجت بإذنه، فإن أوجبنا نفقتها، فتغطي من سهم ابن السبيل مؤنة السفر، وإن لم نوجبها، فتغطي جميع كفايتها، وإن خرجت بغير إذنه، لم تغط منه؛ لأنها عاصية، ويجوز أن تغطي هذه من سهم

(١) في ز: كان.

(٢) قال في المهمات: ما ذكره يعني الرافي في إيجاب نفقة المكاتب على قريبه تابعه في الروضة ولم يستحضروا النفقات ما سبق لهما في هذا الباب، فإن الرافي حكى فيها هناك احتمالين عن الحاوي وزاد النووي على ذلك فصحح عدم الوجوب وعلل بأنه رقيق.

(٣) قال النووي: قال أصحابنا: مؤنة سفرها معه إن كان بإذنه، فهي عليه، فلا تعطي وإن كان بغير إذنه، فلا تعطي الحمولة على الأصح، لأنها عاصية. وقال الشيخ أبو حامد: تعطي. والله أعلم. قال في المهمات: لم يبين هل المراد عدم الكفاية في ذلك اليوم أم في تلك السنة أم في العمر الغالب وقد استنبطت من كلامهم ما يبين أن المراد السنة، فإن الرافي ذكر في كتاب الإيمان أن المسكين ينتقل إلى التكفير بالصوم، وذكر في كتاب الظهار أن الانتقال إلى الصوم شرط العجز عن السنة أم عن العمر الغالب فيه احتمالان. قال النووي: الصواب منهما اعتبار السنة فيثبت من مجموع كلام الرافي والنووي أن المراد بعدم الكفاية إنما هو في السنة فافهم ذلك فإنه عزيز مهم، فعلى هذا من عجز عن كفاية السنة فهو مسكين حينئذ فهل يعطى له كفاية سنة أم كفاية العمر الغالب فيه الخلاف المشهور ومن معه كفاية سنة لا يعطى شيئاً لأنه ليس بفقير ولا مسكين حالة الإعطاء وإن كنا نعطيه العمر الغالب، لو نقص ما معه عن السنة.

الفقراء والمساكين؛ بخلاف الثائفة؛ لأنها تُقدّر على العود إلى يده وطاعته والمسافرة لا تُقدّر، فإن تركت سفرها، وعزمت على أن تعود إليه، فتعطى من سهم ابن السبيل، وقوله في الكتاب: «والمكفي بنفقة أبيه، هل يعطى»، يعني من سهم الفقراء والمساكين، ونص في مسألة الزوجة على أن أظهر الوجهين: المَنع، وفي المسألة الأولى: «أرسل الوجهين إشارة إلى ترتيب الخلاف في الزوجة على الخلاف في القريب، وأولوية المنع فيه؛ لأن نفقتها عوض، على ما مر، وقد صرح بذلك في «الوسيط».

قَالَ الْعَزَلِيُّ: الثَّانِي: الْمَسْكِينُ وَهُوَ كُلُّ مَنْ لَا يَمْلِكُ قَدْرَ كِفَايَتِهِ وَإِنْ مَلَكَ وَقَدَّرَ عَلَى الْكَسْبِ، وَالْفَقِيرُ أَشَدُّ حَالًا مِنْهُ (ح م و).

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الصَّنْفُ الثَّانِي الْمَسْكِينُ؛ وَهُوَ الَّذِي يَمْلِكُ مِنَ الْمَالِ مَا يَقَعُ مَوْقِعًا مِنْ حَاجَتِهِ، وَكِفَايَتِهِ، لَكِنَّهُ لَا يَكْفِيهِ، كَمَا إِذَا اخْتَجَّ إِلَى عَشْرَةٍ، وَهُوَ يَمْلِكُ سَبْعَةً أَوْ ثَمَانِيَةً وَفِي مَعْنَاهُ مَنْ يَقْدِرُ عَلَى كَسْبِ مَا يَقَعُ مَوْقِعًا، وَلَا يَكْفِيهِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ مَا يَمْلِكُهُ مِنَ الْمَالِ نِصَابًا أَوْ أَقَلُّ أَوْ أَكْثَرَ،<sup>(١)</sup> وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: إِذَا مَلَكَ نِصَابًا مِنَ الْأَثْمَانِ، لَمْ يُغَطَّ شَيْئًا مِنَ الزَّكَاةِ، وَكَذَا إِذَا مَلَكَ شَيْئًا قِيمَتُهُ نِصَابٌ فَاضِلًا عَنْ مَسْكَنِهِ وَخَادِمِهِ.

وقال أحمد: «إن ملك خمسين درهماً، لم يُغَطَّ شَيْئًا مِنَ الزَّكَاةِ».

وَاحْتَجَّ الْأَصْحَابُ بِمَا رُوِيَ أَنَّهُ ﷺ قَالَ: «لَا تَحِلُّ الصَّدَقَةُ إِلَّا لِثَلَاثَةٍ»<sup>(٢)</sup> فَذَكَرَ رَجُلًا أَصَابَتْه جَائِحَةٌ، فَاجْتَاخَتْ مَالَهُ، فَحَلَّتْ لَهُ الصَّدَقَةُ، حَتَّى يَصِيبَ سِدَادًا مِنْ عَيْشٍ، وَمَنْ لَمْ يَجِدْ مَا يَكْفِيهِ، لَمْ يَصِبْ سِدَادًا مِنْ عَيْشٍ، وَلَا يَعْتَبَرُ فِي الْمَسْكِينِ السُّؤَالُ، قَطَعَ بِهِ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ، وَمِنْهُمْ: مَنْ نَقَلَ عَنِ الْقَدِيمِ اعْتِبَارَهُ، وَلَفْظُ الْمَزْنِيِّ فِي «الْمَخْتَصِرِ» يُمَكِّنُ تَنْزِيلَهُ عَلَى الطَّرِيقَيْنِ، وَإِذَا عَرِفَ تَفْسِيرَ الْمَسْكِينِ وَالْفَقِيرِ، عَرَفَ أَنَّ الْفَقِيرَ أَشَدُّ حَالًا مِنَ الْمَسْكِينِ، وَبِهِ قَالَ أَحْمَدُ.

وقال أبو حنيفة: «المسكين أشدُّ حالاً من الفقير» وعكس التفسير، وبه قال أبو إسحاق المروزي، واحتج الأصحاب بقوله تعالى: ﴿أَمَّا السَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَاكِينَ﴾ [الكهف - ٧٩] الآية، سمى الذين لهم السفينة يعملون في البحر مساكين، فدل على أن المسكين من يملك شيئاً، وأيضاً: فإن النبي ﷺ: «استعاد من الفقر»، وقال: «أحيني

(١) في ب: وعند.

(٢) رواه مسلم كما سبق في التفليس وفي الباب عن ابن مسعود قال: قال رسول الله ﷺ: من سأل وله ما يغنيه جاءت يوم القيامة خموش أو خدوش أو كدوح في وجهه، فقيل: يا رسول الله وما الغني؟ قال: خمسون درهماً أو قيمتها من الذهب، أخرجه أصحاب السنن.

مسكيناً<sup>(١)</sup> ولمَنْ قال بالأوّل أن يقول: فسُرّتم المسكينَ بمنّ له شيءٌ، يقع موقعاً من كفايته، لا بمُطلَق من يملك شيئاً؛ فلمَ قلتم: إنّ السفينة كانت تقع موقعاً من كفايتهم، وأما الثاني، فكما نقل «أحيني مسكيناً» نقل الفقير، فجرى ونحوه والخلاف مع أبي حنيفة في الفقير والمسكين لا يظهر أثره في الزكاة؛ لأنّه يجوزُ عنده الصّرف إلى صنفٍ واحدٍ، ولكنه يظهر فيما إذا أوصى للفقراء دون المساكين، أو بالعكس، أو نذر، أو حلف أن يتصدّق على أحدهما، دون الآخر، ويجوز أن يُعلم قوله في الكتاب: «والفقير أشدّ حالاً منه» مع الحاء والواو بالميم؛ لأنّ الحكاية عن مالك مثل قول أبي حنيفة. واغْلَمَ: أنّ المعتبر من قولنا يقع موقعاً من كفايته وحاجته أو لا يقع: المطعّم، والمسكّن، والمَلْبَس، وسائر ما لا بُدّ منه، على ما يليق بالحال، من غير إسراف، ولا تقتير، لنفْسِ الشّخصِ، ولمن هو في نفقته.

### «فَرْعٌ»:

سُئِلَ صاحبُ الكتاب عن القويّ من أهل البيوتات الذين لم تجرِ عاداتهم بالتكسّب بالبدن، هل له أن يأخذ من الزكاة فأجاب أن: نعم، وهو مستمرٌّ على ما سبق أن المعتبر الكسب بحرفة تليق بحاله<sup>(٢)</sup>، وكما لا يعتد بالحرفة التي لا تليق بحاله، لا يعتد بأصل الحرفة في حق من لا يليق به.

(١) هذان حديثان، أما الأول فمتفق عليه من حديث عائشة أتم منه، وفي الباب عن أبي هريرة في أبي داود والنسائي وصحیح ابن حبان والحاكم، وعندهما من حديث أبي بكر نفع بن الحارث وأبي سعيد وأنس نحوه، وأما الثاني فرواه الترمذي من حديث أنس أتم منه أيضاً واستغربه، وإسناده ضعيف، وفي الباب عن أبي سعيد رواه ابن ماجه وفي إسناده ضعف أيضاً، وله طريق أخرى في المستدرک من حديث عطاء عنه، وطوله البيهقي، ورواه البيهقي من حديث عبادة بن الصامت.

(تنبيه) أسرف ابن الجوزي فذكر هذا الحديث في الموضوعات: وكأنه أقدم عليه لما رآه مبيناً للحال التي مات عليها النبي ﷺ، لأنه كان مكفياً، وقال البيهقي: ووجهه عند أنه لم يسأل حال المسكنة التي يرجع معناها إلى القلة، وإنما سأل المسكنة التي يرجع معناها إلى الإخبات والتواضع، قوله: يستدل على أن الفقير أحسن حالاً من المسكين بما نقل: الفقر فخري وبه افتخر، وهذا الحديث سئل عنه الحافظ ابن تيمية فقال: إنه كذب لا يعرف في شيء من كتب المسلمين المروية، وجزم الصغاني بأنه موضوع.

(٢) قال النووي: بقيت مسائل تتعلق بالفقير والمسكين.

إحداها: قال الغزالي في «الإحياء»: لو كان له كتب فقه، لم تخرجه عن المسكنة، ولا تلزمه زكاة الفطر. وحكم كتبه حكم أثاث البيت، لأنه محتاج إليها، لكن ينبغي أن يحتاط في فهم الحاجة إلى الكتاب. فالكتاب يحتاج إليه لثلاثة أغراض، من التعليم، والتفرج بالمطالعة، والاستفادة. =

قَالَ الْعَزَلِيُّ: الثَّالِثُ: الْعَامِلُ عَلَى الزَّكَاةِ كَالسَّاعِيِ وَالْكَاتِبِ وَالْقَسَامِ وَالْحَاشِرِ وَالْعَرِيفِ، أَمَا الْإِمَامُ وَالْقَاضِي فَرَزَقُهُمْ مِنْ خُمْسِ الْخُمْسِ، لِأَنَّ عَمَلَهُمْ عَامٌ، وَأَجْرُهُ الْكَيْالِ عَلَى الْمَالِكِ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الصَّنْفُ الثَّلَاثُ الْعَامِلُ<sup>(١)</sup> عَلَى الزَّكَاةِ، وَيَجِبُ عَلَى الْإِمَامِ بَعَثُ السُّعَاةِ؛ لِأَخْذِ الصَّدَقَاتِ، كَمَا فَعَلَهُ النَّبِيُّ ﷺ وَالْخُلَفَاءُ بَعْدَهُ إِيضَالًا لِلْحَقِّ إِلَى الْمُسْتَحِقِّ؛ فَإِنَّ مِنْ أَرْبَابِ الْأَمْوَالِ مَنْ لَا يَعْرِفُ الْوَاجِبَ وَمُضَرِّفَهُ، وَمِنْهُمْ مَنْ يَبْخُلُ، أَوْ يَتَوَانَى؛ فَيُضِيعُ الْمَالَ وَمَنْ الْعَامِلِينَ عَلَى الزَّكَاةِ سِوَى السَّاعِيِ<sup>(٢)</sup> فَالْكَاتِبِ وَالْقَسَامِ وَالْحَاشِرِ الَّذِي يَجْمَعُ أَرْبَابَ الْأَمْوَالِ وَالْعَرِيفِ<sup>(٣)</sup>، وَهُوَ كَالثَّقِيبِ لِلْقَبِيلَةِ، وَالْحَاسِبِ وَحَافِظِ الْمَالَ، قَالَ الْمَسْعُودِيُّ: وَكَذَا الْجَنْدِيُّ، فَيَسْهَمُ مِنَ الزَّكَاةِ لِهَوْلَاءِ وَلَا حَقَّ فِيهَا لِلْإِمَامِ، وَلَا لِرِوَالِي الْإِقْلِيمِ، وَلَا لِلْقَاضِي، بَلْ رَزَقَهُمْ، إِذَا لَمْ يَتَطَوَّعُوا مِنْ خُمْسِ الْخُمْسِ الْمُرْصَدِ لِلْمَصَالِحِ الْعَامَةِ؛ لِأَنَّ عَمَلَهُمْ عَامٌ، وَقَدْ رَوَى أَنْ ابْنَ عَمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - «شَرِبَ لَبَنًا، فَأَعْجَبَهُ، فَأَخْبَرَ أَنَّهُ مِنْ نَعْمِ الصَّدَقَةِ، فَأَدْخَلَ أَضْبَعُهُ فِي حَلْقِهِ وَأَسْتَفَاهُ»<sup>(٤)</sup>.

وفي أجرة الكيال والوزان، وعاد الغنم وجهان:

= فالترفح، لا يعد حاجة، كافتناء كتب الشعر والتواريخ ونحوها مما لا ينفع في الآخرة، ولا في الدنيا، فهذا يباع في الكفارة وزكاة الفطر، ويمنع اسم المسكنة. وأما حاجة التعلم، فإن كان للتكسب، كالمؤذن والمدرس بأجر، فهذه آتته، فلا تباع في الفطرة كآلة الخياط، وإن كان يدرس للقيام بفرض الكفاية، ثم يبيع، ولا تسلبه اسم المسكنة، لأنها حاجة مهمة. وأما حاجة الاستفادة والتعليم من الكتاب، كادخاره كتاب طب ليعالج به نفسه، أو كتاب وعظ ليطالعه ويتعظ به، فإن كان في البلد طيب وواعظ، فهو مستغن عن الكتاب وإلا، فهو محتاج. ثم ربما لا يحتاج إلى مطالعته إلا بعد مدة، فينبغي أن تضبط فيقال: ما لا يحتاج إليه في السنة، فهو مستغن عنه. فتقدر حاجة أثاث البيت وثياب البدن بالسنة، فلا تباع ثياب الشتاء في الصيف، ولا ثياب الصيف في الشتاء، والكتب بالثياب أشبه. وقد يكون له من كتاب نسختان، فلا حاجة إلى إحداها فإن قال: إحداها أصح، والأخرى أحسن، قلنا: اكتف بالأصح، وبع الأحسن، وإن كان نسختان من علم واحد، إحداها مبسوطة، والأخرى وجيزة، فإن كان مقصوده الاستفادة، فليكتف باليسيط، وإن كان قصده التدريس احتاج إليهما. هذا آخر كلام الغزالي، وهو حسن، إلا قوله في كتاب الوعظ أنه يكتفي بالواعظ، فليس بمختار، لأنه ليس كل واحد يتنفع بالواعظ كاتنفاعه في خلوته وعلى حسب إرادته.

ولو كان له عقار يتقص دخله عن كفايته، فهو فقير أو مسكين، فيعطى من الزكاة تمامها، ولا يكلف بيعها. ذكره الجرجاني في «التحرير» والشيخ نصر وآخرون.

(١) وإن كان غنياً. (٢) وهو الذي يبعثه الإمام لآخذ الصدقات.

(٣) وهو الذي يعرف أرباب الاستحقاق. (٤) البيهقي في السنن الكبرى.

قال أبو إسحاق: إنها من سهم العاملين؛ لأنهم من العاملين ولأن لو ألزمتها المالك، لزدنا في قدر الواجب، والأصح، وبه قال ابن أبي هريرة: أنها على المالك؛ لأن الكيل والوزن والعد؛ لتوفية الواجب، والتوفية على المالك، فصار كأجرة الكيال والوزن في البيع؛ فإنها على البائع<sup>(١)</sup>؛ لأن عليه التوفية، وإذا لم تقع الكفاية بعامل واحد من ساع أو كاتب أو غيرهما، زيد بحسب الحاجة.

قال الغزالي: الرابع: المؤلفقة قلوبهم، ولا يجوز أن يغطي هذا السهم لكافر تالفاً على الإسلام إذ لا صدقة لكافر، أما المسلم إذا كان ضعيف النية في الإسلام فهل يتألف تقريراً له عليه بإعطاء مال؟ فيه قولان، وكذا من له نظراء في الكفر ينتظر في إعطائه إسلامهم أحد القولين أنهم لا يغطون لاستغناء الإسلام عن التألف، والثاني: نعم تأسياً برسول الله ﷺ، وعلى هذا فقولان: (أحدهما): أنه يغطي من المصالح (والثاني): من الزكاة إذ هو المراد بالمؤلفة، وأما من يتألف على الجهاد مع الكفار أو مع مانعي الزكاة إن كان تالفهم بمال أهون على الإمام من بغث جيش لقرينهم من المقصودين بالقتال فهؤلاء يغطون قطعاً، وفي محله أربعة أوجه، وقيل: قولان: (أحدها): أنه من المصالح (والثاني): من سهم المؤلفقة (والثالث): من سهم سبيل الله فإنه تألف على الجهاد (والرابع): (و) إن رأي الإمام أن يجمع بين سهم المؤلفقة وسهم سبيل الله فعل.

قال الراعي: الصنف الرابع المؤلفقة، وهم ضربان كفار ومسلمون:

أما الضرب الأول: فهم الذين يميلون إلى الإسلام، فيرغبون فيه بإعطاء مال، والذين نخاف شرهم، فيتألفون لدفع الشر، وهؤلاء لا يغطون شيئاً من الزكاة؛ إذ لا حق فيها لكافر، واحتج له بأن النبي ﷺ قال لمعاذ - رضي الله عنه - «أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم»<sup>(٢)</sup>.

وقال أبو حنيفة: «يجوز دفع صدقة الفطر إلى الكافر»؛ واعلم كذلك قوله في الكتاب: «إذ لا صدقة لكافر»، وأما من غير الزكاة، فقولان:

(١) قال النووي: هذا الخلاف في الكيال ونحوه، ممن يميز نصيب الفقراء من نصيب المالك. فأما الذي يميز بين الأصناف، فأجرته من سهم العاملين بلا خلاف. وأما أجرة الراعي بعد قبضها، فهل هي في سهم العاملين، أم في جملة الصدقات؟ وجهان حكاهما في «المستظهر». أحدهما: الثاني، وبه قطع صاحب «العدة». وأجرة الناقل والمخزن، في الجملة. وأما مؤنة إحضار الماشية لبعدها الساعي، فعلى المالك.

(٢) متفق عليه وقد تقدم.

أحدهما: يُعْطَوْنَ من خمس الخمس؛ لأنَّ النبي ﷺ كَانَ يُعْطِيهِمْ<sup>(١)</sup>؛ ولنا فيه أسوة حسنة، وقد تدعوا الحاجة إليه.

وأصحهما: المنع؛ لأن الله تعالى أعزَّ الإسلام وأهله، وأغنى عن التألُّف، وقد رُوِيَ أَنَّ مُشْرَكَأ، جَاءَ إِلَى عُمَرَ - رضي الله عنه - يَلْتَمِسُ مَالاً، فَلَمْ يَعْطُ، وَقَالَ: ﴿مَنْ شَاءَ فَلْيُؤْمِنْ وَمَنْ شَاءَ فَلْيُكْفُرْ﴾ [الكهف - ٢٩] وأيضاً، فحُصِّنَ الخُمسُ كان لرسول الله ﷺ يفعل فيه ما شاء؛ بخلاف من بعده، وأشار بعضهم إلى رفع الخلاف، وقال: لا يُعْطَوْنَ إِلَّا أَنْ تَنْزَلَ بِالْمُسْلِمِينَ نَازِلَةً، أَوْ تَمَسَّ إِلَيْهِ الْحَاجَةُ.

الضرب الثاني: مؤلِّفة المسلمين، وهم أصناف:

صنف دخلوا في الإسلام، ونيتهم ضعيفة، فيتألفون ليثبتوا، وآخرون لهم شرف في قومهم يبتغي بتألفهم رغبة نظرائهم في الإسلام، ففي هذين الصنفين قولان:

أحدهما: أنهما يعطيان تأسياً برسول الله ﷺ، فإنه أعطى بالمعنى الأول عيينة بن حُصَيْن، والأقرع بن حابس، وأبا سفيان بن حَرْب، وصفوان بن أمية<sup>(٢)</sup>، وبالمعنى الثاني عدي بن حاتم، والزبيرقان بن بدر<sup>(٣)</sup>.

(١) رواه مسلم من حديث رافع بن خديج وغيره: أن النبي ﷺ أعطى المؤلِّفة قلوبهم يوم حنين مائة من الإبل - الحديث - قلت: إلا أنه ليس فيه أن ذلك كان من خمس الخمس، وليس فيه ما يدل على المنع من أنهم يعطون من الزكاة. قاله الحافظ.

(٢) مسلم من حديث رافع بن خديج وزاد: وعلقمة بن علاثة، وأعطى عباس مرداس دون ذلك، فذكر الحديث.

(٣) قال الحافظ هذا عده النووي من أغلاط المهذب، ولا يصرف مرفوعاً، وإنما يعرف عن عمر، ووهم ابن معن فزعم أنه في الصحيحين.

حديث: أنه أعطى الزبيرقان بن بدر، وهذا عده النووي من أغلاط الوسيط ولا يعرف، ووهم ابن معن فزعم أنه في الصحيحين، وقد عدا ابن الجوزي في التنقيح ثم الصغاني في جزء مفرد: أسامي المؤلِّفة مجموعاً من كلام ابن إسحاق ومقاتل ومحمد بن حبيب وابن قتيبة والطبري وغيرهم، فبلغوا بهم نحو الخمسين نفساً، فلم يذكر فيهم الزبيرقان ولا عدي بن حاتم، وفي الصحيحين ما يدل على أنه أسلم طوعاً وثبت على إسلامه في الردة، والله أعلم وحديث: أنه أعطى الأربعة الأولين لضعف نيتهم في الإسلام، وهم عيينة والأقرع وأبو سفيان وصفوان، وأعطى عدياً والزبيرقان رجاء رغبة نظرائهما في الإسلام، أما الأول: فصحيح في حقهم إلا صفوان بن أمية فإنه إنما أعطاه قبل أن يسلم، وقد صرح بذلك المصنف في السير، ونص عليه الشافعي في الأم، ونقله عنه البيهقي في المعرفة، فقال: أعطى صفوان قبل أن يسلم وكان كأنه لا يشك في إسلامه، وقال الغزالي في الوسيط: أعطى صفوان بن أمية في حال كفره ارتقاباً لإسلامه، وتعبه النووي بقوله: هذا غلط صريح بالاتفاق من أئمة النقل والفقه، إنما أعطاه بعد



**والثاني:** المنع لما ذكرنا من استغناء الإسلام عن التألف، ولم ينقل عن عمر، ولا عن عثمان، ولا عن علي - رضي الله عنهم - الإعطاء بذلك، فعلى الأول من أين يُعطون، فيه قولان:

أحدهما: من سهم المصالح؛ لأنه من مصالح المسلمين.

وثانيهما: من الزكاة؛ وعليه يحمل قوله تعالى: ﴿وَالْمَوْلُفَّةَ قُلُوبُهُمْ﴾ [التوبة - ٦٠] **رُوِيَ** أَنَّ أَبَا بَكْرٍ - رضي الله عنه - أعطى عدياً، كما أعطاه النبي ﷺ<sup>(١)</sup>.

قال الأئمة: والغالب على القلب أنه كان من الزكاة.

وصنف يبغى بتألفهم أن يجاهدوا من يليهم من الكفار، ومن مازعي الزكاة، ويأخذوا زكاتهم، فهؤلاء يُعطون لا محالة؛ كيلا يحتاج الإمام إلى بعث جيش إليهم، إذا نقلت المؤنّة، وبُعِدَتِ الشُّقَّةُ، ومن أين يعطون؟ فيه أربعة أقوال:

وقال صاحب الكتاب وجماعة: أربعة أوجه:

أحدها: من خمس الخمس سهم المصالح؛ لأنه من سهم مصالح الإسلام.

والثاني: من سهم المؤلّفة؛ لأن المقصود تألّفهم واستمالتهم.

والثالث: من سهم سبيل الله من الزكاة؛ لأنه تألّف على الجهاد.

= إسلامه انتهى، وتعقبه ابن الرفعة فقال: هذا عجيب من النووي كيف قال ذلك، وفي صحيح مسلم والترمذي عن سعيد بن المسيب عن صفوان بن أمية هذه القصة قال: أعطاني النبي ﷺ وإنه لأبغض الناس إلي فما برح يعطيني حتى أنه لأحب الناس إلي، قال ابن الرفعة، وفي هذا احتمالان، أحدهما أن يكون أعطاه قبل أن يسلم وهو الأقوى، والثاني أن يكون بعد إسلامه، وقد جزم ابن الأثير في الصحابة أن الإعطاء كان قبل الإسلام، وكذلك قاله النووي في التهذيب في ترجمة صفوان، وقال في شرح المهذب: أعطى النبي ﷺ صفوان بن أمية من غنائم حنين، وصفوان يومئذ كافر، والله أعلم، وكفي في الرد على النووي في هذا نص الشافعي الذي نقله البيهقي والله الموفق، وأما إعطاء عدي والزبيران فتقدم الكلام عليهما.

(فائدة) دعوى الرافي أنه ﷺ أعطى صفوان ذلك من الزكاة، وهم والصواب أنه من الغنائم، وبذلك جزم البيهقي وابن سيد الناس وابن كثير وغيرهم.

(١) الشافعي والبيهقي من طريقه، قال: الذي أحفظ فيه من متقدمي الأخبار: أن عدي بن حاتم جاء إلى أبي بكر بثلاثمائة من صدقات قومه، فأعطاه منها ثلاثين، لكن ليس في الخبر إعطاءه إياها من أين، غير أن الذي يكاد أن يعرف بالاستدلال أنه أعطاه إياها من سهم المؤلّفة ليزيده رغبة فيما صنع، ولتألف من قومه من لا يثق منه بما وثق به من عدي، انتهى. وذكر أبو الربيع بن سالم في السيرة له أن عدياً لما أسلم وأراد الرجوع إلى بلاده، اعتذر إليه رسول الله ﷺ من الزاد، وقال: ولكن ترجع فيكون خيراً، فذلك أعطاه الصديق ثلاثين من إبل الصدقة.

والرابع: قال الشافعي - رضي الله عنه -: يُعْطَوْنَ من سهم المؤلفة وسهم سبيل الله، والأصحابُ فرقتانٍ في معناه:

فرقةٌ قالت: أراد به الجمع بين السهمين، وذهب إلى أن الواحد يجوز له أن يجمع بين سهمين. وفرقة منعت من الجمع، واختلف هؤلاء، فقليل: المراد؛ أنه إن كان التألف لقتال الكفار، يُعْطَوْنَ من سهم سبيل الله، وإن كان التألف لقتال مانعي الزكاة، يعطون من سهم المؤلفة؛ وعلى هذا، فليس في المسألة إلا الأقوال الثلاثة السابقة.

وقال آخرون: يتخير الإمام، إن شاء أعطاهم من هذا السهم، وإن شاء أعطاهم من هذا السهم، وربما قيل: إن شاء جمع له بين السهمين، وهذا ما أورده صاحب الكتاب، وفي المسألة وجه آخر، وهو: أن المتألف لقتال مانعي الزكاة وجمعها يُعْطَى من سهم العاملين، وعن أبي حنيفة ومالك: أنه لا شيء للمؤلفة اليوم وأن حكمهم قد نسخ.

فإن بحثت عن الأظهر في إعطاء الصنفين الأولين من مؤلفة المسلمين، وعن الأظهر من الخلاف في أنهما من أين يعطيان إن أُعْطِيَا، وعن الأظهر من الخلاف في أن الصنفين الآخرين منهم من أين يعطيان.

فالجواب: أن الأكثرين أرسلوا ذكر الخلاف في هذه الصور، وسكتوا عن الترجيح، ورأيت الشيخ أبا حامد في شردمة قالوا: «الأصح من القولين في الصنفين الأولين؛ أنهما لا يعطيان شيئاً، لكن قياس من صار إليه ألا يعطي الصنفين الآخرين من الزكاة؛ لأن الأولين أحق باسم المؤلفة وسهما من الآخرين لأن في الآخرين معنى الغزاة والعاملين، ولذلك اختلف الأقوال في أنهم من أين يعطون؟ وحينئذ يسقط سهم المؤلفة بالكلية، وقد أطلق القول به من تأخري الأصحاب القاضي الروياني وجماعة، إلا أن الموافق لظاهر الآية، ثم لسياق الشافعي - رضي الله عنه - والأصحاب - رحمهم الله - إثبات سهم المؤلفة، وأنه يستحقه الصنفان الأولان، وأنه يجوز صرفه إلى الآخرين أيضاً، وبه أجاب أفضى القضاة الماوردي في الأحكام السلطانية<sup>(١)</sup>، وقوله في الكتاب: «وَكَذَا مَنْ لَهُ نَظْرَاءٌ فِي الْكُفْرِ» مطلق يشمل الأشراف وغيرهم، ولكل نظر، وسائر الأصحاب نقلوا القولين في الأشراف الذين لهم نظراء من الكفر، وقيدوا، فيجوز أن يقال: أراد ما أرادوه، ويجوز أن يُقَالَ: لا فرق إلا أن الأشراف هم الذين يبحث عن حالهم، ويتحدث بأخبارهم، فلذلك صوروا الكلام فيهم وغيرهم في معناه، إذا فرض بلوغ خبرهم إلى أمثالهم وتوقع إسلامهم.

(١) قال النووي في شرح المهذب ٦/١٨٣: وهذا الذي صححه هو الصحيح وهو الصرف إلى الأصناف الأربعة من سهم المؤلفة.

وقوله: «والرابع إن رأي الإمام» يجوز إعلامه بالواو؛ لقول مَنْ منع من الجمع، وأول النص قد بيناه.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: الْخَامِسُ: الرَّقَابُ فَيُصْرَفُ ثَمَنُ الصَّدَقَاتِ إِلَى الْمُكَاتِبِينَ (م) الْعَاجِزِينَ عَنِ النُّجُومِ، وَطَرِيقُهُ الصَّرْفُ إِلَى السَّيِّدِ بِإِذْنِ الْمُكَاتِبِ، وَالصَّرْفُ إِلَى الْمُكَاتِبِ بِغَيْرِ إِذْنِ السَّيِّدِ جَائِزٌ أَيْضاً، وَيَجُوزُ إِعْطَاؤُهُ قَبْلَ حُلُولِ النُّجْمِ عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ، فَإِنْ أَعْطَيْنَاهُ فَاسْتَمْتَنَى عَنْهُ بِتَبْرُحِ السَّيِّدِ بِإِخْتِاقِهِ أَوْ بِتَبْرُحِ غَيْرِهِ أَسْتَرَدَّ عَلَى الصَّحِيحِ (و)، إِلَّا إِذَا تَلَفَ قَبْلَ الْعِتْقِ فَلَا يُغْرَمُ (و)، وَإِنْ صُرِفَ إِلَى سَيِّدِهِ فَرَدَّهُ إِلَى الرَّقِّ لِمَعْجَزِهِ بِبَقِيَّةِ النُّجُومِ يُسْتَرَدُّ (و).

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الصَّنْفُ الْخَامِسُ: الرَّقَابُ، وَالْمَرَادُ الْمُكَاتِبُونَ<sup>(١)</sup>، فَيُدْفَعُ إِلَيْهِمْ مَا يَعِينُهُمْ عَلَى الْعِتْقِ. وَقَالَ مَالِكٌ: الْمَرَادُ أَنَّهُ يَشْتَرِي عَبِيداً، فَيَعْتَقُونَ.  
وعن أحمد: مثله، وعنه تجوز الطريقتين معاً.

واحتج أصحابنا بأن قوله تعالى: ﴿وَقَى الرَّقَابَ﴾ [التوبة - ٦٠] كقوله: ﴿وَقَى سَبِيلِ اللَّهِ﴾ [التوبة - ٦٠] وهناك يدفع المال إلى المجاهدين، فليدفعها هنا إلى الرقاب، ويشترط ألا يكون في يد المكاتب ما يفي بنجومه، فإن كان، لم يُعط؛ لأنه لا حاجة إليه، وليس له أن يَصْرِفَ زَكَاتِهِ إِلَى مَكَاتِبِ نَفْسِهِ؛ لِعُودِ الْفَائِدَةِ إِلَيْهِ، وَفِي «شَرْحِ مُخْتَصَرِ الْجَوْنِيِّ» أَنَّ ابْنَ خَيْرَانَ جَوَّزَهُ، وَلَا بَدَّ وَأَنَّ تَكُونَ الْكِتَابَةُ صَحِيحَةً، فَأَمَّا الْفَاسِدَةُ فَلَا اسْتِحْقَاقَ بِهَا.

وقوله: «فَيُصْرَفُ ثَمَنُ الصَّدَقَاتِ» مبني على ما إذا وجد جميع الأصناف، وإلا فقد يختلف القدر، ثم ذكر مسائل هي من شرط الباب الثاني؛ لأنها تتعلق بكيفية الاستحقاق:

إحداها: الأحوط الصرف إلى السيد؛ بإذن المكاتب، ولا يجوز بغير إذن المكاتب لأن الاستحقاق له، ولكن يسقط عن الكاتب بقدر المصروف من النجوم؛ لأن من أدى دين غيره بغير إذنه، برئت ذمته ويجوز الصرف إلى المكاتب بغير إذن السيد.

الثانية: في جواز الصرف قبل حلول النجم<sup>(٢)</sup> وجهان:

(١) كتابة صحيحة كما صرح المصنف رحمه الله بهذا لأن الكتابة الفاسدة غير لازمة من جهة السيد فإن له التصرف في البيع وغيره.

(٢) وقوله: «قبل حلول النجم» يخالف نظيره من الغارم، فإنه يشترط فيه حلول دينه ليكون محتاجاً إلى وفاته، ويفرق بينهم بالاعتناء بالحرص على تعجيل العتق، وربما يُعجز السيد مكاتبه عند=

وجه المنع: أنه لا مطالبة له في الحال. والأظهر: الجواز؛ لأن التعجيل متيسر في الحال، وربما يتعذر عليه الأداء عند المحل.

الثالثة: إذا استغنى المكاتب عما أعطيناه، وعَتَقَ بتبرُّع السيد بإعتاقه أو بإبرائه عن النجوم، أو بأن يتبرع غيره بأداء النجوم عنه، أو بأن أدى النجوم من مال آخر، ومال الزكاة باقٍ في يده، ففي استرداده وجهان، ويقال: قولان:  
أحدهما: لا يسترد؛ كما لو استغنى الفقير بالمدفوع إليه.

والثاني: يسترد؛ لأن المقصود حصول العتق بالمال المدفوع إليه، ولم يحصل، وهذا أظهر، ومنهم من قطع به، لكن ادعى في «التتمة» أن الظاهر الأول، ويجري الخلاف في الغرم، إذا استغنى عما أخذ بإبراء ونحوه، وإن كان قد تلف المال في يده، نُظِرَ إن تلف قبل أن يعتق، فالمذكور في الكتاب، وفي «التهذيب»: «أنه لا يُغْرَم».

قال في «الوسيط»: «وكذا لو أثلَّفَهُ» وفي «أمالِي أَبِي الفَرَجِ السرخسي» وجه آخر: «أنه يغْرَم»، وإن تلف بعد العتق، فإنه يغْرَم، وإن عجز المكاتب، نُظِرَ إن كان المال باقياً في يده، فيسترد؛ لأن العتق لم يحصل، ولم يصرف المأخوذ إلى الجهة المأمور بها، وإن كان تألفاً، ففي الغرم وجهان:

أصحهما: الوجوب، وعلى هذا ففي «الأمالِي» أن الضمان يتعلَّق بذمته لا بربقته؛ لأن المال حصل عنده برضا صاحبه، وذكر بعضهم أنه يتعلَّق<sup>(١)</sup> بربقته، وإن كان قد دفعه إلى السيد وعجز ببقية النجوم، ففي الاسترداد من السيد مثل الخلاف الذي سبق في الاسترداد من المكاتب، وفي الغرم إن كان تألفاً عنده الخلاف السابق أيضاً، ولو نقل السيد الملك في المأخوذ إلى غيره، لم يسترد منه، لكن يغرمه السيد على قولنا<sup>(٢)</sup> بتغريمه.

وقوله: في الكتاب: «استردَّ على الصحيح» يجوز أن يريد من الوجهين أو القولين، ويجوز أن يريد من الطريقتين؛ لما ذكرنا أنه قطع بالوجه الثاني قاطعاً، والطريقتان المذكورتان في «الوسيط».

وقوله: فلا يغْرَم مُعْلَم بالواو.

وقوله: «يسترد» في المسألة الأخيرة كذلك؛ لأن الخلاف مطرد، وصاحب الكتاب لم يتعرَّض للخلاف فيه، مع تعرضه فيما إذا استغنى عنه بتبرُّع السيد ونحوه كأنه

= الحلول وقال شيخ الإسلام في أسنى المطالب: ورأيت الزركشي فرق بأن الحاجة إلى الخلاص من الرق أهم، والغرم ينتظر اليسار، فإن لم يوسر فلا حبس ولا ملازمة.

(١) قال النووي: أصحهما بذمته والله أعلم.

(٢) قال النووي: وإذا لم يعجز نفسه واستمر في الكتابة، فتلف ما أخذ، وقع الموقع.

رأى الاسترداد فيها أظهر، وذكر في «التهذيب» الخلاف فيه، ولم يذكره في صورة بقاء المال في يد المكاتب، كأنه رأى الاسترداد في تلك الصورة أظهر، ولكل وجه؛

فوجه ما يقتضيه الكتاب: أنه إذا لم يحصل العتق، لم يستحق العبد ولا السيد المأخوذ؛ إذ لا تحل لهما الزكاة.

ووجه ما يقتضيه «التهذيب»: أن المكاتب صرف الزكاة ها هنا إلى من أمر بصرفه إليه، وفي تلك الصورة بخلافه.

### فرع:

للمكاتب أن يتجر بما أخذه طلباً للزيادة، وإيفاء تمام النجوم، كذا حكاه صاحب «الإفصاح» وآخرون، والغارم كالمكاتب.

آخر: نقل بعض أصحاب الإمام أن المكاتب يتخير، إن شاء، استنفق ما أخذه، وأدى النجوم من كسبه، ويجب أن يكون الغارم كالمكاتب<sup>(١)</sup>.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: السَّادِسُ: الْغَارِمُ وَالذَّيُونُ ثَلَاثَةٌ: دَيْنٌ لَزِمَهُ بِسَبَبِ نَفْسِهِ فَيَقْضَى مِنْ الصَّدَقَاتِ بِشَرْطِ أَنْ يَكُونَ مَغْسِراً (و) وَسَبَبُ الْأَسْتِقْرَاضِ مُبَاحاً، فَإِنْ كَانَ مَعْصِيَةً وَهُوَ مُصِراً لَا يَعْطَى، وَإِنْ كَانَ تَائِباً أُعْطِيَ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ (الثَّانِي): مَا لَزِمَ بِسَبَبِ حَمَالَةٍ تَبْرُعُ بِهَا تَطْفِئَتْ لِنَائِرَةِ فِتْنَةٍ فَيَقْضَى دَيْنَهُ وَإِنْ كَانَ مُوسِراً (ح) إِلَّا إِذَا كَانَ غَنِيّاً بِالتَّقْدِ فِيهِ وَجْهَانِ (الثَّلَاثُ) دَيْنُ الضَّامِنِ فَإِنْ كَانَ مُغْسِراً أَعْنِي الْأَصِيلَ وَالْكَفِيلَ قُضِيَ، وَإِنْ كَانَ مُوسِراً أَوْ كَانَ الْمِضْمُونُ مُوسِراً فَلَا يَقْضَى لِأَنَّ فَائِدَتَهُ تَرْجِعُ إِلَى الْأَصِيلِ، وَإِنْ كَانَ الْأَصِيلُ مُغْسِراً وَالْكَفِيلُ مُوسِراً فَوَجْهَانِ: (أَحَدُهُمَا): نَعْمَ كَالْحَمَالَةِ (وَالثَّانِي): لَا إِذْ صَرَفَهُ إِلَى الْأَصِيلِ مُمَكِّناً، وَبِهِ يَخْضَلُ بَرَاءَةُ الضَّامِنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الصَّنْفُ السَّادِسُ: الْغَارِمُونَ، وَالذَّيُونُ ثَلَاثَةٌ؛ لِأَنَّهُ: إِمَّا أَنْ يَسْتَدِينَ لِمَصْلَحَةِ نَفْسِهِ، أَوْ لِمَصْلَحَةِ غَيْرِهِ، وَمَصْلَحَةُ الْغَيْرِ: إِمَّا كَلِّيَّةٌ؛ كَمَا إِذَا اسْتَدَانَ تَطْفِئَةَ نَائِرَةِ فِتْنَةٍ، أَوْ جُزْئِيَّةٌ؛ كَمَا إِذَا اسْتَدَانَ دَيْناً عَنْ غَيْرِهِ.

الأول: دَيْنٌ لَزِمَهُ لِمَصْلَحَةِ نَفْسِهِ، فَيَعْطَى مِنَ الزَّكَاةِ مَا يَقْضِي بِهِ؛ بِشُرُوطٍ:

أحدها: أَنْ يَكُونَ بِهِ حَاجَةٌ إِلَى قِضَاءِ ذَلِكَ الدَّيْنِ، فَإِنْ وَجَدَ مَا يَقْضِيهِ بِهِ؛ مِنْ نَقْدٍ

(١) قَالَ النَّوَوِيُّ: قَدْ قَطَعَ صَاحِبُ «الشَّامِلِ» بِأَنَّ الْمَكَاتِبَ يَمْنَعُ مِنْ إِتْفَاقِ مَا أَخَذَ. وَنَقَلَهُ صَاحِبُ «الْبَيَانِ» عَنْهُ. وَلَمْ يَذْكُرْ غَيْرَهُ، وَهَذَا أَقْبَسُ مِنْ قَوْلِ الْإِمَامِ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

أو عرض، فقولان: القديم؛ أنه يقضي؛ لعموم الآية، وأيضاً، فقد روي أنه ﷺ قال: «لا تَجُلُ الصَّدَقَةَ إِلَّا لِخَمْسَةٍ»<sup>(١)</sup> وذكر منهم الغارم، وأيضاً: فالغارم لإصلاح ذات البين يعطى مع الغني، وكذلك ها هنا، والأصح المنع؛ لأنه يأخذ لحاجته إلينا، فاعتبر فقره كالمكاتب وابن السبيل، ويخالف الغارم لإصلاح ذات البين، فإنه يأخذ لحاجتنا إليه؛ لتطفئة الفتنة؛ وعلى هذا فلو وجد ما يقضي به بعض الدين، لم يعط إلا ما يقضي به الباقي، ولو لم يملك شيئاً إلا أنه كسوب يقدر على قضاء دينه من كسبه، فوجهان:

أحدهما: لا يُعْطَى؛ تنزيلاً للقدرة على المكسب منزلةً لمالك المال؛ كما في سَهْم الفقراء والمساكين.

وأشبههما: أنه يعطى؛ بخلاف الفقير والمسكين؛ لأن حاجتهما تتحقق يوماً فيوماً، والكسوب يحصل في كل يوم ما يكفيه، وها هنا الحاجة حاصلة في الحال؛ لثبوت الدين في ذمته وإنما يقدر على اكتساب ما يقضي به الدين بالتدريج، ويجري الوجهان في المكاتب، إذا لم يملك شيئاً، لكنه كسوب، ومن المهم البحث عن معنى حاجته إلى قضاء ذلك الدين، وعبارة أكثرهم تقتضي كونه فقيراً لا يملك شيئاً، وربما صرحوا به، وفي بعض شروح «المفتاح»: أنه لا يعتبر المسكن والملبس والفراش والآنية، وكذا الخادم والمركب، إذا اقتضاهما حاله، بل يقضي دينه، وإن ملكها، ويقرب منه قول بعض المتأخرين؛ أنا لا نعتبر الفقر والمسكنة ها هنا، بل لو ملك قدر كفايته، ولو قضى دينه، لنقص ماله عما يكفيه فيقضي من دينه قدر ما ينقص عن الكفاية، والمقصود أنه يترك معه ما يكفيه ولا يدخل في الإغسار، وهذا أقرب، والله أعلم.

والثاني: أن يكون دينه في طاعة، كسفر حج أو جهاد، أو في مباح؛ كما يستقرضه للإنفاق على نفسه وعياله، وكخسران يلحقه في معاملة؛ أما إذا استقرض في معصية؛ كثمن خمر، والإسراف في الإنفاق، فلا يعطى من سهم الغارمين على المشهور<sup>(٢)</sup>. وفيه وجه غريب رواه الحنطاطي، وهذا إذا كان مصرّاً على المعصية، فإن تاب، فوجهان معروفان:

أصحهما: عند ابن الصباغ وصاحب «التهذيب»، وبه قال ابن أبي هريرة: «أنه لا

(١) رواه مالك في الموطأ من مرسل عطاء بن يسار، واختلف فيه على زيد بن أسلم عنه، فقال أكثر أصحابه عنه هكذا، ورواه الثوري فقبل عنه هكذا، وقيل عن عطاء حدثني الثبت، وقيل عن عطاء عن أبي سعيد الخدري، ورواه معمر عن زيد بن أسلم عن عطاء عن أبي سعيد من غير خلاف فيه، أخرجه أبو داود وابن ماجه وأحمد والبخاري، وصححه جماعة.

(٢) جمع غارم، وهو الذي عليه الدين والغريم يطلق على الدين وعلى صاحب الدين، وأصل الغرم في اللغة اللزوم، ومنه قوله تعالى: ﴿إِنْ عَذَابُهَا كَانَ غَرَاماً﴾ [الفرقان - ٦٥].

يُعْطَى؛ لأنه استدان في معصية، فلا يؤمن أن يعود، ويتخذ التوبة ذريعة.

**والثاني:** يعطى، كما لو خرج في معصية، ثم أراد الرجوع يعطى من سهم ابن السبيل، وبهذا قال أبو إسحاق، وهو الأصح عند أبي خلف السلمي، والقاضي الروياني، وهو الجواب في «الإفصاح»<sup>(١)</sup> ولم يتعرضوا لها هنا للاستبراء ومضى مدة [بعد توبة]<sup>(٢)</sup> يظهر فيها صلاح الحال، إلا أن الروياني لما ذكر أنه أصح الوجهين، قال: هذا إذا غلب على الظن صدقه في توبته، فيمكن أن يحمل عليه.

**والثالث:** وهو غير مذكور في الكتاب: أن يكون الدّين<sup>(٣)</sup> حالاً، فإن كان مؤجلاً، فعلى وجهين؛ لأنه واجب في الحال، لكن لا مطالبة، وهما كالوجهين في النجوم، إذا لم تحل بعد، وقد ترتب الخلاف في الغارم على الخلاف في المكاتب، ثم تارة يجعل الغارم أولى بأن يعطى؛ لأن ما عليه مستقر، وما على المكاتب متزلزل، وتارة يجعل المكاتب أولى بأن يعطى، لأن له التعجيل لغرض الحرية، وفصل بعضهم، فقال: «إن كان الأجل يحل في تلك السنة، فيعطى وإلا فلا يعطى من صدقات تلك السنة»<sup>(٤)</sup>.

**الدّين الثاني:** ما استدانه لإصلاح ذات البين<sup>(٥)</sup>، وذلك بأن يخاف شراً وفتنة بين شخصين أو قبيلتين، فيستدين طلباً للإصلاح، وإسكان الثائرة؛ فينظر إن كان ذلك في دم تشاجر فيه قبيلتان، ولم يظهر القاتل، فتحمل طالب الإصلاح الدية، فيقضي دينه من سهم الغارمين، إن كان فقيراً، وكذا لو كان غنياً بالعقار؛ لأن بيع العقار يغسر، وقد يهتك المروءة، فلو أحوجنا إليه، لامتنع الناس من هذه المكرمة، ولو كان غنياً بأحد الثّقدين، فكذلك الجواب على أصح الوجهين؛ لعموم ما روي أنه ﷺ قال: «لا تحل الصدقة لغني إلا لخمسة؛ لغاز في سبيل الله أو لعامل عليها، أو لغارم، أو لرجل اشتراها بماله، أو لرجل كان له جار مسكين فتصدق عليه، فأهدى المسكين للغني»<sup>(٦)</sup>.

(١) قال النووي: جزم الإمام الرافعي في «المحرر» بالوجه الأول. والله أعلم الأصح: الثاني. ومن صححه غير المذكورين، المحاملي في «المقنع» وصاحب «التنبيه»، وقطع به الجرجاني في «التحرير» والله أعلم.

(٢) سقط في: ز.

(٣) في ز: الذين.

(٤) قال النووي: الأصح: لا يعطى، وبه قطع في «البيان». والله أعلم.

قال الشيخ البلقيني: ما صححه من أنه لا يعطى من عليه دين مؤجل مخالف لما صححه في المكاتب من جواز الصرف إليه قبل حلول النجم ولعلك أن تقول الفرق بينهما أن المكاتب يعجل للعتق فيقال والغارم يعجل للإبراء والدين عليه مستقر إلى آخر ما ذكره.

(٥) قال الأزهرى: معناه لإصلاح حالة الوصل بعد المباينة، قال: والبين يكون فرقة ويكون وصلاً، وهو هنا وصل. ومنه قوله تعالى: «لقد تقطع بينكم» [الأنعام: ٩٤] أي وصلكم.

(٦) تقدم.

والثاني: المنع؛ لأن التقدين معدان للإخراج، وليس في صرفهما إلى قضاء الدين ما يحشتم منه ويهتك المروءة.

ولو كان غنياً بالعروض، فالمشهور أنه كالغني بالعقار، ولفظ الكتاب يوافق، وفي «أمالي» أبي الفرج السرخسي: «إلحاقه بالغني بالنقد وطرده الوجهين فيه» ولو كان الشرُّ متوقفاً في مال، فتحمل قيمة المتلف، ففي قضاء دينه مع الغنى وجهان: أصبحهما: القضاء؛ لما فيه من المصلحة الكلية.

والثاني: المنع، لأن فتنة الدم أشد، وبنى صاحب «التتمة» الوجهين على أن من قصد مال إنسان، هل يباح له الدفع بالقتل؟ إن قلنا: نعم، جعلنا المال كالدم. الدين الثالث: ما التزمه بالضمان من غيره، فله أحوال:

إحداها: إذا كان الضامن والمضمون عنه معسرَيْن، فيعطى الضامن ما يقضي به الدين.

قال المتولي: «ويجوز صرفه إلى المضمون عنه»، وهو أولى؛ لأن الضامن فرعه، وأيضاً فإن الضامن إذا أخذ وقضى الدين بالمأخوذ، ثم رجع إلى المضمون عنه، احتاج الإمام إلى أن يُعطيه ثانياً، وهذا ممنوع، بل إذا أعطيناه، فلا يرجع وإنما يرجع الضامن إذا غرم من عنده.

والثانية: إذا كان موسرَيْن، فلا يعطى؛ لأنه إذا غرم، رجع على الأصيل، فلا حاجة إلى أن نعطيه من عندنا، وإن ضمن بغير إذنه، فوجهان<sup>(١)</sup>؛ على ما سنذكر في الحالة الرابعة.

والثالثة: إذا كان المضمون عنه موسراً، والضامن معسراً، فإن ضمن بإذنه لم يعط؛ فإنه إذا غرم، رجع على المضمون عنه، وإن ضمن بغير إذنه أُعطي.

والرابعة: إذا كان المضمون عنه معسراً، والضامن موسراً، فيجوز أن يعطى المضمون عنه، وفي الضامن وجهان.

قال في «التهذيب»: لأنه دَيْنٌ لزم بسبب الغير، فهل يقضي به مع اليسار؟ فيه وجهان، وألحقهما صاحب «التتمة» بالوجهين في أن من تحمل بدل مُتَلَفٍ من الأموال، هل يعطى من الزكاة؟ فأطلق «صاحب التهذيب»<sup>(٢)</sup> وقيد صاحب التتمة، فإن أراد «صاحب التهذيب» بالمطلق المقيد، فهما شيء واحد، وإلا ففي كل منهما كلام.

(١) بناء على الرجوع على المضمون عنه إن قلنا لا يرجع عليه وهو الأصح أعطى وإلا فلا.

(٢) في ز: التقريب.



أما الأول: فلأن دين من تحمل لإصلاح ذات البين مقضي مع اليسار لا محالة؛ إنما الخلاف في أنه هل يقضي مع اليسار بكل نوع من المال؟ وما هنا لا تفصيل.

وأما الثاني: فلأن ذلك الخلاف فيمن تحمل لإصلاح ذات البين، وفيه مصلحة عامة، بخلافه، فلا يحسن الإلحاق.

ووجه أحد الوجهين في الكتاب: بالقياس على الحَمالة؛ لأنه محتمل لمصلحة الغير.

والثاني: بأن الصرف إلى الأصل ممكن، وإذا برىء الأصل، برىء الكفيل؛ فلا حاجة إلى الصرف إلى الضامن، وقد ظهر الفرق بينه وبين الحَمالة، وهذا أشبه، وبه أجاب الحنَاطي وغيره وقوله في الكتاب: «ذَيْنُ لزمه بسبب نفسه فيُقضى»، وقوله: «فيُقضى ذَيْنُهُ» في هذه اللفظة المتكررة تنبيه على أن الغارم، إنما يعطى عند بقاء الذَيْن، فأما إذا أده من ماله، فلا يقضى؛ لأنه لم يبق غارماً، وبهذا يعرف أنه في الابتداء لو بذل ماله فيه، لم يعط بخلاف ما لو استدان، وربما أوهم نظم «التهذيب» خلافه؛ لأنه قال: إذا كان ذَيْنُهُ لإصلاح ذات البين؛ بأن كانت بين فتنَتَيْنِ ثائرة؛ فاستدان مالا في تسكينها، أو تحمّل مالا لتسكينها، ثم ساق الكلام، والمعتمد الأول.

وقوله: «بسبب حَمالة الحَمالة» بالفتح: ما يتحمّل عن القوم من دية أو غرامة.

وقوله: «وإن كان موسراً مُعَلِّمٌ بالحاء؛ لأن عند أبي حنيفة لا تصرف الصدقة إلى غني أصلاً».

فرع: ألحق أبو الفرج السرخسي ما استدان لعمارة المسجد وقري الضيف حكم ما استدان للنفقة وسائر مصالح نفسه، وحكى الروياني في «الجلية» عن بعض الأصحاب: أنه يعطى من الصدقات مع الغنى بالعقار، ولا يعطى له مع الغنى بالنقد، قال: «وهذا هو الاختيار».

واعلم: أن القول، بأنه يُقضى مع الغنى بالعقار، ولا يقضى مع الغنى بالنقد، يوجب انتهاض هذا الذَيْن مرتبةً متوسطةً بين ما استدانه لنفسه، وبين ما استدانه لإصلاح ذات البين؛ لما سبق أن الظاهر في النوع الأول؛ أنه لا يقضى مع الغناء بالعقار، وفي الثاني؛ أنه يقضى مع الغناء بالنقد.

آخر: يجوز صرف سهم الغارمين إلى المديون بغير إذن رب الدين، ولا يجوز صرفه إلى رب الدين بغير إذن المديون، لكن يسقط من الدين قدر المصروف على ما مرّ في سهم الرقاب، ويجوز صرفه إليه بإذن المديون، وهو أولى إلا إذا لم يكن وافياً بالذَيْن، وأراد المديون أن يتجرّ فيه.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: السَّابِعُ: سَهْمٌ سَبِيلِ اللَّهِ وَالْمُرَادُ بِهِ الْمُتَطَوُّعَةُ مِنَ الْغَزَاةِ الَّذِينَ لَا يَأْخُذُونَ مِنَ الْفِيءِ، فَأَمَّا مَنْ يَأْخُذُ مِنَ الْفِيءِ وَأَسْمُهُ فِي الدِّيَّوَانِ فَلَا يُصْرَفُ إِلَيْهِ الصَّدَقَةُ، وَالْعَازِي يُعْطَى وَإِنْ كَانَ غَنِيًّا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الصَّنْفُ السَّابِعُ: الْغَزَاةُ، وَهْمُ ضَرِبَانِ: ضَرْبٌ يَغْزُونَ، إِذَا نَشَطُوا، وَهْمُ مُشْتَغِلُونَ بِالْحَرْفِ وَالصَّنَاعَاتِ، وَسَمَّاهُمُ الشَّافِعِيَّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - الْأَعْرَابُ؛ لِأَنَّ أَكْثَرَ هَذَا الصَّنْفِ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ كَانُوا مِنَ الْأَعْرَابِ وَضُرِبَ رَثْبُوا أَنْفُسَهُمْ لِلْجِهَادِ، وَتَجَرَّدُوا لَهُ، وَيَسْمَوْنَ الْمَرَابِطِينَ، وَهْمُ الْمَرْتَزِقَةُ الَّذِينَ يَأْخُذُونَ مِنَ الْفِيءِ، وَالْمُرَادُ مِنْ «سَبِيلِ اللَّهِ» فِي آيَةِ الصَّدَقَةِ الضَّرْبُ الْأَوَّلُ؛ وَهْمُ الْمُتَطَوُّعَةُ الَّذِينَ لَا يَأْخُذُونَ مِنَ الْفِيءِ<sup>(١)</sup>، وَلَا يَصْرَفُ شَيْءٌ مِنَ الصَّدَقَاتِ إِلَى الْمَرْتَزِقَةِ؛ كَمَا لَا يَصْرَفُ شَيْءٌ مِنَ الْإِمَامِ شَيْءٌ إِلَى الْمُتَطَوُّعَةِ، وَعَلَى ذَلِكَ جَرَى الْأَمْرُ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَ الْإِمَامِ شَيْءٌ لِلْمَرْتَزِقَةِ<sup>(٢)</sup>، وَاحْتِاجُ الْمُسْلِمِينَ إِلَى مَنْ يَكْفِيهِمْ شَرَّ الْكُفْرَانِ، فَهَلْ يُعْطَى

(١) وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَمَالِكٌ - رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى - وَقَالَ أَحْمَدُ فِي أَصَحِّ الرَّوَابِطِينَ عَنْهُ: يَجُوزُ صَرْفُهُ إِلَى مَرِيدِ الْحَجِّ. وَرَوَى مِثْلَهُ عَنْ ابْنِ عَمْرٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا -، وَاسْتَدَلَّ لَهُ بِحَدِيثِ أُمِّ مَعْقِلٍ - الصَّحَابِيَّةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - قَالَتْ: لَمَّا حَجَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ حَجَّةَ الْوُدَاعِ وَكَانَ لَنَا جَمَلٌ فَجَعَلَهُ أَبُو مَعْقِلٍ فِي سَبِيلِ اللَّهِ، وَأَصَابْنَا مَرَضٌ فَهَلَكَ أَبُو مَعْقِلٍ وَخَرَجَ النَّبِيُّ ﷺ، فَلَمَّا فَرَّغَ مِنْ حَجِّهِ جَاءَتْهُ فَقَالَتْ: يَا أُمَّ مَعْقِلٍ مَا مَنَعَكَ أَنْ تَخْرُجِي مَعَنَا. قَالَتْ: قُلْتُ: لَقَدْ تَهَيَّأْنَا فَهَلَكَ أَبُو مَعْقِلٍ وَكَانَ لَنَا جَمَلٌ، هُوَ الَّذِي نَحِجُّ عَلَيْهِ فَأَوْصَى بِهِ أَبُو مَعْقِلٍ فِي سَبِيلِ اللَّهِ. قَالَ: «فَهَلَّا خَرَجْتَ عَلَيْهِ فَإِنَّ الْحَجَّ فِي سَبِيلِ اللَّهِ».

أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ فِي السَّنَنِ، وَفِيهِ مُحَمَّدُ بْنُ إِسْحَاقَ مَدْلَسٌ قَالَ: فِيهِ: عَنْ، وَإِذَا قَالَ الْمَدْلَسُ: عَنْ. لَا يَحْتَجُّ بِهِ اتِّفَاقًا، وَاحْتِجُّ أَيْضًا بِحَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - قَالَ: أَرَادَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الْحَجَّ فَقَالَتْ امْرَأَةٌ لَزَوْجِهَا: أَحْبَبْتَنِي مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ. فَقَالَ: مَا عِنْدِي مَا أَحْبَبْتِكَ عَلَيْهِ.

فَقَالَتْ: أَحْبَبْتَنِي عَلَى جَمَلِكَ فَلَانَ. قَالَ: ذَلِكَ حَبِيبٌ فِي سَبِيلِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ، فَآتَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: إِنْ أَمْرَاتِي تَقْرَأُ عَلَيْكَ السَّلَامَ وَرَحْمَةَ اللَّهِ، وَإِنِّهَا سَأَلْتَنِي الْحَجَّ مَعَكَ. قَالَتْ: أَحْبَبْتَنِي مَعَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقُلْتُ: مَا عِنْدِي مَا أَحْبَبْتِكَ عَلَيْهِ. فَقَالَتْ: أَحْبَبْتَنِي عَلَى جَمَلِكَ فَلَانَ. فَقُلْتُ ذَلِكَ حَبِيبٌ فِي سَبِيلِ اللَّهِ. فَقَالَ: أَمَا إِنَّكَ لَوْ أَحْبَبْتَهَا عَلَيْهِ كَانَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ. رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ بِإِسْنَادٍ صَحِيحٍ.

وَاحْتِجُّ الْأَصْحَابُ بِأَنَّ الْمَفْهُومَ فِي الْاسْتِعْمَالِ الْمُتَبَادِرِ إِلَى الْإِفْهَامِ أَنَّ سَبِيلَ اللَّهِ تَعَالَى هُوَ الْغَزْوُ وَأَكْثَرُ مَا جَاءَ فِي الْقُرْآنِ الْكَرِيمِ كَذَلِكَ. وَأَجَابُوا عَمَّا أوردناه مِنَ الْأَحَادِيثِ بِأَنَّ الْحَدِيثَ الْأَوَّلَ ضَعِيفٌ لِعَنْتَةِ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْحَاقَ.

وَالثَّانِي: مِنَ الْأَحَادِيثِ أَنَّ الْحَجَّ يُسَمَّى سَبِيلَ اللَّهِ، وَلَكِنَّ الْآيَةَ مَحْمُولَةٌ عَلَى الْغَزْوِ.

(٢) أَمَّا الْأَوَّلُ: فَأَخَذَهُ بِالْإِسْتِقْرَاءِ وَلَمْ أَرَهُ صَرِيحًا.

المرتزقة من الزكاة؟ فيه قولان: أحدهما: نعم؛ من سهم سبيل الله؛ لأنهم غزاة. وأصحهما: لا؛ كما لا يصرف الفيء إلى مصارف الصدقات، فعلى هذا يجب على أغنياء المسلمين إعانتهم، ويعطى الغازي، غنياً كان أو فقيراً، خلافاً لأبي حنيفة في الغني.

وقوله في الكتاب: «سهم سبيل الله» فيه توسع؛ فإن الكلام من أول الباب مسوق لبيان الأصناف دون السهام، ويجوز إعلام قوله: «والمراد به المتطوعة» بالألف؛ لأن أصح الروايتين عن أحمد: أنه يجوز صرف هذا السهم إلى الحجاج. وقوله: «فإن كان غنياً» مُعَلَّم بالحاء؛ لما سبق، والله أعلم.

قَالَ الْعَزَائِيُّ: الثَّامِنُ: ابْنُ السَّبِيلِ وَهُوَ الَّذِي شَخَّصَ (ح م) مِنْ بَلَدٍ لِيَسَافِرَ أَوْ أُجْتَاَزَ بِهِ يُصْرَفُ إِلَيْهِ سَهْمٌ إِنْ كَانَ مُعْسِراً بِشَرْطٍ لَا يَكُونُ السَّفَرُ مَعْصِيَةً.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الصنف الثامن «ابن السبيل»<sup>(١)</sup>، فله من الصدقات سهم، ويقع هذا الاسم على شخصين:

أحدهما: الذي شَخَّص من وطنه أو من بلد كان مقيماً به منشأً للسفر؛ وعن أبي حنيفة، ومالك: «أنه ليس بابن سبيل»، والأصحاب قاسوه على المجتاز؛ لأنه يريد للسفر، محتاج إلى أسبابه.

والثاني: الغريب المجتاز بالبلد، وفيه طريقتان:

أحدهما: أنه على الخلاف في جواز تَقْلِ الصدقات، فإن جوزنا، جاز الصرف إليه، وإلا فلا؛ كيلا يزدحم الغرباء؛ فيضيّقوا على البلدين، وبالمعنى أجاب المسعودي.

وأصحهما: الجواز بكل حال؛ لأنه ابن سبيل، حاضر في الحال.

وإذا عرفت ذلك، أَعْلَمْتِ قوله: «وهو الذي شَخَّص بالحاء والميم، وقوله: «أو اجتاز به» بالواو، ثم إنا نُعْطِي ابن السبيل بشرطين:

أحدهما: ألا يكون معه ما يحتاج إليه في سفره، ويدخل فيه مَنْ لا مال له أصلاً، ومن له مال في غير البلد الذي ينتقل عنه، ولفظ «المعسر» في الكتاب محمول على المعسر يداً.

والثاني: ألا يكون سفره سفر معصية، فيعطى في سفر الطاعة مفروضاً كان؛

(١) السبيل: في اللغة الطريق، ويؤنث ويذكر. وسمي المسافر ابن السبيل للزومه للطريق كلزوم الولد والدته.

كالحجّ والجهاد، أو مندوباً؛ كزيارة قبر النبي ﷺ وفي السفر المباح؛ [كسفر التجارة]، وطلب الآبتي وجهان:

أحدهما: لا يعطى؛ لأن عنده غنية، وعلى هذا، فلا يكفي ألا يكون معصية، بل يعتبر أن يكون طاعة.

وأصحهما: أنه يعطى؛ كما أن سفر المباح وسفر الطاعة يستويان في الترخّص، وذكروا في سفر التزّهة خلافاً مع الإعطاء في سفر المباح؛ لأنه ضرب من الفضول، والظاهر أنه يعطى أيضاً فإنه نوع من السفر المباح.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: فَهَوْلَاءِ هُمُ الْمُسْتَحِقُّونَ بِشَرْطِ أَلَّا يَكُونَ الْمُوصُوفُ بِصِفَةٍ مِنْ هَذِهِ الصِّفَاتِ كَافِرًا، وَلَا مِنْ الْمُرْتَزِقَةِ ثَابِتِ الْأَسْمِ فِي الدِّيَوَانِ، وَلَا هَاشِمِيًّا فَالْصَّدَقَةُ مُحَرَّمَةٌ عَلَى هَؤُلَاءِ، وَفِي مَوْلَى الْهَاشِمِيِّ وَجْهَانٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْغَرَضُ الْآنَ التَّعَرُّضُ لِلصِّفَاتِ الْمَشْرُوطَةِ فِي الْأَصْنَافِ جَمِيعًا، فَمِنْهَا: أَلَّا يَكُونَ الْمَدْفُوعُ إِلَيْهِ <sup>(١)</sup> كَافِرًا، وَقَدْ ائْتِيَ بِهِ فِي الْمَوْئَلَفَةِ.

ومنها: ألا يكون المدفوع [إليه] الغازي من المرتزقة الذين أُثْبِتَتْ أَسْمَاؤُهُمْ فِي الدِّيَوَانِ، وَقَدْ ذَكَرَهُ مَرَّةً فِي سَهْمِ سَبِيلِ اللَّهِ <sup>(٢)</sup>.

ومنها: ألا يكون المدفوع إليه هاشمياً ولا مُطَّلِبِيًّا، فَالزَّكَاةُ مُحَرَّمَةٌ عَلَيْهِمَا، لَمَّا رُوِيَ أَنَّهُ ﷺ قَالَ: «إِنَّمَا هَذِهِ الصَّدَقَاتُ أَوْسَاخُ النَّاسِ، وَإِنَّهَا لَا تَحِلُّ لِمُحَمَّدٍ وَلَا لِآلِ مُحَمَّدٍ» <sup>(٣)</sup>. وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: «لَا تُحْرَمُ عَلَى بَنِي الْمُطَّلِبِ».

لَنَا: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «نَحْنُ وَبَنُو عَبْدِ الْمُطَّلِبِ شَيْءٌ وَاحِدٌ، وَشَبَّكَ بَيْنَ

(١) قال قاضي القضاء جلال الدين البلقيني: سئلت عمن أسلم بعد حولان الحول، هل يعطى من زكاة السنة الماضية فأثبتت بالجواز لأن الشرط إسلامه وقت الدفع لا إسلامه في جميع السنة، وهذا وقت الدفع إليه مسلم وإذا كان الرافي والنووي رجحا في المال الذي يصرف لبيت المال إرثاً أنه يجوز صرفه إلى من أسلم بعد موت الميت مع أنه وارث ويعتبر في الوارث إسلامه قبل الموت فما الظن بهذا. (حكاه عنه البكري في حاشيته).

(٢) سقط في: ز.

(٣) رواه مسلم من حديث عبد المطلب بن ربيعة بن الحارث بن عبد المطلب في حديث طويل وفيه هذا اللفظ، واللفظ لأبي نعيم في معرفة الصحابة من حديث نوفل بن الحارث: إن لكم في خمس الخمس ما يكفيكم أو يغنيكم، وفي الطبراني من طريق حنش عن عكرمة عن ابن عباس قال: بعث نوفل بن الحارث ابنه إلى رسول الله ﷺ - الحديث - فذكر نحوه، وقد استدلل به الرافي للاصطخري في أن خمس الخمس إذا منعه أهل البيت حلت لهم الصدقة. قاله الحافظ.

أَصَابِعِهِ<sup>(١)</sup>. ولو استعمل هاشمي أو مطلبّي، فهل يحل له سَهْمُ العاملين؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنه أجرة عمله، وهذا أصحُّ عند أبي الحسن العبادي.

وأصحهما: عند صاحب «التهديب»: لا؛ كما لو كان غارماً أو غازياً، وأيضاً: فقد رُوِيَ أَنَّ الْفَضْلَ بْنَ عَبَّاسٍ، وَعَبْدَ الْمَطْلَبِ بْنَ رَبِيعَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - سَأَلَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَنْ يُؤْمَرَهُمَا عَلَى بَعْضِ الصَّدَقَةِ، فَقَالَ: «إِنَّ الصَّدَقَةَ لَا تَحِلُّ لِمُحَمَّدٍ وَلَا لِآلِ مُحَمَّدٍ، إِنَّمَا هِيَ أَوْسَاخُ النَّاسِ»<sup>(٢)</sup>.

ويجري الخلاف فيما إذا جعل بعض المرتزقة عاملاً، وفي موالى النبي ﷺ وموالى بني هاشم، وبني المطلب وجهان، ويقال: قولان: وجه الحل؛ أنهم لا يستحقون خمس الخمس، والمطلبيون والهاشميون، أخذوا خمس الخمس، فاستغنوا عن الزكاة، والأصح: المنع؛ لما روي أن النبي ﷺ بعث عاملاً فقال لأبي رافع مولى رسول الله ﷺ اضْحَبْنِي كَيْمَا نَصِيبَ مِنَ الصَّدَقَةِ، فَسَأَلَ أَبُو رَافِعِ النَّبِيِّ ﷺ فَقَالَ: «إِنَّ الصَّدَقَةَ لَا تَحِلُّ لَنَا، وَإِنَّ مَوْلَى الْقَوْمِ مِنْ أَنْفُسِهِمْ»<sup>(٣)</sup>.

فرع: إذا انقطع خمس الخمس عن بني هاشم وبني المطلب؛ لخلو بيت المال عن الفية والغنيمة، أو لاستبداد الظلمة بها:

قال الإصطخري: «يجوز صرف الزكاة إليهم؛ لأنَّ الخمس عوضٌ عنها»؛ على ما أشار إليه في الحديث: «أَلَيْسَ فِي خُمْسِ الْخُمْسِ مَا يُغْنِيكُمْ عَنْ أَوْسَاخِ النَّاسِ»<sup>(٤)</sup>؟ فإذا لم يحصل لهم الغرض، كفيت مؤناتهم بالزكاة، وهذا ما اختاره<sup>(٥)</sup> لقاضي أبو سعد الهروي فيما حكاه سماعاً عنه الشيخ الإمام [ملكداد بن علي]<sup>(٦)</sup> القزويني شيخ والدي، وبه كان يفتي الإمام محمد بن يحيى - رحمهم الله جميعاً - والأكثرون طردوا القول بالتحريم، وقالوا: «ليست المقابلة بين المال والمال، وإنما المقابلة بين التحريم والاستحقاق».

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

(٣) رواه أحمد وأبو داود والترمذي والنسائي وابن حبان والحاكم، من حديث أبي رافع. قلت: وهو في الطبراني من حديث ابن عباس.

(تنبيه) اسم الرجل الذي استبح أبا رافع: الأرقم بن أبي الأرقم، صرح به النسائي والطبراني حديث: إن رجلين سألاه الصدقة فقال: إن شئتما أعطيتكما ولا حظ فيها لغني - الحديث... قاله الحافظ.

(٤) لكن المذهب الأول. (٥) سقط في: ز.

## البَابُ الثَّانِي فِي كَيْفِيَّةِ الصَّرْفِ إِلَيْهِمْ، وَفِيهِ مَسَائِلُ

قَالَ الْعَزَالِيُّ: الْأُولَى: فِيمَا يُعْرَفُ بِهِ هَذِهِ الصِّفَاتُ أَمَا الْخَفِيُّ كَالْفَقْرِ وَالْمَسْكِنَةِ فَيَصَدَّقُ فِيهِ مُدْعِيهِ، وَيَخْلِفُ إِذَا أَتَهُمْ أَسْتِخْبَابًا، أَوْ إِجْبَابًا فِيهِ خِلَافٌ، وَأَمَا الْجَلِيُّ كَالْعَازِي وَابْنِ السَّبِيلِ فَيُعْطَيَانِ بِقَوْلِهِمَا، فَإِنْ لَمْ يُحَقِّقَا الْمَوْعُودَ أَسْتَرِدَّ مِنْهُمَا، وَأَمَا الْمَكَاتِبُ وَالْعَارِمُ فَيُطَالَبَانِ بِالْبَيِّنَةِ لِإِمْكَانِهَا، وَالْإِفْرَارُ مَعَ حُضُورِ الْمُسْتَحِقِّ كَالْبَيِّنَةِ عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ، وَالِاسْتِفَاضَةُ كَالْبَيِّنَةِ، وَالْمَوْلُفُ قَلْبُهُ إِنْ قَالَ: نَبَيْتِي فِي الْإِسْلَامِ ضَعِيفَةٌ صَدَقَ (و)، وَإِنْ أَدْعَى كَوْنَهُ شَرِيفًا مُطَاعًا، طُولِبَ بِالْبَيِّنَةِ لِإِمْكَانِهَا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: كَلَامُ الْبَابِ مُودَعٌ فِي مَسَائِلِ:

إِحْدَاهَا: فِيمَا يَعُولُ عَلَيْهِ فِي صِفَاتِ الْمُسْتَحِقِّينِ:

قَالَ الْأَصْحَابُ: مَنْ سَأَلَ الزَّكَاةَ، وَعَرَفَ الْإِمَامَ؛ أَنَّهُ لَيْسَ بِصِفَةِ الْاسْتِحْقَاقِ، لَمْ يَجْزِ صَرْفَ الزَّكَاةِ إِلَيْهِ، وَإِنْ عَرَفَهُ بِصِفَةِ الْاسْتِحْقَاقِ، جَازَ، وَلَمْ يَخْرُجْهُ عَلَى الْخِلَافِ فِي أَنَّ الْقَاضِيَ، هَلْ يَقْضِي بَعْلَمَهُ؟ وَلِلتَّهْمَةِ مَجَالًا هَا هُنَا أَيْضًا، وَإِنْ لَمْ يَعْرِفْ حَالَهُ، فَالْصِّفَاتُ قِسْمَانِ: خَفِيَةٌ وَجَلِيَّةٌ:

الْقِسْمُ الْأَوَّلُ: الْخَفِيَّةُ، وَهُوَ الْفَقْرُ وَالْمَسْكِنَةُ، فَلَا يُطَالَبُ مُدْعِيهِمَا بِالْبَيِّنَةِ؛ لِعُسْرِ إِقَامَتِهَا، نَعَمْ، لَوْ عَرَفَ لَهُ مَالًا، فَادْعَى هَلَاكَهُ، طُولِبَ بِالْبَيِّنَةِ، لِسَهُولَتِهَا، وَلَمْ يَفْرُقُوا بَيْنَ أَنْ يَدْعِيَ الْهَلَاكَ بِسَبَبٍ ظَاهِرٍ؛ كَالْحَرِيقِ، أَوْ خَفِيِّ؛ كَالسَّرْقَةِ كَصَيْغَتِهِمْ فِي الْوَدِيعَةِ وَنَحْوِهَا، وَلَوْ ادْعَى لَهُ عِيَالًا لَا يَفِي كَسْبَهُ بِكِفَايَتِهِمْ، فِيهِ وَجْهَانِ:

أَظْهَرُهُمَا: أَنَّهُ يُطَالَبُ بِالْبَيِّنَةِ أَيْضًا، وَلَوْ قَالَ: لَا كَسْبَ لِي، وَحَالَهُ يَشْهَدُ بِصَدَقَةِ بَأَن كَانَ شَيْخًا كَبِيرًا أَوْ زَمِنًا، أُعْطِيَ بِبَلَاءِ بَيِّنَةٍ وَلَا يَمِينِ، وَإِنْ كَانَ قَوِيًّا جَلْدًا أَوْ قَالَ: لَا مَالَ لِي، وَاتَّهَمَهُ الْإِمَامُ، فَوَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يَحْلِفُ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ خِلَافَ مَا يَدْعِيهِ.

وَالثَّانِي: لَا يَحْلِفُ؛ لَمَا رَوَى أَنَّ رَجُلَيْنِ سَأَلَا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: «إِنْ شِئْتُمَا أُعْطَيْتُكُمَا»<sup>(١)</sup>، وَلَا حَظَّ فِيهَا لِغَنِيِّ، وَلَا لِذِي قُوَّةٍ مُكْتَسِبٍ»<sup>(٢)</sup> وَأَعْطَاهُمَا مِنْ غَيْرِ تَحْلِيفٍ.

قَالَ فِي «التَّهْذِيبِ»: وَهَذَا أَصْحَحُ، ثُمَّ مِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ يُوْرِدُ الْخِلَافَ هَكَذَا، وَيَقْتَصِرُ عَلَيْهِ، وَمِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ: تَحْلِيفُهُ عِنْدَ التَّهْمَةِ وَاجِبٌ، أَوْ مُسْتَحَبٌّ، فِيهِ وَجْهَانِ، وَيَشْبَهُ أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ مِنْهُمَا شَيْئًا وَاحِدًا، لَكِنْ صَاحِبُ الْكِتَابِ جَمَعَ بَيْنَهُمَا فِي

(١) سقط في: ز.

(٢) تقدم.

«الوسيط»، فقال: «في تحليفه وجهان، وإن حلفناه، فهل هو واجب، أو مستحب؟ فيه وجهان، وإذا أوجبنا اليمين، فنكل، لم يعط، وإن قلنا مستحبة، فيجوز أن يعطى».

**القسم الثاني:** الجلي، وهو على ضربين: ضرب يتعلّق بالاستحقاق فيه معنى في المستقبل، وذلك في الغازي وابن السبيل، فيعطيان بقولهما من غير بينة ولا يمين، ثم إن لم يحققا الموعد، ولم يخرجوا [في السفر]، يسترد؛ لأن جهة الاستحقاق، لم تحض، وإلى متى يحمل تأخير الخروج، أهمل المعظم التعرض له، وفي «أمالي أبي الفرج السرخسي»: أنه يجوز تأخير الخروج يومين وثلاثة أيام، فإن انقضت الثلاثة، ولم يخرج حينئذ يسترد، ويشبه أن يكون هذا على التقريب، وأن يعتبر ترصده للخروج، وكون التأخير لانتظار الرقعة، إعداد الأهبة وغيرهما والله أعلم.

وضرب يتعلّق الاستحقاق فيه بمعنى في الحال، وتقع فيه بقية الأصناف في هذا الضرب، فالعامل إذا ادعى أنه عمل، طولب بالبينه، وكذا الغارم والمكاتب يطالبان بالبينه؛ لأن الأصل العدم، وإقامة البينة هيئة عليهم، وإن صدقهما ربّ الدين أو السيد، فوجهان: أحدهما: لا يعطى؛ لاحتمال التواطؤ.

وأظهرهما: أنه يعطى؛ لظهور الحق بالإقرار.

وقوله في الكتاب: «مع حضور المُستحقِّ»؛ أراد به الحضور مع التصديق، فإن مجرد الحضور لا عبرة به، ولو كذبه المقر له، لغا الإقرار، والمؤلف قلبه، إن قال: يئتي في الإسلام ضعيفة قبل قوله؛ لأن كلامه يشهد لصدقه<sup>(١)</sup>، وإن ادعى كونه شريفاً مطاعاً في قومه، طولب بالبينه، هكذا فصل عامة الأصحاب، ونسب الشيخ أبو الفرج هذا التفصيل إلى صاحب «التلخيص» وذكر: أن من الأصحاب من أطلق الجواب؛ بأنه يطالب بالبينه، فيمكن أن يُعلم لهذا قوله في الكتاب: «صدق» بالواو.

وأما قوله: «الاستفاضة كالبينه» فالمراد منه أن اشتهاه الحال بين الناس قائم مقام البينة؛ لحصول العلم، أو غلبة الظن، وعلى ذلك حمل قوله ﷺ في حديث قبصة بن المخارق؛ حتى يشهد أو يتكلم ثلاثة من ذوي الحجّ من قومه؛ وذلك أن قبصة قال: «تحمّلت حمالة، فأتيت رسول الله ﷺ فسألته فقال: تؤذيها أو نخرجها عنك عنك إذا قدمت نعم الصدقة يا قبصة، إن المسألة حرّمت إلا في ثلاث: رجل تحمّل حمالة فحلت له المسألة حتى يؤذيها أو يخرجها<sup>(٢)</sup>، ثم يمسيك، ورجل أصابته فاقة أو حاجة حتى يشهد أو يتكلم ثلاثة من ذوي الحجّ من قومه؛ أن به فاقة أو حاجة، فحلت له المسألة، حتى يصيب سداداً من عيش أو قواماً من عيش ثم يمسيك، أو أصابته جائحة

فَاجْتَاخَتْ مَالَهُ فَحَلَّتْ لَهُ الصَّدَقَةُ حَتَّى يُصِيبَ سَدَاداً أَوْ قَوَاماً مِنْ عَيْشٍ، ثُمَّ يُمَسِّكُ»<sup>(١)</sup>  
 فِقِيلٌ: الْقَضْدُ مِنْ ذِكْرِ الثَّلَاثَةِ الْإِشَارَةُ إِلَى الْإِسْتِغَاثَةِ، فَإِنَّ أَدْنَى الْإِسْتِغَاثَةِ يَقَعُ بِثَلَاثَةٍ.

وقوله: «يُؤَدِّيَهَا أَوْ يُخْرِجَهَا» شكٌ من الراوي، وكذلك «فاقة أو حاجة»، «وكذا يُشهد أو يتكلم»، وكذا «سداداً أو قواماً»، ويشهد لما ذكرنا من اعتبار غلبة الظن ثلاثة أمور:  
 أحدها: قال بعض الأصحاب: لو أخبر عن الحال واحد يقع الاعتماد على قوله،  
 يكفي.

والثاني: قال الإمام في «النهاية» رأيتُ للأصحاب رمزاً إلى التردد في أنه إذا حصل  
 الوثوق بقول من يدعي العُزْمَ، وغلب على الظن صدقه، هل يجوز الاعتماد عليه.

والثالث: حكى بعض المتأخرين ما لا بد من معرفته ها هنا، وهو أنه لا يعتبر في  
 البينة في هذه الصور سماعُ القاضي، وتقديمُ الدعوى، والإمكان، والاستشهاد، بل  
 المراد إخبار عدلين على صفات الشهود، ثم سياق الكلام ها هنا وفي «الوسيط»: «قد  
 يوهِمُ أَنْ إلْحَاقَ الْإِسْتِغَاثَةِ بِالْبَيِّنَةِ مَخْتَصٌّ بِالْمَكَاتِبِ وَالْغَارِمِ، وَلَكِنِ الْوَجْهَ تَعْمِيمُ ذَلِكَ  
 فِي كُلِّ مَنْ يَطَالِبُ بِالْبَيِّنَةِ مِنَ الْأَصْنَافِ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّانِيَةُ: فِي قَدْرِ الْمُعْطَى، وَالْغَارِمِ وَالْمَكَاتِبِ يُعْطَيَانِ قَدْرَ دَيْنَيْهِمَا،  
 وَالْفَقِيرُ وَالْمَسْكِينُ مَا يَنْلَعَانِ بِهِ (ح) أَذْنَى الْغِنَى وَهُوَ (و) كِفَايَةُ سَنَةٍ، فَإِنْ كَانَ لَا يُحْسِنُ إِلَّا  
 التَّجَارَةَ عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ أُعْطِيَ لِيَسْتَعْمَلَ بِالْكَسْبِ، وَالْمَسَافِرُ يُعْطَى قَدْرَ مَا يَنْلَعُهُ إِلَى الْمَقْصِدِ  
 أَوْ إِلَى مَوْضِعِ مَالِهِ، وَالْغَارِي يُعْطَى الْفَرَسَ وَالسَّلَاحَ عَارِيَةً أَوْ تَمْلِيكاً أَوْ وَقْفاً مِمَّا وَقَفَهُ الْإِمَامُ  
 بَعْدَ أَنْ اشْتَرَاهُ بِهَذَا السَّهْمِ، وَيُعْطَى مِنَ الثَّقَفَةِ مَا زَادَ بِسَبَبِ السَّفَرِ، وَهَلْ يُعْطَى أَضَلُّ الثَّقَفَةِ؟  
 وَجِهَانِ، وَالْمَوْلُفُ قَلْبُهُ يُعْطَى مَا يَرَاهُ الْإِمَامُ، وَالْعَامِلُ يُعْطَى أَجْرَ مِثْلِهِ، وَإِنْ كَانَ تَمَنُّ  
 الصَّدَقَةَ زَائِداً عَلَى أَجْرِ الْمِثْلِ رُدَّ الْفَضْلُ عَلَى الْأَصْنَافِ، وَإِنْ كَانَ نَاقِصاً كُتِمَ مِنْ بَقِيَّةِ الزَّكَاةِ  
 (و)، إِلَّا إِذَا كَانَ فِي بَيْتِ الْمَالِ وَرَأَى الْإِمَامُ التَّكْمِيلَ مِنْهُ فَلَهُ أَنْ يَكْمَلَ مِنْهُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مقصود المسألة بيان أن كل واحد من الأصناف كم يعطى؟

أما الغارم والمكاتب، فيعطيان قدر دَينِهما، فإن قَدراً على بعض ما عليهما، أعطيا  
 الباقي. وأما الفقير والمسكين، فيعطيان ما تزول به حاجتهما، وتحصل كفايتهما،  
 ويختلف ذلك باختلاف الناس والنواحي، فالمحترف الذي لا يجد آلة حرفته يعطى ما  
 يشتريها به، قَلَّتْ قيمتها أو كثرت؛ ليكتسب، والتاجر يعطى رأس المال ليشتري به من

(١) تقدم في التفليس.



النوع الذي يحسن التجارة والتصرف فيه، ويكون قدره ما يفي ربحه بكفايته غالباً.

وأوضحوه بالمثال، فقالوا: البقلي يكتفي بخمسة دراهم، والباقلاني بعشرة، والفواكهي بعشرين، والخبّاز بخمسين، والبقال بمائة، والعطار بألف، والبرّاز بألفين، والصّيرفي بخمسة آلاف، والجوهري بعشرة آلاف.

من لا يحسن الكسب بالحرفة ولا بالتجارة؛ قال العراقيون، وطائفة سواهم: يعطى كفاية العمر الغالب، ولا يتقدّر بالشهر ولا بالسنة، وروى آخرون، منهم صاحب «التهديب» والمصنف: تقديره بكفاية السنة توجيهاً بأنّ الزكاة تتكرر كل سنة<sup>(١)</sup>، فيحصل بها الكفاية سنة سنة، وقضية التقدير كون المسألة على وجهين، وأشار في «التتمة» إلى رفع الخلاف وتنزيل الكلامين على حالين، إن أمكن إعطاء ما يحصل منه كفايته، أعطاه، وإلا أعطاه كفاية سنة، وهذا غير متّجه، لأنه لو لم يقدر على أن يعطيه كفاية سنة، فلا بد وأن يعطيه كفاية ما دونها، وحينئذ فلا معنى للضبط بالسنة، وإذا قلنا: يعطى كفاية العمر فما طريقه؟ قال في «التتمة» وغيره: يعطى ما يشتري به عقاراً يستغل منه كفايته، ومنهم من يُشعر كلامه بأنه يعطى ما ينفق عليه في حاجته، والأول أقرب، وإذا عرفت ذلك، أعلمت قوله: «وهو كفاية سنة» بالواو، ويجوز أن يعلم قوله: «ما يبلغان به أدنى الغناء» بالحاء والألف؛ لأن عند أبي حنيفة لا يعطى نصاباً، وإن لم تزل به حاجته، وعند أحمد لا يعطى أكثر من خمسين درهماً.

لنا: أنه ﷺ قَالَ: «حَتَّى يُصِيبَ سَدَاداً مِنْ عَيْشٍ»<sup>(٢)</sup> وهو ما يسدّ به ثلّمة الحاجة، اعتبر الكفاية ولم يقدر.

وأما ابن السبيل: فيعطى ما يبلغه إلى مقصده أو إلى موضع ماله، إن كان له في الطريق مال، فيعطى من النفقة، وكذا الكسوة، إن كان محتاجاً إليهما؛ بحسب ما يقتضيه الحال صيفاً وشتاءً، ذكره ابن الصّبّاغ وغيره، وكذا يُهيأ له المركوب، إن كان السفر طويلاً، أو كان الرجل ضعيفاً لا يقدر على المشي، وإن كان السفر قصيراً، أو الرجل قوياً، فلا، ويعطى ما ينقل به زاده ورحله أيضاً، إلا أن يكون قدر ما يعتاد مثله أن يحمله بنفسه. ثم في «أمالي أبي الفرج السرخسي» في كيفية تهيئة الركوب؛ أنه إن ضاق المال، فيعطى كراء المركوب، وإن اتسع اشترى له المركوب، فإذا تم سفره،

(١) قال النووي: ومن قطع بالمسألة صاحب «التلخيص»، والرافعي في «المحرر»، ولكن الأصح، ما قاله العراقيون، وهو نص الشافعي - رضي الله عنه -، ونقله الشيخ نصر المقدسي عن جمهور أصحابنا، قال: وهو المذهب. والله أعلم.

(٢) تقدم.

حكى في استرداد الدابة وجهين، جواب عامة الأصحاب فيهما: الاسترداد، وكما يعطى للذَّهَابِ، يعطى للرجوع أيضاً إن كان يريد الرجوع، وليس في مقصده مال؛ لشمول الحاجة، وفيه وجهان آخران:

أحدهما: أنه لا يعطى للرجوع في ابتداء السفر؛ لأنه سفر آخر، وإنما يعطى إذا أراد الرجوع.

والثاني: عن أبي زيد؛ أنه إن كان على عزم أن يصل الرجوع بالذَّهَابِ أعطى للرجوع أيضاً، وإن كان على أن يقيم هناك مدة، لم يعط، ولا يعطى لمدة الإقامة في المقصد إلا مقام المسافرين، إذا لم يكن له مال هناك؛ بخلاف الغازي حيث يعطى للمقام في الثَّغْر، وإن طال؛ لأنه قد يُحْتَاجُ إليه لتوَقُّعِ الفتح، ولأنه لا يزول عنه الاسم بطول المقام، بل يتأكد، وها هنا يزول، وعن «صاحب التقريب» أنه إن أقام لحاجة يتوَقَّع زوالها، أعطى، وإن زادت إقامته على إقامة المسافرين. والذي يدفع إلى ابن السبيل يكون تمام مؤنته، أو ما زاد بسبب السفر، فيه وجهان:

أصحهما: أولهما، وهما كالقولين في عامل القراض، إذا سافر، وفي الولي إذا حج بالصبي، وأنفق عليه من ماله، كم يضمن، وأما الغازي فيعطي النفقة والكسوة مدة الذهاب والمقام في الثغرة، وإن طال، ومدة الرجوع، ويكون المعطى تمام مؤنتهما<sup>(١)</sup>، أو ما يزيد بسبب السفر، دون أصل المؤنة، فيه وجهان؛ كما سبقا في ابن السبيل، وربما أشعر نظم الكتاب بتخصيص هذا الخلاف بالغازي، ولا فرق، ويعطى ما يشتري به الفرس، إن كان يقاتل فارساً، وما يشتري به السلاح وآلات القتال، ويصير كل ذلك ملكاً له، ويجوز أن يستأجر له الفرس والسلاح، ويختلف الحال بحسب كثرة المال وقلته، وإن كان يقاتل راجلاً، فلا يعطى ليشتري الفرس، وأما ما يحمل عليه الزاد ويركبه في الطريق، فعلى ما مرَّ في ابن السبيل.

فَرَعٌ: إنما يعطى الغازي، إذا حَانَ وقت خروجه؛ ليهيئ منه أسباب الخروج<sup>(٢)</sup>،

(١) تنبيه: سكتوا عن قدر المعطى لإقامته مع أنه لا يعرف في الابتداء مدة مقامه. قال الأذري: ويحتمل إعطاؤه لأقل مدة يظن إقامته هناك، وإن زادت المدة زيد بحسبها لكن قد يجره ذلك إلى نقل الزكاة إلى دار الحرب وصرفها هناك، وقد يفتقر هذا للحاجة.

(٢) قال الأذري: ولم يذكر في الشرح والروضة في الغازي غير الفرس، وذكر الهيئة المركوب لابن السبيل فقط، ولم يحضرنى في ذلك تصريح للأصحاب بل قضية كلام كثير منهم أن مركوبه هو الفرس الذي يعطاه.

قال: وقد يوجه بأن توفير الخيل إلى وقت الحرب، إذ لو ركبها من دارنا إلى دار الحرب ربما كلت وعجزت عن الكز والفرّ حال المطاردة والقتال لا سيما إذا بعد المغزى.

فإن أخذ، ولم يخرج، فقد ذكرنا أنه يسترد، فإن مات في الطريق، أو امتنع من الغزو، استرد ما بقي، وإن غزاً ورجع، وعنده بقية، فإن لم يقتر على نفسه، وكان الباقي شيئاً صالحاً، فكذلك الجواب؛ لأنه تبيين أن المعطى فوق الحاجة، وأنه أخطأ في الاجتهاد، وإن قتر على نفسه، أو لم يقتر إلا أن الباقي شيء يسير، فلا يسترد وفي مثله في ابن السبيل يسترد على المشهور؛ لأننا دفعنا إلى الغازي ما يكفيه؛ لحاجتنا إليه، وقد تحصلنا على العوض، لَمَّا غزا، وابن السبيل إنما يدفع إليه لحاجته، فإذا تم السفر، فقد زالت حاجته، ولم يتحصل منه على عوض، فيدفع الباقي إلى محتاج، وفي ابن السبيل وجه آخر؛ أنه لا يسترد منه أيضاً، وهذا أبداه الحنَّاطي احتمالاً، ونسبه الشيخ أبو الفرج إلى النص.

فَرَحُ: في بعض شروح المفتاح: أنه يأخذ نفقته ونفقة عياله ذهاباً ومقاماً ورجوعاً وسكت معظم عن نفقة العيال<sup>(١)</sup>، لكن تجوز أحدهما ليس ببعيد؛ أليس ينظر في استطاعة الحجج إلى نفقة العيال؛ حتى يعتبر استغناؤه لعياله؛ كما يعتبر استغناؤه لنفسه، كذلك يجوز أن ينظر إليها هنا؛ حتى يستغنى بما يأخذ لعياله؛ كما يستغنى لنفسه.

وقوله في الكتاب: «والغازي يُعطي الفرس والسلاح عاريةً أو تملكاً أو وقفاً ممَّا وَقَّه الإمام بعد أن اشتراه بهذا السهم»؛ أراد أن الأمر فيه موكل إلى رأي الإمام، إن شاء أعطاه الفرس والسلاح تملكاً، وإن شاء استأجره له، وله أن يشتري أفراساً، ويجعلها وقفاً في سبيل الله فيعيرهم إيَّاهما عند الحاجة فإذا انقضت استردت.

وذكر الحنَّاطي وجهاً آخر؛ أنه لا يجوز أن يشتري لهم الفرس والسلاح قبل وصول المال إليهم، وهذا قضية ما في تعليق الشيخ أبي حامد - رحمه الله - ثم في قوله: «عارية أو تملكاً أو وقفاً» نظر من جهة اللفظ، وذلك لأنه لا يعطيه وقفاً بحال، وإنما يملكه ما اشتراه، أو يعيره مما اشتراه ووقفه، فليس الوقف قسماً، والعارية قسماً، بل إذا جوزنا الشراء، يشتري ويقف ثم يعيره.

أما من يؤلف قلبه، فيعطي ما يراه الإمام، قال المسعودي: «يجعله على قدر كفايتهم وكلفتهم».

وأما العامل: فاستحقاقه بالعمل؛ حتى لو حمل أرباب الأموال زكاتهم إلى والي البلدة، أو إلى الإمام، فهل أن يأتيهم العامل، فلا شيء للعامل، وإذا كان الاستحقاق بالعمل، فالمدفوع إليه أجره المثل لعمله ثم الإمام يخير بعد بعث السعاة بَيِّن أن يبعث من غير شرط، ثم يعطى المبعوث أجره مثل عمله، وبين أن يُسمي له ما يكون قدر أجرته على سبيل الإجارة أو الجعالة، ثم يؤديه من الزكاة، ولا يسمي له أكثر من أجره

(١) صرح به الفارقي وابن عسرون في النفقة.

المثل، فإن فعل، فتفسد التسمية من أصلها أو يكون قدر أجره المثل من الزكاة، وما زاد في خالص مال الإمام فيه وجهان<sup>(١)</sup> مرويان في «أمالي أبي الفرج السرخسي».

ومهما كان سهمُ العاملين زائداً على أجره المثل، رد ما فَضِّلَ على سائر الأصناف، وإن نقص، فعن نص الشافعي - رضي الله عنه -؛ أنه يكمل من بيت المال، ولو قيل: يكمل من سهم بقية الأصناف، فلا بأس، وفيه طرق للأصحاب:

أظهرهما: أن في المسألة قولين:

أصحهما: أنه يكمل من مال الصدقة، ثم يقسم الباقي؛ كما أن أجره قيم اليتيم في مال اليتيم، وأيضاً فإنه لو زاد دفع الزائد إلى سائر الأصناف، فإذا نقص أخذ منهم.

والثاني: يكمل من خمس الخمس سهمُ المصالح، ولا ينقص نصيب سائر الأصناف لظاهر الآية.

والثاني: عن أبي إسحاق؛ أنها ليست على قولين، لكن الإمام يتخير بحسب ما يظهر له من المصلحة.

والثالث: إن بدأ بسهم العاملين، كَمَّلَ من الصدقة، وإن بدأ بسائر الأصناف، ثم أعطى العامل، وكان فيه نقص، كَمَّلَ من مال المصالح؛ لعسر الاسترداد منهم.

والرابع: إن فضل عن حاجة سائر الأصناف، كَمَّلَ من الصدقة، وإلا فمن بيت المال، وكل واحد من صاحبي الطريقتين حمل تردد القولين على ما ذكره من الحالين.

وليعلم قوله في الكتاب: «كَمَّلَ من بقية الزكاة» لما حكينا، وقوله: «إلا أن يكون في بيت المال سعة، ورأى الإمام التكميل منه، فله أن يكمل منه» هذه اللفظة قضيتها تجوز التكميل منه في هذه الحالة، وذلك يشعر بلزوم التكميل من بقية الزكاة في غير هذه الحالة، لكنهم لم يختلفوا في جواز التكميل من سهم المصالح مطلقاً؛ بل لو رأى الإمام أن يجعل أجره العامل كلها من بيت المال، جاز ويقسم الصدقة على سائر الأصناف، ذكره ابن الصبَّاح وغيره، وإنما الخلاف في تجوز التكميل من الصدقة.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: فَرَعَ: مَنْ اجْتَمَعَ فِيهِ صِفَتَانِ هَلْ يَسْتَحِقُّ سَهْمَيْنِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ، يُنظَرُ فِي أَحَدِهِمَا إِلَى اتِّحَادِ الشَّخْصِ، وَفِي الْآخَرِ إِلَى تَعَدُّ الصِّفَةِ، وَقِيلَ: إِنْ تَجَانَسَ السَّبَبَانِ؛ كَالْفَقْرِ وَالْعَرْمِ لِعَرَضِ نَفْسِهِ، فَلَا يُجْمَعُ، وَإِنْ اخْتَلَفَ؛ كَالْعَرْمِ وَالْفَقْرِ فَيُجْمَعُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا اجْتَمَعَ فِي شَخْصٍ صِفَتَا اسْتِحْقَاقِ، هَلْ يُعْطَى بِهِمَا؟ نَصٌّ فِي

(١) قال النووي: أصحهما الأول والله أعلم.

الباب الثاني من قسم الصدقات عَلَى المنع، وذكر في المؤلفة قولاً قَدَّمناه، وأنهم يعطون من سهم المؤلفة، وسهم سبيل الله، وللأصحاب ثلاثة طرق:

أظهرهما: أن فيها قولين:

أحدهما: وبه قال أبو حنيفة: أنه يجوز أن يعطى بهما؛ لأن للفقير سهماً، وللغارم سهماً، وهذا فقير وغارم، وأيضاً: فإن الغازي إذا كان من ذوي القربى يأخذ بالوجهين.

والثاني: لا يعطى بهما، بل بما يختار منهما؛ لأنه شخص واحد، فلا يأخذ بسهمين من مال واحد؛ كما لو لم يكن فيه إلا صفة واحدة، وأيضاً: فإن الله تعالى عطف المستحقين بعضهم على بعض، والعطف يقتضي التغاير، وكلام الشافعي - رضي الله عنه - والأصحاب إلى هذا القول أميل.

والطريق الثاني: القطع بالمنع، وتأويل ما ذكره في المؤلفة؛ على ما تقدم.

والثالث: إن كان السببان من جنس واحد؛ كما لو كان فقيراً غارماً لغرض نفسه، فلا يعطى بهما؛ لأن الفقير وهذا الغارم يعطيان لحاجتهما إلينا، وكذا لو كان غازياً وغارماً لإصلاح ذات البين، فإنهما يعطيان لحاجتنا إليهما، وإن اختلف السببان، كما لو كان غازياً وغارماً لغرض نفسه، أو كان غازياً وفقيراً، فيعطى، بهما لأن استحقاق الغازي لحاجتنا إليه واستحقاق هذا الغارم والفقير لحاجته إلينا، وشبهوه بالميراث، إذا اجتمع في الشخص جهتا فرض لا يعطى بهما، وإن اجتمع جهة فرض، وجهة تعصيب، يعطى بهما، فإن قلنا: بالمنع، فلو كان العامل فقيراً، فوجهان، بناء على أن ما أخذه العامل أجره؛ لأنه إنما استحق بالعمل أو صدقة؛ لأنه معدود في مستحق الصدقة، وفيه وجهان، وإن جوزنا أن يعطى لمعنيين، فيجوز أن يعطى لمعان أيضاً، قال الحناطي<sup>(١)</sup>: «ويحتمل ألا يعطى إلا لمعنيين».

قال العزالي: الثالثة يجب (ح م و) استيعاب الأضناف الثمانية عند القدرة فإن فقد صنف رد نصيبه إلى الباقيين، ولا يجب استيعاب أحاد الأضناف، بل يجوز الأقتصار على الثلاثة فإنه أقل الجمع، فإن اقتصر على اثنين غرم للثالث أقل ما يتمول؟ لأن التسوية بين أحاد الصنف غير واجبة فإنه لا حصر لهم، بخلاف التسوية بين الأضناف الثمانية، وقيل: إنه يغرم الثلث، وإن حدى في بلد جميع الأضناف فلا بد من نقل الصدقة، وإن

(١) قال النووي: قال الشيخ نصر: إذا قلنا: لا يعطى إلا بسبب، فأخذ بالفقر، كان لغريمه أن يطالبه بدينه، فيأخذ ما حصل له. وكذا إن أخذه بكونه غارماً، فإذا بقي بعد أخذه منه فقيراً، فلا بد من إعطائه من سهم الفقراء، لأنه الآن محتاج.

فَقَدَّ الْبَغْضُ فَيَرُدُّ عَلَى الْبَاقِيْنَ، أَوْ يُنْقَلُ فَعَلَى وَجْهَيْنِ: أَظْهَرُهُمَا الرَّدُّ عَلَى الْبَاقِيْنَ لِمَسْرِ الثَّقَلِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْمَسْأَلَةُ تَتَضَمَّنُ صَوْرًا:

إِحْدَاهَا: اسْتِعَابُ الْأَصْنَافِ الثَّمَانِيَةِ وَاجِبٌ عِنْدَ الْقَدْرَةِ<sup>(١)</sup>، وَلَا يَجُوزُ تَخْصِيصُ بَعْضِهِمْ بِإِعْطَاءِ الزَّكَاةِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَحْمَدُ - رَحِمَهُمَا اللَّهُ - يَجُوزُ تَخْصِيصُ بَعْضِ الْأَصْنَافِ، وَبَعْضُ أَحَادِ الصَّنْفِ. وَعَنْ مَالِكٍ: أَنَّهُ يَجُوزُ الصَّرْفُ إِلَى مَنْ هُوَ أَشَدُّ حَاجَةً مِنَ الْأَصْنَافِ.

لَنَا: أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَضَافَ الصَّدَقَاتِ إِلَى الْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ<sup>(٢)</sup> وَغَيْرِهِمَا بِحَرْفِ «اللام» كَمَا يَقُولُ الْقَائِلُ: هَذِهِ الدَّارُ لَزَيْدٍ، وَلِعَمْرٍو، وَلِبَكْرٍ، أَوْ يَوْصِي لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَالْغَارِمِينَ، وَذَلِكَ يَمْنَعُ تَخْصِيصَ بَعْضِ الْمَذْكُورِينَ، فَكَذَا هَا هُنَا، هَذَا إِذَا قَسَمَ الْإِمَامُ، وَكَانَ هُنَاكَ عَامِلٌ، فَإِنْ قَسَمَ الْمَالِكُ بِنَفْسِهِ، أَوْ لَمْ يَكُنْ عَامِلٌ، سَقَطَ سَهْمُ الْعَامِلِ، وَيَقْسَمُ عَلَى الْأَصْنَافِ السَّبْعَةِ، وَرَوَى الْحَنَاطِيُّ عَنِ النَّصِّ: «أَنَّهُ إِذَا قَسَمَ بِنَفْسِهِ، سَقَطَ سَهْمُ الْمُؤَلَّفَةِ أَيْضًا، وَتَكُونُ الْقِسْمَةُ عَلَى سِتَّةِ أَسْهُمٍ»، وَهَكَذَا هُوَ فِي «فَتَاوَى الْقِتَالِ - رَحِمَهُ اللَّهُ -، وَالْأَوَّلُ النُّقْلُ الظَّاهِرُ، وَكَذَا سَائِرُ الْأَصْنَافِ وَمَهْمَا فُقِدَ بَعْضُهُمْ، يَقْسَمُ الصَّدَقَةُ عَلَى الْبَاقِيْنَ<sup>(٣)</sup>، وَلَيْسَ كَمَا لَوْ أَوْصَى لِرَجُلَيْنِ، فَرَدَّ أَحَدَهُمَا، يَكُونُ الْمَرْدُودُ لِلوَرِثَةِ دُونَ الْبَاقِي؛ لِأَنَّ الْمَالَ لِلوَرِثَةِ، لَوْلَا الْوَصِيَّةُ، وَالْوَصِيَّةُ تَبْرُعُ رُخْصَ فِيهِ، فَإِذَا لَمْ

(١) ومحل وجوب الاستيعاب إذا لم يقل المال، فإن قل بأن كان قدرأ لو وزعه عليهم لم يسد لم يلزمه الاستيعاب للضرورة بل يقدم الأوج فالأوج أخذاً من نظيره في الفيء. (قاله الزركشي).

(٢) تعقب بأنه ليس في الآية ما يدل على عدم الاجتزاء بإعطاء صنف من الثمانية، بل ليس فيها ما يدل على وجوب استيعاب الثمانية أو ما وجد من الثمانية، بل وردت أحاديث تدل على خلاف ذلك، وذكر الطبري في تفسيره من طريق عطاء عن سعيد بن جبيرة عن ابن عباس في هذه الآية قال: في أي صنف وضعته أجزأك، ورواه عبد الرزاق من وجه آخر، ورواه الطبري عن عمر وجماعة من التابعين بأسانيد صحيحة، ويدل لذلك حديث معاذ بن جبل: خذها من أغنيائهم فضعها في فقرائهم، وفي النسائي عن عبد الله بن هلال الثقفي قال: جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال: كدت أقتل بعدك في عناق أو شاة من الصدقة، فقال: لولا أنها تعطي فقراء المهاجرين ما أخذتها. قاله الحافظ.

(٣) إذ المعدوم لا سهم له.

وقال ابن الصلاح: والموجود الآن، ويراد الوقت الذي يعيش فيه أربعة أصناف: فقير وغارم ومسكين وابن سبيل وقال ابن كنج: سمعت القاضي أبا حامد يقول: أنا أفرق زكاة مالي على الفقراء والمسكين لأنني لا أجد غيرهم إلا المكاتبين والعاملين عليها إذ العاملين عليها لا بد من توليتهم بأمر من السلطان ولم يكف الحاكم أحد في ذلك.

يتم، أخذ الورثة المال، والزكاة دينٌ لزمه، يرتدُّ إليه، ولهذا لو لم يوجد المستحقون لا تسقط الزكاة، بل توقف؛ حتى يوجدوا<sup>(١)</sup> أو يوجد بعضهم.

فليُعلمَ لِمَا رَوَيْنَا فِي الْكِتَابِ قَوْلَهُ: «يَجِبُ اسْتِيعَابُ الْأَصْنَافِ الثَّمَانِيَةِ» بِالْحَاءِ وَالْمِيمِ وَالْأَلْفِ، وَيَجُوزُ أَنْ يُعْلَمَ بِالْوَاوِ أَيْضاً؛ لِأَنَّ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ الْحَنَاطِيَّ حَكَى عَنِ الْإِسْطَخْرِيِّ - رَحِمَهُ اللَّهُ - : «أَنَّهُ يَجُوزُ الصَّرْفُ إِلَى ثَلَاثَةِ مِنَ الْفُقَرَاءِ، إِذَا قَسَمَ الْمَالُ»، ثُمَّ نَقَلَ بَعْضُهُمْ تَجْوِيزَ ذَلِكَ فِي صَدَقَةِ الْفِطْرِ خَاصَّةً، فَهَذَا هُوَ الَّذِي شَهِرَ عَنِ الْإِسْطَخْرِيِّ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الثانية: إذا قسم الإمام، فعليه استيعاب آحاد الصنف، ولا يجوز الاقتصار على بعضهم، فإن الاستيعاب لا يتعدَّر عليه، كذلك رواه ابن الصَّبَّاحِ وغيره، وليس المراد أنه يستوعب في زكاة كل شخص الآحاد، ولكن يستوعبهم من الزكوات الحاصلة في يده، وله أن يخصَّص بعضهم بنوع من المال، وآخرين بنوع، وإن قسم المالك، فينظر إن أمكن الاستيعاب؛ بأن كان المستحقون في البلد محصورين<sup>(٢)</sup>، يفي بهم المال<sup>(٣)</sup>، فقد أطلق في «التتمة» وجوب الاستيعاب أيضاً، وفي «التهذيب»: أنه يجب إن لم يجوز نقل الصدقة، وإن جوزناه، لم يجب؛ لكنه ليستحب وإن لم يمكن الاستيعاب، سقط الوجوب والاستحباب، ولكن لا ينقص الذين ذكرهم الله تعالى بلفظ الجمع من الفقراء وغيرهم عن ثلاثة<sup>(٤)</sup>، نعم يجوز أن يكون العامل واحداً فيقتصر عليه، وفي ابن السبيل وجهان:

أحدهما: أنه يجوز الاكتفاء بواحد أيضاً؛ لأنه لم يذكر بلفظ الجمع.

وأصحهما: المنع؛ كما في سائر الأصناف، واللفظ للجنس، وقال بعض شارحي «المختصر»: ولو طرد الوجهان في الغزاة، لم يبعد؛ لقوله تعالى: ﴿وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾ [التوبة - ٦٠] وإذا صرف ما عليه إلى اثنين مع القدرة على الثالث، غرم للثالث، وفي قدره قولان: المنصوصُ منهما في الصدقات؛ أنه يغرم قدر الثلث من نصيب ذلك الصنف؛ لأنه لثلاثة وقد تعدَّى في نصيب واحد، والقياس أنه يغرم قدر ما لو أعطاه في الابتداء، لخرج عن العهدة؛ لأنه الذي فرط فيه، ولو صرفه إلى واحد، فعلى الأول

(١) فإن امتنعوا من أخذها قاتلهم الإمام على ذلك كما قاله سليم الرازي في «المجرد» لأن أخذها فرض كفاية.

(٢) بأن سهل عادة ضبطهم ومعرفة عددهم.

(٣) فيجب التسوية بينهم حينئذ.

(٤) لأن الله تعالى أضاف إليهم الزكوات بلفظ الجمع وأقله ثلاثة.

يغرمُ الثلثين، وعلى الثاني أقل ما يجوز صرفه إليهما<sup>(١)</sup>.

ولو لم يوجد إلا دون الثلاثة، والصنف ممن يجب إعطاء ثلاثة منهم، فيعطى من وُجد، والباقي يرد عليه ما لم يخرج عن حد الاستحقاق أو ينقل إلى بلدة أخرى؟ قال المتولي: «هو كما لو لم يوجد بعض الأصناف في بلد<sup>(٢)</sup>، وسيأتي».

الثالثة: التسوية بين الأصناف واجبة، وإن كانت حاجة بعضهم أشد إلا أن العامل لا يزداد على أجرة مثله؛ كما مر، وأما التسوية بين آحاد الصنف، استوعبوا أو اقتصر على بعضهم، فمستحب عند تساوي الحاجات<sup>(٣)</sup>، ولكن لا يجب، وفرقوا بين الفصلين بأن الأصناف محصورة، فيمكن التسوية بينهم، والعدد من كل صنف غير محصور؛ فيسقط اعتبار التسوية.

قال في «التهذيب»: «وليس هذا كما لو أوصى لفقراء بلدة بعينها، وهم محصورون»؛ حيث يجب تعميمهم [والتسوية بينهم، وها هنا إذا كانوا محصورين يجب التعميم]<sup>(٤)</sup>، ولا تجب التسوية؛ لأن الحق في الوصية لهم على التعيين؛ حتى لو لم يكن هناك فقير تبطل الوصية، وها هنا لم يثبت الحق لهم على التعيين وإنما تعينوا لفقد غيرهم، ولهذا لو لم يكن في البلدة مستحقون، لا تسقط الزكاة، بل تنقل إلى بلد آخر، فمن حيث إنهم محصورون وجب التعميم، ومن حيث إنه لم يثبت لهم على التعيين، لم تجب التسوية، وهذا إذا قسم المالك، فإن قسم الإمام؛ قال في «التتمة»: «لا يجوز له تفضيل بعضهم على بعض عند تساوي الحاجات»؛ لأن عليه التعميم، فيلزمه التسوية، والمالك لا تعميم عليه، فلا<sup>(٥)</sup> تسوية، وإذا

(١) قال النووي: هكذا قال أصحابنا رحمهم الله تعالى: إن الأقيس هو الثاني، ثم إن الجمهور أطلقوا القولين هكذا وقال صاحب «العدة»: إذا قلنا: يضمن الثلث، ففيه وجهان. أحدهما: أن المراد إذا كانوا سوا في الحاجة، حتى لو كان حاجة هذا الثالث حين استحق التفرقة مثل حاجة الآخرين جميعاً، ضمن له نصف السهم ليكون معه مثلهما، لأنه يستحب التفرقة على قدر حوائجهم. والثاني: أنه لا فرق.

(٢) قال النووي: الأصح، أن يصرف إليه. وممن صححه الشيخ نصر المقدسي، ونقله هو وصاحب «العدة» وغيرهما عن نص الشافعي رحمة الله عليه، ودليله ظاهر.

(٣) لأن الحاجات متفاوتة غير منضبطة فاكتمى بصدق الاسم، فإن تفاوتت استحب التفاوت بقدرها بخلاف الوصية لفقراء بلد، فإنه يجب التسوية بينهم؛ لأن الحق فيها لهم على التعيين لو لم يكن ثم فقير بطلت الوصية. وهذا لم يثبت الحق لهم على التعيين، وإنما تعينوا لفقد غيرهم. قاله الخطيب في المغني.

(٤) سقط في: ز.

(٥) قال النووي في زيادته: هذا التفصيل الذي في «التتمة» وإن كان قوياً في الدليل، فهو خلاف مقتضى إطلاق الجمهور استحباب التسوية.



تأملت ما أوردناه، عرفت أن الصور الثلاث في الكتاب غَيْرُ مُجَرَّاةٍ عَلَى إِطْلَاقِهَا، ولا هي مقيدة بِقَيْدٍ بل تستمر فيها<sup>(١)</sup> وإنما يجبُ استيعابُ الأصناف الثمانية، إذا قسم الإمام، وإنما لا يجب استيعاب آحاد الصنف، والتسوية بينهم، إذا قسم المالك، وفي مثل هذا يقع التباس عظيم.

الرابعة: إذا عدم في بلد جميع الأصناف، فلا بد من نقل الزكاة، وليكن النقل إلى أقرب البلاد إليه، وإلا فهو على الخلاف في نقل الصدقات، وإن عدم بعضهم، نُظِرَ إِنْ عدم العامل، سقط سهمه، وإن عدم غيره، فإن جوزنا نقل الصدقات، نقل نصيب الباقيين، وإن لم نجوزه، فوجهان<sup>(٢)</sup>:

أحدهما: ينقل أيضاً، ولا يرد إلى الباقيين؛ لأن استحقاق الأصناف منصوص عليه، فيقدم على رعاية المكان الذي يثبت بالاجتهاد.

وأصحهما: الرد على الباقيين؛ لأن عدم الشيء في موضعه [كالعدم المطلق؛ ألا ترى أن عدم الماء في الموضع]<sup>(٣)</sup> يرخّص في التيمم، وإن وجد في سائر المواضع، وإن قلنا: تنقل، فلتنتقل، إلى أقرب البلاد، فإن نقل إلى غيره، أو لم ينقله، وردّه على الباقيين، ضمن، وإن قلنا: لا تنقل فلو نقل، ضمن، فلو وجد الأصناف وقسم بينهم، فينقص نصيب بعضهم عن الكفاية، وزاد نصيب بعضهم على الكفاية، فيصرف ما زاد إلى ما نقص نصيبه أو ينقل إلى ذلك الصنف بأقرب البلاد إليه فيه مثل هذا الخلاف، وإذا قلنا بالرد على الذين نقص سهمهم عن الكفاية، فيرد عليهم بالسوية، فإن اكتفى بعضهم ببعض المردود، قسم الباقي بين الآخرين بالسوية، ولو زاد نصيب جميع الأصناف على قدر الكفاية، أو نصيب بعضهم، ولم ينقص نصيب الآخرين، نقل ما زاد إلى ذلك الصنف، والله أعلم.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: الرَّابِعَةُ: فِي نَقْلِ الصَّدَقَاتِ ثَلَاثَةٌ أَقْوَالٍ: (أَحَدُهَا): الْجَوَازُ (م) لِعُمُومِ الْآيَةِ (وَالثَّانِي): الْمَنْعُ لِمَذْهَبِ مُعَاذٍ (وَالثَّلَاثُ): لَا يَجُوزُ النَّقْلُ وَلَكِنْ تَبَرُّاً ذِمَّتُهُ إِذَا نَقَلَ،

= وحيث لا يجب الاستيعاب.

قال أصحابنا: يجوز الدفع إلى المستحقين من المقيمين بالبلد والغرباء ولكن المستوطنون أفضل، لأنهم جيرانه. والله أعلم.

وجزم النووي المنهاج بالحرمة فقال ما نصه: «إلا أن يقسم الإمام فيحرم عليه التفضيل مع تساوي الحاجات» وخرج بقوله مع تساوي الحاجات ما لو اختلف فإيراعيا.

(١) في ب: لها.

(٢) في ب: فقولان.

(٣) سقط في: ز.

وَقِيلَ: يَطْرُدُ هَذَا الْخِلَافَ فِي الْكُفَّارَاتِ وَالتُّذُورِ وَالْوَصَايَا، وَالْأَظْهَرُ فِيهَا جَوَازُ التَّقْلِ، وَصَدَقَةُ الْفِطْرِ كَسَائِرِ الرُّكُوتِ فِي مَنَعِ التَّقْلِ وَوُجُوبِ اسْتِيعَابِ الْأَصْنَافِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لِلشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فِي نَقْلِ الصَّدَقَةِ مِنْ بِلَدِ الْوَجُوبِ مَعَ وَجُودِ الْمُسْتَحِقِّينَ إِلَى بِلَدٍ آخَرَ قَوْلَانِ<sup>(١)</sup>:

أحدهما: الجواز، وبه قال أبو حنيفة - رضي الله عنه - لأن قوله: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ﴾ [التوبة - ٦٠] مطلق، وأيضاً: فإن الكفارة لا تختص ببلد الوجوب، وكذلك الزكاة، وأيضاً: فقد روي عن معاذ - رضي الله عنه - أنه قال لأهل اليمن: «أثرتوني بكل خميص أو ليس أخذه منكم مكان الصدقة، فإنه أرفق بكم وأنفع للمهاجرين والأنصار بالمدينة»<sup>(٢)</sup>.

وأصحهما: المنع، ويحكى عن مالك وأحمد - رحمهما الله -؛ لما روي أن النبي ﷺ بعث معاذاً إلى اليمن فقال: «أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم»<sup>(٣)</sup> دل على أن صدقة كل صنف لفقرائهم، وأيضاً: فإن طمع المسكين في

(١) اختلف أهل العلم في نقل الزكاة من بلد إلى أخرى مع وجود المستحقين واتفقوا على كراهة ذلك، واتفقوا مع الكراهية على أنه إذا نقل وأدى سقط عنه الفرض إلا سيدنا عمر بن عبد العزيز فإنه رد صدقة حملت من خراسان إلى الشام إلى مكانها.

قال ابن المنير: اختار البخاري جواز نقل الزكاة من بلد المال لعموم قوله ﷺ: «فترد إلى فقرائهم» لأن الضمير يعود على المسلمين، فأى فقير منهم ردت فيه الصدقة في أي جهة كان فقد وافق عموم الحديث وقال الحافظ ابن حجر في الفتح، والذي يتبادر إلى الذهن من هذا الحديث وهو حديث ابن عباس قال رسول الله ﷺ لمعاذ بن جبل حين بعثه إلى اليمن. الخ. وقد تقدم عدم النقل، وأن الضمير يعود على المخاطبين فيختص بذلك فقراؤهم، لكن رجح ابن دقيق العيد وقال: إنه وإن لم يكن الأظهر إلا أنه يقويه أن أعيان الأشخاص المخاطبين في قواعد الشرع الكلية لا تعتبر، فلا تعتبر كما لا يعتبر في الصلاة فلا يختص بهم الحكم وإن اختص بهم خطاب المواجهة. (شرح السنة ٦/٤٧٢ - ٤٧٣، فتح الباري ٣/٤١٨ - ٤١٩ تابع حديث (١٤٩٦).

(٢) حديث معاذ أنه قال لأهل اليمن: أثرتوني بكل خميص وليس أخذه منكم مكان الصدقة، فإنه أرفق بكم، وأنفع للمهاجرين والأنصار بالمدينة، البيهقي من رواية إبراهيم بن ميسرة عن طاوس عن معاذ، وهو منقطع، وعلقه البخاري، وقال الإسماعيلي هو مرسل لا حجة فيه، وقد قال فيه بعضهم من الجزية مكان الصدقة (تنبيه) قوله: خميص قال أبو عبيد في غريبه: المراد به الثوب الذي طوله خمسة أذرع، كأنه عنى الصغير من الثياب، وقيل هو منسوب إلى خميص مالك، كان أمر بعمل تلك الثياب باليمن، وقال المحب الطبري: روى بدل خميص: خميص بالصاد، فإن صح فهو تذكير خميص. قاله الحافظ.

(٣) تقدم.

كل بلدة يمتد إلى ما فيها من الأموال، فالنقل يوحشهم، واختلفت طرق الأصحاب في موضع القولين من وجهين:

أحدهما: ذهب ذاهبون إلى أن القولين في أنه، هل يجوز النقل؟ وفي أنه إذا نَقَلَ، هل يسقط الفرض؟ وقيل: لا خلاف في أنه لا يجوز النقل، والقولان في أنه لو نقل، هل يسقط الفرض؟ ففي قول: لا يسقط؛ لأن النقل منهئي عنه.  
وفي آخر: يسقط بعود المنفعة إلى الفقراء.

وقيل: لا خلاف في أنه لو نقل يسقط الفرض، والقولان في أنه هل يجوز النقل؟ فهذه ثلاثة طرق:

وأصحهما: عند الأئمة أوسطها.

والثاني: قال قائلون: القولان فيما إذا نقل إلى مسافة القصر فما فوقها، فأما إذا نقل إلى [ما] دون مسافة القصر، فلا بأس كما لو نقل في البلد الكبير من محلّة إلى محلّة، وطرده آخرون الخلاف<sup>(١)</sup>، وهو الصحيح.

وليعلم قوله في الكتاب: «الجواز لعموم الآية» بالميم والألف.

وقوله: «المنع» بالحاء؛ لما ذكرنا.

وقوله: «لمذهب معاذ» - رضي الله عنه - لم يرد به حديث بعثه إلى اليمن؛ لأنه قال في «الوسيط»: لمذهب معاذ لقوله ﷺ: «أخبرهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم... الخَيْر، وكأنه أراد أن معاذاً - رضي الله عنه - صار إلى منع النقل؛ لما روي أن النبي ﷺ قال: «من انتقل من مخالفة عشيرته إلى غير مخالفة عشيرته، فصدقته عشرة في مخالفة عشيرته»<sup>(٢)</sup> وأراد ما إذا انتقل عنه، وترك ماله فيه، والأقوال الثلاثة على ما نظمها تتولد من الطرق المذكورة من قبل.

ثم في الفصل صورتان:

إحدهما: إذا أوصى للفقراء والمساكين وسائر الأصناف، هل يجوز نقله إلى بلد آخر؟ فيه طريقتان، شرختاهما في «باب الوصية»:

أحدهما: أنه على الخلاف في «الزكاة»، وهذا ما حكاه هنا.

والثاني: ترتيب الوصية على الزكاة، والوصية أولى بالجواز، وهذا ما ذكره هناك، ولو لم يذكر الصورة إلا في موضع واحد، وجمع فيه بين الجوابين، كان أحسن،

(١) قال النووي: وإذا منعنا النقل، ولم نعتبر مسافة القصر، فسواء نقل إلى قرية بقرب البلد، أم بعيدة. صرح به صاحب «العدة» وهو ظاهر.

(٢) أخرجه سعيد بن منصور بإسناد متصل صحيح إلى طاوس، قال في كتاب معاذ فذكره.

وَالْحَقَّ بِالْوَصِيَّةِ الْكُفَّارَاتِ وَالنَّذُورَ، وَالظَّاهِرُ فِيهِمَا جَمِيعاً جَوَازُ النُّقْلِ؛ لِأَنَّ الْأَطْمَاعَ لَا تَمْتَدُّ إِلَيْهَا امْتِدَادُهَا إِلَى الزَّكَاةِ.

الثانية: [صدقة الفطر كسائر الزكوات في جواز النقل، ومنعه، وكذلك في وجوب] <sup>(١)</sup> استيعاب الأصناف الثمانية، فإن شقت القسمة جمع جماعة فطرتهم، ثم قسموها، وقال الإصطخري: «يجوز صرفها إلى ثلاثة من الفقراء»، ويروى من الفقراء والمساكين، ويروى من أي صنف اتفق، ورأيت بخط الفقيه أبي بكر بن بدران الحلواني؛ أنه سمع أبا إسحاق الشيرازي يقول في اختياره ورأيه: «يجوز صرفها إلى النفس الواحدة» <sup>(٢)</sup>.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: ثُمَّ النَّظَرُ إِلَى الْمَالِ وَقَتَ حَوْلَانِ الْحَوْلِ فَتَفَرَّقَ الصَّدَقَةُ عِنْدَهُ، وَفِي صَدَقَةِ الْفِطْرِ يُنْظَرُ إِلَى مَوْضِعِ الْمَالِكِ عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ، وَأَهْلُ الْخِيَامِ إِنْ كَانُوا مُجْتَازِينَ فَمُسْتَحَقُّ صَدَقَتِهِمْ مَنْ هُوَ مَعَهُمْ، فَإِنْ لَمْ يَجِدُوا مُسْتَحَقًّا فَيَنْقَلُونَ إِلَى أَقْرَبِ بَلَدٍ إِلَيْهِمْ عِنْدَ تَمَامِ الْحَوْلِ، وَإِنْ كَانُوا نَازِلِينَ فِي الْخِيَامِ فَيَجُوزُ النُّقْلُ إِلَى مَا دُونَ مَسَافَةِ الْقَصْرِ، إِلَّا إِذَا كَانَتِ الْحِلَّةُ مُنْقَطِعَةً عَنِ الْحِلَّةِ، فَقَدْ قِيلَ: كُلُّ حِلَّةٍ كَقَرْيَةٍ فَلَا يَجُوزُ النُّقْلُ، وَقِيلَ: الضَّبْطُ بِمَسَافَةِ الْقَصْرِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِي الْفَضْلِ فِرْعَانٍ مِنْ فُرُوعِ مَنْعِ النُّقْلِ:

أحدهما: لو كان المال ببلد، والمالك ببلد آخر، فالنظر إلى بلد المال <sup>(٣)</sup>؛ لأنه سبب الوجوب، ونظر المستحقين إليه يمتد، فيصرف العشر إلى فقراء بلد الأرض التي حصل منها المعشر، وزكاة النقدين والمواشي وأموال التجارة إلى فقراء البلد الذي تم فيه حولها، فإن كان المال عند تمام الحول في بادية، صرف إلى فقراء البلاد إليه <sup>(٤)</sup>، ولو كان ماله في مواضع متفرقة، قسم زكاة كل طائفة من ماله ببلدها، ما لم يقع تشقيص، فإن وقع كما لو ملك أربعين من الغنم؛ عشرين ببلد، وعشرين بآخر، فأدى

(١) سقط في: ز.

(٢) قال النووي: اتفق أصحابنا المتأخرون أو جماهيرهم: على أن مذهب الاصطخري، جواز الصرف إلى ثلاثة من المساكين أو الفقراء. قال أكثرهم: وكذلك يجوز عنده الصرف إلى ثلاثة من أي صنف كان. وصرح المحاملي والمتولي: بأنه لا يجوز عنده الصرف إلى غير المساكين والفقراء. قال المتولي: ولا يسقط الفرض، واختار الروياني في «الحلية» صرفها إلى ثلاثة. وحكى اختياره عن جماعة من أصحابنا. والله أعلم.

(٣) وفي زكاة الفطر يبلد المؤدي عنه اعتبار السبب الوجوب أيضاً كما سيجيء في كلام المصنف.

(٤) قال النووي: ولو كان تاجراً مسافراً، صرفها حيث حال الحول.

شاةً في أحد البلدين، فعن نص الشافعي - رضي الله عنه - أنه قال: «كَرِهْتُهُ، وَأَجْرَاهُ».

قال أبو حفص بن الوكيل - رحمه الله -: هذا جوابٌ على جواز نقل الصدقة، وإلا فيؤدي في كل بلد نصفُ شاة، والظاهرُ جوازه على القولين، وعلَّله بمعنيين:

أحدهما: أن له في كل بلدة مالا، فيخرج فيما شاء منهما.

والثاني: أن الواجب شاة، فلا شقص، ويتفرع عليهما ما لو ملك مائة ببلد آخر، فعلى الأول: له إخراج شاتين في أيهما شاء، وعلى الثاني: لا يجزئه ذلك، وهو الأصح، وفي صدقة الفطر لو كان الشخص ببلد، والمال بآخر، فوجهان:

أحدهما: أن الاعتبار ببلد المال لأنها تؤدي بالمال.

وأصحهما: الاعتبار ببلد<sup>(١)</sup> المالك، لأن الوجوب بسببه؛ فإنها صدقة البدن.

والثاني: أرباب الأموال صنفان:

أحدهما: المقيمون في بلدة أو قرية أو موضع من البادية، لا يظعنون [عنه]<sup>(٢)</sup> شتاء ولا صيفاً إلا لحاجة، فعليهم صرف صدقاتهم إلى من في ذلك الموضع من الأصناف لا يخرجونها عنه، ويستوي فيه المقيمون والغرباء.

والثاني: أهل الخيام الذي ينتقلون من بقعة إلى بقعة، فينظر إن لم يكن لهم قرار، بل كانوا يطوفون في البلاد أبداً، فيصرفون صدقتهم إلى من معهم من الأصناف، فإن لم يكن معهم مستحق، نقلوه إلى أقرب البلاد إليهم عند تمام الحول، وهؤلاء هم الذين أرادهم صاحب الكتاب بقوله: «إن كانوا مجتازين» وإن كان لهم موضع يسكنونه وربما ارتحلوا عنه منتجعين، ثم عادوا إليه، فإن لم يتميز البعض عن البعض، ولم ينفردوا بماء ومرعى، فيصرفون صدقتهم إلى من هو فيما دون مسافة القصر من موضع المال، فإنهم جميعاً حاضررون عنده، ولهذا عددنا من كان فيما دون مسافة القصر من حاضري المسجد الحرام، والصرف من هؤلاء إلى اللذين يظعنون بظعنهم، ويقيمون بإقامتهم أولى؛ لأنهم أكد جواراً، وإن تميزت الرحلة عن الرحلة، وانفردت بالماء والمرعى على عادة قبائل العرب، فوجهان:

أحدهما: حواز الصَّرف إلى من هو في مسافة القصر، كما في الصورة الأولى.

(١) قال النووي: ولو كان له من تلزمه فطرته وهو ببلد، فالظاهر أن الاعتبار ببلد المؤدي عنه. وقال في «البيان»: الذي يقتضي المذهب، أنه يبني على الوجهين في أنها تجب على المؤدي ابتداءً، أم على المؤدي عنه فتصرف في بلد من تجب عليه ابتداءً. والله أعلم.

(٢) سقط في: ز.

والأقيس: أن كل حلة كقرية [فلا] يجوز النقل عنها.

فروح: حيث يجوز النقل أو يجب، فالمؤنة على رب<sup>(١)</sup> المال، ويمكن أن يخرج فيه الخلاف المذكورة في أجرة الكيال.

واعلم أن الخلاف في جواز النقل وتفريعه ظاهر فيما إذا فرق رب المال الزكاة، أما إذا فرق الإمام، فربما اقتضى كلام الأصحاب فيه طرد الخلاف فيه، وربما دل على أنه: يجوز له النقل والتفرقة كيف شاء، وهذا أشبه<sup>(٢)</sup>، والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الْخَامِسَةُ يَجُوزُ لِلْمَالِكِ تَوَلِّي الصَّرْفِ (ح م) بِنَفْسِهِ، وَلَا يَجِبُ التَّسْلِيمُ إِلَى الْإِمَامِ، وَفِي الْمَالِ الظَّاهِرِ قَوْلٌ قَدِيمٌ؛ أَنَّهُ يَجِبُ، وَأَمَّا الْأَفْضَلُ فَفِيهِ قَوْلَانِ، إِلَّا إِذَا كَانَ الْإِمَامُ جَائِراً فَالْأَوْلَى التَّوَلِّي بِنَفْسِهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قَد مَرَّتْ الْمَسْأَلَةُ مشروحةً في «باب الزكاة»، والذي لا بد من ذكره ها هنا معاداً وغير معاد؛ أن قوله: «يجوز للمالك تولى الصرف بنفسه» يصح إعلامه بالحاء والميم؛ لأنه أراد التجويز في الأموال الباطنة والظاهرة جميعاً؛ ألا تراه قال عقيبه: «وفي المال الظاهر قول قديم»، وقد حكينا هناك عن مذهبهما المنع في الأموال الظاهرة.

وقوله: «وأما الأفضل، ففيه قولان: المشهور في المسألة وجهان، ويخصص الخلاف بالأموال الباطنة، كما بينا في الزكاة.

وقوله: «إذا كان الإمام جائراً» مُعَلِّمٌ بالواو لما تقدم وجهه.

ولو طلب الإمام زكاة الأموال الظاهرة، وجب التسليم إليه بلا خلاف بدلاً للطاعة، فإن امتنعوا، قاتلهم الإمام، ونقل الماوردي عن أبي حنيفة - رحمهما الله - المنع من قتالهم، إذا أجابوا إلى إخراجها بأنفسهم، فإن لم يطلب الإمام، ولم يأت الساعي، فيؤخرون المال، ما دام يزجو مجيء الساعي، فإذا أيس، فقد ذكرنا في «الزكاة»؛ أنه يفرق بنفسه، وهو نص الشافعي - رضي الله عنه - نعم، من الأصحاب من قال: هذا جواب على أن له أن يفرق زكاة الأموال الظاهرة بنفسه، ومنهم من قال: هذا

(١) نعم إن قبضة الساعي من المالك مؤنة النقل من مال الزكاة. (قاله الأذري).

(٢) قال النووي: قد قال صاحب «التهذيب» والأصحاب: يجب على الساعي نقل الصدقة إلى الإمام إذا لم يأذن له في تفريقها، وهذا نقل. والله أعلم. وقال في شرح المهذب: الأصح الذي تقتضيه الأحاديث جواز النقل للإمام والساعي. وقال الأذري إنه الصواب الذي دلت عليه الأخبار وسيرة الخلفاء الراشدين رضي الله تعالى عنهم.

جوابٌ على القولين؛ صيانةً لحق المستحقين عن التأخير والتفويت، ثم إذا فرق بنفسه، وجاء الساعي مطالباً، فيصدّق رب المال بيمينه، واليمينُ واجبة أو مستحبة فيه وجهان؛ فإن قلنا: واجبة فنكل، أخذت الزكاة منه؛ لأنّها كانت واجبةً عليه، والأصل بقاؤها، لا بالنكول، وأما الأموال الباطنة.

قال أفضى القضاة الماوردي - رحمه الله -: ليس للولاة نظرٌ في زكاتها، وأربابها أحقُّ بها، فإن بذلوا طوعاً، قبلها الوالي، وكان عوناً لهم في تفريقها، وإن عرف الإمام من رجل أنه لا يؤديها بنفسه، هل أن يقول له: إما أن تدفع بنفسك، أو تدفع إليّ؛ حتى أوصل؟ فيه وجهان في بعض الشروح، ويجريان في المطالبة بالتذوّر والكفارات.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: ثُمَّ الْإِمَامُ إِذَا نَصَّبَ سَاعِيًا، فَلْيَكُنْ جَامِعًا شَرَائِطَ الْوِلَايَةِ، وَمِنْ شَرَائِطِهِ أَنْ يَكُونَ فَقِيهًا بِأَبْوَابِ الزَّكَاةِ وَلْيَعْلَمْ السَّاعِي فِي السَّنَةِ شَهْرًا يَأْخُذُ فِيهِ صَدَقَةَ الْأَمْوَالِ، وَلْيَسَمَّ الصَّدَقَاتِ وَيَكْتُوبَ عَلَيْهَا لِلَّهِ، وَعَلَى نَعَمِ الْفَيءِ صِقَارًا لِيَتَمَيَّزَ أَحَدَ الْمَالَيْنِ عَنِ الْآخَرِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ ثَلَاثُ مَسَائِلَ:

إحداها: من نصبه الإمام ساعياً، فيشترط أن يكون مسلماً مكلفاً عدلاً حراً؛ لأنه نوع ولاية وتصرف في مال الغير، ويشترط أن يكون فقيهاً بأبواب الزكاة، يعرف ما يأخذ، ومن يدفع إليه، هذا إذا كان التفويض<sup>(١)</sup> عاماً، أما إذا عين الإمام شيئاً يأخذه، لم يعتبر الفقه<sup>(٢)</sup>؛ قال الماوردي: «وكذا لا يعتبر الإسلام والحرية<sup>(٣)</sup>؛ لأنه رسالة ولا ولاية»، وهل يجوز أن يكون العامل هاشمياً أو من المرتزقة؟ فيه خلافٌ سبق، وفي «الأحكام السلطانية» للماوردي - رحمه الله -: أنه يجوز أن يفوض إلى من تحرّم عليه الصدقة من ذوي القربى، لكن يكون رزقه من سهم المصالح [وإن قال الأخذ وخذه أو القسمة وحدها، لم يتول، إلا ما قلد، فإن] أطلق التقليد، تولي الأمرين، وأنه إذا كان العامل جائزاً في أخذ الصدقات، عادلاً في قسمتها، جاز كتّمها عنه، وأجزأ دفعها إليه، وإن كان عادلاً في الأخذ جائزاً في القسم، وجب كتّمها عنه، فإن أخذها طوعاً أو كرهاً، لم تجزىء، وعلى أرباب الأموال إخراجها بأنفسهم، وهذا خلافٌ ما ذكره في «التهذيب» أنه إذا دفع إلى الإمام الجائر، سقط الفرض عنه، وإن لم يوصله إلى

(١) فيما تضمنته ولايته كما قيده الماوردي.

(٢) لأنه قطع باجتهاده بالتميين.

(٣) قال النووي: عدم اشتراط الإسلام: فيه نظر والله أعلم.

هذا ومثل الساعي أعوان العامل من كتابة وحسابه وجباية ومستوفيه نبه على ذلك الماوردي في «الحاوي».

المستحقين إلا أن يفرق بين الدَّفْع إلى الإمام، والدفع إلى العامل<sup>(١)</sup>.

الثانية: سبق في الزكاة أنه يعلم في السنة شهرٌ يؤخذ فيه الصدقات، وذكر بعض المتأخرين: أن ذلك واجبٌ، وصرَّح صاحبُ الكتاب في «الزكاة»: بالاستحباب، وهو الوجه، ثم إنه أضاف الإعلام ههنا، وقال في كتاب الزكاة: «إلى الساعي»، فقال ها هنا: «وليعلم الساعي» وقال هناك: «ويستحب للساعي أن يعلم الساعي في السنة شهراً ومنهم من نسه إلى فعل الإمام والأمر فيه قريب، والإمام يعين الساعي، والساعي يعلم القوم».

الثالثة: وسم النَّعَم مباحٌ في الجملة، ورَسْمُ نَعَمِ الصدقة والفيء إلى أن تفرَّق مسنونٌ؛ خلافاً لأبي حنيفة - رحمه الله - حيث كرهه.

لنا: ما روي عن أنس - رضي الله عنه - قال: «عَدَوْتُ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بِعَبْدِ اللَّهِ ابْنِ أَبِي طَلْحَةَ لِيُحَنِّكَهُ، فَوَافَيْتُهُ [وَ] فِي يَدِهِ الْمَيْسَمِ يُسَمُّ إِبِلَ الصَّدَقَةِ»<sup>(٢)</sup>.

وفيه فائدةٌ تميِّز هذه النَّعَم عن غيرها، وأن يردها واجدها، لو شردت وضلَّت وأن يغرِفها المتصدِّق، فلا يعود إليها؛ فإنه يكره أن يتصدَّق بشيء، ثم يشتريه، هكذا قاله الشافعي - رضي الله عنه - واعترض عليه بأنه وإن عرف أن صدقةً، [فلا يعرف أنه صدقة، والمكروه أنه يشتري ما يتصدق لا مطلق الصدقة، والجواب: أنه إذا عرَف أنه صدقة]<sup>(٣)</sup>، احترز؛ لثلا يقع في المكروه احتمالاً، وهذه فائدةٌ، ثم إنه إذا عرف أنه صدقةٌ، فقد يعرف أنه صدقته؛ لاختصاص التصدق بذلك النوع به، وليكن الوسم على موضع صلب ظاهر، لا يكثر الشغل عليه والأولى في الغنم الآذان، وفي الإبل والبقر: الأفضأ، ويكره الوسم على الوجه<sup>(٤)</sup>، وقد ورد النهي عنه في رواية جابر - رضي الله

(١) سقط في: ز. (٢) قال النووي: لا فرق والأصح الإجزاء فيهما والله أعلم.

(٣) متفق عليه.

(٤) قال النووي: هكذا قال صاحب «العدة» وغيره: أنه مكروه. وقال صاحب «التهذيب»: لا يجوز،

وهو الأقوى ففي «صحيح مسلم» لعن الله فاعله، وهو دال على التحريم. والله أعلم.

لفظه من حديث جابر - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ مر عليه حمار قد وسم في وجهه فقال: لعن الله الذي وسمه.

(أخرجه مسلم ١٦٧٣/٣ في كتاب اللباس والزينة/ باب: النهي عن ضرب الحيوان في وجهه حديث (٢١١٧/١٠٧).

والوسم بالسين المهملة وهو الصحيح المعروف.

وقال بعضهم بالمهملة والمعجمة وبعضهم فرق فقال بالمهملة في الوجه وبالمعجمة في سائر الجسد. قال أهل اللغة الوسم أثر كية يقال بغير موسوم وقد وسمه يسمه وسماً وسمه والميسم الشيء الذي يوسم به (شرح صحيح مسلم للنووي) وقال الإسني - ونص عليه - أي على تحريم الوسم أيضاً في الأم.



عنه<sup>(١)</sup> - ويجعلُ ميسم الغنم أَلْطَفَ من ميسم البقر، وميسمُ البقر أَلْطَفَ من ميسم الإبل؛ بحسب تفاوت جثتها، ويميز نعم المصدقة عن نعم الفيء، فيكتب على نعم الجزية: «جزية أو صَعَارًا»، وعلى نعم الصدقة «صَدَقَةٌ أو زَكَاةٌ أو لله تعالى». ونص الشافعي - رضي الله عنه -: على سمة الله واستبعده بغض من شرح هذا الكتاب؛ لأن الدواب تَمَعَّكَ في النجاسات، وتضرب أفضاها بأذنانها وهي نجسة، فَلَيَنْزُرُهُ اسم الله تعالى عنها، وقد رأيتُ هذا الاستبعاد لبعض المتقدمين، ممن شرح «المختصر»، وذكر إشكالاتها، وهو أن الوشم تعذيبٌ للحيوان، والغرض منه التمييز، وأنه يحصل بحرف واحد؛ فوجب أن يقنع به، ويجوز أن يجاب عن الأول؛ بأن إثبات اسم الله تعالى ها هنا لغرض التمييز والإعلام، لا على قصد الذِّكْر والتبرك، ويختلف التعظيم والاحترام بحسب اختلاف المقصود؛ ألا ترى أن الجنب يخرمُ عليه قراءة القرآن، ولو أتى ببعض ألفاظه، لا على قصد القراءة لا يحرم.

وعن الثاني: بأن الغرض ظهوره وسهولة الوقوف عليه؛ وذلك لا يحصل بالحرف الواحد، وكما يجوز الوشم للحاجة، يجوز أن يخصى ما يؤكل لحمه في الصغر؛ لأنه يؤثر في طيب اللحم، ولا يجوز في الكبير، ولا أن يخصى ما لا يؤكل لحمه<sup>(٢)</sup>.

قَالَ الْعَزَّالِيُّ: السَّادِسَةُ صَدَقَةُ التَّطَوُّعِ غَيْرُ مُحَرَّمَةٍ عَلَى الْهَاشِمِيِّ، وَصَرَفَهَا سِرًّا وَإِلَى الْأَقْرَبِ وَالْجِيرَانِ أَفْضَلُ، وَالْأَسْتِحْبَابُ فِي شَهْرِ رَمَضَانَ أَكْثَرُ، وَمَنْ أَحْتَاجَ إِلَيْهِ لِتَفَقُّهِ عِيَالِهِ فَلَا يُسْتَحَبُّ لَهُ التَّصَدُّقُ، فَإِنْ فَضَّلَ عَنْ حَاجَتِهِ وَوَجَدَ مِنْ نَفْسِهِ مِثَّةَ الصَّبْرِ عَلَى الْإِضَافَةِ اسْتَحَبَّ لَهُ التَّصَدُّقُ بِالْجَمِيعِ، وَإِلَّا فَلَا يُسْتَحَبُّ لَهُ أَنْ يَتَّصِدَّقَ بِجَمِيعِ مَالِهِ لِأَحَادِيثٍ وَرَدَتْ فِي الْبَابِ اسْتَفْصَيْنَاهَا فِي الْبَسِيطِ وَالْوَسِيطِ، وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ.

تَمَّ رُزْقُ الْمُعَامَلَاتِ وَيَلِيهِ رُزْقُ الْمُتَاكِحَاتِ وَالْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ وَالصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ أَجْمَعِينَ.

= قال: والخبر عندنا يقتضي التحريم، فيبني رفع الخلاف وحمل الكراهة على التحريم أو أن قائله لم يبلغه الحديث.

(١) أبو داود في التصريح بالنهاي، وعنده وعند مسلم لعن من فعل ذلك من حديث جابر، ومسلم من حديث ابن عباس، وفي الباب عن طلحة والعباس ونقادة وجنادة وأبي سعيد وأبي هريرة وعبادة ابن الصامت وأنس.

(٢) ويحرم التهريش بين البهائم ويكره إنزاء الحمر على الخيل.  
قال الدميري: وعكسه، وقال الأزرعي: والظاهر تحريم إنزاء الخيل على البقر لضعفها وتضررها بكبر آلة الخيل.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: صدقة التطوع مستحبة؛ قال الله تعالى: ﴿مَنْ ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا﴾ [البقرة - ٢٤٥] الآية، وعن رسول الله ﷺ أنه قال: «لِيَتَصَدَّقَ الرَّجُلُ مِنْ دِينَارِهِ، وَلِيَتَصَدَّقَ مِنْ ذَهَبِهِ وَلِيَتَصَدَّقَ مِنْ صَاعِ بُرِّهِ»<sup>(١)</sup>، وكان رسول الله ﷺ «يَمْتَنِعُ مِنْ قَبُولِ الصَّدَقَةِ»<sup>(٢)</sup> وهل كانت محرمة عليه؟ فيه قولان، حكاهما الشيخ أبو حامد والقائل:

أحدهما: لا؛ لأن الهدية لا تحرم عليه، فكذلك الصدقة لذوي القربى، وكان امتناعه ترفعاً وتورعاً.

وأظهرهما: نعم؛ لقوله ﷺ: «إِنَّا أَهْلُ بَيْتٍ لَا تَحِلُّ لَنَا الصَّدَقَةُ»<sup>(٣)</sup> وأما ذو القربى، فالمشهور أنه لا يحرم عليهم صدقة التطوع، روي عن جعفر بن محمد عن أبيه - رضي الله عنهم -: «أَنَّهُ كَانَ يَشْرَبُ مِنْ سَقَايَاتِ بَيْتِ مَكَّةَ وَالْمَدِينَةَ، فَقِيلَ لَهُ: أَتَشْرَبُ مِنَ الصَّدَقَةِ؟ فَقَالَ: إِنَّمَا حَرَّمَ اللَّهُ عَلَيْنَا الصَّدَقَةَ الْمَفْرُوضَةَ»<sup>(٤)</sup>.

وفي «التتمة» حكاية قول آخر: أنه يخرم الصدقة عليهم؛ لظاهر قوله: «لَا تَحِلُّ لَنَا الصَّدَقَةُ»، وتحل الصدقة للأغنياء والكفار، وصرفها سراً أفضل؛ قال الله تعالى: ﴿إِنْ تَبَدُّوا الصَّدَقَاتِ فَنِعْمًا هِيَ﴾ [البقرة - ٢٧١] الآية.

وعن رسول الله ﷺ: «أَنَّ صَدَقَةَ السَّرِّ تُطْفِئُ غَضَبَ الرَّبِّ»<sup>(٥)</sup> وصرفها إلى الجيران أفضل، وإلى كل من هو أقرب جواراً أفضل؛ روي عن عائشة - رضي الله عنها -: «أَنَّهَا قَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنْ لِي جَارَيْنِ، فَأَلِي أَيْتَهُمَا أَهْدِي؟ فَقَالَ ﷺ: «إِلَى

(١) رواه مسلم عن جرير بن عبد الله البجلي في حديث طويل، لكن لم يكرر قوله: ليتصدق.

(٢) متفق عليه من حديث أبي هريرة، والترمذي والنسائي عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده نحوه.

(٣) متفق عليه من حديث أبي هريرة من قصة الحسن.

(٤) رواه الشافعي عن إبراهيم بن محمد عنه، وأخرجه البيهقي من طريقه.

(٥) رواه الحاكم في المستدرک وكتاب الفضائل منه في ترجمة عبد الله بن جعفر بن أبي طالب، من رواية أبي جعفر محمد بن علي بن الحسين عنه، وإسناده ضعيف، وفي الباب عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده، رواه الطبراني وفي إسناده صدقة السين وهو ضعيف، وعن أبي أمامة فيه في أثناء حديث طويل، وعن أبي سعيد في الشعب للبيهقي وعليه الواقدي، وعن ابن عباس فيه واتهم أحد رواته، وعن أنس رواه الترمذي وابن حبان وصحاحه بلفظ: إن الصدقة لتطفئ غضب الرب وتدفع ميتة السوء، وعنه ابن حبان في الضعفاء والعقيلي وابن طاهر وابن القطان، وعن ابن مسعود في مسند الشهاب للقضاع، وفي إسناده من لا يعرف، ولفظه: صلة الرحم تزيد في العمر وصدقة السر تطفئ غضب الرب (تنبيه) الرافعي استدلل به على أن صدقة السر أفضل من صدقة العلانية، وأولى منه حديث أبي هريرة المتفق عليه: سبعة يظلهم الله، وفيه: ورجل تصدق بصدقة فأخفاها.

أقربهما منك باباً<sup>(١)</sup>، وصرفها إلى الأقارب أفضل؛ قال ﷺ: «الصدقة على المسكين صدقة، وعلى ذي الرحم ثنتان؛ صدقة، وصلة»<sup>(٢)</sup> وكذلك الصلة المفروضة، والكفارات، صرفها إلى الأقارب أولى، إذا كانوا بصفة الاستحقاق، ولم يلزم نفقتهم، والأولى أن يبدأ بذوي الرحم المخرم؛ كالإخوة، والأخوات، والأعمام، والأخوال؛ ويقدم منهم الأقرب فالأقرب، والحق بعضهم الزوج بهؤلاء، ثم يبدأ بذوي الرحم غير المخرم؛ كأولاد الأعمام والأخوال، ثم بالمخرم بالرضاع، ثم بالمخرم بالمصاهرة، ثم بالمولي، قال في التتمة: «من الأعلى، ومن الأسفل» ثم بالجار، وإذا كان في البلد أقارب وأجانب مستحقون، فالأقارب أولى، وإن كان الأجانب [أقرب] دوراً وإن كان الأقارب خارجين من البلد، فإن منعنا نقل الصدقات، فالأجانب أولى، وإلا فالأقارب الخارجون أولى، وكذا في أهل البادية، إذا اعتبرنا مسافة القصر، [إن كان الأجانب والأقارب دون مسافة القصر]<sup>(٣)</sup>، فالأقارب أولى، وإن كانت دورهم أبعد، وكذا لو كانوا جميعاً فوق مسافة القصر، وإن كان الأجانب دون مسافة القصر، والأقارب فوقها، إن منعنا نقل الصدقات، فالأجانب أولى، وإلا فالأقارب.

ويكره التصدق بالردىء، وبما فيه شبهة، واستحبَّ التصدق في شهر رمضان أكد<sup>(٤)</sup>؛ كان رسول الله ﷺ يتصدق فأجود ما يكون في شهر رمضان<sup>(٥)</sup>، ومن له عيال يلزمه نفقتهم، أو عليه دين يحتاج إلى قضائه، فلا يستحب له التصدق، وربما يقال: يكره إلى أن يؤدي ما عليه، وما فضل عن حاجته وحاجة عياله، هل يتصدق بجميعه؟ حكى أبو سعد المتولي في ثلاثه أوجه:

أحدها: أنه لا يكره له ذلك، بل يستحب؛ لأن الصديق - رضي الله عنه - تصدق بجميع ماله، والنبى ﷺ قبله منه<sup>(٦)</sup>.

- (١) رواه البخاري وأبو داود والبيهقي من حديث طلحة عنها.
- (٢) رواه أحمد والنسائي والترمذي وابن ماجه وابن حبان والدارقطني والحاكم، من حديث سلمان الضبي، وفي الباب عن أبي طلحة وأبي أمامة رواهما الطبراني.
- (٣) سقط في: ز.
- (٤) قال النووي: وكذا عند الأمور المهمة، وعند الكسوف، والمرض، والسفر، وبمكة، والمدينة، وفي الغزو، والحج، والأوقات الفاصلة، كعشر ذي الحجة، وأيام العيد، ففي كل هذه المواضع هي أكد من غيرها، قال في «الحاوي»: ويستحب أن يوسع في رمضان على عياله، ويحسن إلى ذوي أرحامه وجيرانه، لا سيما في العشر الأواخر.
- (٥) متفق عليه عن ابن عباس.
- (٦) أبو داود والترمذي والحاكم والبزار، من حديث عمر: أمرنا رسول الله ﷺ أن نتصدق فوافق ذلك ما لا عندي، فقلت: اليوم أسبق أبا بكر، فجئت بنصف مالي، فقال رسول الله ﷺ: ما أبقيت =

والثاني: لا يستحب؛ لما روي أن رجلاً جاء إلى رسول الله ﷺ بمثل البيضة من الذهب، وقال يا رسول الله خذها، فهي صدقة، وما أملك غيرها، فأعرض عنه رسول الله ﷺ إلى أن أعاد القول عليه ثلاث مرات، ثم أخذها، ورماها بها رمية، لو أصابته، لأوجعته، ثم قال: يأتي أحدكم بما يملك، فيقول: هذه صدقة، ثم يقعد يتكفف وجوه الناس، خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى<sup>(١)</sup>.

وأصحهما: وهو المذكور في الكتاب: أنه إن كان المتصدق قوياً يجد من نفسه قوة الصبر على الإضافة، فيستحب له التصديق بالجميع، وإلا لم يستحب<sup>(٢)</sup>، بل

= لأهلك؟ فقلت. مثله، فأتى أبو بكر بكل ماله - الحديث - صححه الترمذي والحاكم، وقواه البزار، وضعفه ابن حزم بهشام بن سعد، وهو صدوق.

(١) رواه أبو داود وابن حبان والحاكم من حديث جابر.

(٢) قال النووي: هذه العبارة موافقة لعبارة الماوردي، والغزالي، والمتولي، وآخرين. وقال القاضي أبو الطيب، وأصحاب «الشامل» و«المهذب» و«التهذيب» و«البيان» والدارمي، والرويانى في «الحلية» وآخرون: لا يجوز أن يتصدق بما يحتاج إليه لنفقته أو نفقة عياله، وهذا أصح في نفقة عياله، والأول أصح في نفقة نفسه. وأما الذين، فالمختار أنه إن غلب على ظنه حصول وفاته من جهة أخرى، فلا بأس بالتصدق، وإلا، فلا يحل. واعلم أنه بقي من الباب مسائل كثيرة.

منها، قال أبو علي الطبري: يقصد بصدقته من أقاربه أشدهم له عداوة، ليتألف قلبه، ولما فيه من سقوط الرياء وكسر النفس. ويستحب للغني التنزه عنها، ويكره له التعرض لأخذها. قال في «البيان»: ولا يحل للغني أخذ صدقة التطوع مظهراً للفاقة. وهذا الذي قاله حسن، وعليه حمل قول النبي ﷺ في الذي مات من أهل الصفة، فوجدوا له دينارين، فقال: «كيتان من نار». فأما إذا سأل الصدقة، فقال صاحب «الحاوي» وغيره: إن كان محتاجاً، لم يحرم السؤال، وإن كان غنياً بمال أو بصنعه، فسؤاله حرام، وما يأخذه حرام عليه. هذا لفظ صاحب «الحاوي». ولنا وجه ضعيف، ذكره صاحب الكتاب وغيره في كتاب النفقات: أنه لا يحرم. قال أصحابنا وغيرهم: ينبغي أن لا يمتنع من الصدقة بالقليل احتقاراً له. قال الله تعالى: «فمن يعمل مثقال ذرة خيراً يره» [الزلزال - ٧] وفي الحديث الصحيح: «اتقوا النار ولو بشق تمر» ويستحب أن يخص بصدقته أهل الخير والمحتاجين. وجاءت أحاديث كثيرة بالحث على الصدقة بالماء. ومن دفع إلى غلامه أو ولده ونحوهما شيئاً يعطيه لسائل، لم يزل ملكه. حتى يقبضه السائل، فإن لم يتفق دفعه إلى ذلك السائل، استحب له أن لا يعود فيه، بل يتصدق به، ومن تصدق بشيء، كره له أن يملكه من جهة من دفعه بمعاوضة أو هبة. ولا بأس بملكه منه بالإرث، ولا بملكه من غيره. وينبغي أن يدفع الصدقة بطيب نفس وبشاشة وجه، ويحرم المن بها، وإذا من، بطل ثوابها. ويستحب أن يتصدق مما يحبه. قال صاحب «المعاينة»: لو نذر صوماً أو صلاة في وقت بعينه، لم يجز فعله قبله، ولو نذر التصديق في وقت بعينه، جاز التصديق قبله، كما لو عجل الزكاة. ومما يحتاج إليه، مسائل ذكرها الغزالي في «الإحياء».

منها: اختلف السلف في أن المحتاج، هل الأفضل له، أن يأخذ من الزكاة أو صدقة التطوع؟ =

يستبقي لنفسه ما يتعلل به؛ وعلى ذلك تُحْمَلُ الأحاديث المختلفة ظواهرها في الباب والله أعلم.

وقد نجز الفراغ بعون الله تعالى من شرح ما تضمنته الكتاب ونردفه بمسائل من قسم الصدقات متفرقة ينبغي للإمام والساعي وكل من يفوض إليه أمر تفريق الصدقات أن يعتني بضبط المستحقين، وبمعرفة أعدادهم، وأقدار حاجاتهم؛ بحيث يقع الفراغ من جميع الصدقات بعد معرفة أحوالهم أو معها؛ ليتعجل حقوقهم، وليأمن هلاك المال عنده.

وينبغي أن يبدأ في القسمة بالعللين؛ لأن استحقاقهم أقوى، فإنهم يأخذون على وجه العوض، وأيضاً، فليتبين أن سهمه يوافق أجرته أم لا، ولا يجوز للإمام ولا للساعي أن يبيع ما يجتمع من مال الزكاة عنده، بل يوصلها بحالها إلى المستحقين، إلا إذا وقعت ضرورة؛ بأن أشرف المواشي على الهلاك، أو كان في الطريق خطراً أو احتاج إلى رد جبران أو إلى مؤنة النقل، فيبيع حينئذ، وإذا وجبت ناقة أو بقرة أو شاة، فليس للمالك أن يبيع، ويقسم الثمن، بل يجمعهم ويدفع إليهم، والإمام أيضاً هكذا يفعل في جواب الأكثرين، وفي التهذيب؛ أن الإمام إن رأى، فعمل ذلك، وإن رأى أن يبيع، باع وفرق الثمن عليهم<sup>(١)</sup>.

وإذا دفع الزكاة إلى من ظنه بصفة الاستحقاق، فبان غنياً أو من ذوي القربى، أو عبداً أو كافراً، فالفرض ساقط عن المالك بالدفع إلى الإمام الذي هو نائب المستحقين، ولا يجب الضمان على الإمام فيما إذا بان غنياً؛ لأنه لا تقصير منه ويسترد من المدفوع إليه، سواء أعلمه أنه زكاة أم لا، فإن كان قد تلف غرمه، وصرف الغرم إلى المستحقين، وفي سائر الصور المذكورة قولان:

أصحهما: أنه لا يضمن أيضاً، كما لو بان الغني.

= فكان الجنيد، والخواص، وجماعة يقولون: الأخذ من الصدقة أفضل، لثلا يضيق على الأصناف، ولثلا يخل بشرط من شروط الأخذ. وأما الصدقة، فأمرها هين. وقال آخرون: الزكاة أفضل، لأنه إعانة على واجب، ولو ترك أهل الزكاة كلهم أخذها، أئموا، ولأن الزكاة لا مئة فيها. قال الغزالي: والصواب: أنه يختلف بالأشخاص، فإن عرض له شبهة في استحقاقه، لم يأخذ الزكاة، وإن قطع باستحقاقه، نظر، إن كان المتصدق إن لم يأخذ هذا، لا يتصدق، فليأخذ الصدقة، فإن إخراج الزكاة لا بد منه، وإن كان لا بد من إخراج تلك الصدقة ولم يضيق بالزكاة، تخيير. وأخذ الزكاة أشد في كسر النفس. وذكر أيضاً اختلاف الناس في إخفاء أخذ الصدقة وإظهاره، أيهما أفضل؟ وفي كل واحد فضيلة ومفسدة. ثم قال: وعلى الجملة الأخذ في الملاء، وترك الأخذ في الخلاء، أحسن. والله أعلم.

(١) قال النووي: وإذا باع في الموضع الذي لا يجوز، فالبيع باطل، ويسترد المبيع، فإن تلف، ضمنه. والله أعلم.

والثاني: يضمن، والفرق أنَّ الغنَى مما يخفى، ويعسر الوقوف على حقيقته، وسائر الصفات يمكن الوقوف عليها، فكان مقصراً بترك البحث، ولأن سائر الصفات أشد منافاة للزكاة من الغنَى؛ لأن الكافر والعبد والهائمي لا يعطون بحال، والغنَى يعطي بالغزو وغيره، ومنهم من قطع بالقول الأول، وحكى الحنَّاطي قطع آخرين بالثاني، ولو دفع المالك بنفسه، ثم بان أن المدفوع إليه كافر أو عبد أو من ذوي القربى، لم يسقط<sup>(١)</sup> الفرض.

وفيه وجه ضعيف، وإنَّ بَانَ غنياً، فقولان:

أحدهما: وبه قال أبو حنيفة - رحمه الله -: يسقط؛ لأن الغنَى لا يتحقق، فيتعدَّر؛ كما لو دفع للإمام.

وأصحهما: المنع؛ لأنه دفع ما عليه من الحق إلى غير مستحقه، فيضمن؛ كالذَّين يدفعه إلى غير مستحقه، وليس كالإمام، فإنه نائب الفقراء وأميتهم.

وأيضاً: فالمالك بسبيل من أن يدفعه إلى الإمام، فتبرأ ذمته بيقين، والإمام بخلافه، وإذا لم يسقط الفرض، فإن كان قد ذكر أن المدفوع زكاةً، استرد إن كان باقياً، وغرم المدفوع إليه، إن كان هالكاً، ويتعلَّق بذمة العبد، إن بَانَ المدفوع إليه عبداً، وإن لم يذكر أنه زكاة، لم يسترد، ولا غرم، بخلاف الإمام يسترد مطلقاً؛ لأن ما يفرقه الإمام يسترد مطلقاً؛ لأن ما يفرقه الإمام على الأصناف هو الزكاة غالباً، وغيره قد يتطوَّع بالصدقة، وهكذا فرَّقوا بينهما، والحكم في الكفارة إذا بَانَ المدفوع إليه غير مستحق؛ كما في الزكاة.

ومتى يستحق أهل السُّهُمان الزكاة قال الشافعي - رضي الله عنه -: «يستحقون يوم القسمة إلا العامل، فإنه يستحق بالعمل»، وذكر في موضع آخر؛ «أنهم يستحقون يوم الوجوب»، قال الأصحاب: وليس في المسألة اختلاف قول، لكن النص الثاني محمول على ما إذا لم يكن في البلد إلا ثلاثة أو أقل، ومنعنا نقل الصدقة، فيستحقون يوم الوجوب؛ حتى لو مات واحد منهم، دفع نصيبه إلى ورثته، وإن غاب، أو أيسر، فحقه بحاله، وإن قدم غريب، لم يشاركهم، والنص الأول محمول على ما إذا لم يكونوا محصورين في ثلاثة، أو كانوا محصورين، وجوزنا نقل الصدقات، فيستحقون بالقسمة حتى لا حق لمن مات، أو غاب، أو أيسر بغد الوجوب، وقبل القسمة، وإن قدم غريب، شاركهم.

(١) قال النووي: ولو دفع سهم المؤلفة، أو الغازي إليه، فبان المدفوع إليه امرأة، فهو كما لو بان عبداً. والله أعلم.

وفي «فتاوى القفال - رحمه الله - : «أن الإمام لو لم يفرق ما اجتمع عنده من الزكوات من غير عُذر، حتى تلف، ضمن والوكيل بالتفريق لو أَخَّرَ حَتَّى تَلْفَ، لم يضمن؛ لأن الوكيل لا يجبُ عليه التفريقُ، بخلاف الإمام<sup>(١)</sup>، وأنه لو كانت له حنطةٌ عند غيره وديعة، فقال للمودع: كُلْ منها كذا لتَفْسِكَ، ونوى كونه زكاةً، ففيه وجهان؛ لأن المالك لم يَكِلْهُ عليه، وَكَيْلُهُ لِنَفْسِهِ لا يُعْتَبَرُ، ولو كان قد وَكَّلَهُ بشراءِ ذلك القدر، فاشترى، وقبض، ثم قال له الموكَّلُ: خذ لتَفْسِكَ، ونوى كونه زكاةً، جاز؛ لأنه لا يحتاج أن يَكِيلَ لنفسه، وأنه لو كان له دَيْنٌ على غيره، فقال للمدْيُون: [اقض ما عليك على أن أردّه إليك عن زكاتي، فقبضه، صحَّ القضاء، ولو لم] يلزمه ردّه إليه، ولو دفع إلى المديون دراهم زكاته على أن يردها إليه قضاءً لدينه، لم يَجْزِهِ عن الزكاة، ولم يصحَّ قضاء الدين بها، وكذلك ذَكَرَ هذه الصورة «صاحب التهذيب» - رحمه الله - في «باب الشرط في المهر» قال: «ولو قال المديون: ادفع، ديناراً من الزكاة، حتى أقضي به دَيْنَكَ، ففعل، جاز عن الزكاة»، وهو بالخيار في أداء الدين منه، وفي «البحر» للقاضي الروياني: «أنه لو دفع الزكاة إلى مسكينٍ واعدّه أن يردها إليه بالبيع أو الهبة، أو ليصرفها المزكي في كسوة المسكين ومصالحة<sup>(٢)</sup>، ففي كونه قبضاً صحيحاً احتمالان لأن التخليّة لم تحصل على التمام، وأنه لو دفع الزكاة إلى مسكين، وهو غير عارف بالمدفوع؛ بأن كان مشدوداً في خرقة أو كاغدٍ، لا يعرف جنسه وقدره، فتلف في يد المسكين، ففي سقوط الزكاة احتمالان<sup>(٣)</sup>، لأن معرفة القابض لا تشترط، فكذلك معرفة

(١) قال النووي: قال أصحابنا: لو جمع الساعي الزكاة، فتلفت في يده قبل أن تصل إلى الإمام، استحق أجرته من بيت المال. والله أعلم.

(٢) سقط في: ز.

(٣) قال النووي: الأرجح: السقوط. وبقيت من الباب مسائل تقدمت في باب أداء الزكاة وغيره. وبقيت مسائل، لم يذكرها الإمام الرافي هنا.

منها: قال الصيمري: كان الشافعي في القديم، يسمي ما يؤخذ من الماشية صدقة، ومن النقدين زكاة، ومن المعشرات عشراً فقط. ثم رجع عنه وقال: يسمي الجميع زكاة وصدقة.

ومنها: الاختلاف. قال أصحابنا: اختلاف رب المال والساعي على ضربين. أحدهما: أن يكون دعوى رب المال لا تخالف الظاهر، والثاني: تخالفه. وفي الضربين، إذا اتهمه الساعي، حلفه، واليمين في الضرب الأول مستحبة بلا خلاف. فإن امتنع عن اليمين، ترك ولا شيء عليه.

وأما الضرب الثاني: فاليمين فيه مستحبة أيضاً على الأصح، وعلى الثاني: واجبة، فإن قلنا: مستحبة، فامتنع، فلا شيء عليه، وإلا أخذت منه لا بالنكول، بل بالسبب السابق. فمن الصور التي لا يكون قوله فيها مخالفاً للظاهر، أن يقول: لم يحل الحول بعد.

ومنها: أن يقول الساعي: كانت ماشيتك نصاباً ثم توالدت، فيضم الأولاد إلى الأمهات، ويقول رب المال: لم تكن نصاباً، وإنما تمت نصاباً بالأولاد، فابتدأ الحول من حين التولد.

الدافع، وذكر الإمام - رحمه الله - في «النهاية»؛ أنه لو أقام مدعي الغُرم بينةً، على الغُرم وأخذ الزكاة، ثم بَانَ كذب الشهود، ففي سقوط القرض القولان فيما إذا دفع الزكاة إلى من ظنه فقيراً، فَبَانَ غناه، وفي فتاوى صاحب «التَهْدِيب»: أنه لو استقرض المكاتبُ وأدَّى النجوم، فعَتَّقَ، لم يُصْرَفْ إليه سَهْمُ الرقاب، ولكن يصرف إليهم سَهْمُ الغارمين؛ كما لو قال لعبده: أنتَ حُرٌّ على ألفٍ، فقبل، عَتَّقَ، ويعطي الألف من سَهْمِ الغارمين.

والله أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب.

وهذا آخر ربيع المعاملات

من شرح الوجيز

يتلوه ولله المشيئة في الذي يليه كتاب النكاح والحمد  
لله أولاً وأخيراً وظاهراً وباطناً حمداً كثيراً طيباً  
مباركاً، صَلَّى اللهُ على سيدنا محمد خاتم النبيين،  
وعلى آله وأصحابه الطيبين الطاهرين، وسلَّم تسليمًا  
كثيراً كثيراً، وحسبنا اللهُ ونعم الوكيل

= ومنها: أن يقول الساعي: هذه السخال تولدت من نفس النصاب قبل الحول، فقال: بل بعد الحول، أو من غير النصاب. ومن الصور التي تخالف فيها الظاهر، أن يقول الساعي: مضى عليك حول، فقال المالك: كنت بعته في أثناء الحول، ثم اشتريته، أو قال: أخرجت زكاته، وقلنا: يجوز أن يفرق بنفسه. وقد سقت هذه المسألة في باب أداء الزكاة، ولو قال: هذا المال وديعة، فقال الساعي: بل ملكك، فوجهان. أصحابهما: أنه مخالف للظاهر، وبه قطع الأكثرون، والثاني: لا.

ومنها: الأفضل في الزكاة إظهار إخراجها، ليراه غيره، فيعمل عمله ولئلا يساء الظن به. ومنها: قال الغزالي في «الإحياء»: يسأل الآخذ دافع الزكاة عن قدرها، فيأخذ بعض الثمن، وبحيث يبقى من الثمن ما يدفعه إلى اثنين من صنفه. فإن دفع إليه الثمن بكامله، لم يحل له الأخذ. قال: وهذا السؤال واجب في أكثر الناس، فإنهم لا يراعون هذا، إما لجهل، وإما لتساهل، وإنما يجوز ترك السؤال عن مثل هذا، إذا لم يغلب على الظن احتمال التحريم. والله أعلم.

(١) في ب: والنظر في خمسة أقسام وكان الفراغ فيه في يوم الخميس السادس والعشرين جمادى الأخرى من سنة ٦٧٣ رحمه الله كاتبه ومالكه وقارنه والحمد لله وحده وصلاته على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم.

(٢) في ز:

لوكل هذا الجزء على يد فقير رحمة ربه على غنيم الطرييري البساتني غفر الله له ولوالديه وذريته وللمسلمين، ولمن دعا لهم بالمغفرة أمين، في اليوم المبارك السادس عشر من شوال المبارك، سنة تسعمائة - بتقديم التاء المثناة من فوق على السين، اللهم صل على نبينا محمد وعلى صحبه وسلم، وحسبنا الله ونعم الوكيل.]. يتلوه كتاب النكاح.



## كِتَاب النِّكَاحِ (١)

وَالنَّظْرُ فِي خَمْسَةِ أَقْسَامٍ: (الْقِسْمُ الْأَوَّلُ: فِي الْمُقَدِّمَاتِ) وَهِيَ خَمْسٌ: (الْأُولَى) خَصَائِصُ رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -، وَقَدْ خُصَّ مِنَ الْوَأَجِبَاتِ بِالضُّحَى، وَالْأَضْحَى (و)، وَالْوَتْرِ (ح)، وَالتَّهْجِدِ (و)، وَالسَّوَاكِ (ح).

قال الرَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللَّهُ -: الْأَضْلُ فِي النِّكَاحِ بَعْدَ إِجْمَاعِ أَهْلِ الْمِلَّةِ قَوْلُهُ تَعَالَى:

(١) النكاح في اللغة. الضم والتداخل ومنه نكحت البر في الأرض إذا حرثتها وبذرت فيها. ونكح المطر الأرض إذا خلط ثراها. ونكحت الحصى أخفاق الإبل إذا دخلت فيها. ويكون التداخل حسيّاً كما ذكر ومعتق معنوياً كنكح العاس العين.

ويطلق في اللغة على الوطء حقيقة وعلى العقد مجازاً. قال المطرزي والأزهري هو الوطء حقيقة. ومنه قول الفرزدق: [البيط]

إِذَا سَقَى اللَّهُ قَوْمًا صَوَّبَ غَايِبَةً      فَلَا سَقَى اللَّهُ أَرْضَ الْكُوفَةِ الْمَطْرَا  
الْشَّارِكِينَ عَلَى طَهْرٍ نِسَاءَهُمْ      وَالشَّارِكِينَ بِسَطْنِي دَجَلَةَ الْبَقْرَا

وهو مجاز في العقد لأن العقد فيه ضم والنكاح هو الضم حقيقة. قال الشاعر: [الطويل]

ضَمَمْتُ إِلَى صَدْرِي مُعْطَرَ صَدْرِهَا      كَمَا نَكَحَتْ أُمُّ الْغُلَامِ حَبِيبَهَا

أي كما ضمت أو لأنه سببه فجازت الاستعارة لذلك.

وقيل إنه حقيقة في العقد مجاز في الوطء. وقيل هو مشترك بين العقد والوطء اشتراكاً لفظياً ويتعين المقصود بالقرائن فإذا قالوا نكح فلان بنت فلان أو أخته أرادوا تزوجها وعقد عليها وإذا قالوا نكح امرأته أو زوجته لم يريدوا إلا الوطء لأن بذكر المرأة أو الزوجة يستغنى عن العقد ومن هنا نشأ الاختلاف بين الفقهاء هل النكاح حقيقة في الوطء والعقد أو هو حقيقة في أحدهما مجاز في الآخر فذهب جماعة إلى القول بأن لفظ النكاح مشترك بين الوطء والعقد فيكون حقيقة فيهما. ودليلهم على هذا أنه شاع الاستعمال في الوطء تارة وفي العقد تارة أخرى بدون قرنية، والأصل في كل ما استعمل في شيء أن يكون حقيقة فيه إما بالوضع الأصلي أو يعرف الاستعمال. فالقول بالمجازية فيهما أو في أحدهما خلاف الأصل.

وقد قال بعض الحنابلة الأشبه بأصلنا أن النكاح حقيقة في الوطء والعقد جميعاً لقولنا بتحريم موطوءة الأب من غير تزويج لدخولها في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ . =

= وذهب الشافعية والمالكية وجمهور الفقهاء إلى القول بأن النكاح حقيقة في العقد مجاز في الوطء . وذهب الحنفية إلى العكس .

والقول بأن النكاح حقيقة في أحدهما مجاز في الآخر أولى من الذهاب إلى الاشتراك اللفظي ، وذلك لما هو متقرر في كتب الأصول من أنه إذا دار لفظ بين الاشتراك والمجاز فالمجاز أولى لأنه أبلغ وأغلب . والمشترك يخل بالأفهام عند خفاء القرنية عند من لا يجيز حمله على معانيه بخلاف المجاز فإنه عند خفاء القرنية يحمل على الحقيقة . فكونه حقيقة في أحدهما مجازاً في الآخر أولى .

ثم الظاهر مذهب الجمهور القائل بأن النكاح حقيقة في العقد مجاز في الوطء وذلك . أولاً: لكثرة استعمال لفظ النكاح بإزاء العقد في الكتاب والسنة حتى قيل إنه لم يرد في القرآن إلا للعقد . ولا يرد قول الله تعالى : ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾ لأن شرط الوطء في التحليل إنما ثبت بالسنة وذلك للحديث المتفق عليه في قصة امرأة رفاعة لما بت طلاقها وتزوجها عبد الرحمن بن الزبير فقال لها رسول الله ﷺ : «أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة لا حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك» فيكون معنى قوله تعالى : ﴿حتى تنكح﴾ حتى تتزوج ويعقد عليها . وقد بينت السنة أنه لا بدّ مع العقد من ذوق العسيلة .

وثانياً: إنه يصح نفي النكاح عن الوطء فيقال هذا الوطء ليس نكاحاً ولو كان النكاح حقيقة في الوطء لما صح نفيه عنه .

وتظهر ثمرة الخلاف بين الحنفية والجمهور في حرمة موطوءة الأب من الزنا . فلما كان النكاح عند الحنفية حقيقة في الوطء الشامل للوطء الحلال والحرام قالوا بحرمة موطوءة الأب من الزنا . ولما كان عند الجمهور حقيقة في العقد قالوا لا تحرم موطوءة الأب من الزنا عرفه الشافعية بقولهم . عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ الإنكاح والتزويج وما اشتق منهما - فقولهم : «عقد» جنس في التعريف . وقولهم : «يتضمن إباحة وطء» خرج به ما لا يتضمن إباحة الوطء كالإجارة وغيرها . وقولهم : «بلفظ الإنكاح والتزويج» خرج به ما لم يكن بهذا اللفظ كالهبة والتملك وعرفه العلامة الدردير رحمه الله في «أقرب المسالك» حيث قال : هو عقد لحل تمتع بأنثى غير محرم ومجوسية وأمة كتابية بصيغة .

فالعقد مصدر عقد أي تمسك وتوثق . والمراد به هنا ارتباط أحد الكلامين بالآخر أي ارتباط كلام الزوج بكلام ولي الزوجة على وجه يسمى باعتباره عقداً شرعياً يستعقب أحكامه . وقوله : «عقد» جنس في التعريف يشمل النكاح وغيره من العقود . وقوله : «لحل تمتع» الخ . علة باعثة على العقد ، وهو فصل مخرج لكل عقد ليس لذلك ، ومنه شراء الأمة للتلذذ بها إذ ليس الأصل فيه حل التمتع بخصوصه بل الانتفاع العام وملك الرقبة وخرج بقوله : «غير محرم ومجوسية وأمة كتابية» المحرم بنسب أو رضاع أو صهر والمجوسيات والأيماء الكتابيات . فلا يصح العقد على واحدة منهن ولا يقال إن هذا التعريف غير مانع لأنه يدخل فيه الملاعنة والمبتوتة والمعتدة من الغير والمحرمة بحج أو عمرة ، لأنه قصد بما ذكره إخراج من قام به مانع أصلي ، وأما الملاعنة وما عطف عليها فمانعهن عرضي طارئ بعد الحل بخلاف المحرم والمجوسية والأمة الكتابية . فإن مانعهن ذاتي لا عرضي وقوله : «بصيغة» متعلق بقعد وهو من تمام التعريف لأن الصيغة أحد =

﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٣] وقوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ﴾ [النور: ٣٢] ونحو هذا من من الآيات، وما رُوِيَ عن النبي - ﷺ - أنه قال: «تَنَاقَحُوا تَكْتُرُوا»<sup>(١)</sup>، وَقَالَ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «النِّكَاحُ سُنِّيٌّ، فَمَنْ رَغِبَ عَنْهُ

= أركان النكاح وقد عرفه الكمال بن الهمام من الحنفية بقوله. عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قصداً فقوله: «عقد» جنس في التعريف يشمل سائر العقود. وقوله: «ومنع لتملك المتعة بالأنثى» يخرج به العقد على المنافع كالإجارة وعلى الذوات كالبيع والهبة. والمراد ومنع الشارع لا وضع المتعاقدين. وقوله: «قصداً» يحترز به عن عقد تملك به المتعة ضمناً كما في البيع والهبة لأن المقصود فيهما ملك الرقبة، ويدخل ملك المتعة فيهما ضمناً إذا لم يوجد ما يمنعه. وعرفه الحنابلة بأنه: عقد التزويج فهو حقيقة في العقد مجاز في الوطء على الصحيح. ينظر الصحاح ١/٤١٣، لسان العرب ٢/٦٢٥، المصباح المنير ٢/٩٦٥، القاموس المحيط ١/٢٦٣، معجم مقاييس اللغة ٥/٥، المطلع ٣١٨. وينظر تبين الحقائق ٢/٩٤، بدائع الصنائع ٣/١٣٢٤، مغني المحتاج ٣/١٢٣، منح الجليل ٢/٣، الفواكه الدواني ٢/٢١، الكافي ٢/٥١٩، الإنصاف ٨/٤. والحكمة في تشريع النكاح.

إن إرادة الله اقتضت أن يكون النوع الإنساني خليقته في الأرض لإصلاحها وإقامة الشرائع فيها وهذه الأغراض التي أحبها الله وأحب أن تكون لا يمكن أن تتحقق إلا إذا ثبتت على أسس متينة ودعائم قوية ثابتة ألا وهي النكاح، فإن النسل يمكن أن يوجد بمجرد اجتماع الرجل بالمرأة بأي طريقة كانت. ولكن مثل هذا النسل لا يمكن أن يكون صالحاً لإصلاح الأرض وعمارتها فإن النسل الصالح لا يوجد إلا بالنكاح.

أقف إلى ذلك أن النكاح يكسب الرجل أولاداً إذا قام بتعليمهم وتربيتهم كانوا له قرة عين في حياته، وذكراً حسناً بعد وفاته، فالأولاد هم مشقة النفس وزينة الحياة قال الله تعالى في كتابه العزيز: ﴿الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا﴾ فإذا مات الرجل فقد خلف من بعده من يحمل اسمه ويدعو له بخير، ولذلك جاء في الخبر «إِذَا مَاتَ ابْنُ آدَمَ انْقَطَعَ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثٍ وَذَكَرَ مِنْهَا الْوَلَدُ الصَّالِحُ. ثُمَّ إِنْ النِّكَاحُ هُوَ الْوَسِيلَةُ الَّتِي تَجْمَعُ بَيْنَ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ، فَيَكُونُ ذَلِكَ سَبَباً لاسْتِكْمَالِ النِّقْصِ الَّذِي يَوْجَدُ عِنْدَ الْمَرْأَةِ، إِذْ مِنَ الْمَقْرَرِ فِي أَنَّ الْمَرْأَةَ ضَعِيفَةٌ لَا يُمْكِنُ أَنْ تَحْتَمِلَ مَا يَحْتَمِلُهُ الرَّجُلُ مِنَ الْأَعْمَالِ الشَّاقَّةِ، فَهِيَ فِي حَاجَةٍ إِلَى رَجُلٍ يَعِينُهَا عَلَى كَسْبِ عَيْشِهَا وَيَعْمَلُ عَلَى صِيَانَتِهَا مِنَ التَّهْتِكِ وَالْإِبْتِذَالِ، كَمَا أَنَّ الرَّجُلَ فِي حَاجَةٍ إِلَى امْرَأَةٍ تَعْمَلُ عَلَى صِيَانَةِ مَالِهِ وَتُدَبِّرُ أُمُورَ مَنْزِلِهِ وَتَفْرَجُ عَنْهُ مَتَاعِبَ الْحَيَاةِ. وَلَا يَكُونُ ذَلِكَ إِلَّا مِنْ امْرَأَةٍ تُرْبِطُهُ بِهَا صَلَةُ النِّكَاحِ الْقَوِيَّةِ الَّتِي سَمَّاهَا اللَّهُ تَعَالَى فِي كِتَابِهِ الْعَزِيزِ مِيثَاقاً غَلِيظاً حَيْثُ قَالَ ﴿وَأَخَذْنَا مِنْكُمْ مِيثَاقاً غَلِيظاً﴾. وزيادة على ذلك فإنَّ النِّكَاحَ وَسِيلَةٌ إِلَى ارْتِبَاطِ الْأَسْرِ وَاتِّحَادِهَا وَإِزَالَةِ مَا بَيْنَهُمَا مِنْ أَسْبَابِ الْعَدَاوَةِ وَالْبَغْضَاءِ، فَكَمْ مِنْ أَسْرَتَيْنِ كَانَتِ الْعَدَاوَةُ قَائِمَةً بَيْنَهُمَا، ثُمَّ بَفَضْلِ الزَّوْجِ انْقَلَبَتِ تِلْكَ الْعَدَاوَةُ إِلَى مَحَبَّةٍ، فَالنِّكَاحُ لَيْسَ صَلَةً بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ فَحَسْبُ بَلْ هُوَ صَلَةٌ مِنَ الزَّوْجَيْنِ إِلَى أَسْرَتَيْهِمَا وَمَعَارِفَهُمَا فَيَكُونُ ذَلِكَ حَلْقَةً وَسِعَةً فِي اتِّحَادِ الْأُمَّةِ وَلِذَلِكَ نَجِدُ اللَّهَ تَعَالَى يَمْتَنُّ عَلَى عِبَادِهِ بِالزَّوْجِ يَقُولُ ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجاً لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾.....

(١) أخرجه صاحب مسند الفردوس. من طريق محمد بن الحارث عن محمد بن عبد الرحمن البيلماني =

سُتِّي، فَلَيْسَ مِنِّي»<sup>(١)</sup>، ونحوهما من الْأَخْبَارِ.

عن أبيه، عن ابن عمر قال: قال: رسول الله ﷺ: حجوا تستغنوا، وسافروا تصحوا، وتناكحوا تكثروا، فإني أباهي بكم الأمم، والمحمدان ضعيفان، وذكر البيهقي عن الشافعي أنه ذكره بلاغاً، وزاد في آخره: حتى بالسقط، وفي الباب عن أبي أمامة أخرجه البيهقي [٨٧/٧] بلفظ: تزوجوا فإني مكاتر بكم الأمم، ولا تكونوا كرهبانية النصارى، وفيه محمد بن ثابت وهو ضعيف، وعن أنس صححه ابن حبان بلفظ: تزوجوا الولود الودود، فإني مكاتر بكم الأنبياء يوم القيامة، وعن حرملة بن النعمان أخرجه الدارقطني في المؤتلف وابن قانع في الصحابة بلفظ: امرأة ولود أحب إلى الله من امرأة حسناء لا تلد، إني مكاتر بكم الأمم يوم القيامة، وفي مسند ابن مسعود من علل الدارقطني نحوه، وعن عياض بن غنم أخرجه الحاكم بلفظ: لا تزوجن عاقراً ولا عجوزاً، فإني مكاتر بكم، وإسناده ضعيف.

(١) أخرجه ابن ماجه [١٨٤٦] عن عائشة أن النبي ﷺ قال: النكاح من ستي، فمن لم يعمل بستي فليس مني، وتزوجوا فإني مكاتر بكم الأمم، ومن كان ذا طول فليتكح، ومن لم يجد فعله بالصوم فإن الصوم وجاء له، وفي إسناده عيسى بن ميمون وهو ضعيف، وفي الصحيحين البخاري [٥٠٦٣] سلم [١٤٠١] حديث أنس في ضمن الحديث: لكني أصوم وأفطر، وأصلي وأنام، وأتزوج، فمن رغب عن ستي فليس مني قوله: ونحوهما من الأخبار، فمنها عن سعيد بن جبير قال: قال لي ابن عباس: تزوجت؟ قلت: لا، قال: تزوج، فإن خير هذه الأمة كان أكثرهم نساء - يعني النبي ﷺ - رواه البخاري، وعن عمرو بن العاص مرفوعاً، الدنيا متاع، وخير متاعها المرأة الصالحة، رواه مسلم، وعن أنس مرفوعاً: حبيب إلى من الدنيا النساء، والطيب، وجعل قرة عيني في الصلاة، رواه النسائي وإسناده حسن. ورواه الطبراني وزاد في أوله: إنما، وقد اشتهر على الألسنة بزيادة، ثلاث، وشرحه الإمام أبو بكر بن فورك في جزء مفرد على ذلك، وكذلك ذكره الغزالي في الإحياء، ولم نجد لفظ ثلاث في شيء من طرقه المسندة، وعن أبي أيوب مرفوعاً، أربع من سنن المرسلين، فذكر منها النكاح، رواه الترمذي وقد تقدم في الطهارة، وعن الحسن عن سمرة: أن النبي ﷺ نهى عن التبتل، رواه الترمذي وابن ماجه، وعن عائشة مثله رواه الترمذي والنسائي، وعنهما مرفوعاً: تزوجوا النساء فإنهن يأتينكم بالمال، رواه الحاكم موصولاً من طريق سلم بن جنادة، وقال: إنه تفرد بوصله، وأخرجه أبو داود في المراسيل في ذكر عائشة، ورجحه الدارقطني على الموصول، وعن أبي هريرة رفعه: ثلاثة حق على الله إعتانهم: المجاهد في سبيل الله، والنكاح يريد أن يستعف. والمكاتب يريد الأداء، رواه النسائي والترمذي والدارقطني وصححه الحاكم، وعن أنس رفعه: من رزقه الله امرأة صالحة فقد أعانه على شطر دينه، فليتي الله في الشطر الثاني، رواه الحاكم وسنده ضعيف، وعنه رفعه: من تزوج امرأة فقد أعطي نصف العبادة، إسناده ضعيف فيه زيد العمي، وعن ابن عباس رفعه: ألا أخبركم بخير ما يكتز: المرأة الصالحة إذا نظر عليها سرته، وإذا غاب عنها حفظته، وإذا أمرها أطاعته، رواه أبو داود والحاكم، وعن ثوبان نحوه رواه الترمذي والروائي ورجاله ثقات، إلا أن فيه انقطاعاً، وعن أبي نجیح رفعه: من كان موسراً فلم ينكح فليس منا، رواه البغوي في معجم الصحابة والبيهقي، وقال: هو مرسل، وكذا جزم به أبو داود والدولابي وغيرهما، وعن ابن عباس رفعه، ولم ير للمتحيين مثل التزويج، رواه ابن ماجه والحاكم، وعنه لا ضرورة في الإسلام، رواه أحمد وأبو داود والحاكم والطبراني، =

وَفَقَهُ الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فِي الْكِتَابِ مُفْتَتِحَ مِنْ «الْمُخْتَصَرِ» بِذِكْرِ خَصَائِصِ رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فِي النُّكَاحِ، وَأَصِيفَ إِلَيْهِ خَصَائِصُهُ فِي سَائِرِ الْأُمُورِ.

وَسَبَبَ تَخْصِيصِ النُّكَاحِ بِذِكْرِهَا أَنَّ خَصَائِصَهُ فِي النُّكَاحِ أَكْثَرُ، وَأَشْهَرُ، ثُمَّ هُوَ مُثَنَّى بِبَابِ «التَّرْغِيبِ فِي النُّكَاحِ»، وَطَرَفٍ مِنْ أَحْكَامِ النَّظَرِ، الَّذِي هُوَ مِنْ مَقَدِّمَاتِ النُّكَاحِ، ثُمَّ لِلنُّكَاحِ أَرْكَانٌ، لَا بُدَّ مِنْ اجْتِمَاعِهَا، وَمَوَانِعَ لَا بُدَّ مِنْ ارْتِفَاعِهَا، لِيَصِحَّ، وَإِذَا صَحَّ، فَقَدْ يَعْضُ مَا يُوْجِبُ الْخِيَارَ، وَقَدْ لَا يَعْضُ، فَزُتِبَ الْمُصْنَفُ - رَجَمَهُ اللَّهُ - مَسَائِلَ الْكِتَابِ عَلَى خَمْسَةِ أَقْسَامٍ.

أَحَدُهَا: فِي قَوَاعِدَ تَجْرِي مَجْرَى الْمَقَدِّمَاتِ.

وِثَانِيهَا: فِي الْأَرْكَانِ.

وِثَالِثُهَا: فِي الْمَوَانِعِ.

وِرَابِعُهَا: فِي مُوْجِبَاتِ الْخِيَارِ.

وَأَمَّا الْخَامِسُ: فَهُوَ مَعْقُودٌ لِبَيَانِ فُضُولِ تَنْخَرِطُ فِي الْبَابِ سُبُوتِ عَنِ الْأَقْسَامِ

الْأَرْبَعَةِ.

الْقِسْمُ الْأَوَّلُ: فِي الْمَقَدِّمَاتِ: مِنْهَا بَيَانُ خَصَائِصِ رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فِي النُّكَاحِ وَغَيْرِهِ.

قَالَ الْأَيْمَةُ - رَجَمَهُمُ اللَّهُ تَعَالَى -: وَهِيَ تَتَنَوَّعُ أَرْبَعَةَ أَنْوَاعٍ:

أَحَدُهَا: مَا اخْتَصَّ بِهِ ﷺ مِنَ الْوَأَجِبَاتِ، وَالْحِكْمَةِ فِيهِ زِيَادَةُ الزُّلْفَى فِي الدَّرَجَاتِ، فَلَمْ يَتَقَرَّبِ الْمُتَقَرَّبُونَ إِلَى اللَّهِ بِمِثْلِ آدَاءِ مَا افْتَرَضَ عَلَيْهِمْ<sup>(١)</sup>.

= وَهُوَ مِنْ رَوَاهِ عَطَاءٍ عَنْ عِكْرَمَةَ عَنْهُ، وَلَمْ يَقَعْ مَنْسُوبًا، فِي رِوَايَةِ الطَّبْرَانِيِّ: ابْنُ أَبِي الْخَوَارِ وَهُوَ مَوْثِقٌ. قَالَ الْحَافِظُ فِي التَّلْخِصِ.

(١) قَالَ النَّوَوِيُّ: قَالَ إِمَامُ الْحَرَمِيِّينَ هُنَا: قَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا الْفَرِيضَةَ يَزِيدُ ثَوَابَهَا عَلَى ثَوَابِ النَّافِلَةِ بِسَبْعِينَ دَرَجَةً، وَاسْتَأْنَسُوا فِيهِ بِحَدِيثِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ فِي الْخَادِمِ الْمُرَادُ يَزِيدُ آدَاءِ ثَوَابِ الْفَرِيضَةِ عَلَى آدَاءِ مِثْلِهَا نَافِلَةً بِسَبْعِينَ دَرَجَةً كَمَا قَالَ الرَّوْيَانِيُّ فِي الْبَحْرِ ثُمَّ قَالَ وَتَمَسَّكُوا بِمَا رَوَاهُ سَلْمَانُ الْفَارِسِيُّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ فِي شَهْرِ رَمَضَانَ مِنْ تَقَرُّبٍ فِيهِ بِخَصْلَةٍ مِنْ خِصَالِ الْخَيْرِ كَانَ كَمَنْ أَدَى فَرِيضَةً فِيمَا سِوَاهِ وَمَنْ أَدَى فَرِيضَةً فِيهِ كَانَ كَمَنْ أَدَى سَبْعِينَ فَرِيضَةً فِيمَا سِوَاهِ فَاقْبَلِ النَّفْلَ فِيهِ بِالْفَرِيضِ فِي غَيْرِهِ وَقَابِلِ الْفَرِيضِ فِيهِ بِسَبْعِينَ فَرِيضَةً فِي غَيْرِهِ فَاشْعُرْ هَذَا بِأَنَّ الْفَرِيضَ يَزِيدُ عَلَى النَّفْلِ بِسَبْعِينَ مِنْ طَرِيقِ الْفَحْوَى - انْتَهَى. وَالْحَدِيثُ رَوَاهُ ابْنُ خَزِيمَةَ فِي صَحِيحِهِ وَابْنُ بَيْهَقِي فِي شُعْبِ الْإِيمَانِ - انْتَهَى مَا أُرْدَتْهُ مِنْهُ.

قَالَ الْعَلَمَةُ الْحَافِظُ ابْنُ حَجْرٍ هَذَا الْحَدِيثُ ضَعِيفٌ - أَخْرَجَهُ ابْنُ خَزِيمَةَ قَالَ وَلِهَذَا قَالَ النَّوَوِيُّ وَاسْتَأْنَسُوا.

فمنها: صَلَاةُ الضَّحَى<sup>(١)</sup>. رُوِيَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنَّهُ قَالَ: «ثَلَاثٌ كُتِبَتْ عَلَيَّ، وَلَمْ تُكْتَبْ عَلَيْكُمْ: السُّوَاكُ، وَالْوَتْرُ، وَالْأُضْحِيَّةُ»<sup>(٢)</sup> وفي «الْجُرْجَانِيَّاتِ» لِأَبِي الْعَبَّاسِ الرَّوْيَانِيِّ وَجْهٌ آخَرُ: أَنَّهَا لَمْ تَكُنْ وَاجِبَةً عَلَيْهِ. ومنها: الْوَتْرُ وَالتَّهَجُّدُ<sup>(٣)</sup>.

(١) أي على الصحيح كما سيذكره في آخر كلامه قال الشيخ البلقيني لم تكن الضحى واجبة عليه خلافاً لما جزموا به ففي صحيح مسلم عن عبد الله بن شقيق قال قلت لعائشة رضي الله عنها: أكان النبي ﷺ يصلي الضحى قالت لا إلا أن يجيء من مغيبه وذكر أحاديث كثيرة في ذلك واستدل الرافعي للوجوب بحديث كُتِبَ عَلَيَّ رَكَعَتَا الضَّحَى وَهَمَا لَكُمْ سَنَةٌ قَالَ الْحَافِظُ ابْنُ حَجْرٍ رَوَاهُ أَحْمَدُ وَأَبُو يَعْلَى مِنْ حَدِيثِ إِسْرَائِيلَ عَنْ جَابِرٍ عَنْ عِكْرَمَةَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ بَلَفَظَ أَمَرْتُ بِرَكَعَتِي الضَّحَى وَلَمْ تَوْمَرُوا بِهَا وَأَمَرْتُ بِالْأُضْحَى وَلَمْ يَكْتُبْ عَلَيْكُمْ وَإِسْنَادُهُ ضَعِيفٌ مِنْ أَجْلِ جَابِرِ الْجَعْفِيِّ ثُمَّ رَوَاهُ مِنْ طَرُقٍ كَثِيرَةٍ وَضَعْفَهَا وَقَالَ فَتَلَخَّصَ ضَعْفَ الْحَدِيثِ مِنْ جَمِيعِ طَرُقِهِ إِلَى آخِرِ مَا ذَكَرَهُ قَالَ فِي الْخَادِمِ إِذَا قَلْنَا بِالْوَجُوبِ فَهَلْ كَانَ مِنَ الْوَاجِبِ عَلَيْهِ أَقَلُّ الضَّحَى أَوْ أَكْثَرُهَا أَوْ أَدْنَى كَمَا هِيَ لَمْ يَتَعَرَّضُوا لَهُ نَعَمْ فِي رِوَايَةِ أَحْمَدَ فِي مَسْنَدِهِ وَأَمَرْتُ بِرَكَعَتِي الضَّحَى وَلَمْ تَوْمَرُوا بِهَا. قال الحافظ: لم أجده هكذا.

(٢) استدل لهذا بما روي عن عائشة أن النبي ﷺ قال: ثلاث هن علي فريضة ولكم سنة الوتر والسواك وقيام الليل، أما احتجاجه بالأية فسبقه إليه البيهقي، ووجهه أن النافلة لغة الزيادة، وظاهر الأمر بالتعهد للوجوب، قال إمام الحرمين: فإن قيل النافلة هي السنة، قلنا: بل النافلة هنا هي الزيادة، وقد قيل ما يزيده العبد من تطوعاته، يجبر به نقصان مفروضاته، وصلاته ﷺ معصومة، فكان تهجده زائداً على مفروضاته، وهكذا قال البغوي في تفسيره نحوه، لكن يتعقب ذلك بأن مقتضاه أن الرواتب التي واطب عليها كانت واجبة في حقه، ولا قائل بذلك، وحكى النووي في زيادته عن الشيخ أبي حامد: أن الشافعي نص على أنه نسخ وجوبه في حقه، كما نسخ في حق غيره، قال: وهذا هو الأصح أو الصحيح، وفي صحيح مسلم ما يدل عليه، انتهى وسيأتي قريباً وأما الحديث الذي احتجوا به فهو ضعيف جداً، لأنه من رواية موسى بن عبد الرحمن الصنعاني عن هشام عن أبيه عن عائشة مثله، أخرجه الطبراني في الأوسط والبيهقي [٣٩/٧]، وقد قال الطبراني: إن موسى تفرد به، وأشار النووي إلى ما أخرجه مسلم في قصة قيام الليل، فصار قيام الليل تطوعاً بعد فرضه، وفي سياقه أيضاً دلالة على أنه حين وجب لم يكن من خصائصه، واستدل غيره على عدم الوجوب أيضاً بحديث جابر الطويل في مسلم في صفة الحج ففيه: ثم أتى المزدلفة فصلى بها المغرب والعشاء بأذان وإقامتين، ولم يسبح بينهما شيئاً، ثم اضطجع حتى طلع الفجر، فصلى حين تيسر له الصبح، وقد نص الشافعي في الأم على أن السنة ترك التنفل بعد العشاء للبات بمزدلفة، وصرح به الماوردي وغيره، واستدل أيضاً بأنه كان يصلي التطوع في الليل على الراحلة في السفر، ويصليه في الحضر جالساً، وقد استدل الشافعي على عدم وجوب الوتر عليه بذلك، وقيل كان ذلك واجباً عليه في حال الحضر، وفي حال عدم المشقة، وهذا يحتاج إلى نقل خاص، وإن كان الحلبي وابن عبد السلام والغزالي قد صرحوا بأن الوتر كان واجباً عليه في الحضر دون السفر، وذكر النووي في شرح المهذب بأن من خصائصه فعل هذا الواجب، من الوتر والتعهد على الراحلة. قاله الحافظ.

قال الله تعالى: ﴿وَمِنَ اللَّيْلِ فَتَهَجَّدْ بِهِ نَافِلَةً لَكَ﴾ [الإسراء: ٧٩] أي: زيادة على الفرائض. وعن عائشة - رضي الله عنها - عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «ثَلَاثٌ هُنَّ عَلَيَّ فَرِيضَةٌ، وَهُنَّ لَكُمْ سُنَّةٌ: الْوَتْرُ، وَالسُّوَاكُ، وَوَقَامُ اللَّيْلِ»<sup>(١)</sup>.

وفي قيام الليل وجه: آخر أنه نسخ وجوبه في حقه، كما في حق الأمة، وهذا ما أورده الشيخ أبو حامد، وفي الوتر، أيضاً وجه حكاه أبو العباس الرؤياني: أنه لم يكن واجباً عليه. واعلم أن مقتضى الخبر الذي نقلناه عن رواية عائشة - رضي الله عنها -، وكلام الأئمة هنا أن الوتر غير التهجد<sup>(٢)</sup> المأمور به، وذلك يخالف ما مر في «باب صلاة التطوع» أنه يشبه أن يكون الوتر هو التهجد، ويعتضد به الوجه المذكور هناك عن رواية القاضي الرؤياني، وكان التغاير أظهر.

ومنها: السواك. كان واجباً عليه؛ للخبر، وفيه وجه آخر: أنه كان مستحباً<sup>(٣)</sup>، كما في حق الأمة. وليعلم من لفظ الكتاب: «الأضحى» و«الوتر»، و«التهجد»، و«السواك»: أربعتها، بالواو، لما ذكرنا.

(١) تقدم.

(٢) قال النووي جمهور الأصحاب، على أن التهجد كان واجباً عليه ﷺ قال القفال: وهو أن يصلي في الليل وإن قل.

وحكى الشيخ أبو حامد: أن الشافعي رحمه الله نص على أنه نسخ وجوبه في حقه ﷺ، كما نسخ في حق غيره، وهذا هو الأصح أو الصحيح. وفي «صحيح مسلم» عن عائشة رضي الله عنها ما يدل عليه. والله أعلم.

ما رجحه النووي هنا من أن الوتر غير التهجد هو المعتمد لأن قيام الليل يصح بنية مطلقة والوتر لا يصح إلا بنية معينة وقدم المصنف في باب صلاة التطوع أن الصحيح المنصوص عليه في الأم والمختصر أن الوتر يسمى تهجداً. وقيل الوتر غير التهجد فاضطرب الترجيح وقول الشيخ وفي صحيح مسلم عن عائشة رضي الله عنها ما يدل عليه قال الشيخ البلقيني في صحيح مسلم شيثان يدلان عليه أحدهما أخرجه مسلم في باب أوله حديث إذا سكت المؤذن لصلاة الصبح فقال فيه بسنده إلى عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ لم يمت حتى كان كثير من صلاته وهو جالس وبعده عنها، قال لما بدن رسول الله ﷺ وثقل عن أكثر صلاته جالساً وبعده، عن حفصة رضي الله عنها قالت ما رأيت رسول الله ﷺ في سبحة قاعداً أو كان يقرأ بالسورة فيرتلها حتى يكون أطول من أطول منها وبعده عنها بعام واحد أو اثنين وبعده، عن جابر بن سمرة أن النبي ﷺ لم يمت حتى صلى قاعداً والموضع الثاني بعد هذه الأحاديث بقرب ورقتين من حديث حكيم لما سأل عائشة عن خلق رسول الله ﷺ سألتها عن قيام رسول الله ﷺ فقالت تقرأ «يا أيها المزمل» قلت بلى قالت فإن الله عز وجل افترض قيام الليل في هذه السنة فقام نبي الله ﷺ وأصحابه وأمست الله خاتمتها اثني عشر شهراً في السماء حتى أنزل الله عز وجل التخفيف فصار قيام الليل تطوعاً بعد فريضته.

(٣) قال في الخادم هل المراد وجوبه في حقه ﷺ في الصلاة أو ما هو أعم من ذلك لم يتعرضوا له نعم في سنن أبي داود أنه عليه الصلاة والسلام أمر بالسواك لكل صلاة وسياق الحديث يخصه بالمفروضة.

ومما عُدَّ من مأموراته: المُشَاوَرَة، كما قال الله تعالى: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾ [آل عمران: ١٥٩]، وهل كَانَتْ واجِبَةً، أو مستحبة؟ فيه وجهان:

أظهرهما: أولهما. وكان يَجِبُ عليه، إذا رأى منكرًا أن ينكر عليه، وَيُعَيَّرُهُ؛ لأنَّ اللّهَ تعالى وعده بالعِصْمَة، والحَفْظُ<sup>(١)</sup>. وكان يَجِبُ عليه مصابرةُ العَدُوِّ، وإن كثر عَدَدُهُمْ، والأمة إنما يلزمها الثبات، إذا لم يزد عدد الكفار على الضَّغْف. وكان يجب عليه قضاء ذَيْنَ مَنْ مات من المسلمين مُعْسِرًا. وحكى الإمامُ وجهًا آخر: أنه لم يَكُنْ واجبًا عليه، وإنما كان يقضيه تَكْرُمًا، وهل كان على الأئمة قضاء ذَيْنَ الْمُعْسِرِ من مال المصالح؟ فيه وجهان عن رواية الشيخ أبي علي<sup>(٢)</sup>. وقيل: كان يَجِبُ عليه، إذا رأى شيئًا يعجبه أن يقول:

لَيْتَكَ إِنْ الْعَيْشَ عَيْشُ الْآخِرَةِ. [و] هذا في غير النكاح.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَتَخْيِيرِ نِسَائِهِ (و) بَيْنَ اخْتِيَارِ زِينَةِ الدُّنْيَا أَوْ اخْتِيَارِهِ، وَمَنْ اخْتَارَتْهُ هَلْ يَحْرُمُ طَلَاقُهَا؟ فِيهِ خِلَافٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: أَمَا فِي النِّكَاحِ، فَقَدْ أَوْجَبَ اللَّهُ تَعَالَى عَلَيَّ رَسُولِهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - تَخْيِيرَ نِسَائِهِ بَيْنَ مَفَارِقَتِهِ، وَاخْتِيَارِ زِينَةِ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا<sup>(٣)</sup>، فَقَالَ تَعَالَى: ﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ

(١) قال النووي: قد يقال: هذا ليس من الخصائص، بل كل مكلف تمكن من إزالته، لزمه تغييره، ويوجب عنه بأن المراد أنه لا يسقط عنه للخوف، فإنه معصوم، بخلاف غيره. والله أعلم.

يشير إلى الآية التي في المائدة، أو إلى ما رواه الترمذي عن عبد الله بن شقيق عن عائشة كان النبي ﷺ يحرس، حتى نزلت ﴿وَاللَّهُ يَعْصِمُكَ مِنَ النَّاسِ﴾ فأخرج رأسه من القبة، فقال لهم: أيها الناس انصرفوا، فقد عصمني الله، واحتج البيهقي للمسألة مما في الصحيحين، عن عائشة ما خير رسول الله ﷺ بين أمرين إلا اختار أيسرهما ما لم يكن إثماً، فإذا كان إثماً كان أبعد الناس منه وما انتقم رسول الله لنفسه إلا أن تنتهك حرمة الله فينتقم لله.

(٢) سكت المصنف عن الترجيح قال في الخادم والراجع عدم وجوب القضاء قال الإمام إنه الأوجه إلى ما ذكره وقيد الإمام محل الوجوهين بما إذا صدر منه مظل ظلم به ومات قال فأما إذا لم يملك في حياته ما يؤديه ولم ينسب إلى المظل والتسويق لم يقض دينه من بيت المال لأنه لقي الله تعالى ولا مظلمة عليه قال وحيث أوجبناه فشرطه اتساع المال وفضله عن مصالح الأحياء.

(٣) قال الحافظ: وجوب تخيير نساءه للآية، واختلف في سبب نزولها على أقوال، أحدها: ما سيذكره المصنف: من أن الله خيره بين الغناء والفقر، فاختر الفقر، فأمره الله بتخيير نساءه لتكون من اختارته ممنه موافقة لاختياره، وهذا يعكر عليه أن الأكثر من أهل العلم بالمغازي أن إيلاءه من نساءه كان سنة تسع، وأن تخييرهن وقع بعد ذلك، وقد كان ﷺ في آخر عمره قد وسع له في العيش بالنسبة لما كان فيه قبل ذلك، قالت عائشة: ما شبعنا من التمر حتى فتحت خبير، ثانيها: أنها تغايرن عليه فحلف أن لا يكلمهن شهراً، ثم أمر بأن يخيرهن حكاة الغزالي، ثالثها: أنهن =



قُلْ لَأَزْوَاجِكُمْ إِن كُنْتُمْ تُرِيدُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتَّعْكُنَّ وَأَسْرَحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴿الْأَحْزَابُ: ٢٨﴾.

والمعنى فيه أنه - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أثار لنفسه الفقر، والصبر عليه، فأمر بتخييرهن؛ كيلا يكون مكرهاً لهن على الضر والفقر. وحكى الحنطاطي وجهاً: أن التخيير لم يكن واجباً عليه، وإنما كان مندوباً، والمشهور الأول.

ثم إن رسول الله - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لما خيّرهن، اختزنه، والدأر الآخرة، فحرم الله على رسوله - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - التزوج عليهن، والتبدل بهن؛ مكافأة لهن على حسن صنيعهن، فقال تعالى: ﴿لَا يَحِلُّ لَكَ النِّسَاءُ مِنْ بَعْدُ وَلَا أَنْ تَبَدَّلَ بِهِنَّ مِنْ أَزْوَاجٍ﴾ [الأحزاب: ٥٢] ثم نسخ ذلك؛ لتكون المنة لرسول الله - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - بترك التزوج عليهن، فقال تعالى: ﴿إِنَّا أَخْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ اللَّائِي أَتَيْتَ أَجُورَهُنَّ﴾ [الأحزاب: ٥٠]، وقالت عائشة - رضي الله عنها -: «مَا مَاتَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - حَتَّى أُجِلَّ لَهُ النِّسَاءُ»، تعني: اللاتي حُظِرْنَ عليه.

وعن أبي حنيفة - رضي الله عنه - أنه دام ذلك التحريم، ولم ينسخ، وهل حرم على رسول الله - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - طلاقهن<sup>(١)</sup> بعدما اختزنه؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ كما لو رغبت عنه امرأة، حُرِّمَ عليه إمساكها.  
والثاني: لا؛ كما لو أراد الواحد من الأمة تطليق زوجته، لا يُمنع منه، وإن رَغِبَتْ فِيهِ. قال الإمام - رحمه الله - وهذا أظهر، وخص بعضهم بالطلاق، عقيب اختيارهن إياه، وقطع أنه لا حرج في الطلاق المنفصل عن التخيير وجوابه.  
ولو قُدِّرَ أَنْ واحدةٍ مِنْهُنَّ اختارت الحياة الدنيا، هل كان يحصل الفراق بنفس الاختيار؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ كالواحد من الأمة، إذا خيّر زوجته، ونوى تفويض الطلاق إليها، فاختارت نفسها.

= طالبه من الحلبي والثياب بما ليس عنده فتأذى بذلك، فأمر بتخييرهن، وقيل إن ذلك كان بسبب طلب بعضهن منه خاتماً من ذهب، فأعد لها خاتماً من فضة وصفره بالزعفران فتسخطت، رابعها: أن الله امتحنهن بالتخيير ليكون لرسوله خيرة النساء، خامسها: أن سبب نزولها قصة مارية في بيت حفصة، أو قصة العسل الذي شربه في بيت زينب بنت جحش، وهذا يقرب من الثاني.

(١) قال الشيخ البلقيني هذا متعقب فالذي يقتضيه كلام الشافعي في الأم تحريم طلاقهن وبه جزم الماوردي وصححه أبو الفرج الزاز في تعليقه وهو أقرب وإذا طلق واحدة فهل يكون رجعيًا أو باتناً وجهان.

وقال الزركشي ذكر ابن أبي الدم أن العراقيين قطعوا بالتحريم ولم يحكوا سواه.

وأصحهما: لا؛ لقوله تعالى: ﴿فَتَعَالَيْنِ أُمْتُكُنَّ وَأَسْرَحُكُنَّ﴾ [الأحزاب: ٢٨] فلو حصل الفراق باختيارها الدنيا، لما كان للتسريح معنى؛ ولأنه تخيير بين زينة الدنيا والآخرة، فلا يحصل الفراق باختيار الدنيا، كما لو خيّر الواحد من الأمة زوجته، بين الدنيا والآخرة، فاختارت الدنيا.

وهل يعتبر أن يكون جوابهنّ على الفور؟ فيه وجهان مبنيان على الوجهين في حصول الفراق بنفس الاختيار. فإن قلنا بحصوله، وجب أن يكون على الفور. وإن قلنا لا يحصل، جاز فيه التراجيح.

وهذا ما أورده القاضي ابن كنج؛ واحتج لهذا الوجه بأن النبي - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لما أنزلت آية التخيير، بدأ بعائشة - رضي الله عنها -؛ وقال: «إني ذاكرك لأمراً، فلا تبادريني بالجواب؛ حتى تستأمري أبويك»<sup>(١)</sup>.

واعترض الشيخ أبو حامد بأن النبي - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - صرح بمد خيارها هناك، إلى مراجعة الأبوين، والكلام في التخيير المطلق.

فإن جعلناه على الفور، فيمتد بامتداد المجلس، والمعتبر ما يعد جواباً في العرف. حكى القاضي أبو سعيد الهروي في وجهين، وفي «الجزائيات» لأبي العباس الروياني، ذكر وجهين في أنه، هل كان يجوز للنبي - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أن يجعل الاختيار إليهنّ قبل المشاورة معهن؟ فيه وجهين في أنه، هل كان قولها: اخترت نفسي، تصريحاً بالفراق؟ ووجهين في أنه، هل كان يحل له التزوج بها بعد الفراق؟.

(١) متفق عليه البخاري من طريق الزهري عن أبي سلمة عن عائشة قالت: لما أمر رسول الله ﷺ بتخييره أزواجه [٤٧٨٥ - ٤٧٨٦ مسلم ١٤٧٥] بدأ بي وقال إني ذاكرك لأمراً فلا عليك ألا تعجلي - الحديث - وفيه: ثم قال إن الله قال: ﴿يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزيتها﴾ الآية وفيه: فإني أريد الله ورسوله والدار الآخرة، واتفقا على طريق مسروق عنها: خيرنا رسول الله ﷺ فاخترناه، فلم يعددها علينا، وفي رواية: فلم يعد ذلك طلاقاً، ولمسلم من حديث جابر نحو الأول، وزاد في آخره: وأسألك لا تخبر امرأة من نسائك بالذي قلت، قال: لا تسألني امرأة منهن إلا أخبرتها، وفي بعض طرقه أن هذا الكلام منقطع، فإن فيه قال معمر وأخبرني أيوب قال: قالت عائشة: لا تقل إني أخبرتك.

قال الحافظ: (تنبيه) احتج بهذا الحديث على أن جوابهن ليس الفور، واعترض الشيخ أبو حامد بأنه صرح لعائشة بالإمهال إلى مراجعة الأبوين، قال ابن الرقعة: وفي طرد ذلك في بقية أزواجه نظر، لاحتمال أن يكون ذلك خاصاً بعائشة، لميله إليها وصغر سنّها، فكانه قال لها لا تبادري بالجواب خشية أن تتبدر فتختار الدنيا، وعلى هذا فلا يطرد ذلك في غيرها، انتهى ولا يخفى ما فيه. قوله: وهل حرم على رسول الله ﷺ طلاقهن بعدما اخترنه كما لو رغبت عنه امرأة حرم عليه إمساكها، قلت: وهذا يحتاج إلى دليل خاص.

قَالَ النَّزَالِيُّ: (وَأَمَّا الْمُحْرَمَاتُ) فَقَدْ حُرِّمَ عَلَيْهِ الزَّكَاةُ، وَالصَّدَقَةُ، وَأَكْلُ الثُّومِ عَلَى وَجْهِهِ، وَالْأَكْلُ مُكْتَبًا عَلَى وَجْهِهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: النَّوعُ الثَّانِي: مَا اخْتَصَّ النَّبِيُّ - ﷺ - بِهِ مِنَ الْمُحْرَمَاتِ، وَهِيَ قِسْمَانِ.

أحدهما: المحرمات من غير النَّكاح، فمنها: الزكاة، وشاركه في حرمتها أولو القربى؛ لكنَّ التحريمَ عليهم بسببه أيضاً، فالخاصيةُ عائدةٌ إليه.

ومنها: الصَّدَقَةُ، على أظهر القولين؛ على ما سبق في قسم الصَّدَقَاتِ (١).

ومنها: أَنَّهُ كَانَ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لَا يَأْكُلُ الثُّومَ، وَالْبَصَلَ، وَالْكُرَاتَ (٢)، وهل كان حراماً عليه؟ فيه وجهان.

أشبههما: لا؛ لكنه كان يمتنع منه كيلا يتأذى به المَلَكُ.

(١) قال في الخادم قال صاحب التقريب في كتاب الهبة لم يختلف جواب الشافعي في أن رسول الله ﷺ لم يأخذ شيئاً باسم الصدقة تطوعاً أو فريضة إلى آخر ما ذكره وليت الأئمة جزموا بالحرمة مطلقاً وذكر صاحب الخادم أيضاً عن أبي هريرة أن المحرمة عليه صدقة الأعيان فأما العامة كالمساجد ومياه الآبار فلا وقد سبق مثله وأبدي الماوردي وجهاً اختاره أن ما كان فيها أبدالاً متقومة كانت محرمة دون ما كان عليها غير متقوم فتخرج صلاته في المسجد وشربه من ماء زمزم وبئر رومة ومما يحرم عليه ﷺ كما ذكره الرافعي في بابه.

(٢) قال الحافظ: يؤخذ مما رواه ابن خزيمة وغيره من طريق جابر بن سمرة عن أبي أيوب نحو ما أخرجه مسلم [٥٦٤] وزاد: إني أستحي من ملائكة الله وليس بمحرم، وللحاكم من طريق سفيان ابن وهب عن أبي أيوب أنه أرسل إلى رسول الله ﷺ بطعام من خضرة فيه بصل أو كراث، فلم ير فيه أثر رسول الله ﷺ فأبى أن يأكله، فقال رسول الله: إني أستحي من ملائكة الله وليس بمحرم، ولابن خزيمة من حديث أبي سعيد: لم يعد أن فتحت خيبر وقعنا في تلك البقلة الثوم، فأكلنا أكلاً شديداً، قال وناس جياح، ثم قمنا إلى المسجد، فوجد رسول الله ﷺ الريح، فقال: من أكل من هذه الشجرة الخبيثة فلا يقرئنا في مسجدنا، فقال الناس: حرمت حرمت، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ، فقال: يا أيها الناس إنه ليس لي تحريم ما أحل الله، ولكنها شجرة أكره ريحها، وإنه يأتيني أنحاء من الملائكة فأكره أن يشموا ريحها، وهذه الأحاديث تدل على أن النهي المطلق في حديث ابن عمر الذي أخرجه البخاري [٨٥٤ - ٨٥٥ - ٥٤٥٢ - ٧٣٥٩]: أنه ﷺ نهى يوم خيبر عن أكل الثوم، محمول على من أراد حضور المسجد، وقد زاد يزيد بن الهاد عن نافع: أن ابن عمر كان يأكله إذا طبخ، وظاهر الأحاديث أن أكل ذلك لم يكن بحرام عليه على الإطلاق، بل في أبي داود والنسائي من حديث عائشة أن آخر طعام أكله رسول الله ﷺ طعام فيه بصل، زاد البيهقي: إنه كان مشوياً في قدر، ويؤيده حديث عمر عند مسلم: فمن كان أكلهما ولا بد فليمتهما طبخاً، ولأبي داود والترمذي عن علي: نهى عن أكل الثوم إلا مطبوخاً.

رُوي أنه - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أُتِيَ بِقَدْرٍ فِيهَا بُقُولٌ، فَوَجَدَ لَهَا رِيحًا، فَقَرَّبَهَا إِلَى بَعْضِ أَصْحَابِهِ، فَقَالَ: «كُلْ؛ فَإِنِّي أَنَا جِي مِنْ لَأ تُنَاجِي»<sup>(١)</sup>.  
ومنها: أَنَّهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - كَانَ لَا يَأْكُلُ مُتَكَبِّتًا<sup>(٢)</sup>، وروي عنه - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنَّهُ قَالَ: «أَنَا أَكُلُ كَمَا تَأْكُلُ الْعَبِيدُ، وَأَجْلِسُ كَمَا تَجْلِسُ الْعَبِيدُ»<sup>(٣)</sup>، وهل كان ذلك حراماً عليه أو مكروهاً كما في حَقِّ الأمة؟ فيه وجهان.  
أشبههما: الثاني.

ومما عُدَّ مِنَ الْمَحْرَمَاتِ: الْخَطُّ<sup>(٤)</sup> وَالشُّعْر.

(١) متفق عليه من حديث جابر.

(٢) رواه البخاري [٥٣٩٨ - ٥٣٩٩] وأصحاب السنن عن أبي جحيفة عن النبي ﷺ قال: لا آكل متكأً. لم يبين المصنف المراد بالاتكاء وعن الخطابي المراد به الجالس المعتمد على وطاء تحته وعن ابن الجوزي أن المراد به المائل على جنب وفسره القاضي عياض في الشفاء بما ذكره الخطابي وأما كراهة الثوم وما ذكر معه فقال في الخادم موضوع الكراهة في النبي أو المطبوخ فقد صح أنه ﷺ أكل طعاماً فيه بصل وينبغي إلحاق الفجل بالمذكورات فقد ورد التنصيص عليه في معجم الطبراني بالنسبة للتخلف عن الجماعة.

(٣) أخرجه البيهقي في الشعب من طريق يحيى بن أبي كثير مرسلأ، وهو في مصنف عبد الرزاق عن معمر بن يحيى ولفظه: أن النبي ﷺ قال: آكل كما يأكل العبد، وأجلس كما يجلس العبد، فإنما أنا عبد وقال البزار نا أحمد بن المعلى الآدمي نا حفص بن عمار الطاحي نا مبارك بن فضالة عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر بلفظ: «إنما أنا عبد آكل كما يأكل العبد»، وقال: لا نعلم يروى بإسناد متصل إلا من هذا الوجه، ولا نعلم رواه إلا ابن عمر، ولا عن عبيد الله إلا مبارك، ولا عن مبارك إلا حفص ولا يتابع عليه، قلت: وحفص فيه مقال، ووصله ابن شاهين في ناسخه من حديث أنس وفيه قصة، ولأبي الشيخ في كتاب أخلاق النبي ﷺ من حديث جابر نحوه، ومن حديث عائشة، وإسنادهما ضعيف، ولابن شاهين من طريق عطاء بن يسار مرسلأ نحوه، وفي ابن أبي شيبه من حديث مجاهد مرسلأ أيضاً قال: ما أكل رسول الله ﷺ متكأً قط إلا مرة، وقال: اللهم إني عبدك ورسولك، وقال ابن سعد أنا أبو النضر أنا أبو معشر عن سعيد عن عائشة، أن النبي ﷺ قال لها: يا عائشة لو شئت لسارت معي جبال الذهب، أتاني ملك إن حجرتي لتساوي الكعبة، فقال: إن ربك يقرئك السلام ويقول لك: إن شئت كنت نبياً ملكاً، وإن شئت عبداً، فأشار إلى جبريل: أن ضع نفسك، فقلت: نبياً عبداً فكان بعد ذلك لا يأكل متكأً، ويقول: آكل كما يأكل العبد، وأجلس كما يجلس العبد وللبيهقي في الشعب والدلائل من حديث ابن عباس في قصة قال فيها: فما أكل ﷺ بعد تلك الكلمة طعاماً متكأً حتى لقي الله، ورواه والنسائي بلفظ: قط، بدل: حتى لقي الله، وإسناده حسن، فإنه من رواية بقبية عن الزبيدي وقد صرح، ووافقه معمر عن الزهري أخرجه عبد الرزاق أيضاً، قاله الحافظ.

قال الحافظ فائدة لم يثبت دليل الخصوصية في ذلك، وإنما هو أدب من الأدب، وممن صرح بأنه كان غير محرم عليه ابن شاهين في ناسخه.

(٤) قال في الخادم قال في البيان ذكر النقاش أن النبي ﷺ ما مات حتى كتب قال والأول أي عدم =

الكتابة هو المشهور قال صاحب الخادم يشهد للنقاش ما رواه البخاري في عمرة القضاء أن النبي ﷺ صالح سهيل بن عمرو فكتب علي بن أبي طالب الصحيفة هذا ما قضى عليه محمد رسول الله ﷺ فقال سهيل أكتب محمد بن عبد الله فقال ﷺ لعلي رضي الله عنه امحه فقال علي لا أمحوك أبداً فأخذ النبي ﷺ الكتاب فكتب هذا ما قاضي محمد بن عبد الله وفي هذه الكتابة وجوه:

أحدها: أنه ﷺ كتب وهو لا يعلم ما يكتب فانظّم مراده.

ثانيها: أنه ﷺ أوحى إليه فكتب عن علم بالكتابة.

ثالثها: أنه ﷺ لكثرة كتابة اسمه بين يديه فعلم ذلك وهذا أضعف الأوجه.

رابعها: أنه أمر من كتب ونسب الفعل إليه تجوزاً ولم يبين المصنف هل المراد بالشعر إنشاده أو روايته أو أعم من ذلك قال في الخادم وجعل الماوردي والروياتي قول الشعر وتعلمه وروايته سواء في التحريم واكتفى بالكتابة القراءة من الكتاب وقال أيضاً أعني صاحب الخادم ما أطلق في الشعر محله في غير الزجر أما الزجر فقال البيهقي أن النبي ﷺ كان يقول وهو مبني على قول الأخفش وغيره من الأدباء أنه ليس بشعر ولو كان شعراً لم يقله النبي ﷺ لقوله تعالى: ﴿وما علمناه الشعر وما ينبغي له﴾.

قال الحافظ: قوله: ومما عد من المحرمات الخط والشعر، وإنما يتجه القول بتحريمها ممن يقول: إنه كان يحسنهما ثم استدلل لذلك بقوله تعالى: ﴿وما كنت تتلو من قبله من كتاب ولا تخطه بيمينك﴾ ويقول: ﴿وما علمناه الشعر وما ينبغي له﴾ وفي الاستدلال بالآية الأولى على ذلك نظر، واستدل غيره بحديث ابن عمر المخرج في الصحيح بلفظ: إنا أمة أمية لا نكتب ولا نحسب - الحديث - وقال البيهقي في التهذيب: قيل كان يحسن الخط ولا يكتب، ويحسن الشعر ولا يقوله، والأصح أنه كان لا يحسنهما، ولكن كان يميز بين جيد الشعر ورديه، انتهى وادعى بعضهم أنه صار يعلم الكتابة بعد أن كان لا يعلمها، وأن عدم معرفته كان بسبب المعجزة لقوله تعالى: ﴿وما كنت تتلو من قبله من كتاب ولا تخطه بيمينك إذا لارتاب المبطلون﴾ فلما نزل القرآن واشتهر الإسلام وكثر المسلمون، وظهرت المعجزة وأمن الارتياب في ذلك، عرف حيثيذ الكتابة، وقد روي ابن أبي شيبه وغيره من طريق مجالد عن عون بن عبد الله عن أبيه قال: ما مات رسول الله ﷺ حتى كتب وقرأ، قال مجالد: فذكرت ذلك للشعبي فقال: صدق، قد سمعت أقواماً يذكرون ذلك، انتهى قال: وليس في الآية ما ينافي ذلك، وروي ابن ماجه وغيره عن أنس قال: قال رسول الله ﷺ: رأيت ليلة أسري بي على باب الجنة مكتوباً: الصدقة بعشر أمثالها، والقرض بشمانية عشر، قال: والقدرة على قراءة المكتوب فرع معرفة الكناية، وأجيب باحتمال إقدار الله له على ذلك بغير تقدمه معرفة الكتابة، وهو أبلغ في المعجزة، وباحتمال أن يكون حذف منه شيء، والتقدير فسألت عن المكتوب فقيل لي هو كذا، ومن حديث محمد بن المهاجر عن يونس بن ميسرة عن أبي كبشة السلولي عن سهل ابن الحنظلية: أن النبي ﷺ لما أمر معاوية أن يكتب للأقرع بن حابس وعيينة بن حصن، قال عيينة: أتراني أذهب إلى قومي بصحيفة كصحيفة الملتمس، فأخذ رسول الله ﷺ الصحيفة فنظر فيها فقال: قد كتب لك بما أمر فيها. قال يونس ابن ميسرة أحد رواة فيري أن رسول الله ﷺ كتب بعد ما أنزل عليه، ومن الحجّة في ذلك ظاهراً ما أخرجه البخاري في قصة صلح الحديبية من حديث البراء: فأخذ الكتاب فكتب: هذا مما قباضى =

قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَحْطُطْهُ بِبَيْمِينِكَ﴾ [العنكبوت: ٤٨] وقال عز وجل: ﴿وَمَا

عليه محمد بن عبد الله - الحديث - وكذا أخرجه الإسماعيلي في مستخرجه، وقال أبو الخطاب بن دحية: صار بعض الناس إلى أن النبي ﷺ كتب، منهم أبو ذر الهروي، وأبو الفتح النيسابوري، وأبو الوليد الباجي، وصنف فيه كتاباً، قال: وسبق إلى ذلك عمر بن شبة في كتاب الكتاب له، فإنه قال فيه: كتب النبي ﷺ بيده يوم الحديبية، وقال أبو بكر بن العربي في سراجة: لما قال أبو الوليد ذلك طعنوا عليه، ورموه بالزندقة، وكان الأمير متبئاً فأحضرهم للناظرة، فاستظهر الباجي ببعض الحججة، وطعن على من خالفه، ونسبهم إلى عدم معرفة الأصول، وقال: اكتب إلى العلماء بالأفاق فكتب إلى إفريقية وصقلية وغيرهما، فجاءت الأجوبة بموافقة الباجي، ومحصل ما تواردوا عليه أن معرفته الكتابة بعد أميته لا ينافي المعجزة، بل تكون معجزة أخرى، لأنهم بعد أن تحققوا أميته وعرفوا معجزته بذلك، وعليه تنزل الآية السابقة، صار بعد ذلك يعلم الكتابة بغير تقدم تعليم، فكانت معجزة أخرى، وعليه ينزل حديث البراء انتهى وقد رد أبو محمد بن معمر على أبي الوليد الباجي، وبين خطأه في هذه المسألة في تصنيف مفرد، ووقع لأبي محمد الهواري معه قصة في منام رآه، ملخصه: أنه كان يرى مما قال الباجي، فرأى في النوم قبر النبي ﷺ ينشق ويميد ولا يستقر، فاندھش لذلك، وقال في نفسه: لعل هذا بسبب اعتقادي، ثم عقدت التوبة مع نفسي فسكن واستقر، فلما استيقظ قص الرؤيا على ابن معمر فعرها له كذلك، واستظهر بقوله تعالى: ﴿تكاد السموات يتفطرن منه وتنشق الأرض وتخر الجبال هدأ﴾ الآيات، ومحصل ما أجاب به الباجي عن ظاهر حديث البراء أن القصة واحدة، والكتاب فيها كان علي بن أبي طالب، وقد وقع في رواية أخرى للبخاري من حديث البراء أيضاً بلفظ: لما صالح النبي ﷺ أهل الحديبية. كتب علي بينهم كتاباً، فكتب محمد رسول الله، فتحمل الرواية الأولى على أن معنى قوله فكتب، أي فأمر الكاتب، ويدل عليه رواية المسور في الصحيح أيضاً في هذه القصة، ففيها: والله إنني لرسول الله وإن كذبتوني، اكتب محمد بن عبد الله، وقد ورد في كثير من الأحاديث في الصحيح وغيره إطلاق لفظ كتب بمعنى أمر، منها حديث ابن عباس أن النبي ﷺ كتب إلى قيصر، وحديثه كتب إلى النجاشي وحديثه كتب إلى كسرى، وحديث عبد الله بن عكيم كتب إلينا رسول الله، وغير هذه الأحاديث كلها محمولة على أنه أمر الكاتب، ويشعر بذلك هنا قوله في بعض طرقه: لما امتنع الكاتب أن يمحو لفظ محمد رسول الله، قال له النبي ﷺ: أرني فمحاه فإن ظاهره أنه لو كان يعرف الكتابة لما احتاج إلى قوله: أرني، فكانه، أراه الموضع الذي أبي أن يمحوه، فمحاه هو ﷺ بيده، ثم ناوله لعلي فكتب بأمره: ابن عبد الله، بدل: رسول الله، وأجاب بعضهم على تقدير حمله على ظاهره، أنه كتب ذلك اليوم غير عالم بالكتابة، ولا بتمييز حروفها، لكنه أخذ القلم بيده فخط به، فإذا هو كتابة ظاهرة على حسب المراد، وذهب إلى هذا القاضي أبو جعفر السمناني، وأجاب بعضهم بأنه ليس في ظاهر الحديث إلا أنه كتب محمد بن عبد الله، وهذا لا يمتنع أن يكتبه الأمي كما يكتب الملوك علامتهم وهم أميون.

وأما الشعر فكان نظمه محرماً عليه باتفاق، لكن فرق البيهقي وغيره بين الرجز وغيره من البحور، فقالوا يجوز له الرجز دون غيره، وفيه نظر، فإن الأكثر على أن الرجز ضرب من الشعر، وإنما ادعى أنه ليس بشعر الأخشش، وأنكره ابن القطان وغيره، وإنما جرى البيهقي لذلك ثبوت قوله ﷺ يوم حنين: أنا النبي لا كذب، أنا ابن عبد المطلب، فإنه من بحور الرجز، ولا حائز أن يكون مما تمثل به كما سيأتي لأن غيره لا يقول: أنا النبي، ويزيل عنه الإشكال أحد أمرين، إما أنه لم يقصد الشعر =

عَلَّمَنَاهُ الشُّعْرَ وَمَا يَنْبَغِي لَهُ ﴿ [يس: ٦٩]، وإنما يتجه القول بتحريمهما ممن يقول: إنه - عليه السَّلام - كان يحسنهما وقد اختلفوا فيه .

فقبيل: كان يحسنهما لكنه كان يمتنع منهما، والأصح: أنه كان لا يحسنهما .

ومنها: كان - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - يُحْرَمُ عليه إذا لبس لأُمَّتَهُ<sup>(١)</sup> أن ينزعها، حتى يَلْقَى العدوَّ، وَيُقَاتِلَ .

= فخرج موزوناً، وقد ادعى ابن القطاع وأقره النووي الإجماع على أن شرط تسمية الكلام شعراً أن يقصد له قائله، وعلى ذلك يحمل ما ورد في القرآن والسنة، وإما أن يكون القائل الأول قال: أنت النبي لا كذب، فلما تمثل به النبي ﷺ غيره، والأول أولى، هذا كله في إنشائه، ويتأيد ما ذهب إليه البيهقي بما أخرجه ابن سعد بسند صحيح عن معمر عن الزهري قال: لم يقل النبي ﷺ شيئاً من الشعر قيل قبله، أو يروى عن غيره، إلا هذا، وهذا يعارض ما في الصحيح عن الزهري أيضاً لم يبلغنا أن النبي ﷺ تمثل ببيت شعر تام غير هذه الأبيات، زاد ابن عائد من وجه آخر عن الزهري: إلا الأبيات التي كان يرتجز بهن وهو ينقل اللبن لبناء المسجد، وأما إنشاده متمثلاً فجانز، ويدل عليه حديث عبد الله بن عمرو عن النبي ﷺ قال: ما أبالي شربت ترياقياً، أو تعلقت بتيممة أو قلت الشعر من قبل نفسي، أخرجه أبو داود وغيره، فقوله: من قبل نفسي احتراز عما إذا أنشده متمثلاً، وقد وقع في الأحاديث الصحيحة من ذلك، كقوله: أصدق كلمة قالها الشاعر قول لبيد، ألا كل شيء ما خلا الله باطل، متفق عليه من حديث أبي هريرة، وحديث عائشة: كان النبي ﷺ يتمثل بشعر ابن رواحة، وحديثها: كان رسول الله ﷺ إذا استراب الخبير يتمثل بقول طرفة: ويأتيك بالأخبار من لم تزود، صححه الترمذي، وأخرجه البزار من حديث ابن عباس أيضاً، وأما ما أخرجه ابن أبي حاتم وغيره من مرسل الحسن البصري: أنه ﷺ كان يتمثل بهذا البيت: كفى بالإسلام والشيب ناهياً، فقال له أبو بكر: كفى الشيب والإسلام للمرء ناهياً، فأعادها كالأول، فقال: أشهد أنك رسول الله، وما علمناه الشعر وما ينبغي له، فهو مع إرساله فيه ضعف، وهو رواه عن الحسن: علي بن زيد بن جدعان، وأما ما رواه البيهقي في الدلائل: أنه ﷺ قال للعباس بن مرداس: أنت القائل: أتجعل نهبي ونهب العبيد بين الأقرع وعيينة، فقال: إنما هو بين عيينة والأقرع، فقال: هما سواء، فإن السهيلي قال في الروض: أنه ﷺ قدم الأقرع، على عيينة، لأن عيينة وقع له أنه ارتد ولم يقع ذلك للأقرع، وروى الحاكم والبيهقي والخطيب من طريق عبد الله بن مالك النحوي مؤدب القاسم بن عبيد الله، عن علي بن عمرو الأنصاري عن ابن عيينة عن الزهري، عن عروة عن عائشة قالت: ما جمع رسول الله ﷺ بيت شعر قط إلا بيتاً واحداً: فقال بما تهوى تكن فلفل ما يقال لشيء كان ألا تحقق، قالت عائشة: لم يقل تحقفاً، لثلا يعربه فيصير شعراً، قال البيهقي: لم أكتب إلا بهذا الإسناد، وفيه من يجهل حاله، وقال الخطيب: غريب جداً، والله أعلم .

(١) اللامة بهمزة ساكنة الدرر ويجمع على لأم كشمرة وثمر ولؤم كرطب وهذا الثاني على غير قياس فإنه جمع لؤمة بضم اللام قاله في المهمات قال في الخادم ويعني بها أيضاً السلاح كله كما قال الأزهري وحكاه عنه ابن مالك في كتاب الهمز .

والحديث، علقه البخاري [٣٣٩/١٣] مختصراً، ووصله أحمد والدارمي وغيرهما من حديث =

وعن رواية الشيخ أبي علي أنه كان ذلك مكروهاً لا محرماً، والمشهورُ الأوَّلُ.

قال في «التهذيب»: وقد قيل بناءً عليه إنه كان - عليه السَّلامُ - لا يَبْتَدِيءُ تطوعاً إلا لزمه إتمامه<sup>(١)</sup>.

ومنها: قال في «الإصباح»: كان لا يجوزُ له مَدُّ الْعَيْنِ إلى ما متع به الناس، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَمُدَّنَّ عَيْنَيْكَ﴾ الآية [طه: ١٣١].

ومنها: حَائِثَةُ الْأَعْيُنِ، مُحَرَّمَةٌ عليه، قال - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: «مَا يَنْبَغِي لِنَبِيِّ حَائِثَةَ الْأَعْيُنِ»<sup>(٢)</sup> وَقَسْرُوهَا بالإيماء إلى مباح من ضرب أو قتل على خلاف ما يظهر

= جابر: أنه ليس لنبي إذا لبس لأمته أن يضعها حتى يقاتل، وفيه قصة، وأخرجها أصحاب المغازي موسى بن عقبة عن ابن شهاب، وابن إسحاق عن شيوخه، وأبو الأسود عن عروة، وفيه من الزيادة: لا ينبغي لنبي إذا أخذ لامة الحرب واكتفى الناس بالخروج إلى العدو، أن يرجع حتى يقاتل، وله طريق أخرى بإسناد حسن عند البيهقي [٤١/٧] والحاكم [١٢٨/٢ - ١٢٩] من حديث ابن عباس.

(١) قال الشيخ البلقيني هذا ضعيف ففي سنن الدارقطني عن عكرمة قال قالت عائشة رضي الله عنها دخل علي النبي ﷺ فقال عندكم شيء فقلت لا قال: إذن صوم. ودخل علي يوماً آخر فقال: عندكم شيء فقلت نعم فقال: إذا افطر وإن كنت قد فرضت الصوم قال الدارقطني هذا إسناد حسن صحيح وفيه عن عائشة بنت طلحة عن عائشة أم المؤمنين كان النبي ﷺ يأتينا فيقول هل عندكم شيء غداً فإن قلنا نعم تغدي وإن قلنا لا قال إني صائم وأنه أتانا ذات يوم قد أهدي لنا حيس فقلنا يا رسول الله قد أهدي لنا حيس وإنما قد خباناه لك قال إني أصبحت صائماً قال الدارقطني وروي من طريق ضعيفة وأدى يوماً مكانه.

(٢) رواه أبو داود [٢٦٨٣ - ٤٣٥٩] والنسائي [١٠٥/٧ - ١٠٦] والبخاري [٤٥/٣] والبيهقي [٤٠/٧]، من حديث سعد بن أبي وقاص في قصة الذين أمر النبي ﷺ بقتلهم يوم فتح مكة، وفيه: أن عبد الله بن سعد بن أبي سرح منهم، وأن عثمان استأمن له النبي ﷺ، فأبى أن يبايعه ثلاثاً ثم بايعه، ثم قال لأصحابه: أما كان فيكم رجل رشيد يقوم إلى هذا، حيث رأيته كففت يدي عنه فيقتله، قالوا: وما يدرينا ما في نفسك يا رسول الله هلا أومأت إلينا بعينك، قال: إنه لا ينبغي لنبي أن تكون له حائثة الأعين، إسناده صالح، وروى أبو داود والترمذي والبيهقي من طريق أخرى عن أنس قال: غزوت مع رسول الله فحمل علينا المشركون حتى رأينا خيلنا وراء ظهورنا، وفي القوم رجل يحمل علينا فيدقنا ويحطمنا، فهزمهم الله، فقال رجل: إن علي نذراً إن جاء الله بالرجل أن أضرب عنقه، فجاء الرجل ثانياً، فأمسك رسول الله لا يبايعه، فجعل الرجل الذي حلف يتصدى له ويهايه أن يقتل الرجل، فلما رأى رسول الله أنه لا يصنع شيئاً بايعه، فقال الرجل: نذري؟ فقال: إني لم أمسك عنه منذ اليوم إلا لتوفي بنذرك، فقال: يا رسول الله ألا أومضت إلي، فقال: إنه ليس لنبي أن يومض، وروى ابن سعد من طريق علي بن زيد عن سعيد ابن المسيب قال: أمر النبي ﷺ بقتل ابن أبي سرح وابن الزبير وابن خطل، فذكر القصة، قال: وكان رجل من الأنصار نذر إن رأى ابن أبي سرح أن يقتله، فذكر قصة استيमान عثمان له، وكان =



ويشعر به الحال، وإنما قيل له: حَائِنَةٌ الْأَعْيُنِ؛ لأنه يشبه الخيانة من حيث إنه يخفي، ولا يحرم ذلك على غيره إلا في مَحْظُورٍ.

واستدل صاحب «التَّلْخِصِ» بتحريم خائنة الأعين على أنه لم يكن له أن يخدع في الحرب، وخالفه المعظم لما اشتهر أنه كان إذا أراد سفراً وَرَى بِغَيْرِهِ<sup>(١)</sup>.

وفي «الْجُرْجَانِيَّاتِ» ذَكَرَ وَجْهَيْنِ فِي أَنَّهُ هَلْ كَانَ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَصَلِّيَ عَلَى مَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ؟. وطريقين في أنه هل يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَصَلِّيَ مَعَ وَجُودِ الضَّامِنِ<sup>(٢)</sup>. قال: ولم يكن له

= أخاه من الرضاة، ثم قال رسول الله ﷺ للأنصاري: هلا وفيت بذكرك، قال: يا رسول الله استنظرتك فلم تومض لي، فقال: الإيماء خيانة، وليس لنبي أن يومي (فائدة) حكى سبط ابن الجوزي في مرآة الزمان، أن الأنصاري عباد بن بشر.

قوله: وقيل بناءً عليه إنه كان لا يبتدي متطوعاً إلا لزمه إتمامه، قلت: لم أزل لهذا دليلاً إلا إن يؤخذ من حديث صلواته الركعتين بعد العصر، وقول عائشة: كان إذا عمل عملاً أثبته، وفي الاستدلال بذلك نظر قاله الحافظ.

(١) متفق عليه من حديث كعب بن مالك.

(٢) قال النووي الصواب الجزم بجوازه مع الضامن، ثم نسخ التحريم، فكان ﷺ بعد ذلك يصلي على من عليه دين ولا ضامن له، ويوفيه من عنده. والأحاديث الصحيحة مصرحة بما ذكرته والله أعلم.

كان رسول الله ﷺ يؤتى بالرجل المتوفى عليه الدين فيسأل: هل ترك لدينه قضاء فإن حدث أنه ترك وفاء صلى عليه وإن قيل لا قال للمسلمين: صلوا على صاحبكم فلما فتح الله عليه الفتوح قام فقال: أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم فمن توفي من المؤمنين فترك ديناً فعلي قضاؤه ومن ترك مالا فهو لورثته. متفق عليه (أخرجه البخاري في الصحيح ٤/٤٧٧)، كتاب الكفالة وباب الدين، الحديث (٢٢٩٨) و (مسلم في الصحيح ٣/١٢٣٧) وكتاب الفرائض وباب من ترك مالا فلورثته والحديث (١٦١٩/١٤).

قال الحافظ قوله: يجوز له أن يصلي على من عليه دين مطلقاً أو مع وجود الضامن، قال النووي في زيادته: الصواب الجزم بجوازه مع الضامن، ثم نسخ التحريم مطلقاً، إلى أن قال: والأحاديث مصرحة بذلك، انتهى. وكذا قال البيهقي: كان ﷺ لا يصلي على من عليه دين لا وفاء له، ثم نسخ، واحتج بما في الصحيحين عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ كان يؤتى بالمتوفى عليه الدين، فيسأل هل ترك لدينه مع قضاء، فإن قيل إنه ترك وفاء صلى عليه، وإلا فلا، فلما فتح الله عليه الفتوح قام، فقال: أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم. فمن توفي وترك ديناً فعلي وفاؤه، ومن ترك مالا فلورثته، وفي الباب عن سلمة بن الأكوع عند البخاري، وعن أبي قتادة في أبي داود والترمذي، وعن ابن عمر في الطبراني الأوسط، وعن أبي أمامة وأسماء في الكبير، وعن ابن عباس في الناسخ للحازمي، وعن أبي سعيد عند البيهقي، وفي حديث سلمة أن الضامن كان قتادة، وفي حديث أبي سعيد أن الضامن كان علياً، ويحمل على تعدد القصة، واختلف في الحكمة في ذلك، فقيل كان تأديباً للأحياء لئلا يستأكلوا أموال الناس، وقيل: لأن صلواته تطهير للميت، وحق الأدمي ثابت فلا تطهير منه، فيتأنيان، وقيل: كانت عقوبة في أمر=

أَنْ يَمُنَّ لَيْسَتْ كَثْرًا، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَمُنُّنَ تَسْتَكْبِرُ﴾ [المدرثر: ٦] أَي لَا تَعَطَّ شَيْئًا، فَتَأْخُذَ أَكْثَرَ مِنْهُ.

قَالَ الْمُفَسِّرُونَ: وَهَذَا خَاصَّةٌ لِلنَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَإِمْسَاكُ مَنْ كَرِهَتْ نِكَاحَهُ، وَنِكَاحُ الْحُرَّةِ الْكِتَابِيَّةِ وَالْأَمَةِ عَلَى وَجْهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْقِسْمُ الثَّانِي: الْمُحْرَمَاتُ الْمُتَعَلِّقَةُ بِالنِّكَاحِ.

فَمَتَاهَا: إِمْسَاكُ مَنْ كَرِهَتْ نِكَاحَهُ، وَرَغِبَتْ عَنْهُ، وَاسْتَشْهَدَ لَهُ بِأَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - نَكَحَ امْرَأَةً ذَاتَ جَمَالٍ، فَلَقَنْتُ أَنْ تَقُولَ لِرَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: أَعُوذُ بِاللَّهِ مِنْكَ.

وَقِيلَ لَهَا: إِنَّ هَذَا كَلَامٌ يُعْجِبُهُ، فَلَمَّا قَالَتْ ذَلِكَ، قَالَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَقَدْ اسْتَعَدَّتْ، بِمَعَاذِ، الْحَقِيقِيِّ بِأَهْلِكَ»<sup>(١)</sup>.

ومنها: هل كان يحلُّ له نِكَاحُ الْكِتَابِيَّةِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

= الدين أصلها المال، ثم نسخ التأديب بالمال وما تفرع عنه.

(١) قَالَ الْحَافِظُ: قَالَ ابْنُ الصَّلَاحِ فِي مَشْكَلِهِ: هَذَا الْحَدِيثُ أَصْلُهُ فِي الْبُخَارِيِّ مِنْ حَدِيثِ أَبِي سَعِيدٍ السَّاعِدِيِّ فِيهِ الْوَاقِدِيُّ وَهُوَ مَعْرُوفٌ بِالضَّعْفِ، وَمِنَ الْوَجْهِ الْمَذْكُورِ أَخْرَجَهُ الْحَاكِمُ وَلَفْظُهُ عَنِ حَمْرَةَ بِنِ ابْنِ أَبِي أُسَيْدٍ عَنْ أَبِيهِ قَالَ تَزَوَّجَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَسْمَاءَ بِنْتَ النَّعْمَانِ الْجُونِيَّةِ فَأَرْسَلَنِي فَجِئْتُ بِهَا، فَقَالَتْ حَفْصَةُ لِعَائِشَةَ: أَخْضَبُهَا أَنْتَ، وَأَنَا أَمْشِطُهَا، فَفَعَلْتَا، ثُمَّ قَالَتْ لَهَا إِحْدَاهُمَا إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ يُعْجِبُهُ مِنَ الْمَرْأَةِ إِذَا دَخَلْتَ عَلَيْهِ أَنْ تَقُولَ: أَعُوذُ بِاللَّهِ مِنْكَ، فَلَمَّا دَخَلْتَ عَلَيْهِ أَغْلَقَ الْبَابَ وَأَرَخَى السِّتْرَ، ثُمَّ مَدَّ يَدَهُ إِلَيْهَا، فَقَالَتْ: أَعُوذُ بِاللَّهِ مِنْكَ، فَقَالَ بِكُمْ عَلَى وَجْهِهِ فَاسْتَبْرَبَ، وَقَالَ: عَدْتُ بِمَعَاذِ، ثُمَّ خَرَجَ عَلَيَّ فَقَالَ: يَا أَبَا أُسَيْدٍ الْحَقِيقَةُ بِأَهْلِهَا، وَمَتَعَهَا بِرَازِقِيَيْنِ، فَكَانَتْ تَقُولُ: ادْعُونِي الشَّقِيَّةَ، وَفِي رِوَايَةِ لِلْوَاقِدِيِّ أَيْضًا مَنْقُوعَةٌ: أَنَّهُ دَخَلَ عَلَيْهَا دَاخِلَ مِنَ النِّسَاءِ وَكَانَتْ مِنَ أَجْمَلِ النِّسَاءِ، فَقَالَتْ: إِنَّكَ مِنَ الْمَلُوكِ، فَإِنْ كُنْتَ تَرِيدُنِي أَنْ تَحْظِيَ عِنْدَهُ فَاسْتَعِيزِي مِنْهُ - الْحَدِيثُ - وَأَصْلُ حَدِيثِ أَبِي أُسَيْدٍ عِنْدَ الْبُخَارِيِّ [٥٢٥٤] كَمَا قَالَ ابْنُ الصَّلَاحِ، وَعِنْدَهُ وَعِنْدَ مُسْلِمٍ مِنْ حَدِيثِ سَهْلِ بْنِ سَعْدٍ نَحْوَهُ، وَسَمَّاها أَمِيمَةُ بِنْتُ النَّعْمَانِ بْنِ شَرَاهِيلَ، وَفِي ظَاهِرِ سِيَاقِهِ مَخَالَفَةٌ لِسِيَاقِ أَبِي أُسَيْدٍ، وَيُمْكِنُ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا، وَهُوَ أَوْلَى مِنْ دَعْوَى التَّعَدُّدِ فِي الْجُونِيَّةِ، وَلِلشَّيْخَيْنِ أَيْضًا مِنْ حَدِيثِ عَائِشَةَ أَنَّ ابْنَةَ الْجَوْنِ لَمَّا دَخَلَتْ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَدَنَا مِنْهَا قَالَتْ: أَعُوذُ بِاللَّهِ مِنْكَ، وَسَمَّاها ابْنُ مَاجَةَ مِنْ هَذَا الْوَجْهِ: عَمْرَةَ، وَرَجَّحَ ابْنُ مَنْدَةَ: أَقِيمَةَ وَقِيلَ اسْمُهَا الْعَالِيَّةُ، وَقِيلَ فَاطِمَةُ، وَوَقَعَ نَحْوُ هَذَا الْقِصَّةِ فِي النِّسَائِيِّ، وَقَالَ: إِنَّهَا مِنْ كَلْبٍ، وَالْحَقُّ أَنَّهَا غَيْرُهَا، لِأَنَّ الْجُونِيَّةَ كَنْدِيَّةٌ بِإِلَّا خِلَافٍ، وَأَمَّا الْكَلْبِيَّةُ فَفِي سِنَاءِ بِنْتِ سَفْيَانَ بْنِ عَوْفِ بْنِ كَعْبِ بْنِ عَيْدِ بْنِ أَبِي بَكْرِ بْنِ كَلَابٍ، حَكَاهُ الْحَاكِمُ وَغَيْرُهُ.

أَحَدُهُمَا: ويحكى عن أبي إسحاق -: نَعَمْ، كَأَلَمَةٍ، وكما كان يحل له ذَبَائِحُ أهل الكتاب.

وأصحهما: المنع، وبه قال ابن سريج والقاضي أبو حامد والإضطخري؛ رحمهم الله تعالى لأنها نكراهية صحبته؛ ولأنه أشرف من أن يضع ماءه في رحمهما، وهي كآفة؛ ولأنه - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «زَوْجَاتِي فِي الدُّنْيَا، زَوْجَاتِي فِي الآخِرَةِ»<sup>(١)</sup>، والجنة مُحَرَّمَةٌ عَلَى الكافرين، لكن القائل الأول قال: لو نكح كتابية لهديت إلى الإسلام كرامة للنبي - ﷺ -، ويجري الوجهان في التَّسْرِي بِالْأَمَةِ الكتابية.

وهل كان يحل له نكاح الأمة المسلمة؟ فيه وجهان:

أحدهما: وَيُحْكَى عن ابن أبي هريرة -: نعم، كما يحل للأمة، والنكاح أوسع عليه من الأمة.

وأصحهما: المنع، وقد قطع به قاطعون. ووجه المنع بأن نكاح الأمة<sup>(٢)</sup> هنا مَشْرُوطٌ بالخوف من العنت، والنبي - ﷺ - مَغْضُومٌ، وبفقدان طول الحرة ونكاحه - ﷺ - مستغن عن المهر ابتداءً وانتهاءً، ولأن من نكح أمة كان ولده منها رقيقاً، ومنصب النبي - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - مُتَنَزَّهٌ عن مثل ذلك.

لكن من جَوَّزَ له نكاح الأمة قال: خَوْفُ الْعَنْتِ، إنما يشترط في حَقِّ الأمة، وفي اشتراط فقدان الطول تَرَدَّدٌ عن الشيخ أبي مُحَمَّدٍ وغيره. وأما رق الولد ففي التزامه وَجْهٌ مُسْتَبَعَدٌ، والصحيح أنه لو نكح أمة كان لا يرق ولده منها<sup>(٣)</sup>، وإن قلنا بجريان الرق على العرب، وفيه قولان يذكران في موضعهما. وعلى هذا فعن أبي عاصم العبادي: أن عليه الْقِيَمَةَ رِغَايَةً لِحَقِّ المولى.

(١) قال المحافظ: لم أجده بهذا اللفظ، وفي البخاري عن عمار أنه ذكر عائشة فقال: إني لأعلم أنها زوجة نبيكم في الدنيا والآخرة، وأخرجه أبو الشيخ في كتاب السنة من حديثه مرفوعاً، وفي البيهقي عن حذيفة أنه قال لامرأته: إن سرك أن تكوني زوجتي في الجنة، فلا تتزوجي بعدي، فإن المرأة لآخر أزواجها في الدنيا، فلذلك حرم على أزواج النبي ﷺ أن ينكحن بعده، لأنهن زوجاته في الجنة، وفي المستدرک عن عبد الله بن أبي أوفى مرفوعاً: سألت ربي أن لا أزوج أحداً من أمتي، ولا أتزوج إليه: إلا كان معي في الجنة، فأعطاني، أخرجه في ترجمة علي، وفي الطبراني في الأوسط من طريق عروة عن عبد الله بن عمر مثله، وفي ملاقاته لحديث الباب تكلف والحديث عند الحاكم ١٣٧/٣.

(٢) في ز: النكاح هنا. (٣) في ز ولده منها لا يرق.

وعن القاضي حُسَيْن: أنه لا يلزمه قيمة الولد بخلاف ولد المغرور؛ لأن هناك فات الرُق عليه، وها هنا لا يمكن تقدير الرق ويوافق هذا ما حكاه الإمام - رَحِمَهُ اللَّهُ - أنه لو قدر نكاح غرور في حق النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لم يَلْزَمُهُ قِيَمَةُ الْوَلَدِ؛ لأنه مع العلم بالحال لا ينعقد رقيقاً، ولا ينتهض الظَّنُّ دافعاً للرق، وَطَرَدَ الحِنَاطِيُّ الوجَهِين: في أنه هل كان يحل له نِكَاحُ أَلَمَةِ الْكِتَابِيَّةِ؟.

وأما وَطُؤُهَا بِمَلِكِ الْيَمِينِ، فأظهر الوجَهِين: جِلَّهُ، وبه أجاب الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ. وقوله في الكتاب: «وإمساك من كَرِهَتْ نِكَاحَهُ، ونكاح الحرة الكتابية والأمة، على وجه» لم يرذ به عود الوجه إلى المسائل الثلاث، وإنما أراد الخلاف في المسألتين الأخيرتين، لكن يمكن رده إلى المسألة الأولى أيضاً؛ لأن في شرح الجويني ذَكَرَ وَجْهَ غَرِيبٌ أنه كان لا يحرم عليه إمساك من كَرِهَتْ نِكَاحَهُ، وإنما يفارقها تَكْرُمًا. قَالَ الْغَزَالِيُّ: (أَمَّا التَّخْفِيفَاتُ) فَقَدْ أُحِلَّ لَهُ الْوِصَالُ وَصَفِيَّةُ الْمَغْتَمِ، وَالْأَسْتِئْذَانُ بِالْخُمْسِ، وَدُخُولُ مَكَّةَ بِغَيْرِ إِحْرَامٍ، وَجَعْلُ مِيرَاثِهِ صَدَقَةً.

قال الرَّافِعِيُّ: النوع الثالث: التخفيفات والمباحات، وما أبيح له دون غيره قسمان أيضاً: أحدهما: القسم الأول: ما يتعلق بغير النكاح، فمنه الوِصَالُ في الصُّومِ فهو مُبَاحٌ<sup>(١)</sup> للنبي - ﷺ - مَكْرُوهٌ للأمة على ما مرَّ في الصُّومِ». ومنه: اصطفاء ما يختاره من الغنيمة قبل القسمة من جارية وغيرها<sup>(٢)</sup>، ويقال:

(١) سبق حديثه في الصيام، وهو في الصحيحين عن أنس وابن عمر وأبي سعيد وأبي هريرة وعائشة، وليس المراد بخصوصيته بإباحته مطلق الوصال، لأن في بعض طرقه: فأيكم أراد فليواصل إلى السحر، ولا ينتهض دليل تحريم الوصال أيضاً وإنما حرف المسألة أنه كان له أن يتقرب به وليس ذلك لغيره، والله أعلم.

(٢) قال الحافظ قوله: ومنه اصطفاء ما يختاره من الغنيمة قبل القسمة من جارية وغيرها إلى أن قال: ومن صفاياها صفة بنت حبي اصطفاها وأعتقها فتزوجها، وذو الفقار، انتهى أما الأول: فروى أبو داود والنسائي من طريق عامر الشعبي مرسلًا قال: كان لرسول الله ﷺ سهم يدعى الصفي إن شاء عبداً، وإن شاء أمة، وإن شاء فرساً يختاره قبل الخمس، ومن طريق ابن عون سألت ابن سيرين عن سهم النبي ﷺ سهم الصفي، قال: كان يضرب للنبي ﷺ بسهم مع المسلمين وإن لم يشهد، والصفي يؤخذ له رأس من الخمس قبل كل شيء، وهذا مرسل أيضاً، وأما الثاني: فقال ابن عبد البر: سهم الصفي مشهور في صحيح الآثار، معروف عند أهل العلم، ولا يختلف أهل السير في أن صفة منه، وأجمعوا على أنه خاص به، انتهى ونقل القرطبي عن بعض العلماء أنه للإمام بعده، وروى أبو داود من طريق هشام عن أبيه عن عائشة قالت: كانت صفة من الصفي، وأخرجه ابن حبان والحاكم، وفي الصحيحين البخاري [٥٠٨٦] مسلم [١٣٦٥] عن أنس أن النبي ﷺ أعتق صفة وجعل عتقها صداقها، وفي البخاري عن عمرو بن أبي عمرو عن أنس في قصة =

لذلك الْمُخْتَارُ: الصَّفِيُّ وَالصَّفِيَّةُ، والجمع: الصَّفَايَا.

ومن صفاياه - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - صَفِيَّةُ بِنْتُ حُيَيِّ، اصطفاها، وأعتقها، وتزوجها، وَذُو الْفَقَّارِ. ومنه خمس خمس من الفيء والغنيمة، كان لرسول الله ﷺ -.

والاستبداً<sup>(١)</sup> بِأَرْبَعَةِ الْأَخْمَاسِ مِنَ الْفِيءِ كَانَتْ لَهُ - أَيْضاً - عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنْ «قِسْمِ الْفِيءِ وَالْغَنِيمَةِ». ومنه: دُخُولُ مَكَّةَ بِغَيْرِ إِحْرَامٍ، كَانَ مَبَاحاً لَهُ، نَقَلَهُ صَاحِبُ «التَّلْخِيصِ» وَغَيْرِهِ، وَفِي حَقِّ الْأُمَّةِ خِلَافٌ مَذْكُورٌ فِي «الْحَجِّ».

ومنه: أَنَّ مَالَهُ لَا يورث روي عنه - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنَّهُ قَالَ: «إِنَّا مَعَاشِرَ الْأَنْبِيَاءِ لَا نُورَثُ»<sup>(٢)</sup>. ثم حكى الإمام وجهين:

أحدهما: أَنَّ مَا تَرَكَه بَاقٍ عَلَى مَلِكِهِ يَنْفَقُ مِنْهُ عَلَى أَهْلِهِ، كَمَا كَانَ يَنْفَقُ مِنْهُ فِي

قال: فاصطفاها لنفسه، ومن طريق حماد بن زيد عن ثابت عن أنس كانت صفية في السبي فصارت إلى دحية، ثم صارت إلى النبي ﷺ، ومن طريق عبد العزيز بن صهيب في قصة خير، وأخذ دحية صفية، فجاء رجل، فذكر الحديث، فدعاها فقال لدحية: خذ جارية من السبي غيرها، وفي مسلم من طريق حماد بن سلمة عن ثابت عن أنس أنه اشتراها من دحية بسبعة رؤوس، وقال النووي في شرحه: يحمل على أنه اصطفاها لنفسه بعد ما صارت لدحية، جمعاً بين الأحاديث والله أعلم، وقال المنذري: والأولى أن يقال: كانت صفية فيئاً لأنها كانت زوج كنانة بن الربيع، وكانوا صالحوا رسول الله ﷺ وشرط عليهم أن لا يكتموه عنا، فإن كتموه فلا ذمة لهم، ثم غير عليهم فاستباحهم وسباهم، ذكر ذلك أبو عبيد وغيره، قال: وصفية ممن سبي من نساءهم بلا شك، وممن دخل أولاً في صلحهم، فقد صارت فيئاً لا يخمس، وللإمام وضعه حيث أراه الله، وأما ذو الفقار فرواه أحمد والترمذي [١٥٦١] وابن ماجه [٢٨٠٨] رواه أحمد [٢٤٤٥] والطبراني [١٠٧٣٣] والحاكم [٣٩/٣] من حديث ابن عباس: أنه ﷺ تنفل سيفه ذا الفقار يوم بدر، وهو الذي رأى فيه الرؤيا يوم أحد، وفي الطبراني عن ابن عباس: أن الحجاج بن عكاظ أهدى لرسول الله ﷺ ذا الفقار، إسناده ضعيف، واعترض على الرافعي هنا بأنه يرى أن غنيمة بدر كانت كلها لرسول الله ﷺ يقسمها برأيه، فكيف يلتزم مع قوله: إن ذا الفقار كان من صفاياه، والكلام في الصفي إنما هو بعد فرض الخمس، وعلى هذا فيحمل قول ابن عباس تنفل بمعنى أنه أخره لنفسه ولم يعطه أحداً.

(١) وفي لفظ الاستبداً شدة في التعبير.

(٢) تقدم في باب القسمة والغنيمة، وهذا اللفظ أيضاً للطبراني في الأوسط، وقال الحميدي في مسنده ناسفيان بن عيينة عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ: إنا معشر الأنبياء لا نورث، ما تركنا فهو صدقة.

قال الحافظ: فائدة نقل ابن عبد البر عن قوم من أهل البصرة منهم إبراهيم ابن علي: أن هذا من خصائص النبي ﷺ، والصحيح أنه عام في جمع الأنبياء لهذا الحديث، وتمسك المذكورون بظاهر قوله تعالى ﴿وورث سليمان داود﴾ ويقولون حكاية عن يعقوب ﴿فهب لي من لدنك ولياً يرثني﴾ وأجيب بأنه محمول على وراثته النبوة والعلم والدين، لا في المال والله أعلم.

حياته. قال: وهذا هو الصَّحِيحُ.

والثاني: أن ما خلفه سبيله سبيل الصدقات؛ لما روي أنه - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قال: «إِنَّا مَعَاشِرَ الْأَنْبِيَاءِ لَا نُورَثُ مَا تَرَكَنَاهُ صَدَقَةٌ» وهذا ما أورده أبو العباس الرُّوْيَانِيُّ في «الْجُزْجَانِيَّاتِ»، ثم حكى وجهين في أنه هل يصير وقفاً على ورثته؟ ووجهين لو صار وقفاً من أنه هل هو الواقف بقوله ﷺ: «مَا تَرَكَنَاهُ صَدَقَةٌ»، ويجوز أن يعلم في الكتاب بالوإو، لما ذكرنا<sup>(١)</sup>.

قوله في الكتاب: «وجعل ميراثه صدقة»، ثم صاحب الكتاب جعل هذه الخَصْلَةَ من جملة التخفيفات، وكان المعنى فيه أن جعله صدقة لا يورث زيادة للقربة<sup>(٢)</sup>، ورفعاً للدرجات<sup>(٣)</sup>. والأكثرون عدوها من الكرامات وهي من النوع الرابع من خصائصه - صلى الله عليه وسلم - [لا] مما اختص به من التخفيفات. وكان له أن يقضي بعلم نفسه<sup>(٤)</sup>، وفي غيره قولان مشهوران، وأن يحكم لنفسه ولولده<sup>(٥)</sup>، وأن يشهد لنفسه ولولده<sup>(٦)</sup>، وأن يقبل شهادة من يشهد له. ونقل أبو العباس الرُّوْيَانِيُّ في حكمه لنفسه ولولده وجهين.

وكان له أن يحمي لنفسه<sup>(٧)</sup>، والأئمة بعده لا يحمون لأنفسهم، كما سبق في «إحياء المَوَاتِ»، وأن يأخذ الطعام والشراب من المالك، وإن احتاج إليهما<sup>(٨)</sup>، وعليه البذل، ويفدي بمهجته مهجة رسول الله - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -؛ لأنَّ رسول الله -

(١) قال النووي: كل هذا ضعيف، والصواب الجزم بأنه زال ملكه، وأن ما تركه فهو صدقة على المسلمين لا يختص به الورثة. وكيف يصح غير ما ذكرته مع قوله ﷺ: «لا نورث ما تركناه فهو صدقة»؟ فهذا نص على زوال الملك.

(٢) في أ: القربة. (٣) في أ: الدرجات.

(٤) قال الحافظ: استدلل له البيهقي بحديث عائشة في قصة هند بنت عتبة، وقوله لها: خذي من ماله ما يكفيك، وسيأتي الكلام عليه في باب القضاء على الغائب إن شاء الله تعالى.

(٥) قال الحافظ: استدلوا له بعموم العصمة، ويلتحق بذلك حكمه وقتواه في حال الغضب، وقد ذكره النووي في شرح مسلم، ويمكن أن يأخذ الحكم من حديث خزيمة الآتي قريباً.

(٦) قال الحافظ: استدلوا لذلك بقصة خزيمة بن ثابت هي شهيرة أخرجها أبو داود والحاكم، وأعلها ابن حزم؛ وأغرب ابن الرفعة فزعم أنها مشهورة، وأنها في الصحيح، وكان مراده بذلك ما وقع في البخاري من حديث زيد بن ثابت. قال: فوجدتها مع خزيمة الذي جعل رسول الله ﷺ شهادته بشهادة رجلين، ذكرها في تفسير الأحزاب.

(٧) قال الحافظ: أما حماه لنفسه، فلم أره في شيء من الأحاديث.

(٨) قال الحافظ: لم أر وقوع في ذلك شيء من الأحاديث صريحاً، ويمكن أن يستأنس له بأن طلحة وقاه بنفسه يوم أحد؛ وبأن أبا طلحة كان يتقي بترسه دونه، ونحو ذلك من الأحاديث.

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أولى بالمؤمنين من أنفسهم. وكان لا ينتقض وضوءه بالتَّوْمِ (١).

وذكر أبو العباس فيه وجهاً آخرَ غريباً، وكذلك حكى وجهين في انتقاض وضوءه باللمس (٢)، وفيما حكى صاحب «التلخيص» أنه كان يجوز له أن يدخل المسجد جنباً، لم يسلمه القائل، وقال: لا أخاله صحيحاً (٣)، وأنه كان يجوز له القتل

(١) يدل عليه ما في الصحيحين البخاري [١١٤٧ - ٢٠١٣ - ٣٥٦٩]، مسلم [٧٣٨] عن عائشة مرفوعاً: «إن عيني تامان ولا ينام قلبي» وعن ابن عباس أنه ﷺ قام حتى نفخ، ثم قام فصلى ولم يتوضأ، وفي البخاري في حديث الإسراء من طريق شريك عن أنس: وكذلك الأنبياء تنام أعينهم ولا تنام قلوبهم.

(٢) قال الحافظ: قال النووي في زيادته: المذهب الجزم بانتقاضه، قلت: أجاب به بعض الشافعية على ما أورده عليهم الحنفية في أن اللمس لا ينتقض مطلقاً، بأن ذلك من خصائصه، لأن الحنفية احتجوا بأحاديث منها في السنن الكبرى بإسناد صحيح عن القاسم عن عائشة قالت: إن كان رسول الله ﷺ ليصلي، وإني لمعتضة بين يديه اعتراض الجنابة، حتى إذا أراد أن يوتر مسني برجله، وفي البزار من طريق عبد الكريم الجزري عن عطاء عن عائشة: أن رسول الله ﷺ كان يقبل بعض نسائه، ثم يخرج إلى الصلاة ولا يتوضأ، وإسناده قوي، نعم احتج بعض الشافعية بهذا الحديث على أن وضوء الملموس لا ينتقض، وهو قول قوي في المذهب.

(٣) قال النووي في زوائده هذا الذي قاله صاحب «التلخيص»، قد يحتج له بما رواه الترمذي [٣٧٢٩] عن عطية عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: قال النبي ﷺ: «يا علي لا يحل لأحد يجنب في هذا المسجد غيري وغيرك» قال الترمذي: حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه. قال الترمذي: قال ضرار بن سرد، معناه: لا يحل لأحد يستطرقة جنباً غيري وغيرك، وهذا التأويل الذي قاله ضرار، غير مقبول وقال إمام الحرمين: هذا الذي قاله صاحب «التلخيص» هو لا يدري من أين قاله، وإلى أي أصل أسنده. قال: القطع بتخطئته، وهذا كلام من لم يعلم الحديث المذكور، لكن قد يقدح قادح في الحديث بسبب عطية، فإنه ضعيف عند جمهور المحذنين، لكن قد حسنه الترمذي، فلعله اعتضد بما اقتضى حسنه كما تقرر لأهل هذا الفن، فظهر ترجيح قول صاحب «التلخيص» والله أعلم.

لعل مراد صاحب التلخيص بالدخول المكث لأنه المحرم على الأمة ونقل عن البيهقي أنه نبه على أن المحرم أنه هو المكث واعترض على ابن القاص وهذا واضح لا إشكال فيه.

قال الشيخ ولي الدين العراقي: إذا شاركه ﷺ في ذلك علي رضي الله عنه لم يكن من الخصائص.

وقد يقال من الخصائص بالنسبة لباقي الأمة قال الحافظ معقياً على كلام النووي السابق: ويمكن أن يدعي أن ذلك خاص بمسجده فلا يحل لأحد أن يستطرقة جنباً ولا حائضاً إلا النبي ﷺ وكذلك علي لأن بيته كان مع بيوت النبي ﷺ، ويدل على ذلك قول ابن عمر في الصحيح للذي سأله عن علي: انظر إلى بيته، وروى النسائي من حديث ابن عباس في فضائل علي قال: وكان يدخل المسجد وهو جنب، وهو طريقه ليس له طريق غيره، وضعف بعضهم حديث أبي سعيد بأن راويه عنه عطية وهو ضعيف، وفيه سالم بن أبي حفصة وهو ضعيف أيضاً، وأجيب بأنه يقوي بشواهد، ففي مسند البزار من حديث خارجه بن سعد عن أبيه ما يشهد له، وفي ابن ماجه =

بعد الأمان<sup>(١)</sup>، وخطئوه فيه. وقالوا: من يحرم عليه خائنة الأَعْيُنِ كيف يجوز له قَتْلُ من أُمَّتُهُ؟!.

وأنه كان يجوز له لَعْنُ من شاء من غير سَبَبٍ يقتضيه؛ لأن لعنته رحمة، واستبعده الأئمة أيضاً.

نعم روي عن أبي هريرة - رضي الله عنه - عن النبي - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ: «اللَّهُمَّ إِنِّي اتَّخَذْتُ عِنْدَكَ عَهْدًا لَنْ تُخْلِفَنِيهِ، فَإِنَّمَا أَنَا لَبَسْرٌ، فَأَيُّ الْمُؤْمِنِينَ آذَيْتَهُ أَوْ شَتَمْتَهُ أَوْ لَعَنْتَهُ، فَاجْعَلْهَا لَهُ صَلَاةً، وَرِزَاكَةً وَقُرْبَةً تُقَرِّبُهُ بِهَا إِلَيْكَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»<sup>(٢)</sup>.

فمن شتمه، أو لعنه جعل ذلك قرينة له بدعائه - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وهذا قَرِيبٌ من جعل الحُدُودِ كفارات لأهلها<sup>(٣)</sup>، واللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: وَالرِّبَاةُ عَلَى أَرْبَعِ نِسْوَةٍ، وَفِي الرِّبَاةِ عَلَى التَّنْعِ خِلَافٌ، وَكَذًا فِي فِي أَنْحِصَارِ طَلَاقِهِ فِي الثَّلَاثِ، وَيَتَمَقَّدُ نِكَاحُهُ بِلَفْظِ الْهَبَةِ وَبِغَيْرِ مَهْرٍ، وَإِذَا وَقَعَ بَصْرُهُ عَلَى أَمْرَةٍ فَرَعِبَ فِيهَا وَجَبَ عَلَى الزَّوْجِ طَلَاقُهَا لِيُنْكَحَهَا، وَفِي أُنْعَادِ نِكَاحِهِ بِغَيْرِ وِلِيِّ وَشُهُودٍ وَفِي الإِحْرَامِ خِلَافٌ (و)، وَلَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ الْقَسْمُ فِي زَوْجَاتِهِ.

قال الرَّافِعِيُّ: القسم الثاني من التخفيفات مما يتعلق بالنكاح:

فمنه: الزيادة على أَرْبَعِ نِسْوَةٍ:

= والطبراني من حديث أم سلمة مرفوعاً: إن هذا المسجد لا يحل لجنب ولا حائض، وأخرجه البيهقي بلفظ:، إن مسجدي حرام على كل حائض من النساء، وجنب من الرجال إلا على محمد وأهل بيته.

(١) قال الحافظ: لم أرَ لذلك دليلاً.

(٢) هو حديث صحيح أخرجه مسلم هكذا من طريق الأعرج عنه، وفي الصحيحين البخاري [٦٣٦١] مسلم [٢٦٠١] من طريق سعيد بن المسيب عن أبي هريرة بلفظ: اللهم فأيا مؤمن سببته، فاجعل ذلك له قرينة يوم القيامة، وفي الباب عن جابر أخرجه مسلم بلفظ: إنما أنا بشر وإني اشتربت على ربي أي عبد من المسلمين سببته أو شتمته أن يكون ذلك له زكاة وأجرأ، وفي رواية: ورحمة، بدل: وأجرأ، وعن عائشة وأنس أخرجه مسلم أيضاً، وعن أبي سعيد عند أحمد بن حنبل.

(٣) قال الحافظ: فيه حديث عبادة: فمن أصاب من ذلك شيئاً فعوقب به فهو كفارة له، مخرج في الصحيحين، وعند أبي داود من حديث أبي هريرة مرفوعاً: لا أدري الحدود كفارات لأهلها أم لا، وأجيب عنه بأنه علم ذلك بعد أن كان لا يعلمه، فإما أن يكون أبو هريرة أرسله، وإما أن يكون حديث عبادة متأخراً.



مات رسول الله - ﷺ - عن تسع<sup>(١)</sup> وهل كان له الزيادة على تسع<sup>(٢)</sup>؟ فيه

وجهان:

(١) قال الحافظ: هو أمر مشهور لا يحتاج إلى تكلف تخريج الأحاديث فيه، وهن عائشة ثم سودة ثم حفصة ثم أم سلمة ثم زينب بنت جحش ثم صفية ثم جويرة ثم أم حبيبة ثم ميمونة، واختلف في ربحانة هل كانت زوجة أو سرية، وهل ماتت في حياته أو بعده، ودخل أيضاً بخديجة ولم يتزوج عليها حتى ماتت، وبزينب أم المساكين وماتت في حياته قبل أن يتزوج صفية ومن بعدها وأما حديث أنس أنه تزوج خمس عشرة، ودخل منهن بإحدى عشرة، ومات عن تسع فقد قواه أيضاً في المختارة، وفي بعضه مغايرة لما تقدم، وأما من عقد عليها ولم يدخل بها، أو خطبها ولم يعقد عليها، فضبطنا منهن نحواً من ثلاثين امرأة، وقد حررت ذلك في كتابي في الصحابة.

(٢) الحكمة في تعدد زوجات الرسول ﷺ أكثر مما أباحه القرآن للمسلمين.

كثر القيل والقال في أمر تعدد زوجات الرسول عليه السلام وتساءل الناس كيف ساغ للرسول أن يتزوج تسعاً. وقد حرمت الشريعة ما زاد على الأربع. وهكذا تطاولوا على ذلك المقام المقدس مقام النبوة. كل شبهتهم تنحصر في أن من على القانون يختلجه الشك والريب إذا رأى أن المشرع قد اختص بما لم يباح لغيره. وكيف يتزوج الرسول تسعاً ويمنع غيره مما زاد على الأربع. وسنن الأنبياء تأبى ذلك. ألم تر إلى ما حكى الله عن شعيب «وما أريد أن أخالفكم إلى ما أنهاكم عن إن أريد إلا الإصلاح ما استطعت» وما هنا المخالفة واضحة.

واستعصى عليهم فهم جواز مخالفة القانون ولو بحجة الخصوصية. وما نحن نذكر ما فيه الكفاية لرد الشبهة وإزالة الإلباس وبيان الحكمة بدليل مقنع وحجة واضحة.

«تعداد المساواة بين ما أبيع للرسول وما أبيع المؤمنين».

حرم الله على الرسول أن يتزوج غير ما أبيع له الجمع منهن وأن يستبدل بهن من أزواج. وكان للمسلم بكل من الأربعة غيرها بحيث يتزوج غيرها ويطلقها والرسول محرم عليه ذلك قال تعالى: ﴿لا يحل لك النساء من بعد ولا أن تبدل بهن من أزواج ولو أعجبك حسنهن إلا ما ملكت يمينك﴾.

قال البيضاوي لا يحل لك النساء بعد اليوم حتى لو ماتت إحداهن لم يحل له نكاح أخرى.

وقال ابن عباس إن النبي ﷺ لما خيرهن فاخترن الله ورسوله شكر لهن ذلك وحرم عليه النساء سواهن ونهاه عن تطليقهن وعن الاستبدال بهن. فتبين منه أن القانون قد اشتدت وطأته على النبي ﷺ فجعل لهن أن يأمن الطلاق والاستبدال وسواهن لا يأمن طلاقاً أو استبدالاً. فكثرة العدد له ﷺ تقابل الحصر والمنع وقلة العدد عند المسلمين مقرونة بالتوسعة استبدالاً وطلاقاً فلتن ضيق على المسلمين في الكم فقد ضيق عليه في الكيف ولكن وسع عليه في الكم فقد وسع عليهم في الكيف فالمساواة متعادلة ضيقاً وسعة. وإذا نظرنا إلى ما تقدم أمكننا أن نحكم بأن هناك مساواة حقيقية بين ما أبيع للرسول وما أبيع لسائر المؤمنين. بل أكثر من هذا يمكن القول بأن ما أبيع لغيره أوسع دائرة مما أبيع له عليه السلام. كيف وقد روينا فيما تقدم أن سيدنا الحسن بن علي بن أبي طالب رضي الله عنهما تزوج بطريق الاستبدال أكثر من مائتي امرأة والله يقول في حق الرسول ﴿لا يحل لك النساء﴾ الآية.

ولنا أن نقول إن إباحة الجمع له ﷺ من قبيل الخصوصية وإنه راعى المصلحة في اختيار كل زوجة من أزواجه عليهن الرضوان في التشريع والتأديب فجذب إليه كبار القبائل بمصاهرتهم وعلم =

أتباعه احترام النساء وإكرام كرائمهن والعدل بينهن وقرر الأحكام بذلك وترك من بعده أمهات للمؤمنين يعلمن نساءهم من الأحكام ما يليق بهن مما ينبغي أن يتعلمنه من النساء دون الرجال ومما سنذكره من الحكمة الخاصة والعامّة بتعدد زوجات الرسول يتبين أنه لم يكن يريد بالتعدد ما أراده الملوك والأمراء من التمتع بالهلال والجري وراء الشهوة ولو كان يريد ذلك لاختار حسان الأبقار على أولئك الثيبات المكتهلات كما قال لمن اختار ثيباً «هلا بكرةً تلاعبها وتلاعبك».

«الحكمة في اختيار كل زوجة من أمهات المؤمنين»

السيدة خديجة: تزوجه لها جاء على مقتضى الفطرة فالحكمة في اختيارها ظاهرة.

السيدة سودة بنت زمعة: تزوجها الرسول بعد وفاة السيدة خديجة والحكمة في اختيارها أن زوجها توفي بعد الرجوع من هجرة الحبشة الثانية وكانت رضي الله عنها من المؤمنات المهاجرات الهاجرات لأهلهم خوف الفتنة ولو عادت لأهلها بعد وفاة زوجها «وكان ابن عمها» لعذبوها وفتنوها فكفلها ﷺ وكافأها بهذه المنّة العظيمة.

السيدة عائشة تزوجها بعد شهر من زواجه بالسيدة سودة والحكمة في اختيارها هي إكرام صاحبه ووزيره ورفيقه في الجنة أبي بكر الصديق وإقراره عينه بهذا السرور العظيم.

السيدة حفصة: وتزوجها الرسول بعد وفاة زوجها جنيث بن حذافة ببدر والحكمة في اختيارها كالحكمة في اختياره للسيدة عائشة وهي إكرام عمر بن الخطاب رضي الله عنه ومنزلته في الإسلام غير خافية والذي بلغه مرة أن النبي ﷺ طلقها فحشى التراب على رأسه وقال: «ما يعبا الله بعمر وابنته بعدها».

السيدة زينب بنت جحش: تزوجها بعد طلاق زيد إياها والحكمة في اختيارها تعلق كل حكمة وهي إبطال تلك البدع الجاهلية التي كانت لاحقة ببدعة النبي كتحریم التزوج بزوجة المتبني بعدة وغير ذلك.

السيدة زينب بنت خزيمة: كانت متزوجة بعبد الله بن جحش الذي قتل في واقعة أحد والحكمة في تزوجها أن هذه المرأة كانت من فضليات النساء في الجاهلية حتى كانوا يدعونها أم المساكين ليرها بهم وعنايتها بنسائهم فكافأها ﷺ على فضائلها بعد مصابها في زوجها بذلك فلم يدعها أرملة تقاسي الذل الذي كانت تجير منه الناس وقد ماتت في حياته ﷺ.

السيدة أم سلمة: واسمها هند وهي زوج أبي سلمة عبد الله بن عبد الأسد ابن عمّة الرسول «برة بنت عبد المطلب» وأخوه من الرضاعة وكانت هي وزوجها أول من هاجر إلى الحبشة. مات أبو سلمة ومعها أربع بنات هن برة وسلمة وعمرة ودرّة فأواها النبي ﷺ بعد أن اعتذرت إليه وقالت إني امرأة مسنة وأم أيتام وأني شديدة الغيرة فأجابها على لسان رسوله بقوله: «الأيتام أضممهم إليّ وأدعو الله أن يذهب عن قلبك الغيرة ولم يعبا بالسن. بل كانت تلك المزهرات والعقبات من أقوى الدواعي للإسراع في طلبها عطفاً عليها ورحمة بيناتها وصلة لرحمها ومعرفة بحق أخيه من الرضاعة وإيواءه الصغار من بعده».

السيدة أم حبيبة: وهي رحلة بنت أبي سفيان بن حرب نبذت دين أبيها وأمها وهاجرت مع زوجها عبد الله بن جحش إلى أرض الحبشة الهجرة الثانية فولدت له حبيبة وبها تكنى فتنصر زوجها هناك. أما هي فقد ثبتت على الإسلام فانظر إلى إسلام امرأة يكافح أبوها النبي ﷺ ويتنصر زوجها =

أحدهما: لا؛ لأن الأضل استواء النبي - ﷺ - والأمة في الحكم إلا أنه ثبت جواز الزيادة إلى تسع، فيقتصر عليه.

وأصحهما: الجواز؛ لأنه مأمون الجور، وقطع بعضهم بهذا الوجه وفي انحصار طلاقه في الثلاث وجهان، كالوجهين في انحصار عدد زوجاته، ورأى صاحب «التهديب» الصحيح الانحصار كما في حق الأمة.

وهي معه في هجرة معروف سببها أمن الحكمة أن تضعيف هذه المؤمنة الموقته بين فتنين أم من الحكمة أن يكفلها من تصلح له وهو أصلح لها.

السيدة صفية: وهي بنت حي بن أخطب سيد بن النضير وقد قتل أبوها مع بني قريظة وقتل زوجها يوم خيبر وكان أخذها دحية الكلبي من سبي خيبر. فقال الصحابة يا رسول الله «إنها سيدة بني قريظة والنضير لا تصلح إلا لك» فاستحسن رأيهم وأبى أن تذلل هذه السيدة بأن تكون أسيرة عند من تراه دونها واصطفأها وأعتقها وتزوجها.

السيدة جويرية: وهي برة بنت الحارث سيد قومه بني المصطلق والحكمة في تزوجها هي أن المسلمين أسروا من قومها مائتي بيت بالنساء والذراي فأراد ﷺ أن يعتق المسلمون هؤلاء الأسرى فتزوج بسيدتهم فقال الصحابة عليهم الرضوان «أصهار رسول الله لا ينبغي أسرهم وأعتقوهم» فأسلم بني المصطلق لذلك أجمعون وصاروا عوناً للمسلمين بعد أن كانوا محاربيين لهم وعوناً عليهم وكان لذلك أثر حسن في سائر العرب.

السيدة ميمونة: واسمها برة فسمأها ﷺ ميمونة وهي بنت الحارث الهلالية والذي زوجها له عمه العباسي رضي الله تعالى عنه وكانت جعلت أمرها إليه بعد وفاة زوجها الثاني أبي رهم بن عبد العزى وهي خالة عبد الله بن عباس وخالد بن الوليد ولعل الحكمة في تزوجه بها تشعب قرابتها في بني هاشم وبني مخزوم. «الحكمة الإجمالية في استنكاره ﷺ من النساء»

ذكر العلماء في الحكمة الإجمالية لتعدد زوجات الرسول عشرة أوجه. أن يكثر من يشاهد أحواله الباطنة فينتفي عنه ما يظن به المشركون من أنه ساحر وغير ذلك. لتشرف به قبائل العرب بمصاهرته فيهم. للزيادة في تألفهم.

للزيادة في التكليف حيث كلف ألا يشغله ما حبب إليه منهن عن المبالغة في التبليغ. لتكثر عشيرته من جهة نسائه فتزداد أعوانه على من يحاربه.

نقل الأحكام الشرعية التي لا يطلع عليها الرجال لأن أكثر ما يقع مع الزوجة مما شأنه أن يختفي مثله.

الاطلاع على محاسن أخلاقه الباطنة فقد تزوج أم حبيبة وأبوها إذ ذاك يعاديه والسيدة صفية بعد قتل أبيها وعمها وزوجها فلو لم يكن أكمل الخلق في خلقه لنفرت منه بل الذي وقع أنه كان أحب إليهن من جميع أهلهن.

خرق العادة له عليه السلام في كثرة الجماع مع التقليل في الأكل والمشرب وكثرة الصيام وقد أمر من لم يقدر على مؤن النكاح بالصوم وأشار إلى أن كثرتة تكسر شهوته فانخرقت هذه العادة في حقه عليه السلام.

تحسينهن والقيام بحقوقهن.

ومنه في انعقاد نكاحه بلفظ الهبة<sup>(١)</sup> وجهان :

أحدهما: المنع، كما في حَقِّ الْأُمَّةِ .

وأظهرهما: وهو المذكور في الكتاب: الانعقاد؛ لقوله تَعَالَى: ﴿وَأَمْرَأَةٌ مُؤْمِنَةٌ إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ﴾ الآية [الأحزاب: ٥٠].

وعلى هذا لا يجب المَهْرُ بالعقد، ولا بالدخول كما هو قضية الهبة، وَهَلْ يُشْتَرَطُ لَفْظُ النَّكَاحِ مِنْ جِهَةِ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -؟ في وجه: لا يشترط كما لا يشترط من جهة الواهبة. وفي وجه: يشترط لظاهر لقوله تعالى: ﴿أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا﴾ [الأحزاب: ٥٠]، وهذا أرجح عند الشيخ أبي حَامِدٍ، هذا في انعقاده بلفظ الهبة.

قال الْأَصْحَابُ: وينعقد نكاحه بمعنى الهبة؛ حتى لا يجب المهر ابتداءً ولا انتهاءً. وفي «المجرد» للحنَاطي وغيره وجه غريب أنه يجب المهر، وخاصية النبي - ﷺ - هي الانعقاد بلفظ الهبة<sup>(٢)</sup>.

ومنه: إذا رغب النَّبِيُّ - ﷺ - في نكاح امرأة فإن كانت خَلِيَّةً فعليها الإجابة، ويحرمُ على غيره خِطْبَتِهَا، وفيه وَجْهٌ، نقله القاضي ابن كَجَّحٍ.

وإن كانت ذات زَوْجٍ، وجب على الزوج طلاقها؛ لينكحها وفي شرح «الجويني» وجهٌ: أنه لا يجب، وهو كوجه القاضي ابن كَجَّحٍ في الخَلِيَّةِ واستشهدَ صَاحِبُ «الكتاب» في «الوسيط» على وجوب التطلق على الزوج بِقِصَّةِ زَيْدٍ - رضي

(١) قال في الخادم اختلفوا هل كان تحتها امرأة موهوبة على وجهين بناهما الماوردي والرويانى على اختلاف القراءتين في قوله تعالى: ﴿إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ﴾ من قرأ بالكسر قال لم يكن وبه قال مجاهد ومن قرأ بالفتح وهو خير عما مضى قال: كانت عنده وعلى هذا فاختلفوا في تعيينها هل هي خولة بنت حكيم أو ميمونة أو زينب الأنصارية أم شريك: أقوال.

(٢) قال الحافظ: قد ذكر الرافعي في أواخر الكلام أن أكثر المسائل التي ذكرها هناك مخرجة على أصل، وهو أن النكاح في حقه هل هو كالتسري في حقنا، إن قلنا نعم، لم ينحصر عدد منكوحاته إلى آخر كلامه، قلت: ودليل هذا الأصل وقوع الجواز في الزيادة على الأربع، والباقي ذكره إلحاقاً، والله أعلم.

فائدة: اختلف في الواهبة فقيل: خولة بنت حكيم وقع ذلك في رواية أبي سعيد المؤدب عن هشام بن عروة عن أبيه، عن عائشة أخرجه البيهقي وابن مردويه، وعلقه البخاري ولم يسق لفظه، وبه قال عروة وغيره، وقيل، أم شريك رواه النسائي من طريق حماد بن سلمة عن هشام عن أبيه عن أم شريك وبه قال علي بن الحسين والضحاك ومقاتل، وقيل: هي زينب بنت خزيمة أم المساكين قاله الشعبي، وروي ذلك عن عروة أيضاً، وقيل ميمونة بنت الحارث روي ذلك عن ابن عباس وقتادة.

اللَّهُ عَنْهُ<sup>(١)</sup> - قال، ولعل السَّرَفِ فِيهِ مِنْ جَانِبِ الرُّوْحِ امْتِحَانِ إِيمَانِهِ بِتَكْلِيفِهِ التُّزُولَ عَنْ أَهْلِهِ، وَمِنْ جَانِبِ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - ابْتِلَاؤُهُ بِبَلِيَّةِ التَّسْرِيَةِ، وَمَنْعَهُ مِنْ حَائِثَةِ الْأَعْيُنِ، وَمِنْ الإِضْمَارِ الَّذِي يَخَالَفُ الإِظْهَارَ، وَلَا شَيْءَ أَدْعَى إِلَى غَضِّ البَصْرِ مِنْ هَذَا التَّكْلِيفِ.

قال: وهذا مما أورد في التخفيفات، وعندني أنه غَايَةُ التَّشْدِيدِ؛ إذ لو كلف بهذا آحاد الناس لما فتحوا أعينهم في الشوارع والطرق.

ومنه: في انعقاد نكاحه بغير وِلْيٍ وَلَا شَهُودٍ وَجْهَانِ:

وَجْهٌ الْمَنْعِ عَمُومِ قَوْلِهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: «لَا نِكَاحَ إِلا بِوَلِيِّ وَشَاهِدَيْنِ عَدْلٍ»<sup>(٢)</sup>.

وأصحهما: الانعقاد؛ لأن اعتبار الولي المحافظة على الكفاءة، ولا شك أنه فوق الأكفاء، واعتبار الشهود للأمن من الجحود، والنَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لا يجحد، ولو جحدت هي لم يلتفت إلى قولها على خلاف قوله.

ومنه: في انعقاد نكاحه في الإحرام وجهان:

في وجه: يعتقد لما رُوِيَ أَنَّهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «نَكَحَ مَيْمُونَةَ مُحْرَمًا»<sup>(٣)</sup>.

وفي وَجْهِ: لا، كما لا يحل له الوطء في الإحرام، وَنِكَاحُ مَيْمُونَةَ فِي أَكْثَرِ الرِّوَايَاتِ جَزَى، وَهُوَ حَلَالٌ. وكلام التَّقْلِيدِ بِتَرْجِيحِ الأول أشبه.

ومنه: في وجوب القسم عليه في زوجاته وجهان:

أحدهما: وبه قال الإِضْطَحْرِيُّ - لا يجب لقوله تعالى: «تُرْجِي مَنْ تَشَاءُ مِنْهُنَّ» [الأحزاب: ٥١] الآية.

والآخر: أنه يجب، لأنه كان يُطَافُ بِهِ فِي المَرَضِ عَلَى نِسَائِهِ، وَكَانَ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - يَقُولُ: «هَذَا فَسَمِي فِيمَا أَمَلِكُ، فَلَا تُؤَاخِذْنِي فِيمَا لَا أَمَلِكُ»<sup>(٤)</sup>.

(١) أخرجه البخاري ومسلم من حديث أنس مطولاً، ومسلم من حديث عائشة مختصراً، قوله: كان

يجوز له تزويج المرأة ممن شاء بغير إذنها، وإذن وليها، فيه قصة زينب بنت جحش.

(٢) سيأتي قريباً.

(٣) متفق عليه من حديث ابن عباس وقد تقدم في الحج.

(٤) رواه أحمد [١٤٤/٦] والدارمي وأصحاب السنن أبو داود [٢١٣٤] الترمذي [١١٤٠] النسائي [٧٠/

٦٤] ابن ماجه [١٩٧١] وابن حبان [١٣٠٥] موارد والحاكم [١٨٧/٢] عن عائشة، وأعله النسائي

والترمذي والدارقطني بالإرسال، وقال أبو زرعة: لا أعلم أحداً تابع حماد بن سلمة على وصله.

والأول: هو المذكور في الكتاب، لِكِنَّ الثَّانِي أَصْبَحَ عِنْدَ الشَّيْخِ أَبِي حَامِدٍ  
وَالْعِرَاقِيِّ، وَتَابِعَهُمْ صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ»، وَحَمَلُوا قَوْلَهُ تَعَالَى: ﴿تُزْجِي مَنْ تَشَاءُ مِنْهُنَّ﴾  
[الأحزاب: ٥١] عَلَى إِبَاحَةِ التَّبَدُّلِ بِهِنَّ بَعْدَ التَّحْرِيمِ.

وَأَكْثَرُ هَذِهِ الْمَسَائِلِ، وَأَخَوَاتُهَا يَتَخَرَّجُ عَلَى أَصْلِ اخْتَلَفَ فِيهِ الْأَصْحَابُ، وَهُوَ أَنَّ  
النِّكَاحَ فِي حَقِّهِ هَلْ هُوَ كَالْتَّسْرِيِّ فِي حَقِّنَا؟.

إِنْ قُلْنَا: نَعَمْ، لَمْ يَنْحَصِرْ عِدَدُ مَنكُوحَاتِهِ وَلَا طَلَاقِهِ، وَانْعَقَدَ نِكَاحُهُ بِلَفْظِ الْهَبَةِ.

وَمَعْنَاهَا: بَغِيرِ وَلِيِّ، وَشَهُودٍ وَفِي الْإِحْرَامِ.

وَلَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ الْقَسَمُ، وَإِلَّا انْعَكَسَ الْحُكْمُ، وَيَجُوزُ أَنْ يَعْلَمَ لَفْظَ الْخِلَافِ مِنْ  
قَوْلِهِ: «وَفِي الزِّيَادَةِ عَلَى التَّشْعِخِ خِلَافٌ»، بِالْوَاوِ لِقَطْعِ مَنْ قَطَعَ بِالْجَوَازِ.

وَأَنْ يَعْلَمَ قَوْلَهُ: «وَيَنْعَقَدُ نِكَاحُهُ بِلَفْظِ الْهَبَةِ، وَبِغَيْرِ الْمَهْرِ» بِالْوَاوِ.

وَكَذَا قَوْلُهُ: «وَجِبَ عَلَى الزَّوْجِ طَلَاقُهَا». وَقَوْلُهُ: «وَلَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ الْقَسَمُ فِي

زَوْجَاتِهِ». هَذَا شَرَحُ مَا فِي الْكِتَابِ مِنَ الْمَسَائِلِ.

وَمَا يَدْخُلُ فِي هَذَا الْقَسَمِ، أَنَّهُ كَانَ يَجُوزُ لِلنَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - تَزْوِيجَ

الْمَرْأَةِ مِمَّنْ شَاءَ بَغِيرِ إِذْنِهَا وَإِذْنِ وَلِيِّهَا، وَيَزَوِّجُهَا مِنْ نَفْسِهِ، وَيَتَوَلَّى الطَّرْفَيْنِ بَغِيرِ إِذْنِهَا  
وَإِذْنِ وَلِيِّهَا. قَالَ الْحَنَاطِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: وَيَحْتَمَلُ أَنْ يُقَالَ: لَا يَجُوزُ إِلَّا بِإِذْنِهَا، وَكَانَ يَحِلُّ  
لَهُ نِكَاحُ الْمُعْتَدَةِ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ<sup>(١)</sup>.

وَهَلْ كَانَ يُلْزِمُهُ نَفَقَاتُ زَوْجَاتِهِ؟. فِيهِ وَجْهَانِ<sup>(٢)</sup>: بِنَاءً عَلَى الْخِلَافِ الْمَهْرِ.

وَكَانَتِ الْمَرْأَةُ تَحِلُّ لَهُ بِتَزْوِيجِ اللَّهِ تَعَالَى، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى فِي قِصَّةِ زَيْنَبَ - رَضِيَ

اللَّهُ عَنْهَا -: ﴿فَلَمَّا قَضَى زَيْنَدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا﴾ [الأحزاب: ٣٧]، وَقِيلَ: إِنَّهُ نَكَحَهَا  
بِنَفْسِهِ وَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿زَوَّجْنَاكَهَا﴾ أَي: أَحَلَّلْنَا لَكَ نِكَاحَهَا.

وَأَعْتَقَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - صَفِيَّةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - وَنَكَحَهَا، وَجَعَلَ

عِنَقَهَا صَدَاقَهَا<sup>(٣)</sup>، فَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ قَالَ: أَعْتَقَهَا عَلَى شَرْطِ أَنْ يَنْكَحَهَا، فَلَزِمَهَا الْوَفَاءُ  
بِخِلَافِ مَا فِي حَقِّ الْأُمَّةِ.

(١) قَالَ النَّوَوِيُّ: هَذَا الْوَجْهَ حَكَاهُ الْبَغَوِيُّ، وَهُوَ غَلَطٌ لَمْ يَذْكُرْهُ جَمْهُورُ الْأَصْحَابِ، وَغَلَطُوا مِنْ  
ذِكْرِهِ. بَلِ الصَّوَابُ الْقَطْعُ بِامْتِنَاعِ نِكَاحِ الْمُعْتَدَةِ مِنْ غَيْرِهِ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

(٢) الصَّحِيحُ الْوَجُوبُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

(٣) مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ الْبِخَارِيُّ [٥٠٨٦] مُسْلِمٌ [١٣٦٥] عَنْ أَنَسٍ وَقَدْ مَضَى قَوْلُهُ: مِنْهُمْ مَنْ قَالَ: أَعْتَقَهَا  
عَلَى شَرْطِ أَنْ يَنْكَحَهَا فَلَزِمَهَا الْوَفَاءُ بِهِ بِخِلَافِ بَاقِي الْأُمَّةِ قَلَّتْ: هُوَ ظَاهِرٌ حَدِيثِ أَنَسٍ فِي  
الصَّحِيحِينَ فِي قَوْلِهِ: أَصْدَقَهَا نَفْسَهَا، لَكِنْ لَيْسَ فِيهِ أَنَّهُ مِنْ خِصَائِصِهِ.

وقيل: جعل نفس العتق صداقاً، وجاز له ذلك بخلاف ما في حق الأمة<sup>(١)</sup>.

ورأيت بخط بعض المصنِّفين عن أبي الحسين بن القَطَّانِ [في] أنه هل كان يجوز له الجمع بين المرأة وعمتها وخالتها، بناءً على أن المخاطب هل يدخل في الخطاب، وأنه كان لا يجوز له الجمع الأختين، لأن خطاب الله - جل اسمه - يدخل فيه النبي - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وأمته وذكر الحنَّاطِيَّ وجهاً بعيداً في الجمع بين الأختين أيضاً، وكذا في الجمع بين الأمِّ وابنتيها.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَنَسَاؤُهُ بَعْدَ وَقَاتِهِ مُحَرَّمَاتٌ عَلَى غَيْرِهِ لِأَنَّهِنَّ أُمَّهَاتُ الْمُؤْمِنِينَ، وَمُطْلَقَةُ الْمَدْخُولِ بِهَا مُحَرَّمَةٌ عَلَى غَيْرِهِ، وَغَيْرُ الْمَدْخُولِ بِهَا مُحَلَّلَةٌ.

قال الرَّافِعِيُّ: التَّرُوعُ الرَّابِعُ مما اختص به رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - من الفضائل والكرامات. فمن خصائصه في النِّكَاحِ أَنْ زَوَّجَتْهُ اللَّاتِي تَوَفَّى عَنْهُنَّ فِي النِّكَاحِ مُحَرَّمَاتٌ عَلَى غَيْرِهِ أبدأً، قال اللَّهُ تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لَكُمْ أَنْ تُؤْذُوا رَسُولَ اللَّهِ وَلَا أَنْ تُنكِحُوا أَرْوَاحَهُ مِنْ بَعْدِهِ أَبْداً﴾ [الأحزاب: ٥٣]. وفي التي فارقتها في حياته كالتي وجد بكشحا بياضاً فَرَدَّهَا<sup>(٢)</sup> وَكَالْمُسْتَعِيذَةِ ثَلَاثَةَ أَوْجُهٍ:

(١) قال النووي: وقيل: معناها: أعتقها بلا عوض، وتزوجها بلا مهر لا في الحال ولا في ما بعد، وهذا أصح. والله أعلم.

(٢) أخرجه الحاكم [٣٤/٤] في المستدرک من حديث كعب بن عجرة، وفيه: أنها من بني غفار قال الحافظ: وفي إسناده جميل بن زيد وقد اضطرب فيه وهو ضعيف، فقبل عنه هكذا، وقيل عن ابن عمر، وقيل عن زيد بن كعب أو كعب بن زيد، وأخرجه ابن عدي والبيهقي، وقال الحاكم: اسمها أسماء بنت النعمان، وقلت: والحق أنها غيرها، فإن بنت النعمان هي الجونية كما مضى حديث الأشعث بن قيس: أنه نكح المستعيذة في زمان عمر بن الخطاب، فأمر برحمها فأخبر أن النبي ﷺ فارقتها قبل أن يمساها، فخلاهما، هذا الحديث تبع في إيرادها هكذا الماوردي والغزالي وإمام الحرمين والقاضي الحسين، ولا أصل له في كتب الحديث، نعم روى أبو نعيم في المعرفة في ترجمة قتيلة من حديث داود عن الشعبي مرسلًا، وأخرجه البزار من وجه آخر عن داود عن عكرمة عن ابن عباس موصولًا، وصححه ابن خزيمة والضياء من طريقه في المختارة: أن النبي ﷺ طلق قتيلة بنت قيس أخت الأشعث، طلقها قبل الدخول، فتزوجها عكرمة بن أبي جهل، فشق ذلك على أبي بكر، فقال له عمر: يا خليفة رسول الله إنها ليست من نسائه، لم يجزها النبي ﷺ، وقد برأها الله منه بالردة، وكانت قد ارتدت مع قومها ثم أسلمت، فسكن أبو بكر، وروى الحاكم من طريق هشام بن الكلبي عن أبيه عن أبي صالح عن ابن عباس قال: خلف على أسماء بنت النعمان المهاجر ابن أبي أمية، فأراد عمر أن يعاقبها، فقالت: والله ما ضرب علي الحجاب، ولا سميت أم المؤمنين، فكف عنها، وروى الحاكم بسنده إلى أبي عبيدة معمر بن المثنى: أنه تزوج حين قدم عليه وفد كندة قتيلة بنت قيس أخت الأشعث، ولم تدخل عليه، فقيل: إنه أوصى أن تخير فاخترت النكاح، =

أَحَدُهَا: أنها محرمة أيضاً، لقوله تعالى: ﴿وَأَزْوَاجُهُ أُمَّهَاتُهُمْ﴾ [الأحزاب: ٦] ويحكى هذا عن نَصِّهِ فِي «أحكام القرآن»، وبه قال ابنُ أَبِي هُرَيْرَةَ.

والثاني: لا تحرم لإعراض النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - عنها، وانقطاع الاعتناء بها.

وَالثَّالِثُ: وَبِهِ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ وَذَكَرَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ أَنَّهُ الصَّحِيحُ<sup>(١)</sup>: إِنَّ كَانَتْ مَدْخُولاً بِهَا حُرْمَتٌ، وَإِلَّا فَلَا؛ لَمَا رَوَى عَنِ الْأَشْعَثِ بْنِ قَيْسٍ نِكَاحَ الْمُسْتَعِيدَةِ فِي زَمَانِ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -، فَهَمَّ بِرَجْمِهَا، فَأُخْبِرَ أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَارَقَهَا قَبْلَ أَنْ يَمَسَّهَا فِخْلَاهُمَا.

وهذه الأوجه في غير الْمُخَيَّرَاتِ، وأما المخيرات لو قدر اختيار بعضهن زينة الدنيا ففارقها، فهل يحل للأزواج؟ طَرَدَ أَصْحَابُنَا الْعِرَاقِيُّونَ فِيهِ الْأَوْجُهَ الثَّلَاثَةَ.

وقال أبو يَعْقُوبَ الْأَيْبُورِدِيُّ وَآخَرُونَ: نَحَلُ لَا مُحَالَةَ، وَإِلَّا لَمْ يَتِمَّكَنْ مِنْ غَرَضِهَا مِنْ زِينَةِ الدُّنْيَا، وَلَمَا كَانَ لِلتَّخْيِيرِ مَعْنَى، وَبِهَذَا أَخَذَ الْإِمَامُ وَصَاحِبُ الْكِتَابِ رَحِمَهُمَا اللَّهُ. وَإِذَا قَلْنَا بِتَحْرِيمِ مَنْ فَارَقَهَا، فَفِي أَمْتِهِ الْمَوْطُوءَةَ إِذَا فَارَقَهَا بِالمَوْتِ، أَوْ غَيْرِهِ وَجِهَانِ:

ومنها: أن زوجاته أمهات المؤمنين سواء فيه من ماتت تحت النبي - ﷺ - ومن مات النبي - ﷺ - وهي تحته، وذلك في تحريم نكاحهن ووجوب احترامهن، وطاعتهن، لا في النظر إليهن والخُلُوة والمسافرة بهن، ولا يقال: لَيْتَاتِهِنَّ: إنهن أخوات المؤمنين؛ ألا ترى أنهن لا يحرمن على المؤمنين.

وكذلك لا يُقَالُ لِأَبَائِهِنَّ وَأُمَّهَاتِهِنَّ: أَجْدَادُ الْمُؤْمِنِينَ وَجَدَاتِهِنَّ، وَلَا لِإِخْوَاتِهِنَّ وَأَخَوَاتِهِنَّ: أَخْوَالُ الْمُؤْمِنِينَ وَخَالَاتِهِنَّ، وَحَكَى أَبُو الْفَرَجِ الزَّازُ وَجْهًا: أَنَّهُ يُطْلَقُ اسْمُ الْأَخُوَّةِ عَلَى بَنَاتِهِنَّ، وَاسْمُ الْخُثُولَةِ عَلَى إِخْوَانِهِنَّ وَأَخَوَاتِهِنَّ، لِثَبُوتِ حُرْمَةِ الْأُمُومَةِ لَهُنَّ، وَهَذَا كَمَا أَنَّ الْمُسْلِمَاتِ كُلَّهِنَّ أَخَوَاتُ أَحَدِ الْمُسْلِمِينَ بِالْإِسْلَامِ، وَذَلِكَ لَا يُوجِبُ تَحْرِيمَ

= فتزوجها عكرمة بن أبي جهل بحضرموت، فبلغ ذلك أبا بكر، فقال: لقد هممت بأن أحرق عليهما، فقال عمر: ما هي من أمهات المؤمنين ولا دخل بها ولا ضرب عليها الحجاب. فسكن، وروى البيهقي بإسناده إلى الزهري قال: بلغنا أن العالية بنت ظبيان التي طلقها تزوجت قبل أن يحرم الله نساءه، فنكحت ابن عم لها وولدت فيهم، قوله: ولا يقال لبناتهن أخوات المؤمنين، ولا لأخواتهن خالات المؤمنين، قلت: فيه أثر عن عائشة قالت: أنا أم رجالكم، ولست أم نسائكم، أخرج البيهقي، قوله: وأما غيرهن فيجوز أن يسألن مشافهة بخلافهن، قلت: إن كان المراد السؤال عن العلم فمردود، فإنه ثابت في الصحيح أنهم كانوا يسألون عائشة عن الأحكام والأحاديث مشافهة، أو لعله أراد بقوله مشافهة مواجهة فينتجه، والله أعلم.

(١) قال النووي: الأول أرجح والله أعلم.



النكاح، وهذا ظاهر لفظ «المختصر»<sup>(١)</sup>.

ومنها: تفضيل زوجاته على سائر النساء<sup>(٢)</sup>، وجعل ثوابهن وعقابهن على الضَّعْف، قال في «التهذيب»: ولا يَجُلُّ لأحد أن يسألهن شيئاً إلا من وراء حجاب، لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا سَأَلْتُمُوهُنَّ مَتَاعاً فَاسْأَلُوهُنَّ مِنْ وَرَاءِ حِجَابٍ﴾ [الأحزاب: ٥٣] [الآية] وأما غَيْرُهُنَّ، فيجوز أن يُسألَنَّ مُشَافَهَةً<sup>(٣)</sup>.

ومن فضائله وخصائصه - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - في غير النكاح أنه خاتم النبيين - صَلَوَاتُ اللَّهِ عَلَيْهِ - وَأَمَّتُهُ خَيْرُ الْأُمَّمِ، وَأَنَّ شَرِيْعَتَهُ نَسَخَتِ الشَّرَائِعَ وجعلت مؤبدة وجعل كتابه معجزاً بخلاف كتب سائر الأنبياء صلوات الله عليهم أجمعين وحفظ عن التحريف والتبديل، وأقيم بعده حجة على الناس، ومعجزات سائر الأنبياء صلوات الله عليهم انْقَرَضَتْ بانْقِرَاضِهِمْ، وَنُصِرَ بِالرُّغْبِ على مسيرة الشهر، وَجُعِلَتْ لَهُ الْأَرْضُ مَسْجِداً، وَتَرَابُهَا طَهُوراً، وأحلت له الغنائم<sup>(٤)</sup>، ويشفع في أهل الكبائر<sup>(٥)</sup>، وَبُعِثَ إِلَى النَّاسِ

(١) قال النووي: قال البغوي: كن أمهات المؤمنين من الرجال دون النساء، روي ذلك عن عائشة رضي الله عنها، وهذا جارٍ على الصحيح عند أصحابنا وغيرهم من أهل الأصول، أن النساء لا يدخلن في خطاب الرجال. وحكى الماوردي في تفسيره خلافاً في كونهن أمهات المؤمنات، وهو خارج على مذهب من أدخلهن في خطاب الرجال. قال البغوي: كان النبي ﷺ أباً للرجال والنساء جميعاً. وقال الواحدي من أصحابنا: قال بعض أصحابنا: لا يجوز أن يقال: هو أبو المؤمنين، لقول الله تعالى: ﴿مَا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾.

قال: نص الشافعي على أنه يجوز أن يقال: هو أبو المؤمنين، أي: في الحرمه. ومعنى الآية: ليس أحد من رجالكم ولد صلبه. والله أعلم.

(٢) قال في الخادم هل المراد نساء أهل هذه الأمة أو نساء كلهن. فيه خلاف حكاه الروياني في البحر ويستثنى من إطلاقه سيدتنا فاطمة - رضي الله عنها فهي أفضل نساء العالمين لقوله ﷺ: (فاطمة بضعة مني) ولا يعدل ببضعة من رسول الله ﷺ أحد وفي الصحيحين أما ترضين أن تكوني خير نساء هذه الأمة.

(٣) قال النووي: في زوائده: وأفضل زوجاته ﷺ، خديجة، وعائشة رضي الله عنهما قال المتولي: واختلفوا أيتهما أفضل والله أعلم.

ورجع الشيخ السبكي والشيخ البلقيني تفضيل خديجة على عائشة رضي الله عنهما.

(٤) هو في حديث جابر وغيره في الصحيحين، وفي الطبراني: مسيرة شهرين، والجمع بينهما بما ورد في مسند أحمد: شهراً وراءه، وشهراً أمامه، وكذا قوله: وجعلت لي الأرض مسجداً، لكن قوله: وترابها طهوراً، من أفراد مسلم من حديث حذيفة.

وقوله: وأحلت له الغنائم، هو في الأحاديث المذكورة وفيها: ولم تحل لأحد قبلي.

(٥) فيه حديث أنس: شفاعتي لأهل الكبائر من أمتي، أخرجه أبو داود والترمذي، فرواه مسلم بدون ذكر الكبائر، وعلقه البخاري من حديث سليمان التيمي عنه. وفي الباب عن جابر في صحيح ابن حبان، وشواهد كثيرة. قوله: وبعث إلى الناس عامة، هو في الأحاديث المذكورة.

عامة<sup>(١)</sup>، وهو سيّد ولد آدم يوم القيامة<sup>(٢)</sup>، وأوّل من تنشق عنه الأرض وأوّل شافع ومشفع، وأوّل من يقرع باب الجنّة<sup>(٣)</sup>، وهو أكثر الأنبياء عليهم السّلام تبعاً، وأمته

= قال النووي: هذه العبارة ناقصة أو باطلة، فإن شفاعته ﷺ التي اختص بها ليست الشفاعة في مطلق أهل الكبائر، فإن لرسول الله ﷺ في القيامة شفاعات خمساً.

أولهن: الشفاعة العظمى [أهل] في الفصل بين أهل الموقف حين يفزعون إليه بعد الأنبياء، كما ثبت في الحديث الصحيح، حديث الشفاعة.

والثانية: في جماعة، فيدخلون الجنة بغير حساب.

والثالثة: في ناس استحقوا دخول النار فلا يدخلونها.

والرابعة: في ناس دخلوا النار، فيخرجون.

والخامسة: في رفع درجات ناس في الجنة، وقد أوضحت ذلك [كله] في «كتاب الإيمان» من أول «شرح صحيح مسلم» رحمه الله، والشفاعة المختصة به ﷺ، هي الأولى والثانية، ويجوز أن تكون الثالثة والخامسة أيضاً. والله أعلم.

(١) قال الإسنوي في مهماته هذا يتناول الجن فإن الناس يطلق عليهم أيضاً قاله الجوهري.

قال في الخادم: هذه العبارة قد لا يشملها الجن ولا الملائكة ولا شك أنه ﷺ مبعوث إلى الجن أيضاً وأما الملائكة فهل دخلوا في دعوته ﷺ. قال الشيخ شهاب الدين الأنصاري هذه مسألة

كانت وقعت بين فقهاء مصر مع رجل فاضل ورد من عندهم وقال إن الملائكة ما دخلت في دعوته ﷺ وشنعوا عليه وعن ابن حزم أنه ﷺ بعث إلى الجن والملائكة واستدلوا بقوله تعالى:

«ليكون للعالمين نذيراً» والعالم كله موجود سوى الله تعالى وأما يأجوج ومأجوج فقد دخلوا في الناس فقد قال النووي في فتاويه هم من بني آدم من حواء عند جماهير العلماء وقيل إنهم من آدم

لا من حواء فيكونون إخواننا لأب قال في الخادم وأما إبليس فإن كان رسول الله ﷺ لعنه فقد بلغه وإلا فقد بلغ الجن الذين بلغهم.

(٢) قال صاحب المهمات مذهب أهل السنة أنه أفضل الخلق إنساً وجنّاً وملائكة. قال في الخادم

وأما قوله في الحديث «ولا فخر» فليس المعنى ولا افتخر بذلك كما ظنه بعضهم، بل ولا فخر أكمل من هذا الفخر الذي أعطيته. واختلف في المعنى الذي لأجله قال ﷺ ذلك. قال

الزمخشري في فائقه: إنه قال بحضرة الجماعة من المنافقين ليغيظهم بذلك. وقيل: لأنها

نعمة من الله من الله بها عليه وعلى أمته التابعين له فافتخر بما آتاه الله تعالى من فضله وإذا ثبت أنه ﷺ أفضل من آدم وولده ثبت أنه أفضل من كل مخلوق لتفضيل جنس البشر عما

سواه من المخلوقات.

قوله: وهو سيد ولد آدم، هو في الصحيحين في حديث الشفاعة الطويل.

وقوله: وأوّل من تنشق عنه الأرض، رواه مسلم من طريق عبد الله بن فروخ عن أبي هريرة، ورواه الشيخان من وجه آخر.

وقوله: وأوّل شافع وأوّل مشفع، هو في الحديث الذي قبله عند مسلم.

وقوله: وهو أكثر الأنبياء تبعاً، رواه مسلم أيضاً، وللدارقطني في الأفراد من حديث عمر مرفوعاً: إن الجنة حرمت على الأنبياء حتى أدخلها، وحرمت على الأمم حتى يدخلها أمّتي.

(٣) قوله: وأوّل من يقرع باب الجنة، رواه مسلم من حديث أنس.

مَعْصُومَةٌ لَا تَجْتَمِعُ عَلَى الضَّلَالَةِ<sup>(١)</sup>، وصفوفهم كصفوف الملائكة، وكان لا ينام قَلْبُهُ، ويرى من وراء ظهره كما يرى من قُدَامِهِ<sup>(٢)</sup>، وتطوعه بالصلاة قاعداً كتطوعه قائماً، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عُدْرًا، وَفِي حَقِّ غَيْرِهِ ذَلِكَ عَلَى النِّصْفِ مِنْ هَذَا<sup>(٣)</sup>.

ويخاطبه الْمُصَلِّي بقوله: «سَلَامٌ عَلَيْكَ أَيُّهَا النَّبِيُّ وَرَحْمَةُ اللَّهِ» ولا يخاطب سائر الناس، وكان لا يجوز لأحد - من الأدميين - رفع صوته فوق<sup>(٤)</sup> صَوْتِهِ، وَأَنْ يُنَادِيَ مِنَ

(١) قال الحافظ: هذا في حديث مشهور له طرق كثيرة، لا يخلو واحد منها من مقال، منها لأبي داود عن أبي مالك الأشعري مرفوعاً: إن الله أجاركم من ثلاث خلال: أن لا يدعو عليكم نبيكم لتهلكوا جميعاً، وأن لا يظهر أهل الباطل على أهل الحق، وأن لا يجتمعوا على ضلالة، وفي إسناده انقطاع، وللترمذي والحاكم عن ابن عمر مرفوعاً: لا تجتمع هذه الأمة على ضلال أبداً، وفيه سليمان بن شعبان المدني وهو ضعيف، وأخرج الحاكم له شواهد، ويمكن الاستدلال له بحديث معاوية مرفوعاً: لا يزال من أمتي أمة قائمة بأمر الله، لا يضرهم من خذلهم ولا من خالفهم، حتى يأتي أمر الله، أخرجه الشيخان، وفي الباب عن سعد وثوبان في مسلم، وعن قرّة ابن إياس في الترمذي وابن ماجه، وعن أبي هريرة في ابن ماجه، وعن عمران في أبي داود، وعن زيد بن أرقم عند أحمد، ووجه الاستدلال منه: أن بوجود هذه الطائفة القائمة بالحق إلى يوم القيامة، لا يحصل الاجتماع على الضلالة، وقال ابن أبي شيبة نا أبو أسامة عن الأعمش عن المسيب بن رافع عن يسير بن عمرو قال: شيعنا أبا مسعود حين خرج، فنزل في طريق القادسية، فدخل بستاناً ففضى حاجته، ثم توضأ ومسح على جوربيه، ثم خرج وإن لحيته ليقطر منها الماء، فقلنا له: اعهد إلينا فإن الناس قد وقعوا في الفتن، ولا ندري هل نلتك أم لا، قال: اتقوا الله واصبروا حتى يستريح بر، أو يستراح من فاجر، وعليكم بالجماعة فإن الله لا يجمع أمة محمد على ضلالة، إسناده صحيح، ومثله لا يقال من قبل الرأي، وله طريق أخرى عنده عن يزيد بن هارون عن التيمي عن نعيم بن أبي هند: أن أبا مسعود خرج من الكوفة فقال: عليكم بالجماعة، فإن الله لم يكن ليجمع أمة محمد على ضلال قاله الحافظ.

(٢) هو في الصحيحين وغيرهما من حديث أنس وغيره، والأحاديث الواردة في ذلك مقيدة بحالة الصلاة، وبذلك يجمع بين هذا وبين قوله: لا أعلم ما وراء جداري هذا قاله الحافظ.

(٣) قال النووي: هذا قد قاله صاحب «التلخيص»، وتابعه البغوي، وأنكره القفال، وقال: لا يعرف هذا، بل هو كغيره، والمختار الأول، لحديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما قال: «أتيت رسول الله ﷺ فوجدته يصلي جالساً، فقلت: حدثت يا رسول الله أنك قلت: «صلاة الرجل قاعداً على نصف الصلاة» وأنت تصلي قاعداً. قال: «أجل [١٢٠ - ٧٣٥] ولكني لست كأحد منكم رواه مسلم في «صحيحه».

(٤) لقوله تعالى: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَرْفَعُوا أَصْوَاتَكُمْ» وجه الدلالة أنه توعده على ذلك بإحباط العمل، فدل على التحريم، بل على أنه من أغلظ التحريم، وفي الصحيح: أن عمر قال له: لا أكلمك بعد هذا إلا كأخي السرار، وفيه قصة ثابت بن قيس، وأما حديث ابن عباس وجابر في الصحيح: أن نسوة كن يكلمنه عالية أصواتهن، فالظاهر أنه قبل النهي قاله الحافظ.

قوله: وأن يناديه من وراء الحجرات، دليله الآية أيضاً، ووجه الدلالة من قوله بأنهم لا يعقلون، =

وَرَأَى الْحُجْرَاتِ، وَلَا أَنْ يناديه باسمه<sup>(١)</sup> فيقول يا مُحَمَّدُ يا أحمد ولكن يقول يا نبيَّ اللَّهِ [أو] يا رسول الله [أو] يا خيرة الله، وكان يُسْتَسْقَى به، يُتَبَرَّكُ<sup>(٢)</sup> بِبَوْلِهِ وَدَمِهِ، ومن زَنَّا بحضرتة أو استهان به كَفَرَ<sup>(٣)</sup>، ويجب على المصلي إذا دعاه أن يجيبه ولا تبطل صلاته كما تقدم في «كتاب الصلاة».

وحكى أبو العباس الزُّوْيَانِيُّ وجهاً آخَرَ، أنه لا يجب، وتبطل به الصلاة<sup>(٤)</sup> وأولاد بَنَاتِهِ يُسَبُّونَ إليه، وأولاد بنات غيره لا ينسبون إليه، في الكفاءة وغيرها<sup>(٥)</sup>.

[و] قال - ﷺ -: «كُلُّ سَبَبٍ وَنَسَبٍ يَنْقَطِعُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ إِلَّا سَبَبِي وَنَسَبِي»<sup>(٦)</sup>.

= أي الأحكام الشرعية، فدل على أن من الأحكام الشرعية أن لا يفعل ذلك، أهمل التقدم بين يديه والجهر له بالقول، وهما مستفادان من الآية أيضاً.

(١) قوله: وأن يناديه باسمه. دليله آية النور «لا تجملوا دعاء الرسول بينكم كدعاء بعضكم بعضاً» وعلى هذا فلا يناديه بكنيته، وأما ما وقع في ذلك لبعض الصحابة فإما أن يكون قبل أن يسلم القائل، وإما أن يكون قبل نزول الآية قاله الحافظ.

(٢) قوله: وكان يستسقى ويتبرك ببوله ودمه، تقدم ذلك مبسوطاً في الطهارة، قال الرافعي: في قصة أم أيمن من الفقه أن بوله ودمه يخالفان غيرهما في التحريم؛ لأنه لم ينكر ذلك، وكان السر في ذلك ما تقدم من صنيع الملكين حين غسل جوفه قاله الحافظ.

(٣) قوله: ومن زنا بحضرتة أو استهان به كفر، أما الاستهانة بالإجماع، وأما الزنا فإن أريد به أنه يقع بحيث يشاهده فممكن، لأنه يلحق بالاستهانة، وإن أريد بحضرتة أن يقع في زمانه فليس بصحيح، لقصة ماعز والغامدية قاله الحافظ.

(٤) قال الحافظ: قوله: ويجب على المصلي إذا دعاه أن يجيبه ولا تبطل صلاته، تقدم في الصلاة، ويلتحق بدعائه الشخص المصلي ووجوب إجابته، ما إذا سأل مصلياً عن شيء فإنه تجب عليه إجابته، ولا تبطل صلاته، وهنا فرع حسن وهو أنه لو كلمه مصلي ابتداء، هل تفسد صلاته أو لا، محل نظر.

(٥) قلت: كذا قال صاحب «التلخيص» وأنكره القفال وقال: لا اختصاص في انتساب أولاد البنات. والله أعلم. قال الحافظ: وفيه حديث أبي بكره سمعت رسول الله يقول: إن ابني هذا سيد، يعني الحسن بن علي، أخرجه البخاري، وفي معرفة الصحابة لأبي نعيم في ترجمة عمر، من طريق شبيب بن غرقدة عن المستظل بن حصين، عن عمر في أثناء حديث: وكل ولد آدم فإن عصبتهم لأبيهم، ما خلا ولد فاطمة فإني أنا أبوهم وعصبتهم.

(٦) رواه البزار [٢٤٥٥ - ٢٤٥٦] والحاكم [١٤٢/٣] والطبراني [٢٦٣٣ - ٢٦٣٤ - ٢٦٣٥] من حديث عمر، وقال الدارقطني في العلل: رواه ابن إسحاق عن جعفر بن محمد عن أبيه عن جده عن عمر، وخالفه الثوري وابن عيينة وغيرهما عن جعفر، لم يذكروا عن جده وهو منقطع، انتهى. ورواه الطبراني من حديث جعفر بن محمد عن أبيه عن جابر سمعت عمر، ورواه ابن السكن في صحاحه من طريق حسن بن حسن بن علي عن أبيه، عن عمر في قصة خطبته أم كلثوم بنت علي، ورواه البيهقي أيضاً، ورواه أبو نعيم في الحلية من حديث يونس بن أبي يعفور عن أبيه عن ابن عمر عن عمر، ورواه أحمد والحاكم من حديث المسور بن مخرمة رفعه: إن الأسباب تنقطع يوم القيامة، غير نسبي وسببي وصهري، ورواه الطبراني في الكبير من حديث ابن عباس، =

قيل: معناه أن أمته يُنسَبُونَ إليه في القيامة، وأمم سائر الأنبياء لا يُنسَبُونَ إليهم.  
وقيل: لا ينتفع يومئذ بِسَائِرِ الْأَنْسَابِ، وينتفع بالنسبة إليه.

وقال - ﷺ -: «تَسَمَّوْا بِاسْمِي وَلَا تَكْتُبُوا بِكُنْيَتِي»<sup>(١)</sup> فعن رواية الربيع عن الشافعي رضي الله عنه - أنه ليس لأحد أن يكتني بأبي القاسم سواء كان اسمه محمداً أو لم يكن، ومنهم من حملة على كراهة الجمع بين الاسم والكنية، وجوزوا الأفراد، ويشبه أن يكون هذا أظهر؛ لأن الناس ما زالوا يكتنون به في جميع الأمصار والأعصار من غير إنكار<sup>(٢)</sup> والله أعلم.

= رَوَاهُ فِي الْأَوْسَطِ مِنْ طَرِيقِ إِبْرَاهِيمَ بْنِ يَزِيدَ الْخَوْزِيِّ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عِيَادِ بْنِ جَعْفَرٍ سَمِعْتُ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ الزَّبِيرِ يَقُولُ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: كُلُّ نَسَبٍ وَصَهْرٍ مَنْقُوعٌ يَوْمَ الْقِيَامَةِ، إِلَّا نَسَبِي وَصَهْرِي، وَإِبْرَاهِيمَ ضَعِيفٌ، وَرَوَاهُ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ أَحْمَدَ فِي زِيَادَاتِ الْمُسْنَدِ مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَمْرِو قَالَه الْحَافِظُ.  
(١) متفق عليه البخاري [٦١٨٧] مسلم [٢١٣٣] من حديث جابر وأبي هريرة وأنس، وفي الباب عن ابن عباس رَوَاهُ ابْنُ أَبِي خَيْشَمَةَ، وَفِي إِسْنَادِهِ إِسْمَاعِيلُ بْنُ مُسْلِمٍ وَهُوَ ضَعِيفٌ، قَوْلُهُ: فَعَنْ رِوَايَةِ الرَّبِيعِ عَنِ الشَّافِعِيِّ قُلْتُ: أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ عَنِ الْحَاكِمِ عَنْ أَبِي الْعَبَّاسِ مُحَمَّدِ بْنِ يَعْقُوبَ عَنِ الرَّبِيعِ عَنْهُ، وَهَكَذَا رَوَاهُ أَبُو نَعِيمٍ فِي الْحَلِيَّةِ عَنْ عُثْمَانَ بْنِ مُحَمَّدٍ الْعُثْمَانِيِّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَعْقُوبَ بِهِ، وَكَذَا قَالَ طَاوُسُ وَابْنُ سِيرِينَ (تَنْبِيه) وَأَمَّا مَا رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ مِنْ حَدِيثِ صَفِيَّةِ بِنْتِ شَيْبَةَ عَنْ عَائِشَةَ قَالَتْ: جَاءَتْ امْرَأَةٌ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي قَدْ وَلَدْتُ غُلَامًا فَسَمَيْتُهُ مُحَمَّدًا وَكُنَيْتُهُ أَبَا الْقَاسِمِ، فَذَكَرَ لِي أَنْكَرَهُ ذَلِكَ، فَقَالَ: مَا الَّذِي أَحَلَّ اسْمِي وَحَرَّمَ كُنْيَتِي، أَوْ مَا الَّذِي حَرَّمَ كُنْيَتِي وَأَحَلَّ اسْمِي، فَيُشَبِّهُهُ إِنْ صَحَّ أَنْ يَكُونَ قَبْلَ النَّهْيِ، لِأَنَّ أَحَادِيثَ النَّهْيِ أَصَحُّ، قَوْلُهُ: وَمِنْهُمْ مَنْ حَمَلَهُ عَلَى كِرَاهَةِ الْجَمْعِ، قُلْتُ: وَبِذَلِكَ جَزَمَ ابْنُ حِبَّانَ فِي صَحِيحِهِ، وَرَوَى أَبُو دَاوُدَ عَنْ مُسْلِمِ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ هِشَامِ، عَنْ أَبِي الزَّبِيرِ عَنْ جَابِرٍ مَرْفُوعاً مَنْ تَسَمَّى بِاسْمِي فَلَا يَكْتُنِي بِكُنْيَتِي، وَمَنْ اكَتَنِي بِكُنْيَتِي فَلَا يَتَسَمَّى بِاسْمِي، وَرَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ مِنْ طَرِيقِ الْحُسَيْنِ بْنِ وَاقِدٍ عَنْ أَبِي الزَّبِيرِ بِهِ، وَحَسَنُهُ، وَصَحَّحَهُ ابْنُ حِبَّانَ، وَفِي الْبَابِ عَنْ أَبِي حَمِيدٍ عِنْدَ الْبَزَارِ فِي مُسْنَدِهِ (فَائِدَةٌ) وَقِيلَ: إِنْ النَّهْيُ مَخْصُوصٌ بِحَيَاتِهِ ﷺ، وَيَدُلُّ عَلَيْهِ مَا رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ وَالتِّرْمِذِيُّ مِنْ طَرِيقِ فَطْرٍ عَنْ مَنْذَرِ الثَّوْرِيِّ عَنْ ابْنِ الْحَنْفِيَّةِ، عَنْ عَلِيٍّ قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ أَرَأَيْتَ إِنْ وُلِدَ لِي بَعْدُكَ اسْمِيهِ مُحَمَّدًا وَأَكْنِيهِ بِكُنْيَتِكَ؟ قَالَ: نَعَمْ، قَالَ: فَكَانَتْ لِي رِخْصَةٌ، صَحَّحَهُ التِّرْمِذِيُّ وَالحَاكِمُ، قَالَ الْبَيْهَقِيُّ: هَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ سَمِعَ النَّهْيَ فَسَأَلَ الرِّخْصَةَ لَهُ وَحْدَهُ، وَقَالَ حَمِيدُ بْنُ زَنْجُوِيَهٍ، سَأَلْتُ ابْنَ أَبِي أُوَيْسٍ مَا كَانَ مَالِكٌ يَقُولُ فِي الرَّجُلِ يَجْمَعُ بَيْنَ كُنْيَةِ النَّبِيِّ ﷺ وَاسْمِهِ، فَأَشَارَ إِلَى شَيْخٍ جَالِسٍ مَعَنَا فَقَالَ: هَذَا مُحَمَّدُ بْنُ مَالِكِ سَمَاءُ أَبُوهُ مُحَمَّدًا وَكَانَهُ أَبَا الْقَاسِمِ، وَكَانَ مَالِكٌ يَقُولُ إِنَّمَا نَهَى عَنْ ذَلِكَ فِي حَيَاةِ النَّبِيِّ ﷺ كِرَاهِيَةً أَنْ يَدْعِيَ أَحَدٌ بِاسْمِهِ أَوْ كُنْيَتِهِ، فَيَلْتَفِتَ النَّبِيُّ ﷺ، فَأَمَّا الْيَوْمَ فَلَا، وَهَذَا كَأَنَّهُ اسْتَنْبَطَهُ مِنْ سِيَاقِ الْحَدِيثِ الَّذِي فِي الصَّحِيحِ فِي سَبَبِ النَّهْيِ عَنْ ذَلِكَ وَاللهُ أَعْلَمُ قَالَه الْحَافِظُ.

(٢) قَالَ النَّوَوِيُّ: هَذَا الَّذِي تَأَوَّلَهُ الرَّافِعِيُّ وَاسْتَبَدَّلَ بِهِ فِيهِمَا، ضَعِيفٌ، وَهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ فِيهَا ثَلَاثَةٌ مَذَاهِبٍ. أَحَدُهَا: مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ، وَهُوَ مَا ذَكَرَهُ. وَالثَّانِي: مَذْهَبُ مَالِكٍ: أَنَّهُ يَجُوزُ التَّكْنِي بِأَبِي الْقَاسِمِ لِمَنْ اسْمُهُ مُحَمَّدٌ وَلِغَيْرِهِ. وَالثَّلَاثُ: يَجُوزُ لِمَنْ اسْمُهُ مُحَمَّدٌ دُونَ غَيْرِهِ. وَمَنْ جُوزَ مُطْلَقًا، جَعَلَ النَّهْيَ مَخْصُوصًا بِحَيَاةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، وَقَدْ يَسْتَدَلُّ لَهُ بِمَا ثَبَتَ فِي الْحَدِيثِ مِنْ سَبَبِ النَّهْيِ، =

= وأن اليهود تكثروا به، وكانوا ينادون: يا أبا القاسم، فإذا التفت النبي ﷺ قالوا: لم نعتك، إظهاراً للإيذاء، وقد زال ذلك المعنى، وهذا المذهب أقرب، وقد أوضحت مع ما يتعلق به في كتاب «الأذكار» وكتاب «الأسماء». [والله أعلم].

وما يتعلق بهذا الضرب، أن شعره ﷺ طاهر على المذهب إن نجسنا شعر غيره، وأن بوله ودمه وسائر فضلاته، طاهرة على أحد الوجهين كما سبق، وأن الهدية له حلال، بخلاف غيره من الحكام وولاة الأمور من رعاياهم. وأعطي جوامع الكلم. ومن خصائصه ﷺ، ما ذكره صاحب «التلخيص» والقفال قالا: كان النبي ﷺ يؤخذ عن الدنيا عند تلقي الوحي، ولا تسقط عنه الصلاة ولا غيرها. وفاته ﷺ ركعتان بعد الظهر، فقضاهما بعد العصر، ثم واطب عليهما بعد العصر. وفي اختصاصه بهذه المداومة، وجهان: أحدهما: الاختصاص. ومنها: أنه لا يجوز الجنون على الأنبياء، بخلاف الإغماء.

واختلفوا في جواز الاحتلام، والأشهر امتناعه. ومنها: أنه من رآه ﷺ في المنام فقد رآه حقاً. وأن الشيطان لا يتمثل في صورته. ولكن لا يعمل بما يسمعه الرائي منه في المنام مما يتعلق بالأحكام، لعدم ضبط الرائي، لا للشك في الرؤية، فإن الخبر لا يقبل إلا من ضابط مكلف، والنائم بخلافه. ومنها: أن الأرض لا تأكل لحوم الأنبياء، للحديث الصحيح في ذلك.

ومنها: قوله ﷺ في الحديث: «إن كذباً عليّ ليس ككذب علي أحد». فالكذب عمداً عليه من الكبائر، ولا يكفر فاعله على الصحيح وقول الجمهور. وقال الشيخ أبو محمد: هو كفر. ولنختتم الباب بكلامين.

أحدهما: قال إمام الحرمين: قال المحققون: ذكر الاختلاف في مسائل الخصائص خبط غير مفيد، فإنه لا يتعلق به حكم ناجز تمس إليه حاجة، وإنما يجري الخلاف فيما لا نجد بدأ من إثبات حكم فيه، فإن الأقيسة لا مجال لها، والأحكام الخاصة تتبع فيها النصوص، وما لا نص فيه، فتقدير اختيار فيه، هجوم على الغيب من غير فائدة.

والكلام الثاني: قال الصيمري: منع أبو علي بن خيران الكلام في الخصائص، لأنه لو انقضى، فلا معنى للكلام فيه. وقال سائر أصحابنا: لا بأس به، وهو الصحيح، لما فيه من زيادة العلم، فهذا كلام الأصحاب، والصواب الجزم بجواز ذلك، بل باستحبابه. ولو قيل بوجوبه، لم يكن بعيداً، لأنه ربما رأى جاهل بعض الخصائص ثابتة في الحديث الصحيح فعلم به أخذاً بأصل التأسي، فوجب بيانها لتعرف فلا يعمل بها، وأي فائدة أهم من هذه.

وأما ما يقع في ضمن الخصائص مما لا فائدة فيه اليوم، فقليل لا تخلو أبواب الفقه عن مثله للتدرب ومعرفة الأدلة وتحقيق الشيء على ما هو عليه. والله أعلم.

قال في المهمات التعبير عن الثالث سهو وصوابه لمن ليس اسمه محمداً دون غيره وكأنه وقعت له نسخة ما نصه والثالث لمن اسمه محمد دون غيره والذي وقعت عليه ما ذكرته وهو الصواب. وقال الإسنوي: وهذا الثالث هو الصواب الراجح دليلاً لقوله ﷺ «من تسمى باسمي فلا يكتني بكنيتي ومن تكنى بكنيتي فلا يتسمى باسمي».

رواه أبو داود والترمذي من حديث جابر وقال الترمذي حسن غريب وقال البيهقي في شعب الإيمان إسناده صحيح وصححه ابن حبان وأخرجه أيضاً من حديث أبي هريرة وصححه الترمذي =

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الثَّانِيَةُ): يُسْتَحَبُّ النِّكَاحُ لِمَنْ تَأَقَّتْ نَفْسُهُ إِلَيْهَا، وَمَنْ لَا فَالْعِبَادَةُ لَهُ أَوْلَى (ح)، وَأَحَبُّ الْمُنْكَوْحَاتِ الْبِكْرُ الْوَلُودُ النَّسِيبَةُ الَّتِي لَيْسَتْ لَهُ قَرَابَةٌ قَرِيبَةً الْمَنْظُورُ (و) إِلَيْهَا قَبْلَ النِّكَاحِ فَإِنَّهُ أُخْرَى أَنْ يُؤَدَمَ بَيْنَهُمَا.

قال الرَّافِعِيُّ: فيه مسألتان:

إحداهما: الشخص إن تائق محتاج إلى النكاح، وإما غير تائق، والأول إما أن يجد أهْبْتَهُ وعدته، أو لا يجد إن وجدها فيستحب له<sup>(١)</sup> النكاح تَحْصِيناً لِلدِّينِ، سواء كان مُقْبِلاً على العبادة، أو لم يكن، وإن لم يَجِدْهَا فالأولى ألا يتزوج ويكسر شهوته بالصوم؛ لما رُوِيَ أَنَّهُ - ﷺ - قال: «يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ مَنْ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ فَإِنَّهُ أَغْضُ لِلْبَصْرِ وَأَخْصَنُ لِلْفَرْجِ وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصُّومِ فَإِنَّهُ لَهُ وَجَاءٌ»<sup>(٢)</sup> فإن لم تنكسر بالصوم لا يكسره بالكافور ونحوه، ولكن يتزوج.

= من هذا الوجه. قال الشيخ البلقيني يحتج لما قاله الرافعي بما أسنده ابن عبد البر في مقدمة الاستيعاب من حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «لا تجمعوا بين اسمي وكنيتي فإنما أنا أبو القاسم والله يعطي وأنا أقسم» ويوب عليه الترمذي باب كراهة الجمع بين اسم النبي ﷺ وكنيته ورواه بلفظ «إن النبي ﷺ نهى أن يجمع أحد بين اسمه وكنيته ويسمى محمداً أبا القاسم» وقال حسن صحيح - ثم روى الحديث جابر قال رسول الله ﷺ «إذا سميت بي فلا تكتنوا بي» وقال حسن غريب ثم روي من حديث علي بن أبي طالب أنه قال يا رسول الله أرأيت إن ولد لي بعدك ولد اسميه باسمك وأكنيه بكنيتك قال نعم. فكانت رخصة لي - قال الترمذي صحيح.

(١) قال في الخادم إطلاقه التائق يشمل صوراً منها من عجز عن الحرية وقدر على الأمة وبالاستحباب صرح ابن السمعاني في الاصطلاح حكاية عن الحنفية ثم خالفهم وقال إنه على الإباحة ويشهد له قوله تعالى «وَأَنْ تَصْبِرُوا خَيْرٌ لَكُمْ» فدل على أنه لا يبلغ مرحلة الاستحباب وأن الصبر عن نكاح الأمة أفضل مطلقاً وقال صاحب الخادم ولعلمهم أخذوا الاستحباب من قوله تعالى: «فَانكحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ» واللائق استحباب وتعقبه البكري في حاشيته فقال اللائق عدم الاستحباب ومنها الخصي إذا تائق نفسه. قال في المطلب ولم أَرُ من صرح به نعم كلام الغزالي في الإحياء يقتضي استحباب ذلك له إذ قال إنه يستحب النكاح للعنين فإن نبضات الشهوة خفية حتى أن الممسوح الذي يتوقع له ولد كذلك لا ينقطع الاستحباب في حقه بل يؤمر به كما يؤمر الأصلح بإمرار موسى على رأسه.

قال الأذري في القوت عبارتهم يستحب النكح للنائق الواجد الوجه الجزم بكراهة الترك.

(٢) متفق عليه البخاري [١٩٠٥ - ٥٠٦٥ - ٥٠٦٦، مسلم ١٤٠٠] من حديث ابن مسعود، زاد مسلم في رواية: فلم ألبث حتى تزوجت، وزاد ابن حبان في صحيحه بعد قوله: فإنه له وجاء. وهو الإحصاء وهو مدرج، والوجاء بكسر الواو والمد، رض الخصيتين، وإن نزعا نزعا فهو الإحصاء في الحكم، وفي الباب عن أنس رواه البزار من طريق سليمان بن المغيرة عن ثابت عنه، والطبراني في الأوسط من طريق بقية عن هشام عن الحسن عنه.

وأما غير التائق فإن لم يجد أهْبَتَهُ، أو كان به مَرَضٌ، أو عَجَزٌ من جب، أو عُنَّة أو كِبَرٌ فَيُكْرَهُ له النكاح؛ لما فيه من الالتزام بما لا يقدر على الوفاء بِمُقْتَضَاهُ من غير حَاجَةٍ، وإن وجد الأهْبَةُ ولم يكن به عِلَّةٌ فلا يكره له النكاح، ولكن التخلي للعبادة أفضل فإن لم يكن مشغلاً بالعبادة فوجهان. حكاهما ابنُ القَطَّانِ وغيره:

أصحهما: أن النكاح أفضل، كيلا تفضي به البَطَالَةُ والفراغ إلى الفواحش.

والثاني: إن تركه أفضل للخطر بالقيام بواجبه.

وقال أبو حَنِيْفَةَ - رضي الله عنه -: النُّكَّاحُ أفضل من الاشتغال بالعبادة، وفي «تعليق» الشيخ علي القزويني عن القاضي أبي سعيد الهَرَوِيِّ أَنَّ للأصحاب وجهاً مثله، والمسألة، مشهورة في الخلاف، ويجوز أن يعلم قوله: «يُسْتَحَبُّ النُّكَّاحُ لمن تائق نفسه إليه» بالواو؛ لأن في «شرح مختصر الجويني» أن بعض الأصحاب قال: إن خاف الزنا وجب عليه النُّكَّاحُ، وأيضاً فإنَّ القاضي أبا سَعِيدٍ قال: ذهب بعض أصحابنا بالعراق إلى أَنَّ النُّكَّاحَ فرض على الكفاية، ولو أنه امتنع منه أهل قطر أُجْبِرُوا عليه<sup>(١)</sup>.

(١) ذهب الجمهور إلى القول بأن النكاح متدرّب.

وذهب داود الظاهري إلى القول بوجوبه على القادر على الوطء إن وجد ما يتزوج به وعجز عن التسري. قال ابن حزم: وفرض على كل قادر على الوطء إن وَجَدَ ما يتزوج به أو يتسرى أن يفعل أحدهما فإن عجز عن ذلك فليكثر من الصوم. استدل داود بالكتاب والسنة.

أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾.

وجه الدلالة من هذه الآية الكريمة أن الله أمر فيها بالنكاح، والأصل في الأمر أن يكون للوجوب فيكون النكاح واجباً.

وأما السُّنَّةُ فقوله ﷺ: «يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ مَنْ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ فَإِنَّهُ أَغْضُ لِلْبَصْرِ وَأَخْصَنُ لِلْفَرْجِ. وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ فَإِنَّهُ لَهُ وَجَاءٌ» إلى غيره من الأحاديث الحاتئة على النكاح. وقد حملوا الأمر في الحديث أيضاً على الوجوب.

وأما الجمهور فقد قالوا إن الأمر هذا ليس للوجوب وإنما هو محمول على الندب. أما الآية فإن الله تعالى حين أمر بالنكاح علقه على الاستطابة بقوله: ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ﴾ والواجب لا يتوقف على الاستطابة. وقال «مَثْنَى وَثُلَاثَ» ولا يجب ذلك بالاتفاق، فَذَلِكَ على أن الأمر فيها للندب لا للوجوب وأيضاً فإن الله سبحانه وتعالى خَبَّرَ بَيْنَ النُّكَّاحِ وملك اليمين في قوله: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَنْ لَا تَعْدِلُوا بَوَاحِدَةٍ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾، وملك اليمين ليس بواجب بالإجماع ولا يصح التخيير بين واجب وما ليس بواجب، لأن ذلك فخرج للواجب عن الوجوب. وعليه فيحمل الأمر في الآية على الندب. وأما الحديث فإن أمر فيه من لم يستطع النكاح بالصوم والصوم ليس بواجب في هذه الحال فكذلك النكاح. أو نقول إن الأمر فيه محمول على من يخشى على نفسه =



الوقوع في محظور بترك النكاح فيلزمه حينئذ إعفاف نفسه.

وعليه فالراجع ما ذهب الجمهور إليه من عدم الوجوب، وخصوصاً أنه كان في الصحابة من لم تكن له زوجة مع قدرته على النكاح ورسول الله ﷺ يعلم ذلك ولم ينكر عليهم كما أنه كان في عصر الخلفاء ومن بعدهم من لم يتزوج، ولم ينقل إلينا عن أحد من الخلفاء أنه حتم على من ليست له زوجة أن يتزوج، ولو وقع ذلك لنقل إلينا بالتواتر، لأن هذا مما تعم به البلوى، فلما لم ينقل إلينا شيء من ذلك عن النبي ﷺ وخلفائه دل ذلك على أن النكاح ليس بواجب.

ثم إن قول الجمهور أن النكاح مندوب أن الأصل فيه الندب بشرط أن يكون قادراً على ما تحتاج إليه المرأة من مهر ونفقة ووطء ولم يخف على نفسه الزنا بعدمه وقد يخرج عن هذا الأصل لعارض إلى سائر الأحكام.

فيجب إنه خاف على نفسه الزنا إن ترك النكاح وعجز عن التسري ولم يكفه الصوم لأنه يلزم إعفاف نفسه وصونها عن الحرام، ولو أدى به ذلك إلى الإنفاق عليها من حرام أو أدى إلى عدم الإنفاق عليها كما صرح بذلك المالكية وذلك ارتكاباً لأخف الضررين، خصوصاً إن النفقة من حق الزوجة فلها إسقاطها أو يُئنيه الله من فضله كما قال تعالى: ﴿إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾ وليس هذا من باب دفع الحرام بمثله الممنوع شرعاً؛ لأن المفسدة بترك النكاح محققة من حصول الزنا، والإنفاق عليها من حرام محتمل، فلا يترك وقع المفسدة المحققة لأخرى محتملة. ويحرم عند عجزه عن الوطاء أو النفقة أو تصنيعه واجباً إذا لم يخف على نفسه الزنا، ويكره عند عدم الرغبة في إن عطلة عن تطوع ولو رجا النسل.

ويباح عند عدم الرغبة فيه ولم يرج نسلًا ولم يعطله عن تطوع.

واختلف الفقهاء فيمن له شهوة يأمن معها على نفسه الوقوع في الزنا هل الاشتغال بالعبادة أفضل في حقه من الزواج، أو العكس؟.

فذهب الشافعية إلى القول بأن التخلي لنوافل العبادة أفضل له من النكاح، وذهب الجمهور إلى القول بأن النكاح أفضل من التخلي لنوافل العبادة، وقد استدلت الشافعية بما يأتي.

أولاً: بقوله تعالى في مدح يحيى عليه السلام «وسيداً وحضوراً» والحضور هو الذي لا يأتي النساء مع القدرة على إتيانهن فمدحهم الله به ولو كان النكاح أفضل من التخلي لنوافل العبادة لما مدحه الله بتركه، ويرد هذا بأنه ليس في مدح قال يحيى عليه السلام ما يدل على أنه أفضل من النكاح، فإن مدح الصفة في ذاتها لا يقتضي ذم غيرها، إذ إننا لا ننكر فضل التخلي للعبادة، واستحقاق المدح عليه، ولكن نقول إن الاشتغال بالنكاح أفضل، وأيضاً فإن ذلك كان في شريعة سيدنا يحيى عليه السلام وشرعنا وارد بخلافه فهو أول.

وثانياً: قالوا النكاح عقد معاوضة فكان الاشتغال بالعبادة أفضل منه كالبيع ويرد هذا بأن فرق بين البيع والنكاح، فإنما كان التخلي للعبادة أفضل من البيع؛ لأن البيع لا يشتمل على مصالح النكاح ولا يقاد بها لذلك كان التخلي للعبادة أفضل منه وأما الجمهور فقد استدلوا - بأمر الله تعالى به ورسوله وحثهما عليه.

وأيضاً فقد تمسكوا بما روي في الصحيحين من أن نقرأ من أصحاب رسول الله ﷺ سألوا أزواجه عن عمله في السر فقال بعضهم لا أتزوج النساء، وقال بعضهم لا أكل اللحم، وقال بعضهم: لا أنام على فراش، فبلغ ذلك النبي ﷺ فحمد الله وأثنى عليه وقال: «مَا بَالُ أَقْوَامٍ قَالُوا: كَذَا وَكَذَا =

الثانية: إذا أراد النكاح فالبكر أولى من الثيب إذا لم يكن عذر به لما روي أن النبي - ﷺ - قال لجابر - رضي الله عنه -: «هَلَا بَكَرًا تُلَاعِبُهَا وَتُلَاعِبُكَ»<sup>(١)</sup>.

والولود، أولى؛ لما روي أنه - ﷺ - قال: «تَزَوَّجُوا الْوُلُودَ الْوُدُودَ فَإِنِّي مُكَائِرٌ بِكُمْ الْأُمَمِ»<sup>(٢)</sup>، والنسبية أولى؛ لما روي أنه - عليه السلام - قال إِيَّاكُمْ وَحَضْرَاءَ الدَّمَنِ، قيل يَا رَسُولَ اللَّهِ وَمَا حَضْرَاءُ الدَّمَنِ؟ قَالَ: «الْمَرْأَةُ الْحُسْنَاءُ فِي الْمَنْبِتِ السُّوءِ»<sup>(٣)</sup>. والتي ليست لها قرابة قريبة أولى، لما روي أنه - ﷺ - قال: «لَا تَنْكِحُوا الْقَرَابَةَ الْقَرِيبَةَ، فَإِنَّ الْوَلَدَ يُخَلِّقُ ضَاوِيًا»<sup>(٤)</sup> أي: نحيفاً، وذلك لضعف الشهوة.

= لكنني أصلي وأنام وأصوم وأفطر وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتي فليس مني». ووجه الدلالة من هذا: أن النبي ﷺ ذم وهذه الحال، وتبرأ منها، ولو كان التخلي للعبادة أفضل، كما قيل لأقرهم على ذلك.

(١) متفق عليه البخاري [٢٠٩٧ - ٢٣٠٩ - ٢٩٦٧ - ٥٠٧٩] مسلم [٧١٥] من حديث جابر، زاد في رواية لمسلم: وتضاحكها وتضاحكك وفي رواية: مالك وللعداري ولعابها.

(تنبيه): قال القاضي عياض: الرواية ولعابها بكسر اللام لا غير، وهو من اللعب كذا قال: وقد ثبت لبعض رواة البخاري بضم اللام أي ريقها، ولابن أبي خيثمة من حديث كعب بن عجرة أنه ﷺ قال لرجل فذكر نحوه، وفيه: فهلا بكراً تعضها وتعضك، وفي الباب عن عويم بن ساعدة في ابن ماجه والبيهقي بلفظ: عليكم بالأبكار فإنهن أعذب أفواهاً، وأنتق أرحاماً، وأرضى باليسير، وعن ابن عمر نحوه وزاد: وأسخن إقبالاً، رواه أبو نعيم في الطب وفيه عبد الرحمن بن زيد بن أسلم وهو ضعيف قاله الحافظ.

(٢) تقدم من حديث معقل بن يسار، وقد تقدمت طرقة أيضاً في باب فضل النكاح.

(٣) أخرجه الراهزمزي والعسكري في الأمثال، وابن عدي في الكامل، والقضاعي في مسند الشهاب [٩٥٧] والخطيب في إيضاح الملتبس كلهم من طريق الواقدي عن يحيى بن سعيد بن دينار عن أبي وجزة يزيد بن عبيد، عن عطاء بن يسار عن أبي سعيد الخدري، قال ابن عدي: تفرد به الواقدي، وذكره أبو عبيد في الغريب فقال: يروي عن يحيى بن سعيد بن دينار، قال ابن طاهر وابن الصلاح: يعد في أفراد الواقدي، وقال الدارقطني: لا يصح من وجه.

قال الحافظ (تنبيه): الدمن البعر تجمعه الريح، ثم يركبه السافي، فإذا أصابه المطر ينبت نباتاً ناعماً يهتز وتحتة الدمن الخيث، والمعنى: لا تنكحوا المرأة لجمالها وهي خبيثة الأصل، لأن غرق السوء لا ينجب، قال الشاعر: وقد ينبت المرعى على دمن الثرى.

(تنبيه): الرافعي احتج به على استحباب النسبية وأولى منه ما أخرجه ابن ماجه الدارقطني عن عائشة مرفوعاً: «تخيروا لنطفكم، وأنكحوا الأكفاء، وأنكحوا إليهم» ومداره على أناس ضعفاء، روه عن هشام أمثلهم صالح بن موسى الطلحي، والحارث بن عمران الجعفري وهو حسن.

(٤) قال الحافظ: هذا الحديث تبع في إirاده إمام الحرمين هو والقاضي الحسين، وقال ابن الصلاح: لم أجد له أصلاً معتمداً انتهى. وقد وقع في غريب الحديث لابن قتيبة قال: جاء في الحديث: اغربوا لا تضووا، وفسره فقال: هو من الضاوي وهو النحيف الجسم، يقال أضوت المرأة إذا أتت بولد ضاو، والمراد: أنكحوا في الغبراء، ولا تنكحوا في القرية، وروي ابن يونس في تاريخ =

وذات الدين أولى<sup>(١)</sup>؛ لقوله - عليه السلام -: «تُنكح المرأة لأربعٍ لِمَالِهَا وَحَسَبِهَا وَدِينِهَا وَجَمَالِهَا فَاطْفَرُ بِذَاتِ الدِّينِ تَرَبَّتْ يَدَاكَ»<sup>(٢)</sup>. وليكن منظوراً إليها قبل النكاح، على ما سذكر في الفصل الذي يلي هذا الفصل.

واعلم أنَّ المقدمات المودعة في هذا القسم معدودة في بعض النسخ ثلاثٌ: إحداهما: في خصائص رسول الله - ﷺ -.

والثانية: في الترغيب في النكاح، وأحب المنكوحات - ويقع فيه الكلام في النظر إلى المنكوحه وفي النظر جملة.

والثالثة: في الخطبة والخطبة، وهي في بعض النسخ معدودة خمساً وكذلك في «الوسيط».

إحداهما: الخصائص.

والثانية: ما شرحناه في هذا الفصل وبعده.

= الغريب في ترجمة الشافعي عن شيخ له عن المزني، عن الشافعي قال: أيما أهل بيت لم تخرج نساؤهم إلى رجال غيرهم، كان في أولادهم حتم، وروى إبراهيم الحربي في غريب الحديث عن عبد الله بن المؤمل عن ابن أبي مليكة قال: قال عمر آل السائب قد أضواتم فأنكحوا في النوايغ، قال الحربي: يعني تزوجوا الغرائب.

(١) قال النووي: ويعد الدين، ذات الجمال والعقل أولى، وقرابته غير القريبة أولى من الأجنبية، والمستحب أن لا يزيد على امرأة من غير حاجة ظاهرة، ويستحب أن لا يتزوج من معها ولد من غيره لغير مصلحة، قاله المتولي. وإنما قيدت لغير المصلحة، لأن رسول الله ﷺ تزوج أم سلمة رضي الله عنها ومعها ولد أبي سلمة رضي الله عنه. قال أصحابنا: ويستحب أن يتزوج في شوال، للحديث الصحيح عن عائشة رضي الله عنها في ذلك. والمستحب، أن لا يتزوجها إلا بعد بلوغها، نص عليه الشافعي رضي الله عنه، وهذا إذا لم يكن حاجة أو مصلحة. والله أعلم.

قال في الخادم: هذا النص في منصوصاته في القديم كما ذكره القاضي أبو الطيب وصاحب الشامل والبحر، وقضية كلامهم أنه ليس في الجديد ما يخالفه، وحيث قد فالتوى به. (٢) متفق عليه البخاري [٥٠٩٠، مسلم ١٤٦٦] من حديث سعيد عن أبيه عن أبي هريرة، ولمسلم عن جابر: إن المرأة تنكح على دينها ومالها وجمالها، فعليك بذات الدين تربت يداك، وللحاكم وابن حبان من حديث أبي سعيد: تنكح المرأة على إحدى ثلاث خصال: جمالها ودينها وخلقها، فعليك بذات الدين والخلق، وروى ابن ماجه والبخاري والبيهقي من حديث عبد الله بن عمرو مرفوعاً، لا تنكحوا النساء لحسنهن فعله يرديهن، ولا لمالهن فلعله يطغينهن، وأنكحوهن لدين، ولأمة سوداء خرقاء ذات دين أفضل، وروى النسائي من طريق سعيد المقبري عن أبي هريرة قال: قيل يا رسول الله أي النساء خير؟ قال: التي تسره إذا نظر، وتطيعه إذا أمر، ولا تخالفه في نفسها ومالها بما يكره.

والثالثة: في النَّظَرِ إليها إذا وقعت الرُّغْبَةُ في نكاحها وأحكام النظر جملة، ثم يتصل به، فلا ينظر إلا إلى وجهها.

والرابعة: في الخطبة.

والخامسة: في الخطبة والمقصود لا يختلف.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: (الثالثة): النَّظَرُ إِلَيْهَا إِذَا تَحَقَّقَتِ الرُّغْبَةُ فِي نِكَاحِهَا، وَنَحْنُ نَتَعَرَّضُ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ لِأَحْكَامِ النَّظَرِ جُمْلَةً، وَلَا يَنْظُرُ (ح م و) إِلَّا إِلَى وَجْهِهَا، وَلَا يَخْتِاجُ إِلَى إِذْنِهَا (م).

قال الرافعي: إذا رغب في نكاح امرأة نَظَرَ إليها؛ لما رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - قال لِلْمَغِيرَةَ وقد خطب امرأة: «انظُرْ إِلَيْهَا فَإِنَّهُ أُخْرَى أَنْ يُؤَدَمَ بَيْنَكُمَا»<sup>(١)</sup>، أي يجعل بينكما المودة والألفة. يُقَالُ: «أَدَمَ اللَّهُ بَيْنَكُمَا» أي «جعل».

وعن جابر - أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - قال: «إِذَا خَطَبَ أَحَدُكُمْ الْمَرْأَةَ فَإِنْ اسْتَطَاعَ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى مَا يَدْعُوهُ إِلَى نِكَاحِهَا فَلْيَفْعَلْ»<sup>(٢)</sup> قال: فخطبت جارية وكنت أتحبُّ لها، حتى رأيت منها ما دعاني إلى نكاحها فتزوجتها، وهذا النَّظَرُ مُسْتَحَبٌّ، أو مُبَاحٌ مجرد؟.

حكى الإمام فيه وجهين:

(١) أخرجه النسائي [٦٩/٦] والترمذي [١٠٨٧] وابن ماجه [١٨٦٦] والدارمي [١٣٤/٢] وابن حبان [١٣٦ موارد] من حديث المغيرة، وذكره الدارقطني [٢٥٢/٣ - ٢٥٣] في العلل وذكر الخلاف فيه، وأثبت سماع بكر بن عبد الله المزني من المغيرة، وقوله: «يؤدم بينكما» أي تدوم المودة، وفي الباب عن أبي هريرة عند مسلم، وأنس وجابر ومحمد بن مسلمة وأبي حميد، فحديث أنس صححه ابن حبان والدارقطني والحاكم وأبو عوانة، وهو في قصة المغيرة أيضاً، وحديث جابر يأتي، وحديث محمد بن مسلمة رواه ابن ماجه وابن حبان، وحديث أبي حميد رواه أحمد والطبراني والبخاري ولفظه: إذا خطب أحدكم امرأة فلا جناح عليه أن ينظر إليها، إذا كان إنما ينظر إليها للخطبة.

(٢) أخرجه الشافعي وأبو داود [٢٠٨٢] والبخاري والحاكم [١٦٥/٢] من حديث ابن إسحاق عن داود ابن الحصين عن واقد بن عبد الرحمن عنه، ورواه أحمد [٣٣٤/٣ - ٣٦٠] من هذا الوجه وفيه أنها من بني سلمة، وأعله ابن القطان بواقد بن عبد الرحمن، وقال: المعروف واقد بن عمرو، قلت: رواية الحاكم فيها عن واقد بن عمرو، وكذا هو عند الشافعي وعبد الرزاق.

قال الحافظ: فائدة: روى عبد الرزاق وسعيد بن منصور وابن أبي عمرو، عن سفيان عن عمرو ابن دينار عن محمد بن علي ابن الحنفية: أن عمر خطب إلى علي ابنته أم كلثوم، فذكر له صغرها، فقال: أبعث بها إليك، فإن رضيت فهي امرأتك، فأرسل بها إليه، فكشف عن ساقها، فقالت: لولا أنك أمير المؤمنين لصككت عينك، وهذا يشكل على من قال: إنه لا ينظر غير الوجه والكفين.

**الأول:** أصح؛ لما وُردَ فيه من صيغة الأمر، ويجوز أن يعلم للثاني قوله في «الكتاب»: «المنظور إليها قبل النكاح» بالواو؛ لأنه جعل نكاحها أحب، ويجوز له تكرار النَّظَرِ إليها ليتبين هيئتها، ولا يندم بعد النكاح، ولا فَرْقَ بين أن يكون النظر إليها بإذنها أو بغير إذنها خلافاً لمالك - رضي الله عنه - حيث اغْتَبَرَ إذنها دليلاً، لإطلاق الخبر، وأيضاً فإنه لو راجعها لزينت نفسها فيفوت المَطْلُوبُ من النظر.

فإن لم يتيسر النظرُ إليها بعث إليها امرأة تتأملها وتصفها له<sup>(١)</sup>. روي أن النبي - ﷺ - بعث أم سليم إلى امرأة وقال: «انظري إلى عُرْقُوبِهَا وَشَمِي مَعَاظِفِهَا»<sup>(٢)</sup>. والمرأة أيضاً تنظر إلى الرجل إذا أرادت الزواج، فإنه يعجبها منه ما يعجبه منها، قاله عمر<sup>(٣)</sup> - رضي الله عنه - ثم الكلام في المنظور إليه، وفي وقت النظر أما المنظور إليه منها، فهو الوجه والكفَّافِ ظَهْرًا وَيَطْنًا.

واعلم أنا سنذكر وجهين في جواز النَّظَرِ إلى وجه الأجنبية وكَفَيْهَا من غير عُذْرٍ وسبب. فقال الإمام - رَحِمَهُ اللهُ -: مَنْ حَرَّمَ هُنَاكَ أَبَاحَ هُنَا، لغرض التزويج، ومن أباح هُنَاكَ فإنه يقول: إن كان يخاف الفتنة، فهو حَرَامٌ وَهُنَا لا يحرم مع خوف الفتنة لهذا الغرض، ولا يَنْظُرُ إلى ما سوى الوجه والكفين لأنه عَوْرَةٌ، وهي تُعَدُّ أُجْنَبِيَّةً.

وَذَكَرَ الحَنَّاظِيُّ وجهين في «المِفْصَل» الذي هو بين الكف والمعصم.

وفي «شرح مختصر الجويني» وَجْهٌ: أنه يَنْظُرُ إليها نظر الرجل إلى الرجل.

وعن مالك - رضي الله عنه - أنه يَنْظُرُ إلى الوجه والكفين والقدمين وبعض الدَّرَاعِ.

وعن أبي حَنِيفَةَ - رضي الله عنه -: ينظر إلى الوجه والكفين والقدمين بناءً على أن القدمين ليسا من العورة، ويجوز أن يعلم كذلك قوله في الكتاب: «إِلَّا إِلَى وَجْهَيْهَا» بالحاء والميم والواو، ولم يذكر الكفين لَفُظًا ولا بُدُّ منه. وأما وقت النظر فإنه ينبغي أن يكون بعد العزم على نكاحها إن ارتضاها وقبل الخطبة؛ لأنه لو كان بعد الخطبة وتركها

(١) ظاهره أنه يجوز لها أن تصف له جميع حلاها.

قال في الخادم: والأقرب أن تصف له من بدنها ما يجوز النظر إليه، ثم قال: حديث أم سليم يقتضي جواز حكاية ما سوى الوجه والكفين.

(٢) أخرجه أحمد والطبراني والحاكم [١٦٦/٢] والبيهقي من حديث أنس، واستنكره أحمد، والمشهور فيه طريق عمارة عن ثابت عنه، ورواه أبو داود في المراسيل عن موسى بن إسماعيل عن حماد عن ثابت، ووصله الحاكم من هذا الوجه بذكر أنس فيه، وتعقبه البيهقي بأن ذكر أنس فيه وهم، قال: ورواه أبو النعمان عن حماد مرسلًا، قال: ورواه ابن كثير الصنعاني عن حماد موصولًا.

تنبيه: قوله: وشمي معافطها في رواية الطبراني، وفي رواية أحمد وغيره: شمي عوارضها.

(٣) قال الحافظ لم أجده.

شَقَّ عليها وأوحشها، هذا هو الأظهر، وفيه وجهان آخران:

أحدهما: عن رواية الماسرجسي أنه ينظر إليها حين تأذن في عقد النكاح؛ لأنه وقت الحاجة.

والثاني: عند ركون كُلِّ واحدٍ منهما إلى صاحبه، وذلك حين تحرم الخطبة على الخطبة<sup>(١)</sup>.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَا يَجِلُّ لِلرَّجُلِ النَّظْرُ إِلَى شَيْءٍ مِنْ بَدَنِ الْمَرْأَةِ إِلَّا إِذَا كَانَ النَّاطِرُ صَبِيًّا، أَوْ مَجْنُونًا، أَوْ مَمْلُوكًا (ح و) لَهَا، أَوْ كَانَتْ صَبِيَّةً (و)، أَوْ رَقِيقَةً (و)، أَوْ مَخْرَمًا فَلْيَنْظُرْ إِلَى الْوَجْهِ وَالْيَدَيْنِ فَقَطُّ.

قال الرافعي: جَرَبَتِ الْعَادَةُ بِذِكْرِ حَكْمِ النَّظَرِ هُنَا، وَذَلِكَ إِمَّا أَنْ أَلَّا تَمَسَّ إِلَيْهِ الْحَاجَةُ أَوْ تَمَسَّ:

الحالة الأولى: إذا لم تمس إليه الحاجة وهو على أزيعة أفسام:

نَظَرَ الرَّجُلُ إِلَى الْمَرْأَةِ وَبِالْعَكْسِ، وَنَظَرَ الرَّجُلُ إِلَى الرَّجُلِ وَنَظَرَ الْمَرْأَةُ إِلَى الْمَرْأَةِ.

القسم الأول: نَظَرَ الرَّجُلُ إِلَى الْمَرْأَةِ وَيَحْرَمُ عَلَيْهِ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى مَا هُوَ عَوْرَةٌ مِنْهَا وَكَذَا إِلَى الْوَجْهِ وَالْكَفَيْنِ إِنْ كَانَ يَخَافُ مِنَ النَّظَرِ الْفِتْنَةَ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ﴾ [النور: ٣٠] وَإِنْ لَمْ يَخَفْ فَوَجْهَانِ.

قال أكثرُ الأصحاب - لا سيما المتقدمون: لَا يَحْرَمُ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ [النور: ٣١] - وَهُوَ مُقَسَّرٌ بِالْوَجْهِ وَالْكَفَيْنِ، نَعَمَ يُكْرَهُ ذَلِكَ - ذَكَرَهُ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ وَغَيْرُهُ<sup>(٢)</sup>.

(١) قال النووي: وإذا نظر فلم تعجبه، فليسكت، ولا يقل: لا أريدها، لأنه إيذاء والله أعلم.

(٢) روى البيهقي من طريق عبد الله بن مسلم بن هرمز عن سعيد بن جبيرة عن ابن عباس في قوله: (إلا ما ظهر منها) قال: الوجه والكفان، ومن طريق عطاء عن عائشة نحوه وروى الطبري من طريق مسلم الأعمور عن سعيد بن جبيرة عن ابن عباس قال: هي الكحل وتابعه خفيف عن عكرمة عن ابن عباس عند البيهقي.

قال الحافظ: تنبيه: احتج الرافعي بهذا على منع البالغ من النظر إلى الأجنبية، وأولى منه ما رواه البخاري ومسلم عن ابن عباس: أردف رسول الله ﷺ الفضل بن عباس يوم النحر خلفه - الحديث - وفيه قصة المرأة الرضية الخشعية، فطلق الفضل ينظر إليها فأخذت بيده، فأخذ بذن الفضل فعدل وجهه عن النظر إليها، وزواه الترمذي من حديث علي نحوه، وزاد: فقال العباس: لويت =

والثاني: يحرم ويحكى ذلك عن الإِضْطَحْرِيّ في رواية الدَّارِكِيّ وعن أبي علي الطَّبْرِيّ، واختاره الشيخ أبو محمد والإمام رحمهما الله ووجهه باتفاق المسلمين على منع النساء من أن يخرجن سافرات، ولو حل النظر لزلن منزلة المُرْد، وبأن النظر إيهن مظنة الفتنة، وهن محل الشهوة فاللائق بمحاسن الشَّرْعِ حسم الباب والإِعراض عن تَفَاصِيلِ الْأَحْوَالِ كَالْخُلُوةِ بِالْأَجْنِبِيَّةِ<sup>(١)</sup>، هذا ما ذكره في الكتاب وبه أَجَابَ صاحب «المهذب» والقاضي الرُّوْيَانِيّ وليس المراد من الكف مجرد الرَّاحَةِ، بل اليد من رؤوس الأصابع إلى المِغْصَمِ وفيه وَجْهٌ [أَخْرَجَ] أَنَّهُ يَخْتَصُّ الْحُكْمَ بِالرَّاحَةِ، وَأَخْصَا الْقَدَمَيْنِ عَلَى الْخِلَافِ الْمَذْكُورِ فِي سِتْرِ الْعَوْرَةِ مِنْ «باب شرائط الصَّلَاةِ»، وصوتها ليس بعودة على أَصْحَ الْوَجْهَيْنِ لَكِنْ يَحْرَمُ الْإِضْغَاءُ إِلَيْهِ عِنْدَ خَوْفِ الْفِتْنَةِ وَإِذَا قَرَعَ عَلَيْهَا الْبَابَ، فَلَا يَنْبَغِي أَنْ تَجِيبَ بِصَوْتِ رَخِيمٍ، بَلْ يَنْبَغِي أَنْ تَغْلِظَ صَوْتَهَا<sup>(٢)</sup>. هذا إذا كان الناظر إليها بِالِغَا فَعَلًا، وَالْمَنْظُورُ إِلَيْهَا حُمْرَةً كَبِيرَةً أَجْنِبِيَّةً. ثُمَّ الْكَلَامُ فِي سِتِّ صُورٍ:

إحداها: الطفل الذي لم يظهر على عورات النِّسَاءِ لا حجاب منه قال الله تعالى: ﴿أَوْ الْطِفْلَ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَى عَوْرَاتِ النِّسَاءِ﴾ [النور: ٣١] وفي المراهق وَجْهَانِ:

أحدهما: وبه قال أبو عبد الله الزُّبَيْرِيُّ: أن له النظر كما له الدخول من غير استئذان إلا في الأوقات الثلاثة.

قال الله تعالى: ﴿لَيْسَتَاؤِذْنُكُمْ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُكْمَ مِنْكُمْ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ...﴾ [النور: ٥٨] الآية - وعلى هذا فنظره كنظر البالغ إلى الْمَحَارِمِ.

والثاني: إنَّ نظره كنظر البالغ إلى الأجنبية لظهوره على العورات، وهذا أصح

= عنق ابن عمك، فقال: رأيت شاباً وشابة فلم آمن عليهما الشيطان، صححه الترمذي، واستنبط منه ابن القطان: جواز النظر عند أمن الفتنة من حيث إنه لم يأمرها بتغطية وجهها، ولو لم يفهم العباس أن النظر جائز ما سأل، ولو لم يكن ما فيه جائزاً لنا أقره عليه.

قال الحافظ: فائدة: اختار النووي أن الأمة كالحرّة في تحريم النظر إليها. لكن يعكر عليه ما في الصحيحين في قصة صفية فقلنا: إن حجبتها فهي زوجته وإن لم يحجبها فهي أم ولد كذا اعترضه ابن الرفعة، وتعقب بأنه بدل على أن الأمة تخالف الحرّة فيما تبديه أكثر مما تبديه الحرّة، وليس فيه دلالة على جواز النظر إليها مطلقاً.

(١) الصحيح التحريم كما ذكره الشيخ في المنهاج وجنح إليه في المحرر.

قال في التوسط: بل الظاهر أنه اختيار الجمهور، وممن جزم به غير من تقدم المحاملي في المجموع والتجريد، والدارمي وهو قضية كلام الرازي في التقريب والمجرد، وقال الإمام: إن إليه ميل العراقيين إلى آخر ما ذكره.

(٢) قال النووي: هذا الذي ذكره من تغليظ صوتها، كذا قاله أصحابنا. قال إبراهيم المروزي: طريقها أن تأخذ ظهر كفها بفيها وتجب كذلك. والله أعلم.

فيما ذكره أبو الفرج الزَّازُ وغيره ونَزَلَ الإمامُ أمرُ الصَّبِيِّ على ثَلَاثِ ذَرَجَاتٍ :  
إحداها : ألاَّ يبلِغَ مبلغاً يحكى ما يراه .

والثانية : أن يبلِغَه ، ولا يكون فيه نُورَاتٌ شَهْوَةٌ وتشوُّق .

والثالثة : أن يبلِغَه ، فالذي في الدرجة الأولى حضوره كغيبته ، ويجوز التَّكْشُفُ له من كل وجه ، الذي في الثالثة كالتَّالِغِ في النظر ، والذي في الثانية يَنْزِلُ منزلة المحارم .  
واعلم أن الصبي لا تكليف عليه ، وإذا جعلناه كالبالغ فمعناه يلزم المنظور إليها الاحتجاب منه كما أنه يلزمها الاحتجاب من المجنون قطعاً .

والثانية : في الممسوح وجهان : قال الأكثرون : نَظَرُهُ إلى الأجنبية كنظر الفحل إلى المحارم<sup>(١)</sup> ، وعليه يحمل قوله تعالى : ﴿أَوِ التَّابِعِينَ غَيْرِ أُولِي الْإِرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ﴾ [النور : ٣١] .

والثاني : إنه كنظر الفحل إلى الأجنبية ؛ لأنه يحل له نكاح التي ينظر إليها فكيف يجعل كالمحرم . والمحبوب الذي بقي أنثىه والخصي الذي بقي ذكره كالفحل وكذا العنين ، والمُحَنَّثُ المُتَشَبَّهُ بالنِّسَاءِ ، والشَّيْخُ الهرم كذلك<sup>(٢)</sup> أطلق أكثرهم .

وقال في «الشامل» : الخصي لا يحل له النظر إلا أن يكبر ويهرم وتذهب شهوته ، وكذا المخنث . وَحَكَى أبو مخلد البصري - وهو من متأخري الأصحاب - في الخصي والمخنث ، وجهين على الإطلاق<sup>(٣)</sup> .

والثالثة : مَمْلُوكُ المرأة - هل يكون محرماً لها؟! .

فيه وجهان :

أحدهما : نعم ؛ لقوله - تعالى - : ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾ [النور : ٣١] وعن أنس - رضي الله عنه - أن النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أتَى فاطمة - رضي الله عنها - بِعَبْدٍ قَدْ وَهَبَهُ لَهَا وَعَلَى فاطمة ثوب إذا قَتَعَتْ بِهِ رَأْسَهَا لَمْ يَبْلُغَ رِجْلَهَا وَإِذَا غَطَّتْ بِهِ رِجْلَهَا لَمْ يَبْلُغَ رَأْسَهَا فَلَمَّا رَأَى رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - مَا تَلَقَى قَالَ : إِنَّهُ لَيْسَ عَلَيْكَ بِأَسْ إِنْمَا هُوَ أَبُوكَ وَعِغْلَامُكَ<sup>(٤)</sup> .

(١) قال النووي : وإذا جعلنا الصبي كالبالغ ، لزم الولي أن يمنعه النظر ، كما يلزم أن يمنعه الزنا وسائر المحرمات . والله أعلم .

(٢) في أ الهم وهما بمعنى واحد .

(٣) قال النووي : هذا المذكور عن «الشامل» قاله شيخه القاضي أبو الطيب ، وصرح بأن الشيخ الذي ذهب شهوته ، يجوز له ذلك ، لقوله تعالى : ﴿أَوِ التَّابِعِينَ غَيْرِ أُولِي الْإِرْبَةِ﴾ . والله أعلم .

(٤) أخرجه أبو داود [٤١٠٦] من حديث أنس وفيه سالم بن دينار أبو جميع مختلف فيه . =



والثاني: وبه قال أبو حنيفة: لا لأنه لو ثبت المحرمية لاستمرت كما في الرضاع. وفي «تعلیق» الشيخ أبي حامد: إن هذا أصح لكن الأكثرون رجحوا الأول<sup>(١)</sup>. والرابعة: إذا كان المنظور إليها أمةً فثلاثة أوجه: أحدهما: أنها كالحرّة.

والثاني: يحرم النظر إلى ما لا يبدو منها عند المهنة وتفصيل ما يبدو مذكور في «سِتْرِ الْعَوْرَةِ».

والثالث: أن المحرم النَّظَرُ إلى ما بين السُّرَّةِ والرُّكْبَةِ لا غير، وهذه الأوجه قريبة من الوجوه المذكورة، فيما يجب عليها سترة في الصَّلَاةِ، ولكن الوجه الأول لا يكاد يوجد هكذا إلا لصاحب الكتاب في «الوسيط»<sup>(٢)</sup>.

وأما الثاني والثالث فمشهوران<sup>(٣)</sup>، وهما متفقان على جواز النظر إلى ما يبدو منها عند المهنة واختلافهما فيما زاد على ذلك<sup>(٤)</sup> إلا ما بين السُّرَّةِ إلى الرُّكْبَةِ، والأصح فيما ذكره صاحب «التهديب» والقاضي الروياني جواز النظر إليه لكنه يكره.

والخامسة: من النظر إلى الصَّبِيَّةِ وجهان منقولان في «الوسيط».

أحدهما: المنع؛ لأنها من جنس الإناث.

وأصحهما: الجواز؛ لأنها ليست في مظنة الشهوة، ولا فرق بين حد العورة وغيره، نعم لا ينظر إلى فرجها<sup>(٥)</sup>، وألحق في «الوسيط» العجوز بالشابة؛ لأن الشهوات لا تنضب، وهي محل الوطء.

= قال الحافظ: فائدة: حمل الشيخ أبو حامد هذا على أنه كان صغيراً لإطلاق لفظ الغلام، ولأنها واقعة حال، واحتج من أجاز ذلك أيضاً بقوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ وتعقب بما رواه ابن أبي شيبة من طريق طارق عن سعيد بن المسيب قال: لا يغرنكم هذه الآية! إنما يعني بها الإمام لا العبيد، لكن يشكل على ذلك ما رواه أصحاب السنن من طريق الزهري عن نبهان مكاتب أم سلمة عنها: قال لي رسول الله ﷺ: إذ كان لإحداكن مكاتب وكان عنده ما يؤدي، فلتحتجب منه، انتهى. ومفهومه أنها لا تحتجب منه قبل ذلك.

(١) قال النووي: وهو المنصوص، وظاهر الكتاب والسنة وإن كان فيه نظر من حيث المعنى، قال القاضي حسين: فإن كاتبته: فإن كاتبته، فليس بمحرم والله أعلم.

(٢) قال النووي: قد صرح صاحب «البيان» وغيره، بأن الأمة كالحرّة وهو مقتضى إطلاق كثيرين، وهو أرجح دليلاً. والله أعلم.

(٣) في أ: فهما مشهوران.

(٤) في أ: فيما وراء ذلك.

(٥) قال النووي: جزم الرافعي، بأنه لا ينظر إلى فرج الصغيرة. ونقل صاحب «العدة» الاتفاق على هذا، وليس كذلك، بل قطع القاضي حسين في تعليقه بجواز النظر إلى فرج الصغيرة التي =

وقال القاضي الرَوْيَانِيُّ: إذا بلغت المرأة من السَّنِّ مبلغاً تأمن الافتتان بالنَّظَرِ إليها جاز النظر إلى وجهها وكفيها، وبدل عليه قوله تعالى ﴿وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ اللَّائِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحاً﴾ [النور: ٦] الآية.

[و] السادسة: للرجل أن ينظر من المحرم إلى ما يبدو عند المهنة، ولا يحل النظر إلى ما بين السرة والركبة، وفيما بينهما وجهان:

أظهرهما: ولم يتعرض كثير من الأصحاب لغيره -: أنه يحل النظر إليه أيضاً واحتجوا بقوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ﴾ [النور: ٣١] الآية - وبأن المحرمية معنى يوجب حرمة المُتَاكَّحَةِ أبداً فليكونا كالرَّجُلَيْنِ وكالمرأتين.

والثاني: المنع؛ لأن لا ضرورة إليه، والتَّذْيُّ في زمان الإرضاع مواضع الوجهين، أو يلحق بما يبدو عند المهنة فيه طريقان، والثاني منهما مُؤَبَّدٌ بالحاجة، ولا فرق في ذلك بين المحارم بالنَّسَبِ وبين المحارم بالمصاهرة والرضاع.

وفي «شرح الجويني» وَجْهٌ: أن في المحارم بالمصاهرة، والرضاع لا ينظر إلى ما يبدو عند المهنة، والصحيح الأول. إذا عرفت ذكرنا فتأمل في لفظ الكتاب.

واعلم قوله: «ولا يحل للرجل النظر إلى شيء من بدن المَرْأَةِ» بالواو - للوجه المشهور في جواز النظر إلى الوجه والكفين وقوله: «إلا إذا كان الناظر صَبِيّاً» إن حمل على الطفل الذي لم يظهر على العورات خاصة، فلا حاجة إلى إعلامه بالواو وإن جرى على إطلاقه فليعلم بالواو لأحد الوجهين في المراهق أنه كالبالغ.

وقوله: أو مَجْبُوباً قد يتبادر إلى لسان القاريء قراءته بنونين لاقترانه بالصبي، والصبي والمجنون يستويان في كثير من الأحكام لِكِنِّ لا سبيل إليه تكون الصورة المذكورة مُسْتَثْنَاءً من نفي الحل فلا بدّ من ثبوته فيها، والحل بمعنى الخطاب بأنه لا حرج عليك، أو بالتخيير ونحوه [و] لا يمكن إثباته في حق المجنون، ولا في الصبي؛

= لا تشتهي، والصغير، وقطع به في الصغير إبراهيم المروزي. وذكر المتولي فيه وجهين، وقال: الصحيح الجواز، لتسامح الناس بذلك قديماً وحديثاً، وأن إباحة ذلك تبقى إلى بلوغه سن التمييز، ومصيره بحيث يمكنه ستر عورته عن الناس. والله أعلم.

إطلاق الشيخ الصبية بتناول المشتهة وغيرها قال الأذرعى ولذلك أنه لا يحرم نظر بنت سنة ونحوها والذي يجوز في النظر إلى صغيرة لا تشتهي وجوه أحدها الجواز إلى جميع بدنها. ثانيها: إليه إلا الفرج. ثالثها: يجوز إلى ما عدا ما بين السرة والركبة. رابعها: ما يبدو في المهنة فقط إلى آخر ما ذكره الشيخ عن صاحب العدة ذكره الفوراني أيضاً وصاحب التهذيب وما نقله الشيخ عن المروزي جزم به الماوردي أيضاً في كتاب الصلاة فقال ينبغي حل النظر إلى أن يبلغ الصبي إلى عشر سنين والجارية تسعاً وإطلاق الشيخ الفرج يتناول الذي قال الأذرعى وبه صرح الصيمري.

لأنهما لا يخاطبان وبمعنى أنه لا حَرَجَ فيه لا يختص بالوجه واليدين، وقد قال: «فينظر إلى الوجه واليدين فقط» وإذا ردنا الكلام إلى أن المَنْظُورَ إليها هل يلزمهما الاحتجاب فهذا في الصبي على التفصيل الذي سبق، وأما المجنون فلا شك في وجوب الاحتجاب منه كالعاقل، بل أولى فليقرأ «أو مجبواً» ببائين وحينئذٍ فيجب تقييده بالممسوح لما مر ثم ليعلم بالواو لأحد الوجهين المذكورين في الممسوح.

وقوله: «أو مملوكاً لها» معلم بالحاء والواو لما سبق.

وقوله: «أو كانت رقيقة أو صبية» بالواو، ثم الحكم بأنه لا ينظر في الصور المستثناة إلا إلى الوجه واليدين خلافاً للمذهب الظاهر، أما في المحرم؛ فلأنهم لم يذكروا خلافاً في جواز النظر إلى ما يبدو عند المهنة.

وقالوا: الأصح جواز النظر إلى جميع أعضائها إلا ما بين السُرَّةِ والركبة وكذا في الرقيقة، وأما في الصبيّة فمن جَوَزَ النَّظَرَ عَمَّمَهُ في أعضائها بعد اجتناب الفرج كما بيناه وأما في عبد المرأة والممسوح فإذا جَوَزْنَا النظر إليه جعلناه كالنظر في المحارم فإذن في الفصل خبط ولا صائر من الأصحاب إلى جوازه.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: وَالْعَوْرَةُ مِنَ الرَّجُلِ مَا بَيْنَ سُرَّتِهِ وَرُكْبَتِهِ فَقَطْ، وَيَبَاحُ نَظْرُ الرَّجُلِ إِلَى الرَّجُلِ، وَالْمَرْأَةِ إِلَى الْمَرْأَةِ، وَالْمَرْأَةِ إِلَى الرَّجُلِ عِنْدَ الْأَمْنِ مِنَ الْفِتْنَةِ إِلَّا مَا بَيْنَ السُّرَّةِ وَالرُّكْبَةِ.

قال الرافعي: قوله: «العورة من الرجل ما بين سرتيه وركبته» مكرر مذكور مرة في «سائر العورة»، ولا حاجة إلى إعادته في هذا الموضع وإذا عاد فليعلم بالعلامات المذكورة هناك [ثم نرجع إلى الترتيب الذي كنا فيه] <sup>(١)</sup> فقول:

القسم الثاني: نظر الرجل إلى الرجل وهو جائز في جميع البدن إلا ما بين السُرَّةِ والركبة. نعم يحرم النظر إلى الأَمْرَدِ وغيره بالشهوة وكذا النظر إلى المحارم، وسائر المذكورات في الفصل السابق بالشهوة حرام لا يحرم النظر إلى الأمرد بغير الشهوة إن لم يخف فتنة وإن خاف فوجهان: قال أكثرهم: يحرم تَحَرُّزاً عنها <sup>(٢)</sup>.

وعن صاحب «التقريب» واختاره الإمام: أنه لا يحرم، وإلا لَأَمْرُوا بِالِاخْتِجَابِ كَالنُّسُوءِ. وَرُويَ أَنَّ وَفدًا قَدِمُوا عَلَى رَسُولِ اللَّهِ - ﷺ - وَفِيهِمْ غُلَامٌ حَسَنُ الْوَجْهِ فَأَجْلَسَهُ

(١) سقط من: ز.

(٢) قال النووي: أطلق صاحب «المهذب» وغيره: أنه يحرم النظر إلى الأمرد لغير حاجة، ونقله الداركي عن نص الشافعي رحمه الله. والله أعلم.

مِنْ وَرَائِهِ وَقَالَ: «أَمَّا أَخْشَى مَا أَصَابَ أَحْيِي دَاوُدَ». وكان ذلك بمراى من الحاضرين، فَدَلَّ عَلَى أَنَّهُ لَا تَحْرِيمَ.

القسم الثالث: نظر المرأة إلى المرأة: وهو كما ذكرنا في نظر الرَّجُلِ إِلَى الرَّجُلِ إِلَّا فِي شَيْئَيْنِ.

أحدهما: أن الإمام حكى وجهاً في أن نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى المحارم، والأصح أنه لا فرق.

والثاني: في نظر الذميمة إلى المسلمة وجهان:

أحدهما: كنظر المسلمة إلى المسلمة.

والثاني: المنع لقوله تعالى جده: «أَوْ نِسَائِهِنَّ» [النور: ٣١] وليست الذميمة من نسائنا والأول أصح عند صاحب الكتاب، والثاني أصح فيما ذكره صاحب «التهذيب»<sup>(١)</sup>. وإذا قلنا بالثاني لم تدخل الذمائم المسلمات مع الحمام وما الذي ترى الذميمة من المسلمة؟! قال الإمام: لا ترى منها إلا ما يراه الرجل الأجنبي.

وقيل: لا ترى إلا ما يبدو عند المهنة دون غيره وهذا أشبه<sup>(٢)</sup>.

القسم الرابع: نظر المرأة إلى الرَّجُلِ - فِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُوهُ:

أحدها: أنها تنظر إلى ما يبدو عند المهنة دون غيره إذ لا حاجة إليه.

والثاني: أنها لا ترى من الرجل إلا ما يرى الرجل منها تسوية بينهما<sup>(٣)</sup>.

والثالث: وهو الأصح: أن لها النظر إلى جميع بدنه إلا ما بين السرة والركبة، وليس كنظر الرجل إلى المرأة؛ لأن بدنها عورة في نفسه، وكذلك يجب ستره في

(١) قال الشيخ البلقيني الوجهان في نظر الكافرة محلها في الأجنبية مع الأجنبية كما صرح به القاضي الحسين أما نظر الكافرة إلى المسلمة التي هي بنتها أو أمها ونحو ذلك فلا يمتنع لأن المحارم الرجال لا يمتنع عليهم ذلك ولو مع اختلاف الدين فالنساء بطريق أولى، فأما المرأة القريبة كبنت العم وبنت الخال ونحوهما فهل يجري عليها حكم نساء المحارم أم حكم نساء الأجانب الأقرب الثاني.

(٢) قال النووي: ما صححه البيهقي هو الأصح أو الصحيح، وسائر الكافرات كالذميمة في هذا، ذكره صاحب «البيان». والله أعلم.

قال الشيخ البلقيني هذا التفريع على قول المنع كما صرح به القاضي الحسين وما ذكره الشيخ ظاهر لأنه لو كان على الجواز لنظرت ما عدا بين السرة والركبة.

(٣) قال النووي: هذا الثالث، هو الأصح عند جماعة، وبه قطع صاحب «المهذب» وغيره، لقول الله تعالى: «وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ» [النور: ٣١] ولقوله ﷺ: «أَفْعِمَاوَانِ أَنْتَمَا، أَيْسَ تَبْصِرَانِ» الحديث وهو حديث حسن. والله أعلم.

الصَّلَاةِ؛ ولأنهما لو استويا لأمر الرجال بالاحتجاب كالنساء. هذا في الأجنب.

فأما نَظَرُهَا إِلَى الْمَحَارِمِ فهو كَنَظَرِ الرَّجُلِ إِلَى الْمَرْأَةِ الْمَحْرَمِ قَالَ الْإِمَامُ، وَالْمَحْقُقُونَ: عَلَى أَنْ مَا فَوْقَ السَّرَّةِ، وَتَحْتَ الرُّكْبَةِ مِنَ الرَّجُلِ كَمَا يَبْدُو عِنْدَ الْمَهْنَةِ فِي الْمَرْأَةِ، وَلَا يَجُوزُ لِلْمَرْأَةِ النَّظَرَ إِلَى الرَّجُلِ عِنْدَ خَوْفِ الْفِتْنَةِ، وَقَدْ رُوِيَ عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - أَنَّهَا قَالَتْ: كُنْتُ مَعَ مَيْمُونَةَ عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ - ﷺ - إِذْ أَقْبَلَ ابْنُ أُمِّ مَكْتُومٍ فَقَالَ النَّبِيُّ - ﷺ - «اِحْتَجَبَا مِنْهُ» فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ: أَلَيْسَ هُوَ أَعْمَى لَا يُبْصِرُنَا؟! فَقَالَ: «أَفْعَمِيَا وَإِنْ أَنْتُمَا أَلْسْتُمَا تُبْصِرَانَهُ»<sup>(١)</sup>. فَمَنْ قَالَ بِالْوَجْهِ الثَّانِي احْتِجَ بَظَاهِرِهِ، وَمَنْ قَالَ بِالثَّلَاثِ حَمَلَهُ عَلَى الْإِحْتِيَاظِ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَالْعُضْوُ الْمُبَانُ كَالْمُتَّصِلِ بِهِ، وَالنِّكَاحُ وَالْمِلْكُ يُبِيحَانِ النَّظَرَ إِلَى السُّوءَاتَيْنِ مِنَ الْجَائِنَيْنِ مَعَ كَرَاهَةِ، وَالْمَسُّ كَالنَّظَرِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِي الْفَصْلِ ثَلَاثُ مَسَائِلَ:

إحداها: ما لا يجوز النظر إليه وهو متصل كالذكر، وسَاعِدِ الْخُرَّةِ، وشعر رأسها، وما أشبهها هل يحرم النظر إليه بعد الانفصال؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن النظر إليه بعد الانفصال لا يخاف منه الفتنة<sup>(٢)</sup>.

وأصحهما: استمرار التحريم، وبه أجاب أبو علي الشَّيْبَوِيُّ مفتي «مرو» وفيما يحكى أن أبا عبد الله الخِضْرِي سئل عن قُلَامَةِ الْمَرْأَةِ - هل يجوز للرجل الأجنبي النظر إليها؟ فأطرق الشَّيْخُ متفكراً وكانت تحته بنتُ أبي علي فقالت: سَمِعْتُ أَبِي يَقُولُ: إِنْ كَانَتْ قُلَامَةً يَدَاهَا فَلَهُ النَّظَرُ إِلَيْهَا، وَإِنْ كَانَتْ قُلَامَةَ الرَّجُلِ فَلَا.

(١) أخرجه أبو داود [٤١١٢] والنسائي والترمذي [٢٧٧٩] وابن حبان [١٤٥٧ موارد] وليس في إسناده سوى نيهان مولى أم سلمة شيخ الزهري وقد وثق، وعند مالك عن عائشة أنها احتجبت من أعمى، فقيل لها: إنه لا ينظر إليك. قالت: لكني أنظر إليه، وقال ابن عبد البر: حديث فاطمة بنت قيس يدل على جواز نظر المرأة إلى الأعمى وهو أصح من هذا، وقال أبو داود: هذا لأزواج النبي ﷺ خاصة بدليل حديث فاطمة، قلت: وهذا جمع حسن، وبه جمع المنذري في حواشيه واستحسنه شيخنا.

قال الحافظ: تنبيه: لما ذكر الإمام تبعاً للقاضي الحسين حديث الباب، جعل القصة لعائشة وحفصة وتعبه شيخنا في تصحيح المنهاج بأن ذلك لا يعرف، لكن وجد في الغيلانيات من حديث أسامة على وفق ما نقله القاضي والإمام، فإما أن يحمل على أن الراوي قلبه، لأن ابن حبان وصف راويه بأنه كان شيخاً مغفلاً يقلب الأخبار، وهو وهب بن حفص الحراني، وإما أن يحمل على التعدد، ويؤيده أثر عائشة الذي قدمته.

(٢) في ز: فتنة.

والتفصيل مبنى على أَنَّ يَدَهَا ليست بِعَوْرَةٍ. واقتصر في الكتاب ها هنا على الوجه الثاني، وتعرض لهما في «باب الصَّلَاة» كما ذكرنا وَرَوَى الإمام تفصيلاً في العضو المُبَان من المرأة، وهو أنه إن لم يتميز بصورته وشكله عما للرجل كالقلامة والشعر والجلدة المنكشطة لم يحرم النظر إليه وإن تميز حرم<sup>(١)</sup>.

**الثانية:** يجوز للزوج النظر إلى ما شاء من بدن زوجته إلا أَنَّ في النظر إلى فرجها وجهين:

**أحدهما:** المنع وإليه ميل أبي عبد الله الزُّبَيْرِيُّ - لما روي عنه - ﷺ - قال: «النَّظَرُ إِلَى الْفَرْجِ يُوْرِثُ الطَّمَسَ»<sup>(٢)</sup> أي: العمى.

**وأصحهما:** وهو المذكور في الكتاب: الجواز؛ لأن له الاستمتاع به فالنظر أولى، فالخبر إن صَحَّ محمول على الكراهة، والكراهة في باطن الفرج أشد، وكذلك يكره للإنسان أن ينظر إلى فرج نفسه من غير حاجة وَنَظَرُ السَّيِّدِ إِلَى أَمْتِهِ التي يجوز له الاستمتاع بها، كنظر الزوج إلى الزوجة سواء كانت قِنَّةً، أو مُدْبَّرَةً، أو أم ولد، أو عرض مانع قريب الزوال كما لو كانت حائضاً أو مرهونة فإن كانت مُرْتَدَّةً، أو مجوسية، أو وثنية، أو مزوجة أو مكاتبة، أو مشتركة<sup>(٣)</sup> بينه وبين الغير فهي كَأَمَةِ الغير. لما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده - رضي الله عنهم - أن النبي - ﷺ - قال: «إِذَا

(١) قال النووي: في زوائده ما ذكره الإمام، ضعيف، إذ لا أثر للتمييز، مع العلم بأنه جزء يحرم نظره وعلى الأصح: يحرم النظر إلى قلامة رجلها دون قلامة يدها، ويده ورجله. والله أعلم.

(٢) رواه ابن حبان في الضعفاء من طريق بقية عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس بلفظ: إذا جامع الرجل زوجته فلا ينظر إلى فرجها، فإن ذلك يورث العمى، قال: وهذا يمكن أن يكون بقية سمعه من بعض شيوخه الضعفاء، عن ابن جريج فدلسه، وقال ابن أبي حاتم في العلل: سألت أبي عنه فقال: موضوع، وبقية مدلس، وذكر ابن القَطَّان في كتاب أحكام النظر: أن بقي بن مخلد رواه عن هشام بن خالد عن بقية، قال نا ابن جريج، وكذلك رواه ابن عدي عن ابن قتيبة عن هشام، فما بقي فيه إلا التسوية، وقد ذكره ابن الجوزي في الموضوعات، وخالف ابن الصلاح فقال: إنه جيد الإسناد كذا قال، وفيه نظر، وفي الباب عن أبي هريرة.

(٣) ما ذكره الشيخ في المشتركة قال الشيخ البلقيني إنه ممنوع والصواب في الجارية المشتركة والمبعضة والمبعضة بالنسبة إلى سيده أنه يقضي عليهم بحكم الأجانب وقد قال الماوردي في ستر العورة في الصلاة وأما عبدها نصفه حر ونصفه مملوك فعليها ستر عورتها الكبرى عنه لا يختلف فيه أصحابنا وقد قدم أن العورة الكبرى جميع البدن غير الوجه والكفين. انتهى.

قال الأذرعي ينبغي أن يقيد الجواز على الوجهين بما إذا كان غير شهوة.

قال الشيخ البلقيني ليس هذا بمطرد فنظر الزوج لفرج زوجته حرام على أي مرجوح ولا يحرم المس اتفاقاً. انتهى.

زَوْجٍ أَحَدُكُمْ جَارِيَتَهُ أَوْ أَجِيرَتَهُ فَلَا يَنْظُرُ إِلَى مَا بَيْنَ الشَّرَةِ وَالرُّكْبَةِ»<sup>(١)</sup>.

وإذا كانت المنكوحه مُعْتَدَّةً عن وطء شبهة، فقد حكى القاضي أبو سعيد الهَرَوِيُّ أنها كالمكاتبة، ونظر الزوجة إلى الزوج كنظره إليها، وقطع بعضهم بجواز نظرها إلى ذَكَرِ الزوج. وقال الخبر ورد في الفرج، وهو الشُّقُّ.

**الثالثة:** حيث يحرم النظر يحرم المس<sup>(٢)</sup>، بطريق الأَوَّلَى، لأنه أقوى في التلذذ والاستمتاع، ولهذا لا يبطل الصوم بالإِنْزَالِ بمجرد النظر، ويبطل بالإِنْزَالِ بالملامسة ولا يجوز للرجل ذَلِكُ سِوَاةِ الرجل، ويجوز ذَلِكُ فحذنه من فوق الإِزَارِ إذا لم يخف فتنة، وقد يحرم المسُّ حيث لا يحرم النظر، فلا يجوز للرجل مَسُّ وجه الأجنبية، وإن جَوَزْنَا النظر إليه، ولا مَسُّ كل ما يجوز النظر إليه من المحارم والإِماء، بل لا يجوز للرجل أن يمس بطن أمه وظهرها، ولا يغمز ساقها ورجلها، ولا أن يقبل وجهها - حكاها العبادي في «الرقم» عن القَفَّالِ.

قال: وكذلك لا يجوز أن يأمر ابنته، أو أخته أن تغمز رجله وعن القاضي حسين: أنه كان يقول: العجائز اللاتي يكحلن الرجال يوم عاشوراء مرتكبات للمحظور الناس يَحْسَبُونَ أَنَّهُنَّ مَقِيمَاتٌ لِلسُّتَةِ.

وعن أبي حَنِيْفَةَ: يجوز مس ما يجوز النظر إليه من المحارم والإِمام، ولا يجوز أن يضامع الرجل الرجل، ولا المرأة المرأة، وإن كان كل واحد منهما في جانب من الفراش<sup>(٣)</sup>. لما روي أن رسول الله - ﷺ - أنه قال: «لَا يُفْضِي الرَّجُلُ إِلَى الرَّجُلِ فِي الثُّوبِ الْوَاحِدِ، وَلَا تُفْضِي الْمَرْأَةُ إِلَى الْمَرْأَةِ فِي الثُّوبِ الْوَاحِدِ»<sup>(٤)</sup>.

وإذا بلغ الصبي والصبية عشر سنين، وجب التفريق بينه وبين أمه وأبيه وأخيه وأخته في المَضْجَعِ. قال - صلى الله عليه وسلم - «وَأَضْرِبُوهُمَ عَلَيْهَا وَهَمَّ أَبْنَاءُ عَشْرِ، وَفَرَّقُوا بَيْنَهُمُ فِي الْمَضْجَعِ»<sup>(٥)</sup> ويستحب مصافحة الرجل الرجل ما روي أنه - ﷺ - سئِلَ عن

(١) تقدم في شروط الصلاة.

(٢) سبق عن الدارمي أنه يحرم النظر إلى حلقة الدبر ومس ذلك جائز، قال في الخادم، العضو المبان من الأجنبية يحرم النظر إليه، ولا يحرم مسه على الأصح، وفي هذا الترجيح نظر.

(٣) شرطه كونهما عاريين كما قاله الشيخ النووي في شرح مسلم وذكره القاضي حسين في تعليقه، والجواز في الكافي قال فإن كانا لابسين أو أحدهما فلا بأس ذكره الأسنوي والأذري والزرکشي.

(٤) أخرجه مسلم [٣٣٨] من حديث أبي سعيد، وأحمد والحاكم من حديث جابر بلفظ: لا تباشر، وأحمد وابن حبان والحاكم من حديث ابن عباس مثله، والطبراني في الأوسط من حديث أبي موسى الأشعري، وروى البزار من حديث سمرة، أن رسول الله ﷺ: كان ينهي النساء أن يضطجع بعضهن مع بعض إلا وبينهما ثوب، ولا يضطجع الرجل مع صاحبه إلا وبينهما ثوب.

(٥) تقدم في الصلاة.

الرجل يلقي أخاه أو صديقه - أينحني له؟ قَالَ: «لَا» - قيل: أفيلتزمه ويقبله؟ .. قَالَ: «لَا». قيل أفيأخذه بيده ويصافحه؟ - قال: «نَعَمْ»<sup>(١)</sup>. وَمُصَافِحَةُ الْمَرْأَةِ الْمَرْأَةُ فِي مَعْنَاهَا.

قال في «التهذيب»: ويكره المعانقة، والتقبيل إلا تقبيل الولد للشفقة، ورأيت لأبي عبد الله الزُّبَيْرِيَّ في مختصر له في ستر العورات أنه لا بأس بأن يقبل الرجل رَأْسَ الرجل، أو ما بين عينيه عند قدمه من غيبته، أو تباعد لِقَائِهِ<sup>(٢)</sup> هذا تمام الكلام فيما إذا لم تمس حاجة إلى المس والنظر.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَهُمَا مُبَاحَانِ لِحَاجَةِ الْمَعَالَجَةِ، وَلَكِنَّ النَّظَرَ إِلَى السُّوءَةِ لِحَاجَةِ مُؤَكَّدَةٍ، وَيَبَاحُ النَّظَرُ إِلَى وَجْهِ الْمَرْأَةِ لِتَحْمُلِ الشَّهَادَةِ وَإِلَى الْفَرْجِ لِتَحْمُلِ (و) شَهَادَةِ الزَّانَا.

قال الرَّافِعِيُّ: الحالة الثانية إذا مَسَّتِ الْحَاجَةَ إِلَى الْمَسِّ والنظر - ويفرض من وُجُوهٍ: منها: أن يريد نكاح امرأة، فينظر على ما سبق.

ومنها: أن يريد شراء جارية - وقد مر في «البيع».

ومنها: إذا عامل امرأة يبيع وغيره أو تحمّل شهادة عليها جاز له النظر إلى وجهها؛ ليعرفها<sup>(٣)</sup> عند الحاجة، ولا ينظر إلى غير الوجه، وإذا نظر إليها، وتحمل الشهادة كلفت

(١) رواه الترمذي [٢٧٢٩] وابن ماجه [٣٧٠٢] والبيهقي [١٠٠/٧] من حديث أنس، وحسنه الترمذي، واستنكره أحمد لأنه من رواية السدوسي وقد اختلط، وتركه يحيى القطان.

(فائدة): سيأتي في السير حديث لأبي ذر يعارض هذا الحديث في مسألة المعانقة.

(٢) قال النووي: المختار أن تقبيل يد غيره إن كان لزهده وصلاحه أو علمه أو شرفه وصيافته، ونحو ذلك من الأمور الدينية، فهو مستحب. وإن كان لغناه ودينه وشوكته ووجاهته عند أهل الدنيا ونحو ذلك، فمكروه. وقال المتولي في «باب صلاة الجمعة»: لا يجوز. وتقبيل الصغار شفقة سُنَّةٌ، سواء ولده وولد غيره إذا لم يكن بشهوة. والسنة معانقة القادم من سفر وتقبيله. ولا بأس بتقبيل وجه الميت الصالح، ويكره حني الظهر في كل حال لكل أحد، ولا بأس القيام لأهل الفضل، بل هو مستحب للاحترام، لا للرياء والإعظام، وقد ثبتت أحاديث صحيحة بكل ما ذكرته، وقد أوضحتها مسوطة في «كتاب السلام» من «كتاب الأذكار»، وهو مما لا يستغني متدين عن مثله، وفي «كتاب الترخيص في القيام». والله أعلم.

(٣) قال في المهمات اقتصاره يعني الرافعي على الوجه وتبعه في الروضة وهو غير مستقيم فقد تقدم أنه يجوز النظر إلى الكفين عند الأكثرين لا لحاجة فكيف ينفيه مع الحاجة. قال في الخادم هذا عجيب لأن الرافعي صحح في المحرر والنووي في كتبه التحريم مطلقاً وكلاهما مستقيم إلى آخر ما ذكره.

ولو قال في المنهاج لكان أحسن فإنه صحح الحرمة وإنما لم يفصح في الشرح بترجيح لأنه مخالف لما نقله عن الأكثرين، وبالجملة فالاعتراض غير مسلم؛ لأن التفريع على المنع والاعتصار على الوجه صحيح وكيف ينظر زيادة على ذلك مع عدم الحاجة إليه؛ لأن المقصود المعرفة وهي بالوجه حاصلة، وهذا ظاهر جلي.



الكشف عن وجهها عند الأداء فإن امتنعت أمرت امرأة بالكشف عنه .

ومنها: أنه يجوز النظر والمس للفضد والحجامة والمعالجة لعله وليكن ذلك بحضور مَحْرَمٍ<sup>(١)</sup>، ويشترط في جواز نظر الرجل إلى المرأة ألا يكون هناك امرأة تعالج .

وفي جواز نظر المرأة إلى الرَّجُلِ ألا يكون هناك رجل يعالج<sup>(٢)</sup> .

كذلك ذكره أبو عبد الله الزُّبَيْرِيُّ والقاضي الرُّوْيَانِيُّ أيضاً وعن ابن القاص خلافة<sup>(٣)</sup> . ثم أصل الحاجة كافٍ في النظر إلى الوجه واليدين ولذلك جاز النَّظْرُ بسبب الرغبة في النكاح وفي النظر إلى سائر الأعضاء يعتبر التأكد، وضبطه الإمام فقال: ما يجوز الانتقال بسببه من الماء إلى التراب وفاقاً أو خلافاً، كَشِدَّةِ الضنى وما في معناها يجوز النظر بسببه . وفي النظر إلى السُّوءَتَيْنِ يعتبر مزيد تأكد .

قال في «الوسيط»: وذلك بأن تكون الحاجة بحيث لا يعد الكشف بسببها هتكاً للمرأة، ويعذر في العادات<sup>(٤)</sup> . وإلى هذا الترتيب أشار في الكتاب بقوله: «وليكن النظر إلى السوءتين لحاجة مؤكدة» .

ومنها: يجوز النظر إلى فَرْجِ الزَّائِنَيْنِ لتحمل شهادة الزنا، وإلى فَرْجِ المرأة لتحمل الشهادة<sup>(٥)</sup> على الولادة، وإلى ثدي المرضعة للشهادة على الرضاع لظهور الحاجة . هذا هو الصحيح وفيه أوجه :

أحدها: قال الإِضْطْحَارِيُّ: لا يجوز، أمّا في الزُّنَا فلأنه ندب إلى ستره، وأما في الولادة والرضاع، فشهادة النساء مقبولة، فلا حاجة إلى تعمد الرجال النظر .

والثاني: يجوز في الزنا دون غيره؛ لأنه بالزنا هتك الحرمة فجاز هتك حرمة .

والثالث: يجوز في غير الزنا، ولا يجوز في الزنا؛ لأن الحد مبني على الإسقاط .

فرع: في الخُنْتَى المشكل وجهان :

- (١) أي أو سيد أو امرأة ثقة إذا جاوزنا خلوة الأجنبي بامرأتين .
- (٢) قال الأذري: لو لم نجد لمعالجة المرأة إلا كافرة ومسلماً فالظاهر أنه يكتفي بالكافرة لأن نظرها أو مسها أخف من الرجل .
- (٣) قال النووي: الأول أصح، وبه قطع القاضي حسين والمتولي . قال أيضاً: ولا يكون ذمياً مع وجود مسلم . والله أعلم .
- (٤) قال في القوت عن الكافي للخوارزمي: لو كان بعورة الرجل أو المرأة علة جاز للطبيب الأمين أن ينظر إليها للمعالجة كما في الختان فقيده بالأمين ومقتضاه أنه يجب اعتباره فلا يعدل عنه إلى غيره مع وجوبه .
- (٥) في ز: للشهادة .

أظهرهما: الأخذ بالاحتياط، فيجعل بالإضافة إلى النساء رجلاً، وبالإضافة إلى الرجال امرأة.

وعن القفال: الحكم بالجواز استصحاباً لما كان في الصغر حتى يظهر خلافه.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: (الرَّابِعَةُ): الْخِطْبَةُ مُسْتَحَبَّةٌ. وَالتَّضْرِيحُ بِخِطْبَةِ الْمُعْتَدَّةِ حَرَامٌ، وَالتَّعْرِيزُ جَائِزٌ فِي عِدَّةِ الْوَفَاةِ، وَحَرَامٌ فِي عِدَّةِ الرَّجْعِيَّةِ، وَفِي عِدَّةِ الْبَائِنِ وَجِهَانٍ، وَيَحْرَمُ الْخِطْبَةَ عَلَى خِطْبَةِ الْغَيْرِ بَعْدَ الْإِجَابَةِ، وَالسُّكُوتُ كَالْإِجَابَةِ عَلَى قَوْلٍ، وَيَجُوزُ الصَّدْقُ فِي ذِكْرِ مَسَاوِي الْخَاطِبِ لِيُخَدَّرَ.

قال الرَّافِعِيُّ: قوله: «الْخِطْبَةُ مُسْتَحَبَّةٌ» ممكن أن يحتج له بفعل النبي - ﷺ - وما جرى عليه الناس لكن لا ذكر للاستحباب في كتب الأصحاب، وإنما تكلموا في الجواز.

واعلم أن المرأة إما خَلِيَّةٌ عن النكاح والعدة، فيجوز خطبتها تعريضاً وتصريحاً، أو منكوحَةٌ فيحرم خطبتها تعريضاً وتصريحاً، أو مُعْتَدَّةٌ فيحرم التصريح بخطبتها، وأما التعريض فيحرم أيضاً في عدة الرجعية؛ لأنها في معنى المنكوحات، ولا يحرم في عدة الوفاة على ما قال الله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ﴾ [البقرة: ٢٣٥]. وفرقوا بينه وبين التصريح، بأنه إذا صرح بخطبتها تحققت رغبته فيها، وربما تكذب في انقضاء العدة لغلبة شهوة، أو غيرها وإذا عرض لم تتحقق الرغبة، وفي بعض الشروح حكاية وجه: أن المتوفى عنها زوجها إن كانت تعتد بالحمل لم تخطب خوفاً من أن تتكلف إلقاء ولدها. أما البائنة، ففي التعريض بخطبتها قولان:

وقال الإمام وصاحب «الكتاب» وجهان:

أصحهما: وهو نصه في «البَوَيْطِيُّ»: أنه يجوز لانقطاع سلطنة الزوج عنها وحصول البيونة.

والثاني: المنع؛ لأن لصاحب العدة أن ينكحها فأشبهت الرجعية والمفسوخ نكاحها بسبب من الأسباب المقتضية للفسخ، كالبائنة والتي لا تحل لمن منه العدة كالمُطَلَّقة ثلاثاً والمفارقة باللعان، والرضاع كالمعتدة عن الوفاة، ومنهم من جعلها على الخلاف في الثانية، ثم في الصور التي لا فرق على المشهور بين أن تكون معتدة بالأقراء أو بالشهور.

وقيل: بتخصيص الخلاف بذوات الأشهر وبالقطع بالمنع في ذوات الأقراء؛ لأنها قد تكذب في انقضاء العدة لِرَغْبَتِهَا فِي الْخِطَابِ، وَفِي الْمُعْتَدَّةِ عَنْ وَطءِ الشَّبْهَةِ طَرِيقَانِ أَحَدُهُمَا: طَرْدُ الْخِلَافِ.

وَأَصْحُهُمَا: الْقَطْعُ بِالْجَوَازِ؛ لِأَنَّ مِنْ مَنَّهُ الْعِدَّةُ لَيْسَ لَهَا عَلَيْهَا حَقُّ نِكَاحٍ، وَرَبَّمَا بَنِي الْخِلَافِ فِي هَذِهِ الصُّورِ خِلَافاً وَوَفَاقاً عَلَى أَنَّ الْمُقْتَضَى لِلتَّحْرِيمِ فِي الرَّجْعِيَّةِ مَاذَا؟

فَقَالَتْ طَائِفَةٌ: المَقْتَضِي أَنهَا تَعْرُضُ أَنْ تَرَاوَجَ فَقَدْ تَحْمِلُهَا الرُّغْبَةُ فِي الخَاطِبِ عَلَى أَنْ تَكْذِبَ فِي انْقِضَاءِ العِدَّةِ دَفْعًا لِلرُّجْعَةِ.

وَقَالَ آخَرُونَ: المَقْتَضِي أَنهَا مَخْفُوفَةٌ بِالطَّلَاقِ، فَعَسَاهَا تَكْذِبُ، إِذَا وَجَدَتْ رَاغِبًا مُسَارِعَةً إِلَى الانْتِقَامِ مِنَ الزَّوْجِ، وَالمَعْنِيَانِ مَفْقُودَانِ، فِي المَتَوَقَّفِ عَنِهَا زَوْجَهَا، فَجَارَ التَّعْرِيفُ بِخَطْبَتِهَا. وَفِي البَائِنَةِ وَجَدَ المَعْنَى الثَّانِي دُونَ الأَوَّلِ، فَكَانَ عَلَى الخِلَافِ وَالقَائِلُونَ بِهَذَا البِنَاءِ طَرَدُوا الخِلَافَ فِي المَطْلُوقَةِ ثَلَاثًا وَفِي المَفْسُوحِ نِكَاحُهَا.

وَقِيلَ: إِنْ فَسَخَ الزَّوْجُ فَعَلَى الخِلَافِ، وَإِنْ فَسَخَتْ هِيَ لَمْ يَجْزِ التَّعْرِيفُ بِخَطْبَتِهَا قَوْلًا وَاحِدًا، لِأَنَّهَا رَغِبَتْ عَنِ صُخْبَتِهِ، فَلَا يُؤْمَنُ كَذِبُهَا فِي انْقِضَاءِ العِدَّةِ إِذَا وَجَدَتْ رَاغِبًا. وَالتَّضْرِيحُ فِي الخِطْبَةِ: أَنْ يَقُولَ: أُرِيدُ أَنْ نِكَاحَكَ أَوْ: إِذَا انْقَضَتْ عِدَّتِكَ نَكَحْتُكَ، وَإِذَا حَلَلْتَ فَلَا تَفُوتِي عَلَى نَفْسِكَ.

والتَّعْرِيفُ مَا يَحْتَمِلُ الرُّغْبَةَ فِي النِّكَاحِ (١) وَغَيْرِهِ - كَقَوْلِهِ: رَبُّ رَاغِبٍ فِينِكَ مِنْ يَجِدُ مِثْلَكَ، وَأَنْتِ جَمِيلَةٌ، وَإِذَا حَلَلْتَ فَأَذِينِنِي وَلَسْتُ بِمَرْغُوبٍ عِنْدِكَ، وَلَا تَبْقِينَ أَيَّمَا، وَرَبُّ رَاغِبٍ فِي نِكَاحِكَ، وَإِنَّ اللّهَ لَسَائِقٌ إِلَيْكَ خَيْرًا، وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ. وَحُكْمُ جَوَابِ المَرْأَةِ تَضْرِيحًا وَتَعْرِيفًا فِي هَذِهِ الصُّورِ حُكْمُ الخِطْبَةِ، وَجَمِيعُ مَا ذَكَرْنَا، فِيمَا إِذَا خَطَبَهَا غَيْرُ صَاحِبِ العِدَّةِ، فَأَمَّا إِذَا خَطَبَهَا صَاحِبُ العِدَّةِ الَّتِي يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُهَا، فَلَهُ خِطْبَتُهَا صَرِيحًا وَتَعْرِيفًا، ثُمَّ فِي الفَضْلِ مَسْأَلَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: تَحْرُمُ الخِطْبَةُ عَلَى خِطْبَةِ الغَيْرِ بَعْدَ صَرِيحِ الإِجَابَةِ إِلاَّ إِذَا أذِنَ ذَلِكَ الغَيْرُ أَوْ تَرَكَهَا (٢)، لِمَا رُوِيَ عَنِ ابْنِ عُمَرَ - رَضِيَ اللّهُ عَنْهُ - أَنَّ رَسُولَ اللّهِ - صَلَّى اللّهُ عَلَيْهِ

(١) سقط في ز.

(٢) قال في المهمات: نص في الأم أنها لو أذنت لوليها أن يزوجه ممن تشاء صح وحل لك أحد خطبتيها على خطبة الغير.

نقله الروياني قال في التوسط وعبارة البحر قال في الأم إذا أذنت لوليها أن يزوجه ولم تعين الزوج أو قالت زوجني ممن شئت أو ممن ترى حل لكل أحد خطبتيها لأنه إنما منع من الخطبة على الخطبة لما فيه من الأضرار بالغير. وليس ها هنا شخص تعين له النكاح حتى يلحقه ضرر وإفساد بخطبة الغير عليه انتهى لفظه واختصره الإسنوي فأفسده بقوله وحل لكل أحد أن يخطبها على خطبة الغير وما قاله صاحب التوسط ظاهر وقال في المهمات أيضاً: لا بد مع الإجابة من الإذن لولي في تزويجه وإلا لم يحرم نص عليه في الرسالة في باب النهي عن معنى يدل على معنى في حديث غيره قال في التوسط: ما ذكره بعيد من كلام الأئمة إذ كلامهم ناطق بأنها إذا كانت مستقلة لا تزوج إلا برضاها فحطت من نفسها فأجابت أنه يحرم الخطبة على خطبة المجاب وإن لم تكن أذنت للولي بعد وهو ظاهر. انتهى.

قال في المهمات أيضاً هذا التقسيم كله ماش على الغالب في خطبة الرجال للنساء وقد نصوا على =

وَسَلَّمَ - قَالَ: «لَا يَخْطُبُ الرَّجُلُ عَلَى خُطْبَةِ أَخِيهِ»<sup>(١)</sup>. وَتُرْوَى «إِلَّا بِإِذْنِهِ» وَصَرِيحُ  
الإجابة أن يَقُولَ: أجبتك إلى ذلك. أو تأذن لوليها في التزويج منه وهي ممن يعتبر  
إذنها، وإن لم تصرح بالإجابة وَلَكِنْ وَجَدَ مَا يُشْعِرُ بِالرُّضَا والإجابة [مثل أن تقول لا  
رغبة عنك]<sup>(٢)</sup> فقولان القديم: أَنَّ الخُطْبَةَ لا تحرم أيضاً لإطلاق الخَبَرِ، وَيُحْكَى هذا  
عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَمَالِكٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ.

وَالجَدِيدُ: الْمُنْعُ: لأن خطبة الثاني لا تبطل شيئاً مقررأ، ولو ردت الخطبة فللغير  
خطبتها لا محالة، وإن لم تُوجَدْ الإجابة، ولا الرُّدُّ فمن الْأَصْحَابِ مَنْ قَطَعَ بِجَوَازِ  
الخُطْبَةِ، وَلَمْ يَجْعَلْ لِلسُّكُوتِ أَثْرًا، وَمِنْهُمْ مَنْ طَرَدَ فِيهِ الْقَوْلِينَ، وَجَعَلَ السُّكُوتَ فِي  
البَابِ مِنْ أَمَارَاتِ المِيلِ أَوْ التَّامُّلِ والاستشارة، وأقام مقيمون كَلَامَ الفريقيين طريقيين في  
الْمَسْأَلَةِ، ويمكن ألا يَجْعَلَ هذا خلافاً محققاً، ويحمل الأول على سكوت لم يقترن به  
ما يُشْعِرُ بِالرُّضَا.

قال الأئمة: وَالْمُعْتَبَرُ رَدُّ الوَلِيِّ، وإجابته إن كانت بِكْرًا، وَالوَلِيُّ الأب أو الجد  
دون رَدِّهَا، وإجابتها ورد المرأة وإجابتها إن كانت ثِيْبًا أو بِكْرًا، وَالوَلِيُّ غيرهما دون رَدِّ  
الوَلِيِّ، وإجابته وفي الرِّقِيقَةِ: المعبر رَدُّ السَّيِّدِ، وإجابته.

وفي الْمَجْنُونَةِ رد السلطان، وإجابته.

= استحباب خطبة أهل الفضل من الرجال فإذا وقع ذلك فلا شك أنه يأبى بالتحريم ما سبق في  
المرأة. قال في الخادم هذا غلط فاحش فإنه إنما امتنع ذلك في المرأة لأنها لا تحل إلا لزوج  
واحد أما الرجل الحرفانه يتزوج أربعاً فإذا خطب لامرأة فكيف يعقل امتناع أن يخطب لغيرها وهو  
يجوز له نكاحها وعجيب قوله «فلا شك» نعم لو كان الشخص لا يجوز له إلا نكاح واحدة  
كالمجنون أمكن فيه ما قال. انتهى. وهو كلام محرر وقول الشيخ المصنف إلا إذا أذن الغير أو  
ترك استثنى أيضاً من رجوع عن إجابته أو نكح من يحرم الجمع بينها وبين المخطوبة أو طال الزمان  
بعد إجابته بحيث يعد معرضاً كما حكاه الأذرعى عن الإمام وشرط الحرمة أن يكون عالماً بالنهي  
وأن لا تكون الأولى محرمة بأن كانت في العدة واستثنى الأذرعى من تحريم الخطبة على الخطبة  
خطبة من لا أمان له ولا عهد قال فالوجه جواز الخطبة على خطبته وهل المرتد مثله. فيه نظر.  
(١) أخرجه البخاري (٥١٤٢)، مسلم (١٤١٢).

قال الحافظ: تنبيه: زعم ابن الجوزي أن مسلماً تفرد بذكر الإذن فيه، وليس كذلك بل هو  
للبخاري أيضاً، وفي الباب عن أبي هريرة متفق عليه بلفظ: لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه،  
زاد البخاري: حتى يترك أو ينكح، وعن عقبه بن عامر عند مسلم: بلفظ المؤمن أخو المؤمن فلا  
يحل له أن يبتاع على بيع أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه حتى يذر، وهذا أدل على التحريم،  
وعن الحسن عن سمرة أن رسول الله ﷺ نهى أن يخطب الرجل على خطبة أخيه، أو يبتاع على  
بيعه، رواه أحمد.

(٢) سقط في ز.

واعلم أن السابق إلى الفهم من إطلاق الأكثرين، أن يكون سكوت الولي عن الجواب على الخلاف الذي مر، لكن ذكر بعضهم أن سكوت الولي لا يمنع الخطبة قطعاً، كما أن السكوت لا يمنع السوم على السوم بخلاف سكوت المرأة، لأنها مجبولة على الحياء، فلولا الرضا عند السكوت لبادرت إلى الرد.

وعن الداركي: أن الخلاف في سكوت البكر، أما الثيب فإن سكوتها لا يمنع الخطبة بحال.

فزع: يجوز الهجوم على الخطبة للذي لم يدر أنها أخطبت أم لا، ولم يدر أن الخاطب أجيب أم رد ولذلك الجواب<sup>(١)</sup> واحتج له بخبر فاطمة بنت قيس، وذلك أن زوجها طلقها فبثت طلاقها، فأمرها النبي - صلى الله عليه وسلم - أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم وقال لها: «إذا حلت فأذنيني» فلما حلت أخبرته أن معاوية وأبا جهم قد خطباها، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «أما معاوية فصعلوك لا مال له، وأما أبو جهم فلا يصنع عصاة عن عاتقه انكحني أسامة»<sup>(٢)</sup>. والاستدلال أنه خطبها لأسامة بعد خطبة غيره لما لم يعلم أنها أجابت أوردت.

فزع: ولا فرق بين أن يكون الخاطب الأول مسلماً أو ذمياً وهذا إذا كانت المخطوبة ذمية.

وعن أبي عبيد بن حربويه: أن الممنع مخصوص بما إذا كان مسلماً، أمّا الذمي فتجوز الخطبة على خطبته، ويمثله أجاب في السوم على السوم<sup>(٣)</sup>.

الثانية: يجوز الصدق في ذكر مساوي الخاطب، ليحذر<sup>(٤)</sup>، بدليل خبر فاطمة

(١) في ز: فكذلك الجواز.

(٢) أخرجه مسلم (١١١٤/٢) كتاب الطلاق: باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها حديث (١٤٨٠/٣٦).

(٣) قال النووي: قال الصيمري: لو خطب خمس نسوة دفعة، فأذن، لم يحل لأحد خطبة واحدة منهن حتى يتركها الأول، أو يعقد على أربع فتحل الخامسة، وإن خطب كل واحدة وحدها، فأذن، حلت الخامسة دون غيرها. هذا كلامه، والمختار تحريم الجميع، إذ قد يرغب في الخامسة. قال أصحابنا: ويكره التعريض بالجماع للمخطوبة، ولا يكره التعريض والتصريح به لزوجته وأمته.

(٤) ذكر النووي في الأذكار والرياض أن ذلك واجب وهو المنقول عن صاحب الترغيب وفتاوى القفال والشيخ ابن عبد السلام والشيخ أبي عمرو بن الصلاح قال في الخادم وهو قياس القاعدة الأصولية إن ما كان ممنوعاً منه إذا جاز وجب، كالختان وقطع اليد في السرقة وهو نظير ما قالوه في البيع أنه يجب على البائع ذكر العيب بالسلمة وكذا لو علمه الأجنبي قال في المهمات دخل في عمومها ما لو استشير في نفسه وفيه نظر قال في التوسط: كيف يقال يستحب أو لا يجب ولا يستحب والنية ظهر لي قديماً وفي شرح المنهاج وغيره أنه إذا استشير في أمر نفسه هل يذكر بعض =

بُنْتُ قَيْسٍ - رضي الله عنها - فإن النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - تعرض للخاطبين بما يكرها، ومعاوية الذي حَطَبَهَا هو ابن أَبِي سُفْيَانَ على المشهور، وقيل: بل غيره.  
وقوله: لَا يَضَعُ عَصَاهُ عَنْ عَائِقِهِ.

قيل: كناية عن كَثْرَةِ الضَّرْبِ، وَسُوءِ الْخُلُقِ. وقيل: عن كثرة السَّفَرِ.

وَعَنْ أَبِي بَكْرٍ الصِّيرَفِيِّ: أَنَّهُ كِنَايَةٌ عَنْ كَثْرَةِ الْجِمَاعِ، وَاسْتَبْعَادِ ذَلِكَ؛ لِبُعْدِ اِطْلَاعِ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - عَلَى هَذِهِ الْحَالَةِ مِنْ غَيْرِهِ، ثُمَّ لِبُعْدِ ذِكْرِهِ عَنْ خَلْقِهِ وَأَدْبِهِ، ثُمَّ؛ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ لَا تَرْغَبُ عَنِ الْخَاطِبِ بِذَلِكَ، وَلَيْسَ هَذَا مِنَ الْغَيْبَةِ الْمَحْرَمَةِ إِنَّمَا الْغَيْبَةُ الْمَحْرَمَةُ ذِكْرُ مَثَالِبِ النَّاسِ وَإِضْحَاكِ النَّاسِ بِهَا وَهَتَاكَ أَسْتَارِهِمْ، وَذِكْرُ مَسَاوِيءِ الْإِنْسَانِ بَيْنَ يَدَيْ عَدُوِّهِ تَقَرُّبًا إِلَيْهِ، وَمَا أَشْبَهَ هَذِهِ الْأَعْرَاضَ الْفَاسِدَةَ<sup>(١)</sup>.

وأما إذا أراد نصيحة الغَيْرِ ليحترز عن وصلته بالنكاح، والشركة ونحوهما، فلا منع.

= مساوتها جوازاً أو وجوباً لم أر فيه شيئاً والوجوب مطلقاً بعيد بل عليه النصح إجمالاً بأن لا يقول في ما لا يلائمكم ونحو ذلك ويعيد جواز ما لا يباح له التحدث به من الفواحش ونحوها ولا خرج عليه في قوله عندي شح أو خلقي شديد ونحوهما فلو كان عنيماً أو أشل فيجب أن يبين حاله بياناً لميِّبه كما لو كان به برص ونحوه من العيب وهذا ظاهر لا شك فيه. انتهى.

قال في الخادم: قال البارزي إن كان فيه شيء من العيوب المثبتة للخيار وجب ذكره للزوجة وإن كان فيه ما يقلل الرغبة عنه كسوء الخلق والشح وغيره مما لا يثبت الخيار استحباب وإن كانت المساوىء في المعاصي وجب عليه التوبة في الحال ويستتر نفسه وإن كانت الاستسارة في ولاية فإن علم من نفسه عدم الكفاية أو الخيانة وأنه لا تطوعه نفسه على تركها فيجب عليه أن يبين ذلك أو يقول لست أهلاً للولاية. انتهى.

وذكر المساوىء محله إذا لم يحصل الغرض بدون تفضيل فإن حصل بالبعض وجب الاقتصار عليه كما ذكره النووي في الأذكار والغزالي في الإحياء.

(١) قال النووي في زوائده: الغيبة تباح بستة أسباب قد أوضحتها بدلائل وما يتعلق بها وطرق مخرجها في آخر «كتاب الأذكار».

أحدها: التظلم، فيجوز للمظلوم أن يتظلم إلى السلطان والقاضي وغيرهما ممن له ولاية أو قدرة على إنصافه ممن ظلمه، فيقول: ظلمني فلان وفعل بي كذا.

الثاني: الاستعانة على تغيير المنكر ورد العاصي إلى الصواب، فيقول لمن يرجو قدرته على إزالة المنكر: فلان يعمل كذا فاجزه عنه، ونحو ذلك.

الثالث: الاستفتاء، بأن يقول للمفتي: ظلمني فلان أو أبي أو أخي بكذا، فهل له ذلك، أم لا؟ وما طريقي في الخلاص منه ودفع ظلمه عني؟ ونحو ذلك. وكذا قوله: زوجتي تفعل معي كذا، وزوجي يضربني ويقول لي كذا فهذا جائز للحاجة. والأحوط أن يقول: ما تقول في رجل أو زوج أو والد كان من أمره كذا، ومع ذلك فالتعيين جائز، لحديث هند في «الصحيحين»: إن أبا سفيان شحيح... الحديث.

وقد رُوِيَ أَنَّهُ قَالَ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ: «إِذَا اسْتَنْصَحَ أَحَدُكُمْ أَخَاهُ فَلْيَنْصَحْهُ»<sup>(١)</sup>.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: (الْحَامِسَةُ): يُسْتَحَبُّ الْخُطْبَةُ عِنْدَ الْخُطْبَةِ، وَعِنْدَ الْعَقْدِ، وَحَسَنٌ أَنْ يَقُولَ الْوَلِيُّ: الْحَمْدُ لِلَّهِ وَالصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ رَوْجَتْ، وَيَقُولُ الزَّوْجُ مِثْلَ ذَلِكَ ثُمَّ يَقْبَلُ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ هَذَا التَّفْرِيقَ بَيْنَ الْإِجَابِ وَالْقَبُولِ لَا يَضُرُّ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يُسْتَحَبُّ لِمَنْ خُطِبَ امْرَأَةٌ أَنْ يَدْعُوَ بَيْنَ يَدَيْ خُطْبَتِهِ خُطْبَةً، فَيَحْمَدُ اللَّهَ، وَيُسَبِّحُ عَلَيْهِ، وَيُصَلِّيُ عَلَى رَسُولِهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَيُوصِي بِتَقْوَى اللَّهِ تَعَالَى، ثُمَّ يَقُولُ: جِئْتُمْ خَاطِبًا كَرِهْتُمْكُمْ وَيَخُطِبُ الْوَلِيُّ أَيْضًا كَذَلِكَ ثُمَّ يَقُولُ: لَسْتُ بِمَرْغُوبٍ عِنْدَكُمْ وَمَا فِي مَعْنَاهُ وَيُسْتَحَبُّ خُطْبَةٌ أَيْضًا عِنْدَ الْعَقْدِ.

رُوِيَ عَنِ أَبِي هُرَيْرَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ:

= الرابع: تحذير المسلمين من الشر، وذلك من وجوه.

منها: جرح المجرحين من الرواة والشهود والمصنفين، وذلك جائز بالإجماع، بل واجب، صوراً للشريعة.

ومنها: الإخبار بعينه عند المشاورة في مواصلته.

ومنها: إذا رأيت من يشتري معيماً، أو عبداً سارقاً، أو زانياً، أو شارباً، تذكره للمشتري - إذا لم يعلمه - نصيحة، لا بقصد الإيذاء والإفساد.

ومنها: إذا رأيت متفقهاً يتردد إلى فاسق أو مبتدع يأخذ عنه علماً، وخفت عليه ضرره، فعليك نصيحته ببيان حاله قاصداً النصيحة.

ومنها: أن يكون له ولاية لا يقوم بها على وجهها لعدم أهليته أو فسقه، فتذكره لمن عليه ولاية ليستبدل به، أو يعرف حاله فلا يعتبر به أو يلزمه الاستقامة.

الخامس: أن يكون مجاهراً بفسقه أو بدعته، كالخمر، ومصادره الناس، وجباية المكوس، وتولي الأمور الباطلة، فيجوز ذكره بما يجاهر به، ولا يجوز بغيره إلا بسبب آخر.

السادس: التعريف، فإذا كان معروفاً بلقب، كالأعمش والأعرج والأزرق والقصير ونحوها، جاز تعريفه به، ويحرم ذكره به تنقاصاً، ولو أمكن التعريف بغيره، كان أولى. هذا مختصر ما تباح به الغيبة. والله أعلم.

(١) أخرجه البيهقي من حديث أبي الزبير عن جابر بسند حسن. وفي الباب عن حكيم بن أبي يزيد عن أبيه عند أحمد [٢٥٩/٤] [٤١٨/٣ - ٤١٩] والحاكم والبيهقي، وعند الطبراني من طرق، ومداره على عطاء بن السائب، وقد قيل عنه عن أبيه عن جده وهو غلط، بيته في تعليق التعليق، وفي معرفة الصحابة، وعن أبي طيبة الحجّام رواه أبو نعيم في المعرفة في حرف الميم في ترجمة ميسرة، وروى مسلم [٥٦] في صحيحه عن أبي هريرة: حق المسلم على المسلم بستة فذكرها وفيها: وإذا استنصحتك فانصح له رواه البخاري من حديث جرير [٥٧ - ٥٢٤ - ١٤٠١ - ٢١٥٧ - ٢٧١٤ - ٢٧١٥ - ٧٢٠٤].

«كُلُّ كَلَامٍ لَا يُبْدَأُ فِيهِ بِالْحَمْدِ لِلَّهِ فَهُوَ أَجْذَمٌ»<sup>(١)</sup> ويروى «كُلُّ أَمْرٍ ذِي بَالٍ لَا يُبْدَأُ فِيهِ بِحَمْدِ اللَّهِ فَهُوَ أَتْرٌ». وسواء خطب الولي، أو الزوج، أو أجنبي يحصل الاستحباب وإذا قال الولي: الحمد لله، والصلاة على رسول الله زوّجت منك، فقال الزوج: الحمد لله والصلاة على رسول الله قبلت، هل يصح النكاح؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا - لأنه تخلل بين الإيجاب والقبول ما ليس من العقد.

وأصحهما: الصحة؛ لأن المتخلل من مصالح العقد، ومقدمات القبول، فلا يقطع الموالاة بينهما كالإقامة بين صلاتي الجمع، وكطلب الماء والتميم، وبهذا الوجه أجاب أكثر الأصحاب من العراقيين وغيرهم، وقالوا: للنكاح خطبتان مستويتان:

إحدهما: تتقدم العقد.

والثانية: تتخلله وهو أن يقول: الولي بِسْمِ اللَّهِ، وَالْحَمْدُ لِلَّهِ، والصلاة على رسول الله أوصيكم بتقوى الله. زوّجتك فلانة، ويقول الزوج مثل ذلك [ثم يقول قبلت، وعلى هذا ينطبق قوله في الكتاب ثم يقول الزوج مثل ذلك بعد قوله]<sup>(٢)</sup> وعلى هذا ينطبق قوله وحسن أن يقول الولي إلى آخره، ثم هنا كلمتان:

إحدهما: قال الأئمة - رحمهم الله -: موضع الوجهين ما إذا لم يطل الذكر بينهما، فإن أطال قطعنا ببطلان العقد<sup>(٣)</sup>، وكان يجوز أن يُقال إذا كان الذكّر مقدمة للقبول وَجِبَ أَلَا تَضُرَّ إِطَالَتَهُ؛ لأنها لا تشعر بالإعراض.

والثانية: لو كان المتخلل كلاماً لا يتعلق بالعقد ولا يستحب فيه، فإيراد بعضهم يقتضي الجزم بالبطلان. وحكى الإمام وجهين فيه أيضاً:

وَجَهُ الْبُطْلَانِ فِيهِ أَنَّ الْكَلَامَ الْأَجْنِبِيَّ، وَإِنْ كَانَ يَسِيرًا فَهُوَ كَالشُّكُوتِ الطَّوِيلِ أَلَّا

(١) أبو داود [٤٨٤٠] والنسائي [٤٩٤] وابن ماجه [١٨٩٤]، وأبو عوانة والدارقطني [٢٢٩/١] وابن حبان [١٩٩٣ موارد] والبيهقي من طريق الزهري عن أبي سلمة عن أبي هريرة، واختلف في وصله وإرساله، فرجع النسائي والدارقطني الإرسال قوله: ويروي كل أمر ذي بال لا يبدأ فيه بحمد الله فهو أتر، هو عند أبي داود والنسائي كالأول، وعند ابن ماجه كالثاني، لكن قال: أنقطع، بدل: أتر، وكذا عند ابن حبان، وله ألفاظ أخر أوردها الحافظ عبد القادر الرهاوي في أول الأربعين البلدانية له.

(٢) سقط في ز.

(٣) قال النووي في المنهاج: الصحيح لا يستحب ذلك للزوج وكذا قال في الأذكار، قال في القوت: القول بأنه لا يستحب ولا يبطل خارج عن كلامهما أي في الشرح والروضة قال: ولم أر من قال لا يستحب ولا يبطل فضلاً عن ضعف الخلاف، ثم قال وقول الشيخ قبلت. صح أي مع لفظه نكاحها أو تزويجها أما لو اقتصر على قوله قبلت فإنه لا يصح.



ترى أن الكلامَ اليسير يبطل الموالاة في الفاتحة، كالكسوت الطويل<sup>(١)</sup> واستشهد للوجه الثاني بنص الشافعي - رحمه الله - في مسألة نذكرها في آخر الباب الأول من كتاب «الخلع» إن شاء الله - تعالى - فعلى هذا لا فرق في جريان الوجهين، وكان الفرق في الأظهر منهما، ويتأيد ما ذكرناه بأن مقدار الإقامة مما ليس من مصلحة الطلاق لا يبطل الموالاة بين صلاتي الجمع، فالحكم يدار على كون المتخلل يسيراً، لا على كونه مصلحة الصلاة<sup>(٢)</sup> واستحب الشافعي - رضي الله عنه - أن يقول الولي: أنكحتها على ما أمر الله تعالى من إمساك بمغرُوف، أو تشریح بإحسان، وهذا إذا ذكره قبل العقد، فذاك، وإن قيد الولي الإيجاب به وقبل الزوج مطلقاً أو مكرراً له فوجهان:

أحدهما: أنه يبطل النكاح؛ لأنه نكاح بشرط الطلاق على أحد التقديرين، وهذا ما اختاره الشيخ أبو محمد.

وأصحهما: الصحة؛ لأن كل زوج مأخوذ به بموجب الذين فليس في ذكره إلا التعرض لمقتضى العقد، وفصل الإمام فقال: إن أجرياه شرطاً ملزماً، فالوجه البطلان، وإن قصدا الوعظ دون الإلزام لم يضر، وإن أطلقا احتمل واحتمل وقريئة الحال تدل على قصد الوعظ، وتبرك الأئمة بخطبة النكاح بما روي عن ابن مسعود - رضي الله عنه - موقوفاً ومرفوعاً:

قال: إذا أراد أحدكم أن يخطب لحاجة من النكاح أو غيره فليقل: الحمد لله - نحمده ونستعينه ونستغديه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، وسيئات أعمالنا من يهده الله فلا مضل له، ومن يضل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمداً عبده ورسوله. ثم قرأ هذه الآيات ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي هُوَ تَقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ﴾ [آل عمران: ١٠٢] ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ وَقَبِيًّا﴾ [النساء: ١] ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا يُضْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا﴾ [الأحزاب: ٧٠، ٧١].

وعن القائل: أنه كان يقول بعد هذه الخطبة: أما بعد فإن الأمور كلها بيد الله يقضي فيها ما يشاء ويحكم ما يريد لا مؤخر لِمَا قَدَّم، ولا مُقَدَّم لِمَا أُخِّر، ولا يجتمع اثنان، ولا يفترقان إلا بقضاء الله، وقدره وفي كتاب قد سبق، وإن مما قضى الله وقدر أن خطب فلان بن فلان فلانة بنت فلان على صداق كذا، وسيزوجها وليها، أو وكيل

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

وَلِيَّهَا عَلَى مَا سَمَى مِنَ الصَّدَقَاتِ عَلَى مَا أَخَذَ اللَّهُ لِلْمُؤْمِنَاتِ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ مِنْ إِمْسَاكِ بِمَعْرُوفٍ، أَوْ تَسْرِيعِ بِإِحْسَانٍ.

أقول: قولي هذا وأستغفر الله لي ولكم أجمعين.

وزاد القاضي الرؤياني وغيره بين كلمتي الشهادة وبين الآيات الذي أرسله بالهدى، ودين الحق ليظهره على الدين كله ولو كره المشركون، ثم اعلّموا أن الله تعالى أحلّ النكاح، وندب إليه وحرّم السّفاح وأوعد عليه فقال تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾ [النور: ٣٢]. وقال تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزُّنَى إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً﴾ [الإسراء: ٣٢] الآيتين. وقال - ﷺ: «تَنَاقَحُوا تَكَثُرُوا» وقال: «النَّكَاحُ سُنَّتِي...»<sup>(١)</sup> الحديثين وَيُسْتَحَبُّ الدُّعَاءُ لِلزَّوْجَيْنِ بَعْدَ الْعَقْدِ رُوي أَنَّهُ - عَلَيْهِ السَّلَامُ - كَانَ يَقُولُ لِلْإِنْسَانِ إِذَا تَزَوَّجَ «بَارَكَ اللَّهُ لَكَ وَبَارَكَ عَلَيْكَ وَجَمَعَ بَيْنَكُمَا فِي خَيْرٍ»<sup>(٢)</sup> وعن جابر - رضي الله عنه - قال: قال لي النَّبِيُّ - ﷺ: - «يَا جَابِرُ تَزَوَّجْتَ؟ فَقُلْتُ: نَعَمْ. فَقَالَ: بَارَكَ اللَّهُ لَكَ»<sup>(٣)</sup>.

قَالَ الْغَزَالِيُّ:

(الْقِسْمُ الثَّانِي فِي الْأَرْكَانِ) وَهِيَ أَرْبَعَةٌ: (الْأَوَّلُ الصِّيغَةُ) وَهِيَ الْإِنْكَاحُ وَالتَّزْوِيجُ، وَلَا يَقُومُ (ح م و) غَيْرُهُمَا مَقَامَهُمَا إِلَّا تَرَجَمْتَهُمَا (و) بِكُلِّ لِسَانٍ فِي حَقِّ الْقَادِرِ وَالْعَاجِزِ جَمِيعاً، وَلَا يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ بِالْكِتَابَةِ لِأَنَّ الشَّاهِدَ لَا يَنْعَلِمُ النَّيَّةَ، وَلَا الْبَيْعَ عَلَى وَجْهِهٖ لِأَنَّ الْمُخَاطَبَ لَا يَنْعَلِمُ، وَيَصِيحُ الطَّلَاقُ وَالْإِبْرَاءُ وَالْفَسْخُ وَمَا يَسْتَقْبَلُ بِهِ، وَهَلْ يَكْفِي أَنْ يَقُولَ الزَّوْجُ قَبِلْتُ

(١) تقدم.

(٢) أخرجه أحمد والدارمي وأصحاب السنن أبو داود [٢١٣٠] الترمذي [١٠٩١] النسائي [٢٥٩] ابن ماجة [١٩٠٥] وابن حبان [١٢٨٤ موارد] والحاكم [١٨٣/٢] من حديث أبي هريرة، وصححه أيضاً أبو الفتح في الاقتراح على شرط مسلم، وفي الباب عن عقيل بن أبي طالب رواه الدارمي وابن السني وغيرهما، من طريق الحسن قال: تزوج عقيل بن أبي طالب امرأة من بني حشم، فقيل له: بالرفاه والبنين. فقال: قولوا كما قال رسول الله: بارك الله فيكم، وبارك لكم، واختلف فيه على الحسن أخرجه بقي بن مخلد من طريق غالب عنه عن رجل من بني تميم قال: كنا نقول في الجاهلية: بالرفاه والبنين، فعلمنا نبينا ﷺ فقال: «قولوا فذكره».

(٣) رواه مسلم [٧١٥] وفي الباب حديث أنس في قصة عبد الرحمن بن عوف.

وقال النووي: ويكره أن يقال: بالرفاه والبنين، لحديث ورد بالنهي عنه، ولأنه من ألفاظ الجاهلية. ومما يتعلق بأداب العقد، أنه يستحب إحضار جمع من أهل الصلاح زيادة على الشاهدين، وأن ينوي بالنكاح المقاصد الشرعية، كإقامة السنة، وصيانة دينه وغيرهما، ويستحب للولي عرض موليته على أهل الفضل والصلاح، لحديث عمر رضي الله عنه في «الصحيحين». والله أعلم.

أَوْ لَا بُدَّ أَنْ يَقُولَ قَبْلَتْ نِكَاحَهَا؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَالنَّصُّ أَنَّهُ يَنْعَقِدُ بِالِاسْتِيحَابِ وَالِإِجَابِ، وَالخُلْعُ وَالصُّلْحُ عَنِ دَمِ الْعَمْدِ وَالْكِتَابَةِ أَوْلَى بِالِانْعِقَادِ، وَفِي الْبَيْعِ قَوْلَانِ، وَقَبِيلٌ بِطَرْدِ الْقَوْلَيْنِ فِي الْجَمِيعِ وَهُوَ الْقِيَاسُ.

## «القول في أركان النكاح»

قال الرافعي: عد أركان النكاح أربعة:

أحدها: الصيغة إيجاباً وقبولاً فيقول الولي: زوجتك أو نكحتك، ويقول الزوج: تزوجت، أو نكحت، أو قبلت تزويجها، أو نكاحها، أو يقول الزوج أولاً: تزوجتها أو نكحتها فيقول الولي: زوجتُك أو أنكحتُك. واللفظ المعبر في الباب هو الإنكاح والتزويج، فلا ينعقد بسائر الألفاظ سواء منها ما يقتضي التملك<sup>(١)</sup> كالبيع والهبة والصدقة<sup>(٢)</sup>، أو لا يقتضيه كالإحلال والإباحة وسواء إن جرى ذكر المهر، أو لم يجر.

(١) اختلف الفقهاء أيضاً في انعقاد النكاح بلفظ التملك.

فمنهم من يرى عدم انعقاده وهم الشافعية والحنابلة، ومنهم من يرى انعقاده وهم المالكية الحنفية وإليه ذهب ابن حزم في المحلى.

الأدلة: استدلت الشافعية ومن وافقهم بما يأتي:

أولاً: بقوله ﷺ: «اتَّقُوا اللَّهَ فِي النِّسَاءِ» الخ...

ثانياً: قالوا: إن لفظ التملك ليس بصريح في النكاح فلا ينعقد به، وذلك لأن الشهادة شرط في النكاح، والكناية إنما تعلم بالنية، ولا يمكن الشهادة على النية لعدم اطلاعهم عليها فيجب ألا ينعقد النكاح بلفظ التملك.

(٢) اختلف الفقهاء في انعقاد النكاح بلفظ الهبة.

فذهب الشافعية والحنابلة والظاهرية إلى القول بأن لا ينعقد النكاح بلفظ الهبة وبه قال سعيد بن المسيب، وعطاء، والزهري وربيعة.

وذهب الحنفية والمالكية إلى القول بانعقاد النكاح بلفظ الهبة، إلا أن المالكية قالوا: ينعقد بها النكاح بشرط ذكر المهر، ويظهر أنهم إنما اشترطوا في انعقاد النكاح بلفظ الهبة ذكر المهر لأن إسقاط المهر عندهم يؤثر في النكاح، ولما كان النكاح بلفظ الهبة يشعر بإسقاط المهر نظراً إلى أن لفظ الهبة من ألفاظ التبرعات، لذلك قالوا: ينعقد بها النكاح مع ذكر المهر.

وقد استدلت الشافعية ومن وافقهم على عدم انعقاد النكاح بلفظ الهبة بالكتاب والسنة والمعقول.

أما الكتاب فقول الله تبارك تعالي في قصة المرأة التي وهبت نفسها للنبي ﷺ: «امْرَأَةٌ مُؤْمِنَةٌ إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ».

ووجه الدلالة من هذه الآية الكريمة أن الله تعالي قال: «خَالِصَةً لَكَ» فدل ذلك على أن الانعقاد بلفظ الهبة من خصوصياته ﷺ، وأما السنة فما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام قال: «اتَّقُوا اللَّهَ فِي النِّسَاءِ فَإِنَّكُمْ أَخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانَةِ اللَّهِ وَاسْتَخَلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ اللَّهِ»، ووجه الدلالة من الحديث أنهم قالوا: إن الكلمة التي أحل الله بها الفروج في كتابه إنما هي الإنكاح والتزويج فقط، =

وقال أبو حنيفة: ينعقد بما يقتضي التملك دون الإحلال والإباحة، وعنه اختلاف رواية في لفظ الإجارة. وقال مالك - رضي الله عنه -: ينعقد بسائر الألفاظ بشرط ذكر المهر، واحتج الأصحاب للمذهب بأن ما ينعقد به غير النكاح لا ينعقد به النكاح؛ كالإحلال والإباحة، فإن النكاح ينزع إلى العبادات لورود الندب فيه، والأذكار في العبادات تُتَلَفَى من الشرع، والقرآن ورد بهذين اللفظين دون غيرهما، وهل ينعقد بمعنى اللفظين بالعجمية، وسائر اللغات؟! فيه طريقان:

أحدهما: إنه إن كان يحسن العريية، ويقدر على التكلم بها، فلا ينعقد، لأنه عدل عن النكاح، والتزويج مع القدرة فصار كما لو عدل عن البيع والتمليك ويحكى هذا عن أحمد. وإن لم يحسنها فوجهان:

أحدهما: أن الجواب كذلك؛ لأن العربية لما كانت شرطاً عند القدرة لم يجز غيرهما عند العجز كقراءة الفاتحة، وعلى هذا فيصبر إلى أن يتعلم، أو يوكل.

وأصحهما: الانعقاد؛ لأنه لفظ لا يتعلق به إعجاز، فاكتفى بترجمته عند العجز كالتكبير وعلى هذه الطريقة جرى الشيخ أبو حامد وآخرون.

وأظهرهما: أنه إن لم يحسنها انعقد النكاح وجهاً واحداً ولا يكلف التعلم والعقد، بغير لغته كما في سائر العقود، وإن أحسنها فوجهان:

أصحهما: الانعقاد أيضاً اعتباراً بالمعنى وليس كلفظ البيع والتمليك، لاختلاف المعنى، وتحكى هذه الطريقة عن ابن أبي هريرة والقاضيين أبي حامد وأبي الطيب، وإذا أطلقنا الكلام، واختصرنا حصل في المسألة ثلاثة أوجه:

ثالثها: الفرق بين أن يُحسِنَ العربية، أو لا يحسنها وينسب هذا إلى الإصطخري ومنهم من ينسب إليه المنع المطلق وترجمه اللفظين بالعجمية أن يقول: [بزنى تودادم]<sup>(١)</sup> ويقول الزوج: [بزنى كردم]<sup>(٢)</sup>، [أو]<sup>(٣)</sup> نحو ساتم [بزنى، أو

= أخذنا من الكتاب والسنّة بالاستقراء دون الهبة.

وأما المعقول فقد قالوا فيه: إن الهبة من ألفاظ الطلاق حتى أن يقع الطلاق بقوله الزوجية: وهبتك لأهلك فلا يكون موجباً لضده.

واستدل المالكية والحنفية على انعقاد النكاح بلفظ الهبة بنفس الآية التي استدلت بها الشافعية. ووجه الدلالة منها أنهم قالوا: إن هذا اللفظ انعقد به نكاح النبي ﷺ فوجب أن ينعقد به نكاح أمته كلفظ الإنكاح والتزويج.

(١) جملة فارسية بمعنى: زوجتك نفسي (أعطيت نفسي زوجة لك).

(٢) جملة فارسية بمعنى تزوجتك. (٣) سقط في ز.

يديرافتم بزني<sup>(١)</sup> ولا يكفي أن يقول [بتوداذم]<sup>(٢)</sup> فيقول [بنيرافتم]<sup>(٣)</sup>، لأنه معنى الهبة دون النكاح، وإذا أتى أحد المتناكحين بالعربية والآخر بغيرها لم يخف التخريج على الخلاف المذكور، وإذا صححنا فذلك إذا فهم كل واحد منهما كلام الآخر، فإن لم يفهم ولكن أخبره ثقة عن معنى لفظ الآخر، ففي الصحة وجهان<sup>(٤)</sup>، ولا يُشترط اتفاق اللفظين من الجانبين. بل لو قال: أنكحتك فقال الزوج: تزوجت، أو قال: زوجتك. فقال: نكحت جاز كما سبق نظيره في «البيع» ثم في الفصل مسألان:

**المسألة الأولى:** لا ينعقد النكاح بالكنايات وينعقد بما يستقل به الشخص كالطلاق والفسخ والإبراء، وفي «البيع» وجهان. وكل ذلك قد ذكرناه في «البيع» فإذا قال الولي: زوجتكها فليقل الزوج: قبلت نكاحها أو تزوجتها أو قبلت هذا النكاح، فإن اقتصر على قوله: قبلت فالنص في «الأم» أنه لا يصح النكاح، وهو ظاهر كلامه في «المختصر» ونصه في «الإملاء» الصحة، وفيهما طرق للأصحاب:

**أصحها:** أن المسألة على قولين:

أحدهما: الصحة، وبه قال أبو حنيفة وأحمد؛ لأن القبول ينصرف إلى ما أوجبه الولي، فكان كالمعاد لفظاً.

وأظهرهما: المنع؛ لأنه لم يُوجد منه التصريح بواحد من لفظي النكاح والتزويج، والنكاح لا ينعقد بالكنايات.

**والثاني:** القطع بالمنع، والمطلق في «الإملاء» محمول على المقيد في «المختصر».

**والثالث:** القطع بالصحة، وينزل ما في «الأم» و «المختصر» على التأكيد، ولو قال: قبلت النكاح، ولم يصف النكاح إليها، أو قال: قبلتها، ولم يذكر النكاح، ففيه خلاف مرتب على الخلاف فيما إذا اقتصر على قوله: «قبلت»، وهاتان صورتان أولى

(١) جملة فارسية بمعنى قبلتها زوجة (قبلت زواجها وهي زوجة لي).

(٢) جملة فارسية معناها: وهبْتُ لك.

(٣) كلمة فارسية بمعنى: قَبِلْتُ.

(٤) سكت الشيخ عن الترجيح قال في القوت الظاهر المنع ووافقه في الخادم على ذلك وقال خص الإمام الوجيين بما إذا لم يتعلم القابل الصيغة ولم ينتهي إلى حال لو سمعها مرة أخرى لعرف معناها فأما إذا تعلمها وقبل بالفارسية على قرب صح قطعاً لأنه التحق بمن تعرف العربية قال وأهمل شرطاً آخر وهو أن يكون الشاهدان عالمين بلغة المتعاقدين.

[بالصحة]<sup>(١)</sup> للتصريح بالنكاح في الأولى والإضافة إلى المنكوحه في الثانية، وأجرى مجرون الخلاف فيما إذا قال: زوّجني، أو أنكحني، فقال الولي: قد فعلت ذلك، أو نعم اكتفى بلفظ النكاح في أحد الطرفين، وفيما إذا قال الولي: زوجتكها أو أنكحتكها. أقيلت؟ قال: نعم.

وكذا لو قال: نعم من غير قول الولي: أقيلت؟ ومنهم من قطع بالمنع، كما لو قال أتزوجني ابتك؟. فقال: نعم. فقال: قبلت. والأول أقيس، وفي نظائر هذه الصور من البيع ينعقد البيع وكذا لو قال: بعث منك كذا فاقتصر في الجواب على قوله: قبلت على ما سبق في «البيع».

وحكى الحنّاطي وجهاً: أنه لا ينعقد كما في النكاح، وقد ذكرنا في «البيع» خلافاً فيما إذا كتب إلى غائب بالبيع ونحوه من التصرفات، وأما في النكاح ففيمّا علق عن القاضي أبي سعد الهروي إثبات وجهين أيضاً؛ لأن الغائب يخاطب بالكتاب، وقطع بالمنع فيما إذا كانا حاضرين فتناكحاً بالكتابة؛ لأنه لا ضرورة، والمشهور المنع في الغائب أيضاً؛ لأن الكتابة كناية والنكاح لا ينعقد بالكناية.

قال في «التّهذيب»: ولو خاطب غائباً بلسانه فقال: زوّجتك ابنتي، ثم كتب فبلغه الكتابة أو لم تبلغه أن بلغه الخبر فقال: قبلت نكاحها فيلغو؛ لتراخي القبول عن الإيجاب، أو يصح ويجعل كأنه خاطبه حين أتاه الكتاب، أو الخبر. فيه وجهان وقد يستبعد خطاب الغائب بقوله: زوجتك ابنتي؛ لأن مكالمة الغائب بخطاب الحاضر ضرب سفيه. ولو قال: زوجت ابنتي من فلان، وجب أن يكون على هذا الخلاف وقد حكينا في نظيره من «البيع» الصحة، ثم إذا قلنا بصحة النكاح، إما بمجرد الكتاب، أو

(١) قال في المهمات: لا يؤخذ منه تصحيح ونص في الأم على البطلان في قبلتها قال في الخادم: وصرح منه قوله في الأم في موضع آخر ولا نكاح أبداً إلا بأن يقول: قد زوجتكها أو نكحتكها فيقول الزوج قد قبلت نكاحها أو قبلت تزويجها وذكره أيضاً كذلك في المختصر وظاهره أن إضافة الضمير إليها شرط مع التصريح بالنكاح أو التزويج لكن نقل الشيخ أبو حامد النص الأم الصحة فقال قال في الأم: لو قال زوجتك فقال الزوج قبلت لم ينعقد النكاح حتى بقوله قبلت النكاح أو التزويج. انتهى. وعليه دار العراقيون ونقل الشيخ أبو حامد والمحامي الاتفاق عليه والخلاف غريب.

ويقوي الصحة أن الألف واللام تقوم مقام الضمير كنية لا سيما مع تقدم ذكر الإيجاب. انتهى. ولو اقتصر الزوج على قبلت نكاحها أو تزويجها ولم يقل على هذا الصداق لا يلزمه المسمى لأنه لم تقبله فلا يلزمه ووجب مهر المثل صرح به الماوردي والرويانى هنا وحكى الماوردي وجهاً في الخلع أنه يلزمه المسمى قال في الخادم: وهذا هو القياس المتجه وأخذ بقرره وفيما قاله النظر، والمعروف الأول.

عند التَّلَفُّظِ، فَالشَّرْطُ أَنْ يَقْبَلَ فِي مَجْلَسِ بَلُوغِ الْخَبَرِ، وَأَنْ يَقَعَ الْقَبُولُ بِمَحْضَرِ شَاهِدِي الْإِيجَابِ<sup>(١)</sup> فَإِنْ حَضَرَ غَيْرَهُمَا لَمْ يَصِحَّ.

فَرَنْحُ: قَالَ الْقَاضِي الرَّوْيَانِيُّ: إِذَا اسْتَخْلَفَ الْقَاضِي فَقِيهًا فِي تَزْوِيجِ امْرَأَةٍ لَمْ يَكْفِ الْكِتَابَ، بَلْ لَا يَدَّ مِنَ اللَّفْظِ.

وَفِي «الْمَجْرَدِ» لِلْحَنَاطِي: أَنَّهُ عَلَى وَجْهِينَ وَهَلْ لِلْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ اعْتِمَادُ الْخَطِّ الظَّاهِرِ الْمَنْعِ<sup>(٢)</sup>. وَفِيهِ وَجْهٌ مُتَفَرِّعٌ مِنَ الْخِلَافِ فِي جَوَازِ الْعِمْدَةِ عَلَى مَنْشُورِ تَوَلِيَةِ الْقَاضِي.

المسألة الثانية: إذا قال: زوجني - فقال الولي: زوجتك فإن قال الزوج بعده: قبلت - فلا كلام في صحة النكاح، وإن لم يقل فالتصُّ الصحة أيضاً لوجود الاستدعاء الجازم.

وقد رُوِيَ أَنَّ الْأَعْرَابِيَّ الَّذِي خَطَبَ الْوَاهِبَةَ قَالَ النَّبِيُّ - ﷺ -: زَوَّجْنِيهَا فَقَالَ: «زَوَّجْتُكَهَا» وَلَمْ يَنْقُلْ أَنَّهُ قَالَ بَعْدَ ذَلِكَ: قَبِلْتُ<sup>(٣)</sup>. وَهَذَا ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ؛ وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَحَكَى الْإِمَامُ أَنَّ مِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ أَثْبَتَ فِيهِ الْخِلَافَ الَّذِي سَبَقَ فِي «الْبَيْعِ». ذَكَرَهُ. وَالْخَلْعُ، وَالصَّلْحُ عَنِ الدَّمِ وَالْإِعْتِاقَ عَلَى الْمَالِ أَوْلَى بِأَنْ يَنْعَقِدَ بِالِاسْتِيجَابِ وَالْإِيجَابِ إِذَا قَالَتْ: طَلَّقْنِي أَوْ خَالَعْنِي عَلَى الْأَلْفِ، فَأَجَابَهَا الزَّوْجَ طَلَّقَتْ وَلَزِمَهَا الْأَلْفَ، وَلَا حَاجَةَ إِلَى قَبُولِ بَعْدِهِ.

وكذا لَوْ قَالَ الْعَبْدُ لِسَيِّدِهِ: أَعْتَقْنِي عَلَى كَذَا، فَأَجَابَهُ إِلَيْهِ، أَوْ قَالَ مَنْ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ: صَالَحْنِي عَلَى كَذَا، فَقَالَ الْمَسْتَحَقُّ: صَالَحْتِكَ عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا كَانَتْ أَوْلَى بِالِانْعِقَادِ؛ لِأَنَّ الْعَرَضَ الْأَصْلِيَّ مِنْ هَذِهِ الْعُقُودِ الطَّلَاقُ، وَالْعِتْقُ وَالْعَقْوُ، وَهَذِهِ الْمَقَاصِدُ يُمْكِنُ تَحْصِيلُهَا بِلَا عَوْضٍ، وَإِنْ ذَكَرَ عَوْضٌ فَهُوَ عَلَى سَبِيلِ الْاِقْتِدَاءِ وَالتَّبَعِيَّةِ وَلِهَذَا صَحَّ

(١) قال النووي: لا يكفي القبول في المجلس بل يشترط الفور.

(٢) قال الشيخ البلقيني: هذا ليس بالمعتمد؛ لأن هذا فرع من فروع القاضي.

والقاضي يجوز أن يولي نائبه القضاء وللإمام أن يولي القاضي بالمشافهة باللفظ والمراسلة والمكاتبة عند الغيبة ويجيء في المكاتبة والمراسلة خلاف كما قاله في الوكالة.

(٣) أخرجه البخاري [٢٣١٠ - ٥٠٢٩ - ٥٠٣٠ - ٥٠٧٨ - ٥١٢٠ - ٥١٢٦ - ٥١٣٢ - ٥١٣٥ - ٥١٤١ - ٥١٤٩ - ٥١٥٠ - ٥٨٧١ - ٧٤١٧، مسلم ١٤٢٥] من حديث سهل بن سعد، وعند غيرهما بألفاظ كثيرة، وهو كما قال، ليس في شيء من الطرق أنه قال: قبلت.

قال الحافظ: فائدة: جاء في بعض طرقه: ملكتها، وملكناكها، وأمكنناكها، وأنكحناكها، وزوجناكها: وأباحتها، وغير ذلك، واحتج به من أباحه بغير لفظ النكاح والتزويج ورده البغوي بأنه اختلاف من الرواة في قصة واحدة، ولم يقع التعدد فيها، فدل على أن من روى بخلاف لفظ التزويج، لم يراع اللفظ الواقع في العقد، ولفظ التزويج رواية الأكثر والأحفظ فهي المعتمدة، والله أعلم.

بدل المال على الطلاق، والعناق من الأجنبي - وأما النكاح فإِنَّه لا يخلو في وَضْعِهِ على العَوْضِ إِلَّا في غاية التزوير، فكان أشبه بالبيع والمعاوضات، ويحققه أن هذه العقود تصح بصيغة التعليل بخلاف المعاوضات، وإذا عرُفَتْ أن هذه العقود أولى بالانعقاد، فالقاطعون بأن النكاح ينعقد بالاستيجاب والإيجاب أولى بالقطع ها هنا والمثبتون للخلاف هناك امتنع أكثرهم من طرده هنا.

وعن الشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ رَوَايَةَ طَارِدَةَ لِلْخِلَافِ فِي هَذِهِ الْعُقُودِ، وَاسْتَحْسَنَهَا الْإِمَامُ وَصَاحِبُ «الْكِتَابِ» مِنْ جِهَةِ الْقِيَاسِ وَتَرَدَّدَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ فِي أَنَّ الْكِتَابَةَ تَنْزِلُ مَنْزِلَةَ الْخُلْعِ [وَالْعِتَاقِ] <sup>(١)</sup> حَتَّى نَقَطَعَ بِانْعِقَادِهَا بِالِاسْتِجَابِ وَالِإِجَابِ، أَوْ مَنْزِلَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَجِيءَ فِيهِ الطَّرِيقَانِ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ مُتَرَدِّدَةٌ بَيْنَ الْإِعْتِاقِ وَالْمَعَاوِضَاتِ، وَالِاحْتِمَالِ الْأَوَّلِ هُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ، وَجَمِيعٌ مَا ذَكَرْنَا فِيهَا إِذَا كَانَتْ صِيغَةً لِاسْتِدْعَاءِ زَوْجِنِي وَخَالِعِنِي وَأَعْتَقْنِي وَنَحْوَهَا. أَمَا إِذَا قَالَ الزَّوْجُ قُلْ [زَوَّجْتُكَهَا] <sup>(٢)</sup> مِنْكَ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَيْسَ ذَلِكَ فِي مَعْنَى الْاسْتِجَابِ؛ لِأَنَّهُ اسْتِدْعَاءٌ لِلْفِطْرِ دُونَ التَّزْوِيجِ، فَإِذَا تَلَفَّظَ أَشْبَهَ أَنْ يَقْتَضِيَ الْقَبُولَ، كَمَا كَانَ يَقْتَضِيهِ إِذَا لَمْ يَسْتَدْعِ شَيْئًا.

ولو قال الولي: لا تتزوج ابنتي، فقال الزوج: تزوجت فهو كما لو قال الزوج: زوجني فقال الولي: زوجت، هذا هو الجواب المعروف، وقد حكينا في «البيع» عَنْ بَعْضِهِمُ الْمَنْعَ وَيُمْكِنُ أَنْ نَقُولَ بِمِثْلِهِ هُنَا. وَلَوْ قَالَ: أَنْزَوِجْنِي ابْنَتَكَ، أَوْ زَوَّجْتِ مَنِي ابْنَتَكَ فَقَالَ الْوَلِيُّ: زَوَّجْتِ لَمْ يَنْعَقَدْ إِلَّا أَنْ يَقُولَ الْخَاطِبُ بَعْدَهُ: زَوَّجْتِ.

وكذا لو قال الولي: أنتزوج ابنتي؟ أو تزوجتها؟ فقال: تزوجت [لا ينعقد إلا أن يقول الولي بعده: زوجتك؛ لأنه استفهام، ولو قال المتوسط للولي: زوجت ابنتك من فلان، فقال: زوجت] <sup>(٣)</sup> ثُمَّ أَقْبَلَ عَلَى الْخَاطِبِ فَقَالَ: قَبِلْتُ نِكَاحَهَا فَوَجَّهَانِ كَمَا ذَكَرْنَا فِي «البيع».

أحدهما: لا يصح لعدم الخطاب بين المتعاقدين. وبه قال الفقهاء.

وأصحهما: الصحة - لوجود الإيجاب والقبول، وارتباط أحدهما بالآخر، أما لفظ الكتاب فقوله: «الصيغة - وهي الإنكاح والتزويج ليس من ضرب» <sup>(٤)</sup> قوله في [أول] <sup>(٥)</sup> «البيع» «الصيغة وهي الإيجاب والقبول»، بل المرادها هنا أن الصيغة إيجاباً وقبولاً تُعْتَبَرُ مِنْ هَذَيْنِ اللَّفْظَيْنِ وَقَوْلِهِ: «لا يقوم غيرهما مقامهما» معلم بالحاء والميم وقوله: «إلا ترجمتهما»

(٢) في ز: زوجتها.

(٤) في ز: في ظهر.

(١) في ز: والعنق.

(٣) سقط في ز.

(٥) سقط في ز.



بالواو. وقوله: «في حقِّ القَادِرِ كذلك» إشارة إلى الوجه الفارق بين القادر والعاجز.

وقوله: «فيه وجهان» بالواو للطريقين القاطعين على ما قَدَّمْنَا، ثم الخلاف على المشهور قولان لا وجهان.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: وَلَا يَقْبَلُ النِّكَاحُ التَّغْلِيْقَ فَلَوْ قَالَ: إِنْ كَانَ وَلَدِي أَتَى فَقَدْ زَوَّجْتُهَا لَمْ يَصِحَّ (و) وَإِنْ كَانَتْ أَتَى، وَلَوْ قَالَ: زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي عَلَى أَنْ تُزَوِّجَنِي ابْنَتَكَ وَيَضَعُ كُلُّ وَاحِدٍ صَدَاقَ الْأُخْرَى لَمْ يَصِحَّ، لِأَنَّ الشَّغَارَ الْمَنْهِيَّ عَنْهُ، وَلِأَنَّهُ إِشْرَاكٌ فِي الْبُضْعِ فَإِنْ تَرَكَ جَمَلَ الْبُضْعِ صَدَاقًا فَبِئْسَ الصَّحَّةُ وَجَهَانٌ، وَلَا يَجُوزُ تَأْيِيْتُ النِّكَاحِ وَهُوَ الْمُنْتَمَةُ.

قال الرَّافِعِيُّ: فيه مسائل ثلاث:

المسألة الأولى: النِّكَاحُ لا يقبل التعليق. مثل أن يَقُولَ: إذا جاء رأسُ الشَّهْرِ فَقَدْ زَوَّجْتُكَ؛ لأن البيع والمعاضات لا تقبل التعليقات، والنكاح مع اختصاصه بوجه الاحتياط أولى لو أُخْبِرَ بِمَوْلُودٍ فَقَالَ لَجَلِيسِهِ: إن كانت بنتاً فقد زوجتكها. أو قال: إن كانت بنتي قد طلقها زوجها، أو مات عنها، وانقضت عدتها، فقد زوجتكها، أو كانت تحته أربع نسوة، فقال له غيره إن ماتت واحدةٌ مِنْهُنَّ فقد زوجتك ابنتي.

أو قال: إن مات أبي ورثت منه هذه الجارية، فقد زوجتكها وبأن لأمر كما قدر<sup>(١)</sup> فقد تثبت هذه الصورة ونظائرها على أنه إذا زوج أمة أبيه، أو باعها على ظن أنه حي، فبأن أنه كان ميتاً يوم العقد. هل يصح العقد؟.

فيه قولان ذكرناهما في أوَّلِ «التَّبَعِ».

فإن قلنا: لا يصح العَقْدُ هناك مع أنه أُطْلِقَ، فهذا هنا مع التعليق أولى، وإن قلنا: يصح عند الإِطْلَاقِ ففي هذه الصورة وجهان:

(١) في ب: على ما ورد.

قال في الخادم: قيل كيف يتصور الإِذْنُ من الزوجة المدخول بها قلنا يتصور فيما إذا كانت مجنونة أو عاقلة أذنت له أنها إذا طلقت واعتدت أن يزوجهها كما أشار إلى صحة هذا الإِذْنُ البغوي في فتاويه كما لو قال لو كبل أذنت لك في تزويجها إذا انقضت عدتها وكلام الروضة يقتضي تصحيحه فقال قبيل الصداق وفي فتاوى البغوي أنها لو قالت لوليها وهي في نكاح أو عدة أذنت لك في تزويجي إذا طلقت وانقضت عدتي فينبغي أن يصح الإِذْنُ كما يصح التوكيل كذا قاله وفيه وجه ضعيف أنه لا يصح سبق في الوكالة، انتهى وهو عجيب فقد صحح هذا الوجه في الوكالة وذكر في أثناء الطرف الثالث ما يوافق الأول فقال: ولو وكله في حال إحرام الوكيل أو الموكل أو المرأة نظر إن وكله ليعقد في الإِحْرَامِ لم يصح وإن قال الزوج بعد التحلل أو أطلق صح. انتهى ما أردته من الخادم.

أحدهما: أَنَّ النَّكَاحَ صَحِيحٌ؛ لأن التصحيح، وإن جزم به على تقدير هذا التعليق، فإذا صرَّح به فقد صرَّح بمقتضى العقد، ويُحكى هذا عن أبي حنيفة رحمه الله.

وأصحهما: وهو الذي أورده الأكثرون: أنه لا يصح لفساد الصيغة، وذكر في «التهذيب»<sup>(١)</sup> أنه لو بُشِّرَ بنت فقال: إن صدقَ الحَبْرُ، فقد زوجتكها صح، ولا يكون ذلك تعليقاً، بل هو تحقيق، كما لو قال: إن كنتِ زوجتي، فأنتِ طالقٌ يكون تنجيزاً للطلاق ويكون «إن» بمعنى «إذ»؛ لقوله تعالى: ﴿وَخَافُونَ إِنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾ [آل عمران: ١٧٥].

وكذا لو أُخْبِرَ: من له أزيغُ نُسوةٌ يموت إحداهن، فقال لرجل: إن صدقَ الحَبْرُ فقد نكحت ابنتك، وقال ذلك الرجلُ: زوجتكها، صحَّ ويجب أن يكون هذا الجواب مفروضاً فيما إذا تيقن صدق المخبر، وإلا فكلمة «إن» للتردد فيما إذا دخلت عليه تعليق واشترط<sup>(٢)</sup>.

### «القول في حكم نكاح الشغار»

المسألة الثانية: إذا قال: زوّجتك ابنتي، أو أختي، أو أمتي على أن تزوجني ابنتك، أو أختك على أن يكون بضع كل واحدة منهما صداقاً للأخرى وقبل الآخر، أو قال: زوجتك ابنتي، وتزوّجت ابنتك، أو أختك على أن يكون بضع كل واحدة منهما صداقاً للأخرى. فقال المخاطب: تزوجت وزوجت على ما ذكرت، فهذا نكاح الشغار<sup>(٣)</sup> وُسِّمِي بِهِ إِمَّا مِنْ قَوْلِهِمْ شَعَرَ الْبَلَدَ عَنِ السُّلْطَانِ إِذَا خَلَا لَخْلُوهُ عَنِ الْمَهْرِ.

(١) في ب: المهذب.

(٢) قال في الخادم يجيء إن بمعنى إذ من مقولات الكوفيين وطردهه بالفعل فيه محقق الوقوع وهو يقوي بتنزيل الرافي كلام البغوي على ما إذا اعتقد صدقه لكن منع منه البصريون وتأولوا منا ورد ذلك على تمييز تسليمه فينبغي التفضيل بين النحوي وغيره كما في نظائره فإن هذا لا يعرفه إلا الخواص من الناس ثم إنه استشكل قول المصنف وهذا الذي قاله البغوي يجب أن يكون مفروضاً فيما إذا تيقن صدق المخبر وإلا فللفظ إن للتعليق فإن الشهود لا يعلمون أنه قصد التحقيق إلا بخبره فينبغي شهادة بإقراره بالعقد لا على إنشائه فينبغي ألا يصح وفيما قاله نذر ويشهد لصحة ما قاله الرافي والنووي ما سيأتي أنه لو قال زوجتك فاطمة ولم يقل ابنتي لكن نواها أنه يصح ونقله عن العراقيين والبغوي وسيأتي الكلام على هذا إن شاء الله.

(٣) الشُّغَارُ فِي اللُّغَةِ الرَّفْعُ مِنْ قَوْلِهِمْ شَعَرَ الْبَلَدَ عَنِ السُّلْطَانِ إِذَا خَلَا عَنْهُ لَخْلُوهُ عَنِ الصَّدَاقِ، أَوْ لَخْلُوهُ عَنْ بَعْضِ الشَّرَاطِطِ، وَقِيلَ: مَاخُودٌ مِنْ قَوْلِهِمْ شَعَرَ الْكَلْبِ بَرَجَلَهُ إِذَا رَفَعَهَا لِيَبُولَ، كَأَنَّ كَلْباً مِنَ الْوَلِيِّينَ يَقُولُ لِلْآخِرِ لَا تَرَفِعْ رِجْلَ ابْنَتِي، حَتَّى أَرَفِعَ رِجْلَ ابْنَتِكَ، وَفِي التَّشْبِيهِ بِهَذَا الْهَيْئَةِ الْقَبِيحَةِ تَقْبِيحٌ لِلشُّغَارِ، وَتَغْلِيظٌ عَلَى فَاعِلِهِ وَأَمَّا مَعْنَاهُ شَرْعاً. فَهُوَ أَنْ يَزُوجَ الرَّجُلَ مَوْلِيَتَهُ عَلَى أَنْ =

= يزوجه الآخر موليته ليس بينهما صداق، وقد قال عياض عن بعض العلماء كان الشغار من نكاح الجاهلية يقول: شاعر في ولتي بوليتك أي: عاوضني جماعاً بجماع. وقلت بعض العلماء الشغار إلى ثلاثة أقسام:  
الأول: صريح الشغار وهو أن يقول الرجل لصاحبه: زوجني ابنتك مثلاً على أن أزوجك ابنتي مثلاً من غير صداق.

الثاني: وجه الشغار وهو أن يقول له زوجني ابنتك بمائة على أن أزوجك ابنتي بمائة.  
الثالث: المركب منهما، وهو أن يقول له زوجني ابنتك بلا شيء على أن أزوجك ابنتي بمائة، فالصريح هو الخالي من الصداق من الجانبين، والوجه هو المسمى فيه الصداق من الجانبين، والمركب هو المسمى فيه لواحدة دون الثانية.

ويحرم الإقدام عليه بجميع أنواعه لقوله - ﷺ -: «الإِثْغَارُ فِي الْإِسْلَامِ» ولما كان المالكية قد قسموا الشغار إلى الأقسام الثلاثة المتقدم نيين الحكم عندهم في هذه الأقسام، أما صريح الشغار فقالوا: يفسخ مطلقاً قبل الدخول، وبعده ولو ولدت الأولاد، ولا شيء للمرأة قبل الدخول ولها بعده صداق والمثل، وأما وجه الشغار فقالوا: يفسخ قبل الدخول، ولا شيء فيه للمرأة، ويثبت بعده بالأكثر من المسمى وصداق المثل وأما المركب منهما، فيفسخ قبل الدخول في كل، ولا شيء فيه للمرأة، ويثبت نكاح المسمى لها بعد الدخول بالأكثر من المسمى، وصداق المثل، ويفسخ نكاح من لم يسم لها، ولها صداق المثل.

وقد اختلف الفقهاء في نكاح الشغار هل هو صحيح أو فاسد ونستطيع أن نحصر الخلاف بينهم في مسألتين: الأولى: إذا لم يسميا صداقاً لواحدة منهما، بل يجعلان يضح كل صداقاً للأخرى، وهو المسمى بصريح الشغار، وقد اختلف الفقهاء في صحة هذا النكاح وفساده.

فذهب المالكية، والحنابلة، والظاهرية والشافعية إلى القول بفساد النكاح في هذه الحالة. إلا أن الشافعية كما يفهم مما جاء في كتبهم يقولون إن محل فساد النكاح في هذه الحالة إذا جعل يضح كل واحد منهما صداقاً للأخرى، وأما إذا لم يجعل يضح كل منهما صداقاً للأخرى، فالأصح عندهم الصحة للنكاحين.

وذهب الحنفية إلى القول بصحة النكاح، وأنه يجب لكل واحدة منهما مهر مثلها، وحكي هذا عن عطاء وعمرو بن دينار، ومكحول، والزهري، والثوري.

استدل الحنفية ومن معهم بما يأتي - قالوا لما جعلنا يضح كل منهما صداقاً للأخرى فقد سميا ما لا يصلح صداقاً. والنكاح لا تبطله الشروط الفاسدة وإذا كان الأمر كذلك صح النكاح ووجب مهر المثل كما لو سميا خمراً أو خنزيراً. فيكون حاصل هذا الدليل أن فساده من جهة المهر وفساد المهر لا يوجب فساد العقد.

ويرد هذا الدليل بأن الفساد هنا ليس من جهة المهر بل فساده من جهة أنه أوقفه على شرط فاسد يوجب فساد العقد، إذ فيه التشريك في البضع لأن كل واحد منهما جعل يضح مولية مورداً للنكاح وصداقاً للأخرى فأشبه تزويجها من رجلين وهو باطل فكذلك ما هنا على أن هذا معقول في مقابلة النص وهو باطل.

واستدل المالكية ومن معهم بالسنة والمعقول.

أما السنة: فأولاً ما روي عن أبي الزنا وعن الأعرج عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: «نهى =

= رسول الله ﷺ عن الشغار» ووجه الدلالة من هذا الحديث أن الرسول ﷺ نهى عن الشغار والنهي يدل على فساد المنهي عنه فوجب أن يكون الشغار فاسداً. وهذا الذي روي عن أبي هريرة روي مثله أيضاً صحيحاً مسنداً عن ابن عمر فقد روي عنه أنه قال إن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار. متفق عليه. وروى أيضاً من طريق جابر وأنس.

ثانياً: ما روي أن النبي ﷺ قال «الاشغار في الإسلام» ووجه الدلالة من هذا الحديث أن النبي ﷺ قال: «لا شغار في الإسلام» وهذا يحتمل أمرين نفي وجود الشغار في الإسلام. ونفي صحة ولا شك أن وجوده في الإسلام واقع فتعين حمل الكلام على نفي الصحة. وأما المعقول فقد قالوا فيه أن كل واحد منهما جعل بضع موليته مورداً للنكاح وصداقاً للأخرى وذلك يوجب فساد العقد كما لو زوج موليته من رجلين.

وقد قيل للمالكية ومن معهم في الأحاديث ما يأتي - أولاً أن النهي عن نكاح الشغار ونكاح الشغار هو النكاح الخالي عن العوض وما هنا نكاح بعوض وهو مهر المثل فلا يكون شغاراً - وترد هذه المناقشة بأن القول بأن هذا نكاح بعوض وهو مهر المثل غير مستقيم. فإن مهر المثل إنما أوجبتوه أنتم لتصحيح مذهبكم. وذلك أن الواقع في العقد إنما هو جعل بضع كل منهما في مقابلة بضع الأخرى.

وثانياً: أن النهي يحمل على الكراهة - ويرد هذا بأن الأصل في النهي أن يكون للتحريم ولا يحمل على الكراهة إلا لدليل ولا دليل هنا. لا سيما أن الشغار كان من أنكحة الجاهلية فرفعه الإسلام ولذلك قال الرسول ﷺ «لا شغار في الإسلام» وأما تفرقة الشافعية بين ما إذا جعل بضع كل منهما صداقاً للأخرى وبين ما إذا لم يجعل بضع كل منهما صداقاً للأخرى حيث حكموا بالفساد في الصورة الأولى دون الثانية فتفرقة غير ظاهرة فإن نفي الصداق معناه جعل بضع كل منهما صداقاً للأخرى ولو لم يصرحا بذلك.

الثالثة: إذا سميا لكل واحدة منهما صداقاً وهو المسمى بوجه الشغار، أو سميا لواحدة منهما دون الأخرى، وهو المركب منهما.

اختلف الفقهاء في صحة النكاح وفساده في هذه الحالة أيضاً. فذهب المالكية، والظاهرية إلى القول بالفساد في هذه الحالة أيضاً، وهو الصحيح من مذهب الشافعية، قال ابن شهاب الدين الرملي: ولو سميا أو أحدهما ما لا مع جعل البضع صداقاً كأنه قال، ويضع كل وألف صداق الأخرى بطل في الأصح لبقاء معنى التشريك، والثاني يصح؛ لأنه ليس على صورة تفسير الشغار؛ لأنه لم يخل عن المهر.

وذهب الحنابلة إلى التفصيل، فقالوا إذا سميا صداقاً لكل واحدة صح النكاح، ولهم في المهر راويتان فقبل تفسد التسمية، ويجب مهر المثل؛ لأن كل واحد منهما لم يرض بالمسمى إلا بشرط أن يزوج وليته صاحبه، فينقص المهر لهذا الشرط، وهو باطل فإذا احتجنا إلى ضمان النقص صار المسمى مجهولاً فبطل، وعند بطلان المسمى يرجع إلى مهر المثل، والرواية الثانية أنه يجب المسمى؛ لأنه ذكر قدراً معلوماً يصح أن يكون مهراً فصح.

وأما إن سميا صداقاً لواحدة دون الأخرى، فقيل بفساد النكاح فيهما، وقيل يفسد في التي لم يسمى لها صداق، ويصح في التي سمي لها مهر.

استدل الحنابلة، ومن وافقهم على القول بصحة النكاح إذا سميا لكل واحدة منهما مهراً، بما رُوِيَ عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن رسول الله ﷺ - «نَهَى عَنِ الشُّغَارِ» والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه ابنته ليس بينهما صداق.

وجه الدلالة من هذا أنهم قالوا إن الشغار المنهي عنه هو أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه ابنته ليس بينهما صداق. وأما إذا وجد فيه صداق كما هنا فليس هو من الشغار المنهي عنه وإذا لم يكن كذلك فيكون صحيحاً.

ويرد هذا الدليل بأن تفسير الشغار الواقع في الحديث ليس هو من كلام الرسول ﷺ وإنما هو من قول مالك وصل بالمتن المرفوع، وقيل هو من قول نافع. فقد روى الإسماعيلي من حديث محرز بن عون ومعن بن عيسى عن مالك عن نافع عن ابن عمير أن رسول الله ﷺ «نَهَى عَنِ الشُّغَارِ» - قال محرز قال مالك والشغار هو أن يزوج الرجل ابنته إلى آخره: - وقال في صحيح مسلم من غير طريق مالك أن تفسير الشغار من قول نافع. وإذا ثبت أن تفسير الشغار ليس من قول النبي ﷺ فلا يكون فيه حجة وأما المالكية ومن وافقهم فقد استدلوا. بما روي عن الأعرج أن العباس بن عبد الله بن العباس بن عبد المطلب أنكح ابنته عبد الرحمن بن الحكم بن أبي العاص بن أمية وأنكح عبد الرحمن ابنته وكانا جعلاً صدقاً فكتب معاوية إلى مروان بأمره أن يفرق بينهما وقال معاوية في كتابه هذا الشغار الذي نهى عنه رسول الله ﷺ.

وجه الدلالة من هذا أن معاوية أمر بفسخ هذا النكاح مع أنه سمي فيه الصداق لكل واحدة منهما. وكان ذلك بمحض من الصحابة ولم يعرف له منهم مخالف. فدل ذلك على فساده وألا لما أمر معاوية بفسخه ولما أقر عليه.

فإن قال قائل أن هذا اجتهاد من معاوية وعدم إنكار من حضر من الصحابة لا يدل على الرضى والموافقة - فإن السكوت في المسائل الاجتهادية لا يكون دليلاً على الرضى يجب عن هذا بأن معاوية قال في كتابه أن هذا هو الشغار الذي نهى عنه رسول الله ﷺ. فقد نسب إلى الرسول لا إلى اجتهاده وعلى ذلك يحمل سكوت من حضر من الصحابة على موافقتهم له بأن هذا من الشغار الذي نهى عنه الرسول ﷺ.

وأما وجه قول الحنابلة فيما إذا سميا لأحدهما مهراً دون الأخرى على رواية أن النكاح يفسد فيهما. فقد قالوا إن فسد في أحدهما فوجب أن يفسد في الأخرى لأن نكاح كل واحدة منهما متوقف على نكاح الأخرى.

وأما على رواية فساد نكاح التي لم يسم لها مهر دون الأخرى فذلك لأن نكاح التي لم يسم لها خلا من المهر بخلاف نكاح الأخرى فيفسد. وأما الثانية فيصح نكاحها لأن فيه تسمية وشرطاً فأشبه ما لو سمي لكل واحدة منهما ويرد هذا بأن الأولى فساد نكاحهما معاً لتوقف نكاح كل على نكاح الأخرى كما هو القول الأول.

والنظر في الأدلة ومناقشاتها يقضي بترجيح مذهب من قال بفساد نكاح الشغار مطلق سواء أذكر في كل ذلك صداق لكل واحدة منهما أو لأحدهما دون الأخرى أو لم يذكر في شيء من ذلك صداق. وذلك لأن الجميع يصدق عليه شغار وقد نهى النبي ﷺ عن الشغار خصوصاً إن الشغار كان من أنكحة الجاهلية فجاء الإسلام بهدمه.

ويقال: لخلوه عن بعض الشرائط. وإما من قولهم شَعَرَ الْكَلْبُ: إذا رفع رجله لِيَبُولَ؛ لأن كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَأَنَّهُ يَقُولُ: لا ترفع رِجْلَ ابْنَتِي مَا لَمْ أَرْفَعْ رِجْلَ ابْنَتِكَ.

وَيُقَالُ: إِنَّهُ نِكَاحٌ رُفِعَ عَنْهُ الْمَهْرُ. وفي بعض «الشُّرُوحِ» أَنَّ الْكَلْبَ إِذَا كَانَ يَبُولُ مِنْ حَيْثُ يَصِلُ مِنْ غَيْرِ مُبَالَاةٍ قِيلَ: شَعَرَ الْكَلْبُ بِرِجْلِهِ، فَسُمِّيَ شِغَارًا لِعَدَمِ الْمُبَالَاةِ فِيهِ بِالْمَهْرِ، وَهُوَ فَاسِدٌ؛ لِمَا رُوِيَ عَنْ ابْنِ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - نَهَى عَنْ نِكَاحِ الشِّغَارِ وَالشِّغَارُ وَهُوَ أَنْ يُزَوِّجَ الرَّجُلُ ابْنَتَهُ عَلَى أَنْ يُزَوِّجَهُ الْآخَرُ ابْنَتَهُ [ليس لهما صداق] <sup>(١)</sup> ويروى: ويضع كل واحد منهما مهر الأخرى <sup>(٢)</sup>.

قَالَ الْأَثَمَةُ: وهذا التفسير يجوز أن يكون مرفوعاً، ويجوز أن يكون من عند ابن عمر - رضي الله عنهما - وذكروا في طريق المعنى شيئين.

أحدهما: إن فيه تشريعاً في البضع؛ لأن كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا جَعَلَ بَضْعَ مَوْلَاتِهِ مُورَدًا لِلنِّكَاحِ، وَصِدَاقًا لِلْآخَرَى، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ زَوَّجَ امْرَأَةً مِنْ رَجُلَيْنِ لَا تَصِحُّ النِّكَاحُ، وَرَبَّمَا شَبِهَ ذَلِكَ بِمَا إِذَا نَكَحْتَ الْحُرَّةَ عَبْدًا عَلَى أَنْ تَكُونَ رَقَبَتُهُ صِدَاقًا لَا يَصِحُّ النِّكَاحُ، فَكَمَا لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الرَّجُلُ نَاكِحًا وَصِدَاقًا لَا يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ الْمَرْأَةُ مَنكُوحَةً وَصِدَاقًا، وَقَدْ يَعْتَرِضُ يُقَالُ: الْمَفْسَدُ هُوَ الشَّرِيكَ مِنْ جِهَةٍ وَاحِدَةٍ، وَذَلِكَ إِذَا زَوَّجَهَا مِنْ رَجُلَيْنِ هَا هُنَا الشَّرِيكَ بِجِهَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ، فَأَمَّا كَيْفَ أَنْ يَلْحَقَ بِمَا إِذَا زَوَّجَ أُمَّتَهُ، ثُمَّ بَاعَهَا، أَوْ أَصْدَقَهَا امْرَأَةً.

(١) البخاري [٥١١٢ - ٦٩٦٠، مسلم ١٤١٥] رواه مسلم من حديث أبي هريرة [١٤١٦] من حديث نافع.

(٢) قال الحافظ: ويضع كل واحدة منها مهر الأخرى: لم أجد هذا في الحديث، وإنما هو تفسير ابن جريج كما بين ذلك البيهقي. قوله: وورد في بعض الروايات أنه نهى عن الشغار، وهو أن يزوج الرجل ابنته، على أن يزوجه صاحبه ابنته، ولم يذكر فيه: أن يوضع كل واحد منهما صداقاً للآخرى، مسلم من حديث أبي هريرة بنحو ما قال، وفي الباب عن جابر رواه مسلم، وعن أنس رواه أحمد والترمذي وصححه والنسائي، وعن معاوية رواه أبو داود، قوله: قال الأئمة: وتفسير الشغار يجوز أن يكون مرفوعاً ويجوز أن يكون من قول ابن عمر، وهو مأخوذ من كلام الشافعي، وفي كلامه زيادة، قال الشافعي: لا أدري تفسير الشغار من النبي ﷺ أو من ابن عمر، أو من نافع أو من مالك، انتهى. قال الخطيب في المدرج: هو من قول مالك بينه وفصله القعني وابن مهدي ومحرز بن عون عنه، قلت: ومالك إنما تلقاه من نافع بدليل ما في الصحيحين من طريق عبيد الله بن عمر، قلت لنافع: ما الشغار؟ فذكره، وقال القرطبي في المفهم: التفسير في حديث ابن عمر جاء من قول نافع ومن قول مالك، وأما في حديث أبي هريرة فهو على الاحتمال، والظاهر أنه من كلام النبي ﷺ، فإن كان من تفسير أبي هريرة فهو مقبول، لأنه أسلم بما سمع وهو من أهل اللسان، قلت: وفي الطبراني من حديث أبي بن كعب مرفوعاً: لا شغار، قالوا: يا رسول الله وما الشغار؟ قال: نكاح المرأة بالمرأة لا صداق بينهما، وإسناده وإن كان ضعيفاً لكنه يستأنس به في هذا المقام.

وَأَمَّا الْمَسْأَلَةُ الْأُخْرَى فِسَبَبِ الْبُطْلَانِ فِيهَا مَلَكَ الزَّوْجَةُ الزَّوْجَ، وَهَذَا الْمَعْنَى لَوْ عَرَضَ فَسَدَ النِّكَاحِ، فَإِذَا قَارَنَ ابْتِدَاءَ مَنَعَ الْإِنْعِقَادَ.

والثاني عن القفال: أن سبب الفساد التعليق والتوقيف كأنه يقول: لَا يَنْعَقِدُ لَكَ نِكَاحُ ابْنَتِي، حَتَّى يَنْعَقِدَ لِي نِكَاحُ ابْنَتِكَ، أَوْ زَوْجَتُكَ ابْنَتِي، أَوْ زَوْجَتِي ابْنَتِكَ، وَكَانَتْ [لِلْعَرَبِ] <sup>(١)</sup> أَنْفَهُ وَجَمِيَّتَهُ، وَجَاهِلِيَّتَهُ، وَلَا يَرْضُونَ بِأَنْ يُزَوِّجُوا حَتَّى يُزَوِّجُوا.

وَلَوْ قَالَ كُلُّ وَاحِدٍ: زَوْجَتُكَ ابْنَتِي عَلَى أَنْ تَزَوِّجَنِي ابْنَتَكَ وَقَبْلَ الْآخَرِ، وَلَمْ يَجْعَلَا الْبُضْعَ صِدَاقًا فَبِهِ وَجِهَانِ:

أصحهما: الصِّحَّةُ؛ لِأَنَّ تَفْسِيرَ الشَّعَارِ الَّذِي وَرَدَ فِي الْخَبَرِ لَمْ يُؤْجَدْ، وَلَمْ يَتَحَقَّقِ التَّشْرِيكَ، وَلَيْسَ فِيهِ إِلَّا شَرْطُ عَقْدٍ فِي عَقْدٍ، وَأَنَّهُ لَا يَفْسُدُ النِّكَاحُ، فَعَلَى هَذَا يَصِحُّ [النِّكَاحَانِ] <sup>(٢)</sup> وَلِكُلِّ وَاحِدَةٍ مَهْرُ الْمِثْلِ.

والثاني: لا يصح لمعنى التعليق والتوقيف، وخصص الإمام الوجهين بما إذا كانت الصيغة هذه ولم يذكر مهرًا وقطع بالصحة فيما إذا قال: زوجتك ابنتي بألفٍ على أن تزوجني ابنتك.

قال: وليس الفرقُ لذكر المهر، بل؛ لأنه روي في بعض الروايات أنه - ﷺ - نهى عن نكاح الشغار وهو أن يزوج الرجل ابنته، على أن يزوجه صاحبه ابنته ففسر بهذا القدر من غير مزيد، ولك أن تقول هذا التفسير حاصل سواء ذكر المهر، أو لم يذكره إذ ليس فيه تعرض لترك المهر، كما ليس فيه تعرض لذكره، فلا يصلح مستنداً للفرق، وإذا قلنا بالوجه الأول؛ فلو قال: زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك وبضع ابنتك صداق لابنتي فقبل: صح الأول وبطل الثاني ولو قال: وبضع ابنتي صداق لابنتك بطل الأول، وصح الثاني وهذا نظر في معنى التشريك، ولو سيما لهما، أو لأحدهما مهرًا مع جعل البضع صداقًا، بأن قال أحدهما: زوجتك ابنتي بألفٍ على أن تزوجني ابنتك بألفٍ، وبضع كل واحدٍ منهما صداق للآخرى، أو قال: على أن تزوجني ابنتك. وبضع كل واحدٍ صداق للآخرى وألف، أو قال: زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك، ويكون بضع كل واحدٍ ألف درهم صداقًا للآخرى فوجهان:

أحدهما: وهو ظاهر لفظ «المختصر» -: أنه صحيح؛ لأنه ليس على صورة تفسير لفظ الشغار؛ ولأنه لم يخل عن المهر.

وأصحهما: البطلان - لقيام معنى التشريك والتوقيف، ويحكي هذا عن نصه في

(٢) في ز: النكاح.

(١) سقط في ز.

«الإملاء» ونص «المختصر» مَحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا ذَكَرَ الْمَهْرَ، وَلَمْ يَجْعَلَا الْبُضْعَ صِدَاقًا.

وقوله في الكتاب: «لم يصح» معلم بالحاء؛ لأن عند أبي حنيفة - رضي الله عنه - نكاح الشغار صحيح وللمرأة مهر المثل وساعدنا مالك وأحمد على فساده.

واعلم أن اقتضاء التوقيف والتعليق البطلان ظاهر؛ لكن ليس في صورة نكاح الشغار المشهور لفظة تعليق، وإنما هي لفظة الاشتراط، ولذلك قال صاحب «الكتاب» في «الوسيط» عند تصوير الشغار: «وصورته الكاملة: أن يقول: زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي عَلَى أَنْ تَزَوِّجَنِي ابْنَتِكَ عَلَى أَنْ يَكُونَ بِضْعُ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا صِدَاقًا لِلْآخَرَى، وَمِنْهُمَا انْعَقِدَ لَكَ نِكَاحُ ابْنَتِي انْعَقِدَ لِي نِكَاحُ ابْنَتِكَ»، وهذا فيه تَغْلِيْقٌ، وشرط عقد في عقد وَتَشْرِيْكٌ فِي الْبُضْعِ، ويشبه أن يُقَالَ: كَانَتِ الْعَرَبُ يَفْهَمُونَ مِنَ التَّعْلِيْقِ، أَوْ يَسْتَعْمَلُونَ لَفْظَهُ.

فُرُوْعٌ: لَوْ قَالَ: زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي بِمَتْعَةٍ جَارِيَتِكَ صَحَّ النِّكَاحُ وَفَسَدَ الصِّدَاقُ. وَلَوْ قَالَ: زَوَّجْتُكَ جَارِيَتِي عَلَى أَنْ تَزَوِّجَنِي ابْنَتِكَ وَتَكُونَ رَقَبَةً جَارِيَتِي صِدَاقًا لَابْنَتِكَ.

قال في «الشامل»: يصح النكاحان؛ لأنه لا تشريك فيما يرد عليه عقد النكاح، ويفسد الصداق، ولكل واحدة مهر مثلها ويجيء على معنى التعليق والتوقيف أن يحكم ببطلان النكاحين. ولو طلق امرأته على أن يزوجه صاحبه ابنته ويكون بضع امرأته صداقاً لها، فَيَزَوِّجُهُ صَاحِبَهُ عَلَى ذَلِكَ.

حكى القاضِي ابْنُ كَيْجٍ فِيهِ وَجْهَيْنِ عَنِ أَبِي الْحَسَنِ:

أحدهما: يفسد النكاح لخلوه عن الصداق.

والثاني: إنه يقتصر الفساد على الصداق.

ولو طلق امرأته على أن يعتق صاحبه عبده ويكون طلاق امرأة هذا عوضاً عن عتق عبده هذا.

ذكر أبو عبد الله الجناطي أنه يقع الطلاق، ولا رجوع بالمهر على أحد، وفي عتق العبد وجهان فإن عتق فلا رجوع بقيمته.

وقال القاضِي ابْنُ كَيْجٍ: عندي يقع الطلاق ويحصل العتق ويرجع المطلق على المعتق بمهر امرأته والمعتق على المطلق بقيمة عبده.

### «القول في تأقيت النكاح»

المسألة الثالثة: النكاح المؤقت باطل سواء كانت المدة معلومة بأن نكحها إلى



شهر أو سنة أو مجهولة بأن نكحها إلى قدوم زيد<sup>(١)</sup>، لما رُوِيَ عن علي - رضي الله عنه - أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - نهى عام خَبِيرٍ عن نِكَاحِ الْمُتَمَعَةِ<sup>(٢)</sup> - ونكاح

(١) قال في الخادم: يرد عليه ما لو قال زوجتك مدة حياتك أو مدة عمرك فإنه يصح، وليس هذا نكاح متعة بل هو تصريح بمقتضى العقد، وهو نظير ما لو قال وهبتك أو أعمرتك هذا الدار.

(٢) أخرجه البخاري [٥١١٥، ومسلم ١٤٠٧] قال الحافظ: قوله: كان ذلك جائزاً في ابتداء الإسلام، ثم نسخ، روى الشيخان من حديث سلمة إبآحة ذلك ثم نسخه، وروى مسلم من حديث الربيع ابن سبرة عن أبيه نحو ذلك، وقال البخاري: بين علي عن النبي ﷺ أنه منسوخ، وفي ابن مآجة عن عمر بإسناد صحيح أنه خطب فقال: إن رسول الله ﷺ أذن لنا في المتعة ثلاثاً، ثم حرمها، والله لا أعلم أحداً تمتع وهو محصن إلا رجتمه بالحجارة، وروى الطبراني في الأوسط من طريق إسحاق بن راشد عن الزهري عن سالم: أتى ابن عمر، فقيل له: إن ابن عباس يأمر بنكاح المتعة، فقال: معاذ الله ما أظن ابن عباس يفعل هذا، فقيل: بلى، قال: وهل كان ابن عباس على عهد رسول الله إلا غلاماً صغيراً، ثم قال ابن عمر: نهانا عنها رسول الله وما كنا مسافحين، إسناده قوي، وروى الدارقطني عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: هدم المتعة الطلاق والعدة والميراث، إسناده حسن.

فائدة: حكى العبادي في طبقاته عن الشافعي قال: ليس في الإسلام شيء أحل ثم حرم، ثم أحل ثم حرم إلا المتعة، وقال بعضهم: نسخت ثلاث مرات، وقيل: أكثر، ويدل على ذلك اختلاف الروايات في وقت تحريمها، وإذا صحت كلها فطريق الجمع بينهما الحمل على التعدد، والأجود في الجمع ما ذهب إليه جماعة من المحققين أنها لم تحل قط في حال الحضر والرفاهية، بل في حال السفر والحاجة، والأحاديث ظاهرة في ذلك، وبين ذلك حديث ابن مسعود: كنا نغزو وليس لنا نساء، فرخص لنا أن ننكح، فعلى هذا كل ما ورد من التحريم في المواطن المتعددة، يحمل على أن المراد بتحريمها في ذلك الوقت، أن الحاجة انقضت، ووقع العزم على الرجوع إلى الوطن، فلا يكون في ذلك تحريم أبداً إلا الذي وقع آخرأ، وقد اجتمع من الأحاديث في وقت تحريمها أقوال ستة أو سبعة نذكرها على الترتيب الزمني، الأول: عمرة القضاء: قال عبد الرزاق في مصنفه عن معمر بن عمرو عن الحسن قال: ما حلت المتعة قط إلا ثلاثاً في عمرة القضاء، ما حلت قبلها ولا بعدها، وشاهده ما رواه ابن حبان في صحيحه من حديث سبرة بن معبد قال: خرجنا مع رسول الله ﷺ فيما قضينا عمرتنا، قال لنا: ألا تستمتعوا من هذه النساء - فذكر الحديث - الثاني: خبر متفق عليه عن علي بلفظ: نهى عن نكاح المتعة يوم خيبر، واستشكله السهيلي وغيره ولا إشكال، وقد وقع في مسند ابن وهب من حديث ابن عمر مثله، وإسناده قوي أخرجه البيهقي وغيره، الثالث: عام الفتح رواه مسلم من حديث سبرة بن معبد: أن رسول الله ﷺ نهى في يوم الفتح عن متعة النساء، وفي لفظ له: أمرنا بالمتعة عام الفتح حين دخلنا مكة، ثم لم يخرج حتى نهانا عنها، وفي لفظ له: إن رسول الله قال: يا أيها الناس إني كنت أذنت لكم في الاستمتاع من النساء، وإن الله قد حرم ذلك إلى يوم القيامة، الرابع: يوم حنين رواه النسائي من حديث علي، والظاهر أنه تصحيف من خيبر، وذكر الدارقطني: أن عبد الوهاب الثقفي تفرد عن يحيى بن سعيد عن مالك بقوله حنين، في رواية لسلمة بن الأكوع أن ذلك كان في عام أوطاس، قال السهيلي: هي موافقة لرواية من روي عام الفتح، وأنها كانا في =

المتعة<sup>(١)</sup> هو المؤقت - سمي به؛ لأن العَوْضَ منه مُجَرَّدُ التَّمَتُّعِ دون التَّوَالِدِ، وسائر

= عام واحد، الخامس: غزوة تبوك رواه الحازمي من طريق عباد بن كثير عن ابن عقيل عن جابر قال: خرجنا مع رسول الله إلى غزوة تبوك حتى إذا كنا عند الثنية مما يلي الشام، جاءتنا نسوة تمتعنا بهن يظفن برجالنا فسالنا رسول الله ﷺ عنهن وأخبرناه فغضب وقام فينا خطيباً فحمد الله وأثنى عليه، ونهى عن المتعة، فتوادعنا يومئذ ولم نعد، ولا نعود فيها أبداً. فيها سميت يومئذ ثنية الوداع، وهذا إسناد ضعيف، لكن عند ابن حبان في صحيحه من حديث أبي هريرة ما يشهد له، وأخرجه البيهقي من الطريق المذكورة بلفظ: خرجنا مع رسول الله ﷺ في غزوة تبوك فنزلنا ثنية الوداع. فذكره، ويمكن أن يحمل على أن من فعل ذلك لم يبلغه النهي الذي وقع يوم الفتح، ولأجل ذلك غضب ﷺ، السادس: حجة الوداع رواه أبو داود من طريق الربيع بن سبرة قال: أشهد على أبي أنه حدث أن رسول الله نهى عنها في حجة الوداع، ويجاب، عنه بجوابين، أحدهما، أن المراد بذكر ذلك في حجة الوداع إشاعة النهي والتحرير لكثرة من حضرها من الخلائق، والثاني احتمال أن يكون انتقل ذهن أحد رواته من فتح مكة إلى حجة الوداع، لأن أكثر الرواة عن سبرة أن ذلك كان في الفتح، والله أعلم.

(١) أصل المتعة في اللغة: الانتفاع، يقال: تمتعت بكذا، واستمتعت بمعنى والاسم المتعة. قال الجوهري: ومن متعة النكاح ومتعة الطلاق، ومتعة الحج لأنه انتفاع، والمراد بالمتعة هنا أن يتزوج الرجل المرأة مدة من الزمن سواء أكانت المدة معلومة، مثل أن يقول زوجتك ابنتي مثلاً شهراً. أو مجهولة مثل أن يقول زوجتك ابنتي إلى قدوم زيد الغائب، فإذا انقضت المدة، فَقَدْ بَطَّلَ حكم النكاح، وإنما سمي النكاح لأجل بذلك لانقضاءها بما يعطيها، وانتفاعه بقضاء شهوته، فكان الغرض منها مجرد التمتع دون التوالد، وغيره من أغراض النكاح.

وقد كانت المتعة منتشرة عند العرب في الجاهلية، فكان الرجل يتزوج المرأة مدة ثم يتركها من غير أن يرى العرب في ذلك غضاظة، فلما جاء الإسلام أقرهم على ذلك في أول الأمر، ولم نعلم أن النبي ﷺ - نهى عن المتعة إلا في غزوة خيبر في السنة السابعة من الهجرة، فقد روي عن علي - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ - «نَهَى عَنِ مُتْعَةِ النِّسَاءِ يَوْمَ خَيْبَرَ وَعَنْ أَكْلِ لُحُومِ الْحُمْرِ الْإِنْسِيَّةِ» واستمر الأمر على ذلك، حتى فتح مكة حيث ثبت أن النبي ﷺ - أباحها ثلاثة أيام، وفي بعض الروايات أنه أباحها يوم أوطاس، ولكن الحقيقة أن ذلك كان في يوم الفتح، ومن قال يوم أوطاس، فذلك لاتصالها بها ثم حرمها رسول الله ﷺ - بعد ذلك إلى يوم القيامة.

فيعلم من هذا أن المتعة كانت مباحة قبل خيبر، ثم حرمت في خيبر، ثم أبيحت يوم الفتح، ثم حرمت بعد ذلك إلى يوم القيامة، فتكون المتعة مما تناولها التحريم والإباحة مرتين.

وقد نشأ من هذا الاختلاف في المتعة بين الصحابة، فمنهم من يرى أن إباحة المتعة قبل خيبر كانت للضرورة وللحاجة، ثم لما ارتفعت الحاجة في خيبر نهى عنها رسول الله ﷺ، ثم لما تجددت الحاجة عام الفتح أذن فيها، ولما ارتفعت الحاجة نهى عنها، وعليه فتكون المتعة مباحة عند الحاجة، وبهذا كان يقول ابن عباس رضي الله عنهما إلا أنه رجع عنه كما سيأتي بيانه ومنهم من يرى أن نهى النبي ﷺ - عن المتعة يوم خيبر كان نسخاً لها، ثم رفع النسخ في يوم الفتح ثلاثة أيام، ثم نسخت بعد ذلك إلى يوم القيامة، وإلى هذا ذهب جمهور الصحابة.

وقد اختلف الفقهاء بعد ذلك في المتعة هل هي محرمة فتكون من الأنكحة الفاسدة، أو مباحة =

= فتكون من الأنكحة الصحيحة .

فذهب الجمهور إلى القول بتحريمها، وإنها من الأنكحة الفاسدة التي تفسخ مطلقاً قبل الدخول وبعده، وهو مذهب الأئمة الأربعة .

وذهب الإمامية من الشيعة إلى القول بإباحة نكاح المتعة إلى يوم القيامة، بل منهم من تعالى في ذلك وقال إنها قرينة، وعليه فالخلاف في المتعة بين الجمهور والإمامية، ولما لم أجد كتاباً من كتب الإمامية أثق به لأستطيع استيفاء الكلام على مذهبهم في المتعة رأيت أن أكتفي بما قاله شرف الدين الصنعاني، وهو من علماء الشيعة، فإنه بعد أن ذكر الحديث عن علي قال ما نصه، والحديث يدل على تحريم نكاح المتعة للنهي عنه، وهو النكاح المؤقت إلى أمد مجهول أو معلوم، وغايته إلى خمسة وأربعين يوماً، ويرتفع النكاح بانقضاء الوقت المذكور في التقطعة الحيض، والحائض بحيضتين، والمتوفى عنها بأربعة أشهرٍ وعشر ولا يثبت لها مهر ولا نفقة، ولا توارث، ولا عدة إلا الاستبراء بما ذكر، ولا نسب يثبت به إلا أن يشترط، وتحرم المصاهرة بسببه هكذا ذكره في بعض كتب الإمامية وأنا أذكر دليل الإمامية والرد عليه .

استدل الإمامية على القول بإباحة المتعة بالكتابة، والأئمة والعقول، والإجماع أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ فإنهم حملوا الاستمتاع في الآية على المتعة، وقالوا المراد بقوله تعالى: ﴿فَاتَّوَهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ أجر المتعة، ومما يؤيد أن الآية في المتعة قراءة أبي وابن عباس ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ إِلَىٰ أَجَلٍ﴾ فهي صريحة في المتعة .

وأما الأثر: - فالأثر ما روي أن ابن عباس كان يفتي بالمتعة، ووجه الدلالة من هذا أنهم قالوا لو لم تكن المتعة مباحة لما أفتى بها ابن عباس إذ لا يليق بمثله أن يفتي بها مع أنها محرمة .

وثانياً: - بما روي عن جابر - رضي الله عنه - قال تمتعنا على عهد رسول الله ﷺ - وأبي بكر وصدر من خلافة عمر، ثم نهانا عمر، ووجه الدلالة من هذا أن جابراً - رضي الله عنه - أخبر أنهم استمتعوا في زمن النبي - ﷺ - وفي خلافة أبي بكر وفي صدر من خلافة عمر، وهذا يدل على أن المتعة مباحة، وإنما نهى عنها عمر من باب السياسة الشرعية .

وأما المعقول: - فقد قالوا إنها منفعه خالية من جهات القبح، ولا نعلم فيها ضرراً عاجلاً، ولا آجلاً، وكل ما هذا شأنه فهو مباح، فالمتعة مباحة .

وأما الاجماع: - فإنهم قالوا أجمع أهل البيت على إباحتها .

وتناقش هذه الأدلة: التي تمسك بها الإمامية بما يأتي: - .

أما الآية فيقال لهم فيها أنها بمعزل عن الدلالة لكم، إذ هي محمولة على النكاح الدائم، وما يجب للمرأة من المهر كاملاً إذا استمتع بها الزوج، ويؤيد هذا أنها وردت في سياق الكلام على النكاح بالعقد المعروف بعد الكلام على أجناس يحرم التزوج بها، وتسمية المهر أجراً لا يدل على أنه أجر المتعة، فقد سمي المهر أجراً في غير هذا الموضع كقوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِنَّا أَخْلَقْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ اللَّاتِي آتَيْتَ أُجُورَهُنَّ﴾ أي مهورهن، وكقوله تعالى: ﴿فَاتَّكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ أي: مهورهن، وأما قراءة أبي وابن عباس، فهي شاذة، والقراءة الشاذة لا تعارض القطعي وهي الآية الدالة على التحريم، وهي قوله تعالى: ﴿إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾ مع أن الدليلين أن تساويا في القوة وتعاضدا في الحل والحرمة قدم دليل الحرمة =

أغراض النكاح، وكان ذلك جائزاً في ابتداء الإسلام ثم نُسِخَ.

وإذا وطئ في نكاح المُتَعَّةِ جاهلاً بفساده، فلا حَدَّ فإن كان عالماً فقد بني أمر الحد على ما رُوِيَ عن ابن عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أنه كان يجوز نكاح المُتَعَّةِ، ثم

= منهما، ويقال لهم فيما روي عن ابن عباس أنه ثبت رجوعه عنه، وقد كان يفتي بها أولاً؛ لأنه فهم من نهى النبي - ﷺ - عنها يوم خيبر، ثم إباحتها يوم الفتح ثم نهى عنها بعد ذلك، أن الإباحة كانت للضرورة، والنهي عند ارتفاعها يؤيد ذلك ما رُوِيَ عن شعبة عن أبي جمرة قال: سمعت ابن عباس سئل عن متعة النساء، فرخص فيها، فقال له إنما كان ذلك في الحال الشديد، وفي النساء قلة، فقال ابن عباس نعم فإنه يعلم من هذا أن ابن عباس كان يتأول في إباحة نكاح المتعة لمضطر إليه، ثم توقف بعد ذلك لما ثبت له النسخ.

ومما يؤيد رجوع ابن عباس ما أخرجه الترمذي، أن ابن عباس قال: أما كانت المتعة في أول الإسلام كان الرجل يقدم البلدة ليس له بها معرفة، فيتزوج المرأة بقدر ما يرى أنه يقيم فتحفظ له متاعه، وتصلح له شأنه، حتى نزلت: ﴿إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾ فقال ابن عباس، فكل فرج سواهما حرام.

وقد روي رجوعه أيضاً البيهقي وأبو عوانة في صحيحه، وروي عنه أنه قال عند موته: «اللَّهُمَّ إِنِّي أَتُوبُ إِلَيْكَ» من قوله في المتعة والصدف. وعليه فلا يصح الاحتجاج بفتوى ابن عباس، وقد رجع عنها.

ويقال لهم في أثر جابر أن قوله: «تمتعنا الخ..» يحمل على أن من تمتع لم يبلغه النسخ، حتى نهى عنها عمر، أو يكون جابر - رضي الله عنه - قال ذلك لفعلهم في زمن رسول الله ﷺ - ثم لم يبلغه النسخ، حتى نهى عنها عمر، فاعتقد أن الناس باقون على ذلك لعدم الناقل عنده، والقول بأن عمر هو الذي نهى عنها، وأن ذلك من قبيل السياسة الشرعية غير مسلم، فإن عمر إنما قصد الأخبار عن تحريم النبي - ﷺ - ونهيه عنها إذ لا يجوز أن ينهي عما كان النبي - ﷺ - أباحه، وبقي على إباحته: ومما يؤيد أن نهيه عنها ليس من قبيل السياسة الشرعية بل أنه نهى عنها لما علم نهى النبي - ﷺ - ما روي من طريق سالم بن عبد الله عن أبيه عن عمر قال: صعد عمر المنبر فحمد الله، وأثنى عليه، ثم قال: «مَا بَالُ رِجَالٍ يَنْكِحُونَ هَذِهِ الْمُتَعَّةَ وَقَدْ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْهَا «لَا أُوتِي بِأَحَدٍ نَكَحَهَا إِلَّا رَحِمْتُهُ».

ويقال لهم في العقول لا نسلم أنها منفعة خالية من جهات القبح، ولا ضرر فيها في الآجل ولا في العاجل، بل الضرر متحقق فيها، فإن فيها امتهان المرأة، وضياع الأنساب، فإن مما لا شك فيه أن المرأة التي تنصب نفسها، ليستمتع بها كل من يريد تصبح محتقرة في أعين الناس، وأيضاً فهو معقول في مقابلة النص، وهو باطل.

ويقال لهم في الإجماع أولاً: أن إجماع أهل البيت على فرض إجماعهم ليس بحجة، فما بالك والإجماع لم يصح عنهم. فهذا زيد بن علي، وهو من أعلمهم يوافق الجمهور، ثم إن الإمام علياً - رضي الله عنه - وهو رأس الأئمة عندهم يقول بتحريمها، فقد روي عن طريق جويرية عن مالك ابن أنس عن الزهري أن عبد الله بن محمد بن علي بن أبي طالب، والحسن بن محمد حدثاه عن أبيهما أنه سمع علياً بن أبي طالب يقول لابن عباس إنك رجل تائه، أي حائل أن رسول الله ﷺ نهى عن المتعة.

رَجَعَ<sup>(١)</sup> عنه فإن صَحَّ رُجُوعُهُ وجب الحد لحصول الإجماع، وإن لَمْ يَصِحَّ رجوعه،

(١) رواه الترمذي وقال الحافظ: وفي إسناده موسى بن عبيدة الربذي وهو ضعيف، وأغرب المجد ابن تيمية فذكر عن أبي جمرة الضبعي أنه سأل ابن عباس عن متعة النساء فرخص فيه، فقال له إنما ذلك في الحال الشديد، وفي النساء قلة، فقال: نعم، رواه البخاري، انتهى. وليس هذا في صحيح البخاري، بل استغربه ابن الأثير في جامع الأصول، فعزاه إلى رزين وحده، قلت: قد ذكره المزني في الأطراف في ترجمة أبي جمرة عن ابن عباس وعزاه إلى البخاري في النكاح باللفظ الذي ذكره ابن تيمية سواء، ثم راجعته من الأصل فوجدته في باب النهي عن نكاح المتعة أخيراً ساقه بهذا الإسناد والمتن، فاعلم ذلك، وقد أخرجه الإسماعيلي في مستخرجه بلفظ الجهاد، بدل الحال الشديد، ويا عجباً من المصنف كيف لم يراجع الأطراف وهي عنده، إن كان خفي عليه موضعه من الأصل، وروينا في كتاب الفرر من الأخبار لمحمد بن خلف القاضي المعروف بوكيع نا علي بن مسلم نا أبو داود الطيالسي نا حويل أبو عبد الله عن داود بن أبي هند عن سعيد بن جبير، قال: قلت لابن عباس: ما تقول في المتعة فقد أكثر الناس فيها حتى قال فيها الشاعر، قال: وما قال الشاعر، قلت قال: قد قلت للشيخ لما طال محبسه، يا صاح هل لك في فتوى ابن عباس، هل لك في رخصة الأطراف أفة، تكون مثواك حتى مصدر الناس، قال وقد قال فيها الشاعر، قلت: نعم، قال فكرها أو نهى عنها، وقال الخطابي نا ابن السماك نا الحسن بن سلام نا الفضل بن دكين نا عبد السلام عن الحجاج عن أبي خالد عن المنهال عن سعيد بن جبير قال قلت لابن عباس: لقد سارت بفتياك الركيان، وقالت فيها الشعراء، قال وما قالوا فذكر البيتين، قال: فقال: سبحان الله والله ما بهذا أفتيت، وما هي إلا كالميتة لا تحل إلا للمضطر، وأخرج البيهقي من طريق الزهري قال: ما مات ابن عباس حتى رجع عن هذه الفتيا، وذكره أبو عوانة في صحيحه أيضاً، وروى عبد الرزاق في مصنفه عن ابن جريج عن عطاء، عن ابن عباس كان يراها حلالاً ويقرأ فما استمتعتم به منهن، قال: وقال ابن عباس في حرف أبي بن كعب إلى أجل مسمى، قال: وكان يقول: يرحم الله عمر ما كانت المتعة إلا رحمة من الله رحم بها عباده، ولولا نهى عمر ما احتيج إلى الزنا أبداً. وذكر ابن عبد البر عن الليث بن سعد عن بكير بن الأشح عن عمار مولى الشريد: سألت ابن عباس عن المتعة أسفاح هي أم نكاح؟ قال: لا سفاح ولا نكاح قلت: فما هي؟ قال: المتعة كما قال الله، قلت: هل عليها حيضة؟ قال: نعم، قلت: يتوارثان؟ قال: لا.

فائدة: كلام الرافي يوهم أن ابن عباس انفرد عن غيره من الصحابة بتجوز المتعة لقوله إن صح رجوعه وجب الحد للإجماع، ولم يتفرد ابن عباس بذلك بل هو منقول عن جماعة من الصحابة غيره، قال ابن حزم في المحلى: مسألة: ولا يجوز نكاح المتعة وهي النكاح إلى أجل، وقد كان ذلك حلالاً على عهد رسول الله ﷺ، ثم نسخها الله تعالى على لسان رسوله عليه السلام إلى يوم القيامة، ثم احتج بحديث الربيع بن سبرة عن أبيه وفيه: سمعت رسول الله ﷺ على المنبر يخطب ويقول: من كان تزوج امرأة إلى أجل فليعطها ما سمي لها، ولا يسترجع مما أعطها شيئاً، ويفارقها، فإن الله عز وجل قد حرمها عليكم إلى يوم القيامة، قال ابن حزم: وما حرمه الله علينا إلى يوم القيامة فقد أمننا نسخه، قال: وقد ثبت على تحليلها بعد رسول الله ﷺ جماعة من السلف، منهم من الصحابة أسماء بنت أبي بكر وجابر بن عبد الله وابن مسعود، وابن عباس =

فيبنى على أنه لو اختلف أهل عَصْرِ في مَسْأَلَةٍ، ثم اتفق من بعدهم على أحد القولين فيها هل يصير ذلك مجمعاً عليه - وفيه وَجْهَانِ أصوليان:

إن قلنا: نعم وجب الحَدُّ، وإلَّا فلا، كالوطىء في سائر الأثْمَحَةِ المختلف فيها، وهو الأصْحُ ولك أن تقول: نقلوا في المسألة عن زفر أنه يلغو التَأْقِيَتَ وَيَصِحُّ النُّكَاحُ مؤبداً فليستقط الحَدُّ لذلك وإن صَحَّ رجوع ابن عَبَّاسٍ - رضي اللُّهُ عنهما - وحيث لا يجب الحَدُّ يجب المَهْرُ والعدة ويثبت النسبُ.

= معاوية وعمرو بن حريث وأبو سعيد وسلمة ومعبد ابنا أمية بن خلف، قال: ورواه جابر عن الصحابة مدة رسول الله ﷺ ومدة أبي بكر ومدة عمر إلى قرب آخر خلافته، قال: وروي عن عمر أنه إنما أنكرها إذا لم يشهد عليها عدلان فقط، وقال به من التابعين طاموس وعطاء وسعيد ابن جبير وسائر فقهاء مكة، قال: وقد تقصينا الآثار بذلك في كتاب الإيصال، انتهى كلامه، فأما ما ذكره عن أسماء فأخرجه النسائي من طريق مسلم القرني قال: دخلت على أسماء بنت أبي بكر فسألناها عن متعة النساء، فقالت: فعلناها على عهد رسول الله ﷺ، وأما جابر ففي مسلم من طريق أبي نضرة عنه: فعلناها مع رسول الله، ثم نهانا عنها عمر، فلم نعد لها، وأما ابن مسعود ففي الصحيحين عنه قال: رخص لنا رسول الله أن ننكح المرأة إلى أجل بالشيء ثم قرأ ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم﴾ وأما ابن عباس فقد تقدم، وأما معاوية فلم أر ذلك عنه إلى الآن، ثم وجدته في مصنف عبد الرزاق عن ابن جريج عن عطاء قال: أول من سمعت منه المتعة صفوان بن يعلى بن أمية، قال: أخبرني يعلى أن معاوية استمتع بامرأة في الطائف، فأنكرت ذلك عليه، فدخلنا على ابن عباس فذكرنا له ذلك فقال: نعم، وأما عمرو بن حريث فوقع الإشارة إليه فيما رواه مسلم من طريق أبي الزبير، سمعت جابر يقول: كنا نستمتع بالقبضة من الدقيق والتمر الأيام على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر حتى نهى عنها عمر في شأن عمرو بن حريث، وأما معبد وسلمة ابنا أمية: فذكر عمر بن شبة في أخبار المدينة بإسناده أن سلمة بن أمية بن خلف استمتع بامرأة فبلغ ذلك عمر فتوعده على ذلك، وأما قصة أخيه معبد فلم أرها، وكذلك قصة عمرو بن حريث مشروحة، وأما رواية جابر عن الصحابة فلم أرها صريحاً، وإنما جاء عنه أنه قال: تمتعنا على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وصدراً من خلافة عمر، وفي رواية: فلما كان في آخر خلافة عمر، وفي رواية: تمتعنا على عهد رسول الله وأبي بكر وعمرو، وكل ذلك في مسلم ومصنف عند الرزاق، ومن المشهورين بإباحتها ابن جريج فقيه مكة، ولهذا قال الأوزاعي فيما رواه الحاكم في علوم الحديث: يترك من قول أهل الحجاز خمس، فذكر فيها متعة النساء من قول أهل مكة، وإتيان النساء في أدبارهن من قول أهل المدينة ومع ذلك فقد روى أبو عوانة في صحيحه عن ابن جريج أنه قال لهم بالبصرة: شهدوا أنني قد رجعت عنها بعد أن حدثهم بثمانية عشر حديثاً أنها لا بأس بها. قوله: روي أن امرأة كانت في ركب فجعلت أمرها إلى رجل فزوجها، فبلغ ذلك عمر، فجلد الناكح والمنكح، الشافعي والدارقطني [٢٢٥/٣] والبيهقي من طريق ابن جريج عن عبد الحميد عن عكرمة بن خالد به، وفيه انقطاع لأن عكرمة لم يُدرك ذلك.

ولو قال: نكحتها متعة، ولم يزد على هذا - حَكَى الحَنَّاطِيُّ في صحته وجهين - هذا شرط مَا أُوْرِدَهُ صاحب «الكتاب» في ركن الصيغة ويختمه بصور تعتبر: الموالاة بين الإيجاب والقَبُولِ على ما مرَّ في «البيع»، ونقل القاضي أبو سعد الهَرَوِيُّ: أَنَّ العراقيين من أصحابنا اكتفوا بوقوع القَبُولِ في مَجْلِسِ الإِيجَابِ، وقالوا حكم نهاية المجلس حكم بدايته، وَإِذَا وجد أحد شقي العقد من أحد العاقدين فَلَا بُدَّ من إصراره عليه، حَتَّى يوجد الشق الآخر، فلو رَجَعَ عَنْهُ لغى وكذا لو وجب ثُمَّ زَالَ عَقْلُهُ بجنون، أو إِغْمَاءٍ لغى، وامتنع القَبُولُ. وكذا لو أذنت المرأة في تزويجها، حيث يعتبر إِذْنَهَا، ثم أغمي عليها قبل العقد بَطَل إِذْنَهَا.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الرُّكْنُ الثَّانِي: المَحَلُّ) وَهِيَ المَرَأَةُ الخَلِيَّةُ عَنِ المَوَانِعِ مِثْلُ أَنْ تَكُونَ مَنكُوحَةً الغَيْرِ أَوْ مُرْتَدَّةً، أَوْ مُعْتَدَّةً، أَوْ مَجُوسِيَّةً، أَوْ زَنَدِيْقَةً، أَوْ كِتَابِيَّةً، بَعْدَ المَبْعَثِ، أَوْ رَقِيْقَةً (ح) وَالتَّائِيْحُ قَادِرٌ عَلَى حُرَّةٍ، أَوْ مَمْلُوكَةً التَّائِيْحِ بِنَفْسِهَا أَوْ كُلِّهَا، أَوْ مِنَ المَحَارِمِ أَوْ بَعْدَ الأَرْبَعَةِ، أَوْ تَحْتَهُ مَنْ لَا يُجْمَعُ بَيْنَهُمَا، أَوْ مُطْلَقَةً ثَلَاثًا لَمْ يَطَّأَهَا زَوْجٌ آخَرَ أَوْ مُلَاعِنَةً، أَوْ مُحَرَّمَةً بِحَيْجٍ أَوْ عُمُرَةٍ، أَوْ ثِيْبًا صَغِيرَةً (ح)، أَوْ يَتِيْمَةً (ح)، أَوْ زَوْجَةً رَسُوْلِ اللّٰهِ صَلَّى اللّٰهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

### «القول في الركن الثاني من أركان النكاح»

قال الرَّافِعِيُّ: يشترط في المنكوحه أن تكون خلية عن موانع النكاح، والكلام في الموانع منسوط في مواضعه لا سيَّما في القِسْمِ الثَّالِثِ مِنَ الكِتَابِ المَعْفُودِ لِبَيَانِ المَوَانِعِ وها هنا اقتصر على عد تراجمها وهي أن تكون منكوحه الغَيْرِ، فالمنكوحه لا تنكح، وأن تكون في عدة الغير<sup>(١)</sup>، وفي اللَّفْظِ تنبيه على أَنَّهَا لو كانت في عدته لم يحرم عليه نكاحها، وأن تكون مرتدة، أو زنديقة، أو كتابية دخلت في دينهم بعد مبعث رسول الله - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أو بعدما بدلوا وَحَرَّفُوا على أَظْهَرِ القَوْلَيْنِ.

وأن تكون رقيقة والتائيح حُرًّا قَادِرًا على مهر حرة أو غير خائِفٍ مِنَ العَنَبِ.

(١) احترز في قوله عدة الغير عن عدة نفسه قال في الخادم نعم لو نكح امرأة قد وطئها بشبهة قال في البحر في باب الزنا لا يحرم الحلال فله أن ينكحها في عدتها لأن عدتها من مائه قال الشافعي - رضي الله عنه - ولو تركه كان أحب إلي وأخذ صاحب الخادم يقوي هذا وإطلاق المصنف يتناول هذه الصورة قيل وأهمل الشيخ من الموانع الجهل بخلوها من الموانع. قال في الخادم وجعل الشيخ أبو حامد من الموانع اختلاف الجنس حتى لا يجوز للآدمي أن يتزوج جنية وفيه نظر، فإن التكليف يعمهما إلى آخر ما ذكره، وما ذكره عن الشيخ أبي حامد نقله بعضهم عن ابن يونس في شرح التعجيز ونقل عن القمولي - الكراهة.

وأن تكون بعضها أو جميعها مملوكاً للثاكيح، فالنكاح والملك لا يجتمعان.  
وأن يكون مُحَرَّمًا.

أو تكون خامسة، أو يكون في نكاحه أختها أو من لا يجمع بينها وبينها.

وأن تكون مُطَلَّقةً ثلاثاً لم تحلل. وأن تكون مُلَاعِنَةً. وأن تكون مُحَرَّمَةً بحجة أو  
عمره. وأن تكون نُيَّباً أو صغيرة. وأن تكون يتيمة، وهي التي لا أب لها، ولا جد.  
وأن تكون زوجة رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -.

واعلم أن هذه الموانع منها ما يوجد في المرأة ويختص بها مثل كونها مَنْكُوحَةً أو  
مُعْتَدَّةً، ومنها ما لا يختص بها مثل كونها محرماً، ومحرمه وخامسة فما كان من القسم  
الأول حَسَنٌ ذَكَرَهُ في هذا السياق واشترط خلو المرأة عنها، وما كان من القسم الثاني،  
فلا اختصاص لهذا الرُّكْنِ بذكره؛ لأنه كما يشترط ألا تكون المرأة محرماً ومحرمه  
يشترط في الزوج أيضاً ذلك، وكما يشترط فيها ألا تكون خامسة ألا يكون تحتها أختها،  
يشترط في الزوج ألا يكون تَحْتَهُ أَرْبَعٌ ولا أختها ويجوز أن يعلم من الفصل مَوَاضِعَ  
نُبَيْهَا عِنْدَ الْبَسْطِ.

قاعدة: يشترط في كل واحد من الزوجين أن يكون معيناً فلو قال: زوّجت منك  
إحدى ابنتي أو من أحداكما أو إحدى ابنتيك لم يصح، ولو كانت له بنت واحدة فقال:  
زوجتك بنتي صح، وإن لم يسميها<sup>(١)</sup>.

ولو كانت حاضرة فقال: زوجتك هذه كفى وفي معناه ما إذا كانت في الدار  
فقال: زوّجتك التي في الدار وليس فيها غيرها<sup>(٢)</sup>.

ولو قال ولا بنت له إلا واحدة: زوّجتك بنتي فَلَائِنَةٌ وَسَمَاهَا بغير اسمها ففيه  
وجهان:

أحدهما: لا يصح النكاح؛ لأنه ليس له بنت بذلك الاسم.

(١) قال في الخادم يدخل في كلامه فرع غريب وهو ما لو قال الولي لآخر زوجتك وهذا الحائط بكذا  
قال البحر في باب الزنا لا يحرم الحلال فيه وجهان مبنيان على من زوج بنته من فلان ومن  
الحائط وفيه وجهان أحدهما بطلان النكاح فيهما قال ذكره والدي.

(٢) قال في الخادم أطلق ذلك وقيده المتولي بما إذا كانت سافرة قال فإن كانت منتقبة أو من وراء ستر  
والزوج لا يعرفها بوجهها ولا ذكر اسمها ولا نسبها لم يصح لأنها مجهولة إلى آخر ما نقله عنه.  
ثم قال وكلام الرافعي وغيره يشعر بفرض المسألة فيما إذا كان الأب ونحوه ممن يعلم نسبه منها  
فتصير معلومة النسب عند الزوج فلا يكون مخالفاً لكلام المتولي.



وأصحهما: الصحة؛ لأن البنتية صفة لازمة مميزة فتعتبر ويلغى الاسم المذكور بعده، وصار كما لو أشار إليها، وَسَمَّاهَا بِغَيْرِ اسْمِهَا، فإنه يصح النكاح وتلغو التسمية، ويشبه أن يمنع صاحب الوجه [الأولى]<sup>(١)</sup> هذه الصورة أيضاً؛ ألا ترى أنهم شبهوا الوجهين في المسألة بالوجهين فيما إذا قال: بِعُتْكَ [فَرَسِي]<sup>(٢)</sup> هذا، وهو بغل هل يَصِحُّ؟ فأثبتوا الخلاف مع الإشارة، والظاهر الصحة في صورتين، حَتَّى لو قال: زَوَّجْتُكَ هَذَا الْعُلَامَ وأشار إلى ابنته.

حكى الفاضل الرُوياني في «التجربة» عن الأصحاب أنه يصح النكاح تعويلاً على الإشارة. ولو قال: بعتك داري هذه وَحَدَّهَا وَغَلَطَ في حدودها يصح البَيْع بخلاف ما إذا قال: بعتك الدار التي في محلة كذا وَحَدَّهَا وَغَلَطَ، لأنَّ التَّعْوِيلَ هنا على الإشارة.

ولو قال: بعتك داري ولم يقل هذه وحدها وغلط، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ دَارٌ سِوَاهَا، وَجَبَ أَنْ يَصِحَّ تَفْرِيعاً عَلَى أَصْحَ الْوَجْهَيْنِ الْمَذْكُورَيْنِ، فيما إذا قال زَوَّجْتُكَ بِنْتِي فَلَانَّةً، وَذَكَرَ غَيْرَ اسْمِهَا، ولو كان اسم بنته الواحدة فاطمة فقال: زَوَّجْتُكَ فَاطِمَةَ، ولم يقل بِنْتِي، لم يصح النكاح لكثرة الفواطم.

نَعَمْ لو نَوَّيَاهَا صَحَّ، هكذا أجاب أصحابنا العراقيون وتابعهم صاحب «التَّهْدِيبِ» واعترض ابن الصَّبَّاحُ بأنَّ النُّكَّاحَ عَقْدٌ يَفْتَقِرُ إِلَى الشَّهَادَةِ وَالشُّهُودِ إِنَّمَا يَشْهَدُونَ وَيَطَّلَعُونَ عَلَى اللَّفْظِ دُونَ النَّيَّةِ، وهذا متين ولهذا الأصل حكمنا بأنَّ النُّكَّاحَ لا ينعقد بِالْكِنَايَاتِ<sup>(٣)</sup>.

ولو كانت له بنتان فصاعداً، فلا بُدَّ من تَمْيِيزِ الْمُنْكَوْحَةِ بِالتَّسْمِيَةِ، أو بالإشارة بأن يقول بِنْتِي هذه، أو بالوصف بأن يقول: بِنْتِي الْكُبْرَى، أو الْوَسْطَى وَهُنَّ ثَلَاثُ.

قال المكتفون بالنَّيَّةِ، أو بأن يَنْوِيَا واحدة بعينها، وإن لم يجر لَفْظٌ مُمَيِّزٌ.

ولو قال: بِنْتِي الْكُبْرَى وَسَمَّاهَا بِاسْمِ الصُّغْرَى صَحَّ النُّكَّاحُ عَلَى الْكُبْرَى اعْتِمَاداً عَلَى الْوَصْفِ بِالْكِبَرِ، ويجيء على قِيَاسِ الْوَجْهِ الْمَذْكُورِ فِي الْوَاحِدَةِ أَنْ يَبْطُلَ النُّكَّاحُ،

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) قال الشيخ البلقيني هذا الذي اعترض عليه ابن الصَّبَّاحِ ليس بالقوي وجوابه أن الكناية إنما تضر في نفس الصيغة المعبر بها إذا أبدلها بغيرها. وأما هنا فقد وجدت الصيغة الصريحة وتسمية المعقود عليها فلا يضر القصد ويعينها وقد سئل عن وكيل قال لشخص زوجتك بنت مولدي ولم يسمه ولكن نواه هو والزوج فأفتيت بأنه يصح على قياس الصورة وهو الأصح والله أعلم انتهى.

ولو لم يتعرض للكبير والصَّغَرِ لكن قال: زَوَّجْتُكَ بِنْتِي فَلَانَةَ، فذكر اسم الكبيرة مثلاً، وَقَصَدَ تَزْوِيجَ الصَّغِيرَةِ أَوْ بِالْعَكْسِ، وَقَصَدَ الزَّوْجَ الَّتِي قَصَدَهَا الْوَلِيُّ صَحَّ النُّكَاحُ عَلَى الَّتِي قَصَدَهَا. ولغت التسمية وفي الاعتماد على النِّتْيَةِ الإِشْكَالِ الَّتِي سَبَقَ.

ولو قال الزَّوْجُ قَصَدْتُ الْكَبِيرَةَ فَالنُّكَاحُ فِي الظَّاهِرِ مَنْعَقِدِ عَلَيْهَا وَإِنْ صَدَقَ الْوَلِيُّ عَلَى أَنَّهُ قَصَدَ الصَّغِيرَةَ لَمْ يَصَحَّ النُّكَاحُ؛ لِأَنَّهُ قَبْلَ غَيْرِ مَا أَوْجِبَ؛ كَذَلِكَ ذَكَرَهُ الْعِرَاقِيُّونَ، وَصَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» الْمَعْتَبَرُونَ لِلنِّتْيَةِ، وَهَذَا يَخَالِفُ الْجَوَابَ الْمَنْقُولَ فِي فَرْعٍ آخَرَ وَهُوَ أَنَّ زَيْدًا حَطَبَ إِلَى قَوْمٍ وَعَمَرًا إِلَى آخَرِينَ ثُمَّ جَاءَ زَيْدٌ إِلَى الْآخَرِينَ وَعَمَرٌ إِلَى الْأَوَّلِينَ وَزَوْجٌ كُلُّ فَرِيقٍ مِنْ جَاءَهُ.

فَعَنْ أَبِي الْحَسَنِ بْنِ الْقَطَّانِ أَنَّهُ وَقَعَ فِي زَمَانِ أَبِي السَّائِبِ بِيغْدَادَ فَأَتَى الْفُقَهَاءَ فِيهَا بِصِحَّةِ النُّكَاحَيْنِ، وَمَعْلُومٌ أَنَّ كُلَّ وَدَّيٍّ أَوْجِبَ لِغَيْرِ مَنْ قَبِلَ.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: (الرُّكْنُ الثَّلَاثُ): الشُّهُودُ فَلَا يَنْعَقِدُ النُّكَاحُ إِلَّا بِحَضْرَةِ عَدْلَيْنِ (م) مُسْلِمَيْنِ (ح) حُرَّيْنِ بِالْعَيْنِ سَمِيعَيْنِ بَصِيرَيْنِ ذَكَرَيْنِ (ح) مَقْبُولِي الشَّهَادَةِ لِلزَّوْجَيْنِ وَعَلَيْهِمَا، لَيْسَا بِعَدُوِّنِ وَلَا أَيْبَانِ وَلَا أَبْوَانِ لِهَمَّا، وَيُكْفَى حُضُورَ مَسْتُورِي الْعَدَالَةِ دُونَ مَسْتُورِي الرُّقَى، فَإِنْ بَانَ كَوْنُهُ فَاسِقًا عِنْدَ الْعَقْدِ تَبَيَّنَ الْبُطْلَانُ عَلَى قَوْلٍ، وَإِنَّمَا يُتَّبَعُ بِحُجَّةٍ، أَوْ تَذَكَّرَ أَنَّهُ فَاسِقٌ لَا بِإِعْتِرَافِ الْمَسْتُورِ، فَإِذَا عَرَفَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ فَسَقَهُ عِنْدَ الْعَقْدِ لَمْ يَنْعَقِدْ، فَإِنْ أَقْرَبَ الزَّوْجُ بِأَنَّهُ عَرَفَ فَسَقَهُ وَأَنْكَرَتْ بَآئَتْ مِنْهُ وَوَجِبَ شَطْرُ الْمَهْرِ إِنْ كَانَ قَبْلَ الْمَيْسِسِ، وَتَوْبَةُ الْمُغْلِبِ عِنْدَ الْعَقْدِ تُلْحِقُهُ بِالْمَسْتُورِ عَلَى رَأْيٍ، وَلَا يُشْتَرَطُ الْإِشْهَادُ عَلَى رِضَا الْمَرْأَةِ.

### القول في الركن الرابع

قال الرَّافِعِيُّ: ذكر صاحب «الكتاب» في «الوسيط» أن في حضور الشهود شرط لَكُنَّا نَسَاهَلْنَا بِتَسْمِيَتِهِ رُكْنًا، وَالْكَلامُ فِي تَفْسِيرِ الرُّكْنِ وَالشَّرْطِ وَكَيْفِيَةِ افْتِرَاقِهِمَا قَدَّمَ، فَلَا نَعِيدُهُ، وَبِالْجَمَلَةِ فَحُضُورُ الشُّهُودِ مُغْتَبَرٌ فِي الْأَنْكِحَةِ.

روي عن عمران بن الحصين أن النبي - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ: «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ وَشَاهِدَيْنِ عَدْلٍ»<sup>(١)</sup>. والمعنى فيه الاحتياط للإبضاع، وَصِيَانَةُ الْأَنْكِحَةِ عَنِ

(١) أحمد والدارقطني [٢٢٥/٣] والطبراني [٢٩٩/١٨] والبيهقي [١٢٥/٧] من حديث الحسن عنه، وفي إسناده عبد الله بن محرز وهو متروك، ورواه الشافعي من وجه آخر عن الحسن مرسلًا وقال: وهذا وإن كان منقطعاً فإن أكثر أهل العلم يقولون به.

## الْجُحُودُ (١).

(١) اختلف أهل العلم في اشتراط الشهادة في النكاح، وعدم اشتراطها.

فذهب عبد الله بن مهدي، وزيد بن هارون، والعنبري، وعثمان البتي، وابن أبي ليلى، وأهل الظاهر إلى القول بأن الشهادة ليست شرطاً في النكاح، وهو رواية عن أحمد.

وذهب الجمهور إلى القول بأن الشهادة شرط في النكاح.

استدل من لم يشترط الشهادة في النكاح بالأثر، والمعقول.

أما الأثر فما روي عن ابن المنذر قال: أعتق النبي - ﷺ - صفية بنت حيي، فتزوجها بغير شهود، ووجه الدلالة من هذا الأثر أن ابن المنذر أخبر أن النبي - ﷺ - تزوج صفية من غير شهود، ولو كانت الشهادة شرطاً في النكاح، لما تركها النبي - ﷺ -.

وأما المعقول: فقد قالوا فيه أن النكاح عقد من العقود، فلم تكن الشهادة شرطاً فيه كالبيع وتناقش هذه الأدلة بما يأتي.

أما الأثر: فيقال لهم فيه أنه لا يدل على عدم اشتراط الشهادة في النكاح، لأن يحمل على الخصوصية، ومما يؤيد أن ذلك من الخصوصيات ما ورد عنه من الأحاديث القاضية باشتراط الشهادة في النكاح.

ويقال لهم في المعقول: فرق بين البيع، والنكاح، فإن البيع لا يتعلق به إلا حق المتعاقدين بخلاف النكاح، فإنه يتعلق به حق غير المتعاقدين، وهو الولد لذلك اشترطت فيه الشهادة، حتى لا يجحد أبوه، فيضيع نسه، وفي ذلك من الضرر ما لا يخفى.

وأما الجمهور: فقد استدلوا بالسنة والمعقول.

أما السنة: - فأولاً. ما روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أن النبي - ﷺ - قال: «الْبَغَايَا اللَّاتِي يَنْكِحُنَّ أَنْفُسَهُنَّ بِغَيْرِ بَيْتَةٍ» رواه الترمذي، ووجه الدلالة منه أن النبي - ﷺ - أطلق على النساء اللاتي ينكحن من غير بيعة بغايا، فدل ذلك على اشتراط الشهادة في النكاح، وإلا لما سماهن بغايا.

وثانياً: بما روي عن عمران بن حصين - رضي الله عنه - عن النبي - ﷺ - قال: «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ وَشَاهِدَيْ عَدْلٍ» ووجه الدلالة من الحديث أن الظاهر أن النفي يتوجه إلى نفس الفعل، ونجد أن الفعل يوجد من غير شهود، فتعين توجه النفي في الحديث إلى الصحة، وذلك يستلزم أن يكون الاشهاد شرطاً في صحة النكاح؛ لأنه قد استلزم عدمه عدم الصحة، وما كان كذلك فهو شرط وثالثاً: - بما أخرجه الحاكم والبيهقي، وغيرهما من طريق أبي يوسف محمد بن أحمد بن الحجاج الرقي عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت قال رسول الله - ﷺ - «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نِكَحْتَ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا وَشَاهِدَيْ عَدْلٍ فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ فَإِنْ اسْتَجْرَا فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ» ووجه الدلالة من الحديث أن النبي - ﷺ - أخبر بأن نكاح المرأة بدون إذن وليها، وشاهدي عدل باطل، فدل ذلك على اشتراط الشهادة في النكاح.

وأما المعقول، فقد قالوا فيه: أن النكاح يتعلق به حق غير المتعاقدين، وهو الولد، فاشترطت فيه الشهادة، لئلا يجحد أبوه، فيضيع نسه.

وقد نوقشت الأحاديث التي تمسك بها الجمهور بما يأتي.

أما حديث ابن عباس فقد قيل لهم فيه: أن الترمذي ذكر أنه لم يرفعه غير عبد الأعلى، وأنه قد =

وعن مالك - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: أَنَّ الشَّرْطَ الْإِغْلَانَ وترك التراضي بالكتمان دُونَ الشَّهَادَةِ حَتَّى لو تَوَاصَوْا بِالْكَتْمَانِ لم ينعقد وإن حَضَرَ الشُّهُودَ، ويعتبر في شهود النِّكَاحِ صِفَاتٌ. منها: الإسلام، وعن أَبِي حَنِيفَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّ نِكَاحَ الذَّمِّيَّةِ يَنْعَقِدُ بِشَهَادَةِ ذَمِّيِّينَ. لنا: أن ما لا ينعقد به نكاح المسلمين لا ينعقد به نكاح الْمُسْلِمِ وَالذَّمِّيَّةِ كالعبدین.

ومنها: التَّكْلِيفُ وَالْحُرِّيَّةُ فَلَا يَنْعَقِدُ بِحَضُورِ الصَّبِيَّانِ وَالْمَجَانِيْنِ وَالْعَبِيدِ لِأَنَّهُ لَا يثبت بهم لو فرض جحود.

ومنها: العدالة: فلا ينعقد النِّكَاحُ بِحَضُورِ الْفَاسِقِيْنَ خِلافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ<sup>(١)</sup>.

= وقفه مرة، وأن الوقف أصح، ويجب عن هذه المناقشة. بأن هذا لا يقدح في الحديث؛ لأن عبد الأعلى ثقة، فيقبل رفعه وزيادته، وقد يرفع الراوي الحديث، وقد يقفه.

وأما حديث عمران بن حصين، فقد قيل لهم فيه: أن في إسناده عبد الله بن محرز، وهو متروك، ويجب عن هذه المناقشة، بأن هذا الحديث رواه الشافعي - رضي الله عنه - من وجه آخر عن الحسن مرسلًا، وقال: هذا وإن كان منقطعًا، فإن أكثر أهل العلم يقولون به.

وأما حديث عائشة فقد نوقش بأن الدَّارِقُطَنِيَّ أعله بأن الثوري، ويحيى بن سعيد، وغيرهما رووه، ولم يذكروا فيه الشاهدين.

ويجب عن هذه المناقشة. بأن البيهقي نقل عن أبي علي الحافظ النيسابوري أنه قال أبو يوسف الرقي: هذا من حُفَاطِ أَهْلِ الْجَزِيرَةِ وَمَتَقَبِهِمْ، ثم ساق الحديث من طرق أُخْرَى.

هذه خلاصة ما نوقشت به الأحاديث التي تمسك بها الجمهور والناظر في الأدلة يرى ترجيح مذهب الجمهور للأحاديث. وهي وأن تكلم فيها ألا أنها بانضمامها يقوي بعضها بعضاً فيصح الاحتجاج بها. لا سيما أن النكاح شرع لقاصد جلية يتعلق بها وجود النوع الإنساني على الوجه الأكمل. فلذلك وجب أن يمتاز عن سائر العقود باشتراط الشهادة فيه. وأيضاً في الأشهاد على النكاح تمييز له عن السفاح فإن الزنا لا يكون عادة إلا سراً.

اختلف الجمهور بعد اتفاقهم على أن الشهادة لا بد منها في النكاح. هل هي شرط في صحة أو في تمامه.

فذهب المالكية إلى القول بأن الشهادة شرط في تمام النكاح وليست شرطاً في صحته فينعقد النكاح عندهم صحيحاً بدون شهادة ولكنه لا يتم إلا بالشهادة. وقالوا تندب الشهادة عند العقد للخروج من الخلاف. وإلى هذا القول ذهب عبد الله بن عمر وعروة بن الزبير وعبد الله بن الزبير. والحسن بن علي. ومن المحدثين عبد الرحمن بن مهدي ويزيد بن هارون.

وذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى القول بأن الشهادة شرط في صحة النكاح وأن العقد لو خلا عنها يكون فاسداً وقد حكاها في البحر عن علي وعمر وابن عباس.

(١) يرى بعض الفقهاء ممن يشترطون في صحة النكاح الأشهاد أن النكاح يصح إذا شهد على العقد شهود غير عدول وإلى هذا ذهب الحنفية فقد قالوا يصح النكاح بشهادة الفاسقين وهو رواية عن أحمد.

لنا الحديث، وأيضاً فإن النُّكَاحَ لا يثبت بشهادتهما فلا ينعقد بحضورهما كالعَبْدَيْنِ.

ومنها: السَّمْعُ وَالْبَصْرُ - فلا ينعقد بحضور الأَصَمِّ الَّذِي لا يَسْمَعُ أَصْلاً، وفي الأَعْمَى وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: الانعقاد؛ لأنه عَدْلٌ فَاهِمٌ.

وأصحهما: المَنَعُ - كما في الأَصَمِّ؛ لأنَّ الأقوال لا تثبت إلا بالمعينة والسَّمْعَ، وفي الانعقاد بحضور الأَخْرَسِ وَجْهَانِ بِنَاءً عَلَى الْخِلَافِ فِي قَبُولِ شَهَادَتِهِ وَطُرْدِ الْخِلَافِ فِي الْانْعِقَادِ بِشَهَادَةِ ذَوِي الْحِرْفِ الدِّيَّةِ.

وذكر القاضي ابنُ كُجِّ الخِلافِ فِي الصُّبَاغَيْنِ والصَّوَاغِينِ كأنه أحقهم بذوي

= وذهب الشافعية والمالكية إلى القول بأن النكاح لا يصح بشهادة الفاسقين وهو رواية عن أحمد.

استدل الحنفية ومن وافقهم بالمعقول - فقالوا إن الفاسق من أهل الولاية فيكون من أهل الشهادة. أما كونه من أهل الولاية فلأنه يزوج نفسه وعبدته وأمه وابنته ويقر بما يتعلق بنفسه من القتل. وإذا ثبت أنه من أهل الولاية ثبت كونه من أهل الشهادة لأن الشهادة من باب الولاية.

ويرد هذا الدليل بأننا لا نسلم أن كل من كان من أهل الولاية يكون من أهل الشهادة. لأن ذلك في الولاية التامة، والفاسق ولايته قاصرة فلا يكون أهلاً للشهادة. إذ الشهادة متعدية إلى غيره فلا يكون أهلاً لها. وأيضاً فهو معقول في مقابلة النص فلا ينهض الاحتجاج به وأما الشافعية والمالكية ومن وافقهم فقد استدلوا بالكتاب والسنة والمعقول أما الكتاب فقوله الله تبارك وتعالى: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ ووجه الدلالة من الآية. أن الله تعالى أمر بأشهاد العدل والفاسق غير عدل فلا تقبل شهادته في النكاح وغيره.

وأما السنة فما روي أن النبي ﷺ قال: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل» مع غيره من الأحاديث القاضية باشتراط العدالة في الشهود.

وأما المعقول. فأولاً. قالوا إن الشهادة خبير يرجح فيه جانب الصدق على جانب الكذب والرجحان إنما يثبت بالعدالة.

وثانياً: قالوا إن الشهادة شرطت لإظهار خطر النكاح تكريماً له وتعظيماً والفاسق من أهل الإهانة فلا تكريماً ولا تعظيماً للعقد بإحضاره.

وعليه فالراجح مذهب الشافعية والمالكية من وافقهم وهو فساد النكاح بشهادة الفاسقين للأحاديث الواردة في الشهادة فإنها اشترطت العدالة. وهي وإن كانت ضعيفة إلا أنها قد تقوت بكثرتها.

هذا كله في النكاح بشهادة ظاهر الفسق. أما النكاح بشهادة مستوري الحال فقد اتفق الحنفية والشافعية والحنابلة على صحة. وهذا من باب التخفيف على الناس لأن النكاح يكون في المدن والقرى وفي البادية وفي الناس من لا يعرف حقيقة العدالة فاعتبار ذلك يشق على الناس ولذلك اكتفى بظاهر الحال وكون الشاهد مستوراً لم يظهر فسقه خصوصاً في هذا الزمن الذي قلت فيه العدالة.

الحرف الدنيّة، ولا ينعقد بشهادة الأعجمي الذي لا يعرف لسان المتعاقدين، فإن كان يضبط اللفظ فقد حكى أبو الحسن العبادي فيه وجّهين؛ لأنه ينقله إلى الحاكم، ولا ينعقد بشهادة المَعْقَلِ: الذي لا يضبط، فإن كان يحفظ ويُنسَى عند قَرِيبٍ فينعقد.

ومنها: الذكورة فلا ينعقد النكاح برجل وامرأتين ولا بأربع نسوة خلافاً لأبي حنيفة<sup>(١)</sup> - رضي الله عنه - وأحمد ينعقد بشهادة رجل وامرأتين، لنا ظاهر الخبر فإن لفظ «الشاهدين» يقع على ذكرين وعلى ذكر وأنثى.

والثاني غير مراد بالاتفاق فيتعين الأول، ولو كان الحاضران عدوي الزوجين، أو عدوي أحدهما، أو أحدهما عدو أحدهما والثاني عدو الثاني ففي انعقاد النكاح أوجه:

أصحها: على ما ذكر صاحب «التّهذيب» الانعقاد اكتفاء بالعدالة والفهم وثبوت الأنكحة بقولهما في الجملة.

والثاني: المنع لتعذر الإثبات بشهادتهما إذا كان عدوين لهما، أو أحدهما عدو لهذا، والآخر عدو لهذا، وإذا كانا عدوين لأحدهما فلا يُمكنُ الإثبات بشهادتهما إلا إذا كان الجحود من غير العدو والاختياط والتوثيق مقصوداً من الجائزين.

(١) اتفق الفقهاء على القول بأن شهادة النساء مع الرجال تقبل في الأموال وذلك لقوله تعالى: ﴿فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء﴾ كما اتفقوا على أن شهادة النساء منفردات لا تقبل إلا فيما لا يمكن أن يطلع عليه الرجال مثل عيوب الفرج.

واختلفوا في النكاح بشهادة رجل وامرأتين هل يصح أو لا يصح.

فذهب الحنفية وجماعة إلى القول بصحة النكاح بشهادة رجل وامرأتين واستدلوا على ذلك بالمعقول - فقالوا إن النكاح عقد معاوضة فوجب أن يصح بشهادتهن مع الرجال كالبيع - ويرد هذا الدليل بالفرق بين النكاح والبيع. فإن البيع المقصود من المال وقد ثبت بالنص قبول شهادتهن في الأموال. بخلاف النكاح فإن ليس بمال ولا المقصود منه المال ولأنه يحتاط فيه أكثر من البيع.

وذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى القول بأن النكاح لا يصح ولا ينعقد بشهادة رجل وامرأتين لأن الذكورية عندهم شرط في الشهادة في النكاح وهو قول النخعي والأوزاعي. وقد استدل المالكية ومن معهم بما يأتي.

أولاً: ما روي عن الزهري أنه قال مضت السنة عن رسول الله ﷺ أن لا يجوز شهادة النساء في الحدود ولا في النكاح والطلاق. وهذا ينصرف إلى ستة رسول الله ﷺ.

ثانياً: قالوا إن النكاح ليس بمال ولا المقصود منه المال ويحضره الرجال في غالب الأحوال فلا يثبت بشهادتهن كالحدود.

وعليه فالراجع أن النكاح لا يصح بشهادة رجل وامرأتين لا سيما أن النكاح يحضره الرجال في الغالب. والمرأة لا يليق لها أن تحضر مجالس الرجال لأن محاسن العادات لا تقبل ذلك وقد مضت ستة رسول الله ﷺ كما قال الزهري على عدم قبول شهادة النساء في النكاح. فوجب اتباع سنته والوقوف عندها.

وَالثَّالِثُ: الفرق بين أن يكونا عدويهما، أو يكون كل واحد منهما عدواً لأحدهما، فلا ينعقد وبين أن يكونا عدوي أحدهما، فينعقد لإمكانِ الإثباتِ فهُمَا في الجملة، وقطع بعضهم بالانعقاد في هذه الصُّورَةَ وخص الخلاف بالصورتين الأوليين، وفي ابني الزوجين وابني أحدهما وابن أحدهما مع ابني الآخر. . هذه الأوجه، ومنهم من قال: يختص الخلاف بهذه الصورة، وفي العدوين ينعقد لِمَحَالَّةِ وَالْفَرْقُ أَنَّ الْعَدَاوَةَ قد تزول، ويجري الخِلافُ فيما لو حضر جد الزوج وجد الزوجة أو أبواه وجدها أو أبوه وابنها وأما أبوها فَهِيَ وَلِيِّ عَاقِدٍ، فلا يكون شاهداً كَالزَّوْجِ ولو فرض أنه وكل وكيلاً لم يَتَعَقَّدْ بحضوره أيضاً؛ لَأَنَّ الْوَكِيلَ نَائِبُ الْمُوَكَّلِ.

واختار بَعْضُ المتأخرين وجهاً رابعاً ذكره في «الوسيط» وهو أنه ينعقد بابني المرأة وعدوي الزوج؛ لَأَنَّ الزَّوْجَ يقدر على الإثبات بشهادتهما، ولا ينعقد بابني الزوج وعدوي المرأة؛ لأنه لا يقدر عليه والمرأة لا تحتاج إلى الشَّهَادَةِ لإثبات الحُلِّ، فإنه يَنْدَفِعُ بِإِنْكَارِ الزَّوْجِ.

نعم قد يحتاج إلى إثباتِ الْمَهْرِ والنفقة لكن الْمَقْصُودَ الْأَصْلِيَّ مِنَ النِّكَاحِ الحُلِّ، والشهادة إنما شرطت لإثباته ثم في الفصل صور:

إحداها: هل ينعقد [النكاح] <sup>(١)</sup> بشهادة المستورين <sup>(٢)</sup>؟

قَالَ الْإِسْطَخْرِيُّ: لَا بَلَّ لَا بُدَّ مِنْ مَعْرِفَةِ الْعَدَالَةِ بَاطِنًا لِيُمْكِنَ الْإِثْبَاتُ بِشَهَادَتِهِمَا وَالْمَذْهَبُ الْإِنْعِقَادُ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ يَجْرِي فِيمَا بَيْنَ أَوْسَاطِ النَّاسِ وَالْعَوَامِّ، وَلَوْ كَلَّفُوا مَعْرِفَةَ الْعَدَالَةِ الْبَاطِنَةَ لَطَالَ الْأَمْرُ، وَشَقَّ بِخِلَافِ الْحُكْمِ حَيْثُ لَا يَجُوزُ بِشَهَادَةِ الْمُسْتُورِينَ؛ لِأَنَّهُ يَسْهَلُ عَلَى الْحَاكِمِ مَرَاجَعَةَ الْمَزْكِينِ، وَمَعْرِفَةَ الْعَدَالَةِ الْبَاطِنَةَ وَيَعْنِي بِالْمُسْتُورِينَ: مَنْ يَعْرِفُ بِالْعَدَالَةِ ظَاهِرًا لَا بَاطِنًا، وَرَبْمَا قِيلَ: الْمُسْتُورُ مَنْ يَجْهَلُ حَالَهُ فِي الْفُسْطِ وَالْعَدَالَةَ وَيَشْبَهُ أَلَا يَكُونُ بَيْنَهُمَا اخْتِلَافٌ، وَأَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ مِنَ الْعِبَارَةِ الثَّانِيَةِ مَنْ يَجْهَلُ حَالَهُ فِي الْفُسْطِ وَالْعَدَالَةَ الْبَاطِنَةَ دُونَ الْعَدَالَةِ الظَّاهِرَةِ، وَذَكَرَ فِي «التَّهْذِيبِ» أَنَّهُ لَا يَنْعَقَدُ النِّكَاحُ بِشَهَادَةِ مَنْ لَا يَعْرِفُ عَدَالَتَهُ ظَاهِرًا، وَهَذَا كَأَنَّهُ مَصُورٌ فَيَمْنُ لَا يَعْرِفُ إِسْلَامَهُ، وَإِلَّا فَالظَّاهِرُ مِنْ حَالِ الْمُسْلِمِ الْإِحْتِرَازُ عَنْ أَسْبَابِ الْفُسْطِ <sup>(٣)</sup>.

(١) سقط في ز.

(٢) في فتاوى الشيخ أبي عمر بن الصلاح أن محل الخلاف إذا كان العاقد غير الحاكم فإن كان الحاكم اشترط فيه العدالة الباطنة بلا خلاف لتيسرها عليه بخلاف الآحاد وتبعه النووي المصنف في نكت التنبيه لكن في التتمة أن الصحيح الانعقاد من الحاكم أيضاً وهو قضية كلام الروياني في نقله عن النص.

(٣) قال النووي: الحق، قول البغوي، وأن مراده من لا يعرف ظاهره بالعدالة، وقد صرح البغوي =

ولا ينعقد بمن لا يظهر إسلامه وحرية بآن يكون في موضع يختلط فيه المسلمون بالكفار والأحرار بالأرقاء ولا غالب.

وعن الشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ تَرَدَّدَ جَوَابَ فِيمَنْ لَا تَظْهَرُ حُرِّيَّتُهُ وَيَكُونُ مَسْتَوْزُ الْحَالِ حَرِيَّةَ وَرَقًا، وَالظَّاهِرَ الْأَوَّلُ بَلْ لَا يَكْتَفِي بِظَاهِرِ الْحَرِيَّةِ وَالْإِسْلَامِ بِالذَّارِ، حَتَّى يَعْرِفَ حَالَهُ فِيهِمَا بَاطِنًا، هَذَا مَا يَقْتَضِيهِ كَلَامُ صَاحِبِ «التَّهْذِيبِ» وَغَيْرِهِ وَفَرَّقُوا بَآنَ الْحَرِيَّةِ يَسْهَلُ الْوُقُوفُ عَلَيْهَا بِخِلَافِ الْعَدَالَةِ وَالْفُسْقِ.

ولو أخبر عدل عن فسق المستور فهل يزيل إخباره الستر حتى لا ينعقد النكاح بحضوره، وإن زال فيجىء بإخباره نحو الروايات، أو يقول هو شهادة، فلا نعتبر إلا قول من يجرح عند القاضي تردد فيهما الإمام رحمه الله<sup>(١)</sup>.

الثَّانِيَةُ: لَوْ بَانَ كَوْنُ الشَّاهِدِ فَاسِقًا عِنْدَ الْعَقْدِ فَطَرِيقَانِ:

أحدهما: أنه يتبين بطلان النكاح؛ لأنه بَانَ فَوَاتَ شَرْطُ الْعَدَالَةِ فَأَشْبَهَ مَا إِذَا كَانَ كَافِرَيْنِ أَوْ رَقِيقَيْنِ.

والثَّانِي: أَنَّهُ عَلَى قَوْلَيْنِ: وَجْهُ الْمُنْعِ الْاِكْتِفَاءُ بِالسُّتْرِ يَوْمئِذٍ، وَهِيَ كَالطَّرِيقَيْنِ فِيمَا إِذَا حَكَّمَ الْحَاكِمُ بِشَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ ثُمَّ بَانَ فَاسِقَيْنِ. هَلْ يَنْقُضُ الْحُكْمَ؟

وَالْأَصْحَحُ تَبْيِينُ الْبَطْلَانِ، وَإِنْ أَثْبَتْنَا الْخِلَافَ وَإِنَّمَا يَتَبَيَّنُ الْفُسْقُ بَيِّنَةٌ تَقُومُ عَلَيْهِ، أَوْ بِتَصَادُقِ الزَّوْجَيْنِ، وَتَوَافُقِهِمَا عَلَيْهِ وَلَا اِعْتِبَارَ بِقَوْلِ الشَّاهِدَيْنِ: كُنَّا فَاسِقَيْنِ يَوْمئِذٍ كَمَا لَا

= بهذا، وقاله شيخه القاضي حسين، ونقله إبراهيم المروزي عن القاضي ولم يذكر غيره. والله أعلم.

قال في المهمات ما قال النووي أنه الحق مردود لمخالفته النص المتقدم وأشار إلى قول الشافعي رضي الله عنه ولو حضر رجلان مسلمان العقد ولا يعرف حالهما من العدالة والفسق في الظاهر انعقد النكاح بهما لأن الظاهر من المسلمين العدالة ثم قال في المهمات وقوله إن البغوي صرح بأن مراده من لا يعرف ظاهره بالعدالة عجيب فقد حكاه عنه الرافعي وإنما توقف في مهم المراد منه. وحاصل كلام البغوي أنها أقسام من عرفت عدالته ظاهراً وباطناً بحكم الحاكم بها وهو واضح ومن عرفت ظاهراً بالمخالطة من غير حكم فينعقد معها النكاح على المعروف ومن لا يعرف ظاهراً ولا باطناً كمن علمنا إسلامه ولم يخالطه فينعقد به على الصواب المنصوص إلى آخره.

قال في التوسط لفظ التهذيب: وينعقد النكاح برجاله مستورين بالاتفاق والمستور من يكون عدلاً في الظاهر ولا يعرف عدالة باطنه بخلاف الحكم لا يجوز برجاله المستورين لأن الحكم يكون بالحاكم.

(١) قال النووي: لو ترفع الزوجان إلى حاكم، وأقر بنكاح عقد بمستورين، واختصما في حق زوجته، كنفقة ونحوها، حكم بينهما، ولا ينظر في حال الشاهدين إلا أن يعلم فسقهما فلا يحكم. فإن جحد أحدهما النكاح، فأقام المدعي مستورين، لم يحكم بصحته ولا فساد، بل يتوقف حتى يعلم باطنهما، ذكره الشيخ أبو حامد وغيره. والله أعلم.



اعتبار بقولهما كنا فاسقين بعد الحكم بشهادتهما، وهكذا لو تقاربا الزوجان على وقوع العقد في حالة الإحرام أو العدة أو الردة تبين بطلان العقد ولا مهر إلا إذا كان بعد الدخول، فيجب مهر المثل<sup>(١)</sup>.

ولو نكحها يوماً ملك عليها ثلاث طلاقات، ولو اعترف الزوج بشيء من ذلك، وأنكرت المرأة لم يقبل قوله عليها في المهر، حتى يجب نصف المسمى إن كان قبل الدخول وتمامه إن كان بعد الدخول ويفرق بينهما بقوله: وكيف سبيل هذا التفريق؟ ذكر أصحاب الفقه أنه طلاقاً بائناً حتى لو نكحها يوماً عادت إليه بطلقتين.

قالوا: وهذا مأخوذ من نص الشافعي - رضي الله عنه - فيما لو نكح أمة، ثم قال: نكحتها وأنا واحد طول الحرة أنها تبين منه بطلقة، واحتج له بأنها فرقة [غير]<sup>(٢)</sup> متأبدة حصلت بقول الزوج من غير بدل، ولا عيب، فكانت كما لو صرح بالطلاق والاحتراز بغير المتأبدة عن فرقة الرضاع، وبغير بدل عن الخلع وعن الشيخ أبي حامد، والعراقيين: أنها فرقة فسخ لا ينتقص بها عدد الطلاق كما لو أقر الزوج بالرضاع؛ لأنه لم ينشئ طلاقاً، ولا أقر به وإلى هذا مال الإمام، وصاحب «الكتاب» رحمهما الله، وإن لم ينقله، وهؤلاء أنكروا نصه في مسألة نكاح الأمة وإنكارهم وجه ظاهر، وذلك أنه قال في «عيون المسائل»: إذا نكح الأمة، ثم قال: نكحتها وأنا أجد طولاً لحره فصدقه

(١) قال في الخادم ما ذكره فيما إذا اعترفا بوقوعه في العدة من وجوب مهر المثل بعد الدخول عجيب فإن مهر المثل إنما يجب إذا كانت الشبهة قائمة كالنكاح في الإحرام، أما لو كان في العدة ثم وطئ مع علمهما بالحكم فهي زانية ولا مهر لها. انتهى وقد يجب بأن قول المصنف محمول على ما لو لم يعلم بأنها في العدة وإلا فيجب مهر المثل ويستثنى من إطلاقه ما لو وقع الدخول حال العلم بأن العدة لم تنقض حال صدور النكاح فلا مهر لها لأنها زانية لكان حسناً وقال صاحب الخادم أيضاً إطلاقه ارتفاع النكاح بتصادقهما يقتضي أنه لا فرق فيه بين ما يتعلق بحقهما وحق الله حق لا سيما قوله فإنه يقتضي أنه لا يحتاج إلى محلل لكن قال في الكافي محل تبين البطلان باعترافهما إنما هو فيما يتعلق بحقهما أما حق الله تعالى بأن طلقها ثلاثاً ثم توافقا على فساد العقد بهذا السبب أو بغيره فلا يجوز أن يوقعا نكاحاً إلا بمحلل قال ولو أراد إقامة بينة على ذلك لم يسمع قولهما ولا بيتهما. انتهى.

قال الأذري بعد نقله فقد قال القفال هو في الحكم الظاهر وأما في الباطن فالنظر إلى ما في نفس الأمر وأما سماع البينة فهو جار على طريقة البغوي وسبق التنبيه على ذلك في باب المراجعة وغيره ويلحق بتقادر الزوجين علم القاضي به على المذهب. قال في القوت قال ابن الرفعة قبول قولهما يطرد في الزوج والزوجة الرشيدة فلو كانت سفهية ففائدة إقرارها إنما هو في سقوط المهر إذا كان قبل الدخول أو الرجوع إلى مهر المثل إن كان بعده وإقرارها في إبطال ما ثبت لها من المال لا يسمع. انتهى.

(٢) سقط في ز.

مولها فسخ النكاح بلا مهر، فَإِنْ كَانَ أَصَابَ فَعَلِيهِ مَهْرٌ، بِمِثْلِهَا وَإِنْ كَذَبَهُ فَسَخَ النِّكَاحَ بِإِقْرَارِهِ، وَلَمْ يَصِدُقْ عَلَى الْمَهْرِ دَخَلَ أَوْ لَمْ يَدْخُلْ. هَذَا لَفْظُهُ فِي «الْعَيُونَ» وَإِنَّهُ يُوَافِقُ مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ الْعِرَاقِيُّونَ<sup>(١)</sup> لَا مَا ذَهَبَ إِلَيْهِ الْأَوْلُونَ وَلَكِ أَنْ تَبْنِي الْمَذْهَبَيْنِ عَلَى وَجْهَيْنِ ذَكَرْنَاهُمَا فِيمَا إِذَا جَرَى بَيْنَهُمَا بَيْعٌ، ثُمَّ ادَّعَى أَحَدُهُمَا اقْتِرَانَ مَفْسَدٍ بِهِ فَإِنْ صَدَقْنَا مِنْ يَدْعِي الْفَسَادِ لَمْ نَجْعَلْ هَذِهِ الْفَرْقَةَ طَلَاقًا، وَإِلَّا جَعَلْنَاهَا طَلَاقًا؛ لِأَنَّ ظَاهِرَ النِّكَاحِ الْجَارِي الصَّحَّةَ فَيُوفَّرُ عَلَيْهِ حُكْمُ الصَّحِيحِ، وَهَذَا يَقْتَضِي جَرِيَانَ الْخِلَافِ فِيمَا إِذَا ادَّعَى الرِّضَاعَ، وَأَنْكَرَتِ الْمَرْأَةُ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

**الثَّالِثَةُ:** اسْتِنَابَةُ الْمُسْتَوْرِينَ قَبْلَ الْعَقْدِ احْتِيَاطًا وَاسْتِظْهَارًا وَتَوْبَةً الْمَعْلَنَ بِالْفُسْقِ حَيْثُ هَلْ نَلْحَقُهُ بِالْمُسْتَوْرِ؟ فِيهِ تَرَدَّدٌ لِلشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللَّهُ - وَالْأَظْهَرُ الْمَنْعُ؛ لِأَنَّهَا تَصْدُرُ عَنِ عَادَةٍ لَا عَنِ عَزْمٍ مُحَقَّقٍ فَإِنْ حَكَمْنَا بِأَنَّهُ كَالْمُسْتَوْرِ. قَالَ الْإِمَامُ: فَلَوْ عَادُوا إِلَى فُجُورِهِمْ عَلَى الْقُرْبِ فَالظَّاهِرُ أَنَّ تِلْكَ التَّوْبَةَ تَصِيرُ سَاقِطَةً الْأَثَرِ، وَفِيهِ اخْتِمَالٌ.

**الرَّابِعَةُ:** الْاِحْتِيَاطُ الْإِشْهَادِ عَلَى رِضَى الْمَرْأَةِ حَيْثُ يُعْتَبَرُ رِضَاهَا لَكِنَّهُ لَيْسَ بِشَرْطٍ فِي صِحَّةِ النِّكَاحِ<sup>(٢)</sup>، وَإِنَّهُ لَيْسَ مِنْ نَفْسِ النِّكَاحِ، وَإِنَّمَا هُوَ شَرْطٌ. وَلِنَعُدَّ إِلَى لَفْظِ الْكِتَابِ.

(١) قَالَ النَّوَوِيُّ: فِي زَوَائِدِهِ: الْأَصْحَحُ أَوْ الصَّحِيحُ، قَوْلُ الْعِرَاقِيِّينَ. وَحَكَى الْعِرَاقِيُّونَ وَجْهًا: أَنَّهُ يَقْبَلُ قَوْلَهُ فِي الْمَهْرِ، فَلَا يُلْزَمُهُ. وَعَلَى هَذَا قَالُوا: إِنْ كَانَ اعْتِرَافُهُ قَبْلَ الدَّخُولِ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ. وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ، فَعَلِيهِ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنَ الْمَسْمِيِّ وَمَهْرِ الْمِثْلِ، وَلَا خِلَافَ أَنَّهَا إِذَا مَاتَتْ لَا يَرِثُهَا. وَإِنْ مَاتَتْ قَبْلَهَا، فَإِنْ قُلْنَا: الْقَوْلُ قَوْلُهُ وَلَمْ يَكُنْ حَلْفٌ، فَيُحْلَفُ وَارِثُهُ: لَا يَعْلَمُهُ تَزْوِجُهَا بِشَهَادَةِ عَدْلَيْنِ، وَلَا إِرْثَ إِنْ قُلْنَا: الْقَوْلُ قَوْلُهَا، حَلَفَتْ أَنَّهُ عَقَدَ بِعَدْلَيْنِ وَوَرِثَتْ.

وَلَوْ قَالَتْ: عَقَدْنَا بِفَاسِقَيْنِ، فَقَالَ: بَلْ بِعَدْلَيْنِ. فَأَيُّهُمَا يَقْبَلُ؟ وَجِهَانِ الْأَصْحَحُ: قَوْلُهُ. فَإِنْ مَاتَ، لَمْ تَرِثْهُ، وَإِنْ مَاتَ أَوْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدَّخُولِ، فَلَا مَهْرَ لِإِنْكَارِهَا، وَبَعْدَ الدَّخُولِ لَهَا أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنَ الْمَسْمِيِّ وَمَهْرِ الْمِثْلِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ الشَّيْخُ الْبَلْقِينِيُّ فِيهِ سَهْوٌ فِي مَوَاضِعَ نَشَأَتْ مِنْ شَيْءٍ وَاحِدٍ هُوَ اعْتَقَ ذَلِكَ الْخِلَافَ فِي أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهُ أَمْ قَوْلُهَا فِي بَقَاءِ الْعَقْدِ وَرَفْعِهِ وَهَذَا فِيهِ خِلَافٌ بَلِ الْحُكْمُ فِيهِ الْقَطْعُ بَارْتِفَاعِ النِّكَاحِ بِمَجْرَدِ هَذِهِ الدَّعْوَى الصَّادِرَةِ مِنَ الزَّوْجِ بِخِلَافِ فِي أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهَا أَمْ قَوْلُهُ فِي الْمَهْرِ وَحَيْثُ فَقَوْلُهُ فَيُحْلَفُ وَارِثُهُ إِلَى قَوْلِهِ وَلَا إِرْثَ فِي الْإِرْثِ يُحْلَفُ الْوَارِثُ فِيهِ سَهْوٌ فِي مَوْضِعَيْنِ أَحَدُهُمَا يَوْقِفُ نَفِي الْإِرْثِ عَلَى حَلْفِ الْوَارِثِ وَالْإِرْثُ يَنْتَفِي بِغَيْرِ ذَلِكَ الثَّانِي يَنْتَفِي بِحَلْفِ الْوَارِثِ إِنَّمَا هُوَ الْمَهْرُ فَلَا شَيْءَ لَهَا إِنْ كَانَ قَبْلَ الدَّخُولِ وَإِلَّا فَلَهَا أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ عَلَى مَا عَلَيْهِ بَفَرْعٍ، وَقَوْلُهُ وَإِنْ قُلْنَا الْقَوْلَ قَوْلُهَا حَلْفٌ أَنَّهُ عَقَدَ بَعْدَ أَنْ وَرِثَتْ إِثْبَاتِ الْإِرْثِ يُحْلَفُهَا غَلَطٌ فَالَّذِي يَثْبِتُ بِحَلْفِهَا إِنَّمَا هُوَ كُلُّ الْمَسْمِيِّ إِنْ كَانَ بَعْدَ الدَّخُولِ وَنَصَفَهُ إِنْ كَانَ قَبْلَهُ.

(٢) قَالَ النَّوَوِيُّ: وَمِنْ مَسَائِلِ الْفَصْلِ، أَنَّهُ لَا يَشْتَرُطُ إِحْضَارَ الشَّاهِدِينَ، بَلْ إِذَا حَضَرَا بِأَنْفُسِهِمَا، وَسَمِعَا الْإِيجَابَ وَالْقَبُولَ، صَحَّ وَإِنْ لَمْ يَسْمَعَا الصِّدَاقَ. وَلَوْ عَقَدَ بِشَهَادَةِ خَتْنَيْنِ، ثُمَّ بَانَ رَجُلَيْنِ، =

قوله: «الشهود» علم بالميم لما حكيناه من مذهبه أنه لا يعتبر حضور الشهود، وكذا قوله: «ولا ينعقد» ولفظ «العدلين» و«المسلمين» معلمان بالحاء، ولفظ «البصيرين» بالواو ولفظ «الذكرين» بالحاء والألف.

وقوله: ليسا «بِعَدُوِّين» إلى آخره تفسيراً لقوله «مقبولي الشَّهَادَةِ لِلزَّوْجَيْنِ، وعليهما» وهذا اختيَارٌ منه للوجه الثاني من الوجوه المذكورة في مسألة العدوين وهو اختلاف اختيار الأَكْثَرَيْنِ، أمَّا العِراقِيُّونَ فإنهم اختاروا الوَجْهَ الثَّالِثَ واكتفوا بمكان الإثبات بشهادتهما في الجملة.

وأما صاحب «التَّهْذِيبِ» فإنه رجح الوَجْهَ الأوَّلَ على ما قَدَّمْنَا وَهُوَ الْمَنْصُوصُ عليه في «الأُمِّ» فليعلم قوله: «مقبول الشهادة للزوجين وعليهما».

وقوله: «ولا أبوين لهما» محمول على أبي الزَّوْجِ وجد الزوجة، أمَّا أبوها فَهُوَ وِليُّ، فلا يكون شاهداً كما مرَّ.

وقوله: «ويكفي حضور مستوري العَدَالَةِ» معلم بالواو وكذا قوله: «دون مستوري الرق» التردد المنقول عن الشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ، وكان أَلَكِيَّوْنَ أَنْ يَقُولَ: «دون مستوري الحرية» كما قال: «مستوري العَدَالَةِ لَا مَسْتُورِي الْفِسْقِ».

وقوله: «على قول» يجوز إغلامه بالواو للطريقة الثَّانِيَةِ للخلاف وقوله: «إنما يتبين بحُجَّةٍ أو تَدَكَّر» أشار بلفظ التَّدَكَّرِ إِلَى ما ذَكَرَ الْإِمَامُ أَنْ صورة الخلاف في تقارب الزَّوْجَيْنِ أما إذا قالا: لم نعرف عين الشَّاهِدَيْنِ عند العقد فلما عرفناهما عرفنا أنهما كَانَا فَاسِقَيْنِ وَفِي مَعْنَى هذا أن يكونا ناسيين لفسقهما عند العَقْدِ، ثم يذكران، فَأَمَّا إِذَا قَالَا: كُنَّا عَالِمِينَ بِفِسْقِهِمَا حينئذٍ فنقطع بتبين البطلان، لأنهما لم يكونا مستوري الحال عند الزوجين، وعليهما التَّعْوِيلُ فِي التَّحْرِيمِ وَالتَّحْلِيلِ، وكذا لو اعترفا بعلم أحدهما حينئذٍ، وعلى هذا ينزل قوله في الكتاب: «وَإِذَا عَرَفَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ فسقه عند العقد لم ينعقد».

وقوله: «بانت» يعني بينونة طلاق على ما أفصح به في «الْوَسِيْطِ» فيجوز أن يعلم بالواو للوجه الآخر واللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ الْعَزَّائِيُّ: (الرُّكْنُ الرَّابِعُ: الْعَاقِدُ) وَهُوَ الْوَالِي وَالزَّوْجُ إِذْ لَا عِبَارَةَ لَهَا فِي شِقِّي عَقْدِ النِّكَاحِ وَكَالَّةٍ وَوِلَايَةٍ وَأَسْتِقْلَالًا مِنْ كُفٍّ وَعَبِيرٍ كُفٍّ، دَيْبِيَّةٌ كَانَتْ أَوْ شَرِيفَةً، وَإِقْرَارُ الْبَالِغَةِ مَقْبُولٌ (وم) فِي الْجَدِيدِ إِنْ أَضَافَتْ التَّزْوِيجَ إِلَى الْوَالِي وَصَدَّقَهَا، فَإِنْ لَمْ تُضَفْ إِلَيْهِ

= قال القاضي أبو الفتح: احتمل أن يكون في انعقاده وجهان بناء على ما لو صلى رجل خلفه فبان رجلاً. هذا كلامه. والانعقاد هنا هو الأصح، لأن عدم جزم النية يؤثر في الصلاة. والله أعلم.

وَكَذَّبَهَا فِيهِ خِلَافٌ (و)، وَإِنْ كَانَ الْوَلِيُّ غَائِبًا سُلِّمَتْ فِي الْحَالِ إِلَى الزَّوْجِ لِلضَّرُورَةِ، وَإِفْرَازُ الْوَلِيِّ الْمُخَيَّرِ نَافِذٌ إِذَا أَقْرَّ فِي حَالِ الْقُدْرَةِ عَلَى الْإِجْبَارِ، وَيَجِبُ الْمَهْرُ بِالْوَطْءِ فِي النَّكَاحِ بِلاَ وَلِيٍّ، وَلَا حَدٌّ لِلشُّبْهَةِ (و)، وَلَا يَنْقُضُ قِضَاءُ الْحَنْفِيِّ بِصِحَّةِ هَذَا النَّكَاحِ.

### القول في الركن الرابع

قال الرافعي: لَفْظُ الْعَاقِدِ يَنْظُمُ الْمَوْجِبَ وَالْقَابِلَ وَالْقَابِلُ هُوَ الزَّوْجُ، أَوْ مَنْ يَتَوَبُّ عَنْهُ. وَالْمَوْجِبُ هُوَ الْوَلِيُّ، أَوْ وَكَيْلُهُ وَلَا تَصِحُّ عِبَارَةُ الْمَرْأَةِ فِي النَّكَاحِ إِجْبَابًا وَقَبُولًا، فَلَا تَزُوجُ نَفْسَهُ بِإِذْنِ الْوَلِيِّ وَدُونِ إِذْنِهِ وَلَا غَيْرَهَا لَا بِوَكَالَةٍ، وَلَا بِوَلَايَةٍ وَلَا تَقْبَلُ النَّكَاحَ لَا بِوَلَايَةٍ، وَلَا بِوَكَالَةٍ، وَلَا فَرْقٌ بَيْنَ أَنْ تَزُوجَ نَفْسَهَا مِنْ كَفَاءٍ، أَوْ غَيْرِ كَفَاءٍ، وَلَا بَيْنَ الشَّرِيفَةِ وَالذَّنِيَّةِ<sup>(١)</sup>.

وقال أبو حنيفة - رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى -: تَزُوجُ الْبَالِغَةُ الْعَاقِلَةُ الْحُرَّةُ نَفْسَهَا وَإِبْنَتَهَا الصَّغِيرَةَ وَتَتَوَكَّلُ عَنِ الْغَيْرِ لَكِنْ لَوْ وَضَعَتْ نَفْسَهَا تَحْتَ مَنْ لَا يَكْفِيهَا فَلأَوْلِيَائِهَا الْإِعْتِرَاضُ.

(١) اتفق الفقهاء على أن الأنثى إذا كانت صغيرة أو مجنونة أو أمة لا يصح لها أن تباشر عقد النكاح؛ لأنهم اتفقوا على أن الولي شرط في صحة نكاحهن.

واختلف الفقهاء في الحرية البالغة العاقلة، هل لها أن تباشر عقد النكاح لنفسها ولغيرها أو لا. فمنهم من منع المرأة من مباشرة النكاح مطلقاً، بكرة كانت أو ثيباً، شريفة أو ذنينة، أذن لها الولي أو لم يأذن، فإن وقع وباشرت العقد فهو فاسد بفسخ مطلقاً قبل الدخول وبعده، ولو طال الزمن وولدت الأولاد. وهذا مذهب جمهور الفقهاء منهم الأئمة الثلاثة مالك. والشافعي. وأحمد. وكثير من الصحابة والتابعين منهم عمر بن الخطاب. وابن مسعود. وابن عباس. وأبو هريرة. وعائشة وسعيد بن المسيب. والحسن. وعمر بن عبد العزيز. والثوري. وابن أبي ليلى. وابن شبرمة وابن المبارك. وذلك لأن الولي عندهم شرط في صحة نكاح الأنثى مطلقاً.

ومنهم من يرى أن للحرية البالغة العاقلة أن تباشر عقد نكاحها بكرة كانت أو ثيباً، وإلى هذا ذهب أبو حنيفة. وأبو يوسف. وزفر في ظاهر الرواية، إلا أنهم قالوا: لو تزوجت بغير كفاء، فللولي حق الاعتراض رعاية للمصلحة، ووقعاً للعار ما لم تلد، أو تحبل حبلاً ظاهراً.

منهم من فرق بين أن تزوج نفسها لكفاء أو لغيره فقالوا: إن زوجت نفسها لكفاء صح نكاحها وإلا فسد. وإلى هذا ذهب الشعبي والزهرري، وروي عن أبي حنيفة أبي يوسف إلا أن نقل رجوعهما عنه إلى ظاهر الرواية.

منهم من يرى صحة النكاح موقوفاً على إجازة الولي، فإن أجازته نفذ، وإلا بطل، وإليه ذهب محمد ابن الحسن، وقال: إن امتنع الولي عن الإجازة في الكفاء بَدَدَ الْقَاضِي الْعَقْدَ وَلَا يُلْتَمِزُ إِلَيْهِ.

منهم من فرق بين نكاحها بإذن الولي، ونكاحها بغير إذن، فقال: إذا أذن لها الولي صح نكاحها، =

= وإن لم يأذن لها؛ فلا يصح، وإليه ذهب أبو ثور.

منهم من فرق بين البكر والثيب، فصحح نكاح الثيب، وأبطل نكاح البكر، وإلى هذا ذهب داود الظاهري.

ومنشأ الخلاف بينهم أنه وردت أدلة من القرآن، والسنّة، وقد فهم فيها كل فريق ما فهمه، وأخذ الحكم منها حسب ما وصل إليه اجتهادهم، وسأذكر ما تمسك به كل فريق من الأدلة وأوجه دلالتها، ثم أناقش الأدلة لأنوصل بذلك إلى بيان المذهب الراجح حسب قوة دليله.

استدل أبو حنيفة ومن وافقه بالمنقول والمعقول.

أما المنقول: فمن الكتاب قول الله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ وقوله تعالى: ﴿فَلَا تَقْضُوا لَهُمْ أَنْ يَنْكِحُوا أَزْوَاجَهُمْ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ وقوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ ووجه الدلالة من هذه الآيات: أن الله سبحانه وتعالى أسند النكاح في الآية الأولى والثانية إلى المرأة، والأصل في الإسناد أن يكون إلى الفاعل الحقيقي، فدل ذلك على صحة النكاح عند مباشرتها العقد بنفسها من غير مباشرة الولي أو إذنه وأما في الآية الثالثة، فإن قوله تعالى: ﴿فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ﴾ صريح في أنها هي التي تفعل في نفسها ما تشاء، ومن ذلك أن تباشر عقد نكاحها.

وأما السنّة: - فأولاً: ما رواه الجماعة - إلا البخاري - عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: قال رسول الله ﷺ: «الْأَيْمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا وَالْبِكْرُ تَسْتَأْذِنُ فِي نَفْسِهَا وَصِمَاتِهَا إِقْرَاهَا» وفي لفظ مسلم «وَإِذْنُهَا صِمَاتُهَا» وفي لفظ آخر «الْبِكْرُ تَسْتَأْمُرُ وَإِذْنُهَا سُكُوتُهَا».

ووجه الدلالة في هذا الحديث أن النبي ﷺ شارك بينها وبين الولي، ثم قدمها عليه بقوله: «أَحَقُّ بِنَفْسِهَا» وقد صح العقد من الولي فصحة منها أولى، هذا من جهة ومن جهة أخرى، فإن الحديث برواياته يدل صراحة على توقف العقد على رضا المرأة، وليس من المعقول، ولا من المعهود شرعاً أن يقيد رضا شخص في صحة تصرف، ثم يحكم عليه بالفساد إذا باشره بنفسه.

وثانياً: ما ورد في تزوجه ﷺ أم سلمة لما بعث إليها يخطبها قالت: «لَيْسَ أَحَدٌ مِنْ أَوْلِيَائِي شَاهِداً» فقال عليه الصلاة والسلام: «لَيْسَ أَحَدٌ مِنْ أَوْلِيَائِكَ شَاهِدٌ وَلَا غَائِبٌ يَكْرَهُ ذَلِكَ» ووجه الدلالة من هذا الحديث أنه لم يحضر أحد من أولياء أم سلمة هذا العقد، وهي التي باشرته بنفسها، فدل ذلك على صحة النكاح بمباشرة المرأة العقد، وهو يدل من جهة أخرى على أنه ليس للأولياء حق الاعتراض؛ إذا كان الزوج كفوّاً.

وأما المعقول: فقد قالوا فيه: إن المرأة عند مباشرتها العقد بنفسها؛ إنما تصرفت في خالص حقها، وهي من أهل التصرف؛ إذ إنها بالغة عاقلة ولهذا كان لها التصرف في المال، ولها اختيار الأزواج بالاتفاق، وكل تصرف هذا شأنه فهو صحيح، وإنما يطلب الولي بالتزويج كيلا تنسب المرأة إلى الوقاحة.

وقد نوقشت أدلة الحنفية بما يأتي.

فقد قبل لهم في الآيات التي أضيف فيها النكاح إلى المرأة. أن الإضافة فيها على طريق الإسناد المجازي والعلاقة المحلية، وأيضاً فإن لا يكون نصاً في جواز مباشرتها العقد بنفسها، وإنما هو نص في تحصيل العقد لكن بمباشرة من؟ هذا مسكوت عنه، وقد بينت السنّة أنه لا يصح للمرأة =

أن تباشر النكاح وأنها إذا باشرته كان فاسداً كما في حديث عائشة - رضي الله عنها - حيث روت أن النبي ﷺ قال: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ نَفْسَهَا بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلَيْسَ بِهَا فَتْكَاحُهَا بَاطِلٌ بَاطِلٌ بَاطِلٌ» الحديث. وأما قوله تعالى: «فَيَمَّا قَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ» فسياق الآية يقتضي بأن هذا في غير النكاح إذ الآية قبلها في عدة الوفاة، والمرأة فيها ممنوعة من الزينة والخروج، مأمورة بالإحداد، فرجع الله عنها هذه القيود التي التزمتها في العدة بقوله: «فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا قَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ».

ويقال لهم في الحديث الأول أنه يحتمل أن تكون أحق من وليها في الإذن والعقد، ويحتمل أن تكون أحق منه في الإذن والرضا؛ بأن لا تزوج حتى تنطق بالإذن، بخلاف البكر. والمراد هنا الاحتمال الثاني، وهو أنه لا يعقد عليها إلا بإذنها ورضاها، ومما يؤيد أن المراد الاحتمال الثاني قوله ﷺ: «لَا يَنْكَاحُ إِلَّا بِوَلِيِّ» مع غيره من الأحاديث الدالة على اشتراط الولي.

ويقال لهم في حديث أم سلمة أنه محمول على الخصوصية فقد عهد اختصاص النبي ﷺ في باب النكاح بأمر كثيرة إذ إننا نحتاج للولي لرعاية المصلحة إذ إن المرأة لتقصن عقلها قد تُخَدَعُ، والنبي ﷺ خير زوج فلا يصح لإنسان أن ينظرُ بعدَ نظرِهِ.

وأما المعقول: فيقال لهم فيه لا نسلم أنها عند مباشرتها العقد؛ تكون قد تصرفت في خالص حقها، بل تصرفت في أمر تعلق به حق الأولياء، وما من شك في أن مشروعية النكاح على الأصالة إنما هي بناءً الأسر؛ والمحافظة على الأعراض التي لا يصونها إلا ولي خاص يُؤْمَنُ على العِرض من تلويثه.

واستدل الشعبي والزهري بقول النبي ﷺ لأم سلمة «لَيْسَ أَحَدٌ مِنْ أَوْلِيَائِكَ شَاهِدٌ وَلَا غَائِبٌ يَكْرَهُ ذَلِكَ» جواباً لقولها «لَيْسَ أَحَدٌ مِنْ أَوْلِيَائِي شَاهِدًا». فإنه يدل على صحة العقد من المرأة، حيث لا يكون هناك موجب لكراهة الأولياء، بأن توفرت الكفاءة، ويدل بمفهومه على خلاف هذا ويقال للشعبي والزهري في استدلالهما بهذا الحديث ما قلناه فيه عند مناقشة أدلة الحنفية واستدل محمد ابن الحسن بما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ نَفْسَهَا بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلَيْسَ بِهَا فَتْكَاحُهَا بَاطِلٌ».

ووجه الدلالة من هذا الحديث أنه يدل بمنطوقه على أن المرأة إذا نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، ويدل بمفهومه على أنها إذا نكحت نفسها بإذن وليها فنكاحها صحيح. ويقول: إن الإذن أعم من أن يكون سابقاً أو لاحقاً.

ويقال له في استدلاله بهذا الحديث أنه استدلال بالمفهوم، وأنت لا تقول به. واستدل أبو ثور على أن الشرط هو إذن الولي بنفس حديث عائشة الذي استدلل به محمد بن الحسن.

ووجه الدلالة فيه أنه صريح في أن نكاح المرأة نفسها إنما يكون باطلاً إذا كان بغير إذن الولي، ومفهومه أنها لو نكحت نفسها بإذن وليها صح نكاحها، ويرد هذا بأن استدلال بالمفهوم، والمفهوم إنما يستدل به إذا لم يخرج الكلام مخرج الغالب، وهنا كذلك.

واستدل داود الظاهري، ومن وافقه بحديث «الثِّبُّ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا»، ووجه الدلالة فيه أنه صريح في أن الثيب أحق بنفسها من وليها ومن ذلك أن تباشر عقد نكاحها.

ويرد هذا بأن النبي ﷺ أثبت لها حقاً، ومعناه أنها أحق بنفسها في أن لا يعقد عليها الولي إلا برضاها، لأنها أحق بنفسها في أن تعقد على نفسها، على أن داود - كما قال النووي - قد ناقض =

= مذهبه في شرط الولي في البكر دون الثيب؛ لأنه إحداه قول في مسألة مختلف فيها، ولم يسبق إليه، ومذهبه أنه لا يجوز إحداث مثل هذا.  
وأما الجمهور فقد استدلوا بالكتاب والسنة والمعقول .

أما الكتاب فقوله الله تبارك وتعالى: ﴿وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلْيُفْلِحْنَ فَلَا تُمْضَوْنَهُنَّ أَنْ يَنْكِحَنَّ أَرْوَاجَهُنَّ﴾ وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا﴾ وقوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾.

ووجه الدلالة في الآية الأولى: أن النهي موجه إلى الأولياء عن منعهم عن نكاح من يخترب من الأزواج، ولا يتحقق المنع إلا بمن في يده الممنوع، فدل ذلك على أن عقد النكاح في يد الولي لا في يد المرأة، وعليه فلا يصح منها لو باشرته بنفسها، ويؤيد هذا ما روي في سبب النزول من أن معقل بن يسار كانت له أخت تحت أبي البرّاح فطلقها، وتركها حتى انقضت عدتها، ثم ندم على فراقها فخطبها فرضيت به، وأبى أخوها أن يزوجهها، وقال: وجهي من وجهك حرام أن تزوجته فنزلت الآية. فدعا رسول الله ﷺ معقلاً وقال له: إن كنت مؤمناً فلا تمنع أختك عن أبي البرّاح، فقال آمنت بالله، وزوجتها منه، فلو كان لها أن تباشر النكاح بدون وليها؛ لزوجت نفسها، ولم تحتج إلى وليها معقل - وعلى هذا يبعد أن يكون النهي في الآية للأزواج كما قيل. ومما يقوي القول بأن النهي في الآية للأولياء ما روي عن ابن عباس. أنه قال: نزلت هذه الآية في الرجل يطلق امرأته طليقة أو طليقتين، فتتقضي عدتها، ثم يبدو له أن يتزوجها وأن يراجعها، وتريد المرأة ذلك، فيمنعها أولياؤها من ذلك، فنهى الله أن يمنعوها.

ووجه الدلالة في الآية الثانية والثالثة. أن الخطاب موجه فيهما إلى الأولياء فدل ذلك على أن الزواج إليهم لا إلى النساء.

وأما السنة - فأولاً ما رواه ابن ماجة والدارقطني والبيهقي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لَا تُزَوِّجُ الْمَرْأَةَ الْمَرْأَةَ وَلَا تُزَوِّجُ الْمَرْأَةَ نَفْسَهَا فَإِنَّ الزَّانِيَةَ هِيَ الَّتِي تُزَوِّجُ نَفْسَهَا». ووجه الدلالة من هذا الحديث «أن النبي عليه الصلاة والسلام. نهى المرأة عن أن تزوج نفسها فدل ذلك على فساد نكاحها لأن النهي إذا رجع إلى ذات الفعل يدل على الفساد ويؤيده قوله في آخر الحديث «إِنَّ الزَّانِيَةَ هِيَ الَّتِي تُزَوِّجُ نَفْسَهَا».

وثانياً: بما روى أحمد وأصحاب السنن - إلا النسائي - عن أبي موسى الأشعري رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «لَا يَنْكَاحُ إِلَّا بَوْلِي» صححه ابن حبان، والحاكم وذكر له الحاكم طرقاتاً، وقال: قد صحت الرواية فيه عن أزواج النبي ﷺ عائشة، وأم سلمة، وزينب بنت جحش، ثم سرد تمام ثلاثين صحابياً.

وهذا الحديث صريح في أن النكاح لا يصح بدون الولي.

وثالثاً: بما روى الخمسة - إلا النسائي - عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتَ نَفْسَهَا بِدُونِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ بَاطِلٌ فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا فَإِنْ تَشَاجَرُوا فَالْسلْطَانُ وَلِيٌّ مِنْ لَأَوْلِي لَهَا».

ووجه الدلالة من هذا الحديث أن النبي ﷺ حكم على نكاحها نفسها بدون إذن وليها بالبطان، وكرر ذلك ثلاثاً لتأكيد بطلانه، فهو قاض باشرط الولي في صحة النكاح.

= وأما المعقول: فقد قالوا: إن النكاح له مقاصد شتى وهو رباط بين الأسر والمرأة لا تحسن الاختيار لقلّة ما لديها من الاختيار، لا سيما أنها تخضع لحكم العاطفة التي تطغى عليها جهة المصلحة، فتحصيلاً لهذه المقاصد على الوجه الأكمل فلنا بمنعها من مباشرة العقد. وقد نوقشت أدلة الجمهور بما يأتي.

فقد قيل لهم في الآية الأولى إن معنى النهي فيها التحذير عن مَنِيهِنَّ من مباشرة العقد بأنفسهن، فَذَلْكَ ذلك على صحته منهن استقلالاً، وإلا لم يكن للتحذير معنى. على أننا لا نسلم أن النهي للأولياء، بل هو للأزواج بدليل صدر الآية، إذ يقول اللّهُ تَعَالَى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغُنَّ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضِلُوهُنَّ﴾ فقولُه: «فَلَا تَعْضِلُوهُنَّ» إنما هو خطاب لمن طلق لا للأولياء، حتى لا تخيل النَّظْمُ الكَرِيمُ، وإذا كان كذلك. كان معناه لا تعضلوهن أيها الأزواج، أي: لا تمنعهن حساً بعد انقضاء العدة أن يتزوجن أولاً تمنعهن بإطالة العدة عليهن كما قال في آية أخرى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِّتَعْتَلُوا﴾.

وترد هذه المناقشة بما ورد في سبب النزول، من أن العاضل هو معقل، وهو ولي لا زوج، وليس في لك ما يخل بالنَّظْمِ الكَرِيمِ؛ لأن محل ذلك إذا خفي المراد وحصل الاشتباه، أما إذا ظهر المراد، ولم يكن هناك اشتباه، فلا بأس من تفكيك الضمائر، وقد عهد في القرآن الكريم تحويل الخطاب، ولو كان منعه يدل على صحة النكاح بمباشرتها كما قيل: «لَأَبَاحَ لَهَا النَّبِيُّ - ﷺ» - أن تباشر النكاح بنفسها، ولما قال لمعقل إن كنت مؤمناً فزوجها.

على أن يحتمل أن يكون الخطاب في صدر الآية للأولياء، ويكون معنى إسناد الطلاق إليهم أنهم سبب له لكونهم الزوجين للنساء المطلقات من الأزواج، وعلى هذا الاختلال في النظم الكريم. ويقال لهم في الآية الثانية والثالثة: إنه يحتمل أن يكون الخطاب فيهما لعامة المؤمنين، لا لخصوص الأولياء، وإلا لأمرهم بمباشرة عقْدِ الزَّوْجِ، فيكون من باب التشريع العام للمسلمين بأن يكون المراد بالإِنْكَاح ما يشمل العقد، وتسهيل، والحث عليه، والتعاون فيه بإعطاء المال، واختيار الكُفَاءِ، وغير ذلك. على أن المقصود من الآية الثانية هو اشتراط إيمان الزوج إذا كانت الزوجة مؤمنة.

ويجاب عن هذه المناقشة بأننا لا نسلم أنَّ الخطاب يحتمل أن يكون لعامة المسلمين، بل هو للأولياء، ومما يرجح كونه للأولياء قوله ﷺ: «إِذَا جَاءَكُمْ مَنْ تَرَضَّوْنَ دِيْنَهُ وَخُلِقَهُ فَرَّوْجُهُ» إذ إن المعروف أن من أراد أن يخاطب امرأة يأتي وليها فقط.

وأما الأحاديث التي تمسك بها الجمهور، فقد نوقشت بما يأتي.

أما الحديث الأول، فقد قيل لهم فيه: إن ابن كَثِيرٍ قال فيه الصحيح، ووقفه على أبي هريرة وعلى تسليم رفعه فغاياته التنفير من استبداد المرأة بنفسها في النِّكَاحِ، وترد هذه المناقشة بأننا لا نسلم أن الحديث غير مرفوع، بل هو مرفوع، وقد حكى رفعه يَحْيَى بْنُ مَعِينٍ، وليس المراد منه التنفير كما قيل؛ لأن النهي ظاهر في عدم الصحة.

وقيل لهم في الحديث الثاني إنه حديث ضعيف مضطرب في إسناده فقد رُوِيَ موصولاً ومنقطعاً ومرسلاً، فلا تقوم به حجة على أصلكم. وعلى تسليم صحة الاحتجاج به بناءً على تقديم الوصل على الانقطاع عند التعارض. فغاياته أنه حسن، وهو لا يعارض الحديث الصحيح، وهو حديث =



«الْأَيْمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا».

وترد هذه المناقشة، بأن ابن جِبَّانَ والحاكم صححاه، وذكر له الحاكم طُرُقًا، وقال: صَحَّحْتُ فِيهِ الرواية عن أزواج - النبي - ﷺ - عائشة. وأم سلمة. وزينب بنت جحش ثم ذكر تمام ثلاثين صحابياً، وقد قال المروزي سألت أحمد ويحيى عن حديث «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ» فقالا صحيح، ولا نسلم معارضته لحديث «الْأَيْمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا» وذلك لما قلناه في معناه من أن المراد أنها أحق بنفسها في أن لا يعقد عليها الولي إلا برضاها، لأنها أحق بنفسها في أن تعقد على نفسها بدون وليها. ويقال لهم في الحديث الثالث ما يأتي.

أولاً: إن هذا الحديث رُوِيَ من جملة طرق مدارها على ابنِ شَهَابِ الزُّهْرِيِّ، فبعضها من رواية ابنِ جُرَيْجٍ، وبعضها من رواية الحجاج بن أرطاه، وبعضها من رواية ابن لهيعة، وابن لهيعة معروف، والحجاج ضعيف، ولم يثبت سماعه من الزهري فهو موقوف، وأما رواية ابن جريج، فقد أخبر ابن عليه أن ابن جريج قال لقيت الزُّهْرِيَّ فسألته عنه فأنكره.

ثانياً: إن هذا الحديث رُوِيَ عن عائشة، وقد زُوِّجَتْ حفصة بنت عبد الرحمن، وقد كان غائباً. ثالثاً: إنه يخالف مذهب الجمهور، فإن مفهومه وهم يحتجون بالمفهوم بدل على صحة النكاح إذا باشرته المرأة بإذن وليها.

ينجذب عن المناقشة الأولى بأن المخالف يحتج برواية كل من ابن لهيعة والحجاج، فكيف لا يحتج بها عند الاجتماع وأما رواية ابن جريج إنكار الزهري لرواية سليمان بن موسى، فقد ضَعَّفَهَا ابنُ مُعِينٍ، فقد أخرج عنه البيهقي من طرق منها أن جعفر الطيالي قال: سمعت ابن مُعِينٍ يوهن رواية ابن عليه عن ابن جريج أنه أنكر معرفة حديث سليمان بن موسى، وقال: لم يذكره عن ابن جريج غير ابن عليه، وإنما سمع ابن عليه من ابن جريج سماعاً ليس بذاك.

ولو ثبت هذا عن الزهري لم يكن في ذلك حجة؛ لأنه قد نقله عنه ثِقَاتٌ منهم سليمان بن موسى، وهو إمام ثقة، وجعفر بن ربيعة، فلو نسب الزهري لم يضره ذلك فإن من حفظ حجة على من نسي. فإذا رَوَى الحديث ثقة، فلا يضره نسيان من نسيه.

ويجذب عن المناقشة الثانية بما قاله التَّبَيْهَقِيُّ. ونحن نحمل قوله: زوجت، أي: مهدت أسباب التزويج، وأضيف النكاح إليها لاختيارها ذلك، وإذنها فيه ثم أشارت على من ولي أمرها عند غيبة أبيها، حتى عقد النكاح، ويؤيد هذا ما رَوَاهُ ابنُ جُرَيْجٍ عن عبد الرحمن بن محمد بن أبي بكر عن أبيه عن عائشة أنها نكحت رجلاً هو المنذر بن الزبير امرأة من بني أخيها، فضربت بينهم بستر ثم تكلمت، حتى إذا لم يبق إلا العقد أمرت رجلاً فأنكح، ثم قالت فإن المرأة لا تلي عقد النكاح، فالوجه أن عائشة قررت المهر وأحوال النكاح، وتولى العقد أحد عصبتها، ونسب العقد إليها لما كان تقريره إليها.

ويجذب عن المناقشة الثالثة: - بأن المفهوم هنا معطل، لأن الكلام خرج مخرج الغالب. وأما المعقول فقد قيل لهم فيه. إن تحصيل المقاصد المذكورة لا يتوقف على مباشرة الولي العقد بنفسه، بل يكفي أن يأذن لها، وليباشر العقد بعد ذلك من يباشره.

وترد هذه المناقشة بأن مباشرة المرأة للعقد تتنافى، ومحاسن الشريعة الإسلامية وآدابها، فإن المرأة تنسب إلى الوقاحة، والخروج عن مألوف العادات، وكيف يقوم هذا؟ وقد قامت الأدلة القوية على أن المرأة ممنوعة من مباشرة العقد بنفسها.

وقال مالك - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: الدَّيْتَةُ تَزُوجُ نَفْسَهَا وَالشَّرِيفَةُ لَا تَزُوجُ .

لنا ما روي عن أبي موسى الأشعري وابن عباس رضي الله عنهما - أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ: «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ»<sup>(١)</sup>.

وعن عائشة - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ نَفْسَهَا بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا فَإِنْ اشْتَجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ»<sup>(٢)</sup>.

ولو وَكَّلَ ابنته بأن توكل رجلاً بتزويجها، فَوَكَّلْتُ؛ نَظَرَ إِنْ قَالَ وَكَّلِي عَنِ نَفْسِكَ

= يتبين لنا بما سقناه من الأدلة وما أوردنا عليها من المناقشات ودفعها أن مذهب الجمهور هو المذهب الراجح الذي يجب التصير إليه .

(١) أحمد [٣٩٤/٤ - ٤١٣] وأبو داود [٢١٨٥] والترمذي [١١٠١] وابن ماجه، [١٨٨١] وابن حبان [١٢٤٣ - ١٢٤٤] والحاكم [١٦٩/٢]، وأطال في تخريج طرقة، وقد اختلف في وصله وإرساله، قال الحاكم: وقد صحت الرواية فيه عن أزواج النبي ﷺ: عائشة وأم سلمة وزينب بنت جحش، قال: وفي الباب عن علي وابن عباس، ثم سرد تمام ثلاثين صحابياً، وقد جمع طرقة الدمياطي من المتأخرين .

(٢) أخرجه الشافعي وأحمد وأبو داود [٢٠٨٣] والترمذي [١١٠٢] وابن ماجه [١٨٧٩] وأبو عوانة، وابن حبان [١٢٤٨] والحاكم [١٦٨/٢] من طريق ابن جريج، عن سليمان بن موسى عن الزهري عن عروة عنها، وأعل بالإرسال، قال الترمذي: حديث حسن، وقد تكلم فيه بعضهم من جهة أن ابن جريج قال: ثم لقيت الزهري فسألته عنه فأنكره، قال: فضعف الحديث من أجل هذا، لكن ذكر عن يحيى بن معين أنه قال: لم يذكر هذا عن ابن جريج غير ابن عليه، وضعف يحيى رواية ابن عليه عن ابن جريج، انتهى . وحكاية ابن جريج هذه وصلها الطحاوي عن ابن أبي عمران عن يحيى بن معين عن ابن عليه عن ابن جريج، ورواه الحاكم من طريق عبد الرزاق عن ابن جريج سمعت سليمان سمعت الزهري، وعد أبو القاسم بن مندة: عدة من رواه عن ابن جريج فبلغوا عشرين رجلاً، وذكر أن معمرأ وعبيد الله بن زحر تابعا ابن جريج على روايته إياه عن سليمان بن موسى: وأن قرة وموسى بن عقبة ومحمد بن إسحاق وأيوب بن موسى وهشام بن سعد وجماعة، تابعا سليمان بن موسى عن الزهري قال: ورواه أبو مالك الجنبني ونوح بن دراج ومندل وجعفر ابن برقان وجماعة، عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة، ورواه الحاكم من طريق أحمد عن ابن عليه عن ابن جريج، وقال في آخره: قال ابن جريج: فلقيت الزهري فسألته عن هذا الحديث فلم يعرفه، وسألته عن سليمان بن موسى فأثنى عليه . قال: وقال ابن معين: سماع ابن عليه من ابن جريج ليس بذلك قال: وليس أحد يقول فيه هذه الزيادة غير ابن عليه، وأعل ابن حبان وابن عدي وابن عبد البر والحاكم وغيرهم الحكاية عن ابن جريج، وأجابوا عنها على تقدير الصحة بأنه لا يلزم من نسيان الزهري له أن يكون سليمان بن موسى وهم فيه، وقد تكلم عليه أيضاً الدارقطني في جزء من حدث ونسي، والخطيب بعده، وأطال في الكلام عليه البيهقي في السنن وفي الخلافات، وابن الجوزي في التحقيق، وأطال الماوردي في الحاوي في ذكر ما دل عليه هذا الحديث من الأحكام نصاً واستنباطاً فأفاد .

لم يصح وإن قال: وَكَلِّبِي عَنِّي أَوْ أَطْلُقِ فَوْجِهَانِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ يَتَعَلَّقُ بِهَا إِلَّا سَفَارَةٌ بَيْنَ الْوَلِيِّ وَالْوَكِيلِ. وَاعْلَمْ أَنَّهُ لَوْ خَرَجَ خِلَافَ فِي تَوْكِيلِ الْمَرْأَةِ، فَالْتَّكَاحُ إِجْبَاباً وَقَبُولاً وَإِنْ لَمْ تَمْلِكْ تَرْوِيجَ نَفْسِهَا، وَلَا غَيْرَهَا بِالْوَلَايَةِ لَمْ يَكُنْ بَعِيداً لِأَنَّ الْأَخْبَارَ لَمْ تَتَعَرَّضْ لِمِصْرَةَ الْوَكَالَةِ وَقَدْ لَا يَسْتَقِلُّ الْإِنْسَانُ بِالشَّيْءِ وَيَجِيءُ فِي تَوْكِيلِهِ فِيهِ الْخِلَافُ كَالْخِلَافِ فِي تَوْكِيلِ الْعَبْدِ وَالْفَاسِقِ فِي إِجْبَابِ التَّكَاحِ مَعَ الْحُكْمِ بِأَنَّ الْفَاسِقَ لَا يَلِي، وَيُؤَيِّدُهُ أَنَّ الْمَرْأَةَ لَا تَمْلِكُ الطَّلَاقَ، وَيَجُوزُ أَنْ يُوَكَّلَهَا الْإِنْسَانُ بِتَطْلِيقِ زَوْجَتِهِ عَلَى الْأَصَحِّ وَكُلِّ ذَلِكَ قَدْ مَرَّ فِي «الْوَكَالَةِ».

وَاعْلَمْ أَيْضاً أَنَّ مَا رَوَى عَنْ يُونُسَ بْنِ عَبْدِ الْأَعْلَى أَنَّ الشَّافِعِيَّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - قَالَ: إِذَا جَمَعَتِ الرَّفِيقَةُ امْرَأَةً لِوَلِيِّهَا فَوَلَّتْ رَجُلًا أَمَرَهَا حَتَّى زَوْجَهَا يَجُوزُ وَلَيْسَ قَوْلًا فِي تَجْوِيزِ النِّكَاحِ بِلَا وَلِي؛ لِأَنَّ أَبَا عَاصِمَ الْعِبَادِيَّ لَمَّا حَكَى هَذَا النَّصَّ فِي «طَبَقَاتِ الْفُقَهَاءِ» ذَكَرَ أَنَّ مِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ أَنْكَرَ هَذِهِ الرَّوَايَةَ، وَمَنْهُمْ قَبْلُهَا، وَقَالَ إِنَّهُ تَحْكِيمٌ فَإِنْ لَمْ تَثْبُتْ فَذَلِكَ وَإِنْ ثَبَّتْ فَهَذَا نِكَاحٌ بُولِيٌّ وَهَذَا الْمَحْكُمُ الْمَقَامُ مَقَامُ<sup>(١)</sup> الْحَاكِمِ.

وَإِذَا جَرَى الْوَطْءُ فِي النِّكَاحِ بِلَا وَلِيٍّ وَجِبَ مَهْرُ الْمِثْلِ، وَلَمْ يَجِبِ الْحَدُّ سِوَاءِ صَدْرٍ مِمَّنْ يَعْتَقَدُ تَحْرِيمَهُ أَوْ إِبَاحَتَهُ بِاجْتِهَادٍ أَوْ تَقْلِيدٍ، أَوْ حِسَابَانِ مَجْرَدٍ لِشَبْهَةِ اخْتِلَافِ الْعُلَمَاءِ وَتَعَارُضِ الْأَدِلَّةِ إِلَّا أَنَّ مُعْتَقَدَ التَّحْرِيمِ يُعَزَّرُ.

وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ الصَّنِيرِيُّ: يَجِبُ الْحَدُّ عَلَى مُعْتَقَدِ التَّحْرِيمِ، لَمَّا رُوِيَ أَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ: «لَا تَنْكِحُ الْمَرْأَةَ الْمَرْأَةَ وَلَا نَفْسَهَا إِنَّمَا الزَّانِيَةُ هِيَ الَّتِي تَنْكِحُ نَفْسَهَا»<sup>(٢)</sup>. وَإِنْ امْرَأَةٌ كَانَتْ فِي مَرْكَبٍ فَجَعَلَتْ أَمْرَهَا إِلَى رَجُلٍ فَزَوْجَهَا فَجَلَدَ عَمْرًا -

(١) قَالَ النَّوَوِيُّ: ذَكَرَ صَاحِبُ «الْحَاوِي» فِيْمَا إِذَا كَانَتْ امْرَأَةٌ فِي مَوْضِعٍ لَيْسَ فِيهِ وَلِيٌّ وَلَا حَاكِمٌ، ثَلَاثَةَ أَوْجِهٍ. أَحَدُهَا: لَا تَزْوِجُ. وَالثَّانِي: تَزْوِجُ نَفْسَهَا لِلضَّرُورَةِ. وَالثَّلَاثُ: تَوْلِيَّ أَمْرَهَا رَجُلًا يَزْوِجُهَا. وَحِكْيَ الشَّاشِيِّ أَنَّ صَاحِبَ «الْمَهْدَبِ» كَانَ يَقُولُ فِي هَذَا: تَحْكُمُ فِقْهِيًّا مُجْتَهِدًا، وَهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ فِي التَّحْكِيمِ صَحِيحٌ بِنَاءً عَلَى الْأَظْهَرِ فِي جَوَازِهِ فِي النِّكَاحِ، وَلَكِنْ شَرَطَ الْحَكْمَ أَنْ يَكُونَ صَالِحًا لِلْقَضَاءِ، وَهَذَا يُعْتَبَرُ فِي مِثْلِ هَذِهِ الْحَالِ. فَالَّذِي نَخْتَارُهُ، صِحَّةُ النِّكَاحِ إِذَا وَلَّتْ أَمْرَهَا عَدْلًا وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُجْتَهِدًا، وَهُوَ ظَاهِرُ الَّذِي نَقَلَهُ يُونُسُ، وَهُوَ ثِقَةٌ.

(٢) أَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَةَ [١٨٨٢] وَالدَّارِقُطْنِيُّ [٢٢٧/٣ - ٢٢٨] مِنْ طَرِيقِ ابْنِ سِيرِينَ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، وَفِي لَفْظٍ: وَكُنَّا نَقُولُ: إِنَّ الَّتِي تَزْوِجُ نَفْسَهَا هِيَ الزَّانِيَةُ، وَرَوَاهُ الدَّارِقُطْنِيُّ أَيْضًا مِنْ طَرِيقِ أُخْرَى إِلَى ابْنِ سِيرِينَ فَبَيَّنَ أَنَّ هَذِهِ الزِّيَادَةُ مِنْ قَوْلِ أَبِي هُرَيْرَةَ، وَرَوَاهُ الْبَيْهَقِيُّ مِنْ طَرِيقِ عَبْدِ السَّلَامِ بْنِ حَرْبٍ عَنْ هِشَامِ عَنْهُ بِهَا مَوْقُوفًا، وَمِنْ طَرِيقِ مُحَمَّدِ بْنِ مَرْوَانَ عَنْ هِشَامِ مَرْفُوعًا، قَالَ: وَيُشَبَّهُ أَنْ يَكُونَ عَبْدُ السَّلَامِ حَفْظُهُ، فَإِنَّهُ مِيزُ الْمَرْفُوعِ مِنَ الْمَوْقُوفِ.

قَالَ الْحَافِظُ: تَنْبِيهُ: قَوْلُ الرَّافِعِيِّ: وَلِهَذَا قَالَ: الزَّانِيَةُ هِيَ الَّتِي تَنْكِحُ نَفْسَهَا، وَلَمْ يَقُلِ الَّتِي تَنْكِحُ نَفْسَهَا هِيَ الزَّانِيَةُ، يَعْمُرُ عَلَيْهِ أَنَّهُ وَقَعَ عِنْدَ الدَّارِقُطْنِيِّ بِلَفْظٍ: إِنَّ الَّتِي تَنْكِحُ نَفْسَهَا هِيَ الزَّانِيَةُ.

رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - الناكح والمنكح<sup>(١)</sup>؛ ولأن شَارِبَ التَّيْبِ يُحَدُّ مَعَ الاختلاف في إباحته.

وَيُحَكِّى هَذَا عَنِ الإِضْطِّخَرِيِّ وَأَبِي بَكْرِ الفَارِسِيِّ أَيْضاً وَأَجَابَ مِنْ نَصْرِ ظَاهِرِ المَذْهَبِ عَنِ الأَوَّلِ بِأَنَّ المُرَادَ تَشْبِيهَهَا بِالزَّانِيَةِ فِي تَبَرُّجِهَا وَاسْتِقْلَالِهَا بِضَمِّ نَفْسِهَا، وَهَذَا قَالَ: «الزانية هي التي تنكح نفسها» ولم يقل: التي تنكح نفسها زانية.

وعن الثَّانِي: بِأَنَّ المُرَادَ التَّعْزِيرُ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ جَلَدَ المُنْكَحَ وَلَا حَدَّ عَلَيْهِ بِالِاتِّفَاقِ.

وعن الثَّالِث: بِأَنَّ أَدْلَةَ تَحْرِيمِ التَّيْبِ أَظْهَرَ أَيْضاً فَإِنَّ الطَّبْعَ يَدْعُو إِلَيْهِ، فَيَحْتَاجُ إِلَى الزُّجْرِ، وَهَذَا نَوَجِبُهُ عَلَى مَنْ يَعْتَقِدُ إِبَاحَتَهُ أَيْضاً، وَهَذَا بِخِلَافِهِ، وَلَوْ رُفِعَ النِّكَاحُ بِلَا وِلْيٍ إِلَى قَاضٍ يَصَحِّحُهُ فَقَضَى بِصِحَّتِهِ، ثُمَّ رُفِعَ إِلَيْنَا لَمْ نَنْقُضْ قَضَاءَهُ كَمَعْظَمِ المَسَائِلِ المِخْتَلَفِ فِيهَا.

وقال الإِضْطِّخَرِيُّ: يَنْقُصُ أَيْضاً؛ لظهور الأخبار، وَلَوْ طَلَّقَ فِي النِّكَاحِ بِلَا وِلْيٍ لَمْ يَقَعْ وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى المَحَلِّ، وَلَوْ طَلَّقَ ثَلَاثاً؛ لِأَنَّ الطَّلَاقَ إِنَّمَا يَقَعُ فِي النِّكَاحِ الصَّحِيحِ.

وقال أَبُو إِسْحَاقَ: يَقَعُ وَيَحْتَاجُ إِلَى المَحَلِّ اِحْتِيَاطاً لِلأَبْضَاعِ وَهَذَا كَوَجْهَيْنِ نَقَلْنَاهُمَا أَبُو الحَسَنِ العِبَادِي عَنِ القُقَالِ فِي: أَنَّهُ إِذَا زَوَّجَتْ نَفْسَهَا - هَلْ لِلوَلِيِّ أَنْ يَزُوجَهَا قَبْلَ تَفْرِيقِ القَاضِي بَيْنَهُمَا؟ قَالَ: وَبِالْمَنْعِ أَجَابَ القُقَالُ الشَّاشِيُّ؛ لِأَنَّهَا فِي حَكْمِ الفِرَاشِ لَهُ وَهُوَ تَخْرِيجُ ابْنِ سُرَيْجٍ وَاللَّهُ أَعْلَمُ وَلَمَّا تَكَلَّمَ فِي إِنْشَاءِ المَرَأَةِ النِّكَاحِ أَدْرَجَ فِي الفِصْلِ الكَلَامَ فِي إِقْرَارِهَا بِالنِّكَاحِ وَقَدْ يَحْتَاجُ بِالإِقْرَارِ مِنْ يَجُوزُ لَهَا الإِنْشَاءَ، وَشَرَحَهُ أَنَّ الحُرَّةَ البَالِغَةَ العَاقِلَةَ إِذَا أَقْرَتْ بِالنِّكَاحِ فِيهِ قَوْلَانِ:

الجديد - وهو المذكور في الكتاب: أَنَّ إِقْرَارَهَا مَعَ تَصْدِيقِ الزَّوْجِ مَقْبُولٌ مَغْنٍ عَنِ البَيْتَةِ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ حَقُّ الزَّوْجَيْنِ فَبُتِيَ بِتَقَارُفِهِمَا كَالْبَيْعِ وَالإِجَارَةِ وَغَيْرِهِمَا، وَلَا فَرْقَ عَلَى هَذَا القَوْلِ بَيْنَ البِكْرِ وَالثَّيْبِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ بِلَدَيْنِ أَوْ غَرَبَيْنِ.

والقديم - وبه قال مَالِكٌ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: أَنَّهُمَا إِنْ كَانَا غَرَبَيْنِ ثَبَتَ النِّكَاحُ بِتَقَارُفِهِمَا وَإِلَّا طَوَّلِبَا بِالبَيْتَةِ؛ لِأَنَّهُ يَسْهُلُ عَلَيْهِمَا إِقَامَةُ البَيْتَةِ، وَالنِّكَاحُ مِمَّا يَحْتَاطُ فِيهِ، فَإِنْ قَلْنَا بِالجَدِيدِ فَيَكْفِي إِطْلَاقَ الإِقْرَارِ أَمْ لَا بُدَّ وَأَنْ نَفْصَلُ فَنَقُولُ: زَوَّجْنِي مِنْهُ وَوَلِيٌّ بِحَضُورِ شَاهِدَيْنِ عَدْلَيْنِ، وَرِضَايَ إِنْ كَانَتْ مِمَّنْ يَعْتَبَرُ رِضَاها فِيهِ وَجِهَانِ بِنَاءً عَلَى الخِلَافِ فِي أَنَّ دَعْوَى النِّكَاحِ تَسْمَعُ مَطْلُوقَةً، أَوْ يَجِبُ التَّفْصِيلُ. وَأَلْصَحُ الثَّانِي.

ثُمَّ إِذَا أَقْرَتْ وَكَذَّبَهَا الوَلِيُّ فِيهِ وَجِهَانِ:

أحدهما: أَنَّهُ لَا يُحْكَمُ بِإِقْرَارِهَا، لِأَنَّهَا كَالْمَقْرُوعَةِ عَلَى الوَلِيِّ بِالتَّزْوِيجِ، فَلَا يُقْبَلُ

(١). أثر لم يخرج.

قَوْلَهَا عَلَيْهِ، وَيُحْكَى هَذَا عَنِ الْقَفَّالِ. وَأظهرهما: وبه أجاب ابن الحَدَّادِ وَالشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ: أَنَّهُ يَحْكُمُ؛ لِأَنَّهَا تَقْرُبُ بِحَقِّ عَلَى نَفْسِهَا.

وعن القاضي حسين: الْفَرْقُ بَيْنَ الْعَفِيفَةِ وَالْفَاسِقَةِ.

ولا فَرْقٌ فِي هَذَا الْخِلَافِ بَيْنَ أَنْ تَفْضَلَ الْإِقْرَارَ وَتَضِيفَ التَّزْوِيجَ إِلَى الْوَلِيِّ فَيَكْذِبُهَا، وَبَيْنَ أَنْ تَطْلُقَ إِذَا قَبَلْنَا الْإِقْرَارَ الْمَطْلُوقَ وَقَالَ الْوَلِيُّ: لَا وَلِيَّ لَكَ غَيْرِي وَأَنَا [مَا] <sup>(١)</sup> زَوْجَتُكَ.

ويجري أيضاً في تكذيب الشَّاهِدَيْنِ إِذَا كَانَتْ قَدْ عَيَّنْتَهُمَا؛ لِأَنَّهُ يورث تَهْمَةً فِي الْإِقْرَارِ، وَالْأَبْضَاعِ جَدِيدَةً بِالْإِحْتِيَاظِ.

والظاهر أَنَّهُ لَا يَقْدَحُ لِاحْتِمَالِ النُّسْيَانِ أَوْ الْكُذْبِ، فَإِنْ قَبَلْنَا بِأَنَّ تَكْذِيبَ الْوَلِيِّ يَمْنَعُ مِنَ الْحُكْمِ بِإِقْرَارِهِمَا فَإِنْ كَانَ غَائِباً لَمْ يَنْتَظَرِ حُضُورَهُ بَلْ يَسْلَمُ إِلَى الزَّوْجِ فِي الْحَالِ لِلضَّرُورَةِ فَإِنْ عَادَ وَكُذِبَ، فَيَحَالُ بَيْنَهُمَا لَزْوَالِ الضَّرُورَةِ، أَوْ يُسْتَدَامُ مَا سَبَقَ فِيهِ وَجْهَانِ وَرَجَحَ فِي «الْوَسِيئَةِ» الْأُولَى وَرَجَّحَ غَيْرَهُ الثَّانِي.

وإذا فرعنا على القديم فجرى الإقرار في الغربية، ثم رجعا إلى الوطن فهل يحال بينهما؟.

فيه مثل هذا الْخِلَافِ.

قال الإمام: وَلَا شَكَّ أَنَّهُ لَوْ قَضِيَ قَاضٍ بِالْإِقْرَارِ لَمْ يَنْتَقِصْ قِضَاؤُهُ، هَذَا حُكْمُ إِقْرَارِهَا، وَأَمَّا إِقْرَارُ الْوَلِيِّ فَيَنْتَظَرُ إِنْ كَانَ لَهُ إِتِّشَاءُ النِّكَاحِ الْمَقْرَبِ عِنْدَ الْإِقْرَارِ مِنْ غَيْرِ رِضَاهَا فَيَقْبَلُ إِقْرَارَهُ لِقُدْرَتِهِ عَلَى الْإِنِّشَاءِ.

وحكى أبو عَبيدِ اللَّهِ الْحَنَاطِيُّ وَجْهًا آخَرَ: أَنَّهُ لَا يَقْبَلُ حَتَّى تَسَاعِدَهُ الْبَالِغَةُ كَالْوَكِيلِ إِذَا ادَّعَى أَنَّهُ أَتَى بِمَا وَكَّلَ بِهِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ إِتِّشَاءُ لِنِّكَاحِ الْمَقْرَبِ عِنْدَ الْإِقْرَارِ مِنْ غَيْرِ رِضَاهَا إِمَّا؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُجْبَرٍ، أَوْ لِأَنَّ الْحَالَ غَيْرَ حَالِ الْإِجْبَارِ، أَوْ لِأَنَّ الزَّوْجَ لَيْسَ بِكَفٍ لَهَا لَمْ يَقْبَلْ إِقْرَارَهُ عَلَيْهَا وَلَوْ قَالَ: وَهِيَ تُيِّبُ كُنْتُ زَوْجَهَا فِي حَالِ بَكَارَتِهَا لَمْ يَقْبَلْ إِقْرَارَهُ أَيْضاً وَاعْتَبَرَ وَقْتُ الْإِقْرَارِ. كَذَلِكَ أَطْلَقَ الْإِمَامُ وَهُوَ الظَّاهِرُ لَكِنْ يُمْكِنُ أَنْ يَجْعَلَ عَلَى الْخِلَافِ فِي الْعَبْدِ إِذَا أَقْرَبَ بَعْدَ الْحَجْرِ بَدِينِ أَسْنَدِهِ إِلَى حَالِ الْإِذْنِ، وَفِيمَا إِذَا أَقْرَبَ الْمَرِيضَ بِأَنَّهُ وَهَبَ مِنْ وَارَثِهِ فِي الصَّحَّةِ.

فَرَّغَ: أَقْرَبْتُ لَزَوْجٍ وَأَقْرَبْتُ لِيهَا الْمَقْبُولُ إِقْرَارَهُ لِآخِرِ فَالْمَقْبُولُ إِقْرَارُهَا أَوْ إِقْرَارُهُ؟.

حكى أبو الحسن العبادي فيه وجهين عن الحلبي عن القفال الشاشي والأوذني.

وقوله في الكتاب: «لا عِبَارَةٌ لَهَا» معلم بالحاء والميم.

وقوله: «إقرار البالغة مَقْبُولٌ» بالواو والميم لما يَتَنَاءُ.

وقوله: «وصدقها». يقتضي اعتبار التَّضْدِيقِ لكن المفهوم من كلام الأئمة أنه لا يكفي ألا يكذبها فإذا كذبها فقيه الخلاف المذكور وقوله: «ولا حَدٌّ للشبهة، ولا ينقص» معلمان بالواو ويجوز أن يعلم - أيضاً - قوله: «ويجب المَهْرُ»؛ لأنَّ مَنْ يُوَجِبُ الحَدَّ لا يوجب المَهْرَ واللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ الغَزَالِيُّ:

## وَفِي بَيَانِ أَحْكَامِ الْأَوْلِيَاءِ بَابَانِ

### (البَابُ الْأَوَّلُ فِي الْأَوْلِيَاءِ، وَفِيهِ فُصُولٌ ثَمَانِيَةٌ)

(الْفَضْلُ الْأَوَّلُ: فِي أَسْبَابِ الْوِلَايَةِ) وَهِيَ أَرْبَعَةٌ: (الْأَوَّلُ) الْأَبْوَةُ وَفِي مَعْنَاهَا الْجُدُودَةُ وَتَفِيدُ وَلَايَةَ الْإِجْبَارِ عَلَى الْبِكْرِ وَإِنْ كَانَتْ بِالْعَا (ح) وَ لَا عَلَى الثَّيِّبِ وَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً (ح) سَوَاءً ثَابِتٌ بِالرِّزْنَا (م ح و)، أَوْ بِوَطْءِ حَلَالٍ، وَلَا أَثَرُ لِرِزْوَالِ الْجِلْدَةِ بِالسَّقَطَةِ (و)، وَلَوْ اَلْتَمَسَتْ الْبِكْرُ الْبَالِغَةَ التَّرْوِيجَ وَجَبَتْ الْإِجَابَةُ وَإِنْ كَانَتْ مُجْبِرَةً، فَإِنْ عَضَلَ رَوْحَ السُّلْطَانِ، وَالْكَفَاءِ الَّذِي عَيَّنَتْ أَوْلَى مِمَّنْ عَيَّنَهُ الْوَلِيُّ عَلَى وَجْهِ.

(الثَّانِي: الْعَصُوبَةُ) كَالْأَخُوَّةِ وَالْعُمُومَةِ، وَلَا يُفِيدُ إِلَّا تَرْوِيجَ الْبَالِغَةِ الْعَاقِلَةِ بِرِضَاهَا الصَّرِيحِ إِنْ كَانَتْ ثَيِّبًا، وَبِسُكُوتِهَا إِنْ كَانَتْ بَكْرًا عَلَى رَأْيِ (ح).

### «الْقَوْلُ فِي بَيَانِ أَحْكَامِ الْأَوْلِيَاءِ»

قال الرَّافِعِيُّ: لما بيّن في الفصل السابق أَنَّ النِّكَاحَ إِنَّمَا يَعْقِدُهُ الْوَلِيُّ مَسْتِ الْحَاجَةِ إِلَى بَيَانِ أَحْكَامِ الْأَوْلِيَاءِ وَلَا شَكَّ أَنَّ الْوِلَايَةَ تَثْبِتُ لِشَخْصٍ عَلَى شَخْصٍ فَعَقَدَ بَابَيْنِ: أَحَدَهُمَا: فِيمَنْ لَهُ الْوِلَايَةُ.

والثَّانِي: فِيمَنْ عَلَيْهِ.

أما الأول: فاعلم أن للولاية<sup>(١)</sup> أسباباً وموانع، والذين توجد فيهم سَبَبُ الْوِلَايَةِ

(١) الولاية بفتح الواو وكسرها مصدر وِلِيَهُ، وولى عليه. يتعدى فعله بنفسه، ويحرف الجر. نقول: وليت المرأة، ووليت عليها؛ إذا قمت بها، وملكتم أمرها، ونصرتها. ومن معانيها لغة النصرة. وفيه قوله تعالى: «الْوِلَايَةُ لِلَّهِ الْحَقُّ» بعد قوله: «وَلَمْ تَكُنْ لَهُ فِئَةً يَنْصُرُونَهُ مِنْ دُونِ اللَّهِ وَمَا كَانَ =

من غير معارضة مانع تارة يترتبون وتارة يستون وقد يعرض لهم تراحم حينئذٍ، ثم ما يتوظف على الولي إما أن يباشره بنفسه، أو يوكل فيه ترتب كلام الباب على [ثمانية]<sup>(١)</sup> فصول فَضَّلُ في أسباب الولاية، وَفَضَّلُ في موانعها وسوابها، وفصل في ترتيب الأولياء، وفصل في تراحمهم عند الاستواء، وفصل فيما يجب ويتوظف على الولي، وفصل في التوكيل. فهذه ستَّةُ فُصُولٍ.

وأما فصلاً تولى الطرفين والكفاءة، فليس لهما كثير اختصاص بالباب إلا أن فيه ما ينساق إليهما؛ ألا ترى أننا نقول السلطان يزوج في مواضع منها: إذا أراد الولي أن يتزوج

= مُتَّصِرًا هُنَالِكَ. وقرأ الأخوان والأعمش وغيرهم. عن طلحة وخلف وغيرهما: «الولاية لله الحق». بكسر الواو. وجاء لفظ الولاية في اللغة مصدراً بالفتح والكسر، وهما لغتان فيه بمعنى واحد فالوكالة والوكالة، والرعاية والرعاية. فذلَّ ذلك على أنهما بمعنى واحد. وقيل بينهما فرق؛ فقد قال سيبويه الولاية بالفتح المصدر، وبالكسر الأسر مثل الإمارة والنقابة؛ لأنه اسم لما توليته وقمت به، فإذا أرادوا المصدر فتحوا ونسب إلى أبي عبيدة وأبي الحسن أنها بالفتح ولاية مولى بنسب ونحوه. وذلك ولاية السلطان وقال الزجاج: هي بالفتح النصرة والنسب، وبالكسر للإمارة ونقل عنه أنه ذهب إلى أن الولاية لاحتياجها إلى تَمَرُّنٍ وتدريب شبهت بالصناعات؛ ولذا جاء فيها الكسر. هذا معنى الولاية في اللغة. أما في الشرع فهي نوعان: - ولاية إجبار، ويمكن أن تفسر بأنها سُلْطَةٌ تثبت للرجل على المرأة بسبب ملك، أو أبوة، أو إيصاء فقط، تسوخ له القيام بأمر المرأة، والنيابة عنها في النكاح بطريق الإلزام. ولاية غير إجبار، ويمكن أن تفسر بأنها سلطة تثبت للرجل على المرأة بسبب ملك، أو بنوة، أو أبوة، أو إيصاء، أو تعصيب، أو ولاء، أو كفالة، أو سُلْطَنَةٌ، أو إسلام؛ تُسَوِّغُ له القيام بأمر المرأة، والنيابة عنها في النكاح لا بطريق الإلزام.

لم يُسَوِّ وأعلم أن الشارع بين الرجل والمرأة، ولم يَضَعَهَا في منزلته، فَقَدْ جَعَلَ لَهُ دونها الأمانة، والقضاء، والجمعة والجماعة، وفرض عَلَيْهِ الجِهَادَ في سبيل الله، والقيام بنفقتها.

وَلَمْ يُسَوِّ بينهما في الشَّهَادَةِ إذْ جَعَلَ شَهَادَةَ الرَّجُلِ الْوَاحِدِ تعادل شهادة امرأتين؛ وفي الإرث إذ جَعَلَ حَظَّ الرَّجُلِ مثل حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ.

وفي الزوجية جعل العصمة بيده لا بيدها، وهكذا في مواضع كثيرة نجد الشارع الحكيم تعبد الرجل بما لم يتعبد به المرأة، واختصه بَمَزِيدِ تَكَالِيفٍ لم تتعده إليها.

وقد جعل الشارع للرجل القوامة العامة عليها بقوله تَعَالَى: «الرَّجَالُ قَوَامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ».

وفيما نحن بصدده «وَهُوَ عَقْدُ النِّكَاحِ» سلبها الشارع حق مباشرته لنفسها، أو لمن تليه، وجعل ذلك من حَقِّ الرَّجُلِ وحده.

ولولا أن في تكوين المرأة الجسماني والعقلي ضعفاً يعوقها عن التهوُّصِ بكل ما ناطَ به الرجل من هذه الأواصر والتكاليف لما وُجِدَتْ هذه الفوارق بين المرأة والرجل.

بها ويقول: إنما يجب عليه الإجابة إذا طلبت التزويج ممن يكافئها، فنحتاج إلى معرفة أن الواحد لا يتولى طرفي العقد، وأنَّ الكفاءة كيف ترعى وفيهم تُرعى فضم هذين الفصلين إلى الفصول الستة.

## الفصل الأول: في أسباب الولاية

وقد عدّها أربعة:

**أحدها:** الأبوة والجدودة - وهي أقوى الأسباب لكمال شفقة الأب والجد، وللأب تزويج ابنته البكر - صغيرة كانت أو كبيرة - من غير إذنها أو مراجعتها، ولكن يُستحب أن تُراجع البالغة ويستأذنها، ولو لم يفعل وأجبرها على النكاح صحَّ وبه قاله مالك - رضي الله عنه - وكذا أحمد في أصح الروايتين لما روي أنه - صلى الله عليه وسلم - قال: «الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تُزوجها أبوها»<sup>(١)</sup> نعم لو كان بين الأب وابنته عداوة ظاهرة قال القاضي ابن كج في كتابه: ليس له إجبارها على النكاح وهكذا نقله أبو عبد الله الحنطلي عن ابن المرزبان.

قال: ويحتمل جوازه وعند أبي حنيفة - رضي الله عنه -: ليس للأب إجبار [البكر]<sup>(٢)</sup> وأما الثيب فلا يزوجه الأب إلا بإذنها فإن كانت صغيرة فلا [اعتبار لإذنها]<sup>(٣)</sup> فلا تزوج حتى تبلغ.

(١) أخرجه الدارقطني [٣/٢٤٠] من حديث ابن عباس بهذا اللفظ، لكن قال: يستأمرها، بدل: يزوجه، وحكى البيهقي عن الشافعي أن ابن عيينة زاد: والبكر يزوجه أبوها، قال الدارقطني: لا نعلم أحداً وافقه على ذلك، وهو في مسلم [١٤٢١] بالفاظ منها: الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر يستأذنها أبوها في نفسها، وقال أبو داود بعد أن أخرجه بلفظ: والبكر يستأمرها أبوها، وأبوها غير محفوظ، وهو من قول سفيان بن عيينة.

فائدة: يعارض الحديث ما رواه ابن أبي شيبة عن حسين بن محمد عن جرير بن حازم عن أيوب عن عكرمة عن ابن عباس: أن جارية بكرة أتت النبي ﷺ فذكرت أن أباه زوجها وهي كارهة، فخيرها النبي ﷺ، رجاله ثقات، وأهل بالإرسال، وتفرد جرير بن حازم عن أيوب، وتفرد حسين عن جرير وأيوب، وأجيب بأن أيوب بن سويد رواه عن الثوري عن أيوب موصولاً، وكذلك رواه معمر بن جدهان الرقي عن زيد بن حبان عن أيوب موصولاً، وإذا اختلف في وصل الحديث وإرساله حكم لمن وصله على طريقة الفقهاء، وعن الثاني بأن جريراً توبع عن أيوب كما ترى، وعن الثالث بأن سليمان بن حرب تابع حسين بن محمد عن جرير، وانفصل البيهقي عن ذلك بأنه محمول على أنه زوجها من غير كفؤ والله أعلم. وفي الباب عن جابر عند النسائي، وعن عائشة عنده أيضاً قاله الحافظ.

(٢) في ز: يعتبر بإذنها.

(٣) سقط في ز.



وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: إِنَّ كَانَتْ صَغِيرَةً، فَلَهُ تَزْوِيجُهَا دَلِيلًا مَا زُوِيَ -  
أَنَّهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ: «لَيْسَ لِلْوَالِيِّ مَعَ الثَّيِّبِ أَمْرٌ»<sup>(١)</sup> والجد كالأب في جميع  
ما ذكرناه على ظاهر المذهب المشهور.

وَحَكَى أَبُو عَبْدِ اللَّهِ الْحَنَاطِيُّ قَوْلًا: أَنَّ الْجَدَّ لَا يَجْبِرُ الْبَكْرَ الْبَالِغَةَ كَالْأَخِ.

ويروى هذا عن مالك، وهو فيما حَكَى الْمُؤَقِّقُ بْنُ طَاهِرٍ اخْتِيارَ ابْنِ الْقَاصِّ، وَأَبِي  
الطَّيِّبِ بْنِ سَلْمَةَ. وعند أحمد: لا يجوز إجبار الصغيرة ولا الكبيرة، وهذه رواية عند  
مالك، ووجه ظاهر المذهب أن له ولادة وعصوبة فأشبهه الأب، وأيضاً فإنه كالأب في  
ولاية المَالِ وفي وجوب التَّقَّةِ وحصول العتق فكذلك هنا.

ثم هنا مسائل:

الأولى: لا فرق بين أن تحصل الثوبية بوطء حلال، أو بوطء شبهة، أو بزنا، وفي  
هذه الأحوال أيضاً يعتبر إذنها.

وقال أَبُو حَنِيفَةَ: المصابة بالفجور حكمها حكم الأبكار، وعن مالك مثله.

وفي شرح «المختصر» الجويني أن أبا إسحاق اختاره وحكاه عن القديم.

وعن أحمد؛ روايتين كالمذهبيين.

لنا أنها تُثَبِّبُ، بدليل دخولها في الوَصِيَّةِ لِلثَّيِّبِ فيعتبر نطقها للإخبار وإن زالت  
البكارة بالسقطة، أو الإصبع أو حدة الطَّمْثِ، أو طول التعنيس فظاهر المذهب أنها  
كَأَلْبُكَّارٍ؛ لأنها لم تمارس الرِّجَالَ وهي على غباوتها وحياتها.

وعن أبي علي بن خيران، وابن أبي هُرَيْرَةَ: أنها كالثَّيِّبِ لزوال العُدْرَةِ.

وحكى الْقَاضِيُ ابْنُ كَعْبٍ عن القاضي أبي حامد سماعاً: أن التي وطئت مجنونة،  
أو مكرهة، أو نائمة حكمها حكم الأبكار لِنَفَاذِ الْحَيَاءِ وهذا خلاف ظاهر المذهب.

وفي المصابة في غير المأتي وجهان:

أصحهما: أن حكمها حكم الأبكار.

الثانية: إذا التمسست البكر البالغة التزويج وقد خطبها كفؤ فعلى الأب، أو الجد

(١) أخرجه أبو داود والنسائي وابن حبان. من حديث معمر، عن صالح بن كيسان عن نافع بن  
حبيب، عن ابن عباس وزاد: واليتيمة تستأمر، وإذنها إقرارها، ورواته ثقات قاله أبو الفتح  
القسيري، ويقال: إن معمرأ أخطأ فيه، يعني أن صالحاً إنما حمله عن عبد الله بن الفضيل عن  
نافع بن جبير، وهو قول الدارقطني.

إيجابتها تحصيئاً لها كما يجب إطعام الطفل، إذا استطعم، فإن امتنع أم، وللسلطان أن يزوجه.

ويروى عن علي - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ: «ثَلَاثٌ لَا تُؤَخَّرُوهَا: الصَّلَاةُ إِذَا آتَتْ، وَالْجَنَائِزَةُ إِذَا حَضَرَتْ، وَالْأَيْمُ إِذَا وَجَدَتْ لَهَا كُفْوًا»<sup>(١)</sup>.

وفيه وجه: أنه لا يجب الإجابة، ولا يَأْتُم بالامتناع؛ لأن الغرض يحصل بتزويج السلطان وأيضاً فإنها مجبرة من جهة الأب والجد، فكيف يخبرهما على النكاح.

الثالثة: إذا عينت كفتاً، وأراد الأب تزويجها من كفاءٍ آخر حَكَى الإمام فيه خلافاً للأصحاب أحد الوجهين: أن عليه تزويجها ممن عيته إعافاً لها<sup>(٢)</sup>.

وأظهرهما: أنه لا يتعين، ولو زَوَّجَهَا مِنْ غَيْرِهِ جاز لأنها مُخَيَّرَةٌ وليس لها اختيار الأزواج وهو أكمل نظراً منها، وتبين بما ذكرنا أن قوله في الكتاب «والكفاء الذي عيته أولى ممن عينه الولي على وجهه» لَيْسَ الْمُرَادُ مِنْهُ وَضْعُ الْخِلَافِ فِي الْأَوْلِيَةِ وَكَأَنَّهُ أَرَادَ أَنْ مِنْ عَيْتِهِ أَوْلَى بِأَنْ يَتَّعِينَ.

وليعلم قوله في أول الفصل «وفي معناها الجدودة» بالميم والألف والواو.

وقوله: «وإن كانت بالغة» بالحاء والميم.

وقوله: «وإن كانت صغيرة» بالحاء. وقوله: «بالزنا» بالواو والميم والحاء.

وقوله: «ولا أثر» بالواو وكذا قوله: «وجبت الإجابة» بالواو وكل ذلك لما سبق، ولفظ «البالغة» في قوله: «ولو التمسست البكر البالغة التزويج» [هل]<sup>(٣)</sup> هو للتقييد.

ذَكَرَ بَعْضُهُمْ أَنَّ الصَّغِيرَةَ أَيْضاً إِذَا التَّمَسَّتِ التَّزْوِيجَ، وَجَبَتْ الإِجَابَةُ إِذَا كَانَتْ فِي أَوَانِ إِمْكَانِ الشَّهْوَةِ فَعَلَى هَذَا لَيْسَ هُوَ لِلتَّقْيِيدِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

(١) تقدم في الصلاة وهو عند الترمذي.

(٢) قال النووي: قال الشافعي رضي الله عنه: استحب للأب أن لا يزوج البكر حتى تبلغ ويستأذنها قال الصيمري: فإن قاربت البلوغ، وأراد تزويجها، استحب أن يرسل إليها ثقات ينظرون ما في نفسها. قال الصيمري: ولو خلقت المرأة بلا بكاراة، فهي بكر. ولو ادعت البكاراة أو الثيوبية، فقطع الصيمري وصاحب «الحاوي»: بأن القول قولها، ولا يكشف حالها، لأنها أعلم.

قال صاحب «الحاوي»: ولا تسأل عن الرطه، ولا يشترط أن يكون لها زوج. قال الشاشي: وفي هذا نظر، لأنها ربما أذهبت بكارتها بأصبعها، فله أن يسألها. فإن اتهمها، حلفها.

(٣) سقط في ز.

قال: العصوبة كالأخوة والعمومة.

السبب الثاني: عصوبة من على حاشية النسب كالأخ والعم وبينهما ولفظ «العصوبة» في الكتاب منزل على هذا، وإلا فالأب والجد لهما عصوبة أيضاً، فيدخلان فيه، وهي لا تفيد تزويج الصغيرة بكرة كانت أو ثيباً خلافاً لأبي حنيفة - رضي الله عنه - حيث قال: لهم تزويجها إلا على أنه لا يلزم فلها الرد إذا بلغت بخلاف تزويج الأب والجد.

دليلنا ما روي أنه - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ: «لَا تَنْكِحُوا الْيَتَامَى حَتَّى تَسْتَأْمِرُوهُمْ»<sup>(١)</sup> ونحوه من الأخبار.

وأما البالغة فإن كانت ثيباً فلهم تزويجها بإذنها الصريح، ولو زوجت بدون رضاها لم ينعقد. وقال أبو حنيفة: ينعقد موقوفاً على إجازتها، وإن كانت بكرة فلهم تزويجها إذا استأذنها، وهل يشترط صريح نطقها أم يكفي بسكوتها؟  
فيه وجهان:

أحدهما: أنه لا بُدَّ من النطق كما في الثيب.

وأصحهما: وبه قال أبو حنيفة - رضي الله عنه -: الاكتفاء بالسكوت؛ لقوله - ﷺ -: «الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر في نفسها، وإذنها صماتها»<sup>(٢)</sup>.

وحكي وجه: أنه لا حاجة إلى الاستئذان أيضاً بل إذا جرى التزويج بين يديها، ولم تنكر كان ذلك رضاً كما إذا جرى فعل بين يدي رسول الله - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فلم ينكر عليه - فإذا اكتفينا بالسكوت، فيحصل الغرض صحكت أو بكت إلا إذا بكت مع الصياح وضرب الخد فلا يكون ذلك رضياً ولو أراد الأب تزويج ابنته البكر من غير

(١) أخرجه الحاكم من حديث نافع عن ابن عمر، وزاد: فإن سكتن فهو إذنهن، وفي الحديث قصة، والدارقطني أتم منه، وبين أن الذي زوجها عمها، ورواه أبو دود [٢١٠٠] والترمذي والنسائي [٨٥/٦] وابن حبان والحاكم، من حديث أبي هريرة بلفظ: اليتيمة تستأمر في نفسها، فإن صمتت فهو إذنها، فإن أبت فلا جواز عليها، وفي رواية لأبي داود: فإن بكت أو سكتت فهو رضاها، قال أبو داود: وهم إدريس الأودي في قصة بكت، وليست بمحفوظة، وروى ابن حبان والحاكم من حديث أبي موسى الأشعري بلفظ: تستأمر اليتيمة في نفسها، فإن سكتت فهو رضاها، وإن كرهت فلا كره عليها.

تنبيه: قال الرافعي بعد سياق الحديث الذي أوردنا لفظه من عند الحاكم: وهذا ونحوه من الأخبار فلها حسن إيراد حديثي أبي هريرة وأبي موسى معه لاحتمال أن يكون أشار إليهما، وفي الباب عن عائشة بلفظ: تستأمر النساء في أبضاعهن، الحديث أخرجه مسلم.

(٢) أخرجه مسلم [١٤٢١] ورواه الدارقطني [٢٤٠/٣] بهذا اللفظ من حديث ابن عباس وقد تقدم، وفي الباب عن أبي هريرة بلفظ: لا تنكح البكر حتى تستأذن، قالوا: يا رسول الله كيف إذنها؟ قال: أن تسكت، متفق عليه؛ وعندهما عن عائشة قلت: يا رسول الله إن البكر تستحي، قال: إذنها صمتها.

كُفءٍ، فاستأذنها فيشترط التُّطُقُ أم يكفي السكوت؟. فيه الوجهان<sup>(١)</sup>:

وقوله في الكتاب: «ولا يفيد إلا تزويج العاقلة البالغة» معلم بالحاء لما ذكرنا أنه جوز للعم والأخ تزويج الصغيرة، وإنما قيد بـ «العاقلة» لأن الأَخَ ومن في معناه لما لا يزوجون الصغيرة ولا يزوجون المجنونة على المذهب كما سيأتي في الباب الثاني إلا أنَّ الفُضْلَ كُلَّهُ مَوْضُوعٌ في العواقل، ولو وجبت التقييد ها هنا لوجب في قوله من قبل «لا على الثَّيِّبِ وإن كانت صغيرة».

وفي قوله: «ولو التمسست البكر البالغة التزويج»، فلا اختصاص لهذا بالموضع بالحاجة إلى التقييد.

فروع:

أحدها: لو قال: أزوجك من شخص فسكتت.

قال بعض المتأخرين: هذا لا يكون رضىً عند أبي حَنِيفَةَ - رحمه الله - وهو بمذهبننا أليقٌ؛ لأن الرضا بالمجهول لا يتصور عندنا ولك أن تقول: هذا يخرج على أنه لا بُدَّ في الإِذْنِ من تعيين الزَّوْجِ، وعلى الأصحَّ أنه لا حَاجَةَ إليه كما سيأتي، فلا يضر الجَهْلُ بِهِ، ثم لا يخفى أن التصوير مبني على الاكتفاء بالسكوت.

الثاني: إذا قال: أيجوز أن أزوجك؟ فقالت: لِمَ لا يَجُوزُ؟ أو قال: أتأذنين؟ فقالت: لم لا أذن؟. حكى بعضهم أنه لا يكون إذناً<sup>(٢)</sup>، ولك أن تقول: ما ذكره الولي إن صلح مراجعة واستئذاناً فالَّذِي صدر منها يشعر بالإِذْنِ والرضا، فإذا اكتفينا بالسكوت على الأظهر فأولى أن نكتفي بلفظ مشعر.

وإن قيل: إنه لا تصلح مراجعته استئذاناً، فهذا مما ياباه الطَّبْعُ ويتقدير أن يكون كذلك فالمعتبر أن يقول الوليُّ ائذني لي في تزويجك أو أزوجك من فلان فائذني لي ولو قال: أزوجك فقالت بالفارسية: «شاید»<sup>(٣)</sup> وجب أن يكون إذناً، كما في «فتاوى القفال» أنه لو قال: أنا أدفع الزكاة عنك فقالت بالفارسية: «شاید» يكون ذلك إذناً وتوكيلاً.

الثالث: لو قالت: وكلتك في تزويجي. فالذين لقيناهم من الأئمة لا يعتدون به

(١) قال النووي: ونقل الرافعي في آخر «كتاب النكاح» عن فتاوى القاضي حسين الجزم بصحة النكاح إذا استأذنها ولي في تزويجها بغير كفء فسكتت. قال صاحب «البيان»: قال أصحابنا المتأخرون: إذا استأذن الوليُّ البكر في أن يزوجها بغير نقد البلد، أو بأقل من مهر المثل، لم يكن سكوتها إذناً في ذلك.

(٢) قال النووي: المختار أنه إذن والله أعلم.

(٣) كلمة فارسية معناها: ربما.

إذناً؛ لأن توكيل المرأة في [النكاح]<sup>(١)</sup> باطلٌ لكن الفرع غير مسطور، ويجوز أن يعتد به إذناً لما ذكرنا في «باب الوكالة» أنها وإن [فسدت]<sup>(٢)</sup> فالأصح أنه ينفذ التصرف بحكم الإذن<sup>(٣)</sup>.

الرابع: كثيراً ما يقول أهل «قزوين» عند الإذن والتوكيل [انح توكني أو كرده اى من كرده أم]<sup>(٤)</sup> ولا شك في أنه يصلح كناية فإن اكتفينا بالسكوت على الأظهر فالافتقار به أولى، بل ينبغي أن يكتف به وإن لم يكتف بالسكوت.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الثَّالِثُ: الْمُعْتَقُ) وَهُوَ كَالْعَصَبَاتِ (الرَّابِعُ: السُّلْطَانُ) وَإِنَّمَا يَزْوُجُ الْبَالِغَةَ عِنْدَ عَدَمِ الْوَلِيِّ أَوْ عَضْلِهِ أَوْ غَيْبَتِهِ (ح)، أَوْ أَرَادَ الْوَلِيُّ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِنَفْسِهِ كَأَبْنِ عَمٍّ أَوْ مُعْتَقٍ أَوْ قَاضٍ، وَلَيْسَ لِلْسُّلْطَانِ (ح) تَزْوِيجُ الصَّغِيرَةِ، وَلَا لِلْوَصِيِّ (م) وَلايَةٌ وَإِنْ فُوضَ إِلَيْهِ (ح).

قال الرافعي: كان اللاتق أن يقول: الثالث الإعتاق.

والرابع: السلطنة كما قال الأول الأبوة والثاني العصبية؛ لأن الكلام في أسباب الولاية والسبب الإعتاق والسلطنة لا المعتق والسلطان.

والفقه أن المعتق وعصباته يزوجون بحق الولاية لتزويج الأخ والعم، وكذا السلطان يزوج بالولاية العامة البالغ بإذنه، ولا يزوج الصغائر خلافاً لأبي حنيفة كما سبق في الأخ والعم، ثم السلطان يزوج في مواضع:

أحدها: عدم الولي الحاصل كما سيأتي في «ترتيب الأولياء».

والثاني: عضله فإذا عضل من يلي أمرها بقرابة، أو إعتاق واحداً كان أو جماعةً مستويين زوجه السلطان؛ لأن التزويج حق عليه، فإذا امتنع وفاه الحاكم كما لو كان عليه دين، وامتنع من أدائه.

وحكى الإمام خلافاً في أن السلطان والحالة هذه يزوج بالولاية أو بالنيابة عن

(١) في ز: التزويج. (٢) في ز: تسكت.

(٣) قال النووي: هذا عجب من الإمام الرافعي، والمسألة منصوبة للشافعي. قال صاحب «البيان»: يجوز للمرأة أن تأذن لوليها غير المجبر بلفظ [الإذن]، ويجوز بلفظ الوكالة، نص عليه الشافعي رحمه الله، فهذا هو الصواب نقلاً ودليلاً. ولو أذنت له، ثم رجعت، لم يصح تزويجها، كالموكل إذا عزل الوكيل، فإن زوجها بعد العزل قبل العلم، ففي صحته وجهان بناءً على بيع الوكيل. والله أعلم.

(٤) كلمة فارسية معناها: كل ما تفعله أو فعلته، فإني قد قمت به.

الولي، وأجرى هذا الخلاف في جميع صور تزويج السلطان مع قيام الولي الخاص، وأهليته وإنما يحصل العضل إذا ادعت البالغة العاقلة إلى تزويجها من كُفٍّ فامتنع فأما إذا دعت إلى غير الكُفِّ، فَلَهُ أن يمتنع، ولا يكون عاضلاً وإذا حصلت الكفاءة فليس له الامتناع بعلّة نقصان المهر لأن المهر يتمحض حقاً لها خلافاً لأبي حنيفة - رضي الله عنه - ولا بُدُّ من ثبوت العضل عند الحاكم [ليزوجها]<sup>(١)</sup>.

قال في «التّهذيب» ولا يتحقق العضل، حتى يمتنع بين يدي الحاكم وذلك بأن يحضر الخاطب والمرأة والولي ويأمره الحاكم بالتزويج فيقول: لا أفعل، أو يسكت، فحينئذٍ يزوجه القاضي، وكان هذا فيما إذا [تيسر]<sup>(٢)</sup> إحضاره عند القاضي فأما إذا تعذر بتعزُّز أو توارٍ وجب أن يكون الإثبات بالبيّنة كما في سائر الحقوق.

وفي «تعليق» الشيخ أبي حامد ما يدل عليه وعند الحُضُور لا معنى للبيّنة، فإنه إن زوّج فقد حصل الغرض، وإلا فهو عضل.

الثالث: غيبة الولي على ما سنذكره في الفصل الثالث من الباب الرابع إذا أراد أن يتزوج بنفسه، وسنبيّنه في الفصل الرابع.

هذه أسباب الولاية، ولا تلحق بها الوصاية، فليس للوصي ولاية التزويج سواء أطلق الموصي الوصاية، أو تعرض لتزويج البنات لِمَا مرَّ في «باب الوصاية»، فلو لم نورد المسألة هنا اكتفينا بما ذكر في الوصاية لجاز.

وقال أحمد: للوصي التزويج.

وعند مالك - رضي الله عنه -: إذا أوصى إليه في التزويج فإن كانت البنت كبيرة وزوجها الوصي بإذنها وإن كانت صغيرة وعين الموصي الزوج زوجها الوصي منه وإن لم يعين انتظر بلوغها لتأذن.

وقوله في الكتاب: «وإنما يزوج البالغة» يجوز إعلامه بالحاء؛ لأن عنده يزوج الصغيرة أيضاً وفي هذا ما يعني عن قوله من بعد «وليس للسلطان أن يزوج الصغيرة».

وقوله: «أو غيبته، أو أراد الولي أن يتزوج بنفسه» معلمان بالحاء لما سيأتي في الفصلين المحال عليهما. وقوله: «ولا للوصي ولاية» معلم بالحاء والألف.

ونختم الفصل بكلامين:

أحدهما: أنه عدّ أسباب الولاية أربعة، وسيجيء الخلاف في أن المالك يزوج أمته بحكم الملك، أم بحكم الولاية؟ فإن قلنا بالثاني صارت الأسباب خمسة.

(١) في ز: لو زوجها.

(٢) في ز: يش.

والثاني: التعرض لمواضع تزويج السلطان كالخارج عن مقصود الفصل، لأنه مسبق لبيان الأسباب وما يفيد كل واحد منهما، وهذا الغرض يحصل بإلحاق تزويجه بتزويج العصبات كما فعل في المعتقد على أن تزويجه في كل مَوْضِعٍ منها مَعْلُومٌ لما ذكره في غير هذا المقام أما عند عدم الولي فلما ذكره في ترتيب [الأولياء] (١) وأما العضل، فلقوله في السبب الأول «فإن عضل زوج السلطان»، فأما عند الغيبة ورغبة الولي في نكاحها فلما سيأتي في الفصل الثالث والرابع. واللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: (الْفَضْلُ الثَّانِي فِي تَرْتِيبِ الْأَوْلِيَاءِ) وَالْأَصْلُ الْقَرَابَةُ ثُمَّ الْوَلَاءُ ثُمَّ السُّلْطَنَةُ، وَمِنَ الْأَقَارِبِ الْأَبُ ثُمَّ الْجَدُّ (م) ثُمَّ الْأَخُّ ثُمَّ ابْنُهُ ثُمَّ الْعَمُّ ثُمَّ ابْنَةُ عَلَى تَرْتِيبِهِمْ فِي عُصُوبَةِ الْمِيرَاثِ، وَالْأَخُّ مِنَ الْأَبِ وَالْأُمُّ لَا يُقَدَّمُ (ز ح م) عَلَى الْأَخِّ مِنَ الْأَبِ فِي النِّكَاحِ عَلَى قَوْلٍ وَإِنْ قُدِّمَ فِي الْمِيرَاثِ وَصَلَاةِ الْجَنَائِزِ وَالْوَصِيَّةِ لِلْأَقْرَبِ، وَالابْنُ لَا يُزَوِّجُ أُمَّهُ بِالْبُتُوَّةِ، وَلَا تَمْنَعُهُ الْبُتُوَّةُ عَنِ التَّزْوِيجِ بِالْوَلَاءِ وَعَظِيمِهِ.

قال الرَّافِعِيُّ: أَلْجِهَاتُ الْمَعِيذَةُ لِلْوَلَايَةِ تَقْدِمُ مِنْهَا الْقَرَابَةُ وَيَلِيهَا الْوَلَاءُ وَيَلِيهَا السُّلْطَنَةُ.

أَمَّا تَقْدِمُ الْقَرَابَةُ عَلَى الْوَلَاءِ، فَلَاحْتِصَاصِ الْأَقَارِبِ بِزِيَادَةِ الْإِهْتِمَامِ وَالشَّفَقَةِ، وَأَمَّا تَقْدِيمُ الْوَلَاءِ عَلَى السُّلْطَنَةِ فَلِإِحْتِقَاقِ الْوَلَاءِ بِالنِّسْبِ عَلَى مَا قَالَ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: «الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كُلُّحْمَةٌ النَّسَبِ» (٢).

ثم السلطنة ويدل عليه قوله - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «السُّلْطَانُ وَلِيٌّ مِنْ لَأِ وَلِيٍّ لَهُ» (٣). ثم يقدم من الأقارب الأب، لأن سائر الأولياء يدلون به، ثم الجد، ثم أبوه إلى حيث ينتهي؛ لأن له ولادة وعصوية فيقدم على من ليس له إلا عصوية، ثم الأخ من الأبوين، أو من الأب، ثم ابنه وإن سفل، ثم سائر العصبات والترتيب في التزويج كالترتيب في الميراث إلا في ثَلَاثِ مَسَائِلٍ:

الأولى: الجد والأخ يستويان في استحقاق الإرث وها هنا تقدم الجد؛ لأن التزويج ولأية، واحتكام، والجد لزيادة شفقتة أولى بالولاية، ولهذا اختص بولاية المَالِ.

والثانية: الأخ من الأبوين يقدم على الأخ من الأب في الميراث وها هنا قولان:

- (١) في ز: العصبات لأولياء.  
 (٢) أخرجه الشافعي (٧٢/٢) (٢٣٧) وابن حبان والحاكم من حديث أبي يوسف القاضي، عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر، وسيأتي في باب الولاء إن شاء الله والحاكم (٣٤١/٤).  
 (٣) تقدم.

القديم - وبه قال أحمد -: أنهما سواء؛ لأن أخوة الأم لا تفيد ولاية النكاح، فلا يرجح بخلاف الإرث، فإن أخوة الأم تفيده.

وأصحهما - وهو الجديدُ وبه قال أبو حنيفة ومالك - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - والمزني: أنه يقدم كما في الميراث لزيادة القرب والشفقة، وليس كُلُّ ما لا يفيد لا يرجح؛ ألا ترى أن العَمَّ من الأبوين يُقَدَّم على العَمِّ من الأب في الميراث، وإن كان العم من الأم لا يرث، ويجري القولان في ابني الأخ والعمين، وابني العم إذا كان أحدهما من الأبوين، والآخر من الأب وامتنع الإمام من طرد الخلاف، فيما إذا كان [لها]<sup>(١)</sup> ابنا عم أحدهما أخوها من الأم أو ابنا ابن عم أحدهما ابنها، توجيهاً بأن المعتمد في تقديم الأخ من الأبوين على الأخ من الأب أن اجتماع القرابتين قد يوجب قوة عصوبته، وهي عصوبة تفيد ولاية التزويج، وأخوة الأم في ابن العم لا تفيد عصوبة أصلاً، والبنوة في الصورة الأخرى تفيد قوة العصوبة، لكنها عصوبة لا تفيد ولاية التزويج، والأكثرون اكتفوا في طَرْدِ الْخِلَافِ بزيادة القرابة الموجبة لزيادة الشفقة.

وقالوا في الجديد: يقدم الأخ والابن [ولو كان]<sup>(٢)</sup> لهما ابنا عم أحدهما من الأبوين، والآخر من الأب، لكنه أخوها من الأم، فالثاني أولى؛ لأنه يدلي بالأم، والأول يدلي بالجد والجددة، ولو كان لها ابنا ابن عم أحدهما ابنها والآخر أخوها من الأم، فالابن أولى، لأنه أقرب من الأخ، ولو كان لها ابنا معتق أحدهما ابنها، فهو مقدم على الآخر.

وبهذا أجاب ابن الحداد لكنه ذكر في التفريع أنه لو أراد المعتق نِكَاحَ عتيقته وله ابن منها وابن من غيرها زوجها منه ابنة منها دون ابنة من غيرها، وهذا غلط عند مُعْظَمِ الْأَصْحَابِ مِنْ جِهَةِ أَنْ ابْنَ الْمُعْتَقِ لَا يَزُوجُهَا فِي حَيَاةِ الْمُعْتَقِ؛ لِأَنَّهُ يَدْلِي بِهِ؛ كَمَا لَا يَزُوجُ ابْنَ الْأَخِ مَعَ الْأَخِ، فَإِذَا خَطَبَهَا الْمُعْتَقُ زَوْجَهَا السُّلْطَانُ، وَإِنَّمَا يَفْرَضُ مِنْ ابْنِهِ التَّزْوِيجَ بَعْدَ مَوْتِهِ، وَهَذَا كُلُّهُ فِي الْجَدِيدِ.

وفي القديم: يسوى في الصور.

الثالثة: الابن في الميراث أولى العَصَبَاتِ، وفي التزويج لا ولاية له بالبنوة خلافاً لأبي حنيفة - ومالك وأحمد - رحمهم الله -؛ لأنه لا مشاركة بين الأم والابن في النسب، ولا يعني بدفع العار عن النسب؛ ولهذا لم تُنْثَبِ الْوَلَايَةُ لِلْأَخِ مِنَ الْأُمِّ، فَإِن كَانَ هُنَاكَ مِشَارَكَةٌ بَأَنَّ كَانَ ابْنَهَا ابْنَ ابْنِ عَمِّهَا، فَلَهُ الْوَلَايَةُ، وَكَذَا لَوْ كَانَ مُعْتَقًا أَوْ قَاضِيًا، أَوْ فَرَضَتْ قَرَابَةٌ أُخْرَى تَتَوَلَّدُ مِنْ أَنْكْحَةِ الْمَجُوسِ، أَوْ مِنْ وَطْءِ شَبَهَةٍ بَأَنَّ كَانَ ابْنَهَا أَخَاهَا أَوْ

(٢) في ز: فلو بان.

(١) سقط في ز.



ابن أخيها أو ابن عمها، ولا تمنعه البنوة عن التزويج بالجهة الأخرى.

وقوله في الكتاب: «ثُمَّ الْجَدُّ، ثُمَّ الْأَخُ» يجوز أن يكون عليه ميم؛ لأن صاحب الشامل حكى عن مالك - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّ الْأَخَ مُقَدَّمٌ عَلَى الْجَدِّ.

وقوله: «على ترتيبهم في الميراث»، لا يمكن رده إلى جميع المذكورين؛ لأن الأخ في الميراث لا يتأخر عن الجد، وإنما يُرْجَعُ إلى من بعدهما.

وقوله: «لا يُقَدَّمُ عَلَى الْأَخِ مِنَ الْأَبِ» معلم بالحاء والميم والزاي.

وقوله: «وإن قدم في الميراث، وصلاة الجنائز، والوصية للأقرب» [التقديم في الميراث لا خلاف فيه، وفي صلاة الجنائز والوصية للأقرب]<sup>(١)</sup> طريقان ذكرناهما في البابين، فيجوز أن يعلما بالواو.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَأَمَّا الْمُعْتَقُ إِذَا مَاتَ فَعَصَبَاتُهُ، ثُمَّ مُعْتَقُهُ ثُمَّ عَصَبَاتُ مُعْتَقِهِ، وَتَرْتِيبُ عَصَبَاتِ الْمُعْتَقِ كَعَصَبَاتِ الْقَرَابَةِ، إِلَّا أَنَّ أَحَ الْمُعْتَقِ يُقَدَّمُ عَلَى جَدِّهِ عَلَى رَأْيٍ وَيُسَاوِيهِ عَلَى رَأْيٍ، وَأَبْنُ الْأَخِ أَيْضاً يُقَدَّمُ فِي وَجْهِهِ، وَيُوَخَّرُ فِي وَجْهِ لِبُعْدِهِ، وَأَبْنُ الْمُعْتَقِ مُقَدَّمٌ عَلَى أَبِيهِ لِأَنَّهُ الْعَصْبَةُ، وَإِذَا أَعْتَقَتِ الْمَرْأَةُ فَلَهَا الْوَلَاءُ، وَتَزْوِيجُ الْعَتِيقَةِ إِلَى وَلِيِّ السَّيِّدَةِ، وَلَا يَفْتَقَرُ إِلَى رِضَا السَّيِّدَةِ عَلَى الْأَشْهَرِ، وَيُزَوِّجُهَا أَبُو السَّيِّدَةِ فِي حَيَاتِهَا، وَأَبْنُهَا (و) بَعْدَ وَفَاتِهَا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: وَأَمَّا الْمُعْتَقُ إِذَا مَاتَ فَعَصَبَاتُهُ ثُمَّ مُعْتَقُهُ ثُمَّ عَصَبَاتُ مُعْتَقِهِ الَّتِي لَيْسَتْ لَهَا أَحَدٌ مِنْ عَصَبَاتِ النَّسَبِ وَعَلَيْهَا وَلَا يَنْظَرُ فِيهَا إِنْ كَانَ قَدْ أَعْتَقَهَا رَجُلٌ فَوَلَايَةُ التَّزْوِيجِ لَهُ فَإِنْ لَمْ تَكُنْ أَوْ لَمْ يَكُنْ بِصِفَةِ الْوَلَاءِ، فَلِعَصَبَاتِهِ، ثُمَّ لِمُعْتَقِهِ، ثُمَّ لِعَصَبَاتِ مُعْتَقِهِ، وَهَكَذَا عَلَى تَرْتِيبِهِمْ فِي الْمِيرَاثِ، وَتَرْتِيبِ عَصَبَاتِ الْمُعْتَقِ فِي التَّزْوِيجِ كَتَرْتِيبِ عَصَبَاتِ النَّسَبِ إِلَّا فِي صُورٍ:

إحداها: جد المرأة أولى من أخيها وفي جد المرأة المعتق وأخيه قولان كما ذكرنا في الميراث:

أحدهما: أنهما يستويان.

والثاني: يتقدم الأخ والتوجيه، والترجيح على ما بيناه هناك، وإذا اجتمع جد المعتق وابن أخيه، فإن قَدَّمْنَا الْأَخَ عَلَى الْجَدِّ فيقدم ابن الأخ أيضاً لقوة البنوة، وإن سوينا بين الأخ والجد، فيقدم الجد على ابن الأخ للقرب، وقد ذكرنا في الميراث وجهاً

(١) سقط في ز.

في التفريع على هذا القول، أنهما يستويان، فيجوز أن يطرد هنا.

والثانية: ابنُ المَرْأَةِ لا يلي تزويجها وابن المعتق يلي ويتقدم على أبيه عند الاجتماع؛ لأنه العصبية والأب معه صَاحِبُ فَرْصٍ.

الثالثة: ذكرنا في النَّسَبِ قولين في الأخ من الأبوين، والأخ من الأب أنهما يستويان أو يتقدم الأخ من الأبوين، وإذا اجتمع أخو المَعْتَقِ من الأبوين وأخوه من الأب فطريقان:

أحدهما: طرد القولين.

وأظهرهما: وبه أجاب الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ: القطع بتقديم الأخ من الأبوين؛ لأن التزويج بالولاء يتعلق بمحض العصبية، وبالقرابة لا يتعلق بمحض العصبية؛ ألا ترى أَنَّ ابْنَ الْمُنْكَوْحَةِ لا يزوجه، وابن المعتق يلي التزويج، وَيَتَقَدَّمُ عَلَى الْأَبِ، والأخ من الأبوين أقوى عصبية بدليل الميراث.

وفي «النهاية» بدل هذه الطريقة طريقة قاطعة باستوائهما؛ لأن قرابة الأم لا أثر لها في الولاية [والولاء]<sup>(١)</sup> وقد استويا في قَرَابَةِ الْأَبِ هذا إذا اعتقها رجل فإن أعتقتها امرأة، فلا ولاية لها، وإن كان لها الْوَلَاءُ، لأنه لا عبارة لِلنَّسَاءِ فِي النِّكَاحِ ومن يزوجه إن كانت [المعتقة]<sup>(٢)</sup> حَيَّةٌ فعن صاحب «التلخيص» أَنَّ السُّلْطَانَ يَزُوجُهَا؛ لأن من له الولاء ليس له التزويج، فكيف يزوج من يدلي به.

والمذهب المشهور أنه يزوجه من يزوج المعتقة، ويجعل الولاية عليها تبعاً للولاية على المعتقة، وعلى هذا فيزوجه أبو المعتقة، ثم جدها على ترتيب الأولياء، ولا تزويجها ابْنُ الْمُعْتَقَةِ، ويشترط في تزويجها رضاها وفي رضى المعتقة وجهان:

أصحهما: أنه لا حاجة إليه؛ لأنه لا وِلَايَةٌ لَهَا وَلَا إِجْبَارٌ.

والثاني: يشترط؛ لأن الولاء لها والعصبات يزوجون [الإذلايهم]<sup>(٣)</sup> بها فلا أقل من مراجعتها، فعلى هذا إن [عضلت]<sup>(٤)</sup> ناب السُّلْطَانَ عَنْهَا فِي الْإِذْنِ والتزويج إلى أوليائها، وَأَمَّا إِذَا مَاتَ الْمُعْتَقَةُ، فَمَنْ لَهُ الْوَلَاءُ عَلَى الْعَتِيقَةِ من عصبات المعتقة هو الذي يزوجه، ويتقدم الابن على الأب عند الاجتماع، وتعود الصورة المذكورة في مفارقة عصبات الولاء عصبات النسب فيما إذا كان المعتق رجلاً هذا هُوَ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ فِي طريق حياة المعتقة وموتها، ووراء وجهان:

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: لأولادهم.

(٤) سقط في ز.

أحدهما: أَنَّ أَبَا الْمُعْتَقَةِ هُوَ الَّذِي يُزَوِّجُهَا وَإِنْ مَاتَتْ الْمُعْتَقَةُ؛ لَأَنَّهُ كَانَ أَوْلَى بِتَزْوِيجِ الْمُعْتَقَةِ، فَيُسْتَدَامُ هَذَا الْحُكْمُ فِي حَقِّ الْعَتِيقَةِ.

والثاني: حكاها الشَّيْخُ أَبُو الْفَرَجِ السَّرْحَسِيُّ: أَنَّهُ يَزُوجُ الْعَتِيقَةَ فِي حَيَاةِ الْمُعْتَقَةِ أَيْضاً ابْنَهَا؛ لَأَنَّهُ أَحَقُّ بِالعَصُوبَةِ وَالْوَلَاءِ، وَهَذَا قَدْ نَقَلَهُ الْإِمَامُ أَيْضاً عَنْ رِوَايَةِ الشَّيْخِ أَبِي عَلِيٍّ قَالاً: إِنَّهُ حَكَى وَجْهَيْنِ فِيمَا إِذَا كَانَتِ الْمُعْتَقَةُ حَيَّةً أَنَّهُ يَزُوجُ الْعَتِيقَةَ أَيْضاً أَبُوهَا أَوْ ابْنَهَا لَكِنَّمَا يَتَبَيَّنُ عِنْدَ إِعْمَانِ النَّظَرِ فِي كَلَامِ الشَّيْخِ أَنَّهُ أَرَادَ حِكَايَةَ الْوَجْهَيْنِ عِنْدَ مَوْتِهَا لَا فِي حَيَاتِهَا، وَلِيَعْلَمَ لِمَا شَرَحْنَاهُ.

قوله في الكتاب: «وتزويج العتيقة إلى ولي السيدة» بالواو وكذا قوله: «أبو العتيقة» - وكذا قوله: «وابنها بعد موتها».

فروع: مهما اجتمع عدد من عصبات المعتق في درجة كالبنين والأخوة، فهم كالأخوة في النَّسَبِ إِذَا زَوَّجَهَا أَحَدُهُمْ بِرِضَاهَا صَحَّ، وَلَا يُشْتَرَطُ رِضَى الْآخَرِينَ.

ولو اعتق الأمة اثنان، فلا بد من رضاهما، فيما أن يوكل أو يوكل أحدهما الآخر، أو يباشرا العقد معاً؛ لأنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُعْتَقِينَ إِنَّمَا يَثْبِتُ لَهُ الْوَلَاءُ عَلَى بَعْضِهَا بِحَسَبِ الْمَلِكِ، فَكَمَا يَعْتَبَرُ اجْتِمَاعُهُمَا عَلَى التَّزْوِيجِ قَبْلَ الْإِعْتِاقِ يَعْتَبَرُ فِي التَّزْوِيجِ بَعْدَهُ. وَإِذَا كَانَ الْمُعْتَقُ وَاحِداً، فَالْوَلَاءُ عَلَى الْجَمِيعِ لَهُ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْ ابْنَيْهِ قَائِمٌ بِمَقَامِهِ فِي تَزْوِيجِ عَتِيقَتِهِ. وَلَوْ أَرَادَ أَحَدُ الْمُعْتَقِينَ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِهَا لَمْ يَجِزْ إِلَّا بِمُوَافَقَةِ السُّلْطَانِ لِلْآخَرِ. وَلَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا عَنْ ابْنَيْنِ، أَوْ أُخْوَيْنِ كَفِيَ مُوَافَقَةَ أَحَدِهِمَا الْمُعْتَقَ الْآخَرَ.

وَلَوْ مَاتَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَنْ ابْنَيْنِ كَفِيَ مُوَافَقَةَ أَحَدِ ابْنَيْ هَذَا أَحَدِ ابْنَيْ ذَلِكَ.

وَلَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا وَوَرِثَهُ الْآخَرُ اسْتَقَلَّ بِتَزْوِيجِهَا؛ لَأَنَّهُ اسْتَحَقَّ الْوَلَاءَ عَلَى جَمِيعِهَا.

فَرْعٌ: لَوْ كَانَ الْمُعْتَقُ حُثْفَى مُشْكَلاً يَنْبَغِي أَنْ يَزُوجَهَا أَبُوهُ بِإِذْنِهِ، لِيَكُونَ قَدْ زَوَّجَهَا وَكَيْلَهُ بِتَقْدِيرِ الذَّكَورَةِ، أَوْ وَلِيهَا بِتَقْدِيرِ الْأُنْثَى.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَالرَّقِيقَةُ نِصْفُهَا يُزَوِّجُهَا الْمَالِكُ مَعَ الْوَلِيِّ أَوْ مَعَ الْمُعْتَقِ أَوْ مَعَ الْقَاضِي فِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهُ.

قال الرَّافِعِيُّ: فِي الَّتِي بَعْضُهَا حُرٌّ وَبَعْضُهَا رَقِيقٌ وَجِهَانٌ:

أصحهما: أَنَّهُ يَجُوزُ تَزْوِيجُهَا وَعَلَى هَذَا فَالْبَعْضُ الرَّقِيقُ يَتَعَلَّقُ بِتَزْوِيجِهِ بِمَالِكِهِ، وَفِيمَنْ يُزَوِّجُ مَعَهُ اخْتِلَافٌ مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ مِثْلَ هَذَا الشَّخْصِ هَلْ يُوْرَثُ؟.

وفيه قولان قدمناهما - فإن قلنا بالجديد - وهو أنه يورث؛ فوجهان:

أصحهما: وَبِهِ أَجَابَ ابْنُ الْحَدَّادِ: أَنَّهُ يَزُوجُهَا مَعَهُ الْوَلِيُّ الْقَرِيبُ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ

فمعتق البعض الحر فإن لم يكن فالقاضي وفاة بِحَقِّ الحرية.

والثاني: أَنَّ الْقَرِيبَ لَا يَزُوجُهَا؛ لِأَنَّ الْقَرَابَةَ لَا يَجُوزُ أَنْ تُثَبَّتَ مَعَ بَعْضِ الشَّخْصِ دُونَ بَعْضٍ، فَكَذَلِكَ الْوَلَايَةُ الْمُرْتَبَةُ عَلَيْهَا لَا تَتَّبَعُ. وَعَلَى هَذَا فَوْجِهَانِ:

فِي وَجْهِ: يَزُوجُهَا مَعَهُ مَعْتَقُ الْبَعْضِ؛ لِأَنَّ الْوَلَاءَ قَدْ ثَبِتَ عَلَى بَعْضِ الشَّخْصِ فَجَازَ أَنْ تَتَّبَعُ الْوَلَايَةُ الثَّانِيَةَ بِهَا، وَهَذَا أَظْهَرَ عِنْدَ الْإِمَامِ.

وَفِي وَجْهِ: يَزُوجُهَا مَعَهُ السُّلْطَانُ، وَالْقَرِيبَ يَمْنَعُ الْمَعْتَقَ مِنَ التَّزْوِيجِ كَمَا يَحْجِبُهُ عَنِ الْمِيرَاثِ. وَأَمَّا السُّلْطَانُ فَإِنَّهُ يَزُوجُ بِالْوَلَايَةِ الْعَامَّةِ إِذَا تَعَذَّرَتِ الْأَسْبَابُ الْخَاصَّةُ، وَإِنْ قَلْنَا: إِنَّهُ لَا يُوْرثُ فَيَبْنِي عَلَى أَنَّ مَا مَلَكَه بِبَعْضِهِ الْحَرَّ يَكُونُ لِمَالِكِ الْبَعْضِ، أَوْ لِبَيْتِ الْمَالِ - وَفِيهِ وَجْهَانِ سَبَقَ ذِكْرُهُمَا.

فَإِنْ قَلْنَا: إِنَّهُ لِمَالِكِ الْبَعْضِ فَوْجِهَانِ مَرْوِيَانِ فِي «الشَّامِلِ»:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يَنْفَرِدُ الْمَالِكُ بِتَزْوِيجِهَا كَمَا يَجُوزُ مَالِهَا.

وَالثَّانِي: يَزُوجُهَا مَعَهُ مَعْتَقُ الْبَعْضِ بِالْوَلَاءِ.

وَإِنْ قَلْنَا: إِنَّهُ لِبَيْتِ الْمَالِ فَيَزُوجُهَا مَعَهُ السُّلْطَانُ.

وَالْوَجْهَ الثَّانِي: فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ: أَنَّهَا لَا تَزُوجُ أَصْلًا لضعف الملك والولاية لتبعض الرق والحرية. وهذا كقول يُرَوَى فِي أَنَّ السَّيِّدَ لَا أُمَّ الْوَلَدِ يَزُوجُ لضعف الملك فيها فإذا تركت البناء واختصرت قلت: فِي الْمَسْأَلَةِ خَمْسَةٌ أَوْجُهٌ لَا تَزُوجُ يَزُوجُهَا مَالِكِ الْبَعْضِ اسْتِقْلَالًا يُوَافِقُهُ الْقَرِيبَ مُوَافِقَةَ مَعْتَقِ الْبَعْضِ يُوَافِقُهُ السُّلْطَانُ، وَيَجُوزُ أَنْ يَعْلَمَ قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ «يَزُوجُهَا الْمَالِكُ» بِالْوَاوِ لِلْوَجْهِ الثَّانِي، وَلَفْظُ «الْوَلِيِّ» أَرَادَ بِهِ الْقَرِيبَ وَإِلَّا فَالْأَسْمُ يَنْظُمُ الْمَعْتَقَ وَالْقَاضِيَ أَيْضًا.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: (أَلْفُضْلُ الثَّلَاثِ فِي سَوَالِبِ الْوَلَايَةِ) وَهُوَ أَرْبَعَةٌ: (الْأَوَّلُ: الرِّقُّ) فَلَا وَلَايَةَ لِرَقِيقٍ، وَلَهُ عِبَارَةٌ فِي الْقَبُولِ، وَفِي التَّزْوِيجِ بِالْوَكَالَةِ (و) بِإِذْنِ السَّيِّدِ وَغَيْرِ إِذْنِهِ.

### القول في موانع الولاية

قال الرَّافِعِيُّ: من موانع الولاية «الرق» لما في الرقيق من النقصان وعدم تفرغه للبحث والنظر، ويجوز أن يتوكل عن غيره في قبول النكاح إذا أذن السيد، وإن لم يأذن فكذلك في أصح الوجهين وقد ذكرنا المسألة في «الوكالة»، ولو توكل في التزويج ففيه وجهان أوردهما صاحب «الكتاب» في «الوكالة» وأدعى أن الأظهر الجواز وبه أجاب هنا، ونحن قد بيننا هناك أن الأظهر عند عامة الأصحاب المنع؛ لأنه لا ولاية له على ابنته فلا ينوب فيها عن غيره، فليعلم قوله: «وفي التزويج بالوكالة» بالواو. وليعلم أن

أَلْظَهَرَ خِلافَهُ وَأَمَّا قَوْلُهُ: «وَلَهُ عِبَارَةٌ فِي الْقَبُولِ» فَيُمْكِنُ أَنْ يَفْصَلَ عَمَّا بَعْدَهُ، وَحِينَئِذٍ فَيَكُونُ الْمُرَادُ أَنَّ عِبَارَتَهُ فِي الْقَبُولِ صَحِيحَةٌ فِي الْجُمْلَةِ، وَيُمْكِنُ أَنْ يَجْعَلَ مُتَّصِلًا بِمَا بَعْدَهُ فَيَكُونُ الْمَعْنَى أَنَّ عِبَارَتَهُ فِي الْقَبُولِ وَالْإِجَابِ مَعًا بِالْوَكَاةِ صَحِيحَةٌ، وَعَلَى هَذَا التَّقْدِيرِ يَجُوزُ أَنْ يَعْلَمَ قَوْلُهُ: «وغيرِ إِذْنِهِ» بِالْوَاوِ لِلْوَجْهِينِ فِي جَوَابِ قَبُولِهِ بِغَيْرِ إِذْنِ السَّيِّدِ. وَقَوْلُهُ فِي أَوَّلِ الْفَضْلِ الْأَوَّلِ: «الرَّق» كَانَ مِنْ حَقِّ لَفْظِ «السُّوَالِ» أَنْ يَقُولَ: الْأَوَّلَى وَالثَّانِيَةَ: لِأَنَّهَا جَمْعُ سَالِيَةٍ إِلَّا أَنَّهُ ذَكَرَ عَلَى الْمَعْنَى وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: (الثَّانِي مَا يَسْلُبُ النَّظَرَ) كَالصَّبَا وَالْجُنُونِ وَالْعَتَى وَالسَّفَهَ وَالسُّكْرَ، وَالْمَرَضَ الشَّدِيدَ الْمُلْهِيَ يَنْقُلُ الْوَلَايَةَ إِلَى الْأَبْعَدِ، وَالْإِغْمَاءَ يَنْقُلُهَا بَعْدَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ إِلَى السُّلْطَانِ، وَالْجُنُونُ الْمُتَقَطِّعُ يَنْقُلُ (و) إِلَى الْأَبْعَدِ، وَالْعَمَى لَا يَفْدُخُ عَلَى وَجْهِهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: وَمِنْ مَوَانِعِ الْوَلَايَةِ مَا يَسْلُبُ النَّظَرَ وَالْبَحْثَ عَنِ حَالِ الْأَزْوَاجِ وَاخْتِيَارِهِمْ، وَفِيهِ ضَوْرٌ:

إحداها: الصَّبَا يَمْنَعُ الْوَلَايَةَ؛ فَإِذَا كَانَ الْأَقْرَبُ صَبِيًّا زَوْجَهَا الْأَبْعَدَ، وَلَا يَخْفَى أَنَّ هَذَا إِنَّمَا يَتَّصِرُ فِي غَيْرِ الْأَبِ وَالْجَدِّ، وَالْجُنُونُ الْمَطْبُوقُ كَالصَّبِيِّ فِي مَنَعِ الْوَلَايَةِ وَنَقْلِهَا إِلَى الْأَبْعَدِ، وَفِي الْجُنُونِ الْمُتَقَطِّعِ وَجْهَانِ:

أحدهما: أَنَّ الْجَوَابَ كَذَلِكَ، وَيَزُوجُهَا الْأَبْعَدَ فِي يَوْمِ جُنُونِهِ لِطِلَانِ أَهْلِيَّتِهِ وَزَوَالِ وِلَايَتِهِ فِي نَفْسِهِ وَمَالِهِ، وَهَذَا أَصَحُّ عِنْدَ الْقَاضِي ابْنِ كَيْجٍ وَالْإِمَامِ، وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي «الْكِتَابِ».

والثاني: أَنَّهُ لَا يَزِيلُ الْوَلَايَةَ؛ لِأَنَّهُ يَشْبَهُ الْإِغْمَاءَ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَطْرَأُ وَيَزُولُ وَهَذَا أَصَحُّ عِنْدَ صَاحِبِ «التَّهْدِيبِ» وَعَلَى هَذَا فَعِنِ الْحَنَاطِيُّ وَغَيْرُهُ وَجْهٌ: أَنَّهُ يَزُوجُهَا الْحَاكِمَ كَمَا فِي الْغَيْبَةِ وَالْمَشْهُورِ أَنَّهُ يَنْتَظِرُ حَتَّى يَفِيقَ وَالْخِلَافُ جَارٍ فِي [الثَّيْبِ] (١) الْمُنْقَطِعِ جُنُونِهَا. فَعَلَى رَأْيِي: تَزُوجُ فِي حَالِ الْجُنُونِ. وَعَلَى رَأْيِي: يَنْتَظِرُ إِفَاقَتَهَا لِتَأْذَنِ.

ولو وكل هذ الولي في نوبة إفاقته فيشترط أن يقع عقد الوكيل قبل معاودة الجنون، وكذا إذا أذنت الثيب يشترط تقدم العقد على معاودة الجنون.

قال الإمام رَجَمَهُ اللَّهُ: وَإِذَا قَصُرَتْ نُوبَةُ الْإِفَاقَةِ جَدًّا لَمْ يَكُنِ الْحَالُ حَالِ تَقَطُّعِ الْجُنُونِ؛ لِأَنَّ السُّكُوتَ الْيَسِيرَ لَا بَدَّ وَأَنْ يَعْضُرُ مَعَ إِطْبَاقِ الْجُنُونِ، وَنَقْلَ وَجْهِينِ لِلْأَصْحَابِ فِيمَا إِذَا أَفَاقَ وَبَقِيَتْ فِيهِ آثَارُ مِنَ الْخَبْلِ يَحْتَمَلُ مِثْلَهَا مِمَّنْ لَا يَعْتَرِبُهُ الْجُنُونُ عَلَى حِدَةٍ فِي الْخَلْقِ أَنَّهُ تَعُودُ الْوَلَايَةَ، أَوْ يُسْتَدَامُ حُكْمَ الْجُنُونِ إِلَّا أَنْ يَصْفُو حَالَهُ عَنِ الْخَبْلِ.

(١) في ز: البنت.

الصورة الثانية: اختلال العقل والنظر إما لهرم أو لخَيْلٍ جبلي أو عارض يمنع ثبوت الولاية للعجز عن اختيار الأزواج، وعدم العلم بمواضع الحظ، وتنتقل الولاية إلى الأبعد وَالْمُفْلِسُ الْمَخْجُورُ عَلَيْهِ ولي لكمال نظره، والحجر عليه لحق الغرماء لا لنقصان فيه.

وَأَمَّا السَّفِينَةُ المحجور عليه فالمشهور أنه لَا يَلِي لِأَنَّ الْحَجَرَ عليه لنقصانه، فلا [يحسن أن يفوض إليه] (١) أمر غيره.

وَحَكَى صَاحِبُ «الْمُهَذَّبِ» مع هذا وجهاً جيداً: أنه يلي لأنه كامل النظر في مصالح النِّكَاحِ، وإنما حُجِرَ عَلَيْهِ لِثَلَا يَضِيعُ ماله، وإذا قلنا بالمشهور ففيه مُبَاحَثَةٌ وهي أن الحجر على السفیه قد يتعلق بِالْفِسْقِ كما يتعلق بالتَّبْذِيرِ حَتَّى لَوْ بَلَغَ مفسداً لماله وفي دينه يستمر الحجر عليه ولو بلغ مصلحاً لهما ثم عاد الفسق، أو التبذير ففي إعادة الْحَجْرِ خِلَافٌ مذكور في موضعه، وإذا حَصَلَ الْفِسْقُ وَقُلْنَا أَنَّهُ يَسْلُبُ الولاية، فَلَا أَثَرَ لِلتَّبْذِيرِ ولا للحجر، وَإِنَّمَا يَظْهَرُ أَثَرُهُمَا إِذَا لَمْ يَوْجَدْ الْفِسْقُ أَوْ لَمْ يَجْعَلْهُ سَالِباً للولاية، وَإِذْ وجد التبذير المقتضي للحجر ولم نحجر عليه بَعْدُ، فما ينبغي أن تزول الولاية.

الصورة الثالثة: الإغماء إن كان مما لَا يُدْرِمُ غالباً كهيجان المرة الصفراء، أو الصَّرْعُ فهو كالتَّوْمٍ فينتظر إفاقته ولا يزوجه غيره، وَإِنْ كان مما يدوم يوماً أو يومين أو أكثر فوجهان:

أَحَدُهُمَا: نقل الولاية إلى الْأَبْعَدِ كالجنون.

وأظهرهما: المنع؛ لأنه قَرِيبُ الزَّوَالِ، وعلى هذا ففي «التَّهْذِيبِ» وغيره: أنه ينتظر إفاقته كالتَّوْمِ ينتظر استيقاظه.

وقال الإمام: ينبغي أن تعتبر مدته بالسَّفَرِ فإن كانت مدته معلومة ينتظر فيها مراجعة الولي الغائب وقطع المسافة ذهاباً وإياباً، فينتظر إفاقته، وإن كانت مدة لا يؤخر التزويج فيها لمراجعة الغائب ذهاباً وإياباً قيل يزوجه الحاكم فكذا هنا، والرجوع في معرفة مُدَّتِهِ إلى أهل الخبرة، فإذا قالوا: إنه من القسم الثاني جاز تزويجها في الْحَالِ.

الصورة الرَّابِعَةُ: السُّكْرُ إن حَصَلَ بسبب يفسق به وقع الكلام في أَنَّ الْفَاسِقَ هل يلي؟ إن قلنا: لا يلي، فذاك.

وإن قلنا: يلي أَوْ حَصَلَ بسبب لا يفسق به بأن كَانَ مُكْرَهاً أو غالطاً فإن لم ينفذ تصرف السُّكْرَانَ فالسُّكْرُ كَالْإِغْمَاءِ، وَإِنْ جَعَلْنَا تَصْرُفَهُ كتصرف الصَّاحِي، فمنهم من صَحَّ تَزْوِيجُهُ، ومنهم من مَنَعَ لاختلال نظره وبه قال الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ.

(١) في ز: يصلح أن يلي.

والظاهر من ذلك كله أنه لا يزوج، وأنه ينتظر إفاقة وبه أجاب في «التَهْذِيبِ» ثم الخلاف فيما إذا بقي له تمييز، ونظر فاما الطامح الذي سَقَطَ تَمَيُّزُهُ بِالْكَلْبِيَّةِ فَكَلَامُهُ لِيُغَوِّ.

الصورة الخامسة: الأسقام والآلام الشديدة الشاغلة عن النظر ومعرفة المصلحة تمنع الولاية وتنقلها إلى الأبعد كالجنون. هَذَا نَصُّهُ - وبه أخذ الأَصْحَابُ، لكن ليس سكون الألم الشديد بَأَبْعَدَ من إفاقة الْمُغْمَى عليه، فإذا انتظرنا الإفاقة في الإغماء وَجَبَ أَنْ يَنْتَظِرَ السُّكُونُ هَا هُنَا وَبِتَقْدِيرِ عَدَمِ الْإِنْتِظَارِ يَجُوزُ أَنْ يُقَالَ: يَزُوجُهَا السُّلْطَانُ لَا الْأَبْعَدُ كَمَا فِي صُورَةِ الْغَيْبَةِ؛ لِأَنَّ الْأَهْلِيَّةَ بَاقِيَةٌ وَشِدَّةُ الْأَلَمِ مَانِعَةٌ مِنَ النَّظَرِ كَالْغَيْبَةِ.

الصورة السادسة: للأعمى أن يتزوج بِإِلَّا خِلَافٍ وَهَلْ لَهُ أَنْ يَزُوجَ بِالْوِلَايَةِ؟.

فيه وجهان:

أحدهما: لا - لأنه نقص يؤثر في الشهادة، فأشبه الصُّغْرَ.

وأصحهما: نعم؛ لأن المقصود يحصل بالبحث عن الغير والسَّمْعِ منه، وإنما [لم] (١) تقبل شهادته لتعذر التَّحْمُلِ عليه، ولهذا تقبل شهادته فيما تحمله قبل العمى.

واحتج له أيضاً بأن شعبياً عليه السَّلامَ زوج وهو مَكْفُوفُ الْبَصَرِ (٢)، وَيَجْرِي مِثْلُ هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ فِي أَنْ الْأَخْرَسَ هَلْ يَلِي وَمَنْهُمْ مَنْ قَطَعَ بِأَنَّهُ يَلِي، وَالْخِلَافُ فِيهَا إِذَا كَانَتْ لَهُ كِنَايَةٌ، أَوْ إِشَارَةٌ مُفْهَمَةٌ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فليس له التزويج، وَأَمَّا لَفْظُ الْكِتَابِ فَقَوْلُهُ: «وَالْعَتَّةُ» أَرَادَ بِهِ الْحَالَةَ الْمَوْجِبَةَ لِلَاخْتِلَالِ فِي الرَّأْيِ وَالنَّظَرِ فِي اخْتِيَارِ الْأَزْوَاجِ، وَصَاحِبُ هَذِهِ الْحَالَةِ قَدْ يُحَافِظُ عَلَى الْمَالِ، وَالْمُرَادُ مِنَ «السَّقْفِ» التَّبْذِيرُ الْمَحْجُوجُ إِلَى الْحَجَرِ وَقَوْلُهُ: «تَنْقُلُ الْوِلَايَةَ إِلَى الْأَبْعَدِ» مُمْكِنٌ رَدُّهُ إِلَى قَوْلِهِ أَوْلَى.

(١) سقط في ز.

(٢) أخرجه الحاكم [٥٦٨/٢] في المستدرک من حديث ابن عباس بإسناد لا بأس به أنه قال في قوله تعالى: «وإننا لتركنا فينا ضعيفاً» قال: كان مكفوف البصر، وذكر الروياني في كتاب الشهادات من البحر، أنه لم يكن أعمى، وإنما طراً عليه ذلك بعد النبوة وأداء الرسالة و فراغها، ومال إلى هذا شيخ شيوخنا تقي الدين السبكي ونصره، ورد ما يخالفه، وحديث ابن عباس الذي أوردناه يرد عليه والله أعلم، وقد اختلف في الذي زوج موسى واستأجره، هل هو شعيب أو غيره، فالأكثر على أنه شعيب، وعن ابن عباس هو يترى صاحب مدين، رواه ابن جرير ورجاله ثقات إلا شيخه سفيان بن وكيع، وعن الحسن هو سيد أهل مدين، وعن ابن إسحاق أنه حبر أهل مدين وكاهنهم، وعن أبي عبيدة أنه يترون ابن أخي شعيب، وفي مسند الدارمي والحلية عن أبي حازم سلمة بن دينار التصريح بأنه شعيب النبي عليه السلام.

فائدة: اسم ابنة شعيب التي تزوجها موسى: صفورا، وأختها: شرقاء، رواه الحاكم في المستدرک أيضاً قاله الحافظ.

الثاني: ما يسلب النظر، وعطف المرض الشديد على الصفات المذكورة قبله، ويمكن قطع المرض عما قبله والاكْتفاء بفهم المقصود من عدم ما قبله مما يسلب النظر، وَعُدَّ مَا يَسْلُبُ النَّظَرَ من سوابب الولاية، وقوله: «والإغماء ينقلها بعد ثلاثة أيام» - أي لِلسُّلْطَانِ - معلم بالواو للوجه المذكور في أنه تنتقل إلى الأبعد وأزاد بقوله «بعد ثلاثة أيام» أنه ينتظر هذه المدة بعدما عرض الإغماء، وهذا شيء اختاره صاحب «الكتاب» من عنده على ما بينه في «الوسيط»، ولم يتعرض له غيره.

وقوله: «والجنون المنقطع ينقل الولاية إلى الأبعد» معلم بالواو للوجه الذاهب إلى أنه ينقل إلى السلطان وللوجه الذاهب إلى أنه لا ينقل عنه أصلاً.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الثَّالِثُ) الْفِسْقُ (ح) يَسْلُبُ الْوِلَايَةَ عَلَى أضعفِ الْقَوْلَيْنِ، وَالْكَفْرُ لَا يَسْلُبُهَا (و) بَلْ وَلِيُّ الْكَافِرَةِ كَافِرٌ، وَإِنَّمَا يَسْلُبُهَا اخْتِلَافُ الدِّينِ لِسُقُوطِ النَّظَرِ.

قال الرَّافِعِيُّ: فِيهِ مَسْأَلَتَانِ:

المسألة الأولى: اختلف إشعار ألفاظ الشافعي - رضي الله عنه - في ولاية الفاسق، وللأصحاب فيه طُرُقٌ:

أشهرها: إثبات قولين:

أحدهما: وبه قال أبو حنيفة ومالك - رضي الله عنهما -: أَنَّهُ يَلِي؛ لِأَنَّ الْفَسَقَةَ لَمْ يَمْنَعُوا مِنَ التَّزْوِيجِ فِي عَصْرِ الْأَوَّلِينَ<sup>(١)</sup>.

(١) والتحقيق أن العدالة عند الحنفية ليست شرطاً في صحة العقد، وإنما هي شرط في كماله فقط، وعليه فالفسق لا يسلب الولاية وإنما يسلب الكمال فقط، وليس معنى هذا أنه إذا وجد البعيد العدل يقدم على القريب الفاسق فإن هذا بعيد؛ بل المعنى أن الولي العدل يترجح تقديمه على الولي الفاسق الذي في مرتبته، وهذا كله إذا كان الفاسق غير مهتك بأن كان مستتراً. أما المهتك فقد قيل إنه لا يصح أن يتولى العقد لأنه ساقط عن درجة الاعتبار حينئذٍ وقد اشترط الإمام الشافعي العدالة في الولي ودليله النقل والعقل أما النقل فما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لا نكاح إلا بولي مرشد» والمرشد بمعنى الرشيد، كالمصلح بمعنى الصالح. والفاسق ليس برشيد. وأما المعنى فلأن الولاية من باب الكرامة والفسق سبب الإهانة وهما ضدان لا يجتمعان. وأيضاً الولاية في النكاح نظرية فلا يؤمن عليها الفاسق. ويدل للحنفية على عدم اشتراط العدالة النقل والمعنى. أما النقل فعموم قوله تعالى: «وَأَنْكَحُوا الْأَيَامِي مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ» وقوله ﷺ: «زوجوا بناتكم الأكفاء» من غير تفصيل بين عدل وفاسق. وأيضاً فإن الناس على بكرة أبيهم من لدن رسول الله إلى وقتنا هذا يزوجون بناتهم من غير نكير فدل ذلك على أنه لا يشترط في الولي أن يكون عدلاً. وأما المعنى فهو أن هذه الولاية نظرية، والفسق لا يمنع من تحصيل النظر لنفس الفاسق ولا من الباعث عليه ولأن الشفقة ولأن حميته تمنع من أن يوقع وليته في الدناءة، =



**والثاني: المنع،** لأن الفسق نقص يقدر في الشهادة، فيمنع الولاية كالرُق. وقد روي عن ابن عباس - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أَنَّهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ: «لَا نِكَاحَ إِلَّا بُولِي مُزْشِيدٍ وَشَاهِدِي عَدْلٍ»<sup>(١)</sup>. وبهذا قَالَ أَحْمَدُ فِي أَصَحِّ الرُّوَايَتَيْنِ.

**والطريق الثاني:** القطع بالمنع وهو قضية إيراد أبي عَلِيٍّ بن أَبِي هُرَيْرَةَ والطَّبْرِيِّ وابن الْقَطَّانِ.

**والثالث:** القطع بأنه يلي - وهو اختيار القاضي أبي حَامِدٍ، وبه قال الْقَفَّالُ، والشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ.

**والرابع:** أن الأب والجد يليان مع الفسق، ولا يلي غيرهما والفرق كمال شفقهما وقوة ولايتهما.

**والخامس:** قال أَبُو إِسْحَاقَ - رحمه الله - الأب والجد لا يليان مع الفسق وغيرهما يلي، وَالْفَرْقُ أَنَّهُمَا مُجْتَبِرَانِ فربما وضعها تحت فاسق مثلهما. وغيرهما يزوج بالإذن، فَإِنَّ لَمْ يَنْظُرْ لَهَا نَظَرَتْ هِيَ لِنَفْسِهَا قَالَ الْإِمَامُ: - رَجَمَهُ اللَّهُ: - وقياس هذه الطَّرِيقَةُ أن يزوج الفاسق ابنته الْبِكْرَ برضاها، وَإِنْ لَمْ يجبرها.

**والسادس:** إن كان فسقه يشرب الخمر لم يَلِ لاضطراب نظره، وغلبة السُّكْرِ عليه، وَإِنْ كَانَ بسبب آخر فَيَلِي.

وذكر الحنَّاطِيُّ وجهين في أن من يستسر بفسقه هل يلي تفريعاً عَلَى أَنَّ الْقَاسِقَ المعلن لا يلي، فيخرج من هذا طريق سابع فارق بين المعلن وغيره وأصحاب الطرق الأربع الأخيرة يحملون اختلاف [الألفاظ]<sup>(٢)</sup> عَلَى اختلاف الحالين، ثُمَّ فِي الْمَسْأَلَةِ قُرُوعٌ:

**الأول:** عَنِ الشَّيْخِ عَنْ أَبِي عَلِيٍّ وَالْقَاضِي حُسَيْنٍ. وغيرهما إجراء الخلاف في ولاية المال بلا فَرْقٍ، وَمِنْهُمْ مَنْ [يدل كلامه]<sup>(٣)</sup> عَلَى القطع بالمنع؛ لأنهم احتجوا لقول

= ولأن الفاسق من أهل الولاية على نفسه فيكون من أهل الولاية على غيره ولأن ولاية الملك ثابتة له حتى يزوج أمته، ولأن الولاية حق يثبت بالتعصيب فلم يمنع منه الفسق كما لا يمنع من الميراث.

(١) أخرجه الشافعي [١٥٤٢] والبيهقي [١٢٤/٧] من طريق ابن خيثم عن سعيد بن جبير عنه موقوفاً، وقال البيهقي بعد أن رواه من طريق أخرى عن ابن خيثم بسنده مرفوعاً بلفظ: لا نكاح إلا بإذن ولي مرشد، أو سلطان، قال: والمحفوظ الموقوف، ثم رواه من طريق الثوري عن ابن خيثم به، ومن طريق عدي بن الفضل عن ابن خيثم بسنده مرفوعاً بلفظ: لا نكاح إلا بولي، وشاهدي عدل، فإن أنكحها ولي مسخوط عليه، فنكاحها باطل، وعدي ضعيف.

(٢) في ز: الأصحاب ألفاظ. (٣) في ز: ترك كلامهم.

المنع بالقياس على ولاية المال، وَالظَّاهِرُ فِيهَا الْمَنْعُ؛ وَإِنْ ثَبَّتَ فِيهِ الْخِلَافُ؛ لِأَنَّ الْمَالَ مَحَلُّ الْخِيَانَاتِ الْخَفِيَّةِ وَلِأَنَّ أَمْرَ النِّكَاحِ خَطِيرٌ فَالاهْتِمَامُ بِشَأْنِهِ، وَإِنْ كَانَ الشَّخْصُ فَاسِقًا أَقْرَبَ.

الثَّانِي: فِي انْعِزَالِ الْإِمَامِ الْأَعْظَمِ [بِالْفَسْقِ] (١) وَجِهَانِ قَدَمَتَاهُمَا [وَالصَّحِيحُ الْمَنْعُ، وَحَيْثُ نَبِّذَ فِيهِ تَرْوِجُهُ بِنَاتِهِ، وَبِنَاتِ غَيْرِهِ بِالْوَالِيَةِ الْعَامَّةِ وَجِهَانِ تَفْرِيعًا عَلَى أَنَّ الْفَاسِقَ لَا يَلِي.

أحدهما: أنه لا يزوج كغيره من الفسقة ويزوجهن من دونه من الولاية والحكام. وأصحهما: أنه يزوج تفخيماً لشأنه، ولذلك لم يحكم بانعزاله (٢).

الثالث: إذا تاب الفاسق - ذكر صاحب «التهديب» في هذا الباب أن له التزويج في الحال، ولا يشترط معنى مدة الاستبراء والقياس الظاهر، وَهُوَ الْمَذْكُورُ [فِي الْكِتَابِ] (٣) فِي «الشَّهَادَاتِ» - أنه يعتبر الاستبراء لعود الولاية حيث يعتبر لقبول الشهادة وَسَتَفْصَلُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى (٤).

الرابع: في «تعليق» الشيخ ملكداد القزويني عَنِ الْقَاضِي أَبِي سَعْدٍ وَجِهَانِ: أَنَّهُ إِذَا لَمْ تُثْبِتِ الْوَالِيَةُ لِلْفَاسِقِ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَنْكَحَ لِنَفْسِهِ أَيْضًا، وَالصَّحِيحُ خِلَافُهُ؛ لِأَنَّ غَايَتَهُ أَنْ يَضُرَّ بِنَفْسِهِ، وَيُحْتَمَلُ فِي حَقِّ نَفْسِهِ مَا لَا يُحْتَمَلُ فِي حَقِّ غَيْرِهِ، وَلِهَذَا يَقْبَلُ إِقْرَارَهُ عَلَى نَفْسِهِ، وَلَا تَقْبَلُ شَهَادَتَهُ عَلَى غَيْرِهِ.

الخامس: ذَكَرَ أَبُو الْحَسَنِ الْعَبَّادِيُّ وَجِهَانِ فِي أَنَا هَلْ ثَبَّتِ الْوَالِيَةُ لِذَوِي الْحَرْفِ الدِّيَّةِ إِذَا لَمْ تُثْبِتْهَا لِلْفَاسِقِ.

وقوله في «الكتاب»: «والفسق يسلب الولاية» معلم بالحاء والميم.

(١) في ز: بالتفسيق.

(٢) قاله الأذرعى: قولهم - يعني الرافعي والنووي والبيغوي - بالولاية العامة إذا لم يكن لها ولي إلا السلطان وقد بينه المتولي بقوله إن قلنا لا ولا للفاسق قال أصحابنا: لا يزوج ابنته أي بالولاية الخاصة ولكن يزوج الأيامي من المسلمين لأن تزويج البنت بالقرابة والفسق ينفي ولاية القرابة وولاية الأيامي بالسلطنة والفسق لا ينفي ولاية السلطنة وهو مطابق لكلام البيغوي والرافعي، فإن ما نفاه المتولي وهو تزويجه لابنته بالولاية الخاصة كما فهمه ابن الرفعة في الكفاية عنه.

(٣) سقط في ز.

(٤) ما حكاه المصنف عن البيغوي جزم به الخوارزمي في الكافي والقاضي الحسين، ذكر ذلك بالنسبة للفاسق بالعضل لا بالنسبة لكل فاسق.

قال في الخادم: وإشكال الرافعي قد ذكره صاحب الاستقصاء احتمالاً له، ونقله ابن البرقي وجهاً في فتاويه ثم قال بعد ذلك لو جرينا على ما حكاه الرافعي من التعميم بالنسبة لكل فاسق ففي الجواز طريقان:

وقوله: «عَلَى أضعفَ الْقَوْلَيْنِ» [معلم]<sup>(١)</sup> بالواو للطرق النافية للخلاف وسماه أضعف القولين؛ تَرْجِيحاً لقولنا أَنَّ الْفَاسِقَ يَلِي وَبِهِ يَفْتِي أَكْثَرُ مَتَأَخَّرِي الْأَصْحَابِ لَا سِيَّمَا الْخُرَّاسَانِيُّونَ وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي الرُّوْمَانِيُّ بَعْدَمَا ذَكَرَ هُوَ وَغَيْرُهُ أَنَّ ظَاهِرَ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ، وَاحْتَجَّ مَنْ نَصَرَ إِبْثَاتِ الْوِلَايَةِ بِأَنَّ الْعَضْلَ فَسَقَ.

وَقَدْ نَصَّ الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - عَلَى أَنَّهُ تَنْتَقِلُ الْوِلَايَةُ إِلَى الْقَاضِي دُونَ الْأَبْعَدِ وَقَدْ يَعْتَرِضُ عَلَيْهِ مِنْ وُجُوهٍ:

أحدها: أَنَّ الْحَتَّاطِيَّ حَكَاهُ فِي كِتَابِهِ وَجْهًا: أَنَّ الْفَسَقَ يُنْقَلُ الْوِلَايَةُ إِلَى السُّلْطَانِ.

وَالثَّانِي: أَنَّ الْمَذْكُورَ فِي الْعَضْلِ رُبَّمَا كَانَ جَوَابًا عَلَى أَنَّ الْفَاسِقَ يَلِي.

وَالثَّلَاثُ: أَنَّ الْفَسَقَ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ بِارْتِكَابِ الْكَبِيرَةِ أَوْ الْإِصْرَارِ عَلَى الصَّغِيرَةِ وَالْعَضْلَ لَيْسَ مِنَ الْكَبَائِرِ، وَإِنَّمَا يَفْسُقُ بِهِ إِذَا عَضَلَ مَرَاتٍ أَقْلَهَا فِيمَا حَكَى بَعْضُهُمْ ثَلَاثَ، وَجِيئَ بِالْوِلَايَةِ لِلْأَبْعَدِ إِذَا جَعَلْنَا الْفَسَقَ سَالِيًا لِلْوِلَايَةِ.

السُّأَلَةُ الثَّانِيَّةُ: الْكَافِرُ يَلِي تَزْوِيجَ ابْنَتِهِ الْكَافِرَةِ؛ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ نَاطِرٍ، وَهَذَا إِذَا كَانَ لَا يَرْتَكِبُ مَحْظُورَ فِي دِينِهِ، فَإِنْ كَانَ يَرْتَكِبُهُ فَتَزْوِيجُ ابْنَتِهِ كَتَزْوِيجِ الْمُسْلِمِ الْفَاسِقِ ابْنَتَهُ وَعَنْ الْحَلِيمِيِّ: أَنَّ الْكَافِرَ لَا يَلِي التَّزْوِيجَ، وَإِذَا أَرَادَ مُسْلِمٌ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِذَمِيَّةِ زَوْجِهَا مِنْهُ الْقَاضِي.

وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ - وَفَرَّقُوا بَيْنَ الْوِلَايَةِ وَالشَّهَادَةِ حَيْثُ لَا تَقْبَلُ شَهَادَةُ الْكَافِرِ، وَإِنْ كَانَ لَا يَزْتَكِبُ مَحْظُورَ فِي دِينِهِ بِأَنَّ الشَّهَادَةَ تَخْصُ وِلَايَةَ عَلَى الْغَيْرِ، فَلَا يُوْهَلُ لَهَا الْكَافِرُ وَالْوَلِيُّ فِي التَّزْوِيجِ كَمَا يَرْعَى حِظَّ الْمَوْلِيَةِ يَرْعَى حَقَّ نَفْسِهِ أَيْضًا بِتَحْصِينِهَا وَدَفْعِ الْعَارِ عَنِ النَّسَبِ، وَاخْتِلَافِ الدِّينِ يَمْنَعُ الْمَوَالَاةَ وَالتَّوَارِثَ فَلَا يَمْنَعُ زَوْجَ الْمُسْلِمَةِ قَرِيبَهَا الْكَافِرَ، بَلْ يَزَوِّجُهَا الْأَبْعَدُ مِنَ أَوْلِيَاءِ النَّسَبِ أَوْ الْوِلَاةِ أَوْ السُّلْطَانِ<sup>(٢)</sup>.

= أحدهما: أن المشروط في ولاية النكاح عدم الفسق لا قبول الشهادة ولهذا يزوج الولي المجبر وإن كان عدوًّا على الأصح، ومدة الاستبراء إنما تعتبر لقبول الشهادة.

والثاني: أن العدالة والفسق بينهما واسطة، فإن العدالة ملكة تحمل على ملازمة التقوى، ويشترط فيها اجتناب الكبائر والفسق إذا تاب زال عنه اسم الفسق بالتوبة ولا يكون عدلاً حتى يحصل له تلك الملكة والاستبراء يحصلها والولي في النكاح لا يشترط في العدالة وإنما يشترط عدم الفسق وهذه قاعدة عظيمة ينتفع بها في مواضع، وكذا الكافر إذا أسلم لا يحكم بعدالته حتى تختبر، وليس بفاسق ما لم يصدر منه كبيرة.

(١) سقط في ز.

(٢) إطلاقه الأبعد في الولاء يتناول ما لو كان المعنى حياً وهو بغير صفة الولاية وهذا هو المذهب المعتمد ولا يغتر بمن قال خلاف ذلك.

ولا يزوج الكافرة قريبها المسلم، بل الأبعد الكافر وإن لم يكن زوجها قاضي المسلمين بالولاية العامة، فإن لم يكن هناك قاضٍ للمسلمين.

حكى الإمام عن إشارة صاحب «التقريب» أنه يجوز للمسلم قبول نكاحها من قاضيهما والظاهر المنع.

وهل يزوج اليهودي النصرانية يمكن أن يلحق بالميراث ويمكن أن يمنع؛ لأن اختلاف المِلَل وإن كانت باطلة منشأ العداوة وسقوط النظر، والمرد لا ولاية له على [المسلمة]<sup>(١)</sup> ولا على الكافرة ولا على المُرتدة - قاله في «التممة»<sup>(٢)</sup>.

قالَ الغزاليُّ: (الرَّابِع) الإِخْرَامُ يَسْلُبُ (ح م) عِبَارَةَ الْعَقْدِ رَأْسًا، وَهَلْ يَمْنَعُ مِنْ الْأَنْعِقَادِ بِشَهَادَةِ وَمِنْ الرَّجْمَةِ وَيَعْدُ التَّحْلِيلَ الْأَوَّلَ؟ فِيهِ خِلَافٌ، وَقِيلَ: إِنَّهُ لَا يَسْلُبُ بَلْ يَنْقُلُ إِلَى السُّلْطَانِ كَالْغَنِيَّةِ (ح م) إِلَى مَسَافَةِ الْقَضْرِ عَلَى وَجْهِ، أَوْ مَسَافَةِ الْعَدْوَى عَلَى وَجْهِ حَتَّى لَا يَنْعَزِلَ وَكَيْلُ الْمُحْرِمِ، كَمَا لَا يَنْعَزِلُ وَكَيْلُ الْغَائِبِ، وَإِنْ كَانَ الْأَظْهَرُ أَنَّ الْوَكِيلَ لَا يَتَعَاطَى فِي حَالَةِ إِخْرَامِ الْمُوَكَّلِ بَلْ بَعْدَهُ.

قال الرَّافعيُّ: هَذَا الْكَلَامُ يَشْتَمِلُ عَلَى مَسْأَلَتَيْنِ:

إحدهما: إخرام المتعاقدين، والمرأة يمنع صحة النكاح خلافاً لأبي حنيفة - رحمه الله -<sup>(٣)</sup>.

(١) في ز: المسلمين.

(٢) قال النووي في زوائده: لا يزوج مسلم كافرة إلا السلطان والسيد على الأصح وإذا زوج أمة موليته، ولا يزوج كافر مسلمة إلا أمته وأم ولده على وجه، قاله الفوراني. والله أعلم.

قال الشيخ البلقيني: بقيت صورة رابعة وهي ما إذا زوج المسلم الكافرة المملوكة لمحجوره المسلم وكان الزوج أباً أو جداً. قال الشيخ جلال الدين: سألت عما لو وكل كافر مسلماً في إيجاب نكاح كافرة لكافر وهو ولي عليها، ويظهر فيها الجواز لأنه إذا كان إمام الحرمين ادعى أن الكافر يكون وكيلاً في إيجاب نكاح مسلمة على المذهب فما الظن بهذه المسألة. انتهى. والمذهب خلاف ما ذكره الإمام.

(٣) اختلف الفقهاء في الإحرام هل هو مانع من صحة النكاح أو لا؟.

ذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة إلى القول بأن الإحرام يمنع من صحة النكاح، وأن النكاح يفسد إذا كان أحد الثلاثة، وهم الزوج، والزوجة والولي محرماً بحج أو عمرة، لأنهم يشترطون في صحة النكاح الخلو من الإحرام، وإلى هذا ذهب الليث، والأوزاعي، وهو قول عمر بن الخطاب، وعلي، وابن عمر، وزيد بن ثابت.

وذهب الحنفية إلى القول بأن إحرام أحد الثلاثة لا يمنع من صحة النكاح، =

وقالوا: يصح النكاح، ولو كان كل من الزوج والزوجة والولي محرماً.

واستدل المالكية، ومن معهم بالسنة والأثر.

أما السنة: - فما روي الجماعة إلا البخاري عن أبان بن عثمان قال: سمعت أبي عثمان بن عفان يقول قال رسول الله ﷺ «لَا يَنْكِحُ الْمُحْرِمُ وَلَا يُنْكَحُ» زاد مسلم «وَلَا يَخْطُبُ» وزاد ابن حبان في صحيحه «وَلَا يَخْطُبُ عَلَيْهِ».

ووجه الدلالة من الحديث أن النبي - ﷺ - نهى المحرم عن أن ينكح، أو ينكح وهذا يشمل الزوج، والزوجة، والولي، والنهي إذا رجع لذات المنهي عنه يقتضي فساد، فيكون النكاح مع إحرام أحد الثلاثة فاسداً.

وأما الأثر: فما روي عن داود بن الحصين أن أبا غطفان المري أخبره أن أباه طريفاً تزوج امرأة، وهو محرم فرد عمر بن الخطاب نكاحه - ووجه الدلالة من هذا الأثر أن عمر بن الخطاب رد نكاح المحرم، وما ذلك إلا لفساده وإلا لما رده عمر وقد نوقشت هذه الأدلة بما يأتي.

أما الحديث فقد قيل لهم فيه - أن البخاري وهو معروف بدقته في الحديث ضعفه، فقد قال ابن العربي ضعف البخاري حديث عثمان وصح حديث ابن عباس، فلو علم البخاري أن رواية حديث عثمان يساوون رواية حديث ابن عباس لصحح كلاً الحديثين، وعلى تسليم صحة حديث عثمان، وأن مسأله لحديث ابن عباس نقول: إن معنى قوله - ﷺ - «لَا يَنْكِحُ الْمُحْرِمُ» لا يظاً فهو محمول على الوطء، أو النهي لكراهة، لكونه سبباً في الوقوع في الرفث. لأن عقده لنفسه ولغيره ممتنع، ولهذا قرنه بالخطبة، ولا خلاف في جوارها.

وإن كانت مكروهة، أو نقول أن النهي هنا ليس لذات المنهي عنه، بل لأمر خارج عنه، وهو الإحرام، وهذا لا يقتضي فساد المنهي عنه.

ويقال لهم في الأثر المروي عن عمر بن الخطاب أنه معارض بما روي عن أنس بن مالك، فقد روي عن عبد الله بن محمد بن أبي بكر قال: سألت أنساً عن نكاح المحرم قال: وما بأس به هل هو إلا كالبيع، وإسناده صحيح.

وأما الحنفية فقد استدلوا على مذهبهم بالسنة والمعقول.

أما السنة: - فما روى الأوزاعي عن عطاء بن أبي رباح عن ابن عباس - رضي الله تعالى عنهما - أن النبي - ﷺ - تزوج ميمونة وهو مُحْرِمٌ.

ووجه الدلالة من هذا أن ابن عباس أخبر أن النبي - ﷺ - تزوج وهو محرم فدل ذلك على صحة نكاح المحرم؛ لأن ما صح له - ﷺ - يصح لأمة إلا إذا قام دليل على الخصوصية، ولا دليل هنا.

وأما المعقول، فقد قالوا: إن النكاح عقد كسائر العقود التي يتلفظ بها من شراء الأمة للتسري وغيره، ولا يفسد شيء من العقود بسبب الإحرام.

وقد قيل للحنفية في حديث ابن عباس ما يأتي.

أولاً: - أن ميمونة وهي صاحبة القصة ردت أن تزوجها، وهو حلال وهي أعرف بالقضية من ابن عباس لتعلقها بها.

وثانياً: - أن المراد بالمحرم أنه في الحرم، فإنه يقال لمن في الحرم محرم، وإن كان حلالاً. قال الشاعر:

قتلوا ابن عفان الخليفة محرماً

أي في حرم المدينة.

وعن مالك - رضي الله عنه - أنه ينعقد ثم يفرق بينهما بطلقة .

دليلنا ما روي عن عثمان - رضي الله عنه - أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال : « لا يَنْكِحُ الْمُخْرِمُ وَلَا يَنْكِحُ »<sup>(١)</sup> . وَهَذَا إِذَا كَانَ الْمَرْجُوعُ الْإِمَامَ وَالْقَاضِيَ فِيهِمَا وَجْهَانِ :

أحدهما : أَنَّ لَهُمَا التَّزْوِيجَ فِي الْإِحْرَامِ لِقُوَّةِ وَلَايَتَيْهِمَا .

وَأَصْحُهُمَا : الْمَنْعُ<sup>(٢)</sup> لِإِطْلَاقِ الْخَبَرِ .

= ثالثاً : - على تسليم أن النبي - ﷺ - تزوجها وهو محرم ، فإن فعله معارض بقوله : « لا يَنْكِحُ الْمُخْرِمُ » وإذا تعارض القول مع الغفل يرجح القول على الفعل .

رابعاً : - أن ذلك من خصائصه عليه الصلاة والسلام .

(١) أخرجه مسلم [١٤٠٩] من حديث أبان بن عثمان عن عثمان وفيه قصة ، وزاد : ولا يخطب ، وابن حبان وزاد : ولا يخطب عليه .

(٢) قال الشيخ البلقيني فوائد : .

الأولى : لو أحرم شخص وتزوج ولم يدر هل أحرم قبل تزويجه أم بعده ففي فتاوى النووي نقلاً عن نص الشافعي أنه يصح تزويجه وقاس عليه أصحابه من أحرم بعمرة ثم أدخل عليها الحج وشك هل كان إدخاله قبل الطواف أو بعده فإنه يحكم بصحة حجه حتى يتيقن أنه كان بعده وقد ذكر الماوردي ذلك لكن في النهاية في أواخر الطلاق أن العبد إذا طلق امرأته طلقته وأعتقه سيده ولم يدر أكان العتق أسبق أو الطلاق واتفق الزوجان على الأشكال . عن ابن الحداد أنها تحرم حتى تنكح زوجاً غيره .

قال : وقد وافقه معظم الأصحاب ، وذهب بعضهم إلى جواز العود والأول هو المذهب . وقد كتبت عن فتاوى القاضي الحسين في مسألة الوكالة عند التوكيل ما يشهد لما قررناه أولاً ، ونظير ذلك ما لو صلى خلف إمام وشك هل كان متقدماً أو متأخراً وفيها كلام الشافعي والأصحاب ، ولذلك نظائر كثيرة .

الثانية : إذا أحرم الإمام وقلنا بالأصح أنه لا يزوج فهل للقضاة ونوابهم التزويج حال إحرام الإمام وجهان ذكرهما الماوردي ومن تبعه ، ولم يرجح شيئاً والأصح الجواز .

الثالثة : إذا كان السيد محرماً فأذن لعبده في التزويج أو كان ولي السفيه محرماً فأذن للسفيه في التزويج وكان أو العبد أو السيد محرماً فحلالاً فهل يصح عقدهما بهذا الإذن حالة الإحرام؟ لم أقف على نقل في ذلك والأقرب المنع ولو كان الولي حلالاً فزوج أمة المحجور عليه وهي حلال والزوج حلال فالصواب الصحة . انتهى .

قال في القوت : لو أذن المحرم لعبده الحلال في النكاح . قال القاضي أبو الطيب في الحج من تعليقه حكى ابن المزربان عن ابن القطان أن الإذن باطل .

قال : قيل لابن القطان فالمحرمة إذا أذنت لعبدها فيه قال : لا يجوز كالمحرم سواء . قال ابن المزربان في المسألتين . عندي نظر .

قال صاحب القوت : وقياس قول ابن القطان أنه لو أذن الولي المحرم للسفيه في النكاح لم يصح وكان المأخذ أن المحرم ساقط العبادة في النكاح جملة فظهر ما بحثه في العبد منقولاً وما ذكره في السفيه بحثاً أيضاً موافق لبحث الأذرعي . قاله البكري .

ثم أثر الإحرام ماذا. فيه وجهان:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ أَثَرَهُ سَلَبُ الْوَلَايَةِ، وَنَقْلَهَا إِلَى الْأَبْعَدِ كَالْجُنُونِ.

وأظهرهما: أَنَّ أَثَرَهُ مَجْرَدُ الْامْتِنَاعِ دُونَ زَوَالِ الْوَلَايَةِ لِبَقَاءِ الرُّشْدِ وَالتَّنْظُرِ، وَعَلَى هَذَا فَيُزَوِّجُ السُّلْطَانُ كَمَا فِي صُورَةِ الْغَيْبَةِ وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْإِحْرَامُ بِالْحَجِّ، أَوْ بِالْعُمْرَةِ، وَلَا بَيْنَ أَنْ يَكُونَ صَحِيحاً أَوْ فَاسِداً.

وحكى الحنَّاطِيُّ وجهاً: أَنَّ الْإِحْرَامَ الْفَاسِدَ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ النِّكَاحِ وَفِي انْتِقَادِ النِّكَاحِ بِشَهَادَةِ الْمُحْرَمِ وَجِهَانِ.

قَالَ الْإِضْطَخْرِيُّ: لَا يَنْعَقِدُ، لِأَنَّهُ رُوِيَ فِي بَعْضِ الرُّوَايَاتِ: «لَا يَنْكَحُ الْمُحْرَمُ وَلَا يَشْهَدُ»<sup>(١)</sup>.

وَالْأَظْهَرُ الْانْتِقَادُ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِعَاقِدٍ وَلَا مَعْقُودٍ عَلَيْهِ لَكِنَّ الْأَوْلَى أَنْ لَا يَحْضُرَ، وَفِي جَوَازِ الرَّجْعَةِ فِي الْإِحْرَامِ وَجِهَانِ:

أَحَدُهُمَا: الْمَنْعُ كَأَيْتِدَاءِ النِّكَاحِ، وَهُوَ أَصَحُّ الرُّوَايَتَيْنِ عَنْ أَحْمَدَ.

وَأَصْحَبُهُمَا: الْجَوَازُ؛ لِأَنَّهَا اسْتِدَامَةٌ، فَأَشْبَهَتْ الْإِمْسَاكَ فِي دَوَامِ النِّكَاحِ، وَقَدْ بَيَّنَّا هَذَا الْخِلَافَ عَلَى أَنَّ الرَّجْعَةَ هَلْ تَفْتَقِرُ إِلَى حُضُورِ الشُّهُودِ، فَإِنْ قُلْنَا: نَعَمْ - أَجْرَيْنَاهَا مَجْرَى الْإِبْتِدَاءِ. وَفِي جَوَازِ النِّكَاحِ بَيْنَ التَّحْلِيلَيْنِ قَوْلَانِ مَذْكُورَانِ فِي «الْحَجِّ» بِشَرَحِهِمَا. وَلَوْ أَنَّ صَاحِبَ «الْكِتَابِ» اِكْتَفَى بِمَا سَبَقَ عَنْ إِعَادَتِهِ هُنَا لَجَازَ وَمِنْ فَاتِهِ الْحَجِّ، فَهَلْ لَهُ أَنْ يَنْكَحَ قَبْلَ التَّحْلِيلِ بِعَمَلِ عُمَرَةَ، فِيهِ وَجِهَانٌ زَوَاهُمَا الْحَنَّاطِيُّ، وَلَوْ وَكَلَّ حَلَالَ حَلَالاً بِالتَّزْوِيجِ، ثُمَّ أَحْرَمَ أَحَدَهُمَا، أَوْ أَحْرَمَتِ الْمَرْأَةَ، فَفِي انْعِزَالِ الْوَكِيلِ وَجِهَانٌ بِنَاءً عَلَى الْخِلَافِ السَّابِقِ فِي أَنَّ الْإِحْرَامَ هَلْ يَزِيلُ الْوَلَايَةَ أَمْ لَا، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا [يَنْعَزِلُ]<sup>(٢)</sup>، حَتَّى يَجُوزَ لَهُ التَّزْوِيجُ بَعْدَ التَّحْلِيلِ بِالْوَكَالَةِ السَّابِقَةِ، وَهَلْ لَهُ التَّزْوِيجُ قَبْلَ تَحْلِيلِ الْمَوْكَلِ أَثْبَتَ صَاحِبُ «الْكِتَابِ» فِيهِ وَجْهَيْنِ حَيْثُ قَالَ: «وَإِنْ كَانَ الْأَظْهَرُ [أَنَّ الْوَكِيلَ]<sup>(٣)</sup> لَا يَتَّعَاطَى فِي حَالَةِ إِحْرَامِ الْمَوْكَلِ بَلْ بَعْدَهُ»، وَلَمْ أَرَ لِلْخِلَافِ ذِكْراً، فِيمَا عَشَرَتْ عَلَيْهِ مِنْ كُتُبِ الْأَصْحَابِ، وَلَمْ يَتَّعَرَّضْ لَهُ فِي «الْوَسِيطِ»، وَلَا ذَكَرَهُ الْإِمَامُ وَإِنَّمَا قَالَا: قَالَ الصَّنِيدَلَانِيُّ: لَا يَزُوجُ الْوَكِيلُ؛ لِأَنَّ تَنْفِيدَ تَصَرُّفِ النَّائِبِ مَعَ عَجْزِ الْأَصْلِ بِعِيدٍ، وَهَذَا لَا يُوجِبُ الْخِلَافَ، وَلَوْ جَرَى التَّوَكُّيلُ فِي حَالِ إِحْرَامِ الْمَوْكَلِ أَوْ الْوَكِيلِ أَوْ الْمَرْأَةِ، فَيَنْظُرُ إِنْ وَكَلَّ

(١) قَالَ النَّوَوِيُّ فِي شَرْحِ الْمَهْذَبِ: قَالَ الْأَصْحَابُ: هَذِهِ الرُّوَايَةُ غَيْرُ ثَابِتَةٍ، وَبِهَذَا جَزَمَ ابْنُ الرَّفْعَةِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ الَّذِي زَادَهَا مِنَ الْفُقَهَاءِ أَخَذَهَا اسْتِنْبَاطاً مِنْ فِعْلِ أَبِي بَانَ بْنِ عَثْمَانَ لَمَّا امْتَنَعَ مِنْ حُضُورِ الْعَقْدِ، فَلْيَتَأَمَّلْ.

(٢) فِي ز: أَنَّهُ.

(٣) فِي ز: يَتَعَوَّلُ.

ليعقد في حال الإحرام لم يصح وإن قال ليزوج بعد التحلل [صح<sup>(١)</sup>]؛ لأن الإحرام يمنع العقد دون الإذن، ومن الحق الإحرام بالجنون لم يصححه في حال إحرام الموكل.

ولو أطلق التوكيل، فهو كالتقييد بما بعد التحلل، ولو قال: إذا حصل التحلل، فقد وكلتُك فهنا تعليق الوكالة، وقد سبق الخلاف فيه وإذن المرأة في حال إحرامها على التفصيل المذكور في التوكيل، ولو وكل حلال محرماً ليوكل حلالاً بالتزويج، فأصح الوجهين الجواز؛ لأنه سفير محض ليس إليه من العقد شيء واعلم أن إيراد الكتاب يشعر بترجيح الوجه الصائر إلى أن الإحرام يزيل الولاية، ويوجب الثقل إلى الأبعد وانعزال الوكيل، والأقرب عند الأكثرين خلافه كما بيّنا.

**المسألة الثانية:** إذا لم يكن الولي الأقرب حاضراً ينظر، فإن كان مفقوداً لا يعرف مكانه ولا موته ولا حياته، فيزوجها السلطان، لأن نكاحها قد تُعذر من جهته، فأشبه ما إذا عضل، وإذا انتهى الأمر إلى غاية يحكم فيها بالموت، ويقسم ماله بين ورثته على ما بيّنا في «الفرائض»، فلا بُد من نقل الولاية إلى الأبعد، وإن كان غائباً يعرف مكانه، فإن كانت الغيبة إلى مسافة تقصر فيها الصلاة، فيزوجها السلطان أيضاً، ولا يزوج الأبعد؛ لأن الغائب ولي بدليل: أنه لو كان له وكيل لا ينعزل ويصح تزويجه في الغيبة، والتزويج حق عليه، فإذا تعذر استيفاؤه منه ناب عنه القاضي.

وعن ابن سريج فيما روى الحنطبي أن الغيبة تنقل الولاية إلى الأبعد كالجنون. وحكى القاضي ابن كج عن القاضي أبي حامد سماعاً: أنه يفرق بين الملوك وأكابر الناس، فتعتبر مراجعتهم، وبين التجار، وأوساط الناس فلا تعتبر، وظاهر المذهب الأول. وإن كانت الغيبة إلى مسافة لا تقصر فيها الصلاة فوجهان:

أحدهما: أن الحكم كما في المسافة الطويلة؛ لأن التزويج حق لها، وقد يثوت الكفء الراغب بالتأخير، فتتضرر به وهو ظاهر لفظ «المختصر» فإنه قال: «وإن كان أولاهم مفقوداً أو غائباً غيبة بعيدة كانت، أو قرية زوجها السلطان».

وأظهرهما: ويحكي عن نصه في «الإملاء»: أنها لا تزوج حتى تراجع فتحضر، أو توكل؛ لأن الغيبة إلى المسافة القصيرة بالإقامة، ولو كان مقيماً في البلد لم يزوجه الحاكم، فكذلك ما هنا ولفظ «المختصر» محمول على بعد مدة الغيبة وقربها دون المسافة.

هكذا ذكر العراقيون من الوجهين أصحابنا وآخرون وفصل مفصلون فقالوا: إن غاب إلى حيث لا تقصر فيه الصلاة نُظر إن كان بحيث أن يتمكن المبكر إليه من الرجوع

(١) سقط في ز.



إلى منزله قبل مجيء الليل فلا بُدَّ من مراجعته قطعاً، والوجهان فيما يجاوز ذلك، وهذا ما أورده صاحب «الكتاب» وإذا جمعت بين الطرفين تحصلت على ثلاثة أوجهٍ ثالثها الفَرْقُ.

وقال أبو حنيفة وأحمد - رضي الله عنهما -: إن كانت الغيبة منقطعة انتقلت الولاية إلى الأبعد، والغيبة المنقطعة [أن تكون]<sup>(١)</sup> بحيث [تصل القوافل]<sup>(٢)</sup> إليه في السنة إلا مرة، وفي تفسيرها روايات أخر.

وقوله في الكتاب: «كالتعبية إلى مسافة القصر على وجه، أو على مسافة العدوى على وجه» ومسافة العدوى، فيما فسّر الإمام غيره، وهي التي يمكن قطعها في اليوم الواحد ذهاباً وإياباً كما قدمنا، وأما لفظ «العدوى» - ففي «الصحيح» أنه الاسم من الإعداء وهي المَعُونَةُ.

يُقَالُ: أعدى الأَمِيرُ فلاناً على فلانٍ، أي: أعانته عليه - والعدوى أيضاً ما يعدى من جرب وغيره وهو مُجاوزته من صاحبه إلى غيره، فقبيل لهذه المسافة مسافة العدوى؛ لأنَّ القاضي يعدي من استعداه على الغائب إليها، فيحضره ويمكن أن يُجعل من الإعداء بالمعنى الثاني لسهولة المجاوزة من أحد الموضعين، إلى الآخر.

وإذا عرف ذلك، فمن حق هذا التفسير أن نقول: أو فوق مسافة العدوى في وجه؛ لأنَّ الغيبة إلى الحد المذكور لا عبرة بها على هذا الوجه، وقد ألحق لفظه فوق في النسخ المحدثه باللفظ.

وقال في «الوسيط»: السلطان يزوج إذا كانت الغيبة فوق مسافة القصر، ولا يزوج إذا كانت دون مسافة العدوى، وفيما بينهما وجهان، ولفظة «دون» على التفسير المذكور مطرحة. ولفظة «فوق» في مسافة القصر غير محتاج إليها.

فرغ: عن نص الشافعي - رضي الله عنه - أن السلطان لا يزوج التي تدعي غيبة وليها، حتى يشهد شاهداً أنه ليس لها ولي حاضر، وأنها خلية عن النكاح والعدة، واختلّف الأضحاب.

فمن قائل أنه واجب احتياطاً للأبضاع إذ لا يؤمن أن يكون الولي قد زوجها في غيبته. من قائل إنه محبوب ويجوز التحويل على قولها، فإن الرجوع في العقود إلى قول أزبائها وعلى هذا فلو ألحت على المطالبة، ورأى السلطان التأخير هل له وذلك.

فيه وجهان: رواهما الإمام عن الأصوليين، ولا يقبل في هذا الباب إلا شهادة من يطلع على باطن حالها كما في شهادة الإغسار، وحصر الورثة، وإن كان الولي الغائب

(٢) في ز: تكون القوافل متصل.

(١) سقط في ز.

ممن لا يزوج إلا بالإذن فقالت: ما أذنت له، فَلِلْقَاضِي تَحْلِيفُهَا عَلَى نَفِي الْإِذْنِ<sup>(١)</sup> والأولى أن يأذن القاضي للأبعد إذا غاب الأقرب الغيبة المُعْتَبَرَةَ، حَتَّى يزوج أو يزوج القاضي بإذن الأبعد للخروج من الخلاف، والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الْفَضْلُ الرَّابِعُ فِي تَوَلِّي طَرْفِي الْعَقْدِ) وَالْأَبُ يَتَوَلَّى طَرْفِي الْعَقْدِ فِي مَالِ طِفْلِهِ، وَلَا يَتَوَلَّى الْجَدُّ (ح م) طَرْفِي النِّكَاحِ عَلَى حَافِدِيهِ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ لِلتَّعْبُدِ، وَالْقَاضِي وَالْمُعْتَقُ وَأَبْنُ الْعَمِّ لَيْسَ لَهُمْ (ح م و) تَوَلِّي طَرْفِي النِّكَاحِ، وَلَا يَكْفِيهِمُ التَّوَكُّلُ بَلْ يُزَوِّجُ مِنْهُمْ الْحَاكِمُ، وَالْإِمَامُ الْأَعْظَمُ يَتَوَلَّى الطَّرْفَيْنِ عَلَى وَجْهِهِ وَالْوَكِيلُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ لَا يَتَوَلَّى طَرْفِي الْبَيْعِ وَالنِّكَاحِ (ح).

قال الرَّافِعِيُّ: قوله: «الأب يتولى طرفي العقد في مال طفله» قد ذكره من قبل، ولم يتولاها.

قيل: لقوة ولايته وكمال شفقته وقيل: لِعُسْرِ مَرَاجَعَةِ السُّلْطَانِ فِي كُلِّ بَيْعٍ وَشِرَاءٍ. وقيل لمجموع المعنيين والجد في ذلك كالأب. ثُمَّ فِي الْفَصْلِ مَسَائِلُ: إحداهما: هل يتولى الجد طرفي النكاح في تزويج بنت ابنه الصغيرة أو البالغة من ابن آخر فيه وجهان: أحدهما: نَعَمْ - لِقُوَّةِ وِلَايَتِهِ.

والثاني: لا؛ لأن خطاب الإنسان مع نفسه لا ينتظم، وإنما جوزنا في البيع لكثرة وقوعه، وأيضاً فقد روي مرفوعاً وموقوفاً أنه لا نكاح إلا بأزبعة: حاطبٌ ووليٌّ وشاهدين. والوجه الأولى: هو اختيار ابن الحداد والقفال وصاحب «الشامل».

والثاني: اختيار صاحب «التلخيص» وجماعة من المتأخرين<sup>(٢)</sup>. فإن قلنا إنه يتولى الطرفين، فيشترط الإتيان بشقي العقد أم يكفي أحدهما؟ فِيهِ خِلَافٌ مُرْتَبِّ عَلَى الْخِلَافِ فِي الْبَيْعِ إِذَا تَوَلَّى طَرْفِيهِ، وَقَدْ سَبَقَ ذِكْرُهُ فِي كِتَابِ «الْبَيْعِ» وَالنِّكَاحِ أَوْلَى بِاعْتِبَارِهِمَا لِمَا خَصَّ بِهِ مِنَ التَّعْبُدَاتِ، وَهُوَ اخْتِيَارُ ابْنِ الْحَدَّادِ. فإن قلنا: لا يتولاها فإن كانت بالغة فيزوجها السلطان بإذنها ويقبل الجد النكاح

(١) قال النووي: قال الغزالي: وللقاضي تحليفها أن وليها لم يزوجها في الغيبة إن رأى ذلك. ومثل هذه اليمين التي لا تتعلق بدعوى، هل هي مستحبة، أم واجبة؟ وجهان.

(٢) قال النووي: قال الرافعي في «المحرر»: رجح المعتبرون الجواز. والله أعلم.

قال في الشرح الصغير: إنه أقوى الوجهين.

وإن كانت صغيرة وَجِبَ الصَّبْرُ إلى أن تبلغ فتأذن أو يبلغ الصغير فيقبل.

وكذلك حَكِيَ الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ وغيره وَذَكَرَ الإِمَامُ تَفْرِيعاً على مَنَعِ التَّوَكُّيلِ أَنَّهُ يرفع الأمر إلى السُّلْطَانِ، حَتَّى يتولى أحد الطرفين ويحتمل أن يُقَالَ: يتخير ويتولى ما شاء منهما، ويحتمل أن يقال: يأتي بما يستدعيه الوَلِيُّ. وهذا إن كان مَفْرُوضاً فيما إذا كان ابن الابن صغيراً، فَهُوَ مخالف للأصل المقرر أن غير الأب وَالْجَدُّ لا يزوج الصغيرة والابن الصغير ولكن يمكن فرضه فيما إذا كانت الولاية عليه بسبب الجنون، وَهَلْ لِلْعَمِّ تَزْوِيجُ بِنْتِ أُخِيهِ وَلابنِ الْعَمِّ تَزْوِيجُ بِنْتِ الْعَمِّ مِنَ الابْنِ الْبَالِغِ فِيهِ هُنَا وَجِهَانِ: أَظْهَرُهُمَا: نَعَمْ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ تَوَلَّى الطَّرْفَيْنِ.

والثاني: لا؛ لِأَنَّهُ مَتَّعَهُمْ فِي حَقِّ وَلَدِهِ وَرَبِّمَا عَرَفَ فِيهِ مَنَفَعَةً فَأَحْفَاهَا، وَمِنْهُمْ مَنْ قَطَعَ بِالْأَوَّلِ وَاسْتَشْهَدَ بِهِ لِلْوَجْهِ الدَّاهِبِ إِلَى تَجْوِيزِ بَيْعِ الْوَكِيلِ الْمَطْلُوقِ مِنْ ابْنِهِ، وَقَدْ بَيَّنَّا فِي «الْوَكَاةِ» وَهَذَا إِذَا أُطْلِقَتِ الْإِذْنُ وَجَوِّزَانَهُ، فَأَمَّا إِذَا أُذِنَتْ فِي التَّزْوِيجِ مِنْهُ فَلَا كَلَامَ فِي جَوَّازِهِ وَإِنْ زَوَّجَهَا مِنْ ابْنِهِ الطِّفْلِ، فَإِنْ لَمْ نَجِيزْ فِي الْبَالِغِ فَهِيَ هُنَا أَوْلَى، وَإِنْ جَوَّزْنَا هُنَا هُنَا وَجِهَانِ.

والظاهر: المنع؛ لأنه نكاح يحضره أربعة.

المسألة الثانية: ولي المَرْأَةِ إِذَا كَانَ يَجُوزُ لَهُ نِكَاحُهَا كَابْنِ الْعَمِّ وَالْمَعْتَقِ وَالْقَاضِي، وَرَغِبَ فِي نِكَاحِهَا لَمْ يَجِزْ لَهُ أَنْ يَزُوجَهَا مِنْ نَفْسِهِ، فَيَتَوَلَّى الطَّرْفَيْنِ لَمَّا مَرَّ مِنَ الْخَبِيرِ، وَلَكِنْ يَزُوجَهَا مِنْ فِي دَرَجَتِهِ كَمَا إِذَا كَانَ هُنَاكَ ابْنُ عَمِّ آخَرَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي دَرَجَتِهِ غَيْرُهُ زَوَّجَهَا مِنْهُ الْقَاضِي، وَإِذَا كَانَ الرَّاعِبُ الْقَاضِي زَوَّجَهَا مِنْهُ مِنْ فَوْقِهِ مِنَ الْوَلَاةِ، أَوْ خَرَجَ إِلَى قَاضِي بِلَدَةٍ أُخْرَى لِيَزُوجَهَا مِنْهُ، أَوْ اسْتَخْلَفَ خَلِيفَةً إِذَا كَانَ لَهُ الْاسْتِخْلَافُ فَيَزُوجَهَا مِنْهُ - هَذَا هُوَ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ، وَهُوَ الْمَذْكَورُ فِي الْكِتَابِ هَا هُنَا، وَفِي ابْنِ الْعَمِّ وَجْهٌ آخَرُ أَنَّهُ يَتَوَلَّى الطَّرْفَيْنِ وَقَدْ أوردته صاحب «الْكِتَابِ» فِي «بَابِ الْوَكَاةِ»، وَيَجِيءُ مِثْلُهُ فِي الْمَعْتَقِ وَفِي الْقَاضِي أَيْضاً وَجْهٌ بَعِيدٌ، وَيُقَالُ إِنَّ أَبَا يَحْيَى الْبَلْخِي ذَهَبَ إِلَيْهِ وَأَنَّهُ حِينَ كَانَ قَاضِياً بِدِمَشْقَ تَزَوَّجَ امْرَأَةً وَلَى أَمْرَهَا مِنْ نَفْسِهِ، وَفِي الإِمَامِ الْأَعْظَمِ وَجِهَانِ مَعْرُوفَانِ:

أحدهما: أن له تولي الطرفين؛ لأنه ليس فوقه من يزوجه.

وأصحهما: المنع فيزوجها القاضي منه بالولاية كما يزوج خليفة القاضي من

القاضي.

ولو أراد أحد هؤلاء تزويجها من ابنه الصغير، فهو كما لو أراد تزويجها من نفسه، وحيث جوزنا لأحدهم التزويج من نفسه، فذلك إذا سمته في إذنها، فأما إذا طلبت الإذن وجوزنا، ففيه وجهان حكاهما الحنطيطي.

المسألة الثالثة: من منعناه من تولي الطرفين لو وكل في أحد الطرفين، أو وكَّل شخصين بالطرفين فيه وجهان:

أحدهما: أنه يجوز؛ لأن المقصود رِعايَةَ التعبد في صورة العقد، وقد حصل.

وأصحُّهُمَا: الْمَنَعُ؛ لأن فعل الوكيل فعل الموكل، وليس ذلك كتزويج خليفة القاضي من القاضي والقاضي من الإمام الأعظم، فإنهما يتصرَّفَانِ بِالْوَلَايَةِ لا بالوكالة، ومنهم من جَوَزَ لِلجَدِّ التَّوَكُّيلَ، ولم يجوزه لابن العَمِّ وَمَنْ فِي مَعْنَاهُ؛ لأن الجَدَّ ولي تام الولاية من الطرفين، وابن العم وليٌّ من طرف وخاطب من طرف.

ولو وكل الولي رجلاً ووكله الخاطبُ أيضاً ليتولى التزويج، والتزوج ففِيهِ خِلَافٌ تَقَدَّمَ ذِكْرُهُ فِي «باب الوكالة»، وكذا في «البيع» لو وكَّلَ البَائِعُ والمشتري رجلاً، فالأصحُّ المنع، وبه أجاب هنا، ويجري الخِلَافُ فيما لو وكل رجلاً بأن يزوج ابنته من نفسه.

واعلم قوله في الكتاب: «والأب يتولى طرفي البيع» بالحاء؛ لِمَا رُوِيَ عَن أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْوَلِيَّ وَالْوَكِيلَ يتوليان طرفي النكاح دون البيع.

وقوله: «لا يتولى الجدُّ طرفي النكاح» بالحاء والميم؛ لأنَّ عندهما يجوز للجدِّ تولي طرفي النكاح.

وكذا قوله: «ليس لهم تولي طرفي النكاح» بالواو أيضاً؛ لما قَدَّمْتَاهُ.

وقوله: «ولا يكفيهم التَّوَكُّيلُ» بالواو والألف؛ لأنَّ عند أَحْمَدَ يكفيهم التَّوَكُّيلُ.

وقوله: «وَالْوَكِيلُ من الجانبين لا يتولى» بالواو.

وقوله: «وَالنَّكَاحُ» بالحاء.

فُرُوعٌ:

أحدها: هل للسَّيِّدِ تَزْوِيجُ أَمَّتِهِ مِنْ عَبْدِهِ الصَّغِيرِ؟.

إذا جَوَّزْنَا له إجباره فيه وجهان، كتولي الجد طرفي النكاح.

الثاني: ابنا عَمِّ أحدهما لأب، والآخر لأب وأم، وَأَزَادَ الْأَوَّلُ نِكَاحَهَا يزوجها منه

الثاني، وَإِنْ أَزَادَ الثَّانِي نِكَاحَهَا، فَإِنَّ قُلْنَا إِنَّهُمَا يَسْتَوِيَانِ يزوجها منه الأول، وإلا فالقاضي.

الثالث: إِذَا قَالَتْ لابن العَمِّ أو المعتق: زَوِّجْنِي أو زوجي مِمَّنْ شئت لم يكن

للقاضي تزويجها منه بهذا الإذن؛ لأنَّ الْمَفْهُومُ منه التزويج من الغير، فَإِنَّ قَالَتْ:

زَوِّجْنِي مِنْ نَفْسِكَ.

حكى صَاحِبُ «التَّهْدِيَةِ» عن بعض الأصحاب: أنه يجوز للقاضي تزويجها منه

بذاك الإذن.

قال: وعندي لا يجوز؛ لأنها إنما أذنت له لا للقاضي.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الْفَضْلُ الْخَامِسُ فِي التَّوَكُّيلِ)، وَلِلْمُجْبِرِ أَنْ يُوَكَّلَ وَعَلَيْهِ تَعْيِينُ الزَّوْجِ فِي قَوْلِ، وَإِذَا أَدْنَتْ لِغَيْرِ الْمُجْبِرِ مِنْ غَيْرِ تَعْيِينِ زَوْجٍ جَازٍ فِي أَقْوَى الْقَوْلَيْنِ، وَإِذَا قَالَتْ: زَوْجِي مِمَّنْ شِئْتُ لَمْ يُزَوَّجْ إِلَّا مِنْ كُفٍّ، وَإِذَا مَنَعَتْ غَيْرَ الْمُجْبِرِ مِنَ التَّوَكُّيلِ لَمْ يُوَكَّلْ، وَإِنْ أَطْلَقَتْ الْإِذْنَ كَانَ لَهُ التَّوَكُّيلُ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: التَّوَكُّيلُ بِالتَّزْوِيجِ، وَالتَّزْوُجُ جَائِزٌ لِمَا مَرَّ فِي كِتَابِ الْوَكَالَةِ، ثُمَّ الْوَلِيُّ لَا يَخْلُو إِذَا كَانَ يَكُونُ مَتَمَكِّنًا مِنَ الْإِجْبَارِ، أَوْ لَا يَكُونُ فَإِنْ تَمَكَّنَ مِنَ الْإِجْبَارِ، فَلَهُ التَّوَكُّيلُ مِنْ غَيْرِ إِذْنِ الْمَرْأَةِ.

وفي كتاب الحنَّاطي وجه: أنه لا بُدَّ من إذنها وعلى هذا فلو كانت صغيرة امتنع التوكيل بتزويجها، وهكذا حكى القاضي ابن كنج عن رواية القاضي أبي حامد والمذهب الأول.

وإذا وكل فهل يشترط تعيين الزوج؟.

فيه قولان - ويقال وجهان:

أحدهما: ويحكى عن نصه في «الإملاء»: - نَعَمْ لِاخْتِلَافِ الْأَعْرَاضِ بِاخْتِلَافِ الْأَزْوَاجِ، وَلَيْسَ لِلْوَكِيلِ شَفَقَةٌ دَاعِيَةٌ إِلَى حُسْنِ الْاِخْتِيَارِ.

وأصحهما: أنه لا يشترط؛ لأنه يَمْلِكُ التَّعْيِينَ فِي التَّوَكُّيلِ، فَيَمْلِكُ الْإِطْلَاقَ كَمَا فِي «البيع»، وسائر التصرفات، وشفقته تدعوه إلى ألا يوكل إلا من يثق بنظره واختياره، وأجرى هذا الخلاف في إذن الثيب في النكاح وفي إذن البكر لغير الأب والجد هل يشترط فيه التعيين.

ومنهم من قطعها هنا بَعْدَ الْأَشْتِرَاطِ فِرْقًا بِأَنَّ الْإِذْنَ لِلْوَلِيِّ يَصَادَفُ مِنْ يَعْتَنِي بِدَفْعِ الْعَارِ عَنِ النَّسَبِ، وَيَحَافِظُ عَلَى الْمَصْلَحَةِ، وَالتَّفْوِيضُ إِلَى الْوَكِيلِ بِخِلَافِهِ قَالَ الْإِمَامُ: وَظَاهِرُ كَلَامِ الْأَصْحَابِ يَقْتَضِي طَرْدَ الْخِلَافِ، وَإِنْ رَضِيَتِ الْمَرْأَةُ بِتَرْكِ الْكِفَاءَةِ لَكِنِ الْقِيَاسَ تَخْصِيصَ الْخِلَافِ فِيمَا إِذَا لَمْ تَرْضَ بِهِ، فَأَمَّا إِذَا أَسْقَطَتِ الْكِفَاءَةَ، وَلَمْ تَطْلُبِ الْحِظَّ، فَلَا مَعْنَى لِاعْتِبَارِ التَّعْيِينِ، وَإِنْ جَوَّزْنَا التَّوَكُّيلَ الْمُطْلَقَ فَعَلَى الْوَكِيلِ رِعَايَةَ النَّظَرِ، فَلَوْ زَوَّجَ مِنْ غَيْرِ كُفٍّ لَمْ يَصِحَّ.

وفي كتاب القاضي ابن كنج وجه آخر: أنه يصح، ولها الخيار فإن كانت صغيرة خيَّرت عند البلوغ، ولو خطب كفتان وأحدهما أشرف فزوج من الآخر لم يصح، وإذا جوزنا الإذن المطلق فلو قالت: زوجني ممن شئت، فهل له تزويجها من غير كُفٍّ فيه وجهان:

أَحَدُهُمَا: نَعَمْ - كما لو قالت: زَوَّجَنِي مِمَّنْ شِئْتَ كُفْتَا كَان، أو غير كفاء، وهذا أظهر عند الإمام، وأبي الفَرَجِ السَّرْحَسِيِّ وَغَيْرِهِمَا.

والثَّانِي: وهو المذكور في الكتاب: أنه لا يجوز؛ لأنَّ الكُفَاءَةَ لا تهمل ظاهراً، وَكَأَنَّهَا قالت: زَوَّجَنِي مِمَّنْ شِئْتَ من الأكفاء وهذا إذا كان الولي متمكناً من الإِجْبَارِ، فَأَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ إِمَامًا؛ لأنه غَيْرُ الْأَبِ وَالْجَدِّ، أَوْ لِأَنَّهَا تَبَّ فَهَا هنا صور:

إِحْدَاهَا: إذا نهت عن التوكيل لم يكن له التوكيل؛ لأنها إنما تزوج بالإِذْنِ، ولم يَأْذَنُ فِي تَرْوِيجِ الْوَكِيلِ.

وَالثَّانِيَّةُ: أذنت في التزويج، وفي التوكيل في التزويج فله كل [واحد]<sup>(١)</sup> منهما.

وَالثَّالِثَةُ: قَالَتْ وَكُلُّ بَتْرَويجِي وَاقتصر عليه فله التوكيل وهل له أن يزوج بنفسه؟

فيه خلاف، وجه الجواز أنه يَبْعُدُ مَنَعُهُ مما له التوكيل فيه، وَكَانَ هَذَا أَظْهَرَ؛ لأنه قال في «التَّهْيِئَةِ» لو قالت: أذنت لك في التوكيل بتزويجي، ولا تزوجني بنفسك، فَالَّذِي ذَهَبَ إِلَيْهِ الْأَثَمَةُ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ الْإِذْنُ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ؛ لِأَنَّهَا مَنَعَتِ الْوَلِيَّ، وَرَدَّتِ التَّرْوِيجَ إِلَى الْوَكِيلِ الْأَجْنَبِيِّ، فَأَشْبَهَ التَّفْوِيزَ إِلَيْهِ ابْتِدَاءً.

وَالرَّابِعَةُ: أذنت له في التزويج هل له التوكيل؟

فيه وجهان:

أحدهما: المنع؛ لأنه مَنْصَرَفٌ بِالْإِذْنِ، فلا يوكل إلا بالإِذْنِ كالوكيل.

وأصحهما: نعم؛ لأنه متصرف بالولاية فأشبهه الوصي، والقيم يتمكنان من ولاية التوكيل من غير إذن، ولو أنه وكل من غير مراجعة المرأة واستئذانها فَوَجْهَانِ:

أصحهما: على ما ذكر صَاحِبُ «التَّهْدِيْبِ» [وغيره]<sup>(٢)</sup> أنه لا يجوز؛ لأنه لا يملك التَّرْوِيجَ بِنَفْسِهِ جَيِّدًا فكيف يوكل غيره.

والثاني: يجوز؛ لأنه يلي تزويجها بشرط الإِذْنِ، فَلَهُ تَفْوِيزُ مَالِهِ إِلَى غَيْرِهِ، وَعَلَى هَذَا فَيَسْتَأْذِنُ الْوَلِيَّ أَوْ الْوَكِيلَ لِلْوَلِيِّ، ثُمَّ يَزُوجُ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَسْتَأْذِنَ لِنَفْسِهِ، ثُمَّ إِذَا وَكَّلَ غَيْرَ الْمَجْبَرِ بَعْدَ إِذْنِ الْمَرْأَةِ هَلْ يَشْتَرُطُ تَعْيِينَ الزَّوْجِ إِنْ أَطْلَقَتِ الْمَرْأَةُ الْإِذْنَ، ففیه وجهان كما في توكيل المجبر.

قال الإمام - رحمه الله -: وَإِذَا كَانَتْ قَدْ عَيَّنَتِ الزَّوْجَ [سواء]<sup>(٣)</sup> اغْتَبَرْنَا التَّغْيِينَ فِي

(٢) سقط في ز.

(١) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

الإذن أو لم نعتبره، فليذكر الولي للوكيل الزوج؛ فإن لم يفعل وزوج الوكيل من غيره لم يصح، وإن اتفق التزويج منه.

قال: الْأَظْهَرُ عِنْدَنَا أَنَّهُ لَا يَصِحُّ التَّزْوِيجُ؛ لِأَنَّ التَّفْوِيزَ مُطْلَقًا، وَالْمَطْلُوبَ مُعَيَّنًا، فَاسِدٌ، وَهَذَا كَمَا لَوْ وَكَّلَ الْوَلِيُّ بِبَيْعِ مَالِ الطِّفْلِ بِمَا عَزَّ وَهَانَ، فَبَاعَ بِالْغِبْطَةِ، فَإِنَّهُ لَا يَصِحُّ لِفَسَادِ صِغَةِ التَّفْوِيزِ، وَلِكَ أَنْ تَفْرُقَ بَيْنَهُمَا بِأَنْ قَوْلُهُ «بِمَا عَزَّ وَهَانَ» إِذْنٌ صَرِيحٌ فِي الْبَيْعِ الْمَمْتَنَعِ شَرْعًا.

وقوله: وَكُلُّتُكَ بِتَزْوِيجِهَا لَا تَصْرِيحٌ فِيهِ بِالنِّكَاحِ الْمُمْتَنَعِ وَإِنَّمَا هُوَ لَفْظٌ مُطْلَقٌ، وَكَمَا يَتَّقِدُ بِالْكَفَاءِ جَازٌ أَنْ يَتَّقِدَ بِالْكَفَاءِ بِالْمَعْيِنِ وَيَعْلَمُ قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «وَلِلْوَلِيِّ الْمُجْبَرِ أَنْ يُوَكِّلَ» بِالْوَاوِ.

وقوله: «[أقوى]<sup>(١)</sup>» في القولين» بالواو للطريقة [القاطعة بَعْدَ الْأَشْتِرَاطِ، وَقَوْلُهُ: «لَمْ تَزُوجْ إِلَّا مِنْ كُفَاءٍ» بِالْوَاوِ]<sup>(٢)</sup> أَيْضًا وَكُلُّ ذَلِكَ لَمَّا قَدِمْنَا وَقَوْلُهُ: «وَأَنْ أُطْلِقَتْ الْإِذْنُ»، أَيْ: فِي التَّزْوِيجِ أَمَا إِذَا أَدْنَتْ فِي التَّوَكِيلِ فَلَهُ التَّوَكِيلُ لَا مَحَالَةَ.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَلَيُقْبَلُ الْوَلِيُّ لِلْوَكِيلِ بِالْقَبُولِ: زَوَّجْتُ مِنْ فُلَانٍ وَلَا يَقُولُ: زَوَّجْتُ مِنْكَ، وَيَقُولُ الْوَكِيلُ: قَبِلْتُ لِفُلَانٍ فَلَوْ قَالَ: قَبِلْتُ لَمْ يَكْفِ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ قَبِلَ نِكَاحًا وَتَوَى مُوَكَّلَهُ لَمْ يَقَعْ لِلْمُوَكَّلِ بِخِلَافِ الْبَيْعِ.

### [فصل في بيان لفظ الوكيل في عقد النكاح]

قال الرَّافِعِيُّ: مَقْصُودُ الْفَضْلِ بَيَانُ لَفْظِ «الْوَكِيلِ» فِي عَقْدِ النِّكَاحِ، فَإِذَا كَانَ يَزُوجُ وَكِيْلَ الْوَلِيِّ مِنَ الْخَاطِبِ، فَيَقُولُ: زَوَّجْتُ بِنْتِ فُلَانٍ مِنْكَ، وَإِذَا كَانَ يَزُوجُ الْوَلِيَّ وَيُقْبَلُ وَكِيْلَ الْخَاطِبِ، فَيَقُولُ: زَوَّجْتُ بِنْتِي مِنْ فُلَانٍ، وَيَقُولُ الْوَكِيلُ: «قَبِلْتُ نِكَاحَهَا لَهُ»، فَلَوْ لَمْ يَقُلْ «لَهُ»، فَعَلَى الْوَجْهَيْنِ الْمَذْكُورَيْنِ فِيمَا إِذَا قَالَ الزَّوْجُ: «قَبِلْتُ» وَلَمْ يَقُلْ «نِكَاحَهَا» أَوْ تَزْوِيجِهَا. وَلَوْ قَالَ: زَوَّجْتُ بِنْتِي مِنْكَ، فَقَالَ: «قَبِلْتُ نِكَاحَهَا لِفُلَانٍ» لَمْ يَنْعَقِدْ وَإِنْ قَالَ: «قَبِلْتُ نِكَاحَهَا» وَقَعَ الْعَقْدُ لِلْوَكِيلِ، وَلَمْ يَنْصَرَفْ بِالنِّيَّةِ إِلَى الْمُوَكَّلِ.

وَلَوْ جَرَى النِّكَاحُ مِنَ الْوَكِيلَيْنِ، فَقَالَ وَكِيْلَ الْوَلِيِّ: زَوَّجْتُ فُلَانَةَ مِنْ فُلَانٍ، وَقَالَ وَكِيْلَ الْخَاطِبِ: قَبِلْتُ نِكَاحَهَا لِفُلَانٍ يَصِحُّ وَفِي «الْبَيْعِ» يَجُوزُ أَنْ يَقُولَ الْبَائِعُ لِبُيْعِهِ لِبُيْعِهِ: «الْمُشْتَرِي: بَعْتَ مِنْكَ، وَيَقُولُ [الوكيل]<sup>(٣)</sup> اشتريت، وينوي موكله، فيقع العقد له، وإن لم يسمه وقرئوا بينهما بوجهين:

(٢) سقط في ز.

(١) سقط في ز.

(٣) في ز: المشتري.

أحدهما: أَنَّ الزَّوْجَيْنِ فِي النِّكَاحِ بِمِثَابَةِ الثَّمَنِ وَالثَّمَنِ فِي الْبَيْعِ وَلَا بُدَّ مِنْ تَسْمِيَةِ الثَّمَنِ وَالثَّمَنِ فِي الْبَيْعِ فَلَا بُدَّ مِنْ تَسْمِيَةِ الزَّوْجَيْنِ فِي النِّكَاحِ.

والثاني: أَنَّ الْبَيْعَ يَرُدُّ عَلَى الْمَالِ وَأَنَّهُ يَقْبَلُ النُّقْلَ مِنْ شَخْصٍ إِلَى شَخْصٍ، فَيَجُوزُ أَنْ يَقَعَ الْعَقْدُ لِلْوَكِيلِ، ثُمَّ يَنْتَقِلُ إِلَى الْمُوَكَّلِ وَالنِّكَاحُ يَرُدُّ عَلَى الْبَضْعِ، وَأَنَّهُ لَا يَقْبَلُ النُّقْلَ، وَلِهَذَا لَوْ قَبِلَ النِّكَاحَ وَكَالَهُ عَنْ غَيْرِهِ، وَأَنْكَرَ ذَلِكَ الْغَيْرِ الْوَكَالََةَ لَا يَصِحُّ النِّكَاحُ. وَلَوْ اشْتَرَى بِالْوَكَالََةِ وَأَنْكَرَ الْوَكَالََةَ وَقَعَ الْعَقْدُ لِلْوَكِيلِ.

ولو قال وَكَيْلُ الزَّوْجِ أَوْلَا: قَبِلْتُ نِكَاحَ فُلَانَةٍ مِنْكَ لِفُلَانٍ.

ثم قال وَكَيْلُ الْوَلِيِّ: زَوْجَتَهَا مِنْ فُلَانٍ جَازٌ، وَلَوْ اقْتَصَرَ عَلَى قَوْلِهِ زَوْجَتَهَا وَلَمْ يَقُلْ مِنْ فُلَانٍ، فَعَلَى الْخِلَافِ السَّابِقِ، وَإِذَا قَبِلَ الْأَبُ النِّكَاحَ لِابْنِهِ بِالْوَلَايَةِ فَيَقُولُ الْمَرْجُوعُ: زَوْجَتُ فُلَانَةٍ مِنْ ابْنِكَ وَيَقُولُ الْأَبُ: قَبِلْتُ النِّكَاحَ لِابْنِي، وَهَذَا كُلُّهُ؛ لِأَنَّ التَّزْوِيجَ يَقَعُ مِنَ الْمُوَكَّلِ وَالْمَوْلَى عَلَيْهِ لَا مِنَ الْخَاطِبِ، وَالْبَيْعُ يَتَعَلَّقُ بِالْمَخَاطَبِ دُونَ مَنْ لَهُ الْعَقْدُ كَمَا بَيَّنَّا فِي «الْوَكَالََةِ».

ولهذا لو قال: زَوْجَتَا مِنْ زَيْدٍ، فَقَبِلَ النِّكَاحَ لِزَيْدٍ وَكَيْلَهُ صَحَّ، وَلَوْ حَلَفَ أَلَّا يَنْكَحَ فَقَبِلَ لَهُ وَكَيْلَهُ يَحْنُثُ، «لَوْ قَالَ: بَيْعٌ مِنْ زَيْدٍ فَبَاعَ مِنْ وَكَيْلِ زَيْدٍ لَا يَصِحُّ، وَلَوْ حَلَفَ لَا يَشْتَرِي فَاشْتَرَى لَهُ وَكَيْلَهُ لَمْ يَحْنُثُ».

وَهَذِهِ صُورَةٌ أُخْرَى، فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِالتَّوَكُّلِ إِذَا كَانَتْ ابْنَتُهُ مَنْكُوحَةً أَوْ مَعْتَدَةً، فَقَالَ: إِذَا طَلَّقَهَا زَوْجَهَا، وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا فَقَدْ وَكَلْتُكَ بِتَزْوِيجِهَا، فَبَيَّنَّا فِي «التَّهْدِيبِ» أَنَّهُ عَلَى الْقَوْلَيْنِ كَمَا لَوْ قَالَ: إِذَا مَضَتْ سَنَةٌ فَقَدْ وَكَلْتُكَ بِتَزْوِيجِهَا وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وهذا جواب على أنه لو نال: وَكَلْتُكَ بِتَزْوِيجِ ابْنَتِي إِذَا طَلَّقَهَا زَوْجَهَا يَصِحُّ كَمَا إِذَا قَالَ زَوْجَتَا: إِذَا مَضَتْ سَنَةٌ؛ لَكِنَّ فِي صِحَّةِ هَذَا التَّوَكُّلِ وَجْهٌ آخَرٌ: وَقَدْ ذَكَرْنَا حَالَهُمَا فِي «الْوَكَالََةِ».

ولا يشترط في التوكيل بالتزويج ذكر المهر لكن لو سمي قدرًا لم يصح التزويج بما دونه كما لو قال: زَوْجَتَا فِي يَوْمِ كَذَا، أَوْ فِي مَكَانِ كَذَا، فَخَالَفَ الْوَكِيلُ لَمْ يَصِحَّ. ولو أطلق التوكيل فزوج الوكيل بما دون مهر المثل، أَوْ لَمْ يَتَعَرَّضْ لِلْمَهْرِ أَوْ نَفَاهُ، فِيهِ خِلَافٌ نَوْرَدُهُ فِي آخِرِ الْبَابِ الثَّانِي مِنْ «كِتَابِ الصَّدَاقِ»؛ لِأَنَّ صَاحِبَ «الْكِتَابِ» ذَكَرَ مَا يُقَارِبُ الْمَسْأَلَةَ هُنَاكَ.

ولو وَكَّلَ رَجُلًا بِقَبُولِ نِكَاحِ امْرَأَةٍ وَسَمَّى مَهْرًا لَمْ يَصِحَّ الْقَبُولُ بِمَا زَادَ عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَسْمَعْ فَلْيَقْبَلْ نِكَاحَ امْرَأَةٍ تَكَاثُفَةً بِمَهْرِ الْمِثْلِ، أَوْ أَقَلِّ فَإِنَّ قَبْلَ نِكَاحٍ مِنْ لَا تَكَاثُفَةَ لَمْ يَصِحَّ، وَإِنْ قَبِلَ بِأَكْثَرِ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ أَوْ بِغَيْرِ نَقْدِ الْبَلَدِ أَوْ بِعَيْنٍ مِنْ



[أعيان]<sup>(١)</sup> أموال الموكل أو من مال نفسه فوجهان:

أحدهما: يَصِحُّ النِّكَاحُ وَعَلَى الْمُوَكَّلِ مَهْرُ الْمِثْلِ مِنْ نَقْدِ الْبَلَدِ. وبه قال أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللَّهُ.

والثاني: لا يصح كما لو باع الوكيل [بالبيع]<sup>(٢)</sup> بغير نقد البلد أو بأقل من ثمن المثل. هكذا فَضَّلَ الْمَسْأَلَةَ صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» وَلَمْ أَنْ تَتَوَقَّفَ فِي مَوْضِعَيْنِ:

أحدهما: إِطْلَاقُ التَّوَكِيلِ فِي [قبول]<sup>(٣)</sup> نِكَاحِ امْرَأَةٍ؛ لِأَنَّهُ قَدْ مَرَّ أَنَّهُ لَوْ وَكَلَهُ بِشْرَاءِ عَبْدٍ أَوْ ثَوْبٍ، فَلَا بُدَّ مِنْ أَنْ يُفْضَلَهُ، وَيَبِينُ نَوْعَهُ إِذَا لَمْ يَكْفِ الْإِطْلَاقُ هُنَاكَ فَلَأَنْ لَا يَكْفِي هَا هُنَا بَلْ أَوْلَى.

والثاني: الحكم بالبطلان إذا قبل نكاح من لا تكافئه؛ لأننا سنذكر أن للولي أن يزوج من الصغير من لا يكافئه، وإذا جاز ذلك للولي، فليجز للوكيل عند إطلاق التوكيل. وَلَوْ قَالَ: اقْبَلْ لِي نِكَاحَ فُلَانَةٍ عَلَى عَبْدِكَ هَذَا فَقَبِلَ فَالنِّكَاحُ صَحِيحٌ، وَفِي الْعَبْدِ وَجْهَانِ:

أصحهما: أَنَّ الْمَرْأَةَ لَا تَمْلِكُهُ، بَلْ عَلَى الزَّوْجِ مَهْرُ الْمِثْلِ.

والثاني: تملكه، وعلى هذا فَهَوَّ فَرَضَ عَلَى الزَّوْجِ، أَوْ مَوْهُوبٌ مِنْهُ فِيهِ وَجْهَانِ.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: (الْفَضْلُ السَّادِسُ فِيْمَا يَجِبُ عَلَى الْوَلِيِّ)، وَيَجِبُ (و) عَلَى الْأَخِ الْإِجَابَةُ إِذَا طَلَبَتْ النِّكَاحَ إِنْ كَانَ مُتَعَيِّنًا، فَإِنْ كَانَ لَهُ أَخٌ آخَرَ لَمْ يَجِبْ فِي وَجْهِهِ، وَإِنْ عَضَلُوا زَوْجَ السُّلْطَانِ، وَعَلَى الْمُجْبِرِ تَزْوِيجَ الْمَجْنُونَةِ إِذَا تَأَقَّتْ، وَلَا يَجُوزُ تَزْوِيجُ مِنَ الصَّغِيرِ، وَلَا تَزْوِيجَ الصَّغِيرَةِ قَبْلَ الْبُلُوغِ.

قال الرَّافِعِيُّ: الولي إما مجبر أو غيره:

إن كان مجبراً فقد دُكِّرْنَا أَنَّ عَلَيْهِ الْإِجَابَةُ إِلَى التَّزْوِيجِ إِذَا التَّمَسَّتِ الْمَرْأَةُ، وَيَجِبُ عَلَيْهِ تَزْوِيجُ الْمَجْنُونَةِ، وَالتَّزْوِيجُ مِنَ الْمَجْنُونِ عِنْدَ مَسِنَسِ الْحَاجَةِ إِمَّا بِظُهُورِ أَمَارَاتِ التَّوَقَّانِ، أَوْ بِتَوَقُّعِ الشِّفَاءِ عِنْدَ إِشَارَةِ الْأَطْبَاءِ، وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ التَّزْوِيجُ مِنْ ابْنِهِ الصَّغِيرِ، وَلَا يَزُوجُ الْبِنْتَ الصَّغِيرَةَ؛ لِأَنَّهُ لَا حَاجَةَ فِي الْحَالِ لَكِنْ لَوْ ظَهَرَتْ الْغَبْطَةُ فِي تَزْوِيجِهَا، فِي الْوَجُوبِ نَظَرٌ لِلْإِمَامِ، وَجِهَ الْوُجُوبِ أَنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ بَيْعُ مَالِهِ إِذَا طَالَبَ بِزِيَادَةٍ، فَكَذَلِكَ هَا هُنَا، وَقَدْ يُحْتَجُّ لَهُ بِمَا رُوِيَ أَنَّهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ لِعَلِيِّ - رَضِيَ

(٢) سقط في ز.

(١) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

اللَّهُ عَنْهُ: «لا تؤخر أربعا»<sup>(١)</sup> وذكر منها تزويج «البكر إذا وجدت لها كفتاً»، وأجرى التردد في التزويج من الصغير عند ظهور الغنطة؛ لكن الوجوب فيه أبعد لما يلزمه من المؤن، وأما غير المجبر فإن كان متعيناً كأخ واحد وعم واحد، فعليه الإجابة إذا التمس التزويج، كالمجبر ويجيء فيه الخلاف المذكور هناك، فيجوز إغلام قوله، ويجب على الأخ الإجابة بالواو، وإن لم يكن متعيناً كالأخوة والأعمام والتمست التزويج من بعضهم، ففي الإجابة وجهان كالوجهين فيما إذا كان في الواقعة شهود، فدعي بعضهم إلى أداء الشهادة، والأظهر وجوب الإجابة وإذا عَصَلَ الْوَاحِدُ أَوْ الْجَمَاعَةُ، يزوج السُّلْطَانُ كما سبق قوله «قبل البلوغ» ضائع.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: وَيَجِبُ حِفْظُ مَالِ الطُّفْلِ وَأَسْتِنْمَاؤُهُ قَدْرًا لَا يَأْكُلُهُ التَّفَقُّةَ، فَإِنْ تَبَرَّمَ الْوَالِي بِهِ فَلَهُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ مَنْ يَعْمَلُ، وَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ أَجْرَةَ يَفْقَدُهَا الْقَاضِي لَهُ، وَيَجِبُ عَلَيْهِ الْبَيْعُ إِذَا طَلَبَ مَتَاعَهُ بَرِيادَةً، وَكَذَلِكَ الشَّرَاءُ إِذَا بَاعَ رَخِيصًا إِذَا لَمْ يَشْتَرِ لِنَفْسِهِ، وَإِذَا قَبِلَ النِّكَاحَ لِابْنِهِ لَمْ يَصِرْ ضَامِنًا لِلْمَهْرِ فِي الْجَدِيدِ، وَإِذَا تَبَرَّعَ أَجْنَبِيٌّ بِحِفْظِ مَالِ الطُّفْلِ لَمْ يَكُنْ لِلْأَبِ (و) أَخَذَ الْأَجْرَةَ، وَلِلْأُمِّ أَجْرَةُ الْإِزْضَاعِ وَإِنْ وَجَدْنَا (و) أَجْنَبِيَّةً مُتَبَرِّعَةً.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: هَذِهِ الْمَسَائِلُ وَإِنْ كَانَتْ مُتَعَلِّقَةً بِتَصَرُّفِ الْوَالِي لِلطُّفْلِ؛ لَكِنْ لَا اخْتِصَاصَ لَهَا بِبَابِ النِّكَاحِ إِلَّا بِمَسْأَلَةٍ وَاحِدَةٍ وَهِيَ: أَنْ الْأَبَ إِذَا قَبِلَ النِّكَاحَ لِابْنِهِ هَلْ يَكُونُ ضَامِنًا لِلْمَهْرِ وَلِنَقْدَمَهَا فَقُولُ: إِذَا قَبِلَ لِابْنِهِ الصَّغِيرِ أَوْ الْمَجْنُونِ نِكَاحَ امْرَأَةٍ بِصَدَاقٍ مِنْ مَالِ الْإِبْنِ، فَإِنْ كَانَ عَيْنًا فَذَلِكَ، وَلَا تَعْلُقْ لَهُ بِالْأَبِ وَإِنْ كَانَ دِينًا فَقُولَانِ:

القديم: أَنْ الْأَبَ يَكُونُ ضَامِنًا لِلْمَهْرِ بِالْعَقْدِ لِلْعَرَفِ.

والجدید: أَنَّهُ لَا يَكُونُ ضَامِنًا إِلَّا أَنْ يَضْمَنَ صَرِيحًا كَمَا لَوْ اشْتَرَى لِطِفْلِهِ شَيْئًا يَكُونُ الثَّمَنُ عَلَيْهِ لَا عَلَى الْأَبِ، وَتَكَلَّمُوا فِي مَوْضِعِ الْقَوْلَيْنِ مِنْ وَجْهَيْنِ:

[أحدهما]<sup>(٢)</sup> قَالَ الْقَاضِي ابْنُ كَيْجٍ - رَحِمَهُ اللَّهُ -: الْقَوْلَانِ فِيمَا إِذَا أُطْلِقَ، فَأَمَّا إِذَا شَرَطَ كَوْنَهُ عَلَى الْإِبْنِ، فَهُوَ عَلَى الْإِبْنِ لَا غَيْرَ.

والثَّانِي: الْعِرَاقِيُّونَ وَالشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ وَعَامَّةُ الْأَصْحَابِ حَصُّوا الْقَوْلَيْنِ بِمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْإِبْنِ مَالٌ، وَقَطَعُوا فِيمَا إِذَا كَانَ لَهُ مَالٌ بِأَنَّ الْأَبَ غَيْرُ ضَامِنٍ، وَمِنْهُمْ مَنْ طَرَدَ الْقَوْلَيْنِ فِي الْحَالِيْنَ وَهُوَ الْمَوْافِقُ لِإِطْلَاقِ لَفْظِ الْكِتَابِ.

التفريع: إِذَا قَلْنَا بِالْجَدِيدِ، فَلَوْ تَبَرَّعَ بِالْأَدَاءِ لَمْ يَرْجِعْ وَكَذَا الْأَجْنَبِيُّ وَإِنْ ضَمَّنَ

صريحاً وغرم فقصده الرجوع ها هنا ينزل منزلة إذن المضمون عنه، فإن ضمن على قصد الرجوع وغرم بقصد الرجوع يرجع، وإلا فعلى الخلاف المذكور في الضمان بغير الإذن، والأداء بغير الإذن، وإن ضمن بشرط براءة الأصل فعن القاضي الحسني أنا إن لم نصحح الضمان بشرط براءة الأصل فهذا ضمان بشرط فاسد شرط في عقد الصداق، وقد سبق ذكر القولين في أن شرط الضمان الفاسد والرهن الفاسد في العقد هل يتضمن فساد العقد؟ وإن صححنا الضمان بشرط براءة الأصل فهذا هنا يجب أن يكون الشرط فاسداً؛ لأن العقد يستدعي ثبوت العوض في ذمة المَعْقُودِ له، وفي غير هذه الصورة الدين ثابتٌ مُسْتَقَرٌّ، فلا يبعد سقوطه، وإذا فسد الشرط ففي فساد الضمان وجهان مذكوران في «الضمان». وإذا قلنا بالقديم فغرم.

فجواب الشيخ أبي علي أنه لا يرجع به على الابن كما لا ترجع العاقلة على الجاني؛ لأن كل واحدٍ منهما غرم لزم بالشرع ابتداءً.

ويحكى مثله عن القاضي الحسين واعترض الإمام بأن الأب نُصِبَ للنظر ورعاية مصلحة الابن، فكيف نجعل نظره وتصرفه موجباً للمغرم الثقيلة عليه وليس كذلك العاقلة مع الجاني، وتحقق الفرق أنه تتوجه المطالبة على الابن ولا تتوجه على الجاني، فعلى هذا يرجع إن قصد الرجوع عند الأداء، وهذا ما أورده صاحب «التَهْدِيْبِ» ولو شرط الأب ألا يكون ضامناً فعن القاضي الحسين أنه يبطل العقد على القديم.

قال الإمام: وَهَذَا وَهُمْ مِنَ الْأَخْذِيْنَ عَنْهُ، فَإِنَّ النُّكَاحَ لَا يَفْسُدُ بِمِثْلِ ذَلِكَ، وَلَعَلَّهُ قَالَ: يبطل الشرط ويلزم الضمان.

ثم في الفصل مسألتان:

المسألة الأولى: يجب على الولي حفظ مال الطفل وصونه عن أسباب التلّف، وعليه استنماؤه قدر ما تآكل النفقة والمؤن المال إن أمكن ذلك، ولا يجب عليه المبالغة في الاستنماء، وطلب النهاية فيه، وإذا طلب متاعه بأكثر من ثمنه وجب بيعه.

ولو كان شيء يباع بأقل من ثمنه، وللطفل مال، وجب أن يشتريه إذا لم يرغب فيه لنفسه.

هكذا أطلق الإمام وصاحب «الكتاب» في الطرفين، ويجب أن يتقيد ذلك بشرط الغبطة، بل بالأموال التي هي معدة للتجارة، أما ما يحتاج إلى عينه، فلا سبيل إلى بيعه، وإن ظهر طالب بالزيادة، وكذا العقار الذي يحصل منه ما يكفيه، وكذلك في طرف الشراء قد يؤخذ الشيء رخيصاً؛ لكنه عرضة للتلّف أولاً يتيسر بيعه لقلّة الرّاعِيَيْنِ فيه، فيصير كلاً على مالكه.

المسألة الثانية: إِذَا تَبَرَّمَ مَالُ الْأَبِ بِحِفْظِ مَالِ الطُّفْلِ والتصرف فيه، فله رفع الأمرِ إلى القاضي، لينصب قِماً بأجرة، وله أن ينصب بنفسه. ذكره في «النهائية».

ولو طلب من القاضي أن يثبت له أجراً على عمله، فالذي يوافق كلام أكثر الأصحاب أنه لا يجيبه إليه غنياً كان أو فقيراً، إلا أنه إِذَا كَانَ فَقِيْرًا ينقطع عن كسبه فله أن يأكل منه بالمعروف على ما سبق في «الحجر»، وقد ذكر الإمام أن هذا هو الظاهر.

قال: ويجوز أن يُقَالَ: يثبت له أجراً؛ لأنَّ له أن يَسْتَأْجِرَ من يعمل فإذا جاز له بذل الأجرة لغيره جاز له طلب الأجرة لنفسه، وبهذا الاحتمال أجاب صاحب «الكتاب»: وَمَنْ قَالَ بِهَذَا قَالَ: لَا بُدَّ مِنْ تَقْدِيرِ الْقَاضِي وَلَيْسَ لَهُ الاسْتِغْلَالُ به، وهذا إذا لم يَكُنْ هناك متبرع بالحفظ والعمل، فإن وجد متبرع وطلب الأب الأجرة، فَقَدْ أَشَارَ في «النهائية» إلى وَجْهَيْنِ أيضاً:

أظْهَرُهُمَا: أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ لَهُ أَجْرَةٌ لِحُصُولِ الْعَرَضِ مَعَ حِفْظِ مَالِ الطُّفْلِ عَلَيْهِ.

والثاني: يثبت لزيادة شفقتة، كما أن الأم تأخذ أجرة الإرضاع على قول، وإن وجدت متبرعة أجنبية.

وَعَلِمَ أَنَّ صَاحِبَ «الكتاب» أَطْلَقَ الْقَوْلَ هَا هُنَا بِأَنَّ لِلْأُمِّ أَجْرَةَ الْإِرْضَاعِ، وَلَمْ يَحْكُ فِيهِ خِلَافًا، لَكِنَّهُ حَكَى فِيهِ قَوْلَيْنِ فِي كِتَابِ «التَّقَاتِ» وَنَحْنُ نَشْرَحُ الْمَسْأَلَةَ وَكَيْفِيَةَ الْخِلَافِ فِيهَا هُنَاكَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الْفَضْلُ السَّابِعُ فِي الْكِفَاءَةِ) وَهِيَ مَرْعِيَّةٌ فِي خَمْسِ خِصَالٍ (ح م و) الثَّقَاءُ مِنَ الْعُيُوبِ الَّتِي تُثَبِّتُ الْخِيَارَ وَالْحُرِّيَّةَ وَالتَّسَبُّبَ إِلَى شَجَرَةِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَإِلَى الْعُلَمَاءِ وَالصُّلَحَاءِ الْمَشْهُورِينَ دُونَ الْعَامِلِينَ، وَالصَّلَاحِ فِي نَفْسِ النَّاحِكِ دُونَ الْاِسْتِهَارِ، وَالتَّنْقِي مِنَ الْحَرْفِ الدَّنِيئَةِ الَّتِي تَدُلُّ عَلَى خِسَّةِ النَّفْسِ، وَالْيَسَارُ (ح) لَا يُعْتَبَرُ فِي أَشْهُرِ الْوَجْهَيْنِ، وَالْجَمَالَ لَا يُعْتَبَرُ أَضْلاً، وَلَا يُجَبَّرُ فَضِيلَةٌ نَسَبِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِفَضِيلَةِ أُخْرَى، وَمَا وَرَاءَ ذَلِكَ فَقَدْ تَقَضِيَ الْعَادَةُ بِجَبْرِ نَقِيصَةِ بِفَضِيلَةِ بَحِيْثٍ يَنْتَهِي الْعَارُ.

### «القول في الكفاءة في النكاح»

قال الرَّافِعِيُّ: الْكَلَامُ فِي خِصَالِ الْكِفَاءَةِ، ثُمَّ فِي أَثَرِ فَقْدَانِهَا.

أَمَّا الْفَضْلُ الْأَوَّلُ - فِي خِصَالِهَا: وَهِيَ التَّنْقِي مِنَ الْعُيُوبِ الْمُثَبَّتَةِ لِلْخِيَارِ؛ لِأَنَّ النَّفْسَ تُعَافُ صُخْبَةً مَنْ بِهِ تِلْكَ الْعُيُوبُ وَيُخَلُّ بِهَا مَقْصُودُ النِّكَاحِ، وَاسْتَثْنَى صَاحِبُ

«التهديب» من العيوب المثبتة للخيار «العُنة» وقال: إنها لا تتحقق فلا نَظَرَ إليها في الكفاءة. وفي «تعليق» الشيخ أبي حامد وغيره التَّسْوِيَةُ بين العُنة وغيرها صريحاً، وإطلاق الأكثرين يوافقها.

إذا عَرَفَ ذَلِكَ، فمن به بعض تلك العيوب لا يكون كفتاً للسليمة عنها، ولو كان لكل واحد منهما عيب منها فإن اختلف العيبان فلا كفاءة أيضاً، وإن اتفقا وما بالرجل أفحش، أو أكثر فكذلك، وإن تساويا، أو كان ما بها أكثر فوجهان بناءً على أنه هل يثبت الخيار والحالة هذه؟. ويجري الوجهان فيما إذا كان مَجْبُوباً والمرأة رَثَقَاءً.

وزاد القاضي الرُّوْيَانِيُّ على العيوب المثبتة للخيار فقال: والعيوب التي تنفر النَّفْسُ منها كالعمى والقطع وتشوه الصورة تمنع الكفاءة عندي، وبه قال بَعْضُ أَصْحَابِنَا، واختاره الصيمري.

ومنها الحرية؛ لأنَّ الحُرَّةَ تتعير بكونها فراشاً للعبد وتتضرر بأنه لا ينفق إلا نفقة المعسرين، فالرقيق لا يكون كفتاً للحررة أصلية كانت، أو عتيقة، والعتيق لا يكون كفتاً للحررة الأصلية، ولا من مس الرق أحد أبائه للتي لم يمس الرق أحداً من آبائها، ولا من مس الرق أباً أقرب في نسبه للتي مس الرق أباً أبعد من نسبها ويشبه أن يكون جريان الرق في الأمهات أيضاً مؤثراً ولذلك تعلق به الولاء<sup>(١)</sup>.

ومنها: النَّسَبُ فالعجمي ليس كفتاً للعربية، ولا غير القرشي من العرب للقرشية، ولا غير الهاشمي والمطلبي من قريش للهاشمية والمطلبية، وبنو هاشم وبنو المطلب أكفاء لقوله - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «نَحْنُ وَبَنُو الْمُطَّلِبِ شَيْءٌ وَاحِدٌ»<sup>(٢)</sup> وفي قريش بعضهم من بعض. وَجْهٌ آخَرُ وبه قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: أَنَّهُمْ جَمِيعاً أَكْفَاءُ كما أنهم يستونون في الأَهْلِيَّةِ للإمامة.

والصحيح الأول؛ لما روي أنه - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ: «إِنَّ اللَّهَ - عَزَّ وَجَلَّ - اضْطَفَى كِنَانَةَ مِنْ بَنِي إِسْمَاعِيلَ، وَاضْطَفَى مِنْ كِنَانَةَ قُرَيْشاً، وَاضْطَفَى مِنْ قُرَيْشِ بَنِي هَاشِمٍ»<sup>(٣)</sup> وكما يعتبر النسب في العرب يعتبر في العجم.

(١) قال النووي: المفهوم من كلام الأصحاب، أن الرق في الأمهات لا يؤثر كما سيأتي في «النسب» إن شاء الله تعالى. وقد صرح بهذا صاحب «البيان» فقال: من ولدته رقيقة كفاءً لمن ولدته عربية، لأنه يتبع الأب في النسب. والله أعلم.

(٢) تقدم في قسم الصدقات.

(٣) أخرجه مسلم [٢٢٧٦] والبخاري في التاريخ والترمذي من حديث واثلة بن الأسقع، وفي رواية الترمذي وهي لأحمد: إن الله اصطفى من ولد إبراهيم إسماعيل، ومن ولد إسماعيل كنانة، الحديث. قلت: وله طرق جمعها شيخنا العراقي في كتاب «محجة القرب في محبة العرب».

وعن القفال، والشيخ أبي عاصم: أنه لا يعتبر النسب في العجم؛ لأنهم لا يعتنون بحفظ الأنساب، ولا يدونونها، والظاهر الأول، وقضيته للاعتبار فيمن سوى قريش من العرب أيضاً، لكن ذكر ذاكرون أنهم أكفاء<sup>(١)</sup>، واختجوا بما روي أنه - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ: «العرب بغضهم أكفاء لبعض قبيلة لقبيلة، وحى لحى، وزجل لرجل إلا حاكماً، أو حجاماً»<sup>(٢)</sup>.

والاعتبار في النسب بالأب فالذي أبوه أعجمي، والأم عربية ليس بكفءٍ للتي أبوها عربي، والأم عجمية.

ومنها: الدين والصلاح: فالكافر ليس بكفءٍ للمسلمة، والذي أسلم بنفسه ليس بكفءٍ للتي لها أبوان، أو ثلاثة في الإسلام.

وعن القاضي أبي الطيب وغيره وجه آخر: أنهما كفئان، واختاره القاضي الرؤياني، وذكر بعض المتأخرين أنه لا ينظر إلا إلى إسلام الأب الأول والثاني، فيمن له

= تنبيه: لا يعارض هذا ما رواه الترمذي عن أبي هريرة مرفوعاً: ليتهاين أقوام يفتخرون بأبائهم الذين موتوا في الجاهلية، الحديث. لأنه محمول على المفارقة المفضية إلى احتقار المسلم، وعلى البطر، وغمض الناس، وحديث واثلة تستفاد منه الكفاءة، ويذكر على سبيل شكر المنعم قاله الحافظ.

(١) قال النووي: مقتضى كلام الأكثرين، أن غير قريش من العرب بعضهم أكفاء بعض، كما صرح به هؤلاء الجماعة. وذكر الشيخ إبراهيم المروزي، إن غير كنانة ليسوا أكفاء لكنانة. ومما يتعلق بهذا ما حكاه في «البيان» عن الصيمري، أنه قال: موالي قريش أكفاء لقريش، وكذا موالي كل قبيلة أكفاء لها، قال: وجمهور الأصحاب على أنهم ليسوا بأكفاء، وهو الصحيح.

(٢) أخرجه الحاكم من حديث ابن جريج عن ابن أبي مليكة عن ابن عمر به، والراوي عن ابن جريج لم يسم، وقد سأل ابن أبي حاتم [٤١٢/١] في العلل عنه أباه فقال: هذا كذب لا أصل له، وقال في موضع آخر: باطل، ورواه ابن عبد البر في التمهيد من طريق بقية عن زرعة عن عمران بن أبي الفضل عن نافع، عن ابن عمر، قال الدارقطني في العلل: لا يصح، وقال ابن حبان: عمران بن أبي الفضل يروي الموضوعات عن الثقات، وقال ابن أبي حاتم: سألت أبي عنه فقال: منكر، وقد حدث به هشام بن عبيد الله الرازي فزاد فيه بعد أو حجام: أو دباغ، قال: فاجتمع عليه الدباغون وهموا به، وقال ابن عبد البر: هذا منكر موضوع، وذكره ابن الجوزي في العلل المتناهية من طريقين إلى ابن عمر، في أحدهما علي بن عروة وقد رماه ابن حبان بالوضع، وفي الآخر محمد بن الفضل بن عطية وهو متروك، والأول في ابن عدي، والثاني في الدارقطني، وله طريق أخرى عن غير ابن عمر، رواه البزار في مسنده من حديث معاذ بن جبل، رفعه: العرب بعضها لبعض أكفاء، والموالي بعضها لبعض أكفاء، وفيه سليمان بن أبي الجون، قال ابن القطان: لا يعرف، ثم هو من رواية خالد بن معدان عن معاذ ولم يسمع منه تنبيه: روى أبو داود، والحاكم من طريق محمد بن عمرو عن أبي سلمة عن أبي هريرة مرفوعاً: يا بني بياضة أنكحوا أبا هند وأنكحوا عليه، قال: وكان حجاماً، إسناده حسن. قاله الحافظ.

أبوان في الإسلام كَفَاءٌ لِّتِي لَهَا عَشْرَةٌ أَبَاءٍ فِي الْإِسْلَامِ؛ لِأَنَّ الْأَبَ الثَّلَاثَ لَا يَذْكَرُ فِي التَّعْرِيفِ، فَلَا يَلْحَقُ الْعَارُ بِسَبِيهِ، وَالظَّاهِرُ الْأَوَّلُ، وَالْفَاسِقُ لَيْسَ كُفْتًا لِلْعَفِيفَةِ وَلَا يَنْظُرُ إِلَى الشُّهُرَةِ، بَلِ الَّذِي لَا يَشْتَهَرُ بِالصَّلَاحِ كُفْتًا لِلْمَشْهُورَةِ بِهِ وَإِذَا لَمْ يَكُنْ الْفَاسِقُ كُفْتًا لِلْعَفِيفَةِ فَالْمَبْتَدِعُ أَوْلَىٰ أَلَا يَكُونُ كُفْتًا لِلنَّسَبِ وَقَدْ نَصَّ عَلَيْهِ الْقَاضِي الرُّوْيَانِيُّ.

ومنها الحرفة: فأصحاب الحرف الدنيئة ليسوا بكفاء للأشراف ولا لسائر المحترفة، ويدل على اعتبارها اللفظ الذي تقدم إلا «حائك أو حجام»، فالكناس والحجام وقيم الحمام والحارس والراعي لا يكافئون ابنة الخياط، والخياط لا يكافئ ابنة الثاجر والبزاز ولا المحترف ابنة القاضي، والعالم، وذكر في الحلية أنه يراعي العادة في الحرف والصناعات؛ لأن في بعض البلاد التجارة أولى من الزراعة، وفي بعضها الأمر بالعكس.

وَاعْلَمَ أَنَّ الْحِرْفَ الدُّنْيِيَّةَ فِي الْأَبَاءِ، وَالِاشْتِهَارُ بِالْفِسْقِ مِمَّا يُعَيِّرُ بِهِ الْوَلَدَ، فَيُشْبِهُ أَنْ يَكُونَ حَالُ الَّذِي كَانَ أَبُوهُ صَاحِبَ حِرْفَةٍ دُنْيِيَّةٍ، أَوْ مَشْهُورًا بِالْفِسْقِ مَعَ التِّي أَبُوهَا عَدَلَ كَمَا ذَكَرْنَا فِي حَقِّ مَنْ أَسْلَمَ بِنَفْسِهِ مَعَ التِّي أَبُوهَا مُسْلِمٌ، وَالْحَقُّ أَنْ تَجْعَلَ النَّظَرَ فِي حَالِ الْأَبَاءِ دِينًا وَسِيرَةً وَحِرْفَةً مِنْ حِيزِ النَّسَبِ، فَإِنَّ مَفَاخِرَ الْأَبَاءِ وَمَثَالِيَهُمْ هِيَ التِّي يَدُورُ عَلَيْهَا أَمْرُ النَّسَبِ، وَهَذَا يُؤَكِّدُ اعْتِبَارَ النَّسَبِ فِي حَقِّ الْعُجْمِ، وَيَقْتَضِي الْأَنْ تَطْلُقَ الْكِفَاءَةُ بَيْنَ غَيْرِ قَرِيشٍ مِنَ الْعَرَبِ.

ومنها اليسار: وهل هو من خصال الكفاءة؟

فيه وجهان:

أظهرهما: لا؛ لأن النبي - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - اخْتَارَ الْفَقْرَ<sup>(١)</sup>؛ وَلِأَنَّ الْمَالَ غَايَةٌ وَرَاتِحٌ، وَلَا يَفْتَخِرُ بِهِ أَهْلُ الْمُرُوءَاتِ وَالْبَصَائِرِ.

والثاني: نَعَمْ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ مُغْسِرًا لَمْ يَنْفَقْ عَلَى الْوَلَدِ، وَيَنْفَقُ عَلَيْهَا نَفَقَةً الْمَعْسَرِينَ فَتَضُرُّ بِهِ. وَعَلَىٰ هَذَا فَوَجْهَانُ:

(١) قال الحافظ: هذا الاختيار لا أصل له، لكن يستأنس له بما ثبت في الصحيح: أنه أتى بمفاتيح كنوز الأرض فردها، لكنه لا يفي مطلق لغني المذكور في قوله تعالى: «ووجدك عائلاً فأغنى» وقد ثبت في السير كلها أنه لما مات كان مكفياً، وثبت أنه استعاض من الفقر كما تقدم في باب قسم الصدقات، وقد ذكرنا شيئاً من هذا أيضاً في الخصائص (فائدة) قال الشافعي: أصل الكفاءة في النكاح، حديث بريرة لما خيرت، لأنها إنما خيرت لأن زوجها لم يكن كفواً، انتهى. وقد اختلف السلف هل كان عبداً أو حراً، وذكر البخاري الخلاف في ذلك، والراجح أنه كان عبداً، وسيأتي.

أحدهما: أَنَّ الْمُعْتَبَرَ الْيَسَارُ بقدر النفقة، وَالْمَهْرُ، فإذا أيسر بهما فهو كفاء كصاحب الألوْفِ .

وأظهرهما: أَنَّهُ لَا يَكْفِي ذَلِكَ ولكن الناس أصناف: غني وفقير ومتوسط، وَكُلُّ صَنَفٍ أكفاء، وإن اختلفت المَرَاتِبُ .

وليس من الخِصَالِ الْمُعْتَبَرَةِ في الكفاءة الْجَمَالُ ونقيضه نعم .

ذَكَرَ الْقَاضِي الرُّوْيَانِيُّ أَنَّ الشَّيْخَ لَا يَكُونُ كَفْتًا لِلشَّابَةِ عَلَى الْمُخْتَارِ مِنَ الْوَجْهَيْنِ<sup>(١)</sup>، وَذَكَرَ أَيْضًا أَنَّ الْجَاهِلَ لَا يَكُونُ كَفْتًا لِلْعَالِمَةِ، وَهَذَا فَتْحُ بَابٍ وَاسِعٍ، فَهَذِهِ خِصَالُ الْكِفَاءَةِ، وَهَلْ يَقَابِلُ بَعْضُهَا بَعْضًا؟ .

قَضِيَّةُ كَلَامِ الْأَكْثَرِينَ الْمَنْعُ، وَقَدْ صَرَّحَ بِهِ صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» وَأَبُو الْفَرَجِ السَّرْحَسِيِّ، حَتَّى لَا يَزُوجَ سَلِيمَةَ مِنَ الْعِيُوبِ دَنِيَّةً مِنْ مَعِيْبِ نَسِيبٍ، وَلَا حَرَّةً فَاسِقَةً مِنْ عَبْدٍ عَفِيفٍ، وَلَا عَرَبِيَّةً فَاسِقَةً مِنْ عَجَمِيٍّ عَفِيفٍ، وَلَا عَفِيفَةً رَقِيقَةً مِنْ فَاسِقٍ حُرٍّ، وَيَكْفِي صِفَةَ النِّقْصِ مَانِعَةٌ مِنَ الْكِفَاءَةِ .

وَفَضَّلَ الْإِمَامُ فَقَالَ: السَّلَامَةُ مِنَ الْعِيُوبِ لَا تَقَابِلُ بِسَائِرِ فِضَائِلِ الزَّوْجِ، وَلِذَلِكَ يَثْبِتُ بِهَا حَقَّ الْفُسْخِ، وَإِنْ كَانَ فِي الْمَعِيْبِ فِضَائِلُ جَمَّةٍ، وَكَذَا الْحَرِيَّةُ لَا تَقَابِلُ بِفِضِيلَةِ أُخْرَى، وَكَذَا النَّسَبُ، نَعْمَ الصِّفَةُ الظَّاهِرَةُ فِي الزَّوْجِ هَلْ تَنْحَازُ دِنَاءَةً نَسَبِهِ؟ .

فيه وجهان:

أظهرهما: المنع .

قال: والتنقي من الحرف الدنيئة يعارضه الصلأح، وفاقاً واليسار إن اعتبرناه يعارض بكل خصلة من خصال الكفاءة، والأمة العربية - جواباً على استرقاق العرب - إذا زوجت من الحر العجمي كان على هذا الخلاف في حصول الانحياز والله أعلم .

وَلْتَعُدِ الْآنَ إِلَى مَا يَتَعَلَقُ بِالْفَاطِ الْكِتَابِ قَوْلُهُ: وَهِيَ مَرْعِيَّةٌ فِي حَمْسِ خِصَالٍ - أَرَادَ بِهِ الْخِصَالَ الْمَعْدُودَةَ قَبْلَ الْيَسَارِ، وَمِنْهُمْ مَنْ يَضِيفُ إِلَى الْخَمْسِ الْإِسْلَامَ، وَقَدْ يُعَبَّرُ بِالذِّينِ عَنِ الْإِسْلَامِ وَالْعَدَالَةِ جَمِيعًا، وَلَمْ يَدْرَجْ صَاحِبُ «الْكِتَابِ» الْإِسْلَامَ فِي خِصَالِ الْكِفَاءَةِ، وَلَهُ وَجْهٌ، وَهُوَ أَنَّ الْفِضَائِلَ الْمُعْتَبَرَةَ فِي الْكِفَاءَةِ هِيَ الَّتِي يَحْتَمِلُ فَوَاتَهَا عِنْدَ التَّرَاضِي، وَإِسْلَامُ الزَّوْجِ لَا يَحْتَمِلُ فَوَاتَهُ، فَحَسَنَ الْأَيْعَدُ مِنْ خِصَالِ الْكِفَاءَةِ، وَيَجُوزُ

(١) قال النووي: الصحيح خلاف ما قاله الروياني . قال أصحابنا: وليس البخل والكرم والطول والقصر معتبراً . قال الصيمري: واعتبر قوم البلد، فقالوا: ساكن مكة والمدينة والبصرة والكوفة، ليس كفاً لساكن الجبال، قال: وهذا ليس بشيء .



أَنْ يَعْلَمَ قَوْلُهُ: «فِي خَمْسِ خِصَالٍ» بِالْحَاءِ؛ لِأَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللَّهُ - لَا يَعْتَبِرُ السَّلَامَةَ عَنِ الْعِيُوبِ، وَحَكَى بَعْضُ أَصْحَابِنَا أَنَّهُ لَا يَعْتَبِرُ الْحَرْفَةَ أَيْضاً وَبِالْمِيمِ وَالْوَاوِ؛ لِأَنَّ صَاحِبَ «الشَّامِلِ» حَكَى عَنِ مَالِكٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّ الْكِفَاءَةَ فِي الدِّينِ وَحْدَهُ، وَذَكَرَ أَنَّهُ قَوْلٌ لِلشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - مِنَ الْبُؤَيْطِيِّ وَبِالْأَلْفِ؛ لِأَنَّ فِي رِوَايَةٍ عَنْ أَحْمَدَ: لَا يَعْتَبِرُ إِلَّا الدِّينَ وَالتَّنَسُّبَ، وَالْأَصْحَحُ عَنْهُ مِثْلَ مَذْهَبِنَا.

وَأَمَّا قَوْلُهُ: «والتَّنَسُّبُ إِلَى شَجَرَةِ رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ» - إِلَى آخِرِهِ. فَاعْلَمْ أَنَّ كَلَامَ أَكْثَرِ الْأَصْحَابِ فِي التَّنَسُّبِ مَا قَدَّمْنَاهُ.

وَذَكَرَ الْإِمَامُ قُدْسَ اللَّهِ رُوحَهُ أَنَّ شَرَفَ التَّنَسُّبِ يَثْبُتُ مِنْ ثَلَاثِ جِهَاتٍ.

إحداها: الانتماء إلى شَجَرَةِ رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَيُرْعَى الْقُرْبَ وَالبعد منه وعليه بنى عُمرُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - دِيْوَانَ الْمُرْتَزِقَةِ.

والثانية: الانتماء إلى العلماء، فإنهم وَرَثَةُ الْأَنْبِيَاءِ<sup>(١)</sup> صَلَوَاتُ اللَّهِ عَلَيْهِمْ -، وَبِهِمْ رَبَّطَ اللَّهُ تَعَالَى حِفْظَ الْمِلَّةِ.

والثالثة: الانتماء إلى أَهْلِ الصَّلَاحِ وَالتَّقْوَى - قَالَ اللَّهُ تَعَالَى عَزَّ اسْمُهُ: «وَكَانَ أَبُوهُمَا صَالِحاً» [الكهف: ٨٢]. فَبَيْنَ شَرَفِ الْإِنْتِسَابِ وَيَعْتَبَرُ أَنْ يَكُونَ مِنْ إِلِيهِ الْإِنْتِمَاءُ مَشْهُوراً بَيْنَ النَّاسِ بِالصَّلَاحِ، فَالشَّرَفُ حِينَئِذٍ يَحْصُلُ، وَلَا عِبْرَةَ بِالْإِنْتِسَابِ إِلَى عَظَمَاءِ الدُّنْيَا وَالظُّلْمَةِ الْمَسْتُولِينَ عَلَى الرِّقَابِ، وَإِنْ كَانَ النَّاسُ قَدْ يَتَفَاخَرُونَ بِهِمْ.

وَنَحَا صَاحِبُ «الْكِتَابِ» نَحْوَ هَذِهِ الطَّرِيقَةِ وَفِيهَا تَصْرِيحٌ بِأَنَّ الْإِنْتِسَابَ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْ هَذِهِ الْجِهَاتِ يَقْتَضِي الْفَضِيلَةَ بِرَأْسِهِ وَعَلَى هَذَا فَلَا يُمْكِنُ إِطْلَاقُ الْقَوْلِ بِأَنَّ الْعَجْمَ أَكْفَاءَ، وَكَذَا مِنْ سُورَى قُرَيْشٍ مِنَ الْعَرَبِ، وَكَذَا بَنُو هَاشِمٍ، وَمَا ذَكَرَ أَنَّ الْإِنْتِسَابَ إِلَى عَظَمَاءِ الدُّنْيَا لَا عِبْرَةَ بِهِ فَكَلَامُ الثَّقَلَيْنِ لَا يُسَاعِدُهُ هَذَا.

وَاعْلَمْ أَنَّ صَاحِبَ «التَّيْمَةِ» يَقُولُ: وَلِلْعَجْمِ عُرْفٌ فِي الْكِفَاءَةِ فَيَعْتَبَرُ عُرْفُهُمْ.

وَقَوْلُهُ: «وَالِإِلَى الصُّلَحَاءِ الْمَشْهُورِينَ» لَفْظُ «الْمَشْهُورِينَ» يُمْكِنُ رَدُّهُ مِنْ جِهَةِ النِّظْمِ إِلَى الْعُلَمَاءِ أَيْضاً، لَكِنَّهُ أَرَادَ الرُّدَّ إِلَى الصُّلَحَاءِ خَاصَّةً عَلَى مَا هُوَ مُبِينٌ فِي «الْوَسِيطِ» وَ«النِّهَايَةِ».

وقوله: «واليسار لا يعتبر» معلم بالألف؛ لأن أحمد يعتبر اليسار وبالحاء؛ لأن أبا حنيفة يعتبره بقدر المهر والثقة.

(١) أخرجه أحمد وأبو داود [٣٦٤١ - ٣٦٤٤] [٨٠ موارد] والترمذي [٢٦٨٣] وابن حبان من حديث أبي الدرداء، وضعفه الدارقطني في العلل، وهو مضطرب الإسناد قاله المنذري وقد ذكره البخاري في صحيحه بغير إسناد.

واعلم قوله: «والتنقي من العيوب».

وقوله: «والتنقي من الحرف» بالحاء لما ذكرنا.

وقوله: «وما وراء ذلك، فقد تقتضي العادة بجبر نقيصة بفضيلة» ظاهرة تقتضي انجبار بعض الصفات ببعض بعد الاشتراك في النسب، لَكِنَّ هَذَا الظَّاهِرَ غَيْرُ مَعْمُولِهِ بِهِ لَا عَلَى تَفْصِيلِ الإِمَامِ، وَلَا عَلَى إِطْلَاقِ غَيْرِهِ، وَقَدْ بَيَّنَّا الطَّرِيقَتَيْنِ.

قَالَ الْعَزَائِي: وَالْكَفَاءَةُ حَقُّهَا وَحَقُّ الْأَوْلِيَاءِ، فَإِنْ رَضُوا بِتَرْكِهَا جَازَ (ح)، فَيَحِلُّ لِغَيْرِ الْعَلَوِيِّ نِكَاحُ الْعَلَوِيَّةِ، وَإِنْ رَضِيَ الْأَوْلِيَاءُ فَلِلْمَرْأَةِ الْإِبَاءُ، وَإِنْ رَضِيَتِ الْمَرْأَةُ وَوَلِيٌّ وَاحِدٌ فَلِلْبَاقِيْنَ فَسُخُّ النِّكَاحِ (ح) فِي قَوْلِ، وَلَا يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ أَصْلًا (ح) فِي قَوْلِ، وَلَا يَصِحُّ تَرْوِيجُ الْأَبِ الصَّغِيرَةِ مِنْ غَيْرِ كُفَاءٍ، وَفِيهِ قَوْلٌ أَنَّهُ يَصِحُّ وَلَهَا الْخِيَارُ إِذَا بَلَغَتْ (ح)، وَيَجُوزُ أَنْ يَرْوَجَ مِنَ الصَّغِيرِ غَيْرَ كُفَاءٍ.

قال الرافعي: تَقَدَّمَ الْكَلَامُ فِي الْفَضْلِ الْأَوَّلِ فِي خِصَالِ الْكَفَاءَةِ، وَالْكَلامُ الْآنَ فِي الْفَصْلِ الثَّانِي مِنْ أَثَرِ فَقْدَانِ الْكَفَاءَةِ، وَالْكَفَاءَةُ حَقُّ الْمَرْأَةِ، وَمَنْ يَلِي أَمْرَهَا وَاحِدًا كَانَ أَوْ جَمَاعَةً مَسْتَوِيَيْنِ فِي الدَّرَجَةِ، فَإِنَّ زَوْجَهَا وَلِيَّهَا مِنْ غَيْرِ كُفَاءٍ بَرِضَاهَا، أَوْ أَحَدَ الْأَوْلِيَاءِ بَرِضَا الْآخَرِينَ وَرِضَاهَا صَحَّ النِّكَاحُ، حَتَّى يَجُوزَ لِغَيْرِ الْعَلَوِيِّ نِكَاحُ الْعَلَوِيَّةِ، وَليست الْكَفَاءَةُ شَرْطًا لِلصَّحَّةِ خِلافًا لِأَحْمَدَ فِي أَصْحَ الرِّوَايَتَيْنِ.

وَيُزَوَّى عَنِ مَالِكٍ أَيْضًا اشْتِرَاطُهَا، دَلِيلُنَا أَنَّهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ لِفَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ: «انكِحي أسامة»<sup>(١)</sup> فنكحته وهو مولى وهي قرشية.

وَيُزَوَّى أَنْ بِلَالًا - رَجَمَهُ اللَّهُ - نَكَحَ هَالَةَ بِنْتِ عَوْفٍ أُخْتُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ<sup>(٢)</sup>.

وإذا زوج الأقرب من غير كفاء برضاها لم يكن للأبعد الاعتراض، فَلَوْ كَانَ الَّذِي يَلِي أَمْرَهَا السُّلْطَانُ، فَهَلْ لَهُ تَرْوِيجُهَا مِنْ غَيْرِ كُفَاءٍ إِذَا التَّمَسَّتْهُ الْمَرْأَةُ؟.

فيه قولان أو وجهان:

أحدهما: نعم، كالمولى بالولاء والنسب، وَقَطَعَ بِهَذَا الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ وَقَالَ: لَا يَرْجِعُ إِلَى الْمُسْلِمِينَ مِنْهُ عَارًا.

(١) تقدم.

(٢) أخرجه الدارقطني [٣/٣٠١ - ٣٠٢] من حديث حنظلة بن أبي سفيان عن أمه قالت: رأيت أخت عبد الرحمن بن عوف تحت بلال، وفي الباب عن زيد بن أسلم في مراسيل أبي داود.

وأظهرهما: المنع؛ لأنه كالتائب الناظر لأولياء التَّسْبِ، فلا يترك ما فيه الحظ، ولو زوجها أحد الأولياء من غير كُفٍّ برضاها دون رضى الآخرين، فقد ذكر في «المختصر» و«الأم» أن النكاح لا يثبت. وَعَنْ نَصِّهِ فِي الْإِمْلَاءِ أَنَّ لِلْبَاقِينَ الرَّدَّ وَلِلْأَصْحَابِ طَرُقًا:

أظهرهما: أَنَّ فِي الْمَسْأَلَةِ قَوْلَيْنِ:

أصحهما: أَنَّ النِّكَاحَ بَاطِلٌ؛ لَأَنَّهُمْ أَصْحَابُ حُقُوقٍ فِي الْكِفَاءَةِ، فَاعْتَبِرْ إِذْنَهُمْ كِإِذْنِ الْمَرْأَةِ.

والثاني: يصح ولهم الخيار؛ لأن النقصان يقتضي الخيار لا البطلان كما لو اشترى شيئاً معيياً.

والطريق الثاني: القطع بالقول الأول وحمل ما في «الإملاء» على أَنَّ لَهُمُ الْمَنَعَ مِنَ التَّزْوِيجِ مِنْ غَيْرِ الْكُفِّ.

والثالث: القطع بالقول الثاني.

وقوله: «لا يثبت»، أي: لا يلزم ولا يستمر.

وعند أَبِي حَنِيفَةَ: يَلْزَمُ النِّكَاحُ وَلَا اعْتِرَاضٌ لِلْآخَرِينَ، فَخَالَفَ الْقَوْلِينَ جَمِيعاً، وَأَجْرَى صَاحِبَ «الْمَهْدَبِ» الْقَوْلِينَ فِيمَا إِذَا زَوْجَهَا أَحَدَهُمْ بِغَيْرِ رِضَاهَا [أَوْ زَوْجَهَا بِغَيْرِ رِضَاهَا] <sup>(١)</sup> وَكَانَ التَّضْوِيرُ فِيمَا إِذَا أذِنْتَ فِي التَّزْوِيجِ مِنْ غَيْرِ تَعْيِينِ الزَّوْجِ، وَجَوْرَتَاهُ، وَوَجْهَ الْبَطْلَانِ بِأَنَّهُ عَقْدٌ فِي حَقِّ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، فَلَمْ يَصِحَّ كَيْبَعُ مَالِ الْغَيْرِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، وَإِذَا زَوَّجَ الْأَبُ أَوْ الْجَدُّ الْبِكْرَ الصَّغِيرَةَ، أَوْ الْبَالِغَةَ مِنْ غَيْرِ كِفَاءٍ بِغَيْرِ إِذْنِهَا، فَالْقَوْلَانِ فِي الصَّحَّةِ مَعْرُوفَانِ، وَالْأَصَحُّ الْبَطْلَانِ، لِأَنَّهُ خِلَافُ الْغَيْبَةِ، وَإِذَا لَمْ يَصِحَّ التَّصَرُّفُ فِي الْمَالِ عَلَى خِلَافِ الْغَيْبَةِ، فَالتَّصَرُّفُ فِي الْبُضْعِ أَوْلَى.

وَرَوَى الْقَاضِي ابْنُ كَعْبٍ طَرِيقَةَ أُخْرَى: وَهِيَ تَنْزِيلُ الْقَوْلِينَ عَلَى حَالِيْنِ إِنْ عِلْمُ الْوَلِيِّ عَدَمُ الْكِفَاءَةِ، فَالنِّكَاحُ بَاطِلٌ، وَإِلَّا فَصَحِيحٌ.

وعن أبي إسحاق وأبي حامد: القطع بالبطلان علم [الولي] <sup>(٢)</sup> أو لم يعلم، وإذا قلنا بالصحة، فللمرأة الخيار إن كانت بالغة، وإن كانت صغيرة فإذا بلغت تَخَيَّرَتْ.

وحكى الإمام وجهاً: أَنَّهَا لَا تَتَخَيَّرُ، وَعَلَيْهَا أَنْ تَرْضَى بِعَقْدِ الْأَبِ، وَهَلْ لِلْوَلِيِّ الْخِيَارَ فِي صَغُرِهَا؟.

(٢) سقط في ز.

(١) سقط في ز.

فيه وجهان.

وفي رواية القاضي أبي الطيب قولاً ن:

أحدهما: نعم، كما لو اشترى الصغير معيياً.

الثاني: لا؛ لأنه يتعلق بالشهوة والطبع، فلا تجزئ فيه النيابة.

وهذا الخلاف فيما روى الحنّاطي وصاحب «التّهذيب» ورأى الإمام مخصوص بما إذا جهل الولي حال الزوج، فإن علم فلا خيار، وطرده القاضي ابن كجّ، وآخرون في حالتي الجهل والعلم وقالوا: إنه ليس عاقداً لنفسه، حتى يلزم حكم علمه. وليعلم قوله في الكتاب «ولا ينعقد النكاح أصلاً» مع الحاء بالألف؛ لأن مذهب أحمد كالقول الأول.

وقوله: «ولا يجوز تزويج الأب الصغيرة من غير كفء» بالحاء، وكذا قوله: «ولها الخيار إذا بلغت»؛ لأن عن أبي حنيفة - رضي الله عنه - أنه يصح النكاح، ولا خيار لها إذا بلغت، وسائر المواضع المحتاجة إلى العلامات بينة مما قدمنا، ثم صاحب «الكتاب» حتمّ الفضل بأن قال: ويجوز أن يزوج من الصغير من غير كفء، وليس الأمر على هذا الإطلاق، بل ينظر فيما لم يوجد فيها من خصال الكفاءة، فإن قبل لابنه الصغير نكاح معيبة بالعيوب المثبتة للخيار، فعلى قولين كما في تزويج البنت الصغيرة من غير كفء.

والصحيح أنه لا يصح النكاح.

وعن بعضهم: القطع [بالبطلان]<sup>(١)</sup> في قبول النكاح الرثقاء والقرناء لما فيه من بذل المال في [مقابلة]<sup>(٢)</sup> البضع الذي لا ينتفع به، بخلاف تزويج الصغيرة من المجنون، فإن قبل له نكاح أمة لم يصح؛ لأنه لم يؤخذ خوف العنت، وإن قبل له نكاح من لا تكافئه بجهة أخرى فوجهان كالقولين في تزويج البنت الصغيرة ممن لا يكافئها، لكن الأشبه ها هنا الصّحة، وهو الموافق لما في الكتاب؛ لأن المرأة تتعير بأن يستفرشها من لا يكافئها والرجل لا يتعير بأن يستفرش من لا تكافئه.

وإذا قلنا بالصّحة، فالتفريع كما مرّ هناك وإن قبل له نكاح عمياء ففي كتاب القاضي ابن كجّ إثبات الوجهين فيه.

ونقل «صاحب التّهذيب» إجراءهما فيما لو قبل نكاح عجزوز أو مفقودة بعض الأطراف، ويجب أن يكون من تزويج الصغيرة من الأعمى والأقطع والشيخ الهم مثل هذا الخلاف.

(٢) في ز: معاملة.

(١) في ز: بالمنع.

ولو قبل لابنه المجنون نِكَاحَ أُمِّهِ جاز إن كان معسراً، وكان يُخْشَى عليه الْعَتَّةُ وفيه وجه:

أنه لا يجوز؛ لأنه لا يخشى وطئاً يوجب حداً، أو إثماً وإن كان النقصان بسبب آخر، فعلى ما ذكرنا في القبول للصغير، وإن زوج ابنته من خنتى، أو قبل لابنه نِكَاحَ خُنْتَى فإن أثبتنا الخيار بهذا السبب فهو كالتزويج من المجنون، وقبول نكاح المجنونة وإلا فَكَأَلَعَمَى<sup>(١)</sup>.

فَرَعٌ: للسيد أن يُزَوِّجَ أُمَّتَهُ من الرقيق، ودَنَى النَّسَبِ، ولا يزوجه ممن به عيب من العيوب المثبتة للخيار، ولا ممن لا يكافئها بِسَبَبٍ آخَرَ فإن فعل فيبطل أو يصح، ولها الخيار فيه مثل هذا الخلاف السابق، وفيه وَجْهٌ آخَرُ ضَعِيفٌ: أنه يصح ولا خيار لها وإن زوجها ممن به عَيْبٌ برضاها لم يكن لها الامتناع من التمكين منه، وله بيعها ممن به بعض تلك العيوب؛ لأن الشراء لا يتعين للاستمتاع، ثم هل لها الامتناع من التمكين؟ فيه وَجْهَانِ؛ لأن الوطاء في ملك اليمين بِمَثَابَةِ نَفْسِ النِّكَاحِ<sup>(٢)</sup>.

تم الجزء السابع ، ويليه الجزء الثامن

وأوله: القول في اجتماع الأولياء

(١) قال النووي: الخصي كالخنتى في هذا، قال البغوي: وكذا لو أذنت البالغة في التزويج مطلقاً فزوجه بخصي أو خنتى.

(٢) قال النووي: قال المتولي: أصحهما: يلزمها التمكين.

ومما يتعلق بالفصل، لو زوجه بعض الأولياء بكفاء بدون مهر المثل برضاها دون رضی بقية الأولياء، صح قطعاً، إذ لا حق لهم في المهر، ولا عار. ولو طلبت التزويج برجل، وادعت كفاءته، وقال الولي: ليس بكفاء، رفع إلى القاضي، فإن ثبتت كفاءته، ألزمه تزويجها، فإن امتنع، زوجها القاضي به، وإن لم تثبت، لم يلزمه تزويجها به.

قال البغوي: ولو زوجها واحد برضاها ورضى الباقيين بغير كفاء، فاختلفت منه، ثم زوجها أحدهم به برضاها دون إذن الباقيين، فقبل: يصح قطعاً، لأنهم رَضُوا به أولاً. وقيل: على الخلاف، لأنه عقد جديد. ولو امتنعوا، فلهم ذلك بلا خلاف.

قال: ولو استأذن الأب البكر البالغة في التزويج بغير كفاء، فسكتت، فهل يصح قطعاً، أم يكون على الخلاف؟ فيه طريقتان. والمذهب: الصحة. وقد سبقت المسألة في أول الباب.

قال الشافعي رحمه الله في «الإملاء»: لو زَوَّجَ أخته، فمات الزوج، فادعى وارثه أن الأخ زوجه بغير رضاها، وأنها لا تراث، فقالت: زَوَّجْتِي بِرِضَائِي، فالقول قولها وتراث، قال في «الإملاء»: وإن قال رجل: هذه زوجتي، فسكتت فماتت، ورثته فإن ماتت، لم يرثها، لأن إقراره يقبل عليه دونها. ولو أقرت بزوجة رجل، فسكت فماتت، ورثها، وإن مات، لم ترثه. والله أعلم.

## الفهرس

١٨٤	من التكملة .....	٣	الباب الأول: في أركانها .....
	فصل في الوصايا المتعرضة	٣	الركن الأول: في الموصي .....
١٨٤	للجذور والكعاب .....	٩	الركن الثاني: الموصى له .....
	الباب الثاني: في المسائل الدورية من	٣٣	الركن الثالث: في الموصى به .....
٢٠٦	سائر التصرفات الشرعية .....	٦١	الركن الرابع: الصيغة .....
	فصل في بيع المريض بالمحابة مع		الباب الثاني: في أحكام الوصية
٢٠٧	حدوث زيادة، أو نقصان في المبيع	٧٦	لصحيحة .....
٢١٢	فصل في إتلاف المريض المحابي ..	٧٧	القسم الأول: اللفظية .....
	فصل فيما إذا وطئت الجارية الموهوبة	١٠٩	القسم الثاني: في المسائل المعنوية ..
٢٢٦	وطئاً يوجب المهر .....	١٣٩	القسم الثالث: في المسائل الحسائية .
	الباب الثالث: في مسائل العين والدين		الباب الأول: في الدوريات من
٢٤٩	وهو يقسم إلى عدة حالات .....	١٥٥	الوصايا .....
	الحالة الأولى: إذا كان نصيبه مثل ما		فصل في الوصية بنصيب أحد الورثة
٢٥٠	عليه من دين .....	١٥٥	وبجزء شائع من المال .....
	الحالة الثانية: إذا كان نصيبه أكثر مما		فصل فيما إذا كان الجزآن مع
٢٥٠	عليه .....	١٦١	النصيب أحدهما بعد الآخر .....
	الحالة الثالثة: إذا كان نصيبه أقل مما		فصل في الوصية بنصيبين مع الوصية
٢٥١	عليه .....	١٦١	بجزء بعد كل نصيب .....
	الباب الثالث: في الرجوع عن		فصل في الوصية بالنصيب مع استثناء
٢٥٦	الوصية .....	١٦٣	جزء من المال عنه .....
٢٦٧	الباب الرابع: في الوصاية .....		فصل في الوصية بالنصيب مع استثناء
	كتاب الوديعة		جزء مما تبقى من جزء من المال .
	كتاب قسم الفيء والغنائم		فصل في الوصية بالنصيب مستثنى
٣٢٥	الباب الأول: في الفيء .....		

الرابعة: في نقل الصدقات ..... ٤١٠  
الخامسة: يجوز للمالك تولي الصرف

بنفسه ..... ٤١٥  
السادسة: صدقة التطوع ..... ٤١٨

### كتاب النكاح

القسم الأول: المقدمات ..... ٤٢٦  
القسم الثاني: في الأركان ..... ٤٩١  
القول في أركان النكاح ..... ٤٩٢  
أركان النكاح أربعة وهي: الصيغة .. ٤٩٢  
القول في حكم نكاح الشغار ..... ٤٩٩  
القول في تأقيت النكاح ..... ٥٠٥  
القول في الركن الثاني من أركان

النكاح ..... ٥١٢  
القول في الركن الثالث والرابع ..... ٥١٥  
القول في بيان أحكام الأولياء ..... ٥٣٥  
الباب الأول: في الأولياء ..... ٥٣٥  
الفصل الأول في أسباب الولاية ..... ٥٣٧  
الفصل الثاني في العصبية ..... ٥٤٤  
الفصل الثالث في سوابب الولاية ..... ٥٤٩  
القول في موانع الولاية ..... ٥٤٩  
الفصل الرابع في تولي طرفي العقد ..... ٥٦٣  
الفصل الخامس في التوكيل ..... ٥٦٦  
فصل في بيان لفظ الوكيل في عقد

النكاح ..... ٥٦٩  
الفصل السادس فيما يجب على الولي ..... ٥٧٠  
الفصل السابع في الكفاءة ..... ٥٧٣  
القول في الكفاءة في النكاح ..... ٥٧٣  
الفصل الثامن في تراحم الأولياء ..... ٥٨٢

أقسام الفيء وهي خمسة أسهم:  
السهم الأول: المضاف إلى الله تعالى

وإلى رسوله ..... ٣٢٨  
السهم الثاني: لذوي القربى ..... ٣٣٠  
السهم الثالث: اليتامى ..... ٣٣٢  
السهم الرابع: للمساكين ..... ٣٣٣  
السهم الخامس: لأبناء السبيل ..... ٣٣٣  
القول في كيفية الصرف إليهم ..... ٣٣٦  
الباب الثاني: في قسمة الغنائم ..... ٣٤٥  
أقسام مال الغنيمة هي: النفل ..... ٣٤٦  
الرضخ ..... ٣٥١  
السلب ..... ٣٥٥

### كتاب قسم الصدقات

الباب الأول: في بيان الأصناف

الثمانية ..... ٣٧٦  
الصف الأول: الفقير ..... ٣٧٦  
الصف الثاني: المسكين ..... ٣٨١  
الصف الثالث: العامل على الزكاة .. ٣٨٣  
الصف الرابع: المؤلفة قلوبهم ..... ٣٨٤  
الصف الخامس: الرقاب ..... ٣٨٨  
الصف السادس: الغارم والمديون .. ٣٩٠  
الصف السابع: سهم سبيل الله ..... ٣٩٥  
الصف الثامن: ابن السبيل ..... ٣٩٦  
الباب الثاني: في كيفية التصرف إليهم  
وفيه مسائل ..... ٣٩٩  
الأولى: فيما يعرف به هذه الصفات ..... ٣٩٩  
الثانية: في قدر المعطى ..... ٤٠١  
الثالثة: يجب استيعاب الأصناف  
الثمانية عند القدرة ..... ٤٠٦

# العقود

شرح الوجيز  
المعروف بالشرح الكبير

تأليف

الإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الراعي الفروي الشافعي

المؤلف سنة ٦٢٣ هـ

تحقيق وتعليق

إشيخ علي محمد معوض  
إشيخ عادل أحمد عبد الموجود

الجزء الثامن

يحتوي على الكتب التالية:

تنمة النكاح - الصداق - القسم والنذور  
الخلع - الطلاق

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان



## جميع الحقوق محفوظة

جميع حقوق الملكية الادبية والفنية محفوظة لدار الكتب  
العلمية بيروت - لبنان ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة  
أو إعادة تنضيد الكتاب كاملاً أو مجزأً أو تسجيله على أشرطة  
كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو برمجته على اسطوانات  
ضوئية إلا بموافقة الناشر خطياً.

Copyright ©  
All rights reserved

Exclusive rights by DAR al-KOTOB al-ILMIYAH Beirut - Lebanon. No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

الطبعة الأولى

١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م

## دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت  
تلفون وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٢٥ - ٦٠٢١٣٢ (١ ٩٦١) ٠٠  
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

## DAR al-KOTOB al-ILMIYAH

Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif, Bohatory st., Melkart bldg, 1st Floore.  
Tel. & Fax : 00 (961 1) 60.21.33 - 36.61.35 - 36.43.98  
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

### القول في اجتماع الأولياء

قَالَ الْعَزَالِيُّ: (الْفَضْلُ الثَّامِنُ فِي تَزَاوُحِ الْأَوْلِيَاءِ) فَإِذَا اجْتَمَعَ إِخْوَةٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ أَنْ يَنْفَرِدَ بِالتَّزْوِيجِ مِنْ كُفَاءٍ بِرِضَاهَا لَكِنَّ الْأَوْلَى التَّفْوِيزُ إِلَى الْأَسْنِ وَالْأَفْضَلِ، وَإِنْ تَزَاوَحُوا أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ، فَإِنْ بَادَرَ مَنْ لَمْ تَخْرُجْ قُرْعَتُهُ اتَّعَقَدَ.

قال الرَّافِعِيُّ: إذا اجتمع لِلْمَرْأَةِ أولياء في درجة واحدة كالإخوة وَبَيْنِهِمْ والأعمام وبنينهم، فَأَلْوَى أَنْ يزوجها أشبههم وأفضلهم بالفقه أو بالورع برضا الآخرين، أما تقديم الْأَسْنِ فلزيادة تَجْرِبَتِهِ، وَأما الأورع فإنه أشفق وأحرص على طلب الْحَطِّ، وأما الأفقه فإنه أعلم بِشَرَايِطِ النِّكَاحِ، وأما رِعَايَةَ رِضَا الآخرين فلتجتمع لآراء، ولا يتأذى بعضهم باستئثار البعض.

وإذا تعارضت هذه الخِصَالِ، فيقدم الأفقه، ثُمَّ الْأَوْرَعُ، ثُمَّ الْأَسْنُ، ولو زوج منهم غير الأسن والأفضل برضا الْمَرْأَةِ من كفاء صح، ولا اعتراض للباقيين، وليست هذه الولاية كولاية الْقِصَاصِ حيث يشترط اتفاق الأولياء على الاستيفاء؛ لِأَنَّ الْقِصَاصَ مبني على الدرء والإسقاط، والنِّكَاحُ مَبْنِيٌّ عَلَى الْإِثْبَاتِ وَالْإِلْزَامِ، ولهذا لو عضل واحد من الأولياء زوج الآخرين، ولو عفا واحد عن الْقِصَاصِ سقط حَقُّ الكَلِّ، ولو أنهم اشتجروا وأراد كل واحد منهم أَنْ يزوج نظر إن تعدد الخاطب، فالتزويج ممن ترضاه المرأة، فإن رضيتها جميعاً نَظَرَ الْقَاضِي فِي الْأَصْلَحِ وأمر بالتزويج منه. ذكره «صَاحِبُ التَّهْذِيبِ» وغيره.

وإن اتحد الخاطب، وتزاحموا على الْعَقْدِ أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ، فمن خرجت قُرْعَتُهُ زوجها، وإن بادر غيره وزوجها.

فوجهان:

أحدهما: أنه لا يصح النِّكَاحُ ليظهر فائدة القرعة، وهذا الوجه يختص بما إذا أخرجوا القرعة من غير ارتفاع إلى مجلس الحكم، أم يختص بقرعة

ينشئها<sup>(١)</sup> السلطان؟ فيه تردد للإمام.

وأصحهما: وهو المذكور في الكتاب أَنَّ النُّكَاحَ صَحِيحٌ وليست الفُرْعَةُ لسلب ولاية البعض، وإنما هي لقطع المنازعة، وهذا إذا كانت قد أذنت لكل واحد منهم على الانفرد، وفي معناه أَنَّ تقول: أذنت [في تزويجي]<sup>(٢)</sup> من فلان فمن شاء من أوليائي زَوَّجْتِي منه ولو قالت: زَوَّجْتِي منه. فهل يشترط اجتماعهم؟ فيه وجهان:

أظهرهما: نعم، ولو قالت: رضيت أن أزُوجَ، أو رضيت بفلان زوجاً، فأحد الوجهين: أنه ليس لأحد منهم تزويجها؛ لأنها لم تأذن لجميعهم بلفظ عام، ولا خاطبت واحداً منهم على التَّعْيِينِ، فأشبهت ما إذا قالت: رضيت بأن يباع مالي.

وأظهرهما: أنه يكتفي به، ولكل واحد منهم تزويجها؛ لأن الأولياء متعينون للتصرف شرعاً، والمشروط الرضا من جهتها وقد وجد. وعلى هذا فلو عَيَّنَتْ بعد ذلك واحداً هل ينعزل الآخرون؟ فيه وجهان؛ لأن في التخصيص إشعاراً يرفع الإطلاق. والمذكور من الوجهين في «الرقم» انعزال الآخرين.

وفي «التَّهْدِيْبِ» مقابله، ورأى بعض متأخري الأصحاب بناء الوجهين على أن المفهوم هل هو حجة أم لا؟.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: وَإِنْ بَادَرَ اثْنَانِ وَعَقَدَا مَعَ شَخْصَيْنِ فَالصَّحِيحُ السَّابِقُ، وَإِنْ أَمْكَنَ وَقَوْعُهُمَا مَعًا أَنْدَقًا، فَإِنْ سَبَقَ وَاحِدٌ وَنَسِينَا السَّابِقَ بَقِيَ النُّكَاحُ (و) مَوْقُوفًا أَبَدًا، وَإِنْ يُعْرِفُ السَّابِقُ مِنْهُمَا أَضْلاً يُفْسَخُ النُّكَاحُ لِلتَّعَدُّرِ فِي قَوْلِهِ، وَيَتَوَقَّفُ فِي قَوْلِهِ، وَالْقَاضِي يُنْشِئُ الْفَسْخَ، وَقِيلَ: لِلْمَرْأَةِ ذَلِكَ، وَقِيلَ: لِلزَّوْجَيْنِ أَيْضاً ذَلِكَ، وَعَلَيْهِمَا التَّفَقُّهُ (و) قَبْلَ الْفَسْخِ لِلْحَبْسِ، وَلَا مَهْرَ لِعَدَمِ الْيَقِينِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا أَدْنَتْ الْمَرْأَةُ لِأَحَدِ الْوَالِيَيْنِ فِي التَّزْوِيجِ مِنْ زَيْدٍ، وَلِلْآخَرِ فِي التَّزْوِيجِ مِنْ عَمْرٍو، أَوْ أَطْلَقَتْ الْإِذْنَ لِهَاتِمَا وَجُوزَنَاهُ فزَوْجَاهَا أَحَدُهُمَا مِنْ زَيْدٍ، وَالْآخَرِ مِنْ عَمْرٍو، أَوْ وَكَلَّ الْوَالِي الْمَخِيرَ رَجُلًا بِالتَّزْوِيجِ، فزَوْجَاهَا الْوَكِيلِ مِنْ زَيْدٍ، وَالْوَالِي مِنْ عَمْرٍو، أَوْ وَكَّلَ اثْنَيْنِ فزَوْجَ أَحَدُهُمَا مِنْ زَيْدٍ، وَالْآخَرِ مِنْ عَمْرٍو فَلِلْمَسْأَلَةِ خَمْسُ صُورٍ: إحداهما: أَنْ يسبق أَحَدُ التَّائِيحَيْنِ، فَالصَّحِيحُ السَّابِقُ وَالثَّانِي: باطل سواء دخل بها الثاني، أَوْ لَمْ يَدْخُلْ.

(٢) سقط في ز.

(١) في ز: بنسبها.

وقال مالك - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: **إِنْ دَخَلَ بِهَا الثَّانِي، فَهِيَ زَوْجَةُ الثَّانِي.**  
 لنا: ما روي عن سَمُرَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ: **«إِذَا أَنْكَحَ الْوَلِيَّانِ فَلِأَوَّلِ أَحَقُّ»**<sup>(١)</sup> ويروى: **«أَيُّ امْرَأَةٍ زَوَّجَهَا وَلِيَّانٍ فَهِيَ لِلأَوَّلِ مِنْهُمَا»**  
 وإنما يعرف السبق، إما بالتقار أو بيئنة تقوم عليه.

**الثانية:** إذا وقعا معاً، فهما باطلان فإنَّ الجمع ممتنع، وليس أحدهما بأولى من الآخر، فأشبه ما لو نكح أختين في عقد واحد.

**فَرَع:** لو اتَّحَدَ الْخَاطِبُ، وَأَزْجَبَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْوَلِيِّينَ النُّكَاحَ مَعاً، فَأُظْهِرَ الْوَجْهَيْنِ: الصَّحَّة، وَيُقْوَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْإِجْبَائِينَ بِالثَّانِي وَحَكَى أَبُو الْحَسَنِ الْعِبَادِي عَنْ الْقَاضِي وَغَيْرِهِ: أَنَّهُ لَا يَصِحُّ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ أَحَدُهُمَا أَوْلَى بِالْإِعْتِبَارِ مِنَ الثَّانِي فَتَدْفَعُ.

**الثالثة:** إذا لم يعلم السبق، ولا المعية، واحتمل الأمران معاً فالنكاحان باطلان؛ لأنهما إنَّ وَقَعَا مَعاً تَدَافَعَا، وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا تَرْتُّبٌ، فَلَا أُطْلَعُ عَلَى السَّابِقِ مِنْهُمَا، وَإِذَا تَعَذَّرَ إِمْضَاءُ الْعَقْدِ لِمَا، وَأَيْضاً فَإِنَّ الْمَعِيَةَ مُحْتَمَلَةٌ، وَالْأَصْلُ فِي الْأَبْضَاعِ الْحُرْمَةُ فَيَسْتَدَامُ إِلَى أَنْ يَتَيَقَّنَ النُّكَاحَ هَكَذَا أُطْلِقَهُ الْأَكْثَرُونَ وَنَقَلَ الْإِمَامُ وَغَيْرُهُ وَجْهًا: أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ إِنْشَاءِ فِسْخٍ؛ لِأَنَّ التَّرْتِيبَ مُحْتَمَلٌ، وَبِتَقْدِيرِ التَّرْتِيبِ فَالسَّابِقُ مِنَ الْعَقْدَيْنِ صَحِيحٌ، فَيَحْتَاجُ إِلَى الْفِسْخِ لِيَرْتَفِعَ، وَشَبَّهَ هَذَا الْخِلَافَ بِالْخِلَافِ فِي أَنَّ الْبَيْعَ بَعْدَ تَحَالُفِ الْمُتَبَاعِينَ يَنْفَسِخُ، أَوْ يُفْسَخُ.

**الرابعة:** إذا سبق واحد معين، ثم التبس، وأشكل الأمر، فيوقف حتى يتبين الحال، ولا يجوز لواحد منهما غشيانها، ولا لثالث نكاحها قبل أن يطلقها، أو يموتا أو يطلق أحدهما، ويموت الثاني<sup>(٢)</sup> وعن الشيخ أبي مُحَمَّدٍ وَغَيْرِهِ: أَنَّ مِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ أَجْرَى الْقَوْلَيْنِ الْمَذْكُورَيْنِ فِي الصُّورَةِ الْخَامِسَةِ مِنْ هَذِهِ الصُّورَةِ إِذَا تَحَقَّقَ الْيَأْسُ بِالْيَقِينِ.

**الخامسة:** إذا عرف سبق أحدهما، ولم يعلم أيُّهُمَا سَبَقَ فَالْنُّصُّ وَظَاهِرُ الْمَذْهَبِ أَنَّ الْحُكْمَ كَمَا لَوْ احْتَمَلَ السَّبْقَ، وَالْمَعِيَةَ لَتَعَذَّرَ الْإِمْضَاءُ، وَالْعِلْمُ بِتَقَدُّمِ أَحَدِهِمَا لَا يُغْنِي إِذَا لَمْ يَعْلَمْ الْمُتَقَدِّمَ. وَهَذَا كَمَا أَنَّ الْمُتَوَارِثِينَ إِذَا غَرَقَا وَمَاتَا لَا يَفْتَرِقُ الْحَالُ بَيْنَ الْأَيُّ يَعْرِفُ السَّبْقَ وَالْمَعِيَةَ، وَبَيْنَ أَنْ يُعْرَفَ سَبْقُ أَحَدِهِمَا مِنْ غَيْرِ تَعْيِينِ، وَقَدْ سَبَقَ فِي

(١) أخرجه أحمد والدارمي وأبو داود والترمذي والنسائي، من حديث قتادة عن الحسن، عن سمرة باللفظ الثاني، حسنه الترمذي وصححه أبو زرعة وأبو حاتم والحاكم [١٧٥/٢] في المستدرک، وذكره في النكاح بألفاظ توافق اللفظ الأول، وصحته متوقفة على ثبوت سماع الحسن من سمرة، فإن رجاله ثقات، لكن قد اختلف فيه على الحسن، ورواه الشافعي وأحمد والنسائي من طريق قتادة أيضاً، عن الحسن عن عقبة بن عامر، قال الترمذي: الحسن عن سمرة في هذا أصح، وقال ابن المديني: لم يسمع الحسن من عقبة شيئاً، وأخرجه ابن ماجه من طريق شعبة عن قتادة عن الحسن عن سمرة أو عقبة بن عامر قاله الحافظ.

(٢) قال النووي: ولا بدَّ من انقضاء عدتها بعد موت آخرهما.

الجمعتين في مثل هذه الصورة ذكر قولين:

أحدهما: بطلانها واستئناف جمعة، وهو كالمنصوص ها هنا.

والثاني: أَنَّ الْحُكْمَ كما لو عرفت السابقة ثم اشتبهت فيعيدون جميعاً الظهر، فمن الأصحاب من خرج هذا القول في النكاحين أيضاً.

وقال بالتوقف كما في الصورة الرابعة، ومنهم من أباه فرقاً بأن الجمعة بعد تمامها على الصحة لا يلحقها البطلان، والنكاح يلحقه الفسخ بأسباب وأعدار، وإذا ألحقنا هذه الصورة بما إذا احتمل السبق والمعية فيبطلان، أو لا بد من إنشاء الفسخ فيه الخلاف المذكور هناك، فإن أوجبنا إلى إنشاء الفسخ فيه فقيمن بثلاثة أوجه منقولة في «النهاية».

أشبهها: أنه لا ينشئ الفسخ إلا الحاكم، أو المحكم إذا جاوزنا التحكيم؛ لأن في الواقعة إشكالاً والتباساً، فيحتاج فيها إلى نظرٍ واجتهادٍ.

والثاني: أَنَّ لِلْمَرْأَةِ الْفَسْخَ من غير مراجعة الحاكم، كما تفسخ تحت الزوج.

والثالث: أَنَّ لِلزَّوْجِينَ الْفَسْخَ أيضاً كم يفسخ الزوج يرتق الزوجة، ثم نختم الصور

بجملتين:

إحدهما: حيث حكمنا يبطلان النكاحين، فلا مَهْرَ على كُلِّ واحد منهما إلا أن يفرض دخول، فيجب مَهْرُ الْمِثْلِ، وإذا قلنا بالبطلان عند احتمال السبق والمعية، وفيما إذا سبق أحدهما، ولم يعلم السابق على أحد القولين كيف الحال - أنقول بالبطلان ظاهراً وباطناً؟ أم نقول به ظاهراً لا باطناً؟.

ذكروا فيه وجهين: إن قلنا بالأول، فلو ظهر وتعين السابق يوماً من الدهر فلا زوجية، ولو كانت قد نكحت ثالثاً فيه زوجته، وإن قلنا بالثاني فالحكم بخلافه ويشبه أن يقال هذا الخلاف، والخلاف المذكور في أنهما يبطلان ويرتفعان بنفسهما، أو يحتاج إلى الرفع والفسخ شيء واحد، والاختلاف إنما هو في الْعِبَارَةِ لكن قال في «التَهْدِيبِ»:

الاحتياط أن يَقُولَ الْحَاكِمُ: فَسَخْتُ نِكَاحَ مَنْ سَبَقَ وَإِذَا فَسَخَ، أو لم يفسخ، فلا نكاح بينهما في الظاهر، وفي الباطن وجهان. هذا لفظه والله أعلم بالصواب.

الثانية: إذا قلنا بالتوقف فلو مات أحدهما، وقفنا من تركته ميراث زوجته، ولو ماتت هي وقفنا ميراث زوج بينهما، حتى يصطلحا أو يتبين الحال، وهل يطالبان بالنفقة؟.

فيه وجهان:

أحدهما: لا، لَأَنَّ الْأَصْلَ بَرَاءَةُ الذَّمِّ، ونحن لا نتيقن وجوب النفقة على واحد منهما، ولأن كل واحد منهما يقول: إن كانت في نكاحي فمكوني من الاستمتاع بها، فإن تعذر ذلك فلا أنفق.

والثاني: نَعَمْ؛ لجريان صُورَةِ الْعَقْدِ، وعدم التُّشْوِزِ، وكونها في حَبْسِهِمَا والأول أظهر عند الإمام، وبالثاني أجاب القاضي ابن كَيْجٍ، وعلى هذا فيوزع عليهما، وإذا ظهر

السَّبْقُ لأحدهما، وتعين رجوع الآخر عليه بما أنفق عليه.

قال الشَّيْخُ أَبُو عَاصِمٍ: ويحتمل أن يُقَالَ: إنما يرجع إذا كان قد أَتَّفَقَ بغير إذن الحاكم، وَيَهْدًا جزم الْقَاضِي ابنُ كَعْبٍ، وأما المهر فلا يطلب به واحد منهما لمكان الإشكال، ولا سَبِيلَ إلى إلزام مهريين ولا إلى قسمة مهر عليهما، ونعود إلى ألفاظ الكتاب.

اعلم أن الصُّورَ الْخَمْسَ مَذْكُورَةَ في الكتاب سُوَى الثَّانِيَةِ، وإنما تركها لوضوحها. وقوله: «والصَّحِيحُ السابق» - يجوز إعلامه بالميم لما ذكرنا من مَذْهَبِ مَالِكٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - عند دخول الثاني.

وقوله: «[يقيقى]»<sup>(١)</sup> النكاح موقوفاً بالواو.

وقوله: «يفسخ النُّكَاخُ للتعذر ويوقف في قول» يجوز أن يعلم القولان بالواو إشارة إلى الطريقة القاطعة، ولفظ «الفسخ» ظاهرة يقتضي ألا يَرَفَعَ النُّكَاخُ ولا يَنْفَسِخُ بنفسه، ولكن ينشئ فسخه وقد ادعى في «الْوَسِيطِ» أنه الأصح فكانه جرى ها هنا على ما رجحه. وقوله: «من قبل وإن أمكن وقوعهما معاً اندفعاً» يجوز إعلامه بالواو، وإن كَانَ الْمُرَادُ الْبُطْلَانُ والارتفاع، ونظم الكتاب حيث اقتصر في هذه الصُّورَةَ على هذا القدر، وتكلم في صورة القولين في الفسخ وفيمن ينشئه ربما أوهم الفَرْقَ بينهما في الحكم، وفي الحقيقة لا فرق إذا لم يقل بالتوقف في صورة القولين.

وقوله: وعليهما التَّفَقُّةُ قبل الْفَسْخِ للحبس أراد به لو تأخر الفسخ حَيْثُ رأينا إنشاء الفسخ، فالتفقه مَقْسُومَةٌ عليهما، وهذا الحكم لا يختص بهذا التَّقْدِيرِ، بل يجري حَيْثُ قلنا بالتوقف إلى أن يتبين الأمر، وفيه وضع الإمام الكلام، ثم هو معلم بالواو للوجه الذاهب إلى أنه لا نفقة على وَاحِدٍ مِنْهُمَا.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: فَإِنْ أَدْعَى كُلُّ وَاحِدٍ عَلَيْهَا الْعِلْمَ بِالسَّبْقِ فَعَلَيْهَا أَنْ تَخْلِفَ، فَإِنْ حَلَفَتْ بَقِي التَّدَاعِي بَيْنَهُمَا، فَإِنْ حَلَفَ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ ثَبَتَ النُّكَاخُ لَهُ، وَإِنْ أَقْرَتْ لِوَاحِدٍ فَلِلثَّانِي أَنْ يُحْلِفَهَا عَلَى أَصْحِ الْقَوْلَيْنِ لِأَنَّهَا لَوْ أَقْرَتْ لِلثَّانِي لَعَرَمَتْ لَهُ، وَإِنْ نَكَلَتْ اسْتَحَقَّ الثَّانِي بِالْيَمِينِ الْمَزْدُودَةِ الْغُزْمَ، وَفِيهِ قَوْلٌ: أَنَّهُ يَسْتَحَقُّ الرُّوْجِيَةَ، وَكَأَنَّ إِفْرَازَهَا لِلأَوَّلِ أَوْجِبَ الْحَقَّ بِشَرْطِ أَنْ تَخْلِفَ لِلثَّانِي، وَإِنْ لَمْ يَدَّعِ وَاحِدُ الْعِلْمِ عَلَيْهَا لَكِنْ أَدْعَى عَلَيْهَا رُوْجِيَةً مُطْلَقَةً فَبِي سَمَاعٍ مِثْلَ هَذِهِ الدَّعْوَى وَجْهَانِ، وَلَوْ أَدْعَى عَلَى الْوَلِيِّ فَبِي سَمَاعٍ الدَّعْوَى عَلَى الْوَلِيِّ وَتَخْلِيفِهِ وَجْهَانِ عَلَى الْإِطْلَاقِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: جميع ما تقدم فيما إذا تصادقا في كيفية جريان العقد، أما فرض

(١) في ز: نفي.

نزاع فزَعَمَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الزَّوْجَيْنِ أَنَّ نِكَاحَهُ سَابِقٌ وَأَنَّهَا زَوْجَتُهُ فَيَنْظُرُ إِنْ لَمْ يَوْجِهَا الدَّعْوَى عَلَيْهِمَا فَلَا عِبْرَةَ بِقَوْلِهِمَا وَلَا تَسْمَعُ دَعْوَى أَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ، وَلَا يُحْلَفُ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ؛ لِأَنَّ الْحُرَّةَ لَا تَدْخُلُ تَحْتَ الْيَدِ، وَلَيْسَ فِي يَدِ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا يَدْعِيهِ الْآخَرُ، هَذَا مَا قَالَهُ أَكْثَرُهُمْ.

وَعَنِ الصَّنِيدَلَانِيِّ - وَهُوَ جَوَابُ الْعِبَادِيِّ فِي «الرَّقْمِ»: أَنَّهُمَا يَحْلِفَانِ فَلَعْلُهُ يَظْهَرُ الْحَقُّ. قَالَ الْإِمَامُ: وَهَذَا لَا مَجَالَ لَهُ إِنْ كَانَ يَزْعُمَانِ عِلْمَ الْمَرْأَةِ بِالْحَالِ، بَلْ تَرَاوَجُ هِيَ، نَعَمْ لَوْ اعْتَرَفَا بِأَنَّهَا لَا تَعْلَمُ فَهُوَ مُحْتَمَلٌ وَيَنْقَدِحُ<sup>(١)</sup> فِي الْبِدَايَةِ تَخِيرَ الْقَاضِي أَوْ الْإِقْرَاعِ، فَإِنْ حَلَفَا أَوْ نَكَلَا، فَهُوَ كَمَا لَوْ اعْتَرَفَا بِالْإِشْكَالِ وَلَوْ حَلَفَ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ قَضَى لِلْحَالِفِ، وَإِنْ أَدْعِيَا عَلَى الْمَرْأَةِ، فَذَلِكَ يَصُورُ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أحدهما: أَنْ يَدْعِيَا عَلَيْهَا الْعِلْمَ بِالسَّبْقِ، فَإِنْ كَانَتْ الصَّيْغَةُ أَنَّهَا تَعْلَمُ سَبَقَ أَحَدَ النِّكَاحَيْنِ لَمْ تَسْمَعْ الدَّعْوَى لِلْجَهْلِ، وَإِنْ قَالَ كُلُّ وَاحِدٍ: هِيَ تَعْلَمُ أَنَّ نِكَاحِي سَابِقٌ ذَكَرَ صَاحِبُ «التَّقْرِيبِ» وَالشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ وَغَيْرُهُمَا مِنَ الْأُئِمَّةِ، أَنَّهُ يَبْنِي عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِي أَنْ يُقْرَأَ الْمَرْأَةَ بِالنِّكَاحِ هَلْ يَقْبَلُ؟.

وفيه قولان قدمناهما فإن قلنا: لا يقبل لم تسمع الدعوى عليها لأن غاية ما في الباب أن تُقَرَّ وهو غير مَقْبُولٍ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ، وَإِنْ قُلْنَا: يَقْبَلُ - وَهُوَ الصَّحِيحُ - فَتَسْمَعُ الدَّعْوَى عَلَيْهَا، وَحَيْثُذُ فَإِمَّا أَنْ تَنْكَرَ أَوْ تُقَرَّ.

الْحَالَةُ الْأُولَى: إِذَا أَنْكَرْتَ الْعِلْمَ بِالسَّبْقِ، فَتَحْلِفُ عَلَيْهِ، وَيَكْفِي يَمِينٍ وَاحِدَةً أَمْ لَا بَدَّ مِنْ يَمِينَيْنِ؟ - أَطْلُقُ فِي «التَّهْذِيبِ» أَنَّهَا تَحْلِفُ لِكُلِّ وَاحِدٍ يَمِينًا.

وَعَنِ الْقُقَالِ: أَنَّهُمَا إِنْ كَانَا حَاضِرَيْنِ فِي مَجْلِسِ الْحَكْمِ وَأَدْعِيَا حَلَفْتَ لَهُمَا يَمِينًا وَاحِدَةً، وَهَذَا مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ كَلَامُ الْقَاضِي ابْنِ كَجَّ وَيَطَابِقُهُ إِبْرَادُ الْإِمَامِ، إِلَّا أَنَّهُ اعْتَبَرَ مَعَ الْحَضُورَ الرُّضَى فَقَالَ: إِنْ حَضُرَا وَرَضِيَا يَمِينٍ وَاحِدَةً حَلَفْتَ يَمِينًا وَاحِدَةً وَإِنْ حَضَرَ أَحَدُهُمَا وَادْعَى فَحَلَفْتَ لَهُ، ثُمَّ حَضَرَ الْآخَرُ وَأَزَادَ تَحْلِيفَهَا. هَلْ لَهُ ذَلِكَ؟ حَكَى فِيهِ وَجْهَيْنِ:

وَجْهٌ أَحَدُهُمَا: تَمَيُّزُ حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَنِ الثَّانِي، وَوَجْهٌ الْآخَرُ أَنَّ الْوَاقِعَةَ وَاحِدَةً، وَنَفِي الْعِلْمِ بِالسَّبْقِ يَشْمَلُهُمَا جَمِيعًا، فَلَا مَعْنَى لِلتَّكْوِيرِ، وَأَجْرَى هَذَا الْخِلَافَ فِي كُلِّ خِصْمَيْنِ يَدْعِيَانِ شَيْئًا وَاحِدًا، ثُمَّ إِذَا حَلَفْتَ كَمَا يَنْبَغِي، فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: لَا تَحَالِفُ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ وَقَدْ أَقْضَى الْأَمْرُ إِلَى الْإِشْكَالِ، وَاسْتَضْعَفَهُ الْإِمَامُ وَقَالَ: إِنْ حَلَفْتَ هِيَ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ بِالسَّبْقِ، وَلَمْ تَنْكَرْ جَرِيَانِ أَحَدِ الْعَقْدَيْنِ عَلَى الصَّحَّةِ، فَوَجِبَ أَنْ يَبْقَى التَّدَاعِي وَالتَّحَالِفُ بَيْنَهُمَا، وَإِنَّمَا الَّذِي أَنْكَرَنَاهُ التَّحَالِفُ ابْتِدَاءً مِنْ غَيْرِ رَبْطِ الدَّعْوَى بِهَا، وَهَذَا هُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ، وَإِنْ نَكَلْتَ هِيَ رَدَدْنَا الْيَمِينِ عَلَيْهِمَا، فَإِنْ حَلَفَا أَوْ

(١) فِي ز: وَيَتَقَدَّمُ.

نكلا جاء الإشكال وإلّا قضى للحالف، وإذا حلفا أو نكلا، فلا شيء لهما على المرأة. وفي كتاب الحنّاطيّ ذِكْرُ وَجْهِ: أنهما إذا حلفا واندفع النكاحان فلكل واحد منهما عليها مهرُ المِثْلِ، وبمينها حلفت أو نكلت تكون على البت دون العلم، ولا حاجة إلى التعرض لعلمها.

الحالة الثانية: إذا أقرت لأحدهما بالسبق، فيثبت النكاح للمقر له وهل تسمع دعوى الثاني عليها - وهل له تحليفها؟.

فيه قولان مبنيان على أنها لو أقرت للثاني بعد ما أقرت للأول. هل تغرم للثاني شيئاً؟.

وفيه القولان المعروفان فيما إذا قال: هذه الدار لزيد، لا بل لعمر، وقد مرا بشرحهما فإن قلنا: تغرم سمعت دعوى الثاني وله التحليف رجاء أن يُقرَّ فيغرمها وإن لم تحصل له الزوجية، وإن قلنا لا يغرم فقولان مبنيان على أن يمين المدعي بعد نكول المدعي عليه، كإقرار المدعي عليه، أو كإقامة البيّنة من جهة المدعي، وفيه قولان يذكران في موضعهما إن قلنا كالإقرار لم تسمع دعواه؛ لأن غاية ما في الباب أن يقر أو ينكل فترد اليمين عليه فيحلف فيكون كما لو أقرت، ولا فائدة فيه على القول الذي عليه يقرع، وإن قلنا: كاليّنة فله أن يدعي وتحلف فإذا حلفت، فإما أن تحلف فتسقط دعوى الثاني، أو تنكل فترد اليمين عليه، فإن نكل فكذلك، وإن حلف فيبني على أن اليمين المزدودة كالإقرار، أو كاليّنة إن قلنا كالإقرار، وهو الأصح فوجهان: أحدهما: أنه يندفع النكاحان لتساويهما في الحجّة.

أما الأول فقد أقرت له، وأمّا الثاني؛ فلأنه حلف اليمين المردودة، وهي كالإقرار، فصارَ كما لو أقرت لهما معاً، وهذا حكاه القاضي أبو حامد والشيخ أبو محمد عن نصح في «القديم».

وأصحهما: استدامة النكاح الأول؛ لأنه قد مضى الحكمُ به بإقرارها، فلا يرفع بُكُولِهَا المحتمل للتورع عن اليمين الصادقة، فيكون كما لو أقرت للأول، ثم للثاني، وإن قلنا: إنها كاليّنة، فقد قيل بحكم النكاح الثاني؛ لأن البيّنة تقدم على الإقرار، وهذا هو المذكور في «المهذب» وقال الصنيدلاني وآخرون: إنها منكوحة الأول؛ لأن اليمين المردودة إنما تُجعل كالبيّنة في حقّ الحالف والثاكل لا في حقّ غيرهما، وإذا تركت الأصل المبني عليه، واقتصرت قلت: يندفع النكاحان أم تسلم للأول أو للثاني؟.

فيه ثلاثة أوجه:

إن سلمت للأول غرمت للثاني، وحيث تغرم، فالواجب عليها هو الواجب على شهود الطلاق إذا رجعوا، وفيه خلافٌ يجيء في موضعه إن شاء الله - تعالى -.



فَرَعٌ: لو كانت خَرَسَاءُ، أو خَرَسَتْ بَعْدَ التَّزْوِيجِ، فأقرت بالإشارة بسبق نِكَاحِ أَحَدِهِمَا لزمها الإقرار، وإلا فلا يمين عليها، والحال حال الإشكال. يحكى هذا عن نَصِهِ.

آخر: لو حلفت لأحد المدعيين أنها لا تعلم سبق نكاحه لم تكن مقرة بسبق نكاح الآخر، ولو قالت لأحدهما: لم يسبق نكاحك تكون مُقَرَّةٌ لِلاَخْرِ. ذكره الإمام وصاحب «التَّهْدِيبِ» وكان المَرَادُ إذا جرى ذلك بعد إقرارها بسبق أحدهما، وَإِلَّا فَيَجُوزُ أَلَّا يسبق هذا، ولا هذا بأن يقعا معا.

الوجه الثاني: أن يدعي عليها زوجية مطلقة، ولا يتعرضا للسبق، ولا يعلمها بالسبق، فهذا ينبنى على أن دَعْوَى النِّكَاحِ هَلْ يَشْتَرُطُ فِيهَا التَّفْصِيلُ وذكر الشرائط؟ وأنه هل يفرق بين أن يدعي ابتداء النِّكَاحِ فيقول: نكحت هذه. أو دوامه فيقول: هذه زوجتي وبيانه موكول إلى كتاب «الدَّعَاوَى» والله ييسره فإن سمعنا دعوى النِّكَاحِ مطلقة، أو فصلا القدر المحتاج إليه، ولم يتعرضا للسبق، فعليها الجوابُ البَاطِ، ولا يكفيها في هذه الْمَسْأَلَةِ نَفْيُ الْعِلْمِ بِالسَّابِقِ مِنَ النِّكَاحِ، لكنها إذا لم تعلم فَلَهَا الْجَوَابُ البَاطِ وَالْحَلْفُ على أَنَّها ليست زوجته، وهذا كما أنه لو ادعى على إنسان أن أباه أتلف عليه كَذَا، وَأَرَادَ تَغْرِيمَهُ مِنَ التَّرَكَةِ.

قالوا فالوارث يحلف على أنه ما يعلم من أبيه إثلافاً.

وَلَوْ ادَّعَى أَنْ عليه تسليم كذا من التركة، فيحلف أنه لا يلزمه التسليم، وعدم العلم يجوز له الحلفُ البَاطِ، هذا كُلُّهُ فيما إذا كانت الدَّعْوَى عَلَى الْمَرْأَةِ.

فَأَمَّا إذا ادعى على الولي نظر إن لم يكن مجبراً لم تسمع الدعوى عليه، ولم يحلف؛ لأنه لو أقر لم يقبل إقراره، وإن كان مجبراً فوجهان:

أحدهما: أن الجواب كذلك؛ لأنه عاقد كالوكيل والعقد لغيره.

وأظهرهما: سَمَاعُ الدَّعْوَى عليه؛ لأن إقراره مَقْبُولٌ كما مرَّ، ومن يقبل إقراره يتوجه عليه الدَّعْوَى واليمين، وَعَلَى هذا إن كانت المدعي نكاحها بكرة صغيرة، فيحلف الأب، وَإِنْ كَانَتْ بِكْرًا بِالْغَةِ فوجهان:

أحدهما: لا يحلف؛ لأننا نقدر على تحليفها، وهي أولى باليمين.

وأشبههما: نَعَمْ، ثم إن حَلَفَ الأبُ كان للمدعي أن يحلف البنت أيضاً، فإن نكلت حَلَفَ الْيَمِينِ المردودة، ويثبت النِّكَاحُ.

وفي «التَّهْدِيبِ»: أَنَّ الْمَرْأَةَ إِنْ كَانَتْ بِالْغَةِ بِكْرًا، أو ثَبِيًّا تكون الدعوى عليها، - وَاللَّهُ أَعْلَمُ -.

وقوله: «وعليها أن تحلف»، أي: على نَصِّ الْعِلْمِ إِنْ أَنْكَرَتْ.

وقوله: «نَفَى التَّدَاعِي بَيْنَهُمَا» معلم بالواو.

وقوله: «على أَصْحَ القولين؛ لأنها لو أقرت للثاني لغرمت له»، فيه إشارة إلى مبني القولين كما بيّنا، ويجوز إعلام قوله: «لغرمت لما» للقول الثاني.

وقوله: «وكأن إقرارها إنما أوجب الحقَّ بشرط أن تحلف للثاني» معناه أنا إذا حكمنا بالنكاح للثاني عند حلفه اليمين المردودة لم يفد إقرارها للأول حق النكاح مطلقاً، بل يشترط ألا تنكل عن يمين الثاني قوله: «وفي سَمَاعِ هَذِهِ الدَّعْوَى» إشارة إلى أَنَّ الخِلاَفَ في سَمَاعِ دَعْوَى الزَّوْجِيَّةِ مطلقاً مطرداً لا اختصاص له بصورة جريان العقدين وقوله: «ففي سَمَاعِ الدَّعْوَى عَلَى الوَلِيِّ» يَعْنِي: الوَلِيَّ المُجْبَرَ.

وقوله: «وجهان على الإطلاق» - المقصود منه: بيان أَنَّ الخِلاَفَ في الدَّعْوَى على الولي لا يختص بما إذا فُرِضَ عقدان ومدعيان، وهذا تمام الباب الأول.

### البَابُ الثَّانِي فِي المَوْلِيِّ عَلَيْهِ

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَلَا يُؤَلَّى فِي النِّكَاحِ إِلَّا عَلَى نَاقِصٍ بِصَغَرٍ أَوْ جُنُونٍ أَوْ سَفَهٍ أَوْ رِقٍّ أَوْ أَتُونَةٍ وَقَدْ سَبَقَ حُكْمُ الأَتُونَةِ وَالصَّغَرِ (أَمَّا المَجْنُونُ الكَبِيرُ) فَلِلأَبِ التَّزْوِيجَ مِنْهُ عِنْدَ ظُهُورِ الحَاجَةِ، وَلَا يَزِيدُ عَلَى وَاحِدَةٍ وَإِنْ كَانَ لَهُ أَنْ يُزَوِّجَ مِنَ الصَّغِيرِ العَاقِلِ أَرَبَعًا (و)، وَلَا يُزَوِّجُ مِنَ المَجْنُونِ الصَّغِيرِ فِي وَجْهِ.

### «نقصان الولاية ونكاح المجنون»

قال الرافعي: لا شك أن الشخص إنما يؤلى عليه لنقصان فيه، وقصور في النظر والأهلية، والنقصان المقضي لنصب الولي خمسة: الصغر، والأتونة، والجنون والسفه والرق، وقد سبق حكم الأولين [و] الثالث: الجنون.

وَالكَلَامُ فِي التَّزْوِيجِ مِنَ المَجْنُونِ، وَفِي تَزْوِيجِ المَجْنُونَةِ.

أما المجنون فإن كان كبيراً، فلا يزوج منه إن لم تدع الحاجة إليه، لما فيه من لزوم المهر والنفقة عليه من غير حاجة تدعو إليه، وليس كالصغير؛ لأن للصغير غاية يتوقع بعدها كماله، فلا يُرَاعَى في نكاحه إلا المصلحة، فإن دعت إليه حاجة فتزوج منه.

والحاجة تقع من وجهين:

أحدهما: أن تظهر رغبته في النساء بأن يحوم حولهن ويتعلق بهن وما أشبه ذلك.

والثاني: أن يحتاج إلى امرأة تتعهد وتخدمه، ولا توجد من محارمه من يقوم بهذا الشغل، وتكون مؤنة النكاح أخف من مؤنة شراء أمة.

هكذا ذكر صاحب «التَهْدِيْبِ» وآخرون، ولك أن تقول: إذا لم يجب على الزوجة خدمة الزوج وتمعهده، فكيف تزوج منه لهذا الغرض، وربما تمتنع المرأة من أن تخدمه، ولا تفي وإن وعدت وربما يلحق بالوجهين ما إذا توقع شفاؤه بالنكاح، وإذا جاز التزويج من تولاه الأب أو الجد، فإن لم يكونا فالسلطان دون سائر العصبات كما أنه يلي ماله.

وأما المجنون الصغير: ففي وجه يزوج منه كما يزوج من العاقل، وعلى هذا فلا يتولاه إلا الأب والجد، والمذهب الظاهر من التزويج منه؛ لأنه لا حاجة إليه في الحال، وبعد البلوغ لا يدري كيف يكون الأمر، بخلاف الصغير العاقل فإن الظاهر حاجته إلى النكاح بعد البلوغ، ولا مجال لحاجة التعهد والخدمة فإن الأجنبية يجوز أن يقمن بخدمته.

وعن الشيخ أبي محمد: أنه خرج على هذين الوجهين التزويج من الصغير الممسوح، ومتى جاز التزويج من المجنون فلا يزوج منه إلا امرأة واحدة؛ لأن الحاجة تندفع بها. وفي الصغير العاقل وجهان:

أحدهما: أن الحكم كذلك كيلا تكثر المؤنة عليه مع وقوع الكفاية بالواحدة.

وأظهرهما: جواز الزيادة، وهو المذكور في «الكتاب»؛ لأن المرعي في نكاحه المصلحة، وقد تكون له فيه مصلحة وغبطة، والمختل كالمجنون في النكاح، وهو الذي في عقله خلل، وفي أعضائه استرضاء، ولا حاجة به إلى النكاح غالباً.

وقوله في «الكتاب»: «فلا ب التزويج منه عند ظهور الحاجة» ليس للتخصيص بالأب بل الجد والسلطان في معناه كما تبين، والله أعلم.

قال الغزالي: وأما المجنونة فيزوجها بمجرد المصلحة صغيرة كانت أو كبيرة بكرة كانت أو ثيباً، وفي الثيب الصغيرة وجه أنه لا يزوجه إذا بلغت عاقلة ثم جئت عادت الولاية للأب في الأصح، واليتيمة البالغة المجنونة يزوجه (و) السلطان عند ظهور الحاجة، ويشاور أقاربها، والمشاورة واجبة في أحد الوجهين، وقيل: يزوج بمجرد المصلحة دون الحاجة.

قال الرافعي: ظاهر المذهب أن الأب والجد عند عدمه يزوجان المجنونة، كما يزوجان الصغيرة، ولا فرق بين أن تكون صغيرة، أو كبيرة بكرة، أو ثيباً ووراء وجهان:

أحدهما: أنه لا يستقبل الأب بتزويج الكبيرة الثيب، بل يقتقر إلى إذن السلطان بدلاً عن إذنها.

والثاني: أنه لا يزوج الثيب الصغيرة كما لو كانت عاقلة، والفرق على المذهب أن للبلوغ غاية ترتقب، فيمكن انتظارها لتأذن، والإفاقة بخلافه، ثم لا يشترط في تزويجها ظهور الحاجة، بل يكفي ظهور المصلحة بخلاف المجنون؛ لأن النكاح يفيد المهر والنفقة، ويغرم المجنون، ولا فرق بين التي بلغت مجنونة، وبين التي بلغت عاقلة، ثم جئت بناء على أن من بلغ عاقلاً، ثم جنّ تكون الولاية في ماله لأبيه، وهو الأصح.

وإن قلنا: إنها تكون للسلطان فكذلك أمر التزويج، والخلاف المبني عليه مذکور في «كتاب»<sup>(١)</sup> الحجر.

وأما المجنونة التي لا أب لها، فإن كانت صغيرة لم تزوج؛ لأنه لا حاجة في الحال، وغير الأب، والجدة لا يملك الإجمار، وإن كانت بالغة، ففي من يلي تزويجها وجهان:

أحدهما: القريب من الأخ والعم؛ لأن النسيب [أشفق]<sup>(٢)</sup> وأولى من السلطان.

وأظهرهما: وهو المذكور في الكتاب: السلطان؛ لأنه ليس في أقاربها من له كمال الشفقة فيفوض الأمر إلى من له الولاية العامة. وأيضاً فإنه الذي يلي ماله في هذه الحالة، فكذلك أمر التزويج فإن قلنا بالوجه الأول، فلا ينفرد القريب، ولكنه يحتاج إلى مراجعة السلطان، فيقوم إذن السلطان مقام إذنها، فإن المتنع القريب زوج السلطان كما في صورة الفضل، وإن قلنا بالوجه الثاني، فالسلطان يراجع أقاربها، وهذه المراجعة واجبة أو مستحبة؟

فيه وجهان:

أحدهما: مستحبة وفاء بتفويض الأمر إلى السلطان، وإنما يراجعهم تطيباً لقلوبهم.

وهذا كما أن الشافعي - رضي الله عنه - استحبه في صورة غيبة الولي، وسائر صور تزويج السلطان أن يشاور ذوي الرأي من أقاربها، فإن لم يكن فيهم ولي شاوَرَ خالها، وأبا أمها.

والثاني: أنها واجبة؛ لأن الأقارب أعرف بحالها، وأحرص على طلب الحظ لها، فإن شاوَرهم فلم يشيروا بشيء استقل السلطان، وهذا الوجه استضعفه الإمام وذكر في «التهديب» أنه الأصح، والوجهان في وجوب المشاورة جاربان في التزويج من المجنون، ثم من يلي أمر نكاحها من السلطان، أو القريب يزوج عند ظهور الحاجة،

(٢) في ز: أسبق.

(١) سقط في ز.

وذلك بأن يتبين فيها مَحَايِلَ عَلْبَةِ الشَّهْوَةِ، أو يشير أرباب الطَّبِّ بأن في تزويجها توقع الشفاء، أما إذا لَمْ يَظْهَرْ وَأَرَادَ التَّزْوِيجَ لكفاية النفقة، أو لِمَصْلَحَةٍ أُخْرَى فَوَجْهَانِ: أحدهما: أَنَّهُ يَجُوزُ كَمَا أَنَّ الْأَبَّ يَزُوجُ بِمَجْرَدِ المصلحة.

وأصحهما: المنع؛ لأنَّ تزويجها يقع إجباراً وغير الأبِّ وَالْجَدُّ لا يملك الإِجْبَارَ أيضاً؛ لأنَّ الإِجْبَارَ إِنَّمَا يُصَارُ إِلَيْهِ لِلْحَاجَةِ الثَّالِثَةِ مَثْرَةً الضَّرُورَةَ حَتَّى قَالَ الْإِمَامُ: وكنْتُ أَوْدُ لو استنبط مستنبط من الخلاف في أن الثيب الصغيرة المجنونة هل يزوجه أبوها؟ أنه هل يكفي بمجرد المصلحة كما في البالغة أم تعتبر الحاجة؟.

لكن اتفق الأصحاب على الاكتفاء بالمصلحة.

وقوله في الكتاب: «وَالْيَتِيمَةُ الْبَالِغَةُ الْمَجْنُونَةُ» لا يخفى أَنَّ الْمُرَادَ مِنَ الْيَتِيمَةِ التي لا أَبَ لَهَا ولا جَدًّا، لكن الجمع بين الوصف باليتم والبلوغ غير مستحسن مع ما اشتهر «أَنَّهُ لَا يَتَمُّ بَعْدَ حُلْمٍ»<sup>(١)</sup>.

وقوله: «يزوجه السلطان» - معلم بالواو.

فَرَحُّ: البالغ المنقطع جنونه لا يجوز التزويج منه إلى أن يفيق فيأذن ويشترط وفُوعُ الْعَقْدِ في وقت الإفاقة، حَتَّى لو عاد الجنون قبل العقد لُغِيَ الْإِذْنُ كما تُبْطَلُ الْوَكَالَةُ بالجنون، وكذلك الثيب المنقطع جنونها، وَالْمَغْلُوبُ عَلَى عَقْلِهِ بِمَرَضٍ أَصْلَبُهُ ينتظر إفاقته، فإن لم تنوَقِ الإفاقة، فهو كالمجنون.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: (وَأَمَّا السَّفِيهَةُ) فَلَا يُجَبَّرُ لِأَنَّهُ بَالِغٌ وَلَا يَسْتَقِلُّ لِأَنَّهُ سَفِيهٌ لَكِنْ يَتَزَوَّجُ بِإِذْنِ الْوَالِيِّ بَعْدَ تَعْيِينِ الْوَالِيِّ الْمَرْأَةَ، ثُمَّ يَتَّقَيِدُ بِمَهْرِ الْمِثْلِ، وَلَوْ قَدَّرَ الْوَالِيُّ الْمَهْرَ وَزَادَ السَّفِيهَةُ سَقَطَتِ الزُّيَادَةُ وَصَحَّ الْعَقْدُ (و)، وَإِنْ لَمْ يُعَيِّنِ الْمَرْأَةَ صَحَّ الْإِذْنُ فِي وَجْهِ، ثُمَّ عَلَيْهِ أَنْ يَنْكِحَ بِمَهْرِ الْمِثْلِ بِشَرْطِ (و) أَنْ لَا يَنْكِحَ عَلَى خِلَافِ الْمَصْلَحَةِ شَرِيفَةً يَسْتَفْرِقُ مَهْرُ مِثْلِهَا مَالَهُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الرَّابِعُ: السَّفِيهَةُ الْمَخْجُورُ عَلَيْهِ بِالسَّفِيهِ لَا يَسْتَقِلُّ بِالتَّزْوِيجِ<sup>(٢)</sup>؛ لِأَنَّ

(١) تقدم.

(٢) قال الحنفية نكاح السفية صحيح أذن الولي أو لم يأذن غير أنهم قالوا إذا تزوج بغير إذن الولي وغالى في المهر أكثر من المثل فليس للزوجة إلا مهر المثل.

وقال المالكية والشافعية: إن تزوج السفية بإذن الولي فنكاحه صحيح؛ وإن تزوج بغير إذن الولي فقد اختلفت في ذلك كلمة المالكية والشافعية. فالمالكية على أنه صحيح موقوف على نظر الولي فإن رأى فيه ضرراً تعين عليه فسخه، فإن مات السفية أو ماتت زوجته فلا يتوارثان، فإن كان =

النَّكَاحَ يشتمل على مُؤْنٍ مَالِيَّةٍ، ولو استقل به لم يؤمن أن يفني ماله في المهر والنفقة، فلا بُدَّ له من مُرَاجَعَةِ الوَلِيِّ وحيثُذِ فِيمَا أَنْ يَتَزَوَّجَ بِإِذْنِ الوَلِيِّ، أو يقبل له الولي النَّكَاحَ.

الطَّرِيقُ الْأَوَّلُ: تزويجه بإذن الولي وهو جائز؛ لأنه مُكَلَّفٌ صَحِيحُ العبارة، وإنما حَجَرَ عَلَيْهِ جَفْظًا لِمَالِهِ.

وفي شرح «مُخْتَصَرِ الجَوْنِيِّ» عن أبي الطَّيِّبِ بنِ سَلَمَةَ وَغَيْرِهِ: أنه لا يأذن له الوَلِيُّ في النَّكَاحِ؛ لأنه مَخْجُورٌ عَلَيْهِ فَأشبهه الصَّبِيُّ.

والمذهب الأول: وحيثُذِ فِيمَا أَنْ يُعَيَّنَ له امرأة ذاتا بأن يقول: تزوج بفلانة أو نوعاً بأن يقول: تزوج من بني فلان، أو إحدى بنات زيد أو يقدر مهراً، أو يجمع بين تعيين المرأة، وتقدير المهر، وإما أن يطلق الإذن.

القسم الأول: الإذن المقيد، فإن عين امرأة لم يجز له نكاح غيرها، ولينكحها بِمَهْرِ المِثْلِ أو بِمَا دُونَهُ، فإن زَادَ، فَعَيْنِ ابْنِ القَطَّانِ: أَنْ بَغَضَ الْأَصْحَابُ خَرَجَ قَوْلًا: أَنَّ النَّكَاحَ بَاطِلٌ، والمذهب الصحة، والخلل في الصداق لا يوجب الخلل في النَّكَاحِ، وَعَلَى هَذَا فَتَسْقُطُ الزِّيَادَةُ الَّتِي لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ فِيهَا، وَيَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ.

وَقَالَ ابْنُ الصَّبَّاحِ: القياس بطلان التسمي، والرجوع إلى مهر المثل والفرق أن على التقدير الأول تستحق الزوجة قدر مهر المثل من المعين، وعلى الثاني يجب مهر المثل في الدمة.

وَلَوْ قَالَ: انكح امرأة من بني فلان نكح واحدةٍ مِنْهُنَّ بِمَهْرِ المِثْلِ هكذا ولو قدر المهر فقال: انكح بألف، ولم يعين امرأة، فنكح امرأة بألف، فإن كان مهرُ مثلها ألفاً، أو أكثر فالتَّكَاحُ صَحِيحٌ، بالمسمى.

= الفسخ قبل الدخول فلا مهر لها إلا ربع دينار وإن رآه غبطة وسداداً تعين عليه إمضاؤه.

والشافعية على أنه باطل، ويفرق بينه وبين زوجته ولو دخل بها علمت الزوجة أو لم تعلم؛ لأنها إن لم تعلم فقد فرطت في الكشف عن حاله وإن علمت فقد رضيت.

وللحنابلة في نكاح السفية روايتان: إحداهما توافق الحنفية، والأخرى وهي الصحيحة عندهم توافق الشافعية «ووجهة الحنفية» أنه تصرف غير مالي، وهو إنما منع من المال فيصح منه، وكونه يلزم منه مال لا يقتضي عدم الصحة، لأنه ليس مقصوداً أصلاً من النكاح وإنما هو تبعي.

«ووجهة الآخرين» أنه تصرف يؤول إلى مال فلا يصح منه بدون إذن الولي كالبيع والشراء.

وما ذهب إليه الشافعية ومن معهم أنظر؛ لأن النكاح في الواقع يؤول إلى التصرف في المال الذي منع السفية منه، ولو أطلق له الحبل على الغارب لأصنع كل ماله في الزواج وما يتبعه من الولائم إلى غير ذلك فمنعه من النكاح ناهض دليلاً ونظراً.

وإن كان أقل من ألف صحَّ النكاحُ بِمَهْرِ الْمِثْلِ، وَسَقَطَتِ الزِّيَادَةُ؛ لِأَنَّهَا [تَبْرَعُ] <sup>(١)</sup> وَلَا مَجَالَ لِلتَّبْرُعِ فِي مَالِ السَّفِينَةِ.

وإن نكحَ امرأةً بألفين، فإنَّ كَانَ مَهْرُ مِثْلِهَا أَكْثَرَ مِنْ أَلْفٍ لَمْ يَصِحَّ النِّكَاحُ؛ لِأَنَّ الْوَلِيَّ لَمْ يَأْذَنْ فِي الزِّيَادَةِ عَلَى الْأَلْفِ، وَفِي الرَّدِّ إِلَى الْأَلْفِ إِضْرَارٌ بِالْمَرْأَةِ؛ وَلِأَنَّهُ دُونَ مَهْرِ الْمِثْلِ، وَإِنْ كَانَ مَهْرُ مِثْلِهَا أَلْفًا، أَوْ أَقَلَّ صَحَّ النِّكَاحُ بِمَهْرِ الْمِثْلِ، وَسَقَطَتِ الزِّيَادَةُ.

وعن تخريج ابن القُطَّانِ وابن خيران: أَنَّهُ إِذَا زَادَ عَلَى مَا أَذِنَ الْوَلِيُّ بَطَلَ بِكُلِّ حَالٍ كَمَا لَوْ قَالَتْ لِلْوَكِيلِ: خَالِعِنِي بِعَشْرَةِ فَخَالَعُ بِعِشْرِينَ، فَإِنَّهُ يَبْطُلُ الْخُلْعُ.

ولو جمع بين تعيين المرأة وتقدير المهر وقال: انكح فلانة بألف، فإن كان مهرُ مِثْلِهَا دُونَ الْأَلْفِ، فَلَا إِذْنَ بَاطِلٌ، وَإِنْ كَانَ مَهْرُ مِثْلِهَا أَلْفًا، فَإِنْ نَكَحَهَا بِأَلْفٍ، أَوْ أَقَلَّ صَحَّ النِّكَاحُ بِالْمُسَمَّى، وَإِنْ زَادَ سَقَطَتِ الزِّيَادَةُ، وَإِنْ كَانَ مَهْرُ مِثْلِهَا أَكْثَرَ مِنْ أَلْفٍ، فَإِنْ نَكَحَ بِأَلْفٍ صَحَّ النِّكَاحُ بِالْمُسَمَّى، وَإِنْ زَادَ لَمْ يَصِحَّ النِّكَاحُ، قَالَ فِي «التَّهْدِيبِ».

القسم الثاني: الإذن المطلق، وفيه وجهان:

أحدهما: ويروى عن أبوي علي بن خيران والطَّبْرِيِّ وَعَنْ أَبِي الْقَاسِمِ الدَّارِكِئِيِّ: أَنَّهُ يَلْغُو، وَلَا بُدَّ مِنْ تَعْيِينِ امْرَأَةٍ أَوْ مِنْ نِسَاءِ قَبِيلَةٍ، أَوْ مِنْ يَقْدِرُ الْمَهْرَ، وَاحْتِجَّ لَهُ بِأَنْ لَوْ اعْتَبَرْنَا الْإِذْنَ الْمَطْلُوقَ لَمْ يَأْمَنْ أَنْ يَنْكَحَ شَرِيفَةً يَسْتَعْرِقُ مَهْرُ مِثْلِهَا مَالَهُ، وَذَلِكَ يَعْكَرُ عَلَى مَقْصُودِ الْحَجْرِ بِالْإِبْطَالِ.

وَأَصَحُّهُمَا: وَبِهِ قَالَ ابْنُ الْقُطَّانِ: أَنَّهُ يَكْفِي، وَلَا حَاجَةَ إِلَى التَّشْيِيدِ كَمَا لَوْ أَذِنَ السَّيِّدُ لِعَبْدِهِ فِي النِّكَاحِ يَكْفِي الْإِطْلَاقُ وَفِي بَعْضِ «التَّعَالِيقِ» حِكَايَةٌ طَرِيقَةً قَاطِعَةً بِالْوَجْهِ الْأَوَّلِ، وَإِذَا قُلْنَا بِالثَّانِي فَلَوْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً بِأَكْثَرَ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ صَحَّ النِّكَاحُ، وَسَقَطَتِ الزِّيَادَةُ، وَإِذَا تَزَوَّجَ بِمَهْرِ الْمِثْلِ، أَوْ أَقَلَّ صَحَّ النِّكَاحُ بِالْمُسَمَّى.

نَعَمْ لَوْ نَكَحَ شَرِيفَةً يَسْتَعْرِقُ مَهْرَ مِثْلِهَا مَالَهُ.

ففيه وجهان حكاهما القاضي ابن كَجَّ اختيار الإمام منهما، وهو الْمَذْكُورُ فِي «الْكِتَابِ»: الْمَنْعُ وَأَنَّهُ لَا يَصِحُّ نِكَاحُهُ إِلَّا إِذَا وَافَقَ الْمَصْلَحَةَ.

وَذَكَرَ ابْنُ كَجَّ أَيْضًا تَفْرِيحًا عَلَى اعْتِبَارِ الْإِذْنِ الْمَطْلُوقِ وَجِهَيْنِ فِيمَا لَوْ عَيْنَ [الولي] <sup>(٢)</sup> امْرَأَةً، فَعَدَّلَ السَّفِينَةَ إِلَى غَيْرِهَا، وَنَكَحَهَا بِمِثْلِ مَهْرِ الْمَعِينَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا غَرَضَ لِلْوَلِيِّ فِي أَعْيَانِ الْأَزْوَاجِ.

(١) في ز: تنزع.

(٢) سقط في ز.

فرعان:

الأول: لو قال: انكح من شئت [بما شئت]<sup>(١)</sup> ذكر بعضهم أنه يبطل الإذن؛ لأنه رَفَعَ الْحَجَرَ بِالْكَلِيَّةِ.

الثاني: قال ابن كَجِّج: الإذن للسفينة في النكاح لا يفيد جواز التوكيل؛ لأنه لم يَزِفِ الْحَجَرَ إِلَّا عَنْ مُبَاشَرَتِهِ.

الطريق الثاني: قَبُولُ الْوَلِيِّ النَّكَاحَ لَهُ هَلْ يَشْتَرطُ فِيهِ إِذْنُ السَّفِينَةِ؟ قَالَ قَاتِلُونَ: لَا؛ لِأَنَّهُ قَوْصٌ إِلَيْهِ رِعَايَةٌ مَصَالِحُهُ فَإِذَا عَرَفَ حَاجَتَهُ زَوْجَهُ كَمَا يَكْسُوهُ وَيَطْعُمُهُ وَعَلَى هَذَا يَنْطَبِقُ كَلَامُ الشَّيْخِ أَبِي حَامِدٍ، وَأَصْحَابِنَا الْعِرَاقِيِّينَ.

وقال آخرون: نعم؛ لأنه حر مُطَلَّقٌ، فلا بد من استئذانه، وهو الأصح واعلم أن الشافعي - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - ذَكَرَ فِي «الْمُخْتَصَرِ» أَنَّ السَّفِينَةَ يَزُوجُهُ وَلِيَّهُ، وَرَبَّمَا اسْتَأْنَسَ الْأُولُونَ بِظَاهِرِهِ وَالْآخَرُونَ يَحْمِلُونَهُ عَلَى أَسْلِ التَّزْوِيجِ، ثُمَّ تَرَاعَى شَرَائِطُهُ وَقَدْ نَقَلَ عَنِ رِوَايَةِ الرَّبِيعِ أَنَّهُ لَا يَزُوجُهُ وَلِيَّهُ، وَاتَّفَقُوا عَلَى أَنَّهُ لَيْسَ اخْتِلَافٌ قَوْلٍ، وَلَكِنْ حَمَلَ بَعْضُهُمْ مَا فِي رِوَايَةِ الرَّبِيعِ عَلَى الْقِيَمِ الَّذِي لَمْ يَأْذَنْ لَهُ الْحَاكِمُ فِي التَّزْوِيجِ، وَبَعْضُهُمْ عَلَى مَا إِذَا لَمْ يَحْتَجِ السَّفِينَةَ إِلَى النَّكَاحِ، وَإِذَا قَبِلَ الْوَلِيُّ النَّكَاحَ لَهُ، فَلْيَقْبَلْ بِمَهْرِ الْمَثَلِ، أَوْ دُونِهِ، فَإِنْ زَادَ كَمَا لَوْ قَبِلَ الْأَبُ لِابْنِهِ بِأَكْثَرِ مِنْ مَهْرِ الْمَثَلِ.

ففي قول: يَنْطَلُ النَّكَاحُ وَفِي آخِرِ يَصِحُّ [بمهر المثل]<sup>(٢)</sup> وهو الأصح.

وإذا عَرَفْتَ جَمِيعَ ذَلِكَ [عَلِمْتَ]<sup>(٣)</sup> قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «فَلَا يَجِبُ» بِالْوَاوِ.

وكذا قوله: «ولكن يتزوج بإذن الولي».

وقوله: «وصح العقد».

وقوله «بشروط الأئمة على خلاف المصلحة» إلى آخره.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: وَإِنْ نَكَحَ بِغَيْرِ إِذْنٍ فَسَدَ، وَلَمْ يَجِبِ الْمَهْرُ بِوَطْئِهِ كَمَا لَوْ اشْتَرَى شَيْئًا وَأَتْلَفَ، وَقِيلَ: يَجِبُ تَعْبُدًا، وَقِيلَ يَجِبُ أَقْلٌ مَا يَتَمَوَّلُ، فَإِذَا اتَّمَسَ النَّكَاحَ فَلَبِيَ الْوَلِيُّ أَدْنَى السُّلْطَانِ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ صَحَّ اسْتِقْلَالُهُ عَلَى وَجْهِهِ، وَلَهُ أَنْ يُطَلِّقَ بِكُلِّ حَالٍ، وَلَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْحَجْرِ طَلَاقًا.

قال الرافعي: فيه ثلاث مسائل نشرحها، ونضم إليها ما لا غنى عن معرفته.

(٢) سقط في ز.

(١) سقط في ز.

(٣) في ز: أعلم.



إحداها: الأولى: إذا نَكَحَ السَّفِيهَ بِغَيْرِ إِذْنِ الْوَلِيِّ بَطَلَ النِّكَاحُ، ويفرق بينهما<sup>(١)</sup>، فَإِنْ كَانَ قَدْ دَخَلَ بِهَا فَلَا حَدَّ لِلشَّهْوَةِ، وفي الْمَهْرِ أَوْجُهُ:

أصحها: أنه لا يجب كما لو بِنِعَ منه شيء فأتلفه، وهذا؛ لأن مُعَاقَدَتَهُ والتسليم إليه تسليط له على التصرف في الإتلاف، وفي هذا إشكالٌ من جهة أن الْمَهْرَ حَقُّ الزوجة، وقد تزوج وَلَا شُعُورَ لَهُ بحال الزَّوْجِ، فكيف يبطل حَقُّهَا.

والثاني: يَجِبُ مهر المثل؛ لأن تَعْرِيفَةَ الوطاء عن الحد والمهر جميعاً، لا سبيل إليه.

والثالث: يجب أقل ما يتمول رعاية لحق السَّفِيهِ، ووفاء لحق التعبد إذ به يتميز عن السَّفَاحِ.

الثانية: ذكر الأكثرون أنه يُشْتَرَطُ في نكاح السَّفِيهِ حاجته إليه، وإلا ففيه إتلاف مَالِهِ، فيما لا يحتاج إليه، وبنوا على هذا أنه لا يُزَوِّجُ منه إلا واحدة، كما مرَّ في المجنون.

قالوا: والحاجة إلى النُّكَاحِ بأن تغلب شهوته، ويلحق به ما إذا احتاج إلى من تخدمه ولم تقم بخدمته محرم، وكانت مَوْنَةُ الزَّوْجَةِ أَخْفَ من ثمن جارية، ومؤنها ولم يكتفوا في الحاجة بقول السفیه لأنه قد يقصد إتلاف المال، بل اعتبر ظهور الأمارات الدالة على غلبة الشَّهْوَةِ.

وروى الإمام وَجْهًا: أنه يجوز التزويج منه بِالْمَضْلَحَةِ كَالصَّبِيِّ؛ لأن العاقل لا يبعد أن تحنكه التجارب بخلاف المجنون، فَإِنَّ إِفَاقَتَهُ بَعِيدَةٌ، ولم يعتبر ظهور أمارات الشهوة، واكتفى فيها بقول السفیه وتابعه صاحب «الْكِتَابِ» فيما ذكره، ولك كَلِمَاتُ:

إحداها: لو اعتبرت الحاجة في نِكَاحِهِ لما اعتبر إذنه كالمجنون كما لو عرف جوعه فإنه يطعم، وإن لم يطلب الطعام لخبيله.

الثانية: إذا اعتبرنا إذنه ومراجعتة، وجب أن يكتفي بقوله: ولا يعتبر ظُهُورُ الأمارات؛ لأنه صحيح العبارة في الجملة فصار كالمراة إذا التمس التزويج.

الثالثة: في التزويج لغرض الخدمة إشكال سبق، ثم قضيته أن تجوز الزِّيَادَةُ على وَاحِدَةٍ إذا لَمْ تَكْفِ واحدة للخدمة.

إذا تقرر ذلك فإذا التمس السفیه النُّكَاحَ مع ظُهُورِ أَمَارَةِ الْحَاجَةِ إن اعتبرناه، أو

(١) ومحلّه كما قال ابن الرفعة: إذا لم ينته إلى خوف العنت وإلا فيصح نكاحه وهو أولى من المراة في المفازة لا تجد ولياً.

دونه إن لم نعتبره، فعلى الولي الإجابة فإن امتنع فتزوج السفية بنفسه أطلق الأصحاب فيه وجهين:

أصحهما: عن الشيخ المتولي: أنه لا يصح الكُحاح، كما لو تزوج العبد بنفسه إذا لم يأذن له السيد.

والثاني: يصح؛ لأنه حق ثبت على الولي، فإذا لم يوفه استقل صاحب الحق باستيفائه، كالدين على المديون، واستدرك الإمام وتابعه صاحب «الكتاب» فقالا: «إذا امتنع الولي، فيجب على السفية مراجعة السلطان، كالمرأة إذا عضل وليها فإن خفت الحاجة وتعذرت مراجعة السلطان، فحينئذ في استقلال السفية الوجهان».

المسألة الثالثة: للمحجور عليه أن يطلق، وهي مذكورة مرة في «الحجر» فإن كان مطلقاً سري بجمارية.

[المسألة الرابعة: الكلام في الذي يلي أمر السفية] [و] قد سبق في «باب الحجر» وذكر أبو الفرج الزاز أنه إن بلغ رشيداً، ثم طراً السفه، فأمر نكاحه يتعلق بالسلطان، وإن بلغ سفياً، فيفوض إلى السلطان، أو إلى الأب والجد، فيه وجهان.

وأطلق القاضي ابن كج أنه يزوجه الحاكم، وأنه إن جعله في حجر إنسان زوجته الذي هو في حجره.

وقال الإمام: إن فوض إلى القيم التزويج زوج، وإلا فلا.

فرعان:

الأول: قال في «التهديب»: إقرار السفية على نفسه بالنكاح لا يصح؛ لأنه ليس ممن يباشر بنفسه، وهذا قد يشكل بإقرار المرأة وما فيه من التفصيل.

والخلاف الثاني: المحجور عليه [بالفلس له]<sup>(١)</sup> أن ينكح لكن ما في يده كالمرهون بحقوق الغرماء، فلا يصرف لمؤن النكاح وإنما هي فيما تكتسب.

قال الغزالي: وأما الرق فليس يد إجنار الأمة، وليس له (م ح) إجنار العبد في قول وإن كان صغيراً فإذا طلب الرقيق النكاح لم يجب الإجابة على الأصح (و)، والصحيح هذا التصرف للملك حتى يزوج الفاسق أمته، ويزوج المسلم أمته.

قال الرافعي: الخامس الرق، فنكاح العبد بغير إذن السيد باطل.

(١) قال النووي: وإذا لم نوجب شيئاً، فكف الحجر، فلا شيء عليه على المذهب، كالصبي إذا وطئ ثم بلغ. وحكى الشاشي فيه وجهين.

وقال مالك: يَصِحُّ وَلِلسَّيِّدِ فَسُخُّهُ. وأبو حنيفة يقفه على إجازة السَّيِّدِ.

لنا: مَا رُوِيَ أَنَّهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ: «أَيُّمَا مَمْلُوكٍ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهُ، فَنِكَاحُهُ بَاطِلٌ»<sup>(١)</sup>.

وَيُرْوَى: «فَهُوَ عَاهِرٌ»<sup>(٢)</sup> ولو نكح بإذن السيد، صَحَّ؛ لأنَّ عبارته صَحِيحَةٌ. وإنما المنع، لتحصيل رضا السَّيِّدِ، حَتَّى لو أذنت المرأة لِغَبْدِهَا فِي النِّكَاحِ، فَتَنَكَّحَ، صَحَّ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا عِبَارَةٌ فِي النِّكَاحِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ إِذْنُ السَّيِّدِ مُقَيِّدًا بِأَمْرَةٍ بِعَيْنِهَا، أَوْ بِوَاحِدَةٍ مِنَ الْقَبِيلَةِ أَوْ الْبَلَدَةِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُطْلَقًا، وَإِذَا قَيْدٌ، فَعَدَلَ الْعَبْدُ عَنِ النِّكَاحِ الْمَأْذُونِ فِيهِ، لَمْ يَصَحَّ.

وَحَكَى الْحَنَاطِيُّ وَجْهًا: أَنَّهُ لَوْ كَانَ قَدْ نَصَّ عَلَى الْمَهْرِ فَتَنَكَّحَ غَيْرَ الْمَعِينَةَ بِذَلِكَ الْمَهْرِ، أَوْ أَقَلَّ؛ صَحَّ النِّكَاحُ، وَإِذَا أُطْلِقَ الْإِذْنُ، فَلَهُ نِكَاحُ حُرَّةٍ أَوْ أَمَةٍ فِي تِلْكَ الْبَلَدَةِ أَوْ غَيْرِهَا، لَكِنْ لِلْسَّيِّدِ مَنَعُهُ عَنِ الْخُرُوجِ إِلَى الْبَلَدَةِ الْأُخْرَى، وَلَوْ قَدَّرَ مَهْرًا، فزَادَ، فَالزِّيَادَةُ تَكُونُ فِي ذِمَّتِهِ يَتَّبِعُ بِهَا، إِذَا أَعْتَقَ، وَلَوْ نَكَّحَ بِمَا قَدَّرَ امْرَأَةً بِمَهْرٍ مِثْلِهَا أَوْ دُونَهُ.

فَقَدْ ذَكَرَ الْحَنَاطِيُّ فِيهِ ثَلَاثَ أَحْتِمَالَاتٍ:

أظهرها: صِحَّةُ النِّكَاحِ وَوَجُوبُ الْمُسَمَّى فِي الْحَالِ.

والثَّانِي: أَنَّ الزِّيَادَةَ عَلَى مَهْرِ الْمِثْلِ يَتَّبِعُ بِهَا إِذَا أَعْتَقَ.

والثَّالِثُ: بُطْلَانُ النِّكَاحِ، وَلَوْ رَجَعَ عَنِ الْإِذْنِ، وَلَمْ يَعْلَمْ بِهِ الْعَبْدُ حَتَّى نَكَّحَ، فَهُوَ عَلَى الْخِلَافِ فِي الْوَكَايَةِ، ذَكَرَهُ ابْنُ كَيْسَانَ، وَلَوْ طَلَّقَ الْعَبْدُ بَعْدَ مَا نَكَّحَ بِإِذْنِ السَّيِّدِ، لَمْ يَنْكُحْ أُخْرَى إِلَّا بِإِذْنِ جَدِيدٍ، وَلَوْ نَكَّحَ نِكَاحًا فَاسِدًا، فَهَلْ لَهُ أَنْ يَنْكُحَ أُخْرَى؟

فِيهِ خِلَافٌ مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ الْإِذْنَ، هَلْ يَتَنَاوَلُ الْفَاسِدَ، أَمْ يَخْتَصُّ بِالصَّحِيحِ، وَهَذَا أَضَلُّ سِيَاطِي، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

(١) في ز: بالعكس.

(٢) أخرجه أحمد وأبو داود [٢٠٧٨] والترمذي [١١١١] وحسنه، والحاكم [١٩٤/٢] وصححه من حديث ابن عقيل عن جابر باللفظ الأول، وأخرجه ابن ماجه من رواية ابن عقيل عن ابن عمر، وقال الترمذي: لا يصح، إنما هو عن جابر، وأبو داود [٢٠٧٩] من حديث العمري عن نافع عن ابن عمر باللفظ الثاني، وتعبه بالتضعيف وتصويب وقفه، ورواه ابن ماجه من حديث ابن عمر بلفظ ثالث: أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو زان، وفيه مندل بن علي وهو ضعيف، وقال أحمد بن حنبل: هذا حديث منكر، وصوب الدارقطني في العلل وقف هذا المتن على ابن عمر، ولفظ الموقوف أخرجه عبد الرزاق عن معمر عن أيوب عن نافع عن ابن عمر: أنه وجد عبداً له تزوج بغير إذنه، ففرق بينهما، وأبطل صداقه، وضربه حداً. ذكر هذا الحافظ في التلخيص.

إذا تقرّر ذلك ففي الفصل مسائل:

المسألة الأولى: هل للسيد إيجابُ العبدِ البالغِ على النكاحِ؟.

فيه قولان:

أحدهما: وهو القديم: نعم، وهو قال أبو حنيفة ومالك - رضي الله عنهما - لأنه مملوك، فأشبه الأمة.

والجديد: المنع، وبه قال أحمد؛ لأنه يملك رفع النكاح بالطلاق، فكيف يجبر على ما يملك رفعه، وأيضاً، فإن النكاح عقد يلزم ذمة العبد مالا، فلا يجبر عليه كالكتابة، ويخالف الأمة؛ فإنه يملك منفعة بضعها، فيورد العقد على ما يملكه فيها هنا بخلافه، وإن كان العبد صغيراً فطريقان:

أظهرهما: طرد القولين.

والثاني: القطع بجواز الإيجاب، وهو اختيار القاضي ابن كنج.

وإن شئت، قلت: إن أجبر العبد البالغ، فالصغير أولى، وإلا فقولان أو وجهان:

والفرق: أن الإيجاب بحال الصغر أليق كما في حق البنين، ومن طرد الخلاف في الصغير، فقد يشبهه على المعنيين المذكورين في أن البالغ لا يجبر، إن علمنا أنه يملك رفع النكاح بالطلاق، فالصغير لا يملكه، فيجبر، وإن علمنا بأنه يلزم ذمته مالا، فلا فرق، وقد يقول المختصّر في إيجاب العبد ثلاثة أقوال، ثالثها الفرق بين الصغير والكبير، والعبد والمجنون كالصغير، وإذا فرّعنا على جواز الإيجاب للسيد، فللسيد أن يقبل النكاح للعبد البالغ، وله أن يكرهه على القبول، ويصح؛ لأنه غير مبطل في الإكراه، قاله في «التهذيب».

وفي «التتمة» إن قبوله بالقهر لا يصح، ويقبل إقرار السيد على العبد كإقرار الأب في حق ابنته، ويجوز أن يزوّج أمته من عبده الصغير، أو البالغ، وحينئذ، فلا مهر، وفي استحباب ذكره قولان، الجديد أنه لا يستحب ويقال وجهان ولو طلب العبد النكاح من السيد أهل يجب الإجابة؟.

فيه قولان، ويقال وجهان<sup>(١)</sup>:

أحدهما: نعم، وبه قال أحمد، كما يجب إجابة السفيه إذا طلب، ولأن في المنع توريطاً له في الحرام.

(١) سقط في ز.

وَأَصْحُهُمَا: المنع، وبه قال أبو حنيفة ومالك - رَجَمَهُمَا اللَّهُ تَعَالَى - لأنه يُشَوِّشُ عليه مقاصد المِلْكِ وفوائده، وإذا قلنا بالأول، فلو امتنع السيد، زَوَّجَهُ السلطان كما لو عضل عن نكاح مولاته، ولو نكح بنفسه، قال الإمام هو<sup>(١)</sup> كما لو طلب السَّفِيهَ، وامتنع الولي، فَتَنَكَحَ بِنَفْسِهِ.

واعلم: أن أبا الفرج السَّرْحَسِيَّ بنى الخِلافَ في جواز إجبار العبد على النِّكاحِ على الخِلافِ في وجوب الإِجَابَةِ على السَّيِّدِ، إذا طلب العبد، إن أوجبنا الإِجَابَةَ، جعلنا النِّكاحَ حَقَّ العَبْدِ، فلا يجبر عليه، وإلا، أُجْبِرَ كالأَمَةِ، ومنهم من عكس الأمر، فبني الخِلافَ في وجوب الإِجَابَةِ على السَّيِّدِ على الخِلافِ في جواز إجبار العبد، إن أُجْبِرَ حيث لم يجب إجابته [وإلا، وجبت]<sup>(٢)</sup> وأشار بَعْضُهُمْ إلى تَخْصِيصِ الخِلافِ في وجوب الإِجَابَةِ بقولنا: إِنَّ السَّيِّدَ لَا يُجْبِرُ عَبْدَهُ عَلَى النِّكاحِ، أما إذا أُجْبِرَهُ، فَيُنْعَدُ أَنْ يَقَالَ: إِنَّ العَبْدَ أَيْضاً يُجْبِرُ السَّيِّدَ، والأصَحُّ ترك البناء من الطَّرَفَيْنِ وإجراء الخِلافِ في وجوب الإِجَابَةِ سواءً قلنا بوجوب الإِجبار، أو لم نقل، ولا يبعد الإِجبار من الطرفين، كما يجبر الأب أُمَّتَهُ البِكْرُ، وهي أيضاً تطلب، ويجب عليه الإِجَابَةُ والمُدْبِرَةُ والمعلِّق عتقهُ، بصفة كالقن، وَمَنْ بَعْضُهُ حُرٌّ، وبعضه رقيق لا يُجْبِرُ على النِّكاحِ، لبعضه الحر، ولا يستقل به لبعضه الرقيق، وهل يجاب إذا طَلَبَ؟ فيه الخِلافُ المذكور في القن والمُكَاتِبُ لا يستقل بالنِّكاحِ، ولا يجبره السيد؛ لخروجه عن تصرفه، ولو نكح بإِذْنِ السَّيِّدِ فطريقان:

أحدهما: أنه على الخِلافِ في تبرُّعاته بإِذْنِ السَّيِّدِ.

وأصحُّهما: القطعُ بالصحة؛ لأن مَوْنَ النِّكاحِ، وإن تعلَّقت بكسبه، فلها عوض ينتفع به، فصار كالطَّعامِ يشتريه، ويأكله وعلى هذا، فلو طلب من السيد النِّكاحَ، فوجوب الإِجَابَةِ على الخِلافِ في القنِّ وأولى بأن يجب، لأنه لا يتضرر بنكاحه؛ لانقطاع حَقِّه عن اكتسابه في الحال، والعبد المشترك هل لسَيِّدِيهِ وإِجْبَارُهُ، وهل على سَيِّدِيهِ إِجَابَتُهُ؟ فيه الخِلافُ المذكور في الطرفين.

ولو دعاه أحدهما إلى النِّكاحِ وامتنع الآخر والعبد، فلا إجبار، ولو طلب أحدهما مع العبد وامتنع الآخر؟ فعن الشيخ أبي حامد، أن جنبته قَوِيَتْ بموافقة أحد الشريكين السَّيِّدَيْنِ، فيكون كالمُكَاتِبِ.

وقال ابن الصَّبَّاحِ: هَذَا يَنْطَلِقُ بِمَنْ نَصَفَهُ حُرٌّ، إِذَا طَلَبَ النِّكاحَ، فَإِنَّ الحُرِّيَّةَ فِيهِ آكِدٌ مِنْ مُوَافَقَةِ الأَخْرِ.

(٢) سقط في ز.

(١) سقط في ز.

**المسألة الثانية:** للسيد إجبار الأمة على النكاح صغيرة كانت أو كبيرة، بكرًا كانت أو ثيب، عاقلة [كانت] أو مجنونة؛ لأن النكاح يرد على منافع البضع، وهي مملوكة له، وبهذا يفارق العبد، وأيضاً، فإنه ينتفع بنكاح الأمة باكتساب المهر والنفقة، وإن التمسّت الأمة النكاح، لم يجب على السيد الإجابة، إن كانت ممن تخلّ له، لما في نكاحها من نقصان قيمتها، وتفويت الاستمتاع عليه، وإن كانت ممن لا تحل له، بأن كانت أخته من الرضاع، فوجهان:

**أحدهما:** الوجوب؛ لأنها لا تتوقع منه قضاء الشهوة، ولا بد من إعفافها، والأصح المنع؛ لما فيه من نقصان القيمة، ولو ملك اختين، ووطىء إحداها فطلبت الأخرى تزويجها، لم تجب الإجابة، وإن كانت محرمة عليه؛ لأن تحريمها عارض، والمُدبرة والمعلّق عتقها بصفة كالقنّة، وفي تزويج أم الولد خلاف مذکور في «كتاب أمّهات الأولاد» والظاهر أنها تجبر أيضاً، ومن نصفها حرّاً لا تجبر، وإذا طلبت النكاح، فالظاهر أنها لا تجاب، والمكاتب لا يجبرها السيد، ولا تنكح دون إذنه، وإذا طلبت، ففي وجوب الإجابة وجهان:

وجه الوجوب تمكينها من اكتساب المهر والنفقة.

**والوجه الآخر:** أنها ربما عجزت نفسها، فتعود إليه ناقصة القيمة، وفيها وجه أنّها لا تزوج أصلاً؛ لأن ملك المولى محتمل، وهي غير مالكة لأمرها.

**فزع:** لا يزوّج السيد أمة مكاتبه ولا عبده، ولا يزوجه المكاتب والعبد بغير إذن السيد فإن توافقا، فقولان كما في تبرعاته.

**فزع آخر:** إذا كان لعبده المأذون له في التجارة أمة، فإما ألا يكون عليه دين، يكون، فإن لم يكن عليه دين، فهل له تزويجها بغير إذن العبد؟.

فيه وجهان:

أصحهما: نعم.

**والثاني:** لا إلا أن يعيد السيد الحجز عليه.

قال الشيخ أبو محمد: وهذا الخلاف مبني على أن السيد لو أعتق عبده المستاجر في أثناء مدة الإجارة، هل يرجع على السيد بأجرة بقية المدة؟ إن قلنا: لا يرجع؛ لأن العقد كان في زمان الملك فهنا له التزويج بغير إذن العبد، إن قلنا: يرجع؛ لأن منفعه في باقي المدة تلتف عليه في حرته، فليس له التزويج هنا بغير إذن العبد؛ لأن النكاح ينقص قيمتها، وربما لا يفي ما في يده بدمته، إن حدث دين، فيطالب ببقية العين، إذا عتق، وإن كان عليه دين، فإن زوّجها بإذن العبد والغرماء، صح، لأن الحق لا

يعدوهم، وَإِنْ رَوَّجَهَا بِإِذْنِ الْعَبْدِ دُونَ الْغَرْمَاءِ، أَوْ بِإِذْنِ الْغَرْمَاءِ دُونَ الْعَبْدِ، لَمْ يَصَحَّ؛ عَلَى أَصْحَ الْوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّهُمْ يَتَضَرَّرُونَ بِهِ، أَمَّا الْعَبْدُ، فَلِأَنَّ التَّرْوِيجَ يَنْقُصُ قِيَمَتَهَا، فَالْبَاقِي مِنَ الدَّيْنِ يَتَعَلَّقُ بِذِمَّتِهِ، وَأَمَّا الْغَرْمَاءُ؛ فَلِأَنَّهُمْ مَا رَضُوا بِتَأْخُرِ حَقُوقِهِمْ وَتَعَلُّقِهَا بِذِمَّتِهِ إِلَى أَنْ يُعْتَقَ، وَيَبْعُ السَّيِّدُ وَهَبْتَهُ، وَوَطَّؤُهُ هَذِهِ الْجَارِيَةَ كَالْتَّرْوِيجِ فِي حَالَةِ قِيَامِ الدَّيْنِ وَعَدَمِهِ، وَإِذَا وَطِءَ بِغَيْرِ إِذْنِ الْغَرْمَاءِ، فَهَلْ عَلَيْهِ الْمَهْرُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

في وجه: لا يجب، كما لو وطئ الراهن المرهونة.

وفي الثاني: يجب؛ لأن منفعة المرهون للراهن، ومنفعة رقيق المأذون الذي عليه دين لا تكون للمالك.

ولو أُخْبِلَهَا، فالولد حرٌّ، والجارية أم ولد، إن كان مُوسِرًا، وإن كان مُعْسِرًا، لم تَصِرْ أُمًّا وَلَدًا، وَتَبَاعَ فِي الدَّيْنِ، فَإِنْ مَلَكَهَا بَعْدَ ذَلِكَ، فَالْحَكْمُ كَمَا مَرَّ فِي الْمَرْهُونَةِ، وَكَذَا الْحَكْمُ فِي اسْتِيلَادِ الْجَارِيَةِ الْجَانِيَةِ، وَفِي اسْتِيلَادِ الْوَارِثِ جَارِيَةَ التَّرِكَةِ إِذَا كَانَ عَلَى الْمَوْرُوثِ دَيْنٌ، وَإِذَا لَمْ نَحْكَمْ بِشُبُوتِ الْاسْتِيلَادِ فِي الْحَالِ وَجِبَ قِيَمَةُ الْوَلَدِ فِي جَارِيَةِ الْعَبْدِ الْمَأْذُونِ، وَفِي جَارِيَةِ التَّرِكَةِ، وَلَا يَجِبُ فِي الْجَارِيَةِ، الْمَرْهُونَةِ وَالْجَانِيَةِ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ وَالْمُرْتَهِنِ لَا يَتَعَلَّقُ بِالْوَلَدِ.

ولو أعتق عبده المأذون، وعلى المأذون دين، أو أعتق الوارث عبداً من التركة، وعلى الموروث دين.

قال صاحب «التَّهْدِيْبِ» قيل في نفوذ العتق قولان، كما في إعتاق المرهون، والمذهب أنه، إن كان معسراً لم ينفذ العتق، وإن كان مُوسِرًا، نَفَذَ، كَالْاسْتِيلَادِ، وَعَلَيْهِ أَقْلُ الْأُمْرَيْنِ مِنَ الدَّيْنِ وَقِيَمَةُ الْعَبْدِ، كَمَا فِي إِعْتَاقِ الْعَبْدِ الْجَانِي، وَتَرْوِيجِ التِّيِّ تَعَلَّقَ الْمَالُ بِرَقَبَتِهَا دُونَ إِذْنِ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ، لَا يَجُوزُ إِنْ كَانَ السَّيِّدُ مُعْسِرًا، وَإِنْ كَانَ مُوسِرًا فَأَحَدُ الْوَجْهَيْنِ: أَنَّهُ يَجُوزُ، وَيَجْعَلُ اخْتِيَارًا لِلْفِدَاءِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

السَّأَلَةُ الثَّلَاثَةُ: تَزْوِجُ السَّيِّدِ أُمَّتَهُ بِالْمَلِكِ أَوْ بِالْوَالِيَةِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أظهرهما: أنه بالملك، لأنه يملك الاستمتاع بها، كما يملك تزويجها والتصرف فيما يملك استيفاءه وَنَقْلُهُ إِلَى الْغَيْرِ يَكُونُ بِحُكْمِ الْمَلِكِ كَاسْتِيفَاءِ الْمَنَافِعِ وَنَقْلِهَا بِالْإِجَارَةِ.

والثاني: أنه بالولاية؛ لأن عليه النّظرَ ورعاية الحظ لها؛ ألا ترى أنه لا يجوز تزويجها من مجنون بغير رضاها.

وَيَتَفَرَّغُ عَلَى هَذَا الْأَصْلِ صَوْرًا.

منها: إذا سلبنا الولاية بالفسق، فالفاسق لا يزوج أمته، إذا جعلنا هذا التزويج

بالولاية، فإن قلنا: إنه بالملك، فيزوجها كما يبيعها.

ومنها: إذا كان للمسلم أمة كتابية، فظاهر المذهب أن له تزويجها بالملك، كما أن له بيعها وإجارتها، هذا، ما نص عليه في «المختصر» فقال: ولا يكون المسلم ولياً لكافرة، إلا على أمته. وفيه وجه: أنه لا يجوز له تزويجها، كما لا يجوز له تزويج ابنته الكافرة، والقائل به أول النص من وجهين:

أحدهما: أن المعنى «ولا على أمته، لقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً﴾ يعني «ولا خطأ».

والثاني: أن المعنى «إلا على أمته» في البيع والإجارة ونحوهما لا في النكاح وإذا قلنا بالظاهر، فهي لا تصلح للحر المسلم وإنما تزوجها من الحر الكتابي، أو من العبد المسلم، وهذا إذا جوزنا لهما نكاحها على ما سيأتي بيان الخلاف فيه، فإن لم نجوز لم يتصور من المسلم تزويجها، وهذا في تزويج الأمة الكتابية، أما المجوسية والوثنية، فستكلم فيهما. ومنها: إذا كان للكافر أمة مسلمة أو أم ولد، فوجهاً:

أحدهما: وبه قاله ابن الحداد: أنه يزوجها بحق الملك كما يزوج المسلم أمته الكافرة.

وأظهرهما: المنع، والفرق من وجهين:

أحدهما: أن حق المسلم في الولاية أكد، ألا ترى أنه يثبت له الولاية على الكافرات بالجهة العامة.

والثاني: أن المسلم يملك الاستمتاع بضع الكافرة، فيملك تزويجها والعكس بخلافه. ولو كان للمسلم أمة مجوسية أو وثنية، فهل له تزويجها فيه وجهان مبيان على الفرقين إن قلنا بالأول، فله تزويجها أيضاً، وإن قلنا بالثاني، فلا، وهذا هو المذكور في «التهذيب» والأول أصح عند الشيخ أبي علي، واستشهد عليه بأن من ملك أخته من الرضاة، أو النسب، كان له تزويجها، وإن لم يكن له الاستمتاع بها.

قال الإمام ورأيت لبعض الأصحاب تشبيهاً بمنعه أيضاً، وما ذكرناه من الخلاف في أن تزويج الأمة بحق الملك أو بالولاية لا يجري في تزويج العبد، إذا قلنا: إن للسيد أن يجبره، فلو كان لكافر عبد مسلم، ورأينا الإجماع، ففي إجباره إياه الخلاف المذكور في أنه، هل يزوج أمته المسلمة؟ وإن لم نر الإجماع لم يستقل العبد، ولكن يأذن له السيد؛ ليسقط حقه، فيستقل العبد، حينئذ، كما أن المرأة تأذن لعبيدها، فيتزوج، وإن لم تكن هي من أهل التزويج.

ومنها: قال في «التتمة» للمكاتب تزويج أمته، إن قلنا: إنه تصرف بالملك، وإن



قلنا: بالولاية، فلا؛ لأن الرق يمنع الولاية.

وقوله في «الكتاب» وليس له إجبار «العبد» معلّم بالحاء والميم، وقوله «لم يجب الإجابة» بالألف؛ لما عرفت من الشرح، ويجوز أن يعلم قوله «على الأصح» بالواو؛ لأن في بعض «التعليق» طريقة قاطعة بأنه لا يجب على السيد الإجابة.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلِلْوَالِي تَزْوِيجُ رَقِيقِ الطِّفْلِ بِالْمَصْلَحَةِ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَأَمَّةُ الْمَرْأَةِ يُزَوِّجُهَا وَلَيْهَا بِرِضَاهَا، وَقِيلَ: السُّلْطَانُ يُزَوِّجُهَا، وَلَا يَكْفِي سُكُوتُ الْبَكْرِ فِي حَقِّ أُمَّتِهَا، وَالْمُعْتَقَّةُ فِي الْمَرَضِ يُزَوِّجُهَا قَرِيبُهَا، وَقِيلَ: لَا تُزَوِّجُ لِإِمْكَانِ عَوْدِهَا رَقِيقَةً بِالْمَوْتِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِي هَذِهِ الْبَقِيَّةِ ثَلَاثُ صُورٍ:

أحداها: عبد الصبي والمجنون والسفيه لا يجبره وليهم؛ لما فيه من انقطاع أكسابه وفوائده عنهم.

وفيه وجه: أنه يجوز، لأن المصلحة قد تقتضيه، والظاهر الأول، وإن طلبت عندهم التزويج، فإن لم نوجب على السيد الرشيد الإجابة، لم يجز لوليهم الإجابة، وإن أوجبنها، فعلى وليهم الإجابة، فإن الولي قائم مقام المولي عليه، وأما أمة الصبي والمجنون والسفيه، فهل يزوجه أولياهم؟

فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه ينقص قيمتها، وقد تحبّل، فهلك.

وأظهرهما: وبه قال أبو حنيفة وأبو إسحاق: نعم، إذا ظهرت العبطة اكتساباً للمهر والنفقة، وفي بعض «الشروح» وجه: أن أمة الصبية تزوج، وأمة الصبي لا تزوج؛ لأنه قد يحتاج إليها بعد البلوغ، فإن جوزنا، قال الإمام: يجوز تزويج أمة الثيب الصغيرة، وإن لم يجز تزويجها، ولا يجوز للأب تزويج أمة ابنته البكر البالغة قهراً، وإن كان يزوجه قهراً، ويجوز للسلطان تزويج أمة الصغير، إذا ولي ماله، وهذا يوافق وجهاً للأصحاب في أن ولي المال يزوج أمة الصغير والمجنون، نسيباً كان أو وصياً أو قيمياً، كسائر التصرفات المالية، والأظهر وخة آخر، وهو: أن الذي يزوجه ولي النكاح الذي يلي المال، وعلى هذا: غير الأب والأجد لا يزوجه؛ لأنه لا يزوج الصغيرة والصغير، والأب لا يزوج أمة الصغيرة، وإن كانت مجنونة، تزوج، وإن كان لسفيه، فلا بد من إذنه.

وقوله في الكتاب: «[وللولي تزويج رقيق الطفل]»<sup>(١)</sup> اللفظ ينظم العبد والأمة، وهو

(١) في ز: تزويج رقيق الطفل.

مستمر على ظاهره؛ لثبوت الخلاف فيهما، ثم الظاهر في العبد المنع، وفي الأمة الجواز.  
**الثانية:** أمة المرأة، يُنظر في حالها، إن كانت مالكتها مخجوراً عليها، فقد سبق،  
 وإلا، فيزوجها ولي المرأة تبعاً لولايته على المالكة، ولا فزق بين الولي بالنسب وغيره،  
 ولا بين أن تكون الأمة المزوجة عاقلة أو مجنونة، كبيرة أو صغيرة.

وذكر الإمام؛ أن صاحب «التلخيص» قال: لا يزوجه الأولياء بالأسباب الخاصة؛  
 لأنه ليس بينهما وبينهم سبب، ولا نسب، ولكن يزوجه السلطان بالولاية العامة، وهذا  
 غير مشهور عنه، ولا مذكور في «التلخيص»، وإنما المشهور والمذكور أن معتقة المرأة  
 يزوجه السلطان، وقد حكينا ذلك عنه من قبل، ثم لا حاجة في نكاح الأمة إلى إذنها،  
 ولا بد من إذن المالكة لفظاً، ولا يكفي ثبوت البكر في نكاح أمتها؛ لأنها لا تستحي في  
 نكاح أمتها<sup>(١)</sup>.

**الثالثة:** أعتق في مرضه أمة، قال: ابن الحداد: لا يجوز لوليها الحر من الأب  
 والأخ أو غيرها تزويجها، حتى يبرأ أو يموت، وتخرج هي من الثلث؛ لأنها إنما تعتق  
 بتمامها على هذين التقديرين، فلا يجوز نكاحها حتى تعرف حررتها، وهذا كما لو أسلم  
 الكافر وتخلفت زوجته، نص الشافعي - رضي الله عنه - على أنه لا يجوز له أن ينكح  
 أختها لاحتمال أن المتخلفة تسلم قبل انقضاء العدة، وساعده بغض الأصحاب على ما  
 ذكره، وهو الذي أورده القاضي ابن كعب.

وقال الأكثرون، منهم ابن سريج وأبو زيد: يجوز لوليها تزويجها؛ لأننا في ظاهر  
 الحال نكحهم بحررتها، فلا يمتنع العقد بالاحتمال، ولهذا لو مات، وخرجت من  
 الثلث، نحكم بعقدها، ويجوز تزويجها، وإن كان يحتمل أن يظهر عليه دين، يمنع  
 خروجها من الثلث، وليس هذا كنكاح أخت المشركة، فإن الظاهر هناك بقاء النكاح،  
 ولهذا لو أسلمت في العدة، تبين دوام النكاح، وهنا المريض هو المالك والأصل  
 بقاؤه، ويعود العتق، على أن أبا زيد جعل نكاح أخت المشركة على قولين، فيسوي  
 بين صورتين، ويقرب بين المسألتين نكاح المرتابة بالحمل، وسيأتي في كتاب  
 «العدة» إن شاء الله تعالى، فإن حكمنا بالصحة، فهو حكم بالظاهر، وحقيقة الأمر  
 تتبين آخراً، فإن تحققنا نفوذ العتق، تحققنا مضي النكاح على الصحة، وإلا، فينظر  
 في إجازة الورثة وردهم، إن ردوا بأن فسأد النكاح، وإن أجازوا، فإن جعلنا الإجازة

(١) قال الأذري: هذا في الناطقة، فإن كانت خرساء مفهمة كفت إشارتها، والظاهر أنه إذا زوج أمة  
 العاقلة الرشيدة بإذنها على المشهور كان له تزويج أمة الصغيرة والمجنونة وغيرها بلا إذن لأنه  
 تصرف لها في مالها على وجه النظر لها كما أسلفناه.

إِنشَاء [تَبَرُّع] <sup>(١)</sup> مِنْهُمْ، فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ؛ لِأَنَّ الْعَتَقَ كَانَ مُتَبَعًا إِلَى أَنْ أَجَازُوا وَإِنْ جَعَلْنَاهَا تَنْفِيدًا، فَهُوَ كَمَا لَوْ خَرَجْتَ مِنَ الثَّلْثِ، ثُمَّ فِي الْمَسْأَلَةِ كَلَامَانِ:

أَحَدُهُمَا: صَوَّرَ الْإِمَامُ - رَحِمَهُ اللَّهُ - الْمَسْأَلَةَ فِيمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْمَعْتِقِ مَالٌ سِوَاهَا، ثُمَّ قَالَ: إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ حَرَّمَ، بَقِيَ ثُلُثُهُ بِقِيمَتِهَا، يَجُوزُ أَنْ يُقَالَ؛ عَلَى قِيَاسِ كَلَامِ ابْنِ الْحَدَّادِ: النِّكَاحُ مَحْمُولٌ عَلَى الصَّحَّةِ بِنَاءً عَلَى كَثْرَةِ الْمَالِ، وَيَجُوزُ خِلَافُهُ لَضَعْفِ مَلِكِ الْمَرِيضِ، وَكَوْنِ الْمَالِ عَرْضَةً لِلْأَقَارِبِ، وَهَذَا مَا يَقْتَضِيهِ كَلَامُ ابْنِ الْحَدَّادِ فِي الْمَوْلَدَاتِ، وَعَامَّةُ النَّاقِلِينَ، فَإِنَّهُمْ أَرْسَلُوا التَّصْوِيرَ، وَلَمْ يَقِيدُوا بِمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ سِوَاهَا.

والثاني: ادَّعَى الْإِمَامُ أَنَّ الشُّيْخَ أَبَا عَلِيٍّ ذَكَرَ فِي «الشَّرْحِ» أَنَّ فَحْوَى كَلَامِ ابْنِ الْحَدَّادِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ السَّيِّدَ لَوْ اعْتَقَهَا كَمَا صَوَّرْنَا وَتَزَوَّجَهَا بِنَفْسِهِ، نَفَذَ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهَا، إِنْ رَقَتْ، فَهُوَ سَيِّدُهَا، وَإِلَّا، فَلَهُ وَلَاؤُهَا، وَاعْتَرَضَ عَلَيْهِ بَأَنَّ إِذَا قَدَّرْنَا نَفْذَ الْعَتَقِ، فَالْمَعْتِقُ لَا يَمْلِكُ التَّزْوِيجَ بِالْوَلَاءِ مَعَ وَجُودِ الْأَبِ أَوْ الْأَخِ، وَهَذَا الَّذِي ادَّعَاهُ شَيْءٌ سَبَقَ إِلَيْهِ الْوَهْمُ وَالنُّسْيَانُ، وَإِنَّمَا ذَكَرَ الشُّيْخُ ذَلِكَ فِيمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلِيُّ نَسَبٍ، فَقَالَ: وَمَفْهُومٌ مَا قَالَهُ ابْنُ الْحَدَّادِ؛ أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلِيُّ غَيْرِ السَّيِّدِ، فَزَوَّجَهَا هُوَ، صَحَّ؛ لِأَنَّهَا إِنْ لَمْ تَخْرُجْ مِنَ الثَّلْثِ، فَهُوَ وَلِيُّ مَا عَتَقَ بِالْوَلَاءِ، وَمَالِكٌ مَا لَمْ يُعْتَقَ، هَذَا لَفْظُهُ فِي «الشَّرْحِ» فَأَمَّا إِذَا زَوَّجَهَا السَّيِّدَ، وَلَهَا وَلِيُّ نَسَبٍ، وَجِبَ الْأَيْصَحُّ عَلَى الْوَجْهِينَ، وَإِنْ كَانَ بِإِذْنِ النَّسَبِ، وَجِبَ أَنْ يَصَحَّ عَلَى الْوَجْهِينَ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وهذا وقت الفراغ من القسم الثاني من كتاب النكاح - بتوفيق الله تعالى - .

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الْقِسْمُ الثَّلَاثُ) مِنَ الْكِتَابِ فِي الْمَوَانِعِ، وَهِيَ أَرْبَعَةٌ أَجْنَاسٍ (الْأُولَى): الْمَحْرَمِيَّةُ بِقَرَابَةٍ أَوْ رِضَاعٍ أَوْ صِهْرٍ (أَمَّا الْقَرَابَةُ) فَيَحْرُمُ مِنْهَا سَبْعَةٌ: الْأُمَّهَاتُ وَالْبَنَاتُ وَالْأَخَوَاتُ وَبَنَاتُ الْإِخْوَةِ وَالْأَخَوَاتُ وَالْعَمَّاتُ وَالْحَالَاتُ، وَلَا يَحْرُمُ أَوْلَادُ الْأَعْمَامِ وَالْأَخْوَالِ، وَأُمُّكَ كُلُّ أُنْثَى يَنْتَهِي إِلَيْهَا نَسَبُكَ بِالْوِلَادَةِ وَلَوْ بِوَسَائِطٍ، وَبِثُوكَ مَنْ يَنْتَهِي إِلَيْكَ نَسَبُهُمْ وَلَوْ بِوَسَائِطٍ، وَالضَّابِطُ أَنَّهُ يَحْرُمُ عَلَى الرَّجُلِ أَصُولُهُ وَفُضُولُهُ، وَفُضُولُ أَوْلَادِ أَصُولِهِ، وَأَوَّلُ فَضْلٍ مِنْ كُلِّ أَضْلٍ وَإِنْ عَلَا (ح) وَ، وَلَا يَحْرُمُ الْوَالِدُ (ح) مِنَ الزَّوْنِ إِلَّا عَلَى الْأُمِّ، وَفِي الْمُنْتَهَى بِاللُّعَانِ وَجَهَانِ.

### «القول في موانع النكاح»

قال الرَّافِعِيُّ: مقصود الفضل القول في «موانع النكاح» وترجمتها المعهودة في

(١) في ز: يتزوع.

الركن الثاني من القسم الثاني وتبلغ سَبْعَةَ عَشَرَ، ثم منها ما هو أَوْضَحُ من أن يفتقر إلى تطويل؛ لكونها منكوحه الغير ومنها ما نتكلم فيه في غير هذا الباب لكونها ملاءنة، ومعظمها المحتاج إلى الشرح والبسط يَقَعُ في هذا القسم، وقد حَصَرَهُ الْمُصَنِّفُ في أربعة أجناس:

أَحَدُهَا: الْمَخْرَمِيَّةُ، وهي الوصلة الْمُخْرَمَةُ للنكاح أبداً، وَلَهَا ثَلَاثَةُ أَسْبَابٍ الْقَرَابَةُ، وَالرِّضَاعُ، وَالْمُصَاهَرَةُ.

السَّبَبُ الْأَوَّلُ: الْقَرَابَةُ، ويحرم منها سبعة، وهي الْمَذْكُورَاتُ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ إِلَى قَوْلِهِ: ﴿وَبَنَاتُ الْأَخْتِ﴾ [النساء: ٢٣] ولا يحرم بنات الأعمام وَالْعَمَّاتِ وَالْأَخْوَالَ وَالْخَالَاتِ، قَرِينِ أَوْ بَعْدَنِ، وَأُمَّكَ كُلُّ أُنْثَى وَلَدَتْكَ أَوْ وَلَدْتَ مِنْ وَلَدَتْكَ، ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى، بِوَاسِطَةٍ أَوْ بَعْدِهَا بِوَاسِطَةٍ، وَإِنْ شِئْتَ قُلْتَ: كُلُّ مَنْ يَنْتَهِي إِلَيْهَا نَسَبًا بِالْوِلَادَةِ، بِوَاسِطَةٍ أَوْ بَعْدِهَا بِوَاسِطَةٍ<sup>(١)</sup>، وَيَنْتَهِي كُلُّ أُنْثَى وَلَدَتْهَا، أَوْ وَلَدَتْ مِنْ وَلَدَهَا ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى بِوَاسِطَةٍ، أَوْ بَعْدِهَا بِوَاسِطَةٍ، وَإِنْ شِئْتَ قُلْتَ: كُلُّ أُنْثَى يَنْتَهِي إِلَيْكَ نَسَبًا بِالْوِلَادَةِ بِوَاسِطَةٍ، أَوْ بَعْدِهَا بِوَاسِطَةٍ. وَأَخْتُكَ: أُنْثَى وَلَدَهَا أَبُوكَ أَوْ أَحَدَهُمَا، وَيَنْتَهِي أَخْتُكَ مِنْهُمَا [كَبْتِكَ]<sup>(٢)</sup> مِنْكَ، وَعَمَّتُكَ: كُلُّ أُنْثَى هِيَ أَخْتُ ذَكَرٍ وَلَدَتْكَ بِوَاسِطَةٍ، أَوْ بَعْدِهَا بِوَاسِطَةٍ، وَقَدْ تَكُونُ مِنْ جِهَةِ الْأُمِّ، وَخَالَتُكَ: كُلُّ أُنْثَى هِيَ أَخْتُ أُنْثَى وَلَدَتْكَ بِوَاسِطَةٍ، أَوْ بَعْدِهَا بِوَاسِطَةٍ، وَقَدْ تَكُونُ مِنْ جِهَةِ الْأَبِّ، كَأَخْتِ أُمِّ الْأَبِّ، وَضَبَطَهُنَّ الْأَصْحَابُ بِعِبَارَتَيْنِ:

إِحْدَاهُمَا: قَالَ الْأَسَازُ أَبُو إِسْحَاقَ الْإِسْفَرَايِينِيُّ: يَحْرَمُ عَلَى الرَّجُلِ أَصُولُهُ وَفِصُولُهُ وَأَصُولُ أَوْلَادِهِ وَأَصُولُ أَصُولِهِ؛ وَأَوَّلُ فَضْلٍ مِنْ كُلِّ أَصْلٍ بَعْدَهُ، أَي: بَعْدَ أَوَّلِ الْأَصُولِ، فَالْأَصُولُ: الْأُمَّهَاتُ، وَالْفِصُولُ: الْبَنَاتُ، وَفِصُولُ أَوَّلِ الْأَصُولِ: الْأَخَوَاتُ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَالْأَخْتِ، وَأَوَّلُ فَضْلٍ مِنْ كُلِّ أَصْلٍ بَعْدَ الْأَصْلِ الْأَوَّلِ: الْعَمَّاتُ وَالْخَالَاتُ، وَهَذِهِ الْعِبَارَةُ هِيَ الْمَذْكُورَةُ فِي الْكِتَابِ، لَكِنَّهُ قَالَ: «وَأَوَّلُ فَضْلٍ مِنْ كُلِّ أَصْلٍ وَإِنْ عَلَا»، وَهَذَا يَدْخُلُ فِيهِ الْأَخَوَاتُ مَرَّةً أُخْرَى؛ لِأَنَّ الْأَبَّ وَالْأُمَّ مِنْ الْأَصُولِ، وَهُنَّ أَوَّلُ فِصُولِهِمَا، فَالْأَخْسَنُ التَّقْيِيدُ كَمَا ذَكَرَهُ سَائِرُ الْأُئِمَّةِ.

(١) قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: هَلْ ثَبُوتُ التَّحْرِيمِ لِمَشْمُولِ الْأَسْمِ لِهَنْ أَوْ لِلْإِلْحَاقِ لِمَشَارِكْتِهِنَّ فِي الْمَعْنَى وَهُوَ الْوِلَادَةُ فِيهِ وَجِهَانٌ يَجْزِمَانِ فِي بَنَاتِ الْبَنِينَ وَبَنَاتِ الْبَنَاتِ وَإِنْ سَفَلْنَ، وَكَذَا فِي بَقِيَةِ الْمَحْرَمَاتِ إِذَا طَلَعْنَ دَرَجَةً أَوْ نَزَلْنَهَا كَعَمَّةِ الْأَبِّ وَالْأُمِّ وَخَالَاتِ الْأَبِّ وَالْأُمِّ وَبَنَاتِ الْإِخْوَانِ أَوْ الْأَخْتِ. قَالَهُ الْمَاورِدِيُّ فَعَلَى الْأَوَّلِ يَكُونُ مَا فَسَّرَ بِهِ الْمُصَنِّفُ حَقِيقَةً وَعَلَى الثَّانِي يَكُونُ مَجَازًا وَقَدْ قَالَ الشَّافِعِيُّ أَنْ كَلَامًا تَسْمَى أُمَّا فَيَجُوزُ أَنْ يَرِيدَ الْحَقِيقَةَ، وَيَحْتَمَلُ أَنْ يَرِيدَ أَعْمَ مِنْ ذَلِكَ.

(٢) فِي ز: كَبْتِكَ.

ولو حمل قوله «وكل أصل، وإن علا» على كل أصل عالٍ، خرَجَ الأب والأُم، فإنَّهُما أصلانِ سافِلانِ، وليسا بعاليينِ، وَحِينَئِذٍ يَتَوَفَّقُ اللَّفْظَانِ فِي إِفَادَةِ الْعَرَضِ.

وَالعِبَارَةُ الثَّانِيَةُ عَنِ الْأُسْتَاذِ أَبِي مَنْصُورِ البَغْدَادِيِّ أَنَّ نِسَاءَ القَرَابَاتِ مُحَرَّمَاتٌ إِلَّا مَنْ دَخَلَ فِي أَسْمِ وَلَدِ العُمُومَةِ، وولد الخُثُولَةِ، ثُمَّ قَفَ عَلَيَّ فَوَائِدُ:

إحداها: ذكرنا في «الوقف» خلافاً في دخول بنات الأولاد في أسم البنات، وفي الوصية خلافاً في دخول جميع الجدات في اسم الأمهات فإن قلنا بالدخول، فالذي ذكرنا الآن في تفسير البنات والأمهات حقيقة اللفظين وإن لم نقل بالدخول، فهو تعريف المراد ثم يقع اللفظ على بضعهن حقيقة، وعلى بضعهن مجازاً، وعلى هذا جرى أئمتنا العراقيون، فقالوا: تحرم البنت بالحقيقة والمجاز، وكذا سائر المذكورات إلا الأخت، فلا مجاز فيها، وإذا قلنا بهذا، فيمكن أن يقال: المراد من الآية التفسير المذكور، ويمكن أن يقال: المراد الحقيقة، وصور المجاز مقيسة بها.

الثانية: إذا قلنا بوقوع اسم الأب على الأجداد، احتجنا أن نقيّد تفسير الأخت، فنقول: هي التي ولدها أبواك الأذنيان أو أبواك بلا واسطة.

الثالثة: فسّر مفسرون العمّة والخالة بما لا تشمل المحرّمات من الصنف، وهذا الإمام يقول: كل من ولدها أجدادك وجدّاتك من قبيل الأب، فهي عمّة، ومن ولدها أجدادك وجدّاتك من قبيل الأم، فهي خالّة، فتخرج عن الأول عمّة الأم، وهي أخت أبي الأم، وعن الثاني خالة الأب، وهي أخت أم الأب، وهما محرّماتان.

الرابعة: لك أن ترجح من العبارتين الثانية بإيجازها، وبأن الأولى لا تنص على الإنان، فإن لفظ الأصول والفضول يقع على الذكور والإنان، وبأن اللاتق بالضابط أن يكون أقصر المضبوط، ليسهل حفظه، والأمر في العبارة الأولى بخلافه، ثم في الفصل قرعان:

الأول: إذا زنا بامرأة، فولدت بنتاً، فيجوز للزاني تزوّجها ويكره، أما الجواز، فلأنها أجنبيّة عنه، بدليل أنه لا يثبت سائر أحكام النسب، وأما الكراهة، فقد اختلف الأصحاب في سببها، فمنهم من قال: سببها الخروج من الخلاف بين العلماء، ومنهم من قال: السبب احتمال كونها مخلوقة من مائه، فعلى المعنى الثاني، لو تيقن أنها مخلوقة من مائه، حرّم عليه أن ينكحها، وهذا اختيار جماعة، منهم القاضي الروياني، وعلى الأول؛ لا تحرم مع التيقن، وهو الأصح من المذهب، وعن ابن القاص وجه مطلق أنه لا يجوز للزاني نكاحها، وهو قول أبي حنيفة وأحمد، وساعدنا مالك على الجواز، ولا شك أنها لو ولدت ابناً حرّم عليه أن ينكحها.

الثاني: البنت المنفية باللعمان لا يجوز للملاعِن أن ينكحها إن كان قد دخل بالملاعنة؛ لأنها ربيبة امرأة مذخور بها، وإن لم يدخل بها، فوجهان، وحكاية الوجهين في «الكتاب» وإن كانت مطلقة، لكن المراد هذه الحالة:

أحدهما: الجواز كئنت الزنا؛ لأنها منفية أيضاً.

وأصحهما: المنع؛ لأنها لا تنتفي عنه قطعاً؛ ألا ترى أنه لو أكذب نفسه لحقته قال في «التتمة» وعلى هذا، ففي وجوب القصاص بقتلها، والحد بقذفها، والقطع بسرقه مالها، وقبول شهادته لها وجهان.

قال العزالي: وَيَحْرُمُ مِنَ الرُّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ، وَكُلُّ امْرَأَةٍ أَرْضَعْتِكَ أَوْ أَرْضَعْتَ مَنْ أَرْضَعْتِكَ أَوْ أَرْضَعْتَ مَنْ يَرْجِعُ نَسَبُكَ إِلَيْهِ فَهِيَ أُمَّكَ، وَكَذَلِكَ كُلُّ امْرَأَةٍ يَرْجِعُ نَسَبُ الْمُرْضِعَةِ إِلَيْهَا، وَأَخْتُ الْمُرْضِعَةِ خَالَاتُكَ، وَأَخُوهَا خَالَكَ، وَكَذَلِكَ فِي سَائِرِ أَحْكَامِ النَّسَبِ، وَلَوْ اخْتَلَطَتْ أُخْتُ رَضَاعٍ بِأَهْلِ قَرْبَةٍ جَازَ أَنْ يَنْكِحَ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ، وَإِنْ كُنَّ مَخْصُورَاتِ الْعَدَدِ فِي الْعَادَةِ لَمْ يَجُزْ نِكَاحُ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ.

### «القول في الرضاع»

قال الرافعي: السَّبَبُ الثَّانِي: الرُّضَاعُ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمْ لِلَّهِ أَرْضَعْنَكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] وَعَنِ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنَّهُ قَالَ: «يَحْرُمُ مِنَ الرُّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ الْوِلَادَةِ»<sup>(١)</sup> وَيُزَوَّى «مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ».

ولنبين الأضناف السبعة من الرضاع، فكل: امرأة أرضعتك، أو أرضعت من أرضعتك، أو أرضعت من ولدك بواسطة أو بغير واسطة، فهي أمك، وكذا كل امرأة ولدت المرضعة أو الفحل، وكل امرأة أرضعت بلينك أو بلبين من ولده، أو أرضعتها امرأة ولدها، أنت فهي بنتك، وكذلك بناتها من النسب والرضاع، وكل امرأة أرضعتها أمك وأرضعت بلبين أبيك، فهي أختك، وكذلك كل امرأة ولدها المرضعة، أو الفحل أو أخوات الفحل، والمرضعة وأخوات من ولدهما من النسب والرضاع، عماتك وخالاتك، وكذلك كل امرأة أرضعتها واحدة من جداتك أو أرضعتك بلبين واحد من أجدادك من النسب والرضاع، وبنات أولاد المرضعة والفحل من الرضاع والنسب بنات

(١) أخرجه البخاري من حديث عائشة باللفظ الأول، وللبخاري من حديثها: حرما من [٢٦٤٤] - ٣١٠٥ - ٥٠٩٩، مسلم [١٤٤٤] الرضاعة ما يحرم من النسب، وفي لفظ للنسائي: ما حرمة الولادة حرمة الرضاع، وفي الباب عن ابن عباس في قصة بنت حمزة فقال: وإنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، البخاري [٢٦٤٥] - ٥١٠٠، مسلم [١٤٤٧] ولمسلم: من الرحم.

أَخِيكَ وَأَخْتِكَ، وكذلك كُلُّ أُنْتَى أَرْضَعْتَهَا أُخْتُكَ أَوْ أَرْضَعْتَ بِلَبِنِ أُخْتِكَ وبناتها بنات أولادها من الرضاع والنسب بنات أخيك وأختك، وبنات كُلِّ ذَكَرٍ أَرْضَعْتَهُ أُمُّكَ أَوْ أَرْضَعْتَ بِلَبِنِ أُخْتِكَ وبنات أولاده من الرضاع والنسب بنات أخيك، وبنات كُلِّ امْرَأَةٍ أَرْضَعْتَهَا أُمُّكَ أَوْ أَرْضَعْتَ بِلَبِنِ أَيْبِكَ وبنات أولادها من النسب والرضاع بنات أخيك.

وَأَرْبَعٌ نِسْوَةٌ يَحْرُمْنَ فِي النَّسَبِ، وَفِي الرضاع قَدْ يَحْرُمْنَ، وَقَدْ لَا يَحْرُمْنَ.

إحداهن: أم أم الأخ والأخت من النسب حرام؛ لأنها أم، أو زوجة أب، وفي الرضاع، وإن كانت كذلك حُرِّمَتْ أيضاً، وإن لم تكن كما إذا أرضعت أجنبيةً أخاك أو أختك، لم تحرم.

الثانية: أم نافتك في النسب حرام؛ لأنها إما بنتك أو زوجة ابنك، وفي الرضاع قد لا تكون بنتاً ولا زوجة ابن بآن أرضعت أجنبيةً نافتك.

الثالثة: جدته ولديك في النسب حرام؛ لأنها أم أمك أو أم زوجتك، وفي الرضاع قد لا تكون كذلك كما إذا أرضعت أجنبيةً ولدك، فإن أمها جدته، وليست بأمك ولا أم زوجتك.

الرابعة: أخت ولديك في النسب حرام عليك؛ لأنها إما بنتك أو ربيبتك، وإذا أرضعت أجنبيةً ولدك، فبنتها أخت ولديك، وليست بنتك ولا ربيبة ولا تحرم أخت الأخ في النسب، ولا في الرضاع وصورته في النسب أن يكون لك أخ لأب وأخت لأم، فيجوز لأخيك من الأب نكاح أختك من الأم، وهي أخت أخيه، ومن الرضاع امرأة أرضعتك وأرضعت صغيرةً أجنبيةً منك، يجوز لأخيك نكاحها، وهي أختك من الرضاع والصورة الأربع مستثناة من قولنا «إنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»<sup>(١)</sup> ثم الفضل

(١) قال النووي في زوائده: كذا قال جماعة من أصحابنا: تستثنى الصور الأربع. وقال المحققون: لا حاجة إلى استثنائها، لأنها ليست داخلية في الضابط، ولهذا لم يستثنها الشافعي وجمهور الأصحاب رضي الله عنهم، ولا استثنيت في الحديث الصحيح «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» لأن أم الأخ لم تحرم لكونها أم أخ، وإنما حرمت لكونها أمًا أو حليلة أب، ولم يوجد ذلك في الصورة الأولى، وكذا القول في باقيهن. والله أعلم.

قال في المهمات: سبقه إلى ذلك الرافعي فذكر في الرضاع أنه لا حاجة لاستثنائها، والجواب الجامع أن نقول الاستثناء إخراج بالولادة لدخل وهذه المسائل لم تدخل لأننا قلنا تحرم البنت والأم ونحو ذلك، ولا يوجد في الرضاع أم حلال ولم نقل في نسب تحرم أم الأخ وأم الأخت وأم الولد وجددة الولد وأخت الولد والمسائل المستثناة إنما تدخل في هذا اللفظ لا في لفظ الأم والبنت ونحوهما فاللفظ المذكور في المحرمات لا يدخل في هذه المسائل واللفظ الذي يدخل في هذه المسائل لم يذكر في المحرمات وحذف من التعجيز أم الحافد وزاد ثلاث مسائل وهي أم العم وأم الخال وأخو الابن فقال إلا ستأ أم أخ أو عم أو خال وجددة ابن وأخته وأخوه. وقوله وأخوه أي أخو ابنه وصورته في امرأة لها ابن ارتضع من امرأة أجنبية لها ابن فذاك الابن وأخو ابن المرأة المذكورة أولاد لا يحرم عليها أن تتزوج بهذا الذي هو أخو ابنها. انتهى.

مَخْتُومٌ بِمَسْأَلَةِ تَجْرِي فِي الْمَحَارِمِ بِالنَّسَبِ وَالْمَصَاهِرَةِ جَرِيَانَهَا فِي الرِّضَاعِ، وَهِيَ أَنَّهُ إِذَا اخْتَلَطَ مُحْرَمَةٌ بِأَجْنِيَاتٍ، هَلْ لَهُ أَنْ يَنْكِحَ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ.

قَالَ الْأَصْحَابُ: إِنْ كَانَ الْاِخْتِلَاطُ بِعُدْرٍ لَا يَنْحَصِرُ، كِنِسْوَةِ بَلَدٍ، أَوْ قَرْيَةٍ كَبِيرَةٍ، فَلَهُ نِكَاحٌ وَاحِدَةٌ مِنْهُنَّ، وَإِلَّا انْحَسَمَ عَلَيْهِ بَابُ النِّكَاحِ، فَإِنَّهُ، وَإِنْ سَافَرَ إِلَى بَلَدَةٍ أُخْرَى، لَمْ يُؤْمَنْ مَسَافَرَتَهَا إِلَى تِلْكَ الْبَلَدَةِ أَيْضًا، وَهَذَا كَمَا إِذَا اخْتَلَطَ صَيِّدٌ مَمْلُوكٌ بِصَيُودٍ مُبَاحَةٍ لَا تَنْحَصِرُ، لَا يَخْرُمُ الْاِضْطِاطُ.

وَقَالَ الْإِمَامُ: وَهَذَا ظَاهِرٌ، إِنْ عَمَّ الْاَلْتِيَّاسُ، فَأَمَّا إِذَا أَمَكَّنَهُ نِكَاحُ امْرَأَةٍ لَا يَتِمَّارِي فِيهَا، فَيَحْتَمَلُ أَنْ يُقَالَ: لَا يَنْكِحُ اللَّوَاتِي يَزْنَابُ فِيهِنَّ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا حَجْرَ؛ وَلَوْ كَانَ الْاِخْتِلَاطُ بِنِسْوَةِ مَعْدُودَاتٍ، فَلِيَجْتَنِبَهُنَّ؛ لِأَنَّ بَابَ النِّكَاحِ لَا يَنْحَسِمُ هَهُنَا، وَأَيْضًا، فَأَحْتِمَالُ أَنْ تَكُونَ الْمُحْرَمَةُ هِيَ الَّتِي نَكَّحَهَا لَا يَنْعُدُ هُنَا بَعْدَهُ فِيمَا إِذَا كُنَّ غَيْرَ مُحْضُورَاتٍ، فَلَوْ خَالَفَ، وَنَكَحَ إِخْدَاهُنَّ.

قَالَ الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ: فِيهِ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يَصِحُّ النِّكَاحُ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ قَدْ وُجِدَ ظَاهِرًا، وَسَبَبُ الْمَنْعِ فِي الْمُنْكَوْحَةِ مَشْكُوكٌ فِيهِ.

وَالْأَصَحُّ: الْمَنْعُ تَغْلِيْبًا لِلتَّحْرِيمِ، وَلَا مَدْخَلَ لِلتَّحْرِي فِي الْبَابِ عَلَى مَا مَرَّ فِي «الطَّهَارَاتِ».

قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ «وَإِنْ كُنَّ مُحْضُورَاتٍ الْعَدَدُ فِي الْعَادَةِ» فِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى مَا ذَكَرَهُ الْإِمَامُ أَنَّا نَعْنِي بِعَدَمِ الْأَنْحِصَارِ عُسْرَ عَدِّهِمْ عَلَى آحَادِ النَّاسِ، وَإِلَّا، فَلَوْ أَرَادَ وَالِي بَلَدَةٍ كَبِيرَةٍ أَنْ يَعُدَّ سُكَّانَهَا، مِنْهُ وَقَالَ الْمُصَنِّفُ فِي «الْإِحْيَاءِ»: كُلُّ عَدَدٍ لَوْ اجْتَمَعُوا مِنْ بَعِيدٍ وَاحِدٌ، يَعْسُرُ عَلَى النَّاطِرِ عَدُّهُمْ بِمَجْرَدِ النَّظَرِ، كَأَلْفٍ وَأَلْفَيْنِ، فَهُوَ غَيْرُ مُحْضُورٍ، وَإِنْ سَهَّلَ؛ كَالْعَشْرَةِ وَالْعِشْرِينَ، فَهُوَ مُحْضُورٌ، وَبَيْنَ الطَّرْفَيْنِ أَوْسَاطٌ يَلْحَقُ بِأَحَدِهِمَا بِالظَّنِّ، مَا وَقَعَ لَكَ فِيهِ الشُّكُّ فَلْتَسْتَفِتْ فِيهِ الْقَلْبَ.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: (وَأَمَّا الْمُصَاهِرَةُ) فَيَخْرُمُ مِنْهَا بِمَجْرَدِ النِّكَاحِ الصَّحِيحِ أُمَّهَاتُ الرُّوْحَةِ مِنَ الرِّضَاعِ وَالنَّسَبِ وَرُزُوجَةُ الْاِبْنِ وَالْحَفْدَةُ وَرُزُوجَةُ الْأَبِ وَالْجَدِّ، وَيَخْرُمُ بَنَاتُ الرُّوْحَةِ بِالْوَطْءِ لَا بِمَجْرَدِ النِّكَاحِ، وَالْوَطْءُ بِالشُّبُهَةِ يَحْرُمُ الْأَرْبَعُ دُونَ الرِّزْنِ، وَيَكْفِي الْاِشْتِيَاءَ عَلَى الرُّوْحِ فِي وَجْهِهِ، وَيَثْبُتُ النَّسَبُ وَالْعِدَّةُ بِالِاشْتِيَاءِ عَلَيْهِ، وَيَجِبُ الْمَهْرُ بِالِاشْتِيَاءِ عَلَيْهَا، وَلَا يَكُونُ اللَّمَسُ كَالْوَطْءِ فِي الْمُصَاهِرَةِ عَلَى أَصَحِّ الْقَوْلَيْنِ.



## «القول في المصاهرة»

قال الرَّافِعِيُّ: السَّبَبُ الثَّلَاثُ الْمَصَاهِرَةُ، وَيَحْرُمُ مِنْهَا عَلَى التَّائِيْدِ أَرْبَعٌ: إِحْدَاهُنَّ: أُمُّ الزَّوْجَةِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] وأم زوجتك منها كأُمِّكَ مِنْكَ، وَقَدْ عَرَفْتَ تَفْسِيرَ «الْأُمِّ» وَيَسْتَوِي فِي التَّحْرِيمِ أُمَّهَاتُ النَّسَبِ وَالرُّضَاعِ.

وَالثَّانِيَةُ: زَوْجَةُ الْإِبْنِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ﴾ [النساء: ٢٣] ويشمل التحريم حَلَائِلَ الْأَخْفَادِ وَإِنْ سَقَلُوا، وَسَوَاءٌ كَانُوا مِنَ النَّسَبِ، أَوْ مِنَ الرُّضَاعِ، وَالْمَقْصُودُ مِنْ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿الَّذِينَ مِنْ أَضْلَابِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] بَيَانُ أَنَّهُ لَا يَحْرُمُ عَلَى الْإِنْسَانِ زَوْجَةَ مَنْ تَبَّأَهُ.

وَالثَّلَاثَةُ: زَوْجَةُ الْأَبِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٢٢] وما في معناها زوجات الأجداد، وَإِنْ عَلَوْا مِنْ قَبْلِ الْأُمِّ وَالْأَبِ جَمِيعاً، وَتَحْرُمُ زَوْجَةُ الْأَبِ مِنَ الرُّضَاعِ أَيْضاً.

الرَّابِعَةُ: بِنْتُ الزَّوْجَةِ، وَبِنْتُ زَوْجَتِكَ مِنْهَا كِبِنْتِكَ مِنْكَ، وَسَوَاءٌ كُنَّ مِنَ النَّسَبِ أَوْ مِنَ الرُّضَاعِ، وَتَحْرُمُ الثَّلَاثُ الْأَوْلِيَّاتُ بِمَجْرَدِ النَّكَاحِ؛ بِشَرَطٍ أَنْ يَكُونَ صَحِيحاً فَأَمَّا النَّكَاحُ الْفَاسِدُ فَإِنَّهُ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ الْحُزْمَةُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَفِيدُ الْحُلَّ فِي الْمُنْكَوْحَةِ وَالْحَرْمَةِ فِي غَيْرِهَا فَرَعَ الْحُلَّ فِيهَا.

وَأَمَّا الرَّابِعَةُ: وَهِيَ بِنْتُ الزَّوْجَةِ، فَلَا تَحْرُمُ بِالنَّكَاحِ، وَإِنَّمَا تَحْرُمُ إِذَا دَخَلَ (١) بِالزَّوْجَةِ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَرَبَائِتِكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّائِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ، فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] وذكر الحجور جرياً على الْعَالِبِ.

(١) قال في الخادم: هذا إذا كانت الزوجة حية فلو وطئ امرأته بعد موتها ولم يكن وطنها في حياتها فهل تحرم الربية بهذا الوطء.

قال في البحر: قال يحتمل التحريم لأنه وطئ شبهة لبقاء أحكام النكاح في هذه الحالة من الإرث وجواز الغسل ولو كان الوطء أجنبياً لم تحرم الربية وإن قلنا بسقوط الحد في أحد الوجهين أي وهو الأصح لأن الحد لم يسقط هنا للشبهة بل لأن الحد في الأصل وضع للردع والزجر والموت هنا أبلغ في الردع. قال: وعندي لا تحرم الربية أصلاً لأنها تلحقه بالبهيمة بعد الموت لزوال الخطاب عنها وإيجاب الحد هنا كإيجابنا في وطء البهيمة وهو لا يجب، وكذا إيجابها الغسل فيه.

قال صاحب الخادم: وبهذا أجاب البغوي في أول فتاويه فقال: لا يثبت بوطء الميئة حرمة المصاهرة كما لو سقي لبناً حلب من ميئة لا تثبت حرمة الرضاع. قال: وكذا لو استدخلت ذكراً مباناً لا تثبت به المصاهرة بخلاف ما لو استدخلت ذكراً زائداً.

وَعَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ: «مَنْ نَكَحَ أُمَّرَأَةً ثُمَّ طَلَقَهَا قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا، حُرِّمَتْ عَلَيْهِ أُمَّهَاتُهَا، وَلَمْ تُحْرَمْ عَلَيْهِ بِنْتَهَا»<sup>(١)</sup>.

وَعَنِ مَالِكٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّ الرِّبِّيَّةَ إِنَّمَا تُحْرَمُ إِذَا رُبِّيتَ فِي حَجْرِهِ.

وَيَجُوزُ أَنْ يُعْلَمَ قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ «وَيُحْرَمُ مِنْهَا بِمَجْرَدِ النَّكَاحِ الصَّحِيحِ أُمَّهَاتِ الزَّوْجَةِ»؛ بِالْوَاوِ لِأَنَّ الشَّيْخَ أَبَا عَاصِمٍ الْعَبَّادِيَّ وَابْنَ أَبِي الْحَسَنِ - رَجَمَهُ اللَّهُ - رَوَى ذَهَابُ أَبِي الْحَسَنِ أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ الصَّابُونِيُّ مِنْ أَضْحَابِنَا إِلَى أَنَّ أُمَّ الزَّوْجَةِ لَا تُحْرَمُ إِلَّا بِالذُّخُولِ كَالرِّبِّيَّةِ.

وَلَا يُحْرَمُ عَلَى الرَّجُلِ بِنْتُ زَوْجِ الْأُمِّ، وَلَا أُمُّهُ، وَلَا بِنْتُ زَوْجِ الْبِنْتِ، وَلَا أُمُّهُ، وَلَا أُمَّ زَوْجَةِ الْأَبِ وَلَا بِنْتُهَا وَلَا أُمَّ زَوْجَةِ الْإِبْنِ، وَلَا بِنْتُهَا، وَلَا زَوْجَةَ الرَّبِيبِ، وَلَا زَوْجَةَ الرَّأْبِ.

ثم فيه مسائل:

المسألة الأولى: [تجرد ملك اليمين لا يثبت نسباً من هذه المحرمات لكن الوطاء]<sup>(٢)</sup> يثبتها حتى تحرم الموطوءة على ابن الواطئ وأبيه، وتحرم عليه أم الموطوءة وبناتها، واحتج له بأن الوطاء في ملك اليمين نازل منزلة عقد النكاح، ولهذا يحرم الجمع بين وطاء الأختين في الملك، كما يحرم الجمع في النكاح، ولا يحرم الجمع في ملك اليمين والوطء بشبهة، والنكاح الفاسد والشراء الفاسد وطاء الجارية المشتركة، وطاء جارية الابن يثبت حرمة المصاهرة، كما يثبت النسب، ويوجب العدة، وفي شرح الفروع وغيره قول ضعيف أن الوطاء بالشبهة لا يثبت حرمة المصاهرة؛ كالزنا، والمذهب الأول، وذلك إذا شملت الشبهة الواطئ والموطوءة، وأما إذا اختصت الشبهة بأحدهما، والآخر زان، بأن أتى الرجل فراش غير زوجته غلطاً فوطئها، وهي عالمة،

(١) أخرجه الترمذي [١١١٧] من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بمعناه، وقال: لا يصح، وإنما رواه عن عمرو بن شعيب: المثنى بن الصباح وابن لهيعة وهما ضعيفان، وقال غيره: يشبه أن يكون ابن لهيعة أخذه عن المثنى ثم أسقطه، فإن أبا حاتم قد قال: لم يسمع ابن لهيعة من عمرو بن شعيب (تنبيه) تبين أن قول الرافعي: ابن عمر، فيه تحريف لعله من الناسخ، والصواب ابن عمرو بزيادة واو، وفي الباب عن ابن عباس من قوله أخرجه ابن أبي حاتم في تفسيره بإسناده قوي إليه، أنه كان يقول: إذا طلق الرجل امرأة قبل أن يدخل بها وماتت، لم تحل له أمها، ونقل الطبراني فيه الإجماع، لكن في ابن أبي شيبة عن زيد بن ثابت أنه كان لا يرى بأساً إذا طلقها، ويكره إذا ماتت عنه، وروى مالك عن يحيى بن سعيد عنه أنه سئل عن رجل تزوج، ثم ماتت قبل أن يصيبها، هل تحل له أمها. قال: لا، الأم مبهم، وإنما الشرط في الرائب. قاله الحافظ.

(٢) سقط في ز.

وَأَتَتْ غَيْرَ زَوْجِهَا غَالِطَةً، وَهُوَ عَالِمٌ، أَوْ كَانَتْ هِيَ جَاهِلَةً أَوْ نَائِمَةً أَوْ مُكْرَهَةً، وَهُوَ عَالِمٌ، أَوْ مَكَّنَتْ الْبَالِغَةَ الْعَاقِلَةَ مَخْجُونًا أَوْ مُرَاهِقًا، فَوَجَّهَانِ:

أَصْحُهُمَا: أَنْ الْاِغْتِبَارَ بِالرَّجُلِ، حَتَّى تَثْبُتَ حُرْمَةُ الْمُصَاهَرَةِ، إِذَا اشْتَبَهَ الْحَالُ عَلَيْهِ، كَمَا يَثْبُتُ النَّسَبُ وَتَجِبُ الْعِدَّةُ وَلَا يَثْبُتُ، إِذَا لَمْ يَشْتَبِهْ عَلَيْهِ، كَمَا لَا يَثْبُتُ النَّسَبُ وَالْعِدَّةُ.

والثاني: أَنَّ الشُّبُهَةَ فِي أَيِّهِمَا كَانَتْ تَثْبُتُ حُرْمَةُ الْمُصَاهَرَةِ، عَلَى هَذَا فَوَجَّهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهَا تَخْتَصُّ بِمَنْ اخْتَصَّتْ بِهِ الشُّبُهَةُ، حَتَّى لَوْ كَانَ الْاِشْتِبَاهُ عَلَيْهِ يُحْرَمُ عَلَيْهِ أُمَّهَا وَابْنَتُهَا وَبَنَّتُهَا، وَلَا تَحْرَمُ [هي على أبيه وابنه] <sup>(١)</sup> ولو كان الاشتباه عليها، حُرِّمَتْ عَلَى أَبِيهِ وَابْنِهِ، وَلَا تَحْرَمُ عَلَيْهِ أُمَّهَا وَابْنَتُهَا.

والثاني: أَنَّهَا تَعْمُ الطَّرْفَيْنِ كَالنَّسَبِ ثُمَّ الْوَطْءِ فِي النِّكَاحِ، وَمَلِكِ الْيَمِينِ، كَمَا يُوجِبُ الْحُرْمَةَ، يُوجِبُ الْمَحْرَمِيَّةَ، حَتَّى يَجُوزَ لِلوَاطِئِ الْمَسَافِرَةَ بِأَمِّ الْمُوْطُوءَةِ وَابْنَتِهَا، وَابْنَتِهِ وَأَبِيهِ الْخُلُوءَ بِهَا وَالْمَسَافِرَةَ بِهَا، وَفِي وَطْءِ الشُّبُهَةِ وَجَّهَانِ، وَيَقَالُ: قَوْلَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ الْحُكْمَ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ بِالشُّبُهَةِ يَثْبُتُ النَّسَبَ، وَيُوجِبُ الْعِدَّةَ، فَكَذَلِكَ الْمَحْرَمِيَّةَ.

والثاني: الْمَنْعُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ الْخُلُوءُ وَالْمَسَافِرَةُ بِالْمُوْطُوءَةِ، فَبِأُمَّهَا وَابْنَتِهَا أَوْلَى، وَلَيْسَ كَالْوَطْءِ فِي النِّكَاحِ وَمَلِكِ الْيَمِينِ؛ لِأَنَّ أُمَّ الْمُوْطُوءَةِ وَبَنَّتُهَا يَدْخُلَانِ عَلَيْهَا، وَيَشُقُّ عَلَيْهَا الْاِحْتِجَابُ عَنْ زَوْجِهَا، وَمِثْلُ هَذِهِ الْحَاجَةُ مَفْقُودَةٌ هُنَا، وَالْأَصْحُ الْأَوَّلُ عِنْدَ الْإِمَامِ، وَالثَّانِي عِنْدَ عَامَّةِ الْأَصْحَابِ، وَحَكْوَهُ عَنْ نَصِّهِ فِي «الْإِمْلَاءِ».

المسألة الثانية: الزَّنا لَا يَثْبُتُ حُرْمَةُ الْمُصَاهَرَةِ، حَتَّى يَجُوزَ لِلزَّانِي أَنْ يَنْكَحَ أُمَّ الْمَزْنِيِّ بِهَا وَبَنَّتُهَا، وَحَتَّى يَجُوزَ لِابْنِهِ وَأَبِيهِ أَنْ يَنْكَحَهَا؛ لِأَنَّ حُرْمَةَ الْمُصَاهَرَةِ نِعْمَةٌ مِنَ اللَّهِ تَعَالَى، فَلَا تَثْبُتُ بِالزَّانِ، كَمَا لَا يَثْبُتُ بِهِ النَّسَبُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَحْمَدُ - رَجِمَهُمَا اللَّهُ - يَشْتَبَاهُ، وَلَوْ تَلَوَّطَ بِغُلَامٍ، لَمْ يُحْرَمْ عَلَى الْفَاعِلِ أُمُّهُ وَابْنَتُهُ، وَعَنْ أَحْمَدَ: خِلَافُهُ، وَلَوْ مَلَكَ جَارِيَةً مُحْرَمَةً عَلَيْهِ بِرِضَاعٍ أَوْ مُصَاهَرَةٍ، فَوَطَّئَهَا، فَإِنْ لَمْ يَجِبْ بِهِ الْحَدُّ، أَثْبَتْنَا حُرْمَةَ الْمُصَاهَرَةِ، وَإِنْ أَوْجِبْنَا، فَهِيَ كَالزَّانِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

المسألة الثالثة: الْمَفَاخِذَةُ وَالتَّقْيِيلُ وَالتَّمْسُ، هَلْ هِيَ كَالْوَطْءِ، حَتَّى يَثْبُتَ جِرْمَةُ الْمُصَاهَرَةِ عِنْدَ الشُّبُهَةِ، وَحَتَّى يُحْرَمَ الرِّيبِيَّةُ فِي النِّكَاحِ؟.

فيه قولان:

أحدهما: وبه قال أبو حنيفة - رضي الله عنه - ومالك: نعم؛ لأنه تلذذ بمباشرة فأشبهه الوطء، ولأنه استمتع بوجوب الفدية على المخرم؛ فكان كالوطء، وهذا أصح عند صاحب «التهذيب» واختاره القاضي الروياني.

والثاني: لا، وبه قال أحمد؛ لأنه لا يوجب العدة، فكذلك لا يثبت الحزمة، وأيضاً، فقد قال تعالى: ﴿مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ﴾ [النساء: ٢٣] شرط الدخول في التحريم، وهذا أصح عند الإمام، ويحكى عن اختيار ابن أبي هريرة وابن القطان وغيرهما، والقولان فيما إذا جرى ذلك بشهوة فأما اللئس بغير شهوة، فإنه لا أثر له في التحريم نص عليه المعظم.

قال الإمام: ومنهم من أرسل ذكر الملامسة، ولم يقيد بالشهوة، فيجوز أن يقال: يكفي صورة الملامسة، كما يكفي في نقض الطهارة، والنظر بالشهوة لا يقتضي حرمة المصاهرة، ومنهم من حكى فيه قولاً آخر ضعيفاً، ثم خصصه بعضهم بالنظر إلى الفرج، وهو مذهب أبي حنيفة، ومنهم من لم يفرق بين الفرج وغيره.

ويثبت المصاهرة إذا استدخلت المرأة ماء زوجها، أو ماء أجنبي بالشبهة<sup>(١)</sup>، كما يثبت النسب، وتجب العدة، ولكن لا يحصل به الإحصان والتخليل، وفي تقرير المهر ووجوبه للمفوضة وثبوت الرجعة ووجوب الغسل ووجوب المهر في صورة الشبهة وجهان:

أصحهما: المنع<sup>(٢)</sup>، وإن أنزل الأجنبي بزناً، لم يثبت النسب باستدخال مائه، ولا حرمة المصاهرة، وإن أنزل الزوج بالزنا حكى صاحب «التهذيب» أنه لا يثبت النسب، ولا حزمة المصاهرة، ولا تجب العدة، وقال من عند نفسه: وجب أن تثبت هذه الأحكام، كما لو وطئ زوجته على ظن أنه يزني، وأعلم أن ما يثبت التحريم المؤبد، إذا طرأ على النكاح، قطعه، حتى لو نكح امرأة، ثم وطئها أبوه أو ابنه بشبهة، أو وطئ

(١) قال في المهمات: نقل صاحب الحاوي عن بعض الأصحاب أنه يشترط في التحريم بإدخال ماء الزوج أن تكون زوجة حال الإنزال والاستدخال ومقتضاه أنه يشترط في ماء الأجنبي قيام الشبهة في الحاليتين. قال في التوسط: وهو بعيد من كلامهم. وقال الشيخ البلقيني: ومقتضاه تحريم الربيبة باستدخال الماء وهذا مما أخالف فيه وأجزم بعدم تحريم الربيبة بذلك لقوله تعالى: ﴿وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم﴾ وفي صورة استدخال الماء لم يوجد الدخول وأما العدة فظاهر كلام الزاوي يقتضي إثبات خلاف فيها في الكلام على العنين.

(٢) قال في المهمات: جزم في الكلام على الفسخ بالتعنين بثبوت الرجعة وكذا في الشرح الصغير وكذا في الروضة في الكلام على التحليل واقتضى كلامه هناك أنه المعروف للشافعي وأصحابه وبه يظهر رجحان الفتوى به.

هو أمها أو ابنتها بشبهة، انفسخ نكاحها. وفي «المولّدات» فرعان؛ يتعلّقان بهذا الأصل:

الأول: نكح الرجل امرأة، ونكح ابنه بنتها، ووطيء كل واحد منهما زوجة الآخر غالطاً، فينفسخ النكاحان؛ لأن زوجة الأب موطوءة ابنه، وأم موطوءته بالشبهة، وزوجة الابن موطوءة أبيه، وبنث موطوءته بالشبهة، وهذا جواب على الصحيح في أن الوطء بالشبهة في الملك، ويجب على كل واحد منهما مهر المثل للتي وطئها بالشبهة، ثم لا يخلو، إما أن يترتب الوطآن أو يقعا معاً، إن ترتباً، نظراً، إن سبق وطء الأب، فعليه لزوجه نصف المسمى؛ لأنه الذي رفع نكاحها، فهو كما لو طلقها قبل الدخول، وهل يجب على الابن لزوجه شيء؟.

قال ابن الحدّاد: لا؛ لأن نكاحها لم يرتفع بسبب من جهته، وإنما ارتفع بوطء الأب السابق.

وقال آخرون من الأصحاب يجب عليه نصف ما سمى لها؛ لأنه إن لم يكن للزوج صنع في رفع النكاح، فلا صنع لها فيه أيضاً، فلا ينبغي أن يسقط مهرها.

وتوسّط الشيخ أبو عليّ، فقال: إن كانت زوجة الابن نائمة أو مكروهة أو صغيرة لا تغفل، فلها نصف المسمى على الزوج؛ لأن الانفساخ، والحالة هذه، غير منسوب إليها، فصارت كما لو كانت تحته صغيرة وكبيرة، فأرضعت الكبيرة الصغيرة، يفسخ نكاحها، والصغيرة نصف المسمى على الزوج، وإن كانت زوجة الابن عاقلة، وطاوعت الأب ظانّة أنه زوجها، فلا مهر لها، كما لو اشترت الحرّة زوجها قبل الدخول يسقط مهرها، وإذا أوجبنا على الابن نصف المسمى، فيرجع على أبيه؛ لأنه فوت نكاحها عليه، وبم يرجع بمهر المثل أو بنصفه أو بما غرم فيه ثلاثة أقوال؛ تذكّر في «الرضاع» إن شاء الله - تعالى -، وإن سبق وطء الابن، فعليه لزوجه نصف المسمى، وهل يجب على الأب لزوجه نصف المسمى؟.

فيه الاختلاف السابق، فإن قلنا: نعم، فله الرجوع كما ذكرنا، وإن وقع الوطآن معاً، فعلى، كل واحد منهما نصف ما سمى لزوجه، وهل يرجع على الآخر بشيء؟.

عن الشيخ أبي محمّد عن القفال أن زوجة كل واحد منهما [حرمت عليه بفعله وفعل صاحبه، فيرجع كل منهما]<sup>(١)</sup> على صاحبه بنصف ما كان يرجع به، لو انفرد، ويهدر نصف كما في الاصطدام. وقال الشيخ أبو عليّ، لا يرجع واحد منهما على الآخر؛ لأن النكاح ارتفع بفعلهما جميعاً، فينسب الفراق إلى الزوج، كما لو اشترى

(١) سقط في ز.

امراته، أو خالعهما، وليس كالأصطدام؛ لأن فعل كُـلُّ واحد منهما، ههنا لو انفرد، لَحَرُمَتْ به زوجته وزوجته صاحبه، ولا يمكننا أن نقول في الاصطدام: لو انفرد كل واحد منهما بفعله، لحصل ذلك الأثر.

**الفرع الثاني:** نكح امرأتين في عَقْدٍ وَاحِدٍ، ثُمَّ بَانَ أَنْ إِحْدَاهُمَا أُمُّ الأُخْرَى، فالنكاحان باطلان، ولا يجب المسمى، ولا شيء منه لواحدةٍ منهما، نعم، لو وطئها أو واحدةٍ منهما، وجب مهر المثل، ولو نكحهما في عقدَيْنِ، ووطئ إحداهما، ثم بَانَ أَنْ إِحْدَاهُمَا أُمُّ الأُخْرَى، فينظر؛ أَسْبَقَ نِكَاحُ الأُمِّ، أَمْ نِكَاحُ البِنْتِ، إن سَبَقَ نِكَاحُ الأُمِّ، فَإِنْ كَانَتْ هِيَ المَوطُوءَةَ، فَنِكَاحُهَا بِحَالِهِ والأُخْرَى رَيْبِيَّةٌ مُحْرَمَةٌ، وَإِنْ كَانَتْ البِنْتُ هِيَ المَوطُوءَةَ، فَالنِّكَاحَانِ بِاطْلَانٍ، أَمَا نِكَاحُ البِنْتِ، فَلأَنَّهُ نَكَحَهَا، وَتَحْتَهُ أُمُّهَا، وَأَمَا نِكَاحُ الأُمِّ؛ فَلأنَّهَا أُمُّ مَوطُوءَتِهِ بِالشُّبُهَةِ، وَلِهَذَا أَنْ يَنْكَحَ البِنْتَ مَتَى شَاءَ؛ لِأنَّهَا رَيْبِيَّةٌ امْرَأَةٌ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا، وَيَجِبُ لِلبِنْتِ مَهْرُ المِثْلِ، وَلِلأُمِّ نِصْفُ المِثْلِ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ ارْتَفَعَ بِصِنْعِ الزَّوْجِ، وَإِنْ كَانَ السَّابِقُ نِكَاحَ البِنْتِ، فَإِنْ كَانَتْ هِيَ المَوطُوءَةَ، فَنِكَاحُهَا بِحَالِهِ، وَالأُمُّ مُحْرَمَةٌ عَلَى التَّأْيِيدِ، وَإِنْ كَانَتْ المَوطُوءَةَ الأُمُّ، يَطْلُ النِّكَاحَانِ، وَحُرْمَتَانِ عَلَى التَّأْيِيدِ، أَمَا الأُمُّ، فَبِنِكَاحِ البِنْتِ، وَأَمَا البِنْتُ فَبِوطءِ الأُمِّ بِشُّبُهَةِ النِّكَاحِ، وَيَجِبُ لِلأُمِّ مَهْرُ المِثْلِ، وَلِلبِنْتِ نِصْفُ المِثْلِ، وَإِنْ اشْتَبَهَتِ المَوطُوءَةَ، وَعَرَفْتَ الَّتِي سَبَقَ نِكَاحُهَا، فَنِكَاحُ الَّتِي سَبَقَ نِكَاحُهَا ثَابِتٌ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمَلُ أَنْ تَكُونَ السَّابِقَةُ هِيَ المَوطُوءَةَ، وَلَا يُوْثِرُ الوَطْءُ فِي نِكَاحِهَا، وَيَحْتَمَلُ أَنْ تَكُونَ المَوطُوءَةَ الأُخْرَى، فَيُفْسِدُ نِكَاحَ الأُولَى، وَإِذَا وَقَعَ الشُّكُّ، فَالأَصْلُ الاستِمْرَارُ، وَلَيْسَ لَهُ نِكَاحُ الثَّانِيَةِ؛ لِأَنَّ الأُولَى، إِنْ كَانَتْ بِنْتًا، فَالثَّانِيَةُ أُمُّ امْرَأَتِهِ، فَتَحْرُمُ عَلَى التَّأْيِيدِ، وَإِنْ كَانَتْ أُمًّا، فَلَيْسَ لَهُ نِكَاحُ البِنْتِ، وَالأُمُّ تَحْتَهُ، فَإِنْ كَانَ ارْتَفَعَ نِكَاحُ الأُمِّ بِطَلَاقٍ أَوْ غَيْرِهِ، لَمْ يَحِلَّ لَهُ نِكَاحُ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا؛ لِأَنَّ إِحْدَاهُمَا مُحْرَمَةٌ عَلَى التَّأْيِيدِ، فَأَشْبَهَ مَا إِذَا اخْتَلَطَتْ أُخْتُهُ مِنَ الرِّضَاعِ بِامْرَأَةٍ أُخْرَى لَا يَنْكَحُ وَاحِدَةً مِنْهُمَا، وَإِنْ اشْتَبَهَ السَّابِقُ مِنَ النِّكَاحَيْنِ، وَعَرَفْتَ المَوطُوءَةَ، فَغَيْرُ المَوطُوءَةَ مُحْرَمَةٌ أَوَّلًا؛ لِأنَّهَا أُمُّ المَوطُوءَةَ بِالشُّبُهَةِ أَوْ بِنْتُ المَوطُوءَةَ، وَأَمَا المَوطُوءَةَ، فَإِنْ كَانَتْ هِيَ المَنْكُوحَةُ أَوَّلًا فَنِكَاحُهَا مُسْتَمَرٌّ، وَإِنْ كَانَتْ المَنْكُوحَةُ أَوَّلًا الأُخْرَى، فَنِكَاحُهَا غَيْرُ مُنْعَقِدٍ، فَيُوقَفُ أَمْرُهَا، وَيَمْنَعُ مِنَ نِكَاحِ غَيْرِهِ، وَإِنْ طَلِبْتَ الفِسْخَ لِلاشْتِبَاهِ، فَسِخَّ النِّكَاحُ كَمَا فِي تَرْوِيجِ البُولِيِّينَ، وَإِنْ اشْتَبَهَ السَّابِقُ مِنَ النِّكَاحَيْنِ، وَاشْتَبَهَتِ المَوطُوءَةُ أَيْضًا، فَيُوقَفُ عَنْهُمَا؛ لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ سَبَقَ نِكَاحُ البِنْتِ، وَقَدْ دَخَلَ بِالأُمِّ، فَيَحْرَمَانِ عَلَيْهِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَنْكَحَ وَاحِدَةً مِنْهُمَا؛ لِأَنَّ إِحْدَاهُمَا مُحْرَمَةٌ عَلَيْهِ عَلَى التَّأْيِيدِ، وَلَوْ كَانَتْ الْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا، [لَكَانَ وَطْئُهُمَا] <sup>(١)</sup> جَمِيعًا، بَطَلَ نِكَاحُهُمَا وَيُحْرَمَانِ عَلَى التَّأْيِيدِ، ثُمَّ إِنْ وَطِئَ أَوَّلًا الَّتِي نَكَحَهَا

(١) في ز: لكن وطمئهما.

أولاً، فلأولئى، مهرها المسمئى، وللثانية مهْرُ المثل، وإن وطئ أولاً التي نكحها آخرأ، فلها مهْرُ مثلها؛ لأنه لم ينعقد نكاحها، وللمنكوحه أولأ نصف مهرها المسمئى وجميع مهْر المثل، أما نصف المسمئى، فلارتفاع نكاحها بسبب من جهة الزوج، وهو وطء المنكوحه آخرأ، وأما جميع مهْر المثل؛ فلأنه وطئها بعد ارتفاع النكاح وطء شبهة.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: (الثَّانِي): مَا لَا يُوجِبُ حُرْمَةَ مُؤَبَّدَةٍ وَيَتَعَلَّقُ بِعَدِيدٍ وَهِيَ ثَلَاثَةٌ: (الأول): نِكَاحُ الْأَخْتِ عَلَى الْأَخْتِ لَا يَجُوزُ مَا لَمْ يُطْلَقِ الْأُولَى طَلَاقًا بَائِنًا وَلَا يَجُوزُ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا، وَلَا بَيْنَ امْرَأَتَيْنِ بَيْنَهُمَا قَرَابَةٌ أَوْ رِضَاعٌ لَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا ذَكَرًا حَرَمَ النِّكَاحُ بَيْنَهُمَا، وَيَجُوزُ أَنْ يَنْكِحَ الْمَرْأَةَ وَأُمُّ زَوْجِهَا أَوْ بِنْتُ زَوْجِهَا وَإِنْ كَانَ لَا يَصِحُّ النِّكَاحُ بَيْنَهُمَا لَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا ذَكَرًا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: تَكَلَّمْنَا فِي الْمَحْرَمِيَّةِ الْمُقْتَضِيَةِ لِلتَّحْرِيمِ الْمُؤَبَّدِ، وَأَمَّا مَا يَقْتَضِي التَّحْرِيمَ لَا بِصِفَةِ التَّأْيِيدِ، فَمِنْهُ مَا يَتَعَلَّقُ بِعَدِيدٍ، وَمِنْهُ مَا يَتَعَلَّقُ بِصِفَةٍ؛ كَالرِّقِّ وَالْكَفْرِ، وَالَّذِي يَتَعَلَّقُ بِالْعَدَدِ ثَلَاثَةٌ أَنْوَاعٍ:

الأول: الجمع بين الأخنتين من النسب أو الرضاع سواء كانتا أختين من الأبوين أو من أحد الأبوين، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾ [النساء: ٢٣] فلو نكح أختين معاً، فالنكاحان باطلان، وإن نكحهما على الترتيب، فنكاح الثانية باطل، فإن وطئها جاهلاً بالحكم، فلها مهْرُ المثل، وعليها العدة، ويجوز أن يطأ الأولى والثانية في العدة، لكن الأولى ألا يفعل، رُوِيَ أَنَّهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ: «مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ، فَلَا يَجْمَعَنَّ مَاءَهُ فِي رَجْمِ أُخْتَيْنِ»<sup>(١)</sup>.

وَإِذَا طَلَّقَ الْأُولَى طَلَاقًا بَائِنًا، فَلَهُ نِكَاحُ الثَّانِيَةِ؛ لِأَنَّهَا بَائِنٌ مِنْهُ فَجَازَ لَهُ الْعَقْدُ عَلَى أُخْتِهَا، كَمَا لَوْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ.

وقال أبو حنيفة وأحمد - رحمهما الله - تعالى: لا يجوز له نكاح أختها ما دامت هي في العدة، وكذا لو وطئ امرأة بالشبهة، فما دامت في العدة لا يجوز التزويج بأختها عند أبي حنيفة، ولو كان الطلاق رجعيًا، لم يجر نكاح أختها ما لم تنقض عدتها؛ لأن الرجعية في حكم المنكوحات، ألا ترى أنه يجري التوارث بينهما، ويلزمها

(١) قال الحافظ: لا أصل له باللفظين، وقد ذكر ابن الجوزي اللفظ الثاني، ولم يعزه إلى كتاب من كتب الحديث، وقال ابن عبد الهادي: لم أجد له سنداً بعد أن فتشت عليه في كتب كثيرة، وفي الباب حديث أم حبيبة في الصحيحين أنها قالت: يا رسول الله أنكح أختي، قال: لا تحل لي، الحديث، ولأبي داود من حديث فيروز الدلمي قال: قلت: يا رسول الله إني أسلمت وتحتي أختان قال: طلق أيهما شئت، وللترمذي في روايته: اختر أيهما شئت، وسيأتي في باب نكاح المشرك.

عدة الوفاة إذا مات عنها ويصح، إيلاؤه عنهما، والظهارُ منها.

لو ادَّعى الزَّوْجُ أَنَّهَا أَخْبَرْتَهُ بِانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ، وَالْوَقْتُ مُحْتَمَلٌ وَأَتَكَرَّتِ الْمَرْأَةُ، وَقَالَتْ: لَمْ تَنْقُضْ عِدَّتِي بَعْدَ، فَلَهُ نِكَاحُ أختها؛ لَزَعْمِهِ انْقِضَاءُ عِدَّتِهَا، وَلَوْ طَلَّقَهَا، لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ، وَلَوْ وَطَّئَهَا يَجِبُ الْحَدُّ.

وعن الحليمي والقفال: أنه ليس له نكاح أختها؛ لأن القول قولها في بقاء العدة، وعلى هذا، فلو طلقها يقع، ولو وطئها، لا يحدُّ، والأول أظهر، وهو المحكي عن نَصِّهِ فِي «الإملاء» وتجب النفقة لا محالة، ولا يقبل قوله في سُقُوطِ حَقِّهَا، ولو طلق زوجته الرقيقة طلاقاً رجعيّاً، ثم اشتراها، فَلَهُ نِكَاحُ أختها في الحال، وكذا لو اشتراها قبل الطلاق؛ لأن ذلك الفراش قد انقطع، وكما يحرم الجَمْعُ بين الأختين، يَخْرُمُ الْجَمْعُ بين المرأة وبنات أخيها وبنات أولاد أختها، وكذلك بين المرأة وبنات أخيها وبنات أولاد أختها، سواء كانت العمومة والخُثُولَةُ من النسب أو الرضاع.

وَرُوِيَ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ: «لَا تُنَكَحُ الْمَرْأَةَ عَلَى عَمَّتِهَا، وَلَا الْأَعْمَةَ عَلَى بِنْتِ أُخْتِهَا، وَلَا الْمَرْأَةَ عَلَى خَالَتِهَا، وَلَا الْخَالََةَ عَلَى بِنْتِ أُخْتِهَا، وَلَا الْكُبْرَى عَلَى الصُّغْرَى وَلَا الصُّغْرَى عَلَى الْكُبْرَى»<sup>(١)</sup> وأراد الْكُبْرَى والصغرى في الدرجة، لا في السن، والصغرى بنت الأخ وبنات الأخت، والكبرى العمة والخالة، وضبط تحريم الجمع بعبارات:

(١) أخرجه أبو داود [٢٠٦٥] والترمذي [١١٢٦] والنسائي [٩٨/٦] من حديث داود بن أبي هند عن الشعبي عنه، وليس في رواية النسائي: لا تنكح الكبرى على الصغرى إلى آخره، وصححه الترمذي، وأصله في الصحيحين البخاري [٥١٠٩ - ٥١١٠] مسلم [١٤٠٨] من طريق الأعرج عن أبي هريرة بلفظ: لا يجمع بين المرأة وعمتها، ولا بين المرأة وخالتها، ولمسلم من طريق قبيصة عن أبي هريرة بلفظ: لا تنكح العمة على بنت الأخ، ولا ابنة الأخت على الخالة، وله من طريق أبي سلمة عنه: لا تنكح المرأة على عمتها، ولا على خالتها، وفي رواية: لا يجمع بين المرأة وعمتها، ولا المرأة وخالتها، ورواه البخاري بنحوه عن جابر، وقيل: إن راويه عن الشعبي أخطأ في قوله عن جابر، وإنما هو أبو هريرة لكن أخرجه النسائي من طريق أبي الزبير عن جابر أيضاً، وقال ابن عبد البر: طرق حديث أبي هريرة متواترة عنه، وزعم قوم أنه تفرد به وليس كذلك، ثم ساق له طرقاً عن غيره، وفي الباب عن ابن عباس رواه أحمد وأبو داود والترمذي وابن حبان [١٢٧٥] وعن أبي سعيد رواه ابن ماجه بسند ضعيف، وعن علي رواه البزار، وعن ابن عمر رواه ابن حبان، وفيه أيضاً عن سعد بن أبي وقاص، وزينب امرأة ابن مسعود، وأبي أمامة، وعائشة وأبي موسى وسمرة بن جندب (تنبيه) قال الشافعي: لم يرَ وهذا الحديث من وجه يشبه أهل العلم بالحديث إلا عن أبي هريرة، قال البيهقي: قد روي عن جماعة من الصحابة إلا أنه ليس على شرط الشيخين، قلت: قد ذكرنا أن البخاري أخرجه عن جابر.



إحداها: وهي المذكورة في الكتاب: «يحرم الجمع بين كل امرأتين بينهما قرابة أو رضاع، لو كانت إحداها ذكراً، لَحَرَمَتِ المَنَاكِحَةَ بينهما».

والثانية: تحريم الجمع بين كل امرأتين بينهما قرابة أو رضاع يقتضي المحرمية.

والثالثة: يحرم الجمع بين كل امرأتين بينهما وصله قرابة أو رضاع، لو كانت تلك الوصلة بينك وبين امرأة، لَحَرَمْتُ عَلَيْكَ، وَقَصَدُوا بِقَيْدِ القَرَابَةِ وَالرِّضَاعِ الاحْتِرَازَ عَنِ الْجَمْعِ بَيْنِ المَرَأَةِ وَأُمِّ زَوْجِهَا وَبِنْتِ زَوْجِهَا وَإِنْ شِئْتَ قُلْتَ: بَيْنِ المَرَأَةِ وَزَوْجَةِ ابْنِهَا، وَعَنِ الْجَمْعِ بَيْنِ المَرَأَةِ وَبِنْتِ زَوْجِهَا، وَإِنْ شِئْتَ قُلْتَ: بَيْنِ المَرَأَةِ وَزَوْجَةِ أَبِيهَا، فَإِنَّ هَذَا الْجَمْعَ غَيْرَ مُحَرَّمٍ، وَإِنْ كَانَتْ يَحْرُمُ النِّكَاحَ بَيْنَهُمَا، لَوْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا ذَكَرًا؛ لِأَنَّا لَوْ قَدَرْنَا أُمَّ الزَّوْجِ ذَكَرًا، حَرَمْتُ عَلَيْهِ زَوْجَةَ الابْنِ، وَلَوْ قَدَرْنَا بِنْتَ الزَّوْجِ ذَكَرًا حَرَمْتُ عَلَيْهِ زَوْجَةَ الأبِّ، لَكِنْ لَيْسَ بَيْنَهُمَا قَرَابَةٌ، وَلَا رِضَاعٌ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ التَّحْرِيمُ بِسَبَبِ المُصَاهَرَةِ، وَالمَعْنَى أَنَّ سَبَبَ تَحْرِيمِ الْجَمْعِ مَا فِيهِ مِنْ قَطِيعَةِ الرَّحْمِ المَوْجِشَةِ، وَالمَنَافَسَةِ القَوِيَّةِ بَيْنِ الضَّرْتَيْنِ رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: «أَنَّهُ أَشَارَ إِلَيْهِ فَقَالَ: «إِنَّكُمْ إِذَا فَعَلْتُمْ ذَلِكَ قَطَعْتُمْ أَرْحَامَهُنَّ»<sup>(١)</sup> وَالرِّضَاعُ فِي مَعْنَى القَرَابَةِ؛ لِأَنَّهُ يُثْبِتُ اللَّحْمَ وَيُنَشِزُ العِظْمَ، وَأَمَّا المِصَاهَرَةُ، فَلَيْسَ فِيهَا رَحِمٌ، حَتَّى يُفَوِّضَ قِطْعَهُ، وَقَدْ يَسْتَعْنَى عَنِ قَيْدِ القَرَابَةِ وَالرِّضَاعِ؛ بِأَن يُقَالَ: يَحْرُمُ الْجَمْعُ بَيْنَ كُلِّ امْرَأَتَيْنِ أَيُّهُمَا قَدَرْتَ ذَكَرًا حَرَمْتَ الأُخْرَى عَلَيْهِ، فَتَخْرُجُ الصُّورَتَانِ المَذْكُورَتَانِ؛ لِأَنَّ أَيُّهُمَا قَدَرْتَ ذَكَرًا لَا تَحْرُمُ عَلَيْهِ الأُخْرَى؛ لِأَنَّ أُمَّ الزَّوْجِ، وَإِنْ كَانَ تَحْرُمُ عَلَيْهَا زَوْجَةُ الابْنِ لَكِنْ زَوْجَةُ الابْنِ لَوْ قَدَرْتَ ذَكَرًا لَا تَحْرُمُ عَلَيْهِ الأُخْرَى، بَلْ تَكُونُ أُجْنَبِيَّةً عَنْهُ، وَيَجُوزُ الْجَمْعُ بَيْنَ بِنْتِ الرَّجُلِ وَرَبِيبَتِهِ، وَبَيْنَ المَرَأَةِ وَرَبِيبَةِ زَوْجِهَا مِنْ امْرَأَةٍ أُخْرَى، وَبَيْنَ أُخْتِ الرَّجُلِ مِنْ أَبِيهِ وَأُخْتِهِ مِنْ أُمِّهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَحْرُمُ المَنَاكِحَةَ بِتَقْدِيرِ ذِكُورَةِ إِحْدَاهُمَا، وَيَحْرُمُ الْجَمْعَ بَيْنَ الأُمِّ وَابْنَتِهَا قَضِيَّةً لِلضَّبَاطِ المَذْكُورِ، حَتَّى لَوْ نَكَحَهُمَا مَعًا، بَطَلَ النِّكَاحَانِ، وَلَوْ نَكَحَهُمَا فِي عَقْدَيْنِ فَالثَّانِي بَاطِلٌ، ثُمَّ لَوْ كَانَتِ الثَّانِيَةُ البِنْتُ، وَلَمْ يَدْخُلْ بِالأُمِّ، جَازَ أَنْ يَعْقِدَ عَلَى الثَّانِيَةِ.

(١) أخرجه ابن حبان في صحيحه وابن عدي من حديث أبي حريز عن عكرمة عن ابن عباس بنحو ما تقدم، وزاد في آخره هذه الزيادة، ورواه ابن عبد البر في التمهيد من هذا الوجه، وأبو حريز بالمهملة والراء ثم الزاي اسمه عبد الله بن حسين، علق له البخاري ووثقه ابن معين وأبو زرعة، وضعفه جماعة فهو حسن الحديث، وفي الباب ما أخرجه أبو داود في المراسيل عن عيسى بن طلحة قال: نهى رسول الله عن أن تنكح المرأة على قرابتها مخافة القطيعة (تنبيه) رواية ابن حبان بالتون، بلفظ الخطاب للنساء في المواضع كلها إنكن إذا فعلتن ذلك قطعتن أرحامهن، ورواية ابن عدي بلفظ الخطاب الرجال، وبالميم في المواضع كلها، وما أورده المصنف لا يوافق واحداً منهما قاله الحافظ.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَلَوْ اشْتَرَى أُخْتَيْنِ فَوَطِئَ إِحْدَاهُمَا حَرَمَتِ الْأُخْرَى حَتَّى يُحْرَمَ الْمَوْطُوءَةُ عَلَى نَفْسِهِ بِنَيْحِ أَوْ تَزْوِيجِ (ح) أَوْ عِنْتِ أَوْ كِتَابَةِ (ح)، وَلَا يَكْفِي طَرِيَانُ تَحْرِيمِ الْحَيْضِ وَالْعِدَّةِ وَالْإِحْرَامِ، وَهَلْ يَكْفِي الرَّهْنُ وَالْبَيْعُ بِشَرْطِ الْخِيَارِ؟ فِيهِ خِلَافٌ، وَلَوْ وَطِئَ أُمَّةً وَنَكَحَ أُخْتَهَا صَحَّ النِّكَاحُ وَحُرِّمَتِ الْمَوْطُوءَةُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: كُلُّ امْرَأَتَيْنِ لَا يَجُوزُ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا فِي النِّكَاحِ؛ لَا يَجُوزُ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا فِي الْوِطْءِ بِمَلِكِ الْيَمِينِ، وَلَكِنْ يَجُوزُ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا فِي نَفْسِ الْمَلِكِ، أَمَا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ الْجَمْعُ فِي الْوِطْءِ فَلَمَّا رَوَى أَنَّهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ: «مَلْعُونٌ مَنْ جَمَعَ مَاءَهُ فِي رَجِمِ أُخْتَيْنِ» وَيُرْوَى: «مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ، فَلَا يَجْمَعُ مَاءَهُ فِي رَجِمِ أُخْتَيْنِ»<sup>(١)</sup>، وَأَيْضاً فَإِنَّ الْوِطْءَ فِي مَلِكِ الْيَمِينِ بِمَثَابَةِ النِّكَاحِ فِي حَرَمَةِ الْمَصَاهِرَةِ، وَكَذَلِكَ هَهُنَا أَيْضاً، فَإِنَّهَا بِالْوِطْءِ، تَصِيرُ فَرِاشاً لَهُ، فَيَمْتَنِعُ اسْتِفْرَاشُ الْأُخْرَى، كَمَا أَنَّهُ إِذَا صَارَتْ إِحْدَاهُمَا فَرِاشاً بِالنِّكَاحِ، امْتَنَعَ نِكَاحُ الْأُخْرَى، وَأَمَا أَنَّهُ يَجُوزُ الْجَمْعُ فِي الْمَلِكِ، فَلِأَنَّ الْمَلِكَ قَدْ يَقْصِدُ بِهِ غَيْرَ الْوِطْءِ وَلِهَذَا يَجُوزُ أَنْ تَمْلِكَ مِنْ لَا تَحِلُّ لَهُ، كَالْأَخْتِ مِنَ النَّسَبِ، وَالرِّضَاعِ وَالنِّكَاحِ، وَإِنَّمَا يَقْصِدُ بِهِ الْوِطْءَ وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ أَنْ يَنْكِحَ مِنْ لَا تَحِلُّ لَهُ، وَإِذَا لَمْ يَتَّعِنِ الْمَلِكُ لِلْوِطْءِ لَمْ يُفْضِ الْجَمْعُ فِيهِ إِلَى التَّبَاغُضِ وَالتَّقَاطُعِ، وَإِذَا تَقَرَّرَ ذَلِكَ، فَفِي الْفَصْلِ مَسْأَلَتَانِ:

[المسألة الأولى]<sup>(٢)</sup>: لَوْ اشْتَرَى أُخْتَيْنِ، أَوْ امْرَأَةً وَعَمَّتَهَا، أَوْ خَالَتَهَا مَعاً، أَوْ عَلَى التَّعَاقُبِ، صَحَّ الشِّرَاءُ وَلَهُ وَطِئَ أُيْتَهُمَا شَاءَ، وَإِذَا وَطِئَ إِحْدَاهُمَا، حُرِّمَ عَلَيْهِ وَطِئَ الْأُخْرَى، لَكِنْ لَا يَجِبُ بِهِ الْحُدُّ لِقِيَامِ الْمَلِكِ وَكَوْنِهِ بِسَبِيلِ مِنْ اسْتِبَاحَتِهَا بِخِلَافِ مَا لَوْ وَطِئَ أُمَّتَهُ الَّتِي هِيَ أُخْتُهُ مِنَ الرِّضَاعِ؛ حَيْثُ يَجِبُ الْحُدُّ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ؛ لِأَنَّهُ لَا سَبِيلَ إِلَى اسْتِبَاحَتِهَا بِحَالٍ، ثُمَّ الثَّانِيَةُ تَبْقَى حَرَاماً كَمَا كَانَتْ، وَالْأَوْلَى خِلَافاً كَمَا كَانَتْ، وَلَا يَحْرُمُ الْحَرَامُ الْحَلَائِلَ، لَكِنْ يُسْتَحَبُّ الْآ يَطَأُ الْأَوْلَى، حَتَّى تَسْتَبْرَأَ الثَّانِيَةَ.

وَعَنْ أَبِي مَنْصُورِ بْنِ مَهْرَانَ إِسْنَادَ الْأَوْذَنْبِيِّ، أَنَّهُ إِذَا أُخْبِلَ الثَّانِيَةَ، حَلَّتْ وَحُرِّمَتِ الْمَوْطُوءَةُ، وَلَا تَزَالُ غَيْرَ الْمَوْطُوءَةِ مُحْرَمَةً عَلَيْهِ، حَتَّى تَحْرَمَ الْمَوْطُوءَةُ عَلَى نَفْسِهِ، أَمَا إِزَالَةُ الْمَلِكِ بَيْعِ كُلِّهَا أَوْ بَعْضِهَا، أَوْ بِالْهَبَةِ، أَوْ مَعَ الْإِقْبَاضِ، أَوْ بِالْعَتَقِ، أَوْ بِإِزَالَةِ الْحُلِّ بِالتَّزْوِيجِ، أَوْ بِالْكِتَابَةِ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَجِمَهُ اللَّهُ - أَنَّهُ لَا يَكْفِي التَّزْوِيجُ وَالكِتَابَةُ، وَلَا يَكْفِي عَرُوضُ الْحَيْضِ وَالْإِحْرَامِ وَالْعِدَّةِ عَنِ الْوِطْءِ شَبْهَةً؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَسْبَابَ عَارِضَةٌ، وَلَمْ يَزَلِ الْمَلِكُ وَلَا الْاسْتِحْقَاقُ، وَكَذَا عَرُوضُ الرَّدَةِ لَا يَفِيدُ حِلَّ الْأُخْرَى، وَفِي الرَّهْنِ وَجْهَانِ:

(١) تقدم قريباً.

(٢) في أ: إحداهما.

أحدهما: أنه يكفي كالكِتابَةِ والتزويج.

وأصحهما: وبه أجاب في «الشامِل» المنع؛ لأنه لا يفيد استقلالاً، كما لا يفيد الكتابة ولا حلاً، للغير كما يفيد التزويج، ولا يزيل الحِلَّ، ألا ترى أنه لو أذن فيه المرتهن، جاز مع بقاء الرهن، وَلَوْ بَاعَ بشرط الخِيَارِ، فحيث يجوز للبائع الوطء، لا يُجِلُّ به الثَّانِيَّةُ، وحيث لا يجوز، فوجهان، قَالَ الإمامُ: الوجه عندي القطعُ بحل الأخرى، لثبوت الملك للمشتري ونفوذ تصرفاته، ولا يكفي لِجِلِّ الأخرى الاستبراء عن الأولى؛ لأنه لا يزيل الفراش.

وقد رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ - عليه السَّلَامُ - أنه قال: «من وَطِئَ إحدى الأختين، فلا يَطَأُ الأخرى، حَتَّى تخرج الموطوءة عن ملكه» وعن القاضي الحسين - رحمه الله - أن القياس يقتضي الاكتفاء بالاستبراء لِجِلِّ الأخرى؛ لأنه يدل على براءة الرحم، وذكر القاضي ابن كَجِّ؛ أن القاضي أبا حامد قال: غَلِطَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا فقال: إذا قَالَ حَرَمْتُهَا عَلَى نَفْسِي، حرمت عليه، وحلَّت الأخرى، وإذا حرمها بالأسباب المعتدُّ بها، ثم عاد الحل، كما إذا باعها فرُدَّت عليه بعيب أو إقالة أو زَوْجَهَا، فطلَّقها الزوج أو كاتبها، ثم عَجَزَتْ، لم يجز له أن يَطَأَهَا قبل أن يستبرئها لملكه الحادث، وإذا استبرأها، فإن لم يَطَأَ الثانية بعد تحريم الأولى، فيطأ الآن أيتها شاء، وإن كان قد وطئها، لم يكن له أن يَطَأَ التي عادت إليه، حَتَّى يحرم الأخرى على نفسه؛ لأن الثانية، والحالة هذه، كالأولى في الحالة الأولى.

فروع: الإثنان في المَوْضِعِ المكروه كالوطء في أن الأخرى تحرم به، وفي اللمس والقبلة والنظرِ بشهوة، مثل الخلاف المذكور في حُرْمَةِ الْمُصَاهَرَةِ، ولو ملك أختين، إحداهما مجوسية أو أخته من الرُّضَاع، فوطئها بشبهة، جاز له وطء الأخرى؛ لأن الأولى محرمة، ولو ملك أمًّا وابتنتها، ووطئ إحداهما حرمت الأخرى على التأييد، فَلَوْ وَطِئَ الأخرى بَعْدَهُ نُظِرَ؛ إن جهل التَّخْرِيمَ، حُرِّمَتِ الأولى أيضاً على التأييد، وإن كان عالماً، فهل عليه الحد لو وطئ الثانية قولان:

إن قلنا: لا حُرْمَتِ الأولى [أيضاً]<sup>(١)</sup> على التأييد، وَإِلَّا، فَلَا.

المسألة الثانية: إذا ملك إحدى الأختين، وطئها، أو لم يَطَأَهَا ثُمَّ نَكَحَ أختها أو عمته أو خالتها صَحَّ النِّكَاحُ، وَحَلَّتِ المَنْكُوحَةُ، وحرمت المملوكة، واحتجَّ له، بأن الاستفْرَاشَ وَالاسْتِيَاحَةَ في باب النِّكَاحِ أقوى؛ ألا ترى أنه يتعلق به الطَّلَاقُ، وَالظُّهَارُ، وَالإِنْيَاءُ وَاللِّعَانُ، والميراثُ، وسائر الأحكام وإذا كان فراش النِّكَاحِ أقوى، لَمْ يَنْدَفِعْ بالأضعف، وكذا لو كانت في نكاحه إحدى الأختين، فملك الأخرى، فالمنكوحَةُ

(١) سقط في ز.

حَلَالٌ، كما كانت، والتي ملكها حَرَامٌ عليه؛ لأن الأقوى يدفع الأضعف، وعن مَالِكٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - في إحدى الروايتين: أن النُّكَّاحَ لا يَصِحُّ، إذا تَقَدَّمَ الملك، وبه قَالَ أَحْمَدُ، وَصَحَّحَ أَبُو حَنِيفَةَ النُّكَّاحَ، لكنه قال: لا تحل المنكوحه حتى تُحرِّم الموطوءة على نفسه، وليُعلم لذلك قوله في الكتاب «صَحَّحَ النُّكَّاحُ» بالحاء والميم والألف.

فرع: إذا ارتدَّت المنكوحه بعد الدخول، لم يجرز نكاح أختها، ولا أربع سواها إلى أن تنقضي العدة كالرَّجْعِيَّةِ .

قال ابنُ الحَدَّادِ: ولو قال لها، وقد ارتدت: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا، فله في الحال نكاح أختها، لحصول البيونة بكل حَالٍ وكذا الحكم، لو ارتدت، وخالعتها في الردة. ولو كانت تحته صغيرة وكبيرة مدخول بها، فارتدَّت الكبيرة وأزضعت أمها في عدتها الصغيرة وقف نكاح الصغيرة، فإن أصرَّت الكبيرة، وانقضت العدة، بقي نكاح الصغيرة بحاله، وإن رجعت إلى الإسلام، بطل نكاح الصغيرة؛ لأنها صارت أختاً للكبيرة، واجتمعت معها في النكاح وفي بطلان نكاح الكبيرة قولان؛ يأتي ذكرهما في نظير المسألة في «باب الرُّضَاع»:

أظهرهما: عند الشَّيْخِ أَبِي عَلِيٍّ: أنه لا يبطل، بل هو كما لو نكح أختاً على أخت، لا يبطل نكاح الأولى، وكذلك الحكم لو كانت المرضعة أختاً للكبيرة، لاجتماعها مع الخالة في النُّكَّاحِ، وعلى الزوج للصغيرة نصف المُسَمَّى، وللكبيرة تمامه، ويرجع الزوج على المرضعة بنصف مهرٍ مثل الصغيرة على أظهر الأقوال، وتماهه على الآخر، وبجميع مهرٍ مثل الكبيرة على أظهر القولين، إذا قلنا ببطلان نكاحها.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَكَذَلِكَ لَا يَجُوزُ الزُّيَادَةُ عَلَى أَرْبَعِ نِسْوَةٍ، وَتَحِلُّ الْخَامِسَةُ بِطَلَاكِ بَاثِنٍ لِوَأَحَدَةٍ مِنَ الْأَرْبَعِ دُونَ الرَّجْعِيِّ، وَالْعَبْدُ لَا يَزِيدُ (م) عَلَى اثْنَتَيْنِ، وَلَوْ نَكَحَ الْحُرُّ خَمْسًا فِي عَقْدَةٍ وَفِيهِنَّ أُخْتَانِ بَطَلٌ فِيهِمَا، وَفِي الْبَوَاقِي قَوْلًا تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ.

قَالَ الرَّاجِعِيُّ: النوع الثاني: الزيادة على أربع نسوة، فلا يجمع الحر في النكاح بين أكثر من أربع نسوة، روي أن غَيْلَانَ أسلم وتحته عشر نسوة، فقال النَّبِيُّ - ﷺ - «أَخْتَرُ أَرْبَعًا وَفَارِقُ سَائِرَهُنَّ»<sup>(١)</sup>، وأن نُوْفَلَ بْنَ مُعَاوِيَةَ أَسْلَمَ وَتَحَتَهُ خَمْسُ نِسْوَةٍ قَالَتْ: «أَمْسِكْ

(١) أخرجه الشافعي [١٦٠٤] عن الثقة عن معمر عن الزهري عن سالم عن أبيه نحوه، ورواه ابن حبان بهذا اللفظ وبألفاظ آخر، ورواه أيضاً الترمذي [١١٢٨] وابن ماجه [١٩٥٣] كلهم من طرق عن معمر، منهم ابن عليه وغندر ويزيد بن زريع وسعيد وعيسى بن يونس، وكلهم من أهل البصرة، قال البزار: جوده معمر بالبصرة، وأفسده باليمن فأرسله، وقال الترمذي: قال البخاري: =

هذا الحديث غير محفوظ، والمحفوظ ما رواه شعيب عن الزهري قال: حدثت عن محمد بن سويد الثقفي أن غيلان أسلم، الحديث. قال البخاري: وإن حديث الزهري عن سالم عن أبيه، فإنما هو أن رجلاً من ثقيف طلق نساءه، فقال له عمر: لترجعن نساءك، أو لأرجمنك، وحكم مسلم في التمييز على معمر بالوهم فيه. وقال ابن أبي حاتم عن أبيه وأبي زرعة: المرسل أصح، وحكى الحاكم عن مسلم أن هذا الحديث مما وهم فيه معمر بالبصرة، قال: فإن رواه عنه ثقة خارج البصرة حكماً له بالصحة، وقد أخذ ابن حبان [١٢٧٧ موارد] والحاكم [١٩٢/٢] والبيهقي [١٨٢/٧] بظاهر هذا الحكم، فأخرجوه من طرق عن معمر من حديث أهل الكوفة وأهل خراسان وأهل البصرة عنه، قال الحافظ: ولا يفيد ذلك شيئاً، فإن هؤلاء كلهم إنما سمعوا منه بالبصرة، وإن كانوا من غير أهلها، وعلى تقدير تسليم أنهم سمعوا منه بغيرها، فحديثه الذي حدث به في غير بلده مضطرب، لأنه كان يحدث في بلده من كتبه على الصحة، وأما إذ رحل فحدث من حفظه بأشياء وهم فيها، اتفق على ذلك أهل العلم به كابن المديني والبخاري وأبي حاتم ويعقوب ابن شيبه وغيرهم، وقد قال الأثرم عن أحمد: هذا الحديث ليس بصحيح، والعمل عليه، وأعلمه بتفرد معمر بوصله وتحديثه به في غير بلده هكذا، وقال ابن عبد البر: طرقها كلها معلولة، وقد أطل الدارقطني في العلل تخريج طرقه، ورواه ابن عيينة ومالك عن الزهري مرسلًا، وكذا رواه عبد الرزاق عن معمر، وقد وافق معمرًا على وصله بحر بن كثير السقا عن الزهري، لكن بحر ضعيف، وكذا وصله يحيى بن سلام عن مالك، ويحيى ضعيف قاله الحافظ.

فائدة: قال النسائي أنا أبو بريد عمرو بن يزيد الجرمي أنا سيف بن عبد الله عن سرار بن معشر، عن أيوب عن نافع وسالم عن ابن عمر: أن غيلان بن سلمة الثقفي أسلم وعنده عشرة نسوة - الحديث - وفيه فأسلم وأسلمن معه، وفيه: فلما كان زمن عمر طلقهن، فقال له عمر: راجعهن، ورجال إسناده ثقات، ومن هذا الوجه أخرج الدارقطني، واستدل به ابن القطان على صحة حديث معمر، قال ابن القطان: وإنما اتجهت تخطئتهم حديث معمر، لأن أصحاب الزهري اختلفوا عليه، فقال مالك وجماعة عنه بلغني فذكره وقال يونس عنه عن عثمان بن محمد بن أبي سويد، وقيل عن يونس عنه بلغني عن عثمان بن أبي سويد، وقال شعيب عنه عن محمد بن أبي سويد، ومنهم من رواه عن الزهري قال: أسلم غيلان فلم يذكر واسطة، قال: فاستبعدوا أن يكون عند الزهري عن سالم عن ابن عمر مرفوعاً، ثم يحدث به على تلك الوجوه الواهية، وهذا عندي غير مستبعد، والله أعلم قلت: ومما يقوي نظر ابن القطان أن الإمام أحمد أخرج في مسنده عن ابن عليّ ومحمد بن جعفر جميعاً عن معمر بالحديثين معاً، حديثه المرفوع، وحديثه الموقوف على عمر، ولفظه: أن ابن سلمة الثقفي أسلم وتحتة عشر نسوة، فقال له النبي ﷺ: اختر منهن أربعاً، فلما كان في عهد عمر طلق نساءه، وقسم ماله بين بنيه، فبلغ ذلك عمر فقال: إني لأظن الشيطان مما يسترق من السمع سمع بموتك، فقذفه في نفسك، وأعلمك أنك لا تمكث إلا قليلاً، وأيم الله لتراجعهن نساءك، ولترجعن مالك، أو لأورثهن منك، ولأمرن بقبرك فيرجم كما رجم قبر أبي رغال، قلت: والموقوف على عمر هو الذي حكم البخاري بصحته، عن الزهري عن سالم عن أبيه، بخلاف أول القصة، والله أعلم وفي الباب عن قيس بن الحارث أو الحارث بن قيس عند أبي داود وابن ماجه، وعن عروة بن مسعود وصفوان بن أمية، ذكرهما البيهقي قاله الحافظ.

أزْبَعاً وَفَارِقِ الْأُخْرَى»<sup>(١)</sup>.

ولو جمع بين خَمْسٍ، فصاعداً، نُظِرَ؛ إِنْ نَكَحَهُنَّ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ، بَطَلَ نِكَاحُ الْكُلِّ، وَإِنْ نَكَحَهُنَّ عَلَى التَّرْتِيبِ، بَطَلَ نِكَاحُ الزَّائِدَاتِ عَلَى الْأَرْبَعِ الْأُولَيَّاتِ، وَلَوْ نَكَحَ خَمْساً فِي عَقْدٍ، وَفِيهِنَّ أُخْتَانِ، بَطَلَ فِيهِمَا، وَفِي الْبَوَاقِي قَوْلًا تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ، وَقَدْ مَرَّ شَرْحُهُمَا فِي «الْبَيْعِ»، وَالْأَظْهَرُ الصَّحَّةُ؛ لِأَنَّ الْأَظْهَرَ فِي الْبَيْعِ الصَّحَّةُ فِيمَا يَحِلُّ، وَالنِّكَاحُ أَوْلَى بِالصَّحَّةِ لِمَا سَبَقَ هُنَاكَ.

ولو نَكَحَ سَبْعاً فِيهِنَّ أُخْتَانِ، بَطَلَ نِكَاحُ الْكُلِّ، وَكَذَا لَوْ نَكَحَ أَزْبَعاً أُخْتَيْنِ وَأَخْتَيْنِ، وَإِذَا كَانَ فِي النِّكَاحِ أَزْبَعٌ، فَأَبَانَهُنَّ، فَلَهُ أَنْ يَنْكَحَ أَرْبَعاً بَدَلَهُنَّ، وَإِنْ كُنَّ فِي الْعِدَّةِ، وَلَوْ أَبَانَ وَاحِدَةً، فَلَهُ نِكَاحُ أُخْرَى، وَإِنْ كَانَتْ الْمُبَانَةُ فِي عِدَّتِهِ، وَكَذَا لَوْ وَطِئَ امْرَأَةً بِالشَّبِيهَةِ، لَهُ أَنْ يَنْكَحَ فِي عِدَّتِهَا أَزْبَعاً، وَخَالَفَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَحْمَدُ فِيهِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي نِكَاحِ الْأَخْتِ فِي عِدَّةِ الْأَخْتِ، وَلَا خِلَافَ فِي الْمَنْعِ إِذَا كَانَتْ الْمُفَارَقَةُ رَجْعِيَّةً.

وَالْعَبْدُ يَنْكَحُ اثْنَيْنِ، وَلَا يَزِيدُ، وَعَنْ مَالِكٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّهُ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَنْكَحَ أَزْبَعاً.

لَنَا: مَا رَوَى عَنِ الْحَكَمِ بْنِ عُيَيْنَةَ، قَالَ: أَجْمَعَ أَصْحَابُ رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَلَّا يَنْكَحَ الْعَبْدُ أَكْثَرَ مِنْ اثْنَيْنِ<sup>(٢)</sup>.

فَرُغَ: لِابْنِ الْحَدَّادِ إِذَا نَكَحَ سِتَّ نِسْوَةَ ثَلَاثًا فِي عَقْدٍ، وَاثْنَتَيْنِ فِي عَقْدٍ، وَوَاحِدَةً فِي عَقْدٍ، وَلَمْ يُدْرَ أَنَّ الْمُتَقَدِّمَ مِنَ الْعُقُودِ مَاذَا، فَنِكَاحُ الْوَاحِدَةِ صَحِيحٌ لَا مَحَالَةَ، أَمَا إِذَا سَبَقَ نِكَاحُهَا، فَظَاهِرٌ وَأَمَا إِذَا سَبَقَ إِحْدَى الْعَقْدَيْنِ نِكَاحُهَا، فَإِنَّهَا تَكُونُ ثَالِثَةً أَوْ رَابِعَةً، فَيَصِحُّ نِكَاحُهَا، وَأَمَا إِذَا سَبَقَ الْعَقْدَانِ مَعاً نِكَاحَهُمَا، فَإِنَّ الْعَقْدَةَ الثَّانِيَةَ تَبْطُلُ لَزِيَادَةِ الْمَجْمُوعِ عَلَى الْأَرْبَعِ؛ وَحِينَئِذٍ يَصِحُّ نِكَاحُ الْوَاحِدَةِ بَعْدَهُمَا؛ لِأَنَّهَا إِمَّا ثَالِثَةٌ أَوْ رَابِعَةٌ، وَأَمَا الْبَوَاقِي، فَقَدْ قَالَ ابْنُ الْحَدَّادِ: لَا يَثْبُتُ نِكَاحُهُنَّ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْ عَقْدَتِي الْاِثْنَتَيْنِ وَالثَّلَاثِ يَحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ بَعْدَ الْعَقْدَةِ الْأُخْرَى، فَيَبْطُلُ، وَإِذَا وَقَعَ الشُّكُّ، فَالْأَصْلُ الْعَدَمُ، وَأَطْنَبَ الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ فِي «الشَّرْحِ» فَقَالَ: أَوْلَى: مَا ذَكَرَهُ ابْنُ الْحَدَّادِ

(١) أَخْرَجَهُ الشَّافِعِيُّ [١٦٠٦] رَوَاهُ الْبَيْهَقِيُّ [١٨٤/٧] أَنَا بَعْضُ أَصْحَابِنَا عَنْ أَبِي الزِّنَادِ عَنْ عَبْدِ الْمَجِيدِ ابْنِ سَهِيلٍ عَنْ عَوْفِ بْنِ الْحَارِثِ، عَنْ نُوْفَلِ بْنِ مَعَاوِيَةَ قَالَ: أَسْلَمْتُ فَذَكَرَهُ، وَفِي آخِرِهِ قَالَ: فَعَمِدْتُ إِلَى أَقْدَمِهِنَّ صَحْبَةً، عَجُوزٌ عَاقِلٌ مَعِيَ مِنْذُ سِتِّينَ سَنَةً، فَطَلَقْتُهَا.

(٢) أَخْرَجَهُ ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ وَالْبَيْهَقِيُّ مِنْ طَرِيقِهِ، وَرَوَى الشَّافِعِيُّ عَنْ عَمْرِو بْنِ قَالٍ: يَنْكَحُ الْعَبْدُ امْرَأَتَيْنِ وَرَوَاهُ عَنْ عَلِيِّ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ، قَالَ الشَّافِعِيُّ: وَلَا يَعْرِفُ لَهُمْ مِنَ الصَّحَابَةِ مُخَالَفٌ وَأَخْرَجَهُ ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ عَنْ عَطَاءِ وَالشَّعْبِيِّ وَالْحَسَنِ وَغَيْرِهِمْ.

غَلَطَ عندَ عَامَّةِ الْأَصْحَابِ، بل يصح مع نكاح الواحدة نكاح الاثنين أو الثلاث؛ لأنه إن سَبَقَ نِكَاحُ الاثنتين على الثلاث، يصحُّ سواءً كان قبل الواحدة أو بعدها، وإن سَبَقَ نِكَاحُ الثَّلَاثِ على الاثنين، فكذلك، لكن لا يعرف أَنَّ الصَّحِيحَ هذا أم ذلك فيوقف الأمر، ويسأل الزوج، فَإِنْ ادَّعَى سبق نكاح الاثنين وصدقناه، يثبت نكاحهما مع الواحدة، وَإِنْ ادَّعَى سبق نكاح الثلاث، وصدقناه، فكذلك، وَإِنْ قَالَ الزَّوْجُ: لا أَذْرِي أو لم يبيِّن، فلهن طلب الفسخ، وَإِنْ رضينَ بالضرر يفسخ، وعلى الزوج نفقة جميعهن في مدة التوقُّف، فَإِنْ مَاتَ قبل البيان، اعتدت من لم يدخل بها عدَّة الوفاة، ومن دخل بها أقصَى الأجلين من عدَّة الوفاة أو الأقراء، ويدفع إلى المفردة رُبْعَ ميراث النُّسوة من الربع أو الثمن، لأنَّ غاية الممكن صحة نكاح الثلاث معها، ثم يجوز أن يكون الصحيح مع نكاحها نكاح [فلا يستحق إلا الربع الذي أخذت ويحتمل أن يكون لصحيح نكاح الثلاث]<sup>(١)</sup> ويحتمل صحة نكاح الاثنين فيستحق الثلث من نصيب النُّسوة، فيتوقف ما بين الثلث إلى الربع، وهو نصف السدس من الواحدة، والثلث لا حق للاثنتين فيه، ويوقف الثلثان من نصيب النُّسوة بين الاثنين، والثلاث لا حق للواحدة فيه، فبان الصلح قبل البيان، فالصلح في نصف السدس بين الواحدة، والثلاث لا حاجة إلى رضا الاثنين، وفي الثلثين بين الاثنين والثلاث لا حاجة إلى رضا الواحدة فيه.

وأما المهر، فللواحدة المفردة المسمَّى، والبواقي، إن دخل بهن جميعاً قابلنا المسمَّى لأحد الفرقتين ومهر المثل للأخرى بالمسمى للفرقة الأخرى، ومهر المثل للأولى، وأخذنا أكثر القدرين من التركة، وَدَفَعْنَا إِلَى كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ الْأَقْلَ مِنَ الْمُسْمَى وَمَهْرُ الْمِثْلِ، ووقفنا الباقي.

مثاله سمي لكلِّ وَاحِدَةٍ مِائَةٌ، ومهر مثل كلِّ واحدة خمسون، فالمسمى للثلاث، وَمَهْرُ الْمِثْلِ للاثنتين أربعمائة، وهي أكثر من المسمى للاثنتين ومهر مثل الثلاث، فتأخذ أَرْبَعِمِائَةٍ، وَتَدْفَعُ إِلَى كُلِّ وَاحِدَةٍ خَمْسِينَ مِنْهَا، ونوقف الباقي وهو مائة وخمسون منها مائة بين الخمس، وخمسين بين الثلاث والورثة، فَإِنْ بَانَ صِحَّةُ نِكَاحِ الاثنتين، فالمائة لهما والخمسون للورثة، وَإِنْ بَانَ صِحَّةُ نِكَاحِ الثلاث، فلهن المائة والخمسون، وإن لم يَدْخُلْ بواحدة منهن، فنأخذ من التركة أكثر المسمَّيين، ولا يدفع في الحال شيئاً إلى وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ، والأكثر في المثال المذكور ما سُمِّي للثلاث، فنأخذ، ونقف منه مائتين بين الثلاث والاثنتين، ومائة بين الثلاث وللورثة، وَإِنْ دَخَلَ بِإِحْدَى الْفِرْقَتَيْنِ، أخذنا الْأَكْثَرَ من مسمَّى المدخول بهن وخذه، ومن مهر مثلهن مع مسمَّى اللواتي لم يدخل

(١) سقط في ز.

بهن، ويدفع إلى اللواتي دَخَلَ بِهِنَّ الْأَقْلُ من المسمى وَمَهَرَ المثل، ففي المثل المذكور، وإن دخل بالاثنتين، فمهر مثلهن مع مسمى الثلاث أربعمائة، وذلك أكثر من مسمى الاثنتين، فنأخذ أربعمائة، ويدفع منها إلى كُلِّ واحدةٍ من الاثنتين خمسين، ويقف مائة بينهما وبين الثلاث، ومائتين بين الثلاث وبين الورثة، وَإِنْ بَانَ صَحَّةُ نِكَاحِ الْاِثْنَيْنِ، دفعنا إليهما المائة، والباقي للورثة، وَإِنْ بَانَ صَحَّةُ نِكَاحِ الثَّلَاثِ، دفعناها مع المائتين إليهن، وَإِنْ دَخَلَ بِالثَّلَاثِ، فمهر مثلهن مع المسمى للاثنتين ثلثمائة وخمسون، وذلك أكثر من المسمى للثلاث، فيأخذ ثلثمائة وخمسين، فيدفع إلى كُلِّ واحدةٍ من الثَّلَاثِ خمسين، ويقف الباقي، وهو مائتان، منها مائة وخمسون بين الاثنتين والثلاث، والباقي بين الاثنتين والورثة، إِنْ بَانَ صَحَّةُ نِكَاحِ الثَّلَاثِ، دَفَعْنَا إِلَيْهِنَّ مِائَةً وَخَمْسِينَ، والباقي للورثة، وَإِنْ بَانَ صَحَّةُ نِكَاحِ الْاِثْنَيْنِ، دَفَعْنَا إِلَيْهِنَّ الْمِائَتَيْنِ.

قَالَ الشَّيْخُ: فَإِنْ كَانَتْ الْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا، وَنَكَحَ أَرْبَعًا آخَرَ فِي عَقْدٍ رَابِعٍ وَلَمْ يَعْرِفِ التَّرْتِيبَ، فَلَا يَحْكُمُ بِثُبُوتِ نِكَاحِ الْوَاحِدَةِ، لِحُجُوزِ وَتَوْعُودِهِ بَعْدَ الْأَرْبَعِ، وَإِنْ مَاتَ قَبْلَ الْبَيَانِ، وَقَفْنَا الرَّبْعَ وَالشَّمْنَ، وَلَمْ نَدْفَعْ شَيْئًا مِنْهُ إِلَى وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ، وَأَمَّا الْمَهْرُ، فَإِنْ دَخَلَ بِهِنَّ جَمِيعًا، أَخَذْنَا لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ الْأَكْثَرَ مِنْ مُسَمَّاهَا وَمَهَرَ مِثْلَهَا، وَدَفَعْنَا إِلَيْهَا الْأَقْلَ مِنْهُمَا، وَوَقَفْنَا الْبَاقِيَ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ الْوَرِثَةِ، فَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِوَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ، فَيَحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ الصَّحِيحُ نِكَاحَ الْأَرْبَعِ، وَيَحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ الصَّحِيحُ نِكَاحَ الْوَاحِدَةِ مَعَ الثَّلَاثِ، أَوْ مَعَ الْاِثْنَيْنِ، [فَيُنْظَرُ إِلَى مَهْرِ الْأَرْبَعِ وَحده وَإِلَى مَهْرِ الْوَاحِدَةِ مَعَ الثَّلَاثِ، ثُمَّ مَعَ الْاِثْنَيْنِ] (١) فَيُؤْخَذُ أَكْثَرُ الْمَقَادِيرِ الثَّلَاثَةِ، وَيُوقَفُ، وَإِنْ دَخَلَ بَعْضُهُنَّ دُونَ بَعْضٍ، فَيُؤْخَذُ لِمَنْ دَخَلَ بِهَا أَكْثَرَ مَهْرِيهَا، وَيُدْفَعُ إِلَيْهَا أَقْلُهُمَا، وَيُوقَفُ الْبَاقِيَ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ الْوَرِثَةِ، وَلِمَنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا مَهْرَهَا الْمُسَمَّى، وَيُوقَفُ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ الْوَرِثَةِ، هَذَا مُخْتَصَرٌ كَلَامِ الشَّيْخِ - رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى - .

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَالْمُطَلَّقةُ ثَلَاثًا لَا تَحِلُّ حَتَّى يَطَّأَهَا زَوْجٌ آخَرُ فِي نِكَاحٍ صَّحِيحٍ، وَلَا يَكْفِي وَطْءُ الشُّبْهَةِ، وَيَكْفِي إِبْلَاجُ الْحَشْفَةِ أَوْ مِقْدَارُهَا مِنْ مَقْطُوعِ الْحَشْفَةِ، وَيَكْفِي وَطْءُ الصَّبِيِّ وَالْعَيْنِ، وَلَا يَشْتَرِطُ اتِّشَارُ الْأَلَةِ، وَلَوْ زَوَّجَهَا الزَّوْجُ مِنْ عِنْدِهِ الصَّغِيرِ فَاسْتَدَخَلَتْ أَلْتَهُ ثُمَّ بَاعَ مِنْهَا لِيَنْفَسِحَ النِّكَاحُ جَازًا فِي قَوْلِ جَوَازٍ إِجْبَارِ الْعَبْدِ عَلَى النِّكَاحِ وَحَصَلَ بِهِ دَفْعُ الْغَيْرَةِ، وَلَوْ نَكَحَتْ بِشَرْطِ الطَّلَاقِ فَسَدَ الْعَقْدُ فِي وَجْهِهِ وَلَمْ يَخْضَلِ التَّخْلِيلُ (و)، وَهَلْ يَفْسُدُ النِّكَاحُ بِشَرْطِ عَدَمِ الْوَطْءِ؟ فِيهِ خِلَافٌ، وَيَفْسُدُ إِذَا تَزَوَّجَ بِشَرْطِ الْأَيْجَلِ، وَلَيْسَ

(١) سقط في ز.



## الشَّرْطُ السَّابِقُ عَلَى الْعَقْدِ كَالْمَقَارِنِ فِي الْإِفْسَادِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: النُّوعُ الثَّلَاثُ: اسْتِيفَاءُ عَدَدِ الطَّلَاقِ، فَإِذَا طَلَّقَ الْحُرُّ زَوْجَتَهُ ثَلَاثًا فِي نِكَاحٍ وَاحِدٍ، أَوْ أَكْثَرَ دَفْعَةً وَاحِدَةً، أَوْ أَكْثَرَ قَبْلَ الدَّخُولِ، أَوْ بَعْدَهُ لَمْ يَحِلَّ لَهُ نِكَاحُهَا، حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ، وَيَدْخُلَ بِهَا، وَيَفَارِقَهَا وَتَنْقُضِي عِدَّتَهَا<sup>(١)</sup> مِنْهُ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى جَدُّهُ: «فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ» [البقرة: ٢٣٠] وَالْمُرَادُ الطَّلَاقُ الثَّلَاثَةُ.

وَقَالَتْ عَائِشَةُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - «جَاءَتْ أَمْرَأَةً رِفَاعَةَ الْقُرْظِيَّ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَقَالَتْ إِنِّي كُنْتُ عِنْدَ رِفَاعَةَ الْقُرْظِيَّ، فَطَلَّقَنِي، فَبِتُّ طَلَاقِي، فَتَزَوَّجْتُ بَعْدَهُ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنِ الزُّبَيْرِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - وَإِنَّمَا مَعَهُ مِثْلُ هَذِبَةِ الثُّوبِ، فَتَبَسَّمَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَقَالَ: «تُرِيدِينَ أَنْ تَرْجِعِي إِلَيَّ رِفَاعَةَ، لَا، حَتَّى تَذُوقِي عُسَيْلَتَهُ وَيَذُوقَ عُسَيْلَتِكَ»<sup>(٢)</sup>.

وَالْعَبْدُ، إِذَا طَلَّقَ زَوْجَتَهُ طَلِقتين، كَالْحُرِّ، إِذَا طَلَّقَ ثَلَاثًا؛ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى مَا يَمْلِكُهُ مِنَ الطَّلَاقِ، وَلَوْ عَرَضَتْ الْحَرِيَّةُ بَعْدَ ذَلِكَ، لَمْ تَوْثُرْ، هَذِهِ قَاعِدَةٌ.

الفصل: وَفِيهِ مَسَائِلُ مَذْكُورَةٌ فِي الْكِتَابِ وَغَيْرُ مَذْكُورَةٌ.

المسألة الأولى: يَشْتَرُطُ أَنْ تَكُونَ الْإِصَابَةُ فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ، فَالْوَطْءُ بِمَلِكِ الْيَمِينِ لَا يَحِلُّ، وَفِي الْوَطْءِ بِالنِّكَاحِ الْفَاسِدِ قَوْلَانِ.

أَصْحُهُمَا: وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَمَالِكٌ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ: أَنَّهُ لَا يَحِلُّ أَيْضًا؛ لِأَنَّ إِطْلَاقَ اسْمِ النِّكَاحِ يَنْصَرَفُ إِلَى الصَّحِيحِ.

وَالثَّانِي: وَيُخَكِّى عَنِ الْقَدِيمِ: أَنَّهُ يَحِلُّ؛ لِأَنَّهُ حُكْمٌ مِنْ أَحْكَامِ الْوَطْءِ يَتَعَلَّقُ بِالْوَطْءِ فِي النِّكَاحِ الصَّحِيحِ، فَيَتَعَلَّقُ الْوَطْءُ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ؛ كَالْمَهْرِ وَالْعِدَّةِ، وَقَرَّبَ

(١) قَالَ الشَّيْخُ الْبَلْقِينِيُّ: الَّذِي إِذَا نَكَحَ امْرَأَةً ثُمَّ طَلَّقَهَا طَلِقةً وَاحِدَةً ثُمَّ نَقَضَ وَاسْتَرْقَ فَأَرَادَ أَنْ يَنْكَحَهَا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ مَلِكٌ تَطْلِيقُهَا طَلِقةً وَاحِدَةً وَلَوْ كَانَ طَلَّقَهَا طَلِقتين ثُمَّ التَّحَقَّ بِدَارِ الْحَرْبِ وَاسْتَرْقَ وَأَرَادَ أَنْ يَنْكَحَهَا. قَالَ ابْنُ الْحَدَّادِ: لَهُ ذَلِكَ وَيَمْلِكُ عَلَيْهَا طَلِقةً وَاحِدَةً، وَمِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ مَنَعَهُ مِنْ ذَلِكَ.

قَالَ الْإِمَامُ فِي النِّهَايَةِ بَعْدَ أَنْ حَكَى ذَلِكَ كُلَّهُ فِي فَرْعٍ مِنَ الْفُرُوعِ الَّتِي فِي أَوَاخِرِ الطَّلَاقِ وَالصَّحِيحِ الْأَوَّلِ. قَالَ: وَمَا يَلِيقُ بِهِذِهِ الْمَسْأَلَةُ أَنَّ الْعَبْدَ إِذَا طَلَّقَ امْرَأَتَهُ طَلِقةً وَاحِدَةً ثُمَّ عَتَقَ فَيَمْلِكُ عَلَيْهَا طَلِقتين فِي الْحَرِيَّةِ، وَلَوْ طَلَّقَ طَلِقتين ثُمَّ عَتَقَ فَالَّذِي ذَكَرَهُ الْأَصْحَابُ جَمِيعُهُمْ أَنَّهُ لَا يَحِلُّ لَهُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ. قَالَ الشَّيْخُ: رَأَيْتُ لِبَعْضِ أَصْحَابِنَا وَجْهًا غَرِيبًا أَنَّ لَهُ ذَلِكَ. انْتَهَى كَلَامُ الْإِمَامِ.

(٢) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ [٢٦٣٩ - ٥٢٦٠ - ٥٢٦١ - ٥٢٦٥ - ٥٣١٧ - ٥٧٩٢ - ٥٨٢٥ - ٦٠٨٤]، مُسْلِمٌ (١٤٣٣) وَفِي رِوَايَةٍ لِلْبُخَارِيِّ قَالَتْ عَائِشَةُ: فَصَارَ ذَلِكَ سَنَةً بَعْدَهُ، وَأَلْحَمَدُ مِنْ حَدِيثِ عَائِشَةَ مَرْفُوعًا: الْعُسَيْلَةُ هِيَ الْجَمَاعُ: وَبِهَذَا قَالَ أَكْثَرُ أَهْلِ الْعِلْمِ، وَعَنِ الْحَسَنِ الْبَصْرِيِّ هِيَ الْإِنْزَالُ.

هذا الخلاف من الخلاف في أَنَّ السَّيِّدَ إِذَا أُذِنَ لِعَبْدِهِ فِي النِّكَاحِ، فَنَكَحَ نِكَاحاً فَاسِداً، ووطىء فيه، هل يتعلق المهر بكسبه؟.

وحكى أبو الفرج الزاز طريقة قاطعة بالقول الأول، والوطء بالشبهة من غير نكاح بأن ظنّها ظان أنها زوجته، فوطئها لا تحلل؛ لأن الله تعالى قال: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠] ولم يوجد نكاح صحيح [ولا فاسد، وطرده لشيخ أبو حاتم القزويني وآخرون القول فيه]<sup>(١)</sup> وربما بني ذلك على أنا، إذا أثبتنا الحل بالوطء في النكاح الفاسد، لم نثبتته، وفيه معنيان:

أحدهما: شمول اسم النكاح.

والثاني: مشاركة الوطاء في النكاح الفاسد للوطء في النكاح الصحيح في الأحكام، فعلى الأول الوطاء بالشبهة لا يحلل، وعلى الثاني يحلل.

المسألة الثانية: المعتبر في التخليل بتغيير الحشفة وبه تناط أحكام الوطاء كلها وقال في «المهذب» إن كانت بكراً، فأقل الإصابة الافتضاض بآلته، ومقدار الحشفة من مقطوع الحشفة بمثابة الحشفة.

قال الإمام: وعلى هذا، فالمعتبر الحشفة التي كانت لهذا العضو المخصوص، وحكى عن رواية العراقيين وجهاً أن جميع الباقي من مقطوع الحشفة بمثابة الحشفة<sup>(٢)</sup> فلا بد من الإيقال، وإذا كان الباقي أقل من قدر الحشفة، لم يحصل به التحليل، كالسليم إذا غيب بعض الحشفة، ولا فرق بين أن يكون الزوج قوي الانتشار، أو ضعيفه، فاستعان بإصبعه أو بإصبعها، أما إذا لم يكن له انتشار أصلاً، إما لعنة أو لسلل في الذكر، فعن الشيخ أبي محمد وغيره؛ الاكتفاء به، لحصول صورة الوطاء وأحكامه، وهذا ما أورده في الكتاب، والمشهور في كتب الأصحاب المنع، لعدم ذوق العسيلة، واستدخال الذكر يفيد الحل سواء كان الرجل نائماً أو متبهاً، واستدخال الماء لا يفيد الحل<sup>(٣)</sup>.

المسألة الثالثة: لا فرق بين أن يكون الزوج الثاني عاقلاً أو مجنوناً حراً أو عبداً خصياً، أو فخلاً مسلماً أو ذمياً، إذا كانت المطلقة ذمية سواء كان المطلق مسلماً أو ذمياً والمعتبر أن يكون وطء الذمي في وقت، لو ترافعوا إلينا لقرّرناهم على ذلك النكاح<sup>(٤)</sup>، والمراهق والصبي الذي يتأتى منه الجماع، كالبالغ خلافاً لمالك - رضي الله عنه - وفي

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) قال النووي: ولو لف على ذكره خرقه وأولج، حلل على الصحيح.

(٤) قال النووي: لا يشترط في تحليل الذمية للمسلم وطء ذمي، بل المجوسي والوثني يحللانها أيضاً للمسلم، كما يحصنانها، صرح به إبراهيم المرودي.

«التسمة» أن للشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - قولاً مثله، وأما الطفل الذي لا يتأتى منه الجماع، ففي الاكتفاء بتغيبه وجهان:

المذكور في الكتاب الاكتفاء، يحكى عن اختيار<sup>(١)</sup> القُقَالِ؛ والأصح المنع، وهما كالوجهين في اشتراط الانتشار، أو هما هما.

وحكى الإمام عن اتفاق الأئمة على الاكتفاء بوطء الصبي، كما إن وطىء الصبية المطلقة في الصغر يكتفي<sup>(٢)</sup> به، ولكن الشَّيْخُ أَبُو الْفَرَجِ حَكَى الوجهين في الصَّبِيَّةِ الَّتِي لَا تُشْتَهَى أَيْضاً.

ويتعلَّق بهذا الأصل ما قال الأئمة: إِنَّ أَسْلَمَ طَرِيقِ فِي الْبَابِ وَأَذْفَعَهُ لِلْعَارِ وَالْغِيْرَةِ أَنْ تَزُوْجَ مِنْ عَبْدٍ مَرَاهِقٍ، أَوْ طِفْلِ لِلزَّوْجِ، أَوْ غِيْرِهِ، وَتَسْتَدْخُلُ حَشْفَتَهُ، ثُمَّ تَمْلِكُهُ بِيَعٍ أَوْ هَبَةٍ، فَيَنْفَسُخُ النُّكَاْحُ، وَيَحْصُلُ التَّحْلِيلُ، إِذَا اكْتَفَيْنَا بِوَطْءِ الصَّغِيْرِ، وَيَتَعَلَّقُ بِأَصْلِ آخَرَ، وَهُوَ إِجْبَارُ الْعَبْدِ عَلَى النِّكَاحِ، فَإِنْ لَمْ نَجُوزْ لِلْسَيِّدِ أَنْ يَزُوْجَ مِنَ الْعَبْدِ الصَّغِيْرِ، امْتَنَعَ ذَلِكَ وَإِنَّمَا كَانَ أَسْلَمَ الطَّرِيقُ؛ لِأَنَّهُ لَا يُوَثِّقُ بَطْلَاقِ الزَّوْجِ؛ وَلِأَنَّ الْبَالِغَ قَدْ يُحْبِلُهَا، فَيَطْوِلُ الْإِنْتِظَارَ، وَأَمَّا أَنَّهُ أَدْفَعُ لِلْعَارِ وَالْغِيْرَةِ، فَظَاهِرٌ.

**المسألة الرابعة:** وطء الزوج الثاني في إحرامه أو إحرامها أو حيضها أو في نهار رمضان، أو على ظن أنه يظأ أجنبية يفيد الحل؛ لأنه أصابه زوج في نكاح صحيح، وكذا لو وطئها بعد ما حرمت عليه بالظهار والعود، وكذا لو وطئها، وهي في العدة عن وطء شبهة، وقع بعد نكاحه إياها في أصح الوجهين، ووطئه بعد ارتدادها أو ارتداده.

نَصَّ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - عَلَى أَنَّهُ لَا يَفِيدُ الْحِلَّ، وَإِنْ فُرِضَ الرَّجُوعُ إِلَى الْإِسْلَامِ؛ لِاضْطِرَابِ النُّكَاْحِ بِخِلَافِ سَائِرِ أَسْبَابِ التَّحْرِيمِ، فَإِنَّهَا لَا تَوْجِبُ اخْتِلَالَ النِّكَاحِ، وَاعْتَرَضَ الْمُزْنِيُّ بِأَنَّهُ، إِنْ دَخَلَ بِهَا قَبْلَ الرَّدَةِ، فَقَدْ حَصَلَ الْحِلُّ، وَإِلَّا، فَتَبْيِينُ بِنَفْسِ الرَّدَةِ، فَلَا مَعْنَى لِلرَّجُوعِ، وَأَجَابَ الْأَصْحَابُ بِتَصْوِيرِ الْعِدَّةِ مِنْ غَيْرِ فَرْضِ الدِّخُولِ، إِمَّا بِالْخُلُوةِ عَلَى الْقَدِيمِ، أَوْ بِأَنْ يَطْأَ فِيمَا دُونَ الْفَرْجِ، فَيَسْبِقُ الْمَاءُ إِلَى الْفَرْجِ؛ بِأَنْ تَسْتَدْخُلُ مَاءَهُ أَوْ بِأَنْ يَأْتِيَهَا فِي غَيْرِ الْمَأْتِي، فَتَجِبُ الْعِدَّةُ بِهَذِهِ الْأَسْبَابِ، وَلَا

(١) قال النووي: هذا الوجه كالغلط المتبادل لقواعد الباب. ونقل الإمام اتفاق الأصحاب أنه لا يحلل.

(٢) قال الشيخ البلقيني: صورته أن يكون مطلق الثلاث لم يدخل بها وإلا فمتى دخل بها يمتنع تزويجها في حال الصغر إلا إذا كانت مجنونة أو أمة.

وقال: الصغيرة التي لا يجامع مثلها نص الشافعي في الأم ظاهر في أنه لا يحصل التحليل بإصابتها. ولفظه وكل زوجة حرة ومملوكة وذمية بالغ أو غير بالغ إذا كان يجامع مثلها.

يُحَصَّلُ (١) الْجُلُّ.

**المسألة الخامسة:** إذا نكحها الزوج الثاني بشرط أنه إذا وطئها بآنت منه، أو نكحها إلى أن يطأها أو على ألا نكاح بينهما إذا وطئها، فهذا النكاح باطل؛ لأنه ضرب من نكاح المتعة، وقد روي أنه عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: «لَعَنَ اللَّهُ الْمُحَلَّلَ وَالْمُحَلَّلَ لَهُ».

فإن نكحها على شرط أنه، إذا وطئها، طلقها، ففيه قولان فيما روى الجمهور، وقال صَاحِبُ «الكتاب» وَجْهَانِ:

**أصحهما:** أنه باطل؛ لأنه شرط يمنع صحة دوام النكاح، فأشبهه التآقيت.

**والثاني:** يصح العقد، وبه قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَيَفْسُدُ الشَّرْطُ، كما لو نكحها بِشَرْطِ أَلَّا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا، أو لا يسافر بها، وعلى هذا يسقط الْمُسَمَّى، ويجب مَهْرُ الْمَثَلِ، وإن لم يجر شرط، ولكن كان في عزمه أن يطلقها، إذا وطئها كره، وصح العقد خِلَافًا لِمَالِكٍ وَأَحْمَدَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - ولو نكحها على ألا يطأها إلا مرة، أو على أن لا يطأها نهاراً، فالحكاية عن نَصِّ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - في مواضع: أنه يصح النكاح، ويلغو الشرط، وفي موضع آخر: أنه لا يصح النكاح، وللأصحاب طريقتان، نقلهما الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ فِي «السُّلْسَلَةِ».

**أحدهما:** أَنَّ الْمَسْأَلَةَ عَلَى قَوْلَيْنِ، وَجْهُ الْأَوَّلِ الْقِيَاسُ عَلَى مَا إِذَا شَرَطَ أَلَّا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا، وَلَا يَسَافِرُ بِهَا، وَجْهُ الثَّانِي إِخْلَالُ هَذَا الشَّرْطِ بِمَقْصُودِ الْعَقْدِ.

**وأصحهما:** وبه قال الرُّبَيْعُ أَنَّهُمَا مَحْمُولَانِ عَلَى حَالَتَيْنِ، فَحَيْثُ قَالَ: يَنْطَلُ النكاح، أراد ما إذا شَرَطْتَ الزَّوْجَةَ أَلَّا يَطْأَهَا، وَحَيْثُ قَالَ: يَصِحُّ، أراد ما إذا شَرَطَ الزَّوْجَ أَلَّا يَطْأَهَا، وَالْفَرْقُ أَنَّ الْوَطْءَ حَقٌّ لَهُ، فَلَهُ تَرْكُهُ، وَالتَّمْكِينُ حَقٌّ عَلَيْهَا، فَلَيْسَ لَهَا تَرْكُهُ.

ولك أن تقول: إذا شرط أحد المتعاقدين شرطاً، فإن لم يساعده صاحبه، لم يتم العقد، وإن ساعده، فالزوج بالمساعدة تارك لحقه، فهلا كَانَتْ مُسَاعَدَتُهُ كَاشِرَاتِهِ، وَهِيَ بِالْمُسَاعَدَةِ مَانِعَةٌ حَقَّةٌ فَهَلَّا كَانَتْ مُسَاعَدَتُهَا كَاشِرَاتُهَا لِحَقِّهَا، وَلَوْ تَزَوَّجَ امْرَأَةٌ عَلَى أَلَّا تَحِلَّ لَهُ، فِي «النهاية» أنه يجب أن يلتحق ذلك بالخلاف في شرط الامتناع عن

(١) قال النووي: هذا الذي ذكره عن النص أنها لا تحل بالوطء في الردة، هو الصواب، وبه قطع جماهير الأصحاب. وقال صاحب «التلخيص»: إن اجتمعا في الإسلام قبل انقضاء العدة، حلت للأول، وتابعه عليه القفال، وليس بشيء. ولو طلقها رجعيًا، باستدخال الماء قبل الدخول، ثم وطئها في العدة لم تحل للأول وإن راجعها في العدة، نص عليه الشافعي والأصحاب، وقال إبراهيم المرودي: إذا قلنا: تحل بوطء الشبهة، فهنا أولى، وإلا، فلا تحل.

الوطء، وقال في «الْوَسِيْطِ» ينبغي أن يفسد؛ لما فيه من التناقض<sup>(١)</sup>، وجميع ما ذكرناه فيما إذا جرث هذه الشروط في نفس العقد، فأما إذا تواطأ على شيء منها قبل العقد، وعقدا على ذلك القصد، فهل هو كالمقرون بالعقد؟.

فيه وجهان؛ أخذاً من مسألة مَهْرِ السَّرِّ والعلانية، والأصحُّ المنع، وَعَنْ مَالِكٍ - رضي الله عنه - أنه كالمشروط في العَقْد.

**المسألة السادسة:** إذا قَالَتِ المَطْلُوقَةُ ثلاثاً: نَكَحْتُ زوجاً آخر، ووطئني وفارقني، وانقضت عِدَّتِي منه، فيقبل قولها عند الاحتمال، وإن أنكر الزوج الثاني<sup>(٢)</sup>، وصدَّق في أنه لا يلزمه إلا نصف المهر، وذلك؛ لأنها مؤتمنة في انقضاء العدة، والوطء مما يُتَعَدَّرُ إِقَامَةَ البَيِّنَةِ عليه، ثُمَّ إن غلب على ظَنِّهِ صدَّقَهَا، فله نكاحها من غير كراهة، وإن لم يَغْلِبْ، فالأولى ألا ينكحها، وإن قال: هي كاذبة، لم يكن له نكاحها، فإن قال بعد ذلك: تَبَيَّنَتْ صدَّقَهَا، فله نكاحها<sup>(٣)</sup> لأنه ربما انكشَفَ له خلاف ما ظنه.

**المسألة السابعة:** طلق زوجته الأمة ثلاثاً ثم ملكها، لم يحل له وطؤها بملك اليمين إلا بعد زوج، وإصابة لظاهر<sup>(٤)</sup> الآية، وفيه وجه؛ أنها تحل؛ لأن الطَّلَاقِ الثَّلَاثَ لا تمنع المِلْكَ، فلا تمنع الوطء بالملك بخلاف النكاح، واللَّهِ أَعْلَمُ.

ثُمَّ لا بَأْسَ بالتَّنْصِيصِ على المواضع المستحقة للعلامات على ما هو رسم الكتاب، فقلوه: «ولا يكفي نكاح الشبهة» معلم بالواو، والمراد منه النكاح الفاسد.

(١) قال النووي: قول الغزالي أصح والله أعلم.

(٢) مراد الشيخ بقوله «وإن أنكر الزوج الثاني» الإصابة لا الطلاق بدليل قوله «وصدق» في أنه لا يلزمه إلا نصف المهر وصورة المسألة أنها أقرت لزوج معين وأنكر الإصابة، وكذا لو أقرت بنكاح رجل غير معين أما لو أقرت بنكاح رجل معين وادعت أنه طلقها أو مات عنها فلا بد من بيينة كما ذكره المصنف قبيل دعوى النسب عن فتاوى البغوي.

(٣) قال النووي في زوائده: قد جزم الفوراني بأنه إذا غلب على ظنه كذبها، لم تحل له. وتابعه الغزالي على هذا، وهو غلط عند الأصحاب، وقد نقل الإمام اتفاق الأصحاب على أنها تحل وإن غلب على ظنه كذبها إذا كان الصدق ممكناً. قال: وهذا الذي قاله الفوراني غلط، وهو من عثرات الكتاب، ولعل الرافعي لم يحك هذا الوجه، لشدة ضعفه، ولقول الإمام: إنه غلط. قال إبراهيم المرودي: ولو كذبها الزوج والولي والشهود، لم تحل على الأصح. والله أعلم.

قال الشيخ البلقيني: الأصح عندنا الحل خلافاً للمصنف وشاهد ما صححناه نص الشافعي وتفريعهم على الجديد في إقرارها وجزم بما صححناه أبو الفرج الزاز في تهذيب البغوي في صورة تكذيب الزوج والشهود الحل من غير ذكر خلاف.

(٤) قال النووي: قال العلماء: الحكمة في اشتراط التحليل، التفسير من الطلاق الثلاث.

وقوله: «أو مقدارها» معلم بالواو. وكذا قوله «ويكفي وطء الصبي والعنين».

وكذا قوله «ولا يشترط انتشار الآلة»، والظاهر خلاف ما في الكتاب على ما مر، وقوله «ولو زوجها الزوج» أي: تسبب في التزويج، وحمل أولياءها عليه.

وقوله: «فسد العقد» مُعَلَّمٌ بالحاء. وقوله: «في وجه» بالواو؛ لأن أبا الفرج السرخسي حكى عن بعض الأضحابِ الْقَطْعَ بِالْفَسَادِ.

وقوله «ولم يحصل التحليل» جواب على الأصح، وهو أن الوطاء في النكاح الفاسد لا يفيد الجِلِّ. وقوله «فيه خلاف» مُعَلَّمٌ بالواو إحدى الطريقتين المذكورتين من قبل، وكذا قوله «يفسد إذا تزوج». وقوله «وليس الشزط السابق على العقد كالمقارن في الإفساد» معلم بالواو والميم.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: (الْجِنْسُ الثَّلَاثُ) مِنَ الْمَوَانِعِ الْمِلْكُ وَالرِّقُّ فَلَا يَجُوزُ لِلرَّجُلِ أَنْ يَنْكِحَ أُمَّتَهُ وَلَوْ مَلَكَ مَنْكُوحَتَهُ أَنْفَسَخَ النِّكَاحُ، وَلَا لِلْحُرَّةِ أَنْ تَنْكِحَ عَبْدَهَا، وَلَوْ تَمَلَّكَتْ زَوْجَهَا أَنْفَسَخَ النِّكَاحُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْجِنْسُ الثَّلَاثُ مِنَ الْمَوَانِعِ رِقُّ الْمَرْأَةِ، وَهِيَ إِمَّا أَنْ تَكُونَ لَهُ، وَهُوَ الَّذِي أَرَادَ بِإِطْلَاقِ «الْمِلْكِ» أَوْ لغيره، وَهُوَ الَّذِي أَرَادَ «بِالرِّقِّ».

أَمَّا الْقِسْمُ الْأَوَّلُ: فَلَيْسَ لِلرَّجُلِ أَنْ يَنْكِحَ أُمَّتَهُ؛ وَلَا الَّتِي يَمْلِكُ بَعْضَهَا، وَلَوْ مَلَكَ زَوْجَتَهُ أَوْ بَعْضَهَا، أَنْفَسَخَ النِّكَاحُ، وَاحْتَجُوا لَهُ بِأَنَّ مِلْكَ الْيَمِينِ أَقْوَى النِّكَاحِ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ بِهِ الرِّقْبَةَ وَالْمَنْفَعَةَ، وَالنِّكَاحُ لَا يَمْلِكُ بِهِ إِلَّا ضَرْبًا مِنَ الْمَنْفَعَةِ، فَيَسْقُطُ الْأَضْعَفُ بِالْأَقْوَى، وَهَذَا الْقَدْرُ مِنَ التَّوَجِيهِ يُشَكِّلُ بِمَا إِذَا بَاعَ الْمُسْتَأْجِرُ مِنَ الْمُسْتَأْجِرِ، فَإِنَّهُ لَا تَنْفَسَخُ الْإِجَارَةُ عَلَى الْأَصْحَحِ مَعَ وُجُودِ هَذَا الْمَعْنَى، لَكِنْ دَكَّرْنَا فِي الْإِجَارَةِ مَا فَرَّقُوا بِهِ بَيْنَ الْبَايِنِ، وَلَا يَجُوزُ لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَنْكِحَ عَبْدَهَا، وَلَوْ مَلَكَتْ زَوْجَهَا أَنْفَسَخَ النِّكَاحُ، وَأَخْتَجَّ لَهُ بِأَنَّ أَحْكَامَ النِّكَاحِ. وَالْمِلْكُ تَتَنَاقَضُ؛ لِأَنَّهَا تُطَالِبُهُ بِالسَّفَرِ إِلَى الشَّرْقِ؛ لِأَنَّهُ عَبْدُهَا، وَهُوَ يُطَالِبُهَا بِالسَّفَرِ مَعَهُ إِلَى الْغَرْبِ؛ لِأَنَّهَا زَوْجَتُهُ، وَإِذَا دَعَاها إِلَى فِرَاشِهِ بِحَقِّ النِّكَاحِ بَعَثَتْ فِي بَعْضِ أَشْغَالِهَا بِحَقِّ الْمَلِكِ، وَإِذَا تَعَدَّرَ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا بَطَلَ الْأَضْعَفُ، وَثَبَّتَ الْأَقْوَى.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَلَا يَنْكِحُ الْحُرُّ الْمُسْلِمُ مَمْلُوكَةَ الْغَيْرِ إِلَّا بِأَرْبَعِ شَرَايِطَ وَفَقَدَ الْحُرَّةَ تَحْتَهُ، وَفَقَدَ طَوْلَ الْحُرَّةِ (ح)، وَخَوْفَ الْعَنْتِ (ح)، وَكَوْنُ الْأُمَّةِ مُسْلِمَةً (ح)، فَلَوْ كَانَ تَحْتَهُ رَتْقاءَ أَوْ هَرَمَةً أَوْ حُرَّةً كِتَابِيَّةً أَوْ غَائِبَةً لَمْ يَنْكِحِ الْأُمَّةَ مَا لَمْ يُطَلِّفَهَا، وَلَوْ قَدَرَ عَلَى نِكَاحِ حُرَّةٍ رَتْقاءَ أَوْ غَائِبَةً غَيْبَةً بَعِيدَةً نَكَحَ الْأُمَّةَ، وَكَذَلِكَ لَوْ قَدَرَ عَلَى حُرَّةٍ كِتَابِيَّةٍ فِي

وَجِبَ، فَلَوْ وَجَدَ حُرَّةً فَغَالَتَهُ فِي الْمَهْرِ بِمِقْدَارٍ يُعَدُّ قَبُولَهُ إِسْرَافًا نَكَحَ الْأُمَّةَ (و)، وَلِلْمُفْلِسِ نِكَاحُ الْأُمَّةِ، وَلَوْ وَجَدَ حُرَّةً تَرْضَى بِمَهْرٍ مُوَجَّلٍ فَإِنْ قَنِعَتْ بِدُونِ مَهْرِ الْمِثْلِ لَمْ يَنْكَحِ الْأُمَّةَ عَلَى الْأَصَحِّ إِذِ الْمِنَّةُ فِيهِ هَيْئَةٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْقِسْمُ الثَّانِي: مَمْلُوكَةُ الْغَيْرِ، إِنَّمَا يَنْكَحُهَا الْحُرُّ بِشُرُوطٍ:

أَحَدُهَا: أَلَّا تَكُونَ تَحْتَهُ حُرَّةٌ فَإِنْ كَانَتْ تَحْتَهُ حُرَّةٌ نَظَرَ؛ إِنْ تَيَسَّرَ الِاسْتِمْتَاعُ بِهَا، لَمْ يَصِحَّ نِكَاحُ الْأُمَّةِ مُسْلِمَةً كَانَتْ الْحُرَّةُ أَوْ كِتَابِيَّةً؛ لِمَا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «نَهَى أَنْ تُنَكَحَ الْأُمَّةُ عَلَى الْحُرَّةِ» وَيُرْوَى ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ وَجَابِرٍ مَوْفُوفاً - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - <sup>(١)</sup>.

وَحَكَى الْقَاضِي ابْنُ كَيْسَانَ وَجْهَيْنِ فِي وُجُودِ الْحُرَّةِ الْكِتَابِيَّةِ، هَلْ يُمْنَعُ نِكَاحُ الْأُمَّةِ؟.

وهما كالوجهين الآتين في أَنَّ الْقُدْرَةَ عَلَى نِكَاحِ الْكِتَابِيَّةِ الْحُرَّةِ، هَلْ يَمْنَعُ نِكَاحَ الْأُمَّةِ؟ وَإِنْ لَمْ يَتَيَسَّرَ الِاسْتِمْتَاعُ بِهَا، كَمَا إِذَا كَانَتْ صَغِيرَةً أَوْ هَرَمَةً أَوْ غَائِبَةً أَوْ مَجْنُونَةً أَوْ مَجْدُومَةً، أَوْ بَرِصَاءً، أَوْ رَتْقَاءً، أَوْ مُضْنَاءً لَا تَحْتَمِلُ الْجَمَاعَ فَوْجَهَا:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يَصِحُّ نِكَاحُ الْأُمَّةِ؛ لِأَنَّهُ لَا غِنَاءَ فِي الْحُرَّةِ الَّتِي تَحْتَهُ، وَلَا اسْتِغْنَاءَ بِهَا، وَهَذَا أَصَحُّ عِنْدَ صَاحِبِ «الْمُهَذَّبِ» وَبِهِ أَجَابَ ابْنُ الصَّبَّاحِ وَطَائِفَةٌ مِنَ الْعِرَاقِيِّينَ، وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي حَسِينٌ.

والثاني: المنع؛ لظاهر النَّهْيِ؛ وَلِأَنَّ نِكَاحَ الصَّغِيرَةِ وَالْغَائِبَةِ كِنِكَاحِ الْبَالِغَةِ وَالْحَاضِرَةِ فِي مَنْعِ نِكَاحِ الْأَخْتِ، فَكَذَلِكَ فِي مَنْعِ نِكَاحِ الْأُمَّةِ، وَهَذَا هُوَ الْمَذْكُورُ فِي «الْكِتَابِ» وَفِي «الْتَّهْيَاةِ» وَ«الْتَّهْذِيبِ» وَعَلَى هَذَا، فَلَا يَصِحُّ نِكَاحُ الْأُمَّةِ، حَتَّى تُطَلَّقَ الْحُرَّةُ طَلَاقًا بَائِنًا أَوْ رَجْعِيًّا، وَتَبَيَّنَ مِنْهُ.

الثاني: أَلَّا يَقْدَرُ عَلَى نِكَاحِ حُرَّةٍ، إِمَّا لِأَنَّهُ لَا يَوْجَدُ صِدَاقَهَا أَوْ أَنَّهُ لَا يَجِدُ حُرَّةً يَنْكَحُهَا، فَإِنْ قَدَرَ لَمْ يَحِلَّ لَهُ نِكَاحُ الْإِمَاءِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا

(١) أخرجه سعيد بن منصور في السنن عن ابن علي عن سمع الحسن بهذا مرسلًا، ورواه البيهقي [١٧٥/٧] والطبري في تفسيره بسند متصل إلى الحسن واستغربه، من حديث عامر الأحول عنه، وإنما المعروف رواية عمرو بن عبيد عن الحسن، وهو المبهم في رواية سعيد بن منصور، قوله: ويروى عن علي وجابر موقوفًا مثله، أما علي: فرواه ابن أبي شيبة والبيهقي عن علي: أن الأمة لا ينبغي لها أن تزوج على الحرة، الحديث موقوف وسنده حسن. وفي لفظ: لا تنكح الأمة على الحرة، وأما جابر فرواه عبد الرزاق من طريق أبي الزبير أنه سمع جابراً يقول: لا تنكح الأمة على الحرة، وتنكح الحرة على الأمة، وللبيهقي نحوه وزاد: ومن وجد صداق حرة فلا ينكحن أمة أبداً، وإسناده صحيح، وهو عند عبد الرزاق أيضاً مفرداً قاله الحافظ.

أَنْ يَنْكِحَ الْمُخَصَّنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ» [النساء: ٤] الآيَةُ وَالطَّوْلُ: السَّعَةُ وَالْفَضْلُ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - وَلَمْ يَغْتَبِزْ هَذَا الشَّرْطُ أَبُو حَنِيفَةَ وَفِيهِ مَسَائِلُ.

المسألة الأولى: الْقَادِرُ عَلَى نِكَاحِ حُرَّةٍ رَتْقَاءَ أَوْ قُرْنَاءَ هَلْ لَهُ نِكَاحُ الْأُمَّةِ.

فِيهِ وَجْهَانِ يُوْجِهُ إِحْدَهُمَا بِحُضُورِ بَعْضِ الِاسْتِمْتَاعَاتِ.

وَالثَّانِي: بِأَنَّ مَا هُوَ الْأَصْلُ لَا يَخْضَلُ، وَفِي «التَّيْمَةِ» أَنَّ هَذَا الْخِلَافَ مَبْنِيٌّ عَلَى الْخِلَافِ فِيمَا إِذَا كَانَتْ رَتْقَاءَ أَوْ قُرْنَاءَ، إِنْ قُلْنَا إِنْ وَجُودَهَا يَمْنَعُ نِكَاحَ الْأُمَّةِ، فَكَذَا الْقُدْرَةُ عَلَيْهَا، كَمَا أَنَّ الْقُدْرَةَ عَلَى اسْتِعْمَالِ الْمَاءِ يَمْنَعُ التَّيْمَ، فَإِنْ قُلْنَا: إِنْ وَجُودَهَا لَا يَمْنَعُ الْقُدْرَةَ عَلَيْهَا أَوْلَى الْأَيُّ يَمْنَعُ، لَكِنَّ الْجَوَابَ فِي «الْكِتَابِ» وَ«التَّهْذِيبِ» أَنَّهُ يَجُوزُ نِكَاحُ الْأُمَّةِ هَا هُنَا مَعَ الْجَوَابِ بِأَنَّ وَجُودَهَا يَمْنَعُهُ، وَيَجْرِي الْخِلَافُ فِيمَا لَوْ قَدَرَ عَلَى نِكَاحِ مَرَّةٍ وَضِيْعَةٍ، وَأَوْلَى بِجَوَازِ نِكَاحِ الْأُمَّةِ لِقَوَاتِ الِاسْتِمْتَاعِ بِتَوَابِعِهِ، وَيَجْرِي فِي الْمَجْنُونَةِ وَالْمَجْدُومَةِ، وَأَوْلَى بِالْمَنْعِ لِإِمْكَانِ الِاسْتِمْتَاعِ، وَلَوْ كَانَتْ الْحُرَّةُ الَّتِي يَقْدِرُ عَلَى نِكَاحِهَا مَعْتَدَةً عَنِ الْغَيْرِ.

حَكَى الْقَاضِي الرُّوْيَانِيُّ عَنِ الْوَالِدِ أَنَّ لَهُ نِكَاحَ الْأُمَّةِ، وَهُوَ جَوَابٌ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَفَرَعَ الْمُتَوَلَّى عَلَى الْوَجْهَيْنِ فِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ أَنَّ الْمُسْتَجْمِعَ لَشَرَايِطِ نِكَاحِ الْأُمَّةِ هَلْ يَنْكِحُ أُمَّةً صَغِيرَةً؟.

إِنْ قُلْنَا: إِنْ وَجُودَ الْحُرَّةُ الصَّغِيرَةِ فِي نِكَاحِهِ لَا يَمْنَعُ نِكَاحَ الْأُمَّةِ، فَلَا يَنْكِحُ الْأُمَّةَ الصَّغِيرَةَ؛ لِأَنَّهُ لَا يَأْمَنُ بِهَا مِنَ الْعَنْتِ، وَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ يَمْنَعُ نِكَاحَ الْأُمَّةِ، فَلَهُ أَنْ يَنْكِحَهَا إِلْحَاقًا لِلصَّغِيرَةِ بِالْكَبِيرَةِ فِي الْجَوَازِ كَمَا أُلْحِقَتْ بِهَا فِي الْمَنْعِ.

قَالَ: وَالْأَوَّلُ أَظْهَرَ.

وَلَوْ قَدَرَ عَلَى نِكَاحِ حُرَّةٍ غَائِبَةٍ عَنِ بَلَدِهِ، فَقَدْ أُطْلِقَ فِي «الْكِتَابِ» أَنَّ لَهُ نِكَاحَ الْأُمَّةِ، وَفَصَّلَ أَكْثَرَ أَصْحَابِنَا، فَقَالُوا: إِنْ كَانَ يَخَافُ الْعَنْتَ فِي مَدَّةٍ قَطَعَ الْمَسَافَةَ أَوْ يَلْحَقُهُ مَشَقَّةٌ ظَاهِرَةٌ بِالخُرُوجِ إِلَيْهَا، فَلَهُ نِكَاحُ الْأُمَّةِ، وَإِلَّا، فَلَا، وَضَبَطَ الْإِمَامُ الْمَشَقَّةَ الْمَعْتَبِرَةَ بِأَنَّ يَنْسَبُ مَتَحْمَلُهَا فِي طَلْبِ زَوْجَةٍ إِلَى الْإِسْرَافِ وَمَجَاوِزَةِ الْحَدِّ.

المسألة الثانية: لَوْ قَدَرَ عَلَى صَدَاقِ حُرَّةٍ كِتَابِيَّةٍ، فَوَجْهَانِ عَنِ حِكَايَةِ أَبِي إِسْحَاقَ أَوْ تَخْرِيجِهِ:

أحدهما: أَنَّهُ يَجُوزُ لَهُ نِكَاحُ الْأُمَّةِ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ فِي الْآيَةِ أَلَّا يَسْتَطِيعَ طَوْلَ الْمُؤْمِنَاتِ، وَقَدْ يَحْصُلُ.

وَأصْحَهُمَا: الْمَنْعُ؛ لِأَنَّهُ مُسْتَعْنٍ بِهَا عَنِ إِرْقَاقِ وَوَلَدِهِ؛ وَلِهَذَا لَوْ كَانَ تَحْتَهُ كِتَابِيَّةً،



لم يجز له نِكَاحُ الْأُمَّةِ، كما لو كان تحتة مسلمة، وذكر المؤمنات في الآية الأخرى جرياً على الأغلب، فَإِنَّ الْغَالِبَ أَنَّ الْمُسْلِمَ، إِنَّمَا يَرِغِبُ فِي الْمُؤْمِنَاتِ، وَأَيْضاً، فَالْغَالِبُ أَنَّ مَنْ لَا يَقْدِرُ عَلَى طَوْلِ الْمُؤْمِنَةِ لَا يَقْدِرُ عَلَى طَوْلِ الْكِتَابِيَّةِ؛ لِأَنَّ الْكِتَابِيَّةَ لَا تَرْضَى بِالْمُسْلِمِ إِلَّا بِمَهْرٍ كَبِيرٍ، وَعَنْ أَبِي الطَّيِّبِ السَّوَيِّ أَن أَبَا إِسْحَاقَ قَطَعَ آخِراً بِالْوَجْهِ الثَّانِي.

**المسألة الثالثة:** لو لم تَرْضَ الْحُرَّةُ الَّتِي يَجِدُهَا إِلَّا بِأَكْثَرِ مِنْ مَهْرٍ مِثْلِهَا، وَهُوَ وَاحِدٌ لَمَا يَغَالِي بِهِ، فَالْمَنْقُولُ فِي «التَّهْدِيبِ» أَنَّهُ لَا يَنْكَحُ الْأُمَّةَ وَفِي «التَّيْمَةِ» أَنَّهُ يَنْكَحُهَا، كَمَا لَوْ بَاعَ الْمَاءَ بِأَكْثَرِ مِنْ ثَمَنِ الْمِثْلِ، لَهُ الْعُدُولُ إِلَى التَّيْمِمْ.

وَتَوَسَّطَ الْإِمَامُ وَصَاحِبُ «الْكِتَابِ» فَقَالُوا: إِنْ كَانَتْ الْمَغَالَاةُ بِقَدْرِ كَبِيرٍ يُعَدُّ بِذَلِكَ إِسْرَافاً، فَلَهُ نِكَاحُ الْأُمَّةِ، وَإِلَّا، فَلَا، وَفَرَّقُوا بَيْنَ مَسْأَلَةِ التَّيْمِمْ، وَبَيْنَ مَا نَحْنُ فِيهِ مِنْ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّ الْحَاجَةَ إِلَى الْمَاءِ تَتَكَرَّرُ.

**والثاني:** أَنَّ النِّكَاحَ تَعَلَّقَ بِهِ أَعْرَاضٌ كَلِيَّةٌ لَا يَعدُّ بِأَذَلِّ الْمَالِ فِي مِثْلِهَا مَغْبُوناً<sup>(١)</sup>، وَلَوْ يَبِيعُ الرِّقْبَةَ بِثَمَنِ عَالٍ، وَالْمَكْفُرَّ وَاجِدَ لَهُ، فَهَلْ يَغْدُلُ إِلَى الصُّومِ؟.

اختلف فيه كَلَامُ صَاحِبِ «التَّهْدِيبِ» قَالَ: هَهُنَا لَا يَعدُّ، وَقَالَ فِي الْكُفَرَاتِ يَعدُّ، وَذَكَرَ مَا أوردَهُ هَهُنَا ذَكَرَ مِنْ يَنْقُلُ وَجْهاً بَعِيداً، أَوْ تَخْرِيجاً غَرِيباً.

**المسألة الرابعة:** إِذَا لَمْ يَجِدِ الْمَهْرَ، لَكِنْ هُنَاكَ حُرَّةٌ تَرْضَى بِمَهْرٍ مُؤَجَّلٍ، وَهُوَ يَتَوَقَّعُ الْقُدْرَةَ عَلَيْهِ عِنْدَ الْحُلُولِ، فَفِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: لَا يَجُوزُ لَهُ نِكَاحُ الْأُمَّةِ، لِتَمَكُّنِهِ مِنْ نِكَاحِ حُرَّةٍ.

أَظْهَرُهُمَا: الْجَوَازُ، وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي «الْكِتَابِ» وَفِي «الشَّامِلِ»؛ لِأَنَّ ذِمَّتَهُ تَصِيرُ مَشْغُولَةً فِي الْحَالِ، وَقَدْ لَا يَصْدُقُ رِجَاؤُهُ عِنْدَ تَوَجُّهِ الطَّلَبِ عَلَيْهِ، وَيَجْرِي الْوَجْهَانِ فِيمَا لَوْ يَبِيعُ مِنْهُ نَسِيئَهُ مَا يَفِي بِصَدَاقِهَا، أَوْ وَجِدَ مِنْ يَسْتَأْجِرُهُ بِأَجْرَةٍ مَعْجَلَةٍ وَأَجْرَاهُمَا مُجْرُونَ فِيمَا إِذَا أَقْرَضَ مَهْرَ حُرَّةٍ، وَالْأَوَّلَى مَا نَقَلَهُ صَاحِبُ «التَّيْمَةِ» وَهُوَ الْقَطْعُ بِأَنَّهُ لَا يَجِبُ الْقَبُولُ؛ لِأَنَّ الْقَرْضَ لَا يَلْحَقُهُ الْأَجَلُ، وَرَبِمَا يَطَالِبُ فِي الْحَالِ، وَلَوْ رَضِيَتْ حُرَّةٌ بِأَنْ يَنْكَحَهَا بِلَا مَهْرٍ، لَمْ<sup>(٢)</sup> يَمْتَنِعْ بِهِ نِكَاحُ الْأُمَّةِ؛ لِأَنَّهَا تَطَالِبُهُ بِالْفَرْضِ.

وَفِي شَرْحِ الشَّيْخِ أَبِي عَلِيٍّ وَجْهٌ آخَرُ أَنَّهُ يَمْتَنِعُ، وَلَوْ رَضِيَتْ بِدُونِ مَهْرٍ الْمِثْلِ،

(١) قَالَ النَّوَوِيُّ فِي زَوَائِدَ: قَطَعَ آخَرُونَ بِمُوَافَقَةِ الْمُتَوَلَّى، وَهُوَ الْأَصْحَحُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ هَذَا، وَمَا صَحَّحَهُ هُنَا خَالَفَهُ فِي تَصْحِيحِ الْوَسِيطِ وَجَرَى عَلَى مَقَالَةِ الْإِمَامِ وَالْغَزَالِيِّ.

(٢) لِأَنَّ ذِمَّتَهُ مَشْغُولَةٌ فِي الْحَالِ وَقَدْ لَا يَصْدُقُ رِجَاؤُهُ عِنْدَ قَوْمِهِ الطَّلَبِ عَلَيْهِ وَالثَّانِي لَا لِلْقُدْرَةِ عَلَى نِكَاحِ حُرَّةٍ.

وهو يجده فوجهان: أصحهما: وبه قطع بَعْضُهُمْ: أنه لا يجوز له نكاح الأمة لقدرته على نكاح الحرة، وهذا كما أنه لا يتيمم، إذا وَجَدَ الماء بَشْمَنٍ بَخْسٍ.

**والثاني:** يجوز؛ لِمَا فِيهِ مِنَ الْمِئْتَةِ، وَمَنْ قَالَ بِالْأَوَّلِ، قَالَ: الْمَهْرُ مِمَّا يُتَسَامَحُ فِيهِ، وَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِ كَبِيرُ مِئْتَةٍ، وَلَوْ وَهَبَ لَهُ مَالٌ أَوْ جَارِيَةٌ. لم يلزمه القبول<sup>(١)</sup>، وجاز له نكاح الأمة، وَلِيُعْلَمَ مِنْ لَفْظِ «الكتاب» قوله «فَقَدْ طَوَّلَ الْحُرَّةَ» بالحاء، وكذا قوله: «وخوف العنت» لما سنذكره، وقوله: «لم ينكح الأمة بالواو، وكذا قوله: نكح الأمة بالواو وقوله: وللمفلس نكاح الأمة، وقوله: على الأصح لقطع بعضهم بأنه لا ينكحها».

**فَرَعٌ:** ذَكَرَ الْقَاضِي ابْنُ كَعْبٍ وَجْهَيْنِ فِي أَنَّهُ، هَلْ يَجُوزُ لَهُ نِكَاحُ الْإِمَاءِ مَعَ مَلِكِ الْمَسْكَنِ وَالْخَادِمِ أَمْ عَلَيْهِ يَتِيمُهَا وَصَرَفُهَا إِلَى طَوَّلِ الْحُرَّةِ<sup>(٢)</sup>؟.

والمال الغائب لا يمنع من نكاح الأمة، كما لا يمنع ابن السبيل من أخذ الزكاة، والمُعْسِرُ الَّذِي لَهُ ابْنٌ مُوسِرٌ يَجُوزُ لَهُ نِكَاحُ الْأُمَّةِ، إِنْ لَمْ نَوْجِبْ عَلَى الْإِبْنِ الْإِعْفَافَ، وَإِنْ أَوْجِبْنَاهُ، فَوَجْهَانُ؛ لِأَنَّهُ مُسْتَعْنٍ بِمَالِ الْإِبْنِ<sup>(٣)</sup>.

**قَالَ الْعَزَلِيُّ:** وَأَمَّا خَوْفُ الْعَنْتِ فَإِنَّمَا يَتِيمٌ لِعَلْبَةِ الشَّهْوَةِ وَضَعْفِ التَّقْوَى، فَإِنْ قَوَّيَتِ التَّقْوَى وَأَمِنَ عَلَى نَفْسِهِ لَمْ يَنْكَحْ، وَالْقَادِرُ عَلَى سِرِّيَّةٍ لَا يَخَافُ الْعَنْتَ فَلَا يَتَرَخَّصُ عَلَى وَجْهِ.

**قَالَ الرَّافِعِيُّ:** الشَّرْطُ الثَّلَاثُ خَوْفُ الْعَنْتِ<sup>(٤)</sup>، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ

(١) فإن قيل صحح النووي في التيمم في المنهاج وجوب شراء الماء بمؤجل بأجل يمتد إلى وصوله بكذا ماله ورضاها بالمؤجل أولى من رضا رب الماء بتأجيل تحته لأن الزوجة تمهر غالباً الحال بخلاف رب الدين.

أجيب بأن في الزوجة كلفة أخرى وهي النفقة والكسوة فإنهما يجبان بمجرد عرضها عليه والفرض أن معسر في الحال بخلاف الماء.

(٢) قال النووي: أصحهما الأول والله أعلم.

(٣) قال النووي: أصحهما المنع وبه قطع جماعة والله أعلم.

(٤) وأصل العنت المشقة، سمي به الزنا لأنه سببها بالحد في الدنيا والعقوبة في الآخرة. والأصل في ذلك قول الله عز وجل: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكَحِ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنْتَ مِنْكُمْ﴾.

والطول السعة، والمراد بالمحصنات الحرائر.

قال الروياني: وبالعنت عمومها لا خصوصه حتى لو خاف العنت من أمة بعينها لقوة ميله إليها وحبها لها فليس له أن يتزوجها إذا كان واجداً للطول؛ لأن العشق لا معنى لاعتباره هنا؛ لأن هذا تهيج من البطالة وإطالة الفكر.

الْعَنْتَ مِنْكُمْ» [النساء: ٢٥] والعنت؛ المشقة الشديدة، ويقال: إنه الهلاك، والمراد ههنا الزنا سمي به؛ لأنه سبب المشقة والهلاك بالحد في الدنيا، والهلاك في الآخرة بالعقوبة.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - لا يشترط خوف العنت، وفي الفصل مسألتان:  
الأولى: في أن هذا الشرط بم يتحقق.

قال الإمام: ليس الذي يخاف الزنا، هو الذي يغلب على ظنه الوقوع فيه، بل المراد الذي يتوقعه لا على سبيل الندور وليس غير الخائف هو الذي، يعلم الاجتناب عنه، لكن غلبة الظن بالتقوى والاجتناب ينافي الخوف، فمن غلبت شهوته [ورق تقواه، فهو خائف، ومن ضعفت شهوته، وهو] <sup>(١)</sup> يستبدع الوقوع في الزنا لدين، أو مروءة أو حياء، فهو غير خائف، وإن غلبت شهوته، وقوى تقواه، ففيه احتمالان للإمام أظهرهما وهو المذكور في «الكتاب» أنه لا يجوز له نكاح الأمة؛ لأنه لا يخاف الزنا، فلا يجوز له أن يرق ولده لقضاء وطر أو كسر شهوة.

والثاني: إن كان ترك الوقوع يجر ضرراً أو مَرَضاً يَجُوزُ لَهُ نِكَاحُ الْأُمَّةِ، وَالْمَجْبُوبُ لا يتصور الوطاء منه مباحاً، ولا حراماً، ففي «النهاية» و «التتمة» أنه لا ينكح الأمة، وذكر صاحب «التتمة» تفريراً عليه أنه، لو نكح حر أمة، فوجدته مجبواً، وأرادت الفسخ، فقال الزوج: جب ذكرى بعد النكاح، فإن لم يكن ما يقوله محتملاً، بأن كان الموضوع مُتَمَدِّلاً، وقد عقد النكاح أمس، فالنكاح فاسد، وإن كان محتملاً، فإن صدقته فذاك، وإن كذبت، بطل دعواه؛ لأن قضية قولها فساد النكاح من أصله، وقال القاضي الرؤباني في «البحر» [أن] للخصي والمجبوب نكاح الأمة عند خوف الوقوع في الفعل المأثوم به؛ لأن العنت هو المشقة <sup>(٢)</sup>.

الثانية: في القادر على شراء أمة يتسرى بها وجهان:

أحدهما: أن له نكاح الأمة؛ لأنه لا يستطيع طول الحرّة؛ وهذا هو المذكور في «التتمة» «والتهديب» ويحكى القطع به عن القاضي الحسين.

ولو كانت في ملكه أمة لم ينكح الأمة، وفي كتاب الحنّاطي الخلاف فيه، وإذا قلنا بالصحيح، فلو كانت الأمة التي يملكها غير محللة له، نُظِرَ، إن وفّت قيمتها بمهر حرة أو ثمن أمة يتسراها، لم ينكح الأمة، وإلا، نكحها، والله أعلم.

(١) سقط في ز.

(٢) قال ابن عبد السلام: وينبغي جوازه للمسح مطلقاً لانتفاء محذور رق الولد.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: فَإِذَا تَرَخَّصَ فَلَا يَنْكِحُ إِلَّا مُسْلِمَةً، أَمَا الْكِتَابِيَّةُ فَلَا تَحِلُّ، وَيَجُوزُ أَنْ يَنْكِحَ أُمَّةً مُسْلِمَةً لِكَافِرٍ عَلَى الْأَصَحِّ، وَالْحَرُّ الْكِتَابِيُّ يَنْكِحُ الْأُمَّةَ الْكِتَابِيَّةَ، وَالْعَبْدُ الْمُسْلِمُ لَا يَنْكِحُهَا، فَقِيلَ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ قَوْلَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لفظ الترخيص يشير إلى أن نكاح الأمة، إنما يجوز عند الضرورة، أو شدة الحاجة، على ما هو سبيل الرخص، وأراد بقوله: فإذا ترخص الحر المسلم، وقد سبق ذكره عند قوله: «ولا ينكح الحر المسلم مملوكة الغير إلا بأربع شرائط»، والشرط الرابع أن تكون الأمة المنكوحه مسلمة، أما الكتابية فلا يحل لها نكاحها خلافاً لأبي حنيفة - رضي الله عنه -.

واحتج الأصحاب بأن الله تعالى شرط في نكاح الأمة الإسلام، حيث قال: ﴿فَمَنْ مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ [النساء: ٢٥] وفي نكاح الكتابية الحرية حيث قال: ﴿وَالْمُحْصَنَاتِ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾ [المائدة: ٥] فدل على أنه لا ينكح الأمة الكتابية، وبأنه اجتمع فيه نقصان لكل واحدة منهما أثر في المنع من النكاح<sup>(١)</sup> ولا يجوز للحر المسلم نكاحها كالحرة المجوسية والوثنية، والزيادة والنقصان في الفرع الكفر والرق، وفي الأصل الكفر، وأنه لا كتاب لها، وهل يجوز [له] أن ينكح أمة مسلمة لكافر؟.

فيه وجهان منقولان في «التهاية»:

أصحهما: الجواز، لحصول الإسلام في المنكوحه.

والثاني: المنع؛ لما فيه من إرقاق الولد المسلم للكافر، وفي نكاح الحر الكتابي الأمة الكتابية وجهان، ويقال: قولان:

أحدهما: المنع، كما يمنع الحر المسلم من نكاحها.

وأصحهما: الجواز، كما أن الحر المسلم ينكح الأمة المسلمة، وظاهر المذهب، وهو نصه في «المختصر» أن العبد المسلم لا ينكحها؛ لأن المنع من نكاحها الكفر، فيستوي فيه الحر والعبد، كالمرتدة والمجوسية، وفيه قول آخر، أن له نكاحها؛ لأنه لا تفاوت بينهما في الرق والحرية، وإنما يتفاوتان في الدين، وأنه لا يمنع النكاح؛ ألا ترى أن الحر المسلم ينكح الحررة الكتابية، وينسب هذا القول إلى رواية صاحب «الإفصاح» عن القول القديم، ورواية ابن أبي هريرة، والأستاذ أبي طاهر الروياني، وهو في الجديد أشهر، ورأيت الإمام نقل الخلاف في صورتين في حكاية أسندها إلى أبي الحسن

الْمَاسْرَجِسِيِّ عن تخريج ابن أبي هُرَيْرَةَ تارةً، وابن خيران أخرى، واللَّهُ أَعْلَمُ ووجهه بعضهم الجواز في صورتين بأنه لم يجتمع النقصانُ بالإضافة إلى النكاح؛ لأن الكفر ليس نقصاً في حق الكافر، وكذا الرقُّ في حق العبيد، والعبدُ الكتابيُّ هَلْ يَنْكِحُ أُمَّةَ الْكِتَابِيَّةِ، إن قلنا: للحرِّ الكتابيُّ أن ينكحها، فنعم بطريق الأولى، وإلا، فوجهان، والأصح الجواز<sup>(١)</sup> أيضاً لَتَكَاْفِيهِمَا فَأَمَّا القول في نكاح العبدِ المسلمِ الأمةَ المسلمة، فنذكره في «باب نكاح المشركات» حيث قال: «لأن الأمة في حقِّه كالحرَّة».

ويجوز للمسلم وطء كتابيَّةٍ بملك اليمين دُونَ المجوسيةِ والوثنية اعتباراً بالنكاح، ويُعْلَمُ قوله في «الكتاب» «فلا ينكح إلا مسلمة» بالحاء؛ لما سبق.

وكذا قوله: «والعبد المسلم لا ينكحها»؛ لأنه إذا جوز للحرِّ نكاحها، فالعبد أولى بالتجوز.

وقوله: «والحرِّ الكتابيُّ ينكح الأمة الكتابية، والعبد المسلم لا ينكحها» أراد به أن الشافعي - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - نَصَّ في المسألتين هكذا، أما أَنَّ العبدَ لا ينكحها، فمصرح به في «المختصر» وأما أَنَّ الحرَّ الكتابيُّ ينكحها، فمأخوذٌ من قوله في «باب الولادة» ولا يكون المسلم ولياً لكافر إلا على أمته، فإن تزويجها من المسلم ممتنع، ولا بُدَّ وأن تكون ولايته في التزويج من الكافر، والأولى أن يقرأ قوله بعد ذلك فقول: في المسألتين «قولان» بالفاء؛ ليكون ذلك إشارةً إلى تصرف الأَصْحَابِ في النَّصْنِ، وجعل المسألتين على قولين، ولو «وقيل» قرئ بالواو؛ لاقتضى إثبات طريقين.

أحدهما: يحرمُ بالنفي في المسألة الثانية، وبالإثبات في الأولى.

والآخر: يُنْبِتُ قولين في المسألتين، وليس في كتب الأئمةِ ذِكْرُ طَرِيقَةٍ جَازِمَةٍ، نَعَمْ، ربما اقتصروا على النفي في الثانية، والإثبات في الأولى؛ لأن السكوت عن الخلاف ليس جزمياً بنفيه.

فَرُوعُ: أَلْتِي تبعض فيها الحرية والرق، كالريقة التي لا يَنْكِحُهَا الحرُّ إلا عند اجتماع الشرائط المذكورة، إذا قَدَّرَ عَلَى نكاحها، فهل له نكاح التي تمحضت رقيقة؟ تردّد فيه الإمام؛ لأن إزقاق بغيض الولد أهونٌ من إزقاق كُله<sup>(٢)</sup>.

(١) قال النووي: ونكاح الحر المجوسي والوثني الأمة المجوسية والوثنية، كالكتابي الأمة الكتابية..

(٢) قال في الخادم: هذا بناه الإمام على القول بأن ولد المبعوضة ينكح كأمه مبعوضاً فإن الإمام جزم بذلك هنا فقال: ولد كل ذات رحم بمثابنتها ثم ذكر هذا الفرع والتردد وعلم منه أنا إذا قلنا ينكح حراً كما رجحه الرافعي في بعض المواضع امتنع نكاح الأمة قطعاً. انتهى.  
وأشار في المهمات إلى اختلاف ترجيح في كون الولد ينكح حراً أو مبعوضاً.

وَحِكْمِي عَن بَعْضِ الْأَصْحَابِ أَنَّ مِنْ تَبْعِضٍ فِيهِ الْحُرِّيَّةُ وَالرَّقُّ كَالرَّقِيقِ، حَتَّى يَنْكَحَ الْأُمَّةَ مَعَ الْفُذْرَةِ عَلَى نِكَاحِ الْحُرَّةِ؛ لِأَنَّ مَا فِيهِ مِنَ الرَّقِّ أَخْرَجَهُ عَنِ الْوَالِيَّةِ وَالنَّظَرِ لِلْوَلَدِ.

آخر ولد الأمة المنكوحه رقيقاً لمالكها سواء كان الحرُّ الذي نكحها عربياً، أو غير عربيٍّ، وفي «القديم» قولٌ أن الرقُّ لا يجري على العرب، فإن كان الناكح عربياً، يكون الولد حُرّاً، وهل على الناكح قيمته، كما في صورة العُرور، أم لا شيء عليه، لأن السيد رَضِيَ بِهِ، حيث زَوَّجَهَا مِنَ الْعَرَبِيِّ؟ فِيهِ قَوْلَانِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَلَوْ نَكَحَ أُمَّةً ثُمَّ قَدَرَ عَلَى الْحُرَّةِ وَنَكَحَهَا لَمْ يَنْفَسَخْ نِكَاحُ الْأُمَّةِ بَلْ لَا يُزَعَى الشَّرْطُ إِلَّا فِي الْإِبْتِدَاءِ، وَلَوْ جَمَعَ الْقَادِرُ حُرَّةً وَأُمَّةً فِي عَقْدٍ، بَطَلَ نِكَاحُ الْأُمَّةِ، وَفِي الْحُرَّةِ قَوْلَانِ تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ مَسْأَلَتَانِ:

الأول: إِذَا نَكَحَ الْحُرُّ أُمَّةً [بشروطه] ثُمَّ أَيْسَرَ لَا يَنْفَسَخُ نِكَاحُ الْأُمَّةِ؛ لِأَنَّ قِضِيَّةَ الْآيَةِ اشْتَرَاطُ الْإِعْسَارِ فِي الْإِبْتِدَاءِ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ كَوْنِهِ شَرْطاً فِي الْإِبْتِدَاءِ، أَنْ يَكُونَ شَرْطاً فِي الدَّوَامِ لِقُوَّةِ الدَّوَامِ، وَهَذَا كَمَا أَنَّ خَوْفَ الْعَنْتِ يُشْتَرَطُ فِي الْإِبْتِدَاءِ دُونَ الدَّوَامِ، وَكَمَا أَنَّ الْعِدَّةَ وَالرَّدَّةَ وَالْإِحْرَامَ يَمْنَعُ ابْتِدَاءَ النِّكَاحِ دُونَ دَوَامِهِ، وَكَمَا أَنَّ الْإِسْلَامَ يَمْنَعُ ابْتِدَاءَ السَّبْيِ دُونَ دَوَامِهِ، وَكَذَلِكَ لَوْ نَكَحَ حُرَّةً بَعْدَ مَا نَكَحَ الْأُمَّةَ، لَا يَنْفَسَخُ نِكَاحُ الْأُمَّةِ.

وَقَالَ الْمَرْزُوبِيُّ: يَنْفَسَخُ النِّكَاحُ فِي الصُّورَتَيْنِ، وَعَنْ أَحْمَدَ فِي الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ مِثْلَهُ.

الثانية: لَوْ جَمَعَ الْحُرُّ بَيْنَ حُرَّةٍ وَأُمَّةٍ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ، نُظِرَ؛ إِنْ كَانَ مِمَّنْ لَا يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُ الْإِمَاءِ، فَنِكَاحُ الْأُمَّةِ بَاطِلٌ، وَفِي نِكَاحِ الْحُرَّةِ قَوْلَانِ مَذْكُورَانِ فِي الْجَدِيدِ:

أصحهما: وَهُوَ الْمَنْصُوصُ فِي «القديم»: أَنَّهُ يَصَحُّ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَالْمَرْزُوبِيُّ، وَاخْتَارَهُ ابْنُ الْأَعْدَادِ، وَالْقَوْلَانِ مَرْتَبَانِ عَلَى الْقَوْلَيْنِ، فِيمَا إِذَا بَاعَ عَبْدَهُ، وَعَبَدَ غَيْرَهُ صَفَقَةً وَاحِدَةً، وَمَبْنِيَانِ عَلَى أَنَّهُ، إِنْ بَطَلَ فِي بَيْعِ عَبْدِهِ<sup>(١)</sup> بَطَلَ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ الْوَاحِدَ لَا يَتَّبَعُ، أَوْ لَجْهَالَةَ الْعَوْضِ، وَكُلُّ ذَلِكَ قَدْ بَيَّنَّاهُ فِي «بَابِ تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ».

وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُ الْإِمَاءِ بَانَ وَجَدَ حُرَّةً [تَسْمَحُ]<sup>(٢)</sup> بِمَهْرٍ مُؤَجَّلٍ، أَوْ بِمَا دُونَ مَهْرٍ الْمَثَلِ، أَوْ بِدُونَ الْمَهْرِ، أَوْ وَجَدَ طَوَّلَ حُرَّةً كِتَابِيَّةً، وَقَلْنَا: إِنَّ هَذِهِ الْمَعَانِي لَا تَمْنَعُ صِحَّةَ نِكَاحِ الْأُمَّةِ، فَمِثْلُ هَذَا الشَّخْصِ، إِذَا نَكَحَ حُرَّةً وَأُمَّةً فِي عَقْدٍ، لَمْ يَصَحَّ نِكَاحُ الْأُمَّةِ أَيْضاً؛ لِأَنَّهُ لَوْ صَحَّ، لَصَحَّ نِكَاحُ الْحُرَّةِ، وَالْأُمَّةُ لَا تُقَارَنُ بِالْحُرَّةِ، كَمَا لَا تَدْخُلُ عَلَيْهَا، وَفِي نِكَاحِ الْحُرَّةِ طَرِيقَانِ:

(١) فِي ب: عَبْدٌ غَيْرُهُ.

(٢) فِي ز: تَسْمَعُ.

أظهرهما: عند الإمام، وبه قال صاحب «التلخيص»: أنه على قولين، كما في القسم الأول، وقال ابن الحَدَّاد، وأبو زيد وآخرون: يَبْطُلُ جزماً؛ لأنه جمع بين امرأتين، لا يجوز له الجمع بينهما، ويجوز له نِكَاحُ كُلِّ وَاحِدَةٍ منهما وخُذَها، فيبطل النكاحان، كما لو جمع بين الأختين.

وقال مَنْ نصر الأول: قال ليس هذا كنكاح الأختين؛ لأنه ليس نِكَاحُ أُخْتٍ بِأَقْوَى من نِكَاحِ أُخْتٍ، ههنا نِكَاحُ الحُرَّةِ أَقْوَى؛ أَلَا تَرَى أَن نِكَاحَهَا إِذَا سَبَقَ مَنَعَ نِكَاحَ الأُمَةِ، والعكس بخلافه، ولو جَمَعَ بَيْنَ مُسْلِمَةٍ، وَوَثِيئَةٍ، أَوْ أَجْنَبِيَّةٍ وَمَحْرَمٍ، أَوْ خَلِيَّةٍ، وَمَعْتَدَةٍ أَوْ مَنْكُوحَةٍ، فهو كما لو جَمَعَ بَيْنَ حُرَّةٍ وَأُمَةٍ، وَإِذَا صَحَّحْنَا نِكَاحَ مَنْ تَجَلَّ لَهُ، فَقَدْ قَدَّمْنَا فِي «تفريق الصفقة» رِوَايَةَ قَوْلِهَا أَنَّهَا تَسْتَحِقُّ جَمِيعَ المَسْمِيِّ، وَيَعزِي هَذَا إِلَى أَبِي حَنِيفَةَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - وَذَكَرْنَا هُنَا أَنَّ المَذْهَبَ أَنَّهَا لَا تَسْتَحِقُّ جَمِيعَهُ، وَلَكِنْ تَسْتَحِقُّ مَهْرَ المِثْلِ فِي أَحَدِ القَوْلَيْنِ، وَمَا يَخْصُ مَهْرَ مِثْلِهَا مِنَ المَسْمِيِّ إِذَا وَزَعَ عَلَى مَهْرَ مِثْلِهَا وَمَهْرَ مِثْلِ الأُخْرَى فِي القَوْلِ الثَّانِي، وَبَنَوْا هَذَيْنِ القَوْلَيْنِ عَلَى القَوْلَيْنِ فِي أَنَّ مَنْ نَكَحَ امْرَأَتَيْنِ عَلَى صَدَاقٍ وَاحِدٍ، يَجِبُ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا مَهْرٌ مِثْلِهَا، أَوْ يُوَزَعُ المَسْمِيُّ عَلَى مَهْرَيْهِمَا، وَسَيَأْتِيَانِ فِي «كتاب الصداق» إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى فَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهَا تَسْتَحِقُّ جَمِيعَ المَسْمِيِّ، فَلِلزَّوْجِ الخِيَارُ فِي فسخِ الصداق، وَالرَّجُوعُ إِلَى مَهْرِ المِثْلِ، كَمَا ذَكَرْنَا فِي «باب التفريق»، وَإِنْ قُلْنَا: تَسْتَحِقُّ مَهْرَ المِثْلِ، فَلَا فسخَ لِلزَّوْجِ؛ [إِذْ لَا فَائِدَةَ فِيهِ] لِأَنَّهُ، وَإِنْ فَسَخَ، فَالرَّجُوعُ إِلَى مَهْرِ المِثْلِ، وَإِنْ قُلْنَا: تَسْتَحِقُّ حِصَّةَ مَهْرِ المِثْلِ مِنَ المَسْمِيِّ، فَعَنِ الشَّيْخِ أَبِي عَلِيٍّ: أَنَّهُ، إِنْ كَانَ المَسْمِيُّ مِمَّا تَمَكَّنَ قِسْمَتَهُ كَالْحَبُوبِ، فَلَا خِيَارَ، وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ لَا تَمَكَّنَ قِسْمَتَهُ؛ كَالعَبْدِ وَالدَّابَّةِ، فَلَهُ الخِيَارُ؛ لِتَضَرُّرِهِ بِالتَّشْقِيقِ، وَإِنْ فَسَخَ، فَعَلَيْهِ مَهْرُ المِثْلِ.

وَاعْلَمْ أَنَّ الجَمْعَ بَيْنَ مَنْ تَجَلَّ لَهُ، وَبَيْنَ مَنْ لَا تَجَلُّ لَهُ، قَدْ يُصَوَّرُ فِيمَا إِذَا كَانَ الزَّوْجُ وَلِيًّا لَهُمَا، كَمَا إِذَا زَوَّجَ أُمَّتَهُ وَابْنَتَهُ، وَفِيمَا إِذَا كَانَ وَكِيلاً مِنْ جِهَةِ [الْوَالِيَيْنِ]، وَفِيمَا إِذَا كَانَ وَلِيًّا لِأَحَدَاهُمَا وَكِيلاً مِنْ جِهَةِ<sup>(١)</sup> [وَلِيِّ الأُخْرَى]، وَمَوْضِعُ الخِلَافِ فِيمَا إِذَا قَالَ: زَوَّجْتُكَ هَذِهِ وَهَذِهِ بِكَذَا، فَقَالَ: قَبْلْتُ نِكَاحَهُمَا بِكَذَا، فَأَمَّا إِذَا قَالَ: زَوَّجْتُكَ بِنَتِي هَذِهِ، وَزَوَّجْتُكَ أُمَّتِي هَذِهِ، فَقَالَ قَبْلْتُ نِكَاحَ ابْنَتِكَ، وَقَبْلْتُ نِكَاحَ أُمَّتِكَ، أَوْ اقْتَصَرَ عَلَى قَبُولِ نِكَاحِ البِنْتِ، فَنِكَاحُ البِنْتِ صَحِيحٌ لَا مَحَالَةَ، وَلَوْ فَضَّلَ المَزْوَجَ، وَقَالَ: الخاطِبُ قَبْلْتُ نِكَاحَهُمَا، فَالحَكْمُ كَمَا لَوْ فَضَّلَا جَمِيعاً أَوْ كَمَا لَوْ جَمَعَا جَمِيعاً؟ وَفِيهِ اخْتِلَافٌ لِلأَصْحَابِ وَالأَصْحَحُ عِنْدَ الإِمَامِ الأَوَّلِ، وَالخِلَافُ جَارٍ فِيمَا لَوْ جَمَعَ المَوْجِبُ، وَفَضَّلَ

القابل، ولو جمع بين أختين وأمة، وهو ممن يحل له نكاح الأمة، فنكاح الأختين باطل، وفي نكاح الأمة الخلاف، ولو قال: زوجتك بنتي، وبعثك هذا الزق من الخمر بكذا فقبلهما، فمنهم من طرد القولين في النكاح، والأصح القطع بالصحة؛ لأنهما عقدان مختلفان، وصفتان مختلفان ولو قال: زوجتك ابنتي وابني، أو فرسي، أو زوجتك ابنتي، وهذا الزق من الخمر، فمنهم من طرد القولين في نكاح البنت، والأصح القطع بالصحة؛ لأن المضموم لا يقبل النكاح فلغا ذكره، وإذا قلنا بصحة نكاح البنت فلها مهر المثل إن قلنا فيما إذا جمع بين امرأة محللة وأخرى محرمة أن الواجب للمحللة مهر المثل، وإن قلنا: إن الواجب هناك حصة مهر المثل من المسمى، ففي «التَهْدِيبِ» أن ها هنا يجب جميع المسمى لتعذر التوزيع<sup>(١)</sup> واللّه أعلم.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: (الْجِنْسُ الرَّابِعُ) الْكُفْرُ وَهُمْ ثَلَاثَةٌ أَصْنَافٍ (الْكِتَابِيُّ)، وَتَحِلُّ مُنَاكَحَتَهُمْ وَيَقْرُونَ بِالْحِزْبِيَّةِ وَالْوَثْنِيَّةِ وَالْمَعْطَلُ وَالزَّنْدِيقُ لَا تَحِلُّ مُنَاكَحَتَهُمْ وَلَا يَقْرُونَ بِالْحِزْبِيَّةِ، وَالْمَجُوسُ لَا يَحِلُّ مُنَاكَحَتَهُمْ لَكِنْ يَقْرُونَ بِالْحِزْبِيَّةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْجِنْسُ الرَّابِعُ: مِنْ مَوَانِعِ النِّكَاحِ الْكُفْرُ وَالْكَفَارُ ثَلَاثَةٌ أَصْنَافٍ: أَحَدُهَا: الْكِتَابِيُّونَ، فَيَجُوزُ لِلْمُسْلِمِ مُنَاكَحَتَهُمْ<sup>(٢)</sup> لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَطَعَامَ الَّذِينَ أُوتُوا

(١) قال النووي: ولو تزوج أمتين في عقد، بطل نكاحهما قطعاً كالأختين. وجميع ما ذكرناه في نكاح أمة غيره، أردنا به غير أمة ولده، وأما أمة ولده، ففيها خلاف وتفصيل يأتي إن شاء الله تعالى في «الباب العاشر».

(٢) أكثر أهل العلم والفقهاء الأربعة على القول بحل زواج المسلم بالكتابية الحرة التي بدار الإسلام. ونقل عن ابن عمر والهادي من الزيدية والإمامية من الشيعة القول بتحريمها على المسلم. استدلل المحرمون: - بالكتاب والأثر والمعقول.

أما الكتاب: - فأولاً: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ﴾ وجه الدلالة أن الله تعالى حرم المشركات بالنهي الوارد في الآية. والكتابية مشتركة فيحرم نكاحها وتشهد اللغة والكتاب والسنة بشرك الكتابية. أما اللغة فكون الشرك معناه الإشراك بين شيئين. ومن جعلت عيسى أو عزيز ابناً لله فقد أشركت معه غيره في العبودية. وأما الكتاب فقد نطق بتركها في قوله تعالى: ﴿سُبْحَانَكَ وَتَعَالَى عَمَّا يُشْرِكُونَ﴾.

ونسب إليهم القول بالأبنية لله وهو عين الشرك قال تعالى: ﴿وَقَالَتِ الْيَهُودُ عَزِيزُ ابْنُ اللَّهِ وَقَالَتِ النَّصَارَى الْمَسِيحُ ابْنُ اللَّهِ﴾ وكذلك السنة الصحيحة وصفتهم بالشرك فقد روى البخاري في صحيحه عن الليث عن نافع عن ابن عمر كان إذا سئل عن نكاح الرجل النصرانية أو اليهودية قال «حَرَّمَ اللَّهُ الْمُشْرِكَاتِ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ وَلَا أَعْلَمُ شَيْئاً مِنَ الْإِشْرَاقِ أَعْظَمَ مِنْ أَنْ تَقُولَ الْمَرْأَةُ رَبِّهَا عَيْسَى وَهُوَ عَبْدٌ مِنْ عِبَادِ اللَّهِ».

صرح الحديث بشركهم. ونطق بعلت تسميتهم. وكيف لا تكون الكتابية مشركة وقد توفرت فيها



= علة النهي المقتضية للتحريم وتحقق فيها الوصف الذي نعتت به المشركات في قوله تعالى **﴿أُولَئِكَ يُدْعَوْنَ إِلَى النَّارِ﴾**.

ونوقشت الآية: - نمنع كون الكتابية مشركة من وجوه: أولاها: أن يصرف ما ورد من وصفهم بالشرك إلى غير الحقيقة بأن يقال أطلق لفظ الشرك عليهم باعتبار فعلهم كما صح أن يطلق على المرثي بفعله - أما الوجه الثاني: - أن يوجه الوارد بأن اليهود والنصارى لما ابتدعوا الشرك من عندهم مع أنه ليس في أصل دينهم شرك - إذ الأصل فيه اتباع الكتب المنزلة التي وردت بالتحديد - صح إطلاق اسم الشرك عليهم. وكون العلة المذكورة في عجز الآية المحرمة للمشركات متحققة في الكتابية لا تجعلهما متحدتان في الحقيقة فالفرق بينهما فيها مقرر معروف فضلاً عما في المشركة من الاشتهار بالعداوة الدينية والتظاهر بالمخالفة. وليست الكتابية كذلك لأنها رضية بالقهر والغلبة على أمرها ودفعت الجزية نظير أمانها.

ولو جرينا على القول القائل يكون قوله تعالى: **﴿أُولَئِكَ يُدْعَوْنَ إِلَى النَّارِ﴾** علة لقوله: **﴿وَلَأَمَّةٌ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ﴾** تخرج العلة المذكورة عن دلالتها إذ تكون علة للأفضلية والخيرية لا للتحريم وعليه فلا اشتراك بين المشركة والكتابية في العلة فلا تحرم الكتابية.

واستدلوا ثانياً من الكتاب بقوله تعالى: **﴿وَلَا تُمَسِّكُوا بِعَصَمِ الْكُوفِرِ﴾** وجه الدلالة أن الله حرم على المؤمنين تمسكهم بالكافرات وجعلهن في عصمتهم وذلك مقتضى النهي الوارد في الآية فكان هذا دليلاً على تحريم ابتداء نكاحهن لأنه مفض إلى المنهي عنه.

ونوقشت بتلك الآية بمناقشتين:

أولاهما: أن قوله تعالى: **﴿وَلَا تُمَسِّكُوا بِعَصَمِ الْكُوفِرِ﴾** اللام في الكوافر لتعريف العهد والمعهودات كن مشركات عبدة أو ثان إذ الآية نزلت في مشركات الحديدية. وعليه فلا تتناول الآية الكتابيات. وعلى أن الخطاب متوجه لمن كان في عصمة كافرة مشركة تاركاً لها بدار الحرب تخرج الآية عن الدلالة. وقد فهم الصحابة رضوان الله عليهم منها ذلك فطلق عمر امرأتين كانتا مشركتين بمكة حين نزلت الآية بالحديبية.

وثانيتها: أن الآية نزلت بالحديبية حين هاجر رسول الله إلى المدينة وأنزل الله سورة الممتحنة وفيها الأمر بامتحان المهاجرات فهي واردة في ذلك. ثم أنزل الله حل الكتابيات بعد ذلك في آية أخرى في سورة المائدة هي قوله تعالى: **﴿وَالْمُخَصَّنَاتِ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ﴾**.

دفعهم عنهم بخلاف الذمة. اعلم أنه لا بد من التنبيه على أمرين:

أحدهما: لو قهر ذمي حرية أو حرية ذمية ما حكمه.

والجواب أن ذلك خارج من العلة ففي الصورة الأولى يصح إن اعتقدا ذلك نكاحاً وإلا فلا. وفي الثانية لا يصح لأن على الإمام أن يدفع أهل الحرب عن أهل الذمة وعلى هذا ترد نكاحهن، وَلَكِنْ أَنْتَزَعَهُنَّ مِنْكُمْ دل هذا على عدم جواز نكاح الكتابيات للمسلمين لأنه لو كان نكاحهن حلالاً جائز لما غضب عمر ولأنكر عليه الصحابة. ولصحح طلاقهن فتفريقه وعدم إجازته الطلاق دليل على الحرمة. نوقش: أن المروي عن عمر غير جيد قاله ابن عطية بل قيل إنه غريب. والذي بإسناد جيد عنه أنه قال للذين تزوجوا من الكتابيات طَلَّقُوهُنَّ فَطَلَّقُوهُنَّ إلا حذيفة فقال له عمر طَلَّقَهَا قَالَ تَشْهَدُ أَنَّهَا حَرَامٌ قَالَ هِيَ خَمْرَةٌ قَالَ تَشْهَدُ أَنَّهَا حَرَامٌ قَالَ هِيَ خَمْرَةٌ قَالَ:

طلقها فلما كان بعد طلقها فقبل له ألا طَلَّقْتَهَا جِنَّينَ أَمْرَكَ عَمَرَ قال كرهت أن يرى الناسُ أُنِّي رَكِبْتُ  
 أمراً لا يَنْبَغِي لِي نطق هذا الأثر في نهايته بعدم حرمة الكتائية ودل على عدم التحريم أيضاً طلب  
 عمرُ الطلاق من المتزوجين . ويؤيده ما نقل ابن وهب وابن المنذر نقلاً صحيحاً عن عمر قوله  
 بجواز نكاح الكتائيات .

واستدلوا بالمعقول من وجهين : -

أولهما : أن الكتائية امرأة تعارض دليل حلها وهو قوله تعالى : ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا  
 الْكِتَابَ﴾ مع دليل تحريمها وهو قوله تعالى : ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ﴾ وفي مثل هذا يلزم  
 الرجوع إلى الأصل وهو التحريم لأن الأبضاح مما يلزم الاحتياط فيها فيحرم نكاح الكتائية لذلك .  
 ونوقش :

بتسليم كون الأصل في النكاح الحرمة وأنه لا بد من نص دال على الحل لكن قوله تعالى بعد  
 تعداد محرمات النكاح في سورة النساء ﴿وَأَجَلٌ لَكُمْ وَرَاءَ ذَلِكَ﴾ - لا يخلو من أن تكون نازلة  
 بعد تحريم المشركات أو قبلها . فإن كانت بعدها صح القول بأنها ناسخة لآية البقرة . وإن كانت  
 متقدمة عنها وآية البقرة متأخرة تكون المشركة مستثناة من العموم في آية الحل وعلى كل حال  
 فالكتائيات داخلات في عموم آية الحل غير مخرجات منها لما سبق بيانه من أن اسم المشرك لا  
 يتناول الكتائي . وتكون آية المائدة وهي قوله : ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ﴾ جاءت  
 مؤكدة للحل الوارد في العموم . دافعة لتوهم حرمتهم كما فهم بعض الصحابة .

وثانيهما : - أن الكتائية متمسكة بكتاب دار أمر القول فيه بين حالين هما التغيير أو النسخ . والمغير  
 تزول عنه صفة الكتاب والمنسوخ ترتفع أحكامه . وحينئذ يكون لا فرق بينه وبين ما لم يكن .  
 وعليه تكون الكتائية في حكم من لا كتاب لها . ومن هذا شأنها لا يحل نكاحها لتحقق النقص  
 الفاحش فيها فساوت عابدة الوثن .

ونوقش : -

بأن من لها كتاب مغير أو منسوخ يصح أن تندرج تحت من لها شبهة كتاب نظراً لكتابتها المغير  
 وصحة دينها في أصله فلا مساواة بينها وبين من لا كتاب لها أصلاً . وتفرقة الشارع بينهما في  
 الأحكام دليل على ذلك . فقد حقن دماء الأولى دون الثانية . وكذا أحل ذبيحتها دون الأخرى  
 فناسب أن يفترقا في حكم النكاح .

واستدل المجوزون : بالكتاب والستة : -

أولاً : الكتاب : - وهو قوله تعالى : ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾ عطف الله  
 المحصنات في الآية على الطيبات المصرح بحلها في صدر الآية . والمحصنات معناها الحرائر أو  
 العفيفات فتكون الآية دليلاً على حل الحرائر أو العفيفات من أهل الكتاب . لأن قضية العطف  
 التشريك في الحكم . وهذه الآية محكمة ليس بمنسوخ حكمها على القول بعدم تناول آية البقرة .  
 وهي قوله تعالى : ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ﴾ - للكتائيات . إذ تكون كل من الأيتين جار على  
 أفرادها . وعليه فلا نسخ ولا تخصيص . وعلى أن آية البقرة متناولة للكتائيات تكون هذه الآية  
 مخصصة للعموم أو ناسخة له على الخلاف المعروف في علم الأصول .

فإن ورد على هذا - عدم تسليم تفسير المحصنات بالحرائر أو العفيفات . وتفسيرها بالمسلمات  
 لأن المراد بهن اللاتي كن كتائيات فأسلمن . استناداً إلى قوله تعالى : ﴿مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ أُمَّةٌ قَائِمَةٌ

يَتْلُونَ آيَاتِ اللَّهِ آنَاءَ اللَّيْلِ وَهُمْ يَسْجُدُونَ يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ﴿١﴾ وقوله: ﴿وَإِنَّ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ لَمَنْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ﴾ - وإلى أن الصحابة قبل نزول آية المائدة كانوا يتخرجون عن الزواج بالكتابات اللاتي أسلمن فأنزل الله هذه الآية بياناً لحلهن أجيب عن ذلك:

بأن تفسير المحصنات بالمسلمات غير صحيح من وجوه متعددة الوجه الأول: إن الله تعالى قد ذكر المؤمنات في قوله: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ قبلها فانظم هذا سائر المؤمنات ممن كن كتابيات أو مشركات فأسلمن ومن نشأن على دين الإسلام. فإذا عطف بعد ذلك المحصنات من الذين أوتوا الكتاب لم يكن من الجائز أن يراد بالجملة المعطوفة ما أفادته الجملة قبلها إذ المؤمنات اللاتي كن كتابيات أن كن قد انقرضن فلا فائدة لأنه لا يتصور الخطاب بحل الأموات. للمخاطبين الأحياء وإن كن أحياء ودخلن في دين الإسلام فالحل معلوم من الجملة قبلها ولا حجة إلى التكرار ولا إلى خلو الكلام عن الفائدة لأنه عبث عليه تعالى محال. الوجه الثاني: أن في القول بهذا التأويل الذي ذهب إليه ابن عمر صرف اللفظ عن ظاهره بلا مقتضى وهو غير جائز.

الوجه الثالث: أن تفسير المحصنات بالمسلمات تفسير إرادة الإلفة أما تفسيرها بالعفيفات فتفسير لغة. لأن الإحصان في اللغة عبارة عن المنع ومعنى المنع يحصل بالعفة والصلاح كما يحصل بالحرية والإسلام والنكاح إذ الكل مانع للمرأة عن ارتكاب الفاحشة فيتناولهن عموم المحصنات. ومما يرجح تفسيرها بالعفيفات وورد الإحصان بمعنى العفة في كلام الله قال تعالى: ﴿مُحْصَنَاتٍ غَيْرَ مُسَافِحَاتٍ وَلَا مُتَّخِذَاتِ أَخْدَانٍ﴾.

الوجه الرابع: عدم قول أحد من أهل العلم بأن المراد من قوله تعالى: ﴿وَطَعَامَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ﴾ طعام من كانوا أهل كتاب فأسلموا مرجح لعدم تفسير المحصنات من الذين أوتوا الكتاب بمن كن أهل كتاب فأسلمن وكيف يراد ذلك وقوله: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ﴾ تفيد حصول الوصف في حال الإباحة وهو منفي علي تلك الإرادة.

أما تأييد المدعي دعواه بما ورد في الآيتين ﴿مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ أُمَّةٌ﴾ ﴿وَإِنَّ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ﴾ الآية، فلا يفيد لأن تقيدهما بالإيمان دليل على أنه لم يرد بهم أهل الكتاب عند الإطلاق بل أراد بهم طائفة معينة منهم ذلك لأن لفظ أهل الكتاب إذا أطلق من غير تقييد انصرف إليهم من غير إرادة من أسلم منهم. فإن أريد نوع آخر جاء اللفظ مقيداً دون إطلاق كما في الآيتين المذكورتين. وعليه فذكر آية المائدة مطلقة لا مقيدة يدل على أن المراد بأهل الكتاب فيها حقيقة اللفظ عند الإطلاق.

وإن ورد على دليل الجمهور ثانياً:

إن آية المائدة منسوخة بآية البقرة فقد روى جعفر بن مجاشع قال سمعت إبراهيم بن إسحق الحربي يقول في آية البقرة وجه ذهب إليه قوم جعلوا التي في البقرة هي الناسخة والتي في المائدة هي المنسوخة يعني فحرموا نكاح كل مشركة كتابية أو غير كتابية.

أجيب عن ذلك:

يمنع نسخ آية المائدة بآية البقرة لأن البقرة من أول ما نزل بالمدينة والمائدة من آخر ما نزل بها. والمتأخر ينسخ المتقدم. وعلى تسليم كون آية المائدة منسوخة لا يتم الدليل إلا إذا كانت آية البقرة الناسخة عامة في الوثنيات والكتابيات وليست كذلك لورود العطف المقتضي للمغايرة في غير آية من القرآن مثل ﴿مَا يَوَدُّ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَلَا الْمُشْرِكِينَ﴾ وقوله: ﴿لَمْ يَكُنْ

الْكِتَابِ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾ [المائدة: ٥] ولا فرق في الجواز بين أن تكون الكتابية حربية، أو ذمية، أو مستأمنة، لكن يكره نكاح الحربية<sup>(١)</sup>؛ لأن الإقامة فيما بين أهل الحرب

= الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمُشْرِكِينَ - وحتى على القول بالعموم تكون آية المائدة مخصصة لآية البقرة أو ناسخة والعكس ممنوع. ثم لا يعكس ذلك على الدليل لأنه لما لم يكن سبيل إلى التوفيق بين تلك الآيتين إلا بذلك وجب المصير إليه.

واستدل المجوزون ثانياً بالسنة: وهي ما رواه جابر بن عبد الله عن رسول الله ﷺ أَنَّهُ قَالَ «تَزَوَّجُوا نِسَاءَ أَهْلِ الْكِتَابِ وَلَا يَتَزَوَّجُونَ نِسَاءَنَا» أخرجه أبو داود في سننه وعن عبد الرزاق، وابن جرير عن عمر بن الخطاب قال: «الْمُسْلِمُ يَتَزَوَّجُ النُّصْرَانِيَّةَ وَلَا يَتَزَوَّجُ النُّصْرَانِي الْمُسْلِمَةَ».

دل ما تقدم على حل الكتابية للمسلم وأيده فعل بعض الصحابة فقد تزوجوا بكتابيات ولم ينكر بعضهم على بعض - روى الخلال بسنده أن حذيفة بن اليمان وطلحة بن الجارود بن المعلی، وأذينة العبدي تزوجوا النساء من أهل الكتاب كما روي عن عمر وعثمان وغيرهما من الصحابة القول بإباحتهن.

ونوقش:

بأن الرواية عن عمر مضطربة ففي بعضها القول بالحل وفي أخرى تفرقه بين من تزوج بكتابيات وبين أزواجهن. ومع هذا الاضطراب لا يأخذ بقوله. ويمكن تأويل الحديث الأول: بأن ذلك كان في زمن قلة النساء المؤمنات في ابتداء الإسلام. وأجيب.

بأن الرواية الصحيحة عن عمر هي الناطقة بحل تزوج المسلم للنصرانية وهي نص فلا يعارضها غيرها. والدليل على ذلك أن بعضاً من الصحابة قدموا على التزوج بكتابيات منهم طلحة وكعب ابن مالك وعثمان بن عفان. وكذا خطب المغيرة بن شعبة هنداً بنت النعمان بن المنذر وكانت تنصرت. وثبت عن الصحابة طلاقهم للكتابيات وهو دليل على حل نكاحهن. والقول: بأن ما ورد عن الصحابة محمول على زمن قلة النساء المؤمنات لا يستند إلى دليل وإنما يعتمد عليه لو لم يكن كتاب أو ستة واردين بالحل. وغاية ما يفيد هذا الحمل هو كراهية الكتابيات لاحرمتهن على المسلمين وقد قال بالحل مع الكراهة. وبأنه خلاف الأولى المالكية والحنفية وعللوا الكراهة بأن الكتابية تشرب الخمر وتأكل الخنزير فلا تؤمن على تربية أولادها.

وبالنظر في أدلة الفريقين وما ورد عليها يترجح مذهب الجمهور القائل بحل تزوج الكتابية الحرة للمسلم. وتكون تسمية اليهود والنصارى مشركين من باب إرادة الشرك الاصطلاحي لا الشرك اللغوي المعروف. لأنه لا يبعد أن لا يكون هذا اسماً إسلامياً أريد به غير حقيقته اللغوية ونظر ذلك لفظ مؤمن في الأصل اللغوي من آمن إذا صدق بأي شيء. فصار اسماً إسلامياً لا يطلق إلا على من آمن بمحمد. وأمثلة لفظ المنافق. وتسمية ما أسكر كثيره خمراً. أو يقال إنه سبحانه وتعالى راعى في مقام التوبيخ والتسفيه لأهل الكتاب ناحية الشرك الطارئة فوصفهم بها وأما في مقام الأحكام وما يربط المسلمين بهم فقد راعى فيهم الناحية الأصلية وهي كونهم أهل كتاب. وما معنا من الثاني فتكون الكتابيات حلال للمسلمين.

(١) اختلفت المذاهب في هذه المسألة فذهب ابن عباس إلى القول بعدم حل نساء أهل الكتاب إذا كانوا حرباً للمسلمين.

وذهب جمهور الفقهاء إلى القول بالحل مع الكراهة.

استدل ابن عباس: أولاً: -

يقول تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾ وجه الدلالة له من الآية أنه سبحانه أحل نكاح الكتابيات والمراد بهن الذميات دون الحريات لأنهن اللاتي يتمكن المسلمون من الركون إليهن وتطمئن نفوسهم إلى الزواج بهن.

واستدل ثانياً: -

بقوله تعالى: ﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُفْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾.

وجه الدلالة أن من لم يؤد الجزية من الكفار للمسلمين فهو محارب لهم منهي عن محبته ومودته. ولما كان النكاح نوع مودة ومحبة فيحرم.

ونوقش: -

بأن تخصيص الآية الأولى بالذميات تخصيص بلا دليل. وبأن الآيتين المستدل بهما على تحريم النكاح لم يتعرضا لذلك بل الأولى أفادت حله والثانية دعت إلى قتال من أبي دفع الجزية. وعدم قتل من دفعها مع صغار وذلة حيث لا علاقة دفع الجزية وحل النكاح لا يبين عدم دفعها وحرمة فلا دلالة في الآية على تحريم الكتابية الحربية أو حلها.

بل لقد أحل الشارع أخذ الجزية من المجوسية مع تحريمه نكاحها قال ﷺ: «سُئِلُوا بِالْمَجُوسِ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ غَيْرِ نَاكِحِي نِسَائِهِمْ وَلَا أَكِلِي ذَبَائِحِهِمْ».

واستدل ثالثاً: -

بقوله تعالى: ﴿لَا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾.

وجه الدلالة: أن الله سبحانه وتعالى شدد التكبير على قوم آمنوا بربهم وباليوم الآخر يتحبيون إلى من ناصب المسلمين العداة وعصوا الله واعتصموا بدارهم مرتبصين بالمسلمين الدوائر. وإذا كانت هذه الصفات موجودة في الكتابية المحاربة كانت مندرجة تحت ما نهى عن مودتهم ومحبتهم.

فكان ذلك نهياً عن نكاحها لما فيه من المودة قال تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾.

ونوقش: -

بأن الآية اقتضت النهي عن مودة أهل الحرب ولم تتعرض لتحريم النكاح وهو لا يثبت بالقياس فلا دلالة فيها. وكون عقد النكاح طريقاً إلى المودة لا يلزم منه تحريم النكاح بل كراهة وقد قال بها جمهور الفقهاء.

واستدل الجمهور على الحل: - أولاً: -

بقوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾ دلت الآية بعمومها على حل الكتابية مطلقاً ذمية أو حربية.

واستدلوا ثانياً: -

بأن اختلاف الدار لا تأثير له في تحريم النكاح ولا حله فلا يكون استيطان الكتابية لدار الحرب محرماً لها: بعد الحل وهي بدار الإسلام كما لم تحرم المسلمة إذا كانت بدار الحرب اتفاقاً.

يكثُر سوادهم، وأيضاً فيخاف من الميل إليها الفتنة في دينه وأيضاً، فقد تُسْتَرَقُّ وهي حَامِلٌ منه، ولا يقبل قولها في أن حملها من مسلم، وإن كاتب ذمياً، فالكراهية أخفُّ، لفقدان بعض هذه المعاني.

وفيه وجةٌ: أنه لا كراهية في نكاح الذمّية، وهذا ما أورده الإمام وصاحب «التتمة»: أيضاً، والظاهر الأول، ويُرْوَى عن مَالِكٍ وَأَبِي حَنِيفَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - مثله، والمراد من الكتابيين اليهود والنصارى، فأما الذين يتمسكون بكتب سائر الأنبياء - عليهم السلام - الْأَوَّلِينَ كَصُحُفِ شِيث وإدريس - عليهم السلام - وإبراهيم - عليه السلام - أو بالزبور، فلا تحلّ مناحتهم، واختلفوا في سببه، فمن قائل إنها لم تنزل عليهم بنظم يُدْرَسُ وَيُنْتَلَى، وإنما أوحى إليهم معانيها، ومن قائل: إنها كانت حكماً ومواعظ، ولم تتضمن أحكاماً وشرائع.

وفيه وجةٌ آخرُ نذكره في «الجزية» إن شاء الله تعالى.

= واستدلوا على الكراهة: ..

بأن نكاح الكتابية المقيمة بدار الحرب مفض إلى أمور - منها - تكثير سواء الكفار وفتح الطريق لإجراء أحكامهم على المسلمين إذ لا يبعد أن يهيم المسلم بزوجه الكتابية الحربية فيستدعيه ذلك إلى المقام معها والبقاء بجانبها. وفي ذلك ما تقدم آنفاً. وسبب في براءة الرسول عليه السلام منه أن يقول: «أنا بريءٌ من كلِّ مُشْرِكٍ لا تُرَايَ نَارَاهُمَا» ومعناه أنه عليه السلام متبرئ من المسلم المستكين بدار الحرب الذي لا يدافع عن الإسلام ويُرَضَى بالخضوع لسلطان المشركين - وكان مقتضى هذا الحديث تحريم الكتابية الحربية لكن العمومات التي وردت بالحل أفادت حرف الحديث إلى الكراهة.

ومن الأمور التي تترتب على التزوج بالكتابية الحربية احتمال تعريض ولد المسلم للرق وتنشئة على عادات الكفار وتخلقه بأخلاقهم، وتعليمه طقوس دينهم وعباداتهم بسبب اختلاطه الشديد بهم مع تعذر تحوله بعد ذلك.

وبيان هذا - أنه قد يُفْرَضُ للزوج المسلم أن يترك زوجته الكتابية بدار الحرب ويهاجر إلى دار الإسلام المهمة. وقد يحدث في تلك الآونة أن يتغلب المسلمون على الكفار وتقع الزوجة أسيرة في يد المسلمين وهي حامل. وقد لا يصدقها المسلمون أن حملها من مسلم. فمن هنا يولد الولد رقيقاً مملوكاً لمن وقعت أمه في يده. حتى لو لم تقع المرأة في السبي وترك المسلم زوجة بدار الحرب تترتب ما قدمنا. وفي تفكيك الوحدة الإسلام وتمزيق الجماعة المسلمين.

هذه وجهة الفريقين. بالنظر فيها نرى أن الراجح مذهب الجمهور القائل بالحل مع الكراهة - وعندي - أن يتقيد هذا الحل برأي إمام المسلمين بمعنى أنه ينظر في سلوك الزوج فإن خيف منه إفشاء أسرار الدولة وتعريضها للخطر لم يُمضَ هذا النكاح ومنعه من مباشرته. وفي تلك الحالة يكون التزوج بالحربية وإن كانت كتابية محرماً. أما إذا أمن الإمام جانبه وعرف منه المحافظة على بلاء الإسلام والمسلمين فلا يحرم عليه التزوج.

**والصَّنْفُ الثَّانِي:** الَّذِينَ لَا كِتَابَ لَهُمْ، وَلَا شِبْهَةَ كِتَابٍ؛ لَعَبْدَةَ الْأَوْثَانَ وَالشَّمْسَ وَالنَّجْمَ وَالصُّورَ الَّتِي يَسْتَحْسِنُونَهَا وَمَعَطْلَةَ وَالزَّنَادِقَةَ، وَالْبَاطِنِيَّةَ، لَعَنَهُمُ اللَّهُ، فَلَا تَحِلُّ مَنَاكَحَتَهُمْ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ﴾ [البقرة: ٢٢١] قَالَ صَاحِبُ «الْكِتَابِ» فِي «الْإِحْيَاءِ»: وَمِنْ هَذَا الصَّنْفِ الْمُعْتَقِدُونَ لِمَذْهَبِ الْإِبَاحَةِ، وَكُلُّ مَذْهَبٍ يَكْفُرُ مَعْتَقِدُهُ.

**والصَّنْفُ الثَّالِثُ:** الَّذِينَ لَا كِتَابَ لَهُمْ، وَلَكِنْ لَهُمْ شِبْهَةُ كِتَابٍ، وَهَمَّ الْمَجُوسُ، وَهَلْ كَانَ لَهُمْ كِتَابٌ؟ فِيهِ قَوْلَانِ:

أحدهما: لَا؛ لِمَا رُوِيَ أَنَّهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ: «سُئِلُوا بِهَمِّ سُنَّةِ أَهْلِ الْكِتَابِ»<sup>(١)</sup> وَهَذَا يَشْعُرُ بِأَنَّهُمْ لَيْسُوا بِأَهْلِ كِتَابٍ.

وَأَشْبَهُهُمَا: نَعَمْ، لِمَا رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّهُ كَانَ لَهُمْ كِتَابٌ، فَبَدَّلُوهُ، فَأَصْبَحُوا، وَقَدْ أُسْرِيَ بِهِ<sup>(٢)</sup>، وَعَلَى كَلَا الْقَوْلَيْنِ لَا تَحِلُّ مَنَاكَحَتَهُمْ، أَمَا عَلَى

(١) أَخْرَجَهُ مَالِكٌ [٢٠٧/١] فِي الْمَوْطِئِ وَالشَّافِعِيُّ [١١٨٤] عَنْهُ عَنْ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَمْرِو بْنِ أَبِي عَمْرٍو أَنَّهُ قَالَ: مَا أَدْرِي مَا أَصْنَعُ فِي أَمْرِهِمْ؟ فَقَالَ لَهُ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ: أَشْهَدُ لَسَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: سُنُّوا بِهَمِّ سُنَّةِ أَهْلِ الْكِتَابِ، قَالَ مَالِكٌ: يَعْنِي فِي الْجَزِيَّةِ، وَكَذَا رَوَاهُ يَحْيَى الْقَطَّانُ عَنْ جَعْفَرٍ أَخْرَجَهُ أَبُو عُبَيْدٍ فِي كِتَابِ الْأَمْوَالِ، وَهُوَ مَنْقُوعٌ لِأَنَّ مُحَمَّدَ بْنَ عَلِيٍّ لَمْ يَلِقْ عَمْرًا وَلَا عَبْدَ الرَّحْمَنِ، وَقَدْ رَوَاهُ أَبُو عَلِيٍّ الْحَنْفِيُّ عَنْ مَالِكٍ عَنْ جَعْفَرٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ، قَالَ الْخَطِيبُ فِي الرَّوَاةِ عَنْ مَالِكٍ: تَفَرَّدَ بِقَوْلِهِ عَنْ جَدِّهِ أَبُو عَلِيٍّ، قُلْتُ: وَسَبَقَهُ إِلَى ذَلِكَ الدَّارِقُطْنِيُّ فِي غَرَائِبِ مَالِكٍ وَهُوَ مَعَ ذَلِكَ مَنْقُوعٌ، لِأَنَّ عَلِيَّ بْنَ الْحُسَيْنِ لَمْ يَلِقْ عَمْرًا وَلَا عَبْدَ الرَّحْمَنِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الضَّمِيرُ فِي جَدِّهِ يَعُودُ عَلَى مُحَمَّدٍ، فَجَدُّهُ حُسَيْنٌ سَمِعَ مِنْهُمَا، لَكِنْ فِي سَمَاعِ مُحَمَّدٍ مِنْ حُسَيْنٍ نَظَرٌ كَبِيرٌ، وَرَوَاهُ ابْنُ أَبِي عَاصِمٍ فِي كِتَابِ النِّكَاحِ بِسُنْدِ حَسَنِ قَالَ نَا إِبْرَاهِيمَ بْنَ الْحِجَّاجِ نَا أَبُو رَجَاءٍ جَارٌ لِحَمَادِ بْنِ سَلْمَةَ نَا الْأَعْمَشُ عَنْ زَيْدِ بْنِ وَهَبٍ قَالَ: كُنْتُ عِنْدَ عَمْرِو بْنِ الْخَطَّابِ فَذَكَرَ مِنْ عِنْدِهِ الْمَجُوسَ، فَوُثِبَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ فَقَالَ: أَشْهَدُ بِاللَّهِ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ لَسَمِعْتُهُ يَقُولُ: إِنَّمَا الْمَجُوسُ طَائِفَةٌ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ، فَاحْمَلُوهُمْ عَلَى مَا تَحْمِلُونَ عَلَيْهِ أَهْلَ الْكِتَابِ قَالَ الْحَافِظُ.

(٢) أَخْرَجَهُ الشَّافِعِيُّ عَنْ سَفِيَانَ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمَرْزِبَانَ عَنْ نَصْرِ بْنِ عَاصِمٍ، قَالَ: قَالَ فِرْوَةَ بْنُ نَوْفَلٍ: عَلَى مَا تَوَخَّذَ الْجَزِيَّةَ مِنَ الْمَجُوسِ، وَلَيْسُوا بِأَهْلِ كِتَابٍ، فَذَكَرَ الْقِصَّةَ فِي إِنْكَارِ الْمَسْتَوْدِ عَلَيْهِ ذَلِكَ، وَفِيهَا قَالَ عَلِيٌّ: أَنَا أَعْلَمُ النَّاسَ بِالْمَجُوسِ، كَانَ لَهُمْ عِلْمٌ يَعْلَمُونَهُ، وَكِتَابٌ يَدْرُسُونَهُ، وَإِنْ مَلَكَهُمْ سَكْرٌ فَوَقَّعَ عَلَى ابْنَتِهِ أَوْ أُخْتِهِ، فَاطَّلَعَ عَلَيْهِ بَعْضُ أَهْلِ مَمْلَكَتِهِ، فَلَمَّا أَصْبَحَ جَاؤُوا لِيَقِيمُوا عَلَيْهِ الْحَدَّ، فَامْتَنَعَ مِنْهُمْ، فَدَعَا أَهْلَ مَمْلَكَتِهِ فَقَالَ: تَعْلَمُونَ دِينًا خَيْرًا مِنْ دِينِ آدَمَ، قَدْ كَانَ آدَمُ يَنْكَحُ بَنِيهِ مِنْ بَنَاتِهِ، فَأَنَا عَلَى دِينِ آدَمَ وَمَا نَرُغِبُ بِكُمْ عَنْ دِينِهِ، فَبَايَعُوهُ عَلَى ذَلِكَ وَقَالُوا مِنْ خَالَفَهُمْ، فَأَصْبَحُوا وَقَدْ أُسْرِيَ عَلَى كِتَابِهِمْ، فَرَفَعَ مِنْ بَيْنِ أَظْهَرِهِمْ، وَذَهَبَ الْعِلْمُ الَّذِي فِي صُدُورِهِمْ، وَهَمَّ أَهْلُ كِتَابٍ، وَقَدْ أَخَذَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مِنْهُمْ الْجَزِيَّةَ، قَالَ ابْنُ خَزِيمَةَ وَهَمَّ فِيهِ ابْنُ عَيْنَةَ فَقَالَ نَصْرُ بْنُ عَاصِمٍ: وَإِنَّمَا هُوَ عَيْسَى بْنُ عَاصِمٍ، قَالَ: وَكُنْتُ أَظُنُّ أَنَّ الْخَطَأَ مِنَ الشَّافِعِيِّ، إِلَى أَنْ وَجَدْتُ غَيْرَهُ تَابِعَهُ عَلَيْهِ، وَقَدْ رَوَاهُ مُحَمَّدُ بْنُ فَضْلِ وَالْفَضْلُ بْنُ مُوسَى، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمَرْزِبَانَ =

الأول، فظاهر، وأما على الثاني، فَإِنَّهُ لَا كِتَابَ بِأَيْدِيهِمْ الْيَوْمَ، وَلَا نَتَيْقُنُهُ مِنْ قَبْلِ، فَنَحْتَاط، وَأَيْضاً، قَدْ رُوِيَ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَنِ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «أَنَّهُ قَالَ: «سُئِلُوا بِهَمِّ سُنَّةِ أَهْلِ الْكِتَابِ، غَيْرَ نَاكِحِي نِسَائِهِمْ، وَلَا أَكْلِي ذَبَائِحِهِمْ»<sup>(١)</sup>.

وعن أبي إسحاق وأبي عبيد بن خزيمه؛ أَنَّهُ تَحَلَّى مَنَّاكَحْتَهُمْ عَلَى قَوْلِنَا: إِنَّهُ كَانَ لَهُمْ كِتَابٌ، وَهَذَا ضَعِيفٌ عِنْدَ الْأَصْحَابِ، وَإِنَّمَا يَنْقُذُ عَلَى ضَعْفِهِ، إِذَا قَالَ: مَنْ أُثْبِتَ لَهُمْ كِتَاباً أَنَّهُ كَانَ مَثَلِهَا، أَوْ مُتَضَمِّناً لِلْأَحْكَامِ، وَإِنْ قَنَعَ مِنْ قَالِ بِهِ بِأَصْلِ الْكِتَابِ، لَزِمَهُ مَثَلُهُ فِي صُحُفِ إِبْرَاهِيمَ عَلَيْهِ السَّلَامُ، وَمَا فِي مَعْنَاهَا.

### فُرُوعٌ:

فِي نِكَاحِ الْكِتَابِيَّةِ هِيَ كَالْمُسْلِمَةِ فِي النِّفْقَةِ وَالْقَسْمِ وَالطَّلَاقِ وَعِلْمَةُ أَحْكَامِ النِّكَاحِ، نَعَمْ لَا تَوَارَثُ بَيْنَهُمَا، وَلَا تُغَسَّلُ الزَّوْجُ، إِذَا اعْتَبَرْنَا النِّيَّةَ، فِي غُسْلِ الْمَيْتِ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ لَا يَصِحُّ مِنْهَا النِّيَّةُ، وَإِذَا طَهَّرَتْ عَنِ الْحَيْضِ وَالنَّفَاسِ، أَمَرَهَا الزَّوْجُ بِالِاغْتِسَالِ، فَإِنْ امْتَنَعَتْ، أُجْبِرَ عَلَيْهَا<sup>(٢)</sup>، وَاسْتِفَادَ الْحُلَّ، وَإِنْ لَمْ يَوْجَدْ مِنْهَا النِّيَّةَ لِلزَّرُورَةِ، كَمَا تَجِبُ

= عن عيسى بن عاصم. قال الشافعي: وحديث علي هذا متصل وبه تأخذ، وهذا كالتوثيق منه لسعيد بن المرزبان وهو أبو سعد البقال، وقد ضعفه البخاري وغيره، وقال يحيى القطان: لا أستحل الرواية عنه، ثم هو بعد ذلك منقطع، لأن الشافعي ظن أن الرواية متقنة، وأنها عن نصر ابن عاصم، وقد سمع من علي وليس كذلك، وإنما هي عن عيسى بن عاصم كما بيناه وهو لم يلق علياً ولم يسمع منه، ولا ممن دونه كابن عباس وابن عمر، نعم له شاهد يعتضد به أخرجه عبد بن حميد في تفسيره في الحسن الأشيب عن يعقوب العمي عن جعفر بن أبي المغيرة عن عبد الرحمن بن أبزي قال: قال علي: كان المجوس أهل كتاب، وكانوا متمسكين به، فذكر القصة وهذا إسناد حسن، وحكى ابن عبد البر عن أبي عبيد أنه قال: لا أرى هذا الأثر محفوظاً، قال ابن عبد البر: وأكثر أهل العلم يابون ذلك، ولا يصححون هذا الحديث، والحجة لهم قوله تعالى: «أَنْ تَقُولُوا إِنَّمَا أَنْزَلَ الْكِتَابَ عَلَى طَائِفَتَيْنِ مِنْ قَبْلِنَا» الآية قاله الحافظ.

(١) قال الحافظ: تقدم دون الاستثناء، لكن روى عبد الرزاق وابن أبي شيبة والبيهقي [١٩٢/٩] من طريق الحسن بن محمد بن علي قال: كتب رسول الله ﷺ إلى مجوس هجر يعرض عليهم الإسلام، فمن أسلم قبل، ومن أصر ضربت عليه الجزية، على أن لا تؤكل لهم ذبيحة، ولا تنكح لهم امرأة، وفي رواية عبد الرزاق: غير ناكحي نساتهم، ولا أكلي ذبائحهم، وهو مرسل، وفي إسناده قيس بن الربيع وهو ضعيف، قال البيهقي: وإجماع أكثر المسلمين عليه يؤكد.

تنبيه: تبين أن الاستثناء في حديث عبد الرحمن مدرج، ونقل الحربي الإجماع على المنع إلا عن أبي ثور، ورده ابن حزم بأن الجواز ثبت عن سعيد بن المسيب أيضاً، وأخرج ابن أبي شيبة من طريقه جواز التسري من المجوس بإسناد صحيح، وعن عطاء وطاوس وعمرو بن دينار كذلك. (٢) أي للحليل إجبارها على ذلك إذا طهرت لتوقف حل الوطء عليه، وقضية هذا أن الحيض لا



المسلمة المجنونة، وعن الحليمي تخريج على الإجماع على الغُسل؛ أن للسيد إجماعاً أمته  
المجوسية، والوثنية على الإسلام؛ لأن حل الاستمتاع يتوقف عليه، والمذهب خلافه؛  
لأن الرق أفادها الأمان من القتل، فلا تُجبرُ كالمستأمنة، وليس كالاعتسال، فإنه لا يعظم  
الأمر فيه، ولا يعتبر فيه تبديل الدين، وأيضاً، فإن غسلها غسلُ تنظيفٍ لا غسلُ عبادة؛  
ألا ترى أنها، إذا أسلمت، لا تصلي بذلك الغسل؛ والتنظيف حق الزوج، فجاز أن  
يجبرها عليه، والإسلام ليس حقاً له، حتى يجبرها عليه، وفرق الشيخ أبو عاصم بأن  
المجوسية دخلت في ملكه، ولأجله فاشبه ما لو اشترى جارية قد أحرمت، أو شرعت  
في الصوم بأذن السيد، ليس له تحليلها، وههنا كانت الزوجة الكتابية حلالاً له، ثم طراً  
الحيض المحرم، فأمرت برفع أثره، لكن هذا يخدشه ما إذا نكحها، وهي حائض،  
واختلف كلام الشافعي - رضي الله عنه - في أنه هل يجبر زوجته الكتابية على الغسل من  
الجنابة، فقال أكثر الأصحاب: هما قولان؛ في قول: يجبرها عليه، كما يجبرها على  
إزالة النجاسات، وفي قول: لا، لأنها لا تتعدى، ولا يمنع الاستمتاع، ومنهم من حمل  
الإجماع على ما إذا طالّت المدة، وكانت النفس تعافها، والمنع على غير هذه الحالة،  
وأما المسلمة فهي مجبورة على الغسل من الجنابة، هكذا أطلقه في «التهديب»<sup>(١)</sup> وتجبر  
المسلمة والكتابية على التنظيف بالاستحداد، وقلم الظفر، وإزالة شعر الإبط والأوساخ،  
إذا تفاحش شيء من ذلك، حتى نفر التواق، وإذا كان بحيث لا يمنع أصل الاستمتاع،  
ولكن يمنع كماله، فقولان، كما في غسل الجنابة، ويجريان في منع الكتابية من أكل  
لحم الخنزير للاستقذار، وفي كل ما يمنع كمال الاستمتاع، والأصح أن للزوج المنع  
منه، وعلى هذا الخلاف المنع من أكل كل ما يتأذى برائحته، كالثوم والكراث، ومنهم  
من قطع بجواز المنع منه، وله المنع من شرب ما تسكر به؛ لأنها حينئذ لا ترد يد  
لايس، وتلتحق بالمجنونة، فيختل الاستمتاع، وفي القدر الذي لا يسكر القولان،  
ويجريان في منع المسلمة من هذا القدر من النبيذ، إذا كانت تعتقد إباحته، ومنهم من  
قطع بجواز المنع مطلقاً؛ لأن ذلك القدر لا ينضب، فإن من الناس من يتأثر باليسير  
منه، ومهما تنجس فيها أو عضو آخر، فلا خلاف أنه يجبرها على غسله، ليتمكن [من]  
الاستمتاع، ويمنعها من لبس جلد الميتة قبل الدباغ، ولبس ما له رائحة كريهة كأكل ما  
له رائحة كريهة ويمنع الكتابية من البيع والكنائس، كما تمنع المسلمة من الجماعات

= يجبرها على ذلك لاعتقاد الحل عند الانقطاع لكن قال القاضي أبو الطيب: لا أعرف أحداً من أصحابنا فرق بين الشافعي والحنفي. قال البلقيني: ووجه أن هذا لا يتوقف عليه كمال الاستمتاع.

(١) قال النووي: ليس هو على إطلاقه، بل هو فيما إذا طال بحيث حضر وقت صلاة، فلما إذا لم تحضر صلاة، ففي إجبارها القولان، وهما مشهوران حتى في «التنبيه». والأظهر من القولين الإجماع.

والمساجِد، قوله في الكتاب «والمجوس لا تحل مناكحتهم» أُعْلِمَ بالواو، وقد ذكر هناك من يقر بالجزية من الأصناف الثلاثة، ومن لا يقر، وهذا سيعود في «كتاب الجزية» إن شاء الله تعالى.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: لَكِنْ إِنَّمَا يَجُوزُ نِكَاحُ كِتَابِيَّةِ هِيَ مِنْ أَوْلَادِ بَنِي إِسْرَائِيلَ وَأَمَنْ أَوْلُ آبَائِهَا قَبْلَ التَّحْرِيفِ، فَإِنْ قَدَّ النَّسَبُ فِيهَا قَوْلَانِ، وَلَوْ أَمَنْ آبَاؤُهَا بَعْدَ التَّحْرِيفِ أَوْ شُكَّ فِيهِ فَبِهَا قَوْلَانِ، وَإِنْ أَمَنْ بَعْدَ الْمَبْعَثِ أَوْ شُكَّ فِيهِ لَمْ تُنْكَحْ، وَالتَّهَوُّدُ بَعْدَ بَغْتِ عَيْسَى صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَهَوُّ بَعْدَ مَبْعَثِ مُحَمَّدٍ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَلَى وَجْهِ، وَالصَّابِئُونَ وَالسَّامِرَةُ إِنْ كَانُوا مُلْحِدَةً عِنْدَ الْيَهُودِ وَالنُّصَارَى لَمْ يُنَّاكِحُوا، وَإِنْ كَانُوا مُبْتَدِعَةً حَلَّ نِكَاحُهُمْ، وَقِيلَ قَوْلَانِ مُطْلَقًا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ مَسْأَلَتَانِ:

إحدهما: في صفة الكتابية التي يَنْكِحُهَا المسلم، الكتابية؛ إما ألا تكون من أولاد بني إسرائيل، أو تكون منهم.

القسم الأول: الكتابية التي ليست من أولاد بني إسرائيل ولها أحوال:

الحالة الأولى: أن تكون من قوم يعلم دخولهم في ذلك الدين قبل تَطَرُّقِ التحريف والنسخ إليه، ففي نكاحها قولان، بتوهُمَا على أن الإسرائيليات يُنْكَحْنَ لفضيلتي الدين، والنسب جميعاً، أو لفضيلة الدين وحدها، والأصح الجواز؛ لتمسكهم بذلك الدين حين كان حقاً، ومنهم من قطع بهذا، ولم يُثَبِّت الخلاف، وهؤلاء يقرُّون بالجزية لا محالة، وحلُّ الذبيحة يجري مجرى المناكحة.

الحالة الثانية: إذا كانت من قوم يُعْلَمُ دخولهم في ذلك الدين بعد التحريف وقبل النسخ، فإن تمسكوا بالحق منه، وتجنَّبوا المحرَّف، فكما في الحالة الأولى، وإن دخلوا في المحرَّف، فمنهم من قال: في نكاحها قولان أو وجهان، وجه الجواز؛ أن الصَّحَابَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُم - تزوجوا مِنْهُنَّ، ولم يَنْحَثُوا<sup>(١)</sup>، وجه المنع بطلان الفضيلة

(١) أخرجه البيهقي [١٧٢/٧] عن عثمان: أنه نكح ابنة الفرافصة الكلية، وهي نصرانية على نسائه، ثم أسلمت على يديه، وله عن حذيفة: أنه تزوج كتابية، وفي رواية له: أن عمر أمره أن يفارقها، وفي رواية له: أن حذيفة كتب إليه إحرام هو؟ قال: لا، وروى الشافعي عن جابر: أنه سئل عن ذلك، فقال: تزوجناهن في زمن الفتح بالكوفة مع سعد بن أبي وقاص، فذكر قصة وفيها: نساؤهم لنا حل، ونساؤنا عليهم حرام، ورواه ابن أبي شيبة نحوه، وروى البيهقي من حديث هيبرة عن علي: تزوج طلحة يهودية، ورواه ابن أبي شيبة بلفظ: تزوج رجل من الصحابة، وروى =

بالتحريف، ومنهم: من قطع بالمنع، والظاهر المنع، ثبت الخلاف، أو لم يثبت، وهل يُقَرُّ هؤلاء بالجزية قَالَ فِي «التَّهْذِيبِ» لا، وقال غيره: نعم، كالمجوس، وهو أَوْلَى للشبهة.

**الحالة الثالثة:** إذا كَانَتْ من قوم يُعْلَمُ دخولهم في ذلك الدِّين بعد التحريف والنسخ، فلا يُنكح؛ لسقوط فضيلته وحرمة بالنسخ، فالَّذِينَ تَهَوَّدُوا أو تنصَّروا بعد بعثة نبيِّنا محمد - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لا يَنَكَحُونَ، وفي المتهودين بعد بعثة عيسى - عليه السلام - وجهان:

**أصحهما:** أن الحكم كذلك، ومن قال بالثاني، فإنه يزعم أنا لا نَعْلَمُ كيفية نَسْخِ شريعة عيسى - عليه السلام - شريعة موسى - عليه السلام وأنها نُسِخَتْ كُلُّهَا أو بَعْضُهَا؟ وهؤلاء كما لا يَنَكَحُونَ لا يُقَرُّونَ بالجزية.

**الحالة الرابعة:** إذا كَانَتْ من قوم لا يُعْلَمُ أنهم دَخَلُوا في ذلك الدِّين بعد التحريف أو قبله، أو قبل النسخ أو بعده، فيؤخذ في نكاحهم بالأغلظ، ويجوز تقييرهم بالجزية تغليبا للحقن، وبذلك حكمت الصَّحَابَةُ - رضي الله عنهم - في نصارى العَرَبِ، وهم بهراء وتنوخ وتغلب هذا شرح ما ذكره في الكتاب، وكذلك أطلقه عامة الأَصْحَابِ من المتقدمين والمتأخرين، وتركوه على إطلاقه وفيه شيء لا بُدَّ من مغرفته، لكن موضع بيانه الفصل التالي لِهَذَا الْفَضْلِ.

**القسم الثاني:** الْكِتَابِيَّةُ الْإِسْرَائِيلِيَّةُ، والذي تناقله الأَصْحَابُ في طرقهم جواز نكاحها على الإطلاق من غير نظر إلى آباؤها أَنَّهُمْ دَخَلُوا في ذلك الدِّين قبل التحريف، أو بعده، وليس ذلك لأنه ليس كل إسرائيلية يفرض آباؤها<sup>(١)</sup> دَخَلُوا في دينها قبل التحريف، وإن أشعر به كلام جماعة من الأئمة - رَحِمَهُمُ اللهُ - وذلك؛ لأن إسرائيل هو يعقوب - عليه السلام - وبينه وبين صاحب التوراة موسى - عليه السلام - زمانٌ طويلٌ، ولا نحيطُ علماً بأنَّ بني إسرائيل على كثرتهم دَخَلُ كُلِّهِمْ في زمانِ موسى، أو بعده قَبْلَ التحريف، بل في القصص ما يدلُّ على استمرار بَعْضِهِمْ على عِبَادَةِ الأوثان والأديان الفاسدة، ويتقدير أن يستمر هذا في اليهوديات، فلا يستمر في النَّصْرَانِيَّاتِ؛ لأنَّ بني إسرائيل بعد بعثة عيسى عليه السلام - افترقوا، فَمِنْهُمْ مَنْ آمَنَ بِهِ، وَمِنْهُمْ مَنْ صَدَّ عَنْهُ

= أيضاً بسند لا بأس به، عن شقيق قال: تزوج حذيفة امرأة يهودية فكتب إليه عمر: خل سبيلها، فكتب إليه إن كانت حراماً قعلت، فكتب عمر: إني لا أزعم أنها حرام، لكن أخاف أن تكون مومسة، وفي البيهقي عن أبي الحويرث: أن طلع نكح امرأة من كلب نصرانية.  
(فائدة) قال أبو عبيد: نكاح الكتابيات جائز بالإجماع، إلا عن ابن عمر قاله الحافظ.

(١) في ب: ما أورده.

فأصر على دين موسى - عليه السلام -، ثم من المصريين من تنصر على تعاقب الزمان قبل التحريف وبعده، ولكن كأَنَّ الأصحابَ اكْتَفَوْا بِشَرَفِ النَّسَبِ، وجَعَلُوهُ جَابِراً لِنُقْضَانِ دُخُولِ الآبَاءِ فِي الدِّينِ بَعْدَ التَّحْرِيفِ، حَتَّى فَارَقَ حُكْمُهُنَّ حَكْمَ غَيْرِ الإِسْرَائِيلِيَّاتِ، إِذَا دَخَلَ آبَاؤُهُنَّ فِي الدِّينِ بَعْدَ التَّحْرِيفِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وأما الدخول فيه بَعْدَ النَّسَخِ وبعثة نبيِّنا - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فلا يُفْرَقُ فِيهِ بَيْنَ الإِسْرَائِيلِيَّةِ وَغَيْرِهَا، عَلَى مَا سَيَتَّضِحُّ بَعْدَ هَذَا الْفَصْلِ - إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى -.

وقوله في الكتاب: «إِنَّمَا يَجُوزُ نِكَاحُ كِتَابِيَّةٍ هِيَ مِنْ أَوْلَادِ بَنِي إِسْرَائِيلَ» ظاهره يقتضي النظر إلى حال الآباء في الإِسْرَائِيلِيَّاتِ أيضاً، حَتَّى يَكُونَ نِكَاحُ الإِسْرَائِيلِيَّةِ الَّتِي دَخَلَ أَوْلُ آبَائِهَا فِي ذَلِكَ الدِّينِ بَعْدَ التَّحْرِيفِ عَلَى قَوْلَيْنِ، كَنِكَاحِ غَيْرِ الإِسْرَائِيلِيَّةِ الَّتِي دَخَلَ آبَاؤُهَا فِيهِ قَبْلَ التَّحْرِيفِ وَنَظْمِ «الْوَسِيطِ» يَقْتَضِي مِثْلَ ذَلِكَ أَيْضاً، لَكِنْ كَلَامُ الْأَصْحَابِ لَا يُوَافِقُهُ، فَاعْرِفْهُ، وَأَنْظُرْ؛ كَيْفَ يَمَكِّنُكَ تَنْزِيلُ لَفْظِ الْكِتَابِ عَلَى مَنْقُولِ الْأَصْحَابِ، وَأَرَادُوا بِقَوْلِهِ «أَوْلُ آبَائِهَا» الْآبَاءَ الدَّاخِلِينَ فِي ذَلِكَ الدِّينِ، وَيَجُوزُ أَنْ يُعْلَمَ قَوْلُهُ «فَإِنْ قُدِّ النَّسَبُ»، فِيهَا قَوْلَانِ لِلطَّرِيقَةِ الْقَاطِعَةِ بِالْجَوَازِ، وَكَذَا قَوْلُهُ: «فِي الصُّورَةِ الْأُخْرَى قَوْلَانِ» لِلطَّرِيقَةِ الْقَاطِعَةِ بِالْمَنْعِ.

**المسألة الثانية:** الصَّابِئُونَ طَائِفَةٌ تَعُدُّ مِنَ النَّصَارَى، وَالسَّامِرَةُ<sup>(١)</sup> طَائِفَةٌ تَعُدُّ مِنَ الْيَهُودِ، وَقَدْ نَقَلَ عَنِ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - تَوَقَّفَ [فِي جَوَازِ مَنَاحِكِهِمْ، وَليْسَ ذَلِكَ عِنْدَ جَمَاهِيرِ الْأَصْحَابِ بِاخْتِلَافِ قَوْلِ لَكِنْ أَمْرُهُمْ عَلَى<sup>(٢)</sup>] التَّفْصِيلِ، وَالْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ فِي «الْمُخْتَصِرِ» أَنَّهُ إِنْ كَانُوا يَخَالِفُونَ الْيَهُودَ وَالنَّصَارَى فِي أَصْلِ دِينِهِمْ، وَلَا يَبْأَلُونَ بِنَصِّ كِتَابِهِمْ، فَلَا يَنَكَحُونَ كَالْمَجُوسِيِّ، وَإِنْ كَانُوا يَخَالِفُونَهُمْ<sup>(٣)</sup> فِي الْفُرُوعِ دُونَ الْأَصُولِ، وَيُؤَوَّلُونَ نصوصَ كِتَابِهِمْ، فَيَجُوزُ مَنَاحِكُهُمْ، وَحَيْثُ تَوَقَّفَ إِنَّمَا تَوَقَّفَ، لِيَعْرِفَ مَقَالَتَهُمْ، وَالصَّابِئُونَ<sup>(٤)</sup> عَلَى مَا نَقَلَ فِرْقَتَانِ؛ فِرْقَةٌ تَوَافَقَ النَّصَارَى فِي أَصُولِ

(١) في ز: لأن كل إسرائيلية مآبؤها.

(٢) هؤلاء كانوا يسكنون جبال بيت المقدس وقرايا من أعمال مصر ويتقشفون في الطهارة أكثر من تقشف سائر اليهود أثبتوا نبوة موسى وهارون ويوشع بن نون عليهم السلام وأنكروا نبوة من بعدهم من الأنبياء إلا نبياً واحداً. وقالوا: التوراة ما بشرت إلا بنبي واحد يأتي بعد موسى يصدق ما بين يديه من التوراة ويحكم بحكمها ولا يخالفها إليه، وتشعبت السامرة إلى دوستانية وهم الألفانية وإلى كوستانية، والدتسانية معناها الفرقة المتفرقة الكاذبة، والكورستانية معناها الجماعة الصادقة وهم يقرون بالآخرة والثواب والعقاب وإن شئت مزيد تفصيل فارجع إلى الملل والنحل للهرستاني (٢٣/٢ - ٢٤).

(٣) سقط في ز.

(٤) يتوقف الحكم في هذه المسألة على معرفة مذهب تلك الطائفة وهل هي من أهل الكتاب أو من =

غيرهم . ولبيان ذلك نقول الصابئة لغة : قيل إن هذا لفظ ليس بعربي وقيل إنه عربي . وعلى الأخير اختلف فيه . فقيل إنه من صبا معتلاً بمعنى مال . وسمي الصابئة به لخروجه عن الدين الحق إلى الدين الباطل وقيل إنه من صبا المهموز إذا خرج ومن صبأت النجوم من مطالعها إذا خرجت ومن هنا سمت العرب كل من خرج عن دينه إلى غيره صابئاً .  
تحديد مذهب الصابئة : -

اضطربت أقوال العلماء فيه . فأقر بها ما حكاه الإمام «الجصاص» في تفسيره أحكام القرآن قال «الصابئون الذين يعرفون بهذا الاسم في هذا الوقت ليس فيهم أهل كتاب وانتحالهم في الأصل واحد أعني الذين بحران والذين بناحية البطائح في سواد واسط وأصل اعتقادهم تعظيم الكواكب السبعة وعبادتها واتخاذها آلهة وهم عبدة أوثان في الأصل إلا أنه منذ ظهر الفرس على إقليم العراق وأزالوا مملكة الصابئين وكانوا نبطاً لم يجروا على عبادة الأوثان ظاهراً لأنهم منعوم من ذلك . كذلك الروم وأهل الشام والجزيرة كانوا صابئين فلما تنصر قسطنطين حملهم بالسيف على الدخول في النصرانية فبطلت عبادة الأوثان من ذلك الوقت ودخلوا في غمار النصارى في الظاهر . وبقي كثير منهم على تلك النحلة مستخفين بعبادة الأوثان . فلما ظهر الإسلام دخلوا في جملة النصارى ولم يميز المسلمون بينهم وبين النصارى إذ كلنوا كاتمين لاعتقادهم مستخفين بعبادة الأوثان .

ومن الكلام السابق نلمح أن هذه الفرقة : أصلها عبدة أوثان ثم كتمت وثنيته تقيه وأظهرت التمسك بالنصرانية خوفاً من القتل واضطرت لذلك إبقاء على نفسها .  
وقد وردت عن السلف أقوال أخرى في مذهبهم نورد أهمها فروي عن مجاهد وعطاء أنهم قوم لا دين لهم .

وعن قتادة والحسين أنهم قوم يعبدون للملائكة . وعن جماعة آخرين أنهم قوم يعبدون الكواكب . وانقسم هؤلاء إلى فريقين فريق يقول إن خالق العالم هو الله سبحانه وتعالى إلا أنه أمر بتعظيم هذه الكواكب واتخاذها قبلة للدعاء . وفريق آخر قال بأن الله سبحانه هو الخالق لهذه الكواكب وهي مع ذلك المدبرة لما في العالم من خير وشر وصحة ومرض بل أنها الخالقة لها فوجب على البشر لهذا تعظيمه .

وقال قوم : إن الصابئة جماعة تعصبوا للروحانيات واتخذوها واسطة ولما لم يتيسر لهم التقرب بأعيانها . والتلقي منها بذواتها فزغوا إلى هياكلها . وترك جماعة منهم الهياكل وتقربوا إلى الأشخاص . فمن هنا كانت الفرقة الأولى عبدة كواكب والثانية عبدة أصنام . وقال السدي وجماعة : الصابئة طائفة من أهل الكتاب تلك أشهر أقوال السلف في الصابئة بتدبرها يمكن القول بأن من ذهب إلى أنهم قوم لا دين لهم قد يكون مستندة في ذلك . كون الصابئة لم يثبتوا على عقيدة واحدة . وملة مفردة بل تقلبوا في الدين مع الأهواء ، وخضعوا لضغط الظروف فأشبهوا المرتدين والمرتد لا دين له - ومن قال أنهم عبدة كواكب أو ملائكة أو تعصبوا للروحانيات . إن أراد أنهم عبدها حقيقة فهم مشركون على الأقوال الثلاثة . وإن أراد أنهم تقربوا بها إلى خالقهم فهم ليسوا بمشركين .

ولقد وجدت بالبحث في فرق الصابئة أن منهم فرقة تقربت وأخرى عبدت . ومن حدد مذهبهم بأحد الرأيين لعله عرف أمر فرقة وخفي عليه أمور أخرى .

أما من قال إن الصابئة جماعة تقربت بالأشخاص والأصنام ونعتهم بأنهم عبدة أصنام فقول إنما =

= يمكن أن صدق على فرقة ثالثة منهم اتخذوا أصنامهم على صور الهياكل السبعة وجعلوها قبله لعبادتهم. ويحتمل أن يكون القائل إنهم أهل كتاب يبيي رأيه على ما ظهر لهم من دخولهم في النصرانية خيفة البطش بهم مع كتمانهم مذهبهم الأصلي.

ثم إذا ما رجعنا إلى أرباب الملل والنحل نجد أبا الفتح الشهرستاني يقول في كتابه الملل والنحل في بحث الصابئة أن مدار مذهب الصابئة على التعصب للروحانيات كما أن مدار مذهب الحنفاء على التعصب للبشر الجسمانيين» ولعله يعني بذلك أنه أصل مذهبهم الذي امتازوا به أولاً وحفظوه في صدورهم.

هذا ومن العسير جداً تتبع أطوار مذهب هذه الطائفة لفقدان بعض حلقاتها في بعض الأزمنة والعصور التي مرت عليهم. الأمر الذي يجعل الباحث يركب متن الظن والاحتمال لعدم تمكنه من القطع - ثم إذا ما تصفحنا كتب المذاهب الفقهية لتتعرف منها أقوال الفقهاء في الصابئة نجد أن الإمام أبا حنيفة يرى أنهم قوم من النصارى يقرؤون الزبور ويعظمون الكواكب كتعظيم المسلمين للكعبة. لكنهم يخالفون غيرهم من أهل الكتاب في بعض دياناتهم. وأما المالكية وأبو يوسف ومحمد ابن الحنفية فذهبوا إلى أنهم عبدة أوثان. والشافعية فصلوا فيهم تفصيلاً حاصله - أنهم إن وافقوا النصارى في أصل الاعتقاد وخالفوهم في الفروع فهم منهم. وإن خالفوهم في الاعتقاد ووافقوهم في الفروع أو شك في ذلك فليسوا منهم - وفي رواية عن الشافعي أنه توقف فيهم. ولم يقطع برأي لأنه رأى أن مذهبهم مشتبه فعلق القرار منهم - والحنابلة لهم فيهم قولان - قول كأبي حنيفة. وآخر مفضل كتفصيل الشافعية.

وقد اتبنى على الخلاف السابق بين الفقهاء في مذهب الصابئة اختلافهم في مسألتنا.  
حكم تزوج المسلم بالصابئة :-

فذهب الإمام أبو حنيفة والحنابلة في أحد قوليهما إلى جواز مناحتهم متى كانوا يؤمنون بنبي ويقرون بكتاب - وذهب الصحابان من الحنفية والمالكية إلى عدم جواز ذلك. أما الشافعية والحنابلة في قولهم الآخر فذهبوا إلى التفصيل فيهم فإن كانوا يوافقون أهل الكتاب في أصل دينهم ويخالفونهم في الفروع فهم منهم تحل مناحتهم - وإن كانوا يخالفونهم في أصل الدين فلا تحل.

تمسك من قال بالحل: بأن الصابئة كأهل الكتاب إلا أنهم خالفوهم في بعض الفروع فلا يكون ذلك مانعاً لهم من أخذهم حكمهم في حل نسائهم. ولا تكون مخالفتهم مخرجة لهم من دائرتهم. فهم أشبه بأهل البدع من المسلمين لم تكن بدعتهم مانعة لهم من صدق الإسلام عليهم واعتبارهم مسلمين.

وتمسك القائل بالتحريم :-

بأنهم كالمشركين في عبادتهم الأصنام فتحرم نساؤهم لأن الشركات محرمة بالنص.  
واحتج المفضلون: بأن الصابئة إذا خالفوا أهل الكتاب في الاعتقاد كانوا مشركين لتوحيد أهل الكتاب دونهم فتحرم نساؤهم كالمشركين. وأما إن خالفوهم في الفروع دون الاعتقاد فلا يضر ذلك في أخذهم حكم أهل الكتاب في حل النساء. إذ مخالفتهم غير معتبرة في حق حكم التزوج فإن شك في أمرهم غلب جانب الحرمة على جانب الحل فتحرم نساؤهم احتياطاً في حق الأيضاع.  
وقد أجب عن دليل القائلين بالتحريم.

الدين، وأخرى تخالفهم، فتعبد الكواكب السبعة، وتضيف الآثار إليها، وتنفى الصانع المختار، وهم الذين أفتى الإضطخري بقتلهم؛ لما استفتى القاهر الخليفة الفقهاء فيهم.

وعن رواية الشيخ أبي علي: أن بعض الأصحاب أطلق قولين في مناكحة الصابئين والسامرة، وهذا ما أورده في الكتاب بقوله: «وقيل قولان مطلقاً» قال الإمام - رحمه الله -: ولا مجال للتردد في الذين يكفروهم اليهود والنصارى، ويخرجونهم من جملتهم، نعم يمكن التردد في الذين ينزلونهم منزلة المبتدعة فينا، ولا يكفرونهم.

قال: وليس هذا تعريضاً بتحريم نكاح المبتدعة فينا لكوننا لم نكفروهم بالسَّمع ولم يثبت سمع في المبتدعة الأولين، وإذا شككنا في جماعة أنهم يخالفونهم في أصول الدين، أو فروعه، لم نناكحهم.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: (فَرَعَ) لَوْ تَنَصَّرَ يَهُودِيٌّ يَقْرَأُ فِي قَوْلٍ، وَلَا يُرْضَى مِنْهُ إِلَّا بِالسَّيْفِ (ح) أَوْ الْإِسْلَامِ فِي قَوْلٍ، وَيُرْضَى بِالْإِسْلَامِ أَوْ الْعَوْدِ إِلَى التَّهَوُّدِ فِي قَوْلٍ، فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَقْرَأُ فَهَلْ يَلْحَقُ بِمَأْمَنِهِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ، وَكَذَلِكَ لَوْ تَوَثَّنَ يَهُودِيٌّ تَجْرِي الْأَقْوَالِ إِلَّا أَنَّهُ لَا يَقْرَأُ عَلَى التَّوَثُّنِ بِحَالٍ وَيُفْتَعُ مِنْهُ بِالتَّنَصُّرِ عَلَى قَوْلٍ، وَلَوْ تَنَصَّرَ وَتَنَبَّأَ فَلَا يُفْتَعُ مِنْهُ إِلَّا بِالْإِسْلَامِ، وَلَوْ أَرْتَدَّ مُسْلِمٌ فَلَا يُفْتَعُ مِنْهُ إِلَّا بِالْإِسْلَامِ أَوْ السَّيْفِ، وَتَتَجَزَّأُ الْفِرْقَةُ بِهَا قَبْلَ الْمَسِيحِ (ح)، وَيَتَوَقَّفُ بَعْدَ الْمَسِيحِ إِلَى اتَّقِضَاءِ الْعِدَّةِ، فَإِنْ أَسْلَمَ قَبْلَهَا دَامَ النِّكَاحُ وَإِلَّا فَتَبَيَّنَ الْفِرْقَةُ مِنْ وَقْتِ الرُّدَّةِ. (١)

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مقصود الفصل الكلام في الانتقال من دين إلى دين، وذلك، وإن لم يختص بالنكاح، لكن للنكاح منه حظ ظاهر، فنذكره في بيان حظ النكاح منه، فنقول: الانتقال؛ إما أن يفرض من دين باطل إلى دين باطل، أو من الحق إلى الباطل، أو بالعكس.

= بأن الصابئة ما عظموا الكواكب واستقبلوها في دعائهم وعبادتهم تعظيم عبادة لها. ولكن تعظيم احترام وإحلال. وليس هذا بمدخلهم في الشرك. ومثلهم في ذلك المسلمون في تعظيم الكعبة والاستقبال إليها عند الدعاء لم يكن ذلك بمخرجهم عن دائرة الإسلام.

هذا: ويظهر لي أن اختلاف الفقهاء ليس باختلاف حقيقي إذ يمكن أن نقول: إن الإمام أبا حنيفة قال بحل تزوج النساء الصابئات بناء على ما ظهر له من حال فرقة وقف على أمرها كانت تقطن العراق - أما الفقهاء القائلون بالتحريم فيمكن أن يقال إنهم ذهبوا إلى ذلك بناء على ما اطلعوا عليه من أمر فرقة أخرى توافق عبدة الأوثان. وقد يجوز أن تكون نقل إليهم شيء عن حالهم حكموا بناء عليه - ولا يبعد أن تلك الطائفة التي نقلت إليهم أو اطلعوا عليها أن تكون خلاف الطائفة التي عرفها الإمام أبو حنيفة. لو أنهم اطلعوا على طائفة واحدة لاتفق حكمهم في الصابئة.

أما القسم الأول: الانتقال من دين باطل إلى دين باطل فيما أن يكون الانتقال من دين يُقرُّ أهله عليه إلى دين يُقرُّ أهله عليه، أو ممَّا يُقرُّ عليه إلى ما لا يقر، أو بالعكس، فهذه ثلاثة أضرب، ولا غرض لنا في الرابع الذي يؤدي إليه التقسيم.

أما الضرب الأول: فإذا تنصَّر يهودي، أو تهوَّد نصراني، فهل يُقرُّ بالجزية، على ما انتقل إليه؟ فيه قولان:

أحدهما: لا؛ لأنه أخذت ديناً باطلاً بعد اعترافه ببطلانه، فلا يُقرُّ عليه، كما إذا ارتدَّ المسلم.

والثاني: يُقرُّ، لتساوي الدينين بالتفريق بالجزية، وفي كونهما على خلاف الحق، وليس كالمسلم يرتد؛ لأنه ترك الدين الحق، وهذا أصح عند القاضي أبي حامد وصاحب «التهديب» وبه قال أبو حنيفة - رضي الله عنه - وهو نصه في «المختصر» والقولان فيما ذكرت طائفة، منهم صاحب «التبصرة» مبنيان على أن الكفر مله واحدة، أو ملل مختلفة، إن قلنا: ملل، لم يُقرُّ، وإن قلنا: مله واحدة، أقرُّ كما يقر المسلم، إذا انتقل من مذهب إلى مذهب، ولك أن تقول: لو كان هذا أضلاً لِمَا بنى عليه هذان القولان، لأثبتنا مثلهما قولين في التوارث بين اليهود والنصارى، وليس كذلك على ما بينا في «الفرائض»، ثم حكينا هناك أن بعضهم خرَّج وجهاً في منع التوارث من قولنا: أنه لا يقر واستدل به على أن الكفر ملل مختلفة، وفرق بين أن يستدل بقولنا لا يُقرُّ على اختلاف، وبين أن يبيني قولنا لا يُقرُّ على الاختلاف، ويُجعل ذلك أصلاً راسخاً.

التفريع: إن قلنا يُقرُّ فذبيحته حلال، ولو كان هذا الانتقال من امرأة، حلَّ للمسلم نكاحها، ولو انتقلت في دوام نكاح مسلم، فلا يتأثر به، وإن قلنا: لا يُقرُّ، لم تحل الذبيحة، ولا النكاح، ولو انتقلت في دوام نكاح مسلم، فهي كالمسلمة ترتد، حتى تنجز الفرقة، إن كان قبل الدخول وتوقف على انقضاء العدة، إن كان بعده، وعلى هذا فقولان:

أحدهما: أنه لا يقبل منه إلا الإسلام لأنه أقرَّ ببطلان المنتقل عنه، وكان مقرراً ببطلان المنتقل إليه.

والثاني: أنه، لو عاد إلى ما كان عليه قيل: لتساوى الدينين في الحكم، والأول أظهر عند الإمام؛ توجيهاً بأن ذلك الدين قد زال، فعوذه إليه انتقال منه إليه، فلو منعنا منه بالانتقال إليه، لأقرزناه على ما انتقل إليه أولاً، فإن أبي الإسلام على القول الأول، أو الإسلام والعود على ما كان عليه جميعاً على القول الثاني، فقولان، ويقال وجهان:

أحدهما: أنه يقتل كالمسلم يرتد، ويشهد له ظاهر قوله - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: «مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَأَقْتُلُوهُ».



وأشبههما: لا، بل يُلْحَقُ بِمَا مَنِيهِ كَمَنْ نَبَذَ الْعَهْدَ إِلَيْنَا، ثُمَّ هُوَ حَزْبٌ لَنَا، إِنْ ظَفِرْنَا بِهِ، قَتَلْنَا، وَإِنْ انْتَقَلَ يَهُودِيٌّ، أَوْ نَصْرَانِيٌّ إِلَى الْمَجُوسِيَّةِ، هَلْ يُقْرَأُ بِالْحِزْبِيَّةِ.

فيه القولان، وَحَكَى أَبُو الْفَرَجِ الزَّازَ طَرِيقَةَ قَاطِعَةٍ بِالْمَنْعِ لِكُونَ الْمُنتَقِلِ إِلَيْهِ دُونَ الْأَوَّلِ، فَإِنْ قُلْنَا: لَا يُقْرَأُ، فَفِي الْقِنَاعَةِ مِنْهُ بِالْعَوْدِ إِلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ الْقَوْلَانِ، وَإِذَا أُبِي، فَفِي الْقَتْلِ أَوْ الْإِلْحَاقِ بِالْمَأْمَنِ، الْقَوْلَانِ، وَعَلَى كُلِّ حَالٍ، فَلَا تَحِلُّ ذَبِيحَتُهُ، وَلَا النِّكَاحُ، إِنْ كَانَ هَذَا الْإِنْتِقَالَ مِنْ أَمْرَاءَ، وَلَوْ كَانَتْ فِي نِكَاحِ مُسْلِمٍ، تَنْجِزَتْ الْفَرْقَةُ، إِنْ كَانَ قَبْلَ الدَّخُولِ، وَإِلَّا، فَإِنْ أَسْلَمْتَ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ، أَوْ عَادْتَ إِلَى مَا كَانَتْ عَلَيْهِ وَقَعْنَا بِهِ دَامَ النِّكَاحُ بَيْنَهُمَا، وَإِلَّا، بَانَ حُضُورُ الْفَرْقَةِ مِنْ وَقْتِ الْإِنْتِقَالِ، وَلَوْ تَمَجَّسَتْ كِتَابِيَّةٌ تَحْتَ كِتَابِيٍّ، فَإِنْ كَانُوا لَا يَعْتَقِدُونَ جَوَازَ نِكَاحِ الْمَجُوسِ، فَكَمَا لَوْ تَمَجَّسَتْ تَحْتَ مُسْلِمٍ، وَإِلَّا، فَتَقَرَّرُ هُمَا، إِذَا أَسْلَمَا، وَلَوْ تَهَوَّدَ أَوْ تَنَصَّرَ مَجُوسِيٌّ، فَفِي التَّقْرِيرِ الْقَوْلَانِ، وَإِذَا لَمْ يَقْرَرْ، فَالْتَفْرِيعُ كَمَا سَبَقَ، وَلَا تَحِلُّ ذَبِيحَتُهُ، وَمِنَاكَحَتُهُ بِحَالٍ؛ لِأَنَّ الْإِنْتِقَالَ، مِنْ دِينٍ بَاطِلٍ إِلَى دِينٍ بَاطِلٍ لَا يَفِيدُ فَضِيلَةً لَمْ تَكُنْ، وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ يَفِيدُهَا.

الضرب الثاني: لو [توثن]<sup>(١)</sup> يهودي، أو نصراني، لم يُقَرَّ عليه؛ لِأَنَّ الْإِنْتِقَالَ مِنْ دِينٍ، بَاطِلٍ إِلَى دِينٍ بَاطِلٍ، يُبْطِلُ الْفَضِيلَةَ الَّتِي كَانَتْ، وَهَلْ يَقْنَعُ مِنْهُ بِالْعَوْدِ إِلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ أَمْ لَا يُقْبَلُ مِنْهُ إِلَّا لِإِسْلَامٍ؟ فِيهِ الْقَوْلَانِ السَّابِقَانِ، وَهَذَا قَوْلٌ ثَالِثٌ، وَهُوَ أَنَّهُ يُقْنَعُ مِنْهُ بِالْإِنْتِقَالِ إِلَى دِينٍ آخَرَ يَسَاوِي الْمُنْتَقِلَ عَنْهُ؛ بِأَنَّ كَانَ يَهُودِيًّا، فَتَنَصَّرَ الْآنَ، أَوْ بِالْعَكْسِ، وَإِذَا وَجَدَ هَذَا الْإِنْتِقَالَ مِنْ كِتَابِيَّةٍ تَحْتَ مُسْلِمٍ، انْفَسَخَ النِّكَاحُ، إِنْ كَانَ قَبْلَ الدَّخُولِ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ، فَإِنْ رَجَعْتَ إِلَى الْإِسْلَامِ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ، أَوْ إِلَى مَا انْتَقَلَتْ عَنْهُ فِي الْقَوْلِ الثَّانِي، أَوْ إِلَى مَا يَسَاوِيهِ فِي الْقَوْلِ الثَّلَاثِ، [استمر]<sup>(٢)</sup> النِّكَاحُ، وَتَبَيَّنَ الْفِرَاقُ مِنْ وَقْتِ الْإِنْتِقَالِ، وَلَوْ تَوَثَّنَ مَجُوسِيٌّ، لَمْ يُقَرَّ عَلَيْهِ، وَفِي الْقِنَاعَةِ مِنْهُ بِالْعَوْدِ إِلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ الْقَوْلَانِ، وَوَقَّاسُ الْقَوْلِ الثَّلَاثِ فِي الصُّورَةِ الَّتِي مَضَتْ أَنْ يَقْنَعُ مِنْهُ بِالتَّهَوُّدِ، وَالتَّنَصُّرِ؛ لِأَنَّ كِلَا مِنْهُمَا خَيْرٌ مِنَ التَّمَجُّسِ.

الضرب الثالث: لو تَهَوَّدَ أَوْ تَنَصَّرَ أَوْ تَمَجَّسَ وَثْنِيٌّ، لَمْ يُقَرَّ عَلَيْهِ، يُقْبَلُ مِنْهُ إِلَّا لِإِسْلَامٍ؛ كَالْمُرْتَدِّ<sup>(٣)</sup>؛ لِأَنَّهُ كَانَ لَا يُقَرُّ، فَلَا يَسْتَفِيدُ هَذِهِ الْفَضِيلَةَ مِنَ الدِّينِ الْبَاطِلِ الَّذِي انْتَقَلَ إِلَيْهِ.

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: اسم.

(٣) قال الأذري: هذا الكلام يقتضي أنه إن لم يسلم قتلناه كالمُرتد، والوجه أن يكون حاله كما قيل الانتقل حتى لو كان له أمان لم يتغير حكمه بذلك، وإن كان حربياً لا أمان له قتل إلا أن يسلم وهذا واضح انتهى.

وَإِذَا تَأَمَّلْتَ حَكْمَ هَذِهِ الْأَضْرُبِ عَرَفْتَ أَنَّ الْإِنْتِقَالَ مِنْ دِينٍ بَاطِلٍ إِلَى دِينٍ بَاطِلٍ، يُبْطِلُ الْفَضِيلَةَ الَّتِي كَانَتْ فِي الْأَوَّلِ وَلَا يَفِيدُ فَضِيلَةَ لَمْ تَكُنْ فِي الْأَوَّلِ وَلَكِنْ تَبْقَى الْفَضِيلَةُ الَّتِي يَشْرِكُ فِيهَا الدِّينَانِ عَلَى قَوْلِنَا بِالتَّقْرِيرِ، وَعَرَفْتَ أَنَّ كَلَامَهُمُ الْمَطْلُوقَ فِي الْفَصْلِ الَّذِي تَقَدَّمَ أَنَّ مَنْ دَخَلَ فِي التَّهْوُدِ وَالتَّنَصُّرِ بَعْدَ الشُّنْخِ وَالتَّبْدِيلِ لَا يَنَكَحُ، وَلَا يُقَرُّ بِالْجُزِيَّةِ، غَيْرُ مُسْتَمِرٍّ عَلَى إِطْلَاقِهِ؛ لِأَنَّ مِنْ تَهْوُدٍ أَوْ تَنَصُّرٍ الْيَوْمِ، فَقَدْ دَخَلَ فِي ذَلِكَ الدِّينِ بَعْدَ الْفَسْخِ وَالتَّبْدِيلِ، فَقَدْ بَانَ الْخِلَافُ فِي أَنَّهُ هَلْ يَنَكَحُ؟ وَهَلْ يُقَرُّ بِالْجُزِيَّةِ مَهْمَا كَانَ الدُّخُولُ فِي دِينٍ يُقَرُّ أَهْلُهُ عَلَيْهِ؟ فَإِذْ نَاطِقَهُمْ هُنَاكَ وَجْزُهُمْ بِالْمَنْعِ مَحْمُولٌ عَلَى مَا إِذَا كَانَ الدُّخُولُ مِنْهُ فِي دِينٍ لَا يُقَرُّ عَلَيْهِ، كَالتَّوْتُنِ، وَهَذَا هُوَ الْبَيَانُ الَّذِي سَبَقَ الْوَعْدُ بِهِ.

وقوله في الكتاب «ولا يرضى منه إلا بالسيف أو الإسلام»، مُغْلَمٌ بِالْحَاءِ، لِمَا مَرَّ أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ يَقُولُ بِالْقَوْلِ الْأَوَّلِ.

وقوله: «ونرضى بالإسلام أو بالعود إلى التهود» معناه أَنَا نَقَّحُ، وَنَكْفُ عَنْهُ بِالْعُودِ إِلَى التَّهْوُدِ، وَإِلَّا، فَكَيْفَ نَرْضَى بِالْكَفْرِ، وَلَا نَقُولُ فِي شَيْءٍ مِنْ هَذِهِ الصُّورِ: أَسْلَمَ أَوْ عُدَّ إِلَى مَا كُنْتُ عَلَيْهِ، بَلْ لَا نَأْمُرُهُ إِلَّا بِالْإِسْلَامِ، لَكِنْ تَرَكْنَاهُ لَوْ عَادَ إِلَى غَيْرِهِ.

القسم الثاني: الانتقال من الدين الحق إلى دين باطل بأن يرتد المسلم، والعياذ بالله عز وجل، فلا يُقْبَلُ مِنْهُ إِلَّا الْإِسْلَامُ، فَإِنْ أَبَى، قُتِلَ عَلَى مَا سَيَأْتِي فِي الْجَنَائِاتِ، إِنْ قَدَّرَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ، وَلَا يَحِلُّ نِكَاحُ الْمُرْتَدَةِ لَا لِلْمُسْلِمِينَ وَلَا لِلْكَافِرِ، أَمَّا لِلْمُسْلِمِينَ؛ فَلِأَنَّهَا كَافِرَةٌ لَا تُقَرُّ، وَأَمَّا لِلْكَافِرِ؛ فَلِبَقَاءِ عُلُقَةِ الْإِسْلَامِ فِيهَا، وَإِذَا ارْتَدَّ فِي دَوَامِ النِّكَاحِ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ نَظَرَ إِنْ كَانَ قَبْلَ الْمَسِيْسِ تَنَجَّزَتِ الْفُرْقَةُ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ يُوقَفُ النِّكَاحُ عَلَى انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ، فَإِنْ جَمَعَهُمَا الْإِسْلَامُ قَبْلَ انْقِضَائِهَا، اسْتَمَرَ النِّكَاحُ، وَإِلَّا، تَبَيَّنَتِ الْفُرْقَةُ مِنْ وَقْتِ الرَّدَّةِ، وَبِهَذَا قَالَ أَحْمَدُ وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللَّهُ تَنَجَّزَتِ الْفُرْقَةُ، سِوَاءَ مَا كَانَ ذَلِكَ قَبْلَ الْمَسِيْسِ، أَوْ بَعْدَهُ وَعَنْ مَالِكٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - رَوَيْتَانِ كَالْمَذْهَبَيْنِ.

لنا: أَنَّهُ اخْتِلَافٌ دِينٍ طَرَأَ بَعْدَ الْمَسِيْسِ، فَلَا يُوْجِبُ الْفَسْخَ فِي الْحَالِ؛ كِإِسْلَامِ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ الْكَافِرَيْنِ، وَلَوْ ارْتَدَّ مَعًا، فَالْحَكْمُ كَمَا لَوْ ارْتَدَّ أَحَدُهُمَا، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ وَأَحْمَدُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا -.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللَّهُ - يَسْتَمِرُّ النِّكَاحُ بَيْنَهُمَا، كَمَا لَوْ أَسْلَمَ الزَّوْجَانِ الْكَافِرَانِ.

وَاحْتِجُّ الْأَضْحَابُ بِأَنَّهَا رِدَّةٌ طَرَأَتْ عَلَى النِّكَاحِ، فَتَعَلَّقَ بِهَا الْفَسْخُ كَارْتِدَادِ أَحَدِهِمَا، وَبِأَنَّ رِدَّتَهُمَا أَفْحَشُ مِنْ رِدَّةِ أَحَدِهِمَا، فَأَوْلَى أَنْ يَتَأَثَّرَ بِهَا النِّكَاحُ.

قالوا: وَلَيْسَتْ رِذَّةُ الزَّوْجَيْنِ كِإِسْلَامَهُمَا؛ لِأَنَّهُمَا إِذَا أَسْلَمَا، مَكْنَا مِنَ الْوِطْءِ بِخِلَافِ مَا إِذَا أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا، وَإِذَا ارْتَدَا، لَمْ يَمَكْنَا، كَمَا لَوْ ارْتَدَّ أَحَدُهُمَا، فَخَالَفَ حُكْمَ إِسْلَامِهِمَا حُكْمَ إِسْلَامِ أَحَدِهِمَا، وَلَمْ يَخَالَفْ حُكْمَ [رِدَّتِهَا حُكْمَ رِدَّةِ أَحَدِهِمَا] (١).

إِذَا عَرَفَ ذَلِكَ، فَهَمَّا حَكَمْنَا بِالتَّوَقُّفِ، لَمْ يَجْزِ الْوِطْءُ لَكِنْ لَوْ جَرَى، لَمْ يَجِبِ الْحُدُّ، وَوَجِبَتِ الْعِدَّةُ، وَهِيَ عِدَّتَانِ مِنْ شَخْصٍ وَاحِدٍ، فَهُوَ بِمِثَابَةِ مَا لَوْ طَلَّقَ امْرَأَةً، ثُمَّ وَطَّئَهَا فِي الْعِدَّةِ، وَسَيَأْتِي حُكْمُهُ فِي «بَابِ الْعِدَّةِ» إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَلِيَكُنْ اجْتِمَاعُهُمَا فِي الْإِسْلَامِ هَهُنَا بِمِثَابَةِ الرَّجْعَةِ هُنَاكَ، حَتَّى يَسْتَمِرَّ النِّكَاحُ إِذَا جَمَعَهُمَا الْإِسْلَامُ فِي الْحَالَاتِ الَّتِي يَحْكُمُ فِيهَا بِثُبُوتِ الرَّجْعَةِ هُنَاكَ، وَالْقَوْلُ فِي أَنَّهُ، هَلْ يَجِبُ مَهْرٌ بِهَذَا الْوِطْءِ فِي حُكْمِ مَهْرِ النِّكَاحِ، إِذَا انْفَسَخَ بِالرِّدَّةِ، قَدْ تَعَرَّضَ لَهُ فِي الْكِتَابِ فِي غَيْرِ هَذَا الْمَوْضِعِ، وَلَوْ طَلَّقَهَا فِي مَدَّةِ التَّوَقُّفِ، أَوْ ظَاهِرَ مِنْهَا أَوْ أَلَى تَوَقُّفِنَا، فَإِنْ جَمَعَهَا الْإِسْلَامُ قَبْلَ انْقِضَاءِ مَدَّةِ الْعِدَّةِ، تَبَيَّنَا صِحَّتْهَا، وَإِلَّا، فَلَا، وَلَيْسَ لِلزَّوْجِ، إِذَا ارْتَدَّتِ الزَّوْجَةُ أَنْ يَنْكَحَ فِي مَدَّةِ التَّوَقُّفِ أَحْتَهَا، وَلَا أَرْبَعًا سِوَاهَا وَلَا أَنْ يَنْكَحَ أُمَّةً، وَإِنْ كَانَ مَمَّنْ يَجُوزُ لَهُ نِكَاحُ الْإِمَاءِ؛ لِاحْتِمَالِ عَوْدِهَا إِلَى الْإِسْلَامِ وَاسْتِمْرَارِ النِّكَاحِ، فَإِنْ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا فِي مَدَّةِ التَّوَقُّفِ، أَوْ خَالَعَهَا، جَازَ لَهُ ذَلِكَ لِأَنَّهَا إِنْ لَمْ تَعُدْ إِلَى الْإِسْلَامِ فَقَدْ بَانَتْ يَنْقُضُ نِكَاحَهَا مِنْ وَقْتِ الرِّدَّةِ، وَإِنْ عَادَتْ، فَمِنْ وَقْتِ الطَّلَاقِ الثَّلَاثِ، أَوْ الْخُلْعِ.

القسم الثالث: الانتقال من دين باطل إلى دين حق، وفيه يقع «باب نكاح المشركات» اللاتي على الأثر.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ تَوَلَّدَ بَيْنَ مَجُوسِيٍّ وَيَهُودِيٍّ وَلَدٌ لَمْ يُنْكَحْ فِي قَوْلٍ؛ لِغَلْبَةِ التَّخْرِيمِ، وَنُظِرَ إِلَى جَانِبِ الْأَبِ فِي قَوْلٍ، وَيَتَّصِلُ بِهَذَا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مِنْ أَحَدِ أَبِيهِ كِتَابِيٍّ، وَالْآخَرُ وَثْنِيٍّ أَوْ مَجُوسِيٍّ يَقْرَأُ بِالْجِزْيَةِ عَلَى الصَّحِيحِ مِنْ خِلَافِ سِيَائِيٍّ فِي «كِتَابِ الْجِزْيَةِ» إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، أَمَا مَنَاكِحَتُهُ، أَوْ مَنَاكِحَةُ مَنْ أَحَدُ أَبِيهِ يَهُودِيٍّ أَوْ نَصْرَانِيٍّ، وَالْآخَرُ مَجُوسِيٍّ، فَيُنْتَظَرُ؛ إِنْ كَانَ الْأَبُ كِتَابِيًّا، فَقَوْلَانِ:

أحدهما: وَيُخْكَى عَنْ مَالِكٍ - (رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ) - أَنَّهَا تَحِلُّ؛ لِأَنَّ الْإِنْتِسَابَ إِلَى الْأَبِ، وَالْأَبُ كِتَابِيٍّ.

وأصحهما: المنع، وبه قال أحمد؛ تغليبا للتخريم، كما أن المتولد بين المأكول وغير المأكول حرام وإن كانت الأم كتابية، لم تحل؛ قولاً واحداً وبه قال أحمد.

وقال أبو حنيفة: تحل، سواء كان الأب كتابياً، والأم كتابية، ويجعل تبعاً لخبر

(١) في ز: رده أحدهما حكم ردتها.

الأبوين ديناً، كما لو كان أحد الأبوين مسلماً يحكم بإسلام الولد.

[و] قال الأصحاب: الفرز أن الإسلام يغلو ويغلب سائر الأديان، وسائر الأديان تقاوم، ولا تغلب بعضها بعضاً، ولهذا قلنا: إن الكفر كله ملء واحدة، وعبر الشافعي - رضي الله عنه - عن هذا المعنى بأن الإسلام لا يشركه الشرك، والشرك يشركه الشرك، والحكم في حل الذبيحة كهو في حل المناكحة، ثم ما ذكرنا من المنع جزماً، فيما إذا كانت الأم كتابية، وعلى أحد القولين، إذا كان الأب كتابياً في صفر المتولد منهما، أما إذا بلغ وتدين بدين الكتابي من أبويه، فعن الشافعي - رضي الله عنه - أنه يحل مناكحته وذبيحته، واختلف فيه الأصحاب على ما نقله صاحب «التهذيب» منهم من أثبتة قولاً، ووجهه بأن فيه شعبة من كل واحد منهما، لكننا علينا التحريم ما دام تبعاً لأحد الأبوين، فإذا بلغ واستقل، واختار الكتابية، قويت تلك الشعبة.

ومنهم من قال: لا تحل ذبيحته ومناكحته بغد البلوغ أيضاً، كالمتولد من المجوسيين وحملوا ما نقل عن الشافعي: رضي الله عنه - على ما إذا كان أحد أبويه يهودياً، والآخر نصرانياً، فبلغ، واختار دين أحدهما، والمتولد من يهودي ومجوسية، إذا بلغ واختار التمجس، فالحكاية عن القفال أنه يملك منه، ويجري عليه حكم المجوس، بخلاف من تولد من مسلم ويهودية؛ حيث يلزمه التمسك بالإسلام بعد البلوغ.

وقال الإمام: لا يمنع أن يقال: إذا أثبتنا حكم اليهود في الذبيحة والمناكحة، فمنعنا من التمجس، إذا منعنا الكافر من الانتقال من دين إلى دين.

وقوله في الكتاب: «ولو تولد من بين مجوسية ويهودي ولد من كذا» هو في بعض النسخ، وفي بعضها من «بين مجوسي ويهودي» وهما صحيحان.

أما الأول فظاهر وأما الثاني، فالتقدير من بين شخص مجوسي، والآخر يهودي، وذلك يشمل ما إذا كان الأب يهودياً وما إذا كانت الأم يهودية، ونحن في قول نحكم بالتحريم في الطرفين، وفي قول، ننظر إلى الأب، ونثبت حكمه في الولد، والله أعلم.

قال الغزالي: ويتصل بهذا:

### بَابُ نِكَاحِ الْمُشْرَكَاتِ، وَفِيهِ فُضُولٌ

(الأول فيما يقر عليه الكافر من الأثكحة) ومهما أسلم كافر على كتابية قرر عليه، وإن أسلم على وثنية أو مجوسية، فإن أسلمت معه قبل المسيس استمر النكاح، وكذلك (م ح) إن أسلمت بعد المسيس وقبل انقضاء العدة، وكذلك الحكم لو كانت هي السابقة إلى الإسلام.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: عَرَفَتْ كَيْفِيَّةَ اتِّصَالِ الْبَابِ بِمَا سَبَقَ، وَتَرْجَمْتَهُ بِ «نِكَاحِ الْمُشْرَكَاتِ» لَيْسَتْ أَوْلَى مِنْ تَرْجَمْتَهُ نِكَاحِ الْمُشْرِكِينَ، وَالشَّافِعِيُّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَأَكْثَرُ الْأَصْحَابِ تَرْجَمُوهُ بِ «نِكَاحِ الْمُشْرِكِ» وَمَقْصُودُهُ مُوَدَّعٌ فِي فُصُولٍ:

**الفصل الأول:** فيما يُقَرَّرُ عليه الكافرُ، إذا أسلم من الأنكحة الجارية في الكفر، فإذا أسلم كافرًا، وتحتة كتابيةً أو اثنتان إلى أربع، استمر النكاح؛ لجواز نكاح الكتابية في الإسلام ابتداءً، ولا فرق في ذلك بين اليهوديِّ والمجوسي ولا بين الحربيِّ والذميِّ.

وإن أسلم، وتحتة مجوسية أو وثنية، أو من لا يجوزُ له نكاحها من الكافرات، وتخلَّفت هي، نُظِرَ؛ إن كان ذلك قبل المسيس، تنجزت الفرقة بينهما، وإن كان بعده، فإن أسلمت قبل انقضاء مدة العدة، استمر النكاح، وإلا تَبَيَّنَ حصول الفرقة من وقت إسلام الزوج.

ولو أسلمت المرأة، وأقرَّ الزوج على الكفر، أي كفر كان، فالحكم كما لو أسلم الزوج، وأصرَّت هي على التمجُّس أو التوثن، فقليل: المسيس تنجز الفرقة، وبعده يُنظَرُ؛ إن أسلم الزوج قبل أن تنقضي مدة العدة، استمر النكاح، وإلا تَبَيَّنَ حصول الفرقة من وقت إسلامها.

ولو أسلم الزوجان الكافران معاً، لم يفتنَّ تبديلُهُما الدينَ ارتفاعَ النكاح، وَيَسْتَوِي فِيهِ جَمِيعُ أَنْوَاعِ الْكُفْرِ وما قبل المسيس وما بعده، والاعتبارُ في الترتيب والمعية بأخر كلمة الإسلام لا بأولها.

وقال مالك - (رضي الله عنه) -: إن سبقت المرأة إلى الإسلام، فالحكم على ما ذكرنا، وإن سبق الرجل عرض عليها الإسلام في الحال، فإن أسلمت، استمرَّ النكاح، وإلا، انفسخ في الحال.

وعند أبي حنيفة: إذا أسلم أحدهما، وهما في دار الإسلام، يُغَوِّضُ الإسلام ثلاثاً على المتخلف منهما، فإن أبي، فُرِّقَ بينهما، ويتكون الفرقة طلاقاً إن كان الإباء من الزوج؛ وفسخاً، إن كان من الزوجة، وإن كانا في دار الحرب، وقف إلى انقضاء ثلاث حيض، إن كانت المرأة من ذوات الأقراء أو ثلاثة أشهر، إن لم تُكُنْ، وإن لم يجتمعا على الإسلام إلى انقضائها، حصلت الفرقة وتستأنف العدة، إن كان مدخولاً بها، وإذا دخل الذي أسلم منهما دار الإسلام، والمتخلف في دار الحرب، حصلت الفرقة في الحال؛ لاختلاف الدارين، وكذا، لو كانا في دار الإسلام، فالتحق الكافر بدار الحرب.

قال: وكذلك، لو التحق الذمي بدار الحرب ناقضاً للعهد، وإمراته في دار الإسلام، حصلت الفرقة بينهما، وكذلك لو كان الزوجان في دار الحرب، فدخل الزوج

دار الإسلام، وعقد الذمة لنفسه، والمرأة في دار الحزب، تخصل الفرقة بينهما، ولا فزق عنده فيما قبل المسيس، ولا ما بعده، وعن أحمد روايتان:

أظهرهما: مساعدتنا.

والثانية: أنه إذا أسلم أحدهما دون الآخر، انفسخ النكاح؛ سواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده، واحتج الأصحاب على مالك - (رضي الله عنه - بالقياس على إسلام الزوجة، وعلى أبي حنيفة بما روي أن أبا سفيان وحكيم بن حزام أسلما بمر الظهران، وهو معسكر المسلمين، وأمرأتاهما بمكة وهي يومئذ دار حزب ثم أسلما من بعد وأقر النكاح، وبأن صفوان بن أمية، وعكرمة بن أبي جهل - رضي الله عنهما - هربا كافرين إلى الساحل حين فتحت مكة وأسلمت أمرأتاهما بمكة وأخذتا الأمان لزوجيهما، فقدا، وأسلما، فرد النبي - صلى الله عليه وسلم - أمرأتيهما<sup>(١)</sup>.

ولو نكح الكافر لابنه الصغير صغيرة، فإسلام الأبوين أو أحدهما قبل بلوغهما فهو كإسلام الزوجين أو أحدهما.

ولو نكح لابنه الصغير بالغة، وأسلم أبو الطفل والمرأة معاً؛ قال في «التهديب»: يبطل النكاح؛ لأن إسلام الولد يخصل عقيب إسلام الأب، فتقدم إسلامهما إسلام الزوج، لكن ترتب إسلام الابن على إسلام الأب لا يقتضي تقدماً ولا تأخراً بالزمان، فلا يظهر تقدم إسلامهما على إسلام الزوج<sup>(٢)</sup>.

قال: وإن أسلمت عقيب إسلام الأب يبطل أيضاً؛ لأن إسلام الولد يحصل حكماً وإسلامها يحصل بالقول، والحكمي يكون سابقاً على القول، فلا يتحقق إسلامهما معاً.

وحيث توقفتنا في النكاح، وانتظرنا الحال إلى انقضاء مدة العدة، فلو طلقها قبل

(١) أخرجه البيهقي [١٨٦/٧] عن الشافعي عن جماعة من أهل العلم من قريش وأهل المغازي وغيرهم، عن عدد مثلهم: أن أبا سفيان أسلم بمر الظهران، وامراته هند بنت عتبة كافرة بمكة، ومكة يومئذ دار حرب، وكذلك حكيم بن حزام، ورواه المزني عن الشافعي بنحوه في السنن.

(٢) قال الشيخ البلقيني: ما قاله البيهقي في ذلك هو الفقه، وقول المصنف لكن ترتب إسلام الولد الخ ضعيف فالحكم للتابع متأخر عن الحكم المتبوع وحيث فلا يحكم للولد بالإسلام حتى يصير الأب مسلماً وذلك مقتضى للتقدم في إسلام الأب والتأخر في إسلام الولد بالزمان، وبه يظهر تقدم إسلام الزوجة على إسلام الزوج والله أعلم انتهى.

وما قاله البيهقي نقلاً عن الخادم عن القاضي الحسين والمتولي والخوارزمي ثم ذكر كلام شيخه البلقيني ولم يعزه له ثم ذكر بحث الشيخ السبكي أن العلة هل تقارن المعلول أو تتأخر عنه، فإن قلنا تقارن صح بحث الرافعي وإن قلنا بالتأخر اتجه ما قاله البيهقي.

تمام العدة، فالطلاق موقوفٌ أيضاً، فإن اجتمعا على الإسلام في العدة، تبين وقوعه، وتعدت من وقت الطلاق، وإلا، فلا طلاق.

وَحَكَى الْأَمَامُ أَنَّ مِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ جَعَلَ الطَّلَاقَ عَلَى قَوْلِي وَقَبِ الْعُقُودِ، وَقَالَ: لَا يَقَعُ فِي قَوْلٍ، وَإِنْ اجْتَمَعَا عَلَى الْإِسْلَامِ [قبل انقضاء العدة] وَأَجْرَاهُمَا فِيمَا إِذَا أَعْتَقَ عَبْدَ أَبِيهِ عَلَى ظَنِّ كَوْنِهِ حَيًّا، فَبَانَ مَيْتًا، كَمَا لَوْ بَاعَ عَلَى ظَنِّ أَنَّهُ حَيٌّ فَبَانَ مَيْتًا، وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ، فَإِنَّ الطَّلَاقَ وَالْعِتَاقَ يَقْبَلَانِ صَرِيحَ التَّعْلِيْقِ، فَأَوْلَى أَنْ يَقْبَلَ تَقْدِيرَ التَّعْلِيْقِ، وَكَذَا يَتَوَقَّفُ فِي الظَّهَارِ وَفِي الْإِبْلَاءِ، وَلَوْ قَدَّفَهَا، فَإِنَّ لَمْ يَجْتَمِعَا عَلَى الْإِسْلَامِ فِي مَدَّةِ الْعُدَّةِ، لَمْ يَلَاعَنَّ، وَيُعْزَرُ إِنْ كَانَ التَّخَلْفُ مِنَ الزَّوْجَةِ، وَيُحَدُّ إِنْ كَانَ هُوَ الْمُتَخَلِّفُ وَإِنْ اجْتَمَعَا عَلَى الْإِسْلَامِ، فَلَهُ أَنْ يَلَاعِنَ لِدَفْعِ الْحَدِّ أَوْ التَّغْزِيرِ وَلَوْ أَنَّ الزَّوْجَ حِينَ سَبَقَ إِلَى الْإِسْلَامِ، وَالزَّوْجَةُ وَثِيئَةٌ نَكَحَ فِي زَمَانِ التَّوَقُّفِ أُخْتَهَا الْمُسْلِمَةَ أَوْ أَرْبَعًا سِوَاهَا، لَمْ يَصَحَّ، وَكَذَا لَوْ كَانَ طَلَّقَهَا طَلْقًا رَجْعِيًّا فِي الشَّرْكِ، ثُمَّ أَسْلَمَ، وَنَكَحَ فِي الْعُدَّةِ أُخْتَهَا الْمُسْلِمَةَ أَوْ أَرْبَعًا سِوَاهَا؛ لِأَنَّ زَوَالَ نِكَاحِهَا غَيْرَ مُتَيْقِنٍ، فَلَا يَنْكَحُ مِنْ لَا يَجُوزُ لَهُ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ الْمُتَخَلِّفَةِ.

وَقَالَ الْمُزَنِّيُّ: يَتَوَقَّفُ فِي نِكَاحٍ مِنْ يَنْكِحُهَا، كَمَا يَتَوَقَّفُ فِي نِكَاحِ الْمُتَخَلِّفَةِ، فَإِنْ أَسْلَمَتِ الْمُتَخَلِّفَةُ، تَبَيَّنَ بَطْلَانُ نِكَاحِ الثَّانِيَةِ، وَإِنْ أَصْرَتْ، حَتَّى انْقَضَتِ الْعُدَّةُ، تَبَيَّنَ صِحَّتُهُ، وَتَوَافَقَ طَرِيقَةُ حِكَايَا الْإِمَامِ عَنْ بَعْضِ الْأَصْحَابِ، وَهِيَ أَنَّا نَجْعَلُ هَذَا النِّكَاحَ عَلَى قَوْلِي وَقَبِ الْعُقُودِ، فَإِنَّ قَلْنَا بِالتَّوَقُّفِ، تَوَقَّفْنَا، كَمَا ذَكَرَهُ الْمُزَنِّيُّ، وَالْمَشْهُورُ مِنْ كَلَامِ الْأَصْحَابِ الْقَطْعُ بِالْمَنْعِ، وَهُوَ نَصُّ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَفَرَّقُوا بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَا إِذَا بَاعَ مَالُ أَبِيهِ عَلَى ظَنِّ أَنَّهُ حَيٌّ أَوْ زَوْجٌ جَارِيته [على ظن أنه حي] (١)، ثُمَّ بَانَ مَيْتًا؛ بَانَ هُنَاكَ الْمَعْنَى الْمَجُوزُ لِلتَّصَرُّفِ قَائِمٌ فِي الْحَالِ، لَكِنْ لَمْ يَعْلَمْهُ الْمُتَصَرِّفُ، وَإِصْرَارُ الْمُتَخَلِّفَةِ إِلَى انْقِضَاءِ الْعُدَّةِ لَيْسَ حَاصِلًا فِي الْحَالِ، وَإِنَّمَا هُوَ مُتَعَلِّقٌ بِالاسْتِقْبَالِ وَاللَّهُ الْعَالِمُ بِهِ وَهَذَا الْمَعْنَى، إِنْ اقْتَضَى الْفَرْقُ بَيْنَ مَا نَحْنُ فِيهِ، وَبَيْنَ مَا إِذَا بَاعَ مَالُ أَبِيهِ عَلَى ظَنِّ أَنَّهُ حَيٌّ، فَإِنَّهُ لَا يَقْتَضِي الْفَرْقَ، وَبَيْنَ مَا إِذَا بَاعَ مَالَ الْغَيْرِ، [فإنما نوقفه] (٢) عَلَى الْإِجَازَةِ فِي قَوْلٍ، وَهِيَ أَمْرٌ يَتَعَلَّقُ بِالاسْتِقْبَالِ، وَيُشْبِهُهُ أَنْ يَكُونَ الَّذِي ذَكَرَهُ الْأَصْحَابُ مُفْرَعًا عَلَى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ، وَهُوَ أَنَّ الْعُقُودَ لَا تَتَوَقَّفُ عَلَى الْإِجَازَةِ وَلَوْ سَبَقَتِ الْمَرْأَةُ إِلَى الْإِسْلَامِ، وَنَكَحَ الزَّوْجُ فِي تَخَلُّفِهَا أُخْتَهَا الْمُسْرِكَةَ، ثُمَّ أَسْلَمَ مَعَ الثَّانِيَةِ، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ بَعْدَ انْقِضَاءِ عُدَّةِ السَّابِقَةِ، أُقِرَّتِ الثَّانِيَةُ تَحْتَهُ، وَإِنْ أَسْلَمَ قَبْلَ انْقِضَاءِ عُدَّتِهَا، فَلَهُ أَنْ يَخْتَارَ مِنْهُمَا مَا شَاءَ.

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: فإنما يوافق.

كما لو أسلم، وتخته أختان أسلمتا، معه، وليس كالصورة السابقة، فإنه مُسَلَّم عند نكاح الثانية، فلا ينكح الأخت على الأخت، وههنا النكاحان وَقَعَا فِي الشَّرْكَ، ويمكن أن يُعْلَم قوله في الكتاب، «وكذلك إن أسلمت بَعْدَ الْمَيْسِسِ وقبل انقضاء الْعِدَّةِ» بالميم والألف.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَإِذَا أَسْلَمَا لَمْ تَبَحْثْ عَنْ شَرْطِ نِكَاحِيهِمَا بَلْ نَقْرُهُمَا عَلَى النِّكَاحِ بِلَا وِلْيٍ وَلَا شُهُودٍ وَفِي الْعِدَّةِ إِلَّا إِذَا أَسْلَمَا أَوْ أَحَدُهُمَا قَبْلَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ فَإِنَّ الْمُفْسِدَ قَدْ قَارَنَ الْإِسْلَامَ فَيَنْدَفِعُ النِّكَاحُ كَمَا لَوْ أَسْلَمَ وَتَخْتَهُ أُمُّهُ أَوْ ابْنَتُهُ، وَنَقَرُّهُمْ عَلَى النِّكَاحِ الْمُؤَقَّتِ إِنْ أَعْتَقَدُوهُ مُؤَبَّدًا، وَإِنْ أَعْتَقَدُوهُ مُؤَقَّتًا أَوْ فَاسِدًا لَمْ نَقْرُهُمْ، وَلَا نَقْرُهُمْ عَلَى مَا هُوَ فَاسِدٌ عِنْدَهُمْ إِلَّا إِذَا كَانَ صَحِيحًا عِنْدَنَا، وَلَوْ أَعْتَقَدُوا غَضَبَ الْمَرْأَةِ نِكَاحًا قَرَّرْنَاهُمْ عَلَيْهِ عَلَى وَجْهِهِ، وَكَانَتْهُمْ إِذَا أَسْلَمُوا لَا يَوَاقِدُونَ بِشَرْطِ الْإِسْلَامِ رُخْصَةً لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لَفَيْزُوزِ الدِّيَلَمِيِّ وَقَدْ أَسْلَمَ عَلَى أُخْتَيْنِ: «أَخْتَرِ إِحْدَاهُمَا» فَإِنَّهُ لَمْ يَعْينِ الْأُولَى لِلصَّحَّةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: غرض الفصل السابق هو الكلام الجملي في مواضع استمرار النكاح، والتقرير عليه بعد الإسلام، وفي مواضع عدم الاستمرار، كما بين، والمقصود الآن بيان شرط الاستمرار، فنقول: إن لم يقترن شيء من مفسدات النكاح، فالعقد الجاري في الشرك باقٍ بحاله، ولا يقدح فيه عروض الإسلام، فهو مقرَّر عليه مستمر، وإن كانوا يعتقدون فسَادَ شيءٍ من ذلك، لم يُبَالِ باعتقادهم، وأدُّ مَنَا مَا هُوَ صَحِيحٌ عِنْدَنَا فِي دِينِنَا، وَإِنْ اقترن شيءٌ من المفسدات، نُظِرَ؛ إِنْ كَانَ زَائِلًا عِنْدَ الْإِسْلَامِ، وَكَانَتْ بِحَيْثُ يَجُوزُ نِكَاحُهَا حَيْثُ بَدَأَ، فَكَذَلِكَ الْحُكْمُ، إِلَّا، إِذَا كَانُوا يَعْتَقِدُونَ فَسَادَهُ وَانْقِطَاعَهُ وَإِنَّمَا حَكَمْنَا بِالِاسْتِمْرَارِ مَعَ اقْتِرَانِ الْمُفْسِدِ بِالْعَقْدِ عَلَى سَبِيلِ الرُّخْصَةِ وَالتَّخْفِيفِ، وَقَدْ رُوِيَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ لَفَيْزُوزِ الدِّيَلَمِيِّ وَقَدْ أَسْلَمَ عَلَى أُخْتَيْنِ: «أَخْتَرِ أَيْتَهُمَا شِئْتَ»<sup>(١)</sup> وَلَوْ أُخِذُوا بِحُكْمِ الْإِسْلَامِ وَشَرْطِهِ، لَبَحِثَ كَيْفِيَّةَ النِّكَاحِينَ، وَحُكْمَ بِيْطْلَانِهِمَا إِنْ جَرِيَ مَعًا، وَبِصَحَّةِ الْأُولَى، إِنْ تَعَاقَبَا، وَإِنْ كَانَ الْمُفْسِدُ بَاقِيًا وَقَدْ أَسْلَمَ، وَكَانَتْ بِحَيْثُ لَا يَجُوزُ ابْتِدَاءُ نِكَاحِهَا، فَلَا تَقْرِيرَ، بَلْ يَنْدَفِعُ النِّكَاحُ، وَيَتَخَرَّجُ عَلَى هَذَا الضَّبْطِ مَسَائِلُ:

المسألة الأولى: العقد الجاري في الكفر بلا ولي، ولا شهود، يُقَرُّ عليه بعد الإسلام؛ لأنه لا مفسد عند الإسلام، ونكاحها ابتداءً جائز وكذلك لو أُجْبِرَ

(١) أخرجه الشافعي وأحمد وأبو داود [٢٢٤٣] والترمذي [١١٢٩] وابن ماجه [١٩٥١] وابن حبان [١٢٧٦ موارد] من حديثه وصححه البيهقي [١٨٤/٧] وأعله العقيلي وغيره.



[البكر]<sup>(١)</sup> غير الأب والجد، أو أُجبرت الثَّيْبُ، أو راجع الرجعية في القرء الرابع، وهم يعتقدون امتداد الرجعة إليه، ولو كان قد نكح أمه أو بنته أو زوجة ابنه أو أبيه، اندفع عند الإسلام، وكذا لو كان قد نكح التي طلقها ثلاثاً قبل أن تنكح زوجاً غيره؛ لأنه لا يجوز ابتداء نكاحها وقت الإسلام.

المسألة الثانية: لو جرى العقد، وهي في عدة الغير، فإن كانت العدة باقية عند الإسلام، اندفع، وإن كانت منقضية استمر، لأنها إذا كانت منقضية، جاز ابتداء نكاحها، فجاز التقرير، وإذا كانت باقية، لم يجز ابتداء النكاح، فلم يجز التقرير، وخصص في الرُّقم هذا التفصيل بعدة النكاح، فأما إذا نكح معتدة عن الشبهة، ثم أسلم، والعدة باقية، قَالَ: [يقرآن]<sup>(٢)</sup> على النكاح؛ لأن الإسلام لا ينفي دوام النكاح مع عدة الشبهة، فلا يُعترض عليه إذا لاقاه، ولم يُعترض لهذا الفرق أكثرهم، والإطلاق يوافق اعتبار التقرير بالابتداء كما سبق.

ولو كان قد نكحها بشرط الخيار للزوجين، أو أحدهما مدة قدرها، فيُنظر عند الإسلام، هل المدة باقية أم لا ويكون الحكم كما في العدة، إن انقضت المدة قبل الإسلام، استمر النكاح، وإلا اندفع؛ لأنهما لم يغيّراه على صفة الدوام في المدة التي شرطها فيها الخيار، ونَحْنُ، إن لم نراع في عقودهم الجارية في الشُّرك شرائط الإسلام، فلا ثبت ما لم يثبتوه، ولا فرق بين أن يقارن بقية العدة، أو مدة الخيار إسلامهما أو إسلام أحدهما، حتى لو أسلم أحدهما، والعدة أو مدة الخيار باقية، ثم أسلم الآخر، وقد انقضت، فلا تقرير، هكذا حكاه الإمام عن الصيدلاني ووافقه عليه، وبه أجاب صاحب «التَّهذِيبِ» والمصنّف، ووجه بأن المفسد لاقى إسلام.

أحدهما: فيغلب الفساد.

وعن القاضي الحسين أن اقترانه بإسلامهما هو المؤثر، أما إذا لم يقترن إلا بإسلام أحدهما، فلا يندفع النكاح؛ لأن وقت الاختيار والإمساك هو الاجتماع على الإسلام، فليكن النَّظَرُ إِلَيْهِ.

المسألة الثالثة: النكاح المؤقت، إن اعتقدوه مؤبداً قرروا عليه، وإن اعتقدوه مؤقتاً لم يقرروا عليه، سواء كان الإسلام بعد تمام المدة أو قبله، أما بعده؛ فلاعتقادهم أنه لا نكاح، وأما قبله كما لو أسلما، والعدة باقية، وأيضاً، فإنهم لا يعتقدون إلا نكاحاً مؤقتاً ومثل ذلك لا يبدأ في الإسلام.

المسألة الرابعة: لو كان قد غصب امرأة، واتخذها زوجة له، وهم يعتقدون

(٢) في ز: أن.

(١) سقط في ز.

غَضِبَ الْمَرْأَةَ نِكَاحًا فَعَنِ الْقَفَالِ أَنَّهُ لَا يُقَرَّرُ عَلَيْهِ، إِذْ لَا عَقْدَ.

والصحيح المشهور التفرير؛ لأنه ليس فيها إلا إقامة الفعل مقام القول، فأشبهه سائر وجوه الفساد، وهو في حق أهل الحرب، وأما الدميون، فلا يُقَرَّرُونَ، بعد الإسلام؛ لأنَّ على الإمام أن يدفع قهر بعضهم عن بعض، بخلاف أهل الحرب، والمستأمنين<sup>(١)</sup> ليسوا كأهل الذمة في ذلك؛ إذ ليس على الإمام منعه بعضهم عن بعض، وإنما يلزمه بحكم الأمان أن يمنع عنهم من يجري عليه أحكام الإسلام.

وقوله في الكتاب: «وإذا أسلما، لم نبحث عن شرط نكاحهما» أي: في ابتداء العقد، ويحتج له بأنه أسلم خلق كثير، فلم يسألهم النبي - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - عن شروط أنكحهم وأقرهم عليها، وأما في حال، الإسلام، فالوجه الاحتياط.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَأَمَّا الْمُفْسِدُ الطَّارِئُ بَعْدَ الْعَقْدِ لَا يُؤَثِّرُ كَمَا لَوْ كَانَتْ عِنْدَ الْإِسْلَامِ مُعْتَدَّةً عَنْ شُبْهَةِ أَوْ سَبَقَتْ وَأَحْرَمَتْ قَبْلَ إِسْلَامِهِ، وَلَكِنْ لَوْ نَكَحَ أُمَّةً ثُمَّ حُرَّةً وَأَسْلَمَ

(١) قال الشيخ البلقيني: أصل ما ذكره في هذه المسألة منصوص عليه في الأم ومختصر البويطي وتصرف فيه الأصحاب فقال في الأم كما نقله البندنجي في تعليقه: وإذا قهر حربي امرأة حربية على نفسها فوطئها أو طاعته فوطئها وولدت منه أو لم تلد ثم أسلما لم يجز إقرارهما على ذلك إذا كان لا يعتقدان ذلك نكاحاً، ونقل ذلك صاحب البيان عن الأم مختصراً، وفي البويطي قبل تزويج البكر وإن غلب امرأة على نفسها أو طاعته فأصابها ولم يكن ذلك نكاحاً عندهم ثم أسلما في العدة ولم يكن ذلك عقد نكاح عندهم فرق بينهما. انتهى.

وأما تصرف الأصحاب فقال البندنجي بعد حكاية النص قال أصحابنا: فإن قهر حربي حربية على نفسها ووطئها وكانا يعتقدان ذلك نكاحاً جاز إقرارهما على ذلك لأنه نكاح عندهما وكان يعتقدان دوامه ولزومه بينهما وعلى هذا يدل كلام الشافعي وابن الصباغ لما حكى المسألة عن أبي علي في الإنصاح وألحق المستأمنين بالحربيين قال مرفقاً ولهذا لو قصدهم أهل الحرب لم يلزم الإمام دفعهم عنهم بخلاف الذمة.

واعلم أنه لا بد من التنبيه على أمرين:

أحدهما: لو قهر ذمي حربية أو حربي ذمية ما حكمه.

والجواب أن ذلك خارج من العلة ففي الصورة الأولى يصح إن اعتقدا ذلك نكاحاً وإلا فلا. وفي الثانية لا يصح لأن على الإمام أن يدفع أهل الحرب عن أهل الذمة وعلى هذا ترد الثانية على إطلاق الحاوي الصغير.

الأمر الثاني: يقع في أكثر التصانيف تبعاً لمفهوم النص تصوير القهر والوطء وفي كلام الغزالي وأتباعه تصوير القهر فقط وفي ذلك كلام كثير وما نقل عن القفال نقل عن الصيدلاني وقد علمت النصين فيه وأطلق في الوسيط التصوير والنقل عنهما من غير تخصيص بحربي ولا ذمي ولكن الموقف ما تقدم انتهى.

عَلَيْهِمَا أَنْدَفَعَتِ الْأُمَّةُ، وَكَذَلِكَ لَوْ أَسْلَمَ عَلَى أُمَّةٍ وَهُوَ مُوسِرٌ بِبَسَارِ طَارِيءٍ، وَقِيلَ: يَنْدَفِعُ أَيْضاً بِالْعِدَّةِ الطَّارِئَةِ وَالْإِحْرَامِ، وَيَكُونُ حَالُ الْإِسْلَامِ كَأَبْتِدَاءِ الْعَقْدِ مُطْلَقاً، وَلَوْ أَسْلَمَتْ وَأَزْتَدَتْ ثُمَّ أَسْلَمَ الزَّوْجُ أَنْدَفَعَ نِكَاحُهَا إِنْ لَمْ تَرْجِعْ قَبْلَ الْعِدَّةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: بَيَّنَّا الْحُكْمَ فِيمَا إِذَا لَمْ يَقْتَرَنَّ بِالْعَقْدِ الْجَارِي فِي الشَّرْكَ، وَلَا بِالْإِسْلَامِ مَفْسُوداً، وَفِيمَا إِذَا اقْتَرَنَ بِالْعَقْدِ مَفْسُوداً، وَهَذَا الْفَضْلُ لِيَبَانَ قِسْمُ ثَالِثٍ، وَهُوَ الْأَقْتَرَنَ بِالْعَقْدِ مُفْسِدٍ لَكِنْ يَطْرَأُ بَعْدَ مُفْسِدٍ وَيَقْتَرَنَ بِالْإِسْلَامِ، وَفِيهِ مَسَائِلٌ بَنَاهَا جَمَاعَةٌ مِنَ الْأُمَّةِ عَلَى أَنْ الْإِخْتِيَارَ وَالْإِمْسَاكَ بِعَقْدٍ جَرَى فِي الشَّرْكَ جَارٍ مَجْرَى اسْتِدَامَةِ النِّكَاحِ، أَوْ مَجْرَى ابْتِدَائِهِ، قَالُوا: وَفِيهِ قَوْلَانِ مُسْتَبْطَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ جَارٍ مَجْرَى اسْتِدَامَةِ؛ بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى صِيغَةِ النِّكَاحِ، وَلَا يَشْتَرَطُ فِيهِ الْوَلِيُّ وَلَا الشَّهَادَةُ وَلَا رِضَا الْمَرْأَةِ؛ وَلِأَنَّهُ اسْتِدْرَاكُ عَقْدٍ أَشْرَفَ عَلَى الزَّوَالِ، فَأَشْبَهَ الرَّجْعَةَ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ جَارٍ مَجْرَى الْإِبْتِدَاءِ؛ لِأَنَّ حَالَ الْإِسْلَامِ هُوَ حَالُ التَّزَامِهِمْ حُكْمَ الدِّينِ، وَلَمْ يَكُونُوا مُتَزَمِينَ لِلْأَحْكَامِ عِنْدَ الْعَقْدِ، فَيَقَامُ حَالُ إِسْلَامِهِمْ مَقَامَ ابْتِدَاءِ الْعَقْدِ، وَيَنْظَرُ إِلَى حُصُولِ الشَّرَائِطِ حَيْثُئِذٍ، وَلِذَلِكَ قُلْنَا: إِذَا نَكَحَ الْكَافِرُ مَعْتَدَةً [وَأَسْلَمَ وَالْعِدَّةُ]<sup>(١)</sup> بَاقِيَةَ يَنْدَفِعُ النِّكَاحُ، كَمَا يَمْنَعُ ابْتِدَاءَ نِكَاحِهَا، وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ.

قَالَ صَاحِبُ «التَّمِيمَةِ»: وَهَذِهِ الْقَاعِدَةُ فِي التَّحْقِيقِ مَبْنِيَّةٌ عَلَى أَنَّ أَنْكَحْتَهُمْ فِي الشَّرْكَ صَحِيحَةٌ أَمْ لَا، وَفِيهِ خِلَافٌ سِيَّاتِي، فَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهَا صَحِيحَةٌ، فَالِاخْتِيَارُ اسْتِدَامَتَهُ، وَإِلَّا فَهُوَ جَارٍ مَجْرَى الْإِبْتِدَاءِ، لَكِنْ هَذَا الْبِنَاءُ يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ جَرِيَانُهَا مَجْرَى اسْتِدَامَةِ أَظْهَرَ؛ لِأَنَّ الصَّحِيحَ صَحَّةُ أَنْكَحْتَهُمْ.

وَالْمَشْهُورُ فِي كَلَامِ الْأَصْحَابِ تَرْجِيحُ جَرِيَانِهِ مَجْرَى الْإِبْتِدَاءِ، وَرَدُّوا عَلَى مَنْ قَالَ بِالْإِسْتِدَامَةِ، وَنَسَبُوهُ إِلَى مَذْهَبِ أَبِي نُؤَيْرٍ.

إِذَا عُرِفَ ذَلِكَ، [فِإِحْدَى الْمَسَائِلِ]<sup>(٢)</sup> إِذَا أَسْلَمَ الرَّجُلُ، وَوُطِّئَتِ الْمَرْأَةُ بِالشَّبِيهِ ثُمَّ أَسْلَمَتْ، فَالْمَشْهُورُ وَالْمَحْكِيُّ عَنْ نَصِهِ فِي رِوَايَةِ الرَّبِيعِ اسْتِمْرَارُ النِّكَاحِ، وَكَذَا لَوْ أَسْلَمَتِ الْمَرْأَةُ، فَوُطِّئَتْ بِالشَّبِيهِ فِي زَمَانِ التَّوَقُّفِ، ثُمَّ أَسْلَمَ الزَّوْجُ قَبْلَ انْقِضَاءِ مَدَّةِ الْعِدَّةِ، يَسْتَمِرُّ النِّكَاحُ، وَإِنْ كَانَ لَا يَجُوزُ ابْتِدَاءُ نِكَاحِ الْمَعْتَدَةِ؛ لِأَنَّ عِدَّةَ الشَّبِيهِ إِذَا طَرَأَتْ عَلَى نِكَاحِ الْمُسْلِمِينَ، لَمْ تَقْطَعْهُ، فَأَوْلَى الْأَتَّقِيعِ الْأَنْكَحَةَ الْجَارِيَةَ فِي الشَّرْكَ، وَهَذَا مَا قَطَعَ بِهِ الصَّيْدَلَانِيُّ.

(٢) فِي ز: فَالْمَسْأَلَةُ الْأُولَى.

(١) سَقَطَ فِي ز.

ومن أصحابنا من قال: يندفع النكاح، لا يجوز ابتداء النكاح في العدة، وينسب هذا إلى القفال، ويُرَوَّى عنه نزاعٌ في عروضِ عِدَّةِ الشبهة من جهة أن أحد الزوجين، إذا أسلم، والآخر متخلف، جَرَبَتِ الْمَرْأَةُ فِي عِدَّةِ النكاح، وعدة النكاح تتقدّم على عدة الشبهة.

وإذا أسلم الآخر، كان إسلامه في عدة النكاح، لا في عدة الشبهة، نعم، أحبلها الواطيءُ بالشبهة تقدمت عدة الشبهة، وأمكن اقترانها بإسلام الآخر، وحينئذٍ، فيندفع النكاح؛ اعتباراً بالابتداء، وأجابوا عن هذا النزاع بوجهين:

أحدهما: أن عروض هذه الشبهة لا يختصُّ تصويره بما إذا أسلم أحدهما قبل الآخر، بل لو وطئت في الشبهة، وشرعت في العدة، ثم أسلما معاً، كان ذلك صورة المسألة.

والثاني: أن أحد الزوجين إذا أسلم، وتخلّف الآخر، فإننا لا نستيقن جريانها في عدة النكاح؛ لأنه لو أسلم المتخلف قبل انقضاء مدة العدة، يستمر النكاح، وتبيّن أن ما مضى، لم يكن عدّةً عن النكاح، وحينئذٍ، تكون في عدة الشبهة، نعم، لو أصر المتخلف، تبيّن أن تلك العدة كانت عدة النكاح، وعليها أن تعدّ للشبهة، إذا تصرّمت تلك العدة.

**المسألة الثانية:** لو أسلم الرجل، وأحرم، ثم أسلمت المرأة في العدة، فعن النصّ يجوز إمساكها في حال الإحرام، وكذا لو أسلم، وتختّه أكثر من أربع نسوة، ثم أسلمن وهو مُحْرِمٌ؛ له اختيار أربعٍ منهن، واختلف الأضحابُ على طريقين:

أحدهما: القطع بالمنع، كما لو أسلم، وتختّه أمة، وهو موسرٌ لا يجوز له إمساكها، كما سيأتي، وهؤلاء حملوا النصّ على ما إذا أسلما معاً ثم أحرم الزوج، له الاختيار؛ لأن الاختيار هنا يثبت قبل الإحرام، وممن روي عنه هذا التأويل الأتماطي وأبن سلمة. وعن القفال: أن أنكر هذا النص من أصله، وقال: تَفَحَّصْتُ كُتُبَ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فَلَمْ أَجِدْهُ.

وأشهرهما: أن المسألة على قولين، مختار أكثر الأصحاب منهما الأخذُ بظاهر ما نُقِلَ عن النص توجيهاً بأن عروض الإحرام لا يؤثر، كما في أنكحة المسلمين، ويأن الإمساك استدامةً للنكاح، فجاز مع الإحرام كالرجعة.

والثاني: المنع، إلحاقاً للدوام بالابتداء، ويُحَكِّى هذا عن اختيار صاحب «الإفصاح».

**المسألة الثالثة:** نكح في الكفر حُرَّةً وَأَمَةً، ثم أسلم، وأسلمتا معه، فظاهر المذهب أن الحرّة تتعيّن للنكاح، ويندفع نكاح الأمة، ولا فرق في ذلك بين ما إذا نكحهما معاً، وبين ما إذا نكح إحداهما قبل الأخرى؛ لأننا لا ننظر في نكاح الأختين

حال التقدم والتأخر وكذلك في نكاح الحرة والأمة، وكما يندفع نكاح الأمة بالحرة الطارئة، يندفع باليسار الطارىء، إذا قارن الإسلام، ولو اقترن اليسار بالعقد الجاري في الشرك، ودام إلى الإسلام، فالاندفاع أولى، وخروج بعضهم اندفاع [نكاح] (١) الأمة على القولين، بناء على هذا الأصل السابق، وينسب هذا إلى اختيار القاضي الحسين، والظاهر الأول؛ لكنه مخالف لما مر من تجويز الإمساك في العدة والإحرام الطارئين، فإن ذلك تنزيل الإمساك منزلة الاستدامة، وهذا تنزيل له منزلة الابتداء، وفرق بين الفصلين بأن الإمساك فيه مشابهة الاستدامة، ومشابهة الابتداء، فرجعنا في العدة والإحرام مشابهة الاستدامة، كما في نكاح المسلم، إذا طرأ عليه أخذها وهنأ راعينا مشابهة الابتداء؛ لأن نكاح الأمة بدل يُغَدَلُ إِلَيْهِ عند تعذر نكاح الحرة، والابدال أضيقت حكماً من الأصول، فجرينا على [التضييق] (٢) اللائق به، والحاصل للفتوى أنه متى أسلم الكافر، وتحتة أمة، وأسلمت معه، أو جمعت العدة إسلامهما، وهي مدخول بها، فإن كان ممن يحل له نكاح الإماء، أمسكها، وإن كان ممن لا يحل له نكاحهن، إما لليسار، وإما للأمن من العنت، اندفع نكاحها.

**المسألة الرابعة:** إذا أسلمت الزوجة بعد الدخول، وارتدت، نظر؛ إن لم تسلم الزوج، حتى انقضت مدة العدة، بانث باختلاف الدين أولاً، وتكون العدة من يومئذ، وإن أسلم قبل انقضائها، سقط حكم العدة من يومئذ، ويتوقف، إن عادت إلى الإسلام قبل انقضاء مدة العدة من وقت ردتها، استمر النكاح، وإلا، انقطع من يوم الردة.

وكذا لو أسلم الزوج بعد الدخول، وارتدت، إن لم تسلم المرأة إلى انقضاء مدة العدة من يوم إسلامه بانث منه، وإن أسلمت، توقفتنا، إن عاد الزوج إلى الإسلام قبل انقضاء مدة العدة من وقت ردته، استمر النكاح، وإلا حصلت الفرقة من يومئذ.

وذكر الإمام أن القفال حكى عن النص أنه يندفع النكاح في إسلام أحد الزوجين وارتداده، ولا يتوقف، وأنه احتج بذلك باندفاعه بالعدة والإحرام الطارئين كما حكينا عنه، والظاهر التوقف، وعلى هذا قال صاحب «التهذيب» وغيره: الردة يفترق فيها حكم الابتداء والاستدامة؛ لأن ابتداء نكاح المرتد باطل غير منعقد على التوقف، وفي الدوام توقفتنا، فالتحقت الردة بالعدة للشبهة والإحرام، وإنما قيل بالتوقف في الردة، لم نجوز الاختيار فيها، بخلاف الإحرام والعدة؛ لأن منافاة الردة للنكاح أشد؛ ألا ترى أنها تقطع النكاح على الجملة، وهما لا يقطعان النكاح، وكذلك لا يجوز الرجعة في الردة، وتجوز في الإحرام على الأظهر ولو أسلم، وتخته فوق العدد الشرعي؛ وارتد ثم

(٢) في ز: السبق.

(١) سقط في ز.

أسلمت النسوة في العدة أو أسلم، وأسلمن معه، ثم ارتدَّ قبل الاختيار، لم يجز أن يختار أربعاً منهن في الردة فإن عادَ إلى الإسلام في العدة، فله الاختيار حينئذٍ وليُعلمُ قوله في الكتاب «اندفعت الأمة» بالواو وكذا قوله «كذلك لو أسلم على أمة» لما بيناه.

قوله «لو أسلمت، ثم ارتدت، وأسلم الزوج، اندفع نكاحها» هذا القدر هو الموجود في أكثر النسخ، وهو يوافق إيراد، «الوسيط» ومنقول الإمام، وهو الاندفاع المطلق، وزيد في بعض النسخ «إن لم ترجع قبل العدة»، وهذه الزيادة تُسعرُ بالتوقف، وهو الأظهر في المسألة، والله أعلم.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: ثُمَّ هَذِهِ الْمُفْسِدَاتُ إِنْ قَارَنْتَ إِسْلَامَ أَحَدِهِمَا كَفَى (و) إِلَّا فِي الْيَسَارِ فَإِنَّهُ لَا يَنْدَفِعُ إِلَّا إِذَا وَجِدَ عِنْدَ أَجْتِمَاعِهِمَا فِي الْإِسْلَامِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْوَاقِفُ عَلَى مَا أوردناه يتبين له أن المُفْسِدَ للنكاح عند الإسلام منه ما كان حاصلًا عند العقد، واستمر، كما لو نكح معتدةً، وكانت عند الإسلام بعد العدة، ومنه ما طرأ بعد العقد، كما لو أسلم، وتحت حرّة طارئة على أمة، أو أسلم على أمة، وقد طرأ له اليسار هل يشترط أن يقارن المفسد إسلامهما معاً، أم يكفي للفساد اقترانه بإسلام أحدهما؟ فيه اختلاف.

أما في القسم الأول: فقد بيّننا الخلاف فيه، وذكرنا أن الظاهر أنه يكفي الاقتران بإسلام أحدهما، وهو الذي ذكره في الكتاب، حيث قال من قبل: «إلا إذا أسلما أو أحدهما قبل انقضاء العدة».

وأما في القسم الثاني، فقد عرفت في الفصل السابق: أن ظاهر المذهب أنه إذا أسلم، وتحت حرّة وأمة، يندفع نكاح الأمة، وتتعين الحرّة.

وكذلك يكون الحكم أسلمت الحرّة المذخول بها معه أو بعده قبل انقضاء عدتها ثم أسلمت الأمة قبل انقضاء العدة، ولو أصرت الأمة حتى انقضت العدة، فاندفاعها بتبديل الدين، ومنه تحتسب العدة.

ولو ماتت الحرّة بعد إسلامها أو أزدت، ثم أسلمت الأمة، اندفع نكاحها أيضاً، وكفى اقتران إسلام الحرّة بإسلام الزوج.

ولو أسلم وتحتته، أمة، وهو مويبر، ثم تلف ماله، وأسلمت الأمة، وهو معسر، فله إمساكها، وإنما يؤثر اليسار في الدفع، إذا قارن إسلامهما جميعاً.

وحكى القاضي ابن كج عن أبي حامد نزاعاً في الصورة الأولى.

وعن بعضهم في الثانية؛ أن اقتران اليسار بإسلامه يكفي للاندفاع، وليس له

إمساكها، وإن كان معسراً عند إسلامها، ويُرَوَى هذا عن أبي يحيى البلخي قال: وعلى عكسه، لو أسلم، وهو مُعْسِرٌ، ثم أسلمت، وهو موسرٌ، فله إمساكها، نظراً إلى وقت إسلامه.

وعن ابن خيران: أن في اليسار الزائل قولين، فحصل في الصورتين الخلاف كما ترى، وهو كما ذكر صاحب «التتمة» متولد من ضرب جواب إحدى الصورتين بجواب الأخرى، والظاهر في صورة الحرة والأمة اندفاع نكاح الأمة وإن ماتت الحرة وفي صورة<sup>(١)</sup> زوال اليسار عند إسلامها عدم الاندفاع، واعتبار اقترانه بإسلامها جميعاً، والسبب في اعتبار الاقتران بإسلامها معاً؛ أن وقت الاجتماع في الإسلام هو وقت جواز نكاح الأمة؛ لأنه، إن تقدم إسلامه، فالأمة الكافرة لا تحل للمسلم، وإن تقدم إسلامها، فالمسلمة لا تحل للكافر فكان اجتماعهما في الإسلام شبيهاً بحال ابتداء نكاح الأمة، واليسار السابق على نكاح الأمة لا يمنع جواز نكاحها، وهذا المعنى يقتضي جواز إمساك الأمة في الصورة الأولى، وهي ما إذا ماتت الحرة بعد إسلامها، ثم أسلمت الأمة، لكن فرقوا بينهما من وجوه.

منها: أن أثر نكاح الحرة باقٍ بعد موتها؛ ألا ترى أنه يرثها، وأن له غسلها، وعليه مؤنة تجهيزها على رأي، فكان النكاح باقٍ، واليسار بخلافه.

ومنها: أن المرأة، إذا أسلمت، وتعيّنت، حسبت على الزوج، ولم يؤثّر موتها بعد ذلك ألا ترى لو أسلم، وتحتة خمس نسوة، وأسلمت واحدة، فاخترها، ثم ماتت، ثم أسلمت البواقي، لم يكن له إمساكهن، وإنما يمسك ثلاثاً منهن.

ومنها: قال الإمام: الحرة لا تنزل منزلة اليسار، بل الأمر فيها، وفي اشتراط عدمها لهم وأعظم ألا ترى أنه لو كان في نكاحه حرة رتقاء أو غائبة، لم ينكح الأمة، ولو كان ماله غائباً، لا يصل إليه إلا بعد زمان طويل يجوز له نكاح الأمة والله أعلم.

ولا يخفى بعد ما ذكرنا الحاجة إلى إعلام قوله «كفى» بالواو، وكذا قوله «فإنه لا يدفع».

قال الغزالي: وإذا طلق الكافر زوجته ثلاثاً ثم أسلم لم ينكحها إلا بمحلل في قول - ولا يحتاج إلى المحلل في قول فإننا نصح أنكحتهم مطلقاً في قول، ونفسدها في قول إلا عند الإسلام، وتتوقف في قول، فما يقرر عليه في الإسلام تتبين صحته، وما يدفعه تتبين فساده حتى لا يثبت المهر على هذا القول للتي يدفع الإسلام نكاحها، ولا على قول الإفساد، ويثبت على قول الصحة.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: ذَكَرُوا فِي الْأَنْكحةِ الْجَارِيَةِ فِي الشَّرْكِ ثَلَاثَ مَقَالَاتٍ:

أَصْحُهُمَا: أَنَّهَا مُحْكَمٌ لَهَا بِالصَّحَّةِ<sup>(١)</sup>، لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَأَمْرَاتُهُ حَمَّالَةَ الْحَطَبِ﴾ [المسد: ٤] وَقَالَ تَعَالَى: ﴿وَقَالَتْ أَمْرَأَةٌ فِرْعَوْنَ﴾ [القصص: ٩] وَعَنْ رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنَّهُ قَالَ: «وُلِدْتُ مِنْ نِكَاحٍ لَا مِنْ سِفَاحٍ»؛ وَلَأَنَّهُمْ لَوْ تَرَأَفُوا إِلَيْنَا، لَا نَبْطَلُهُ، وَلَا نَفَرِّقُ بَيْنَ رِجَالِهِمْ وَنِسَائِهِمْ، وَأَيْضاً، فَإِنَّهُ يُقَرَّرُ عَلَيْهِ بَعْدَ الْإِسْلَامِ، وَالْفَاسِدُ لَا يُتَقَلَّبُ صَاحِباً بِالْإِسْلَامِ، وَالتَّقْرِيرُ عَلَى الْفَاسِدِ مُحَالٌ.

والمقالة الثانية: أنها فاسدة؛ لأنهم لا يراعون حدود الشُّرْعِ وشروطه، لكن [نفرق]<sup>(٢)</sup> لو تراءفوا إلينا رعاية للعهد والذمة، وإذا أسلموا، نُقَرِّرْهُمْ تَخْفِيفاً وَعَفْواً.

المقالة الثالثة: أنا لا نَحْكُمُ لَهَا بِصَحَّةٍ وَلَا فِسادٍ، وَلَكِنْ نَتَوَقَّفُ إِلَى الْإِسْلَامِ فَمَا يُقَرَّرُ عَلَيْهِ إِذَا أُسْلِمُوا تَبَيَّنَ لَنَا صِحَّتُهُ، وَمَا لَا يُقَرَّرُ تَبَيَّنَ فَسادُ، وَيُرَوَى عَنِ الْقَفَّالِ مَا يُقَرَّبُ مِنْ هَذَا وَهَذِهِ الْمَذَاهِبِ حَكَاهَا صَاحِبُ الْكِتَابِ أَقْوالاً، وَأَكْثَرُ مِنْ أوردِهَا فِي نَقْلِ الْوَجْهِ، نَعَمْ فِي «الْتِمَّةِ» الْمَصِيرُ إِلَى الْفَسَادِ قَوْلٌ قَدِيمٌ، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَمِنْ الْأَضْحَابِ مَنْ قَطَعَ بِصَحَّةِ أَنْكَحْتَهُمْ، وَنَفَى الْخِلَافَ فِي الْمَسْأَلَةِ، إِذَا ثَبَّتَ الْخِلَافَ، فَهُوَ مَخْضُوضٌ بِالْعُقُودِ الَّتِي يَحْكُمُ بِفِسادِ مِثْلِهَا الْإِسْلَامُ أَوْ يَجْرِي فِي مِثْلِهَا عَقُودُهُمْ؟.

قَضِيَّةٌ كَلَامُ أَبِي سَعْدِ الْمُتَوَلِّي، وَغَيْرِهِ الْأَوَّلُ فِي «الْنَهَايَةِ» «أَنْ مِنْ يَحْكُمُ بِفِسادِ

(١) لا خفاء أن مراد المصنف بالكفار الكفار الأصليين، وأما نكاح المرتدين فباطل، وعبارة الشيخ البلقيني في التدريب وكل نكاح صدر بين كافرين أصليين فهو صحيح إن صدر على وفق الشرع وقول المصنف محكوم بصحتها أحسن من تعبيره النووي في المنهاج بأنه صحيح لأن الصحة حكم شرعي ولم يرد الشرع به.

قال في الخادم: والتحقيق أن يقال إن وافقت الشرع فهي صحيحة وإلا فهي محكوم بصحتها وأخذ من كلام شيخه البلقيني في التدريب كما قدم قريباً حيث قال فهو صحيح إن صدر على وفق الشرع.

واستثنى الشيخ البلقيني من أنكحتهم خمس صور لا يقرون عليها مطلقاً:

إحداها: نكاح المحرم ولكن لا يتعرض على المشهور لمجوسي ونحوه نكح محرماً ما لم يترافعا إلينا لنفقة ونحوها أبطلناه.

الثانية: نكاح زوجة غير النكاح مع استمرار زوجية الأول.

الثالثة: الغصب في ذميين أو حربي وذمية.

الرابعة: النكاح المؤقت إذا اعتقده مؤقتاً.

الخامسة: إذا نكحها بشرط الخيار مطلقاً لهما أو لأحدهما.

(٢) في ز: يقرون.



أنكحتهم يلزمه ألا يفصل بين ما وَقَعَ منها عَلَى شرط الشَّرْع، وبين ما يُخَالِفُه، والمصير إلى أن نكاحاً يعقدونه على شرط الشرائع كلها فاسد مذهب لا يعتقده ذو حاصل»<sup>(١)</sup> ذكره في تزييف الحكم بالفساد، واستقرب التوقُّف بغض الاستقراب، ويُسمى على هذا الأضلُّ المذكور مسألتان:

إحدهما: إِذَا طَلَّقَ الْكَافِرُ زَوْجَتَهُ ثَلَاثًا: ثم أسلما، فعلى الصحيح، وهو صحَّة أنكحتهم لا تحل له إلا بمحلل، وهذا هو المنصوصُ في «المختصر» وإن قلنا بفسادها فالطلاق في النكاح الفاسد لا يحوج إلى المحلل، وإذا قلنا بالصحيح، فلو نكحت المطلقة في الشُّرك زوجاً آخر، وأصابها، وطلَّقها، ثم أسلمت، فتزوجها الأوَّل بعد إسلامه حلَّت له، وكذلك يخضَل التحليل بوطن الكافر، إذا نكح الذميمة التي طلقها المسلم ثلاثاً، سواء كان حُرِّيّاً أو دِمِّيّاً.

والثانية: التي تَقَرَّرَ نكاحها بعد الإسلام، لها المهرُ المسمَّى فإن كان صحيحاً، وإن كان فاسداً، كخمرٍ أو خنزيرٍ، فسيأتي حكمُ مهرهم الفاسدِ والتي يندفعُ نكاحها بالإسلام، ينظر؛ إن لم تكن مدخولاً بها، فإن صحَّحنا أنكحتهم، وجب نصف المهر، إن كان الاندفاع بإسلام الزوج، وإن كان فاسداً، وجب نصف مهرِ المثل، وإن لم يسمَّ شيءٌ، وجب المتعة، وإن كان الاندفاعُ بإسلامهما، فلا شيء لها من المهر؛ لأنَّ الفراق جاء من جهتها.

وَعَنِ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فِي «سِيَرِ الْوَأَقِدِيِّ» مَا يُشِيرُ بِوَجُوبِ نِصْفِ الْمَهْرِ، وَأَقَامَهُ بَعْضُ الْأَصْحَابِ قَوْلًا آخَرَ، وَوَجَّهَهُ بِأَنَّهَا مُحَسَّنَةٌ بِالْإِسْلَامِ، فَكَانَ مِنْ حَقِّهِ أَنْ يُوَافِقَهَا، فَإِذَا امْتَنَعَ، انْتَسَبَ الْفِرَاقُ إِلَى تَخَلُّفِهِ، وَالظَّاهِرُ الْأَوَّلُ وَإِنْ لَمْ نَحْكَمْ بِصِحَّةِ أَنْكِحْتَهُمْ، فَلَا مَهْرَ لَهَا؛ لِأَنَّ الْمَهْرَ لَا يَجِبُ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ بِلَا دُخُولٍ، وَإِنْ كَانَتْ مَدْخُولاً بِهَا، فَإِنْ صَحَّحْنَا أَنْكِحْتَهُمْ، وَجِبَ الْمَسْمِيُّ، إِنْ كَانَ صَحِيحاً، وَإِنْ لَمْ

(١) قال النووي في زوائده: الصواب التخصيص، بل لم يصرح أحد بطرده في الجميع، وليس في كلام الإمام إثبات نقل طرده، وإنما ألزمهم إلزاماً لهم الانفصال عنه بأن الظاهر إخلالهم بالشروط، فإن تصور علمنا باجتماعها، حكمتنا بالصحة قطعاً والله أعلم. اعترضه في المهمات فقال يرد عليه أن الماوردي في الحاوي حكى في المسألة طريقتين: إحدهما: حاكية لثلاثة أقوال.

والثانية: وعزاها للأكثرين إنكار الخلاف وحمل الصحة على ما اجتمعت فيه الشروط وانتفت عنه الموانع والفساد على وجود الموانع وانتفاء الشروط والوقف على انتفاء الموانع مع الإخلال بالشروط ومعناه أنهم إذا أسلموا عفونا عن الخلل وأقرناهم عليه وذكر الروياني مثله ومقتضاه إثبات الخلاف مطلقاً عند القائلين بالطريقة الأولى واعترض الشيخ البلقيني على الشيخ في تعبيره فإن تصور علمنا فقال: صواب العبارة وإن حصل علمنا باجتماعها فالتصوير لا يلزم منه الحصول.

نصَحُهَا، وجب مهر المثل، ثُمَّ عَنِ الْقَفَالِ: أَنَّهُ عَدُّ مِنْ صُورِ الْإِنْدِفَاعِ مَا إِذَا نَكَحَ الْمِشْرُكَ مَخْرَمًا لَهُ، ثُمَّ أَسْلَمَ، وَجَعَلَ وَجُوبَ نِصْفِ الْمَهْرِ عَلَى الْقَوْلَيْنِ، وَرَأَى الْإِمَامُ الْقَطْعَ بِأَنَّهُ لَا شَيْءَ لِلْمَخْرُومِ مِنَ الْمَهْرِ وَقَالَ: لَا نَقُولُ بِأَنَّهُ انْعَقَدَ الْعَقْدُ عَلَيْهَا، ثُمَّ أُنْدَفَعَ، وَانْفَسَخَ فِي الْإِسْلَامِ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ فِي الْأُخْتِ الْمَفَارِقَةِ مِنَ الْأُخْتَيْنِ، وَفِي الزَّائِدَاتِ عَلَى الْأَرْبَعِ، وَالْمُؤَافِقِ لِإِطْلَاقِ الْكِتَابِ وَغَيْرِهِ الْأَوَّلِ.

وقوله في الكتاب مسألة الطلاق في الأصل المبني عليه «في قول» يجوز إعلامه بالواو؛ لقطع من نفي الخلاف فيهما.

وقوله «حتى لا يثبت المهز على هذا القول أراد به ما إذا لم يجر» دخول.

وقوله «يثبت على قول الصحة» أي شيء منه، وهو النصف، لا أنه يثبت كله، ولا يمكن إجراء اللفظ على إطلاقه في حالتني وجود الدخول وعدمه؛ لأنه إذا وجد الدخول يثبت المهر، وصححنا أنكحتهم أو لم نصحح، إن صححنا فالمسمى، وإلا، فمهر المثل، فكيف نقول: لا يثبت المهر إلى آخره.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَلَوْ نَكَحَ أُخْتَيْنِ وَطَلَّقَ كُلَّ وَاحِدَةٍ ثَلَاثًا فَإِذَا أَسْلَمُوا فَعَلَى قَوْلِ التَّضْجِيحِ حَرَمَتَا عَلَيْهِ إِلَّا بِمُحَلَّلٍ، وَعَلَى قَوْلِ الْإِنْسَادِ يَخْتَارُ وَاحِدَةً وَلَا مَهْرَ لِلثَّانِيَةِ، وَعَلَى قَوْلِ التَّوَقُّفِ يَخْتَارُ وَاحِدَةً فَيَنْفُذُ فِيهَا الطَّلَاقَ الثَّلَاثَ وَيَخْتَارُ إِلَى مُحَلَّلٍ وَتَنْدَفِعُ الثَّانِيَةَ وَلَا يَخْتَارُ فِيهَا إِلَى مُحَلَّلٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: هَذَا فَرْعٌ لِابْنِ الْحَدَّادِ يَدْخُلُ فِي «مَسْأَلَةِ الطَّلَاقِ» الْمَذْكُورَةِ فِي الْفَصْلِ السَّابِقِ، وَصُورَتُهُ: مِشْرُكٌ نَكَحَ أُخْتَيْنِ، وَطَلَّقَهُمَا ثَلَاثًا، ثُمَّ أَسْلَمَ وَأَسْلَمَتَا، قَالَ: يُخَيَّرُ بَيْنَهُمَا، كَمَا لَوْ أَسْلَمُوا، وَلَا طَّلَاقَ، فَإِذَا اخْتَارَ إِحْدَاهُمَا، يَثْبِتُ نِكَاحَهَا، وَنَفَذَ فِيهَا الطَّلَاقَ الثَّلَاثَ، وَلَا بَدَّ فِيهَا مِنَ الْمُحَلَّلِ، وَانْدَفَعَتِ الْأُخْرَى بِحَقِّ الْإِسْلَامِ، وَلَا يُحْتَاجُ فِيهَا إِلَى الْمُحَلَّلِ.

قَالَ الْأَصْحَابُ بَعْدَهُ: يُبْتَنَى الْفَرْعُ عَلَى أَنَّ أَنْكَحْتَهُمْ صَحِيحَةٌ أَمْ لَا؟ إِنْ صَحَّحْنَاهَا، نَفَذَتِ الطَّلَاقَاتِ فِيهَا، وَلَمْ يَنْكَحْ وَاحِدَةً مِنْهُمَا إِلَّا بِمُحَلَّلٍ، وَإِنْ أفسدناها، فَلَا نِكَاحَ، وَلَا طَّلَاقَ، وَلَا حَاجَةَ إِلَى الْمُحَلَّلِ فِي وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا، وَإِنْ قَلْنَا بِالتَّوَقُّفِ، فَلَوْ لَمْ يَكُنْ طَّلَاقَ، لَكَانَ يَخْتَارُ إِحْدَاهُمَا وَيَتَبَيَّنُ بِذَلِكَ صِحَّةُ نِكَاحِهَا، وَفَسَادُ نِكَاحِ الْأُخْرَى، فَإِذَا طَلَّقَهُمَا أَمْرًا بِالْإِخْتِيَارِ، لِيَنْفُذَ الطَّلَاقَ فِي الْمَنْكُوحَةِ مِنْهُمَا، فَجَوَابُ ابْنِ الْحَدَّادِ يَخْرُجُ عَلَى قَوْلِ التَّوَقُّفِ، وَلِذَلِكَ قِيلَ بِأَنَّ مِيلَهُ فِي أَنْكَحْتَهُمْ إِلَى التَّوَقُّفِ، وَلَوْ أَنَّهُ أَسْلَمَ مَعَ الْأُخْتَيْنِ، وَهُمَا تَحْتَهُ، ثُمَّ طَلَّقَ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا ثَلَاثًا، فَالْجَوَابُ هُنَا التَّخْيِيرُ لَا غَيْرَ؛ لِأَنَّهُمْ لَمَّا أَسْلَمُوا، انْدَفَعَ نِكَاحُ إِحْدَى الْأُخْتَيْنِ، وَإِنَّمَا يَنْفُذُ الطَّلَاقَ فِي الْمَنْكُوحَةِ، وَلَوْ

أَسْلَمَ هُوَ دُونَهُمَا، أَوْ أَسْلَمَتَا هُمَا دُونَهُ، وَكَذَلِكَ يَخِيرُ الزَّوْجُ؛ لِأَنَّهُ، وَالْحَالَةَ هَذِهِ، لَا يُنْسِكُ إِلَّا إِخْدَاهُمَا وَيَنْفَسِخُ نِكَاحُ الْأُخْرَى مِنْ وَقْتِ إِسْلَامٍ مِنْ تَقَدُّمِ إِسْلَامِهِ مِنْهُمْ، وَلَوْ كَانَ تَحْتَ الشَّرْكَ أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعٍ، [وَأُطْلِقُهُنَّ ثَلَاثًا ثَلَاثًا ثُمَّ أَسْلَمُوا، فَعَلِيَ التَّصْحِيحُ [تَنْفُذُ الطَّلَاقَاتِ مِنْهُنَّ جَمِيعًا عَلَى التَّوَقُّفِ يَخْتَارُ أَرْبَعًا مِنْهُنَّ فَيَنْفُذُ فِيهِنَّ] (١) الطَّلَاقَاتِ الثَّلَاثُ دُونَ الْبَوَاقِي.

وَذَكَرَ الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ عَلَى قِيَاسِ الْفَرَعِ؛ أَنَّهُ، لَوْ كَانَتْ تَحْتَهُ حُرَّةٌ، أَوْ أَمَةٌ، فَطَلَّقَهَا ثَلَاثًا ثَلَاثًا، ثُمَّ أَسْلَمُوا، لَمْ يُجْزَلْ لَهُ أَنْ يَنْكَحَ وَاحِدَةً مِنْهُمَا إِلَّا بِمَحَلِّ، وَلَوْ أَسْلَمُوا، ثُمَّ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا، ثَلَاثًا، وَقَعَ الطَّلَاقُ عَلَى الْحُرَّةِ؛ لِأَنَّهَا تَتَعَيَّنُ بِالْإِسْلَامِ، وَيَنْدَفِعُ نِكَاحُ الْأَمَةِ، وَلَا يَحْتَاجُ فِي نِكَاحِهَا إِلَى الْمَحَلِّ، وَكَذَا لَوْ أَسْلَمَتَا، فَطَلَّقَهُمَا ثَلَاثًا، ثُمَّ أَسْلَمَ الزَّوْجُ أَوْ أَسْلَمَ الزَّوْجُ، وَطَلَّقَهَا ثَلَاثًا ثَلَاثًا، ثُمَّ أَسْلَمَتَا؛ لِأَنَّ الْإِسْلَامَ، لَمَّا جُمِعَ الْكُلُّ، بَانَ انْدِفَاعُ نِكَاحِ الْأَمَةِ مِنْ وَقْتِ إِسْلَامٍ مِنْ تَقَدُّمِ إِسْلَامِهِ مِنْهُمْ، وَأَعْلَمَ أَنَّ ابْنَ الْحَدَّادِ ذَكَرَ فِيمَنْ أَسْلَمَ عَلَى أُخْتَيْنِ، لَمْ يَدْخُلْ بِهِمَا، وَاخْتَارَ إِحْدَاهُمَا أَنَّهُ يَجِبُ لِلْأُخْرَى الْمَفَارِقَةَ نَضْفُ الْمَسْمِيِّ، فَإِنْ لَمْ يَسْمِ شَيْئًا، فَالْمَتَعَةُ، وَهَذَا عَلَى مَا قَدَمْنَا أَنَّ حَكْمَ الْمَهْرِ مَبْنِيٌّ عَلَى صِحَّةِ أَنْكَاحَتِهِمْ، وَجَوَابُهُ فِي مَسْأَلَةِ الطَّلَاقِ خُرُوجُ عَلَى قَوْلِ التَّوَقُّفِ دُونَ الصَّحَّةِ، فَأَخَذْتُ عَلَيْهِ ذَلِكَ.

وقيل: كان من حقه أن يجري فيهما على طريق واحد.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَهَهُمَا أَصْدَقُهَا خَمْرًا وَقَبِضَتْ قَبْلَ الْإِسْلَامِ فَلَا مَهْرَ لَهَا، وَإِنْ لَمْ تَقْبِضْ رَجَعَ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ، وَإِنْ قَبِضَتْ الْبَغْضَ رَجَعَ إِلَى بَغْضِ مَهْرِ الْمِثْلِ بِأَعْتَابِ قِيَمَةِ الْخَمْرِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا أَصْدَقَ الْكَافِرُ أَمْرَاتَهُ صِدَاقًا فَاسِدًا كَخَمْرِ وَخَنْزِيرٍ، ثُمَّ أَسْلَمَا، نُظِرَ، إِنْ أَسْلَمَا بَعْدَ قَبْضِ ذَلِكَ الْفَاسِدِ، فَلَا شَيْءَ لَهَا؛ لِانْفِصَالِ الْأَمْرِ بَيْنَهُمَا، وَانْتِهَاءِ النِّكَاحِ إِلَى حَالَةِ انْقِطَاعِ الطَّلَبَةِ، وَمَا مَضَى فِي الْكُفْرِ لَا يَتَّبَعُ.

وَإِنْ أَسْلَمَا قَبْلَ قَبْضِهِ، وَجِبَ مَهْرُ الْمِثْلِ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَرَضَ إِلَّا بِالْمَهْرِ، وَالْمَطَالِبَةُ بِالْخَمْرِ فِي الْإِسْلَامِ مَمْتَنَّةٌ، فَيَرْجَعُ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ، وَيُجْعَلُ كَمَا لَوْ نَكَحَ الْمُسْلِمُ عَلَى خَمْرٍ.

وَعَنْ صَاحِبِ «التَّقْرِيبِ» وَالشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ حِكَايَةَ قَوْلِ فِيمَا إِذَا أَسْلَمَا بَعْدَ الْقَبْضِ؛ أَنَّ لَهَا مَهْرَ الْمِثْلِ، لِفَسَادِ الْقَبْضِ الْجَارِي فِي الشَّرْكَ، وَقَوْلِ فِيمَا إِذَا أَسْلَمَا قَبْلَ الْقَبْضِ؛ أَنَّهُ لَا شَيْءَ لَهَا؛ لِأَنَّهَا قَدْ رَضِيَتْ بِالْخَمْرِ، فَيَدَامُ عَلَيْهَا حُكْمُ رِضَاهَا، وَقَدْ تَعَدَّرَ قَبْضُ الْخَمْرِ بَعْدَ الْإِسْلَامِ، فَسَقَطَتِ الْمَطَالِبَةُ، وَالْمَذْهَبُ الْمَشْهُورُ الْفَرْقُ بَيْنَ الْحَالَتَيْنِ

كما تقدّم، ولا فرق بين أن يكون المسمّى خَمْرًا في الذمة، أو خمرًا معيّنة، وعن أبي حنيفة - رضي الله عنه - أن في الخمرِ المُعَيَّنَةِ، لَيْسَ لَهَا إِلَّا الْمُسَمَّى، ولا رُجُوعٌ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ.

ولو أصدّقها خمرًا مُسَلِّمًا استرقوه، ثم أسلما إما قبل القبض أو بعده، فلا نقره في يدها، بل يَبْطُلُ ما جرى، ويوجب مهر المثل، هكذا<sup>(١)</sup> ذكروه، وقياس ما سبق أن يَخْرُجَ من يدها، ولا ترجع بشيء كما تراق الخمر المقبوضة، ولا ترجع بشيء، وإن قبضت بعض الصداق الفاسد دون بعض، ثم أسلما، وجب من مهر المثل بقسط ما لم يقبض، ولا يجوز تسليم الباقي من الفاسد، وليس كما لو كاتب الذمّي عبده على عوض فاسد، وقبض بغضه، ثم أسلما حيث يُسَلِّمُ إلى المكاتب ما بقي من الفاسد، ليحصل العتق، فإن العتق في الكتابة يَحْضُلُ بحصول الصفة، ثم يلزمه تمام قيمته، ولا يحط منها قسط المقبوض في الكفر؛ لأن العتق يتعلّق بأداء آخر النجوم، وأنه وقع في الإسلام، فكان بمثابة ما لو كاتب المُسَلِّمُ على عوض فاسد يَحْضُلُ العتق بوجود الصفة، ويجب على المكاتب القيمة، وطريق تقسيط مهر المثل على المقبوض، وغير المقبوض أن ننظر إن سميا جنسًا واحدًا، ولم يكن فيه تعدد، كما لو أصدّقها زقّ خمر، وقبضت نصفه، أو ثلثه، ثم أسلما، فيجب نصف المهر، أو ثلثاه، وإن تعدد المسمّى، كزقّي خمر، قبضت أحدهما، فإن تساويًا في القدر، فذاك، وإلا فوجهان:

أحدهما: وبه قال أبو إسحاق: أنه لا يُنظَرُ إليه، ويعتبر العدد.

وأقيسهما: يُنظَرُ إلى القدر، وعلى هذا؛ فالذي يوجد في كلام أكثرهم أنه يعتبر الكيل، وفيه وجه [آخر]<sup>(٢)</sup>؛ أنه يعتبر الوزن؛ لأنه أحصر، ولو أصدّقها خنزيرين، وقبضت أحدهما، فإن اعتبرنا العدد، لم يخف [الحكم]<sup>(٣)</sup>، وإن نظرنا في الخمر إلى القدر، فهنا تُقدَّرُ قيمتهما بتقدير مائيتها، ويُقسَطُ مهر المثل على القِيمَتَيْنِ، ويُروى هذا عن ابن سريج، وإن كانا قد سميا جنسين، فصاعدًا كزقّي خمر [وكلّين]<sup>(٤)</sup> وثلاثة خنازير، وقبضت إحدى الأجناس الثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يُنظَرُ إلى الأجناس، ويقال: قد قبضت ثلث المهر.

(١) قال الشيخ البلقيني: قوله «هكذا ذكروه» يقتضي أن الأصحاب قالوه فقط وليس كذلك فقد نص عليه الشافعي في سير الواقدي من الأم فقال: ولو تزوجها حر مسلم أو مكاتب لمسلم أو أم ولد لمسلم أو عبد لمسلم ثم أسلما وقد قبضت أو لم تقبض لم يكن لها سبيل على واحد منهم كان الحر حراً ومن بقي مملوكاً لمالكة الأول والمكاتب مكاتب لا يملكه ولها مهر مثلها في هذا كله. انتهى.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) في ز: وكلتين.

**والثاني:** أن النَّظَرَ إلى المَعْدُودَاتِ، فإن قبضت الخمر، أو الكلب، جُعِلَتْ قَابِضَةً سُبْعِي الصِّدَاقِ، وإن قبضتِ الخنازيرَ، كانت قَابِضَةً لثَلَاثَةِ أَسْبَاعِهِ.

**والثالث:** وهو الأقرب: أنها تقومُ بتقديرِ مَالِيَّتَهُمَا، ويقسُطُ مهر المثل على القيمة، وحيث قلنا بالتقويم، وتقدير المالية، فكيف السبيلُ فيه قيل: يُقدَّرُ الخمرُ خَلاً، والكلبُ شاةً، والخنزيرُ بقرة وقيل: يُقدَّرُ الكلبُ، فهُذا؛ لاشتراكهما في الصيد، والخنزيرُ حيواناً يقاربه في الصورة والفائدة.

وقيل: يعتبر قيمتها عند من يجعلُ لها قيمةً، ويُقدَّرُ كأنَّ الشَّرعَ جعلها مالاً، كما تقدَّرُ الحرُّ رقيقاً في الحكومات، ويشبه أن يكون أولى من اعتبارهما بجنس آخر من الحيوانات.

وقوله في الكتاب «باعتبار قيمة الخمر» محمولٌ على ما إذا كان هناك تعدُّدٌ، فأما الزق الواحد، فيضبط المقبوض، وغير المقبوض منه بالجزئية، ثم يُعْلَمُ بالواو؛ لوجه اعتبار العدد، ولو ترابى كإفرا، فباع هَذَا دِزْهُمَاً من ذاك بِدِرْهَمَيْنِ، أو أقرضه دِزْهُمَاً بِدِرْهَمَيْنِ، ثم أسلما، أو ترفعا إلينا قبله، فإن جرى التقابضُ من قبل، لم نتعرض لما جرى، ولم يلزم الرد، وإن كان قبل القبض، أَلْغَيْنَاهُ، وإن كان بعد قبض الدرهمين، راجعنا المؤدِّي، وسألناه أقصد، أداءه عن الرُّبْحِ، أو عن رأس المال، وقد ذكرنا التفصيل فيه في أواخر «كتاب الرهن» وجميع ما ذكرناه، فيما إذا جرى القبض عن تراضٍ، فأما إذا جرى القَبْضُ بِإِجْبَارٍ قَاضِيَهُمْ في [ترايبهم]<sup>(١)</sup> وفي تسلُّم الصِّدَاقِ الفاسد، وفي ثمن الخمر، إذا باعوها، ثم أسلما لم نُوجِبِ الرَّدَّ، فالإسلام يَجِبُ ما قبله، وإن ترفعا إلينا، وهم على كفرهم، فقولان، ويقال وجهان:

أحدهما: أَنَا نكَلَّفُهُم الرَّدَّ؛ لأن المؤدِّي، كان مُجْبِراً، والترافع لا يَجِبُ ما قبله.

وأصحهما: أَن لِحْكَمِ كَمَا لَوْ جَرَى الْقَبْضُ عَنْ تَرَاضٍ، وَكَمَا لَوْ أَسْلَمُوا.

وعن الشيخ أبي مُحَمَّدٍ طَرُذُ الْخِلَافِ، فيما إذا أسلما، وقد جرى القبض بإجبار قاضيهم.

وقال الإمام: وهو منقَّاسٌ؛ لأن الالتزامَ بالترافع أضعفُ من الالتزام بالإسلام، وإذا أُلزِمْنَا المتَرَافِعِينَ حُكْمَ الْإِسْلَامِ، فَلَأَن نلزمه للمسلمين، كان أولى.

فرع: لو نكح الكافر على صورة التفويض، وهم يعتقدون أن لا مهر للمفوضة بحال، ثم أسلم، فلا مهر، وإن كان الإسلام قبل المَسيِسِ، لأنه قد سبق استحقاق

(١) سقط في ز.

وطء<sup>(١)</sup> بلا مهر، واللَّهُ أعلم بالصواب.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَمَهْمَا تَرَفَعُوا إِلَيْنَا فِي أَنْكِحْتِهِمْ أَوْ غَيْرَهَا جَازَ لَنَا الْحُكْمُ بِالْحَقِّ، وَهَلْ يَجِبُ؟ قَوْلَانِ، وَإِنْ تَعَلَّقَ الْخُصُومَةُ بِمُسْلِمٍ وَجَبَ الْحُكْمُ، وَإِنْ كَانَا مُخْتَلَفِي الْمِلَّةِ وَجَبَ عَلَى الْأَصْحَحِ، وَلَا يَجِبُ فِي الْمَعَاهِدَيْنِ، وَلَا نَحْكُمُ إِلَّا إِذَا رَضِيَ الْخُصْمَانِ جَمِيعاً بِحُكْمِنَا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا تَرَفَعَ إِلَيْنَا ذَمِيَّانِ فِي نِكَاحٍ أَوْ غَيْرِهِ، إِنْ كَانَا مَتَّفِقِي الْمِلَّةِ، فففيه قولان:

أحدهما: أنه يجب الحكمُ بينهما؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩] ولأنه يجب على الإمام [أن]<sup>(٢)</sup> يمنع الظلم عنهم، فيجب أن يحكم بينهم كالمسلمين، ويزوَّى هَذَا عن أَبِي حَنِيفَةَ - رضي الله عنه - واختيار المُرْتَبِيِّ.

والثاني: وبه قَالَ مَالِكٌ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أنه لا يجب؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ جَاوَوْكَ فَأَحْكَمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرَضْ عَنْهُمْ﴾ [المائدة: ٤٢] وعلى هذا فلا يتركهما على النزاع، بل يحكم أو يردهما إلى حاكم ملتهم<sup>(٣)</sup>، ورجح الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ وَابْنُ الصَّبَّاحِ القولَ الثاني، وأكثرهم على ترجيح الأول، منهم الإمام، وصاحب «التَّهْدِيْبِ» والقاضي الرُّوْيَانِيُّ، وفي محلِّ القولين ثلاثة طُرُق:

(١) قال في المهمات: سيأتي ما يشكل عليه في الباب الثالث من الصداق أي وهو قول المصنف لو نكح ذمية على أن لا مهر لها وترافعا إلينا حكما بحكمتنا على المسلمين.

قال الشيخ البلقيني: الذي يظهر في الجمع بينهما أن الكلام هنا إذا حصل إسلام، وهناك فيما إذا لم يحصل أو المذكور هنا فيما إذا اعتقدوا أن لا مهر بحال بخلاف ذلك وأجاب في الخادم بوجوه:

أحدها: أن مسألة الصداق في الذميين وهذه في الحربيين وهو وإن أطلق الكافر هنا لكن يجب تنزيله على الحربي لأجل ذلك.

ثانيها: أن صورة المسألة إذا حصل إسلام وهناك إذا لم يحصل وهو جواب شيخه البلقيني ثم ذكر جواب شيخه البلقيني الثاني الذي تقدم.

(٢) سقط في ز.

(٣) لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ جَاوَوْكَ فَأَحْكَمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرَضْ عَنْهُمْ﴾.

وأجاب الأول بأن صح عن ابن عباس أن هذه الآية منسوخة بالأولى رواه الطبراني، ومنهم من حمل الأولى على الذميين والثانية على المعاهدين فلا يجب الحكم بينهم على المذهب وهذا أولى من النسخ.

تنبيه: يستثنى من إطلاقه ما لو ترفع إلينا أهل الذمة في شرب الخمر فإنهم لا يحدون وإن رضوا بحكمتنا لأنهم لا يعتقدون تحريمه قاله الرافعي في باب أحد الزنا.

أحدهما: أَنَّ القَوْلَيْنِ فِي حُقُوقِ العِبَادِ، فَأَمَّا فِي حُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى، فَيَجِبُ الحُكْمُ؛ لثَلَا تَضِيعُ، فَإِنَّهُ لَا مَطَالِبَ بِهَا.

والثاني: أَنَّ القَوْلَيْنِ فِي حُقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى، فَأَمَّا فِي حُقُوقِ العِبَادِ، فَيَجِبُ؛ لِبِنَائِهَا عَلَى التَّضْيِيقِ.

وأظهرها: عَلَى مَا ذَكَرَهُ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ: طَرَدُ القَوْلَيْنِ فِي التَّوَعِينِ، وَإِنْ كَانَ مَخْتَلَفِي المِلَّةِ كَالْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ، فَطَرِيقَانِ:

أحدهما: وَبِهِ قَالَ أَبُو إِسْحَاقَ: طَرَدَ القَوْلَيْنِ.

وأصحهما: وَبِهِ قَالَ ابْنُ أَبِي هُرَيْرَةَ: القَطْعُ بِوَجُوبِ الحُكْمِ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَا يَرْضَى بِحَاكِمِ مِلَّةِ الآخَرِ، فَيَدُومُ النِّزَاعُ بَيْنَهُمَا، وَلَوْ تَرَافَعَ إِلَيْنَا مَعَاهِدَانِ، لَمْ يَجِبِ الحُكْمُ؛ سِوَاءَ اتَّفَقَتْ مِلَّتُهُمَا أَوْ اخْتَلَفَتْ؛ لِأَنَّهُمْ لَمْ يَلْتَزِمُوا الأَحْكَامَ، وَلَا [التزمتنا]<sup>(١)</sup> دَفَعَ بَعْضُهُمْ عَنِ بَعْضٍ بِخِلَافِ أَهْلِ الدِّمَّةِ.

وقيل: بِإلْحَاقِهَا بِالذَّمِّينِ.

وقيل: إِنْ كَانَ مَخْتَلَفِي المِلَّةِ [وَجِبَ]<sup>(٢)</sup> وَإِلَّا، لَمْ يَجِبْ، وَالأَظْهَرُ الأَوَّلُ.

ولو تَرَافَعَ إِلَيْنَا ذَمِّيٌّ وَمَعَاهِدٌ، فَطَرِيقَانِ:

أظهرهما: أَنَّهُمَا كَالذَّمِّينِ، فَيَعُودُ القَوْلَانِ.

والثاني: القَطْعُ بِوَجُوبِ الحُكْمِ كَالذَّمِّينِ المَخْتَلَفِي المِلَّةِ، وَإِنْ كَانَ أَحَدُ الخَصْمَيْنِ مُسْلِمًا، وَالآخَرُ ذَمِّيًّا أَوْ مَعَاهِدًا، وَجِبَ الحُكْمُ لَا مَحَالَةَ؛ لِمَنْعِ الظُّلْمِ عَنِ المُسْلِمِ، أَوْ مَنْعِهِ عَنِ الظُّلْمِ، وَأَيْضًا، فَإِنَّ المُسْلِمَ لَا يُمْكِنُهُ التُّزُولُ عَلَى حُكْمِ حَاكِمِ الكُفَّارِ، فَلَا بُدَّ مِنْ فَصْلِ الخِصْمِ بِحُكْمِنَا وَقَوْلِهِ فِي الكِتَابِ «إِنْ كَانَا مَخْتَلَفِي المِلَّةِ، وَجِبَ عَلَى الأَصْحَحِ أَي: مِنَ الطَّرِيقَيْنِ، وَيَجُوزُ مِنْ جِهَةِ اللَّفْظِ أَنْ يُرِيدَ عَلَى الأَصْحَحِ مِنَ القَوْلَيْنِ، جَوَابًا عَلَى إثْبَاتِ الخِلَافِ» وَقَوْلِهِ: «وَلَا يَجِبُ فِي المَعَاهِدِينَ» مَعْلَمٌ بِالْوَاوِ.

وأما قَوْلُهُ «لَا نَحْكُمُ إِلَّا إِذَا رَضِيَ الخَصْمَانِ جَمِيعًا بِحُكْمِنَا»، فَالسَّابِقُ إِلَى الفِهْمِ مِنْهُ أَنَا حَيْثُ قُلْنَا بِوَجُوبِ الحُكْمِ فِي الصُّورَةِ السَّابِقَةِ، فَذَلِكَ، إِذَا حَصَلَ رِضَا المَتَخَاصِمِينَ وَلَفْظُهُ فِي «الوَسِيطِ» يَقْتَضِي نَحْوَ ذَلِكَ، لَكِنَّهُ لَا يَلِائِمُ نَقْلَ [الأَصْحَابِ]<sup>(٣)</sup> لِأَنَّهُمْ عَلَى اخْتِلَافِ طَبَقَاتِهِمْ فَرَّعُوا عَلَى القَوْلَيْنِ، فَقَالُوا: إِنْ قُلْنَا بِوَجُوبِ الحُكْمِ، فَإِذَا اسْتَعَدَى خِصْمٌ عَلَى خِصْمٍ، وَجِبَ إِعْدَاؤُهُ، وَإِخْضَارُ الخِصْمِ؛ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمَا، وَوَجِبَ

(١) فِي ز: أَكْثَرُ مِنَّا.

(٢) سَقَطَ فِي ز.

(٣) سَقَطَ فِي ز.

على المستعدي عليه الحضور، وإن قلنا: لا يجب الحكم، لم يجب الإعداء، [ولا يلزمه الحضور] وإذا أعدى، كان المستعدي عليه بالخيار في الحضور، ولا يخضر جبراً، وفي «التهديب» وغيره أن الذمي، إن أقر بالزنا، يُقام عليه الحد جبراً، إن قلنا بوجوب الحكم بينهم، وكذا لو سرق مال مسلم أو ذمي، يقطع جبراً، وإن قلنا: لا يجب الحكم بينهم، فلا يقام الحد إلا برضاه، وأعتبر الرضا على قول عدم الوجوب، وإن لم يعتبره على قول الوجوب، ويمكن على أن يجعل قوله، «ولا نحكم إلا إذا رضي الخصمان جميعاً بحكمنا»؛ من تنمة قوله «ولا يجب في المعاهدين، فيستمر الكلام من غير مخالفة».

قَالَ الْعَرَالِيُّ: وَلَوْ طَلَبْتَ نَفَقَةَ فِي نِكَاحِ بِلَا وَليٍّ وَلَا شُهُودٍ حَكَمْنَا، وَإِنْ طَلَبْتَ فِي نِكَاحِ مُحْرَمٍ أَوْ مُعْتَدَّةٍ فِي الْحَالِ لَمْ نَحْكَمْ، وَفِي الْمَجُوسِيَّةِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَفْضُودُ هَذِهِ الْبَقِيَّةِ بَيَانُ أَنَّ الْحُكْمَ بَيْنَ أَهْلِ الذِّمَّةِ أَوْ جَبْنَاهُ أَوْ لَمْ تُوجِبْ إِنَّمَا يَكُونُ عَلَى مُوجِبِ الْإِسْلَامِ، وَإِذَا تَرَاغَعُوا إِلَيْنَا فِي أَنْكِحْتَهُمْ، فَنَقَرُّهُمْ عَلَى مَا نَقَرُّهُمْ عَلَيْهِ، أَوْ أَسْلَمُوا، أَوْ نَبْطَلُ مَا نَبْطَلُهُ، لَوْ أَسْلَمُوا؟ فَإِذَا كَانَ الْكَافِرُ قَدْ نَكَحَ امْرَأَةً بِلَا وَليٍّ، وَلَا شُهُودٍ، أَوْ ثَبِيًّا بِغَيْرِ رِضَاهَا، وَتَرَاغَعُوا إِلَيْنَا، قَرَّرْنَا هُمْ، وَحَكَمْنَا فِي هَذَا النِّكَاحِ بِالنَّفَقَةِ، وَكَذَا لَوْ نَكَحَ مُعْتَدَّةً، وَالْعِدَّةُ مَنْقُضَةٌ عِنْدَ التَّرَاغُعِ، وَإِنْ كَانَتْ مُعْتَدَّةً بَعْدَ، الْغِنَاءِ، وَلَمْ نَحْكَمْ بِالنَّفَقَةِ لَوْ نَكَحَ الْمَجُوسِيَّ مُحْرَمًا، وَتَرَاغَعَا فِي طَلَبِ النَّفَقَةِ، فَكَذَلِكَ<sup>(١)</sup>، وَلَوْ طَلَبْتَ الْمَجُوسِيَّةَ النَّفَقَةَ مِنَ الزَّوْجِ الْمَجُوسِيِّ، أَوْ الْيَهُودِيِّ، فَوَجْهَانِ، وَكَذَا فِي تَقْرِيرِهِمَا عَلَى النِّكَاحِ.

الظاهر التقرير، والحكم بالنفقة، كما لو أسلما، والتزما أحكام الدين.

والثاني: المنع، وبه قال الإضطخري واختاره القاضي حسين، ورجحه الإمام؛ لأنَّ الْمَجُوسِيَّةَ لَا يَجُوزُ نِكَاحُهَا فِي الْإِسْلَامِ، فَكَذَلِكَ لَا يَجُوزُ تَقْرِيرُ نِكَاحِهَا، وَلَوْ جَاءَنَا كَافِرًا وَتَحْتَهُ أُخْتَانِ وَطَلَبْنَا فَرَضَ النَّفَقَةِ.

قال الإمام: فيه تردّد؛ لأننا نحكم بصحة نكاحهما، وإنما تندفع إحداهما بالإسلام، قال: والذي أرى القطع به المنع؛ لقيام المانع، وحيث لا نقرر في هذه الصورة، فالقاضي المرفوع إليه معرض عنهما، أو يفرق بين الزوجين؟ فيه وجهان:

(١) وإن نكح المجوسي محرماً ولم يترافعا إلينا لم يعترض عليهما لأن الصحابة رضي الله عنهم عرفوا من حال المجوس أنهم ينكحون المحارم ولم يعترضهم فإن ترافعا إلينا في النفقة أبطلنا نكاحهما ولا نفقة لأنهما بالترافع أظهرهما ما يخالف الإسلام.



أرجحهما: عند الإمام: الإعراض، وإنما يُفْرَق، إذا رَضُوا بحكمنا.

وَوَجْهُ الثَّانِي: أَنَّهُمْ بِالْتَرَاغُعِ أَظْهَرُوا مَا خَالَفَ الْمَلَّةَ، فَأَشْبَهَهُ مَا إِذَا أَظْهَرُوا خَمْرَهُمْ. وَإِذَا التَّمَسُّوا مِنْ حَاكِمِ الْمُسْلِمِينَ ابْتِدَاءً نِكَاحٍ، أَجَابَ إِنْ كَانَتِ الْمَرْأَةُ كِتَابِيَّةً، وَلَمْ يَكُنْ لَهَا وَلِيٌّ كَافِرٌ، وَلَا يَزُوجُ إِلَّا بِشُهُودِ مُسْلِمِينَ.

وعند أبي حنيفة - رَحِمَهُ اللَّهُ - إِنْ كَانَ الْخَاطِبُ ذِمِّيًّا، يَجُوزُ أَنْ يَعْقِدَ النِّكَاحَ بِشَهَادَةِ أَهْلِ الذِّمَّةِ.

فَرَعٌ: مِنْ «التَّيْمَةِ» لَوْ لَمْ يَتَرَفَعِ الْمُجُوسِيُّ إِلَيْنَا، وَلَكِنْ عَلِمْنَا فِيهِمْ مَنْ نَكَحَ مَخْرَمًا، فَالصَّحِيحُ، وَبِهِ أَخَذَ أَبُو حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَا يُتَعَرَّضُ لَهُ؛ لِأَنَّ الصَّحَابَةَ عَرَفُوا مِنْ حَالِ الْمُجُوسِيِّ أَنَّهُمْ يَنْكِحُونَ الْمُحَارِمَ، وَلَمْ يَنْقِرُوا لَهُمْ.

وَحَكَى الزُّبَيْرِيُّ قَوْلًا: أَنَّ الْإِمَامَ، إِذَا عَرَفَ ذَلِكَ، فَرَّقَ بَيْنَهُمَا، كَمَا لَوْ عَرَفَ أَنَّ الْمُجُوسِيَّ نَكَحَ مُسْلِمَةً أَوْ مُرْتَدَةً.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الْفَضْلُ الثَّانِي فِي زِيَادَةِ الْعَدَدِ الشُّرْعِيِّ) فَإِنْ أَسْلَمَ عَلَى عَشْرِ نِسْوَةٍ اخْتَارَ أَرْبَعًا (ح)، وَأَنْدَفَعَ نِكَاحَ الْبَاقِيَاتِ، وَلَا مَهْرَ لَهُنَّ إِلَّا عَلَى قَوْلِ التُّصْحِيحِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْفَضْلُ مَعْقُودٌ لِبَيَانِ الْحُكْمِ فِيهَا إِذَا أَسْلَمَ الْكَافِرُ، وَتَحْتَهُ عَدَدٌ مِنَ النِّسْوَةِ لَا يُجْمَعُ بَيْنَهُنَّ فِي الْإِسْلَامِ، وَفِيهِ صُورُ الْأَوْلَى: إِذَا أَسْلَمَ، وَتَحْتَهُ أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ، فَأَسْلَمْنَ مَعَهُ، أَوْ تَخَلَّفْنَ، وَهُنَّ كِتَابِيَّاتٌ، اخْتَارَ أَرْبَعًا مِنْهُنَّ وَأَنْدَفَعَ نِكَاحَ الْبُؤَاغِيَّاتِ، وَلَوْ كُنَّ مُجُوسِيَّاتٍ أَوْ وَثْنِيَّاتٍ، وَهُنَّ مَدْخُولٌ بِهِنَّ، فَتَخَلَّفْنَ ثُمَّ أَسْلَمْنَ قَبْلَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهِنَّ مِنْ وَقْتِ إِسْلَامِ الزَّوْجِ، فَكَذَلِكَ الْحُكْمُ، وَلَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ بَيْنَ مَا إِذَا نَكَحَهُنَّ مَعًا، أَوْ نَكَحَهُنَّ عَلَى التَّرْتِيبِ، إِذَا نَكَحَهُنَّ عَلَى التَّرْتِيبِ، فَلَهُ إِمْسَاكُ الْأُخْرِيَّاتِ، وَمَفَارِقَةُ الْأَوْلِيَّاتِ، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَأَحْمَدُ وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: إِذَا نَكَحَهُنَّ مَعًا، بَطَلَ نِكَاحُهُنَّ جَمِيعًا، وَإِنْ نَكَحَهُنَّ عَلَى التَّرْتِيبِ، تَعَيَّنَتِ الْأَوْلِيَّاتُ.

ودليلنا<sup>(١)</sup> ما روي أن غيلان أسلم وتحتته عشر نِسْوَةٍ، فَقَالَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: «أَمْسِكْ أَرْبَعًا، وَفَارِقِ سَائِرَهُنَّ»<sup>(٢)</sup>.

وروي أن نوفل بن معاوية أسلم وعنده خمس نِسْوَةٍ فَقَالَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: «فَارِقِ وَاحِدَةً وَأَمْسِكْ أَرْبَعًا» قَالَ: «فَعَمَدْتُ إِلَى أَقْدَمِيهِنَّ فَفَارَقْتُهُا»<sup>(٣)</sup> ولو أسلم على أكثر من أربع وهن غير مدخول بهن وأسلمت معه أربع تقرر نكاحهن، وأزتنع

(١) في ب: ولنا.

(٢) تقدم.

(٣) تقدم.

نكاح المتخلفات، ولو كان قد دَخَلَ بهن، فاجتمع إسلام الزَّوْج مع إسلام أربع منهن لا غير في العدة، تعيَّن النكاح، حتَّى لو أسلمت أربع من ثَمَانِ تَحْتَهُ [أو متن في الإسلام، ثم أسلم الزوج وأسلمت] <sup>(١)</sup> الباقيات في عدتهن، تعينت الأخریات، ولو أسلمت أربع، ثم أسلم الزوج قبل انقضاء عدتهن، [وتخلفت الباقيات حتى انقضت عدتهن من إسلام وقت إسلام الزوج أو متن على الشرك تعينت الأوليات ولو أسلم أربع] <sup>(٢)</sup> ثم أسلم الزوج قبل انقضاء عدتهن ثم أسلمت أخريات قبل انقضاء عدتهن من وقت إسلام الزوج اختيار أربعاً من الأوليات والأخريات كيف شاء، فإن ماتت الأوليات أو بعضهن، جاز له اختيار الميِّتات، ويرث منهن.

وقوله: في الكتاب «اختار أربعاً» مُغَلِّمٌ بالحاء؛ لأن عند أبي حنيفة على الترتيب أو معا على ما تبين <sup>(٣)</sup>.

وقوله: «فلا مهر لهن إلا على قول التصحيح» مكرَّرَ مذكورٌ من قبل.

فرع: قبل الكافر لابنه الصغير نكاح أكثر من أربع نسوة، ثم أسلم، وأسلمن، اندفع نكاح الزيادة على الأربع، لكنَّ الصبي ليس من أهل الاختيار، والولي لا يقوم مقامه فيه، فإن طريقه التنهي فيه فيوقف إلى أن يبلغ نفقتهم ويكون من ماله؛ لأنهنَّ محبوسات بسببه، وكذا لو أسلم الرجل، وجنَّ قبل أن يختار.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَإِنْ أَسْلَمَ عَلَى أَمْرَةٍ وَأَبْنَتِهَا وَكَانَ بَعْدَ الدُّخُولِ فَهَمَا مُحْرَمَتَانِ، وَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهِمَا اخْتَارَ إِحْدَاهِمَا فِي قَوْلٍ، وَتَعَيَّنَتِ الْبِنْتُ عَلَى الْأَصْح؛ لِأَنَّ نِكَاحَهَا يَدْفَعُ نِكَاحَ الْأُمِّ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ وَطْءِ الْبِنْتِ تَعَيَّنَتِ الْبِنْتُ وَأَنْدَفَعَتِ الْأُمُّ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ وَطْءِ الْأُمِّ أَنْدَفَعَتِ الْبِنْتُ وَبَقِيَ نِكَاحُ الْأُمِّ إِنْ أَسَدْنَا أَنْكَحْتَهُمْ وَإِلَّا أَنْدَفَعَتِ أَيْضاً.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الصَّوْرَةُ الثَّانِيَّةُ: إِذَا أَسْلَمَ الْكَافِرُ، وَتَحْتَهُ أُمُّ وَابْنَتُهُمَا قَدْ نَكَحْتُهُمَا مَعاً، أَوْ عَلَى التَّرْتِيبِ، وَأَسْلَمْتَا مَعَهُ، أَوْ لَمْ يُسْلِمَا، وَهَمَا كِتَابِيَّتَانِ، فَأَمَّا، إِنْ كَانَ قَدْ دَخَلَ بِهِمَا، أَوْ لَمْ يَدْخُلْ بِوَاحِدَةٍ مِنْهُمَا، أَوْ دَخَلَ بِالْبِنْتِ دُونَ الْأُمِّ أَوْ بِالْعَكْسِ.

الحالة الأولى: إذا كان قد دَخَلَ بهما، فهما مُحْرَمَتَانِ على التأييد، أما الأم؛ فلأنه عقد على البنت، ودخل بها، وأما البنت، فلأنه دَخَلَ بالأم، ولكل واحدة منهما المسمَّى، إن جرت تسميةً صحيحةً، وإلا، فمهر المثل.

الحالية الثانية: إذا لم يَدْخُلْ بِوَاحِدَةٍ مِنْهُمَا، فقولان.

(١) سقط في ز.

(٢) في ب: ما سبق.

(٣) سقط في ز.

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يَخْتَارُ أَيُّهُمَا شَاءَ، كَمَا لَوْ أَسْلَمَ، وَتَحْتَهُ أُخْتَانِ، فَإِنْ اخْتَارَ الْبِنْتَ، اسْتَقَرَّ نِكَاحُهَا، وَحُرِّمَتِ الْأُمُّ عَلَى التَّأْيِيدِ، وَإِنْ اخْتَارَ الْأُمَّ لَمْ تُحْرَمِ الْبِنْتُ عَلَى التَّأْيِيدِ، بَلْ لَوْ فَارَقَ الْأُمُّ قَبْلَ الدَّخُولِ، حُلٌّ لَهُ نِكَاحُ الْبِنْتِ.

والثاني: وهو اختيار الْمُزْنِيِّ: أَنَّ الْبِنْتَ تَتَعَيَّنُ وَتَدْفَعُ الْأُمَّ؛ لِأَنَّ نِكَاحَ الْبِنْتِ يَدْفَعُ نِكَاحَ الْأُمِّ، وَلَا يَنْعَكَسُ، وَقَدْ يُعْبَرُ عَنِ الْغَرَضِ بِعِبَارَةِ أُخْرَى، فَيَقَالُ: لَهُ إِمْسَاكُ الْبِنْتِ لَا مَحَالَةَ، وَهَلْ لَهُ إِمْسَاكُ الْأُمِّ؟ فِيهِ قَوْلَانِ، وَالْقَوْلَانِ مَبْنِيَانِ عِنْدَ أَكْثَرِ الْأُئِمَّةِ عَلَى الْخِلَافِ فِي صِحَّةِ أَنْكَحْتَهُمْ، إِنْ صَحَّحْنَاهَا، تَعَيَّنَتِ الْبِنْتُ، وَحُرِّمَتِ الْأُمُّ أَيْدَاءً وَإِلَّا تَخِيرَ وَقَضِيَّةَ هَذَا الْبِنَاءِ تَرْجِيحُ الْقَوْلِ الَّذِي اخْتَارَهُ الْمُزْنِيُّ، وَهُوَ تَعْيِينُ الْبِنْتِ، وَإِلَيْهِ ذَهَبَ الشَّيْخَانِ أَبُو عَلِيٍّ وَالصَّيْدَلَانِيُّ، وَالْإِمَامُ، وَصَاحِبُ «التَّهْذِيبِ»، وَصَاحِبُ «الْكِتَابِ» وَغَيْرُهُمْ.

وَرَجَّحَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ وَمَنْ تَابَعَهُ قَوْلَ التَّخْيِيرِ، وَوَأَفْقَهُمُ الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ الشَّيْرَازِيُّ وَفَرَّعَ ابْنُ الْحَدَّادِ حُكْمَ الْمَهْرِ عَلَى الْقَوْلَيْنِ هُنَا فَقَالَ: إِنْ قَلْنَا بِالتَّخْيِيرِ، فَلِلْمَفَارِقَةِ نِصْفَ الْمَهْرِ؛ لِأَنَّهُ دَفَعَ نِكَاحَهَا بِإِمْسَاكِ الْأُخْرَى وَإِنْ قَلْنَا بِتَعْيِينِ الْبِنْتِ، فَلَا مَهْرَ لِلْأُمِّ؛ لِأَنَّ نِكَاحَهَا أُنْدَفَعَ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ وَصْنِيحِهِ.

وَقَالَ الْقَفَّالُ وَغَيْرُهُ: الْحُكْمُ بِالْعَكْسِ، إِنْ خَيْرِنَاهُ، فَلَا مَهْرَ لِلْمَفَارِقَةِ؛ لِأَنَّ التَّخْيِيرَ مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ أَنْكَحْتَهُمْ فَاسِدَةٌ، [فَالْتِي] <sup>(١)</sup> فَارِقَهَا، كَأَنَّهُ لَمْ يَنْكَحْهَا قَطُّ، حَتَّى جَوَّزَ الْأَصْحَابُ لِابْنِهِ وَأَبِيهِ نِكَاحَهَا؛ تَفْرِيعاً عَلَى هَذَا الْقَوْلِ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ نِكَاحٌ، وَلَا دَخُولٌ فَلَا مَهْرَ، وَإِنْ عَيَّنَّا الْبِنْتَ، فَلِلْأُمِّ نِصْفَ الْمَهْرِ لَصِحَّةِ نِكَاحِهَا، وَإِنْدِفَاعِهِ بِالْإِسْلَامِ، وَمَالَ الْإِمَامِ إِلَى أَنَّهُ لَا يَجِبُ الْمَهْرُ [عَلَى هَذَا الْقَوْلِ أَيْضاً] <sup>(٢)</sup>، لِأَنَّهُ صَحَّ نِكَاحُ الْبِنْتِ، فَتَصِيرُ الْأُمُّ مُحْرَمَةً، وَيُجِبُ الْمَهْرَ لِلْمُحْرَمِ بَعِيدٌ، وَقَدْ سَبَقَ نَظِيرُ هَذَا.

الحالة الثالثة: إِذَا دَخَلَ بِالْبِنْتِ دُونَ الْأُمِّ، فَيَقْرَرُ نِكَاحُ الْبِنْتِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَدْخُلْ بِالْأُمِّ، وَالْعَقْدُ عَلَيْهَا لَا يُحْرَمُ الْبِنْتَ، وَيُحْرَمُ الْأُمَّ عَلَى التَّأْيِيدِ بِالْعَقْدِ عَلَى الْبِنْتِ أَوْ الدَّخُولِ، وَلَا مَهْرَ لَهَا عَلَى قَوْلِهِ ابْنِ الْحَدَّادِ، وَعَلَى طَرِيقَةِ الْقَفَّالِ: يَجِبُ نِصْفَ الْمَهْرِ إِنْ صَحَّحْنَا أَنْكَحْتَهُمْ.

الحالة الرابعة: إِذَا دَخَلَ بِالْأُمِّ دُونَ الْبِنْتِ، حُرِّمَتِ الْبِنْتُ عَلَى التَّأْيِيدِ بِالدَّخُولِ بِالْأُمِّ، وَهَلْ لَهُ إِمْسَاكُ الْأُمِّ؟ يُبْنَى عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِيمَا إِذْ لَمْ يَدْخُلْ بِوَاحِدَةٍ مِنْهُمَا، إِنْ خَيْرِنَاهُ، فَلَهُ إِمْسَاكُ الْأُمِّ هَا هُنَا، وَإِنْ عَيَّنَّا الْبِنْتَ، فَلَا، لِأَنَّ نِكَاحَ الْبِنْتِ يَحْرُمُهَا، قَالَ فِي «التَّهْذِيبِ»: وَلِهَا مَهْرٌ الْمِثْلُ بِالدَّخُولِ.

(٢) سقط في ز.

(١) في ز: فإذا.

وقوله في «الكتاب»؛ لأن نكاحها يدفع نكاح الأم وقوله بعد ذلك: «إن أفسدنا أنكحتهم» بيان لمأخذ القولين، وهو الخلاف في صحّة أنكحتهم على ما قدمناه.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَإِنْ أَسْلَمَ الْحُرُّ عَلَى إِمَاءٍ اخْتَارَ وَاحِدَةً إِنْ كَانَ عَاجِزاً عِنْدَ الْإِتِّقَاءِ فِي الْإِسْلَامِ، فَإِنْ أَسْلَمَ عَلَى ثَلَاثٍ وَأَسْلَمَتِ وَاحِدَةٌ وَهُوَ مُعْسِرٌ وَأَسْلَمَتِ الثَّانِيَةُ وَهُوَ مُوسِرٌ وَالثَّانِيَةُ وَهُوَ مُعْسِرٌ أُنْدَفَعَتِ الثَّانِيَةُ وَيُخْتَرُ بَيْنَ الْأُولَى وَالثَّالِثَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الصُّورَةُ الثَّلَاثَةُ: قَدِ مَرَّ أَنَّهُ لَوْ أَسْلَمَ الْكَافِرُ، وَتَحْتَهُ أُمَّةٌ، وَأَسْلَمَتِ مَعَهُ، يَجُوزُ لَهُ إِسْكَانُهَا، إِنْ كَانَ مِمَّنْ يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُ الْإِمَاءِ، وَلَا يَجُوزُ إِنْ كَانَ مِمَّنْ لَا تَحِلُّ لَهُ، وَإِنْ تَخَلَّفَتْ، نُظِرَ؛ إِنْ كَانَ قَبْلَ الدَّخُولِ، تَنَجَّزَتِ الْفَرْقَةُ، سِوَاءَ كَانَتْ كِتَابِيَّةً أَوْ غَيْرَ كِتَابِيَّةً؛ لِأَنَّ الْمُسْلِمَ لَا يَنْكِحُ الْأُمَّةَ الْكِتَابِيَّةَ، كَمَا لَا يَنْكِحُ الْوَثْنِيَّةَ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الدَّخُولِ، وَجَمَعَتِ الْعِدَّةُ إِسْلَامَهُمَا، فَهُوَ كَمَا لَوْ أَسْلَمَتِ مَعَهُ، وَإِنْ كَانَتْ كِتَابِيَّةً، وَعَتَّقَتْ فِي الْعِدَّةِ، فَلَهُ إِسْكَانُهَا، إِنْ لَمْ تَسْلَمْ، وَلَا عَتَقَتْ أَوْ كَانَتْ وَثْنِيَّةً، وَلَمْ تُسَلِّمْ إِلَى انْقِضَاءِ مَدَّةِ الْعِدَّةِ، فَتَبَيَّنَ انْدِفَاعُ النِّكَاحِ مِنْ وَقْتِ إِسْلَامِهِ وَإِسْلَامِهَا [وَإِنْ كَانَ تَحْتَهُ إِمَاءٌ وَأَسْلَمَ وَأَسْلَمَ مَعَهُ] <sup>(١)</sup> فَيُخْتَارُ وَاحِدَةٌ مِنْهُنَّ، إِنْ كَانَ مِمَّنْ يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُ الْإِمَاءِ عِنْدَ اجْتِمَاعِ إِسْلَامِهِ وَإِسْلَامِهَا، وَإِلَّا، فَيَنْدَفِعُ نِكَاحُهُنَّ جَمِيعاً، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يُسَلِّمَ أَوْلاً أَوْ يَسْلَمَ أَوْلاً، وَلَوْ أَسْلَمَ، وَتَحْتَهُ ثَلَاثٌ، فَأَسْلَمَتِ مَعَهُ وَاحِدَةٌ، وَهُوَ مُعْسِرٌ خَائِفٌ مِنَ الْعَنْتِ، ثُمَّ أَسْلَمَتِ الثَّانِيَةُ فِي عِدَّتِهَا، وَهُوَ مُوسِرٌ، ثُمَّ أَسْلَمَتِ الثَّلَاثَةُ، وَهُوَ مُعْسِرٌ خَائِفٌ مِنَ الْعَنْتِ، فَيَنْدَفِعُ نِكَاحُ الثَّانِيَةِ، لِإِفْقَادِ الشَّرْطِ عِنْدَ اجْتِمَاعِ إِسْلَامِهِ وَإِسْلَامِهَا، وَيُخْتَرُ بَيْنَ الْأُولَى وَالثَّلَاثَةِ، وَهَذَا مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ ظَاهِرَ الْمَذْهَبِ فِي الْيَسَارِ أَنَّهُ إِنَّمَا يُؤَثَّرُ فِي انْدِفَاعِ النِّكَاحِ، إِذَا اقْتَرَنَ بِإِسْلَامِهِمَا جَمِيعاً، وَقَدْ سَبَقَ أَنَّ مِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ يَنْظُرُ إِلَى وَقْتِ إِسْلَامِهِ، وَيَكْتَفِي بِهِ، فَعَلَى هَذَا لَا تَنْدَفِعُ الثَّانِيَةُ أَيْضاً [بَلْ تَدْخُلُ فِي التَّخْيِيرِ] وَيَجُوزُ لِذَلِكَ إِعْلَامُ قَوْلِهِ فِي الْكِتَابِ «أَنْدَفَعَتِ الثَّانِيَةُ» بِالْوَاوِ وَأَيْضاً فَقَدْ حَكَى الْإِمَامُ عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ إِذَا حَلَّ لَهُ نِكَاحُ أُمَّةٍ فَأَمَّةٌ أُخْرَى فِي مَعْنَاهَا، وَإِلَيْهِ الْخَيْرَةُ فِيهِنَّ جَمِيعاً.

وقوله «وإن كان عاجزاً عند الالتقاء» أي عن طول الحرّة، ويعتبر مع ذلك خوف العنت.

فَرَعَ: أَسْلَمَ، وَتَحْتَهُ إِمَاءٌ، أَوْ أَسْلَمَتِ مَعَهُ وَاحِدَةٌ مِنْهُنَّ، فَلَهُ أَنْ يَخْتَارَ الَّتِي أَسْلَمَتِ، كَمَا لَوْ أَسْلَمَتِ جَمِيعاً، وَلَهُ أَنْ يَتَوَقَّفَ، وَيَنْتَظِرَ إِلَى إِسْلَامِ الْبَاقِيَاتِ، فَقَدْ يَكُونُ بَعْضُهُنَّ آثَرُ عِنْدَهُ، ثُمَّ إِنْ أَضْرَزْنَ عَلَى الشَّرْكِ، تَبَيَّنَ أَنَّهُنَّ بِنِّ مِنْ وَقْتِ اخْتِلَافِ الدِّينِ، وَأَنَّ عِدَّتَهُنَّ قَدْ انْقَضَتْ، وَإِنْ أَسْلَمَتِ الْعِدَّةُ، فَيَنْظُرُ؛ إِنْ كَانَ قَدْ اخْتَارَ الَّتِي أَسْلَمَتِ أَوْلاً،

(١) سقط في ز.

فتكون بينونتهن بأختياره إياها، وإن كان متوقفاً منتظراً، فأسلمن، اختار واحدةً منهن، واندفع نكاح الأخرى، ولو طلق التي أسلمت [أولاً]<sup>(١)</sup> كان الطلاق متضمناً اختيارها، ثم إن أصرت الباقيات، حتى انقضت العدة، بان [أنهن بن] <sup>(٢)</sup> باختلاف الدين، وإن أسلمن في العدة، بان أنهن بن من وقت الطلاق، فإنه وقت الاختيار، وإن فسخ نكاح التي أسلمت أولاً، لم ينفذ؛ لأن الباقيات متخلفات وإنما يفسخ النكاح، إذا زدنا على العدد الجائز إمساكه [وليس في الحال زيادة] ثم إن أصررن اندفعن باختلاف الدين، ولزمه نكاح الأولى، وإن أسلمن في العدة، اختار من شاء من الكل، وفيه وجه أنه بإسلام الباقيات تبين نفوذ الفسخ فيها، فلا يختارها، ولكن يختار واحدةً من الباقيات، والظاهر الأول.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَإِنْ أَسْلَمَ عَلَى حُرَّةٍ وَإِمَاءٍ أَدْفَعَ نِكَاحَ الْإِمَاءِ إِلَّا إِذَا تَخَلَّفَتِ الْحُرَّةُ وَأَصْرَتْ، فَإِنْ أَسْلَمَتْ قَبْلَ عِدَّتِهَا أَدْفَعَ نِكَاحَ الْإِمَاءِ إِلَّا إِذَا عَتَقْنَ قَبْلَ إِسْلَامِ الْحُرَّةِ فَيَلْتَحِقْنَ بِالْحَرَائِرِ الْأَصْلِيَّاتِ، وَلَوْ أَسْلَمَ عَلَى إِمَاءٍ وَتَخَلَّفَتْ وَاحِدَةً ثُمَّ عَتِقَتْ وَأَسْلَمَتْ قَبْلَ الْعِدَّةِ تَعَيَّنَتْ كَالْحُرَّةِ وَأَدْفَعَتْ الْإِمَاءَ السَّابِقَاتِ، وَلَوْ أَسْلَمَ عَلَى أَمْتَيْنِ وَتَخَلَّفَتْ أَمْتَانِ فَعَتَقَتْ وَاحِدَةً مِنَ الْمُتَقَدِّمَتَيْنِ ثُمَّ أَسْلَمَتْ الْمُتَخَلِّفَتَانِ أَدْفَعَ نِكَاحَهُمَا إِذْ تَحْتَ زَوْجِهِمَا عَتِيقَةً وَأَخْتَارَ وَاحِدَةً مِنَ الْمُتَقَدِّمَتَيْنِ؛ إِذْ كَانَ عَتِيقُهَا بَعْدَ إِسْلَامِهِمَا، وَإِسْلَامُ الْأُخْرَى لَا يُؤْتَرُ فِي حَقِّهَا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الصُّورَةُ الرَّابِعَةُ: إِذَا أَسْلَمَ وَتَحْتَهُ فِي نِكَاحِهِ حُرَّةٌ وَأَرْبَعُ إِمَاءٍ - مَثَلًا - وَأَسْلَمْنَ، نُظِرَ، إِنْ أَسْلَمَتْ الْحُرَّةُ مَعَهُ، أَوْ كَانَتْ مَدْخُولًا بِهَا، فَأَسْلَمَتْ بَعْدَهُ فِي الْعِدَّةِ، تَعَيَّنَتْ الْحُرَّةُ، وَادْفَعَ نِكَاحَ الْإِمَاءِ، سِوَاءِ أَسْلَمْنَ قَبْلَ إِسْلَامِهَا، أَوْ بَعْدَهُ، أَوْ تَبَيَّنَ إِسْلَامُ الزَّوْجِ وَالْحُرَّةِ؛ لِأَنَّ الْقُدْرَةَ عَلَى الْحُرَّةِ يَمْنَعُ مِنْ اخْتِيَارِ الْأَمَةِ، وَإِذَا تَأَخَّرَ إِسْلَامُهُنَّ، فَإِنْ أَسْلَمْنَ فِي الْعِدَّةِ، بِنِّ مِنْ وَقْتِ اجْتِمَاعِ إِسْلَامِ الزَّوْجِ وَالْحُرَّةِ، وَعَدَّتُهُنَّ مِنْ ذَلِكَ الْوَقْتِ، وَإِنْ لَمْ يُسْلِمْنَ، حَتَّى انْقَضَتْ الْعِدَّةُ، فَبَيْنُونَتُهُنَّ بِاخْتِلَافِ الدِّينِ، إِنْ لَمْ يَجْتَمِعْ إِسْلَامُ الْحُرَّةِ مَعَ إِسْلَامِهَا فِي الْعِدَّةِ، بَأَنَّ أَسْلَمَ الزَّوْجُ، وَأَصْرَتْ هِيَ إِلَى انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ، أَوْ مَاتَتْ فِي الْعِدَّةِ، أَوْ أَسْلَمَتْ هِيَ أَوْلَى، وَتَخَلَّفَ الزَّوْجُ إِلَى أَنْ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا، أَوْ مَاتَتْ، فَالْحَكْمُ كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنْ فِي نِكَاحِهِ حُرَّةٌ، فَيَخْتَارُ وَاحِدَةً مِنَ الْإِمَاءِ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي سَبَقَ، وَفِي عِدَّةِ تَخَلَّفَ الْحُرَّةِ الْمَدْخُولِ بِهَا، لَا يَخْتَارُ وَاحِدَةً مِنَ الْإِمَاءِ سِوَاءِ <sup>(٣)</sup> أَسْلَمْنَ

(٢) سقط في ز.

(١) سقط في ز.

(٣) في ز: إلا إذا.

معه، أو بغده في العدة، حَتَّى يَقَعَ الْيَأْسُ مِنْهَا بِالْمَوْتِ أو انقضاء العدة، فإن اختار واحدة قبل اليأس، ثم ماتت الحرّة، أو انقضت العدة وهي مصرّة<sup>(١)</sup> فقد نقل الْمُزَنِّي - (رَحِمَهُ اللَّهُ) - ما يُشعر بنفوذ الاختيار السابق، وبأنه في الابتداء موقوف إلى أن يظهر حال الحرّة في الانتهاء.

وحكى الإمام؛ أن بعض الأصحاب غلطه، والصحيح تصحيح النقل، وحمّله على أحد القولين في وقته العقود، كما صورنا في أول البيع، ومنهم من يجعل الخلاف في المسألة وجهين، وجميع ما ذكرنا فيما إذا لم يطرأ على الإمام عتق، فإن طرأ العتق، قبل اجتماع إسلاميهن وإسلام الزوج، بأن عتقن، ثم أسلم الزوج، وأسلمن، أو أسلمن، ثم عتقن، ثم أسلم الزوج، أو أسلم الزوج ثم عتقن، ثم أسلمن، فيلحقن بالحرائر الأصليّات، حتى لو أسلمت الحرّة، ثم أسلمت الإمام المتخلفات بعدما عتقن، فهو كما لو أسلم على حرائر، فيختارُ منهنّ أربعاً كيف شاء، وفي كتاب القاضي ابن كَجَّ أن أبا الحسين القطان حكى وجهاً فيما إذا أسلم، وتخته حرائر وإماء، وعتقت الإمام، ثم أسلمن أنه لا يجوز له إلا اختيار الحرائر الأصليّات، ولو تخلّفت الحرّة، واجتمع إسلامه وإسلامهن، وهنّ عتيقات، فله أن يختارهن، ثم يُنظر، إن أسلمت المتخلفة في العدة، بانّت بأختياره الأربع، وإن لم تُسلم، بانّت باختلاف الدين، وإن أحرّ الاختيار انتظاراً لإسلام المتخلفة.

ذكر الشيخ أبو حامد أنه جائز وقال ابن الصباغ عندي لا معنى لتأخير اختيار الكل، فإنه يلزمه نكاح ثلاث منهن لا محالة، فيختار ثلاثاً، ثم إن أسلمت المتخلفة في العدة، اختارها، أو الرابعة من العتيقات، وإن لم تُسلم، لزمه نكاح الرابعة من العتيقات، ولو أسلم، وليس في نكاحه إلا الإمام، وتخلفن، وعتقن، ثم أسلمن في العدة، اختار منهنّ أربعاً، كالحرائر الأصليّات، ولو أسلمن معه إلا واحدة، ثم أسلمت المتخلفة في العدة بعد ما عتقت، تعيّن [للنكاح]<sup>(٢)</sup> كالحرّة الأصليّة، ولو كانت تخته أربع إماء، فأسلمت معه اثنتان، وتخلّفت اثنتان، فعتقت واحدة من المتقدمتين، ثم أسلمت المتخلفات على الرّق، اندفع نكاحهما؛ لأن تحت زوجهما عتيقة عند اجتماع إسلامهما وإسلام الزوج، ولا تندفع الرقيقة المتقدمة؛ لأن عتق صاحبها كان بعد اجتماع إسلامها، وإسلام الزوج، فلا يؤثّر في حقّها، بل يختار واحدة منهما<sup>(٣)</sup>.

(١) وعبرة الروضة: فالمذهب أنه يجب اختيار جديد، ولا يتبين صحة ذلك الاختيار.

(٢) سقط في ز.

(٣) قال الشيخ البلقيني: اتبع في ذلك الغزالي، وقال ابن الصلاح في كلامه على الوسيط: استقر الرأي، بعد البحث والتنقيب على الحكم على الغزالي بأنه ساه في هذه المسألة على المذهب

ولو كانت تحتها إماء فأسلم الزوج مع واحدة، ثم عتقت، ثم عتق الباقيات، وأسلمن، اختار أربعاً منهن لالتحاقهن بالحرائر الأصليات، وليس له اختيار الأولى؛ لأنها كانت رقيقة عند اجتماع الإسلاميين، فیدفع الباقيات العتقات عند اجتماع الإسلاميين لو كانت تحتها أربع إماء، فأسلمت مع اثنتان، ثم عتقتا، وعتقت المتخلفتان، ثم أسلمتا، يتعيّن الأخريات للامساك؛ لحريرتهما عند اجتماع الإسلاميين، ولا يجوز إمساك الأوليين، ليرقهما عند اجتماع الإسلاميين، واندفاعهما بالعتقين<sup>(١)</sup>.

ولو أسلم الزوج وتخلفن، ثم عتقت الاثنتان، ثم أسلمتا، وأسلمت الأخريات، ثم عتقتا، يتعيّن الأوليان للإمساك، ويندفع بهما الأخريات، والنظر في جميع ذلك إلى حالة اجتماع الإسلاميين لأنها حالة إمكان الاختيار، هذا كما أن النظر في اليسار والإعسار، وفي خوف العتت، الأمن منه إلى حالة اجتماع الإسلاميين.

وقوله في الكتاب: «اندفع نكاح الإماء» يمكن إعلامه بالواو؛ بوجه قدمناه في أن نكاح الأمة لا يندفع بالحررة، وعلى ذلك الوجه يُمسك الحررة، ويختار واحدة من الإماء؛ (والله أعلم).

وقوله: «فإن أسلمت قبل عدتها، أندفع نكاح الإماء» يفيد قوله أولاً «أندفع نكاح الإماء إلا إذا تخلفت وأصرت» وإنما أعاده لِيَسْتَثْنِي منه؛ ما إذا أعتقت، كأنه يقول: وإنما يندفع نكاحهن، إذا استمر رقعهن، أما إذا أعتقتن، فلا.

وقوله: «ولو أسلم على أمتين، وتخلفت أمتان» وفي بعض النسخ، ولو أسلم على أربع، وتخلفت اثنتان وكل واحدة منهما مؤد للغرض.

قَالَ الْعَزَّالِيُّ: وَلَا خِيَارَ لَهَا إِلَّا إِذَا أُعْتِقَتْ تَحْتَ عَبْدٍ، وَلَهَا تَأْخِيرُ الْفَسْخِ لِمُذْرٍ أَنْتِظَارِ إِسْلَامِ الزَّوْجِ إِنْ أَسْلَمَتْ قَبْلَهُ، فَإِنْ فَسَخَتْ نَفَذَ، وَتَظْهَرُ فَائِدَتُهُ لَوْ أَسْلَمَ الزَّوْجُ

= هنا، وفي البسيط والوجيز وليس كذلك اختياراً له تعمله فما هكذا تذكر الاختيارات، وصوابه أنه لا يندفع نكاح المتخلفتين بل يتخير بين الأربع لأن عتق إحدى المتقدمتين كان بعد اجتماعهما على الإسلام والقاعدة المقررة أن مثل هذا العتق لا يجعلها كالحرائر بل يبقى حكمها حكم الإماء في حقها وفي حق غيرها وكان منشأ السهو أنه سبق وهمه إلى أنه لما كان عتق المتقدمة واقعاً قبل اجتماع الزوج والمتخلفتين في الإسلام التحقت بالحرائر في حق المتخلفتين وهذا خطأ لأن الاعتبار في ذلك باجتماع العتيقة نفسها والزوج في الإسلام لا باجتماع غيرها والزوج وهذه العتيقة كانت رقيقة عند اجتماعها هي والزوج في الإسلام فكان حكمها حكم الإماء في حقها وحق غيرها. انتهى كلام ابن الصلاح وهو الصواب.

فَتَكُونُ عِدَّتُهَا مِنْ وَقْتِ الْفَسْخِ فَإِنْ أَجَازَتْ أَبْتَنَى عَلَى وَقْفِ الْمُقْوَدِ، وَأَمَّا الْعَبْدُ إِنْ أَسْلَمَ عَلَى حُرَّةٍ فَلَا خِيَارَ لَهَا.

قال الرافعي: أضلَّ الفضل أن عتق الأمة تحت العبد من الأسباب الميئنة للخيار على ما سيأتي، وقد عتقت المنكوحه في «مسائل المشركات» مع عروض الإسلام، والغرض الآن بيان حكمه وفيه مسألان:

الأولى: إذا نكح العبد الكافر أمة في الكفر، ثم دخل في الإسلام وعتقت الأمة، فينظر؛ إن عتقت بعد اجتماع الإسلاميين، فهي كسائر الإماء يُعتقن تحت العبد، وليس ذلك من صور الباب، وإن عتقت قبل اجتماع الإسلاميين، فللمسألة حالتان، [والغرض فيما إذا كانت مدخولاً بها]<sup>(١)</sup>.

الحالة الأولى: أن تسلم هي أولاً، ويتخلف الزوج، فليس لها الإجازة سواء عتقت، ثم أسلمت، أو أسلمت ثم أعتقت لأنها تعرض البيئونة، فلا يليق بحالها اختيار الإقامة، لأنها مسلمة فكيف تقيم تحت كافر، ولا يبطل بهذه الإجازة حقها ومن الفسخ، وإن [اختارت]<sup>(٢)</sup> الفسخ في الحال. يجوز؛ لأنه يلائم حالها، ولا يلزمها الانتظار إلى أن يظهر حال الزوج من الإسلام والإصرار على الكفر، لأنها، لو أخرجت الفسخ إلى ما بعد إسلام الزوج كانت عِدَّتُهَا من يومئذ، فيدفع بالتعجيل طول التربص، ثم إذا فسخت، فإن أسلم الزوج قبل أن تنقضي مدة عدتها، فالعدة من وقت الفسخ، وتعد عدة الحرائر، وإن لم يسلم إلى أن انقضت المدة فعدتها من وقت إسلامها، ويلغو الفسخ؛ لحصول الفراق قبله؛ وتعد عدة الحرائر، إن عتقت، ثم أسلمت، وإن أسلمت، ثم عتقت، فهذه أمة عتقت في أثناء العدة، فتكمل عدة الحرائر، أم تقتصر على عدة الإماء؟ فيه طريقان للأصحاب.

أقربهما: إلى قضية نص الشافعي - رضي الله عنه - وهو الجواب في «الشامل» وغيره أنها كالرجعية تُعتق في أثناء العدة.

والأظهر: أنها تكمل عدة الحرائر.

والثاني: أنها كالبائنة تُعتق في أثناء العدة، والأظهر؛ فيها: الاقتصار على عدة الإماء. وموضع الخلاف فيهما «كتاب العدة ووجه الإلحاق بالرجعية تمكين الزوج من استيفاء النكاح، واستدراك الأمر بالإسلام يمكنه هناك بالرجعة، ووجه الإلحاق بالثانية أن البائنة لا تكون بينونها بانقضاء العدة، وكذلك هذه التي أسلمت، ثم عتقت، وأصر

(١) سقط في ز.

(٢) من ز: اجازت.



الزوج، فإننا نحكمُ بحصول البينونة من وقتِ إسلامها، بخلاف الرجعية، فإنها تبينُ بانقضاء العدة، ولو أرادت تأخير الفسخ إلى أن يتبين حال الزوج، يجوز، ولا يبطل خيارها كالرجعية إذا عتقت في العدة، والزوج رقيق، يجوز لها التأخير، ثم إن لم يسلم الزوج إلى أن انقضت مدة العدة، سقط الخيار، وعدتها من وقتِ إسلامها، وتعدتُ عدة الحرائر، إن عتقت، ثم أسلمت، [وإن أسلمت]<sup>(١)</sup> ثم عتقت، فعدتها عدة الحرائر أم عدة الإماء فيه الخلاف السابق، وإن أسلم الزوج، فلها الفسخ، وتعدت من وقتِ الفسخ عدة الحرائر.

**الحالة الثانية:** إذا أسلم الزوج أولاً، وتخلّفت [واعتقت]<sup>(٢)</sup> فظاهر المذهب ثبوت الخيار لتضررها بقر الزوج وفي «التيمّة» أن من الأصحاب من لم يثبت لها الخيار؛ لأن خيار العتق من أحكام الإسلام، وهي كافرة، فلا يثبت لها حكم الإسلام، وأما إذا قلنا بالظاهر فلها تأخير الفسخ والإجازة، ثم إن أسلمت قبل مضي مدة العدة، وفسخت، اعتدت من يوم الفسخ عدة الحرائر، وإن لم تسلم، حتى انقضت عدتها، بأن حصول الفراق من وقت إسلام الزوج، وتعدت عدة الحرائر أم عدة الإماء، فيه الخلاف السابق [و] قال الإمام: والظاهر ههنا إلحاقها بالبائنة؛ لأنه ليس بيد الزوج شيء، إذا كانت هي المتخلّفة، ولو أجازت قبل أن تسلم، لم تصح الإجازة؛ لأنها لا تلام حالها؛ لأنها تعرض البينونة، وفي النهاية أن بعض الأئمة حكى عن صاحب «التقريب» أنها صحيحة، قال: ولم أره في طريقه ولو فسخت فظاهر ما نقله المزني<sup>(٣)</sup> أنه لا يصح أيضاً؛ لأنه حكى عن الشافعي - رضي الله عنه - أنه قال: ولو لم يتقدم إسلامهن قبل إسلامه، واخترن فراقه أو المقام معه، حُيزن حين أسلمن وألغى اختيار الفراق كاختيار المقام، وقد أخذ بهذا الظاهر بعض نفر من الأصحاب، منهم أبو الطيب بن سلمة ووجهه بأنه لا حاجة بها إلى الفسخ؛ لأنها تنتهي إلى البينونة، وإسلامها بيدها، إن أسلمت، فسخت، وإلا، بانث وقت إسلامه، وليس كما إذا تخلّف الزوج، فإن إسلامه لا يتعلق بأختيارها، فلا يأمن أن يسلم في مدة العدة.

وَقَالَ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ يَنْفَذُ الْفَسْخُ، كَمَا فِي الْحَالَةِ الْأُولَى.

والإسلام واجب، عليها في الحال، فليس لها تأخيرها إلى انقضاء مدة العدة ثم من هؤلاء من لم يثبت الثقل عن الشافعي - رضي الله عنه - .

(١) سقط في ز.

(٢) عبارة الروضة ولو فسخت نفذ الفسخ على الصحيح وقول الأكثرين كالحالة الأولى وقيل: لا ينفذ وبه قال ابن سلمة وهو ظاهر نقل المزني لكنه يؤول عند الجمهور.

قَالَ أَبُو إِسْحَاقَ: الْمَسْأَلَةُ مَذْكُورَةٌ فِي «الْأَمِّ» وَلَيْسَ فِيهَا اخْتِيَارُ الْفَسْخِ، وَإِنَّمَا الْمَذْكُورُ اخْتِيَارُ الْمَقَامِ، فَلَا أُدْرِي مِنْ أَيْنَ زَادَ الْمُزْنِيُّ اخْتِيَارَ الْفَسْخِ وَمِنْهُمْ مَنْ أَوَّلَ فَقَالَ قَدْ ذَكَرَ اخْتِيَارَ الْفَسْخِ وَالْمَقَامَ مَعًا؛ لَكِنَّهُ أَجَابَ عَنِ اخْتِيَارِ الْمَقَامِ خَاصَّةً وَقَدْ يَفْعَلُ الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - مِثْلَ ذَلِكَ.

المسألة الثانية: أسلم الزوج الرقيق، هل يثبت الخيار لزوجه الكافرة؟.

فيه وجهان:

أظهرهما: على ما ذكر الإمام والمتولي: المنع، وبه قال ابن أبي هريرة: لأنها رخصت برقه أولاً، ولم يحدث فيها عتق.

والثاني: يثبت، وبه قال أبو إسحاق؛ لأن الرق نقص في الإسلام من حيث إن الرقيق لا يساوي الحر في الإسلام وفي الشرك يتميز الحر عن الرقيق، وهذا ظاهر النص؛ لأنه قال «في المختصر»: ولو كان عبد عنده إماء وحرائر مسلمات وكتابات ولم يختزن فراقه، أمسك اثنتين بشرط ألا يخترن فراقه، ومن قال بالأول، ادعى أن الجواز يرجع إلى الإماء خاصة، والمراد ما إذا قال الداركي: وهذا الخلاف في حق أهل الحرب، فأما الذميمة مع الذمي، فلا خيار لها؛ لأنها رخصت بأحكامنا، وقوله في الكتاب «وإن جازت أبتنى على وقف العقود» جهة الوقف أن الإجازة إنما تفيد بتقدير إسلام الزوج، أما إذا أصر فلا يتصور إقامة المسلمة تحت الكافر، لكن تخرج المسألة على وقف العقود، ولم يذكره سائر الأصحاب، ولا تعرض له صاحب الكتاب في «الوسيط» بل أطلقوا القول بالبطالان على ما مر.

وقوله: «وأما العبد، إن أسلم على حرة» قد يوهم اختصاص الكلام في الحرة، وأورد في «الوسيط» الوجهين فيما إذا أسلمت الحرة، ولا اختصاص لها بالحرة ولا بما إذا أسلمت، بل هما جاريان في الحرة والأمة، وفيما إذا أسلمت الزوجة، وفيما إذا لم تسلم، إذا كانت كتابية، لذلك ذكره صاحب «التهديب» وغيره، وقوله «ولا خيار لها» معلّم بالواو.

قال العزالي: وله أن يختار اثنتين أبداً من الحرائر والإماء؛ لأن الأمة في حقها كالحرة، فإن عتق قبل إسلامهن التحق بالحر فلا يختار من الإماء إلا واحدة ويختار من الحرائر أربعمائة، وإن كان تحت حرة وإماء أندفع نكاح الإماء، وإن أسلم معه حرتان ثم عتق فأسلمت الباقيات من الحرائر فلا يزيد على اثنتين، لأنه وجد كمال عدد العبيد قبل الحرية، وإن أسلمت واحدة فعتق ثم أسلم الباقيات اختار أربعمائة؛ لأنه لم يوجد كمال العدد قبل الحرية، ولو أسلم على أربع إماء فأسلمت ثنتان، ثم عتق فأسلمت المتخلفتان

يَخْتَارُ الْأُولِيِّينَ وَلَا يَخْتَارُ الْمُتَخَلِّفَتَيْنِ، وَهَلْ يَخْتَارُ وَاحِدَةً مِنَ الْأُولِيِّينَ وَوَاحِدَةً مِنَ الْأُخْرَيْنِ؟ فَوَجْهَانِ، وَقِيلَ: يَخْتَارُ الْأُخْرَيْنِ أَيْضًا إِنْ شَاءَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْعَبْدُ الْكَافِرُ، إِذَا أَسْلَمَ، وَتَخْتَهُ أَكْثَرَ مِنْ امْرَأَتَيْنِ، وَأَسْلَمَ مَعَهُ، أَوْ بَعْدَهُ فِي الْعِدَّةِ، إِنْ كَانَ قَدْ دَخَلَ بِهِنَّ يَخْتَارُ اثْنَتَيْنِ مِنْهُنَّ، سِوَاءَ كُنَّ حُرَّاتٍ، أَوْ إِمَاءً، وَإِنْ كُنَّ حُرَّاتٍ وَإِمَاءً، فَإِنْ شَاءَ، اخْتَارَ حُرَّتَيْنِ، وَإِنْ شَاءَ، أَمَتَيْنِ، وَإِنْ شَاءَ، حُرَّةً وَأَمَةً، وَلَوْ سَبَقْنَ إِلَى الْإِسْلَامِ.

ثُمَّ أَسْلَمَ قَبْلَ انْقِضَاءِ عِدَّتَيْهِنَّ، فَكَذَلِكَ الْحَكْمُ، وَلَوْ طَرَأَ الْعِتْقُ عَلَيْهِ، وَكَانَ قَدْ تَزَوَّجَ فِي الشَّرْكَ بَعْدَ مِنَ النُّسُوءِ، فَيُنْظَرُ؛ إِنْ عَتَقَ بَعْدَ اجْتِمَاعِ الْإِسْلَامِ، لَمْ يَخْتَرْ إِلَّا اثْنَتَيْنِ، وَلَمْ يُؤْتَرِ الْعِتْقُ فِي اخْتِيَارِهِ، زِيَادَةً، وَإِنْ عَتَقَ قَبْلَ اجْتِمَاعِ الْإِسْلَامِ؛ بِأَنْ عَتَقَ قَبْلَ إِسْلَامِهِ وَإِسْلَامِيهِنَّ، أَوْ بَيْنَ إِسْلَامِهِ وَإِسْلَامِيهِنَّ، تَقَدَّمَ إِسْلَامُهُ أَمْ تَأَخَّرَ، فَحَكْمُهُ حَكْمُ الْأَحْرَارِ، وَلِلزَّوْجَاتِ أَحْوَالٌ ثَلَاثٌ:

الْحَالَةُ الْأُولَى: أَنْ يَتَمَحَّضَ حُرَّاتٍ، فَيَخْتَارُ أَرْبَعًا مِنْهُنَّ، وَلَوْ أَسْلَمَتْ مِنْهُنَّ ثِنْتَانِ مَعَهُ ثُمَّ عَتَقَ، ثُمَّ أَسْلَمَتْ الْبَاقِيَاتُ، فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا اخْتِيَارُ ثِنْتَيْنِ؛ إِمَّا الْأُولِيَيْنِ أَوْ ثِنْتَيْنِ مِنَ الْبَاقِيَاتِ، أَوْ وَاحِدَةً مِنَ الْأُولِيِّينَ، وَوَاحِدَةً مِنَ الْبَاقِيَاتِ، وَإِنْ أَسْلَمَتْ مَعَهُ وَاحِدَةً، ثُمَّ عَتَقَ، ثُمَّ أَسْلَمَ الْبَاقِيَاتُ، فَلَهُ اخْتِيَارُ أَرْبَعٍ مِنْهُنَّ، وَالْفَرْقُ: أَنَّهُ إِذَا لَمْ يُغْلَمِ مَعَهُ إِلَّا وَاحِدَةً لَمْ يَكْمَلْ عِدَّةَ الْعَبِيدِ، وَإِذَا أَسْلَمَتْ اثْنَتَانِ، ثُمَّ عَتَقَ، كَمَّلَ عِدَّةَ الْعَبِيدِ قَبْلَ الْعِتْقِ فَحُدُوثُ الْحُرِّيَّةِ مِنْ بَعْدِ لَا تَفِيدُ زِيَادَةً عَلَيْهِ، وَشَبَّهُوا الصُّورَتَيْنِ بِمَا إِذَا أُطْلِقَ الْعَبْدُ امْرَأَةً طَلَقَتَيْنِ، ثُمَّ عَتَقَ لَمْ يَمْلِكْ بِالْعِتْقِ طَلَقَةً ثَالِثَةً، وَلَمْ يَجُزْ لَهُ نِكَاحُهَا إِلَّا بِمَحْلَلٍ، وَلَوْ طَلَقَهَا طَلَقَةً، ثُمَّ عَتَقَ، وَنَكَحَهَا، أَوْ رَاجَعَهَا، مَلَكَ طَلَقَتَيْنِ، وَبِمَا إِذَا عَتَقَتِ الْأُمَةُ فِي الْقُرْءَيْنِ تُكْمَلُ ثَلَاثَةُ أَقْرَاءَ، وَإِنْ عَتَقَتْ بَعْدَ تَمَامِهَا، لَمْ يَلْزِمُهَا شَيْءٌ آخَرُ، وَبِمَا إِذَا كَانَتْ تَحْتَهُ حُرَّةً وَأَمَةً، يُقَسَّمُ لِلْحُرَّةِ لَيْلَتَيْنِ، وَلِلْأُمَةِ لَيْلَةٌ، ثُمَّ عَتَقَتِ الْأُمَةَ، إِنْ عَتَقَتْ بَعْدَ تَمَامِ لَيْلَتِهَا، لَمْ تَسْتَحِقْ زِيَادَةً، وَإِنْ عَتَقَتْ قَبْلَ تَمَامِهَا، كَمَّلَ لَهَا لَيْلَتَيْنِ.

وَذَكَرَ الْأَصْحَابُ عِبَارَةً جَامِعَةً لِهَذِهِ الْمَسَائِلِ، فَقَالُوا: الرَّقُّ وَالْحُرِّيَّةُ، إِذَا تَبَدَّلَ أَحَدُهُمَا بِالْآخَرِ، فَإِنْ بَقِيَ مِنَ الْعِدَّةِ الْمَعْلُوقِ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الزَّوَالِ وَالطَّارِئِ شَيْءٌ، أَثَّرَ الطَّارِئُ، وَكَانَ الثَّابِتُ الْعِدَّةِ الْمَعْلُوقِ بِهِ زَائِدًا كَانَ أَوْ نَاقِصًا، وَإِنْ لَمْ يَبْقَ شَيْءٌ مِنْهُمَا جَمِيعًا، لَمْ يُوْتَرِ الطَّارِئُ، وَلَمْ يَغْيَرِ حَكْمًا، فَإِذَا أَسْلَمَ مَعَهُ حُرَّتَانِ، ثُمَّ عَتَقَ، لَمْ يَبْقَ مِنَ الْعِدَّةِ الْمَعْلُوقِ بِالزَّائِدِ شَيْءٌ، وَبَقِيَ الْعِدَّةُ الْمَعْلُوقِ بِالطَّارِئِ اثْنَتَانِ، فَلَمْ يَثْبُتِ الْعِدَّةُ الْمَعْلُوقِ بِالطَّارِئِ، وَإِذَا أَسْلَمَتْ مَعَهُ وَاحِدَةً، بَقِيَ مِنَ الْعِدَّةِ الْمَعْلُوقِ بِالزَّوَالِ شَيْءٌ وَمِنَ الْعِدَّةِ الْمَعْلُوقِ بِالطَّارِئِ شَيْءٌ، فَأَثَّرَ الْعِتْقُ، وَثَبَّتْ حَكْمُهُ، وَعَلَى هَذَا قِيَاسُ بَاقِي الْمَسَائِلِ، وَعَلَى هَذَا الْأَصْلِ؛ قَالَ ابْنُ الْحَدَّادِ: لَوْ طَلَّقَ الذَّمِّيُّ زَوْجَتَهُ طَلَقَتَيْنِ، ثُمَّ أَلْتَحَقَ بِدَارِ

الْحَرْبِ نَاقِضاً لِلْعَهْدِ، فَسَبِيَّ وَأَسْتَرْقُ، وَنَكَحَ تِلْكَ الْمَرْأَةَ بِأَذْنِ مَالِكِهِ، يَمْلِكُ عَلَيْهَا طَلْقَةً؛ لِأَنَّهُ بَقِيَ مِنْ عَدَدِ الزَّائِلِ شَيْءٌ، وَلَمْ يَبْقَ مِنَ الْعَدَدِ الطَّارِئِ شَيْءٌ، فَلَمْ يُوْثِرِ الطَّارِئُ، وَلَوْ كَانَ قَدْ طَلَّقَهَا طَلْقَةً، فَإِذَا نَكَحَهَا، لَا يَمْلِكُ عَلَيْهَا إِلَّا طَلْقَةً؛ لِأَنَّهُ قَدْ بَقِيَ مِنَ الْعَدَدِ الزَّائِلِ طَلْقَتَانِ، وَمِنَ الْعَدَدِ الطَّارِئِ طَلْقَةً، فَكَانَ لِلثَّابِتِ حَكْمُ الطَّارِئِ، وَهُوَ الرُّقُّ هَهُنَا، وَهَذِهِ الصُّورَةُ مَعَ صُورَةِ حَدُوثِ الْعِتْقِ بَعْدَ تَطْلِيقِ الْعَبْدِ طَلْقَةً أَوْ طَلْقَتَيْنِ مَذْكُورَتَانِ فِي الْكِتَابِ فِي كِتَابِ «الطَّلَاقِ»، وَأَعْرِفْ بَعْدَ هَذَا شَيْئَيْنِ:

أحدهما: أَنَّ الْقَاضِيَّ ابْنَ كَيْجٍ ذَكَرَ أَنَّ أَبَا الْحُسَيْنِ، حَكَى وَجْهًا؛ أَنَّهُ إِذَا أَسْلَمْتَ مَعَهُ وَاحِدَةً، ثُمَّ عَتَقَ، ثُمَّ أَسْلَمْتَ الْبَاقِيَّاتِ لَا يَخْتَارُ إِلَّا اثْنَتَيْنِ، كَمَا لَوْ أَسْلَمْتَ مَعَهُ اثْنَتَانِ، وَفِي شَرْحِ الشَّيْخِ أَبِي عَلِيٍّ حِكَايَةُ وَجْهِ فِي صُورَةِ ابْنِ الْحَدَّادِ؛ أَنَّهُ إِذَا طَلَّقَ طَلْقَتَيْنِ، ثُمَّ سَبَى وَاسْتَرْقَى لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَنْكَحَهَا إِلَّا بِمَحْلَلٍ، وَهَمَّا غَرِيْبَانِ.

الثَّانِي: قَالَ الْإِمَامُ - رَحِمَهُ اللَّهُ -: الْمَسْأَلَةُ الْمَسْتَشْهَدُ بِهَا قَدْ تَنْفَصِلُ فِي نَظَرِ الْفَقِيهِ عَنِ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ، وَذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ إِذَا طَلَّقَ طَلْقَتَيْنِ، وَقَعَ الْحَكْمُ بِالتَّحْرِيمِ الْمَخْرُوجِ إِلَى الْمَحْلَلِ، فَحَصُولُ الْعِتْقِ بَعْدَهُ لَا يُوْثِرُ فِي رَفْعِهِ فَإِذَا مَضَى قِرَاءَانِ، وَقَعَ الْحَكْمُ بِبِرَاءَةِ الْأُمَّةِ، وَبِحُلْمِهَا لِلْأَزْوَاجِ، وَكَذَا فِي بَاقِي النَّظَائِرِ، وَهَهُنَا لَا يَصِيرُ مُسْتَوْفِيًا لِحَقِّهِ بِإِسْلَامِ اثْنَتَيْنِ مَعَهُ، وَإِنَّمَا يَصِيرُ مُتَمَكِّنًا مِنَ الْإِسْتِيفَاءِ، وَالتَّمَكُّنِ مِنَ الشَّيْءِ، لَا يَحِلُّ مَحَلُّ الشَّيْءِ لَكِنِ الْمَنْقُولُ مَا تَقَدَّمَ.

الحَالَةُ الثَّانِيَّةُ: أَنَّ يَتِمَّحْضَنَ إِمَاءً، فَإِنْ كُنَّ قَدْ عَتَقْنَ عِنْدَ اجْتِمَاعِ الْإِسْلَامِيِّينَ، أَخْتَارَ مِنْهُنَّ أَرْبَعًا، وَإِلَّا، فَلَا يَخْتَارُ إِلَّا وَاحِدَةً بِشَرْطِ الْإِعْسَارِ وَخَوْفِ الْعَنْتِ، وَلَوْ كَانَ تَحْتَهُ أَرْبَعُ إِمَاءٍ، فَاسْلَمْتَ مَعَهُ اثْنَتَانِ، ثُمَّ عَتَقَ، ثُمَّ أَسْلَمْتَ الْمُتَخَلِّفَتَانِ، لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا اخْتِيَارُ اثْنَتَيْنِ؛ لِأَنَّهُ وَجَدَ كِمَالَ عَدَدِ الْعَبِيدِ قَبْلَ الْعِتْقِ، وَيَجُوزُ اخْتِيَارُ الْأَوَّلَيْنِ؛ لِأَنَّهُ كَانَ رَقِيْقًا عِنْدَ اجْتِمَاعِ إِسْلَامِهِ وَإِسْلَامِهِمَا، وَلَا يَجُوزُ اخْتِيَارُ الْمُتَخَلِّفَتَيْنِ؛ لِأَنَّهُ كَانَ حُرًّا عِنْدَ إِسْلَامِهِمَا، وَلَا يَجُوزُ لِلْحُرِّ إِمْسَاكُ الْأُمَّةِ، وَفِي حَكْمِ نِكَاحِهِ حُرَّةً، وَهَلْ يَخْتَارُ وَاحِدَةً مِنَ الْأَوَّلَيْنِ وَوَاحِدَةً مِنَ الْآخِرِينَ؟

حَكَى الْفُورَانِيُّ فِيهِ وَجْهَيْنِ:

أصحهما: المنع، وعن القاضي حُسَيْنٍ؛ أَنَّهُ يَجُوزُ اخْتِيَارُ الْآخِرِينَ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُمَا اجْتَمَعَا مَعَهُ فِي الْإِسْلَامِ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ، فَاشْبَهَتْ الْأَوَّلِينَ، وَلَوْ أَنَّ الْمُتَخَلِّفَتَيْنِ عَتَقْنَا بَعْدَ عِتْقِهِ، ثُمَّ أَسْلَمْنَا، فَلَهُ اخْتِيَارُ الْآخِرِينَ، وَلَهُ اخْتِيَارُ وَاحِدَةٍ مِنَ الْأَوَّلِينَ وَوَاحِدَةٍ مِنَ الْآخِرِينَ، لِأَنَّهُمَا، وَالحَالَةُ هَذِهِ، حَرَّتَانِ عِنْدَ اجْتِمَاعِ إِسْلَامِهِمَا، فَصَارَ كَمَا لَوْ كَانَتْ تَحْتَهُ أَرْبَعُ حَرَائِرٍ، وَأَسْلَمْتَ مَعَهُ اثْنَتَانِ، ثُمَّ عَتَقَ، ثُمَّ أَسْلَمْتَ الْآخِرِيَّانِ، يَخْتَارُ اثْنَتَيْنِ، كَيْفَ شَاءَ، وَلَوْ أَسْلَمْتَ مَعَهُ وَاحِدَةً مِنَ الْإِمَاءِ الْأَرْبَعِ، ثُمَّ عَتَقَ، ثُمَّ أَسْلَمْتَ

البواقى قَالَ فِي «التَّيْمَةِ» لَا يَخْتَارُ إِلَّا وَاحِدَةً عَلَى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ، وَهَذَا هُوَ الْجَوَابُ فِي «التَّهْدِيبِ» لَكِن قِيَاسِ الْأَضْلِ الَّذِي سَبَقَ أَنْ يَجُوزَ لَهُ اخْتِيَارُ اثْنَتَيْنِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَسْتَوْفِ عِدَدَ الْعَبِيدِ قَبْلَ الْعَتَقِ.

وَإِذَا قُلْنَا: إِنَّهُ لَا يَخْتَارُ إِلَّا وَاحِدَةً، فَيَتَعَيَّنُ الَّذِي سَبَقَ إِسْلَامَهَا.

كَذَا ذَكَرَ صَاحِبُ «التَّهْدِيبِ» «وَالْتَّيْمَةَ».

قَالَ فِي «التَّيْمَةِ» وَعَلَى طَرِيقَةِ الْقَاضِي؛ يَخْتَارُ فِي الْجُمْلَةِ وَاحِدَةً، وَعَكْسَ الْإِمَامِ فَحَكَى عَنِ الْقَاضِي أَنَّ الْأَوْلَى تَتَعَيَّنُ، وَعِدْهَا هَفْوَةٌ مِنْهُ.

وَعَنْ سَائِرِ الْأَصْحَابِ: أَنَّهُ يَخْتَارُ مِنَ الْجُمْلَةِ وَاحِدَةً، وَلَوْ عَتَقْتَ الْبَوَاقِي فِي صُورَةِ إِسْلَامِ الْوَاحِدَةِ مَعَهُ، ثُمَّ أَسْلَمْنَا؟ قَالَ صَاحِبُ «التَّهْدِيبِ»: لَهُ إِسْمَاكُ الْكُلِّ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَسْتَوْفِ عِدَدَ الرُّقِّ قَبْلَ الْعَتَقِ، فَلَهُ إِسْمَاكُ الْأَوْلَى؛ لِأَنَّهُ كَانَ رَقِيقًا عِنْدَ اجْتِمَاعِ إِسْلَامِهِ وَإِسْلَامِيهِنَّ، وَالْبَوَاقِي كُنَّ حَرَائِرَ عِنْدَ اجْتِمَاعِ إِسْلَامِهِ وَإِسْلَامِيهِنَّ، فَلَهُ إِسْمَاكُهُنَّ؛ لِأَنَّ إِدْخَالَ الْحَرَائِرِ عَلَى الْإِمَاءِ جَائِزٌ.

الْحَالَةُ الثَّلَاثَةُ: إِذَا كُنَّ حَرَائِرَ وَإِمَاءَ، فَيَنْدَفِعُ نِكَاحُ الْإِمَاءِ، وَيَخْتَارُ مِنَ الْحَرَائِرِ أَرْبَعًا، إِنْ زَدْنَا عَلَى أَرْبَعٍ، وَإِلَّا، فَيُؤْمَسِكُهُنَّ، وَلَوْ كَانَ قَدْ نَكَحَ حُرَّتَيْنِ [وَأُمَّتَيْنِ]<sup>(١)</sup> وَأَسْلَمَتْ مَعَهُ حُرَّةٌ [وَأُمَةٌ]<sup>(٢)</sup> ثُمَّ عَتَقَ، ثُمَّ أَسْلَمَتْ الْمُتَخَلِّفَتَانِ، فَلَا يَخْتَارُ إِلَّا اثْنَتَيْنِ؛ لِاسْتِيفَاءِ الْعَدَدِ قَبْلَ الْعَتَقِ، وَلَهُ اخْتِيَارُ الْحُرَّتَيْنِ، وَاخْتِيَارُ الْأُمَّةِ الْأَوْلَى مَعَ حُرَّةٍ، وَلَيْسَ لَهُ اخْتِيَارُ الثَّانِيَةِ مَعَ حُرَّةٍ؛ لِأَنَّهُ كَانَ رَقِيقًا عِنْدَ اجْتِمَاعِ إِسْلَامِهِ وَإِسْلَامِ الْأَوْلَى وَحَرًّا عِنْدَ اجْتِمَاعِ إِسْلَامِهِ وَإِسْلَامِ الثَّانِيَةِ، وَلَا يَجُوزُ لَهُ اخْتِيَارُ الْأُمَّةِ، وَفِي حُكْمِ نِكَاحِهِ حُرَّةً.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: (الْفَضْلُ الثَّلَاثُ فِي الْاِخْتِيَارِ) وَلَهُ طَرَفَانِ: (أَحَدُهُمَا: أَلْفَاظُهُ) وَلَا يَخْفَى صَرِيحُهُ، وَلَوْ طَلَّقَ وَاحِدَةً تَعَيَّنَتْ لِلنِّكَاحِ، وَلَوْ ظَاهَرَ أَوْ آلَى لَمْ تَتَعَيَّنْ، وَلَوْ قَالَ: فَسَخْتُ نِكَاحَهَا وَفُسِّرَ بِالطَّلَاقِ تَعَيَّنَ لِلنِّكَاحِ، وَإِنْ أَطْلَقَ حُمْلًا عَلَى تَعْيِينِهَا لِلْفِرَاقِ، وَإِنْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتُ الدَّارَ فَقَدْ أَخْتَرْتُكَ لِلنِّكَاحِ أَوْ لِلْفِرَاقِ لَمْ يَصِحَّ التَّغْلِيقُ، فَلَوْ قَالَ: فَأَنْتِ طَالِقٌ صَحَّ وَحَصَلَ الْاِخْتِيَارُ ضَمْنًا، وَالْوَطْءُ هَلْ يَكُونُ كَتَعْيِينِ النِّكَاحِ؟ فِيهِ خِلَافٌ، وَلَوْ قَالَ: حَصَرْتُ الْمُخْتَارَاتِ فِي سِتَّةٍ مِنَ الْجَمَاعَةِ أَنْحَصَرَتْ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: عَقَدَ الْفَصْلُ؛ لِبَيَانِ أَلْفَاظِ الْاِخْتِيَارِ وَأَحْكَامِهِ.

أَمَّا الْأَلْفَاظُ، فَمِثْلُ أَنْ يَقُولَ: أَخْتَرْتُ نِكَاحَكَ، أَوْ تَقْرِيرَ نِكَاحِكَ، أَوْ حَبْسِكَ، أَوْ

(٢) سقط في ز.

(١) سقط في ز.

عَقْدِكَ، أو أَخْتَرْتُكَ، أو أَمَسَكْتُ نِكَاحِكَ، أو [أَمَسَكْتُكَ] <sup>(١)</sup> أو تَبَّتْ نِكَاحِكَ، أو تَبَّتْكَ، أو حَبَسْتُكَ عَلَى النِّكَاحِ، وإيراد الأئمة يُشعر بأن جميع ذلك صريح، لكنَّ الأقرب أن يُجْعَلَ قوله: أَخْتَرْتُكَ، وَأَمَسَكْتُكَ من غير تعرُّض للنكاح كِنَايَةً <sup>(٢)</sup>، وإذا كان تحته ثَمَانِ نِسْوَةٍ مَثَلًا، وَأَسْلَمْنَ مَعَهُ، فَأَخْتَارَ أَرْبَعًا مِنْهُنَّ لِلْفَسْخِ، وهو يريدُ حَلَّهُ بِلا طَلَاقٍ، لزم نِكَاحُ الأَرْبَعِ البَوَاقِي، وإن لم يتلفظ في حَقِّهِنَّ بِشَيْءٍ وَلَوْ قَالَ لأَرْبَعٍ: أَرِيدُكُمْ، أو لأَرْبَعٍ: لا أَرِيدُكُمْ، قَالَ فِي «التَّيْمَةِ»: يَحْصُلُ التَّعْيِينُ بِذَلِكَ، وَقِيَاسُ مَا سَبَقَ حُصُولُ التَّعْيِينِ بِمَجْرَدِ قَوْلِهِ: أَرِيدُكُمْ <sup>(٣)</sup>، ثم فيه صور:

الأولَى: إذا طَلَّقَ وَاحِدَةً أو أَرْبَعًا مِنْهُنَّ، كان ذلك تَعْيِينًا لِلنِّكَاحِ؛ لأنَّ المَنْكُوحَةَ هِيَ الَّتِي تَخَاطَبُ بِالطَّلَاقِ، وَيَقَعُ عَلَيْهَا الطَّلَاقُ، وَيَنْقَطِعُ نِكَاحُ الأَرْبَعِ المَطْلُوقَاتِ بِالطَّلَاقِ، وَيَنْدَفِعُ نِكَاحُ البَاقِيَاتِ [بِالْفَسْخِ] بِالشَّرْعِ، وَلَوْ طَلَّقَ أَرْبَعًا لا عَلَى التَّعْيِينِ، أَمَرَ بِالتَّعْيِينِ، وَإِذَا عَيَّنَ، فَالْحَكْمُ مَا ذَكَرْنَا، هَذَا هُوَ المَشْهُورُ.

وفي «التَّيْمَةِ» وَجْهٌ آخَرٌ: أَنَّ الطَّلَاقَ لَيْسَ تَعْيِينًا لِلنِّكَاحِ؛ لِأَنَّهُ رَوَى فِي قِصَّةِ فَيْرُوزِ الدَّيْلَمِيِّ أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ لَهُ: «طَلَّقْ أَيْتَهُمَا شِئْتَ» <sup>(٤)</sup> وَلَوْ كَانَ الطَّلَاقُ تَعْيِينًا لِلنِّكَاحِ، لَكَانَ ذَلِكَ تَفْوِيثًا لِنِكَاحِهِمَا عَلَيْهِ.

ولو ظَاهَرَ أَلَى مِنْ وَاحِدَةٍ أو عَدَدٍ، فوجهان:

أحدهما: أَنَّ ذلك تَعْيِينٌ لِلنِّكَاحِ؛ لِأَنَّهُمَا تَصَرُّفَانِ مَخْصُوصَانِ بِالنِّكَاحِ كَالطَّلَاقِ.

وأصْحُهُمَا: وهو المَذْكُورُ فِي الكِتَابِ: المَنْعُ؛ لِأَنَّ الظَّهَارَ وَضَفَّ، بِالتَّحْرِيمِ، وَالإِبْلَاءَ حَلْفَ عَلَى الامْتِنَاعِ مِنَ الوَطْءِ وَكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ المَعْنِيِّينَ بِالأَجْنِبِيَّةِ أَلِيْقُ مِنْهُ بِالمَنْكُوحَةِ، وَعَلَى هَذَا، فَإِنْ أَخْتَارَ الَّتِي ظَاهَرَ مِنْهَا أو أَلَى لِلنِّكَاحِ، صَحَّ الظَّهَارُ وَالإِبْلَاءُ، وَيَكُونُ أِبْتِدَاءُ مَدَّةِ الإِبْلَاءِ مِنْ وَقْتِ الاختِيَارِ، وَحَيْثُذِ، يَصِيرُ عَائِدًا، إِنْ لَمْ يَفَارِقْهَا.

ولو قَذَفَ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ، فَعَلَيْهِ الحُدُّ، إِنْ كَانَتْ مَخْصَصَةً، وَلا يَسْقُطُ إِلا بِالْبَيِّنَةِ، إِنْ اخْتَارَ غَيْرَ المَقْدُوقَةِ، وَإِنْ اخْتَارَهَا، سَقَطَ بِالْبَيِّنَةِ وَبِاللَّعَانِ.

الثانية: لو قال: فَسَخْتُ نِكَاحَ هَذِهِ، أو نِكَاحَ هَؤُلَاءِ الأَرْبَعِ، وَأَرَادَ الطَّلَاقَ، فَهو

(١) في ز: أمسكت.

(٢) وقال الخطيب: ومقتضى هذا صحة الاختيار بالكناية وهو كذلك وإن منعه الماوردي والرويانى، وقال إنه كابتداء النكاح.

قال ابن الرفعة: وينبغي إذا جعل كاستدامته أن يكون على الخلاف في حصول الرجعة بالكناية.

(٣) وألغى الفسخ كفسخت نكاحها أو رفعته أو أزلته، وبالكناية كصرفتها.

(٤) تقدم.

أختيَارٌ لِلنِّكَاحِ، وَإِنْ أَرَادَ الْفِرَاقَ، أَوْ أَطْلَقَ حُمْلَ عَلَى الْاِخْتِيَارِ لِلْفِرَاقِ، وَالْحَقُّ بِمَا إِذَا قَالَ: فَسَخْتُ نِكَاحَ هَذَا قَوْلُهُ «اخْتَرْتُ هَذِهِ لِلْفِسْخِ».

وقوله: «هذه للفسخ» من غير لفظ الاختيار، ولو قال لواحدة: «فارتك»<sup>(١)</sup> فَعَنِ الْقَاضِي أَبِي الطَّيِّبِ أَنَّهُ كَقَوْلِهِ «طَلَقْتُكَ»؛ لِأَنَّ الْفِرَاقَ صَرِيحٌ فِي الطَّلَاقِ، وَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ: يَكُونُ فَسْخًا، كَمَا لَوْ قَالَ: اخْتَرْتُ فِرَاقَهَا أَوْ لَا أُرِيدُهَا وَهَذَا أَظْهَرَ عِنْدَ صَاحِبِ «الشَّامِلِ» وَالْمُتَوَلَّى وَغَيْرِهِمَا، وَاحْتَجَّوْا لَهُ بِمَا رَوَى أَنَّهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ لِعَيْلَانَ «اخْتَرِ أَرْبَعًا وَفَارِقِي سَائِرَهُنَّ».

فَرَعٌ: لَوْ اخْتَارَ الْجَمِيعَ لِلنِّكَاحِ، فَهُوَ لَعَوٌّ؛ لِامْتِنَاعِ الْجَمْعِ بَيْنَ الزِّيَادَةِ عَلَى أَرْبَعٍ، وَلَوْ اخْتَارَ فَسَخَ نِكَاحَ الْجَمِيعِ، فَكَذَلِكَ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ مَقْرَّرٌ فِي أَرْبَعٍ لَا سَبِيلَ إِلَى فَسْخِهِ، مَنَدَفَعٌ فِي الْبَوَاقِي، وَإِنَّمَا الَّذِي إِلَيْهِ التَّغْيِينُ، وَلَوْ خَاطَبَ الْجَمِيعَ بِالطَّلَاقِ، وَقَعَ الطَّلَاقُ عَلَى الْأَرْبَعِ الْمُنْكَوْحَاتِ، وَتَبَقِيَ الْحَاجَةُ إِلَى التَّغْيِينِ.

الثَّالِثَةُ: إِذَا قَالَ إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ، فَقَدْ اخْتَرْتُكَ لِلنِّكَاحِ أَوْ الْفِسْخِ، لَمْ يَصِحَّ؛ لِأَنَّ تَعْلِيْقَ الْاِخْتِيَارِ لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ، إِنْ نُزِلَ مَنْزِلَةَ الْاِبْتِدَاءِ، كَانَ تَعْلِيْقُهُ كَتَعْلِيْقِ النِّكَاحِ، وَإِنْ نَزَلَ مَنْزِلَةَ الْاِسْتِمْدَامَةِ، فَإِنَّ تَعْلِيْقَهُ كَتَعْلِيْقِ الرَّجْعَةِ، وَأَيْضًا، فَإِنَّهُ مَأْمُورٌ بِالتَّغْيِينِ، وَالْاِخْتِيَارِ الْمَعْلُوقِ لَيْسَ بِتَعْيِينِ.

وَحَكَى أَبُو الْفَرَجِ السَّرْحَسِيُّ وَجْهًا أَنْ تَعْلِيْقَ الْاِخْتِيَارِ لِلْفِسْخِ يَجُوزُ تَشْبِيهًا بِالطَّلَاقِ، فَإِنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا سَبَبُ الْفِرَاقِ، وَالظَّاهِرُ الْأَوَّلُ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَقَدْ ذُكِرَ وَجْهٌ: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ الطَّلَاقَ اخْتِيَارًا لِلنِّكَاحِ، وَتَعْلِيْقَ الْاِخْتِيَارِ مَمْتَنَعٌ، وَالصَّحِيحُ جَوَازُهُ، تَغْلِيْبًا، لِحُكْمِ الطَّلَاقِ، وَالْاِخْتِيَارِ يَحْصُلُ ضَمْنًا، وَقَدْ يُحْتَمَلُ فِي الْعُقُودِ الضَّمْنِيَّةِ مَا لَا يُحْتَمَلُ عِنْدَ الْاِنْفِرَادِ وَالْاِسْتِقْلَالِ، وَهَذَا كَمَا أَنَّ تَعْلِيْقَ الْاِبْتِزَاءِ لَا يَجُوزُ، وَلَوْ عَلِقَ عَتَقَ الْمَكَاتِبِ، يَجُوزُ، وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ مُتَضَمَّنًا لِلْاِبْتِزَاءِ، وَكَمَا أَنَّ تَعْلِيْقَ التَّمْلِيكِ لَا يَجُوزُ، وَلَوْ قَالَ: أَعْتَقْتُ عَبْدَكَ، إِذَا جَاءَ الْغَدُّ عَلَى كَذَا، فَفَعَلَ، صَحَّ، وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ مُتَضَمَّنًا لِلتَّمْلِيكِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ، فَنِكَاحُكَ مَفْسُوخٌ، إِنْ أَرَادَ الطَّلَاقَ، نَفَذَ، وَإِلَّا، وَنَظِيرُ هَذِهِ الصُّورَةُ مَا إِذَا أَسْلَمَ الزَّوْجُ، وَهِنَّ مُتَخَلِّفَاتٌ، فَقَالَ: كُلَّمَا أَسْلَمْتُ وَاحِدَةً مِنْكُنَّ، فَقَدْ اخْتَرْتُهَا لِلنِّكَاحِ، لَمْ يَصِحَّ، وَلَوْ قَالَ: فَقَدْ طَلَقْتُهَا، يَجُوزُ عَلَى الْأَصَحِّ، وَلَوْ قَالَ: فَقَدْ فَسَخْتُ نِكَاحَهَا، فَإِنْ أَرَادَ حَلَّهَا بِلَا طَّلَاقٍ لَمْ يَجُزْ؛ لِأَنَّ تَعْلِيْقَ الْفِسْخِ لَا يَجُوزُ، وَأَيْضًا، فَإِنَّ التَّغْيِينَ لِلْفِسْخِ، قَبْلَ اسْتِيفَاءِ الْعَدَدِ الْجَائِزِ غَيْرِ جَائِزٍ، وَإِنْ أَرَادَ الطَّلَاقَ، جَازَ، وَإِذَا أَسْلَمْتُ وَاحِدَةً طَلَقْتُ، وَحَصَلَ

(١) فِي ز: فَارِقِي.

أختيارها ضمناً، وهكذا إلى تمام الأربع، ويندفع نكاح الباقيات.

وحكى الإمام وجهاً آخر؛ أن تفسير الفسخ بالطلاق غير جائز<sup>(١)</sup>.

الرابعة: الوطء، هل يكون اختياراً للمطوعة؟.

حكى الشيخ أبو علي فيه طريقتين:

أظهرهما: أنه على وجهين كالوجهين أو القولين فيما إذا طلق إحدى زوجتيه، على الإبهام، ثم وطئ إحدىهما، هل يكون ذلك تعييناً للنكاح فيها، وللطلاق في الأخرى.

والثاني: القطع أنه لا يكون اختياراً؛ لأن الاختيار في «باب نكاح الشركات» حكمه حكم الابتداء، ولا يصح ابتداء النكاح إلا بالقول، بل إمساكه وأستدامته لا تحصل إلا القول؛ ألا ترى أن الوطء لا تحصل به الرجعة، والظاهر أنه ليس باختيار، وإن أثبت الخلاف، ولو وطئ الجميع، وجعلنا الوطء اختياراً، كان مختاراً للأوليات، وعليه المهر للأخريات، وإن لم نجعله اختياراً، أختار منهن أربعاً، ويغرم المهر للباقيات.

الخامسة: إذا قال: حضرت المختارات في هؤلاء الست أو الخمس أنحصرن وهذا، وإن لم يكن تعييناً تاماً، لكنه يقيد ضرباً من التعيين، ويزول به بغض الإبهام، ويندفع نكاح الباقيات، وهذا كما أنه لو أبهم الطلاق بين أربع نسوة، ثم قال: التي أردتها بالطلاق إحدى هاتين، يعتبر هذا القول، وتعيين به الأخريات للزوجية، والمواضع التي تستحق العلامة بالواو من الفضل لا تخفى على المتأمل.

قال الغزالي: ولو أسلم معاً أربع وتخلّف أربع فعين الأوليات للنكاح صح، وللفسخ لا يصح إذا كانت المتخلفات وثنيات، وقيل: يصح موقوفاً، ولو عين المتخلفات للفسخ يصح، وللنكاح لا يصح إلا على وجه الوقف، ولو أسلمت الثمانية على ترادف وهو يخاطب كل واحدة بالفسخ عند إسلامها تعين للفسخ الأربع المتأخرات، وعلى وجه الوقف يتعين الأربع المتقدّمات.

قال الرافعي: وإذا أسلم، وتحته ثمان نسوة وثنيات، وأسلمت معاً أربع منهن، وتخلّف الباقيات، فعين الأوليات للنكاح، صح التعيين، والمتخلفات إن أصررن، أندفعن من وقت إسلامه، وإن أسلمن في العدة، فلفظ صاحب «التهديب» أن الفرقة تقع بينه وبينهن بالاختيار الأوليات، وقال الإمام: يتبين أيضاً أندفاع نكاحهن باختلاف



الدِّين؛ لكن يتبين تعيينهنَّ من وقت تعيينه للأوائل، وهذا هو الموافق لأصولِ الباب، وإن طُلِّقَ الأولياتِ، صحَّ، وتضمَّن اختيارهن، وينقطع نكاحهنَّ بالطلاق، ونكاح الأخرىاتِ، [بالفسخ]<sup>(١)</sup> بالشَّرع، وإن قال: فسختُ نكاحهنَّ، فإن قال أردتُ به الطلاق، فكذلك، وإن أراد به حلاً بلا طلاق، فهو لغوٌ، لأنَّ الحِلَّ هكذا إنَّما يجوزُ فيما زادَ على الأربع، وعدد المسلمات لم يزدَ على أربع فإن لم يُسَلِّم المتخلفاتُ، تعيَّنت الأوليات، وإن أسلمنَّ، أختار من الكلِّ، أربعاً، وللمسلمات أن يدعين؛ أنك أردت الطلاق وبئنا منك ويحلفنَّه، وللمتخلفات أيضاً أن تدعين إرادة الطلاق [وبينوتهنَّ]<sup>(٢)</sup> بالفسخ بالشَّرع، ويحلفنه وفيه وجه أنَّ الفسخ لا يلغو، ولكئنه مؤوقوف، وإن أضرزَنَ على الكُفْر إلى أنقضاء العدة، لغاً وإن أسلمنَّ في العدة، تبين نفوذ الفسخ في الأوليات، وتعيَّنت الأخرىاتُ للنكاح، وهذا مأخوذٌ من الخلاف في وقْفِ العُقود، ولو عيَّن المتخلفات للفسخ، صحَّ، وعيَّنت الأوليات للزوجية، وإن عيَّنه للنكاح، لم يصحَّ لأنهنَّ وثنياتٌ، وقد لا يُسَلِّمن، وعلى وجه الوقْف؛ ينعقد الاختيارُ موقوفاً، فإن أسلمن، بانت صحته، ولو أسلم، وتخته ثمانٍ وثنياتٍ، فتخلفنَّ، ثم أسلمن على تعاقبٍ في عُدديهنَّ، وهو يقول: لكلِّ واحدةٍ تُسَلِّم: فسختُ نكاحك، فإن أراد الطلاق، صار مختاراً للأولياتِ، وإن أراد حلاً بلا طلاق، فهو على ظاهر المذهب لغوٌ في الأربع الأوائل، نافذٌ في الأربع الأواخر؛ لأنَّ فسَخَ نكاحهنَّ وقَع وراء العدد الكامل، فنفَذ، وعلى وجه الوقْف، إذا أسلمتِ الأواخر يبيِّن نفوذ الفسخ في حقِّ الأوائل، ولو أسلمت معه من الثمانِ خمسٌ، فقال: فسختُ نكاحهنَّ، فإن أراد الطلاق، صارَ مختاراً لأربعٍ منهنَّ، وبئنا بالطلاق، فعليه التَّعيين وإن أراد حله بلا طلاق، أنفسَخَ نكاحَ واحدةٍ لا يعينها، فإذا أسلمتِ المتخلفات في العدة، يختار من الجميع أربعاً، ولو قال: فسختُ نكاحَ واحدةٍ منكن، وإن أراد الطلاق، صارَ مختاراً لواحدةٍ لا يعينها، فَيُعَيِّنُها، ويختارُ للنكاح من الباقيات ثلاثاً، وإن أراد حله بلا طلاق، يُعَيِّنُها، ويختار من الباقيات أربعاً، وإن فسَخَ نكاح اثنتين منهن لا على التَّعيين، وأراد حله بلا طلاق، أنفسَخَ نكاحَ واحدةٍ، فَيُعَيِّنُها، ويختار ممَّن عداها أربعاً وإن عين اثنتين منهن، أنفسَخَ نكاحَ واحدةٍ منهما، [فَيُعَيِّنُها]، وله اختيارُ الأخرى مع ثلاثٍ آخر، ولو اختار الخمسَ جميعاً، تعيَّنت المنوحاتُ فيهن فيختارُ منهن أربعاً.

وقوله في الكتاب «والفسخ لا يصح إذا كانت المتخلفات وثنياتٍ» يعني أنَّهنَّ قد لا يُسَلِّمن في العدة، فلا يصلحُ لنكاحه بخلاف ما إذا كانت المتخلفات كتابياتٍ، وفي بعض النسخِ إلا إذا كانت المتخلفات غير وثنياتٍ، والمعنى واحدةٌ قال: الطرف الثاني

في وجوب الاختيار، وإذا أسلم الرجل على ثمان نسوة، مثلاً وأسلمن معه تعين عليه الاختيار.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَمَهْمَا أَمْتَنَعَ الرَّوْجُ عَنِ التَّغْيِينِ حُبْسٍ، فَإِنْ أَصَرَ عَزْرٌ، فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ التَّغْيِينِ أَعْتَدَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ بِأَقْصَى الْأَجَلَيْنِ وَوَقَفَ رُبُعَ الْمِيرَاثِ أَوْ الثُّمْنُ لَهُنَّ إِلَى أَنْ يَضْطَلِحْنَ، وَقِيلَ: يُوزَعُ عَلَيْهِنَّ بِالسُّوِيَّةِ لِاسْتِوَائِهِنَّ وَحُصُولِ الْيَأْسِ بِخِلَافِ مَا إِذَا طَلَّقَ وَاحِدَةً مِنَ النِّسَاءِ وَالْتَبَسَ عَلَيْنَا فَإِنَّ الْوَاحِدَةَ فِي عِلْمِ اللَّهِ مُتَعَيِّنَةٌ لِلْفِرَاقِ، وَلَوْ أَسْلَمَ عَلَى ثَمَانِ كِتَابِيَّاتٍ فَأَسْلَمَ أَرْبَعٌ وَمَاتَ قَبْلَ الْبَيَانِ لَا يُوقَفُ شَيْءٌ مِنَ الْمِيرَاثِ لَهُنَّ لِأَنَّهُ رُبَّمَا كَانَتْ الْمَفَارِقَاتُ الْمُسْلِمَاتِ فَلَا يَتَعَيَّنُ حَقُّ الرَّوْجِيَّةِ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ تَحْتَهُ كِتَابِيَّةٌ وَمُسْلِمَةٌ فَقَالَ: إِحْدَاكُمَا طَالِقٌ وَمَاتَ وَلَمْ يُعَيَّنْ لَمْ يُوقَفْ لَهُمَا مِيرَاثٌ لِلشُّكِّ فِي الْأَصْلِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: هذه اللفظة أعني قولنا الطرف الثاني في جوب الاختيار الحق بالكتاب؛ لأنه قال في أول الفصل وفيه طرفان، ثم لم ينص على الطرف الثاني، وإن أتى بمسائله، والفقهاء: أن من أسلم على أكثر من أربع نسوة، وأسلمن معه، أو بعده في العدة، أو أصرزن، وهن كتابيات، تقع الفرقة بينه وبين الزيادة على الأربع بالإسلام، وعليه الاختيار والتعيين، فإن امتنع حبس، وإن أصر، ولم يُغنِ الحبس، عُزِّرَ بِمَا يَرَاهُ الْحَاكِمُ مِنَ الضَّرْبِ وَغَيْرِهِ.

وَحَكَى أَبُو الْفَرَجِ السَّرْحَسِيُّ عَنْ ابْنِ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّهُ لَا يُضْمُّ الضَّرْبُ إِلَى الْحَبْسِ، وَلَكِنْ يَشَدُّ عَلَيْهِ الْحَبْسُ، فَإِنْ أَصَرَ عَزْرٌ ثَانِيًا وَثَالِثًا إِلَى أَنْ يَخْتَارَ، فَإِنْ جُنَّ أَوْ أُغْمِيَ عَلَيْهِ فِي الْحَبْسِ، خُلِيَ إِلَيْهِ أَنْ يَفِيقَ، وَلَا يَخْتَارُ الْحَاكِمُ عَلَى الْمَمْتَنِعِ بِخِلَافِ الْمُؤَلَّى، إِذَا أَمْتَنَعَ مِنَ الطَّلَاقِ، وَالْفَيْئَةُ حَيْثُ يَطْلُقُ الْقَاضِي عَلَيْهِ عَلَى الصَّحِيحِ؛ لِأَنَّ هَذَا اخْتِيَارٌ شَهْوَةٌ، وَلَا يَدْرِي الْقَاضِي أَنَّهُ إِلَى أَيْتِهِنِ أَمِيلٌ؛ وَلِذَلِكَ لَا يَجُوزُ التَّوَكُّلُ فِيهِ، وَلَوْ مَاتَ قَبْلَ الْاخْتِيَارِ لَا يَقُومُ وَارِثُهُ مَقَامَهُ، وَأَيْضًا، فَإِنْ حَقَّ الْفِرَاقُ لَا يَثْبُتُ لِمَعْيَنِهِ، وَهُنَاكَ، يَثْبُتُ الْحَقُّ لِمَعْيَنَةِ فَيُتَوَّبُ الْقَاضِي عَنْهُ فِي تَوْفِيئِهِ.

قَالَ الْإِمَامُ: وَإِذَا حَبَسَ، فَلَا يَعْزُرُ عَلَى الْفَوْرِ، فَلَعَلَّ لَهُ، فِي التَّغْيِينِ فِكْرًا، وَأَقْرَبُ مُعْتَبَرٌ فِيهِ مَدَّةُ الْأَسْتِنَابَةِ، وَاعْتَبَرَ الْقَاضِي الرَّوْيَانِيُّ فِي «الْإِمَهَالِ» الْأَسْتِنَابَةَ، فَقَالَ وَلَوْ اسْتَنْظَرَ، أَنْظَرَهُ الْحَاكِمُ إِلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، وَلَا يَزِيدُ وَيَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُنَّ جَمِيعًا إِلَى أَنْ يَخْتَارَ؛ لِأَنَّهُنَّ فِي حَبْسِهِ وَخِيَالَتِهِ، ثُمَّ فِي الْفَصْلِ مَسْأَلَتَانِ:

المسألة الأولى: إِذَا مَاتَ قَبْلَ التَّغْيِينِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ قَدْ دَخَلَ بِهِنَّ فَعَلَى كُلِّ وَاحِدَةٍ أَنْ تَعْتَدَ بِأَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ وَعَشْرٍ، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ تَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ زَوْجَةً، وَإِنْ كَانَ قَدْ دَخَلَ بِهِنَّ، فَمَنْ هِيَ حَامِلٌ مِنْهُنَّ، فَعِدَّتُهَا بَوْضِعُ الْحَمْلِ، وَالتِّي هِيَ حَائِلٌ، يُنْظَرُ فِيهَا، إِنْ

كانت من ذوات الأشهر، فتعتد بأربعة أشهر وعشر، وإن كانت من ذوات الأقرء، فعليها أن تعتد بأقصى الأجلين من أربعة أشهر وعشر أو ثلاثة أقرء، فإن رأت الأقرء قبل تمام هذه المدة، أكملت المدة، وإن مضت المدة قبل تمام الأقرء، فتصير إلى انقضاء العدة بالأقرء، وذلك؛ لأن كل واحدة تحتل أن تكون زوجة، فعليها عدة الوفاة، ويحتمل أن تكون مفارقة في حال الحياة، فعليها أن تعتد بالأقرء والأشهر تعتبر من وقت الموت، وفي الأقرء وجهان، ويقال: قولان:

أحدهما: أنها تُعتبر من وقت الموت أيضاً؛ لأنها لا تتيقن قبل ذلك [شروعها]<sup>(١)</sup> في العدة.

وأصحهما: الاعتبار من وقت إسلامهما، إن أسلما معاً، ومن وقت إسلام من سبق إسلامه، إن أسلما على التعاقب؛ لأن الأقرء إنما تجب لاحتمال أنها مفارقة منفسخة النكاح، والانسحاق يخلص من يومئذ.

المسألة الثانية: إذا مات قبل التعيين، وقف لهن رُبع الميراث أو الثمن عائلاً، أو غير عائل، على ما يقتضيه الحال إلى أن يصطلحن، فيقسم بينهما على حسب اصطلاحهن من التساوي أو التفاضل، وفي «النهاية» أن صاحب «التقريب» حكى عن ابن سريج أن الرُبع أو الثمن يوزع بينهما؛ لأن البيان غير متوقع، وهن جميعاً معترفات بشمول الإشكال، وبأنه لا مزية لبعضهن على بعض، وليس هذا كما إذا قال لإحدى زوجتي إن كان هذا الطائر غراباً، فأنت طالق.

وقال للأخرى إن لم يكن غراباً فأنت طالق، وأشكل الحال، فإن هناك الالتباس علينا، والله تعالى يعلم حال الغراب، ويعلم الطالق منهما، وها هنا لا يمكن أن يقال إنه يعلم المختارات مع أنه لم يوجد منه اختيار، نعم يعلم أنه من كان يختار لو اختار، وإلى هذا الوجه ميل الإمام، والمشهور الأول، وإن كان تخته ثمان نسوة مثلاً، وفيهن صغيرة، أو مجنونة، صالح الولي عنها، ثم فيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يصلح على ما دون رُبع الموقوف؛ لاحتمال أنها زوجة.

وأصحهما: أنه يجوز أن ينقص عن الربع؛ لأنها لا تتيقن لها حقاً، لكنها صاحبة يد في ثمن الموقوف، فإنه موقوف بين ثمان، فلا يجوز أن ينقص عن الثمن؛ وهذا إذا اضطلحن جميعاً، ولو طلب بعضهن شيئاً، ولم يضطلحن جميعاً، فلا يدفع شيئاً إلى الطالب إلا [باليقين]<sup>(٢)</sup>، ففي ثمان نسوة، لو طلبت واحدة لا يدفع إليها شيء،

(٢) في ز: بالتعيين.

(١) سقط في ز.

وكذلك، لو طلبتِ اثنتانِ أو ثلاثٌ أو أربعٌ<sup>(١)</sup>؛ لاحتمال أن الزَّوجاتِ غَيْرهن، فإن طلبتِ خمس، دَفَع إليهن رُبْعَ الموقوف؛ لعلمنا بأن فيهن زوجة، وإن طلبتِ ست، فالنصف، ولهن قِسْمَةٌ ما أَخَذَتْه والتصرُّف فيه، وهل يُشترطُ في الدفَع أن يبرَأَ عن الباقي؟.

فيه وجهان عن القاضي وغيره:

أحدهما: وَقَدْ نَسَبَهُ الْقَاضِي ابنُ كَجِّج إلى النص نعم، وإنما يتجزأ شيئاً من الموقوف؛ لِقَطْع الخصومة عاجلاً وأجلاً، وإنما يَحْصُلُ ذلك بالإبراء.

وأصحُّهما: لا؛ لأننا نَتَيَقَّنُ أنَّ فيهن مَنْ يستحقُّ القَدْرَ المدفوع، فكيف نكلِّفُهُنَّ بدَفْعِ الحقِّ إليهنَّ إسقاطَ حقٍّ آخر، إن كان، وإذا قلنا بالوجه الأول، فيدفع الباقي إلى الثلاث ويرتفع الوَقْفُ، وكأنَّهنَّ أَصْطَلَحْنَ على القسمة هكذا، وجميع ما ذكرناه فيما إذا عرف استحقاق الزوجات الميراث إما إذا أسلِمَ عَلَى ثَمَانِ نُسُوءِ كِتَابِيَّاتٍ وأسلمت معه أربع، أو كانت تحته أَرْبَعُ كِتَابِيَّاتٍ وأربع وثنيات، وأسلمت معه الوثنيات، ومات قَبْلَ البيانِ والاختيار فَوَجَّهَانِ:

أظهرهما: وهو المنصوص، والمذكور في الكتاب: أنه لا يوقَفُ شيءٌ للزوجات، بل تقسم التركة بين سائر الورثة؛ لأن استحقاق الزوجات للإرث غَيْرُ مَعْلُومٍ [لجواز أن تكون الزوجات الكِتَابِيَّاتِ].

والثاني: يوقَفُ، لأن استحقاق سائر الورثة قَدْرَ نصيبِ الزَّوجَاتِ غَيْرُ مَعْلُومٍ [والشكُّ في أضل الاستحقاق لا يمنع الوقفَ بدليل مسائلِ الحَمَلِ ونحوها، وهذا ما ارتضاه ابنُ الصَّبَّاحِ، وهو قريب من القياس ويجري الوجهان فيما إذا كان في نكاح الرِّجُلِ مسلمةً وكتابيةً، فقال: إحدكما طالق، ومات قبل البيان، وعن صاحب «التَّقْرِيبِ» تخصيصُ الخلاف بهذه الصورة، والجزم بأن لا وقف في «مسألة الكتابيات» قال الإمام: ولا يَتَوَقَّعُ الفقيهُ فرقاَ بينهما.

وقوله في الكتاب «بخلاف ما إذا طلق واحدة» ليس المراد ما إذا أَبْهَمَ، فقال: إحدى زوجاتي طالق، وإنما المراد مسألة الغرابِ ونحوها، وقوله «لا يوقف» معلم بالواو، [وكذا قوله بعده «كم يوقف»]<sup>(٢)</sup>.

فَرَزَعُ: مَاتَ الدَّمِيُّ عن أَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعِ نُسُوءِ، خَرَجَ صَاحِبُ «التَّلْخِيصِ» أن الربع أو الثمن لهن جميعاً.

وقال آخرون: لا يرثُ منهن إلا أربع، فيوقَفُ بينهن إلى أن يصطَلِحن، ويجعل

(٢) في ز: وكذلك قوله لعدة ل يوقف.

(١) في ز: الربع.

الترافع إلينا بِمَثَابَةٍ ما إذا أسلموا. وعن القفال: أنه بني الخلاف على صحة أنكحة الكفار، إن صححناها، ورت الكل، وإلا، لم يرث إلا أربع.

وَلَوْ نَكَحَ الْمَجُوسِيُّ أُمَّهُ أَوْ ابْنَتَهُ، ومات قال في «التَّهْذِيبِ»: منهم من بنى التوارث على هذا الخلاف، والمذهب الجزم بالمنع؛ لأنه ليس بنكاح في شيء من الأديان، ولا يتصور التقرير عليه في الإسلام.

فرع آخر: المتعينات للفراق، إذا أسلم على أكثر من أربع، تحسب عدتهن من وقت الاختيار، أو من وقت إسلام الزوجين، إن أسلما معاً، وإسلام متقدم الإسلام منهما إن أسلما على التعاقب؟ فيه وجهان، قرَّبهما في «التَّهْذِيبِ» من الوجهين فيما إذا طلق إحدى امرأتيه، لا يعينها، ثم عينها، تكون عدتها من وقت التعيين، أو من وقت التلقظ بالطلاق.

وذكر أن الأصح الاعتبار من وقت الاختيار، لكن الراجح عند عامة الأصحاب الاعتبار من وقت الإسلام؛ لأن سبب الفرقة اختلاف الدين، فتعتبر مدة العدة منه من وقت الإسلام، قالوا: والاعتبار من وقت الاختيار أخذ من قول الشافعي - رضي الله عنه - فيمن نكح نكاحاً فاسداً، ووطئ أن العدة تحسب من وقت التفريق بين الزوجين لا من الوطأة الأخيرة.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: (الفضل الرابع في النفقة) وَإِذَا تَخَلَّفَتْ ثُمَّ أَسْلَمَتْ لَمْ تَسْتَحِقْ النَّفْقَةَ لِمُدَّةِ التَّخَلْفِ عَلَى الْجَدِيدِ؛ لَأَنَّهَا أَسَاءَتْ، وَلَوْ سَبَقَتْ ثُمَّ أَسْلَمَتْ أَسْتَحَقَّتْ لِمُدَّةِ التَّقَدُّمِ عَلَى الْمَذْهَبِ؛ لَأَنَّهَا أَحْسَنَتْ، وَلَوْ أَصَرَ الزَّوْجُ لَمْ تَسْتَحِقْ لِمُدَّةِ الْعِدَّةِ لِأَنَّهَا بَائِنَةٌ، وَقِيلَ: تَسْتَحِقُّ كَالرَّجْعِيَّةِ لِأَنَّ لِلزَّوْجِ قُدْرَةَ عَلَى تَقْرِيرِ النِّكَاحِ عَلَيْهَا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: عقد الفصل للكلام في النفقة عند تجدد الإسلام، ثم خلط به طرفاً من الكلام في المهر، أما النفقة، فإن أسلم الزوجان معاً، استمرت<sup>(١)</sup> النفقة كما يستمر النكاح، وإن أسلما على التعاقب بعد الدخول، والفرض فيما إذا كانت الزوجة مجوسية أو وثنية، فإذا أن يسلم الزوج أو هي أولاً:

الحالة الأولى: إذا أسلم الزوج أولاً، وتخلفت هي، فإن أصرت إلى انقضاء عدتها، فلا نفقة لها؛ لأنها ناشئة بالتخلف ممتعة<sup>(٢)</sup> من التمكين، وإن أسلمت في العدة، استحققت النفقة من وقت الإسلام؛ لاستمرار النكاح، وفي نفقة زمان التخلف قولان:

(١) وغيرها من بقية المؤن لدوام النكاح. (٢) لإساءتها بتخلفها عن الإسلام.

القديم: **أَنهَا تَسْتَحِقُّهَا**، لأنها ما أحدثت شيئاً والزوج هو الذي **بَدَّلَ الدِّينَ**.

**وأصحهما:** وهو الجديد<sup>(١)</sup>: **الْمَنْعُ**؛ لأنها أساءت بالتخلف والامتناع عما هو فرضٌ عليها، فأشبه ما إذا سافر الزوج، وأراد مسافرتَها، فتخلفت، وعلى هذا فلو اختلفا، فقال الزوج: **أَسْلَمْتُ اليَوْمَ** أو منذ عشرة أيام، وقالت: **بَلْ أَسْلَمْتُ** منذ شهر [فعلَيْكَ نفقة شهر]<sup>(٢)</sup> فالقول قول الزوج مع يمينه؛ لأنَّ الأضلَّ استمرارُ كُفْرِها، وبراءةُ ذمته عن النفقة، وكذا إذا فرغنا على القديم، واختلفا، فقال الزوج: **أَسْلَمْتُ** بعد العدة، فلا نفقة لك، وقالت: **أَسْلَمْتُ** في العدة، فالقول قوله مع يمينه.

**الحالة الثانية:** إذا أسلمت الزوجة أولاً، نُظِرَ، إن أسلم الزوج قبل انقضاء مدة العدة، فلها النفقة لمدة التخلف، ولما بعدها؛ لأنها أدت فرضاً مضيقاً عليها، فلا يسقط به النفقة، كما لو صلّت وصامت شهر رمضان، وحكى ابن خيران قولاً وصاحب «الإفصاح» وغيره وجهاً أنه لا نفقة لها مدة تخلفه؛ لأنه أستمّر على دينه، وهي التي أخذت المانع من الاستمتاع، والمذهب الأول، وإن أصرَّ الزوج إلى انقضاء العدة، فهل تستحق نفقة مدة العدة؟.

فيه وجهان:

**أحدهما:** المنع؛ لأنه إذا أصرَّ الزوج، تبين حصول البيونة من وقت إسلامها.

**والثانية:** لا تستحق النفقة.

**والثاني:** أنها تستحق؛ لأنها أحسنت بالإتيان بما عليهما، والزوج قادرٌ على تقدير النكاح بأن يسلم، ونزلت منزلة الرجعية.

قال في «التبئة»: **ويخالف ما إذا سبقت إلى الإسلام قبل الدخول، حيث يسقط المهر، وإن أحسنت، لأن المهر عوض العقد، والعوض يسقط بتفويت العاقيد المعقود عليه، إن كان معذوراً، كما لو باع طعاماً، ثم أكله، وهو مضطر إليه، والنفقة في مقابلة التمكين، وإنما تسقط عند التعدي، ولا تعدي ههنا ثم إيراد صاحب الكتاب يقتضي تزجيج وجه المنع، وإليه ذهب الإمام، لكن الأكثرين رجحوا الاستحقاق، وهو الذي نص عليه في «المختصر».**

(١) قال الزركشي: ولم يفصلوا بين أن يكون التخلف لعذر أم لا، وينبغي إذا تخلفت لصغر أو جنون أو إغماء ثم أسلمت عقب زوال المانع أن تستحق. وقال الخطيب: ورد هذا البحث وإن كان التعليل يرشد إليه بأنها تسقط بعدم التمكين وإن لم يكن نشوز ولا تقصير من الزوجة كما تسقط بحبسها ظلماً.

(٢) سقط في ز.

وإذا اختلفا في سبق الإسلام، فَقَالَ الزَّوْجُ: أَسْلَمْتُ أَوْلَى، فلا نَفَقَةَ لَكَ، وَقَالَتْ هي: بَلْ أَسْلَمْتُ أَوْلَى، فوجهان:

أحدهما: أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الزَّوْجِ مَعَ يَمِينِهِ، لِأَنَّ الْأَضْلَ بَرَاءَةٌ ذَمَّتْهُ عَنِ النَّفَقَةِ، وَيُحْكَى هَذَا عَنْ أَبِي إِسْحَاقَ.

وأصحهما: وهو المذكور في «التَّهْذِيبِ» وَالْمَحْكِيُّ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ: أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الزَّوْجَةِ مَعَ يَمِينِهَا؛ لِأَنَّ النَّفَقَةَ كَانَتْ وَاجِبَةً، وَهُوَ يَدْعِي الْمُسْقِطَ، فَأَشْبَهَ مَا إِذَا أَدْعَى عَلَيْهَا الشُّوْرُ وَأَنْكَرَتْ، هَذَا حُكْمُ النَّفَقَةِ عِنْدَ تَجَدُّدِ الْإِسْلَامِ.

أما حُكْمُهَا عِنْدَ الرُّدَّةِ، فَيُنْتَظَرُ؛ إِنْ أَرْتَدَّتِ الْمَرْأَةُ بَعْدَ الدُّخُولِ، فَلَا نَفَقَةَ لَهَا فِي زَمَانِ الرُّدَّةِ؛ لِإِسَاءَتِهَا وَنَشُوزِهَا، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ تَعُودَ إِلَى الْإِسْلَامِ فِي الْعِدَّةِ أَوْ لَا تَعُودَ وَلَا يَجِيءُ فِيهِ الْقَوْلُ الْقَدِيمُ الْمَذْكُورُ<sup>(١)</sup> فِيمَا إِذَا أَسْلَمَتْ بَعْدَ إِسْلَامِ الزَّوْجِ؛ لِأَنَّهَا أَقَامَتْ عَلَى دِينِهَا هُنَاكَ، وَلَمْ تُحْدِثْ شَيْئًا، وَهِنَا أُحْدِثَتِ الرُّدَّةُ، وَإِنْ أَرْتَدَّ الزَّوْجُ، فَعَلِيهِ النَّفَقَةُ لِمُدَّةِ الْعِدَّةِ<sup>(٢)</sup>، وَإِنْ أَرْتَدَّا مَعًا، قَالَ صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» هُوَ كَمَا لَوْ أَرْتَدَّتِ الْمَرْأَةُ، وَيَشْبَهُ أَنْ يَجِيءَ فِيهِ الْخِلَافُ، كَمَا لَوْ أَرْتَدَّا مَعًا قَبْلَ الدُّخُولِ، فَفِي وَجْهِ يَجِبُ نِصْفُ الْمَهْرِ<sup>(٣)</sup> كَمَا لَوْ أَرْتَدَّ الزَّوْجُ، وَفِي وَجْهِ: لَا يَجِبُ شَيْءٌ كَمَا لَوْ أَرْتَدَّتْ هِيَ.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَلَوْ قَالَ سَبَقَتْ بِالْإِسْلَامِ قَبْلَ الْمَسِيْسِ فَأَنْكَرَتْ فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا، لِأَنَّ الْأَضْلَ بَقَاءُ الْمَهْرِ، وَلَوْ قَالَ: أَسْلَمْنَا مَعًا وَالنِّكَاحُ بَاقٍ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ: لِأَنَّ الْأَضْلَ بَقَاءُ النِّكَاحِ، وَقِيلَ: بَلِ الْقَوْلُ قَوْلُهَا؛ لِأَنَّ التَّسَاوُقَ فِي الْإِسْلَامِ نَادِرٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: حُكْمُ الْمَهْرِ، إِذَا أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الدُّخُولِ أَوْ بَعْدَهُ، قَدْ ذَكَرْنَا عِنْدَ الْكَلَامِ فِي أَنَّ أَنْكَحَةَ أَهْلَ الشَّرِكِ، هَلْ يَحْكُمُ لَهَا بِالصَّحَّةِ أَمْ لَا؟.

فلو اختلفا، فَقَالَ الزَّوْجُ: سَبَقَتْ إِلَى الْإِسْلَامِ قَبْلَ الْمَسِيْسِ، فَلَا مَهْرَ لَكَ.

وقالت: بل أسلمتُ أولاً، فعليك شطرُ المهر، فالقول قولها مع يمينها؛ لأنَّ الْأَضْلَ بَقَاءُ شَطْرِ الْمَهْرِ، وَلَوْ قَالَتْ فِي جَوَابِهِ: لَا أُدْرِي أَيُّنَا سَبَقَ إِلَى الْإِسْلَامِ أَوْلَى، لَا تَتِمَّكَنْ مِنْ طَلْبِ الْمَهْرِ، فَإِنْ عَادَتْ، وَقَالَتْ: قَدْ تَبَيَّنَتْ أَنَّهُ أَسْلَمَ أَوْلَى، صُدِّقَتْ بِيَمِينِهَا، وَطَلَبَتْ شَطْرَ الْمَهْرِ، وَلَوْ اعْتَرَفَ الزَّوْجَانِ بِالْجَهْلِ بِمَنْ سَبَقَ إِلَى الْإِسْلَامِ، فَلَا نِكَاحَ

(١) قال النووي: ذكر صاحب «المهذب» وآخرون طريقين، أحدهما: طرد القولين القديم والجديد.

(٢) لأن المناع من جهته.

(٣) قال الشيخ جلال الدين البلقيني: هذا متعقب لأن النفقة تسقط بالنشوز فردتها نشوز سواء وجدت مع رده أم لا بخلاف المهر.

بَيْنَهُمَا؛ لاتفاقهما على تعاقب الإسلام قبل الدخول، ثم إن كَانَ ذلك قبل قبضِ الصِّدَاقِ، لم تتمكَّنْ من طلبه؛ لاحتمال أَنَّهَا السَّابِقَةُ وإن كان بَعْدَ الْقَبْضِ، لم يتمكَّنِ الزوج إلا من أَسْتِزَادِ الشُّطْرِ؛ لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ السَّابِقُ، وَالتَّضْفُ الآخِرُ يُقَرُّ فِي يَدِهَا إِلَى أَنْ يَتَبَيَّنَ الْحَالُ، وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي بَقَاءِ النِّكَاحِ، فَقَالَ الزَّوْجُ: أَسْلَمْنَا مَعًا، فَالنِّكَاحُ بَاقٍ وَقَالَتْ: بَلْ أَسْلَمْنَا عَلَى التَّعاقِبِ وَلَا نِكَاحَ، فَقَوْلَانِ:

أصحهما: على ما ذكره القاضي ابنُ كَيْجٍ، وَصَاحِبُ «التَّهْدِيْبِ»: أن القول قولُ الزَّوْجِ، لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ النِّكَاحِ، وَهَذَا مَا اخْتَارَهُ الْمُزْنِيُّ وَأَبُو إِسْحَاقَ.

والثاني: أن القول قولها، لأن الظاهر<sup>(١)</sup> معها، فإن وقوع الإسلامين معاً بعيد نادراً ومن هذه المسألة، أَسْتَبْطِ حُدَّ الْمُدْعَى وَالْمُدْعَى عَلَيْهِ، وَالْمَسْأَلَةُ وَكَيْفِيَةُ الْاِسْتِنْبَاطِ بِأَيَّانِ بِالشرح في كتاب «الدعاوى»، إن شاء الله تعالى، وإن قلنا: إن القول قولها فقد ذكر أبو الفرج الزاز: أنه يُنظَرُ فِي كَيْفِيَةِ دَعْوَاهَا، إن قَالَتْ لِلزَّوْجِ: أَسْلَمْتُ قَبْلِي، حَلَفْتُ عَلَى النَّبْتِ؛ أَنَّهَا مَا أَسْلَمْتُ يَوْمَ إِسْلَامِهِ وَلَوْ قَالَتْ: أَسْلَمْتُ قَبْلَكَ، حَلَفْتُ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ بِإِسْلَامِهِ يَوْمَ إِسْلَامِهَا، وَلَوْ اخْتَلَفَا عَلَى الْعَكْسِ، فَقَالَتْ: أَسْلَمْنَا مَعًا وَقَالَ: بَلْ عَلَى التَّعاقِبِ، فَلَا نِكَاحَ لِقَوْلِهِ، وَهِيَ تَدْعِي نِصْفَ الْمَهْرِ، وَفِي الْمَصْدَقِ مِنْهُمَا الْقَوْلَانِ، وَلَوْ قَالَا: لَا نَذْرِي؛ أَوْقَعِ إِسْلَامَنَا مَعًا أَمْ عَلَى التَّعاقِبِ أَسْتَمَرَّ النِّكَاحُ بَيْنَهُمَا.

ولو أَسْلَمَتِ الْمَرْأَةُ بَعْدَ الدُّخُولِ، ثُمَّ أَسْلَمَ الزَّوْجُ، وَأَخْتَلَفَا، فَادْعَى الزَّوْجُ أَنَّ إِسْلَامَهُ سَبَقَ انْقِضَاءَ الْعِدَّةِ، وَادَّعَتْ هِيَ أَنَّ انْقِضَاءَ الْعِدَّةِ سَبَقَ إِسْلَامَهُ، فَهَذَا يَفْرَضُ عَلَى وَجْهِ:

أحدها: أن يتفقا على وقت انقضاء العدة [كغرة]<sup>(٢)</sup> رَمَضَانَ مَثَلًا.

وَقَالَ الزَّوْجُ أَسْلَمْتُ فِي شَعْبَانَ، وَقَالَتْ: بَلْ فِي الْخَامِسِ مِنْ رَمَضَانَ، فَالقول قول الزوجة مع يمينها؛ لأنهما اتَّفَقَا عَلَى وَقت انقضاء العدة، والاختلاف في تقدُّم الإسلام وتأخر، والأصل بقاء الكفر.

والثاني: أن يتفقا على وقت الإسلام كغرة رمضان.

وَقَالَ الزَّوْجُ: انقضت عِدَّتُكَ فِي الْخَامِسِ مِنْ رَمَضَانَ.

وَقَالَتْ: بَلْ فِي شَعْبَانَ، فَالقول قوله مع يمينه؛ لأن وقت الإسلام مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ، وَالْخِلَافُ فِي أَنَّ الْعِدَّةَ، هَلْ انقضت قبله والأصل بقاؤها.

(١) ما رجحه المصنف هنا مخالف لما في المحرر والمنهاج في باب دعاوى من اقتضائه ترجيح الثاني.

(٢) في ز: كعدة.



والثالث: إذا لم يتَّفقا على شيءٍ، واتفق الزوجُ على أن إسلامي سبق، والزوجة على أن انقضاء عِدَّتِي سبق، فالتَّصُّرُ أن القَوْلُ قولُ الزوج، ونص فيما إذا ارتدَّ الزوج، ثم عادَ إلى الإسلامِ واختلفا، فأدعى الزَّوْجُ أَنَّهُ عَادَ فِي الْعِدَّةِ، وادَّعَتِ انْقِضَاءَ الْعِدَّةِ قَبْلَ عَوْدِهِ إِلَى الْإِسْلَامِ، وفيما إذا اختلف الزَّوْجَانِ فِي الرَّجْعَةِ وانقضاء العِدَّةِ.

فقال: راجعتك في عدَّتِك.

وقالت: بلْ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِي؛ أن القَوْلُ قولُ الزوجة.

وللأصحابِ طَرِيقَانِ:

أحدهما: التَّصَرُّفُ فِي الْجَوَابَيْنِ، وجعل المسائل على قولين، وبِهِ قَالَ الْقَاضِيَانِ أَبُو حَامِدٍ وَأَبُو الطَّيِّبِ:

أحد القولين: تصديق الزوج، وَأَاضِلُ بَقَاءِ النِّكَاحِ.

والثاني: تصديق الزوجة؛ لأن الأضِلَّ عدم الإسلامِ والرَّجْعَةِ.

وأصحهما: تنزيلُ النَّصِّينِ عَلَى حَالَيْنِ، واختلف القائلون به.

قَالَ بَعْضُهُمْ: حيثُ قال: القول قول الزوج، أراد ما إذا اتفقا على وقت الإسلام، واختلفا في أن العِدَّةَ، هل انقضت قبله؟ وكذلك الحُكْمُ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ الْأَخِيرَتَيْنِ.

وحيث قال: القول قول الزوجة أراد ما إذا اتَّفقا على وقت [انقضاء العدة]<sup>(١)</sup>، وَأَخْتَلَفَا فِي أَنَّهُ هَلْ عَادَ إِلَى الْإِسْلَامِ، أو راجع قبله؟ وكذلك الحكم في المسألة التي نحن فيها، وقال آخرون: حيثُ قال: القول قول الزوج؛ أراد ما إذا كان هو السابق إلى الدَّعْوَى وَحَيْثُ قَالَ: القَوْلُ قَوْلُهَا؛ أَرَادَ مَا إِذَا كَانَتْ هِيَ السَّابِقَةَ، وَيُحْكَى هَذَا عَنِ ابْنِ سُرَيْجٍ وَأَبِي إِسْحَاقَ، وَذَكَرَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ، أَنَّهُ لَا يَجِيءُ عَلَى الْمَذْهَبِ غَيْرِهِ، وَوَجَّهُوا هَذَا التَّفْصِيلَ مِنْ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهَا إِذَا قَالَتْ أَوْلَى: انْقَضَتْ عِدَّتِي، فَلَا بُدَّ مِنْ تَصْديقِهَا، فَإِنَّهَا مُؤْتَمَنَةٌ فِي رَجِيمِهَا، فَإِذَا صَدَّقْتَهَا، لَمْ يُلْتَفِتْ إِلَى مَجْرَدِ دَعْوَى الْإِسْلَامِ، وَالرَّجْعَةِ بَعْدَ الْحُكْمِ بِانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ، وَإِذَا قَالَ الزَّوْجُ أَوْلَى: أَسْلَمْتُ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ أَوْ رَاجَعْتُ، فَصَدَّقَهُ وَنَدِيمَ النِّكَاحِ بَيْنَهُمَا ظَاهِرًا؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ الْعِدَّةِ، فَمَجْرَدُ دَعْوَاهَا بَعْدَ ذَلِكَ لَا يُغَيِّرُ الْحُكْمَ.

والثاني: وبه قَالَ أَبُو سَعْدِ الْمُتَوَلِّي: أن من أقر بشيءٍ، يُجْعَلُ كَأَنَّهُ أَنْشَأَ حِينئِذٍ، وَكَذَلِكَ يُشْتَرَطُ فِي قَبُولِ الْإِقْرَارِ كَوْنُهُ أَهْلًا لِلْإِنْشَاءِ، فَقَوْلُ الزَّوْجِ أَوْلَى: أَسْلَمْتُ، كَأَنَّهُ

(١) في ز: الإسلام.

أَنْشَأَ الْإِسْلَامَ فِي الْحَالِ، وَقَوْلُهَا بَعْدَ ذَلِكَ انْقَضَتْ عِدَّتِي مِنْ قَبْلِ، يَقْتَضِي الْحُكْمَ بِانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ فِي الْحَالِ، فَيَتَأَخَّرُ انْقِضَاءُ الْعِدَّةِ عَنِ الْإِسْلَامِ، وَقَوْلُ الْمَرْأَةِ أَوْلَى: انْقَضَتْ عِدَّتِي قَبْلَ إِسْلَامِي، يَقْتَضِي الْحُكْمَ بِانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ فِي الْحَالِ، وَقَوْلُهُ بَعْدَ ذَلِكَ: أَسْلَمْتُ مِنْ قَبْلِ، كَأَنَّهُ أَنْشَأَ الْإِسْلَامَ فِي الْحَالِ، فَيَقَعُ بَعْدَ الْعِدَّةِ، وَلَيْسَ هَذَا بِخَلْيٍ عَنِ الْإِشْكَالِ، وَهَذَا التَّفْصِيلُ هُوَ الَّذِي رَضِيَهُ صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» وَغَيْرُهُ جَوَاباً فِي الْمَسَائِلِ الثَّلَاثِ، وَزَادَ فِي «التَّهْذِيبِ» شَيْئاً آخَرَ، فِيمَا إِذَا سَبَقَ دَعْوَى الزَّوْجِ، فَقَالَ: إِنْ مَضَى زَمَانٌ مِنْ دَعْوَى الزَّوْجِ، ثُمَّ أَدْعَتِ الْمَرْأَةُ انْقِضَاءَ الْعِدَّةِ مِنْ قَبْلِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ، فَأَمَّا إِذَا اتَّصَلَ كَلَامُهَا بِكَلَامِهِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا، أَيْضاً لِأَنَّ إِنْشَاءَ الْإِسْلَامِ وَالْإِقْرَارَ بِهِ قَوْلَانِ، فَيُمْكِنُ أَنْ يَنْزِلَ الْإِقْرَارُ مَنْزِلَةَ الْإِنْشَاءِ، وَقَوْلُهَا: انْقَضَتْ عِدَّتِي؛ لَا يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ إِنْشَاءً؛ لِأَنَّ انْقِضَاءَ الْعِدَّةِ لَيْسَ بِقَوْلٍ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ إِنْشَاءً، كَانَ إِجْبَاراً، فَيَتَقَدَّمُ الْانْقِضَاءُ عَلَيْهِ، وَحِينَئِذٍ، فَيَكُونُ مَقَارِنًا لِقَوْلِهِ: أَسْلَمْتُ أَوْ مَتَقَدِّمًا عَلَيْهِ، وَلَا يَكُونُ الْإِسْلَامُ وَاقِعًا فِي الْعِدَّةِ، وَفِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ طُرُقٌ: وَقَوَائِدُ أُخْرَى تُورِدُهَا فِي «كِتَابِ الرَّجْعَةِ» إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

فَرَعَانِ: فَرَعٌ:

الأول: عَنِ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّهُ لَوْ أَقَامَ الزَّوْجُ شَاهِدَيْنِ عَلَى أَنَّهُمَا جَمِيعًا أَسْلَمَا حِينَ طَلَعَتِ الشَّمْسُ يَوْمَ كَذَا، أَوْ حِينَ غَرَبَتِ الشَّمْسُ، قُبِلَتْ شَهَادَتُهُمَا، وَحُكِمَ بَقَاءِ النِّكَاحِ، وَلَوْ شَهِدَا بِأَنَّهُمَا أَسْلَمَا مَعَ طُلُوعِ الشَّمْسِ، أَوْ مَعَ غُرُوبِهَا، لَمْ يُحْكَمْ بِهَذِهِ الشَّهَادَةِ، وَفَرَّقُوا بَيْنَهُمَا بِأَنَّ قَوْلَ الْقَائِلِ حِينَ طَلَعَتِ الشَّمْسُ، أَوْ غَرَبَتْ، يَتَنَاوَلُ حَالَ تَمَامِ الطُّلُوعِ، أَوْ تَمَامِ الْغُرُوبِ، وَأَنَّهَا حَالَةٌ وَاحِدَةٌ، وَقَوْلُهُ «مَعَ الطُّلُوعِ أَوْ مَعَ الْغُرُوبِ» يَصَدِّقُ مِنْ حِينِ تَأْخُذُ الشَّمْسُ فِي الطُّلُوعِ أَوْ الْغُرُوبِ، فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ إِسْلَامٌ أَحَدِهِمَا مَقَارِنًا لَطُّلُوعِ أَوَّلِ الْقُرْصِ، وَإِسْلَامُ الْآخَرِ مَقَارِنًا لَطُّلُوعِ آخَرِهِ<sup>(١)</sup>، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

الفرع الثاني: نَكَحَتْ فِي الْكُفْرِ زَوْجَيْنِ، ثُمَّ أَسْلَمُوا، فَإِنْ تَرْتَّبَ النِّكَاحَانِ، فَهِيَ زَوْجَةُ الْأَوَّلِ، وَإِنْ مَاتَ الْأَوَّلُ، ثُمَّ أَسْلَمَتْ مَعَ الثَّانِي، وَهَمَّ يَعْتَقِدُونَ جَوَازَ التَّزْوِيجِ

(١) قال ابن الرفعة: وذلك لا نزاع فيه إذا كان إسلامهما في بلد واحد أو ما يلتحق به من كون مطلعهما واحداً، فإن اختلف مطلع البلدين.

قال بعض المتأخرين: يكون كقيام البيعة على إسلامهما في وقتين قد يتخيل بناء ذلك على اختلاف المطالع في رؤية الهلال.

قال: وليس هذا القول فقهاً بناءً على أنه إذا كان البلد لا يغيب شفقههم إلى الفجر صلى العشاء بمغيب الشفق في أقرب البلاد إليه لأنه لا طريق غيره فإنه لا سبيل إلى إسقاط الصلاة فتعين ذلك. انتهى.

بزوجين، ففي جواز التقرير وجهان<sup>(١)</sup>، وإن جرى النكاحان دفعة واحدة، لم تفرع مع واحد منهما، سواء اعتقدوا جوازها، أو لم يعتقدوا، وفيما إذا اعتقدوا وجه أنه تخير المرأة حتى تختار أحدهما، كما لو أسلم الكافر على أختين، وهذا آخر الكلام في الباب.

قال العزالي: (القسمة الرابع من الكتاب في موجبات الخيار) وهي أربعة: العيب والغرور والعتق والعتة (السبب الأول: العيب) ويثبت (ح) لكل واحد من الزوجين الخيار بالبرص والجذام والجئون، ويثبت (ح) لها بجهه وعنتيه، وله برتقها وقرنها، وفي الرد بالبحر أو الضنان والعذوبة الذي لا يقبل العلاج خلاف، وكذلك في جملة من أحاد العيوب التي تنفر تنفير البرص وتكسر سورة التواق، لكن المشهور أنه لا يرد إلا بالعيوب السبعة المذكورة أولاً، وفي رد الخثى أيضاً خلاف.

### [القول في موجبات عيوب الخيار]

قال الرافعي: السبب الأول: العيب، ويثبت لكل واحد من الزوجين الخيار بالبرص، والجذام، والجئون، ويثبت لها بجهه، وعنتيه، وله برتقها، وقرنها، وفي البحر والضنان، والعذوبة الذي لا يقبل العلاج خلاف، وكذلك في جملة من أحاد العيوب التي تنفر تنفير البرص، وتكسر شهوة التواق لكن المشهور أنه لا يرد إلا بالعيوب السبعة المذكورة أولاً، وفي رد الخثى أيضاً خلاف.

عرفت أول كتاب النكاح وقوع مسائله في خمسة أقسام، وقد فرغنا من ثلاثة أقسام، منها وهذا القسم الرابع في موجبات الخيار وعددها أربعة وهي: العيب، والغرور، والعتق، والعتة، وفيه كلامان:

الأول: أن العتة أحد العيوب المثبتة للخيار إلا أنها تختص بأحكام؛ كضرب المدة وغيره، فبين الأضحاب في فضل العيوب أنها أحد أسباب الخيار، وأفردوا لها موضعاً للكلام في أحكامها الخاصة.

والثاني: يمكن أن يقال: موجبات الخيار تزيد على هذه الأربعة؛ ألا ترى أن اللاب والجذ، إذا زوجا البكر من غير كفاء، وصححنا النكاح ثبت لها الخيار، وكذا لو نكح الصغير من لا تكافئه، ثبت له الخيار، إذا بلغ، حيث يحكم بصحة النكاح، وكذا لو ظنها مسلمة، فإذا هي كتيبة، ثبت له الخيار على رأي.

السبب الأول الأول العيب، والعيوب المثبتة للخيار: منها ما يشترك فيه الرجال

(١) قال النووي: ينبغي أن يكون أصحهما التقرير والله أعلم.

والنساء، وهي ثلاثة: . البرص، ولا يلتحق به البهق، والجذام، وهو علة صعبة، يحتر منها العضو، ثم يسود، ثم ينقطع ويتناثر<sup>(١)</sup>، نسأل الله العافية، وتصور ذلك في كل عضو، لكنه في الوجه أغلب.

ثم حكى الإمام عن شيخه - رحمه الله - أن أوائل البرص والجذام لا يثبت الخيار، وإنما يثبت الخيار، إذا استحكما، وأن استحكام الجذام إنما يحصل بالتقطع، وتردد في هذا وقال: يجوز أن يكفي بأسوداد العضو، وحكم أهل البصائر باستحكام العلة<sup>(٢)</sup>.

والجنون منقطعاً كان أو مطبقاً، ولا يلحق به الإغماء بزوال العقل بالمرض إلا أن يزول المرض، ويبقى زوال العقل. قال الإمام: ولم يتعرضوا في الجنون؛ لاستحكامه، ولم يراجعوا أهل البصيرة، أهو مرجو الزوال أم لا؟.

ولو قيل به، لكان<sup>(٣)</sup> قريباً، فإذا وجد أحد الزوجين بالآخر أحد هذه العيوب ثبت له فسخ النكاح، قل ذلك العيب أو أكثر، وإذا تنازعا في فزحة، هل هي جذام أو في بياض، هل هو برص، فالقول قول المنكر، وعلى المدعي البيئته، ويشترط أن يكون الشاهدان عالمين بالطب. ومنها: ما يختص بالرجل وهو العجب<sup>(٤)</sup>،

(١) في ز: ويتاثر.

(٢) ما بحثه الإمام قال ابن الرفعة: إنه قضية نص الأم.

قال الأذري: وقضية كلام الحاوي وغيره أنه متى قال الأطباء أنه جذام يثبت الخيار. قال ابن السكري في حواشي التلخيص: لم يفرق العراقيون في الجذام والبرص بين المستحكم وغيره وهو كما قال، وقال المحاملي في المجموع فإن كان خفياً كالزعر في الحاجب، فإن اتفق الزوجان على أنه جذام ثبت الفسخ.

قال الماوردي: والزعر مبادئ الجذام ويقع في الحاجبين والأنف، فإن اختلفا فيه رجع طبيبان عدلان، فإن قالا: هو جذام ثبت الخيار، وإن قالا هو زعر فلا خيار فيه، وإن أشكل فالقول قول من ينفيه والحاصل أن المذهب أنه إذا تغير العضو وحكم أهل المعرفة بأنه جذام ثبت الخيار بمجرد ذلك ونص في الأم ولا خيار في الجذام حتى يكون بينا فأما الزعر في الحاجب أو علامات ترى أنها تكون جذاماً أو لا تكون فلا خيار فيه لأنه قد لا يكون. انتهى.

(٣) قال الأذري: قال البيهقي في المبسوط: قال الشافعي رضي الله عنه: والجنون ضربان: فضرب خنق فله الخيار بقليله وكثيره.

وضرب غلبة على عقله من غير حدوث مرض فله الخيار في الحالين معاً، وهذا أكثر من الذي تخنق وتفق. انتهى.

(٤) قال الأذري: محل ثبوت الخيار بالجذب ما إذا استوصل الذكر أو بقي منه دون حشفته، فإن بقي قدرها فلا خيار لها على الأصح فلو تنازعا في إمكان الوطء فالقول قوله على الأصح وقيل قولها وجهاً واحداً، قاله المحاملي وغيره وأنكره ابن الصباغ وقال: ينبغي أن يكون يرى أهل الخيرة. قال المتولي: وهو الصحيح.

والعنة<sup>(١)</sup>، وإنما يُؤثِّر الجَبُّ إِذَا لَمْ يَبْقَ مَا يَمَكِّنُ الْجِمَاعَ بِهِ عَلَى مَا سَنِينَهُ فِي فَصْلِ الْعُنَّةِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

ومنها: ما يختصُّ بالمرأة وهو الرتق والقرن<sup>(٢)</sup>، والرتق إزتاق محلِّ الجِمَاعِ باللحم، ويخرج بولٌ مثلُ هذِهِ من ثقبه ضيقة كإخليل الرجل، والقرن عظمٌ في الفرج يَمْنَعُ الجِمَاعَ، ويُقال: هو لحمٌ ينبت فيه، والدائرُ على ألسنة الفقهاء في لفظ القرن، بتحريك الراء، وهو في كُتُبِ اللُّغَةِ بِالتُّسْكِينِ<sup>(٣)</sup>، وليس للزوج إجبار الرتقاء على شقِّ الموضِع، ولو فعلت هي، وأمكَّن الوطء، فلا خيار، هكذا أطلقوه، ويمكن أن يجيء فيه الخلاف المذكور، فيما إذا أُطْلِعَ على عيب المبيع<sup>(٤)</sup>، بعد زواله فجملة هذه العيوب سبعة، والممكن فرضه في كلِّ واحدٍ من الزوجين خمسة.

قال أبو حنيفة لا يفسخ النكاح بشيء من هذه العيوب، إلا أن المرأة إذا وجدت زوجها مخجوباً أو عينا ترفع الأمر إلى الحاكم، حتى، يفرق بينهما بطلاقه، وساعدنا على قولنا مالك وأحمد - رضي الله عنهما -.

دليلنا ما روي عن النبي - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أنه تزوج بامرأة، فلما أدخلت

(١) قال الأذري: قال في الخصال: وليس للرتقاء ولا من لا يصلح جماعها دعوى العنة وكان مراده بهذه من لا يطيقه لضيق مفروط ونحوه وقد يريد به المتحيرة، ولو نكح أمة بشرطه فليس لها دعوى العنة لتضمن دعواها بطلان النكاح.

(٢) قال في المهمات: يرد على الحصر أنه سيأتي في الديات فيما إذا لم تحتل المرأة الوطء بالإفضاء عن الغزالي أنه إن كان سببه ضيق المنفذ بحيث يخالف العادة فله الخيار وأن المشهور من كلام الأصحاب أنه لا فسخ ثم قال ويشبه أن يفصل بين أن تحتل وطء نحيف مثلها فلا فسخ وبين أن ينتهي ضيق المسلك إلى أن يحصل به الإفضاء من كل واطيء فهو كالرتق وينزل كلام الأصحاب على الأول وكلام الغزالي على الثاني وهذا التفصيل الذي ذكره في المرأة يجري في الرجل أيضاً.

(٣) قال النووي: يجوز الفتح والإسكان، فالفتح على المصدر وهو هنا أحسن لأنه أنسب لكون قرائته مصادر وهي الرتق والبرص ونحوهما، وقد أوضحت هذه اللفظة أكمل إيضاح في «تهذيب الأسماء واللغات» ونقلت أقوال أهل اللغة فيها وحاصله، جواز الأمرين وترجيح الفتح. والله أعلم.

(٤) قال في المهمات: صرح بهذا البحث الماوردي في الحاوي وحكاه عنه في البحر إلا أن محله إذا زال بعد علمه فإن زال قبل علمه فلا خيار جزماً.

قال الأذري في القوت بعد نقله عن الماوردي ما تقدم وعبارة أبي الطيب في المجرد في شق الرتق وإن فعل ذلك باختيارها واندمل قبل الفسخ لم يكن له الخيار وظاهرها تمكينه من الفسخ قبل الاندمال.

رَأَى، بِكَشْحَهَا بِيَاضاً، فَرَدَّهَا إِلَى أَهْلِهَا، وَقَالَ: «دَلَّسْتُمْ عَلَيَّ»<sup>(١)</sup> وَأَيْضاً فَالنِّكَاحُ مَعَاوِضَةٌ تَقْبَلُ الْإِنْفِسَاحَ، فَجَازَ فَسَخَّهَا بِالْعَيْبِ، كَالْعَيْبِ بِالْبَيْعِ إِلَّا أَنَّ الْمَقْصُودَ فِي الْبَيْعِ الْمَالِيَّةَ، فَيُؤَثِّرُ فِيهِ كُلُّ عَيْبٍ يَقْدُحُ فِي الْمَالِيَّةِ، وَالْمَقْصُودُ هَهُنَا الْإِسْتِمْتَاعَ، فَيَعْتَبَرُ مَا يَحُلُّ بِهِ إِمَّا بِأَنْ يَمْنَعُ مِنْهُ حَقِيقَةً؛ كَالجَبِّ وَالرُّتْقِ أَوْ يُنْفِرُ نَفْرَةً قَوِيَّةً، إِمَّا لِلخَوْفِ عَلَى النَّفْسِ وَالْمَالِ، وَذَلِكَ بِسَبَبِ الجُنُونِ، أَوْ لِعَيَافَةِ الطَّنْعِ، وَخَوْفِ التَّعَدِّيِّ، كَمَا فِي الجُدَامِ ثُمَّ فِي الفُضْلِ مَسْأَلَتَانِ:

الأولى: ظاهر المذهب أن ما سِوَى هَذِهِ العُيُوبِ المذكورة لا يُثْبِتُ الخِيَارَ<sup>(٢)</sup>، وَعَنِ الشَّيْخِ زَاهِرِ السَّرْحَسِيِّ<sup>(٣)</sup>: أَنَّ البَحْرَ والصَّنَانَ إِذَا لَمْ يَقْبَلَا [العلاج]<sup>(٤)</sup> يُثْبِتَانِ الخِيَارَ؛ لِأَنَّهُمَا يُورَثَانِ الثُّفْرَةَ، وَيَجْرِي الخِلَافُ، فِيمَا إِذَا وَجَدَهَا عَذْيُوطَةً، أَوْ وَجَدْتَهُ، عَذْيُوطاً، وَالْعَذْيُوطُ هُوَ الَّذِي يَخْرَى عِنْدَ الجِمَاعِ وَزَادَ القَاضِي حُسَيْنٌ وَعَيزُهُ، فَأُثْبِتُوا الخِيَارَ بِالإِسْتِحَاضَةِ، وَالْعُيُوبِ الَّتِي [تَجْتَمِعُ؛ فَتَنْفَرُ تَنْفِيرًا]<sup>(٥)</sup> البَرَصِ، وَتَكْسِرُ شَهْوَةَ التَّائِقِ؛ كَالقُرُوحِ السَّائِلَةِ، وَمَا فِي مَعْنَاهَا، وَيُقَالُ: إِنَّ الشَّيْخَ أَبَا عَاصِمٍ حَكَاهُ قَوْلًا عَنِ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - .

الثانية: إِذَا وَجَدَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ الأَخَرَ حُتَّى؟ فِيهِ قَوْلَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ لَهُ الخِيَارَ لِتَعْيِيرِهِ بِالمَقَامِ مَعَهُ، وَلِنَفْرَةِ الطَّنْعِ.

وأصحهما: على ما ذكره المحاملي وغيره: أنه لا خِيَارَ؛ لِأَنَّهُ لَا يَفُوتُ مَقْصُودُ

النِّكَاحِ، وَذَلِكَ سَلْعَةٌ أَوْ ثِقْبَةٌ زَائِدَةٌ. وَفِي مَحَلِّ القَوْلَيْنِ طُرُقٌ:

أَصْحَهُمَا: أَنَّ القَوْلَيْنِ فِيمَا إِذَا اخْتَارَ الذَّكَورَةَ، فَتَكَّحَ امْرَأَةٌ أَوْ الأُنْثَى، فَتَكَّحَتْ

رَجُلًا، فَإِنَّهُ قَدْ تَبَيَّنَ خِلَافُ الإِخْتِيَارِ، أَمَا إِذَا اتَّضَحَ الحَالُ بِالعَلَامَاتِ الدَّالَّةِ عَلَى الذَّكَورَةِ أَوْ الأُنْثَى، فَلَا خِيَارَ.

(١) أخرجه أبو نعيم في الطب والبيهقي في حديث ابن عمر بهذا اللفظ، وقد تقدم في الخصائص، وفيه اضطراب كثير على جميل بن زيد راويه.

(٢) سيأتي في باب النفقات ثبوت الفسخ بالإعسار بالمهر قبل الدخول والإعسار بالنفقة والكسوة والمسكن، ونقل أيضاً في باب النفقات عن الحاوي أنه لو وجدها مستأجرة العين أنه يثبت له الخيار وظاهر حصره هنا بإياه وذكر الشيخان أيضاً أن في معنى التعنين المرض الذي لا يتوقع زواله ولا يمكن الجماع معه نقلاً عن الشيخ أبي محمد ولم يعترضوا وجزم به ابن الرفعة في الكفاية وما إذا وجد أحد الزوجين الآخر رقيقاً.

(٣) هو زاهر بن أحمد بن محمد بن عيسى أبو علي السرخسي. أخذ الفقه عن أبي إسحاق المروزي، والأدب عن أبي بكر بن الأنباري.

قال فيه الحاكم: المقرئ، الفقيه، المحدث، شيخ عصره بخراسان.

توفي في ربيع الآخر سنة تسع وثمانين وثلاثمائة وله ست وتسعون سنة. (الأنساب ١١٩/٧)، (طبقات الشافعية لابن قاضي شعبة ١٥٧/١ - ١٥٨).

(٤) في ز: الصلاح. (٥) في ز: تجمع فتعين تعين.

والثاني: أن القولين جاربان أيضاً، فيما إذا أتضح الحال بعلامة مظلوية، فإن كان مقطوعاً بها كالولادة، فلا خيار.

والثالث: طرد القولين، وإن كانت العلامة مقطوعاً بها لمعنى الثفرة، ولا يثبت الخيار بكونها عقيماً، ولا بكونها مفضاة، والإفضاء: رفع ما بين مخرج البول ومحل مدخل الذكر.

فزعان:

الأول<sup>(١)</sup>: إذا ظهر بكل واحد من الزوجين عيب<sup>(٢)</sup> من العيوب المشبهة للخيار، فإن كانا من جنسين، فلكل واحد منهما الخيار، إلا إذا كان الرجل مجبوباً، والمرأة رتقاء، فهما كالجنس الواحد، كذلك ذكره الحنطلي والشيخ أبو حامد والإمام.

وحكى في «التهذيب» طريقة أخرى قاطعة بأنه لا خيار؛ لأنه، وإن فسح، لا يصل إلى مقصود الوطء، وقضية إيراده ترجيح هذه الطريقة، وإن كانا من جنس واحد، فوجهان:

أحدهما: أنه لا خيار لتساويهما.

وأصحهما: ثبوت الخيار لكل واحد منهما؛ لأن الإنسان يعاف من غيره ما لا يعاف من نفسه، وهذا في غير [الجنون]<sup>(٣)</sup> أما إذا كانا مجنونين، فلا يمكن إثبات الخيار لواحد منهما، ثم ليكن الوجهان، فيما إذا تساوى العيبان في القدر والفحش، فإن كان في أحدهما أكثر أو أفحش، وجب أن يثبت الخيار للآخر من غير خلاف.

الثاني: لو نكحها، وهو عالم بعيبها، أو نكحته، وهي عالمة بعيبه، فلا خيار، كما لو اشتري [شيئاً]، وهو عالم بعيب المبيع وهذا في غير العنة، وفي العنة كلام سيأتي من بعد، فلو ادعى من به العيب علم الآخر به، فأنكر فالمصدق المنكر، [بيمينه] وفي «أمالي» أبي الفرج السرخسي وجه، أنه إذا وقع هذا الاختلاف بعد الدخول، فالقول قول من يدعي العلم<sup>(٤)</sup>.

(١) في أ: أحدهما.

(٢) قال في المهمات: هذا في الجنون المطبق فلو كان منقطعاً أمكن كلاهما الفسخ.

(٣) في ز: الجبوب.

(٤) قال في الخادم: ما رجحه من تصديق المنكر موضعه إذا أمكن ما قاله كالرتق والبرص تحت الثياب ونحوهما مما يخفى. فأما البرص في الوجه والجذام في الأنف فلا يقبل قوله فيه هكذا. قاله الصيمري في الإيضاح ونقله عنه صاحب الاستقصاء ثم قال: وفيه نظر لأن الأصل عدم العلم به فكان القول قوله فيه يمينه.

فَرَعَ ثَالِثٌ: لَوْ جَبَّتِ الْمَرْأَةُ ذَكَرَ زَوْجَهَا، هَلْ يَثْبُتُ لَهَا الْخِيَارُ؟

فيه وجهان:

أَحَدُهُمَا: لَا، كَمَا لَوْ عَيَّبَ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ قَبْلَ الْقَبْضِ.

وَأَصَحُّهُمَا: نَعَمْ، كَمَا لَوْ [خَرَبَ] <sup>(١)</sup> الْمُسْتَأْجِرَ الدَّارَ الْمُسْتَأْجَرَةَ، ثَبَّتَ لَهُ الْخِيَارُ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ بِالْجَبِّ لَا تَصِيرُ قَابِضَةً لِحَقِّهَا، كَالْمُسْتَأْجِرِ لَا يَصِيرُ قَابِضًا لِحَقِّهِ بِالتَّخْرِيْبِ، وَالْمُشْتَرِي بِالتَّعْيِيبِ قَابِضٌ لِحَقِّهِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَهَذَا فِيمَا يُقَارَنُ الْعَقْدَ، وَإِنْ طَرَأَ عَلَيْهِ قَبْلَ الْمَسِيْسِ ثَبَّتَ لَهُ الْخِيَارُ، وَبَعْدَ الْمَسِيْسِ وَجِهَانِ، إِلَّا الْعُنَّةَ فَإِنَّهَا لَا تُؤَثِّرُ بَعْدَ الْمَسِيْسِ، وَيَثْبُتُ لِلزَّوْجِ أَيْضًا بِعَيْبِهَا الطَّارِئِ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِنْ كَانَ الْعَيْبُ مُقَارِنًا لِعَقْدِ النِّكَاحِ، فَالْحُكْمُ مَا بَيَّنَّاهُ، وَإِنْ حَدَثَ بَعْدَ الْعَقْدِ مَا يَثْبِتُ الْخِيَارُ، لَوْ كَانَ مُقَارِنًا، فَمَا أَنْ يَحْدُثَ بِالزَّوْجِ أَوْ بِالزَّوْجَةِ، إِنْ حَدَثَ بِالزَّوْجِ، فَيُنْتَظَرُ، إِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ، فَلَهَا الْخِيَارُ، لِحَصُولِ الضَّرَرِ، كَمَا لَوْ كَانَ مُقَارِنًا، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الدُّخُولِ، فَإِنْ كَانَ الْحَادِثُ الْجُنُونُ أَوْ الْجُدَامُ أَوْ الْبَرَصُ.

فَقَدْ حَكَى صَاحِبُ الْكِتَابِ فِيهِ وَجْهَيْنِ، وَكَأَنَّ الدُّخُولَ فِي وَجْهِهِ يَنْزِلُ مِنْزِلَةَ قَبْضِ الْمَبِيعِ، وَالْعَيْبُ الْحَادِثُ بَعْدَ الْقَرْضِ لَا يَثْبِتُ الْخِيَارَ، وَلَمْ تَرْ لغيره نَقْلَ الْوَجْهَيْنِ فِي الْمَسْأَلَةِ، لَكِنْ أَطْلَقُوا الْجَوَابَ بِثُبُوتِ الْخِيَارِ.

وَقَالُوا: حَقُّ الْاسْتِمْتَاعِ يُشْبِهُ حَقَّ الْاِئْتِقَاعِ فِي الْإِجَارَةِ، وَالْعَيْبُ الْحَادِثُ فِي الْعَيْنِ الْمُسْتَأْجَرَةِ يَثْبِتُ الْخِيَارَ، فَكَذَلِكَ، هَهُنَا، وَإِنْ حَدَّثَتِ الْعُنَّةُ، فَلَا خِيَارَ لَهَا؛ لِأَنَّهَا عَرَفَتْ قُدْرَتَهُ، وَوَصَلَتْ إِلَى حَظِّهَا، وَإِنْ حَدَثَ الْجَبُّ، فَوَجِهَانِ، وَيُقَالُ: قَوْلَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ كَالْعُنَّةِ.

وَأَصَحُّهُمَا: أَنَّهُ يَثْبِتُ الْخِيَارَ؛ لِأَنَّ الْجَبَّ يُورِثُ الْيَأْسَ عَنِ الْوَطْءِ وَالْعُنَّةُ قَدْ يُرْجَى زَوَالُهَا، وَإِنْ حَدَثَ الْعَيْبُ بِالزَّوْجَةِ، إِمَّا قَبْلَ الدُّخُولِ أَوْ بَعْدَهُ، فَقَوْلَانِ:

الْجَدِيدُ: أَنَّهُ يَثْبِتُ لِلزَّوْجِ الْخِيَارَ، كَمَا يَثْبُتُ لَهَا إِذَا حَدَّثَ الْعَيْبُ بِهِ.

وَالْقَدِيمُ: الْمَنْعُ، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - لِأَنَّهُ لَا تَدْلِيْسَ مِنْهَا، وَهُوَ مُتَمَكِّنٌ مِنْ تَخْلِيصِ نَفْسِهِ بِالطَّلَاقِ، وَغَيْرُ [مُضْطَرِّ] <sup>(٢)</sup> إِلَى الْفَسْخِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

(٢) فِي ز: مُفْتَقِر.

(١) فِي ز: خَسْرَب.



قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَأَمَّا الْأَوْلِيَاءُ فَلَا خِيَارَ لَهُمْ بِالْعَيْبِ الطَّارِيءِ، وَيَثْبُتُ فِي الْمَقَارِنِ بِالْجُنُونِ، وَلَا يَثْبُتُ بِالْحَبِّ وَالْمَعْنَةِ، وَفِي الْبَرَصِ وَالْجُدَامِ وَجِهَانٍ، وَقِيلَ: فِي الْجَمِيعِ عَارٌ فَيَثْبُتُ لَهُمُ الْخِيَارُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: أَوْلِيَاءُ الْمَرْأَةِ لَيْسَ لَهُمْ [خيار الفسخ] <sup>(١)</sup> بالعيوب الحادثة بالزوج، لِأَنَّ حَقَّهُمْ فِي الْكِفَاءَةِ، إِنَّمَا يُرَاعَى فِي ابْتِدَاءِ الْعَقْدِ دُونَ الدَّوَامِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الْمَرْأَةَ كَو رَغِبَتْ فِي نِكَاحِ عَبْدٍ، كَانَ لِأَوْلِيَائِهَا الْمَنْعُ، وَلَوْ عَقَّتْ أُمَّةً، تَحْتَّ عَبْدٌ، وَرَضِيَتْ بِالْمَقَامِ مَعَهُ، لَمْ يَكُنْ لِلأَوْلِيَاءِ الْفَسْخُ.

وَأَمَّا الْعُيُوبُ الْمَقَارِنَةُ لِلْعَقْدِ، فَفِي الْجُنُونِ، لَهُمُ الْفَسْخُ، وَإِنْ رَضِيَتْ الْمَرْأَةُ؛ لِأَنَّهُمْ يَتَعَيَّرُونَ بِهِ، وَفِي الْحَبِّ وَالْمَعْنَةِ لَا فَسْخَ لَهُمْ؛ لِأَنَّهُ لَا عَارَ عَلَيْهِمْ بِجَبِّهِ وَعُقَّتِهِ، وَإِنَّمَا الْفَائِتُ بِذَلِكَ الْاسْتِمْتَاعُ، وَضَرَرُهُ يَعُودُ إِلَيْهَا، وَفِي الْجُدَامِ وَالْبَرَصِ وَجِهَانٍ: أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ لَا خِيَارَ لَهُمْ، لِأَنَّ جِهَةَ الضَّرَرِ فِيهِمَا صُخْبَةٌ مَن تَعَاْفُ النَّفْسُ مِنْهُ، وَهَذَا الْمَعْنَى يَخْتَصُّ بِهَا.

وَأَشْبَهُهُمَا: ثُبُوتُ الْخِيَارِ كَمَا فِي الْجُنُونِ؛ لِأَنَّ فِيهِمَا نُقْصَانًا ظَاهِرًا، وَيَتَعَيَّرُونَ بِمَوَاصِلَةٍ مَن بِهِ ذَلِكَ؛ وَلِأَنَّ الْعَلَّةَ قَدْ تَتَعَدَّى إِلَيْهَا وَإِلَى نَسْلِهَا، وَمِنَ الْأَصْحَابِ مَن حَكَّمَ بِثُبُوتِ الْخِيَارِ لَهُمْ فِي جَمِيعِ الْعُيُوبِ الْمَقَارِنَةِ، [وَأَدْعَى] <sup>(٢)</sup> أَنَّهُمْ يَتَعَيَّرُونَ بِجَمِيعِ ذَلِكَ.

وَحِكْمِي عَنِ الْقَفَالِ: أَنَّ هَذَا أَظْهَرَ الطَّرِيقَيْنِ، وَعَلَى هَذَا؛ يُخْرَجُ حُكْمُ ابْتِدَاءِ التَّزْوِيجِ، فَإِنَّ دَعَتْ إِلَى تَزْوِيجِهَا مِنْ مَجْنُونٍ، فَلَيْسَ عَلَى الْأَوْلِيَاءِ الْإِجَابَةُ وَإِنْ دَعَتْ إِلَى تَزْوِيجِهَا مِنْ مَجْنُونٍ أَوْ عَتِينٍ، فَعَلَيْهِمُ الْإِجَابَةُ، فَإِنْ أَمْتَنُوا، فَهُمُ عَاضِلُونَ، وَإِنْ دَعَتْ إِلَى تَزْوِيجِهَا مِنْ مَجْنُومٍ أَوْ أَبْرَصٍ فَعَلَى الرَّجُلَيْنِ.

وَعَلَى مَا حَكَمِي عَنِ الْقَفَالِ: لَيْسَ عَلَيْهِمُ الْإِجَابَةُ فِي شَيْءٍ مِنْ هَذِهِ الْعُيُوبِ، وَإِذَا أُطْلِقَتِ الْكَلَامُ، وَلَمْ تَفْصَلَ، قُلْتُ: فِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجِهٌ: أَحَدُهَا: أَنَّ لَهُمُ الْأَيُّجِيُوزَا.

وَالثَّانِي: لَيْسَ لَهُمُ الْمَنْعُ إِلَّا فِي الْجُنُونِ.

وَالثَّلَاثُ: لَهُمُ الْمَنْعُ فِي الْجُدَامِ وَالْبَرَصِ أَيْضًا، وَيُحَكَّمِي هَذَا عَنِ ابْنِ أَبِي هُرَيْرَةَ.

وَالثَّانِي: عَنِ أَبِي إِسْحَاقَ، وَنَقَلَ الْحَنَاطِيُّ فِي الْعَيْبِ الْحَادِثِ بَعْدَ الْعَقْدِ وَجْهًا غَرِيبًا أَنَّ لِأَوْلِيَاءِ إِجْبَارِهَا عَلَى اخْتِيَارِ الْفِرَاقِ، حَيْثُ قُلْنَا: الْمَنْعُ فِي الْإِبْتِدَاءِ.

(٢) فِي ز: وَرَأَى.

(١) فِي ز: فَسَخ.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَلِهَذَا الْخِيَارُ عَلَى الْقَوْرِ وَهُوَ مُسْقِطٌ لِلْمَهْرِ قَبْلَ الْمَسِيَسِ وَإِنْ كَانَ الْفَسْخُ مِنْهُ، وَفِيمَا بَعْدَ الْمَسِيَسِ قَوْلٌ مُخْرَجٌ مِنَ الرَّدَّةِ أَنَّ الْمُسْمَى يَتَقَرَّرُ، وَفِي الرَّدَّةِ قَوْلٌ مُخْرَجٌ مِنْ هَهُنَا، وَمَهْمَا كَانَ الْعَيْبُ طَارِئًا كَانَ تَقْرِيرُ الْمُسْمَى أَوْلَى، وَلَا رُجُوعَ (م) بِالْمَهْرِ الْمَغْرُومِ عَلَى الْوَلِيِّ عَلَى الْجَدِيدِ وَلَا نَفَقَةً وَلَا سُكْنَى لَهَا فِي الْعِدَّةِ كَمَا لَا مَهْرَ، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا فَلَهَا التَّفَقُّةُ إِنْ قُلْنَا: إِنَّهَا لِلْحَمْلِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْكَلَامُ الْآنَ فِي أَحْكَامِ هَذَا الْخِيَارِ، [وَالْغَرَضُ] <sup>(١)</sup> يَتَهَدَّبُ بِرِسْمِ مَسَائِلَ:

الأولى: هَذَا الْخِيَارُ عَلَى الْقَوْرِ كَخِيَارِ الْعَيْبِ فِي الْبَيْعِ وَلَا يَنَافِي كَوْنُهُ عَلَى الْقَوْرِ ضَرْبَ الْمُدَّةِ فِي الْعُنَّةِ، فَإِنَّهَا حِينَئِذٍ تَتَحَقَّقُ، وَإِنَّمَا يُؤْمَرُ بِالْمُبَادَرَةِ إِلَى الْفَسْخِ بَعْدَ تَحَقُّقِ [الْعَيْبِ] <sup>(٢)</sup>، هَذَا هُوَ الْمَشْهُورُ، وَعَنْ الشَّيْخِ أَبِي عَلِيٍّ فِي شَرْحِ «التَّلْخِيصِ»: أَنْ مِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ أَجْرَى فِيهِ قَوْلَيْنِ آخَرَيْنِ، كَمَا فِي خِيَارِ الْعِتْقِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يَمْتَدُّ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ.

والثاني: أَنَّهُ يَنْقَى إِلَى أَنْ يَوْجَدَ صَرِيحُ الرِّضَا بِالْمَقَامِ مَعَهُ، أَوْ مَا يُدَلُّ عَلَيْهِ، وَفَرَقَ عَلَى الطَّرِيقَةِ الْأَوْلَى بِأَنَّ الْأَثْمَةَ تَحْتَاجُ إِلَى النَّظَرِ وَالتَّرْوِي، وَهَهُنَا، يَخْتَصُ النِّقْصَانُ بِالْإِطْلَاعِ عَلَى الْعَيْبِ فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى مُهَلَّةِ النَّظَرِ، وَلَيْسَ هَذَا الْفَرْقُ بَوَاضِحٍ، وَهَلْ يَنْفَرِدُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الرُّوَجِحِينَ بِالْفَسْخِ، أَمْ لَا بُدَّ مِنَ الرِّفْعِ [الرِّفْعِ] <sup>(٣)</sup> إِلَى الْحَاكِمِ.

أما العُنَّةُ، فَلَا بُدَّ فِيهَا مِنَ الرِّفْعِ إِلَى الْحَاكِمِ، [وَفِيمَا] <sup>(٤)</sup> سِوَاهَا مِنَ الْعُيُوبِ فِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: الْإِنْفِرَادُ بِالْفَسْخِ كَفَسْخِ الْبَيْعِ بِالْعَيْبِ، وَهَذَا مَا أَجَابَ بِهِ الْإِمَامُ، وَرَجَّحَهُ مُرْجِحُونَ.

والثاني: لَا بُدَّ مِنَ الرِّفْعِ؛ لِأَنَّهُ مَجْتَهَدٌ فِيهِ فَاشْتَبَهَ الْفَسْخُ بِالْإِعْسَارِ، وَهُوَ أَقْرَبُ، وَهُوَ الَّذِي أَوْزَدَهُ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ وَصَاحِبُ «السَّمَائِلِ» قَالَ فِي «التَّهْذِيبِ» [وَعَلَى الْوَجْهِينِ] <sup>(٥)</sup> لَوْ آخَرَ إِلَى أَنْ يَأْتِيَ الْحَاكِمُ، وَيَفْسَخُ بِحَضْرَتِهِ، يَجُوزُ، وَلَوْ وَطَّئَهَا الرُّوْجُ، وَظَهَرَ بِهَا الْعَيْبُ، فَقَالَتْ: وَطَّئْتُ مَعَ الْعِلْمِ، وَأَنْكَرَ أَوْ كَانَ الْعَيْبُ بِهِ، فَقَالَ: مَكْنَتْ مَعَ الْعِلْمِ، وَأَنْكَرْتُ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُتَكْرِ، وَعَنْ أَبِي الْحُسَيْنِ بْنِ الْقَطَّانِ: أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ

(٢) فِي ز: الْعَنْتِ.

(٤) فِي ز: وَمَا.

(١) فِي ز: وَالْعَوْضِ.

(٣) فِي ز: الدَّفْعِ.

(٥) سَقَطَ فِي ز.

صَاحِبِهِ؛ لِأَنَّ الْمُتَنَكِّرَ يَبْغِي الْفَسْخَ، وَالْأَضْلُ دَوَامُ النَّكَاحِ.

الثانية: الفسخ بالغيب المقارن للعقد، إِمَّا أَنْ يَتَّفِقَ قَبْلَ الدُّخُولِ أَوْ بَعْدَهُ، إِنْ اتَّفَقَ قَبْلَ الدُّخُولِ، فَلَيْسَ لَهَا نِصْفُ الْمَهْرِ، وَلَا مَتْعَةٌ؛ لِأَنَّهُ، إِنْ كَانَ الْعَيْبُ بِهِ، فَهِيَ الْفَاسِخَةُ لِلْعَقْدِ، وَإِنْ كَانَ الْعَيْبُ بِهَا فَسَبَبُ الْفَسْخِ مَعْنَى وَجَدَ فِيهَا، فَكَأَنَّهَا هِيَ الْفَاسِخَةُ، وَإِنْ اتَّفَقَ الْفَسْخُ بَعْدَ الدُّخُولِ، فَالْنِّصْفُ وَظَاهِرُ الْمَذْهَبِ أَنَّ لَهَا مَهْرَ الْمِثْلِ، وَيَسْقُطُ الْمَسْمِيُّ، لِمَعْنِيَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ الْفَسْخَ كَمَعْنَى مَقْرُونٌ بِالْعَقْدِ، فَيُرْفَعُ التَّسْمِيَةُ مِنْ أَضْلِهَا؛ لِأَنَّ الزَّوْجَ إِتْمَا بَدَلُ الْمَسْمِيِّ عَلَى ظَنِّ السَّلَامَةِ، وَلَمْ تَحْصُلْ، فَكَأَنَّ الْعَقْدَ جَرَى بِلاَ تَسْمِيَةٍ، فَيَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ.

والثاني: أَنَّ قَضِيَّةَ الْفَسْخِ أَنْ يَرْجِعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ إِلَى عَيْنِ حَقِّهِ، إِنْ بَقِيَ، وَإِلَى بَدَلِهِ إِنْ تَلَفَ، وَالْعَقْدُ جَرَى عَلَى الْبُضْعِ بِالْمَسْمِيِّ، فَعِنْدَ الْفَسْخِ يَرُدُّ إِلَى الزَّوْجِ عَيْنَ حَقِّهِ، وَيُدْفَعُ إِلَيْهِ بَدَلُ حَقِّهَا، وَهُوَ مَهْرُ الْمِثْلِ؛ لِقَوَاتِ الْحَقِّ بِالْدُّخُولِ، وَفِيهِ قَوْلٌ، مَخْرَجٌ أَنَّهُ يَسْتَقِرُّ الْمَسْمِيُّ، وَلَا رُجُوعٌ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ، لِأَنَّ الدُّخُولَ جَرَى فِي عَقْدٍ صَحِيحٍ مُشْتَمِلٍ عَلَى تَسْمِيَةٍ صَحِيحَةٍ، فَأَشْبَهَ الرَّدَّةَ بَعْدَ الدُّخُولِ، وَمِنْهَا خُرُجُ هَذَا الْقَوْلِ.

قَالَ الْأَيْمَةُ: وَهَذَا قَرِيبٌ مِنَ الْقِيَاسِ، فَإِنَّ الْفَسْخَ عِنْدَنَا لَا يَسْتَنِدُ إِلَى أَضْلِ الْعَقْدِ، وَفِي «التَّيْمَةِ» وَجْهٌ: أَنَّهُ إِنْ فَسَخَ الزَّوْجُ بَعِيْبَهَا، فَعَلَيْهِ مَهْرُ الْمِثْلِ، وَإِنْ فَسَخَتْ هِيَ بَعِيْبِهِ، فَالْوَاجِبُ الْمَسْمِيُّ، وَالْفَرْقُ إِذَا كَانَ الْعَيْبُ بِهَا، فَالزَّوْجُ يَقُولُ: كُنْتُ أَبْدُلُ الْمَسْمِيَّ؛ لِيَكُونَ لِي الْبُضْعُ سَلِيمًا، فَإِذَا لَمْ يَسْلَمْ، لَا أَبْدِلُهُ، وَأُغْرِمَ مَا قَوَّتْ، وَإِذَا كَانَ الْعَيْبُ بِهِ، فَقَدْ سَلِمْتَ مَا يَقَابِلُ الْعَوْضَ سَلِيمًا، فَيَسْلَمُ لَهَا الْعَوْضَ، وَأَمَّا الْفَسْخُ بِالْعَيْبِ الْحَادِثِ بَعْدَ الْعَقْدِ، فَإِنَّ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ، فَلَا مَهْرَ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ.

فَإِنْ قُلْنَا: إِنَّ الْوَاجِبَ عِنْدَ الْفَسْخِ بِالْعَيْبِ الْمُقَارِنِ الْمَسْمِيُّ، فَكَذَلِكَ هُنَا وَإِنْ قُلْنَا: إِنَّ الْوَاجِبَ هُنَاكَ مَهْرُ الْمِثْلِ، فَهُنَا ثَلَاثَةٌ أَوْجُهٌ:

أَحَدُهَا: أَنَّ الْوَاجِبَ مَهْرُ الْمِثْلِ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَسْلَمْ لَهُ مَا طَمِعَ فِيهِ، فَلَا يَكْلَفُ مَا التَزَمَهُ.

والثاني: أَنَّ الْوَاجِبَ الْمَسْمِيُّ؛ لِأَنَّ الْمُثَبِتَ لِلْخِيَارِ حَدَّثَ بَعْدَ الْعَقْدِ، وَوَجُوبَ الْمَسْمِيِّ [بِالْعَقْدِ] فَلَا يُؤَثَّرُ فِيهِ.

الثالث: وَهُوَ الْأَصَحُّ: أَنَّهُ، إِنْ حَدَّثَ قَبْلَ الدُّخُولِ، ثُمَّ دَخَلَ بِهَا، وَهُوَ غَيْرُ مَطَّلِعٍ عَلَى الْحَالِ، وَجِبَ مَهْرُ الْمِثْلِ، وَجَعَلَ اقْتِرَانَهُ بِالْوَطْءِ الْمَقْرَّرِ لِلْمَهْرِ، كَالِاقْتِرَانِ بِالْعَقْدِ، إِنْ حَدَّثَ بَعْدَ الدُّخُولِ، فَالْوَاجِبُ الْمَسْمِيُّ؛ لِأَنَّ الدُّخُولَ قَدْ قَرَّرَهُ قَبْلَ أَنْ يُوجَدَ سَبَبُ

الخِيَارِ<sup>(١)</sup> وَقَوْلُهُ فِي «الْكِتَابِ وَفِيمَا بَعْدَ الْمَسِيَسِ قَوْلُ مُخْرَجٍ مِنَ الرِّدَّةِ: أَنَّ الْمَسْمُومَ يَتَقَرَّرُ وَلَا يَرْجِعُ إِلَى مَهْرِ الْمَثَلِ» أَكْتَفَى بِالْقَوْلِ الْمُخْرَجِ عَنِ ذِكْرِ الْمَنْصُوصِ؛ لِأَنَّ فِيهِ إِشْعَارًا بِأَنَّ الْمَنْصُوصَ عَكْسَهُ.

وقوله: في الردة قولٌ مُخْرَجٌ من ههنا التخريج من هذا الطرف لم يتعرّض له أكثرهم، وقالوا: الردة لا تستند إلى ما تقدّم بحال، فلا يُؤثّر فيما سبق وجوبه، نعم، قَالَ الْإِمَامُ: [رَأَيْتُ] <sup>(٢)</sup> فِي تَعْلِيْقِي عَنِ شَيْخِي، وَفِي تَعْلِيْقِهِ عَنِ شَيْخِهِ، ذَكَرَ وَجْهَ فِي الرِّدَّةِ أَنَّهُ يَسْقُطُ الْمَسْمُومُ، وَيَجِبُ مَهْرُ الْمَثَلِ، ثُمَّ اسْتَبَعَدَهُ، وَقَالَ: [أَخْشَى] <sup>(٣)</sup> أَلَّا يَصِحَّ فِيهِ نَقْلٌ.

فرع: حَكَى الْحَنَاطِيُّ فِيْمَا إِذَا أُطْلِعَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ عَلَى عَيْبِ الْآخَرِ وَمَاتَ الْآخَرُ قَبْلَ الْفَسْخِ وَجَهَيْنِ فِي أَنَّهُ، هَلْ يَفْسَخُ بَعْدَ الْمَوْتِ، وَالظَّاهِرُ: أَنَّهُ لَا يَفْسَخُ، وَيَتَقَرَّرُ الْمَسْمُومُ بِالْمَوْتِ، وَلَوْ طَلَّقَ زَوْجَتَهُ قَبْلَ الدُّخُولِ، ثُمَّ أُطْلِعَ عَلَى عَيْبِ بَها، لَمْ يَسْقُطْ حَقُّهَا مِنْ نَضْفِ الْمَهْرِ؛ لِأَنَّ الْفَرْقَةَ حَصَلَتْ بِالطَّلَاقِ.

الثالثة: إِذَا فُسِّخَ النِّكَاحُ بِعَيْبِ الزَّوْجَةِ، وَغَرِمَ الْمَهْرُ، فَهَلْ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ بِمَا غَرِمَ عَلَى مَنْ غَرَهُ وَدَلَّسَ عَلَيْهِ.

فيه قولان:

الجديد: المنع، وبه قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - لِأَنَّهُ شَرَعَ فِي النِّكَاحِ عَلَى أَنْ يَتَقَرَّرَ عَلَيْهِ الْبُضْعُ، فَإِذَا اسْتَوْفَى مَنَفَعَتَهُ، تَقَرَّرَ عَلَيْهِ عَوَضُهُ.

والقديم: وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: أَنَّ لَهُ الرَّجُوعَ عَلَيْهِ، لَمَّا رُويَ عَنِ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّهُ قَالَ: أَيُّمَا رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً، وَبِهَا جُنُونٌ، أَوْ جُدَامٌ، أَوْ بَرَصٌ، فَمَسَّهَا، فَلَهَا صَدَاقُهَا وَذَلِكَ لَزَوْجَتِهَا غَرْمٌ عَلَى وَلِيِّهَا<sup>(٤)</sup>، وَمَحَلُّ الْقَوْلَيْنِ مَا إِذَا كَانَ الْعَيْبُ موجوداً عِنْدَ الْعَقْدِ، أَمَّا الْعَيْبُ الْحَادِثُ بَعْدَ الْعَقْدِ إِذَا فُسِّخَ بِهِ، فَلَا رَجُوعَ بِالْمَهْرِ بِحَالٍ؛ لِأَنَّهُ لَا تَدْلِيْسَ مِنْهُ، وَفِي «التَّيْمَةِ» أَنَّ مَحَلَّهُمَا مَا إِذَا كَانَ الْمَغْرُومُ مَهْرًا

(١) والحاصل أن الوطاء مضمون بلا خلاف لأن الوطاء في النكاح لا يخلو عن مقابل إنما الخلاف هل يجب المسمى أو مهر المثل فإن قيل في رد الجارية المبيعة بعيب وطؤها غير مضمون، وقد اشتركا في الفسخ بالعيب أوجب بأن الوطاء مقصود في النكاح فوجب بذلك بكل حال والوطاء في المبيع ليس مقصوداً في البيع وإنما العقد على الرؤية والوطاء منفعة ملكه فلم يقابله عوض.

(٢) في ز: وليس.

(٣) في ز: أجنبي.

(٤) أخرجه سعيد بن منصور عن هشيم عن يحيى بن سعيد عن ابن المسيب عنه نحوه، وهو في الموطأ عن يحيى، وعند الشافعي عن مالك، وعند ابن أبي شيبة عن ابن إدريس عن يحيى، وفي الباب عن علي أخرجه سعيد أيضاً.

المثل أما إذا أوجبنا المسمى غرمة، فلا رجوع به؛ لأنَّ المسمى، بدل ما ملك بالعقد، وسلم له، وهو الوطأة الأولى، فإنَّ المسمى تَقَرَّرَ بِهَا.

والأشبه ما في «التهذيب» وهو التسوية بين أن يكون المغرُوم مَهْرَ المثل، وبين أن يَكُونَ المغرُوم المسمى، ورأى الإمام ترتيبَ القولين ههنا على القولين في الرجوع عند التَّغْيِيرِ بِالْحُرِّيَّةِ عَلَى ما سنذكرهما، فإنَّ قُلْنَا: لا رُجُوعَ ثَمَّ، فههنا أَوْلَى، وإن قُلْنَا بالرجوع هناك، ههنا قولان: وجه التَّزْيِيبِ: أن التَّغْيِيرَ هناك بالاشتراط، فههنا اشتراط، بَلْ غَايَةُ ما يفرض السكوت والكتمان عَلَى ما ستعرفه، والاشتراطُ أَبْلَغُ فِي التَّغْيِيرِ، فإنَّ قُلْنَا بِالرُّجُوعِ، ونُظِرَ؛ إن كان التَّغْيِيرِ والتدليسُ منها دون الوليِّ، فالرجوعُ عَلَيْهَا دُونَ الوَلِيِّ.

وَصَوَّرَ فِي «التَّتِمَّةِ» التَّغْيِيرِ مِنْهَا بِأَنْ خَطَبَ الزَّوْجَ إِلَيْهَا، فلم يتعرَّضَ لما بها من العيب، وألتمست من الوليِّ تزويجها منه، وأظهرت له أنَّه عرف الزوج حالها، وصوره الشيخ أبو الفرج الزاز فيما إذا عقدت بنفسها، وحكم حاكم بصحتها، ولفظ [الرجوع]<sup>(١)</sup> الذي استعمله الأصحاب يُشْعِرُ بالاسترداد منها بعد الدَّفْعِ إِلَيْهَا، لكن ذَكَرَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ وَالْإِمَامُ: أَنَّهُ لَا مَعْنَى لِلدَّفْعِ إِلَيْهَا وَالِاسْتِرْدَادِ مِنْهَا، وَيَعُودُ مَعْنَى الرُّجُوعِ إِلَى أَنَّهُ لَا يَغْرَمُ لَهَا، وَهَلْ يَجِبُ لَهَا أَقْلُ ما يَصْلُحُ صَدَاقًا؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَيَقَالُ: <sup>(٢)</sup> قَوْلَانِ؛ كَيْلَا يَخْلُو الوطءَ عن المهر، وإن كان التَّغْيِيرِ من الوليِّ بِأَنْ خَطَبَ إِلَيْهِ، فَأَجَابَهُ إِلَى التَّزْوِيجِ، وَهُوَ مُجْبِرٌ أَوْ غَيْرُ مُجْبِرٍ، فَاسْتَأْذَنَهَا، وَلَمْ يَظْهَرْ لِلخَاطِبِ مَا بِهَا، فَإِنْ كَانَ عَالِمًا بِالْعَيْبِ، رَجَعَ عَلَيْهِ بِجَمِيعِ ما غَرَمَ، وَإِنْ كَانَ جَاهِلًا، فَوَجْهَانِ، يُوجِّهُ أَحَدُهُمَا؛ بِأَنَّهُ غَيْرُ مُقْصِرٍ.

والثاني: بِأَنْ ضَمَانَ [المال]<sup>(٣)</sup> لا يختلف بالعلم والجهل، فإنَّ قُلْنَا: لا رجوع عليه، إِذَا جَهِلَ، فَذَلِكَ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَخْرَمًا لَهَا؛ كَابْنِ الْعَمِّ، وَالْمَغْتِقِ، وَالْقَاضِي، فَحِينَئِذٍ، يَكُونُ الرُّجُوعُ عَلَى الْمَرْأَةِ فَأَمَّا إِذَا كَانَ مَخْرَمًا، فَلَا يَخْفَى الْحَالُ عَلَيْهِ غَالِبًا، وَإِنْ خَفِيَ، فَهُوَ لِتَقْصِيرِهِ [بترك]<sup>(٤)</sup> البَحْثِ، فِيرْجَعُ عَلَيْهِ، وَفِيهِ وَجْهٌ، أَنَّهُ لَا رُجُوعَ عَلَى الْمَخْرَمِ أَيْضًا عِنْدَ الْجَهْلِ.

وَذَكَرَ الْحَنَاطِيُّ: أَنَّهُ لَا رُجُوعَ عَلَى الْحَاكِمِ بِحَالٍ عِنْدَ الْجَهْلِ، فَإِنْ قُلْنَا: لا رُجُوعَ عَلَيْهِ، إِذَا جَهِلَ، فَعَلَى الزَّوْجِ إِثْبَاتُ الْعِلْمِ بِأَنْ يَقِيمَ الْبَيِّنَةَ عَلَى إِقْرَارِهِ بِالْعِلْمِ، وَإِنْ غَرَهُ جَمَاعَةٌ مِنَ الْأَوْلِيَاءِ؛ فَالرُّجُوعُ عَلَيْهِمْ، فَإِنْ جَهِلَ بَعْضُهُمْ، وَقُلْنَا: لا رُجُوعَ عَلَى

(١) في ز: الدخول.

(٢) قال النووي: الأصح عند من قال بالرجوع، أنه لا يبقى لها شيئاً، ويكفي في حرمة النكاح أنه وجب لها ثم استرد بالتغدير.

(٣) في ز: الملك.

(٤) في ز: بقول.

الجاهل، رَجَعَ عَلَى مَنْ عَلِمَ، وَإِنْ وُجِدَ التقرير منها، ومن الولي، فيكون الرجوع عليها؛ لأنَّ جانبها أقوى من حيث إن [العيب]<sup>(١)</sup> بها أو يرجع على كُلِّ وَاحِدٍ منهما بالنصف؟ فيه وجهان المذكوران في «التَّيْمَةَ» وَإِنْ غَرَّتِ الْمَرْأَةُ الْوَلِيَّ، والوليُّ الزوج، رَجَعَ الزَّوْجُ عَلَى الْوَلِيِّ، والوليُّ عليها، ولم يتعرَّضوا لما إذا كانت الْمَرْأَةُ جَاهِلَةً بِعَيْبِهَا، ولا يَبْغُدُ مجيء الْخِلَافِ<sup>(٢)</sup> فيه.

الرَّابِعَةُ: الْمَفْسُوخُ نكاحها بَعْدَ الدُّخُولِ لا نَفَقَةَ لَهَا فِي الْعِدَّةِ، ولا فِي السُّكْنَى، إِنْ كَانَتْ حَائِلًا؛ لانقطاع أثر النِّكَاحِ بِالْفَسْخِ، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا، فَإِنْ قُلْنَا: إِنْ نَفَقَةَ الْمَطْلُوقَةُ<sup>(٣)</sup> الْحَامِلَ لِلْحَمْلِ، وَجِبَتْ ههنا أَيْضًا؛ لِحَقِّ الْقِرَابَةِ، وَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهَا لِلْحَامِلِ، وَهُوَ الْأَصْحَحُ، لم تجب، وإيراد الإمام وَصَاحِبِ «التَّهْذِيبِ» يقتضي كَوْنَ السُّكْنَى عَلَى هَذَا الْخِلَافِ، وَصَرَّحَ بِهِ الْحَنَاطِيُّ، ثُمَّ حَكَى طَرِيقَةَ أُخْرَى قَاطِعَةً، بأنه لا يجب السُّكْنَى هَذَا هُوَ الْمَشْهُورُ فِي الْمَسْأَلَةِ، وَمِنْهُمْ مَنْ جَعَلَ اسْتِحْقَاقَ الْحَامِلِ لِلْسُّكْنَى عَلَى قَوْلَيْنِ، وَقَدْ نَقَلَ هَذِهِ الطَّرِيقَةَ صَاحِبُ «الْكِتَابِ» فِي «بَابِ الْعِدَّةِ» ويمكن أن يُبْنَى الْخِلَافُ عَلَى أَنَّ الْوَاجِبَ لَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ، أو الْمَسْمُومِ إِنْ أَوْجِبْنَا مَهْرَ الْمِثْلِ، جَعَلْنَا النِّكَاحَ كَالْمَفْسُوخِ مِنْ أَضْلِهِ؛ لِاقْتِرَانِ سَبَبِ الْفَسْخِ بِهِ، وَنَزْلَتَاهُ مَنْزِلَةَ النِّكَاحِ الْفَاسِدِ، وَإِنْ أَوْجِبْنَا الْمَسْمُومِ نَزَلَ الْفَسْخُ مَنْزِلَةَ رَفْعِ النِّكَاحِ بِالطَّلَاقِ، فَيَنْبَغِي أَنْ تَجِبَ السُّكْنَى، وَأَنْ تَجِبَ النِّفَقَةُ، إِذَا كَانَتْ حَامِلًا، وَذَكَرَ الْقَاضِي ابْنُ كَيْجٍ؛ أَنَّ أَبَا الطَّيِّبِ بْنَ سَلَمَةَ خَرَجَ فِيمَا إِذَا كَانَ الْفَسْخُ بِالْعَيْبِ الْحَادِثِ أَنَّهَا تَسْتَحِقُّ السُّكْنَى، وَهَذَا ذَهَابٌ مِنْهُ إِلَى الْفَرْقِ بَيْنَ الْفَسْخِ بِالْعَيْبِ الْمَوْجُودِ عِنْدَ الْعَقْدِ، وَالْفَسْخِ بِالْعَيْبِ الْحَادِثِ، وَقَدْ سَبَقَ فِي الْمَهْرِ نَظِيرُهُ، وَإِذَا لَمْ نَوْجِبْ لَهَا السُّكْنَى، فَلَوْ أَرَادَ الزَّوْجُ أَنْ يُسَكِّنَهَا تَحْصِينًا لِمَاتِهِ، قَالَ أَبُو الْفَرَجِ السَّرْحَسِيُّ: لَهُ ذَلِكَ، وَعَلَيْهَا أَنْ تَسْكُنَ.

وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «كَمَا لَا مَهْرَ» يَجُوزُ أَنْ يَرِيدَ، بِهِ الْمَسْمُومِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْمَعْنَى كَمَا لَا مَهْرَ قَبْلَ الدُّخُولِ.

«فِرْع»: إِذَا رَضِيَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ بِعَيْبِ الْآخَرِ، ثُمَّ حَدَّثَ بَمَنْ بِهِ الْعَيْبُ عَيْبَ آخَرَ، ثَبِتَ لَهُ الْخِيَارُ بِالْعَيْبِ الْحَادِثِ، وَإِنْ أَرَادَ الْأَوَّلُ؛ فَلَا<sup>(٤)</sup> خِيَارَ، لِأَنَّ رِضَاهُ بِالْأَوَّلِ رِضًا

(١) في ز: العنت.

(٢) قال النووي: لا مجيء له لتقصيرها الظاهر، لا سيما وقد قطع الجمهور بأن الولي المحرم لا يعذر بجعله لتقصيره.

(٣) في ز: النفقة المعلقة.

(٤) قال في المهمات: محله إذا لم يكن الحادث أفحش كما إذا كان في اليد فحدث في الوجه فإن الشافعي نص على ثبوت الخيار كما نقله في الحاوي وقال: إن محل الخلاف فيما عداه كما إذا

بِمَا يَخْدُثُ مِنْهُ وَيَتَوَلَّدُ، وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ. وَحَكَى الْحَنَاطِيُّ وَجْهَيْنِ: فِي أَنَّهُ إِذَا فُسِّخَ النِّكَاحُ بِالْعَيْبِ، ثُمَّ بَانَ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ عَيْبٌ، هَلْ يُحْكَمُ بِبُطْلَانِ الْفُسْخِ وَأَسْتِمْرَارِ النِّكَاحِ<sup>(١)</sup>؟ وَلَوْ قَالَ: عَلِمْتُ عَيْبَ صَاحِبِي، وَلَكِنِّي لَمْ أَعْلَمْ أَنَّ الْعَيْبَ يُثْبِتُ الْخِيَارَ، فَفِيهِ طَرِيقَانِ:

أشبههما: أَنَّهُ عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِي نَظِيرِهِ مِنْ خِيَارِ الْعَتَقِ، وَسَنَذْكُرُهُمَا.

وَالثَّانِي: الْقَطْعُ بِأَنَّهُ لَا يُغْذَرُ، وَالْفَرْقُ أَنَّ الْخِيَارَ بِالْعَيْبِ مَشْهُورٌ فِي جِنْسِ الْعُقُودِ، وَخِيَارِ الْعَتَقِ بِخِلَافِهِ.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: (السَّبَبُ الثَّانِي: الْغُرُورُ) وَمَهْمَا شُرْطُ فِي الْعَقْدِ إِسْلَامُهَا أَوْ نَسَبُهَا أَوْ حُرِّيَّتُهَا أَوْ نَسَبُ أَوْ حُرِّيَّتُهَا فَاخْتَلَفَ الشَّرْطُ فِي صِحَّةِ الْعَقْدِ قَوْلَانِ، وَإِنْ صَحَّحْنَا فِيهِ خِيَارَ الْخُلْفِ قَوْلَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: السَّبَبُ الثَّانِي مِنْ أَسْبَابِ الْخِيَارِ الْغُرُورُ بِالِاشْتِرَاطِ، فَإِذَا شُرْطُ فِي الْعَقْدِ إِسْلَامُ الْمُنْكَوْحَةِ، فَبَانَ أَنَّهَا ذِمِّيَّةٌ، أَوْ شُرْطُ نَسَبٍ، أَوْ حُرِّيَّةٌ فِي أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ، فَبَانَ خِلَافَ الْمَشْرُوطِ، فِي صِحَّةِ النِّكَاحِ قَوْلَانِ:

أصحهما: وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَابْتِخَارَهُ الْمُزَنِيُّ: أَنَّهُ صَحِيحٌ؛ لِأَنَّ الْخُلْفَ فِي الشَّرْطِ لَا يُوجِبُ فِسَادَ الْبَيْعِ مَعَ أَنَّهُ عَرْضَةٌ لِلْفَسَادِ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدَةِ، فَأَوْلَى الْأَيُّ يُوْجِبُ فِسَادَ النِّكَاحِ؛ وَهَذَا لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ فِيهِمَا جَمِيعاً عَيْنٌ مَعِينَةٌ، وَأَنَّهَا لَا تَبْتَدِلُ بِالْخُلْفِ فِي الصِّفَةِ.

وَالثَّانِي: الْمَنْعُ، لِأَنَّ النِّكَاحَ يَعْتَمِدُ الصِّفَاتِ وَالْأَسْمَاءَ دُونَ التَّعْيِينِ وَالْمُشَاهَدَةِ، فَيَكُونُ اخْتِلَافُ الصِّفَةِ فِيهِ كَاخْتِلَافِ الْعَيْنِ، وَلَوْ اخْتَلَفَ الْعَيْنُ بِأَنَّ قَالَتْ زَوْجِي مِنْ زَيْدٍ، فزَوَّجَهَا مِنْ عَمْرٍو، لَمْ يَصِحَّ النِّكَاحُ، وَكَذَلِكَ هَهُنَا، وَقَرَّبَ بَعْضُهُم الْقَوْلَيْنِ مِنَ الْخِلَافِ، فِيمَا إِذَا قَالَ: بَعَثْتُ هَذِهِ الرَّمَكَةَ، وَالْإِشَارَةُ إِلَى بَقْرَةٍ، قَالَ الْإِمَامُ: وَتِلْكَ الصُّورَةُ بَعِيدَةٌ عَنِ الْمَسْأَلَةِ الَّتِي نَخُنُ فِيهَا؛ لِأَنَّ الرَّمَكَةَ لَفْظٌ مُؤَوَّضِعٌ لِمَوْصُوفٍ بِصِفَاتِهِ، لَيْسَ تَعَرُّضاً لِمَجْرَدِ الصِّفَةِ، وَالْقَوْلَانِ فِيمَا إِذَا شَرَطْتُ حُرِّيَّتَهُ، فَبَانَ عَبْدًا، مَفْرُوضَانِ فِيمَا إِذَا كَانَ السَّيِّدُ قَدْ أُذِنَ لَهُ فِي النِّكَاحِ، وَإِلَّا، لَمْ يَصِحَّ النِّكَاحُ لِعَدَمِ الْإِذْنِ، وَفِيمَا إِذَا شَرَطْتُ حُرِّيَّتَهَا، فَحَرَجَتْ أُمَّةٌ، مَفْرُوضَانِ فِيمَا إِذَا كَانَ السَّيِّدُ قَدْ أُذِنَ فِي نِكَاحِهَا، وَكَانَ الزَّوْجُ

= كَانَ فِي أَحَدِ الْيَدَيْنِ فَانْتَقَلَ إِلَى الْآخَرَى.

وَقَالَ الشَّيْخُ الْبَلْقِينِيُّ: جَزَمَ فِي الْبَيَانِ فِيمَا إِذَا كَانَ فِي يَدِ فَانْتَقَلَ لِآخَرَى بِشُبُوتِ الْخِيَارِ وَهُوَ ظَاهِرٌ.

(١) قَالَ النَّوَوِيُّ: الصَّحِيحُ بَطْلَانُ الْفُسْخِ لِأَنَّهُ بَغِيرُ حَقِّ.

مِمَّنْ يَجِلُّ لَهُ نِكَاحُ الْإِمَاءِ، فَإِنْ فَقَدَ أَحَدَ هَذَيْنِ الشَّرْطَيْنِ، لَمْ يَصِحَّ النِّكَاحُ بِإِلَّا خِلَافٍ، وَيَجْرِي الْقَوْلَانِ فِي كُلِّ وَصْفٍ شَرْطٌ، ثُمَّ تَبَيَّنَ خِلَافُهُ، سِوَاءَ كَانَ الْمَشْرُوطُ صِفَةً كَمَالٍ؛ كَالْجَمَالِ وَالْيَسَارِ وَالشَّبَابِ وَالْبَكَارَةِ، أَوْ صِفَةً نَقْصٍ، كَأَضْدَادِهَا، أَوْ كَانَ مِمَّا لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ كَمَالٌ وَنَقْصَانٌ، هَذَا هُوَ الظَّاهِرُ، وَفِي «شَرْحِ مُخْتَصَرِ الْجُونِيِّ» أَنَّهُمَا لَا يَجْرِيَانِ فِي جَمِيعِ الصِّفَاتِ، وَإِنَّمَا هُوَ فِي النَّسَبِ وَالْحَرِيَةِ، وَمَا يُؤَثِّرُ فِي الْكِفَاءَةِ.

**التفريع:** إِذَا قُلْنَا بِيَطْلَانِ النِّكَاحِ، وَفَرَّقْنَا بَيْنَهُمَا، فَلَا شَيْءَ عَلَى الزَّوْجِ، إِذَا لَمْ يَجْرِ دُخُولٌ، وَإِنْ جَرَى، فَلَا حَدٌّ؛ لِشَبْهَةِ اخْتِلَافِ الْعُلَمَاءِ، وَعَلِيهِ مَهْرُ الْمِثْلِ، وَلَا سَكْنَى لَهَا، وَلَا نَفَقَةٌ فِي الْعَدَّةِ، إِنْ كَانَتْ حَائِلًا، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا، فَعَلَى الْقَوْلَيْنِ فِي أَنَّ النِّكَاحَ لِلْحَمَلِ أَوْ لِلْحَامِلِ، إِنْ جَعَلْنَا هَذَا لِلْحَمَلِ وَجَبَتْ، وَإِلَّا، فَلَا، وَإِنْ حَكَمْنَا بِصِحَّةِ النِّكَاحِ، فَإِنَّ بَانَ الْمُوصُوفِ خَيْرًا مِمَّا شَرَطَ فِيهِ، فَلَا خِيَارَ، وَهَذَا كَمَا لَوْ شَرَطَ أَنَّهَا كِتَابِيَّةٌ، فَبَانَتْ مُسَلِّمَةً، أَوْ أُمَّةً، فَبَانَتْ حُرَّةً أَوْ ثِيْبًا، فَبَانَتْ بِكُرْأً، وَإِنْ بَانَ دُونَ الْمَشْرُوطِ، فَقَدْ أَطْلَقَ صَاحِبُ الْكِتَابِ قَوْلَيْنِ فِي ثُبُوتِ خِيَارِ الْخُلْفِ، وَوَجَّهَ فِي «الْوَسِيطِ» قَوْلَ الثُّبُوتِ بِالْقِيَاسِ عَلَى الْبَيْعِ.

وَالْقَوْلُ الْآخَرُ، بِأَنَّ النِّكَاحَ بَعِيدٌ عَنِ قَبُولِ الْخِيَارِ، وَلِذَلِكَ لَا يَثْبُتُ فِيهِ خِيَارُ الشَّرْطِ، وَ[لَا] خِيَارُ الرَّوْثَةِ، وَسَائِرِ الْأَصْحَابِ لَمْ يَطْلِقُوا الْقَوْلَيْنِ هَكَذَا، وَفَصَّلُوا، فَقَالُوا: إِذَا شَرَطَ فِي الزَّوْجِ نَسَبٌ شَرِيفٌ، فَبَانَ خِلَافُهُ [نُظْرًا] <sup>(١)</sup> وَلَوْ إِنْ كَانَ نَسَبُهُ دُونَ نَسَبِهَا، فَلَهَا الْخِيَارُ، وَإِنْ رَضِيَتْ هِيَ، فَلَأَوْلِيَايَ الْخِيَارُ؛ لِقَوَاتِ الْكِفَاءَةِ، وَإِنْ كَانَ نَسَبُهُ مِثْلَ نَسَبِهَا، أَوْ قَوْفَهُ إِلَّا أَنَّهُ دُونَ الْمَشْرُوطِ، فَبِهِ قَوْلَانِ:

أَصْحُهُمَا: عَلَى مَا ذَكَرَ فِي «التَّهْدِيْبِ» أَنَّهُ لَا خِيَارَ لَهَا؛ لِأَنَّهَا لَا تَتَعَيَّرُ بِهِ.

**والثاني:** يَثْبُتُ؛ لِلتَّغْيِيرِ، وَطَمَعِهَا فِي زِيَادَةِ شَرَفِهِ، وَعَنِ الْقَاضِي أَبِي حَامِدٍ طَرِيقَةً قَاطِعَةً: بِأَنَّهُ لَا خِيَارَ لَهَا، وَلَا خِيَارَ لِلْأَوْلِيَاءِ؛ لِأَنَّ الْكِفَاءَةَ حَاصِلَةٌ، وَالشَّرْطُ لَا يُوَثِّرُ فِي حَقِّهِمْ، وَإِنْ شَرَطَ فِي الزَّوْجَةِ نَسَبٌ، وَبَانَ خِلَافُهُ، فَطَرِيقَانِ.

أَظْهَرُهُمَا: إِثْبَاتُ الْخِيَارِ لَهُ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي جَانِبِ الزَّوْجَةِ، حَتَّى يَكُونَ لَهُ الْخِيَارُ، إِذَا كَانَ نَسَبُهُ دُونَ نَسَبِهِ، وَيَجِيءُ فِيهِ الْقَوْلَانِ فِيمَا إِذَا كَانَ نَسَبُهُ مِثْلَ نَسَبِهِ أَوْ قَوْفَهُ.

**والثاني:** وَهُوَ اخْتِيَارُ الرُّوْيَانِيِّ: أَنَّهُ لَا خِيَارَ لِلزَّوْجِ، وَوَجَّهَهُ بِمَعْنِيَّتَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ الزَّوْجَ مَتَمَكِّنٌ مِنْ تَخْلِيصِ نَفْسِهِ بِالطَّلَاقِ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ الْخِيَارُ فِي النِّكَاحِ عِنْدَ الضَّرُورَةِ.

(١) فِي ز: وَلَوْ.



والثاني: أنه لا يتضرر ولا يتعير بدناءة نسب الزوجة، بخلاف [العكس]<sup>(١)</sup> وإذا شرطت حرية الزوج، فخرَج الزوج عبداً، فإن كانت الزوجة حرة، فلها الخيار، وكذلك لوليها؛ لعدم الكفاءة، وإن كانت أمة، فوجهان:  
أحدهما: ثبوت الخيار للغرور.

والثاني: المنع؛ لأنهما متكافئان، ولا، عار وحقى القاضي ابن كنج عن أبي إسحاق، والقاضي أبي حامد طريقة أخرى قاطعة بثبوت الخيار.

ثم ذكر الإمام والمتولي: أن الخيار، إن ثبت، فإنما يثبت للسيد دون الأمة، فإن له أن يجبرها على أن تنكح عبداً؛ بخلاف ما إذا ظهر بالزوج عيب يكون لها الخيار؛ لأنه ليس للسيد إجبارها على نكاح من به أحد العيوب المثبتة للخيار، وإن شرط حرية الزوجة، فخرجت أمة هل يثبت الخيار للزوج ترتب ذلك على التغيرير بالنسب، إن أثبتنا الخيار هناك، فكذلك ههنا، وإلا وجهان، إن عللنا بالتمكين من الطلاق، فكذلك ههنا، وإن عللنا بأنه لا عار، ولا ضرر، فههنا، يتضرر برقي، الأولاد، ويثقفان الاستمتاع؛ لأن السيد يستخدمها، هذا إذا كان الزوج حراً فإن كان عبداً وقلنا بثبوت الخيار للحرة، فقولان:

قال في «التهديب»:

أصحهما: أنه لا خيار له لتكافئتهما.

وإن كان المشروط صفة أخرى، فإن شرطت في الزوج، فبان خلافه، والموجود دون المشروط، فلها الخيار، وإن شرطت في الزوجة، ففي ثبوت الخيار للزوج قولان: لتمكُّنه من الطلاق<sup>(٢)</sup>، ذكره في «التبئة».

قال الغزالي: ولو ظننته كفتاً فإذا هو غير كفي فلا خيار، ولو ظننتها مسلمة فإذا هي كتابية فله الخيار، ولو ظننتها حرة فإذا هي رقيقة فلا خيار، وقيل: فيهما قولان بالنقل والتخريج مأخذهما أن الكفر والرقي هل يلحق بالعيوب الخمسة؟ وقيل: بل مأخذهما أن الغرور بالفعل، هل هو كالغرور بالقول؟ وقيل: إن الكتابية لا تلبس بالمسلمة إلا بقصد فهو تغير بخلاف الأمة.

قال الرافعي: فيه مسألتان:

الأولى: إذا ظنت أن زيدا كفي لها، فأدنت في تزويجها منه، ثم بان أنه ليس

(١) في ز: العليين.

(٢) قال النووي: الأظهر ثبوته والله أعلم ٥/٥١٩.

يُكْفَى لَهَا فَلَا خِيَارَ لَهَا؛ لَأَنَّهُ لَمْ يُجَزَّ شَرْطُ، وَالتَّقْصِيرُ بَيْنَهُمَا وَمِنَ الْوَلِيِّ، حَيْثُ لَوْ بَحَثْنَا، وَلَيْسَ هَذَا كَظَنِّ السَّلَامَةِ عَنِ الْغُيُوبِ؛ لِأَنَّ الظَّنَّ هُنَاكَ يَتَّبِعُنِي عَلَى أَنَّ الْغَالِبَ السَّلَامَةُ، وَهَهُنَا لَا يُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ: إِنَّ الْغَالِبَ كِفَاءَةُ الْخَاطِبِ هَكَذَا أَطْلَقَ الْمَسْأَلَةَ صَاحِبُ «الْكِتَابِ» وَيَنْبَغِي أَنْ يُفْصَلَ، فَيُقَالُ: إِنْ كَانَ فَوَاتُ الْكِفَاءَةِ [الدَّعَاءُ] (١) نَسَبَهُ أَوْ حَزَفِيهِ أَوْ لَفْسَقَهُ، فَالْجَوَابُ: مَا ذَكَرْنَا، وَإِنْ كَانَ قَوَّتُهَا لِعَيْبٍ، ثَبِتَ الْخِيَارُ، وَإِنْ كَانَ فَوَاتُهَا لِرِقَبِهِ، فَلْيَكُنِ الْحُكْمُ كَمَا سَنَذَكُرُ عَلَى الْأَثَرِ فِيمَا إِذَا نَكَحَ امْرَأَةً عَلَى ظَنِّ أَنَّهَا حُرَّةٌ، فَإِذَا هِيَ رَقِيقَةٌ، بَلْ كَانَتْ الْمَرْأَةُ أَوْلَى بِإِثْبَاتِ الْخِيَارِ مِنْ جَانِبِ (٢) الرَّجُلِ.

الثانية: نكح امرأة على ظنِّ أَنَّهَا حُرَّةٌ، فَخَرَجَتْ أَمَةً، وَهُوَ مِمَّنْ يَحُلُّ لَهُ نِكَاحُ الْإِمَاءِ، فَالْتَّصُّ أَنَّهُ لَا خِيَارَ (٣)، وَلَوْ نَكَحَ امْرَأَةً عَلَى ظَنِّ أَنَّهَا مُسْلِمَةٌ، فَخَرَجَتْ كِتَابِيَّةً، فَالْتَّصُّ أَنَّ لَهُ الْخِيَارَ، وَلِلْأَصْحَابِ طَرِيقَانِ، مِنْهُم مَن نَقَلَ وَخَرَجَ، وَجَعَلَ الصُّورَتَيْنِ عَلَى قَوْلَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يَثْبُتُ الْخِيَارُ، لِأَنَّ الظَّاهِرَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ الْإِسْلَامُ وَالْحُرِّيَّةُ، فَصَارَ ذَلِكَ بِمِثَابَةِ الْمَشْرُوطِ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ لَا خِيَارَ فِي وَاحِدَةٍ مِنَ الصُّورَتَيْنِ لِبُعْدِ النِّكَاحِ عَنِ الْخِيَارِ، وَضَعْفِ تَأْثِيرِ الظَّنِّ، وَلِهَذَا لَوْ اشْتَرَى عَبْدًا عَلَى ظَنِّ أَنَّهُ كَاتِبٌ، فَلَمْ يَكُنْ، فَلَا خِيَارَ لَهُ، وَذَكَرُوا لِلْقَوْلَيْنِ وَرَاءَ هَذَا مَاخِذَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ الْكُفْرَ وَالرِّقَّ هَلْ يَلْتَحِقَانِ بِالْغُيُوبِ الْخَمْسَةِ أَمْ لَا؟.

وَجَهُّ الْأَلْتِحَاقِ أَنَّ الْكُفْرَ يُوْجِبُ الثُّفْرَةَ عَنِ الْاسْتِمْتَاعِ، كَمَا أَنَّ الْبَرَصَ وَالْجُدَامَ يُوْرَثَانِيهِمَا، وَالرِّقَّ يَتَعَدَّى إِلَى الْوَلَدِ تَخْفِيفًا كَمَا أَنَّ الْبَرَصَ وَالْجُدَامَ يُخَافُ مِنْهُمَا التَّعَدِّيَ.

وَالثَّانِي: أَنَّ هَذَا الظَّنَّ يَنْشَأُ غَالِيًا مِنْ فِعْلِ وَإِنْهَامِ صَادِرٍ مِنَ الْوَلِيِّ، أَوْ مِنَ الزَّوْجَةِ، وَإِنْ لَمْ يَجْرَ شَرْطُ، فَهَلْ يَنْزِلُ [التَّغْيِيرُ بِالْفِعْلِ] (٤) التَّغْيِيرُ بِالْقَوْلِ وَالِاشْتِرَاطِ، وَجَهُّ تَنْزِيلِهِ مِنْزِلَتَهُ حُصُولُ التَّلْبِيسِ بِهِ وَلِهَذَا يَثْبُتُ الْخِيَارُ بِالتَّضْرِيَةِ، كَمَا يَثْبُتُ بِالْخُلْفِ فِي الشَّرْطِ.

(١) في ز: لزيادة.

(٢) قال النووي: هذا الذي ذكره الغزالي ضعيف، وفي فتاوى صاحب «الشامل» لو تزوجت حرة برجل نكاحاً مطلقاً، فبان عبداً، فلها الخيار. وذكر غيره نحو هذا، والمختار ثبوت الخيار بالجميع، وقد أنكروا على الغزالي هذه المسألة. وقد ذكر الراجعي بعد هذا قبيل ذكر كتاب الصداق عن «فتاوى» القاضي حسين، أنها لو أذنت في تزويجها برجل ولم تعلم فسقه، فبان فاسقاً، صح النكاح لوجود الإشارة إلى عينه. قال البغوي: لكن لها حق الفسخ كما لو أذنت في تزويجها رجلاً ثم وجدته معيباً، وعجب من الإمام الراجعي كيف قال هنا ما قال مع نقله هذا عن البغوي.

(٤) في ز: التصوير.

(٣) في أ: تقديم وتأخير.

وَالطَّرِيقُ الثَّانِي: تقرير [النصيين]<sup>(١)</sup> والفرق من وجهين:

أَشْهُرُهُمَا: وهو المذكور في الكتاب: أَنْ وَلِيَّ الْكَافِرَةِ يَكُونُ كَافِرًا، وَلِلْكَافِرَيْنِ  
عَلَامَاتٌ يَتَمَيَّزُونَ بِهَا مِنَ الْغِيَارِ وَغَيْرِهِ، فَخِفَاءُ الْحَالِ عَلَى الزَّوْجِ إِنَّمَا يَكُونُ بِتَدْلِيسِ الْوَلِيِّ  
وَتَغْيِيرِهِ، وَوَلِيُّ الرِّقِيقَةِ لَا يَتَمَيَّزُ عَنِ وَلِيِّ<sup>(٢)</sup> الْحُرَّةِ، فَلَا تَغْيِيرَ، بَلِ الزَّوْجُ هُوَ الْمَصْرُ،  
حَيْثُ لَمْ يَبْحَثْ عَنِ الْحَالِ، وَذَكَرَ فِي «الْوَبْسِيطِ» أَنَّ مَا جَرَى فِي صُورَةِ خُرُوجِهَا كِتَابِيَّةً  
وَإِنْ أَمَكَنَّ أَنْ يَخْضَلَ بِتَغْيِيرِ، أَثْبَتْنَا الْخِيَارَ، فَلَوْ نَكَّحَهَا وَظَنَّ بِكَارْتِهَا، فَإِذَا هِيَ تَيْبٌ، لَمْ  
يَبْعُدْ إِثْبَاتُ الْخِيَارِ؛ لِأَنَّ الْفُرْقَةَ هَهُنَا أَعْظَمَ، هَذَا لَفْظُهُ، لَكِنْ تَغْيِيرُ الْهَيْئَةِ هُنَاكَ أَوْرَثَ ظَنَّ  
الْإِسْلَامِ، وَلَمْ [يُوجَدْ]<sup>(٣)</sup> هَهُنَا مَا يُورِثُ ظَنَّ الْبِكَارَةِ، نَعَمْ، قَدْ يَخْضَلُ السُّكُوتُ عَنِ بَيَانِ  
حَالِهَا تَصَوِيرًا، كَمَا سَمَوْا السُّكُوتَ عَنِ بَيَانِ الْعَيْبِ تَغْيِيرًا.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: أَنَّ الْكُفْرَ مُتَقَرَّرًا لِلْمُسْلِمِ، فَالْحَقُّ بِالْعُيُوبِ، وَالرُّقُّ لَا يَنْفِرُ، وَلَا يَمْنَعُ  
مِنَ الْاسْتِمْتَاعِ، فَذَلِكَ أَفْتَرَقَا فِي إِثْبَاتِ الْخِيَارِ، وَالْأَشْبَهُ طَرِيقَةُ الْقَوْلَيْنِ، وَالْأَصْحَحُ عَلَى مَا  
ذَكَرَهُ صَاحِبُ «التَّهْدِيبِ» وَغَيْرِهِ؛ أَنَّهُ لَا خِيَارَ.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: وَكُلُّ تَغْيِيرٍ سَابِقٍ عَلَى الْعَقْدِ فَلَا يُؤَثِّرُ (و) فِي صِحَّةِ الْعَقْدِ، لَكِنْ يُؤَثِّرُ  
فِي الرُّجُوعِ بِالْمَهْرِ إِذَا قَضَيْنَا بِالرُّجُوعِ عَلَى الْغَارِّ فِي قَوْلٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْخُلْفُ فِي الشَّرْطِ، إِذَا قُلْنَا: إِنَّهُ لَا يُفْسِرُ الْعَقْدَ، وَيُثْبِتُ الْخِيَارَ،  
فَمَنْ لَهُ الْخِيَارُ وَإِنْ أَجَازَ الْعَقْدَ، كَانَ لِلزَّوْجَةِ الْمَهْرُ الْمَسْمِيُّ، وَإِنْ فَسَخَ، نُظِرَ، إِنْ كَانَ  
قَبْلَ الدُّخُولِ، لَمْ يَجِبْ نِصْفُ الْمَهْرِ، وَلَا الْمُتَعَّةُ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الدُّخُولِ، فَفِي الْمَهْرِ  
الْوَاجِبِ قَوْلَانِ، كَمَا فِي خِيَارِ الْعَيْبِ:

أَظْهَرُهُمَا: وَهُوَ الْمَنْصُوصُ: أَنَّ الْوَاجِبَ مَهْرُ الْمَثَلِ.

وَالثَّانِي: وَهُوَ مَخْرَجٌ: أَنَّ الْوَاجِبَ الْمَسْمِيُّ، وَنَقَلَ أَبُو الْفَرَجِ فِي «أَمَالِيهِ» وَجْهًا:  
أَنَّ الْوَاجِبَ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنَ الْمَسْمِيِّ أَوْ مَهْرِ الْمَثَلِ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ الْمَسْمِيُّ أَقْلًا فَقَدْ  
رَضِيَتْ بِهِ فِي الْعَقْدِ، وَإِنْ كَانَ مَهْرُ الْمَثَلِ أَقْلًا، فَلَا مَزِيدَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْمَعْوِضَ، لَمْ يُسَلِّمْ  
لِلزَّوْجِ، فَلَا يُسَلِّمْ لَهَا الْعَوِضَ الْمَلْتَزِمَ، وَهَلْ يَرْجِعُ الزَّوْجُ، إِذَا عَرَّمَ الْمَهْرَ عَلَى مَنْ غَرَّهُ؟  
فِيهِ التَّفْصِيلُ وَالْخِلَافُ الْمَثْبُوتَانِ فِي خِيَارِ الْعَيْبِ، وَالْحُكْمُ فِي الْكُسُوفِ وَالتَّنْفِقَةِ فِي مَدَّةِ  
الْعِدَّةِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ، إِذَا تَقَرَّرَ ذَلِكَ قَالَ الْأَصْحَابُ: التَّغْيِيرُ الْمُؤَثِّرُ هُوَ الَّذِي يَكُونُ مَقْرُونًا  
بِالْعَقْدِ عَلَى سَبِيلِ الْاِشْتِرَاطِ أَمَا إِذَا كَانَ سَابِقًا عَلَيْهِ، فَلَا أَعْتَابَ بِهِ، وَفِيهِ وَجْهٌ أَنَّ السَّابِقَ

(١) في ز: النص.

(٢) في ز: يؤخذ.

(٣) كقوله: زوجتك هذه البكر أو هذه المسلمة أو الحرة.

أيضاً يؤثر على ما ذكرنا في نكاح المحلل، وهذا الخلاف في تأثيره في فساد العقد، وفي إثبات الخيار، فأما في الرجوع بالمهر، إذا قضينا بالرجوع على الغار [فالتغيير]<sup>(١)</sup> السابق كالمقارن هكذا نقل صاحب الكتاب وحققه الإمام فقال: لا يشترط في تصوير التغيير دخول الشريطة بين الإيجاب والقبول، ولا صدوره من العاقد؛ ألا ترى أننا نضمن [الكتابة]<sup>(٢)</sup> والأمة إذا كان التغيير منهما، وليس بعاقدين، ولكن يشترط إتصاله بالعقد، فلو قال: فلانة حرة في معرض الترغيب في النكاح، ثم تزوجها على الاتصال إما بالوكالة أو بالولاية، فهذا تغيير ولم يقصد بما قاله تحريض السامع، وأتفق بعد أيام أنه زوجها من سمع كلامه، فليس ما جرى بتغيير، وإن ذكره لا في معرض التحريض، وجرى العقد على الاتصال، أو ذكره في معرض التحريض، ولكن جرى العقد بعد زمان فاصل، ففي كونه تغييراً تردّد، ويشبه ألا يعتبر الاتصال بالعقد على ما يقتضيه إطلاق صاحب الكتاب وكان سبب الفرق بين التأثير في الفساد أو في إثبات الخيار، وبين التأثير في الرجوع أن تعلق الضمان بالتغيير أوسع باباً؛ ولذلك ثبت الرجوع على قولنا بمجرد السكوت عن عيب المنكوحة، إذا قدم [الطعام إلى المالك، فأكله، وجب الضمان على المُقدم]<sup>(٣)</sup> في قول والله أعلم.

قال الغزالي: (فرغ) إذا غر بحرية أمة فولدت انعقد الولد حراً وعلى المغرور قيمته للسيد إذ فات رقه بظنه سواء كان الزوج حراً أو عبداً ويزجعه به (و) على الغار قولاً واحداً، وإنما يزجعه إذا غرم، وإن كان المغرور عبداً تعلق القيمة برقبته في قول، وبذمته في قول، وبكسبه في قول، والمسمى من المهر إذا لزم تعلق بكسبه، وحيث لا يلزم فمهر المثل تجري الأقوال الثلاثة في متعلقيه، وإن كانت الغارة هي الأمة تعلق عهدة الزوج بذمتها (و)، والمكاتبه كالأمة إلا أن لا مهر لها فإنها الغارة المستحقة والسيد لا يتصور منه التغيير لأنه إن قال: إنها حرة عتقت.

قال الزايعي: مقصود الفرع الكلام في ولد المغرور بالحرية، فإذا غر الرجل بحرية امرأة، فبانت أمة، وحكمنا بصحة النكاح<sup>(٤)</sup>، فأولاده الحاصلون منها قبل العلم بالحال، أحرار؛ لظنه الحرية، كما لو وطى أمة الغير على ظن أنها أمته، أو زوجته الحرة، ولا فرق في ذلك بين أن يجيز العقد أو يفسخ، إذا أثبتنا له الخيار، وكذلك لا فرق بين أن يكون الزوج المغرور حراً أو عبداً؛ لاستوائهما في الظن، وعند أبي حنيفة إن كان الزوج

(١) في ز: فالتصوير.

(٢) في ز: فالتصوير.

(٣) سقط في ز.

(٤) وهو الأظهر.

عبدًا، فالأولادُ أرقَاءُ، وأَحْتَجُّ الْأَصْحَابَ عَلَيْهِ بِأَنْ قَالُوا: مَنْ تَلَدَ لَهُ الْحُرَّةُ حُرًّا تَلَدَ لَهُ الرَّقِيقَةُ عِنْدَ الْغُرُورِ حُرًّا كَالْحُرِّ، ثُمَّ يَجِبُ عَلَى الْمَغْرُورِ قِيمَةُ الْأَوْلَادِ لِسَيِّدِ الْأُمَّةِ؛ لِأَنَّ رِقَّ الْأُمِّ يَقْتَضِي رِقَّ الْوَلَدِ، وَإِنَّمَا انْعَقَدُوا أَخْرَارًا بِظَنِّهِ، فَكَانَهُ فَوْتُ عَلَى السَّيِّدِ رِقْمَهُمْ.

وَحَكَى الْحَنَاطِيُّ قَوْلًا: أَنَّهُ لَا يَجِبُ قِيمَةُ الْوَلَدِ، وَالْمَغْرُورُ مَعْدُرُو فِي ظَنِّ الْحَرِيَّةِ، وَعَلَى الْأَوَّلِ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ: إِنْ كَانَ الْمَغْرُورُ حُرًّا، فَالْقِيمَةُ فِي ذِمَّتِهِ مُسْتَقَرَّةٌ مَأْخُودَةٌ مِنْ مَالِهِ، وَإِنْ كَانَ عَبْدًا، ففِي [متعلق<sup>(١)</sup>] الْقِيمَةُ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ، حَكَاهَا صَاحِبُ «الْكِتَابِ» وَأَبْنُ الصَّبَّاحِ وَغَيْرُهُمَا:

أحدهما: أَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ؛ لِأَنَّ ظَنَّهُ فَوْتُ الرِّقِّ، فَصَارَ كَمَا لَوْ أَتْلَفَ مَالًا.

والثاني: يَتَعَلَّقُ بِكَسْبِهِ؛ لِأَنَّهُ غَرَمَ لَزَمَ فِي النِّكَاحِ، فَأَشْبَهَ الْمَهْرَ وَالنَّفَقَةَ.

وأصحهما: وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي «التَّهْدِيبِ» أَنَّهَا تَتَعَلَّقُ بِذِمَّتِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا جُنَايَةَ مِنْهُ، وَإِنَّمَا أَوْهَمَ شَيْئًا، فَتَوَهَّمَهُ، وَالْحَرِيَّةُ تَثْبُتُ بِحُكْمِ الشَّرْعِ، وَالْقِيمَةُ لَيْسَتْ مِنْ قَضَايَا النِّكَاحِ وَلِوَاوِزِمِهِ، حَتَّى يَتَعَلَّقَ بِالْكَسْبِ بِخِلَافِ الْمَهْرِ وَالتَّقْفَةِ، وَتُعْتَبَرُ قِيمَةُ الْأَوْلَادِ يَوْمَ الْوِلَادَةِ، فَإِنَّهُ أَوَّلُ حَالَاتِ إِمْكَانِ التَّقْوِيمِ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّهُ يُعْتَبَرُ فِيهِ يَوْمَ الْمِرَافَعَةِ إِلَى الْحَاكِمِ، حَتَّى لَوْ مَاتُوا قَبْلَهُ، لَمْ يَجِبْ شَيْءٌ، وَأَمَّا الْأَوْلَادُ الْحَاصِلُونَ بَعْدَ ظُهُورِ الْحَالِ، فَهُمْ أَرْقَاءُ نَعَمْ، لَوْ كَانَ الرَّجُلُ عَرَبِيًّا، ففِي اسْتِرْقَاقِ الْعَرَبِ خِلَافٌ يَذْكَرُ فِي مَوْضِعِهِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ الْعَرَبِيِّ، وَغَيْرِهِ، ثُمَّ فِي الْفَصْلِ مَسَائِلُ:

المسألة الأولى<sup>(٢)</sup>: فِي الرَّجُوعِ بِالْمَهْرِ الْمَغْرُومِ عَلَى الْغَارِ قَوْلَانِ، كَمَا ذَكَرْنَا فِي الْفَسْخِ بِالْعَيْبِ، وَأَمَّا قِيمَةُ الْأَوْلَادِ فَيَرْجِعُ الزَّوْجُ بِهَا عَلَى الْغَارِ قَوْلًا وَاحِدًا؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَدْخُلْ فِي الْعَقْدِ عَلَى أَنْ يَضْمَنَهَا؛ وَلِأَنَّ الْمَهْرَ وَجِبَ فِي مَقَابَلَةِ مَا أَتْلَفَ مِنْ مَنَفَعَةِ الْبُضْعِ، وَغَرَامَةِ الْمُتْلَفِ تَسْتَقَرُّ عَلَى الْمُتْلَفِ.

وعَنْ ابْنِ خَيْرَانَ وَابْنِ الْوَكِيلِ: أَنَّ فِي الْمَسْأَلَةِ قَوْلًا آخَرَ: أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ بِقِيمَةِ الْأَوْلَادِ، كَمَا لَا يَرْجِعُ الْمَهْرُ فِي قَوْلِ، وَإِذَا قُلْنَا بِالرَّجُوعِ، فَإِنَّمَا يَرْجِعُ، إِذَا غَرَمَ، كَالضَّامِنِ [وَقَدْ ذَكَرْنَا فِي الضَّامِنِ]<sup>(٣)</sup> وَجَهًا أَنْ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ قَبْلَ أَنْ يَغْرَمَ فَيَجِيءُ مِثْلَهُ هُنَا، وَالظَّاهِرُ الْمَنْعُ، وَيُنْبِئُ عَلَيْهِ أَنَّ الْمَغْرُورَ، إِنْ كَانَ عَبْدًا، وَعَلَقْنَا الْقِيمَةَ، بِذِمَّتِهِ فَإِنَّمَا يَرْجِعُ عَلَى الْغَارِ بَعْدَ الْعَيْتِ؛ لِأَنَّهُ حَيْثُ يَغْرَمُ، أَمَا إِذَا عَلَقْنَاهَا بِكَسْبِهِ، أَوْ بِرَقَبَتِهِ، وَغَرَمَ سَيِّدُهُ مِنْ كَسْبِهِ، أَوْ مِنْ رَقَبَتِهِ، فَيَرْجِعُ فِي الْحَالِ، وَلِلْمَغْرُورِ مَطَالِبَةُ الْغَارِ [بِتَحْصِيلِهِ]<sup>(٤)</sup> عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي الضَّمَانِ.

(٢) فِي أ: إِحْدَاهُمَا.

(٤) فِي ز: بِتَخْلِيصِهِ.

(١) فِي ز: مُنْطَلَقٌ.

(٣) سَقَطَ فِي ز.

**المسألة الثانية:** إِذَا كَانَ الْمَغْرُورُ عَبْدًا، وَقَدْ دَخَلَ بِالْمَنْكُوحَةِ، فَحَيْثُ يَجِبُ الْمُسْمَى يَتَعَلَّقُ بِكَسْبِهِ؛ لِأَنَّهُ ذَيْنٌ ثَابِتٌ فِي مَعَاقِدَةِ عَلَى مَا يُوْجِبُ إِذْنَ السَّيِّدِ، وَلَوْ جُوبِ الْمُسْمَى تَقْرِيرَانِ:

أحدهما: أن نقول: الخلف في الشرط لا يُفسد العقد، ولا يثبت الخيار للعبد.  
والثاني: أن يثبت الخيار، ويجبر العبد.

[والثالث] <sup>(١)</sup> أن يفسخ، ونقول بالقول المخرَّج، وهو وجوب المسمى، وحيث يجب مهر المثل، فيتعلق برقبته بكسبه أو بذمته فيه ثلاثة أقوال، ولوجوب المهر تقديران: أحدهما: أن يحكم بفساد العقد، والأقوال الثلاثة، والحالة هذه، مبنية على أن إذن السيد في النكاح يتناول الصحيح والفساد منه، أو يختص بالصحيح إن قلنا بالأول، فالمهر في كسبه، كما في النكاح الصحيح، وإن قلنا: يختص بالنكاح الصحيح، وهو الأصح، فهذا نكاح بغير إذن السيد، جرى فيه دخول، ومهر المثل في مثل هذا النكاح يكون في ذمة العبد، أو يتعلق برقبته؟ فيه قولان:  
أظهرهما: أوُلُهُمَا.

**التقدير الثاني:** أن يحكم بصحة العقد، وثبوت الخيار، ووجوب مهر المثل عند الفسخ، فإذا فسخ، ففي متعلق مهر المثل الأقوال الثلاثة: لأننا إذا أوجبنا مهر المثل ألحقنا النكاح [المفسوخ بسبب مقارن للعقد بالنكاح] <sup>(٢)</sup> الفاسد، وكان الشيخ أبو محمد يقوي في هذا التصوير قول التعليق بالكسب؛ لأنه مهر واجب في نكاح صحيح مأذون فيه.

**المسألة الثالثة:** لا يتصور الغرور بالحرية من السيد؛ لأنه إذا قال: هي حرة وزوجها، أو قال: زوجتها على أنها حرة عتقت، وخرجت الصورة عن أن يكون نكاح غرور، وإنما يتصور ذلك من وكيل السيد في التزويج، أو من المنكوحه نفسها، أو منهما ولا عبرة بقول من ليس بعاقده، ولا معقود <sup>(٣)</sup> عليه.

(١) في ز: الثاني.

(٢) سقط في ز.

(٣) قال في المهمات: يتصور ذلك في مسائل:

منها: أن يكون اسمها حرة.

ومنها: أن يرهنها وهو معسر ثم يزوجهما بإذن المرتهن ويشترط حريتها فلا تعتق كما لو صرح بإعتاقها ويجري ذلك فيما إذا كانت جانية.

ومنها: أن يريد بذلك العفة عن الزنا فلا يعتق لوجود الصارف عن معنى العتق إلى غيره.

قال في الخادم: فاته صور: إحداها.

إذا قلنا تزويج الأمة بالملك للمكاتب تزويج أمته بإذن السيد. فعلى هذا يتصور منه التفرير بالحرية ولا تعتق.

الصورة الأولى: إذا كان الغرور من الوكيل، رجع المغرور عليه بالقيمة إذا غرمها، وبالمهر إذا أثبتنا الرجوع بالمهر.

الصورة الثانية: إذا كان الغرور من الأمة المنكوحة، كان الرجوع عليها، ولكن لا يرجع في الحال، بل يتعلق الغرم بذمتها يطالب به بعد العتق.

قال الأضحاب: ولا يتعلق بكسبها؛ لأن الحقوق المتعلقة بالكسب هي التي يأذن السيد فيها، كدين المعاملة والضمان، ولا إذن ههنا، ولا يتعلق بربقتها؛ لأن المتعلق بالرقبة بدل المتلفات، ولم يوجد منها إتلاف، وإنما نُسبت إلى إثبات ظن في نفس الزوج، واندفع الرق بظنه على موجب المعاقدة، لا على سبيل الإتلاف، هذا هو المشهور، وحكى الموفق بن طاهر وجهاً غريباً: أن حق الرجوع يتعلق بربقتها؛ لأننا نزلنا اندفاع الرق بظنه منزلة تفويته، حتى غرمانه، وكانت هي متسببة إلى التفويت، وفي صورتين يكون الرجوع بكمال المهر؛ لأن المهر للسيد، وقد أخذ، وخرج الوطاء عن صورة الإباحة.

الصورة الثالثة: إذا غرأ جميعاً، فالرجوع عليهما، وفي كيفيته وجهان:

أقربهما: وبه قال أبو إسحاق أنه يرجع بالنصف على الوكيل في الحال، وبالنصف عليها بعد العتق.

والثاني: له أن يرجع بالكل على من شاء منهما على الوكيل في الحال، وعليها بعد العتق، ثم إذا رجع هكذا، قال صاحب «التهذيب» يرجع المأخوذ منه بالنصف على الآخر، وقال الحنطي وغيره؛ لا يرجع واحد منهما على الآخر؛ لأن التغيرير كامل من كل واحد منهما، ولو ذكرت للوكيل حريتها، وذكر الوكيل للزوج، فيرجع المغرور على الوكيل في الحال، والوكيل عليها بعد العتق، وإن ذكرت للوكيل حريتها، ثم ذكرت للزوج، فالرجوع عليها، وإن ذكر الوكيل للزوج أيضاً، لأنها لما شافهت الزوج، خرج الوكيل من الوسط، هكذا ذكره في «التهذيب» [والله أعلم] وعلى هذا فصورة تغيريرهما ما إذا ذكر معاً، والله أعلم.

المسألة الرابعة: التي غر، [بحريتها]<sup>(١)</sup> إن خرجت مدبرة، أو مكاتبة، أو أم ولد،

= الثانية: لو كان مفلساً محجوراً وأذن له الغرماء.

الثالثة: لو كان سفياً وزوجها بإذن وليه.

الرابعة: إذا قال زوجتك ابنتي ولو ينو به العتق وظن الزوج حريتها بناء على أن أباهما حر. ذكر هذه ابن أبي الدم.

الخامسة: تزويج المشتري قبل القبض إذا فرعنا على الضعيف أن العتق قبل القبض لا ينفذ.

(١) في ز: تحريمها.

أو معتقة أو معتقة بصفة، فالكلام في صِحَّة النِّكَاح، ثم في إثبات الخيار كما سبق فيما إذا خرجت قنَّة، نَعَمْ، إذا خرجت مكاتبة، وفُسِّخَ النِّكَاحُ، فلا مَهْرَ لَهَا، إذا كان الغرور منها؛ لأن المهر للمكاتبة، فلا مَعْنَى [للغرم] <sup>(١)</sup> لها، والاسترداد منها، وَهَلْ يَجِبُ لَهَا أَقْلُ ما يصلح مَهْرًا فيه الخلاف المذكور في العُيُوبِ، والأولاد الحاصِلُونَ قبل العلم بالحال أحرارًا، وعلى المَغْرُورِ قيمَتُهُمْ، ولمن تكون القيمة؟ يبني ذلك على أَنَّ وَوَلَدَ المكاتبة قِنٌّ للسيد، أو مُكَاتَبٌ، تبعاً للأُمِّ، حَتَّى يَغْتَقَ بِعِتْقِهَا؟ فيه قولان، وإذا قُلْنَا مكاتَبٌ، فلو قتل فللقيمة للسيد، أو للمكاتبة تستعين بها في أداء الثُّجُومِ فيه <sup>(٢)</sup> قولان، مَوْضِعُ بيانهما «كتاب الكتابة» وإن قُلْنَا: إنه قِنٌّ للسيد، أو قُلْنَا: إِنَّ القيمةَ له، وإن تَكَاتَبَ، فالمغرور ههنا يغرم قيمة الأولاد للسيد، ويرجع بها على الوكيل، وعليها، وإن غرت، فتأخذ من كسبها، فإن لم يكن لها كَسْبٌ، فهو في ذمتها إلى أن تعتق.

وإن قُلْنَا: إِنَّ القيمةَ لَهَا فَإِنَّ صدر الغرور منها، لم يغرم القيمة لها، كالمهر، وإن صَدَرَ مِنَ الوكيل، غرم لها، ورجع على الوكيل.

قَرَعٌ: إذا حَكَمْنَا ببطلانِ النِّكَاحِ للخلف في الشرط، فالرُّجُوعُ بالمهر، إذا غرم الزوج مَهْرَ المِثْلِ، لجريان الدخول، والرجوع بالقيمة إذا أولدها، وغرم قيمة الولد؛ على ما ذكرنا تَفْرِيعاً على تصحيح النِّكَاحِ.

قَالَ العَرَّالِيُّ: وَلَوْ انْفَصَلَ الولدُ مَيْتاً فَلَا قِيَمَةَ لَهُ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ بِجَنَائِيَةِ جَانٍ فَيُعْرَمُ عَاقِلَةُ الجَانِيِ الغِرَّةُ لَوَرَثَةِ الجَنِينِ، وَيُعْرَمُ المَغْرُورُ عَشْرَ قِيَمَةِ الأُمِّ للسَّيِّدِ فِي وَجْهِهِ، وَفِي وَجْهِ آخَرَ يُعْرَمُ أَقْلُ الأَمْرَيْنِ مِنْ عَشْرِ قِيَمَةِ الأُمِّ أَوْ مَا سَلَّمَ لَهُ بِالْوَرَاثَةِ مِنْ غِرَّةِ الجَنِينِ، لِأَنَّهُ لَوْلَا الغِرَّةُ لَمَا عُرِّمَ المَيْتُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: ما ذكرنا من وجوب قيمة الولد موضعه ما إذا انفصل الجنين، حَيًّا، فَأَمَّا إِذَا انْفَصَلَ مَيْتاً، فَيُنْظَرُ؛ إن انفصل من غير جنائية؛ لم يلزمه شيء؛ لأن حَيَاتَهُ غير متعينة، وحكينا فيما إذا وطىء الغاصب، أو المشتري منه الجارية المَغْضُوبَةَ عن جَهْلٍ بالتحريم وأجلها، وانْفَصَلَ الولدُ مَيْتاً وَجْهًا: أنه تجب قيمته، ولو كان حَيًّا؛ لأن الظَّاهِرَ الحياة، فَلْيَجْرَ ههنا، وَإِنْ انْفَصَلَ مَيْتاً بِجَنَائِيَةِ جَانٍ؛ بَأَن ضَرَبَ ضَارِبٌ بَطْنَهَا، فَأَجْهَضَتْ، فَتُصَوَّرُ ذلك على وجوه:

أحدها: أن تُصَدَّرَ الجنائية من أجنبي، فَيَجِبُ عَلَى عاقلته غرة الجنين؛ لانعقاده

(١) في ز: للغرور.

(٢) قال الشيخ البلقيني: الأظهر من القولين أن القيمة للسيد.



على الحرّية، وإذا انفصل مضموناً، غرمة المغرور؛ لأنه يغرّم له [فيغرّمه]<sup>(١)</sup> عليه، كما أن العبد الجاني، إذا قتل، تعلق حقّ المجنيّ عليه بقيمته، ولو مات، لم يكن على السيد شيء، وفي كتاب القاضي ابن كعب أن أبا إسحاق ذكر وجهاً آخر: أنه لا يُغرّمه؛ لأنه لا قيمة للميت.

**والظاهر:** الأول [وضمّانه عشر قيمة الأم]<sup>(٢)</sup> فإن الجنين الرقيق يُضمّن بهذا القدر، فإن كان قيمة الغرة مثل عُشر قيمة الأم، أو كانت أكثر منه، فالمستحقّ للسيد عُشر القيمة، وإن كان العُشر أكثر، فوجهان:

أظهرهما: عند الإمام، وهو اختيار القاضي حسين ونسبه صاحب «التّهذيب» إلى الجرائيين: أنه يستحقّ العُشر؛ لأنه لو انفصل رقيقاً، والحالة هذه، لوجب على الجاني عُشر قيمة الأم، فإذا فوت على السيد ذلك، فله عُزمه، وهذا كما أنه يستحقّ قيمته عند انفصاله حيّاً، وإن زادت على قدر الدية.

**والثاني:** أنه ليس له إلا قدر الغرة؛ لأن سبب غرامة الميت تقوّمه، بالجناية، وإنما تقوم بالغرة، فلا يرد الواجب عليها، ويُعبّر عن هذا بأن المستحقّ أقلّ الأمرين من الغرة وعشر قيمة الأم، وإلى هذين الوجهين يرجع ما حكاه أبو الفرج الزاز من اختلاف الأضحاب في محل العزم المستحقّ.

فمنهم من قال: إنّه على المغرور، والغرة تُسلم لورثة الجنين، وهذا بناء على أن السيّد يستحقّ العُشر، بسبب ما فوّته المغرور عليه بظنه، وعلى هذا لا يتوقّف تغريمه على حصول الغرة له.

ومنهم من قال: إنما لم يستحقّه السيد بتعلق بالغرة فيأخذ منها حقّه، فإن فضل شيء، كان لورثة الجنين، وهذا بناء على أن ما يستحقّه يستحقّه بسبب الغرة فيتمسك بها، كما أن العبد الجاني إذا قتل، يتعلّق حقّ المجنيّ عليه بقيمته، وعلى هذا، لا يغرّم المغرور، حتّى يأخذ الغرة، ويُنظر إلى ما يحصل له من الغرة [فإن كان يجوز ميراث الجنين، فذاك، وإلا فيغرّم أقلّ الأمرين من حصته من الغرة] والعُشر، ولا يتصور أن يرث مع الأب المغرور إلا الجدة أمّ الأم، ولا تسقط بالأم؛ لأنها رقيقة، والظاهر الوجه الأول.

وقوله في الكتاب: [«فتغرّم»]<sup>(٣)</sup> عاقلة الجاني الغرة لورثة الجنين» يوافقه، وقرب بعضهم الوجهين في أن الواجب عُشر قيمة الأم، أو أقلّ الأمرين من القولين في أن

(٢) سقط في ز.

(١) في ز: يقوم.

(٣) سقط في ز.

السَّيِّدُ، إذا أراد فداء العبد الجاني يفديه بالأزْشِ بالغاً ما بَلَغَ، أو بأقلِّ الأمرين واستبعد الإمام أخذ ما نَحْنُ فيه من فداء العبد الجاني؛ لأنَّ الأزْشَ هناك متعلق بالعبد، والسَّيِّدُ يريد استيفاءه، فيتجه ألا يلزم أكثر من قيمته، فَإِنَّهُ سَلَّمَهُ لِلْبَيْعِ، لم يَحْصُلْ إِلَّا قَدْرُ ثَمَنِهِ ظَاهِراً، وَالَّذِي يَضْمَنُهُ الْمَغْرُورُ ههنا سَبَبُهُ التَّفْوِيتُ، فيغْرَمُ قيمة المَفْوُوتِ.

**والثاني:** أن تصدر الجناية من المَغْرُورِ نفسه، فَعَلَى عاقلته الغرَّة، وَيَجِبُ عَلَى الْمَغْرُورِ عَشْرُ قِيَمَةِ الْأَمِّ، إن اعتمدنا التَّفْوِيتَ، وأوجبنا تمام العُشْرِ، فإن زَادَ عَلَى الغرَّة، وتسلم الغرة للورثة، وإن قَصَرْنَا النَّظَرَ عَلَى الغرة، وأوجبنا أَقْلَ الأمرين، فيتعلَّق حَقُّ السَّيِّدِ بِالْغَرَّةِ، فيؤدِّي منها، وما فَضِّلَ يكون للورثة، وعلى التقديرين لا يَرِثُ المَغْرُورُ شيئاً منها؛ لِأَنَّهُ قَاتِلٌ، وَلَا يَحْجُبُ مَنْ بَعْدَهُ مِنَ الْعَصَبَاتِ، فَإِنْ كَانَ الْمَغْرُورُ عَبْدًا، فَالْغَرَّةُ تَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ، ثُمَّ إِنْ نَظَرْنَا إِلَى الغرة، ولم نوجِبْ زيادةً عليها، فإذا حَصَلَتِ الغرَّةُ صُرِفَ إِلَى السَّيِّدِ مِنْهَا عَشْرُ قِيَمَةِ الْأَمِّ، فَإِنْ فَضِّلَ شَيْءٌ، فَهُوَ لِلْوَرَثَةِ، وإن اعتمدنا التَّفْوِيتَ، سلمت الغرَّةُ للورثة، وَحَقُّ السَّيِّدِ يَتَعَلَّقُ بِذِمَّةِ الْمَغْرُورِ، [و] الثالث: أن تصدر الجناية مِنْ عَبْدِ الْمَغْرُورِ فَإِنْ اعتمدنا التَّفْوِيتَ، فَحَقُّ سَيِّدِ الْأُمَّةِ عَلَى الْمَغْرُورِ، وَلَا تَتَعَلَّقُ الغرَّةُ بِرَقَبَتِهِ، إِنْ كَانَ الْمَغْرُورُ حَائِزًا لِمِيرَاثِ الْجَنِينِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ عَلَى عِبْدِهِ شَيْئًا، وَإِنْ أَجْتَمَعَتِ جَدَّةُ الْجَنِينِ مَعَهُ تَعَلَّقَ نَصِيبُهَا بِرَقَبَتِهِ، وَإِنْ قَصَرْنَا النَّظَرَ عَلَى الغرة، تَعَلَّقَتِ الغرَّةُ بِرَقَبَتِهِ، لِيُؤدِّيَ مِنْهَا حَقَّ السَّيِّدِ، فَإِنْ فَضِّلَ شَيْءٌ، فَعَلَى مَا بَيْنَنَا.

**والرابع:** أن تصدر الجناية من سيد الأمة، فَعَلَى عاقلته الغرَّة، ثُمَّ إِنْ اعتمدنا التَّفْوِيتَ، سلمت الغرة للورثة، وَغْرَمَ الْمَغْرُورُ لِلْسَّيِّدِ عَشْرَ قِيَمَةِ الْأَمِّ.

قَالَ الْإِمَامُ - قَدَّسَ اللَّهُ رُوحَهُ -: وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ: أَنْفِصَالُهُ بِجِنَايَةِ السَّيِّدِ كَانْفِصَالِهِ بِجِنَايَةِ، فَلَا يَغْرَمُ الْمَغْرُورُ لَهُ شَيْئًا، وَإِنْ قَصَرْنَا النَّظَرَ عَلَى الغرة، فإذا حَصَلَتْ، يُصْرَفُ مِنْهَا الْعُشْرُ إِلَى السَّيِّدِ، فَإِنْ كَانَ قَدْ فَضِّلَ شَيْءٌ، فَهُوَ لِلْوَرَّةِ.

قال الإمام وإذا كانت الغرَّةُ قَدْرَ العشرِ أو أَقْلَ وَصَرَفْنَاهَا إِلَى السَّيِّدِ، كان الحاصل إيجاب مالٍ عَلَى عاقلته الجاني للجاني، وهو مستبَعَدٌ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ قَالَ.

فرعان:

**الأول:** حَكَى الْقَاضِي ابْنُ كَعْبٍ وَغَيْرُهُ طَرِيقَيْنِ فِي خِيَارِ الْعُرُورِ، هَلْ هُوَ عَلَى الْقُورِ؟. أَشْبَهُهُمَا: نَعَمْ، كَخِيَارِ الْعَيْبِ.

**والثاني:** أنه على الأقوال التي [سندكرها] (١) في خيار العتق، وفي «التَّهْدِيبِ» إنا

إذا أثبتنا الفسخ ينفرد مَنْ له الخيارُ بالفسخ، ولا يُحتاج إلى الحاكم، كفسخ البيع بالعيب ولكن هذا الخيارُ مختلفٌ، فيه فإنما يُبطلُ العقدَ على رأي، وبتقديرِ الصحة، ففي الخيار اختلافٌ، فليكن كفسخ النكاح بالغيبِ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (السَّبَبُ الثَّلَاثُ: الْعَتَقُ) وَإِذَا عَتَقْتَ تَحْتَ عَبْدٍ فَلَهَا الْخِيَارُ، وَإِنْ عَتَقْتَ تَحْتَ حُرٍّ فَلَا خِيَارَ (ح). وَإِنْ عَتَقَ نِصْفَهَا فَلَا خِيَارَ (ز)، وَلَوْ عَتَقْتَ تَحْتَ مَنْ نِصْفُهُ رَقِيقٌ فَلَهَا الْخِيَارُ، وَلَوْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الْفَسْخِ طَلَاقًا رَجْعِيًّا فَلَهَا الْفَسْخُ لِيَنْقَطِعَ سُلْطَانُ الرُّوْحِ، وَإِنْ أَجَارَتْ لَمْ يَنْفُذْ؛ لِأَنَّهَا مُحَرَّمَةٌ، وَقِيلَ: يُخْرَجُ عَلَى وَقْفِ الْعُقُودِ، فَإِنْ كَانَ الطَّلَاقُ بَاطِنًا بَطَلَ خِيَارُهَا، وَلَوْ عَتَقَ الرُّوْحُ وَتَحْتَهُ أُمَّةٌ فَلَا خِيَارَ لَهُ (و)، وَإِنْ فَسَخْتَ قَبْلَ الْمَسِيْسِ، فَلَا مَهْرَ لَهَا، وَإِنْ فَسَخْتَ بَعْدَ الْمَسِيْسِ فَلِسَيِّدِ كَمَا لَ الْمُسْمَى قَوْلًا وَاحِدًا، وَهَذَا الْخِيَارُ أَيْضًا عَلَى الْفَوْرِ (ح)، وَفِي قَوْلِ يَتِمَادَى إِلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، وَفِي قَوْلِ لَا يَسْقُطُ (ح) إِلَّا بِإِسْقَاطِ أَوْ تَمَكِّيْنِ (ح) مِنَ الْوَطْءِ، فَلَوْ مَكَثَتْ ثُمَّ أَدْعَتِ الْجَهْلِيَّ بِالْعَتَقِ لَمْ يَسْقُطْ خِيَارُهَا إِذَا حَلَفَتْ، وَلَوْ أَدْعَتِ الْجَهْلِيَّ بِأَنَّ الْخِيَارَ عَلَى الْفَوْرِ لَمْ تُعْذَرْ، وَلَوْ أَدْعَتِ الْجَهْلِيَّ بِثُبُوتِ أَصْلِ الْخِيَارِ فَعُذِرَ عَلَى قَوْلِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: من أسباب الخيار حدوثُ عتقِ المنكوحه، فإذا عتقت الأمة تحت عبداً، ثبت لها الخيار، لِمَا رُوِيَ أَنَّ بَرِيرَةَ أُعْتِقَتْ فَخَيَّرَهَا رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ<sup>(١)</sup> - وَكَانَ زَوْجُهَا عَلَى مَا رُوِيَ عَنْ عَائِشَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - وَأَبْنِ عَمَرَ وَأَبْنِ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - عَبْدًا<sup>(٢)</sup>.

(١) أخرجه النسائي وابن حبان والطحاوي وابن حزم، من حديث عائشة بهذا، قال الطحاوي: يحتمل أن يكون من كلام عروة، قلت: وقع التصريح بذلك في سنن النسائي، وقال ابن حزم: يحتمل أن يكون من كلام عائشة أو من دونها، والتخيير ثابت في الصحيحين رواه مسلم [١٥٠٤] من حديث عائشة أيضاً من طرق، وفي الطبقات لابن سعد عن عبد الوهاب بن عطاء عن داود بن أبي هند عن عامر الشعبي: أن النبي ﷺ قال لبريرة لما عتقت قد عتق بضعك معك، فاختاري، هذا مرسل، ووصله الدارقطني من طريق أبان بن صالح عن هشام عن أبيه عن عائشة.

(٢) قال الحافظ أما رواية عائشة فرواها مسلم من حديث عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه عنها، وعنده وعند النسائي من طريق يزيد بن رومان عن عروة عنها: كان زوج بريرة عبداً، وقد اختلف فيه على عائشة، فروى الأسود بن يزيد عنها: أنه كان حراً، قال إبراهيم بن أبي طالب: خالف الأسود الناس، وقال البخاري [٥٢٨٣]: هو من قول الحكم، وقول ابن عباس، أنه كان عبداً أصح، وقال البيهقي [٢٢٢٢/٧]: روي عن القاسم وعروة ومجاهد وعمرة كلهم، عن عائشة أنه كان عبداً، وروى شعبة عن عبد الرحمن بن القاسم أنه قال: ما أدري أحر أم عبداً؟ ورواه البيهقي عن سماك عن عبد الرحمن بن القاسم فقال: كان عبداً، وكذا رواه أسامة بن زيد عن القاسم عن =

وَأَنَّ عَتَقْتَ تَحْتَ حُرٍّ، فَلَا خِيَارَ لَهَا، وَبِهِ قَالَ أَحْمَدُ وَمَالِكٌ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: لَهَا الْخِيَارُ، دَلِيلُنَا أَنَّ الْكَمَالَ الْحَادِثَ لَهَا حَاصِلٌ لِلزَّوْجِ، فَأَشْبَهَ مَا إِذَا أَسْلَمْتَ كِتَابِيَّةً تَحْتَ مَنْسَلِمٍ، وَلَيْسَ كَمَا إِذَا أُعْتِقْتَ تَحْتَ عَبْدٍ؛ لِأَنَّهَا تَنْصَرُّ هُنَاكَ مِنْ حَيْثُ إِنْ سَيِّدُهُ يَمْنَعُهَا، وَلَا نَفَقَةَ لَوْلدهَا عَلَيْهِ، وَلَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَيْهَا، وَلَا يَرِثُ مِنْهَا، وَهَهُنَا بِخِلَافِهِ، وَإِنَّمَا يَثْبِتُ الْخِيَارَ، إِذَا عَتَقَ كُلُّهَا، فَأَمَّا إِذَا عَتَقَ بَعْضَهَا، فَلَا خِيَارَ لِبَقَاةِ التَّقْصَانِ، أَوْ أَحْكَامِ الرَّقِّ خِلَافًا لِلْمَزْنِيِّ فِيمَا رَوَى الْمُؤَفَّقُ بْنُ طَاهِرٍ.

وَلَوْ ذُبِّرَتْ أَوْ كُوِّبَتْ، أَوْ عُتِقَ عَتَقُهَا بِصِفَةٍ، فَكَذَلِكَ لَا خِيَارَ، وَلَوْ عَتَقْتَ تَحْتَ مِنْ بَعْضِهِ رَقِيقًا، أَوْ تَحْتَ مَكَاتِبٍ، أَوْ مَذْبَرٍ، ثَبِتَ لَهَا الْخِيَارُ؛ لِوُجُودِ التَّقْصَانِ فِيهِ، وَلَا فَرْقٌ فِي ثُبُوتِ الْخِيَارِ بَيْنَ أَنْ تَطْرَأَ الْحَرِيَّةُ، قَبْلَ تَطْرَأِ، وَهِيَ مَكَاتِبَةٌ، أَوْ مَذْبَرَةٌ، وَلَوْ عَتَقَ الزَّوْجَ، وَتَحْتَهُ أُمَّةٌ فِيهِ وَجْهٌ أَوْ قَوْلٌ أَنَّ لَهُ الْخِيَارَ، كَمَا فِي الطَّرْفِ الْآخَرَ، وَلِهَذَا يُسَوَّى بَيْنَهُمَا فِي خِيَارِ الْعَيْبِ، وَالظَّاهِرُ الْمَنْعُ؛ لِأَنَّ مَعْتَمِدَ هَذَا الْخِيَارِ الْخَبْرُ، وَلَيْسَتْ الصُّورَةُ فِي مَعْنَى صُورَةِ النَّصِّ، لِأَنَّهُ لَا يَتَعَيَّرُ بِاسْتِفْرَاشِ النَّاقِصَةِ، وَيُمْكِنُهُ التَّخْلُصُ بِالطَّلَاقِ، وَلَوْ عَتَقًا مَعًا، فَلَا خِيَارَ.

وَيَثْبِتُ خِيَارَ الْعِتْقِ لِلصَّبِيَّةِ وَالْمَجْنُونَةِ عِنْدَ الْبُلُوغِ وَالْإِفَاقَةِ، وَلَا يَقُومُ الْوَلِيُّ مَقَامَهُمَا فِي الْفَسْخِ وَالْإِجَازَةِ؛ لِأَنَّهُ خِيَارُ شَهْوَةٍ وَطَبِيعٍ، وَلَوْ عَتَقَ الزَّوْجَ قَبْلَ أَنْ تَفْسَخَ الْعَيْتِقَةُ، فَقَوْلَانِ:

أَظْهَرُهُمَا<sup>(١)</sup>: وَهُوَ الْمَنْصُوصُ فِي «الْمُخْتَصَرِ»: أَنَّهُ يَبْطُلُ خِيَارُهَا؛ لِزَوَالِ الضَّرَرِ، وَالْخِلَافُ فِي الْمَسْأَلَةِ كَالْخِلَافِ فِي الرُّدِّ بَعْدَ زَوَالِ الْعَيْبِ، وَفِي الْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ بَعْدَ بَيْعِ مَا تَسْتَحِقُّ بِهِ الشُّفْعَةَ، ثُمَّ فِيهِ مَسَائِلٌ.

**المسألة الأولى:** لَوْ طَلَّقَهَا الزَّوْجَ طَلَاقًا رَجْعِيًّا، فَعَتَقْتَ فِي الْعِدَّةِ، فَلَهَا الْفَسْخُ؛ لِتَقَطُّعِ سُلْطَنَةِ الرَّجْعَةِ، وَتَدْفَعِ تَطْوِيلَ الْإِنْتِظَارِ، لِأَنَّهَا لَوْ أَخْرَجَتْ الْفَسْخَ إِلَى أَنْ يَرِجَعَ

= عَائِشَةُ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لَهَا: إِنْ شِئْتَ أَنْ تَتَوَيَّعَ تَحْتَ الْعَبْدِ، قَالَ الْمَنْذَرِيُّ: رَوَى عَنِ الْأَسْوَدِ أَنَّهُ قَالَ: كَانَ عَبْدًا، فَاخْتَلَفَ فِيهِ عَلَيْهِ، مَعَ أَنَّ بَعْضَهُمْ يَقُولُ قَوْلَهُ: كَانَ حُرًّا مِنْ قَوْلِ إِبْرَاهِيمَ، وَقِيلَ: مِنْ قَوْلِ الْحَكَمِ وَأَمَّا رِوَايَةُ ابْنِ عَمْرٍ: فَرَوَاهَا الدَّارِقُطْنِيُّ وَابِيهَقِيُّ مِنْ حَدِيثِ نَافِعٍ، عَنْ ابْنِ عَمْرٍ قَالَ: كَانَ زَوْجٌ بَرِيرَةَ عَبْدًا، وَفِي إِسْنَادِهِ ابْنُ أَبِي لَيْلَى، وَقَدْ رَوَاهُ الْبَيْهَقِيُّ مِنْ رِوَايَةِ نَافِعٍ عَنْ صَفِيَّةِ بِنْتِ أَبِي عَيْبِدٍ، وَإِسْنَادُهُ أَصَحُّ، وَهُوَ فِي النَّسَائِيِّ أَيْضًا، وَأَمَّا رِوَايَةُ ابْنِ عَبَّاسٍ: فَرَوَاهَا الْبَخَارِيُّ مِنْ رِوَايَةِ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْهُ: أَنَّ زَوْجًا بَرِيرَةَ كَانَ عَبْدًا يُقَالُ لَهُ مَغِيثٌ، كَانِي أَنْظَرَ إِلَيْهِ يَطُوفُ خَلْفَهَا بِبِكْيِ، الْحَدِيثُ. وَرَوَاهُ أَحْمَدُ وَأَبُو دَاوُدَ [٢٢٣١ - ٢٢٣٣] وَالتِّرْمِذِيُّ وَالتَّطْبَرَانِيُّ، وَفِي رِوَايَةِ التِّرْمِذِيِّ: أَنَّ زَوْجًا بَرِيرَةَ كَانَ عَبْدًا أَسْوَدَ لِبْنِي الْمَغِيرَةَ يَوْمَ أَعْتَقْتَ.

(١) قَالَ الشَّيْخُ الْبَلْقِينِيُّ: مَحَلُّ هَذَا فِيمَا إِذَا عَلِمْتَ وَأَخْرَجْتَ الْفَسْخَ أَمَا عَلَى قَوْلِنَا عَلَى التَّرَاخِيِّ أَوْ لَعْدَرِ أَمَا إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِعَتَقِهَا فَقَالَ الْمَاوَرِدِيُّ فِي الْحَاوِي: الْخِيَارُ بَاقٍ عَلَى الْأَقَاوِيلِ كُلِّهَا.

كأنتِ العدة من يومئذ، وفي «أمالي» أبي الفرج السرخسي وجه عن صاحب «التقريب» أن الفسخ موقوف، إن راجعها، نَقَذَ، وَإِلَّا، فَلَا، وَإِذَا فَسَخْتَ، فَتَسْتَأْنِفُ عِدَّةَ أُخْرَى، أم يكفي بقیة تلك العدة؟ فيه قولان، كما لو طلق الرجعية، طلقه أخرى، وإذا قلنا بالبناء، فتكمل عدة الحرائر، أم تكفي عدة الإمام؟ فيه خلاف وموضع بيان ذلك «كتاب العدة» ولو أخرجت الفسخ، فلها ذلك، ولا يبطل خيارها؛ لأنها بصدد البينة، وقد لا يراجعها، فيحصل الفراق من غير أن تظهر من نفسها الرغبة عنه، ولو أجازت، لم تنفذ الإجازة؛ لأنها محرمة منتهية إلى البينة، والإجازة لا تلائم حالها.

قَالَ الْإِمَامُ: ولم يخرجوه على وقف العقود؛ لأن شرط الوقف أن يكون مورد العقد قابلاً لمقصود العقد؛ ألا ترى أن بيع الخمر لا يوقف إلى أن يتخلل، وهي على حالتها غير مستحيلة، وحكي عن الشيخ أبي محمد حكاية وجه في نفوذ إجازتها وصاحب «الكتاب» نقله عن بعضهم تخريجاً على وقف العقود، فإن راجعها، نَقَذَتْ، وَإِلَّا لَعَنَتْ.

ولو ثبت لها خيار العتق، فطلقها قبل أن تفسخ، فإن كان الطلاق رجعيًا بقي حقها في الفسخ، والحكم كما إذا أعتقت في العدة، وإن كان الطلاق بائناً، فعن نَصِهِ فِي «الأم»: أنه موقوف [إن فسخت] <sup>(١)</sup> بَأَنَّ الطَّلَاقَ لَمْ يَقَعْ، وإن لم تفسخ، بَأَنَّ الطَّلَاقَ وَقَعَ؛ لأن تنفيذه في الحال يبطل حقاً من الفسخ فليمتنع، وأيضاً، فإنه، إذا طلق في الردة يكون الطلاق مؤوقفاً، فكذا ههنا، والأصح المذكور في «الكتاب»، وهو المنقول عن نَصِهِ فِي «الإملاء»: أنه يقع الطلاق؛ لمصادفته للنكاح، ويبطل الخيار، وليس كالطلاق في الردة؛ لأن الانفساخ بالردة يستند إلى حالة الردة، فتبين أن الطلاق لم يصادف النكاح، والفسخ بالعتق لا يستند إلى ما قبله، ومنهم من لم يثبت القول الأول، ولو طلق الزوج المعيب قبل فسخ الزوجة، ففي نفوذ الطلاق أو وقفه هذا الخلاف <sup>(٢)</sup>، ويجوز إعلام قوله في «الكتاب» «وإن أجازت لم ينفذ» بالواو؛ للوجه الذاهب إلى أن تنفيذهما مطلقاً.

المسألة الثانية: إن فسخت العتقة النكاح قبل الدخول، سقط المهر، وليس لسيدها منعها من الفسخ؛ فإنه مشروع لدفع الضرر عن نفسها، وإن فسخت بعد الدخول، نُظِرَ؛ إن تقدم الدخول على العتق، وجب المسمى، وإن تأخر عن العتق، وكانت هي جاهلة بالحال، فيجب مهر المثل أو المسمى جعله صاحب «التهذيب» على الخلاف المذكور فيما إذا حدث العيب، ثم جرى الدخول، ثم فرض الفسخ.

(١) سقط في ز.

(٢) قال الشيخ البلقيني: نقل في البيان عن الشيخ أبي حامد أنه لا خلاف في نفوذ طلاق المعيب.

وقال: ظاهرُ المذهبِ وجوبُ مهرِ المثل؛ لأن سببَ الفسخِ قد يقدمُ على الدخول، فكأنه وُجدَ يومَ العقد، وعلى هذا، جرى أئمتنا العراقيون، وربما اقتصروا على وجوب مهر المثل، ولم يذكروا فيه خلافاً، ورجَّح جماعة قولَ وجوبِ المسمى، وزاد الإمام، وصاحبُ «الكتاب» فقالا: «إذا جرى الفسخُ بعدَ الدخولِ يجبُ المسمى، ولا يجري فيه القولُ المنصوصُ في العيوبِ أنه يجبُ مهرُ المثل فيه» ووجهها بأن المهر للسيد لا لها، وهو بالإعتاقِ محسِنٌ إليها، فلا ينبغي أن يُردَّ إلى مهر المثل، وقد يعترض عليه الأولون، بأن مهر المثل قد يزيدُ على المسمى، ويتقدير أن يزيد المسمى، فلا يبعدُ أن يجبُ الردُّ إلى مهر المثل قضيةً للفسخ، وإن لم يكن المهرُ لها، كما يسقطُ جميعه، إذا فسخت قبلَ الدخول، وسواءً وجبَ مهر المثل أو المسمى، فإنه للسيد، وكذا لو اختارتِ المقامَ معه، وجرى في العقد تسميةً صحيحةً أو فاسدةً، فالمهرُ للسيد، لأنه وجبَ بالعقد، وإن كان السيدُ زوجها على صور: التفويض، فإن دخل بها الزوج، أو فرض لها قبل العتق، فهو للسيد أيضاً، وإن عتقت، ثم دخل بها، أو فرض لها فقولان: في أن المهرَ لها، أو للسيد؛ بناءً على أن مهرَ المفوضةِ يجبُ بالعقد، أو بالفرض، أو بالدخول.

**المسألة الثالثة:** خيارُ العتقِ على الفورِ في أظهر القولين، كخيار العيبِ في البيع وغيره.

**والثاني:** على التراجحي؛ لأنه زوي أن زوجَ بريرةَ كان يطوفُ خلفها، ويبيكي؛ خوفاً: من أن تفارقه، وطلبَ من النبي - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أن يشفعَ إليها، فلم يقبل، وفارقتُه<sup>(١)</sup>، ولو كان على الفور، لبطلَ حقها بالتأخير، وأستغنى عن الشفاعة، وعلى هذا فقولان:

أحدهما: أنه يمتدُّ ثلاثةَ أيام: لأنها قد تحتاجُ إلى نظرٍ وتأملٍ، لتعرف المصلحة، ومدة الثلاثِ قريبة، وهي مدة التروي في الشروع.

**والثاني:** تمتدُّ إلى أن تصرَّحَ [بإسقاطه]<sup>(٢)</sup> أو تُمكنَ من الوطاء طائعةً؛ لما زوي أنه - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قال لبريرة: «إن كانَ قَرَبِكَ، فلا خيارَ لك»<sup>(٣)</sup> وعن حفصة -

(١) أخرجه أحمد والبخاري وغيرهما من حديث ابن عباس وقد تقدم.

(٢) في ز: بانتقالها.

(٣) أخرجه أبو داود [٢٢٣٦] رواه الشافعي [١٦٠٩] عن عائشة بهذا، والبخاري من وجه آخر عنها، قوله: وعن حفصة مثل ذلك، مالك في الموطأ رواه الشافعي شهاب عن عروة: أن مولاة لبني عدي يقال لها زبراء أخبرته أنها كانت تحت عبد، وهي أمة نوبية فعتقت، قالت: فأرسلت إلى حفصة زوج النبي ﷺ فعدعتني، فقالت إني مخبرتك خيراً، ولا أحب أن تصنعي شيئاً، إن أمرك يبذلك ما لم يمسك زوجك، قالت: فارقت.

رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - مِثْلُ ذَلِكَ، وقد يُتْرَكُ التَّنْزِيلُ، ويقال: في المسألة ثلاثة أقوال، كما في «الكتاب» وفي «الشَّامِلِ»؛ أن بعض الأصحاب ذَهَبَ إلى أَنَّ خِيَارَهَا مَقْدَرٌ بِالْمَجْلِسِ.

التفريع: إن قلنا: إنَّه على الفور، فالْحُكْمُ على ما ذَكَرْنَا في الرَّدِّ بالعَيْبِ، وفي الشُّفْعَةِ، وذكر الإمام - قَدَسَ اللَّهُ رَوْحَهُ - تفريعاً على القَوْلِ الثَّانِي؛ أن أبتداء الأيَّامِ الثَّلَاثَةِ تُحَسَّبُ من وقت تَخْيِيرِهَا، وَذَلِكَ إذا عَلِمْتَ بالعِتْقِ، وبتأثيره في الخيار، ولا تُحَسَّبُ من وقت العِتْقِ، وذكر تفريعاً على القول الثالث: أَنَّهَا لو مَكَّنْتَ، ولكن لم يُصِبْهَا الزَّوْجُ لا يبطل حَقِّهَا؛ لأن التمكين من الوطاء لا يتحقَّقُ إلا عند حصول الوطاء، وأنه لو أَصَابَهَا الزَّوْجُ قَهْرًا، ففي سقوط الخيار تردُّد؛ لأنها كانت متمكِّنة من الفسخ عند الوطاء فإن كَانَ قد قبض على فيها، فلا تردُّد في بقاء حَقِّهَا وحكى القاضي ابنُ كَيْجٍ تفريعاً على [هذا القول] <sup>(١)</sup> وجهين فيما إذا قال: أصبتهَا، وَأَنْكَرْتَ، في وجه يُصَدِّقُ الزَّوْجُ؛ لأن الأصل بقاء النكاح، وفي وجه: تُصَدِّقُ الزَّوْجَةَ؛ لأن الأصل عَدَمُ الإِصَابَةِ، وبقاء الخيار، ولو تمكَّنت من الفسخ، ولم تَفْسَخْ وقلنا بالقول الأول؛ أو مضت ثلاثة أيَّامٍ، ولم تَفْسَخْ، وقلنا بالقول الثاني، أو مكَّنت من الوطاء وقلنا بالقول الثالث، ثم ادَّعَتِ الْجَهْلُ بالعِتْقِ، فالقول قولها مع يمينها، إن لم يُكذِّبْهَا ظاهرُ الحال؛ بأن كان السُّيْدُ غائِباً وقت العِتْقِ، وإن كذَّبها ظاهرُ الحال؛ بأن كانت معه في بيته، ويعدُّ خفاءً العِتْقُ عَلَيْهَا، فالمصدق الزوج، ومنهم من أطلق في الْمَسْأَلَةِ قولين، ويحكى ذلك عن أَبِي إِسْحَاقَ، وَالظَّاهِرُ الْأَوَّلُ، وَإِنْ ادَّعَتِ الْجَهْلُ؛ بأن العتق يُثَبِّتُ الخِيَارَ، فقولان:

أحدهما: أنها لا تصدق ويبطل الخيار، كما إذا قال المُشْتَرِي لم أعلم أنَّ العيب يُثَبِّتُ الخيار.

وأصحُّهما: التضديق؛ لأن الأصل عَدَمُ العِلْمِ، ويخالف خيار العيب؛ لأنه مشهور يعرفه كلُّ أحد، وهذا خفي لا يعرفه إلا الخواص.

وحكى أبو الفرج الزاز طَرِيقَةَ قَاطِعَةَ بالقول الأول، وهي بعيدة وأما قوله في الكتاب: «ولو ادَّعَتِ الْجَهْلُ بِأَنَّ الخِيَارَ عَلَى الفور لم تُعَدَّر» <sup>(٢)</sup> فيجوز أن يُوجَّه بأن الغالب أن مَنْ علم أصل ثبوت الخيار يَعْلَمُ كونه أيضاً على الفور، وإذا علمت أن ههنا خياراً، بسبب النقصان أشبه أن تعرف التحاقه به، ولم أرَ تعرُّضاً لهذه الصورة في سائر كتب الأصحاب، نعم، صورها العَبَادِيُّ في «الرقم» وأجاب بأنَّها، إن كانت قديمة العهد

(١) في ز: هذين القولين.

(٢) قال في المهمات: دعوى الجهل بالفور مذكور في الشامل لابن الصباغ في اللعان وحكي فيها قولان من غير تفصيل بين قريبة العهد بالإسلام وغيرها.

بِالإِسْلَامِ، وَخَالَطَتْ أَهْلَهُ لَمْ تُعْذَرِ، وَإِنْ كَانَتْ حَدِيثَةَ الْعَهْدِ، أَوْ لَمْ تَخَالَطْ أَهْلَهُ، فَقَوْلَانِ، وَإِذَا عَرَفْتَ جَمِيعَ مَا ذَكَرْنَا، أَعْلَمْتَ قَوْلَهُ فِي «الْكِتَابِ قَوْلًا وَاحِدًا» بِالْوَاوِ، وَكَذَا قَوْلُهُ «لَمْ يَسْقُطْ خِيَارُهَا»، وَقَوْلُهُ: «لَمْ تُعْذَرِ».

وقوله «آخرأ» على قول» ويجوز أن يُعْلَمَ الْحُكْمُ فِي الْأَقْوَالِ، الثَّلَاثَةُ بِالْحَاءِ، لِأَنَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - يَجِبُ لَهَا الْخِيَارُ [مَا دَامَتْ] <sup>(١)</sup> فِي الْمَجْلِسِ، كَالْوَجْهِ الْمَنْقُولِ عَنِ «الشَّامِلِ» وَحَيْثُنْذِ، فَلَا يَكُونُ عَلَى الْقَوْرِ، وَلَا يَتَقَدَّرُ بِثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، وَيَسْقُطُ مِنْ غَيْرِ إِسْقَاطٍ وَتَمَكِينٍ مِنَ الْوَطْءِ.

فَرُغَ: هَذَا الْفَسْخُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى مَرَاجَعَةِ الْحَاكِمِ، وَالْمَرَاغَةَ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ ثَابِتٌ بِالنَّصِّ وَالْإِجْمَاعِ، فَاشْبَهَ الرَّدَّ بِالْعَيْبِ وَالشُّفْعَةَ <sup>(٢)</sup>.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: (السَّبَبُ الرَّابِعُ: الْعُنَّةُ) وَمَهْمَا وَقَعَ الْيَأْسُ عَنِ الْوَطْءِ بِجَبِّ أَوْ عُنَّةٍ أَوْ مَرَضٍ مُزْمِنٍ ثَبَّتَ لَهَا الْخِيَارُ، وَفِي الْحَاقِ الْإِخْصَاءِ بِالْجَبِّ قَوْلَانِ، وَالْعُنَّةُ الطَّارِئَةُ بَعْدَ الْوَطْءِ لَا تُؤَثِّرُ، وَلَوْعَنْ عَنِ امْرَأَةٍ دُونَ غَيْرِهَا فَلَهَا الْخِيَارُ، وَلَوْعَنْ عَنِ الْمَأْتَى وَقَدَّرَ عَلَى غَيْرِ الْمَأْتَى فَلَهَا الْخِيَارُ (و).

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قَدْ مَرَّ فِي فَضْلِ الْعَيْبِ أَنَّ الْعُنَّةَ مِنْ أَسْبَابِ الْخِيَارِ؛ لِأَنَّهَا تُفَوِّتُ الْجَمَاعَ، وَتَوْجِبُ الْيَأْسَ مِنْهُ، وَالْجَبُّ أَيْضًا يَثْبِتُ الْخِيَارَ، إِنْ لَمْ يَبْقَ مَا يُمْكِنُ الْجَمَاعَ بِهِ؛ بَأَنَّ اسْتَوْصَلَ الْعَضْوُ، وَكَانَ الْبَاقِي دُونَ قَدْرِ الْحَشْفَةِ، فَإِنْ بَقِيَ قَدْرُ الْحَشْفَةِ أَوْ أَكْثَرُ، فَلَا خِيَارَ بِسَبَبِ الْجَبِّ وَفِي كِتَابِ الْقَاضِي ابْنِ كَيْجٍ أَنَّ أَبَا الطَّيِّبِ بِنَ سَلَمَةَ خَرَّجَهُ عَلَى قَوْلَيْنِ، كَمَا فِي الْخِصَاءِ، وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ، لَكِنْ لَوْ عَجَزَ عَنِ الْجَمَاعِ بِهِ، فَهُوَ كَالسَّلِيمِ، إِذْ عَجَزَ، فَتَضَرَّبَ لَهُ الْمُدَّةُ.

وَعَنِ الشَّيْخِ أَبِي حَامِدٍ: أَنَّهُ يَثْبِتُ الْخِيَارُ فِي الْحَالِ؛ لِأَنَّ الْعَيْبَ مُتَحَقِّقًا، وَالظَّاهِرُ دَوَامُ الْعَجْزِ، وَفِي مَعْنَاهُمَا الْمَرَضُ الْمَزْمِنُ الَّذِي لَا يَتَوَقَّعُ زَوَالَهُ، وَلَا يُمْكِنُ الْجَمَاعُ مَعَهُ ذَكَرَهُ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ وَغَيْرُهُ، وَإِذَا وَجَدْتَ الْمَرْأَةَ زَوْجَهَا خِصِيًّا مُوجُو الْخِصِيَّتَيْنِ أَوْ مَسْلُولِيهِمَا، فَهَلْ لَهَا الْخِيَارُ فِيهِ قَوْلَانِ:

أَحَدُهُمَا: نَعَمْ؛ لِأَنَّ فِي الْمَقَامِ تَحْتَهُ عَارًا عَلَيْهَا؛ وَلِأَنَّهُ لَا يَلِدُ.

(١) فِي ز: إِذَا مَت.

(٢) قَالَ النَّوَوِيُّ: وَلِلزَّوْجِ وَطْءَ الْعَتِيقَةِ مَا لَمْ تَفْسَخْ، وَكَذَا لِلزَّوْجِ الصَّغِيرَةِ وَالْمَجْنُونَةِ، الْعَتِيقِينَ وَطُوهُمَا مَا لَمْ تَفْسَخْ بَعْدَ الْبُلُوغِ وَالْإِفَاقَةِ.



وأصحهما: المنع، وقد قطع به بغضهم<sup>(١)</sup>، لبقاء آلة الجماع، وقدزته عليه، ويقال: إنه أقدر عليه، لأنه لا يُنزل، ولا يعتريه فتور، ويُنسب الأول إلى القديم، والثاني إلى الجديد، والعنة الطارئة بعد الوطء لا تؤثر؛ لأن القدرة قد تحققت بالوطء، فيكون العجز بعده لعارض، والمسألة مكررة قد ذكرها مرة في العيوب، ولو كان تحته امرأتان مثلاً، فعن عن واحدة دون الأخرى، ثبت الخيار للتي عن عنها؛ لفوات الاستمتاع عليها.

قال الأضحاب: وقد يتفق ذلك لانحباس الشهوة عن امرأة معينة بسبب نفرة عنها أو حياءٍ منها ويقدر على غيرها للميل إليها، والأنس بها، فأما العجز المحقق لضغف في الدماغ، أو في القلب، أو في الكبد، أو لخلل في نفس الآلة، فإنه لا يختلف بالنسوة، وكذلك قد يفرض العجز عن المأتي، والقدرة على غير المأتي لاعتقاد خبيث، فيثبت الخيار.

وحكى الحنطلي في وجهها آخر بعيداً ولو عجز عن افتراع زوجته البكر، وهو يأتي الثيب، فلها الخيار، والله أعلم.

قال العزالي: ولو امتنع مع القدرة فلا خيار، ولكن لها المطالبة بوطء واحدة على أحد الوجهين لتقرير المهر وتخصيل التخصين، فإن عللنا بالمهر كانت المطالبة للسيد في الأمة، ولم يثبت لها بعد الإبراء، ويسقط الطلب بإبلاج الحشفة.

قال الرافعي: [والمرأة إذا اعترفت]<sup>(٢)</sup> بقدرته على الوطء وقالت: إنه يمتنع منه، فلا خيار لها، كما لا خيار للبائع، إذا امتنع المشتري من تسليم الثمن مع القدرة، والمرأة إذا امتنع الزوج من الإنفاق مع القدرة، وهل للمرأة المطالبة بوطء واحدة، وهل يُجبر الزوج عليها؟ فيه وجهان:

أصحهما: لا؛ لأن الاستمتاع حقه، فلا يُجبر على استيفائه كسائر الوطات.

والثاني: نعم، ورأيت في مجموع أبي الحسن بن القطان أن أبا سعيد ذهب إليه، وذكروا في توجيهه معنيين:

أحدهما: استقرار المهر لتأمين من سقوط نصفه بالطلاق، وكله بالفسخ.

(١) قال الشيخ البلقيني: كلامه يقتضي أن مقابله قديم وليس كذلك فقد نص عليه في مختصر المزني فقال: وللمرأة الخيار في المجهوب وغير المجهوب من ساعتها لأن المجهوب لا يجامع أبداً وإن الخصي ناقص عن الرجال وإن كان له ذكر إلا أن تكون علمت فلا خيار لها.

(٢) في ز: وإذا عرفت المرأة.

والثاني: حصول الاستمتاع، لأنَّ النكاحَ شرع لإعفاف الزوجين، [وتحصينهما]<sup>(١)</sup> معاً، وإليه إشارة بقوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٢٨] وفي «سلسلة» الشيخ أبي محمد أن الوجهين مبنيان على قولين ذكرهما بعض الأصحاب، فيما إذا نكح امرأة بشرط ألا يطأها، هل يصحُّ النكاح؟.

إن قلنا: لا يصحُّ النكاح؛ لأنه خلافُ قضية العقد، وجبت وطأة واحدة للاستمتاع وإن قلنا: يصحُّ، لم يجب.

وإن قلنا بالوجه الثاني، فلو كانت المنكوحه أمة، فالطلب للسيد عند من علل باستقرار المهر، ولها عند من علل باستحقاق الاستمتاع، ولو أبرأ عن المهر، فلا مطالبة لها بالمهر عند من علل بالاستقرار، ولها المطالبة على المعنى الثاني، ولا يزهد إلى الوطء بل يمهل حتى يستعد له على العادة.

قال الإمام: وكان يليق بالقياس أن يمهل مدة الإيلاء، إذا قلنا: إنَّ الطلب؛ لاستحقاق الاستمتاع، ولو كان به مرضٌ أو عذرٌ، فلا بد من الإمهال إلى أن يرتفع العذر، وإن أصرَّ على الامتناع من غير عذرٍ، حبس، ولم يستبعد الإمام أن يخرج من الإيلاء أن القاضي يُطلق عليه، ولكن لم يخرجوه<sup>(٢)</sup>.

وأما قوله في الكتاب «تسقط الطلب بإيلاج الحشفة»، فيجوز أن يجعل من تتمّة المسألة، إلا إذا قلنا: إنّه يجبر على وطأة واحدة، فيكفي منه تغييب الحشفة، وبه يشعر نظم «الوسيط» ويجوز أن يُجعل كلاماً مبتدأ، ويقال: معناه أنه يسقط مطالبة [العنين بالفسخ وغير العنين إذا أوجبا وطأة]<sup>(٣)</sup> بتغييب الحشفة، فإنَّ أحكام الوطء، كلّها منوطه به، كالتحصين، والتحليل، ووجوب الحدِّ، والكفارة، وفساد العبادة، وتخريم المصاهرة وغيرها.

قال الإمام - قدّس الله روحه -: وسببه بعد الاتباع أن الحشفة هي الآلة الحساسة

(١) في ز: وتخصصهما.

(٢) قال الشيخ البلقيني: ذكر الماوردي المسألة فقال: وإن كان غير معذور أخذه الحاكم إذا رفعته الزوجة إليه بالوطء أو الطلاق كما يؤخذ المولى بهما ولم يؤجله لأنه ليس بعنين ولا يطلق عليه الحاكم بخلاف المولى في أحد القولين بل يحبس حتى يفعل أحد الأمرين من الوطء أو الطلاق فامتنع من تخريجه على الإيلاء وفي الفرق صعوبة وكان الفرق أن المطالبة بالوطء إما لتقرير المهر وإما لحصول التعفف، فإذا طلق القاضي أدى إلى عكس المقصود بخلاف الإيلاء فإن الزوج قد أحدث حلفاً مضرّاً فقلنا: للقاضي قطع ذلك بأن يطلق على قول ولا يؤدي إلى عكس المقصود والله أعلم.

(٣) في ز: العين ومحالة الفسخ.

لِتِلْكَ اللَّذَّةِ. قال: ويعني بغيوبة الحشفة أن يشتمل الشفران، وملتقاهما عليها أما إذا انقلب الشفران إلى الباطن، وكانت الحشفة تُلَاقِي ما أُنْعَكَسَ من البشرة الظاهرة، ففيه تردُّ؛ لأنها حَصَلَتْ في حَيْزِ الباطن، وذكر في «التهذيب»؛ أن أقل ما يزول به حَكْمُ العُتَّةِ، إن كانت بكرةً أن يفتضها بألة الافتضاض، وإن كانت ثيباً أن تَغْيِبَ الحشفة، وهذا يدل على أن الافتضاض لا يَحْضِلُ بَتَغْيِبِ الحشفة، ومن جُبَّ بعضُ ذَكَرِهِ، فغَيَّبَ من الباقي قَدْرَ الحشفة، فهو كَتَغْيِبِ السليم الحشفة، ومنهم من أعتبر تغيب الكل؛ لأنه ليس بعد الحشفة حدٌ مرجوعٌ إليه، وهذا ظاهر لفظ «المختصر» ورجَّحه بعضهم، والظاهر الأول.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَإِذَا ثَبَّتِ الْعُتَّةُ إِمَّا بِإِقْرَارِهِ أَوْ بِبَيِّنِهَا بَعْدَ نُكُولِهِ ضَرَبْنَا الْمُدَّةَ سَنَةً (و) لِلْأَمْتِحَانِ إِنْ طَلَبْتَ ذَلِكَ، وَإِنْ سَكَتَتْ لَمْ تُضْرَبْ، وَإِنْ حَلَفَ عَلَى أَنَّهُ غَيْرُ عَيْنٍ لَمْ نَطَالِبُهُ بِتَحْقِيقِ ذَلِكَ بِالْوَطْءِ، وَمُدَّةُ الْعَبْدِ كَمُدَّةِ الْحِرِّ (م)، وَمَهْمَا تَمَّتِ السَّنَةُ مِنْ غَيْرِ أَعْتَرَا مِنْهَا إِثَاءً قَضَاءً رَفَعْتَ الْأَمْرَ إِلَى الْقَاضِي لِيَفْسَخَ النُّكَاحَ عَلَى وَجْهِ، أَوْ يُسَلِّطَهَا عَلَى الْفَسْخِ عَلَى الْقَوْرِ عَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي، وَلَوْ سَافَرَ الزَّوْجُ فَبِي أَخْتِسَابِ الْمُدَّةِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ مَسْأَلَتَانِ:

الأولى: إذا وجدت زوجه عنيماً، فرفعته إلى القاضي، وأدعت عُتته، نُظِرَ؛ إن أقرَّ بها، أو أقامت بينةً على إقراره، ثبتت العتة، وإن أنكرك، حلف [إن حلف لم يطالب] <sup>(١)</sup> بتحقيق ما يقوله بالوطء، وامتنع الفسخ، ويعود ما مرَّ أنه، هل يطالبُ بوطأةٍ واحدة، وإن نكل فوجهان:

أحدهما: وبه قال أبو إسحاق: لا تردُّ اليمين عليها؛ لأن الامتناع عن الجماع قد يكون لعجز، وقد يكون لغيره، ولا اطلاع لها عليه، ولذلك لا تسمع الشهادة على نفس العتة، وعلى هذا، فعن الإصطخري فيما حكاه أبو الفرج السرخسي؛ أنه تضرب المدَّة [وتجعل الصورة] <sup>(٢)</sup> من الصورة التي يُحَكَّمُ فيها بالنكول.

وأصحهما: أنها تردُّ، ولها أن تخلف إذا بانَّت لها عُتته بقرائن الأحوال وطول الممارسة، ويخالف الشهادة، فإن الشهود لا يعرفون ما تعرفه، وهذا إذا ادَّعت أنه نوى الطلاق ببعض الكنايات، وأنكر، ونكل، تخلف المرأة، وعلى هذا الوجه يستمرُّ قوله في الكتاب: «وإذا ثبتت العتة» إلى آخره، وحكى أبو الفرج؛ أن تحليف الزوج لا يُشْرَعُ

(١) في ز: لم يطلب.

(٢) سقط في ز.

أصلاً بناءً على أن اليمين لا تُردُّ عليها، ثم ثبوت العنة لا يفيد الخيار في الحال، ولكن القاضي يضرب للزوج مدة سنة يمهلها فيها، رُوِيَ عن عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أنه أجلَّ العتَيْن سنةً، وتابعه العلماء عليه، وقالوا: تَعَدُّ الجماع قد يكون لعارِضِ حرارة، فتزول في الشتاء، أو برودة، فتزول في الصيف، أو يبوسة فتزول في الربيع، أو رطوبة، فتزول في الخريف، فإذا تَمَّت السنة، ولم يصبها، عَلِمْنَا أنه عَجَزَ خَلْقِي، وابتداء المدة من وقت ضرب القاضي لا من وقت إقراره: لأنه مجتهد فيه، فَإِنَّ من العلماء مَنْ قال: لا تُضْرَبُ المدة للعَيْنين، ولا يثبت بالعنة خيار، ومنهم دَاوُدُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَيُخَالِفُ مدة الإيلاء. حيث تحسب من وقت اليمين، لأنها منصوص عليها، وشبه ذلك بحجر المُفْلِسِ والسَّفِيهِ يثبت من وقت قضاء القاضي، وحجر الصبي، والمجنون، لا يتفقر إلى قضاء القاضي، وإثماً تُضْرَبُ المدة، إذا طلبت الزوجة، أما إذا سَكَتَتْ، فلا تضرب، نعم، إذا حمل القاضي سكوته على دهشة، أو جهل، فلا بأس بتبنيها وقولها: إني طالبة حقي على موجب الشَّرْعِ [كاف] <sup>(١)</sup> في ضرب المدة، وإن جهلت الحُكْمَ على التفصيل، ولا فرق في المدة بين الحرِّ والعبد؛ لأنها مشروعة لأمر يتعلق بالطبع والجبلة، فأشبه مدة الحيض والرُّضَاع، وعن مالك - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أنه تُضْرَبُ للعبد نصف سنة.

**المسألة الثانية:** إذا تَمَّت السنة، ولم يصبها، لم يفسخ النكاح، ولم يكن لها أن تُفَسِّخَهُ بل ترفعه ثانياً إلى القاضي، وفي «أمالي» الشيخ أبي الفرج عن الإصطخري أن لها الفسخ بعد مضي المدة، ويكفي ضرب المدة من جهة القاضي، والمشهور الأول؛ لأن مدار الباب على الدغوى والإقرار والإنكار واليمين، فيحتاج إلى نظر القاضي واجتهاده وإذا رفعته إليه، فإن ادَّعَى الإصابة في المدة، حَلَفَ، فإن نكَل، رُدَّت اليمين على المرأة، وفيه الخلاف الذي سَبَقَ، وإذا حَلَفَ أو أقرَّ الزوج بأنه لم يصبها في المدة، فقد جاء وقت الفسخ، فإن استمهل ثلاثاً، فهل يُمهل؟ فيه الخلاف المذكور في الإيلاء، ثم استقلالها بالفسخ وجهان:

**أقربهما:** وذكر في «التتمة» أنه المذهب: الاستقلال، كما يستقل [المشتري] <sup>(٢)</sup> بالفسخ، إذا وجد بالمبيع تغييراً، وأنكر البائع كَوْنَهُ عَيْباً، وأقام المشتري على ذلك بينة عند القاضي.

**والثاني:** أن الفسخ إلى الحاكم؛ لأنه محل النظر والاجتهاد، فيفسخ بنفسه أو يأمرها بالفسخ، وهذان الوجهان في الاستقلال بعد المرافعة والوجهان المذكوران في

(٢) سقط في ز.

(١) في ز: كان.

فصل العيوب مفروضان في الاستقلال دون المرافعة، وإذا قُلْنَا: إن لها أن تفسخ بنفسها، فهل يكفي لنفوذ الفسخ إقرار الزوج، أم لا بد وأن يقول القاضي [ثبتت العنة أو] <sup>(١)</sup> يثبت حق الفسخ، فاختاري فيه وجهان:

أشبههما: الثاني، وهو الحكاية عن القاضي حسين ورأيت في «المجموع» لأبي الحسين بن القطان نقل وجهين فيما إذا قالت: أخترت الفسخ، ولم يقل الحاكم: نفذته، ثم رجعت، هل يصح الرجوع، ويطل الفسخ.

الأصح: المنع <sup>(٢)</sup>، ويشبه أن يكون هذا الخلاف مفرعاً على استقلالها بالفسخ، أما إذا فسخت بإذنه، كان الإذن السابق كالتنفيذ للأحق، وإنما تحسب المدة، إذا لم تعتزل عنه، فإن اعتزلت، لم تحسب، قال في «المجموع» وكذلك مرضها وحبسها يمنع الاحتساب، ومرضه وحبسه لا يمنع، وكذلك حبسها وفي سفره وجهان:

أظهرهما: أنه لا يمنع [الاحتساب] <sup>(٣)</sup> أيضاً؛ لثلا يدافع بذلك، وإذا عرض ما يمنع الاحتساب في بعض السنة وزال، فالقياس أن يستأنف السنة، أو ينتظر مضي ذلك الفصل من السنة الأخرى، والله أعلم.

قال الغزالي: وهذا الفسخ على الفور، فإن رضيت فلا اعتراض للولي، ولا رجوع لها إلى الفسخ بخلاف الإيلاء، وإن فسخت في أثناء المدة لم تنفذ، وإن أجازت فقولان، ولو رضيت فطلقها ثم راجعها لم يعد حَقُّها، وإن جدد نكاحها فقولان، ولو وطئها في النكاح الأول وعن عنها في النكاح الثاني فلها الخيار.

قال الرافعي: سبيل الفسخ بالعنة بعد ثبوتها سبيل الفسخ بسائر العيوب، والظاهر: أنه على الفور، ويجيء فيه الطريقة المذكورة في الفسخ بسائر العيوب، وقوله: «فإن رضيت فلا اعتراض للولي» مكرر، وقد ذكره مرة في فضل العيوب، ويجوز أن يعلم

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: الأشبه.

قال الشيخ البلقيني: يقرب من هذا الفرع ما لو رد الموقوف عليه الوقف وقلنا: يريد برده وهو الأصح فلو رجع قال الروياني: إن رجع قبل حكم الحاكم برده إلى غيره كان له وإن حكم به لغيره بطل حقه كذلك نقله المصنف في باب الوقف ولم يتعقبه ونقل النووي من زيادته في الوقف عن الشيخ أبي عمرو بن الصلاح أن المتصرف في النظر بشرط الواقف لو عزل نفسه انعزل ولم يزد على ذلك ولا نعلم خلافاً في الوكيل والوصي والقاضي فليتأمل. انتهى.

(٣) سقط في ز.

بالواو لما مرَّ، وإذا رضيت بالمقام تحته بعد مضيَّ المدة، سقط حقُّها من الفسخ، ولا رجوع لها إليه، كما إذا رضيت بسائر العيوب، أو رضيَّ المشتري بالغيب، وليس كما [لو تركت] <sup>(١)</sup> المطالبة في الإيلاء، لها أن تعود إلى المطالبة، وكذا لو رضيَّت بإعسار الزوج، ثم بدا لها أن تفسخ، فلها الفسخ؛ لأن الضررَ يتجدد كلَّ يوم لبقاء اليمين، وقصد المضارَّة، والنفقة تجبُّ يوماً يوماً، فالرضا في الحال لا يؤثر في النفقات المستقبلية، والعنة عيبٌ واحدٌ لا يتوقَّع زوالها إذا تحققت، وإذا قسمت في أثناء المدة لم ينفذ، وإلا، لم تتحقق فائدة الإمهال، فإن أجازت ورضيت بالمقام في المدة، أو قبل ضرب المدة، فقولان:

أحدهما: ويُنسب إلى القديم: أنه يبطل حقُّها من الفسخ؛ لأنها تزعم العِلْم بالعيب.

وأصحُّهما: المنع وثبوت الخيار بعد المدة؛ لأن الحقَّ حينئذٍ يثبت فالرضا قبله، كإسقاط الشفعة قبل جريان البيع، وإن رضيَّت بعد انقضاء المدة، ثم طلقها الزوج طلاقاً رجعياً، ثم راجعها، لم يعد حق الفسخ؛ لأنها قد رضيَّت بعنته في ذلك النكاح، واعترض المزنيُّ بأن الرجعة تعتمد العدة، والعدة تعتمد الوطاء، وبالوطء يزول حكم العنة، وأجاب الأصحاب، بأن العدة قد تجبُّ من غير جريان الوطاء المزيل للعنة، وذلك بأن يستدخل ماءه، أو يأتيها في غير المآتى، فتجب العدة، وتثبت الرجعة، وحكم العنة باقٍ، وكذا الخلوة توجب العدة، وتثبت الرجعة على قوله القديم فلعل المسألة مفرعة على القديم، ولو بانَّت بأنقضاء العدة، أو كان الطلاق بائناً، أو فسخت النكاح، ثم نكحته ثانياً، ففي تجدد حق الفسخ قولان:

أحدهما: لا؛ لأنها نكحته عالمةً بالعنة.

وأصحُّهما: نعم؛ لأنه نكاحٌ جديدٌ، فيتوفر عليه، حكمه وتضرب المدة ثانياً، ويقال: إن الأول من القولين قديمٌ، والثاني جديدٌ، وبنى القولين جماعةً على قولني عود الحنث، ولم يرتضه المحققون؛ لأن هناك جرى في النكاح الأوَّل تعليقٌ أو ظهارةٌ أو إيلاءٌ [ووقعت آثارها] <sup>(٢)</sup> وعواقبها في النكاح الثاني، وههنا أسقطت الزوجة حقَّها في النكاح الأوَّل، واستوفته بالفسخ، ولم يبق منه علقَةٌ أصلاً، وأجرى صاحب «الشامل» وغيره القولين فيما إذا نكح امرأةً ابتداءً، وأعلمها أنه عنيٌّ وفي «التهذيب» حكايةً طريقتين فيما إذا نكح امرأةً ابتداءً، وهي تعلم أنه حكم بعنته في حق امرأةٍ أخرى.

أحدهما: إجراء القولين.

(٢) في ز: وقتت أيا.

(١) في ز: إذا نزلت.

والثاني: القطع بثبوت الخيار؛ لأنه قد يعجز عن امرأة، ويُقدر على أخرى، ولو نكح امرأة وأصابها، ثم أبانها، ثم نكحها وعُنَّ عنها، فلها الخيار بلا خلاف؛ لأنها نكحته غيرَ عالمةٍ بعُتته.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَمَهْمَا تَنَازَعَا فِي الْإِصَابَةِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا، وَلَأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمَ الْإِصَابَةِ إِلَّا فِي مَوْضِعَيْنِ: (أَحَدُهُمَا) فِي مُدَّةِ الْعَتَّةِ وَالْإِيلَاءِ فَإِنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهُ إِذْ تَعَسَّرَ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ عَلَى الْوَطْءِ، فَإِنَّ أَقَامَتِ الْبَيِّنَةِ عَلَى الْبَكَارَةِ رَجَعْنَا إِلَى تَصْدِيقِهَا بِالْيَمِينِ (الثَّانِي) لَوْ قَالَتْ: طَلَّقْتَنِي بَعْدَ الْمَسِيَسِ وَلِي كَمَالُ الْمَهْرِ فَأَنْكَرَ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ، إِلَّا إِذَا آتَتْ بِوَلَدٍ لِزَمَانٍ مُحْتَمَلٍ فَإِنَّا نُنْتِزِعُ التَّنْسِبَ فَيَتَأَكَّدُ بِهِ جَانِبُهَا فَتَجْعَلُ الْقَوْلَ قَوْلُهَا، إِلَّا إِذَا لَاعَنَ فَتَرْجِعُ إِلَى تَصْدِيقِهِ إِذِ الْأَصْلُ عَدَمُ الْوَطْءِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قَالَ الْأُئِمَّةُ؛ إِذَا اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ فِي الْإِصَابَةِ، فَالْقَوْلُ قَوْلٌ مِنْ يَنْفِيهَا أَخْذًا بِأَصْلِ الْعَدَمِ إِلَّا فِي ثَلَاثَةِ مَوَاضِعَ:

أحدها: إِذَا ادَّعَتْ عُنْتَهُ، وَقَالَ الزَّوْجُ: قَدْ أَصَبْتُهَا، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ، سِوَاءَ كَانَ ذَلِكَ بَعْدَ مَضِيِّ الْمُدَّةِ أَوْ قَبْلَهُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ بِأَنَّ إِقَامَةَ الْبَيِّنَةِ عَلَى الْوَطْءِ عَسِيرَةٌ، وَالْأَصْلُ سَلَامَةُ الشَّخْصِ وَدَوَامُ النِّكَاحِ، وَهِيَ تَدْعِي قِيَامَ مَا تَرْفَعُهُ، فَاقْتَضَى مَجْمُوعُ ذَلِكَ تَصْدِيقَهُ، وَلَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الرَّجُلُ خَصِيًّا، أَوْ مَقْطُوعَ بَعْضِ الذَّكْرِ، وَالبَاقِي بِحَيْثُ يُمَكِّنُ مِنَ الْجَمَاعِ بِهِ؛ لَكِنهَا ادَّعَتْ عَجْزَهُ، وَبَيْنَ أَنْ يَكُونَ سَلِيمًا، وَعَنْ أَبِي إِسْحَاقَ فِي الْخَصِيِّ وَمَقْطُوعِ بَعْضِ الذَّكْرِ؛ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمَرْأَةِ مَعَ يَمِينِهَا إِلَّا أَنْ النِّقْصَانَ الَّذِي لِحِقِّهِ يُورِثُ ضَعْفَ الذَّكْرِ، وَيَقْوِي جَانِبَهَا، وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي أَنَّ الْبَاقِي مِنَ الذَّكْرِ، هَلْ يُمْكِنُ الْجَمَاعُ بِهِ فَالَّذِي ذَكَرَهُ الْأَكْثَرُونَ الْقَطْعُ بِأَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهَا؛ لِزَوَالِ أَصْلِ السَّلَامَةِ، وَقَالَ فِي «الشَّامِلِ»: يَنْبَغِي أَنْ يَرَى أَهْلَ الْخِبْرَةِ، لِيَعْرِفُوا قَدْرَهُ وَيَخْبِرُوا عَنِ الْحَالِ، كَمَا لَوْ ادَّعَتْ أَنَّهُ مَجْنُونٌ، وَأَنْكَرَ، قَالَ فِي «التَّمْتَةِ»: وَهُوَ الصَّحِيحُ، فَلَوْ ادَّعَتْ عَجْزَهُ بَعْدَ مَضِيِّ أَلْسِنَتِهِ، وَادَّعَى الزَّوْجُ أَنَّهَا أَمْتَنَعَتْ، وَلَمْ تُطَاوِعْهُ، فَإِنَّ كَانَ لِأَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ، حَكَمَ بِهَا، وَإِلَّا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ دَوَامُ النِّكَاحِ، فَإِذَا حَلَفَ، ضَرَبَ الْقَاضِي الْمُدَّةَ ثَانِيًا. وَأَسْكَنَهُمَا فِي دَارِ قَوْمِ ثِقَاتٍ يَتَفَقَدُونَ حَالَهُمَا، فَإِذَا مَضَتِ السَّنَةُ اعْتَمَدَ الْقَاضِي قَوْلَ الثِّقَاتِ، وَجَرَى [عَلَيْهِ كَذَا] <sup>(١)</sup> ذَكَرَهُ الشَّيْخُ الْمُتَوَلَّى.

الثاني: إِذَا طَالَبْتَهُ فِي الْإِيلَاءِ بِالْفِيَاءِ أَوْ الطَّلَاقِ، فَقَالَ: قَدْ أَصَبْتُهَا، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ؛ اسْتِدَامَةٌ لِلنِّكَاحِ وَلَوْ أَنَّهَا فِي الْمَوْضِعَيْنِ قَالَتْ: أَنَا بِكَرٍّ كَمَا كُنْتُ، قَالَ الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ

اللَّهُ عَنْهُ -: أُرِيهَا أَرْبَعاً مِنَ النِّسَاءِ عَدُولاً، وَذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى صِدْقِهَا، وَإِنْ شَاءَ، أَحْلَفَهَا، ثُمَّ فُرِّقَ بَيْنَهُمَا، وَظَاهِرُ هَذَا التَّنْظِيمِ هُوَ قَوْلُ جَمَاعَةٍ مِنَ الْأَصْحَابِ تَغْرِيباً وَتَضْرِيحاً؛ أَنَّهُ إِذَا قَامَتِ الْبَيِّنَةُ، فَشَهِدَ أَرْبَعُ نِسْوَةٍ عَلَى أَنَّهَا بَكَرٌ يَحْكُمُ بَعْدَ الْإِصَابَةِ، وَلَا حَاجَةَ إِلَى تَحْلِفِهَا، وَتَكْفِي الْبِكَارَةَ دَلِيلاً عَلَى تَصْدِيقِهَا، قَالَ هَؤُلَاءِ: وَقَوْلُهُ: «إِنْ شَاءَ أَحْلَفَهَا» مَغْنَاهُ؛ أَنَّهُ لَوْ قَالَ بَعْدَ قِيَامِ الْبَيِّنَةِ: قَدْ أَصْبَتْهَا لَكِنْ لَمْ أَبَالِغْ، فَعَادَتِ الْبِكَارَةُ، وَطَلَبَ يَمِينَهَا، تُسْمَعُ دَعْوَاهُ، وَتَحْلِفُ، فَإِنْ لَمْ يَدْعُ شَيْئاً، لَمْ تَحْلِفْ، وَقَالَ أَبُو عَلِيٍّ فِي «الْإِفْصَاحِ» وَأَبُو الْحُسَيْنِ فِي «الْمَجْمُوعِ» وَالْقَاضِي ابْنُ كَعْبٍ فِي شَرْحِهِ: تَحْلِفُ الزَّوْجَةُ مَعَ قِيَامِ الْبَيِّنَةِ عَلَى الْبِكَارَةِ؛ لِأَنَّ الْبِكَارَةَ، وَإِنْ ثَبَتَتْ بِالْبَيِّنَةِ، فَاحْتِمَالُ الزَّوَالِ وَالْعَوْدِ قَائِمٌ، وَإِنْ لَمْ يَدْعُ الزَّوْجَ، فَلَا بَدَّ مِنَ الْإِحْتِيَاظِ، وَبِهَذَا أَخَذَ الْإِمَامُ وَصَاحِبُ الْكِتَابِ وَغَيْرُهُمَا.

فَإِذَا حَلَفَتْ بَعْدَ دَعْوَاهُ أَوْ دُوْنَهَا، فَتَحْلِفُ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يُصْبِتْهَا، أَوْ عَلَى أَنَّ بَكَارَتَهَا هِيَ الْبِكَارَةُ الْأَصْلِيَّةُ، وَلَهَا حَقُّ الْفَسْخِ بَعْدَ يَمِينِهَا، وَإِنْ نَكَلَتْ، حَلَفَ الزَّوْجُ، وَبَطَلَ الْخِيَارُ، وَإِنْ نَكَلَ الزَّوْجَ أَيْضاً، فَفِيهِ وَجْهَانِ، خَرَّجَهُمَا الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ صَاحِبُ «الْإِفْصَاحِ»:

أَصْحَهُمَا: أَنَّ لَهَا الْفَسْخَ، وَيَكُونُ نِكَوْلُهُ كَحَلْفِهَا؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ بَكَارَتَهَا هِيَ الْبِكَارَةُ الْأَصْلِيَّةُ.

والثاني: المنع؛ لأن ما قاله يحتمل، والأصل دوام النكاح.

الموضع الثالث: إِذَا قَالَتِ الْمَرْأَةُ: طَلَّقَنِي بَعْدَ الْمَسِيْسِ، وَلِي كِمَالُ الْمَهْرِ، وَقَالَ الزَّوْجُ بَلْ قَبْلَهُ، وَلَيْسَ لَكَ إِلَّا شَطْرُ الْمَهْرِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ جَرِيماً عَلَى الْأَصْلِ، وَعَلَيْهَا الْعِدَّةُ مَوْأخِذَةً لَهَا بِقَوْلِهَا، وَلَا نَفَقَةَ لَهَا، وَلَا سَكْنَى، وَلِلرَّجُلِ أَنْ يَنْكَحَ ابْنَتَهَا وَأَخْتَهُ وَأَرْبَعاً سِوَاهَا فِي الْحَالِ، ثُمَّ لَوْ أَتَتْ بِوَلَدٍ لَزِمَانِ مُحْتَمَلٍ يُثْبِتُ النَّسَبَ، وَيُقَوِّي ذَلِكَ جَانِبَهَا، فَيَرْجِعُ إِلَى تَصْدِيقِهَا، وَتَطَالِبُ الزَّوْجِ بِالشَّطْرِ الثَّانِي، وَلَا بَدَّ مِنْ يَمِينِهَا؛ عَلَى مَا ذَكَرَهُ الْإِمَامُ وَالْعَبَّادِيُّ؛ لِأَنَّ ثَبُوتَ النَّسَبِ لَا يُورِثُ يَقِيْنَ الْإِصَابَةِ، وَيُمْكِنُ أَنْ يَجِيءَ فِيهِ الْخِلَافُ الْمَذْكُورُ فِيمَا إِذَا ظَهَرَتْ الْبِكَارَةُ، وَهَذِهِ الصُّورَةُ هِيَ مَحَلُّ الِاسْتِثْنَاءِ عَنِ تَصْدِيقِ النَّافِي، فَإِنْ لَاعَنَّ الزَّوْجُ، وَنَفِيَ الْوَلَدُ، فَقَدْ زَالَ الْمَرْجُوحُ، فَيَعُودُ إِلَى تَصْدِيقِهِ، [وَيَسْتَمِرُّ الْأَمْرُ] (١) عَلَى مَا تَقَدَّمَ، وَحَيْثُ قَلْنَا: إِنَّ الْقَوْلَ قَوْلٌ مَنْ يَنْفِي الْإِصَابَةَ، فَذَلِكَ إِذَا لَمْ يُسَلِّمْ جَرِيَانَ الْخُلُوةِ، فَإِنْ سَلَّمَهُ فَقَوْلَانِ:

أَصْحَهُمَا: أَنَّ الْجَوَابَ كَذَلِكَ: وَالثَّانِي: أَنَّهُ يَصْدُقُ الْمَثْبُتُ تَرْجِيحاً بِالْخُلُوةِ، فَعَلَى هَذَا؛ تَنْضَمُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ إِلَى مَوَاضِعِ الِاسْتِثْنَاءِ عَنِ تَصْدِيقِ النَّافِي، وَتَصْيِيرُ

(١) فِي ز: وَيَسْمَى.



المسائل<sup>(١)</sup> أربعة. وقوله في الكتاب «إلا في موضعين» لا يخالف ما حكيناه عن الأئمة، وهو استثناء ثلاثة مواضع لكنه جمع بين الأول والثاني في قرن واحد.

وقوله: «إِنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهُ» يجوز أن يعلم بالميم؛ لأن ابن المنذر حكى عن مالك - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - في الْعَتَّة؛ أنه يجمع بينهما في بَيْتٍ وتراقبها امرأة من وراء حجاب، فإذا قام الرجل عنها، نَظَرَتِ الْمَرْأَةُ إِلَيْهَا، فإن وجدت رطوبة المنى، فحينئذ يُصَدِّقُ فِي الرَّجُلِ، وبِالْأَلْفِ؛ لأن عن أحمد ثلاث روايات:

أحدها: أن يجمع بينهما في بَيْتٍ، ويؤمر بأن يُرِيْنَا مَاءَهُ عَلَى قُطْنَةٍ وَنَحْوِهَا، فَإِنْ فَعَلَ، فَحِينَئِذٍ نَصَدَّقُهُ.

والثانية: أن القول قول الزوجة مطلقاً.

والثالثة: مثل مذهبنا.

ونختمُ فضل الْعَتَّة بصور امرأة الصبي والمجنون، إذا ادَّعَتِ الْعَتَّة، لم تسمع، ولم تضرب المدة؛ لأن الصبي لا يجمع لِصِغَرِهِ غالباً ولأن الفسخ يعتمد إقرار الزَّوْجِ بِالْعَتَّةِ أو نكوله عن اليمين، ولا اعتبار بقولهما؛ ولأن الصبي ربما يدعي الإصابة بعد البلوغ، والمجنون يدعيها بعد الإفاقة.

ونقل المَزْنِي: أن، إن لم يجامعها الصبي، أُجِّلَ، ولم يثبتته عامة الأصحاب قولاً آخر، وقالوا: إنه غَلَطَ، والذي قاله الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - في «الأم» والقديم؛ فإن لم يجامعها الْخَصِي، أُجِّلَ، فوقع في اللفظ تحريف، وما اذكره في الخصي جواب على أن الخصاء لا يثبت الخيار أو مفروض فيما إذا رَضِيَتْ بِكَوْنِهِ خَصِيًّا، ووجدته مع ذلك عَيْنًا، وإِلَّا، فالخيار في الخصاء، لا تأجيل فيه كخيار الْجَبِّ.

وحكى الْحَنَاطِيُّ وجهاً: أن المراهق الذي يتأتى منه الجماعُ تُسْمَعُ دَعْوَى الْعَتَّةِ عَلَيْهِ، [وتضرب]<sup>(٢)</sup> له المدة، وبه قال المزني، وهو ضعيف، ولو جُنَّ الزَّوْجُ فِي أَثْنَاءِ

(١) قال النووي في زوائده: عجب قول الإمام الرافعي رحمه الله: فيما إذا أتت بولد لزمان محتمل أنها المصدقة ويمكن أن يجيء فيه الخلاف، والمسألة مشهورة، ففي «المهذب» و«التنبيه» وغيرهما من الكتب المشهورة، في المسألة قولان، في أن القول قولها، أم قوله، لأن النسب يثبت بالإمكان، ولأنه قد يولج بعض الحشفة أو يباشر فيما قارب الفرج فيدخل المنى فيلحق النسب ولا وطء. والله أعلم.

واعترض على النووي بأن بحث الرافعي إنما هو في يمينها لا في تصديقها فإنه ذكره عقب ذكر يمينها وصرح بذلك أيضاً في الشرح الصغير، وقد حكى الرافعي الخلاف في تصديقها في آخر الإيلاء.

(٢) في ز: وتصرف.

السنة، ومضت السنة، وهو مجنون، وطلبت الفرقة، لم تُجِب؛ لأنه لا يصحُّ منه الإقرار، وإذا مضت السنة، فقالت: قد أجلته شهراً أو سنةً أخرى، ذكر بعض الأصحاب، منهم أبو الحُسَيْن بنُ القَطَّان؛ أنَّ لها ذلك، ولها أن تعود إلى الفسخ متى شاءت، كما إذا أمهل بعد حلول الأجل، لا يلزم الإمهال، والصحيح أنه يبطل حقُّها بهذا التأخير؛ لأنه على الفور.

ولا مهر عند الفسخ بالعنة، فإنه فسخ قبل الدخول على ما بيَّناه في الفسخ بسائر العيوب، وعن صاحب «التقريب»: أن الإصطخري حكى قولاً آخر؛ أنه يجب عليه كمال المهر؛ لأنها كانت تستحقُّ عليه أن يكون بصفة من يتصوَّر منه تكميل المهر، وقولاً آخر؛ أنه يجب نصف المهر، وهذا تمام القسم الرابع.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الْقِسْمُ الْخَامِسُ مِنَ الْكِتَابِ فِي فُصُولٍ مُتَفَرِّقَةٍ وَهِيَ سِتَّةٌ:

(الْفَضْلُ الْأَوَّلُ فِيمَا يَحِلُّ لِلزَّوْجِ) وَيَحِلُّ لَهُ كُلُّ اسْتِمْتَاعٍ إِلَّا الْإِنْتِيَانِ فِي الدُّبْرِ، وَالصَّحِيحُ جَوَازُ الْعَزْلِ، وَقِيلَ بِتَخْرِيْمِهِ فِي الْحُرَّةِ دُونَ الْأَمَةِ، وَقِيلَ: إِنَّمَا يَحِلُّ بِرِضَاهَا، وَلَا خِلَافَ فِي جَوَازِهِ فِي السُّرِّيَّةِ، ثُمَّ الْإِنْتِيَانِ فِي الدُّبْرِ فِي مَعْنَى الْوَطْءِ فِي جَمِيعِ الْأَحْكَامِ إِلَّا فِي التَّحْلِيلِ (و) وَالْإِحْصَانِ، وَأَخْتَلَفُوا فِي تَعَلُّقِ النَّسَبِ وَتَقْرِيرِ الْمُسَمَى وَوُجُوبِ الْحَدِّ وَفِي اسْتِنطَاقِهَا فِي النَّكَاحِ وَلَمْ يَخْتَلَفُوا فِي وَجُوبِ مَهْرِ الْمَثَلِ فِي النَّكَاحِ الْفَاسِدِ، وَكَذَا فِي الْعِدَّةِ وَتَخْرِيمِ الْمُصَاهَرَةِ بِهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَعْظَمُ مَسَائِلِ الْفَصْلِ قَدْ انْدَرَجَ فِي مَعَاقِدِ الْأَقْسَامِ الْأَرْبَعَةِ، وَبَقِيَتْ فُصُولٌ شَادَّةٌ فَجَمَعَهَا فِي الْقِسْمِ الْخَامِسِ:

الْفَصْلُ الْأَوَّلُ: فِيمَا يَحِلُّ لِلزَّوْجِ مِنَ الْاسْتِمْتَاعَاتِ، وَفِيهِ مَسَائِلُ:

المسألة الأولى: لا يمنع من شيء من الاستمتاع إلا النظر إلى الفرج، ففيه خلاف مذكور في «كتاب النكاح» وإلا والانتيان في الدُّبْرِ، فإنه حرام؛ لما رُوِيَ أنه سئِلَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - عَنِ ذَلِكَ فَقَالَ: «فِي أَيِّ الْخَزْمَيْنِ؟ أَمِنْ دُبْرَهَا فِي قُبْلِهَا، فَنَعَمْ أَمْ مِنْ دُبْرَهَا فِي دُبْرَهَا، فَلَا، إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَا يَسْتَحْيِي مَنْ الْحَقِّ، [لَا تَأْتُوا النِّسَاءَ فِي أَدْبَارِهِنَّ]»<sup>(١)</sup> والخزمة، الثقبه، وقوله «لا يستحيي من

(١) أخرجه الشافعي [١٦١٩] من حديث خزيمه بن ثابت: أن رجلاً سأل النبي ﷺ عن إتيان النساء في أدبارهن، أو إتيان الرجل امرأته في دبرها فقال: حلال، فلما ولي دعاه أو أمر به فدعي، فقال: كيف قلت؟ في أي الخزمتين أو في أي الخزمتين؟ أم من دبرها في قبلها فنعم، أم من دبرها في دبرها فلا، إن الله لا يستحيي من الحق، «لَا تَأْتُوا النِّسَاءَ فِي أَدْبَارِهِنَّ» =

الحق»<sup>(١)</sup> أي: لا يترك شيئاً منه؛ لأن من استخيا من شيء تركه.

وقيل: إنه لا يستبقي شيئاً منه من قوله «وَيَسْتَخِيُونَ نِسَاءَكُمْ» أي: يستبقونهن، وعن أبي هريرة - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ: «مَلْعُونٌ مَنْ أَتَى أُمَّرَأَةً فِي دُبْرِهَا»<sup>(٢)</sup> وحكى ابن عبد الحكم أَنَّ الشَّافِعِيَّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - قَالَ: لم

(تنبيه) الخريتين ثنية خربة بضم المعجمة وسكون الراء بعدها موحدة، والخريتين ثنية خرزة، بوزن الأول لكن بزاي بدل الموحدة، والخصفتين ثنية خصفة بفتحات والهاء معجمة أيضاً، والصاد مهملة بعدها فاء، وقال الخطابي: كل ثقب مستديرة خربة، والجمع خرب بضمه ثم فتح، وقال الأزهري: أراد بالخريتين المسلكين، وقال ابن داود: خرب الفاس ثقبه الذي فيه النصاب، والخريتين ثنية خرزة وهي الثقب الذي يثقبه الخراز ليخرز كني به عن المأتي والخصفتين ثنية خصفة من قولك خصفت الجلد على الجلد إذا خرزته مطباقاً، وفي هذا الإسناد عمرو بن أحيحة وهو مجهول الحال، واختلف في إسناده اختلافاً كثيراً، وقد أطنب النسائي في تخريج طريقه، وذكر الاختلاف فيه، وهو من رواية عبد الله بن علي بن السائب يرويه عنه محمد بن علي بن شافع، ورواه عن محمد بن علي: الشافعي الإمام، وابن عمه إبراهيم بن محمد بن العباس، وقد روى الدارقطني في فوائد أبي الطاهر الذهلي من طريق إبراهيم بن محمد هذا، عن محمد بن علي قال: جاء رجل إلى محمد بن كعب فسأله عن هذه المسألة فقال: هذا شيخ قریش فأسأله، يعني عبد الله بن علي بن السائب، فسأله فقال عبد الله: اللهم قدراً ولو كان حلالاً، انتهى. وقد اختلف فيه على عبد الله بن علي بن السائب، فرواه النسائي من طريق ابن وهب عن سعيد بن أبي هلال عن عبد الله بن علي بن السائب، عن حصين بن محصن عن هرمي بن عبد الله عن خزيمة ابن ثابت، ومن طريق هرمي أخرجه أحمد [٢١٣/٢ - ٢١٤ - ٢١٥] والنسائي وابن حبان [١٢٩٩ - ١٣٠٠] وهرمي لا يعرف حاله أيضاً، وقد قال الشافعي غلط ابن عيينة في إسناد حديث خزيمة، يعني حيث رواه، وقال البزار: لا أعلم في الباب حديثاً صحيحاً لا في الحظر ولا في الإطلاق، وكلما روى فيه عن خزيمة بن ثابت من طريق فيه فغير صحيح، انتهى. وكذا روى الحاكم عن الحافظ أبي علي النيسابوري، ومثله عن النسائي، وقاله قبلهما البخاري.

(١) سقط في ز.

(٢) أخرجه أحمد [٩٧٣١] وأبو داود [٢١٦٢] وبقية أصحاب السنن ابن ماجه [١٩٢٤]، الترمذي [١٣٥] من طريق سهيل بن أبي صالح عن الحارث بن مخلد عن أبي هريرة مرفوعاً، لفظ أبي داود والنسائي وابن ماجه: لا ينظر الله يوم القيامة إلى رجل أتى امرأته في دبرها. وأخرجه البزار وقال: الحارث بن مخلد ليس بمشهور، وقال ابن القطان: لا يعرف حاله، وقد اختلف فيه على سهيل، فرواه إسماعيل بن عياش عنه عن محمد بن المنكدر، عن جابر أخرجه الدارقطني وابن شاهين، ورواه عمر مولى غفرة عن سهيل عن أبيه، عن جابر أخرجه ابن عدي وإسناده ضعيف، ولحديث أبي هريرة طريق أخرى أخرجه أحمد والترمذي من طريق حماد بن سلمة، عن حكيم الأثرم عن أبي تميمه عن أبي هريرة بلفظ: من أتى حائضاً، أو امرأة في دبرها، أو كاهناً فصدقه فيما يقول، فقد كفر بما أنزل على محمد، قال الترمذي: غريب لا نعرفه إلا من حديث حكيم، وقال البخاري لا يعرف لأبي تميمه سماع من أبي هريرة، وقال البزار: هذا حديث منكر، وحكيم

لا يحتج به وما انفرد به فليس بشيء، وله طريق ثالث أخرجه النسائي من رواية الزهري عن أبي سلمة عن أبي هريرة، قال حمزة الكناني الراوي عن النسائي: هذا حديث منكرو، ولعل عبد الملك بن محمد الصنعاني سمعه من سعيد بن عبد العزيز بعد اختلاطه، قال: وهو باطل من حديث الزهري والمحمفوظ عن الزهري عن أبي سلمة أنه كان ينهي عن ذلك، انتهى. وعبد الملك قد تكلم فيه دحيم وأبو حاتم وغيرهما، وله طريق رابعة أخرجه النسائي أيضاً من طريق بكر بن خنيس عن ليث عن مجاهد عن أبي هريرة بلفظ: من أتى شيئاً من الرجال أو النساء في الأدبار، فقد كفر، وبكر وليث ضعيفان، وقد رواه الثوري عن ليث بهذا السند موقوفاً، ولفظه: إتيان الرجال والنساء في أدبارهم كفر، وكذا أخرجه أحمد عن إسماعيل عن ليث، والهيثم بن خلف في كتاب ذم اللواط من طريق محمد بن فضيل عن ليث، وفي رواية: من أتى امرأته في دبرها فتلك كفر، وله طريق خامسة رواها عبد الله بن عمر بن أبان عن مسلم بن خالد الزنجي، عن العلاء عن أبيه عن أبي هريرة بلفظ: ملعون من أتى النساء في أدبارهن، ومسلم فيه ضعف، وقد رواه يزيد بن أبي حكيم عنه موقوفاً، وفي الباب عن ابن عباس أخرجه الترمذي والنسائي وابن حبان وأحمد والبخاري، من طريق كريب عن ابن عباس، قال البزار: لا نعلمه يروى عن ابن عباس بإسناد أحسن من هذا، تفرد به أبو خالد الأحمر عن الضحاك بن عثمان، عن مخرمة بن سليمان عن كريب، وكذا قال ابن عدي، ورواه النسائي عن هناد عن وكيع عن الضحاك موقوفاً، وهو أصح عندهم من المرفوع، وعن ابن عباس طريق أخرى موقوفة رواها عبد الرزاق عن معمر بن ابن طاوس عن أبيه: أن رجلاً سأل ابن عباس عن إتيان المرأة في دبرها، فقال: تسألني عن الكفر، وأخرجه النسائي من رواية ابن المبارك عن معمر وإسناده قوي، وسيأتي له طريق أخرى بعد قليل، وفي الباب أيضاً عن علي بن طلق أخرجه الترمذي والنسائي وابن حبان بلفظ: إن الله لا يستحي من الحق، لا تأتوا النساء في أعجازهن، وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أخرجه أحمد بلفظ: سئل عن الرجل يأتي المرأة في دبرها، فقال: هي اللوطية الصغرى، وأخرجه النسائي أيضاً وأعله، والمحمفوظ عن عبد الله بن عمرو من قوله، كذا أخرجه عبد الرزاق غيره، وعن أنس أخرجه الإسماعيلي في معجمه، وفيه يزيد الرقاشي وهو ضعيف، وعن أبي بن كعب في جزء الحسن بن عرفة بإسناد ضعيف جداً، وعن ابن مسعود عند ابن عدي بإسناد واهي، وعن عقب بن عامر عند أحمد وفيه ابن لهيعة، وعن عمر أخرجه النسائي والبزار، من طريق زمعة ابن صالح عن ابن طاوس عن أبيه عن ابن الهاد عن عمر، وزمعة ضعيف، وقد اختلف عليه في وقفه ورفع، قوله: وحكى ابن عبد الحكم عن الشافعي أنه قال: لم يصح عن رسول الله ﷺ في تحريمه ولا في تحليله شيء، والقياس أنه حلال، قلت: هذا سمعه ابن أبي حاتم من محمد، وكذلك الطحاوي، وأخرجه عنه ابن أبي حاتم في مناقب الشافعي له، وأخرجه الحاكم في مناقب الشافعي عن الأصم عنه، وأخرجه الخطيب عن أبي سعيد بن موسى عن الأصم، وروى الحاكم عن نصر بن محمد المعدل عن محمد بن القاسم بن شعبان الفقيه، قال ثنا الحسن بن عياض ومحمود بن أحمد بن حماد قالوا لنا محمد بن عبد الله يعينان ابن عبد الحكم، قال: قال الشافعي كلاماً كلم به محمد بن الحسن في مسألة إتيان المرأة في دبرها، قال: سألتني فحمد بن الحسن، فقلت له: إن كنت تريد المكابرة، وتصحيح الروايات وإن لم تصح، فأنت أعلم، وإن تكلمت بالمنصفة كلمتك، قال: على المنصفة، قلت: فبأي شيء حرمته، قال بقول الله عز وجل:

يَصِحُّ عَنِ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فِي تَحْرِيمِهِ وَلَا تَحْلِيلِهِ شَيْءٌ» والقياس أنه حلالٌ، قال الربيع: كَذَبَ وَالَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ قَدْ نَصَّ الشَّافِعِيُّ عَلَى تَحْرِيمِهِ فِي سِتِّ كُتُبٍ، هذا هو الصحيح، وفي «شرح مختصر الجويني»: أن بعضهم أقام ما رواه قولاً، ورَوَى عَنْ مَالِكٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - تَحْلِيلُهُ، وأصحابه العراقيون لم يثبتوا الرواية، ثم الإتيان في الدُّبُرِ كَالِإِتْيَانِ فِي الْقُبُلِ، في أكثر الأحكام، كفساد العبادة به، ووجوب الغُسلِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ، ووجوب الكفارة، في الحجِّ والصوم وغيرهما، لكن لا يحصل به التحليلُ لِلزَّوْجِ الْأَوَّلِ؛ احتياطاً للتحليل، وأيضاً فقد قال - عليه السلام -: «لَا حَتَّى تَذُوقِي عُسَيْلَتَهُ وَيَذُوقَ عُسَيْلَتِكَ»<sup>(١)</sup> وههنا لا يحصل من جهتها ذوق العُسَيْلَةِ، قال الإمام: وقد حُكِيَ قَوْلٌ؛ أن التحليلَ يَخْصُلُ بِالْإِصَابَةِ فِي النَّكَاحِ الْفَاسِدِ، فكان يُعَدُّ أَنْ يَلْحَقَ الْإِتْيَانُ فِي هَذَا الْمَأْتَى فِي النَّكَاحِ الصَّحِيحِ بِالْإِتْيَانِ فِي الْمَأْتَى الْمُسْتَقِيمِ فِي النَّكَاحِ

= «فَأْتَوْهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ» وقال: «فَأْتُوا حُرْتِكُمْ أَنْى شِئْتُمْ» والحرث لا يكون إلا في الفرج، قلت: أفىكون ذلك محرماً لما سواه، قال: نعم، قلت: فما تقول: لو وطئها بين ساقها، أو في إكناها أو تحت إبطها أو أخذت ذكره بيدها، أفى ذلك حرث؟ قال: لا، قلت: أفىحرث ذلك؟ قال: لا، قلت: فلم تاحتج بما لا حجة فيه؟ قال: فإن الله قال: «وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ» الآية، قال فقلت له: إن هذا مما يحتجون به للجواز، إن الله أنشئ على من حفظ فرجه من غير زوجته، وما ملكت يمينه، فقلت: أنت تتحفظ من زوجته وما ملكت يمينه قال الحاكم: لعل الشافعي كان يقول بذلك في القديم، فأما في الجديد فالمشهور أنه حرمه، قوله: قال الربيع: كذب والله الذي لا إله إلا هو، قد نص الشافعي على تحريمه في ستة كتب، هذا سمعه أبو العباس الأصم من الربيع، وحكاه عنه جماعة منهم الماوردي في الحاوي، وأبو نصر بن الصباغ في الشامل، وغيرهما وتكذيب الربيع لمحمد لا معنى له، لأنه لم ينفرد بذلك، فقد تابعه عبد الرحمن بن عبد الله أخوه عن الشافعي، أخرجه أحمد بن أسامة بن أحمد بن أبي السمع المصري عن أبيه، قال: سمعت عبد الرحمن فذكر نحوه عن الشافعي، وأخرج الحاكم عن الأصم عن الربيع، قال مال الشافعي: قال الله «نَسَاؤُكُمْ حُرْتُ لَكُمْ فَأْتُوا حُرْتِكُمْ أَنْى شِئْتُمْ» احتملت الآية معنيين: أحدهما أن تؤتى المرأة من حيث شاء زوجها، لأن أنى شئتم، يأتي بمعنى أين شئتم، ثانيهما أن الحرث إنما يراد به النبات في موضعه دون ما سواه. فاختلف أصحابنا في ذلك، وأحسب كلا من الفريقين تأولوا ما وصفت من احتمال الآية، قال: فطلبنا الدلالة من السنة، فوجدنا حديثين مختلفين، أحدهما ثابت وهو حديث خزيمه في التحريم، قال: فأخذنا به، قوله: وفي مختصر الجويني أن بعضهم أقام ما رواه أي ابن عبد الحكم قولاً، انتهى. وإن كان كذلك فهو قول قديم، وقد رجح عنه الشافعي كما قال الربيع، وهذا أولى من إطلاق الربيع تكذيب محمد بن عبد الله بن عبد الحكم، فإنه لا خلاف في ثقته وأمانته، وإنما اغتر محمد بكون الشافعي قص له القصة التي وقعت له بطريق المناظرة بينه وبين محمد بن الحسن، ولا شك أن العالم في المناظرة يتقدر القول وهو لا يختاره، فيذكر أدلته إلى أن ينقطع خصمه، وذلك غير مستنكر في المناظرة والله أعلم قاله الحافظ في التلخيص.

الفاسد، ولا يَحْضُلُ به الإحصان؛ لأنه فضيلة، فلا يثبت إلا بوطءٍ كامل، ولا تحضُلُ به الفَيْثَةُ في الإيلاء، ولا يزول به عنه حُكْمُ العُنَّةِ، وفيهما وَجْهٌ ضعيفٌ، وهل يثبت به النَّسَبُ؟ فيه وجهان:

أصحُّهما: نعم، لأنه قد يَسْبِقُ الماءُ إلى الرَّجْمِ من غير شعور به، وإنما يظهر الوجهان فيما إذا أتى السيّدُ أُمَّته في هذا المأْتى، أو فرض ذلك في النكاح الفاسد، فأما في النكاح الصحيح، فإمكان الوطء كافٍ في ثبوت النسب، ويستقر به المسمّى في النكاح الصحيح على أصح الوجهين؛ لأنه وطءٌ في محل الاستمتاع، ومنهم مَنْ قطع به، كما يقطع بوجوب مهر المثل به في النكاح الفاسد، وإذا قلنا بالوجه الثاني؛ وهو ألا يستقر به المسمّى، فقد قال أبو عبد الله الحنّاطيُّ: [و] يجب لها مهرُ المثل، وينظر بعد ذلك، إن وَطَّئَهَا، فلها المسمّى وترد مهرُ المثل، وفيه وَجْهٌ أنّ لها المسمّى ومهر المثل، وإن لم يطأها، وطلّقها، فقد حصل لها مهرُ المثل، وللزوج عندها المسمّى، فإن كانا من جنس واحد، جرى أقوال التفاضل، [وهذا كلام مظلم لا يعتدي إليه]<sup>(١)</sup> وإذا أوجبنا الحد في اللواط، فإذا أتى أُمَّته أو منكوحته في غير المأْتى، فالصحيح: أنه لا يتعلق به الحد<sup>(٢)</sup> لوقوعه في المملوك الذي هو محلُّ الاستمتاع، وفيه وَجْهٌ: أنه يجب الحدُّ، وقُرْبُ ذلك من القول المنقول في وُجُوب الحدِّ، إذا وطئ أُمَّته المحرّمة عليه، وفي استنطاق المصابة في غير المأْتى وجهان قدّمتهما، والأصحُّ؛ أنه لا يشترط في تزويجها؛ لبقاء العذرة، وتجب به العِدَّةُ، كما يجب الغسل والكفارة، وسائر ما فيه تغليظٌ، ونقل أبو الحسن العبّاديُّ فيه وجهاً آخر، ويثبت به الرجعة، كما يثبت النسبُ، ويتقرّر المهر، وفي الرجعة وَجْهٌ آخرٌ، كما في صورتَي الاستشهاد، وهل تثبت به حرمةُ المُصَاهرة؟ فيه وجهان مذكوران في «التهديب» وغيره:

أصحُّهما: الثبوت، لأنه أعظمُ من المفاخدة والتقبيل واللّمس بالشهوة، وهي تثبت حرمة المصاهرة في قول قوي ويجوز التلذذ بما بين الأليتين، والإيلاج في القبل

(١) قال النووي: الذي يقتضيه كلام الأصحاب، إنا إذا قلنا: لا يستقر المسمّى، لا يجب أيضاً مهر المثل، وهذا الذي ذكره الحنّاطي مظلم كما قال الرافعي، وعجب قوله: وإذا طلقها قبل الدخول، له عليها المسمّى، وقد علم أن الطلاق قبل الدخول يشطر المسمّى.

(٢) قال النووي: قال أصحابنا: حكم الوطء في الدبر كالقبل إلا في سبعة أحكام: التحليل، والتحصين، والخروج من الفأية، والتعنين، وتغير إذن الكبير. والسادس، أن الدبر لا يحل بحال، والقبل يحل في الزوجة والمملوكة. والسابع: إذا جمعت الكبيرة في دبرها، فاغسلت ثم خرج مني الرجل من دبرها، لم يجب غسل ثان، بخلاف القبل، فقد يجيء في بعض المسائل وجه ضعيف، ولكن المعتمد ما ذكرناه. والله أعلم.

من جانب الدبر، ويجوز أن يُعَلَّم من لفظ الكتاب قوله: «إلا الإتيان في الدُّبُر» بالميم، لما روي عن مالك - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -<sup>(١)</sup> وقوله: «وتقرير» المسمى بالواو لقطع من قطع بالتقرير.

(١) قال الحافظ أصحابه العراقيون لم يثبتوا الرواية، انتهى قرأت في رحلة ابن الصلاح أنه نقل ذلك من كتاب المحيط للشيخ أبي محمد الجويني قال: وهو مذهب مالك وقد رجع متأخرو أصحابه عن ذلك، وأفتوا بتحريمه، إلا أن مذهبه أنه حلال، قال: وكان عندنا قاضٍ يقال له أبو وائلة وكان يرى بجوازها، فرفعت إليه امرأة وزوجها واشتكت منه أنه يطلب منها ذلك، فقال: قد ابتليت، وقال القاضي أبو الطيب في تعليقه: نص في كتاب السر عن مالك على إباحته، ورواه عنه أهل مصر وأهل المغرب، قلت: وكتاب السر وقفت عليه في كراسة لطيفة من رواية الحارث ابن مسكين عن عبد الرحمن بن القاسم عن مالك، وهو يشتمل على نوادر من المسائل، وفيها كثير مما يتعلق بالخلفاء، ولأجل هذا سمي كتاب السر، وفيه هذه المسألة، وقد رواه أحمد بن أسامة التجيبي وهذبه ورتبه على الأبواب، وأخرج له أشباهاً ونظائر في كل باب، وروى فيه من طريق معن بن عيسى سألت مالكا عنه فقال: ما أعلم فيه تحريماً، وقال ابن رشد في كتاب البيان والتحصيل في شرح العتبية: روى العتبي عن ابن القاسم عن مالك أنه قال له وقد سأله عن ذلك مخلياً به، فقال: حلال ليس به بأس، قال ابن القاسم: ولم أدرك أحداً أقنتدي به في دين يشك فيه، والمدنيون يروون الرخصة عن النبي ﷺ، يشير بذلك إلى ما روي عن ابن عمر وأبي سعيد، أما حديث ابن عمر: فله طرق رواه عنه نافع وعبيد الله بن عبد الله بن عمر وزيد بن أسلم وسعيد ابن يسار وغيرهم، أما نافع، فاشتهر عنه من طرق كثيرة جداً، منها رواية مالك وأيوب وعبيد الله ابن عمر العمري، وابن أبي ذئب وعبد الله بن عون وهشام بن سعد، وعمر بن محمد بن زيد وعبد الله بن نافع وأبان بن صالح، وإسحاق بن عبد الله بن أبي فروة، قال الدارقطني: في أحاديث مالك التي رواها خارج الموطأ نا أبو جعفر الأسواني المالكي بمصر نا محمد بن أحمد ابن حماد نا أبو الحارث أحمد بن سعيد الفهري نا أبو ثابت محمد بن عبيد الله حدثني الدراوردي، عن عبيد الله بن عمر بن حفص عن نافع، قال قال لي ابن عمر: أمسك على المصحف يا نافع، فقرأ حتى أتى على هذه الآية ﴿نساؤكم حرث لكم﴾ فقال: تدري يا نافع فيمن أنزلت هذه الآية؟ قال: قلت: لا، قال: فقال لي في رجل من الأنصار أصاب امرأته في دبرها، فأعظم الناس ذلك، فأنزل الله تعالى: ﴿نساؤكم حرث لكم﴾ الآية، قال نافع، فقلت لابن عمر: من دبرها في قبلها؟ قال: لا، إلا في دبرها، قال أبو ثابت وحدثني به الدراوردي عن مالك وابن أبي ذئب وفيهما عن نافع مثله، وفي تفسير البقرة من صحيح البخاري نا إسحاق أنا النضر أنا ابن عون عن نافع قال: كان ابن عمر إذا قرأ القرآن لم يتكلم حتى يفرغ منه، قال: فأخذت عليه يوماً فقرأ سورة البقرة حتى انتهى إلى مكان، فقال: تدري فيم أنزلت، فقلت: لا، قال: نزلت في كذا وكذا، ثم مضى، وعن عبد الصمد حدثني أبي يعني عبد الوارث حدثني أيوب عن نافع عن ابن عمر في قوله تعالى: ﴿نساؤكم حرث لكم﴾، قال: يأتيها في، قال: ورواه محمد بن يحيى بن سعيد عن أبيه عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر هكذا وقع عنده، والرواية الأولى في تفسير إسحاق بن راهويه مثل ما ساق، لكن عين الآية وهي ﴿نساؤكم حرث لكم﴾ وغير قوله كذا وكذا فقال: نزلت في إتيان النساء في أديارهن، وكذا رواه الطبري من طريق ابن عليه عن ابن عون، وأما رواية عبد الصمد فهي في تفسير إسحاق أيضاً عنه، وقال فيه: يأتيها في الدبر، وأما =

= رواية محمد: فأخرجها الطبراني في الأوسط عن علي بن سعيد عن أبي بكر الأعمش، عن محمد ابن يحيى بن سعيد بلفظ: إنما نزلت ﴿نساؤكم حرث لكم﴾ رخصة في إتيان الدبر، وأخرجه الحاكم في تاريخه من طريق عيسى بن مثروود عن عبد الرحمن بن القاسم، ومن طريق سهل بن عمار عن عبد الله بن نافع، ورواه الدارقطني في غرائب مالك من طريق زكريا الساجي عن محمد ابن الحارث المدني عن أبي مصعب، ورواه الخطيب في الرواة عن مالك من طريق أحمد بن الحكم العبدي، ورواه أبو إسحاق الثعلبي في تفسيره، والدارقطني أيضاً من طريق إسحاق بن محمد الفروي، ورواه أبو نعيم في تاريخ أصبهان من طريق محمد بن صدقة الفدكي كلهم عن مالك، قال الدارقطني: هذا ثابت عن مالك، وأما زيد بن أسلم فروى النسائي والطبري من طريق أبي بكر بن أبي أويس عن سليمان بن بلال عنه، عن ابن عمر: أن رجلاً أتى امرأته في دبرها على عهد رسول الله ﷺ، فوجد من ذلك وجداً شديداً، فأنزل الله عز وجل: ﴿نساؤكم حرث لكم﴾ الآية، وأما عبيد الله بن عبد الله بن عمر: فروى النسائي من طريق يزيد بن رومان عنه: أن ابن عمر كان لا به بأساً، موقوف، وأما سعيد بن يسار: فروى النسائي والطحاوي والطبري من طريق عبد الرحمن بن القاسم، قال: قلت لمالك. إن عندنا بمصر الليث بن سعد يحدث عن الحارث بن يعقوب عن سعيد بن يسار، قال: قلت لابن عمر: إنا نشترى الجوارى فخمض لهن، والتحميض الإتيان في الدبر، فقال: أف أو يفعل هذا مسلم، قال ابن القاسم: فقال لي مالك أشهد على ربيعة لحدثني عن سعيد بن يسار أنه سأل ابن عمر عنه، فقال: لا بأس به، وأما حديث أبي سعيد: فروى أبو يعلى وابن مردويه في تفسيره، والطبري والطحاوي من طرق، عن عبد الله بن نافع عن هشام بن سعد، عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار، عن أبي سعيد الخدري: أن رجلاً أصاب امرأة في دبرها، فأنكر الناس ذلك عليه، وقالوا ثفراها، فأنزل الله عز وجل ﴿نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم﴾ ورواه أسامة بن أحمد التجيبي من طريق يحيى بن أيوب، عن هشام بن سعد ولفظه: كنا نأتي النساء في أدبارهن، ويسمى ذلك الإنفار، فأنزل الله الآية، ورواه من طريق معن بن عيسى عن هشام، ولم يسم أبا سعيد قال: كان رجال من الأنصار، قلت: وقد أثبت ابن عباس الرواية في ذلك عن ابن عمر، وأنكر عليه في ذلك، وبين أنه أخطأ في تأويل الآية، فروى أبو داود من طريق محمد بن إسحاق عن أبيان بن صالح عن مجاهد، عن ابن عباس قال: إن ابن عمر والله يغفر له أوهم، إنما كان هذا الحي من الأنصار وهم أهل وثن، مع هذا الحي من يهود وهم أهل كتاب، وكانوا يرون لهم فضلاً عليهم من العلم، فكانوا يقتدون بكثير من فعلهم، وكان من أمر أهل الكتاب لا يأتون النساء إلا على حرف، وذلك أستر ما تكون المرأة، فكان هذا الحي من الأنصار قد أخذوا بذلك من فعلهم، وكان هذا الحي من قريش يشرحون النساء شرحاً منكراً، ويتلذذون منهن مقبلات ومدبرات ومستلقيات، فلما قدم المهاجرون المدينة تزوج رجل امرأة من الأنصار، فذهب يصنع بها ذلك، فأنكرته عليه، وقالت: إنما كنا نؤتي على حرف، فاصنع ذلك إلا فاجتنبني، فسرى أمرهما حتى بلغ ذلك رسول الله ﷺ، فأنزل الله: ﴿نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم﴾ أي مقبلات ومدبرات ومستلقيات يعني بذلك موضع الولد، وله شاهد من حديث أم سلمة، قال الإمام أحمد نا عفان نا وهيب نا عبد الله بن عثمان بن خثيم، عن عبد الرحمن بن سابط قال: دخلت على حفصة ابنة عبد الرحمن فقلت: إني سائلك عن أمر، وأنا أستحيي أن أسألك، قالت: فلا تستحي =

العزیز شرح الوجیز ج ٨ / م ١٢



يا ابن أخي، قال: عن إتيان النساء، وكانت اليهود تقول: إنه من جبي امرأته كان ولده أحول، فلما قدم المهاجرون المدينة نكحوا في نساء الأنصار فجبوهن فأبت امرأة أن تطيع زوجها، وقالت: لن نفعل ذلك، حتى أتى رسول الله ﷺ، فدخلت على أم سلمة فذكرت لها ذلك، فقالت: اجلسي حتى يأتي رسول الله ﷺ فلما جاء رسول الله ﷺ استحيت الأنصارية أن تسأله، فخرجت، فحدثت أم سلمة رسول الله فقال: ادع الأنصارية: فدعيت فتلا عليها هذه الآية، ﴿نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم﴾ صاماً واحداً.

تنبيه: روى النسائي من طريق بكر بن مضر عن يزيد بن الهاد عن عثمان بن كعب القرظي عن محمد بن كعب القرظي: أن رجلاً سأله عن المرأة تزوتى في دبرها فقال: إن ابن عباس كان يقول: اسق حرثك من حيث نباته، كذا في بعض النسخ، وفي بعضها من حيث شئت، وكذا رواه أبو الفضل بن حنابلة عن محمد بن موسى المأموني عن النسائي، والأول أشبه بمذهب ابن عباس، وروى جابر: أن سبب نزول الآية المذكورة، أن اليهود كانت تقول: إذ أتى الرجل امرأته من خلفها في قبلها، جاء الولد أحول، فأنزلها الله تعالى، أخرجه الشيخان في الصحيحين وغيرهما، وفي رواية آدم عن شعبة عن محمد بن المنكدر، سمعت جابر بن عبد الله يقول في قول الله عز وجل: ﴿فأتوا حرثكم أنى شئتم﴾ قال: قالت اليهود: إذا أتى الرجل امرأته باركة، كان الولد أحول، فأكذبهم الله عز وجل فأنزل: ﴿نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم﴾ يقول: كيف شئتم في الفرج، يريد بذلك موضع الولد للحرث، يقول: اتت الحرث كيف شئت، ومن قوله يقول كيف شئتم، يحتلم أن يكون من ذلك جائزاً ومن دونه.

فائدة: ما تقدم نقله عن المالكية، لم ينقل عن أصحابهم إلا عن ناس قليل، قال القاضي عياض: كان القاضي أبو محمد عبد الله بن إبراهيم الأصيلي يجيزه ويذهب فيه إلى أنه غير محرم، وصنف في إباحته محمد بن سحنون ومحمد بن شعبان، ونقل ذلك عن جمع كثير من التابعين، وفي كلام ابن العربي والمازري ما يومي إلى جواز ذلك أيضاً، وحكى بن بزيرة في تفسيره عن عيسى ابن دينار أنه كان يقول: هو أحل من الماء البارد، وأنكره كثير منهم أصلاً، وقال القرطبي في تفسيره وابن عطية قبله: لا ينبغي لأحد أن يأخذ بذلك، ولو ثبتت الرواية فيه لأنها من الزلات، وذكر الخليلي في الإرشاد عن ابن وهب أن مالكا رجع عنه، وفي مختصر ابن الحاجب عن ابن وهب عن مالك إنكار ذلك، وتكذيب من نقله عنه، لكن الذي روى ذلك عن ابن وهب غير موثوق به، والصواب ما حكاه الخليلي، فقد ذكر الطبري عن يونس بن عبد الأعلى عن ابن وهب عن مالك أنه أباحه، روى الثعلبي في تفسيره من طريق المزني قال: كنت عند ابن وهب وهو يقرأ علينا رواية مالك فجاءت هذه المسألة، فقام رجل فقال: يا أبا محمد اربو لنا ما رويت، فامتنع أن يروي لهم ذلك، وقال: أحذكم يصحب العالم، فإذا تعلم منه لم يوجب له من حقه ما يمنعه من أقبح ما يروى عنه، وأبى أن يروي ذلك، روي عن مالك كراهته، وتكذيب من نقله عنه من وجه آخر، أخرجه الخطيب في الرواة عن مالك من طريق إسماعيل بن حصن عن إسرائيل بن روح، قال: سألت مالكا عنه، فقال: ما أنتم قوم عرب، هل يكون الحرث إلا موضع الزرع؟ قلت: يا أبا عبد الله إنهم يقولون ذلك، قال: يكذبون علي، والعهد في هذه الحكاية على إسماعيل فإنه واهي الحديث، وقد روينا في علوم الحديث للحاكم قال نا أبو العباس محمد بن يعقوب نا العباس بن الوليد البيروتي نا أبو عبد الله بشر بن بكر، سمعت الأوزاعي يقول: يجتنب أو يترك

وقوله: «ولم يختلفوا» إلى آخره يقتضي القطع بوجوب العدة وثبوت حرمة المصاهرة، لكن الخلاف ثابت فيهما، كما عرفت، فيما أن يُخْمَلَ ما ذكره على طريقة أخرى، وإما أن يتأول.

**المسألة الثانية:** العزل أن يجمع، فإذا جاء وقت الإنزال، نزع، فأنزل خارج الفرج، والأولى تركه على الإطلاق، وأطلق في «المهذب» أنه مكروه، ولا خلاف في جوازه في السرية صيانةً للملك، وفي الحرّة المنكوحه طريقتان:

**إحدهما:** أنها إن لم تأذن، لم يُعْزَل، لما رُوِيَ عن ابن مسعود - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وابن عباس - رضي الله عنهما - أنهما قالوا: «تُسْتَأْذَنُ الْحُرَّةُ فِي الْعَزْلِ»<sup>(١)</sup> وَإِنْ أَدْنَتْ، فوجهان:

**أحدهما:** المنع أيضاً؛ لما رُوِيَ عن النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنَّهُ قَالَ فِي الْعَزْلِ «إِنَّهُ الْوَأْدُ الْخَفِيُّ»<sup>(٢)</sup>.

= من قول أهل الحجاز خمس، ومن قول أهل العراق خمس، من أقوال أهل الحجاز: استماع الملاهي، والمتعة. وإتيان النساء في أدبارهن، والصرف، والجمع بين الصلاتين بغير عذر، ومن أقوال أهل العراق: شرب النبيذ، وتأخير العصر حتى يكون ظل الشيء أربعة أمثاله، ولا جمعة إلا في سبعة أمصار، والفرار من الزحف، والأكل بعد الفجر في رمضان، وروى عبد الرزاق عن معمر قال: لو أن رجلاً أخذ بقول أهل المدينة: في استماع الغناء، وإتيان النساء في أدبارهن، ويقول أهل مكة: في المتعة، والصرف، ويقول أهل الكوفة: في المسكر، كان شر عباد الله، وقال أحمد بن أسامة التجيبي نا أبي سمعت الربيع بن سليمان الجيزي يقول: أنا أصبغ قال: سئل ابن القاسم عن هذه المسألة وهو في الجامع، فقال: لو جعل لي ملء هذا المسجد ذهباً ما فعلته، قال ونا أبي سمعت الحارث بن مسكين يقول: سألت ابن القاسم عنه فكرهه لي، قال: وسأله غير فقال: كرهه مالك.

(١) قال الحافظ: أما أثر ابن مسعود: فرواه ابن أبي شيبة من طريق يحيى بن أبي كثير عن سوار الكوفي عنه، قال: تستأمر الحرّة، ويعزل عن الأمة، وأما أثر ابن عباس: فرواه عبد الرزاق والبيهقي [٢٣٠/٧] من طريق عطاء عنه، قال: نهى عن عزل الحرّة، إلا بإذنها، ورواه ابن أبي شيبة من طريق ابن أبي مليكة عنه: أنه كان يعزل عن أمته، وفيه عن ابن عمر أنه قال: يعزل عن الأمة، ويستأذن الحرّة، وعن عمر مثله، رواهما البيهقي، وفيه ابن لهيعة وهو معروف، وروى مرفوعاً أخرجه ابن ماجه من طريق المحرر بن أبي هريرة عن أبيه، عن عمر أن النبي ﷺ نهى عن أن يعزل عن الحرّة إلا بإذنها، وفيه ابن لهيعة، قال الدارقطني في العلل: وهم فيه، والصواب عن الزهري عن حمزة عن عمر، ليس فيه ابن عمر.

(٢) أخرجه مسلم [١٤٤٢] من رواية جدامة بنت وهب في حديث، والظاهر أنه منسوخ، فقد روى أصحاب السنن من حديث أبي سعيد قال: قيل لرسول الله ﷺ: إن اليهود زعموا أن العزل الموءودة الصغرى، فقال: كذبت يهود، لو أراد الله أن يخلقه لم يستطع أن يصرفه، ونحوه للنسائي عن جابر، وعن أبي هريرة، وجزم الطحاوي بكونه منسوخاً وتعقب، وعكسه ابن حزم.

والثاني: الجواز؛ لما رُوِيَ عَنْ جَابِرٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - قَالَ: «كُنَّا نَعْزِلُ، فَبَلَغَ ذَلِكَ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَلَمْ يَنْهَنَا»<sup>(١)</sup>.

وأظهرهما: أنه يجوز، إن رضيت لا محالة، وإلا، فوجهان:

أحدهما: المنع، لكيلا يتنصص عليهما الاستمتاع.

والثاني: الجواز؛ لأن حَقَّهَا فِي الْوِطْءِ دُونَ الْإِنْزَالِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَقْطَعُ الْمَطَالِبَةَ فِي دَعْوَى الْعُنَّةِ بِمَجْرَدِ الْوِطْءِ، وَهَذَا أَصْحَحُ عِنْدَ صَاحِبِ الْكِتَابِ، وَإِنْ كَانَتْ الْمَنْكُوحَةُ أُمَةً، فَإِنْ جَوَّزْنَا الْعِزْلَ فِي حَقِّ الْحُرَّةِ، فَفِي حَقِّهَا أَوْلَى، وَإِنْ مَنَعْنَا فِي حَقِّهَا، فَجُوهَانُ:

أحدهما: أنها مستفرشة بالنكاح صاحبة حق في الاستمتاع، فتكون كالحرة.

وأصحهما: الجواز تحرزاً عن رِقِّ الْوَلَدِ، وَإِذَا اخْتَصَرْتِ، قَلْتِ: فِي [الْعِزْلِ]<sup>(٢)</sup>

أوجه: الجواز المطلق، [و] تخصيص الجواز بالأمّة، [و] تخصيص الجواز بحالة الإذن، وهذه الثلاثة مذكورة في الكتاب.

والرابع: المنع المطلق.

والمستولدة، رتبها المرتبون على المنكوحة الرقيقة، وهذه أولى بالمنع؛ لأن الولد حرٌّ، وآخرون على الحرّة والمستولدة أولى بالجواز؛ لأنها ليست راسخة في الفراش، ولهذا لا تستحق القسم، وهذا أظهر، قال الإمام - قدس الله روحه -: وحيث قلنا بالتحريم، فذاك، إذا نزع على قصد، أن يقع الإنزال خارجاً؛ تحرزاً عن الولد، فأما إذا عن، له أن ينزع لا على هذا القصد، فيجب القطع بأنه لا يخرم.

هذا شرح ما يشتمل عليه الكلام في الفصل.

المسألة الثالثة: الاستمناء باليد، نُقِلَ عَنْ أَحْمَدَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - الترخيص فيه، وذكر القاضي ابن كج أن فيه توفيقاً في القديم، والمذهب الظاهر تحريمه؛ لما رُوِيَ أَنَّهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ: «مَلْعُونٌ مَنْ نَكَحَ يَدَهُ»<sup>(٣)</sup> واحتج له أيضاً بقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأُزْوَاجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ﴾ إلى قوله: ﴿فَمَنْ أَبْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ﴾ [المؤمنون: ٧] وهذا مما وراء ذلك، ويجوز أن يستمني بيد

(١) مسلم باللفظ المذكور، بلفظ: أخرجه البخاري [٥٢٠٧ - ٥٢٠٨ - ٥٢٠٩]، مسلم [١٤٤٠] بلفظ: كنا نعزل، والقرآن ينزل.

(٢) في ز: القول.

(٣) ذكره الأزدي في الضعفاء، وابن الجوزي من طريق الحسن بن عرفة في جزءه المشهور، من حديث أنس بلفظ: سبعة لا ينظر الله إليهم، فذكر منهم، الناكح يده، وإسناده ضعيف، ولأبي الشيخ في كتاب الترهيب من طريق أبي عبد الرحمن الحبلي، وكذلك رواه جعفر الفريابي من حيث عبد الله بن عمرو وفيه ابن لهيعة وهو ضعيف.

زَوْجَتِهِ وَأَمَّتِيهِ، كما يستمتع بسائر بدَنِهَا، ذَكَرَهُ فِي «التَّئِمَّة» وَحَكَاهُ الْقَاضِي الرَّوْيَانِيُّ فِي «التَّجْرِبَةِ» وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

**المسألة الرابعة:** القول في تحريم الوطء بالحَيْضِ والنَّفَاسِ، وفي تحريم سائر الاستمتاع على ما مرَّ في الحيض، وعن أبي عُبَيْدِ بْنِ حَرْبُوبٍ فِيمَا نَقَلَ الْقَاضِي ابْنُ كَيْجٍ: أَنَّهُ يَتَجَنَّبُ الْحَائِضَ فِي جَمِيعِ بَدَنِهَا؛ لظَاهِرِ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَاعْتَرِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ﴾<sup>(١)</sup> [البقرة: ٢٢٢].

ولا بأس بأن يطوف على إمامه بغسل واحد، نعم، يُسْتَحَبُّ أَنْ يَخْلُلَ بَيْنَ كُلِّ وَطْئَتَيْنِ وَضَوْءاً أَوْ غَسْلاً فَرَجاً، كَمَا ذَكَرْنَا فِي «الطَّهَارَاتِ» وَلَا يَتَأْتَى ذَلِكَ فِي الْمُنْكَوحَاتِ<sup>(٢)</sup> إِلَّا بِإِذْنِهِنَّ، لِأَنَّ الْقِسْمَ وَاجِبٌ فِيهِنَّ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَأْتِيَ أُخْرَى فِي نُوْبَةٍ وَاحِدَةٍ إِلَّا بِإِذْنِهَا، وَمَا رُوِيَ أَنَّهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - : «كَانَ يَطُوفُ عَلَى نِسَائِهِ بِغُسْلِ وَاحِدٍ»<sup>(٣)</sup> مَحْمُولٌ عِنْدَ مَنْ قَالَ: كَانَ الْقِسْمُ وَاجِباً عَلَيْهِ عَلَى أَنَّهُنَّ كُنَّ أَحْلَلْتَهُ، وَمَنْ قَالَ:

(١) قال النووي: هذا الوجه غلط فاحش، يخالف الأحاديث الصحيحة المشهورة كقوله ﷺ: «اصنعوا كل شيء سوى النكاح» وأنه ﷺ: كان يباشر الحائض فوق الإزار فقد خالف قائله إجماع المسلمين. والله أعلم.

والحديث (أخرجه مسلم ٢٤٦/١) في كتاب الحيض/ باب: جواز غسل الحائض رأس زوجها حديث (٣٠٢/١٦).

(أخرجه البخاري ٤٠٣/١) في كتاب الحيض/ باب: مباشرة الحائض حديث (٢٩٩)، (٣٠١).

(٢) قال في المهمات: يتصور في مسائل:

إحداها: أن يطأ واحدة في آخر نوبتها ثم التي تليها في أول النوبة ثم الثالثة بعد موت الثانية أو انفساخ نكاحها.

الثانية: أن يطأ واحدة في نوبة الأخرى لظنه أنها صاحبة النوبة ثم يطأ صاحبة النوبة ثم يطأ صاحبها.

الثالثة: ألا يوجد من الزوجات إذن ولا منع بل يقمن عنده على العادة.

الرابعة: أن يتعدى فطاً واحدة في نوبة كل من ضرائرها فيلزمه فناء حقهن من نوبتها بأن يقيم عند كل منهن بقدر إقامته عندها لكن لا يكلف الوطء على الصحيح، وحينئذ فقد يطأ الجميع متوالياً بأن يطأ صاحبة النوبة أولاً ثم يدور على الباقيات فيطأهن أو يعكس، ونازعه الأذرع في التوسط، وفيما نازعه به نظر. وقال الشيخ البلقيني: يزداد عليه أن يتصور بغير إذنهن فيما إذا اعترض عنهن ولم يبت عند واحدة ففي هذه الصورة لو دار عليهن بغسل واحد جاز ولا يحتاج إلى إذنهن.

صورة ثانية: في عصمته واحدة فوطئها ثم عقد على أخرى عقب وطئها فيجوز له أن يطأها ولا حاجة إلى الإذن.

صورة ثالثة: له ثلاث زوجات ناشزات فيجوز له بغسل واحد ولا حاجة إلى إذن.

(٣) أخرجه البخاري [٢٦٨ - ٢٨٤ - ٥٠٦٨ - ٥٢١٥] ومسلم [٣٠٩] من حديث أنس وفي رواية لأبي نعيم في معرفة الصحابة: في ضحوة.

لم يَجِبْ عَلَيْهِ الْقَسْمُ، نَزَلْنَ فِي حَقِّهِ - عَلَيْهِ السَّلَامُ - بِمَنْزِلَةِ الْإِمَاءِ، وَيَكْرَهُ أَنْ يَطَأَ زَوْجَتَهُ<sup>(١)</sup>، أَوْ أُمَّتَهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الْفَضْلُ الثَّانِي فِي وَطْءِ الْأَبِ جَارِيَةَ الْإِبْنِ) وَهُوَ حَرَامٌ وَلَكِنْ لَهُ شُبُهَةٌ وَجُوبٌ الْإِعْفَافِ فَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْحَدُّ، وَيَجِبُ الْمَهْرُ، وَيَحْرُمُ عَلَى الْإِبْنِ بِالْمُصَاهَرَةِ، وَيَثْبُتُ النَّسَبُ، وَيَتَعَقَّدُ الْوَلَدُ عَلَى الْحُرِّيَّةِ، وَتَصِيرُ مُسْتَوْلَدَةً الْأَبِ عَلَى الْقَوْلِ الْمَنْصُوصِ، وَيُقَدَّرُ أَنْتِقَالَ الْمَلِكِ إِلَيْهِ مَعَ الْمَلُوقِ حَتَّى يَنْتَفِي قِيمَةُ الْوَلَدِ عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَا يَسْقُطُ الْمَهْرُ أَضْلاً.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يَحْرُمُ عَلَى الْأَبِ وَطْءَ جَارِيَةِ الْإِبْنِ، إِذَا كَانَ عَالِماً بِالْحَالِ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَ بِزَوْجَةٍ لَهُ، وَلَا مَمْلُوكَةً، وَإِذَا وَطَّئَهَا فَيُنْظَرُ، أَهِيَ مَوْطُوءَةٌ الْإِبْنِ أَمْ لَا؟  
الحالة الأولى: ألا تكون موطوءة الابن، وفيها مسائل:

المسألة الأولى: لا يجب الحد على الأب لشبهة الملك، [و] رُوِيَ أَنَّهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ: «أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ» وَأَيْضاً، فَإِنَّ الْأَبَ يَسْتَحِقُّ عَلَى الْإِبْنِ جِنْسَ مَا اسْتَوْفَاهُ، إِذْ يَجِبُ عَلَيْهِ إِعْفَافُ الْأَبِ، فَأَشْبَهَ مَا إِذَا سَرَقَ مَالَ الْإِبْنِ، لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْقَطْعُ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّ النِّفْقَةَ عَلَيْهِ عِنْدَ الْحَاجَةِ، وَوَجَّهَ أَيْضاً بِأَنَّ الْوَالِدَ لَا يُقْتَلُ بَوْلَدِهِ، فَيُبْعَدُ أَنْ يَرْجَمَ بَوْطْءَ جَارِيَتِهِ، وَفِي «أَمَالِي» أَبِي الْفَرَجِ أَنَّ الْإِصْطِخْرِيَّ خَرَجَ قَوْلًا فِي وَجُوبِ الْحَدِّ عَلَيْهِ مِنْ قَوْلِ رُوَيْ فِي وَجُوبِ الْحَدِّ عَلَى مَنْ وَطَّئَ جَارِيَتَهُ الْمُحْرَمَةَ عَلَيْهِ بِرِضَاعٍ أَوْ نَسَبٍ، وَفَرَّقَ عَلَى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ بِأَنَّ هُنَاكَ لَيْسَتْ تِلْكَ الْجَارِيَةُ مَحَلًّا حَلَّةً بِحَالٍ، وَهَذِهِ مَحَلُّ حَلِّ الْأَبِ، وَقَدْ تَمَكَّنَتْ الشُّبُهَةُ فِيهَا، وَشُبُهَةُ الْمَلِكِ كَحَقِيقَةِ الْمَلِكِ فِي دَرَجَةِ الْحَدِّ، وَإِذَا لَمْ نُوْجِبِ الْحَدَّ، فَفِي وَجُوبِ التَّعْزِيرِ وَجْهَانِ:

أحدهما: المنع؛ كيلا يصير الابن وماله سبباً لعقوبة الأب.

وأصحهما: الوجوب؛ كركوب سائر المحظورات، ويشبه أن يكون هذا في التعزير لحق الله تعالى لا لحق الابن.

(١) قال النووي: ويسن ملاعبته الزوجة إنساناً وتلطفاً ما لم يترتب عليه مفسده، للحديث الصحيح «هلا تزوجت بكراً تلاعبها وتلاعبك». ويستحب ألا يعطلها، وألا يطيل عهدها بالجماع من غير عذر، وألا يترك ذلك عند قدومه من سفره، لقوله ﷺ في الحديث الصحيح «فإذا قدمت فالكيس الكيس»، أي: ابتغ الولد. والسنة أن يقول عند الجماع: باسم الله، اللهم جنبنا الشيطان وجنب الشيطان ما رزقتنا، للحديث الصحيح فيه: لا يكره الجماع مستقبل القبلة ولا مستدبرها، لا في البنيان ولا في الصحراء، ويحرم على الزوجة والأمة تحريماً غليظاً أن تمتع إذا طلبها للاستمتاع الجائز، ولا يحرم وطء المرضع والحامل، ويكره أن تصف المرأة امرأة أخرى لزوجها من غير حاجة للحديث الصحيح، في النهي عن ذلك.

**المسألة الثانية:** إن فرعنا على التخريج المذكور في الحد، فهو كما إذا زنى بأمة الأجنبي، فإن كانت مكروهة، وجب مهرها، وإن كانت مطاوعة، فعلى وجهين، وإن قلنا بظاهر المذهب نزلناه منزلة وطء الشبهة، وأوجبنا عليه المهر للابن، فإن كان موسراً أخذ منه، وإلا، فهو في ذمته إلى أن يُوسر، وعن أبي الحسين حكاية وجهٍ ضعيف؛ أنه إذا كان معسراً، لم يتبع به.

**المسألة الثالثة:** كما يسقط الحد، ويجب المهر للشبهة تثبت حرمة المصاهرة، فتحرم الجارية على الابن أبداً، ويستمر ملكه عليها، إذا لم يوجد من الأب إقبال، ولا شيء على الأب بتحريمها؛ لأن مجرد الحل في ملك اليمين ليس بمتقوم، وإنما المقصد الأعظم فيه المالية، وهي باقية، وله تزويجها، ويحصل المهر، ومما يدل على أن الحل فيه غير متقوم أنه إذا اشترى أمة، فخرجت أخته من الرضاع لا يتمكّن من الرد، ولم اشترى جارية صغيرة، فأرضعتها، أم البائع، وحرمت عليه، ثم اطلع المشتري على عيب قديم أو اشترت زوجة الرجل جارية رضية منه، وأرضعتها، فحرمت على الزوج، ثم اطلعت على عيب قديم يجوز الرد، والحرمة الحادثة لا تجعل كالعيوب الحادثة، وليس ما نحن فيه كتفويت حلي النكاح بالرضاع أو بوطء الشبهة بأن وطئ زوجة أبيه أو ابنه بالشبهة، حيث يُعزّم المهر؛ لأن هناك تفويت الملك والحل جميعاً، ولأن الحل هو المقصد هناك فيقوم، ولذلك يجوز أن يشتري أخته من الرضاع، ولا يجوز أن يتكحها.

**المسألة الرابعة:** إذا أحببها بوطئه فالولد نسيب حر، كما لو وطئ جارية الغير بالشبهة، وهل تصير الجارية أم ولد للأب؟ فيه قولان:

أصحهما: وبه قال أبو حنيفة - رضي الله عنه: نعم، للشبهة التي اقتضت أنتفاء الحد ووجوب المهر.

**والثاني:** وبه قال المزني: لأنها ليس ملكاً له وقت الإقبال، فصار كما لو استولّد جارية بالنكاح، وحكى الحناطي في موضع القولين اختلافاً، ملخص المفهوم منه ثلاثة طرق:

أحدها: تخصيص القولين بما إذا كان الأب معسراً، والجزم بالاستيلاء عند يساره.

**والثاني:** تخصيص القولين بما إذا كان موسراً، والجزم بالنفي عند إعساره.

**والثالث:** وهو الأظهر: طرد الخلاف، ويخرج من هذه الطرق قول فارق بين أن يكون موسراً أو معسراً، على ما يُحكى عن صاحب «التقريب» كما إذا استولّد أحد الشريكين الجارية المشتركة، فإنه ينفذ الاستيلاء في نصيب الشريك، إن كان موسراً، ولا ينفذ، إن كان معسراً، وضعف الأئمة الفرقة من جهة أن الاستيلاء ههنا إنما يثبت

الحُرْمَةُ الأبوة وشبهة الملك، ولا يختلف هذا المعنى بالإعسار واليسار، وهناك يثبت الاستيلاء في نصيب الشريك لدفع الضرر عنه، فلو نَقَذناه في حالة الإغسار، لعلقنا حقه بدمه ضرب أب وهو ضرر أيضاً، فلم يزل الضرر بالضرر.

**التفريع:** إن فرقتنا بين أن يكون مُوسِراً أو مُعْسِراً، فإذا كان موسراً، قال الإمام: يجب أن يخرج على الأقوال الثلاثة في تعجيل الاستيلاء أو تأخيره إلى أداء القيمة، أو التوقف كما في سراية العتق من نصيب إلى نصيب، وإن قلنا: لا يثبت الاستيلاء فعلى الأب قيمة الولد باعتبار يوم الانفصال، إن انفصل حياً؛ لأن الرق اندفع بسببه، وإن انفصل ميتاً، فلا شيء فيه، وهذا كما قدرنا في ولد المغرور، ولا يجوز للابن بيع الجارية، ما لم تضع الحمل؛ لأنها حامل بحر، وهل على الأب قيمتها في الحال، ثم يسترده عند الوضع؟. فيه وجهان:

أحدهما: نعم للحيلولة الحاصلة.

وأصحهما: على ما ذكره صاحب «التهذيب» وغيره: لا؛ لأن يده محتوية عليها، وهو منتفع بها بالاستخدام وغيره، بخلاف ما إذا أبق العبد من يد الغاصب، وهذا الحكم في الجارية المغرور بحريتها، والموطوءة بشبهة إذ أخيلتا، ولو ملك الأب هذه الجارية يوماً من الدهر، هل تصير أم ولد؟ فيه قولان مغروفاً، فإن جعلناها أم ولد، فيجب على الأب قيمة الجارية مع المهر، كما إذا استولد أحد الشريكين الجارية المشتركة، يجب عليه نصف القيمة مع نصف المهر، وعند أبي حنيفة - رضي الله عنه - لا مهر على الأب إذا وجبت القيمة، وإذا اختلفا في قيمة الجارية فالقول قول الأب الغارم، ومنهم من جعله على قولين، كما [لو اشترى] <sup>(١)</sup> عبدتين، وتلف أحدهما، وجحد بالآخر عيباً، وقلنا له: رده، وأختلفا في قيمة التالف، ومتى ينتقل الملك في الجارية إلى الأب؟ فيه وجوه:

أحدها: أنه ينتقل قبيل العُلوق؛ ليكون مسقط مائه ملكاً له، صيانة لحُرْمَتِهِ، وهذا ما أورده في «التهذيب».

والثاني: وهو الذي ارتضاه الإمام؛ أنه ينتقل مع العُلوق؛ لأن العُلوق هو علة نقل الملك، والمعلول يساق العلة.

والثالث: ينتقل إليه بعد العُلوق؛ لأن الضرورة حيثئذ تتحقق وعلى هذا، فوجهان نقلهما الحنَاطي:

(١) في ز: إذا أسرى.

أحدهما: أنه ينتقل المِلك إليه عند الولادة.

والثاني: ينتقل عند أداء القيمة بعد الولادة<sup>(١)</sup>.

ثم الكلام في ثلاثة أمور:

الأول: في وجوب قيمة الولد على الأب وجهان بنؤهما على الخلاف في وقت انتقال الملك، إن قلنا: ينتقل الملك بعد العلق، وجبت القيمة، وإن قلنا: ينتقل قبله، لم تجب، وإن قلنا: معه، فقد قيل: قضيته وجوب القيمة أيضاً.

وقال الإمام: العلق على هذا التقدير يصادف الملك، فكيف يقتضي إيجاب القيمة؟ ورأى الأولى بناء الخلاف في وجوب القيمة على الخلاف في ثبوت الاستيلاء، إن أثبتناه، لم نوجب قيمة الولد، وإن نفيناها أو جبنها.

الثاني: قال الإمام لو فرض نزول الماء مع تغيب الحشفة، فقد اقترن موجب المهر بالعلق، فينبغي أن ينزل المهر منزلة قيمة الولد، والذي أطلقه الأصحاب من لزوم المهر محمول على ما إذا تأخر الإنزال عن موجب المهر على ما هو الغالب.

الثالث: في «التهديب» أنا إذا أثبتنا الاستيلاء فلا ولاء على الولد، وإن لم تُثبته، فوجهان:

أصحهما: أن الجواب كذلك.

المسألة الخامسة: إذا استولد الأب جاريةً مشتركةً بين الابن وبين أجنبي، فثبوت الاستيلاء في نصيب الابن على القولين السابقين، وإذا أثبتناه، فإن كان موسراً، سرى إلى نصيب الشريك، والولد حر، وعلى الأب كمال المهر، وكمال القيمة للابن والأجنبي، وإن كان معسراً، لم يثبت الاستيلاء في نصيب الشريك والولد نصفه حر، ونصفه رقيق في أصح القولين.

وحكى القاضي أبو سعيد الهروي وجهاً آخر: وهو أن الاستيلاء لا يثبت في نصيب الشريك.. بحال، ولا يجعل حق الملك وشبهته كحقيقة الملك، ولو كان نصف الجارية للابن، ونصفها حر، اقتصر الاستيلاء على نصيب الابن لا محالة.

ولو كان الأب المستولد رقيقاً لم يجب عليه الحد، ولا تصير الجارية أم وُلد، له؛ لأنه لا يملك، والولد نسيب، وفي حرية الولد وجهان: فتوى القفال فيها: أنه حر،

(١) لم يرجع الشيخ شيناً، ورجح النووي في التنقيح شرط الوسيط ما اختاره الإمام وتبعه الغزالي. وقضية كلام المنهاج تبعاً للمحرر ترجيح قبيل العلق فإنه حكم بأنه لا قيمة للولد على الأصح. كذا قاله في الخادم.



كولد المغرور وقيمته في ذمته إلى أن يعتق، والمهز يتعلق برقبته، إن كانت مكرهه، وإن كانت طواعته، فقولان في أنه يتعلق برقبته أو بذمته، كما لو وطئ العبد أجنبية بالشبهة، ولو كان الأب المستولد مكاتباً، ففي ثبوت الاستيلاء وجهان؛ بناءً على القولين في ثبوته، إذا ولد جارية نفسه، ولو كان بغضه حرّاً وبغضه رقيقاً؛ لم يثبت الاستيلاء، ويكون نصف الولد حرّاً، وفي نصفه الآخر وجهان.

قال في «التّهذيب»: إن قلنا: أنه حرٌّ أيضاً، فعليه كمال قيمة الولد، نصفها في كسبه، ونصفها في ذمته، وإن قلنا: إن النصف الآخر رقيق، فعليه [قيمة نصفه]<sup>(١)</sup> في كسب.

ولا فرق في الأحكام المذكورة بين أن يكون الأب مسلماً أو ذمياً، ويجري القولان في ثبوت الاستيلاء في الذمي، وإن كان الكافر لا يشتري المسلم؛ لأن الملك في الاستيلاء حكمي، كما في الإرث.

ووطء الأب جارية البنت والحفدة كوطئه جارية الابن، ولا فرق، وأما لفظ الكتاب، فقوله: «فلا يجب الحد، ويجب المهر» معلّمان بالواو، ويجوز أن يُعلم قوله: «وينعقد الولد على الحرية» أيضاً؛ لأن من يقول بثبوت الولاء عليه لا يسلم انعقاده على الحرية.

وقوله: «وتصير مستولدة الأب» أعلم بالزاي، وفي «أمالى» أبي الفرج السرخسي أنه لا يثبت الاستيلاء عند مالك - رضي الله عنه - فليعلم بالميم أيضاً، وقوله: «على القول المنصوص» يشير إلى كون القول الآخر مُخرّجاً، وكذلك ذكر بعض الأصحاب، قال القاضي ابن كج: نص ههنا على أنها تصير أم ولد له، ونص فيما إذا أحبل أحد الغانمين جارية من المغنم أنها لا تصير أم ولد له، فمن الأصحاب من جرى على النصين، فرقاً بأن الأب له شبهة في مال الابن، ويجب على الابن إعفاهه، وهذا المعنى لا يوجد في الغانمين بعضهم مع بعض، ومنهم من جعل المسلمين على قولين، وهذا ذهب إلى أن قول المنع مُخرّج ههنا، ومن الأصحاب من قال: هو منصوص، وربما نسب إلى القديم، فعلى هذا قوله: «على المنصوص» يعني في هذا الباب أو على الجديد، وقوله: «ويقدر انتقال الملك إليه مع العلوق» لا يخفى أنه مفرغ على ثبوت الاستيلاء.

وقوله: «على أظهر الوجهين» يمكن أن يرجع إلى قوله «ويقدر انتقال الملك إليه مع العلوق» ويقابله الوجه الذاهب إلى تقديم الانتقال على العلوق، والوجه الذاهب إلى تأخره عنه تعليلاً بأن المغلول يترتب على العلة بالرؤية لا بالزمان، ويمكن أن يتعلّق بقوله: «حتى ينتفي قيمة الولد»؛ لما مرّ أن بعضهم قال: «قضية المساواة وجوب القيمة» والاحتمال الأول أقرب إلى ما ذكره في «الوسيط» [وعلى هذا الاحتمال يُحسن

(١) في ز: قيمته.

أن يُغَلَمَ قوله: «حتى ينتفي» قيمة الولد بالواو<sup>(١)</sup> وقوله: «ولا يسقط المهر» معلّم بالحاء.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: فَإِنْ كَانَتْ الْجَارِيَةُ مَوْطُوءَةً الْإِبْنِ مَلَكَهَا الْأَبُ بِالْإِسْتِيلَاءِ وَلَكِنْ يَخْرُمُ عَلَيْهِ وَطُؤُهَا لِأَنَّهَا حُرِّمَتْ عَلَيْهِ بِوَطْءِ الْإِبْنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْعَالَّةُ الثَّانِيَةُ: إِذَا كَانَتْ الْجَارِيَةُ مَوْطُوءَةً الْإِبْنِ، وَوَطَّئَهَا الْأَبُ، وَهُوَ عَالِمٌ بِالْحَالِ، فَفِي وَجوبِ الْحَدِّ وَجِهَانٍ أَوْ قَوْلَانِ مَأْخُودَانِ مِنَ الْقَوْلَيْنِ فِي وَجوبِ الْحَدِّ عَلَى مَنْ وَطِئَ جَارِيَتَهُ الْمَحْرَمَةَ عَلَيْهِ بِرِضَاعٍ أَوْ مِصَاهِرَةٍ أَوْ نَسَبٍ:

أَصْحُهُمَا: وَهُوَ الْجَدِيدُ: أَنَّهُ لَا حَدَّ لِلشَّبَهَةِ، وَخَصَّصَ الْقَاضِي الرَّوْيَانِيُّ فِي «التجربة» الخلاف بما إذا كانت موطوءة الابن من غير استيلاء، فأما إذا كان قد استولدها، فحكايته عن الأصحاب: وجوب الحد قطعاً؛ لأنه لا يتصور أن يملكها بحال بخلاف ما إذا كانت موطوءة غير مستولدة<sup>(٢)</sup>، فإن قلنا بوجوب الحد على الأب، فلا تحرم الجارية على الابن، ويجب المهر، إن كانت مكرهة، وإن كانت مطاوعة، فوجهان:

أصحهما: المنع، ولو أولدها، لم تصر الجارية أم ولد له، وكان الولد رقيقاً غير نسيب، وعلى هذا القياس إذا وطئ جاريته المحرمة عليه برضاع وغيره، وأولدها، لا تصير أم ولد له، إذا أوجبنا الحد، قال الإمام: وارتاع بغض الأصحاب، فلم يستجز أن

(١) سقط في ز.

(٢) قال الأذري: سكننا في الشرح هنا واختصاره عليه فأفهما الرضى به، لكن في الشرح الصغير لو وطئ موطوءة الابن عالماً بذلك فأصح القولين لا حد للشبهة، ومنهم من خصص القولين بغير المستولدة وقطع فيها بالوجوب فاقضى أنه لا فرق بين المستولدة وغيرها وهو قضية كلام الشيخ أبي حامد وغيره ولذلك حكى بعضهم في حده ثلاثة أقوال أصحها لا حد، وثالثها التفصيل بين موطوءة الولد وغيرها، وجمع أبو حامد في التعليق بين المستولدة والموطوءة بلا استيلاء، وحكى فيها وجهين، وقد يخرج من عبارة البحر به مقالة رابعة فارقة بين المستولدة وغيرها. انتهى.

وسبقه لذلك صاحب المهمات وزاد فقال: وكلام أصل الروضة بعد ذلك يدل على هذا فإنه قال: أما إذا قلنا لا حد على الأب فإن أولدها فإن كانت مستولدة الابن لم تصر مستولدة له لأن أم الولد لا تقبل النقل فصرح به بأن قول عدم الحد جار مع استيلاء الابن لها خلاف ما نقله الروياني.

وقال في الخادم: لكنه في التجربة إنما حكاه عن والده خاصة فقال: قال والدي: يجب هنا أن يقال يلزمه الحد قولاً واحداً بخلاف موطوءة الابن التي لم يستولدها على أحد الوجهين؛ لأنه قد يملكها عليه بجهة النفقة والمهر عند وجوب الإعفاف بخلاف أم الولد. انتهى.

وهذا يؤيد ما اقتضاه كلام الشرح الصغير أن هذا وجه ضعيف وأن الصحيح أنه لا فرق بين المستولدة وغيرها ثم ذكر ما تقدم من كلام الأذري.

يطأ الإنسان مملوكته، وتخيل منه، ولا تصير أم ولد له، فحكم بثبوت النسب والاستيلاء مع القول بوجود الحد، وطرده هذا القائل كلامه في إيلاد جارية الابن، والظاهر الأول، وفي إيلاد أحد الشريكين الجارية المشتركة يثبت الاستيلاء والنسب، وإن طرد القول القديم، وقيل بوجود الحد؛ لأن وطأه يصادف ملكه وملك غيره حقيقة، فكانت الشبهة أقوى تمكناً، وإنما أوجبنا الحد صيانةً لملك الغير، وأما إذا قلنا: إنه لا حد عليه، فهو كما لو كان جاهلاً، فيلزمه المهر، وتكون الجارية محرمة عليهما أبداً، وإذا أولدها، فإن كانت مستولدة الابن، لم تصير مستولدة له؛ لأن أم الولد لا تقبل النقل، وإن لم تكن مستولدة له، فهل تصير مستولدة الأب فيه القولان المذكوران في الحالة الأولى بتفريعها.

وقوله في الكتاب «ملكها الأب بالاستيلاء» أي: إذا فرعنا على القول الأظهر في الحالة الأولى، ولو وطئ الأب مكاتبة ابنه وأولدها، فوجهان: أحدهما: أنها لا تصير مستولدة له لأن المكاتبة أيضاً لا تنتقل من مالك إلى مالك.

والثاني: تصير مستولدة؛ لأن الكتابة تقبل الفسخ بخلاف الاستيلاء، وهذا أصح عند صاحب «التهذيب» والأول هو الذي أورده القاضي أبو سعد الهروي، قال: وليس هذا كما إذا استولدت مكاتبته، حيث ينفذ الاستيلاء؛ لأنه لا نقل هناك، ولا تحتاج إلى فسخ الكتابة، بل الكتابة والاستيلاء يجتمعان ولا منافاة.

فزع: لو كانت جارية الابن منكوحه الغير، وأولدها الأب، جرى القولان في ثبوت الاستيلاء، ويستمر النكاح، وإن أثبتناه، كما لو استولدها سيدها، ولا يجوز للزوج غشيانها في مدة الحمل، هذا تمام الكلام في وطء الأب جارية الابن.

ولو وطئ الابن جارية الأب، فهو كما لو وطئ الأجنبي، فإن كان بشبهة، نظر؛ إن ظنّها، أمته أو زوجته الحرّة، فالولد حرّ، وعليه قيمته للأب، وإن ظنّها زوجته الرقيقة، فينعد الولد رقيقاً، ثم يعتق على الجدّ، ولا يجب على الابن قيمته، وإن وطئها عالماً بالتحريم، فهو زناً يتعلّق به الحد بخلاف وطء الأب جارية الابن؛ لأن له في مال الابن شبهة الإعفاف، [ولا ينعكس<sup>(١)</sup>] وليس هذا كالسرقية، حيث لا يجب القطع، سواء سرق الأب مال الابن، أو الابن مال الأب، لأن شبهة وجوب النفقة تشمل الطرفين، ويجب على الابن المهر، إن كانت مكرهه، فإن كانت مطاوعة، لم يجب على أصح الوجهين، فلو أتت بولد، فهو رقيق للأب، ولا يعتق عليه؛ لأنه لا نسب له، والله أعلم.

(١) سقط في ز.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الْفَضْلُ الثَّلَاثُ فِي إِعْفَافِ الْأَبِ) وَيَجِبُ عَلَى أَشْهَرِ الْقَوْلَيْنِ أَنْ يُعْفَى أَبَاهُ الْفَاقِدَ لِلْمَهْرِ الْمُخْتَجِ إِلَى النِّكَاحِ وَالْجَدَّ وَإِنْ عَلَا فَهُوَ فِي مَعْنَى الْأَبِ، فَإِنْ اجْتَمَعَ جَدَانِ فِي رُتْبَةٍ وَاحِدَةٍ وَلَمْ يَقْدِرْ إِلَّا عَلَى إِعْفَافِ أَحَدِهِمَا أُفْرِعَ بَيْنَهُمَا عَلَى وَجْهِ وَعَيْنِ الْقَاضِي أَحَدَهُمَا عَلَى وَجْهِ، وَمَهْمَا أَظْهَرَ الرُّغْبَةَ فِي النِّكَاحِ صَدَقَ بِغَيْرِ يَمِينٍ لَكِنْ لَا يَحِلُّ لَهُ بَيْنَةٌ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى طَلَبُ ذَلِكَ إِلَّا إِذَا صَدَقَتْ شَهْوَتُهُ بِحَيْثُ يَخَافُ الْعَنْتَ أَوْ يَشُقُّ الْمُصَابِرَةَ عَلَيْهِ، وَيَخْضَلُ الْإِعْفَافَ بِأَنْ يُزَوِّجَ مِنْهُ مُسْلِمَةً أَوْ كِتَابِيَّةً أَوْ يُمْلِكَهُ جَارِيَةً أَوْ يُسَلِّمَ ثَمَنَهَا إِلَيْهِ أَوْ مَهْرَ أَمْرَأَةٍ، وَلَيْسَ لِلأَبِ تَغْيِينُ أَمْرَأَةٍ رَفِيعَةَ الْمَهْرِ، وَإِذَا تَعَيَّنَ الْمَهْرُ فَتَغْيِينُ الزَّوْجَةِ إِلَى الْأَبِ، وَلَوْ مَاتَتْ فَعَلَيْهِ التَّجْدِيدُ، وَإِنْ فَسَخَ النِّكَاحَ بِعَيْنِهَا أَوْ أَنْفَسَخَ وَجِبَ التَّجْدِيدُ، وَإِنْ طَلَّقَهَا بِغَيْرِ عُدْرٍ لَمْ يَجِبِ التَّجْدِيدُ، وَإِنْ كَانَ بِعُدْرٍ فَوَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: هَذَا الْفَصْلُ مُشْتَمِلٌ عَلَى مَسْأَلَتَيْنِ:

المسألة الأولى<sup>(١)</sup>: ظاهر المذهب أنه يجب على الابن إعفاف الأب، ويحكى ذلك عن نصه في «كتاب الدعاوى والبيئات» وفيه قول مخرج أنه لا يجب، وبه قال أبو حنيفة والمزني، ويُسبب هذا القول إلى تخريج ابن خيزان.

قال الشيخان أبو حامد، وأبو علي قال ابن خيران: لما ذكر الشافعي - رضي الله عنه - في النفقات نفقة الأقارب، ولم يذكر الإعفاف دل على أن له قولاً أنه لا يجب، وهذا إشارة إلى طريقة التخريج، ووجهه الإلحاق بإعفاف الولد، فإنه لا يجب على الوالد، وكذا لا يجب الإعفاف في بيت المال، ولا على المسلمين، ووجه ظاهر المذهب أن في ترك الإعفاف تعريضاً للزنا، وذلك لا يليق بحرمة الأبوة، وليس من المصاحبة بالمعروف، وقد قال الله - تعالى -: ﴿وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [لقمان: ١٥] وأيضاً، فإن فوات نفس الابن محتمل لبقاء نفس الوالد، فأولى أن يحتمل فوات ماله، ولو ترك إعفافه، فربما يقع في الزنا، ويتعرض للرجم، ولأنه من وجوه حاجاته المهمة، فيجب على الابن القيام به كالنفقة والكسوة، ويتفرع على القول بالوجوب مسائل:

[المسألة الأولى]<sup>(٢)</sup>: إحداهما اختلفوا في موضع وجوب الإعفاف على ثلاثة

طُرُق:

أشبههما: أن سبيله سبيل النفقة، فيجب إعفاف المغير الزمن، وفي المغير الصحيح البدن قولان، كما في النفقة؛ لأنه لسد الخلة ودفع الحاجة كالنفقة.

(٢) في أ: إحداهما.

(١) في ح: إحداهما.

والثاني: أَنَّ الإِعْفَافَ أَوْلَى بِالْوَجُوبِ، فَيَجِبُ فِي الْمُعْسِرِ الزَّيْمِنِ، وَفِي الْمُعْسِرِ الصَّحِيحِ، إِنْ أَوْجِبْنَا النَّفَقَةَ، فَإِنْ لَمْ نَوْجِبْهَا، فَفِي الإِعْفَافِ قَوْلَانِ؛ وَجْهُ الْفَرْقِ: أَنَّ النَّفَقَةَ إِذَا لَمْ تَجِبْ عَلَيْهِ، تَجِبُ فِي بَيْتِ الْمَالِ، فَيُنْدَفَعُ حَاجَتُهُ، وَالإِعْفَافُ، لَا يُتَوَقَّعُ مِنْ جِهَةٍ أُخْرَى، وَبِهَذَا قَالَ أَبُو إِسْحَاقَ.

والثالث: أَنَّهُ حَيْثُ لَا تَجِبُ النَّفَقَةُ، لَا يَجِبُ الإِعْفَافُ، وَحَيْثُ يَجِبُ، فَفِي الإِعْفَافِ قَوْلَانِ، وَالْفَرْقُ أَنَّ الْحَاجَةَ إِلَى النَّفَقَةِ أَهْمٌ وَلِذَلِكَ يَجُوزُ لِلْمُضْطَّرِّ أَكْلَ طَعَامِ الْغَيْرِ، وَلَا يُفْرَضُ مِثْلُ ذَلِكَ فِي الْجَمَاعِ، وَحَيْثُ وَجِبَ الإِعْفَافُ اسْتَوَى فِيهِ الْإِبْنُ وَالْبِنْتُ كَالنَّفَقَةِ.

[المسألة] الثانية: اعتبر صاحبُ الكتابِ فيمن يُعْفُ ثَلَاثَةَ قِيُودَ، وَهِيَ الْأَبُوءُ، وَفَقْدَانُ الْمَهْرِ، وَالْحَاجَةُ إِلَى النِّكَاحِ.

الأول: الأبُوءُ، والمراد من يقع عليه الاسمُ بالحقيقة أو المجاز، فيدخل فيه الجدُّ، وإن علا، سواء كان من قبل الأب أو من قبل الأم، وفي وجوب إعفاف الأب الكافر، وجهان:

أشبههما: الوجوب.

فإذا اجتمع أصلان محتاجان، فإن وُقِيَ مالُ الولد بإعفافهما جميعاً، وجب، وإن لم يَفِ، فيُنظَرُ؛ إِنْ اِخْتَلَفَا فِي الدَّرَجَةِ، فَالْأَقْرَبُ أَوْلَى، إِذَا اسْتَوَى فِي الْعَصُوبَةِ أَوْ عَدَمِهَا.

مثاله: الأبُ أَوْلَى مِنْ أَبِ الْأَبِ، وَأَبُو الْأُمِّ أَوْلَى مِنْ أَبِي أَبِي الْأُمِّ، وَأَبِي أُمِّ الْأُمِّ، وَإِنْ كَانَ لِلأَبِ عَصُوبَةٌ دُونَ الْأَقْرَبِ؛ كَأَبِي أَبِي أَبِي الْأُمِّ، فَالْأَوَّلُ أَوْلَى، وَحَكَى الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ؛ أَنَّهُمَا سَوَاءٌ؛ لِتَعَارُضِ الْمَعْتَبَرَيْنِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِوَاحِدٍ عَصُوبَةٌ كَأَبِي أُمِّ الْأَبِ، وَأَبِي أَبِي الْأُمِّ، فَهُمَا سَوَاءٌ، وَحَيْثُ حَكَمْنَا بِالِاسْتِوَاءِ، فَلَا تَقْسَمُ مَوْثِقَةُ الإِعْفَافِ عَلَيْهِمَا، وَلَكِنْ يَخْصُصُ أَحَدُهُمَا بِهِ، وَفِي طَرِيقَتِهِ وَجْهَانِ:

أقربهما: يُحْكَمُ الْقِرْعَةُ<sup>(١)</sup>.

ولو اجتمع عددٌ ممن يجبُ عليهم الإِعْفَافُ، كالأولاد والأحفاد، فليكن الحكمُ على ما سيأتي في النفقة.

القيد الثاني: فَقْدَانُ الْمَهْرِ، فَالْعَيْنِيُّ الْقَادِرُ عَلَى إِعْفَافِ نَفْسِهِ بِمَالِهِ، لَا يَجِبُ عَلَى الْوَلَدِ إِعْفَافُهُ، وَكَذَا الْكَسُوبُ الَّذِي يَسْتَعْنِي بِكَسْبِهِ عَنْ غَيْرِهِ، ذَكَرَهَا شَيْخُ أَبُو عَلِيٍّ،

(١) قال النووي: قال الإمام: إن رأينا القرعة، لم يرفع الأمر إلى القاضي، وإن قلنا يجتهد القاضي،

فأدى اجتهاده إلى شيء، فعل. فإن استويا في نظره، تعينت القرعة.

وينبغي أن يجيء فيه الخلاف المذكور في النفقة، ولو وجد قدر النفقة، ولم يجد مؤنة الإغفاف، فوجهان:

أحدهما: أنه إذا سقطت النفقة سقط الإغفاف.

وأظهرهما: أنه يجب إعفاهه، لأنه محتاج إليه، وإن كان مستغنياً عن النفقة، وصار كما لو وجد النفقة دون الكسوة، [فإنه يستحق الكسوة]<sup>(١)</sup> ولو سقط وجوب النفقة أياماً بعارض، قال الإمام: ما ينبغي أن يكون ههنا الخلاف في وجوب الإغفاف، ولو قدر على سرية، ولم يقدر على مهر حرة، فالوجه أنه لا يجب إعفاهه، لأنه لا يتعين في إعفاهه تزويج حرة، كما سيأتي، وبهذا يتبين أن فقدان المهر بخصوصه غير معتبر، وإنما المعتبر ألا يجد ما يتمكن به من الاستمتاع.

[القيد] الثالث: الحاجة إلى النكاح، وإذا أظهر الحاجة إلى قضاء الشهوة والرغبة في النكاح، فيصدق من غير يمين؛ لأن تحليفه في هذا المقام لا يليق بحرمته، ولكن لا يحل له طلب الإغفاف إلا إذا صدقت شهوته بحيث يخاف العنت أو يضره التعزب، ويشق عليه الصبر.

قال الإمام: ويحتمل أن يشترط خوف العنت، كما في نكاح الأمة، لكن الأول أظهر.

المسألة الثالثة: المراد من الإغفاف أن يهيب له مستمتعاً بأن يعطيه مهر حرة ينكحها، أو يقول له: أنكح، وأنا أعطي المهر أو يباشر النكاح عن إذن الأب، ويعطي المهر أو بأن يملكه جارية لم يطأها، أو يعطيه ثمن جارية، ولا فرق بين أن تكون الحرة المنكوحه مسلمة أو كتابية، وأوماً القاضي الروياني إلى أن من الأصحاب من لم يكتف بالكتابية، وليس للأب أن يعين النكاح، ولا يرضى بالتسري، ولا إذا اتفقا على النكاح أن يعين امرأة رفيعة المهر؛ لفضيلة جمال أو شرف، وإذا اتفقا على قدر المهر، فتعيين المرأة بعد ذلك إلى الأب، ولا يجوز أن يملكه أو يزوجه عجوزاً أو شوهاء، كما ليس له أن يطعمه في النفقة طعاماً فاسداً لا ينسأغ، ثم يجب عليه أن ينفق على زوجة الأب أو أمته [ويقوم]<sup>(٢)</sup> بمؤنتها ولو أيسر الأب بعد ما ملكه الابن جارية أو ثمنها، لم يكن له الرجوع، كما لو دفع له النفقة، فلم يأكلها، حتى أيسر، ولو كانت تحتها صغيرة، أو عجوزة أو رثاء، ولم تندفع حاجته، فالقياس وجوب الإغفاف، وأنه لا يجتمع عليه نفقتان، وإذا ماتت الأمة التي ملكها أو الحرة التي تزوجها، أو فسخ النكاح بعيبها، أو فسخت بعيبه، أو انفسخ النكاح برودة أو رضاع، بأن أرضعت التي نكحها صغيرة كانت

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

زَوْجَتَهُ، فَصَارَتْ أُمُّ زَوْجَتِهِ، فَيَجِبُ عَلَى الْإِبْنِ تَجْدِيدُ الْإِعْفَافِ، كَمَا لَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ النِّفْقَةَ، فَسُرِقَتْ مِنْهُ، حَكَى الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ وَجْهًا آخَرَ: أَنَّهُ لَا يَجِبُ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ عَقْدَ عَمْرٍ، وَإِذَا تَحَمَّلَ مُؤْنَتَهُ مَرَّةً، فَقَدْ حَافِظٌ عَلَى حُرْمَةِ الْأَبْوَةِ، فَتَنْقَعُ مِنْهُ بِذَلِكَ، وَالظَّاهِرُ<sup>(١)</sup> الْأَوَّلُ، وَإِذَا قَلْنَا بِهِ: فَلَوْ طَلَّقَهَا أَوْ خَالَعَهَا أَوْ عَتَقَ الْأُمَّةَ، نَظَرٌ؛ إِنْ كَانَ بَعْدَ مَنْ شَقَاقٍ أَوْ نَشُوزٍ أَوْ غَيْرِهِمَا، فَفِيهِ وَجْهَانِ:

أَظْهَرُهُمَا: وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي «التَّهْذِيبِ»: أَنَّهُ يَجِبُ التَّجْدِيدُ، كَمَا فِي الْمَوْتِ، وَإِذَا كَانَ [بِغَيْرِ]<sup>(٢)</sup>، عَذْرٌ لَمْ يَجِبْ؛ لِأَنَّهُ الْمَقْصُرُ وَالْمَفُوتُ عَلَى نَفْسِهِ.

وَفِي «التَّمَتَّةِ» وَجْهٌ آخَرٌ: أَنَّهُ إِذَا طَلَّقَ، فَعَلِيهِ أَنْ يَزُوجَهُ مَرَّةً أُخْرَى، أَوْ يَسْرِيَهُ، فَلَوْ طَلَّقَ الثَّانِيَةَ، لَمْ يَزُوجَهُ بَعْدَ ذَلِكَ، وَلَكِنْ يَسْرِيَهُ، وَيَسْأَلُ الْحَاكِمَ أَنْ يَحْجَرَ عَلَيْهِ، حَتَّى لَا يَنْفِذَ إِعْتَاقَهُ بَعْدَ ذَلِكَ، وَإِذَا وَجِبَ التَّجْدِيدُ، فَإِنْ كَانَتْ بَائِنَةً فَعَلِيهِ التَّجْدِيدُ فِي الْحَالِ، وَإِنْ كَانَتْ رَجْعِيَّةً، لَمْ يَجِبْ إِلَّا بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ.

فَرُوعٌ: إِنْ قَلْنَا: لَا يَجِبُ الْإِعْفَافُ، فَلِلْأَبِ الْمَحْتَاجِ أَنْ يَنْكِحَ أُمَّةً، وَإِنْ أَوْجَبْنَا، فَوَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: نَعَمْ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُسْتَطِيعٍ لِلطُّوْلِ خَائِفٌ مِنَ الْعَتَّةِ.

وَأَصْحَبُهُمَا: الْمَنْعُ؛ لِأَنَّهُ مُسْتَغْنٍ بِمَالٍ وَلَدَهُ عَنِ نِكَاحِ الْأُمَّةِ، فَإِنْ قَلْنَا بِالْأَوَّلِ، حَصَلَ الْإِعْفَافُ بِأَنْ نَزُوجَهُ أُمَّةً.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: وَلَيْسَ لِلْأَبِ أَنْ يَتَزَوَّجَ جَارِيَةَ الْإِبْنِ، فَإِنْ مَلَكَ الْإِبْنُ زَوْجَتَهُ لَمْ يَنْفَسِخِ النِّكَاحُ مَا لَمْ يَحْضُلْ لِلْأَبِ وَلَدٌ فِي مَلَكَ الْإِبْنِ، وَلَا يَتَزَوَّجُ جَارِيَةَ نَفْسِهِ، وَلَوْ مَلَكَ زَوْجَتَهُ أَنْفَسَخَ النِّكَاحُ، وَلَا يَتَزَوَّجُ جَارِيَةَ مَكَاتِبَةٍ، وَلَوْ مَلَكَ الْمَكَاتِبُ زَوْجَةَ سَيِّدِهِ فَبِئْسَ الْإِنْفِسَاخُ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ الْحِكَايَةُ عَنْ نَصِّهِ فِي كِتَابِ «الدَّعَاوَى»: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِلْأَبِ أَنْ يَتَزَوَّجَ بِجَارِيَةِ ابْنِهِ، وَنَقَلَ الْمَزْنِيُّ فِي «المَخْتَصَرِ» جَوَازَهُ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعَنْ أَبِي إِسْحَاقَ أَنَّ ابْنَ سُرَيْجٍ قَالَ: وَجَدْتُ الشَّافِعِيَّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - مَا نَقَلَهُ الْمَزْنِيُّ، وَالْأَصْحَابُ اخْتَلَفُوا عَلَى طَرِيقَيْنِ فِي الْمَسْأَلَةِ:

أَحَدُهُمَا: إِثْبَاتُ قَوْلَيْنِ فِيهَا مَبْنِيَّةٌ عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِي وَجُوبِ الْإِعْفَافِ، إِنْ لَمْ نُوَجِّهْهُ،

(١) قَالَ النَّوَوِيُّ: قَالَ الْإِمَامُ: وَلَوْ فَرَضَ الْإِعْفَافُ مَرَارًا، أَوْ بِمَوْتِ الزَّوْجَاتِ، تَجَدَّدَ الْأَمْرُ بِوَجُوبِ الْإِعْفَافِ مَا دَامَتِ الْحَاجَةُ، وَلَا يَنْتَهِي ذَلِكَ، وَإِنْ كَثُرَ تَكَرَّرُ الْإِعْفَافِ.

(٢) فِي ز: بَقِيَ.

جاز للأب أن يتزوج جاريةً بانه، كما يجوز للابن أن يتزوج أمة أبيه، وإن أوجبناه، لم يُعجز لاستغنائه عن نكاح الأمة بمالٍ أبنه.

**والثاني:** القطع بالمنع، وإليه ذهب الأثرون، وقالوا فيما نقله المزنئي: إن الشافعي - رضي الله عنه - قال: يجوز للرجل أن يتزوج بجارية أبيه، فوقع في لفظه أبيه تصحيف؛ لأنها في الصورة تشبه ابنه، ومنهم من أوله، وحمل ما نقله على ما إذا كان الابن مغسراً لا يجد مؤنة الإعفاف، وكانت له جاريةً يحتاج إلى خدمتها، فيجوز له أن يتزوجها منه، أو كان الأب مع إيساره صحيح البدن، فإننا لا نوجب إعفائه ونفقتة على قول، فيجوز له أن يتزوج بجارية ابنه.

والصحيح في هاتين الصورتين أن يثبت جواز النكاح على أنه إذا ولد جاريةً ابنه، هل تصير مستولدةً له إن قلنا: نعم، لم يعجز له نكاحها، كما لا يجوز له أن ينكح جاريةً نفسه، وإن قلنا: لا، جاز له نكاحها، وكذا الحكم على قولنا: إنه لا يجب الإعفاف، هذا كله فيما إذا كان الأب حراً، أما إذا كان رقيقاً، فله أن ينكح جاريةً ابنه؛ لأنه لا يجب عليه إعفائه ولا نفقتة، وإذا استولد الرقيق جاريةً ابنه، لم تصر أم ولد له على ما تقدم، ولو نكح الأب جاريةً أجنبيً، حيث يجوز له نكاح الأمة، ثم ملكها الابن والأب بحيث لا يجوز له نكاح الأمة ابتداءً، هل يفسخ النكاح؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، كما أنه لما لم يعجز للرجل أن ينكح جاريةً نفسه، فلو نكح جاريةً غيره، ثم ملكها، يفسخ النكاح.

وأصحهما: وهو المذكور في الكتاب: أنه لا يفسخ؛ لأن الأصل في النكاح الثابت الدوام، وللدوام، من القوة ما ليس للابتداء على ما سبق نظائره، وأجري الوجهان فيما لو نكح جاريةً ابنه، ثم عتق، هل يفسخ النكاح؟ فإن قلنا: لا يفسخ النكاح، أو جوزنا له أن ينكح جاريةً ابنه ابتداءً، فأولدها، قال الشيخ أبو حامد والعراقيون وتابعهم الشيخ أبو علي وصاحب «التهذيب» وغيرهم: لا تصير أم ولد له، لأنه رضي ببق ولده حين نكحها؛ ولأن النكاح حاصل محقق، فيكون اطمئناناً بالنكاح لا لشبهة الملك بخلاف ما إذا لم يكن نكاح، وعن الشيخ أبي محمد، وإليه ميل الإمام: أنه يثبت الاستيلاد، وينفسخ النكاح وهذا قوله في «الكتاب» ما لم يحصل للأب ولد في ملك الابن.

ولا يجوز للسيد أن ينكح جاريةً مكاتبه؛ لأن للسيد في رقبة المكاتب وما في يده شبهة الملك، وإذا ولد جاريةً مكاتبه، فصارت أم ولد للسيد، فلو كان قد نكح جاريةً فملكها مكاتبه، ففي انفساخ النكاح وجهان، قال في «التتمة»: هما كالوجهين في صورة ملك الابن، قضية هذا الإطلاق ترجيح عدم الانفساخ، وبه قال القاضي أبو سعيد العزيز شرح الوجيز ج ٨/ م ١٣



الهروي - رحمه الله - ومنهم من رجح الانفاسخ ههنا وهو الأشبه؛ لأن تعلق السيد بمال المكاتب فوق تعلق الأب بمال الابن، فحدوث ملك المكاتب يقرب إذا ملك زوجة نفسه والله أعلم.

ثم لا يخفى مواضع العلامات في الفضل.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: (الْفَضْلُ الرَّابِعُ فِي تَرْوِيجِ الْإِمَاءِ) وَلِلسَّيِّدِ أَنْ يَسْتَحْدِمَهَا نَهَاراً، وَعَلَيْهِ أَنْ يُسَلِّمَهَا إِلَى الزَّوْجِ لَيْلاً، وَهَلْ لَهُ أَنْ يُبَوِّئَ لَهَا بَيْتاً فِي دَارِهِ، أَمْ لِلزَّوْجِ أَنْ يَخْرُجَ بِهَا لَيْلاً؟ فِيهِ قَوْلَانِ، فَإِنْ قُلْنَا لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ وَكَانَتْ مُخْتَرَةً وَأَمَكَّتْهَا ذَلِكَ فِي يَدِ الزَّوْجِ فَهَلْ يَجِبُ تَسْلِيمُهَا نَهَاراً؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَا خِلَافَ أَنَّ لِلسَّيِّدِ الْمُسَافِرَةَ بِهَا لَكِنْ لَا يُنْمَعُ الزَّوْجُ مِنَ الْخُرُوجِ لِيَضْحَبَهَا لَيْلاً، وَإِذَا لَمْ يُسَلِّمَهَا إِلَّا بِاللَّيْلِ فَالْوَاجِبُ شَطْرُ التَّفَقُّةِ، وَقِيلَ: لَا يَجِبُ أَضْلاً، وَقِيلَ: يَجِبُ الْجَمِيعُ، وَمَهْمَا سَافَرَ بِهَا السَّيِّدُ سَقَطَتْ نَفَقَتُهَا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ [ثَلَاثٌ] مَسَائِلٌ:

الأولى<sup>(١)</sup>: السيد إذا زوج أمته، لم يلزمه تسليمها إلى الزوج ليلاً ونهاراً، لكن يستخدمها نهاراً، ويسلمها إلى الزوج ليلاً؛ وذلك لأن السيد يملك منفعتين من أمته؛ منفعة الاستخدام ومنفعة الاستمتاع، وإذا زوجها، فقد عقد على إحدى منفعتيها، وبقيت المنفعة الأخرى، فيستوفيها في وقتها، وهو النهار، وهذا كما أنه إذا أجر أمته يسلمها إلى المستأجر نهاراً، ويُمنسكها لاستيفاء المنفعة الأخرى في وقتها، وهو الليل، ويتبين من هذا؛ أنه لو أراد السيد أن يسلمها نهاراً بدلاً من الليل، لا<sup>(٢)</sup> يجوز؛ لأن الليل وقت

(١) في أ: إحداهما.

(٢) نص الشافعي في البيهقي أن وقت تسليمها مضي ثلث الليل.

قال في المهمات: وأعلم أنه يحرم على سيد الأمة المزوجة النظر إليها والخلوة بها. وهذا عجيب فإن الصحيح أن السيد له النظر إلى أمته المزوجة ما عدا ما بين السرة والركبة، واعترض عليه الأذرعي في التوسط ورد ما قاله. قال الشيخ جلال الدين البلقيني: لو كان الزوج ممن شغله بالليل كالأتوني والحارس فإن النهار هو محل سكونه والليل محل شغله، فإن أراد السيد أن يسلمها لهذا نهاراً بدلاً عن الليل كان له ذلك وإن لم يرض السيد بتسليمها نهاراً أو قال أسلمها ليلاً على عادة الناس الغالبة فمن المجاب لم أر من تعرض لذلك لكن الظاهر أن المجاب الزوج كما لو أراد السيد أن يبدل عماد السكون الغالب وهو الليل بالنهار فإنه لا يمكن لذلك. انتهى.

قال الأذرعي في القوت: ما سبق في غير المكاتب كتابه صحيحة أما هي فمستقبلة وقد يقال له منعها منه نهاراً إذا كان يفوت به تحصيل النجوم.

ثم رأيت من قال هل تسلم إليه ليلاً ونهاراً. قال الماوردي: نعم. وحكى القاضي الحسين فيه وجهين انتهى ما أردته منه.

الاستراحة والاستمتاع، وعليه التعويل في القسم بين النساء، ولو قال السيد: لا أخرجها من داري، ولكن أبويء لك بيتاً لتدخله، وتخلو بها، حكى الإمام فيه قولين:

أظهرهما: أنه ليس له ذلك، فإن الحياء والمروءة يمنعاينه من دخول داره، وعلى هذا، فلا نفقة على الزوج، كما إذا قالت الحرّة: أدخل إلى بيتي، ولا أخرج إلى بيتك.

والثاني: أن للسيد ذلك لتدوم يده على ملكه مع تمكّن الزوج من الوصول إلى حقه، وعلى هذا فيلزمه النفقة، فإن قلنا بالأول، فلو كانت محترفة، فقال الزوج: دعوها تحترف للسيد في يدي وبيتي، فهل يجاب؟ فيه وجهان:

أظهرهما: لا، وللسيد أن يرتبطها عنده؛ لأنه قد يبدو له في الحرّفة، ويريد أن يستخدمها.

والثاني: وبه قال أبو إسحاق المروزي: يجاب محافظة على الجائنين.

الثانية: للسيد أن يسافر بها؛ لأنه مالك رقبته، فيقدم جانبه على جانب مالك المنفعة، ولا يمنع الزوج من المسافرة معها، ليستمتع بها ليلاً، ولا يكلف أن يسافر معها، وينفق عليها، وإذا لم يسافر معها، لم يكن عليه نفقتها، وأما المهر، فيُنظر؛ إن كان قد<sup>(١)</sup> دخل بها، فقد استقر وعليه تسليمه، وإن لم يكن دخل بها، لم يلزمه تسليمه، وإن كان قد سلمه، فله أن يسترده.

الثالثة: إن سأمحها السيد، فسلمها ليلاً ونهاراً، فعلى الزوج تسليم المهر وتمام النفقة، وإن لم يسلمها إلا بالليل، ففي النفقة وجوه:

أظهرها: عند جمهور العراقيين وصاحب «التهذيب»: أنه لا يجب شيء منها، وبه قال أبو إسحاق؛ لأنه لم يوجد التسليم والتمكين التام.

والثاني: ويحكى عن ابن أبي هريرة: أنه يجب شطر النفقة، توزيعاً لها على الزمان، وبهذا قال أبو محمد أحمد بن ميمون الفارسي من أصحابنا فيما حكى الشيخ أبو عاصم في «الطبقات» ونظم الكتاب يقتضي ترجيح هذا الوجه، وإليه مال ابن الصبّاغ.

والثالث: عن الشيخ أبي محمد: أنه يجب تمام النفقة؛ لأنه وجد التسليم الواجب، ويروى هذا عن المزي في «المنثور» وأجرى الوجهين الأولين فيما إذا سلمت الحرّة نفسها ليلاً، واشتغلت عن الزوج نهاراً<sup>(٢)</sup>.

وأما المهر فعن الشيخ أبي حامد؛ أنه لا يجب تسليمه كالنفقة.

(١) قال النووي: وليس للزوج المسافرة بها منفرداً إلا بإذن السيد.

(٢) قال النووي: الصحيح الجزم في الحرّة بأنه لا يجب شيء في هذه الحال.

وذكر القاضي أبو الطيب، أنه يجب .

قال ابن الصَّبَّاحُ: وهذا أصحُّ؛ لأن التسليم الذي يتمكن معه من الوطء قد حصل، وليس كالنفقة، فإنها لا تجب بتسليم واحد.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَأَمَّا الْمَهْرُ فَإِنَّمَا يَجِبُ لِلسَّيِّدِ، فَلَوْ قَتَلَهَا السَّيِّدُ قَبْلَ الْمَسِيحِ فَالنَّصُّ سُقُوطُ الْمَهْرِ، وَلَوْ قَتَلَهَا أجنبيُّ أَوْ قَتَلَتِ الحُرَّةُ نَفْسَهَا فِي السُّقُوطِ وَجَهَانِ، وَلَا خِلَافَ فِي أَنَّ الْمَهْرَ لَا يَسْقُطُ بِمَوْتِ الحُرَّةِ وَالْأُمَّةِ وَلَا بِقَتْلِ الأجنبيِّ الحُرَّةِ، وَإِذَا بَاعَ الأُمَّةَ لَمْ يَنْفَسِخِ النُّكَاحُ وَيَسْلَمُ الْمَهْرُ لِلْبَائِعِ لِأَنَّهُ وَجِبَ بِالْعَقْدِ فِي مِلْكِهِ وَلَكِنْ لَيْسَ لَهُ حَبْسُهَا لِأَجْلِ سَوِيِّ الصَّدَاقِ، وَلَا لِلْمُسْتَرِي أَيْضاً ذَلِكَ فَإِنَّهُ لَا مَهْرَ لَهَا، وَلَوْ زَوَّجَ أُمَّتَهُ مِنْ عَبْدِهِ فَلَا مَهْرَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ ثَلَاثُ مَسَائِلَ تَعَلَّقَ بِمَهْرِ الأُمَّةِ الْمُنكُوخَةِ:

المسألة الأولى: لا شك أن هلاك المنكوخة بعد الدخول حرّة كانت أو أمة، لا يسقط المهر، ولا شيئاً منه، سواء هلكت بالموت أو بالقتل، وإن هلكت قبل الدخول، فينظر، إن حصل الهلاك بفعلٍ مستحقّ المهر أولاً بهذا الطريق.

أما القسم الأول: فإذا قتل السيد أُمَّتَهُ، فالنص في «المختصر» أنه لا مهر، وعن نصّه في «الأم» أن الحرّة إذا قتلت نفسها، لا يسقط شيء من المهر، وللأصحاب فيه طريقتان:

أشهرهما: أن المسألة على قولين بالنقل والتخرّيج، وبه قال ابن سُرَيْج:

أحدهما: يسقط المهر في الصورتين؛ لانقطاع النكاح قبل الدخول من قبيل مستحقّ المهر، فأشبه الردّة قبل الدخول.

والثاني: لا يسقط؛ لأنها فرقة حصلت بانتهاء العمر، فكانت كالموت.

والطريقة الثانية: تقرير النّصين، والفرق أن الحرّة كالمُسلِمة إلى الزوج بالعقد؛ أَلَّا تَرَى أَنَّ لَهُ أَنْ يَمْتَعَهَا مِنَ الْمَسَافِرَةِ، وَالْأُمَّةُ لَا تُصِيرُ مُسَلِّمةً بِالْعَقْدِ بِدَلِيلِ أَنَّ لِلسَّيِّدِ أَنْ يَسَافِرَ بِهَا، وَلَا يَسْتَقِرُّ مَهْرُهَا إِلَّا بِالدُّخُولِ، وَأَيْضاً، فَإِنَّ الْمَقْصُودَ الْأَصْلِيَّ مِنَ نِكَاحِ الأُمَّةِ الِاسْتِمْتَاعَ، وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ إِلَّا عِنْدَ الْحَاجَةِ، وَفِي نِكَاحِ الحُرَّةِ الْمَقْصُودُ الْوَصْلَةُ، وَتَشَابَهُ الْعَشَائِرِ، وَأَيْضاً، فَإِنَّ الحُرَّةَ إِذَا قَتَلَتْ نَفْسَهَا غَيْمَ زَوْجُهَا مِيرَاثَهَا، فَجَازَ أَنْ يَغْرَمَ مَهْرَهَا، وَفِي قَتْلِ الأُمَّةِ لَا مِيرَاثَ لَهَا، وَعَلَى الطَّرِيقَةِ الْأُولَى قَوْلُ وَجُوبِ الْمَهْرِ فِيمَا إِذَا قَتَلَ السَّيِّدُ أُمَّتَهُ مَخْرَجَ وَمِنْهُمْ مَنْ حَكَاهُ عَنِ النَّصِّ أَيْضاً، وَإِذَا قَتَلْنَا بِسُقُوطِ الْمَهْرِ فِيمَا إِذَا قَتَلَهَا السَّيِّدُ، فَلَوْ قَتَلَتْ هِيَ نَفْسَهَا، فَالْحُكْمُ كَذَلِكَ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ مُسْتَحِقَّةً لِلْمَهْرِ، فَإِنَّ الْمَهْرَ يَسْقُطُ بَضْعِهَا، كَمَا لَوْ ارْتَدَّتْ قَبْلَ الدُّخُولِ،

أو أرضعتِ الزوج، هذا هو<sup>(١)</sup> النص، والظاهر فيه وجه: أن قتلها نفسها كموتها.

**والقسم الثاني:** إذا حصل الهلاك لا يفعل المستحقُّ أما الأمة إذا قتلها أجنبي أو ماتت، فظاهر المذهب وجوب المهر، وعن الإصطخري سقوطه؛ بناءً على أن السيد يزوج بحكم الملك، فهلاكها قبل الدخول كهلاك المبيع قبل القبض، ولو قتلها الزوج، فالحكم ببقاء المهر أظهر، وفيه وجه أنه يسقط أيضاً، وقتل الزوج لا يتضمّن القبض كالمستأجر إذا قتل العبد المستأجر، وأما الحرّة، إذا قتلها الزوج أو أجنبي، أو ماتت، لم يسقط المهر بحال، والظاهر في قتل السيد الأمة سقوط المهر، وفي سائر الصور وجوبه، وقال أبو حنيفة: إذا قتل السيد الأمة، سقط المهر، وإذا قتلت الأمة نفسها، لا يسقط، وفي قتل الأمة نفسها روايتان، وبقي المسألة شيثان أحدهما حكى جماعة من الأصحاب خلافاً في أن المهر على النص لم يسقط إذا قتل السيد أمته، قال بعضهم: إنما يسقط؛ لأن المقصود بالعقد الوارد على الملك، قد فات قبل التسليم، فأشبهه فوات المبيع قبل القبض، وهذا أظهر، إن قلنا: إن السيد يزوج بحكم الملك.

وقال آخرون: إن المستحق هو الذي فوت المعقود عليه، فلا يتمكن من المطالبة بعوضه، وكان تفويته رضاً منه بالسقوط، وخرّجوا سائر الصور على هذين المعنيين، فأما إذا ماتت الأمة أو قتلها أجنبي، سقط المهر على المعنى الأول، ولا يسقط على المعنى الثاني، وكذلك لو قتلت الأمة نفسها، وإذا قتلت الحرّة نفسها، فعلى المعنى الأول؛ لا يسقط المهر، وعلى الثاني يسقط الثاني.

قال صاحب «التهذيب»: إذا قلنا: إن السيد إذا قتل أمته، سقط المهر، ولو تزوج رجل أمة [أبيه]<sup>(٢)</sup>، فوطئها الأب قبل أن يدخُل الابن بها، وجب أن يسقط المهر؛ لأن قطع النكاح حصل من مستحق المهر قبل الدخول.

(١) قال في المهمات: يرد على هذا أن التفصيل بين الحرّة والأمة هو تقرير النصين فكيف يستقيم مع تصحيحه أن يكون الصحيح طريقة التخريج، ومتى صححت طريقة التخريج فالراجع منها إما السقوط أو عدمه من غير تفصيل.

قال في التوسط: هذا الانتقاد ضعيف لأن الرافي والنوي لم يصححا طريقة التخريج بل قالوا إنها أشهرهما وكم من طريقة مشهورة الراجع خلافها على أنها قدمنا أن الأكثرين على تقرير النصين. انتهى.

وفي هذا الرد على المهمات نظر. وقال الشيخ البلقيني: قولهم تبعاً للنص إن قتلها سيدها سقط مهرها هل هذا مخصوص بالقتل العمد أو يعم العمد والخطأ حتى في وقوعها في بئر حفرها عدواناً لم أر من تعرض لذلك والظاهر من كلامهم أنه لا فرق. انتهى. قاله البركي.

(٢) في ز: ابنه.

وقوله في الكتاب: «ولا خلاف في أن المهر لا يسقط بموت الحرّة والأمة» الأمر في موت الحرّة كما ذكره، وأما في موت الأمة، فقد عرفت الخلاف فيه، فإن كان ذلك طريقة أخرى، فليعلم قوله: «والأمة» بالواو» لذلك.

**المسألة الثانية:** إذا باع الأمة المزوجة، لم يفسخ النكاح؛ لما روي عن عائشة - رضي الله عنها - «أشترت برة ولها زوج فأعتقتها، فخيرها رسول الله - صلى الله عليه وسلم -».

ولو انفسخ النكاح، لما خيرها، ويكون المهر للبائع، إن سمى في العقد صداقاً صحيحاً أو فاسداً، سواء جرى الدخول قبل البيع أو بعده؛ لأنه وجب بالعقد، والعقد كان في ملكه، ولو طلقها الزوج بعد البيع وقبل الدخول يكون نصف المهر للبائع، وإن كان قد زوجها على صورة التفويض، ثم جرى الغرض أو الدخول قبل البيع، فالمفروض أو مهر المثل للبائع أيضاً، وكذلك، إن أوجنا المهر في المفوضة بالعقد، وإن جرى الغرض أو الدخول بعد البيع، فالمفروض أو مهر المثل للبائع أو للمشتري؟ فيه طريقان:

**أظهرهما:** أنه على وجهين؛ بناء على أن الوجوب بالفرض والدخول، أو نتبين بالفرض والدخول وجوب المفروض أو مهر المثل بالعقد، وفيه قولان، إن قلنا بالأول، فهو للمشتري، وإن قلنا بالثاني، فهو للبائع.

**والطريق الثاني:** القطع بأنه للبائع؛ لأن العقد هو السبب الأول، وبه دخل البضع في ضمان الزوج، وإنما جرى العقد في ملك البائع، ولو مات أحد الزوجين بعد البيع، وقبل الفرض والدخول، وحكمنا بوجوب المهر، [ففيمن] (١) له المهر، مثل هذا الخلاف، ولو طلقها بعد البيع وقبل الفرض والدخول، فالمتعة للمشتري؛ لأنها تجب بالطلاق، والطلاق وقع في ملكه، ولو أعتق أمته المزوجة، فالقول في المهر على التفصيل المذكور في البيع، فحيث قلنا: إنه للبائع، فهنا يكون للمعتق، وحيث قلنا هناك: إنه للمشتري، فهنا يكون للمعتقة، وحيث حكمنا بأن المهر للبائع أو للمعتق، ولم يجر الدخول، فليس له حبسها لتسوق الصداق؛ لأنها خرّجت عن ملكه وتصرفه، وليس للمشتري، ولا للمعتقة الحبس أيضاً؛ لأنهما لا يملكان المهر، وحيث حكمنا بأنه للمشتري، أو للمعتقة، فلهما الحبس لاستيفائه، ولو أعتقها وأوصى لها بصداقها، فليس لها حبس نفسها لاستيفائه؛ لأن الاستحقاق هنا بالوصية لا بالنكاح، ولو تزوج أمة ولده، ثم مات، وعتقت، وصار الصداق للوارث، ولم يكن له حبسها؛ لأنه لا ملك له فيها.

(١) سقط في ز.

هذا في النكاح الصحيح، أما إذا زوّجها تزويجاً فاسداً، ثم باعها، ووطئها الزوج بعد البيع فمهر المثل للمشتري؛ لأنه وجب بالوطء الواقع في ملكه، وإن وطئ قبل البيع، فهو للبائع.

**المسألة الثالثة:** ذكرنا من قبل أنه يجوز أن يزوّج أمته من عبده، وأنه لا مهر، لأن السيد لا يثبت له دين على عبده؛ ألا ترى أن جنائته عليه لا تثبت له أرشاً، وإتلافه ماله لا يقتضي ضماناً لا في الحال، ولا بعد العتق، وحكى الشيخ أبو علي وجهين؛ في أنه يجب المهر، ثم يسقط أو لا يجب أصلاً ووجه الأول ألا يعري النكاح عن المهر، فالنكاح بلا مهر من خصائص رسول الله - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -.

**ووجه الثاني:** أن المعنى المسقط للمهر كونه<sup>(١)</sup> ملكاً، وأنه مقترن بالعقد، فيدفع الوجوب، ولو أعتقهما السيد أو أحدهما، لم يلزم أيضاً لا للسيد، ولا للمعتقة، وإن جرى الدخول بعد العتق؛ لأن المهر لم يثبت في الابتداء، فلا يثبت بعده، وكذا لو باعها، ودخل الزوج بها في ملك المشتري، لا يجب المهر؛ لأنه ملك بضعتها بغير عوض في الابتداء.

وقال الشيخ أبو علي: ويجوز أن يُقال: إذا أعتقها أو أعتق الزوج، ثم دخل بها يجب المهر، فإن لم يجب في ابتداء العقد، كما في المفوضة، يجب المهر، إذا جرى الدخول، وإن لم يجب، في الابتداء، قال: وهذا إذا قلنا: لا يجب المهر بالعقد، أما إذا قلنا: إنه يجب، ثم يسقط، فلا يجيء هذا الاحتمال، وتكون كما لو أبرأت عن المهر، ثم دخل بها.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: وَلَوْ قَالَ لِأَمَّتِهِ: أَعْتَقْتُكَ عَلَى أَنْ تَنْكِحَنِي لَمْ تُعْتَقْ إِلَّا بِالْقَبُولِ، ثُمَّ لَا يَلْزَمُهَا الْوَفَاءَ، وَعَلَيْهَا قِيمَتُهَا، فَإِنْ نَكَحَهَا بِقِيمَتِهَا النَّبِيَّ عَلَيْهَا وَهِيَ مَجْهُولَةٌ فَفِي صِحَّةِ الصَّدَاقِ وَجْهَانِ، فَلَوْ أَتَلَقْتَ عَبْدًا عَلَى رَجُلٍ فَنَكَحَهَا بِالْقِيمَةِ الْمَجْهُولَةِ لَمْ يَصِحَّ، وَلَوْ قَالَتِ السَّيِّدَةُ لِعَبْدِهَا أَعْتَقْتُكَ عَلَى أَنْ تَنْكِحَنِي عَتَقَ بِغَيْرِ قَبُولٍ عَلَى الْأَظْهَرِ، كَمَا لَوْ قَالَ لِلزَّوْجَةِ: طَلَّقْتُكَ عَلَى أَنْ لَا تَخْتَجِي عَنِّي وَعَلَى أَنْ أُعْطِيكَ شَيْئًا، وَسَبِيلُ السَّيِّدِ الرَّاعِبِ فِي نِكَاحِهَا أَنْ يَقُولَ: إِنْ يَسَّرَ اللَّهُ بَيْنَنَا نِكَاحًا صَحِيحًا فَأَنْتِ حُرَّةٌ قَبْلَهُ ثُمَّ يَنْكِحُهَا فَيَصِحُّ النِّكَاحُ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا قَالَ لِأَمَّتِهِ: أَعْتَقْتُكَ عَلَى أَنْ تَنْكِحَنِي، أَوْ عَلَى أَنْ أَتَّكِحَكَ، لَمْ تُعْتَقْ إِلَّا بِالْقَبُولِ عَلَى الْإِتِّصَالِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَقُولَ مَعَ ذَلِكَ: وَعْتَقْتُكَ وَصَدَاقُكَ أَوْ لَا

يقول، ولو قالت أولاً: أعتقتني على أن أنكحك، فأجابها إليه، فكذلك الحكم، ثم لا يلزمها الوفاء، فإن النكاح لا يصح التزامه في الذمة؛ ألا ترى أنه لو أسلم إليها درهم في نكاحها، لم يصح، وفي «شرح مختصر الجويني» حكاية وجوه عن أبي إسحاق المروري: أنه يجب عليها الوفاء بذلك، ولا اعتماد عليه، وعن أحمد في أظهر الروايتين: أنها تُعتق، وتصير زوجة له بالمخاطبة التي جرت بينهما، إن حضرها شاهدان، ويجب عليها للسيد قيمتها؛ لأنه أعتقها على عوض لا مجاناً؛ لكنه عوض فاسد، فصار كما لو أعتقها على خمر أو خنزير، ولا فرق في لزوم القيمة بين أن يفي بالنكاح المشروط، أو لا يفي، وإذا رغبت في النكاح، فللسيد أن يمتنع، ولا تسقط القيمة بذلك، وقال أبو حنيفة: إن وقت، فلا قيمة عليها، وعن مالك أنه لا قيمة عليها بحال، ولو تراضيا على النكاح، وأصدقها غير القيمة الواجبة عليها، فلها ما أصدقها، وعليها القيمة له، وقد يقع في التفاضل، وإن أصدقها القيمة الواجبة عليها، فإن كانا عالمين عند العقد، صح الإصداق، وبرئت ذمتها، وإن جهلا أو أحدهما، فوجهان:

**أحدهما:** وهو الأصح: الفساد، كما لو أصدقها سائر المجاهيل، فلها مهر المثل، وعليها القيمة.

**والثاني:** وبه قال ابن خيران: أنه يصح؛ لأن القيمة لم تثبت مقصودة، إنما كان مقصود السيد أن ينكحها، وإذا ثبت، فالعرض من جعله صداقاً براءتها، وأيضاً، فإن القيمة بدل الرقبة، ولو أصدقها عبداً، وجهلاً قيمته، يصح، فكذلك ههنا ولو أتلفت امرأة عبداً على رجل، ولزمتها قيمته، ثم نكحها الرجل بالقيمة المجهولة، فسد الصداق، ورجع إلى مهر المثل قال الإمام: ولو طرد طارداً الوجهين في هذه الصورة، فهو قياس، وإن نكحها على أن يكون صداقها عتقها صداقاً لها، فسد الصداق؛ لأن العتق قد حصل وتقرر، فلا يصح أن يكون صداق النكاح متأخراً.

وفي «رقم العبادي» وجه آخر: أنه يصح، وكأنه بالشرط السابق جعل رقبتها صداقاً لها، والمستولدة، والمدبرة، والمكاتب، والمعتنق بغضها حكمهن في الإعتاق على أن تنكحهن حكم القته.

وعن رواية أبي الحسين بن القطان وجه: أنه لا قيمة على المستولدة؛ لأنها لا تباع ولا تشتري، ولو قال لغيره: أعنتق عبدك على أن أنكحك ابنتي، فأجاب أو قالت له امرأة: أعنتفه على أن أنكحك، ففعل، عتق العبد، ولم يلزم الوفاء بالنكاح، وفي وجوب قيمة العبد وجهان، بناء على القولين فيما إذا قال: أعنتق عبدك على ألف؛ على أنه، هل يلزمه الألف؟ والأصح عند الشيخ أبي حامد وصاحب «التهذيب» وغيرهما: أنه لا يلزمه؛ لأنه لا يعود إليه منفعة بعته، ولو قال لأمه: أعتقتك على أن

تنكحي زَيْدًا، فقبِلْتِ، ففي وجوب القيمة وجهان أيضاً حكاهما الحنَاطِي، ثم في الفضل وراء ما شرَّخناه مَسْأَلَتَانِ:

**المسألة الأولى:** لو قالتِ السيدة لعبيدها: أعتقتك على أن تنكحني، ففي افتقار العتق إلى القبول وجهان:

أحدهما: الافتقار، كما إذا قاله السيد لأمته؛ وهذا لأن المرأة قد تقصد نكاح رجل بعينه، وتبذل عليه المال، كما يقصد الرجل نكاح امرأة بعينها، ويبذل عليها المال، وَعَلَى هَذَا؛ فَإِذَا قَبِلَ، عَتَّقَ، ولزمه قيمته، ولا يلزمه الوفاء.

وَأَصْحَهُمَا: أنه يعتق من غير قبول، ولا شيء عليه؛ لأنها لم تشترط عليه عوضاً، وإنما وعدته وعداً جميلاً، وهو أن تصير زوجته، فصار كما لو قال لعبيده: أعتقتك على أن أعطيك ألفاً، ولزوجته طَلَقْتُكَ عَلَى أن أعطيك كذا، ينفذ العتق. والطلاق من غير قبول وليس كما لو قال لأمته: أعتقتك على أن تنكحني، فَإِنَّ بَضْعَ المرأة يتقوم شرعاً مقابلَ بالمال، ونكاح الرجل ليس متقوماً على المرأة، ولا عبرة بقول الأول: إن المرأة قد تقصد نكاح رجل بعينه، فإن ذلك، وإن كان يتفق في العزف لا يصلح عوضاً في الشرع، كما لو قال: طَلَقْتُكَ عَلَى ألا تحتجبي عني، فإنه لا يكون عوضاً، حَتَّى يَقَعَ الطَّلَاقُ من غير قبول، وإن كان يقصده بغض الناس في العرف.

[المسألة الثانية: إذا لم يأمن السيد وفاءها بالنكاح، ولم يُرد العتق، إن لم تنكحه، فهَلْ لذلك من طريق يَثْبُتُ به فيه وجهان:

أحدهما: نعم، قال ابن خيران: وطريقه أن يقول: إن كان في علم الله أنني أنكحك أو تنكحيني بعد عتقك، فأنت حرة، فإن رغبت، وجرى النكاح بينهما، عتقت، وحصل غرض السيد، وإلا، استمر الرق، ونسب الإمام هذا الوجه إلى صاحب «التقريب» وعبارته في هذا التعليق: إن يسر الله عز وجل - بيننا نكاحاً فأنت حرة قبله بيوم، فإذا مضى يوم ونكحته انعقد النكاح، وتبين حصول العتق قبله بيوم، وذكر اليوم جرى على سبيل التمثيل والإيضاح، ويكفي أن يقول: فأنت حرة قبله، كما ذكره في الكتاب، ولفظ الصحيح في قوله «إن يسر الله بيننا نكاحاً صحيحاً» لا حاجة إليه، فإن لفظ البيع والنكاح والعتق وسائر العقود يختص بالصحيح منها على الظاهر، كما سيأتي في «باب الأيمان».

والثاني: وبه قال الأكثر من الأصحاب: لا يصح النكاح في هذه الصورة، ولا يخصل العتق؛ لأنه في حالة النكاح شاك في أنها حرة أو أمة، كما إذا قال لأمته: إن دخلت الدار، فأنت حرة قبله بشهر، وأراد أن ينكحها في الحال لا يصح.



قَالَ الْعَزَلِيُّ: (الْفَضْلُ الْخَامِسُ فِي تَزْوِيجِ الْعَبِيدِ)، وَالْمَهْرُ وَالنَّفَقَةُ لِأَزْمَانٍ وَمَتَعَلِقَانِ بِكَسْبِهِ وَبِالرَّيْحِ مِنْ مَالِ تِجَارَتِهِ، وَفِي تَعَلُّقِهِ بِرَأْسِ الْمَالِ وَجِهَانِ، وَالْقَوْلُ الْجَدِيدُ أَنَّ السَّيِّدَ لَا يَكُونُ ضَامِنًا لِلْمَهْرِ بِمَجْرَدِ الْإِذْنِ لَكِنْ عَلَيْهِ أَنْ يُمْكِنَهُ حَتَّى يُؤَدِّيَ الْمَهْرَ مِنَ الْكَسْبِ وَالنَّفَقَةِ، فَإِنْ اسْتُخْدِمَتْ يَوْمًا لَزِمَهُ كَمَالُ الْمَهْرِ وَنَفَقَةُ الْعُمُرِ عَلَى وَجْهِ إِذْ رُبَّمَا كَانَ يَكْتَسِبُ مَا بَقِيَ بِجَمِيعِ ذَلِكَ، وَفِي وَجْهِ يَلْزِمُهُ الْمَهْرُ وَنَفَقَةُ ذَلِكَ الْيَوْمِ، وَفِي وَجْهِ ثَالِثٍ وَهُوَ الْأَصْحَحُ لَا يَلْزِمُهُ إِلَّا أَجْرَةُ الْمِثْلِ كَمَا فِي الْأَجْنَبِيِّ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لَيْسَ كَلَامُ الْفَضْلِ فِي كَيْفِيَةِ التَّزْوِيجِ وَمَنْ يَزُوجُ، وَإِنْ كَانَتْ التَّرْجُمَةُ تَقْتَضِي ذَلِكَ، وَإِنَّمَا الْكَلَامُ فِي الْمَهْرِ وَالنَّفَقَةِ وَغَيْرِهِمَا مِنْ أَحْكَامِ النِّكَاحِ، وَهَكَذَا كَانَ الْأَمْرُ فِي الْفَضْلِ الرَّابِعِ الْمَتْرَجِمِ بِتَزْوِيجِ الْإِمَاءِ، وَالْفَقْهُ يَقَعُ فِي مَسْأَلَتَيْنِ:

[المسألة الأولى<sup>(١)</sup>]: أَنَّ الْمَهْرَ وَالنَّفَقَةَ لِأَزْمَانٍ فِي نِكَاحِ الْعَبْدِ لَزُومِهِمَا فِي نِكَاحِ الْحُرِّ، وَبِمِ تَعَلُّقَانِ يَنْظُرُ فِي الْعَبْدِ أَهْوَ مُحْجُورٍ عَلَيْهِ أَوْ مَاذُونٌ لَهُ فِي التِّجَارَةِ.

الحالة الأولى: إِذَا كَانَ مُحْجُورًا عَلَيْهِ؛ فِيمَا أَنْ يَكُونَ مَكْتَسِبًا [أَوْ لَا يَكُونَ؛ إِنْ كَانَ مَكْتَسِبًا]<sup>(٢)</sup> فَمَا مَتَعَلِقَانِ بِكَسْبِهِ؛ لِأَنَّهُمَا مِنْ لَوَازِمِ النِّكَاحِ، وَكَسْبُ الْعَبْدِ أَقْرَبُ شَيْءٍ يَصْرِفُ إِلَيْهِمَا، فَالْإِذْنُ فِي النِّكَاحِ إِذْنٌ فِي صَرْفِ مَكَّاسِبِهِ أَوْ مَوْنَاتِهِ، وَيَتَعَلَّقَانِ بِالْأَكْسَابِ الْعَامَّةِ كَالْأَصْطِيَادِ، وَالْإِحْتِطَابِ، وَمَا يَحْصُلُهُ بِصَنْعَةٍ وَحِرْفَةٍ، وَبِالْأَكْسَابِ النَّادِرَةِ الْحَاصِلَةِ بِالْهَبَةِ، وَالْوَصِيَّةِ.

وفيه وجه: أَنَّهُمَا لَا يَتَعَلَّقَانِ بِالْأَكْسَابِ النَّادِرَةِ بِنَاءً عَلَى أَنَّهَا لَا تَدْخُلُ فِي الْمَهْيَاةِ، وَلَا تَلْحَقُ بِالْأَكْسَابِ الْعَامَّةِ، وَإِنَّمَا يَتَعَلَّقَانِ بِالْمَكْتَسَبِ بَعْدَ النِّكَاحِ، فَأَمَّا الْمَكْتَسَبُ قَبْلَهُ، فَهُوَ خَاصٌّ لِلْسَّيِّدِ كَسَائِرِ أَمْوَالِهِ، وَلَوْ كَانَ الْمَهْرُ مُؤَجَّلًا، فَالْمَصْرُوفُ إِلَيْهِ مِمَّا يَكْتَسِبُهُ بَعْدَ حُلُولِ الْأَجْلِ دُونَ الْمَكْتَسَبِ قَبْلَهُ، وَهَلْ لِلْعَبْدِ أَوْ مُؤَجَّرِ نَفْسِهِ لِلْمَهْرِ وَالنَّفَقَةِ فِيهِ وَجِهَانِ بِنَاءً عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِي بَيْعِ الْمُسْتَأْجِرِ، إِنْ مَنَعْنَاهُ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يُؤَجَّرَ نَفْسَهُ، كَيْلَا يَفُوتَ الْبَيْعُ عَلَى السَّيِّدِ، وَإِلَّا، فَهَذَا ذَلِكَ قَالَ أَبُو سَعِيدٍ الْمَتَوَلِيُّ؛ هَذَا فِي إِجَارَةِ الْعَيْنِ، أَمَا إِذَا التَزَمَ عَمَلًا فِي الذِّمَّةِ، فَالْمَذْهَبُ جَوَازُهُ؛ لِأَنَّهُ ذَيْنٌ فِي الذِّمَّةِ، لَا يَمْنَعُ الْبَيْعَ، وَطَرِيقُ الصَّرْفِ إِلَى الْمَهْرِ وَالنَّفَقَةِ أَنْ يَنْظَرَ إِلَى الْحَاصِلِ كُلِّ يَوْمٍ، فَيُؤَدِّي مِنْهُ النَّفَقَةَ، إِنْ وَقَى بِهَا، فَإِنْ فَضَّلَ شَيْءًا، صَرَفَ إِلَى الْمَهْرِ، [و] هَكَذَا كُلُّ يَوْمٍ، حَتَّى يَتِمَّ الْمَهْرُ، فَإِذَا تَمَّ، صَرَفَ الْفَاضِلَ مِنَ النَّفَقَةِ إِلَى السَّيِّدِ، وَلَا يَدَّخِرُ النَّفَقَةَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَكْتَسِبًا، فَقَوْلَانِ، وَيُقَالُ: وَجِهَانِ:

(٢) سقط في ز.

(١) في أ: إحداهما.

أحدهما: أنه على السيد؛ لأن الإذْن في النكاح لِمَن هذا حاله التزام للمونات. وَأَصْحُهُمَا: أنه في ذمته؛ لأنه ذَيْن وَجِبَ برضا المستحق، فصار كما لو استقرض شيئاً، وأتلفه وحكى القاضي ابن كج قولاً: أنه يكون في رقبته تنزيلاً له منزلة أروش الجنيات، وأن القاضي أبا حامد طردَ هَذَا الْقَوْلَ فيما إذا كان العبد مكتسباً أيضاً.

الحالة الثانية: إذا كان مأذوناً في التجارة، فالمهرُ والنفقةُ يتعلّقان بريح ما في يده فإنّه كسبه، وفي رأس المال وَجْهَانِ:

أحدهما: المنع، كسائر أموال السيد من رقبة العبد وغيرها. وأظهرهما: التعلّق؛ لأنه ذَيْن لزمه بعقد مأذونٍ فيه، فكان كذَيْنِ التَّجَارَةِ؛ وهذا لأنَّ العبد، إذا كان مأذوناً، وكان في يده مالٌ، فأطماع المعاملين تمتدُّ إلى ما في يده، وإذا أذِنَ له في النكاح، كأنه التزم صرّف ما في يده إلى مؤناته، والريح الذي يتعلّقان به هو الحاصلُ بعد النكاح أم الحاصلُ قبله وبعده؟

فيه وجهان:

أحدهما: الحاصلُ بعده خاصّةً، كما ذكرنا في كَسْبِ غير المأذون. وأظهرهما: الجمع؛ لما ذكرنا في التعليق برأس المال، وإطلاق لُفْظِ الْكِتَابِ يُوَافِقُ هذا الوجه، هذا كله في المهر الذي يتناوله الإذن، أما لو قَدَّرَ السيد المهر، فزاد العبد، فالزيادة لا تتعلّق إلا بالذمّة كما سبق.

المسألة الثانية: يجبُ على السيد تخليّة العبد ليلاً للاستمتاع، وله أن يستخدمه نهاراً، إذا تكفّل بالمهر والنفقة، وإلا، فعليه أن يخليه؛ ليكتسب، فإن استخدمه، ولم يلتزم شيئاً، فعليه العزم لما استخدم؛ لأنّه لما أذِنَ في النكاح، فكانه أحوال المؤمن على كسبه، فإذا فوتته طولبَ بها من سائر أمواله، كما أنه إذا باع العبد الجاني، وصحّحنا البيع، يلزمه للفداء<sup>(١)</sup>، بل أولى؛ لأن الجناية هنا صدرت من العبد من غير أن ينتسب إليها السيد، وفيما يغرّمه وجهان:

أصحهما: أنه يغرّم أقلّ الأمرين من أجره المثل وكمال المهر أو النفقة.

والثاني: كمال المهر والنفقة ويتوهم على القولين في أنه يفدي العبد الجاني [بأقل]<sup>(٢)</sup> الأمرين من قيمته، وأرش الجناية أو بأرش الجناية بالغاً ما بلغ؟ وزاد الإمام - قدس الله روحه - نظراً فقال: استخدامه إتلافٌ لمنفعته، وإذا أتلف السيد العبد الجاني، فمنهم من طرد القولين فيما يلزمه، والصحيح أنه لا يلزمه زيادةً على القيمة [قطعاً]<sup>(٣)</sup>؛

(٢) في ز: بأول.

(١) في ب: القران.

(٣) سقط في ز.

لأنه لم يُتْلَفْ إلا قَدْرَ القيمة، فلتكن صورة الاستخدام كإتلافِ العبد الجاني، وحكى وجهين تفرعاً على قولِ وجوب المهر والنفقة؛ يعتبر نفقة مدة الاستخدام، أو نفقة مدة النكاح ما امتد؛ لأنه ربما كان يكتسب ما بقي بجميع ذلك والأظهر الأول، ويجيء مثل هذا الخلاف على قول إيجاب الأقل في النفقة المنظور إليها، وإن استخدمه أجنبي، لم يلزمه إلا أجره المثل؛ لأنه لم يوجد منه إلا إتلاف، ولم يسبق، منه ما سبق من السيد، وهو الإذن المقتضي للترام مؤن النكاح في كسبه، وإذا اختصر الخلاف في استخدام السيد، حصلت ثلاثة أوجه، كما ذكر في الكتاب.

وللسيد أن يسافر بالعبد، وإن تضمن ذلك المنع له من الاستمتاع؛ لأنه مالك الرقبة، فيقدم حقه، كما أن له أن يسافر بالأمة المزوجة، ثم للعبد أن يسافر بها معه، قال في «التهذيب» ويكون الكراء في كسبه، فإن لم تخرج معه أو كانت رقيقة، فمَنَعَهَا سَيُدُّهَا، سقطت النفقة، وإن لم يُطالِبْهَا الزوج بالخروج، فالنفقة بحالها، والسيد يتكفل بها، فإن لم يفعل، ففيما يغرمه لمدة السفر الخلاف السابق، هذا هو المنقول في الطرق وقد رواه المزي عن نصفه في «المختصر» وحكى الإمام عن العراقيين؛ أنه ليس للسيد استخدامه في الحضر، ولا أن يسافر به ما بقيت عليه مؤنة النكاح، وجعل المسألة مختلفاً فيها بين الأصحاب، ولا يكاد يتحقق فيها خلاف.

واعلم أن أكثر ما ذكرنا في المسألتين متفرع على القول الجديد، وهو أنه إذا جرى النكاح بإذن السيد، لا يكون السيد ضامناً للمهر والنفقة بالإذن، ووجهه: أنه لم يلتزم تصريحاً ولا تعريضاً، والتعلق بالكسب يحتاج فيه إلى ضرب من التكليف، فما ظنك بالإلزام المطلق والتعلق بجميع أموال السيد، وقال في القديم: يصير بالإذن ضامناً ملتزماً للمهر والنفقة؛ لأن الإذن يقتضي الالتزام، وليس فيه تخصيص بالكسب، فلا يفترق الحال بين مالٍ ومالٍ، وإذا قلنا بالجديد، فلو أذن بشرط الضمان، لم يصر ضامناً أيضاً، إذا جرى النكاح؛ لأنه لا وجوب عند الإذن، وإذا قلنا بالقديم، فقد حكى أبو الفرج الزاز وجهين: في أن الوجوب يثبت على السيد ابتداءً أو يلاقي العبد، ويتحمل عنه السيد، فعلى الأول لا تتوجه المطالبة إلا على السيد، ولو أبرأت العبد، فهو لغو، وعلى الثاني تتوجه المطالبة عليهما جميعاً، ويصح إبراء العبد، ويبرأ به السيد على قاعدة الضمان، قال أبو الفرج: والأصح الوجه الثاني؛ لأن العوض يحصل للعبد بخلاف ما إذا اشترى بإذن السيد، يكون الثمن عليه ابتداءً؛ لأن الملك في المنع يحصل له، وصاحب «التهذيب» أجاب بالوجه الأول، ويقرب منه ما ذكره الإمام؛ أن هذا وإن سُميَ ضماناً على القديم، فليس هو بمثابة ما يلتزم بعقد الضمان، ولكن القولين راجعان إلى أن أثر الإذن ينحصر في الكسب أم يعم جميع أموال السيد، وهو قريب المأخذ من الخلاف في أن عهدة تصرفات العبد المأذون تنحصر فيما في يده أم تتعلق بالسيد أيضاً

فعلى رأي الإذن في التجارة، فَمَا سلمه إِلَيْه حاصرٌ عهدة التصرف في المُسلم إليه، والإذن ههنا في النكاح حاصر<sup>(١)</sup> الالتزام في أقرب شيء إلى العبد، وهو كسبه، وعلى رأي: لا تخصيص، وهذا تقريبٌ حسنٌ، لكننا ذكرنا أن الظاهر هناك التعلق بالسيد أيضاً، وههنا الأصحُّ الجديدُ باتفاق الأصحاب خلافه، هذا حكمُ المهر في النكاح الصحيح، وأما المهر في النكاح الفاسد، فيه مسألتان:

**المسألة الأولى:** إذا فسد نكاحُ العبد لجريانه من غير إذن السيد، فيفرق بينه وبين زوجته، فإن دَخَلَ بها قبلَ التفريق، فلا حَدٌّ للشبهة، ويجب مهر المثل وبم يتعلّق؟ فيه وجهان:

**أصحُّهما:** أنه يتعلّق بذمة العبد؛ لأنه وجب برضا المستحقِّ، فصار كما إذا اشترى أو استقرض بغير إذن السيد وأتلف.

**والثاني:** أنه يتعلّق برقبته؛ لأنَّ الوطاء إتلافٌ، فيذله لعلها فبدله كدْيُونِ الإِتْلَافَاتِ، وهذا القول مِنْهُم مَن نسبهُ إلى [القول]<sup>(٢)</sup> القديم، ومنهم مَن قال: هو مخرُجٌ من قولنا: إنَّ السَّفِيهَةَ إِذَا نَكَحَ بغيرِ إِذْنِ الوَلِيِّ ووطيء يلزّمهُ المهر، والقول الأول يوافق قولنا هناك: لا يلزّمهُ شيءٌ؛ لأن المرعي هُنَاكَ حقُّ السفيه فينتفي الوجوب أصلاً، والمرعي ههنا حقُّ السيد، ولا ضَرَرَ عَلَيْهِ في التعلّق بالذمة، فعلقناه بها وفي «النهاية»: أن من الأصحاب من لم ينسبه قولاً للشافعي - رضي الله عنه - وقال: إنّه حكى مذهب الغير.

وإن جرى النكاح من غير إذن مستحقِّ المهر بأن نكح أمة دون إذن سيدها، ودخل بها، فطريقان:

**أحدهما:** وبه قال ابن الحدّاد: القطع بأن مهر المثل يتعلّق بالرقبة، كما لو أكره أمة أو حرة على الزنا.

**والثاني:** طرّد القولين، ومن قال به، قال: المهر، وإن كان حقاً للسيد، إلا أنّها بسبيل من إسقاطه في الجملة؛ بدليل ما إذا ارتدّت أو أرضعت الزوج، وهو صغير، فإذا جاز أن يسقط بفعلها، جاز أن يتأخّر برضاها.

قال الشيخ أبو علي: ويقرب من هذا الخلاف ما إذا زنت طائفة، هل يسقط المهر؟.

**المسألة الثانية:** إذا أذن السيد في النكاح، فنكح نكاحاً فاسداً، ودخل بها قبل أن يفرق بينهما، بم يتعلّق مهر المثل؟ يبني ذلك على أن الإذن في النكاح يتناول الصحيح

(٢) سقط في ز.

(١) في ز: حاضر.

والفاسد أم يختص بالصحیح؟ وقد نقلوا فيه قولین:

أحدهما: أنه يتناولهما؛ لوقوع الاسم على الفاسد؛ ولأن النكاح الفاسد يُشارك الصحیح في كثير من الأحكام، فعلى هذا يتعلق بكسبه، كالمهر في النكاح الصحیح.

وأصحهما: أنه يختص بالنكاح الصحیح؛ لأن مطلق الاسم ينصرف إليه، ولذلك نقول: لو حلف ألا ينكح، فنكح نكاحاً فاسداً، لا يحنث، والأحكام المذكورة هي أحكام الوطاء لا أحكام النكاح، فعلى هذا هو كما لو نكح بغير إذن، فيعود القولان في التعلق بالدم أو الرقبة، ويحصل عند الاختصار ثلاثة أقوال، كما أشار إليها صاحب الكتاب في «فضل الغرور» ولو نكح بالإذن نكاحاً صحیحاً، ولكن فسدت التسمية.

قال الصيدلاني: يتعلق مهر المثل بالكسب لا محالة، [ولو صرح<sup>(١)</sup> بالإذن في النكاح الفاسد، ووجب مهر المثل، فقياس هذه المسائل تعلقه بالكسب أيضاً.

قَالَ الْعَزَائِي: (فَرَعٌ) إِذَا اشْتَرَتِ الْحُرَّةُ زَوْجَهَا أَوْ اتَّهَبَتْ قَبْلَ الْمَسِيَسِ سَقَطَ نَصْفُ الْمَهْرِ عَلَى قَوْلٍ، وَجَمِيعُهُ عَلَى قَوْلٍ، وَإِنْ اشْتَرَتْهُ بِالصَّدَاقِ الَّذِي ضَمِنَتْهُ السَّيِّدُ لَمْ يَصِحَّ الشَّرَاءُ إِنْ فَرَعْنَا عَلَى سُقُوطِ جَمِيعِ الْمَهْرِ، لِأَنَّ تَضَحِيحَهُ يُؤَدِّي إِلَى إِنْطَالِهِ، فَإِنَّهُ إِذَا سَقَطَ الْعَوَضُ بِحُكْمِ الْفَسْخِ عَرِي النَّبِيْعِ عَنِ الْعَوَضِ، وَإِنْ اشْتَرَتْهُ بِالصَّدَاقِ بَعْدَ الْمَسِيَسِ وَقُلْنَا: إِنَّ طَرِيَانَ الْمَلِكِ عَلَى الرَّقِيقِ يُبْرَى ذِمَّتَهُ عَنِ ذَيْنِ السَّيِّدِ الْمُتَمَلِّكِ لَمْ يَصِحَّ الشَّرَاءُ أَيْضاً لِأَنَّ الْعَبْدَ إِذَا بَرَى بَرَى السَّيِّدُ الَّذِي هُوَ الْكَفِيلُ فَيَعْرَى عَنِ الْعَوَضِ، وَإِنْ قُلْنَا: الْمَلِكُ الطَّارِيءُ لَا يَنْقِطُ الذَّيْنُ صَحَّ الشَّرَاءُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: عُرِفَتْ فِي «قَسَمِ الْمَوَانِعِ» أَنَّ الزَّوْجَ لَوْ مَلَكَ زَوْجَتَهُ أَوْ شَيْئاً مِنْهَا، أَوْ مَلَكَتِ الزَّوْجَةَ زَوْجَهَا، أَوْ شَيْئاً مِنْهَا، انْفَسَخَ النِّكَاحُ، وَلَوْ كَانَ لِلرَّجُلِ عَبْدٌ فِي نِكَاحِهِ أُمَّةً، فَدَفَعَ إِلَيْهِ مَالاً، وَقَالَ: اشْتَرَيْهَا لِي، فَفَعَلَ، صَحَّ، وَاسْتَمَرَ النِّكَاحُ، كَمَا يَجُوزُ أَنْ يَزُوجَ عَبْدَهُ مِنْ أُمَّتِهِ، وَلَوْ مَلَكَهُ الْمَالُ، وَقَالَ اشْتَرَيْهَا لِنَفْسِكَ، فَفَعَلَ، فَيَبْنَى عَلَى أَنَّ الْعَبْدَ، هَلْ يَمْلِكُ بِتَمْلِيكِ السَّيِّدِ إِنْ قُلْنَا: نَعَمْ، انْفَسَخَ النِّكَاحُ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا، فَالْمَلِكُ لِلْسَّيِّدِ، وَيَسْتَمِرُّ النِّكَاحُ، وَاقْتَصَرَ صَاحِبُ «الشَّامِلِ» - رَحِمَهُ اللهُ - فِي التَّصْوِيرِ عَلَى مَا إِذَا دَفَعَ إِلَيْهِ الْمَالُ، وَقَالَ: اشْتَرَيْهَا لِنَفْسِكَ، فَفَعَلَ، وَأَجَابَ بِهَذَا الْبِنَاءِ، كَأَنَّهُ جَعَلَ ذَلِكَ تَمْلِيكاً ضَمْنًا، وَإِلَّا، فَكَيْفَ يَشْتَرِي لِنَفْسِهِ بِمَالٍ غَيْرِهِ؟! وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ: قَدْ ذَكَرْنَا فِي الْبَيْعِ وَجْهَيْنِ، فِيمَا إِذَا اشْتَرَى بِمَالٍ نَفْسَهُ لغيره بِأَذْنِ ذَلِكَ الْغَيْرِ، هَلْ يَصِحُّ، فَإِذَا جَوَّزْنَا أَنْ يَشْتَرِيَ بِمَالٍ نَفْسَهُ لغيره عَنِ إِذْنِهِ، لَمْ يَبْعُدْ أَنْ يَشْتَرِيَ لِنَفْسِهِ بِمَالٍ غَيْرِهِ، وَإِذَا قِيلَ بِهِ،

(١) في ز: بل لوضوح.

فقد ذكرنا وجهين في أن المال يكون قرضاً أو هبةً، فإن جعلناه قرضاً، فهنا يقع الشراء للسيد، والسيد لا يقرض عبده، وإن جعلناه هبةً، فيجوز الخلاف في أن العبد، هل يملك بتملك السيد.

ولو اشترى من بغيه حرّاً، وبعضه رقيق زوجته؛ نُظِر؛ إن اشترىها بالكسب المشترك بينهما، وأذن له السيد ملك قسماً منها، وانفسخ النكاح، وإن لم يأذن السيد، لم يصح في نصيبه، وفي نصيب العبد قولاً تفریق الصفقة، إن صح، انفسخ النكاح، وإن اشترىها بخالص ماله من كسبه، فإن جرت بينهما مهياً، انفسخ النكاح، وإن اشترىها بخالص مال السيد من كسبه بإذنه، لم ينفسخ النكاح وكذا الحكم لو اشترت التي بغضها حرّة، وبعضها رقيق زوجها، إذا تقرّر ذلك، فمقصود الفصل مسألتيان:

**المسألة الأولى:** في حكم المهر، إذا انفسخ النكاح بحدوث الملك، وكتاب الصداق أحق بهذه المسألة، لكن الأصحاب أوردوها ههنا، وإذا ملكت الزوجة زوجها بشراء أو آتھاب، أو غيرهما، نُظِر؛ إن كان ذلك قبل المسيس، حكى الإمام وصاحب الكتاب فيه قولين:

أحدهما: أنه يسقط نصف المهر؛ لأن الانفساخ حصل بالعقد الجاري بين البائع، وبين الزوجة، والبائع قائم مقام الزوج من حيث إنه سيده، والفراق إذا حصل بصنع الزوجين، غلب جانب الزوج، ويشطر المهر، كما لو خالعه قبل المسيس.

وأصحهما: أنه يسقط جميعه؛ لأن الفرقه حصلت بالزوجة، والسيد لا اختيار للزوج فيها؛ ولأن الزوجة هي المملّكة، والمملك هو الذي ينافي الزوجية ويقطعها، وصار كما لو ارتدت، فعلى هذا ترد المهر، إن قبضته، وعليها الثمن، وعلى الأول ترد النصف، وعليها الثمن، وقد يتحد الجنس، فيقع في التقاص، والعراقيون من الأصحاب، والشيخ أبو علي، وغيرهم نقلوا في المسألة بدل القولين وجهين، والأمر فيه قريب؛ لأن أبا الفرج السرخسي قال: ظاهر لفظ في «المختصر» ههنا سقوط جميع المهر، وقال فيمن اشترى زوجته الأمة إنه يجب نصف المهر، والصورتان متشابهتان من حيث إن الفسخ فيهما حصل بعقد جرى بين مستحق المهر وبين من عليه فمنهم من جعلها على قولين تصرفاً في النصين، ومنهم من فرق بأن هناك حصل الفراق بالزوج وغيره، فغلب جانب الزوج، كما في الخلع، وههنا لا صنع للزوج في سبب الفراق، فهذا أصح فأفاد كلامه شيئين:

أحدهما: تولد الخلاف في التصرف في النصين، وقد بيّننا أن مثل ذلك قد يسمّى وجهاً، وقد يسمّى قولاً.

والثاني: قطع بعضهم بسقوط جميع المهر في المسألة.

ولو ملكت زوجها بعد المسيس، فلا يسقط المهرُ بالانفساخ، ولا يردُّ شيئاً، إن قبضته، وإن لم تقبض، فقد ملكت عبداً لها في ذمته ذين، وفيه وجهان، سبق ذكرهما في «كتاب الرهن» وغيره:

أحدهما: أنه يسقط، كما لا يثبت له ذين على عبده ابتداءً.

وأصحهما: أنه يبقى كما كان، وللدوام من القوة ما ليس للابتداء، فإن قلنا: يسقط، برئت ذمة العبد من المهر، وللبائع الثمن عليها وإن قلنا: يبقى، فلها مطالبة العبد، إذا عتق، وللبائع الثمن عليها في الحال، فإن كان السيد البائع قد ضمن لها المهر، فلها المهر عليه بحكم الضمان، وله عليها الثمن، وقد يقع في التخاص، هذا حكم المهر، إذا ملكت الزوجة زوجها.

أما إذا ملك الزوج زوجته بالشراء، نُظر؛ إن ملكها بعد المسيس، فعليه المهر للبايع مع الثمن، وإن ملكها قبله، فالنص وجوب نصف المهر، والأصحاب مختلفون منهم من أثبت وراءه قولاً آخر: أنه يسقط جميع المهر؛ إما أخذاً من القول بسقوط جميع المهر، إذا ملكت هي زوجها على ما حكاه السرخسي، وإما أخذاً من نصه فيما إذا كانت مفوضة، وملكها الزوج قبل المسيس؛ لأنه لا متعة، فخرج منه أنه لا مهر، إذا لم تكن مفوضة، ومنهم من قطع بالقول الأول، ولم يخرج قولاً آخر، والفرق بينه وبين ما إذا ملكت زوجها قد مر، والفرق بين المسمى وبين المتعة أن المسمى وجب بالعقد، والعقد جرى في ملك البائع، وإذا تملكها الزوج، كان له الشطر، والمتعة إنما يجب بالفراق، والفراق حصل في ملك الزوج، فكيف نوجب له على نفسه المتعة، ولذلك قلنا: إنه لو باعها من أجنبي، ثم طلقها الزوج قبل المسيس يكون نصف المهر للبايع، ولو كانت مفوضة تكون المتعة للمشتري، ولو نكح جارية مورثة كآبيه وأخيه، ثم ملك بالإزث بغضها أو كُلهما، فإن كان ذلك بعد الدخول، لم يسقط المهر بالانفساخ؛ لاستقراره، وهو تركة الميت، فإن احتيج إلى استيفائه لقضاء الديون.

وتنفيذ الوصايا، فعل، وإلاً، سقط، إن كان الناكح حائزاً؛ لأن ما كان عليه قد صار له، وإن لم يكن حائزاً، فلغيره من الورثة استيفاء نصيبه، وإن كان قبل الدخول، ففيه وجهان. قال ابن الحدايد: يسقط جميع المهر؛ لأنه لا صنع من قبل الزوج في سبب الفراق، وعلى هذا يسترده من التركة، لو كان قد قبضه، وقال غيره، وهو الأظهر، لا يسقط إلا النصف؛ لأنه لا صنع من قبلها أيضاً، وهذا يكفي لبقاء نصف المهر؛ ألا ترى أنه لو كان تخته زوجتان صغيرة وكبيرة، فأرضعت الكبيرة الصغيرة، وانفسخ نكاحهما، يجب للصغيرة نصف المهر، وإن لم يكن من جهة الزوج صنع فيه؛ لأنه لا صنع من جهتها، فعلى هذا، إن كان حائزاً، سقط النصف الآخر؛ لأنه المستحق له،

وإن كان معه غيره، سَقَطَ نصيبه، وللآخر أخذ نصيبه، ولو زوّج الرجل ابنته من عبده بإذنها، ثم مات، فورثت بغير زوجها، فإن كان بعد الدخول، فقسط ما ورثته من المهر، ذين لها على مملوكها، ولها المطالبة بالباقي من كسبه مما تراث منه، وإن كان قبل الدخول، فعلى قول ابن الحداد، يسقط جميع المهر، وعلى قول غيره؛ لا يسقط إلا النصف، وحكم النصف الباقي حكم الكل بعد الدخول.

**المسألة الثانية:** ليعلم أن ما ذكرنا في المسألة الأولى فيما إذا اشترت زوجها مصوراً فيما إذا جرى البيع بعين الصداق، فيتصور أن يجري البيع بعين الصداق، والغرض الآن الكلام فيه، فتقدم عليه مقدمتين:

**إحدهما:** إذا نكح العبد نكاحاً صحيحاً، وقلنا: لا يصير السيد ضامناً للمهر بالعقد، فلو ضمن عنه، جاز، لأنه ضامن ذين لازم، ثم ينظر؛ إن كان العبد كسوباً، فللزوجة مطالبة العبد والسيد جميعاً، وإلا، فلا يطالب إلا السيد، وكذا الحكم لو طلقها بعد الدخول، والمهر غير مقبوض، وإن طلقها قبل الدخول، سقط نصف المهر عنها، ومطالبتها بالنصف الآخر على التفصيل المذكور، فإن كانت قد قبضت المهر، فيرد النصف على السيد، إن بقي الزوج على الرق عند الطلاق، وإن كان قد أعتقه، فعلى الزوج؛ لأنه مكتسب بالطلاق، ذكره الشيخ أبو حامد.

**والثانية:** صورة البيع بعين الصداق: أن يلتزم السيد الصداق، إما بأصل العقد على القديم أو بالضمان للأجح على الجديد، فيصرح المتبايعان بالإضافة إليه؛ بأن يقول سيد العبد لزوجته الحرّة بعته لك بصداقك الذي يلزمني، وهو كذا، فتشتري، أما إذا صرحا بالمغايرة، أو أطلقا فهو بيع بعين الصداق.

**مثاله:** كان الصداق ألف درهم، وقال: بعثك بألف غير الصداق أو بألفين أو أطلق، وقال: بعثك بألف أو بألفين، وإذا اختلف جنس الصداق والثن، فلا شك في المغايرة، ولو دفع عيناً إلى عبده، وأذن له في أن ينكح امرأة، ويصدقها تلك العين، ففعل، ثم باع العبد لها بتلك العين، فلا شك في أنه بيع بعين الصداق.

إذا عرفت ذلك، فالبيع بعين الصداق، إما أن يجري قبل المسيس أو بعده.

**الحالة الأولى:** إذا جرى قبل المسيس، فإن فرعنا على سقوط جميع المهر، إذا تملك زوجها قبل المسيس، وهو الصحيح، لم يصح البيع، ويستمر النكاح؛ لأنه لو صح، لملك الزوج وانفسخ النكاح، وإذا انفسخ، سقط المهر، وعرى البيع عن العوض، وإذا على البيع عن العوض، بطل، فتصححه يجر إلى بطلانه، [و] هذا ما نص عليه الشافعي - رضي الله عنه - وجمهور الأصحاب، وقال: الشيخ أبو علي: يجب عندي أن يصح البيع، ويبطل النكاح؛ لأن البيع وارتفاع النكاح لا يقعان معاً، بل



يكون الفسخُ بعد البيع، وحصول الملك، حتَّى لا يحكم بأنفساخ [النكاح] (١) ما دامًا في المجلس، إن قلنا: إن الخيار يمنع حصول الملك للمشتري، وإن كان الانفساخ عقيب البيع والملك، فيكون ملكها عن الصداق زائلاً مع حصول ملكها في الرقبة، فلا يبطلُ الثمن بالانفساخ بل أثر الانفساخ الرجوعُ إلى بدل الصداق، وهذا كما لو وكلت رجلاً بأن يشتري لها عيناً من الزوج بالصداق قبل الميسس، فأشترى، وارتدت هي عقيب الشراء، ويرجع الزوجُ عليها ببذل الصداق، والتصرف الذي بأشْرهُ الوكيل لا يبطلُ، وهذا الذي أوردَهُ الشَّيْخُ أَقَامَهُ صاحب «التتمة» وجهاً من غير أن ينسبهُ إليه، فإن فرعنا على أن تملكها الزوج قبل الميسس يقتضي التَّشْطِيرَ، فيبني هذا على خلافِ سنذكره في الحالة الثانية، وهي: إذا جرى البيعُ بعد الميسس، فإن لم يصحَّ البيعُ هناك، فكذلك ههنا، وإن صحَّحنا هناك، فالذي يلزم ههنا من صحَّة البيع وانفساخ النكاح، سقوطُ نصف الصداق، فلا يَسْقُطُ إلا نصفُ الثمن، فيبطلُ البيعُ في نصف العبد، ويخرج في الباقي على تفريق الصفقة، فإن فرقنا، يفسخ النكاح، هذا هو الجوابُ على المشهور، وعلى تخريج الشَّيْخِ أَبِي عَلِيٍّ؛ يصحُّ البيعُ في جميعه لا محالة.

**الحالة الثانية:** إذا جرى البيع بعين الصداق بعد الميسس، فيبني على الخلاف في أن من ملك عبداً له عليه دين، هل يَسْقُطُ ذَلِكَ الدَّيْنُ للملك الطارئ إن قلنا: لا يسقط، يصحُّ البيع، وتصيرُ مستوفيةً للمهر المستقر بالدخول، ولا شيء لواحدٍ من المتبايعين على الآخر، وإن قلنا: يسقط وتبرأ ذمة العبد، فوجهان:

**أحدهما:** وهو المذكور في الكتاب: أنه لا يصحُّ البيع؛ لأنه لو صحَّ، لملكته وبرثت ذمته، وإذا برىء العبد، وهو أصيل، برىء السيد الذي هو كفيل، فيعري البيعُ عن العوض، كما في الحالة الأولى.

**وأظهرهما:** وبه أجاب الشيخ أبو حامد: أنه يصحُّ، وليس كما قيل الميسس، فإن سقوط المهر هناك بأنفساخ النكاح بدليل أنه لو كان مقبوضاً، يجبُ رده، فلا يمكن جعله ثمناً، وههنا سبب السقوط حدوث الملك، وإذا جعله ثمناً، فكانها استوفيت الصداق قبل لزوم البيع، فليس لها بعد ما ملكت الزوج صداق في رقبته (٢)، حتَّى يَسْقُطَ، وهذا قريب مما ذكره الشيخ أبو عليٍّ في توجيهه تخريجه، ويروى أن القفال كان يخفِّظ عن شيوخ الأصحاب صحَّة البيع في المسألة، ثم إنه رأى في المنام أنه سُئِلَ عنها، فأجاب بالفساد، وعُلِّل سقوط الدين بحدوث الملك، ثم رأى الوجهين بعد ما أثبتته في كلام الأئمة - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - وجميع ما ذكرنا فيما إذا اشترت الزوجة زوجها

(١) سقط في ز.

(٢) قال الشيخ البلقيني: قوله «في رقبته» وهم وصوابه فليس لها بعدما ملكت الزوج صداق في ذمته.

مصورٌ فيما إذا كانت الزوجة حرة. أما إذا كانت أمة، واشترت الزوج بإذن سيدها، أو كانت مأذوناً لها في التجارة، فاشترته للتجارة، فيصح البيع، ويستمر النكاح؛ لأن الملك ههنا للسيد، ولا فرق في ذلك بين ما قبل الميسر أو بعده، ولا بين أن يكون الشراء بعين الصداق أو غيره، ولكن لو اشترته بعين الصداق، يبرأ السيد، ويبرأ العبد أيضاً؛ لأن الكفيل، إذا أدى الدين، يبرأ الأصيل عن حق المكفول له، ولا رجوع للسيد على العبد، كما لو ضمن عن عبده، ديناً آخر، وأداه في رقه، وإن اشترته بعين الصداق، ففي سقوط الصداق عن العبد؛ لأن سيدها ملكه وله عليه دين، الخلاف الذي تكرر، فإن سقط، يبرأ سيده البائع عن الضمان؛ لبراءة الأصيل، ويبقى الثمن بحكم الشراء، فإن لم يسقط، فليسيد الأمة على بائع العبد الصداق، وللبيع عليه الثمن، وقد يقع في التقاص فإذا تقاصا برئت ذمة العبد عن حق المشتري؛ لأنه بالتقاص استوفى حقه عن البائع.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَلِلدَّوْرِ الْحُكْمِيِّ نَظَائِرُ (إِحْدَاهَا): لَوْ كَانَتْ أُمَّتُهُ تُلْكَ مَالَهُ فَأَعْتَقَهَا وَنَكَحَهَا وَمَاتَ لَمْ يَكُنْ لَهَا طَلَبُ الْمَهْرِ لِأَنَّ ذَلِكَ يُلْحِقُ الدَّيْنَ بِالتَّرِكَةِ وَيُبْطِلُ الْعِثْقَ وَالنَّكَاحَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قَوْلُهُ: «وَلِلدَّوْرِ الْحُكْمِيِّ» يَرِيدُ بِهِ الْإِشَارَةَ إِلَى أَنَّ الْمَسَائِلَ الَّتِي فِيهَا الدَّوْرُ نَوْعَانِ:

أحدهما: ما ينشأ الدَّوْرُ فِيهِ مِنْ مَحْضِ حَكْمِ الشَّرْعِ، كَمَا ذَكَرْنَا فِيْمَا إِذَا اشْتَرَتْ زَوْجَهَا قَبْلَ الْمَيْسِرِ مِنَ السَّيِّدِ بِالصَّدَاقِ الَّذِي ضَمِنَتْهُ، فَإِنَّهُ إِذَا صَحَّ الْبَيْعُ، ثَبَتَ الْمَلِكُ، وَإِذَا ثَبَتَ الْمَلِكُ، انْفَسَخَ النِّكَاحُ، وَإِذَا انْفَسَخَ النِّكَاحُ، سَقَطَ الْمَهْرُ الْمَجْعُولُ ثَمَنًا، وَإِذَا سَقَطَ فَسَدَ الْبَيْعُ، فَهَذِهِ الْأَحْكَامُ الْمَتْرَبَةُ، وَلِدَّتِ الدَّوْرَ.

والثاني: ما ينشأ الدَّوْرُ فِيهِ مِنْ لَفْظَةٍ يَأْتِي بِهَا الشَّخْصُ، كَمَا فِي مَسْأَلَةِ دَوْرِ الطَّلَاقِ وَعِنْدَهَا نَذِيرٌ أَكْثَرَ صُورِ الدَّوْرِ اللَّفْظِيِّ، وَلَمَّا جَرَى هَهُنَا بَيَانُ الْمَسْأَلَةِ الَّتِي هِيَ مِنَ الدَّوْرِ الْحُكْمِيِّ، أُورِدَ خَمْسَ مَسَائِلَ مِنْ نَظَائِرِهَا، وَكَذَلِكَ اعْتِمَادَ الْأُمَّةِ.

المسألة الأولى: أعتق أمة له في مرض موته، ونكحها على صداق سماه، فينظر؛ إن لم تخرج من الثلث [فحكمه ما بيئه في المسائل الدورية في «كتاب الوصايا»]، وإذا خرجت من الثلث، فينظر؛ إن كان قدر الثلث بلا مزيد، لما إذا كانت قيمتها مائة، وهو يملك مائتين سواها<sup>(١)</sup> فالنكاح صحيح، ثم إن لم يجر دخول، فلا مهر لها؛ لأنه لو

(١) سقط في ز.

ثبت، كان دَيْنًا على المَيِّت، وحينئذٍ، فلا يُخْرَجُ عن الثلث، ويرقُ بعضها، وحينئذٍ، يَفْسُدُ النكاح، ويَبْطُلُ المهر، فإذا ثبتته يؤدي إلى إسقاطه، فيسقط، وهذه هي الحالة التي أوردها صاحب الكتاب، وإن أطلق اللفظ إطلاقاً، ولم يذكُر في التصوير وَقُوعَ الإعتاق والنكاح في مَرَضِ الموت، ولكن في التقييد بكونها ثلث ماله ما ينه عليه، وإن جرى الدُخُولُ فَقَدْ ذكرنا حكمه في «باب الوصايا»، وسواء جرى الدخول أو لم يجر، فلا ترث بالزوجية؛ لأن عتقها وصية، والوصية والميراث لا يجتمعان<sup>(١)</sup>، فلو أثبتنا الميراث، لزم إبطال الوصية، والوصية ههنا الإعتاق، وإذا بطل، بطلت الزوجية، وحينئذٍ، فيبطل الميراث، وإن كانت الأمة دون الثلث، فقد يمكنها المطالبة بالمهر؛ لخروجها من الثلث بعد الدين، وهذا كله مبني على أنه يجوز له نكاحها في مَرَضِ الموت، وهو الظاهر، وحكى أبو علي والحناطيه وجهاً؛ أنه لا يجوز، وهو ما حكينا من قبل عن ابن الحداد؛ أن المعتقة في مرض الموت لا يجوز لقريبها تزويجها لإمكان ألا تخرج من الثلث عند الموت.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الثَّانِيَةُ) إِذَا زَوَّجَ الْمَرِيضُ أُمَّتَهُ عَبْدًا وَقَبَضَ صَدَاقَهَا وَأَتْلَفَهُ ثُمَّ أَخْتَقَهَا فَلَا خِيَارَ لَهَا إِذْ لَوْ فَسَخَتْ لَارْتَدَّ الْمَهْرُ وَلَمَّا خَرَجَتْ عَنِ الثَّلَاثِ فَيَبْطُلُ الْعِتْقُ وَالْخِيَارُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: زَوَّجَ أُمَّتَهُ مِنْ عَبْدٍ غَيْرِهِ، وَقَبَضَ الصَّدَاقَ، وَأَتْلَفَهُ بِإِتِّفَاقٍ وَغَيْرِهِ، ثُمَّ أَخْتَقَهَا فِي مَرَضِ مَوْتِهِ أَوْ أَوْصَى بِعِتْقِهَا، فَعَتَّقَتْ، وَهِيَ ثُلُثُ مَالِهِ، وَكَانَ ذَلِكَ قَبْلَ الدُّخُولِ، فَلَيْسَ لَهَا خِيَارُ الْعِتْقِ؛ لِأَنَّهَا لَوْ فَسَخَتْ النِّكَاحَ، لَوَجِبَ رَدُّ الْمَهْرِ مِنْ تَرَكَةِ السَّيِّدِ، وَحِينَئِذٍ، فَلَا تَخْرُجُ بِتَمَامِهَا مِنَ الثَّلَاثِ، وَإِذَا بَقِيَ الرِّقُّ فِي الْبَعْضِ لَا يَثْبُتُ الْخِيَارُ، فَإِثْبَاتُ الْخِيَارِ يَجْرِي إِلَى سَقُوطِهِ، وَكَذَا الْحُكْمُ، وَلَوْ لَمْ يَتْلَفِ الصَّدَاقَ، وَكَانَتْ أَلْأَمَةُ ثُلُثَ أَمْوَالِهِ مَعَ الصَّدَاقِ، وَلَوْ خَرَجَتْ مِنَ الثَّلَاثِ دُونَ الصَّدَاقِ أَوْ اتَّفَقَ ذَلِكَ بَعْدَ الدُّخُولِ وَاسْتِقْرَارِ الْمَهْرِ، فَلَهَا الْخِيَارُ، وَلَوْ كَانَتْ الْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا إِلَّا أَنَّ الْإِعْتِاقَ وَجَدَ مِنْ وَاثِرِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ، فَيَنْظَرُ؛ إِنْ كَانَ الْوَارِثُ مَعْسِرًا، فَلَا خِيَارَ لَهَا؛ لِأَنَّهَا لَوْ فَسَخَتْ النِّكَاحَ، لَزِمَ رَدُّ الْمَهْرِ مِنْ تَرَكَةِ الْمَيِّتِ، وَإِذَا كَانَ عَلَى الْمَيِّتِ دَيْنٌ، لَمْ يَنْفِذْ إِعْتِاقَ الْوَارِثِ الْمَعْسِرِ عَلَى الصَّحِيحِ، وَإِذَا لَمْ يَنْفِذْ الْإِعْتِاقَ، لَمْ يَثْبُتِ الْخِيَارُ وَإِنْ كَانَ الْوَارِثُ مُوسِرًا، فَقَدْ ذَكَرْنَا فِي الرَّهْنِ خِلَافًا فِي أَنَّ الْوَارِثَ الْمُوَسِّرَ، إِذَا أَعْتَقَ عَبْدَ التَّرَكَةِ، وَعَلَى الْمَيِّتِ دَيْنٌ، يَنْفِذُ الْعِتْقَ فِي الْحَالِ، أَوْ يَتَوَقَّفُ نَفُوزَهُ عَلَى وُصُولِ دَيْنِ الْغَرْمَاءِ فَإِنْ قَلْنَا: يَنْفِذُ فِي الْحَالِ، وَهُوَ الْأَظْهَرُ، عَتَّقَتْ، وَلَهَا الْخِيَارُ، فَإِنْ فَسَخَتْ، غَرَّمَ الْوَارِثُ لِسَيِّدِ الْعَبْدِ أَقْلَ

(١) ما ذكره الشيخ من أن الإرث والوصية لا يجتمعان ظاهر إذا قلنا: إن الوصية لو ارت باطله، فإن قلنا بالمذهب: إنها موقوفة على الإجازة فلا يمتنع اجتماعهما.

الأميرين من الصداق وقيمة الأمة، كما لو مات، وعليه ذين، وله عبد، فأعتقه وارثه الموسر، يلزمه أقل الأمرين من الذين وقيمة العبد، ولو كان على الميت ذين، فالقيمة التي يُعْرَمُها الوارث يتضارب فيها سيد العبد والغرماء.

وقوله في الكتاب: «إذا زوج المريض أمته عبداً» فيه تقييد بما إذا وَقَعَ التزويج في المرض، وذلك لَيْسَ بِشَرْطٍ في صورة المسألة، وكذلك لا يُشْتَرَطُ وقوع الاتفاق في المرض، وإنما المعتبر وقوع الإعتاق في المرض، ولا بد أن تكون الأمة تُلكُ المَالِ أو أقل، وأن يكون ذلك قبل الدُخُول، ولم يتعرَّض لذلك في اللفظ.

وَقَوْلُهُ: «فيبطل العتق» أي: عَتَقَ جميعها.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الثَّالِثَةُ): لَوْ مَاتَ رَجُلٌ وَخَلَّفَ أَخًا وَعَبْدَيْنِ فَأَعْتَقَهُمَا فَشَهِدَا بِأَنَّ لِلْمَيْتِ ابْنًا مِنْ زَوْجَتِهِ فَإِنَّهُ يَثْبُتُ الزَّوْجِيَّةُ وَالنَّسَبُ دُونَ الْمِيرَاثِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَرِثَ الْإِبْنُ أَبْتَطَلَ الْعِتْقَ وَالشَّهَادَةَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَاتَ عَنَ أَخٍ وَعَبْدَيْنِ، وَالْأَخُ هُوَ الْوَارِثُ فِي الظَّاهِرِ، فَأَعْتَقَ الْأَخُ الْعَبْدَيْنِ، ثُمَّ أَدْعَى الْمَرْأَةَ أَنَّهَا زَوْجَةُ الْمَيْتِ، وَابْنَهَا أَنَّهُ ابْنُ الْمَيْتِ، فَشَهِدَ الْمُعْتَقَانِ لَهَا ثَبَتَ الزَّوْجِيَّةُ وَالنَّسَبُ، وَلَا يَرِثُ الْإِبْنُ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَرِثَ، لَحَجَبَ الْأَخُ، وَإِذَا صَارَ مَحْجُوبًا، بَطَلَ إِعْتَاقُهُ، وَإِذَا بَطَلَ الْإِعْتَاقُ، بَطَلَتِ الشَّهَادَةُ، وَإِذَا بَطَلَتِ الشَّهَادَةُ بَطَلَتِ الزَّوْجِيَّةُ وَالنَّسَبُ، وَفِيهِ وَجْهٌ: أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ النَّسَبُ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ لَوْ ثَبَتَ، لَثَبَتَ الْإِرْثُ، وَلَا يُمْكِنُ ثَبُوتُهُ، وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ، وَلَوْ شَهِدَا بِنَسَبٍ، نُظِرَ؛ إِنْ كَانَ الْأَخُ مُغْسِرًا يَوْمَ الْإِعْتَاقِ، لَمْ تَرِثْ أَيْضًا؛ إِذْ لَوْ وَرِثَتْ لَرِقَّ نَصِيبُهَا، وَلِبَطَلَتِ الشَّهَادَةُ؛ لِأَنَّ مِنْ بَعْضِهِ رَقِيقٌ، لَا تَقْبَلُ شَهَادَتَهُ، وَإِنْ كَانَ مُوسِرًا، فَإِنْ عَجَّلْنَا السَّرَايَةَ بِنَفْسِ الْإِعْتَاقِ، وَرِثَتْ، لِكَمَالِ الْعِتْقِ يَوْمَ الشَّهَادَةِ، وَإِنْ قُلْنَا؛ إِنَّهَا لَا تَحْضُلُ إِلَّا بِأَدَاءِ الْقِيَمَةِ، لَمْ تَرِثْ؛ لِأَنَّ تَوْرِيثَهَا يَمْنَعُ كَمَالَ الْعِتْقِ يَوْمَ الشَّهَادَةِ، وَحُكْمَ الزَّوْجِيَّةِ فِي الْإِرْثِ حُكْمُ الْبِنْتِ، فَيُنْظَرُ إِلَى إِعْتَاقِ إِعْسَارِ الْأَخِ وَيسارِهِ، كَمَا بَيَّنَّا.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الرَّابِعَةُ) لَوْ أَوْصَى لَهُ بِأَبْنَيْهِ فَمَاتَ وَخَلَّفَ أَخًا فَقَبِلَ الْوَصِيَّةَ عَتَقَ الْإِبْنَ وَلَمْ يَرِثْ لِأَنَّهُ لَوْ وَرِثَ لَحَجَبَ الْأَخُ وَبَطَلَ قَبُولُهُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: صورة المسألة أن يكون ابن الرجل مملوكاً لغيره، فيوصي له مالكه بأبنيه، ويموت الموصى له بعد موت الموصي وقبل القبول، ووارثه أخوه، فيقبل الوصية، وهذه المسألة مكررة قد ذكرها في آخر الباب الأول من «كتاب الوصايا» وشرحناها هناك، ويُعرَفُ مما ذكرنا هناك الحاجة إلى إعلام قوله «عَتَقَ الْإِبْنَ» بالواو.

وقوله: «ولم يرث؛ لأنه لو ورث، لَحَجَبَ الْأَخُ، وَبَطَلَ قَبُولُهُ» هذا التوجيه مبني

على قولنا: إِنَّ الْحُرِّيَّةَ تَحْضُلُ عِنْدَ الْمَوْتِ، أما إذا قلنا: إِنَّهَا تَحْضُلُ عِنْدَ الْقَبُولِ، فليس عَدَمُ الْإِزْثِ لِلدُّورِ، بل لاستمرار الرِّقِّ بعد الموت.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الْحَامِسَةُ) لَوْ اشْتَرَى الْمَرِيضُ أَبَاهُ عَتَقَ وَلَمْ يَرِثْ كَثِيرًا يَصِيرَ الْعِتْقُ وَصِيَّةً لِوَارِثٍ فَيَبْطُلُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لَوْ اشْتَرَى فِي مَرَضِ الْمَوْتِ مَنْ يُعْتَقُ عَلَيْهِ، وَلَمْ يَرِثْ؛ وَابْنَهُ، عَتَقَ مِنَ الثَّلَاثِ، لِأَنَّهُ لَوْ وَرِثَ، لَكَانَ الْعِتْقُ وَالنَّسَبُ إِلَيْهِ بِالشَّرَاءِ وَصِيَّةً لِلوَارِثِ، فَيَبْطُلُ، وَإِذَا امْتَنَعَ الْعِتْقُ، امْتَنَعَ الْإِزْثُ، هَذَا هُوَ الظَّاهِرُ، وَحَكَى الْأَسَاذُ أَبُو مَنْصُورٍ وَجْهًا: أَنَّهُ يَرِثُ، وَوَجْهًا آخَرَ أَنَّهُ لَا يَصْحُ الشَّرَاءُ مِنْ أَصْلِهِ؛ لِأَنَّ عِتْقَهُ وَصِيَّةً، وَالْوَصِيَّةُ مَوْقُوفَةٌ عَلَى الْخُرُوجِ مِنَ الثَّلَاثِ أَوْ إِجَازَةِ الْوَرِثَةِ وَالشَّرَاءِ لَا يُوقَفُ، فَيَجُوزُ أَنْ يَعْلَمَ بِهَذَا قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ «عَتَقَ» بِالوَاوِ؛ لِلوَجْهِ السَّابِقِ، وَقَوْلُهُ: «وَلَمْ يَرِثْ» يَجُوزُ أَنْ يُعْلَمَ بِالْحَاءِ وَالْمِيمِ؛ لِأَنَّ الرِّوَايَةَ عَنِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمَالِكٍ أَنَّهُ يَرِثُ، وَلَوْ مَلَكَ الْمَرِيضُ مَنْ يَعْتَقُ عَلَيْهِ بِغَيْرِ عَوْضِ كَهَبَةِ وَإِرْثِ، فَهَلْ يَرِثُ مِنْهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ؛ بِنَاءٍ عَلَى أَنَّهُ يَعْتَقُ مِنَ الثَّلَاثِ أَوْ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ فِي «الْوَصَايَا» وَإِلَى التَّوْرِيثِ، ذَهَبَ ابْنُ سُرَيْجٍ، وَاخْتَارَهُ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ.

وقال أبو الحسن العبادي؛ والوجهان مبنيان على أن في الشراء يُعتبر خُرُوجُ الْقِيَمَةِ مِنَ الثَّلَاثِ أَوْ خُرُوجِ الثَّمَنِ، وَنَخْتَمُ الْكَلَامَ فِي هَذِهِ الصُّورِ بِفَضْلَيْنِ:

**الفصل الأوَّل:** فِي صُورٍ أُخَرَ تَنْخَرُطُ فِي هَذَا السُّلْكَ، ذَكَرَ الْأَسَاذُ أَبُو إِسْحَاقَ الْإِسْفَرَايِينِيَّ فِي «مَخْتَصَرٍ» جَمَعَهُ فِي الْمَسَائِلِ الدُّورِيَّةِ، أَنَّهُ لَوْ شَهِدَ شَاهِدَانِ عَلَى عِتْقِ عَبْدٍ، وَحَكَمَ الْحَاكِمُ بِشَهَادَتِهِمَا، ثُمَّ جَاءَ الْعَبْدُ مَعَ آخَرَ، فَشَهِدَا عَلَى جُزْحِ الشَّاهِدَيْنِ، لَمْ يَقْبَلْ، وَلَوْ أَنَّهُ أَعْتَقَ عَبْدَيْنِ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ، وَهَمَا ثَلَاثُ مَالِهِ، فَشَهِدَ الْمُعْتَقَانِ عَلَى الْمَيْتِ بِوَصِيَّةٍ أَوْ بِإِعْتِاقِ وَمَاتَ، وَعَلَيْهِ ذَيْنِ أَوْ زَكَاةٍ، لَمْ يَقْبَلْ، وَلَوْ شَهِدَا عَلَيْهِ، أَنَّهُ نَكَحَ امْرَأَةً عَلَى صَدَاقٍ كَذَا حُكِيَ عَنِ بَعْضِ الْأَصْحَابِ؛ أَنَّهُ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا، قَالَ: وَيَحْتَمَلُ أَنْ تُقْبَلَ فِي النِّكَاحِ، وَلَا تُقْبَلُ فِي الْمَهْرِ، وَأَنَّهُ لَوْ أَعْتَقَ عَبْدَيْنِ لَهُ، فَشَهِدَا عَلَى أَنَّهُ كَانَ مُحَجَّجًا عَلَيْهِ بِالسَّفَةِ، لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمَا، وَأَنَّهُ لَوْ ادَّعَى أَنَّهُ ابْنُ فُلَانٍ، وَقَدْ مَاتَ وَوَارِثُهُ فِي الظَّاهِرِ أَخُوهُ، فَانْكَرَ وَنَكَلَ، فَحَلَفَ الْمُدَّعِي، ثَبَتَ النَّسَبُ، وَلَا يَثْبُتُ الْإِزْثُ، وَهَذَا جَوَابٌ عَلَى أَنَّ الْيَمِينَ الْمَرْدُودَةَ عِنْدَ نِكُولِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ كَالْإِقْرَارِ، أَمَا إِذَا قُلْنَا: إِنَّهَا كَالْبَيْئَةِ، فَيَثْبُتُ الْإِزْثُ أَيْضًا، وَأَنَّهُ لَوْ وَرِثَ عَبْدَيْنِ يَعْتَقَانِ عَلَيْهِ، ثُمَّ مَاتَ وَوَرِثَاهُ ثُمَّ أَقْرَأَ بَدَيْنِ عَلَى الْمَيْتِ الْأَوَّلِ يَسْتَعْرِقُ تَرْكَتَهُ، لَمْ يَثْبُتِ الذِّينُ بِإِقْرَارِهِمَا، وَأَنَّهُ لَوْ أَعْتَقَ أُمَّةً فِي مَرَضِ مَوْتِهِ، هِيَ ثَلَاثُ مَالِهِ فَادَّعَتْ أَنَّهُ وَطَّئَهَا بِشَيْبَةٍ أَوْ أَنَّهُ اسْتَأْجَرَهَا، وَعَلَيْهِ أَجْرَتُهَا، لَمْ تُسْمَعْ دَعْوَاهَا، وَأَنَّهُ لَوْ وَرِثَ مِنْ زَوْجَتِهِ عَبْدَيْنِ، وَأَعْتَقَهُمَا، ثُمَّ شَهِدَا بِالْفِرْقَةِ قَبْلَ الْمَوْتِ

بردة أو طلاق، لم تقبل شهادتهما، وأنه لو كان له في يد عبده مال، فأخذه واشترى به عبدَيْن، وأعتقهما، فشهدا عليه بأنه كان أعتقه قبل ذلك، لم يُقبل، وأنه لو مات ووارثه في الظاهر أخوه، فأعتق عبداً من التركية، وولى العتيق القضاء، فجاء مجهول النسب، وادعى أنه ابن الميت، وأقام شاهدين، لم يُقبل هذا الحاكم شهادتهما، ولم يحكم بقولهما، هكذا ذكره، وكان يجوز أن يقال: يحكم بشهادتهما، ويثبت النسب، ولا يثبت الإرث، كما لو أعتق الأَخ في هذه الصورة عبدَيْن، وشهدا بينوة المدعي، وحينئذٍ، فلا يؤثر نسبه في العتق والقضاء، وأنه لو ورث عبداً من مورثه المقتول، وأعتقه، وولى العتيق القضاء، وجاء الوارث إليه وادعى على قاتله القصاص، فقال: قتلته، وهو مُرْتَدٌّ، وأقام عليه شاهدين، لم يحكم هذا الحاكم بشهادتهما، ومن هذا القبيل، لو أعتق عبدَيْن، فجاء إنسان، وادعى أنه كان قد غَصِبَ العبدَيْن، وشهد لهما بذلك، لم تُقبل شهادتهما، وفي «التهذيب»: أنه لو ملك رجل أخاه، ثم أقر في مرض موته أنه كان قد أعتقه في الصحة، كان العتق نافذاً، وهل يرث إن صححنا الإقرار للوارث؛ فنعم، وإلا، لم يرث؛ لأن تورثه يبطل الإقرار بحرثه، وإذا بطلت الحرثية، سقط الإرث.

**الفصل الثاني:** قال صاحب الكتاب في مجموعة «غاية الغور في دراية الدُّور» المسائل الدائرة لا بد فيها من قطع الدُّور، وفي قطعه ثلاثة مسالك؛ تارة يُقطع الدُّور فيها من أوله، وتارة من وسطه، وتارة من آخره، وذلك بحسب قوة بغض الأحكام وبُعده عن الدفع، وضعف بعضها وقربه للدفع.

مثال القطع من الأول: بيع العبد لزوجته الحرّة قبل الدخول بصدّاقها الثابت في ذمة السيد، فإنما حَكَمنا بفساد البّيع، وقَطَعنا الدُّور من أصله، ولم نُقل: يصح البيع، ولا ينفسخ النكاح، أو يَنْفَسَخ ولا يسقط الصّدّاق، وسببه أن البّيع اختياري، وحصول الانفساخ بالملك قهري، وكذا سقوط الصّدّاق بالانفساخ، وما يختاره الإنسان من التصرفات يصح تارة، ويفسد أخرى وما يثبت قهراً يبعد دفعه بعد حصول سببه، فكان البيع أولى بالدفع من غيره.

ومثال القطع من الوسط الصورة الثانية من الصور الخمس المذكورة في الكتاب، فإننا لم نَقْطَع الدُّور من أوله، بأن نقول: لا يخلص العتق، ولا من آخره؛ بأن نقول: لا يرتد المهر حتى لا تضيّق التركية، ولكن قَطَعناه، من وسطه، فقلنا: لا يثبت الخيار، وسببه أن سقوط المهر عند حصول الفسخ قهري يبعد دفعه، والخيار أولى بالدفع من العتق؛ لأن العتق أقوى؛ ألا ترى أنه لا يسقط بعد ثبوته، والخيار يسقط بعد ثبوته بالإسقاط وبالتقصير.

ومثال القطع من الآخر الصورة الأولى من الصور الخمس، فإننا لم نقطع الدَّور من الأول؛ بأن نقول: لا يَحْضِلُ العتق، ولا من الوَسْطِ؛ بأن نقول: لا يَصْحُحُ النُّكَاحُ، ولكن قَطَعْنَا من الآخر، فقلنا: ليس لها المهر، وَيُمْكِنُ أن يقال: سببه أن العِتْقُ له قوَّةُ السُّرْعَةِ والسَّرَايَةِ؛ فلا يدفع، والنكاحُ أَقْوَى من المهر المسمَّى فيه، فإن ثبوت النكاح يستغنى عن المهر بدليل المفوضة والمسمى مهراً لا يثبت من غير ثبوت النكاح، وأيضاً فخطر النكاح وقدره فوق خَطَرِ المال، فَكَانَ المال أولى بالدفع، وَعُدَّ من هَذَا القسم الثالث ما إذا قَالَ لزوجته: إِنْ أَنفَسَخَ النكاحُ بَيْنِي وَبَيْنَكَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَهُ ثَلَاثًا، ثُمَّ اشْتَرَاهَا أَوْ جَرَى رِضَاعٌ أَوْ رِدَّةٌ، فلا يُقْطَعُ الدَّورُ من أوله؛ بأن نقول: لا يَنْفَسَخُ النكاحُ، وَلَكِنْ يَقْطَعُهُ من آخره؛ بأن يقول: يَنْفَسَخُ، ولا يقع الطلاق، وربما نعود في هذه الصور في «مسائل الطلاق» والدَّورُ فيها لفظيٌّ، واللَّهُ أَعْلَمُ.

فَرَعٌ: لا يجوز للعبيد التسري، وإن جاز له النكاح؛ لأنه لا يملك، فإن ملكه السيد جاريةً، وقلنا بالجديد؛ وهو أنه لا يملك، فلا يحل له وطؤها، وإن أذن السيد، وإن استولدها، كان الولد ملكاً للسيد، فإن قلنا بالقديم؛ وهو أنه يملك، فقد ذكرنا في البيع أن الظاهر أنه يتسرى، إن أذن السيد، وأنه ليس له التسري، إن لم يأذن، لكن، لا يحذُّ لو وطىء لشبهة الملك، وإذا استولدها، فالولد ملك له، لكن لا يُعْتَقُ عليه؛ لضعف ملكه، وتعلق حق السيد به، فإن عتق، عتق الولد أيضاً، وحكم المدبر والمعلق عتقه بصفة حكم القن في ذلك، ومن بعض حرٍّ وبعضه رقيق، إذا اشترى جاريةً بما اكتسبه ببغضه الحر، يملكها، لكن لا يطأها دون إذن السيد؛ لأنَّ بغضه مملوك، والوطء يقع بجميع بدنه لا يختص بالبعض الحر، ومال ابن الصَّبَاغِ إلى أنه لا حاجة إلى إذن السيد، كما أنه لا يحتاج في الأكل من كسبه والتصرف فيه إلى إذن السيد، وإن أذن السيد له في الوطاء، وفرعنا على أنه لا بد من إذنه، فعلى القديم؛ يجوز، وعلى الجديد؛ لا يجوز؛ لأن ما فيه من الملك يمنع من التسري، والمكاتب لا يتسرى من غير إذن السيد ويأذنه قولان؛ بناء على الخلاف في تبرعاته بإذن المولى، واللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: (الْفَضْلُ السَّادِسُ فِي النِّزَاعِ) وَدَعْوَى الرَّجُلِ الرَّوْجِيَّةَ صَحِيحَةً وَتَتَوَجَّهُ عَلَيْهَا الدَّعْوَى؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهَا مَقْبُولٌ وَدَعْوَاهَا الْمَهْرَ صَحِيحَةٌ، وَأَمَّا دَعْوَاهَا مُجَرَّدَ الرَّوْجِيَّةِ فَفِيهِ خِلَافٌ، لِأَنَّ الرَّوْجِيَّةَ حَقٌّ عَلَيْهَا وَإِنْ كَانَ مُتَعَلِّقٌ حُقُوقِ لَهَا، ثُمَّ إِنْ سَكَتَ الرَّوْجُ أَقَامَتِ الْبَيِّنَةُ، وَإِنْ أَتَكَرَّرَ فَإِنكَارُهُ طَلَاقٌ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ فَلَا مَعْنَى لِلْبَيِّنَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مقصودُ الفضل الكلامُ في طَرَفٍ من دَعْوَى النكاح والتنازع فيه، والنكاح إما أن يدعيه الرجل أو المرأة.

إِنْ أَدَعَاهُ الرَّجُلُ، سُمِعَ دَعْوَاهُ لِمَالَهُ مِنَ الْحَقِّ الظَّاهِرِ فِي النِّكَاحِ، وَيَتَوَجَّهُ عَلَى الْمَرْأَةِ، وَإِنْ كَانَ الْعَاقِدُ الْوَلِيِّ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهَا بِالنِّكَاحِ مَقْبُولٌ، وَفِيهِ خِلَافٌ، ذَكَرْنَاهُ مَعَ حُكْمِ الدَّعْوَى عَلَى الْوَلِيِّ فِي آخِرِ الْبَابِ الْأَوَّلِ فِي «بَيَانِ أَحْكَامِ الْأَوْلِيَاءِ» فِي أَوَّلِ النِّكَاحِ، وَيَنْبَغِي أَنْ يُعْلَمَ قَوْلُهُ هُنَاكَ فِي الْكِتَابِ «وَيَتَوَجَّهُ عَلَيْهَا الدَّعْوَى»، وَكَذَا قَوْلُهُ: «لِأَنَّ إِقْرَارَهَا مَقْبُولٌ، وَأَمَّا الْمَرْأَةُ، فَإِنَّ أَدْعَى الْمَهْرَ فِي النِّكَاحِ أَوْ أَدْعَى النِّكَاحِ، وَطَلَبَتْ حَقًّا مِنْ حَقُوقِهِ سَمِعَتْ دَعْوَاهَا أَيْضًا، وَإِنْ أَدْعَى مَجْرَدَ الزَّوْجِيَّةِ، فَوَجْهَانِ، قَدْ أَعَادَهُمَا فِي «كِتَابِ الدَّعَاوَى وَالْبَيِّنَاتِ» إِنْ سَمِعَتْ هَذِهِ الدَّعْوَى فَتَقِيمُ الْبَيِّنَةَ، وَإِنْ أَنْكَرَ، فَهَلْ يَكُونُ إِتْكَارُهُ طَلَاقًا؟ فِيهِ وَجْهَانِ قَدْ أَعَادَهُمَا هُنَاكَ، إِنْ جَعَلْنَاهُ طَلَاقًا، ائْتَدَفَعُ مَا يَدْعِيهِ، وَلَا مَعْنَى لِإِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ، وَاعْلَمْ أَنَّ «كِتَابَ الدَّعَاوَى» أَحَقُّ بِالمَسْأَلَةِ، وَقَدْ ذَكَرَهَا صَاحِبُ الْكِتَابِ هُنَاكَ، فَيُؤَخَّرُ الشَّرْحُ إِلَيْهِ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَإِذَا زَوَّجَ إِحْدَى ابْنَتَيْهِ وَمَاتَ وَعَيَّنَ الزَّوْجَ إِحْدَاهُمَا وَقَالَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ أَنَا الْمُتَزَوِّجَةُ فَالْمُعَيَّنَةُ مَنْكُوحَةٌ وَالثَّانِيَةُ تَدْعِي لِنَفْسِهَا زَوْجِيَّةً مُجَرَّدَةً، وَإِنْ قَالَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ: صَاحِبَتِي مُزَوَّجَةٌ فَالَّتِي لَمْ يُعَيِّنْهَا الزَّوْجَ لَا خُصُومَةَ مَعَهَا إِنَّمَا الدَّعْوَى عَلَى الْأُخْرَى.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا زَوَّجَ إِحْدَى ابْنَتَيْهِ [بَعَيْنِهَا] مِنْ رَجُلٍ، ثُمَّ تَنَازَعَتِ الْابْنَتَانِ، فَتَنَازَعُهُمَا يُتَوَصَّرُ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أحدهما: أَنْ تَقُولَ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا: أَنَا الْمَزْوَجَةُ، فَأَيْتَهُمَا صَدَّقَهَا الزَّوْجُ، ثَبِتَ نِكَاحُهَا؛ لِتَقَارُفِهِمَا، وَالْأُخْرَى تَدْعِي أَنَّهَا امْرَأَتُهُ، وَهُوَ مَنْكُورٌ فِيهِ، طَرِيقَانِ لِلْأَصْحَابِ.

أحدهما: أَنْ فِي تَحْلِيْفِهِ قَوْلَيْنِ كَالْقَوْلَيْنِ فِيمَا إِذَا ادَّعَى اثْنَانِ نِكَاحَ امْرَأَةٍ، وَأَقْرَتَ لِأَحَدِهِمَا، هَلْ تَحْلِفُ لِلثَّانِي وَوَجْهَ الشُّبْهِ أَنَّ أَحَدَ النِّكَاحِيْنَ يَثْبِتُ بِالْإِقْرَارِ، وَذَلِكَ يَمْنَعُ مِنَ الْإِقْرَارِ بِالثَّانِي، فَلَا يَجْرِي التَّحْلِيْفُ فِيمَا لَوْ أَقْرَبَهُ، لَمْ يُقْبَلْ.

وَأَصْحَبُهُمَا: الْقَطْعُ بِأَنَّهُ يَحْلِفُ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ يَنْدَفِعُ بِإِنْكَارِ الزَّوْجِ، وَالْمَقْصُودُ الْمَهْرُ، فَلَا بُدَّ مِنَ التَّحْلِيْفِ بِخِلَافِ مَا إِذَا ادَّعَى اثْنَانِ نِكَاحَ امْرَأَةٍ، وَأَقْرَتَ لِأَحَدِهِمَا، فَإِنَّ الثَّانِي لَا يَدْعِي عَلَيْهَا مَهْرًا، وَإِنَّمَا يَقْصِدُ النِّكَاحَ، وَيَنْبَغِي أَنْ يُفْضَلَ، فَيُنْظَرُ إِلَى صِيغَةِ دَعْوَاهَا، إِنْ أَدْعَى الزَّوْجِيَّةَ وَطَلَبَتْ الْمَهْرَ، فَالْوَجْهَ التَّحْلِيْفُ، وَإِنْ أَدْعَى مَجْرَدَ الزَّوْجِيَّةِ فَيَجِيءُ فِي سَمَاعِ الدَّعْوَى الْخِلَافُ الْمَذْكَورُ فِي الْفَصْلِ السَّابِقِ، إِنْ سَمِعَتْ، فَالْصُّورَةُ قَرِيبَةٌ مِنْ صُورَةِ الْاسْتِشْهَادِ، وَإِذَا قُلْنَا: إِنَّهُ يَحْلِفُ، فَيُنْظَرُ؛ إِنْ حَلَفَ، سَقَطَتِ الدَّعْوَى الثَّانِيَّةُ، وَإِنْ نَكَلَ، فَحَلَفَتْ، فَفِي تَنْزِيلِ الْيَمِينِ الْمَرْدُودَةِ عِنْدَ النِّكَاحِ مَنزِلَةَ الْبَيِّنَةِ، أَوْ الْإِقْرَارِ قَوْلَانِ مَشْهُورَانِ، إِنْ قُلْنَا: إِنَّهَا كَالْبَيِّنَةِ، فَوَجْهَانِ:



أحدهما: أنه يثبت نكاح الثانية دون الأولى، كما لو أقامت بينة، فإن البينة أقوى من الإقرار؛ قال الإمام - رحمه الله -: هذا القائل يقول ينتفي نكاح الأولى، ويحكم بانقطاع نكاح الثانية؛ لإنكار الزوج.

وأصحهما: استمرار نكاح الأولى؛ لأن اليمين المردودة إنما تجعل كالبينة في حق المدعي والمدعى عليه لا في حق غيرهما، وقد ثبت نكاح الأولى بتقارهما، فلا يتأثر بالتنازع بين الزوج والثانية ويمينها وإن قلنا: إنها كالإقرار، فوجهان:

أحدهما: أنه يحكم ببطلان النكاحين؛ لأن الإقرار للأولى أبطل نكاح الثانية، فكذا ما ينزل منزلة الإقرار للثانية، يبطل نكاح الأولى.

وأصحهما: استمرار نكاح الأولى كما لو أقر للأولى ثم أقر للثانية، وعلى هذا، فهل تستحق الثانية عليه شيئاً؟ فيه قولان شبههما الشيخ أبو علي بالقولين فيما إذا قال: هذا الثوب لفلان، لا بل لفلان، هل يغرم للثاني، والأصح: أنها تستحق من المهر ما يليق بتضديقها، وهو نصف المهر، لارتفاع النكاح بإنكار الزوج قبل أن يفرض ميسس، وأبدي الإمام - رحمه الله - احتمالاً آخر، وهو ألا يجعل إنكار الزوج ارتفاع فراق ويقال لها: طلب لمهر.

والوجه الثاني: من التصوير: أن تقول كل واحدة: لست بالمزوجة، وصاحبتي هي المزوجة، فيقال للزوج: عيّن زوجتك منهما، فإذا عيّن، فقد أقر بأن الأخرى ليست زوجة له، فلا خصومة له معها، والقول قول الأخرى، مع يمينها، وإن لم تخلف، حلف الزوج، وثبت النكاح، وفيه وجه ضعيف أن القول قول الزوج مع يمينه؛ لأن إحداهما منكوحه بالانفاق، وهو أعرف بمحل حقه، وأعلم أن المسألة من فروع ابن الحداد، وأنه قيدها بما إذا مات الأب بعد التزويج، وكذلك فعل صاحب الكتاب، قال الشيخ أبو علي - رحمه الله -: وهذا القيد لا فائدة فيه في الوجه الأول من وجهي التصوير؛ لأنه لو كان حياً، وعيّن إحداهما، لم يقبل قوله على الزوج، ولكنه مفيد في الصورة الثانية؛ لأنه إذا كان الأب حياً، والحال بعد حال الإيجاب، فيراجع، فإذا أقر بالنكاح على إحداهما، يقبل، ولا يضر الزوج إنكارها.

قال الإمام: ويظهر في القياس ألا يقبل إقرارها، ومعها من يتمكن من إجبارها؛ حذراً من اختلاف الإقرارين، فإن قبلنا إقرارها، وأختلف إقرارها وإقرار الولي، فيجوز أن يقال: الحكم للسابق، ويجوز أن يقال: يبطلانها جميعاً، وروينا وجهين في أول النكاح عن القفال الشاشي والأودني أن المقبول إقرارها أو إقراره، فحصلت أربعة احتمالات، ولو زوج ابنته من أحد ابني رجل، وادعت هي على أحدهما أنه هو الذي زوجها منه، فإن جردت دعوى النكاح، فعلى ما سبق، وإن ادعت المهر، حلفت، فإن

نكّل، حلفت، وأخذت نصف المهر، وإن ادّعى كُلاً واحداً منهما أنها امرأته، فأقرت لأحدهما، ثبت نكاحه، وهل للثاني تخليفها؟ فيه قولان، على ما ذكرناه في المرأة، إذا زوّجها وليّها من شخصين.

وقوله في الكتاب «والثانية تدعي لنفسها زوجية مجردة» عرفت مما أجريناه في خلال الكلام أن دعواها الزوجية المجردة غير لازمة في هذه الحالة، بل قد تدعي زوجية مجردة، وقد تدعي المهر في النكاح أو حقاً من حقوق النكاح.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: وَلَوْ شَهِدَ شُهُودٌ عَلَى النَّكَاحِ وَأَخْرُوزٌ عَلَى الْإِصَابَةِ وَأَخْرُوزٌ عَلَى الطَّلَاقِ وَالزَّوْجُ مُنْكَرٌ لِلنَّكَاحِ ثُمَّ رَجَعُوا وَقُلْنَا: يَجِبُ الْعَزْمُ بِالرُّجُوعِ فَإِنَّمَا يَجِبُ عَلَى شُهُودِ النَّكَاحِ وَشُهُودِ الْإِصَابَةِ فِي النَّكَاحِ لَا عَلَى شُهُودِ الطَّلَاقِ فَإِنَّهُمْ وَأَفْقُوا الزَّوْجَ فِي إِنْكَارِهِ لَكِنَّ الْأَصَحَّ أَنَّ شُهُودِ النَّكَاحِ وَإِنْ رَجَعُوا لَا يُعْرَمُونَ؛ لِأَنَّهُمْ أَثْبَتُوا حَقّاً فِي مُقَابَلَةِ مَا خَسِرُوا بِخِلَافِ شُهُودِ الْمَالِ، نَعَمْ لَوْ كَانَ مَا خَسِرُوهُ أَكْثَرَ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ كَانَ عَزْمُ الزِّيَادَةِ خَارِجاً عَلَى قَوْلِي الْعَزْمِ بِالْحَيْلُولَةِ فِي شُهُودِ الْمَالِ إِذَا رَجَعُوا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مِنْ فُرُوعِ ابْنِ الْحَدَّادِ أَيْضاً، وَلِيُعْرَفَ فِي مَقْدَمِهَا أَصْلَانِ:

الأصل الأول<sup>(١)</sup>: أنه لو شهد شهودٌ على رجلٍ بنكاح امرأةٍ على صداقٍ معلومٍ، وهو منكرٌ، فحكم بشهادتهم، ثم رجعوا، هل يُعْرَمُونَ له فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنهم أثبتوا حقَّ النكاح، وأدخلوا البضع في ملكه في مقابلة ما ألزموه من المهر، فصار كما لو شهدوا عليه بأنه اشتري هذا العبد بكذا، ثم رجعوا لا يُعْرَمُونَ.

والثاني: أنهم يُعْرَمُونَ؛ لأنها إذا ادّعت النكاح، وهو منكرٌ، فلو لا شهادتهم ما أخذنا منه شيئاً، وإذا شهدوا، نأخذ منه نصف المهر، وكأنهم فوتوه عليه، ولا يخصل له، وهو منكرٌ في مقابلة ما فات شيءٌ بخلاف صورة الشراء، فإنه، وإن كان منكراً، يُحكّم بدخول المبيع في ملكه، ويؤخذ منه الثمن، هكذا نقل الوجهين الشيخ أبو علي وغيره قال الشيخ: ويجوز أن يكونا مبنيين على أن الشهود في المال، إذ رجعوا هل يُعْرَمُونَ؟ لأن فائدة شهادتهم ههنا ترجع إلى المال أيضاً؛ إذ لا يبقى النكاح مع إنكاره، ولو ساعدتهم المرأة على الرجوع، لأمرناها بردَّ المال، فكانت الشهادة في الصورتين واقعة على ما يُمكن تداركه، ويحسن أن يرتب فيقال: إن لم يعرّم شهودُ المال، فههنا

(١) في أ: أحدهما.

أولى ألا يغرّم الشهود، وإنْ غُرِّمَ شهود المال، ففي هؤلاء وجهان؛ لأنهم أثبتوا له حقاً في مقابلة ما فوّتوا، وستنكلم من بعد في أي الوجهين أرجح؟ فإذا غرّمناهم، فإنما يغرّمون ما فوّتوا على الزّوج، وهو نصفُ المسمّى، فإن قلنا: لا يغرّمون، فالترتيب المذكور، وكذلك في قدر مهر المثل، فإن زاد المسمّى على مهر المثل، فحكم الزيادة في الغرّم، كما في شهود المال بلا فرق.

والثاني: شهود الطلاق، إذا رجّعوا يغرّمون جميع مهر المثل أو نصفه أو غير ذلك، وفيه اختلاف موضع بيانه باب الرجوع في الشهادات.

إذا تقرّر ذلك، فصورة المسألة إذا ادّعت المرأة [أنها] في نكح رجل بصدّق معلوم، وشهد لها شاهدان، ثم ادّعت الإصابة لتكميل المهر، فشهد على الإصابة، أو على الإقرار بالإصابة آخران، ثم ادّعت أنه طلقها، وشهد لها بذلك آخران، وحكّمتنا بموجب الشهادات، وأخذنا منه المهر، ثم رجع الشهود جميعاً، قال ابن الحدّاد: لا غرّم على شهود النكاح، ولا على شهود الإصابة، وعلى شاهدي الطلاق نصف مهر مثلها، واختلف سائر الأصحاب فيما ذكره، والقائلون بأنّ شهود النكاح إذا رجّعوا، لا يغرّمون ساعده على جوابه في شهود النكاح، وكذا في شهود الإصابة؛ لأنهم شهدوا أنه استمتع بملكه، ولم يفوتوا عليه شيئاً، والمهر يجب العقد لا بالإصابة، واختلفوا في شهود الطلاق، فمنهم من ساعده في تغريمهم، وقال: إنهم فوّتوا عليه النكاح الذي ثبت بشهادة الأوتنين، والقول أنهم يغرّمون نصف المهر جواباً على أحد القولين في شهود الطلاق قبل الدخول، إذا رجّعوا، فيه قول آخر: أنهم يغرّمون جميعه.

ومنهم من قال: لا يغرّم شهود الطلاق أيضاً؛ لأن الزوج منكر أصل النكاح، فشهادتهم لا تفوت عليه حقاً يزعمه، لأنه إن كان هناك نكاح، فقد ارتفع إنكاره قبل أن يشهدوا؛ ولأنهم وافقوا الزّوج في إنكاره من حيث إن قوله وقولهم يرجع إلى أنه لا نكاح بينهما في الحال، وأما الذين قالوا بوجوب الغرم على شهود النكاح، إذا رجّعوا، فإنهم غلطوه في تقويم شهود الطلاق من حيث إن الزّوج ينكر أصل النكاح، فكيف يطالبهم بضمان التفويت؟ بل النكاح لا يثبت مع إنكاره، فلا ينبغي أن تُسمع بينة الطلاق، ثم قالوا: إن كانت شهادة شهود النكاح وشهود الإصابة مؤرخة، فشهد هؤلاء أنه نكحها في المحرّم، وهؤلاء أنه أصابها في صفر، فيغرّم الصنفان ما غرّم الزوج بالسوية؛ لأنّ فوات النصف الثاني على الزّوج سببه شهادة شهود الإصابة، وإن أطلق شهود الإصابة شهادتهم، فنصف الغرّم على شهود النكاح، ولا شيء على شهود الإصابة؛ لجواز وقوعها في غير النكاح، وكونها زناً، ولو شهد شهود الإصابة على أنه أصابها في النكاح، فقد ألحق ذلك بما إذا أرخت الشهاداتتان، وفي «النهاية»؛ أنهم إن

شَهِدُوا عَلَى النِّكَاحِ، ثُمَّ عَلَى الإِصَابَةِ بِغَدِهِ، أَشْتَرَكِ الصَّنْفَانِ فِي عُزْمِ نِصْفِ الْمَهْرِ، وَالنِّصْفِ الْآخِرِ يَخْتَصُّ بِغَرْمِهِ شُهُودَ الإِصَابَةِ، وَالصُّورَتَانِ مَتَقَارِبَتَانِ، وَلَا يَبْعَدُ التَّسْوِيَةُ بَيْنَهُمَا فِي الْحُكْمِ، وَحَاصِلُ الْخِلَافِ فِي الْمَسْأَلَةِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهٌ:

أحدها: أنه لا عُزْمَ عَلَى وَاحِدٍ مِنَ الشُّهُودِ.

والثاني: وهو جوابُ ابنِ الحَدَّادِ: أنه لا عُزْمَ إِلَّا عَلَى شُهُودِ الطَّلَاقِ.

الثالث: أنه يُغْرَمُ شُهُودُ النِّكَاحِ، وَلَا يَغْرَمُ شُهُودُ الطَّلَاقِ، وَفِي شُهُودِ الإِصَابَةِ التَّفْصِيلُ الْمَذْكُورُ، أَمَا لَفْظُ الْكِتَابِ فَقَوْلُهُ وَقَلْنَا: «يَجِبُ الْغَرْمُ بِالرُّجُوعِ» يُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ: أَرَادَ بِهِ الْخِلَافَ فِي أَنَّ شُهُودَ النِّكَاحِ، هَلْ يَغْرَمُونَ، إِذَا رَجَعُوا أَوْ يَكُونُ الْمَعْنَى أَنَّا إِذَا غَرَّمْنَاهُمْ، لَوْ انْفَرَدَتْ شَهَادَتُهُمْ، فَفِي هَذِهِ الصُّورَةِ يَكُونُ الْعُزْمُ عَلَيْهِمْ، وَعَلَى شُهُودِ الإِصَابَةِ جَمِيعاً، وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ: أَرَادَ بِهِ مَبْنَى هَذَا الْخِلَافِ، وَهُوَ الْقَوْلَانِ فِي أَنَّ شُهُودَ الْمَالِ، إِذَا رَجَعُوا هَلْ يَغْرَمُونَ؟ وَقَوْلُهُ: «فَإِنَّمَا يَجِبُ» مَعْلَمٌ بِالرَّوَا، وَكَذَا قَوْلُهُ: «لَا عَلَى شُهُودِ الطَّلَاقِ»، وَقَوْلُهُ: «لَكِنِ الْأَصْحَحُ أَنَّ شُهُودَ النِّكَاحِ، وَإِنْ رَجَعُوا لَا يَغْرَمُونَ» الْغَرَضُ مِنْهُ بَيَانُ الْأَظْهَرِ مِنَ الْخِلَافِ إِنْ حَمَلْنَا قَوْلَهُ: «وَقَلْنَا: يَجِبُ الْغَرْمُ بِالرُّجُوعِ» عَلَى الْخِلَافِ فِي شُهُودِ النِّكَاحِ، إِذَا رَجَعُوا، وَإِنْ حَمَلْنَاهُ عَلَى الْخِلَافِ فِي شُهُودِ الْمَالِ، فَالْغَرَضُ بَيَانُ الْخِلَافِ فِي شُهُودِ النِّكَاحِ، إِذَا رَجَعُوا مَعَ بَيَانِ الْأَصْحَحِ، وَقَوْلُهُ «نَعَمْ، لَوْ كَانَ مَا حَسِرُوهُ» إِلَى آخِرِهِ مَعْنَاهُ: إِنَّ بَقِيَّ الْعُزْمِ فِي قَدْرِ مَهْرِ الْمِثْلِ، صَحَّحَ، لَمَّا ذَكَّرْنَا مِنَ الْمَعْنَى الْفَارِقِ بَيْنَهُ، وَبَيْنَ الْمَالِ الْمَغْرَمِ فِي شَهَادَةِ شُهُودِ الْمَالِ، وَأَمَا الزِّيَادَةُ عَلَى مَهْرِ الْمِثْلِ، فَسَبِيلُ غَرْمِهَا سَبِيلُ عُزْمِ سَائِرِ الْأَمْوَالِ، فَلَا نَقُولُ فِيهَا: إِنْ فِي الْغَرْمِ أَصْحَحَ، وَقَدْ يُشْعِرُ سِيَاقَ الْكِتَابِ بِتَخْصِيصِ الْعُزْمِ بِشُهُودِ الإِصَابَةِ؛ لِأَنَّهُ قَالَ: «فَإِنَّمَا يَجِبُ عَلَى شُهُودِ النِّكَاحِ، وَشُهُودِ الإِصَابَةِ»، ثُمَّ قَالَ: «لَكِنَّ الْأَصْحَحَ أَنَّ شُهُودَ النِّكَاحِ، وَإِنْ رَجَعُوا لَا يَغْرَمُونَ»، فَيُفْهَمُ مِنْهُ أَنَّهُ لَوْ ثَبِتَ عُزْمٌ، لَثَبِتَ عَلَيْهِمَا، لَكِنِ لَا يُثَبِتُ عَلَى شُهُودِ النِّكَاحِ لِلْمَعْنَى الْمَذْكُورِ، فَيَبْقَى عَلَى شُهُودِ الإِصَابَةِ، وَلَكِنِ لَمْ نَرُوجِهَا صَائِراً إِلَى تَخْصِيصِ الْغَرْمِ بِشُهُودِ الإِصَابَةِ، بَلْ مَنْ لَا يُوَجِّبُ الْعُزْمَ عَلَى شُهُودِ النِّكَاحِ، لَمْ يُوَجِّهْهُ عَلَى شُهُودِ الإِصَابَةِ<sup>(١)</sup> [أَيْضاً، فَلَا يَنْبَغِي أَنْ يُحْمَلَ عَلَيْهِ، وَإِذَا لَمْ يُحْمَلْ عَلَيْهِ، كَانَ الْمَعْنَى أَنَّهُ لَوْ كَانَ عُزْمٌ، لَكَانَ عَلَى هَذَيْنِ الصَّنْفَيْنِ، لَكِنِ الْأَصْحَحُ أَنَّهُ لَا عُزْمَ عَلَى شُهُودِ النِّكَاحِ، وَيَلْتَحِقُ بِهِمْ شُهُودُ الإِصَابَةِ]<sup>(٢)</sup> وَعَلَى هَذَا، فَيَكُونُ مَا ذَكَرَهُ تَرْجِيحاً لِلْوَجْهِ الذَّاهِبِ إِلَى أَنَّهُ لَا عُزْمَ عَلَى وَاحِدٍ مِنَ الشُّهُودِ، وَكَلَامٌ أَكْثَرَ مِنْ أَوْرَدَ الْمَسْأَلَةَ مِيَالاً إِلَى وَجُوبِ الْعُزْمِ عَلَى شُهُودِ النِّكَاحِ، وَعَلَى شُهُودِ الإِصَابَةِ أَيْضاً بِالتَّفْصِيلِ الْمَذْكُورِ فِيهِ.

(١) سقط في ز.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَإِذَا أَدَعَتْ أَمْرًا مُحْرِمَةً أَوْ رَضَاعًا بَعْدَ أَنْ زُوِّجَتْ بِرِضَاهَا لَمْ تُقْبَلْ دَعْوَاهَا إِلَّا إِذَا ذَكَرَتْ عُذْرًا لِنِسْيَانِهَا، وَإِنْ كَانَتْ مُجْبِرَةً قُبِلَتْ دَعْوَاهَا، فَقِيلَ الْقَوْلُ قَوْلُهَا مَعَ يَمِينِهَا، وَالْأَصْحَحُ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهُ، وَلَوْ زَوَّجَ أُمَّتَهُ قَالَ: كُنْتُ مَجْنُونًا أَوْ مَخْجُورًا عِنْدَ الْعَقْدِ فَإِنْ لَمْ يَعْهَدْ ذَلِكَ لَهُ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ، وَإِنْ أَدْعَى الصَّبَا أَوْ عَهْدَ لَهُ الْجُنُونَ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي وَجْهِهِ، وَقَوْلُ الزَّوْجِ فِي الْوَجْهِ الثَّانِي لِأَنَّهُ اعْتَرَفَ الْوَلِيِّ بِالْعَقْدِ فَيَحْمَلُ عَلَى الصَّحَّةِ، وَلَوْ أَحْرَمَ الْوَلِيُّ بَعْدَ التَّوَكُّيلِ بِالنِّكَاحِ ثُمَّ أَدْعَى أَنَّ الْوَكِيلَ زَوَّجَ بَعْدَ الْإِحْرَامِ فَالْتَّصُّ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الزَّوْجِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ مَسْأَلَتَانِ:

أحدهما: إِذَا زُوِّجَتِ الْمَرْأَةُ، ثُمَّ أَدْعَتْ أَنْ بَيَّنَّهَا وَبَيْنَ الزَّوْجِ مُحْرِمَةً بِأَنَّ قَالَتْ: هُوَ أَخِي مِنَ الرِّضَاعَةِ، أَوْ قَالَتْ: كُنْتُ زَوْجَةَ أَبِيهِ أَوْ ابْنِهِ أَوْ وَطْأَنِي أَحَدَهُمَا بِالشُّبْهَةِ، فَيُنْظَرُ؛ إِنْ وَقَعَ التَّرْوِيجُ بِرِضَاهَا أَوْ دُونَ رِضَاهَا.

الحالة الأولى: إِذَا زُوِّجَتْ بِرِضَاهَا؛ إِمَّا لِأَنَّهَا تُبَيَّنُّ أَوْ لِأَنَّ الْمَرْجُوحَ أَخٌ أَوْ عَمٌّ أَوْ زَوْجٌ الْمَجْبُرُ بِإِذْنِ الْمَجْبُرَةِ، وَإِنْ لَمْ يَحْتَجْ إِلَيْهِ، فَلَا تُقْبَلُ دَعْوَاهَا، وَالنِّكَاحُ مَاضٍ عَلَى الصَّحَّةِ؛ لِأَنَّ إِذْنَهَا السَّابِقَ يَتَضَمَّنُ الْإِقْرَارَ بِأَنَّهَا حَلَالٌ لَهُ، فَلَا يُقْبَلُ بَعْدَ ذَلِكَ مَا يَنَاقِضُهُ، نَعَمْ، لَوْ ذَكَرَتْ عُذْرًا مِنْ غَلْطٍ وَنِسْيَانٍ، فَيَجِيءُ فِي سَمَاعِ الدَّعْوَى الْخِلَافَ الْمَذْكُورَ فِيمَا إِذَا قَالَ: وَهَبْتُ أَوْ قَبِضْتُ، ثُمَّ زَعَمَ أَنَّهُ لَمْ يَقْبِضْ، وَأَنَّهُ أَقْرَعَ اعْتِمَادًا عَلَى كِتَابٍ وَكَيْلِهِ، ثُمَّ تَبَيَّنَ خِلَافَهُ قَالَ الْإِمَامُ: وَالسَّمَاعُ هَهُنَا أَوْلَى؛ لِأَنَّ الْغَلْطَ وَالنِّسْيَانَ فِي مِثْلِهِ مِمَّا يَغْلِبُ فِي الْعُرْفِ، وَهَذَا مَا أوردته في الكتاب.

[الحالة الثانية: إِذَا زُوِّجَتْ بِغَيْرِ رِضَاهَا بِكُونِهَا مُجْبِرَةً، فَوْجِهَانِ:

أحدهما: وَهُوَ جَوَابُ ابْنِ الْحَدَّادِ: أَنَّهُ يُقْبَلُ قَوْلُهَا فِي ذَلِكَ مَعَ يَمِينِهَا، وَيُخَكَّمُ بِانْدِفَاعِ النِّكَاحِ مِنْ أَصْلِهِ؛ لِأَنَّ مَا تَدَّعِيهِ مُحْتَمَلٌ، وَلَمْ يَسْبِقْ مِنْهَا مَا يَنَاقِضُهُ، وَهَذَا كَمَا أَنَّهَا إِذَا قَالَتْ فِي الْإِبْتِدَاءِ: فَلَانَ أَخِي مِنَ الرِّضَاعِ، لَا يَجُوزُ تَرْوِيجُهَا مِنْهُ.

والثاني: عَنِ الشَّيْخِ أَبِي زَيْدٍ: أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهَا اسْتِدْأَمَةً لِلنِّكَاحِ الصَّحِيحِ الْجَارِي عَلَى الصَّحَّةِ ظَاهِرًا؛ وَلِأَنَّ لَوْ فَتَخْنَا هَذَا الْبَابَ، لَاتَّخَذَهُ صَوَاحِبُ الْقُصُودِ الْفَاسِدَةِ ذَرِيعَةً إِلَى الْخُرُوجِ عَنِ قَيْدِ الْأَزْوَاجِ، وَهَذَا أَصْحَحُ الْوَجْهَيْنِ عِنْدَ صَاحِبِ الْكِتَابِ، وَيُقَالُ: إِنَّهُ اخْتِيَارُ ابْنِ سُرَيْجٍ وَفِي «النَّهَائَةِ»: أَنَّ مَعْظَمَ الْأَصْحَابِ عَلَى مُوَافَقَةِ ابْنِ الْحَدَّادِ، وَذَكَرَ الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ أَنَّهُ الْأَصْحَحُ، وَحَكَى عَنِ نَصْرِ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّهُ لَوْ بَاعَ الْحَاكِمُ عَبْدًا أَوْ عَقَّارًا عَلَى مَالِكِهِ الْغَائِبِ بِسَبَبِ اقْتِضَائِهِ، ثُمَّ جَاءَ الْمَالِكُ وَقَالَ: كُنْتُ أَعْتَقْتُ الْعَبْدَ أَوْ وَقَفْتُ الْعَقَّارَ أَوْ بَعْتَهُ، يَصْدُقُ بِيَمِينِهِ، وَيَنْتَقِضُ الْبَيْعُ، وَيَرُدُّ الثَّمَنُ عَلَى

المشترى، بخلاف ما لو باعه بنفسه أو بوكيله، ثم ادعى ذلك، فإنه لا يقبل؛ لأنه سبق منه ما يناقضه، وقضية حكايته: أنه لا خلاف في صورة بيع الحاكم، لكن الإمام طرد الخلاف، وحكى فيها قولين<sup>(١)</sup>، ولو زوج ابنته أو أمته، ثم ادعى على السيد والأب محرمةً بينها وبين الزوج، لم يُلتفت إلى قوله؛ لأن النكاح حق الزوجين، وإن كان الولي هو الذي يعقد، ولذلك قلنا: يثبت النكاح بتقارهما، وإن أنكر الولي، قال الشيخ أبو علي: ولو قال بعد تزويج أمته، كنت أعتقتها، حكم عليه بالعتق، ولا يقبل قوله في النكاح، وكذا لو أجر العبد، ثم قال: كنت أعتقته، ويُعزّم للعبد أجره مثله؛ لأنه أقرّ بإتلاف منافعه، عليه متعدياً، كمن باع عبداً، ثم قال: كنت غصبته، لا يقبل قوله في البيع، ويُعزّم للمقرّر له، واعلم أن الخلاف في الحالة الثانية في أنها، هل تصدق بيمينها، ولا خلاف في أنه يسمع دعوها، ولو أقامت بيّنة، حكم بها، والكلام في الحالة الأولى في ردّ الدعوى من أصلها، وأن الرضا والإذن بالتزويج إنما يؤثر إذا أذنت بتزويجها من شخص بعينه، أما إذا أذنت في النكاح مطلقاً، وفرعنا على أنه لا حاجة إلى تعيين الزوج، فزوجها الولي من رجل، ثم ادعت محرمةً، فالحكم كما إذا زوجت مجبرة؛ لأن الإذن في التزويج المطلق لا يكون إقراراً بأنها حلال لذلك المعين، ولو زوج الأخ البكر، وهي ساكتة اكتفاء بصماتها على أحد الوجهين، ثم ادعت محرمة قال الإمام: الذي ارتضاه العراقيون؛ أن دعوها مسموعة، قال: ولكن لا تصدق باليمين.

**المسألة الثانية:** إذا زوج أمته من إنسان، ثم قال: كنت مجنوناً، أو محجوراً يوم زوجتها، وأنكر الزوج، وقال: تزوّجتها تزويجاً صحيحاً، فإن لم يعهد للسيد ما يدعيه ولا بيّنة، فالقول قول الزوج مع يمينه، لأن الظاهر جريان النكاح على الصحة، وكذا لو قال: تزوّجتها وأنا مُحرم، أو قال: لم تكن ملكي يومئذ، ثم ملكتها، وكذا الحكم، لو باع عبداً، ثم قال: بعد البيع: بعته، وأنا محجور عليّ أو لم يكن ملكي، ثم ملكته، وعن نصّه في «الإملاء» أنه لو زوج أخته، ومات الزوج فأدعى ورثته أن أباها زوجها بغير إذنها، وقالت: بل زوجني بإذني، فالقول قولها ولك أن تقول: قد سبق ذكر وجهين فيما إذا ادعى أحد المتعاقدين صحة العقد، والآخر فساده في كتاب البيع، فليجئ في هذه الصورة ذلك<sup>(٢)</sup> الخلاف، ولو ادعت المنكوحه، وهي ممن يُعتبر إذنها

(١) قال في المهمات: التعليل بالمناقضة يوهم عدم سماع الدعوى والبيّنة وليس كذلك كما سيأتي في آخر الدعاوى.

(٢) وقال الشيخ البلقيني: قوله «أو بوكيله» محمول على توكيل ببيع معين ثم يدعي الموكل بعد بيع الوكيل ولزومه أنه كان أعتقه قبل التوكيل فأما لو كانت الوكالة مطلقة أو في معين وادعى عتقاً بعد التوكيل ولم ينسب إلى التقصير في ترك إعلام الوكيل فالقول قول الموكل بيمينه.

أَنَّهَا زُوِّجَتْ مِنْ غَيْرِ إِذْنٍ، ففِي فَتَاوَى صَاحِبِ «التَّهْذِيبِ» أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهَا بَعْدَ مَا دَخَلَتْ عَلَيْهِ، وَأَقَامَتْ مَعَهُ، كَأَنَّهُ جَعَلَ الدَّخُولَ وَالْإِقَامَةَ قَائِمًا مَقَامَ الرِّضَا<sup>(١)</sup> فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى مِنْ مَسْأَلَتِي الْفَصْلِ، وَإِنْ عُهِدَ بِالسَّيِّدِ الْمَزْجُوجِ حَجْرًا أَوْ جَنُونًا أَوْ قَالَ زَوْجَتُهَا وَأَنَا صَبِيٌّ، فَعَنِ الشَّيْخِ أَبِي زَيْدٍ تَخْرِيجُ قَوْلَيْنِ:

أحدهما: أن القولَ قوله مع يمينه؛ لأن الأصل عدمُ النكاح ودوامُ الحالة التي كانت.

وأصحُّهما: عند الشيخ أبي عليٍّ وغيره: أن القول قولُ الزوج؛ لأنَّهما اتفقا على جريانِ العَقْدِ، والغالب في العقود إنشأؤها على الصحة؛ ولأنه حكم بصحة النكاح ظاهراً، والأصل دوامه، ورأى الإمام بناء الخلافِ على أن النكاح المَعْتَرَفَ به مطلقاً يُخْمَلُ على الصحيح، أم يتناولُ الصحيح والفسادَ، ولو زوج أخته برضاها، ثم ادَّعت هِيَ أَنَّهَا كَانَتْ صَغِيرَةً يَوْمَئِذٍ، ففِي فَتَاوَى الْقَفَّالِ، وَالْقَاضِي حَسِينِ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهَا، وَبِهَذَا أَجَابَ صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» فِي فَتَاوِيهِ، وَإِنْ أَقْرَتِ يَوْمَئِذٍ بِأَنَّهَا بِالْغَةِ، كَمَا إِذَا أَقْرَتْ بِمَالٍ، ثُمَّ قَالَ: كُنْتُ صَغِيرًا يَوْمَ الْإِقْرَارِ، وَهَذَا يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ جَوَابًا عَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ، وَيُمْكِنُ أَنْ يَفْرَقَ بَأَنَّ الْعَقْدَ الْمُنْشَأَ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ الْغَالِبُ فِيهِ الصَّحَّةُ، وَهَذِهِ لَمْ يَصْدُرْ مِنْهَا الْعَقْدُ [نَفْسُهُ].

ولو وَكَّلَ الْوَالِيَّ بِالتَّزْوِيجِ، ثُمَّ أَحْرَمَ، ثُمَّ جَرَى الْعَقْدُ<sup>(٢)</sup> وَادَّعَى الْوَالِيُّ وَقُوعَهُ فِي حَالِ إِحْرَامِهِ، وَأَنْكَرَ الزَّوْجُ، فَالرَّوَايَةُ عَنْ نَصِّ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الزَّوْجِ بِنَاءً عَلَى [أَنَّ الظَّاهِرَ فِيمَا جَرَى الصَّحَّةُ، وَلَمْ يَخُكِ الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ تَرَدُّدًا فِي هَذِهِ الصُّورَةِ. قَالَ الْإِمَامُ - رَحِمَهُ اللَّهُ وَسَبَّيْهِ<sup>(٣)</sup> أَنَّ الْإِحْرَامَ لَا حَقَّ، وَالْأَصْلُ اسْتِنَادَ الْعَقْدِ إِلَى الْحَلِّ الْمَتَقَدِّمِ، لَكِنَّ الشَّيْخَ أَلْحَقَ بِمَسْأَلَةِ الْإِحْرَامِ الْمَنْقُولَةَ عَنِ النَّصِّ مَا إِذَا أَوْكَلَ رَجُلًا بِقَبُولِ النِّكَاحِ، ثُمَّ أَحْرَمَ، وَقَبِلَ الْوَكِيلُ، ثُمَّ اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ، فَقَالَ الزَّوْجُ: قَبِلَ قَبْلَ أَنْ أَحْرَمْتُ أَوْ بَعْدَ مَا خَرَجْتُ مِنَ الْإِحْرَامِ، وَقَالَتْ: بَلْ فِي حَالِ الْإِحْرَامِ، قَالَ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ، فَلَمْ يَفْرُقْ بَيْنَ أَنْ يَدَّعِيَ سَبْقَ النِّكَاحِ عَلَى الْإِحْرَامِ، أَوْ سَبْقَ الْإِحْرَامِ عَلَى النِّكَاحِ، وَاعْلَمْ أَنَّ قَضِيَّةَ مَا سَبَقَ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى أَنَّ الْوَالِيَّ، إِذَا زَوَّجَ، ثُمَّ ادَّعَى الْمَحْرَمِيَّةَ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ، لَا يَلْتَفِتُ إِلَى دَعْوَاهُ، إِذْ لَا يَفْرُضُ [النِّزَاعَ]<sup>(٤)</sup> فِي مَسْأَلَةِ النَّصِّ

(١) قال النووي: لم يذكره الأصحاب في هذه الصورة، ولا يصح مجيئه لأن الظاهر الغالب في الأنكحة الاحتياط لها، وعقدها بشروطها وبحضرة الشهود وغيرهم، بخلاف البيع فإن وقوعه فاسداً كثير.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) في ز: الصراع.

بين الولي والزوج، بل يفرض بين الزوجين، ولو زوج أمته، ثم ادّعى أن الزوج كان واجداً لطول، الحرة وأنكر الزوج، فالقول قوله، ولو زوج ابنته، ومات وادّعت المرأة أن أباهما كان مَجْنُوناً يوم العقد، فيُنظر، أجرى التزويج برضاها أم بغير رضاها، ويكون الحكم على ما ذكرنا في المسألة الأولى.

وقوله في الكتاب: «وإذا ادّعت المرأة محرمة أو رضاعاً»، كان الأحسن أن يقول: محرمة برضاع أو غيره أو يقول «رضاعاً أو محرمةً بجهة أخرى فإن الرضاع جهة من جهات المحرمة لا شيء خارج منها». وقوله: «إلا إذا ذكرت عذراً كنيانها» مُعْلَمٌ بالواو والله أعلم فهذه فروعٌ وصُورٌ يقطع على ذكرها الكلام في «كتاب النكاح».

ادّعى رجل نكاح امرأة وأقام عليه بينة، وادّعت المرأة أنها زوجة غيره، وأقامت عليه بينة، قال ابن الحَدَّاد: يعمل ببينة الرجل؛ لأن حقه في النكاح أكد وأقوى؛ إلا ترى أن التصرف في النكاح إليه، إن شاء أمسكها، وإن شاء فارقها، وإذا كان جانبه أقوى، كان العمل ببينته أولى؛ كصاحب اليد مع غيره، وعلى هذا جرى أكثر الأضحاب، ووراء كلامان:

أحدهما: قال الشيخ أبو علي: يُحْتَمَلُ أن يقال: يُنظر في جواب من ادّعت أنها زوجته، إن أنكر، فلا نكاح مع إنكاره فتعمل ببينة الرجل، كما ذكر ابن الحَدَّاد، وإن سكت، فهما بيتان تعارضتا؛ لأن كل واحدة منهما معمول بها، لو سلّمْتَ عن معارضة الأخرى فصار كسائر صور التعارض.

والثاني: أنهم لم يتعرّضوا في تصوير المسألة لدعواها المهر أو حقاً من حقوق النكاح، وقد ذكرنا في دغوى الزوجية المجردة خلافاً أنها هل تسمع؟ إن سمعت وأنكر الزوج، ففي إقامة البينة خلاف أيضاً، وإن ادّعت الزوجية المجردة، أيضاً وأنكر الزوج، فإنما تفرض إقامة البينة من جانبها تفرعاً على سماع هذه الدغوى، وعلى سماع البينة مع الإنكار، إذا قال الخاطب لولي الزوجة: زوجت نفسي من بنتك فقبل قال في «التَّيْمَةَ»: يبنى انعقاد النكاح على أن كل واحد من الزوجين معقوداً عليه أم لا؟ قيل: نعم؛ لأن بقاء كل واحد منهما شرط لبقاء العقد، فتزلاً منزلة العوضين في البيع، وقيل: الزوج ليس معقوداً عليه؛ لأن العوض من جانبه المهر لا نفسه، ولهذا لو كان تحت ثلاث نسوة، جاز له نكاح رابعة، ولو كان منكوحاً، لما جاز، كما أن المنكوح لا تنكح زوجاً آخر، فإن قلنا: إنه ليس الرجل منكوحاً، لم ينعقد النكاح، وإن قلنا: إنه منكوح، فعن أبي عاصم العبادي وأبي سهل، الأبيوردي: أنه ينعقد النكاح، كما لو أضاف إلى المرأة، وعن القاضي الحَسَنِ مَنَعُهُ؛ لأن إضافة التزويج إلى المرأة غير مَعْهُودٍ فصار كما لو استعمل في النكاح لفظاً لا يُعْهَدُ فيه، وفيما جُمِعَ من «فتاوى العزيز شرح الوجيز ج ٨/ م ١٥



الْقَالَ» وغيره: أنه إذا تزوج أمة على ألا يملك الاستمتاع ببضعها، لا يصح النكاح، إذا قلنا: إنه لو تزوجها على ألا يطأها، لم يصح النكاح، ولو تزوجها على ألا يملك بضعها، فإن أراد ملك الاستمتاع، فكذلك الجواب، وإن أَرَادَ مَلِكَ الْعَيْنِ، لم يضر، وأنه لو خطب البكر خاطباً فمنعها أبوها، فذهبت هي، وزوجت نفسها منه، وأقامت عنده، ثم زوجها الأب من غيره، فإن لم يصحبها ذلك الخاطب، صح النكاح، وإن أصابها، لم يصح النكاح؛ لأنها لم تأذن، وقد بانَّت بالشبهة، وذكر تفرعاً على أن العضو المبان المتصل في حكم النظر أن من خلق عاتته، ينبغي أن يخفي الشعر حتى لا ينظر إليه أحد، وفي فتاوى القاضي الحسين: لو زوج ابنته البكر على صداق، وهو مهر مثلها من مغسِر بغير رضاها، فالمذهب أنه لا يصح النكاح؛ لأنه بخس لحقها، كما لو زوجها من غير كفاء، وأنه لو زوج أمته من قدير على طول حرة، وحصل له منها أولاد، فهم أرقاء؛ لأن شبهة النكاح تجري مجرى النكاح الصحيح، ولو جرى نكاح صحيح، كانوا أرقاء، وأنه لو اختلف السيد والعبد في الإذن في النكاح، فقال السيد: ما أذنت، فالوجه أن تدعي المرأة على السيد أن كسب هذا العبد مستحق لي بمهري ونفقتي؛ لسمع القاضي البيهقي<sup>(١)</sup>، وأنه إذا زوج أمته من عبده، فنفقة الأمة على السيد كنفقة العبد، فلو أعتقها السيد وأولادها، سقطت نفقتهم عنه، وتعلقت نفقتها بكسب العبد، ونفقة الأولاد عليها، إن كانت موسرة، وإن لم تكن موسرة ففي بيت المال، وإن أعتق العبد دونها، سقطت نفقتها عنه، ونفقة الأمة على العتيق كحُرِّ تزوج بأمة الغير، فإنه إذا علمت البكر أن خاطبها ليس بكفاء واستؤذنت في التزويج منه، فسكتت يصح النكاح، ويكون سكوتها كنفقتها، وأن وكيل المصلي يزوج بخلاف وكيل المخرم؛ لأن عبارة المحرم غير صحيحة في النكاح، وعبارة المصلي صحيحة، حتى لو زوجها في خلال الصلاة ناسياً يصح النكاح، ولا تبطل الصلاة، وأنه إذا استؤذنت المرأة في التزويج من رجل، فأذنت، ولم يعلم فسقه، وكان فاسقاً، يصح النكاح؛ لوجود الإشارة إلى عينه، قال الشيخ الفراء: لكن لها حق الفسخ، كما لو أذنت في التزويج من رجل، ثم وجدت به عيباً، وفي «فتاوى الفراء»: أنه لو أبين داهن شعر الأمة، أو قلّم ظفرها، ثم عتقت، ينبغي أن يجوز النظر إليه، وإن قلنا: إن العضو المبان في النظر كالم متصل؛

(١) قال في المهمات: يفهم من هذا التصوير أنه لا يسمع دعوى الزوجة بدون مال والصحيح كما سيأتي في دعاوى خلافه.

قال في التوسط: هذا كلام عجيب. نعم قول القاضي لسمع القاضي البيهقي قد يفهم أنه لا يسمع دعاها على السيد للتحليف وهو أحد وجهين في أن الدعوى التي ليست بعين الحق ولكنها تنفع فيه هل يحلف لها. وفيه اضطراب والأصح التحليف.

لأنه انفصل عنها حين لم يكن عورة، والعتق لا يتعدى إلى المنفصل؛ ولذلك لو أضاف العتق أو الطلاق إلى المُبَانِ لا تعلق ولا تطلق، وأنه لو أراد أن ينكح ابنة عمه، وهو وليها وغائب عنها، يزوجه من قاضي بلدة المرأة لا قاضي بلدة الرجل، وأن التي يعتبر إذنها في تزويجها، إذا قالت لوليها، وهي في نكاح أو عدة: أذنت لك في تزويجي، إذا فارقتني زوجي أو انقضت عدتي، وجب أن يصح الإذن، كما لو قال الولي للوكيل: رُوج ابنتي، إذا فارقتها زوجها أو انقضت عدتها، [يصح النكاح] وفي صحة التوكيل وجه آخر مذكور في «الوكالة» وأنه لو قيل للبكر: رَضِيَتْ بما تفعله أمك، وهي تعرف أنهم يغنون النكاح، فقالت: رَضِيْتُ، لا يكون هذا إذناً؛ لأن الأم لا تعقد بخلاف ما إذا قالت: رَضِيْتُ بما يفعله الولي ولو قالت: رَضِيْتُ بالتزويج ممن تختاره أمي، يجوز، ولو قالت: رَضِيْتُ إن رَضِيَتْ أمي، لا يجوز؛ لأنه تعليق لا إذن جازم، ولو قالت: رَضِيْتُ إن رَضِيَتْ ولي، فإن أرادت التعليق، فكذلك الجواب، وإن أرادت أنني رَضِيْتُ بما يفعله، ولم تقصد التعليق، كان إذناً، وأن الولي، إذا وكل بالتزويج، ثم حضر عقد الوكيل شاهداً مع رجل آخر، لم يصح النكاح؛ لأن الوكيل نائب عنه، والعاقد في الحقيقة هو، والعاقد لا يكون شاهداً، وهذا قد سبق في رُكن الشهود.

ولو كان لها إخوة، فزوجه أحدهم، وحضر الآخرا شاهدین، ففي صحة النكاح جوابان، وجه المنع: أن الشرع جعل المباشر نائباً عن الباقيين في أداء ما توجه عليهم، وأنه إذا أقرت المرأة بالنكاح لغير كفء، فلا اعتراض للولي؛ لأنه ليس بإنشاء عقد، فلا يقبل قوله: ما رَضِيْتُ بالعقد، كما لو أقرت بالنكاح، وأنكر الولي، لا يقبل إنكاره، وأنه إذا زوجت المرأة بالوكالة، ثم أنكّر الولي التوكيل، والمرأة ساكتة، فالقول قول الولي، وإن أقرت بالنكاح، يقبل قولها، وأنه إذا قال الولي للخطاب «دخترم إنكاح كن بحندير مهر»<sup>(١)</sup> فقال الخطاب: «نكاح كردم»<sup>(٢)</sup> انعقد النكاح، وإن لم يقل الولي «بنو ذادم»<sup>(٣)</sup> كما لو قال: تزوج بنتي، فقال: تزوجتها، وأنه إذا لم يكن لها ولي سوى الحاكم، فأمر قبل أن يستأذنها رجلاً بتزويجها، فزوجه ذلك الرجل بإذنها هل يصح؟ ينبني على أن إنابة القاضي في شغل معين؛ كتخليف، وسماع شهادة جارية مجرى الاستخلاف أم لا؟ إن قلنا: إنها تجري مجراه، حتى يجيء فيها الخلاف في الاستخلاف، فيجوز قبل الاستئذان، وينعقد النكاح، وإلا، فلا يصح النكاح على الأصح، كما لو وكل الولي قبل الاستئذان، وزوج الوكيل بالإذن، لا يصح على الأصح، وأنه إذا زوج القاضي امرأة، غاب وليها، ثم قدم الولي بعد العقد بحيث يعلم،

(١) جملة فارسية ومعناها: «زُوج ابنتي على قدر من المهر».

(٢) جملة فارسية معناها: «تزوجتها».

(٣) جملة فارسية معناها: «زوجهك إياها».

أنه كان قريباً من البلد عند العقد، لم ينعد النكاح، وأنها إذا أذنت في التزويج بألف، ثم قيل لها عند العقد: نعد بخصمائه، فسكتت، وهي بكر، كان سكوتها إذناً لي العقد بخصمائه، ولو قيل ذلك لأُمها، وهي حاضرة تسمع، فسكتت، لم يكن ذلك إذناً، وإنما يكون سكوتها إذناً، إذا كان الخطاب معها، وأنه يجوز أن يؤكل المسلم نصرانياً في قبول نكاح نصرانية، ولا يجوز في قبول نكاح المسلمة، وكذلك توكيله المجوسي، ويجوز توكيل النصراني المسلم في قبول نكاح النصرانية، ولا يجوز في قبول نكاح المجوسية؛ لأن المسلم لا يجوز له نكاحها، وليس هذا كتوكيل المعسر الموسر في قبول نكاح الأمة، حيث يجوز؛ لأنه من أهل نكاح الأمة في الجملة وليس المسلم أهلاً لنكاح المجوسية بحال، فإنه إذا كانت تحته مسلمة وذمية، ولم يدخل بواحدة منهما، فقال للمسلمة: ارتددت، وللذمية أسلمت، وأنكرتا، ارتفع نكاحهما بزعم الزوج، وأنه إذا نكح أم ولد الغير، فولده منها للسيد، وحكمه حكم الأم، فإن كان يظن أن أم الولد تكون حرة، فالولد حر، وعليه قيمته للسيد، وأنه إذا قال الولي للوكيل: لا تزوجها إلا بشرط أن يرهن بالصداق عيناً، أو يتكفل به فلان، يصح، وعلى الوكيل الاشتراط، فإن أهمله، لم يصح النكاح، ولو قال زوجها بكذا وخذيه كفيلاً، فزوجه بلا شرط، يصح النكاح؛ لأنه أمره بأمرين، وقد امثل أحدهما، ولو قال: لا تزوجها، إذ لم يتكفل فلان، وجب ألا يصح التوكيل؛ لأن الكفالة تتأخر عن النكاح، وقد منع من العقد قبلها وأنه إذا قال للوكيل: زوجه بألف وجارية، ولم يصف الجارية، فزوجه الوكيل بألف، ولم يذكر الجارية، لم يصح النكاح، كما لو قال: زوجه بألف، فزوجه بأقل من ألف، ولو قال: زوجه بخمر أو خنزير، أو ذكر مجهولاً، فزوجه بألف درهم، فإن كان ذلك نقد البلد، وكان قدر مهر المثل أو أكثر، صح النكاح والمسمى، وإلا، فلا، وأنه لو اعتق جارية وأعتقت هي جارية، وللمعتقة ابن، فولد الثانية لمعتق الأولى، لأنه ولي الولي، وأنه إذا تزوج امرأة على أنها بكر، فلم تكن، يصح النكاح على أصح القولين، وله الخيار، ولو قالت: كنت بكراً، فزالت البكارة عندك، وقال: بل كنت ثيباً، فالقول قولها مع يمينها لدفع الفسخ ولو قالت: كنت بكراً فأقتضيتي، وأنكر فالقول قولها مع يمينها لدفع الفسخ والقول قوله مع يمينه لدفع كمال المهر والله أعلم بالصواب.

تَمْ، وَالْحَمْدُ لِلَّهِ وَخَدَهُ، وَصَلَوَاتُهُ عَلَى سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ وَصَحْبِهِ وَسَلِّمْ تَسْلِيمًا كَثِيرًا وَحَسْبُنَا اللَّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ.

يَتْلُوهُ «كِتَابُ الصَّدَاقِ» إِنْ شَاءَ اللَّهُ.

## كِتَابُ الصَّدَاقِ<sup>(١)</sup>، وَفِيهِ خَمْسَةُ أَبْوَابٍ

### الْبَابُ الْأَوَّلُ فِي الصَّدَاقِ الصَّحِيحِ

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَحُكْمُهُ فِي الضَّمَانِ وَالتَّسْلِيمِ وَالتَّقْرِيرِ (الأوَّلُ: حُكْمُ الضَّمَانِ) وَهُوَ مَضْمُونٌ فِي يَدِ الزَّوْجِ ضَمَانِ الْعَقْدِ عَلَى أَصْحَ الْقَوْلَيْنِ، وَحُكْمُهُ فِي الْإِسْتِيْدَالِ حُكْمُ الثَّمَنِ، وَفِي التَّلْفِ وَالتَّعْيِيبِ وَقَوَاتِ الْمَنَافِعِ وَتَقْوِيَتِهَا حُكْمُ الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قَالَ اللهُ تَعَالَى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: ٤] وَقَالَ تَعَالَى: ﴿فَاتَوْهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] وَعَنْ أَنَسٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - رَأَى عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ، وَعَلَيْهِ رِذْعُ زَعْفَرَانَ، فَقَالَ: «مَهْمِيمٌ» قَالَ: تَزَوَّجْتُ

(١) الصَّدَاقُ: بفتح الصاد وكسرهما ما وجب بنكاح أو وطء أو تفويت بضع قهراً كرضاع ورجوع وشهود سمي بذلك لإشعاره بصدق رغبة باذله في النكاح الذي هو الأصل في إيجاب المهر ويقال له أيضاً: مهر ونحلة وفريضة وأجر وعقر قال سيدنا عمر - رضي الله تعالى عنه -: لها عقر نسائها وعليقة قال عليه الصلاة والسلام: «أَدُّوا الْعَلَائِقَ قَالُوا: وَمَا الْعَلَائِقُ يَا رَسُولَ اللَّهِ قَالَ: مَا تَرَأَى بِه الْأَهْلُونَ» وحباء ونكاح قال تعالى: ﴿وَلَيْسَتَغْفِيبُ اللَّيْلِ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا﴾ وقيل: الصداق ما وجب بتسمية في العقد والمهر ما وجب بغير ذلك والأصل فيه قبل الاجماع آيات كقوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ أي عطية من الله مبتدأة: لأن المرأة تستمتع بالزوج كاستمتاعه بها أو أكثر فكانها تأخذ الصداق من غير مقابل وقيل بنحلة تديناً من قولهم: فلان ينتحل بكذا أي يتدين.

وأخبار كقوله - ﷺ - لمريد التزويج: «التَّمِيسُ وَكَوْ خَاتِمًا مِنْ حَدِيدٍ» رواه الشيخان واصطلاحاً:

عرفه الحنفية بأنه: هو المال الواجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة منافع البضع إما بالتسمية أو بالعقد.

عرفه الشافعية بأنه: ما وجب بنكاح أو وطء أو تفويت بضع قهراً.

عرفه المالكية بأنه: ما يعطي للزوجة في مقابلة الاستمتاع بها.

عرفه الحنابلة بأنه: العوض في النكاح سواء سمي في العقد أو فرض برة بتراضيهما أو الحاكم ونحوه كوطء شبهة.

ينظر: شرح المحلى: ٣/٢٧٥، حاشية الدسوقي: ٢/٢٩٣، كشف القناع: ٥/١٢٨.

حاشية ابن عابدين ٢/٣٢٩ وتحريم التنيه ٢٨٤.

والحكمة في مشروعيتها حصول الرغبة والألفة والمحبة بين الزوجين، ووجب عليه: لأنه أقوى منها وأكثر كسباً قال تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾ ولأنه رب الأسرة. وإليه نسب، وهل هو عوض. أو تكريمة، وفضيلة للزوج؛ قولان: حكاهما المرعشي.

الأول: نظر إلى الظاهر من كونه في مقابل منفعة البضع.

والثاني: نظر إلى الباطن من كونها تستمتع به، كما يستمتع بها.

هذا، وقد كانوا في الجاهلية يأخذون الصداق، ولا يعطون النساء منه شيئاً، فجاءت الشريعة الإسلامية، فقضت بسوقه إليها بقوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ والمخاطب ببيتاء المهور إلى النساء الأزواج عند الأكثرين، وهو الظاهر وقيل الأولياء لما تقدم.

ومقدار الصداق لم يحفل الشارع ببيانه، بل جعله منوطاً بحال الزوجين، وقدرة الزوج، لأن المعنى فيه تنبيه الزوج من أول الأمر إلى ما يجب عليه من الإنفاق، وتنبيه الزوجة إلى ما يجب لها من الحق على الرجل، لتؤدي له حقه الذي فرضه الله عليها من الطاعة، وقصد نفسها عليه، وهذا التنبيه يحصل بالقليل والكثير، هذا وقد اختلف الأئمة في الحد الأدنى للمهر، فذهب أبو حنيفة، ومالك - رضي الله عنهما - إلى ضرورة تحديد فحده أبو حنيفة بعشرة دراهم، والدرهم يساوي بالعملة المصرية الآن أربعة قروش صاغاً تقريباً، فيكون أقل الصداق عنده أربعين قرشاً صاغاً، وحده مالك بثلاثة دراهم.

وقال الشافعي، وأحمد: لا حد لأقله، بل يكفي أن يبذل الزوج أي شيء له قيمة، ولو ملء كفه برأ أو أرزاً.

استدل الحنفية بحديث لا مهر أقل من عشرة دراهم رواه ابن أبي حاتم.

واستدل الإمام مالك بالقياس فقال: أقل نصاب يوجب قطع يد السارق ثلاثة دراهم فضة، أو ربع دينار من ذهب، فماس الصداق عليه، لكن أصحابه لم يرتضوا هذا القياس، لأنه يخالف نص الحديث، وهو ما تاباه قواعد المذهب، والقياس بهذه الحالة لا يقول به مالك، حتى قال له بعضهم: إنك سلكت في ذلك سبيل أهل العراق، واستدل الشافعية بقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِلرِّجَالِ الَّذِي قَالَ لَهُ زَوْجِي الْمَرْأَةُ الَّتِي، وَهَبْتَ نَفْسَهَا التَّمَسُّ وَلَوْ خَاتماً مِنْ حَدِيدٍ ليكون صداقاً، والخاتم الحديد لا يساوي ما قاله الحنفية، والمالكية أجاب الحنفية بأن هذا الحديث صحيح لكن يحمل على مقدم الصداق الذي ينبغي دفعه فوراً، وأما الحد الأدنى للصداق مقدماً ومؤخراً، فهو عشرة دراهم، كما في حديث ابن أبي حاتم.

وحديث ابن أبي حاتم رواه البيهقي بسند ضعيف، فلم يأخذوا به الشافعية، لكن إن تم ما ذكره ابن حجر من أن ابن أبي حاتم رواه بسند حسن كان الدليل واضحاً.

واستدل الحنابلة بما رواه أحمد، وابن ماجه والترمذي، وصححه عن عامر بن ربيعة أن امرأة من فزارة تزوجت على نعلين - فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أَرْضِيَتْ مِنْ مَالِكَ وَنَفْسِكَ بِتَعْلِينٍ» قالت: نعم «فَأَجَازَةٌ» وقد يقال: إن النعلين قد يساويان ثلاثة دراهم على الأقل، كما هو رأي السادة المالكية هذا ومن احتياط الأئمة، وعدم تعصبهم لأرائهم الاجتهادية أو الحنابلة، والشافعية، والمالكية قالوا: يسن أن لا يتقص المهر عن عشرة دراهم مراعاة للحنفية الذين قالوا ذلك احتياطاً.

امْرَأَةً مِنَ الْأَنْصَارِ قَالَ: «مَاذَا أَصْدَقْتَهَا؟ قَالَ: وَزَنَ نَوَاةٍ مِنْ ذَهَبٍ، وَيُرْوَى: عَلَى نَوَاةٍ مِنْ ذَهَبٍ قَالَ: «أَوْلِمَ وَلَوْ بِشَاةٍ» رَدْعُ الرَّعْفَرَانِ لَطُخُهُ. «وَمَهْمِيمٌ» أَي: مَا شَأْنُكَ وَأَمْرُكَ، يُقَالُ: إِنَّهَا كَلِمَةٌ يَمَانِيَّةٌ، «وَالنَّوَاةُ» اسْمٌ لِخَمْسَةِ دَرَاهِمٍ، وَالصَّدَاقُ اسْمٌ لِلْمَالِ الْوَاجِبِ لِلْمَرْأَةِ عَلَى الرَّجُلِ بِالنِّكَاحِ أَوْ الْوَطْءِ<sup>(١)</sup>.

= وبعد: فهل قلة الصداق مشروعة، والمغلاة فيه غير جائزة ابتداءً والجواب: أن الشافعية والحنابلة قالوا إن المغلاة في المهور غير جائزة ابتداءً، فيسن للناس أن لا يزيدوا في المهور على خمسمائة درهم: أو ثلاثة عشر جنبها ونصف جنبه تقريباً للاتباع.

وأما الحنفية والمالكية فقالوا: لا حد لأكثر الصداق، بل هو منه بأمرين قدرة الرجل المالية، وحالة المرأة، وما يليق بها، فلا يكره أن يمهرها بما يجب.

استدل الشافعية والحنابلة على رأيهم بما رواه أبو داود، والترمذي والنسائي وصححه من قول عمر - رضي الله عنه -: «لَا تَغْلُوا فِي صَدَاقٍ» الخ فَإِنَّهُمَا لَوْ كَانَتْ مُكْرَمَةً فِي الدُّنْيَا أَوْ تَقْوَى فِي الْآخِرَةِ كَانَ أَوْلَاكُمْ بِهَا رَسُولُ اللَّهِ - ﷺ - وقد روى مسلم عن عائشة أن صداق النبي - ﷺ - على أزواجه خمسمائة درهم، وهو القدر المذكور أجاب الحنفية والمالكية بأن قول عمر لا ينبغي إلا الغلو في الصداق، والمبالغة فيه إلى الحد الذي يضايق الزوج، أو يعجزه، وقد اتفق أن الصداق في عهد رسول الله - ﷺ - كان المناسب فيه القدر الذي ذكره مسلم عن عائشة، وليس فيه أي تحديد للصداق وإليك كلمة في أذان الأولياء في المغلاة في المهور - فالمغلاة في المهور ترتب عليها مضايقة الأكفاء، وانصرافهم عن الزواج وعجزهم عن دفع المهر، ويترتب على ذلك بوار النساء، وتعريض الشباب والشابات للخنا، والفساد أو نقص النسل، وانقراض الرجال العاملين في الأمة، وغير ذلك من للفساد التي تؤذي المجتمع، وتقوص دعائم العمران، فإن ذلك حرام بالإجماع إذ من الواجب على المسلمين أن يقاوموا الفساد التي تترك آثاراً سيئة تؤذي الأفراد والجماعات، ولعل هذا هو السر في نهى سيدنا عمر - رضي الله عنه - أراد أن يحدد أكثر الصداق في عهده كي لا يتنافس الناس في المغلاة، فيضعوا بذلك العوائق التي تمنع عن الزواج، لكنه لم يستطع إلى ذلك سبيلاً، فَقَدِ احتجت عليه المرأة بقوله تعالى: «وَأَتَيْتُمُ إِخْدَاهُنَّ قَنْطَاراً فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئاً» فإن ظاهر الآية أنه يجوز للرجل أن يعطي مهراً ما يشاء، ولو كان قنطاراً من الذهب، فامتنع عمر، وعدل عن رأيه: والآية ليست نصاً، فإن معناها لا يجوز للرجال أن يأخذوا من المهور التي فرضوها لأزواجهم شيئاً بعد الدخول بهن، مهما كانت كثيرة لكن إذا كانت كثيرة المهر ترتب عليها ما نرى وما نسمع من مفاسد وذنابل كان تسهيل أمر الزواج الذي يقضي على فوضى الأخلاق واجباً دينياً فإن الدين الإسلامي مبني على جلب المصلحة، ودرء المفسدة، فيجب على أولياء النساء مراعاة المصلحة عملاً بقوله ﷺ: «إِذَا أَنْأَكُم مِّن تَرْضُونِ دَيْتَهُ وَخُلُقَهُ فَرَوْجُوهُ» الحديث، وفي الأثر: «مَنْ رَوَّجَ كَرِيْمَتَهُ مِنْ قَاسِيَةٍ فَقَدْ قَطَعَ رَجْمَهَا».

ويجب على الرجال مراعاة الدين، وعدم التطلع لما اعتاده الناس من المبالغة في أمر الجهاز، والتفنن في الزخارف الكاذبة التي لا تلبث أن تذهب سدى، وبذلك يسعد الجميع.

(١) قال الشيخ البلقيني: الأحسن أن يقال هو اسم لما وجب بسبب عقد أو وطء أو تفويت بضع، فقولنا لما وجب يشمل المال وغيره من تعليم صنعة ونحوها، وقولنا بسبب عقد أو وطء واضح، وقولنا «أو تفويت بضع» يدخل فيه الرضاع والشهود الراجعون ووطء الأب زوجة ابنه وبالعكس =

وله أسماء منها الصَّدَقَةُ، والأَجْرُ، كما وَرَدَ بهما التَّرْآنُ في الآيتين.

ومنها: المَهْرُ، كما روي في الخبر: «فَإِنَّ مَسَهَا فَلَهَا المَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرَجِهَا»<sup>(١)</sup>.

ومنها: العَلِيقَةُ<sup>(٢)</sup> روي أن النبي - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قال: «أَدْوَا العَلَائِقُ». قيل: وما العَلَائِقُ؟ قال: «ما تَرَاصَى به الأَهْلُونَ»<sup>(٣)</sup>.

ومنها: العُقْرُ؛ روي عن عمر رضي الله عنه: «فَلَهَا عُقْرُ نِسَائِهَا»<sup>(٤)</sup> ويقال من لَفِظِ الصَّدَاقِ والصَّدَقَةِ: أَصَدَقْتَهَا، ومن المَهْرِ مَهَرْتَهَا، ولا يقال: أَمَهَرْتَهَا، ومنهم من جَوَزَهُ.

قال الأئمة: وليس الصَّدَاقُ رُكْنًا في النِّكَاحِ، كالمَبِيعِ والتَّمَنِ في البيع؛ لأن المقصود [الأَظْهَرُ]<sup>(٥)</sup> من الاستِمْتَاعِ وَلَوَاحِقَهُ، وأنه يَقُومُ بالزوجين، فهما الرُّكْنُ، فيجوز إِخْلَاءُ النِّكَاحِ عن المَهْرِ<sup>(٦)</sup>، ولكن الأَحَبُّ تسميته مهراً كَيْلَا يَشْتَبِهَ نِكَاحَهُ الوَاهِبَةَ نَفْسَهَا للنبي - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وليكون أَذْفَعٌ لِلخُصُومَةِ والمُنَازَعَةِ، وليس للصَّدَاقِ حَدٌّ مُقَدَّرٌ، بل كُلُّ ما يجوز أن يُجْعَلَ عَوْضًا في البَيْعِ ثَمَنًا أو مُثْمَنًا، أو أَجْرَةً من الإِجَارَةِ،

= بالشبهة فيهما ووطء الأب جارية ابنه وإقرار المرأة لزواج بعد إقرارها لزواج قبله وغير ذلك من المواضع المعروفة في أبوابها.

(١) تقدم في باب أركان النكاح.

(٢) وقد جمع بعضهم أسماء فقال:

صداق ومهر نحلة وفريضة  
وزاد بعضهم الطول في بيت فقال:

مهر صداق نحلة وفريضة  
طول حياء عقر أجر علائق

(٣) أخرجه الدارقطني والبيهقي من حديث ابن عباس بلفظ: أنكحوا الأيامى، وأدوا العلائق - الحديث

- وزاد في آخره: ولو بقضيب من أراك، وإسناده ضعيف جداً، فإنه من رواية محمد بن عبد الرحمن البيلماني عن أبيه عنه، واختلف فيه فقيله عنه عن ابن عمر، أخرجه الدارقطني أيضاً والطبراني، ورواه أبو داود في المراسيل من طريق عبد الملك بن المغيرة الطائفي، عن عبد الرحمن بن البيلماني مرسلًا، حكى عبد الحق أن المرسل أصح، ورواه الدارقطني من حديث أبي سعيد الخدري وإسناده ضعيف أيضاً، وأخرجه البيهقي من حديث عمر بإسناد ضعيف أيضاً.

(٤) تقدم في باب الخيار.

(٥) في ب: الأعظم.

(٦) قال الشيخ البلقيني في التدريب: يجوز إخلاء النكاح عن تسمية المهر إلا في أربع صور:

إحداها: إذا كانت الزوجة غير جائزة التصرف أو مملوكة لغير جائز التصرف.

الثانية: إذا كانت جائزة التصرف وأذنت لوليها أن يزوجه ولم تفرض.

الثالثة: الوكيل عن الولي في غير صورة التصرف لتفويض الصحيح لا يجوز له الإخلاء.

الرابعة: إذا كان الزوج غير جائز التصرف وحصل الاتفاق على مسمى هو نصف مهر مثلها مثلاً

فيتعين تسميته ولا يجوز الإخلاء.

يجوز أن يكون صدَاقاً<sup>(١)</sup>، فإن انتهى في القِلةِ إلى حدٍّ لا يتموَلُ فسَدَتِ التَّسْمِيَةُ.  
وقال أبو حنيفة ومالك: أقلُّه نِصَابُ السَّرْقَةِ، والنِّصَابُ عند مالكٍ ثَلَاثَةُ دَرَاهِمٍ،  
وعند أبي حنيفة عَشْرَةُ دَرَاهِمٍ قال يعني أبَا حَنِيفَةَ -: ولو سَمِيَ لها أقلُّ من عشرٍ وجبت  
العَشْرَةُ.

لنا: قوله في الحَبْرِ الذي تَقَدَّمَ: «ما تَرَأَى بِهِ الْأَهْلُونَ»، وروي أنه - صَلَّى اللهُ  
عليه وسلَّم - قال: «مَنْ اسْتَحَلَّ بِدِرْهَمَيْنِ فَقَدِ اسْتَحَلَّ» أي: طَلَبَ الْجِلَّ، وَاسْتَحَبَّ أَلَا  
يُنْقَصَ عن عشرة، وألَا يُعَالَى في الصَّدَاقِ، والأوَّلَى أَلَا يُزَادَ على صَدَاقِ زَوْجَاتِ النَّبِيِّ -  
صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -، وَبَنَاتِهِ - رضي اللهُ عنهن - وهو خَمْسُمِائَةٍ دِرْهَمٍ<sup>(٢)</sup>؛ روي عن  
أبي سَلَمَةَ، قال: سألت عائشة رضي اللهُ عنها: «ما كان صَدَاقُ رَسولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ  
وسَلَّمَ؟ قالت: كان صَدَاقُهُ لأزواجه اثْنَتَيْ عَشْرَةَ أُوقِيَّةً وَنَشَأً، أتدري ما النَّشُ؟ قلت: لا.  
قالت: نِصْفُ أُوقِيَّةٍ»<sup>(٣)</sup>، والأوْقِيَّةُ أَرْبَعُونَ دَرهماً والمجموع ما ذكرناه.

إذا تَمَهَّدَ ذلك، فإذا جَرَى النِّكَاحَ لم يَخْلُ إما أن يقع بين الزوجين نِزَاعٌ في  
الصَّدَاقِ الوَاجِبِ، أو لا يَقَعُ، وإذا وَقَع<sup>(٤)</sup>، فإما أن يُسَمَّى شيئاً في النِّكَاحِ، أو لم يُسَمَّ،  
فهو إما صَحِيحٌ، وإما فاسدٌ، وإن لم يسم، فأما إن أُهْمِلَ فهو كَتْسِمِيَّةٌ شيءٌ فاسدٌ، أو  
نفي، فهو صورة التَّفْوِيضِ، وعلى التَّقْدِيرَاتِ، فقد يَشْطَرُ الوَاجِبُ لِإِيقَاقِ يَقْتَضِيهِ، وقد لا  
يَتَشَطَّرُ، فجعل صاحب الكتاب كِتَابَ الصَّدَاقِ خَمْسَةَ أَبْوَابٍ تَتَكَفَّلُ بِبَيَانِ هَذِهِ الْأُمُورِ:

(١) قال في الخادم: هذا في المالكة لأمرها كما نقله منصف التميمي عن الشافعي، وأما الولي يزوج  
المحجورة، فليس له أن ينقص عن مهر مثلها، وقال ابن الرقعة: يستثنى من هذا الضابط جعل  
رقبة العبد صداقاً للمرأة الحرة، وجعل الأب أم ابنه صداقاً عن ابنه، وجعل أحد أبوي الصغيرة  
صداقاً لها، فإنه يجوز بيعه ولا يجوز إصداقه.

وأجيب بأن هذا يجوز إصداقه في الجملة، وإنما امتنع هنا للمعنى آخر، والفرض هنا بيان ما يصح  
إصداقه، وأما الدين فإن كان في ذمة غيره فلا يجوز إصداقه، والظاهر مجيء الخلاف السابق في  
بيعه لغير من عليه هنا حتى يصح إصداقه وإن كان في ذمتها له جاز وتبرأ ذمتها ويجب أن يكون  
موضع هذا فيما يصح الاعتياض عنه لا كدين السلم، ولو أصدقها ديناً في ذمته فهل من شرط  
صحتها أن يكون مما يصح السلم فيه حتى لا يصح إصداقها في ذمته ما يعز وجوده فيه وجهان في  
الكفاية مأخذهما أن الصداق مضمون ضمان عقد أو يد.

(٢) هذا في غالب نساء رسول الله ﷺ فقد صح أن أم حبيبة أصدقها مائتي دينار، وروي أربعة آلاف  
درهم وهي أربعمائة دينار، في مسند ابن أبي شيبة أن رسول الله ﷺ تزوج سودة بنت زمعة على  
بيت ورثه من بعض نساته لكن لم يذكر قيمته، ويستفاد منه أن النبي ﷺ يرث.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه، واستدركه الحاكم فوهم، وفي الباب عن عمر عند مسلم أيضاً، وعن  
أم حبيبة عند النسائي.

(٤) سقط في أ.



أحدها: في حُكْمِ الصَّدَاقِ الصَّحِيحِ.

والثاني: حُكْمِ الفَاسِدِ وَجِهَانِ الفَسَادِ.

والثالث: من [التفويض]<sup>(١)</sup>.

والرابع: في التَّشْطِيرِ.

والخامس: في التَّنَازُعِ. أما الباب الأول، فالكلام فيه من ثلاثة أَحْكَامٍ.

أحدها: أن الصَّدَاقَ في يَدِ الزَّوْجِ كَيْفَ يَضْمَنُ عَلَيْهِ، لَأَشْكُ أَنَّهُ إِذَا أَصْدَقَهَا عَيْنًا، تَكُونُ تِلْكَ العَيْنُ مَضمُونَةً عَلَى الزَّوْجِ إِلَى أَن يَسْلَمَهَا، وَكَيْفَ تَكُونُ مَضمُونَةً عَلَيْهِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ:

أصحهما: أَنهَا مَضمُونَةٌ ضَمَانَ العَقْدِ، لِأَنَّ الصَّدَاقَ مَمْلُوكٌ بِعَقْدِ مُعَاوَضَةٍ، فَكَانَ فِي يَدِ الزَّوْجِ كَالْمَبِيعِ فِي يَدِ البَائِعِ، وَهَذَا قَوْلُهُ الجَدِيدُ، وَاخْتِيَارُ المِزْنِيِّ.

والثاني: وَهُوَ القَدِيمُ أَنهَا مَضمُونَةٌ عَلَيْهِ ضَمَانَ اليَدِ، كَالْمُسْتَعَارِ وَالمُسْتَأْمَ (٢)؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ لَا يَنْفَسِخُ بِتَلْفِ الصَّدَاقِ، وَمَا لَا يَنْفَسِخُ العَقْدُ بِتَلْفِهِ فِي يَدِ العَاقِدِ يَكُونُ مَضمُونًا ضَمَانَ اليَدِ، كَمَا لَوْ غَصَبَ البَائِعُ المَبِيعَ مِنَ المُشْتَرِي بَعْدَ القَبْضِ يَضْمَنُهُ ضَمَانَ اليَدِ، وَيَتَفَرَّغُ عَلَى القَوْلَيْنِ مَسَائِلُ مذكورة فِي الكِتَابِ، وَغَيْرُ مذكورة.

المسألة الأولى: إِذْ قُلْنَا إِنَّ الصَّدَاقَ مَضمُونٌ ضَمَانَ العَقْدِ، لَمْ (٣) يَجْزِ لَهَا بَيْعُهُ قَبْلَ القَبْضِ، كَمَا سَبَقَ فِي البَيْعِ.

وَإِنْ قُلْنَا: مَضمُونٌ ضَمَانَ اليَدِ فَيَجُوزُ.

وبه قال أبو حَنِيفَةَ - فِيمَا حَكَاهُ صَاحِبُ «التتمة» - وَأَمَّا إِذَا كَانَ الصَّدَاقُ ذَيْنًا، فَيَجُوزُ الاغْتِيَاضُ عَنْهُ، إِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ مَضمُونٌ ضَمَانَ اليَدِ.

وَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ مَضمُونٌ ضَمَانَ العَقْدِ، فَهُوَ كَالاغْتِيَاضِ عَنِ الثَّمَنِ. وَفِيهِ قَوْلَانِ:

أصحهما: الجَوَازُ، وَلَا نَجْعَلُ ذَلِكَ كَالاغْتِيَاضِ عَنِ المِسْلَمِ فِيهِ، ذَكَرَهُ الإِمَامُ وَغَيْرُهُ وَفِي «التتمة» أَنَّهُ لَوْ أَصْدَقَهَا تَغْلِيمَ القُرْآنِ، أَوْ تَغْلِيمَ صَنْعَةٍ، وَأَرَادَ الاغْتِيَاضَ لَمْ يَجْزِ ذَلِكَ عَلَى قَوْلِ ضَمَانَ العَقْدِ، كَالمِسْلَمِ فِيهِ.

(١) فِي أ: التَّعْوِيزِ.

(٢) هَذَا فِيمَا يُمْكِنُ تَقْوِيمَهُ، أَمَا مَا لَمْ يُمْكِنُ تَقْوِيمَهُ فَهُوَ مَضمُونٌ ضَمَانَ عَقْدٍ قَطْعًا وَالفَرْقُ بَيْنَ ضَمَانِي العَقْدِ وَاليَدِ فِي الصَّدَاقِ أَنَّهُ عَلَى الأَوَّلِ يَضْمَنُ بِمِثْلِ المِثْلِ، وَعَلَى الثَّانِي بِالْبَدْلِ الشَّرْعِيِّ وَهُوَ المِثْلُ إِنْ كَانَ مِثْلِيًّا، وَالقِيَمَةُ إِنْ كَانَ مَقْتَرَمًا.

(٣) وَيَتَفَرَّغُ عَلَى القَوْلَيْنِ الإِقَالَةَ، فَيُصَحُّ عَلَى الأَوَّلِ دُونَ الثَّانِي وَهُوَ بِمَسْأَلَةِ نَفْسِهِ ذَكَرَهَا القَاضِي حَسِينُ.

الثانية: إذا تَلَفَ الصَّدَاقُ المَعِينُ في يده، فإن قلنا: إنه مَضْمُونٌ صَمَانٌ العَقْدِ، فَيَنْفَسِخُ عَقْدُ الصَّدَاقِ، وَيُقَدَّرُ عَوْدُ المَلِكِ إليه قُبَيْلَ التَّلْفِ، حتى لو كان عَبْدًا، كان عليه مَوْنَةٌ تَجْهِيزُهُ، كالعبد المبيع يتلف في يد البائع، ولها عليه مهر المثل؛ لأن النكاح مُسْتَوِرٌ، والبُضْعُ كالتَّالِفِ، فيرجع إلى بَدَلِهِ، كما لو رد المبيع بَعِيْبٍ، وقد تَلَفَ العَوَضُ في يد البَائِعِ، يلزمه بَدَلُهُ إما المثل، أو القيمة، وكما لو هَلَكَ الثَّمَنُ في يد المُشْتَرِي بعدما قَبِضَ المَبِيعَ، وتلف عنده، فإنه يجب على المُشْتَرِي بَدَلُ المَبِيعِ من المِثْلِ، أو القيمة.

وإن قلنا: إنه مَضْمُونٌ صَمَانٌ البَيْدِ، فالصَّدَاقُ الذي تَلَفَ تَلَفَ على ملك الزَّوْجَةِ، حتى لو كان عَبْدًا، كان عليها تَجْهِيزُهُ، ولا يَنْفَسِخُ الصَّدَاقُ على هذا القَوْلِ، ولكن بدل ما وجب على الزوج تَسْلِيمُهُ يُقَوِّمُ مَقَامَهُ، فيجب لها عليه مثل الصَّدَاقِ إن كان مِثْلِيًّا، وقيمتُهُ إن كان مُتَقَوِّمًا، وَيُزَوَّى هَذَا عَن أَبِي حَنِيفَةَ، وأحمد وَرَجَّحَ ابْنُ الصَّبَّاحِ، والشيخ أبو حَامِدٍ وَجُوبَ بَدَلِ الصَّدَاقِ، والأكثرُونَ على تَرْجِيحِ القَوْلِ الأولِ، وهو وجوب مهر المِثْلِ، وإذا أَوْجَبْنَا القِيَمَةَ فَايَةَ قيمة تجب؟ وجهان أو قولان:

أصحُّهما: أنه يجب أَقْصَى القيمة من يوم الإِضْداقِ، إلى يوم التَّلْفِ، لأن التَّسْلِيمَ كان مُسْتَحَقًّا عليه في جَمِيعِ المُدَّةِ، فيلزمه فيه البَدَلُ الأَقْصَى.

والثاني: تجب قيمته يَوْمَ التَّلْفِ، لأنه لم يكن مُتَعَدِّيًّا في الإِمْسَاكِ.

وفي «التتمة» وجه ثالث: أن الواجبَ قِيَمَتُهُ يوم الإِضْداقِ؛ لأنها التي تَنَاولَهَا العَقْدُ، فإن فرضت زِيَادَةً، وجب ألا يَضْمَنَهَا؛ لأنه غير مُتَعَدٍّ، وبعضهم يحكى أن الواجب أَقْلُ الأمرين من قيمته من يوم الإِضْداقِ إلى يوم التَّلْفِ، فهذا وَجْهٌ رَابِعٌ، وإذا طالبت المَرْأَةُ بالتَّسْلِيمِ، فامْتَنَعَ فالوَجْهُ الأولُ يجيء لا مَحَالَةً، ولا يجيء سَائِرُ الوُجُوهِ.

وفيه وجه آخر: أنه يَجِبُ أَقْصَى القِيَمِ من وقت المُطَالَبَةِ [إلى التلف لأنه<sup>(١)</sup>] يصير مُتَعَدِّيًّا، ولو طالبا الرجلُ بالقَبْضِ، فامْتَنَعَتْ، ففي بقاء الصَّدَاقِ مَضْمُونًا عليه وجهان، نَقَلَهُمَا أبو الفرج السُّرْحَسِيُّ الأَصَحُّ: البَقَاءُ، كما أن البَائِعَ لا يخرج عن عَهْدَةِ المَبِيعِ بهذا القدر، هذا إذا تَلَفَ الصَّدَاقُ بنفسه.

أما إذا أتلف، نُظِرَ إن أتلفته المَرْأَةُ جعلت قَابِضَةً لِحَقِّهَا، وبريء الزَّوْجُ<sup>(٢)</sup> وذكرنا

(١) سقط في ب.

(٢) قال في الخادم: هذا إذا كانت الزوجة أهلاً للقَبْضِ، فلو كانت صغيرة فالقياس ألا تكون قابضة، وكذا لو كانت سفية؛ لأن قبضها غير معتد به، وإن كان قبض السفية بإذن الولي معتد به في الأصح؛ لأن ذلك في قبض لا ضرر فيه بخلاف الإِتْلَافِ فإنه ضرر، وقد ورد في البيع استثناء صور من أن إتلاف المشتري قبض فجيء هنا فاستحضرها.

في البَيْعِ وَجْهًا: أن المشتري إذا أَتَلَفَ المَبِيعَ في يد البائع، لا يجعل قَابِضًا لِحَقِّهِ، بل يغرَمُ القِيَمَةَ للبائع ويستردُّ الثمن، فعلى قِيَّاسِ ذلك الوَجْهِ تغرم له الصَّدَاقُ وتأخذ مَهْرَ المِثْلِ.

وإن أَتَلَفَهُ أَجْنَبِيٌّ، فإن قلنا: إنَّ أَتَلَفَ الأجنبي المَبِيعَ قبل القبض، كَتَلَفِهِ بِالْأَقْفِ السَّمَاوِيَّةِ، فالحكم على مَا مَرَّ، وإن قلنا: بوجوب الخِيَارِ للمشتري، وهو الأَصْحُ فللمرأة الخِيَارُ إن شاءت فَسَخَّتِ الصَّدَاقَ، وحينئذٍ تأخذ من الزَّوْجِ مَهْرَ المِثْلِ إن قلنا: بضمَّانِ العَقْدِ، ومثل الصداق أو قيمته إن قلنا: بضمَّانِ اليَدِ، والزَّوْجُ يَأْخُذُ العُزْمَ من المُتَلَفِ، وإن لم يفسخ أخذت من المُتَلَفِ المِثْلَ، أو القيمة إن قُلْنَا بضمَّانِ القِيَمَةِ ولها أن تُطَالِبَ الزَّوْجَ بالعُزْمَ ليرجع هو على المُتَلَفِ، إن قُلْنَا بضمَّانِ [اليَدِ، وإن قلنا بضمَّانِ] العقد فليس لها مُطَالَبَةُ الزَّوْجِ، هكذا رَتَّبَ الإمامُ، وصاحب «التَهْذِيبِ» وغيرهما فأتبوا لها الخِيَارَ على قَوْلِي ضَمَّانِ العَقْدِ، وضمَّانِ اليَدِ، ثم فَرَعُوا عليهما وكان يَجُوزُ أن يقال: إنما يثبت الخِيَارُ على قَوْلِ ضَمَّانِ العَقْدِ، فأما على قولِ ضَمَّانِ اليَدِ، فلا خِيَارَ وليس لها إلا طَلْبُ المِثْلِ، أو القِيَمَةِ، كما إذا أَتَلَفَ أَجْنَبِيٌّ المُسْتَعَارَ في يد المُسْتَعِيرِ، وإن أَتَلَفَهُ الزَّوْجُ، فعلى الخِلَافِ في أن إِتْلَافَ البائع للمبيع قبل القبض، كالتلف بِالْأَقْفِ السَّمَاوِيَّةِ، أو كإِتْلَافِ الأجنبي، والأصح الأولُ، وقد بَيَّنَّا حُكْمَ الصَّدَاقِ على التقديرين وقَصَلُ الإمامِ الكَلَامَ في الخِيَارِ ها هنا على قولِ ضَمَّانِ اليَدِ، فقال: إذا قلنا بِضَمَّانِ اليَدِ، وقلنا: إن الزَّوْجَ يَضْمَنُ ضَمَّانَ الغُصُوبِ، فلا معنى لِلْفَسْخِ، ولها تَغْرِيمُ الزَّوْجِ أَقْصَى القِيَمِ، كيف فرض الأمر، وإن قلنا: إنه يَضْمَنُ قِيَمَتَهُ يوم الإِضْدَاقِ، فإن جعلنا إِتْلَافَ البائع كالأقفة السماوية، فلا فائدة في الفسخ؛ إذ ليس لها إلا قِيَمَةُ يوم الإِضْدَاقِ كانت أقل أو أكبر<sup>(١)</sup>.

وإن جعلناه كإِتْلَافِ الأجنبي، فإن كانت قِيَمَتُهُ يوم الإِضْدَاقِ أكبرَ، فلها في الفسخ فائدة؛ لأنها إذا فَسَخَتْ أخذت قِيَمَتَهُ يوم الإِضْدَاقِ، ولو لم تفسخ لم يكن لها إلا قِيَمَةُ يوم الإِتْلَافِ، وإن كانت قِيَمَةُ يوم الإِضْدَاقِ أقلَّ، فلا فائدة في الفسخ؛ لأنها إذا فَسَخَتْ لم يكن لها إلا قِيَمَةُ يوم الإِضْدَاقِ، وإذا لم يكن في الفسخ فائدة، فينبغي ألا يثبت، وإذا طالبت المرأة بالصَّدَاقِ، فامتنع الزَّوْجُ من التسليم مُتَعَدِّيًا، ثم تَلَفَ في يده، فهذا التلف نازلٌ مَنزِلَةً إِتْلَافِ البائع، فيجيء فيه الخِلَافُ المذكور.

الثالثة: إذا حدث في الصَّدَاقِ نُقْصَانٌ في يد الزوج، فهو إما نُقْصَانٌ جُزْءٍ، أو نُقْصَانٌ صِفَةً.

(١) في ب: أكثر.

أما نقصان الجزء: فهو كما إذا أصدقها عبدان، أو ثوبين، فتلّف أحدهما في يده، فينفسخ العقد فيه، ولا ينفسخ في الباقي، على الصحيح من الخلاف في تفريق الصّفقة، ولكن لها الخيار، فإن فسخت رجعت إلى مهر المثل، على قول ضمّان العقد، وعلى القول الآخر تأخذ قيمة العبدان، وإن أجازت الباقي، رجعت في التالف إلى حصّة قيمته من مهر المثل، على قول ضمّان العقد، وإلى قيمة التالف في القول الآخر، وإن تلّف ما تلّف بإتلاف، نُظر إن أتلّفه المرأة، جعلت قابضة لقسطه من الصداق، وإن أتلّفه أجنبي، فلها الخيار فإن فسخت أخذت الباقي، وقسط قيمة التالف من مهر المثل، إن قلنا بضمّان العقد، وقيمته إن قلنا بضمّان اليد وإن أجازت أخذت من الأجنبي الضمان، وإن أتلّفه الزوج، فهو كالتلف بالآفة السماوية، على الأصح، وأما نقصان الصّفقة، فهو العيب كعمى العبد وشللته ونسيانه الجزفة، ونحوها، فللمرأة، الخيار.

وفي «الوسيط» أن أبا حفص بن الوكيل قال: لا خيار لها على قول ضمّان العقد والمذهب الأول، فإن فسخت الصداق، أخذت من الزوج مهر المثل على أصح القولين وبدل الصداق على القول الآخر، وإن أجازت، فعلى الأصح لا شيء لها، كما لو رضي المشتري بعيب المبيع، وإن قلنا بضمّان اليد، فلها أرض التّقضان عليه، وإن أطلعت على عيب قديم، فلها الخيار أيضاً إن فسخت رجعت إلى مهر المثل، أو إلى قيمة العين سالمة، وإن أجازت، وقلنا بضمّان اليد، فللقاضي الحسين تردّد في أنه هل يثبت لها الأرض من حيث إن يد الزوج لم تستمل من يوم الإصداق، إلا على معيب فتغريمه الأرض<sup>(١)</sup> وقد رضيت المرأة بالعيب بعد.

والظاهر أن لها الأرض، وإنما رضيت بالعين، على تقدير السلامة<sup>(٢)</sup> وقد فاتت، وإن حصل التّعيب لجناية، نُظر إن حصل بفعل الزوجة، جعلت قابضة لقدر التّقضان، وتأخذ الباقي، ولا خيار، وإن هلك بعد التّعيب في يد الزوج، فلها من مهر المثل حصّة قيمة الباقي، من أصح القولين، وقيمة الباقي على الثاني.

وإن حصل التّعيب بفعل الأجنبي، فلها الخيار، فإن فسخت أخذت مهر المثل في أصح القولين، وقيمته سليماً في الثاني، والزوج يأخذ العزم من الجاني، وإن أجازت عزم الجاني، وليس لها مطالبة الزوج، إن قلنا بضمّان العقد.

وإن قلنا بضمّان اليد، فلها مطالبة فينظر إن لم يكن للجناية أرض مقدّر، أو كان لها أرض مقدر، وكان أرض التّقضان أو أكثر، فترجع على من شاء منهما، والقرار على الجاني، وإن كان القدر أقلّ تطالب بالمقدر من شاءت منهما، والقرار على الجاني،

(٢) في ب: الثلاثة.

(١) في ب: الأرض.

وتأخذ قيمة الأرش من الزوج. وإن حصل التغييب بجناية الزوج، فعلى القولين في أن جنائية البائع كالألف السَّمَاوِيَّةِ، أو كجنائية الأجنبي، إن قلنا بالأول، وقرعنا على ضَمَانِ اليد، فعليه ضَمَانٌ ما نَقَصَ، وإن كان لِلجِنَايَةِ أَرشٌ مُقَدَّرٌ، كقطع اليد، فعليه أَكْثَرُ الأمرين من نِصْفِ القيمة، أو أَرشُ التُّقْصَانِ «فرعان»:

أحدهما: أَصَدَقَهَا<sup>(١)</sup> ذَارَأً، فأنهَدَمَتْ في يده، ولم يتلف من النقص شيء، فالْحَاصِلُ تَقْصَانُ صِفَةٍ، وإن تَلِفَ بعضه، أو كُلُّهُ باحتراق، أو غيره، فالْحَاصِلُ تَقْصَانُ الصِّفَةِ<sup>(٢)</sup> وإن كان الغائب جزءاً كما لو سَقَطَتْ أطراف العبد، أو نقصان جزء، كما لو أَصَدَقَهَا تَوَيِّنَ، فتلف أحدهما، فيه وجهان:

أظهرهما: الثاني، وهما المذكوران في «البيع».

الثاني: أَصَدَقَهَا نُخَيْلًا، ثم جعل ثَمَرَهَا في قَارُورَةٍ لِنَفْسِهِ، وَصَبَّ عليها صَقْرًا من تلك النخيل، وهي بَعْدُ في يده والصَّقْرُ هو السَّائِلُ من الرُّطْبِ، من غَيْرِ أن يعرض على النَّارِ، وأهل «الْحِجَازِ» يفعلون ذلك اسْتِنْقَاءً لِرطوبة الرُّطْبِ، واستِزَادَةً لِجَلَاوَتِهِ، فلا يخلو الحَالُ، إما أن تكون الثَّمَرَةُ صَدَاقًا مع النخيل بأن أَصَدَقَهَا نُخْلَةً مُطْلِعَةً، أو مُثْمِرَةً، أو لا تكون الثمرة صَدَاقًا.

الحالة الأولى: إذا كانت صَدَاقًا، فينظر إن لم تدخل الثَّمَرَةُ، ولا الصَّقْرُ نقص، لا بتقدير التُّزَعِ من القَارُورَةِ، ولا بتقدير التُّزَكِّ فيها، فتأخذها المرأة ولا خِيَارَ لها، بل الزوج كَفَاهَا مُؤَنَّةَ الجُدَاذِ، وإن حَدَثَ فيهما، أو في أحدهما نَقْصٌ، فذاك إما تَقْصَانُ عَيْنٍ، أو نقصان صفة:

أما تَقْصَانُ العين كما لو صَبَّ عليها مَكِيلَتَيْنِ من الصَّقْرِ فشرب الرطب مَكِيلَةً فلا نجبر نقصان عين الصقر بزيادة قيمة الرُّطْبِ، ثم إن جعلنا الصَّدَاقَ مَضْمُونًا ضَمَانًا العقد يَنْفَسِخُ الصَّدَاقُ في قَدْرِ ما ذَهَبَ من الصَّقْرِ إن قلنا جِنَايَتُهُ كالألف السَّمَاوِيَّةِ، وهو الأَصْحُ، ولا يَنْفَسِخُ في الباقي، ولها الخِيَارُ إن فسخت رجعت إلى مهر المِثْلِ، وإن أَجَارَتْ في الباقي أَخَذَتْ بقدر ما ذَهَبَ من الصَّقْرِ من مهر المِثْلِ.

وإن قلنا: جنائية كجنائية الأجنبي لم يَنْفَسِخْ عَقْدُ الصَّدَاقِ في شيء، ولها الخِيَارُ إن فسخت رجعت إلى مهر المثل، وإن أَجَارَتْ أَخَذَتْ التُّخَيْلَ والرُّطْبَ، ومثل ما ذهب من الصقر.

وإن قلنا بِضَمَانِ اليدِ، تَخَيَّرْتُ أيضاً، إن فَسَخْتُ فلها قيمة النخل، ومثل الصقر،

(٢) في ب: عين.

(١) في ب: إذا أصدقها.

وقيمة الرطب، أو مثله، على الخلاف المذكور في الغضب، في أنه مثلي أو متقوم.

وإن أرادت أن تأخذ النخيل، وترد الثمرة، فعلى الخلاف في تفريق [الصفقة]<sup>(١)</sup> وإن أجازت، فلها ما بقي ومثل الذاهب من الصقر.

وأما نقصان الصفقة إذا انتقصت قيمة الصقر والمكيلتان بحالهما، أو قيمة الرطب، فإن كان النقصان حاصلًا - ترك الرطب في القارورة، أو نزع -، فلها الخيار إن فسخت، فعلى قول ضمان العقد، لها مهر المثل، وعلى قول ضمان اليد لها بدل النخيل، والرطب، والصقر، وإذا إن أجازت فإن قلنا بضممان العقد وجعلنا جنائته كالآفة السماوية، أخذتها بلا أرش، وإن جعلناها كجنائته الأجنبي، أو قلنا بضممان اليد فعليها أرش النقصان وإن كان الرطب يتعيب لو نزع من القارورة، ولو ترك لا يتعيب، فلا يُجبر الزوج على التبرع بالقارورة، ولكن لو تركها أو تبرع بها، فتجبر على القبول إمضاء للعقد ويسقط خيارها.

وعن أبي علي الطبري حكايته وجه أنها لا تجبر على القبول، والظاهر الأول، وهل تملك القارورة، حتى لا يتمكن الزوج من الرجوع، وإذا نزع ما فيها لم يجب رد القارورة أو لا تملك، والغرض قطع الخصومة، حتى يتمكن من الرجوع، وإذا رجع يعود خيار المرأة، ويجب رد القارورة إذا نزع ما فيها، وفيه وجهان، كما ذكرنا في البيع في مسألة الثعل، ومسألة الحجارة المدفونة.

وإن كان الرطب لا يتعيب بالنزع، ويتعيب بالترك، فلها مطالبة بالنزع، ولا خيار، ولو تبرع الرجل بالقارورة، فلا تجبرهن على القبول؛ لأنه لا ضرورة إليه.

الحالة الثانية: إذا لم تكن الثمرة صداقاً، فإن كانت النخل حائلة يوم الإصداق، ثم أثمرت في يده، فإن لم يحدث نقصان، أو زادت القيمة، فالكل لها، وإن حدث نقصان فيهما، أو في أحدهما، فلا خيار لها؛ لأن ما حدث فيه النقصان ليس بصداق، ولها الأرش.

وفي كتاب القاضي ابن كج نقل وجه - لا وجه له - أنه يثبت لها الخيار، وإن كان النقصان بحيث لا يقف، ويزداد إلى الفساد، فتأخذ الحاصل، وأرش النقص، أو تتخير بينه وبين أن تطالبه بغرم الجميع فيه خلاف مذكور في «الغضب» فيما إذا بل الحنطة حتى تعفنت، وفي «العدة» أنها على القول الأول تأخذ أرش النقص في الحال، وكلما ازداد النقصان طالبت بالأرش، ولو كان الرطب يتعيب بالنزع من القارورة [ولا يتعيب بالترك

(١) سقط من: ب.

فتبرع الزوج بالقارورة] لم تجبر على القبول، لأنه لا حاجة إليه في إمضاء العقد ها هنا، هذا كله إذا كان الصقر من ثمرة تلك النخيلة.

أما إذا كان الصقر للزوج، والثمرة من الصداق، فالنظر [هنا لنقصان] <sup>(١)</sup> الرطب وحده، إن نقص فلها الخيار، وإن لم ينقص بالترع، فلا خيار، وتأخذ المرأة الرطب، والزوج الصقر ولا شيء فيما تشره الرطب، وإن كان ينقص بالترع، فلها الخيار فإن تبرع الزوج بالصقر والقارورة سقط الخيار، ولزم القبول على الظاهر، ويجيء ما مر في التبرع بالقارورة، هذا هو الكلام في نقصان الصداق في يد الزوج.

أما إذا زاد، فإن كانت الزيادة متصلة، كالسمن والكبر، وتعلم الصنعة، فهي تابعة للأصل، وإن كانت منفصلة كالثمرة، والولد، وكسب الرقيق، قال في «التتمة» إن قلنا: إن الصداق مضمون ضمان اليد، فهي للمرأة.

وإن قلنا بضمان العقد، فوجهان كالوجهين في زوائد المبيع، قبل القبض والأصح أنها للمشتري في البيع، وللمرأة ها هنا.

وإن قلنا: إنها للمرأة فهلكت في يده، أو زالت المتصلة بعد حصولها، فلا ضمان على الزوج، إلا إذا قلنا بضمان اليد، وقلنا: إنه يضمن ضمان العصب، وإلا إذا طابته بالتسليم، فامتنع وفي «التهذيب» وغيره ما يشعر بتخصيص الوجهين، في أن الزوائد لمن هي بما إذا هلك الأصل في يد الزوج، وبقيت الزوائد، وأردت الأصل بعين، فأما إذا استمر العقد، وقبضت الأصل، فالزوائد لها <sup>(٢)</sup> قطعاً.

(١) في ب: ها هنا إلى نقصان.

(٢) قال في المهمات: لم يطلق المتولي الوجهين حتى يحتاج لتخصيصهما بأشعار من كلام البغوي، ولا يتخيل مع بقاء العقد وجه بأن الزوائد للبايع ولا للزوج وإنما حكي الخلاف مع الانفساخ فجزم في البيع بأن زوائد المبيع قبل القبض للمشتري.

وقال هنا تقريباً على أن الصداق مضمون ضمان عقد حكمها حكم زوائد المبيع قبل القبض، ثم قال فيما لو ردت الصداق بعيب بعد حصول الزوائد في يده أن حكمه كما لو وجد بالمبيع عيباً فرده فعلم أن محل الخلاف في البيع مع الفسخ وأن الصداق كالباع، فمحل الخلاف فيه أيضاً مع الفسخ.

قال في التوسط: وما حكاه من أشعار كلام التهذيب وغيره هو مراد المتولي بلا شك، وفي عبارته إبهام ثم ساق لفظه ثم قال: وإنما سقت كلامه، يعني القاضي الحسين وكلام التتمة لأن الإسنوي رحمه الله تعالى أطنب في الإنكار على الشيخين، ثم ساق لفظ المهمات ثم قال وهذا لا شك فيه ولا يخفى على من دون الرافعي والنووي بدرجات كثيرة.

وقال الشيخ البلقيني: ما نقله عن التهذيب كلام المتولي أيضاً يوافق بمقتضى نقل الرافعي والنووي، فإنه قال كالوجهين في زوائد المبيع قبل القبض. والوجهان في زوائد المبيع إنما هما إذا هلك الأصل وإلا فالزوائد للمشتري قطعاً.

المسألة الرابعة: المَنَافِعُ الفَائِئَةُ في يد الزَّوْجِ عَيْرِ مَضمُونَةٍ عليه إن قلنا بضمان العَقْدِ، وإن طالبت بالتسليم، فامتنع<sup>(١)</sup>، وإن قلنا بِضَمَانِ اليَدِ، فعليه أُجْرَةُ المِثْلِ من وقت الامتناع، والمَنَافِعُ التي اسْتَوْفَاهَا وَفَوَّتَهَا كالركوب والنَّسِ والاسْتِخْدَام لا يَضمُنُهَا أيضاً على قول ضَمَانِ العَقْدِ، إن جعلنا جَنَائَةَ البَائِعِ كَالآفَةِ السَّمَاوِيَّةِ، إن جعلناها كَجَنَائَةِ الأجنبي، أو قلنا بضمان اليَدِ، فَيَضمُنُهَا بِأَجْرَةِ المِثْلِ والله أعلم.

قَالَ العَزَالِيُّ: فَلَا مَعْنَى لِتَكْثِيرِ الكَلَامِ بِالتَّفْرِيعِ عَلَى القَوْلَيْنِ فَإِنَّ الصَّحِيحَ أَنَّ الصَّدَاقَ عَوْضٌ وَلِذَلِكَ يُؤَخَذُ بِالشُّفْعَةِ، وَإِنَّمَا لَا يَفْسُدُ النِّكَاحُ بِفَسَادِهِ لِأَنَّ إِخْلَاءَ النِّكَاحِ عَنِ المَهْرِ لَا يَفْسُدُهُ لِأَنَّهُ يَثْبُتُ شَرْعاً فِي المَفْوضَةِ عَلَى الصَّحِيحِ فَهُوَ مُسْتَعْنٍ عَنِ الذِّكْرِ، وَإِنَّمَا يُؤَثَّرُ ذِكْرُهُ فِي التَّعْيِينِ وَالتَّقْدِيرِ فَلَا جَرَمَ إِنْ فَسَدَ التَّعْيِينُ بِأَن ذَكَرَ حُرّاً أَوْ خُصْماً أَوْ خِنْزِيراً صَارَ كَأَنَّهُ لَمْ يَذْكَرْهُ وَيَرْجَعُ إِلَى مَهْرِ المِثْلِ، وَعَلَى قَوْلِ آخَرَ يَلْغُو تَعْيِينُهُ وَلَكِنْ يَرْجَعُ إِلَى قِيَمَتِهِ إِذْ يُعْتَبَرُ الذِّكْرُ فِي تَقْدِيرِ مَبْلَغِ الصَّدَاقِ وَإِنْ لَمْ يُعْتَبَرِ فِي التَّعْيِينِ فَيُقَدَّرُ الحُرُّ عَبْدًا وَالحَمْرُ عَصِيراً وَالخِنْزِيرُ شَاةً.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لَمْ يَرُدْ تَطْوِيلُ الكَلَامِ فِي تَفْرِيعِ قَوْلِي ضَمَانِ العَقْدِ، وَضَمَانِ اليَدِ، فَاقْتَصَرَ عَلَى ذِكْرِ أَصْحَمَا وَتَبْيِينِ مَاخِذِهِ وَاعْتَدَرَ عَمَّا يَتَوَجَّهُ عَلَيْهِ إِشْكَالٌ، فَقَوْلُهُ: «إِن الصَّحِيحَ أَنَّ الصَّدَاقَ عَوْضٌ» إِشَارَةٌ إِلَى مَا قَالَه الأَيْمَةُ أَنَّ القَوْلَيْنِ مَبْنِيَّانِ، عَلَى أَنَّ الصَّدَاقَ نِخْلَةٌ أَوْ عَوْضٌ، كَالعَوْضِ فِي البَيْعِ، وَرَبْمَا رَدُّوا الكَلَامَ إِلَى أَنَّ العَالِبَ عَلَيْهِ مُشَابِهَةٌ النِّخْلَةِ أَوْ العَوْضِ، وَتَوَجَّهُ جِهَةٌ النِّخْلَةُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: «وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِخْلَةً» [النساء: ٤] وَأَنَّ النِّكَاحَ لَا يَفْسُدُ بِفَسَادِهِ، وَلَا يَنْفَسِحُ بِرَدِّهِ، وَكَوْنُهُ عَوْضاً، بِأَنَّ قَوْلَهُ: «زَوْجَتِكَ بِكَذَا» كَقَوْلِهِ: «بِعْتَلِكَ بِكَذَا» وَأَنَّهَا تَمَكَّنَ مِنَ الرَّدِّ بِالعَيْبِ، وَذَلِكَ مِنْ أَحْكَمِ الأَعْوَاضِ، وَأَنَّهَا تَحْبِسُ نَفْسَهَا لِتَسْتَوْفِيَهُ، وَأَنَّهُ لَوْ مَهْرَهَا شِقْصاً، ثَبَتَ لِلشَّرِيكِ الشُّفْعَةُ، كَمَا لَوْ بَاعَهَا، وَهَذَا أَصَحُّ.

وَأَجَابُوا عَنِ الآيَةِ أَنَّ النِّخْلَةَ قَدْ يَرَادُ بِهَا الدِّينُ، يُقَالُ: فُلَانٌ يَنْتَحِلُ كَذَا، فَالمَعْنَى أَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ تَدِينًا، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ المَعْنَى عَطِيَّةً مِنْ عِنْدِ اللَّهِ لِلنِّسَاءِ.

وَأَمَّا أَنَّ النِّكَاحَ لَا يَفْسُدُ بِفَسَادِهِ، فَسَبَبُهُ مَا سَبَقَ أَنَّ الصَّدَاقَ لَيْسَ رُكْنًا فِي النِّكَاحِ، وَإِنَّمَا الرُّكْنُ فِيهِ الزَّوْجَانِ، وَلِذَلِكَ يَجِبُ تَسْمِيَةُ الزَّوْجَيْنِ فِي النِّكَاحِ، كَمَا يَجِبُ تَسْمِيَةُ العَوْضِ فِي البَيْعِ، وَلَا يَجِبُ تَسْمِيَةُ المَعْقُودِ لِهَمَا البَيْعِ إِذَا بَاشَرَ الوَكِيلَانِ، فَلِذَلِكَ لَمْ يَفْسُدِ النِّكَاحُ بِفَسَادِ الصَّدَاقِ، لَكِنَّهُ إِذَا ثَبَّتَ عَوْضاً، عَلَى أَنَّهُ حَكَى قَوْلَ عَنِ القَدِيمِ

(١) لما لو اتفق ذلك في البائع. فقول الزركشي والصواب عند الامتناع من التسليم التضمين ممنوع.



أَنَّهُ يَفْسُدُ النِّكَاحُ بِفَسَادِ الصَّدَاقِ، وَيُقَالُ: إِنَّهُ مُخْرَجٌ مِنْ قَوْلِ سَنَذَرُهُ فِي مَسْأَلَةِ شَرْطِ الْخِيَارِ فِي الصَّدَاقِ أَنَّهُ يَفْسُدُ النِّكَاحُ، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ فِي رِوَايَةِ مَشْهُورَةٍ.

وعن أحمد مثله، ويُخْرَجُ هَذَا عَلَى قَوْلِهِمْ: إِنْ النِّكَاحُ لَا يَفْسُدُ بِرَدِّ الصَّدَاقِ.

ثُمَّ إِذَا فَسَدَ الصَّدَاقُ بِأَنْ ذَكَرَ «حَرًّا» فِيهِ قَوْلَانُ:

أَصْحَهُمَا: - وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ - أَنْ الْوَاجِبَ مَهْرُ الْمِثْلِ<sup>(١)</sup>.

وَالثَّانِي: وَيُنَسَّبُ إِلَى الْقَدِيمِ، وَبِهِ قَالَ أَحْمَدُ: أَنَّ الْوَاجِبَ قِيمَتُهُ بِتَقْدِيرِ الرَّقِّ، وَقَدْ بَيَّنَّ الْقَوْلَانِ عَلَى أَنَّ الصَّدَاقَ إِذَا تَلَفَ قَبْلَ الْقَبْضِ يَكُونُ الرَّجُوعُ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ، أَوْ بَدَلِ الصَّدَاقِ، إِنْ أَوْجَبْنَا مَهْرَ الْمِثْلِ إِذَا لَمْ يَبْقَ الصَّدَاقُ، فَكَذَلِكَ نُوَجِّهُ، إِذَا لَمْ يَصْلُحِ الْمَذْكُورُ لِأَنَّ يَكُونُ صَدَاقًا، وَإِنْ أَوْجَبْنَا بَدَلَ الصَّدَاقِ هُنَاكَ، فَقَدْ تَعَيَّنَّا عَقْدَ الصَّدَاقِ مَعَ قَوَاتِ الْعَيْنِ، اعْتِمَادًا عَلَى الْمَالِيَّةِ، فَكَذَلِكَ فِي الْإِبْتِدَاءِ يَحْكُمُ بِانْعِقَادِ الصَّدَاقِ اعْتِمَادًا عَلَى الْمَالِيَّةِ، وَقَدْ تَوَجَّهَ الْقَوْلُ الْأَوَّلُ بِأَنَّهُ إِذَا كَانَ الْعَوَضُ فَاسِدًا، وَجِبَ رَدُّ الْعَوَضِ الْآخَرِ، فَإِذَا تَعَدَّرَ رَدُّهُ لَصِحَّةِ النِّكَاحِ، وَجِبَ مَهْرُ الْمِثْلِ، كَمَا إِذَا اشْتَرَى شَيْئًا بِعَوَضٍ فَاسِدٍ، وَتَعَدَّرَ رَدُّ الْمَبِيعِ، يَجِبُ قِيمَتُهُ وَالثَّانِي: بِأَنَّهُمَا إِذَا ذَكَرَا عَوَضًا كَانَ مَقْصِدَهُمَا ذَلِكَ الْعَوَضُ دُونَ قِيمَةِ الْبُضْعِ، وَهِيَ مَهْرُ الْمِثْلِ، وَلِذَلِكَ الْمَذْكُورِ خُصُوصًا، وَهُوَ عَيْنُهُ، وَعَمُومًا وَهُوَ مَالِيَّتُهُ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ اغْتِيَابًا عَيْنُهُ يَعْتَبَرُ الذِّكْرُ فِي الْمَالِيَّةِ فَلَا يَلْغُو التَّقْدِيرُ بِذَلِكَ الْقَدْرِ، وَإِنْ لَعَا التَّعْيِينَ، وَمَنْ قَالَ بِالْأَوَّلِ قَالَ: إِذَا فَسَدَ الْمَذْكُورُ، فَكَانَ التَّسْمِيَةَ لَمْ تَكُنْ، فَيُوجِبُ مَهْرَ الْمِثْلِ، وَأَيْضًا فَتَقْدِيرُ الْمَالِيَّةِ فِيهَا لَا مَالِيَّةَ لَهُ بَعِيدًا، فَيَلْغُو التَّقْدِيرُ، كَمَا يَلْغُو التَّعْيِينَ وَيَفِيدُ الذِّكْرُ قِصْدَ الْعَوَضِ، وَعَدَمُ الرِّضَا بِالتَّقْوِيضِ، وَاخْتَلَفُوا فِي مَحَلِّ الْقَوْلَيْنِ، فَعَنِ الشَّيْخِ أَبِي حَامِدٍ، وَأَبِي بَكْرٍ الصَّنِيدَلَانِيِّ وَالْقَاضِي الْحَسِينِ أَنَّ مَحَلَّ الْقَوْلَيْنِ مَا إِذَا قَالَ: «أَصْدَقْتُكَ هَذَا الْعَبْدَ» إِمَّا عَلَى ظَنِّ أَنَّهُ عَبْدٌ، وَإِمَّا مَعَ الْعِلْمِ بِأَنَّهُ حُرٌّ، أَمَا إِذَا قَالَ: «أَصْدَقْتُكَ هَذَا الْحُرَّ»<sup>(٢)</sup> فَالْعِبَارَةُ فَاسِدَةٌ، وَيَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ قَوْلًا وَاحِدًا، وَعَلَى هَذَا جَرَى صَاحِبُ «التَّهْدِيبِ» وَغَيْرُهُ.

وَفِي «التَّمَمَةِ» طَرِيقَةٌ أُخْرَى: أَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ اللَّفْظَيْنِ فِي جَرَيَانِ الْقَوْلَيْنِ، وَلَوْ قَالَ: «أَصْدَقْتُكَ هَذَا» وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ، فَلَا خَلَلَ فِي الْعِبَارَةِ فِيهِ الْقَوْلَانِ وَلَوْ ذَكَرَ خَمْرًا، أَوْ خَيْزُرًا أَوْ مَيْتَةً، فَطَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: الْقَطْعُ بِوُجُوبِ مَهْرِ الْمِثْلِ؛ لِأَنَّهُ لَا مَالِيَّةَ لَهَا، وَلَا قِيمَةَ، وَتَقْدِيرُ الْقِيمَةِ بِتَغْيِيرِ الصُّفَةِ، وَالْخِلْقَةِ بَعِيدًا، بِخِلَافِ الرَّقِّ الْمَقْدَرِ فِي الْحُرِّ، فَإِنَّهُ شَيْءٌ حُكْمِيٌّ، وَإِذَا

(٢) لصحة النكاح وفساد التسمية.

(١) في ب: يفسخ.

تَعَذَّرَ التَّفْوِيمَ، كان كما لو أَصَدَقَهَا مجهولاً يجب مَهْرُ المِثْلِ قولاً واحداً.

والثاني: وهو المذكور في الكتاب أنه على القولين، كما لو ذكر حرّاً<sup>(١)</sup> وعلى هذا فَيَعُودُ النَّظَرُ إِلَى العبارة، إن قال: أَصَدَقْتُكَ هَذَا الخَمْرَ، أو هذا الخِنْزِيرَ، فالعبارة فَاسِدَةٌ، وإن قال: هذا العَصِيرَ، أو هذه التُّعْجَةَ، والمشار إليه خَمْرٌ وخنزير، فهو موضع القَوْلَيْنِ، وعلى هذه الطريقة، فعلى قول الرُّجُوعِ إِلَى بَدَلِ الصَّدَاقِ، كما يقدر الحرُّ عَبْدًا يُقَدَّرُ الخَمْرُ عَصِيرًا، ويجب مثله، وقد حكينا في «باب نكاح المُشْرَكَاتِ» فيما إذا أسلم الزَّوْجَانِ، وقد جرى القَبْضُ في بعض المَهْرِ الفاسدِ وَجْهًا أَنَّهُ يُقَدَّرُ الخَمْرُ خَلًا، ولم يذكروا هناك اعتبار العَصِيرِ، والوجه التَّسْوِيَةُ، وذكرنا وَجْهًا أَنَّهُ تعتبر قِيمَةُ الخَمْرِ عند من يَرَى لها قِيمَةً، ولا يَتَعَدُّ مَجِيئَهَا هنا، بل ينبغي أن يُرْجَعَ على ما سَبَقَ في نكاح المُشْرَكَاتِ، وفي تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ.

وأما الخنزير فقد ذكر صاحب الكتاب ها هنا، وفي «الوسيط» أنه يُقَدَّرُ شاةً، والمذكور في باب نِكَاحِ المُشْرَكَاتِ أَنَّهُ يُقَدَّرُ بَقَرَةً، وهو الذي أورده الإمام، وصاحب «التهذيب».

وفي المِيتَةِ تُقَدَّرُ مُدْكَاةً، ثم الواجب فيها، وفي الخِنْزِيرِ القِيمَةُ، وبعد جميع ذلك، واضطرابُ كَلَامِ الأئمةِ فِيهِ يُزِيدُ القَوْلَ الأَصَحَّ قُوَّةً، وهو وَجُوبُ مَهْرِ المِثْلِ، وقوله في الكتاب: [ولذلك] يؤخذ بالشُّفَعَةِ يمكن أن يُعَلَّمَ بالحاء، وإن كانت المسألة دَخِيلَةً ها هنا مَذْكُورَةً للاستشهاد، لأن أبا حنيفة لا يثبت الشُّفَعَةَ فِي الشَّقْصِ المَمْهُورِ.

وقوله: «وإنما لا يَفْسُدُ النِّكَاحُ بفساده» يُعَلَّمُ بالميم والألف والواو؛ لما بيناه.

وقوله: «لأنه يثبت شرعاً في المُفَوَّضَةِ على الصحيح» أي: أن أَضَلَّ المَهْرِ غير مُحتَاجٍ إِلَى الذِّكْرِ بِدَلِيلٍ وَجُوبِهِ فِي صورة التَّفْوِيضِ بالعقد، وهذا أحد القولين فيه، وترجيحه هذا القَوْلُ غَيْرُ مُسَاعِدٍ عَلَيْهِ، كما سيأتي في التفويض وقوله: «أو خمرًا أو خِنْزِيرًا» يجوز إعلامه بالواو إِشَارَةً إِلَى الطريقة الذاهبة إلى أنه لا مَجَالَ لِلقَوْلَيْنِ فِي الخمر والخنزير، ويجب مَهْرُ المِثْلِ لا مَحَالَةً وقوله: «عصيرًا» أو «شاةً» يَجُوزُ إِعْلَامُهُمَا بالواو لما عرفته.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (العَهِقُ الثَّانِي فِي التَّسْلِيمِ) وَالبَدَاءَةُ بِتَسْلِيمِ الصَّدَاقِ عَلَى قَوْلٍ، وَفِي قَوْلٍ: لَا بَدَاءَةَ بَلْ يُجَبِّرَانِ مَعًا بِأَنْ يُسَلَّمَ الصَّدَاقُ إِلَى عَدْلٍ حَتَّى إِذَا مُكِّنَتْ سَلَّمَ إِلَيْهَا، وَعَلَى قَوْلٍ ثَالِثٍ لَا يُجَبِّرَانِ بَلْ يَبْدَأُ مَنْ أَرَادَ أَخْذَ النِّعَوضِ، فَإِنْ قُلْنَا: البَدَاءَةُ بِالصَّدَاقِ فَذَلِكَ إِنَّمَا يَجِبُ إِذَا كَانَتْ مَهْيَأَةً لِلانْتِمَاعِ، فَإِنْ كَانَتْ مَخْبُوسَةً أَوْ مَمْنُوعَةً بِعُدْرٍ آخَرَ لَمْ

(١) في ب: خمرًا.

يَلْزَمُ تَسْلِيمَ الصَّدَاقِ، وَإِنْ كَانَتْ صَبِيَّةً فَبِي وَجُوبِ تَسْلِيمِ الْمَهْرِ قَوْلَانِ كَمَا فِي الثَّقَفَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لَوْ أَخَّرَ تَسْلِيمَ الصَّدَاقِ بَعْدَ أَوْ غَيْرِ عَدْلِ، وَطَلَبَ مِنْهَا تَسْلِيمَ نَفْسِهَا، لَمْ يَكُنْ عَلَيْهَا الْإِجَابَةُ، بَلْ لَهَا حَبْسُ نَفْسِهَا إِلَى أَنْ يُسَلَّمَ الزَّوْجُ الصَّدَاقَ، بِتَمَامِهِ، إِنْ كَانَ الصَّدَاقُ عَيْنًا، أَوْ ذَيْنًا حَالًا<sup>(١)</sup>، وَإِنْ كَانَ مُؤَجَّلًا، فَلَيْسَ لَهَا حَبْسُ النَّفْسِ لِرِضَاهَا بِالتَّأخِيرِ، وَإِنْ حَلَّ الْأَجْلُ قَبْلَ أَنْ تُسَلَّمَ نَفْسِهَا، فَجَوَابُ الشَّيْخِ أَبِي حَامِدٍ وَأَصْحَابِهِ: أَنَّهُ لَيْسَ لَهَا الْحَبْسُ أَيْضًا<sup>(٢)</sup>؛ لِأَنَّهَا قَدْ رَضِيَتْ أَوَّلًا بِكَوْنِ الصَّدَاقِ فِي ذِمَّتِهِ، وَوَجِبَ عَلَيْهَا التَّسْلِيمُ قَبْلَ الْقَبْضِ، فَلَا يَرْتَفِعُ بِحُلُولِ الْحَقِّ، وَعَلَى هَذَا جَرَى صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» وَ «التَّهْذِيبِ» وَأَكْثَرُ الْأُئِمَّةِ، وَفِيهِ وَجْهٌ أَنَّ لَهَا الْحَبْسَ لِاسْتِحْقَاقِهَا الْمُطَالَبَةَ بَعْدَ الْحُلُولِ، كَمَا فِي الْإِبْتِدَاءِ، وَهَذَا مَا اخْتَارَهُ الْحَنَاطِيُّ وَالْقَاضِي الرَّوْيَانِيُّ، وَإِلَيْهِ ذَهَبَ الْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ، وَبِالْوَجْهِ الْأَوَّلِ أَجَبْنَا، فِيمَا إِذَا بَاعَ بِتَمَنِّ مُؤَجَّلٍ، ثُمَّ حَلَّ الْأَجْلُ قَبْلَ تَسْلِيمِ الْمِيعِ، وَيَجِيءُ فِيهِ الْوَجْهُ الثَّانِي أَيْضًا، بَلْ حَكَى ذَلِكَ أَيْضًا عَنْ نَصِّ الْمُزَنِّيِّ.

وَإِذَا كَانَتِ الْمَرْأَةُ صَغِيرَةً أَوْ مَجْنُونَةً، فَلَوْلِيَّهَا حَبْسُهَا إِلَى أَنْ يَقْبِضَ الصَّدَاقَ الْحَالِ وَلَوْ رَأَى الْمَضْلَحَةَ فِي التَّسْلِيمِ، فَلَهُ التَّسْلِيمُ، كَمَا يَجُوزُ لِلْعَاقِلَةِ أَنْ تُسَلَّمَ نَفْسِهَا قَبْلَ الْقَبْضِ.

وَعَنْ مَالِكٍ: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ مَا لَمْ يَقْبِضْ أَقْلٌ مَا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ صَدَاقًا وَلَوْ اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ، فَقَالَ الزَّوْجُ: لَا أَسَلِّمُ الصَّدَاقَ حَتَّى تَسْلِمِي نَفْسِكَ وَقَالَتْ هِيَ: لَا أَسَلِّمُ نَفْسِي حَتَّى تَسَلَّمَ الصَّدَاقَ، فَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ:

أَحَدُهَا: يُجْبَرُ الزَّوْجُ عَلَى التَّسْلِيمِ<sup>(٣)</sup> أَوَّلًا، فَإِذَا سَلِمَ سَلِمَتْ<sup>(٤)</sup> نَفْسُهَا.

وَأَصْحُهَا: أَنَّهُمَا يُجْبَرَانِ بِأَنْ يُؤَمَّرَ الزَّوْجُ بِوَضْعِ الصَّدَاقِ عِنْدَ عَدْلِ، وَتُؤَمَّرُ بِالتَّمَكِينِ، فَإِذَا مَكَّنَتْ سَلِمَ الْعَدْلُ الصَّدَاقَ إِلَيْهَا<sup>(٥)</sup>.

وَالثَّلَاثُ: أَنَّهُ لَا يُجْبَرُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا، لَكِنْ إِذَا بَادَرَ أَحَدُهُمَا إِلَى التَّسْلِيمِ أُجْبِرَ الْآخَرُ

(١) دفعاً لضرر فوات البضع، فيجب عليه تأويله.

(٢) قال في المهمات: صحح في الشرح الصغير مقابله، وهو الصواب ورده الأذري في التوسط بعبارة خشنة.

(٣) في ب: تسليم الصداق.

(٤) أشعر اقتصار المصنف على الأقوال الثلاثة أنه لا يجيء قول بإجبار الزوجة، وهو كذلك كما صرح به الإمام لفوات البضع عليها بالتسليم.

(٥) لما فيه من فصل الخصومة.

قال الإمام: فلو هم بالوطء بعد أن سلمت المهر فامتعت، فالوجه استرداده.

على تسليم ما عنده، وهذه الأقوال قد سبقَ مثلها في البيع عند اختلاف المُتَبَاعِينَ في البِدَايَةِ بالتسليم، وذكرنا هناك قولاً رابعاً: وهو أن البَائِعَ يُجْبِرُ على التَّسْلِيمِ أولاً، وها هنا لا يمكن الابتداء بالمرأة، لأن منفعة البُضْعِ إذا فَاتَتْ تَعَدَّرَ اسْتِدْرَاكُهَا، والمال يمكن اسْتِزْدَادَهُ.

وعن ابن الوكيل، وابن سَلَمَةَ، والقاضي أبي حامد، وغيرهم الاقْتِصَارُ على ذِكْرِ القول الثاني، والثالث، وإنكار البِدَايَةِ بالزوج، وإذا أثبتنا الأقوال فقول البِدَايَةِ بالزوج مَوْضِعُهُ ما إذا كانت مَهْيَأَةً للاستِمْتَاعِ، أما إذا كانت مَحْبُوسَةً أو مَمْنُوعَةً بِمَرَضٍ، فلا يلزمه تسليم الصِّدَاقِ<sup>(١)</sup>، وإن كانت صَغِيرَةً لا تَصْلُحُ لِلْجَمَاعِ، فهل يلزمه التَّسْلِيمِ؟ فيه قولان، وكذا لو سلمت مثل هذه الصغيرة إلى زوجها، هل عليه تسليم المَهْرِ؟ فيه قولان كالقولين في وُجُوبِ التَّقَّةِ، وهما مذكوران في التَّقَاتِ:

أحدهما: الوجوب كما في المَرِيضَةِ والرِّثْقَاءِ.

وأصحهما: المنع: لأن زَوَالَ الصَّغَرِ له أمدٌ مَعْلُومٌ، فالتَّأْخِيرُ إليه لا يكون كالتَّأْخِيرِ لا إلى غَايَةٍ، وفي المسألة طريقتان آخران:

إحدهما: عن القاضي أبي الطَّيِّبِ: القطع بأنه لا يَجِبُ تَسْلِيمُ الصِّدَاقِ والفرق أن التَّقَّةَ تجب لكونها مَحْبُوسَةً عليه مُمَكَّنَةٌ له، بحسب الإمكانِ، وقد تحقق هذا المعنى، والمَهْرُ عَوْضُ الاستِمْتَاعِ، وأنه مُتَعَدَّرٌ.

والثانية: حكى الشيخ أبو حامد: القطع بأنه يَجِبُ تَسْلِيمُ الصِّدَاقِ، والفرق أن المَهْرَ يجب في مُقَابَلَةِ البُضْعِ، ومِلْكُ البُضْعِ حاصل بالعَقْدِ، والنفقة في مقابلة التمكين من الاستِمْتَاعِ، والتمكين من الاستِمْتَاعِ يَسْتَدْعِي إمكانَ الاستِمْتَاعِ وهو مفقود ويَجْرِي الخلاف فيها إذا كان الزَّوْجُ صَغِيرًا في مُطَابَلَةِ الوَلِيِّ، وإن كان الزوج صَغِيرًا وهي كبيرة، فالأصح أن لها طَلَبَ المَهْرِ، كما في التَّقَّةِ، وإذا قلنا: إن البِدَايَةَ بالزوج، أو قلنا: إنهما يُجْبِرَانِ، فقالت الزوجة: سَلِمَ المَهْرُ لأسلم نفسي، فيلزمه التَّقَّةُ من حينئذٍ؛ لأنها مُمَكَّنَةٌ مُطَاوَعَةٌ. وإن قلنا: لا يُجْبِرَانِ، فلا نَفَقَةٌ لها حَتَّى تُبَادِرَ إلى التَّمْكِينِ.

قَالَ العَرَّالِيُّ: ثُمَّ إِذَا بَادَرَتْ وَمَكَّنَتْ كَانَ لَهَا طَلَبُ الصِّدَاقِ وَإِنْ لَمْ يَطَّأَهَا عَلَى كُلِّ قَوْلٍ، نَعَمْ لَوْ رَجَعَتْ إِلَى الامْتِنَاعِ سَقَطَ طَلَبُهَا إِلَّا إِذَا وَطَّئَهَا، فَإِنَّ المَهْرَ يَسْتَقِرُّ بِوَطْأَةِ وَاحِدَةٍ، وَلَيْسَ لَهَا بَعْدَ الوَطْءِ حَبْسٌ نَفْسَهَا لِأَجْلِ الصِّدَاقِ إِذْ بَطَلَ (ح) حَقُّهَا بِالتَّمْكِينِ مِنْ وَطْءِ وَاحِدٍ، أَمَا إِذَا بَادَرَ الزَّوْجُ وَسَلِمَ الصِّدَاقَ، فَإِنْ قُلْنَا: يُجْبِرُ الزَّوْجُ فَلَهُ الاسْتِزْدَادُ إِذَا

(١) قال الأزرعي: لا يختص هذا بهذا القول، بل هو معتبر على كل قول حتى لو بذلت نفسها وبها مانع من إحرام أو غيره، لم يجبر. صرح به العراقي.

أَمْتَنَتْ، وَإِنْ قَلْنَا: لَا يُجْبَرُ فَهُوَ مُتَبَرِّعٌ بِالْمُبَادَرَةِ فَلَيْسَ لَهُ الْاسْتِزَادُ، وَمَهْمَا سَلَّمَ الصَّدَاقَ فَعَلَيْهِ أَنْ يَمْهَلَهَا رَيْنَمَا تَسْتَعِدُّ بِالتَّنْظِفِ وَالْاسْتِخْدَادِ، وَأَقْصَى الْمُهْلَةِ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ، وَلَا يَمْهَلُهَا لِأَجْلِ نَهْيَةِ الْجِهَارِ وَأَعْرَاضِ أُخَرَ سِوَى التَّنْظِفِ، وَلَا يَمْهَلُ لِأَجْلِ الْحَيْضِ فَإِنْ لَهُ الْاسْتِمْتَاعُ بِمَا فَوْقَ الْإِرَارِ، وَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً لَا تُطِيقُ الْجَمَاعَ أَوْ مَرِيضَةً وَجِبَ الْإِمْهَالُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْكَلَامُ الْآنَ فِيمَا إِذَا بَادَرَ أَحَدَ الزَّوْجَيْنِ إِلَى التَّسْلِيمِ، وَذَلِكَ إِمَّا أَنْ يَكُونَ<sup>(١)</sup> مِنَ الْمَرْأَةِ، أَوْ مِنَ الرَّجُلِ، فَإِنْ بَادَرَتْ هِيَ، وَمَكَّنَتْ، فَلَهَا طَلَبُ الصَّدَاقِ عَلَى الْأَقْوَالِ كُلِّهَا ثُمَّ إِنْ لَمْ يَجْرِ وَطْءٌ، فَلَهَا الْعَوْدُ إِلَى الْاِمْتِنَاعِ، إِلَى أَنْ يَسْلَمَ الصَّدَاقَ، وَيَكُونَ الْحُكْمُ، كَمَا قَبْلَ التَّمْكِينِ، وَإِنْ جَرَى فَلَيْسَ لَهَا بَعْدَ ذَلِكَ الْاِمْتِنَاعُ وَحَبْسُ النَّفْسِ لِاسْتِيفَاءِ الصَّدَاقِ، كَمَا لَوْ تَبَرَّعَ الْبَائِعُ بِتَسْلِيمِ الْمَبِيعِ، قَبْلَ قَبْضِ الثَّمَنِ، لَيْسَ لَهُ أَخْذُهُ وَحَبْسُهُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَهَا الْعَوْدُ إِلَى الْاِمْتِنَاعِ وَفِي «شَرْحِ الْقَاضِي ابْنِ كَج» أَنَّ أَبَا مَنْصُورَ الْأَبْنُورِدِي حَكَى عِنْدَ الْقَاضِي أَبِي حَامِدٍ أَنَّ لِلْأَصْحَابِ وَجْهًا مِثْلَهُ، وَإِذَا وَطَّئَهَا مَكْرَهَةً، فَهَلْ لَهَا مَنَعُ النَّفْسِ بَعْدَهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أَصْحُهُمَا: نَعَمْ كَمَا لَوْ غَصَبَ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ قَبْلَ تَسْلِيمِ الثَّمَنِ، يَجُوزُ لِلْبَائِعِ رَدُّهُ إِلَى حَبْسِهِ.

وَالثَّانِي: لَا؛ لِأَنَّ الْبُضْعَ بِالْوَطْءِ كَالثَّالِفِ، فَأَشْبَهَا مَا لَوْ غَصَبَ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ قَبْلَ تَسْلِيمِ الثَّمَنِ، وَهَلَكَ عِنْدَهُ، وَيَجْرِي الْوَجْهَانِ فِيمَا لَوْ سَلَّمَ الْوَلِيُّ الصَّغِيرَةَ، أَوْ الْمَجْنُونَةَ قَبْلَ قَبْضِ الصَّدَاقِ، فَبَلَّغَتْ أَوْ أَفَاقَتْ بَعْدَ الدُّخُولِ، فَإِنْ بَلَّغَتْ أَوْ أَفَاقَتْ قَبْلَهُ، فَلَهَا الْاِمْتِنَاعُ، وَإِنْ بَادَرَ الزَّوْجُ، وَسَلَّمَ الصَّدَاقَ، فَعَلَيْهَا التَّمْكِينُ، وَتَسْلِيمُ النَّفْسِ إِذَا طَلَبَ الزَّوْجُ، وَكَذَا لَوْ كَانَ الصَّدَاقُ مُؤَجَّلًا، فَإِنْ اِمْتَنَعَتْ مِنْ غَيْرِ عُدْرٍ، فَهَلْ لَهُ اسْتِزَادُ مَا سَلَّمَ؟ يَنْبِي ذَلِكَ عَلَى أَنَّ الزَّوْجَ هَلْ يُجْبَرُ عَلَى تَسْلِيمِ الصَّدَاقِ؟!.

إِنْ قَلْنَا: نَعَمْ، فَهِيَ الْاسْتِزَادَةُ؛ لِأَنَّ الْإِجْبَارَ بِشَرطِ تَسْلِيمِ الْمَعْوُضِ إِلَيْهِ، وَإِنْ قَلْنَا؛ لَا يُجْبَرُ فَوْجْهَانِ:

أَطْرَهُمَا: أَنَّهُ لَا يَسْتَرِدُّ؛ لِأَنَّهُ قَدْ تَبَرَّعَ بِالْمُبَادَرَةِ، وَسَلَّمَ فَلَا يَتِمَكَّنُ مِنَ الرَّجُوعِ، كَمَا لَوْ عَجَّلَ الْمَالُ الْمُؤَجَّلَ.

وَالثَّانِي: لَهُ الْاسْتِزَادَةُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَحَصَّلْ عَلَى الْعَوْضِ، وَهَذَا مَا أَوْرَدَهُ صَاحِبُ «الْعُدَّة».

(١) فِي ب: يَوْجِدُ.

وعن القاضي الحسين أنه إن كانت المرأة مَعذُورَةً حين سَلَمَ، فزال العُدْرُ، وامتنعت يسترد؛ لأنه سلم على رَجَاءِ التمكين، والخلاف في الاستِرْدَادِ ها هنا قريب من وَجْهَيْنِ ذِكْرًا فيما إذا سَلَمَ مَهْرَ الصغيرة التي لا تَصْلُحُ لِلْجَمَاعِ إما عالمًا<sup>(١)</sup> بحالها، أو غَيْرِ عَالِمٍ وقلنا بالصحيح، وهو أنه لا يَجِبُ تَسْلِيمُ مَهْرِهَا، هل له الاسترداد؟.

وإن اسْتَمَهَلَتْ بعد تسليمه الصَّدَاقِ أَمَهَلَتْ لِتَنْتَهِيًا بِالتَّنْظِيفِ والاستِخْدَادِ، وإزالة الأَوْسَاحِ على ما يراه الحَاكِمُ من يوم أو يومين<sup>(٢)</sup>، وَعَايَةَ المُهَلَّةِ ثَلَاثَةَ أَيَامٍ وقضية لفظ «الوسيط» إِبْتِثَاتٌ خِلَافٍ فِي أَنَّهُ تَمَهَّلُ بِقَدْرِ مَا تَنْتَهِيًا بِهِ أَوْ ثَلَاثَةَ أَيَامٍ؟.

والأشبه خِلَافُهُ، ثم المَفْهُومُ من كلام الأكثرين أنه لا بُدَّ من الإِمهَالِ إذا اسْتَمَهَلَتْ.

وفي «العدة» أن هذا الإِمهَالِ غير وَاجِبٍ، وفي أصل الإِمهَالِ قَوْلُ آخر مَثْقُولٌ عن «الإملاء»، كما أن أحد المُتَبَايِعِينَ إذا سَلَمَ ما عنده يُطَالِبُ بِالْعَوَضِ، بلا مُهَلَّةٍ، والأظهر الأول ومنهم من قَطَعَ به، ولا تَمَهَّلُ لِتَنْهِيَةِ الجِهَازِ، ولا لانتظار السَّمَنِ، ونحوهما من الأَعْرَاضِ، ولا بسبب الحَيْضِ<sup>(٣)</sup> والنَّفَاسِ، بل تُسَلِّمُ النَّفْسَ لِسَائِرِ الاستِمَاعَاتِ كَالرُّتْقَاءِ والقِرْنَاءِ.

وإن كانت صَغِيرَةً لا تحتمل الجَمَاعَ، أو كان بها مَرَضٌ، أو هُزَالٌ تَنْصَرِّرٌ بِالوَطْءِ معه، فَتَمَهَّلُ إِلَى زَوَالِ المَانِعِ، وَيُكْرَهُ لِلوَالِي أَنْ يُسَلِّمَ مِثْلَ هذه الصغيرة، ولا يجوز لِلزَّوْجِ وَطْؤَهَا إِلَى أَنْ تَصِيرَ مُحْتَمِلَةً لَهُ، ولو قال الزوج: سَلَّمُوا إِلَى الصَّغِيرَةِ والمَرِيضَةِ، ولا أَقْرَبُهَا إِلَى أَنْ يَزُولَ مَا بِهَا. قال في «التهديب»: يُجَابُ إِلَيْهِ فِي المَرِيضَةِ، ولا يُجَابُ فِي الصَّغِيرَةِ؛ لأنَّ الأَقْرَبَ أَوْلَى بِالْحَضَانَةِ قال وفي «الوسيط» أنه لا يُجَابُ فِي الصَّوْرَتَيْنِ<sup>(٤)</sup>؛ لأنه ربما لا يَبْقَى، فَتَنْصَرِّرَانِ، بخلاف الحَائِضِ، فإنها لا تَنْصَرِّرُ.

وله أن يَمْتَنِعَ من تسلّم الصغيرة<sup>(٥)</sup>، فإن نَكَحَ للاستمتاع لا لِلْحَضَانَةِ، وفي

(١) في ب: علماً.

(٢) سواء أكانت طاهراً أم حائضاً أم نفساء.

(٣) أي لا تمهل بسبب الحيض، خص في التتمة المنع بما إذا زادت مدة الحيض على ثلاثة أيام، قال: فإن كانت لا تزيد عليها أمهلت. وجرى عليه الرافي في الشرح الصغير.

(٤) لم يرجع الشيخ شيئاً.

قال في الخادم: والراجع الثاني، وبه أجاب الإمام والمتولي وصاحب الذخائر وهو قضية كلام العراقيين ونص المختصر والخلاف قيد لا بد منه، وهو أن يكون ثقة أميناً وإلا لم يجب بلا خلاف. وقد صرح بهذا التقييد الصيدلاني في شرح المختصر.

(٥) ذكر في الخادم أنه وقع في الشرح والروضة تسليم بكسر اللام بعدها ياء، والصواب تسلّم بضم اللام.

المَرِيضَةَ وَجِهَانَ، قال في «الشامل»: الأَقْيَسُ أنه ليس له الامْتِنَاعُ، كما ليس له أن يُخْرِجَهَا من داره، إذا مرضت، وإذا تسلمها فعليه التَّفَقُّةُ لا كَالصَّغِيرَةِ، فإن المَرَضَ عَارِضٌ<sup>(١)</sup> متوقع الزوال.

ولو كانت المَرْأَةُ نَحِيفَةً بِالْجِبِلَّةِ، فليس لها أن تَمْتَنِعَ لهذا العُدْرِ، لأنه ليس شيئاً مُتَوَقَّعَ الزَّوَالِ، فكانت كَالرُّتْقَاءِ، ثم إن كانت تَخَافُ الإِفْضَاءَ لو وُطِئَتْ لِعِبَالَةِ الزَّوَجِ، فليس عليها التَّمَكِينُ مِنَ الوَطْءِ.

قال الأئمة: وليس له الفَسْحُ، بخلاف الرُّتْقِ، فإنه يمنع الوطء مُطْلَقاً، والتَّخَافَةُ لا تمنع وَطْءَ نَحِيفٍ مِثْلَهَا، وليس ذلك بِعَيْبٍ أَيْضاً.

وفي الكتاب ما يُخَالِفُ هذا في باب الدِّيَاتِ، وإذا وُطِئَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ، فَأَفْضَاهَا، فالقول في الدِّيَةِ مَذْكُورٌ فِي الدِّيَاتِ، وليس له أن يَعودَ إلى وَطْئِهَا، حتى تبرأ البرء الذي إن عاد لم يَنْكُأْهَا هذا لفظ الشافعي يقال نكأت القرحة أي: خَدَشْتُهَا وَأَذَمْتُهَا وإن اختلفا في حُصُولِ هذا البرءِ وأنكرت هي، قال الشَّافِعِيُّ رضي الله عنه: القول قَوْلُهَا.

وفي «التتمة» أن موضع النَّصِّ ما إذا سَلَمْتَ انْدِمَالَ ظَاهِرِ الْجُرْحِ، وأدَعَتْ بَقَاءَ الأَلَمِ، فتحلف وتصدق، لأن ذلك لا يعرف إلا منها، أما إذا ادَّعَتْ بَقَاءَ الْجُرْحِ، وأنكرت أَضَلَّ الانْدِمَالَ، فتعرض على أربع نِسْوَةَ ثِقَاتٍ، ويعمل بقولهن:

ومَنهم من حَمَلَ النَّصَّ على ما إذا لم يَمُضْ مِنَ الزَّمَانِ ما يقلب فيه البرء فإن مضى رَاجَعْنَا النِّسْوَةَ وَمَنهم من أَطْلَقَ القَوْلَ بِمَرَاجَعَتَيْهِنَّ عند الاختلاف، وعلى هذا فَصُورَةُ النَّصِّ ما إذا لم يكن هُنَاكَ نِسْوَةَ ثِقَاتٍ، وقوله «في الكتاب»: «نعم لو رجعت إلى الامتناع سَقَطَ طَلْبُهَا» أي: الطلب الثَّابِتُ على جميع الأقوال، وبصير الحكم كما كان قبل التمكين.

وقوله: «إلا إذا وَطِئَهَا فإن المَهْرَ يستقر بوطأة واحدة» يعني إذا جرى الوطء يَسْتَقِرُّ المَهْرُ، فيستمر الطلب وإن فُرِضَ منها امْتِنَاعٌ بعد ذلك. وقوله: «وليس لها بعد الوطءِ حَبْسٌ نَفْسِهَا» مُعَلِّمٌ بالحاء والواو وقوله: «إذا بَطَّلَ حَقَّهَا بالتمكين من وَطْءٍ» واجِدٌ ليس بِتَوْجِيهِ مَقِيدٍ، فإن من يقول: لها الحَبْسُ بعد الوطءِ مُحَالٌ أن يسلم ببطلان حَقِّ الحَبْسِ مِنَ الوَطْءِ.

### «فروع»

عن «مُجَرَّدِ» الحناطي إذا اختلف الزَّوْجُ، وأبو الزوجة، فقال أحدهما: إنها صَغِيرَةٌ

(١) في ب: عذر عارض.

لا تَحْتَمِلُ الْجَمَاعَ، وقال الآخر: تحتمله، ففي وَجْهِ: القول قَوْلٌ من ينكح الاختِمَالَ، وفي وجه ترى أربع نِسْوَةٍ، أو رَجُلَيْنِ من المَحَارِمِ<sup>(١)</sup>.

ولو قال الرجل: امرأتي حَيَّةٌ، وطلب تسليمها، وقال الأب: بل مَاتَتْ، فالقول قول الزوج، ولو تَزَوَّجَ رجلٌ بـ «بغداد» امرأةً بـ «الكوفة» وجرى العَقْدُ بـ «بغداد» فلاغْتِبَارُ بموضع العَقْدِ فتسلم نفسها بـ «بغداد» ولا نَفَقَةٌ لها قبل أن يحصل بـ «بغداد» ولو خرج الزَّوْجُ إلى «المَوْصِلِ» وَبَعَثَ إليها من يجيء بها من «الكوفة» إلى «المَوْصِلِ» فنفتتها من «بغداد» إلى «الموصل» على الزوج والله أعلم.

قَالَ الْعَزَائِي: (الْحُكْمُ الثَّلَاثُ: التَّقْرِيرُ) وَلَا يَتَقَرَّرُ كَمَالَ الْمَهْرِ إِلَّا بِالْوَطْءِ أَوْ بِمَوْتِ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ، وَلَا يَتَقَرَّرُ بِالْخُلُوةِ عَلَى الْقَوْلِ الْجَدِيدِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْمَهْرُ الْوَاجِبُ بِالنِّكَاحِ، أَوْ الْقَرْضِ يَسْتَقِرُّ بِطَرِيقَيْنِ:

إحدهما: الوَطْءُ وإن كان حَرَامًا لوقوعه في الحَيْضِ والإِحْرَامِ<sup>(٢)</sup>؛ لأن الوَطْءَ بالشُّبْهَةِ يوجب الْمَهْرَ ابْتِدَاءً، فالوطء في النكاح أولى أن يقرر المهر الواجب، وتكفي الوَطْءَةُ الواحدة للتقرير.

والثاني: الموت، فإذا مات أحد الزوجين، فالواجب كَمَالَ الْمَهْرِ؛ لأن المَوْتَ لَا يُبْطِلُ النِّكَاحَ، بدليل أنهما يَتَوَارَثَانِ، وإذا لم يبطل النكاح بالموت، ولم يَبْقَ كان الموت نِهَآيَةً له، وانتهَاءُ العَقْدِ كاستيفاء المعقود عليه، بدليل الإِجَارَةِ، ثم حَكَى أَبُو سَعْدٍ الْمُتَوَلَّى وجهين في أَنَا هل نُطَلِّقُ القول بأن الْمَهْرَ يَتَقَرَّرُ بالموت؟ فمن قائل: لا؛ لأن التقرر إنما يحسن إِطْلَاقَهُ إذا كان يتوقع وُجُودَ المسقط، ولا يتأثر الْمَهْرُ به، وبعد الموت لا يَتَوَقَّعُ وُجُودُ المسقط، وهو الطَّلَاقُ والرَّدَّةُ، ومن قائل: نعم؛ إِلْحَاقًا لانتِهَاءِ العَقْدِ باستيفاء المَعْقُودِ عليه، وهذا ما أَطْلَقَهُ صاحب الكتاب ولمن قال به أن يقول ليس الْمُسْقُطُ مُطْلَقَ الطَّلَاقِ والرَّدة، بل يشترط وقوعهما قبل الدخول، وأنه لا يَتَصَوَّرُ حُصُولَهُ

(١) قال النووي: أصحهما: الثاني.

(٢) في ب: الزوج.

(٣) القول قول الزوج في الوطء بيمينه.

فإن قيل: لا بد في الاستقرار مع الوطء من قبض العين؛ لأن المشهور أن الصداق قبل القبض مضمون ضمان عقد كالبيع.

فكما قالوا: إن المبيع قبل القبض غير مستقر، وإن كان الثمن قد قبض، فكذلك الصداق. أجب بأن المراد بلا استقرار هنا الأمن من سقوط كل المهر أو بعضه بالتشطير، وفي البيع الأمن من الانفساخ، والمبيع إذا تلف قبل القبض انفسخ البيع، والصداق المعين إذا تلف قبل القبض لم يسقط المهر، بل يجب بدل البضع وهو مهر المثل على ضمان العقد وبدل العين على ضمان اليد فافترق البايان.



بعد الدخول، كما لا يُتَصَوَّرُ بعد الموت، ثم ذكر المَتَوَلِّي أن فائِدَةَ الخلاف تَظْهَرُ في المُفَوَّضَةِ إذا مات زوجها، إن قلنا: إن الموت مقرر، فتستحق مَهْرَ المِثْلِ، وإلا فلا، وليس لهذا البِنَاءِ وَضُوحٌ، فإن التقرير إنما<sup>(١)</sup> يُطْلَقُ عند سَبَقِ الواجب، فلا يلزم من كون المَوْتِ مُقَرَّرًا وَجُوبَ المَهْرِ في صورة التفويض، إذا لم يكن هناك وَجُوبٌ سابق.

واعلم أن القول بأن مَوْتِ أحد الزوجين مُقَرَّرٌ للمهر، وإن كان مُطلقاً لكن صورة قَتْلِ السَّيِّدِ الأُمَّةِ مُسْتَثْنَاءٌ منه على الظاهر.

ومنه من أَلْحَقَ بهذه الصُّورَةَ غيرها على ما بيَّنناه في موضعه<sup>(٢)</sup>.

وأما الخَلْوَةُ بلا وَطءٍ، فالقول الجَدِيدُ أنها لا تُؤَثَّرُ في المَهْرِ حتى لو طَلَّقَهَا بعد جَرَيَانِ الخَلْوَةِ لم يجب إلا نِصْفُ المَهْرِ؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ ولا مَسِيسٌ، ويروى عن ابنِ مَسْعُودٍ، وابنِ عَبَّاسٍ - رضي الله عنهما - أنهما قالا: «ليس لهذه إلا نِصْفُ الصَّدَاقِ».

وعلى هذا القول لو اتَّفَقَا على الخَلْوَةِ وأدَّعَتِ المَرْأَةُ الإِصَابَةَ لم يَتَرَجَّحْ جانبها بِالخَلْوَةِ، ويكون القول قَوْلُهُ مع يمينه.

وعلى القديم الخَلْوَةُ مُؤَثَّرَةٌ، وفي أثرها قولان:

أحدهما: تصديق<sup>(٣)</sup> المَرْأَةُ إذا ادَّعَتِ الإِصَابَةَ، ولا يتقرر المَهْرُ بمجردِها وبهذا قال مالك - رضي الله عنه -، إلا أنه يُزَوَّى عنه أن المَرْأَةَ إنما تُصَدِّقُ بيمينها إذا جرت الخَلْوَةُ في دَارِهِ، أو جرت في دَارِهَا، وطال الرِّمَانُ دون ما إذا جرت في دارها، ولم يَطُلِ الرِّمَانُ، وعندنا لا فَرْقٌ على هذا القول.

وأظهرهما: أنها كالوَطءِ في تقرير المَهْرِ، وكذا في إيجاب العِدَّةِ، وبه قال أبو حَنِيفَةَ، وأحمد - رضي الله عنهما - لما رُوِيَ عن عمر، وعلي - رضي الله عنهما - أنهما قالا: «إذا أَعْلَقَ أباً وأرْحَى سِتراً فلها الصَّدَاقُ كامِلاً، وعليها العِدَّةُ» وعلى هذا ففي الرَّجْعَةِ وجهان:

أظهرهما: ثبوتها أيضاً.

والثاني: المنعُ، وبه قال أبو حَنِيفَةَ، وهل يشترط في تقرير الخَلْوَةِ المَهْرَ أَلَّا يَكُونَ

(١) في ب: التفريط بها.

(٢) خرج بالوطء والموت وغيرهما فلا يستقر فيما دون الفرج، ولا باستدخال مني، ولا بإزالة بكاراة بغير آلة الجماع كما سيشير المصنف.

(٣) في ب: أن أثرها لصديق.

هناك مانع شرعي كالصوم والحَيْض والإِحْرَام. أما عند أبي حنيفة فَيُشْتَرَطُ، ومن الأصحاب من وافقه تَفْرِيعاً على القديم، والمذكور في «التتمة» أنه لا يشترط، ويقرر المهر، كما إذا استأجر داراً إجازة فاسدة، وقبضها يلزمه أجره المثل، وإن لم يسكنها.

ولو كان هناك مانع حسي كالرتق والقرن منها، والجَبِّ والعُتَّةِ منه، لم يَتَقَرَّرِ المهر، ويخالف أبو حنيفة في الجَبِّ والعُتَّةِ وإذا قلنا: إن مجرد الخلوة لا يُقَرَّرُ المهر ففي الوطاء فيما دون الفرج وجهان؛ بناءً على القولين في أنه هل تحرم الربيبة وهل تثبت حُرْمَةُ المصاهرة، وقد بيناهما في موضعهما.

### الباب الثاني في الصداق الفاسد

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَلِفَسَادِهِ سِتَّةُ مَدَارِكَ: (الأول): أَنْ لَا يَقْبَلَ الْمَلِكُ كَالْحُرِّ وَالْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ وَالغَضَبِ وَذَلِكَ يُوجِبُ الرَّجُوعَ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ عَلَى قَوْلِ، وَإِلَى قِيَمَةِ الْمَذْكُورِ عَلَى قَوْلِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: غرض الباب بَيَانُ جِهَاتِ الفَسَادِ فِي الصَّدَاقِ، وَرَتْبُهَا فِي الكِتَابِ عَلَى سِتَّةِ أَنْوَاعٍ: (١)

أحدها: ألا يكون المذکور مالا كما لو سَمِيََا خَمْرًا، أو خِنْزِيرًا، أو حُرًّا، وهذا قد اندرج في تَضَاعِيْفِ الكَلَامِ عند توجيه قولِ ضَمَانِ العَقْدِ واليد، ولو أصدَقَهَا عبداً أو ثوباً، فخرج مَغْضُوبًا، فالواجب مهر المثل في أصح القولين، وقيمة ذلك العبد في الثاني، ولا يحتاجها هنا إلى تقريرِ تَبْدِيلِ الصَّفَةِ والخَلْقَةِ وعند أبي حنيفة الواجبها هنا القيمة على خلاف ما حكينا عنه فيما إذا خرج حُرًّا، ولو أصدَقَهَا عِبْدَيْنِ، فخرج أحدهما حُرًّا، أو مَغْضُوبًا، أو ثوبين فخرج أحدهما مَغْضُوبًا بَطَلِ الصَّدَاقِ فِي الحُرِّ والمغضوب، وفي الآخر قولاً تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ، فإن لم نصحح فيه أيضاً فلها مهر المثل، أو قيمتهما جميعاً؟ فيه القولان.

وإن قلنا: يصح، فلها الخِيَارُ لأنَّ المُسَمَّى بِتَمَامِهِ لم يسلم لها، فإن فسخت فعلى القولين، وإن أجازت فقولان:

أحدهما: أنها تَرْضَى بِالآخر صَدَاقًا، ولا شيء لها غيره.

(١) قال الشيخ البلقيني: بقي سبب سابع وهو أن تصدق المحجور عليها ما لا يبقى في ملكها كأبيها أو أمها، وقال أيضاً: ومن جملة الأسباب أن يكون مجهولاً أو يكون رد لها عبدها الأبق أو جملها الشارد، ومكانهما غير معروف. نص عليه في الأم.

وأظهرهما: أنه لا يلزمها أن تفتن به، بل تأخذ معه حصّة المغضوب من مهر المثل إذا وزّعناه على القيمتين في أحد القولين، وقيمته في القول الثاني.

وعند أبي حنيفة إذا خرج أحدهما حراً فلا شيء لها، إلا العبد الثاني، وإن خرج مغضوباً، فلها قيمة المغضوب معه.

### «فروع»

لو أصدقها عبداً أو ثوباً، ولم تصفه، بل أطلق، فالتسمية فاسدة، والواجب مهر المثل، كما لو أصدقها ثوباً أو دابةً وأطلق.

وقال أبو حنيفة ومالك وأحمد رضي الله عنهم يصح، ويجب عبد وسط، وإن وصف العبد والثوب، صحّت التسمية، ووجب المسمى.

وعن أبي حنيفة، وأحمد أنه بالخيار بين أن يسلم العبد الموصوف، أو قيمته؛ لأن الحيوان لا يثبت في الذمة ثبوتاً صحيحاً، فيتخير من عليه بينه وبين بدله، كما في الدية.

قال الأصحاب: هذا ممنوع في الدية أيضاً على القول الجديد.

وعن أبي حنيفة في الثوب الموصوف اختلاف رواية أنه يجب تسليمه، أو يكون كالعبد، وإذا جرت تسمية فاسدة فالواجب مهر المثل بالغاً ما بلغ.

وعند أبي حنيفة الواجب الأقل من المسمى ومهر المثل.

وقوله في الكتاب: «ألا يقبل الملك» هذا إن جرى على إطلاقه في الحر والخمر والخنزير، ولا يجري في المغضوب، فإنه مملوك، وكان المراد ألا يقبل تمليك هذا الشخص، وقوله: «يوجب الرجوع إلى مهر المثل» وقوله: و «إلى قيمة المذكور» يمكن أن يعلم بالحاء؛ لأن عند أبي حنيفة الواجب في المغضوب القيمة، فيما إذا خرج حراً مهر المثل، والقولان مطلقان في الصور جميعاً، وقد أطلق في الصور وجوب القيمة على هذا القول، لكنه لا يعم الصور، بل في صورة الخمر تقدر هي عصبياً ويجب مثله، كما سبق.

قال الغزالي: (الثاني: الشرط) ولا يفسد النكاح بشرط لا يخل بمقصوده كشرط أن لا يتسرى عليها أو لا يمنعه من الخروج أو لا يجمع بينها وبين ضرائها في مسكن أو لا يقسم لها أو لا ينفق عليها، ويفسد بكل ما يخل بمقصوده كشرط الطلاق وترك الوطء إلا على وجه بعيد، وإذا لم يفسد بالشرط فسد الصداق؛ لأن المشروط كالعوض المضاف إلى الصداق ويتعدّر الرجوع إلى قيمة المشروط فيتعين الرجوع إلى مهر المثل.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الشرط في النِّكَاحِ إن لم يَتَّعَلُقْ به غَرَضٌ، فهو لَعْوٌ مَخْضٌ على ما مر في البيع فإن تعلق به غرض، فإما ألا يُخَالِفَ مُوجِبَ النِّكَاحِ، فلا يُؤَثِّرُ ذِكْرُهُ في النِّكَاحِ، ولا في الصِّدَاقِ، وهو كما إذا شرط أن يُقْسِمَ لها، أو أن يُنْفِقَ عليها، أو يَتَسَرَّى أو يَتَزَوَّجَ عليها إن شاء، أو يُسَافِرَ بها أو لا تَخْرُجَ إلا بِإِذْنِهِ وإما أن يخالف موجهه، فهو على ضربين:

أحدهما: ما لا يُجِلُّ بالمَقْصُودِ الأصلي من النِّكَاحِ، فيفسد الشَّرْطُ سِوَاءَ كان لها، كما إذا شرط ألا يَتَزَوَّجَ عليها، أو لا يَتَسَرَّى، أو لا يُطَلِّقَهَا، أو لا يُسَافِرَ بها، أو تخرج متى شاءت، أو يُطَلِّقَ ضَرَّائِهَا، أو كان عليها كما إذا شَرَطَ ألا يقسم لها، أو يجمع بين ضَرَّائِهَا وبينها من المَسْكَنِ، أو لا ينفق عليها.

وقال أبو حنيفة وأحمد: إذا شَرَطَ ما يَنْفَعُهَا صَحَّ الشَّرْطُ، فإن لم يَفِ، فلها الخِيَارُ، واحتج الأصحاب بما روي أنه - صَلَّى اللهُ عليه وسلَّم - قال: «كُلُّ شَرْطٍ ليس في كتاب الله فهو باطلٌ» ثم فسَّادَ الشَّرْطُ لا يؤثر في النِّكَاحِ؛ لأن فسَادَ العَوَضِ لا يؤثر فيه، ففساد الشرط أولى، هذا هو الصحيح.

وحكى الحنطي وَجْهًا آخر، وَقَوْلًا أَنَّهُ يَبْطُلُ النِّكَاحُ، وسيجيء من بعد ما يُؤَافِقُهُ، وأما الصِّدَاقُ فَإِنَّهُ يَتَأَثَّرُ بِالشَّرْطِ الفاسد، ويكون الواجب مَهْرَ المِثْلِ، لأنه إن كان الشَّرْطُ لها، فإنما رَضِيَتْ بِالمُسْمَى مع ذلك الرفق وإن كان عليها، وإنما رضي الزَّوْجُ بِبَدَلِ المُسْمَى ليحصل له ذلك الرِّفْقُ مع البُضْعِ، فإذا فسَدَ الشرط، وليس له قِيمَةٌ يرجع إليها، وَجَبَ الرجوع إلى مَهْرِ المِثْلِ، ولا فَرْقٌ بين يَزِيدَ على مَهْرِ المِثْلِ، أو ينقص أو لا يزيد ولا يَنْقُصُ.

وعن ابن خَيْرَانَ أَنَّهُ إن زَادَ، والشَّرْطُ لها، فالوَاجِبُ المُسْمَى، لأنه قد رَضِيَ بِبَدَلِهِ، مع المُسَامَحَةِ بترك حَقِّ، فإذا لم تلزم المُسَامَحَةَ كان أولى بالرِّضَا، وكذلك إن نَقَصَ، والشَّرْطُ عليها<sup>(١)</sup>؛ لأنها قد رَضِيَتْ بِذلك القَدْرِ مع تَرْكِ حَقِّ لها، فدونه أولى.

ومنهم من جَعَلَ هذا قَوْلًا مُخْرَجًا، وفي كتاب الحنطي وَجْهٌ مطلق أن الواجب في ضُورَةِ الشرط الفاسد أَقْلُ الأمرين من المُسْمَى، ومَهْرِ المِثْلِ، ووجه آخر أن الشَّرْطُ لا يُؤَثِّرُ في الصِّدَاقِ، كم لا يُؤَثِّرُ في النِّكَاحِ.

(١) قال الشيخ البلقيني: قوله عن ابن خيران أن زاد إلى آخره وهم، ففاعل زاد ضمير يعود على مهر المثل لأنه قال في مبدأ كلامه ويجب مهر المثل سواء زاد على المسمى أم نقص أم ساواه، وإذا كان مهر المثل زائداً على المسمى، والشرط لها فهي إنما سمحت بترك تمام مهر المثل ليحصل لها الشرط ولم يحصل فيجب حينئذ مهر المثل.

والضرب الثاني: ما يُخِلُّ بمقصود النكاح، كما لو نكحها بشرط أن يُطلقها، أو بشرط ألا يطأها، والكلام في الصورتين قد مرَّ في فصل التحليل، فإن صححنا النكاح أثر الشرط في الصداق، كسائر الشروط الفاسدة.

وقوله في الكتاب: «ولا يفسد النكاح» يجوز إغلامه بالواو.

وقوله: «كشرطه ألا يتسرى عليها، أو لا يمنعها من الخروج» الشرط في هاتين الصورتين لها. وقوله: «أو يجمع بينها وبين ضراتيها في مسكن واحد، أو لا يقسم لها» الشرط في هاتين الصورتين عليها، فتعرض لكل واحد من الطرفين.

وقوله: «إلا على وجه بعيد» يعني في المسألتين شرط الطلاق، وشرط ترك الوطء، والخلاف في مسألة الطلاق مشهور بالقولين، دون الوجهين، على ما ذكرنا هناك، والقول بالتصحيح في شرط الطلاق بعيد، كما ذكرنا، وأما في مسألة تزك الوطء، فالأظهر عند الأصحاب الفرق بين أن يشترط الزوج، وبين أن تشترط الزوجة، فيرجع الخلاف في المسألة، ويجوز أن يعلم لذلك قوله: «إلا على وجه بعيد» بالواو، وأيضاً فقد تقدم أن في شرط الطلاق طريقة أخرى فاطعة بطلان النكاح، ويجوز إغلام قوله: «فسد الصداق» بالواو أيضاً، وقوله: «لأن المشروط كالعوض المضاف إلى الصداق» هذه اللفظة إنما تنطبق على أحد الطرفين، وهو أن يكون المشروط شيئاً يتفعها، دون ما إذا كان المشروط مما يضرها.

### «فروع»

لو نكحها على ألف إن لم يخرجها عن البلد، وعلى ألفين إن أخرجها عن البلد، فالصداق فاسد، أخرجها أو لم يخرجها، والواجب مهر المثل.

وعن أبي حنيفة إن وقى بالمشروط، فالواجب المسمى، وإلا فمهر المثل، وأورد الحناطي أنه لو نكحها على ألا يرث منها، أو لا ترث منه، أو لا يتوارثان، أو على أن التفقة على غير الزوج، يبطل النكاح، وفي قول: يصح النكاح، ويبطل الشرط<sup>(١)</sup> وأنه لو زوج أمته من عبد غيره، بشرط ألا يكون الأولاد بين السيدين، يصح النكاح، ويبطل الشرط، ذكره في «الإملاء». وفي قول: «يبطل النكاح».

(١) شرط نفي الإرث ينبغي أن يكون محله في غير الذمية والأمة، وإلا فلو تزوج كتابية أو أمة على ألا يرثها فإن أراد ما دام المانع قائماً فالنكاح صحيح؛ لأنه تصريح بمقتضى العقد، وإن أراد مطلقاً، فباطل لمخالفته لمقتضى النكاح وإن أطلق فيحتمل الصحة؛ لأن الأصل دوام المانع، ويحتمل البطلان تنزيلاً للمطلق على أن لا تفضيل قاله في الخادم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ شَرِطَ الْخِيَارُ فِي الصَّدَاقِ ثَبَتَ عَلَى قَوْلٍ، وَفَسَدَ النِّكَاحُ عَلَى قَوْلٍ، وَفَسَدَ فِي نَفْسِهِ دُونَ النِّكَاحِ عَلَى قَوْلٍ، وَلَوْ قَالَ: نَكَحْتُهَا بِأَلْفٍ عَلَى أَنَّ لَأَبِيهَا أَلْفَانَ فَسَدَ الصَّدَاقُ لِأَنَّهُ أَضَافَ إِلَى الْأَبِ اسْتِحْقَاقَ أَلْفٍ سِوَى الصَّدَاقِ، وَلَوْ قَالَ: نَكَحْتُهَا بِأَلْفٍ عَلَى أَنْ أُعْطِيَ أَبَاهَا أَلْفًا صَحَّ الصَّدَاقُ وَمَعْنَاهُ: نَكَحْتُ بِأَلْفَيْنِ أُعْطِيَ أَبَاهَا بِطَرِيقِ الثِّيَابَةِ عَنْهَا، وَقِيلَ: إِنَّ هَذَا أَيْضًا فَاسِدٌ لِأَنَّ اللَّفْظَ يُنْبِئُ عَنِ الْوِكَالَةِ فِي الْأَدَاءِ بَلْ عَنِ شَرْطِ الْإِعْطَاءِ، وَقِيلَ: فِي الْمَسْتَلْتَيْنِ قَوْلَانِ بِالثَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: وَالْفَصْلُ يَشْتَمِلُ عَلَى مَسْأَلَتَيْنِ:

إحدهما: شَرْطُ الْخِيَارِ فِي النِّكَاحِ يُفْسِدُ النِّكَاحَ<sup>(١)</sup>، خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ، حَيْثُ قَالَ: يَصِحُّ النِّكَاحُ، وَيَلْغُو الشَّرْطُ.

لَنَا: أَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ لَا يَثْبِتُ فِيهِ خِيَارُ الشَّرْطِ، فَيَفْسِدُ بِشَرْطِ الْخِيَارِ، كَالصَّرْفِ، وَأَمَّا شَرْطُ الْخِيَارِ فِي الصَّدَاقِ، فَفِي بَطْلَانِ النِّكَاحِ بِهِ قَوْلَانِ:

أحدهما: وَيُنْسَبُ إِلَى الْقَدِيمِ وَ«الْإِمْلَاءِ» أَنَّهُ يُبْطَلُ، وَفِي سَبَبِهِ وَجْهَانِ:

أحدهما: أَنَّ سَبَبَهُ فَسَادُ الشَّرْطِ، وَتَأْتِيهِ فِي فَسَادِ الْعَوَاضِ، وَهَذَا الْقَائِلُ يَقُولُ بِفَسَادِ النِّكَاحِ فِي جَمِيعِ الشَّرُوطِ الْفَاسِدَةِ، وَالْأَعْوَاضِ الْفَاسِدَةِ.

وَالثَّانِي: أَنَّ سَبَبَ الْفَسَادِ أَحَدَ الْعَوَاضِينَ، وَالْخِيَارُ فِي أَحَدِ الْعَوَاضِينَ يَتَدَاعَى إِلَى الثَّانِي، فَكَانَ شَرْطُ الْخِيَارِ فِي الْمُنْكَوْحَةِ.

وَأَصْحَهُمَا: صِحَّةُ النِّكَاحِ، كَمَا ذَكَرْنَا فِي سَائِرِ الشَّرُوطِ الْفَاسِدَةِ، وَعَلَى هَذَا فَفِي صِحَّةِ الْمُسَمَى قَوْلَانِ:

أحدهما: عَنِ رِوَايَةِ ابْنِ أَبِي هُرَيْرَةَ وَغَيْرِهِ أَنَّهُ يَصِحُّ؛ لِأَنَّ الصَّدَاقَ عَقْدٌ يَسْتَقِلُّ بِنَفْسِهِ، وَالْمَقْصُودُ مِنْهُ الْمَالُ، فَلَا يَفْسُدُ بِشَرْطِ الْخِيَارِ، كَالْبَيْعِ.

وَأَصْحَهُمَا: أَنَّهُ يَفْسُدُ، وَيَجِبُ مَهْرُ الْمَثَلِ؛ لِأَنَّ الصَّدَاقَ لَا يَتَمَحَّضُ عِوَضًا، بَلْ فِيهِ مَعْنَى التُّخْلَةِ، فَلَا يَلِيقُ بِهِ الْخِيَارُ، وَالْمَرْأَةُ لَمْ تَرْضَ بِالْمُسَمَى إِلَّا بِشَرْطِ الْخِيَارِ، فَإِنَّا قُلْنَا بِالصَّحَّةِ فَفِي ثُبُوتِ الْخِيَارِ وَجْهَانِ:

(١) لِأَنَّ النِّكَاحَ مَبْنَاهُ عَلَى اللَّزُومِ، فَشَرْطُ مَا يَخَالِفُ قَضِيَّةَ مَنَعِ الصَّحَّةِ، فَإِنِ شَرْطُ ذَلِكَ عَلَى تَقْدِيرِ عَيْبٍ مَثْبِتٍ لِلْخِيَارِ.

قَالَ الزَّرْكَشِيُّ: يَنْبَغِي أَنْ يَصِحَّ لِأَنَّهُ تَصْرِيحٌ بِمَقْتَضَى الْعَقْدِ.

قَالَ فِي مَعْنَى الْمَحْتَاجِ: وَهُوَ مُخَالَفٌ لِإِطْلَاقِ كَلَامِ الْأَصْحَابِ.

أصحهما: التُّبُوثُ، وبه قال أبو حنيفة، كما حُكِيَ عن نَصِّهِ أنه لو أَصْدَقَهَا عَيْنًا غَائِبَةً، يَصِحُّ، ويثبت لها خِيَارُ الرُّؤْيَةِ، فعلى هذا إن أَجَازَتْ فذاك، وإن فَسَخَتْ رجعت إلى مَهْرِ الثَّلِثِ.

والثاني: المنع؛ لأن النكاح لا يليقُ به الخِيَارُ، فينزل سُقُوطُهُ شَرْعاً مَنْزِلَةَ إِسْقَاطِ الخيار في البَيْعِ، ويخرج من هذا التَّفْصِيلِ<sup>(١)</sup> إذا اخْتَصِرَ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ، كما في الكتاب، وإذا أُثْبِتْنَا الخِيَارَ في الصَّدَاقِ، ففي ثبوت خِيَارِ المجلس وجهان، نقلهما الشيخ أبو الفَرَجِ. الثانية: نقل المَزْنِيّ في «المختصر» أنه إذا عَقَدَ النِّكَاحَ بِأَلْفٍ، على أن لأبيها ألفاً، فَسَدَ الصَّدَاقُ، وأنه إذا نَكَحَهَا على أَلْفٍ، وعلى أن يعطي أباهَا ألفاً كان جَائِزاً، وفي النصين طُرُقٌ للأصحاب:

أحدها: أن الصَّدَاقَ فاسدٌ في الصورة الأولى، صَحِيحٌ في الثانية على ظَاهِرِ النص<sup>(٢)</sup> والفرق أن قَوْلَهُ: «على أن لأبيها ألفاً» ظَاهِرٌ في اسْتِحْقَاقِهِ الألفِ، وذلك الألفُ، إما أن يكون من الصَّدَاقِ، فيكون هذا شَرْطُ عَقْدٍ في عَقْدٍ، فَأَشْبَهَ ما إذا قال: «بِعْتُكَ كذا على أن تَهَبَ لفلان كذا».

وأما أن يكون من الصَّدَاقِ، فيكون اسْتِحْقَاقُ بَعْضِ المَهْرِ لغير الزوجة، فكان كما لو شَرَطَ في البَيْعِ اسْتِحْقَاقَ بَعْضِ الثَّمَنِ، لغير البائع.

وأما في الصورة الثانية، فالمَشْرُوطُ الإِغْطَاءُ، مَعْطُوفاً على الألف الأولى، فَيُشْعِرُ بأن الصَّدَاقَ الأَلْفَانِ، والزوج نَائِبٌ عنها في دَفْعِ أحد الألفين إلى الأب، أو الأب نَائِبٌ عنها في القَبْضِ، أو أَحَالَتْ الأب عليه في أخذ الألفين.

والثاني: أنه لا فَرْقَ، وَيَفْسُدُ الصَّدَاقُ بِشَرْطِ الإِغْطَاءِ فَسَادَهُ بِشَرْطِ الاستحقاق؛ لأنه ليس في اللَّفْظَةِ ما يُشْعِرُ بِالثَّبَاتِ والجَوَالِبِ، ولفظ الإِغْطَاءِ يقتضي الاستحقاقَ، والتَّمْلِيكَ أيضاً؛ لأنه لو قال له «بِعْتُكَ هذا على أن تُعْطِيَنِي عَشْرَةَ» صَحَّ البَيْعُ، فيكون شَرْطُ الإِغْطَاءِ كَشَرْطِ الاستحقاقِ، وهؤلاء اختلفوا فيما نَقَلَهُ المَزْنِيّ ثانياً، فمن مُعْلَظٍ ومؤوَّلٍ. وللتأويل وجوه:

أحدها: عن ابن خَيْرَانَ: أن الشافعي - رضي الله عنه - لم يَقُلْ: كان الصداق، وإنما قال: كان جَائِزاً.

والثاني: حَمَلُهُ على ما إذا شَرَطَ ذلك قبل العَقْدِ، ولم يَتَّعَرَّضْ له في نفس العَقْدِ.

والثالث: حَمَلُهُ على ما إذا جَرَى ذِكْرُهُ وَعَدَا مَضْمُوماً إلى العَقْدِ، لا شَرْطاً فيه.

(٢) في ب: النصين.

(١) في ب: التنزيل.

والرابع: حَمَلُهُ عَلَى مَا إِذَا قَالَ: نَكَحْتَهَا بِالْفَيْنِ، وَشَرَطَ إِعْطَاءَ الْأَبِ أَحَدَ الْأَلْفَيْنِ، أَوْ اتَّفَقًا عَلَى إِزَادَةِ هَذَا الْمَعْنَى، وَاللَّفْظُ مَا سَبَقَ؛ لِأَنَّ الصَّدَاقَ هَهُنَا أَلْفَانِ، وَالْأَمْرُ فِي أَنْ دَفَعَ الْأَلْفَ إِلَى الْأَبِ بِمُبَاشَرَةِ الزَّوْجِ أَوْ الزَّوْجَةِ سَهْلٌ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ غَرَضٌ كَبِيرٌ، وَلَا يَنْقُصُ بِسَبَبِهِ الْمَهْرُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الصَّدَاقُ أَلْفًا، وَشَرَطَ أَنْ يُعْطِيَ أَبَاهَا أَلْفًا آخَرَ، وَأَنَّ الظَّاهِرَ إِنَّمَا يَنْقُصُ الْمَهْرَ لِيَبْدُلَ هُوَ الْأَلْفَ الزَّائِدَ، وَإِذَا فَسَدَ الشَّرْطُ لَا يَكُونُ الْأَلْفُ مَرْضِيًّا بِهِ، فَيَجِبُ الرُّجُوعُ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ.

والطريق الثالث: حَكَاهُ الْحَنَاطِيُّ، وَصَاحِبُ الْكِتَابِ: أَنَّ الصُّورَتَيْنِ عَلَى قَوْلَيْنِ.

وَجِهَ الْفَسَادِ مَا يَبِينُ.

وَجِهَ الصَّحَّةِ: أَنَّ الْأَلْفَيْنِ مُلتَزِمَتَانِ فِي مُقَابَلَةِ الْبُضْعِ، وَهِيَ الْمَالِكَةُ لِلْبُضْعِ، فَتَسْتَحِقُّهَا وَتَلْغُو الْإِضَافَةَ إِلَى الْأَبِ، وَالْقَوْلَانِ عَلَى مَا ذَكَرَ صَاحِبُ الْكِتَابِ حَاصِلَانِ مِنَ التَّصْرِيفِ فِي النَّصِينِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ.

وَحَكَى الْعِرَاقِيُّونَ مِنْ أَصْحَابِنَا الْقَوْلَيْنِ فِي الصُّورَةِ مَنْصُوصَيْنِ، وَقَالُوا: حَكَمَ الثَّانِيَةَ حُكْمَ الْأُولَى فَتَسْبُو الصَّحَّةَ إِلَى الْقَدِيمِ، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ.

وَالظَّاهِرُ مِنَ الْخِلَافِ الْقَوْلُ بِالْفَسَادِ، وَوَجُوبُ مَهْرِ الْمِثْلِ.

وَإِذَا قُلْنَا بِالصَّحَّةِ، فَالْمَهْرُ فِي اللَّفْظَيْنِ أَلْفَانِ، وَذَكَرَ صَاحِبُ «التَّهْدِيبِ» أَنَّ الْمُرَادَ مِنَ الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ مَا إِذَا نَكَحَهَا بِالْفَيْنِ عَلَى أَنْ تُعْطِيَ أَبَاهَا أَلْفًا، وَجَرَى ذِكْرُ الْإِعْطَاءِ عَلَى سَبِيلِ الْوَعْدِ، كَأَنَّهَا وَعَدَتْ أَنْ تَهَبَ أَلْفًا مِنْ أَبِيهَا، أَوْ تُؤَكِّدَهُ بِقَبْضِهِ، أَمَا إِذَا جَرَى عَلَى سَبِيلِ الْأَشْتِرَاطِ، لَمْ يَصِحَّ الْمَسْمُومِي. وَحَكَى وَجْهًا آخَرَ فَارِقًا بَيْنَ أَنْ يَشْتَرِطَ الزَّوْجُ عَلَيْهَا، فَيَفْسُدُ، أَوْ تَشْتَرِطُ هِيَ، فَلَا يَفْسُدُ.

وقوله في الكتاب: «ولو قال نَكَحْتَهَا بِأَلْفٍ عَلَى أَنْ [أعطي] أباهَا أَلْفًا لَمْ يَدْخُلْ فِيهِ الْوَاوُ، وَفِي أَكْثَرِ نَسَخِ «المَخْتَصَرِ» «وعلى أن» بِالْوَاوِ، وَذَلِكَ أَظْهَرَ؛ إِشْعَارًا بِأَنَّ الصَّدَاقَ أَلْفَانِ، لَمَّا فِيهِ مِنْ عَطْفٍ إِعْطَاءِ الْأَلْفِ عَلَى الْأَلْفِ، فَكَأَنَّهُ قَالَ: نَكَحْتَهَا بِأَلْفٍ وَأَلْفٍ، وَمَا إِذَا حَذَفَ الْوَاوُ، كَانَتْ الصَّيغَةُ صَيغَةَ الْأَشْتِرَاطِ، فَيَكُونُ الْفَرْقُ بَيْنَ الصُّورَتَيْنِ أَبْعَدَ، ثُمَّ لَفْظُ الْكِتَابِ: «عَلَى أَنْ أُعْطِيَ أَبَاهَا» فَلَفْظُ «المَخْتَصَرِ»: «أَنْ يُعْطِيَ»، وَاخْتَلَفُوا فِي قِرَاءَةِ اللَّفْظَةِ فَمِنْهُمْ مَنْ قَرَأَهَا بِالْيَاءِ، فَذَلِكَ يُوَافِقُ مَا فِي الْكِتَابِ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَرَأَهَا بِالنَّاءِ، أَيْ: تُعْطَى هِيَ، وَذَكَرَ أَنَّهَا إِذَا قُرِئَتْ بِالنَّاءِ، كَانَ وَعْدًا بِهَيْبَةِ أَلْفٍ مِنْهُ، وَإِذَا قُرِئَتْ بِالْيَاءِ كَانَ إِثَابَةً لِلزَّوْجِ.

(١) سقط في: أ.



قَالَ الْعَزَلِيُّ: (الثَّالِثُ: تَفْرِيقُ الصَّفَقَةِ) فَإِنْ أَصَدَّقَهَا عَبْدًا يُسَاوِي الْفَتَيْنِ عَلَى أَنْ تَرَدَّ أَلْفًا فَيُضْفَ الْعَبْدَ مَبِيعٌ وَنِصْفُهُ صَدَاقٌ وَهُمَا عَقْدَانِ مُخْتَلِفَانِ وَفِي جَمْعِهِمَا فِي صَفَقَةٍ وَاحِدَةٍ قَوْلَانِ، فَإِنْ صَحَّحْتَاهُمَا فَلَوْ أَرَادَ إِفْرَادَ الصَّدَاقِ أَوْ الْمَبِيعِ بِالرَّدِّ بِالْعَيْنِ جَازَ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، بِخِلَافِ مَا لَوْ رَدَّ نِصْفَ الْعَبْدِ الْمَبِيعِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا أَصَدَّقَهَا عَبْدًا، عَلَى أَنْ تَرُدَّ عَلَيْهِ مِائَةً أَوْ أَلْفًا<sup>(١)</sup>، وَصُورَتُهُ أَنْ يَقُولَ لِلْوَالِي: زَوْجُ ابْنَتِكَ مِنِّي، وَمَلَكَنِي كَذَا مِنْ مَالِهَا بِوَلَايَةٍ أَوْ وَكَالَةٍ بِهَذَا الْعَبْدِ، فَيُجِيبُهُ إِلَيْهِ، أَوْ يَقُولُ الْوَالِي: زَوْجَتُكَ بِنْتِي، وَمَلَكَتُكَ كَذَا مِنْ مَالِهَا، بِهَذَا الْعَبْدِ، فَيَقْبَلُ الزَّوْجَ، وَهَذَا جَمْعٌ بَيْنَ عَقْدَيْنِ مُخْتَلِفِي الْحُكْمِ فِي صَفَقَةٍ وَاحِدَةٍ؛ لِأَنَّ بَعْضَ الْعَبْدِ مَبِيعٌ، وَبَعْضُهُ صَدَاقٌ، وَفِيهِ قَوْلَانِ ذَكَرْنَاهُمَا فِي التَّبَيُّعِ:

أَصْحَهُمَا: صِحَّةُ الْعَقْدَيْنِ، وَهَذَا الْخِلَافُ فِي التَّبَيُّعِ وَالصَّدَاقِ، وَأَمَّا النِّكَاحُ، فَإِنَّهُ يَصِحُّ لَا مَحَالَةَ؛ لِأَنَّهُ لَا يَفْسُدُ بِالْجَهْلِ فِي الصَّدَاقِ، إِلَّا عَلَى قَوْلٍ مِنْ خَرَجَ أَنْ فَسَادَ الصَّدَاقِ يُوجِبُ فَسَادَ النِّكَاحِ عَلَى مَا سَبَقَ، وَإِنْ لَمْ يَصِحَّ الْعَقْدَانِ، فَلَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ، وَإِنْ صَحَّحْتَاهُمَا وَزَعْنَا الْعَقْدَ عَلَى مَهْرٍ مِثْلِهَا، وَعَلَى الثَّمَنِ، فَإِذَا كَانَ مَهْرُ الْمِثْلِ أَلْفَ دِرْهَمٍ، وَالثَّمَنِ أَلْفًا، وَالْعَبْدَ يُسَاوِي الْفَتَيْنِ، فَيُضْفَ الْعَبْدَ مَبِيعٌ، وَنِصْفَهُ صَدَاقٌ، فَإِنْ طَلَّقَهَا الزَّوْجُ قَبْلَ الدُّخُولِ، رَجَعَ إِلَيْهِ نِصْفُ الصَّدَاقِ، وَهُوَ زُبْعُ الْعَبْدِ، وَإِنْ فُرِضَتْ رَدَّةٌ أَوْ فَسَخَ، رَجَعَ إِلَيْهِ جَمِيعُ الصَّدَاقِ، وَهُوَ نِصْفُ الْعَبْدِ، وَلَوْ تَلَفَ الْعَبْدُ قَبْلَ الْقَبْضِ تَسْتَرَدُّ الْأَلْفَ، وَلَهَا لِلصَّدَاقِ مَهْرُ الْمِثْلِ، فِي أَصْحَ الْقَوْلِينَ، وَنِصْفُ قِيَمَةِ الْعَبْدِ، فِي الْقَوْلِ الثَّانِي، وَلَوْ وَجَدَ الزَّوْجُ بِالثَّمَنِ الَّذِي أَخَذَهُ عَيْنًا وَرَدَّهُ اسْتَرَدَّ الْمَبِيعَ، وَهُوَ نِصْفُ الْعَبْدِ، وَيَبْقَى لَهَا النُّصْفُ الْآخَرَ، وَلَوْ وَجَدَتِ الْعَبْدَ مَعِيًّا، فَرَدَّتْهُ اسْتَرَدَّتِ الثَّمَنَ، وَيَرْجِعُ الصَّدَاقُ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ، أَوْ نِصْفِ الْقِيَمَةِ؟ فِيهِ الْقَوْلَانِ.

وَلَوْ أَرَادَتْ أَنْ تَرُدَّ أَحَدَ النِّصْفَيْنِ وَخَدَّهُ، فَقَدْ مَرَّ فِي التَّبَيُّعِ أَنْ الْعَبْدَ الْمَبِيعَ لَوْ خَرَجَ مَعِيًّا وَأَرَادَ الْمُشْتَرِي رَدَّ بَعْضَهُ، لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ، وَأَنَّهُ لَوْ اشْتَرَى عَبْدَيْنِ فِي صَفَقَةٍ وَاحِدَةٍ، ثُمَّ وَجَدَ بِهِمَا عَيْنًا، وَأَرَادَ إِفْرَادَ أَحَدِهِمَا، فَفِيهِ الْقَوْلَانِ، بِنَاءً عَلَى تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ، وَهَذَا هُنَا طَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: فِيهِ قَوْلَانِ، كَمَا فِي رَدِّ أَحَدِ الْعَبْدَيْنِ.

وَالثَّانِي: الْقَطْعُ بِالْجَوَازِ؛ لِأَنَّ الْاِثْتِقَالَ حَصَلَ بِعَقْدَيْنِ مُخْتَلِفِينَ، وَقَدْ يَخْتَصِرُ، فَيَقَالُ فِي إِفْرَادِ أَحَدِ النُّصْفَيْنِ بِالرَّدِّ وَجْهَانِ:

(١) وَلَوْ تَلَفَ الْعَبْدَ قَبْلَ الْقَبْضِ اسْتَرَدَّتِ الْأَلْفَ، وَلَهَا بَدَلَ الصَّدَاقِ، وَهُوَ نَهْيُ الْمِثْلِ فِي الْأَظْهَرِ.

## أظهرهما: الجواز لَتَعَدُّ الْعَقْدِ.

والثاني: المَنعُ لما فيه من ضَرَرِ التَّشْقِيقِ، ولو قال: زوجتك جَارِيَتِي أو بنتي، وَبِعْتِكَ عَبْدِي، أو عبدها بكذا، ففي صِحَّةِ الْبَيْعِ وَالصَّدَاقِ قولان: ذكرناهما في تفريق الصَّفَقَةِ<sup>(١)</sup>، فإن صَحَّحْنَاهُمَا، وَزَعَّ الْعِوَضَ الْمَذْكُورَ عَلَى مَهْرِ الْمِثْلِ، وقيمة العبد فما يَخُصُّ مَهْرَ الْمِثْلِ يَكُونُ صَدَاقًا وإذا وجد الزوج بالعبد غَيًّا، وَرَدَّهُ، يَسْتَرِدُّ الثَّمَنَ، وليس للمرأة رَدُّ الْبَاقِي، والرجوع إلى مَهْرِ الْمِثْلِ؛ لأنَّ الْمُسَمَّى صَحِيحًا، وإن رَدَّ الْعَبْدَ بِعَيْنِ، أو فَسَخَ النِّكَاحَ قَبْلَ الدَّخُولِ بِعَيْنِ، اِزْتَدُّ إِلَيْهِ جَمِيعُ الْعِوَضِ الْمَذْكُورِ، وإن خرج الْعِوَضُ الْمَعِينُ مُسْتَحَقًّا، يريد العبد والرجوع للصداق إلى مَهْرِ الْمِثْلِ، في أصح القولين، وإلى حِصَّةِ الصَّدَاقِ منه في الثاني.

وقوله في الكتاب: «فإن أصدَقَهَا عَبْدًا يُسَاوِي الْفَيْنِ عَلَى أَنْ تَرُدَّ أَلْفًا فنصف العبد مبيع ونصفه صداق» لا يلزم من أن يُسَاوِي الْعَبْدُ الْفَيْنِ، ويكون المَرْدُودُ أَلْفًا أن يكون نِصْفُ الْعَبْدِ مَبِيعًا، وَنِصْفُهُ صَدَاقًا، بل يجب مع ذلك أن يكون مَهْرُ الْمِثْلِ أَيْضًا أَلْفًا عَلَى مَا صَوَّرْنَاهُ، وهو المراد، وإن لم يذكره لفظًا.

## «فرع»

لِبَيْتِهِ مِائَةٌ دِرْهَمٍ، فقال لغيره: زَوْجُكَ ابْنَتِي هذه، وَمَلَكَتُكَ هذه الدَّرَاهِمَ، بهاتين المائتين لك، فالبيع والصداق باطلان، نَصَّ عَلَيْهِ فِي «الأم»؛ لأنه قَابِلُ الْفِضَّةِ وَغَيْرِهَا بِالْفِضَّةِ، وهو رِبَا وإن كان من أحد الطرفين دَنَائِيرَ، كان ذلك جَمْعًا بَيْنَ الصَّدَاقِ وَالصَّرْفِ، ففيه ما سَبَقَ مِنَ الْقَوْلِينَ.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَلَوْ جَمَعَ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ بَيْنَ نِسْوَةٍ عَلَى صَدَاقٍ وَاحِدٍ فِي صِحَّةِ الصَّدَاقِ قَوْلَانِ، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ تَجْهَلُ نَصِيبَ نَفْسِهَا، وَكَذَا فِي الْخُلْعِ نَصَّ عَلَى أَنَّهُ لَوْ اشْتَرَى عَبْدًا مِنْ جَمَاعَةٍ لِكُلِّ وَاحِدٍ وَاحِدٍ بِثَمَنِ وَاحِدٍ فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ لِجَهَالَةِ الثَّمَنِ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ، وَنَصَّ عَلَى أَنَّهُ لَوْ كَاتَبَ عَبِيدَهُ عَلَى عِوَضٍ وَاحِدٍ صَحَّتِ الْكِتَابَةُ لِمَا فِيهِ مِنْ شَوْبِ الْعِتْقِ، وَقِيلَ بِطَرْدِ الْقَوْلَيْنِ فِي الْجَمِيعِ لِكِنَّةِ لَا خِلَافَ فِي أَنَّهُ لَوْ قَالَ: بِعْتُكَ الْعَبْدَ بِمَا يَخُصُّهُ مِنَ الْأَلْفِ إِذَا وَزَعَّ عَلَى قِيمَتِهِ وَعَلَى قِيمَةِ عَبْدٍ فَلَانَ لَمْ يَصِحَّ الْبَيْعُ (التَّفْرِيعُ) إِنْ قَضَيْنَا بِصِحَّةِ الصَّدَاقِ وَزَعَّ عَلَى مُهُورِ أُمَّتَالِهِنَّ، وَقِيلَ: عَلَى عَدَدِ رُؤُوسِهِنَّ وَهُوَ ضَعِيفٌ،

(١) قال الشيخ البلقيني: الأول للأول والثاني للثاني. فالصورة الأولى زوجتك بنتي وبعتك عبدها، والصورة الأخرى زوجتك جاريتي وبعتك عبدي، فأما لو قال زوجتك بنتي وبعتك عبدي بكذا، فهذه من صور بيع عبدين لرجلين لكل منهما عبد يبيعهما بثمان واحد، والمذهب فيهما البطلان.

وَأَنَّ قَضَيْنَا بِالْفَسَادِ رَجَعَ كُلُّ وَاحِدَةٍ إِلَى مَهْرِ الْمَثَلِ عَلَى قَوْلٍ، وَإِلَى قِيَمَةِ مَا يَفْتَضِيهِ التَّوْزِيعُ عَلَى قَوْلٍ لِأَنَّ هَذَا مَجْهُولٌ يُمَكِّنُ مَعْرِفَتَهُ بِخِلَافِ مَا لَوْ أَصْدَقَهَا مَجْهُولًا لَا يُمَكِّنُ مَعْرِفَتَهُ فَإِنَّهُ يَتَعَيَّنُ مَهْرُ الْمَثَلِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا جُمِعَ بَيْنَ نِسْوَةٍ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ، وَذَكَرَ لِلْكَلِّ صَدَاقًا وَاحِدًا، يَصِحُّ النِّكَاحُ، وَفِي الصَّدَاقِ قَوْلَانِ، وَهَذَا قَدْ يُصَوَّرُ عِنْدَ اتِّحَادِ الْوَالِيِّ بِأَنْ يَكُونَ لِلرَّجُلِ بَنَاتٌ ابْنٌ، أَوْ أُخٌ، أَوْ عَمٌ مَخْتَلِفَاتِ الْأَبَاءِ، أَوْ يَكُونَ لَهُ عَتِيقَاتٌ، وَقَدْ يُصَوَّرُ مَعَ التَّعَدُّدِ بِأَنْ وَكَّلَ أَوْلِيَاءَ النِّسْوَةِ رَجُلًا، فَرَوَّجَهُنَّ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ أَحَدَ الْقَوْلِينَ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَحْمَدُ أَنَّهُ صَحِيحٌ؛ لِأَنَّ الْجُمْلَةَ مَعْلُومَةٌ، وَسَتَعَلَّمَ التَّفْصِيلَ بِالتَّوْزِيعِ، وَإِذَا عَلِمْتَ الْجُمْلَةَ وَالتَّفْصِيلَ كَفَى ذَلِكَ لِصِحَّةِ الْعَقْدِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ بَاعَ عَبِيدًا لَهُ أَوْ شِقْصًا وَعَبْدًا يَجُوزُ، وَإِنْ كَانَتْ حِصَّةُ كُلِّ وَاحِدٍ مَجْهُولَةً، وَلَوْ قَالَ: بَعْتُكَ هَذِهِ الصُّبْرَةَ كُلَّ صَاعٍ بِدَرَاهِمٍ، يَصِحُّ، وَإِنْ كَانَتْ الْجُمْلَةُ مَجْهُولَةً.

وَأَصْحَهُمَا: الْفَسَادُ؛ لِأَنَّ تَعَدُّدَ الْعَاقِدِ يُوجِبُ تَعَدُّدَ الْعَقْدِ، وَالصَّدَاقُ مَجْهُولٌ فِي كُلِّ عَقْدٍ، فَيَفْسُدُ، وَيَجْرِي الْقَوْلَانِ، فِيمَا لَوْ خَالَعَ نِسْوَةً عَلَى عَوْضٍ وَاحِدٍ، هَلْ يَفْسُدُ الْعَوْضُ؟ وَتَحْصُلُ الْبَيِّنَةُ لَا مَحَالَةَ.

وَقَطَعَ بَعْضُهُم بِالْفَسَادِ فِي الصُّورَتَيْنِ، وَيَحْكِي ذَلِكَ عَنِ أَبِي إِسْحَاقَ، وَالْمَثْقُولَ عَنِ نَصِّ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّهُ لَوْ اشْتَرَى عَبْدَيْنِ أَوْ عَبِيدًا، كُلُّ وَاحِدٍ لِمَالِكٍ صَفْقَةً وَاحِدَةً، إِمَّا مِنَ الْمَالِكِينَ، أَوْ مِنْ وَكَيْلٍ لَهُمْ، بَطَّلَ الْبَيْعَ، وَأَنَّهُ لَوْ كَاتَبَ عَبِيدًا عَلَى عَوْضٍ وَاحِدٍ، تَصَحَّ الْكِتَابَةُ، وَاخْتَلَفَ فِي الْبَيْعِ وَالْكِتَابَةِ، الَّذِينَ أَثْبَتُوا الْقَوْلِينَ فِي النِّكَاحِ وَالْخُلْعِ عَلَى أَرْبَعَةِ طُرُقٍ.

أَحَدُهَا: إِثْبَاتُ الْقَوْلِينَ فِي الْبَيْعِ وَالْكِتَابَةِ أَيْضًا؛ إِلَّا أَنَّ الْقَوْلَيْنِ فِي النِّكَاحِ وَالْخُلْعِ فِي صِحَّةِ الْمُسَمَّى، لَا فِي أَصْلِ النِّكَاحِ وَالْبَيِّنَةِ، وَهَاهُنَا الْقَوْلَانِ فِي أَصْلِ الْبَيْعِ، وَكَذَا فِي الْكِتَابَةِ؛ لِأَنَّهَا تَفْسُدُ بِفَسَادِ الْعَوْضِ، كَالْبَيْعِ، وَالْقَوْلَانِ عَلَى هَذِهِ الطَّرِيقَةِ يُمَكِّنُ أَحَدَهُمَا مِنَ الْقَوْلَيْنِ فِي النِّكَاحِ وَالْخُلْعِ، وَيُمْكِنُ اسْتِخْرَاجَهُمَا مِنَ التَّصَرُّفِ فِي نَصِّ «الْبَيْعِ» وَ«الْكِتَابَةِ».

وَالثَّانِي: إِثْبَاتُ الْقَوْلَيْنِ فِي الْكِتَابَةِ، وَالْقَطْعُ بِفَسَادِ الْبَيْعِ، وَالْفَرْقُ أَنَّ الْبَيْعَ مُعَاوَضَةٌ مَحْضَةٌ، وَتَأْثِيرُ فِسَادِ الْعَوْضِ وَالْجَهْلُ بِهِ فِي الْبَيْعِ أَشَدُّ مِنْ تَأْثِيرِهِمَا فِي الْعُقُودِ الثَّلَاثَةِ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ يَلْغُو بِفَسَادِ الْعَوْضِ، وَالْجَهْلُ بِهِ، وَالنِّكَاحُ وَالْبَيِّنَةُ لَا يَتَأَثَّرَانِ بِذَلِكَ، وَالْكِتَابَةُ وَإِنْ فَسَدَتْ لَا تَلْغُو، بَلْ إِذَا أَدَّى الْمُسَمَّى عَتَقَ بِمُوجِبِ التَّغْلِيْقِ.

وَالثَّلَاثُ: إِثْبَاتُ الْقَوْلَيْنِ فِي الْبَيْعِ، وَالْقَطْعُ بِصِحَّةِ الْكِتَابَةِ، وَالْفَرْقُ مِنْ وَجْهَيْنِ:

أحدهما: أن في الكِتَابَةِ شَائِبَةَ التَّغْلِيْقِ، وَيَتَعَلَّقُ بِهِ الْعِتْقُ، فَيَسَامَحُ فِيهَا، وَيَحْتَمَلُ مَا لَا يَحْتَمَلُ فِي الْعُقُودِ الثَّلَاثَةِ، وَلِذَلِكَ جُوزَ أَضْلُ الْعَقْدِ، وَإِلَّا فَالْقِيَاسُ فَسَادُهُ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ يَقَابِلُ مِلْكَهُ بِمَلِكِهِ، وَالثَّانِي أَنْ الْعَبِيدَ فِي الْكِتَابَةِ لِمَالِكٍ وَاحِدٍ. وَعَنْ رَأْيِهِ يَصْدُرُ قَبُولُهُمْ، فَصَارَ مَا لَوْ بَاعَ عَبْدَيْنِ مِنْ وَاحِدٍ، وَسَائِرُ الْعُقُودِ بِخِلَافِهِ.

والطريق الرابع: القَطْعُ بِفَسَادِ الْبَيْعِ، وَصَحَّةِ الْكِتَابَةِ، وَتَخْصِيصِ الْقَوْلَيْنِ بِالنِّكَاحِ وَالْخُلْعِ، وَالْفَرْقُ مَا بَيَّنَّ إِنْ أُفْرِدَتِ الْبَيْعُ عَنِ الْكِتَابَةِ فَالْحَاصِلُ فِي الْبَيْعِ طَرِيقَانِ: أَقْرَبُهُمَا: إِجْرَاءُ الْقَوْلَيْنِ، وَبِهِ قَالَ ابْنُ سُرَيْجٍ، وَهُوَ الَّذِي أَوْرَدْنَاهُ فِي «بَابِ تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ» فِي «الْبَيْعِ» عِنْدَ التَّعْرُضِ لِهَذِهِ الْمَسْأَلَةِ.

والثاني: القَطْعُ بِالْمَنْعِ، وَبِهِ قَالَ الْإِضْطَحْرِيُّ وَفِي الْكِتَابَةِ طَرِيقَانِ: أَظْهَرُهُمَا: إِجْرَاءُ الْقَوْلَيْنِ.

والثاني: القَطْعُ بِالصَّحَّةِ. وَإِذَا قَلْنَا بِصَحَّةِ الصَّدَاقِ الْمُسَمَّى فَظَاهِرُ الْمَذْهَبِ أَنَّ الْمُسَمَّى يُوزَعُ عَلَى مَهْوَرِ أَمْثَالِهِنَّ، فَإِنْ اسْتَوَتْ الْمَهْوَرُ اسْتَوَيْنَ فِيهِ، وَإِنْ تَفَاوَتْ، كَمَا لَوْ بَاعَ عَبِيدَهُ صَفَقَةً وَاحِدَةً يُوزَعُ الثَّمَنُ عَلَى قِيَمِ الْعَبِيدِ، إِذَا احْتِيجَ إِلَى التَّوْزِيعِ وَفِيهِ وَجْهٌ، أَوْ قَوْلٌ أَنَّهُ ضَعِيفٌ يُوزَعُ عَلَى عَدَدِ رُؤُوسِهِنَّ لِذِكْرِ الْمَهْرِ فِي مَقَابِلَتِهِنَّ وَيَحْكِي هَذَا عَنِ ابْنِ الْقَاصِّ، وَالْأَسْتَاذِ أَبِي طَاهِرٍ.

وَإِنْ قَلْنَا بِفَسَادِ الصَّدَاقِ فَمَاذَا يَجِبُ لِهِنَّ؟ قَوْلَانِ كَالْقَوْلَيْنِ فِيمَا إِذَا قَالَ: أَضَدَّقْتُكَ هَذَا الْعَبْدَ، فَخَرَجَ حُرًّا أَوْ مُسْتَحَقًّا.

أصحهما: أَنْ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ مَهْرٌ مِثْلُهَا، وَيَسْقُطُ الْمَذْكَورُ بِالْجِهَالَةِ وَالثَّانِي: أَنَّهُ يُوزَعُ الْمُسَمَّى عَلَى مَهْوَرِ أَمْثَالِهِنَّ، وَلِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ مَا يَقْتَضِيهِ التَّوْزِيعُ، وَيَكُونُ الْحَاصِلُ لِهِنَّ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ، كَالْحَاصِلِ إِذَا قَلْنَا بِصَحَّةِ الْمُسَمَّى <sup>(١)</sup>.

(١) قَالَ فِي الْمَهْمَاتِ: هَذَا الْقَوْلُ الثَّانِي لَا يَصِحُّ تَفْرِيعُهُ عَلَى قَوْلِ الْفَسَادِ، وَإِنَّمَا هُوَ تَفْرِيعُ قَوْلِ الصَّحَّةِ، وَقَدْ ذَكَرَهُ الْإِمَامُ وَالْغَزَالِيُّ فِي الْبَسِيطِ عَلَى الصَّرَاحِ، وَعِبَارَةٌ الْبَسِيطِ أَنَّ قَضِيَّتَنَا بِصَحَّةِ الصَّدَاقِ، فَالتَّوْزِيعُ عَلَى مَهْوَرِ أَمْثَالِهِنَّ وَإِنْ فَرَعْنَا عَلَى فِسَادِ الصَّدَاقِ فَالرُّجُوعُ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ إِلَى مَهْرٍ مِثْلِهَا وَهَذَا ظَاهِرٌ عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّ الْمَهْرَ يَضْمَنُ قَبْلَ الْقَبْضِ ضَمَانَ الْعُقُودِ، فَأَمَّا عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّهُ يَضْمَنُ ضَمَانَ يَدٍ فَإِنَّا نَقْدِرُ الْحَرَ عَبْدًا وَالْخَمْرَ عَصِيرًا إِذَا جَعَلَا صَدَاقَيْنِ، وَيَرْجِعُ إِلَى قِيَمَتِهِمَا وَهَذَا كَمَجْهُولٍ يُمْكِنُ تَقْوِيمُهُ بِالتَّوْزِيعِ وَلَيْسَ كَمَجْهُولٍ لَا يَتَوَصَّلُ إِلَى تَقْوِيمِهِ، فَعَلَى هَذَا الْقَوْلِ أَيُّ ضَمَانَ الْيَدِ، كَانَ يَتَجَهُّ الْقَطْعُ بِحِصَّةِ الصَّدَاقِ وَتَخْصِيصِ الْقَوْلَيْنِ بِالْقَوْلِ الْآخِرِ وَهُوَ ضَمَانَ الْعَقْدِ، لَكِنْ قَطَعَ الْأَصْحَابُ بِطَرْدِ الْقَوْلَيْنِ مُطْلَقًا، فَلَيْكِنْ هَذَا إِشْكَالًا لَا تَصْحِيحًا لَضَمَانَ الْعَقْدِ، هَذَا كَلَامُ الْبَسِيطِ، لَكِنْ وَقَعَ الْخِلَلُ فِي التَّفْرِيعِ فِي الْوَسِيطِ وَالْوَجِيزِ فَتَبِعَهُمَا الْمُصَنِّفَانِ وَهُوَ غَلَطٌ.

ولو زَوَّجَ أُمَّتِيهِ مِنْ عَبْدٍ عَلَى صَدَاقٍ وَاحِدٍ، صَحَّ النُّكَاحُ وَالصَّدَاقُ، لِأَنَّ الْمُسْتَحَقَّ وَاحِدٌ، وَهُوَ كَمَا لَوْ بَاعَ عَبْدَيْنِ بِثَمَنِ وَاحِدٍ، وَلَوْ كَانَ لَهُ أَزْوَاجٌ بَنَاتٍ، وَآخِرُ أَرْبَعِ بَنِينَ، فَزَوَّجَ أَبُو الْبَنَاتِ بَنَاتِيهِ مِنْ بَنِي الْآخَرِ، صَفَقَةً وَاحِدَةً بِمَهْرٍ وَاحِدٍ، بَأَنَّ قَالَ: زَوَّجْتُ بِنْتِي فَلَانَةَ مِنْ ابْنِكَ فَلَانَ، وَفَلَانَةَ مِنْ فَلَانَ بِأَلْفٍ، فَقَدْ حَكَى صَاحِبُ «التَّمَةِ» فِيهِ طَرِيقَيْنِ:

إِحْدَاهُمَا: أَنَّ فِي صِحَّةِ الصَّدَاقِ مَا سَبَقَ مِنَ الْقَوْلِينَ.

وَالثَّانِي: الْقَطْعُ بِالْبُطْلَانِ؛ لِأَنَّ تَعَدُّدَ الْعَقْدِ هَا هُنَا أَظْهَرَ لَتَعَدُّدِ مَنْ وَقَعَ الْعَقْدُ لَهُ مِنَ الْجَانِبِينَ. وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ فِي حِكَايَةِ نَصِّ الرَّبِيعِ: لَوْ «اشْتَرَى [عَبِيداً مِنْ جَمَاعَةٍ] لَيْسَ الْغَرَضُ التَّقْيِيدَ بِمَا إِذَا كَانَ الشَّرَاءُ مِنْ جَمَاعَةٍ، بَلْ لَوْ اشْتَرَى [مِنْ وَكَيْلِهِمْ]، كَانَ الْحُكْمُ كَذَلِكَ عَلَى مَا مَرَّ.

وَيَجُوزُ أَنْ يَعْلَمَ قَوْلُهُ: «فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ» بِالْحَاءِ؛ لِأَنَّ عَنِ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ صَحِيحٌ، وَقَوْلُهُ بَعْدَ حِكَايَةِ النَّصِينِ. «وَقِيلَ يَطْرُدُ الْقَوْلِينَ فِي الْجَمِيعِ» فِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّ مِنْهُمْ مَنْ قَطَعَ بِمَوْجِبِ النَّصِينِ، وَلَمْ يَطْرُدِ الْقَوْلِينَ وَقَوْلُهُ: «لَكِنَّهُ لَا خِلَافَ...» إِلَى آخِرِهِ، تَوْجِيهٌ لِقَوْلِ الْفَسَادِ، وَيَبَيِّنُ تَرْجِيحَهُ، وَإِنْ حَرَزْنَا الْقَوْلِينَ، وَذَلِكَ أَنَّهُ لَوْ قَالَ: بِعْتَاكَ عَبْدِي هَذَا، بِمَا يَخُصُّهُ مِنْ أَلْفِ دَرَاهِمٍ، إِذَا وَزَعَ عَلَى قِيمَتِهِ وَقِيمَةَ عَبْدٍ فَلَانَ، أَوْ قِيمَةَ عَبْدِي الْآخَرِ فَلَانَ؛ فَلَا خِلَافَ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ الْبَيْعُ، وَلَوْ صَحَّ هُنَاكَ لَصَحَّ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهَا إِلَّا التَّضْرِيحُ بِمُقْتَضَى الْعَقْدِ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الرَّابِعُ) أَنَّ يَتَضَمَّنُ إِثْبَاتُ الصَّدَاقِ رَفْعُهُ كَمَا إِذَا قَبِلَ النُّكَاحَ لِابْنِهِ لِعَبْدِهِ وَجَعَلَ رَقَبَتَهُ صَدَاقَهَا فَيَفْسُدُ النُّكَاحُ لِأَنَّهُ ثَبَتَ وَمَلَكَتْ زَوْجَهَا لِانْفِسَاحِ، أَمَا إِذَا زَوَّجَ مِنْ ابْنِهِ أَمْرَأَةً وَأَصَدَقَهَا أُمَّ ابْنِهِ مِنْ مَالٍ نَفْسِهِ فَسَدَ الصَّدَاقُ؛ لِأَنَّهَا لَا تَدْخُلُ فِي مِلْكِهَا مَا لَمْ تَدْخُلْ فِي مِلْكِهِ وَلَوْ دَخَلَتْ فِي مِلْكِهِ لَعُقِبَتْ عَلَيْهِ فَيَصِحُّ النُّكَاحُ دُونَ الصَّدَاقِ.

= قال في التوسط بعد نقل كلام المهمات وتغليطه: قد مانع رحمه الله في التغليط والتبجح بما لا طائل تحته، وعلى ما في الوسيط جرى ابن الرفعة وغيره، والحاصل كما أورده المتولي وغيره أنا إذا قلنا بالفاسد، ففيهما يجب لكل واحدة قولان أظهرهما مهر مثلها. والثاني أن المسمى يوقع على مهرة وأمثالهن ولكل واحدة منهن ما يقضيه التوزيع من مثله إن كان مثلياً أو قيمته إن كان متقوماً كما لو خرج مستحقاً، فالحاصل لهن على هذا القول كالحاصل لهن على القول بصحة المسمى؛ لأن هذا وإن كان مجهولاً فمعرفة ممكنة بخلاف ما لو أصدقها مجهولاً لا يمكن معرفته حيث يرجع إلى مهر المثل قولاً واحداً ولا مانع من اتحاد تفريع أحد القولين معها لقول الآخر لمعنى اقتضاه. انتهى.

وكان صاحب الخادم لم ير كلام التوسط فتبع المهمات في التغليط وقد حرر الأذرعى المسألة نقلاً وحجاجاً قاله البكري في حاشيته.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: تَقَدَّمَ عَلَى شَرْحِ مَا فِي الْأَصْلِ<sup>(١)</sup> أَنَّ الْأَبَ إِذَا قَبِلَ النِّكَاحَ لِابْنِهِ الصَّغِيرِ، أَوْ الْمَجْتُونِ، فَإِذَا أَنْ يُصَدِّقَ الْمَرْأَةَ مِنْ مَالِ الْإِبْنِ، أَوْ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ، إِنْ أَصْدَقَهَا مِنْ مَالِ الْإِبْنِ، فَالْكَلَامُ فِي أَنَّهُ هَلْ يَصِيرُ ضَامِنًا لِلصَّدَاقِ، إِذَا كَانَ دَيْنًا؟ وَهَلْ يَزِجُ إِذَا عَزَمَ عَلَى مَا تَقَدَّمَ؟ فَإِنْ تَطَوَّعَ وَأَدَّاهُ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ، ثُمَّ بَدَلَ الْإِبْنَ وَطَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ، فَالْتُّصُفُ يَرْجِعُ إِلَى الْأَبِ، أَوْ إِلَى الْإِبْنِ الْمُطَلَّقِ؟.

فِيهِ طَرِيقَانِ عَنِ الدَّارِكِيِّ أَنَّهُ عَلَى وَجْهَيْنِ، كَالْوَجْهَيْنِ فِيمَا لَوْ تَبَرَّعَ أَجْنَبِيٌّ بِأَدَاءِ الصَّدَاقِ عَنْهُ، ثُمَّ طَلَّقَ قَبْلَ الدُّخُولِ، يَرْجِعُ التُّصُفُ إِلَى الْمُطَلَّقِ، أَوْ إِلَى الْأَجْنَبِيِّ؟. أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يَزِجُ إِلَى الزَّوْجِ؛ لِأَنَّ التُّصُفَ إِنَّمَا يَخْضَلُ بِالطَّلَاقِ، وَالطَّلَاقُ وَجَدٌ مِنْهُ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ يَزِجُ إِلَى الْمُتَبَرِّعِ؛ لِأَنَّهُ بَدَلَ الْمَالِ لِيَدُومَ النِّكَاحُ بَيْنَهُمَا، فَإِذَا لَمْ يَخْضَلْ هَذَا الْغَرَضُ، رَجَعَ إِلَى مَا بَدَلَ.

وَجَوَابُ عَامَّةِ الْأَصْحَابِ أَنَّهُ يَعُودُ إِلَى الزَّوْجِ، دُونَ الْأَبِ، وَخَصَّصُوا الْوَجْهَيْنِ، بِمَا إِذَا كَانَ التَّبَرُّعُ مِنَ الْأَجْنَبِيِّ وَالْفَرْقُ أَنَّ الْأَبَ يَتِمَّكُنُ مِنْ تَمْلِيكِهِ الْمَالِ، فَيَكُونُ قَابِلًا، وَمُوجِبًا، وَقَابِضًا وَمُقْبِضًا، وَإِذَا حَصَلَ الْمَلِكُ لِلْإِبْنِ، ثُمَّ صَارَ لِلْمَرْأَةِ، عَادَ بِالطَّلَاقِ إِلَيْهِ، وَالْأَجْنَبِيُّ لَا يَتِمَّكُنُ مِنْ تَمْلِيكِهِ الْمَالِ؛ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَيْهِ، فَالْأَدَاءُ عَنْهُ لَا يَكُونُ إِلَّا إِسْقَاطًا وَتَبَرُّعًا لِدِمَّتِهِ، فَإِنْ كَانَ الْإِبْنُ بِالْغَا<sup>(٢)</sup>، وَأَدَّى الْأَبُ عَنْهُ، فَلْيَكُنْ ذَلِكَ كَأَدَاءِ الْأَجْنَبِيِّ.

وَقَضِيَّةُ هَذَا الْكَلَامِ أَنَّ يَكُونُ الْأَظْهَرُ مِنَ الْوَجْهَيْنِ فِي الْأَجْنَبِيِّ أَنَّهُ يَعُودُ التُّصُفُ إِلَيْهِ، وَلِذَلِكَ ذَكَرَهُ الْإِمَامُ، وَقَالَ: إِنْ اسْتَبَعِدَ مُسْتَبَعِدٌ رُجُوعَ التُّصُفِ إِلَى غَيْرِ الزَّوْجِ، فَسَبِيَّهُ، أَنَّ أَدَاءَ الصَّدَاقِ وَجَدٌ مِنْ غَيْرِ الزَّوْجِ، وَإِذَا قَلْنَا بِأَنَّهُ يَعُودُ إِلَى الْإِبْنِ الْمُطَلَّقِ، فَإِنْ كَانَ الَّذِي حَصَلَ لَهُ بِالطَّلَاقِ يَدُلُّ مَا أَخَذَتْهُ الْمَرْأَةُ لِتَصَرُّفِهَا فِيهِ، فَلَا رُجُوعَ لِلْأَبِ فِيمَا حَصَلَ، وَإِنْ كَانَ مِنْ عَيْنِ الْمَأْخُودِ، فَيُخْرَجُ مِمَّا أَوْرَدَهُ صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» طَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ لَا رُجُوعَ أَيْضًا.

وَالثَّانِي: أَنَّ فِيهِ وَجْهَيْنِ، كَمَا لَوْ وَهَبَ مِنْ أَبِي عَيْنًا، فَرَالَ يَلِكُهُ عَنْهَا، ثُمَّ عَادَ، وَالظَّاهِرُ الْمُنْعَى.

(١) فِي ب: الْفَصْلِ.

(٢) أَي رَشِيدٌ كَمَا قِيدهُ فِي الْخَادِمِ، فَقِيلَ كَالصَّغِيرِ، وَقِيلَ بِالْمَنْعِ قَطْعًا، لَمْ يَرْجِعِ الشَّيْخُ شَيْئًا.

قَالَ فِي الْخَادِمِ: وَالرَّاجِحُ الْقَطْعُ بِمَنْعِ الرَّجُوعِ؛ لِأَنَّهُ إِنْ لَمْ يَقْرَرِ دَخُولَهُ فِي مَلِكِهِ فَلَا هِبَةَ وَلَا رُجُوعَ، وَإِنْ قَدَرْنَا فَإِنَّمَا ذَلِكَ لِقَبْضِ الْمَدْيُونِ، وَهُوَ أَجْنَبِيٌّ مِنَ الْأَبِ، فَلَمْ يَثْبِتْ لَهُ الرَّجُوعَ، وَقَدْ قَالَ الْمَاوَرِدِيُّ فَلَا رُجُوعَ لَهُ وَجْهًا وَاحِدًا.

وعلى الطريقة الثانية لو كان الابن بالغاً، فمنهم من طردَ الوجهين، ومنهم من قَطَعَ بالمنع؛ لأنه ليس للأب تَمْلِيكُهُ، والأداء عنه مَخْضُ إسْقَاطِ، فإن أصدَقَهَا من مال نفسه، فيجوز، ويكون ذلك تَبَرَّعاً منه على الابن<sup>(١)</sup>.

قال في «التهذيب»: وسواء كان ذلك عَيْناً أو دَيْناً، ثم إذا بَلَغَ الصَّبِيُّ، وطلَقَهَا قبل الدُخُولِ، عاد الخِلاَفُ فيمن يرجع إليه النُصْفُ، وإذا أجبنا بالظاهر، وهو العَوْدُ إلى الابن، فإن كان قد أصدَقَهَا عَيْناً، وبقيت بِحَالِهَا، فيرجع النصف إليه، فهل للأب الرُجُوعُ فيه الخِلاَفُ المذكور فيما إذا زال [ملك الابن]<sup>(٢)</sup> في المَوْهُوبِ، ثم عاد، وإن كان قد أصدَقَهَا دَيْناً. قال في «التهذيب»: لا رُجُوعُ للأب، فيما حَصَلَ، كما لو اشترى الأب لابنه الصَّغِيرِ شَيْئاً بِثَمَنِ في الدِّمَّةِ، ثم أدَّاه من مَالِهِ، ثم وَجَدَ الابنُ بالمبيع عَيْناً، فَرَدَّهُ يَسْتَرِدُّ الثمن، ولا يرجع الأب فيه، بخلاف ما لو خَرَجَ المَبِيعُ مستحقاً، يعود الثَّمَنُ إلى الأب: لأنه بَانَ أنه لم يَصِحَّ الأداء.

(١) قال الشيخ البلقيني: لو كان في ذمة الأب ثم بلغ الابن وطلق قبل الدخول وقبل نقد الصداق، فإن الزوجة تستحق على الأب النصف، والذي يقتضيه الفقه أن الأب يستحق على أبيه النصف الباقي، وقد صرح الماوردي بنظر ذلك في التفريع على القديم وهذا من الدقائق اللطيفة ومقتضاه أنه لو فسخت بعيبه لم يسقط الصداق عن الأب، بل يكون جميعه مستحقاً للابن، وقد صرح البغوي في مسألة الفسخ بأن الكل للولد، لكن في كلامهما ما يشعر أن ذلك بعد الدفع وليس بشرط لما تقرر وأثبت الماوردي في الحاوي وجهين على قولنا يكون محتملاً بناءً على أنه لو كان المصدق عيناً، هل للوالد أن يرجع فيها فإن قلنا: لا يرجع، كان للولد مطالبة بالنصف. وإن قلنا: للوالد أن يرجع، فليس للولد مطالبته بالنصف، والصحيح أنه ليس للوالد الرجوع، فالصحيح أن للولد المطالبة، وعلم في ذلك أن محل هذا الخلاف في حياة الولد، فأما لو مات فلا يأتي الخلاف، بل يكون للولد وجهاً واحداً، نعم يجيء فيه وجه ضعيف أن العود يكون للوالد في الأصل، والمذهب خلافه. وحكى الماوردي طريقة غريبة فيما إذا كان الصداق عيناً ولم يقبضها الزوجة ثم طلق الولد أن الشطر يعود للوالد والمذهب عودة الولد مطلقاً إذا كان صغيراً والله أعلم.

وأخذ في الخادم كلام شيخه البلقيني ولم يعزه له قال: ومن تطاير المسألة ما لو تبرع أجنبي بوفاء ثمن مبيع ثم رد المشتري المبيع بعيب، هل يرد الثمن على المتبرع؛ لأنه في الواقع أو على المشتري فيه وجهان: بالثاني قطع الجرجاني في المعاينة.

ومنها: لو أدى العبد المهر من كسبه ثم أعتق وطلقها قبل الدخول، ففي التتمة أن يعود الشطر إلى ملك الزوج لا السيد لأنه عاد إليه بالطلاق، والطلاق وقع وهو من أهل الملك، ولو كان يعود إليه بطريق الفسخ لعاد إلى ملك السيد لأن الصداق كان ملكاً له، قال ابن أبي الدم: ويحتمل خلافه لأن الزوجة لم يستقر ملكها على الصداق لتزان له والطلاق بين أنها لا يملك إلا شطره وأنه لم يزل ملك اليد قال الزركشي وحكاه الرافعي وجهاً فيما بعد.

(٢) في أ: الملك.

وإذا ارتدت المرأة قبل الدخول، فالقول فيمن يعودُ إليه كُـلُّ الصِّدَاقِ، وفي رجوع الأب فيه، إذا عادَ إلى الابنِ، كالقول في النِّصْفِ عند الطَّلَاقِ.

إذا تقررَ ذلك، فمن مدارِكِ فسادِ الصِّدَاقِ أن يُلزَمَ من إثباتِ الصِّدَاقِ رَفْعُهُ، وذلك إما أن يكون بِتَوْسِطِ تَأْيِيرِهِ، في رفعِ النِّكَاحِ، أو لا يكون بهذا التَّوَسُّطِ، والكتاب يَشْتَمِلُ على مِثَالِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْقِسْمَيْنِ، أما الأولُ فإذا أُذِنَ لِعَبْدِهِ في أن يَنْكِحَ امْرَأَةً، ويجعل نفسه صِدَاقًا لَهَا، ففعل، لا يَصِحُّ الصِّدَاقُ؛ لأنه لو صَحَّ لملكَتِ زَوْجَهَا، فَيَنْفَسَخُ النِّكَاحُ، وَيَرْتَفِعُ الصِّدَاقُ، ولا يصحُّ النِّكَاحُ أيضًا؛ لأنه اقْتَرَنَ به ما يُضَادُهُ، فكان كَشْرَطِ الطَّلَاقِ، ولأن مِلْكَ الزوج لو طرأ في دَوَامِ النِّكَاحِ أَبْطَلَهُ وإذا قارن الابتداء منع الانعقاد، كما أن مَحْرَمِيَّةَ الرِّضَاعِ لما كان طَارِئًا مُبْطِلًا لِلنِّكَاحِ، كان مُقَارِنَهَا مَانِعًا مِنَ الانعِقَادِ، ومن الأئمة من قال على سَبِيلِ الْاِحْتِمَالِ<sup>(١)</sup>: يجوز أن يُقال: يَصِحُّ النِّكَاحُ، وَيَفْسُدُ الصِّدَاقُ.

وقوله في الكتاب: «كما إذا قَبِلَ النِّكَاحَ لعبده، وجعل رَقَبَتَهُ صِدَاقًا» قَبُولُ نِكَاحِ الْعَبْدِ مِنَ السَّيِّدِ يجوز أن يُتَبَيَّنَ على جَوَازِ إِجْبَارِ الْعَبْدِ على النِّكَاحِ، ويمكن تَصْوِيرُهُ فيما إذا قَبِلَ النِّكَاحَ لِعَبْدِهِ البالغ، بإذنه، وهذا إذا كانت الْمَرْأَةُ حُرَّةً.

أما إذا أُذِنَ له في أن يَنْكِحَ أُمَّةً، ويجعل نَفْسَهُ صِدَاقًا لَهَا، ففعل، يَصِحُّ النِّكَاحُ، والصِّدَاقُ؛ لأن المَهْرَ للسَّيِّدِ لا لَهَا، وليس فيه إلا اجْتِمَاعُ الزَّوْجَيْنِ في مِلْكَ شخص واحد، أنه لا يمنع صحَّةَ العقد، ثم لو طَلَّقَهَا الزَّوْجُ قَبْلَ الدُّخُولِ، فَيُنَبِّئُ على أن السَّيِّدَ إذا باع عَبْدَهُ بعد ما نَكَحَ بِإِذْنِهِ، ثم طَلَّقَ الْعَبْدَ الْمُنْكَوْحَةَ، وبعد أداءِ المَهْرِ، وقَبْلَ الدُّخُولِ إلى من يَعودُ النِّصْفُ؟.

فيه وجوه ثلاثة:

أصحهما: أنه يكونُ لِلْمُشْتَرِي، سواءً أَدَّاهُ البائع من مالِ نَفْسِهِ، أو أَدَّى من كَسْبِ الْعَبْدِ إما قَبْلَ البَيْعِ أو بعده؛ لأن المِلْكَ في النِّصْفِ إنما يَحْدُثُ بالطلاق، والطلاقُ وقع في ملك المشتري، فالحاصِلُ به يكونُ لِلْمُشْتَرِي، كَسَائِرِ الْأَكْسَابِ بعد الشراء.

والثاني: يَعودُ إلى البَائِعِ، بكل حال: لأنه وَجَبَ في مِلْكَهِ، فما سَقَطَ منه يَعودُ إليه.

والثالث: إن أَدَّاهُ البَائِعُ من عنده أو أَدَّى من كَسْبِ الْعَبْدِ قَبْلَ البَيْعِ، فيعود الشُّطْرُ إلى البَائِعِ؛ لأنه مُؤَدَّى من ملكه، وإن أَدَّى من كَسْبِهِ بعد البَيْعِ، فَيَعودُ إلى المشتري.

(١) قال النووي: هذا الاحتمال، ذكره الإمام والغزالي قالا: ولكن لا صائر إليه من الأصحاب، وقد جزم به صاحب «الشامل» ذكره في آخر «باب الشغار»، ولكن الذي عليه الجمهور الجزم ببطلان النكاح.



ولو فَسَخَ أَحَدُهُمَا النِّكَاحَ بِعَيْنٍ، بعدَ جَرَيَانِ النِّبَاحِ، وقبلَ الدُّخُولِ، أو اِزْتَدَّتْ المَرْأَةُ، أو عُيِّقَتْ، وفسخت بالعتق فتجري الوجوه في أن كلَّ الصَّدَاقِ إلى من يَعودُ؟.

ولو أنه أَعْتَقَ العَبْدَ، ثم طَلَّقَ العبدَ، قبلَ الدخولِ، أو حَدَثَ شَيْءٌ مِنَ الأَسْبَابِ المذكورة؛ فحيث نَقُولُ بِالْعَوْدِ إلى البائع، يعودُ هَا هُنَا إلى المُعْتَقِ، وحيث جَعَلْنَاهُ للمُشْتَرِي، فيكون هَا هُنَا لِلْمُعْتَقِ، فَإِن قُلْنَا بالأَصَحِّ، وهو العَوْدُ إلى المُشْتَرِي، ففي المَسْأَلَةِ التي كُنَّا فِيهَا نَبْقَى رَقَبَةَ العَبْدِ كُلِّهَا لمالكِ الأُمَّةِ.

وإن قُلْنَا بِالْعَوْدِ إلى البائع، فكذلك هَا هُنَا يَعودُ النِّصْفُ إلى السيدِ المصدقِ، في صورة الطَّلَاقِ، ولو فرضت رِدَّةً أو فَسَخَ بِعَيْنٍ، يعودُ الكلُّ إليه، وبه أَجاب ابنُ الحَدَّادِ.

ولو عتق مالك الأُمَّةِ العَبْدَ، ثم إنه طَلَّقَهَا قبلَ الدُّخُولِ، فعلى المُعْتَقِ نِصْفُ قيمة العَبْدِ، في صورة الطَّلَاقِ، وجميعها في الرِدَّةِ، والفَسَخِ بِالْعَيْنِ، ويكون ذلك للزَّوْجِ الذي عتق على الأَصَحِّ، وَلِسَيِّدِهِ الأَوَّلِ على الوَجْهِ الأَخْر.

ولو قَبِلَ نِكَاحَ أُمَّةٍ لِعَبْدِهِ الرُّضِيعِ، على قولنا: إنه يَجُوزُ إِجْبَارُ العَبْدِ الصَّغِيرِ على النِّكَاحِ [وجعله صداقاً]<sup>(١)</sup> فأرضعت الأُمَّةُ زَوْجَهَا، وانفَسَخَ النِّكَاحُ، لِصِغَرِ وَرَثَتِهَا أَمَّا لَهُ، فالعَبْدُ يَبْقَى لمالكِ الأُمَّةِ، على الأَصَحِّ، وعلى الوجه الأَخْر يَعودُ إلى سَيِّدِهِ الأَوَّلِ، ولو اِزْتَضَعَ الصَّغِيرُ بِنَفْسِهِ، فهو كَالطَّلَاقِ قبلَ الدخولِ.

ولو بَاعَ مَالِكُ الأُمَّةِ العَبْدَ، ثم طَلَّقَ العَبْدَ قبلَ الدخولِ، أو فُرِضَتْ رِدَّةً أو انْفِسَاحٌ، فعلى الوجه المُقَابِلِ للأَصَحِّ، يجبُ عليه لِسَيِّدِ العَبْدِ الأَوَّلِ نِصْفُ قيمة العبدِ في الطَّلَاقِ، وجميع قيمته في سائر الصُّوَرِ.

وأما على الوجه الأَصَحِّ فقد أطلق في «التهذيب» أنه لا شَيْءَ عليه.

وقال الشيخ أبو عَلِيٍّ: يرجع مُشْتَرِي العَبْدِ عليه بِنِصْفِ القِيَمَةِ، أو بجمعها؛ لأن الصَّدَاقَ على هذا الوَجْهِ يكون أبداً لمن له العَبْدُ، يوم الطَّلَاقِ، أو الفسخِ، وهذا هو الصَّوَابُ وليؤوَّلُ ما في «التهذيب» على أنه لا شَيْءَ عليه لِلسَيِّدِ الأَوَّلِ، ولو أنه بَاعَ الأُمَّةَ ثم طلق أو فسخت فعلى الأَصَحِّ يَبْقَى العَبْدُ لَهُ، ولا شَيْءَ عليه، وعلى الوجه الأَخْر يَعودُ نِصْفُهُ أو كله إلى السيدِ الأَوَّلِ.

وأما القِسْمُ الثاني فإذا كانت أُمُّ ابْنِ الصَّغِيرِ فِي مِلْكِهِ؛ بأن استَوْلَدَ أُمَّةً الغَيْرِ بالنِكَاحِ، ثم إنه مَلَكَهَا وَوَلَدَهَا، يُعْتَقُ عليه الوَلَدُ، ولا تُعْتَقُ الأُمُّ، ولو قَبِلَ لَهُ نِكَاحٌ

(١) سقط في أ.

امراً، وأصدقها أمة لم يصح الصداق؛ لأن ما يجعله صداقاً عن ابنه يدخل في ملك الابن أولاً، ثم ينتقل إلى المرأة، ولو دخلت في ملكه لعنتت عليه، وامتنع انتقالها إلى المرأة صداقاً، فيصح النكاح، ويفسد الصداق، وإذا فسد الصداق، جاء الخلاف في أن الواجب مهر المثل، أو قيمتها، هذا ما ذكره في هذه الصورة، لكن ذكرنا خلافاً فيما إذا أصدق الأب الصغير من مال نفسه، ثم بلغ الابن، وطلق قبل الدخول، في أن نصف المهر يزجج إلى الابن، أو الأب فمن قال: يرجع إلى الأب، فقد ينازع في قولنا: لا يدخل الصداق في ملكها، حتى يدخل في ملك الابن.

قال الغزالي: (الخامس) أن يزوج من ابنته بأكثر من مهر المثل أو ابنته بأقل من مهر المثل فيفسد الصداق وفي صحة النكاح قولان، ووجه الفساد أن الرجوع إلى مهر المثل دون رضاهم وما قنعوا به بعيد، ولو أصدق زوجة ابنته أكثر من مهر المثل ولكن من مال نفسه جاز وإن كان يدخل في ملك الابن ضمناً.

قال الزايعي: إذا قبل النكاح لابنته الصغير، أو المجنون، بمهر المثل، أو دونه، أو بعين مال من أمواله، هي قدر مهر المثل، أو دونه، صح، وإن قبله بأكثر من مهر المثل، فالصداق فاسد، وكذا لو زوج ابنته المجنونة بأقل من مهر المثل، أو ابنته البكر الصغيرة، أو البالغة، ولم يزججها، يفسد الصداق، خلافاً لأبي حنيفة ومالك وأحمد - رضي الله عنهم - حيث قالوا: يصح المسمى.

لنا القياس على ما لو باع مالها، بما دون ثمن المثل، فإذا فسد الصداق، ففي النكاح قولان:

أصحها: لأنه يصح، كما في سائر الأسباب المفسدة للصداق، ويجب مهر المثل، وفيما إذا أصدقها عيناً وجه لأنه يصح التسمية في قدر مهر المثل.

والثاني: لأنه لا يصح النكاح؛ لأنه ترك ما فيه حظها ومصلحتها، فأشبه ما إذا زوجها من غير كفاً وأيضاً فإن التي قبل نكاحها، لم تزض إلا بالزيادة على مهر المثل، فإذا رددنا إلى مهر المثل، لم يكن النكاح مرضياً به، والذي زوج ابنته منه، لم يزض إلا بأقل من مهر المثل، فإذا ارتقينا إلى مهر المثل لم يكن النكاح مرضياً به فيمتنع تزججها، وإلى هذا يرجع معنى قوله في الكتاب: «أن الرجوع إلى مهر المثل دون رضاهم وما قنعوا به بعيد» أي: ما قنع به المرأة التي قبل نكاحها لابنته، ولا أولياؤها، ولو أصدق ابنه من مال نفسه أكثر من مهر المثل، فقد أورد الإمام فيه احتمالين:

أحدهما: أنه يفسد المسمى، كما لو أصدق من مال الابن، وذلك لأن ما يجعله صداقاً، يدخل في ملك الابن، وإذا دخل في ملكه لم يجز التبرع به.

الثاني: أنه يصح، وتَسْتَحِقُّ المرأةُ المُسَمَّى، لأن المَجْعُولَ صَدَاقًا لم يكن مِلْكًا للابن، حتى يفوت عليه، وإنما يَحْضُلُ المِلْكُ في ضِمْنِ تَبْرُعِ الأب، فلو لم نُصَحِّحْهُ لَقَاتَ على الابن، وَلَزِمَ مَهْرَ المثل في ماله، وهذا ما أوردَهُ صَاحِبُ الكِتَابِ، وصاحب «التهديب» وفي «التتمة» و «أمالي» أبي الفرج تَرْجِيحُ الاختِمَالِ الأول<sup>(١)</sup>، وأيدَ ذلك بأن الصَّبِيِّ لو لزمه كَفَّارَةُ القَتْلِ، فأعتق الوَلِيُّ عنه عَبْدًا لنفسه، لم يَجُزْ؛ لأنه يَتَضَمَّنُ دخوله في مِلْكَه وإعتاقه عنه وإعتاق عبد الطفل لا يجوز<sup>(٢)</sup>، ويؤيِّدُهُ أيضاً ما إذا قَبِلَ له نِكَاحَ امرأةٍ، وجعل أمَّهُ صَدَاقَهَا على ما قَدَّمْنَا.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (فَرَعٌ) إِذَا تَوَاطَأَ أَوْلِيَاءُ الرُّوَجِينِ عَلَى ذِكْرِ النِّفَنِ فِي العَقْدِ ظَاهِرًا

(١) قال الشيخ البلقيني: هذان الاحتمالان وجهان مذكوران في كتب المذهب قيل إن الإمام قال في التتمة المذهب أن التسمية فاسدة ووجه بمسألة العتق، ثم قال وفيه وجه آخر أن التسمية صحيحة لأن المرادة يعني المقصودة في التملك والملك للطفل يحصل تبعاً لا مقصوداً، انتهى.

ومراد الشيخ بما نقله عن التتمة أن الاحتمالين وجهان مشهوران فلا يحسن اعتراض الشيخ ولي الدين على شيخه بأن المصنف حكى كلام المتولي فلا حاجة لاستدراكه.

قال في الخادم: ولم يرجح شيئاً منهما وكلامه مائل إلى ترجيح الأول والراجح ما قطع به البغوي فقد قطع به الماوردي في باب الاختلاف في المهر، وكذلك صاحب الذخائر والترغيب، وقال العماد بن يونس في شرح التعجيز أنه الأصح لأنه يدخل في ملك الابن تبعاً لا مقصوداً. وقال ابن أبي الدم: أنه الأظهر.

(٢) قال الشيخ البلقيني: هذا التأييد ليس بمسلم فإن للولي أن يعتق عبد الطفل في كفارة القتل، وصرح هناك أيضاً بأنه إذا أعتق الولي عبد نفسه عن كفارة قتل الصبي، جاز إن كان أباً أو جداً، وإن كان وصياً لم يجوز حتى يملكه له القاضي أو نائبه، ثم بعد ذلك يعتقه. انتهى.

وقال في الخادم بعد ذكره ما ذكره شيخه البلقيني ونقله عن المهمات أن المتولي إنما منع عتق التبرع وقد صرح الرافعي في باب كفارة القتل بأن الولي إذا أعتق عنه من مال الصبي صح.

وذكر في كتاب الحج فيما إذا وجبت الفدية على الصبي أنه ليس للولي أن يكفر عنه بالمال لأنه غير متعين على القول بجواز افتدائه بالصوم وعلى دفع الاضطراب يحمل الوجوب على ما إذا كانت الكفارة على العود والمنع على ما إذا كانت على التراخي وشاهده أنه ليس للولي أداء دين الطفل حتى يطالبه المستحق، صرح به الماوردي في باب الوصايا، وقال ابن الرفعة ما حاصله أن الكفارة إن كانت على التراخي يمنع الولي من الكفارة بالعتق. قال وهذا الخلاف قد يجري في المجنون وقد يقطع بالجواز إن كان جنونه مطبقاً لأنه مما لا غاية له تنتظر بخلاف الصبي، والأشبه أنه إن كان القتل في صورة الخطأ، فليس له الإخراج حالاً لعدم الفورية، وإن كان عمداً، وقلنا إن عمده كالخطأ، فكذلك وإن قلنا أنه كالعمد فيخرج على الخلاف في أنه هل يجب على المجنون أم لا.

وقد ذكر الرافعي في باب كفارة الظهار عن القفال أنه قال أعتق عبدك عن أبي الصغير جاز. وسيأتي الكلام عليه في موضعه إن شاء الله تعالى.

وَعَلَى الْاِكْتِفَاءِ بِالْأَلْفِ بَاطِنًا فَالْوَاجِبُ مَهْرُ السَّرِّ أَوْ الْعَلَانِيَةِ فِيهِ قَوْلَانِ، مَاخُذُهُمَا أَنَّ الْعِبْرَةَ بِالِاضْطِلَاحِ الْخَاصِّ أَوْ الْعَامِّ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا اتَّفَقُوا عَلَى مَهْرٍ فِي السَّرِّ<sup>(١)</sup>، وَأَعْلَنُوا بِأَكْثَرٍ مِنْ ذَلِكَ، فَعَنْ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّهُ قَالَ فِي مَوْضِعٍ: إِنَّ الْمَهْرَ مَهْرُ السَّرِّ، وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ: إِنَّ الْمَهْرَ مَهْرُ الْعَلَانِيَةِ، وَيُنْسَبُ هَذَا إِلَى «الإِمْلاء».

وفيها طريقتان للأصحاب:

أحدهما: إِبْتِاثُ قَوْلَيْنِ فِي الْمَسْأَلَةِ، وَبِهِ قَالَ الْمُزْنِيُّ، وَفِي مَوْضِعَهُمَا طَرِيقَانِ مَذْكُورَانِ فِي «النهاية»:

أحدهما: أَنَّ مَوْضِعَ الْقَوْلَيْنِ، مَا إِذَا اتَّفَقُوا عَلَى أَلْفٍ وَاضْطَلَحُوا عَلَى أَنْ يَعْبرُوا عَنِ الْأَلْفِ فِي الْعَلَانِيَةِ بِالْفَيْنِ، أَظْهَرَ الْقَوْلَيْنِ: أَنَّ الْوَاجِبَ أَلْفَانِ لَجَرِيَانِ الْعَقْدِ عَلَى اللَّفْظِ الصَّرِيحِ فِي مَعْنَاهُمَا.

والثاني: أَنَّ الْوَاجِبَ أَلْفٌ اعْتِبَارًا بِمَا تَوَاضَعُوا، وَاضْطَلَحُوا عَلَيْهِ، وَالْأَلْفَاظُ لَا تَعْنِي لِأَعْيَانِهَا، وَإِنَّمَا يَنْظُرُ إِلَى مَعَانِيهَا وَمَقْصُودِهَا، فَهَذَا مَا أوردَهُ فِي الْكِتَابِ، حَيْثُ قَالَ: «إِنَّ الْعِبْرَةَ بِالِاضْطِلَاحِ الْخَاصِّ أَوْ الْعَامِّ».

والثاني: إِبْتِاثُ قَوْلَيْنِ مَهْمَا اتَّفَقُوا عَلَى أَلْفٍ، وَجَرَى الْعَقْدُ بِالْفَيْنِ، وَإِنْ لَمْ يَتَّعَرَّضُوا لِتَعْبِيرِ اللَّغَةِ، وَالتَّعْبِيرُ بِالْأَلْفَيْنِ عَلَى أَلْفٍ اِكْتِفَاءً بِمَا قَصَدُوهُ وَرَضُوا بِهِ.

قال الإمام قَدَسَ اللهُ رُوحَهُ: وَعَلَى هَذِهِ الْقَاعِدَةِ تَجْرِي الْأَحْكَامُ الْمُتَلَقَّاتُ مِنَ الْأَلْفَاظِ، فَلَوْ قَالَ لِرُوحَتِهِ: إِذَا قُلْتُ: أَنْتَ طَالِقٌ ثَلَاثًا، لَمْ أُرِدْ بِهِ الطَّلَاقَ، وَإِنَّمَا غَرَضٌ أَنْ تَقُومِي وَتَقْعُدِي، أَوْ أُرِيدُ بِالثَّلَاثِ وَاحِدَةً، فَالْمَذْهَبُ أَنَّ ذَلِكَ لَا عِبْرَةَ بِهِ.

وفيه وجه أن الاعتبار بما تَوَاضَعَا عَلَيْهِ. ثُمَّ مَا الْمَعْنَى بِمَا أَطْلَقْنَاهُ فِي الطَّرِيقَيْنِ مِنَ الْاِتِّفَاقِ فِي السَّرِّ، أَهْوَى مُجَرَّدُ التَّرَاضِي، وَالتَّوَاعُدُ أَمْ الْمُرَادُ مَا إِذَا جَرَى الْعَقْدُ بِالْفِ فِي السَّرِّ، ثُمَّ عَقَدُوا بِالْفَيْنِ فِي الْعَلَانِيَةِ، مِنْهُمْ مَنْ يُشْعِرُ كَلَامَهُ بِالْأَوَّلِ، وَقَضِيَّةُ لَفْظِ «التَّهْذِيبِ» وَغَيْرِهِ إِبْتِاثُ الْقَوْلَيْنِ، وَإِنْ جَرَى الْعَقْدَانِ قَالَ صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» وَخَرَجَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا مِنْ هَذَا الْخِلَافِ أَنَّ الْمُضْطَلَحَ عَلَيْهِ قَبْلَ الْعَقْدِ كَالْمَشْرُوطِ فِي الْعَقْدِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ ذَكَرُ ذَلِكَ.

والطريق الثاني: وهو الأصحُّ تَنْزِيلُ النَّصِيِّنِ عَلَى حَالِيْنِ، فَحَيْثُ قَالَ: الْمَهْرُ مَهْرُ

(١) وهو لغة ما اطلع عليه شخص واحد.

السَّرُّ، أراد ما إذا جَرَى العَقْدُ بِألف في السَّرِّ، ثم أتوا بلفظ العَقْدِ في العلانية، وذكروا الألفين تَجْمَلًا، وهم مُتَّفِقُونَ على بقاء العَقْدِ الأول، وحيث قال: المَهْرُ مَهْرُ العلانية، أراد ما إذا تَوَاعَدُوا أن يكون المَهْرُ أَلْفًا، ولم يعقدوا في السَّرِّ، وعقدوا في العلانية، فيكون المَهْرُ ما عَقِدَ عليه العَقْدُ، لا ما سَبَقَ به الوَعْدُ.

ونقل الحناطي وغيره في المَسْأَلَةِ نَصًّا ثَالِثًا، وهو أنه يَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ، ويفسد المُسَمَّى، وَحَمَلُوهُ على ما إذا جَرَى العَقْدُ بِألفين على شَرْطِ أن يكتفي بِألف، أو على ألا يلزمه إلا أداء الألف.

ويجوز أن يُعَلَّمَ لما بَيَّنَّاهُ قوله في الكتاب: «قولان» بالواو وقوله: «أَوْلِيَاءِ الزَّوْجَيْنِ» لا يَخْفَى أنه لا يشترط أن يكون الزوج بحيث يلي أمره ووليِّ، والمعتبر تَوَافُقُ الزوج والوَلِيِّ، وقد يحتاج إلى مُسَاعَدَةِ المرأة.

قَالَ العَزَالِيُّ: (السَّادِسُ) أَنْ يُخَالِفَ الأَمْرُ فَإِذَا قَالَتْ: زَوْجِي بِألف فَرَوَّجَهَا الوَلِيُّ أَوْ وَكَيْلُ الوَلِيِّ بِخَمْسِمِائَةٍ لَمْ يَصِحَّ النِّكَاحُ، وَلَوْ قَالَتْ: زَوْجِي مُطْلَقًا فَرَوَّجَ بِأقلِّ مِنْ مَهْرِ المِثْلِ لَمْ يَصِحَّ أَيْضًا، وَقِيلَ: يَصِحُّ وَيَرْجَعُ إِلَى مَهْرِ المِثْلِ، وَلَوْ زَوَّجَهَا مُطْلَقًا فَيَخْتَمِلُ التَّضْحِيحُ لِلْمُطَابَقَةِ، وَيَخْتَمِلُ الإِنْسَادُ؛ لِأَنَّ مَفْهُومَ المُطْلَقِ ذِكْرُ المَهْرِ عُرْفًا، وَلَوْ قَالَتْ: زَوْجِي بِمَا شَاءَ الخَاطِبِ فَرَوَّجَ فَهُوَ مَجْهُولٌ وَالوَاجِبُ مَهْرُ المِثْلِ، وَلَوْ عَرَفَ مَا شَاءَ الخَاطِبِ فَقَالَ: زَوْجَتِكَ بِمَا شِئْتَ صَحَّ، وَقِيلَ: إِنَّهُ يَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ لِخَلَلِ اللَّفْظِ إِذْ لَمْ يَتَلَفَّظْ بِهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لا يشترط في إِذْنِ المَرْأَةِ، حيث يعتبر إِذْنُهَا تَقْدِيرَ المَهْرِ، ولا ذكره، ولكن لو قدرت فقالت: زوجني بألف مَثَلًا، فَرَوَّجَهَا الوَلِيُّ أَوْ وَكَيْلُهُ، بِخَمْسِمِائَةٍ لَمْ يَصِحَّ<sup>(١)</sup>، وَالْحَقُّ فِي «التَّهْذِيبِ» بهذه الصورة ما إذا زَوَّجَهَا الوَلِيُّ بِلا مَهْرٍ، أَوْ زَوَّجَهَا مُطْلَقًا، وَفِي بعضِ التَّعَالِيْقِ عَنِ الإِمَامِ أن منهم من قال في حق الوَلِيِّ: قولان كالقولين في تَزْوِيجِ المُجْبَرِ بدون مَهْرِ المِثْلِ؛ لِأَنَّ غير المُجْبَرِ مِنَ الأَوْلِيَاءِ، إِذَا وَجَدَ الإِذْنَ التَّحَقَّقَ بِالمُجْبَرِ، وَخَرَجَ عَنِ رُتْبَةِ الوَكَيْلِ الَّذِي يُزَوَّجُ بِالإِذْنِ المُجَرَّدِ، وَلَوْ قَالَتْ لَوَكَيْلِ الوَلِيِّ: زوجني مُطْلَقًا، وَلَمْ تَتَعَرَّضْ لِلْمَهْرِ، فَرَوَّجَهَا الوَكَيْلُ بِمَا دون مَهْرِ المِثْلِ، فَفِي فَسَادِ النِّكَاحِ [قولان، ذكرهما]<sup>(٢)</sup> الإِمَامِ قَدَّسَ - اللهُ رُوحَهُ - وغيره.

أظهرهما: عنده وعند صاحب الكتاب القَطْعُ بِالفَسَادِ، لِأَنَّ المُطْلَقَ مَحْمُولٌ عَلَى مَهْرِ المِثْلِ، فَكَانَها قدرت به. فنقص.

(١) للمخالفة وفي قول من الطريق الثاني، يصح بمهر المثل.

(٢) في ب: طريقان نقلهما.

والثاني: أنه على قولين:

أحدهما: الفَسَادُ.

والثاني: الصَّحَّةُ والرجوع إلى مَهْرِ المِثْلِ، وأورد في «التهذيب» هذين الطريقتين، فيما إذا وَكَّلَ الوَلِيَّ بالتَزْوِيجِ مطلقاً، فزوج الوكيل، ونَقَصَ عن مَهْرِ المِثْلِ. وإذا قلنا: لا يصح نِكَاحُ الوكيلِ لو نَقَصَ، فلو أنه أَطْلَقَ التَزْوِيجَ، ولم يتعرض للمَهْرِ، ففيه احتمالان للإمام.

أحدهما: أنه لا يَصِحُّ النِّكَاحُ أيضاً؛ لأن الإِطْلَاقَ يَفْتَضِي ذِكْرَ المَهْرِ عُرْفاً.

وأصحهما: الصَّحَّةُ، والرجوع إلى مَهْرِ المِثْلِ، لأن المَأْتِيَّ به يُطَابِقُ الإِذْنَ، ولأن المَطْلُوقَ إذا أَقْتَى مَهْرَ المِثْلِ، كان إِطْلَاقُ العَقْدِ كَذِكْرِ مَهْرِ المِثْلِ.

ولو أنها أَذْنَتْ لِلوَلِيِّ في التَزْوِيجِ مُطْلَقاً، فَزَوَّجَ مما دون مَهْرِ المِثْلِ، فيفسد النكاح أو يَصِحُّ، وَيَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ فيه قولان، كما سَبَقَ، وكذا لَوْ زَوَّجَهَا بلا مَهْرٍ، وفيه طريق آخر أنه يُقْطَعُ بالفَسَادِ، كما في الوكيلِ، وهذا يَدُلُّ على أن إِذْنَهَا في النكاح، والسُّكُوتُ عن المَهْرِ ليس بِتَفْوِيزٍ، وفيه شَيْءٌ سنذكره في أوَّلِ بَابِ التَّفْوِيزِ، ولو قالت للوكيل أو للولي: زَوِّجْنِي بما شَاءَ الخَاطِبُ، فقال المَأْذُونُ للخاطب: زَوِّجْتُكَهَا بما شِئْتُ، فإن لم يَعْرِفْ ما شَاءَ الخَاطِبُ، فقد زَوَّجَهَا بِمَنْجَهُولٍ، فيصحُّ النِّكَاحُ، ويجب مَهْرُ المِثْلِ، وإن عرف ما شاء فوجهان:

أظهرهما: صِحَّةُ الصِّدَاقِ لِإِحَاطَتِهَا بالمَقْصُودِ.

والثاني: وبه قال القَاضِي الحُسَيْنُ - لا يصح الرجوع إلى مَهْرِ المِثْلِ لِخَلَلِ اللفظ، وإِنهَامِهِ<sup>(١)</sup>، ويجوز أن يرجع الخِلافُ إلى أن العِبْرَةَ باللفظ أو المَعْنَى.

(١) قال النووي: هذا المذكور في هذا السبب، هو طريقة الخراسانيين. وأما العراقيون فقطعوا بصحة النكاح في كل هذه المسائل. قال صاحب «البيان»: إذا أذنت في التزويج، فزوجها وليها بلا مهر، أو بدون مهر المثل، أو بدون ما أذنت فيه، أو بغير جنسه، أو زوج الأب البكر الصغيرة أو الكبيرة بلا مهر أو بأقل من مهر مثلها، أو وكل بعللاً فزوجها بلا مهر، أو بأقل من مهر مثلها، فقال أصحابنا البغداديون: يصح النكاح في كل الصور بمهر المثل. وحكى الخراسانيون قولين في صحة النكاح في جميع ذلك.

قال في المهمات: كلامه يشعر بترجيح الصحة ليقدم نقل العراقيين على نقل الخراسانيين مع قطعهم وتردد أولئك، لكن تقدم في الباب الرابع في بيان الأولياء القطع بالطلاق في نظير ذلك. قال في التوسط: عجب قوله أن كلامه يشعر بالصحة في الجميع إلى آخره لأنه رحمه الله تعالى مصرح بذلك، واعترض الشيخ البلقيني على الشيخ النووي في نقله عن البيان عن الخراسانيين قولين.

## «فروع»

لو قال الوليُّ للوكيل: زَوَّجَهَا مِنْ شَاءَتْ بِكُمْ شَاءَتْ، فزَوَّجَهَا بِرِضَاهَا مِنْ غَيْرِ كُفٍّ بِأَقْلٍ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ، يجوز، ولو قال: زَوَّجَهَا بِأَلْفٍ، فزَوَّجَهَا بِخَمْسَمِائَةِ بِرِضَاهَا قَالَ فِي «التَّمَةِ»: الْمَذْهَبُ أَنَّهُ يَصِحُّ النِّكَاحُ؛ لِأَنَّ الصَّدَاقَ مَنْخُصٌ حَقُّ الْمَرْأَةِ.

وفيه وجه أنه لا يَصِحُّ، لِأَنَّ النِّكَاحَ الَّذِي وَكَّلَهُ غَيْرُ الَّذِي بِأَشْرَهُ.

ولو جاء رجل وقال: أَنَا وَكَيْلُ فُلَانٍ فِي قَبُولِ نِكَاحِ فُلَانَةَ بِكَذَا، فَصَدَّقَهُ الْوَلِيُّ وَالْمَرْأَةُ، وَجَرَى النِّكَاحُ وَضَمِنَ مَدْعَى الْوَكَّالَةِ الصَّدَاقَ<sup>(١)</sup>، ثُمَّ إِنْ فُلَانًا أَنْكَرَ وَصَدَّقْتَاهُ بِالْيَمِينِ، فَهَلْ يُطَالَبُ مَدْعَى الْوَكَّالَةِ بِشَيْءٍ مِنَ الصَّدَاقِ؟

فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لِأَنَّ مُطَالِبَةَ الْأَضْلِ قَدْ سَقَطَتْ، وَالضَّامِنُ قَرَعٌ.

وأصحهما: وَيُحْكَى عَنْ نَصِّهِ فِي «الإِمَاءِ» أَنَّهُ يُطَالَبُ بِنِصْفِ الصَّدَاقِ، لِأَنَّ الْمَالَ ثَابِتٌ عَلَيْهِمَا بِرِغْمِهِ، وَصَاحِبُهُ ظَالِمٌ فِي الْإِنْكَارِ، فَصَارَ كَمَا لَوْ قَالَ: لَزِيدٍ عَلَى عَمْرٍو كَذَا، وَأَنَا ضَامِنٌ، وَأَنْكَرَ عَمْرٍو وَيَجُوزُ لَزِيدٌ مُطَالِبَةَ الضَّامِنِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

أفروع: فِي «فَتَاوَى الْبَغَوِيِّ» أَنَّهُ إِذَا قَالَ الْوَلِيُّ لِلْوَكِيلِ: لَا تُزَوِّجْهَا إِلَّا بِشَرْطِ أَنْ تَرَهَنَ بِالصَّدَاقِ فُلَانًا، أَوْ يَتَّكِفَلُهُ فُلَانًا، صَحَّ، وَعَلَى الْوَكِيلِ الْأَشْرَاطُ. فَإِنْ أَهْمَلَهُ، لَمْ يَصِحَّ النِّكَاحُ. وَلَوْ قَالَ: زَوَّجَهَا بِكَذَا وَخُذْ بِهِ كَفِيلًا، فَزَوَّجَهَا بِلا شَرْطٍ، صَحَّ النِّكَاحُ؛ لِأَنَّهُ أَمْرُهُ بِأَمْرَيْنِ امْتَثَلَ أَحَدَهُمَا.

وَإِنْ قَالَ: لَا تُزَوِّجْهَا إِذَا لَمْ يَتَّكِفَلْ فُلَانًا، يَنْبَغِي أَلَّا يَصِحَّ التَّوَكُّيلُ، لِأَنَّ الْكِفَالََةَ تَتَّخِزُ عَنِ النِّكَاحِ، وَقَدْ مَنَعَ الْعَقْدُ إِلَّا بِهَا، وَأَنَّهُ إِذَا قَالَ لِلْوَكِيلِ: زَوَّجَهَا بِأَلْفٍ وَجَارِيَةٍ، وَلَمْ يَصِفِ الْجَارِيَةَ، فَزَوَّجَهَا الْوَكِيلُ بِأَلْفٍ، لَمْ يَصِحَّ. وَلَوْ قَالَ: زَوَّجَهَا بِخَمْرٍ، أَوْ خِنْزِيرٍ، أَوْ مَجْهُولٍ، فَزَوَّجَهَا بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ تَقْدِيرَ الْبَلَدِ، وَقَدَّرَ مَهْرَ الْمِثْلِ، أَوْ أَكْثَرَ، صَحَّ النِّكَاحُ وَالْمَسْمِيُّ، وَإِلَّا فَلَا.]

= فقال إن صاحب البيان لم يجد ذلك عن الخراسانيين بل حكاه المسعودي ومراده صاحب الإبانة والنقل عن واحد لا يقتضي أن يكون نقل عن الخراسانيين كلهم.

قال في البيان: والطريق الأول أصح.

(١) قال الشيخ البلقيني قوله «وضمن الوكيل الصداق» يعني بصريح الضمان ويفهمك أن النكاح المجرد لا يقتضي تعلق عهدة في الصداق على الوكيل.

## البَابُ الثَّالِثُ فِي الْمَفُوضَةِ

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَنَعْنِي بِالتَّفْوِيزِ إِخْلَاءَ النِّكَاحِ عَنِ الْمَهْرِ بِأَمْرٍ مَنْ يَسْتَحِقُّ الْمَهْرَ كَمَا إِذَا قَالَتِ الْبَالِغَةُ الْعَاقِلَةُ: زَوْجِي بِغَيْرِ مَهْرٍ فَرُوجٌ وَنَفِي الْمَهْرُ أَوْ سَكَتَ عَنْ ذِكْرِهِ، وَكَذَا السَّيِّدُ إِذَا زَوَّجَ أُمَّتَهُ بِغَيْرِ مَهْرٍ، وَأَمَّا تَفْوِيزُ السَّفِيهَةِ لَا يُعْتَبَرُ فِي إِسْقَاطِ الْمَهْرِ، وَكَذَا الصَّبِيَّةُ، ثُمَّ الْمَفُوضَةُ تَسْتَحِقُّ عِنْدَ الْوَطْءِ مَهْرَ الْمِثْلِ، وَهَلْ تَسْتَحِقُّ بِالْعَقْدِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ، وَلَا خِلَافَ أَنَّهَا لَا تَسْتَحِقُّ الشُّطْرَ عِنْدَ الطَّلَاقِ إِلَّا إِذَا جَرَى الْفَرَضُ بَعْدَ الْعَقْدِ، وَلَوْ أَصْدَقَهَا خَمْرًا تَشَطَّرَ مَهْرَ الْمِثْلِ لِأَنَّهُ كَالْمَفْرُوضِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: التَّفْوِيزُ<sup>(١)</sup> أَنْ يَجْعَلَ الْأَمْرَ إِلَى غَيْرِهِ، وَيَكِلُهُ إِلَيْهِ، وَيُقَالُ: إِنَّهُ إِهْمَالٌ، وَمِنْهُ [البسيط]:

لَا يَضْلُحُ النَّاسُ فَوْضَى... ..

(١) التَّفْوِيزُ: لغة رد الأمر للغير، وشرعاً: تفويض بضع، وهو إخلاء النكاح عن المهر، وتفويض مهر، وهو رد أمر المهر من المرأة إلى غيرها، نحو زوجني بما شئت أو شاء فلان. فإذا قالت رشيدة، ولو حكما لوليتها: زوجني بلا مهر، فزوج ونفي المهر، أو سكت عنه، فهو تفويض صحيح.

وكذا لو قال سيد أمة غير مكاتبه: زوجتكها بلا مهر، أو سكت عنه أما من السفهية فيستفيد منه الولي الإذن في النكاح فقط وإذا صح التفويض، فالأظهر أنه لا يجب بالعقد شيء والثاني: يجب مهر مثل، وعلى الأول لو وطئ فمهر مثل؛ لأن الوطء لا يباح بالإباحة، لما فيه من حق الله - تعالى - والمعق في مهر المثل الأكثر من العقد إلى الوطء، أو الموت؛ لأن البضع دخل في ضمانه بالعقد.

وقيل: بحال العقد؛ لأنه المقتضى للوجوب بالوطء.

وقيل: بحال الوطء؛ لأنه الذي لا يعرى عن المهر بخلاف العقد، وهما ضعيفان.

فصل: للمفوضة حسب نفسها ليفرض، والمطالبة بالفرض؛ لتكون على بصيرة من تسليم نفسها، وكذا التسليم المفروض الحال في الأصح، كالمسمى في العقد.

وقيل: لا لمسامحتها بالمهر فكيف يضايق في تقديمه.

والمفروض ما تراضيا به، ولو مؤجلاً، أو فوق مهر مثل، أو جاهلين بقدره، كالمسمى ابتداءً ولا يشترط العلم بمهر المثل؛ ولأن المفروض ليس بدلاً عنه بل الواجب أحدهما، فإن امتنع الزوج من الفرض، أو تنازعا فيه فرض القاضي مهر المثل، ويشترط علمه به؛ حتى لا يزيد عليه ولا ينقص إلا بتفاوت يسير يحتمل عادة، أو بتفاوت المؤجل إن كان مهر المثل مؤجلاً وأن يكون حالاً من نقد البلد وإن رضيت بالتأجيل لأنه منصبه الإلزام، فلا يليق به خلاف ذلك ولا يتوقف ما يفرضه على رضاهما به، فإنه حكم منه ولا يصح فرض أجنبي من ماله لأنه خلاف ما يقتضيه العقد وقيل: يصح، ويلزم بالرضا من الزوجة، وعليه يلزم الأجنبي ولا شيء على الزوج.



وتسمى المَرَاةُ الْمُفَوَّضَةَ؛ لِتَفْوِضِهَا أَمْرَهَا إِلَى الرَّوْجِ، أَوْ الْوَالِيِّ بِلا مَهْرٍ، أَوْ لِأَنَّهَا أَهْمَلَتِ الْمَهْرَ، وَمُفَوَّضَةٌ؛ لِأَنَّ الْوَالِيَّ قَوَّضَ أَمْرَهَا إِلَى الرَّوْجِ؛ لِأَنَّ الْأَمْرَ فِي الْمَهْرِ مُفَوَّضٌ إِلَيْهَا إِنْ شَاءَتْ نَفْتَهُ، وَإِلَّا فَلَا وَصَدَرَ صَاحِبُ الْكِتَابِ الْبَابَ بِفَصْلَيْنِ:

أحدهما: في تصوير التَّفْوِضِ.

والثاني: في بيان حُكْمِ الْمَهْرِ إِذَا جَرَى التَّفْوِضُ.

أما الْأَوَّلُ فَقَدْ قَالَ الْأَصْحَابُ: التَّفْوِضُ ضَرْبَانِ: تَفْوِضُ مَهْرٍ، وَتَفْوِضُ بَضْعٍ فَتَفْوِضُ الْمَهْرِ، أَنْ تَقُولَ [لِوَالِيهَا] <sup>(١)</sup> زَوْجِنِي بِمَا شِئْتُ [أَوْ مَا شِئْتُ أَنَا] <sup>(٢)</sup> أَوْ مَا شَاءَ الْخَاطِبُ، أَوْ فُلَانٌ، فَإِنْ زَوَّجَهَا عَلَى مَا ذَكَرْتَ مِنَ الْإِنْهَامِ، فَالْحُكْمُ مَا مَرَّ فِي الْفَصْلِ السَّابِقِ، وَإِنْ زَوَّجَهَا بِمَا عَيْنَ الْمَذْكُورِ مِنْ مَشِيئَتِهِ، صَحَّ الْمُسَمَّى، وَإِنْ كَانَ دُونَ مَهْرِ الْمِثْلِ، وَإِنْ زَوَّجَهَا بِلا مَهْرٍ، فَيَبْطُلُ النِّكَاحُ، أَوْ يَصِحُّ، وَيَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ؟.

فِيهِ الْخِلَافُ الَّذِي بَيَّنَّا فِيْمَا إِذَا أُطْلِقَتِ الْإِذْنُ، وَزَوْجُ الْوَالِيِّ بِمَا دُونَ مَهْرِ الْمِثْلِ، وَالنِّكَاحُ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ غَيْرُ خَالٍ عَنِ الْمَهْرِ، وَلَيْسَ هَذَا التَّفْوِضُ بِالتَّفْوِضِ الَّذِي عُقِدَ لَهُ الْبَابُ.

وَأَمَّا تَفْوِضُ الْبَضْعِ، فَالْمُرَادُ مِنْهُ إِخْلَاءُ النِّكَاحِ عَنِ الْمَهْرِ، وَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ إِذْنُهَا إِذَا صَدَرَ مِنْ مُسْتَحِقِّ الْمَهْرِ، وَذَلِكَ بِأَنْ تَقُولَ الْبَالِغَةُ الْمَالِكَةُ لِأَمْرَهَا نَيْبًا كَانَتْ أَوْ بِكَرَأٍ: زَوَّجِنِي بِلا مَهْرٍ، أَوْ عَلَى أَنْ لَا مَهْرَ لِي، فَزَوَّجَهَا الْوَالِي، وَنَفَى الْمَهْرَ أَوْ سَكَتَ عَنْهُ، وَلَوْ قَالَتْ: زَوَّجِنِي، وَسَكَتَتْ عَنِ الْمَهْرِ فَالَّذِي ذَكَرَهُ الْإِمَامُ وَغَيْرُهُ أَنْ ذَلِكَ لَيْسَ بِتَفْوِضٍ، لِأَنَّ النِّكَاحَ يُعْقَدُ بِالْمَهْرِ فِي الْغَالِبِ، فَيَحْمَلُ الْإِذْنَ عَلَى الْعَادَةِ الْعَالِيَةِ، فَكَأَنَّهَا قَالَتْ: زَوَّجِنِي بِالْمَهْرِ وَيُؤَافِقُهُ مَا تَقَدَّمَ، وَفِي بَعْضِ كُتُبِ الْعِرَاقِيِّينَ مَا تَقْتَضِي كَوْنَهُ تَفْوِضًا <sup>(٣)</sup>؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ لَا يَتَعَرَّضُ إِلَّا لِلنِّكَاحِ، وَأَنَّهُ يَنْعَقِدُ بِمَهْرٍ، وَبِغَيْرِ مَهْرٍ، بِخِلَافِ

(١) سقط في أ.

(٢) سقط في أ.

(٣) قال في المهمات: رجع في الشرح الصغير الأول وهو مقتضى كلام المحرر والصواب المفتى به الثاني، فقد نص عليه في الأم فقال: التفويض أن يزوج المرأة الثيب المالكة لأمرها برضاها ولا يسمى لها مهراً.

وقال الشيخ البلقيني قوله وفي بعض كتب العراقيين ما يقتضي كونه تفويضاً يقتضي أنه لم يقف على تصريح في ذلك، وفي الصورة وجهان حكاهما الماوردي في الحاوي أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروري أنه ليس بنكاح تفويض.

والثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنه نكاح تفويض لأن إسقاط ذكره في العقد كاشتراط سقوطه فعل هذا لا مهر لها بالعقد.

وصور الماوردي المسألة بما إذا تزوجها ولم يسم لها مهراً في العقد ولا شرط فيه أن ليس لها مهر.

ذكر الثَّمَن في البيع لا يُخْتاجُ إليه، لأن البَيْعَ لا يَخْلُو عنه، ومن التَّفْوِيزِ الصحيح أن يقول سَيِّدُ الأُمَّة: رَوَّجْتَهَا بلا مَهْرٍ، أَلْحَقُوا به ما إذا سَكَتَ عن ذِكرِ المَهْرِ<sup>(١)</sup>، وقد يقوي بهذا ما ذكره العراقيون. ولو أَدْنَتْ في التَّرْوِيجِ على أن لا مَهْرَ لها في الحال، ولا عند الدُّخُولِ، ولا غيره، فَرَوَّجَهَا الولي كذلك، وَقَلْنَا بِظَاهِرِ المَذْهَبِ وهو وُجُوبُ المَهْرِ، عند الدخول، ففي صحة النِّكَاحِ وجهان:

أحدهما: المنع، ويحكى عن ابن أبي هُرَيْرَةَ - رضي الله عنه - لأن من لا مَهْرَ لها بحال مَوْهُوبَةٌ، ونكاح المَوْهُوبَةِ مختصٌّ بالنَّبِيِّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -.

وأشبههما: الصحة وعلى هذا، فهو تَفْوِيزٌ فاسِدٌ، فيجب مَهْرٌ المِثْلُ يُلغى التَّفْوِيزُ في المستقبل ويقال: إنه تَفْوِيزٌ صَحِيحٌ؟ فيه وجهان:

وبالأول: قال أبو إسحاق تَوَجَّيْهاً بأنه شَرَطُ فاسِدٌ، والشَّرْطُ الفاسِدُ في النكاح يُوجِبُ مَهْرَ المِثْلِ<sup>(٢)</sup>، ولو أنكحها الولي، ونَقَى المَهْرَ، من غير أن تَرْضَى هي بِمَهْرِ المِثْلِ، فهو كما لو نقص عن مَهْرِ المِثْلِ<sup>(٣)</sup>، فإن كان مُجْبِراً، فَيَصِحُّ النِّكَاحُ، ويجب مَهْرُ المِثْلِ، أو يطل في قولان.

وإن كان غير مُجْبِرٍ، فيجري القولان، أو يُجْزَمُ بالبُطْلانِ؟ فيه طريقان وقد سبق جميع ذلك عن ابن أبي هُرَيْرَةَ أن يَصِحَّ تَفْوِيزُ الوليِّ المَجْبِرِ، إذا صححنا عَفْوَهُ.

ولا يَصِحُّ تَفْوِيزُ السَّفِيهَةِ المَخْجُورِ عليها، ولا تَفْوِيزُ الصَّبِيَّةِ، وإن كانت مُمَيَّزَةً، وتَفْوِيزُها في المهر لعدم التَّفْوِيزِ.

وأشار في الكتاب بقوله: «تَفْوِيزُ السَّفِيهَةِ لا يُعْتَبَرُ في إسقاط المهر» إلى أنها إذا قالت: رَوَّجْنِي بلا مَهْرٍ، يستفيد به الإِذْنُ في النكاح، فلا يُلغى قَوْلُها على الإِطْلَاقِ، وإنما يُلغى فيما يرجع إلى المَهْرِ.

(١) قال في الخادم: يستثنى منه المكاتب والمأذونة في التجارة إذا ركبها الديون في الموصي بنفقتها إذا قلنا المهر الموصى له، وأمة القراض إذا فرعنا على أن المهر مال قراض.

(٢) قال في الخادم: أرسل الوجهين بلا ترجيح، والذي يقتضيه إيراد جمهور العراقيين الأول وأخذه من كلام الأذرعي.

(٣) قال الشيخ البلقيني قوله من غير أن ترضي أن ضبط بالياء آخر الحروف، فغير محتاج إلى هذه اللفظة لأن الصورة أنه نفي المهر، فقوله من غير أن ترضي بمهر المثل كلام لا يستقيم وإن ضبط بالياء المثناة من فوق، فهذا إن كان قبل العقد فهي أذنته بمهر المثل، فإذا بقي الولي المهر جاء الخلاف، وإن كان الوصي بعد العقد، فالخلاف في صحة النكاح ثابت أيضاً، فلا حاجة إلى هذه اللفظة كيف ما كان الحال.

ولو نَكَحَهَا عَلَى أَنْ لَا مَهْرَ لَهَا، وَلَا نَفَقَةَ، أَوْ عَلَى أَنْ لَا مَهْرَ لَهَا، وَتُعْطِي زَوْجَهَا أَلْفًا، فَهَذَا أُبْلَغُ فِي التَّفْوِيضِ، وَلَوْ قَالَتْ لِلوَلِيِّ: زَوْجِي بِلَا مَهْرٍ، فَزَوْجَهَا بِالْمَهْرِ، نَظَرُ إِنْ زَوَّجَهَا، بِمَهْرِ المِثْلِ مِنْ نَقْدِ البَلَدِ، صَحَّ المَسْمُوعُ، وَإِنْ زَوَّجَهَا بِدُونِ مَهْرِ المِثْلِ، أَوْ بِغَيْرِ نَقْدِ البَلَدِ، لَمْ يَلْزَمِ المَسْمُوعُ، وَكَانَ كَمَا لَوْ نَكَحَهَا عَلَى صُورَةِ التَّفْوِيضِ.

## «الْفَضْلُ الثَّانِي»

### «فِي حُكْمِ المَهْرِ إِذَا جَرَى التَّفْوِيضُ»

وفيه مسألتان:

إحدهما: هل تَسْتَحِقُّ المَفُوضَةُ المَهْرَ بِنَفْسِ العَقْدِ؟ فيه طريقتان:

أظهرهما: وهو المَذْكُورُ فِي الكِتَابِ أَنَّهُ عَلَى قَوْلَيْنِ<sup>(١)</sup> أَنَّهُ لَا يَجِبُ بِنَفْسِ العَقْدِ شَيْءٌ؛ لِأَنَّ المَهْرَ حَقُّهَا، فَإِذَا رَضِيَتْ بِأَلَّا يُثْبِتَ وَجِبَ أَلَّا يُثْبِتَ، كَمَا أَنَّهَا إِذَا رَضِيَتْ بِأَلَّا يَنْفِي.

والثاني: يَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ، لِأَنَّنا نَحْكُمُ لَهَا بِالمَهْرِ عِنْدَ الوَطءِ، وَالوَطءُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُوجِبَ المَهْرَ؛ لِأَنَّ المَهْرَ إِذَا لَمْ يَجِبْ بِالعَقْدِ يَكُونُ الوَطءُ تَصَرُّفًا فِيمَا مَلَكَهُ بِغَيْرِ بَدَلٍ، وَالتَّصَرُّفُ فِيمَا يَمْلِكُهُ بِغَيْرِ بَدَلٍ لَا يُوجِبُ ضَمَانًا، كَمَا إِذَا وَهَبَ مِنْهُ الطَّعَامَ، فَأَكَلَهُ.

والثاني: القَطْعُ بِالقَوْلِ الثَّانِي، وَإِذَا قَلْنَا بِالطَّرِيقَةِ الأُولَى، فَمَا حَالُ قَوْلِ الوُجُوبِ؟.

أشار الشيخ أبو مُحَمَّدٍ: إِلَى أَنَّهُ مَنْصُوصٌ، وَالأَظْهَرُ أَنَّهُ مُخْرَجٌ، وَاخْتَلَفُوا فِي أَنَّهُ مِمَّ مَخْرَجٌ مِنَ القَوْلِ بِوَجُوبِ المَهْرِ، فِيمَا إِذَا مَاتَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ فِي صُورَةِ التَّفْوِيضِ عَلَى مَا سَيَأْتِي.

ووجه التَّخْرِيجِ أَنَّ المَوْتَ لَا يَصْلُحُ مُوجِبًا، بِدَلِيلِ المَوْتِ فِي النِّكَاحِ الفَاسِدِ، وَإِذَا لَمْ يَخْضُلِ الوُجُوبُ بِالمَوْتِ [كَانَ سَابِقًا]<sup>(٢)</sup> عَلَيْهِ، وَقِيلَ: هُوَ مُخْرَجٌ مِنْ قَوْلِنَا: إِنَّهُ لَا بَدَلَ فِي الفَرْضِ مِنَ العِلْمِ بِمَهْرِ المِثْلِ، وَذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ المَفْرُوضَ بَدَلٌ يَنْتَقِلُ إِلَيْهِ عَنِ المَهْرِ الوَاجِبِ.

فإن قلنا: لَا يَجِبُ بِالعَقْدِ، فَلَوْ وَطَّئَهَا، يَجِبُ مَهْرُ المِثْلِ؛ لِأَنَّ البُضْعَ لَا يَتَمَحَّضُ حَقًّا لِلْمَرْأَةِ، بَلْ فِيهِ حَقُّ اللهِ - تَعَالَى - أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يُبَاحُ بِالإِبَاحَةِ، فَيَصَانُ عَنِ التَّصَوُّرِ

(٢) فِي ب: كَانَ الوُجُوبُ سَابِقًا.

(١) فِي ب: قَوْلَيْنِ أَصْحَبَهُمَا.

بصورة المُبَاخَاتِ، وأيضاً فإن الرُّنَا لو شرط فيه مَالٌ لا يثبت؛ لأن المَال لا يَتَعَلَّقُ به شَرْعاً، فكذلك الوطء المحترم إذا نُفِيَ عنه، وجب ألا يَتَنَفَّى؛ لأنه يَتَعَلَّقُ به المَالُ شَرْعاً وفيه وجه أنه لا يَجِبُ بالوطءِ مَهْرٌ خرجه القاضي الحُسَيْنُ، فيما إذا وَطِئَ المُرْتَهَنُ الجَارِيَةَ المَزْهُوَّةَ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ ظَانِئاً أنها تُبَاحُ بالإذْنِ، حيث لا يَجِبُ المَهْرُ في أحد القولين، والجامع حُصُولُ الإذْنِ من مالك البُضْعِ، وصوت التَّفْوِيضِ أَوْلَى، بالأ يَجِبُ فيها المهر؛ لأن الإذْنَ فيها إِذْنٌ في وَطْءٍ مباح، بخلاف إِذْنِ المَرْتَهَنِ، وموضع هذا التخريج على ما حَكَاهُ أكثر من رَوَاهُ.

ومنهم صاحب «التتمة» ما إذا جَدَّدَتِ الإذْنَ في الوطءِ، وَصَرَّحَتْ بِتَنَفِّيِ المَهْرِ، دون ما إذا لم يَجْرِ سَوَى التَّفْوِيضِ، ودون ما إذا جددت الإذْنَ ولم تُصَرِّحْ بِتَنَفِّيِ المَهْرِ، وقياس مسألة الرهنِ ألا يحتاج إلى التُّصْرِيحِ، والتقييد بنفي المَهْرِ.

قال الإمام: والقياسُ ألا يُشْتَرَطُ تَجْدِيدُ الإذْنِ، لأن النِّكَاحَ على صُورَةِ التَّفْوِيضِ أثبت الاستحقاق لِلرَّوْجِ بلا عَوْضٍ، والإذْنَ المجرى لا يَصَادِفُ حَقَّهَا، قال: وقد رأيتُ في بعض المَجْمُوعَاتِ ما يَدُلُّ على طرد التخريج، وإن لم يُوجَدِ إِذْنٌ جديد.

وإذا قلنا بظاهر المذهب، وَأَوْجَبْنَا مَهْرَ المِثْلِ، فالاعتبار بِحَالَةِ العَقْدِ، أم بحالة الوطءِ؟! فيه وجهان أو قولان:

أحدهما: أن الاعتبار بحال الوطء فإن الوطء هو الذي لا يُعْرَى عن المَهْرِ، أما العَقْدُ فَيُعْرَى.

وأصحُّهُمَا<sup>(١)</sup>: على ما ذكر الروياني، وهو الذي أوردَهُ ابن الصَّبَّاحِ أنه يُعْتَبَرُ حَالَةُ العَقْدِ، وَوَجْهُهُ بَأَنَّ العَقْدَ هو الذي أَفْتَضَى الوجوب عند الوطءِ، واستنبط الإمام من هذا الخلاف مُسَلِّكَيْنِ:

أحدهما: أَنَا تَنَبَّيْنُ بجريان الوطءِ وَجُوبِ المَهْرِ بالعَقْدِ، وعلى هذا فالأمرُ مَوْقُوفٌ إن ارتفع النِّكَاحُ، ولم يجر وطاءً تبين أن المَهْرَ لم يَجِبْ بالعَقْدِ، وإن جرى بَأَنَّ وَجُوبَهُ بالعَقْدِ.

والثاني: أن يُقْطَعَ بِخُلُوقِ العَقْدِ عن المَهْرِ، ووجوبه بالوطءِ، ويجعل الخلاف في أن الاعتبار بحالة العَقْدِ، أم بحالة الوطءِ، كالخلاف في أنا إذا أَوْجَبْنَا في الحَيْنِ الرِّقْبِيِّ عَشْرَ قيمة الأم، تُعْتَبَرُ قِيمَتُهَا يوم الجِنَايَةِ، أم يوم الانفصالِ واعلم أن قَضِيَّةَ القَوْلِ باعتبار حَالَةِ العَقْدِ إِبْجَابُ مَهْرٍ ذلك اليوم، سواء كان أقل أو أكثر، لكن ذَكَرَ المُعْتَبِرُونَ إنه إن كان أكثر أَوْجَبْنَاهُ وإن كان أقل لم يقتصر عليه؛ لأن البُضْعَ دَخَلَ بالعَقْدِ في ضَمَانِهِ، فإذا اقترن به

(١) جرى في المنهاج على أن الخلاف وجهان وصحح اعتبار حالة العقد.

الإِتْلَافُ أوجبنا أكثر ما يكون عَوْضاً، كما إذا قَبَضَ شَيْئاً لَشراءِ فاسد، وأتْلَفَهُ يَلْزُمُهُ أَكْثَرُ قِيَمَتِهِ، من يوم القبض إلى الإِتْلَافِ وعلى هذا، فالعِبَارَةُ الْمُطَابِقَةُ لِلْعَرْضِ أَنْ يَقَالَ: يجب أكبر مَهْرٍ، من يوم العقد إلى الوطء أو أكبر مَهْرٍ، من يوم العقد، ويوم الوطء.  
وذكر الحنَاطِيُّ نحواً منه.

ولو مات أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ قَبْلَ الْمَسِيَسِ، وقيل أَنْ يُفْرَضَ لَهَا مَهْرٌ، فهل يجب مَهْرُ الْمِثْلِ؟ روي أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَضَى فِي بَرِزِ بْنِ وَاشِقٍ - وقد نِكَحَتْ بِغَيْرِ مَهْرٍ، فمات زوجها [قَبْلَ أَنْ يُفْرَضَ لَهَا] <sup>(١)</sup> -: «بمهر مثيلاتها وبالميراث» <sup>(٢)</sup> ولكن فِي زَوَاتِهِ اضْطِرَابٌ قِيلَ: رَوَاهُ مَعْقِلُ بْنُ يَسَارٍ.

وقيل: ابن يَسَارٍ.

وقيل: رجل من أَشْجَعٍ، أو ناس من أَشْجَعٍ، فظهر لذلك تَرَدُّدٌ فِي كَلَامِ الشَّافِعِيِّ - رضي اللهُ عنه - وللأصحاب - رحمهم اللهُ - طُرُقٌ:

أحدها: أَنه إِنْ ثَبَّتَ الْحَدِيثُ وَجَبَ الْمَهْرُ، وإلا فقولان.

والثاني: إِنْ لم يَثْبِتْ لم يجب، وَإِنْ ثَبَّتْ، فقولان.

والثالث: إِنْ ثَبَّتْ وَجَبَ، وإلا فلا وهو ظَاهِرٌ لَفِظِهِ فِي «المختصر».

وأشبههما وأظهرهما: إِطْلَاقُ قَوْلَيْنِ فِي الْمَسْأَلَةِ، وبه قال أصحابنا العِرَاقِيُّونَ وَالْحَلِيبِيُّ:

أحدهما: وبه قال مالك - أَنه لا يَجِبُ الْمَهْرُ؛ لأنَّ الْمَوْتَ فُرْقَةٌ وَرَدَّتْ عَلَى نِكَاحِ تَقْوِيضٍ، قَبْلَ الْفَرْضِ وَالْوَطْءِ، فلا يجب الْمَهْرُ كَالْإِطْلَاقِ.

والثاني: يَجِبُ، وبه قال أحمد؛ لأنَّ الْمَوْتَ بِمَثَابَةِ الْوَطْءِ فِي تَقْرِيرِ الْمُسْمَى، فكذلك فِي إِجَابِ الْمَهْرِ فِي صُورَةِ التَّقْوِيضِ، وهذا يُوَافِقُ مَذْهَبَ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لأنه يقول

(١) سقط في: أ.

(٢) أخرجه أبو داود (٢٣٧/١) كتاب النكاح) - باب من تزوج ولم يسم. حديث (٢١١٥). وأخرج أيضاً

أحمد في (المسند ٢٧٩/٤ - ٢٨٠) ضمن مسند الجراح وأبي سنان الأشجعيين رضي الله عنهما.

(وأخرجه الدارمي في السنن ١٥٥/٢) كتاب النكاح) - باب الرجل يتزوج المرأة فيموت ...

(والترمذي ٤٥٠/٣) كتاب النكاح) - باب ما جاء في الرجل يتزوج المرأة فيموت - حديث

(١١٤٥). (وأخرجه النسائي ١٢١/٦) كتاب النكاح) - باب إباحة التزويج بغير صداق. (وابن

ماجة ٦٠٩/٣) كتاب النكاح) - باب إباحة الرجل يتزوج ولا يقرض - حديث (١٨٩١) وابن حبان

ذكره الهيثمي في موارد الظمان (ص ٣٠٨) ولم يفرض.

وقال صحيح على شرط مسلم ووافقه الذهبي.

بوجوبه بالعقد، وتقريره بالموت، وما الأظهر من القولين؟.

ذكر المتولي أن الأظهر الوجوب، ويقال: إنه اختيار صاحب «التقريب»، وأنه صحح الحديث وقال: الاختلاف في الرواية لا يضر؛ لأن الصحابة عدول كلهم، ولأنه يحتمل أن بعضهم نسبته إلى أبيه، وبعضهم إلى جد له قريب أو بعيد، وبعضهم إلى قومه وقبيلته.

والذي رجحه أصحابنا العراقيون أنه لا يجب<sup>(١)</sup>، وبه أخذ الإمام، وصاحب «التهذيب»، والقاضي الروياني.

وإذا قلنا بالوجوب فيجب مهر المثل، باعتبار يوم العقد، أو يوم الموت، أو أقصى مهر؟ حكى الحناطي فيه ثلاثة أوجه<sup>(٢)</sup>.

**المسألة الثانية:** لو طلقها قبل الدخول بها، نظر إن لم يفرض لها بعد، فلا تستحق شطر المهر، إن قلنا: لا يجب المهر بالعقد، ولكنها تستحق المنة، على ما سيأتي وإن قلنا: يجب مهر المثل بنفس العقد، فعن الشيخ أبي محمد، وهو المذكور في «التتمة» أنه يشطر كالمسمى الصحيح في العقد، وكمهر المثل، إذا جرت تسمية فاسدة، والمشهور أنه يسقط المهر إلى المنة، واستثنوا صورة التفويض، على القول بوجوب المهر، عن تشطر مهر المثل بالطلاق، وإن طلقها بعد العرض تشطر المفروض، كالمسمى في العقد.

وعند أبي حنيفة يسقط المفروض، وتجب المنة. وقوله في الكتاب: «ولا خلاف أنها لا تستحق الشطر عند الطلاق» اتبع فيه الإمام، فإنه قال بعد نقل التشطر عن شيخه: وهذا قياس حكى، لكنه خلاف ما عليه الأصحاب، فهو غير معتد به، ولا يلتحق بالوجه الضعيفة، فحصل في المسألة طريقتان: قاطع بمنع التشطر، وصائر إلى الخلاف.

وقوله: «لو أصدقها خمرأ تشطر مهر المثل» ليس المراد منه ما إذا قرص الخمر في دوام نكاح المفوضة، فهذه الصورة مذكورة من بعد وإنما المراد ما إذا سمى في الابتداء خمرأ، وسبب ذكر هذه المسألة أنه احتج في «الوسيط» لعدم التشطر بأن القياس سقوط جميع المهر بالطلاق، إلا أن الله تعالى، قال: ﴿فَنَصَفَ مَا قَرَضْتُمْ﴾ فشطرننا بهذا النص ما سمى وفرض، ثم بين أن تشطر مهر المثل إذا سمي خمرأ خارج عن هذه

(١) قال النووي: الراجح ترجيح الوجوب، والحديث صحيح رواه أبو داود والترمذي والنسائي وغيرهم. قال الترمذي: حديث حسن صحيح، ولا اعتبار بما قيل في إسناده، وقياساً على الدخول، فإن الموت مقرر كالدخول، ولا وجه للقول الآخر مع صحة الحديث.

(٢) أوجهها آخرها لأن البضع دخل في ضمانه بالعقد، وتقرر عليه بالموت كاللوطء وذهب بعض المتأخرين إلى اعتبار الأول.

القَضِيَّة؛ لأن تسمية الخمر تُثَبِّت أَضْلَ الْمَهْرِ، فَالتَّحَقَّقَ بِالمسمى المفروض، فبقيت الصُّورَةُ مُدْرَجَةً من خلال هذه المَسَائِلِ، وإن لم يذكر الاحتجاج.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: وَمَعْنَى الْفَرْضِ تَعْيُنُ الصَّدَاقِ أَوْ تَقْدِيرُهُ وَكَانَ الْوَاجِبُ بِالْعَقْدِ أَوْ بِالمَسِيَسِ الْمُتَنظَّرِ مَهْرَ المِثْلِ أَوْ مَا تَرَاضَى بِهِ الرُّوْجَانِ أَحَدُهُمَا لَا بِعَيْنِهِ، وَلِلْمَرْأَةِ عَلَى الْقَوْلَيْنِ طَلَبُ الْفَرْضِ لِتَقْرِيرِ الشُّطْرِ أَوْ لِتَعْرِيفِ مَا سَيَجِبُ بِالمَسِيَسِ، وَلَهَا حَبْسُ نَفْسِهَا لِلْفَرْضِ لَا لِتَسْلِيمِ الْمَفْرُوضِ، وَهَلْ يُعْتَبَرُ الْعِلْمُ بِمَهْرِ المِثْلِ عِنْدَ الْفَرْضِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَهَلْ يَجُوزُ إِثْبَاتُ الْأَجْلِ فِي الْمَفْرُوضِ؟ وَجْهَانِ، وَهَلْ يَجُوزُ إِثْبَاتُ زِيَادَةِ عَلَى مَهْرِ المِثْلِ إِذَا كَانَ الْفَرْضُ مِنْ جَنْبِهِ؟ وَجْهَانِ، وَلَا خِلَافَ فِي أَنَّهُ يَجُوزُ تَغْيِيْنُ عَرْضِ يُسَاوِي أضعافَ مَهْرِ المِثْلِ، وَلَوْ أَبْرَأَتْ قَبْلَ الْفَرْضِ جَازَ عَلَى قَوْلِ الْوُجُوبِ بِالْمَقْدِ، وَإِنْ قُلْنَا: يَجِبُ بِالْوَطْءِ خُرْجَ عَلَى قَوْلِي الإِبْرَاءِ عَمَّا لَمْ يَجِبْ وَجَرَى سَبَبٌ وَجُوبِهِ، وَلَوْ قَالَتْ: أَسْقَطْتُ حَقَّ الْفَرْضِ لَمْ يَسْقُطْ، وَلَوْ فَرَضَ لَهَا خَمْرًا لَعَا الْفَرْضُ وَلَمْ يُوَثَّرْ فِي التَّشْطِيرِ بِخِلَافِ الْمَقْرُونِ بِالْمَقْدِ، وَلَوْ أَمْتَنَعَ مِنَ الْفَرْضِ فَرَضَ الْقَاضِي بِنَيْابَةِ قَهْرِيَّةٍ وَلَا يَزِيدُ عَلَى مَهْرِ المِثْلِ، وَلَوْ فَرَضَ الْأَجْنَبِيُّ صَحَّ وَلَزِمَهُ الْمَفْرُوضُ كَمَا لَوْ تَبَرَّعَ بِالْأَدَاءِ، وَقِيلَ: لَا يَصِحُّ فَرْضُ الْأَجْنَبِيِّ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا لَمْ يَوْجِبِ الْمَهْرَ لِلْمَفْرُوضَةِ بِنَفْسِ الْعَقْدِ، وَهُوَ الصَّحِيحُ، فَلَهَا مُطَالَبَةُ الزَّوْجِ بِفَرْضِ مَهْرٍ قَبْلَ الْمَسِيَسِ، لِتَكُونَ عَلَى ثَبَتٍ مِنْ تَسْلِيمِ نَفْسِهَا، وَتَعْرِفُ أَنهَا عِلَامٌ تُسَلِّمُ نَفْسَهَا، وَقَدْ تَتَوَقَّعُ الْمَرْأَةُ زِيَادَةَ عَلَى مَهْرِ المِثْلِ، وَإِنْ أَوْجَبَتْهَا بِنَفْسِ الْعَقْدِ، فَمَنْ قَالَ: إِنَّهُ يَتَشَطَّرُ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الْمَسِيَسِ، قَالَ: لَيْسَ لَهَا طَلَبُ الْفَرْضِ، وَلَكِنْ تَطَالِبُ بِالمَهْرِ نَفْسِهِ، كَمَا لَوْ وَطِئَهَا، وَوَجِبَ مَهْرُ المِثْلِ، تُطَالِبُ بِهِ لَا بِالْفَرْضِ، وَمَنْ قَالَ: لَا يَتَشَطَّرُ، قَالَ: لَهَا طَلَبُ الْفَرْضِ لِتَقْرِيرِ الشُّطْرِ، فَلَا يَسْقُطُ لَوْ طَلَقَهَا قَبْلَ الْمَسِيَسِ، وَهَذَا هُوَ الْأَظْهَرُ، وَالمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ، وَيَجُوزُ لَهَا أَنْ تَحْبِسَ نَفْسَهَا لِلْفَرْضِ، وَهَلْ لَهَا الْحَبْسُ لِتَسْلِيمِ الْمَفْرُوضِ الَّذِي حَكَاهُ الإِمَامُ عِنْدَ الْأَصْحَابِ، وَأُورِدَهُ صَاحِبُ الْكِتَابِ أَنَّهُ لَيْسَ لَهَا ذَلِكَ؛ لِأَنَّهَا قَدْ سَامَحَتْ بِالمَهْرِ، فَكَيْفَ يَلِيْقُ بِهَا الْمُضَايَقَةُ فِي التَّقْدِيمِ وَالتَّأخِيرِ. وَقَالَ الْقَاضِي الرَّوْيَانِيُّ: ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ أَنَّ لَهَا حَبْسَ نَفْسِهَا حَتَّى يَسْلَمَ الْمَفْرُوضَةَ، كَالْمَسْمِيِّ فِي الْعَقْدِ ابْتِدَاءً، وَهَذَا هُوَ الْجَوَابُ فِي «التَّهْذِيبِ».

وَاعْلَمْ أَنَّ الْفَرْضَ إِمَّا أَنْ يُوجَدَ مِنَ الزَّوْجِ، أَوْ مِنَ الْقَاضِي، أَوْ مِنْ أَجْنَبِيٍّ، فَهَذِهِ ثَلَاثَةٌ أَقْسَامُ:

الأول: إِذَا فَرَضَ الزَّوْجُ، يَنْظُرُ إِنْ لَمْ تَرْضَ بِهِ الْمَرْأَةُ، فَكَأَنَّهُ لَمْ

يَفْرَضُ<sup>(١)</sup> شيئاً، وفيما علق عن الإمام أنه لا يُشْتَرَطُ القَبُولُ منها، بل يكفي طلبها وإسعادها، وليكن هذا فيما إذا طَلَبْتَ عَيْناً، أو ذَكَرْتَ مِقْدَاراً، فأجابها أما إذا أَطَلَقْتَ الطلب، فلا يلزم أن تكون رَاضِيَةً بما يُعِينُهُ أو يُقَدِّرُهُ، وإذا تَرَاضِيًا على مَهْرٍ، فينظر إن كانا جاهلين بقدر مَهْرِ المِثْلِ، أو جَهْلُهُ أَحدهما، ففي صحة الفَرْضِ قولان عن «الإمام» والقديم: أنه يَصِحُّ، وعن «الأم»<sup>(٢)</sup> أنه لا يَصِحُّ، وذكروا في مَأْخِذِهِمَا ثَلَاثَةٌ طرق، عن الشيخ أبي حَامِدٍ أَنَّهُمَا مَبْنِيَانِ على أن المَفُوضَةَ تَمْلِكُ بالعقد أن تملك مَهْرَ المِثْلِ، وتملك أن تملك مَهْرًا ما، وفيه قولان، وَجْهُ الأَوَّلِ أن الزوج مَلِكٌ بَضْعَهَا، فَتَمْلِكُ مَطَالَبَتَهُ بِبَدَلِهِ.

ووجه الثاني أنه لا بَدءٌ من مَهْرٍ، لكن لا تَقْدِيرَ عند التَّسْمِيَةِ، فكذلك عند الفَرْضِ، فإن قلنا بالأول، [فالمفروض]<sup>(٣)</sup> بَدَلٌ عنه، ولا بَدءٌ من العِلْمِ بالمُبْدَلِ، وإن قلنا بالثاني، فلا حَاجَةَ إليه، وهذه الطَّرِيقَةُ مُؤَسَّسَةٌ على أنه لا يَجِبُ المَهْرُ بالعقد.

والثاني: بناء القولين على أن المَفُوضَةَ تَسْتَحِقُّ المَهْرَ بالعقد أم لا؟.

إن قلنا: نعم، فالمفروض بَدَلٌ عنه فلا بَدءٌ من العِلْمِ بالمُبْدَلِ، وإن قلنا بالثاني فلا حَاجَةَ إليه.

والثالث: بِنَاؤُهُمَا على أن المَفْرُوضَ يَجِبُ بالفَرْضِ ابتداءً، أم يَسْتَبْدُ إلى حَالَةِ العَقْدِ؟ وفيه خلاف سبق مثله فيما إذا وَطِئَ، فوجب المَهْرُ، وَرَجَّحَ القاضي الرُّوْيَانِيُّ من القولين اِغْتِيَارَ عِلْمِ الزوجين، والجُمهُورُ على خِلَافِهِ.

وإن كانا عَالِمَيْنِ بِقَدْرِ مَهْرِ المِثْلِ صح ما يَفْرَضَانِيهِ، نعم هل يجوز إثبات الأَجَلِ في المَفْرُوضِ؟.

نقل فيه وجهان: وجه المنع أن الأَصْلَ مَهْرُ المِثْلِ، ولا مَدْخَلَ لِالأَجَلِ فيه، وكذلك في بَدَلِهِ، والأصح ثبوته كما في المَسْمَى، وفي الزيادة على مَهْرِ المِثْلِ وجهان أيضاً، بناءً على أن مَهْرَ المِثْلِ هو الأَصْلُ فلا يُزَادُ البَدَلُ عليه.

والأصح الجَوَازُ، به قطع جَمَاعَةً، والخلاف فيما إذا كان المَفْرُوضُ من جِنْسِ مَهْرِ المِثْلِ، فأما تَعْيِينُ عَوْضٍ يزيد قيمته على مَهْرِ المِثْلِ، فقد نَقَوْا الخِلَافَ في جَوَازِهِ، وكان سَبَبُهُ أن الزِّيَادَةَ ها هنا غير مُتَحَقِّقَةٍ، والقيَمُ تَرْتَفِعُ وَتَخْفِضُ.

(١) وهذا لما قال الأذري إذا فرض دون مهر المثل، أما إذا فرض لها مهر مثلها حالاً من نقد البلد وبذله لها وصدفته على أنه مهر مثلها، فلا يعتبر رضاها لأنه عبث وتعنت.

(٢) في ب: الإمام. (٣) في ب: فالمقبوض.



## «القِسْمُ الثَّانِي: فَرَضُ الْقَاضِي»

وذلك إذا امتنع الزَّوْجُ من الفَرَضِ فَيَتَوَبُّ القَاضِي عنه قَهْرًا، وكذلك لو تَنَازَعَا في القَدْرِ المَفْرُوضِ فيفرضه القاضي، ولا يَفْرَضُ إلا من نَقَدَ البَلَدَ، حَالًا، فَإِنْ رَضِيَتْ المَرْأَةُ بالتَّأجيل لم يُؤَجَّلْ أيضًا، وتُوَخَّرُ هي إن شاءت، ولا يزيد على مَهْرِ المِثْلِ، ولا ينقص، كما في قِيمِ المُتَلَفَاتِ<sup>(١)</sup>، نعم الزِّيَادَةُ والنقصان بالقدر الِيسِيرِ الذي يَقَعُ في مَحَلِّ الاجْتِهَادِ لا عِبْرَةٌ به، ولا بد من عِلْمِهِ بِقَدْرِ مَهْرِ المِثْلِ حتى لا يزيد ولا ينقص.

قال الشيخ أبو الفَرَجِ: وإذا فَرَضَ القاضي لم يتوقف لزومه على رضاهما، فإنه حُكْمٌ منه، وحُكْمُ القاضي لا يفتقرُ لِرُؤْمِهِ إلى رِضَا الخُصُومِ.

الثاني: فرض الأجنبي، فإذا جاء أجنبيًّا، وفرض للمفوضة مهرًا، يعطيه من مال نفسه برضاها، ففي صحته وجهان:

أصحهما: عند الإمام وغيره: المنع<sup>(٢)</sup>؛ لأنه تعيين لما يقتضيه العقد، وتصرف فيه، فلا يليقُ بتغير المتعاقدين، إلا إذا فُرِضَتْ وكَالَةٌ أو وِلَايَةٌ.

والثاني: يصح؛ لأنه يجوز للأجنبي أن يؤدي الصداق عن الزوج بغير إذنه، فكذلك يجوز أن يفرض، ويلتزم بغير إذنه، وقرب صاحب «التتمة» هذا الخلاف من الخلاف فيما إذا أصدق عن أبيه أكثر من مهر المثل هل يجوز؟.

وذكروا تفريعاً على الصحة أنها تطالب الأجنبي بالمهر المفروض، ويسقط طلب الفرض عن الزوج [وينبغي أن يشترط للصحة رضاها، فإننا شرطنا الرضا في فرض الزوج]<sup>(٣)</sup> ففي فرض الأجنبي أولى، ولو طلقها الزوج، قبل المسيس، فينصف المفروض يعود إلى الزوج، أو إلى الأجنبي؟ فيه وجهان، كما ذكرنا فيما إذا تبرع أجنبي بأداء المسمى، ثم طلق الزوج قبل المسيس، ووراء ما ذكرنا في الفصل مسألتان:

إحدهما: إذا أبرأت المفوضة عن المهر قبل الفرض والمسيس، فإن قلنا: يجب المهر بالعقد، صح الإبراء، إن كان مهر المثل معلوماً لها، وإن كان مجهولاً، ففي

(١) ولو جرت عادة نساها أن ينكح بمؤجل أو بصداق بعضه مؤجل، وبعضه حال لم يؤجله الحاكم بل يفرض حالاً وينقص للتأجيل بقدر ما يليق بالأجل وعن الصيمري لو جرت عادة في ناحية بفرض الثياب وغيرها، فرض لها ذلك.

(٢) لأنه خلاف ما يقتضيه العقد.

والثاني: يصح كما يؤدي الصداق عن الزوج بغير إذنه.

تنبيه: محل الخلاف إذا لم يأذن الزوج للأجنبي وإلا فيجوز قطعاً كما صرح به في الذخائر.

(٣) سقط في: أ.

صححة الإبراء عن المجهول قولان المذكوران في الضمان:

الأصح المنع، وإذا قلنا به، فذلك فيما يزيد على القدر المستيقن، وفي المستيقن وجهان، ويقال: هما مأخوذان من تفريق الصفة وإن قلنا: لا يجب المهر بالعقد، فقد قال في الكتاب: إنه إبراء مما لم يجب، وجرى سبب وجوبه، وفيه قولان كالقولين في ضمان مثل ذلك، والأصح الفساد وقد بينا في الضمان ما ينبغي أن ينزل عليه.

قوله: «وجرى سبب وجوبه ولو قالت أسقطت حق الفرض لم يسقط» كما لو أسقطت زوجة المولى حقها من مطالبة الزوج، وهذا لأن ثبوت المهر عند العقد، أو عند الوطء لا يبطل بإسقاطها، وحق طلب الفرض تابع له، ولو أبرأت عن المتعة قبل الطلاق، فهو إبراء قبل الوجوب، وإن أبرأت بعده، فهو إبراء عن المجهول، ولو نكح امرأة على حنبر، أو خنزير، وأبرأته عن المسمى الفاسد، فهو لغو، لأن الواجب غيره، وإن أبرأته عن مهر المثل، وهي عالمة به صح.

### «فرع»

يتيقن أن مهرها لا ينقص عن ألف واحتمل أن يزيد عليه إلى ألفين، ورغباً في البراءة، فينبغي أن ثبوتها عن ألفين، قاله في «التهديب» وإن قبضت ألفاً، وأبرأته من ألف إلى ألفين، فإن بان أن مهرها ألف، أو فوق الألف إلى ألفين، فالبراءة حاصلة، وإن بان أنه فوق ألفين، فعليه الزيادة [وحصلت البراءة من ألفين]<sup>(١)</sup> والقول بحصول البراءة إذا بان فوق الألف إلى الألفين - جواب على أنه إذا قال: ضمنت من واحد إلى عشرة، أو أبرأت، صح الضمان والإبراء، وهو الأصح، ولو دفع الزوج إليها ألفين، وحل لها ما بين ألف وألفين، حل لها ذلك إن بان فوق الألف إلى ألفين، وإن بان دون الألف، فعليها رد قدر قيمة التفاوت بين مهرها، وبين الألف، لأنه لم يدخل في التحليل، ويحصل الفرض من جهة [الزوجة بلفظ التحليل والإبراء، أو الإسقاط والعفو، وأما من جهة]<sup>(٢)</sup> الزوج، فلا بد من لفظ صالح لتملك الإغيان، فإن تصرف في المدفوع، وصار الزائد ديناً جرت فيه الألفاظ.

### «فرع»

قال لمن عليه ألف درهم: أبرأتك عن ألف درهم، ثم قال: لم أعلم وقت الإبراء أنه كان لي عليه شيء لم يقبل قوله في الظاهر، وفي الباطن وجهان.

(١) سقط في: أ.

(٢) سقط في: أ.

قال الإصطخري: لا يقبل أيضاً؛ لأنه ورَدَ على محلِّ حقِّه.

وقال غيره: يقبل؛ لأنَّ عنده أنَّ ما جرى ليس بإبراء حَقِيقَةً، والخلاف مأخوذٌ من الخلاف فيما إذا باع مالٌ أبيه على ظنِّ أنه حيٌّ، فَبَانَ مَيْتًا.

**المَسْأَلَةُ الثَّانِيَّةُ:** ذكرنا أن المَفْرُوضَ فَرَضًا صَحِيحًا كالمُسَمَّى في العَقْدِ، حتى يَتَشَطَّرَ بالطلاق قبل المَسِيَسِ<sup>(١)</sup>، أما إذا فرضَ فَرَضًا فَايْدًا بَانَ ذَكَرَ حَمْرًا، أو خِنْزِيرًا لَعَا ولم يُؤْتَرِ فِي تَشْطِيرِ مَهْرِ المِثْلِ إذا طَلَّقَ قبل المَسِيَسِ، بخلاف التَّشْمِيَةِ الفاسدة المقرونة بالعَقْدِ، حيث نوجب مَهْرَ المِثْلِ، وتشطره بالطلاق قبل المَسِيَسِ، والفرق أن الحَالِ هناك حَالٌ ابْتِدَاءً مِلْكِ البُضْعِ، وقد ذكرنا في مُقَابَلَتِهِ عَوْضًا، فلا يمكن إِخْلَاؤُهُ عن العَوْضِ، وإذا وجب العَوْضُ تَشَطَّرَ وهنا الحَالِ حَالٌ دَوَامِ المِلْكِ، وقد خلا ابْتِدَاؤُهُ عن العَوْضِ، فَإِنْ وُجِدَ فَرَضٌ صَحِيحٌ، اغْتَبِرَ، وإلا بَقِيَ الأَمْرُ على ما كان عليه، وطولِبَ بالفَرَضِ الصَّحِيحِ، وأما لَفْظُ الكِتَابِ فقوله: «ومعنى الفَرَضِ تعيين الصَّدَاقِ، أو تقديره» إلى قوله: «أحدهما لا بعينه» أراد به أن البُضْعِ، وإن أبيعَ بلا عَوْضٍ لا يَبَاحُ إلا بالعَوْضِ، وذلك العَوْضُ إما ما يتراضى به الزَوْجَانِ، أو مَهْرُ المِثْلِ الذي هو قِيَمَةٌ البُضْعِ، فكان الشَّارِعُ على قَوْلِ الوجوب بالعَقْدِ، يقول: إن تَرَضَيْتُمْ، في ابْتِدَاءِ العَقْدِ، على شيء فذاك، وإلا أوجبت مَهْرَ المِثْلِ، وعلى قول آخر يقول: إن اتَّفَقْتُمْ على شيء قبل الوطاء، فهو الوَاجِبُ، وإلا لم أَخْلُ الوَطَاءَ عن المَهْرِ، وأوجبت مَهْرَ المِثْلِ، فالواجب أحدهما لا بَعَيْنِهِ، ويجوز أن يُعْلَمَ قوله: أحدهما لا بعينه [بالواو؛ لأنَّ في «الوسيط» وغيره ذَكَرَ تَرَدُّدٌ في أن الوَاجِبَ أَحَدُهُمَا لا بَعَيْنِهِ]<sup>(٢)</sup> أو الأصل مَهْرُ المِثْلِ، والمفروض بَدَلٌ عنه، كالتَرَدُّدِ في أن مُوجِبَ العَمْدِ القِصَاصُ، أو الدية أو موجه القصاص والدية بَدَلٌ عنه.

وقوله: «تَعْيِينُ الصَّدَاقِ أو تقديره» يمكن أن يُرِيدَ به تَعْيِينَ القَدْرِ، فيكون في المَعْنَى كالتَّقْدِيرِ، والجمع بينهما إيضاح وتأكيد، وَيَجُوزُ أن يُرِيدَ تعيين الذَّاتِ، وَيَحْسَنُ على هذا أن يُحْمَلَ التَّعْيِينَ على ما إذا فَرَضَ عَيْنًا، والتَّقْدِيرُ على ما إذا فَرَضَ دَيْنًا.

وقوله: «على القولين» مُعْلَمٌ بالواو؛ لما حَكَيْتْنَا أن منهم من يَقُولُ: ليس لها طَلْبُ الفرض<sup>(٣)</sup> على قول الوجوب بالعَقْدِ.

وقوله: «لتقرير الشُّطْرِ» أي: على قول الوجوب بالعَقْدِ، وهذا التعليل مَبْنِيٌّ على

(١) سواء أكان الفرض من الزوجين أو من الحاكم لعموم قوله تعالى: «وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم» [البقرة: ٢٣٧].

(٢) في ب: العوض.

(٣) سقط في: أ.

قَوْلٍ مَنْ لَا يَقُولُ بِاللِّشَطْرِ لَوْ طَلَّقَ قَبْلَ الْفَرْضِ، وَقَوْلُهُ: «أَوْ لِتَعْرِيفِ مَا سَيَجِبُ بِالْمَسِيْسِ» أَي: عَلَى الْقَوْلِ الْآخِرِ، وَهُوَ أَنَّهُ لَا يَجِبُ بِالْعَقْدِ، وَقَوْلُهُ: «لَا لِتَسْلِيمِ الْمَفْرُوضِ» مُعَلِّمٌ بِالْوَاوِ لِمَا مَرَّ.

### «فَرْعٌ»

قَالَ فِي «التَّتِمَّةِ» لَوْ نَكَحَ ذِمِّي ذِمِّيَّةً عَلَى أَنْ لَا مَهْرَ لَهَا، وَتَرَافَعَا إِلَيْنَا، حَكَمْنَا بِحَكْمِنَا فِي السَّمْلَمِينَ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: إِنْ اِغْتَقَدُوا أَنْ النِّكَاحَ لَا يَخْلُو عَنِ الْمَهْرِ، فَكَذَلِكَ، وَإِنْ جَوَّزُوا إِخْلَاءَهُ عَنِ الْمَهْرِ، فَلَا مَهْرَ لَهَا إِلَّا بِالْعَقْدِ، وَلَا بِالِدُخُولِ.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَمَعْنَى مَهْرِ الْمِثْلِ الْقَدْرُ الَّذِي يُزْعَبُ بِهِ فِيهَا وَالْأَضْلُ فِيهِ التَّسْبُ، وَيُعْتَبَرُ فِيهِ الْأَخْوَاتُ وَالْعَمَّاتُ لِلْأَبِ دُونَ الْبَنَاتِ وَالْأُمَّهَاتِ، وَيُعْتَبَرُ مَعَ ذَلِكَ الْعِقَّةُ وَالْجَمَالَ وَالْخُلُقُ وَكُلُّ مَا يَتَفَاوَتْ بِهِ الرُّغْبَةُ، وَلَوْ سَمَحَتْ وَاحِدَةٌ مِنَ الْعَشِيرَةِ لَمْ يَلْزَمْ الْبَاقِيَاتِ، وَلَوْ كُنَّ يُنْكَحْنَ بِأَلْفِ مَوْجِلٍ لَمْ يَثْبُتِ الْأَجَلُ بَلْ يَنْقُصُ بِقَدْرِهِ مِنَ الْأَلْفِ، وَلَوْ كُنَّ يُسَامِحْنَ الْعَشِيرَةَ دُونَ غَيْرِهِمْ لَزِمَ ذَلِكَ فِي الْعَشِيرَةِ دُونَ غَيْرِهِمْ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَقْصُودُ الْفَصْلِ بَيَانُ مَا يُعْتَبَرُ بِهِ مَهْرُ الْمِثْلِ<sup>(١)</sup> وَالْحَاجَةُ تَمَسُّ إِلَى

(١) مهر المثل: هو ما يرغب به في مثلها عادة من نساء عصباتها، وإن متن، وهي المنسوبات إلى من تنسب إليه، كالأخت، وبنات الأخ، والعمة دون الأم، والجدة، والخالة.

وتعتبر القربى، فالقربى فتقدم أخت الأبوين، فلأب، فبنات أخ فبنات ابنه، وإن سفلى، فعمة لأبوين فلأب، فبنات عم لأبوين فلأب، فإن تعذر معرفة ما يرغب به في مثلها من نساء العصبات بأن فقدن، أو لم ينكحن أو جهل مهرهن، فأرحام والمراد بالأرحام هنا: قرابات الأم بخلاف الفرائض، كجدات، وخالات تقدم الجهة القربى منهن على غيرها.

واعتبر المأوردى الأم فالأخت لها قبل الجدة.

فإن تعذر ذلك اعتبرت بمثلها من الأجنبيةات، وتعتبر العربية بعربية مثلها، والأمة بأمة مثلها، والعتيقة بعتيقة مثلها، وينظر إلى شرف السيد وحسبته.

فرع: لو كانت نساء العصبات ببلدين هي في أحدهما - اعتبر نساء بلدها إن استويا.

ويعتبر ما يختلف به غرض كسنى، وعقل، ونسار، وبكازة، وثيوبه، وجمال، وعفة وعلم، وفصاحة، فإن اختصت عنهن بفضل، أو نقض: فرض مهر لائق بالحال بحسب ما يراه قاض باجتهاده ولو جرت عادتهن بالتخفيف في المهر للأقارب فقط، أو لعالم، أو شريف اعتبر ذلك في المطلوب مهرها بالنسبة لما ذكر دون غيرهم.

والمفروض الصحيح، كالمسمى فينتظر بالطلاق قبل الوطاء، ولو طلق قبل فرض ووطء، فلا شطر.

معرفته، في مواضع: منا: المفوضة، فإننا نوجب مهر المثل فيها بالعقد، أو الوطء، أو الموت.

ومنها التفويض الفاسد، وتسمية الصداق الفاسد.

ومنها إذا نكح نسوة على صداق واحد، وقلنا: يصح، ويوزع على مهور أمثالهن [وفي وطء الشبهة والإكراه على الزنا<sup>(١)</sup> وفيه مسائل:

الأولى: مهر المثل هو القدر الذي يرغب به في أمثالها، والركن الأعظم في الباب النسب<sup>(٢)</sup>، فينظر إلى نساء عصاباتها، وهن اللواتي ينتسبن إلى من تنتسب هذه إليه؛ كالأخوات، وبنات الإخوة والعمات، وبنات الأعمام، ولا ينظر إلى ذوات الأزحام؛ لأن المهر مما يقع المفخرة به، فكان كالكفاة في النكاح، بخلاف ما ذكرنا في الحيض، أن المبتدئة ترد إلى عادة نساء عشيرتها من الأبوين، على أظهر الوجوه؛ تفرعاً على الرد إلى الغالب؛ لأن ذلك أمر يرجع إلى الخلقة والجيلة، والأب والأم يشتركان فيه، ويراعى في نساء العصابات قرب الدرجة، وأقربهن الأخوات من الأبوين، ثم من الأب ثم بنات الإخوة من الأبوين، ثم من الأب ثم العمات كذلك، ثم بنات الأعمام، فإن تعدد للاعتبار بنساء العصابات، فيعتبر بذوات الأزحام كالجذات والخالات، وتقدم القرى فالقرى، من الجهات، وكذلك تقدم القرى فالقرى من ذوات الجهة<sup>(٣)</sup> الواحدة كالجذات، ولا يجيء تعدد الاعتبار بنساء العصابات بموتهن، بل يُعتبر بهن، وإن كن ميات كذلك ذكره صاحب «التهذيب» وغيره، وإنما يجيء التعدد من فقدهن من الأصل، وقد يكون للجهل بمقدار مهرهن، أو لأنهن لم ينكحن وإن لم يمكن الاحتياز بذوي الأزحام أيضاً، اعتبر بمثلها من نساء الأجانب، وكذا إذا لم يكن نسب المرأة معلوماً، وتعتبر مهر العربية بعريية مثلها والأمة بأمة مثلها.

وقيل: ينظر إلى شرف السيد، وحسبته، ومهر المعتقة بمعتقة مثلها.

وقيل: يجب الشطر بناء على وجوب مهل المثل بالعقد، ولو مات أحدهما قبلهما لم يجب مهر مثل في الأظهر كذا قاله الرافعي، واعتمد النووي، ووجوبه، لأن الموت كالوطء في تقرير المسمى، فكذا في إيجاب مهر المثل في التفويض، وقد روى أبو داود، وغيره: أن بروع بنت واثق نكحت بلا مهر، فمات زوجها قبل أن يفرض لها، ففرض لها رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بمهر نسائها وبالميراث قال الترمذي: حسن صحيح.

(١) سقط في: أ.

(٢) لوقوع التفاخر به كالكفاة في النكاح.

ظاهر كلام الأكثرين كالمصنف اعتبار النسب في العجم كالعرب، وهو كذلك. لأن الرغبات تختلف بالنسب مطلقاً، ومنع القفال والعبادي اعتبار النسب في العجم.

(٣) في ب: الحرفة.

وفي وجه: أنه يُعْتَبَرُ مَهْرُ الْمُعْتَقَةِ بِنِسَاءِ الْمَوَالِي، كما اُعْتَبِرَ مَهْرُ الْحُرَّةِ بِنِسَاءِ عَصَبَاتِ الْقَرَابَةِ.

الثانية: ينظر مع ما ذكرنا إلى البلد، فيعتبر مهر نساء عَصَبَاتِهَا في تلك البلدة وإن كان بَعْضُهُنَّ في بَلَدَةٍ أُخْرَى، فلا عِبْرَةَ بِنِ فِي تِلْكَ الْبَلَدَةِ، ويعتبر أن يكون الْمَطْلُوبُ مَهْرُهَا مِثْلَ التِّي يَعْتَبِرُ مَهْرُ نِسَاءِ عَصَبَاتِهَا فِي تِلْكَ الْبَلَدِ، وإن كان بَعْضُهُنَّ فِي بَلَدَةٍ أُخْرَى، فلا عِبْرَةَ بِنِ فِي تِلْكَ الْبَلَدَةِ، فَإِنْ عَادَاتِ الْبِلَادِ فِي الْمَهْرِ مُخْتَلِفَةٌ، وإن كان جَمِيعُهُنَّ بِبَلَدَةٍ أُخْرَى، فالاعْتِبَارُ بِهِنَّ أَوْلَى مِنَ الْاعْتِبَارِ بِالْأَجْنَبِيَّاتِ فِي تِلْكَ الْبَلَدَةِ، ويعتبر أن يكون الْمَطْلُوبُ مَهْرُهَا مِثْلَ التِّي تَعْتَبِرُ بِهَا فِي الصِّفَاتِ الْمَرْغُوبِ فِيهَا كَالعِقَّةِ وَالجَمَالِ؛ لَأَنَّ الرَّغَبَاتِ فِي الْجَمِيلَةِ أَكْثَرُ، وَلَيْسَ كَمَا فِي الْكَفَاءَةِ، فَإِنَّ الْمَرْعِيَّ هُنَاكَ التَّحَرُّزُ عَمَّا يُوجِبُ عَارًا.

ومنها السُّنُّ وَالْيَسَارُ وَالْعَقْلُ، لَأَنَّ الرَّغْبَةَ فِي الْمُوَسَّرَةِ أَكْثَرُ؛ لِتَوَقُّعِ الرِّفْقِ مِنْهَا، وَاِنْتِفَاعِ الْأَوْلَادِ بِمَالِهَا، كَذَا الْبِكَارَةُ وَسَائِرُ الصِّفَاتِ التِّي تَخْتَلِفُ بِهَا الْأَعْرَاضُ<sup>(١)</sup>، وَتَزْدَادُ الرَّغَبَاتُ كَالْعِلْمِ وَالْفَصَاحَةِ، وَالصَّرَاحَةِ، وَهِيَ أَنْ يَكُونَ الشَّخْصُ شَرِيفَ الْأَبْوَانِ، وَالْهَجِينُ الَّذِي أَبُوهُ شَرِيفٌ دُونَ أُمِّهِ، وَفِيمَا عُلِقَ عَنِ الْإِمَامِ التُّسُوِيَّةِ بَيْنَ الْبِكْرِ وَالنَّيِّبِ إِذَا كَانَ لَهَا شَرَفُ النَّسَبِ، وَفِيهِ حِكَايَةُ وَجْهِ أَنْ لَا اُعْتِبَارَ بِالْيَسَارِ، وَالظَّاهِرُ مَا سَبَقَ وَمَهْمَا اخْتَصَّتِ الْمَرْأَةُ بِصِفَةِ مَرْغُوبٍ فِيهَا، زِيدَ فِي مَهْرِهَا، وَإِنْ وُجِدَ فِيهَا نَقْصٌ لَمْ يَوْجَدْ فِي التُّسُوَةِ الْمَنْظُورِ إِلَيْهِنَّ، فَيَنْقُصُ مِنَ الْمَهْرِ بِقَدْرِ مَا يَلِيْقُ بِهِ.

الثالثة: الاغْتِبَارُ بِغَالِبِ حَالِ التُّسُوَةِ الْمَنْظُورِ إِلَيْهِنَّ، فَلَوْ سَامَحَتْ وَاحِدَةٌ مِنْهُنَّ لَمْ يَلْزَمْ الْبَاقِيَّاتِ التَّخْفِيفَ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ الْمُسَامَحَةُ لِتَقْيِصَةِ دَخَلَتْ فِي النَّسَبِ، وَفَتَرَّتِ الرَّغَبَاتُ.

ومَهْرُ الْمِثْلِ يَجِبُ حَالًا مِنْ نَقْدِ الْبَلَدِ كَقِيْمَةِ الْمُتَلَفَاتِ، وَإِنْ رَضِيَتِ الْمَرْأَةُ بِالتَّأْجِيلِ لَا يُوجِبُهُ الْحَاكِمُ مُؤَجَّلًا، لَكِنَّمَا تَسَامَحُ بِالتَّأْخِيرِ، إِنْ شَاءَتْ، وَإِنْ كَانَتِ التُّسُوَةُ الْمَعْتَبَرِ بِهِنَّ، يَنْكَحْنَ بِمُؤَجَّلٍ، أَوْ بِصَدَاقٍ بَعْضُهُ مُؤَجَّلٌ، فَلَا يُؤَجَّلُ الْحَاكِمُ أَيْضًا، لَكِن يَنْقُصُ بِقَدْرِ مَا يُقَابِلُ التَّأْجِيلَ، وَإِنْ جَرَتْ عَادَتُهُنَّ بِالتَّخْفِيفِ، مَعَ الْعَشِيرَةِ دُونَ غَيْرِهِمْ خَفَّفْنَا مَهْرَ التِّي نَطْلُبُ مَهْرَهَا فِي حَقِّ الْعَشِيرَةِ، دُونَ غَيْرِهِمْ وَكَذَا لَوْ كُنَّ يَخْفِضْنَ إِذَا كَانَ الْخَاطِبُ شَرِيفًا، يُخَفِّفُ فِي حَقِّ الشَّرِيفِ دُونَ غَيْرِهِ.

وعن الشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ: أَنَّهُ لَا يَلْزَمُ التَّخْفِيفُ فِي حَقِّ الْعَشِيرَةِ، وَالشَّرِيفِ، كَمَا أَنَّ قِيَمَ الْأَمْوَالِ لَا تَخْتَلِفُ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْمُتَلِفُ صَدِيقًا أَوْ قَرِيبًا أَوْ غَيْرِهَا.

(١) لأن المهور تختلف باختلاف هذه الصفات.

ويعتبر حال الزوج أيضاً من يسار وعلم وعفة ونحوها كما قاله الفارقي.

ونقل القاضي الروياني عن الشيخ أنه قال: مَهْرُ الْمِثْلِ الْوَاجِبُ بِالْعَقْدِ، يَجُوزُ أَنْ يَخْتَلِفَ حُكْمُهُ، أَمَا الْوَاجِبُ بِالْإِتْلَافِ، فَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَخْتَلِفَ.

قال القاضي: وبهذا أقول، والفرق على ظاهر المذهب بينه وبين قيم الأموال؛ أن المَقْضُودَ الْأَعْظَمَ مِنَ النِّكَاحِ الْوَضْلَةَ، فَيُرَاعَى فِيهِ مَا يَكُونُ أَدْعَى إِلَى التَّالِفِ، وَهَنَّاكَ الْمَقْضُودُ الْمَالُ.

### «فَرْعٌ»

تَقَادُمُ الْعَهْدِ لَا يُوجِبُ سُقُوطَ مَهْرِ الْمِثْلِ، كَمَا لَا يُسْقِطُ قِيمَ الْأَمْوَالِ وَإِنْ اخْتَبَجَ فِيهَا إِلَى مَعْرِفَةِ الصِّفَاتِ وَعَسِرَ الْوُقُوفُ عَلَيْهَا، إِذَا تَقَادَمَ الْعَهْدُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَسْقِطُ مَهْرَ الْمِثْلِ، بِاعْتِبَارِ يَوْمِ الْوِطْءِ لَا يَوْمَ الْعَقْدِ.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: وَالْوِطْءُ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ يُوجِبُ مَهْرَ الْمِثْلِ بِاعْتِبَارِ يَوْمِ الْوِطْءِ لَا يَوْمَ الْعَقْدِ، فَإِذَا اتَّحَدَتِ الشُّبْهَةُ اتَّحَدَ الْمَهْرُ وَإِنْ وَطِئَ مِرَارًا، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ شُبْهَةً كَوَطَّاتِ الرَّائِي الْمَكْرَهَةِ وَجِبَ بِكُلِّ وَطْءٍ مَهْرٌ، وَالْأَبُ إِذَا وَطِئَ جَارِيَةَ ابْنِهِ مِرَارًا فَفِي الْأَكْتِفَاءِ بِمَهْرٍ وَاحِدٍ وَجْهَانِ، وَوَجْهَهُ شُمُولُ شُبْهَةِ الْإِعْغَافِ، وَإِذَا وَجِبَ مَهْرٌ وَاحِدٌ بِوَطْءَاتٍ فَيُعْتَبَرُ عَلَى الْأَحْوَالِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ مَسْأَلَتَانِ:

أحدهما: الْوِطْءُ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ يُوجِبُ مَهْرَ الْمِثْلِ، بِاعْتِبَارِ يَوْمِ الْوِطْءِ<sup>(١)</sup> بِالشُّبْهَةِ، وَلَا يُعْتَبَرُ يَوْمَ الْعَقْدِ، لِأَنَّهُ لَا حُزْمَةَ لِلْعَقْدِ الْفَاسِدِ، فَلَا يَجِبُ بِهِ شَيْءٌ، وَإِنَّمَا يَجِبُ مَا يَجِبُ بِالْإِتْلَافِ، فَيَنْظَرُ إِلَى يَوْمِ الْإِتْلَافِ، وَلَيْسَ كَمَا لَوْ وَطِئَ فِي صُورَةِ التَّفْوِيضِ، حَيْثُ يُعْتَبَرُ بِيَوْمِ الْعَقْدِ، عَلَى رَأْيِ قَدَمَانِهِ.

الثانية: إِذَا وَطِئَ مِرَارًا بِشُبْهَةٍ وَاحِدَةٍ، أَوْ فِي نِكَاحٍ فَاسِدٍ، لَمْ يَجِبْ إِلَّا مَهْرٌ وَاحِدٌ، كَمَا أَنَّ الْوِطْءَاتِ فِي النِّكَاحِ الصَّحِيحِ، لَا تَقْتَضِي إِلَّا ذَهْرًا وَاحِدًا وَإِنْ وَطِئَ بِشُبْهَةٍ، وَزَالَتْ تِلْكَ الشُّبْهَةُ، فَوَطِئَ بِشُبْهَةٍ أُخْرَى، وَجِبَ مَهْرَانِ، وَإِذَا لَمْ تَكُنْ شُبْهَةً، كَمَا لَوْ أَكْرَهَ امْرَأَةً عَلَى الرَّئَا، وَوِطَّئَهَا مِرَارًا، وَجِبَ بِكُلِّ وَطْءٍ مَهْرٌ، لِأَنَّ الْوُجُوبَ هَهُنَا بِالْإِتْلَافِ، وَقَدْ تَعَدَّدَ الْإِتْلَافُ، وَإِذَا وَطِئَ الْأَبُ جَارِيَةَ الْابْنِ مِرَارًا مِنْ غَيْرِ إِخْبَالٍ، فَقَدْ أَطْلُقَ فِي الْكِتَابِ وَجْهَيْنِ:

أحدهما: أَنَّهُ يَجِبُ بِكُلِّ وَطْءٍ مَهْرٌ؛ لِتَعَدُّدِ الْإِتْلَافِ فِي مِلْكِ الْغَيْرِ، مَعَ الْعِلْمِ بِحَقِيقَةِ الْحَالِ.

(١) لأنه وقت الاتلاف.

وأشبههما: أنه لا يجب إلا مهرٌ واحد؛ لأن الشبهة، وهي وجوب الإغفاف شاملة لجميع الوطئات، وخصص في «التهديب» الوجهين بما إذا اتحد المجلس، وحكم بالتكرار عند اختلاف المجلس، ووطيء أحد الشريكين الجارية المشتركة، ووطيء السيد المكتاتبة مزاراً كوطئات جارية الابن، وإذا وجب مهرٌ واحد بوطئات، فينظر إلى أعلى الأحوال، ويكون الواجب مهر تلك الحالة؛ لأنه لو لم يوجد إلا الوطئة الواقعة في تلك الحالة لوجب ذلك المهر، فالوطئات الباقية إذا لم تقتض زيادة لا توجب نقصاناً.

### الباب الرابع في التشطير، وفيه فصول

قال الغزالي: (الأول في محله وحكمه) ونقول: ارتفاع النكاح قبل الميسر لا يسبب من جهتها يوجب تشطير الصداق الثابت، بتسمية مقرونة بالعقد صحيحة أو فاسدة أو يفرض صحيح بعد العقد كما في المفوضة، ويستوي فيه كل فراق، وإنما يسقط جميع المهر قبل الميسر بقسحها بعينه أو فسحها بعينها.

قال الرافعي: الطلاق قبل الدخول يوجب تشطير الصداق بين الزوجين، قال الله تعالى: ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم﴾ [البقرة: ٢٣٧] ووجه ذلك من جهة المعنى؛ بأن ارتفاع العقد قبل تسليم المعقود عليه، يسقط جميع العوض، كما في البيع والإجارة، إلا أننا قلنا بسقوط البعوض، دون البعض لتقريبين:

أحدهما: أن الزوجة كالمسلمة إلى الزوج بنفس العقد؛ لأن التصرفات التي يملكها الزوج تنفذ من وقت النكاح، ولا تتوقف على القبض، فمن حيث إنه نفذت التصرفات استقرَّ بعض العوض، ومن حيث إنه لم يتصل بالمقصود سقط بعضه.

والثاني: أنا لو حكمتنا بسقوط جميع المهر لاحتجنا إلى إيجاب شيء للمنتعة، فكان إبقاء شيء مما هو واجب أولى من إثبات ما ليس بواجب.

وإذا عرفت ذلك فأعلم أن كلام الباب مرتب على فصول:

أحدها: في موضع التشطير، وكيفيته، أما الموضع ففيه مسألتان:

إحدهما: الخلع كالطلاق في اقتفاء التشطير، لأن الخلع، وإن كان يتم بها فالمغلب فيه جانب الزوج؛ لأن المقصود الأصلي منه الفراق، وهو مستقل به، ولأنه يتمكن من الخلع مع الأجنبي، وكذلك يتشطر المهر لو فوض إليها، فطلقت نفسها، أو علق طلاقها على دخولها، فدخلت، أو طلقها بعد انقضاء مدة الإيلاء بطلبها، وكذلك



يَتَشَطَّرُ الْمَهْرُ بِكُلِّ فُرْقَةٍ حَصَلَتْ قَبْلَ الدُّخُولِ، لَا بِسَبَبٍ مِنْ جِهَةِ الْمَرْأَةِ، كَمَا إِذَا أَسْلَمَ الرَّجُلُ، أَوْ ارْتَدَّ، أَوْ أَرْضَعَتْ أُمُّ الزَّوْجَةِ الزَّوْجَ وَهُوَ صَغِيرٌ، أَوْ أُمُّ الزَّوْجِ، أَوْ ابْنَةُ الزَّوْجَةِ، وَهِيَ صَغِيرَةٌ أَوْ وَطَّهَا ابْنُ الزَّوْجِ، أَوْ أَبُوهُ بِشُبُهَةٍ، وَهِيَ تَطَّئُهُ زَوْجاً لَهَا، أَوْ قَدَّفَ الزَّوْجَةَ وَلَاعَنَهَا<sup>(١)</sup>، فَأَمَّا إِذَا كَانَ الْفِرَاقُ مِنْهَا أَوْ بِسَبَبٍ فِيهَا، كَمَا إِذَا أَسْلَمَتْ أَوْ ارْتَدَّتْ، أَوْ فَسَخَتْ النِّكَاحَ بِخِيَارِ الْعِتْقِ، أَوْ بِعَيْبٍ فِي الزَّوْجِ، أَوْ كَانَتْ تَحْتَهُ صَغِيرَةٌ فَأَرْضَعَتْهَا، وَصَارَتْ أُمُّ زَوْجَتِهِ، أَوْ فَسَخَ الزَّوْجُ النِّكَاحَ بِعَيْبِهَا، فَيَسْقُطُ جَمِيعُ الْمَهْرِ عَلَى مَا مَرَّ وَانْفِصَاخَ النِّكَاحِ بِشِرَاءِ الزَّوْجَةِ زَوْجَهَا، يَسْقُطُ جَمِيعُ الْمَهْرِ، عَلَى الْأَصْحَحِ وَشِرَاءِ

(١) قال في المهمات: كلامه يشعر بأن إرضاع بنت الزوج ليس كذلك، فإنه اقتصر على أم الزوج مع ذكره إرضاع الزوجة بنت الزوج، وليس كذلك لأن بنت الزوجة إذا أرضعت الزوج صارت الزوجة جدته فحصلت الفرقة بالرضاع، وتشطر المهر فكان ينبغي أن يقول أو أرضعت لم أحد الزوجين أو بنته الآخر وهو صغير.

قال في التوسط: لم يرد الرافي وكان الأدب أن يقول: الأحسن أن يقال كذا وكذا، ودعواه أن كلامه اقتضى إخراج بنت الزوجة غير صحيح، بل هو ساكت عنها، وقال في الخادم: تصويره الإرضاع بما إذا كان لا من جهتها على الأصح لانفساخه بفعلها، وقيل تستحقه لأنه لا غيره بفعلها، وحكى الغزالي عن الأصحاب خلافاً فيما لو طيرت الريح أن في الخامسة إلى فيها فابتلعها. وقال في الخادم أيضاً: بقي من الصور قسماً:

أحدهما: أن يكون الفسخ بسببها جميعاً كردتها معاً، وحكى الماوردي في باب ارتداد الزوجين فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: يشطر تغليياً لجانب الرجل كالمخالفة. والثاني: يسقط كله لإعانتها على سبب الفرقة. والثالث: لها ربع المهر لاشتراكهما في الفسخ فسقط من النصف نصفه؛ لأنه في مقابلة ردة الزوجة، وهذا الثالث غريب وليس له صورة يسقط فيها ثلاثة أرباع الصداق بالفرقة قبل الدخول إلا هذه على وجهه، ثم الظاهر ترجيح الثاني، والفرق بينه وبين المخالفة أن الزوج سلطها على الفرقة فنسبة الفرقة إلى الدفع بخلاف الردة واحدة من كلام شيخه البلقيني، وسيأتي في باب المتعة إن شاء الله أن الرافي ذكر ما إذا ارتدا معاً.

القسم الثاني ما إذا كان لا من جهة واحد منهما وهي مسألة ابن الحداد والقفال ولم يذكرها الرافي في هذا الباب وابن الحداد يقول فيها بالسقوط دائماً. والقفال بالشطر، ومن صورها ما إذا أسلم أبو الصغيرة فانفسخ النكاح، قال ابن الحداد يسقط وقال القفال: ينشطر، كذا ذكره في شرح الفروع ونقله الشيخ أبو علي والإمام عن بعض الأصحاب ولم يصرحا بذكر القفال، يقول ابن الحداد في هذه إذ قال في باب المتعة فيما إذا وقع إسلامها معاً أنه لا متعة لها كما لو أسلمت بنفسها فجعل ذلك فرقة كافية من جهتها، لكن رجح فيما إذا ورث زوجته أو بعضها عدم سقوط المهر، وصرح بمخالفة ابن الحداد فيه وهو يقتضي إيجابه الشطر، كذا قاله في كتاب النكاح في فصل الدوريات، وينبغي أن يجب على مباشرة للإسلام مهر المثل لأنه أبطل نكاح غيره بإسلامه، وإن كان واجباً عليه كما في نظيره من الرضاع الواجب، وفي هذا البحث نظر، والظاهر خلاف ما قاله فإنه أدى فرضاً مضيئاً عليه أحسن بأدائه.

الزوج زَوْجَتَهُ يوجب التَّشْطِيرَ عَلَى الْأَصَحِّ (١).

المسألة الثانية: لو طَلَّقَ الْمُفَوَّضَةَ قَبْلَ الدُّخُولِ والفرض، فالقول في التَّشْطِيرِ قد سَلَفَ وأما غير المُفَوَّضَةِ، فكل صَدَاقٍ وَاجِبٍ، وَرَدَّ عَلَيْهِ الطَّلَاقُ قَبْلَ الدُّخُولِ شَطْرَهُ سواء فيه المُسَمَّى الصَّحِيحُ في العَقْدِ، والمفروض بعده، ومهر المِثْلِ إذا جَرَتْ تَسْمِيَةُ فَاسِدَةً في العَقْدِ؛ لأن الله - تعالى - قال: ﴿فَنُصِفْ مَا قَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧] والفرض التقدير، وكُلُّ واحد من المُسَمَّى في العَقْدِ وبعده مَفْرُوضٌ مُقَدَّرٌ، فَيَدْخُلُ تَحْتَ الآيَةِ إذا كانت التَّسْمِيَةُ الفَاسِدَةُ توجب مَهْرَ المِثْلِ كانت كالتقدير بِمَهْرِ المِثْلِ. وعند أبي حَنِيفَةَ: لا يشطر المَفْرُوضُ بعد العَقْدِ، ولا مَهْرُ المِثْلِ الوَاجِبُ بالتَّسْمِيَةِ الفَاسِدَةِ.

وقوله في الكتاب: «ارتفاع النكاح» يدخل فيه الطلاق، وسائر وجوه الفراق.

وقوله: «ويستوي فيه كل فراق» كالإيضاح، وإلا ففي قوله: «ارتفاع النكاح» إلى آخره ما يُفِيدُ المَقْصُودَ، وقوله: «وإنما يسقط جميع المهر إلى آخره» هذا مذكور مثلاً لارتفاع النكاح، بسبب من جهتها، وليس الغرض حصر السقوط فيه، بل الفسخ بالعتق في معناه، وكذلك شراؤها الزوج على الأصح.

قَالَ العَرَالِيُّ: وَمَعْنَى التَّشْطِيرِ أَنْ يَزْجَعَ المَلِكُ فِي شَطْرِ الصَّدَاقِ إِلَى الزَّوْجِ بِمَجْرَدِ الطَّلَاقِ، وَفِيهِ وَجْهٌ: أَنَّهُ يَثْبُتُ لَهُ خِيَارُ الرُّجُوعِ فِي النُّصْفِ حَتَّى لَوْ طَلَّقَهَا عَلَى كَمَالِ المَهْرِ سَلَّمَ لَهَا وَكَأَنَّهُ رَضِيَ بِسُقُوطِ حَقِّهِ، وَلَوْ قَالَ: أَسْقَطْتُ خِيَارِي فَيَحْتَمَلُ أَنْ لَا يَسْقُطَ كَخِيَارِ الرُّجُوعِ فِي الهَيْبَةِ (فزع): لَوْ تَلَفَ الصَّدَاقُ فِي يَدِهَا بَعْدَ الانْقِلَابِ إِلَيْهِ فِي الضَّمَانِ عَلَيَّهَا وَجْهَانِ: لِأَنَّهُ مِنْ وَجْهِ كَالْمَبِيعِ، وَمِنْ وَجْهِ كَالْمَوْهُوبِ بَعْدَ الرُّجُوعِ، وَلَوْ تَلَفَ فِي يَدِهَا بَعْدَ رُجُوعِ الكُلِّ بِالْفَسْخِ فَهُوَ مَضْمُونٌ لِأَنَّ ذَلِكَ بِحُكْمِ تَرَادُّ العَوَاضِينَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: اعْلَمْ أَنَّ الفَضْلَ الأوَّلَ مِنَ البَابِ مَعْقُودٌ لِبَيَانِ جَمَلَتَيْنِ:

إحداها: مَحَلُّ التَّشْطِيرِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ.

والثانية: تَرْجَمَهَا بِحُكْمِ التَّشْطِيرِ، وَلَوْ تَرَجَمَهَا بِكَيْفِيَةِ التَّشْطِيرِ، لَكَانَ أَلْيَقَ، وَذَلِكَ لِأَنَّ فِي كَيْفِيَةِ التَّشْطِيرِ بِالطَّلَاقِ وَجْهَيْنِ مَعْرُوفَيْنِ لِلأَصْحَابِ:

(١) قال في الخادم: هذا خاص بالملك من جهة الشراء ونحوه من أسباب المعاوضات فلو استرق الزوج الحربي قبل الدخول زوجته الحربية، وكان صداقها ديناً عليه فإنه يسقط المهر جميعاً، لكن ليس نقد لخصوص الصداق، بل لأنه يسقط دين الحربي على من استرده بالسبي مطلقاً وليس لنا فرق قبل الدخول لا يسبب من جهة الزوجة يسقط فيها المسمى كله إلا في هذه.

أصحهما: أنه يَعُودُ نِصْفُ الصَّدَاقِ إِلَيْهِ<sup>(١)</sup> بِنَفْسِ الطَّلَاقِ؛ لقوله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧] أي: فلكم نِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ، فهو كقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ﴾ [النساء: ١٢] ولأن ما يُؤَثَّرُ فِي كُلِّ الصَّدَاقِ كَالرِّدَّةِ وَالْفَسْخِ بِالْعِتْقِ وَالْعَيْبِ يُؤَثَّرُ بِنَفْسِهِ، وَلَا يَتَعَلَّقُ بِالِاخْتِيَارِ فَكَذَلِكَ مَا يُؤَثَّرُ فِي النِّصْفِ.

والثاني: وبه قال أبو إسحاق وفي بعض الشُّرُوحِ نِسْبَتُهُ إِلَى ابْنِ سُرَيْجٍ أَيْضاً: أَنَّ الطَّلَاقَ يُثْبِتُ لَهُ خِيَارَ الرَّجُوعِ فِي النِّصْفِ، فَإِنْ شَاءَ تَمَلَّكَهُ، وَإِلَّا تَرَكَهُ، كَالشَّفِيعِ تَبَتُّ لَهُ حَقُّ الشَّفِيعَةِ بِالشَّرَاءِ، وَلَا يُشْتَرَطُ لِرَجُوعِ النِّصْفِ قَضَاءُ الْقَاضِي بِأَنَّهُ لَهُ عَلَى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ.

وفي «المختصر» لفظة مُشْكِلَةٌ تُشْعِرُ بِاشْتِرَاطِهِ، وَذَكَرَ الْعَبَادِيُّ أَنَّ أَبَا الْفَضْلِ الْقَاشَانِيَّ الرَّاهِدَ حَكَاهُ قَوْلًا عَنِ الْقَدِيمِ، وَمِنْهُمْ مَنْ حَكَى الْأَشْتِرَاطَ وَجْهًا، وَامْتَنَعَ الْمُعْظَمُ مِنْ إِثْبَاتِهِ قَوْلًا، أَوْ وَجْهًا وَقَطَعُوا بِالْأَوَّلِ، وَأَوَّلُوا تِلْكَ اللَّفْظَةَ، فَإِذَا قُلْنَا: إِنَّهُ يُثْبِتُ الْخِيَارَ، وَيَحْصِلُ الْمَلِكُ بِالِاخْتِيَارِ، فَلَوْ أَنَّهُ طَلَّقَهَا عَلَى أَنْ يُسَلَّمَ لَهَا كُلَّ الصَّدَاقِ، فَهَذَا إِعْرَاضٌ مِنْهُ عَنِ الْمَهْرِ، وَرِضًا بِسُقُوطِ حَقِّهِ، فَيُسَلِّمُ لَهَا جَمِيعَهُ، وَعَلَى الْوَجْهِ الْأَصَحِّ يَتَشَطَّرُ الْمَهْرُ وَيُلْغَوُ فِيهِ مَا ذَكَرَهُ، كَمَا لَوْ أَعْتَقَ، وَنَفَى الْوَلَاءَ، وَلَوْ طَلَّقَ، ثُمَّ قَالَ: أَسْقَطْتُ خِيَارِي، تَفْرِيعًا عَلَى أَنَّ الطَّلَاقَ يُثْبِتُ الْخِيَارَ، فَقَدْ أَشَارَ صَاحِبُ الْكِتَابِ فِيهِ إِلَى اخْتِمَالَيْنِ:

أحدهما: أنه يسقط، كما أن الخِيَارَ فِي التَّبِيعِ يَسْقُطُ بِالِإِسْقَاطِ.

وَأَزْجَحُهُمَا: أَنَّهُ لَا يَسْقُطُ، كَمَا لَوْ أَسْقَطَ الْوَاهِبُ خِيَارَ الرَّجُوعِ، لَا يَسْقُطُ، وَلَمْ يَجْرِ هَذَا التَّرَدُّدُ فِيمَا إِذَا طَلَّقَهَا، عَلَى أَنْ يُسَلَّمَ لَهَا كُلَّ الصَّدَاقِ؛ تَفْرِيعًا عَلَى الْقَوْلِ بِثُبُوتِ الْخِيَارِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَسُودَ بَيْنَ الصُّورَتَيْنِ.

ولو حَدَّثَتْ زِيَادَةٌ فِي الصَّدَاقِ بَعْدَ الطَّلَاقِ، فَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ نِصْفُهَا لِلزَّوْجِ<sup>(٢)</sup>، وَعَلَى الْوَجْهِ الْآخِرِ إِذَا حَدَّثَتْ قَبْلَ اخْتِيَارِ التَّمَلُّكِ، فَالْكَلِّ لِلزَّوْجَةِ، كَمَا لَوْ حَدَّثَتْ قَبْلَ الطَّلَاقِ، هَذَا إِذَا كَانَتْ الزِّيَادَةُ مُنْفَصِلَةً، فَإِنْ كَانَتْ مُتَّصِلَةً، فَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُ النِّصْفُ بِنَفْسِ الطَّلَاقِ، فَالنِّصْفُ مَعَ الزِّيَادَةِ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَمْلِكُ إِلَّا بِالِاخْتِيَارِ فَوْجِهَانِ:

(١) أي إلى الزوج إن دفعه أو وليه من أب أو جد عنه وهو صغير أو مجنون أو سفیه وإلا فيعود إلى المؤدي.

(٢) التعبير بنصف القيمة. قال الإمام: فيه تساهل وإنما هو قيمة النصف وهي أقل من ذلك، ومال إليه ابن الرفعة والسبكي وغيرهما، ونبه الأذرعي على أن الشافعي والجمهور قد عبروا بكل من العبارتين، وهذا فيهم يدل على أن مؤداهما عندهم واحد.

أحدهما: أنه يمنع الرجوع، لإبرضا المرأة، كالزيادة المتصلة الحادثة، قبل الطلاق. وأشبهما: أن له أن يزجج فيه من غير رضاها؛ لأن هذه زيادة حدثت بعد تعلق حق الزوج به، فصار كثمر الأشجار في الشقص المشفوع بعد البيع، وقبل علم الشفيع، فإن هذه الزيادة لا تمنع الأخذ.

وإن حدث فيه نقصان، فإن قلنا: إنه يملك النصف بالاختيار، فإن شاء أخذ نصفه ناقصاً، ولا أزش له، وإن شاء تركه، وأخذ بنصف قيمته صحيحاً، كما لو حدث قبل الطلاق. وإن قلنا: يملك بنفس الطلاق، فإن وجد منها تعدد، بأن طالبها برّد النصف بالنصف، فامتعت، فله النصف مع أزش النقصان، وإن تلف الكل، والحالة هذه، فعليها الضمان، وإن لم يوجد تعدد، فظاهر النص أنها تُعزم أزش النقصان إذا نقص، وجميع البدل، إذا تلف؛ لأن القبض كان عند معاوضة، وإذا ارتفعت المعاوضة، كان المقبوض مضموناً عليها، كما إذا بقي المبيع يد المشتري بعد الإقالة بهذا، أخذ أصحابنا العراقيون، وتابعهم القاضي الروياني، وربما نقوا الخلاف فيه.

وفي «الأم» نص يشعر بأنه لا ضمان عليه؛ لأن عود الصداق إلى الزوج ليس على طريق الفسوخ؛ إذا لو كان كذلك لعاد إليه الكل، كما في البيع والإجارة، ولكنه ابتداء ملك حصل للزوج، والمملوك في يدها، بلا تعدد، فيكون أمانة، وبهذا أجاب المرازمة، فإن قلنا بالأول، فلو قال الزوج: حدثت النقصان بعد الطلاق، فعليك الضمان، وقالت: بل قبله، ولا ضمان، فالقول قولها؛ لأن الأصل براءة الذمة، أو قوله: لأن الأصل عدم النقص حينئذ.

وحكى صاحب «الثمة» فيه وجهين:

والأول: هو الذي أوردته الشيخ أبو حامد، وابن الصباغ، ولو رجع كل الصداق إلى الزوج بالفسخ بالعيب، أو بأن ارتدت، وتلف في يدها، فهو مضمون عليها؛ لأن سبيل سبيل البيع ينسخ بإقالة، أو رد بعيب، فيكون العوض مضموناً على من هو في يده.

قال الإمام: وحكم النصف في صورة ردة الرجل حكمه عند الطلاق، لأن ارتداده إليه ليس على سبيل الفسوخ؛ إذ لو كان كذلك لارتد الكل.

وقوله في الكتاب: «بمجرد الطلاق» يجوز إعلامه بالحاء؛ لما يروى عن أبي حنيفة أنه يملك بالاختيار، وقوله: «لأنه من وجه كالمبيع» يعني إذا تلف في يد المشتري بعد الإقالة أورد العوض بالعيب، ووجه الشبه أنه انتقل إليها في معاوضة، فيرجع لارتفاع المعاوضة، وقوله: «ومن وجه كالموهوب بعد الرجوع» وجه الشبه أن عود النصف ليس على سبيل الفسوخ، وإما هو ملك مبتدأ، كالمالك في الموهوب، إذا رجع

فيه، ويمكن أن يُشبهه بالموهوب من جهة تغليب معنى النحلة في الصداق.

### «فزع»

حكى الإمام تفريراً على أن الزوج يُملك بالاختيار وجهين، في أن الزوجة، هل تملك التصرف قبل الاختيار، قال: والقياس أنها تملكه كما قبل الطلاق، وكما أن المثيب يتمكّن من التصرفات قبيل رجوع الواهب.

آخر: إذا كان الصداق ديناً سقط نصفه بمجرد الطلاق، على الأصح وعند الاختيار على الوجه الثاني، ولو كان قد أدى الدين والمؤدي باق، فهل لها أن تؤدي قدر النصف من موضع آخر؛ لأن العقد لم يتعلّق بعينه، أم يتعين حقه فيه لتعيينه بالدفع والتسليم فيه وجهان، أقربهما الثاني.

قَالَ الْعَزَائِي: (الْفَضْلُ الثَّانِي فِي التَّغْيِيرَاتِ قَبْلَ الطَّلَاقِ) وَذَلِكَ إِمَّا بِزِيَادَةِ مَخْضَةٍ أَوْ نَقْصَانِ مَخْضٍ أَوْ زِيَادَةِ مِنْ وَجْهِ وَنَقْصَانِ مِنْ وَجْهِ (أَمَّا النُّقْصَانُ) كَالْتَعْيِبِ فِي يَدِهَا فَيَثْبُتُ لَهُ الْخِيَارُ إِنْ شَاءَ رَجَعَ إِلَى قِيَمَةِ النِّصْفِ السَّلِيمِ، وَإِنْ شَاءَ قَنِعَ بِنِصْفِ الْمَعْيِبِ مِنْ غَيْرِ أَرْضٍ، وَفِيهِ وَجْهٌ أَنْ لَهُ الْأَرْضَ، وَإِنْ تَعَيَّبَ فِي يَدِهِ فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا نِصْفُ الْمَعْيِبِ؛ لِأَنَّهُ نَقْصٌ مِنْ ضَمَانِهِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ بِجَنَائِبِ جَانٍ فَالصَّحِيحُ أَنَّ لَهُ مَعَ ذَلِكَ نِصْفَ الْأَرْضِ، أَمَّا الزِّيَادَةُ إِنْ كَانَتْ مُنْفَصِلَةً سَلِمَتْ لَهَا، وَإِنْ كَانَتْ مُتَّصِلَةً ائْتَمَعَ رُجُوعُهُ إِلَّا بِرِضَاهَا، فَإِنْ أَعْبَتْ غَرِمَتْ قِيَمَةَ الشُّطْرِ، وَإِنْ سَمَحَتْ أُجِبَ (و) عَلَى الْقَبُولِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا أَصْدَقَ امْرَأَتَهُ عَيْنًا، وَطَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ، فَتَلِكِ الْعَيْنُ عِنْدَ الطَّلَاقِ، إِمَّا أَنْ تَكُونَ تَالِفَةً، أَوْ بَاقِيَةً.

إن كانت تالفة فالزوج يرجع إلى نصف مثلها، إن كانت مثلية، ونصف قيمتها إن كانت متقومة. وإن كانت باقية، فإن لم يحدث فيها تغيير رجع إلى نصف العين، كما سبق، وإن حدث تغيير، وهو مفضود الفضل وترجمته، فذلك التغيير إما أن يكون بنقصان مخض، أو بزيادة مخضة، أو بهما، فهذه ثلاثة أقسام:

الأول: النقصان المخض، وهو إما نقصان صفة، أو نقصان جزء.

النوع الأول: نقصان الصفة: كالتعيب بالعمى، والعور، ونسيان الحرفة، ينظر إن حدثت في يدها، فالزوج بالخيار، إن شاء رجع إلى نصف قيمة الصداق سليماً وأعرض عن عيبه، وإن شاء قنع بنصف الناقص، ولا أرض له، كما إذا تعيب المبيع في يد البائع، يتخير المشتري بين أن يفسخ المبيع، ويسترد الثمن، وبين أن يقنع بالمعيب، ولا أرض له، وليس ما نحن فيه، كما إذا نقص الصداق في يد الزوج، وأجازت

الرَّوْجَةَ، فَإِنهَا تُعْرَمُ الْأَرْضَ، عَلَى قَوْلِ صَمَانَ الْيَدِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الصَّدَاقَ فِي يَدِهِ مَلِكٌ لَهَا، وَهُوَ مَضْمُونٌ عَلَيْهِ، فَجَازَ تَضْمِينُهُ الْأَرْضَ، وَهِنَا الصَّدَاقُ مَلِكُهَا فِي يَدِهَا، فَكَيْفَ يَضْمِنُهَا أَرْضُ الثَّقَصَانِ، هَذَا مَا يَوْجَدُ لِلْأَصْحَابِ فِي الْمَسْأَلَةِ قَالَ الْإِمَامُ: وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُقَالَ: عَلَيْهَا الْأَرْضُ؛ لِأَنَّهُ لَوْ تَلَفَ فِي يَدِهَا، لَرَجَعَ الرَّوْجُ إِلَى نِصْفِ الْقِيَمَةِ، وَمَنْ يَغْرَمُ الْقِيَمَةَ عِنْدَ التَّلْفِ، لَا يَبْعَدُ أَنْ يُعْرَمَ الْأَرْضَ، عِنْدَ النِّقْصَانِ، وَكَوْنِ النِّقْصَانِ فِي مَلِكِهَا يَجُوزُ أَلَّا يَمْنَعَ التَّغْرِيمَ عِنْدَ الرَّجُوعِ، أَلَّا تَرَى أَنَّهُ إِذَا اشْتَرَى عَبْدًا بِجَارِيَةٍ، وَتَقَابُضًا، ثُمَّ وَجَدَ مُشْتَرِي الْعَبْدِ بِالْعَبْدِ عَيْبًا فَرَدَّهُ، وَبِالْجَارِيَةِ عَيْبٌ حَادِثٌ. فَإِنَّهُ يَسْتَرِدُّهَا مَعَ الْأَرْضِ، عَلَى رَأْيِي.

وَإِنْ كَانَ الثَّقَصَانُ حَادِثًا فِي مَلِكِهِ وَيَدِهِ، وَأَقَامَ صَاحِبُ الْكِتَابِ هَا هُنَا، وَفِي «الْوَسِيطِ» هَذَا الْاِحْتِمَالَ وَجْهًا، وَذَكَرَهُ مَعَ ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ.

وَإِنْ حَدَثَ الثَّقَصَانُ فِي يَدِهِ، قَبْلَ أَنْ تَقْبُضَ الْمَرْأَةُ، فَأَجَازَتْ فَلَهُ عِنْدَ الطَّلَاقِ نِصْفُهُ نَاقِصًا، وَلَيْسَ لَهُ الْخِيَارُ، وَلَا طَلَبُ الْأَرْضِ، فَإِنَّهُ نَقَصَ وَهُوَ مِنْ صَمَانِهِ، نَعَمْ لَوْ حَدَثَ الثَّقَصَانُ بِجِنَايَةِ جَانٍ، وَأَخَذَتْ مِنْهُ الْأَرْضَ فَوَجْهَانِ:

أَصْحَبُهُمَا: أَنَّهُ يَرْجِعُ إِلَى نِصْفِ الْأَرْضِ مَعَ نِصْفِ الْعَيْنِ، لِأَنَّ الْأَرْضَ بَدَلُ الْفَائِتِ، وَلَوْ بَقِيَ الصَّدَاقُ بِحَالِهِ، لِأَخْذِ نِصْفِهِ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ لَا شَيْءَ لَهُ مِنَ الْأَرْضِ، لِأَنَّ الْفَوَاتَ كَانَ مِنْ صَمَانِ الرَّوْجِ، وَهِيَ أَخَذَتْ الْأَرْضَ بِحَقِّ الْمَلِكِ، فَلَا يُعْتَبَرُ فِي حَقِّهِ، وَيَجْعَلُ مَا أَخَذَتْهُ كَزِيَادَةٍ مُنْفَصِلَةٍ.

النَّوْعُ الثَّانِي: نَقْصَانُ الْجُزْءِ، كَمَا إِذَا أَصْدَقَهَا عَبْدَيْنِ، وَقَبَضْتَهُمَا، فَتَلَفَ أَحَدُهُمَا فِي يَدِهَا، ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ، قَالَ فِي «التَّهْذِيبِ»: فِيهِ قَوْلَانِ:

أَصْحَبُهُمَا: أَنَّ الرَّوْجَ يَرْجِعُ إِلَى نِصْفِ الْبَاقِي، وَنِصْفِ قِيَمَةِ الثَّالِفِ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ يَأْخُذُ الْبَاقِي بِحَقِّهِ، إِنْ اسْتَوَتْ قِيَمَتُهُمَا.

وَقَوْلُ ثَالِثٍ: وَهُوَ أَنَّهُ يَتَّخِيَرُ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ نِصْفَ الْبَاقِي، وَنِصْفَ قِيَمَةِ الثَّالِفِ، وَبَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ نِصْفَ قِيَمَةِ الْعَبْدَيْنِ، وَيَتْرُكُ الْبَاقِي.

### «الْقِسْمُ الثَّانِي: الزِّيَادَةُ الْمَحْضَةُ»

وَهِيَ إِمَّا مُنْفَصِلَةٌ كَالْوَالِدِ وَاللَّبَنِ وَالْكَسْبِ، فَيَسْلَمُ لِلْمَرْأَةِ، سِوَاءَ حَصَلَتْ فِي يَدِهَا، أَوْ فِي يَدِ الرَّوْجِ، وَيَخْتَصُّ الرَّجُوعُ بِنِصْفِ الْأَضَلِّ<sup>(١)</sup>.

(١) لِأَنَّ الزِّيَادَةَ حَدِثَتْ فِي مَلِكِهَا، وَالطَّلَاقُ إِنَّمَا يَقْطَعُ مَلِكُهَا مِنْ حِينِ وَجُودِهِ لَا مِنْ أَصْلِهِ.

وعن أبي حنيفة: أن الزيادة إن حدثت قبل تسليم الصداق إليها، رجع الزوج في نصف الأصل، ونصف الزيادة، وإن حدثت بعد التسليم، فينظر إن لم تحدث الزيادة في العين، كالكسب والولد، فيسلم لها، ويختص الرجوع بنصف الأصل، وإن حدثت في العين منعت الرجوع إلى عين الصداق، كما ذكره في الرد بالعين، ثم في «الشامل» و«التتمة» أن الذي قلنا: إن الولد يبقى لها، ويرجع الزوج بنصف الأصل مفروض في غير الجوّاري، وأما في الجوّاري، فليس له الرجوع في نصف الأم؛ لأنه يتضمن التفريق بين الأم والولد في بعض الزمان، لكنه يرجع إلى القيمة، فإن ساعدته المرأة ورزيت برجوعه إلى نصف الأم، فهو كالتفريق بين الولد والأم بالبيع.

وإن كانت الزيادة متصلة كالسمن، وتعلم القران، والحزفة، فلا يستقل الزوج بالرجوع إلى عين الصداق، ولكن الخيار لها<sup>(١)</sup>، فإن أثبت لم تجبر عليه، ويرجع الزوج إلى نصف القيمة من غير تلك الزيادة، وإن سمحت أجبر على القبول، ولم يكن له طلب القيمة.

وفي «المجرد» للحناطي وجه: أنه لا يجبر على القبول؛ لما فيه من المنة، والظاهر الأول، والزيادة المتصلة لا تفرد بالتصرف، بل هي تابعة فلا تغظم فيها المنة.

قال الأصحاب: ولا تمنع الزيادة المتصلة الاستقلال بالرجوع، إلا في هذا الموضع، فأما في سائر الأصول، فإنها لا تمنع، كما إذا أفلس المشتري بالثمن يرجع البائع في المبيع، مع الزيادة المتصلة، وكذا الواهب يرجع في الموهوب مع الزيادة المتصلة، والمشتري إذا رد المبيع بالعيب، يرجع في العوض مع الزيادة المتصلة، فهؤلاء يستقلون بالرجوع معها، وفرقوا بأن المملك في هذه المسائل يزج بطريق الفسخ، والفسخ إما أن يرفع العقد من أصله، أو لا يرفع، إن رفعه، فكانه لا عقد، وحدثت الزيادة على ملك الأول، وإن لم يرفعه، فالفسوخ مضمولة على العقود، ومشبهة بها، والزيادة تتبع الأصل في العقود، وكذلك في الفسوخ، وعوذ المملك في الشطر بالطلاق، ليس على سبيل الفسوخ، ألا ترى أنه لو سلم العبد الصداق من كسبه، ثم عتق، وطلق قبل الدخول يكون الشطر له لا للسيد، ولو كان سبيله سبيل الفسوخ، لعاد إلى الذي خرج عن ملكه، وإنما هو ابتداء ملك، يثبت فيما فرض صداقاً لها، قال الله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا قَرْضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧] وليس الزيادة الحادثة مما فرض، فلا يعود إليه شيء منها، وفرق أبو إسحاق بين الصورة التي نحن فيها، وبين صورة إفلاس المشتري أن هناك لو منعناه من الرجوع إلى العين، لم يتم له الثمن لمزاحمة الغرماء،

(١) وليس خيارها فوراً، بل إن طلبه الزوج كلفت فوراً اختيار أحد الأمرين.

وههنا لو لم يَرْجِعْ إلى العَيْنِ لسلم له القِيَمَةُ بتمامها، فلا يَلْحَقُهُ كبير ضَرَرٍ، حتى لو كانت مُفْلِسَةً مَخْجُوراً عليها عند الطلاق، ولو تَرَكَ العَيْنَ، لاحتاج إلى المُضَارَبَةِ، قال يرجع في العَيْنِ مع الزِّيَادَةِ، ولا يحتاج إلى رِضَاهَا، وَعَوَّلَ الأَكثَرُونَ على الفَرْقِ الأولِ، وأبوا استِفْلاكَه بالرجوع، وإن كانت مَخْجُوراً عليها، واعتبروا في الرُّجُوعِ حينئذٍ رِضَاهَا، ورضا العُرْمَاءِ.

وحكى الإمام وجهاً أن كونها مَخْجُوراً عليها يمنع الرُّجُوعَ، وإن لم يكن زيادَةً لتعلق حَقِّ العُرْمَاءِ به قبل ثُبُوتِ حق الرجوع له، وحكم الزوائد المُنْفَصِلَةَ والمتصلة فيما سوى الطَّلَاقِ - من الأسباب المشطرة - حُكْمُهَا في الطَّلَاقِ.

وما يوجب عَوْدَ جميع الصَّدَاقِ للزوج، ينظر فيه إن كان سَبَبُهُ عَارِضاً، كالرِّضَاعِ والرِّدَّةِ من الزوجة، وكذلك [الحكم] <sup>(١)</sup> وفي رِدَّتِهَا وَجْهٌ: أن الزَّوْجَ يَسْتَقْبِلُ بِأَخْذِ الصَّدَاقِ بالزوائد المُنْتَصِلَةَ، ويجعل تسببها إلى قَطْعِ النكاح قَاطِعاً لِحَقِّهَا عن الزِّيَادَةِ، وإن كان السبب مَقَارِناً لَفَسْخِ بَعْثِهَا، أو فُسْخِ بَعْثِهَا، فالجواب المَشْهُورُ أن الصَّدَاقَ يَعُودُ بزيادته إلى الزوج، ولا حَاجَةَ إلى رِضَاهَا، كما في فُسْخِ البَيْعِ بالعيب، وبناءه في «التتمة» على أن الفُسْخَ إذا اتَّفَقَ بعد الدخول، هل يُسَلَّمُ لها المسمى إن قلنا: نعم، فهو كما لو كان السَّبَبُ عَارِضاً، وإن قلنا بوجوب مَهْرِ المِثْلِ، فقد حكى خِلَافاً في أننا هل نسند الفُسْخَ إلى وَقْتِ العقد، ونقول بارتفاع العَقْدِ من أَصْلِهِ أم لا؟.

إن قلنا: لا، فالْحُكْمُ على ما ذكرنا، وإن قلنا: نعم، فيعود الصَّدَاقُ إليه بِزِيَادَتِهِ بِزَوَائِدِهِ المُنْتَصِلَةَ والمنفصلة.

وقوله في الكتاب: «إن شاء رَجَعَ إلى قِيَمَةِ النُّصْفِ السليم» في هذه اللفظة شيء، والعبارة القَوِيْمَةُ أن يقال: «إلى نصف قِيَمَةِ السليم» وفرق بين نِصْفِ قِيَمَةِ الكُلِّ وبين قِيَمَةِ نِصْفِ الكُلِّ، فإننا إذا قَوَّمْنَا النُّصْفَ، نظرنا إلى جُزْءٍ من الجملة، وذلك مما يُوجِبُ التَّقْصَانَ، فإن التَّقْصِيصَ عَيْنٌ، وَيَجْرِي هذا الكَلَامُ في قوله: «فإن أَبَتْ عُرْمَتُ قِيَمَةِ الشطر» والأولى أن يقال: شَطْرُ القِيَمَةِ.

وقوله: «أجبر على القَبُولِ» يجوز أن يُعَلَّمَ بالواو؛ لما ذكرناه.

قَالَ العَرَالِيُّ: أَمَا إِذَا زَادَ مِنْ وَجْهِ وَنَقَصَ مِنْ وَجْهِ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الخِيَارُ مِثْلُ أَنْ يَكُونَ الصَّدَاقُ عِنْدَ صَغِيرٍ فَكَبِيرٍ فَتَنْقِصَانَهُ زَوَالُ الطَّرَاوَةِ، أَوْ شَجَرَةٌ فَأَزَقَلْتِ وَنَقَصَتِ الثَّمَرَةَ، وَلَا يُشْتَرَطُ فِي الزِّيَادَةِ القِيَمَةَ بَلْ مَا فِيهِ عَرَضٌ مَقْصُودٌ يُثَبِّتُ الخِيَارَ، وَالْحَمْلُ فِي

(١) سقط في: أ.



الْجَارِيَةِ زِيَادَةً مِنْ وَجْهِهِ وَنُقْصَانٍ مِنْ وَجْهِهِ، وَفِي الْبَهِيمَةِ زِيَادَةً مُحَضَّةً إِلَّا إِذَا أَثَّرَ فِي إِفْسَادِ اللَّحْمِ، وَالزَّرَاعَةَ نُقْصَانًا مُحَضَّضًا لِلْأَرْضِ إِذِ الزَّرْعُ يَبْقَى لَهَا، وَالْغِرَاسُ كَذَلِكَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْقِسْمُ الثَّلَاثُ إِذَا تَغَيَّرَ الصَّدَاقُ بِالزِّيَادَةِ وَالنَّقْصَانِ جَمِيعًا، إِمَّا بِسَبَبٍ وَاحِدٍ، كَمَا إِذَا أُضِدَّقَهَا عَبْدًا صَغِيرًا، فَكَبِرَ، فَإِنَّهُ نُقْصَانٌ مِنْ جِهَةِ نَقْصِ الْقِيَمَةِ، وَمِنْ جِهَةِ أَنَّ الصَّغِيرَ يَصْلِحُ لِلْقُرْبِ مِنَ الْحَرَمِ، وَإِنَّهُ أْبْعَدُ عَنِ الْعَوَائِلِ، وَأَشَدُّ تَأَثُّرًا بِالتَّأْدِيبِ وَالرِّيَاضَةِ، وَزِيَادَةً مِنْ جِهَةِ أَنَّهُ أَقْوَى عَلَى الشَّدَائِدِ وَالْأَسْفَارِ، وَأَحْفَظُ لِمَا يَسْتَحْفَظُ، وَكَمَا إِذَا أُضِدَّقَهَا شَجَرَةً فَأَرْفَلَتْ وَصَارَتْ وَذَلِكَ بِأَن يَقِلَّ ثَمَرُهَا لِطُولِ الْمُدَّةِ، فَذَلِكَ نُقْصَانٌ مِنْ جِهَةِ نُقْصَانِ الثَّمَرَةِ، وَزِيَادَةً مِنْ جِهَةِ زِيَادَةِ الْحَطْبِ، وَأَمَّا بِسَبَبَيْنِ، كَمَا إِذَا أُضِدَّقَهَا عَبْدًا، فَتَعَلَّمَ الْقُرْآنَ، أَوْ تَعَلَّمَ حِرْفَةً وَأَعُورَ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْخِيَارُ عَلَى مَعْنَى أَنَّ لِلزَّوْجِ أَلَّا يَقْبَلَ الْعَيْنَ لِلنَّقْصَانِ، وَيَعْدِلُ إِلَى نِصْفِ الْقِيَمَةِ، وَلِلزَّوْجَةِ أَلَّا تَبْدُلَ الْعَبْدَ، وَتَعْدِلُ إِلَى بَدَلِ نِصْفِ الْقِيَمَةِ، وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى الرُّجُوعِ جَازٍ، وَلَا شَيْءَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ، وَلَيْسَ الْاِغْتِيَارُ بِزِيَادَةِ الْقِيَمَةِ، بَلْ كُلُّ مَا حَدَثَ فِيهِ مَنَفَعَةٌ وَفَائِدَةٌ مَقْصُودَةٌ، فَهُوَ زِيَادَةٌ مِنْ ذَلِكَ الْوَجْهِ. وَإِنْ [نَقِصَتْ] <sup>(١)</sup> الْقِيَمَةُ عَلَى مَا يَبْتِئُ فِي كِبَرِ الْعَبْدِ الصَّغِيرِ، ثُمَّ الْكَلَامُ فِي صَوْرَتَيْنِ:

إِحْدَاهُمَا: أُضِدَّقَهَا جَارِيَةً حَائِلًا، فَحَبِلَتْ فِي يَدِهَا، وَطَلَّقَهَا قَبْلَ الدَّخُولِ، فَهِيَ زِيَادَةٌ مِنْ وَجْهِ لِتَوْعُّعِ الْوَلَدِ، وَنُقْصَانٌ مِنْ وَجْهِ لِلزُّعْفِ فِي الْحَالِ، وَلِلخَطَرِ عِنْدَ الْوِلَادَةِ، فَإِنْ لَمْ يَتَّفَقَا عَلَى الرَّجُوعِ إِلَى نِصْفِ الْجَارِيَةِ، فَالْمَعْدُولُ إِلَيْهِ نِصْفُ قِيَمَةِ الْجَارِيَةِ، وَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا إِجْبَارُ الْآخَرِ.

وَحَكَى أَبُو عَبْدِ اللَّهِ الْحَنَاطِي وَجْهًا: أَنَّهُ يُجَبَّرُ الزَّوْجُ إِذَا رَضِيََتْ هِيَ بِرُجُوعِهِ إِلَى نِصْفِ قِيَمَةِ الْجَارِيَةِ، وَهِيَ حَامِلٌ؛ بِنَاءٍ عَلَى أَنَّ الْحَمْلَ لَا يُعْلَمُ، وَقَضِيَّةٌ هَذَا أَنْ تُجَبَّرَ أَيْضًا إِذَا رَغِبَ الزَّوْجُ فِي الرَّجُوعِ إِلَى نِصْفِهَا حَامِلًا، وَأَمَّا الْحَمْلُ فِي الْبَهِيمَةِ، فَفِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ زِيَادَةٌ مُحَضَّةٌ؛ لِأَنَّهُ لَا يُخَافُ عَلَيْهَا مِنَ الْوِلَادَةِ غَالِبًا.

وَأُظْهِرَهُمَا: أَنَّهُ كَمَا فِي الْجَوَارِي زِيَادَةٌ مِنْ وَجْهِهِ، وَنُقْصَانٌ مِنْ وَجْهِهِ، أَمَا إِذَا كَانَتْ مَأْكُولَةً فَلَا نَاحِيَةَ لِحَمْلِهَا لَا يَطِيبُ؛ لِأَنَّ الْحَمْلَ ضَرْبُ مَرَضٍ، وَأَمَا إِذَا لَمْ تَكُنْ مَأْكُولَةً، فَلِأَنَّهُ لَا يُحْمَلُ عَلَيْهَا مَعَ الْحَمْلِ، كَمَا يَحْمَلُ، وَلَا حَمْلَ.

وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «إِلَّا إِذَا أَثَّرَ فِي إِفْسَادِ اللَّحْمِ» أَي: مَا كَانَتْ مَأْكُولَةً، وَقَضِيَّةٌ يُرَادُهُ الْفَرْقُ بَيْنَ أَنْ تَكُونَ مَأْكُولَةً، فَيَكُونُ الْحَمْلُ فِيهَا كَالْحَمْلِ فِي الْجَارِيَةِ، أَوْ لَا تَكُونَ مَأْكُولَةً، فَيَكُونُ الْحَمْلُ فِيهَا زِيَادَةً مُحَضَّةً، يُوَافِقُ الْوَجْهَ الَّذِي ذَكَرْنَا أَنَّهُ أَظْهَرَ فِي

(١) فِي أ: اسْقَطَتْ.

المأكول، ويخالفه في غير المأكول ويجوز أن يُعَلَّم «المستثنى» و «المستثنى منه» بالواو.

الثانية: إذا أصدقتها أرضاً فحرثتها المرأة، فهي زيادة مَحْضَةٌ، إن كانت من الأراضي المعدَّة للزراعة، وإن كانت مُعدَّة لِلْعِمَارَةِ والبناء، فَنُقْضَانُ مَحْضٌ وحينئذ لو أراد الزوج الرجوع إلى نِصْفِ عَيْنِهَا مُكَنَّ، وإن أبى رجع إلى نِصْفِ الْقِيَمَةِ بلا حِرَاةٍ، وإن زرعها المرأة، ثم طلقها، فالزراعة نُقْضَانُ مَحْضٌ، لأنها تَسْتَوْفِي قُوَّةَ الْأَرْضِ، ولأن الزرع يبقى لها، وَتَسْتَحِقُّ الْإِبْقَاءَ إِلَى الْحَصَادِ، فتصرف مَنَفَعَةُ الْمُدَّةِ إِلَى الزرع، فإن تَوَافَقَا عَلَى الرَّجُوعِ إِلَى نِصْفِ الْعَيْنِ، وترك الزرع إلى الْحَصَادِ، فذاك قال الإمام وعليه إِنْقَاؤُهُ بِلا أَجْرَةٍ؛ لأنها زَرَعَتْ مِلْكَهَا الْخَالِصَ، وإن رَغِبَ فِيهَا الزَّوْجُ، وامتنعت أَجْبَرَتْ عَلَيْهِ، وإن رَغِبَتْ هِيَ، فله أن يمتنع، ويأخذ نِصْفَ قِيَمَةِ الْأَرْضِ، فإن قالت: خُذْ نِصْفَ الْأَرْضِ، مع نصف الزرع، ففي إِجْبَارِهِ وَجْهَانِ، كما سنذكرهما في الثَّمَارِ، مع التَّخْيِيلِ، هذا أحد الطرفين.

وثانيهما: الْقَطْعُ بِالْمَنْعِ؛ لأن الزرع لا يَحْضُلُ من عين الأرض، وإنما يَحْضُلُ مَا أَوْدَعْتَهُ فِيهَا، فلا يَلْزَمُ قَبُولُهُ، بخلاف ثَمَرَةِ الشجرة، والظاهر المنع، وإن ثبت الْخِلَافُ، ولو طَلَّقَهَا بَعْدَ الْحَصَادِ، وبقي في الْأَرْضِ أَثَرُ الْعِمَارَةِ، وكانت تصلح لما لا تَصْلُحُ له قبل الزراعة فهي زيادة محض، فليس له الرجوع إلا بِرِضَاهَا، ولو أنها عَرَسَتْ فِي الْأَرْضِ الْمَصْدَقَةَ، فَالْحُكْمُ كَمَا فِي الزَّرْعِ، لكن لو أَرَادَ أَنْ يَزِجَّعَ فِي نِصْفِ الْأَرْضِ، ويترك العرس، ففيه وجه أنه لا تُجْبِرُ الْمَرْأَةُ عَلَيْهِ؛ لأن الْغِرَاسَ لِلتَّأْيِيدِ، وفي إِبْقَائِهِ فِي مِلْكِ الْغَيْرِ ضَرَرٌ ولو طلقها، والأرض مزروعة، أو مغروسة، فابتدرت إلى الْقَلْعِ، نُظِرَ إِنْ بَقِيَ فِي الْأَرْضِ نُقْضَانٌ لضعفها بالزرع، والعرس، وهو الغالب، فالزوج على خِيَرَتِهِ وَإِلَّا انْحَصَرَ حَقُّهُ فِي الْأَرْضِ.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: (فُرُوعٌ، الْأَوَّلُ) لَوْ أَصْدَقَهَا نَحْلًا فَأَثْمَرَتْ فَطَلَّقَهَا قَبْلَ الْجِدَادِ فَلَهَا الثَّمَارُ وَيَعْسُرُ التَّشْطِيرُ إِلَّا بِسَامَاةٍ أَوْ مُوَافَقَةٍ إِذْ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَكْلِفَهَا قَطْعَ الثَّمَارِ وَلَا أَنْ يَسْقِي وَيَنْتَفِعَ بِنِصْبِهِ مِنَ الشَّجَرَةِ وَلَا أَنْ يَتْرَكَ السَّقْيَ إِذْ يَتَضَرَّرُ ثَمَرُهَا، وَلَيْسَ لَهَا أَنْ تُكَلِّفَهُ تَأْخِيرَ الْمَلِكِ إِلَى الْجِدَادِ وَلَا السَّقْيَ وَلَا تَرْكَهُ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَزِجَّعَ وَيَقُولَ: إِلَيْكَ الْخَيْرَةُ فِي السَّقْيِ وَتَرْكِهِ وَأَنَا لَا أَسْقِي؛ لِأَنَّهَا تَتَضَرَّرُ بِتَرْكِ السَّقْيِ وَلَا يَلْزَمُهَا نَفْعُ شَجَرَةٍ بِالسَّقْيِ فَإِنْ سَامَحَ أَحَدُهُمَا وَالتَّرَمَّ السَّقْيَ لَمْ يَلْزَمْهُ الْإِجَابَةُ أَيْضًا عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، لِأَنَّهُ وَعَدَّ قَرْبًا لَا يَبْقَى بِهِ، وَإِنْ وَهَبَتْ مِنْهُ نِصْفَ الثَّمَارِ يَلْزَمُهُ الْقَبُولُ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ وَإِنْ كَانَ فِيهِ مَنَّةٌ لِيَنْدَفِعَ الْعُسْرُ فَيَشْتَرِكَا فِي الْجَمِيعِ، وَكَذَا الْخِلَافُ فِيمَا لَوْ أَصْدَقَهَا جَارِيَةً قَوْلَتْ فَطَلَّقَهَا وَهُوَ رَضِيحٌ فَقَالَ: أَرْجِعْ إِلَيَّ النِّصْفِ وَأَرْضِي أَنْ تَبْقَى مُرْضِعَةً فَإِنَّ هَذَا

وَعَدَّ مَخْضُ، فَإِنْ تَرَضِيَ عَلَى الرَّجُوعِ بِالنُّصْفِ ثُمَّ يَسْقِي مَن يَشَاءُ فَهُوَ تَوَاعُدٌ فَمَنْ وَعَدَّ  
بِالسَّقْيِ لَمْ يَلْزَمُهُ، وَمَنْ رَضِيَ بِتَرْكِ السَّقْيِ يَلْزَمُهُ لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ حَقٌّ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا أَصَدَقَهَا نَخِيلًا حَوَائِلَ، ثُمَّ طَلَفَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ، وَهِيَ مَطْلَعَةٌ، لَمْ  
يَكُنْ لَهُ أَخْذُ نِصْفِ الطَّلَعِ قَهْرًا، وَلَا الرَّجُوعِ إِلَى الْعَيْنِ قَهْرًا، فَإِنَّ الطَّلَعِ كَزِيَادَةِ مُتَّصِلَةٍ،  
فَيَمْنَعُ الرَّجُوعُ الْقَهْرِيَّ، فَإِنَّ رَضِيَتِ الْمَرْأَةُ أَنْ تَأْخُذَ نِصْفَ النَّخْلِ، مَعَ نِصْفِ الطَّلَعِ أَجْبَرَ  
عَلَيْهِ، وَلَيْسَ لَهُ طَلْبُ نِصْفِ الْقِيَمَةِ وَمَنْعُهُمْ مِنْ نَزْلِ الطَّلَعِ مِثْلَةَ الثَّمَرَةِ الْمُؤَبَّرَةِ، حَتَّى  
يَجِيءَ فِي الْإِجْبَارِ الْخِلَافُ الَّذِي نَذَرَهُ فِي الْإِجْبَارِ عَلَى قَبُولِ الثَّمَرَةِ الْمُؤَبَّرَةِ، وَإِنْ كَانَتْ  
عَلَيْهَا ثِمَارٌ مُؤَبَّرَةٌ عِنْدَ الطَّلَاقِ، فَفِيهِ صَوْرٌ:

إِحْدَاهَا: لَيْسَ لَهُ أَنْ يُكَلِّفَهَا قَطَعَ الثَّمَارِ، حَتَّى يَرْجِعَ إِلَى نِصْفِ الْأَشْجَارِ؛ لِأَنَّهَا  
حَدَّثَتْ فِي خَالِصِ مِلْكِهَا، فَيَتِمَّكُنُ مِنْ نَزْعِهَا، وَإِبْقَائِهَا إِلَى الْجُدَاذِ، لَكِنْ لَوْ بَادَرَتْ إِلَى  
قَطْعِهَا، أَوْ قَالَتْ: اقْطَعِيهَا لَتَرْجِعَ، فَلَيْسَ لِلزَّوْجِ غَيْرَ الرَّجُوعِ إِلَى نِصْفِ الْأَشْجَارِ، إِذَا لَمْ  
يَمْتَدِّ زَمَانَ الْقَطْعِ، وَلَمْ يَحْدِثْ بِالْقَطْعِ نُقْصَانًا فِي الْأَشْجَارِ لِانْكِسَارِ السَّعْفِ وَالْأَغْصَانِ.  
وَالثَّانِيَّةُ: إِذَا أَرَادَ أَنْ يَزِجَعَ فِي نِصْفِ النَّخِيلِ، وَيَتْرَكَ الثَّمَارَ إِلَى الْجُدَاذِ، وَآبَتْ  
الْمَرْأَةُ، فَفِيهِ وَجْهَانُ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهَا لَا تُجْبَرُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهَا قَدْ لَا تَرْضَى بِيَدِهِ، وَدُخُولِهِ الْبُسْتَانَ.

وَالثَّانِي: وَجْهٌ قَالَ أَبُو إِسْحَاقَ: يُجْبَرُ وَتَجْعَلُ الْأَشْجَارَ فِي يَدَيْهِمَا، كَمَا هُوَ ذَابُّ  
الْأَمْلَاقِ الشَّائِعَةِ، وَهَذَا أَصَحُّ عِنْدَ أَيْمَتِنَا الْعِرَاقِيِّينَ وَهُوَ الْجَوَابُ فِي «التَّهْذِيبِ» وَرَجَّحَ أَبُو  
سَعِيدِ الْمُتَوَلِّي الْأَوَّلُ، هَذَا مَا يَوْجَدُ فِي كُتُبِ الْأَصْحَابِ، وَتَعَالَيْقِهِمْ، وَزَادَ الْإِمَامُ شَيْئًا  
آخَرَ، فَقَالَ: لَا يَنْفَصِلُ الْأَمْرُ بِقَوْلِهِ: أَرْجِعْ إِلَى نِصْفِ الْأَشْجَارِ، وَأَبْقِي الثَّمَارَ إِلَى  
الْجُدَاذِ؛ لِأَنَّهُ لَا بَدَّ مِنْ تَنْمِيَةِ الثَّمَارِ بِالسَّقْيِ فِي نِصْفِهَا مِنَ الْأَشْجَارِ [وَلَا يُمْكِنُ تَكْلِيفُهَا  
السَّقْيَ لِأَنَّ نَفْعَهُ غَيْرَ مَخْتَصٍ بِالثَّمَرِ بَلْ يَنْفَعُ بِهِ الشَّجَرُ أَيْضًا، وَلَا يُمْكِنُ تَكْلِيفُهَا تَرْكُ  
السَّقْيِ لِتَضَرُّرِ الثَّمَرِ وَالشَّجَرِ] وَتَابَعَهُ صَاحِبُ الْكِتَابِ عَلَى مَا ذَكَرَهُ، وَكَأَنَّ مَا ذَكَرَهُ ذَهَابٌ  
مِنْهُمَا إِلَى أَنَّهَا لَا تُجْبَرُ عَلَى مَا يَقُولُهُ الزَّوْجُ، وَيُوجِبُهُ لَهُ لَمَّا فِي السَّقْيِ مِنَ الْإِشْكَالِ،  
وَلَمَنْ ذَهَبَ إِلَى الْإِجْبَارِ، أَنْ يَقُولَ: لَيْكُنْ سَبِيلُ السَّقْيِ هَا هُنَا سَبِيلَهُ فِيمَا إِذْ اشْتَرَكَ اثْنَانِ  
فِي الْأَشْجَارِ، وَانْفَرَدَ أَحَدُهُمَا بِالثَّمَارِ، فِي غَيْرِ صُورَةِ الصَّدَاقِ.

الثَّلَاثَةُ: إِذَا أَرَادَتِ الْمَرْأَةُ أَنْ تَرْجِعَ إِلَى نِصْفِ الْأَشْجَارِ وَتَتْرَكَ الثَّمَارَ إِلَى الْجُدَاذِ،  
فَلِلزَّوْجِ الْأَيْرَاضِي بِهِ، وَيَطْلُبُ الْقِيَمَةَ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ فِي الْأَشْجَارِ الْخَالِيَةِ، وَلَيْسَ لَهَا أَنْ  
تُكَلِّفَهُ تَأْخِيرَ الرَّجُوعِ، إِلَى الْجُدَاذِ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّ الْعَيْنَ، أَوْ الْقِيَمَةَ فِي الْحَالِ، فَلَا يَلْزَمُهُ  
التَّأْخِيرُ، وَلَوْ قَالَ الزَّوْجُ: أَوْخَرُ الرَّجُوعِ، إِلَى أَنْ تُجَدِّي الثَّمَرَةَ، فَلَهَا الْأَيْرَاضِي بِهِ؛ لِأَنَّ  
نِصْبِيَّةً يَكُونُ مَضْمُونًا عَلَيْهَا، هَكَذَا وَجْهٌ وَهُوَ مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ النُّصْفَ الرَّاجِعَ إِلَى الزَّوْجِ

بالطَّلَاقِ، يكون مَضْمُونًا عليها، وفيه اختلاف تَقَدَّمَ.

فإن قال الزوج: أَرَجِعْ، ويكون نَصِيبي من النَخِيلِ وَدَيْعَةَ عِنْدِكَ، وقد أَبْرَأْتُكَ عن ضَمَانِهِ، ففي شرح الجَوِينِي حكاية وجهين فيه، ولهما التَّفَاتُ إلى إِبْرَاءِ الْعَاصِبِ عن الضَّمَانِ، مع بَقَاءِ الْمَغْضُوبِ في يده، وزاد من نظر إلى أَمْرِ السَّقِيِّ، وقال: ليس للمرأة أن تَقُولَ: ارجع واسقِ، لأن فَائِدَةَ السَّقِيِّ تَعُودُ إلى نَصِيبِهَا في الأشجار، وإلى الثمار، وهي خَالِصَةٌ لها، ولا أن تَقُولَ: ارجع ولا تَسْقِ؛ لأن نَصِيبَهُ من الشجر يَتَضَرَّرُ بترك السَّقِيِّ، ولو قالت: ارجع وأنا لا أسقي، وإليك الخَيْرَةُ في السَّقِيِّ، وتركه، أو قال الزوج: أَرَجِعْ ولا أسقي، وإليك الخَيْرَةُ في السَّقِيِّ، وتركه، فلا تلزم الإجابة على الآخر، لأنه إن تَرَكَ السَّقِيَّ تَضَرَّرَ، وإن سَقَى كانت المؤنة عليه، وعَادَ بَعْضُ الْفَائِدَةِ إلى صَاحِبِهِ، ولو قال الزوج: أَرَجِعْ إلى النصف وأسقي، والتزم مؤنته، أو قالت المرأة: ارجع وأنا أسقي، فهل على الآخر إجابته؟ حَكَوْا فيه وجهين:

أحدهما: نعم؛ لأن المؤنة ترتفع عن الآخر، فيندفع العشر.

وأظهرهما: المنع؛ لأنه وَعَدُّ، وربما لا يفي به ولأن الْمُتَمَتِّعَ لا يَرْضَى بدخول صاحبه البُسْتَانِ للسَّقِيِّ، فإن قلنا بالأول فلو بدأ لِمَنِ التَّرَمَّ السَّقِيُّ، وامتنع منه تَبَيَّنَ أن المَلِكَ لم يَرَجِعْ إلى الزوج، وكأنه مَوْقُوفٌ على الوَفَاءِ بالوَاحِدِ، وَأَلْحَقُوا بهذه الصورة ما إِذَا أَضْدَقَهَا جَارِيَةً، فَوَلَدَتْ في يدها وَلَدًا، مَمْلُوكًا، ثم طَلَّقَهَا قبل الدخول، فقال الزوج: أَرَجِعْ إلى نِصْفِ الجارية، وَأَرْضَى بأن تُرَضِعَ الولد، ففيه الوجهان.

قال الإمام: ونصَّ الشافعي - رضي الله عنه - يَدُلُّ على أنه لا يُجَابُ ولو قال: أَرَجِعْ وَأَمْنَعُهَا من الإِرْضَاعِ، لم يجب، بلا خِلَافٍ، وفي هذه المسألة وَرَاءَ الإِرْضَاعِ، وَمُضِيَّ زَمَانِهِ شَيْءٌ آخَرَ، وهو ما يَقَعُ من التَّفْرِيقِ بين الجارية وَوَلَدِهَا، وقد نَقَلْنَا مَا حَكَاهُ صَاحِبُ «التَّمَةِ» [«والشامل»] (١) فيه.

الرابعة: لو وَهَبَ منه نِصْفَ الثمار، ليشتركا في الثَمَارِ والأشجار جميعاً، ففي وجوب القَبُولِ وجهان وجه الوجوب أنها مُتَّصِلَةٌ بالأشجارِ، فأشبهت الطَّلْعَ والسَّمْنَ في الحيوان والأصح ما ذكر صاحب «التهديب» وغيره: المَنعُ؛ لأن الإِجْبَارَ على قَبُولِ مِلْكٍ الغير ببيعِهِ، والثمار المؤترة في حُكْمِ الْمُتَّفَصِّلِ، ولهذا لا يَدْخُلُ في بيع الأشجار.

الخامسة: إذا تَرَضَّيَا على الرُّجُوعِ إلى نِصْفِ الأشجارِ في الحال أو على تأخير الرجوع إلى الجُذَاذِ مُكْتَنًا مما تَرَضَّيَا عليه، وإذا بدأ لأحدهما في التَّأخِيرِ مُكْتَنًا من الرجوع عنه.

(١) سقط في: أ.

وقال الْمُعَلَّلُونَ بِالسَّقِيِّ إِذَا تَرَضِيَا عَلَى الرَّجُوعِ فِي الْحَالِ، عَلَى أَنْ يَسْقِيَ مِنْ شَاءَ مِنْهُمَا مُتَبَرِّعًا، أَوْ عَلَى أَنْ يَتْرُكَ أَوْ أَحَدَهُمَا السَّقِيَّ، فَمَنْ التَّزَمَ أَنْ يَسْقِيَ، فَهُوَ وَعْدٌ لَا يُلْزِمُهُ الْوَفَاءَ بِهِ، لَكِنَّهُ إِذَا لَمْ يَفِ تَبَيَّنَ أَنَّ الْمَلِكَ لَمْ يُعِدْ إِلَى الزَّوْجِ، وَمَنْ تَرَكَ السَّقِيَّ لَمْ يُمْكِنَ مِنَ الْعَوْدِ إِلَيْهِ.

قال الإمام: لَأَنَّ مَضْمُونَ مَا تَرَضِيَا عَلَيْهِ تَعْجِيلُ حَقِّ، وَالتَّزَامُ ضَرَرٍ، وَالزَّمْنَا بِأَنَّ الضَّرَرَ إِذَا تَبِعَ تَعْجِيلُ حَقِّ، وَلِزِمَ هَذَا مَحْضُولُ الْمَسْأَلَةِ، وَلَمْ أَرِ تَعَرُّضًا فِيهَا لِلْسَّقِيِّ، إِلَّا الْإِمَامُ وَمِنْ نَحَا نَحْوَهُ.

وظهور الثَّوْرِ فِي سَائِرِ الْأَشْجَارِ إِذَا جَعَلْتَ صَدَاقًا كَبْدُوَ الطَّلَعِ النَّخِيلِ، وَانْعِقَادِ الثَّمَارِ مَعَ تَنَاطُرِ الثَّوْرِ كَالْتَأْيِيرِ فِي النَّخِيلِ.

أما لَفْظُ الْكِتَابِ فَقَوْلُهُ: «وَيَعْسِرُ التَّشْطِيرُ» أَي: فِي النَّخِيلِ «إِلَّا بِمُسَامَحَةٍ» أَي: مِنْ أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ «أَوْ مُوَافَقَةٍ» وَهِيَ التَّرَاضِي مِنَ الْجَانِبَيْنِ، ثُمَّ انْدَفَعَ فِي بَيَانِ جِهَةِ الْعُسْرِ، وَقَالَ: «إِذْ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُكَلِّفَهَا» إِلَى قَوْلِهِ: «وَلَا تَرَكَهَ»، وَقَوْلُهُ: «وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ»، وَيَقُولُ: «إِلَيْكَ الْخَيْرَةُ» هَذِهِ صُورَةٌ مِنْ صُورِ الْمُسَامَحَةِ، وَقَوْلُهُ: «فَإِنْ سَامَحَ أَحَدُهُمَا، وَالتَّزَمَ السَّقِيَّ» أَي قَالَ لَهَا: «أَرْجِعْ وَأَسْقِي»، أَوْ قَالَتْ لَهُ: «أَرْجِعْ وَأَنَا أَسْقِي»، فَهَذِهِ صُورَةٌ ثَانِيَةٌ.

وقوله: «وإن وهبت منه نصفَ الثمار» هذه صورة ثلاثَةٌ مِنْ صُورِ الْمُسَامَحَةِ.

وقوله آخِرًا: «فإن تراضيا على الرجوع» هو صورة الموافقة، وقد يتراضيان على أن يسقي من شاء منهما متبرِّعاً، وقد يتراضيان عليه، ويلزم أحدهما، أو كلاهما السقي، أو يرضى أحدهما بترك السقي، أو كلاهما، ولم يصرِّح بهذه الأحوال فيما إذا تراضيا، واقتصر على إذا قال: «على أن يسقي من شاء»، لكن قوله: «فمن وعد بالسقي لم يلزمه، ومن رضي بترك السقي لزمه» يخرج إلى التعرض لهما، ويدل على أنه أرادهما جميعاً على ما هو مبين في «الوسيط».

### «فَرْعٌ»

لو أصدقها نخلة، عليها ثمار مؤبَّرة، وطلقتها قبل الدخول، فله نصف الثمار، مع نصف النخلة، جذبت الثمار أو لم تجد<sup>(١)</sup>.

وإن كانت مُطْلَعَةً فَإِنْ طَلَّقَهَا، وَهِيَ بَعْدَ مُطْلَعَةٍ أَخَذَ نِصْفَهَا مَعَ الطَّلَعِ.

(١) قال الشيخ البلقيني: المراد إذا أصدقها الثمرة معها، وهذا واضح من القواعد والشواهد، فأما لو أصدقها النخلة وسكت، فإن الثمرة المؤبَّرة تكون للزوج جزماً، وحينئذٍ إذا طلق تكون الثمرة بكاملها له بالملك المستمر ونصف النخلة بالطلاق قبل الدخول.

ونقل أبو سَعِيدِ الْمُتَوَلِّي وَجْهًا أَنَّهُ إِذَا امْتَدَّ الزَّمَانُ، بِحَيْثُ يَزْدَادُ فِي مِثْلِهِ الطَّلَعُ لَا يَجُوزُ لَهُ الرُّجُوعُ فِيهِ، هَذَا لَفْظُهُ، وَلَوْ قَالَ: لَا يَجُوزُ الرُّجُوعُ إِلَّا بِرِضَاهَا كَانَ أَحْسَنَ، وَلَوْ كَانَتْ مُؤَبَّرَةً عِنْدَ الطَّلَاقِ، فَهَلْ لِلزَّوْجِ حَقٌّ فِي الثَّمَرَةِ؟ فِيهِ طَرِيقَانِ:

أحدهما: أَنَّهُ عَلَى قَوْلَيْنِ، كَالْقَوْلَيْنِ فِيْمَا إِذَا أَصْدَقَهَا جَارِيَةً حَامِلًا، وَوَلَدَتْ قَبْلَ الطَّلَاقِ، وَسَنَذْكُرُهُ فِي الْفَصْلِ الْآخَرِ، بَعْدَ هَذَا الْفَصْلِ.

وأصحهما: الْقَطْعُ بِإِثْبَاتِ حَقِّهِ فِي الثَّمَرَةِ لِأَنَّهَا مَشَاهِدَةٌ مُتَيْقِنَةٌ بِخِلَافِ الْحَمْلِ، وَلِهَذَا لَا يُقَرَّدُ الْحَمْلُ بِالْعَقْدِ، وَتُقَرَّدُ الثَّمَارُ، وَإِذَا أُثْبِتْنَا لَهُ الْحَقَّ فِي الثَّمَرَةِ لَا يَأْخُذُ إِلَّا بِرِضَاهَا؛ لِأَنَّهَا قَدْ زَادَتْ، فَإِنْ لَمْ تَرْضَ أَخَذَ نِصْفَ قِيَمَةِ الطَّلَعِ، مَعَ نِصْفِ الْأَشْجَارِ.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: (الثَّانِي) لَوْ أَصْدَقَهَا جَارِيَةً حَامِلًا فَوَلَدَتْ فَلَا يَرْجِعُ فِي نِصْفِ الْوَلَدِ إِنْ قُلْنَا: لَا يَقَابِلُهُ قِسْطُ مِنَ الثَّمَنِ، وَإِنْ قُلْنَا: يَقَابِلُهُ يَرْجِعُ بِالنِّصْفِ، وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ لِأَنَّهَا زِيَادَةٌ ظَهَرَتْ بِالْانْفِصَالِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: أَصْدَقَهَا جَارِيَةً حَامِلًا، ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ، نَظَرَ إِنْ طَلَّقَهَا، وَهِيَ حَامِلٌ بَعْدَ، فَلِلزَّوْجِ نِصْفُهَا حَامِلًا، وَيَجِيءُ عِنْدَ امْتِدَادِ الزَّمَانِ الْوَجْهَ الْمَذْكُورَ فِيْمَا إِذَا أَصْدَقَهَا نَحْلَةً مُطْلِعَةً، وَطَلَّقَهَا، وَهِيَ بَعْدَ بِحَالِهَا لَمْ يُوْثِرْ، فَإِنْ طَلَّقَهَا، وَقَدْ وُلِدَتْ، فَالْكَلَامُ فِي الْأُمِّ، ثُمَّ فِي الْوَلَدِ أَمَّا الْأُمُّ، فَلَا يَأْخُذُ نِصْفُهَا إِنْ كَانَ الْوَلَدُ رَضِيعًا كَيْلَا يَخْتَلُ أَمْرُهُ، لَكِنْ يَرْجِعُ إِلَى نِصْفِ الْقِيَمَةِ، فَإِنْ كَانَتْ فَطِيمًا، فَإِنْ كَانَ فِي زَمَانِ التَّفْرِيقِ الْمُحَرَّمِ، فَعَلَى مَا تَقَدَّمَ، وَإِلَّا فَلَهُ نِصْفُهَا، فَإِنْ انْتَقَصَتْ قِيَمَتُهَا بِالْوِلَادَةِ، نَظَرَ إِنْ وُلِدَتْ فِي يَدِ الزَّوْجِ، فَعَلَى مَا سَبَقَ مِنْ حُكْمِ النُّفُصَانِ الْحَاصِلِ فِي يَدِ الزَّوْجِ، وَإِنْ وُلِدَتْ فِي يَدِ الزَّوْجَةِ فَلَهُ الْخِيَارُ إِنْ شَاءَ أَخَذَ نِصْفُهَا، وَلَا شَيْءَ لَهُ مَعَ ذَلِكَ، وَإِنْ شَاءَ رَجَعَ إِلَى نِصْفِ الْقِيَمَةِ، وَأَمَّا الْوَلَدُ، فَهَلْ يَأْخُذُ الزَّوْجُ نِصْفَهُ؟ يَنْبَغِي عَلَى أَنْ الْحَمْلَ هَلْ يُعْرَفُ؟ وَهَلْ يَقَابِلُهُ قِسْطُ مِنَ الثَّمَنِ فِي الْبَيْعِ؟ وَفِيهِ قَوْلَانِ مَذْكُورَانِ فِي غَيْرِ مَوْضِعٍ، فَإِنْ قُلْنَا: «لَا» فَهُوَ كَالْوَلَدِ الْحَادِثِ بَعْدَ الْعَقْدِ، وَلَا حَقَّ لِلزَّوْجِ فِيهِ.

وَإِنْ قُلْنَا: نَعَمْ، وَهُوَ الْأَصْحَحُ، فَفِيهِ وَجْهَانِ:

أحدهما: أَنَّ لِلزَّوْجِ حَقًّا فِيهِ، كَمَا لَوْ أَصْدَقَهَا عَيْنَيْنِ، لَكِنَّ الْوَلَدَ قَدْ زَادَ بِالْوِلَادَةِ، فَلِلْمَرْأَةِ الْخِيَارُ إِنْ رَضِيَتْ بِرِجُوعِ الزَّوْجِ إِلَى نِصْفِهِ، مَعَ نِصْفِ الْأُمِّ، أُجْبِرَ عَلَيْهِ، وَإِنْ أَبَتْ قَالَ فِي «التَّمَتَةِ»: لَا يَرْجِعُ فِي نِصْفِ الْجَارِيَةِ لِلتَّفْرِيقِ، وَلَكِنْ يَرْجِعُ إِلَى نِصْفِ قِيَمَتِهَا، وَقِيَمَةِ الْوَلَدِ، وَتَعْتَبَرُ قِيَمَتُهُ يَوْمَ الْانْفِصَالِ؛ لِأَنَّهُ أَوَّلُ وَقْتِ إِمْكَانِ التَّقْوِيمِ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ بِسَبَبِ الْوَلَدِ؛ لِأَنَّ هَذِهِ زِيَادَةٌ ظَهَرَتْ بِالْانْفِصَالِ، وَلَا قِيَمَةَ

له حَالَةٌ الاجْتِنَانِ<sup>(١)</sup>.

ولو كانت الجارية المصدقة حائلاً، فطلقها وهي حامل، فقد سبق، وإن ولدت، ثم طلقها، فالولد لها، والقول في الأم، كما ذكرنا فيما إذا كانت حاملاً يوم الإضداق، وولدت، وطلقها قبل الدخول، وإن حبلت في يد الزوج، وولدت في يد الزوجة، فيكون النقصان من ضمانه، ويثبت لها الخيار؛ لأن السبب وجد في يده، ومن ضمانها، ويثبت له الخيار؛ لأن النقصان حصل عندها، فيه وجهان لا يخفى نظائرهما.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: (الثالث) لو أصدقها حلياً فكسرتُه وأعادته صنعة أخرى فهو زيادة من وجهه ونقصان من وجهه، فإن أعادت تلك الصنعة لم يرجع إلا برضاها في أحد الوجهين لأنها زيادة حصلت باختيارها، وإن أثبت فله نصف قيمته موصوفاً، وقيل: إن له مثل وزنه من التبر وأجرة الصنعة.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا أصدقها حلياً فكسرتُه، أو انكسر في يدها، وبطلت الصنعة، ثم أعادت المنكسر حلياً، ثم طلقها الزوج قبل الدخول، فينظر إن صاعته على هيئة أخرى، فالحاصل زيادة من وجهه، ونقصان من وجهه، وليس له أن يرجع إلى نصف العين قهراً، ولا لها أن تجبره على قبول نصف العين، بل الرجوع إلى نصف القيمة، مهما أبا أحدهما، وإن اتفقا على الرجوع إلى نصفه، جاز، وإن أعادت الصنعة التي كانت فوجهان:

أحدهما: أنه يرجع الزوج إلى نصف العين، وإن لم ترض؛ لأنه بالصفة التي كانت عليها يوم الإضداق، والتسلم إليها وأظهرهما - وبه قال ابن الحداد: أنه لا يرجع إلا برضاها، لأن الصنعة المعادة حدثت عندها، والموجوده قبلها، فإنها مثلها لا عينها، فالزيادات الحادثة عند الزوجة تمنع الرجوع القهري.

واحتج بعضهم للوجه الأول بما إذا هزلت الجارية الممهورة في يدها، ثم سميت يرجع إلى نصفها، وإن لم ترض، وجعلوا هذا متفقاً عليها، ثم فرقوا بين السمن، وإعادة الصنعة، بأن عود السمن لا صنع فيه والصنعة أعادت بصنعها، والتزامها المؤنة، وإلى هذا أشار في الكتاب بقوله: «لأنها زيادة حصلت باختيارها» لكن الذي ذكره ابن الصباغ وآخرون: أن مسألة السمن على الوجهين أيضاً، وهو الذي أبداه الشيخ أبو علي على سبيل الاحتمال، وهما كالوجهين فيما إذا هزلت الجارية المغصوبة، ثم سميت، هل يعرّم العاصب نقصان الهزال، أو تقام العائدة مقام الأول؟ فلا فرق إذاً بين

(١) قال النووي: الأول أصح.

المَسْأَلَتَيْنِ، ويجري الوَجْهَانِ فيما إذا نَسِيَ الحِزْفَةَ، ثم تَعَلَّمَهَا، ولو طَرَأَتْ فِي عَيْنِ العَبْدِ غِشَاوَةٌ، فَكَانَ لَا يُبْصِرُ شَيْئًا، ثم زالت، ثم طَلَقَهَا قَبْلَ الدخولِ، ففِيمَا علقَ عَنِ الإِمَامِ أَنَّ الزَّوْجَ يَرْجِعُ إِلَى نِصْفِ العَبْدِ، بِلَا خِلافٍ وَيَكُونُ كَمَا لَوْ حَدَّثَ عَيْبٌ فِي يَدِهَا، وَزَالَ، ثُمَّ طَلَّقَهَا، وَإِذَا قُلْنَا: إِنَّهُ لَا يَرْجِعُ إِلَى نِصْفِ الحُلِيِّ المُعَادِ عِنْدَ إِبَائِهَا فإِلَى مَا يَرْجِعُ فِيهِ وَجْهَانِ:

أحدهما: أَنَّهُ يَرْجِعُ إِلَى نِصْفِ قِيَمَةِ الحُلِيِّ عَلَى الهَيْئَةِ الَّتِي كَانَتْ.

والثاني: إِلَى مِثْلِ نِصْفِهِ بِالوِزْنِ تَبْرَأً، وَإِلَى نِصْفِ أَجْرَةِ مِثْلِ الصَّنْعَةِ، وَهِيَ قِيَمَتُهَا، وَنَظَّمَ الكِتَابَ يُشْعِرُ بِتَرْجِيحِ الوَجْهِ الأَوَّلِ، وَبِتَرْجِيحِهِ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ، وَهُوَ جَوَابُ ابْنِ الحَدَّادِ، لَكِنِ المُوَافِقُ لَمَّا مَرَّ فِي العَضْبِ فِيمَا إِذَا اتَّكَلَفَ حُلِيًّا عَلَى إِنْسَانٍ بِتَرْجِيحِ الوَجْهِ الثَّانِي.

وَإِذَا قُلْنَا بِالوَجْهِ الأَوَّلِ فِيمَ يَقُومُ الحُلِيُّ بِهِ وَجْهَانِ:

أحدهما: أَنَّهُ يَقُومُ بِغَيْرِ جِنْسِيهِ، وَإِنْ كَانَ نَقْدُ البَلَدِ مِنْ جِنْسِيهِ، إِنْ كَانَ ذَهَبًا يَقُومُ بِالفِضَّةِ، وَإِنْ كَانَ فِضَّةً فَبِالذَّهَبِ، لِأَنَّ التَّقْوِيمَ بِالجِنْسِ يَتَضَمَّنُ المُقَابَلَةَ مَعَ الفَضْلِ، وَهِيَ مُمْتَنِعَةٌ فِي التَّقْدِيرِ، كَالْمُقَابَلَةَ بِالبَيْعِ.

والثاني: أَنَّهُ يَقُومُ بِنَقْدِ البَلَدِ، وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ مِنْ جِنْسِيهِ، وَبِالأَوَّلِ أَجَابَ ابْنُ الحَدَّادِ، وَإِلَى الثَّانِي ذَهَبَ مُحَمَّدُ بْنُ نَصْرِ المَرْوَزِيُّ، وَيَجْرِي الوَجْهَانِ فِي قِيَمَةِ الصَّنْعَةِ، ففِي وَجْهِ: يَقُومُ بِغَيْرِ جِنْسِ الحُلِيِّ.

وفِي وَجْهِ بِنَقْدِ البَلَدِ، وَهُوَ الأَشْبَهُ، كَمَا تَقَدَّمَ فِي العَضْبِ، وَلَوْ صَوَّرَتِ المَسْأَلَةَ فِي آيَةِ الذَّهَبِ، أَوْ الفِضَّةِ، فَيُنْتَبَى عَلَى أَنَّهُ هَلْ يَجُوزُ اتِّخَاذُ الأَوَانِي مِنَ الذَّهَبِ وَالفِضَّةِ، وَهَلْ لَتِلْكَ الصَّنْعَةِ قِيَمَةٌ أَمْ لَا؟!

إِنْ قُلْنَا: لَا، فَلِلزَّوْجِ أَنْ يَرْجِعَ إِلَى نِصْفِ العَيْنِ، سِوَا أَعَادَتِ الصَّنْعَةِ الأُولَى<sup>(١)</sup> أَوْ غَيْرِهَا؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ تَكُنْ تِلْكَ الصَّنْعَةُ مُتَقَوِّمَةً لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ زِيَادَةٌ.

وَإِنْ قُلْنَا: نَعَمْ، فَالحَكْمُ كَمَا فِي مَسْأَلَةِ الحُلِيِّ، وَهَذَا الخِلافُ كَالخِلافِ فِيمَا إِذَا غَضِبَ آيَةٌ مِنْ ذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ وَكَسَرَهَا، هَلْ يُعْرَمُ مَعَ رَدِّ العَيْنِ قِيَمَةَ الصَّنْعَةِ؟ وَيَلْتَحِقُ بِهِ مَا إِذَا غَضِبَ جَارِيَةٌ مُعْتَبَةٌ، فَنَسِيَتْ عِنْدَهُ الأَلْحَانَ، هَلْ يَرُدُّ مَعَهَا مَا انْتَقَصَ مِنْ قِيَمَتِهَا بِنِسْبَانِ الأَلْحَانِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ<sup>(٢)</sup>:

وَجْهِ المَنْعِ: أَنَّهُ مُحَرَّمٌ وَلَا عِبْرَةٌ بِالنَّقْصَانِ الحَاصِلِ بِهِ، وَعَلَى هَذَا، فَلَوْ اشْتَرَى

(١) سقط في: أ.

(٢) قال النووي: الأصح المنع.



جَارِيَةً مُعْنِيَةً بِالْفَيْنِ وَلَوْ لَمْ تَكُنْ مُعْنِيَةً لَكَانَتْ تَشْتَرِي بِأَلْفٍ، حَكَى الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ فِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهُ:

أحدها: وهو الذي أَفْتَى بِهِ المَحْمُودِي<sup>(١)</sup> «مرو» أنه يبطل؛ لأنه بَدَلُ مَالٍ فِي مُقَابَلَةِ مُحَرَّمٍ.

والثاني: عن أَبِي زَيْدٍ أَنَّهُ إِنْ قَصَدَ بِالشَّرَاءِ الفَنَاءَ بَطُلَ؛ لِأَنَّهُ قَصَدَ مُحَرَّمًا، وَإِلَّا لَمْ يَبْطُلْ.

والثالث: قال الأودني: القِيَّاسُ صِحَّةُ البَيْعِ، وما سِوَى ذَلِكَ اسْتِحْسَانٌ<sup>(٢)</sup>.

وقوله فِي الكِتَابِ: «فَلَهُ نِصْفُ قِيَمَتِهِ مَضْنُوعًا»، وَفِي بَعْضِ النُّسخِ «مَضُوعًا»، وَهُمَا صَحِيحَانِ.

وقوله: «وقيل: إن له مثل نِصْفِ وَزْنِهِ» أَي: مِثْلُ نِصْفِ وَزْنِهِ، وَنِصْفُ أَجْرَةِ الصَّنْعَةِ، حَذَفَهُ لِلعِلْمِ بِالمَقْصُودِ.

قَالَ العَرَالِيُّ: (الرَّابِعُ) لَوْ أَضْدَقَ الذَّمِي خَمْرًا وَقَبَضَتْ فَأَسْلَمًا فَطَلَّقَهَا قَبْلَ المَسِيْسِ وَقَدْ صَارَ خَلًا يُزْجَعُ بِنِصْفِ الخَلِّ عَلَى وَجْهِهِ، وَلَا يُزْجَعُ بِشَيْءٍ عَلَى وَجْهِهِ، وَإِنْ قُلْنَا: يُزْجَعُ فَلَوْ كَانَ قَدْ تَلَفَ الخَلُّ قَبْلَ الطَّلَاقِ رَجَعَ بِمِثْلِهِ عَلَى وَجْهِهِ، وَلَا يُزْجَعُ بِشَيْءٍ عَلَى وَجْهِهِ؛ لِأَنَّهُ يُعْتَبَرُ بِدَلِّهِ يَوْمَ القَبْضِ وَلَمْ يَكُنْ إِذْ ذَلِكَ مُتَقَوِّمًا، وَلَوْ كَانَ بَدَلَ الخَمْرِ جِلْدُ مِئْتَةٍ فَدَبَعْتَهُ فِيهِ خِلَافَ مُرْتَبِّ وَمَنَعَ الرُّجُوعِ أَظْهَرَ؛ لِأَنَّ مَالِيَّتَهُ حَدَثَتْ بِاخْتِيَارِهَا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الذَّمِي إِذَا أَضْدَقَ امْرَأَتَهُ خَمْرًا، ثُمَّ أَسْلَمًا، أَوْ تَرَافَعَا إِلَيْنَا، فَقَدِ مَرَّ أَنَّهُ إِنْ اتَّفَقَ ذَلِكَ بَعْدَ القَبْضِ، لَمْ نَحْكُمْ لَهَا بِشَيْءٍ، وَإِنْ كَانَتْ غَيْرَ مَقْبُوضَةٍ، حَكَمْنَا بِوَجُوبِ مَهْرِ المِثْلِ، وَلَوْ صَارَتِ الخَمْرُ المُضْدَقَةُ خَلًا فِي يَدِ الرُّوْحِ، ثُمَّ أَسْلَمًا، أَوْ أَحَدَهُمَا فَوْجِهَانِ:

أحدهما: وَبِهِ قَالَ ابْنُ الحَدَّادِ لَا شَيْءَ لَهَا إِلَّا الخَلُّ؛ لِأَنَّ الصَّدَاقَ بِالعَقْدِ يَصِيرُ لِلرُّوْحَةِ، وَتَكُونُ يَدُ الرُّوْحِ يَدًا لَهَا، فَأَشْبَهَ مَا إِذَا قَبِضْتُهُ خَمْرًا، وَصَارَتِ الخَمْرُ خَلًا فِي يَدِهَا.

وأصحهما: وَبِهِ قَالَ القَفَّالُ أَنَّ مَهْرَ المِثْلِ، لِأَنَّ الخَمْرَ لَا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ صَدَاقًا،

(١) فِي ب: المَجْنُوبِي.

(٢) قَالَ النُّووي: وَاخْتَارَ إِمَامُ الحَرَمِينَ الصَّحَّةَ مُطْلَقًا، وَهُوَ الأَصَحُّ. وَلَوْ بَاعَتْ بِأَلْفٍ، فَالبَيْعُ صَحِيحٌ بِلَا خِلَافٍ.

ولا اغْتِيَارَ لِذِكْرِهَا إِذَا لَمْ يَتَّصِلْ بِهَا الْقَبْضُ قَبْلَ الْإِسْلَامِ، وَلِهَذَا لَوْ أَسْلَمَا، أَوْ أَحَدُهُمَا قَبْلَ أَنْ تَصِيرَ خَلًا يَحْكُمُ بِوُجُوبِ مَهْرِ الْمَثَلِ، وَلَوْ أَسَدَقَهَا عَصِيرًا فَتَخَمَّرَ فِي يَدِهِ، ثُمَّ عَادَ خَلًا، ثُمَّ أَسْلَمَا أَوْ تَرَفَعَا إِلَيْنَا نَلْزِمُهُ قِيمَتَهُ<sup>(١)</sup>، وَلَا عِبْرَةَ بِتَخَلُّلِ الْحَمْرِ، وَلَوْ قَبِضْتَ الدَّمِيَّةَ الْحَمْرَ، ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ، أَوْ أَسْلَمَا، أَوْ تَحَاكَمَا إِلَيْنَا، فَلَا رُجُوعَ لِلزَّوْجِ؛ لِأَنَّ الْحَمْرَ إِنْ كَانَتْ بَاقِيَّةً، فَلَا مَالِيَّةَ لَهَا، وَلَا يَجُوزُ قَبْضُهَا فِي الْإِسْلَامِ، وَإِنْ تَلَفَتْ عِنْدَهَا، فَلَا قِيمَةَ لَهَا حَتَّى يُفْرَضَ رُجُوعٌ، وَإِنْ صَارَتْ خَلًا عِنْدَهَا، ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ، فَهَذِهِ مَسْأَلَةُ الْكِتَابِ، فَهَلْ لِلزَّوْجِ أَنْ يَرْجِعَ إِلَى نِصْفِ الْخَلِّ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أحدهما: وبه قال ابنُ الحَدَّادِ، نعم: لأنَّ عَيْنَ الصَّدَاقِ بَاقِيَّةٌ، وَإِنَّمَا تَغَيَّرَ بَعْضُ صِفَاتِهَا.

والثاني: لا يرجع بشيء؛ لأنَّ حَقَّ الرُّجُوعِ إِنَّمَا يَثْبُتُ إِذَا كَانَ الْمَقْبُوضُ مَالًا، وَهَذَا هُنَا حَدِثٌ مَالِيَّةٌ فِي يَدِهَا، فَهِيَ كَرِيَاذَةٍ مُتَفَصِّلَةٍ حَصَلَتْ عِنْدَهَا.

قال في «التتمة»: والوجهان كالوجهين فيما إذا عَصَبَ حَمْرًا، فَتَخَلَّلَتْ فِي يَدِ الْعَاصِبِ يَكُونُ الْخَلُّ لِلْمَغْضُوبِ مِنْهُ، أَوْ لِلْعَاصِبِ، وَذَكَرْنَا هُنَا أَنَّ الْأَصْحَحَ أَنَّهُ لِلْمَغْضُوبِ مِنْهُ الْمُلَاثِمُ لَهُ تَرْجِيحُ الرُّجُوعِ هَا هُنَا، وَإِذَا قَلْنَا بِهِ، فَلَوْ تَلَفَ الْخَلُّ أَوْ أَتْلَفْتُهُ، ثُمَّ طَلَّقَهَا، فَوَجْهَانِ:

أحدهما: ويحكى عن الخُضْرِيِّ - أَنَّهُ يَرْجِعُ بِمِثْلِ نِصْفِ الْخَلِّ؛ لِأَنَّهُ لَوْ بَقِيَ لِرَجْعِ فِي نِصْفِهِ، فَإِذَا تَلَفَ كَانَ الرَّجُوعَ إِلَى بَدَلِهِ.

والثاني: وبه قال ابنُ الحَدَّادِ أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ؛ لِأَنَّ الرُّجُوعَ إِلَى بَدَلِ الصَّدَاقِ عِنْدَ تَلْفِهِ، يَنْظَرُ فِيهِ إِلَى يَوْمِ الْإِضْدَاقِ، وَالْقَبْضِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ إِذَا كَانَ مُتَقَوِّمًا، يَنْظَرُ إِلَى قِيمَتِهِ يَوْمَ الْإِضْدَاقِ، وَقِيمَتِهِ يَوْمَ الْقَبْضِ، وَيَحْكُمُ بِوُجُوبِ نِصْفِ الْأَقْلِ مِنْهُمَا، وَهَذَا هُنَا لَمْ يَكُنِ الصَّدَاقُ مَالًا لَا عِنْدَ الْإِضْدَاقِ، وَلَا عِنْدَ الْقَبْضِ، فَيَمْتَنِعُ الرُّجُوعُ إِلَى بَدَلِهِ، وَالْأَصْحَحُ الْأَوَّلُ عِنْدَ الشَّيْخِ أَبِي عَلِيٍّ.

ولو أَسَدَقَهَا جِلْدَ مَيْتَةٍ، فَقَبِضَهُ وَدَبَعْتَهُ ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ، فَفِي رَجُوعِهِ إِلَى النُّصْفِ مِنْهُ وَجْهَانِ مُرْتَبَانِ عَلَى الْوَجْهَيْنِ، فِيمَا إِذَا تَخَلَّلَتْ الْحَمْرَةُ، وَأَوَّلَى بِالْأَبْلِ يَرْجِعُ، لِأَنَّ الْحَمْرَ انْقَلَبَتْ خَلًا بِنَفْسِهَا، لَا صُنْعَ لِأَحَدٍ فِيهِ، وَهَذَا هُنَا أَحَدُتِ الْمَرْأَةُ مَالِيَّتَهُ

(١) قال الشيخ البلقيني: هذا غير مسلم لأننا قلنا بانفساخ عقد الصداق، فينبغي أن يلزمه مهر المثل، وإن قلنا ببقائه فلا يلزمه شيء. وإن قلنا لها أن لا تأخذه لهذا العيب فلها مهر المثل، وحيث قلنا بالبدل فالعصير مثلي لا متقوم، ثم قال قياس قول ابن الحداد هنا أن يعطيها العصير وهو المختار.

بالدِّبَاغِ، والتزمت مُؤنَاتِهِ، فيكون الحَاصِلُ كَسْباً لها، ومع هذا الترتيب دَكَّرْنَا في العَصْبِ أن الأَصْحَ كَوْنُ الجِلْدِ للمغصوب منه، لا لِلْعَاصِبِ، فَيُشْبِهُ أن يكون الرُّجُوعُ ها هنا أَظْهَرَ أيضاً، وبه أجاب ابنُ الحَدَّادِ، فإن هَلَكَ الجِلْدُ عندها بعد الدِّبَاغِ قال ابنُ الحَدَّادِ: لا رُجُوعٌ، كما قاله فيما إذا أَتَلَفَ الحَلُّ، وساعده الشيخ أبو عَلِيٍّ ها هنا، وقال: ينبغي ألا يرجع وَجْهاً وَاحِداً، بخلاف ما إذا تَلَفَ الحَلُّ، لأن الحَلَّ مِثْلِيٌّ، فإذا تَلَفَ أَمَكَنَّ الرُّجُوعُ إلى مِثْلِهِ، والجِلْدُ مُتَقَوِّمٌ، والنظر في المُتَقَوِّمَاتِ إلى وَفَتِ الإِصْدَاقِ والإِقْبَاصِ، ولم يكن له قِيمَةٌ حينئذٍ، ولو ازتَدَّتِ المِرْأَةُ قبل الدخول، وانفَسَخَ النُّكَاحُ، فالقول في كُلِّ الجِلْدِ وكل الحَلِّ كالقول في النُّصْفِ عند الطَّلَاقِ.

قَالَ العَرَالِيُّ: (الحَامِسُ) إِذَا أَصْدَقَهَا تَغْلِيمَ القُرْآنِ وَطَلَّقَ قَبْلَ المَسِيَسِ عَسَرَ تَغْلِيمِ النُّصْفِ لِأَنَّهَا أَجْنَبِيَّةٌ فَلَهَا نِصْفُ مَهْرِ المِثْلِ أَوْ نِصْفُ أَجْرَةِ التَّغْلِيمِ عَلَى اخْتِلَافِ القَوْلَيْنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: كما يجوز أن تُجْعَلَ أَعْيَانُ الأَمْوَالِ صَدَاقاً، يجوز أن تُجْعَلَ المَنَافِعُ والأَعْمَالُ صَدَاقاً، وفي جَعْلِ الأَعْمَالِ صَدَاقاً مَسَائِلٌ لا بدَّ من إِبْرَادِهَا وهذا الفَرْعُ أَوْلَى مَوْضِعَ بِهَا؛ لأنه مُصَوَّرٌ في تَغْلِيمِ القُرْآنِ، فَنُورِدُ المَسَائِلَ، وَنُدْرِجُ فِيهَا الفَرْعَ المَذْكُورَ في الكتاب.

واعلم أن كُلَّ ما يَجُوزُ عَقْدُ الإِجَارَةِ عليه يجوز جَعْلُهُ صَدَاقاً، وذلك كَالخِيَاطَةِ، [وَالخِدْمَةِ، وَتَغْلِيمِ] <sup>(١)</sup> القُرْآنِ، وَالجِرْفِ وغيرها.

وعند أَبِي حَنِيفَةَ: لا يَجُوزُ أن يُجْعَلَ تَغْلِيمُ القُرْآنِ وَمَنْفَعَةُ الحرِّ صَدَاقاً.

لنا: ما رَوِيَ أن امْرَأَةً أَتَتْ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فقالت: يا رَسُولَ اللَّهِ وَهَبْتُ نَفْسِي لَكَ، وقامت قياماً طَوِيلًا، فقام رجل فقال: يا رَسُولَ اللَّهِ، زَوَّجْنِيهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكَ بِهَا حَاجَةٌ، فقال رسولُ اللَّهِ ﷺ: «هَلْ عِنْدَكَ مِنْ شَيْءٍ نُصَدِّقُهَا إِيَّاهُ؟» فقال: ما عندي إلا إِزَارِي هذا! فقال رسولُ اللَّهِ ﷺ: «إِنْ أُعْطِيَتْهَا إِزَارَكَ جَلَسْتُ لا إِزَارَ لَكَ، التَّمِيسُ وَلَوْ حَاطَمًا مِنْ حَدِيدٍ» فلم يجد شيئاً فقال ﷺ: «هَلْ مَعَكَ مِنَ القُرْآنِ شَيْءٌ؟» قال: نعم سورة كذا، وسورة كذا لسور سَمَّاهَا، فقال رسولُ اللَّهِ ﷺ: «زَوَّجْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ القُرْآنِ» <sup>(٢)</sup>.

وفي الفَصْلِ مَسَائِلُ:

(١) في ب: والخدمة والبناء وتعليم.

(٢) متفق عليه من حديث سهل بن سعد، واللفظ الذي ساقه الرافعي أخرجه البخاري في باب السلطان ولي، وفي رواية المسلم: زوجتكها تعلمها من القرآن. وفي أخرى لأبي داود: علمها عشرين آية وهي امرأتك، ولأحمد: قد أنكحتكها على ما معك من القرآن.

إحداها: يشترط في تعليم القرآن لِتَصِيحِّ صَدَاقًا - شيثان :  
أحدهما: العِلْمُ بِالْمَشْرُوطِ تعليمه بأحد طريقتين :

الأول: بَيَانُ الْقَدْرِ الْمُتَعَلَّمِ، بأن يقول: جَمِيعُ الْقُرْآنِ، أو السَّبْعُ الْأَوَّلُ أو الْأَخْرُ، وفي بعض الشروح إشارة إلى وَجْهِ آخِرٍ أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ تَعْيِينُ السَّبْعِ، ولو عَيَّنَ بِالسُّورِ والآيات، فعلى ما ذكرنا في الإِجَارَةِ، وَبَيَّنَّا هُنَاكَ الْخِلَافَ فِي أَنَّهُ هَلْ يَشْتَرَطُ أَنْ يَقُولَ بِقِرَاءَةِ نَافِعٍ، وَأَبِي عَمْرٍو، أو غيرهما، والذي أَجَابَ بِهِ الْقَاضِي ابْنُ كَعْبٍ هَا هُنَا أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ، قَالَ: وَلَوْ شَرَطَ حَزَفَ أَبِي عَمْرٍو عِلْمَهَا بِحَرْفِهِ، فَإِنْ عَلَّمَهَا بِحَرْفِ الْكِسَائِيِّ، فَيَسْتَحِقُّ أَجْرَةَ الْمِثْلِ، أو لا شيء له حكى فيه وجهين، وحكى قولين في أنها بِمِ تَرْجِعُ عَلَى الزَّوْجِ أَحَدَهُمَا بِمَهْرِ الْمِثْلِ، والثاني بِقَدْرِ التَّفَاوُتِ بَيْنَ أَجْرَةِ التَّعْلِيمِ بِالْحَرْفِ الْمَشْرُوطِ، وَأَجْرَةِ التَّعْلِيمِ بِالْحَرْفِ الْآخَرِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ تَفَاوُتٌ، لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ، ثُمَّ قَالَ: وَلَا مَعْنَى لِهَذَا الْاِخْتِلَافِ، بَلِ الْوَاجِبُ، أَنْ يُقَالَ يُعَلِّمُهَا حَزَفَ أَبِي عَمْرٍو، وَهُوَ مُتَطَوِّعٌ بِمَا عِلْمٌ، ثُمَّ الْعِلْمُ بِذَلِكَ يُشْتَرَطُ فِي حَقِّ الزَّوْجِ وَالْوَلِيِّ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِهَؤُلَاءِ، أو لأحدهما مَعْرِفَةٌ بِالْقُرْآنِ، وَسُورِهِ، وَأَخْرَابِهِ، قَالَ أَبُو الْفَرَجِ الزَّائِدُ الطَّرِيقَ التَّوَكُّيلَ، وَإِلَّا فَيَرَى الْمُضْحَفَ، وَيُقَالُ: تَعَلَّمَ مِنْ هَذَا الْمَوْضِعِ إِلَى هَذَا الْمَوْضِعِ، وَلَكَ أَنْ تَقُولَ: مَا يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ هَذَا طَرِيقًا؛ لِأَنَّ لَا يَفِيدُ مَعْرِفَةً بِحَالِ ذَلِكَ الْمَشَارِإِ إِلَيْهِ صُعُوبَةً وَسَهُولَةً<sup>(١)</sup> مَأْخُذٌ.

والثاني: تَقْدِيرُهُ بِالزَّمَانِ؛ بِأَنْ يُضَدِّقَهَا تَعْلِيمَ الْقُرْآنِ شَهْرًا أو سَنَةً، فَيَجُوزُ كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَ حَيَّاطًا لِيَخِيطَ لَهُ شَهْرًا، وَكَمَا يَخِيطُ هُنَاكَ مَا شَاءَ الْمُسْتَأْجِرُ، يَعْلَمُهَا هَا هُنَا الْمُدَّةَ الْمَذْكُورَةَ مَا شَاءَتِ الْمَرْأَةُ، وَلَوْ جَمَعَ بَيْنَ الطَّرِيقَيْنِ، فَقَالَ: عَلَيَّ أَنْ أَعْلَمَهَا مُدَّةَ شَهْرٍ سُورَةَ الْبَقَرَةِ، فَهُوَ كَمَا لَوْ قَالَ: اسْتَأْجَرْتُكَ لِتَخِيطَ هَذَا الثَّوْبَ الْيَوْمَ، وَفِيهِ خِلَافٌ تَقْدِمُ فِي «الإِجَارَةِ».

والثاني: أَنْ يَكُونَ الْمَشْرُوطُ تَعْلِيمُهُ قَدْرًا، فِيهِ كُلْفَةٌ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ كُلْفَةٌ، كَمَا إِذَا شَرَطَ التَّعْلِيمَ لِحِطَّةٍ لَطِيفَةٍ، أو تَعْلِيمَ قَدْرٍ يَسِيرٍ، وَإِنْ كَانَ آيَةً وَاحِدَةً، كَقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿ثُمَّ نَظَرَ﴾ [المدثر: ٢١] وَكَقَوْلِهِ: ﴿وَالْفَجْرِ﴾ [الفجر: ١] لَمْ يَصِحَّ الْإِضْدَاقُ، وَهُوَ كَبِيعِ حَبِيَّةٍ مِنَ الْحِنْطَةِ.

ولو أَضَدَّقَهَا تَعْلِيمَ الْفَاتِحَةِ، وَهُوَ مُتَعَيِّنٌ لِلتَّعْلِيمِ، فِيهِ صِحَّةٌ، الصَّدَاقُ، وَجِهَانٌ، كَنَظِيرِهِ فِي الْإِجَارَةِ، وَالْأَصْحُ الصَّحَّةُ، وَلَوْ نَكَحَهَا عَلَى أَذَاءِ شَهَادَةٍ لَهَا عِنْدَهُ، أو نَكَحَ كِتَابِيَّةً عَلَى أَنْ يَلْقُوهَا كَلِمَةَ الشَّهَادَةِ لَمْ يَجُزْ قَالَهُ فِي «التَّهْذِيبِ»، ثُمَّ فِي إِضْدَاقِ التَّعْلِيمِ صُورًا:

إحداها: لو كان الزوج لا يُحْسِنُ مَا شَرَطَ تَعْلِيمَهُ، فَإِنَّ التَّرَمَّ التَّعْلِيمِ فِي الذَّمَّةِ

(١) قال النووي: الصواب أنه لا تكفي الإشارة إذا لم يعلمها فيتعين التوكيل.

جاز، ويأمر غيره بتعليمها، أو يتعلم ويعلمها، وإن كان الشُرْطُ أن يُعَلِّمَهَا بنفسه، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يصحُّ الصِّدَاقُ؛ لأنه يمكنه أن يتعلم ويعلم، فصار كما لو أصدقها ألقاً، وهو لا يملك شيئاً.

وأصحهما: المنع؛ لأن المنفعة المعقود عليها غير مقدور على تسليمها، ولو شرط أن يتعلم، ثم يعلمها لم يجز أيضاً؛ لأن العمل مستحق عليه متعلق بعينه، والأعيان لا تقبل التأجيل.

وفي «التتمة» تفرّيعاً على الوجه الأول أنها إن أمهلتها إلى أن يتعلم فذاك، وإلا فهو مفسر بالصِّدَاقِ، ولو أراد الزوج أن يقيم غيره مقامه في تعليم المشروط جاز، إن كان الألتزام في الذمة، وإلا لم يجز، ولو أرادت هي أن تقيم غيرها مقامها في التعلم، ففي إجبار الزوج عليه وجهان:

أحدهما: يجزى كما لو استأجر للرُّكُوبِ، له أن يزكّب غيره، وهذا أزجح عند الإمام.

وأظهرهما: عند الأكثرين المنع؛ لتفاوت طباع الناس، واختلافهم في التلقن سرعة وبطئاً، ومنهم من نصب الخلاف في جواز الإبدال مع التراضي، فإن فض عقد مجرد، وأبدلت منفعة بمنفعة جاز لا محالة، كما إذا استأجر داراً أو قبضها، ثم استأجر بمنفعتها دابةً.

ولو أصدقها تعليم ولدها لم يصح الصِّدَاقُ، كما لو شرط الصِّدَاقُ لولدها، وبمثله أجاب صاحب «التهذيب» فيما لو أصدقها تعليم غلامها، واستثنى ما إذا وجب عليها تعليم الولد، وختان العبد، فشرطه عليه صداقاً، قال: يجوز.

وفي «التتمة» أنه يجوز أن يصدقها تعليم الغلام، ولا يجوز أن يصدقها تعليم الولد، وهذا أولى.

الثانية: إذا تعدر التعليم بأن تعلمت المشروط من غيره، أو كانت بليدة لا تتعلم، أو لا تتعلم إلا بتكليف، عظيم، وكان الوقت يذهب في تعليمها فوق ما يعتاد، أو ماتت هي أو مات الزوج، والشرط أن يعلمها بنفسه، ففي الواجب القولان المذكوران، فيما لو تلف الصِّدَاقُ قبل القبض، فعلى الأصح يجب مهر المثل، وعلى الآخر أجره التعليم.

ولو اختلف الزوجان، فقال الزوج: علمتكم ما التزمت، وأنكرت، فإن لم تحسنته، فالقول قولها وإن أحسنته وقالت: تعلمت من غيرك، فالقول قولها؛ لأن الأصل بقاء الصِّدَاقِ، وربما تعلمت من غيره.

وقوله: «لأنها تدعي عليه بدل الصِّدَاقِ، والأصل عدمه» فيه وجهان:

أرجحهما: عند ابنِ الصَّبَّاحِ، والمتولي أولهما، وبناء الوجهين فيما ذكر بعضهم على قول تَعَارُضِ الْأَصْلِ وَالظَّاهِرِ.

الثالثة: لو أصدَقَهَا تَعْلِيمِ سُورَةٍ، وعلمها، ثم طَلَّقَهَا، فَإِنْ دَخَلَ بِهَا، فَذَاكَ، وإلا رَجَعَ عليها بِنِصْفِ أُجْرَةِ التَّعْلِيمِ، كما لو أصدَقَهَا عَيْنًا وَأَقْبَضَهَا، فَتَلَقَّتْ عندها، ثم طَلَّقَهَا قبل الدخول يرجع إلى نِصْفِ قِيمَةِ الْعَيْنِ، وإن طَلَّقَهَا قبل أن يُعَلِّمَهَا، فإنها تَسْتَحِقُّ تعليم الكُلِّ، إن جرى الدخول، وتعليم النِّصْفِ، إن لم يجز، وهل يوفي ذلك أم يقال: إنه فات، وتَعَدَّرَ بِالطَّلَاقِ؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه يوفي بأن يُعَلِّمَهَا من وَرَاءِ حِجَابٍ من غير خَلْوَةٍ، ويجوز ذلك، كما يجوز سَمَاعِ الْحَدِيثِ كذلك، وهذا ما أورده صاحب «التتمة».

وأظهرهما: وهو المذكور في الكتاب، والمنصوص عليه في «المختصر» أنه إذا طَلَّقَهَا تَعَدَّرَ التعليم؛ لأنها صارت مُحَرَّمَةً عليه، ولا يُؤْمَنُ الْوُقُوعُ فِي التُّهْمَةِ، وَالخَلْوَةُ الْمُحَرَّمَةِ، لو جَوَّزْنَا التعليم، وليس كسَمَاعِ الْحَدِيثِ، فإنما لو لم نُجَوِّزْهُ لَضَاعَ، وللتعليم بَدَلٌ يُعَدَّلُ إليه، فعلى أصح القولين الرجوع إلى جميع مَهْرِ الْمَثَلِ، إن كان الطَّلَاقُ بعد الدُّخُولِ، وإلى نِصْفِهِ إن كان قبل الدخول.

والثاني: الرجوع إلى أُجْرَةِ التَّعْلِيمِ، أو نِصْفِهَا<sup>(١)</sup>.

الرابعة: لو نكح كِتَابِيَّةً على أن يُعَلِّمَهَا شَيْئاً من القرآن يَصِحُّ الصَّدَاقُ، إن كان يتوقع منها الإسلام، وإلا فيفسد؛ لأنه لا يَجُوزُ تعليمها خَوْفاً من أن يَصْدَرَ منها ما لا يَلِيْقُ بحرمته، ومال مَا يُلَوَّنُ إلى الْجَوَازِ مُطْلَقاً، ولو نكح مُسْلِمَةً أو ذِمِّيَّةً على تعليم التَّوَارِثِ وَالْإِنْجِيلِ، لم يجزه؛ لأن ما في أيديهم مُبَدَّلٌ لا يجوز الاشْتِعَالُ به، والوَاجِبُ والحالة هذه مَهْرُ الْمِثْلِ، إذ لا قيمة للمسمى، ولو نكح ذِمِّيٌّ ذِمِّيَّةً على تَعْلِيمِ التَّوَارِثِ، أو الْإِنْجِيلِ، ثم أسلما، أو ترافعا بعد التعليم لم نُوجِبْ شَيْئاً آخَرَ، ولو كان قبل التَّعْلِيمِ وَجِبَ مَهْرُ الْمِثْلِ، كما في الْحَمْرِ الْمُقْبُوضِ، وغير الْمُقْبُوضَةِ إذا جعلت صَدَاقاً.

(١) قال الشيخ البلقيني: لو كانت صغيرة لا تشتهي أو صارت محرماً برضاع، حصلت به الفرقة أو عقد عليها بعد ذلك، ينبغي ألا يتعذر التعليم لفقد العلة، ولو أبرأته عقب الطلاق مما في ذمته لها من التعليم، برىء.

وقال في الخادم: محله أي كلام الشيخ المصنف ما إذا كان التعليم مستحقاً عليه في عينه، فإن كان في ذمته فلا يتعذر، بل يستأجر لها من النساء أو من ذوي المحارم من الرجال من يعلمها، صرح به صاحب الوافي وهو حسن، وقد قال الرافي أنه إذا أصدَقَهَا التعليم وهو لا يحسن، فإن كان في الذمة جاز، ويأمر غيره بتعليمها.

فإن أصدفها تغليم غير القرآن من الفقه والأدب والطب والشعر ونحوها، فإن كان غير محظور صحَّ الصداق، وإن كان محظوراً لم يصحَّ، وذلك كالهَجْوِ والفُحْشِ وفيما روى القمَّالُ الشَّاشِيُّ عن أحمد بن عبد الله بن سيف السجستاني أنه سئل المزني هل يجوز النكاح على تغليم الشعر؟ فقال: إن كان مثل قول القائل [الوافر]:

يُرِيدُ الْمَرْءُ أَنْ يُغَطِّيَ مُنَاهُ      وَيَأْبَى اللَّهُ إِلَّا مَا أَرَادَا  
يَقُولُ الْمَرْءُ فَايْدَتِي وَزَادِي      وَتَقْوَى اللَّهُ أَكْرَمُ مَا اسْتَفَادَا

الخامسة: فيجوز لو نكح امرأة على أن يرذَّ عَبدَها الآبق، أو جَمَلَهَا الشَّارِدَ وكان الموضوع معلوماً، جاز، وإن كان مجهولاً، فعن أبي الطيب بن سلمة، وأبي حفص الوكيل إثبات قول إنه يجوز كما في الجعالة، والصحيح أنه لا يجوز، ويجب مهر المثل، بخلاف الجعالة، فإنها عقْد جائز للحاجة، وإنما احتملت الجعالة فيه لذلك، فإن رذَّه في صورة الجهل، فله أجرٌ مثل الرذِّ، ولها عليه مهر المثل، وإذا صحَّ الصداق، وطلقها بعد رذِّ العبد، وقبل الدخول استردَّ منها نصف أجره المثل، وإن طلقها مثل رذِّه، فإن كان الطلاق بعد الدخول، فعليه الرذِّ، وإن كان قبله فعليه الرذُّ إلى نصف الطريق، ثم يسلمه إلى الحاكم، فإن لم يكن هناك حاكم، أو لم يكن موضعاً يمكن تزكُّه فيه، ولم يتبرَّع بالرذِّ إليها قال في «التتمة»: [يؤمر برذِّ إليها، و]<sup>(١)</sup> له عليها نصف أجرته، ولو تعدَّر رذُّه برذِّ الغير، أو برجوعه بنفسه، أو بموته، فقد فات الصداق قبل القبض، فعلى أصح القولين الرجوع إلى مهر المثل، وعلى الثاني الرجوع إلى أجره الرذِّ.

السادسة: إذا نكحها على خِياطَةٍ نُوبٍ معلوم جاز، وله أن يخيطه بغيره، إذا التزم في الذمَّة، وإذا نكح [على]<sup>(٢)</sup> أن يخيط بنفسه، وعجز عن الخِياطَةِ بأن يده، أو مات ففيما عليه؟ قولان.

أصحهما: مهر المثل.

والثاني: أجره الخِياطَةِ، ولو تلف ذلك الثوب، فيتلف الصداق، أو يأتي بثوب مثله؟ فيه وجهان ذكرناهما في «الإجازة» قال في «التهذيب»: الأصحُّ تلف الصداق، وهو يوافق ما سبق في الإجازة أن العراقيين مالوا إلى تزجيجه، وحينئذ فيعود القولان فيما عليه، وإن طلقها بعد الخِياطَةِ، وقبل الدخول، فله عليها نصف أجره المثل، وإن طلقها قبل الخِياطَةِ، فإن دخل بها، فعليه الخِياطَةُ، وإن لم يدخل خاطٍ نصفه، فإن تعدَّر الضبط عاد القولان في أنه يجب مهر المثل، أو الأجره.

(٢) سقط في: أ.

(١) سقط في: أ.

## «فرع»

قال في «التتمة» لو كان له عليها أو على عبدها قِصاصٌ، فنكحها وجعل النِّزولَ عن القِصاصِ صدَاقاً لها، يجوز، ولو جعل النِّزولَ عن الشُّعْعةِ، أو حَدَّ القَذْفِ صدَاقاً لم يجز، لأن ذلك مما لا يُقَابَلُ بالعوضِ، ولا يجوز أن يجعلَ طلاقَ امرأةٍ صدَاقاً لأخرى، ولا أن يجعلَ بضعَ أمتهِ صدَاقاً لمنكوحته.

قَالَ العَرَالِيُّ: (قَاعِدَةٌ) مَهْمَا أَثْبَتْنَا الخِيَارَ بِسَبَبِ زِيَادَةِ أَوْ نُقْصَانِ فَلَا مِلْكَ قَبْلَ الاختِيَارِ، وَهَذَا الخِيَارُ لَيْسَ عَلَى الفَوْرِ بَلْ كَخِيَارِ رُجُوعِ الوَاهِبِ، فَإِنْ كَانَ لَهَا الخِيَارُ فَأَمْتَنَعَتْ حَيْسَ عَنِهَا عَيْنُ الصَّدَاقِ كَالْمَرْهُونِ وَبَاعَ القَاضِي مِنَ الصَّدَاقِ مَا يَبْقَى بِنِصْفِ القِيمَةِ، فَإِنْ كَانَ لَا يَشْتَرِي النِّصْفَ بِنِصْفِ القِيمَةِ الوَاجِبَةِ فَيَسْلُمُ إِلَى الزَّوْجِ نِصْفَ الصَّدَاقِ وَيَمْلِكُ إِذَا قَضَى لَهُ بِهِ، وَإِذْ وَجِبَتْ القِيمَةُ فَهِيَ أَقَلُّ قِيمَةٍ مِنْ يَوْمِ الإِضْدَاقِ إِلَى يَوْمِ القَبْضِ إِلَّا إِذَا وَجَدَ التَّلْفُ فِي يَدِهَا بَعْدَ الطَّلَاقِ فَيُعْتَبَرُ يَوْمُ التَّلْفِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِي القَاعِدَةِ مَسْأَلَتَانِ يُحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَتِهَا فِي الأَصُولِ المَتَقَدِّمَةِ.

إحدهما: إذا ثبت الخيار للمرأة بسبب زيادة في الصداق، أو الزوج بسبب نقصان فيه أو لهما لاجتماع المعنيين فلا يملك الزوج الشطر قبل أن يختار من له الخيار الرجوع بالعين إذا كان الخيار لأحدهما، وقبل أن يتوافقا عليه، إن كان الخيار لهما.

وإن قلنا: إن الطلاق يُشَطِّرُ الصَّدَاقَ بنفسه، وإلا لما كان للتخيير، واعتبار التوافق معنى، وليس هذا الخيار على الفور، بل هو كخيار الرجوع في الهبة لا ينطّل بالتأخير، لكنه إذا توجهت طلبته الزوج لا تتمكن المرأة من التأخير، بل تكلف اختيار أحدهما، والزوج لا يعين في الطلب العين، ولا القيمة، فإن التعينين يناقض تفويض الأمر إلى رأيهما، ولكن يطالبها بحقه عندها، فإن امتنعت قال الإمام: لا يقضي القاضي فيها على حبسها لبذل العين، أو القيمة، بل يحبس عين الصداق عنها، إذا كانت حاضرة، ويمنعها من التصرف فيها؛ لأن تعلق حق الزوج بالصداق فوق تعلق حق المُرْتَهِنِ بالمُرْهُونِ، والمُرمَاء بالتركة، فإذا أصررت على الامتناع، فإن كان نصف القيمة الواجبة دون نصف العين للزيادة الحادثة، فيبيع ما يفي بالواجب من القيمة، وإن لم يرغب في شراء البغض، باع الكل، وصرّف الفاضل عن القيمة الواجبة إليها، وإن كان نصف العين مثل نصف القيمة الواجبة، ولم تؤثر الزيادة في القيمة، ففيه احتمالان للإمام:

أظهرهما: وهو المذكور في الكتاب أنه يسلم نصف العين إليه، إذ لا فائدة في البيع ظاهراً، فإذا سلم إليه أفاد قضاؤه ثبوت الملك له.



الثاني: أنه لا يُسَلَّمُ العين له، بل يبيعه فلعله يجد من يشتريه بزيادة.

وقوله في الكتاب: «فإن كان لا يشتري النصف بنصف القيمة الواجبة»، لا ينبغي أن يُخصَّصَ بما إذا باع النصف وحده، بل الحكم فيما إذا باع النصف وحده، وما إذا باع الكلَّ واحدًا، والنظر إلى عدم زيادة ثمن النصف على نصف القيمة الواجبة.

الثانية: إذا وجب الرجوع إلى القيمة إما لهلاك الصداق، أو لخروجه عن ملكها، أو لزيادة فيه أو نقصان، فالمعتبر الأقل من قيمته يوم الإصداق، وقيمه يوم القبض، لأنه إن كان قيمته يوم الإصداق أقل، فالزيادة بعد ذلك حادثة على ملكها ولا تعلق للزوج بها، وإن كان قيمة يوم القبض أقل، فما نقص قبل ذلك، فهو من ضمانه، فكيف يرجع عليها بما هو مضمون عليها نعم لو تلف الصداق في يدها بعد الطلاق، وقلنا إنه مضمون عليها، فتعتبر قيمته يوم التلف، لأن الرجوع قد وقع إلى عين الصداق، ثم تلف ملكه تحت يد مضمنة، وذكر الإمام احتمالاً فيما إذا كانت العين قائمة، وحدثت زيادة أنه كان يجوز أن يُعتبر قيمة يوم الطلاق، لا يوم الإصداق، ولا يوم القبض، لأنه يوم ارتداد الشطر إليه، فيقال: ما قيمة هذه العين اليوم لو لم يكن فيها زيادة؟!.

قال الغزالي: (الفضل الثالث في التصرفات المانعة للرجوع) وفيه مسائل: (إحداها): لو زال ملكها بجهة لازمة كبيع وهبة وعنق تعينت القيمة، فإن عاد الملك فالملك العائد كالذي لم يزل على أحد القولين، ولو تعلق به حق لازم كرهن وإجارة تعينت القيمة، فإن صبر إلى الانفكاك فله نصف العين ولكن لو بادرت إلى تسليم القيمة القبول لما عليها من العرر بقوات العين بأقوة.

قال الرافعي: مقصود الفصل بيان حكم التشطير بعد ما تصرفت المرأة [في الصداق] <sup>(١)</sup> وفيه مسائل:

إحداها: إذا زالت ملكها عنه ببيع أو هبة مع القبض، أو إعتاق لم يملك الزوج بالطلاق قبل الدخول نقض ذلك التصرف، بل يكون زوال ملكها كالهلاك، ويرجع الزوج إلى نصف بدله، وهو المثل إن كان مثلياً أو القيمة إن كان مقيماً، فإن لم يزل الملك، لكن تعلق به حق الغير، فإن لم يكن حقاً لازماً، كما إذا أوصت به أو رهنته أو وهنته من غير قبض، فللزوج أن يرجع في نصفه، لأن ملكها باق، وليس للغير فيه حق متأكد. وفي «الشامل» وغيره نقل وجه أنه لا يرجع في نصف الموهوب، وإن لم يوجد قبض كيلا يبطل تصرفها في ملكها، وحق هذا أن يطرد في الرهن والوصية، ولو باعت

بشرط الخيار، وطلَّقَهَا في مدة الخيار، حكى أبو سَعْدِ المتولي وغيره أنا إن جعلنا المِلْكَ للبائع، فهو كالهَبِةِ، قبل القبض، وإن قلنا: للمشتري، فلا رُجُوعَ له العَيْنِ، وإن كان الحق لازماً، بأن رَهْنَتْهُ، وأقبضته، فليس للزوج الرجوع إلى نصفه لِيَتَعَلَّقَ حَقُّ الْمُزْتَهِنِ بعينه، وإن أجزته فقد نَقَصَ الصَّدَاقُ عما كان لاسْتِخْقَاقِ الغير مُنْفَعَتَهُ، فإن شاء رجع إلى نِصْفِ القيمة في الحال، وإن شاء رجع إلى نِصْفِ العَيْنِ مَسْلُوبَةَ الْمُنْفَعَةِ مُدَّةَ الإِجَارَةِ<sup>(١)</sup>. ولو قال: أَضْبِرْ إلى انفكائك [الرهن]<sup>(٢)</sup> أو انقضاء مُدَّةِ الإِجَارَةِ، فإن قال: لا أَتَسَلَّمُهُ، ثم أسلمه إلى الْمُزْتَهِنِ، أو المستأجرة، فليس لها الامتِنَاعُ منه، وإن قال: لا أَتَسَلَّمُهُ، وأصبر، فلها ألا تُرَضَى به، وتدفع إليه نِصْفَ القيمة؛ لما عليها من خَطَرِ الضَّمَانِ، هذا إذا قلنا إن الصَّدَاقَ في يدها مَضمُونٌ بعد الطلاق، وهو الأَزْجَحُ، وبه أجابها هنا.

وإن قلنا: لا ضَمَانَ أو أَبْرَأَهَا عن الضمان، وَصَحَّحْنَا هذا الإِبْرَاءَ فقد حُكِيَ وجهان، في أنه هل يَجِبُ عليها الإِجَابَةُ [أم لا]<sup>(٣)</sup> لأنه قد يَبْدُو له، فَيُطَالِبُهَا بِالْقِيَمَةِ، وتخلو يَدُهَا عن القِيَمَةِ يومئذٍ، فإن لم تُوجِبِ الإِجَابَةَ، ولم يطالبها إلى أنه انفك الرهن أو انقضت مُدَّةُ الإِجَارَةِ، فقد حُكِيَ وجهان، في أنه هل يَتَعَلَّقُ بالعَيْنِ لزوال المانع أو القيمة لأنه المَانِعُ الذي كان بالعَيْنِ نقل حَقِّه إلى القيمة، فلا يرجع إليها.

وتزويج جارية الصَّدَاقِ كالإِجَارَةِ، ولو زال مِلْكُهَا، وعاد، ثم طلقها قبل الدُّخُولِ، فوجهان:

أحدهما: أن حَقَّ الزَّوْجِ يَتَعَلَّقُ بالعَيْنِ، وكأنه لم يَزَلْ.

والثاني: أن حَقَّهُ يَنْتَقِلُ إلى البَدَلِ، لأن المِلْكَ الآنَ مُسْتَفَادٌ من جهة أخرى، لا من جهة الصَّدَاقِ، وهذا كالخلاف في أن المَوْهُوبَ إذا خَرَجَ عن مِلْكِ الولد، ثم عاد هل يرجع الوالد فيه؟. فيما إذا خَرَجَ المَبِيعُ عن مِلْكِ المشتري، ثم عاد، وقد أَفْلَسَ بالثَّمَنِ، واختار ابنُ الحَدَّادِ انْتِقَالَ حَقِّ الزَّوْجِ إلى البَدَلِ، وساعده الشيخ أبو عَلِيٍّ.

وقال أكثرهم: الأَصَحُّ ههنا أن حَقَّ الزَّوْجِ يَتَعَلَّقُ بالعَيْنِ، بخلاف مسألة الهَبِةِ، لأن الرُّجُوعَ في الهَبِةِ يَخْتَصُّ بالعَيْنِ، واختص بذلك المِلْكَ، ورجوع الزوج لا يَخْتَصُّ بالعَيْنِ، بل يَتَعَلَّقُ بالبَدَلِ، فالعَيْنُ العائِدةُ أَوْلَى بالرجوع من بَدَلِ الفَائِتَةِ هذا إذا زال المِلْكَ بجهة لازمة، فإن زال بجهة غير لازمة، كما إذا باعَتْ بشرط الخيار، وقلنا بزوال

(١) هذا ظاهر إذا أجرته لغيره، أما لو أجرته له فقد تقدم قريباً أنه على رأي ابن الحداد تنفسخ الإجارة.

(٢) سقط في: أ.

(٣) سقط في: أ.

المَلِكِ، وَفَسَخَ البَيْعَ، ثُمَّ طَلَّقَهَا، فَالْخِلافُ بِالتَّعْلُقِ بِالْعَيْنِ مُرْتَّبٌ، وَأولى بَأْنِ يَثْبُتَ.  
ولو كَاتَبَتْ عِنْدَ الصَّدَاقِ، وَعَجَزَ نَفْسُهُ، ثُمَّ طَلَّقَهَا، فَعِنَ القَاضِي الحُسَيْنِ: إِجْرَاؤُهُ  
مُجْرَى الزَّوَالِ اللّازِمِ وَقَالَ الإمام: يَنْبَغِي أَنْ يُرْتَّبَ هَذَا عَلَى زَوَالِ المَلِكِ؛ لِأَنَّ المُلْكَاتِ  
عِنْدَ بَقْيِ عَلَيْهِ ذِرْهَمًا، وَلَا شَكَّ أَنَّ عُرُوضَ الرِّهْنِ، وَزَوَالَهُ قَبْلَ الطَّلَاقِ لَا يُؤَثِّرُ.

قَالَ العَزَالِيُّ: (الثَّانِيَةُ) لَوْ أَصْدَقَهَا عِنْدَ فِدْبَرْتِهِ لَمْ يَغْدِرِ الزَّوْجُ عَلَى إِبْطَالِ التَّنْذِيرِ  
بِحُكْمِ الرُّجُوعِ لِأَنَّهَا قُرْبَةٌ مَقْصُودَةٌ فَهِيَ كَزِيَادَةِ مُتَّصِلَةٍ، وَقِيلَ قَوْلَانِ، وَقِيلَ: يَرْجِعُ قَطْعًا  
وَهُوَ القِيَاسُ، وَقَدْ اخْتَلَفُوا عَلَى النِّصْفِ فِي أَنَّ تَغْلِيْقَ العِنْتِ هُوَ كَالتَّنْذِيرِ وَوَصِيَّةِ العَبْدِ  
بِالعِنْتِ هَلْ هِيَ كَالتَّنْذِيرِ؟ وَأَنَّ التَّنْذِيرَ هَلْ يَمْتَنِعُ رُجُوعَ الوَاهِبِ وَرُجُوعَ البَائِعِ؟.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا أَصْدَقَ امْرَأَتَهُ عِنْدَ فِدْبَرْتِهِ، ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدَّخُولِ، نَقَلَ المَزْنِي  
عَنْ نَصِّهِ أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ فِي نِصْفِ المُدْبَرِ، بَلْ يَغْدُلُ إِلَى نِصْفِ القِيَمَةِ، ثُمَّ اخْتَارَ تَمَكِينَهُ  
مِنَ الرُّجُوعِ فِي نِصْفِهِ. وَلِلْأَصْحَابِ فِي المَسْأَلَةِ ثَلَاثَةُ طَرِيقٍ:

أَحَدُهَا: أَنَّ فِي تَمَكِينِهِ مِنَ الرُّجُوعِ قَوْلَيْنِ؛ بِنَاءً عَلَى أَنَّ التَّنْذِيرَ تَغْلِيْقُ عِنْتِ بِصِفَةِ أَوْ  
وَصِيَّةٍ إِنْ قَلْنَا: وَصِيَّةٍ، فَهِيَ الرُّجُوعُ إِلَى نِصْفِهِ، كَمَا لَوْ أَوْصَتْ بِهِ لِإِنْسَانٍ، ثُمَّ طَلَّقَهَا.

وَإِنْ قَلْنَا: تَغْلِيْقُ عِنْتِ بِصِفَةِ. عَدَلَ إِلَى القِيَمَةِ؛ لِأَنَّ التَّغْلِيْقَ حَقٌّ لِأَزْمِ لَا رُجُوعَ  
عِنْدَهُ، فَمَنْعَ الِارْتِدَادِ إِلَى الزَّوْجِ، بِخِلافِ الوَصِيَّةِ.

الثَّانِي: قَضِيَّةُ نَصِّهِ فِي «الْأَمِّ» القَطْعُ بِأَنَّهُ لَا يَرْجِعُ، سِوَاهُ جَعَلَ التَّنْذِيرَ وَصِيَّةً لَهُ، أَوْ  
تَغْلِيْقُ عِنْتِ، لِأَنَّ التَّنْذِيرَ قُرْبَةٌ مَقْصُودَةٌ، فَلَيْسَ لِلزَّوْجِ تَقْوِيَّتُهَا، كَالزِّيَادَاتِ المُتَّصِلَةِ، وَلِأَنَّ  
العَبْدَ بِالتَّنْذِيرِ قَدْ ثَبَّتَ لَهُ حَقُّ الحَرِيَّةِ، وَالرُّجُوعَ يُقَوِّتُهُ بِالكَلِيَّةِ، وَإِذَا لَمْ يَرْجِعِ الزَّوْجُ إِلَى  
العَيْنِ لَا يُقَوِّتُ حَقَّهُ بِالكَلِيَّةِ، بَلْ يَنْتَقِلُ إِلَى البَدَلِ.

وَالثَّلَاثُ: القَطْعُ بِأَنَّهُ يَرْجِعُ.

أَمَّا إِذَا كَانَ وَصِيَّةً، فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ تَغْلِيْقًا، فَلِأَنَّ التَّغْلِيْقَ يَرْتَفِعُ بِإِزَالَةِ المَلِكِ،  
وَالتَّلَاقُ يَنْصَمُنُ إِزَالَةَ المَلِكِ، وَأَيْضًا فَإِنَّ التَّنْذِيرَ لَا يَمْنَعُ إِزَالَةَ المَلِكِ اخْتِيَارًا، فَأَوْلَى أَلَا  
يَمْنَعُ الرُّجُوعَ الفَهْرِيِّ، وَحَمَلُ هُوَلاءِ قَوْلُهُ: «لَا يَرْجِعُ» عَلَى أَنَّهُ لَا يَتَعَيَّنُ الرُّجُوعُ إِلَى  
نِصْفِ العَبْدِ، بَلْ لَهُ أَنْ يَغْدِلَ إِلَى نِصْفِ القِيَمَةِ، لِأَنَّ التَّنْذِيرَ يَنْقَى فِي النِصْفِ الأَخْرَ،  
وَذَلِكَ مِمَّا يوجبُ نُقْصَانَ القِيَمَةِ وَبِهَذَا أَجَابَ صَاحِبُ «التَّنْمَةِ» وَغَيْرُهُ، لَكِنْ أبا عَبْدِ اللَّهِ  
الحَنَاطِيُّ ذَكَرَ وَجْهًا آخَرَ: أَنَّهُ يَرْجِعُ إِلَى النِصْفِ، وَيَنْقُضُ التَّنْذِيرَ فِي الكُلِّ، وَسِوَاهُ ثَبَّتَ  
الخِلافَ أَمَّ لَا، فَالظَّاهِرُ مَا صَرَّحَ بِهِ القَاضِي الرُّوْيَانِيُّ، وَالمَوْفُوقُ بِنِ طَاهِرٍ، وَدَلَّ عَلَيْهِ  
كَأَلَمٌ غَيْرُهُمَا: أَنَّ التَّنْذِيرَ يَمْنَعُ الرُّجُوعَ؛ لِأَنَّ مَا فِيهِ مِنْ عَرَضِ القُرْبَةِ لَا يَتَقَاعَدُ عَنِ  
الزِّيَادَاتِ المُتَّصِلَةِ الَّتِي لَا تُؤَثِّرُ فِي القِيَمَةِ، وَتَعْلُقُ بِهَا نَوْعَ غَرَضٍ، ثُمَّ الحِكَايَةُ عَنِ شَرْحِ

أبي إسحاق، وغيره: أن الخلاف فيما إذا كانت المرأة مَوْسِرَةً تَتَمَكَّنُ من أداء القيمة، فإن لم تكن، فله الرجوع إلى نِصْفِ العبد، لا مَحَالَةً، وَيَتَعَلَّقُ بِالْاِخْتِلَافِ الْمَذْكُورِ.

### «فروع»

أحدهما: إذا مَكَّنَاهُ من الرُّجُوعِ، فَاَلْمَفْهُومُ من كلامِ عَامَّتِهِمْ أَنَّهُ يَسْتَقِيلُ بِهِ، وَلَا حَاجَةَ إِلَى أَنْ تَقْدِمَ الْمَرْأَةُ رُجُوعاً عَنِ التَّدْبِيرِ.

وقال الحنطي: يحتمل أن يقال: يُجَبَّرُ عَلَى الرَّجُوعِ عَنْهُ، وَإِعْطَاءِ الزَّوْجِ النُّصْفِ، فَإِنْ اِمْتَنَعَتْ، قَامَ الْحَاكِمُ مَقَامَهَا، وَفَسَّخَ عَلَيْهَا.

والثاني: لَوْ رَجَعَتْ عَنِ التَّدْبِيرِ بِالْقَوْلِ، وَجَوَزْنَا، ثُمَّ طَلَقَهَا، وَفَرَعْنَا عَلَى أَنْ التَّدْبِيرَ يَمْنَعُ الرُّجُوعَ، فَطَرِيقَانِ:

أحدهما: الْقَطْعُ بِأَنَّهُ يَتَمَكَّنُ مِنَ الرُّجُوعِ إِلَى نِصْفِهِ، لِأَنَّ الْمَلِكَ لَمْ يَزَلْ عَنْهُ.

والثاني: أَنَّهُ كَمَا لَوْ ذَبَّرْتُهُ، ثُمَّ بَاعْتَهُ ثُمَّ مَلَكَتَهُ ثَانِيًا، ثُمَّ طَلَّقَهَا الزَّوْجَ قَبْلَ الدَّخُولِ، وَفِيهِ الْخِلَافُ السَّابِقُ فِي عَوْدِ الْمَلِكِ بَعْدَ زَوَالِهِ وَالظَّاهِرُ التَّمَكُّنُ، وَمَعَ هَذَا التَّمَكُّنِ لَوْ تَرَكَهُ، وَطَلَّبَ نِصْفَ الْقِيَمَةِ، أُجِبَتْ إِلَيْهِ خَوْفًا مِنْ أَنْ يَقْضِيَ قَاضٍ بِبُطْلَانِ الرَّجُوعِ، وَالْبَيْعِ.

وبعض الشارحين لـ «المختصر» ذكر هذا، ولو طَلَّقَهَا وَهُوَ مُدَبَّرٌ، وَقَلْنَا: إِنْ حَقَّ الزَّوْجُ فِي الْقِيَمَةِ، فَرَجَعَتْ عَنِ التَّدْبِيرِ بِلَفْظِ الرَّجُوعِ، وَجَوَزْنَا، أَوْ بِإِزَالَةِ الْمَلِكِ عَنْهُ، ثُمَّ عَادَ إِلَيْهَا قَبْلَ أَخْذِ الْقِيَمَةِ، فَفِي الرَّجُوعِ إِلَى نِصْفِ الْعَبْدِ وَجِهَانِ، حَكَاهُمَا الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ، لِأَنَّ الْمَانِعَ قَدْ اِرْتَفَعَ، وَيَجْرِي الْوَجْهَانُ فِيمَا إِذَا طَلَّقَهَا، وَالصَّدَاقُ نَاقِصٌ، ثُمَّ زَالَ النُّقْصَانُ قَبْلَ أَخْذِ الْقِيَمَةِ، هَلْ يَعُودُ حَقُّهُ إِلَى الْعَيْنِ، وَفِيمَا إِذَا طَلَّقَهَا، وَمِلْكُهَا زَائِلٌ عَنِ الصَّدَاقِ، ثُمَّ عَادَ قَبْلَ أَخْذِ الْقِيَمَةِ، فَفِي وَجْهِ: هُوَ كَمَا لَوْ زَالَ، وَعَادَ قَبْلَ الطَّلَاقِ.

والثالث: رَتَّبُوا تَغْلِيْقَ الْعِتْقِ بِالصَّفَةِ عَلَى التَّدْبِيرِ، وَاخْتَلَفُوا فِي كَيْفِيَّةِ التَّرْتِيبِ، فَجَعَلَ بَعْضُهُمُ التَّغْلِيْقَ أَوْلَى بِأَنْ يَمْنَعَ الرُّجُوعَ، وَقَالَ: إِنْ مَنَعَ التَّدْبِيرُ، فَالتَّغْلِيْقُ أَوْلَى، وَإِنْ لَمْ يَمْنَعْ التَّدْبِيرُ، فَفِي التَّغْلِيْقِ وَجِهَانِ، وَالْفَرْقُ أَنْ التَّغْلِيْقَ لَا يَجُوزُ الرُّجُوعُ عَنْهُ بِاللَّفْظِ، وَفِي التَّدْبِيرِ خِلَافٌ، فَكَانَ التَّغْلِيْقُ أَوْلَى.

وعكس آخرون، فقالوا: [إِنْ لَمْ يَمْنَعْ التَّدْبِيرُ] <sup>(١)</sup> فَالتَّغْلِيْقُ أَوْلَى بِالْأَمْنِ الرَّجُوعِ، وَبِهِ أَجَابَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ فِي «الْفُرُوقِ» وَفَرَّقَ بِأَنَّ التَّدْبِيرَ قُرْبَةٌ مَحْضَةٌ، وَتَغْلِيْقُ الْعِتْقِ لَيْسَ عَقْدٌ قُرْبِيٌّ، وَإِنَّمَا يَقْصَدُ بِهِ مَنَعُ أَوْ حَثُّ، وَإِيرَادُ الْكِتَابِ إِلَى هَذِهِ الطَّرِيقَةِ أَقْرَبُ،

(١) سقط في: أ.

وكلام صاحب «التهذيب» يوافق الأول، وقال: المذهب أنه يَمْتَنَعُ الرَّجُوعُ، ولو أوصت للعبد بِعِتْقِهِ، فهل هو كالتدبير في منع الرجوع فيه وجهان: أحدهما: نعم لَتَعَلَّقَ العتق به.

وأظهرهما: وبه أجاب الشيخ أبو حامد لا؛ لأن الإيضاء ليس عَقْدَ قُرْبَى، بخلاف التدبير.

والرابع: هل يمنع التدبير رجوع البائع، فيما إذا باع عبداً بثوب، وتقابضا، ودبّر المشتري العبد، ثم وجد البائع بالثوب غيباً، وكذلك هل يَمْتَنَعُ رجوع الواهب فيه وجهان؛ تفریباً على قولنا: إنه يمنع التَّشْطُرُ. أحدهما: أنه يمنعهما، كما يمنع التَّشْطُرُ.

وأصحهما: لا، بل له الرجوع، وَيَنْتَقِضُ التدبير لِقُوَّةِ الفسخ، ولذلك تمنع الزِّيَادَاتُ الْمُتَّصِلَةُ التَّشْطُرِ، ولا تمنع الفسخ.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: (الثالثة) لَوْ أَضَدَّقَهَا صَيِّدًا وَالزَّوْجَ مُحْرِمًا عِنْدَ الطَّلَاقِ لَمْ يَمْتَنِعْ رُجُوعُ النِّصْفِ عَلَى وَجْهِ لَأَنَّهُ مِلْكٌ قَهْرِيٌّ كَالِإِزْتِ، ثُمَّ إِنَّ عَلَبْنَا حَقَّ اللَّهِ تَعَالَى وَجَبَ الْإِزْسَالُ وَعَلَيْهِ قِيمَةٌ نِصْفِهَا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قد سبق في «كتاب الحج» ذكر الخلاف أن المحرم إذا اشترى صيداً برياً، أو اتَّهَبَهُ هل يملكه، والخلاف في أن من أحرَمَ وفي ملكه صيداً، هل يزول ملكه عنه؟ وأن الإحرام لا يمنع ملكه بالإزت، وفيه شيء ضعيف إذا تدكرت ذلك، فلو أضدقها صيداً، ثم أحرَمَ، ثم ارتدت المرأة، فيعود الصداق إلى ملكه؛ لأنه لا اختيار له، فأشبهه لإزت، وليجىء فيه الوجه المذكور في الإزت، وإن طلقها قبل الدخول، وهو مُحْرِمٌ، وهذه مسألة الكتاب، فينبغي على أن نصف الصداق يعود إلى الزوج بنفس الطلاق، أم باختيار التملك، وهذا أصل قد تقدم.

فإن قلنا باختيار التملك، فليس له اختيار الصيد ما دام مُحْرِمًا، وإن فعل كان كما لو اشترى صيداً. وإن قلنا بنفس الطلاق، ففي عود النصف إليه وجهان:

أحدهما: لا يعود وينتقل حقه إلى القيمة؛ لأن المحرم لا يملك الصيد بالاختيار، والطلاق يتعلق باختياره.

وأظهرهما: أنه يعود؛ لأن الطلاق لا ينشأ لاجتلاب الملك، وإنما العقد فيه الفراق، وعود النصف إلى الزوج رتبته الشرع عليه قهراً، فكان كالإزت.

وفي «الشامل» و«التتمة»: بناء عود الملك في النصف؛ على أن الملك في الصيد

هل يَزُولُ بالإحرام، إن قلنا: يزول، فلا يَعُودُ النصف إليه، بل يَنْتَقِلُ حَقُّهُ إلى القيمة، وإن قلنا: لا يَزُولُ، فَيَعُودُ، ولا بد من اطرَادِ الخِلافِ، هذا في عَوْدِ الكُلِّ بالرَّذَّةِ، وإذا عاد الكُلُّ بالرَّذَّةِ، إليه، فيجب عليه إِزْسَالُهُ، فإن المَحْرَمَ مَمْنُوعٌ من إِمْسَاكِ الصَّيْدِ هكذا ذكر الشيخ أبو علي، وغيره في هذه المَسْأَلَةِ، وهو وَجْهُ قد ذَكَرْنَاهُ في كتاب «الحج»، تَفْرِيعاً على أن المحرم يَرِثُ الصَّيْدَ باختياره وقد حَكَمْنَا أن بَعْضَهُمْ قال: يَزُولُ مِلْكُهُ، كم ورث، وهو المذكور في الكتاب هُنَاكَ، ولا فَرْقَ بين البَائِنِ، وإذا عاد النُّصْفُ بالطلاق، وقلنا بوجوب الإزسال، ولم تَقُلْ بِزَوَالِ المِلْكِ، ولا يكن إِزْسَالُ النُّصْفِ إلا بِإِزْسَالِ الكُلِّ، فخرج مَخْرَجُونَ وَجُوبِ الإزْسَالِ على الأقوال، فيما إذا أزدَحَمَ حَقُّ اللّهِ - تعالى - وحق الآدمي، إن قَدَمْنَا حَقَّ الله - تعالى - وَجَبَ عليه الإزسال، وُعْرِمَ نصف القيمة لها، وإن قَدَمْنَا حَقَّ الآدمي لم يَجْزِ الإزسال، وعليه نِصْفُ الجَزَاءِ لو تَلَفَ في يده، أو في يدها، وإن سَوَّيْنَا فَالْخَيْرَةُ إِلَيْهِمَا، فإن اتَّفَقَا على الإزسال، عُزِمَ لها النصف، وإلا بقي مُشْتَرَكاً بينهما، وهو في ضَمَانِ نِصْفِ الجَزَاءِ، وفيه كَلَامَانِ:

أحدهما: أنه قد يُسْتَبَعَدُ التَخْرِيجُ على الأقوال المذكورة؛ لأن الأقوال فيما إذا أزدَحَمَ حَقُّ الله تعالى - وحق الآدمي على مَحَلِّ وَاحِدٍ، كإزْدِحَامِ الزَّكَاةِ والذُّيُونِ في التركة، وما هنا النُّصْفُ الذي تَمْلِكُهُ المَرْأَةُ لا أزدِحَامَ فيه، فإنها غير مُحْرَمَةٍ، وليس على المُحْرَمِ إِزْسَالُ مِلْكِ الغَيْرِ، وإذا تَضَمَّنَ إِزْسَالُهُ مِلْكَ نَفْسِهِ تَفَوَّيْتُ مِلْكِ الغَيْرِ، وَجَبَ أن يُنَمَّعَ منه، وهذا ما ذكره الشَّيْخُ أبو علي في الشَّرْحِ.

والثاني: لأننا إذا أَوْجَبْنَا الإزْسَالَ، كان هذا شَبِيهاً بِسِرَايَةِ العَتَقِ إلى نصيب الشريك، فَيُخْتَصَّصُ بالمُوسِرِ كَالسَّرَايَةِ.

قال الغزالي: (الفصل الرابع في هبة الصداق من الزوج) وذلك ينفذ في الدين بلفظ العفو والإبراء، ولا حاجة إلى القبول، وينفذ بلفظ الهبة ويحتاج إلى القبول على أحد الوجهين، ولفظ العفو والإبراء لا يزيل الملك في العين، وليس للولي العفو عن صداق الصغيرة على الجديد، وفي القديم له ذلك إن كان مُجْبِراً ولم تكن مُسْتَقْبَلَةً وَجَرَى بَعْدَ الطَّلَاقِ وَقَبْلَ الدُّخُولِ.

قال الرافعي: الفصل مَعْقُودٌ لِبَيَانِ حُكْمِ الشُّطْرِ، فيما إذا وَهَبَتِ الصَّدَاقَ من الزَّوْجِ، ثم طَلَّقَهَا قبل الدخول، وهو مُصَدَّرٌ بِبَيَانِ قَاعِدَتَيْنِ مُسْتَمَدَّتَيْنِ من قوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَغْفُونَ أَوْ يَغْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ يَغْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى﴾ [البقرة: ٢٣٧].

ومعنى الآية: أن الصَّدَاقَ يُنْصَفُ بالطلاق قبل الدخول، إلا أن تَغْفُوَ الزَّوْجَةَ

وَتَبَرَّعَ بِحَقِّهَا، فَيَعُودُ جَمِيعُ الصَّدَاقِ إِلَى الزَّوْجِ، وَاخْتَلَفُوا فِيهِ عُنْدَ النِّكَاحِ، فَقَالَ فِي الْقَدِيمِ: المُرَادُ مِنَ الوَلِيِّ، وَالْمَعْنَى إِلَّا أَنْ تَعْفُو المَرْأَةُ إِنْ كَانَتْ مِنْ أَهْلِ العَفْوِ، أَوْ وَلِيِّهَا إِذَا لَمْ تَكُنْ مِنْ أَهْلِ العَفْوِ، فَيَعُودُ جَمِيعُ الصَّدَاقِ إِلَى الزَّوْجِ، وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ، وَيُرْوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - وَوَجَّهَ بِأَنَّ أَوَّلَ الآيَةِ خِطَابٌ لِلزَّوْجِ، فَلَوْ أَرَادَ بِمَنْ بِيَدِهِ عُنْدَ النِّكَاحِ الأزواجَ، لَمَا عَدَلَ مِنَ المُخَاطَبَةِ إِلَى الغَيْبَةِ بَلْ قَالَ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ تَعْفُوا أَنْتُمْ.

وقال في الجديد: المُرَادُ مِنَ الزَّوْجِ، وَالْمَعْنَى: أَوْ يَعْفُوا الزَّوْجُ عَنْ حَقِّهِ فَيَخْلُصَ لَهَا جَمِيعُ الصَّدَاقِ، وَلَا يَتَّبَعُ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَيُرْوَى عَنْ عَلِيِّ - كَرَّمَ اللَّهُ وَجْهَهُ - وَوَجَّهَ القِيَاسُ البَيْنُ، وَهُوَ أَنَّ الوَلِيَّ لَا يُسْقِطُ حَقَّ المَوْلَى عَلَيْهِ، إِذَا عُرِفَ ذَلِكَ، فَالقَاعِدَةُ الأُولَى فِي أَلْفَاظِ التَّبَرُّعِ مِنَ الزَّوْجِ، أَوِ الزَّوْجَةِ، وَالوَاجِبُ عِنْدَ الطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ، إِمَّا أَنْ يَكُونَ دَيْنًا أَوْ عَيْنًا، وَالدَّيْنُ قَدْ يَكُونُ فِي ذِمَّةِ الزَّوْجِ، بِأَنْ أَصْدَقَهَا فِي الأَصْلِ دَيْنًا، وَقَدْ يَكُونُ فِي ذِمَّتِهَا بِأَنْ أَقْبَضَهَا الصَّدَاقَ، وَكَانَ عَيْنًا أَوْ دَيْنًا، فَتَصَرَّفَتْ فِيهِ، وَاسْتَهْلَكْتَهُ، فَيَنْظُرُ إِنْ تَبَرَّعَ مُسْتَحِقُّ الدَّيْنِ بِإِسْقَاطِهِ، نَقَذَ بِلَفْظِ العَفْوِ وَالإِبْرَاءِ وَالإِسْقَاطِ وَالتَّرْكِ.

وحكى الحناطي وَجْهَيْنِ فِي أَنْ لَفْظَ التَّرْكِ صَرِيحٌ أَوْ كِنَايَةٌ، وَلَا حَاجَةَ [فِي هَذِهِ الأَلْفَاظِ] <sup>(١)</sup> إِلَى قَبُولِ مَنْ عَلَيْهِ عَلَى المَذْهَبِ.

وفيه وجه مذكور في باب الضَّمانِ، وَيَنْفَذُ بِلَفْظِ الهِبَةِ وَالتَّمْلِيكِ، وَفِيهِمَا وَجْهٌ آخَرٌ حَكَاهُ ابْنُ كَعْبٍ <sup>(٢)</sup> وَالظَّاهِرُ الأَوَّلُ، وَهَلْ يَحْتَاجُ اللَّفْظَانُ إِلَى القَبُولِ فِيهِ وَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا: نَعَمْ، كَمَا لَوْ اسْتُعْمِلَا فِي الأَعْيَانِ.

وأظهرهما: وَهُوَ المَذْكَورُ فِي «التَّهْذِيبِ» - المَنْعُ؛ اعْتِمَادًا عَلَى حَقِيقَةِ التَّصَرُّفِ، وَهِيَ الإِسْقَاطُ، وَإِنْ تَبَرَّعَ مِنْ فِي ذِمَّتِهِ بِالنُّصْفِ الآخَرَ، فَالطَّرِيقُ أَنْ يَنْقُلَهُ وَيَمْلِكُهُ وَيَقْبَلُهُ صَاحِبُهُ، وَيَقْبِضُهُ، فَإِنَّهُ ابْتِدَاءٌ هِبَةٌ مِنْهُ، فَلَا يَنْتَظِمُ لَفْظُ العَفْوِ وَالإِبْرَاءِ مِنْ جِهَتِهِ، نَعَمْ لَوْ كَانَ الصَّدَاقُ فِي ذِمَّةِ الزَّوْجِ، وَقَلْنَا: إِنَّهُ لَا يَتَشَطَّرُ بِنَفْسِ الطَّلَاقِ، وَلَكِنْ لَهُ اخْتِيَارُ التَّمْلِكِ، فَإِذَا قَالَ: عَفَوْتُ سَقَطَ خِيَارُهُ، كَمَا لَوْ عَفَا عَنْ الشُّفْعَةِ تَسْقُطًا، وَيَبْقَى جَمِيعُ الصَّدَاقِ فِي ذِمَّتِهِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ الصَّدَاقُ عَيْنًا، فَالتَّبَرُّعُ فِيهَا هِبَةٌ مِمَّنِ المَالُ فِي يَدِهِ.

فَأَمَّا إِنْ كَانَ فِي يَدِ المُتَبَرِّعِ، فَلَا بَدَّ مِنَ الإِيجَابِ وَالقَبُولِ وَالقَبْضِ، وَإِنْ كَانَ فِي يَدِ الآخَرِ، فَهُوَ هِبَةٌ المَالُ فِي يَدِهِ فَتَعْتَبَرُ مَدَّةُ إِمْكَانِ القَبْضِ، وَهَلْ يَحْتَاجُ إِلَى إِذْنِ جَدِيدٍ فِي القَبْضِ بِهَذِهِ الجِهَةِ؟ فِيهِ خِلَافٌ قَدْ سَبَقَ فِي «كِتَابِ الرَّهْنِ»، وَإِذَا كَانَتِ العَيْنُ عِنْدَ

(٢) فِي ب: القَاضِي ابْنِ كَعْبٍ.

(١) سَقَطَ فِي: أ.

الطَّلَاقِ فِي يَدِ الزَّوْجِ، فَذَلِكَ قَدْ يَكُونُ بَعْدَ مَا قَبَضَهَا، وَقَدْ يَكُونُ بِاسْتِمْرَارِ يَدِهِ الَّتِي كَانَتْ قَبْلَ الْإِضْطِاقِ، وَعَلَى التَّقْدِيرِ الثَّانِي يَزِيدُ النَّظْرُ فِي أَنْ تَبْرُعَهَا كَهَيْبَةِ الْمَبِيعِ مِنَ الْبَائِعِ، قَبْلَ الْقَبْضِ إِذَا قُلْنَا: إِنَّ الصَّدَاقَ فِي يَدِهِ مَمْضُونًا ضَمَانَ الْعَقْدِ وَالتَّبْرُعِ فِي الْعَيْنِ تَنْفُذُ بِلَفْظِ الْهَيْبَةِ وَالتَّمْلِيكِ، وَلَا يَنْفُذُ بِلَفْظِ الْإِبْرَاءِ وَالْإِسْقَاطِ، وَفِي لَفْظِ الْعَفْوِ وَجِهَانِ:

أحدهما: أنه لا مجال له في الأعيان، كالإبراء، وهذا ما أوردته صاحب الكتاب.

والثاني: وهو الأصح عند الشنخ الفراء والمتولي أنه يجوز استعماله في الصداق، لظاهر القرآن، فطرد الحناطي وجهين في الإبراء والإسقاط، وهذا في تبرع الزوجة على الزوج، وفي تبرع الزوج عليها إذا ملكناه النصف بنفس الطلاق، أما إذا قلنا: إن له خيار التملك، فيعتبر لفظ العفو في إسقاط الخيار، ويبقى الجميع على ملكها.

**القاعدة الثانية:** اختلف قول الشافعي - رضي الله عنه - في أن الولي هل له العفو عن صداق موليته؛ بناء على الخلاف السابق، في قوله تعالى: ﴿أَوْ يَغْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ [البقرة: ٢٣٧] فالجديد المنع، والقديم أن له ذلك، ولكن بشروط:

أحدها: أن يكون الولي أباً أو جداً، فأما غير الأب والجد، فليس له العفو؛ لقصور شفقتة، ولأنه لا يلي التصرف النافع في مالها، فأولى ألا يلي إسقاطه.

والثاني: أن تكون المولية بكرة عاقلة صغيرة، أما الثيب فلا يجوز العفو عن صداقها؛ لأن الولي لا يستقبل بنكاحها، فليست بيده عقدة النكاح، وفيه وجه آخر والظاهر الأول.

وفي المجنونة وجهان:

أحدهما: الجواز؛ لإطلاق الآية.

وأظهرهما: وهو الجواب في «التهديب» وغيره المنع؛ لأنه يُزجى في العفو عن صداق العاقلة ترغيب الخاطبين فيها، وتخليصها ممن هي في نكاحه؛ ليتزوجها من هو خير منه، والمجنونة لا تكاد يُرغب فيها، فلا معنى، لإسقاط حقها الثابت لأمر لا يكاد يحصل. قال في «التتمة»: وكذا البالغة المخجور عليها بالسنة، وأما العاقلة البالغة البكر، ففيها وجهان:

أحدهما: جواز العفو عن صداقها؛ لأن الأب والجد يستقلان بنكاحها استقلالهما بنكاح الصغيرة.

وأصحهما: المنع؛ لأن التصرف والنظر في مالها إليها، لا إلى الولي، وبنى أبو الفرج الزاز الوجهين على اختلاف الأصحاب، في أنه لو ملك العفو في الصغيرة، فمن قائل إن المهر مال اكتسبه لها، فإذا أسقطه فكأنه لم يكتسب، ومن معلن بأن مالها تحت



يَدِيهِ، وَنَظَرِهِ، فَيَأْتِي فِيهِ بِمَا يَسْتَضْوِيهِ، وَيَرَاهُ مَصْلَحَةً لَهَا، وَيَقْرُبُ مِنْ هَذَا وَجْهَانِ<sup>(١)</sup>، ذَكَرَهُمَا صَاحِبُ «التَّمَةِ» فِيمَا إِذَا زَوَّجَهَا الْأَبُ، وَمَاتَ، وَأَرَادَ الْجَدُّ الْعَفْوُ، فَفِي وَجْهِ لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ الْمَالَ لَمْ يَخْضُلْ بِكَسْبِهِ، وَفِي وَجْهِ يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ تَحْتَ تَصَرُّفِهِ، وَفِيهِ نَظَرٌ.

وَالثَّالِثُ: أَنْ يَكُونَ بَعْدَ الطَّلَاقِ، أَمَّا الْعَفْوُ قَبْلَهُ، فَلَا يَصِحُّ؛ لِأَنَّ الزَّوْجَ قَدْ يَدْخُلُ بِهَا بَعْدَ الْعَفْوِ، فَيَفُوتُ مَنَفَعَةُ الْبُضْعِ عَلَيْهَا بِلَا عَوْضٍ، وَفِيمَا عُلِقَ عَنِ الْإِمَامِ أَنَّ الشَّيْخَ أَبَا مُحَمَّدٍ جَوَّزَ الْعَفْوَ قَبْلَ الطَّلَاقِ، إِذَا رَأَى الْوَلِيَّ الْمَصْلَحَةَ فِيهِ.

وَالرَّابِعُ: أَنْ يَكُونَ قَبْلَ الدُّخُولِ، أَمَّا بَعْدَهُ فَلَا يَجُوزُ الْعَفْوُ لِقَوَاتِ مَنَفَعَةِ الْبُضْعِ عَلَيْهَا بِاسْتِيفَائِهِ.

الخَامِسُ: أَنْ يَكُونَ الصَّدَاقُ دَيْنًا فِي ذِمَّةِ الزَّوْجِ، أَمَّا إِذَا أَصْدَقَهَا عَيْنًا أَوْ دَيْنًا وَقَبَضْتَهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ الْعَفْوُ، لِاخْتِيَاءِ الْيَدِ عَلَيْهِ، وَكَمَالِ الْمَلِكِ فِي الْعَيْنِ.

وَعَنِ الشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ التَّنَوِيَّةِ بَيْنَ الْعَيْنِ وَالذِّينِ، وَلَوْ أَرَادَ الْوَلِيُّ مُخَالَعَةَ الصَّغِيرَةِ عَلَى نِصْفِ الصَّدَاقِ الَّذِي يَسْتَحِقُّهُ، فَيَبْنِي ذَلِكَ عَلَى جَوَازِ الْعَفْوِ، إِنْ جَوَّزَنَاهُ صَحَّتِ الْمُخَالَعَةُ هَكَذَا ذَكَرَ صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ»<sup>(٢)</sup> وَغَيْرُهُ.

وَفِي «الْوَسِيطِ»: حِكَايَةٌ وَجْهَيْنِ فِي صِحَّةِ الْخُلْعِ، مَعَ التَّفْرِيعِ عَلَى صِحَّةِ الْعَفْوِ.

وَقَالَ: الظَّاهِرُ الْمَنْعُ وَالْأَشْبَهُ الْأَوَّلُ.

وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «لَهُ ذَلِكَ إِنْ كَانَ مُجْبِرًا» يَفِيدُ التَّخْصِيسَ بِالْأَبِ وَالْجَدِّ، وَبِحَالَةِ الْبَكَارَةِ، فَإِنَّ الْإِجْبَارَ حَيْثُذَ يَتَحَقَّقُ.

وَقَوْلُهُ: «وَلَمْ تَكُنْ مُسْتَقْلَلَةً» أَي: بِأَمْرِ مَالِهَا، وَتَخْرُجُ عَنْهُ الْبِكْرُ الْبَالِغَةُ، حَتَّى لَا يَجُوزَ الْعَفْوُ عَنْ مَهْرِهَا، عَلَى مَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ أَصَحُّ الْجَوَابِينَ فِيهَا، لَكِنْ يَدْخُلُ فِيهِ الْمَجْتُونَةُ، وَقَدْ تَقَدَّمَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ الْعَفْوُ عَنْ مَهْرِهَا أَيْضًا، وَلَمْ يَتَّعَرَّضْ فِي الشَّرْطِ لَكُونَ الطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ، وَلَا بَدَمَنْهُ.

وَأَمَّا كَوْنُهُ دَيْنًا، فَيُمْكِنُ أَنْ يُسْتَفَادَ مِنْ لَفْظِ الْكِتَابِ فَإِنَّهُ قَالَ: «وَفِي الْقَدِيمِ لَهُ ذَلِكَ» وَهُوَ رَاجِعٌ إِلَى الْمَذْكُورِ أَوَّلًا، وَهُوَ قَوْلُهُ: «الْعَفْوُ عَنِ صَدَاقِ الصَّغِيرَةِ»، وَلَفْظُ الْعَفْوِ يَخْتَصُّ بِالذِّينِ، عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي أَوْرَدَهُ فِي الْكِتَابِ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: ثُمَّ إِذَا وَهَبَتْ مِنَ الزَّوْجِ قَبْلَ الطَّلَاقِ فَفِي رُجُوعِهِ بِنِصْفِ الْقِيَمَةِ

(١) أي تفرعاً على القديم وجهان، سكت عن الترجيح.

قال الشيخ البلقيني: الأصح أن له العفو في المتعة.

(٢) في ب: التمة.

قَوْلَانِ، وَإِنْ رَجَعَ بِالْإِبْرَاءِ فَقَوْلَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوْلَى بِأَنْ لَا يَزْجَعَ، وَإِنْ كَانَ دَيْنًا فَوَهَبَتْ مِنْهُ  
قَوْلَانِ وَأَوْلَى بِالرُّجُوعِ، فَإِنْ مَنَعْنَا الرُّجُوعَ جَعَلْنَا الْهَبَةَ كَالْتَعْجِيلِ إِلَيْهِ بِالصَّدَاقِ وَيَجْرِي  
القَوْلَانِ فِي الرُّجُوعِ بِحُكْمِ الفُسُوحِ بَعْدَ أَتْهَابِ المَرْجُوعِ فِيهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا وَهَبَتْ الصَّدَاقَ المُعَيَّنَ مِنْ زَوْجِهَا، طَلَقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ،

فقولان:

القديم: وَاحِدُ قَوْلِي الجَدِيدِ، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ، وَأَبُو حَنِيفَةَ، وَكَذَلِكَ أَحْمَدُ فِي  
أَصْحَحِ الرِّوَايَتَيْنِ: أَنَّهُ لَا يَزْجَعُ عَلَيْهَا بِشَيْءٍ<sup>(١)</sup>؛ لِأَنَّهَا عَجَلَتْ لَهُ مَا يَسْتَحِقُّهُ بِالطَّلَاقِ، فَلَا  
تَبْقَى المَطَالَبَةُ عِنْدَ الطَّلَاقِ، فَهَذَا كَمَا أَنَّ مِنْ عَجَلٍ [الزكاة قبل الحول لا يطالب به عند  
الحول، وكالمديون إذا عجل]<sup>(٢)</sup> الدَّيْنَ المَوْجَلَّ لَا يُطَالَبُ بِهِ عَنِ المَحَلِّ، وَهَذَا مَا  
اخْتَارَهُ المُرْزِيُّ.

والثاني: أَنَّهُ يَزْجَعُ عَلَيْهَا بِنُصْفِ بَدَلِهِ، إِمَّا المِثْلُ أَوْ القِيمَةُ<sup>(٣)</sup> لِأَنَّهُ مَلِكٌ جَدِيدٌ، حَصَلَ  
لَهُ قَبْلَ الطَّلَاقِ، فَلَا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ عِنْدَ الطَّلَاقِ، كَمَا لَوْ انْتَقَلَ إِلَيْهِ مِنْ أَجْنَبِيٍّ، أَوْ بَاعَهُ مِنْهُ،  
وَلِأَنَّهَا صَرَفَتْ الصَّدَاقَ بِتَصَرُّفِهَا إِلَى جِهَةٍ مَضْلَحَتِهَا، فَاشْبَهَ مَا إِذَا وَهَبَتْهُ مِنْ أَجْنَبِيٍّ.

وأصح القولين عند صاحب «التهذيب» الأول، والأكثر على تزجيح الثاني؛  
منهم العراقيون، والإمام، والقاضي الروياني، وهذا إذا كانت<sup>(٤)</sup> قد قبضت العين  
المُضَدَّقَةَ، ثُمَّ وَهَبَتْهَا مِنْهُ، وَإِنْ وَهَبَتْ قَبْلَ القَبْضِ زَادَ نَظْرَانِ:

أحدهما: أَنَا إِذَا قُلْنَا: الصَّدَاقُ مَضْمُونٌ فِي يَدِ الزَّوْجِ ضَمَانَ العَقْدِ [كَانَ مَا]<sup>(٥)</sup>  
وهبته قبل القبض كهبه المبيع من البائع، وبيعه منه قبل القبض، وفيه خلاف، ثم هذه  
تكون هبة الشيء ممن في يده، وفيما يلزم به هذه الهبة ما سبق في موضعه.

والثاني: حَكَى الحَنَاطِيُّ طَرِيقَةً قَاطِعَةً فِي هَذِهِ الحَالَةِ أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِشَيْءٍ،  
كَمَا سَنَدَّكُرُهُ فِيمَا إِذَا كَانَ الصَّدَاقُ دَيْنًا، فَأَبْرَأَتْهُ عَنْهُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَدْخُلْ فِي يَدِهَا شَيْءٌ،  
وَالظَّاهِرُ التَّسْوِيَةُ بَيْنَ حَالَتِي وَجُودِ القَبْضِ وَعَدَمِهِ فِي طَرْدِ القَوْلَيْنِ، وَلَوْ كَانَ الصَّدَاقُ  
دَيْنًا، فَأَبْرَأَتْهُ عَنْهُ تَرْتَّبَ ذَلِكَ عَلَى هَبَةِ العَيْنِ إِنْ قُلْنَا: لَا يَرْجِعُ فِي العَيْنِ فَهِيَنا أَوْلَى، وَإِنْ  
قُلْنَا: يَرْجِعُ هُنَاكَ، فَهِيَ هُنَا قَوْلَانِ، وَإِنْ شئت قلت في صورة الإبراء طريقان:

(١) لأنها عجلت له ما يستحق بالطلاق، فأشبه تعجيل الدين قبل الدخول ومنع الأظهر كونه تعجيلاً  
لحقه، فإنه لو صرح بالتعجيل لم يصح.

(٢) سقط في: أ.

(٣) لأنه ملك المهر قبل الطلاق من غير جهة الطلاق.

(٤) سقط في: أ. (٥) سقط في: أ.

أحدهما: طَرَدُ قَوْلِي الْهِبَةِ.

والثاني: الْقَطْعُ بِعَدَمِ الرَّجُوعِ<sup>(١)</sup>، والفرق أنها لم تأخذ منه مالا، ولم تَحْصُلْ على شيء، ثم اتفق الْمُثْبِتُونَ للقولين، على أن الظاهرَ ما هنا عَدَمُ الرجوع، ولو وَهَبَتِ الدين منه، فهذه الصُّورَةُ أَوْلَى بالرجوع من صُورَةِ الإِبْرَاءِ نظر إلى لَفْظِ الْهِبَةِ، والظاهر اعتبار الْحَقِيقَةِ، وأن الْحُكْمَ كما في لَفْظِ الإِبْرَاءِ، ولو قبضت الدَّيْنُ، ثم وَهَبَتْ منه، ثم طَلَّقَهَا قبل الدُّخُولِ، فالحكم كما في هِبَةِ الْعَيْنِ، قال في «التتمة»: هذا إذا قلنا: إنه لو طَلَّقَهَا والمقبوض في يدها وملكها، يتعين حقه فيه، أما إذا قلنا: لا يَتَعَيَّنُ، فله الرَّجُوعُ قَوْلًا واحداً.

وعند أبي حنيفة: إن كان ذلك من المِثْلِيَّاتِ، رجع، وإن كان من المَتَقَوِّمَاتِ لم يرجع، فَرَقًا بأن المَسْتَوْفَى من المَتَقَوِّمَاتِ عِنْبَهُ الصِّدَاقُ؛ لأن المتقومات لا مِثْلَ لها، وفي المِثْلِيَّاتِ المَسْتَوْفَى مِثْلُ الصِّدَاقِ لا عَيْنُهُ.

— ولو وهبت له الصداق، ثم ازْدَدَتْ قبل الدُّخُولِ، أو فَسَخَ أَحَدُهُمَا بِعَيْبِ الْآخَرِ، قبل الدخول، ففي الرجوع في الكل مثل الخِلاَفِ المذكور في الرَّجُوعِ في النُّصْفِ عند الطلاق. ولو باع عبداً بِجَارِيَةٍ، وهب الجارية من بائعها، ثم وَجَدَ بِأَيْعُهَا بِالْعَبْدِ عَيْباً وأراد رَدَّهُ بِالْعَيْبِ، ففي تَمَكُّنِهِ منه، ومن الْمُطَالَبَةِ بِقِيَمَةِ الْجَارِيَةِ وَجْهَانِ مَأْخُودَانِ من مسألة هِبَةِ الصِّدَاقِ قبل الطَّلَاقِ، ويجريان في تَمَكُّنِهِ من طَلَبِ الْأَرْضِ، إذا أُطْلِعَ على عَيْبِ الْعَبْدِ بعد هَلَاكِهِ، أو كان به عَيْبٌ حَادِثٌ مَانِعٌ من الرَّدِّ، ولو أَبْرَأَ السَّيِّدُ الْمُكَاتَبَ عن التُّجُومِ، وَعُتِقَ، فهل له مُطَالَبَةُ السَّيِّدِ بِالْإِبْتِءِ؟.

فيه مثل هذا الخِلاَفِ، وإذا وَهَبَ المشتري المَبِيعَ من البائع، ثم أَفْلَسَ بِالثَّمَنِ، فللبائع المَضَارَبَةُ مع الغُرْمَاءِ، بلا خلاف؛ لأن المَوْهُوبَ غير المستحق، وهو الثَّمَنُ، وفي الصورة المتقدمة الموهوب أولاً هو المُسْتَحَقُّ ثانياً، فجعلت الهبة تَعْجِلاً على قول، وطَرَدَ الحنَاطِيُّ الخِلاَفَ في مسألة المُفْلِسِ.

ولو ادعى عَيْناً في يد إنسان، وأقام شاهدين، وحُكِمَ له بالمُدَّعَى، وسلم إليه، فوهبه من المدعى عليه، ثم رَجَعَ الشَّاهِدَانِ عن الشهادة، وقلنا بتَغْرِيمِ شُهُودِ الْمَالِ، ففي تَغْرِيمِ المدعى عليه الشَّاهِدِينَ، والصورة هذه - طريقان مَثْقُولَانِ في «التتمة».

أحدهما: أنه على وجهين؛ أخذاً من مسألة الصِّدَاقِ.

الثاني: الْقَطْعُ بِالْمَنْعِ؛ لأن المدعى عليه لا يَقُولُ بحصول المِلْكِ بِالْهِبَةِ، بل يَزْعُمُ دَوَامَ المِلْكِ السابق والذي كان، وفي الصداق زال ملكه حَقِيقَةً، وعاد بالهِبَةِ<sup>(٢)</sup>.

(١) لأنها لم تأخذ منه مالا ولم تحصل منه على شيء بخلافها على هبة العين.

(٢) قال النووي: هذا الثاني هو الصحيح.

وقوله: «ففي رُجوعِهِ بِنِصْفِ الْقِيَمَةِ» أي إن كان الصَّدَاقُ شَيْئاً مُتَقَوِّماً، فإن كان مِثْلِيّاً، فالخلاف في الرُّجُوعِ بِنِصْفِ المِثْلِ. وقوله: «فإن منعنا الرجوع جَعَلْنَا الهِبَةَ كالتعجيل» ليس لِتَفْرِيعِ الحُكْمِ على منع الرجوع، وإنما الغَرَضُ التَّيْبِيَةُ على مَأْخِذِ القَوْلِ.

### «فرع»

حكى أبو سعد المتولي وَجْهَيْنِ فيما إذا وَهَبَتِ الصَّدَاقَ من الزوج على أنه لو طَلَّقَهَا كان ذلك عما يستحق بالطلاق.

أحدهما: أنه تَقَسَّدَ الهِبَةُ، ويبقى الصَّدَاقُ على مِلْكِهَا، فإذا طَلَّقَ تَشَطَّرَ.

والثاني: تَصِحَّ الهِبَةُ، ولا رُجُوعَ له [بالطلاق] <sup>(١)</sup> كما لو عجل الرِّكَاتَةَ، وقال: هذه رِكَاتِي المَعْجَلَةُ، وليكن الوَجْهَانِ مَبْنِيَيْنِ على أن الهِبَةَ المطلقة، هل تمنع الرُّجُوعَ؟ إن قلنا: تمنع، فهذا تَضْرِيحٌ بمقتضى الهِبَةَ، فتصح، ولا رُجُوعَ وإن قلنا: لا تمنع فَسَدَتِ الهِبَةُ بالشرط الفاسِدِ.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (فَرَعَانِ: أَحَدُهُمَا) لَوْ وَهَبَتْ مِنْهُ نِصْفَ الصَّدَاقِ ثُمَّ طَلَّقَهَا، فَإِنْ قُلْنَا: الهِبَةُ لَا تَمْنَعُ الرُّجُوعَ فِي كَيْفِيَّةِ رُجُوعِهِ بِالنِّصْفِ ثَلَاثَةَ أَقْوَالٍ: (أَحَدُهَا): أَنَّ لَهُ النِّصْفَ البَاقِي وَتَنَحَّصِرُ هِبَتُهَا فِي نِصْبِهَا (وَالثَّانِي): أَنَّهُ يَشِيْعُ فَلَهُ نِصْفُ مَا بَقِيَ وَرُبْعُ قِيَمَةِ الجُمْلَةِ (وَالثَّلَاثُ) أَنَّهُ يُخَيَّرُ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ نِصْفِ قِيَمَةِ الجُمْلَةِ حِذَاراً مِنَ التَّبَعِيضِ، وَإِنْ قُلْنَا: الهِبَةُ تَمْنَعُ الرُّجُوعَ فَعَلَى قَوْلِ أَنَحْصَرَتِ الهِبَةُ فِي نِصْبِهِ فَلَا رُجُوعَ، وَفِي قَوْلِ فِي نِصْبِهَا فَلَهُ بَاقِي الصَّدَاقِ، وَفِي قَوْلِ يَشِيْعُ فَلَهُ نِصْفُ البَاقِي.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا وَهَبَتْ مِنْهُ نِصْفَ الصَّدَاقِ، ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِنِهَا ذَلِكَ على مَا إِذَا وَهَبَتْ الكُلَّ، إن قلنا: إن هِبَةَ الكُلِّ لَا تَمْنَعُ الرُّجُوعَ بِالنِّصْفِ فهبة البعض أَوْلَى أَلَا تَمْنَعُ، وإلى مَا يَرْجَعُ؟. فِيهِ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ، كَمَا ذَكَرْنَا فِيهَا إِذَا أَصْدَقَهَا عَبْدَيْنِ، وَتَلَفَ أَحَدُهُمَا عِنْدَهَا، ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ.

أحدهما: أن له النِّصْفَ البَاقِي؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ النِّصْفَ بِالطَّلَاقِ، وَقَدْ وَجَدَهُ، فَيَأْخُذُهُ، وَيُنْحَصِرُ هَا هُنَا فِي نِصْبِهَا.

وَأَظْهَرُهُمَا: أَنَّ لَهُ نِصْفَ البَاقِي، وَهُوَ الرُّبْعُ، وَلَهُ مَعَ ذَلِكَ رُبْعُ بَدَلِ الجُمْلَةِ؛ لِأَنَّ الهِبَةَ وَرَدَتْ على مُطْلَقِ النِّصْفِ، فَيَشِيْعُ.

(١) سقط في: أ.

والثالث: أنه يَتَخَيَّرُ، إن شاء أخذ نِصْفَ بَدَلِ الجملة، وترك الباقي لها، وإن شاء أخذ نِصْفَ الباقي وهو الربع مع رُبْعِ بَدَلِ الجملة؛ لأنه لا بد من الإِشَاعَةِ، وهي تفضي إلى تَبْيِضِ حَقِّهِ، وهذه الأقوال هي بَعَيْنُهَا الأقوال التي جَرَتْ في الرُّكَاةِ، فيما إذا أُصْدِقَ امرأته أَرْبَعِينَ شَاءَ، فَأَخْرَجَتْ واحدة منها للرُّكَاةِ، ثم طلقها قبل الدخول وإن قلنا: إن هِبَةَ الكُلِّ تَمْنَعُ الرُّجُوعَ، فها هنا ثَلَاثَةُ أقوال أيضاً:

أصحهما: عند صاحب «التهذيب»، وهو المَنْصُوصُ في «المختصر»، وبه قال أبو حنيفة: أنه لا يرجع بشيء أيضاً، وحَقُّهُ هو الذي عَجَّلْتَهُ.

والثاني: أن الهِبَةَ تَنْزِلُ على خَالِصِ حَقِّهَا، ويرجع الزوج بجميع النِّصْفِ الباقي.

والثالث: وَيُخَكِّي عن «الإملاء»، وبه قال المزني: أنه يرجع عليها بِنِصْفِ الباقي عندها، وَيُجْعَلُ النِّصْفُ المَوْهُوبُ مَشَاعاً فكانها عَجَّلَتْ نصف حقه، وَوَهَبَتْ منه نِصْفَ حقها الخالص لها.

والقول الثاني تَفْرِيعاً على أن الهِبَةَ تَمْنَعُ الرُّجُوعَ كالأول تَفْرِيعاً على أنها لا تَمْنَعُ، فيحصل في المسألة خَمْسَةُ أقوال، فلو كانت قد وَهَبَتْ منه الثُلُثَ، فإن قلنا: الهِبَةُ لا تمنع الرُّجُوعَ، فله من الباقي النِّصْفُ على القَوْلِ الأول، ونِصْفُ الباقي ربع<sup>(١)</sup> بدل المَوْهُوبِ على الثاني، وَيَتَخَيَّرُ بين نِصْفِ الباقي ربع<sup>(٢)</sup> بَدَلِ المَوْهُوبِ، وبين نصف بَدَلِ الجملة على الثَّالِثِ.

وإن قلنا: يمنع، فعلى الأول يرجع بِرُبْعِ الباقي لِيَتِمَّ له النِّصْفُ، وعلى الثاني يرجع بِنِصْفِ الجملة من الباقي، فيحصل على خَمْسَةِ أَسْدَاسٍ، وعلى الثالث يرجع بنِصْفِ الباقي لا غَيْرَ.

وإن كان الصَّدَاقُ دِيناً فَأَبْرَأَتْهُ عند نِصْفِهِ، ثم طلقها. قال في «التتمة»: إن قلنا: لو أَبْرَأَتْهُ عن الجَمِيعِ يرجع عليها فها هنا يَسْقُطُ عنه النِصْفُ الباقي أيضاً.

وإن قلنا: لا يرجع بشيء، فها هنا وجهان:

أحدهما: أنه لا يَسْقُطُ عنه شيء، فيكون منا أَبْرَأَتْهُ مَحْسُوباً من حقه، كأنها عَجَّلَتْهُ.

والثاني: يبرأ عن نِصْفِ الباقي.

وإذا أَبْرَأَ المشتري<sup>(٣)</sup> عن نِصْفِ الثمن، ثم وَجَدَ المشتري بالمَبِيعِ عَيْباً، وأراد

(١) في أ: ونصف.

(٢) في أ: ونصف.

(٣) في ب: زيادة «قال».

الرَّدِّ، فالحكم كما ذَكَرْنَا في الإِبْرَاءِ عن نصف الصَّدَاقِ، ولو أَبْرَأَهُ عن عُشْرِ الثَّمَنِ، وَأَطْلَعَ على عَيْبٍ قَدِيمٍ، ثم حَدَّثَ عنده عَيْبٌ وَأَرَشَ العَيْبِ القَدِيمِ العُشْرُ، فالظاهر أنه يُطَالِبُ بالأَرْشِ، ولا يَنْصَرِفُ ما أبرأ عنه إلا الأَرْشَ.

ولا يخفى أن لفظ «القيمة» في قوله في الكتاب: «وربع قيمة الجملة» وفيما بعد ذلك مَحْمُولٌ على ما إذا كان الصَّدَاقُ مُتَقَوِّمًا، وإن كان مُثْلِيًّا، فالرجوع إلى المِثْلِ.

قَالَ العَزَالِيُّ: اِخْتَلَعَتِ المَرْأَةُ قَبْلَ المَسِيَسِ بِنِصْفِ الصَّدَاقِ مُطْلَقًا ففِي قَوْلِ يَنْزِلُ عَلَى النِّصْفِ الَّذِي يَبْقَى لَهَا، وَعَلَى قَوْلِ يَشِيعُ فَيَفْسُدُ نِصْفُ الصَّدَاقِ وَيَبْنَى البَاقِي عَلَى تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قد مرَّ في أوَّلِ البَابِ أن الخُلْعَ قَبْلَ الدُّخُولِ يُشَطَّرُ، فَإِنْ خَالَعَ امْرَأَتَهُ قَبْلَ الدُّخُولِ على شيءٍ وَرَاءَ الصَّدَاقِ [فله المسمى، ولها عليه نِصْفُ المَهْرِ، وَإِنْ خَالَعَهَا على جميع الصَّدَاقِ]<sup>(١)</sup> فقد خَالَعَ على مَالِهِ ومَالِهَا لِعَوْدِ النِّصْفِ إِلَيْهِ بالخُلْعِ فتحصل البَيِّنَةُ، وتَبْطُلُ التَّسْمِيَةُ في نِصْبِهَا، وفي نِصْبِهَا قَدْ لا تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ، إن لم نَصْحَحْ، فيبقى لها عليه نِصْفُ الصَّدَاقِ، وفيما له عليها قولان:

أصحهما: مَهْرُ المِثْلِ.

والثاني: مِثْلُ الصَّدَاقِ، أو قيمته، وربما وَقَعَ ذلك في صُورَةِ التَّقَاصُّصِ، وهذان القولانِ المَذْكُورَانِ في أَنَّ الصَّدَاقَ إذا فَسَدَ يكون الرجوعُ إلى مَهْرِ المِثْلِ، أو بَدَلِ المَسْمِيِّ، لا فَرْقَ في ذلك بين الصَّدَاقِ وبَدَلِ الخُلْعِ.

وإن صَحَّحْنَا التَّسْرِيَةَ في نِصْبِهَا، قال الإمام وغيره: يثبت للزَّوْجِ الخِيَارُ إذا كان جاهلاً بالحال من التَّشَطِيرِ والتَفْرِيقِ، فإن فَسَخَ عاد القولانِ في أن الرجوعُ إلى مَهْرِ المِثْلِ أو بَدَلِ المَسْمِيِّ، وإن أجاز، فعلى القولين المذكورين في «البيع» في أن المُشْتَرِي إذا أَجَازَ البَيْعَ فيما يَصِحُّ العَقْدُ فيه، يُجَبَّرُ بكلِ الثَّمَنِ أو بالقِسْطِ، إن قلنا: يُجَبَّرُ بالكلِّ، فلا شيء له سوى النِّصْفِ الذي صَحَّ الخُلْعُ فيه، ولا يرجع عليها بشيء آخر.

وإن قلنا: يجبر بالقِسْطِ، فقد بَطَلَ نِصْفُ البَدَلِ، فيرجع عليها بِنِصْفِ مَهْرِ المِثْلِ في أصحِّ القولين، وبنِصْفِ مِثْلِ الصَّدَاقِ، أو قيمته في القول الآخر، وإن خَالَعَهَا على نِصْفِ الصَّدَاقِ، نظر إن قيد وقال: خَالَعْتُكَ بالنِصْفِ الذي يَبْقَى لك بعد الفِرَاقِ، فهو صَحِيحٌ. وَيَنْزِلُ عن جَمِيعِ الصَّدَاقِ إن كان دَنِيًّا ويعود إليه المَلِكُ في جَمِيعِهِ، إن كان عَيْنًا، وإن أَطْلَقَ، فقولان؛ بناءً على أن تَصَرَّفَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ في النِصْفِ المُطْلَقِ من

(١) سقط في: أ.

العين المشتركة بالسوية ينزل على النصف الذي له أو يشيع؟.

أحد القولين: أنه ينزل على نصيبها، ويكون الحكم كما لو قيد بنصفها.

وأصحهما: عند أكثرهم - أنه يشيع لإطلاق اللفظ، فكأنه خالعهما على نصف نصيبها، ونصف نصيبه، فيبطل في نصف نصيبه، وفي نصف نصيبها القولان إن لم نصح، فيبقى لها عليه نصف الصداق، وله عليها مهر المثل، في أصح القولين ومثل نصف الصداق، أو قيمته في الآخر، وقد يتصور بصورة التقاص.

وإن صح في نصف نصيبها، فلها عليه ربع الصداق، ويسقط الباقي بحكم التشطير، وعوض الخلع، ثم أحد القولين أنه لا يستحق لعوض الخلع، إلا الربع الذي الخلع فيه.

وأظهرهما: أن له مع ذلك نصف مهر المثل، على أصح القولين، وربع مثل الصداق، أو قيمته على القول الثاني، وقد يقع في التقاص، ومن الأصحاب من يحذف النظر إلى خلاف تفريق الصفقة، ويقول: كل الصداق لها، إلى أن يحصل الفراق<sup>(١)</sup> [فيصح لها أن تجعل كله أو نصفه عوضاً، إلا أنه إذا تم الخلع، وحصل الفراق]<sup>(٢)</sup> يسقط النصف، فهو كما لو خالعهما على عين، وتلف نصفها قبل القبض، فيكون الرجوع إلى مهر المثل في قول، وإلى بدل التالف في قول، هذا اختصار ما ذكره الأصحاب في المسألة، وقد تعلقت بأصول مختلف فيها:

أحدها: القولان في الحضر والشروع.

والثاني: القولان في تفريق الصفقة.

والثالث: إن فرقناها، وأثبتنا الخيار فيما صح العقد فيه، فالإجازة تكون بالجميع أو ببعضه.

والرابع: أن بدل الخلع إذا فسد يكون الرجوع إلى مهر المثل، أو بدل المذكور.

### «فرع»

عن ابن سريج أنها لو قالت: خالغيني على ألا تبعه لك في المهر علي، يصح، ويكون معناه على ما سلم لي من المهر.

قال الغزالي: (الفضل الخامس في المتعة) وكل مطلق قبل المسيس لا تستحق شطر المهر فتستحق المتعة، وإن استحق جميع المهر بالمسيس فتستحق المتعة على

(١) سقط في: أ.

أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ مَهْمَا طَلَّقَتْ، وَفِي مَعْنَى الطَّلَاقِ كُلِّ فِرَاقٍ يُوجِبُ التَّشْطِيرَ فَإِذَا لَمْ يَشْطَرِ  
أَقْتَضَى الْمُتَعَةَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْمُتَعَةُ<sup>(١)</sup> اسْمٌ لِلْمَالِ الَّذِي يَدْفَعُهُ الرَّجُلُ إِلَى امْرَأَتِهِ، لِمَفَارَقَتِهِ إِيَّاهَا،  
وَالْفُرْقَةُ نَوْعَانِ: فُرْقَةٌ تَحْصُلُ بِالْمَوْتِ، فَلَا تُوْجِبُ مُتَعَةَ الْإِجْمَاعِ، وَالْمَعْنَى فِيهِ: أَنْ  
الزَّوْجَ لَمْ يُوحِشْهَا، وَإِنَّمَا اخْتَرِمَ، وَسَبَبُ وُجُوبِ الْمُتَعَةِ إِيحَاشُهَا وَابْتِدَالُهَا.

وَفُرْقَةٌ تَحْصُلُ فِي الْحَيَاةِ، كَمَا إِذَا طَلَّقَهَا، فَيَنْظُرُ إِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ، وَقَدْ  
وَجِبَ لَهَا مَهْرٌ بِتَسْمِيَةِ صَحِيحَةٍ، أَوْ فَاسِدَةٍ فِي الْعَقْدِ، أَوْ بِفَرْضِ بَعْدِ الْعَقْدِ، إِذَا كَانَتْ  
مُقَوَّضَةً، فَلَا مُتَعَةَ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَسْتَوْفِ مَنَفَعَةَ بَعْضِهَا، وَتَشَطَّرَ الْمَهْرَ، كَانَ لَهَا لِحَقِّهَا مِنْ

(١) المتعة لغة التمتع أو ما يتمتع به كالمُتَمَتِّع وهو ما يتمتع به من الحوائج، وشرعاً مال يجب على  
الزوج دفعه لامرأته لمفارقتها إياها بشروط.

المطلقة قبل الدخول إن وجب لها مهر بتسمية صحيحة، أو فاسدة أو فرض صحيح، فلا متعة لها  
وإن لم يجب بأن كانت مفوضة، فلها المتعة لقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا  
لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ﴾ ولأن المفوضة لم يحصل لها شيء، فيجب لها  
متعة للإيحاش هذا بالإجماع.

والمطلقة بعده تستحق المتعة بقي المهر أو أسقطت، لقوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾  
وهذا عام في المطلقة بعد الدخول وقبله، وخصوصاً فتعالين أمتعن، وأسرحكن؛ ولأن المهر  
في مقابلة منفعة بضعها، وقد استوفاهما الزوج، فيجب للإيحاش متعة، وتجب المتعة بكل فراق  
يحصل في الحياة من جهته لا بسبب من جهتها كالطلاق.

وكل فراق منها، أو بسببها، فلا متعة لها، وإن لم يجب لها مهر، لأن المهر يسقط بذلك،  
وووجوبه أكد، وتجب المتعة لسيد الأمة، وفي كسب العبد كالمهر، ومعلوم أن السيد لو زوج  
عبدته أمته، ثم فارقتها لا متعة لها، كما لا مهر.

والمستحب في المتعة ثلاثون درهماً، أو ما قيمته ذلك قال البويطي: «وهذا أدنى المستحب،  
وأعلاه خادم، وأوسطه ثوب، ويسن أن لا تبلغ نصف المهر المثل، فإن بلغته أو جاوزته جاز  
لإطلاق الآية».

قال البلقيني: «ولا يزيد وجوباً على مهر المثل، ولم يذكره» ومحل ذلك لأن فإذا فرضها  
الحاكم، وله نظائر منها أن لا يبلغ بالتعزير الحد، ثم إن تراضيا على شيء فذاك ظاهر، وإن  
تنازعا في قدرها قَدَّرَهَا الْقَاضِي بِاجْتِهَادِهِ بِحَسَبِ مَا يَلِيقُ بِالْحَالِ مَعْتَبِراً حَالَهُمَا مِنْ يَسَارِ الزَّوْجِ  
وإِعْسَارِهِ، وَنَسَبِهَا، وَصَفَتِهَا، بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمَقْتِرِ قَدْرَهُ  
وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾ وقيل يعتبر حاله فقط لظاهر الآية كالتفقه، وقيل حالها فقط، لأنها  
كالبديل عن المهر، وهو معتبر وقيل: لا يقدرها بشيء، بل الواجب أقل متمول، كما يجوز جعله  
صداقاً، وفرق بأن المهر بالتراضي، وعلى تقديره، يجب ما يقدره ما لم يخالف المندوب.

لطيفة: متع الحسن السبط - رضي الله عنه - امرأة بعشرة آلاف درهم فقالت: «مَتَاعٌ قَلِيلٌ مِنْ  
حَبِيبِ مُفَارِقٍ».



الابْتِدَالِ، فلا حَاجَةَ إِلَى شَيْءٍ آخَرَ. وَعَنْ ابْنِ سُرَيْجٍ وَغَيْرِهِ إِثْبَاتٌ قَوْلِ آخَرَ: أَنَّ لَهَا الْمُتَعَةَ لِإِطْلَاقِ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلِلْمُطَلَّاقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٤١] وَإِنْ لَمْ يَجِبْ لَهَا شَيْءٌ بِالتَّسْمِيَةِ فِي الْعَقْدِ، أَوْ الْفَرْضِ بَعْدَهُ، فَلَهَا الْمُتَعَةُ قَالَ: اللَّهُ تَعَالَى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً فَمَتَّعُوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٦].

وَعَنْ مَالِكٍ أَنَّ الْمُتَعَةَ لَا تَجِبُ، وَإِنَّمَا هِيَ مُسْتَحَبَّةٌ، فَإِنْ طَلَّقَ بَعْدَ الدُّخُولِ، فَفِي الْمُتَعَةِ قَوْلَانِ: الْقَدِيمِ: وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: أَنَّهَا لَا تَجِبُ؛ لِأَنَّهَا تَسْتَجِبُ الْمَهْرَ، وَالْحَالَةَ هَذِهِ، إِمَّا الْمَسْمُومَةَ، أَوْ مَهْرَ الْمِثْلِ، وَبِهِ عُثَيْبٌ عَنِ الْمُتَعَةِ.

وَالْجَدِيدِ: أَنَّهَا تَجِبُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلِلْمُطَلَّاقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٤١]. وَأَيْضاً فَقَدْ قَالَ تَعَالَى: ﴿فَتَعَالَيْنِ أُمْتِعْكَ وَأَسْرِخْكَ﴾ [الأحزاب: ٢٨] وَكَانَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَدْ دَخَلَ بِهِنَ.

وَعَنْ ابْنِ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - أَنَّ لِكُلِّ مُطَلَّقَةٍ مُتَعَةً، إِلَّا الَّتِي فَرَضَ لَهَا، وَلَمْ يَدْخُلْ بِهَا، فَحَسَبُهَا نِصْفُ<sup>(١)</sup> الْمَهْرِ، وَليست كَالْمُطَلَّقَةِ قَبْلَ الْمَسِيَسِ الْمُسْتَحِقَّةِ لِشَطْرِ الْمَهْرِ، لِأَنَّهُ لَمْ يُسْتَوْفَ مِنْتَعَةٍ بَضْعِهَا، فَيَكْفِي شَطْرُ الْمَهْرِ لِلِإِيحَاشِ وَالِابْتِدَالِ، وَهَذَا هُنَا اسْتَوْفَتْ مِنْتَعَةَ الْبُضْعِ، وَالْمَهْرَ فِي مَقَابِلَتِهَا، فَيَجِبُ لِلِإِيحَاشِ شَيْءٌ آخَرَ.

وَعَنْ أَحْمَدَ رِوَايَتَانِ كَالْقَوْلَيْنِ، وَمَهُمَا حَصَلَتْ الْفُرْقَةُ مِنْ جِهَةِ الزَّوْجِ لَا بِسَبَبِ مِنْهَا، أَوْ حَصَلَتْ مِنْ جِهَةِ أَجْنَبِيٍّ، فَهُوَ كَالطَّلَاقِ، فِي اقْتِضَاءِ الْمُتَعَةِ، وَذَلِكَ كَمَا إِذَا ارْتَدَّ أَوْ أَسْلَمَ، أَوْ لَاعَنَ أَوْ أَسْلَمَ، وَتَحْتَهُ نِسْوَةٌ، فَفَارَقَ بَعْضُهُنَّ اقْتِصَاراً عَلَى الْعَدَدِ الشَّرْعِيِّ، وَكَمَا إِذَا وَطِئَ أَبُوهُ أَوْ ابْنُهُ زَوْجَتَهُ بِالشُّبُهَةِ، أَوْ أَرْضَعَتْ أُمُّهُ أَوْ ابْنَتُهُ زَوْجَتَهُ الصَّغِيرَةَ<sup>(٢)</sup>، فَانْفَسَخَ النِّكَاحُ وَالْخُلْعُ، وَإِنْ كَانَ يَتِيمٌ بِهَا، فَهُوَ كَالطَّلَاقِ، كَمَا إِنَّهُ فِي اقْتِضَاءِ الشُّطْرِ كَالطَّلَاقِ.

وَحَكَى فِي «الْوَسِيطِ» فِيهِ تَرَدُّدٌ لِلْأَصْحَابِ، وَالْمَشْهُورُ أَنَّهَا تَجِبُ، وَكَذَا الْخُلْعُ مَعَ الْأَجْنَبِيِّ، وَكَذَا لَوْ فُوضَ الطَّلَاقُ إِلَيْهَا، فَطَلَّقَتْ نَفْسَهَا، أَوْ عُلِّقَ طَلَّاقُهَا بِفَعْلٍ لَهَا، فَأَتَتْ

(١) موقوف، رواه الشافعي عن مالك عن نافع عنه بهذا، ورواه البيهقي من طريقه وقال: رويناه عن جماعة من التابعين: القاسم بن محمد ومجاهد والشعبي، وفي ابن ماجه عن عائشة: أن عمرة بنت الجون تعوذت من رسول الله ﷺ، فقال: لقد عدت بمعاد، فطلقها وتمتعها بثلاثة أثواب رازقية، وفيه عبيد بن القاسم وهو واهي، وأصل قصة الجونية في الصحيح بدون قوله وتمتعها، وإنما فيه: وأمر أبا أسيد أن يكسوها بثوبين رازقين ذكره الحافظ في التلخيص.

(٢) انتشكلك التصوير بأن المتعة قبل الدخول إنما تجب للمفوضة التي لم يفوض لها وتفويض بضع الصغيرة لا يصح، وأجاب بعضهم بتصويرها في الأمة الصغيرة يزوجه سيدها على صورة التفويض بعيد، ولا يصح التصوير بأن يزوجه حراً لعدم صحة النكاح لأنها لا تعفه.

به، أو آلى منها فطَلَّقَهَا بعد المُدَّة بطلبها<sup>(١)</sup> وحكى الحناطي وَجْهًا آخَرَ فِي التَّغْلِيْقِ بِفَعْلِيهَا، وَفِي صُورَةِ الْإِيْلَاءِ.

ولو اِزْتَدَّ الزَّوْجَانِ مَعًا فِي الْمُنْتَعَةِ وَجْهَانِ كَالْوَجْهَيْنِ فِي الشُّطْرِ إِذَا اِزْتَدَّا مَعًا قَبْلَ الدُّخُولِ وَالْأَصْح: الْمَنْعُ، وَإِنْ كَانَتْ الْفُرْقَةُ مِنْ جِهَةِ الْمَرْأَةِ، أَوْ بِسَبَبِ فِيهَا لَمْ تَجِبِ الْمُنْتَعَةُ، كَمَا لَا يَجِبُ نِصْفُ الْمَهْرِ قَبْلَ الدُّخُولِ، وَذَلِكَ كَرِدَّةُ الْمَرْأَةِ، وَإِسْلَامُهَا، وَفَسْخُهَا بِإِعْسَارِ الزَّوْجِ، أَوْ بِعَيْتِهَا، وَالزَّوْجِ رَقِيقٌ، وَكَالْفَسْخِ بِالْعُرُورِ، وَفَسْخُهَا بِعَيْتِهَا وَفَسْخُهَا بِعَيْتِهِ. حَكَى الْمُزْنِيُّ أَنَّ لَهَا الْمُنْتَعَةَ إِذَا فَسَّخَتْ بِالْعِنَّةِ، وَاعْتَرَضَ عَلَيْهِ، فَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ جَعَلَهُ قَوْلًا آخَرَ، وَقَالَ: هِيَ مَعْدُورَةٌ فِي الْفَسْخِ.

وَالْأَكْثَرُونَ لَمْ يَشْتَبَوْهُ، وَقَالُوا: الْإِعْتِرَاضُ صَوَابٌ، وَالنَّقْلُ سَهْوٌ.

ولو زَوْجِ الذَّمِّي ابْنَتَهُ الصَّغِيرَةَ مِنْ ذِمِّيٍّ، ثُمَّ أَسْلَمَ أَحَدُ أَبْوَيْهَا، وَارْتَفَعَ النِّكَاحُ حَكْمًا بِإِسْلَامِهَا، فَلَا مُنْتَعَةَ لَهَا، كَمَا لَوْ أَسْلَمَتْ بِنَفْسِهَا، وَلَوْ اشْتَرَى الزَّوْجُ زَوْجَتَهُ، فَالْضُّصُّ فِي رِوَايَةِ الْمُزْنِيِّ أَنَّهُ يَسْقُطُ الْمُنْتَعَةُ عَلَى مَا قَدَّمْنَا فِي الْفُضْلِ الْخَامِسِ مِنَ الْقِسْمِ الْخَامِسِ مِنْ «كِتَابِ النِّكَاحِ» وَهُوَ الظَّاهِرُ.

وَعَنْ «الْإِمْلَاءِ» أَنَّ لَهَا الْمُنْتَعَةَ؛ لِأَنَّ سَبَبَ الْفُرْقَةِ حَصَلَ مِنَ الزَّوْجِ وَغَيْرِهِ، فَأَشْبَهَ الْخُلْعَ. وَمِنْ أَبِي إِسْحَاقَ: أَنَّهُ إِنْ اسْتَدْعَى الزَّوْجَ الشَّرَاءَ، وَجَبَّتِ الْمُنْتَعَةُ، وَإِنْ اسْتَدْعَاهُ السَّيِّدُ لَمْ تَجِبْ. وَيَسْتَوِي فِي الْمُنْتَعَةِ الْمُسْلِمُ وَالذَّمِّيُّ، وَالْحُرُّ وَالرَّقِيقُ، وَالْحُرَّةُ وَالرَّقِيقَةُ، وَهِيَ فِي كَسْبِ الزَّوْجِ الرَّقِيقِ وَلِسَيِّدِ الزَّوْجَةِ الرَّقِيقَةَ كَالْمَهْرِ.

وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «وَكُلُّ مُطَلَّقَةٍ قَبْلَ الْمَيْسِيسِ تَسْتَحِقُّ شَطْرَ الْمَهْرِ» هِيَ الْمُفْرُضَةُ قَبْلَ الْفَرْضِ. وَقَوْلُهُ: «فَتَسْتَحِقُّ الْمُنْتَعَةَ» مُعَلَّمٌ بِالْمِيمِ.

وَقَوْلُهُ بَعْدَ ذَلِكَ: «فَتَسْتَحِقُّ الْمُنْتَعَةَ» مُعَلَّمٌ بِالْحَاءِ، وَيَجُوزُ أَنْ يُعَلَّمَ بِالْأَلْفِ أَيْضًا لِإِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ عَنْ أَحْمَدَ. وَقَوْلُهُ: «وَفِي مَعْنَى الطَّلَاقِ كُلِّ فِرَاقٍ يُوْجِبُ الشُّطْرَ» أَي: إِذَا اتَّفَقَ قَبْلَ الدُّخُولِ «فَإِذَا لَمْ يَنْشَطِرْ» لَوْ قَوَّعَهُ فِي صُورَةِ التَّفْوِيضِ.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: وَمِقْدَارُهَا كُلُّ مَا جَارَ أَنْ يَجْعَلَ صَدَاقًا، وَقِيلَ: مَا يَرَاهُ الْقَاضِي لَاقِيًا بِحَالِهِمَا مِنْ ثَوْبٍ أَوْ خَاتَمٍ، وَيَنْبَغِي أَنْ يُحْطَ عَنِ شَطْرِ الْمَهْرِ كَمَا يُحْطُ التَّغْزِيرُ عَنِ الْحَدِّ.

### «الْقَوْلُ فِي قَدْرِ الْمُنْتَعَةِ»

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْكَلَامُ فِي قَدْرِ الْمُنْتَعَةِ: فِي الْمُسْتَحَبِّ مِنْهُ، وَفِي الْبِوَاجِبِ أَمَا

(١) قَالَ النَّوَوِيُّ: وَيَجِيءُ هَذَا الرَّوْجُ فِي تَطْلِيْقِهَا.

المُسْتَحَبُّ: فقد قال في «المختصر»: اسْتُخِيسَ قَدْرُ ثَلَاثِينَ دِرْهَمًا.

وعن القديم أنه يمتعها ثوباً بِقَدْرِ ثَلَاثِينَ دِرْهَمًا.

وعن بعض كتبه: أنه يمتعها بخادم وإلا فَبِمَقْتَنَعَةٍ، وإلا فَبِقَدْرِ ثَلَاثِينَ دِرْهَمًا، وليس ذلك اخْتِلَافٌ قَوْلٍ، بل نزلها الأصحاب على دَرَجَاتِ الاسْتِحْبَابِ، وقالوا: أقلُّ القَدْرِ المُسْتَحَبُّ ثَلَاثُونَ دِرْهَمًا، وحملوا المَقْتَنَعَةَ على الصَّنْفِ الذي يزيد قِيمَتُهُ على ثَلَاثِينَ، وفي بعض الشروح نص قول آخر، وهو أنه يُمْتَعُهَا الخَادِمُ، إن كان مُوسِرًا، وإن كان مُعْسِرًا فَبِمَقْتَنَعَةٍ، وإن كان مُتَوَسِّطًا فَبِقَدْرِ ثَلَاثِينَ دِرْهَمًا، والمَقْتَنَعَةُ في هذا النص مَحْمُولَةٌ على النَّازِلَةِ التي لا تبلغ الثَلَاثِينَ، وذكُرُ الثَلَاثِينَ قد وَرَدَ عن ابن عُمَرَ، وابن عَبَّاسٍ - رضي الله عنهم - . وأما الواجب، فإن تَرَاضِيًا على شيء فذاك.

وحكى الحنطي وَجْهًا أنه ينبغي أن يُحْلَلَ كل واحد منهما صَاحِبَهُ، فإن لم يَفْعَلَا لم تَبْرَأْ ذِمَّةُ الزَّوْجِ، ولها رَفْعُ الأَمْرِ إلى الحَاكِمِ ليقدر مُتَعَةً، والظاهر الأول، وإن تَنَازَعَا فوجهان:

أحدهما: أن الواجب أقلُّ ما يُتَمَوَّلُ، ويكفي ذلك مُتَعَةً، كما أنه يَجُوزُ أن يكون صَدَاقًا.

وأصحهما: أن الحاكم يُقَدِّرُهُ باجتهاده؛ لقوله تعالى: ﴿عَلَى المَوْسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى المَقْتَرِ قَدْرُهُ﴾ [البقرة: ٢٣٦] وبم يعتبر الحاكم وإلام ينظر فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: وبه قال أبو إسحاق أن الاغْتِيَارَ بحال الزَّوْجِ لِلآيَةِ.

والثاني: بحال المَرْأَةِ؛ لأن المُتَعَةَ كالبَدَلِ للمهر، ألا ترى أن المُتَعَةَ في المَفْوَضَةِ إنما تَجِبُ إذا لم يجب نِصْفُ المَهْرِ، والمهر مُعْتَبَرٌ بحالها وَعَصَبَاتِهَا، فكذلك المُتَعَةُ.

والثالث: أنه ينظر إلى حالهما معاً؛ قال في «الوسيط»؛ وهو الصَّحِيحُ<sup>(١)</sup>، وَرَجَحَهُ غيره أيضاً، وهو ظَاهِرٌ لفظ «المختصر»، وهل يجوز أن تزيد المُتَعَةَ على شَطْرِ المَهْرِ فيه وجهان:

أحدهما: ويحكى عن صاحب «التقريب» لا؛ لأنها بَدَلٌ عن شَطْرِ المَهْرِ، فلا يزداد عليه.

وأظهرهما: نعم، لإِطْلَاقِ الآيَةِ، وهذا ما أورده صاحب «التهذيب» وغيره<sup>(٢)</sup>.

(١) أي بحالهما من يسار الزوج وإعساره ونسبها وصفاتها لقوله تعالى: ﴿ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره﴾.

(٢) ويسن ألا تبلغ نصف مهر المثل كما قاله ابن المقري، فإن بلغته أو جاوزته، جاز لإطلاق الآية. . قال البلقيني وغيره: ولا يزيد وجوباً على مهر المثل، ولم يذكره. اهـ. ومحل ذلك ما إذا =

وحكى الحناطي وجهاً ثالثاً وهو أنها لا تبلغ الشطر أيضاً، بل تنقص عن شطر المهر، كما يحط التعزير عن الحد، ويوافقه قوله في الكتاب: «وينبغي أن يحط عن شطر المهر» ولم يذكر في «الوسيط» هكذا، لكن قال: لا يزداد على شطر المهر ثم قضية ما ذكره في «الوسيط» اغتبار نصف المسمى، وإن لم يسم شيئاً، اعتبر نصف مهر المثل.

وقال أبو حنيفة: تتقدر المنة ثلاثة أبواب: ذرع وخمار ومقنعة، إلا أن يكون نصف مهر مثلها أقل من ذلك.

وعن أحمد في رواية أنها تتقدر بما تجزىء فيه الصلاة، وفيه رواية: يقدرها الحاكم.

### الباب الخامس في التنازع، وفيه مسائل

قال العزالي: (إحداها): إذا تنازعا في قدر المهر أو صفته تحالفاً كما في البيع ويجري ذلك بعد انقطاع النكاح وبعد الموت؛ لأن الصداق كعقد مستقل بنفسه، ويخلف الوارث الثاني على نفي العلم والمثبت على البت، وفائدة التحالف انفساخ الصداق والرجوع إلى مهر المثل، ولها ذلك وإن كان ما ادعته أقل من مهر المثل، ولو ادعت التسمية وأنكر الزوج أصل التسمية تحالفاً، وقيل: القول قوله.

قال الرافعي: مقصود الباب القول في التنازع في الصداق، ويستعمل على مسائل: منها: إذا اختلف الزوجان في قدر الصداق، أو في صفته، كالصحة والتكسر والحلول والتأجيل، وكقدر الأجل، تحالفاً، كما في البيع، ولا فرق بين أن يكون هذا الاختلاف قبل الدخول أو بعده.

وقال أبو حنيفة ومالك: إن كان بعد الدخول، فالقول قول الزوج مع يمينه، وإن كان قبل الدخول، فعن أبي حنيفة القول قولها في قدر المهر، وقول الزوج فيما زاد.

وعند مالك يتحالفاً، ويفسخ النكاح؛ بناءً على أصله أن فساد الصداق يوجب فساد النكاح. وعن أحمد: أن القول قول الزوج، إلا أن يدعي ما يستنكر في العادة، وكما يجري التحالف مع قيام الزوجية يجري التحالف بعد انقطاعها؛ لأن الصداق كعقد مستقل بنفسه، وأثر التحالف يظهر فيه، لا في النكاح.

وعن أبي حنيفة: أن بعد انقطاع النكاح لقول قول الزوج مطلقاً، ويجري التحالف فيما إذا مات الزوجان، واختلف الوارثان في الصداق، أو أخذ الزوجين، ووقع

= فرضه الحاكم، ويشهد له من كلام الأصحاب نظائر، منها أن الحاكم لا يبلغ بحكومة عضو مقدرة ومنها ألا يبلغ بالتعزير الحد.

الاختلاف بين واريثه، وبين الآخر، لكنه إذا كان الاختلاف بين الزوجين، فاليمين في طرف الثفي والإثبات على البت، والوارث يخلف في الثفي على نفي العلم، وفي الإثبات على البت، كما هو ذاب اليمين على فعل الغير، فيقول وارث الزوج: والله لا أعلم أن مورث ينكحها بألف، إنما نكحها بخمسمائة، ويقول وارث الزوجة: والله لا أعلم لأنه نكح مورثي على خمسمائة، وإنما نكحها بألف هذا هو المشهور، وأحسن بعض الشارحين، فقال: عندي يخلف على البت في الثفي والإثبات جميعاً؛ لأن القاطع بأن النكاح جرى بخمسمائة قاطع بأنه ما جرى بألف، فإذا ثبت بأنه نكح بخمسمائة، فلا معنى لقوله: لا أعلم لأنه ما نكحها بألف.

وعند أبي حنيفة إن مات أحد الزوجين، ووقع الاختلاف بين واريثه، وبين الآخر، فالحكم كما في اختلاف الزوجين.

وإن ماتا معاً، فالقول قول ورثة الزوج بلا تفصيل. وكيفية اليمين ومن به البداية على ما مر في البيع.

وإذا تحالفاً فيفسخ الصداق، ثم تزجج المرأة إلى مهر المثل، وقد ذكرنا في البيع وجهاً أنه يفسخ البيع بنفس التحالف، فليجيء مثله ههنا، [وليكن]<sup>(١)</sup> القول فيمن يتولى الفسخ، وفي الانفساخ باطناً على ما مر في البيع، وقد صرح بجميع ذلك الحناطي.

ولا يخلف الرجوع إلى مهر المثل، بين أن يكون زائداً على ما تدعيه المرأة، كما إذا ادعت أن الصداق ألف، وادعى الزوج أنه خمسمائة، ومهر مثلها ألفان، وبين ألا يكون زائداً؛ لأن التحالف يسقط ما يدعيانه، ويصير كأنه لم يجز ذكر هذا، ولا ذاك.

وقال أحمد بن حنبل: إذا كان مهر المثل زائداً على ما ادعته، فليس لها إلا ما ادعته، ويحكى هذا عن ابن الوكيل أيضاً.

والصحيح الأول هذا في الظاهر.

وأما في الباطن، فإن قلنا: إنه لا يفسخ، لم يخف ما يحل لها.

ولو ادعت المرأة مهراً مسمى، وأنكر الزوج أصل التسمية، فوجهان:

أحدهما: أن القول قول الزوج مع يمينه، لأن الأصل عدم التسمية.

وأصحهما: وبه قال القاضي الحسين أنهما يتحالفاً؛ لأن الزوج إذا لم يدع التفويض، فكأنه يقول: الواجب مهر المثل، وهي تقول: الواجب ألف بالتسمية، فحاصله الاختلاف في قدر الصداق [فيتحالفاً]<sup>(٢)</sup> وإنما يخسُر وضع المسألة إذا كان ما

(٢) سقط في: أ.

(١) في أ: ولكن.

تَدْعِيهِ أَكْثَرَ مِنْ مَهْرِ الْمَثَلِ<sup>(١)</sup>. ولو أنكرت هي التَّسْمِيَّةُ، وأدعى الزوج تَسْمِيَّةَ الْمَهْرِ، فالقول قولها، أو يَتَحَالَفَانِ؟. القياس مجيء الوجهين. ولو ادعى أحدهما التَّفْوِيضَ، وادعى<sup>(٢)</sup> الآخر تَسْمِيَّةَ مَهْرٍ، فإن أوجبنا الْمَهْرَ فِي الْمَفْوضَةِ بالعقد فهو كما لو ادعى أحدهما السُّكُوتَ، والآخر التَّسْمِيَّةَ.

وإن لم نوجبه بالعقد، فالأصل عدم التسمية من جانب، وعدم التَّفْوِيض من جانب. ولو ادعى أحدهما التَّفْوِيضَ، وادعى الآخر أنه لم يَجْرِ للمهر تعرض، فَيُشْبِهُ أَنْ يَكُونَ الْقَوْلُ قول الثاني. ولو أن الْمُخْتَلِفَيْنِ فِي الصَّدَاقِ، حلف أحدهما، ونكَّل الآخر، حكمنا بيمين الحَالِفِ، ولو أقام أحدهما الْبَيِّنَةَ حُكْمَ بِمَوْجِبِهَا.

ولو أقاما بَيِّنَتَيْنِ، وهما مختلفتان في قَدْرِ الصَّدَاقِ، فعن ابن سُرَيْجٍ، وجهان<sup>(٣)</sup>:

أحدهما: أن بَيِّنَةَ الْمَرْأَةِ أَوْلَى لِاشْتِمَالِهَا عَلَى الزُّبَادَةِ.

والثاني: أنهما مُتَعَارِضَتَانِ، فإن قلنا بِالتَّسَاقُطِ، فكان لا بَيِّنَةَ، فَيَتَحَالَفَانِ، وإن قلنا: يُفْرَعُ، فهل يحتاج من حَرَجَتْ قُرْعَتُهُ إِلَى الْيَمِينِ ذَكَرُوا فِيهِ وَجْهَيْنِ.

أما لفظ الكتاب فقوله: «تَحَالَفَا» ليعلم بالحاء والميم والألف.

وقوله: «بعد انقطاع النكاح بالحاء» وقوله: «ويحلف الوارث النافي على نفي العلم، والمُثَبِّتُ عَلَى الْبَتِّ» إن حُمِلَ عَلَى صُورَةِ مَوْتِ الزَّوْجَيْنِ، لم يحسن مَوْقِعُهُ؛ لأنه لَا يَخْتَصُّ حِينَئِذٍ أَحَدَ الْوَارِثِينَ بِالنَّفْيِ، وَالْآخَرُ بِالْإِثْبَاتِ، بَلْ يَكُونُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَافِيًا، وَمُثَبِّتًا، فليحمل قوله: «الوارث النافي» على صورة مَوْتِ الزَّوْجِ، واختلاف وَاثِرِهِ مع الزوجة.

وقوله الوارث «المثبت على» صورة موت الزوجة، واختلاف وَاثِرِهَا مع الزوج، ولو قال: ويحلف الوارث في النَّفْيِ عَلَى الْعِلْمِ، وفي الإثبات على الْبَتِّ لشمَل ما إذا مَاتَ الزَّوْجَانِ، أو مات أحدهما.

(١) ويحسن وضعها إذا كان المسمى معيناً، ولو كان يساوي مهر المثل أو انقص منه زاد في الحال وعلى ذلك فقال ابن الرفعة: يحسن وضعها مطلقاً، وإن ادعت قدر مهر المثل إن كان من غير نقد البلد، وقال العماد بن يونس في شرح التعجيز: في تصوير المسألة إشكالاً، لأنها إما أن تدعي التسمية وتعين مقداراً أو تدعي التفويض، واستحقاق المهر إما بالعقد أو بالدخول أو تدعي المهر، ولم تعين مقداراً ثم الزوج على هذه الفروض إما أن يقتصر على السكوت المجرد أو يقابل دعواها بدعوى تقتضي أقل مما ادعته، وهذه الأجوبة قد تقرر لكل واحد منها حكم معلوم.

(٢) في ب: وأنكر.

(٣) قال الأذرعى: الصحيح منهما الثاني، ونص عليه الشافعي في الأم وبه جزم في الأنوار.

وقوله: «فائدة التَّحَالْفِ انْفِسَاخُ الصِّدَاقِ» هذا اللَّفْظُ يُوَافِقُ الْقَوْلَ بِالْانْفِسَاخِ عِنْدَ التَّحَالْفِ، وَالظَّاهِرُ الْمَسْخُحُ دُونَ الْانْفِسَاخِ، لَكِنَّهُ لَمْ يَقْصِدِ الْآنَ الْقَوْلَ فِي أَنَّهُ يَفْسَخُ أَوْ يَنْفَسَخُ، وَإِنَّمَا قَصَدَ بَيَانُ أَثَرِ التَّحَالْفِ، وَمَا يؤولُ إِلَيْهِ الْأَمْرُ آخِرًا، وَهُوَ مَهْرُ الْمِثْلِ، وَانْفِسَاخُ التَّسْمِيَةِ، إِمَّا بِالْفَسْخِ، أَوْ دُونِهِ.

وقوله: «وإن كان ما ادعته أقل من مهر المثل» معلّم بالواو.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الثَّانِيَةُ): لَوْ أَنْكَرَ أَضْلَ الْمَهْرِ أَوْ سَكَتَ وَأَعْتَرَفَ بِالنِّكَاحِ لَمْ يَثْبُتْ بِحَلْفِهَا مَهْرُ الْمِثْلِ عَلَيْهِ فِي أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ بَلْ يَتَحَالَفَانِ، وَكَذَا مُجَرَّدُ قَوْلِهِ: هَذَا أَتْبَنِي مِنْهَا لَا يُوجِبُ مَهْرَ الْمِثْلِ وَإِنْ كَانَ ظَاهِرًا فِي الْإِقْرَارِ بِالْوَطْءِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا ادَّعَتِ النِّكَاحَ وَمَهْرَ الْمِثْلِ، وَاعْتَرَفَ الزَّوْجُ بِالنِّكَاحِ، وَأَنْكَرَ الْمَهْرَ، أَوْ سَكَتَ عَنْهُ، وَلَمْ يَدَّعِ التَّفْوِيضَ وَلَا إِخْلَاءَ النِّكَاحِ [عَنْ<sup>(١)</sup>] ذَكَرَ الْمَهْرَ حَتَّى صَاحِبِ الْكِتَابِ فِيهِ وَجْهَيْنِ:

أحدهما: وَيُنْسَبُ إِلَى الْقَاضِي الْحَسِينِ أَنَّهُ يَثْبُتُ لَهَا الْمَهْرُ، إِذَا حَلَفَتْ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ مَعَهَا، فَإِنَّ النِّكَاحَ يُوجِبُ مَهْرَ الْمِثْلِ، إِذَا لَمْ تَجْرِ تَسْمِيَةٌ صَحِيحَةٌ.

وَأَظْهَرُهُمَا: عِنْدَ صَاحِبِ الْكِتَابِ: أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ مَهْرُ الْمِثْلِ بِيَمِينِهَا، وَلَكِنْ يَتَحَالَفَانِ أَمَا أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ مَهْرُ الْمِثْلِ بِيَمِينِهَا فَلِأَنَّ النِّكَاحَ قَدْ يَجْرِي بِأَقْلٍ مَا يُتَمَوَّلُ، وَلَيْسَ مِنْ لَوَازِمِهِ وَجُوبُ مَهْرِ الْمِثْلِ وَأَمَا التَّحَالْفُ<sup>(٢)</sup> [فَلِأَنَّ إِنْكَارَ أَضْلِ الْمَهْرِ أَبْلَغُ مِنْ إِنْكَارِ بَعْضِهِ، وَذَلِكَ يُوجِبُ التَّحَالْفَ]<sup>(٣)</sup> وَهَذَا لَا يَكَادُ يَتَصَوَّرُ، فَإِنَّا حَيْثُ نَقُولُ بِالتَّحَالْفِ نَحْلِفُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى إِثْبَاتِ مَا يَزْعُمُهُ، وَنَقِي مَا يَزْعُمُ صَاحِبَهُ، وَالْمَقْرُوضُ مِنْ جِهَةِ الزَّوْجِ فِي الْمَسْأَلَةِ إِنْكَارُ مُطْلَقٌ، فَأَيُّ مَعْنَى لِلتَّحَالْفِ، وَلَمْ يَذْكَرِ الْقَاضِي الرَّوْيَانِيُّ هَذَا الْخِلَافَ هَكَذَا، لَكِنْ قَالَ: قَالَ مَسَائِخُ «طَبْرَسْتَان»: الْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ وَعَلَيْهَا الْبَيِّنَةُ، وَالْحَقُّ أَلَا يُسْمَعُ إِنْكَارُهُ؛ لِاعْتِرَافِهِ بِمَا يَقْتَضِي الْمَهْرَ، وَلَكِنْ يُطْلَقُ الْبَيَانُ، فَإِنَّ ذَكَرَ قَدْرًا وَذَكَرَتْ زِيَادَةً تَحَالَفًا، وَإِنْ أَصْرَّ عَلَى الْإِنْكَارِ رُدَّتِ الْيَمِينُ عَلَيْهَا، وَقُضِيَ لَهَا بِهَا قَالَ: وَرَأَيْتُ جَمَاعَةً مِنَ الْمُحَقِّقِينَ بِ «خِرَاسَانَ» وَ «الْعِرَاقِ» يُقْتُونَ بِهَذَا، وَهُوَ الْقَوِيمُ.

ولو ادَّعَتْ زَوْجِيَّةٌ وَمَهْرًا مُسَمًّى يَسَاوِي مَهْرَ الْمِثْلِ وَقَالَ الزَّوْجُ: لَا أَدْرِي، أَوْ سَكَتَ. قَالَ الْإِمَامُ: ظَاهِرٌ مَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهَا؛ لِمَا مَرَّ أَنَّ النِّكَاحَ يَقْتَضِي مَهْرَ الْمِثْلِ، وَلَكِنْ أَنْ تَقُولَ: هَبْ أَنَّ النِّكَاحَ يَقْتَضِي مَهْرَ الْمِثْلِ، إِذَا لَمْ يَكُنْ تَسْمِيَةً، لَكِنَّهُ لَا يَقْتَضِي شَيْئًا آخَرَ يَسَاوِي مَهْرَ الْمِثْلِ، فَلَا يَلْزَمُ تَصْدِيقُهَا فِيهِ قَالَ: وَالَّذِي يَقْتَضِيهِ قِيَاسٌ

(٢) سقط في: أ.

(١) سقط في: أ.

المذهب أن دَعَوَاهَا مُتَوَجِّهَةٌ<sup>(١)</sup> بذلك المِقدَارِ، ولا يُسْمَعُ منه التَّرَدُّدُ، بل يَخْلِفُ على نَفْيِ ما تدعيه، فإن نَكَلَ، رُدَّتِ اليمينُ عليها، وقُضِيَ بيمينها، وهذا مثل ما سَبَقَ في دَعْوَى مَهْرِ المِثْلِ.

ثم حكى عن القاضي على قِيَاسِ الوَجْهِ المَنْسُوبِ إليه، أنه إذا قال: هذا ابني من فُلَانَةٍ، فَتَسْتَحِقُّ مَهْرَ المِثْلِ، إذا حَلَفْتَ؛ لأنه أقر بالوَطْءِ ظاهراً، لأن استِدْخَالَ المَاءِ بعيد، والوطء المَحْتَرَمُ هو الذي يَحْضُلُ منه الوَلَدُ النَسِيبُ<sup>(٢)</sup> ظاهراً، وأنه يَفْتَضِي المَهْرَ، وقياس ظاهر المذهب أن يُؤْمَرُ بالبيان، إذا أنكر ما تدعيه، وإن أَصَرَ على الإِنْكَارِ رُدَّتِ اليمينُ عليها.

### «فَرَعٌ»

عن «التتمة» مات الزوج، وأدعتِ الزَّوْجَةُ على الوَارِثِ أن الزوج سَمَى لها أَلْفًا، فقال الوارث: لا أعلم كم سَمَى؟ فلا يَتَحَالَفَانِ، ولكن يحلف الوَارِثُ على نَفْيِ العلم، وإذا حلف قُضِيَ لها بِمَهْرِ المِثْلِ<sup>(٣)</sup>.

قَالَ العَزَالِيُّ: (الثَّالِثَةُ): إِذَا تَنَازَعَ وَلِيُّ الصَّبِيَّةِ وَالزَّوْجُ فِي مِقْدَارِ المَهْرِ تَحَالَفًا عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّ الوَلِيَّ مَقْبُولُ الإِفْرَارِ فَلَا بُعْدَ فِي أَنْ يَخْلِفَ، وَكَذَا الوَصِيُّ وَالْقَيْمُ وَالْوَكِيلُ عَلَى هَذَا الوَجْهِ، وَلَوْ ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ أَتْلَفَ مَالًا لَطِفْلٍ فَاتَّكَرَ المُدَّعَى عَلَيْهِ وَنَكَلَ لَمْ يَرُدَّ اليمينُ عَلَى الوَلِيِّ عَلَى أَقْبَسِ الوَجْهَيْنِ لَكِنْ يَتَوَقَّفُ إِلَى أَنْ يَبْلُغَ الصَّبِيَّ وَيَخْلِفَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا وَقَعَ الاختِلَافُ بَيْنَ وَلِيِّ الصَّغِيرَةِ وَالمَجْنُونَةِ، وَبَيْنَ الزَّوْجِ، فَقَالَ الوَلِيُّ: زَوَّجْتُهَا بِأَلْفٍ، وَقَالَ الزَّوْجُ: بل بخمسائة فوجهان:

أظهرهما: في المذهب، وبه قال ابن سريج وأبو إسحاق: أنهما يَتَحَالَفَانِ<sup>(٤)</sup>؛ لأن

(١) في ب، بذلك متوجهة.

(٢) قال النووي: هذا الذي ذكره المتولي، حكاه الإمام عن القاضي حسين، ثم قال: هو مشكل على قياس المذهب، قال: والقياس أن يحكم بانقطاع الخصومة، يحال الوارث، والقدر الثابت على قطع هو أقل ما يتمول، والمختار بل الصواب قول المتولي والقاضي، وقد نص عليها قبلهما القفال شيخ طريقة خراسان، وقد حكاه عنه الرافي في الباب الثاني من «الدعوى والبيئات»، ولم يذكر فيه خلافاً، ولم أر لأحد من الأصحاب خلافاً، ودليله أن تعذر معرفة المسمى، كعدمه من أصله، ولذا نوجب مهر المثل في التحالف وإن كان هناك مسمى زائد أو ناقص.

(٤) قيل هذا مخالف لما صححه في الدعوى أنه لو ادعى ولي صبي ديناً له فأنكر ونكل لم يحلف الولي وقيل يحلف وقيل إن ادعى مباشرة سببه حلف وإلا فلا وهذا هو الذي صححه هنا، قال في الخادم: لا تدافع بين الكلام، فإن المذكور في الدعوى في الحلف على أن الصبي يستحق كذا



الْوَلِيِّ هُوَ الْمَالِكُ لِلْعَقْدِ، وَالْمُسْتَوْفِي لِلصَّدَاقِ، فَكَانَ اخْتِلَافُهُ مَعَ الزَّوْجِ كَاخْتِلَافِ الْبَالِغَةِ مَعَ الزَّوْجِ، وَلَآنَ إِقْرَارُهُ مَقْبُولٌ فِي النِّكَاحِ وَالصَّدَاقِ، وَإِذَا قُبِلَ إِقْرَارُهُ لَمْ يَتَّعِدْ تَحْلِيفَهُ.

والثاني: أنهما لا يتحالفان، لأننا لو حَلَفْنَا الْوَلِيَّ، لَكَانَ مُثْبِتًا حَقَّ الْغَيْرِ بِيَمِينِهِ، وَرَتَّبَ الْإِمَامُ [الْخِلَافَ] فِي الْمَسْأَلَةِ، عَلَى قَوْلَيْنِ، حَكَاهُمَا فِيمَا إِذَا بَاعَ الْوَلِيُّ مَالَ الطُّفْلِ، وَاخْتَلَفَ الْوَلِيُّ وَالْمَشْتَرِي فِي كَيْفِيَّةِ الْبَيْعِ، هَلْ يَتَحَالَفَانِ وَقَالَ: الْأَصْحَحُ الْمَنْعُ، وَيَعْلَلُ الْقَوْلَ الْآخَرَ بِمَعْنَيْنِ:

أحدهما: أن الولي يثبت بِالْحَلْفِ قَوْلَ نَفْسِهِ.

والثاني: أَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِهِ الْعَهْدَةُ، فَإِنَّ الْوَلِيَّ فِي عَهْدَةٍ مَا تَبِيعُ لِلصَّبِيِّ، فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَخْلِفُ فِي الْبَيْعِ، فِي النِّكَاحِ أَوْلَى وَإِنْ قُلْنَا: يَحْلِفُ هُنَاكَ، فِي النِّكَاحِ خِلَافَ مَبْنِيٍّ عَلَى الْمَعْنَيْنِ، إِنْ عَلَّمْنَا أَنَّهُ يَثْبِتُ قَوْلَ نَفْسِهِ، فَكَذَلِكَ هَا هُنَا، وَإِنْ عَلَّمْنَا بِالْمَعْنَى الثَّانِي، فَلَا؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ لَيْسَ عَقْدَ عَهْدَةٍ، فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَحْلِفُ الْوَلِيُّ، فَيُوقَفُ إِلَى أَنْ تَبْلُغَ الصَّبِيَّةَ، فَيَتَحَالَفَانِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَخْلِفَ الزَّوْجَ، وَيُوقَفُ يَمِينَهَا إِلَى بُلُوغِهَا.

وَإِنْ قُلْنَا: يَحْلِفُ الْوَلِيُّ، فَذَلِكَ إِذَا ادَّعَى زِيَادَةَ عَلَى مَهْرِ الْمِثْلِ، وَالزَّوْجَ مُعْتَرَفٌ بِمَهْرِ الْمِثْلِ بَأَنَّ كَانَ مَهْرٌ مِثْلَهَا أَلْفًا، وَالزَّوْجَ يَزْعُمُ أَنَّهُ نَكَحَهَا بِأَلْفٍ، وَقَالَ الْوَلِيُّ: بِالْفَيْنِ. وَأَمَّا إِذَا ادَّعَى النِّكَاحَ بِمَا دُونَ مَهْرِ الْمِثْلِ، فَلَا حَاجَةَ إِلَى التَّحَالَفِ؛ لِأَنَّهُ يَثْبِتُ مَهْرَ الْمِثْلِ، وَإِنْ نَقَصَ الْوَلِيُّ، وَلَوْ ذَكَرَ الزَّوْجَ قَدْرًا يَزِيدُ عَلَى مَهْرِ الْمِثْلِ، وَادَّعَى الْوَلِيُّ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ، فَلَا يَتَحَالَفَانِ كَيْلَا يَزْجَعَ الْوَاجِبُ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ، بَلْ يَأْخُذُ الْوَلِيُّ مَا يَقُولُهُ الزَّوْجُ.

وَلَوْ ادَّعَى الْوَلِيُّ مَهْرَ الْمِثْلِ أَوْ أَكْثَرَ، وَذَكَرَ الزَّوْجُ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ حَكَى الْحِنَاطِي وَجْهَيْنِ فِي أَنْهُمَا يَتَحَالَفَانِ، أَوْ يَأْخُذُ بِمَا يَقُولُهُ الزَّوْجُ، وَالْخِلَافُ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ فِي اخْتِلَافِ الزَّوْجِ، وَوَلِيِّ الصَّغِيرَةِ، يَجْرِي فِيمَا إِذَا اخْتَلَفَتِ الْمَرْأَةُ وَوَلِيُّ الزَّوْجِ الصَّغِيرِ، وَفِيمَا إِذَا اخْتَلَفَ وَلِيُّ الزَّوْجَيْنِ الصَّغِيرَيْنِ.

وَلَوْ بَلَّغَتِ الصَّغِيرَةُ قَبْلَ التَّحَالَفِ، فَتَخْلِفُ هِيَ، وَلَا يَخْلِفُ الْوَلِيُّ.

وَادَّعَى صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» الْوِفَاقَ فِيهِ، لَكِنْ فِي «التَّمَتَةِ» وَغَيْرِهِ أَنَا إِذَا جَوَزْنَا لِوَلِيِّ الصَّغِيرَةِ أَنْ يَخْلِفَ، فِي نِكَاحِ الْبِكْرِ الْبَالِغَةِ، إِذَا وَقَعَ الْاِخْتِلَافُ بَيْنَ الْوَلِيِّ وَالزَّوْجِ، اخْتِلَافٌ لِلْأَصْحَابِ فِي أَنَّهُ يَخْلِفُ الْوَلِيُّ، أَوْ الْمُنْكَوْحَةُ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهَا الَّتِي تَخْلِفُ لِأَنَّهَا مِنْ أَهْلِ الْيَمِينِ وَعَنْ الْقَاضِي أَبِي الطَّيِّبِ وَغَيْرِهِ: أَنَّهُ يَخْلِفُ الْوَلِيُّ؛ لِأَنَّهُ الْعَاقِدُ،

= فَهُوَ حَلْفٌ لِلغَيْرِ فَلَا تَقْبَلُ، وَأَمَّا هُنَا فَهُوَ حَلْفٌ عَلَى أَنْ الْعَقْدَ مِنَ الْوَلِيِّ وَقَعَ هَكَذَا أَوْ الْحَقَّ فِيهِ وَقَعَ تَبَعًا وَضْمَانًا لَا قَصْدًا بِخِلَافِ الْمَذْكُورِ فِي الدَّعَاوَى.

ومن قال بهذا لا يُسَلَّم في الصغيرة إذ بلغت أن اليمين تكون عليها، والخلاف في أن الولي هل يخلف يجري في الوكيل [أفي النكاح] (١) وكذلك في البيع إذا اختلف وكيل البائع مع المشتري، أو وكيل المشتري مع البائع أو اختلف الوكيلان.

ومنهم من رتب، وقال: إن لم نحلف الولي، فالوكيل أولى، وإن حلفناه، ففي الوكيل وجهان: والفرق قوة الولاية.

وإذا نكل الولي على قولنا: إنه يحلف، فيقضى بيمين صاحبه، أو يوقف إلى أن تبلغ الصبيته، وتفيق المجنونة، فلعلها تحلف، فيه وجهان نقلهما الحناطي (٢) وغيره.

وجميع ما ذكرنا فيما يتعلّق بإنشاء الولي، فأما ما لا يتعلّق به، كما إذا ادعى على إنسان أنه أتلف مال الطفل، وأنكر المدعى عليه، ونكل عن اليمين فوجهان:

أحدهما: أن الولي يخلف اليمين المرذودة إتماماً للخصومة، واستخراجاً لحق الصبي.

وأظهرهما: المنع؛ لأنه لا يتعلّق بتصرف الولي، وإنشائه، وعلى هذا فلا يقضى بالنكول، بل يتوقف إلى أن يبلغ الصبي، فلعله يخلف.

وفي وجه لا تعرض اليمين [على المدعى] (٣) عليه ويتوقف في أصل الخصومة وأفتى الفقهاء بقولنا: إن الولي لا يخلف فيما لا يتعلّق بإنشائه، فقال: إن قيم الصبي إذا ادعى على إنسان ديناً ورثه الصبي، وأقام عليه يمينه، فقال الخصم: كنت قضيت أو أبرأني مؤرثه، فلا يحلف الولي، ويحلف الصبي، إذا بلغ على نفي العلم بذلك (٤)، ولو أقر القيم بما يقول الخصم انعزل، وأقام الحاكم قيماً آخر، ولو ادعى أن هذا القيم قبضه، وأنكر، فيحلف.

قال الغزالي: (الرابعة) لو ادعت الفين في عقدين جرياً في يومين وأقامت البيئة

(١) سقط في: أ.

(٢) سكت المصنف عن الترجيح، قال في الخادم: صحح الإمام ثانيهما. انتهى.

وقد رجحه الروياني في البحر أيضاً، انتهى.

(٣) سقط في: أ.

(٤) قال في الخادم: هذه العبارة توهم أن الدفع يتوقف على الثمن؛ لأنها حق المدعى عليه، وليس كذلك، بل يلزمه الدفع في الحال، ولكن اليمين تتوقف على البلوغ، صرح بذلك البغوي في فتاويه وغيره. وعبارة الفقهاء في الفتاوى إذا ادعى قيم المجنون مالاً على آخر فقال كان أبرأني منه قبل جنونه أو قبضه مني، لزمه الدفع على ظاهر المذهب، ومن أصحابنا من قال لا يلزمه الدفع إلى آخر ما نقله عنه.

عَلَيْهِمَا لَزْمٌ وَقَدَرْنَا تَخْلُلَ طَلَاقٍ بَعْدَ الْمَيْسِيسِ، وَعَلَى الزَّوْجِ أَنْ يُبَيِّنَ جَرِيَانَ الْمُسْقِطِ  
بِإِظْهَارِ طَلَاقٍ قَبْلَ الْمَيْسِيسِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: ادعت على رجل أنه نكحها يوم الخميس بألف، ويوم السبت  
بألف، وطالبته بالألفين ليسمع دعواها؛ لإمكان ثبوت المهرين بأن يطأها في النكاح  
الأول، ويخالعها، ثم ينكحها في اليوم الثاني، وإذا ثبت العقدان، إما بالبيئنة، أو  
بإقراره، أو بيمينها<sup>(١)</sup> بعد نكوله، لزمه الألفان، ولا يحتاج إلى التعرض لتخلل الفرقة،  
ولا لحصول الوطء في النكاح الأول.

أما تخلل الفرقة، فلأن جريان العقد الثاني يدل على حصولها، فلو قال الزوج:  
كان النكاح الأول بحاله، وإنما جددنا لفظ العقد إشهاراً لم يلتفت إلى قوله، كما لو قال  
لغيره: بئ هذا العبد مني، ثم ادعى أنه ملكه لم يلتفت إليه ويجعل الاستباحة إقراراً له  
بالملك، ولا يعتد بقوله: إني طلبت منه صورة البيع، وأما التعرض للوطء، فلأن المهر  
المسمى في كل عقد يجب بذلك العقد، والأصل استقراؤه إلى أن يدعي الخصم مسقطاً،  
فإذا ادعى أنه لم يصيبها في النكاح الأول صدق بيمينه؛ لأن الأصل عدم الإصابة، ولا  
يطلب من المهر الأول إلا بالشطرن، وتكون عنده بطلقتين.

ولو ادعى في النكاح الثاني الطلاق قبل الإصابة أيضاً صدق بيمينه وقنع منه بشرط  
المهر الثاني أيضاً، وشبهوه بأن المودع بعد ثبوت الإيداع مطالب بالوديعة، ومحبوس  
إليها ما دام يسكت فإذا ادعى تلفاً أو رداً صدق بيمينه، وانقطعت الطلبة وهل تحلف  
المرأة على نفي ما تقوله إذا ادعى جريان لفظ العقد من غير فرقة، أو تصدق بغير يمين؟  
قال في «العدة»: فيه وجهان:

أصحهما: الأول.

ولو ادعى على غيره أنه اشترى منه كذا يوم الخميس بألف، ثم يوم الجمعة  
بألف، وطالبه بالثمنين، لزمه الثمنان إذا أثبت العقدين، كما ذكرنا في المهرين.

وقوله في الكتاب: «وقدرنا تخلل طلاق بعد الميسيس» يعني أن النكاح الثاني يدل

(١) قال الشيخ البلقيني: ما جزم به من لزوم الألفين إلى آخره مشكل؛ لأن الفرقة لا بد منها لصحة  
العقد الثاني، وحينئذ فالأصل عدم الدخول وإلزام ألف عن العقد الأول مع إثبات الفرقة تخالف  
الأصل المذكور لا يقال قد تحقق مسمى العقد، والأصل النقاء لأن الفرقة المقدره تمنع هذا  
الأصل لا يقال فعلى الزوج دعوى المسقط؛ لأننا نقول على القاضي أن يحتاط لحكمه بالإلزام  
فيستفصل هناك دخول أم لا، وقد قال الماوردي: إنه لا ينبغي أن ينه عليه، وهذا يقتضي أن  
الحاكم يلزم بألفين ولا ينه الزوج وهو من المشكلات.

على حُصُولِ الفِرْقَةِ، فيقدرها، والأصل في المَهْرِ الثَّابِتِ الدَّوَامُ، وأنه يَفْتَقِرُ إلى المَسِيَسِ، فيقدره فإن ادَّعَى الزَّوْجُ المُسْقَطَ، فعليه إِظْهَارُهُ لِحُجَّتِهِ، وهو اليمِينُ، والشَّيْءُ يَثْبِتُ تَارَةً بِالْيَمِينَةِ، وأخرى باليمينِ .

قَالَ العَرَابِيُّ: (الخَامِسَةُ): إِذَا كَانَ فِي مِلْكِهِ أَبَوَاهَا وَأُمُّهَا فَقَالَ: أَصَدَقْتُكَ أَبَاكَ فَقَالَتْ: بَلْ أُمِّي تَحَالَفًا عَلَيَّ الْأَصْحَ لِأَنَّ الصَّدَاقَ عِوَضٌ وَأَصْلُ العَقْدِ مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ، ثُمَّ الرَّجُوعُ إِلَى مَهْرِ المِثْلِ، وَيُعْتَقُ الأبُ بِإِقْرَارِهِ وَوَلَاؤُهُ مَوْقُوفٌ إِذْ لَا يَدَّعِيهِ أَحَدُهُمَا .

قَالَ الرَّافِعِيُّ: رجل في مِلْكِهِ أَبَوَا امْرَأَةٍ حُرَّةٍ، فنكحها على أحدهما معيناً، ثم اِخْتَلَفَا، فقال: أَصَدَقْتُكَ أَبَاكَ، فقالت: بل أُمِّي، ففيه وجهان:

أصحهما: عند صاحب الكتاب، وبه أجاب ابنُ الحَدَّادِ أنهما يَتَحَالَفَانِ، كما لو اِخْتَلَفَا فِي جِنْسِ الثَّمَنِ، فقال البائع: بِعْتُكَ بِدَنَانِيرٍ، وقال المشتري: بل بِدَرَاهِمٍ .

والثاني: أنه لا تَحَالَفَ؛ لأنَّ الصَّدَاقَ كَعَقْدٍ مُسْتَقِلٍّ بِنَفْسِهِ، ولم يَتَّفَقَا على صَدَاقٍ واحد، والوجهان هما الوَجْهَانِ المذكوران، فيما إذا اِخْتَلَفَ المُتَبَايِعَانِ فقال البائع: بِعْتُكَ هَذَا العَبْدَ، وقال المشتري: بل هَذَا العَبْدَ الآخَرَ، أو هذه الجَارِيَةَ، على ما بَيَّنَّا فِي البَيْعِ فِي بَابِ التَّحَالَفِ، فإن قلنا: لا تَحَالَفَ، فيصدق الزَّوْجُ بيمينه، في أنه لم يُصَدِّقْهَا أُمُّهَا، وَتَخَلِيفُ هِيَ على أنه لم يُصَدِّقْهَا الأبُ، ولها مَهْرُ المِثْلِ، ويعتق الأبُ بِإِقْرَارِ الزَّوْجِ بيمينه أنه أَصَدَقَهَا الأبُ لِتَضَمُّنِهِ الإِقْرَارَ بأنه عتق عليها، ولا غَرْمَ على المَرْأَةِ؛ لأنها لم تُفَوِّتْ على الزَّوْجِ شَيْئاً، فإنما عَتِقَ الأبُ بِإِقْرَارِهِ، فصار كما لو قال الرجل لولد عَبْدِهِ: بعث لك أبَاكَ، وأنكر، يُعْتَقُ العَبْدُ بِإِقْرَارِهِ، وإن قلنا بالتَّحَالَفِ، فإن حَلَفَ عَتِقَ الأبُ بِإِقْرَارِ الزَّوْجِ، وَلَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا، وليس عليها قِيمَةُ الأبِ، وَوَلَاؤُهُ مَوْقُوفٌ<sup>(١)</sup>؛ لأنَّ الزَّوْجَ يَدَّعِي أن الوَلَاءَ لَهَا، وهي مُنْكَرَةٌ، وإن حَلَفَتِ المَرْأَةُ دونه، عَتِقَ الأبوانِ جَمِيعاً، أما الأبُ فبِإِقْرَارِهِ، وأما الأمُ فَلأنَّنا نَحْكُمُ بِكونها صَدَاقاً بِيمينِ الزَّوْجَةِ، فَيُعْتَقُ عليها، وليس عليها قِيمَةٌ واحدٍ منهما، وإن حَلَفَ الزَّوْجُ دونها وَقَتِ الأمُ، وَعَتِقَ الأبُ لِإِقْرَارِهِ، ولحکمنا، بيمينه بأنه هُوَ الصَّدَاقُ، وولأؤه مَوْقُوفٌ، وإن لم يَخْلِفْ واحدٍ منهما عَتِقَ الأبُ بِالإِقْرَارِ، وَلَا تَتَمَكَّنُ من طَلْبِ المَهْرِ، لأنَّ من ادَّعَى شَيْئاً، وَتَكَلَّ عن اليمينِ بعد

(١) قال الشيخ البلقيني: هذا فيه تعقب من جهة أن حلف الزوج مع نكولها بمنزلة إقرارها، وقضية ذلك ثبوت أن الأب هو المصدق، وقضية أن يكون هو المصدق أن يكون ولاؤه لها ولا يكون موقوفاً، فإن قلت هي تنكر ذلك فكيف يكون لها الولاء مع إنكارها، قلنا: إن نكلت وحلف خصمها لغى حكم إنكارها، فإن قلت ففي الوسيط ولو حلف الزوج ونكلت المرأة رقت الأم وحكم بأن الصداق هو الأب فهو شاهد لما قرناه .

الرَّدُّ عليه كان كما لم يدَّع شيئاً، ولو قال الزوج: أصدقتك أباك، ونصف أمك، وقالت: بل أصدقتنيهما جميعاً، فلا خلاف في التحالف، لأن الاختلاف هنا في قدر الصداق، فإذا حلفاً، فلها مهر المثل، ويعتق الأب، وعليها قيمة لاتفاقهما على أنه عتق عليها بحكم الصداق، لكن لما تحالفاً بطل عقد الصداق، ولا سبيل إلى رد العتق، فيعدل إلى القيمة، كما لو اشترى عبداً، وأعتقه، ثم اختلفا في الثمن، وتحالفاً وأما الأم فتعتق عليها بنصفها، ويقتصر العتق عليه إن كانت مفسرة، وإن كانت موسرة، فيعتق الباقي أيضاً بالسرّاية، وعليها قيمة ما يعتق منها، ويجيء خلاف التقاص؛ لأن مهر المثل الواجب لها، والقيمة الواجبة عليها من جنس واحد.

ولو حلف الزوج دون المرأة عتق الأب، ونصف الأم، ولا يسري إذا كانت مفسرة، ولا شيء لها، ولا عليها لأننا حكمنا بيمينه أن الأب ونصف الأم جملة الصداق. ولو حلفت هي دون الزوج فيحكم بأن كليهما صداق، ويعتقان، ولا شيء عليها.

ولو قالت هي: أصدقتني جميع أمي، ونصف أبي، وقال الزوج: بل جميع الأب، ونصف الأم، فيتحالفاً أيضاً، وإذا حلفاً، فلها مهر المثل، ويعتق جميع الأب نصفه لاتفاقهما على أنها ملكته، ونصفه بإقرار الزوج، وعليها قيمة ما عتق منه باتفاقهما، وأما الأم فتعتق بنصفها باتفاقهما، ويسري إلى الباقي، إن كانت موسرة، وعليها قيمة ما يعتق منها، ويجيء الكلام في التقاص.

ومن صورة التنازع بين الزوجين أن يختلفاً في أداء المهر، فالقول قولها مع يمينها، سواء كان [الاختلاف]<sup>(١)</sup> قبل الدخول، أو بعده، خلافاً لمالك، فيما بعد الدخول، ولو اتفقا على قبض مال، فقال الزوج: دفعته صدقاً، وقالت: بل هديّة، فقد أطلق مطلقون أن القول قول الزوج مع يمينه، لأنه أعرف بكيفية إزالة ملكه وبنيته وتصرفه. وفصل مفضلون، فقالوا: إن كان الاختلاف في اللفظ، فقال الزوج: ذكرت عند الدفع أنه صداق، وقال: بل قلت: إنه هديّة، فالجواب هكذا.

أما إذا اتفقا على أنه لم يجز لفظ، واختلفا في نيته لم يلتفت إلى ما تقوله، والقول قوله بلا يمين، وأشبه أن يكون هذا بناءً على أن المعاطاة لا تكفي في الهدايا.

أما إذا اختلفتا بها، وهو الصحيح، وجب أن تقبل دعوها، وأن يحتاج الزوج إلى اليمين، ثم لا فرق بين أن يكون المقبوض من جنس الصداق، أو من غير جنسه، ولا بين الطعام وغيره.

(١) في أ: الإخلاف.

وعن أبي حنيفة أن القول فيما لا يُدخِر قولها، وعنه أن القول في الطعام قولها وعن مالك مثله، وإذا حلف الزوج، فإن كان المقبوض من جنس الصداق وقع عنه، وإلا فإن رضيًا بينيه بالصداق فذاك، وإلا استرده، وأدى الصداق، فإن كان تالفًا فله البدل عليها، وقد يقع في التقاض، ولو بعث إلى بيت من لا دين له عليه شيئًا، ثم قال: بعثته بعوض، وأنكر المبعوث إليه، فالقول قوله، وكان يجوز أن يسوى بينه، وبين مسألة الصداق، فيقال: إنه أعرف بكيفية إزالة ملكه، أو يقال: كما أن الأصل أن لا عوض على المبعوث إليه، فالأصل أن يبقى الصداق، ولا يصير عوضاً عن المبعوث.

ولو ادعى الزوج دفع الصداق إلى ولي الصغيرة، أو المجنونة أو السفية، فالدعوى مسموعة وإن ادعى دفعه إلى ولي البالغة الرشيدة، لم تسمع الدعوى، إلا أن<sup>(١)</sup> يدعي إذنها ولا فرق بين البكر والثيب.

وفي البكر وجه آخر، والخلاف منبني على أن الولي هل يملك قبض مهر البكر البالغة الرشيدة، والصحيح منعه، وفيه قول أو وجه آخر؛ لأنه يملك بضعها، فيملك عوضه، وربما بني ذلك على جواز عفو عن مهر الصغيرة.

ومنهم من لم يثبت، وقطع بالأول، وإذا قلنا به فلو راجعها، فسكتت لم يستفد بسكوتهما [الإذن في]<sup>(٢)</sup> القبض، وقياس القول أو الوجه الضعيف أنه يملك القبض إن نهت عنه، كما في تزويجها.

وعند أبي حنيفة: له قبض مهرها ما لم تنه عنه، ولو وقع الاختلاف في عين المنكوحه، فهو اختلاف في عقدين القول في كل واحد منهما قول التافي.

وإن كان الاختلاف في قدرها، فقال الزوج نكحت هاتين بألفين، وقالت إحداها أو وليها: بل نكحت هذه وحدها بألف، فهذا اختلاف في حق المتفق على نكاحها في قدر المهر، والقول في الأخرى قول المنكر ذكر ذلك أبو الفرج الرأز.

«فرعان»: «نختم بهما الكتاب».

الأول: أصدق امرأته جارية ووطيء تلك الجارية مع العلم بأنها الجارية المصدقة، فإن كان بعد الدخول، فعليه الحد، ولا يقبل، قوله: إني لا أعلم أنها تملكها بعد العقد والدخول، إلا أن يكون قريب العهد بالإسلام، وإن كان قبل الدخول، وقال: لم أعلم أنها تملك الصداق قبل الدخول، لم يجب الحد عليه، وعملوه بشيين:

أحدهما: أن مثل هذه الأحكام لا يتعد أن تخفى على العوام.

(٢) سقط في: أ.

(١) في ب: عليهما إلا أن.

والثاني: اختلاف العلماء، فإن مالكاً قال: لا تملك قبل الدخول إلا نصف الصداق، فإن كان عالماً بأنها تملك الصداق قبل الدخول، فعلى التعليل الأول يلزم الحد، وعلى الثاني لا يلزم<sup>(١)</sup>، وحيث يجب الحد، فلو أولدها، فالولد رقيق، وعليه المهر إن كانت مكرهة، وحيث لا يجب، فالولد نسيب حر، وعليه قيمته يوم السقوط.

والثاني: خالغ امرأته المدخول بها، ثم تكحها في العدة، وطلّقها قبل الدخول في النكاح الثاني يشطر المهر وبه قال أحمد.

وعند أبي حنيفة يجب جميعه والله أعلم.

### بَابُ الْوَلِيمَةِ وَالنَّشْرِ

قَالَ الْعَرَالِيُّ: وَالْوَلِيمَةُ هِيَ مَادْبَةُ الْعُرْسِ، وَهِيَ سُنَّةٌ مُؤَكَّدَةٌ، وَقِيلَ: إِنَّهَا وَاجِبَةٌ، وَفِي وَجُوبِ الْإِجَابَةِ إِلَيْهَا قَوْلَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَقْصُودُ الْبَابِ شَيْئَانِ:

أحدهما: الكلام في الوليمة: روي أنه ﷺ: «أولم علي صفيّة بسويق وتمر»<sup>(٢)</sup> وأنه قال لعبد الرحمن بن عوف - رضي الله عنه - وقد تزوج: «أولم ولو بشاة»<sup>(٣)</sup>.

والوليمة على ما ذكر الشافعي - رضي الله عنه - والأصحاب - تقع على كل دعوة تتخذ لسرور حديث من إملاك وختان وغيرهما لكن استعمالها على الإطلاق في العرس أشهر، وفي غيره يقيد، فيقال: وليمة الختان وغيره<sup>(٤)</sup>، ويقال لدعوة الختان: إغذار،

(١) قال في الخادم: ليس في كلامه ترجيح فيما إذا كان عالماً بأنها تملكه قبل الدخول، والذي نص عليه الشافعي أنه يلزمه الحد في هذه الحالة وبه يظهر أن الراجح من العلتين هي الأولى وقد استشكله في الذخائر بأنه إذا صح عن مالك أنها تملك النصف والنصف الثاني يبقى على ملكه وإنما هو قريب الزوال فكيف يجب عليه الحد وإن كان عالماً والشبهة قائمة لهذا الخلاف، ثم نقل عن البحر أن نص الشافعي وجوب الكل.

(٢) رواه أحمد وأصحاب السنن وأبو داود [٣٧٤٤] الترمذي [١٠٩٥] ابن ماجه [١٩٠٩] وابن حبان، من حديث أنس، وفي الصحيحين البخاري [٣٧١] - ٦١٠ - ٩٤٧ - ٢٢٢٨ - ٢٢٣٥] ومسلم [١٣٦٥] عن أنس في قصة صفيّة أنه جعل وليمتها ما حصل من السمن والتمر والأقط، لما أمر ببلاداً بالأنطاع فبسطت، فالقى ذلك عليها، وفي رواية لمسلم: من كان عنده شيء فليجيء به، قال: وبسط نطعاً.

(٣) أخرجه البخاري (٢٠٤/٩ كتاب النكاح) باب قول الله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ﴾ (حديث ٥/٤٨). (ومسلم ١٠٤٢/٢ كتاب النكاح) - باب الصداق - حديث (٧٩ - ١٤٢٧).

(٤) قال في الخادم: قضيته أي كلام الرافي لأنه عبر بالأملك أنها حقيقة في الأملك خاصة وهو

واللفظ في الأصل لِلْخِتَانِ نَفْسِهِ يُقَالُ: أَعَدَرَ الْعُلَامَ، أَي: حَتَّهٗ وَلِدَعُوَةَ الْوِلَادَةِ: عَقِيْقَةٌ، وَلَسَلَامَةٌ الْمَرْأَةُ مِنَ الطَّلُقِ: خَزْسٌ، وَقِيلَ: الْخَزْسُ طَعَامُ الْوِلَادَةِ، وَلِقْدُومُ الْمُسَافِرِ: نَقِيْعَةٌ، وَإِلْخَاذَاتُ الْبِنَاءِ؛ وَكَبِيْرَةٌ، وَلَمَّا يُتَّخَذُ فِي الْمُصِيْبَةِ: وَضِيْمَةٌ، وَلَمَّا يُتَّخَذُ مِنْ غَيْرِ سَبَبٍ مَادَّبَةٌ<sup>(١)</sup>.

وفي وِلِيْمَةِ النِّكَاحِ قَوْلَانِ، أَوْ وَجْهَانِ<sup>(٢)</sup>:

أحدهما: أنها واجبة، لظاهر الأمر، حيث قال: «أَوْلِمَ وَلَوْ بِشَاةٍ» وبهذا قال ابن خَيْرَانَ.

وأصحهما: أنها مُسْتَحَبَّةٌ، كالأضحية، وكسائر الولائم، والحديث مَحْمُولٌ عَلَى الْاِسْتِحْبَابِ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَطَعَ بِالِاسْتِحْبَابِ، وَيُحْكِي ذَلِكَ عَنِ الْقُقَالِ، وَفِي سَائِرِ الْوَلَائِمِ الْمَشْهُورِ الْاِسْتِحْبَابُ<sup>(٣)</sup>، وَلَا تَتَأَكَّدُ تَأَكَّدُ وِلِيْمَةِ النِّكَاحِ، وَفِي «التتمة» أن من الأصحاب من خَرَّجَ فِي وَجُوبِ سَائِرِ الْوَلَائِمِ قَوْلًا؛ لِأَنَّ الشَّافِعِيَّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - قَالَ بَعْدَ ذِكْرِهَا: وَلَا أَرْخُصُ فِي تَرْكِهَا. وَعَنْ أَحْمَدَ أَنَّ سَائِرَ الْوَلَائِمِ لَا تَسْتَحِبُّ.

وأما الإِجَابَةُ إِلَى الدَّعْوَةِ، فَفِي وِلِيْمَةِ الْعُرْسِ تَجِبُ الْإِجَابَةُ إِنْ أَوْجِبْنَاهَا، وَإِنْ لَمْ نَوْجِبْهَا، فَقَوْلَانِ، وَيُقَالُ: وَجْهَانِ:

أشهرهما: الوجوب، وإلى ترجيحه ذهب أَصْحَابُنَا الْعِرَاقِيُّونَ، وَتَابِعَهُمُ الْقَاضِي

= متابع للبخوي، وقال صاحب التقريب هي طعام العرس، وكذا قال الماوردي والقاضي أبو الطيب وابن الصباغ والإمام والجرجاني وغيرهم ولم يذكروا الأملاك بالكلية وهو الذي حكاه ابن فارس في المقاييس عن أهل اللغة ثم حكى عن ابن عبد البر طعام العرس وزاد الأملاك قال وهو يقتضي أنها حقيقة فيهما، وكذا قال صاحب المحكم قال: أعني صاحب الخادم وعدل في الروضة عن قوله الأملاك إلى النكاح وظاهره أنهما واحد ولا شك أن المراد بالعرس البناء، والأملاك العقد إلى آخر ما ذكره. والمنقول عن النص وليمة العرس والأملاك.

(١) قال الأذري في القوت: إن الذي ذكره الحلبي في أواخر الحج من مناجاة أن الذي يصنع هو القادم وجري على ذلك في الخادم وقال: اعلم أنهم أطلقوا استحبابها للمسافر وهو يشمل الطويل والقصير والظاهر تخصيصه بالطويل دون من غاب يوماً ونحوه لأنها شرعت شكراً لله تعالى على السلامة من وعناء السفر.

(٢) أصحهما أنها مستحبة، قال في المهمات: الصحيح أنهما قولان. قاله الجرجاني في الشافي قال في الخادم وجزم به في الحاوي، لكن أنكره الروياني.

(٣) قال الأذري: والظاهر أن استحباب وليمة الختان محلّه في ختان الذكر دون الإناث فإنه يخفي ويستحيا من إظهاره ويحتمل استحبابه للنساء فيما بينهن خاصة، قال: واطلقوا استحباب الوليمة للقُدوم من السفر، والظاهر أن محلّه في السفر الطويل لقضاء العرف به، أما من غاب يوماً أو أياماً يسيرة إلى بعض النواحي القريب فكال حاضر.



الرؤياني وغيره، وربما سَكَنُوا عن ذِكْرِ غيره، ووجهه ما روي عن ابن عمر: - رضي الله عنه - أن النبي - ﷺ - قال: «مَنْ دُعِيَ إِلَى وَلِيمَةٍ فَلْيَأْتِهَا»<sup>(١)</sup> و يروى: «مَنْ دُعِيَ وَلَمْ يُجِبْ فَقَدْ عَصَى اللَّهَ وَرَسُولَهُ»<sup>(٢)</sup>.

والثاني: أنها مُسْتَحَبَّةٌ، ويروى هذا عن مَالِكٍ وأحمد، لأن الضيافة للأكل، وهو إما تَمَلُّكٌ لِمَالِ الْغَيْرِ، أو إِتْلَافٌ لِمَالِهِ بِإِذْنِهِ، وعلى التقديرين، فالْمَصِيرُ إِلَى إِيْجَابِهِ بَعِيدٌ، فلتحمل الأحاديث على الاستِحْبَابِ، وتأكيد أمر الإِجَابَةِ، وفي إجابة سائر الولايم طريقتان: أحدهما: طَرَدُ الْقَوْلَيْنِ، وبه قال الشيخ أبو حامد.

والثاني: الْقَطْعُ بِعَدَمِ الْوُجُوبِ.

والأظهر فيها عدم الوجوب، وإن ثبت الخِلافُ، وإذا قلنا بوجوب الإِجَابَةِ، فهي فَرَضٌ عَيْنٍ، أو على الكِفَايَةِ؟ فيه وجهان:

أحدهما: فَرَضٌ عَيْنٍ؛ لما سبق من الخَبَرِ قال في «الشامل»: وهذا ظاهر المذهب.

والثاني: فرض كفاية، لأن المَقْصُودُ أَنْ يَظْهَرَ الْحَالُ، ويشتهر، وذلك حَاصِلٌ بِحُضُورِ الْبَعْضِ، ثم إما تَجِبُ الإِجَابَةُ، أو تستحب بشروط منها أن يَعَمَّ صَاحِبُ الدَّعْوَةِ الدَّعْوَةَ بِأَنْ يَدْعُوَ جَمِيعَ عَشِيرَتِهِ، أو جيرانه أو أهل جِرْفَتِهِ أَغْنِيَائِهِمْ وَفُقَرَائِهِمْ، دون ما إذا حَصَصَ الْأَغْنِيَاءَ الإِحْضَارَ روي أنه - ﷺ - قال: «شَرُّ الْوَلَايِمِ وَوَلِيمَةُ الْغُرْسِ يُدْعَى لَهَا الْأَغْنِيَاءُ وَيَتْرُكُ الْفُقَرَاءُ»<sup>(٣)</sup>.

ومنها: أَنْ يَخْصُصَهُ بِالْدَّعْوَةِ بِنَفْسِهِ، أو بأن يَبْعَثَ إِلَيْهِ غَيْرَهُ، وأما إذا فتح باب الدَّارِ،

(١) متفق عليه من حديث مالك عن نافع عنه بلفظ: إذا دعي أحدكم، ولمسلم عن جابر مرفوعاً: إذا دعي أحدكم إلى طعام فليجب، فإن شاء طعم، وإن شاء ترك.

(٢) أخرجه البخاري [٥١٧٣ - ٥١٧٩، مسلم [١٤٢٩] حديث أبي هريرة بلفظ: من لم يأت الدعوة فقد عصى الله ورسوله، وله ألفاظ عندهما، ولأبي داود من حديث ابن عمر باللفظ الذي ذكره المصنف في صدر حديث، وأخرجه أبو يعلى بإسناد صحيح، جامعاً بين اللفظين اللذين ذكرهما المصنف، فإنه قال: نا زهير نا يونس بن محمد نا عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر، عن النبي ﷺ قال: إذا دعي أحدكم إلى وليمة فليجيبها، ومن لم يجب الدعوة فقد عصى الله ورسوله رواه مسلم [١٤٣٢] والبخاري [٥١٧٧].

(٣) أخرجه البخاري ومسلم عن أبي هريرة بلفظ: شر الطعام طعام الوليمة، يدعى إليها الأغنياء ويترك جميعه، وهو بعض الحديث الذي قبله، وصدرة موقوف، وفي رواية لمسلم التصريح برفع جميعه، وتعقبها الدارقطني في العلل، وفي الباب عن ابن عمر عند أبي الشيخ، وعن ابن عباس عند البزار، وقال الحافظ في التلخيص: ولم أره بلفظ: شر الولايم.

ونَادَى لِيحْضُرَ مِنْ يُرِيدُ، أَوْ بَعَثَ رَسُولًا لِيحْضُرَ مِنْ شَاءَ أَوْ دَعَا إِنْسَانًا، وَقَالَ لَهُ: احْضُرْ مَعَكَ مِنْ شَيْءٍ، فَقَالَ لِغَيْرِهِ: احْضُرْ، فَلَا تَجِبُ الْإِجَابَةَ، وَلَا تُسْتَحَبُّ؛ لِأَنَّ الْاِمْتِنَاعَ وَالْحَالَةَ هَذِهِ لَا يُورِثُ التَّأْدِي وَالْوَحْشَةَ وَمِنْهَا أَلَّا يَكُونَ إِحْضَارُهُ لِخَوْفٍ مِنْهُ، أَوْ لِطَمَعٍ فِي جَاهِهِ أَوْ لِعَاوَنِهِ عَلَى بَاطِلٍ، بَلْ يَكُونُ لِلتَّقَرُّبِ، وَلِلتَّوَدُّدِ.

ومنها: أَنْ يَدْعُوهُ مُسْلِمٌ، وَإِنْ دَعَاهُ ذِمِّيٌّ، فَوْجِهَانِ:

أحدهما: أَنَّهُ كَمَا لَوْ دَعَاهُ مُسْلِمٌ لِإِطْلَاقِ الْأَخْبَارِ.

وأصحهما: عَلَى مَا ذَكَرَ الْمُحَامِلِيُّ أَنَّهُ لَا يَجِبُ، وَلَا يَكُونُ الْاِسْتِحْبَابُ فِي إِجَابَةِ دَعْوَتِهِ، كَالِاسْتِحْبَابِ فِي إِجَابَةِ دَعْوَةِ الْمُسْلِمِ، لِأَنَّهُ قَدْ يَزْعَبُ عَنْ طَعَامِهِ لِئِنجَاسَتِهِ، وَتَضَرُّفَاتِهِ الْفَاسِدَةِ، وَتَكَرُّهُ مُخَالَطَةَ الذَّمِيِّ وَمُؤَدَّاتِهِ<sup>(١)</sup>.

منها: أَنْ يَدْعِيَ فِي الْيَوْمِ الْأَوَّلِ، أَمَا إِذَا أَوْلِمَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، فَالْإِجَابَةُ فِي الْيَوْمِ الثَّانِي لَا تَجِبُ، بَلَا خِلَافٍ، وَلَا يَكُونُ اسْتِحْبَابُهَا كَالِاسْتِحْبَابِ فِي الْيَوْمِ الْأَوَّلِ، إِذَا اقْتَصَرْنَا فِيهِ عَلَى الْاِسْتِحْبَابِ، وَفِي الْيَوْمِ الثَّلَاثِ يُكْرَهُ.

روي أَنَّهُ - ﷺ - قَالَ: «الْوَلِيمَةُ فِي الْيَوْمِ الْأَوَّلِ حَقٌّ، وَفِي الثَّانِي مَعْرُوفٌ، وَفِي الثَّلَاثِ رِيَاءٌ وَسُمْعَةٌ». وَلَوْ اعْتَدَرَ الْمَدْعُوُّ إِلَى صَاحِبِ الدَّعْوَةِ فَرَضِيَّ بِتَخْلُفِهِ زَالَ الْوُجُوبُ، وَارْتَفَعَتْ كَرَاهِيَةُ التَّخْلُفِ.

ولو دَعَاهُ اثْنَانِ فَصَاعِدًا، أَجَابَ الْأَسْبَقُ، فَإِذَا جَاءَ مَعًا، أَجَابَ الْأَقْرَبُ رَجِيمًا، ثُمَّ الْأَقْرَبُ دَارًا، كَمَا فِي الصَّدَقَةِ<sup>(٢)</sup>، وَقَدْ رَوَى أَنَّهُ - ﷺ - قَالَ: «إِذَا اجْتَمَعَ ذَاعِيَانِ، فَأَجِبْ أَقْرَبَهُمَا إِلَيْكَ بَابًا، فَإِنْ أَقْرَبَهُمَا إِلَيْكَ بَابًا أَقْرَبُهُمَا لَكَ جَوَارًا، فَإِنْ سَبَقَ أَحَدُهُمَا فَأَجِبْ الَّذِي سَبَقَ». وَأَقْلَ الْوَلِيمَةِ مَا ذَكَرَ ابْنُ الصَّبَّاحِ وَغَيْرُهُ لِلْمُتَمَكِّنِ شَاءَ وَبِهِ يَشْعُرُ قَوْلُهُ - ﷺ - لِعَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «أَوْلِمَ وَلَوْ بِشَاةٍ» وَإِنْ لَمْ يَتِمَّ كُنْ اقْتَصَرَ عَلَى مَا يَقْدِرُ عَلَيْهِ، كَمَا أَوْلِمَ ﷺ - عَلَى صَفِيَّةَ بِسَوِيْقٍ وَتَمْرٍ، وَكَانَ فِي السَّفَرِ.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: ثُمَّ إِنَّمَا يَجِبُ أَوْ يُسْتَحَبُّ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي الدَّعْوَةِ مُنْكَرًا، وَلَا عَلَى حَيْطَانِ الدَّارِ ضُورَةً وَلَا فُرْشِ حَرِيرٍ، وَلَا فِي الْجَمْعِ مَنْ يَتَأَدَّى بِحُضُورِهِ، وَلَا بِأَسِّ بَصُورِ الْأَشْجَارِ وَلَا بِصُورِ الْحَيَوَانَ إِذَا كَانَ عَلَى الْفُرْشِ، فَأَمَّا عَلَى الثُّوبِ الْمَلْبُوسِ وَالسُّتْرِ وَالْوِسَادَةِ الْكَبِيرَةِ الْمَنْصُوبَةِ فَلَا يَجُوزُ، وَدَخُولِ مِثْلِ هَذَا الْبَيْتِ حَرَامٌ، وَقِيلَ: مَكْرُوهٌ، وَصَنَعَةُ التَّضْوِيرِ حَرَامٌ إِلَّا فِي ثِيَابِ الْفُرْشِ فَبِهِ خِلَافٌ.

(١) جزم الشيخ في باب الجزية بالحرمة قال في الخادم وهو الصواب.

(٢) ثم بالقرعة.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: من الشروط: ألا يَكُونُ هناك من يُتَأَدَّى بحضوره، ولا يَلِيْقُ به مُجَالَسَتُهُ، فإن كان، فَيُعَدَّرُ في التَّخْلُفِ، وأشار في «الوسيط» إلى وجه آخر فيه.

ومنها: ألا يكون هناك مُنْكَرٌ كَشْرَبِ الخَمْرِ والمَلَاهِي، فإن كان، نظر إن كان الشَّخْصُ ممن إذا حَضَرَ رَفَعَ المُنْكَرَ، فليحضر إجابةً للدعوة، وإزالةً لِلْمُنْكَرِ، وإلا فوجهان:

أحدهما: أن الأَوْلَى ألا يَخْضَرَ، ويجوز أن يَخْضَرَ ولا يَسْتَمِعَ، ويُنْكَرَ بقلبه، كم لو كان [يُصَوِّتُ<sup>(١)</sup>] بالمنكر في جَوَارِهِ، فلا يَلْزِمُهُ التَّحَوُّلُ، وإن كان يَبْلُغُهُ الصَّوْتُ، وعلى هذا جرى العراقيون من الأصحاب.

وأصحهما: أنه لا يجوز له الحُضُورُ، وإلى ترجيحه ذَهَبَ القاضيان ابنُ كَجِّ، والرويانِي؛ لأنه الرِّضَا بالمنكر، والتَّثْرِيرُ<sup>(٢)</sup> عليه، ويروى أنه - ﷺ - قال: «مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ، فَلَا يَفْعُدُّ عَلَى مَائِدَةٍ يُدَارُ عَلَيْهَا الخَمْرُ».

وإن لم يعلم حتى حَضَرَ فنهاهم، فإن لم يَنْتَهُوا، فليخرج، في جَوَازِ العُقُودِ وجهان<sup>(٣)</sup>، فإن لم يُمَكِّنْهُ الخُرُوجُ، كما إذا كان بالليل، وفي الخروجِ خَوْفٌ، فيقعد كَارِهًا، ولا يسمع، وإذا كانوا يَشْرَبُونَ النَّبِيذَ المُخْتَلَفَ في حِلِّهِ، فلا ينكر.

قال القاضي ابنُ كَجِّ: «لأنه في مَوْضِعِ الاجْتِهَادِ<sup>(٤)</sup> والأولى أن يكون الحضور ممن يعتقد التحريم، كما في المنكر المُجْمَعِ على تَحْرِيمِهِ، وقيل بخلافه.

ومن المنكرات فُرْشُ الحرير<sup>(٥)</sup> وَصُورُ الحيوانات على السَّقُوفِ، والجُدْرَانِ،

(١) في ب: يضرب.

(٢) قال النووي: الوجه الأول غلط، ولا يثبت عن كل العراقيين، وإنما قاله بعضهم وهو خطأ، ولا يفتى بجلالة صاحب «التنبيه» ونحوه ممن ذكره.

(٣) قال النووي: أصحهما التحريم.

(٤) قال الأذري في القوت: قال السبكي مجالاة الفاسق على فسقه حرام، وإذا كانوا يشربون النبيذ المختلف في إباحته، قال ابن كجج والرافعي والنووي: لم ينكر لأنه مجتهد، والصواب عندي أنه ينكر لضعف دليله، ويدل عليه قول الشافعي إنه يحذر شربه، وما هو إلا لضعف مدركه، وأي إنكار أعظم من الحد.

قال الأذري: واعلم أن عبارة الرافعي وإن كانوا يشربون النبيذ المختلف في حله، قال فلا ينكر، قال ابن كجج لأنه موضع اجتهاد والأولى أن يكون الحضور في حق من يعتقد التحريم في المسكر المجمع على تحريمه، وقيل: بخلافه ففرض الكلام في الحضور.

والظاهر ما قاله الشيخ السبكي خصوصاً في هذا الزمن ولو رأى الشيخان أهل هذا العصر لم يتردد في الإنكار.

(٥) قال الأذري: أي في دعوة اتخذت الرجال، وأما دعوة النساء خاصة فينبني على افتراشهن =

والثياب الملبوسة، والستور المعلّقة، والوسائد الكبيرة المنصوبة، ولا بأس بها على الأرض، والبساط الذي يُداس، والمخاض الذي يُتكا عليها، وليكن في معناها الطبق والخوان والقضعة روي عن عائشة رضي الله عنها «أن النبي - ﷺ - قَدِمَ من سَفَرٍ وقد سترت على صفة لها سِتْرًا في الخَيْلِ ذَوَاتِ الأَجْنِحَةِ، فأمر بِنَزْعِهَا» وفي رواية «قَطَعْنَا منها وِسَادَةً أو وِسَادَتَيْنِ، وكان رسول الله - ﷺ - يَرْتَفِقُ بهما»<sup>(١)</sup>.

وعن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن جَبْرِيلَ جاء إلى رسول الله - ﷺ - فَعَرَفَ صَوْتَهُ، وهو خارج، فقال: اذْخُلْ، فقال: إِنَّ فِي البَيْتِ سِتْرًا فيه تَمَائِيلُ، فَاقْطَعُوا رُؤُوسَهَا، واجْعَلُوهُ بُسْطًا أو وِسَادَةً<sup>(٢)</sup>.

وفيما علق عن الإمام الإِشَارَةُ إلى وَجِهٍ تَخْصِيصِ المَنْعِ بالسُّقُوفِ والجُدْرَانِ، وترخص فيما على الستور والوسائد المنصوبة، والظاهر الأول، والمعنى الفَارِقُ أن ما يُوطَأُ وَيُطْرَحُ مُهَانَ مبتذل، والمنصوب منها يُشْبِهُ الأَضْنَامَ، ولا بأس بِصُورِ الأشجار والشمس والقمر.

روي عن ابن عَبَّاسٍ - رضي الله عنه - أنه لما روي أن النبي - ﷺ - قال: «مَنْ

= الحرير، فإن منعناه فلا فرق وإن جوزناه وهو الأصح فلا ينكر وافتراش جلود النمر الباقي وتركها وستر الجدر بالحرير حرام على النوعين فيكون وجود ذلك عذراً. انتهى.

قال في الخادم: ذكروا في باب اللباس أنه لو بسط على فراش حرير شيئاً وجلس عليه جاز ويصير الحرير كالحشو، وحيثئذ إذا أمكن ذلك فقد يقال: لا يكون وجود الفراش عذراً في الامتناع. (١) صفية أما اللفظ الأول: فأخرجه البخاري [٢١٠٥ - ٣٢٢٤ - ٥١٨١ - ٥٩٥٧ - ٥٩٦١ - ٧٥٥٧] بلفظ: وقد سترت على بابي درنوكة، وأما الثاني: فهو متفق عليه بالفاظ، منها: قدم من سفر وقد سترت بسهولة لي بقرام فيه تماثيل، فلما رآه هتكه وتلون وجهه، وقال: يا عائشة أشد الناس عذاباً يوم القيامة الذين يضاؤون بخلق الله، قالت عائشة: فقطعناه فجعلنا منه وسادة أو وسادتين، قال الحافظ في التلخيص: - [٢١٠٧] خرج رسول الله ﷺ في غزاة، فأخذت نمطاً فسترته على الباب، فلما قدم رسول الله ﷺ رأى ذلك النمط، فرأيت الكراهية في وجهه، فجذبته حتى هتكه أو فقطعه، وقال: إن الله لم يأمرنا أن نكسو الحجارة والطين، قالت: فقطعنا منه وسادتين، وحشوهما ليفاً، فلم يعب ذلك علي، وفي لفظ: فأخذتها فجعلها مرفقتين، فكان يرتفق عليهما في البيت قال الحافظ في التلخيص وفي رواية للبخاري: فكانتا في البيت يجلس عليهما.

(٢) متفق عليه من حديث سعيد بن أبي الحسن قال: جاء رجل إلى ابن عباس فقال: إني رجل أصور هذه الصور، فأفتني فيها، فقال: أدن مني، فدنا حتى وضع يده على رأسه، فقال: أنبتك بما سمعت من رسول الله ﷺ يقول: كل مصور في النار، يجعل له بكل صورة صورها نفس، فيعذبه في جهنم، فإن كنت لا بدّ فاعلاً، فأصنع الشجر وما لا نفس له، ورواه مسلم [٢١١٠] من حديث النضر بن أنس عن ابن عباس نحوه.

صَوَّرَ صُورَةَ عَذْبٍ وَكُلَّفَ أَنْ يَنْفَخَ الرُّوحَ فِيهَا وَلَيْسَ بِنَافِخٍ وَأَتَاهُ رَجُلٌ مُصَوَّرٌ، فَقَالَ: مَا أَعْرَفَ صَنْعَةَ غَيْرِهَا، قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: «إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكَ بُدٌّ، فَصَوِّرِ الْأَشْجَارَ وَمَا لِأَنْفُسٍ لَهُ»<sup>(١)</sup> وَفِي «شَرْحِ الْجَوْنِيِّ» وَجْهٌ أَنْ صَوَّرَ الْأَشْجَارَ مَكْرُوهَةً، لِأَنَّ مِنْهُمْ مَنْ كَانَ يَعْْبُدُ الْأَشْجَارَ أَيْضًا، وَإِذَا كَانَتْ صُورُ الْحَيَوَانَاتِ مَقْطُوعَةً الرَّؤُوسِ فَلَا بَأْسَ عَلَى الظَّاهِرِ، وَسَوَى فِي «التَّمَتَةِ» بَيْنَ أَنْ يَكُونَ لَهَا رُؤُوسٌ، وَبَيْنَ الْأَيْ يَكُونُ.

ودخول البيوت الذي فيه الصور الممنوع منها حرام، أو مكروه؟ فيه وجهان:

أحدهما: التحريم، وبه كان يجيب الشيخ أبو محمد، ونظم الكتاب يقتضي تزجيحه، ورَجَّحَ الإمام الكَرَاهِيَّةَ، وتابعه صاحب الكتاب في «الوسيط»، ويحكي ذلك عن صاحب «التقريب» والصَّيْدَلَانِيِّ.

ولو كانت الصور في المَمَرِّ، دون موضع الجلوس، فلا بأس في الدخول والجلوس، ولا يترك إجابة الدعوة بهذا السبب، وكذلك لا بأس بدخول الحمام الذي على بابه تصاوير. هكذا ذكروه، ويمكن أن يكون [السبب فيه أن الصور في الممر مهانة، وفي المجلس مكرمة، وفزق بينهما، كما فرق بين أن تكون] على الأرض، أو على الجدار وهذا يجرى إلى تجويز التصوير في الممر.

ويحرم على المصور التصوير على الحيطان، والسقوف، ولا يستحق بها أجره. وفي نسج الثياب الصورة وجهان:

أحدهما: للتجويز، وإليه ذهب الشيخ أبو محمد؛ لأنها قد لا تلبس.

والثاني: المنع، ورَجَّحَهُ الإمام، وصاحب الكتاب في «الوسيط» تَمَسُّكًا بما ورد في الخبر من «لعن المصورين»<sup>(٢)</sup>، وطرد في «التمة» الوجهين في التصوير على الأرض، ونحوها وكان من ذهب إلى المنع قال: ليس له أن يصور، لكن إن اتفق يسامح، ولا يُبْطَلُ مَا صَوَّرَهُ.

وقوله في الكتاب: «إلا في ثياب الفرش» يشبه أن يريد به الثياب الصالحة للفرش، وأما ما لا يصلح إلا للبس، فاتخاذها كاتخاذ آلات الملاهي.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: وَلَا يَتْرُكُ إِجَابَةَ الدَّعْوَةِ بِعَذْرِ الصَّوْمِ بَلْ يَخْضَرُ وَيَمْسِكُ فِي الْفَرَضِ وَيَنْفِطِرُ فِي النَّفْلِ إِنْ كَانَ يَشُقُّ عَلَى الدَّاعِي إِمْسَاكُهُ، وَإِذَا دُعِيَ جَمَعَ سَقَطَ الْفَرَضُ بِإِجَابَةِ بَعْضِهِمْ.

(٢) أخرجه البخاري من حديث أبي حنيفة.

(١) سقط في: أ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الصَّوْمُ لَيْسَ بِعُذْرٍ فِي تَرْكِ إِجَابَةِ الدَّعْوَةِ؛ رَوَى أَنَّهُ - ﷺ - قَالَ: «إِذَا دُعِيَ أَحَدُكُمْ إِلَى طَعَامٍ فَلْيُجِبْ، فَإِنْ كَانَ مُفْطِرًا فَلْيُطْعَمْ، وَإِنْ كَانَ صَائِمًا فَلْيَصِلْ»<sup>(١)</sup> أي: فليدع، وإذا كان صائماً، فالصَّومُ إما فَرَضٌ أو نَفْلٌ، إن كان فَرَضًا، وكان الوقت مُضَيَّقًا، فلا يجوز أن يُفْطِرَ، وإن لم يكن كالنَّذْرِ المطلق، وقضاء رَمَضَانَ، فهو كالمُضَيَّقِ وَقْتِهِ، إن لم نجوز الخروج منه، وإن جَوَزْنَاهُ فقد قيل: هو كَصَوْمِ الثَّقَلِ.

وعن القاضي الحسين: أَنَّهُ يُكْرَهُ الخُرُوجُ مِنْهُ؛ لِأَنَّ ذِمَّتَهُ مَشْغُولَةٌ، وَقَدْ يَعْوِقُ عَائِقٌ عَنِ التَّدَارِكِ، وَإِنْ كَانَ صَوْمُهُ نَفْلًا، فَإِنْ لَمْ يَشَقَّ عَلَى صَاحِبِ الدَّعْوَةِ وَإِمْسَاكُهُ، فَالْأَوْلَى أَنْ يَتِمَّ الصَّوْمُ، وَإِنْ شَقَّ عَلَيْهِ، فَالْأَوْلَى أَنْ يُفْطِرَ رُوِيَ أَنَّهُ - ﷺ - حَضَرَ دَارَ بَعْضِهِمْ، فَلَمَّا قَدِمَ الطَّعَامَ، أَمْسَكَ بِغَضِّ القَوْمِ، وَقَالَ: إِنِّي صَائِمٌ فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «يَتَكَلَّفُ لَكَ أَحْوَكُ المُسْلِمِ، وَتَقُولُ: إِنِّي صَائِمٌ أَفْطِرُ ثُمَّ أَقْضِي يَوْمًا مَكَانَهُ»<sup>(٢)</sup>.

وَأَمَّا المُفْطِرُ، فَيَنْبَغِي إِذَا حَضَرَ أَنْ يَأْكُلَ، وَفِيهِ وَجْهَانُ:

أحدهما: أَنَّهُ وَاجِبٌ، وَأَقْلَهُ لِقَمَةً؛ لِأَنَّ المَفْضُودَ مِنَ الدَّعْوَةِ التَّنَاوُلُ، وَلِأَنَّ تَرْكَهُ الأَكْلَ يورث الوَحْشَةَ.

وأصحهما: أَنَّهُ مُسْتَحَبٌّ لَا وَاجِبٌ، رَوَى أَنَّهُ - ﷺ - قَالَ: «إِذَا دُعِيَ أَحَدُكُمْ فَلْيُجِبْ، فَإِنْ شَاءَ طَعِمَ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ» وَلَفْظُ صَاحِبِ «التَّيْمَةِ» يَقْتَضِي تَعْمِيمَ هَذَيْنِ الوَجْهَيْنِ فِي جَمِيعِ الصِّيَامَاتِ، إِذَا حَضَرَ وَأَمَّا قَوْلُهُ فِي الكِتَابِ: «وَإِذَا دُعِيَ جَمَعَ سَقَطَ الفَرَضُ بِإِجَابَةِ بَعْضِهِمْ» إِنْ كَانَ المُرَادُ مِنْهُ مَا إِذَا بَعَثَ لِإِخْضَارِ جَمْعٍ مِنْ غَيْرِ تَعْيِينٍ، فَقَدْ ذَكَرْنَا أَنَّهُ لَا أَفْتِرَاضَ هُنَاكَ، فَكَيْفَ نَقُولُ: يَسْقُطُ الفَرَضُ، وَإِنْ كَانَ المُرَادُ مَا إِذَا دَعَى جَمَاعَةً بِأَعْيَانِهِمْ، فَالَّذِي ذَكَرَهُ مُفَرَّغٌ عَلَى القَوْلِ بِأَفْتِرَاضِ الإِجَابَةِ، ثُمَّ هُوَ جَوَابٌ عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَهُوَ أَنَّهَا فَرَضٌ عَلَى الكِفَايَةِ، وَقَدْ مَالَ إِلَى تَرْجِيحِهِ الحَنَاطِيُّ.

### «فَرَعَانُ»

أحدهما: إِذَا دَعَا مَنْ أَكْثَرَ مَالِهِ حَرَامًا، كَرِهَتْ إِجَابَتُهُ، كَمَا تُكْرَهُ المُعَامَلَةُ مَعَهُ، وَإِنْ عَلِمَ أَنَّ عَيْنَ الطَّعَامِ حَرَامًا، لَمْ يَخَفَ الحُكْمَ.

(١) رواه مسلم [١٤٣١] من حديث أبي هريرة، وفي رواية له: وإن كان صائماً دعا بالبركة.

(٢) وأقله لقمة وأصحهما أنه مستحب صحح النووي في شرح مسلم الوجوب، واختاره في تصحيح التنبية.

قال في الخادم: وهو أقوى لكن لم أجد من وافقه على الصحة.

والثاني: المَرْأَةُ إِذَا دَعَتِ النِّسَاءَ، فَالْحَكْمُ كَمَا ذَكَرْنَا فِي الرَّجَالِ، وَإِنْ دَعَتْ رَجُلًا أَوْ رَجُلًا، فَتَجَابَ إِذَا لَمْ يَلْزَمْ خُلُوةَ مُحْرَمَةٍ.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: وَلَا يُتَّقَرُّ بَعْدَ تَقْدِيمِ الطَّعَامِ إِلَى لَفْظِ الْإِبَاحَةِ بَلْ يَكْفِي قَرِينَةُ الْحَالِ، ثُمَّ يَأْكُلُ الضَّيْفُ مِلْكَ الْمُضَيَّفِ (و) بِالْإِبَاحَةِ، وَلَهُ الرَّجُوعُ قَبْلَ الْأَكْلِ، وَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنَ الْمَطْعُومِ مَا يَعْلَمُ أَنَّ الْمَالِكَ يَرْضَى بِهِ قَطْعًا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ مَسَائِلُ:

إِحْدَاهَا: لِلضَّيْفِ أَنْ يَأْكُلَ إِذَا قُدِّمَ إِلَيْهِ الطَّعَامُ، مِنْ غَيْرِ أَنْ يَأْذَنَ صَاحِبُ الطَّعَامِ لَفْظًا، إِلَّا إِذَا كَانَ يَنْتَظِرُ حُضُورَ غَيْرِهِ، فَلَا يَأْكُلُ إِلَى أَنْ يَخْضُرَ، أَوْ يَأْذَنَ الْمُضَيَّفُ لَفْظًا.

وَفِي «الْوَسِيْطِ» وَجْهٌ أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ لَفْظٍ، وَالظَّاهِرُ الْاِكْتِفَاءُ بِقَرِينَةِ التَّقْدِيمِ، وَالْقَرِينَةُ أَثَرٌ ظَاهِرٌ فِي مِثْلِ هَذَا الْبَابِ.

وَكذَلِكَ يَجُوزُ الشُّرْبُ مِنَ الْحَبَابِ الَّتِي تَوْضَعُ فِي الطَّرِيقِ، وَكَانَ السَّلْفُ يَأْكُلُونَ مِنْ طَعَامِ إِخْوَانِهِمْ عِنْدَ الْاِنْبِسَاطِ، وَهَمْ غَيْبٌ.

وَفِي «التَّمَةِ» أَنْ تَقْدِيمَ الطَّعَامِ إِنَّمَا يَكْفِي إِذَا كَانَ قَدْ دَعَاهُ إِلَى بَيْتِهِ أَمَا إِذَا لَمْ تَسْبِقِ الدَّعْوَةَ، فَلَا بُدَّ مِنَ الْإِذْنِ لَفْظًا إِلَّا إِذَا جَعَلْنَا الْمُعَاطَاةَ بَيْعًا، وَقَرِينَةُ التَّقْدِيمِ لَا تَخْتَلِفُ بَيْنَ أَنْ تَسْبِقَ الدَّعْوَةَ أَوْ لَا تَسْبِقُ<sup>(١)</sup>.

الثَّانِيَةُ: هَلْ يَمْلِكُ الضَّيْفُ مَا يَأْكُلُهُ؟

قَالَ الْقَفَّالُ: لَا، بَلْ إِتْلَافٌ بِإِبَاحَةِ الْمَالِكِ، وَلِلْمَالِكِ أَنْ يَرْجِعَ مَا لَمْ يَأْكُلْ.

وَقَالَ أَكْثَرُهُمْ: نَعَمْ، وَبِمِ يَمْلِكُ؟ فِيهِ وَجُوهٌ.

قِيلَ: بِالْوَضْعِ بَيْنَ يَدَيْهِ.

وَقِيلَ بِالْأَخْذِ.

وَقِيلَ بِوَضْعِهِ فِي الْقَمِّ وَقِيلَ بِالْاِزْدِرَادِ نَتَبَيَّنُ حُضُورَ الْمِلْكِ قَبِيلَةً، وَزَيْفَ الْمُتَوَلَّى مَا سِوَى الْوَجْهِ الْأَخِيرِ، وَذَلِكَ يَقْتَضِي تَرْجِيحَهُ، وَعَلَى الْوَجْهِ يَنْبَغِي التَّمَكِينُ مِنَ الرَّجُوعِ.

(١) قَالَ النَّوَوِيُّ فِي زَوَائِدِهِ: الصَّحِيحُ بِتَقْدِيمِ الطَّعَامِ أَنَّهُ يَجُوزُ الْأَكْلُ بِلَا لَفْظٍ، سِوَاءَ دَعَاهُ أَمْ لَا، بِشَرَطِ أَنْ لَا يَكُونَ مَنَّظَرًا غَيْرِهِ كَمَا سَبَقَ. وَأَمَّا الْأَكْلُ مِنْ بَيْتِ الصَّدِيقِ وَبِسْتَانِهِ وَنَحْوِهَا فِي حَالِ غَيْبَتِهِ، فَجَائِزٌ بِشَرَطِ أَنْ يَعْلَمَ مِنْ حَالِهِ أَنَّهُ لَا يَكْرَهُ ذَلِكَ مِنْهُ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ فِي الْخَادِمِ: مَا ذَكَرَهُ مِنْ اشْتِرَاطِ الْعِلْمِ خَالَفَهُ فِي بَابِ الْأَطْعَمَةِ فَقَالَ: مِنْ زَوَائِدِهِ أَيْضًا إِنْ غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ أَنَّهُ لَا يَكْرَهُ ذَلِكَ أَيْ فِيَجُوزُ وَإِنْ تَشَكَّلَ فَحَرَامٌ وَالْمَذْكُورُ هُنَا هُوَ الصَّوَابُ.

الثالثة: ليس لِلضَّيْفِ التَّصَرُّفُ فِي الطَّعَامِ، بِمَا سِوَى الْأَكْلِ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ مَعَ نَفْسِهِ شَيْئًا، وَاسْتَثْنَى مَا إِذَا نَقَلَ مَا يَعْلَمُ رِضًا الْمَالِكِ بِهِ، وَيَخْتَلَفُ ذَلِكَ بِقَدْرِ الْمَأْخُودِ وَجِنْسِهِ، وَبِحَالِ الْمُضَيَّفِ، وَالدَّعْوَةِ، فَإِنْ تَرَدَّدَ فِي أَنَّهُ هَلْ يَقَعُ فِي مَحَلِّ الْمُسَامَحَةِ، فَقَدْ أُنْشِأُوا فِيهِ الْوَجْهَيْنِ، وَالظَّاهِرَ التَّخْرِيمَ، وَلَيْسَ لِلضَّيْفِ أَنْ يُطْعِمَ السَّائِلَ، وَلَا أَنْ يُلْقِيَ اللَّقْمَةَ إِلَى الْهَرَّةِ، وَيَجُوزُ أَنْ يُلْقِمَ الْأَضْيَافَ بَعْضَهُمْ بَعْضًا، إِلَّا إِذَا فَآوَتْ بَيْنَهُمْ فِي الطَّعَامِ، وَلَيْسَ لِلَّذِينَ خَصَّصُوا بِنَوْعِ أَنْ يُطْعِمُوا مِنْهُ غَيْرَهُمْ، وَيَكْرَهُ لِلْمُضَيَّفِ أَنْ يَفْعَلَ ذَلِكَ<sup>(١)</sup>.

وَلَا يَجُوزُ التَّطَقُّلُ، وَاسْتَثْنَى الْمَتَوْلِيَّ وَغَيْرَهُ، وَقَالُوا: إِذَا كَانَ فِي الدَّارِ ضَيْفَافَةً، جَازَ لِمَنْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ صَاحِبِ الدَّارِ انْبِسَاطُ أَنْ يَدْخُلَ، وَيَأْكُلُ إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ لَا يَشْتُقُّ عَلَيْهِ، وَهَذَا قَرِيبٌ مِمَّا سَبَقَ فِي<sup>(٢)</sup> وَقَدْ عَرَفْتَ بِهَذِهِ الْمَسَائِلِ أَنَّ الْخِلَافَ فِي أَنَّهُ بِمِ يَمْلِكُ؟ مَخْصُوصٌ بِمَا يَأْكُلُهُ، وَلَا نَقُولُ بِأَنَّهُ يَمْلِكُ مَا يَوْضِعُ بَيْنَ يَدَيْهِ، أَوْ مَا يَأْخُذُهُ بِحَالٍ، وَلَوْ قِيلَ بِهِ لَمَا مَنَعَ مِنَ الثَّقَلِ، وَمِنْ إِطْعَامِ السَّائِلِ وَسَائِرِ التَّصَرُّفَاتِ، وَهِيَ مَمْتَنَّةٌ بِالِاتِّفَاقِ.

وَمِنْ آدَابِ الْأَكْلِ أَنْ يَقُولَ فِي الْإِبْتِدَاءِ: بِسْمِ اللَّهِ، فَإِنْ نَسِيَ، فَإِذَا تَذَكَّرَ قَالَ: بِسْمِ اللَّهِ أَوْلَهُ وَآخِرَهُ، وَأَنْ يَغْسِلَ يَدَيْهِ قَبْلَ الْأَكْلِ وَبَعْدَهُ، وَأَنْ يَأْكُلَ بِالْأَصَابِعِ الثَّلَاثِ، وَأَنْ يَدْعُوَ لِصَاحِبِ الْبَيْتِ، إِذَا أَكَلَ فِي ضَيْفَافَةٍ، رَوَى أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - طَعِمَ عِنْدَ سَعْدِ بْنِ عُبَادَةَ، فَلَمَّا فَرَّغَ قَالَ: «أَكَلْتُ طَعَامَكُمْ الْأَبْرَارَ، وَصَلَّتْ عَلَيْكُمْ الْمَلَائِكَةُ وَأَفْطَرَ عِنْدَكُمْ الصَّائِمُونَ»<sup>(٣)</sup>.

وَيَكْرَهُ أَنْ يَأْكُلَ الْإِنْسَانُ مُتَكِنًا، وَأَنْ يَأْكُلَ مِمَّا يَلِي أَكِيلَهُ، وَأَنْ يَأْكُلَ مِنْ وَسْطِ الْقَضْعَةِ، وَأَعْلَى الثَّرِيدِ وَنَحْوِهِ، وَلَا بَأْسَ بِذَلِكَ فِي الْفَوَاكِهَ وَأَنْ يَغِيبَ الطَّعَامَ وَأَنْ يَثْرَنَ بَيْنَ التَّمْرَتَيْنِ، وَمَا فِي مَعْنَاهُمَا<sup>(٤)</sup>، وَأَنْ يَأْكُلَ بِشِمَالِهِ، وَأَنْ يَتَنَفَّسَ فِي الْإِنَاءِ، أَوْ يَنْفُخَ

(١) صرح الماوردي وغيره بتحريم الزيادة على الشيخ وإنه لو زاد لم يضمن قال الأذريعي، وفيه وقفة. قال ابن عبد السلام: ولو كان الضيف يأكل كعشرة مثلاً ومضيفه جاهل بحاله لم يجز له أن يأكل فوق ما يقتضيه العرف في المقدار.

قال: ولو كان الطعام قليلاً فأكل لقمًا كبيراً مسرعاً حتى يأكل أكثر الطعام ويحرم أصحابه لم يجز له ذلك.

(٢) بياض في الأصل.

(٣) أخرجه أحمد من طريق عبد الرازق (في المسند ١٣٨/٣). والبيهقي في (السنن الكبرى ٧/٢٨٧ كتاب الصداق) باب: الدعاء لرب الطعام.

(٤) أي يكره ذلك. قال النووي في شرح مسلم: الصواب التفصيل فإن كان الطعام مشتركاً بينهم فالقران حرام إلا برضاهم ويحصل الرضى بالتصريح به أو ما يقوم مقامه من قرينة حال أو دلالة

عليه بحيث يعلم يقيناً أو ظناً قوياً أنهم يرضون به، ومتى شك في رضاهم فحرام. وإن الطعام =

العزیز شرح الوجیز ج ٨/م ٢٣



فيه، ولا يكره الشُّرْبُ قَائِماً، وحمل ما وَرَدَ من النَّصِّ على حَالَةِ السَّيْرِ<sup>(١)</sup>.

= لغيرهم أو لأحدهم اشترط رضاه فإن قرن بغير رضاه فحرام إلى آخر ما ذكره.

قال في الخادم: ويحصل الجواز في ثلاث صور:

إحداها: إذا قرن الآكلون.

ثانيتها: إذا سامحوه بذلك.

ثالثها: إذا كان القارن هو المالك فله ذلك.

(١) قال النووي: هذا الذي قاله من تأويل النهي على حالة السير، قد قاله ابن قتيبة والمتولي، وقد تأوله آخرون بخلاف هذا. والمختار أن الشرب قائماً بلا عذر خلاف الأولى، للأحاديث الصريحة بالنهي عنه في «صحيح مسلم».

وأما الحديثان الصحيحان عن علي وابن عباس. رضي الله عنهما أن النبي ﷺ شرب قائماً، فمحمولان على بيان الجواز جمعاً بين الأحاديث. وقد اعترض على أحاديث النهي بأشياء باطلة، أوضحت جوابها في شرح «صحيح مسلم». ويكره الشرب من فم القربة. ومن آداب الأكل: حمد الله تعالى في آخره. وكذلك في آخر الشرب فيقول: «الحمد لله حمداً كثيراً طيباً مباركاً فيه غير مكفي ولا مكفور ولا مودع، ولا مستغنى عنه ربنا». ثبت ذلك في «صحيح البخاري» عن النبي ﷺ أنه كان يقوله، وقد جاءت في هذا أذكار كثيرة في الصحيح وغيره، وقد جمعت مقاصدها في كتاب «أذكار الطعام» من كتاب «الأذكار»، وشرحت فيه هذه الألفاظ أحسن شرح وأوجزه، مع جمل مما يتعلق بالأطعمة. وقوله: ربنا، يجوز بالرفع على الابتداء، وبالنصب على الاختصاص أو النداء، وبالجر على البدل من قوله: الحمد لله. وإذا أكل جماعة، فمن الأدب أن يتحدثوا على طعامهم بما لا إثم فيه، ويكره أن يتمخط ويصق في حال أكلهم إلا لضرورة، ويكره أن يقرب فمه من القصعة بحيث يرجع من فمه إليها شيء. ويستحب أن يلحق القصعة، وأن يلحق أصابعه، وأن يأكل اللقمة الساقطة ما لم تنتجس ويتعذر تطهيرها، للأحاديث الصحيحة في ذلك. والأولى أن لا يأكل الشخص وحده، وأن لا يرتفع عن مؤاكلة الغلام والصبيان والزوجة، وأن لا يتميز على جلسائه بنوع إلا لحاجة، كدواء، ونحوه، وأن يمد الأكل مع رفقته ما دام يظن لهم حاجة إلى الأكل، وأن يؤثرهم بفاخر الطعام، كقطعة لحم وخبز لين، أو طيب ونحو ذلك، وقد سبق استحباب التسمية في أول الطعام، وهي مستحبة لكل آكل، حتى الحائض والنفساء. وينبغي أن يجهر بها جهراً يسمعه رفقته سماعاً محققاً، ليقنتدي به فيها، وليتنبه غيره لها ويستحب لكل واحد من الجماعة، أن يسمي. فإن سمي واحد من الجمع، أجزأ عن الباقي، نص عليه الشافعي رضي الله عنه، وقد ذكرته في «كتاب الأفكار» وفي «طبقات الفقهاء» في ترجمة الشافعي، وهو شبيه برد السلام، وتسميت العاطس، فإنه يكفي قول أحد الجماعة. ومن ترك التسمية عامداً أو مكرهاً، أو لعارض آخر، ثم تمكن في أثناء أكله، سمي، كما لو نسيها، وسبق مثله في الوضوء، والتسمية في المشروب كالمأكول. ولا بأس بقوله: لا أشتهي هذا الطعام، أو ما اعتدت أكله، لحديث الضب. ويستحب لمن حضر وهو صائم ولم يأكل، أن يدعو لأهل الطعام، ويستحب الترحيب بالضيف وحمد الله تعالى على حصوله ضيفاً عنده، وسروره به، وثناؤه عليه لجعله أهلاً لتضييفه. ففي «الصحيحين»، أن رسول الله ﷺ قال: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر، فليكرم ضيفه».

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَيَجُوزُ نَثْرُ السُّكَّرِ وَالنَّقَاطُ فَعِلَ ذَلِكَ بَيْنَ يَدَيِ رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -، ثُمَّ هُوَ كَالصَّيْدِ مَنْ يَثْبُتَ عَلَيْهِ يَدُهُ لَمْ يُسَلَبْ مِنْهُ، وَمَنْ وَقَعَ فِي ذَيْلِهِ وَقَدْ بَسَطَهُ لِذَلِكَ يُؤْخَذُ مِنْهُ، فَإِنْ سَقَطَ كَمَا وَقَعَ فِيهِ وَجْهَانٍ، وَإِنْ لَمْ يَبْسُطْهُ لِذَلِكَ أَخَذَ مِنْهُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يَجُوزُ نَثْرُ السُّكَّرِ وَالْجَوْزِ، وَاللُّوزِ، وَالتَّمْرِ، وَنَحْوَهَا فِي الْإِمْلَاكَاتِ، وَهَلْ يُكْرَهُ؟ فِيهِ وَجْهَانٌ:

أحدهما: وَيُحْكَى عَنْ مَالِكٍ نَعْمَ؛ لِأَنَّهُ يُؤْخَذُ بِاخْتِلَاسٍ، وَانْتِهَابٍ، وَقَدْ يُؤَدِّي إِلَى الْوَحْشَةِ وَالْعَدَاوَةِ، وَلِأَنَّهُ قَدْ يَأْخُذُهُ مَنْ غَيْرُهُ أَحَبُّ إِلَى صَاحِبِ النُّشَارِ، وَهَذَا هُوَ الْمَذْكُورُ فِي طَائِفَةِ مَنْ كُتِبَ الْأَصْحَابُ مِنْهَا «الشَّامِلُ» وَ«التَّمْتَةُ».

وَأَرْجَحُهُمَا: أَنَّهُ غَيْرُ مَكْرُوهٍ، لَكِنِ الْأُولَى <sup>(١)</sup> تَرْكُهُ، وَقَدْ رُوِيَ عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - حَضَرَ فِي أَمْلَاكٍ، فَاتَى بِأَطْبَاقٍ عَلَيْهَا جَوْزٌ وَلَوْزٌ تَمَرٌ، فَنَشَرَتْ فَقَبِضْنَا أَيْدِينَا، فَقَالَ: مَا لَكُمْ لَا تَأْخُذُونَ، فَقَالُوا: لِأَنَّكَ نَهَيْتَ عَنِ النَّهْيِ فَقَالَ: «إِنَّمَا نَهَيْتُكُمْ عَنِ نَهْيِ الْعَسَاكِرِ، خُذُوا عَلَيَّ اسْمَ اللَّهِ - تَعَالَى - فَجَادِبْنَا وَجَادِبْنَا» <sup>(٢)</sup>، وَيُرْوَى عَدَمُ الْكِرَاهِيَةِ عَنِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَابْنِ الْمُنْذَرِ، وَعَنْ أَحْمَدَ رَوَيْتَانِ كَالْوَجْهَيْنِ، وَوَضَعَ الْحَنَاطِي وَأَبُو الْقَرَجِ الزَّازِ الْخِلَافَ فِي الْاسْتِخْبَابِ، فَيُخْرِجُ مِنَ الطَّرِيقَيْنِ ثَلَاثَةً أَوْجِهَ مُسْتَحَبٍّ، مَكْرُوهٍ، وَهَذَا وَلَا ذَاكَ.

وَالنَّقَاطُ النُّشَارِ جَائِزٌ، لَكِن تَرَكَهُ أَوْلَى، إِلَّا إِذَا عَرَفَ أَنَّ النَّائِثَ لَا يُؤَثِّرُ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ، وَلَمْ يَقْدَحِ الْإِتْقَاطُ فِي مُرْوَعَتِهِ <sup>(٣)</sup>.

(١) قال في الخادم: الذي نص عليه الشافعي في الأم وأطبق عليه جمهور الأصحاب الكراهة إلى آخر ما ذكره.

(٢) رواه البيهقي عن معاذ بن جبل وفي إسناده ضعف وانقطاع.

ورواه الطبراني في الأوسط من حديث عائشة عن معاذ نحوه، وفيه بشر بن إبراهيم، ومن طريقه ساقه العقيلي وقال: لا يثبت في الباب شيء، وأورده ابن الجوزي في الموضوعات [٢/٢٦٥] ورواه فيها أيضاً من حديث أنس وفيه خالد بن إسماعيل وهو كذاب، وأغرب إمام الحرمين فصحه من حديث جابر، وهو لا يوجد ضعيفاً فضلاً عن صحيح، وفي مصنف ابن أبي شيبة عن الحسن والشعبي: أنهما كانا لا يريان بأساً بالنهب في العرسات والولائم، وكرهه أبو مسعود وإبراهيم وعطاء وعكرمة.

(٣) قال الشيخ البلقيني: نص في الأم في آخر باب شهادة المقاذف على كراهته فقال: وإذ نثر على الناس في الفرح فأخذه بعض من حضر لم يكن هذا مما يجرح به شهادة أحد لأن كثيراً يزعم أن هذا مباح حلال لأن مالكة إنما طرحه لمن يأخذه فأما أنا فأكرهه لمن أخذه من قبل أن يأخذه من يأخذه ولا يأخذه إلا فعليه لمن حضره وإما يفضل قوة وإما يفضل قلة حياء والمالك لم يقصد =

ومن التَّقَطُّه لم يؤخذ منه، وهل يملكه؟ فيه وجهان عن الدَّارِ كِيٍّ .

أحدهما: لا؛ لأنه لم يوجد لَفْظ مَمْلُوك ولا تَمْلِيك لمعين .

والثاني: نعم، اغْتِيَارًا بِالْعَادَةِ، ورأى المتولي أن أَضَلَ هذا الخلاف، الخِلافُ في المَعَاظَةِ، لكن الأيْمَةَ إلى ثبوت المِلْكِ ها هنا أَمِيلٌ، فإن قُلْنَا بِالوَجْهِ الأول، فَلِلنَّائِرِ الاستِزْجَاعُ وبه أجاب القاضي ابنُ كَيْجٍ، ولكن قال: له الاستِزْجَاعُ ما لم يخرج المُلْتَقَطُ من الدَّارِ، وعليه العُزْمُ إن كان أَتْلَفَهُ، وإن قلنا بالثاني، فيخرج عن مِلْكِ النَّائِرِ بالنَّشْرِ، أو يأخذ المُلْتَقَطُ، أو بِإِنْتِلَافِهِ، فيه ثلاثة<sup>(١)</sup> أوجه مذكورة في «شرح الجويني» وكل هذا قَرِيبٌ مما سَبَقَ في الطعام المُقَدَّم إلى الضيف، ومن وَقَعَ في حِجْرِهِ شيء من النَّشَارِ، فإن بَسَطَهُ لذلك لم يُؤْخَذَ منه، ونزل مَنزِلَةَ الأَخْذِ باليد، فإن سَقَطَ، كما وقع، فهل يَبْطُلُ حَقُّهُ؛ لأنه لم يَسْتَقِرَّ أو لا يَبْطُلُ، ويمنع الغير من أخْذِهِ، حكى في الكتاب وَجْهَيْنِ، وَأَجْرَاهُمَا الإمامُ فيما إذا وقع الصَّنْدُ في الشَّبِكَةِ، وَأَفْلَتَ في الحال، وقال: الظَّاهر أن حَقُّهُ يبقى بحاله، ويمنع الغير من أخْذِهِ، فإن لم يَبْسُطْ هِجْرَةَ لذلك، فلا يملكه؛ لأنه لم يُوجَدْ منه قَصْدٌ تملك، ولا فعل، فلو تَقَضَّه، فهو كما لو وَقَعَ على الأرض أو لا وإلا فهو أَوْلَى به من غيره، فلا يَبْتَعِي لغيره أن يأخُذَهُ، فإن أَخَذَهُ فهل يملك؟ .

فيه وجهان جاريان فيما لو عَشَّشَ الطَّائِرُ في مِلْكِهِ، وَأَخَذَ الفَرَحَ غَيْرَهُ، وفيما لو دخل السَّمَكُ مع الماء حَوْضَهُ، وفيما إذا وقع الثَّلُجُ في ملكه، فأخذه غَيْرُهُ، وصورة التَّعْشِيشِ قد تَعَرَّضْنَا لها عند ذِكْرِ الخِلافِ، فيما إذا أحيا ما يحجره غيره، لكن الأَصَحُّ أن المُحْبِي يَمْلِكُ، وفي هذه الصورة مَبْلُغُهُمْ إلى المنع أكثر، ويمكن أن يُفَرَّقَ بأن المُتَحَجَّرَ غَيْرُ مَالِكٍ، وليس الإخْيَاءُ تَصَرُّفًا في مِلْكِ الغَيْرِ، وفي هذه الصورة الأَخْذُ متصرف في مِلْكِ الغير بِدُخُولِ غيره، ولو سَقَطَ من حجره قبل أن يقصد أخْذَهُ، أو قام، فَسَقَطَ بَطْلَ اختِصاصِهِ، كما لو مَلَكَ الفَرَحُ جِمَاحَهُ فطار يجوز لغير صَاحِبِ الدَّارِ أخْذَهُ بلا خِلافٍ، ثم أَوْلَوِيَّةٌ من وقع في حِجْرِهِ مخصوصة بما إذا كان ممن يأخُذُهُ .

فأما من يعلم أنه لا يأخُذُهُ ولا يَزْعَبُ فيه فلا اختِصاصَ له به وَيَجُوزُ لغيره أخْذُهُ منه بذلك ذكره صاحب «التهديب» وغيره وَيُكْرَهُ أخذ النَّارِ من الهَوَاءِ بِالمَلَاءَةِ، والأزْرُ

= قصده، وإنما قصد به قصد الجماعة فأكرهه لأخذه لأنه لا يعرف حظه من حظ من قصد به بلا إذنه وأنه خسة وسخف. ونقل هذا النص بحروفه الأذرعِي في القوت. قال: ونقله في الروضة في كتاب الشهادات عن الشامل وتبعه عليه وجزم به الجماهير لا سيما العراقيون وليس في الإبانة والتممة سواء إلى آخر ما ذكره.

(١) قال النووي: الأصح أنه يملك بالأخذ كسائر المباحات.

المَرْبُوطَةُ بِرُؤُوسِ الْخَشَبِ وَإِنْ أَخَذَهُ كَذَلِكَ اسْتَحَقَّ، وَنَثَرُ الدَّرَاهِمِ وَالذَّنَائِيرِ أَلْحَقُهُ الْمَسْعُودِيُّ لِثَرِّ السُّكْرِ.

وقوله في الكتاب: «فعل بين يدي رسول الله - ﷺ» أراد به ما ذكرناه من حديث جابر - رضي الله عنه - .

وقوله: «هو كالصَّيْدِ...» إلى آخره تشبيه بالصَّيْدِ يوافق الوجيه الذاهب إلى أن النَّثَارَ يُمَلِّكُ فَإِخْلَاقٌ أَكْثَرُ الثَّقَلَةِ عَلَى هَذَا مَنْطِقٍ.

وقوله: «وإن لم ينسبته لذلك، أخذ منه» هذا الإذن والتزجيص إنما يظهر فيما إذا كان الشخص ممن لا يزعب فيه، فأما من يجوز أن تزيده، فقد ذكرنا أنه أولى به، وليس لغيره الأخذ منه، والكلام في أنه لواحد هل تستحقه؟ والله أعلم.

## كِتَابُ الْقَسْمِ وَالنُّشُوزِ (١) وَفِيهِ فُضُولٌ

(الْأَوَّلُ فِيمَنْ يَسْتَحِقُّ الْقَسْمَ): وَلَا يَجِبُ عَلَى مَنْ لَهُ زَوْجَةٌ وَاحِدَةٌ أَنْ يَبِيَّتَ عِنْدَهَا لَكِنْ يُسْتَحَبُّ ذَلِكَ لِتَحْصِينِهَا. وَلَا يَجِبُ الْقَسْمُ بَيْنَ الْمُسْتَوْلِدَاتِ وَبَيْنَ الْإِمَاءِ وَلَا بَيْنَهُنَّ وَبَيْنَ الْمَنْكُوحَاتِ. لَكِنَّ الْأَوْلَى الْعَدْلُ وَكَفُّ الْإِيذَاءِ. وَمَنْ لَهُ مَنْكُوحَاتٌ فَلِنْ أَعْرَضَ عَنْهُنَّ جَازًا. وَإِنْ بَاتَ لَيْلَةً عِنْدَ وَاحِدَةٍ لَزِمَهُ مِثْلُهَا لِلْبَاقِيَاتِ.

قال الرافعي: النكاح مناط حقوق الزوج على الزوجة، كالطاعة، والمقام في المسكن، وحقوق الزوجة على الزوج؛ كالمهر، والنفقة، والمعاشرة بالمعروف؛ قال الله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٢٨] وأراد مماثلتهما في

(١) لما أباح الله سبحانه وتعالى للزوج التعدد إلى أربع تلمس المضللون من ذلك طريقاً للطعن على الدين الإسلامي زاعمين بحسب أهوائهم الفاسدة وما سولت لهم نفوسهم الخبيثة أنه في هذا ضياعاً لحق المرأة ولحقوق الضرر بها وسوء العشرة معها، ودين هذا شأنه ليس بالدين المستقيم بل هو دين الظلم والاستعباد، ولبس ما قالوا فقد افتروا على الدين الإسلامي بجهالتهم وضلاتهم وقلة تدبرهم وما نشأ هذا والعياذ بالله إلا من عمى بصيرتهم ﴿فَأَنهَا لَا تَعْمَى الْأَبْصَارُ وَلَكِنْ تَعْمَى الْقُلُوبُ الَّتِي فِي الصُّدُورِ﴾ إذ لو تأملوا ولو قليلاً لوجدوا الدين الإسلامي هو دين الشفقة والرحمة والعطف والرفقة فما أباح التعدد إلا لمصلحة قومية يعرفها ذوق السليم ولم يترك للظلم أثراً في هذا السبيل بل أبان الطريق الذي يسلكه زوج الزوجات حتى لم يبقى للجور مجال.

فالشارع الحكيم لم يبيح تعدد الزوجات مطلقاً بل قرنه بما يرفع الجور والظلم قال تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَنْ لَا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ فأناك تفهم من معنى الآية أن الله سبحانه وتعالى حرم الزيادة على واحدة إذا خيف عدم العدل لو جمع بين اثنتين أو أكثر ومنه يعلم أن العدل واجب.

القسم والنشوز:

القسم بفتح القاف مع سكون السين بمعنى العدل بين الزوجات في المبيت وهو المراد هنا ومع فتح السين اليمين (ويكسر القاف)، ويكسر القاف مع سكون السين بمعنى الخط والنصيب ومع فتح السين جمع قسمة وقد تطلق على النصيب أيضاً والنشوز من نشز إذا ارتفع لأن فيه ارتفاعاً عن أداء الحق الواجب فالزوجة إذا امتنعت عن أداء ما وجب عليها تسمى ناشزة وإذا امتنع الزوج عن أداء ما وجب عليه يسمى متفدياً.

وجوب الأداء لأن الحقين متمثلان؛ وقد قال تعالى<sup>(١)</sup>: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ١٩]. قال الشافعي - رضي الله عنه - «وجماع المعروف بين الزوجين الكف عن المكروه وإعفاء صاحب الحق من المؤنة في طلبه من غير إظهار كراهية في تأديته، فأيهما مطل بتأخيره فمطل الغني ظلم».

قال الأصحاب رحمهم الله أراد بـ «الكف عن المكروه» الامتناع عما يكرهه صاحبه، وبـ «إعفاء صاحب الحق عن المؤنة في طلبه» ألا يحوجه في استيفاء الحق إلى كلفة ومؤنة ويقول «من غير إظهار كراهية» أن يؤدي الحق راضياً طلق الوجه. ومن المعاشرة بالمعروف رعاية القسّم والمقصود الأصلي في عقد الكتاب القول في القسم وفائدته العدل والتحرز عن الإيذاء الإيحاش بترجيح البعض، وقد يعرض ما يقتضي التفضيل، ثم الزوج المستحق عليه القسّم إما حاضر أو مسافر، وللقسم المستحق مستحق، وكيفية ما يؤدي، وطريق القضاء إذا فات، فضمن هذه الجمل في خمسة فصول: فصل: فيمن يستحقه وثان: في زمانه، ومكانه وهو راجع إلى كيفية توفيته، وثالث: في التفاضل، ورابع: في القضاء، وخامس: في المسافرة بالشئوة؛ وعقبها بفصل سادس: في الشقاق بين الزوجين والاختلال الواقع منهما أو من أحدهما في الحقوق الواجبة في النكاح.

### «الفصل الأول: فيمن يستحقه»

أما الفصل الأول: فمن له زوجة واحدة، فلا ينبغي أن يعطلها بل المستحب أن يبيت عندها ويحصنها، وأدنى الدرجات ألا يخلي كل أربع ليالٍ عن ليلة، ولا تجب عليه البيوتة، فإن السكني والاستمتاع حقّه، ولا حرج على الإنسان في ألا يستوفي حقّه. وعن أبي حنيفة رحمه الله: أن عليه أن يبيت عندها في كل أربع ليالٍ ليلةً.

ولو كانت له مستولذات أو إماء فلا قسّم لهن بل هو من خصائص النكاح، واحتج له بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَدْلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: ٣] أشعر ذلك بأنه لا يجب العدل في ملك اليمين والأحب الأ يعطّلهن؛ لئلا يحدث منهن ريبّة وفساد، وأن يسوي بينهن؛ كيلا يحقد بعضهن على بعض، ولو كانت معهن نساء<sup>(٢)</sup> فلا قسّم بينهن وبين المنكوحات حتى لو بات عند المنكوحات لم يلزمه أن يبيت عندهن، ولو بات عندهن لم يلزمه القضاء للمنكوحات، وإذا كانت تحته زوجتان فصاعداً، فالإعراض عن جميعهن كالإعراض عن الواحدة ممن له زوجة واحدة، وعن القاضي

(٢) في ب: إماء.

(١) سقط في ب، ز.

أبي حامد حكاية وجه: أنه يجب عليه القسم بينهن ولا يجوز له الإعراض، ويمكن أن يجيء مثله في الواحدة. ولو بات عند بعضهن لزمه مثل ذلك للباقيات تسويةً بينهن، فلو لم يفعل عصي؛ روي عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ - قال: «إِذَا كَانَتْ عِنْدَ الرَّجُلِ أَمْرَتَانِ فَلَمْ يَغْدُلْ بَيْنَهُمَا جَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَشِقُّهُ مَائِلٌ أَوْ سَاقِطٌ»<sup>(١)</sup>.

وإذا سؤى في الظاهر لم يؤخذ بزيادة ميل القلب إلى بعضهن؛ روي أنه ﷺ كان يقسم بين نسائه، فيعدل ويقول: «اللَّهُمَّ، هَذَا قَسْمِي فِيمَا أَمْلِكُ فَلَا تَلْمَنِي فِيمَا تَمْلِكُ وَلَا أَمْلِكُ»<sup>(٢)</sup> يعني القلب.

ولا تجب التسوية في الجماع، فإنه يتعلق بالنشاط والشهوة وهي لا تواتي في كل وقت فيه لكن الأحب التسوية فيه، وفي سائر الاستمتاع، ولو قسم بينهن مدة وسوى ثم أعرض عن جميعهن جاز كما في الابتداء.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَتَسْتَحِقُّ الْمَرِيضَةُ وَالرَّتْقَاءُ وَالْحَائِضُ وَالنَّفْسَاءُ وَالْمُخْرَمَةُ وَالَّتِي آلَى مِنْهَا زَوْجَهَا أَوْ ظَاهَرَ وَكُلُّ مَنْ بِهَا عَذْرٌ شَرْعِيٌّ أَوْ طَبْعِيٌّ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ الْأَنْسُ وَالسَّكْنَ دُونَ الْوِقَاعِ، أَمَّا النَّاشِزَةُ فَلَا تَسْتَحِقُّ، فَلَوْ كَانَ يَدْعُوهُنَّ إِلَى مَنْزِلِهِ فَأَبَتْ وَاحِدَةً سَقَطَ حَقُّهَا، وَإِنْ كَانَ يُسَاكِنُ وَاحِدَةً وَيَدْعُو الْبَاقِيَاتِ فِيهِ جَوَازٌ ذَلِكَ تَرَدُّدٌ لِمَا فِيهِ مِنَ التَّخْصِيسِ، وَالْمُسَافِرَةُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ نَاشِزَةٌ، وَإِنْ سَافَرَتْ بِإِذْنِهِ فِي عَرَضِهِ حَقُّهَا قَائِمٌ وَتَسْتَحِقُّ الْقَضَاءَ، وَإِنْ كَانَ فِي عَرَضِهَا لَمْ تَسْتَحِقُّ فِي الْقَوْلِ الْجَدِيدِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْمَقْصُودُ بَيَانٌ مِنْ تَسْتَحِقُّ الْقَسْمَ، وَفِيهِ صُورٌ.

إحداها: تستحق المريضة<sup>(٣)</sup> القسم وكذلك الرتقاء، والقرناء، والحائض،

(١) أخرجه أحمد والدارمي وأصحاب السنن وابن حبان والحاكم واللفظ له، والباقون نحوه، وإسناده على شرط الشيخين قاله الحاكم وابن دقيق العيد، واستغربه الترمذي مع تصحيحه، وقال عبد الحق: هو خبر ثابت، لكن عليه أن هماماً تفرد به، وأن هماماً رواه عن قتادة فقال: كان يقال، وفي الباب عن أنس أخرجه أبو نعيم في تاريخ أصبهان.

(٢) تقدم.

(٣) قال الشيخ البلقيني: يستثنى من استحقاق المريضة صورة واحدة وهي: ما إذا أراد السفر بجميع نسائه فتخلفت واحدة للمرض، فإنه لا قسم لها وإن كانت تستحق النفقة صرح به الماوردي في باب السفر من هذا الباب وقال: إن المحبوسة في حق وجب عليها لا قسم لها كما لا نفقة لها، وقد ذكر الرافي مسألة النفقة في التفليس والنفقات. ونقل في التفليس عن فتاوى ابن الصباغ أنه إن ثبت بالبينة لم تسقط صورها في دست استدانته بغير إذن الزوج واختار في التفليس السقوط في صورتي البينة والإقرار وأطلق في النفقات أنه لا نفقة لها وقياس ذلك أنه لا قسم لها ويزاد في القسم شيء آخر: وهو أنها إن استحقت في الحبس لزم أحد أمرين. أما الإضرار بالزوج أو ترفه المحبوسة وإنها تمنع منه كما سبق في التفليس في نظيره من الرجل عن فتاوى ابن الصباغ =

والتفَسَاء، والمُحَرَمَة، والمولى عنها، والمظاهر عنها؛ كما تستحق الخالية عن هذه المعاني؛ لأن هذه المعاني إنما تمنع الوطء، والمقصود من القسم الأُنْس، والسكن والتحرز عن التخصيص الموحش، وكذلك يجب القسم للمراهقة، أو المجنونة التي لا يخاف منها، فإن خيف فلا قَسَمَ لها، قال في «التتمة»: والمعتمدة عن وطء الشبهة لا قسم لها؛ لأنه لا تجوز الخلوة معها<sup>(١)</sup>، وهذا يقع مستثنى عن قوله في الكتاب: «وَكُلُّ مَنْ بِهَا عَذْرٌ شَرْعِيٌّ أَوْ طَبْعِيٌّ». الثانية: إذا نشزت عن الزوج؛ بأن خرجت عن المسكن، أو أراد الدخول عليها فأغلقت الباب ومنعته، أو أدعت عليه الطلاق، أو امتنعت عن التمكين، فلا قسم لها كما لا نفقة، وإذا عادت إلى الطاعة لم تستحق القضاء، وامتناع المجنونة كامتناع العاقلة إلا أنها لا تأثم.

الثالثة: إن لم ينفرد الزوج بمسكن، ودَارَ عليهن في مساكنهن فذاك، وإن انفرد بمسكن، فيخير بين المُضِيّ إليهن وبين أن يدعوهن إلى مسكنه في نوبتهن. والأول أولى؛ كيلاً يُخَوِّجَنَّ إلى الخروج، وكذلك كان يفعل النبي - ﷺ<sup>(٢)</sup> فإن دعاهن فعليهن الإجابة، ومن امتنعت فهي ناشزة<sup>(٣)</sup>، وهل له أن يدعو بعضهن إلى مسكنه، ويمضي إلى مسكن بعضهن، فيه وجهان، وقال الحناطي: قولان:

أحدهما: نَعَمْ وبه أجاب الشيخ أبو حامد وغيره من العراقيين، كما لو أراد أن

= والغزالي جعل النظر في ذلك إلى القاضي وإن استحقت القضاء فقد دخل الضرر على بقية الزوجات والتحقيق السقوط قال: ولم يذكروا الصغيرة ومقتضى الفواعد أنها لا تستحق القسم كما أنه لا نفقة لها. انتهى.

وما ذكره الشيخ البلقيني يؤخذ من قول المصنف «والمراهقة» أي يستحق القسم فأفهم أن دون المراهقة لا قسم لها.

(١) قال في الخادم: قد جزم بتحريم الخلوة بها أيضاً في باب الاستبراء ثم نقل عن ابن الرفعة أن ما ذكره الرافعي من منع الخلوة هنا أن يكون فيما إذا كانت حاملاً أو بناءً على أحد الوجهين في أنه لا يحل له التذنب بها.

(٢) تقدم.

(٣) قال في القوت: هكذا أطلقه الشافعي والجمهور، وقال الماوردي: إن كانت المرأة ذات منصب وحشمة لم تجر عاداتها بالبروز صينت عن الخروج ولم يلزمها الإجابة، ولزم القسم لها في منزلها، وهذا حسن وإن استغربه الروياني ولا سيما مع بُعد منزلها عنه دون غيرها.

قال الزركشي: وسيأتي في كلام الرافعي والإمام ما يؤيده وأنه لا خلاف فيه، قال الأذرعى أيضاً في القوت: محل كون الامتناع نشوزاً حيث لا عذر فإن كان لعذر؛ كمرض ونحوه عذرت وبقيت على حقها. (قاله الماوردي). وقال ابن كج: إن منعها مرض عليه أن يعث إليها من يحملها إليه ويجوز أن يجمع بين الكلامين بجعل الأول على المرض الشديد والمعجز والثاني على الخفيف ويحتمل أن تكون المسألة على وجهين يجريان في الزمة المقعدة ومقطوعة الرجل.



يسافر ببعضهن دون بعض. وأقواهما - وبه أجاب صاحب «التهذيب» وأبو الفرج السرخسي وغيرهما<sup>(١)</sup> - المَنع؛ لما فيه من التخصيص والتفضيل، والمسافرة ببعضهن إنما تكون بالقرعة والقرعة تدفع وحشة التخصيص، فإن أقرع بينهن؛ ليدعو من خرجت القرعة لها إلى منزل وجب أن يجوز<sup>(٢)</sup> ثم الوجهان فيما إذا لم يكن للتخصيص عذر فإن كان؛ كما إذا كان مسكن إحداهما أقرب إليه، فمضى إليها، ودعا الأخرى؛ ليخفف عن نفسه مؤنة السير فعليها الإجابة، وكذا لو كانت تحته عجز وشابة، فحضر بيت الشابة؛ لكرامية خروجها، ودعا العجز لزمها الإجابة، وإن أبت بطل حقها، وإن كان يدعوهم إلى منزله، فمنع بعضهم شغل لها بطل حقها، وإن منعها من الإجابة مرض، قال القاضي ابن كحج: عليه أن يبعث إليها من يحملها إليه، ولو أقام عند واحدة منهن، ودعا الباقيات إلى بيتها لم يلزمهن الإجابة، لأن إتيان بيت الضرة شاق عليهن.

وقوله في الكتاب: «وإن كان يساكن واحدة ويدعو الباقيات...» إلى آخره: قد يُشعر ظاهره بهذه الصورة لكن لا خلاف فيها، وإنما المراد الصورة السابقة، وفي هذه الصورة شيء آخر وهو الجمع بين ضرتين في مسكن واحد، وذلك ممتنع بغير رضاهن، ولكن كان في ليلة واحدة.

الرابعة: سفر المرأة إن كان مع الزوج فسيأتي الكلام فيه، وإن سافرت وحدها، فإن لم يأذن الزوج فهي ناشزة<sup>(٣)</sup>، وإن أذن، فإن كان السفر في غرضه لم يسقط حقها، وقضى لها من حقوق الباقيات، وإن كان لغرضها كحج، أو تجارة ففيه قولان:

القديم: وبه قال أبو حنيفة: أنه لا يسقط حقها؛ لقيام الإذن ولو لم يأذن لها<sup>(٤)</sup> لما خرجت.

(١) نازع الأذرع في ذلك فقال عن الوجه الثاني المقابل لترجيح الرافي أنه هو الذي أورده العراقيون ومال إليه الإمام كما له المسافرة ببعض دون بعض، وهذا ما نص عليه في الإيلاء حكماً وتعليلاً وبه جزم الروياني في الحلية ونقله من البحر عن النص وغلط من قال غيره: ومن أبت ذلك منهن فناشزة وهذا هو المذكور في «العدة» والبيان» وظاهر كلام النووي في «تنقيحه» ترجيحه فإنه حكى الأول عن التهذيب فقط والثاني عن أبي حامد وجماعة وأجاب من قال بالأول وهم الأقلون على القياس على المسافرة بأنها تكون بالقرعة وهي تدفع الوحشة.

(٢) قال الأذرع: اعترض بأن السفر عذر، فإن كان ذلك حيث ثم عذر صح إلحاق هذه الحالة به وإلا فلا. قال ويخرج من كلام الحاوي وجه ثالث فارق بين الشريفة المخدرة وغيرها وحكى بعضهم الوجهين قولين.

(٣) قال في القوت: هذا حيث لا عذر، فلو اضطرت كما لو خربت القرية وارتحل أهلها ولم يمكنها الإقامة والزوج غائب عنها فلا ينبغي أن تكون بهذا ناشزة؛ لقيام الضرورة.

(٤) سقط في ب، ز.

[والجديد]: أنه يسقط ولا تستحق القضاء؛ لأن الاستمتاع والتمكّن المستحقّ عليها قد فات لمصلحتها، والإذن إنما يؤثر في سقوط الإثم وقوات التسليم المستحقّ، وإن كان بسبب غير ما ثوم [فيه]<sup>(١)</sup> يوجب سقوط ما يقابله، وشبهوا ذلك فيما إذا فات تسليم المبيع قبل القبض بسبب هو معذور فيه، فإنه يسقط الثمن ومنهم من قطع بالجديد.

قال الغزالي: وَيَجِبُ الْقَسْمُ عَلَى كُلِّ زَوْجٍ عَاقِلٍ، قَالَ الشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: وَعَلَى الْوَلِيِّ أَنْ يَطُوفَ بِالْمَجْنُونِ عَلَى نِسَائِهِ، وَيَزْعَى الْعَدْلَ فِي الْقَسْمِ، فَلَوْ كَانَ يُجْرَى وَيُفِيقُ فَلَا يُخْصَصُ وَاحِدَةً بِنَوْبَةِ الْإِفَاقَةِ إِنْ كَانَ مَضْبُوطاً، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَأَفَاقَ فِي نَوْبَةٍ وَاحِدَةً قَضَى لِلْآخَرَى مَا جَرَى فِي الْجُنُونِ لِتَقْضَانِ حَقِّهَا.

قال الرَّافِعِيُّ: الْقَسْمُ مُسْتَحَقٌّ عَلَى كُلِّ زَوْجٍ عَاقِلٍ مَرَاهِقاً، كَانَ أَوْ بِالْغَا رَشِيداً كَانَ، أَوْ سَفِيهاً، وَإِنْ وَقَعَ جُورٌ مِنَ الْمَرَاهِقِ فَالْإِثْمُ عَلَى الْوَلِيِّ وَفِي السَّفِيهِ الْإِثْمُ عَلَيْهِ، وَأَمَّا الْمَجْنُونُ فَقَدْ قَالَ الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فِي «الْمَخْتَصَرِ»: «وَعَلَى وَلِيِّ الْمَجْنُونِ أَنْ يَطُوفَ بِهِ عَلَى نِسَائِهِ»، وَشَرَحَهُ الْأَصْحَابُ بِمَا مَحْصُولُهُ أَنَّ الْمَجْنُونِ كَانَ لَا يُؤْمِنُ مِنْهُ ضَرَرٌ فَلَا قَسْمَ، وَإِنْ أُمِنَ، فَإِنْ كَانَ قَدْ قَسَمَ لِبَعْضِ نِسَائِهِ ثُمَّ جُنَّ، فَعَلَى الْوَلِيِّ أَنْ يَطُوفَ بِهِ عَلَى الْبَاقِيَّاتِ، قِضَاءً لِحَقُوقِهِنَّ كَمَا يَقْضِي مَا عَلَيْهِ مِنَ الدَّيْنِ قَالَ فِي «التَّيْمَةِ»: وَذَلِكَ إِذَا طَلَبَتْ، فَإِنْ أُرِدْنَ التَّأخِيرَ إِلَى أَنْ يُفِيقَ، فَتَتَمُّ الْمُوَانَسَةُ فَلَهُنَّ ذَلِكَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ شَيْءٌ مِنَ الْقَسْمِ؛ بَأَنَّ كَانَ مَعْرُضاً عَنْ جَمِيعِهِنَّ، أَوْ جُنَّ بَعْدَ التَّسْوِيَةِ بَيْنَهُنَّ، فَإِنْ رَأَى مِنْهُ الْمِيلَ إِلَى النِّسَاءِ، أَوْ قَالَ أَهْلُ الْخَبْرَةِ؛ «إِنَّ غَشْيَانَ النِّسَاءِ يَنْفَعُهُ» فَعَلَى الْوَلِيِّ أَنْ يَطُوفَ بِهِ عَلَيْهِنَّ، أَوْ يَدْعُوهُنَّ إِلَى مَنْزِلِهِ، أَوْ يَطُوفَ بِهِ عَلَى بَعْضِهِنَّ وَيَدْعُو بَعْضَهُنَّ، كَمَا يَرَى، وَإِنْ لَمْ يَرِ مِنْهُ مَيْلاً فَلَيْسَ عَلَيْهِ أَنْ يَطُوفَ بِهِ، وَفِي «الْإِبَانَةِ» وَجْهٌ: أَنَّ حَقَّ الْقَسْمِ يَبْطُلُ بِالْجُنُونِ وَلَا يَطَالِبُ الْوَلِيُّ بِرِعَايَتِهِ بِحَالٍ؛ لِأَنَّ وَجُوبَ الْقَسْمِ لِلْإِنْسَانِ وَالتَّحَرُّزَ عَنِ الْحَيْفِ الْمُؤْذِي، وَلَا أُنْسَ فِي صُحْبَةِ الْمَجْنُونِ، وَلَا يَتَأَدَّى مِنْهُ، وَقَدْ يُوْجِهُ ذَلِكَ بِأَنَّ لِلزَّوْجِ أَنْ يَعْضُرَ عَنْهُنَّ جَمِيعاً، فَكَذَلِكَ الْوَلِيُّ، وَأَجِيبُ عَنْهُ بِأَنَّ الْعَاقِلَ أَكْتَفَى بِدَاعِيَتِهِ الطَّبِيعَةِ، وَالْمَجْنُونُ بِخِلَافِهِ، وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَجْرِي هَذَا الْوَجْهَ فِيْمَا إِذَا قِيلَ: إِنْ الْغَشْيَانُ يَنْفَعُهُ، وَلَوْ قِيلَ: إِنَّهُ يَضُرُّهُ وَجِبَ أَنْ يَمْنَعَهُ عَنْهُنَّ، هَذَا فِي حَقِّ الْمَجْنُونِ الْمُطْبِقِ وَلَوْ كَانَ بِهِ جُنُونٌ مُتَقَطِّعٌ، فَإِنْ ضَبَطَ، بَأَنَّ كَانَ يُجْنُ يَوْمًا وَيُفِيقُ يَوْمًا، فَيَطْرَحُ أَيَّامَ الْجُنُونِ وَتَنْزِلُ كَأَيَّامِ الْغَيْبَةِ، وَيَقْسَمُ فِي أَيَّامِ إِفَاقَتِهِ، وَلَوْ أَقَامَ فِي الْجُنُونِ عِنْدَ وَاحِدَةٍ فَلَا قِضَاءَ وَلَا اعْتِدَادَ بِهِ، هَكَذَا ذَكَرَهُ صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» وَغَيْرُهُ وَفِيهِ إِشْعَارٌ ظَاهِرٌ بِأَنَّهُ لَا قَسْمَ فِي أَيَّامِ جُنُونِهِ، وَوَرَاءَ ذَلِكَ وَجْهَانِ:

(١) سقط في ب، ز.

أحدهما: حكى أبو الفرج وجهاً: أنه إن أقام في الجنون عند بعضهن قضى للباقيات .

والثاني: وهو المذكور في «التتمة» أنه يراعي القسّم في أيام الإفاقة، والولي يراعيه في أيام الجنون ويكون لكل واحدة نوبة من هذه ونوبة من هذه، وهذا أحسن، ولو لم يكن تَقَطُّعٌ مضبوطٌ، وقسم الولي لواحدة في الجنون وأفاق في نوبة الأخرى، فالذي نقله صاحب الكتاب: أنه يقضي ما جرى في الجنون؛ لما كان فيه من النقصان .

قال الغزالي: (الفصل الثاني): في مكان القسم وزمانه (أما المكان) فلا يجوز أن يجمع بين ضربتين في مسكنٍ واحدٍ إلا إذا انفصلت المرافق، ولَهُ أن يستدعيهن إلى بيته على التناوب .

قال الرافعي: الفصل يشتمل على مقاصد:

أحدها القول في مكان القسم: لا يجوز للزوج أن يجمع بين الضرتين والضرات في مسكن واحد ولو ليلة واحدة<sup>(١)</sup> إلا برضاهن؛ لأن اجتماعهن في المسكن الواحد مع تأكيد الوحشة بينهن يولد كثرة المخاصمة والخروج عن الطاعة، والمراد بـ «المسكن» ما يليق بحال المرأة، من دار وحُجرة وبيت فرد، فاللواتي يليق بهن الدار والحجرة لا يُجمع بينهن في دار واحدة لا حجرة واحدة، لكن لو كان في الدار حجر مفردة المرافقِ فله أن يسكنهن فيها، وكذا لو أسكن واحدة في العلو، وواحدة في السفلى، والمرافق متميزة، واللواتي يليق بهن البيوت المفردة له أن يسكن كل واحدة منهن في بيت من خان واحد أو من دار واحدة، ولا يجمع بينهن في بيت واحد إلا بالرضى، فإذا<sup>(٢)</sup> اجتمعت ضربتان في مسكن واحد بالرضى فيكفره أن يطأ إحداهما بحضرة<sup>(٣)</sup> الأخرى؛ فإنه بعيد عن المروءة، ولو طلب لم يلزمها الإجابة ولا تصير بالامتناع ناشزة .

وأما قوله: «ولَهُ أن يستدعيهن إلى بيته على التناوب» فهذا قد سبق الكلام فيه وليس في إعادته كثير فائدة .

(١) تقييده بزوجتين قد يخرج السرية .

قال الأذري وغيره: قال الماوردي: وكذا لا يجوز الجمع في المسكن بين زوجة وسرية .

(٢) في ز: وإذا .

(٣) قال الأذري الظاهر أنه مكروه تنزيهاً النووي وبه صرح في تعليقه على التنبيه، والذي ذكره المحاملي في المجموع أنه ليس ذلك؛ لأن فيه سفهاً ودناءة، وذكر الشيخ أبو حامد في تعليقه النص على منع جواز إسكانهما في البيت الواحد وهو قضية كلام الحاوي وغيره، وقضية نصه في الأم وهو الصواب؛ لما فيه من سوء المعاملة وطرح جلباب الحياء والأذى الشديد ولا سيما للمستحيات، ولا شك أنها لو منعت في هذه الحالة جاز لها ولا تكون بذلك ناشزة .

قال الغزالي: (وَأَمَّا الزَّمَانُ) فَعَمَادَةُ اللَّيْلِ وَالتَّهَارُ إِلَّا فِي حَقِّ الْأَتُونِيِّ وَالْحَارِسِ فَإِنَّ سُكُونَهُمَا بِالتَّهَارِ، وَلَا يَجِلُّ أَنْ يَدْخُلَ فِي نَوْبَتِهَا عَلَى ضَرْبِهَا بِاللَّيْلِ إِلَّا لِمَرَضٍ مَخُوفٍ، وَأَمَّا بِالتَّهَارِ يَجُوزُ لِعَرَضٍ مُهِمٍّ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَرَضٌ، وَقِيلَ التَّهَارُ كَاللَّيْلِ، وَقِيلَ: لَا حَجَرَ فِي التَّهَارِ، وَإِنْ خَرَجَ إِلَى ضَرْبِهَا بِاللَّيْلِ وَمَكَثَ قَضَى مِثْلَ ذَلِكَ مِنْ نَوْبَةِ الْأُخْرَى، وَإِنْ لَمْ يَمُكِّثْ زَمَنًا مَحْسُوسًا فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَنْعَصِي وَلَا يَقْضِي، وَإِنْ دَخَلَ وَوَطِئَ فَقَدْ أَفْسَدَ تِلْكَ اللَّيْلَةَ فِي وَجْهِهَا فَلَا يَنْتَدُّ بِهَا، وَفِي وَجْهِ يَقْضِي الْجَمَاعَ فَقَطَّ، وَفِي وَجْهِ يَقْضِي مِثْلَ تِلْكَ الْمُدَّةِ وَلَا يَكْلُفُ الْوَقَاعَ لِأَنَّهُ لَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْاِخْتِيَارِ.

قال الرَّافِعِيُّ: عماد القسم اللَّيْلُ قال تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ اللَّيْلَ لِتَسْكُنُوا فِيهِ﴾ [يونس: ٦٧] وقال تعالى: ﴿وَجَعَلْنَا اللَّيْلَ لِبَاسًا﴾ [النبا: ١٠]، والنهار في ذلك تبع فإنه وقت التردُّد والانتشار في الحوائج، ثم له أن يرتب القسم على اللَّيْلَةَ واليوم الذي تليه، وأن يرتب على الليلة واليوم الذي يليها فهذا ما عليه التواريخ الشرعية؛ فإن أول الشهر<sup>(١)</sup> الليالي، وهذا في حق عامة الناس، وأما من يعمل ويكتسب ليلاً ويسكن نهاراً، كالأَتُونِيِّ والحارس، فعمداد القسم في حقه التَّهَارُ، فالليل تابع، والمسافر الذي معه زوجاته، عماد القسم في حقه وقت النزول ليلاً كان أو نهاراً قليلاً كان أو كثيراً؛ لأن الخلوة حينئذٍ تتأتى، قاله في «التهديب».

إذا تقرر ذلك، فَمَنْ عمادُ القسم في حقه الليل لا يجوز أن يَدْخُلَ في نوبة واحدة بالليل على أخرى، وإن كان لحاجة؛ كعيادة وغيرها فالذي نَقَلَهُ الْمُزْنِيُّ في «المختصر» أن الشافعي - رضي الله عنه - قال: «ويعودها في مرضها في ليلة غيرها»، فهو سَهْوٌ عند عامة الأصحاب، قالوا: وإنما قال الشافعي - رضي الله عنه -: «في يوم غيرها»، ومنهم من أخذ بها، وَجَوَزَ الدُّخُولَ على غيرها للحاجة، والظاهر الأول، وجوزوا أن يَدْخُلَ على غيرها؛ للضرورة، وما الضرورة؟ قال في «الشاميل»: هي مثلُ أن يكونَ منزولاً بها أو تموت، فيحتاج إلى تجهيزها، ومثَّلَ الشيخ أبو حامد وغيره الضرورة: بالمرض الشديد، ويقرب منه ما نقله صاحب الكتاب: أنه لا يدخل على الضَّرَّةِ إِلَّا لِمَرَضٍ مَخُوفٍ، قال في «الوسيط»: وكذا المرض الذي يمكن أن يكون مخوفاً فيدخل ليتبين الحال.

وفي وجه: لا يدخل إلا إذا تحقق أنه مَخُوفٌ وإذا دخل على الضَّرَّةِ؛ لضرورة، فإن مكث ساعة طويلة قضى لصاحبة النوبة مثل ذلك في نوبة التي دخل عليها، وإن لم يمكث إلا لحظة يسيرة فلا قضاء، وإذا وجب القضاء عند الضرورة، وجواز<sup>(٢)</sup> الدُّخُولِ

(١) في أ: الأشهر.

(٢) في ب: فجواز.

فلو تعدى بالدخول إن طال الزمان فوجوب القضاء أظهر، وفي الزمان اليسير لا قضاء، ولكنه يَعْصِي، وعن القاضي الحسين - رحمه الله - تقدير القَدْرِ المقتضي بثلاث الليل، والصحيح أنه لا تقدير.

وقوله: في الكتاب: «وَإِنْ لَمْ يَمُكُثْ زَمَانًا مَخْسُوسًا؛ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَعْصِي وَلَا يَقْضِي» كأنه يشير إلى احتمال في القضاء؛ رعايةً للتسوية والعدل، ولا يخرج من قوله: «وَإِنْ لَمْ يَمُكُثْ زَمَانًا مَخْسُوسًا» إلا المكث في زمان يسير، فإن أراد أنه لم يلبث أضلاً فيكفيه قوله: «وَإِنْ لَمْ يَمُكُثْ» وَلَا حَاجَةَ إِلَى الزَّمَانِ المَخْسُوسِ وهذا إذا لم يجمع التي دخل عليها فإن جامعها فثلاثة أوجه:

أحدها: أنه أفسد تلك الليلة فلا تحسب على صاحبة التَّوْبَةِ؛ لأنه إذا جامعها فتر، ولم يَكْمُلْ لها السَّكَنُ والاستمتاع.

والثاني: أنه يقضي الجماع في تَوْبَةِ التي جامعها؛ تسوية بينهما.

وأظهرهما: أنه يقضي من نوبتها مثل تلك المدة ولا يُكَلَّفُ الجِمَاعَ فإنه يتعلق بالنشاط والشهوة، ولا يدخل تحت الاختيار؛ فإن فَرَضَ الجماع في اللحظة اليسيرة فلا قضاء على هذا الوجه، والوجهان الأولان بحالهما.

وقوله في الكتاب في حكاية الوجه الثاني: «يَقْضِي الجِمَاعَ فَقَطْ» صحيح، لأنه فرض الجماع في اللحظة اليسيرة، فأما إذا طالَّتِ المدة فيقضي المدة مع الجماع لا الجماع فقط، ولفظه في الوجه الثالث يقتضي التَّصَوُّر فيما إذا كانت هناك مدة، وأما النهار<sup>(١)</sup> فوق التردد والانتشار، ولا تجب التسوية بين النسوة في قدر إقامته في البيت [والمكث]<sup>(٢)</sup> ولكن ينبغي [أن يُقِيمَ قَدْرًا ما يقيم في بيت صاحبة التَّوْبَةِ]<sup>(٣)</sup>، ولا يَدْخُلُ على غيرها إلا لَضُرُورَةٍ أو حاجة؛ كعيادة، وتَعْرِيفِ خَبَرٍ وتَسْلِيمِ نفقة، ووضع مَتَاعٍ واحدة، وينبغي ألا يطيل المَقَامَ، ولا يعتاد الدخول على واحدة في نوبة الأخرى، ولا في نوبة واحدة الدخول على غيرها، وإذا دخل من غير حاجة ففي «التجريد» للمحاملي: أنه يجب القضاء، وحكاه عن نصه في «الإملاء»، وإن دَخَلَ لحاجة فلا قَضَاءَ هَذَا هو الظاهر، وفيه وجهان آخران، ذَكَرَهُمَا في الكتاب:

أحدهما: أن النَّهَارَ كالليل، وقضية هذا الإِطْلَاقُ ألا يَدْخُلَ على غير صاحبة التَّوْبَةِ إلا لَضُرُورَةٍ، وأنه يقضي إذا دخل متعدياً، وقد ذكر القاضي ابن كج أن أبا إسحاق حكى في وجوب القضاء قولاً.

(١) في ز: الزمان.

(٢) سقط في ز.

(٣) في الروخة: أن تكون إقامته في بيت صاحبة التوبة إن أقام.

**والثاني:** أنه لا حَجَرَ بالنهار؛ لأنه تابع، وقضيته أن يَدْخَلَ ويخرج كيف شاء كما شاء بلا قضاء، ولا يجوز في أوقات الدُخُول لِلحَاجَةِ أن يجامع، وفي سائر الاستمتاعات وجهان:

أظهرهما: أنه يجوز؛ لما روي عن عائشة - رضي الله عنها - قالت: «كَانَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - يَطُوفُ عَلَيْنَا جَمِيعاً فَيَقْبَلُ وَيَلْمَسُ، فَإِذَا جَاءَ وَقْتُ التِّي هُوَ نَوَيْتُهَا أَقَامَ عِنْدَهَا»<sup>(١)</sup> وفي كتاب القاضي ابن كج وجه: أنه يجوز الجِماع أيضاً.

ومَنْ عَمَادُ القَسْمِ في حقه النَّهَارُ كالحارسين<sup>(٢)</sup> على ما سبق وكالطَّحَّانين في بعض البلاد، فنهارهم كليل غيرهم وليلهم كنهار غيرهم من جميع ما ذكّرنا.

فَرَعٌ: نقل صاحب «التَّهْدِيبِ» وغيره أنه إذا مرضت واحدة من النِّسوة أو ضَرَّ بِهَا الطَّلُقُ، فإن كان لها متعهدٌ لم يبيت عندها إلا في نوبتها ويراعي القَسْمَ، وإن لم يكن لها متعهدٌ فله أن يبيت عندها، وَيُمرِّضُهَا، وله أن يديم البيوتة عندها ليالي، بحسب الحاجة، ثم يقضي للباقيات إن برأت، وإن ماتت تعذر القضاء، وفي القضاء لا يبيت عند كل واحدة من الأخرى جميع تلك الليالي، ولأء بل لا يزيد على ثلاث ليال، وهكذا يدور حتى يتم القضاء، والمَنْعُ من الزيادة على الثلاث، كأنه مبني على أن أكثر مقدار النُّوبِ في القَسْمِ ثلاث ليالٍ<sup>(٣)</sup> على ما سيأتي وقد خطر في الفرع شيان:

أحدهما: أن التَّهْدِيبَ، إن فرض من الخادمة التي تَسْتَحِقُّ الخادِمةَ، فهو بَيِّنٌ، وإن تبرع محرم لها أو تَبَرَّعَتِ امرأةٌ بالتَّهْدِيبِ والتمريض، وليس على الزَّوْجِ إسْكَانٌ مَنْ تَبَرَّعَ وإدخاله عليها، وينبغي أن يكون الحُكْمُ كما لو لم يكن متعهدٌ.

**والثاني:** لو مَرَّضَتِ اثنتان معاً ولا متعهد، فقد يقال بقَسْمِ اللَّيَالِي عليهما، وَيُسَوَّى بينهما في التمريض، ويمكن أن يقال: يُفْرَعُ بينهما ويخص التِّي حَرَجَتْ قرعتها، كما يسافر بواحدة بالقرعة<sup>(٤)</sup>.

فرع: لو كان الرَّجُلُ يعمل تارة بالليل ويستريح بالنَّهَارِ، ويعمل أخرى بالنَّهَارِ،

(١) أخرجه [أحمد وأبو داود والبيهقي وصححه الحاكم، ولفظ أحمد: ما من يوم إلا وهو يطوف علينا جميعاً امرأة امرأة، فيدنو ويلمس من غير مسيس، حتى يفضي إلى التي هو يومها فيبيت عندها، زاد أبو داود في أوله: كان لا يفضل بعضنا على بعض في القسم من مكثه عندنا، وكان قل يوم إلا وهو يطوف علينا جميعاً، فيدنو من كل امرأة من غير مسيس، حتى يبلغ التي هو يومها فيبيت عندها].

(٢) في ز: كالحارس.

(٣) في ز: إمالي.

(٤) قال النووي: وفي القضاء في هذه الصورة وجهان في «التنبيه» وغيره، أصحهما: يجب الاشتراك في السفر.

ويستريح بالليل فقد حَكَى الحنَاطي فيه وجهين: في أنه هل يجوز أن يبدل الليل بالنهار، بأن يكون لواحدة ليلة تابعة ونهار متبوع، ولأخرى ليلة متبوعة ونهار تابع؟ .

قَالَ الْعَرَالِيُّ: (أَمَّا الْمَقْدَارُ) فَأَقْلُ الْقَسْمِ لَيْلَةٌ، وَلَا يَجُوزُ تَنْصِيفُ اللَّيْلَةِ لِأَنَّهُ يُنْعَضُ الْعَيْشَ، وَأَكْثَرُهُ ثَلَاثُ لَيَالٍ، وَقِيلَ: سَنَعٌ: وَقِيلَ لَا يُقَدَّرُ بَلْ هُوَ إِلَى الْاِخْتِيَارِ، ثُمَّ الْقُرْعَةُ تَحْكُمُ فِيمَنْ بِهِ الْبِدَايَةُ، وَقِيلَ: هُوَ إِلَى خَيْرَتِهِ لِأَنَّهُ مَا لَمْ يَبْتَ عِنْدَ وَاحِدَةٍ لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ لِعَنِيهَا.

قال الرافعي: هذه البقية تشتمل على مسألتين هما من مقاصد الفضل:

إحداهما: في مقدار نُوبِ الْقَسْمِ، وأقلها أن يقسم ليلة ليلة، ولا يجوز تبعض الليلة؛ لأنه تنغيص العيش وتبطل الاستئناس، ولأن أجزاء الليل يعسر ضبطها، وحكى القاضي ابن كج وجهاً: أنه يجوز تبعض الليلة، وبناء القسم على أعضائها، وحكى الإمام وجهاً فارقاً بين، أن يقسم لكل واحدة بغض ليلة، فلا يجوز وبين أن يقسم لكل واحدة ليلة ونصفاً، فيجوز، لحصول الأتس إذا انضمت البعض إلى الليلة الكاملة، بخلاف ما إذا كان وحده، والظاهر الأول، والأولى ألا يزيد على ليلة؛ اقتداء برسول الله - ﷺ -، وليتقرب عهده بهن جميعاً ولو قسم ليلتين ليلتين أو ثلاثاً ثلاثاً فيجوز، نص عليه؛ لأن هذه المدة قريبة. وفي وجه، لا تجوز الزيادة على ليلة إلا برضاهن ونسبه أبو الفرج الزاز<sup>(١)</sup> إلى أبي إسحاق.

وإذا قلنا بالظاهر، فهل تجوز الزيادة على الثلاث قال في المختصر: «وأكثره مجاوزة الثلاث»، وذلك محمول عند أكثرهم على المنع والتحريم، وقالوا: إنه موضح في «الأم»، ونقلوا عن «الإملاء» أنه قال: «يقسم مياومة ومشاورة ومسانهة، فحملوه على ما إذا رضين به، ولم يجعلوه قولاً آخر، ومنهم من أثبت في جواز الزيادة قولين أو وجهين.

وإذا قلنا بالجواز، فإلى كم يجوز؟ قال الإمام رحمه الله: لا شك أنه لا يجوز أن يبنى القسم على خمس سنين مثلاً لكن عن صاحب «التقريب» أنه يجوز أن يقسم سبعا سبعا؛ لأن هذه المدة تستحق في القسم؛ لتجدد النكاح، وعن الشيخ أبي محمد وغيره: أنه يجوز أن يزيد ما لم يبلغ مدة التربص في الإيلاء؛ لأنه لا يشق على المرأة الصبر عن الرجل في هذه المدة، وفيما علق عن الإمام: أنه إذا قسم للحرّة ثلاثاً، فيقسم للأمة ليلة ونصفاً لا ليلتين، بخلاف الطلاق وهذا يُخَوِّجُهُ إِلَى الْخُرُوجِ إِلَى مَسْجِدٍ أَوْ بَيْتِ صَدِيقٍ، ولكن ما ذكره غير مسلم؛ لما سيأتي فيما إذا نكح جديدة، وفيه ذكر وجهين في أن

(١) في ب: البراز.

الثَلَاثَ غَايَةَ نَوْبَةِ الْقَسْمِ أَمْ يَجُوزُ أَنْ تَقْسَمَ لِلْأَمَةِ ثَلَاثًا، وَحِينَئِذٍ فَتَكُونُ مَدَّةَ الْحُرَّةِ سِتًّا وَإِذَا وَقَفْتَ عَلَى مَا ذَكَرْنَا لَمْ يَجِزْ قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ فِي حِكَايَةِ الْوَجْهِ الثَّلَاثِ عَلَى إِطْلَاقِهِ.

المسألة الثانية: إذا أراد الابتداء بالقسم، فوجهان: أصحهما: أنه يحكم بالقرعة ويبدأ بمن خرّجت قرعتها وتحرّزاً عن التفضيل والترّجّح.

والثاني: أنه يبدأ بمن شاء؛ لأنه بسبيل من الإعراض عنهن جميعاً، وما لم يبت عند بعضهنّ لا يلزمه شيء للباقيات وعلى الأصحّ إذا ابتدأ بواحدة، وهن أربع بالقرعة، فإذا وقى نوبتها أقرع بين الباقيات، ثم يقرع بين الأخرتين، فإذا تمت الثوب، راعى الترتيب، ولا حاجة إلى إعادة القرعة، ولو بدأ بواحدة من غير قرعة، فقد ظلم و يقرع بين الثلاث الباقيات، وإذا تمت الثوب، لا يعود إلى التي بدأ بها ظلماً بل يقرع وكأنه ابتدأ القسم.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: (الْفَضْلُ الثَّلَاثُ فِي التَّمَاضِلِ): وَلَهُ سَبَبَانِ: (الْأَوَّلُ: الْحُرِّيَّةُ) فَلِلْحُرَّةِ ثَلَاثُ الْقَسْمِ، وَلِلْأَمَةِ الثَّلَاثُ، فَلَهَا لَيْلَتَانِ وَلِلْأَمَةِ لَيْلَةٌ، فَلَوْ بَدَأَ بِالْحُرَّةِ فَعَتَقْتَ فِي لَيْلَتِهَا أَوْ قَبْلَ أَنْقِضَاءِ لَيْلَةِ الْأَمَةِ أَلْتَحَقَّتْ بِالْحُرَّةِ الْأَصْلِيَّةِ وَأَسْتَحَقَّتْ تَمَامَ لَيْلَتَيْنِ، وَإِنْ عَتَقْتَ بَعْدَ تَمَامِ لَيْلَتِهَا أَقْتَصَرْتَ عَلَى مَا مَضَى وَسُوِّيَ بَعْدَ ذَلِكَ، وَلَوْ بَدَأَ بِهَا فَعَتَقْتَ قَبْلَ نَوْبَتِهَا صَارَتْ كَالْحُرَّةِ الْأَصْلِيَّةِ، وَإِنْ عَتَقْتَ بَعْدَ تَمَامِ نَوْبَتِهَا وَجَبَ تَوْفِيَةُ الْحُرَّةِ لَيْلَتَيْنِ ثُمَّ يُسُوِّيَ بَعْدَ ذَلِكَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْقَسْمُ مَشْرُوعٌ لِلْعَدْلِ وَالاجْتِنَابِ عَنِ التَّفْضِيلِ الْمَوْجِحِ، فَلَا يَجُوزُ لِلزَّوْجِ تَفْضِيلُ امْرَأَةٍ عَلَى امْرَأَةٍ بِفَضْلَتِهَا بِخِصَالِ شَرِيفَةٍ، حَتَّى يُسُوِّيَ بَيْنَ الْمُسْلِمَةِ وَالكِتَابِيَّةِ، لِاسْتَوَائِهِمَا فِي مَقَاصِدِ النِّكَاحِ، وَأَحْكَامِهِ، وَلَا يَتْرِكُ هَذَا الْأَصْلَ إِلَّا بِشَيْئِينَ:

أحدهما: التفاوت في الرّق والحريّة، واجتماع الحرّة والأمة في نكاح الحرّ إنما يتصوّر بأن ينكح حرّة على أمة، وأمّا العبد فإنه يجمع بين حرة وأمة كيف شاء وبين أمتين، ويجوز أن يعتق فينكح عليهما حرتين، فإذا اجتمعتا، فللحرّة من القسم ضعف ما للأمة، فيجعل الدّور بينهما أثلاثاً؛ لِمَا رُوِيَ مَرْسَلًا أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ قَالَ: «لَا يَنْكُحُ الْأُمَّةَ عَلَى الْحُرَّةِ وَلِلْحُرَّةِ الثَّلَاثَانِ مِنَ الْقَسْمِ وَلِلْأَمَةِ الثَّلَاثُ»<sup>(١)</sup> وروى ذلك عن عليّ كرم الله

(١) رواه البيهقي من حديث سليمان بن يسار قال: من السنة أن الحرة إن أقامت على ضرار، فلها يومان، وللأمة يوم، وروى أبو نعيم في المعرفة من حديث الأسود بن عويم سألت النبي ﷺ عن الجمع بين الحرة والأمة، فقال: للحرّة يومان، وللأمة يوم، وفي إسناد علي بن قريبن وهو كذاب، قوله: وروى ذلك عن علي، فاعتضد به المرسل، تقدم من عند البيهقي عن علي.



وَجَهَهُ - فاعتضد به الحديث، وبه قَالَ أبو حنيفة وأحمد - رحمهما الله، وعن مالك - رحمه الله بأنه يسوي بينهما في القسم كما في النفقة والسكنى وحق الفسخ بالغيب، فإذا طرأ العتق على الأمة لم يخل إما أن تكون البداية في القسم بالحرّة أو بالأمة:

**الحالة الأولى:** إذا كانت البداية بالحرّة أن يُعْتَقَ الأمة في نوبة الحرّة أو في نوبة نفسها، إن عتقت في نوبة الحرّة، فيُنظَرُ إن عتقت في القدر المشترك بين الحرّة والأمة، بأن عتقت في الليلة الأولى من ليلتي الحرّة، فيتم الليلة وبيت الليلة الأخرى عند العتقة، ويسوي بينهما، وإن عتقت في الليلة الثانية، لم يلزمه الخروج، بل له أن يبيت عند الحرّة بقية الليلة، لكن يبيت بعد ذلك عند العتقة ليلتين أيضاً، ولو خرج في الحال، وكان بقية الليلة في مسجد أو بيت صديق، لم يلزمه أن يقضي ما مضى من تلك الليلة فإن خرج بقية الليلة إلى العتقة، فقد أحسن.

وإن عتقت في نوبة نفسها، نُظِرَ، إن عتقت قبل تمام ليلتها كمل لها ليلتين؛ لأنها أُنْتَحَقَّتْ بالحرّة، قبل توفية حقها، وحكى الحنطي وغيره وجهاً آخر<sup>(١)</sup>، أنها لا تستحق إلا ليلةً، نظراً إلى الابتداء، وإن عتقت بعد تمام ليلتها، لم تستحق إكمال ليلتين، ويقتصر في تلك النوبة على تلك الليلة، ثم يسوي بينهما بعد ذلك، وهذه الصورة قد سبق ذكرها في نكاح المشركات استشهداً، وهل العتق في يومها التالي ليلتها كعتقها في ليلتها، حكى فيه وجهان فيما علّق عن الإمام، والظاهر الموافق لكلام الجمهور أنه لا يكون كالعتق في الليلة لأنه تابع.

**الحالة الثانية:** إذا كانت البداية بالأمة فإن عتقت في ليلتها صارت كالحرّة، ويسوي بينهما، وإن عتقت بعد تمام نوبتها، فالمذكور في الكتاب أنه يثبت بالمبيت عندها ليلتان للحرّة فيوفيهما ثم يسوي بعد ذلك.

وهذا ما أورده جماعة منهم الإمام والمؤولي وأبو الفرج السرخسي، ومنع صاحب «التهذيب» من توفية الليلتين، وقال: إن عتقت في الأولى من ليلتي الحرّة أتمها، واقتصر عليها، وإن عتقت في الثانية، خرج من عندها في الحال، وعلى نحو من هذا جرى صاحب «المهذب» والشيخ أبو حامد وأصحابه وقالوا: إنها بالعتق تتفاوت الحرّة قبل تمام نوبتها فيسوي بينهما، وقوله في الكتاب: «ثُلَا الْقَسْمُ» معلم بالميم وكذا لثك، وقوله: «فَلَوْ بَدَأَ بِالْحَرَّةِ فَعَتَّقَتْ فِي لَيْلَتِهَا أَيْ عَتَّقَتْ الْأُمَّةَ فِي لَيْلَةِ الْحَرَّةِ، وَالْمُرَادُ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْ لَيْلَتِي الْحَرَّةِ، فَإِنَّهَا عَلَى التَّقْدِيرَيْنِ تَلْتَحِقُ بِالْحَرَّةِ الْأَصْلِيَّةِ.

وقوله: «أَوْ قَبْلَ انْقِضَاءِ لَيْلَةِ الْأُمَّةِ» يجوز إعلامه بالواو للوجه الذي نقله الحنطي.

وقوله آخراً: «وجب تَوْفِيَةُ الحُرَّةِ لَيْلَتَيْنِ» معلّم بالواو؛ لِمَا بيناه، ولفظ الكتاب ينطبق تَارَةً على الظَّاهِرِ في أن العتق في اليوم التابع لا يُنْزَلُ مَنَزِلَةَ العِتْقِ في الليلة المتبوعَةِ، مثل قَوْلِهِ: «فَعُتِّقَتْ في ليلتها»، وقَوْلِهِ: «وَإِنْ عَتَقْتَ بَعْدَ تَمَامِ لَيْلَتَيْهَا» وتارة ينطبق على الوجه الذي يقابله كَقَوْلِهِ في الحالة الثانية: «قَبْلَ تَمَامِ نَوْبَتَيْهَا» و«بعد تمام نوبتها»، فَإِنَّ التَّوْبَةَ تشمل الليل والنَّهَارَ.

فرع: ذكر القاضي ابن كج والشيخ أبو الفَرَج وغيرُهُمَا أن الأُمَّة إنما تستحق القَسْمَ إذا استحقت النفقة، وفي نص الشافعي - رضي الله عنه - إشارة إليه - وقد تَبَيَّنَ مَنْ قَبْلُ أنه متى تجب نفقتها ومتى لا تَجِبُ، وإسقاط حق القَسْمِ بهبتها للزوج أو من بعض الضَّرَّاتِ للأمة لا للسيد، لأن مُعْظَمَ الحَظِّ في القَسْمِ لها، وهذا كما أن خِيَارَ العَيْبِ لَهَا لا للسيد وفي «التتمة»: أنه إذا قَسَمَ للحُرَّةِ ليلتين، ثم سافر السَّيِّدُ بالأمة، لا يسقط حَقُّهَا من القَسْمِ بل على الزَّوْجِ قَضَاءُ ما فات عند التَّمَكُّنِ، لأن الفوات حَصَلَ بِغَيْرِ اختيارها فهي معذورة فيه.

قَالَ العَزَالِيُّ: (السَّبَبُ الثَّانِي: تَجَدُّدُ النِّكَاحِ) وَإِذَا نَكَحَ بِكْرًا جَدِيدَةً بَاتَ عِنْدَهَا سَبْعًا، وَعِنْدَ الثَّيْبِ ثَلَاثًا، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَسْتَوِي فِيهِ الحُرَّةُ وَالْأُمَّةُ لِأَنَّ ذَلِكَ لِلْأَلْفِ وَالطَّنْبِ لَا يَتَغَيَّرُ بِالرُّقِّ كَمُدَّةِ العِنَّةِ، ثُمَّ لَا يَفْضِي (ح) لِلْبَاقِيَاتِ هَذِهِ المُدَّةُ بَلْ يَسْتَأْنِفُ القَسْمَ بَعْدَ ذَلِكَ وَهَذَا حَقُّ الجَدِيدَةِ، فَإِنْ بَاتَ عِنْدَ الثَّيْبِ ثَلَاثًا فَالْتَمَسَتْ زِيَادَةَ فَقَدْ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَقَدْ أَلْتَمَسَتْ أُمَّ سَلَمَةَ ذَلِكَ: «إِنْ شِئْتَ سَبَعْتُ عِنْدَكَ وَسَبَعْتُ عِنْدَهُنَّ وَإِنْ شِئْتَ ثَلَاثُ عِنْدَكَ وَدُرْتُ، وَكَأَنَّ أَقْتِرَاحَهَا الزِّيَادَةَ يُبْطِلُ حَقَّهَا مِنَ الثَّلَاثِ، وَلَوْ أَقَامَ الرَّجُلُ عِنْدَهَا دُونَ أَقْتِرَاحِهَا لَمْ يُبْطِلْ حَقَّهَا.

قال الرَّافِعِيُّ: تَجَدُّدُ النِّكَاحِ يَقْتَضِي تَخْصِيصَ الجَدِيدَةِ بِزِيَادَةِ مَبِيَّتِ عِنْدَ الرَّقَافِ، وهي سبع لَيَالٍ، إِنْ كَانَتْ بِكْرًا أَوْ ثَلَاثَ إِنْ كَانَتْ ثَيِّبًا، رُوِيَ عَنِ أَنَسٍ - رضي الله عنه - مَوْقُوفًا أَنَّهُ قَالَ: «لِلْبِكْرِ سَبْعٌ وَلِلثَّيْبِ ثَلَاثٌ» والمقصود منه أن ترتفع الحشمة وتخصّل الألفة والأنس، وَخُصِّصَتِ البِكْرُ بِزِيَادَةِ، لِأَنَّ حَيَاءَهَا أَكْثَرَ، وَحَكَى أَبُو عَبْدِ اللَّهِ الحِناطِيُّ قَوْلَيْنِ فِي أَنَّهُ هَلْ يَجِبُ عَلَى الزَّوْجِ الإِقَامَةُ عِنْدَهَا المُدَّتَيْنِ المَذْكُورَتَيْنِ، وَالْمُوافِقُ لِإِيرَادِ الجُمهُورِ أَنَّهُ وَاجِبٌ مُسْتَحَقٌّ للجَدِيدَةِ.

قال في «التتمة» حَتَّى لو خَرَجَ فِي بَعْضِ تِلْكَ اللَّيَالِي بَعْدَ، أَوْ أُخْرِجَ فَيَقْضِي عِنْدَ التَّمَكُّنِ، وَيُوالِي بَيْنَ الثَّلَاثِ وَالسَّبْعِ، لِأَنَّ الجَشْمَةَ لا تَزُولُ لو فَرَقَ، وَلَوْ فَرَقَ فِي الاحْتِسَابِ بِهِ وَجِهَانِ ذَكَرَهُمَا أَبُو الفَرَجِ الزَّازِ وَظَاهَرَ كَلَامِ الأَكْثَرِينَ المَنْعُ وَذَكَرَ الزَّازِ تَقْرِيبًا عَلَيْهِ أَنَّهُ يُوْفِيهَا حَقَّهَا عَلَى التَّوَالِي، وَيَقْضِي مَا فَرَّقَ لِلأَخْرِيَاتِ، وَلَا فَرَقَ بَيْنَ أَنْ

تَكُونُ نِيَابَةَ الْجَدِيدَةِ بِالنِّكَاحِ أَوْ بِالزَّوْنِ أَوْ الشُّبْهَةِ، وَلَوْ حَصَلَتْ بِمَرَضٍ أَوْ وَثْبَةٍ، فَعَلَى الْوَجْهِينِ فِي اشْتِرَاطِ اسْتِنطَاقِهَا فِي النِّكَاحِ، وَلَوْ كَانَتْ الْجَدِيدَةُ أُمَّةً، وَلَا يَتَصَوَّرُ ذَلِكَ إِلَّا فِي حَقِّ الْعَبْدِ، فَإِنَّ لَهُ أَنْ يَدْخُلَ الْأُمَّةَ عَلَى الْحُرَّةِ فَوْجَهَانَ، أَظْهَرُهُمَا وَبِهِ قَالَ أَبُو إِسْحَاقَ: أَنَّهَا كَالْحُرَّةِ فِي اسْتِحْقَاقِ السَّبْعِ أَوْ الثَّلَاثِ؛ لِأَنَّ مَقْصُودَهُ أَرْتِفَاعُ الْحَشْمَةِ، وَحُصُولُ الْمُبَاسَطَةِ، وَهَذَا أَمْرٌ يَتَعَلَّقُ بِالطَّبْعِ، وَمَا يَتَعَلَّقُ بِالطَّبْعِ لَا يَخْتَلِفُ بِالرَّقِّ وَالْحُرِّيَّةِ كَمَدَّةِ الْعَتَّةِ وَالْإِيْلَاءِ.

والثاني: وبه قال ابن أبي هُرَيْرَةَ أَنَّهَا تَسْتَحِقُّ شَطْرَ مَا تَسْتَحِقُّ الْحُرَّةُ، كَالْقَسْمِ فِي دَوَامِ النِّكَاحِ، وَعَلَى هَذَا؛ ففِي كَيْفِيَةِ التَّشْطُرِ وَجْهَانِ:

أحدهما: أَنَّهُ يَكْمَلُ الْمُنْكَسِرَ، فَيَبِيْتُ لِلبِكْرِ أَرْبَعٌ لَيَالٍ، وَلِلثَّيْبِ لَيْتَانِ وَأَشْبَهُهُمَا - وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي «التَّهْذِيبِ» - أَنَّ لِلبِكْرِ ثَلَاثَ لَيَالٍ وَنِصْفًا، وَلِلثَّيْبِ لَيْلَةً وَنِصْفًا؛ لِأَنَّ الْمُدَّةَ قَابِلَةً لِلتَّنْصِيفِ، وَالِاعْتِبَارَ بِحَالَةِ الرَّفَافِ حَتَّى لَوْ نَكَحَهَا، وَهِيَ أُمَّةٌ، وَرُفَّتْ إِلَيْهِ، وَهِيَ حُرَّةٌ فَلَهَا حَقُّ الْحَرَائِرِ، وَإِنْ عَتَقْتَ بَعْدَ الرَّفَافِ فَلَهَا حَقُّ الْإِمَاءِ.

قال صاحب «التَّهْذِيبِ» وَيُحْتَمَلُ: أَنْ يَقَالَ: إِذَا عَتَقْتَ فِي الْمُدَّةِ فَلَهَا حَقُّ الْحَرَائِرِ؛ تَخْرِيجًا عَلَى الْأَصْلِ الْمَذْكُورِ فِي بَابِ «نِكَاحِ الْمُشْرَكَاتِ» إِذَا تَبَدَّلَ الرَّقُّ بِالْحُرِّيَّةِ، وَإِذَا وَقَفَى حَقُّ الْجَدِيدَةِ، مِنَ السَّبْعِ أَوْ الثَّلَاثِ، فَلَا يَقْضِي لِلْبَقَايَاتِ، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ وَأَحْمَدٌ وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ يَقْضِي.

واحتج الأصحاب بما روي عن النَّبِيِّ ﷺ - أَنَّهُ قَالَ لِأُمِّ سَلَمَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا -: «إِنْ شِئْتَ سَبَعْتُ عِنْدَكَ وَسَبَعْتُ عِنْدَهُنَّ وَإِنْ شِئْتَ ثَلَّثْتُ عِنْدَكَ وَذَرْتُ»<sup>(١)</sup> وَالْمَعْنَى ذَرْتُ بِالْقَسْمِ الْأَوَّلِ مِنْ غَيْرِ قَضَاءٍ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَتْ الثَّلَاثُ مَقْضِيَّةً، لِأَشْبَهَةِ أَنْ يَقُولَ: «وَتَلَّثْتُ عِنْدَهُنَّ» كَمَا قَالَ: «وَسَبَعْتُ عِنْدَهُنَّ» وَيُرْوَى أَنَّهُ قَالَ لِأُمِّ سَلَمَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا -: «إِنْ شِئْتَ أَقَمْتُ عِنْدَكَ ثَلَاثًا خَالِصَةً لَكَ، وَإِنْ شِئْتَ سَبَعْتُ لَكَ، وَسَبَعْتُ لِنِسَائِي»<sup>(٢)</sup>.

(١) [رواه مالك في الموطأ بلفظ الرافي، قوله: روي أنه قال لها: إن شئت أقمت عندك ثلاثاً خالصة لك، وإن شئت سبعت لك وسبعت لنسائي، الدارقطني به وأتم منه، وفيه الواقدي، قوله: [راداً على الغزالي حيث قال في الوجيز: قال رسول الله ﷺ وقد التمتست أم سلمة إلى آخره، هذا يشعر بتقديم التماس أم سلمة على تخييره إياها، وكذلك نقل الإمام، لكن لا تصريح بذلك في كتب الحديث]، ثم ساق. أي الرافي في الشرح. من سنن أبي داود التصريح بأن النبي ﷺ هو الذي خيرها، وردده هذا متعقب بما رواه الحاكم في المستدرک أنها أخذت بثوبه مانعة له من الخروج من بيتها، فقال لها: إن شئت، وأصله في صحيح مسلم: أن رسول الله ﷺ حين تزوج أم سلمة فدخل عليها، فأراد أن يخرج قالت، وفي مسند ابن وهب نحوه، ويحتمل أن يقال: إن أخذها بطرف ثوبه يحتمل الالتماس، ويحتمل غيره.]

ويستحب أن يُخَيَّرَ الثَّيِّبُ الجديدةَ بين أن يقيم عندها ثلاثاً بلا قضاء، وبين أن يُقِيمَ عندها سبعاً، ويوفي مثلَ ذلك للباقيات، كما فَعَلَ النبي - ﷺ - بِأَمِّ سَلَمَةَ - رضي الله عنها - فَإِنِ اخْتَارَتِ السَّبْعَ، فأجابها قضي السبع للباقيات، وإن أقام بغير اختيارها والْتِمَاسِهَا لَمْ يَقْضِ إِلَّا الْأَرْبَعَ الزائدةَ ووجه قَضَاءِ الْجَمِيعِ إِذَا اخْتَارَتْهُ بَوَجْهَيْنِ.

أحدهما: أن النبي - ﷺ - خَيَّرَهَا بَيْنَ الثَّلَاثِ بِلا قَضَاءٍ، وَبَيْنَ السَّبْعِ بِالْقَضَاءِ، فإذا اخْتَارَتْ أَحَدَهُمَا لَمْ يَكُنْ لَهَا غَيْرُهُ.

والثاني: أن السَّبْعَ حَقُّ الْبِكْرِ، وهي أرفع درجةً منها، فإذا طلبته جَعَلَتْ رَغْبَتِهَا فِي الزيادة فيما هو غير مشروع لها، مبطلاً أَصْلَ الْحَقِّ، وشبهه أبو سعد الْمُتَوَلِّيُّ بما إذا باع دزهماً بذرهَمَيْنِ لا تصح المعاملة من أصلها، وذكر صاحب «المهذب» وَجْهَيْنِ فِي أَنَّهُ، ما الَّذِي يَقْضِي إِذَا أَقَامَ سَبْعاً؟.

أحدهما: أنه يقضي الجميع.

والثاني: لا يقضي إلا ما زاد على الثَّلَاثِ هَكَذَا أَطْلَقَهُ فَإِنِ أَرَادَ ما إِذَا التمسَتْ، حَصَلَ وَجْهٌ أَنَّهُ لَا يَجِبُ الْقَضَاءُ ذَكَرَ تَلْتَمَسَ، ولم تطلب على خلاف المشهور وَإِنِ أَرَادَ ما إِذَا لَمْ تَلْتَمَسْ أَوْ كِلْتَا الْحَالَتَيْنِ حَصَلَ وَجْهٌ أَنَّهُ يَجِبُ الْقَضَاءُ، وَإِنِ لَمْ تَطْلُبْ، ولم تَلْتَمَسْ على خلاف المَشْهُورِ، ولو التمسَتْ منه إِقَامَةُ أَرْبَعَةِ أَيَّامٍ<sup>(١)</sup> أَوْ خَمْسٍ أَوْ سِتٍّ لَمْ يَقْضِ إِلَّا الزَّيَادَةَ عَلَى الثَّلَاثِ؛ لأنها لَمْ تَطْمَعْ فِي الْحَقِّ الْمَشْرُوعِ لغيرها، وكذا لو التمسَتْ الْبِكْرُ إِقَامَةَ عَشْرَةِ أَيَّامٍ لَمْ يَجِبْ عَلَى إِجَابَتِهَا فَإِنِ أَجَابَهَا لَمْ يَقْضِ إِلَّا ما زاد على السبع، قال في «الوسيط»: وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ وَجُوبُ الْقَضَاءِ فِي صُورَةِ وِرْوَدِ الْخَبْرِ مَعْلُومًا بِحَسْمِ بَابِ التَّحْكُمِ وَالْإِقْتِرَاحِ عَلَيْهَا وَيَحْكُمُ بِوَجُوبِ الْقَضَاءِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ أَيْضًا، ولو قَضِيَ حَقُّ الْجَدِيدَةِ ثُمَّ طَلَّقَهَا ثُمَّ رَاجَعَهَا، لَمْ يَعدْ حَقُّ الزَّفَافِ، لأنها باقية على النِّكَاحِ الْأَوَّلِ، وقد وَفَّى حَقَّهَا وَإِنِ أَبَانَهَا ثُمَّ جَدَّدَ نِكَاحَهَا فَقَوْلَانِ أَوْ وَجْهَانِ.

أصحُّهُمَا: أَنَّهُ يَتَجَدَّدُ الْحَقُّ لِعُودِ الْجِهَةِ بِالْفِرَاقِ الْمَبِينِ، وَيَجْرِي الْخِلَافُ فِيمَا لَوْ أَعْتَقَ مُسْتَوْلَدَتَهُ أَوْ أُمَّتَهُ الَّتِي هِيَ فِرَاشُهُ، ثُمَّ نَكَحَهَا، وَلَا خِلَافَ فِي أَنَّهُ لَوْ أَبَانَهَا قَبْلَ أَنْ يُوفِيَ حَقَّهَا ثُمَّ جَدَّدَ نِكَاحَهَا يَلْزِمُهُ التَّوْفِيقِيَّةُ، ولو أقام عند الْبِكْرِ ثَلَاثًا وَاقْتَضَى ثُمَّ أَبَانَهَا ثُمَّ نَكَحَهَا، فَإِنِ قَلْنَا: يَتَجَدَّدُ حَقُّ الزَّفَافِ، فَيَبِيتُ عِنْدَهَا ثَلَاثَ لَيَالٍ، فَإِنَّهُ حَقُّ زَفَافِ الشَّيْبِ، وَإِنِ قَلْنَا: لَا يَتَجَدَّدُ فَيَبِيتُ عِنْدَهَا أَرْبَعًا؛ لِأَنَّ حَقُّ الزَّفَافِ فِي النِّكَاحِ الثَّانِي عَلَى هَذَا الْقَوْلِ يَبْنِي عَلَى النِّكَاحِ الْأَوَّلِ، وَهَذَا الْقَدْرُ هُوَ الَّذِي بَقِيَ.

(١) في ز: أربع.

ولو نَكَحَ جديديتين يوفي حَقَّ الزَّفَافِ لهما جميعاً، وكذلك لو لم يكن في نكاحه غيرهما، ثم إن كان الزَّفَافُ على الترتيب، فيقضي حَقَّ الأُولَى أولاً، وإن زُفَّتَا إليه معاً، وهو مكروه، فَيَفْرَعُ بينهما للبداية وإذا خرجت الفُرْعَةُ لإحداهما، قدمها لجميع السبع أو الثلاث، وحكى القاضي ابن كج وَجْهاً أَنَّهُ يقدمها بليلة، ثم يبيت عند الأخرى ليلةً وهكذا يفعل إلى تَمَامِ المُدَّةِ، وقوله في الكتاب «ثُمَّ لَا يَقْضِي لِلْبَاقِيَاتِ» معلّم بالحاء.

وقوله: «بل يستأنف القسم بعد ذلك» يعني إذا زُفَّتِ الجديدة إليه بعد ما سَوَى بين مَنْ فِي نكاحه من النسوة، فيوفيهما حقها ثم يستأنف القسم بين الجميع فأما إذا كانت تحته امرأتان وزُفَّتَ إِلَيْهِ جديدةٌ بعد ما قَسَمَ لإحداهما دون الأخرى فإذا قضى حَقَّ الزَّفَافِ يقسم للقديمة الأخرى ليلةً، ويبيت عند الجديدة نصف ليلة؛ لأنها تستحق ثلث القسم، ويخرج بقية الليل إلى مسجد ونحوه، ثم يستأنف القسم بينهن ويسوي وقوله: «وقد قال رسول الله - ﷺ - وَقَدِ التَّمَسَّتْ أُمُّ سَلَمَةَ - رضي الله عنها - ذلك . . .» إلى آخره يشعر بتقديم التماس أم سلمة - رضي الله عنها - على تخيير النبي - ﷺ - إِيَّاهَا، وكذلك نَقَلَ الإِمَامُ لکن لا تصریح بذلك في كتب الحديث، واللفظ في «سنن أبي داود» السُّجِسْتَانِيَّ أن رسول الله - ﷺ - لَمَّا تزَوَّجَ أُمَّ سَلَمَةَ أقام عندها ثلاثاً، ثم قال: «ليس بك على أهلک، إن شئت سَبَعْتُ لَكَ، وَإِنْ سَبَعْتُ لَكَ سَبَعْتُ لِنِسَائِي»<sup>(١)</sup> والله أعلم ونَقَلَ أن أم سلمة - رضي الله عنها - اختارت الاقتصار على الثلاث.

فرع: لا ينبغي لأحد أن يتخلف بسبب حق الزَّفَافِ عن الجماعات، وعبادة المَرْضَى، وتشجيع الجنائز، وإجابة الدعوات، وسائر أعمال البر التي كان يقوم بها هذا بالنهار، وأما بالليل فقد قالوا: لا يخرج، لأن هذه مندوبات، والمقام عندها واجب، قالوا: وفي دوام القسم ينبغي أن يسوي بينهن في الخروج للجماعات، وأعمال البر، إما أن يخرج في ليلة الجميع أو لا يخرج أصلاً، ولا يجوز أن يخرج في ليلة بعضهم دون بعض.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: (الْفَضْلُ الرَّابِعُ فِي الظُّلْمِ وَالْقَضَاءِ): وَفِيهِ مَسَائِلُ: (الأولى): أَنْ يَكُونَ تَحْتَهُ ثَلَاثُ نِسْوَةٍ فَبَاتَ عِنْدَ اثْنَتَيْنِ عَشْرِينَ لَيْلَةً اسْتَحَقَّتِ الثَّلَاثَةَ عَشَرَ لَيْالٍ فَيَقْضِيهَا عَلَى الْوَلَاءِ؛ لِأَنَّهُ اجْتَمَعَ فِي ذِمَّتِهِ، فَلَوْ نَكَحَ جَدِيدَةً فَلَوْ بَاتَ عِنْدَهَا عَشْرًا وَلَا يَزِيدُ عَلَى الْوَلَاءِ، فَسَبِيلُهُ أَنْ يَقْضِيَ حَقَّ الْجَدِيدَةِ بِثَلَاثٍ أَوْ سَبْعٍ ثُمَّ يَبِيتُ عِنْدَهَا ثَلَاثَ لَيَالٍ وَعِنْدَ الْجَدِيدَةِ لَيْلَةً لِأَنَّ حَقَّ الْجَدِيدَةِ لَيْلَةً مِنْ أَرْبَعٍ، وَلَوْ قَضَاهَا الْعَاشِرَةَ ثُمَّ اسْتَأْنَفَ الْقِسْمَ عَادَ إِلَى الْجَدِيدَةِ فِي الْحَامِسَةِ فَسَبِيلُ الْعَدْلِ أَنْ يَبِيتَ الْعَاشِرَةَ عِنْدَ الْمَظْلُومَةِ وَيَثْبُتَ لِلْجَدِيدَةِ

بِذَلِكَ ثُلُثَ لَيْلَةٍ فَبَيْتُ عِنْدَ الْجَدِيدَةِ ثُلُثَ لَيْلَةٍ وَيَخْرُجُ إِلَى بَيْتِ صَدِيقِي أَوْ مَسْجِدِ بَقِيَّةِ اللَّيْلِ، ثُمَّ يَسْتَأْنِفُ الْقَسْمَ، وَكَذَلِكَ لَوْ بَاتَ عِنْدَ وَاحِدَةٍ نِصْفَ لَيْلَةٍ فَأَخْرَجَهُ السُّلْطَانُ فَعَلَّيْهِ أَنْ يَبِيْتَ عِنْدَ الْأُخْرَى نِصْفَ لَيْلَةٍ وَيَخْرُجَ الْبَاقِي إِلَى الْمَسْجِدِ.

قال الرَّافِعِيُّ: ضَمَّنَ الْفَضْلُ ثَلَاثَ مَسَائِلَ:

إحداها: تحته ثلاث نِسْوَةٍ، فبات عند اثنتين عَشْرِينَ لَيْلَةً، إما عَشْرًا عند هذه، وَعَشْرًا عند هذه، أو بات لَيْلَةً لَيْلَةً إِلَى تَمَامِ الْعَشْرِ، فَتَسْتَحِقُّ الثَّلَاثَةَ عَشَرَ لَيَالٍ، وَعَلَيْهِ أَنْ يُوْفِيَهَا وِلَاءً، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُفَرِّقَ، فَيَبِيْتُ عِنْدَهَا لَيْلَتَيْنِ لَيْلَتَيْنِ، وَعِنْدَ كُلِّ وَاحِدَةٍ لَيْلَةً؛ لِأَنَّهَا قَدْ اجْتَمَعَتْ فِي ذِمَّتِهِ، وَهُوَ مَتَمَكِّنٌ مِنَ التَّوْفِيَةِ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يُؤَخَّرَ فُلُو نِكَاحِ الْجَدِيدَةِ عَقِيبَ الْعَشْرِينَ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَقْدَمَ قِضَاءُ الْعَشْرِ<sup>(١)</sup>؛ لِأَنَّهُ ظَلَمَ عَلَى الْجَدِيدَةِ، بَلْ يُوْفِي أَوْلًا حَقَّ الزَّوْفَانِ مِنْ ثَلَاثٍ أَوْ سَبْعٍ ثُمَّ يَقْسِمُ بَيْنَ الْجَدِيدَةِ وَبَيْنَ الْمَظْلُومَةِ، وَيَجْعَلُ لِلْمَظْلُومَةِ لَيْلَتَهَا، وَلِيَلَيَّيْهِ التَّيْنِ ظَلَمَهَا بِسَبَبِهِمَا؛ فَيَبِيْتُ عِنْدَ الْجَدِيدَةِ لَيْلَةً، وَعِنْدَ الْمَظْلُومَةِ ثَلَاثَ لَيَالٍ، وَإِذَا دَارَ هَكَذَا ثَلَاثَ نَوَبٍ، فَقَدْ وَقَّاهَا تَسْعًا وَبَقِيَتْ لَيْلَةٌ وَاحِدَةٌ، فَإِنْ كَانَ قَدْ بَدَأَ بِالْمَظْلُومَةِ فَإِذَا تَمَّ لَهَا تِسْعُ لَيَالٍ، فَيَبِيْتُ لَيْلَةً عِنْدَ الْجَدِيدَةِ بِحَقِّ الْقَسْمِ، ثُمَّ لَيْلَةً عِنْدَ الْمَظْلُومَةِ لِتَمَامِ الْعَشْرِ، وَيَبِيْتُ لِلْجَدِيدَةِ، وَبِهَذِهِ اللَّيْلَةُ ثَلَاثَ لَيَالٍ؛ لِأَنَّ حَقَّهَا وَاحِدَةٌ مِنْ أَرْبَعٍ، فَيَبِيْتُ عِنْدَهَا ثَلَاثَ لَيَالٍ<sup>(٢)</sup>، وَيَخْرُجُ الْبَاقِي إِلَى مَسْجِدٍ، أَوْ يَبِيْتُ عِنْدَ صَدِيقٍ، أَوْ مَسْكَنٍ خَالٍ عَنِ زَوْجَاتِهِ، ثُمَّ يَسْتَأْنِفُ الْقَسْمَ بَعْدَ ذَلِكَ لِلْأَرْبَعِ، وَإِنْ كَانَ قَدْ بَدَأَ بِالْجَدِيدَةِ، فَإِذَا تَمَّتِ التَّسْعُ لِلْمَظْلُومَةِ يَبِيْتُ ثَلَاثَ لَيَالٍ عِنْدَ الْجَدِيدَةِ وَيَخْرُجُ الْبَاقِي، ثُمَّ يَبِيْتُ لَيْلَةً عِنْدَ الْمَظْلُومَةِ ثُمَّ يَقْسِمُ بَيْنَ الْكُلِّ بِالسُّوِيَةِ.

وقوله في الكتاب: «فَسَيِّئُهُ أَنْ يَقْضِيَ حَقَّ الْجَدِيدَةِ بِثَلَاثٍ أَوْ سَبْعٍ ثُمَّ يَبِيْتُ عِنْدَهَا ثَلَاثَ لَيَالٍ» تصوير فيما إذا بدأ في القسم بالمظلومة وينبغي أن يكون ذلك بالقرعة، وقوله: «وَلَوْ قَضَاهَا» اللَّيْلَةُ: «العاشرة»، ثم استأنف القسم إلى آخره معناه أنه: إذا بات العاشرة عندها واستأنف القسم وعاد يعود إلى الجديدة في الليلة الخامسة وحقها أن<sup>(٣)</sup> يعود إليها في الرابعة فإن كانت البداية بالمظلومة فقد بيئنا أن بعد تمام السبع يبيت ليلة عند الجديدة، ثم يشتغل بقضاء العاشرة، وحينئذ فقوله: «فسييل العذل أن يبيت العاشرة عند المظلومة» أي بعد أن يبيت ليلة عند الجديدة.

قوله: «ويثبت للجديدة بذلك ثلث ليلة» يجوز أن يعلم<sup>(٤)</sup> بالواو؛ لأن: عن الشيخ أبي محمد: أنه إذا قضى العاشرة يستأنف القسم ويعذر في العود في الخامسة.

(٢) في ز: ثلاث ليالٍ.

(٤) في ز: يعلمها.

(١) في أ: العشرة.

(٣) سقط في ز.

ولو كانت تَحْتَهُ، أربع نِسْوَةٍ ثلاث حاضرات وواحدة غائبة، فظلم واحدة من الحاضرات بالأخرين، وحضرت الغائبة، فيقضي حقّ المظلومة، مع رعاية جانبِ التي حضرت، فيقسم لها ليلة، وللمظلومة ثلاثاً، وقد يحتاج بالآخرة إلى تبعض الليلة، كما وَصَفْتَاهُ، وكذلك لو كان يَقسِمُ بين نِسَائِهِ، فخرج في نَوْبَةٍ واحدة لضرورة، بأن أخرجهُ السلطان، فيقضي لها من اللَّيْلَةِ الَّتِي بعدها مثل ما خرج.

والأولى أن يُزَاعِيَ الوَقْتَ فيقضي لأوّل اللَّيْلِ من الأول، وللآخر من الآخر ويكون في باقي الليل عند صَدِيقٍ أو في مسجد أو موضع منفرد، ويستثنى ما إذا كان يخاف العَسَسَ أو اللصوص ونحو ذلك، لو خرج فيعذر في الإِقَامَةِ، قَالَ فِي «التتمة» والأوّلَى ألا يستمتع بها فيما وراء زَمَانِ القَضَاءِ.

فروع: منقول عن «الأم» إذا كَانَ للرجُل أربع نسوة، فترك القَسْمَ لإحداهن أربعين ليلةً يقسم لها عَشْرًا. قال الأصحاب: صُورَتُهُ أن يبيت عند الثلاث عَشْرًا عَشْرًا ويعطّل عشر الرابعة فلا يبيت عند واحدة منهن فيها، أمّا إذا وزع الأربعين على الثلاث بالسوية، فحصة كل واحدة ثلاث عشرة وثُلثٌ، فيقسم للرابعة مثل ذلك.

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الثانية): لَوْ وَهَبَتْ نَوْبَتَهَا مِنْ ضَرَّتِهَا فَلِلزَّوْجِ أَنْ يَمْتَنِعَ مِنَ القَبُولِ، فَإِنْ قَبِلَ فَلَيْسَ لِلْمَوْهُوبَةِ الامْتِنَاعُ، ثُمَّ إِنْ كَانَتْ لَيْلَتُهَا مُتَّصِلَةً بِلَيْلَةِ الْوَاهِبَةِ بَاتَ عِنْدَهَا لَيْلَتَيْنِ، وَإِنْ كَانَتْ مُنْفَصِلَةً فَهَلْ يَجُوزُ أَنْ يُؤَالِيَ بَيْنَ لَيْلَتَيْنِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنْ وَهَبَتْ مِنْ الزَّوْجِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُخَصَّصَ وَاحِدَةً بَلِ الْوَاهِبَةُ كَالْمَعْدُومَةِ، ثُمَّ لَهَا الرُّجُوعُ مَهْمَا شَاءَتْ، وَمَا فَاتَ قَبْلَ بُلُوغِ خَبَرِ الرُّجُوعِ فَلَا يَقْضِي كَمَا فَاتَ مَثَلًا مِنْ ثِمَارِ البُسْتَانِ قَبْلَ مَعْرِفَةِ الرُّجُوعِ مِنَ المُبْصِحِ.

قال الرّافعي: فإذا سَامَحَتْ واحدة من زوجاتِهِ وتركتَ حقّها من القَسْمِ لم يَجِبْ على الزَّوْجِ القَبُولُ؛ لأن الاستمتاع بها حَقُّهُ، فله أن يبيت عندها في نوبتها، وإن رضي بالمسامحة فينظر، إن وَهَبَتْ من ضرة بعينها جاز وبيت عند الموهوب لها ليلتين؛ ليلة لها وليلة عند انتقال الواهبة؛ لما رُوِيَ أن سَوْدَةَ - رضي الله عنها - لما كَبِرَتْ جعلت نوبتها لعائشة - رضي الله عنها - وكان النبي - ﷺ - يقسم يومها ويوم سودة لعائشة<sup>(١)</sup>.

ثم إن كانت نَوْبَةُ الْوَاهِبَةِ مُتَّصِلَةً بنوبة الموهوبة لها، بات عندها الليلتين على الوَلَاءِ، وَإِنْ كَانَتْ مُنْفَصِلَةً عَنْهَا فَوَجْهَانِ:

(١) متفق عليه ورواه الشافعي عن ابن عيينة عن هشام بن عروة عن أبيه: أن سودة وهبت يومها لعائشة، ورواه البيهقي من حديث عقبة بن خالد عن هشام موصولاً.

أحدهما: أنه إذا انتهت النوبة إلى الموهوبة يبيت عندها ليلتين؛ لأنه أسهل عليه، والمقدار لا يختلف، وقياس هذا أنه إذا كانت ليلة الواهة أسبق، ويات فيها عند الموهوبة يجوز أن يقدم ليلتها ويبيت عندها الليلة الثانية أيضاً.

وأصحهما وهو المذكور في «التهذيب»: أنه لا يجوز الموالة، بل يبيت عند الموهوبة في ليلتين منفصلتين، كما كان يبيت قبل الهبة عند الواهة والموهوبة؛ لأن حق الموهوبة بين الليلتين سابق فلا يجوز تأخيره ولأن الواهة قد ترجع بين الليلتين، والموالة تفوت حق الرجوع عليها، ولو أنه طلق الواهة لم يبيت عند الموهوبة بعد ذلك إلا ليلتها، ولا يشترط في هذه الهبة رضى الموهوبة وقبولها، بل يكفي قبول الزوج، وحكى الحناطي وجهاً غريباً في اشتراط رضاها، وإن وهبت حقها من الزوج فهل له أن يخصص واحدة بنوبة الواهة فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنها جعلت الحق له فيضعه حيث يشاء، وعلى هذا فينظر في ليلة الواهة، وليلة التي يريد تخصيصها، أما متوالياتان أم لا، يكون الحكم على ما سبق وهذا الوجه هو الذي ذكره العراقيون وتابعهم القاضي الروياني وغيره.

والثاني: المنع لأن التخصيص يظهر الميل ويورث الوحشة والحقد، فيجعل الواهة كالمعدومة، ويسوي بين الباقيات، وعلى هذا لو كن أربعاً فوهبت واحدة حقها منه قسم بين الثلاثة وأخرج الواهة عن الاعتبار، وبهذا الوجه الثاني أجاب أبو الحسن العبادي وهو المذكور في الكتاب وأشار في «الوسيط» إلى القطع بالمنع فيما إذا قال: وهبت لك واقتصرت عليه وإلى تخصيص الوجهين بما إذا قالت: وهبت لك تخصيص من شئت، ولو أبقى الدور بحاله، ويات ليلة الواهة في كل دور عند واحدة من الباقيات، فلا تفضيل ولا ميل، فلا يبعد تجويزه فإن جاز فقياسه أن يجوز وضع الدور في الابتداء، كذلك بأن يجعل ليلة بين ليالين دائرة بينهما، وصورته: أن تكون تحته زينب وحفصة وعمرة فيبتدىء في القسم ليلة الجمعة لزينب، ويبيت ليلة السبت عند حفصة، ويبيت ليلة الأحد عند عمرة ويجعل الليلة الرابعة دائرة بينهما ويعود ليلة الثلاثاء إلى زينب هكذا وحينئذ فينقرع بينهما الليلة الدائرة أيضاً، ويبتدىء بمن خرجت قرعتها وإن وهبت حقها من جميع الضرات، فلا خلاف في وجوب التسوية بين الباقيات وبمثلها أوجب فيما إذا أسقطت حقها مطلقاً ويتعلق بهذه الهبة والرجوع عنها مسألتان أخريان:

إحدهما: للواهة أن ترجع متى شاءت ويعود حقها في المستقبل؛ لأنها هبة لم يتصل بها القبض فيما يرجع إلى المستقبل، حتى لو رجعت في أثناء الليل، فيخرج من عند الموهوبة، وأما ما مضى، فلا يؤثر الرجوع فيه وكذا ما فات قبل علم الزوج بالرجوع لا يؤثر فيه الرجوع؛ ولا يقضي؛ لأنه لم يظهر منه ميل ولا تقصير إذا لم



يعلم، وفيه وَجْهٌ: أنه يقضي تخريباً من الخلاف في أن الوكيل هل ينعزل قبل العلم بالعزل، والظاهر الأول وشبهه في الكتاب المسألة بما إذا أباح ثمرة بستانه لإنسان، ثم رجع وتنازل المباح له بعضها قبل العلم بالرجوع، وفي هذه الصورة طريقان محكيان فيما علق عن الإمام، فعن الشيخ أبي محمد: أن في وجوب العزم لما تناوله بعد الرجوع قولهن، كما في مسألة عزل الوكيل، وعن أبي بكر الصنيدلاني: أنه يغرم؛ لأن الغرامات لا فرق فيها بين العلم والجهل، وإلى التثريب مال الإمام.

والثانية: لا يجوز أن تأخذ على المسامحة بحقها عوضاً لا من الزوج، ولا من بعض الضرائر، وإن أخذت فعلها الرذ ويستحق القضاء، لأن العوض لم يسلم لها وحكى القاضي ابن كج أنها لا تستحق القضاء.

فزع: لَوَبَاتٌ فِي نُوْبَةٍ وَاحِدَةٍ عِنْدَ غَيْرِهَا وَأَدْعَى أَنَّهَا كَانَتْ قَدْ وَهَبَتْ نُوْبَتَهَا مِنْهَا، وَأَنْكَرَتْ فِيهَا الْمَصْدَقَةَ، وَعَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ وَلَا يَقْبَلُ فِيهِ إِلَّا شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ.

وقوله: «فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُخَصِّصَ وَاحِدَةً» معلّم بالواو، وكلام أكثرهم مائل إلى تجويزه.

وقوله: «فَلَا يَقْضِي» معلّم بالواو أيضاً وكذا قوله «كما فات مثلاً من ثمار البستان» ولا يبعد ترجيح التثريب.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: (الثالثة): إِذَا ظَلَمَهَا بِعَشْرِ لَيَالٍ مَثَلًا وَأَبَانَهَا فَقَدْ فَاتَ التَّدَارُكَ وَبَقِيَتْ الْمَظْلَمَةُ، فَإِنْ جَدَّدَ نِكَاحَهَا قَضَاهَا إِلَّا إِذَا نَكَحَ جَدِيدَاتٍ أَوْ لَمْ يَكُنْ فِي نِكَاحِ الْمَظْلُومَةِ بِهَا فَيَتَعَدَّرُ الْقَضَاءُ وَيَبْقَى الْمَظْلَمَةُ.

قال الرافعي: مَنْ ظَلَمَ وَاحِدَةً مِنْ زَوْجَاتِهِ بِلَيَالٍ، فَقَدْ تَقَرَّرَ أَنَّهُ يَلْزِمُهُ الْقَضَاءُ وَإِنَّمَا يَتَأْتَى الْقَضَاءُ إِذَا كَانَتْ الْمَظْلُومَةُ وَالَّتِي ظَلَمَهَا بِسَبَبِهَا فِي نِكَاحِهَا، أَمَا إِذَا فَارَقَ الْمَظْلُومَةَ بِطَلَاقٍ وَغَيْرِهِ، فَقَدْ تَعَدَّرَ الْقَضَاءُ وَبَقِيَتْ الْمَظْلَمَةُ، فِي ذِمَّتِهِ وَذَكَرَ فِي «التتمة» أَنَّهُ إِذَا قَسَمَ لَوَاحِدَةٍ فَلَمَّا جَاءَتْ نُوْبَةُ الْأُخْرَى طَلَّقَهَا قَبْلَ تَوْفِيَةِ حَقِّهَا عَصَى؛ لِأَنَّهُ مَنَعَهَا حَقَّهَا بَعْدَ ثُبُوتِ الْاِسْتِحْقَاقِ لَهَا، وَعَلَى هَذَا سَبَبٌ آخَرٌ بِوُجُوبِ كَوْنِ الطَّلَاقِ بِدَعْيَا، ثُمَّ إِذَا عَادَتِ الْمَطْلُوقَةُ إِلَيْهِ بِرَجْعَةٍ أَوْ بِنِكَاحٍ جَدِيدٍ وَفِي نِكَاحِهَا تَلَمَّهَا بِسَبَبِهَا، فَعَلَيْهِ الْقَضَاءُ؛ لِأَنَّهُ تَمَكَّنَ مِنَ الْخُرُوجِ عَنِ الْمَظْلَمَةِ.

وفي وجه: إِنْ عَادَتْ بِنِكَاحٍ جَدِيدٍ لَمْ يَسْتَحِقَّ الْقَضَاءُ؛ لِأَنَّ سَبَبَ الْاِسْتِحْقَاقِ، قَدْ زَالَ، وَقَرَّبَ هَذَا مِنَ الْخِلَافِ فِي عَوْدِ الْحَنْثِ وَرَبَّمَا قِيلَ هُوَ هُوَ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ فِي نِكَاحِهَا الَّتِي ظَلَمَهَا بِسَبَبِهَا حِينَ عَادَتْ الْمَظْلُومَةَ إِلَى نِكَاحِهَا، بَلْ نَكَحَ جَدِيدَاتٍ فَالْقَضَاءُ مُتَعَدَّرٌ، لِأَنَّ الْقَضَاءُ إِنَّمَا يَكُونُ مِنْ نُوْبَةٍ الَّتِي ظَلَمَ بِسَبَبِهَا، وَلَيْسَتْ الْجَدِيدَاتُ كَذَلِكَ، وَلَوْ لَمْ

يفارق المَظْلُومَةَ وَفَارَقَ اللّوَاتِي ظَلَمَ بِسَبَبِهَا ثُمَّ عُذِّنَ إِلَى نِكَاحِهَا أَوْ فَارَقَهَا وَفَارَقَهُنَّ ثُمَّ عُذِّنَ إِلَى نِكَاحِهِ اشْتَغَلَ بِالْقَضَاءِ وَلَا يَحْتَسِبُ مِنَ الْقَضَاءِ مَا فَاتَ عِنْدَهَا فِي مَفَارِقَتِهِنَّ وَيَجِيءُ بِالنِّكَاحِ الْجَدِيدِ الْخِلَافُ السَّابِقُ<sup>(١)</sup>.

ولو كان في نِكَاحِهِ ثَلَاثَ قَبَاتٍ عِنْدَ اثْنَتَيْنِ عَشْرِينَ ثُمَّ فَارَقَ إِحْدَاهُمَا بَيْتٍ عِنْدَ الْمَظْلُومَةِ عَشْرًا تَسْوِيَةً بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْبَاقِيَةِ كَذَا ذَكَرَهُ فِي «التَّهْذِيبِ» وَقَالَ فِي التَّتِمَّةِ: لَوْ ظَلَمَ وَاحِدَةً مِنَ الثَّلَاثِ بَعَثَرُ ثُمَّ قَبْلَ تَوْفِيَةِ حَقِّهَا طَلَّقَ وَاحِدَةً مِنْ ضَرَّتَيْهَا لَا يَقْضِي لَهَا إِلَّا خَمْسَ لَيَالٍ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَقْضِي الْعِشْرَ مِنْ حَقِّهَا جَمِيعًا، وَقَدْ فَاتَ حَقَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا، وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «بَعَثَرُ لَيَالٍ» لَا يَخْفَى أَنَّهُ مَذْكَورٌ عَلَى سَبِيلِ التَّمْثِيلِ. وَقَوْلُهُ «وَأَبَانَهَا» فَقَدْ فَاتَ التَّدَارُكَ وَبَقِيَ الْمَظْلَمَةُ فَوَاتَ التَّدَارُكَ لَا يَخْتَصُّ بِالْإِبَانَةِ، بَلْ كُلُّ طَلَاقٍ وَفِرَاقٍ فِي مَعْنَاهَا<sup>(٢)</sup> وَكَأَنَّهُ أَرَادَ أَنْ يَرْتَبَ عَلَيْهِ الْكَلَامَ فِيمَا إِذَا أَرَادَ أَنْ يَجِدَّ نِكَاحَهَا، فَلِذَلِكَ أَطْلَقَ لَفْظَ الْإِبَانَةِ.

وقوله: «قَضَاهَا» معلّم بالواو، وقوله: «إِلَّا إِذَا نَكَحَ جَدِيدَاتٍ أَوْ لَمْ يَكُنْ فِي نِكَاحِهِ الْمَظْلُومَةَ بِهَا» يشير إلى أَنَّهُ لَوْ نَكَحَ جَدِيدَةً، وَبَقِيَ فِي نِكَاحِهِ الَّتِي ظَلَمَ بِسَبَبِهَا، لَمْ يَتَعَذَّرَ الْقَضَاءُ، وَذَلِكَ كَمَا إِذَا كَانَتْ تَحْتَهُ زَوْجَتَانِ، فَظَلَمَ وَاحِدَةً بَلَيَالٍ، وَنَكَحَ ثَالِثَةً، فِيرَاعِي حَقَّ الثَّالِثَةِ، وَيَقْضِي لِلْمَظْلُومَةِ مِنْ نَوْبَةِ الْمَظْلُومِ بِهَا عَلَى مَا تَقَدَّمَ.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: (الْفَضْلُ الْخَامِسُ فِي الْمَسَافَرَةِ بِهِنَّ) كَانَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِذَا هَمَّ بِسَفَرٍ أَفْرَعَ بَيْنَهُنَّ فَاسْتَضَحَبَ وَاحِدَةً ثُمَّ إِذَا عَادَ دَارَ عَلَيْهِنَّ مِنْ غَيْرِ قَضَاءٍ فَصَارَ سُقُوطُ (ح) الْقَضَاءِ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ مِنْ رُخْصِ السَّفَرِ، وَلَكِنْ بِأَرْبَعِ شَرَايِطَ، أَنْ يَفْرَعَ أَوَّلًا، وَأَنْ لَا يَغْرِمَ عَلَى الثَّقَلَةِ، وَأَنْ يَكُونَ السَّفَرُ طَوِيلًا مُرْخَصًا لِيَكُونَ فَوْزُهَا فِي مُقَابَلَةِ تَعْبِهَا، وَأَنْ لَا يَغْرِمَ عَلَى الْإِقَامَةِ فِي مَقْصِدِهِ، فَإِنْ خَرَجَ لِلثَّقَلَةِ أَوْ لِلتَّفَرُّجِ أَوْ عَرَضَ فِي سَفَرٍ قَصِيرٍ قَضَى لِلْبَاقِيَاتِ، وَإِنْ عَزَمَ عَلَى الْإِقَامَةِ فِي مَقْصِدِهِ قَضَى أَيَّامَ الْإِقَامَةِ، وَهَلْ يَقْضِي أَيَّامَ الرُّجُوعِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَا يَلْزِمُهُ الْقَضَاءُ بِإِقَامَةِ يَوْمٍ وَاحِدٍ، وَإِنْ كَانَ يَمْتَنِعُ بِهِ التَّرْخُصُ، وَإِنْ أَقَامَ أَيَّامًا فِي أَنْتِظَارِ إِنْجَازِ حَاجَتِهِ أَبْتَنَى الْقَضَاءُ عَلَى الْخِلَافِ فِي تَرْخُصِهِ، وَلَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَغْرِمَ عَلَى الثَّقَلَةِ وَيُخَلِّفَ نِسَاءَهُ.

قال الرافعي: بيّنّا في أول القسم أن مقصود هذا الفضل القول في مسافرة الزوج بزوجاته أو ببعضهن، وقد صحّ عن عائشة - رضي الله عنها - أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ

(٢) في ز: معناه.

(١) في أ؛ وإن

وَسَلَّمَ كَانَ إِذَا أَرَادَ سَفْرًا أَفْرَعَ بَيْنَ نِسَائِهِ فَأَيْتِهَن خَرَجَ سَهْمُهَا خَرَجَ بِهَا<sup>(١)</sup>، ولم ينقل أنه - ﷺ - كان إذا عادَ يَقْضِي، ولو كان يَقْضِي لِأَشْبَهه أن ينقل مع ذكر سفره لمن خرج سَهْمُهَا، وَحَكَى بعضهم، وفيهم أبو الفرج الزاز أنه روي عن عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - «ما كان يَقْضِي» ولفظ الكتاب يوافق ما ذكره هؤلاء، وجعل سقوط القضاء من رُخْصِ السَّفَرِ بخلاف ما إذا خَصَّصَ واحدة في الحَضْر؛ لِأَنَّ المُسَافِرَةَ وإن فازت بصحبة الزوج فقد تعبت في السَّفَرِ وَمَشَاقَهُ، وفي «الوسيط» أن أبا حَنِيفَةَ - [رحمه الله] - قال بوجوب القَضَاءِ، وإن أَفْرَعَ وكذا حكاية القَاضِي ابن كج، وفي «أمالي» أبي الفَرَجِ: أنه لا مدخل للقرعة عنده في ذلك بل يَسْتَضِحِبُ من شاء، ثم يقضي، ثم اعتبر صاحب الكِتَابِ لسقوط [وجوب]<sup>(٢)</sup> القضاء أربعة شُرُوطٍ:

أحدها: أن يَقْرَعَ، فلو استصحب بعضهن بلا قُرْعَةٍ، فعليه القضاء للمخلفات؛ لأنه ظَلَمَ بالتفضيل والتخصيص، وفي «الشامل»: أن أبا حنيفة ومالكاً قالوا: لا يَجِبُ القَضَاءُ، وهذا بخلاف ما سبق عن أبي حنيفة رحمه الله، ثم في المُدَّةِ الواجِبِ قَضَاؤُهَا وجهان:

أظهرهما: أنه يقضي ما بَيْنَ إنْشَاءِ السَّفَرِ إلى أن يَرْجِعَ إِلَيْهِنَّ.

والثاني: يستثنى مُدَّةَ الرُّجُوعِ؛ لِأَنَّهُ خَرُجَ عَنِ المَعْصِيَةِ، وفي وجه: لا يقضي من وقت العزم على الرُّجُوعِ وإن لم يَنْهَضْ بَعْدُ، وأشار الحناطي إلى خلاف في أن ما ذَكَرْنَا أَنَّهُ إِنَّمَا يَسْتَضِحِبُ بعضهن بالقرعة مخصوص بما إذا كان يقسم لهنَّ أو مُطَلَّقٌ، والظاهر الإِطْلَاقُ، وإذا خرجت القرعة لواحدة لم يَجْزُ أن يستصحب غيرها، ويجوز أن يُخَلِّفَهَا مع المتخلفات وللقرعة طريقان: إخراج الأسماء على السَّفَرِ، وإخراج السَّفَرِ على الأسماء، فإذا كانت تحته أربع نسوة وأراد أن يَقْرَعَ بينهن، فإن شاء أثبت أسماءهن في رِقَاعٍ وأدرجها في بنادق متساوية، وأخرج منها واحدة على السفر، وإن أراد استصحاب اثنتين معه، أخرج رُقْعَةً أُخْرَى وَجَوَّزُوا - والحالة هذه - أن يَقْتَصِرَ على رُقْعَتَيْنِ، ويثبت في كل واحدة اسم اثنتين، وإن شاء أثبت الحَضْرَ في ثلاث رِقَاعٍ، والسفر في واحدة، وأدرجها ثم يخرج رُقْعَةً على اسم واحدة فإن خرجت رُقْعَةً السفر استصحبها، وإن خرجت رُقْعَةً من رِقَاعِ الحَضْرِ أخرج رُقْعَةً أُخْرَى على اسم آخَرَ وهكذا حَتَّى يخرج رُقْعَةَ السفر، وإن كان يسافر باثنتين، أثبت السفر في رُقْعَتَيْنِ [وفي] الحَضْرَ رُقْعَتَيْنِ.

والثاني: ألا يَقْصِدَ بِسَفَرِهِ الثُّقْلَةَ فأما في سفر الثُّقْلَةَ، فَلَا يجوز أن يَسْتَضِحِبَ

(١) أخرجه البخاري بهذا، واتفق عليه بنحوه. قوله: روي عن عائشة قالت: ما كان رسول الله ﷺ يقضي إذا عاد، لا يعرف.

(٢) سقط في ز

بعضهن دون بعض لا بالقرعة ولا بغير القرعة، ولو فعل قضي للمخالفات، هذا هو الأظهر وبه قال أبو إسحاق، وحمل عليه قوله في المختصر: «ولو أَرَادَ الثَّقَلَةَ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَنْتَقِلَ بِوَاحِدَةٍ إِلَّا وَقَى لِلْبَوَاقِي مِثْلَ مَقَامِهِ مَعَهَا وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ إِذَا نَقَلَهَا بِالْقُرْعَةِ لَمْ يَقْضِ مُدَّةَ السَّفَرِ كَمَا فِي سَفَرِ التَّجَارَةِ» وحمل النص على مدة مقامه معها في البلد المنتقل إليه، والفرق على الأظهر أن سفر الثقلة لا يختص ببعضهن، بل يحتاج إلى نقلهن جميعاً، فلا يخصص واحدة بالاستصحاب كما في الحضر، ولو نقل بعضهن بنفسه، وبعضهن بوكيله بلا قرعة قضي لمن بعثها مع وكيله ويجوز أن يفعل ذلك بالقرعة قاله في «التهذيب» وإذا أخذ في الرجوع إليهن بعد تخصيص واحدة بالنقل، ففي قضاء مدة الرجوع الوجهان، ولا يجوز أن يسافر سفر ثقلة، ويخلف نساءه بل ينقلهن بنفسه أو بوكيله أو يطلقهن؛ لما في التخليف من الإضرار، هكذا أطلقه في الكتاب قال في «الوسيط»: «وإنما لا يكلف في الحضر البيوتة والتخصيص؛ اكتفاء بداعية الطبع، وفيما علق عن الإمام أن ذلك أدب وليس بأمر لازم».

والثالث: أن يكون السفر طويلاً أما السفر القصير لعرض التفرج وغيره فهل يجوز أن يستحب فيه بعضهن بالقرعة فيه وجهان:

أحدهما: لا، ولو فعل لزمه القضاء؛ لأنه في حكم الإقامة، وليس للمقيم، أن يخص بعضهن بالصخرة؛ لأن المشقة فيه لا تعظم.

والثاني: أنه كالسفر الطويل؛ لأنه أعم وقوعاً، واستصحابهن فيه أغلب، والأول هو المذكور في الكتاب، والثاني، أصح عند صاحب «التهذيب» والتتمة وغيرهما، والرابع، أن لا يعزم على الإقامة، ولا يقيم فلا يقضي للمخلفات المدة التي سافر فيها أما إذا صار مقيماً فأعلم أننا ذكرنا في «باب صلاة المسافرين» أن السفر ينتهي<sup>(١)</sup> بأمور:

أحدها: العود إلى الوطن، وفي معناه البلوغ إلى المقصد الذي لم يعزم على الإقامة فيه أربعة أيام فصاعداً. ولا ينتهي بلوغ المقصد الذي لم يعزم على الإقامة فيه هذه المدة على الأصح.

والثاني: أن يعزم على الإقامة في بلدة أو قرية إليها في طريقه أربعة أيام أو أكثر.

والثالث: أن يقيم مدة أربعة أيام لشغل ينظر أهو مما يتوقع تنجزه لحظةً فلحظةً، وهو على أن يرتحل متى تنجز أو مما يعلم أنه [لا]<sup>(٢)</sup> ينجز في أربعة أيام، وفي الحاليين اختلاف طويلٌ مذكورٌ في «صلاة المسافرين».

(٢) سقط في ز.

(١) في ز: انتهى.

إذا تذكرت ذلك فإذا انتهى إلى مقصده الَّذِي كان عَزَمَ على الإقامة به أربعة أَيَّامٍ أو أَكْثَرَ، أو عزم عليها عندما انتهى إِلَيْهِ، فيقضي مُدَّةَ إِقامَتِهِ، وفي مدة الرجوع وَجْهَان: أشبههما [أنه] لا يقضي؛ لأنه خرج بالقرعة والخروج يعقبه الرجوع فكما لا يقضي مدة الذهاب لا يقضي مدة الرجوع.

والثَّانِي: أنه يجب القضاء؛ لأن السَّفَر قد انقَطَعَ بالإقامة، وهذا كسفر بغير قُرْعة، وصور الشيخ الزاز فيما إذا قد سافر للتجارة ثم عزم على إقامَةِ الثَّقَلَة وحكى فيه الوجهين هذا في عزم الإقامة، وأما نفس الإقامة<sup>(١)</sup> فعن كلام الإمام: أنه لا يلزمه القَضَاءُ بِإِقامَةِ يَوْمٍ واحدٍ؛ لأن القضاء إنما يَجِبُ إذا فازت المستصحبَةُ بِصُحْبَتِهِ من غير أن تَتَحَمَّلَ مَشَقَّةَ السَّفَر، وباليوم الواحد لا ترتفع المشقة، ولا تحصل الدَّعة والرفاهية، وهذا قولُه في الكتاب: «وَلَا يَلْزَمُهُ الْقَضَاءُ بِإِقامَةِ يَوْمٍ واحدٍ وإن كان يمتنع به الترخص» وامتناع الترخص بإقامة اليوم الواحد يُمكنُ فرضه فيما إذا انتهى إلى مقصده الذي كان قد عزم على الإقامة فيه أربعة أَيَّامٍ أو أَكْثَرَ، وفيما إذا أقام لِشُغْلٍ ليرتحل مهما تنجز فينجز وأقام بعد ذلك يوماً ثم في الصُّورَتَيْنِ إقامَةٌ ما دون اليوم كإقامة اليوم، فيكون ذلك اليومَ عَلَى سَبِيلِ التَّمْثِيلِ، فهذا ما يشتمل عليه الكتاب، وكلام الإمام فيه ما يُفْهَمُ وجوب القَضَاءِ، ولو زادت إقامته على يومٍ واحدٍ لكن الدعة والرفاهية لا تكاد تُحْصَلُ باليوم الواحد، ولذلك احتملنا ثلاثة أَيَّامٍ عَلَى الوَجْهِ المذكور في «صَلَاةَ المُسَافِرِينَ» والأقرب ما أورده صاحب «التَّهْذِيبِ» فقال: «ولو حمل بعضهم بالقرعة وزاد مقامه [في بلد] على مقام المسافرين يجبُ عَلَيْهِ أن يقضي ما زاد على مقام المسافرين» هذا لفظه، وفيه تسوية بين ما نُحْنُ فيه وبين الترخص بالقصر، والله أعلم. وإن أقام لِشُغْلٍ يتوقع تنجزه بالخلاف في القضاء، كالخلاف في الترخص.

قال في «التَّيْمَة»: إن قلنا: يترخص فلا يقضي؛ لأننا لم نحكم بإقامته، وإن قلنا: لا يترخص، فيقضي ما زاد على مدة المسافرين، وهذا يؤيد التَّسْوِيَةَ بَيْنَ الأصلين، والقياسُ في مدة الرجوع في هذه الحالة أن يقال: إن لم نوجب القضاء لمُدَّةِ هذه الإقامة، فلا يقضي مدة الرجوع وإن أوجبنا القضاء، ففي قضاء مدة الرجوع وَجْهَانِ السابقين؛ لانقطاع السفر الأول.

والأظهر من الخلاف في الترخص - أنه إن كان يتوقع تنجز الشغل لحظةً فلحظةً أن يترخص إلى ثمانية عشر يوماً، وإن كان يعلم أنه لا ينجز في أربعة أيام ألا يسترخص أصلاً، وقد ذكرنا ذلك في موضعه، وقولُه في الكتاب فَصَّارَ سقوط القَضَاءِ عَلَى خِلافِ

(١) يعني إن لم ينو الإقامة وأقام. كما في الروضة.

الْقِيَّاسِ مِنْ رُخْصِ السَّفَرِ، أَي عَلَى خِلافِ قِيَّاسِ الْحَضَرِ؛ فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ تَخْصِيصَ بَعْضِهِنَّ بِالْقُرْعَةِ، وَلَيْسَ ذَلِكَ عَلَى خِلافِ الْقِيَّاسِ مُطْلَقاً، لِأَنَّ الْمَصَاحِبَةَ فِي السَّفَرِ مَصَاحِبَةٌ فِي حَالِ تَعَبٍ وَمَشَقَّةٍ، وَلَا يَكَادُ يَكْمَلُ فِيهِ الْأَنْسُ وَالسَّكَنُ، فَلَوْ قَضِيَ بَعْدَ الرَّجُوعِ وَقَعَ الْقَضَاءُ فِي حَالِ الدَّعَةِ وَالرَّفَاهِيَةِ، وَذَلِكَ بَعِيدٌ عَنِ الْعَدْلِ وَالتَّسْوِيَةِ، وَيُمْكِنُ أَنْ يُعْلَمَ قَوْلُهُ: «سُقُوطُ الْقَضَاءِ».

وقوله: «أَنْ يَفْرَعَ أَوَّلًا» بِالْحَاءِ لِمَا حَكَيْتَاهُ مِنَ الرُّوَايَاتِ الْمَضْطَرِبَةِ، وَيُعْلَمُ قَوْلُهُ: «أَنْ يَفْرَعَ» بِالْمِيمِ أَيْضاً، وَقَوْلُهُ «وَأَنْ لَا يَعْزَمَ عَلَى الثَّقَلَةِ» مَعْلَمٌ بِالْوَاوِ؛ لِلْوَجْهِ الَّذِي ذَكَرْنَا فِي سَفَرِ الثَّقَلَةِ، وَكَذَا قَوْلُهُ: «وَأَنْ يَكُونَ السَّفَرُ طَوِيلًا مُرْخَصًا لِلْوَجْهِ الذَّاهِبِ إِلَى أَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ الطَّوِيلِ وَالْقَصِيرِ، وَقَوْلُهُ: «مُرْخَصًا» يَقْتَضِي وَجُوبَ الْقَضَاءِ فِي سَفَرِ الْمَعْصِيَةِ.

وقوله: «لِيَكُونَ فَوْزَهَا فِي مَقَابِلَةِ تَعَبِهَا» يَعْنِي التَّعَبَ اللَّاحِقَ فِي السَّفَرِ الطَّوِيلِ وَيُشِيرُ بِهِ إِلَى أَنَّ الْقَصِيرَ لَا تَعْظُمُ فِيهِ الْمَشَقَّةُ.

وقوله: «وَلَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَعْزَمَ عَلَى الثَّقَلَةِ» أَي يَسَافِرُ عَلَى عِزْمِ الثَّقَلَةِ، وَالْمُرَادُ مِنْ تَخْلِيفِ<sup>(١)</sup> النَّسَاءِ أَلَّا يَنْقَلِبْنَ بِنَفْسِهِ وَلَا بِوَكِيلٍ وَيَكُونُ إِعْلَامُهُ بِالْوَاوِ لِمَا تَقَدَّمَ.

فُرُوعٌ: لَوْ اسْتَصْحَبَ وَاحِدَةً بِالْقُرْعَةِ ثُمَّ عَزَمَ عَلَى الْإِقَامَةِ فِي بَلَدٍ، وَكُتِبَ إِلَى الْبَاقِيَّاتِ يَسْتَحْضِرُهُنَّ فِي وَجُوبِ الْقَضَاءِ مِنْ وَقْتِ مَا كُتِبَ إِلَيْهِنَّ وَجِهَانِ حِكَايَاهُمَا صَاحِبِ «التَّهْذِيبِ»<sup>(٢)</sup> وَفِي «فَتَاوِيهِ»: أَنَّهُ لَوْ نَوَى الْمَقَامَ فِي بَلَدٍ قِيلَ أَنْ يَصِلَ إِلَى مَقْصُودِهِ يَقْضِي مَدَّةَ مَقَامِهِ فِي ذَلِكَ الْبَلَدِ، وَهَلْ يَقْضِي مُدَّةَ ذَهَابِهِ إِلَى الْمَقْصِدِ بَعْدَ ذَلِكَ يَحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ عَلَى وَجْهَيْنِ كَمَا فِي مُدَّةِ الرَّجُوعِ وَيَحْتَمَلُ أَنْ يُقَالَ: يَقْضِي قِطْعاً<sup>(٣)</sup> وَأَنَّهُ إِذَا اسْتَصْحَبَ وَاحِدَةً بِلَا قُرْعَةٍ قَضَى لِلْبَاقِيَّاتِ جَمِيعَ الْمَدَّةِ وَإِنْ كَانَ لَا يَبِيتُ مَعَهَا إِلَّا إِذَا تَرَكَهَا فِي بَلَدٍ وَفَارَقَهَا وَيَحْتَمَلُ أَنْ يُقَالَ لَا يَقْضِي إِلَّا مَا بَاتَ عِنْدَهَا، وَيَحْتَمَلُ أَنْ يُقَالَ: يَقْضِي وَإِنْ خَلَفَهَا فِي بَلَدٍ<sup>(٤)</sup>، وَفِيمَا عُلِّقَ عَنِ الْإِمَامِ ذَكَرَ وَجْهَيْنِ فِيمَا إِذَا اسْتَصْحَبَ وَاحِدَةً بِالْقُرْعَةِ<sup>(٥)</sup> فِي سَفَرِ الثَّقَلَةِ وَأَوْجَبْنَا الْقَضَاءَ هَلْ يَخْرُجُ عَنِ الظُّلْمِ بِتَغْيِيرِ عِزْمِ الثَّقَلَةِ أَوْ يَسْتَمِرُّ حُكْمُهُ إِلَى أَنْ يَرْجِعَ إِلَى الْمُخَلَّفَاتِ<sup>(٦)</sup>؟!.

(١) فِي ز: يَخْلَفُ.

(٢) قَالَ الشَّيْخُ الْبَلْقِينِيُّ: لَمْ يَرْجِحْ شَيْئاً، وَالْأَصْحَحُ بِلِ الصَّوَابِ وَجُوبَ الْقَضَاءِ.

(٣) قَالَ الشَّيْخُ الْبَلْقِينِيُّ: وَيَحْتَمَلُ أَنْ يُقَالَ لَا يَقْضِي قِطْعاً نِظْرًا إِلَى حُكْمِ الْقِصْدِ الْأَوَّلِ.

(٤) قَالَ الشَّيْخُ الْبَلْقِينِيُّ: الْإِحْتِمَالُ الثَّانِي هُوَ الْأَصْحَحُ.

(٥) فِي ز: الْقُرْعَةُ.

(٦) قَالَ الشَّيْخُ الْبَلْقِينِيُّ: الْأَرْجَحُ اسْتِمْرَارُ حُكْمِ وَجُوبِ الْقَضَاءِ إِلَى أَنْ يَرْجِعَ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَفْرَعْ فِي سَفَرٍ غَيْرِ الثَّقَلَةِ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ عَزَمَ عَلَى الْإِقَامَةِ أَيَّاماً ثُمَّ أَنْشَأَ سَفَرًا آخَرَ لَمْ يَكُنْ عَزَمَ عَلَيْهِ أَوْلًا لَزِمَهُ قَضَاءُ تِلْكَ الْأَيَّامِ، وَإِنْ كَانَ قَدْ عَزَمَ عَلَيْهِ فِيهِهِ وَجْهَانِ مُرْتَبَانِ عَلَى أَيَّامِ الرَّجُوعِ، وَأَوْلَى بِوُجُوبِ الْقَضَاءِ، وَلَوْ سَافَرَ بِاثْنَتَيْنِ عَدَلَ بَيْنَهُمَا بِالسَّفَرِ، وَإِنْ ظَلَمَ إِحْدَاهُمَا قَضَى لَهَا إِمَّا فِي السَّفَرِ أَوْ فِي الْحَضَرِ، وَلَهُ أَنْ يُخَلِّفَ إِحْدَاهُمَا فِي بَعْضِ الْمَنَازِلِ بِالْقَرْعَةِ، وَلَوْ نَكَحَ فِي الطَّرِيقِ جَدِيدَةً خَصَّهَا بِثَلَاثِ لَيَالٍ أَوْ سَبْعٍ ثُمَّ عَدَلَ بَعْدَهُ بَيْنَهُنَّ، وَلَوْ خَرَجَ وَحْدَهُ وَنَكَحَ فِي الطَّرِيقِ جَدِيدَةً لَمْ يَلْزَمْهُ الْقَضَاءُ لِلْمُخْلَفَاتِ، وَلَوْ كَانَ تَحْتَهُ زَوْجَتَانِ فَتَنَكَحَ جَدِيدَتَيْنِ وَسَافَرَ بِإِحْدَاهُمَا بِالْقَرْعَةِ أَنْدَرَجَ حَقَّ الْجَدِيدَةِ فِي أَيَّامِ السَّفَرِ، فَإِنْ عَادَ قَضَى حَقَّ الْجَدِيدَةِ الْمُقِيمَةِ بِسَبْعٍ أَوْ ثَلَاثٍ، وَقِيلَ: بَطُلَ أَيْضاً حَقُّهَا لِانْقِضَاءِ الْوَقْتِ مِنْ أَوَّلِ الزَّفَافِ.

قال الزَّافِي: فيه صورتان:

إِحْدَاهُمَا: لو سافر باثنتين بالقَرْعَةِ، عَدَلَ بينهما، فَإِنْ ظَلَمَ إِحْدَاهُمَا، قَضَى لَهَا فِي السَّفَرِ، وَإِنْ لَمْ يَتَفَقَّ، قَضَى فِي الْحَضَرِ مِنْ نَوْبَةِ الَّتِي ظَلَمَهَا بِهَا، وَلَوْ اسْتَضَحَبَ وَاحِدَةً بِالْقَرْعَةِ، وَوَاحِدَةً بِلَا قَرْعَةٍ، فَيَعْدِلُ بينهما أيضاً، ثُمَّ إِذَا رَجَعَ، قَضَى لِمَنْ خَلَّفَهَا مِنْ نَوْبَةِ الَّتِي اسْتَضَحَبَهَا بِلا قَرْعَةٍ، وَلَا تَخْصُ مُدَّةَ السَّفَرِ لِمَنْ اسْتَضَحَبَهَا بِالْقَرْعَةِ وَإِنَّمَا يَكُونُ كَذَلِكَ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَعَهَا غَيْرُهَا وَلَوْ كَانَتْ إِحْدَى الْمُسْتَضَحَبَتَيْنِ جَدِيدَةً لَمْ يَقْضِ حَقَّ زَفَافِهَا فَيَقْضِيهِ ثُمَّ يَسُوِي بَيْنَهُمَا، وَلَوْ أَرَادَ تَخْلِيفَ وَاحِدَةٍ فِي بَعْضِ الْبِلَادِ، فَلَهُ ذَلِكَ، وَلَكِنْ بِالْقَرْعَةِ، وَلَوْ نَكَحَ فِي الطَّرِيقِ جَدِيدَةً فَيَقْضِي حَقَّ زَفَافِهَا ثُمَّ يُسُوِي بَيْنَهُمَا وَيَبِينُ الْمُسْتَضَحَبَاتِ، وَلَا يَلْزَمُ الْقَضَاءُ لِلْمُخْلَفَاتِ وَلَوْ خَرَجَ وَحْدَهُ وَنَكَحَ فِي الطَّرِيقِ جَدِيدَةً فَكَذَلِكَ لَا يَلْزَمُ الْقَضَاءُ لِلْمُخْلَفَاتِ، وَهَذَا فِي مَدَّةِ السَّفَرِ فَأَمَّا إِذَا نَوَى الْإِقَامَةَ فِي مَوْضِعٍ أَوْ أَقَامَ أَيَّاماً، فَيَقْضِي فِي الصُّورَتَيْنِ مَا وَرَاءَ حَقِّ الزَّفَافِ، وَفِي مَدَّةِ الرَّجُوعِ الْوَجْهَانِ

الثَّانِيَةُ: تَحْتَهُ زَوْجَتَانِ فَتَنَكَحَ جَدِيدَتَيْنِ وَسَافَرَ بِإِحْدَاهُمَا بِالْقَرْعَةِ: فَيَنْدَرِجُ حَقَّ زَفَافِهَا فِي أَيَّامِ السَّفَرِ؛ لِأَنَّ الْمَقْضُودَ مِنْ زِيَادَةِ الْمَقَامِ مَعَ الْجَدِيدَةِ زَوَالَ الْحِشْمَةِ وَحَصُولِ الْإِبْسَاطِ، وَقَدْ حَصَلَ ذَلِكَ فِي السَّفَرِ، وَإِذَا عَادَ، فَهَلْ يُوْفِي حَقَّ الْأُخْرَى بِثَلَاثٍ أَوْ سَبْعٍ فِيهِ وَجْهَانِ:

أَظْهَرُهُمَا: - وَيَحْكِي عَنْ أَبِي إِسْحَاقَ وَابْنِ أَبِي هُرَيْرَةَ: - نَعَمْ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ ثَبِتَ قَبْلَ الْمَسَافَرَةِ، فَلَا يَسْقُطُ بِالسَّفَرِ، كَمَا لَوْ قَسَمَ لِبَعْضِ نِسَائِهِ دُونَ بَعْضٍ، وَسَافَرَ، فَإِنَّهُ بَعْدَ الرَّجُوعِ يَقْضِي لِمَنْ لَمْ يَقْسَمْ لَهَا.

وَالثَّانِي: وَيَحْكِي عَنْ ابْنِ سُرَيْجٍ - لَا، كَمَا لَوْ سَافَرَ بِإِحْدَى الْقَدِيمَتَيْنِ لَا يَقْضِي لِلْأُخْرَى، وَلِأَنَّ حَقَّ الْجَدِيدَةِ، يَتَعَلَّقُ بِأَوَّلِ الزَّفَافِ، وَقَدْ مَضَى، وَلَوْ نَكَحَ اثْنَتَيْنِ وَزَفَّئَا إِلَيْهِ مَعاً فَسَافَرَ بِإِحْدَاهُمَا بِالْقَرْعَةِ، فَالْحُكْمُ كَذَلِكَ فَلَوْ كَانَتَا بِكُرْتَيْنِ فَرَجَعَ بَعْدَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ

قال القاضي ابن كج: على الوجه الأول يتم لها السُّنْع ثم يوفي<sup>(١)</sup> الأخرى سَبْعاً وعلى المُشْتُوب إلى ابن سريج، يتم لها السُّنْع، ويبيت عند الأخرى أربعاً، ويبطل ما جَرَى في السفر، ولو نَكَحَ جديدةً على قديمةٍ وسافرَ قبل أن يُوفَى حَقَّ الزفافِ بواحدةٍ منهما بالقرعةِ فإن سافرَ بالقديمةِ، وَفَى عند الرجوعِ حَقَّ الجديدةِ، نَصَّ عليه ويحيء فيه الوجه الآخرُ، وإن سافرَ بالجديدةِ، اندرَجَ حَقَّ الزفافِ في أيام السفرِ، ويفارق اندراج حَقَّ الزفافِ في هذه الصورة ما إذا ظَلَمَ واحدةً، ثم سافرَ بالمظلومةِ بالقرعةِ، لا يندرج حَقَّ القضاء في أيام السفرِ؛ لأنَّ القضاء إنما يجِبُ في نوبة الضرائرِ وأيام السفرِ [حَقَّ]<sup>(٢)</sup> لها خاصَّةً، فلا يحسب عن القضاء وحق الزفافِ يثبت للجديدة؛ لا في حق الضرائرِ فيحسب من أيام السفرِ حتَّى لو سافرَ بالمظلومةِ بلا قرعةٍ يندرج أيام القضاء في أيام السفرِ؛ لأن أيام السفرِ - والحالُ هذِهِ - غيرُ مستحقَّةٍ لها، وقد عرَفَتْ بما أوردناه أن قوله في الكتاب: «قَضَى لَهَا إِمَّا فِي السَّفَرِ أَوْ فِي الْحَضَرِ» ليس تخيراً بل يقضي في السَّفَرِ مبادرةً إلى قَضَاءِ مَا عَلَيْهِ وَلأنَّهُ أَقْرَبُ إِلَى الْعَدْلِ لِلتَّفَاوُتِ بَيْنِ الصُّحْبَةِ فِي السَّفَرِ وَالصُّحْبَةِ فِي الْحَضَرِ، فَإِنْ لَمْ يَتَّفَقْ فَيَقْضَى فِي الْحَضَرِ، وَأَنَّ قَوْلَهُ: «لَمْ يَلْزَمَهُ الْقَضَاءُ لِلْمُخْلَفَاتِ» أَي فِي مَدَةِ السَّفَرِ أَمَا إِذَا أَقَامَ فَيَقْضَى.

وقوله: «بطل أيضاً حقها» أراد به لا يُوفَى لَهَا حَقُّ الزفافِ، كما لا يوفي للتي سافرَ بها، [وإلا فحقها] صار مَوْفَى لا باطلاً، حتى يقول: يبطل [حق هذه] أيضاً ونختم الكلام في القَسَمِ بصورِ حَكِي أَبُو عَبْدِ اللَّهِ الْحَنَاطِي وَجَهَيْنِ فِيمَا إِذَا كَانَتْ تَحْتَهُ زَوْجَتَانِ، وَلَهُ إِمَاءٌ هَلْ لَهُ أَنْ يَسَافِرَ بِوَاحِدَةٍ مِنَ الْإِمَاءِ مِنْ غَيْرِ قُرْعَةٍ؟ وَنَسَبَ الْمَنْعَ إِلَى ابْنِ أَبِي هُرَيْرَةَ، وَالْجَوَازَ إِلَى أَبِي إِسْحَاقَ وَهُوَ قِيَاسُ أَصْلِ الْقَسَمِ<sup>(٣)</sup>.

وفي «فتاوى الشيخ الفراء»: أَنْ حَقَّ الزُّفَافِ إِنَّمَا يَثْبُتُ لِلَّتِي نَكَحَهَا إِذَا كَانَتْ فِي نِكَاحِهِ أُخْرَى يَبِيتُ عِنْدَهَا، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي نِكَاحِهِ أُخْرَى أَوْ كَانَتْ وَكَانَ لَا يَبِيتُ عِنْدَهَا، فَلَا يَثْبُتُ حَقُّ الزُّفَافِ كَمَا لَا يَجِبُ عَلَى الرَّجُلِ أَنْ يَبِيتَ عِنْدَ زَوْجَتِهِ أَوْ زَوْجَاتِهِ، وَأَنَّهُ لَوْ نَكَحَ امْرَأَتَيْنِ وَلَيْسَتْ عِنْدَهُ امْرَأَةٌ أُخْرَى، فَفِي ثُبُوتِ حَقِّ الزُّفَافِ وَجَهَانٍ:  
أظهرهما: وهو الذي أوردناه مِنْ قَبْلِ أَنَّهُ يَثْبُتُ لَهَا حَقُّ الزُّفَافِ.

والثاني: أَنَّهُمَا إِنْ كَانَتَا بِكُرَيْنِ أَوْ ثَبِتَيْنِ لَمْ يَكُنْ لَهَا حَقُّ الزُّفَافِ، فَإِنْ أَرَادَ أَنْ يَبِيتَ عِنْدَهَا فَعَلَيْهِ التَّسْوِيَةُ وَإِنْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا بِكْرًا وَالْأُخْرَى ثَبِيًّا فَيُخَصُّ الْبِكْرَ بِأَرْبَعِ لَيَالٍ، ثُمَّ يَسْوِي.

(٢) سقط في ز.

(١) في ز: للأخرى

(٣) قال النووي: الجواز هو الصحيح



وأنه لو سافر بإحدى زَوْجَاتِهِ بِالْقَرْعَةِ ثُمَّ نَكَحَ فِي السَّفَرِ جَدِيدَةً، وَمَنْعَهَا حَقَّ الرُّفَافِ ظُلْمًا وَبَاتَ عِنْدَ الْقَدِيمَةِ سَبْعًا، وَعَادَ إِلَى الْبَلَدِ قَبْلَ أَنْ يَقْضِيَ لِلْجَدِيدَةِ حَقَّ الرُّفَافِ [فِيُوفِيهَا حَقَّ الرُّفَافِ] <sup>(١)</sup> ثُمَّ يَدُورُ عَلَى الْمُخَلَّفَاتِ وَالْجَدِيدَةِ فَيَقْضِي لَهَا مِنْ يَوْمِ الْقَدِيمَةِ الَّتِي كَانَتْ مَعَهُ فِي السَّفَرِ، وَذَلِكَ بِأَنْ يَبِيتَ عِنْدَ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنَ الْمُخَلَّفَاتِ لَيْلَةً وَعِنْدَ الْجَدِيدَةِ لَيْلَتَيْنِ إِحْدَاهُمَا لَهَا وَالْأُخْرَى نَوْبَةَ الَّتِي ظَلَمَهَا بِسَبَبِهَا، هَكَذَا يَفْعَلُ إِلَى أَنْ يَتِمَّ لَهَا السَّبْعُ، وَكَذَا لَوْ كَانَتْ تَحْتَهُ ثَلَاثٌ وَنَكَحَ جَدِيدَةً وَلَمْ يُوفِّهَا حَقَّ الرُّفَافِ، بَلْ بَاتَ عِنْدَ وَاحِدَةٍ مِنَ الثَّلَاثِ عَشْرًا ظُلْمًا، فَعَلِيهِ أَنْ يُوْفِيَ حَقَّ الْجَدِيدَةِ، ثُمَّ يَدُورُ عَلَيْهَا وَعَلَى الْمَظْلُومَتَيْنِ، حَتَّى يَتِمَّ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ عَشْرًا وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: (الْفَضْلُ السَّادِسُ فِي الشَّقَاقِ): وَلَهُ ثَلَاثَةُ أَحْوَالٍ: (الْأُولَى): أَنْ يَكُونَ النُّشُورُ مِنْهَا فَلَمَّا الْوَعظُ أَوْ مَهَاجِرَةُ الْمَضْجَعِ أَوْ الضَّرْبُ فَإِنْ عَلِمَ أَنَّ الْوَعظَ لَا يَنْبَجِعُ كَانَ لَهُ الْبِدَايَةُ بِالضَّرْبِ، فَإِنْ أَقْضَى الضَّرْبُ إِلَى تَلْفِ فَعَلِيهِ الْغَرْمُ بِخِلَافِ الْوَلِيِّ فَإِنَّهُ يُؤَدِّبُ الطِّفْلَ لَا لِحَظِّ نَفْسِهِ، وَإِنَّمَا تَصِيرُ نَاشِرَةً بِالْمَنْعِ مِنَ الْمَسَاكِنَةِ وَالِاسْتِمْتَاعِ بِحَيْثُ يَخْتِاجُ إِلَى تَعَبٍ فِي رَدِّهَا إِلَى الطَّاعَةِ، وَحُكْمُ النُّشُورِ سُقُوطُ النُّفَقَةِ، فَلَوْ مَنَعَتْ غَيْرَ الْجِمَاعِ مِنَ الْاسْتِمْتَاعِ أَحْتَمَلَ أَنْ يَسْقُطَ مِنَ النُّفَقَةِ بَعْضُهَا كَمَا ذَكَرْنَا فِي الْأَمَةِ إِذَا سَلِمَتْ إِلَى الزَّوْجِ لَيْلًا وَمَنَعَتْ نَهَارًا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: وَالشَّقَاقُ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ قَدْ يَعْرِفُ وَيُظْهِرُ سَبَبَهُ، وَذَلِكَ إِمَّا بِأَنْ تَنْشُرَ الْمَرْأَةُ وَتَتَعَدَّى، أَوْ بِأَنْ يَتَعَدَّى الرَّجُلُ، وَقَدْ لَا يَظْهِرُ وَيَشْكَلُ الْحَالُ فِي أَنْ التَّعَدِّي مِنْ أَيُّهُمَا أَوْ هُوَ مِنْهُمَا فَهَذِهِ أَحْوَالُ ثَلَاثَةٌ:

الحال الأولى: أن تتعدى المرأة والقرآن. بعرض لثلاثة أمور في نشوز المرأة وتعدّيها الوعظ والهجران، والضرب قال الله تعالى: ﴿وَاللَّهِ تَخَافُونَ نُشُورَهُمْ فَعِظُوهُمْ وَأَهْجُرُوهُمْ فِي الْمَضْجَعِ وَأَضْرِبُوهُمْ﴾ [النساء: ٢٨] والمراد من الوعظ أن يخوفها بالله تعالى ويقول لها: اتقي الله في الحق الواجب عليك، واحذري العُقُوبَةَ وَبَيِّنْ لَهَا أَنَّ النُّشُورَ يُسْقِطُ النُّفَقَةَ وَحَقَّ الْقَسَمِ، فَقَدْ تَنَادَبَ بِذَلِكَ، وَالْهَجْرَانُ الْمَعْتَبَرُ هُوَ الْهَجْرَانُ فِي الْمَضْجَعِ، وَلَهُ أَثَرٌ ظَاهِرٌ فِي تَأْدِبِ النِّسَاءِ، وَأَمَّا الْهَجْرَانُ بِالْكَلامِ فَفِي «الْحَلِيَّةِ» لِلْقَاضِي الرَّوْيَانِيِّ أَنْ فِي ضَمَنِ هَجْرَانِهَا فِي الْمَضْجَعِ الْامْتِنَاعُ عَنِ الْكَلَامِ <sup>(٢)</sup>؛ وَهَذَا إِنْ أَرَادَ بِهِ الْامْتِنَاعُ مِنَ الْكَلَامِ فِي تِلْكَ الْحَالَةِ، فَهُوَ قَرِيبٌ، وَإِنْ أَرَادَ الْامْتِنَاعَ الْمَطْلُوقَ، فَهُوَ غَرِيبٌ وَالْمَشْهُورُ الْمَنْعُ مِنَ الْهَجْرَانِ بِالْكَلامِ، وَفِيمَا عُلِقَ عَنِ الْإِمَامِ حِكَايَةُ وَجْهَيْنِ فِي أَنَّهُ مُحْرَمٌ أَوْ مَكْرُوهٌ قَالَ: وَالَّذِي عِنْدِي أَنَّهُ لَا يَحْرَمُ الْامْتِنَاعُ مِنَ الْكَلَامِ ابْتِدَاءً، نَعَمْ، إِذَا كَلَّمَ فَعَلِيهِ أَنْ يُجِيبَ، وَهُوَ بِمِثَابَةِ ابْتِدَاءِ السَّلَامِ، وَالْجَوَابُ عَنْهُ، وَلَمَنْ ذَهَبَ إِلَى التَّحْرِيمِ أَنْ يَقُولَ:

(٢) في ز: فإن.

(١) سقط في ز.

الامتناع من الكلام، لا يحرم، إذا لم يكن على قصد الهجران؛ لكنه إذا قصد الهجران يجوز أن يثبت التحريم؛ ألا ترى أن الشيء الذي يمتنع على قصد الحداد قد يحرم وإن كان لا يحرم لو امتنع لا على هذا القصد، وقد حكي عن النص أنه لو هجرها بالكلام لم يزد على ثلاثة أيام، فإن فعل أيم<sup>(١)</sup>، وهذا ترخيص في هجران الكلام بالقدر المذكور، وتأثير فيما زاد عليه، وأما الضرب فهو ضرب تأديب وتعزير، وقدره يتبين في بابه - إن شاء الله تعالى - وينبغي ألا يكون مبرحاً ولا مذمياً وألا يقع على الوجه، والمقاتل إذا أفضى إلى تلف، وجب الغرم؛ لأنه تبيين أنه إتلاف لا إصلاح.

وقوله في الكتاب: «بخلاف الولي فإنه يؤدب الطفل لا يحظ نفسه» ظاهر في أن الولي لا غرم عليه إذا تولد من ضربيه للصبي تلف، لكنه غير مساعد عليه، كما سيأتي في موضعه - إن شاء الله تعالى - نعم، ذكروا أن الزوج وإن جاز له الضرب فالأولى أن يعفو ويغرض عنه والولي لا يعرض عن ضرب التأديب عند الحاجة، فإن المصلحة تزجج إلى الصبي، وقد ورد في الخبر النهي عن ضرب الزوجات، وأشار الشافعي - رضي الله عنه - إلى احتمالين:

أحدهما: أنه منسوخ إما بالآية أو بما ورد من الإذن بضربهن.

والثاني: حمل النهي على الكراهية، أو على أن الأولى التحرز عنه ما أمكن، وقد يحمل المنع على الحالة التي لم يوجد السبب الممجوز للضرب<sup>(٢)</sup>، إذا عرف ذلك فلتعدي المرأة ثلاث مراتب:

إحداها: أن يوجد منها لأمارات النشوز قولاً أو فعلاً، فالقول مثل أن توجب بالكلام الخشين والقيح بغد ما عهد منها خلاف ذلك والفعل مثل أن يجد منها إعراضاً

(١) قال النووي: الصواب، الجزم بتحريم الهجران فيما زاد على ثلاثة أيام، وعدم التحريم في الثلاثة؛ للحديث الصحيح «لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاث». قال أصحابنا وغيرهم: هذا في الهجران لغير عذر شرعي، فإن كان عذر، بأن كان المهجور مذموم الحال لبدعة أو فسق أو نحوهما، أو كان فيه صلاح لدين الهاجر أو المهجور، فلا تحريم. وعلى هذا يحمل ما ثبت من هجر النبي ﷺ كعب بن مالك وصاحبيه، ونهيه ﷺ الصحابة عن كلامهم، وكذا ما جاء من هجران السلف بعضهم بعضاً. والله أعلم.

وقال الشيخ البلقيني: الصواب عدم الجزم بالتحريم فيما زاد على ثلاثة أيام في صورة الزوجة التي ظهر منها النشوز فإن النووي نقل من زيادته عن الأصحاب أن هذا في الهجران بغير عذر شرعي إلى آخره وهذا في صورة الزوجة موجود فإنه من الأعداء الشرعية المسوغة لذلك لإزالة الضرر. انتهى.

وما ذكره الشيخ داخل في كلام الروضة والتقرير الذي ذكره الشيخ يعلم من كلام صاحب الروضة.

(٢) قال النووي: هذا التأويل الأخير هو المختار، فإن النسخ لا يصار إليه إلا إذا تعذر الجمع وعلمنا التاريخ. والله أعلم.

وكراهةً وعُبُوساً بعد ما عهد التَّلَطُّفَ وطلاقةَ الوَجْهِ، ففي هذه المَرْبِئَةِ لا يَهْجُرُهَا، ولا يضْرِبُهَا بل يقتصر على الوَعْظِ فلعلها تُبْدي عُدْرًا أو تُتوب عمًا جرى من غير عُدْر.

والثَّانِيَةُ: أَنْ يَتَحَقَّقَ مِنْهَا النُّشُوزُ، ولكنَّه لا يَتَكَرَّرُ ولا يَظْهَرُ إِضْرَارُهَا عَلَيْهِ فله الوَعْظُ.. والمهاجرة في المَضْجَعِ وفي الضرب قَوْلَانِ:

أحدهما: وَيُخَكِّي عن نصه في «الأم» وبه قَالَ أَحْمَدُ [رحمه الله]: لا يجوز؛ لأن الجنابة لم تتأكَّد، وقد يكون ما جرى لعارض<sup>(١)</sup> قريب الزوال، لا يحتاج إلى التأديب بالإيلام والتشديد.

والثاني: أن له الضَّرْبَ لِحُصُولِ النشوز، كما لو أصرت عليه، وميل ابن الصباغ إلى الثاني وساعده الشيخ أبو إسحاق الشيرازي، ورجح الشيخ أبو حامد والمحاملي الأول فمن قَالَ بالأول جَعَلَ في الآية احتمالين، وقال: المعنى «وَاللَّامِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ» [النساء: ٣٤] فإن نشزن فاهجرهن في المضاجع، فإن أصررن، فاضربوهن، وَمَنْ قال بالثاني قال: الخَوْفُ بمعنى العِلْمِ كقوله تعالى: «فَمَنْ خَافَ مِنْ مَوْصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا» [البقرة: ١٨٢] وإذا عَلِمَ النُّشُوزَ حَلَّ له الوَعْظُ والمهاجرة والضَّرْبُ جميعاً، فَأَوَّلَ الخَوْفَ، واستغنى عن الإضمار.

والثالثة: أن يحصل التَّكَرَّرُ والإضْرَارُ فَلَهُ مع الوَعْظِ والهجران الضَّرْبُ بلا خِلاَفٍ، هذه هي الطريقة المعتدة في المراتب الثلاث، وعليها الاعتماد، ونقل القاضي ابن كج أنه إن ظهر النشوز، فللزوج الوَعْظُ والهجران والضَّرْبُ يجمع بينهما، ويفرق على بحسب اجتهاده، كما يجتهد للحاكم في التعزيرات فإن خاف النشوز قَقُولَانِ:

أحدهما: أن الجواب كذلك لظاهر الآية.

والثاني: أنه لا يزيد على الوَعْظِ، ولم يتعرَّض للفرق بَيْنَ الإضْرَارِ وَعَدَمِهِ ونَقَلَ الحنَاطِي نَحْوًا مِنْهُ في حَالَةِ الخَوْفِ وفي حَالَةِ ظُهُورِ النُّشُوزِ ثَلَاثَةَ أقوال:

أحدها: أَنَّ له الجَمْعَ بَيْنَ الوَعْظِ والهَجْرِ والضَّرْبِ.

والثاني: يخيّر بينها ولا يجمع.

والثالث: أن الأمر على الترتيب، فيعظ أولاً، فإن لم تَعِظْ هَجَرَهَا، فإن لم تَنْزِجْ ضَرَبَهَا، وَحَكَّى صاحب الكتاب في «الوسيط» الخِلاَفَ في الجَمْعِ والترتيب، عند حُصُولِ النُّشُوزِ قال: والصحيحُ أَنَّهُ إن غَلَبَ على ظَنِّه أَنَّها تنزجر بالوعظ والمهاجرة لا يَجُوزُ [له ضرب]، وإن علم أَنَّها تنزجر فله الضرب أي ابتداءً وحاصله تفصيل في وجوب الترتيب.

(١) في ز: بعارض.

وقوله في الكتاب: «فَلَهُ الْوَعظُ أو مهاجرة المَضْجَع أو الضَّرْب» أراد به ذلك التفصيل الذي اختاره، وإن كان الظاهر لفظ التخخير، يوضحه قوله بعده: «فإن عَلِمَ أن الوعظ لا ينجع كان له البداية بالضَّرْب»، وقوله: «ينجح» لا أي لا يؤثر، ولا يفيد، يقال: نَجَعَ فيه الخِطَابُ، والوَعظُ ينجع، ويجوزُ أن يَعْلَمَ قوله: «أو الضرب» بالوَاوِ وكذا قوله: «كان له البداية بالضَّرْب» لأنه علق الضرب بمطلق حصول النشوز، وقد ذكرنا أن على قول يشترط فيه الإضرار والتكرار، ثم تكلم في الكتاب في أن المرأة بم تصير ناشزة فالخروج عن المسكن والامتناع من مساكنة الزوج نشوزٌ والمنع من الاستمتاع، بحيث يحتاج في رَدِّهَا إلى الطَّاعَةِ إلى تَعَبٍ نُشُوزٌ ولا أثر لامتناع الدَّلَالِ وَلَيْسَ من النُّشُوزِ الشُّنْمُ وبَدَاةُ اللُّسَانِ، ولكنها تأثم بإيذائه وتستحق التأديب عليه، وذكر وجهين في أن الزَّوْجُ يؤدبها أم يرفع<sup>(١)</sup> الأمر إلى القاضي؟.

**والوجه الثاني:** أن الزوج فيما وراء المساكنة والاستمتاع؛ كالأجنبي، والأول بأن ذلك تنغيص للعيش وتكدير للاستمتاع فهي كالممتنعة من الاستمتاع ولو مكنت من الجماع ومنعت من سائر الاستمتاع، فهل هو نُشُوزٌ مُسَقَطٌ للنفقة؟ فيه وجهان<sup>(٢)</sup>:  
قربا من الخلاف فيما إذا سلم السيد الأمة إلى الزَّوْجِ ليلاً واستخدمها نهاراً، وبالمعنى أجاز بعض أصحاب الإمام.

وقوله في الكتاب: «احتمل أن يسقط كما ذكرنا<sup>(٣)</sup> في الأمة» إشارة إلى هذا الخلاف، وفي بعض النسخ، «احتمل أن يسقط من النفقة بَعْضُهَا»، والأول أولى؛ لأنه يوافق لفظه في «الوسيط»، ولأن التبويض في مسألة الأمة مأخوذ من تشطر الزمان، وليس للتبويض ها هنا مأخذ معتمد.

**قَالَ الْغَزَالِيُّ:** (الْحَالَةُ الثَّانِيَّةُ): أَنْ يَكُونَ الْعُدْوَانُ مِنْهُ بِالضَّرْبِ وَالْإِيذَاءِ فَيَحَالُ بَيْنَهُمَا حَتَّى يَعُودَ إِلَى الْعَدْلِ.

**قال الرَّافِعِيُّ:** إذا كان التعدي من الرجل، نُظِرَ إن كان يمنعها شيئاً من حَقِّهَا؛ كَنَفَقَةٍ أو قَسَمِ الزَّمَةِ الحاكم توفية حَقِّهَا، وإن كان يُسِيءُ العُلُقَ ويؤذيها ويضربها بلا سبب، ففي «التتمة» أن الحاكم يَنْهَاهُ عَنْهُ، فإن عاد عَزَّرَهُ وفي «الشَّامِلِ» وغيره: أنه يسكنهما إلى جنب ثقة يطلع على حالهما ويمنعه من التعدي، والكلامان متقاربان،

(١) في ز: أن.

(٢) قال النووي: أصحهما نعم. والأصح من الوجهين في تأديبها، أنه يؤدبها بنفسه؛ لأن في رفعها إلى القاضي مشقة وعاراً وتكديداً للاستمتاع فيما بعد، وتوحيشاً للقلوب، بخلاف ما لو شتمت أجنبياً.

(٣) سقط في ز

وذكروا أنه لو كان التعدي منهما جميعاً فكذلك يفعل الحاكم فلم يتعرضوا للحيلولة، قال <sup>(١)</sup> صاحب الكتاب [قدس الله روحه]: «يُحَالُ بَيْنَهُمَا حَتَّى يَعُودَ إِلَى الْعَدْلِ»، قال في «الوسيط»: «ولا يعتمد قوله في العود إلى العدل، وإنما يعتمد قولها وشهادة القرائن وإن كان لا يمنعها شيئاً من حقها ولا يؤذيها بضرب ونحوه ولكن يكره صحبتها لمرض أو كبر ولا يدعوها إلى فراشه أو يهيم بطلاقها فلا شيء عليه، وحسن أن تسترضيه بترك بعض حقها من القسم أو من النفقة؛ لما <sup>(٢)</sup> روي أن النبي - ﷺ - هَمَّ بِطَلَاقِ سَوْدَةَ فَوَهَبَتْ نَوْبَتَهَا لِعَائِشَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا <sup>(٣)</sup>، وقال تعالى: ﴿وَإِنْ أَمْرًا خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا﴾ [النساء: ١٢٨] وكذلك لو كانت الزوجة تشكو زوجها وتكرهه، فيحسن أن يبرها ويستميل قلبها بما تيسر له.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الثالثة): أَنْ يُشْكَلَ الْأَمْرُ فَيَبْعَثَ حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا لِيَنْظُرَا، ثُمَّ الصَّحِيحُ مِنَ الْقَوْلَيْنِ أَنَّهُمَا وَكَيْلَانِ، وَلَا يَنْفَعُ تَصَرُّفُهُمَا فِي التَّفْرِيقِ إِلَّا بِالِإِذْنِ، وَالْقَوْلُ الثَّانِي أَنَّهُمَا مُؤْتَيَانِ مِنْ جِهَةِ الْحَاكِمِ حَتَّى يَنْفَعُ طَلَاقُهُمَا وَخُلْعُهُمَا، وَعَلَى هَذَا يُشْتَرَطُ عَدَالَتُهُمَا وَهَدَايَتُهُمَا وَلَا يُشْتَرَطُ أَجْتِهَادُهُمَا وَلَا كَوْنُهُمَا مِنْ أَهْلِ الزَّوْجَيْنِ.

قال الرافعي: إذا نَسَبَ كل واحد من الزوجين الآخر إلى التعدي وقبح السيرة، وسوء الخلق، وأشكل الأمر على الحاكم، فلم يعرف المتعدي منهما؛ يعرف حالهما من ثقة في جوارهما خبير بشأنهما فإن لم يكن أسكنهما بجانب ثقة يتفحص عن حالهما وينهي إليه، فإذا تبين له الظالم منهما من الظلم، هكذا أطلقوه، وظاهره الاكتفاء بقول عدل واحد، ولا يصفو ذلك عن الشبهة، وإذا اشتد الشقاق بينهما، ودما على التساب الفاحش، والتضارب، بعث القاضي حكماً من أهل الزوج وحكماً من أهلها لينظرا في أمرهما ليصلحا بينهما أو يفرقا إذا لم يريا ما بينهما قابلاً للصلاح قال الله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٣٥] الآية وهل نقول بعث الحكمين واجب لفظ صاحب «التهذيب» أن على الحاكم أن يبعث حكمين وهو مشعر بالوجوب [وقد يحتج له بظاهر الآية وقال القاضي الروياني في «الحلية» المستحب

(١) في ز: ذكر.

(٢) في ز: كما.

(٣) رواه أبو داود من حديث ابن أبي الزناد عن هشام عن أبيه عن عائشة نحوه وزاد: وفي ذلك أنزل ﴿وَإِنْ أَمْرًا خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا﴾ الآية، ورواه الحاكم من حديث عائشة أيضاً، وأخرج البيهقي من وجه آخر عن عروة: أن رسول الله ﷺ طلق سودة، فلما خرج إلى الصلاة أمسكت بثوبه، فقالت: والله ما لي في الرجال من حاجة، ولكنني أريد أن أحشر في أزواجك، قال فراجعها، وجعلت يومها لعائشة، وهو مرسل، ومثله في معجم أبي العباس الدغولي من طريق هشام الدستوائي عن القاسم بن أبي بزة نحوه.

للحاكم أن يبعث الحكمين<sup>(١)</sup> ثم المبعوثان وكيلان من جهة الزوجين أم حكمان موليان من جهة الحاكم فيه قولان:

**أصحهما:** وبه قال أبو حنيفة وأحمد واختاره المُرزبيُّ أنهما وكيلان؛ لأن البُضع حق الزوج، والمال حق الزوجة، وهما رشيدان فلا يولي عليها.

**والثاني:** أنهما موليان من جهة الحاكم ويحكى هذا عن نصح في «الإملاء» وبه قال مالك واختاره ابن المنذر و [الشيخ] أبو إسحاق الشيرازي؛ لأن الله تعالى سَمَّاهُمَا حكمين والوكيل مأذون ليس بمُحكّم، ورُوي عن علي عليه السلام «أنه بعث حكّمين، وقال: أتدريان ما عليكما؟ إن رأيتهما أن تجمعا فجمعا وإن رأيتهما أن تفرقا ففرقا فقالت المرأة: رضيت بما في كتاب الله على ولي، فقال الرجل: أمّا الفُرقة فلا، فقال علي رضي الله عنه وكرم وجهه: كذبت والله حتى تُقرَّ بمثل ما أقرت به»<sup>(٢)</sup>.

واحتج بهذا الأثر للقول الأول بأنه اعتبر رضاهما وإقرارهما.

**والقول الثاني:** أنه يجعل الجمع والتفريق إلى الحكّمين.

وقوله: «حتى تُقرَّ» أي ليس لك أن تمتنع، بل عليك أن تنقاد بحكم الله تعالى، كما انقادت فعلى القول الأول، يوكل الرجل الحكّم الذي هو من أهله بالطلاق وبقبول العوض في الخلع، والمرأة حكمها يبذل العوض وقبول الطلاق عليه، ولا يجوز بعثهما

(١) قال النووي: الأصح أو الصحيح: الوجوب. والله أعلم.

وادمى في «المهمات» أن ما ذكره الشيخ من الوجوب مردود؛ لمخالفته للنص قال في البحر: قال الشافعي، المستحب للحاكم أن يبعث حكماً من أهله وحكماً من أهلها فيحتمل أن يرجع الاستحباب لكونهما من أهلها قال الشيخ البلقيني: نص الشافعي في «الأم» أظهر في الوجوب مما قاله البغوي فإنه قال رضي الله عنه فإذا ارتفع الزوجان المخوف شقاقهما إلى الحاكم فحق عليه أن يبعث حكماً من أهله وحكماً من أهلها. وساق الكلام على ذلك. وقد صرح بالوجوب الماوردي في الحاوي وهو مقتضى قول الشافعي رضي الله عنه لما أمر الله تعالى. انتهى.

ووافق الأذرعى على أن ظاهر النص الوجوب، ونقل عن الماوردي ما نقله الشيخ البلقيني، وقال: هو ظاهر كلام الكافي أيضاً.

(٢) ورواه النسائي في الكبرى والدارقطني والبيهقي وإسناده صحيح، وروى عبد الرزاق عن معمر عن ابن طاوس عن عكرمة بن خالد، عن ابن عباس قال: بعثت أنا ومعاوية حكمين، قال معمر: بلغني أن عثمان بعثهما، وقال: إن رأيتهما أن تجمعا جمعتهما. وإن رأيتهما أن تفرقا ففرقا، وعن ابن جريج حدثني ابن أبي مليكة أن عقيل بن أبي طالب تزوج فاطمة بنت عتبة، فذكر قصة فيها: أن عثمان بعث معاوية وابن عباس ليصلحا بينهما.

إلا برضاها<sup>(١)</sup>، فإن لم يرضيا، ولم يتفقا على شيء أَدَبَ الْقَاضِي الظَّالِمَ، واستوفى حقَّ المظلوم، وعلى القول الثاني، لا يشترط رضا الزوجين في بَغْتِ الْحَكَمَيْنِ، وإذا رأى حَكَمُ الرَّجُلِ أن يطلق طلق واستقل به، ولا يزيد على طَلْقَةٍ واحدة، ولكن إن راجع الزَّوْجَ وداما على الشقاق زاد إلى أن يستوفي الطَّلَاقَاتِ الثَّلَاثَ، وإن رأى الخُلْعَ وساعده حكم المرأة تخالعا، وإن لم يَرْضَ الزوجان، هذه هي الطريقة الظاهرة، وفي كتاب القاضي ابن كج عن أبي الطَّيِّبِ بن سَلَمَةَ وابن سُرَيْجِ، القَطْعُ بأن الفُرْقَةَ لا تنفذ إلا برضا الزوجين، والقولان في أنه هل يحتاج في بَغْتِ الحكمين إلى رضاهما وعن أبي إسحاق، طريقة القطع بأن بَغْتِ الحكمين لا يَحْتَاجُ إلى إذنهما؛ فلعله يُؤَثَّرُ في صلاح حالهما، والخِلَافُ في نُفُوذِ الفُرْقَةِ بغير إذنهما، وإيراد صاحب التَّمِيمَةِ، ينطبق على هذه الطريقة ولو رأى الحكمان أن تترك المرأة بَعْضَ حَقِّهَا من القَسَمِ أو النفقة أو الأ يتسرى أو لا ينكح عَلَيْهَا غيرها لَمْ يلزمه ذلك بلا خلاف.

وإن كان لأحدهما على الآخر مالٌ يتعلق بالنِّكَاحِ؛ كالمَهْرِ والنفقة<sup>(٢)</sup>، أو لا يتعلق به، لم يجز للحكمين استيفاءه من غير رضا صاحِبِ الحَقِّ بلا خلاف وأما الصفات المَشْرُوطَةُ في حق المبعوثين، فلا شَكُّ في اشتراط العقل والبلوغ، ولا بد [له] من العدالة إن قلنا: إنه تحكيم، وإن قلنا: إنه توكيل، ففي كتاب القاضي ابن كج: أنه لا يشترط العدالة، كما في سائر الوكالات وهو قضية قوله في الكتاب، «وعلى هذا يشترط عدالتهما»، فإنه أشعر بتخصيص الاشتراط بالقول الثاني والأكثرُونَ شَرَطُوهَا، وإن جعلناه توكيلاً، وقالوا: إذا تعلقَتِ الوكالة بِتَنْظُرِ الحاكم، فلا بد وأن يكون الوكيل عَدْلًا كأمين الحاكم، ويجري هذا الخلاف في الحرية والإسلام، ولا بد من الاهتداء إلى ما هو المقصود من بعثهما، ولفظ الكتاب يشعر بتخصيص اعتباره بالقول الثاني، لكن يشترط في التوكيل أيضاً أن يكون الوكيل ممن يتأتى منه المفوض إِلَيْهِ، ولا بُدَّ من الذكورة إن جَعَلْنَاهُ تحكيماً، وإن جعلناه توكيلاً، قال أبو عبد الله الحنطلي: لا يشترط الذكورة في حكم المَرْأَةِ، وفي حُكْمِ الرَّجُلِ وَجِهَانِ بناءً على أن المرأة هل تتوكل في الخُلْعِ، ولا يشترط فيهما الاجتهاد، إن جعلناه تحكيماً لما سيأتي في بابه إن شاء الله تعالى أن من يفوض إِلَيْهِ القاضي أمراً جزئياً لا يشترط فيه إلا عِلْمُ ذَلِكَ البَابِ، وكذلك لا يشترط كونُهُمَا من أهل الزوجين؛ لأن القرابة غير معتبرة في الحكم ولا في الوكالة إلا أن الأهل أَوْلَى؛ لأنه أشْفَقُ وأقْرَبُ إلى رِعَايَةِ الصَّلَاحِ، ولأنه أعْرَفُ ببواطن الأحوال، ولأن القريب قد يفشي سره إلى قريب من غير حِشْمَةٍ، وإن كان الحاكم قريباً أحد الزوجين، فله أن يذهب بنفسه، وفيما علق عن الإمام: أنه يشترط أن يكون

(٢) في ز: و.

(١) في ز: برضاها

المبعوثان من أهلها؛ لظاهر الآية وذكروا في جواز الاقتصار على حَكَم واحد وجهين، جواب القاضي ابن كج فيهما المَنع؛ لأنه إذا كان واحداً، اتهمه كل واحد من الزوجين ولم يُفَسَّ إليه سرُّه بتمامه، وقد يحتج له بظاهر الآية ويُشبه أن يقال إن جعلناه، فلا يشترط العدد، وإن جعلناه تحكيماً توكيلاً فكذاك إلا في الخُلع، فيكون على الخلاف في تولي الواحد [أحد] طرفي العَقد، وينبغي أن يخلو حَكَم الرجل بالرجل وحَكَم المرأة بالمرأة فيعرفان ما عندهما وما فيه رغبتهما، وإذا اجتمعا لم يُخَفِ أحدهما عن الآخر ما عنده، ونَفَذ ما رأياه صواباً، وإذا اختلف رأي الحَكَمين بَعَث إليهما آخرين حتى يجتمعا على شَيْء؛ ذكره الحناطي.

وإذا جُنَّ أحد الزوجين، أو أُغْمِيَ عليه، لم يَجُزْ بَعَث الحَكَمين بعده، وإن جُنَّ بعد استطلاع الحَكَمين، رآه لم يَجُزْ تنفيذ الأمر لائْتِهَمَا إن جعلنا فيه وكيلين، فالوكيل ينزل بالجُنُون، وإن جعلنا حَكَمين، فلا بُدَّ من دوام الشَّقاق والخصومة؛ ألا تَرَى أنهما لو عَادَا إلى الصَّلَاح لم يَجُزِ التفريق بينهما وبعد الجنون، ولا يعرف دوام الخصومة والشَّقاق، وفي شرح القاضي ابن كج أنه لا يُوَثَّر جنون أحد الزوجين على قولنا إنهما حاكمان وحكى الحناطي وجهاً على قولنا إنه وكالة؛ أن الإغماء لا يُوَثَّر فيه كالنوم، وهذا ينبغي أن يجري في كل وكالة.

ولو غاب أحد الزوجين بَعَث الحَكَمين، نفذ الأمر إن قلنا، إنه توكيل، وإن قلنا: تحكيم لم ينفذ، لأنه لا يعرف بقاء الشقاق والخصومة بينهما، ولأن كل واحد منهما محكوم له وعليه، ولا يجوز القَضَاء للغائب وفيه وجه أنه يجوز تنفيذ الأمر مَعَ الغَيْبَةِ، ولا يشترط دوام الخصومة وطرد هذا الوجه فيما إذا سَكَت أحدهما.

فروع: ولو وكَّل رجلاً، فقال: إذا أخذت مالي منها، فطلقها أو خالغها أو خذ مالي ثم طلقها، لم يَجُزْ تقديم الطلاق على أخذ المال، قال أبو الفرج الزاز؛ وكذلك لو قال: خالغها على أن تأخذ مالي منها، ولو قال: خذ مالي وطلقها، فهل يشترط تقديم أخذ المال، أم لا يشترط، ويجوز تقديم الطلاق، كما لو قال طلقها وخذ مالي منها فيه وجهان رجح صاحب التهذيب منهما<sup>(١)</sup> الأول وقال: لو قال: طلقها ثم خذ مالي منها، جاز تقديم أخذ المال على الطلاق؛ فإنه زيادة خَيْر، وذكر الحناطي أنه إذا بعث القاضي حَكَمين فرأى أحدهما الإصلاح، والآخر التفريق، ففرق نفذ التفريق، إن جوَّزنا الاقتصار على حكم واحد والله أعلم.

(١) ظن في المهمات أن هذا من البغوي ترجيح بأن الواو تقتضي الترتيب، وحينئذ يكون هذا مفرعاً على وجه ضعيف.

قال في الخادم: إن هذا ليس مفرعاً عليه بل هو احتياط للموكل في تقدم أخذ المال.



## كِتَابُ الْخُلْعِ<sup>(١)</sup>، وَفِيهِ أَبْوَابُ

### البَابُ الْأَوَّلُ فِي حَقِيقَةِ الْخُلْعِ وَفِيهِ فَضْلَانِ

(الْفَضْلُ الْأَوَّلُ فِي آثَرِهِ): وَفِيهِ قَوْلَانِ: الصَّحِيحُ أَنَّهُ طَلَّاقٌ وَهُوَ مَذْهَبُ عُمَرَ وَعُثْمَانَ وَعَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمْ أَجْمَعِينَ وَمِنَ الْفُقَهَاءِ أَبُو حَنِيفَةَ وَالْمَزْنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَيْهِمَا، وَالثَّانِي: أَنَّهُ فَسَخٌ.

قال الرَّافِعِيُّ: يقال: خَلَعَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ خُلْعًا، وذكر أنه مأخوذ من الخُلْعِ، وهو نَزْعُ الثَّوبِ وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الزَّوْجَيْنِ لِبَاسٍ لِلآخِرِ، على ما قال، تعالى جده ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ﴾ [البقرة: ١٨٧] وكان كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمُفَارَقَةِ الْآخِرِ نَزْعَ عَنْهُ لِبَاسِهِ، ويقرب في ذلك قولهم: خُلِعَ الْوَالِي أَي عَزِلَ، وفسر الخُلْعُ في الشريعة: بِالْفَرْقَةِ على عوض يأخذه الزوج<sup>(٢)</sup>.

(١) الخلع لغة: النزع، وهو استعارة من خلع اللباس، لأن كل واحد منهما لباس للآخر فكان كل واحد نزع لباسه منه، وخالعت المرأة زوجها مخالفة إذا افتدت منه وطلقتها على الفدية. انظر: لسان العرب: ١٢٣٢/٢، المصباح المنير: ١/٢٣٢، المطلع: ٣٣١ واصطلاحاً. - عرفه الأحناف بأنه: عبارة عن أخذ المال بإزاء ملك النكاح بلفظ الخلع. وعرفه الشافعية بأنه: فرقة بين الزوجين بعوض بلفظ طلاق أو خلع. وعرفه المالكية بأنه: الطلاق بعوض. وعرفه الحنابلة بأنه: فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه الزوج بألفاظ مخصوصة. انظر: تبين الحقائق: ٢/٢٦٧، شرح فتح القدير: ٤/٢١٠. حاشية ابن عابدين: ٣/٤٢٢، مغني المحتاج: ٣/٢٦٢. الشرح الصغير للردديري: ٣/٣١٩، بداية المجتهد: ٢/٩٨. الكافي: ٢/٥٩٧، كشف القناع ٥/٢١٢، المغني: ٧/٥٣٦.

(٢) قال البلقيني في «التدريب» فراق الزوجة تبذل قابل العوض يحصل لجهة الزوج على وجه مخصوص، قال وقلنا يبذل ولم تقيده بمذكور ليتناول ما إذا اختلف من غير ذكر مال فإنه يثبت مهر المثل للزوج على ما رجحه جمع من المراوذة وبعض العراقيين وعليه جرى المتأخرون وأخرجنا =

وأصل الخلع مُجْمَعٌ عليه، وقد اشتمل القرآن على ذكره، قال الله - تعالى -: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يَقيِمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

والسنة رُوِيَ عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: «جَاءَتِ امْرَأَةٌ ثَابِتَ بْنَ قَيْسِ بْنِ شِمَاسٍ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ: مَا أَنْقِمُ عَلَيَّ ثَابِتَ ابْنِ قَيْسٍ فِي دِينٍ وَلَا خَلْقٍ إِلَّا أَنِّي أَخَافُ الْكُفْرَ فِي الْإِسْلَامِ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - تَرُدُّينَ حَدِيثَهُ؟ فَقَالَتْ: نَعَمْ، فَرَدَّتْ عَلَيْهِ، وَأَمَرَهُ أَنْ يَفَارِقَهَا»<sup>(١)</sup>.

= يقابل العوض بدلاً لا يقبل كخمر ومجهول ومغصوب ونحوها فإنه يفسد الخلع ويجب للزوج مهر المثل إلا إذا كان في خلع الكفار من الخمر ونحوه فإنه قابل للعوض عندهم فيكون الخلع به صحيح كما في أنكحتهم حتى لو حصل إسلام بعد قبض الخمر كله فإنه لا شيء له عليها فإن كان الإسلام قبل قبضه وجب مهر المثل للتعذر، وفي قبض بعضه قسط مهر المثل وليس لنا خلع بخمر ومغصوب ونحوها يقع الطلاق بسبب ذلك رجعيًا ولا مهر إلا في صورة الخلع مع غير الزوجة من أب أو أجنبي على هذا الخمر أو على هذا المغصوب أو على عبده هذا أو على صداقها ولم يصرح بنيابة ولا استقلال أو على عبده زيد هذا وإنما يجب مهر المثل في البدل الفاسد في غير هذا إذا كان البدل مقصوداً، فإن كان غير مقصود كالدَّم فإنه يقع رجعيًا وقلنا يحصل لجهة الزوج ليدخل مالك الزوج غير المكاتب فإن البدل لا يحصل للزوج بل للسيد وقد يسكت عن العبد أو الحر إذا حصل الخلع على ما في ذمته من صداق وغيره وقد يكون البدل رضاعة ولد الزوج ونحو ذلك وجهة الزوج تشمل ذلك كله وقلنا على وجه مخصوص ليشمل ما يعتبر في العاقدين وغير ذلك.

(١) أخرجه البخاري وأبو داود. قوله: ويروى: أنه كان أصدقها تلك الحديقة، فخالعها عليها، هو صريح في رواية أبي داود. قوله: ويقال: إنه أول خلع في الإسلام، هو في المعرفة لأبي نعيم في آخر حديث، وكذا عند أحمد من حديث سهل بن أبي حثمة، وعند البزار عن عمر. قوله: ويحكى أن ثابتاً كان ضرب زوجته، ولذلك افتدت، هو في رواية أبي داود أيضاً، وهو عند النسائي من رواية الربيع بنت معوذ. قوله: ويروى عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود: أن الخلع طلاق، ويروى عن ابن عمر وابن عباس: أنه فسخ لا يتقص عدداً، وعن ابن خزيمة أنه لا يثبت عن أحد أنه طلاق، وعن ابن المنذر أن الرواية عن عثمان ضعيفة، وأنه ليس في الباب أصح من حديث ابن عباس، أما مذهب عمر: فلا يعرف، وقد اعترف بذلك الرافعي في التذنيب، وأما عثمان: فرواه مالك في الموطأ والشافعي عنه عن هشام عن أبيه عن جمهان، عن أم بكره الأسلمية أنها اختلعت عن زوجها عبد الله بن خالد بن أسيد، ثم أتيا عثمان في ذلك، فقال: هي تطلقه إلا أن تكون سميت شيئاً فهو ما سميت، وضعفه أحمد بجمهان، وأما علي: فحكاه ابن حزم وقال: إنه لا يصح أيضاً، وهو عند ابن أبي شيبة عن ابن إدريس عن موسى بن مسلم عن مجاهد عن علي قال: لا تكون طليقة بائنة إلا في فدية أو إيلاء، وروى عبد الرزاق عن هشيم عن حجاج عن الحصين الحارثي عن الشعبي: أن علياً قال: إذا أخذ للطلاق كُنْناً فهي واحدة، وفيه ابن أبي ليلى وأما الرواية في ذلك عن ابن عمر: فرواه ابن حزم من حديث الليث عن نافع أنه سمع الربيع بنت معوذ: أنها اختلعت من زوجها على عهد عثمان، فجاءت إلى ابن =

ويروى أنه كان قد أصدقها تلك الحديقة.

نُقل أنه أول خُلِع جرى في الإسلام، ولا فرق في جواز الخُلِع بين أن يجري على الصِّدَاق، أو بعضه، أو على مال آخر، ولا بين أن يكون العَوْضُ الذي بذلته أكثر مما أعطاه الزوج صدقاً، وبين ألا يكون.

وعن أحمد: لا يجوز ولا كراهة فيه إن جرى في حال الشقاق أن يأخذ منها أكثر مما أعطى، ويصح الخُلِع في حالتي الشقاق، والوفاق أو كانت تَكَرَّهُ صُخْبَتَهُ لسوء في خُلِقِهِ أو دِينِهِ أو تَحَرَّجَتْ من الإخْلَاف ببعض حُفُوقِهِ، لما بها من الكراهة فافتدت ليطلقها أو ضربها الزوج تاديباً فافتدت، ويحكى أن ثابتاً كان قد ضرب زوجته فلذلك افتدت والحق الشيخ أبو حامد بهذه الصورة ما إذا منعها حقها من التَّفَقَّةِ وَغَيْرِهَا فافتدت، لتتخلص منه، وإن كان الزوج يكره صحبتها، فأساء العِشْرَةَ، ومنعها بغض حقها حتى ضَجِرَتْ وافتدت، فالخُلِع مَكْرُوه وإن كان نافذاً، والزوج مأثوم بما فعل، وفيه وجه أن منعه حقها، كالإكراه على الاختلاع بالضرب وما في معناه وإذا أكرهها بالضرب ونحوه، حتى اختلعت فقالت مبتدئة: خالِغيني على كذا [فعل] (١)، لم يصح الخُلِع، ويكون الطلاق رجعيًا إن لم يُسَمَّ مَالاً، وإن سَمَّاه لم (٢) يقع الطلاق؛ لأنها لم تقبل مختارة (٣).

وفي «التَّمَّة» وجه: أنه وإن لم يسم المال لا يقع الطلاق؛ لأنه قصد ترتيب كلامه على كلامها، فصار كما لو سمي المال.

ولو ابتداءً، وقال: طلقتك على كذا، وأكرهها بالضرب على القبول، لم يقع شيء، وإذا ادَّعت المرأة أن الزوج أكرهها على بذل مال عوضاً عن الطلاق، وأقامت عليه بيئته، فالمال مردود، والطلاق واقع، وله الرجعة، نص عليه.

= عمر فقال: عدتها عدة المطلقة، وكذا رواه مالك في الموطأ عن نافع نحوه، وأما ابن عباس: فرواه أحمد عن يحيى بن سعيد عن سفيان عن عمرو بن دينار عن طاوس عن ابن عباس قال: الخلع تفریق، وليس بطلاق، وإسناده صحيح، قال أحمد: ليس في الباب أصح منه.

(١) سقط في ز (٢) سقط في ز.

(٣) قال في المهمات ما ذكره من أن الطلاق إن لم يتم حالاً رجعي مبني على أن مطلق الخلع لا يقتضي المال، فإن فرعنا على الأصح أنه يقتضي المال وقع الطلاق بائناً فهو المثل؛ لأن الزوج في هذه الصورة مبتدئ؛ لأن لفظ المرأة المتقدم ساقط للإكراه وصورها في «التمة» بلفظ الطلاق فعدل الرافي عنه إلى التعبير بالخلع وهو الذي أورده الشيخ ولي الدين العراقي بأن الصورة أنه لم يصدر منها سوى اللفظ الذي ابتدأت به فالغيناها للإكراه وقد أتى هو بإيجاب لم يقع له القبول فكيف يقال إن الطلاق وقع بائناً بمهر المثل والعجب من شيخنا قال إن لفظ المرأة ساقط للإكراه فإذا كان ساقطاً للإكراه فكيف يوقع الطلاق البائن بكلامه وحده. انتهى. وهو جواب حسن.

قال الأصحاب: وموضع الرجعة ما لم يعترف بالخلع بل أنكر أخذ المال أو سكت وأقامت البينة، فأما إذا اعترف بالخلع وأنكر الإكراه، فالطلاق بائن بقوله، ولا رجعة، ولو زنت المرأة فمَنَعَهَا الزوج بغض حَقِّهَا، فافتدت بمال صَحَّ الخلع، وحلَّ الأخذ له وعلى ذلك حمل قوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْضَلُوهُنَّ لِتَذَهَبُوا بِبَغْضِ مَا أَتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾ [النساء: ١٨] ومن جعل منع الحق كالإكراه بالضرب قال: لا يَحِلُّ لَهُ الأخذ، ولو أَمَسَّهَا عنده وحبسَهَا ليرثها فماتت، ورثَهَا، وحكى القاضي ابن كج والحناطي قولاً أنه لا يرثها، هذه مقدمة الكتاب.

واعلم: أن الفُرقة الحاصلة على العوض تارة تكون بلفظة الخلع، ويحتاج فيه إلى معرفة حقيقته وكيفية تأثير النكاح به، وتارة يكون بلفظ الطلاق، ويحتاج فيه إلى النظر في لفظ الزوج تعليقاً بالبدل والإعطاء والزاماً، وفي لفظ المرأة التماساً للطلاق والتزاماً للمال، وسواء وقعت الفرقة بلفظ الخلع أو الطلاق، فلصحتها أركاناً، وقد يعوض بين المتعاقدين في كيفية العقد الجاري بينهما نزاعاً فضمن المصنّف فقه هذا الكتاب في خمسة أبواب: باب في حقيقة الخلع، وباب في أركان الصّحة، وباب في ألفاظ الزوج المتعلقة بالإعطاء، وباب في التماس الطلاق على العوض، وباب في النزاع، ورَتَّبَ ما يتعلق بالبَاب الأول في فصلين:

أحدهما: في كيفية تأثيره في النكاح.

والثاني: في بيان ما يشبه الخلع من المعاملات وينزع إليه، ومقصود الفصلين معاً يتفرع على أن الخلع طلاق، أم لا، ولا شك في أن المفارقة بلفظ الطلاق على عوض طلاق، ويستوي في ذلك صريح الطلاق وكنايته مع النية، وإذا لم يجر إلا لفظ الخلع، فقولان: الجديد أنه طلاق يُنتَقَصُ به العَدَد، وإذا خالعهَا ثلاث مرات، لم ينكحها إلا بمحلل، ويروى هذا عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود - رضي الله عنهم - وبه قال أبو حنيفة ومالك واختاره المُزَنِّي، ووجهه أنها فُرقة لا يملكها غير الزَّوْج، فيكون طلاقاً كما لو قال: أنتِ طالقٌ على ألف، أو خالعتكِ طَلقةً بألف، والقديم: أنه فسخ لا ينقص به العَدَد، ويجوز تجديد النكاح بعد الخلع من غير حَضْر، ويروى هذا عن عبد الله بن عمر وابن عباس - رضي الله عنهم - وبه قال أحمد ووجهه بأن فُرقة النكاح تحصل بالفسخ كما تحصل بالطلاق، ثم الطلاق ينقسم إلى: ما هو بعوض، وإلى ما هو بغير عوض، فليكن الفسخ كذلك، ولا فسخ بعوض سوى الخلع، وبأن فُرقة الخلع لا رجعة فيها بحال، فلا يكون طلاقاً، كالرِّضَاع، ولأنها فرقة حصلت بمعاوضة، فيكون فسخاً، كما لو اشترى الزوج زوجته وبني بانون القولين على أن النكاح هل يقبل الفسخ بالتراضي، فعلى قول يقبل، كالبيع، وعلى

قول لا بل وضع النكاح على الدوام والتأييد، وإنما يُفسخ لضرورة تدعو إليه.

وقوله في الكتاب «على الصَّحِيحُ أَنَّهُ طَلَاقٌ»، يوافق الأصل الممهد في ترجيح الجديد، وعلى ذلك جرى أكثر الأصحاب - رحمهم الله - وينصر قول الفسّخ في الخِلاَق، وإلى نصرته ذهب الشيخ أبو حامد، وذهب أبو مخلد البصري، أن الفتوى عليه، ويؤيده بعض التأييد ما حكى عن ابن خزيمة - رحمه الله - أنه لا يثبت عن أحمد أنه طلاق، وعن ابن المنذر أن الرواية عن عثمان ضعيفة، وأنه ليس في الباب أصح من حديث ابن عباس - رضي الله عنهما -، وحكى غيره اختلاف الرواية في المسألة عن عثمان - رضي الله عنه -، ويجوز إغلام قوله: «طلاق» بالألف، وإعلام قوله: «فسّخ» بالميم، وأما بمذهب أبي حنيفة فمذكور ولا يحتاج إلى الإعلام له.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: فَإِنْ جَمَعْنَاهُ فَسَخًا فَلَفِظَ الْخُلْعُ صَرِيحٌ فِيهِ لِتَكْرِيرِهِ عَلَى لِسَانِ حَمَلَةِ الشَّرِيعَةِ، وَلَفِظَ الْفَسْخِ صَرِيحٌ عَلَى الْأَصْح، وَقِيلَ: كِنَايَةٌ لِأَنَّهُ لَا يُسْتَعْمَلُ فِي النِّكَاحِ إِلَّا مَقْرُونًا بِعَيْبٍ أَوْ سَبَبٍ، وَفِي لَفِظِ الْمُقَادَاةِ وَجْهَانِ لِأَنَّهُ ذُكِرَ مَرَّةً فِي الْقُرْآنِ، وَهُوَ كَالْخِلَافِ فِي لَفِظِ الْإِنْسَاكِ لِلْمَرَاجَعَةِ، وَلَفِظِ الْفَكِّ لِلْمَعْتَقِ، وَلَوْ نَوَى بِالْخُلْعِ طَلَاقًا عَلَى هَذَا الْقَوْلِ لَمْ يَنْفُذْ لِأَنَّهُ وَجَدَ نَفَاذًا فِي مَوْضُوعِهِ صَرِيحًا، بِخِلَافِ مَا لَوْ قَالَ: أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ فَإِنَّهُ صَرِيحٌ فِي إِزْمَامِ الْكُفَّارَةِ، وَلَوْ نَوَى بِهِ الطَّلَاقَ نَفَذَ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُخْتَصِّصٍ بِالنِّكَاحِ، وَلَوْ قَدَّرَ عَلَى الْفَسْخِ بِعَيْنِهَا فَقَالَ: فَسَخْتُ وَنَوَى الطَّلَاقَ نَفَذَ عَلَى وَجْهِهٖ لِأَنَّ لَفِظَ الْفَسْخِ لَا يَخْتَصُّ بِالنِّكَاحِ.

قال الرَّافِعِيُّ: المقصود الآن التفرع على القولين، فإن جعلنا الخلع فسخًا، فلفظ الخلع صريح فيه؛ لكثرة استعماله وتكرره على لسان حملة الشريعة، ولو قال: فسخت نكاحك، فقيلت فوجهان:

أصحهما: وهو المذكور في «التهذيب»: أنه صريح؛ لأنه أشد دلالة على حقيقته من لفظ الخلع، وأيضاً فإن الفسخ مقصود الخلع ومقتضاه، وما هو مقصود العقد ومقتضاه إذا استعمل في العقد كان صريحاً؛ ألا ترى أنه إذا استعمل لفظ التملك في البيع، كان صريحاً؛ لأن التملك هو مقصود العقد ومقتضاه، ويُنسب هذا إلى اختيار القاضي حسين.

والثاني: أنه كناية ويقال: إنه اختيار القائل؛ لأن لفظ الفسخ لا يستعمل في النكاح إلا مقرونًا بعيب أو بسبب إفسار وغيره، بخلاف الخلع؛ فإنه مشهور فيه، ويجوز أن يكون اللفظ المصرح بمقصود التصرف كناية في ذلك التصرف؛ ألا ترى أن مقصود الطلاق التحريم والإبانة، ثم هما كنيتان في الطلاق، ولمن قال بالأول: أن يقول المستعمل عند العيب والإفسار ونحوهما: هو الفسخ عرياً عن العوض، والكلام

ها هنا فيما إذا قال: فَسَخْتُ نِكَاحَكَ بِكَذَا، وهذا لا يستعمل في النكاح إلا في الخلع، وليس ما نحن فيه كالطلاق والتَّحْرِيم؛ لأن الطَّلَاق يشتمل على أحكام غريبة؛ كقصاص العَدَد وغيره فتعين له اللفظ المستعمل فيه شرعاً، وأما الفَسْخُ فهو النُقْص والرَّفْع لا غير، وإذا قال: فَادَيْتُكَ بِكَذَا فَقَالَتْ: قَبِلْتُ أو اِفْتَدَيْتِ، فوجهان في أَنَّهُ صَرِيحٌ أو كِنَايَةٌ.

أظهرها: أَنَّهُ صَرِيحٌ كلفظ الخُلع لورود القرآن به؛ قال الله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

والثاني: أَنَّهُ كِنَايَةٌ؛ لأنه لم يتكرر في القرآن، ولا شاع في لسان حَمَلَةِ الشريعة، وأجْرِي هذا الخِلافُ في الألفاظ التي وردت في سائر العقود، ولم تتكرَّرْ، كلفظ الفك في العتق والإمساك في الرجعة، ولو قلنا بأن لفظي الفسخ والمفاداة كناية، فيجيء في انعقاد الخُلع بهما خلاف نذكره في أن الخُلع هل ينعقد بالكنايات، إذا قلنا: إِنَّهُ فُسْخٌ، ولو نوى بالخُلع الطلاق والتفريع على قول الفسخ، فوجهان، اختيار القاضي حسين والمذكور في الكتاب «والتَّيْمَةُ» أَنَّهُ لا يكون طلاقاً، وينفذ في الفَسْخُ الذي هو صريح فيه؛ لأنه أمكن تنفيذه في موضعه صريحاً، فلا ينصرف إلى غيره بالنية، كما أن الطَّلَاق لا يصير ظهاراً بالنية وبالعكس.

والثاني: أَنَّهُ لا يكون طلاقاً؛ لأن اللفظ محتمل له، وقد اقترنت النية به فصار كسائر الكنايات، وليس الفَسْخُ والطلاق كالظهار والطلاق<sup>(١)</sup>؛ لأنَّ الفَسْخُ والطلاق نوعان يدخلان تحت جنس البينونة، والطلاق والظهار لا يتقاربان مثل هذا التقارب، وإيراد صاحب «التَّهْدِيبِ» يُشعر بترجيح هذا الوجه، وقَطَعَ به بعض أصحابنا العراقيين، ومن نصر الوجه الأول: اعتذر عما لو قال: أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ؛ فإن مطلقه صريح في التزام الكفارة على الأظهر كما سيأتي في موضعه إن شاء الله تعالى - ومع ذلك لو أراد به الطَّلَاق نَفَذَ، وكان كِنَايَةً فيه، وبأن التزام الكفارة لا يختص بالنكاح بل يجري في ملك اليمين، إذا قال لأتمته: أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ. وإذا لم يختص بالنكاح لم يبعد أن ينصرف من حكم من أحكام النكاح إلى حُكْمٍ آخَرَ بالنية.

ولو قال لزوجته فَسَخْتُ نِكَاحَكَ، ونوى الطلاق، وهو مُتَمَكِّن من الفَسْخِ بعيب فيها، ففيه وجهان للقائلين بأنه لو نوى بالخُلع الطلاق لم يكن طلاقاً، ومنهم من وفى بقضية كلامه وقال: لا يكون طلاقاً؛ لأنه أمكن تنفيذه في حقيقته، بخلاف ما إذا لم يوجد سبب الفَسْخِ، والأظهر فيه - وبه قال القاضي الحسين - أَنَّهُ لا يكون طلاقاً؛ لأنَّ الفَسْخُ لا يختص بالنكاح، بل يدخل في سائر العقود، فجاز التصرف

(١) في ب: يتفاوتان.

فيه بالنية كما ذكرنا في قوله: أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ.

وقوله في الكتاب: «فَإِنَّهُ صَرِيحٌ فِي إِلْزَامِ الْكُفَّارَةِ» يمكن إعلامه بالواو؛ لوجه يأتي في مسألة الحرام أن هذه اللفظة إذا أطلقت لا يقتضي [الكفارة].

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَإِنْ قُلْنَا: الْخُلْعُ طَلَاقٌ فَلَفْظُ الْفَسْخِ كِنَايَةٌ فِيهِ، وَفِي الْمَفَادَةِ وَجْهَانِ، وَفِي لَفْظِ الْخُلْعِ قَوْلَانِ، فَإِنْ جَعَلْنَاهُ صَرِيحاً فَجَرَى دُونَ ذِكْرِ الْمَالِ كَانَ كِنَايَةً عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، ثُمَّ هَلْ يَقْتَضِي مُطْلَقُهُ ثُبُوتَ الْمَالِ فِيهِ وَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يَقْتَضِي مَهْرَ الْمِثْلِ، فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَقْتَضِيهِ وَجَعَلْنَاهُ فَسْخاً لَفَاً، وَإِنْ جَعَلْنَاهُ طَلَاقاً صَارَ طَلَاقاً رَجْعِيًّا وَلَكِنْ يَفْتَقِرُ إِلَيَّ قَبُولُهَا لِاقْتِضَاءِ لَفْظِ الْمُخَالَعَةِ الْقَبُولِ إِلَّا إِذَا لَمْ يَتَضَمَّنِ التَّنَاسُ جَوَابِهَا أَوْ قَالَ: خَلَعْتُكَ، وَلَوْ نَوَى الرَّجُلُ الْمَالَ قِيلَ: إِنَّهُ لَا يَنْفَعُ مَا لَمْ يَثْبُتْ بَيْنَتِهَا أَيْضاً، وَقِيلَ: لَا أَثَرَ لِنَيْتِهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: أَيْضاً إِذَا فَرَعْنَا عَلَى أَنَّ الْخُلْعَ طَلَاقٌ قُلْنَا إِنْ لَفْظُ الْفَسْخِ كِنَايَةٌ فِيهِ، كَمَا لَوْ اسْتَعْمَلَ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ الْمَالِ، وَفِي لَفْظِ «الْمَفَادَةِ» وَجْهَانِ كَمَا عَلَى الْقَوْلِ الْأَوَّلِ، وَالْأَصْحَحُ أَنَّهُ كَلَفْظِ الْخُلْعِ، وَلَفْظِ «الْخُلْعِ» صَرِيحٌ أَوْ كِنَايَةٌ فِيهِ قَوْلَانِ: [الحكاية] - عن «الأم» أنه كناية، وذكر الإمام وصاحب الكتاب والرؤياني أنه أظهر في المذهب، وعن نصه في «الإملاء»: أَنَّهُ صَرِيحٌ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَاخْتَارَهُ الْإِمَامُ وَالْمَصْنِفُ وَصَاحِبُ «التَهْذِيبِ»، وَاخْتَلَفُوا فِي مَأْخِذِ الْقَوْلَيْنِ، فَعَنِ الْأَكْثَرِينَ بِنَاءِ الْخِلَافِ عَلَى أَنَّ اللَّفْظَ إِذَا شَاعَ فِي الْعُرْفِ وَالِاسْتِعْمَالِ لِلطَّلَاقِ، فَهَلْ يَلْتَحِقُ بِمَا تَكَرَّرَ فِي الْقُرْآنِ، وَلِسَانِ حَمَلَةِ الشَّرِيعَةِ أَمْ لَا؟ وَمِنْهُمْ مَنْ بَنَى الْخِلَافَ عَلَى أَنَّ ذِكْرَ الْمَالِ هَلْ يَلْحَقُهُ بِالصَّرَائِحِ فَعَلَى رَأْيِي: نَلْحَقُهُ؛ لِأَنَّ ذِكْرَ الْمَالِ بَدَلاً وَتَحْصِيلاً يَشْعُرُ بِطَلَبِ الْبَيْنُونَةِ، وَعَلَى رَأْيِي: لَا، كَمَا أَنَّ قَرِينَةَ اللَّجَاجِ وَالْعَضْبِ لَا تَلْحَقُ الْكِنَايَةَ بِالصَّرَائِحِ فَمَنْ أَخَذَ الْخِلَافَ مِنَ الْمَأْخِذِ الْأَوَّلِ أَثْبَتَ الْخِلَافَ فِي لَفْظِ الْخُلْعِ، وَإِنْ لَمْ يَجْرِ ذِكْرُ الْمَالِ، وَمَنْ أَخَذَهُ مِنَ الْمَأْخِذِ الثَّانِي قَالَ: إِذَا لَمْ يَجْرِ ذِكْرُ الْمَالِ، فَهُوَ كِنَايَةٌ لَا مُحَالَةَ، وَهَذَا مَا أوردته في «التتمة» ويخرج مما ذكرنا وجهان: فِي أَنَّ لَفْظَ الْخُلْعِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ الْمَالِ صَرِيحٌ أَوْ كِنَايَةٌ، مَعَ الْحُكْمِ بِأَنَّهُ صَرِيحٌ أَوْ كِنَايَةٌ إِذَا جَرَى ذِكْرُ الْمَالِ، وَهَذَا قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «فَإِنْ جَعَلْنَاهُ صَرِيحاً فَجَرَى دُونَ ذِكْرِ الْمَالِ كَانَ كِنَايَةً عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ» وَهَلْ يَقْتَضِي الْخُلْعُ الْمَطْلُوقَ الْجَارِي مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ الْمَالِ ثُبُوتَ الْمَالِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أظهرهما: عند الإمام وصاحب الكتاب وهو اختيار القاضي: نَعَمْ؛ للعرف المطرد لجريان الخلع على المال، وأيضاً فإن الخلع يوجب المال إذا جرى على خمر أو خنزير، فإذا جرى مطلقاً أوجبه كالنكاح.

والثاني: لا؛ لأنه لم يجر له ذكر والتزام، وليس كالنكاح فإن المقصود هناك ألا يعري استحابة البُضع عن المال، ولذلك ثبت على قول وإن نفي، وهذا أوفق لما ذكره في «التهذيب»، فإن قلنا: إن مطلقه يقتضي المال، فإن جعلناه فسخاً أو صريحاً في الطلاق، أو كنايةً ونوى، وجب مهر المثل، وحصلت البيونة، وإن جعلناه كناية ولم ينو لغا وإن قلنا: إنه لا يقتضي المال، فإن جعلناه فسخاً لغا؛ لأن الفسخ بالتراضي لا يكون إلا على عوض، هكذا حكاه الإمام وغيره عن الأصحاب، وذكرُوا أن مساق كلامهم أنه لو لغا العوض في الخلع لم يصح الخلع على قول الفسخ، قال: والقياس الحقُّ صحته بلا عوض؛ فإن النكاح إذا نفي فيه الصداق انتفى على الأصح، ومن قال بوجوبه قال: إذا جرى المسيس وجب لا محالة ما يجب بالعقد؛ رعايةً لحرمة استحقاق البُضع، ومثل هذا المعنى لا يتحقق في الفسخ، وهو في وضعه مستغن عن العوض، ولو جعلناه طلاقاً إما صريحاً أو كنايةً، ونوى، فهو طلاق رجعي، لكن في افتقاره إلى القبول وجهان:

أحدهما: وهو المذكور في الكتاب أن يفتقر إليه؛ لأن لفظ المخالعة يستدعي القبول، وقد يحتاج إلى القبول، وإن لم يثبت المال، كما في مخالعة السفية، وأشبههما - وهو المذكور في «التهذيب» - والراجح عند الإمام أنه لا حاجة إليه؛ لاستقلال الزوج بالطلاق الرجعي، ثم الخلاف فيما إذا قال: خالعتك، وأضمر التماس جوابها، وانتظر قبولها، أما إذا قال: خالعتُ أو قال خالعتُ، ولم يضم التماس الجواب، فلا حاجة إلى القبول، كما لو قال: قاطعتك أو فارقتك، ولو قال: فارقتك، وأضمر التماس القبول، ففضية الوجه المذكور اعتبار القبول هذا هو الترتيب المذكور في الكتاب فيما إذا أطلق المخالعة، ولم يذكر مالا، وعبر بعضهم عن الغرض بطريق أقصر من هذا فيقال: إن جعلنا الخلع فسخاً، ولم تقبل فهو لغو، وإن قبلت فتحصل البيونة بمهر المثل أو لا تحصل الفرقة فيه وجهان، وإن جعلناه طلاقاً فهو طلاق رجعي، أما من غير نية إن جعلناه صريحاً، أو تشترط النية إن جعلناه كنايةً.

ولو نوى المال ولم يذكره، فإن قلنا: إن مطلقه لا يقتضي المال، فهل تؤثر النية في ثبوت المال، فيه وجهان يفرقان من الخلاف في انعقاد البيع ونحوه، بالكنايات، فإن قلنا: تؤثر، ثبت المال، ولا بد فيه من نيتها أيضاً، وإن قلنا: لا تؤثر فيقع الطلاق، ويلغى فيه المال، أو لا يقع، لأنه نوى الطلاق على المال لا مطلقاً، ذكروا فيه وجهين، وفي «فتاوى» صاحب «التهذيب» ذكر وجهين فيما إذا اختلعت نفسها على ما بقي لها من الصداق وخالعتها الزوج عليه، ولم يبق لها عليه شيء أنه هل تحصل البيونة بمهر المثل تخريباً على الخلاف فيما إذا تخلعت من غير تسمية مال، ورجح القول بالحصول، هذا ما يتعلق بما في الكتاب من تفريع القولين.



ويصح الخُلع بجميع كُنَايَاتِ الطَّلَاقِ مع النِّيَّةِ، إِذَا جَعَلْنَاهُ طَلِاقًا، وَإِنْ جَعَلْنَاهُ فَسْخَاً هَلْ لِلْكُنَايَاتِ مَدْخَلٌ فِيهِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: نَعَمْ، وَهُوَ الْأَصْحَحُ - عَلَى مَا ذَكَرَ «صَاحِبُ الشَّامِلِ» وَغَيْرِهِ - فَإِنْ نَوَى الطَّلَاقَ أَوْ الْفَسْخَ، كَانَ كَمَا نَوَى وَإِنْ نَوَى الْخُلْعَ عَادَ الْخِلَافُ فِي أَنَّهُ فَسْخٌ أَوْ طَلِاقٌ، وَلَوْ قَالَ: خَالَعْتُ نِصْفَكَ، أَوْ يَدُكَ عَلَى كَذَا، أَوْ خَالَعْتُكَ شَهْرًا عَلَى كَذَا، نَفَّذَ إِنْ جَعَلْنَاهُ طَلِاقًا، وَالْقَوْلُ فِي الْمَالِ الْوَاجِبِ سِيَآتِي، وَلَا يَنْفِذُ إِنْ جَعَلْنَاهُ فَسْخَاً.

وترجمه الخُلع بسائر اللغات كلفظ الخُلع، ولا يجيء فيه الخلاف المذكور في النكاح.

ولفظ البيع والشراء كناية في الخُلع سواء جعل فسخاً أو طلاقاً وذلك بأن يقول: بَعْتُ نَفْسَكَ مِنْكَ بِكَذَا، فَنَقُولُ: اشْتَرَيْتُ أَوْ قَبِلْتُ وَلَفْظُ «الْإِقَالَةَ» كِنَايَةٌ فِيهِ أَيْضاً وَفِي «فَتَاوَى» صَاحِبِ «التَّهْذِيبِ» أَنَّهُ لَوْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ (مَرَّأَةً فَرُوخْتِي) بَدَانَ خَفِي إِلَى كَذَا أَيْنَ مَسْتِ<sup>(١)</sup> فَقَالَتْ (فَرُوخْتِمِ)<sup>(٢)</sup> وَنَوَى تَطْلِيقَهَا عَلَى الْحَقِّ وَقَعَتِ الْبَيْنُونَةَ، وَسَقَطَ الْحَقُّ عَنْهُ إِنْ كَانَ مَعْلُومًا، وَمَعْنَى قَوْلِهِ: (مَرَّأَةً فَرُوخْتِي) جَوَّ خَسْتِي بَادَ جَهْدِي<sup>(٣)</sup> كَمَا يَقُولُ الرَّجُلُ: أَنَا مِنْكَ طَالِقٌ، وَيُؤَدِّي تَطْلِيقَهَا وَيَقَعُ الطَّلَاقَ وَيَبِيعُ الطَّلَاقَ بِالْمَهْرِ مِنْ جِهَةِ الزَّوْجِ، وَيَبِيعُ الْمَهْرَ بِالطَّلَاقِ مِنْ جِهَةِ الزَّوْجَةِ، يَعْبَرُ بِهِمَا عَنِ الْخُلْعِ وَلِيَكُونَ كِنَايَتَيْنِ أَيْضاً كَمَا لَوْ قَالَ: بَعْتُ مِنْكَ نَفْسَكَ، وَفِي «الزِّيَادَاتِ» لِأَبِي عَاصِمِ الْعَبَّادِيِّ؛ أَنَّ بَيْعَ الطَّلَاقِ مَعَ ذِكْرِ الْعَوَاضِ صَرِيحٌ، وَرَأَى إِسْمَاعِيلُ الْبُوشَنجِيُّ أَنَّ يَنْزِلُ قَوْلُهُ: بَعْتُكَ طَّلَاقَكَ بِكَذَا مِنْزِلَةَ قَوْلِهِ: مَلَكْتُكَ طَّلَاقَكَ بِكَذَا، حَتَّى لَوْ طَلَّقْتَ فِي الْمَجْلِسِ لَزِمَ الْمَالُ، وَوَقَعَ الطَّلَاقُ، قَالَ: وَإِنَّ نَوْيًا مَجْرَدَ بَيْعِ الطَّلَاقِ وَشِرَائِهِ مِنْ غَيْرِ إِيقَاعِ الطَّلَاقِ مِنْهَا، وَمِنْ غَيْرِ نِيَّةِ الطَّلَاقِ مِنْهُ، فَهَذَا التَّصَرُّفُ فَاسِدٌ، وَالنِّكَاحُ بَاقٍ بِحَالِهِ، وَإِسْمَاعِيلُ هَذَا إِمَامٌ غَوَاصٌّ وَهُوَ مِنَ الْمَتَأَخِّرِينَ لَقِيَهُ مِنْ لَقِينَاهُ.

ولو قال لامرأته (برأس طلاق فروختم)<sup>(٤)</sup> قال صاحب «التَّهْذِيبِ» فِي «الْفَتَاوَى»: هَذَا طَّلَاقٌ، وَلَيْسَ بِخُلْعٍ، هَذِهِ الْكَلِمَةُ تُسْتَعْمَلُ فِي الْعَجْمِيَّةِ بِمَعْنَى التَّرْكِ وَالتَّخْلِيَةِ، يَقُولُ الرَّجُلُ لِغَيْرِهِ: مَرَّأَةً فَرُوخْتِي يَرِيدُ خَلْتِي.

ولو قالت المرأة: طَلَّقْتَنِي عَلَى كَذَا، فَقَالَ: خَالَعْتُكَ، فَإِنْ جَعَلْنَا الْخُلْعَ فَسْخَاً، لَمْ يَنْفِذْ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَجِبْهَا إِلَى مَا سَأَلَتْ، وَإِنْ جَعَلْنَا الْخُلْعَ صَرِيحَ الطَّلَاقِ أَوْ جَعَلْنَاهُ كِنَايَةً،

(١) يعني: أتخليت عني بهذا القدر إلى كذا.

(٢) كلمة فارسية بمعنى: بعث.

(٣) يعني: أتخليت عنا كما هو الآن؛ كي تخلصي.

(٤) يعني: تخليت عنك

ونوى حَصَلَتِ البينونة، ولزم المأل، وإن لم ينو لم يقع شيء<sup>(١)</sup> ولو قالت: خالغني على كذا، فقال: طلقتك عليه لم يقع شيء إن قلنا أن الخلع فسخ؛ لأن المبدول غير المسؤول، وفيه وجه: أنه يقع الطلاق؛ لأنها سألت أهوَنَ الفرقتين، وهي التي لا ينتقص بها العَدَد، فإذا طلقها فكأنه أجاب، وزاد، فصار كما لو قالت: طَلَّقْتَنِي طَلْقَةً بِالْفِ، فطلقها طلقتين بألف، وإذا قلنا بالأول وهو الظاهر فقوله: طَلَّقْتَنِي ابتداءً كلام منه، فإن لم يسم المال، وَقَعَ الطلاق رجعيًا، وإن سَمَاه، لم يَقَع ما لم تقبل، وإن قلنا: إن الخُلع طلاقٌ، فإن جعلناه صريحاً أو كنايةً، ونوت حصلت البينونة ولزم المال، ولا يضر اختلاف اللفظين، كما لو قالت: طَلَّقْتَنِي على كذا، فقال: سرحتك عليه، وإن جعلناه كنايةً ولم ينو، فقولها لاغ، والزوج مبتدئ بالطلاق، ولو وكَّل وكيلًا بالطلاق فخالع، فإن قلنا: إن الخُلع فسخٌ، لم ينفذ، وإن قلنا طلاقٌ قال البوشنجي الذي يجيء على أضلنا أنه لا ينفذ أيضاً؛ لأن للخُلع صيغةً وللطلاق صيغةً فإن كان ذلك بعد الدخول، فيقطع بعدم الثُّفُود، لأنه وكَّل بطلاق رجعي؛ فليس للوكيل قطع الرجعة، وبمثله أجاب فيما إذا وكَّله بالطلاق، وطَلَّقَ على مال إن كان بحيث يتوقع الرجعة، لم ينفذ وإن لم يكن، بأن كان قبل الدخول أو كان المملوك له الطلقة الثالثة، فقد ذكر فيه احتمالين: وجه النفوذ: أنه حصل غرضه مع فائدةً، ووجه المنع؛ أنه ليس مفهوماً من التوكيل المطلق الطلاق، وقد يتوقف في بعض ما ذكره حكماً وتوجيهاً.

ولو تخالعا هازلين نفذ إن قلنا: إنه طلاق، وإن قلنا: إنه فسخ فهو كبيع الهازل، وفيه خلاف.

والتعليق يمنع صحة الخُلع إن قلنا: إنه فسخ، وإن قلنا: إنه طلاق، لم يمنع الطلاق، والقول في المال سيأتي.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: (الْفَضْلُ الثَّانِي فِي نَسْبَةِ الْخُلْعِ إِلَى الْمَعَامَلَاتِ): وَالتَّفْرِيعُ عَلَى أَنَّهُ طَلَاقٌ فَتَقُولُ: لَوْ قَالَ: خَالَعْتُكَ أَوْ طَلَّقْتُكَ عَلَى أَلْفٍ فَهُوَ مُعَاوَضَةٌ مَخْضَمَةٌ حَتَّى يَجُوزَ رُجُوعُهُ قَبْلَ قَبُولِهَا، وَلَا بَدَّ مِنْ قَبُولِهَا بِاللَّفْظِ فِي الْمَجْلِسِ، وَلَوْ قَالَ: طَلَّقْتُكَ ثَلَاثًا عَلَى أَلْفٍ فَقَالَتْ: قَبِلْتُ وَاحِدَةً عَلَى ثَلَاثِ الْأَلْفِ لَمْ يَقَعْ، كَمَا لَوْ قَالَ: بَعَثْتُكَ هَذَا الْعَبْدَ بِالْأَلْفِ فَقَالَ: قَبِلْتُ ثَلَاثَةً بِثَلَاثِ الْأَلْفِ، وَلَوْ قَبِلْتُ الْوَاحِدَةَ بِكَمَالِ الْأَلْفِ وَقَعَ الثَّلَاثُ عَلَى الْأَظْهَرِ وَأَسْتَحَقُّ الْأَلْفَ، وَقِيلَ: يَسْتَحَقُّ مَهْرَ الْمِثْلِ، وَقِيلَ: لَا يَقَعُ أَضْلًا، وَقِيلَ: لَا يَقَعُ إِلَّا وَاحِدَةً، أَمَا إِذَا أَتَى بِصِيغَةِ التَّغْلِيْقِ فَقَالَ: مَتَى مَا أَعْطَيْتَنِي أَلْفًا فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَهَذَا تَغْلِيْقٌ

(١) في ز: وإن.

مَحْضٌ فَلَا يَخْتِاجُ إِلَى قَبُولِهَا وَلَا إِلَى إِعْطَائِهَا فِي الْمَجْلِسِ وَلَا لَهُ الرَّجُوعُ قَبْلَ الْإِعْطَاءِ،  
وَلَوْ قَالَ: إِنْ أَعْطَيْتَنِي فَهُوَ كَذَلِكَ إِلَّا أَنَّهُ يَخْتَصُّ بِالْإِعْطَاءِ بِالْمَجْلِسِ، لِأَنَّ قَرِينَةَ ذِكْرِ  
الْعَوْضِ يَقْتَضِي التَّعْجِيلَ، وَلَا يَنْدَفِعُ إِلَّا بِصَرِيحِ قَوْلِهِ مَتَى مَا .

قال الرَّافِعِيُّ: مقصود الفضل بيان ما ينجذب<sup>(١)</sup> إليه الخلع من الأصول، ويشتمل  
عليه من الشوائب.

قال علماء الأصحاب: إن جعلنا الخلع فسخاً، فهو معاوضة محضة من الجانبين،  
لا مدخل للتعليق فيه، بل هو كابتداء النكاح والبيع؛ ألا ترى أنه لا يشترط وروده على  
عوض النكاح، بل يجوز إيراده على عوض جديد، فلو قال: خالعتك على مائة فقبلت  
على خمسين، أو قالت: خالعتني بمائة، فخالعتها بخمسين، أو بخمسين فخالعتها بمائة،  
لم يصح؛ كما لو قال: بعت عبدك مني بمائة، فباعه بخمسين، أو بخمسين فباعه بمائة،  
وإن جعلناه طلاقاً، أو جرى لفظ الطلاق صريحاً، فيُنظر في كيفية ما جرى أبداً الزوج  
بالإيقاع، أم بدأت الزوجة بسؤال الطلاق والتماسه.

القسم الأول: إذا بدأ الزوج بالطلاق، وذكر العوض، فهو معاوضة فيها شائبة  
التعليق، أما جهة المعاوضة، فهي أنه يأخذ مالا في مقابلة ما يخرج من ملكه، وأما  
شائبة التعليق، فلأن وقوع الطلاق يترتب على قبول المال أو بدله، كما يترتب الطلاق  
المعلق بالشروط عليها، ثم تارة يغلب معنى المعاوضة، وأخرى معنى التعليق، وأخرى  
يراعى المعنيان، ويختلف ذلك بالصيغ المأتمية بها؛ فإن أتى بصيغة المعاوضة،  
وصورتها، فقال: خالعتك بكذا أو على كذا، أو طلقتك أو أنت طالق على كذا، فيغلب  
معنى المعاوضة وثبتت أحكامها، حتى يجوز له الرجوع قبل قبولها، ويلغو قبولها بعد  
رجوعه، ويشترط قبولها باللفظ من غير فصل، كما في البيع وسائر العقود<sup>(٢)</sup>، فلو  
تخلل زمان طويل، أو اشتغلت بكلام آخر، ثم قبلت لم ينفذ.

ولو اختلف الإيجاب والقبول؛ بأن قال: طلقتك بألف فقبلت بألفين، أو قال:  
طلقتك بألف فقبلت بخمسة مائة [لم] يصح؛ كما في مثله في البيع وغيره، هكذا ذكر  
صاحب «التهذيب» وغيره - [رحمهم الله] - وفي «الشامل»: أنه لو قال أنت طالق بألف

(١) في الروضة: يلحق به.

(٢) قال الأذري محل هذا في الناطقة أما الخرساء فإشارتها المفهومة كناطق غيرها وقال أيضاً الأشبه أن  
مخالفة الناطقة بالمكاتبة صحيحة على المذهب كالبيع والطلاق، ويستثنى ما إذا قال أنت طالق  
ألقي فاعطته ألقى على الفور، فإنه يقع الطلاق كما قاله ابن الصباغ والمتولي والرويانى وكلام ابن  
داود يقتضي أنه منصوص عليه.

فقبلت بألفين صحَّ، ولا يلزمها إلا الألف؛ لأنه لم يوجب إلا ألفاً، والظاهر الأول، وكذا لو قال طَلَّقْتُكَ ثلاثاً بألف، فقالت: قبلتُ واحدةً على ثلث الألف لم يصح، كما إذا قال بعثتُك هذا العبد بألف، فقال: قبلتُ ثلثه بثلث الألف، ولو قالت: قبلتُ واحدةً على الألف فوجهان.

أحدهما: وهو المذكور في «التتمة» أنه لا يقع شيء؛ لأنها لم تقبل إلا ثلث ما أوجب، وإذا لم يتفق الإيجاب والقبول، لم يصحَّ المعاوضة كما لو قال: بعثتُك هذين العبدين بألف، فقال: قبلتُ أحدهما بألف لا يصحُّ البيع، وأظهرهما الوقوع؛ لأن القبول من جهة المرأة إنما يعتبر سبب المال، وإلا فالزوج مستقل بالطلاق، فإذا قبلت المال والتزمته، اعتبرنا في الطلاق<sup>(١)</sup> جانب الزوج، وأما البيع فقد قال الشيخ أبو علي رحمه الله: يُحتمل أن يصحَّ تخريجاً، على القول بالصحة فيما إذا وكله ببيع عبده بمائة، فباعه بمائة وثوب وبتقدير ألا يصحَّ، فالفرق أن البيع محض معاوضة، والخلع فيه تعليق الطلاق بالمال وتحصيله، فإذا حصل، وقع ما أوقعه، وله ولاية إيقاعه، وإذا قلنا بوقوع الطلاق فيما يقع فيه وجهان:

أحدهما: أن تقع واحدة، لأنها لم تقبل إلا واحدةً، ويلغو ما لم يتصل به القول؛ ألا ترى أنها لو لم تقبل شيئاً، لا يقع شيء، وإذا قبلت الثلاث يقع الثلاث.

وأظهرها: على ما ذكره الشيخ أبو علي وصاحب الكتاب: أنه يقع الثلاث وبه قال القائل - رحمه الله -؛ لأن قبولها إنما يحتاج إليه للمال، وأما أضل الطلاق وعدده، فالزوج مستقل بهما، وفيما يستحق الزوج عليها، وإذا قلنا بوقوع الطلاق وجهان:

أظهرهما: وبه أجاب الشيخ أبو محمد وابن الحداد - رحمهم الله - أن المستحق الألف؛ لأن الإيجاب والقبول متعلقان به وواردان عليه.

والثاني: ويحكي عن ابن سريج: أنه يفسد العوض المذكور؛ لاخْتِلَافَهُمَا في عدد الطلاق إيجاباً وقبولاً، وهذا الاختلاف ينبغي أن يؤثر في العوض، وإن لم يؤثر في الطلاق، وإذا فسد العوض، كان الرجوع إلى مهر المثل، قال الشيخ أبو علي: وهذا الوجه على قولنا أنه لا يقع الثلاث أظهر منه على قولنا: يقع الثلاث وإن أتى الزوج بصيغة التعليق، نُظِرَ؛ إن قال: متى أعطيتني كذا، أو متى ما أعطيتني أو أي وقت أو حين أو زمان، فيغلب معنى التعليق ويثبت أحكامه، ويجعل كالتعليق بسائر الأوصاف حتى لا يحتاج إلى القبول باللفظ، ولا يشترط الإغطاء في المجلس، بل تطلق متى وجد الإغطاء، وليس للزوج الرجوع قبل الإغطاء، وإن قال: إن أعطيتني أو إذا أعطيتني كذا،

(١) سقط في ز.

فأنت طالق، فله بعض أحكام التعليقات؛ حتى لا يحتاج إلى القبول اللفظي ولا رجوع للزوج قبل الإعطاء وبعض أحكام المعاوضات، وهو اشتراط الإعطاء في المجلس أما ثبوت أحكام التعليق، فلأن اللفظ والتعليق بـ «متى»، وأما اشتراط الإعطاء في المجلس فلأن ذكر العوض قرينة تقتضي التعجيل؛ لأن [يرد] الإعراض بتعجيل في المعاوضات، وإنما تركنا هذه القضية في «متى» وأخواتها، لأنها صريحة في جواز التأخير شاملة لجميع الأوقات و «إن» لا تشملها، وإنما تقتضي التعليق والاشتراط فقط؛ ألا ترى أنه ينتظم أن يقال: إن أعطيتني، وإذا أعطيتني الآن، أو ساعة كذا، فلم تصلح «إن»، و «إذا» دافعة للتسوية - المقتضية - [لثبوت] التعجيل هكذا سوى الأكثرين بين «إن» و «إذا»، واختار الشيخ أبو إسحاق الشيرازي - رحمه الله - إلحاق «إذا» بـ «متى» وقال إنها تفيد ما تفيد «متى» محتجاً بأنه إذا قيل: إلى متى ألقاك، جاز أن يقول: إذا شئت كما يقول: «متى» و «أي وقت» شئت، ولا يجوز أن يقول: إن شئت، ثم ذكر صاحب «التتمة» أن اشتراط التعجيل مخصوصاً بما إذا كانت الزوجة حرة أما إذا كانت الزوجة أمة، وقال: إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق فلا يعتبر الفور في الإعطاء، بل يقع الطلاق، مهما أعطته وإن امتد الزمان؛ لأنها لا تقدر على الإعطاء في المجلس؛ لأنه لا يد لها الغالب، ولا ملك، بخلاف ما إذا قال: إن أعطيتني زقاً خمر، فأنت طالق، حيث يشترط الفور، وإن لم تملك الخمر؛ لأن يدها قد تشتمل على الخمر، قال: ولو أعطته الأمة ألفاً من كسبها، حصلت بينونة، لوجود الصفة، وعليه رد المال إلى السيد، ومطالبتها بمهر المثل، إذا عتقت.

والمراد من المجلس الذي يشترط فيه التعجيل مجلس التواجب، وهو ما يحصل به الارتباط بين الإيجاب والقبول، ولا نَظَر إلى مكان العقد، فكأن الإعطاء نازل منزلة القبول، فاعتبر فيه الاتصال المعتبر في الإيجاب والقبول، وفيه وجه حكاة القاضي ابن كج وغيره: أنه يقع الطلاق إذا أعطته قبل أن يتفرقا، وإن طالت المدة، ويجعل مجلس التخاطب جامعاً كما في القبض في الصِّرف والسلم، والمذهب الأول.

وقوله في الكتاب: «فَهُوَ كَذَلِكَ» معلّم بالواو، ولأن صاحب «التهذيب» حكى وجهاً: أنه يجوز للزوج الرجوع قبل الإعطاء، وهو الذي أورده صاحب «المهذب»، فلا تكون «إن» على ذلك الوجه كـ «متى»، ويقرب منه ما حكاة القاضي ابن كج عن أبي الطيب بن سلمة: أن الزوج بالخيار بين أن يقبل الألف الذي أحضرته وبين ألا يقبل.

وقوله: «إِلَّا أَنَّهُ يَخْتَصُّ بِالْإِعْطَاءِ بِالْمَجْلِسِ» معلّم بالألف، لأن عند أحمد - رحمه الله - كلمة إن بمثابة «متى»؛ في أنه لا يشترط تعجيل الإعطاء، وبالواو؛ لأن عن «شرح التلخيص» حكاية وجه مثله.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: فَأَمَّا جَانِبُ الْمَرْأَةِ فَمُعَاوَضَةٌ مَخْصُصَةٌ حَتَّى يَجُوزَ لَهَا الرُّجُوعُ قَبْلَ الْجَوَابِ وَإِنْ أَتَتْ بِصَرِيحٍ صِيغَةِ التَّغْلِيْقِ وَقَالَتْ: مَتَى مَا طَلَّقْتَنِي فَلَكَ أَلْفٌ وَيَخْتَصُّ الْجَوَابُ بِالْمَجْلِسِ أَيْضاً نَعَمْ أَحْتَمِلُ مِنْهَا صِيغَةَ التَّغْلِيْقِ لِشَبْهِهِ بِالْجَعَالَةِ فَإِنَّهَا بَدَلَتِ الْمَالَ فِي مُقَابَلَةٍ مَا يَسْتَقْبَلُ بِهِ الزَّوْجُ، وَلِذَلِكَ لَوْ قَالَتْ: طَلَّقْتَنِي ثَلَاثاً عَلَى أَلْفٍ فَقَالَ طَلَّقْتِكَ وَاحِدَةً عَلَى ثَلَاثِ الأَلْفِ اسْتَحَقَّ الثَّلَاثُ كَمَا فِي نَظِيرِهِ مِنَ الْجَعَالَةِ، بِخِلَافِ مَا لَوْ قَالَ الرَّجُلُ أَيْتَدَاءُ: طَلَّقْتِكَ ثَلَاثاً عَلَى أَلْفٍ فَقَبِلْتَ وَاحِدَةً لَمْ يَقَعْ لِأَنَّ مَا أَتَى بِهِ صِيغَةً وَاحِدَةً، وَلَوْ قَالَ: خَالَغْتُكُمْ عَلَى أَلْفٍ فَقَبِلْتَ وَاحِدَةً عَلَى خَمْسِمِائَةٍ لَمْ يَنْفَذْ لِأَنَّ الْجَوَابَ لَمْ يُوَافِقْ، بِخِلَافِ مَا لَوْ قَالَتْ: طَلَّقْنَا فَأَجَابَ إِحْدَاهُمَا نَفَذَ، وَإِنْ قَالَ: خَالَغْتِكَ وَصَرَّتِكَ فَقَبِلْتَ صَحَّ لِأَنَّ الْمُتَعَدِّدَ هُوَ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ فَقَطْ.

قال الرَّافِعِيُّ: الْقِسْمُ الثَّانِي: إِذَا بَدَأَتِ الزَّوْجَةُ بِسُؤَالِ الطَّلَاقِ وَالتَّمَاسِهِ، فَأَجَابَهَا الزَّوْجُ، فَهُوَ مُعَاوَضَةٌ فِيهَا مِثَابَةُ الْجَعَالَةِ، أَمَا أَنَّهَا مُعَاوَضَةٌ، فَلِأَنَّهَا تَحْصُلُ الْمَلِكُ فِي الْبُضْعِ بِمَا تَبَدَّلَهُ مِنَ الْعَوْضِ<sup>(١)</sup>، وَأَمَا شَائِبَةُ الْجَعَالَةِ؛ فَلِأَنَّهَا تَبَدَّلُ الْمَالَ فِي مُقَابَلَةِ مَا يَسْتَقْبَلُ بِهِ الزَّوْجُ، وَهُوَ الطَّلَاقُ، وَإِذَا أَتَى بِهِ وَقَعَ الْمَوْقِعُ وَحَصَلَ عِوَضُهُمَا، كَمَا أَنَّ الْجَعَالَةَ يَبْدُلُ الْجَاعِلُ الْمَالَ فِي مُقَابَلَةِ مَا يَسْتَقْبَلُ الْعَامِلُ بِهِ، فِي وَقْعِهِ الْمَوْقِعَ، وَتَحْصِيلُ الْغَرَضِ؛ وَلِأَنَّ الْجَاعِلَ يَلْتَمَسُ مَا فِيهِ حَظَرٌ قَدْ يَتَأْتَى وَقَدْ لَا يَتَأْتَى وَالْمَرْأَةُ تَلْتَمَسُ مِنَ الزَّوْجِ الطَّلَاقَ الْقَابِلَ لِلتَّغْلِيْقِ بِالْأَخْطَارِ وَالْأَغْرَارِ، وَيَجُوزُ لَهَا الرُّجُوعُ قَبْلَ جَوَابِ الزَّوْجِ؛ لِأَنَّ هَذَا هُوَ حُكْمُ الْمَعَاوِضَاتِ وَالْجَعَالَاتِ جَمِيعاً، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ تَأْتِيَ بِصِيغَةِ التَّغْلِيْقِ، فَتَقُولَ: إِنْ طَلَّقْتَنِي فَلَكَ كَذَا، أَوْ مَتَى طَلَّقْتَنِي، وَبَيْنَ أَنْ تَقُولَ: طَلَّقْتَنِي عَلَى كَذَا؛ فَإِنَّهُ مُعَاوِضَةٌ فِي الْحَالَتَيْنِ مِنْ جِهَةِ أَنَّ الْمَالَ هُوَ الَّذِي يَتَعَلَّقُ بِهَا، وَالْمَالَ لَا يَقْبَلُ التَّغْلِيْقَ، بِخِلَافِ الطَّلَاقِ مِنْ جَانِبِ الرَّجُلِ، وَكَأَنَّ قِيَاسَ كَوْنِهِ مُعَاوِضَةً أَلَّا يَجُوزَ التَّغْلِيْقُ فِيهِ، كَمَا لَوْ قَالَ: إِنْ بَغَيْتَنِي فَلَكَ كَذَا، وَلَكِنْ لِمَا فِيهِ مِنْ شَائِبَةِ الْجَعَالَةِ احْتَمَلَتْ فِيهِ صِيغَةَ التَّغْلِيْقِ، كَمَا لَوْ قَالَ: إِنْ رَدَدْتَ عِنْدِي فَلَكَ كَذَا، فَكَانَ الطَّلَاقُ لِسُرْعَةِ نَفْوْذِهِ لِمَا احْتَمَلَ فِيهِ التَّغْلِيْقَ، وَجَعَلَ مَعْلَقَهُ كَمَنْجَزِ الْبَيْعِ، احْتَمِلَ فِي التَّمَاسِهِ التَّغْلِيْقَ أَيْضاً، بِخِلَافِ الْبَيْعِ، وَيَشْتَرَطُ أَنْ يُطَلَّقَهَا فِي مَجْلِسِ التَّوَابِجِ عَلَى قَاعِدَةِ الْمَعَاوِضَاتِ، سِوَاهُ فِيهِ صِيغَةُ الْمَعَاوِضَةِ، وَصِيغَةُ التَّغْلِيْقِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَعْطَلَ بِ«إِنْ» أَوْ بِ«مَتَى»، فَلَوْ طَلَّقَهَا بَعْدَ تَخَلُّلِ مَدَّةٍ طَوِيلَةٍ، حَمَلَ عَلَى الْإِبْتِدَاءِ، لِأَنَّهُ قَادِرٌ عَلَيْهِ، وَلَمْ يَلْحَقْهُ فِي هَذَا الْحُكْمِ بِالْجَعَالَةِ؛ فَإِنْ رَدَّ الْعَبْدَ فِي الْجَعَالَةِ فِي الْمَجْلِسِ لَا يَشْتَرَطُ، هَذَا هُوَ الظَّاهِرُ، وَيَجُوزُ أَنْ

(١) فِي ز: وَمَا شَابَهُ.

يعلم قوله في الكتاب: «وَيَخْتَصُّ الْجَوَابُ بِالْمَجْلِسِ» بالواو؛ لِمَا هو مذكور في الكتاب في الفصل الثالث من الباب الرابع.

ولو قالت: طَلَّقْنِي ثَلَاثًا عَلَى أَلْفٍ، فقال: طَلَّقْتُكَ وَاحِدَةً عَلَى ثَلَاثِ الْأَلْفِ، أو اقتصر على قوله طَلَّقْتُكَ وَاحِدَةً، وقعت الواحدة، واستحق ثلث الألف، كما لو قال في الْجَعَالَةِ، رُدَّ عِبْدِي الثَّلَاثَةَ، ولك كذا، فرد واحداً استحق ثلثه، وليس كما إذا قال الزوج ابتداءً طَلَّقْتُكَ ثَلَاثًا عَلَى أَلْفٍ، فقالت: قَبَلْتُ وَاحِدَةً بثلثه؛ حيث قلنا: إِنَّهُ لَا يَقَعُ شَيْءٌ؛ لِأَنَّ مَا أَتَى بِهِ الزَّوْجُ صِيغَةُ مَعَاوِضَةٍ، فَرْتَبَ عَلَيْهِ أَحْكَامَ الْمَعَاوِضَاتِ، وَحَكَى الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ وَجْهًا؛ أَنَّهَا إِذَا سَأَلَتِ الثَّلَاثَ، فَطَلَّقَتْ وَاحِدَةً لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ وَغَلَطَ قَائِلُهُ.

ولو قال لامرأته خَالَعْتُكَمَّا بِأَلْفٍ، أو طَلَّقْتُكُمَا، أو أَنْتُمَا طَالِقَتَانِ، بكذا فقبلت إحداهما وخدَّها، لم يَقَعْ شَيْءٌ؛ لِأَنَّ الْقَبُولَ لَمْ يُوَافِقِ الْجَوَابَ، كَمَا لَوْ قَالَ: بَعْتُكُمَا هَذَا الْعَبْدَ بِأَلْفٍ، فقال أحدهما؛ قَبَلْتُ، وقد مر في «تفريق الصَّفْقَةِ» من «كتاب البيع» وَجْهٌ: أَنَّهُ يَصِحُّ الْبَيْعُ فِي حَقِّ الْقَائِلِ، وَلَا بُدَّ مِنْ مَجِيئِهِ هَا هُنَا، وَقَدْ صَرَّحَ بِهِ صَاحِبُ «الْتِمَةِ» وَالظَّاهِرُ الْأَوَّلُ، وَبِمِثْلِهِ أَجَابَ صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» فِيمَا إِذَا قَالَ: طَلَّقْتُ إِحْدَاكُمَا بِأَلْفٍ، وَلَمْ يَعِينِ، فَقَالَتَا: قَبَلْنَا.

ولو قال: خَالَعْتُكَ وَضَرَّتْكَ بِكَذَا، فقبلت، صحَّ الْخُلْعُ، وَلَزِمَ الْمَالُ الْمَسْمُومُ؛ لِأَنَّ هُنَاكَ جَرَى الْخَطَابُ مَعَهُمَا وَهَا هُنَا الْخَطَابُ مَعَ وَاحِدَةٍ، وَهِيَ مَخْتَلَعَةٌ لِنَفْسِهَا وَقَابِلَةٌ لَضَرَّتِهَا، كَمَا يَقْبَلُ الْأَجْنِبِيُّ الْخُلْعَ، وَلَوْ قَالَتْ لَهُ امْرَأَتَاهُ: طَلَّقْنَا عَلَى أَلْفٍ، وَطَلَّقَ إِحْدَاهُمَا، يَقَعُ عَلَيْهَا دُونَ الْأُخْرَى، كَمَا لَوْ قَالَ رَجُلَانِ: رُدَّ عَبْدَيْنَا بِكَذَا، فَرَدَّ أَحْدَهُمَا دُونَ الْآخَرِ، وَالْمَالُ مِثْلَهُمَا أَوْ نِصْفَ مِثْلِهَا الْوَاجِبُ عَلَى الَّتِي طَلَّقَهَا مِنْهُمَا مَهْرَ الْمِثْلِ، أَوْ حَصَّتْهَا مِنَ الْمَسْمُومِ، إِذَا وَزَعَ عَلَى مَهْرِ الْمَسْمُومِ تَوْزِيعَ الرَّؤُوسِ فِيهِ اخْتِلَافٌ قَوْلٍ، وَالْأَصْحُ الْأَوَّلُ، وَيَجْرِي الْخِلَافُ فِي الْوَاجِبِ عَلَى كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا، إِذَا طَلَّقَهُمَا جَمِيعًا، وَهَذَا الْخِلَافُ هُوَ الْخِلَافُ الْمَذْكُورُ فِي بَابِ «الصَّدَاقِ» وَفِيمَا إِذَا خَالَعَ امْرَأَتِيهِ عَلَى أَلْفٍ، وَقِيلَتَا، أَنَّهُ يَصِحُّ الْمَسْمُومُ أَوْ يَفْسُدُ إِنْ صَحَّ، فَالْتَوْزِيعُ عَلَى مَهْرِ الْمِثْلِ أَوْ الرَّؤُوسِ، وَإِنْ فَسَدَ، فَالْوَاجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ، أَوْ مَا يَقْتَضِيهِ التَّوْزِيعُ، وَالْخِلَافُ عَلَى مَا ذَكَرَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ مَخْصُوصٌ بِصُورَةِ الْإِطْلَاقِ، أَمَا إِذَا قَالَ طَلَّقْتُكَمَّا عَلَى أَلْفٍ مُنَاصَفَةً أَوْ قَالَتَا: طَلَّقْنَا عَلَى أَلْفٍ مُنَاصَفَةً، فَلَا خِلَافَ أَنَّهُ يَكُونُ كَذَلِكَ، وَلَوْ قَالَتْ: طَلَّقْنِي [بِأَلْفٍ] <sup>(١)</sup> فَقَالَ: طَلَّقْتُكَ بِخَمْسِمِائَةٍ يَقَعُ الطَّلَاقُ، وَتَجِبُ الْخَمْسِمِائَةُ، كَمَا لَوْ قَالَ: رُدَّ عَبْدِي بِأَلْفٍ، فَقَالَ: رَدَدْتَهُ بِخَمْسِمِائَةٍ، وَرَدَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ إِلَّا خَمْسِمِائَةً، وَفِيهِ وَجْهٌ، أَشَارَ

إليه في «التَّيْمَةَ» أنه لا يقع ويغلب معنى المعاوضة، وقد سبق في «البيع» أنه لو قال: يغني هذا بألف، فقال: بغته بخمسمائة، لا يصح ويمكن أن يقدر فيه خلاف؛ لأننا حكينا في البيع عن «فتاوى القفال» أنه لو قال: بغتك بألف درهم، فقال: اشتريت بألف وخمسمائة درهم، أنه يصح البيع والصورتان متشابهتان، هذا بيان ما قال الأصحاب بأن الخلع معاوضة، وفيه شائبة التعليق من جانب الزوج، وشائبة الجعالة من جانب الزوجة، وقد ظهر أن الغالب عليه أحكام المعاوضات وربما تولجها شيء من أحكام التعليق والجعالة، لأن العرق نزاع.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَلَوْ قَالَتْ: طَلَّقْنَا وَأَرْتَدَّتَا فَأَجَابَهُمَا ثُمَّ عَادَتَا إِلَى الْإِسْلَامِ صَحَّ الْخُلْعُ وَإِنْ تَخَلَّلَ كَلِمَةَ الرُّدَّةِ وَهَذَا الْكَلَامَ الْيَسِيرُ لَا يَضُرُّ.

قال الرافعي: قصد بهذه القضية الكلام فيما إذا تخلل بين الإيجاب والقبول في الخلع كلام آخر، وهذا شيء ولو أخره إلى ذكر الصيغة لكان أحسن، وقد مر في «البيع» وغيره، أنه لا ينبغي أن يتخلل بين الإيجاب والقبول كلام لا يتعلق بهما، فإن تخلل، بطل الارتباط بينهما، وذلك في الكلام الكثير، فأما الكلام اليسير، فقد أطلق الإمام فيه حكاية وجهين<sup>(١)</sup>، فقال: الصحيح أنه لا بأس به، واحتج محتجون لهذا الوجه منهم القاضي الحسين - رحمه الله - بأن الشافعي - رحمه الله - نص على أنه لو قالت له امرأته: طلقنا بألف، ثم ارتدتا، ثم طلقهما، كان الطلاق موقوفاً فإن رجعت إلى الإسلام في العدة لزمهما، ونحن نشرح هذه المسألة [أولاً]، ثم نرجع إلى ما يتعلق بالاحتجاج بها على المقصد المذكور، ونقدم على شرحها أنه إذا سألت المرأة الواحدة الطلاق بعوض ثم ارتدت عقيب السؤال، ثم أجابها الزوج، فينظر؛ إن كان قبل الدخول فتتنجز الفرقة بالردة، ولا يقع الطلاق ولا يلزم المال، وإن كان بعد الدخول، فالطلاق موقوف، فإن أصرت إلى أن انقضت العدة، فلا طلاق ولا مال، وإن عادت إلى الإسلام، بأن وقوع الطلاق، ولزم المال، وتختسب العدة من وقت الطلاق، ولو قالت له امرأته: طلقنا بألف، وارتدتا، ثم أجابهما، فإن لم يكن دخل بهما لغا الطلاق، وكذا لو كان قد دخل بهما وأصرتا إلى انقضاء العدة، وإن عادتا إلى الإسلام قبل انقضاء العدة، تبين وقوع الطلاق عليهما.

وقال الحناطي: ويحتمل أن يقال: لا يقع ويجعل اشتغالهما بكلمة الردة إغراضاً ورجوعاً عن ذلك الالتماس، وفي العوض الواجب على كل واحدة، الخلاف المذكور في الفضل السابق، وإن أصرت إحداهما، وعادت الأخرى، لم يقع الطلاق على

(١) في ز: فيقال.



المُصْرَّة، ويقع على العائدة، وفيما يلزمها الخلاف السابق، وفي «المجرد» حكاية وجه آخر أنه يلزمها جميع المسمى، ولو ارتدت إحداها، ثم أجابهما، وكان ذلك قبل الدخول أو بعده، وأصرت إلى انقضاء العدة، وقع الطلاق على المسلمة دون المرتدة، وكان ذلك كما لو أجاب إحداها دون الأخرى، إذا عرف ذلك، فمن احتمال تخلل الكلام اليسير، احتج بهذه المسألة؛ فإن تخلل الردة لم يقطع الارتباط بين الكلامين حتى حكمتنا بصحة الخلع عند العود إلى الإسلام، ومن لم يحتمله قال: الكلام في صورة النص وجد من المرأتين المخاطبتين، ولا يلزم من احتمال ذلك احتمال من المخاطب المطلوب منه الجواب، فإن المخاطب قد يشتغل إذا تم الخطاب بشيء آخر، وهو مع ذلك متوقع للجواب طالب له، وأما المخاطب فاشتغاله يشعر بالإعراض عن الجواب لكن قضية هذا الفرق أن يقال: لو ابتدأ الزوج، فقال: طلقك بألف، فارتدت ثم قبلت، لا يصح الخلع، وإن عادت إلى الإسلام، ولم يجز الأئمة على ذلك بل أجاب صاحب «التهذيب» فيما إذا ابتدأ الزوج بمثل الجواب الذي بيئه فيما إذا ابتدأت المرأة بالالتماس، ولو قال لامراتيه: طلقكما على ألف، فارتدتا، ثم قبلتا، فإن لم يدخل بهما أو دخل وأصرتا إلى انقضاء العدة لغير الخلع، وإن كان قد دخل بهما، وعادتا إلى الإسلام في العدة، صح الخلع في حقهما، وإن عادت إحداها، وأصرت الأخرى، بطل الخلع في حقهما جميعاً، وكان ذلك كما لو قبلت إحداها دون الأخرى، وقد مر أنه إذا ابتدأ بالإيجاب فلا بد من توافقهما على القبول؛ بخلاف ما إذا ابتدأت المرأتان بالالتماس، ولو خاطبهما كما ذكرنا وارتدت إحداها، ثم قبلتا، فإن كانت المرأة غير مدخول بها أو مدخولاً بها، وأصرت إلى انقضاء عدتها، فالخلع باطل في حقها، وإن عادت إلى الإسلام في العدة، صح في حقهما، وإن كانت الردة بعد إيجاب الزوج، كالردة بعد التماس الزوجة، عرف أن تخلل الكلام اليسير، لا يضر، ويؤيده ما مر في باب الأذان؛ أن الكلام اليسير لا يبطله، ولو ارتدتا بعد الدخول، ثم قالتا: طلقنا بألف، فأجابهما، وعادتا إلى الإسلام، وقع الطلاق، وحكى الحناطي خلافاً في أنه يكون رجعيًا أو يجب البدل، وهذا الخلاف عجيب والقول في خلع المرتدة سيعود إن شاء الله تعالى وبه أستعين.

قال - رضي الله عنه - :

### الباب الثاني في أركان الخلع

وهي خمسة: العاقدان والعوضان والصيغة (الأول: الموجب): وشروطه أن يكون مستقلاً بالطلاق، ويصح خلع السفية ولكن لا يبرأ المختلع بتسليم المال إليه بل إلى الولي.

قال الرَّافِعِيُّ: لا شك أن الخُلع يجري بين اثنين، وفيه عَوْضٌ ومَعْوَضٌ، وله صيغةٌ يعقد بها [فهذه خمسة أركان، والباب معقود] لبيانها الأول: الزَّوج وهو المَوْجِب ابتداءً، والمجيب لسؤال الطَّلَاق بِنَاءٍ، ويشترط أن يكون ممن ينفذ طلاقه، فلا يصح خُلع الصبي، والمجنون، ويصح من المَخْجُور عليه، بالفلس والسَّفَه، سواء أذن الولي أو لم يأذن، وسواء كان العَوْض قَدْرَ مهر المثل، أو دُونَهُ، فإن ذلك لا يزيد على الطلاق مَجَاناً، وطلاقها مَجَاناً نافذ، لكن لا يجوز للمختلع تسليم المال إلى السفية، بل يسلمه إلى الولي، فإن سلم إلى السفية وكان الخُلع على عين مال، يأخذها الولي من يده، فإن تَرَكَها في يده حتى تَلَفَ بعد العلم بالحال، ففي وجوب الضَّمان على الولي وجهان: حكاهما<sup>(١)</sup> الحناطي، وإن تلف في يد السفية، والولي لا يعلم التسليم، فيزجج على المختلع بمهر المثل في أظهر القولين وبقيمة العين في الثاني؛ لأنه حصل التلف قبل الوصول إلى مستحق القبض، وإن كان الخُلع على دَيْن، فيرجع الولي على المختلع، بالمسمى؛ لأنه لم يجر قبض صحيح، تحصل به البراءة، ويسترد المختلع من السفية، ما سلمه إليه، فإن تلف، فلا ضَّمان عليه؛ لأنه الذي ضيَّع ماله بالتسليم إليه، فصار كمن باع من السفية شيئاً وسلمه إليه، فتَلَفَ عنده، وهذا كله فيما إذا كان التسليم إلى السفية بغير إذن الولي، فإن كان بإذنه ففي الاعتداد به وجهان عن الداركي، وفي «المُجَرَّد» للحناطي، تعرض للوجهين وترجح لوجه الاعتداد<sup>(٢)</sup>.

ويصح خُلع العبد، وإن لم يأذن السيد، وكان العَوْضُ دون مَهْر المثل، ويدخل العَوْضُ في ملك السيد<sup>(٣)</sup> قهراً كأكسابه، على ما مرَّ في باب مداينة العبيد، والمختلع لا يسلم المال إليه، بل إلى السَّيِّد فإن سلمه إليه، فعلى ما ذكرنا في السفية، إلا أن ما يتَلَفَ في يد العبد، يطالبه المختلع بضمَّانه، إذا أعتق، لأن الحجر على العبد؛ لحق السيد، فيقتضي نفي الضمان ما بقي حق حجر السيد، والحجر على السفية لحق نفسه،

(١) قال الشيخ جلال الدين البلقيني جزم الرافي في باب اللقطة في نحو هذه المسألة بأن الضمان على الولي وهي ما إذا التقط الصبي، وفرعنا على صحة التقاطه وهو المذهب فإن على الولي أن ينزعها من يده فإن قصر بتركها في يده حتى تلفت أو أتلفها لزم الولي الضمان في مال نفسه وشهوة بما إذا احتطب الصبي وتركه الولي في يده حتى تلف أو أتلفه الصبي يجب الضمان على الولي؛ لأن عليه حفظه عن متلفه. انتهى ومقتضى هذا الجزم بإيجاب الضمان على الولي؛ لأن السفية في الالتقاط كالصبي وحكمه ما تقدم. انتهى.

(٢) قضيته الاعتداد بقبضه قال الشيخ البلقيني في «التدريب» أنه الأصح ذكره في «باب الحجر» ونقله هنا في حاشية الروضة عن الروياني في الكافي قال في التدريب وقياسه أن يجري في كل دين والأعيان أولى. وقال الأذرعي: أن نص الأم يفهم منه ذلك يعني ما رجحه الحناطي، ولو قال السفية لزوجته الرشيدة: إن أعطيتي ألفاً فأنت طالق فأعطته ألفاً طلقت ولا ضمان، صرح بذلك الماوردي.

(٣) في ز: فهو.

بسبب نقصانه، وذلك يقتضي نفي الضمان حالاً ومالاً، وخلع المدبر والمُعْتَق بعضه كخُلْع القنِّ فَإِنْ جرت مهابةً بين من بعضه حر، وبين سيده، فليكن عوض الخُلْع من الأُكْسَاب النادرة، وليجيء فيه الخلاف، وأما المكاتب، فيسلمُ عَوْضُ الخُلْع إليه؛ لصحة يده واستقلاله، وقوله في الكتاب: «وَشَرَطُهُ أَنْ يَكُونَ مُسْتَقِلًّا بِالطَّلَاقِ» لفظ الاستقلال إنما يحسن إطلاقه فيما له مقابلٌ ويحوج إلى مشاورة ومراجعة أو يدخل تحت ولاية، والطلاق ليس بهذه المشابهة، فالمعتبر أن يكون الزَّوج بحيث يَنْقُذ طلاقه.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: (الرُّكْنُ الثَّانِي: الْقَابِلُ): وَشَرَطُهُ أَنْ يَكُونَ أَهْلًا لِاتِّزَامِ الْمَالِ، وَاتِّزَامِ الْمَكَاتِبِ الْمَالِ فِي الْخُلْعِ تَبَرُّعًا، وَاتِّزَامِ الْأَمَةِ فَاسِدًا يُوجِبُ الرُّجُوعَ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ إِذَا عَقِقَتْ، وَقِيلَ: يُثَبِّتُ الْمُسَمَّى وَيَطَالِبُ بَعْدَ الْعِتْقِ، وَأَخْتِلَاعُهُمَا بِإِذْنِ السَّيِّدِ صَحِيحٌ، وَلَا يَكُونُ السَّيِّدُ ضَامِنًا لِلْمَالِ فِي الْجَدِيدِ.

قال الرَّافِعِيُّ: يشترط في قَابِلِ الخُلْعِ من الزوجة أو الأجنبي أن يكون مُطْلَقَ التصرف في المال، صحيح الالتزام، والمحجورون أنواع: فَمَنْهُمْ: المَحْجُور؛ بسبب الرُّقِّ، فإذا كانت الزوجة [المختلعة] أمة - لم يَخُلْ: إِمَّا أن يخلع بغير إذن السيد، أو بإذنه، فإن اختلعت بغير إذنه نُظِرَ إن اختلعت بغير مال السيد، ففي أمالي أبي الفرج السرخسي حكاية قولٍ عن الإملاء: أَنَّهُ يَقَعُ الطَّلَاقُ رجعيًا؛ لأنه إذا علم أن المال للسيد، و [أنه] لا إِذْنَ منه، لم يكن طامعاً في شيء وكان كما لو خَالَعَ السَّفِيه، والمشهور أَنَّهُ تحصل البيونة، كالخُلْعِ على الخمر والمغصوب والمستحق عليها مهر المثل أو بدل تلك العين فيه قولان:

أصحُّهُمَا: أوْلُهُمَا وإن اختلعت على ذَيْن، حصلت البيونة، والمستحق عليها مهر المثل، كما لو تزَّوج العبد بغير إذن السيد، ووَطِءَ، يكون الواجب مهر المثل، أو المسمَّى، ويصح التزامها، ويرفع الحجر عما تعلق بالذمة فيه وجهان أو قولان مُشْبِهَان بالخلاف في صحة شرائه وضمَّانِهِ بغير إذن السيد، والذي أجاب به العِرَاقِيُّونَ في هذا الخِلاف ثُبُوت المسمَّى، ويحكى كذلك عن اختيار القَفَّال والشيخ أبي علي [أيضاً]، ولكن نظم الكتاب يقتضي ترجيح القول بأن المستحقَّ مهر المثل، وهو المذكور في «التهذيب» والموافق لِمَا مَرَّ في الشراء والضمان، فإنَّما بَيَّنَّا أَنَّ الْأَصْحَّ فِيهِمَا البُطْلَانُ.

وما حكمنا بثبوته في اختلاعها، بغير إذن السَّيِّد يتعلق بِذِمَّتِهَا تطالب به بعد العتق، ولا مطالبة في الحال محافظةً على حق السيد، وإن اختلعت بإذن السَّيِّد، فإنَّما أن يبين العَوْضُ أو يطلق الإِذْنَ، فإن بينه، نُظِرَ، إن كان عينا من أعيان ماله، نَقَذ الخلع، واستحق الزوج تلك العين، وإن قُدِّرَ ذَيْنًا بأن قال: اختلعتي نفسك بألف، ففعلت، تعلق الألف بكسبها، كمهر العبد في النكاح المأذون فيه وإن زادت على ما قدر، فالزيادة في

ذمَّتها، وإن قال: اختلعي بما شئتِ اختلعت بمهر المثل، وبالزيادة عليه إن شاءت، وتعلّق الكلُّ، بكسبها. قاله في «التهذيب» وكأنه أراد بمهر المثل وإلا فقد ذكرنا في «الوكالة»، لو قال لو كيله: بعه بما شئت، لا يجوز له البيع بالعَبْن، وإنما يجوز بغير نقد البلد، وقضية ذلك ألا يكون الزائد على مهر المثل ها هنا مأذوناً فيه، وإن أطلق الإذن في الاختلاع، فقضيته مهر المثل، فإن اختلعت بقدر مهر المثل أو دونه، تعلّق بكسبها وإن زادت فالزيادة في ذمتها، وما تعلق بكسبها عند الإذن، يتعلّق بما في يدها من مال التجارة، إن كانت مأذونة في التجارة أيضاً، وإذا جرى الخلع، بإذن السيد والعوض ذين، ففي كون السيد ضامناً له الخلاف المذكور في أنه هل يكون ضامناً للمهر إذا أذن للعبد في النكاح.

واختلاع المكاتب بغير إذن السيد كاختلاع الأمة بغير إذنه؛ لتعلق حقّ السيد بكسبها وما في يدها، وإن اختلعت بإذنه فطريقان<sup>(١)</sup>:

أظهرهما: أنه على القولين في هبة المكاتب وتبرعاته بإذن السيد، ووجه كونه تبرّعاً أنه تفويت مالٍ لا بعوضٍ ماليّ.

وإن قلنا: لا يصحّ وهو المنصوص ها هنا، فخالعها بالإذن كهو بغير الإذن، اختلعت بالذنين أو بالعين، وقد بيّنا الحكم فيهما، وحكى الحناطي وجهاً، فيما إذا اختلعت بعين من مال السيد، بغير إذنه، أنه يرجع بالأقلّ من مهر المثل أو بدل العين، ولا بدّ من مجيئه في الأمة، إن صحّخنا تبرّعه بالإذن فكما ذكرنا فيما إذا اختلعت الأمة بالإذن.

والطريق الثاني: القطع بالبطلان بخلاف سائر التبرعات فإنه يتعلّق بها معه ثواب دينويّ وأخرويّ وليس في الخلع مثل هذه الفائدة، وأنه يفوت مرافق النكاح على المختلعة فليس لها تفويت المال عليه، والقول الذهاب إلى أن السيد يكون ضامناً لعوض الخلع في حق الأمة، لا يجيء في اختلاع المكاتب ذكره الشيخ أبو الفرج الزاز - رحمه الله - وعلّل بأن للمكاتب يداً ومالاً يطمع فيه الزوج بخلاف الأمة.

وقوله في الكتاب: «والتزام الأمة فاسد» إنما يطلق لفظ «الفساد»؛ للرجوع إلى مهر المثل، خلاف في تبرعات المكاتب بإذن السيد.

وقوله: «والتزام الأمة فاسد» إنما يطلق لفظ «الفساد»؛ للرجوع إلى مهر المثل، ونزوله منزلة الخلع، على الأعراض الفاسدة وعلى الوجه الذي نقول بشبوت المسمّى يطلق القول بصحته؛ كخالعها بالإذن.

(١) في ز: نظر فقال.

فَرْعٌ: اختلع السيد أُمَّتَهُ الَّتِي هِيَ تَحْتَ حُرٍّ أَوْ مَكَاتِبٍ عَلَى رَقَبَتِهَا.

قال إسماعيل البوشنجي: تحصلت فيه بعد إمعان النظر على وَجْهَيْنِ:

أحدهما: أَنَّهُ تَحْصُلُ الْفُرْقَةُ، وَيَكُونُ الرَّجُوعُ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ؛ لِأَنَّهُ خُلِعَ عَلَى بَدَلٍ لَمْ يَسَلِّمْ لَهُ، فَإِنَّ الْبَدَلَ هُوَ تَمَلُّكُ الرَّقَبَةِ، وَفُرْقَةُ الطَّلَاقِ وَتَمَلُّكُ الرَّقَبَةِ لَا يَجْتَمِعَانِ، وَإِذَا لَمْ يَسَلِّمْ الْبَدَلَ أَشْبَهَ مَا إِذَا خَالَعَهَا عَلَى خَمْرٍ أَوْ مَغْصُوبٍ وَأَصْحَمَا أَنَّهُ لَا يَصُحُّ الْخُلْعُ أَضْلًا؛ لِأَنَّهُ لَوْ حَصَلَتِ الْفُرْقَةُ، لِقَارِنِهَا يَمْلِكُ الرَّقَبَةَ؛ فَإِنَّ الْعَوْضِينَ يَتَسَاوَقَانِ<sup>(١)</sup> وَالْمَلِكُ فِي الْمَنْكُوحَةِ يَمْنَعُ وَقُوعَ الطَّلَاقِ، وَهَذَا كَمَا قَالَ الْأَصْحَابُ فَيَمْنَعُ عُلُقَ طَّلَاقِ زَوْجَتِهِ الْمَمْلُوكَةِ لِأَبِيهِ عَلَى مَوْتِ أَبِيهِ، أَنَّهُ لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ، إِذَا مَاتَ الْأَبُ؛ لِأَنَّ حَصُولَ الْمَلِكِ فِيهِ حَالَةٌ مَوْتِ الْأَبِ يَمْنَعُ وَقُوعَ الطَّلَاقِ، حَتَّى لَوْ كَانَ الْأَبُ قَدْ قَالَ: إِذَا مِتُّ فَهِيَ حُرَّةٌ يَقَعُ الطَّلَاقُ عِنْدَ مَوْتِ الْأَبِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَأَخْتَلَعَ السَّفِيهَةَ فَاسِدًا لَا يُوجِبُ الْمَالَ وَإِنْ كَانَ بِإِذْنِ الْوَالِي وَلَكِنْ إِذَا قَبِلَتْ وَقَعَ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا، وَإِذَا أَخْتَلَعَتِ الصَّبِيَّةُ لَمْ يَقَعِ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا لِأَنَّ لَفْظَهَا فِي الْقَبُولِ فَاسِدٌ، وَالْمَرِيضَةُ إِنْ أَخْتَلَعَتْ بِمَهْرِ الْمِثْلِ صَحَّ، وَالزَّيَادَةُ تُحْتَسَبُ مِنَ الثَّلَاثِ دُونَ الْأَصْلِ (ح).

قَالَ الرَّافِعِيُّ: وَمِنْ أَسْبَابِ الْحَجْرِ السَّفَهَ، فَإِذَا قَالَ لِزَوْجَتِهِ الْمَحْجُورِ عَلَيْهَا بِالسَّفَهِ: خَالَعْتُكَ عَلَى أَلْفٍ، أَوْ طَلَّقْتُكَ عَلَى أَلْفٍ فَقَبِلَتْ، وَقَعَ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا، سِوَاءَ قَبِلَتْ ذَلِكَ بِإِذْنِ الْوَالِي، أَوْ دُونَ إِذْنِهِ، وَلَا يَلْزِمُهَا الْمَالَ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنْ أَهْلِ التَّزَامِ الْمَالِ، وَلَيْسَ لِلْوَالِي صَرْفُ مَالِهَا إِلَى هَذِهِ الْجِهَةِ، وَإِنْ لَمْ تَقْبَلْ لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ؛ لِأَنَّ الصِّيغَةَ تَقْتَضِيهِ، فَهُوَ كَمَا لَوْ عُلِقَ الطَّلَاقُ عَلَى صِفَةٍ لَا يَدَّ مِنْ حَصُولِهَا، وَلَوْ قَالَ لَهَا: طَلَّقْتُكَ عَلَى أَلْفٍ إِنْ شِئْتَ، فَقَالَتْ عَلَى الْإِتِّصَالِ: شِئْتُ، يَقَعُ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا أَيْضًا، وَلَوْ ابْتَدَأَتْ فَقَالَتْ: طَلَّقْنِي عَلَى كَذَا، فَأَجَابَهَا، فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ.

ولو كانت له امرأتان رشيدة مطلقه ومحجور عليها، فقال: طَلَّقْتُكُمَا عَلَى كَذَا، فَقَبِلْنَا، وَقَعَ الطَّلَاقُ عَلَى الْمَطْلُوقَةِ بَاتِنًا، وَعَلَيْهَا مَهْرُ الْمِثْلِ عَلَى الْأَصْحَ، وَعَلَى السَّفِيهَةِ رَجْعِيًّا، وَإِنْ قَبِلَتْ إِحْدَاهُمَا وَخَدَّهَا لَمْ يَقَعْ عَلَيْهَا شَيْءٌ، وَلَوْ كَانَتَا سَفِيهَتَيْنِ، فَقَالَ: طَلَّقْتُكُمَا عَلَى أَلْفٍ، فَقَبِلْنَا، وَقَعَ الطَّلَاقُ عَلَيْهِمَا رَجْعِيًّا.

وإن قبِلَتْ إِحْدَاهُمَا وَخَدَّهَا لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ، وَلَوْ ابْتَدَأَتْ فَقَالَتْ: طَلَّقْنَا عَلَى كَذَا، فَطَلَّقْنَاهُمَا، وَقَعَ الطَّلَاقُ عَلَى السَّفِيهَةِ رَجْعِيًّا وَعَلَى الْأُخْرَى بَاتِنًا، وَإِنْ أَجَابَ السَّفِيهَةَ وَقَعَ

(١) في ز: يتساويان.

الطلاق عليهما رجعيًا وإن أجاب الأخرى وقع بائناً، وأصول هذه الصورة قد تقدّمت .  
وقوله وأنتما طالِقَتَانِ عَلَى الْفِإِ إِن شِئْتُمَا كَقَوْلِهِ: «طَلَّقْتُمَا عَلَى الْفِإِ» فِي جَمِيعِ ذَلِكَ .

ومنها الجُنُونُ وَالصُّغُرُ، فقبول المجنونة والصغيرة اللَّتَانِ لَا تَمِيزُ لِهَمَا لَعُوًّا، وَيَلْغُو قَوْلُ الزَّوْجِ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ عَلَى كَذَا، وَلَوْ قَالَ ذَلِكَ لِصَغِيرَةٍ مَمِيزَةٍ فَقَبِلْتُ ذَلِكَ فِيهِ وَجِهَانِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ أَضْلًا؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ أَهْلًا لِلْقَبُولِ وَلَا عِبْرَةٌ بِعِبَارَتِهَا بِخِلَافِ السَّفِيهَةِ .

وَالثَّانِي: أَنَّهُ يَقَعُ رَجْعِيًّا كَمَا فِي السَّفِيهَةِ وَيَكْتَفِي بِقَبُولِهَا لِلْوُقُوعِ كَمَا أَكْتَفِي بِقَبُولِ السَّفِيهَةِ، وَإِن لَمْ تَكُنْ أَهْلًا لِلتَّلَاقِ، وَالْوَجْهَانِ قَرِيبَانِ مِنَ الْوَجْهَيْنِ فِيمَا إِذَا قَالَ لِلصَّبِيَّةِ أَنْتِ طَالِقٌ إِن شِئْتِ، فَقَالَتْ: شِئْتُ أَوْ هُمَا وَالْوَجْهَ الْأَوَّلُ أَظْهَرَ عِنْدَ الْإِمَامِ وَالْمَصْنُفِ - [رَحِمَهُمَا اللَّهُ] - وَهُوَ الَّذِي أوردَهُ فِي الْكِتَابِ، وَرَجَّحَ صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» الثَّانِي، وَيُؤَيِّدُهُ أَنَّ أَبَا سَعْدٍ الْمُتَوَلَّى ذَكَرَ أَنَّ هَذَا الْخِلَافَ مَبْنِيٌّ عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِي أَنَّ الصَّبِيَّ هَلْ لَهُ عَمْرٌ؟ وَالْأَصْحَحُ فِي تِلْكَ الْمَسْأَلَةِ أَنَّ لَهُ عَمْرًا .

ومنها: مَرَضُ الْمَوْتِ، فَإِذَا اخْتَلَعْتَ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ نُظِرَ إِنْ اخْتَلَعْتَ بِمَهْرِ الْمَثَلِ، أَوْ أَقَلِّ، نَفَذَ وَلَمْ يَعتَبِرْ مِنَ الثَّلْثِ، وَقَدْ مَرَّ فِي خُلْعِ الْمَكَاتِبَةِ أَنَّ الْخُلْعَ تَبْرُؤٌ وَقَضِيَّتُهُ أَنَّ يَعتَبِرْ مِنَ الثَّلْثِ، وَإِن كَانَ بِمَهْرِ الْمَثَلِ، أَوْ أَقَلِّ، قَالَ الْأَئِمَّةُ، التَّصْرُفُ عَلَى الْمَرِيضِ أَوْسَعُ وَمَلَكُهُ أَتَمُّ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ لَهُ أَنْ يَصْرَفَ الْمَالَ إِلَى مَلَازِهِ وَشَهْوَاتِهِ، وَأَنَّهُ يَجُوزُ لَهُ نِكَاحُ الْأَبْكَارِ بِمَهْرٍ أَمْثَالِهنَّ، وَإِن لَمْ يَقْدِرْ عَلَى الْإِسْتِمْتَاعِ بِهِنَّ، وَأَنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَةُ الْمَوْسِرِينَ، وَالْمَكَاتِبُ لَا يَتَصْرَفُ إِلَّا بِقَدْرِ الْحَاجَةِ، وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ إِلَّا نَفَقَةُ الْمُعْسِرِينَ وَنُزُلُ الْخُلْعِ فِي حَقِّ الْمَكَاتِبَةِ مِنْزَلَةَ التَّبْرُؤَاتِ، لِأَنَّهُ مِنْ قَبِيلِ قَضَاءِ الْأَوْطَارِ الَّذِي يُمْنَعُ مِنْهُ الْمَكَاتِبُ دُونَ الْمَرِيضِ، وَإِن اخْتَلَعْتَ بِأَكْثَرِ مِنْ مَهْرِ الْمَثَلِ، فَالزِّيَادَةُ كَالْوَصِيَّةِ لِلزَّوْجِ، فَتَعتَبِرُ<sup>(١)</sup> مِنَ الثَّلْثِ، وَلَا تَكُونُ كَالْوَصِيَّةِ لِلْوَارِثِ؛ لِخُرُوجِهِ بِالْخُلْعِ عَنِ الْوَصِيَّةِ، فَإِذَا اخْتَلَعْتَ بَعْدَ قِيَمَتِهِ مَائَةٌ وَمَهْرٌ مِثْلُهَا خَمْسُونَ، فَقَدْ حَابَتِ بِنَصْفِ الْعَبْدِ، فَيُنْظَرُ، إِنْ خَرَجَتِ الْمُحَابَاةُ مِنَ الثَّلْثِ، فَالْعَبْدُ كُلُّهُ لِلزَّوْجِ عَوْضًا وَوَصِيَّةً، وَحَكَى الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ وَجْهًا آخَرَ أَنَّ لَهُ الْخِيَارَ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ الْعَبْدَ وَبَيْنَ أَنْ يَفْسُخَ الْعَقْدَ فِيهِ، وَيَرْجِعَ إِلَى مَهْرِ الْمَثَلِ؛ لِأَنَّهُ دَخَلَ فِي الْعَقْدِ عَلَى أَنْ يَكُونَ كُلُّ الْعَبْدِ عَوْضًا، وَقَدْ صَارَ بَعْضُهُ عَوْضًا، وَبَعْضُهُ وَصِيَّةً، وَالظَّاهِرُ الْأَوَّلُ؛ لِأَنَّ الْخِيَارَ إِنَّمَا يَثْبِتُ لِلتَّشْقِيقِ، وَالْعَبْدُ لَهُ بِتَمَامِهِ، وَإِن لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثَّلْثِ، بَأَنَّ كَانَ عَلَيْهَا دَيْنٌ مُسْتَعْرَقٌ، لَمْ تَصِحَّ الْمُحَابَاةُ،

(١) فِي ز: مَعتَبِرُ .

والزوج بالخيار بَيِّنَ أن يمسك نَصْفَ العبد، وهو قَدْر مهر المثل، ويرضى بالتشقيص، وبين أن يَفْسَخَ المُسَمَّى، ويضارب الغرماء بمهر المثل، وإن كان لها وصايا أُخْرَى، فإن شاء الزوج أَخَذَ نَصْفَ العبد، وضارب أصحاب الوصايا في النصف الآخر؛ لأنه في النصف الآخر كأحدهم وإن شاء فَسَخَ المسمى، وتقدم بمهر المثل على أصحاب الوصايا، ولا حَقَّ له في الوصية، لأن الوصية له كَانَتْ في ضمن المعاوضة وقد ارتفعت بالفسخ، وإن لم يكن دين ولا وصية ولا شيء لها سوى ذلك العبد، فالزوج بالخيار، إن شاء أَخَذَ ثُلْثِي العبد، نَصْفَهُ بمهر المثل، والسُدَسَ الباقي بالوصية، وإن شاء فَسَخَ، وليس [له] إلا مَهْرُ المثل. وأمَّا مرض الزوج، فلا يُوَثَّرُ في الخُلع بل يصح خُلعُه في مرض الموت، وإن كان بدون مهر المثل؛ لأن البُضع لا يبقى للوارث، وإن لم يجر خُلع، فلا معنى للاعتبار من الثلث؛ كما لو أعتق مستولده في مرض الموت لا يعتبر من الثلث، ولأنه لو طلق امرأته بلا عوض في مرض الموت، لا يعتبر قيمة البُضع من الثلث، فكذلك إذا نقص عن مهر المثل.

وقوله في الكتاب: «دُون الأَصْلِ» معلَّم بالحاء؛ [لأن<sup>(١)</sup>] عند أبي حنيفة - [رحمه الله] - إذا اختلعت المرأة في مَرَضِ الموت، يعتبر جميع العوض من الثلث، وإن كان دون مهر المثل، وهو إْحْدَى الروائتين عن مالك - رحمه الله -، والرواية الأخرى أنه إن كان العوض بقدر ما يرث من مالها، لولا الخلع، لم يعتبر من الثلث، وإن كان أكثر، فالزيادة من الثلث؛ لأنَّ الزيادة كانت تَفُوتُ على الورثة، لولا الخُلع، بخلاف قَدْر الميراث، ويروى عن أحمد - رحمه الله - مثل ذلك.

قَالَ العَرَالِيُّ: (الرُّكْنُ الثَّلَاثُ المَعْوِضُ): وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ مَمْلُوكًا لِلزَّوْجِ فَلَا يَصِحُّ خُلعُ البَائِنَةِ وَالمُخْتَلَعَةِ، وَيَصِحُّ خُلعُ الرِّجْعِيَّةِ عَلَى أَحَدِ القَوْلَيْنِ لِقِيَامِ المَلِكِ، وَيَصِحُّ خُلعُ المَرْتَدَّةِ إِنْ عَادَتْ إِلَى الإِسْلَامِ قَبْلَ العِدَّةِ، وَإِنْ أَصْرَتْ تَبَيَّنَ الطَّلَاقُ.

قال الرَّافِعِيُّ: إنما يبذل المال في الخُلع؛ لإزالة الملك عن البُضع وهو المعوض، ويشترط أن يكون مملوكاً للزوج؛ ليقابل العوض إزالته.

فأمَّا البائنة من المختلعة وغيرها، فلا يصح خُلعُها؛ لأنه لا ملك فيها، وفي خُلع الرجعية قولان:

أصحهما: أنه يصح، ويثبت الملك؛ لأنها كالمكوححة؛ ألا ترى إلى استمرار أكثر أحكام النكاح.

(١) سقط في ز.

والثاني: لا يصح؛ لزوال الملك، وفقدان الحاجة إلى الافتداء، ورأى أبو سعيد المتولي بناء القولين على الخلاف في أن الطلاق الرجعي، هل يُزيل ملك النكاح، أم لا؟ وهذا أصل يذكر في «كتاب الرجعة» وعن رواية الشيخ أبي علي وجه فارقٌ إنَّه يصحُّ اختلاعها بالطلقة الثالثة، دون الثانية؛ لأن الثالثة تفيد الحُرْمَةَ الكبرى، والثانية لا تفيد شيئاً وإذا قلنا: أنه لا يصحُّ خُلْع الرجعية، فحكاية الإمام وغيره عن الأصحاب - يرحمهم الله - أنه يقع الطلاق رجعياً، إذا قبلت، كما في السفيهة.

ولو خالغ المرتدة المدخول بها، فهو موقوف إن عادت إلى الإسلام قبل انقضاء العدة، تبين صحة الخلع، ولزوم المال المُسمَّى وإلا تبين أن الخلع باطلٌ وأن النكاح قد انقطع من وقت الردة، وكذا الحكم لو ارتد الزوج بعد الدخول، أو ارتدا معاً ثم جرى الخلع، وكنا لو أسلم أحد الزوجين الكافرين بعد الدخول، ثم تخالعا وأطلق في «التيممة» القول بأنه لا يصح الخلع بعد تبديل الدين، لأن الخلع فيه معنى المعاوضة، والمعاوضة تستدعي الملك في المعقود عليه، وهي كالزائلة عن ملكه؛ ولذلك يحكم بالفرقة من وقت التبديل إذا لم يجمعهما الإسلام في العدة، وهذا يقتضي إعلام قوله في الكتاب: «ويصحُّ خُلْع المُرتدة إن عادت إلى الإسلام قبل العدة» وإلى الخلاف أشار في «الوسيط» بقوله: «وله<sup>(١)</sup> التَّفَاوُتُ إِلَى وَقْفِ الْعُقُودِ» والله أعلم.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: (الرُّكْنُ الرَّابِعُ: الْعَوْضُ): وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا مَتَمُولًا، فَإِنْ كَانَ مَجْهُولًا فَسَدَّ الْخُلْعَ وَنَقَذَتِ الْبَيْنُونَةُ بِمَهْرِ الْمِثْلِ، وَإِنْ أَخْتَلَعَتْ بِخَمْرِ أَوْ مَغْضُوبٍ لَزِمَ مَهْرُ الْمِثْلِ فِي قَوْلٍ، وَقِيمَتُهُ فِي قَوْلٍ، وَلَوْ أَخْتَلَعَتْ بِالْدمِ وَقَعَ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا لِأَنَّهُ لَا يُقْصَدُ، وَالْمَيْتَةُ قَدْ تَقْصَدُ فِيهِ كَالْخَمْرِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: عَوْضُ الْخُلْعِ سَبِيلُهُ سَبِيلُ الصَّدَاقِ، فَلَا يَتَقَدَّرُ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ قَلِيلًا وَكَثِيرًا، عَيْنًا وَدِينًا، وَيَشْتَرَطُ فِيهِ أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا مَتَمُولًا مَعَ سَائِرِ شَرَايِطِ الْأَعْوَاضِ، كَالْقُدْرَةِ عَلَى التَّسْلِيمِ، وَاسْتِقْرَارِ الْمَلِكِ وَغَيْرِهِمَا وَتَفْصِيلُهُ بِصُورٍ إِحْدَاهَا: لَوْ خَلَعَ عَلَى مَجْهُولٍ، حَصَلَتِ الْفُرْقَةُ، وَكَانَ الرَّجُوعُ إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ<sup>(٢)</sup>، أَمَا حَصُولُ

(١) سقط في ز.

(٢) قال في الخادم: هذا إذا كان بغير تعليق أو كان معلقاً بإعطاء المجهول وغيره مما يتحقق إعطاؤه مع الجهالة، أما إذا قال إن أبرأتني من صدائك أو دينك أو نحو ذلك فأنبت طالق فأبرأته وهي جاهلة به لم يقع الطلاق؛ لأن الإبراء من المجهول لا يصح فلم يصح الإبراء فلم يوجد ما علق عليه الطلاق فلا يقدم لعدم حصول شرطه. ولا بد أن يعلم الزوج القدر المبرأ منه وإلا فلا تصح البراءة ولا يقع الطلاق.



الفرقة؛ فلأن الخُلْع إما فُسَخ النكاح، أو طلاقٌ إن كان فسَخاً، فالنكاح لا يفسدُ بفساد العوض، فكذلك فُسَخه، إذ الفسوخ تحكي العقود، وإن كان طلاقاً، فالطلاق يحصل بلا عوض، وماله حصول بلا عوض يحصل مع فساد العوض، كالنكاح، بل أولئى؛ لقوة الطلاق وسرايته، وأما الرجوع إلى مَهْر المثل؛ فلأن قضية فساد العوض ارتداد العوض الآخر، والبُضْع لا يرتد بعد حصول الفُرْقَة، فوجب رُدُّ بدله على ما سبق في فسَاد الصَّدَاق ومن صور الجهل ما إذا خالغ على عبد أو ثوب من غير تعيين، ولا وصف، ومنها الخُلْع على حمل البهيمة، أو الجارية، ولا فَرَق بين أن يقول: خَالَعْتُكَ على حمل هذه الجارية، وبين أن يقول: خَالَعْتُكَ بما في بطنها، وعن أبي حنيفة أنه إذا خَالَعَهَا على حَمَل الجارية، فإن كان معها حمل، صَحَّ الخُلْع بذلك الحمل، وإن لم يكن حَمَلٌ، رجع عليها بما أخذت من مهر المثل.

وإن قال: خَالَعْتُكَ بما في بطن هذه الجارية، فإن كان مَعَهَا حمل، ثبت المُسَمَّى، وإلَّا لم تستحق شيئاً، وعن مالك - رحمه الله - يجوز الخُلْع بالحمل، وزاد فقال: لو قال: خَالَعْتُكَ على ما ستحمل هذه الجارية أو الشجرة، يصح بالتسمية تشبيهاً بالوصية، وأطلق صاحب «التهذيب» وغيره أن عند أبي حنيفة: أنه يسقط الأجل، ويصح العوض والخُلْع ولو خالغ بألف إلى أجل مجهول أو خالغ بشرط فاسد، كما إذا شَرَط ألا ينفق عليها، وهي حامل، أو على أن لا سُكِّنَى لها، أو لا عِدَّة عليها، أو أن يطلق ضررتها يوجب الرجوع إلى مَهْر المثل، كما ذكرنا في الشروط الفاسدة في النِّكَاح.

[ولو] خَالَعَهَا على ما في كَفِّهَا، فإن لم يعلم ما في كَفِّهَا، أو علم ولم نُصَحَّحْ ببيع الغائب، فالرُّجُوع إلى مهر المثل، كما في سائر المَجَاهِيل، وإن علم وصَحَّحْنَا ببيع الغائب، صَحَّتِ التسمية، وإن لم يكن في كَفِّهَا شيءٌ، ففي «الوسيط» أنه يَقَعُ الطلاق رجعيًا، والذي حكاه غيره، أنه يكون بائناً والرُّجُوع إلى مهر المثل ويُشَبَّه أن يكون الجواب الأول فيما إذا كان عالماً بصورة الحال.

والثاني: فيما إذا ظَنَّ في كَفِّهَا<sup>(١)</sup> شيئاً، وعن أبي حنيفة: أنه ينزل على ثلاثة دراهم، ووجه بأن المقبوض في الكَفِّ ليس إلا ثلاثة؛ لأنه لا معنى لِقَبْضِ الإِبْهَامِ والمسيحة<sup>(٢)</sup>، ثم المعاملة تقع بالثُّقْد فكان التنزيل عليه أولئى، وينزل من النقد على الدرهم، لأنها أذنى.

(١) قال النووي: المعروف الذي أطلقه الجمهور، كأصحاب «الشامل» و«التتمة» و«المستظهري» و«البيان» وغيرهم، وقوعه بائناً بمهر المثل، وهو مقتضى كلام إمام الحرمين.

(٢) في ب: المشيحة.

والثانية: إذا خالعتها على ما ليس بمال؛ كخمرٍ، وخنزيرٍ، وحرَّ بانَت، فالرجوع إلى مهر المثل، أو إلى بدل المذكور فيه قولان:

أصحهما: أولهما<sup>(١)</sup> وهما كالقولين فيما إذا أضدَّعها خمرًا أو خنزيرًا، ولو خالغ على مغضوب فكذلك، ويُفترق بين أن يقول: خالغتك على هذا العبد، فبان حرًّا وبين أن يقول: خالغتك على هذا الحرِّ في أظهر الطرفين، حتَّى يقطع بوجوب مهر المثل في الصورة الثانية؛ لفساد الصيغة، وكذا يُفترق بين أن يقول: خالغتك على هذا العبد، فبان مستحقًّا، وبين أن يقول: خالغتك أو طلقتك على هذا العبد المغضوب، حتى يقطع بوجوب مهر المثل في الصورة الثانية.

وعن أبي حنيفة، ومالك وأحمد - رحمهم الله -: أنه إذا خالغها على خمر أو خنزير، بانَّت منه ولا شيء عليها، وعن القاضي حسين وجه: فيما إذا خالغ على خمر أو مغضوب أنه يقع الطلاق رجعيًّا، لأن المذكور ليس بمال، فلا يظهر طمعه في شيء، والمشهور ما سبق، ولو خالغها على دم، وقَع الطلاق رجعيًّا، وعَلل بأنه لا يقصد بحال، فكانه لم يطعم في شيء، وقد يتوقف في هذا؛ فإن الدم قد يُقصد لأغراض، ثم قضيته أن يقال: إذا أضدَّعها دماً يجب مهر المثل لا محالة، فيكون ذكر الدم كالسكوت عن المهر، والميئة قد تُقصد لإطعام الجوارح، ولأوقات الضرورة؛ فالخلع عليها كالخلع على الخمر والخنزير، لا كالخلع على الدم.

وقوله في الكتاب: «فإن كان مجهولاً فسَد الخُلْع ونَقَدَت البيئونة» ليعلم بالواو؛ لأن في «التَّيْمَة» ذكر وجه أنه لا تحصل الفرق في صورة الجهل وسائر صور فساد العوض، بناءً على أن الخُلْع فسَخ، وأنه لو خالغها، ولم يذكر عوضاً، لا تحصل الفرق، ووجهه إلحاق الفاسد بالمعدوم.

وقوله: «بمهر المثل» معلَّم بالحاء؛ لما سبق، وكذا قوله في الاختلاع بالخمر والمغضوب «لزم مهر المثل في قول، وقيمته في قول» معلمان بالحاء والميم والألف و [لا] يجوز إعلامهما بالواو؛ للوجه المذكور في سائر صور فساد العوض، أنه لا تحصل الفرق؛ فإنه إذا لم تُحصَل الفرقة، لا يلزم هذا ولا ذاك وأيضاً فللوجه المذكور عن

(١) محل في الخمر في خلع غير أهل الكتاب. أما خلغهم به فصحيح كما في أنكحتهم حتى لو حصل إسلام بعد قبض الخمر كله فإنه لا شيء عليها، وإن كان الإسلام قبل قبضه وجب مهر المثل للتعذر وفي قبض بعضه قسط مهر المثل. قال الشيخ البلقيني: ويستثنى من إطلاقه خلع الأب أو الأجنبي على هذا الخمر أو على المغضوب أو على عبدها هذا أو على صداقها، ولم يصرح بنباية ولا استقلال فيقع رجعيًّا ولا مهر، وليس لنا خلع بمغضوب أو خمر ونحوه يكون الحكم فيه كذلك غير هذه الصورة.

القاضي الحُسَيْن فيما إذا خَالَع على خمر أو خنزيرٍ أو مغضوب؛ أَنَّهُ يَقَع الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا؛ لأنَّ المذكور ليس بمال، فلا يظهر طمعه في شيء.

**الثالثة:** الخُلْعُ على ما لا يقدر المختلع على تسليمه، وما لم يتم ملكه عليه، كالخلع على الخمر والخنزير في جريان القَوْلَيْن، ولو خالعهما على عَيْن، فتلفت قبل القَبْض، أو خرجت مستحقة، أو خرجت مَعِيْبَةً، فردّها أو وَجَدَ فيها صِفَةً تخالف الصفة المشروطة اطْرَدَ القَوْلان في أن الرجوع إلى مَهْر المثل، أو بدل المذكور، ولو خالغ على ثوب في الذمّة، ووصفه كما ينبغي، فأعطته ثوباً بتلك الصفة، فَبَانَ مَعِيْباً فَلَهُ رده، ويطلب بمثله سليماً، كما في السلم، وإن قال: إن أعطيتني ثوباً صفته كذا وكذا، فأنت طالق، فأعطته ثوباً بتلك الصفات، طَلَّقْتَ، فإن خرج مَعِيْباً، فردّه عاد القَوْلان في أن الرجوع إلى مهر المثل، أو بدل ذلك الثوب؛ سليماً لأن بالتسليم تَعَيَّن وتعلّق بعينه الطلاق؛ فأشبه ما إذا طَلَّقَهَا أو خَالَعَهَا عليه، بخلاف الصورة السابقة، فإن الطلاق هناك تعلق بعوض في الذمّة.

قَالَ الْعَرَّالِيُّ: وَلَوْ قَالَ: خَالَعَهَا بِمِائَةٍ فَخَالَفَ الْوَكِيلَ وَنَقَصَ بَطْلَ الْخُلْعِ وَلَمْ يَقَعِ الطَّلَاقُ، وَلَوْ قَالَ: خَالَعَهَا مُطْلَقاً فَتَقَصَّ عَنِ مَهْرِ الْمِثْلِ فَفِيهِ خَمْسَةُ أَقْوَالٍ: (أَحَدُهَا): يَبْطُلُ كَمَا لَوْ قَدَّرَ بِالْمِائَةِ (وَالثَّانِي): أَنَّهُ يَنْفَقُ وَيَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ (وَالثَّالِثُ): أَنَّهُ يُخَيَّرُ الزَّوْجَ بَيْنَ الْمُسَمَّى وَمَهْرِ الْمِثْلِ (وَالرَّابِعُ): يُخَيَّرُ بَيْنَ أَنْ يَرْضَى بِالْمُسَمَّى وَيَبِينَ أَنْ يَجْعَلَ الطَّلَاقَ رَجْعِيًّا (وَالخَامِسُ): أَنَّهُ إِنْ رَضِيَ بِالْمُسَمَّى فَذَلِكَ وَإِلَّا أَمْتَنَعَ الطَّلَاقُ.

قال الرَّافِعِيُّ: يجوز التوكيل بالخلع، من جانب الزوجة والزوج جميعاً، كما يجوز التوكيل بالبيع والنكاح وغيرهما، وستكلم فيمن يجوز أن يكون وكيلاً في الخلع ومن لا يجوز في الركن الخامس من الباب؛ لأن طرفاً منه مذكور هناك، والمقصود ها هنا ذكر ما يتعلق بالعوض في مخالعة الوكيل والموكل، أما وكيل الزوج، فإن قدر له [الزوج] مالا، بأن قال: خالعه بمائة، فينبغي أن يخالعه بالمائة، أو أكثر ولا ينقص، وإن خلع بمائة التوكيل بالخلع وثوب، فهو كما لو قال: بئع عبدي بعشرة، فباع بعشرة وثوب وقد مرّ، وإن أطلق التوكيل بالخلع، فينبغي أن يخالغ بمهر المثل أو أكثر، ولا ينقص، وصورة إطلاق التوكيل أن يقول: وَكُلْتُكَ بخلع زوجتي، أو خالغها ولا يُقَدَّرُ مالا، ويكفي هذا في التصوير إن قلنا: إن مُطْلَقَ الخلع يقتضي المال، وإن قلنا: لا يقتضيه، فيشترط أن يقول: خالعه<sup>(١)</sup> بمال، أو بالمال، فإن نقص الوكيل عن المائة في صورة

(١) في ز: خالعتها.

التقدير، فالنص أنه لا يقع الطلاق، وإن نقص عن مهر المثل في صورة الإطلاق،  
فالتصُّ ووقوعُ الطَّلَاقِ وفيها طريقتان للأصحاب:

أحدهما: الأخذ بظاهر النصين وهو الذي أورده الشيخ أبو حامد، والفرق أن  
النقصان عن القدر مخالفة لصريح قوله، فلا يكون المأثري به مأذوناً فيه، والنقصان عن  
مهر المثل لا يخالف صريح قوله، بل اللفظ مُطْلَقٌ يشمل مهر المثل وغيره، وللطلاق  
قوةً وغلبةً، فعموم اللفظ يقتضي وقوعه، وأثر المخالفة يظهر في العوض على ما سيأتي  
وأصحهما التسوية بين الصورتين، وجعلهما على قولين:

أحدهما: وهو اختيار المُرَبِّيُّ أنه لا يقع الطلاق، كما لو وكله بالبيع [بمائة]<sup>(١)</sup>،  
فنقص أو بالبيع مطلقاً، فينقص عن ثمن المثل.

والثاني: يقع؛ لأن أصل الطلاق مأذونٌ فيه والمخالفة في العوض، كفساد يتطرق  
إليه، وأشبه ما إذا خالعتها الزوجة على عوض فاسد أيضاً وسند ذكر أن وكيل الزوجة إذا  
خالف يقع الطلاق، فكذلك ها هنا، واتفق الناقلون على أن الأصح من القولين فيما إذا  
نقص عن المقدر، عدم الوقوع، وأما إذا نقص عن مهر المثل في صورة الإطلاق،  
فكذلك ورجح صاحب «التهذيب» عدم الوقوع، وكأنه أقوى توجهاً لكن العراقيون  
والقاضي الروياني وغيرهم رجحوا الوقوع وإذا قلنا بالوقوع ففي كفيته قولان:

أصحهما: وهو نصه في الإملاء: أنه لا خيار فيه للزوج، بل يقع بائناً، ويجب  
مهر المثل، كما لو فسد العوض، بأن ذكر خمراً أو خنزيراً.

والثاني: أن للزوج خياراً، وفيما فيه الخيار قولان: أظهرهما: أن نفس الطلاق لا  
خيار فيه، بل الطلاق واقع، وإنما الخيار في المال وفي كفيته قولان:

أحدهما: أنه بالخيار بين أن يرضى بما سمّاه الوكيل، وبين أن يطالب بمهر  
المثل؛ لأن لفظه عام، فله أن يريد به المسمى، وإن أراد مهر المثل، فهو قضية  
الإطلاق، وقد يكون له غرض غير المسمى، وإن كان دون مهر المثل وهذا التوجيه  
يختص بصورة الإطلاق.

وأصحهما: وهو نصه في الأم: أنه بالخيار بين أن يرضى بالمسمى، وبين أن لا  
يرضى فيندفع المال ويكون الطلاق رجعيًا؛ لأنه لا يمكن إجباره على المسمى؛ لأنه  
دون ما يقتضيه الإذن، ولا يمكن إجبارها على المقدر ولا على مهر المثل عند  
الإطلاق؛ لأنه فوق ما رضيت به فلزم اندفاع المال.

والثاني: ويحكى عن رواية الشيخ أبي علي في شرح «التلخيص» أنه يتعلق بالخيار بنفس الطلاق، قال: فإن رضي بالمسمى، فذاك، وإلا رُدَّ المال والطلاق، قال في «الوسيط»: وهذا يكاد يكون وفقاً للطلاق، ويجوز أن يحتمل وقف الطلاق إن لم يحتمل وقف البيع والنكاح؛ لأن الطلاق يقبل التعليق بالإغراء، لكن قضيته أن يوقف طلاق الفضولي، ويمكن أن يقال: ليس هذا يوقف الطلاق، لكن الطلاق منوطٌ بعوض قابل للرد، فإذا رد العوض انعطف الرد على الطلاق، وإذا نزلت التنزيل المذكور، حصلت خمسة أقوال، كما في الكتاب إلا أنه أوردتها في صورة الإطلاق، وإن لم يورد في صورة التقدير إلا عدم الوقوع، وليعلم قوله، «ولم يقع الطلاق» بالواو للطريقة الثانية، ويجوز أن يعلم قوله: «أقوال» في الصورة الثانية بالواو؛ لأن مساق الطريقتين يقتضي جزم إحدى الطريقتين بالوقوع في صورة الإطلاق، وخلع الوكيل بغير نقد البلد، أو غير جنس المسمى، أو بقدر مهر المثل مؤجلاً، كخلعه بما دون المقدّر، أو مهر المثل، ففيه الخلاف المذكور.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: أَمَا وَكَيْلُهَا بِالِاخْتِلَاعِ بِمِائَةِ إِذَا زَادَ فَالْنَّصُّ وَقُوْعُ الْبَيْنُونَةِ، وَفِيمَا يَلْزَمُهَا قَوْلَانِ: (أَحَدُهُمَا): مَهْرُ الْمِثْلِ (وَالثَّانِي): يَلْزَمُهَا مَا سَمَّتْ وَزِيَادَةُ الْوَكِيلِ أَيْضاً يَلْزَمُهَا إِلا مَا جَاوَزَ مِنْ زِيَادَتِهِ عَلَى مَهْرِ الْمِثْلِ، وَإِنْ أَضَافَ الْوَكِيلُ الْإِخْتِلَاعَ إِلَى نَفْسِهِ صَحَّ وَلِزِمَهُ الْمُسَمَّى، وَإِنْ لَمْ يَصْرَحْ بِالإِضَافَةِ إِلَيْهَا وَلَا إِلَى نَفْسِهِ حَصَلَتِ الْبَيْنُونَةُ وَعَلَيْهَا مَا سَمَّتْ، وَالزِّيَادَةُ عَلَى الْوَكِيلِ، وَفِي قَوْلِ آخَرَ الزِّيَادَةُ عَلَيْهَا أَيْضاً مَا لَمْ يَجَاوِزْ مَهْرَ الْمِثْلِ فَإِنْ جَاوَزَ مَهْرَ الْمِثْلِ فَهِيَ عَلَى الْوَكِيلِ، وَإِنْ أَذِنَتْ مُطْلَقاً فَهِيَ كَالْمُقَدَّرِ بِمَهْرِ الْمِثْلِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: بَانَ الْحُكْمُ فِيمَا إِذَا خَالَفَ وَكَيْلَ الزَّوْجِ فِي عَوْضِ الْخُلْعِ، وَأَمَا وَكَيْلُهَا فِي الْإِخْتِلَاعِ، فِيمَا أَنْ تَقْدِرَ لَهُ الْعَوْضُ أَوْ أَطْلَقْتَ التَّوَكِيلَ.

الحالة الأولى: إذا كانت قد قدرت، فقالت: اختلعتني بمائة، فإن اختلعت بها، أو بما دونها بالوكالة عنها، نفذ، والقول في أنه هل يطالبه الزوج به وأن له مع الوكالة أن يخلع مستقلاً مذكوراً في فضل خلع الأجنبي، وإن اختلعت بأكثر من المائة، وأضاف فقال: اختلعتُها بكذا من مالها بوكالتها، [فالذي]<sup>(١)</sup> نص عليه الشافعي - رضي الله عنه - أنه تحصل البينونة.

وقال المُرْنَبِيُّ: لا تحصل، كما لو خالف الزوج فنقص عن المقدّر، وفرّق الأصحاب من وجهين:

(١) سقط في ز.

أحدهما: أن مالك الطلاق هو الزوجُ فإذا خالفه نائبه، لم ينفذ [منه]، والمرأة لا تملك الطلاق، وإنما إليها قبُول المال، فمخالفة وكيلها تؤثر في المال، والبيئونة لا يندفع بفساد المال المجعول عوضاً.

والثاني: أن الخلع من جانب الزوج نازعٌ إلى التعليق، فكأنه علق الطلاق بذلك المقدر، فإذا نقص الوكيل لم تحصل الصفة، وجانب الزوجة بخلافه، وفيما علق عن الإمام أن ما ذكره المزنّي قولٌ مُخرَجٌ عن أصل الشافعي - رضي الله عنه -، قال: وأرى كل اختيار له تخريباً، فإنه لا يخالف أصول الشافعي - رضي الله عنه - لا كأبي يوسف ومحمد؛ فإنهما يخالفان أصول صاحبهما، ويُشعر به قوله في الكتاب «فَالنَّصُّ وَفَوْعُ الْبَيْتُونَةِ»؛ لأن مثل ذلك إنما يطلق حيث يكون ثمَّ تخريبٌ، الذي ذهب إليه المزنّي أنه لا يقع الطلاق أصلاً، وفي «المجرد» للحناطي حكاية قول آخر، أنه يقع الطلاق ولا يلزمها شيء ولا الوكيل، والظاهر من المذهب حصول البيئونة، وفيما على الزوجة قولان:

أصحهما: وهو نصّه في الإملاء أن الواجب عليها مهر المثل، زاد على ما قدرته أو نقص؛ لأن عوض الخلع إذا فسد كان الرجوع إلى مهر المثل.

والثاني: عن نصّه في «الأم» أن الواجب أكثرُ الأمرين من مهر المثل، وما سمته هي؛ فإن كان مهر المثل أكثرَ فهو المرجوع إليه عند فساد المسمى وإن كان الذي سمته أكثرَ لزمها؛ لأنها قد رضيت به والتزمته، وإذا كان مهر المثل زائداً على ما سمّاه [الوكيل، لم تجب الزيادة على ما سماه]<sup>(١)</sup> على هذا القول، وكذا لو كان [ما]<sup>(٢)</sup> سمّاه الوكيل أكثرَ من مهر المثل لا تجب الزيادة؛ لأنَّ الزوج رضي به، وعبر في الكتاب عن هذا القول بأنه «يلزمها ما سمّت وزيادة الوكيل أيضاً» يلزمها إلا ما جاوز من زيادته على مهر المثل، فلا تجب تلك الزيادة، وأهمّل الطرف الآخر، وهو أن يكون مهر المثل أكثرَ، فإذا قُدِّرَتْ مائة، وسمّى الوكيل مائتين، ومهر مثلها تسعون، فالواجب تسعون على القول الأول، ومائة على الثاني، ولو كان مهر المثل مائة وخمسين، فالواجب مائة وخمسون على القولين، ولو كان مهر المثل ثلاثمائة، لم يجب على القول الثاني إلا مائتان، والعبارة الوافية بمقصود القول أن يقال؛ يجب عليها أكثرُ الأمرين ممّا سمّته هي ومن أقل الأمرين من مهر المثل، وما سماه الوكيل وحكي قول ثالث: أنه إذا زاد الوكيل، فالمرأة بالخيار إن شاءت أجازت بما سمّى الوكيل، وإن شاءت ردّت، وعليها مهر المثل، وهل يطالب الوكيل بالواجب عليها؟ قال الأئمة - رحمهم الله -: لا يطالب إلا أن يقول على أي ضامن، فيطالب بما سمى، وإذا أخذه الزوج منه، ففي «التهذيب»

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

أنه لا يرجع عليها إلا بما سمّت ويجيء فيه قول آخر أنه يرجع بالواجب عليها، وهو مهر المثل، أو أكثر الأمرين منه ومما سمته على اختلاف القائلين السابقين [كما] سنذكره فيما إذا أطلق الاختلاع، ولم يضاف إليها وما هنا كلامان:

**أحدهما:** نقل الإمام عن الصيدلاني تأثير الضمان في مطالبته بما سمى، واستبعده واعترض عليه؛ بأن اختلاعه بالزيادة مخالفة، وإضافته إليها فاسدة، فيلغو الضمان المرتب عليها، نعم أثر الضمان مطالبته بما تطالب به المرأة، ولك أن تقول: تأثير الضمان في المطالبة بالمسمى لم ينفرد بذكره الصيدلاني حتى ينسب إليه، أو إلى روايته كما تُنسب الروايات الشاذة إلى أربابها، بل أورد الأضحاب على طبقاتهم، وفي «المختصر» تعرض لمثله، وأما الإشكال، فيجوز أن يقال الخلع عقد يستقل فيه الأجنبي بالتزام المال، فيجوز أن يؤثر فيه الضمان المشتمل على التزام المال، وإن لم يترتب على إضافة صحيحة بخلاف ضمان الثمن في البيع الفاسد ونظائره، وفي «المجرد» للحناطي: قول وراء المشهور أنه لا أثر لهذا الضمان، وهو يوافق ما قرره الإمام مذهباً.

**والثاني:** إذا قلنا: لا يرجع عليها إلا بما سمّت، فقد توجه بأننا إن أوجبنا زيادة عليه؛ بأن كان مهر المثل أكثر، وأوجبنا مهر المثل، أو أكثر الأمرين، فسببه مخالفة الوكيل؛ فلا يرجع عليها بما تولد من فعله، إنما يرجع بما التزمته ورَضِيَتْ به، وقضية هذا أن يقال: إذا [عرفت] زيادة على ما سمته، يرجع على الوكيل، ويكون استقرار تلك الزيادة عليه، هذا كله فيما إذا أضاف الوكيل الاختلاع<sup>(١)</sup> إليها، ولو أنه أضاف إلى نفسه، فهو خلع الأجنبي، والمال عليه، وإن أطلق، ولم يضاف إليها ولا إلى نفسه، فإن قررنا على النص، فيثبت على الوكيل ما سمّاه، وفيما عليها منه قولان:

**أصحهما:** أن عليها ما سمّت؛ لأنها لم ترض بأكثر منه، والزيادة على ما سمى على الوكيل؛ لأن اللفظ مطلق، والصرف إليه ممكن، وكأنه افتداها بما سمّت، وبزيادة من عند نفسه، وعلى هذا، فلو طالب الزوج الوكيل به رجّع على الزوجة بما سمّت.

**والثاني:** أن عليها أكثر الأمرين، من مهر المثل، وما سمّت؛ لأنه عقد لها، فأشبه ما إذا أضاف إليها، فإن بقي من أكثرها شيء إلى ما سمى الوكيل، فهو عليه، وإن زاد مهر المثل على ما سمى الوكيل، لم تجب تلك الزيادة؛ لأن الزوج رضي بما سمى الوكيل، وذكر الإمام وغيره أن القياس على مذهب المزي في صورة الإطلاق انصراف الخلع إليه؛ كالوكيل بالشراء إذا زاد ولم يضاف الشراء إلى الموكل، ولو أضاف ما سمته إليها، والزيادة إلى نفسه، ثبت المال كذلك، ولو خالف الوكيل في جنس العوض؛ مثل

(١) في ز: الإخلع.

أن تقول: اخلعني بالدرهم، فيخلعها بالدنانير، أو توكله بالاختلاع على ثوب دفعته إليه، فيختلع على دراهم، فعن القاضي الحسين: أنه ينصرف الاختلاع عنها حتى يلغو إن أضاف إليها، ويقع عن الوكيل إن أطلق بخلاف ما إذا خالف في القدر؛ فإنه إذا زاد على ما قدرته، فقد أتى بما أقرت به وزيادة.

والأظهر: وهو المذكور في «التهديب»: أنه تحصل بينونة؛ لما مر في مخالفة القدر، ثم يُنظر إن أضاف الخلع إلى مالها، ولم يقل: وأنا ضامن، فالرجوع عليها بمهر المثل في أصح القولين، وبالأكثر من مهر المثل، ويدل ما سمت في القول الثاني، وإن قال: وأنا ضامن [أو] لم يضيف العقد إليها، فلا يزجح إلا ببدل ما سمت.

الحالة الثانية: إذا أطلقت التوكيل فقضيته الاختلاع بمهر المثل، فإن نقص عنه أو ذكر فيه أجلاً، فقد زادها خيراً، وإن زاد على مهر المثل، فكما لو قدرته وزاد على المقدر، والحكم على ما ذكرنا هناك، لكن لا يجيء ما هنا قول وجوب أكثر الأمرين.

فزع: لو اختلعت وكيل المرأة بخمر أو خنزير حصلت بينونة، ولزمها مهر المثل، سواء أطلقت التوكيل أو سمت الخمر والخنزير، وقال المزني: لا يصح التوكيل إذا سمت الخمر، ولا ينفذ الخلع من الوكيل، كما لو وكل وكيلًا، بأن يبيع أو يشتري بالخمر، وأجاب الأصحاب بأن في الخلع معنى التعليق، ومالك الطلاق هو الزوج، فكأنه علق الطلاق بقبول الخمر؛ فأشبه ما إذا خاطبها، فقيلت، ولو خالغ وكيل الزوج على خمر أو خنزير، وكان قد وكله بذلك، فقد طرد أبو الفرج الزاز - [رحمه الله] - فيه حكاية مذهب المزني، وظاهر المذهب فيه كما في الصورة السابقة فروع في فتاوى الشيخ الفراء [منها]<sup>(١)</sup> أنه لما قالت المرأة لوكيلها: اخلعني من زوجي بطلقة واحدة على ألف، فاختلعها بثلاث بألف تحصل بينونة، ويُنظر إن أضاف إليها، لا تقع إلا واحدة، وإن لم يضيف لم يقع إلا الثلاث، ولا يجب على المرأة إلا ثلث الألف؛ لأنه لم تحصل مسألته إلا بثلث الألف، وعلى الوكيل بقية الألف، وهذا ليس بواضح، وسيأتي أنها لو قالت: طلقني واحدة بألف، فقال: طلقثك ثلاثاً، تقع الثلاث واحدة منها بالألف، وفيها أنها لو قالت: اخلعني من زوجي بثلاث تطليقات، على ألف فاختلعها واحدة على ألف، فإن أضاف إليها لم يقع، وإن لم يضيف يقع، وعلى الوكيل ما سماه، وأن الرجل لو قال لوكيله خالغها على ألف بثلاث تطليقات، فخالغ بواحدة على ألف يقع؛ لأنه زاد خيراً، وأنه لو وكل وكيلًا تطليق امرأته بألف وآخر بتطليقها بألفين فأيهما سبق، وقع الطلاق بما سمي، وإن أوجبا معاً، فقالت: قبلت منكما، أو

(١) سقط في ز.



كَانَتْ قَدْ وَكَّلَتْ وَكَيْلِينَ أَيْضاً، فَقَبِلَ وَكَيْلَاهَا مِنْ وَكَيْلِيهِ مَعاً، لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ، كَمَا لَوْ وَكَّلَ وَكَيْلاً بِبَيْعِ عِنْدِهِ بِأَلْفٍ، وَآخِرَ بَيْعِهِ بِأَلْفَيْنِ، فَعَقَّداً مَعاً لَا يَصَحُّ الْبَيْعُ وَفِي «فَتَاوَى الْقَقَالِ»؛ أَنَّهُ لَوْ وَكَّلَ رَجُلًا بَأَن يَطْلُقَ زَوْجَتَهُ ثَلَاثًا، فَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً بِأَلْفٍ، تَقَعُ رَجِيعَةٌ، وَلَا يَثْبِتُ الْمَالُ، وَقَضِيَّتُهُ هُنَا أَنْ يَقَالَ: لَوْ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا بِأَلْفٍ، لَا يَثْبِتُ الْمَالُ أَيْضاً، وَلَا يَبْعَدُ أَنْ يَصَارَ إِلَى ثُبُوتِ الْمَالِ، وَإِنْ لَمْ يَتَعَرَّضِ الزَّوْجُ لَهُ، كَمَا لَوْ قَالَ: خَالَغَهَا بِمِائَةٍ، فَخَالَعَ فَأَكْثَرَ، يَجُوزُ، وَإِنْ لَمْ يَتَعَرَّضِ الْمُوَكَّلُ لِلزِّيَادَةِ؛ وَهَذَا لِأَنَّ الْمُوَكَّلَ بِهِ الطَّلَاقُ، وَالطَّلَاقُ قَدْ يَكُونُ بِمَالٍ، وَقَدْ يَكُونُ بِغَيْرِ مَالٍ، فَإِذَا أَتَى بِمَا وَكَّلَهُ بِهِ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي هُوَ خَيْرٌ، وَجَبَ أَنْ يَجُوزَ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الرُّكْنُ الْخَامِسُ الصَّيْغَةُ): وَلَوْ قَالَ: طَلَّقْتُكَ بِدَيْنَارٍ عَلَى أَنْ لِي الرَّجْعَةُ فَهُوَ طَّلَاقٌ رَجْعِيٌّ وَسَقَطَ الدَّيْنَارُ عَلَى قَوْلٍ، وَفِي الْقَوْلِ الثَّانِي فَسَدَ شَرْطُ الرَّجْعَةِ وَوَقَعَتِ الْبَيْنُونَةُ عَلَى مَهْرِ الْمِثْلِ.

قال الرَّافِعِيُّ: قد مرَّ مما يتعلق بالصَّيْغَةِ [مسائل] في التفريع، على أن الخُلْعَ فُسْخٌ أَوْ طَّلَاقٌ وَإِذَا قَالَ الزَّوْجُ: خَالَعْتُكَ بِأَلْفٍ دَرَاهِمٍ، فَقَالَتْ: قَبِلْتُ الْأَلْفَ، وَفِي «فَتَاوَى الْقَقَالِ»؛ أَنَّهُ يَصِحُّ وَيَلْزَمُ الْمَالُ، وَإِنْ لَمْ يَقُلْ اخْتَلَعْتُ، وَكَذَا لَوْ قَالَ الْأَجْنَبِيُّ، خَالَعْتُ زَوْجَتِي عَلَى كَذَا، فَقَالَ؛ قَبْلَتُهُ، وَأَنْ أَبَا يَعْقُوبَ عَلَطَ، فَقَالَ فِي حَقِّ الْمَرْأَةِ: لَا بُدَّ، وَأَنْ تَقُولَ: اخْتَلَعْتُ، وَالْأَجْنَبِيُّ لَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ، [ولو قال لامرأته بل طلاق أزم من مخريدي فحدس فقالت خريدم لم يكفٍ إلا أن يقول الزوج بعده: فروختم، ولو قال لحر فقالت: نديدم أو قالت: بل طلاق نيوفروختم فحدس خريدي، فقالت: خريدم، صحح<sup>(١)</sup>] وقول قال المتوسط للزوجة: اختلعت نفسك من زوجك بكذا، فقالت: اختلعت، ثم قال للزوج وهو في المجلس خالعتها، فقد خالعت، فجواب الشيخ الفراء صحه الخلع، وقد ذكرنا في نظيره في البيع خلافاً، وذلك الخلاف جاء في الخلع، والنكاح والأظهر ما أجاب به، قال: ولو لم تسمع المرأة قول الزوج، وكان السِّفِيرُ يَسْمَعُ كِلَاهِمَا، كَفَى، الْإِسْمَاعُ لَيْسَ بِشَرْطٍ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ إِذَا خَاطَبَ أَصَمَّ، فَأَسْمَعَهُ غَيْرَ الْمُخَاطَبِ، فَقَبِلَ صَحَّ الْعَقْدُ، وَضَمَّنَ صَاحِبُ الْكِتَابِ رَحِمَهُ اللَّهُ الرُّكْنَ صُوراً:

إحداها: إذا طلق امرأته على عوضٍ أو خالعتها، لم يكن له الرجعة، سواء كان العوض صحيحاً أو فاسداً وسواء جعلنا الخلع فسخاً أو طلاقاً؛ لأنها بذلت المال؛

(١) يعني: ولو قال لامرأته: ألم تتخلي عني بطلقة واحدة؟ فقالت: تخليت فإن هذا لا يكفي، إلا أن يقول الزوج بعد ذلك: تخليت.

ولو قال لحر، فقال: ألم أر، أو قال: بل إنني لم أطلق [؟] تخليت، فقالت: تخليت، صح.

لتملك البُضع فلا يملك الزوج ولاية الرجوع إليه، كما أن الزوج إذا بذل المال صداقاً؛ لتملك البُضع، لا يكون للمرأة ولاية الرجوع إلى البُضع، ولو قال لامرأته، خالعتك، أو طلقتك بدينار، على أن لي عليك الرجعة، فقد نقل المزني والربيع أنه يقع الطلاق رجعيًا، ويسقط المال، وخرج المزني، ونقل الربيع قولاً؛ أنه يلغو شرط الرجعة، وتحصل البيونة بمهر المثل، وللأصحاب في المسألة طريقتان:

أحدهما: - وبه قال ابن سلمة وابن الوكيل -: تسليم القولين، ووجه الأول: أن شرط المال، وشرط الرجعة متنافيان، فيتساقطان، ويبقى مجرد الطلاق، وقضية ثبوت الرجعة أيضاً، والطلاق واقع لا محالة، وإثبات أحد المشروطين لا بد منه، والرجعة أولى بالثبوت؛ فإنها أقوى من حيث إنَّها تثبت بالشرع، والمال إنما يثبت بالشرط والإلزام.

ووجه الثاني: القياس على ما إذا خالعتها بشرط أن لا عدة عليها، ولا نفقة لها، وهي حامل؛ فإنه يفسد الشرط، وتحصل البيونة بمهر المثل.

والطريق الثاني: - ويحكى عن ابن سريج وأبي إسحاق - رحمهما الله - القطع بما اتفق عليه روايتا المذهب، والامتناع<sup>(١)</sup> من إثبات الثاني قولاً، وطريقة القولين هي التي أوردها الإمام وصاحب «التهذيب» - رحمهما الله -، ورجح حصول البيونة بمهر المثل، وهو اختيار المزني، ومعظم الثقلة - رحمهم الله - يسيرون<sup>(٢)</sup> إلى ترجيح الطريقة الثانية، وتابعهم القاضي الروياني، عند أبي حنيفة وأحمد - رحمهم الله - يصح الخلع، ويثبت المسمى، وهذا خلاف القولين جميعاً ويروى عن مالك مثل ذلك وعنه رواية أخرى، أنه: تثبت الرجعة والمال معاً، فيكون المال عوضاً عما نقص من عدد الطلاق، فاحتج المزني للقول الذي اختاره بأن الشافعي - رضي الله عنه - نص فيما إذا خالعتها بمائة دينار على أنه متى شاء رد المائة، وكان له الرجعة أنه يفسد الشرط، وتحصل البيونة بمهر المثل، وذكر الأصحاب في هذه الصورة طريقتين:

أحدهما: أن القولين في الصورة السابقة يجريان فيها، وهذا كلام من أثبت قولين هناك، ومن مثبتي القولين هناك من ولدهما من نصه ها هنا، ونصه المتفق عليه هناك، بالنقل والتخريج، ومنهم من جزم بالمنصوص، وفرق بأنه رضي بسقوط الرجعة في هذه الصورة، والرجعة إذا سقطت لا تعود، وهناك لم يرض بالسقوط، وليعلم لما ذكرناه قوله في الكتاب «فهو طلاق رجعي» بالحاء والألف وقوله: «وسقط الدينار بهما» وبالميم.

وقوله: «على قول وفي القول الثاني»، بالواو؛ ولطريقة القطع، وقوله «فسد شرط الرجعة»، بالميم، وقوله: «على مهر المثل» بالحاء والألف، والله أعلم.

(٢) في ز: مشيرون.

(١) في ز: الانتفاع.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَيَصِحُّ تَوْكِيلُ الْمَرْأَةِ فِي الْخُلْعِ وَالتَّطْلِيقِ عَلَى أَصْحَ الْوَجْهَيْنِ وَإِنْ كَانَتْ لَا تَسْتَقِلُّ بِهِمَا، وَلَا يَتَوَلَّى وَكِيلُ الْخُلْعِ الطَّرْفَيْنِ عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ.

قال الرَّافِعِيُّ: فيه مسألتان:

إحداهما<sup>(١)</sup>: لو وَكَّلَ الرَّجُلُ امْرَأَةً بِخُلْعِ زَوْجَتِهِ، أَوْ بِطُلُقِهَا، فِيهِ وَجْهَانِ:

أحدهما: لَا يَجُوزُ لِأَنَّهَا لَا تَسْتَقِلُّ بِالطَّلَاقِ.

وأصحهما: الجواز؛ لأنه لو قال لها: طَلَّقِي نَفْسَكَ، فقالت: طَلَّقْتُ، يجوز ويقع الطلاق، وذلك على ما سيأتي إما تَمْلِيكَ أَوْ تَوْكِيلًا، إِنْ كَانَ تَوْكِيلًا، فَذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ تَمْلِيكًَا فَمَنْ جَازَ تَمْلِيكَهُ الشَّيْءُ جَازَ تَوْكِيلَهُ بِهِ، وَفِي «التَّيْمَةِ» أَنْ تَوْكِيلَ الْمَرْأَةِ بِالْخُلْعِ مَبْنِي عَلَى أَنْ قَوْلَ الرَّجُلِ لِامْرَأَتِهِ: طَلَّقِي نَفْسَكَ تَفْوِضٌ، أَوْ تَمْلِيكَ إِنْ قُلْنَا: تَفْوِضٌ، فَيَجُوزُ، وَإِلَّا فَلَا، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ، وَلَا خِلَافَ أَنَّ الزَّوْجَةَ لَوْ وَكَّلَتْ امْرَأَةً بِالِاخْتِلَاعِ يَجُوزُ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ وَكِيلَ الزَّوْجَةِ وَالزَّوْجَ ذِمِّيًّا لِأَنَّ الذَّمِّيَّ قَدْ يَخَالَعُ الْمُسْلِمَةَ وَيَطْلُقُهَا، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ أَسْلَمَتِ الْمَرْأَةُ، وَتَخَلَّفَ الزَّوْجُ فَخَالَعَهَا فِي الْعِدَّةِ، ثُمَّ أَسْلَمَ يَحْكُمُ بِصَحَّةِ الْخُلْعِ، وَيَجُوزُ أَنْ يُوَكَّلَ الزَّوْجُ فِي الْخُلْعِ الْعَبْدَ، وَالْمَكَاتِبَ، وَالسَّفِيهَ الْمَحْجُورَ عَلَيْهِ، وَلَا يَشْتَرُطُ إِذْنُ السَّيِّدِ وَالْوَلِيِّ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَعَلَّقُ فِي الْخُلْعِ عَهْدَةُ تَوْكِيلِ الزَّوْجِ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُوَكَّلَ الْمَحْجُورَ عَلَيْهِ بِالْقَبْضِ، فَإِنْ فَعَلَ، وَقَبِضَ فِيهِ «التَّيْمَةَ»: أَنْ الْمَخْتَلَعُ يَبْرَأُ وَيَكُونُ الْمُوَكَّلُ مُضَيِّعًا لِمَالِهِ، وَلَوْ وَكَّلَتْ الزَّوْجَةَ بِالِاخْتِلَاعِ عَبْدًا، فَيَجُوزُ، إِذْنُ السَّيِّدِ أَوْ لَمْ يَأْذُنْ فَإِنْ كَانَ الْإِخْتِلَاعُ عَلَى عَيْنِ مَالٍ لَهَا فَذَلِكَ وَإِنْ كَانَ عَلَى مَالٍ فِي الذَّمَّةِ، نَظَرَ إِنْ أَضَافَهُ إِلَيْهَا، فَهِيَ الْمَطَالِبَةُ، وَإِنْ لَمْ يَضْفِ بَلْ أَطْلَقَ فَإِنْ لَمْ يَأْذُنِ السَّيِّدُ فِي الْوَكَاةِ فَيَجُوزُ لِلزَّوْجِ مَطَالِبَتَهُ بِالْمَالِ بَعْدَ الْعَتَقِ، وَإِذَا غَرِمَ، رَجَعَ عَلَى الزَّوْجَةِ إِذَا قَصَدَ الرَّجُوعَ وَإِنْ أَذِنَ فِي الْوَكَاةِ تَعَلَّقَ الْمَالُ بِكَسْبِهِ كَمَا هُوَ اخْتَلَعَتْ [الْأُمَّة] بِإِذْنِ السَّيِّدِ، وَإِذَا أَدَّى مِنْ كَسْبِهِ ثَبَّتَ الرَّجُوعَ عَلَى الْمُوَكَّلَةِ، وَلَوْ وَكَّلَتْ بِالْخُلْعِ سَفِيهًا مَحْجُورًا عَلَيْهِ، قَالَ فِي «التَّهْذِيبِ»: لَا يَجُوزُ، وَإِنْ أَذِنَ الْوَلِيُّ، وَلَوْ فَعَلَ وَقَعَ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا، كَمَا لَوْ اخْتَلَعَتْ الْمَرْأَةُ الْمَحْجُورَةَ لِنَفْسِهَا، وَهَذَا عَلَى مَا ذَكَرَ صَاحِبُ «التَّيْمَةِ» فِيمَا إِذَا أَطْلَقَ، أَمَّا إِذَا أَضَافَ الْمَالُ إِلَيْهَا، فَتَحْصُلُ الْبَيْنُونَةُ، وَيَلْزَمُهَا الْمَالُ؛ لِأَنَّ الْحَجَرَ عَلَى السَّفِيهِ لِدَفْعِ الضَّرَرِ عَنْهُ، وَلَيْسَ فِي قَبُولِ الْخُلْعِ عَلَيْهَا إِضْرَارٌ بِالسَّفِيهِ.

الثانية: الْوَاحِدُ لَا يَتَوَلَّى طَرَفِي الْخُلْعِ بِالْوَكَاةِ، كَمَا فِي الْبَيْعِ وَسَائِرِ الْعُقُودِ، وَإِذَا وَكَّلَ الزَّوْجَانِ وَاحِدًا، تَوَلَّى مَا شَاءَ مِنَ الطَّرْفَيْنِ مَعَ الْآخَرِ أَوْ وَكِيلَهُ وَهَذَا أَظْهَرَ الْوَجْهَيْنِ.

(١) فِي ز: الزَّوْجِ.

والثاني: أنه يجوز أن يوكل الواحد طرفي الخلع، لأن الخلع يكفي فيه اللفظ من أحد الجانبين والإعطاء من الآخر؛ ألا ترى أنه لو قال: إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق، فأعطته، وقع الطلاق، وثبت الخلع ومقصوده؛ وعلى هذا ففي الاكتفاء بأحد شقّي العقد خلاف، كما في بيع الأب مال نفسه من ولده، والوجهان في تولّي طرفي الخلع مبنيان على منعه في طرفي البيع، والنكاح، وسائر العقود، وقد ذكرنا فيها وجهاً آخر في «الوكالة»؛ أنه يجوز تولي الطرفين، فعلى ذلك الوجه الخلع أولى بالجواز.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ خَالَعَهَا عَلَى أَنْ تُرْضِعَ وَلَدَهُ حَوْلَيْنِ وَتَخْضَعَهُ صَحَّ، فَإِنْ أَضَافَ إِلَيْهِ نَفَقَةَ عَشْرِ سِنِينَ وَكَانَ مِمَّا يَجُوزُ السَّلْمُ فِيهِ وَوَصَفَهُ خُرْجَ عَلَى الْجَمْعِ بَيْنَ صَفَقَتَيْنِ مُخْتَلَفَتَيْنِ، فَإِنْ أَفْسَدْنَا وَقَعَتِ الْبَيْنُونَةُ بِمَهْرِ الْمَثَلِ عَلَى قَوْلٍ، وَيَقِيمُ الْمُؤْصَفَاتِ عَلَى قَوْلٍ، فَإِنْ صَحَّحْنَا فَعَاشَ الْوَلَدُ أَسْتَوْفَاهُ، فَإِنْ كَانَ زَهِيداً فَالزَّيَادَةُ لِلزَّوْجِ، وَإِنْ كَانَ رَغِيباً فَالزَّيَادَةُ عَلَيْهِ، فَلَوْ مَاتَ انْفَسَخَ فِي الْمُسْتَقْبَلِ وَخُرْجَ فِي الْمَاضِي عَلَى تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ.

قال الرافعي: عوض الخلع، كما يجوز أن يكون عيناً، يجوز أن يكون منفعة، ويشترط في المنفعة أن تكون معلومة مستجمعة للشرائط المذكورة في الإجارة، فإذا خالع زوجته، على خصائنه ولده مدة معلومة، جاز، ولو خالعها على إرضاعه، فكذلك، سواء كان الولد منها، أو من غيرها، ويشبه أن يكون الكلام في الجمع بينهما، واستتباع أحدهما للآخر إذا أقرّد، كالكلام في الإجارة، وفي جواز إبدال الصبي المعين بمثله، وانفساخ العقد بموته اختلاف مذكور «في الإجارة»، وأكثرهم يميل إirاده إلى ترجيح الانفساخ، وهو المنصوص في المختصر وأكثر الكتب، وامتناع الصبي من الارتضاع واليقام التذي كالموت، وإذا قلنا بانفساخ العقد عند موته فذلك فيما بقي من مدة الإرضاع، وهل ينفسخ فيما مضى؟ فيه قولان من جهة تفريق الصفقة، كما لو انهدمت الدار في المدة المستأجرة، الأصح المنع، ومنهم من يقطع به، فإن انفسخ فيما مضى أيضاً، فيرجع عليها بمهر المثل في أصح القولين، وبأجرة مثل الإرضاع في تلك المدة في الثاني، كما لو خالعها على مال، فخرج مستحقاً، وعلى الزوج أجرة الإرضاع للمدة الماضية، وإن لم تنفسخ فيما مضى فعلى أصح القولين يرجع بقسط المدة الباقية من مهر المثل، إذا وزّع مهر المثل على المدتين، وعلى الثاني يرجع بأجرة مثل ما بقي من المدة، وإن قلنا: لا ينفسخ العقد؛ فإن أتى بصبي مثله لترضعه فذاك، وإن لم يأت به مع الإمكان حتى مضت المدة فوجهان:

أحدهما: يبطل حقه، ولا شيء عليها، كما لو لم ينتفع بالمستأجر بعد قبضه تستقر عليه الأجرة.

والثاني: يلزمها قسْطُ المُدَّةِ الباقية من مهر المثل، إذا وزع على المُدَّتَيْنِ كما إذا تلف المبيع في يد البائع، يكون من ضمانه، وإن تمكن<sup>(١)</sup> المشتري من القَبْضِ، وهذا أرجح عند الشيخ أبي حامد، وإيراذ صاحب «التهذيب» يقتضي ترجيح الأول، وهما كوجهين ذكرناهما فيما إذا تلف الثوب المعين للخياطة، وقلنا: إنه لا تنفسخ الإجارة، ولم<sup>(٢)</sup> يأتِ المستأجر بثوب مثله حتى مضت مدة الإجارة هل تستقر الأجرة؟ لكن سؤنا هناك بين ألا يأتي بالبدل لعجزه وبين أن يمتنع مع القدرة، وها هنا خصص صاحب «التهذيب» وغيره الوجهين بما إذا امتنع الإبدال مع الإمكان، وقطعوا فيما إذا عجز عن الإبدال، أن الحُكْمَ كالحُكْمِ فيما إذا مَنَعْنَا الإبدال، وحَكَمْنَا بالانفساخ، والوجهُ التَّسْوِيَةُ بين البايين.

ولو أضاف إلى الإرضاع والحضانة نفقته مدة، بأن خالَعَهَا على كفالة الولد عشرَ سنين، [ترضعه سنتين]<sup>(٣)</sup> وتنفق عليه إلى تمام العَشرِ، وتحضنه فيُنظَرُ إن بيَّن مقدار ما يُنفق عليه كل يوم من الطعام والإدام، كالزيت واللحم، وما يكسوه كلُّ فضل أو سنة، وكان ذلك ممَّا يجوز السلم فيه، ووصفه بالأوصاف المشروطة في السلم، ففي صحَّة الخُلع بما سمى طريقان: أحدهما: وهو المذكور في الكتاب: أنَّ المسألة على قولين؛ من حيث إنه جمع بين عقدين مختلفين، فإن السبيل في الإرضاع والحضانة سبيل الإجارة، وفي الطعام والإدام سبيل السلم، وأيضاً فإنه يتضمن السلم في أجناس مختلفة إلى أجل، والسلم في جنس واحد إلى آجال متعاقبة وفي كل ذلك قولان مذكوران في موضعهما؛ والأصح الصَّحَّة.

والثاني: وهو الأصح عند الشيخ أبي حامد وكثير من الأصحاب: القَطْعُ بالصَّحَّةِ، لأن المقصود كفالة الطُفْلِ، والكفالة تفتقر إلى هذه الأمور فهي تابعة للمقصود، وفي الأصول المذكورة، كلُّ عقد مقصود في نفسه وللبيع غنية عن البعض.

التفريع: إذا قلنا بالفساد فالرُّجوع إلى مهر المثل، وبدل الأشياء المختلفة فيه؟ قولان:

أصحُّهما: أوْلُهُما، ومنهم من قَطَعَ به، فقال: لو كُتِّبَ نرجع إلى أبدال مختلفة، لأبْتِنَا في الأضْلِ أبدالاً مختلفة، وقلنا بالصَّحَّةِ، وإن صحَّخنا فهو في الطعام والشراب مخيَّر بين أن يستوفي بنفسه، ويصرفه إلى الولد ويبيِّن أن يأمرها بالصَّرْفِ إليه، وفي «الشامل» أنه ينبغي أن يجيء فيه الخلاف المذكور، فيما إذا أذِنَ الحاكم للملتقط أن ينفق

(٢) في ز: فلم.

(١) في ز: لم يكن.

(٣) سقط في ز.

على اللقيط من ماله بشرط الرجوع، ثم الولد إن عاش إلى استيفاء العين والمنفعة، فذاك فإن خرج زهيداً، أو فضل من المُقَدَّر شيء فهو للزَّوج وإن كان رغبياً، واحتاج إلى زيادة؛ فهي على الزَّوج، وإن مات فلها حالتان:

**إحدهما:** إذا مات قَبْلَ تمام مدة الإرضاع، فعلى الخلاف الذي سبق في انفساخ العَقْد، وجواز الإبدال، فإن حَكَمْنَا بالانفساخ، ومنَعْنَا الإبدال أثر الموت فيما بَقِيَ من المدة بالانفساخ، وفي تأثيره فيما مضى، وفي الطعام، والكسوة خِلاَفُ تفريق الصفقة، والأصحُّ أنه لا يؤثر فيها، وإذا لم يؤثر فيستوفي الزوج الطعام، والكسوة، ويرجع لما انفسخ العَقْدُ فيه من المدة إلى أجرة المثل في أحد القولين وإلى حصته من مهر المثل في أصحهما، بيان الحصة بأن يَقُومَ الطعام والإدام والكسوة، وما مضى من المدة، وما بقي، ويعرف نسبة قيمة الباقي من المدة من الجميع فيجب من مَهْر المثل بِتِلْكَ النسبة، وإن قلنا يتعدى الانفساخ إلى المُدَّةِ الماضية وإلى النفقة، فالرجوع إلى مهر المثل في أصح القولين، وإلى بدل الكل في الثاني، وترجع المرأة بأجرة ما مضى من مدة الإرضاع، وقد يقع في التقاض، هذا هو القياس الظاهر، وعن «تعليقة» القاضي أبي الطَّيِّب أنَّ الواجِبَ قسط ما سِوَى المدة الماضية من مَهْر المثل وتسقط حصتها، وتجعل منفعتها مستوفاةً.

**والثانية:** إذا مات بعد تمام مدة الإرضاع وصيرورة المنفعة مستوفاةً، فيبقى استحقاق النفقة والكسوة ويتعجل الاستحقاق أو يكون منجماً كما كان فيه وجهان:

**أصحهما:** الثاني، ووجه الأول؛ بأن التدرج كان يحسب حاجة الصبي، وقد زالت، ولو أن بعض الأشياء المذكورة انقطع جنسه، فقد مرَّ في انقطاع المسلم فيه قولان:

**أحدهما:** أنه ينفسخ العَقْدُ فعلى هذا ينفسخ العَقْدُ فيما انقطع، وفي تعديته إلى ما قبض من الأعيان قولان، كما لو اشترى عبدين، وقبض أحدهما، وتلف الآخر قبل القبض، والأصحُّ المنع، والتعدي إلى الحضانة والإرضاع أبعد لِيُعَدَّ ما بينهما، وفيه وجه أيضاً؛ فإن حكم بالانفساخ في الكل غرم لها بدل ما استوفى من العين والمنفعة، وله عليها مهر المثل في أصح القولين، وبدل المسمَّى في الثاني، وإن قلنا لا ينفسخ إلا في المنقطع، فالرجوع إلى حصته من مهر المثل في أصح القولين وإلى بدل المنقطع في الثاني.

**والقول الثاني:** في الأصل، وهو الأصح: أن انقطاع المسلم فيه لا يقتضي الانفساخ، ولكن يثبت خيار الفسخ، فله حق الفسخ في الجميع وهل له الفسخ في المنقطع وحده دون سائر الأعيان؟ فيه الخلاف المذكور فيما إذا اشترى عبدين، ووجد بأحدهما عيباً، وأراد إفراده بالرَّدِّ.

قال في «التَّيْمَةَ»: وله الفسخ في الأعيان دون المنافع على الصحيح؛ لبعدها

بينهما جنساً وعقداً، وإذا أفرد المنقطع بالرّد وجوّزناه فيما يرجع به القولان، هذا كلّهما فيما إذا كان المذكور فيما يجوز السلم فيه، ووصف بالصفّات المشروطة في المسلم فيه، فإن لم يوصف، أو كان هماً لا يجوز السلم فيه؛ كالثياب المخيطة، والمخشوة، وكالمطبوخ، والمشوي من الطعام<sup>(١)</sup>، فالمسمى فاسدٌ، والرجوع إلى مهر المثل بلا خلاف، وقوله في الكتاب «خُرَجَ عَلَى الْجَمْعِ بَيْنَ صَفَقَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ» يجوز إعلامه بالواو؛ لما حكيناه من الطريقة القاطعة، وكذا قوله: «عَلَى قَوْلٍ» في التفريع على الفساد، وقوله «وَبَقِيمَ الْمُؤَصُّوفَاتِ» يعني إذا كانت متقومة، فأما المثليات فالرجوع إلى مثلها على هذا القول.

وقوله: فـ «لَوْ مَاتَ» أي في أثناء مدة الرضاع والانفساخ مبني على أنه لا يجوز الإبدال فيجوز أن يعلم قوله «انْفَسَخَ فِي الْمُسْتَقْبَلِ» بالواو.

### الباب الثالث في موجب الألفاظ المتعلقة بالإعطاء

وفيه مسائل:

(الأولى): إذا قال: طَلَقْتُكَ عَلَى أَلْفٍ فَقَبِلْتَ لَزِمَ الألفُ، فَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ عَلَى أَلْفٍ فَكَذَلِكَ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَلِي عَلَيْكَ أَلْفٌ طَلَقْتَ طَلِاقاً رَجْعِيّاً وَلَا يَلْزَمُ الألفُ لِأَنَّهُ صِبْغَةٌ إِخْبَارٍ لَا صِبْغَةٌ إِلْزَامٍ، فَإِنْ تَوَافَقَا عَلَى أَنَّهُ أَرَادَ الإلْزَامَ لَمْ يُؤَثَّرْ تَوَافُقُهُمَا عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ لِأَنَّ اللَّفْظَ لَا يَحْتَمِلُهُ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ عَلَى أَنْ لِي عَلَيْكَ أَلْفًا فَالطَّلَاقُ رَجْعِيٌّ لِأَنَّهُ صِبْغَةٌ شَرْطِ وَالتَّلَاقُ لَا يَقْبَلُهُ، نَعَمْ لَوْ فُسِّرَ بالإلْزَامِ فَقِي قَبُولُهُ خِلَافٌ.

قال الرافعي: ترجم الباب بموجب الألفاظ المتعلقة بالإعطاء، وهذه الترجمة لا تفي بمقصود الباب كله، بل هو معقود لثلاثة مقاصد:

أحدها: بيان الألفاظ الملزمة.

والثاني: القول في التعليق بالإعطاء وما في معناه وموجبه.

والثالث: القول في طرّف من الشّيء، والمعلّق بإعطائه أنّه علام يحمل.

أما المقصد الأول ففيه صورٌ منها: أن صيغة المعاوضة ملزمة، فإذا قال: طَلَقْتُكَ،

(١) ذكر المصنف في باب السلم ما نصه قال الصيمري: «يجوز السلم في القمص والسراويلات إذا ضبطت طولاً وعرضاً وسعة وضيقاً».

قال الأذري: إن الماوردي والرويانى تابعا الصيمري.

قال: وهو الأقرب وذكر في المهمات أن الفتوى على ما في باب الخلع.

[أو<sup>(١)</sup>] أَنْتِ طَالِقٌ عَلَى الْفِ، فَقَبِلْتِ صَحَّ الْخُلْعُ، وَلِزِمَ الْأَلْفُ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ، وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ، وَعَلَيْكَ أَلْفٌ، أَوْ وَلِيَّ عَلَيْكَ أَلْفٌ، وَيُنْظَرُ، إِنْ لَمْ يَسْبِقْهُ اسْتِجَابُ، بَلْ ابْتَدَأَ الزَّوْجُ بِهِ، فَيَقَعُ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا، قَبِلْتِ أَوْ لَمْ تَقْبَلْ، وَلَا يَلْزِمُ الْمَالَ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَذْكُورٍ عَوْضًا وَشَرْطًا، بَلْ هُوَ جَمْلَةٌ مَعْطُوفَةٌ عَلَى الطَّلَاقِ، فَلَا يَتَأَثَّرُ بِهَا الطَّلَاقُ وَيَلْغُو فِي نَفْسِهَا، وَيَشْبَهُ الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - بِمَا إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، وَلِيَّ عَلَيْكَ حَجٌّ، وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِهِ فِي الْكِتَابِ: «لَأَنََّّهُ صِيغَةٌ إِخْبَارٌ لَا صِيغَةٌ إِلْزَامٌ» وَفَرَّقُوا بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَا إِذَا قَالَتِ الْمَرْأَةُ: طَلَّقْنِي، وَلَكَ عَلَيَّ أَلْفٌ، أَوْ وَعَلَيَّ أَلْفٌ؛ حَيْثُ يَقَعُ الطَّلَاقُ بَاطِنًا بِالْأَلْفِ، بَأَنَّ الَّذِي يَتَعَلَّقُ بِالْبِرَاءَةِ مِنْ هَذَا الْعَقْدِ إِلْزَامُ الْمَالَ، فَيُحْمَلُ اللَّفْظُ مِنْهَا عَلَى الْإِلْتِزَامِ، وَالزَّوْجُ يَنْفَرِدُ بِالطَّلَاقِ، فَإِذَا لَمْ يَأْتِ بِصِيغَةِ الْمَعَاوِضَةِ، حُمِلَ كَلَامُهُ عَلَى مَا يَنْفَرِدُ بِهِ، وَصِيغَتُهُ خَيْرٌ فَلَوْ قَالَ الرَّجُلُ: أَرَدْتُ بِقَوْلِي وَلِيَّ عَلَيْكَ أَلْفٌ الْإِلْزَامَ وَعَيَّنْتُ مَا يَعْنِيهِ الْقَائِلُ بِقَوْلِهِ: طَلَّقْتُكَ عَلَى أَلْفٍ لَمْ يَصْدُقْ، فَإِنْ وَاظَمَتْهُ الْمَرْأَةُ فَوَجْهَانِ:

أحدهما: أَنْ تَوَافَقَهُمَا لَا يُؤْثَرُ، وَرَزَعَمَ مِنْ قَالَ بِهِ أَنَّ اللَّفْظَ لَا يَصْلِحُ لِلْإِلْزَامِ.

وأصحُّهما: أَنَّهُ يُؤْثَرُ وَتَبَيَّنَ مِنْهُ بِالْأَلْفِ، وَيَكُونُ الْمَعْنَى: وَلِيَّ عَلَيْكَ أَلْفٌ عَوْضًا عَنْهُ، أَوْ نَحْوَ ذَلِكَ، وَإِذَا قُلْنَا بِالْوَجْهِ الْأَوَّلِ فَلَا يَحْلِفُ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ عِنْدَ الْإِنْكَارِ؛ لِأَنَّهَا إِنْ صَدَقَتْ وَوَاظَمَتْ لَمْ يُؤْثَرِ.

وَإِنْ قُلْنَا بِالثَّانِي فَيَحْلِفُ، وَقَضِيَّةُ الْوَجْهِ الثَّانِي انْعِقَادُ الْبَيْعِ، فَإِذَا قَالَ: بَعْتُكَ وَلِيَّ عَلَيْكَ كَذَا؛ تَفْرِيحًا عَلَى انْعِقَادِ الْبَيْعِ بِالْكُنْيَةِ، فَهَذَا إِذَا لَمْ يَسْبِقْ مِنْهَا اسْتِجَابُ، وَطَلَبٌ، وَلَفْظُ الْكِتَابِ مَحْمُولٌ عَلَى هَذِهِ الْحَالَةِ، وَإِنْ كَانَ مُطْلَقًا، أَمَا إِذَا سَبَقَ الطَّلَبُ الْاسْتِجَابَ، فَيُنْظَرُ إِنْ لَمْ تَذَكَرْ بَدَلًا، بَأَنَّ قَالَتْ: طَلَّقْنِي، مَقْتَصِرَةً عَلَيْهِ، فَالْحُكْمُ كَمَا لَوْ لَمْ يَسْبِقِ الطَّلَبُ، وَإِنْ ذَكَرَتْ بَدَلًا مَبْهَمًا؛ بَأَنَّ قَالَتْ: طَلَّقْنِي بِالْبَدَلِ، فَإِنْ عَيَّنَ الزَّوْجُ فِي الْجَوَابِ الْبَدَلَ، فَقَالَ: طَلَّقْتُكَ وَعَلَيْكَ أَلْفٌ، فَيَقْدَمُ الطَّلَبُ الْاسْتِجَابَ مِنْهَا وَيَنْزِلُ مَنْزِلَةَ مَا لَوْ أَتَى بِصِيغَةِ الْمَعَاوِضَةِ، وَقَالَ: طَلَّقْتُكَ عَلَى أَلْفٍ، فَإِنْ قَبِلْتِ حَصَلَتِ الْبَيْنُونَةُ بِالْأَلْفِ، وَإِلَّا لَمْ يَقَعِ الطَّلَاقُ، وَإِنْ أَبْهَمَ الْجَوَابَ أَيْضًا، فَقَالَ طَلَّقْتُكَ بِالْبَدَلِ [أو<sup>(٢)</sup>] قَالَ: طَلَّقْتُكَ، فَتَحْصُلُ الْبَيْنُونَةُ بِمَهْرِ الْمَثَلِ، وَإِنْ عَيَّنَتِ الْبَدَلَ فِي الْاسْتِجَابِ، فَقَالَتْ: طَلَّقْنِي عَلَى أَلْفٍ، فَقَالَ: طَلَّقْتُكَ وَعَلَيْكَ أَلْفٌ، تَقَعُ الْبَيْنُونَةُ بِالْأَلْفِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ افْتَضَرَ - وَالْحَالَةُ هَذِهِ - عَلَى قَوْلِهِ: طَلَّقْتُ، [بِأَنْتِ<sup>(٣)</sup>] بِمَهْرِ الْمَثَلِ فَقَوْلُهُ: وَعَلَيْكَ أَلْفٌ، لَمْ يَكُنْ مُؤَكَّدًا، فَلَا يَكُونُ مَانِعًا وَذَكَرَ فِي «التَّيْمَةِ»: أَنَّهُ لَوْ لَمْ يَسْبِقْ مِنْهَا طَلَبٌ، وَشَاعَ فِي الْعَرَفِ

(١) فِي ز: وَ.

(٢) فِي ز: وَ.

(٣) سَقَطَ فِي ز.



استعمال لفظ المسألة في طلب العوض وإلزامه، كان كما لو قال: طَلَّقْتُكِ عَلَى أَلْفٍ، ولو اختلفا، فقال الزوج: طَلَبْتِ مَنِّي الطَّلَاقَ بِالْبَدَلِ، فقلت في الجواب، أَنْتِ طَالِقٌ، ولي عليك ألف، وقالت: بل كُنْتُ مَبْتَدَأًا، فلا شَيْءَ عَلَيَّ فتصدق بيمينها في نفي العوض، ولا رجعة له بقوله، ومنها لو قال: أَنْتِ طَالِقٌ، أو طَلَّقْتُكِ عَلَى أَنْ لِي عَلَيْكَ أَلْفًا، ففي الكتاب أنه يقع الطلاق رجعيًا، ولا يثبت المال؛ لأن الصيغة صيغة شَرْطٍ، والشرط في الطلاق يلغو إذا لم يكن مِنْ قضاياه، كما لو قال: أَنْتِ طَالِقٌ عَلَى أَنْ لَا أَتَزَوَّجَ بَعْدَكَ أَوْ عَلَى أَنْ لَكَ عَلَيَّ كَذَا.

وفي «المهذب» وغيره أنه كما لو قال: طَلَّقْتُكِ أَوْ أَنْتِ طَالِقٌ عَلَى أَلْفٍ حَتَّى تَخْضَلَ الْبَيْنُونَ، ويلزم المال إذا قَبِلَتْ وهذا ما حكاه أصحابنا العراقيون عن النَّصِّ في «الأم» وأودعه أبو بكر الفارسي عيون المسائل، والاعتماد عليه، وقضيته انعقاد البيع إذا قال: بَعْتُكَ هَذَا عَلَى أَنْ يَكُونَ عَلَيْكَ كَذَا، وأدنى الدرجات أن يجعل كنايةً في البيع ثم حكي صاحب الكتاب تفرعاً على الجواب الذي ذكره وجهين فيما إذا فسر بالالتزام هل يقبل.

فمن صاحب «التقريب» أنه لا يَقْبَلُ، وعن غيره القبول، وهذا الخلاف ليس كالاختلاف المذكور في قوله: ولي عليك ألف؛ فإن ذلك الخلاف في أنهما لو توافقا عليه، هل يَوْثُرُ توافقهما أما تفسيره مع إنكار المرأة فإنه لا يقبل بلا خلاف، وسبب الفَرْقِ أَنَّ هَذِهِ الصِّغَةَ أَدْلُ عَلَى الْإِتِّمَامِ إِنْ لَمْ تَكُنْ ظَاهِرَةً فِيهِ، وَلِيَعْلَمَ قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «فَالطَّلَاقُ رَجْعِيٌّ»، لما بيناه بالحاء، لأنه يروى عن أبي حنيفة - رحمه الله - مثل ما حكيناه عن النَّصِّ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ ضَمِنْتَ لِي أَلْفًا فَإِنْ ضَمِنْتَ فِي الْمَجْلِسِ طَلَّقْتُ وَلَزِمَهَا، وَلَوْ قَالَ: أَمْرُكَ بِبَيْدِكَ فَطَلَّقِي نَفْسَكَ إِنْ ضَمِنْتَ لِي أَلْفًا فَقَالَتْ: ضَمِنْتُ وَطَلَّقْتُ أَوْ قَالَتْ: طَلَّقْتُ وَضَمِنْتُ، نَفَذَ وَلَزِمَ الْمَالَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ صَوْرَتَانِ:

الأولى: إذا قال: أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ ضَمِنْتَ لِي أَلْفًا، أَوْ إِنْ ضَمِنْتَ لِي أَلْفًا فَانْتِ طَالِقٌ، فقالت في مجلس التواجب: ضمنت، طَلَّقْتُ وَلَزِمَهَا الْأَلْفَ.

ولو قال متى ضمنت لِي أَلْفًا، فَانْتِ طَالِقٌ، فلا يشترط الضمان في المجلس بل متى ضمنت، طَلَّقْتُ، وليس للزوج الرجوع قبل الضمان، وهذا كما ذكرنا في قوله: إِنْ أَعْطَيْتَنِي، أَوْ مَتَى أَعْطَيْتَنِي وَلَوْ أَعْطَيْتَنِي، ولم [تقل] <sup>(١)</sup> ضمنت، أو قالت: شئت، بدل

(١) سقط في ز.

ضمنت، لم يقع الطلاق؛ لأن التعليل بالضمان، ولو ضمننت ما دون الألف، لم يقع، ولو ضمننت ألفين، وقع؛ لوجود الصفة المعلق عليها مع مزيد بخلاف ما لو [قال] (١): طَلَّقْتُكَ عَلَى أَلْفٍ فَقَالَتْ: قَبِلْتُ عَلَى أَلْفَيْنِ؛ لَأَنَّ تِلْكَ الصَّيْغَةَ صَيْغَةٌ مُعَاوِضَةٌ، يَشْتَرَطُ فِيهَا تَوَافُقُ الْإِجَابِ وَالْقَبُولِ.

والثانية: سيأتي القول في تفويض الطلاق إلى المرأة بعوض وغير عوض وأحكامه في فصل معقود له في «كتاب الطلاق» وذكرها هنا صورة يتعلّق بالتفويض؛ وهي أن يقول أمرك بيدك، أو جعلت أمر الطلاق إليك، فطَلَّقِي نَفْسَكَ إِنْ ضَمِنْتَ لِي أَلْفًا، فَقَالَتْ: ضَمِنْتُ وَطَلَّقْتُ نَفْسِي أَوْ قَالَتْ: طَلَّقْتُ وَضَمِنْتُ فَتَحْصُلُ الْبَيْنُونَةُ، وَيَلْزَمُ الْأَلْفُ، وَيَكُونَانِ مُتَسَاوِقَيْنِ، سِوَاءَ قَدَمْتُ لَفْظَ الطَّلَاقِ عَلَى الضَّمَانِ، [أَوْ أَخْرَتُ] (٢)، كَمَا لَوْ قَالَ الزَّوْجُ: طَلَّقْتُكَ، إِنْ ضَمِنْتَ لِي أَلْفًا، فَقَالَتْ: ضَمِنْتُ، يَجْعَلُ الطَّلَاقَ، وَيُثَبِّتُ الْمَالَ مُتَسَاوِقَيْنِ، وَإِنْ كَانَ اللَّفْظَانِ مُتَعَاقِبَيْنِ، فَلَوْ ضَمِنْتَ وَلَمْ تَطْلُقْ أَوْ طَلَّقْتَ، وَلَمْ تَضْمَنْ لَمْ يَجْعَلِ الطَّلَاقَ؛ لِأَنَّهُ فَوْضٌ إِلَيْهَا التَّطْلِيقَ وَجَعَلَ لَهُ شَرْطًا، فَلَا بَدَّ مِنْ مَبَاشَرِ التَّطْلِيقِ، وَمِنَ الشَّرْطِ، وَلَا تَشْتَرَطُ - وَالصُّورَةُ هَذِهِ - إِعْطَاءُ الْمَالِ فِي الْمَجْلِسِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَشْتَرَطُ وَقُوعَ التَّطْلِيقِ فِي الْمَجْلِسِ، وَفِي «أَمَالِي السَّرْحِيِّ» حِكَايَةٌ خِلَافَ فِي أَنَّهُ هَلْ يَشْتَرَطُ وَقُوعَ التَّطْلِيقِ فِي الْمَجْلِسِ؟ وَذَلِكَ يَقْتَضِي اشْتِرَاطَ التَّطْلِيقِ أَيْضًا وَإِلَّا فَالضَّمَانُ مُجَرَّدٌ وَعَدِيدٌ، وَلَيْسَ فِيهِ التَّزَامُ مُحَقَّقٌ، وَالْمُرَادُ مِنَ الْمَجْلِسِ مَجْلِسُ التَّوَاجِبِ، أَوْ الْمَجْلِسُ الَّذِي جَرَى فِيهِ الْخِطَابُ فِيهِ وَجْهَانُ:

أصحهما: الأول وقد بيناهما في الفصل الثالث من الباب الأول من الخلع، ورجح القاضي أبو الطيب الوجه الثاني، وذكر أن البويطي صرح به في تفسير لفظ الشافعي - رحمه الله - ولا يخفى أن المراد من الضمان في هذه المسائل القبول والالتزام، دون الضمان المفتقر إلى الأصيل.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الثَّانِيَةُ): إِذَا عَلَّقَ بِالْإِفْبَاضِ أَوْ الْإِعْطَاءِ أَوْ الْأَدَاءِ أَخْتَصَّ بِالْمَجْلِسِ إِلَّا إِذَا قَالَ: مَتَى مَا، وَكَذَا إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ شِئْتِ لَمْ تَطْلُقِي إِلَّا بِمَشِيئَةٍ فِي الْمَجْلِسِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ عَلَى أَلْفٍ إِنْ شِئْتِ فَقَالَتْ شِئْتُ وَقَبِلْتُ فِي الْمَجْلِسِ طَلَّقْتَ، وَلَوْ أَتَصَّرَتْ عَلَى أَحَدِ اللَّفْظَيْنِ كَفَى عَلَى أَصْحَ الْوَجْهَيْنِ.

قال الرَّافِعِيُّ: قد سبق أنه إذا علّق الطلاق بالإعطاء، لا يقع إلا بالإعطاء في المجلس؛ إلا إذا كان التعليق بصيغة «متى» وما في معناها، ورؤيتنا عن أحمد - رحمه الله

(٢) سقط في ز.

(١) سقط في ز.

- أنه لا يختص بالمجلس وهو وجه لبعض الأصحاب، وكل ذلك جارٍ فيما إذا قال: إن أقبضتني كذا، أو أدبته لي، ولو قال: أنت طالق، إن شئت، أو أنت طالق على ألف، إن شئت، فيشترط المشيئة في مجلس التواجب بخلاف التعليق بسائر الصفات؛ لأن التعليق بالمشيئة كاستدعاء جواب منها واستبانة لرغبتها؛ فنزلت مشيئتها منزلة القبول في سائر المعاوضات، وأيضاً فإنه يتضمن تخيير الزوجة وتفويض الأمر إليها، فأشبه ما إذا قال: طلقني نفسك، وحكى الحناطي قولاً آخر: أنه لا يختص بالمجلس، ويقع الطلاق متى شاء، كما في سائر التعليقات، والمجلس كما في مجلس التواجب، ولو شاءت بعد ما طال الفضل، وهما في مكانهما، لم يقع الطلاق، ولو فارقت المكان وشاءت قبل أن يمضي فاصل، وقع، هذا هو الظاهر، وفي كل واحد من الطرفين وجه آخر.

وإذا قالت في المجلس شئت وقيلت، فقد تم العقد، فتطلق، ويلزم<sup>(١)</sup> المال ولا يشترط تسليم المال في المجلس.

ولو اقتصر على قولها: شئت أو قيلت، فحاصل ما ذكر فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو الأصح عند صاحب الكتاب أنه يكفي؛ لأن كل واحد منهما يشعر بالرضا والالتزام، وهذا قضية المنقول عن الشيخ أبي حامد.

والثاني: لا بد من الجمع بينهما؛ لأنه لو اقتصر على قوله: أنت طالق، كان الجواب: قيلت، ولو اقتصر على قوله: أنت طالق إن شئت كان الجواب: شئت، فإذا جمع بينهما، اشترط في الجواب الجمع.

والثالث: أنه يكفي قولها: شئت ولا يكفي قولها قيلت؛ لأن التعليق وقع على المشيئة، والقبول ليس بمشيئته، ولذلك لك لو قال: أنت طالق، إن شئت، فقالت: قيلت لم يقع الطلاق، وهذا ما أورده في «التتمة»، وهو اختيار الإمام فيما حكى المعلق<sup>(٢)</sup> عنه، وإذا اكتفينا بلفظ المشيئة، فقد قال المصنف في الوسيط<sup>(٣)</sup>: إنه لا سبيل للزوج إلى الرجوع على قاعدة التعليقات، وإن شرطنا الجمع بين لفظتي المشيئة والقبول، فهو متردد بين التعليق والمعاوضة، ففي جواز الرجوع تردّد ولو علق طلاقها بالمشيئة، بصيغة «متى» طلقّت، متى شاءت، ولم يختص بالمجلس، كما في [التعليقات]<sup>(٤)</sup> بسائر الصفات.

(١) قال في الخادم هذا تفريع من الحناطي والرافعي على اشتراط الجمع بين القبول والمشيئة إذا ابتداء الزوج بذلك.

(٢) قال النووي: هذا الثالث، هو الأصح بل الصحيح.

(٣) في أ: البسيط. (٤) سقط في ز.

ولو قالت المرأة: طَلَّقْنِي عَلَى أَلْفِ دَرَاهِمٍ فَقَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ عَلَى أَلْفٍ، إِنْ شِئْتِ، فَلَا يَجْعَلُ كَلَامَهُ جَوَاباً لِكَلَامِهَا؛ لِمَا فِيهِ مِنَ التَّعْلِيقِ، فَيَتَوَقَّفُ عَلَى مَشِيئَةِ مُسْتَأْنَفَةٍ، وَلَوْ تَكَرَّرَ وَقَالَ: عَلَى أَلْفٍ، وَنَوَى مَا ذَكَرْتَ، فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ، وَإِنْ نَوَى عَلَى غَيْرِ الدَّرَاهِمِ، فَقَدْ نَقَلَ الْحَنَاطِيُّ أَنَّهُ يَقَعُ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا، وَلَا بَدَلَ، وَخَرَجَ مِنْ عِنْدِهِ أَنَّهُ لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ حَتَّى يَتَّصِلَ بِهِ الْقَبُولُ وَالْمَشِيئَةُ، كَمَا لَوْ ابْتَدَأَ بِهِ وَهَذَا هُوَ الْقِيَاسُ الْحَقُّ<sup>(١)</sup>، وَإِنْ لَمْ يَنْوِ شَيْئاً فَقَدْ حَكِيَ وَجْهَيْنِ؛ فِي أَنَّ الطَّلَاقَ يَقَعُ رَجْعِيًّا أَوْ بَائِئاً، وَوَجْهَيْنِ إِنْ وَقَعَ بَائِئاً، فِي أَنَّ الْوَاجِبَ مَهْرَ الْمَثَلِ أَوْ الْمُسَمَّى، وَقَضِيَّةٌ جَعَلَهُ مُبْتَدَأً أَلَّا يَقَعُ الطَّلَاقُ أَصْلاً إِلَّا أَنْ يَتَّصِلَ بِهِ قَبُولٌ وَمَشِيئَةٌ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الثَّالِثَةُ): لَوْ قَالَ: إِنْ أُعْطِيتُنِي فَأَنْتِ طَالِقٌ فَإِذَا وُضِعَتْ بَيْنَ يَدَيْهِ طَلَّقَتْ وَدَخَلَ الْمُعْطَى فِي مِلْكِهِ مِنْ غَيْرِ لَفْظٍ مِنْهَا لِضَرُورَةِ وَقُوعِ الطَّلَاقِ بِالْعَوَضِ، وَفِيهِ وَجْهٌ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْمُعْطَى لَكِنْ يَرْجِعُ إِلَى مَهْرِ الْمَثَلِ، وَإِنْ عَلَّقَ عَلَى الْإِقْبَاضِ لَمْ يَكْفِ الْوَضْعُ بَيْنَ يَدَيْهِ مَا لَمْ يَأْخُذْهُ بِالْيَدِ وَيَقَعُ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا لِأَنَّ لَفْظَ الْإِقْبَاضِ لَا يُنْبِئُ عَنِ الْمَلِكِ بِخِلَافِ الْإِعْطَاءِ، وَقِيلَ: إِنَّ الْإِقْبَاضَ كَالْإِعْطَاءِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ أُعْطِيتُنِي أَلْفاً فَأَنْتِ طَالِقٌ فَأَخْطَتْ أَلْفَيْنِ طَلَّقَتْ، وَلَوْ قَالَ: خَالَعْتِكِ عَلَى أَلْفٍ فَقَالَتْ: قَبِلْتُكَ بِأَلْفَيْنِ لَمْ يَصِحَّ.

قال الرَّافِعِيُّ: قد تكرر في الخُلع الكلام في تعليق الطلاق بإعطاء المال، ولا بدَّ فيه من معرفة أن الإعطاء [وبم]<sup>(٢)</sup> يحصل؟ فغرض المسألة بيان ذلك، وانضافت إليه صور آخرُ تتعلق بمقتضى الألفاظ. أما الأولُ: فإذا سلمت المال إليه وقبضه لم يخفَ الحكم، وإن وضعت بين يديه كفي، ووقع الطلاق، وإن امتنع الزوج من القبض، قال في «التتمة»: لأن تمكينها إياه من القبض إعطاءً منها، فإن امتنع من القبض فهو مفوتٌ لحقه، وفي شرح «الجويني» وجهٌ أنه لا يكفي الوضع بين يديه، ولا يقع الطلاق؛ لأن الإعطاء إنما يتم بالتسليم والتسليم والمشهورُ الأول، وفي المُعْطَى وجهان: المذهب المشهورُ منهما: أنه يدخل في ملكه؛ لأن التعليق يقتضي الرجوع عند الإعطاء، ولا يمكن إيقاعه مجاناً لقصده حصولَ المال المُعْطَى، فإذا ملكت المعوض بوقوع الطلاق اقتضت الضرورة دخول العوض في ملك الزوج، فإنَّ مَلِكُ العوضين متقاربان.

والثاني: المَنع، وَنُقِلَ عَنْ رِوَايَةِ الشَّيْخِ أَبِي عَلِيٍّ؛ لِأَنَّ حَصُولَ الْمَلِكِ مِنْ غَيْرِ لَفْظِ مَمْلُوكٍ<sup>(٣)</sup> مِنْ جِهَتِهِمَا بَعِيدٌ، فَيُرَدُّ الْمُعْطَى، وَيَرْجِعُ إِلَى مَهْرِ الْمَثَلِ، وَهَذَا الْوَجْهُ يَجْرِي

(١) قال في الخادم، وهذا مناقض لما صححه يعني المصنف أولاً من الاكتفاء بالمشيئة دون القبول.

(٢) سقط في ز. (٣) في ز: الملك.

فيما إذا قال: إن ضمنت لي ألفاً، فأنّت طالق، فقالت: ضمنت؛ لأن لزوم المال بمجرد قولها بعيداً، كدخول المعطى في ملكه بمجرد الإعطاء، وأيد من صحح البيع بالمعاطة بالمذهب الظاهر في المسألة وهو حصول الملك في المعطى، لكن في التوجيه المذكور ما ينبه على الفرق؛ وذلك لأنها ملكت البضع حيث وقع الطلاق، وأحوجاً ذلك إلى إثبات الملك في العوض، ومثل هذا المعنى لا يتحقق في المعاطة، ولو كان قد قال: متى أعطيتني ألفاً، فأنّت طالق، فبعثت به على يد وكيل لها، وقبضه الزوج، لم يقع الطلاق؛ لأن الصفة المعلق عليها إعطاؤها لم توجد، وكذلك لو أعطته عن الألف عوضاً، أو كان له عليها ألف دزهم، فتقاصا، ولو حضرت بنفسها، وقالت لوكيلها الحافظ لِمَالِهَا: سَلَّمَهُ إِلَيْهِ، يقع الطلاق، وكان تمكينها الزوج من المال المقصود إعطاءً، ذكره في «التتمة»، ولو علق الطلاق بالإقباض، فقال: إن أقبضتني كذا، فأنّت طالق، فوجهان:

أظهرهما: وهو المذكور في «التتمة» أنه تعليق محض؛ لأن الإقباض لا يقتضي التمليك بخلاف الإعطاء، ألا ترى أنه إذا قيل: أعطاه عطية؛ فهم منه التمليك، وإذا قيل: أقبضه، لم يفهم منه ذلك؛ فعلى هذا لا يملك المقبوض، ولا يكون له الرجوع إلى مهر المثل، بل يقع الطلاق رجعيًا، ولا يختص [الإقباض] بالمجلس كسائر التعليقات<sup>(١)</sup>.

والثاني: أن الإقباض كالإعطاء؛ لأن ذكره يُشعرُ بقصد تحصيله، فعلى هذا الحكم كما ذكرنا في الإعطاء، وإن قال: إن قبضت منك كذا، فهو كما لو قال: إن<sup>(٢)</sup> أقبضتني، ويعتبر في القبض الأخذ باليد، ولا يكفي الوضع بين يديه؛ فإنه لا يسمى قبضاً<sup>(٣)</sup>، ولو بعثت على يد وكيلها، لم يكف؛ لأنه ما قبض منها، ولو قبض منها، وهي مكرهة يقع الطلاق؛ لوجود الصفة، وفي التعليق بالإعطاء لو أخذ منها كرهاً، لا تُطلق؛ لأنها لم تُعط، وفي «التتمة» أن ما يبيّن في التعليق بالإقباض مفروض فيما إذا لم يسبق منه كلام يدل على الاعتياض؛ بأن يقول: إن أقبضتني كذا، أو جعلته لي أو

(١) ما ذكره الشيخ من عدم اشتراط الإقباض في المجلس. ذكره في المحرر لكن قال قبله بقليل أنه إذا علق بالإعطاء لا تبرأ إلا بالإعطاء في المجلس على الصحيح إلا إذا علق بمتى وما في معناها فلا يختص بالمجلس. وكل ذلك جار في إن أقبضتني أو أدت إلي.

(٢) سقط في ز.

(٣) قال الشيخ البلقيني: هذا إنما هو في صورة إن قبضت منك وكلام جمع من الأصحاب يدل على ذلك، أما لو قال إن أقبضتني فوضعت بين يديه فإنه يكون كافياً لإيقاع الطلاق رجعيًا؛ لأنها أقبضته. وقال الإمام في النهاية: ثم إذا قال إن أقبضتني فجاءت به وأوقعته بين يديه فهذا إقباض ولا يشترط في تحقيق الإقباض أن يقبض الزوج بالبراجم انتهى.

لأصرفه في حاجتي، وما أشبه ذلك<sup>(١)</sup>، والأداء والدفع والتسليم كالإقباض ولو قال إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق فأعطت ألفين طلقت لأن وقوع الطلاق هنا بحكم التعليق وإعطاء ألفين يشتمل على إعطاء - الألف، وكذا لو قال: إن ضمنت لي ألفاً، فضمنت ألفين، ويُلغو ضمان الزيادة على الألف، وإذا قبض زيادة على القدر المعلق به، كانت أمانة عنده ويخالف ما إذا قال: خالعتك بألف، فقبلت، بألفين؛ حيث لا يصح، ولا يحصل الفراق؛ لأن القبول لم يوافق الإيجاب.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الرَّابِعَةُ): إِذَا قَالَ: إِنَّ أُعْطِيتَنِي أَلْفَ دِرْهَمٍ وَفِي الْبَلَدِ نُقُودٌ مُخْتَلِفَةٌ وَالْغَالِبُ وَاحِدٌ فَأَتَتْ بِغَيْرِ الْغَالِبِ طُلُقَتْ لِعُمُومِ الْاسْمِ لَكِنْ عَلَيْهَا الْإِبْدَالُ بِالْغَالِبِ لِاخْتِصَاصِ الْمَعَاوِضَةِ بِهِ وَلَفْظِ الْإِقْرَارِ أَيْضاً لَا يَخْتَصُّ بِالْغَالِبِ بَلْ أَثَرُ الْعُرْفِ فِي الْمَعَامَلَةِ فَقَطُّ دُونَ التَّعْلِيْقِ وَالْإِقْرَارِ، وَلَوْ أَتَتْ بِالْأَلْفِ مَعِيْبٍ طُلُقَتْ لِعُمُومِ الْاسْمِ وَعَلَيْهَا الْإِبْدَالُ بِالسَّلِيمِ لِلْمَعَاوِضَةِ (الْحَامِسَةُ): إِنْ كَانَ الْغَالِبُ دِرَاهِمَ عَدَدِيَّةٍ نَاقِصَةً لَمْ يَنْزِلْ عَلَيْهَا الْإِقْرَارُ وَالتَّعْلِيْقُ، وَهَلْ يَنْزِلُ عَلَيْهَا الْبَيْعُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَيَقْبَلُ تَفْسِيرُ التَّعْلِيْقِ وَالْإِقْرَارِ بِالْمُعْتَادِ عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ، وَكَذَلِكَ لَا يَنْزِلُ عَلَى الدَّرَاهِمِ الْمَغْشُوشَةِ؛ لِأَنَّهَا نَاقِصَةٌ وَلَكِنْ يَصِحُّ التَّعَامُلُ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ قَدْرُ الثَّقَرَةِ مَعْلُوماً وَإِلَّا فَوَجْهَانِ.

قال الرَّافِعِيُّ: مقصود المسألتين بيان ما ينزل عليه لفظ الدرهم، إذا علّق الطلاق بإعطائها، وما يقبل التفسير به، وقد بيّنا في «الزكاة» ثم في «الإقرار» قدر الدرهم الإسلامي، واسم الدرهم يقع على ذلك القدر من النقرة الخالصة المضروبة، سواء كان نوعه جيداً أو رديئاً؛ لسواد أو خشونة أو غيرهما، فإذا قال: إن أعطيتني ألفَ درهم، فأنت طالق، يقع الطلاق بأي نوع أعطته، لشمول الاسم، لكن إذا كان في البلد نقد غالب، فأنت بغير الغالب، فتطالب بالغالب؛ لأن المعاملات تنزل على النقد الغالب، والخلع فيما يرجع إلى المال كسائر المعاملات، ونقل القاضي ابن كج عن رواية أبي علي الطبري قولاً آخر أن<sup>(٢)</sup> الرجوع إلى مهر المثل، والظاهر الأول، وليكن هذا الخلاف مرتباً على الخلاف المذكور في الفضل السابق أن المغطى على الوجه الذي ينبغي أن يكون هل يملك؟ إن قلنا: لا يملك ثم، والرجوع إلى مهر المثل، فهذا هنا أولى، وإن قلنا: يملك، فهذا هنا خلاف؛ لأن المأتي به غير المستحق، فإن حكمنا بأن الرجوع إلى مهر المثل، فالمغطى غير مملوك، وإن قلنا بالرجوع إلى الغالب، فالمعطى

(١) قال النووي هذا الذي ذكره المتولي، متعين.

(٢) سقط في ز.

مملوك للزوج، لكن للزوج أن يرده ويطالب بالغالب، ويوضحه أن صاحب «التهديب» قال: للزوج الخيار؛ إن شاء رَضِيَ به وإن شاء رَدَّه وطأَبَ بالغالب، وذكر في «الوسيط» أن الزوج لا يملك المُعْطَى، ويجب الإبدال، وبه يُشعر قوله في الكتاب «وَلَكِنْ عَلَيْنَا الإِبْدَالُ بِالْغَالِبِ» والأقوى الأول، ثم العادة الغالبة إنما تؤثر في المعاملات، لكثرة وقوعها، ورغبة الناس فيما يروج في البقعة غالباً، لا تؤثر في التعليق والإقرار، بل يبقى اللفظ على عمومته فيهما، أما في<sup>(١)</sup> التعليق؛ فلقلة وقوعه، وأما في الإقرار، فلأنه إخبار عن وجوب سابق، وربما تقدم الوجوب على الضرب الغالب أو وجب في بقعة أخرى، وصورة الإقرار مذكورة في بابه، ويجوز إعلامها بالواو؛ لوجه ذكرنا هناك أن التفسير بغير سكة البلد لا يُقْبَل، ولو قال: طَلَقْتُكَ على ألف، فهذا ليس بتعليق، فيُنزَل على الغالب على قاعدة المعاملات ثم في الفُضْل صورتان:

إحدهما: لو كان في البلد دراهمٌ عادية ناقصة الوزن أو زائدة الوزن، لم يُنزل الإقرار ولا التعليق عليهما؛ لأن الغلبة لا تؤثر فيهما، واللفظ صريح في الوازنة، وفي تنزيل البيع، والمعاملة عليها وجهان:

أحدهما: المَنع؛ لأن الدراهم صريحٌ في المقدار والمذكور، والعرف لا يغير المُسَمَّى، وإن كان مخصصاً ببعض الأنواع.

وأظهرهما: التنزيل عليهما؛ لأنها التي تقصد في مثل هذه البلدة، وليس في استعمال الدرهم في الناقص إلا استعمال اللفظ في بعض معناه، وأنه من طُرُق المَجَاز، وهل يقبل تفسير المقر بالناقصة أطلق في الكتاب فيه وجهين، وفيه تفصيل، قد مرَّ في «الإقرار»، وحاصلُه أن الإقرار إن كان في ثلاثة دراهم تامة، فلا يقبل التفسير بالناقص، وإن كان التفسير مفضلاً على الأصح وإن كان التفسير في ثلاثة دراهم ناقصة فيُقْبَل التفسير المتصل، وكذا المنفصل على الأصح، ولو فسر المعلق بالدراهم المعتادة، فإن كانت زائدة، فهو كالتفسير في الإقرار بالناقصة، والظاهر القبول، وإن كانت ناقصة، قال الإمام: يُقْبَل لا محالة [لأنه توسع لباب الطلاق].

الثانية: لو أتت بدراهم مغشوشة، فيُنظَرُ إن كان الغالب في البلد الدراهم المغشوشة، فقد أطلق صاحب الكتاب أنه لا يُنزل اللفظ عليها؛ لأنها ناقصة، من حيث إن الغش غير متناول باسم الدرهم؛ لِمَا مرَّ أنه يقع على الفضة، وعلى هذا فلا يقع الطلاق إلا إذا أعطت ألفاً خالصة ولكن في «الوسيط» أنها تسترد ما أعطت، وتعطيه ألفاً مغشوشة، ومن قال بهذا، قال: التفسير بالمغشوشة كالتفسير بالناقصة، وإذا قبلنا التفسير

(١) سقط في ز.

بهما فنراجعهُ؛ ليعبر عن مقصوده، أو تأخذ بالظاهر إلا أن يفسر فيه احتمالان في «السيط»<sup>(١)</sup> والذي أورده صاحب «التهذيب» و «التتمة» أن اللفظ ينصرف إلى المغشوشة، ويقع الطلاق، إذا أعطت أَلْفَ درهم مغشوشة، وهل يُسَلِّمُ له بذلك؟ قال المُتَوَلَّى: يبنى على أن المعاملة بالدرهم المغشوشة، هل تجوز إن لم نجوزها رَدَّ الدرهم، ولزمها مهر المثل، وإن جَوَّزنا سَلِّمَتْ له الدرهم، وليعلم لذلك قوله في الكتاب «وَكَذَلِكَ لَا يُنْزَلُ عَلَى الدَّرَاهِمِ المَغْشُوشَةِ» بالواو ويشبه أن يكون ما في الكتاب أَظْهَرَ أن يُنْزَلَ اللفظ على المغشوشة، إذا غَلَبَتْ، فليُنْزَلْ اللفظ على الناقصة إذا غلبت، والذاهب إليه يُمَكِّنُهُ الفَرْقُ، بين التعليق والإقرار؛ لأن الإقرار إخبار عن سابق، والتعليق بالمال قضية معنى المعاوضة، فألحق في التنزيل على المعتادة بالمعاملات، وإن كان الغالبُ الدَّرَاهِمُ الخالصة، فلا تطلق إلا إذا أعطت قَدْرَ ما يبلغ نُقْرَتُهُ أَلْفَ درهم؛ لِمَا مرَّ أن لفظ الدرهم للفضة، ولم يوجد عادة صارفة، وعن القاضي الحُسَيْنِ - رحمه الله - حكايةٌ وَجَّهَ أَنَّهُ لا يقع الطلاق، وإن بلغ القَدْرَ المذكور كما لو أعطته سبيكة، وإذا قلنا بالوقوع، فهل يملك الزوج المغشوش المدفوع إليه؟ حكى أبو الفرج السرخسي فيه وَجْهَيْنِ:

أحدهما: لا؛ لأن المعاملة تُنْزَلُ على نقد البلد.

والثاني: نَعَمْ؛ لأن قبضها اعتبر في إيقاع الطلاق، فكذلك في إفادة الملك، ولكن له الرَدُّ بسبب العيب فإذا رَدَّ، فالرجوع إلى مهر المثل أو إلى ألف خالصة، فيه قولان، ولك أن تقول: ما ينبغي أن يملك الغش، والصورة هذه بحال؛ لأن التعليق بإعطاء الدرهم، وهي العوض والدرهم كما مرَّ اسمٌ للقدر المعلوم من الفضة، فإذا بلغ فِضَّة المدفوع الألف، بقي الغش شيئاً [مضموماً]<sup>(٢)</sup> إلى النقرة التي هي العوض؛ فلا وجه لصيرورته ملكاً له، كما إذا ضمت إلى الألف ثوباً<sup>(٣)</sup>.

وأما قوله في الكتاب «وَلَكِنْ يَصِحُّ التَّعَامُلُ عَلَيْهَا...» إلى آخره قد مرَّ في الزكاة طَرَفٌ مما يتعلق بالدرهم المغشوشة، وذكر صاحب الكتاب الوجهين هناك، وأعدنا المسألة مع زياداتٍ في أول «البيع»، والظاهر صحَّة المعاملة بها.

قَالَ العَرَّالِيُّ: (السَّادِسَةُ): إِذَا قَالَ: إِنَّ أُعْطَيْتَنِي عَبْدًا فَأَتَيْتَ طَالِقٌ وَوَصَفَ العَبْدَ بِمَا يَجُوزُ فِيهِ السَّلَامُ فَأَتَيْتَ بِهِ طَلَّقْتَ وَمَلَكَ الرُّوْحَ العَبْدَ، وَإِنْ أَقْتَصَرَ عَلَى ذِكْرِ العَبْدِ طَلَّقْتَ بِكُلِّ مَا يَنْطَلِقُ عَلَيْهِ اسْمُ العَبْدِ مِنْ مَعِيْبٍ وَسَلِيمٍ لَكِنْ يَرُدُّ عَلَيْهَا وَيُرْجَعُ إِلَى مَهْرِ المِثْلِ

(١) قال النووي: أفقهما: الثاني.

(٢) في ز: مضموناً.

(٣) قال النووي ظاهر كلام القائل بالملك، أنه لا ينظر إلى الغش لحقارته في جنب الفضة، ويكون تابعا كما سبق في مسألة نعل الدابة. والله أعلم.



لأنه مجهول، ولو أتت بعبد مغضوب ففي وقوع الطلاق وجهان، ولو قال: إن أعطيتني خمرًا فأنت بخمر مغضوب فوجهان مرتبان، وأولى بالوقوع، ولو قال: إن أعطيتني هذا العبد فأعطت فخرج مستحقاً فهل يبين أن الطلاق لم يقع؟ وجهان، ولو قال: إن أعطيتني هذا الحر وقع الطلاق بإعطائه رجعيًا، وقيل: يزجج إلى مهر المثل ويكون بائناً.

قال الرافعي: إذا قال: إن أعطيتني عبداً أو ثوباً، فأنت طالق، ووصفه بما يُعتبر الوصف به في السلم، فأنت به على الصفة المذكورة، طُلقت، ويملكه الزوج كما ذكرنا في الدراهم، وإن أعطته على غير تلك الصفة فلا طلاق، ولا ملك، وإذا كان على تلك الصفة ووُجد به عيباً، فله الخيار، فإن رده، فالرجوع إلى مهر المثل، في أصح القولين، وإلى قيمته صحيحاً في الثاني؛ وليس له أن يطالب بعبد بتلك الأوصاف سليم، بخلاف ما إذا قال لامرأته: طلقتك أو خالعتك على عبد صفته كذا، فأعطته عبداً بتلك الصفات، وكان معيباً له الرُد، والمطالبة بعبد سليم، لما سبق من الفرق. وفي كتاب الحناطي وجه: أنه لا يرد العبد بل يأخذ أرض الغيب، وإن اقتصر على قوله: إن أعطيتني عبداً فأعطته عبداً مملوكاً لها يقع الطلاق لوجود الصفة المعلق عليها، ولا يملكه الزوج؛ لأن الملك فيه يثبت المعاوضة، والمجهول لا يصلح عوضاً، فيجب الرجوع إلى عوض البضع وهو مهر المثل، ويتعين ها هنا مهر المثل رجوعاً؛ لأن المجهول لا تُعرف قيمته حتى يفرض الرجوع إليها، وحكى القاضي ابن كج والحناطي وجهاً أنه يقع الطلاق رجعيًا، ولا يلزمها مهر المثل وإنما يلزم ذلك إذا ابتدأت، وسألت الطلاق على عوض، فقال في الجواب: إن أعطيتني عبداً فأنت طالق، فأعطت، والمذهب الأول، ولا فرق بين أن يكون العبد المُعطى سليماً أو معيباً ولا بين القن، والمُدبر، والمعلق عتقه بصفة، لوقوع اسم العبد على الكل، وإمكان النقل والتملك، ولو أعطته مكاتباً، لم يقع الطلاق، وكذا لو قال لأجنبي: إن أعطيتني أمةً، فزوجتني طالق فأعطاه أم ولد، وأشير في المكاتب إلى وجه آخر، وربما جاء مثله في أم الولد ولو كان قد وصف العبد ببعض الأوصاف، ولم يستوعب، فهو كما لو أطلق ذكر العبد في أن الرجوع إلى مهر المثل، لكن لو أعطته عبداً على غير تلك الصفة، لم يقع الطلاق، وذلك مثل أن يقول: إن أعطيتني عبداً تركياً فأعطته هندياً، ولو أتت بعبد مغضوب أو مشترك بينها وبين غيرها، أو قال: إن أعطيتني ألف درهم، فأنت بدرهم مغصوبة فوجهان:

أحدهما: أن الحُكم كما لو أتت بما تملكه، فيقع الطلاق، ويكون الرجوع إلى مهر المثل؛ لأن الزوج لا يملك المدفوع، وإن كان مملوكاً، فلا معنى لاعتبار الملك. وأصحهما: لا يقع الطلاق؛ لأن الإعطاء يعتمد التملك على ما مر، وإذا كان

المسمى مما لا يمكن تملكه، فلا يجري أو لا يستحسن فيه لفظ الإعطاء؛ ألا ترى أنه لا يقال: أعطاه حراً، ولا يمكن تملك المغصوب، ولا جمع المشترك، وطرده هذا الخلاف في العبد المرهون والعبد المستأجر<sup>(١)</sup> من غيره.

ولو قال: إن أعطيتني هذا العبد المغصوب، فأعطته، ففيه خلاف مرتب وأولى بأن يقع وهو الظاهر؛ لأن التصريح بالغضب يدل على أنه لم يقصد مهر المثل، ولو قال إن أعطيتني زق خمر أو خنزير فأنت طالق فقد سبق أنها إذا أتت به بانت ووجب مهر المثل. فإن أتت بخمر مغصوبة، وذلك بأن كانت محترمة فإن قلنا في العبد المغصوب أنه يقع الطلاق، فهذا أولى وإن قلنا: لا يقع هناك، فهذا هنا وجهان:

أظهرهما: الوقوع؛ لأن الإعطاء هنا مضاف إلى ما لا يتأتى تملكه.

والثاني: المنع، ويحمل على ما تختص به يداً كما حمل لفظ العبد على ما تختص به ملكاً، ولو قال: إن أعطيتني هذا الحر فأنت طالق، ففي «البيضا» وغيره ما يقتضي جعله على الخلاف؛ وجه عدم الوقوع أن الإعطاء تملك، وإضافة التملك إلى الحر فاسدة، فصار كما لو قال: إن صليت وأنت محدثة أو بغت الخمر فأنت طالق، لا يقع الطلاق بصورة الصلاة والبيع، وإذا قلنا بالوقوع فيقع رجعيًا أو بائناً، فيه وجهان:

أحدهما: يقع رجعيًا؛ لأن الحر لا يملك فالزوج لم يطمع في شيء.

والثاني: أنه كالتعليق بالخمر والمغصوب، وهذا أشبه بما مر في المسائل المناظرة لهذه في الخلع والصداق، ورجح صاحب الكتاب الأول، ولو قال: إن أعطيتني هذا العبد [أو]<sup>(٢)</sup> والثوب، فأنت طالق، فأعطته طلقته، وملكه الزوج، فإن خرج مستحقاً أو مكاتباً، فهل يتبين أن الطلاق لم يقع، فيه وجهان كما ذكرنا في صورة الإطلاق، ولكن الأصح هنا الوقوع؛ لمكان التعيين، والإشارة وقرب الوجهان من الوجهين، فيما إذا وكل رجلاً بشراء عبد معين، فاشتراه وخرج معيماً، هل يستقل بالرد؛ لأنه بالتعيين قطع نظره واجتهاده وإذا قلنا: إن الطلاق واقع فالرجوع إلى مهر المثل في أصح القولين، وإلى قيمة العبد في الثاني وإذا وجده معيماً فله الرد، وعن ابن أبي هريرة أنا إذا قلنا: إن الرجوع إلى القيمة، فيجزيها هنا وجه أنه لا يرد بل يرجع بالأزس، فإذا رد عاد القولان في أن الرجوع إلى مهر المثل، أو إلى قيمته سليماً وذكر في «التهذيب» أنه لو قال لامرأته الأمة إن أعطيتني ثوباً، فأنت طالق، فأعطته ثوباً لم تطلق؛ لأنها أعطت ما لا تملك<sup>(٣)</sup> فإن قال إن أعطيتني الثوب، فأعطته طلقته، وفيما عليها القولان، وهذا

(١) قال النووي: يجري الخلاف في المستأجر إذا لم يجوز بيعه، وإلا فهو كغيره.

(٢) في ز: و. (٣) تقدم في كلام الشيخ عن المتولي عكس ذلك وقرر به.

اقتصار منه على الجواب الأصح في الثوب المُطَلَّق، وفي المُعَيَّن والله أعلم ولا يَخْفَى مما تقدّم أن الإعطاء في جميع صور الفصل ينبغي أن يقع في المجلس، والله أعلم.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَلَوْ قَالَ: إِنَّ أُعْطِيتَنِي هَذَا الثَّوْبَ الْمَرْوِيَّ فَإِذَا هُوَ هَرَوِيٌّ طَلَّقْتَ عَلَيَّ وَجِهَ وَإِنَّمَا هُوَ غَلَطٌ فِي الْوَصْفِ، وَلَوْ قَالَ: خَالَغْتُ عَلَيَّ هَذَا الثَّوْبَ عَلَيَّ أَنَّهُ هَرَوِيٌّ فَإِذَا هُوَ مَرْوِيٌّ تَفَدَّتِ الْبَيْنُونَةُ وَلِلزَّوْجِ خِيَارُ الْخُلْفِ فِي الْعَوْضِ دُونَ الطَّلَاقِ.

قال الرَّافِعِيُّ: فيه صورتان:

إحدهما: لو قال: إن أعطيتني هذا الثوب، وهو هَرَوِيٌّ، فأنت طالق، فأعطته، وبيان مروياً، لم يقع الطلاق؛ لأنه علق الطلاق بإعطائه، بشرط كونه هَرَوِيًّا، ولم يوجد هذا الشرط، فأشبهه كما إذا قال: إن أعطيتني هذا الثوب، فأنت طالق إن كان هَرَوِيًّا، ولو قال: إن أعطيتني هذا الثوب الهروي؛ فإذا هو مَرْوِيٌّ أو بالعكس، فوجهان عن القاضي الحُسَيْنِ.

أحدهما: أنها لا تُطَلَّقُ كما في الصورة السابقة؛ تنزيلاً له على الاشتراط.

والثاني: تُطَلَّقُ؛ لأنه أشار إلى عين الثوب، وكونه هَرَوِيًّا لم يذكره على صيغة الاشتراط بل الصيغة صيغة واثق بحصول هذه الصفة لكنه أخطأ فيه، وهذا أشبه.

الثانية: لو خَالَغَهَا على ثوبِ هَرَوِيٍّ، ووصف كما ينبغي فأعطته ثوباً بتلك الصِّفَات على اعتقاد أنه هروي، فَبَانَ أنه مروي فيرده، ويطلب بثوب هروي بالصفات المذكورة، ولو خَالَغَهَا على ثوب بعينه على أنه هَرَوِيٌّ، فبان مروياً، نفذت البينونة، وملكه الزوج، واختلاف الصفة كَعَيْبٍ يوجد فيه، فله خيار الخُلْفِ، وفي «شرح مختصر الجَوْنِي» وجه: أنه إن كانت قيمة المروي أكثر أو لم يكن تفاوتاً فلا رد لأن الجنس واحد، ولا نقصان، والظاهر الأول، وإذا رد رجع إلى مهر المثل، على أصح القولين وإلى قيمة ثوب هروي في الثاني، فإن وجد به عَيْباً بعد تلفه أو تعييبه في يده، ولم يمكنه الرد، فيرجع بقدر النقصان من مهر المثل في أصح القولين، ويقدر ما انتقص من القيمة في الثاني، وليس له المطالبة ها هنا بثوب هروي، لأنه معين العقد.

قال أبو الفرج السرخسي: وَهَذَا على قولنا: إن اختلاف الصِّفَةِ لا تُنْزَلُ منزلة اختلاف العَيْنِ، وفيه قولان ذكرناهما في النكاح، فإن نَزَّلْنَاهُ منزلة اختلاف العين، فالعَوْضُ فاسدٌ، فليس له إمساكُهُ ويرجع إلى مَهْرِ المثل، أو بدل الثوب لو كان مروياً على اختلاف القولين، ولو خَالَغَهَا على ثوب بعينه على أنه كَتَّانٌ، فبان قُطْناً أو بالعكس، فالذي ذكره الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطَّيِّبِ وأصحابنا العراقيون أن العوض فاسدٌ وإن نفذت البينونة، لأن الاختلاف ها هنا راجع إلى الجنس، وفي الصورة

السابقة الاختلاف راجع إلى الصفة، والهَرَوِيُّ والمَرَوِيُّ كلاهما من جنس واحد، وإذا فسَدَ العوض، كان كما لو خَالَعَ على خَمْرٍ، فيكون الرجوع إلى مهر المثل، أو بدل ثوب كتان على اختلاف القولين، وليس له إمساكُ ذلك الثوب، وهؤلاء قالوا: لو بَاعَ ثوباً على أنه كَتَّان، فَبَانَ قُطناً، فسَدَ البيع، وسوى في «التهديب» بين هذه الصورة السابقة، وأجاب فيها بمثل الجواب المذكور هناك، وجمَع صاحب «التتمة» بين الجوابين فقال: هو مبنيٌّ على ما إذا قال: بَعْتُ مِنْكَ هذه البَعْلَةَ، فإذا هي فَرَسٌ، هل يصح البيع، إن صحَّحنا؟ فهو كاختلاف الصفة، وإلا فسدت التسمية، ولم<sup>(١)</sup> يكن له إمساكُ ذلك الثوب ولو قَالَتْ: خَالِغِنِي على هذا الثوب؛ فإنه هَرَوِيُّ، فخالعها عليه، فخرج مروياً، فالحكم كما لو قال: خَالَعْتُكَ عليه على أنه هَرَوِي؛ لأنها غَرَّتْهُ<sup>(٢)</sup> وفي «التتمة» أنها لو قالت لزوجها: هذا الثوب هَرَوِي، فقال: إن أعطيتني هذا الثوب، فأنت طالقٌ، فأعطته، فبان مروياً فبيني على المتوطأ عليه قبل العقد هو كالمشروط في العقد، إن قلنا: نعم، لم يقع الطلاق، وإلا وَقَعَ، وليس له إلا الثوب ولو قال: خَالَعْتُكَ على هذا الثوب، وهو هَرَوِيُّ، فبان خلافه، فلا رد له؛ لأنه لا تغير من جهتها، ولا اشتراط منه، وكذا لو قال: خَالَعْتُكَ على هذا الثوب الهَرَوِيِّ، كذا ذكره في «التهديب»، وقد يقال: قوله<sup>(٣)</sup> و «هو هَرَوِيُّ» أفاد الاشتراط من قوله: إن أعطيتني هذا الثوب، وهو هَرَوِيُّ، حتى لم يقع الطلاق إذا لم يكن هَرَوياً، فلم هذا الاشتراط في قوله: خَالَعْتُكَ على هذا الثوب وهو هَرَوِي حتى يتمكن من الرد، إذا لم يكن هَرَوياً، كما في قوله: خَالَعْتُكَ على هذا الثوب على أنه هَرَوِي، والجوابُ أَنَّ قوله هناك: «وهو هَرَوِيُّ» دخل على كلام غير مستقل؛ فإن قوله: إن أعطيتني هذا الثوب، لا استقلال له، فيتقيد بما دخلَ عليه، وتمامه عند قوله: فأنت طالقٌ، وقوله: خَالَعْتُكَ على هذا الثوب كلامٌ مستقلٌ، فجعل قوله بعده: وهو هَرَوِي جملةً يرأسها، ولم يتقيد به الأول، وقوله في الكتاب: «وللزَّوج خيارُ الخُلْفِ في العوض دون الطلاق» معناه أن البينونة حاصلةٌ لا مدْفَع لها، وفوات الشرط إنما يُؤثِّر في العوض كما أن أثر الفَسَاد لكونه خَمِراً أو خنزيراً يختص بالعوض، ولا يُؤثِّر في البينونة، وقد مرَّ في الصداق والخلع ما يعرف ذلك، ويغني عن التعرض له في هذا المقام والله أعلم.

### البَابُ الرَّابِعُ فِي سُؤَالِ الطَّلَاقِ، وَفِيهِ فُصُولٌ

(الأوَّلُ فِي أَلْفَاظِهِ): وَفِيهِ صُورَةٌ: (الأوَّلَى): إِذَا قَالَتْ: مَتَى مَا طَلَّقْتَنِي فَلَكَ أَلْفٌ

(٢) سقط في ز.

(١) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

أَخْتَصَّ الْجَوَابَ بِالْمَجْلِسِ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ لَهَا: مَتَى مَا أَعْطَيْتَنِي، وَلَوْ قَالَتْ: إِنْ طَلَّقْتَنِي فَأَنْتَ بَرِيءٌ مِنَ الصَّدَاقِ فَطَلَّقَ فَهُوَ رَجْعِي وَلَا يَخْضَلُ الْبِرَاءَةَ لِأَنَّ تَعْلِيْقَ الْبِرَاءَةِ لَا يَصِحُّ، وَلَوْ قَالَتْ: طَلَّقْتَنِي وَلَكَ عَلَيَّ أَلْفٌ فَطَلَّقَ لَزِمَهَا الْأَلْفُ وَصَلَحَتْ هَذِهِ الصِّيغَةُ مِنْهَا لِلاتِّزَامِ وَإِنْ لَمْ يَضْلُخْ مِنْهُ لِلاتِّزَامِ، وَلَوْ قَالَ: بَغْنِي وَلَكَ عَلَيَّ أَلْفٌ فَذَلِكَ لَا يُحْتَمَلُ فِي الْبَيْعِ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ قَالَتْ: طَلَّقْتَنِي عَلَى أَلْفٍ فَقَالَ: طَلَّقْتُ وَلَمْ يَذْكُرِ الْمَالَ فَلَهُ أَنْ يَقُولَ: لَمْ أَقْصِدِ الْجَوَابَ حَتَّى يَكُونَ رَجْعِيًّا، وَلَوْ قِيلَ لَهُ: أَطَلَّقْتِ؟ فَقَالَ: نَعَمْ، فَهُوَ مُتَعَيِّنٌ لِلْجَوَابِ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُسْتَقْبَلٍ.

قال الرَّافِعِيُّ: ضمن الباب فصولاً:

أحدها: في ألفاظ المرأة في سؤال الطلاق.

والثاني: في سؤال عددٍ معيّن من الطلاق.

والثالث: فيما إذا سألت طلاقاً معلقاً بزمان، ثم عقد فصلاً في خلع الأجنبي، وليست له قرابة تختص بهذا الباب، ولو أورده في باب مُفْرَدٍ، أو في الركن الثاني من أركان الخلع، وهو القابل لكَانَ أَحْسَنَ، أما الفصل الأول؛ ففيه صور:

منها: أن قول المرأة: طَلَّقْتَنِي بِكَذَا، أو على كذا صيغةً صحيحةً في الالتزام، وكذا في قولها: طَلَّقْتَنِي عَلَى أَنْ عَلَيَّ كَذَا، أو على أَنْ أُعْطِيكَ كَذَا أو أضمن لك وفي معناها قولها: إِنْ طَلَّقْتَنِي أو إذا طَلَّقْتَنِي فلك عليّ كذا، ويختص الجواب بالمجلس، وكذا لو قالت: متى ما طَلَّقْتَنِي، ويختص الجواب بالمجلس، بخلاف قول الرجل: مَتَى مَا أَعْطَيْتَنِي كَذَا، فأنت طالقٌ، وهذا قد سبق بتوجيهه.

ومنها: لو قالت: إِنْ طَلَّقْتَنِي، فأنت بريءٌ من الصداق، أو فقد أبرأتك، فقال: قد طَلَّقْتِكِ، وقع الطلاق رجعيًّا ولم يبرأ عن الصداق؛ لأن تعليق الإبراء لا يصح، وطلاق الزوج طمعاً في البراءة من غير لفظ صحيح في الالتزام، ولا يوجب عوضاً وها هنا كلامان:

أحدهما: أنه قد مر في باب الضَّمان أن تعليق الإبراء صحيحٌ على القديم، وأن معنى الإسقاط يقتضي المسامحة في الجديد أيضاً، فالذي أطلقها هنا الجواب على الجديد على الأظهر في أن تعليق الإبراء لا يصح.

والثاني: أنه وإن لم يصحَّ الإبراء، فالزوج طَلَّقَ طمعاً في حصول البراءة، وهي رَغِبَتْ في الطلاق بالبراءة فكان لا يبعد<sup>(١)</sup> أن يقال: هذا عوضٌ فاسدٌ، فأشبه ما إذا ذكر

(١) في ز: الأبعد.

خمرًا<sup>(١)</sup> أو خنزيراً.

ومنها: لو قالت: طَلَّقَنِي وَلَكَ عَلَيَّ أَلْفٌ، فقال: طَلَّقْتُ حَصَلَتِ الْبَيْنُونَةُ، ولزم الألف؛ لأن هذه الصيغة تصلح للالتزام، قال الله تعالى: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ﴾ [يوسف: ٧٢] والإتيان بها عقيب سؤال الطلاق قرينة دالة عليه، ويخالف ما إذا قال الزوج: طَلَّقْتُكَ وَلِي عَلَيْكَ كَذَا؛ فإنه لا يصلح للالتزام للمال على ما مر، وعند أبي حنيفة، وهو وجه عند بعض الأصحاب أنه لا يثبت العوض كما لا يثبت، إذا قال الزوج: طَلَّقْتُكَ وَلِي عَلَيْكَ كَذَا؛ وهذا لأن قولها: وَلَكَ عَلَيَّ كَذَا بالوعد أشبه منه بالالتزام؛ فعلى هذا إن اقتصر على قوله: طَلَّقْتُكَ، يقع الطلاق رجعيًا وإن قال: طَلَّقْتُكَ عَلَى أَلْفٍ، احتاج إلى قَبُولِهَا، قال أبو سعيد المتولي: وَيَقْرُبُ مِنْ هَذِهِ الصُّورَةِ مَا إِذَا قَالَتْ: طَلَّقَنِي وَأَضْمَنْ لَكَ أَلْفًا، ولو قالت: وَأَعْطَيْكَ أَلْفًا، فالأظهر أنه إذا قال طَلَّقَهَا مطلقاً، يقع رجعيًا؛ لأن لفظ الضمان يُشعر بالالتزام، والإعطاء بخلافه، ولم يطرُد الوجه المذكور ها هنا في الجعالة، بل لو قال: رُدُّ عِبْدِي وَلَكَ عَلَيَّ كَذَا، فَرَدَّ لَزِمَ الْمَالُ بِلَا خِلَافٍ، ولو قال المشتري: بَعْئِي هَذَا وَلَكَ عَلَيَّ كَذَا، فقال بَعْتُ، ففي انعقاد البيع وجهان:

(١) قال في المهمات: هذا منقول صرح به الخوارزمي في «الكافي» فنقل في المسألة وجهين وجزم به المصنف في آخر الباب الخامس من الخلع نقلًا عن القاضي الحسين. وقال الشيخ البلقيني: الذي أقوله إن الزوج إن كان جاهلاً بحيث يظن الصحة فالأمر كما قال القاضي، وإن كان عالمًا ببطلان تعليق البراءة فطلاقه يظهر أنه لم يطمع به في مال ولا شيء له ويقع الطلاق رجعيًا ولذلك أنظر في الباب.

قال في الخادم: من أعيان المسائل المهمة أن يكون الالتماس من جهة الزوج كما إذا قال إن أبرأتني من صدائق فأنت طالق فأبرأته وهما يعلمان ولم يتعرض الراعي لها في هذا الباب، وإنما ذكرها في أواخر التعليقات من الطلاق فقال: وفي فتاويه أنه يقع رجعيًا وأن القاضي قال في تعليقه أنه يقع بائنًا. قال: أعني صاحب الخادم: وهذا كله إذا كانت تعلم الصداق وهي جائزة التصرف في أمرها أما إذا كانا مجهلان مقدار الصداق فظن كثير من الناس أنها إذا أبرأتته تطلق ويرجع إلى مهر المثل؛ لأنه خلع بمجهول وهنا غلط؛ لأن المجاهيل التي يرجع فيها إلى البدل هي إذا عقد الخلع بها أما إذا وقع في التعليق كما إذا قال إن إبرأتني من كذا وهو مجهول لم يقع الطلاق تغليبا لسابقة التعليق فلم توجد الصفة فلا يقع طلاق، وهذه قاعدة عظيمة التعليقات وإنما خرجوا عنه في مسألة واحدة وهي ما لو قال إن أعطيتني عبداً فأنت طالق فتطلق بأي عبد دفعته فأجروه مجرى العقود مع أنه تعليق.

ثم قال بعد ذلك: وفي «الكافي» لو قال إن إبرأتني عن الصداق ونفقة العدة فأنت طالق، فأبرأته عنهما قال القفال: لا يقع شيء؛ لأنه علق الطلاق بصفتين جائزاً عن الصداق وعن نفقة العدة وهي غير واجبة فلا يصح الإبراء عنها، ومتى فاتت إحدى الصفتين لا يقع شيء.

وهذا الفرع الأخير ذكره الأذري في القوت نقلًا عن القفال، ونقله غيره عن القاضي حسين.

أحدهما: ينعقد كالخلع والجماعة، وهذا هو الجواب في «فتاوى القفال».

والثاني: المنع لأنه يحتمل فيهما ما لا يحتمل في البيع؛ ألا ترى أن التعليل لا يقدح فيهما، ويقدح في البيع، وفيما علق عن الإمام أن هذا أصح، ويشبه أن يكون الوجهان في أنه هل هو صريح، فأما كونه كناية فلا ينبغي أن يكون فيه خلاف.

ومنها: إذا قالت طلقني على ألف، أو أتت بصيغة أخرى صريحة في الالتزام، فإن أجبها، وأعاد ذكر المال، فذاك وإن اقتصر على قوله: طلقتك كفى ذلك، وانصرف الجواب إلى السؤال كما إذا قال البائع: بعث بكذا، فقال: اشتريت، واقتصر عليه يكفي، وفي «أمالي» الشيخ أبي الفرج وجه: أنه إذا لم يعد المال لم يلزم المال، ووقع الطلاق رجعيًا، والظاهر الأول.

ولو قال: قصدت الابتداء دون الجواب قبل، ويكون الطلاق رجعيًا، فإن اتهمته في ذلك حلف.

وأما قوله: «ولو قيل له: أطلقت زوجتك فقال: نعم، فهو متعين للجواب»، فهذه الصور المذكورة في أواخر «كتاب الطلاق» وقد تبين هناك أنه يكون ذلك إقراراً بالطلاق، ويكون إنشاء، والغرض ما هنا شيء واحد؛ وهو أنه لو قال: لم أقصد الجواب بقولي «نعم»، لم يقبل، بخلاف ما نحن فيه، وفرق بينهما بأن قوله «نعم» لا يستقل ولا يفيد نفسه، وقوله «طلقتك» كلام مفيد في نفسه يصلح للابتداء كما يصلح للجواب.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَلَوْ قَالَتْ: أِبْنِي فَقَالَ: أَبْنَتُكَ فَإِنْ نَوَيْتَ نَفَذَ، وَإِنْ لَمْ يَنْوِهَا أَوْ لَمْ يَنْوِ الزَّوْجَ لَعَا، وَإِنْ نَوَى دُونَهَا نَظَرَ، فَإِنْ ذَكَرَ الْمَالَ لَمْ يَنْفَذْ لِأَنَّهَا لَمْ تَلْتَزِمَ، وَإِنْ لَمْ يَذْكُرْ نَفَذَ رَجْعِيًّا، وَإِنْ ذَكَرَ الْمَالَ دُونَهَا لَمْ يَقَعِ الطَّلَاقُ، وَإِنْ ذَكَرَتْ فِي الْيَمَاسِيهَا فَقَالَتْ: أِبْنِي بِأَلْفٍ فَقَالَ: أَبْنَتُكَ فَهُوَ كَمَا إِذَا ذُكِرَ جَمِيعًا إِلَّا أَنْ يَقُولَ: قَصَدْتُ الْإِبْتِدَاءَ دُونَ الْجَوَابِ، وَلَوْ قَالَتْ: أِبْنِي فَقَالَ: أَبْنَتْ مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ مَالٍ مَعَ نِيَّتِهِ وَقَعَ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا وَلَمْ يَثْبِتِ الْمَالُ بِخِلَافِ لَفْظِ الْخُلْعِ فَإِنَّهُ يُنْبِئُ عَنِ الْمَالِ فَيَقْتَضِيهِ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ.

قال الرافعي: اللفظ الدائر بين الزوجين سؤالاً من جانب الزوجة، وإجابة من جانب الزوج، إما أن يكون صريحاً من الجانبين، أو كناية من الجانبين، أو صريحاً من أحدهما كناية من الآخر فإن كان كناية من الجانبين، كما إذا قالت: أبنّي، أو بنّي أو أبرئني أو بارئني، فقال: أبتك أو بنتك، فإن نوى الطلاق، نفذ، ولزم المال إن ذكر مالا، وإن لم ينوياً أو لم ينو الزوج، فلا فرقة، وإن نوى الزوج دونها، فينظر، إن جرى ذكر المال في السؤال والجواب، لم يقع الطلاق؛ لأنه ربط الطلاق بالمال، وهي لم تسأل الفراق، ولم تلتزم المال في مقابلته، وإن لم يجر ذكر المال في الطرفين، وقّع

الطلاق رجعيًا، وإن ذكر الزوج المَالَ، ولم تذكر المرأة، لم يقع الطلاق؛ لأنها لم تسأل [فيها] فراقًا، والزوج أنشأ فراقًا على مال لم يتصل به القَبُول، وإن ذَكَرَتْ هي المَالَ، فقالت: ابْنِي عَلَى أَلْفٍ، فقال: أبْتِكِ، فوجهان:

أحدهما: أَنَّهُ لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ؛ لِأَنَّ كَلَامَهُ جَوَابٌ عَنِ سَوَالِهَا، فَيَعُودُ الْمَالُ فِي الْجَوَابِ، وَلَمْ يَوْجَدْ مِنْهَا الْقَبُولَ، فَصَارَ كَمَا إِذَا ذَكَرَا جَمِيعًا.

والثاني: أَنَّهُ يَقَعُ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا، وَيَحْمَلُ عَلَى ابْتِدَاءِ الْخِطَابِ مِنْهُ، وَنَظِمَ «التَّهْذِيبُ» يَقْتَضِي تَرْجِيحَ الْوَجْهِ الثَّانِي، لَكِنَّ الْإِمَامَ ذَكَرَ، أَنَّ الْأَصَحَّ هُوَ الْأَوَّلُ، وَيَحْكِي عَنِ الْقَاضِي الْحُسَيْنِ مِثْلَهُ، وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ الْمَوْافِقُ لِلْوَجْهِ الْمَشْهُورِ فِيمَا إِذَا قَالَتْ: طَلَّقْنِي بِأَلْفٍ، فَقَالَ: طَلَّقْتُ، وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ، وَلَا شَكَّ أَنَّهُ لَوْ قَالَ الزَّوْجُ: قَصَدْتَ الْإِبْتِدَاءَ دُونَ الْجَوَابِ، يَقْبَلُ، وَيَقَعُ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا، وَاعْلَمْ أَنَّ قَوْلَهُ فِي الْكِتَابِ فِي ابْتِدَاءِ الْمَسْأَلَةِ «فَإِنْ نَوِيًا نَفَذَ» يَعْنِي أَصْلَ الطَّلَاقِ، ثُمَّ إِنَّ ذَكَرَ مَالَ، وَجِبَ الْمَالُ وَالطَّلَاقُ بَائِنٌ عَلَى مَا سَبَقَ، وَإِنْ لَمْ يُذَكَّرْ مَالٌ فَالطَّلَاقُ رَجْعِيٌّ، وَهُوَ الْمُرَادُ مِنْ قَوْلِهِ آخِرًا «وَلَوْ قَالَتْ: ابْنِي فَقَالَ: أبْتِكِ» إِلَى آخِرِهِ، وَالْمُرَادُ مَا إِذَا نَوَى الزَّوْجُ الطَّلَاقَ مَعَ نِيَّتِهَا أَوْ دُونَ نِيَّتِهَا، وَقَوْلُهُ: «مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ مَالٍ مَعَ نِيَّتِهِ» لَفْظُ النِّيَّةِ لَا حَاجَةَ إِلَيْهِ؛ فَإِنَّ النِّيَّةَ الْمَجْرَدَةَ لَا أَثَرَ لَهَا فِي الْمَالِ، وَمَطْلُوقُ لَفْظِ الْإِبَانَةِ لَا يَقْتَضِي بِخِلَافِ لَفْظِ الْخُلْعِ، حَيْثُ قُلْنَا: إِنَّهُ يَقْتَضِي الْمَالَ [وإن] <sup>(١)</sup> جَرَى مِنْ غَيْرِ ذِكْرِ مَالٍ عَلَى أَجْدِ الْوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّ ذَاكَ مَأْخُودٌ مِنَ الْعُرْفِ وَالِاسْتِعْمَالِ الشَّائِعِ مِنْ لَفْظِ الْخُلْعِ، وَلَفْظُ «الْإِبَانَةِ» لَا يَخْتَصُّ فِي الْعُرْفِ بِمَا إِذَا كَانَ هُنَاكَ مَالٌ، هَذَا إِذَا كَانَ اللَّفْظُ الْمُسْتَعْمَلُ فِي الْجَانِبَيْنِ كِنَايَةً، وَإِنْ كَانَ صَرِيحًا فِي أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ، كِنَايَةً فِي الْآخَرِ، فَالْكِنَايَةُ مَعَ النِّيَّةِ كَالصَّرِيحِ، وَدُونَ النِّيَّةِ لَعَوًّا لَا عِبْرَةَ بِهَا، فَإِذَا قَالَتْ: ابْنِي عَلَى كَذَا وَنَوَتْ فَقَالَ: طَلَّقْتِكِ أَوْ قَالَتْ: طَلَّقْنِي بِكَذَا، فَقَالَ: أبْتِكِ، وَنَوَى، فَالْحُكْمُ كَمَا لَوْ كَانَ الْمُسْتَعْمَلُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ صَرِيحَ الطَّلَاقِ، هَذَا هُوَ الظَّاهِرُ.

وعن ابن خيران: أَنَّهُ إِذَا قَالَتْ: طَلَّقْنِي، فَقَالَ: أبْتِكِ، وَنَوَى، لَمْ يَقَعْ؛ لِأَنَّ الصَّرِيحَ آكَدٌ، وَأَقْوَى فَالْمَاتِي بِهِ غَيْرُ الْمَسْئُولِ <sup>(٢)</sup>.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: (الْفَضْلُ الثَّانِي فِي التَّمَاثُلِ طَلَاقًا مُقَيَّدًا بِعَدَدٍ): وَفِيهِ صُورٌ، فَلَوْ قَالَتْ: طَلَّقْنِي ثَلَاثًا بِأَلْفٍ فَطَلَّقَ وَاحِدَةً اسْتَحَقَّ ثَلَاثَ الْأَلْفِ بِخِلَافِ جَانِبِهِ، فَإِنَّ لَمْ يَبْقَ عَلَيْهِ إِلَّا طَلْفَةٌ وَطَلَّقَ الْآخِرَةَ اسْتَحَقَّ (ز) تَمَامَ الْأَلْفِ، وَإِنْ بَقِيَ طَلْفَتَانِ اسْتَحَقَّ بِالْوَاحِدِ ثَلَاثَ الْأَلْفِ، فَإِنَّ أَوْقَعَهُمَا اسْتَحَقَّ الْجَمِيعَ لِأَنَّهُ أَفَادَ الْبَيِّنُونَ الْكُبْرَى، وَلَوْ قَالَتْ: طَلَّقْنِي

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: المستدعي.



عَشْرًا بِأَلْفٍ اسْتَحَقَّ بِالْوَّاحِدَةِ عَشْرَ أَلْفٍ وَبِالثُّلُثَيْنِ خُمْسَهُ وَبِالثَّلَاثِ الْجَمِيعَ .

قال الرَّافِعِيُّ: إحدى صُورِ الْفُضْلِ، لو قالت لزوجها: طَلَّقْنِي ثَلَاثًا بِأَلْفٍ، أو على ألفٍ، فطَلَّقَهَا واحدةً، فقد سبق في الفصل المبين لِمَا في الْخُلْعِ من الشوائب؛ أَنَّهُ يقع ويستحق ثُلُثُ الألفِ، وأن الشيخ أبا عَلِيٍّ حكى وجهاً ضعيفاً أَنَّهُ لا يقع بتلك الواحدة، وَيُحَكِّي أَن أَحْمَدَ - رحمه الله - ذهب إليه، وكذلك أبو حنيفة في قولها: عَلَى أَلْفٍ، وساعَدْنَا في قولها بِالْأَلْفِ، ويجوز أَن يُعَلِّمَ قوله ما هنا: اسْتَحَقَّ «ثُلُثُ الألفِ» بالواو وبِالألفِ؛ لأنه إذا لم يقع شيء من الطلاق لا يستحق شيئاً من المال، وأيضاً فقد حكى الحناطي، وجهاً ثالثاً: أَنَّهُ يزجج عليها بمهر المثل، ورابعاً: أَنَّهُ يرجع بثُلُثِ مهر المثل، وظاهر المذهب الأول، ويخالف جانب الزوج فإنه إذا قال: أَنْتِ طالِقٌ ثَلَاثًا على ألفٍ، فقالت: قَبِلْتُ واحدةً، لا تقع الواحدة بثُلُثِ الألفِ، ولو قال: إِنْ أُعْطِيتِنِي أَلْفًا فَأَنْتِ طالِقٌ ثَلَاثًا، فأعْطَتْ ثُلُثَ الألفِ، لا تطلق واحدةً، وذلك لأن الْخُلْعَ من جانبه فيه معنى المعاوضة، والتعليق وفي شرط المعاوضة أَن يوافق الإيجاب القبول، ومن شرط الوقوع بالتعليق حُضُورُ الصفة المعلق عليها، ولم يتحقق واحد من الشرطين، وأما من جانب المرأة الْخُلْعَ مشبه بالجعالة على ما قدمناه، ولو قالت: طَلَّقْنِي ثَلَاثًا، ولك ألفٍ، أو إِنْ طَلَّقْتِنِي ثَلَاثًا، فلك ألفٍ، فهو كقولها: طَلَّقْنِي ثَلَاثًا على ألفٍ، حتى إذا طَلَّقَتْ واحدةً يستحق ثُلُثُ الألفِ خلافاً لأَحْمَدَ - رحمه الله -، ويجيء فيه الأوجه المذكورة من قَبْلُ .

وعن أبي حنيفة - رحمه الله - أَنَّهُ لا يقع شيء من الطلاق ولا يستحق شيئاً من المال في قولها: إِنْ طَلَّقْتِنِي ثَلَاثًا فلك ألفٍ، حتى تُطَلَّقَ الثلاثة، وقولها: طَلَّقْنِي ولك كذا، صيغة التزام عنده، حتى لا يستحق شيئاً وَإِنْ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا على ما سَبَقَ .

ولو طَلَّقَهَا في هذه الصورة طَلَّقْتَيْنِ، استحق ثلثي الألف على الظاهر، وَإِنْ طَلَّقَهَا طَلِّقَةً ونصفاً، فيستحق ثلثي الألف؛ لَأَنَّهُ أوقع طَلَّقْتَيْنِ أو نصف الألف؛ لأن ما أوقعه نصفُ الثلاث الألف والتكميل حكم الشرع .

حكى صاحب «المهذب» فيه<sup>(١)</sup> وجهين، ولو قالت: طَلَّقْنِي ثَلَاثًا بِأَلْفٍ، وهو لا يملك إلا طَلِّقَةً، فطلقها تلك الواحدة، فقد نص في المختصر على أَنَّهُ يستحق تمام الألف؛ لأنه حصل بتلك الطلقة مقصود الثلاث، وهو الحُزْمَةُ الكبرى، وقال المزني معترضاً: ينبغي أَن لا يستحقَّ إلا ثُلُثُ الألفِ توزيعاً للمسمى على العدد المسؤول، كما لو كان يملك الثلاث، فطلق واحدةً، والحرمة لا تثبت بتلك الطلقة وإنما تثبت بها، وبما قبلها، فيكون حكمها حُكْمُ الأولى والثانية، وهذا كما أَن الشافعي قال: السكر لا

(١) قال النووي: الثاني أرجح .

يُحْصَلُ بِالْقَدْحِ الْأَخِيرِ، بَلْ بِهِ، وَبِمَا قَبْلَهُ، فَيَكُونُ حُكْمٌ مَا قَبْلَهُ فِي التَّحْرِيمِ حُكْمَهُ، كَمَا قَالَ فُتُوْءُ عَيْنِ الْأَعْوَرِ لَا يُوجِبُ إِلَّا نِصْفَ الدِّيَةِ؛ لِأَنَّ الْعَمَى لَا يُحْصَلُ بِهَذَا الْفُتُوْءِ وَحْدَهُ، بَلْ بِهِ وَبِمَا قَبْلَهُ، وَاخْتَلَفَ الْأَصْحَابُ فِي ذَلِكَ؛ فَعَنْ أَبِي إِسْحَاقَ وَابْنِ سُرَيْجٍ أَنَّهُمَا تَوَسَّطَا، فَقَالَا: إِنْ كَانَتِ الْمَرْأَةُ عَالِمَةً بِأَنَّهُ لَمْ يَنْوِ إِلَّا وَاحِدَةً اسْتَحَقَّ تَمَامَ الْأَلْفِ، وَهُوَ الْمُرَادُ مِنَ النَّصِّ؛ لِأَنَّهَا إِذَا عَلِمَتْ الْحَالَ، لَا تَبْدُلُ الْأَلْفَ إِلَّا فِي مَقَابِلَةِ تِلْكَ الْوَاحِدَةِ، وَيَكُونُ غَرَضُهَا تَحْقِيقَ الْحُرْمَةِ الْكُبْرَى، وَتَعْنِي بِقَوْلِهَا: طَلَّقْنِي ثَلَاثًا كَمَلَّ لِي الثَّلَاثُ، فَأَمَّا إِذَا لَمْ تَعْلَمْ فَإِنَّمَا تَبْدُلُ الْأَلْفَ فِي مَقَابِلَةِ الثَّلَاثِ، فَوَجِبَ أَنْ يَتَوَزَعَ كَمَا قَالَهُ الْمَزْنِيُّ، وَأَخَذَ بظَاهِرِ النَّصِّ آخِذُونَ مِنْهُمْ أَبُو الطَّيِّبِ بْنُ سَلْمَةَ، وَقَالُوا: لَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ تَكُونَ عَالِمَةً أَوْ جَاهِلَةً، وَالزَّوْجُ يَسْتَحَقُّ تَمَامَ الْأَلْفِ فِي الْحَالَيْنِ؛ لِأَنَّ الْوَاحِدَةَ وَالصُّورَةَ هَذِهِ كَالثَّلَاثِ إِذَا كَانَتْ مَمْلُوكَةً لَهُ، وَأَبْطَلُوا التَّنْزِيلَ الْمَذْكُورَ بِأَنَّهُ نَصٌّ فِي «الْأَمِّ» فِيمَا إِذَا قَالَتْ: طَلَّقْنِي ثَلَاثًا بِالْفِ، وَهُوَ لَا يَمْلِكُ إِلَّا طَلَّقْتَيْنِ، عَلَى أَنَّهُ إِنْ طَلَّقَهَا وَاحِدَةً يَسْتَحَقُّ ثُلُثَ الْأَلْفِ، وَإِنْ طَلَّقَهَا ثِنْتَيْنِ<sup>(١)</sup> يَسْتَحَقُّ الْكُلَّ، وَهِيَ إِمَّا عَالِمَةً أَوْ جَاهِلَةً، إِنْ كَانَتْ عَالِمَةً وَجِبَ أَنْ يَسْتَحَقَّ بِالْوَاحِدَةِ نِصْفَ الْأَلْفِ؛ لِأَنَّهَا بَدَلَتِ الْمَالَ فِي مَقَابِلَةِ الطَّلِقَتَيْنِ، وَإِنْ كَانَتْ جَاهِلَةً لَا يَسْتَحَقُّ بِطَلِقَتَيْنِ إِلَّا ثُلْثِي الْأَلْفِ، فَظَهَرَ أَنَّهُ لَا فَرْقَ عِنْدَهُ بَيْنَ الْعِلْمِ وَالْجَهْلِ، وَاعْتَدَرَ هُوَلَاءُ عَمَّا احْتَجَّ بِهِ الْمَزْنِيُّ بِأَنَّ الْعَقْلَ يَسْتَرُّ عَلَى التَّدْرِيجِ، فَكُلُّ قَدْحٍ يَزِيلُ شَيْئًا مِنَ التَّمْيِيزِ، وَزَوَالُ الْبَصْرِ، كَمَا أَثَرَ فِيهِ الْفُتُوْءُ أَثَرَ فِيهِ مَا قَبْلَهُ فَالْحُرْمَةُ الْمَوْصُوفَةُ بِأَنَّهَا كُبْرَى لَا يَثْبِتُ شَيْءٌ مِنْهَا بِالطَّلِقَتَيْنِ الْأَوَّلِيَيْنِ، وَقَدْ يُقَالُ: الْمُرَادُ مِنَ الْحُرْمَةِ الْكُبْرَى، تَوَقُّفُ الْحُلِّ عَلَى أَنْ تَنْكَحَ زَوْجًا آخَرَ، وَهَذِهِ خَطَّةٌ وَاحِدَةٌ؛ حَتَّى يَتَأَثَّرَ بَعْضُهَا بِالطَّلِقَةِ الثَّلَاثَةِ، وَبَعْضُهَا بِمَا قَبْلَهَا، وَجَرَى بَعْضُهُمْ عَلَى مَا أَطْلَقَهُ الْمَزْنِيُّ وَقَالُوا: الْوَاجِبُ الثَّلَاثُ، عَلِمَتِ الْمَرْأَةُ بِمَا بَقِيَ مِنَ الطَّلَاقِ، أَوْ لَمْ تَعْلَمْ، وَيُزَوِّى ذَلِكَ عَنْ ابْنِ خَيْرَانَ، وَأَوَّلُ هُوَلَاءِ النَّصِّ مِنْ وَجْهَيْنِ:

أحدهما: عن ابن خيران صورة النص ما إذا قالت: تملك علي ثلاث طلاقات فطلقني الثلاث بألف وقال الزوج: كنت قد طلقتك، ولا أملك الآن إلا واحدة، فقالت: طلقني ثلاثاً؛ ليزول الإشكال، ففعل، فله الألف؛ لأن عندها أنه أوقع الثلاث، وقوله: يطلقها واحدة يريد عقد الزوج؛ لأن الثنتين<sup>(٢)</sup> لا يقعان بزعمه.

والثاني: حكى الحناطي عن ابن خيران والإصطخري أن نصه على تمام وجوب الألف مبني على أن الخلع فسخ، وهذا الكلام غير مخمّر<sup>(٣)</sup>؛ فإن الخلاف في أن الفراق على مال فسخ أو طلاق، موضعه ما إذا لم يجز بينهما لفظ الطلاق، وإنما جرى

(١) في ز: اثنتين.

(٢) في ز: الاثنتين.

(٣) في ز: مخمد.

لفظ الخُلْع ونحوه، وها هنا المسؤولُ الطلاقُ، والجوابُ الطلاقُ، ويتقدير أن يكونَها هُنَا خلاف؛ فلعَلَّ التقريبُ أن الفسخَ رفعَ العقدِ بالطلقةِ الواحدةِ، يرتفعُ كما لو تلفظَ بالثلاثِ، ويتقديرُ أن يكونَ التقريبُ هذا، فقضيتهُ أن يقالَ: لو سألتَهُ الثلاثَ بألفٍ، وهو يملكُها فطَلَّقَتْ واحدةً أو اثنتين، وتستحقُ الألفَ أيضاً، فقد حصلَ ممَّا ذكرنا في المسألةِ ثلاثةُ أوجهٍ أو ثلاثةُ أقوالٍ منصوصٌ ومخرجاتُ.

**أظهرها:** على ما ذكر القفال والشيخ أبو علي وأكابر الأئمة - رحمهم الله - وجوبُ جميعِ الألفِ على ما نص عليه سواء علمت أنه لم يبق من الطلاق إلا طلقة أو جهلت وظنت بقاء الثلاث.

**والثاني:** وجوب ما يقتضيه التوزيع في الحالتين.

**والثالث:** الفَرْقُ بين أن تعلم أو تجهل، وهو اختيار القاضي الروياني، ونقل الحناطي وجهاً رابعاً وهو أن المسمى يبطل ويرجع الزوج إلى مهر المثل، وحكي هذا عن صاحب التلخيص وخامساً وهو أنه لا شيء له؛ لأنه لم يطلق كما سألت، ولو سألت الثلاث [على ما] صورنا، وهو لا يملك إلا طلقتين، فطلقها واحدة، فله ثلث الألف على النص والتخريج الذي ذكره المزني، وعلى الوجه الفارق إن جهلت، فكذلك، وإن علمت فله النصفُ توزيعاً على الطلقتين، وإن طلقها الطلقتين فعلى النص يستحق جميع الألف، وعلى ما قال المزني، يستحق ثلثي الألف، وعلى الوجه الفارق يستحق الجميع، إن علمت والثلثين إن جهلت، وزاد الحناطي وجهاً رابعاً: وهو الرجوع إلى مهر المثل.

**وسادساً:** وهو أن له ثلثي مهر المثل، ولو قالت: طلقني عشراً بألف، والصورة من مولدات ابن الحداد، فيُنظَر؛ إن كان يملك عليها ثلاث طلقات، فعلى قياس النص يستحق بالواحدة عُشر الألف، وبالثلثتين عشرين، وهما الخمس، وبالثلث جميع، وهذا هو الأشهر، وبه أجاب ابن الحداد، وفي «المهذب» وجه آخر؛ أن التوزيع على الثلاث، والزيادة لغو فالمستحق بالواحدة الثلث، وبالثلثتين الثلثان، وهذا كالحلاف، فيما إذا قال: أنت طالق خمساً إلا اثنتين ينصرف الاستثناء إلى العدد المذكور أم العدد الشرعي، وهو الثلاث، وطرده الوجهين على قياس تخريج المزني، فعلى الأشهر تستحق بالثلاث ثلاثة أعشار الألف.

وعلى الثاني تستحق الجميع توزيعاً على العدد الشرعي، وهو الثلاث، ومن فرَّق بين العلم والجهل قال: يستحق بالثلاث الجميع والواحدة الثلث، وبالثلثين الثلثين لحصول العلم؛ بأن الطلاق لا يزيد على الثلاث، وأن [التلفظ] بالزيادة لغو، فإن ظنت أنه يملك عشراً، بأن كانت حديثة العهد بالإسلام، فالقياس عود الوجهين، في أنه

يجب ثلاثة أعشار الألف، أو<sup>(١)</sup> الجميع؟ ولو لم يملك الزوج في صورة سؤال العَشْرَةَ إِلَّا طَلَّقْتَيْنِ، فعلى قياس النص إن طَلَّقَهَا وَاحِدَةً، فله عُشْرُ الألف، والثالث وإن طَلَّقَهَا طَلَّقْتَيْنِ، فله تمام الألف، وعلى قياس المَزْنِيِّ المستحقُّ العشر أو العشران على الأظهر، والثالث أو الثلثان على الوجه الآخر، وعلى الوجه الفارق إن عَلِمْتَ فالمستحقُّ بالواحدة [النصف]، وبالثنتين الكل، وإن ظنت أنه يملك الثلاث، فالمستحقُّ بالواحدة الثُلُثُ، والاثنتين الثلثان] قال الأئمة - رحمهم الله -: والضابط على النصِّ العدد، المسؤول إن ملك الزَّوْجُ كُلَّهُ، وأجابها، فله [المال] المسمَّى، وإن أجابها إلى بغضه، فله قسطه بالتوزيع، وإن كان يملك بعض المسؤول، فإن تلفظ بالمسؤول أو حصل مقصودها بما أوقع، استحق المسمى، وإلا وزع على العَدَدِ المسؤول على الأشهر، وعلى قول المَزْنِيِّ استحق ما يقتضيه التوزيع على المسؤول أبدأً، وكذا الحُكْمُ على الوجه الفارق في حالة الجَهْلِ، وفي حالة العَلْمِ التوزيع على المملوك من الطلاق دون المسؤول، فلو كان يملك ثلاث طَلَقَاتِ، فقالت له: طَلَّقْنِي سِتًّا بِألف، فعلى النصِّ والتخريج استحق بالواحدة السدس، وبالثنتين الثُلُثُ، فإن طلقها ثلاثاً استحق الجميع على النَّصِّ، والنصف على تخريج المَزْنِيِّ، فأما على الوجه الفارق فله بالواحدة الثُلُثُ وبالثنتين الثلثان، وبالثلاث الجميع وقس على هذا.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَلَوْ قَالَتْ: طَلَّقْنِي ثَلَاثًا بِألفٍ فَقَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً بِألفٍ وَثْنَتَيْنِ مَجَانًا فَالْمَشْهُورُ أَنَّهُ يَقَعُ الْأُولَى بِثُلُثِ الألفِ وَالثُّنْتَانِ لَا يَقَعَانِ لِأَنَّهَا بَائِنَةٌ، وَالْقِيَاسُ أَنَّ الْأُولَى لَا تَقَعُ لِأَنَّهُ مَا رَضِيَ بِهَا إِلَّا بِالألفِ وَهِيَ مَا قَبِلْتَ إِلَّا بِثُلُثِ الألفِ وَالثُّنْتَانِ بَعْدَهَا تَقَعَانِ رَجْعِيَّتَيْنِ، وَلَوْ قَالَ فِي الجَوَابِ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً مَجَانًا وَاثْنَتَيْنِ بِثُلُثِي الألفِ وَقَعَتْ وَاحِدَةً رَجْعِيَّةً وَأَبْنَتِي الثُّنْتَانِ عَلَى مُخَالَعَةِ الرَّجْعِيَّةِ، فَإِنْ جَوَزْنَا نَفْدُنَا بِثُلُثِي الألفِ وَإِلَّا وَقَعْنَا بِغَيْرِ مَالٍ كَمُخَالَعَةِ السَّفِيهَةِ.

قال الرَّافِعِيُّ: الصورة الأولى: إذا قالت: طَلَّقْنِي ثَلَاثًا بِألفٍ، فقال، وهو يملك عليها ثلاث طلاقات: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً بِألفٍ، وثنيتين مجاناً؛ فالذي نقله الفوراني وحكي عن رواية القاضي الحَسَنِ والصيدلاني وغيرهما أن الأولى تقع بثلاث الألف؛ لأنها لم ترض بواحدة إلا بثلاث الألف؛ حيث سألت الثلاث بالألف، فلا مزيد عليه، كما في نظيره في الجَعَالَةِ، ولا تقع الأخريات؛ لأنها بانت بالواحدة.

(١) في ز: و.

والثانية: لا يلحقها الطلاق، وقال الإمام: القياس الحق أن لا يجعل كلامه جواباً عن سؤالها؛ لأنها سألت كل واحدة بثلاث الألف، وهو لم يرض إلا بألف وإذا لم يوافق كلامه سؤالها؛ كان مبتدئاً بما قال، فإذا تقبل، لم يجب ألا يقع كما إذا قالت: طلقني واحدة بثلاث الألف، فقال: طلقتك واحدة بالألف، لا ينفذ، وإذا لم تقع تلك الواحدة، وقعت الآخرين رجعتين، وتابعه صاحب الكتاب وغيره، وهو حسن متوجه، والأول بعيد، وأبعد منه ما في «التهذيب» أنه تقع الواحدة بالألف، ولا تقع الآخرين، ويشبه أن يكون ما في «التهذيب» غلطاً من ناسخ أو غيره، ولو قال، وقد سألته الثلاث: طلقتك واحدة بثلاث الألف، واثنتين مجاناً، فقد وافق كلامه ما اقتضاه السؤال من التوزيع، وزال الإشكال فتبين بالأولى ولا تقع الآخرين، ورواية الأئمة إن أمكن تأويلها على هذه الصورة فليفعل، ولو قال: طلقتك اثنتين، بألف واحدة مجاناً، فعلى الأول تقع الثنتان بثلاثي الألف، وعلى الثاني، لا تقعان، ولو قال في الجواب: أنت طالق واحدة مجاناً واثنتين بثلاثي الألف، أو اثنتين مجاناً واحدة بثلاثي الألف، وقع ما أوقعه مجاناً، وبنى ما بعده على مخالفة الرجعية إن كان مدخولاً بها، وفيه قولان:

إن صححناها: وهو الجديد؛ وقعت الثنتان بثلاثي الألف، وإن لم نصححها وقعتنا بلا عوض، لما مرَّ أن مخالفة الرجعية على هذا القول، كمخالفة السفية؛ وقد يترتب، فيقال: هذه الصورة أولى بالصحة من مخالفة الرجعية؛ لأن سؤالها واقع في صلب النكاح، وهناك الشقان واقعان جميعاً بعد الفُرقة ولك أن تحتج بالمسألة على أن تخلل الكلام اليسير بين الخطاب والجواب لا يضر؛ لأن الطلاق الذي أوقعه مجاناً كلام تخلل بين سؤالها وجوابه، وإن لم تكن المرأة مدخولاً بها، فتبين بما أوقع مجاناً، ويلغو ما بعده، ولو قال في الجواب: أنت طالق واحدة مجاناً، واثنتين بالألف ولم يقل: بثلاثي الألف ففي «التهذيب» إن كان ذلك بعد الدخول تقع الأولى مجاناً، والثنتان بثلاثي الألف، ولا نقول: يستحق الكل، وإن حصل مقصودها؛ لأن ذلك إنما يكون إذا وقع المملوك من الطلاق في مقابلة المال، وها هنا أوقع بغض المملوك مجاناً واعلم أن الإشكال الذي ذكره الإمام في الصورة المتقدمة عائد لها هنا؛ لأنها لم ترص بالطلقتين، إلا بثلاثي الألف وهو أوقعهما بألف، فوجب أن يجعل كلامه مبتدئاً، وإذا كان مبتدئاً ولم يتصل به القبول، وجب أن يلغو، وفي «التهذيب» أيضاً، أنه لو قال في الجواب: أنت طالق ثلاثاً، واحدة بألف، تقع الثلاث، ويستحق ثلث الألف؛ لأنه تطوع، بطلقتين، ويعود فيه الإشكال [والله تعالى أعلم].

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ قَالَتْ: طَلَّقْنِي وَاحِدَةً بِأَلْفٍ فَقَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا أَسْتَحَقُّ تَمَامَ

الألف؛ لأنه أجاب وزاد، فلو ذكر المال فقال: أنت طالق ثلاثاً بألف فهو كما إذا لم يذكُر، وقيل: إن هذا صريح في التوزيع ومقابلة كل طلقة بثلاث الألف فلا يقع شيء، لأنه خالف اليمين، وقيل: إن الأولى يقع فقط لأنها التمسّت بألف وأجابها بثلاث الألف فقد أحسن، ويلزم من هذا أن يقول: بعني بألف فيقول: بعثك بخمسمائة أنه يصح وذلك بعيد.

قال الرافعي: الصورة الثالثة: قالت: طلقني واحدة بألف، فقال: أنت طالق ثلاثاً، استحق تمام الألف، وعن أبي حنيفة - رحمه الله - [أنه] لا يستحق شيئاً، واحتج الأصحاب بوجهين:

أحدهما: أنه أجاب إلى الطلقة المسؤولة، وزاد من عنده طلقتين، فيستحق الملتزم، كما إذا قال: ردّ عبدي بكذا، فردّه مع عبيد آخرين، يستحق المال، ويخالفه لو قال: بعني هذا العبد بألف، فقال، بعثك مع هذين العبيد الآخرين بألف، فالظاهر بطلان البيع، والفرق أن البيع معاوضة محضّة والخلع شبيه بالجعالة، فيحتمل فيه ما لا يحتمل في البيع على ما تقدّم، وأيضاً، فتمليكه العبيد الآخرين من غير رضاه، وتملكه لا سبيل إليه، وإيقاع الطلقتين الآخرين يستقل به الزوج، وحكى الحناطي وغيره وجهين آخرين:

أحدهما: صحة البيع في الجميع.

والثاني: صحته في العبد المسؤول بيعه خاصّة.

والوجه الثاني: أنها سألته البيونة بألف، وإذا طلّقها ثلاثاً، فقد أبانها أغلظ البيونتين، ثم الألف المستحق يكون في مقابلة الثلث، أو في مقابلة واحدة منها، حكى فيه اختلاف للأصحاب ولا تتعلق به فائدة حكمية<sup>(١)</sup>، وظاهر النص الثاني، ولو أعاد في

(١) قال في المهمات: بل له فوائد:

منها: إذا وكل وكيلاً في أن يطلق زوجته طلقتين مجاناً وواحدة بما شاء من العوض فسأته طلقة على ألف فأوقع ثلاثاً، فإن جعلنا الألف في مقابلة الواحدة وقعت الثلاث؛ لأنه طلق على وفق الأذن، وإن جعلناها في مقابلة الثلاث وهو ظاهر النص فقد خص كل طلقة بثلاث الألف وهو ممنوع من إيقاع طلقتين بعوض فلا يقمان. وأما الثالثة المأذون فيها بعوض فهي قد سألتها بألف، وأجابها بثلاثها، والأصح فيه وقوع الطلاق وأنه يستحق المسمى بخلاف البيع فإن الصحيح فيه البطلان.

ومنها: لو أذنت لشخص في وفاء ما يخص الطلقة المولية أو ضمن ضامن ذلك عن المرأة أو أبرا الزوج زوجته عنه قال الشيخ البلقيني رحمه الله: من آخر كلامهما في المسألة تؤخذ الفائدة وذلك أنا إذا قلنا إن الألف في مقابلة الواحدة فإذا صرح بما يخالف هذا بأن قال أنت طالق ثلاثاً بألف =

الجواب ذَكَرَ الألف، فقال: طلقك ثلاثاً بألف، ففيه أوجه:

**أظهرها:** أن الحكم كما لو لم [يعد] حتى تقع الثلاث ويستحق الألف؛ لما سبق.

**والثاني:** عن القَفاَل أنه تقع الثلاث، ولكن لا يستحق إلا ثلث الألف، جعل الألف في مقابلة الثلث، وهي لم تُسأل بالعوض إلا واحدة، وحصّة الواحدة ثلث الألف، وهذا الوجه غير مذكور في الكتاب.

**والثالث:** لم أر ذكره إلا في الكتاب أن إعادة الألف تصريح بالتوزيع، ومقابلة كل طلقة بثلاث الألف، فلا يقع شيء؛ لأن المسؤُول طلقة بألف، والجواب لا يوافق.

**والرابع:** أنه تقع واحدة بثلاث الألف، والأخريان لا تقعان، أما أنه تقع واحدة؛ فلأنها سألت بألف، وأجاب بثلاث الألف، فقد خُفّف وأحسن، وأمّا أن الأخرتين لا تقعان؛ فلأنه أوقعهما بثلاث الألف، ولم يتصل به القبول، وحق هذه الوجوه أن تطرد فيما إذا لم يُعدّ ذَكَرَ الألف، وإن لم يذكرها هناك؛ لأن قوله أنتِ طالق ثلاثاً، إما أن يكون جواباً عن سؤالها ويقدر الألف عائداً فيه أولاً يكون كذلك، وإن كان الثاني، ووجب أن يُطلّق ثلاثاً، ولا يلزم شيء من المال، وإن كان الأول، فأى فرق بين أن يذكره لفظاً أو لا يذكره، والمعنى واحد، ولو قالت: طلقني واحدة بألف، فقال: أنت طالق طلقتين، فقياس قولهم إنه أجاب إلى ما سألت، وزاد أن تقع الطلقتان، ويلزم الألف.

وقال الإمام - رحمه الله -: إنه لم تحصل بينونة الكبرى؛ حتى نقول: إن المسؤُول بينونة، وقد أجاب إليها بصفة أغلط، والجواب مخالف للسؤال؛ لأنها سألت بألف طلقة، وأنه أوقع طلقةً بنصف الألف؛ فيتجه في هذه الصورة مذهب أبي حنيفة - رحمه الله -، وهذا اعتماد على التوجيه الثاني في الصورة السابقة.

ولو قالت: طلقني بألف، فقال: طلقك، أو أنت طالق بخمسمائة، ففي وقوع الطلاق وجهان:

= فقد ظهرت المخالفة لكلام الزوجة والمقتضي الإطلاق فتجيء الأوجه المذكورة، وإن قلنا: في مقابلة الثلاث بالتقدير فقد صرح بمقتضى الإطلاق في الصورة المجزوم بوقوع الطلاق فيها فيقع الثلاث بألف جزماً في صورة إعادة الألف في الجواب بالثلاث.

ويمكن أن نذكر فائدة أخرى وهو أن الاستحقاق للجميع هل هو مقابل للبينونة الكبرى أو لما ذكر ويظهر من ذلك العكس وهو ما لو طلبت ثلاثاً بألف فإن استحق الجميع وهو المنصوص وإن قلنا إن الجميع إنما هو مقابل لما ذكرت فلا يستحق إلا الثلث وهو رأي المزني.

فإن قلت: فظاهر النص هنا يخالف المنصوص هناك.

قلت: لا يلزم من البناء وظهور الفائدة الاتفاق في الترجيح.

أحدهما: لا يقع؛ لأن الجواب لم يوافق الخطاب، فأشبهه ما إذا قال: أنت طالق بألف، فقبلت بخمسائة لا يقع، وأصحهما: وبه أجاب ابن الحداد: أنه يقع، لأن الطلاق إلى الرجال، وهو قادر على الإيقاع بغير عوض، فأولئى أن يقدر على الإيقاع ببعض العوض المبذول، وعلى هذا فقيما يستحقه الزوج وجهان:

الأصح - وبه قال ابن الحداد - : أنه خمسائة؛ لأنه رضي بهذا القدر، فيطلق عليه.

والثاني: جميع الألف، لأن الزوج لا يحتاج إلى قبول الألف بل يكفي أن يطلقها؛ ألا ترى أنه لو اقتصر على قوله: أنت طالق، كفى واستحق الألف، فيعمل ذلك ويلغو قوله: خمسائة، وفي البيع لو قال الراغب بعني بألف، فقال: بعثك بخمسائة، ذكر الشيخ أبو علي وغيره فيه احتمالين:

أحدهما: يصح؛ لأنه زاد خيراً فصارَ كما لو وكله بشراء عبدٍ فلانٍ بألف، فاشتراه الوكيل بخمسائة.

وأظهرهما: المنع، لأنه معاوضة مضمنة ويعتبر فيه من التوافق ما لا يعتبر في الطلاق، وكذلك لو قال: بعني هؤلاء العبيد الثلاثة بألف، فقال: بعثك هذا الواحد بثلاث الألف، لم يصح، ولو قالت: طلقني على كذا درهماً، فطلقها على دنانير كان مبتدئاً بكلامه، فيُنظر؛ أيتصل به قبول أم لا؟ وبمثله الجواب فيما إذا قالت: طلقني بألف درهم، فقال: طلقتك بألف دينار، ولو قالت: طلقني واحدة بألف، فقال: أنت طالق وطالق وطالق، وروجع، فإن قال: أردتُ مقابلة الأولى بالألف وقعت، ولم تقع الآخرين، وإن قال بأردتُ الثانية، وقعت الأولى رجعيةً، ويجيء في الثانية الخلاف المذكور في مخالفة الرجعية، فإن صححناه، لغت الثالثة، وإن لم نصححها لم تلغ، وإن قال: أردت الثالثة وقعت والأوليان بلا عوض، والثالث على الخلاف، وإن قال: أردتُ مقابلة الكل بالألف، وقعت الأولى بثلاث الألف، ولغت الآخرين، ولو لم يكن له نية، قال صاحب «التهذيب» - رحمه الله - تبين بالأولى بالألف؛ لأنه جواب لقولها، وتلغو الآخرين، وأورد الشيخ أبو إسحاق الشيرازي مثل هذا التفصيل فيما إذا ابتداءً فقال أنت طالق وطالق بألف وليشترط فيه مطابقة القبول للإيجاب ولو قال في جوابها أنت طالق وطالق، وطالق واحدة بالألف، انقطع الاحتمال لمقابلة الكل بالألف والباقي كما ذكرنا، وهذا فيما إذا كانت المرأة مدخولاً بها، فإن لم تكن مدخولاً بها، وأراد أن تكون الألف في مقابلة غير الأولى، بانَّت الأولى، ولغا ما بعدها، ولو قالت لزوجها، وهو لا يملك إلا طلاقاً واحدة: طلقني طلقين بألف، فقال: طلقك اثنتين، الأولى منهما بألف والثانية: مجاناً استحق الألف، وإن قال: الثانية منهما بألف وقعت الأولى بلا عوض، وتلغو الثانية على التقديرين، وإن قال: إحداهما بألف أو اقتصر على قوله:



طلَّقْتُكَ اثنتين، روجع فيه، فإن قال: أردتُ الأولى والثانية، فعلى ما ذكرنا، وإن قال: لم أنو عند قولي: طَلَّقْتُكَ اثنتين لا هذا ولا ذاك، ففي استحقاق المال وجهان:

أصحهما: ويحكى عن اختيار أبي إسحاق أنه يستحق، لأن الجواب طابَقَ السؤال، فلا تقدّر تجزئةً وتبعيضاً، ويكون ما وقع وقع مقابلاً بالعوض.

ولو أعاد ذكّر المال فقال: طَلَّقْتُكَ اثنتين بألف، فيستحق خمسمائة أخذاً بالتوزيع، كما لو سألت طَلَّقْتين بألف، وهو يملكها، فطلَّقَهَا واحدة، أو يستحق ألفاً بأن الحرمة الكبرى إذا حصلت لا يُنظر إلى التوزيع بعدها فيه وجهان:

أصحهما: على ما حكى عن الشيخ أبي عليّ.

والثاني: وبه قال أبو زيد ويُنسبُ الأول إلى صاحب «التلخيص».

ولو قالت، ولم يبق للزوج عليها إلا طَلَقَةً: طَلَّقْتَنِي ثلاثاً بألف طَلَقَةً أحرم [عليك بها] في الحال وطلقتان يقعان إذا نكحتني بعد زوج آخر، أو يكونان في ذمتك تنجزهما حينئذٍ فطلَّقَهَا ثلاثاً وقعت الواحدة، ويلغو كلاهما في الآخرين؛ لأن تعليق الطلاق بالنكاح وإثبات الطلاق في الذمة باطلان، ثم النص في المختصر أن الزوج يرجع إلى مهر المثل، وللأصحاب طريقان فيه أظهرهما:

إن المسألة على الخلاف في تفريق الصَّفقة للجمع فيما بين المملوك وغير المملوك، فإن قلنا بالبطلان فالعوض فاسدٌ، والرجوع إلى مهر المثل، وإن قلنا بالصحة فلها الخيار في العوض؛ لأن مقصودها قد تبعض عليها، فإن فسخت، فالرجوع إلى مهر المثل، وإن أجازت فتجيز بجميع الألف، أو بالثلث منه؛ لأنه في مقابلة الطلقات الثلاثة، فيه قولان:

في أن المشتري يجيز بجميع الثمن، أو بالقسط، ومنهم من قطعها هنا بأنها تجيز بالثلث، لأن المشتري بالقسح يدفع العقد من كل وجه، والطلاق هنا لا مدفع، له فيبعد أن يلزمها للواحدة ما التزمته للثلاث.

والطريق الثاني: القطع على الرجوع إلى مهر المثل؛ لأن المال واقع في مقابلة المملوك وغير المملوك من الطلاق، والتقسيم إنما يكون على عدد الطلاق، وغير المملوك لا يساوي المملوك، حتى يُوزع على العدد، فيتعين الرجوع إلى مهر المثل.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ قَالَتْ: طَلَّقْتَنِي نِصْفَ طَلَقَةٍ بِأَلْفٍ أَوْ طَلَّقْتَنِي بِأَلْفٍ فَطَلَّقَ بَأْتٍ وَعَلَيْهَا مَهْرُ الْمِثْلِ لِفَسَادِ صِبْغَةِ الْمُعَاوِضَةِ، وَقِيلَ: عَلَيْنَا الْمُسْمَى.

قال الرَّافِعِيُّ: الرَّابِعَةُ: إِذَا قَالَتْ: طَلَّقْتَنِي نِصْفَ طَلَقَةٍ بِأَلْفٍ، أَوْ قَالَتْ: طَلَّقْتَنِي

أو يدي أو رجلي بألف، فأجابها إلى ما سألت، فلا يخفى أن الطلاق يُكْمَل ببعضه، وأن تطليق البعض تطليق الكل، وكذلك لو قال: ابتداء طلقك نصف طلقة، أو طلقت نصفك بألف، فقبلت، ولو تعاقدا بلفظ الخلع وبعضاً، وقلنا: إن الخلع طلاقٌ فكذلك وقد مر أنا إن جعلناه فسحاً، لغى وإذا وقع الطلاق، فالظاهر الرجوع إلى مهر المثل؛ لفساد صيغة المعاوضة؛ ألا ترى أنه لو قال: بعثك هذا نصف بيعة، أو بعثت من نصفك، أو من يدك، لم يصح البيع، فإذا فسدت الصيغة تعين الرجوع إلى مهر المثل، وإنما يجيء اختلاف القول في أن الواجب مهر المثل أو بدل المسمى، إذا كان الفساد في المسمى وعن حكاية الإمام، واختاره، وجه أنه يجب المسمى؛ لأنهما وإن خصصا العوض بما لا يختص به فإن الشرع قد كمله، فلا يتعد أن ينزل ما كمله الشرع منزلة الكامل.

قَالَ الْعَزَائِيُّ: (الْفَضْلُ الثَّلَاثُ فِي الْمُعْلَقِ بِرَمَانٍ): وَفِيهِ صُورٌ، فَلَوْ قَالَتْ: طَلَّقْتَنِي غَدًا وَلَكَ أَلْفٌ أَسْتَحَقُّ الْأَلْفَ مَهْمَا طَلَّقَ إِمَّا فِي الْغَدِ وَإِمَّا قَبْلَهُ، وَإِنْ طَلَّقَ بَعْدَهُ نَفَذَ رَجْعِيًّا لِأَنَّهُ خَالَفَ، وَلَوْ قَالَتْ: لَكَ أَلْفٌ إِنْ طَلَّقْتَنِي فِي جَمِيعِ هَذَا الشَّهْرِ وَلَمْ تُؤَخِّرْ أَسْتَحَقُّ الْأَلْفَ إِنْ وَافَقَ، بِخِلَافِ مَا لَوْ قَالَتْ: مَتَى مَا طَلَّقْتَنِي فَلَكَ أَلْفٌ فَإِنَّهُ لَا يُسْتَحَقُّ إِلَّا بِطَلَاقٍ فِي الْمَجْلِسِ، لِأَنَّ قَرِيبَةَ الْعَوْضِ عَارِضٌ عُمُومٍ مَتَى مَا وَلَا يُعَارِضُ صَرِيحَ التَّخْيِيرِ، وَقَدْ قِيلَ بِتَقْلِ الْجَوَابِ مِنْ كُلِّ مَسْئَلَةٍ إِلَى أُخْتِهَا.

قال الرَّافِعِيُّ: إذا قالت طلقني غداً ولك علي ألف، أو قالت: إن طلقني غداً، فلك علي ألف، أو قالت: خذ هذا الألف على أن تطلقني غداً، فأخذه عليه، لم يصح، ولم يلزم الطلاق، لأنه سلم في الطلاق، والطلاق لا يثبت في الذمة، ثم إن طلقها في الغد، أو قبل مجيئه وقع الطلاق بائناً، ولزم المال، أما في الغد، فلأنه حصل غرضها، وأجابها إلى ما سألت، نعم لو قال: أردتُ الابتداء صدق بيمينه، وممكن من الرجعة، وأما قبل مجيء الغد، فلأنه إذا عجل فقد حصل مقصودها، وزاد فأشبه ما إذا قالت طلقني واحدة بألف، فطلق ثلاثاً، وفي المال الذي يلزمه طريقان حكاهما القاضي أبو الطيب وغيره أحدهما عن أبي إسحاق وابن أبي هريرة - رحمهما الله - أن فيه قولين: أحدهما: مهر المثل.

والثاني: المسمى كالقولين فيما إذا خالع على مغصوب ونحوه، في قول يلزم مهر المثل، وفي الثاني بدل المذكور.

والثاني: وبه قال الشيخ أبو حامد: أن اللازم مهر المثل قولاً واحداً؛ لوجهين: أحدهما: قال الإمام: هذا خلع على شرط المال في الحال، مع استنجاز الطلاق، ذلك على اختلاف مقتضى الخلع، فإن مقتضاه ارتباط المال بالطلاق، فجاء

الفساد من جهة الصيغة، وحيثُ فَيَتَعَيَّن الرجوع إلى مهر المثل، وإنما يجيء القولان، إذا كان الفساد لمعنى في المسمى.

**والثاني:** أن هذا الخلع دخله شرط تأخير الطلاق المثبت في الذمة، والشرط الداخِل على العقد يَزَاد له العوض، أو ينقص، فإذا فسَد، سقط من العوض ما يقابله، وهو مجهول، ويكون الباقي مجهولاً، وفي المجهول يتعين الرجوع إلى مهر المثل، والظاهر وجوب مهر المثل، وإن أثبتنا الخِلافَ، وهو المنصوص والمذكور في الكتاب، وقد يُوجَدُ في بعض نسخ الكتاب، «استحق الألف» بدل مهر المثل، وكذلك في الصورة التي تجيء على الأثر، والصواب الأول، وكذلك ذَكَرَ في كتابيه «الوسيط» و«البسيط»، وهل يفرق بين أن يُسَعَفَهَا، وهو عالم بطلان ما جرى بينهما وبين أن يسعفها وهو جاهل عن القاضي الحسين وجه: أنه يفرق ولا يجب شيء، إذا كان عالماً بل يقع الطلاق رجعيّاً، وهذا هو الذي أورده في «التهذيب» [وأشار إليه الإمام القاضي الحسين] وضعفه الإمام - رحمه الله - واستشهد بالخلع على الخمر، والأعواض الفاسدة، فإنه لا فرق في ثبوت المال بين العلم والجهل، وإن طلقها بعد مُضِيِّ الغد، نَفَذَ رجعيّاً، لأنه خالف قولها، فكان مبتدئاً بالطلاق، فإن ذكر مالا، فلا بُدَّ من القبول.

ولو قالت: لك ألف إن طلقني في هذا الشهر ولم تؤخر تطليقي عنه، أو قالت: خذ هذا الألف على أن تطلقني في هذا الشهر متى شئت، فهذا إثبات طلاق في الذمة، وتأجيلٌ بأجل مجهول، فهو أولى، بأن لا يصح، ثم إن طلقها بعد مُضِيِّ الشهر، كان مبتدئاً بالطلاق، وإن طلقها في الشهر، فقد أسعفها بسؤالها، فيقع الطلاق بائناً، وفي المال الواجب الطرفين، ولا يشترط وقوع التطليق في المجلس، وفيما إذا قالت: متى طلقنتي، فتلك ألف، ذكرنا في الباب الأول: أن الشرط أن يقع التطليق في المجلس، والفرق أن كلمة «متى» ظاهرة في جواز التأخير؛ لعمومها في الأوقات، إلا أن ذكر العوض قرينة عارضت عموم الكلمة؛ فخصصناها بهذه القرينة، واشترطنا كون التطليق في المجلس، جرياً على قاعدة المعاوضات، وها هنا صرّحت بالتخيير، وجواز التأخير، فضعفت القرينة عن مقاومة الصريح؛ فهذه هي الطريقة الظاهرة، وحكى الإمام أن من الأصحاب من نقل جواب كل مسألة إلى أختها على قولين، أو وجهين بالثقل والتخريج، وسوى بينهما، وهذه التسوية في اشتراط التعجيل وعدمه لا خلاف في أن المسمى صحيح في تلك الصورة.

ولو قالت: طلقني بألف طلاقاً يمتد تحريمه إلى شهر، ثم أكون في نكاحك حلالاً لك، فطلقها، كذلك بطل الشرط ووقع الطلاق مؤبداً وفي المال الواجب الطرفين، وطريقة القطع ها هنا أظهر؛ لأن الشرط المذكور ها هنا فاسد فحكم الشرط

لا يمكن الوفاء به، وشرط تأخير الطلاق إلى الغد أو إلى شهر، وإن لم يكن لازماً، ولكن يمكن الوفاء به، وقد وُفِّيَ به حيث طُلِّقَها على الوجه المشروط هناك، وفساد الشرط يوجب الجهل بالعوض فيتعين الرجوع إلى مهر المثل كما بيناه.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ غَدًا عَلَى أَلْفٍ فَقَالَتْ فِي الْحَالِ: قَبِلْتُ وَقَعَ الطَّلَاقُ غَدًا وَأَسْتَحَقَّ مَهْرَ الْمِثْلِ عَلَى وَجْهِ لِفْسَادِ الْمُعَاوَضَةِ بِالتَّغْلِيْقِ، وَالْمُسْمَى عَلَى وَجْهِ لَاحْتِمَالِ التَّغْلِيْقِ فِيهِ، وَفِيهِ وَجْهٌ أَنَّهُ لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ أَضْلًا.

قال الرَّافِعِيُّ: وإذا علّق طلاق امرأته بصفة، وذكر عوضاً، بأن قال: طَلَّقْتُكَ إِذَا جَاءَ الشَّهْرُ، أو رأس الشهر، أو إذا دخلت الدارَ على ألفٍ، فقَبِلْتُ أو سألت المرأة أولاً فقالت: علّق طلاقِي برأس الشهر، أو بدخول الدار على ألفٍ، فعلق، فظاهر المذهب وقوع الطلاق عند وجود المعلق عليه على قياس التعليقات، وفيه وجه أنه لا يقع؛ لأن المعاوضة لا تقبل التعليق، فيمتنع ثبوت المال، وإذا لم يثبت المال، لم يقع الطلاق، فإنه مربوط به، وإذا قلنا بالمذهب فالظاهر اشتراط القبول على الاتصال، وعن القفال احتمال وجه آخر، وهو أنها بالخيار بين أن تقبل في الحال، وبين أن تقبل عند وجود الصفة، ثم الواجب مهر المثل أو المسمى فيه وجهان: ويقال قولان:

أحدهما: ويُنسب إلى الربيع أن الواجب مهر المثل؛ لأن المعاوضات لا يجوز تعليقها في فساد العوض، وإن لم يؤثر في الطلاق؛ لقوته وقبوله التعليق، وإذا فسَد العوض، وجب مهر المثل.

والثاني: يجب المسمى، ويجوز الاعتياض عن الطلاق المعلق، كما يجوز عن الطلاق المنجز، ورجح بعضهم الأول، والأكثر إلى ترجيح الثاني أميل ويجري الخلاف فيما إذا قالت إذا جاء رأس الشهر، وطلقتني فلك ألف، فطلّقها عند رأس الشهر، إجابة لها، وعن القفال وجه فارق بين أن يبتدىء الزوج فيعلق الطلاق على صفة يعوض، وبين أن تسأل المرأة التعليق بعوض، فيجيب، فإن ابتداء الزوج ثبت المسمى، وإن ابتدأت بالسؤال، فالرجوع إلى مهر المثل، وإذا قلنا بثبوت المسمى ففي «التتمة» وجهان في أنه متى يلزم تسليته؟.

أحدهما: يلزم عند وجود المعلق عليه؛ لأن المعوض متأخر، فكذا العوض.

والثاني: في الحال، وهو اختيار ابن الصَّبَّاح؛ لأن الأعواض المطلقة يلزم تسليمها في الحال والمُعَوِّضُ تأخر بالتراضي، وعلى هذا فلو تعذّر تسليم المعوّض بأن حصلت فرقة قبل وجود المعلق عليه، لزم ردّ العوض، كما إذا تعذّر تسليم المسلم فيه، والوجهان متفقان، على أن المال ثابت في الحال، وكذلك ذكره في «التهذيب»، وهو

الوجه لتمام شِقِّي العقد، وفي مجامع الإمام وصاحب الكتاب - رحمهما الله - أن المال إنما يجب عند حُصُول البيونة، ولا شك أنه لا رجوع لها بعد القَبُول، وأما إذا قالت طلقني عَدَاً ولك ألف أو إن طَلَّقْتَنِي في هذا الشهر، فلك ألف وهما صورتان المتقدمتان في الفضل السابق، فلها الرجوع قَبْل التَطْلِيق؛ لأن الجواب به يحصل، وما يستحقه الزوج هناك، يستحقه عند التَطْلِيق.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: (الْفَضْلُ الرَّابِعُ فِي اخْتِلَاعِ الْأَجْنَبِيِّ): وَهُوَ صَحِيحٌ كَاخْتِلَاعِهَا وَلَا يَشْتَرُطُ رِضَاهَا لِكِنَّ الْمَالَ يَجِبُ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ، وَإِنْ كَانَ وَكَيْلًا عَنْ جِهَتِهَا تَخَيَّرَ بَيْنَ أَنْ يَخْتَلَعَ مُسْتَقِلًّا أَوْ بِالوَكَالَةِ يُعْرَفُ ذَلِكَ مِنْ لَفْظِهِ وَنَيْتِهِ، فَإِنْ لَمْ يَصْرُحْ بِالسَّفَارَةِ وَتَوَى النَّيَابَةَ تَعَلَّقَتْ بِهِ الْعَهْدَةُ كَمَا فِي الشَّرَاءِ، وَإِنْ اخْتَلَعَ بِوَكَالَتِهَا ثُمَّ بَانَ أَنَّهُ كَاذِبٌ تَبَيَّنَ أَنَّ الطَّلَاقَ غَيْرُ وَاقِعٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الخُلْعُ مع الأجنبي من غير رضا الزوجة جائز، والتزامه المَال من عند نفسه فداءً للمرأة، كالتزام المال لعتق السيد عبده، وقد يكون له فيه غرض، بأن كان الزوج ظالمًا بالإمساك، وتعدر إزالة يده بالحجة أو كان يُسيء العشرة، ويمنع الحقوق، فأراد المختلع تخليصها، وذكر الأئمة أن صحّة الخُلْع مع الأجنبي مفرّع على أن الخُلْع طلاق، فإن الطلاق أمر يستقل به الزوج، فجاز أن يسأله الأجنبي على مَالٍ، كما إذا قال: أَلْق متاعك في البَحْر وعلي كذا، فأما إذا قلنا: إنه فَسُخ، فالفسخ من غير علة لا ينفرد به الرَّجُل، فلا يصلح طلبه منه، ولْيَعْلَم لذلك قوله في الكتاب «وَهُوَ صَحِيحٌ كَاخْتِلَاعِهَا» بالواو، ولا يجيء هذا الخلاف فيما إذا سأله الطَّلَاق [فأجاب] <sup>(١)</sup>، لأن الفُرْقَةَ الحاصلة عند استعمال لفظ الطلاق طلاق لا محالة، وإنما الخلاف في لفظ الخُلْع.

ثم خُلِع الزوج مع الأجنبي كخُلْعِهِ مع الزوجة في الألفاظ والأحكام، وهو من جانب الزوج معاوضةً فيها معنى التعليق، ومن جانب الأجنبي معاوضةً فيها شائبة الجعالة، فإذا قال للأجنبي طلقْتُ امرأتي وعليك كذا، وقع الطلاق رجعيًا، ولم يلزم المال، ولو قال له الأجنبي طلقها ولك ألف، أو على ألف، فطلق، وقع بائنًا، ولزمه المال ولو اختلعا عبْدًا، كان المال في ذمته، كما لو اختلعت الأمة نفسها، ولو اختلعا سفيهًا، وقع الطلاق رجعيًا، كما لو اختلعت السفهية نفسها.

ويجوز أن يكون الأجنبي وكيلًا من جهة الزوجة في الاختلاع، وحينئذ فيتخير بين أن يختلع استقلالاً وبين أن يختلع وكالةً عنها، فإن صرَّح بالاستقلال، فذاك، إن صرَّح

(١) في ز: فأجاز.

بالوكالة، فالزوج يطالبُ الزوجةَ بالمال، وإن لم يصرِّح، ونوى الوكالة، كان الخلعُ لها، لكن تتعلق العهدة به فيطالبُ بالعرض، ثم هو يرجع على الزوجة، ويجوز أن يوكلُ الأجنبيُّ الزوجةَ حتى تختلع عنه، وحينئذٍ فتتخير الزوجة بين أن تختلع استقلالاً أو بالوكالة وقول الزوجة للأجنبي: سلّ زوجتي تطلقني على كذا درهماً توكيلاً، سواءً قالت عليّ أو لم تقلّ، وقول الأجنبي لها سلمي زوجك يطلقك على كذا يُنظرُ فيه، إن لم يقل «عليّ» لم يكن توكيلاً، حتى إذا اختلعت، كان المال عليها، وإن قال على ألفٍ عليّ، كان توكيلاً، حتى لو أضافت إلى الأجنبيّ أو نوته، وجب المالُ على الأجنبي، وقول الأجنبي للأجنبيّ؛ سلّ فلاناً يُطلقُ زوجته على كذا، كقوله للزوجة سلمي زوجك، فيفرك بين أن يقول عليّ أولاً يقول كذلك، ذكر هذه الصورة صاحب «التهذيب» ونحوه - رحمه الله - ولو اختلع الأجنبيّ، وأضاف العقدَ إليها مصرّحاً بالوكالة، ثم بان أنه كاذبٌ لم يقع الطلاق، لأنّه مربوطٌ بالمال، وهو لم يلتزم، في نفسه، وكذا في إضافة الالتزام إليها، فأشبه ما إذا كان الخطابُ معها، فلم تقبل، وقوله في الكتاب، «ويعرف ذلك من لفظة ونيته»، يعني أن وفرعه<sup>(١)</sup> عن الوكالة تارة يكون بلفظة، وتارة يكون بالنية، وإذا لم يتلفظ بالوكالة، ولا نوى ففي «البيسط» و «الوسيط» أن مُطلقه يقع عن الوكالة، والقياس الظاهر أن من اشترى شيئاً، ولم يتلفظ بالوكالة ولا نواها، يقع الشراء له لا للموكل، وقد يُفرّق بين البابين<sup>(٢)</sup>، بأن الأصل وقوع العقد لمن يحصل له فائدته ومنفعته والشراء تحصل فائدته لكل من يقع الشراء له، ومباشر العقد أولئى بحصول منفعة العقد له من غيره، وفي الاختلاع تعود للمفائدة والمنفعة إلى الزوجة وغيرها يبذل المال على سبيل الفداء، فكان صرّف العقد إليها إذا أمكن أولئى من صرفه إلى غيرها، وقوله: «فإن لم يصرِّح بالسفارة ونوى النيابة» المراد من السفارة في مثل هذا الموضع النيابة ولو لم يعبر اللفظ، واقتصر على الكتابة، فقال: «وإن لم يصرِّح بالسفارة ونواها» كان جائزاً أو أحسن، وأصل السفارة الإصلاح، يقال: سَفَرْتُ بين القوم، أي أصلحتُ ثم، سُمِّيَ الرسول سفيراً؛ لأنه يسعى في الإصلاح، ويبعث لذلك غالباً، وقوله «كما في الشراء» يريد به أن الوكيل بالشراء إذا اشترى في الذمة، ونوى موكله، ولم يصرِّح بالوكالة يطالبه البائع بالثمن مع الاعتراف بوكالته، وهذا هو الأظهر، وفيه وجه أنه لا يطالب إلا الموكل، فيجوز أن يُعلم قوله كما في «الشراء» بالواو كذلك، وهذا الخلاف قد مر في موضعه ويمكن أن يجيء مثله فيما نحن فيه.

فزع: قال القاضي أبو الطيب في «المجرد»: لو قال: بع عبدك من فلان بكذا وعلى ألف فباعه منه لم يستحق الألف على قول أكثر أصحابنا، وقال الداركي: يحتمل

(٢) في ز: الثانين.

(١) في ب: فرعه.

[أن يستحق] كما في التماس العتق والطلاق، والصحيح الأول، وكذا لو قال: بغته عبدك بألف في مالي؛ لأنه لا يجوز أن يستحق الثمن على غير من يملك المبيع.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ كَانَ الْمُخْتَلَعُ أَبَاهَا وَهِيَ طِفْلٌ فَهُوَ كَالْأَجْنَبِيِّ، وَإِنْ أَخْتَلَعَ بِنْتِهَا لَمْ يَصَحَّ كَالْوَكِيلِ الْكَاذِبِ، وَإِنْ أَخْتَلَعَ اسْتِقْلَالًا وَلَكِنْ بَعَيْنِ مَالِهَا فَهُوَ كَخُلْعِ الْأَجْنَبِيِّ بِالْمَغْضُوبِ، فَإِنْ لَمْ يَتَعَرَّضْ لِنِيَابَةِ وَلَا اسْتِقْلَالٍ وَلَكِنْ أَخْتَلَعَ بِعَبْدٍ ذَكَرَ أَنَّهُ مِنْ مَالِهَا وَقَعَ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا وَكَانَ كَالسَّفِيهِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ كَالْأَجْنَبِيِّ يَخْتَلَعُ بِالْمَغْضُوبِ، وَقِيلَ أَيْضًا فِي الْمَغْضُوبِ: يَقَعُ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا، وَإِنْ أَخْتَلَعَهَا بِالْبَرَاءَةِ عَنِ الصَّدَاقِ صَحَّ إِنْ جَوَّزْنَا لِلْوَلِيِّ الْعَقْوَ وَإِلَّا فَالطَّلَاقُ يَقَعُ رَجْعِيًّا عَلَى وَجْهِ، وَهُوَ كَالْوَكِيلِ الْكَاذِبِ عَلَى وَجْهِ، وَلَوْ قَالَ: أَخْتَلَعْتُهَا وَأَنَا ضَامِنٌ بِرَاءَتِكَ عَنِ الصَّدَاقِ فَالْقِيَاسُ أَنَّ الطَّلَاقَ رَجْعِيٌّ، وَإِنْ قَالَ: أَخْتَلَعْتُ عَلَى أَنِّي ضَامِنٌ إِنْ طُوْلِنْتَ بِالطَّلَاقِ فَالطَّلَاقُ بَائِنٌ وَعَلَيْهِ مَهْرُ الْمَثَلِ.

قال الرَّافِعِيُّ: أبو الزوجة في اختلاعها كالأجنبي، فإن اختلع بمال نفسه، فذاك، ولا فرق بين أن تكون صغيرة أو بالغة، وإن اختلع بمالها، وصرح بالنيابة، أو الولاية لم يقع الطلاق وكان كمن اختلع بالوكالة، ثم بان أنه كاذب؛ لأن الطلاق مربوط بلزوم المال عليها، وهي لم تقبل، وليس هو بنائب، ولا ولي فيما فعل، وإن اختلع بمالها، وصرح بالاستقلال، فهو كالاختلاع بالمال المغضوب، وقد مر فيه قولان:

أصحهما: أن الواجب مهر المثل.

والثاني: أنه يرجع إلى بدل ذلك المال، ولو اختلع بعبد أو غيره، وذكر أنه من مالها، ولم يتعرض لنيابة ولا استقلال، فيقع الطلاق رجعيًا، كما في المخالعة السفهية ولا فرق بين أن تكون الزوجة صغيرة أو كبيرة بكرًا أو ثيبًا، وكذا لو قال للأجنبي: خالغها على عبدها هذا، أو على صدأقها، وذكر في وجهه التشبيه بالسفهية أنه أهل للقبول، لكنه مخجور عليه في مالها كما أن السفهية أهلية للقبول، وهو محجور عليها في مالها، لكن هذا القدر في التشبيه والتوجيه متحقق في الاختلاع بالمغضوب مطلقاً، ولتشابه الصورتين، حكى القاضي الحسين: أنه خرج من الاختلاع بالمغضوب وجهاً ها هنا أنه يقع الطلاق بائناً، وهذا الوجه، قد ذكرناه في الباب الثاني عند ذكر الاختلاع بالخمير والمغضوب ونسبناه إلى القاضي، وفرق في «التهديب» بين الخلع بالمغضوب، وبين ما يجيء فيه بأن المرأة تبذل المال في الخلع؛ لتصير منفعة البضع لها، والزوج لم يترك الملك إليها مجاناً، بل بعوض، فلزمها المال، والأجنبي يبذل المال؛ لتخليص الزوجة ولا تصير منفعة البضع له، فهو متبرع لا معتاض، فإذا أضاف المال إليها، فقد أبطل تبرعه، وبني على هذا أنه لو قال للأجنبي: طلقها على هذا العبد المغضوب، أو

على عبد زَيْدٍ هذا، أو على هذا الخَمر، فطلق، يقع رجعيًا ولا يلزم المال، بخلاف ما إذا التمسَت المرأة لذلك، ولو اختلَع الأب أو الأجنبي بعدها ولم يذُكر أنه من مالها وكان من مالها، فإن لم يعلم الزوج أنه من مالها، فهو كالخُلَع بالمغضوب، حتى يكون الرجوع إلى مهر المثل على الظاهر، وإن كان عالمًا فوجهان:

أحدهما: أن المعلوم كالمذكور حتى يكون الطلاق رجعيًا على الأظهر.

وأصحهما وهو المذكور في «التَّهْذِيبِ» أن الحُكْم كما لو لم يعلم؛ لأنه لم يبطل التبرع بإضافة المال إلى الزوجة، وقد يظن الزوج أنه انتقل [ببإراض] المَلِك إلى المُخْتَلَع، هذا كُلُّهُ فيما إذا اختلَع الأب بغير الصداق، أما إذا اختلَعها بالصِّدَاق، أو على أن الزَّوْج بريء عن صداقها أو قال للزوج طَلَّقَهَا، وأنت بريء عن صداقها أو على أنك بريء عن صداقها، فقد نصَّ في المختصر أنه يقع الطلاق رجعيًا، ولا يبرأ الزوج عن الصِّدَاق، ولا يلزم الأب شيء، وحكى الإمام وصاحب الكتاب وأبو الفَرَج الزاز تخريج المسألة على أنه هل يجوز للأب العفو عن صداق الصغير، إن جوزناه، صح الخلع، وبريء الزوج، وإلا فوجهان:

أصحهما: أن الجواب ما نص عليه، لأنه ليس له الإبراء ولم يلزم في نفسه شيئًا، وإن كان الطلاق على العوض، ولم يثبت العوض المسمّى، ولا ما يقوّم مقامه، وقَع رجعيًا كما في اختلاع السفية.

والثاني: عن رواية صاحب «التقريب» أنه لا يقع الطلاق أضلاً؛ لأن الاختلاع على الصِّدَاق يشعر بأنه يتصرف بولايته عنها، وليست له هذه الولاية فأشبهه الوكيل الكاذب، ورأى صاحب الكتاب إجزاء هذا الوجه فيما إذا اختلَع بعدها، وذكر أنه لها، ونقل أصحاب العراقيون - رحمهم الله - تخريج المسألة على أن الولي هل له العفو عن الصِّدَاق؟ وعن ابن أبي هريرة - وزيفوه - وقالوا: أحد شروط القول الذاهب إلى أن للولي أن يعفو عن الصداق، وقوع العفو بعد الطلاق، وهذا الشرط غير حاصل في الخُلَع على الصداق، فلا يصحُّ من الولي، فحصل كما ترى خلاف في أن الولي هل له أن يختلَع بالصِّدَاق مع الحُكْم بأنَّ له أن يعفو وقد ذكرنا هذا الخلاف في «باب الصِّدَاق» عند التفريع على أنه هل يعفو والأقوى أن لا يشترط لذلك القول تقدُّم العفو على الطلاق بل يكفي باشتراط عدم تأخير العفو عن الطلاق؛ ولأن الغرض تخليصها من ذلك الزوج وتأهيلها لرغبة الخاطبين فيها، وهذا الغرض يَحْضُلُّ بالعفو المقارن حصوله بالعفو المتقدم، وليعلم؛ لما بينا قوله في الكتاب: «صَحَّ إن جَوَّزْنَا لِلْوَلِيِّ العَفْو» واعلم أن القول بصحة الخلع تفرعاً على أن للولي أن يعفو عن الصِّدَاق إنما يستمر فيما إذا جَرَى ذلك قبل الدُّخُول؛ لأن شَرْط ذلك القَوْل أن يكون العفو قَبْل الدُّخُول، فمن



المعلوم أن الخلع قبل الدخول منتظرٌ، وإذا كان كذلك فإذا صححنا الخلع كان العوض أحد النصفين، والنصف الآخر يسقط لا على سبيل العوضية، ولو أنه اختلعا بالبراءة عن الصداق، وضمن له الدرك، فالذي أطلقه أكثر الأئمة من العراقيين وغيرهم أنه لا يبرأ عن الصداق، ولكن يقع الطلاق بانئاً لأنه التزم المال في نفسه فضاهاى الخلع بالمغصوب، وعلى هذا فالواجب عليه مهر المثل أو بدل الصداق فيه القولان المعروفان، وهكذا الحكم فيما إذا قال الأب أو الأجنبي: طلقها على عندها هذا وعلى ضمانه ففي قول: يلزمه مهر المثل، وفي قول: قيمة العبد، والذي قدمناه أنه لا يلزمه شيء هو فيما إذا لم يتلفظ بالضمان والالتزام، وحكى الإمام وجهاً آخر أن هذا الضمان لا أثر له، ويقع الطلاق رجعيًا، كما لو قال: طلقها وأنت بريء عن الصداق، ووجهاً فارقاً بين أن يقول: طلقها وأنا ضامنٌ براءتك عن الصداق، وبين أن يصرح بالمقصود، فيقول: وأنا ضامنٌ للصداق، إن طويبت به أدبت عنك، والفرق [أن ضمان] عين المرأة لا معنى له، فيلغوا، ويقع الطلاق رجعيًا؛ وفي الصورة الأخيرة هو ضامن للمال إلا أنه التزم فاسدٌ، فوق<sup>(١)</sup> والطلاق بانئاً، وهذا ما اختاره الإمام، وعليه جرى صاحب الكتاب، فقال: ولو قال: «اختلعتها، وأنا ضامنٌ براءتك عن الصداق» إلى آخر الباب، ويجوز أن يعلم قوله: «أن الطلاق رجعي» بالواو [قوله: أن الطلاق رجعي] وكذا قوله: «وعليه مهر المثل» إشارة إلى القول الآخر أن الرجوع إلى المثل، والقيمة، ولفظ الضمان في هذه المسائل كلفظ الضمان في قول القائل: ألقي متاعك في البحر، وعلي ضمانه، والمراد منه الالتزام دون الضمان المشهور في الفقه، ولو التمس الطلاق على أنه بريء، وضمن الدرك، فقال الزوج في الجواب إن برئت من صداقها، فهي طالق لم تطلق؛ لأن الصفة، المعلق عليهما لم تتحقق والله أعلم.

### الباب الخامس في النزاع

قال الغزالي: وله صور: (إحداها): أن يقع في أصل ذكر العوض فالقول قولها إذ أنكرت العوض والبيئونة تحصل مؤاخذاً له بقوله (الثانية): النزاع في جنس العوض وقدره يوجب التحالف والرجوع إلى مهر المثل كما في الصداق.

قال الرافعي: إذا اختلف الزوجان في أصل الخلع، فقالت الزوجة: خالعتني على كذا، وأنكر الزوج، فهو المصدق بيمينه؛ لأن الأصل بقاء النكاح، ولو كانت له زوجتان تسميان باسم واحد، فقال: خالعت فلانة بكذا، فقيلت إحداهما، ثم اختلفا فقال

(١) في ز: بوقوع.

الزَّوْج: أردت الأخرى، فقالت القابلة: بل أردتني، فهو المَصْدَقُ، ولا فرقة ولو اختلفا في العوض، فقال الزوج: طَلَقْتُكَ عَلَى كَذَا، وقالت بل طَلَقْتَنِي بِلا عوض فهي المصدقة بيمينها في نفي العوض، ولا يقبل قوله في سقوط سَكْنَاهَا، ونفقتها، وتحصل البيونة بقوله<sup>(١)</sup>.

ولو قال: طَلَقْتُكَ بِالْعَوْضِ الَّذِي سَأَلْتُ، فَأَنْكَرْتُ أَصْلَ السُّؤَالِ، فكذلك الجواب وإن قالت: طَلَقْتَنِي بَعْدَ طُولِ الْفَضْلِ، وقال: بل في الحال، فهي المصدقة في نفي المال أيضاً؛ لأن الأصل براءة ذمتها، والأصل عَدَمُ الطَّلَاقِ في الوقت الذي تدعيه، ولو تنازعا على العكس، فقال: طَلَقْتُكَ بَعْدَ طُولِ الْفَضْلِ، ولم تقبل فلي الرجعة، وقالت: بَلْ عَلَى الْإِتِّصَالِ، ولا رجعة فالمصدق الزوج، ولو اتفقا على الخلع، واختلفا في جنس العوض؛ بأن قالت: خَالَعْتَنِي عَلَى الدنانير، وقال: على الدراهم، أو في قدره أو في بعض صفاته صحةً وتكسيراً أو طويلاً وتأجيلاً ولا بيّنة لواحدٍ منهما، فيتحالفان.

وعن أبي حنيفة - رحمه الله - وأحمد أن القَوْلَ قَوْلُ الْمَرْأَةِ لَنَا: أَنَّهُمَا اخْتَلَفَا فِي كَيْفِيَّةِ عَوْضِ الْعَقْدِ، وَلَا بَيِّنَةَ، فَيَتَحَالَفَانِ كَمَا فِي الْبَيْعِ، وَإِذَا تَحَالَفَا، لَمْ تَنْدَفِعِ الْبَيِّنَةُ، وَلَكِنَّ التَّحَالَفَ يُوَثِّرُ فِي الْعَوْضِ، وَالْقَوْلُ فِي أَنَّهُ تَنْفَسَخُ التَّسْمِيَةُ أَوْ تَنْفَسَخُ إِنْ أَصْرًا عَلَى النَّزَاعِ، وَفِي كَيْفِيَّةِ الْيَمِينِ، وَفِي بَدَايَتِهِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ فِي الْبَيْعِ، وَالرَّجُوعَ بَعْدَ الْفَسْخِ أَوْ الْإِنْفِسَاحِ إِلَى مَهْرِ الْمَثَلِ، كَمَا إِذَا اخْتَلَفَا فِي الصَّدَاقِ وَتَحَالَفَا، وَقَدْ مَرَّ فِي الصَّدَاقِ وَجْهٌ أَنَّهُمَا إِذَا تَحَالَفَا، وَكَانَ مَا تَدْعِيهِ الْمَرْأَةُ أَقْلَ مِنْ مَهْرِ الْمَثَلِ، لَمْ يَكُنْ لَهَا أَكْثَرُ مِمَّا تَدْعِيهِ، قَالَ ابْنُ الصَّبَّاحِ: وَعَلَى ذَلِكَ الْوَجْهِ؛ لَوْ كَانَ مَا يَدْعِيهِ الزَّوْجُ هَا هُنَا أَقْلَ مِنْ مَهْرِ الْمَثَلِ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَكْثَرُ مِمَّا يَدْعِيهِ، وَحَكَى الْحَنَاطِيُّ وَجْهًا أَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِأَكْثَرِ الْأَمْرَيْنِ مِنْ مَهْرِ

(١) صورة المسألة أن يقول طلقتك بألف وقلت أو بألف عليك، وقوله في سقوط سكنائها كذا وقع في الشرحين.

قال في الخادم: وكأنه سبق قلم وصوابه وكسوتها فإن السكنى تجب للمختلعة واقترانه بالنفقة يدل عليه. ثم قال: وحذف المسألة من أصلها من الروضة وكأنه وقعت له نسخة فيها سقط وإلا فمعظم النسخ فيها ذلك، ومراد الشيخين في غير الحامل أما المختلعة الحامل فلها الكسوة والنفقة مع السكنى ولا خفاء أنه لا يرثها إذا ماتت في العدة.

قال الشيخ البلقيني: هل يقبل قوله في سقوط ميراثها لو ماتت في العدة، وقد كتبت عليه وركات ينبغي أن ينظر.

وقال في الخادم: قضية إعمالهم تصديقها أنها ترضى كما يجب لها النفقة إذا لم تكن حاملاً إجراء لحكم الرجعية، ولو أراد أن يتزوج أختها أو أربعا سواها جاز ولا يتخرج على هذا الخلاف فيما إذا قال: أخبرني بانقضاء عدة الطلاق الرجعي فأنكرت؛ لأنه هناك نسب الأخبار إليها أي فطرقها الخلاف وها هنا اعترف بالبيونة. انتهى.

واعترافه بالبيونة موجود في الصورتين.

المثل، والمسمى في العقد، وإذا أقام كل واحدٍ منهما بيّنة على ما يقوله فتتهاتران أو يقرع بينهما.

قال الحناطي: فيه قولانٍ وعلى التقديرين، فهل يحلف فيه وجهان:

وحكي وجهاً عن ابن سُرَيْج أنه يصار إلى أزيد البيتين<sup>(١)</sup> وإذا جرى الخلع مع أجنبي، واختلفا في جنس العوض وقدره، فيتحالفان أيضاً، ويجب على الأجنبي مهر المثل.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الثَّالِثَةُ): إِذَا تَوَافَقَا عَلَى جَرَيَانِ الْخُلْعِ بِأَلْفٍ دِرْهَمٍ مُطْلَقٍ وَفِي الْبَلَدِ نَقُودٌ مُخْتَلِفَةٌ لَا غَالِبَ فِيهَا وَلَكِنْ نَوِيًا نَوْعًا وَاحِدًا فَهَذَا لَا يُحْتَمَلُ الْبَيْعُ لِحَهَائِهِ مِنْ حَيْثُ اللَّفْظُ وَيُحْتَمَلُ فِي الْخُلْعِ وَلَا يُحْتَمَلُ فِي الْخُلْعِ أَنْ يُذَكَّرَ مُجَرَّدُ الْأَلْفِ وَلَا يَتَمَرَّضُ لِلنَّوْعِ، وَأَشَدُّ أَحْتِمَالًا مِنْهُ أَنْ يَقُولَ: أَلْفٌ وَشَيْءٌ فَيَفْسُدُ الْخُلْعُ لِلْإِجْمَالِ وَلَا يُؤْتَرُ النَّيَّةُ مَعَ التَّوَافُقِ، وَلَوْ تَنَازَعَا فَقَالَ: أَرَدْنَا بِالْدَّرَاهِمِ الثَّقْرَةَ فَقَالَتْ: بَلْ أَرَدْنَا الْفُلُوسَ فَيَتَحَالَفَانِ لِأَنَّهُ نِزَاعٌ فِي الْجِنْسِ، فَإِنْ تَوَافَقَا عَلَى إِزَادَةِ الدَّرَاهِمِ وَلَكِنْ قَالَتْ: أَرَدْتُ الْفُلُوسَ فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا، فَإِنْ حَلَفَتْ بَأَنَّهُ وَلَا عِيْضَ عَلَيْهَا، وَإِنْ تَوَافَقَا عَلَى إِزَادَتِهَا الْفُلُوسَ وَلَكِنْ قَالَ: أَرَدْتُ الدَّرَاهِمَ وَلَا فُرْقَةَ فَالْبَيْتُونَةُ حَاصِلَةٌ بِكُلِّ حَالٍ لِبَظَاهِرِ التَّوَافُقِ عَلَى الدَّرَاهِمِ لَفْظًا، وَجَرَيَانِ الْخُلْعِ وَالنِّيَّاتِ لَا يُطْلَعُ عَلَيْهَا، وَلَا شَيْءٌ لِلزَّوْجِ لِإِنْكَارِهِ الْفُرْقَةَ، وَقِيلَ: لَهُ مَهْرُ الْمِثْلِ.

قال الرَّافِعِيُّ: إذا خالعا على ألف درهم<sup>(٢)</sup> وفي البلد نقدٌ غالبٌ نُزِلَ الْخُلْعُ عَلَيْهِ، وقد تعرّضنا له من قبل، وإن كانت هناك نقودٌ مختلفة، ولا غالب فقد سبق في «كتاب البيع» أنه لا يصح البيع هناك بالدراهم المطلقة، حتى يبين نوعاً منها، ولا يكفي أن ينوي نوعاً واحداً، لما في اللفظ من الجهالة والإبهام، وليس في اللفظ ما يدلُّ على ذلك النوع، ولك أن تقول: وجب أن نجعل ذلك على الخلاف في انعقاد البيع بالكنيات؛ لأن التعبير عن المقيد بالمطلق، وأراد به طريقةً سائغةً في اللسان.

ولو جرى الخلع بدراهم مطلقة؛ حيث لا غالب بطلت التسمية، ووجب مهر المثل، فإن نويًا نوعاً واحداً، فالظاهر الاكتفاء بالنية في لزوم ذلك النوع، وقد يُحْتَمَلُ فِي الْخُلْعِ مَا لَا يُحْتَمَلُ فِي الْبَيْعِ وَلِذَلِكَ يَحْصُلُ الْمَلِكُ فِيهِ بِالْإِعْطَاءِ مِنْ غَيْرِ لَفْظٍ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ، وَأَشِيرَ إِلَى وَجْهِ آخَرَ أَنَّهُ تَفْسُدُ التَّسْمِيَةُ كَمَا يَفْسُدُ الْبَيْعُ، وَهَذَا مَا أوردَهُ أَبُو مَخْلَدٍ الْبَصْرِيُّ.

(١) قال النووي: الأظهر، أنهما يسقطان ولا ترجيح بالكثرة.

(٢) سقط في ز.

ولو قال: خالعتك على ألف، ولم يذكر جنساً من الدراهم والدنانير وغيرهما، فالذي نقله في الكتاب أنه لا يحتمل هذا الإبهام في الخلع أيضاً وإن اتفقا على جنس واحد ونوع واحد؛ لأن المذكور هنا مجرد العدد والمعدود غير المذكور، وعند ذكر الدراهم لا يبقى الإبهام إلا في الصفات، وإذا اشتد الإبهام وجب ألا يُحتمل كما في سائر المجاهيل، وهذا حكاه في «الوسيط» عن العراقيين، وقال: كلام<sup>(١)</sup> القاضي يدل على التسوية بين إبهام الألف، والأجناس، وإبهام الدراهم في الأنواع، وأنه يُحتمل هذا الإبهام في الخلع، كما يحتمل ذلك الإبهام، وأنت إذا تأملت كتب شيخي العراقيين أبي حامد، وأبي الطيب وغيرها وجدتها متفقة على ما استخرجه من كلام القاضي - رحمه الله - وهو احتمال الإبهام الألف، وعللوا بأنه المقصود أن يكون العوض معلوماً عند المتعاقدين، فإذا توافق على شيء بالنية كان<sup>(٢)</sup> كما لو وافقا عليه بالثطق.

وأعلم قوله؛ لما ذكرنا «ولا يُحتمل في الخلع أن يُذكر مجرد الألف» بالواو ويغرس منه أن الأظهر احتمالها، والتعليل المذكور يقتضي احتمال ذلك في البيع أيضاً، ويؤكد ما قدمنا من احتمال إبهام الدراهم بناءً على انعقاد البيع بالكناية ثم حكى عن القاضي الحسين أنه لو قال: خالعتك على ألف شيء فقبلت فالتسمية فاسدة، ولا يؤثر توافق النيتين على شيء؛ لأن الاحتمال فيه أشد، فلا يحتمل، ويرجع إلى مهر المثل، وقد يوجه شدة الاحتمال، بأن الألف مقتصر على فهم منه القدر المتعامل به غالباً لنا، وتعقبه بالشيء يُهزئ هذا الفهم؛ ألا ترى أنه إذا قيل: باع فلان داره بألف، فهم منه التفتد، فإن قيل: باعها بألف شيء، اضطرب الفهم، ويمكن أن ينزع غير القاضي فيما ذكره، ويذهب إلى احتمال هذا الاحتمال؛ اعتماداً على ما علمه المتعاقدان وتوافقاً عليه بالنية، ثم عن الشيخ أبي محمد أن التعيين بالنية إنما يؤثر إذا تواطأ قبل العقد على ما يقصدانه باللفظ المبهم، وأنه لا أثر؛ لاتفاق التوافق من غير تواطؤ، وأعرض مُعرضون عن اعتبار ذلك وراعوا مجرد التوافق<sup>(٣)</sup>، وهذه المسائل كالتمهيد لصور الاختلاف في الخلع الجاري على إبهام في اللفظ، والمقصد في الباب هو صورة الاختلاف في صور منها إذا قال الزوج: أردنا بالدراهم الثقوة، وقالت هي بل أردنا الفلوس، فوجهان أصحهما:

وهو المذكور في الكتاب أنهما يتحالفان؛ لأنه نزاع في جنس العوض فأشبه ما لو اختلف فيما سمياه.

والثاني: أنه يثبت بمهر المثل من غير تحالف؛ لأن هذا نزاع في النية والإرادة،

(١) في ب: الإمام.

(٢) سقط في ز.

(٣) قال النووي: هذا الثاني، هو الأصح، وقول الشيخ أبو محمد هنا ضعيف.

ولا مُطَّلِع عليها وإذا امتنع التحالف ووقع الاختلاف، صار العوض مجهولاً، فيجب الرجوع إلى مهر المثل، ومن قال بالأول، قال: قد يحصل الإطْلَاع عَلَى قِصْدِ الْغَيْرِ وإرادته بالأمارات والقرائن، ولك أن تقول: قَدْ سَبَقَ أَنْ الدَّرَاهِمَ اسْمٌ لِلْقَدْرِ الْمَعْلُومِ مِنَ النَّقْرَةِ، وَأَنَّ التَّفْسِيرَ بِالدَّرَاهِمِ الْمَغْشُوشَةِ لَا يُقْبَلُ سِيَّماً إِذَا كَانَ الْغَالِبُ فِي الْبَلَدِ الدَّرَاهِمَ الْخَالِصَةَ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ، فَكَيْفَ يُقْبَلُ مِنْهَا نَعْمٌ، إِذَا احْتَمَلْنَا أَنْ يَقُولَ: خَالَعْتُكَ عَلَى أَلْفٍ، فَتَقْبَلُ، وَيَقْتَصِرَانِ عَلَيْهِ فَيُظْهِرُ التَّفْسِيرَ بِالْفُلُوسِ وَكَيْفَ تَحْلِفُ عَلَيْهِ، تَصْوِيرٌ هَذَا الْاِخْتِلَافِ وَكَذَلِكَ صُورَةٌ مِنْ عِلْقِ عَنِ الْإِمَامِ - رَحِمَهُ اللَّهُ - وَتَلْقَى عَنْهُ وَفِي مَعْنَاهُ مَا إِذَا قَالَ الزَّوْجُ: أَرَدْنَا الدَّنَانِيرَ، وَقَالَتْ: بَلْ أَرَدْنَا الدَّرَاهِمَ.

ومنها: لو توافقا على أن الزَّوْجُ أَرَادَ الثَّقْرَةَ وَقَالَتِ الْمَرْأَةُ: أَرَدْتُ الْفُلُوسَ، وَقَالَ الزَّوْجُ: بَلْ أَرَدْتُ النَّقْرَةَ أَيْضاً، فَالْبَيِّنُونَةُ حَاصِلَةٌ؛ لِانْتِظَامِ صِيغَةِ الْخُلْعِ إِجْبَاباً وَقَبُولاً، وَهِيَ قِضِيَّةٌ مَا يَقُولُهُ الزَّوْجُ، وَتَصَدَّقُ هِيَ فِي نِيَّتِهَا وَإِرَادَتِهَا، فَإِذَا حَلَفَتْ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهَا.

أَمَّا الْفُلُوسُ<sup>(١)</sup> فَالزَّوْجُ لَا يَدَّعِيهَا، وَأَمَّا الثَّقْرَةُ؛ فَلأنَّهَا نَفَثَ إِلْزَامُهَا بِالْيَمِينِ، وَمِنْهَا

(١) قال الشيخ جلال الدين البلقيني: معنى قوله وأطلقا أي والحال أن النقود لا غلبة لبعضها فلم يعينا نوعاً بل أطلقا الكلام فذلك هو محل النية فإذا اختلفا حيثنذ في النية جاء ما ذكر أما إذا كان في البلد نقد غالب فالإطلاق ينزل عليه ولا مجال للإرادة ولا يخالف. انتهى.

وقال الشيخ البلقيني قوله: «فإذا حلف فلا شيء عليها» ممنوع بل التحقيق أنه يجب عليها ألف من النقد الغالب، لتوافقهما على التلفظ بالدراهم، ودعوى الزوجة أنها أرادت الفلوس لا تقبل في دفع الظاهر وحيثنذ فيكون القول قول الزوج ويحلفه على نفي العلم إذا ادعت أنه يعلم أنه أرادت ذلك، وأما إن كان الاختلاف كذلك في صورة ألف فقال الزوج أرادت من الدراهم النقرة ووافقتة هي على إرادته وقالت هي: أردت الفلوس فقال: بل أردت النقرة فها هنا الزوجة مدعية فساد هذا الذي صدر على إرادته باطل والزوج مدع صحته فيطرق ذلك الخلاف في دعوى الصحة والفساد ولا يتعد أن يأتي ذلك في الإرادة كما في صورة بيع ذراع من أرض ويقول البائع عنيت التعيين فالبيع باطل ويقول المشتري: بل عنيت الإشاعة وإن كان الأرجح هناك أن المصدق البائع؛ لأن العيانة لا يطلع عليها إلا من جهته فيمكن أن يقال هنا بمثله ليجري الخلاف.

ثم إذا قلنا القول قول الزوج لدعواه الصحة فلا يلزمها بألف ثم بقوله بل يتحالفان وتكون كالصورة، وينبغي أن يرجح أن القول قول مدعي الصحة لأمرين:

أحدهما: أنه لو قلنا إن القول قولها لزم أن تبين من الزوج بلا مقابل بخلاف ما إذا قلنا بقول البائع هناك فإنه لا يضيع على المشتري شيء مما بذله بل يعود إليه.

الأمر الثاني: أن دعوى الصحة هناك إذا صدقنا مدعيها ألزمتنا البائع بما يقوله وهنا إذا قلنا القول قول مدعي الصحة فلا يكون للزوجة بما يقوله من الدراهم بل يتحالفان وترجع إلى مهر المثل وإذا جربنا على مقتضى ما قالوه فهذه المسألة مما يصدق فيها مدعي الفساد جزماً ووجهه أن البيئونة تحصل بقول الزوج فصار كما لو قال خالعتك فقالت: لم يخالعتني.

لو توافقا على أن الزوجة أرادت الفلوس، وقال الزوج: أردت الثقرة، فلا فُرقة بيني وبينك، لاختلاف الخطاب وقالت: بل أردت الدراهم، وبتت منك فتحصل البيئونة في الظاهر؛ لتوافق اللفظين، والنيأ لا يُطَّلَع عليها، وهل يثبت للزوج شيء؟ فيه وجهان عن القاضي الحسين، أنه يثبت له مهر المثل؛ لحصول التئونة الظاهر، والذي ارتضاه صاحب الكتاب أنه لا شيء له؛ لأنه منكر للفرقة، فكيف يثبت له عوضاً عن الفرقة<sup>(١)</sup> وفي معنى هذه الصورة ما إذا اتفقا على أن الزوج أراد الدراهم وقال لها: أردت الفلوس، فلا فُرقة وقالت: بل أردت الدراهم أيضاً، فالفرقة حاصل لا لتفاهيهما على صورة الخلع، ويعود الوجهان في ثبوت شيء للزوج، وأجاب صاحب «التهذيب» منهما بوجود مهر المثل، وقال: لا تحصل الفرقة في الباطن، إن كان صادقاً، ولو قال الزوج: أردت الثقرة، ولم يتعرض لجانبها، وقالت الزوجة: أردت الفلوس، ولم تتعرض لجانبها فالفرقة حاصلة ثم عن القاضي حسين أنها يتحالفان وفي «البيسط» أن الوجه وجوب مهر المثل؛ لأنه لا يدعي عليها شيئاً معيناً حتى تحلف<sup>(٢)</sup>.

ولو قال أحد المتخالفين: أطلقنا الدراهم، وقال الآخر: عيّننا نوعاً من الدراهم، فيتحالفان؛ لأن قضية الإطلاق وجوب النوع الغالب، فقد اختلفا في نوع العوض، وذلك يقتضي التحالف.

وقوله في الكتاب «لا يَحْتَمَل في الخلع أن يذكر مجرد الألف، ولا يتَّعَرَّضُ للنوع» كان الأليق أن يقول للجنس وقوله: «فيتحالفان» معلّم بالواو وقوله: «فإن توافقاً على إرادة الدراهم» يعني إرادة الثقرة التي هي حقيقة الدراهم.

وقوله «فالقول قولها» أي في نفي العوض، وقوله: «ولا فرقة» في تمة قول الزوج.

قال العزالي: (الرابعة): إذا تنازعا في المعوض فقالت: سألتك ثلاث تطبيقات بألف فأجبتني فقال: بل سألت واحدة فقد اتفقا على الألف وتنازعا في مقدار المعوض فيتحالفان وله مهر المثل فأما عدد الطلاق فلا يُعْتَبَرُ فيه إلا قوله.

قال الرافعي: الكلام من أول الباب إلى هذا الموضع كان في الاختلافات الواقعة في العوض، وهذه الصورة مقصود بها بيان الاختلاف في المعوض، وهو الطلاق، فلو قالت: سألتك ثلاث تطبيقات بألف، فأجبتني وقال: بل سألت واحدة بألف، فأجبتك

(١) قال النووي: هذا الثاني هو الأصح، واختاره أيضاً الإمام. قال الإمام: فإن قيل: لو صدقها بعد ذلك في اتفاق النية، قلنا: إذ ذاك يطالبها بالمسمى المعين لا بمهر المثل.

(٢) قال النووي: الأصح، وجوب مهر المثل بلا تحالف. وقد نقل الإمام الاتفاق عليه، وجعل مخالفة القاضي في التحالف في غير هذه الصورة.

فالألف، متفق عليه، ولكن يتحالفان؛ لأن قَدْر المعوضِ مختلَف فيه، فأشبه الاختلاف في قَدْر المبيع، وأيضاً فإنه يدَّعي استحقاق الألف بطلقة، وموجب قولها لا يستحق بالطلقة الواحدة إلا ثلث الألف، وإذا تحالفا فعليها مهر المثل وأما عدد الطلاق، فالمعتبر فيه قوله فيصدق بيمينه، ولا يقع إلا واحدة.

قال الحناطي - رحمه الله -: ولو أقام كل واحدٍ منهما بيّنة على ما قاله وأرخت البتان، فإن اتفق الوقت تحالفاً، وإن اختلفت فالتى هي أسبق تاريخاً أولى.

ولو قال: طلقْتُكِ وحدك بألف، وقالت بل طلقْتيني وضرتي، تحالفاً أيضاً وعليها مهر المثل، ولو قالت: سألتُك أن تطلقني واحدة بألف فأجبتني، وقال: بل طلقْتك ثلاثاً بألف، ثبت الألف، ولا معنى لهذا الاختلاف؛ لما تقدّم أنها إذا قالت: طلقْتيني واحدة بألف فقال: [طلقْتك] ثلاثاً بألف، تقع الثلاث وتجب الألف، ولو قالت: سألتُك أن تطلقني ثلاثاً بألف، فطلقْتيني واحدة فلك الثلث، وقال الزوج: بل طلقْتكِ ثلاثاً ولي جميع الألف فإن لم يطل الفضل، طُلقت ثلاثاً، ولزمها الألف وإن طال الفصل، ولم يمكن جعله جواباً، فهي طالق ثلاثاً بإقراره، ويتحالفان للمعوض، وعليها مهر المثل، هكذا نصّ عليه في رواية الربيع، وقد ضمنه الفارسي - رحمه الله - في «عيون المسائل» وأخذ بالنص آخذون وجرّوا عليه، وأطلق صاحب «التهذيب» أنهما يتحالفان وأن الرجوع إلى مهر المثل، ولم يفصل بين طول الفضل وعدمه.

وقال آخرون: النصُّ مُشكّل في حالتي [الاتصال والانفصال]، أما في حالة الاتصال، فلأنه، إن كان الأمر كما يقوله: لم يمكن أن يُجعل قوله: بل طلقْتكِ ثلاثاً ابتداءً وجواب منه؛ لأنه قد سبق الجواب، وحصل الإسعاف، وإن كان الأمر كما تقوله هي، فقد بانّت بالواحدة بثلاث الألف، فلا يقع بعد ذلك شيء، أما في حالة الانفصال فالحكم بالتحالف مستبعد؛ لأن التحالف إنما يجري عند الاختلاف في كيفية العقد، أو في حالة العوضين، وها هنا متفقان على أن السؤال ثلاث طلاقات، وعلى أن المسؤول ألف، وإنما الخلاف فيما وقع ووُجد من الرجل، فلا وجه للتحالف وطولوا في حل الإشكال، وفي الإشكال على الحل، قال الإمام - قدس الله روحه -: ينبغي أن يُقال في حالة الاتصال إن قال الزوج: ما طلقْتكِ من قبل، والآن أطلقكِ ثلاثاً على ألف، يقع الثلاث ويجب الألف، لأن الوقت وقت الجواب، وإن قال: طلقْتكِ من قبل ثلاثاً تعدّر جعل [هذا] إنشاءً لأنها بانت قبله، فيحكم بوقوع الطلاق الثلاث بإقراره، ولا يلزمها إلا ثلث<sup>(١)</sup> الألف، كما لو قال: إن رددت عبيدي الثلاث، فلّك كذا فقال: رددتُهُم، وقال

(١) في ز: ثلاث.

الجاعل: ما رددتُ إلاً واحداً، وأما في حالة الانفصال، فيُحكَم بوقوع الثلاث بإقراره أيضاً وعليها ثلث الألف، ولا معنى للتحالف، وللزوج [أيضاً]<sup>(١)</sup> أن يُخلِّقها على نفى العِلْم بأنه ما طَلَّقها ثلاثاً، وهو الصحيح، وليأول النص عليه بحسب الإمكان.

فَرَعُ: في «المجرد» للحناطي أنها لو قالت طَلَّقْتَنِي ثلاثاً على ألف، فقال: بل طَلَّقْتِك واحدةً بألفين، وأقام كل واحدٍ منهما بيّنة على ما يقوله، وهما متصادقان على أنه لم يُطَلِّقها إلاً مرّةً واحدةً فيتحالفان، ويرجع إلى مهر المثل.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: (الْحَامِسَةُ): إِذَا أَدْعَى عَلَيْهَا الْاِخْتِلَاعَ فَأَنْكَرَتْ وَقَالَتْ: أَخْتَلَعَنِي أَجْنِبِي فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا فِي نَفْيِ الْعَوْضِ وَبِأَنْتَ لِقَوْلِهِ، وَلَا شَيْءَ لَهُ عَلَى الْأَجْنِبِيِّ لِاعْتِرَافِهِ، وَلَوْ قَالَتْ: أَخْتَلَعْتُ وَلَكِنْ بِوَكَاةِ أَجْنِبِي، فَيَتَحَالَفَانِ لِأَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَى أَضْلِ الْعَقْدِ وَأَخْتَلَفَا فِي صِفَةِ الْإِضَافَةِ، وَقِيلَ: الْقَوْلُ قَوْلُهَا لِإِنْكَارِهَا أَضْلَ الْاِئْتِزَامِ.

قال الرَّافِعِيُّ: هذه الصورة لبيان اختلافهما فيمن عليه العِوض، فإذا قال: اختلعتُ بألف، وطالبها بالمال، فقالت قد ضَمِنْتُ لك غيري، فهذا الكلام لا يَنْفَعُها، لأنَّ ضمان الغير لا يقطع المطالبة عنها، وكذا لو قالت: قَبِلْتُ الْخُلْعَ عَلَيَّ أَنْ يَزِنَ الْأَلْفَ عَنِّي فلان، وهي في الصورتين مقرة بالألف، ولو قالت قَبِلْتُ الْخُلْعَ بِالْأَلْفِ لِي فِي ذِمَّةِ فُلَانٍ، فَيُنْتَبَى على أن العَقْدَ على دين في ذِمَّةِ الغير، هل يَجُوزُ؟ إن قلنا: لا يَجُوزُ، فالذي نقله الشيخ أبو حامد وغيره أنه يجبُ مهر المثل، ولا تحالف، لأنها تقول: خالعتني على عِوضٍ فاسدٍ، وفي «التتمة» أنا إذا قُلْنَا إنه لا يَجُوزُ، فهي تدعي فساد التسمية، وهو يدعي صحتها فيجزيء فيه الخلاف المذكور، في نظائره، وإن قلنا: بِالْجَوَازِ فَيَتَحَالَفَانِ، وهذا أصحُّ عند الشيخ أبي حامد وابن الصَّبَّاحِ وغيرهما، وهو الذي أورده صاحب «المهذب» - رحمه الله - وعَلَّلُوا بأن هذا اختلافٌ في محلِّ العَقْدِ، فيقتضي التحالف كالخلاف في عين العَقْدِ الذي هو عوض الخُلْعِ.

ولو قال: اختلعتِ نَفْسِكَ بكذا، وأنكرت، فقالت: اختلعتني أجنيئاً لنفسه والمال عليه، فالقول قولها في نفي العوض، ولا شيء للزوج على الأجنبي لاعترافه بأن الخُلْعَ لم يَجْرِ معه، وتحصل البيئونة بقول الزوج، ولم يقل بأنه أقر بعقد أنكرته المرأة، وصدَّقناها بيمينها، فَيَلْعَوُ ويستمر النكاح، كما لو قال: بِعْتُكَ هذه العين بكذا، فأنكر صاحبه، وصدَّقناه بيمينه، تبقى العين للمقرِّ؛ وذلك لأن الخُلْعَ يتضمَّن إتلاف المعقود عليهِ، وهو البُضْعُ، والبُضْعُ لا يتضمن إتلاف المعقود عليه؛ ألا ترى أن البيع يُفَسِّخُ



بَعْدُ العوض والبيئونة لا ترتد، فإن<sup>(١)</sup> كان كذلك، بإقراره بالخلع المتضمن للإتلاف إقراراً بالإتلاف، فنظيره من البيع أن يقول: بعتك عبدي هذا بكذا، فأعتقه وأنكر فلاناً نُصَدِّقُه بيمينه، ونحكم بعتك العبد بإقراره، ولو سلّمت أنها اختلعت، وقالت: اختلعت بوكالة فلان، وصرحت بالإضافة إليه، فوجهان:

أصحهما: أنهما يتحالفان؛ لأنهما اتفقا على جريان العقد بينهما، واختلفا في أنّها هل أضافت العقد إلى الغير، فأشبه الاختلاف في سائر كفيات العقد؟.

والثاني: لا يتحالفان وهو الذي أورده المَتَوَلَّى، وحكى على هذا وجهين:

أحدهما: أن القول قولها مع يمينها؛ لأنها تنكر أصل الالتزام، فهو كإنكار أصل العقد فيما يتعلق بها.

الثاني: أن القول قول الزوج مع يمينه، لأنها اعترفت بالعقد، وفائدته تعود إليها، وذلك ظاهر في التزام المال، وهي تدعي ما يمنح المطالبة، وهي الإضافة إليه، والأصل عدمه، ولو سلّمت ولم تصرّح بالإضافة إلى الأجنبي، ولكن قالت: نَوَيْتُهُ، فإن قلنا موجه المطالبة على الوكيل، لم ينقطع طلبه الزوج بقولها وكذا لو أنكر أصل الوكالة، وإن قلنا: إن الوكيل لا يطالب فيتحالفان، أو تُصَدِّقُ الزوجة أو الزوج؟ تعود فيه الوجوه الثلاثة إذا عرفت لك فاعلم أن المَزْنِيَّ نَقَلَ في «المختصر» عن الشافعي - رحمه الله - أنه إن قالت: خالعتني على ألف، ضمنها لك غيري، أو على ألف فليس، وأنكر، تحالفاً، وكان له عليها مهر مثلها، فظاهره يقتضي التحالف فيما إذا أقرت بالاختلاع، وقالت: ضَمِنَ المَالَ فلاناً، وهي الصورة التي افتتحنا الفُضْلُ بها، ولا وجه فيها؛ للتحالف، بل هي مطالبة وإن كان هناك ضامن، فأختلف الأصحاب، حكى الحناطي عن بعضهم أن المسألة غلط من الكاتب، ومنهم من قال: الجواب راجع إلى صورة الاختلاف في الفُلس على ما قدمنا، فربما جمع الشافعي بين مسألتين، فأجاب في إحداهما وترك جواب الأخرى، والأكثر ردوا الجواب إليهما، واختلفوا في محل النص؛ فالذين قالوا: يُجْرِيان التحالف فيما إذا قالت: قبلت الخلع بألف في ذمة فلان، حملوا النص [على هذه الصورة] وحمله بعضهم على ما إذا كانت قد وكلت بالاختلاع بقدر دون الألف، فخالف الوكيل بالألف، ثم اختلف الزوج والزوجة في الزيادة، فقال الزوج: هي عليه، وقالت هي: بل على الوكيل، وحكى القاضي ابن كج عن أبي إسحاق حمل النص على ما إذا قالت: اختلعت فلان بإذني ووكالتي، فلا مطالبة لك عليّ، إنما تُفْتَضُّ منه، ثم هو يرجع عليّ، وهذا ينطبق على الوجه المذكور في عهدة الوكيل أن المطالب

(١) في ب: فإذا.

الوكيل دون الموكل، وعن أبي الحُسَيْن حمله على ما إذا قالت: خالعتك بشرط أن أحملك على فلان، وقال: بل خالعت مطلقاً وهذا شرط يُفسد الخلع، فيرجع إلى أن المرأة: تدعي فساد التسمية، وهي تدعي صحتها، فهذه سبعة طرق، مما قاله الأصحاب في هذا النص، ومن صور اختلاف الزوجين: طلق زوجته بألف، وأرضعت ابنتها زوجة أخرى له صغيرة، واختلف المتخالعان، فقال الزوج سبق الخلع الرضاع، وعليك المال، وقالت هي: سبق الرضاع الخلع، وانفسخ نكاحي؛ لاجتماع حافدي في نكاحك، والخلع بعده لغو فيُنظر إن اتفقا على وقت الرضاع كيوم الجمعة، واختلفا في وقت الخلع فادعى الزوج جريانه يوم الخميس، وادعته هي يوم السبت، فالقول قولها مع يمينها؛ لأن الزوج يدعي الخلع في زمان سابق، والأصل عدمه، وإن اتفقا على وقت الخلع كيوم الجمعة، واختلفا في وقت الإرضاع، فادعى الزوج أنه كان يوم السبت، وادعته هي يوم الخميس، فالقول قول الزوج بيمينه لأن الأصل عدم الرضاع يؤمّن.

ولو ادعى الزوج سبق الخلع، وادعت هي سبق الرضاع، ولم يتفقا على وقت أحدهما، فالقول قول الزوج أيضاً، لأن الأصل استمرار النكاح إلى أن صدر هذا الخلع واشتغالهما بالخلع يدل على بقاء النكاح ظاهراً وهذا كما لو تخالعا، ثم ادعت هي أنه طلقها قبل الخلع ثلاثاً، أو على إقراره بفساد النكاح، فأنكر، فإنه يُصدق بيمينه، ويمضي الخلع على الصحة وفي «التهذيب» أنه لو خالعا على مال، ثم اختلفا فقال الزوج: كنت مكرهة، فلي الرجعة، وأنكرت الإكراه، فلا يُقبل قوله في الظاهر، وعليه ردُّ المال بإقراره.

ولو ادعت المرأة الإكراه فأنكر صدق يمينه، وعليها المال، فلو أقامت بيّنة على الإكراه، لزمه ردُّ المال ولا يُمهّلن بالمراجعة؛ لاعترافه بالبينونة، نعم لو لم يصرح بالإنكار أو سكّت، أو كانت الخصومة مع وكيله، فله الرجعة، إذا قامت البيّنة، وقد تيسر بمعونة الله - تعالى - شرح ما في الكتاب، ويقرب منه من فقه الخلع على اعتياضه وترتيبه بفروع ومسائل منشورة، ليس للأب خلع زوجة الطفل، ولا طلاقها بغير عوض، خلافاً لأحمد - رحمه الله - فيهما، ولمالك في الخلع، والخلع على غير الصداق قبل قبض الصداق لا يسقط حقّ الزوجة من الصداق بعد قبضه، وقبل الدخول لا يسقط حق الزوج من نصف الصداق، خلافاً لأبي حنيفة - رحمه الله - في المسألتين، وإذا خالغ امرأته الحامل على نفقة عدتها، فالتسمية فاسدة، وله مهر المثل، وقال أبو حنيفة: - رحمه الله - تصحُّ التسمية، ويبرأ عن النفقة، وفيما جمع في فتاوى الفقهاء: أنها لو اختلعت على مهرها، وكانت قد أبرأته قبل ذلك من مهرها، فإن جهلت الحال، فالواجب عليها مهر المثل أو مثل ذلك المهر فيه القولان المعروفان، وإن كانت عالمة بالبراءة فإن كان الجاري بينهما لفظ الطلاق، بأن قال طلقتك على صداقك، فقبلت

فتبين، ويعود الخلاف في الواجب عليها يقع الطلاق رجعيًا فيه وجهان، وإن كان الجاري لفظ الخلع، فإن أوجبنا المال، إذا جرى لفظ الطلاق، ففي لفظ الخلع أولى، وإلا جرى في لفظ الخلع وجهان: بناء على أن لفظ الخلع هل يقتضي ثبوت المال في «فتاوى القاضي الحسين»، أنه لو خالعه على ما لها في ذمته، أو على ألف آخر، هو في ذمتها، أو على أن تنفق كل يوم على ولده كذا إلى مدة كذا، فهو فاسد بشرط الاتفاق على الولد، وتخصّل البيونة بمهر المثل، وأنه لو خالعه على ألف، وعلى حضانها ولده الصغير سنة فتزوجت في خلال السنة لم يكن للزوج انتزاع الولد منها بتزوجها؛ لأن الإجارة عقد لازم، وأنها لو قالت إن طلقني أبرأتك عن الصداق، أو فأنت بريء منه فطلق، لا يحصل الإبراء؛ لأن تعليق الإبراء لا يصح، ولكن عليها مهر المثل؛ لأنه لم يطلق مجاناً، بل لإبراء ظن صحته، وأنه لو قالت الزوجة: أبرأتك عن صداقي، فطلقني، برأ الزوج، وهو بالخيار إن شاء طلق وإن شاء لم يطلق، ويمكنه أن يقال: إنها قصدت جعل الإبراء عوضاً عن الصداق، ولذلك رتب سؤال الطلاق عليه، فليكن كما لو قالت: طلقني، وأنت بريء عن صداقي، وفي «فتاوى» صاحب «التهذيب» أنه سئل عن امرأة: قالت: لزوجها (بهر حقي كي در كردن تودارم خويستن از بر بار حزيدم)<sup>(١)</sup> فقال الرجل (قن مرا اينكر طلاق، أي كنار كردم)<sup>(٢)</sup> فقال: أن تقبل كلامه بكلامها بحيث يعد جواباً له، والصداق معلوم، صح الخلع، وسقط الصداق.

وأنه إن خالعه على ثوب هروي، وقبِلت ثم دفعت إليه ثوباً مروياً فرضيه وأراد إمساكه نظر على أن الزيب الأبيض هل يؤخذ في السلم عن الأسود إن قلنا إن كان قد وصفه بالصفات المعبرة في السلم، فينتى. يجوز ولا يكون استبدال، فكذلك ها هنا، وإن منغنا، فلا يجوز الإمساك ها هنا من غير معاقدة، فإن تعاقداً، وقالت: جعلته بدلاً عما علي، وقبِل الزوج فينتى على أن الصداق مضمون ضمان العقد، أو ضمان اليد إن قلنا: بضمنان اليد فيجوز، وإن قلنا: بضمنان العقد؛ فعلى القولين في جواز الاستبدال عن الثمن في الذمة وإن لم يصفه، فالواجب مهر المثل، فلا يجوز إمساكه من غير معاقدة، وأنها لو قالت: اختلعت نفسي منك بالصداق الذي في ذمتك، وأنكر الزوج وحلف عليه، فلا رجوع لها عليه بالصداق، ولو كان له على رجل دين، فقال: اشتريت منك دارك بذلك، وقبضته وأنكر الرجل، يجوز له المطالبة بالدين، والفرق أن الخلع الذي أقرت به يوجب اليأس عن الصداق، ويسقطه بالكلية؛ فإن ذمة الزوج إذا برئت من الصداق، لم يتصور عوده، وفي الصورة الأخرى لا يحصل اليأس عن الدين؛ لأن الدار

(١) يعني: بأية صورة أبرأتك من حقي؟!.

(٢) جملة فارسية بمعنى: لقد وقع الطلاق، وتخلت عنك.

المجعولة عوضاً قد تخرج مستحقة، وقد ترد بالعيب<sup>(١)</sup> وقد تلف قبل القبض، فيرجع صاحب الدين إلى دينه، وإن الزوج إذا قال: خالعتك بكذا فأنكرت وصدقناها باليمين، فوطئها الزوج بعد ذلك، فعليه الحد في الظاهر، ولا يجب عليها؛ لأنها تزعم أنها في نكاحه، وأما في الباطن فإن كان صادقاً، فعليهما الحد، وإن كان كاذباً فلا حد على واحد منهما، وحكي وجهاً في مثل هذا أن دعوى الزوج طلاق ظاهراً وباطناً، فعليهما الحد، وأنها لو قالت: طلقني على ألف، فقال طلقت نصفك فيئتي، استحقاق الألف على أن الطلاق يقع على البغض، المذكور، ثم يسري إلى الباقي، أو يجعل البعض كناية عن الكل، إن قلنا بالمعنى الثاني، فيستحق كما لو طلقها بلفظ آخر، وإن قلنا بالأول، وجب الأ يستحق إلا نصف الألف، كما لو قالت: طلقني ثلاثاً، فطلق واحدة، يستحق القسط، ولو قال في الجواب طلقت يدك، إن جعلنا المضاف إليه عبارة كل البدن، استحق الألف، وإن قلنا بالوجه الآخر، فلا يمكن التوزيع ها هنا، فيجب مهر المثل، وإنها إذا قالت: اختلعت نفسي بثلاث طلاقات على ما لي عليك من الحق، فقال: خالعتك بطلقة، تقع طلقة؛ لأن الخلعة من جانبها جعالة، ويجب مهر المثل، ويحتمل أن يجب ثلث مهر المثل، كما لو قالت: طلقني ثلاثاً بألف، فطلق واحدة، يستحق ثلث الألف.

فزع: لابن الحداد إذا قال لامرأته أنت طالق اثنتين، أحدهما بالألف، فالمقابلة بالألف لا تقع دون القبول، وفي الأخرى وجهان:

أحدهما: وبه قال ابن الحداد: أنها لا تقع أيضاً؛ لأنه علقت الطلقتين بقبول الألف، ولم يوجد؛ ولأنه قابل إحدى الطلقتين بالعوض، وجعل الأخرى تابعة لها، فإذا لم تقع هي أصل، لا تقع الأخرى.

والثاني: وهو الأصح عند الشيخ أبي علي - رحمه الله - أنها تقع؛ لأنها عريئة عن العوض، فأشبهت سائر الطلاقات الخالية عن العوض، وأيضاً فإنه لو قال: أنت طالق اثنتين أحدهما بألف، والأخرى بغير شيء، تقع الواحدة من غير قبول، فكذلك ها هنا، قال الإمام - رحمه الله -: ولا يبعد طزد الوجهين في هذه الصورة، فإن قلنا بالوجه الأول، فإذا قبلت وقعت الطلقتان، ولزم الألف، وتكون الألف في مقابلة واحدة منها خاصة، أو في مقابلهما معاً وإحداهما تبع للأخرى، ذكر فيه احتمالان:

أحدهما: أنه يختص بواحدة منهما كما هو ظاهر اللفظ.

(١) قيل: هذا مخالف لما قدمه أنه لو تخالعا ثم قال: كنت مكرهة فلي الرجعة فأنكرت الإكراه لم يقبل قوله في الظاهر، وعليه رد المال لاعتراه.

والثاني: أنه يتعلق بهما على تبعية إحداهما للأخرى؛ لأنه لو اختص المال بواحدة منهما، لما توقفت الأخرى على القبول، ونحن نُفَرِّع على التوقُّف ولا اقترنت طلقتان؛ بائنة ورجعية، وهذا بعيد؛ ألا ترى أنه لو قال: إذا خَالَعْتُكَ، فأنت طالقٌ، فخالعها لم تقع الطلقة المعلقة؛ لمصادقتها حالةً البيئونة، وإن قلنا بالوجه الثاني، فإن كانت غير مدخول بها، وقعت الواحدة كما تم لفظه، وحصلت البيئونة، فلا تقع الأخرى، وإن قبِلت، وإن كانت مدخولاً بها، فالواحدة الواقعة باللفظ رجعيةً فإذا قبِلت الألف، فهو مخالعة الرجعية، وفيها الخلاف الذي تقدّم، فإن جوزنا مخالعة الرجعية، وقعت الثانية ولزم الألف، وإن لم نجوزها ففيه احتمالان للشَّيخ أبي علي:

أحدهما: أنه لا يقع الطلاق؛ لأنه إنما أوقع بشرط قبولها، وإذا لم يلزم المال فلا معنى للقبول، وأظهرهما: أنه يقع، وإن لم يلزم المال، كما لو خالعت المحجورَ عليها فقِبِلت.

## كِتَابُ الطَّلَاقِ<sup>(١)</sup>

### وَالنَّظَرُ فِيهِ فِي شَرْطَيْنِ، الْأَوَّلُ فِي عُمُومِ حُكْمِهِ، وَفِيهِ خُمْسَةُ أَبْوَابٍ

#### البَابُ الْأَوَّلُ فِي السُّنَّةِ وَالْبِدْعَةِ، وَفِيهِ فَضْلَانِ

(الأوَّلُ فِي بَيَانِ الْبِدْعِيِّ): وَهُوَ الطَّلَاقُ الْمُحَرَّمُ إِيقَاعُهُ، وَلِتَخْرِيمِهِ سَبَبَانِ:  
(أَحَدُهُمَا): الْحَيْضُ فِيمَنْ تَعْتَدُ بِالْحَيْضِ، وَطَّلَاقُ الْحَائِضِ بَعْدَ الدُّخُولِ بِدَعْوِي لِمَا فِيهِ  
مِنْ تَطْوِيلِ الْعِدَّةِ إِذْ بَقِيَّةُ الْحَيْضِ لَا تُحْتَسَبُ، وَلَا بِدْعَةٌ فِي طَّلَاقِ غَيْرِ الْمَمْسُوسَةِ وَلَا  
سُنَّةٌ.

قال الرَّافِعِيُّ: الآيات الواردة في الطلاق، والأخبار المروية فيه غنيّة؛ لشهرتها عن  
إيراد التعداد، معتقدة بإجماع أهل الملل أقوى اعتضاداً، وافتتح الشافعي - رضي الله

(١) الطلاق لغة مصدر طلقت المرأة: بانث من زوجها، وأصل الطلاق في اللغة: التخلية، يقال:  
طلقت الناقة: إذا سرحت حيث شاءت، وحبس فلان في السجن طلقاً بغير قيد، وفرس طلق  
إحدى القوائم: إذا كانت إحدى قوائمها غير محجلة، والإطلاق: الإرسال.  
انظر: الصحاح ١٥١٨/٤، المغرب ٢٩٢، لسان العرب ٢٢٥/١٠، والمصباح المنير ٥٧٣/٢.  
اصطلاحاً:

عرفه الحنفية بأنه: إزالة النكاح الذي هو قيد معنى.  
عرفه الشافعية بأنه: حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه، أو هو: تصرف مملوك للزوج يحدته  
بلا سبب فيقطع النكاح.  
عرفه المالكية بأنه: إزالة القيد وإرسال العصمة، لأن الزوجة تزول عن الزوج.  
عرفه الحنابلة بأنه: حل قيد النكاح أو بعضه.

انظر: الاختيار لتعليل المختار ص ٦٢، التبيين ١٨٨/٢ الدرر ٣٥٨/١، البدائع ١٧٦٥/٤،  
مغني المحتاج ٢٧٩/٣، الخرشني على مختصر سيدي خليل ١١/٣، الكافي ٥٧١/٢، كشاف  
القناع ٢٣٢/٥، والمغني ٣٦٣/٧.

عنه أبواب الطلاق بقوله - تعالى - : ﴿إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق : ١] لأنه تكلم أولاً في البدعي والسني من الطلاق، وهذه الآية أصل مرجوع إليه في هذا الفضل، على ما ستقف عليه، ويقال: طلق الرجل امرأته تطليقاً «وطلقت هي تطلق طلاقاً فهي طالقة، وطالقة، وعن الأخفش أنه لا يقال طلقن بالضم، وفي «ديوان الأدب» أنه: لغة، ورجل مطلق وطلقة: كثير الطلاق للنساء، وتفاوت<sup>(١)</sup> معنى الطلاق في قولهم: ناقة طالق، أي مرسله ترعى حيث تشاء، ويطلق الظبي أي من لا يلوي على شيء وأطلقت الأسير أي خلّيته، والناقة من عقالها، فطلقت هي، والطلاق الذي خلّي عن أسرة، حبس فلان مطلقاً أي بغير قيد، وبغير طلق أي غير مقيد، وأطلق يده بالخير وطلقها، ورجل طلق اليدين أي سمح، وفلان طلق الوجه واللسان وطلقهما.

واعلم أن الطلاق «ينجز تارة، ويعلق أخرى، والقسمان يشتركان في شروط وأحكام وتختص التعليقات بأحكام، ولا تكاد تنحصر صورها، وأوضاعها فجعل الكتاب على شطرين: أحدهما: في الأحكام العامة. والثاني: في التعليقات خاصة، وذكر منها فنوناً تحصل بها الدرية، وهذا التقسيم - وإن لم ينص عليه في هذا الموضع - فهو بين من قوله بعد الشطر الثاني في التعليقات: ثم الطلاق ينقسم باعتبار رابع إلى جائز ومحرم وباعتبار آخر إلى نافذ، ولاغ وباعتبار ثالث: إلى واحد، وعدد وباعتبار رابع إلى ما يقع في لفظه استثناء وإلى غيره، وباعتبار خامس إلى ما يعتره الشك وإلى غيره، والحاجة تمس إلى معرفة أحوال هذه الاعتبارات، وأحكامها فعقد الباب الأول؛ لبيان الجائز والمحرم منه.

والثاني: لبيان أركان الطلاق التي هي مناط النافذ ليتبين من اللاغبي.

والثالث: لما يعرض فيه من العدد.

والرابع: الاستثناء.

والخامس: الشك.

أما الباب الأول، فقد ترجمه ببدعة الطلاق وسنته، ولم يزل العلماء قديماً وحديثاً يصفون الطلاق [بالبدعة والسنة] ويقولون: الطلاق ينفذ سنياً تارة وبدعياً أخرى، وفي معناه اصطلاحان:

أحدهما: أن السني هو الذي لا يخرم إيقاعه والبدعي ما يحرم إيقاعه وعلى هذا فلا قسم سوى السني والبدعي.

والثاني: - وهو المشهور المستعمل - أن السني طلاق المدخول بها التي ليست

(١) في ب: ويقال.

هي بحامل ولا صغيرة ولا آيسة، والبدعي طلاق المدخول بها في حَيْضٍ أو نفاس أو في طهر جامعها فيه، ولم يَنْ حَمْلُهَا، وقد يبهم، فقال: البدعي طلاق المحرم إيقاعه في حق التي يصَوَّرُهَا التحريم؛ وعلى هذا الاصطلاح يستمر ما اشتهر في المذهب أن غير الممسوسة لا بدعة في طلاقها ولا سنة، وكذا اللواتي يلتحقن بها؛ وعلى هذا فالطلاق ينقسم إلى سُنِّيٍّ وبدعيٍّ، وإلى ما ليس بسُنِّيٍّ ولا بدعيٍّ، ثم ذكر الأصحاب أن ما لا يحرم من الطلاق يُنْقَسِمُ إلى: واجب، ومحبوب، ومكروه؛ أما الواجب: ففي حق المولى إذا مضت المدة ويؤمر بأن يفيء أو يطلق، وعند الشقاق إذا رأى الحكمان التفريق، يجب التفريق.

وأما المَحْبُوبُ فهو إذا كان يقصّر في حقها؛ لبغض وغيره، وإذا لم تكن عفيفة، فخاف منها إفساد الفرائض. وأما المكروه؛ فهو الطلاق عند الائتام وسلامة الحال، رُوِيَ أَنَّهُ - ﷺ - قال: «أَبْغَضُ الْمُبَاحَاتِ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى الطَّلَاقُ»<sup>(١)</sup>.

وأما المحرّم من الطلاق، فلتحريمه سببان<sup>(٢)</sup>:

أحدهما: وقوعه في حال الحَيْضِ إذا كانت مَمْسُوسَةٌ، وكانت ممن تعدد بالأقراء، قال الله تعالى: ﴿فَطَلَّوْهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] أي للوقت الذي يشرعن في العدة.

رُوِيَ عن النبي - ﷺ - «أَنَّهُ قَرَأَ «لِقَبْلِ عِدَّتِهِنَّ»<sup>(٣)</sup> وتكلموا في أَنَّهُ قِرَاءَةٌ أو تفسير،

(١) رواه أبو داود وابن ماجه والحاكم، من حديث محارب بن دثار عن ابن عمر بلفظ: الحلال. بدل المباح، ورواه أبو داود والبيهقي مرسلًا ليس فيه ابن عمر، ورجح أبو حاتم والدارقطني في العلل والبيهقي المرسل، وأورده ابن الجوزي في «العلل المتناهية» بإسناد ابن ماجه وضعفه بعبيد الله بن الوليد الوصافي وهو ضعيف، ولكنه لم يتفرد به فقد تابعه معروف بن الواصل، إلا أن المنفرد عنه بوصلة محمد بن خالد الوهبي، ورواه الدارقطني من حديث مكحول عن معاذ بن جبل بلفظ: ما خلق الله شيئاً أبغض إليه من الطلاق، وإسناده ضعيف ومنقطع أيضاً، ولابن ماجه وابن حبان من حديث أبي موسى مرفوعاً: ما بال أحدكم يلعب بحدود الله يقول: قد طلقت قد راجعت، بوب عليه ابن حبان: ذكر الزجر عن أن يطلق المرء النساء ثم يرتجعهن حتى يكثر ذلك منه، انتهى. والذي يظهر لي من سياق الحديث خلاف ما فهمه ابن حبان، والله أعلم.

(٢) قال في المهمات: أهمل سبباً ثالثاً ذكره في القسم عن المتولي وهو أن يقسم الواحدة ثم يطلق الأخرى قبل توفية حقها، قال: وهذا سبب آخر لكون الطلاق بدعيًا، ولم يتفرد المتولي بما حكاه بل هو مشهور حتى في التنبيه.

قال في الخادم: قد ذكره في الروضة من زوائده وهو كما قال.

(٣) قال الحافظ هو في حديث ابن عمر في طلاق امرأته في بعض طرق مسلم من طريق ابن الزبير أنه سمع عبد الرحمن بن أيمن يسأل ابن عمر، كيف ترى في رجل طلق امرأته، الحديث. وفيه هذا، وأما اختلافهم في أنه قراءة أو تفسير. فقال الروياني في البحر: لعله قرأ ذلك على وجه =



وقبل الشيء أوله ومقدمه، ويقال: كان ذلك في قبل الشتاء أي أوله، ووقع السهم بقبل الهدف، وطلق ابن عمر - رضي الله عنه - أمرأته، وهي حائض؛ فسأل عمر - رضي الله عنه - رسول الله ﷺ - عن ذلك فقال: «مُرُهُ فَلْيُرَاجِعْهَا، ثُمَّ لِيُمْسِكْهَا حَتَّى تَطْهَرَ، ثُمَّ تَحِيضْ ثُمَّ تَطْهَرَ ثُمَّ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ، وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ فَذَلِكَ الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ أَنْ تُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ»<sup>(١)</sup> والمعنى فيه أن بقية الحيض لا يحتسب من العدة، فتطول عليها المدة والانتظار.

وقوله في الكتاب «الحيض فيمن تَعَتَّدَ بالأقراء» في بعض النسخ بالحيض، والمقصود واحد يعني التي تحيض، تتعلّق عدتها بالحيض والطمهر، ولو لم يذكر هذه اللفظة أضلاً لجاز؛ فإن الحيض لا يكون إلا لمثل هذه المرأة وقوله: «وَلَا بِدْعَةَ فِي طَلَاقٍ غَيْرِ الْمَمْسُوسَةِ وَلَا سُنَّةٍ» وجهه ما قدمناه وفي بعض النسخ بدل: «وَلَا سُنَّةٌ وَالْأَيْسَةُ وَهُوَ صَحِيحٌ أَيْضاً وَقَدْ ذَكَرَهُ<sup>(٢)</sup> مِنْ بَعْدُ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَيَجُوزُ خُلْعُهَا، فَقِيلَ: لِأَنَّ ذَلِكَ تَطْوِيلٌ بِرِضَاهَا فَيَجُوزُ الطَّلَاقُ بِرِضَاهَا وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَوْضٌ، وَلَا يَجُوزُ أُخْتِلَاعُ الْأَجْنَبِيِّ، وَقِيلَ: إِنَّهُ مُعَلَّلٌ بِضَرُورَةِ الْاِئْتِدَاءِ، وَلَا يَجُوزُ الطَّلَاقُ بِسُؤَالِهَا، وَيَجُوزُ خُلْعُ الْأَجْنَبِيِّ، وَكَذَلِكَ يُطَلَّقُ عَلَى الْمَوْلَى وَإِنْ كَانَ فِي الْحَيْضِ لِلضَّرُورَةِ، وَمَنْ طَلَّقَ فِي حَالِ الْحَيْضِ فَيَسْتَحَبُّ أَنْ يُرَاجِعَهَا حَتَّى تَطْهَرَ ثُمَّ تَحِيضْ ثُمَّ تَطْهَرَ ثُمَّ يُطَلِّقَهَا إِنْ شَاءَ لِئَلَّا يَكُونَ الرَّجْعَةُ لِلطَّلَاقِ، وَتَرَدَّدُوا فِي أَنَّهُ هَلْ يَسْتَحَبُّ لَهُ أَنْ يُجَامِعَهَا؟ وَقِيلَ: يُرَاجِعُهَا حَتَّى تَطْهَرَ فَيَطَلَّقَ فِي الطَّهْرِ الْأَوَّلِ.

قال الرافعي: فيه مسألتان:

إحدهما: الطلاق المحرّم في حال الحيض، وهو الطلاق على غير مال، أما إذا

= التفسير لا على وجه التلاوة، وقال ابن عبد البر: هي قراءة ابن عمر وابن عباس وغيرهما، لكنها شاذة، لكن لصحة إسنادها يحتج بها، وتكون مفسرة لمعنى القراءة المتواترة.

(١) رواه البخاري ومسلم، واللفظ للبخاري، وله عندهما ألفاظ، منها: عند مسلم، وحسبت لها التطليقة التي طلقتها، وفي رواية: فقلت لابن عمر: وحسبت تلك التطليقة؟ قال: فمه، وفي رواية لأبي داود من طريق أبي الزبير عن ابن عمر: فردها علي ولم يرها شيئاً، قال أبو داود: الأحاديث كلها على خلاف هذا، يعني أنها حسبت عليه بتطليقة، وقد رواه البخاري مصرحاً بذلك، ولمسلم نحوه كما تقدم، لكن لم ينفرد أبو الزبير فقد رواه عبد الوهاب الثقفي عن عبيد الله عن نافع: أن ابن عمر قال في الرجل يطلق امرأته وهي حائض، قال ابن عمر: لا يعتد بذلك، أخرجه محمد بن عبد السلام الخشني عن بندار عنه، وإسناده صحيح، لكن يحمل قوله: لا يعتد بذلك على معنى أنه خالف السنة. لا على معنى أن الطلقة لا تحسب جمعاً بين الروايات القوية، والله أعلم.

(٢) في ب: ذكرناه.

خالع الحائض، أو طلقها على مال، فهو غير مُحَرَّم، واحتج عليه بإطلاق قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، وبأن النبي - ﷺ - «أطلق الإذن لِثَابِتِ بْنِ قَيْسٍ فِي الْخُلْعِ»<sup>(١)</sup> على ما بيئنا في أول «كتاب الخُلْع» من غير بَحْثٍ واستفصال عن حال الزوجة، وليس الحَيْضُ بأمر نادر الوجود في حق النساء، واختلفوا في المعنى المجوِّز للخُلْع على وجهين:

أحدهما: أن المنع إنما كان محافظةً على جانبها، لتضررها بتطويل العدة، فإذا اختلعت بنفسها رضيت بتطويل الانتظار.

والثاني: أن بذل المال أشعر بقيام الضرورة، أو الحاجة الشديدة إلى الخلاص، وفي مثل هذه لا يحسن الأمر بالتأخير ومراقبة الأوقات، وخرَّجوا على المعنيين صورتين:

إحدهما: إذا سألت الطلاق، ورضيت به، من غير مال، فهل يكون بدعيًا؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لرضاها بتطويل العدة.

والثاني: نعم؛ لأن تلك الضرورة لم تتحقق، وقوله تعالى: ﴿فَطَلَّقُوهُنَّ لِمَدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] ولا يفرق بين أن يكون هناك سؤال أو لا يكون، وهذا أظهر، وهو المذكور في «التهذيب».

الثانية: في خُلْعِ الأجنبي في الحَيْضِ وجهان؛ لأنه لم يوجد رضاها بالتطويل، ووجدت الضرورة الداعية إلى بذل المال، والأظهر - وبه أجاب «القائل» - وهو المذكور في «التتمة»: أنه لا يجوز؛ لأنه لم يوجد منها الرضا بالتطويل، ولم يوجد منها بذل المال المشعر بشدة حاجتها إلى الخلاص، وقضية الأظهر في الصورتين تعليل جواب خلعهما، بمعنى ثالث وهو اقتداء صاحبة الواقعة نفسها بالمال لا مُطَلِّقِ الاقتداء، والمولى إذا طوِّب بالطلاق، فطلَّق في زمان الحَيْضِ ففي «النهاية» «الوسيط» وغيرهما: أنه لا يكون طلاقه بدعيًا؛ لأنها طالبة له، وراضية له وهو حقٌّ يؤديه عليه؛ لدفع ضرر، وكان يجوز أن يقال هو يدعي، لأنه بالإيذاء والإضرار أخوَّجها إلى الطَّلَب، وهو غير ملجأ إلى الطلاق، بل هو يتمكن من أن يفِي إليها، والمطلوبُ أحد الأمرين من الفَيْتَةِ أو الطلاق، فلا ضرورة له إلى الطلاق في الحَيْضِ، وأما الذي ذكَّره في الكتاب فهو الطلاق على المولى عند امتناعه ولا شك في أنه لا يكون بدعيًا، وإن وقع في الحَيْضِ، وفي «شرح مختصر الجويني» أن الطلاق إذا رآه الحكماء في صورة الشقاق لا يكون

بدعيًا أيضاً، للحاجة إلى قطع ما بينهما من الشر<sup>(١)</sup> والفساد.

**المسألة الثانية:** إذا طلق في الحيض طلاقاً بدعيًا، استحب له أن يراجعها؛ لما مر، من حديث ابن عمر - رضي الله عنهما -.

وقال مالك - رحمه الله - : يجب أن يراجعها، وإذا راجعها، فهل له أن يطلقها في الطهر التالي لتلك الحيضة؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن إضرار التطويل قد ارتفع، ويستعقب الطلاق العدة المحسوبة، وقد روي في قضية ابن عمر - رضي الله عنهما - في بعض الروايات أنه - رضي الله عنه - قال: «مُرَّةٌ فَلْيُرَاجِعْهَا حَتَّى تَحِيضَ، ثُمَّ تَطْهَرْ».

وأظهرهما وهو المذكور في «التتمة»: لا؛ لأنه إن وطئها بعد ما طهرت، كان

(١) وقد تأتي الفرقة منها في صور عدتها اثنتان وعشرون فرقة.

ومنها: فرقة الطلاق.

ومنها: فرقة الإعسار بالنفقة.

ومنها: فرقة العنة.

ومنها: فرقة الغرور.

ومنها: فرقة الرضاع.

ومنها: فرقة اللمس بالشهوة على قول.

ومنها: فرقة سبي أحد الزوجين أو إسلام أحدهما على تفصيل.

ومنها: فرقة الإسلام على الأختين.

ومنها: فرقة الزيادة على الأربع.

ومنها: فرقة الردة.

ومنها: فرقة اللعان.

ومنها: فرقة ملك أحد الزوجين.

ومنها: فرقة جهل سبق أحد العقدين.

ومنها: فرقة تمجس الكتابية تحت مسلم.

ومنها: فرقة الموت.

ومنها: فرقة الإقرار بشرط مفسد.

ومنها: فرقة الإعسار بالمهر.

ومنها: فرقة الحكمين.

ومنها: فرقة العيب.

ومنها: فرقة العتق.

ومنها: فرقة وطء الأصول أو الفروع بالشبهة.

ومنها: ما لو أقر أن الشاهدين كانا فاسقين عند العقد. الاعتناء بتحقيقنا في كتاب الطلاق.

الطلاق في ذلك الطهر أيضاً بدعيًا، وإن لم يطأها أشبه أن يكون المقصد من المراجعة مجرّد الطلاق، وكما يُنهي عن النكاح الذي يقصد به الطلاق، يُنهي التي يقصد بها الطلاق، فليمسكها إلى أن تحيض، وتطهر مرة أخرى؛ ليمكن من الاستمتاع في الطهر الأول، ويطلق<sup>(١)</sup> في الطهر الثاني، وهذا ما أورده في الرواية المشهورة في القصة على ما قدمناها.

وهل يستحب أن يجامعها في ذلك الطهر على هذا الوجه؟ حكي فيه تردّد الأصحاب - رحمهم الله - ليظهر مقصود الرجعة، والأظهر المنع، والاكتفاء بإمكان الاستمتاع، والوجهان في أنه هل يطلق بعد الطهر التالي لذلك الحيض؟ كأنهما في أنه هل يتأدّى به الاستحباب بتمامه، فأما أصل الإباحة فما ينبغي أن يكون في حصوله خلاف، وكذا أصل الاستحباب؛ لأنه يندفع بذلك إضرار التطويل<sup>(٢)</sup> وليعلم قوله في الكتاب «فَيَسْتَحِبُّ أَنْ يَرَا جَعَهَا»<sup>(٣)</sup> بالميم؛ لما ذكرنا من مذهب مالك - رحمه الله - وذكر الإمام أن المراجعة، وإن كانت مستحبة، فلا ينتهي الأمر فيه إلى أن يقول: ترك المراجعة مكروه<sup>(٤)</sup>.

فرع: طلقها في الطهر، ثم طلقها طلقاً ثانية، وقد حاصت.

قال في «التتمة» يبنى على أنها، هل تستأنف العدة إن قلنا: نعم، فهو بدعي، لأن الإضرار قائم، وإن قلنا: لا يستأنف، فوجهان: أحدهما: أنه بدعي لوقوعه في الحيض.

والثاني: المنع؛ لأن التحريم الإضرار بالتطويل، ولا إضرار ويجري الوجهان فيما إذا طلقها في الحيض، ثم طلقها طلقاً آخرى في تلك الحيضة أو في حيضة أخرى، هل تكون الثانية بدعية، وليعلم أن الطلاق في النفاس بدعي، كالطلاق في الحيض؛ لأن المعنى المحرّم شامل<sup>(٥)</sup>.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَا بَدْعَةَ فِي الْجَمْعِ بَيْنَ الثَّلَاثِ وَلَكِنَّ الْأُولَى التَّفْرِيقُ حَدْرًا مِّنْ

(١) في ب: وتظل.

(٢) قال النووي: قد صرح الإمام وغيره، بأن الوجهين في الاستحباب. قال الإمام: قال الجمهور: يستحب أن لا يطلقها فيه، وقال بعضهم: لا بأس به. وأما قول الغزالي في «الوسيط»: هل يجوز أن يطلق في هذا الطهر؟ فيه وجهان، فشاذ أو مؤول، فلا يعتبر بظاهره.

(٣) في ز: إن راجعها.

(٤) قال النووي: في هذا نظر، وينبغي أن يقال: تركها مكروه للحديث الصحيح الوارد فيها، ولدفع الإيذاء.

(٥) بمثل ما رجح المصنف هنا رجح النووي في روضته في كتاب الحيض أن الطلاق في النفاس يدعي خلافاً لما رجحه الرافعي هناك.

النَّدَمِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ مَعَ آخِرِ جُزْءٍ مِنَ الْحَيْضِ فَهُوَ بِدْعِي فِي وَجْهِ لاقْتِرَائِهِ بِالْحَيْضِ وَسُنِّي مِنْ وَجْهِ لاسْتِعْقَابِهِ الطَّهْرَ الْمَحْسُوبَ، وَكَذَلِكَ الْخِلَافُ فِي قَوْلِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنَ الطَّهْرِ وَلَكِنْ بِالْمَعْكِسِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ فَهُوَ جَائِزٌ وَإِنْ كَانَ فِي الْحَيْضِ لَكِنْ لَوْ دَخَلْتَ وَهِيَ طَاهِرَةٌ يُعَدُّ سُنِّيًّا، وَإِنْ كَانَتْ حَائِضًا يُعَدُّ بِدْعِيًّا فَيُسْتَحَبُّ الْمُرَاجَعَةُ.

قال الرَّافِعِيُّ: فيه ثلاث صور:

أحدهما: لا بدعة في الجمع بين الطلقات الثلاث، خلافاً لأبي حنيفة ومالك، وهو رواية عن أحمد، واحتج الأصحاب بما روي أن عويمراً العجلاني لما لأعن عند رسول الله - ﷺ - قال: «كَذَبْتُ عَلَيْهَا إِنْ أَمَسَّكُتْهَا، هِيَ طَالِقٌ ثَلَاثًا»<sup>(١)</sup>، ولم ينكر النبي - ﷺ -.

قالوا: ولو كان حراماً لَأَنْكَرَ عليه، وإن لم يقع الطلاق في تلك الحالة لحصول الفرقة باللَّعَانِ، لثلاث ليأتي بمثله والأولى أن يفرق الطلقات على الأقراء أو على الأشهر إن لم تكن من ذوات الأقراء، ليتمكن من الرجعة، أو تجديد النكاح إن لحقه ندم، فإن أراد أن يزيد من قرء على طَلْقَةٍ، فرق على الأيام، وعن «شرح التلخيص» وغيره: حكاية وجهين: في أن التفريق، هل هو سُنَّةٌ مع الجزم بأن الجَمْعَ ليس ببدعة؟

والظاهر المنع ولك أن تقول: مسألة الجَمْعِ دخيلة في هذا المَوْضِعِ، ولو أُخْرِجَها إلى أن يفرغ من الكلام في سببي التحريم جميعاً، لكان أحسن.

الثانية: ولو قال: أَنْتِ طَالِقٌ مَعَ آخِرِ حَيْضِكَ، أو مع آخر جزء من أجزاء حيضك فوجهان: أحدهما: أنه يقع بدعياً لاقترائه بِالْحَيْضِ.

وأظهرهما أنه يقع سُنِّيًّا؛ لاستعقابه الطهر المحسوب، والشروع في العدة.

ولو قال: أَنْتِ طَالِقٌ مَعَ آخِرِ جُزْءٍ مِنَ الطَّهْرِ، ولم يطأها في ذلك الطهر، فإن قلنا: الانتقال من الطهر إلى الحيض قُرءٌ، فهو سُنِّيٌّ؛ لمصادفته الطهر والشروع في العدة عقبه، وإن لم نجعله قرءً انعكس الوجهان السابقان، إن وقع بدعياً وهو الأصح، ويُحْكَى عن نصه في «الأم» وعن ابن سُرَيْج: أنه يقع في صورتين بدعياً؛ أخذاً بالأغلظ، ولو قال في صورتين: بدل «مع» في آخر جزء من كذا ففي «التتمة» القُطْعُ بأنه إذا قال: في آخر جزء من الحيض يقع بدعياً وإذا قال في آخر جزء من الطهر، يقع سُنِّيًّا، وخصَّص الخلاف بما إذا كان المستعمل لفظ «مع» ولم يفرق الأكثرون بينهما؛

(١) سيأتي في اللعان.

لأن الوقوع إذا حَصَلَ مقارنةً للجزء الأخير، لم يفترق الحال بين أن يعبر عنه بهذا أو بهذا؛ وعلى هذا يستمر لفظ الكتاب، فإن المذكور في الصورة الأولى «مع»، وفي الثانية «في».

**الثالثة:** تعليق الطلاق بالدخول وسائر الصفات ليس ببدعي، وإن اتفق الحيض؛ لأنه لا إضرار فيه في الحال، ولكن ينظر إلى وقت وقوع الطلاق، فإن وجدتِ الصفة، وهي طاهرٌ، نفذ سُنِّيًّا، وإن وجدت، وهي حائضٌ، نفذ بدعيًّا حتى يستحب له الرجعة، ويُمكن أن يقال: إذا تعلقت الصفة باختياره، أئتم<sup>(١)</sup> بإيقاعه في حالة الخِيض.

وعن «القفال»: أن نفس التعليق بدعة؛ لأنه لا يدري الحال، وقت الوقوع فلتحت فلتحترز عما عساه يقع إضراراً ولا ضرورة<sup>(٢)</sup> إليه.

ولو قال لذات الأقران: أنت طالق إن دخلتِ الدار للسنَّة، أو إذا قدم فلان للسنَّة، أو قال: إذا جاء رأس الشهر، فأنت طالق للسنَّة، فإن وجد الشرط وهي في حال السنَّة، طَلَّقْتَ، وإن وجد، وهي في حال البدعة، لم تُطَلِّق، حتى ينتهي إلى حال السنَّة، فحينئذٍ تُطَلِّق؛ لأن الطلاق متعلق بالأمرين، فلا بد من حصولهما، وكذا لو قال: إن دخلتِ الدار، فأنت طالق للبدعة، فإن دخلتِ الدار في حال البدعة، طَلَّقْتَ، وإن دخلت في حال السنَّة، لم تُطَلِّق، حتى تنتهي إلى حال البدعة.

ولو قال لغير المدخول بها أو غيرها من اللواتي لا ينقسم طلاقهن إلى السني والبدعي: أنت طالق إن دخلتِ الدار، أو قدم فلان للسنَّة، ثم تغير حالها، فصارت ممن ينقسم طلاقها إلى السني والبدعي، ثم وجد الشرط المعلق عليه، فإن وجد في حال السنَّة، وقع الطلاق، وإن وجد في حال البدعة، لم يقع الطلاق حتى يصير إلى حال السنَّة؛ لأن الاعتبار بوقت وجود الشرط ووقوع الطلاق، لا بوقت التعليق، ولو وجد الشرط قبل أن يتغير حالها طَلَّقْتَ لأنه لا سنة في طلاقها.

**فروع:** إذا علق الطلاق بما يتعلق باختيارها، وأثت به مختارة فيمكن أن يقال: هو كما إذا طلقها بسؤالها.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: (السَّبَبُ الثَّانِي: إِمْكَانُ الْحَمْلِ): وَالطَّلَاقُ فِي طَهْرِ جَامِعِهَا فِيهِ أَوْ

(١) في ز: أئتم.

(٢) قال النووي: قوله أولاً: وإن وجدت في الحيض نفذ بدعيًّا، معناه يسمى بدعيًّا وترتب عليه أحكام البدعي، إلا أنه لا إثم فيه باتفاق الأصحاب في كل الطرق، إلا ما حكاه عن القفال، وقد أطنب الإمام في تغليط القفال في هذا وقال: هذا في حكم الهجوم على ما اتفق عليه الأولون، فلم يحرم أحد تعليق الطلاق.

أَسْتَدَخَلَتْ مَاءَهُ بَدْعِي، فَإِنْ ظَهَرَ كَوْنُهَا حَامِلًا لَمْ يَكُنْ بَدْعِيًّا لِأَنَّهُ طَلَّقَ عَلَيَّ ثِقَّةً مِنْ نَفْسِهِ، وَلَوْ وَطَّئَهَا فِي الْحَيْضِ ثُمَّ طَلَّقَهَا قِيلَ: لَا يَحْرُمُ لِأَنَّ بَقِيَّةَ الْحَيْضِ تَدُلُّ عَلَيَّ الْبَرَاءَةَ، وَقِيلَ بِالتَّحْرِيمِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا بَدْعَةَ فِي خُلْعِهَا، وَقِيلَ: يَحْرُمُ لِأَنَّ أَمَدَ الْحَمْلِ لَا يَتَعَلَّقُ بِرِضَاهَا وَالْعِدَّةُ حَقُّهَا فَيَجُوزُ أَنْ تَتَأَثَّرَ بِرِضَاهَا، وَالْأَيْسَةُ وَالصَّغِيرَةُ وَعَظِيمُ الْمَمْسُوسَةِ وَالْحَامِلُ بَيْنَيْنِ لَا بَدْعَةَ فِي طَلَاقِهَا أَضْلًا.

قال الرَّافِعِيُّ: فرَّعنا عن الكلام في أحد سببي تحريم الطلاق.

والثاني: إذا جامع امرأته في طهرها، وهي ممن تحبل، ولم يظهر حملها، حرم أن يطلقها في ذلك الطهر؛ لما روي أنه - عليه السلام - قال في قصة ابن عمر - رضي الله عنهما -: «ثُمَّ إِنْ شَاءَ طَلَّقَهَا قَبْلَ أَنْ يَمَسَّهَا؛ وَلِأَنَّهُ رُبَّمَا يَنْدِمُ عَلَى الطَّلَاقِ لَوْ ظَهَرَ الْحَمْلُ، فَإِنَّ الْإِنْسَانَ قَدْ يَطْلُقُ الْحَامِلَ وَإِذَا نَدِمَ، فَقَدْ لَا يَتَيَسَّرُ التَّدَارُكُ، فَيَتَضَرَّرُ الْوَالِدُ وَيَتَبَرَّأُ مِنَ الْوَالِدِ؛ وَلِأَنَّ عِدَّتَهَا لَوْ كَانَتْ حَامِلًا تَكُونُ بَوْضِعَ الْحَمْلِ، وَلَوْ كَانَتْ حَائِلًا تَكُونُ بِالْأَقْرَاءِ، وَرُبَّمَا يَلْتَبِسُ الْأَمْرُ وَتَبْقَى مَرْتَابَةً، فَلَا يَتَهَيَّأُ لَهَا الزَّوْجُ، وَاسْتَدْخَالَهَا مَاءَهُ كَالْوَطْئِ؛ لِاحْتِمَالِ الْحَمْلِ مِنْهُ، وَلَوْ أَنَّهَا عَلَى غَيْرِ الْمَأْتِي، فَفِيهِ تَرُدُّ لِلشَّيْخِ أَبِي عَلِيٍّ، وَالْأَصْحَحُ: أَنَّهُ يَوْجِبُ تَحْرِيمَ الطَّلَاقِ، كَمَا يَثْبُتُ بِهِ النِّسْبُ، وَتَجِبُ الْعِدَّةُ، وَإِنْ ظَهَرَ بِهَا الْحَمْلُ لَمْ يَكُنْ طَلَاقًا بَدْعِيًّا؛ لِأَنَّهُ إِذَا طَلَّقَهَا عَلَى عِلْمٍ بِالْحَالِ وَوَثُوقٍ بِالْوَالِدِ، فَقَدْ وَطَّنَ نَفْسَهُ عَلَى الْفِرَاقِ مَعَ حُصُولِ الْوَالِدِ وَيَعُدُّ عَرُوضَ النَّدَمِ، وَلَوْ وَطَّئَهَا فِي الْحَيْضِ، فَظَهَرَتْ ثُمَّ طَلَّقَهَا، فَوَجَّهَانِ:

أحدهما: أنه لا تحرم؛ لأن لبقية الحيض إشعاراً بالبراءة.

وأظهرهما: تحرم - به قال الشيخ أبو علي - وهو المذكور في «التممة»؛ لاحتمال العلق في الحيض، وكون البقية مما دفعته الطبيعة أولاً وتهياً للخروج، ولو خالغ الممسوسة في الطهر الذي جامعها فيه أو طلقها على مال لم يكن بدعياً، كما ذكرنا في خلع الحائض ويدل عليه قصة ثابت بن قيس؛ فإنه أطلق الإذن، ولم يستفصل مع أن الطهر والجماع غير بعيد، وأيضاً فأخذ المال يؤكد داعية الفراق، ويبعد احتمال الندم، وفيه وجه أن الخلع حرامٌ ها هنا، كالطلاق مجاناً، بخلاف الطلاق في الحيض؛ فإن المنع ها هنا لرعاية أمر الولد؛ فلا يؤثر رضاها فيه، والمنع هناك؛ لما فيه من تطويل العدة، فإذا رضيت أثر في ارتفاع المنع، ويستحب المراجعة بعد الطلاق ها هنا، كما ذكرنا في السبب الأول، ثم إن راجعها ووطئها في بقية الطهر، ثم حاضت وظهرت، فله أن يطلقها، وإن لم يراجعها حتى انقضى ذلك الطهر أو لم يطأها فيه، فلا ينبغي أن يطلق في الطهر الثاني؛ لثلاث تكون الرجعة للطلاق، وحكى الحنطي وجهاً: أنه لا يستحب المراجعة ها هنا؛ ولا<sup>(١)</sup> يتأكد الاستحباب تأكده في طلاق الحائض؛ وإذا

عَرَفَتْ ما ذَكَرْنَا من السببِين المحرَّمِين سهل العلم بأن الآيسة، والصغيرة، وغير الممسوسة، والتي ظهر حملها لا بدعة في طلاقهن أصلاً؛ أما الآيسة والصغيرة؛ فلأن عدتهما بالأشهر فلا يُعتبر بها طول ولا قصر، وإذا لم يكن لهما حيض، لم يكن حمل حتى يؤثر المعنى الثاني، [و] <sup>(١)</sup> أما غير المدخول بها فلا عدّة عليها، ولا ولد لها، وأما التي ظهر حملها فعدّتها بوضع الحمل، ولا تختلف المدّة في حقّها، ولا يعرض الندم بسبب الولد، على ما تبين ولا فَرَق بين أن ترى الدم، أو لا تراه ولا إذا رآته بين أن تجعله حيضاً أو لا تجعله حيضاً.

وعن أبي إسحاق: أنها لو كانت ترى الدم، وجعلناه حيضاً، فقال لها: أنتِ طالقٌ للسنة، لا يقع عليها الطلاق، حتى تطهر، وعلى هذا: فللحامل حال بدعة، كما للحائض، والمشهور الأول، وقد اشتهر في كلام الأَصْحَاب أن الأزْبَع المذكورات لا سنة في طلاقهن ولا بدعة، وذلك للعبارات السابقات في تفسير السني والبدعي، وفي معناها ما ذكر أبو الحسن علي بن أحمد بن خيران في مختصر له مترجم بـ «اللطف» أن السني طلاق المدخول بها في طهر لم يجامعها فيه، وليس هناك حيض ولا نفاس ولا حمل، والبدعي أن يطلقها، وهي حائض أو نفساء أو في طهر جامعها فيه، وربما أفهم كلامهم أنهم يعنون بقولهم: لا سنة ولا بدعة في طلاقهن: أنه لا يجتمع في طلاقهن حالتا السنة والبدعة، حتى يكون مرة سنياً ومرة بدعيًا، بل لا يكون طلاقهن إلا سنياً وعلى هذا يستمر تفسير السني بالجائز والبدعي بالمحرم، ويغني ذلك عن التفاسير المقيّدة والمطلقة.

وقوله في الكتاب «السبب الثاني إمكأن الحمل» يبين أنه لا يعتبر خصوص الوطء، ولا كونه في الطهر، وإنما المعتبر أن يحدث ما يتوقع منه الحمل، فيدخل فيه استدخال الماء، وكذا الوطء في الدبر على الأصح، كما مر، ولمتأمل أن يقول: لا يعتبر في السبب الأول أيضاً خصوص الوقوع في الحيض، وإنما المعتبر أن تطول المدّة، ولا يستعقب الطلاق كفر عين أو ردهما صاحب «التتمة» وغيره.

أحدهما: إذا نكح حاملاً من الزنا، ووطئها وطلقها، فعن ابن الحدّاد: أنه يكون الطلاق بدعيًا؛ لأن العدة تقع بعد وضع الحمل، والنقاء من النفاس، ولا يشرع، عقيب الطلاق في العدة.

والثاني: إذا وُطئَت المنكوحَة بالشبهة، وحبلت منه، وطلّقها زوّجها، وهي طاهر فالطلاق بدعي؛ لأنها لا تشرع عقبيه في العدة، وكذا لو لم تخبل، وشرعت في عدة الشبهة فطلقها وقدمنا عدة الشبهة، وفيه وجه آخر: أن الطلاق لا يكون بدعيًا؛ لأنه لم



يوجد منه إضرارٌ وتعطيلُ الزمان عليها، وإنما انصرف الزمان إلى حقٍّ واجبٍ عليها، ورد صاحب [التتمة] ترجيح هذا الوجه فيما إذا لم تخبل، وترجيح الأول فيما إذا خبلت؛ لأن زمان النفاس تعطل عليها، ولا يحسب عن واحدة من العديتين.

وقوله في الكتاب «والحامل بيقين» لفظ «اليقين» محمول على الظن الغالب، وكيف لا، وقد اشتهر الخلاف في أن الحمل هل يعلم، وليعلم بالواو ولما حكى عن أبي إسحاق.

فزع: وطلّقها في طهر لم يجامعها فيه، ثم راجعها، فله أن يطلقها، وعن حكاية القاضي الحسين وجه بعيد: أنه يكون بدعيّاً؛ لثلاث تكون الرجعة للطلاق، وهذا سبب ثالث للتحريم على هذا الوجه<sup>(١)</sup>.

فزع: لا تنقسم الفسوخ إلى سنّة وبدعيّة؛ لأنها مشروعة؛ لدفع مضارّ نادرة، ولا يليق بها تكاليف مراقبة الأوقات<sup>(٢)</sup>.

قَالَ الْعَرَّالِيُّ: (الْفَضْلُ الثَّانِي فِي التَّعْلِيْقِ بِالسَّنَةِ وَالْبِدْعَةِ): وَفِيهِ مَسَائِلُ: (الأولى):

(١) تقدم أن الأسباب ثلاثة، فعلى هذا تكون الأسباب أربعة على هذا الوجه، واعلم أن الشيخ الإمام البلقيني ذكر هنا شيئاً غير مسلم، فلنذكره ليعلم حاله، ولا يقدح ذلك في جلاله قدر الشيخ وكثرة اطلاعه، قال الشيخ: إما أن يكون هذا الوجه في طلاقها في ذلك الطهر الذي راجعها فيه أو في الذي بعده، فإن كان في ذلك الطهر فلا خلاف في التحريم بقيام السبب المقتضي للتحريم. قال الشيخ ولي الدين العراقي: هذا سهو لم يقع من الشيخ عن قصد وكأنه سبق الذهن إلى أنه جامعها في ذلك الطهر.

ثم قال الشيخ: وإن كان في الطهر الثاني فإن كان قد جامعها في الطهر الأول بعد الرجعة، فلا يأتي الخلاف، بل يحرم قطعاً.

قال الشيخ ولي الدين: ينبغي ألا يحرم قطعاً؛ لأنه طلاق في طهر لم يجامعها فيه ولا في الحيض الذي قبله، ثم قال الشيخ: وإن كان لم يجامعها في الطهر الذي يراجعها فيه ولا في الطهر الذي بعده، فحكاية الوجه حينئذٍ يرد على ما سبق من الرد على ما في الوسيط فيما إذا راجعها في صورة الحيض، ثم طلقها في الطهر الذي يليه وفي الفرق نظر.

قال الشيخ ولي الدين: صورة المسألة أنه طلقها في ذلك الطهر لا في الذي يليه وعلته ما ذكره من أنه تصير الرجعة للطلاق. انتهى.

وما حرره الشيخ ولي الدين ظاهر جلي.

(٢) قال النووي: ومما يتعلق بهذا، لو أعتق أم ولده، أو أمته الموطوءة في الحيض، لا يكون بدعيّاً، وإن طال زمن الاستبراء، لأن مصلحة تنجيز العتق أعظم، ذكره إبراهيم المرودي. ولو قسم لإحدى زوجتيه، ثم طلق الأخرى قبل قسمها، أتم، وهذا سبب آخر لتحريم الطلاق، وسبقت المسألة في كتابه القسم.

إِذَا قَالَ لِلْحَائِضِ: أَنْتِ طَالِقٌ لِلْبِدْعَةِ طُلُقْتِ فِي الْحَالِ، وَلَوْ قَالَ: لِلسُّنَّةِ لَمْ تُطَلَّقِي حَتَّى تَطْهَرِ، وَلَوْ قَالَ لِلطَّاهِرِ: أَنْتِ طَالِقٌ لِلسُّنَّةِ وَقَعِ فِي الْحَالِ، وَإِنْ قَالَ: لِلْبِدْعَةِ فَإِذَا جَامَعَهَا أَوْ حَاضَتْ طُلُقْتِ، وَاللَّامُ فِيمَا يَنْتَظَرُ لِلتَّأْيِيتِ كَقَوْلِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ لِرَمَضَانَ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ لِرِضَاءِ فُلَانٍ فَإِنَّهُ لِلتَّغْلِيلِ فَيَقَعُ فِي الْحَالِ وَإِنْ سَخِطَ فُلَانٌ، فَلَوْ قَالَ: أَرَدْتُ التَّأْيِيتَ يَدِينُ بَاطِنًا، وَهَلْ يَقْبَلُ ظَاهِرًا؟ فِيهِ وَجْهَانِ، فَلَوْ قَالَ لِصَغِيرَةٍ أَوْ غَيْرِ مَمْسُوسَةٍ: أَنْتِ طَالِقٌ لِلسُّنَّةِ أَوْ لِلْبِدْعَةِ وَقَعِ فِي الْحَالِ، وَكَأَنَّ اللَّامَ لِلتَّغْلِيلِ وَسَقَطَ قَوْلُهُ، وَقِيلَ: لَا يَقَعُ الْمُضَافُ إِلَى الْبِدْعَةِ حَتَّى يَدْخُلَ بِهَا وَتَحِيضٌ، وَإِنْ قَالَ: لِلسُّنَّةِ يَقَعُ فِي الْحَالِ؛ لِأَنَّ السُّنَّةَ طَلَقٌ لَا تَحْرِيمَ فِيهِ.

قال الرَّافِعِيُّ: تَرَجَّمَ الْفَصْلُ بِالتَّعْلِيقِ بِالسُّنَّةِ وَالبِدْعَةِ، وَالمَشْهُورُ مِنْ مَعْنَى التَّعْلِيقِ مَا يَقَابِلُ التَّخْيِيرَ، وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَحْمَلَ اللفْظَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ مَسَائِلَ الْفَصْلِ لَا تَنْحَصِرُ فِي التَّعْلِيقَاتِ، بَلْ هِيَ مَخْتَلِطَةٌ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ لِّلْبِدْعَةِ، وَهِيَ حَائِضٌ يَقَعُ الطَّلَاقُ فِي الْحَالِ؛ وَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى شَيْءٍ وَإِنَّمَا الْمُرَادُ تَعْلِيقَ لَفْظِ الطَّلَاقِ بِالسُّنَّةِ أَوْ الْبِدْعَةِ، وَإِضَافَتَهُ إِلَيْهِمَا، أَوْ أَحَدَهُمَا، وَيُوضِّحُهُ أَنَّ التَّرْجِمَةَ فِي «الْوَسِيطِ» إِضَافَةُ الطَّلَاقِ إِلَى السُّنَّةِ وَالبِدْعَةِ تَنْجِيزًا أَوْ تَعْلِيقًا، وَيَشْتَمِلُ الْفَصْلُ عَلَى مَسَائِلَ:

منها إِذَا قَالَ لِلْحَائِضِ أَوْ النِّسَاءِ: أَنْتِ طَالِقٌ لِّلْبِدْعَةِ، وَقَعِ الطَّلَاقُ فِي الْحَالِ، وَإِنْ قَالَ: لِلسُّنَّةِ، لَمْ يَقَعِ الطَّلَاقُ، حَتَّى تَطْهَرِ، وَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى الْاِغْتِسَالِ. وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: إِنْ كَانَ الْاِنْقِطَاعُ لِأَكْثَرِ الْحَيْضِ، فَكَذَلِكَ وَإِنْ كَانَ لِمَا دُونَهُ، فَلَا يَقَعُ، حَتَّى تَغْتَسِلَ أَوْ تَتِيمَمَ؛ لِفَقْدِ الْمَاءِ، أَوْ يَمْضِي عَلَيْهِ وَقْتُ صَلَاةٍ، وَلَوْ وَطَّئَهَا فِي آخِرِ الْحَيْضِ، وَاسْتَدَامَ إِلَى اِنْقِطَاعِ الدَّمِ لَمْ يَقَعِ الطَّلَاقُ؛ لِاقْتِرَانِ أَوَّلِ الطُّهْرِ بِالْجَمَاعِ، وَكَذَا يَكُونُ الْحُكْمُ إِذَا لَمْ يَسْتَدِمَ، إِنْ فَرَعْنَا عَلَى الْأَطْهَرِ؛ وَهُوَ أَنَّهُ إِذَا وَطَّئَ فِي الْحَيْضِ ثُمَّ طَلَّقَ فِي الطُّهْرِ الَّذِي يَلِيهِ، يَكُونُ الطَّلَاقُ بَدْعِيًّا، وَلَوْ قَالَ لِلطَّاهِرِ أَنْتِ طَالِقٌ لِلسُّنَّةِ، فَإِنْ لَمْ يَجَامِعْهَا فِي ذَلِكَ الطُّهْرِ، وَقَعِ فِي الْحَالِ وَإِنْ جَامَعَهَا فِيهِ، فَلَا يَقَعُ، حَتَّى تَحِيضَ، ثُمَّ تَطْهَرَ، وَلَوْ قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ لِّلْبِدْعَةِ، فَإِنْ كَانَ قَدْ جَامَعَهَا فِي ذَلِكَ الطُّهْرِ، وَقَعِ الطَّلَاقُ فِي الْحَالِ، وَإِنْ لَمْ يَجَامِعْهَا، فَكَمَا حَاضَتْ طُلُقْتِ، قَالَ فِي «التَّمَةِ»: وَيَحْكُمُ بِوُقُوعِ الطَّلَاقِ بِظُهُورِ أَوَّلِ الدَّمِ، وَإِنْ اِنْقَطَعَ قَبْلَ أَنْ يَبْلُغَ أَقْلَ الْحَيْضِ، بَانَ أَنَّهُ لَمْ يَقَعُ، وَيَشْبَهُ أَنْ يَجِيءَ فِيهِ الْخِلَافُ الْمَذْكُورُ فِيمَا إِذَا قَالَ لَهَا: إِنْ حِضَّتْ فَأَنْتِ طَالِقٌ، أَنَّهَا تَطَلَّقَتْ بِرُؤْيَةِ الدَّمِ أَوْ لَا تَطَلَّقُ إِلَّا إِذَا مَضَى أَقْلُ الْحَيْضِ، وَلَوْ جَامَعَهَا قَبْلَ الْحَيْضِ، فَكَمَا غَيَّبَ الْحَشْفَةَ، وَقَعِ الطَّلَاقُ، وَوَجِبَ عَلَيْهِ النِّزْعُ، وَإِنْ نَزَعَ، وَعَادَ، فَهُوَ كَابْتِدَاءِ الْوَطْءِ بَعْدَ الطَّلَاقِ، وَإِنْ اسْتَدَامَ، وَلَمْ يَنْزَعْ، فَإِنْ كَانَ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا، فَلَا حَدَّ، وَإِنْ كَانَ قَدْ عَلِقَ ثَلَاثَ طَلَقَاتٍ،

فكذلك؛ لأن ابتداءه مَبَاحٌ، وفيه وجه: أنه يَجِبُ إذا كان عالماً بالتحريم، وهل يجب المهر؟ حكمه حكم ما لو قال إن وطئتك، فأنت طالقٌ ثلاثاً، فغيب الحشفة، واستدام، وهذه الصورة قد ذكرناها في «الصوم»، وبيئنا أن الأصح أنه لا مَهْر؛ لأن مهر النكاح يتناول أول هذا الوطء، فلا يجب به شيء آخر، وادعى صاحب «العُدَّة» أن ظاهر المذهب الوجوب.

وقوله في الكتاب: «واللام فيما ينتظر للتأقيت» معناه: أن اللام في قوله «للسنة» إذا لم يكن الحال حال السنة، وفي قوله: «للبدعة» إذا لم يكن الحال حال البدعة تحمل على التأقيت، لأنهما حالتان منتظرتان يتعاقبان على المرأة تعاقب الأيام والليالي، وتكرران بتكرر الأسابيع والشهور، فأشبه ما إذا قال: أنت طالقٌ لرمضان، ومعناه ومفهومه: إذا جاء رمضان فأنتِ طالقٌ، نعم إذا دخل حرف اللام على ما لا يُنتظر مجيئه وذهابه، فهو للتعليل، وذلك مثل أن يقول أنتِ طالقٌ لفلان أو لرضاء فلان، فيقع في الحال رَضِيٍّ أم سَخِطٌ<sup>(١)</sup>، والمعنى فعلت هذا ليرضى، وعن ابن خيران أن فيما نقل الحناطي: أنه إنما يقع في الحال إذا نوى التعليل، أما إذا طلق ولم تكن له نية، فإنما يقع إذا رَضِيٍّ فلان، كما في قوله: أنتِ طالقٌ للسنة، والمشهور والمنصوص الأول، ونُزِلَ ذلك منزلة قول القائل: أنتِ حُرٌّ، إن شاء الله لوجه الله، وحيث يُحْمَلُ على التعليل، فلو قال: أردتُ التأقيت والتعليل، فيقبل في الباطن، ويدين، وهل يقبل في الظاهر؟ فيه وجهان، سيأتي نظائرهما، والأصح المنع ولو قال: أنتِ طالقٌ برضا فلان، أو بِقُدومه، فهو تعلقٌ كقوله: إن رَضِيٍّ [فلان]<sup>(٢)</sup> أو قدم، قاله صاحب «التهذيب» [وحيث]<sup>(٣)</sup> حملنا قوله للسنة أو للبدعة على الحال المنتظرة، فلو قال: أردتُ الإيقاع في الحال، وقَع؛ فإنه غير متهم فيما يُقَرُّ على نفسه، من تغليظ، وهو كما لو قال: أنتِ طالقٌ إن دخلتِ الدار، وقال: أردتُ الإيقاع في الحال، وسبق لساني إلى ذكر الدخول.

وقول القائل: أنتِ طالقٌ لا للسنة، كقوله: للبدعة، وقوله: لا للبدعة، كقوله:

(١) قال في الخادم: حاصله أن اللام تجيء للتأقيت والتعليل، والضابط أنها إن دخلت على ما ينتظر مجيئه وذهابه فالتأقيت نحو أنتِ طالقٌ لرمضان أن تكون بمعنى عند، وإن دخلت على ما ينتظر مجيئه وذهابه فالتعليل، وهذا مستمد من كلام الإمام فإنه قال في الأم في الأوقات محمولة على التأقيت بالاتفاق، فإذا قال أنتِ طالقٌ لهلال رمضان، فهو بمثابة إذا استهل رمضان فأنتِ طالقٌ، وهذا شائع في لغة الفصحاء، وينضم إليه أن تخيل التعليل بالأوقات بعيد عن الفهم. انتهى.

وقال الشيخ البلقيني: الذي جزم به الشيخ أبو حامد في الرجعة في الكلام على قول الشافعي في الأم راجعتك للمحبة أنه يقبل منه ظاهراً وله شاهد من قوله له راجعتك للمحبة، وذكر أنه أراد عن الرجعة.

(٣) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

للسنة، وقوله: أنتِ طالق [سنة] الطلاق، أو طلقةً سنّيةً كقوله: أنتِ طالقٌ للسنة، وقوله: بدعة الطلاق أو طلقة بدعية: كقوله للبدعة.

ولو قال: إن كان يقع عَلَيْكَ في هذا الوقت طلاق السنة فأنتِ طالقٌ، فإن كانت في حال السنّة طَلَّقَتْ، وإلا لم تُطَلَّقْ لا في الحال؛ ولا إذا سارت في حال السنّة؛ لأن الشرط لم يحصل، وكذا لو قال: أنتِ طالقٌ للسنة، إذا قدم فلان، وأنتِ طاهرٌ، إذا قدم وهي طاهرٌ طَلَّقَتْ للسنة، وإلا لم تُطَلَّقْ لا في الحال ولا<sup>(١)</sup> إذا طَهَّرَتْ.

وجميع ما ذكرنا فيما إذا كان الخِطَابُ مع امرأة يقع في طلاقها السنّي والبدعي، أما اللواتي لا ينقسم طلاقهن إلى سنّي وبدعي، فإذا قال: لصغيرة ممسوسة أو لصغيرة أو كبيرة غير ممسوسة: أنتِ طالقٌ للسنة، وقع في الحال ووجه ذلك من وجهين:

أحدهما: أنه ليس في طلاقها سنّة ولا بدعة، والتقريب بعد ذلك من وجهين:

أحدهما: أنه يُلْعَوُ ذكر الوصف بالسنة والبدعة، ويبقى أصل الطلاق.

والثاني: أنه إذا لم يكن لها حالتا سنة ولا بدعة ينتظران، لتعاقبهما، كأن اللام للتعليل، وكأنه قال: طلقك ليكون طلاقى سنّياً، وإنما يعمل «اللام» على التأقيت فيما يشبه الأوقات ذهاباً ومحيثاً، وعلى هذا فلو قال: أردتُ التأقيت، فعلى ما ذكرنا في قوله: أنتِ طالقٌ لرضا فلان.

والثاني: أن السنّي طلاق لا تحريم فيه، وأنه كذلك، وهذا مبني على تفسير السنّي بالجانز، والأول مبني على غيره من التفاسير، ولو قال: أنتِ طالقٌ للبدعة، فالظاهر أنها تُطَلَّقُ أيضاً؛ لعدم اعتوار الحالين، وعن حكاية الشيخ أبي علي وجه: أنه تحمّل اللام على التأقيت، ويُنْتَظَرُ حالة التحريم بأن تحيض الصغيرة، ويدخل بغير الممسوسة، أو تحيض وفي «شرح مختصر» الجويني، و«الرقم» للعبادي: أن ابن القطّان روي عن أبي حفص بن الوكيل أن الطلاق لا يقع؛ لتعلقه بصفة لا توجد، فأشبهه ما إذا قال: أنتِ طالقٌ إن سعدت السماء، وهذا يَطْرُدُ في قوله للسنة، وقوله للبدعة وليعلم قوله في الكتاب «وَقَعَ فِي الْحَالِ» [بالواو؛ لهذا الوجه فإن على هذا الوجه لا يقع في الحال ولا من بعد، ويجوز أن يعاد على قوله في الوجه الثاني «يقع في الحال» وقوله «وَسَقَطَ قَوْلُهُ» أي فيما يتعلّق بالوصف بالسنة والبدعة، وقوله «حَتَّى يَدْخُلَ بِهَا» يعني غير الممسوسة.

وقوله: «وَتَحِيضُ» أي الصغيرة، أو الوجهان المذكوران متفقان على وقوع الطلاق

(١) في ز: إلا.

في الحال، إذا قال لها: أنتِ طالقٌ للسنة، وإن اختلف التوجيه، والخلاف فيما إذا قال: أنتِ طالقٌ للبدعة.

ولو صرّح بالوقت، فقال لها: أنتِ طالقٌ لوقتِ السنة أو لوقتِ البدعة، قال في «البيسط» [إن] لم ينو شيئاً، فالظاهر وقوع الطلاق في الحال أيضاً، وإن قال: أردتُ التأقيت المنتظر، فيحتمل أن يقبل؛ لأن تصريحه بالوقت يكاد يلحقه بالمواقيت، ولا نقل<sup>(١)</sup> فيه.

ولو قال: أنتِ طالقٌ لا للسنة ولا للبدعة، وقَعَ الطلاق في الحال، أما إذا لم تكن متعرضة للسنة والبدعة، فحالتها ما عبّر عنه، وأما إذا كانت متعرضة لهما؛ فلأن الوصفين لا يتنفيان<sup>(٢)</sup> فيلغو ذلك، ويبقى أصل الطلاق، وكذا الحكم لو قال: أنتِ طالقٌ طلقاً سنةً بدعيةً؛ لأن الوصفين لا يجتمعان.

فزع: لو قال لها في زمان البدعة: أنتِ طالقٌ طلاقاً سنياً، أو في زمان السنة أنتِ طالقٌ طلاقاً بدعياً، ونوى الوقوع في الحال قال في «التتمة»: لا يقع الطلاق؛ لأن النية إنما تعمل فيما يحتمله اللفظ، لا فيما يخالفه صريحاً وإذا تنافيا نُلغي النية ونعمل باللفظ لأنه أقوى ولو قال: أنتِ طالقٌ الآن طلاقاً سنياً، والحال حال البدعة، يقع الطلاق في الحال، اعتباراً بالإشارة إلى الوقت ويلغو اللفظ. والله أعلم.

قال العزالي: (الثانية): إذا قال للطاهرة: أنتِ طالقٌ ثلاثاً بغضهنّ للسنة وبغضهنّ للبدعة يحمل على التشطير مطلقه فيقع في الحال طلقاً وينصف لتكامل في الحال طلقتين، وقال المزني رحمه الله: تقع واحدة لأن البغض مجمل وأقله الواحد فينزل عليه، ولو قال:

(١) في ب: يقبل.

(٢) لفظاً، وكذا لو قال طلقاً سنةً بدعيةً.

قال الشيخ البلقيني: قوله: في الروضة «فالوصفان متنافيان» ليس بمستقيم؛ لأن هذا إنما يصلح في حالة الإثبات بأن يقول أنتِ طالقٌ طلقاً سنةً بدعيةً.

أما هذا فتعليقه ما ذكره هنا، وكذا الحكم لو قال أنتِ طالقٌ طلقاً سنةً وبدعيةً؛ لأن الوصفين لا يجتمعان وعندني يتحرج علي ألا يقع الطلاق على ذات السنة والبدعة حتى تصل إلى ملك الحال بأن يستبين حملها أو تصير آيسة وهو نظير ما حكاه الشيخ أبو علي في قوله لغير ذات السنة والبدعة أنتِ طالقٌ للبدعة.

وقال الشيخ أيضاً: وينبغي أن يأتي قوله لذات السنة والبدعة أنتِ طالقٌ لا للسنة ولا للبدعة غداً وأنتِ طالقٌ طلقاً سنةً بدعيةً وجه ابن الوكيل في عدم الوقوع الذي حكاه الرافعي في الفرع قبله، وقد أفتى القاضي الحسين في من قال لزوجته طلقك طلقاً رجعية، وكانت غير مدخول بها أو كانت ثالثة، أن الطلاق لا يقع؛ لأنه وصفه بصفة لا توجد في المرأة المذكورة، فلم يقع، وما أفتى به القاضي مخالف للصواب وإنما سقناه شاهداً للوجه الذي أثبتناه.

أردت في الحال ثلاثة أنصاف كمل الثلاث في الحال، ولو قال: أردت واحدة في الحال وثنتين في الاستقبال فالظاهر أنه يقبل، وقيل: لا يقبل لأن الثنتين بغضاً بعيداً.

قال الزايعي: إذا قال لامرأته: أنت طالق ثلاثاً بعضهن للسنة، وبعضهن للبدعة، وهي من ذوات الأقراء، فينظر إن أطلق، ولم ينو شيئاً فالنص أنه يحمل على التشطير، فتكون حصّة الحال طلقة ونصف طلقة، أو بعض الطلاق يكمل، فيقع في الحال طلقتان، فإذا صارت إلى الحالة الأخرى وقعت الطلقة الباقية، ووجه ذلك بأن الشيء إذا أضيف إلى جهتين يلفظ البغض لزمت التسوية؛ ألا ترى أنه لو قال: هذه الدار بعضها لزيد، وبعضها لعمر و يحمل إقراره على التشطير، إذا لم تكن له بيعة، وذكر المزني: أنه يقع في الحال طلقة، وتتأخر الطلقتان إلى الاستقبال، لأن لفظ البغض يقع على القليل والكثير، فالمستيقن وقوع الواحدة، وجعل الحناطي والإمام هذا وجهاً في المذهب، ولم يعدوه من تفردات المزني، ومن صار إليه لا يكاد يسلم مسألة الإقرار، ويقول بأنه مُجمل يرجع إليه فيه، ونقل الحناطي وجهاً ثالثاً: وهو أنه تقع الثلاث في الحال؛ حملاً على إيقاع بغض من كل طلقة في الحال، وإن قال: أردت إيقاع بغض من كل طلقة في الحال، وقع الثلاث في الحال، وإن قال: أردت التشطير قبل، ووقع في الحال طلقتان.

[وفي الاستقبال الطلقة الثالثة، وإن قال: أردت في الحال طلقتان]، وفي الاستقبال طلقة قبل، وحكم بمقتضاه، وإن عكس وقال أردت في الحال طلقة وفي الاستقبال طلقتين، فوجهان: أحدهما: وبه قال ابن أبي هريرة: أنه لا يقبل؛ لأنه يؤخر طلقة يقتضي الإطلاق تعجيلها، كما لو قال: أنت طالق، ثم قال: أردت إن دخلت الدار.

وأصحهما - ويحكى عن نضه، واختيار أبي إسحاق -: أنه يقبل، ويحكم بموجب قوله؛ لأن اسم البغض يقع على القليل والكثير من الأجزاء، وربما علل الوجه الأول بأن تسمية الشيء بعضاً من الثلاث بعيد؛ لأن معظم الشيء لا يكاد يعبر عنه بالبعض، هذا ما ذكره في الكتاب، لكنه موجود فيما إذا قال: أردت طلقتين في الحال، وواحدة في الاستقبال إلا أنه هناك هو مقر على نفسه بالأغلق، فلم يتهم، وهذا الخلاف في القبول ظاهراً، ولا خلاف أنه يدين، قال في «التممة» وتظهر فائدة الخلاف فيما إذا ندم على ما سبق منه، وأراد أن يخالفها حتى تصير إلى الحالة الأخرى، وهي بائن فتخل اليمين، ثم يعود ويتزوجها وقلنا؛ الخلع طلاق، فإن قلنا: الواقع في الحال طلقة، أمكنه ذلك، وإن قلنا: طلقتان، لم يمكن.

ولو قال: أنت طالق ثلاثاً بعضهن للسنة، واقتصر عليه وكانت في حالة السنة قال في «الشامل» تجيء على الوجه الأصح وهو القبول، إذا قال أردت طلقة في الحال، وثنتين في الاستقبال أن لا يقع إلا طلقة، لأن البغض ليس عبارة عن النصف، وإنما

حملناه على التشطير عند الإطلاق؛ لأنه أضاف إلى الحالين جميعاً فسوينا بينهما، وها هنا لم نضف إلى الحالين.

ولو قال: أنتِ طالقٌ خمساً بعضهن للسنة، وبعضهن للبدعة، ولم ينو شيئاً، فعلى الخلاف الذي سيأتي: أن الزيادة على المملوك من الطلاق، تنصرف إلى المملوك أم لا؟ ويتبع<sup>(١)</sup> اللفظ إن قلنا بالأول يقع في الحال طلقتان، وفي الثاني طلقة؛ تفرعاً على النص، وإن قلنا بالثاني، وهو الأصح تقع الثلاث أخذاً بالتشطير وبالتكميل.

ولو قال لها أنتِ طالقٌ طلقتين، طلقة للسنة، وطلقة للبدعة [أو قال: أنتِ طالقٌ طلقةً للسنة وطلقة للبدعة]، يقع طلقة في الحال، وأخرى في الاستقبال، ويخالف ما إذا قال: طلقة طلقة للسنة والبدعة، حيث يقع في الحال طلقة، ولا يقع بعد ذلك شيء، لأن هنا لم يوقع إلا طلقة واحدة، لكن وصفها بوصفين متناقضين فيلغو الوصفان ووقعت الموصوفة.

لو قال: طلقتين للسنة والبدعة، فوجهان:

أحدهما: تقع طلقة في الحال وأخرى في الاستقبال، صَرَفاً لكل صفة إلى طلقة وأصحهما، على ما ذكر في «التهذيب»: أنه تقع الطلقتان في الحال؛ لأن قوله للسنة والبدعة وصف للطلقتين في الظاهر، والطلقتان متناقضتان فتساقطتا، وبقيت الطلقتان، وهذا كما أنه لو قال: أنتِ طالقٌ ثلاثاً للسنة والبدعة، تقع الثلاث في الحال، ولو قال للتي لا ينقسم نكاحها إلى السنّي والبدعي: أنتِ طالقٌ ثلاثاً بعضهن للسنة، وبعضهن للبدعة، يقع الثلاث في الحال، كما لو وصف الكلّ بالسنة أو البدعة.

ولو قال: طلقة للسنة، وطلقة للبدعة، وقَعْنَا في الحال.

وقوله في الكتاب: «إذا قال للطاهرة» للتمثيل لا للتخصيص بالطاهر، بل حكم الطاهر والحائض واحد فيما ذكر، إنما المعتبر أن يكون لها حيض وطهر.

وقوله: «أردت في الحال ثلاثة أنصاف» لا يختص الحكم بالأنصاف، بل لو قال: أردت ثلاثة أثلاث أو أرباع، كان الحكم كذلك إنما المعتبر أن يريد بعضاً من كل طلقة.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الثَّالِثَةُ): إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ أَجْمَلِ الطَّلَاقِ وَأَفْضَلُهُ وَأَحْسَنُهُ فَهُوَ كَمَا لَوْ قَالَ: لِلْسَّنَةِ فَلَا يَقَعُ فِي حَالَةِ الْحَيْضِ، وَلَوْ قَالَ: أَقْبَحِ الطَّلَاقِ وَأَسْمَجُهُ فَهُوَ كَقَوْلِهِ: لِلْبِدْعَةِ، وَلَوْ قَالَ: طَلْقَةٌ قَبِيحَةٌ حَسَنَةٌ أَوْ سُنِّيَّةٌ بِدْعِيَّةٌ فَيَلْفُو الْوَصْفُ لِتَنَاقُضِهِ وَيَقَعُ أَضْلُ الطَّلَاقِ.

(١) في الروضة: تلغى أم تعتبر.

قال الرَّافِعِيُّ: إذا وَصَفَ الطَّلَاقَ بِصِفَةٍ مِنْ صِفَاتِ الْمَدْحِ بَأَن قَال: أَنْتِ طَالِقٌ أَجْمَلُ الطَّلَاقِ أَوْ أَفْضَلُهُ [أَوْ] <sup>(١)</sup> أَعْدَلُهُ أَوْ أَحْسَنُهُ أَوْ أَكْمَلُهُ أَوْ أَتَمَّهُ أَوْ أَجُودَهُ أَوْ خَيْرَ الطَّلَاقِ أَوْ أَنْتِ طَالِقٌ لِلطَّاعَةِ، وَلَمْ يَنْوِ شَيْئاً، فَهُوَ كَمَا لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ لِّلسَّنَةِ، حَتَّى لَا يَقَعَ، إِنْ كَانَ فِي حَالِ الْبِدْعَةِ حَتَّى يَنْتَهِيَ إِلَى حَالِ السَّنَةِ، وَإِنْ نَوَى شَيْئاً نُظِرَ؛ إِنْ نَوَى مَا يَقْتَضِيهِ الْإِطْلَاقُ، فَذَلِكَ وَنِيَّتُهُ مُؤَكَّدَةٌ، وَإِنْ قَالَ أَرَدْتُ طُلُوقَ الْبِدْعَةِ قَبْلَ لِأَنَّهُ مِنْ حَقِّهَا أَحْسَنَ مِنْ جِهَةِ سُوءِ خُلُقِهَا أَوْ عَشْرَتِهَا، فَإِنْ كَانَتْ فِي حَالِ الْبِدْعَةِ؛ لِأَنَّهُ غَلَّظَ عَلَى نَفْسِهِ <sup>(٢)</sup>، وَإِنْ كَانَتْ فِي حَالِ السَّنَةِ لَمْ يَقْبَلْ فِي الطَّاهِرِ، وَيَدِينُ، وَقَدْ يَجِيءُ خِلَافَ فِي الظَّاهِرِ، وَإِذَا وَصَفَ الطَّلَاقَ بِصِفَةٍ مِنْ صِفَاتِ الذَّمِّ، فَقَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ أَقْبَحُ الطَّلَاقِ أَوْ أَسْمَجُهُ أَوْ أَفْضَحُهُ أَوْ أَفْظَعُهُ أَوْ أَرْدَاهُ أَوْ أَفْحَشَهُ أَوْ أَنْتَنَهُ، أَوْ أَنْتِ طَالِقٌ شَرُّ الطَّلَاقِ وَمَا أَشْبَهَ ذَلِكَ، فَهُوَ كَقَوْلِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ لِلْبِدْعَةِ، حَتَّى لَا يَقَعَ، وَإِنْ كَانَتْ فِي حَالِ السَّنَةِ حَتَّى تَنْتَهِيَ إِلَى حَالِ الْبِدْعَةِ، وَإِنْ قَالَ: أَرَدْتُ قُبْحَ الطَّلَاقِ مِنْ جِهَةِ حُسْنِ خُلُقِهَا وَعَشْرَتِهَا أَوْ قَالَ: أَرَدْتُ أَنْ أَقْبَحَ أَحْوَالَهَا أَنْ تَبَيَّنَ مِنِّي، وَقَعَ فِي الْحَالِ؛ لِأَنَّهُ غَلَّظَ عَلَى نَفْسِهِ، وَإِنْ قَالَ: أَرَدْتُ أَنْ طُلُوقَ مِثْلَ، هَذِهِ فِي حَالِ السَّنَةِ أَقْبَحُ، فَقَصَدْتَ بِقَوْلِي «أَقْبَحُ» أَنْ تَطْلُقَ فِي حَالِ السَّنَةِ، لَمْ يَقْبَلْ فِي الظَّاهِرِ، وَيَدِينُ.

ولو قال: أَنْتِ طَالِقٌ لِلْحَرَجِ فَهُوَ كَقَوْلِهِ أَوْ طُلُوقَ الْحَرَجِ لِلْبِدْعَةِ، وَلَوْ خَاطَبَ بِهِذِهِ الْفِظَافَ الَّتِي لَا سَنَةَ فِي طُلُوقِهَا، وَلَا بَدْعَةَ، فَهُوَ كَمَا لَوْ قَالَ لَهَا: لِّلسَّنَةِ أَوْ لِلْبِدْعَةِ، وَقَدْ مَرَّ، وَلَوْ جَمَعَ بَيْنَ صِفَتَيْ الْمَدْحِ وَالذَّمِّ، فَقَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ طَلِقَةٌ حَسَنَةٌ قَبِيحَةٌ أَوْ جَمِيلَةٌ

(١) في ز: و.

(٢) قال الشيخ البلقيني: جزم بالقبول هنا وقد ذكر قبل هذا فيمن قال لذات سنة وبدعة في حال البدعة أَنْتِ طَالِقٌ طَلِقَةٌ سَنِيًّا وَنَوَى الْوُقُوعَ فِي الْحَالِ عَنِ الْمَتَوَلَّى أَنَّهُ لَا يَقَعُ فِي الْحَالِ لِأَنَّ النِّيَّةَ إِنَّمَا تَعْمَلُ فِي مَا يَحْتَمِلُ الْفِظَ لَا فِي مَا يَخَالِفُهُ صَرِيحاً، وَإِذَا تَنَافَى لَغَتِ النِّيَّةَ وَعَمِلَ بِالْفِظِ لِأَنَّهُ أَقْوَى فَيُمْكِنُ أَنْ يَأْتِيَ مِثْلُهُ ذَلِكَ هُنَا وَيَحْتَمِلُ الْفَرْقَ مِنْ جِهَةِ صِرَاحَةِ السَّنَةِ وَظُهُورِ الصِّفَاتِ الْمَذْكُورَةِ وَاحْتِمَالِ تَأْوِيلِهِ فَتَمَّتْ فِي الْحَالِ وَتَظْهَرُ مَسْأَلَةُ الْمَتَوَلَّى بِمَا لَوْ اشْتَرَى بَعِينَ مَالِ الْمُوَكَّلِ وَقَالَ نَوَيْتُ أَنَّهُ لِي فَإِنَّهُ لَا يَسْمَعُ مِنْهُ. انتهى.

وقال في الخادم: لم يظهر لي فرق بينهما من حيث المعنى، وهذا الذي قاله المتولي تبع فيه شيخه القاضي الحسين وعلله بأنه نوى ما لا لفظ له، لكن كلام الشافعي رضي الله عنه في الأم مخالفة حيث قال: وإذا قال لامرأته التي تحيض وقد دخل بها: أَنْتِ طَالِقٌ لِّلسَّنَةِ سَأَلْتَهُ، فَإِنْ قَالَ أَرَدْتُ أَنْ يَقَعَ الطَّلَاقُ عَلَيْهَا السَّنَةَ أَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ فِيهِ نِيَّةٌ، فَذَكَرَ حُكْمَهُ وَإِنْ قَالَ أَرَدْتُ أَنْ يَقَعَ حِينَ تَكَلَّمْتُ بِهِ وَقَعَ حَاضِئاً كَانَ أَوْ طَاهِراً بِإِرَادَتِهِ.

قال الشافعي: إذا قال أحسن الطلاق أو أجمله ونحو ذلك سألته عن نيته، فإن قال لم أنو شيئاً، وقع الطلاق للسنة، وكذا لو قال ما نويت إيقاعه في وقت أعرفه، وكذلك لو قال: لا أعرف حسن الطلاق ولا قبيحه إلى آخر النص ثم أطال في ذلك.



فاحشة أو سنية بدعية أو للحرَج والعدل والمخاطبة، من ذوات الأقرء، وقعت في الحال، كما ذكرنا في قوله: للسنة و «البدعة» وحكي في توجيهه اختلاف.

والأظهر - وهو المذكور في الكتاب -: أن وجهه أنه وصف الطلاق بصفتين متضادتين، فبلغوا، وبقي أصل الطلاق، وعن أبي إسحاق، أن الطلاق إنما يقع؛ لأن إحدى الحالتين حاصلًا لا محالة، والصفة التي هي موجب تلك الحالة واقعة موقعها، فيقع الطلاق موصوفًا بتلك الصفة، ويلغو الصفة الأخرى، ويجيء أن يقال: لو لم تكن المرأة متعرضة للسنة والبدعة، ففضية التعليل الأول وقوع الطلاق، وقضية التعليل الثاني ألا يقع، لأن واحدة من الحالتين غيرُ حاصلَة، وذكر الشيخ أبو الفرج في «الأمالي»: أنه لو فسر كل صفة بمعنى فقال: أردت كونها حسنة من حيث الوقت، وقبيحة من حيث العَدَد، حتى تقع الثلاث أو بالعكس، فيقبل وإن تأخر الوقوع، لأن ضرر وقوع العَدَد أكثر من فائدة تأخير الوقوع.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: (الرابعة): إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا فِي كُلِّ قُرْءٍ طَلَقَةٌ نُظِرَ، فَإِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ وَهِيَ حَائِضٌ لَمْ يَقْع، وَإِنْ كَانَتْ طَاهِرَةً وَقَعَتْ وَاحِدَةً وَبَانَتْ فَلَا تَلْحَقُ الثَّانِيَةَ، وَإِنْ جَدَّدَ نِكَاحَهَا قَبْلَ الطَّهْرِ الثَّانِي لِحَقِّ الثَّانِيَةِ وَالثَّالِثَةِ عَلَى قَوْلِ عَوْدِ الْحِنْثِ، فَإِنْ جَدَّدَ النِّكَاحَ بَعْدَ الطَّهْرِ لَمْ يَقْع لِانْحِلَالِ الْيَمِينِ بِالطَّهْرِ قَبْلَ التَّجْدِيدِ، وَإِنْ كَانَتْ مَدْخُولًا بِهَا لِحَقِّهَا الثَّلَاثُ فِي ثَلَاثَةِ أَقْرَاءٍ وَقَدْ شَرَعَتْ بِالْأُولَى فِي الْعِدَّةِ، وَهَلْ تُسْتَأْنَفُ الْعِدَّةُ لِلْحَوَقِ الثَّانِيَةِ وَالثَّالِثَةِ؟ فِيهِ خِلَافٌ، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا وَهِيَ تَحِيضٌ، وَقَلْنَا: إِنْ ذَلِكَ حَيْضٌ فَيَقْعُ وَاحِدَةً فِي الطَّهْرِ الْأَوَّلِ، وَهَلْ يَتَكَرَّرُ فِي الطَّهْرِ الثَّانِيِ وَالثَّلَاثِ؟ فِيهِ خِلَافٌ؟ لِأَنَّ الْقُرْءَ مَا يَدُلُّ عَلَى الْبَرَاءَةِ وَلَا دَلَالَةَ مَعَ الْحَمْلِ، وَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً أَوْ آيسَةً فَيَقْعُ وَقُوعٌ وَاحِدٌ فِي الْحَالِ خِلَافٌ مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ الْقُرْءَ طَهْرٌ مُخْتَوِّشٌ بِدَمِينٍ، أَمْ الْإِنْتِقَالَ مِنَ الطَّهْرِ إِلَى الْحَيْضِ قُرْءٌ أَيْضًا.

قال الرَّافِعِيُّ: أورد الشافعي - رضي الله عنه - والأصحاب - رحمهم الله - هذه المسألة في خلال مسائل السنة والبدعة، وإن لم يعظّم تعلقها بها، وصورتها أن يقول لزوجته: أنت طالق ثلاثاً في كل قرء طلاقة، أو أنت طالق في كل قرء طلاقة، ولها أحوال ثلاث إحداها: أن تكون حائلاً من ذوات الأقرء، فإما أن تكون غير مدخول بها، أو مدخولاً بها، فإن كانت غير مدخول بها، نُظِرَ إن كانت حائضاً، لم يقع الطلاق على المشهور، وهو المذكور في الكتاب لأن الأقرء عندنا الأظهار، وحكى أبو سعد المتولي، وغيره أن الشيخ أبا حامد قال: يقع عليها في الحال طلاقة لأنها غير مخاطبة بالعدّة، فحيضها كطهرها، وإن كانت طاهراً<sup>(١)</sup> وقعت في الحال طلاقة، وتبين بها فلا

(١) في ب: طاهرة.

تلحقها الثانية والثالثة، فإن جدّد نكاحها قبل الطهر الثاني، ففي وقوع الطلقة الثانية والثالثة قولاً عود اليمين والحنث، وإن جدّد النكاح بعد الطهرين، لم يقع شيء وإن قلنا: بعود الحنث، لانحلال اليمين بمضي الطهرين، بعد الطهر التي وقعت تلك الطلقة فيه، وإن كان بعد الدخول وقعت في كل قرء طلقة، سواء جامعها فيه، أو لم يجامعها وتكون الطلقة الواقعة سنية، إن لم يجامعها، وبدعية إن جامعها، وتشرع في العدة بالطلقة الأولى، وهل يجب استئناف العدة، للحقوق الثانية والثالثة، فيه قولان معادان في كتاب «العدة» والأصح: الوجوب.

والثانية: أن تكون حاملاً، فإن كانت لا ترى الدم على الحمل، وقعت في الحال طلقة، قال في «التتمة»، إذا لم تحض قط، وبلغت بالحمل مثلاً، فيكون وقوع الطلاق على وجهين أو قولين، بناء على أن القرء عبارة عن الطهر بين الدمين أو عن الانتقال من الطهر إلى الدم، إن قلنا بالأول، لم يقع حتى تضع، وتطهر من النفاس، وإن قلنا بالثاني تقع؛ لأنه طهر ينتقل منه إلى دم النفاس، وهذا أظهر، وإذا وقعت الطلقة، فإن راجعها قبل الوضع وقعت طلقة أخرى إذا طهرت من النفاس، وعليها استئناف العدة، وطنها بعد المراجعة أو لم يطأها، بخلاف ما إذا راجع المطلقة، ثم طلقها قبل أن يطأها؛ حيث يكفي البناء، ولا يجب الاستئناف، على قول؛ لأن الطلقة الثانية: هناك تقع في زمان محسوب من العدة لولا الرجعة؛ لأن العدة تنقضي بالوضع، ونظير ما نحن فيه ما إذا راجعها وأمسكها حتى مضى الباقي من الأقراء، ثم طلقها، وحينئذ يجب الاستئناف بلا خلاف، وإن لم يراجعها، فتنقضي عدتها بوضع الحمل، وتبين ولو جدّد نكاحها قبل تمام الأقراء، فيعود قولاً عود الحنث واليمين، وإن كانت ترى الدم على الحمل، فيبني على الخلاف أنه حيض أم لا، إن لم نجعله حيضاً فالحكم كما لو لم تر الدم، وتقع في الحال طلقة، وحكى الحنطاطي وجهاً: أنا وإن لم نجعله حيضاً، فلا يقع الطلاق إذا وافق قوله وقت الدم حتى تطهر، فإن جعلناه حيضاً، فإن وافق قوله وقت النقاء، وقعت في الحال طلقة، وإن وافقت وقت الدم، فالذي ذكره الشيخ أبو حامد [و] (١) صححه العراقيون أنها تقع أيضاً؛ لأن مدة الحمل لها إلى أن تضع كالقرء الواحد في الدلالة على البراءة والأشبه وهو الذي ذكره القاضي أبو الطيب والحنطاطي ورجحه صاحب «التتمة» وغيره - الممنوع إلى أن تطهر؛ لأن القرء الطهر، وهي حائض في ذلك الوقت، وإذا وقعت طلقة، إما في الطهر أو في الحيض، فهل يتكرر في الطهر الثاني والثالث، فيه وجهان، حكاهما الإمام وصاحب الكتاب.

أحدهما: نعم؛ لأنه طهر وقع بين دميين، كل واحدة منهما حيضة.

أصحهما: المَنع؛ لأن القرء ما يَدُلُّ على البراءة، ويُعتد به عن العدة، وهذا المعنى لا يتحقق مع الحَمَل، ومنهم من قَطَعَ بهذا الوجه الثاني والثالث إذا كانت صغيرة لم تَحِضْ قَطً، فبينى حكم الطلاق على أن القرء طُهْرٌ يحتوشه دَمَان، أو هو الانتقال من الطهر إلى الحيض، وقد يُقال: هو مَجْرَدُ الانتقال، وفيه خِلافٌ يذكر في موضعه، فإن قلنا بالأول، فلا تُطَلَّقُ حتى تحيض، ثم تطهر، ولا يؤمر الزَّوجُ باجتنابها في الحال، وإن قلنا بالثاني، فالذي أطلقه العراقيون وصاحب «التهذيب» وغيرهم - رحمهم الله - أنه: يقع عليها في الحال طَلقة وفي «التتمة»: أنه يؤمر الزَّوجُ باجتنابها، لأن الظاهر أنها ترى الدَّم، فإن رآته، بان وقوع الطلاق، وإن ماتت ولم تره، ماتت على النكاح، وهذا ما أورده أبو الفرج السرخسي في «الأمالي» فقال إذا رأتِ الدَّم تَبَيَّنَ وقوع الطلاق يوم التلطف، وإذا حكمتنا بأنه وقعت طَلقة، فلو لم تَحِضْ، ولم يراجعها الزوج، حتى مضت ثلاثة أشهر حَصَلَتِ البينونة، فإن نكحها بعد ذلك ورأتِ الدَّم، فيعود الخِلافُ في عَوْدِ اليمين والحَيْث، فإن رأتِ الدم قَبْلَ مضيِّ ثلاثة أشهر، تكرر الطلاق بتكرار الأطهار، وعن صاحب «التقريب» وجه غريب: أن الأقراء في الصغيرة محمولة على الأشهر؛ لأنها بدل الأقراء في حَقِّها شرعاً، والآيسة التي انقطع حَيْضُها، كالصغيرة، ففي وقوع الطلاق عليها الخِلافُ، قال أبو الفرج إن قلنا: إن القرء عبارة عن الانتقال يقع في الحال؛ لأنها في طُهْرٍ انتقلت إليه من الحيض، وإن قلنا: عبارة عن طُهْرٍ يحتوشه دَمَان، فلا يقع، فإن حاضت من بعد على ندور تَبَيَّنَ الوقوع، والأظهر عند الأئمة في الصغيرة والآيسة الوقوع.

ولو قال لزوجته: أنتِ طالقٌ في كل قرء طَلقةً للسنة، فهو كما لو لم يقل للسنة في أكثر الأحكام والأحوال، نَعَم، ذات الأقراء إذا كانت طاهراً، أو كان قد جامعها في ذلك الطُهْرٍ يتأخَّرُ وقوع الطلاق إلى أن تحيض، ثم تطهر.

ولو قال: أنتِ طالقٌ في كل طُهْرٍ طَلقةً، وكانت حاملاً، لا ترى الدَّم أو كانت تراه ولا تجعله حَيْضاً تَقَعُ في الحال طَلقةً، سواء كانت ترى الدَّم، في تلك الحالة أو كانت لا تراه، ولا يتكرر بتكرار الانقطاعات، وإن كانت ترى الدم وجعلناه حَيْضاً، فإن كانت في حالة رُؤية الدَّم، لم يقع حتى تطهر وإن كانت في حالة الطُهْرٍ وقع في الحال ويتكرر بتكرار الأطهار.

وقوله في الكتاب «وإن كانت حاملاً وهي تَحِضُ وَقُلْنَا: إِنَّ ذَلِكَ حَيْضٌ» يريد «وهي ترى الدم»، وقد أبدل بذلك في بعض النسخ، وقوله «إِنَّ كَانَتْ صَغِيرَةً» يريد التي لم تحض بالغَةَ كانت أو لم تَكُنْ، والتي لا تحيض في مبدأ الأمر تكون صغيرة غالباً، فيعبر عنها بالصغيرة.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: (الْحَامِسَةُ): إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا لِلسُّنَّةِ ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ التَّفْرِيقَ عَلَى الْأَقْرَاءِ لَمْ يُقْبَلْ لِأَنَّهُ لَا سُنَّةَ عِنْدَنَا فِي التَّفْرِيقِ، وَلَوْ لَمْ يَقُلْ لِلسُّنَّةِ ثُمَّ فُسِّرَ بِالتَّفْرِيقِ فَهَلْ يَدِينُ فِيهِ وَجْهَانِ، كَمَا لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ عِنْدَ دُخُولِ الدَّارِ، وَكَذَا لَوْ قَالَ: أَرَدْتُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ، وَكَذَا كُلُّ مَا يُخَوِّجُ إِلَى زِيَادَةِ تَفْسِيرٍ، أَمَا مَا يَرْجِعُ إِلَى التَّخْصِيبِ فَيَدِينُ، وَهَلْ يُقْبَلُ ظَاهِرًا؟ فِيهِ خِلَافٌ كَمَا لَوْ قَالَ: نِسَائِي طَوَالِقٌ ثُمَّ اسْتَشْتَى وَاحِدَةً بِنَيْتِهِ، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: كُلُّ امْرَأَةٍ لِي طَالِقٌ وَأَرَادَ الْبَعْضُ، أَمَا إِذَا ظَهَرَتْ قَرِينَةٌ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يُقْبَلُ كَمَا لَوْ عَتَى بِنَيْتِهِ نِكَاحَ جَدِيدَةٍ، ثُمَّ لَوْ قَالَ: كُلُّ امْرَأَةٍ لِي طَالِقٌ وَزَعَمَ أَنَّهُ مَا أَرَادَ الْحَاضِرَةَ، وَكَذَا إِنْ كَانَ يَحُلُّ وَثَاقًا عَنْهَا فَقَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَتَوَى ذَلِكَ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يُقْبَلُ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ كَلِمَتِي زِيدًا فَأَنْتِ طَالِقٌ ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ شَهْرًا يُقْبَلُ لِأَنَّهُ كَتَّخْصِيبِ عُمُومٍ، وَالْحَاصِلُ أَنَّهُ يَدِينُ فِي كُلِّ أَحْتِمَالٍ وَإِنْ بَعُدَ وَإِنَّمَا يُقْبَلُ فِي الظَّاهِرِ إِذَا ظَهَرَ أَحْتِمَالُ اللَّفْظِ أَوْ شَهِدَ لَهُ قَرِينَةٌ.

قال الرَّافِعِيُّ: إِذَا قَالَ لامْرَأَتِهِ أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا لِلسُّنَّةِ ثُمَّ قَالَ: نَوَيْتُ تَفْرِيقَ الثَّلَاثِ عَلَى الْأَقْرَاءِ، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ فِي الظَّاهِرِ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ يَقْتَضِي وَفُوعَ الْكُلِّ فِي الْحَالِ، إِنْ كَانَتْ طَاهِرًا، وَالْوُقُوعُ كَمَا طَهَّرْتَ إِنْ كَانَتْ فِي الْحَالِ حَائِضًا، وَلَا سُنَّةَ فِي التَّفْرِيقِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ، وَلَيْسَ فِي اللَّفْظِ إِشْعَارٌ بِمَا يَدِينُهُ.

قال في «التتمة»: إِلاَّ أَنَّهُ إِذَا كَانَ الرَّجُلُ مَمَّنْ يَعْتَقِدُ تَحْرِيمَ الْجَمْعِ فِي قِرَاءِ وَاحِدٍ، فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الظَّاهِرِ؛ لِأَنَّ تَفْسِيرَهُ يَسْتَمِرُّ عَلَى اعْتِقَادِهِ، وَحَكَى الْحَنَاطِيُّ وَجْهًا مُطْلَقًا: أَنَّهُ يَقْبَلُ [قَوْلُهُ] فِي الظَّاهِرِ، وَالْمَنْصُوعُ الْمَشْهُورُ الْأَوَّلُ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا، وَلَمْ يَقُلْ: لِلسُّنَّةِ ثُمَّ فُسِّرَ بِالتَّفْرِيقِ عَلَى الْأَقْرَاءِ، فَكَذَلِكَ لَا يَقْبَلُ فِي الظَّاهِرِ؛ لِأَنَّهُ يُؤْخِرُ مَا يَقْتَضِي اللَّفْظَ تَنْجِيزَهُ، وَفِي الصُّورَتَيْنِ: هَلْ يَدِينُ، وَتُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الْبَاطِنِ فِيهِ وَجْهَانِ نَقَلَهُمَا الْإِمَامُ وَغَيْرُهُ:

أَصْحُهُمَا: وَهُوَ الْمَنْصُوعُ أَنَّهُ يَدِينُ<sup>(١)</sup>؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَصَلَ بِاللَّفْظِ مَا يَدْعِيهِ لَا تَنْتَظِمُ.

(١) قال في المهمات: جزم في المحرر والمنهاج بالقبول ظاهراً في الصورتين.

قال في المخادم بعد نقله كلام المهمات وهو عجيب لأن ما في الشرح والروضة يستدرك به على المختصرات لا العكس، وكان ينبغي أن يبينه على أن ما في المنهاج في الثانية لا أصل له في النقل، والحاصل أن على المنهاج اعتراضين:

أحدهما: الجزم بالمنقول عن المتولي في الاستثناء والذي اقتضاه كلام الشرحين والروضة أنه وجه غريب. والثاني: جعله قيداً في المسألتين والذي فيها عن المتولي أنه قيد في الأولى كذا هو الموجود في التتمة.

**والثاني: المَنع؛** لأن اللفظ بمجرد لا يضلح لما يدعيه، ومجرد النية لا يعمل ومعنى التدين مع نفي القبول ظاهراً أن يقال للمرأة: أنتِ بائنة بثلاث في ظاهر الحكم، وليس لك مطاوعته إلا إذا علمت صدقه، أو غلب على ظنك بقرينة أو أمارة، ويقال للرجل: لا نمكنك من تتبعها ولك أن تتبعها والطلب فيما بينك وبين الله - تعالى، وتحلُّ لك إذا راجعتها، وهذا هو المراد بما يروى عن الشافعي - رضي الله عنه - رحمه الله أنه قال: لهُ الطَّلب، وعليها الهَرَبُ، وعلى هذا القياس حكم القبول ظاهراً وباطناً، فيما إذا قال للصغيرة: أنتِ طالقٌ للسُّنة، ثم قال: أردتُ إذا حاضتِ وطهرة وفيما إذا قال: أنتِ طالق، ثم قال: أردت إن دخلتِ الدارَ أو إذا جاء رأس الشهر، وألحق صاحب الكتاب بهذه الصورة ما إذا قال: أنتِ طالق، ثم قال أردت إن - شاء الله - وقال كلُّ ما يحوج إلى تقييد الملفوظ به بقيد زائد، فهو كذلك، وحكى القاضي الروياني هذا الجواب عن القائل، والمشهور في كتب كبار المذهب: أنه لا يدين في قوله: أردت إن شاء الله، ويدين في قوله: أردت عن وثاق أو إن دخلتِ الدار أو إن شاء زيد، وهذا ما أورده صاحب «التهذيب»، وذكر القاضي الروياني أنه ظاهر المذهب، وفرقوا بين قوله: أردتُ «إن شاء الله» وبين سائر الصور بأن التعليق بمشيئة الله بزق حُكم الطلاق جملةً، فلا بد فيه من اللفظ، والتعليق بالدخول لا يرفعه جملةً، ولكنه تخصيص بحال دون حال، وقوله «من وثاق» تأويلٌ وصرف اللفظ من معنى إلى معنى، فكفَّت فيه النية، وإن كانت ضعيفة، وشبهوا ذلك بأن النسخ لَمَّا كان رفعاً للحكم، لم يجز إلا باللفظ والتخصيص يجوز بالقياس، كما يجوز باللفظ، وأما إذا أتى بلفظ عامٍ وقال: أردتُ بعض الأفراد الداخلة تحته، فقد قال الشافعي - رضي الله عنه - في المختصر ولو قالت له طلقني، فقال: كل امرأة لي طالق، طُلقت امرأته التي سألتها إلا أن يكون عزلها بنيتها، وظاهر هذا النص أنه إذا قال: نسائي طواق أو كل امرأة لي طالق، وعزل بعضهن بالنية، لا يقع عليها الطلاق، واختلف الأصحاب في ذلك على وجهين، قال أكثرهم: يقع الطلاق ظاهراً، ولا يُقبل قوله في الحكم؛ لأن اللفظ عامٌ متناول لجميعهن؛ فلا يتمكن من صرّف مقتضاه بالنية، كما إذا قال: أنتِ طالق، وقال: أردت إذا جاء رأس الشهر، وهؤلاء تكلموا في النص من وجهين:

**أظهرهما: الحَمْل على أنها لا تطلقُ بينه وبين الله تعالى.**

**والثاني: قيل: إن لفظ النص «إلا أن يكون عزلها، في نيته» وهي الاستثناء الظاهر، ويحكي هذا عن أبي علي الطبسي قال في «السيط»: وفي هذا نسبة الأصحاب إلى التصحيف، ثم في الحروف تفاوتٌ بعيداً، وقال أبو حفص بن الوكيل: يُقبل قوله في الظاهر؛ لأن استعمال العام في الخاص شائع مشهور، والخلاف في القبول الظاهر يجري، سواء كانت هناك قرينة تصدقه، كما إذا خاصمته المرأة: وقالت: تزوجت**

عَلَيَّ، فقال في إنكاره: كل امرأة لي طالق، ثم قال: أردتُ غير المخاصمة، أو لم تكن هناك قرينة.

والأظهر عند الفقهاء والمعتبرين: أنه لا يُقبل في الظاهر، إن لم تكن قرينة، ويقبل إن وُجدت قرينة، وهو اختيار القاضي الرُوياني، ومن هؤلاء من حمل النص على ما إذا وُجدت القرينة، ونفى بعضهم الخلاف فيما إذا لم تكن قرينة، وفي بعض التعاليق أن القاضي الحسين فرّق بين أن يقول: كل امرأة لي طالق، ثم عزل بعضهن بالنية، وبين أن يقول: نسائي، وقال: إذا قال نسائي طوالت، ثم قال: كنتُ عزلتُ ثلاثاً بالنية لم يُقبل؛ لأن اسم النساء لا يقع على الواحدة ولو قال عزلت واحدة يُقبل، وذكر تفرعاً على هذا وجهين فيما لو عزل اثنتين، وأجري الخلاف في القبول الظاهر فيما إذا قال: إن أكلت خبزاً أو تمرأ، فأنت طالق، ثم فسّر بنوع خاص، وطردهما صاحب الكتاب وغيره فيما إذا كان يحل وثاقاً عنها، فقال: أنت طالق، ثم قال: أردتُ الإطلاق عن الوثاق، وقال: الظاهر القبول، وفيما إذا لم توجد القرينة أشار في سائر كتبه إلى أنه لا يجيء في التدبير الخلاف المذكور، فيما إذا قال: أردتُ إن دخلت الدار، وفرق بأن قوله: أنت طالق، وإن خصّصه الشرع برفع قيد النكاح، لكنه كالمُجمل المبهم من حيث اللغة، ويحتمل أن يكون من الوثاق وغيره، فالتفسير بيان للمبهم، وأما التقييدات، فليس لمجرد اللفظ دلالة عليها ولو قال: إن كلمت زيدا، فأنت طالق، ثم قال: أردتُ التكليم شهراً، فيقبل كذا حكي عن نص الشافعي - رحمه الله -، والمراد على ما نقل في «البيسط» و«الوسيط» القبول الباطن، حتى لا يقع في الباطن، إذا كان التكلم بعد الشهر<sup>(١)</sup>، وحاول رده إلى تخصيص العموم، حتى يدين فيه بلا خلاف، فإن اللفظ كالعالم في الأزمان، فإذا قال أردت شهراً، فكأنه خصص العام، وقد يقابل هذا بمثله، فيقال: اللفظ عام في الأحوال إلا أنه خصّصه بحال أحوال الدار.

وقوله في الكتاب وكذا لو قال: «أردتُ إن شاء الله» ليعلم وما بيناه.

وقوله «كما لو عاتبته بنكاح جديدة»، فقال: وفي بعض النسخ، «كما لو عني بنته نكاح جديدة»، قال: وهما مقيدان.

وقوله: «والحاصل أنه يدين في كل احتمال وإن بُعد...» آخره إشارة إلى ضبط ما يدين فيه، وما يُقبل في الظاهر من التفاسير وشره ما حكي عن القاضي الحسين - رحمه الله - لما يديه الشخص، ويدعيه من النية مع ما أطلقه من اللفظ أزيغ مراتب.

إحداها: أن يرفع ما صرح به اللفظ، كما إذا قال: أنت طالق ثم قال: أردتُ

(١) قال في المهمات ما حكاه عن الغزالي جزم به في الشرح الصغير.

طلاقاً لا يقع عليك، أو قال لم أرذ إيقاع الطلاق، فلا مبالاة بما يقوله لا في الظاهر، ولا في التدين الباطن.

**والثانية:** أن يكون ما يديه مقيداً لما تلفظ به مطلقاً، كما إذا قال: أنت طالق ثم قال: أردت عند دخول الدار ومجيء الشهر، ولا يُقبل في مثل ذلك قوله ظاهراً وفي التدين خلاف.

**والثالثة:** أن يُرجع ما يدعيه إلى تخصيص عموم، فهذا يدين فيه وفي القبول ظاهراً خلاف.

**والرابعة:** أن يكون اللفظ محتملاً للطلاق من غير شيوع وظهور فيه، وفي هذه الدرّجة يقع الكنايات، ويعمل فيها بموجب النيّة.

وقوله: إنما يقبل ظاهراً، أي المؤثر في القبول ظاهراً، وإن كان مختلفاً فيه، فأما ظهور احتمال اللفظ لما يدعيه، كما ذكرنا من تبين المُجمل، وتخصيص العام، وإما قرينة لتضم إليه، كما بيّنا، وفي كلام الأئمة صَبَطَ آخَرُ قالوا: يُنظَرُ في التفسير على خلاف ظاهر اللفظ، إن كان بحيث لو وصل باللفظ نطقاً، كما انتظم، فإنه لا يُقبل في الظاهر، ولا يدين في الباطن، وإن كان بحيث لو وصل باللفظ، لانتظم وقيل في الحكم، فإذا نواه، لا يُقبل في الحكم ويدين فيما بينه وبين الله تعالى.

**مثال الأول:** ما إذا قال أردت طلاقاً لا يقع عليك.

**ومثال الثاني:** ما إذا قال: أردت عن وثاق، أو إن دخلت الدار والذين رأوا القطع بأنه لا يدين في قوله أردت إن شاء الله استثنوا عن الضابط الاستثناء بالمشيئة، فقالوا: ما يُقبل في الظاهر، لو وصله باللفظ يدين فيه إذا نواه إلا الاستثناء بمشيئة الله تعالى، لو وصله باللفظ، قيل: ولو نواه لا يدين فيه وذكروا وجهين فيما إذا قال لامرأته: أنت طالق ثلاثاً، ثم قال: أردت إلا واحدة هل يدين؟ فيه وجهان: فيما إذا قال: أربعكن طوالق: وقال: نويت بقلبي إلا فلانة، هل يدين؟ ففي وجه يدين كما لو قال: نسائي طوالق، وعزل بعضهن بالنية، وفي وجه لا يدين، لأن لفظة الثلاثة والأربعة نص في العدد المعلوم، واستعمالهما في بعض العدد غير مَعهود، بخلاف استعمال اللفظ العام في الخاص، فإنه مَعهود، وهذا أصح على ما ذكره القاضي أبو الطيب، وابن الصَّبَّاح، وغيرهما؛ قال القاضي: ولو قال: فلانة وفلانة وفلانة طوالق، ثم قال: كنت عزلت فلانة بالنيّة لم يُقبل؛ لأن هذا رفع لِمَا نص عليه؛ ونسخ وليس بتخصيص عموم.

وهذه فروع آخر تدخل في الباب الأول.

لو قال: أنت طالق كالثلج، أو كالنار، يقع الطلاق في الحال، ويلغو التشبيه

المذكور، وعن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه إن قصد التشبيه بالثلج في البياض، وبالنار في الإضاءة، والثور، وقع في زمان السنة، وإن قصد التشبيه في الثلج بالبرودة، وبالنار في الحر والإحراق، وقع في زمان البدعة.

الثاني قال ابن الحداد: لو دخل بامرأته، ثم قال لها: كُلِّمَا وَلَدْتِ فَأَنْتِ طَالِقٌ لِّلسَّنَةِ، فولدت ولداً، وبقي في بطنها آخر، وَقَعَتْ بولادة الأول طليقة؛ لأنها حَامِلٌ بَعْدَ ما ولدتها، فَإِنْ وُجِدَتْ وَقَع، وإلا فلا يقع، حتى توجد، وهذا كما سَبَقَ أَنَّهُ لو قال: أَنْتِ طَالِقٌ لِّلسَّنَةِ، إِذَا قَدِمَ فُلَانٌ، يُنْظَرُ إِذَا قَدِمَ، إِنْ كَانَ الْحَالُ حَالِ السَّنَةِ [وقع] وإلا، لم يَقَعْ حتى نصير إلى حال السنة، وكأنه يخاطبها عند حصول المعلق عليه بقوله: أَنْتِ طَالِقٌ لِّلسَّنَةِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ، فكأنه عند ولادة أحد الولدين خاطبها بقوله: أَنْتِ طَالِقٌ لِّلسَّنَةِ، وهي في هذه الحال حَامِلٌ بآخر، وَإِذَا قَالَ لِلْحَامِلِ: أَنْ طَالِقٌ لِّلسَّنَةِ، وقع الطلاق عليها في الحال، ثم إذا ولدت الثاني، انقضت عدتها، وهل يَقَعْ عليها طليقة أخرى؛ لأنه يقارن حال انقضاء العدة، فيه خلاف يأتي في نظائره، والأشهر المنع، ولو ولدت ولداً، ولم يكن في بطنها آخر، فإنها تطلق إذا طهرت من النفاس، ولو ولدت الولدين معاً، فإنما تطلق إذا طهرت من النفاس طليقتين، لأنها ولدت ولدين [معاً] فإنما تطلق إذا طهرت من النفاس، ولو ولدت معاً فإنما تطلق إذا طهرت من النفاس طليقتين؛ لأنها ولدت ولدين، وكلما يتقاضى التكرار، ولو قال: كلما ولدت ولدين، فأنت: طالق للسنة، فولدت ولدين معاً، أو على التعاقب، وفي بطنها ثالثٌ طُلِّقَتْ، ولو ولدت ولداً، فطلقها ثم ولدت ولداً آخر، فإن كان رجعيًا، وَقَعَتْ طليقة أخرى بولادة الثاني، راجعها أو لم يراجع، هكذا ذكروه، ويشبه أن يقال: إِنْ رَاجَعَهَا، فكذلك الحُكْمُ، وَإِنْ لم يراجعها، فهذا طلاق يقارن انقضاء العدة، وَإِنْ كَانَ الطلاق بائناً، فنكحها ثم ولدت ولداً آخر ففي وقوع طليقة أخرى قَوْلَانِ عَوْدِ الْحَنْثِ وَالْيَمِينِ الثَّالِثِ.

نكح حاملاً من الزنا، وقال لها: أَنْتِ طَالِقٌ لِّلسَّنَةِ، فَإِنْ كَانَ قَدْ دَخَلَ بِهَا، فلا يقع الطلاق حتى تضع الحمل؛ وتطهر من النفاس؛ لأنها وإن كانت حاملاً فليس الحمل منه؛ ولا تنقضي [به] لعدة، فصار كما إذا حاضت الحائِل في طهر جامعها فيه، وإن لم يكن قد دخل بها، وقع الطلاق في الحال، كما لو قال لغير المدخول بها: أَنْتِ طَالِقٌ لِّلسَّنَةِ، وهذا إذا كانت لا ترى الدم، وإن كانت تراه، فإن لم نجعله حياً، فالحُكْمُ كما لو لم تر الدم، وإن جعلناه حياً، وقال لها: أَنْتِ طَالِقٌ فِي حَالَةِ رُؤْيَةِ الدَّمِ، فإنما يقع الطلاق إذا طهرت، كالحائِل إِذَا قَالَ لَهَا: أَنْتِ طَالِقٌ لِّلسَّنَةِ، وهي حائضٌ، ويخالف الحامل من الزوج؛ لأنه لا حُرْمَةَ لحملها، وهذا الفرع لابن الحداد أيضاً - رحمه الله - .

الرابعة: قال لها: أَنْتِ طَالِقٌ لِّلسَّنَةِ أو للبدعة، لا تطلق، حتى تنتقل من الحالة



التي هي فيها إلى الحالة الأخرى؛ لأن اليقين حينئذٍ يحصل كما لو قال: أنتِ طالق اليوم أو غداً، لا تطلق إلا بمجيء الغد.

**الخامسة:** إذا قال: أنتِ طالق طلقة حسنة في دخول الدار، أو طلقة سيئة، قال إسماعيل البوشنجي: قضية المذهب أن تطلق إذا دخلت الدار، طلقت سنية، حتى لو كانت حائضاً لا تطلق ما لم تطهر، ولو كانت طاهراً لم تجامع في ذلك الطهر، فتطلق في الحال؛ فإذا اتفق الجماع فيه لا تطلق إلى أن تحيض وتطهر.

ولو قال لها وهي طاهر: أنتِ طالق للسنة، واختلفا، فقال الزوج: كنت قد جامعتك في هذا الطهر، فالطلاق غير واقع، وقالت: ما جامعني والطلاق واقع قال: إسماعيل البوشنجي المذهب أن القول قول الزوج؛ لأنهما اختلفا في بقاء النكاح، والأصل بقاؤه، وصار كما لو قالت: طلقني، وأنكر، وكما لو قال المولى أصبتك فأنكرت، فإنما نجعل القول قول الزوج، وكذا الذي ضربت عليه مدة العنة إذا قال: أصبت في مدة العنة أو بعدها والله أعلم.

### الباب الثاني في أركان الطلاق

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَهِيَ خَمْسَةٌ (الأول: المطلق): وَهُوَ كُلُّ مُكَلَّفٍ فَلَا يَنْفُذُ طَلَّاقَ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ (الرُّكْنُ الثَّانِي: اللَّفْظُ): وَفِيهِ ثَلَاثَةٌ فُضُولٍ: (الأول): أَنَّ الصَّرِيحَ لَفْظُ الطَّلَاقِ وَكَذَا لَفْظُ السَّرَاحِ (ح) وَالْفِرَاقِ (ح) وَقَوْلُهُ: طَلَّقْتُ وَأَنْتِ مُطَلَّقةٌ صَرِيحٌ، وَكَذَا كُلُّ مُشْتَقٍّ مِنَ الطَّلَاقِ دُونَ الْمُشْتَقِّ مِنَ الإِطْلَاقِ كَقَوْلِهِ: أَطَلَّقْتُ، وَقَوْلُهُ: أَنْتِ الطَّلَاقُ لَيْسَ بِصَرِيحٍ عَلَى الْأَصَحِّ، وَقَوْلُهُ: سَرَّخْتُكَ أَوْ فَارَّقْتُكَ صَرِيحٌ، أَمَا الإِسْمُ كَالْمُطَلَّقةِ وَالْمُسَرَّحةِ فِيهِ وَجْهَانِ، وَمَعْنَى الطَّلَاقِ بِالْفَارِسيَّةِ عَلَى الْأَصَحِّ وَهُوَ قَوْلُهُ (نوهشته أي)، وَفِي قَوْلِهِ (دشت بازداشتم) وَجْهَانِ، وَفِي قَوْلِهِ (كسیل کردم) وَازتو جدا کشتم) وَجْهَانِ مُرْتَبَانِ وَأَوْلَى بِأَنْ لَا يَكُونَ صَرِيحاً، وَكُلُّ لَفْظٍ شَاعَ فِي الْعُرْفِ كَقَوْلِهِ: حَلَّالَ اللّٰهِ عَلَيَّ حَرَامٌ هَلْ يَلْتَحِقُ بِالصَّرِيحِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

قال الرافعي: لا يخفى أن تصرف الطلاق متصرفاً، ولا بد من أهليته، ومحلّاً يصادفه ولا بد من أن يكون بحيث يتوجه نحوه التصرف، وذلك لولاية المتصرف عليه، وأنه لا تحصل صورة هذا التصرف إلا بلفظ أو ما يقوم مقامه، ولا بد من أن يصدر ذلك عن قضده، فهذه خمسة المطلق، وما به التطبيق وغيره، وقضده إليه، وولايته على المحل، والحاجة تمس إلى معرفتها، ومعرفة ما يعتبر فيها، لقطع الطلاق وسماها أركاناً، لأن بالتامها يقع الطلاق.

**الأول: المُطَلِّق** وشرطه التكليف<sup>(١)</sup>، فلا يقع طلاق الصبي والمجنون، تنجيماً وتعليقاً، ولو قال المراهق: إذا بَلَغْتُ فَأَنْتِ طَالِقٌ، ثم بَلَغَ، لم يقع الطلاق، وكذا المجنون، إذا قال: إن أَفْتُتْ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، ثم أَفُتْ، لأننا لو أوقعنا الطلاق عند [البلوغ والإفاقة، لأوقعنا بقولهما السابق، وقولهما لا يصلح للإيقاع في الحال، فكذلك لا يصلح الإيقاع عند الشُرْطِ، وكذا لو قال: أَنْتِ طَالِقٌ غَدًا، فجاء الغدُ، وقد بلغ الصبي، وأفاق<sup>(٢)</sup> المجنون، ولا ينقض ما ذُكِرنا بأن يقال: الزَّوْجُ في وقتِ حَيْضِ المرأة، لا يملك طلاق السُّنَّةِ، ولو قال: أَنْتِ طَالِقٌ لَلسُّنَّةِ ينعقد، ويقع إذا طَهُرَتْ، لأن الذي يعتبره للسُّنَّةِ تعليق الطلاق بوقت، ووصف بصفة، فاحتجنا إلى الانتظار.

وأما قوله: «الرُّكْنُ الثَّانِي»: إلى قوله: وَجِهَانِ التَّطْلِيقِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ بَلْفَظٍ أَوْ بغيره، وعلى التقديرين، فأما أن يصدر من الزوج نَفْسَهُ، أو ممن فَوَّضَهُ إليه، والتفويض إِمَّا أَنْ يَكُونَ إِلَى الزَّوْجَةِ أَوْ إِلَى غَيْرِهَا إِنْ كَانَ إِلَى غَيْرِهَا فَهُوَ توكِيلٌ، وحكمه قَدْ تَبَيَّنَ فِي «الوَكَاةِ» فبقي كلام الرُّكْنِ مُشْتَمَلًا عَلَى ثَلَاثَةِ فُصُولٍ: فَضْلٌ فِي اللَّفْظِ الَّذِي يَقَعُ بِهِ الطَّلَاقُ، وَفَضْلٌ فِي الْأَفْعَالِ الَّتِي تَقُومُ بِهِ، وَفَضْلٌ: فِي تَفْوِيضِ الطَّلَاقِ إِلَى الزَّوْجَةِ، وَمَا تَخْتَصُّ بِهِ بِهَذَا التَّفْوِيضِ مِنَ الْأَحْكَامِ.

**أما الفصل الأول:** فاللفظ ينقسم إلى: صَرِيحٍ: وهو الذي لا يتوقَّف وقوع الطلاق به على النية [كنيائية وهو ما توقف على نية]<sup>(٣)</sup> أما الصريح؛ فلا خِلاف أن لفظ الطلاق

(١) أي يكون مكلفاً فيصح من السفيه والمريض.

(٢) قال النووي هكذا اقتصر الغزالي وغيره في شرط المطلق على كونه مكلفاً، وقد يورد عليه السكران، فإنه يقع طلاقه على المذهب، وليس مكلفاً كما قاله أصحابنا وغيرهم في كتب الأصول، ولكن مراد أهل الأصول، أنه غير مخاطب حال السكر، ومرادنا هنا أنه مكلف بقضاء العبادات بأمر جديد والله أعلم.

قلنا: تقدم في البيع التنبيه على ذلك وأن الشافعي نص على أنه مكلف.

قال في المهمات: والاعتذار الذي ذكره آخرأ عجيب لا ارتباط له بالسؤال وكأنه انتقل ذهنه من قول الفقهاء يقع طلاقه إلى كونه مكلفاً فشرع يجمع بينه وبين قول الأصوليين أنه ليس مكلفاً.

وقال الشيخ ولي الدين العراقي حمل كلام الفقهاء في أنه مكلف على قضاء العبادات بأمر جديد لا يحصل به الغرض من وقوع طلاقه، فإن وقع طلاقه إن دل على التكليف فهو واقع في حال قيام السكر، وقد حمل التكليف على القضاء بعد الإفاقة والله أعلم. انتهى.

(٣) قال في الخادم: هذا حكم الصريح لا حقيقته، والأولى أن يعرف بالذي لا يحتمل إلا بمعنى واحداً لأن الراجح قال في تفسير الكتابة وهي مقابلة له أنها ما احتمل معنيين فصاعداً هي في أحدهما أظهر وفيه نظر لأن هذا ينطبق على النص، وقيل الصريح ما ظهر المراد منه ظهوراً بيناً بحيث إنه يسبق إلى فهم السامع المراد به، ثم قال قد استشكل هذا التفسير بقولهم بعده أنه لا بد من قصد لفظ الطلاق لمعنى الطلاق ليخرج به النائم ومن سبق لسانه إلى آخر ما ذكره وهذا =

صريح في معناه؛ لاشتهاره فيه لغةً وشرعاً، والسَّرَاحُ والفِرَاقُ صريحان أيضاً؛ لورودهما في الشرع، وتكررهما في القرآن بمعنى الطلاق؛ قال تعالى: ﴿وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحاً جَمِيلاً﴾ [الأحزاب: ٤٩] وقال تعالى: ﴿وَفَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [الطلاق: ٢] وقال تعالى: ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا﴾ [النساء: ٣٩] واحتج الأصحاب أيضاً بأن النبي ﷺ - : سُئِلَ عَنْ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩] فَقِيلَ أَيْنَ الثَّالِثَةُ فَقَالَ: ﴿أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾<sup>(١)</sup> [البقرة: ٢٢٩] فَسُمِّيَ التَّسْرِيحُ طَلِاقاً، وبأنه إزالة ملك، فلا ينحصر صريحه في لفظ واحد قياساً على العتق.

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : السَّرَاحُ والفِرَاقُ وليسا بصريحين، ويُحَكِّى هذا قولاً عن القديم، ونسبه أبو الحسن العَبَّادِي إلى رواية أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ الْقِرَازِي السَّمِرْقَنْدِي - رحمه الله - ووجهه بأن هذين اللفظين لم يشتهرا في الطلاق، ويستعملان فيه وفي غيره،

= السؤال ذكره في المهمات فقال في الركن الثالث: القصد إلى الطلاق يشترط أن يكون قاصداً بحروف الطلاق لمعنى الطلاق ولا يكفي القصد إلى حروف الطلاق من غير قصد معناه، فإن قيل كيف يجتمع هذا مع قولهم أن الصريح لا يحتاج إلى نية بخلاف الكتابة، قلنا: جمع بينهما بعض فضلاء العصرين بأن الصريح يشترط فيه قصد اللفظ والمعنى، والكتابة يشترط أيضاً أن يكون الإيقاع بذلك اللفظ ويؤيد هذا الجمع ما نقله عن إسماعيل البوشنجي أنه إنما يقع الطلاق بقوله أنت عليّ حرام، إذا نوى حقيقة الطلاق. وقصد بهذا اللفظ وقد تقدم أنه لا بد أيضاً من العلم بمدلول اللفظ، ومقتضاه أنه لا يكفي قصد لفظ الطلاق لمعنى الطلاق. انتهى.

قال في الخادم: عدم اشتراط النية في الصريح مخصوص بغير الوكيل وبغير المكره، أما الوكيل في الطلاق فهل يشترط نية إيقاعه الطلاق عن موكله؟ له وجهان غير مرجحين، وينبغي أن يكونا فيما إذا كان للموكل زوجة وترجح الاشتراط لتردده بين زوجتين، فلا بد من مميز، أما إذا لم يكن له غيره ففي اشتراط النية نظر لتعيين المحل القابل للطلاق من أهله، وأما المكره على الطلاق إذا قصد الإيقاع وقع على الأصح. فقد صارت نيته شرطاً في عمل الصريح.

قال الرافعي هناك أن صريح لفظ الطلاق عند الإكراه كالكتابة عند الطوعية إن نوى وقع وإلا فلا. وقال في الخادم أيضاً بعد ذلك قال في البحر نقلاً عن ابن القاص: كل كتابة ينوي فيها إلا واحدة وهي إذا قال أطلقت امرأتك أو امرأتك طالق، فقال نعم، وقع الطلاق في الحكم ولا يعتبر نية وفي قول تعتبر، وقال المزني في المثثور: يلزمه في الحكم، وهذا مما استخبر الله تعالى فيه، والصحيح أن لا ينوي فيه في الحكم لأن جواب الصريح صريح ويكون تقديره نعم طلقت امرأتي، ولهذا لو قال لفلان: عليك ألف، فقال نعم، كان إقراراً، فالطلاق أولى بذلك.

(١) أخرجه الدارقطني من طريق حماد بن سلمة عن قتادة عن أنس، وصححه ابن القطان، وقال البيهقي: ليس بشيء، ورواه الدارقطني أيضاً والبيهقي من حديث عبد الواحد بن زياد عن إسماعيل ابن سميع عن أنس، وقال جميعاً: الصواب عن إسماعيل عن أبي رزين عن النبي ﷺ مرسلأ، قال البيهقي: كذا رواه جماعة من الثقات، قلت: وهو في المراسيل لأبي داود كذلك، قال عبد الحق: المرسل أصح، وقال ابن القطان: المسند أيضاً صحيح، ولا مانع أن يكون له في الحديث.

فأشبهه لفظ البائن والحرام، وتكلم الإمام على ما قيل إن القرآن وَرَدَ بِهِمَا؛ بأنه لم يرد مَوْرَدَ بَيَانِ اللفظ، وإنما هو مَسْوُوقٌ لغرض آخر، فهو كَقَوْلِ القائل: حَقُّ الضيفِ أَنْ يُكْرَمَ أو يُسْرَحَ، لا يعني به، أنه يقال له: سَرَّحْتُكَ، ومعنى هذا المعنى حاصل في لفظ الطلاق أيضاً، إلا أن يَعْوَلُ فيه على العُزْفِ اللغوي، وليعلم بما ذكرنا قوله في الكتاب «وَكَذَا لفظ السَّرَاحِ وَالْفِرَاقِ» بالحاء والواو، ويجوز أن يعلم بالميم أيضاً؛ لأن «صاحب الشامل» حكى عن أصحاب مالك - رحمهم الله -: أنهما ليسا بصريحين، ولكن لا يفتقر إلى النِّيَّةِ، كما في الكنايات الظاهرة على ما سيأتي، وهذا كلام من يفسر الصريح والكناية، بغير ما قدّمناه من التفسير.

إذا تقرّر ذلك فقوله: أَنْتِ طَالِقٌ أو مَطْلُوقَةٌ أو يا طَالِقُ أو يا مَطْلُوقَةٌ صريحٌ، وعن أبي حنيفة - رحمه الله - أن قوله يا طالق أو يا مطلقه ليس بصريح، وفي «شرح مختصر الجويني» وجه مثله غريبٌ، والمشتق من الإِطْلَاقِ كقوله: أَنْتِ مَطْلُوقَةٌ بإمكان الطاء أو يا مطلقه ليس بصريح، لعدم الاشتهار، وإن كان الإِطْلَاقِ والتطليق متقاربين كالإكرام والتكريم، وفي «العُدَّة» حكاية وجه: أنه صريح وفي قوله أَنْتِ طَالِقٌ أو الطلاق أو طلقه وجهان:

أحدهما: وبه قال أبو حنيفة ومالك - رحمهما الله - أنه صريحٌ، كقوله يا طالق.

وأصحهما وبه قال القَفَّال: أنه مضدرٌ، والمصادر غير موضوعة للأعيان، وتستعمل فيها على سبيل التوشع.

ولو قال: أَنْتِ نَضَفَ طَالِقٌ، فهو كناية أيضاً وذكر في «التهذيب» أن قوله لك طلقه صريحٌ، وأن قوله: أَنْتِ نَضَفَ طَالِقٌ صريحٌ، كقوله نصفك طالقٌ، ونقل أبو الحسن العبادي خلافاً في قوله أَنْتِ طَالِقٌ نَضَفَ طَلْقَةً، ويجوز أن يجيء، هذا الخلاف في قوله: أَنْتِ نَضَفَ طَالِقٌ<sup>(١)</sup> وقوله: أَنْتِ وَالطَّلَاقِ، أو<sup>(٢)</sup> أَنْتِ مَطْلُوقَةٌ كناية أي قرنت بينك وبينها، وإذا قلنا بالظاهر في لفظي الفِرَاقِ وَالسَّرَاحِ، فقوله: فَارَقْتُكَ وَسَرَّحْتُكَ صريحان، وفي الاسم منهما، وهو المفارقة والمسرحة وجهان، سواء الوصف بأن قال: أَنْتِ مُسْرَحَةٌ، أو مُفَارَقَةٌ، والنداء بأن قال يا مُسْرَحَةٌ أو يا مُفَارَقَةٌ.

أصحهما: أنهما صريحان أيضاً؛ كالمطلقة.

(١) قال الشيخ البلقيني: هذا ليس بمسلم، فإن قوله أَنْتِ نَضَفَ طَالِقٌ كقوله: أَنْتِ طَالِقٌ، وهو صريح قطعاً، وقوله: أَنْتِ نَضَفَ طَلْقَةً كقوله: أَنْتِ طَلْقَةً، وفيه خلاف أَنْتِ الطَّلَاقِ، وَأَنْتِ طَالِقٌ لأنه إخبار بالمصادر عن الحدث، فجرى الخلاف فيه بخلاف أَنْتِ طَالِقٌ. انتهى.

(٢) في ز: و.

والثاني: المَنع، وهو الذي ذكره القَفَّال في «شرح التلخيص»؛ لأن الوارد في القرآن منهما الفعل دون الاسم، بخلاف الطلاق فقَدَّ قال - تعالى -: ﴿وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبِّصْنَ﴾ [البقرة: ٢٢٨].

ويجزيء في قوله: أنتِ الفِرَاقُ وأنتِ السَّرَاحُ ما ذكرنا في قوله: أنتِ الطَّلَاقُ من الوجهين.

ولو قال: عنيت بقولي: أنتِ طالقٍ إطلاقها من الوثاق، فقد مرَّ أنه لا يُقبَل في الظاهر، ويدين، وعن مالك أنه يُقبَل في حال الرِّضا دون حال الغضب، ولو قال في لفظ الفِرَاق: عَنيت المفارقة: في المنزل، وفي لفظ التسريح إلى منزل أهلها، فكذلك يدين، ولا يُقبَل في الظاهر وكذا لو قال: أردتُ خطاب غيرها، فسَبَق لساني إليها.

ولو صرَّح بذلك فقال: أنتِ طالقٌ من الوثاق أو سرَّختك إلى موضع كذا، أو فارتكت في المنزل خرج عن كونه صريحاً، وصار كناية قال في «التتمة»: وهذا في ظاهر الحُكْم، وأمَّا فيما بينه وبين الله تعالى، فإنَّما لا يقع الطلاق إذا كان على عزم أن يأتي بهذه الزيادة، من أول كلامه، فأما إذا قال: أنتِ طالقٌ، ثم بدا له فوصل به هذه الزيادة فالطلاق واقع به في الباطن، ولو لم يكن في عزمه في الابتداء، ثم عرَّض على هذه الزيادة في أثناء الكلام، فوجهان سيأتي نظيرهما في «الاستثناء» وغيره، وكذلك مَوْضِع التدين فيما إذا لم يتلفظ بالزيادة، وقال نَوَيْتُها، إذا كان ناوياً من الابتداء دون ما أحدثت إليه بعد تمام الكلام، وإن حَدَث في أثناءه فعلى الوجهين.

وقوله في الكتاب: «إنَّ الصريح لفظ الطلاق وكذا السَّرَاحُ والفِرَاقُ» وقد يظن أن قوله: «وَكَذَا السَّرَاحُ والفِرَاقُ» معطوف على قوله: «أنَّ الصريح لفظ الطلاق» لكن قولنا: «الصريح لفظ الطلاق» جملة تفهم الحصر فإذا عطف عليها قوله «وَكَذَا السَّرَاحُ والفِرَاقُ» كانت هذه جملة حاضرة أيضاً وحينئذٍ فتنافي كل واحدة صاحبها فإذا ن قوله: «السَّرَاحُ والفِرَاقُ» معطوف على قوله: «لفظ الطلاق» وخذَّه لا على قوله: «الصريح لفظ الطلاق» وكأنه قال: الصريح لفظ الطلاق والسَّرَاحُ والفِرَاقُ، وهو ما اشتهر في كلام الأصحاب أن صرائح الطلاق ثلاثة وقضية هذا الحصر أن لا يكون الخُلَعُ صريحاً في الطلاق، وفيه خلاف قد يقدِّم<sup>(١)</sup>، وألا يكون قوله: «حَلالُ اللَّهِ عَلَيَّ حَرَامٌ صريحاً» وفيه خلاف سيأتي.

وقوله «أنتِ مطلقةٌ» يجوز إعلامه بالحاء والواو؛ لما سبق، وقوله «دُونِ المُشْتَقِّ مِنَ الإِطْلَاقِ» بالواو، وقوله: «لَيْسَ بِصريحٍ» بالحاء والميم، ما يجوز أن يُعاد على قوله «صريحان» الحاء والميم الموضوعان على قَوْلِهِ، وكذا الفِرَاقُ والسَّرَاحُ.

(١) قال في الخادم: ما أورد على الحصر مردود، أما الخلع فإن مأخذ صراحته ذكر المال ولو خلا عنه فليس بصريح على المذهب والمعقود له الباب، إنما هو الطلاق الخالي عن العوض.

فَرَعُ: قَوْلُهُ: «أَوْعَتْ عَلَيْكَ طَلَاقي» صَرِيحٌ، قاله القاضي الرُّوياني، وأمَّا قوله «معنى الطلاق» إلى قوله: «فيه وجهان» فيه مسألتان:

إحدهما: ذَكَرَ الأصحاب أن ترجمة قول القائل: أَنْتِ طَالِقٌ بالعجمية توهشته<sup>(١)</sup> وقال الإمام وصاحب الكتاب: ترجمة قوله: (طلقتك دست ما راداشتيم)<sup>(٢)</sup> فالمناسب لما قيل في ترجمة قوله: أَنْتِ طَالِقٌ: أن يقال ترجمته: (بهشتم مرا أو مرا بهشتم)<sup>(٣)</sup> وكذا ذَكَرَهُ القاضي الرُّوياني، ولم يشترطوا في الترجمة أن يقول (هشته أو بهشتم أرزني)<sup>(٤)</sup> كما لم يشترط في العربية أن يقول: من نكاحي أو من النكاح، ومعنى قوله: «سَرَّخْتُكَ» (كسيل كردم مرا)<sup>(٥)</sup> وقوله: «فَارَقْتُكَ» (أزتوجد الشتم)<sup>(٦)</sup>.

إذا عرف ذلك، ففي ترجمة لَفْظِ الطَّلَاقِ بالعجمية وسائر اللغات وجهاً ولم يورد أكثرهم غيره: أنها صريحة؛ لكثرة استعمالها في معناها عند أهل تلك اللغات شهرة العربية عند أهلها.

والثاني: وَيُنَسَّبُ إلى الإصطخري: أنها لَيْسَتْ صريحة<sup>(٨)</sup>، لأن اللفظة العربية هي الواردة في القرآن والمتكررة على لسان جملة الشرع، ويكن أن يُقال: إنها الشائعة في جميع اللغات، ولم يتعرضوا لها هنا للفرق بين أن يُقَدَّرَ على العربية أو يُقَدَّرَ كما فَعَلُوا في النُّكاح، وعن القاضي الحُسَيْنِ وجه فارق بين أن يقول (توهشته أي)<sup>(٩)</sup> فيجعل صريحاً، بين أن يَقُولَ (دست ما ردا شتم)<sup>(١٠)</sup> فلا يكون صريحاً وأنكره الإمام، وقال: لا يَكُونُ هذا المعنى قوله: طَلَّقْتُكَ، فليكن صريحاً كقوله «توحشته» أي الذي هو معنى: أَنْتِ طَالِقٌ، ويشبه أن يُقال إنه ليس معنى قوله: طَلَّقْتُكَ، كما أشرنا إليه، وأن معناه وهو (وابهشيم)<sup>(١١)</sup> صريحٌ، ثم في العُدَّة وجه: أن هذا إنما يكون صريحاً، إذا قال معه

- (١) كلمة فارسية بمعنى: أَنْتِ طَالِقٌ.
- (٢) جملة فارسية بمعنى: نفضت يدي منك.
- (٣) جملة فارسية بمعنى: خلصتني أو خليتني.
- (٤) جملة فارسية بمعنى: طالق أو طلقتك.
- (٥) يعني: غير لائقة.
- (٦) جملة فارسية بمعنى: تخليت عني كاملاً أو فارقتي كاملاً.
- (٧) جملة فارسية بمعنى: انفصلت عنك.
- (٨) اقتصاراً في الصريح على العربي لوروده في القرآن وتكرره على لسان حملة الشرع.
- (٩) جملة فارسية بمعنى: أَنْتِ طَالِقٌ.
- (١٠) جملة فارسية بمعنى: إنك كنت في عصمتنا.
- (١١) يعني: طلقتك.

(ارزني)<sup>(١)</sup>، والظاهر أنه لا حاجة إليه، ومن قال به، فليقل بمثله في توهشته، ولو قال توهشته، قال إسماعيل بن أبي القاسم البوشنجي: هو (وازان قول القائل)<sup>(٢)</sup> (توطلاق) قال: وقد نقل شيخني عن القاضي أنه كان يقول: قوله بوطلاق لم يكن صريحاً بمزوء الرُود، ثم صار صريحاً، ولك أن تقول قوله (توهشته أي وازان قول القائل توطالق وازان قوله توطالق)<sup>(٣)</sup> ثم الأضل في (توطالق وتوطلاق توطالقي، وتوطالقي)<sup>(٤)</sup> فإن اطرده عرف قوم بحذف الياء وفهموا من «بودانا» ما يفهمون من «بوداناي» كان ذلك صريحاً فيما بينهم، ثم يجيء في قوله: توطلاق وتوطالقي الخلاف المذكور في قوله: أنتِ الطلاق، وأما ترجمة السَّرَاحِ والفِرَاقِ ففيهما الوجهان المذكوران في ترجمة الطَّلَاقِ، ولكن بالترتيب، وهي أولى بالأ لا تجعل<sup>(٥)</sup> صريحة؛ لأن ترجمتها بعيدة عن الاستعمال في الطلاق.

قال الإمام - رحمه الله - وهذا أظهر، وبه أجاب القاضي الروياني في «الحلية».

ولو قال: بطلاق (زن من)<sup>(٦)</sup> فهو صريح، حكى ذلك عن القائل وغيره.

ولو قال لامرأته في حال الغضب: (يك طلاق وروطلاق)<sup>(٧)</sup>، وسكت، لا يقع

الطلاق.

ولو قال: (يك طلاق مراء)<sup>(٨)</sup>، أو قال (وراسه: طلاق)<sup>(٩)</sup> يقع، ذكره القاضي

الحسين في «الفتاوى»، وهو قريب من قوله: لك طلقة، وقد نقلنا أنه صريح.

وقال إسماعيل البوشنجي: لا أرى هذا طلاقاً واقعاً؛ لأنه لم يتضمن إيقاعاً،

وقول القائل: لك هذا الثوب، يحتمل الإخبار عن الملك، ويحتمل الهبة، وروي ما رآه

عن محمد الماخوني، والأول عن أبي المظفر السمعاني، وروي عن سعيد الأسترآبادي:

أنه لا يقع، وإن نوى.

ولو قالت له امرأته: (دست از من بدار)<sup>(١٠)</sup> فقال: (بداشتم)<sup>(١١)</sup>، فقالت: (نه

(١) يعني غير لائقة.

(٢) يعني: وفي ذلك قول القائل.

(٣) يعني: أنتِ طالق.

(٤) يعني: أنتِ طالق ومن ذلك قول القائل: أنتِ طالق.

(٥) يعني: أنتِ طالق، وأنتِ الطلاق هو أنك مطلقة وأنتِ مفارقة.

(٦) وجزم به ابن المقرئ في روضه للاختلاف في صراحتها بالعربية فضعفا بالترجمة.

(٧) جملة فارسية بمعنى: طلاق زوجتي أو امرأتي.

(٨) جملة فارسية بمعنى: طلقة واحدة وطلقتين.

(٩) جملة فارسية بمعنى: أنتِ مني طالق مرة واحدة.

(١٠) يعني: أنتِ مني طالق ثلاثاً.

(١١) جملة فارسية بمعنى: ارفع يديك عني، يعني: خلصني.

طَلَّاقٌ<sup>(١)</sup> فقال: يشبه طلاق، وقال القاضي الحُسَيْن: يَقَع ثلاث طلاقات؛ لأنَّ كلامه يترتَّب على كلامها.

ولو قال: (طلاق نها دم تورا)<sup>(٢)</sup> فعن أبي العبَّاس الروياني: أنَّه يكون صريحاً في إيقاع الطَّلَاق عليه، قال: وقيل: هو كما لو قال: وضعتُ عليكِ الطلاق، وفي كونه صريحاً وجهان والله أعلم.

وقوله في الكتاب «صريحٌ على الأصحَّ»، يجوز إعلامه بالحاء؛ لأنَّه روي عن أبي حنيفة - رحمه الله - أن قوله: (توهشته اي)<sup>(٣)</sup> أي إنما يكون طلاقاً إذا نوى وفي تصريحه، بالأصح من الخلاف في قوله: توهشته (وإرسال الخلاف) بصراحة في قوله (دست ما رادا شتم)<sup>(٤)</sup>، ما يشير إلى قوله توهشته أي أولى بالصراحة، على ما حكينا على القاضي - رحمه الله -.

المسألة الثانية: إذا اشتهر لفظة في الطلاق سوى الألفاظ الثلاثة الصريحة؛ كقول القائل: حلالُ اللهِ عليَّ حَرَامٌ، أو أنتِ عليَّ حَرَامٌ أو الحلال أو الحل عليَّ حرام، فهل يلتحق بالصريح<sup>(٥)</sup>؟ فيه وجوه:

أظهرها: وهو المذكور في «التهذيب» وعليه تنطبق فتاوى القُفَّال، والقاضي الحُسَيْن والمتأخرين، نعم؛ لغلبة الاستعمال وحصول التفاهم.

والثاني: لا، ورجَّحه صاحب «التتمة» ووجَّهه بأن الصرائح تُؤخَذ من ورود القرآن بها، وتكرُّرها على لسان حَمَلَة الشريعة، وإلا فلا فَرْق إذا نَظَرْنَا إلى مُجَرَّد اللغة والاستعمال بين الفراق والبيونة.

والثالث: حكى الإمام عن القُفَّال أنَّه إن نوى شيئاً آخر من طَعَام وغيره، فلا طَلَّاق، وإذا ادَّعاه صُدِّق، وإن لم ينو شيئاً آخر، فإن كان فقيهاً يَعْلَم أن الكناية لا تَعْمَل إلا بالنية، لم يقع طلاق، وإن كان عامياً، سألتناه عما يفهم منه إذا سمعه من غيره، فإن قال: يسبق إلى فهمي منه الطلاق، حَمَلْنَا قَوْلَهُ على ما يفهمه من غيره، قال: وهذه قريبة متوسطة بين الصريح والكناية، ولم ينقل صاحب «التتمة» عن القُفَّال هذا الفضل الآخر، بلُ حكي عنه: أنه إن نوى غير الزوجة فذاك، وإلا حَكَمْنَا بوقوع الطلاق

(١) يعني: خلصتك. (٢) جملة فارسية بمعنى: إنه ليس طلاقاً.

(٣) جملة فارسية بمعنى: أوقعت عليك الطلاق.

(٤) أنتِ مفارقة أو أنتِ طالق. (٥) جملة فارسية بمعنى: نفضنا يدنا عنك.

(٦) في ز: بالصرائح.



للْعُزْفِ<sup>(١)</sup>؛ ألا ترى أن العادة ألا يحلف بهذه اللفظة من لا زوجة له، وفي «فتاوى القاضي الحُسَيْن»، أنه لو كان تحته امرأتان، فقال حلال الله عليّ حراماً، إن خِطْتُ في هذه الدار، فخطأ يقع على كل واحدةٍ منهما طلقة، ويوافقه ما ذكر الشيخ الحُسَيْن في فتاويه: أنه إذا قال: حلال الله عليّ حرام ولهُ أربع زوجات يطلقن جميعاً إلا أن يريد بعضهنّ لكن ذكر بعد ذلك أنه لو قال: إن فَعَلْتُ كذا، فحلال الله عليّ حراماً، وله امرأتان، ففَعَلَ ذلك الفعل، تطلّق واحدةٍ منهما؛ لأنه اليقين ويؤمر بالتعيين، قال: ويحتمل غيره، فحصل تردّد<sup>(٢)</sup>.

وعن القُفَال أنه لو قال: (حلال جدای درکردن من حرام)<sup>(٣)</sup> (كه فلان كانى بكنم)<sup>(٤)</sup> لم يكن شيئاً إلا أن يقول (مر کردن من حرام)<sup>(٥)</sup> فقيل له: أليس لو قال (فلان رادرکردن من هر كرادارم)<sup>(٦)</sup> يكون إقراراً فقال الإقرار لا يُشبهه هذا، ويمكن أن يكون السبب في ذلك أن صلة الحرمة عليّ، فقال: حرم عليه كذا، وفي الإقرار كما يقال لفلانٍ عليّ كذا، يقال: له في ذمتي كذا.

فَنَزَع: يقع في لسان أهل العُزْف (هرجه ير نان حلا لست يرمن حرام ولى حس بكنم)<sup>(٧)</sup> ويُشبهه ألا يجعل هذا، كقول القائل: حلالُ الله عليّ حرام؛ لأنه لا يشتهر في

(١) قال النووي: الأرجح الذي قطع به العراقيون والمتقدمون، أنه كناية مطلقاً.

(٢) قال النووي في زيادته: الظاهر المختار الجاري على القواعد، أنه إذا لم ينوهما، لا تطلق إلا إحداهما، أو إحداهن، لأن الاسم يصدق عليه، فلا يلزمه زيادة، وقد صرح بهذا جماعة من المتأخرين، وهذا إذا نوى ب: حلال الله عليّ الطلاق وجعلناه صريحاً فيه والله أعلم. قلنا: قال في المهمات: سبقه إلى هذا الترجيح ابن الصلاح في فتاويه.

وقال الشيخ البلقيني: وفي العتق لو التزم العتق وله عبيد، لم يلزم عتق الكل قطعاً ولا يجري هذا الخلاف الذي حكاه المصنف وظهر لي في الفرق بينهما أن العتق لا انحصار له فيما يملكه الشخص حالة الحلف بدليل أنه لو ملك عبداً بعد الحلف، جاز له أن يعينه للعتق، وكذا يجوز التزام العتق وأن يملك شيئاً بخلاف الطلاق فإنه محصور فيما يملكه الشخص، فأمكن القول بوقوع الطلاق على رأي. انتهى.

قال الشيخ ولي الدين العراقي: هذا الذي ذكره الشيخ رحمه الله محله في الالتزام بالنذر وفي الحلف بالله صح، أما تعليق العتق على صفة فهو كتعليق الطلاق من غير فرق. انتهى. ومراده تعليق العتق الحلف من عبده أو عبيده أو مما يملكه، فهذا كتعليق الطلاق بخلاف من لا يملك رقيقاً إذا حلف بالعتق.

(٣) جملة فارسية بمعنى: الانفصال من عملي هذا، فإنه حرام.

(٤) يعني: لأن فلاناً يفعل ما أفعل. (٥) جملة فارسية بمعنى: إن عملي حرام.

(٦) جملة فارسية بمعنى: إن فلاناً يقع عليه كل ما أنا عليه.

(٧) جملة فارسية بمعنى: كل ما هو حلال على المسلمين، فهو عليّ حرام. إلا أنني أشعر به (ولي حس بكنم).

الطلاق اشتها تلك اللفظة، وربما أتى بها من الزوجة، فإن اشتهر في بقعة في الطلاق فلا فرق.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: (أما الكِنَايَةُ): فِيهِ كُلُّ لَفْظٍ مُخْتَمَلٍ كَقَوْلِهِ: أَنْتِ خَلِيَّةٌ وَبَرِيَّةٌ وَبَائِنَةٌ وَبَنَلَةٌ وَأَعْتَدِي وَأَسْتَبْرِي رَحِمَكَ وَالْحَقِي بِأَهْلِكَ، وَحَبْلُكَ عَلَى غَارِبِكَ وَلَا أَنْدَهُ سَرْبِكَ وَأَعْرُوبِي وَأَذْهَبِي وَأَخْرُجِي وَمَا أَشْبَهَهُ، وَأَخْفَى مِنْهُ قَوْلُهُ تَجَرَّعِي أَي: كَأَسَ الْفِرَاقِ وَذُوقِي وَتَزَوَّدِي، أَمَا قَوْلُهُ: أَشْرَبِي فِيهِ خِلَافٌ، وَقَوْلُهُ: كُلِّي أَبْعُدْ مِنْهُ، وَتَرَدَّدُوا فِي قَوْلِهِ: أَغْنَاكَ اللَّهُ، أَمَا الَّذِي لَا يُخْتَمَلُ كَقَوْلِهِ: أَقْعِدِي وَأَعْرُوبِي.

قال الرَّافِعِيُّ: القسم الثاني: الكنايات، وكما يقع الطلاق بالصريح، يقع بالكناية مع النية بالإجماع<sup>(١)</sup>، وقد رُوِيَ أن رجلاً على عهد عمر - رضي الله عنه - قال لامرته حَبْلُكَ عَلَى غَارِبِكَ، فلقية عمر - رضي الله عنه فقال: أَنْشُدْكَ رَبَّ هَذَا الْبَيْتِ: هل أَرَدْتُ بِقَوْلِكَ «حَبْلُكَ عَلَى غَارِبِكَ» الطَّلَاقَ؟ فقال الرجل: أَرَدْتُ الْفِرَاقَ، فقال: هو ما أَرَدْتُ.

والكنايات على كثرتها وخروجها عن الحَضْر تنقسم إلى: جليَّة، هي التي يكثر استعمالها في القرآن، وتقوي دلالتها عليه، وإلى: خفية؛ وهي التي تنحط مرتبتها من الوجهين، أمَّا الجليَّة: ففي تعليق الشيخ أبي حامد؛ حصرها في ستَّة ألفاظ، وهي؛ أنت خَلِيَّةٌ<sup>(٢)</sup> وبريَّة،<sup>(٣)</sup> وبئنة<sup>(٤)</sup> وبئلة<sup>(٥)</sup> وبائِن<sup>(٦)</sup> وحرام، وأضاف إليها أبو الفرج السرخسي أربعة أخرى، وهي؛ أنت حُرَّة، وأنت واحدة، واعتدي، واستبرئي رَحِمَكَ، وحصرها في هذه العشرة، وكلام الإمام وصاحب الكتاب يقارب الأول، وعد الحرام من الكنايات جواب على أنه لا يلتحق بالصرائح، أو فرض في البقاع التي لم يشتهر اللفظ فيها، والبئَل: القَطْع، كالبئْت، وهما مصدران، وأما الخفية كقوله: اعتدي، واستبرئي رَحِمَكَ، على طريقة الشيخ أبي حامد، أي طلقتك فاعتدي، وكقوله: الْحَقِي بِأَهْلِكَ<sup>(٧)</sup>،

(١) عن المطلب أنه لا يقع طلاق السكران بالكناية إذا نوى ونوزع في ذلك لأنه إن تصور منه النية فكيف لا يقع طلاقه.

(٢) أي خالية مني.

(٣) بهمز أي منفصلة.

(٤) بمشنة قبل آخره، أي مقطوعة الوصلة مأخوذة من البت وهو القطع وتبكيها جوزة الفراء، والأصح مذهب سيويه أنه لا يستعمل إلا معرفاً باللام.

(٥) أي متروكة النكاح، ومنه قوله ﷺ: نهى عن البئَل.

(٦) من البين وهو الفراق، وبائِن هو اللغة الفصحى والقليل بئانة.

(٧) بكسر الهمزة وفتح الحاء، وقيل بالعكس وجعله المطرزي خطأ، أي لا في طلقتك سواء كان لها أهل أم لا.

وحَبْلُكَ عَلَى غَارِبِكَ، والغارب ما تقدم من الظهر وارتفع من العُنُق، ويقال؛ هو أعلى السَّام، وهما متقاربان، أي خليت سبيلك، وأصله في الناقة يُلْقَى خَطامها على غَارِبها؛ لترعى كيف تشاء.

وقوله لا أُنْده سَرَبك ونده الإبل زجرها، والسرب الإبل وما يرعى من المال، أي فارتقتك، فلا أهتمُّ بشأنك.

وقوله: اغْرَبِي واعرْضِي، يقال: عَزَبَ عَنِّي أي غاب يَعْزُبُ تباعداً، وقوله: اخْرُجِي، واذْهَبِي، وسَافِرِي، وتَجَبِّي، وتَجَرَّدِي، وتَقَنَّبِي، وتَسْتَرِي، وَالزَّيْمِي الطَّرِيقُ، وبينني وأبعدي، وودعيني، ودعيني، وبرئت منك، ولا حاجة لي فيك، وهو استعارة وتجرعي، ودؤقي أي مرارته، وتزودي أي تعبتي، استعدي للذهاب واللحوق بأهلك، فقد طَلَّقْتُكَ، وقد تنازع في «أن تزودي» لأنه أخفى ممَّا تقدَّم من الألفاظ، وفي قوله اشربي، وجهان عن أبي إسحاق، ويُرْوَى عن أبي حنيفة أنه ليس بكناية، ليعد استعماله في الطلاق، وعن ابن القاص، وهو الأظهر أنه كناية أي شراب الفراق، ويُرْوَى هنا<sup>(١)</sup> عن النُّص، والأظهر أن كلي في معناه، وعن الشيخ أبي محمد: القَطْع بأنه ليس بكناية، لأنه أبعَدُ عن الاستعمال في هذا السياق، وفي قوله: أغناك الله تعالى وجهان عن صاحب التلخيص؛ أنه كناية، لأنَّ التفرُّق سبب الغناء، على ما قال - تعالى -: ﴿إِنْ يَتَفَرَّقَا يَغْنِ اللَّهُ كِلَا مِنْ سَعْيِهِ﴾ [النساء: ١٣٠] فيجوز أن يعبر بأحدهما عن الآخر، وأقربهما على ما ذكره الإمام المَنَع، كما لو قال: بارك الله فيك أو دعا بدعوة أخرى.

وفي قوله «قومي» وجهان أيضاً:

أصحهما: عند القاضي الروياني وغيره، أنه ليس بكناية؛ لأنه لا يشعر بالمفارقة، والمذكور منهما في «التهذيب» أنه كناية، كأنه يشير إلى الانتهاض، والانتفال.

وأما الألفاظ التي لا دلالة لها على الطلاق، ولا تحتمله إلا على تأويل متعسف، فلا أثر لها؛ فلا يقع بها الطلاق، وإن نوى ذلك، كقوله: «بارك الله فيك، وأحسن الله جزاءك» وما أحسن وجهك وتعالى، وأقربني واغزلي، واسقيني، وأطعميني، وزوديني، وما أشبهها وعند صاحب «التهذيب» وصاحب الكتاب وغيرهما قوله: اقعدي، من هذا القبيل.

وذكر الروياني في «الحلية» أنه أصح الوجهين، وحكى في «التجربة»<sup>(٢)</sup> عن أبيه أنه كناية، لأنه قد يريد القعود عن خدمة الزوج؛ بسبب الفراق، وأيضاً فقد يريد القعود للعدة.

وقال القاضي أبو الطيب: قال الماسرجسي: في القلب من قوله: زوديني شبهة؛

(٢) في ب: التجزئة.

(١) في ز: عن هذا.

لأنه يجوز، أن يكون إشارة إلى الطلاق من حيث إن الزاد يطلب للفراق، وكذلك حكى الحناطي وجهاً في قوله: «زوديني» وأحسن الله جزاءك وغيرهما: أنه إذا نوى، وقع الطلاق. وعن مالك أن كل لفظة نوى بها الطلاق، وقع الطلاق، وإن لم يكن فيها معنى الإزالة.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: وَقَوْلِهِ: أَنْتِ حُرَّةٌ وَمُعْتَقَةٌ كِنَايَةٌ فِي الطَّلَاقِ كَمَا أَنَّ قَوْلَهُ: أَنْتِ طَالِقٌ كِنَايَةٌ فِي الْعِتَاقِ (ح)، أَمَا لَفْظُ الظَّهَارِ وَالطَّلَاقِ كُلُّ وَاحِدٍ يَحْتَمِلُ الْآخَرَ وَلَكِنْ لَا يَكُونُ كِنَايَةً فِيهِ؛ لِأَنَّ تَنْفِيذَهُ صَرِيحاً مُمَكِّنٌ فِي مَوْضُوعِهِ، وَلَوْ قَالَ لِغَيْرِ الْمَدْخُولِ بِهَا: أَخْتَدِي وَنَوَى الطَّلَاقَ فِيهِ وَجْهَانِ، لِأَنَّهَا غَيْرُ مُتَعَرِّضَةٍ لِلْعِدَّةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَسْأَلَتَانِ:

إحدهما: لو قال لامرأته أنتِ حرّةٌ أو معتقّةٌ، أو أعتقتكِ، ونوى الطلاق، وقع الطلاق، وكذلك لو قال لعبده، طلقْتُك، ونوى العتق، يُعتق؛ لما بين الملكين من المناسبة والمشاركة يصلح كل واحد منهما كناية في الآخر وكما أن صريح كل واحد منهما كناية في الآخر، فكناياتهما مشتركة مؤثرة في العقدين جميعاً بالنية، نعم، لو قال لعبده اغتدّ أو استبرئ رجمك، ونوى العتق، لم ينفذ، لأن الاعتداد واستبراء الرجم مستحيل في حقه، فلا يصلح كناية على المقصود.

ولو قال ذلك لأمته، ونوى العتق، أو لزوجته قبل الدخول، ونوى الطلاق، فوجهان:

أحدهما: أنه لا تصلح للكناية؛ لأنها غير متعرضة للعدة.

وأظهرهما: الصحة لأن لهما محلّة العدة، واستبراء الرحم في الجملة، وذلك كافٍ في صحة الكناية.

وقال أبو حنيفة: صرائح الطلاق، وكناياته لا يكون كناية في العتق إلا قوله: لا سلطان لي عليك، ولا ملك لي عليك؛ فإنه سلم نفوذ الطلاق والعتق جميعاً بهما.

ولنا القياس على ما سلمه، والجامع أنّها ألفاظٌ تزيل ملك النكاح.

الثانية: الطلاق ليس بكناية في الظهار، ولا الظهار في الطلاق، وإن كان كل واحد منهما محتملاً للآخر؛ لِمَا يَشْتَرِكَانِ فِيهِ مِنْ إِفَادَةِ التَّحْرِيمِ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ أَمَكْنُ تَنْفِيذِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي مَوْضُوعِهِ الَّذِي هُوَ أَصْلُ فِيهِ، فَلَا يُغَدَّلُ عَنْهُ إِلَى مَا هُوَ فَرْعٌ وَمُسْتَعَارٌ فِيهِ، وَلَا سَبِيلٌ إِلَى الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا، لِأَنَّ الْمَعْنِيَيْنِ اللَّذَيْنِ يَصْلُحُ اللَّفْظُ لِهَاجِئِهِمَا الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا كَمَا فِي الْأَسْمَاءِ الْمَشْتَرَكَةِ، بَلْ تَارَةً يَسْتَعْمَلُ لِهَذَا، وَتَارَةً يُسْتَعْمَلُ إِلَى ذَلِكَ، وَإِنَّمَا الَّذِي

يتناول الآحاد، ويجمع بينهما هو اللفظ العامُ هذا في حقِّ المنكوحَة أمَّا لو قال لأمته :  
أَنْتِ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي، ونوى العِتق، فالظاهر أنه ينفذ العتق، لأنه لا نفاذ للظهار، [كما  
لا نفاذ للطلاق] وكُلُّ واحدٍ منها يصلح كنايةً عن العتق .

وفيه وجه آخر: أنه لا يصلح كنايةً في العتق؛ لأنه لا يزيل المِلْك، بخلاف لفظ  
الطلاق واعلم أن المسألة الثانية، وإن كانت مقصودة بالذَّكر، فإنما ذَكَرَها في هذا  
الموضع، لأنها قد تورد إشكالاً على قولنا إن الطلاق والعِتق لكُلِّ واحدٍ منهما إشعارٌ  
بالآخر، فيصلحُ كنايةً عنه والفرق ما تبين .

وقوله في الكتاب «كَمَا أَنَّ قَوْلَهُ أَنْتِ طَالِقٌ كِنَايَةٌ فِي الْعِتَاقِ» يجوزُ إعلامه بالحاء  
مع الألف، لأن أحمد - رحمه الله - قال في إحدى الروايتين، بمثل قول أبي حنيفة .

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ قَالَ - لِرُؤُوسِهِ: أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ، فَإِنْ نَوَى الظُّهَارَ أَوْ الطَّلَاقَ كَانَ  
كَمَا نَوَى، وَلَوْ نَوَى التَّخْرِيمَ حُرِّمَتْ وَلَزِمَتْهُ كَفَّارَةٌ، وَلَوْ أَطْلَقَ فَلَاظْهَرُ أَنَّهُ يُوجِبُ  
الْكَفَّارَةَ، وَقِيلَ: إِنَّهُ يُلْفَعُ لِتَعَارُضِ الْاِحْتِمَالِ، وَقِيلَ: هُوَ صَرِيحٌ فِي التَّخْرِيمِ فِي مِلْكِ  
الْيَمِينِ وَيُلْفَعُ فِي النِّكَاحِ مِنْ غَيْرِ نِيَّةٍ .

قال الرَّافِعِيُّ: هذه المسألة كثرَ فيها الخِلافُ بين الصحابة - رضي الله عنهم - فمن  
بغدهم . وصورتها: أن يقول لامرأته: أنت علي حرام أو محرمة أو حرمتك، والحكم  
فيها على التفصيل عندنا، فإن نوى بقوله الطلاق، فهو طلاق؛ لأن الطلاق سببٌ تحريم  
به البراءة، فيصح أن يكنى: بالحرام عنه، ثم هذا الطلاق يكون رجعيًا، فإن نوى عددًا،  
فهو على ما نوى، كما في سائر الكنايات .

وحكى أبو عبد الله الحناطي وجهًا: أنه لا يكونُ طلاقًا، إذا فرَّعنا على أنه صريح  
في اقتضاء الكفارة، على ما ستعرفه على الأثر، وهذا وإن كان غريبًا، ففيه وفاء بالأصل  
الذي سبق غير مرة أن اللفظ الصريح إذا وجد نفاذًا في<sup>(١)</sup> موضوعه لا ينصرف إلى غيره  
بالنية، ويحصل به الاستغناء عن العدد المذكور في أول «الخُلْع» عند التزام هذه  
المسألة، وإن نوى الظهار، كان ظهاراً لأن الظهار إنما يقتضي التحريم إلى أن يكفر،  
فجاز أن يكنى عنه بالحرام، وإن نواهما، فلا يشبتان<sup>(٢)</sup> جميعاً؛ لأن الطلاق يزيل  
النكاح، والظهار يستدعي بقاءه، ثم فيه أوجه:

قال ابن الحداد، وأكثر الأصحاب يخيّرُ فما اختاره ثبت .

وقال بغضهم: يكونُ طلاقًا؛ لأنه أقوى من حيث إنه يزيل المِلْك .

(٢) في ب: يبينان .

(١) في ب: يقاد إلى .

والثالث: ذكّره في «التهذيب» أنه يكون ظهاراً؛ لأن الأصل بقاء النكاح، هذا إذا نواهما معاً، فإن نوى أحدهما قيل الآخر، فعن ابن الحدّاد؛ أنه إن أراد الظهار ثم أراد الطلاق صحّاً جميعاً، وإن أراد الطلاق أولاً فإن كان بائناً، فلا معنى للظهار بغده، وإن كان رجعيّاً، وكان الظهار موقوفاً فإن راجعها فهو صحيح والرجعة، عود، وإلا فهو لغو<sup>(١)</sup>.

قال الشيخ أبو علي: وهذا فاسدٌ عندي؛ لأن اللفظ الواحد إذا لم يجز أن يراد به التصرفان، فلا يفترق [في] الحكم بين أن يريدتهما معاً أو يريد هذا ثم يريد هذا، وأيضاً، فإنه إذا نواهما على التعاقب كانت كل واحدة من النيتين مقارنة لبعض اللفظ، لا لجميعه، وفي ذلك خلافٌ سيأتي.

قال: وموضع هذا النظر والتفصيل ما إذا قال: أنت عليّ حرامٌ كظهر أمي، يجمع بين اللفظين، وهذه الصورة بتفصيلها مذكورة في الكتاب في «باب الظهار»، وإن نوى تخريم عينيها أو فرجها أو وطئها، [لم تحرم] <sup>(٢)</sup> عليه؛ روي أن رجلاً أتى إلى ابن عباس - رضي الله عنهما - فقال: [إني جعلتُ امرأتي عليّ حراماً] فقال: كذبتِ ليستِ عليكِ حرام، ثم تلا قوله - تعالى -: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ﴾ <sup>(٣)</sup> [التحريم: ١] يلزمه كفارة يمين؛ لأنه لو خاطب أمته بذلك، لزمته الكفارة، وفيه نزل قوله تعالى، لما حرّم النبي - ﷺ - مارية على نفسه: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ﴾ [التحريم: ١] الآية إلى أن قال: ﴿قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ﴾ [التحريم: ٢] وذلك أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أتى منزلاً حفصة - رضي الله عنها - ولم يجدها وكانت قد خرجت إلى بيت أبيها - رضي الله عنه - فدعا أمته مارية إليه فأتته حفصة، وعرفت الحال فغضبت، وقالت: يا رسول الله في بيتي، وفي يومي، وعلى فراشي، فقال النبي - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - يَسْتَرِضِيهَا: [إني أسيرُ إليك سراً فاكتميه، هي عليّ حرامٌ، ووردت الآيات] <sup>(٤)</sup>.

(١) قال الشيخ البلقيني: قوله كان الظهار موقوفاً ليس بصحيح وإنما هو صحيح ناجز، وقوله فإن راجعها فهو صحيح ممنوع فالصحة ثابتة قبل الرجعة، وقوله «والرجعة عود» يقال عليه الآن عندكم كما صح الظهار فلا يكون عائداً على مقتضى ما قلتم حتى يمضي زمان يتأتى فيه صحة الظهار يمكن أن يطلق فيه فلا يطلق وإلا فهو لغو ليس بصحيح بل هو صحيح قبل ذلك، ومقتضى كلامه الاستواء وهو ممتنع. قال الشيخ ولي الدين: لم يقل فيما إذا رجعها أنه صح الآن، ومعنى قوله فهو صحيح أي من الأول، وهذا ثمرة الوقف.

(٢) سقط في ز.

(٤) أخرجه سعيد بن منصور والبيهقي من طريقه، عن هشيم عن عبيدة عن إبراهيم، وعن جوير عن الضحاك: أن حفصة أم المؤمنين زارت أباه ذات يوم، وكان يومها، فلما جاء النبي ﷺ فلم يرها في المنزل، أرسل إلى أمته مارية القبطية، فأصاب منها في بيت حفصة، فجاءت حفصة على تلك الحال، فقالت: يا رسول الله أنفعل هذا في بيتي في يومي؟ قال: فإنها حرام عليّ لا تخبري بذلك أحداً، فانطلقت حفصة إلى عائشة فأخبرتها بذلك، فأنزل الله تعالى في كتابه: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ =

وقوله: ﴿قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ﴾ [التحريم: ١] أي قد أوجب عليكم كفارة أيمانكم، فعُرفَ بالقصة وجوبُ الكفارة في تحريم الأمة، وقاس الشافعي - رضي الله عنه - تحريم الزوجة عليه بأنه تحريمٌ من حين يحرمه، ثم الكفارة المتعلقة بقوله للزوجة: أنتِ عليّ حرامٌ مع نيّة التحريم، متى تلتزم عن رواية صاحب «التفريب» وأبي يعقوب الأبيوردي<sup>(١)</sup> وغيرهما وجه: أنّما تلتزم إذا أصابها، ويكون هذا اللفظ مع نيّة التحريم بمثابة الحلف على ترك الإصابة.

ولو حلف ألا يصيبها فإنما يلزمه الكفارة إذا أصاب، وقد يتبادر إلى الفهم من قوله تَحِلَّةُ أَيْمَانِكُمْ جَعَلَ هذا اللفظ يمينا، وربما اختجج له بأن الشافعي - رحمه الله - قال في «الإملاء» وإن نوى الإصابة قلنا: «أصبنت» وكفر أشعر ذلك بتعليق الكفارة بالإصابة؛ وعلى هذا الوجه، يصير موليا بقوله أنتِ عليّ حرامٌ؛ لوجوب الكفارة لو وطئها، ويكون بمثابة قوله: واللّه لا أطؤك، والصحيح أن الكفارة تلزم في الحال؛ لأن الله - تعالى - فرض الكفارة من غير شرط الإصابة، والكفارة الواجبة مثل كفارة اليمين، وليست هي كفارة اليمين، وكيف يجعل قوله: أنتِ عليّ حرامٌ يمينا، ومعلوم أن اليمين إنّما تنعقد بالله تعالى أو بصفة من صفاته، وقول الشافعي: أصب وكفر، أراد به أن يبين أن الإصابة لا تحرم قبل التكفير، بخلاف الظهار، وإذا قلنا بالصحيح فلو قال: أردتُ بقولي: أنتِ عليّ حرامٌ الحلف على الامتناع من الوطء ففي قبوله وجهان حكاهما الإمام - رحمه الله -.

أحدهما: أنه يقبل ويثبت القسم، لأن موجب القسم عند الحنث يضاهي موجب التحريم.

وأظهرهما: المنع؛ لأن اليمين إنما ينعقد بذكر اسم معظم، والتحريم ليس صريحا فيه ولا كناية، وليس فيه إلا ذكر المُقسَم عليه، وعلى الأول تردّدا في أن

= لم تحرم ما أحل الله لك - إلى قوله - «وصالح المؤمنين» فأمر أن يكفر عن يمينه، ويراجع أمته، ورواه الدارقطني من حديث عمر ولفظه: دخل النبي ﷺ بأُم ولده مارية في بيت حفصة، فوجدته حفصة معها، ثم ساقه بنحوه، وقال في آخره: فذكرته لعائشة فألّى أن لا يدخل عليهن شهرا، وأصل هذا الحديث رواه النسائي والحاكم وصححه، من حديث أنس قال: كانت للنبي ﷺ أمة يطؤها فلم تزل به عائشة وحفصة حتى حرما علي نفسه، فأنزل الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تَحْرِمُ﴾. وروى أبو داود في المراسيل عن قتادة قال: كان رسول الله ﷺ في بيت حفصة، فدخلت فرأت معه فتاته، فقالت: في بيتي ويومي، فقال: اسكتي فوالله لا أقربها وهي عليّ حرام، وبمجموع هذه الطرق يبين أن للقصة أصلا، أحسب لا كما زعم القاضي عياض أن هذه القصة لم تأت من طريق صحيح، وغفل رحمه الله عن طريق النسائي التي سلفت فكفى بها صحة، والله الموفق.

(١) في ب: الأبيوردي.

التحريم هل يصير يميناً بالنية في غير الزوجات والإماء في المطاعم والملابس، أو يختص ذلك بالأبضاع<sup>(١)</sup>.

وإن أُطْلِقَ قوله: أنت علي حرام ولم ينو شيئاً، ففيه قولان منسوبان إلى «الإملاء»؛ لأنه ذَكَرَ هناك أن فيه كفارة يمين، ثم قال: ولو قال قائل: إنه لا شيء فيه كان مذهباً.

وأصح القولين: أنه تجب الكفارة وقوله: أنت علي حرام صريح في التزام الكفارة؛ لِمَا رُوِيَ عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أن النبي - ﷺ - حَرَّمَ مارية على نفسه، فنَزَلَ قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ﴾ [التحريم: ١] فأمر رسول الله - كل من حرم على نفسه ما كان حلالاً له أن يُعْتِقَ رَقَبَةً، أو يطعم عشرة مساكين، أو يَكْسُوهُمْ.

والثاني: أنه لا شيء عليه، وهذا اللفظ كناية في الكفارة<sup>(٢)</sup>، لأنه لو كان صريحاً في التزام الكفارة، لكان لا يصير كناية في الطلاق والظهار؛ لِمَا مرَّ أن اللفظ إذا وَجَدَ نفاذاً في موضوعه لا يُنْصَرَفُ بالنية إلى غيره، والناصرون للقول الأول اعتذروا عن هذا الالتزام من وجهين:

أحدهما: ما سبق في أول «كتاب الخلع».

والثاني: قال الشيخ أبو علي: الحرام وإن كان صريحاً في التزام الكفارة، فليس على طريق القطع؛ بل يَحْتَمِلُ الطَّلَاق وغيره؛ لأنه مجتهد فيه.

وذهب أبو بكر الصديق - رضي الله عنه وعائشة - رضي الله عنها - إلى أنه يمين وكفارته كفارة يمين وعمر - رضي الله عنه - إلى أنه صريح في طلقة رجعية، وعثمان - رضي الله عنه - إلى أنه ظهار، وعلي - رضي الله عنه - إلى أنه صريح في الطلقات الثلاث وبه قال زيد، وأبو هريرة - رضي الله عنهما - وذهب ابن مسعود - رضي الله عنه - إلى أنه ليس بيمين، وفيه كفارة يمين، كما هو أصحُّ قولي الشافعي في الطلاق [و]<sup>(٣)</sup> إنما يجعل الصريح في بابه على القطع كناية عن غيره؛ كالطلاق والظهار الصريحين في بابهما.

واعلم أن التفصيل الذي سقناه يستمرُّ فيمن قال: أنت علي حرام في البلاد التي لم يشتهر فيها لفظ الحرام في الطلاق، وفيمن قاله في البلاد التي اشتهر فيها بالطلاق إذا فرَّعنا على أن الشيوخ والاشتهار لا يلحقه بالصرائح، وأما إذا قلنا: إنه يصير صريحاً به،

(١) قال النووي: أصحها يختص.

(٢) في ز: والظهار بعد «الكفارة».

(٣) سقط في ز.



فقضية ما في «التهديب» أنه يتعين الطلاق، ولا يفصل وملخص ما ذكره الإمام على طوله أن ذلك لا يمنع صرفه بالنية إلى التحريم الموجب للكفارة، كما أنا وإن جعلناه صريحاً في الكفارة عند الإطلاق، يجوز صرفه بالنية إلى الطلاق وأنه إذا أطلق، وفرعنا على أنه صريح في الكفارة، ينبني على أن الصرائح تؤخذ من الشيوخ والاستفاضة فحسب، ومنه ومن ورود القرآن والشريعة به فإن قلنا بالأول، فلا يفرض له ازدحام، ويتعين الحمل على ما هو أغلب في الاستعمال، وإن قلنا بالثاني، فيثبت الطلاق، لقوته أو يتدافعان ويتعارض؛ فيه رأيان.

ولو قال لأمتي: أنت علي حرام أو حرمتك، فإن نوى به العتق، فهو عتق، وإن نوى به الطلاق أو الظهار، فلا مجال له في الأمة، فيلغو قال في «الشامل»: وعندني أن نية الظهار كنية التحريم؛ لأن معنى نية الظهار أن ينوي أنها كظهر أمه في التحريم، وهذا نية التحريم بصفة مؤكدة، وإن نوى تحريم عينها لم تحرم، وعليه كفارة يمين، كما ذكرنا في الزوجة، وإن أطلق ولم ينو فطريقان:

أصحهما: أنه على القولين المذكورين فيما إذا خاطب به زوجته.

والثاني: القَطْع بوجوب الكفارة؛ لأن [تحريم] الأمة هو الأضل في ورود الآية، ويحصل من الطرفين، إذا قيل: خاطب زوجته وأمتي، بقوله: أنت علي حرام، ولم ينو شيئاً، ثلاثة أقوال أو ثلاثة أوجه، كما في الكتاب:

أظهرها: الوجوب.

وثانيها: يلغو.

وثالثها: الفرق بين الزوجة والأمة.

ولو قال ذلك لأمتي التي هي أختي، ونوى تحريم عينها، أو لم ينو شيئاً، لم تلزمه الكفارة، لأنه صدق في وصفها، وإنما أوجب الشرع الكفارة إذا خالف حكمه، ووصف الحلال بالحرمة ولو كانت الأمة معتدة أو مرتدة أو مزوجة أو مجوسية، أو كانت الزوجة معتدة عن الشبهة، أو محرمة، فوجهان:

أحدهما: أن الجواب كذلك لأنها محرمة عليه في الحال.

والثاني: تجب الكفارة، لأنها محل الاستباحة بخلاف الأخت، وصار كما لو كانت حائضاً أو نفساء أو صائمة. وطرد الحناطي الخلاف في هؤلاء. والظاهر الأول، فإنها عوارض سريعة الزوال، ولو خاطب الرجعية به، لم يلزمه شيء.

فروع: قال هذا الثوب، أو العبد، أو الطعام حرام علي لم يلزمه شيء، ولو قال: هذا الثوب أو العبد أو الطعام حرام فليس فيه كفارة، وليست الأموال كالأبضاع؛

لاختصاصها بالحظر والاحتياط ولأن تأثرها بالتحريم أشد؛ ألا ترى أنه يؤثر فيها الظهار، ولا يؤثر في الأموال وعند أبي حنيفة وأحمد - رحمهما الله - : التحريم فيها يمين، وتتعلق به كفارة يمين، وكأنه حلف على أنه لا ينتفع بماله، فإذا انتفع، لزمته الكفارة. ولو قال: كل ما أملك حرام عليّ، وله زوجات وإماء، ونوى التحريم فيهن، أو أطلق وجعلناه صريحاً، فيكفيه كفارة واحدة أو يجب لكل واحدة كفارة، فيه طريقان:

أحدهما: - وبه قال أبو إسحاق - أنه على قولين كما لو ظاهر عن نسوة بكلمة واحدة.

والثاني: القَطْع بكفارة واحدة، كما لو حلف أن لا يكلم جماعة، فكلهم، والأصح الاكتفاء بكفارة واحدة.

وحكى الصيدلاني وغيره وجهاً أو قولاً آخر: أنه يجب للزوجات كفارة، وللإماء كفارة. وحكى الحناطي وجهاً ضعيفاً: أنه يكفر للمال أيضاً، وربما جاء على ضعفه فيما إذا وصّف المال وخدّه بالتحريم، ويجري القولان فيما إذا قال لأربع نسوة: أنتن عليّ حرام.

ولو قال: لامراته: أنت عليّ حرام، أنت عليّ حرام، ونوى التحريم، أو جعلناه صريحاً، فإن قالها في مجلس واحد، كفته كفارة واحدة، وإن اختلف المجلس، وأراد التأكيد فكذلك الجواب وإن أراد الاستئناف، فعليه لكل واحدة كفارة، وقيل: يكفي كفارة واحدة، وإن أطلق فعلى قولين كذلك، وشذ الحناطي.

وقوله في الكتاب «فإن نوى الطلاق أو الظهار كان كما نوى» يجوز إعلامه بالواو للوجه الغريب الذي حكيناه: أنه لو نوى الطلاق، لم يكن طلاقاً، إذا فرعنا على أنه صريح في اقتضاء الكفارة، ويجوز إعلام الظهار بالميم؛ لأن عن مالك فيما رواه ابن الصباغ - رحمهما الله - أن قوله: أنت عليّ حرام صريح في ثلاث طلاقات، كما هو مذهب عليّ - كرم الله وجهه - وإعلام الطلاق بالألف؛ لأن عند أحمد - رحمه الله - هو ظهار، كما هو مذهب عثمان - رضي الله عنه -، وقوله «ولو نوى التحريم حرمت» وكذلك يوجد في أكثر النسخ، والصواب «لم تحرم»، وكذلك نجد في النسخ الصحيحة، وذكر في «الوسيط» أنه إن نوى التحريم، كان يميناً، وهو أيضاً خلاف ما قاله الأصحاب - رحمهم الله - على طبقاتهم؛ فإنهم قالوا: إنه ليس بيمين، ولكن فيه كفارة يمين.

وقوله: «لزمته كفارة» أي كفارة يمين، وليعلم بالميم، والألف؛ لما عرفت من مذهبهما.

وقوله: «يوجب الكفارة» بالحاء والميم؛ أما الميم؛ فلما تبين، وأما الحاء؛ فلأن

عند أبي حنيفة - رحمه الله - قوله: أنت علي حرامٌ يمينٌ، وهو بمثابة قول القائل: واللّه لا أطوك حتى يكون إيلاءٌ في حق الزوجة، ويتعلق الكفارة فيه بالحنث، وإذا كان كذلك، لم يكن الإطلاق موجِباً للكفارة، ويجوز أن يعلم قوله: «يلغو» بالحاء والميم أيضاً، وقوله «لتعارض» يعني احتمال الظهار والطلاق وغيرهما، وقوله: «هُوَ صَرِيحٌ فِي الكَفَّارَةِ» وفي بعض النسخ «فِي التَّحْرِيمِ» أي في معنى التحريم الذي موجب الكفارة، والأول أوضح.

### فُرُوعٌ وَفَوَائِدُ:

الأول: لو قال: أنت حرامٌ ولم يقل «عليّ».

قال في «التهذيب»: هو كناية قولاً واحداً، ولو قال: أنت عليّ كالميتة، والدم، أو الخمر أو الخنزير، وقال: أردتُ الطلاق أو الظهار، فهو كما نوى، وإن قال أردتُ التحريم، فعليه الكفارة، وإن أطلقَ فظاهرُ النص: أنه كالحرام، على ذلك جرى الإمام، ثم قال: يجوز ألا تجعل هذه الألفاظ صرائح، وتخصيص الحرام بكونه صريحاً؛ لورود القرآن [به]<sup>(١)</sup>، والذي ذكره على سبيل الاحتمال، وهو الذي أورده صاحب «التهذيب» وغيره.

قال الحناطي: الخِلافُ عند الإطلاقِ ها هنا مرتبٌ على الإطلاق، في لفظ الحرام، وهذا أولى بأن لا يُجعلَ صريحاً وحكي قولاً ها هنا أنه لا تجب الكفارة، وإن أراد التَّحْرِيمَ.

قال الشيخ أبو حامد: ولو قال: أردتُ أنها حرامٌ عليّ فإن جعلناه صريحاً وجبت الكفارة، وإن جعلناه كنايةً لم تجب؛ لأنه لا يكون للكناية كناية، وتبعه على هذا جماعة، لكن لا يكاد يتحقق هذا التصوير؛ لأنه ينوي باللفظ معنى لفظ آخر لا صورة اللفظ، وإذا كان المثنوي المعنى، فلا فرق بين أن يقال: نوى التحريم وبين أن يقال: نوى: أنت عليّ حرامٌ، ولو قال: أردتُ أنها كالميتة في النفرة والاستقذار، قيل: ولم يلزمه شيء، ذكره أبو الفرج السرخسي.

الثاني: قال إسماعيل البوشنجي: إنما يقع الطلاق بقوله: أنت حرامٌ عليّ إذا نوى حقيقة الطلاق، وقصد إيقاعه بهذه اللفظة، أما إذا لم ينو، كذلك لم يقع وإن اعتقد قوله: أنت عليّ حرامٌ موقِعاً، وظن أنه قد وقع طلاقه، وحكي عن بعض أصحاب أبي حنيفة أنه يقع إذا ظنّه موقِعاً، وإن لم ينو الإيقاع، وأن الفقيه أبا الليث - رحمه الله - اختار ذلك.

(١) سقط في ز.

الثالث: قال الشيخ أبو نصر بن الصباغ: يَنْبَغِي أَلَا يَفْرُقَ بَيْنَ أَنْ يَقُولَ: أَرَدْتُ بِقَوْلِي: «أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ» التَّحْرِيمَ وَبَيْنَ أَنْ يَقُولَ: لَمْ أَنْوَ شَيْئاً؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ صَرِيحٌ فِي هَذَا الْمَعْنَى، فَلَا مَعْنَى لِاعْتِبَارِ النِّيَّةِ وَظَاهِرَ هَذَا طَرِيقَهُ جَازِمَةٌ، بِأَنَّ صُورَةَ الْإِطْلَاقِ حُكْمَهَا حُكْمُ مَا لَوْ قَصَدْتَ التَّحْرِيمَ.

الرابع: إِذَا قَالَ مَتَى قَلْتِ لِامْرَأَتِي: أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ، فَإِنِّي أُرِيدُ بِهِ الطَّلَاقَ، ثُمَّ قَالَ لَهَا بَعْدَ مَدَّةٍ: أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ، فَعَنِ أَبِي الْعَبَّاسِ الرَّوْيَانِيِّ بِأَنَّهُ يَحْتَمَلُ وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا: الْحَمْلُ عَلَى الطَّلَاقِ؛ لِكَلَامِهِ السَّابِقِ.

والثاني: أَنَّهُ كَمَا لَوْ ابْتَدَأَ بِهِ؛ لِاحْتِمَالِ أَنْ نِيَّتَهُ قَدْ تَغَيَّرَتْ<sup>(١)</sup>.

وَاعْلَمْ أَنَّهُ قَدْ تَكَرَّرَ فِي كَلَامِ الْأَصْحَابِ فِي الْمَسْأَلَةِ أَنْ قَوْلُهُ: «أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ» صَرِيحٌ فِي الْكُفَّارَةِ أَوْ التَّزَامِ الْكُفَّارَةِ أَوْ هُوَ كِنَايَةٌ، وَفِي الْحَقِيقَةِ لَيْسَ لَزُومَ الْكُفَّارَةِ أَوْ التَّزَامِهَا مَعْنَى اللَّفْظِ؛ حَتَّى يُقَالَ هُوَ صَرِيحٌ فِيهِ أَوْ كِنَايَةٌ، وَإِنَّمَا هُوَ حُكْمٌ رَتَبَهُ الشَّرْعُ عَلَى التَّلْفِظِ<sup>(٢)</sup> بِهَذِهِ اللَّفْظَةِ، وَاحْتَلَفُوا فِي أَنَّ هَذَا الْحُكْمَ، هَلْ يَتَوَقَّفُ حَتَّى يَنْوِيَ التَّحْرِيمَ أَوْ لَا يَتَوَقَّفُ؟ فَتَوَسَّعُوا بِإِطْلَاقِ لَفْظِ الصَّرِيحِ وَالْكِنَايَةِ.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَالنِّيَّةُ فِي الْكِنَايَةِ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مَعَ اللَّفْظِ لَا قَبْلَهُ وَلَا بَعْدَهُ، فَلَوْ اقْتَرَنَ بِأَوَّلِ اللَّفْظِ دُونَ آخِرِهِ نَفَذَ عَلَى الْأَصْحَ، وَلَوْ اقْتَرَنَ بِآخِرِهِ دُونَ أَوَّلِهِ فَوَجَّهَانَ، وَالْكِنَايَةُ لَا يَصِيرُ صَرِيحاً بِقَرِينَةِ الْعُضْبِ وَاللِّجَاجِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: وَفِي هَذِهِ النِّيَّةِ أَضْلَاحٌ لَا بَدَّ مِنْ مَعْرِفَتِهِمَا فِي الْكِنَايَاتِ.

أحدهما: أَنَّ الْكِنَايَاتِ الظَّاهِرَةَ لَا تَعْمَلُ بِنَفْسِهَا، بَلْ لَا بُدَّ فِيهَا مِنْ نِيَّةِ الطَّلَاقِ.

وقال مالك - رحمه الله -: إِنْ الْكِنَايَاتِ الظَّاهِرَةَ لَا تَحْتَاجُ إِلَى النِّيَّةِ، وَاحْتِجَ الْأَصْحَابُ أَنَّهَا كِنَايَاتٌ لَمْ تَقْتَرَنَ بِهَا نِيَّةِ الطَّلَاقِ، فَأَشْبَهَتْ سَائِرَ الْكِنَايَاتِ مِنْ غَيْرِ نِيَّةٍ فَالنِّيَّةُ أَيْضاً لَا تَعْمَلُ فِي الطَّلَاقِ مِنْ غَيْرِ لَفْظِ صَرِيحٍ وَعَنِ مَالِكٍ أَنَّ الطَّلَاقَ يَقَعُ بِمَجْرَدِ الْقَصْدِ.

وَاحْتِجَ الْأَصْحَابُ بِأَنَّ الطَّلَاقَ حَلُّ عَقْدٍ، فَلَا يَحْصُلُ بِمَجْرَدِ النِّيَّةِ، كَالْفَسْخِ، وَالْإِقَالَةِ إِذَا عَرَفَ ذَلِكَ فَيَنْبَغِي أَنْ تَقْتَرَنَ النِّيَّةُ بِاللَّفْظِ، فَلَوْ تَقَدَّمَتْ وَتَلْفِظَ بِلَا نِيَّةٍ أَوْ فَرَّغَ مِنَ اللَّفْظِ ثُمَّ نَوَى لَمْ يَقَعِ الطَّلَاقُ، وَلَوْ اقْتَرَنَتْ بِأَوَّلِ اللَّفْظِ وَعَزِيزَتْ قَبْلَ تَمَامِهِ بِأَنَّ قَصْدَ إِيقَاعِ الطَّلَاقِ عِنْدَ قَوْلِهِ: أَنْتِ، وَلَمْ يَنْوِ هَذَا الْقَصْدَ عِنْدَ الْإِنْتِهَاءِ إِلَى طَائِقٍ، فَوَجَّهَانَ:

فِي وَجْهِ: لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ؛ لِأَنَّ مَا قَارَنَتْهُ النِّيَّةُ غَيْرُ مَفِيدٍ.

(٢) فِي ز: اللَّفْظِ.

(١) قَالَ النَّوَوِيُّ: أَصْحَابُهُمَا الثَّانِي.

والثاني: خالٍ عن النية.

وأظهرهما: - على ما ذكر الإمام، وصاحب الكتاب -: الوقوع؛ وإذا اقترن بأوله عُرِفَ قصده من اللفظ، فالتحق بالصريح، ولو اقترنت بآخر اللفظ، وخلا أوَّلُه عنها، فوجهان أيضاً. وجه الوقوع: أن وقت الوقوع حالة تمام اللفظ، وقد قارنتها النية.

وجه الآخر: أن صدر اللفظ عَرِيٌّ عن الطلاق، والانعطاف على ما مضى بعيد، بخلاف استصحاب ما وُجِدَ، وسكت الإمام عن الترجيح في هذين الوجهين، وكذلك فعل صاحب الكتاب ها هنا، وفي «الوسيط» وذلك يُشعر بأنهما رأيا الأظهر<sup>(١)</sup> فيما إذا اقترنت النية بآخر اللفظ دون أوَّلِه البطلان، لكنَّ صاحب «التتمة» قرب الوجهين فيما إذا اقترنت بأوله دون آخره من الوجهين فيما إذا اقترنت بآخره دون أوله من القولين، فيما إذا نوى المسافر الجَمْع في أثناء الصلاة، ولم ينو في أولها، وقضية هذا التشبيه والتقريب أن يقال: إذا كان الوقوع فيما إذا اقترنت النية بأول التكبير دون آخره الانعقاد، والأظهر فيما إذا نوى الجَمْع في أثناء الصلاة صحة صلاة الجمع.

الثاني: الكنايات لا تلحق بالصرائح، لسؤال المرأة الطلاق، ولا بقريئة العَضْب واللَّجَاج؛ لأنه قد يقصد خلاف ما تُشعر به القريئة، واللفظ في نفسه محتمل. وقال مالك - رحمه الله -: تلتحق الكنايات بالصرائح بقريئة السؤال وقريئة الغضب.

وعن أبي حنيفة - رحمه الله - تفصيل طويل في الكنايات؛ منها ما أحقه بالصرائح بالقريتين جميعاً، ومنها ما أحقه بقريئة السؤال دون الغضب.

وقال أحمد - رحمه الله -: دلالة الحال في جميع الكنايات تقوم مقام النية، ومهما خاطب الزَّوْج زوجته بلفظ من ألفاظ الكنايات، وقال: لم أنو الطلاق، فهو مصدقٌ بيمينه، فإن نكَل، حَلَفَت المرأة، قُضِيَ بوقوع الطلاق، وربما كان قد أقرَّ بذلك ثم جَحَدَ فإن لو علمت النية لفظية بقرائن ومخائل، يجوز الحلف بمثلها.

هذا شرح ما اشتمل عليه الفصل الأول من الرُّكْنِ ونعقبه بمسائل مستفادة تتعلق بالصرائح والكنايات المعقود لها الفصل؛ والله أعلم.

(١) قال في المهمات عبارة الرافعي أظهر الوجهين عند الإمام والغزالي في الأولى أنه يقع، وكلامهما يشعر بوجهان عدم الوقوع في الثانية، وأطلق في الشرح الصغير الترجيح في الأولى فقال: وأظهرهما الوقوع؛ لأن النية إذا اقترنت بأول اللفظ عرف قصده من اللفظ، وعبارة المنهاج تبعاً للمحرر يقتضي الجزم بعدم الاكتفاء باقترانها بآخره، وتصحيحه في اقترانها بأوله، والفتوى على التفصيل بين الأول والآخر، فقد صححه الماوردي في الحاوي وقال: إنه أشبه بمذهب الشافعي. قال في القوت: لو قارنت أثناء لفظ الكناية دون أولها ودون آخرها كلام جماعة يفهم أنه على الوجهين، وهذا نقل وهو ظاهر بل صرح به في البيان والتجربة كما نقله بعض شراح المنهاج.

في «الزيادات» للشيخ أبي عاصم العبادي أنه إذا قال: بعثت منك طلاقك، فقالت: اشتريت، ولم يذكر عوضاً لا تحصل الفرقة، إذا لم يكن نيّة، وقيل: تقع طلاقاً بمهر المثل، وأنه إذا قال: هذا بطلاق (برامنت دركردم)<sup>(١)</sup> فهو كناية.

وقال إسماعيل البوشنجي: لا يَقَع؛ لأنه لم يقصد الطلاق إليها، ولا إلى جزء من أجزائها، ولو قال: هذا بطلاق هو (بلى كردم)<sup>(٢)</sup> ونوى الطلاق طُلِّقَتْ [ثلاث]، طلاقاً والمعنى: طلقت - طلقتك، ألفاً بمرّة، وأنه إذا قال: لم يبق بيني وبينك شيء، ونوى الطلاق، لم تُطَلِّقْ، وفي هذا توقّف<sup>(٣)</sup>، وأنه إذا قال: برئت من نكاحك، ونوى، طُلِّقْتُ، ولو قال: برئت من طلاقك. لم تطلق، نوى أو لم ينو، ولو قال: برئت إليك من طلاقك، قال إسماعيل، البوشنجي، يكون كناية، على تقدير تبرأت منك بواسطة إيقاع الطلاق عليك، ولو قال: أبرأتك أو عفوت عنك، فهو كناية؛ لأن اللَّفْظَيْنِ يُشْعِرَانِ بِالْإِسْقَاطِ، وللزُّوجِ حَقُّوُ النَّكَاحِ، وتسقط عنها بالطلاق، وأنه لو قال طلقك الله، أو قال لأمته: أعتقتك الله طُلِّقْتُ وَعَتَّقْتُ، وهذا يُشْعِرُ بِأَنَّهُمَا صَرِيحَانِ وَرَأَى الْبُوشَنْجِي إِلْحَاقَهُمَا بِالْكِنَايَاتِ، لأنهما يحتملان الدعاء والإنشاء؛ وبتقدير الحمل على الإنشاء، فهو ليس بصريح في إيقاع الطلاق، بل المعنى: طلقتك بحكم الله تعالى، بوقوع طلاقك، وقول مستحق الدّين لمن عليه الدين أبرأك الله كقوله لزوجته: طَلَّقَكَ اللهُ، وأنه لو قال: أنتِ طال، وترك القاف، طُلِّقْتُ حَمَلًا عَلَى التَّرْخِيمِ، قال البوشنجي؛ لا ينبغي أن يقع الطلاق، وإن نوى.

نعم، إذا قال يا طال، ونوى، يَقَع؛ لأن الترخيم في العربية إنما بعهد في النداء، فأما في غير النداء فلا يُعْهَدُ إِلَّا نَادِرًا فِي الشُّغْرِ، وأنه إذا قال: الطلاق لازم لي أو واجب عليّ، تَطَلَّقَ لِلْعُرْفِ، ولو قال: فرض عليّ، لم تطلق؛ لأنه لم يجز<sup>(٤)</sup> العرف فيه ورأى البوشنجي أن جميع هذه الألفاظ كناية، لأنه لو قال: طلاقك عليّ، واقتصر عليه، ونوى الوقوع، وقع، فوصفه بقوله «واجب» أو «فرض» يزيده تأكيداً وأيضاً فقد يغني بالوجوب السقوط وكأنه قال طلاقك عليّ ساقط، وواقع، وهو معروف في الكنايات، وحكى صاحب «العُدّة الخُلاف»، فقال: لو قال: طلاقك لازم [لي]<sup>(٥)</sup>، فوجهان، قال أكثر الأصحاب: هو صريح، وأنه لو قال (توم أخبري باشي)<sup>(٦)</sup>، ونوى

(١) جملة فارسية بمعنى: وقعت في عرضك.

(٢) جملة فارسي بمعنى: نعم فعلت (قلت).

(٣) قال النووي: الصواب الجزم بالطلاق؛ لأنه لفظ صالح ومعه نية.

(٤) في ب: يجز.

(٥) سقط في ز.

(٦) جملة فارسية بمعنى: أعطني.

الطَّلَاق لا يقع؛ لأنه كاذب، وهذا الوجه للأصحاب ذكروه فيما إذا قال: لست بزوجة لي، فزُبْمًا علل ذلك بأنه صريح في الإقرار، فلا يصير إنشاء بالنية، والأظهر أنهما كنايةان في إنشاء الطلاق، وكذا لو قال (توازن من هيج مني)<sup>(١)</sup>، وذكر القفال أنه لو قال (يك طلاق ودو طلاق وسه طلاق)<sup>(٢)</sup> (دوميني معنى)<sup>(٣)</sup> وطلقت فلاناً، ولو قال: (يك ورود بينه معنى آن)<sup>(٤)</sup> نوى الطلاق، وقَع الثلاث، إن لم يَنْوِ، لم يَقَع شيء، وفي «فتاويه» أنه لو قال: أذْهَبِي إلى بَيْتِ أْبُوِّي ونوى الطلاق، إن نواه بقوله: أذْهَبِي، وَقَع، وإن نواه بمجموع اللفظين، لم يَقَع لأن قوله «إلى بيت أْبُوِّي» لا يحتمل الفراق، بل هو لاستدراك مقتضى قَوْلِهِ: «أذْهَبِي»، وأنه لو قال لامرأته: أنت طالقان أو طوالق، لم يقع عليها إلا طلاقاً واحدة وإن قوله: (يومك طالق أ زمن جدای)<sup>(٥)</sup> صريح وأنه لو قال: كل امرأة لي طالق إلا عمرة ولا امرأة له سواها، يقع طلاقها، والاستثناء باطل<sup>(٦)</sup> لاستغراقه.

(١) جملة فارسية بمعنى: أنت لست مني إطلاقاً.

(٢) جملة فارسية بمعنى: طلقة واحدة واثنين وثلاثاً.

(٣) جملة فارسية بمعنى: المعنى الثاني.

(٤) جملة فارسية بمعنى: طلقة ثم وصل إلى الثلاث طلاقات، فإن المعنى الثاني لذلك هو وقوع الثلاث.

(٥) جملة فارسية بمعنى: بالله أنت مني طالق اليوم.

(٦) قال في المهمات: شرطه أن يكون الإخراج بإلا كما صوره، فلو عبر بسوى أو نحوها كغير لم تطلق كما صرح به الخوارزمي في الكافي في الأيمان ومثل بسوى ومن متجه، فإن أصل الاستثناء وأصل سوى وغير ونحوهما الصفة فيحمل كل لفظ على أصله فيلزم الاستغراق في إلا للإخراج بعد الإدخال دون سوى ونحوها، فإن مدلولها يطابق المغايرة المذكورة ويوفقه ما سيأتي قريباً أنه لو قال امرأتي التي في هذه الدار طالق ولم تكن فيها، لم يقع الطلاق، وهذا الذي قاله محرر في غاية الحسن.

وقال الشيخ البلقيني: ما قاله مخالف لما نص عليه الشافعي وأصحابه في عتاب الزوجة بجديدة، وصرح في المطلب بأنه لا فرق بين أن يستثنى لفظاً أو نية، وقد صرح الخوارزمي في الكافي أنه لو وضع زوجته في المقابر وقال: كل زوجة لي سوى التي في المقابر طالق ثلاثاً أنها تطلق، وهذا هو الأظهر، وعليه عرف إيمان الناس. وفي ذلك كلام آخر، والله أعلم.

قال الشيخ ولي الدين: الفرق بين إلا وسوى واضح ولم يتوارد كلام القفال والخوارزمي على تصوير واحد كما عرفت. انتهى. وأشار إلى ما ذكره الشيخ في المهمات وترك الجواب عن عتاب الزوجة الجديدة. وجوابه أنه لم يردها فلم تدخل في اللفظ فيصير في باب العام الذي أريد به الخصوص، وبهذا تفرقت المسألتان، فإن مسألة القفال من باب العام المخصوص بدليل الإخراج بإلا، ومسألة عتاب الزوجة لم يدخلها وهذا ظاهر جلي وقد ذكر في الخادم كلام شيخه البلقيني وأطال فيه وأشار إلى الجواب الذي ذكرته، بل صرح به ولم يعول عليه ولم يحسن فيما يفعل.

ولو قال: النِّسَاءُ طَوَّالِقُ إِلَّا عَمْرَةَ وَلَا امْرَأَةً لَهَا سِوَاهَا، لَمْ تُطَلَّقْ، لِأَنَّهُ لَمْ يَضْفَعْنِ إِلَى نَفْسِهِ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ: كُلُّ امْرَأَةٍ لِي، وَلَوْ كَانَتْ امْرَأَتُهُ فِي نِسْوَةٍ فَقَالَ: طَلَقْتُ هُوَ لَا إِلَّا هَذِهِ فَيُشِيرُ إِلَى زَوْجَتِهِ، لَمْ تُطَلَّقْ؛ لِأَنَّهُ عَيْنُهُنَّ وَاسْتِثْنَاهَا وَأَنَّهُ لَوْ قَالَ لَامْرَأَتِهِ، يَا بِنْتِي، وَقَعَتِ الْفَرْقَةُ بَيْنَهُمَا؛ لِاحْتِمَالِ السَّنِّ، كَمَا لَوْ قَالَ لِعَبْدِهِ<sup>(١)</sup> أَوْ أُمَّتِهِ وَأَنَّ زَوْجَتَهُ لَوْ كَانَتْ تُنْسَبُ إِلَى زَوْجِ امْرَأَتِهِ، فَقَالَ: بِنْتُ فُلَانٍ طَالِقٌ لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ عَلَيْهَا؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِبِنْتٍ لَهَا حَقِيقَةٌ، وَلِغَيْرِهِ فِيهِ امْتِحَانٌ<sup>(٢)</sup> لِلْعُرْفِ، وَأَنَّهُ لَوْ قَالَ: نِسَاءُ الْمُسْلِمِينَ طَوَّالِقُ، لَمْ تُطَلَّقْ امْرَأَتُهُ، وَعَنْ غَيْرِهِ أَنَّهَا تُطَلَّقُ، وَبِنِي الْخِلَافِ عَلَى أَنَّ الْمَخَاطَبَ هَلْ يَدْخُلُ تَحْتَ الْخِطَابِ<sup>(٣)</sup>، وَأَنَّهُ لَوْ قَالَ: (مَنْ تَوَمَّرَ) (٤) وَأَرَادَ بِهِ الطَّلَاقَ، وَقَعَّ بِخِلَافِ، مَا إِذَا قَالَ (مَرَاظِلَاقُ تَوَبِيرًا) (٥) وَأَنَّهُ لَوْ قَالَ (بِخِدَائِ اسْمَانَ وَزَمِينَ وَسَهْ طَلَاقُ تَوَدَّرَكَرْدَنَ مِنْ كِهْ كَرْدَرَخَانَهْ بِشُومِ) (٦) وَدَخَلَهَا تَلْزِمُهُ الْكُفَّارَةُ وَلَا يَقَعُ الطَّلَاقُ؛ لِأَنَّ الطَّلَاقَ لَيْسَ مُحْلُوفًا بِهِ وَإِنَّمَا الْحَلْفَاءُ بِاللَّهِ تَعَالَى وَبِصِفَاتِهِ، وَأَنَّهُ لَوْ قَالَ: بَانَتْ مِنِّي امْرَأَتِي، أَوْ حَزَمْتُ عَلَيَّ لَا يَكُونُ إِقْرَارًا بِالطَّلَاقِ؛ لِأَنَّهَا مِنَ الْكُنْيَايَاتِ، وَأَنَّهُ لَوْ قَالَ لَهَا: أَنْتِ بَائِنٌ، ثُمَّ قَالَ بَعْدَ مَدَّةٍ أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا وَقَالَ: أَرَدْتُ بِالْبَائِنِ الطَّلَاقَ، وَالثَّلَاثُ غَيْرُ وَاقِعَةٍ؛ لِمَصَادَفَتِهَا حَالِ الْبَيْنُونَةِ، لَمْ يُقْبَلْ؛ لِأَنَّهُ مَتَّهَمٌ فِي هَذَا التَّفْسِيرِ بَعْدَ مَا خَاطَبَهَا بِالْثَّلَاثِ، وَأَنَّهُ لَوْ قَالَ

(١) قَالَ النَّوَوِيُّ: الْمَخْتَارُ فِي هَذَا أَنَّهُ لَا يَقَعُ بِهِ فَرْقٌ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ، لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَسْتَعْمَلُ فِي الْعَادَةِ لِلْمَلَاظِفَةِ وَحَسَنِ الْمَعَاشِرَةِ.

(٢) قَالَ النَّوَوِيُّ: يَنْبَغِي أَنْ يُقَالَ: إِنْ نَوَّاهَا طَلَّقَتْ، وَلَا يَضُرُّ الْغَلَطُ فِي نَسْبِهَا، كُنْظِيرُهُ فِي النِّكَاحِ وَإِلَّا فَلَ، وَمَرَادُ الْقِفَالِ بِقَوْلِهِ: لَمْ تُطَلَّقْ، أَي: فِي الظَّاهِرِ، وَأَمَّا الْبَاطِنُ، فَيَتَعَيَّنُ أَنْ يَكُونَ كَمَا ذَكَرْتَهُ.

(٣) قَالَ النَّوَوِيُّ: الْأَصَحُّ عِنْدَ أَصْحَابِنَا فِي الْأَصُولِ: أَنَّهُ لَا يَدْخُلُ، وَكَذَا هُنَا: الْأَصَحُّ أَنَّهَا لَا تُطَلَّقُ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ فِي الْمَهْمَاتِ: يَرِدُ عَلَيْهِ أَنْ الْمَعْرُوفُ فِي كِتَابِ الْأَصُولِ الدُّخُولُ.

قَالَ الْإِمَامُ فِي الْبِرْهَانِ: إِنَّهُ الرَّأْيُ الْحَقُّ عِنْدِي. وَحَكَاهُ عَنِ الْأَكْثَرِينَ الْإِمَامِ فَخْرِ الدِّينِ وَالْأَمْدِيِّ وَابْنِ الْحَاجِبِ وَصَاحِبِ الْحَاصِلِ وَالتَّحْصِيلِ وَغَيْرِهِمْ، وَفِي الْمُسْتَصْفَى لِلْغَزَالِيِّ أَنَّ الْقَوْلَ بِعَدَمِ الدُّخُولِ فَاسِدٌ، وَمُقْتَضَاهُ أَنَّ الْأَصَحَّ هُنَا الْوُقُوعُ، وَيُؤَيِّدُهُ مَا تَقَدَّمَ فِي الْوُقُوفِ أَنَّهُ لَوْ وَقَفَ كِتَابًا عَلَى الْمُسْلِمِينَ أَوْ مَرَجَلًا أَوْ بَثْرًا كَانَ لَهُ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهِ، وَكَذَا صَحَّحُوهُ فِيمَا لَوْ وَقَفَ عَلَى الْفُقَرَاءِ فَانْتَقَرُ مَعَ أَنَّ الدُّخُولَ هُنَا أَوْلَى، فَإِنَّ الْوُقُوفَ عَلَى النَّفْسِ بَاطِلٌ فِي الْجُمْلَةِ وَإِنْ كَانَ إِدْخَالُ نَفْسِهِ فِي الْعَمُومِ جَائِزًا فِيمَا أَصْلُهُ الْإِبَاحَةُ كَمَا فِي الْبَثْرِ وَمَنَافِعِ الْمَسَاجِدِ دُونَ ثَمَارِ النَّخْلَةِ وَنَحْوِهَا كَمَا قَالَ الْمَاوَرِدِيُّ هُنَاكَ.

(٤) جُمْلَةٌ فَارْسِيَّةٌ بِمَعْنَى: لَقَدْ سَمَّيْتُكَ، (لَا أَرْغَبُ فِي الْعَيْشِ مَعَكَ).

(٥) جُمْلَةٌ فَارْسِيَّةٌ بِمَعْنَى: أَنَا مِنْ طَلَاقِكَ مَتَّالِمٌ.

(٦) جُمْلَةٌ فَارْسِيَّةٌ بِمَعْنَى: بِإِلَهِ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ، وَثَلَاثُ طَلَقَاتٍ لَكَ فِي رِقْبَتِي، حَيْثُ إِنِّي خَارِجٌ مِنَ الْبَيْتِ.



لامرأته (يك طلاق) أزمَن خريدي بصددرم فقالت خريدم<sup>(١)</sup> لم يَكُنْ شيئاً إلا أن يقول الرجل بَعْدَهُ: (توفروختم)<sup>(٢)</sup> أو يقول في الابتداء (يك طلاق بصددرم نيوفوروختم)<sup>(٣)</sup> (خريدي)<sup>(٤)</sup> فيقول: (خريدم)<sup>(٥)</sup> وأنه لو قال لامرأته (بطلاق توسركيد خوردم كه بافلان سخن نگويم)<sup>(٦)</sup> لم ينعقد، ولم يقع الطلاق لو كلمة؛ لأن قول (بخداي هيني)<sup>(٧)</sup> وإن لم يصل به قوله: (سوغند خوردم)<sup>(٨)</sup> حتى لو قال (بخداي كه يا فلان سخن نگويم)<sup>(٩)</sup> كان يمينا، وأما الطلاق فليس مما يحلف به، وإن قال: بطلاقك ألا أكلّم فلاناً، لا يقع الطلاق، إذا كلمه [وأنه]<sup>(١٠)</sup> لأن الطلاق لا يحلف به لو قالت زوجته، واسمها فاطمة، طلقني فقال: طلقْتُ فاطمةً، [ثم قال: أردتُ فاطمةً] أخرى، لم يُقْبَل، ويقع الطلاق؛ لدلالة الحال، بخلاف ما إذا قال ابتداءً: طلقْتُ فاطمةً، ثم قال: أردتُ امرأةً أخرى، وقد يشكل هذا بما مرَّ في أن السؤال السابق لا يُلْحَق الكتابات بالصرائح<sup>(١١)</sup>، وفيما نقل

(١) جملة فارسية بمعنى: اشتريت مني طلاقاً بمائة درهم، فقالت: اشتريت.

(٢) يعني: لم أبع.

(٣) جملة فارسية بمعنى: لم أبع طلاقاً بمائة درهم.

(٤) يعني: اشتريت!؟ (٥) يعني: اشتريت.

(٦) جملة فارسية بمعنى: بطلاقك من باب الغيظ ألا نتحدث مع فلان.

(٧) جملة فارسية بمعنى: الله نفسه. (٨) يعني: أقسمت.

(٩) جملة فارسية بمعنى: بالله لن أتحدث مع فلان.

(١٠) سقط من ز.

(١١) قال في المهمات: ما ذكره في المسألة الأولى وهو أن يقول جواباً يخالفه ما سيأتي قريباً بعد أن نقل عن شريح والرويانى أنه لو قال امرأة زيد طالق، قال جدي تطلق امرأته وقيل لا تطلق حتى يريد نفسه لجواز إرادة زيد آخر وليجيء هذا الوجه فيما إذا قال فاطمة طالق واسم زوجته فاطمة، ويشبه أن يكون هو الأصح ليكون قاصداً تطليق زوجته هنا كلامه وصورته أن يكون جواباً فإنه لا يتصور عود الحنث لما إذا قاله ابتداءً؛ لأنه جزم فيه بقبول قوله على وفق البحث ولا نزاع في أن هذا في الظاهر فيقبل في الباطن جزماً، وما ذكره في الثانية وهي أن يذكره ابتداءً خلاف الصحيح فسيأتي في أوائل الباب الخامس في الشك في الطلاق أن الصحيح أنه لا يقبل، وحكاها عن الجمهور ومثل بزئب. انتهى.

قال في الخادم: وما استشكله الرافي عليه أي على القفال، فقد أجيب عنه بأن فاطمة ليست كناية عن الزوجة، وإنما هو صريح والإبهام حصل بتسمية غيرها لهذا الاسم فهو كاللفظ المشترك ينصرف إلى أحد المسميات بالقرينة، نعم قد ينازع أن القرينة فيما نحن فيه يقتضي طلاق زوجته؛ لأن عدوله عن قوله «طلقتك» إلى قوله: «طلقت فاطمة» يشعر بإرادة غيرها، ويؤيده من كلام الرافي في موضعين:

أحدهما: في باب اللعان أنه إذا كانت المرأة حاضرة وأشار إليها وهل تحتاج مع الإشارة إلى التسمية قد يجز لسبباً، فإذا لم يكتب بالإشارة فأولى أن لا يكتبي بالتسمية.

والثاني: قوله هنا أن إشارة القادر على النطق بالطلاق ليست تصريحاً ولا كناية على الأظهر لأن =

من معلقات القاضي شريح الرُّوياني ممَّا حكاه عن جَدِّه أبي العباس الرُّوياني، وغيره أنَّه لو قال لزوجته أحللتك، ونوى طلاقها، هل يكون كناية؟ فيه وجهان<sup>(١)</sup>، وأنه لو قال: أنتِ بائن وطلاق، رجع إلى نيته في بائن، ولا يجعل قوله وَطَلَّقَ تفسيراً له وأنه لو قال: (أنتِ طالقٌ سه تارة) قال جدِّي - رحمه الله - الظاهر منه في غالب عادات النَّاسِ إرادة ثلاث طلاقات، ويحتمل أن يرجع إليه فيحمل اللفظ على ما أراد، وأنه لو كرَّر لفظاً من ألفاظ الكنايات، بأن قال لها: اغتدي، اعتدي اعتدي، ونوى الطلاق، فإن نوى التأكيد وقعت طلقة وإن نوى بها الطلاق، وقَعَتْ بكل لفظه طلقة [وإن لم ينو فقولان] إن القُّمَالِ قَطَعُ بأن لو قال (طلاق دادم)<sup>(٢)</sup> أو قال: طلقت، ونوى امرأته، لم يَقَعِ الطلاق عليها؛ لأنَّه لم يشر إليها ولا سَمَّاهَا بلفظه، بخلاف ما لو قال: (مرا طلاق دادم)<sup>(٣)</sup> فإنه إشارة، بخلاف ما لو قال (درخوش)<sup>(٤)</sup> (وإطلاق دادم)<sup>(٥)</sup>، فإنه تسمية، ولو قالت له طلقني، فقال: طلاق دادم أو قيل له: ما تصنع بهذه المرأة طلقها، فقال: طلقت أو قال لامرأته: طلقني نفسك، فقالت: طلقتُ، يَقَعُ الطلاق؛ لأنَّه يترتب على ما سَبَقَ من الالتماس أو التفويض، فإنه لو قال لغيره: قَدْ مللت من امرأتي، فقال: (طلاق دهش)<sup>(٦)</sup> فقال دادم<sup>(٧)</sup> فقال القمَال لا يَقَعُ الطلاق؛ لأنه لا يصلح عبارة عن الطلاق، إلا أن يقول (طلاق دادامش)<sup>(٨)</sup>، ولا يبعد أن يقال بالترتيب على الأول؛ كما في الصورة السابقة وأجاب بمثل جوابه فيما إذا قال: (رهاكنش)<sup>(٩)</sup>، فقال (رها كردش)<sup>(١٠)</sup> ولا يبعد أن يجعل هذا اللفظ تفسيراً للسراح، ويُخَكِّي عن القُّمَالِ أنه لا يحصل للبراجم<sup>(١١)</sup> صرائح فيستمر الجواب على اختياره، وأنه لو قال (بوارزني)<sup>(١٢)</sup> (من يك طلاق)<sup>(١٣)</sup> ولم تَرُدْ عليه قال القُّمَال: لا يَقَعُ الطلاق، وإن نوى كما لو قال: أنتِ بطلقة لا يَقَعُ، ولو قال: (زن طلاق دادم)<sup>(١٤)</sup> فهو كناية إن أراد إيقاع الطلاق على زوجته وقع وإلا فلا؛

= عدوله من الإشارة إلى العبارة يوهم أنه غير قاصد، وسيأتي مسألة ما لو قيل له يا زيد فقال امرأة

زيد طالق، أنه لا يقع على الأظهر.

(١) قال النووي: الأصح أنه كناية.

(٢) جملة فارسية بمعنى: طلقت.

(٣) جملة فارسية بمعنى: خليت بيني وبينك.

(٤) يعني: في نفسه.

(٥) جملة فارسية بمعنى: خلصها بالطلاق.

(٦) يعني: فعلت أو طلقتها.

(٧) جملة فارسية بمعنى: طلقتها.

(٨) يعني: خلصها.

(٩) في ز: للراحم.

(١٠) جملة فارسية بمعنى: أنت غير لائقة.

(١١) يعني: طلقة واحدة.

(١٢) يعني: طلقت يا امرأة.

لأنه لم يقل (زن خوشتن)<sup>(١)</sup> وأنه لو كان تحت رجل امرأتان: إحداهما فاطمة بنت محمد، والأخرى فاطمة [بنت]<sup>(٢)</sup> رجل سماه أبواه محمداً أيضاً، إلا أنه اشتهر في الناس بالحسين، وبه يدعونه فقال الزوج زوجتي فاطمة بنت محمد طالق. وقال أردت بنت الذي يدعونه الحسين، قال جدي: يُقْبَلُ قوله؛ لأن العبرة بالاسم الذي سَمَّاه به أبواه دون سائر الناس، وقد يكون للرجل اسمان وأكثر، وقيل: العبرة بالاسم الذي اشتهر به في الناس؛ لأنه أبلغ في التعريف، وأنه لو قال: امرأتي هذه محرمة علي، لا تحل لي أبداً.

قال جدي لا تطلق؛ لأن التحريم قد يكون بغير الطلاق وقد يظن التحريم المؤبد باليمين على ألا يجامعها، وقيل: يُحْكَم عليه باليمين بمقتضى هذا اللفظ، وأنه إذا قيل لرجل اسمه زيد؛ يا زيد، فقال: امرأة زيد طالق، قال جدي: يقع الطلاق على امرأته، وقيل: لا يقع، حتى يريد نفسه؛ لجواز أن يريد زيدا آخر، وليجيء هذا الوجه فيما إذا قال: فاطمة طالق، واسم زوجته فاطمة، ويشبه أن يكون هذا هو الأظهر؛ ليكون قاصداً إيقاع الطلاق على زوجته، وأنه إذا قيل لرجل: طلقت امرأتك، فقال: اعلم أن الأمر على ما تقوله، حكى جدي وجهين؛ في أنه هل يكون هذا إقراراً بالطلاق؟.

أصحهما: أنه لا يكون إقراراً؛ لأنه أمره بأن يعلم، ولم يحصل هذا العلم، وأنها<sup>(٣)</sup> إذا كانت تدعي على زوجها أنه طلقها ثلاثاً، وهو منكراً، ثم قال لفقهاء: اكتب لها ثلاثاً، قال جدي: يحتمل أن يقال: لا تكون كناية؛ لأن الكتابة فعل الكاتب، ولم يفوض الزوج الطلاق، حتى يقع ما صدر منه، ويحتمل أن يجعل كناية؛ ويكون التقدير اكتب ثلاثاً، فإنني قد طلقتها ثلاثاً، وأنه لو قال: امرأتي التي في هذه الدار طالق، ولم تكن فيها، لا يقع الطلاق، وأنه لو قال (سه طلاق)<sup>(٤)</sup> (توسه باردازم)<sup>(٥)</sup> أو قال: رددت عليك الطلاقات الثلاثة، ونوى، وقَعَ الطلاق؛ لأنه استفادها من النكاح الذي رضيت به، وأنه لو قال: أنت امرأتي، كانت طالقاً أو قال (زن من هشته باد)<sup>(٦)</sup> فلا طلاق؛ لأنه ثمن أو دعاء وأنه لو قال امرأته طالق، وعنى نفسه، قال جدي: يُحْتَمَلُ أن يقال: لا يقع الطلاق؛ لأن هذه العبارة تصلح<sup>(٧)</sup> لنفسه، ويُحْتَمَلُ أن يقال: يقع؛ لأن الإنسان قد يعبر بغيره عن نفسه، وأنه إذا قال لابنه قل لأمك: أنت طالق، قال جدي: إن أراد التوكيل، فإذا قال الابن لها

(٢) سقط من ز.

(٤) يعني: ثلاث طلاقات.

(١) يعني: امرأتي.

(٣) في ز: وأيهما.

(٥) يعني: طلقتك ثلاثاً.

(٦) جملة فارسية بمعنى: لتكن امرأتي طالقاً.

(٧) في ز: تصح.

ذلك، وَقَعَ الطَّلَاق ويحتمل أن يقال: تَطَلَّق، والابن سفير يُخْبِرُهَا بالحال.

وإنه لو قال كل امرأة في السكة طالق، وهي في السُّكَّة، حكى جدي عن بعض الأصحاب: أنه لا يقع طلاقه، والصحيح أنه يَقَعُ، وأنه لو وكَّل رجلاً بالطلاق، فقال الوكيل: طَلَّقْت من يقع الطلاق عليها بلفظي، هل تَطَلَّق المرأة التي وكَّل بطلاقها، فيه وجهان، ولو وكله بطلاق امرأته فطلقها، ولم يَنْوِ عند الطلاق أنه يوقع لموكله، ففي الوقوع وجهان، وفي الفتاوى للقاضي الحُسَيْن أنه لو قيل له: فعلت كذا، فأنكر، فقيل له: إن كنت فعلت كذا فأمرأتك طالق، فقال: نعم، أو قيل له لزن توارزني توهشته<sup>(١)</sup> فقال (هشته)<sup>(٢)</sup> لم يقع الطلاق؛ لأنه لم يوقعه، وإنما أجازته، قال الشيخ الفراء هذا استدعاء طلاقٍ منه، فليكن على القولين فيما إذا قال لآخر: طَلَّقْت امرأتك، فقال: نعم، وفي «المستدرک» للإمام إسماعيل البوشنجي: أنه لو قال لامرأته: وهبتك لاهلك، أو لأبيك، أو للأزواج، أو للأجانب، ونوى الطلاق، وَقَعَ الطلاق، كما لو قال: ألحقني بأهلك، وأنه لو قال لامرأته: أنت كذا، ونوى الطلاق، لا يُقْضَى بوقوع الطلاق، وكذا لو علّق بصفة، فقال: إن لم أفعل كذا، فأنت كذا، ونوى الطلاق؛ لأنه لا إشعار له بالفرقة؛ فأشبه ما إذا قال: إن لم أفعل كذا، فأنت كما أضمر ونوى الطلاق، وأنه لو قال: أربع طرق عليك مفتوحة، فخذني أيها شئت، فهو كناية، كقوله: ألحقني بأهلك، وزوري أباك، وما أشبهها، ولو لم يقل: فخذني في أيها شئت، قال إسماعيل: اعتاضت<sup>(٣)</sup> عليّ جوابها، فراجعت بعض مشايخي، فأجاب بعض أئمة خراسان: بأنه كناية تشبه قوله: خَلَيْتُ سَبِيلَكَ، وأجاب إمام العراقيين - يعني أبا بكر الشاشي -: بأنه ليس كناية وقوله: الطَّرِيقُ عَلَيْكَ مفتوح، كقوله: أربع طرق مفتوحة.

ولو قال: فتحتُ طريقك، فلا يَنْبَغِي أن يُفْرَقَ بينه وبين قوله: خَلَيْتُ سَبِيلَكَ، وقد سلّمه إمام العراقيين - رحمه الله -، وبه يظهر أن قوله: الطريقُ عَلَيْكَ مفتوح كناية أيضاً، كما لا فرق في الصريح بين قوله: أَطَلَّقْتِكِ وبين قوله: أنتِ مَطْلُقةٌ، وأنه لو قال لها: خُذِي طَلَّاقَكَ، فقالت: أخذتُ، لم يقع الطلاق ما لم توجد نية الإيقاع من الزوج، بقوله خُذِي أو من المرأة، إن حُمِلَ قوله على تفويض الطلاق إليها.

وفي «الإقناع» لأقضى القضاة الماوردِي: أن قول الزوج: لَعَلَّ اللهُ أن يسوق إليك خيراً من كُنَايَاتِ الطَّلَاق، وكذا قوله: بَارَكَ اللهُ لَكَ، بخلاف قوله: بَارَكَ اللهُ فِيكَ، وذكره غيره أيضاً كأن قوله: بَارَكَ اللهُ فِيكَ معناه: بَارَكَ اللهُ لي فيك، وهو يُشْعِرُ برغبته

(١) جملة فارسية معناها: امرأتك ليست جديرة بك، طلقها.

(٢) يعني: طالق.

(٣) في ب: اعتياض.

فيها والاستمتاع بها، فلا يصلح كناية عن الفراق، وقوله: بَارَكَ اللَّهُ لَكَ، أي الفراق ونحوه وسئل صاحب الكتاب في «الْفَتَاوَى» عما إذا كتب الشروط في إقرار رجل بالطلاق فقال له الشهود: نَشْهَدُ عَلَيْكَ بِمَا فِي هَذَا الْكِتَابِ، فقال اشهدوا، هل يقع الطلاق فيما بينه وبين الله تعالى؟ فأجاب لا بل لو قال: اشهدوا عَلَيَّ أَنِّي طَلَّقْتُهَا بِالْأَمْسِ، وهو كاذب، لم يقع فيما بينه وبين الله<sup>(١)</sup> تعالى.

وفي «التتمة»: أنه لو قال لواحدة من نسائه: أَنْتِ طَالِقٌ مِائَةَ طَلِّقَةٍ، فقالت: تكفيني ثلاث، فقال الباقي على صوابك، لا يَقَعُ عليهن الطلاق؛ لأنه لم يخاطبهن بالطلاق، وإنما رد عليهن ما خاطبها به، وهو لَعُوٌّ في الزيادة على الثلاث، فلا نطلقهن بما هو لَعُوٌّ، فإن نوى به الطلاق، كان طلاقاً؛ وترتب على قوله: أَنْتِ طَالِقٌ: والمعنى: أَنْتِ طَالِقٌ بِثَلَاثِ، وهن طوالق بالباقي، وأنه لو قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق، وَأَنْتِ يَا أُمَّ أَوْلَادِي.

قال أبو عاصم العبادي: لا يقع الطلاق عليها؛ لأن الطلاق قبل التَّكْحَاحِ لَعُوٌّ، وقد ترتب طلاقها عليه فيلَعُوٌّ، ويقرَّب من هذا ما ذكره غيره أنه لو قال لزوجته: نساء العالمين طوالق، وَأَنْتِ يَا فَاطِمَةُ، لا يقع؛ لأنه عَطَفَ طلاقها على طلاق نسوة لا يقع طلاقهن<sup>(٢)</sup>، وأنه لو قيل له: فَعَلْتِ كَذَا فَانْكُرْ فَقَالَ لَهُ مِنْ يَجَاوِرُهُ: الْجِلُّ عَلَيْكَ حَرَامٌ، وَالنِّيَّةُ نِيَّتِي أَنْتِ مَا فَعَلْتِ فَقَالَ: الْجِلُّ عَلَيَّ حَرَامٌ وَالنِّيَّةُ نِيَّتِكَ أَنِّي مَا فَعَلْتِ يَلْغُو قَوْلُهُ: النِّيَّةُ نِيَّتِكَ، ويكون الحكم كما لو تَلَفَّظَ بهذه الكلمة ابتداءً، ولو قال له لَمَّا أَنْكَرَ: امْرَأَتُكَ طَالِقٌ، إِنْ كُنْتَ كَاذِبًا فَقَالَ: طَالِقٌ وَقَالَ: مَا أَرَدْتُ طَلِاقَ امْرَأَتِي، يُقْبَلُ؛ لأنه لم توجد إشارة إليها ولا تسمية لها، وإن لم يدع إرادة غيرها، حكم بوقوع الطلاق؛ لأن الظاهر ترتيب كلامه على كَلَامِ ذَلِكَ الْقَائِلِ، ونقل الفقيه أبو الليث السمرقندي في «الفتاوى» عن بعض أصحابهم: أنه لو قال لامرأته [تومرار كارنيسستي]<sup>(٣)</sup> ونوى به الطلاق، لا يكون طلاقاً، ولا يبعد عده من<sup>(٤)</sup> الكنايات، كما لو قال: لا حاجة لي

(١) قال في المهمات: مقتضاه الوقوع في الظاهر وهو مخالف لما في زيادة الروضة في آخر الباب الأول من الإقرار كما تقدم يشير إلى ما قدمه في باب الإقرار، ثم قال: وفي فتاوى الغزالي ما يقتضي النفوذ باطنياً أيضاً فقال إذا قال المشهود اشهدوا عليّ أنني وقفت جميع أملاكي وذكر مصادقها ولم يذكر شيئاً منها صارت الجميع وقفاً ولا يضر جهل الشهود بالحدود ولا سكوته عن ذكر الحدود ثم قال - أعني صاحب المهمات - الصواب في ذلك ونحوه أنه لا يكون إقراراً كما واضح ابن الصلاح في فتاويه... إلى آخر ما ذكره الغزالي وأقره عليه الشيخان.

(٢) قال في المهمات: مقتضاه أن العطف على الباطل باطل وسيأتي في الكلام على الإكراه ما يخالفه.

(٣) جملة فارسية معناها: لا أرغب فيك.

(٤) في ز: في.

فيك، وفي «فتاويه»: أنه سئل بغض أصحابهم عن رجل سكران، فقال لامرأته أي صرح (كيله بماه ماندرويت باتومن طلاق داده سویت)<sup>(١)</sup> فقال: إن كان لها قبل هذا الزوج زوج آخر لم تقع عليها طلقة إلا أن ينوي، وإن لم يكن قبله زوج، يقع الطلاق، نوى أو لم ينو، ويُشبه أن يقال لو قال: أردت مخاطبتها بمصرع الأول، وكنت في المصرع الثاني؛ حاكياً القول الشاعر، يُقبل، ولا يقع الطلاق، إلا شبه ألا يقع الطلاق إلا إذا نوى؛ لوجهين:

أحدهما: أن مقصود الشاعر طلاق زوج آخر، وإلا فكيف تكون زوجة له مفوضاً إليها أمر نيته ومطلقة منه، والغالب أن التمثيل بالشعر يريد ما أَرَادَهُ الشَّاعِر، وإذا قال الزوج: طلقك زوج آخر لم يقع طلاقه، وإن لم يعرف لها زوج آخر.

والثاني: أن مقصود الشاعر طلاق عساه يوجد في المستقبل، كأنه تمنى أن يطلقها زوجها، وتصير زوجة له، والخبر عن الطلاق في المستقبل ولا يوجب الوقوع<sup>(٢)</sup> في الحال.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الْفَضْلُ الثَّانِي فِي الْفِعْلِ): أَمَّا الْإِشَارَةُ الْمَفْهُمَةُ مُعْتَبَرَةٌ مِنَ الْأَخْرَسِ فِي الطَّلَاقِ، وَالصَّرِيحُ مِنْهَا يَشْتَرِكُ فِي فَهْمِهَا الْكَافَّةُ، وَالْكِتَابِيَةُ مِنْهَا مَا يَفِطُنْ لِذِكْرِهِ بَعْضُ النَّاسِ، وَأَمَّا الْقَادِرُ فإِشَارَتُهُ لَا يَكُونُ صَرِيحاً أَضْلاً، وَهَلْ يَكُونُ كِنَايَةً؟ فِيهِ خِلَافٌ مُرْتَبٌ عَلَى كِتَابَةِ الطَّلَاقِ مِنَ الْقَادِرِ عَلَى النُّطْقِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: تَبَيَّنَ الْحُكْمُ فِي الْأَفْعَالِ الدَّالَّةِ عَلَى النُّطْقِ، وَكَمَا أَنَّ الْأَقْوَالَ تُفْهَمُ، وَتَدُلُّهُ عَلَى الْمَعْنَى، فَالْإِشَارَةُ وَالْكِتَابَةُ مِنَ الْأَفْعَالِ يَدُلُّانِ أَيْضاً، وَالْمَقْصُودُ بَيَانُ حَكْمِهِمَا، أَمَّا الْإِشَارَةُ فَهِيَ مُعْتَبَرَةٌ مِنَ الْأَخْرَسِ فِي وَقُوعِ الطَّلَاقِ؛ لِأَنَّهُ كَذَلِكَ يَعْبرُ وَيَدُلُّ عَلَى مَا فِي ضَمِيرِهِ، قَالَ الْإِمَامُ: وَتَقُومُ إِشَارَتُهُ مَقَامَ عِبَارَةِ النَّاطِقِ فِي جَمِيعِ الْعُقُودِ وَالْحُلُولِ وَالْأَقَارِيرِ وَالِدَعَاوَى، نَعَمْ، فِي شَهَادَتِهِ خِلَافٌ يَأْتِي فِي مَوْضِعِهِ.

وإذا أشار في الصلاة بالطلاق أو البيع أو غيرهما، صحَّ العَقْدُ، ولم تبطل الصلاة على الصحيح، وفيه وجه ثم منهم من أدار الحكم على إشارته المفهومة وحكم بوقوع الطلاق بها، نوى أو لم ينو، كذلك ذكر صاحب «التهذيب»، وقسم آخرون منهم الإمام، وصاحب الكتاب إشارته إلى صريحة تُغني عن النية، وهي التي يفهم منها الطلاق كُلُّ مَنْ وَقَفَ عَلَيْهِمَا، وإلى كناية تحتاج إلى النية، وهي التي يفهم الطلاق منها

(١) هو بيت فارسي معناه: تشيحين عني بوجهك، مثل الحجلة تكبراً وغروراً، إذا رغبت في البعاد عنك مفارقاً.

(٢) في ب: الطلاق.

المخصوص بالفطنة والذكاء، ظنّي أنني سمعتُ أو رأيت لبعضهم أن الكناية هي التي يختص بفهم الطلاق منها المخصوص بالفطنة والذكاء، ظنّي أنني سمعتُ أو رأيت لبعضهم أن الكناية هي التي يختص بفهم الطلاق منها مَنْ خالطه، واختبر أحواله وإشاراته، والصريح ما يفهم الخلطاء والأجانب، ولو بالغ في الإشارة، ثم ادّعى أنه لم يُرد الطلاق، وأفهم هذه الدعوى، قال الإمام هو كما لو فسر اللفظة الشائعة في الطلاق بغير الطلاق، لأنّ التحاق مثل تلك اللفظة بالصرائح بسببه الشيوع والتفاهم، دون الوضوح، كما أن الاعتماد في الإشارة على الفهم.

ولا فَرْق في اعتبار إشارته بين أن يقدر على الكتابة أو لا يقدر؛ لحصول الفهم كذلك، ذكره الإمام، ويوافقه إطلاق الأكثرين، وفي «التتمة» أن إشارة الأخرس إنما تعتبر، إذا لم يقدر على كتابة مفهمه وإن قدّر عليها، فالكتابة هي المعتبرة؛ لأنها أضبط وأدل على المراد، وينبغي أن يكتب مع ذلك إنّي قصدت الطلاق.

ويقع الطلاق بكتابة الأخرس، كما يقع بإشارته، وعن الشيخ أبي محمد: أن الكتابة في حقّه صريحة، والصحيح أنها كناية أنها [وإن كانت] أضبط، وأدل على المراد، تحتمل امتحان القلم، ومحاكاة الخط ولا يشترط مع الكناية الإشارة.

وحكى الحناطي وجهين؛ وفي «المجرد» للقاضي أبي الطيب مثله، قال: إن قلنا: لا يقع طلاق الناطق بالكتابة، حتى يقرأ ويتلفظ، فيحتاج الأخرس إلى الإشارة؛ ليقوم مقام العبارة وإن قلنا: يقع بالكتابة مع النية، فلا يحتاج إلى الإشارة بالطلاق، ويكفي أن يفهما أنه نوى الطلاق.

وأما القادر على النطق، فإشارته ليست بصريحة، وإن وجد منه ما نجعله صريحاً من الأخرس، لأن عدوله من العبارة إلى الإشارة يؤهم أنه غير قاصد للطلاق، وهذا كما أن الكتابة كناية [في حق] الناطق، وإن جعلت من الصرائح في حق الأخرس.

وهل يكون إشارته كناية؟ فيه وجهان: عن رواية صاحب «الأفصح»:

أحدهما: نعم؛ لحصول الإفهام بها، كالكتابة هذا عن صاحب «التلخيص»

واختيار القائل:

وأظهرهما: لا؛ لأن الإشارة لا تُقصد للإفهام بها إلا نادراً بخلاف الكتابة؛ فإنها حروف موضوعة للإفهام، كالعبارة، وحكى الشيخ أبو علي أن أبا زيد أجاب بالوجه الأول فيما إذا قالت المرأة: طلقني، فأشار بيده أن اذهب، واستبعده، ورتب المرتبون الوجهين على الخلاف الذي يأتي في أن كناية القادر على النطق، هل هي، كناية فالإشارة أولى بالأولى تكون كناية؛ لاختلافها بالأحوال والأشخاص واختلاف الناس في فهمها، وهذا ما أورده في الكتاب.

فَرَعُ: فقال لأحدهما: أنت طالق، وهذه إشارة إلى الأخرى، فتطلق الأخرى ويفتقر الوقوع إلى النية؟ فيه وجهان عن أبي العباس الروياني.

ولو قال، وله امرأتان: امرأتي طالق، وأشار إلى إحداهما ثم قال: أردت الأخرى، فوجهان عنه:

أحدهما: يقبل ولا تلزمه بالإشارة.

والثاني: أنهما تُطَلَّقان، أما المُشَار إليها؛ فلظاهر الإشارة عند اللفظ، وأما الأخرى فلأنه قال: أردتها.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَهِيَ لَيْسَ بِصَرِيحٍ أَضْلاً لِكِنَايَةِ عَلَى قَوْلٍ، وَلَعَوَّ عَلَى قَوْلٍ، وَهُوَ مِنَ الْحَاضِرِ لَعَوَّ وَمِنَ الْغَائِبِ كِنَايَةٌ عَلَى قَوْلٍ ثَالِثٍ لِلْعَادَةِ، وَيَجْرِي الْخِلَافُ فِي الْعَتَقِ وَالْإِبْرَاءِ وَالْعَفْوِ وَمَا لَا يَخْتِاجُ إِلَى الْقَبُولِ، أَمَا الْبَيْعُ وَالْمُعَاوَضَاتُ فَالْخِلَافُ فِيهِ مُرْتَبٌ وَأَوْلَى بِأَنْ لَا يَغْتَبِرَ، وَالتَّكَاحُ مُرْتَبٌ عَلَى الْبَيْعِ لِمَا فِيهِ مِنَ التَّعْبُدِ وَلِعُسْرِ أَطْلَاعِ الشَّاهِدِ عَلَى النَّيَّةِ فَإِنَّهُ كِنَايَةٌ، ثُمَّ إِنْ جَوَّزْنَا فَيَكْتُبُ أَمَا بَعْدَ فَقَدْ زَوَّجْتُ بِنْتِي مِنْكَ وَيَشْهَدُ عَلَيْهِ شَاهِدَيْنِ، وَإِذَا بَلَغَهُ فَيَقُولُ فِي الْحَالِ: قَبِلْتُ أَوْ يَكْتُبُ عَلَى الْقَوْرِ وَيَشْهَدُ عَلَيْهِ شَاهِدَيِ الْإِيجَابِ، فَإِنْ أَشْهَدَ آخَرَيْنِ فَيَبِيهِ وَجِهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا كَتَبَ الْقَادِرُ بِطَلَاقِ زَوْجَتِهِ، نُظِرَ؛ إِنْ قَرَأَ مَا كَتَبَ، وَتَلَفَّظَ بِهِ، إِمَّا فِي حَالِ الْكِتَابَةِ أَوْ بَعْدَ مَا فَرَّغَ مِنْهَا، وَقَعَ الطَّلَاقُ، وَإِنْ لَمْ يَتَلَفَّظْ بِهِ، فَيُنْظَرُ إِنْ لَمْ يَنْوِ إِيقَاعَ الطَّلَاقِ، لَمْ يَقَعْ الطَّلَاقُ.

وعن رواية الشيخ أبي علي أنه يقع، وأن الكتابة صريحة كالعبارة، ويؤوَى هذا عن مذهب أحمد - رحمه الله - والصحيح الأول ووجه ذلك أن الكتابة تحتمل النسخ، والحكاية وتحتمل تجربة القلم والمداد وتقويم الخط وغيرهما.

وإن نوى إيقاع الطلاق فقولان:

أصحهما: أنه يقع الطلاق، وبه قال أبو حنيفة ومالك، وأحمد، والمُزَنِيُّ - رحمه الله -؛ لأن الكتابة أحد الخطابين كالكلام، والإنسان يعبر عما في نفسه، بالكتابة، كما يعبر بالعبارة.

والثاني: لا يقع؛ لأنه فعل من القادر، فلا يصلح كناية عن الطلاق؛ كما لو سألته الطلاق فضربتها، وأخرجها من بيتي، ونوى الطلاق، والقبول الأول منصوص في «المختصر» و«الأم»، ويحكى الثاني عن «الإملاء»، ومنهم من خرَّجه من قوله في الرجعة حيث قال: إنها لا تخصل بالوطء، لأنه لما لم يكن نكاح، ولا طلاق إلا



بكلام، كذلك الرَّجْعَةُ، وعبر بعضهم بالخِلاف من الوجهين لمكان التخريج، هذه هي الطريقة الظاهرة، ووراءها طريقان:

إحداها: القطع بوقوع الطلاق.

والثانية: عن أبي إسحاق؛ القَطْع بَعْدَ الوُقُوع، حكاها الحناطي.

وإذا قلنا بطريق القولين، ففي موضعهما ثلاث طُرُق:

أحدها: أن الخلاف في حق الغائب، فأما الحاضر الخاص فكنايته لَعُوٌّ؛ للعادة الغالبة بالمكاتبة في العينية، وفي الحُضُور لا حاجة إلى الكتاب.

والثاني: أن الخلاف في حق الحاضر، أما الغائب فكنايته لا محالة، وأظهرهما طرد الخلاف فيهما؛ لأن الحاضر أيضاً قد يَكْتَبُ إلى الحاضر لثلا يطَّلَع عليه سائر الحاضرين، أو لاستحيائه عن المُخاطبة وغيرها، والغائب عن المجلس عن البلد سواء فيما نَحْن فيه، وإذا اختصرت هذه الاختلافات خرج منها المختصر ثلاثة أقوال أو أوجه.

الثالث: أن الكتابة كناية في حق الغائب دون الحاضر، كما ذكر في الكتاب.

وليعلّم قوله «لَيْسَ بِصَرِيحٍ» بالألف والواو، وقوله: «لَعُوٌّ» بالحاء والميم والألف والزاي لأن الكتابة عندهم جميعاً كنايةً، وكذا قوله «مِنَ الحَاضِرِ لَعُوٌّ» والخلاف المذكور في أن الطلاق هل يقع بالكتابة جارٍ في سائر التصرفات التي لا تحتاج إلى القَبُول؛ كالإعتاق، والإبراء، والعفو عن القصاص وغيرها، ولا فَرْق، أما ما يحتاج إلى القَبُول فينقسم إلى نِكَاح، وغيره، أما غير النكاح؛ كالبيع، والإجارة، والهبة، ففي انعقادها بالكتابة خلافٌ يترتب على الخلاف في الطلاق وما في معناه، إن لم نعتبر الكتابة هناك، فهذا هنا أولى، وإن اعتبرناها، فهذا هنا وجهان؛ للخلاف في انعقاد هذه التصرفات بالكناية أيضاً فإن القَبُول شرطٌ فيها وإنه يتأخر عن الإيجاب، والأشبه الانعقاد، ومن قال به جعل تمام الإيجاب بورود الكتاب؛ حتى يشترط اتصال القَبُول به.

وفي وجه: لا يُشْتَرَط ذلك، ويراعى التواصل اللائق بين الكتابين، وقد أشْرنا إلى ذلك كلّه في أول «الْبَيْع» وحكي لنا عن بعض المسودات أن المشتري لو أجاب بالقَوْل، كان ذلك أقوى من أن يَكْتَب، وهذا ذكره الإمام، وأما النكاح، فالخلاف فيه يترتب على الخلاف في البيع وسائر ما يفتقر إلى القبول من وجهين:

أحدهما: اختصاص النكاح بمزيد الاحتياط والتضييق وكذلك<sup>(١)</sup> وقع الخلاف في

انعقاده بالترجمة.

(١) في ز: في ذلك.

والثاني: أن الكتابة كناية، والكنايات تَعْمَلُ بالنية، والشهود لا يَطْلَعُونَ على النيات، فإن قال بعد الكتابة: نَوَيْتُ، عند الكتابة، فهُم شُهُود على إقراره بالعقد، لا على نَفْسِ العَقْدِ، والأظهر في النكاح المَنَع، ومن جَوَّزَه اعتمد الحاجة للغيبة، وإذا قلنا بانعقاد البَيْعِ والنكاح بالكتابة، فذلك في حال الغَيْبَةِ، فأما عند الحضور، فالخلاف يترتب على ما سَبَقَ، ويجيء من الترتيب طريقة قاطعة بالمنع، وبهذا أجاب القاضي أبو سَعْدِ الهَرَوِيُّ في النكاح على ما ذُكِرنا في بابه، وإليها ميل الإمام، وحيث حَكَمنا بانعقاد النكاح، بالكتابة فيكتب: زوجتُ بنتي منك، وَيَشْهَدُ الكِتَابَ عدلان، فإذا بَلَغَهُ، فيقبل لفظاً أو يَكْتُبُ القبول، ويشهد القبول شاهداً الإيجاب، فإن شَهِدَ آخِران فوجهان:

أحدهما: الجواز، ويَحْتَمَلُ ذلك كما احتمل الفصل بين الشقين للحاجة، وأصحهما المنع؛ لأن واحداً منهما ما يحضر العقد بتمامه.

ويُشْتَرَطُ أن يكون القَبُولُ لفظاً أو كناية على الفور، وفيه وجه ضعيف كما تقدّم.

ولو كتب إلى إنسان: إني وكُلْتُكَ ببيع كذا من مالي، أو بإعتاق عِبْدِي، فإن قُلْنَا: الوَكَاةُ لا تَحْتَاجُ إلى القبول، فهو ككتبه الطلاق، وإن قلنا تحتاج إليه، فكالبيع ونحوه من العقود.

وقوله في الكتاب «فَيَكْتُبُ، أَمَا بَعْدُ» لا يخفى أن لفظه «أَمَا بَعْدُ» غير متعينة، وإنما أجزاها على سبيل الرسائل.

وقوله «ويُشْهَدُ عَلَيْهِ شَاهِدَيْنِ» فيه توسع أي وَيَشْهَدُهُ شاهدان، وكذا قوله «ويُشْهَدُ عَلَيْهِ شَاهِدَيَّ الإِيجَابِ» فإن المرعى حضور الشهود لا غير.

وقوله: في «الحَالِ» وقوله: «عَلَى الفور» يجوز إعلامهما بالواو؛ لما عرفت.

قَالَ العَزَالِيُّ: وَلَوْ كَتَبَ زَوْجَتِي طَالِقٌ وَقَرَأَ وَنَوَى وَقَعَ، وَإِنْ قَرَأَ وَقَالَ: قَصَدْتُ القِرَاءَةَ دُونَ الطَّلَاقِ قَبْلَ فِي الظَّاهِرِ عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ وَلَا شَكَّ فِي أَنَّهُ يَدِينُ، وَلَوْ كَتَبَ إِلَيْهَا: أَمَا بَعْدُ فَأَنْتِ طَالِقٌ وَنَوَى وَقَعَ فِي الحَالِ، وَإِذَا قَالَ: إِذَا قَرَأْتِ كِتَابِي فَأَنْتِ طَالِقٌ طَلَّقْتِ إِذَا قَرَأْتِ أَوْ قُرِئَ عَلَيْهَا إِنْ كَانَتْ أُمِّيَّةً، وَإِنْ كَانَتْ قَارِئَةً فَقَرَأَ عَلَيْهَا غَيْرَهَا لَمْ تُطَلِّقْ عَلَى الأَصَحِّ، وَلَوْ قَالَ: إِذَا بَلَغَكَ الكِتَابُ فَأَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَغَهَا وَقَدْ أُنْمَحَى جَمِيعُ الأَسْطُرِ لَمْ يَقَعْ (و)، وَإِنْ لَمْ يَنْمَحْ إِلَّا أَسْطُرُ الطَّلَاقِ فَوَجْهَانِ، فَإِنْ لَمْ يَنْمَحْ إِلَّا الصَّدْرُ وَالتَّسْمِيَةُ دُونَ المَقَاصِدِ فَوَجْهَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوَّلَى بِأَنْ يَقَعَ، وَإِنْ أُنْمَحَى الجَمِيعُ إِلَّا سَطْرُ الطَّلَاقِ فَأَوَّلَى بِأَنْ يَقَعَ، وَإِنْ سَقَطَ الحَوَاشِي دُونَ المَكْتُوبِ وَقَعَ (و).

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا كَتَبَ: زَوْجَتِي طَالِقٌ، أَوْ يَا فَلَانَةَ أَنْتِ طَالِقٌ أَوْ كُلُّ زَوْجَةٍ لِي

طالِقٌ، وقرأ ما كتبه، ونوى، فقد قَدَمْنَا أَنَّهُ يَقَعُ الطَّلَاقُ، فَلَوْ قَالَ: لَمْ أَتَوِ الطَّلَاقُ، وَإِنَّمَا قَصَدْتُ قِرَاءَةَ مَا كَتَبْتَهُ، وَحِكَايَةَ مَا فِيهِ، فَفِي قَبُولِهِ ظَاهِرًا وَجِهَانٍ مُشْبِهَانِ بِالْوَجْهِينِ فِيمَا إِذَا حُلَّ الْوِثَاقُ عَنْهَا، فَقَالَ: أَتَيْتِ طَالِقٌ، وَقَدْ سَبَقَ ذِكْرُهُمَا<sup>(١)</sup>، وَإِنَّمَا يَظْهَرُ فَائِدَةُ كَلَامِهِ هَذَا، إِذَا لَمْ نَجْعَلِ الْكِتَابَةَ صَرِيحَةً، أَوْ أَنْكَرَ اقْتِرَانِ نِيَةِ الطَّلَاقِ بِالْكِتَابَةِ، أَمَا إِذَا جَعَلْنَاهَا صَرِيحَةً، وَسَلَّمْ اقْتِرَانِ النِّيَّةِ بِهَا، فَالطَّلَاقُ وَاقِعٌ، وَلَا مَعْنَى لِقَوْلِهِ: قَصَدْتُ الْقِرَاءَةَ.

والثانية: إذا أوقعنا الطلاق بالكتابة فيُنظَرُ في الصيغة المكتوبة؛ إن كَتَبَ: أَمَا بَعْدُ، فَأَتَتْ طَالِقٌ، وَقَعِ الطَّلَاقُ فِي الْحَالِ؛ وَإِنْ ضَاعَ الْكِتَابُ قَبْلَ أَنْ يَصِلَ إِلَيْهَا، وَإِنْ كَتَبَ إِذَا قَرَأَتْ كِتَابِي، فَأَتَتْ طَالِقٌ، فَلَا يَقَعُ الطَّلَاقُ فِي الْحَالِ، وَلَا<sup>(٢)</sup> إِذَا بَلَغَهَا الْكِتَابُ، بَلْ عِنْدِ الْقِرَاءَةِ، ثُمَّ إِنْ كَانَتْ تُحَسِّنُ الْقِرَاءَةَ فَتُطَلَّقُ إِذَا قَرَأَتْ، قَالَ الْإِمَامُ: وَالْمَعْتَبَرُ أَنْ تَطَّلِعَ عَلَى مَا فِيهِ، وَلَمْ يَخْتَلَفْ عِلْمَانَا - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - فِي أَنَّهَا إِذَا طَالَعَتْهُ وَفَهِمَّتْ مَا فِيهِ، يَقَعُ الطَّلَاقُ، وَإِنْ لَمْ تَتَلَفَّظْ بِشَيْءٍ وَإِنْ قَرَأَ غَيْرَهَا عَلَيْهَا فَوْجِهَانًا:

أحدهما: أَنَّهُ يَقَعُ الطَّلَاقُ [أَيْضًا]<sup>(٣)</sup>؛ لِأَنَّهَا عَرَفَتْ مَا فِيهِ، وَأَطَّلَعَتْ عَلَيْهِ، وَهُوَ الْمَقْصُودُ.

وأصحهما: وَهُوَ الَّذِي أوردته في «التهذيب»: الْمَنْعُ؛ لِأَنَّهَا أَهْلٌ لِلْقِرَاءَةِ وَلَمْ يَقْرَأْ، فَأَشْبَهَ مَا إِذَا عَلِقَ عَلَى فِعْلٍ آخَرَ مِنْ أَفْعَالِهَا، وَإِنْ كَانَتْ لَا تُحَسِّنُ الْقِرَاءَةَ؛ وَقَعِ الطَّلَاقُ إِذَا قَرَأَ عَلَيْهَا غَيْرَهَا، لِأَنَّ الْقِرَاءَةَ حَقُّ الْأُمِّيِّ مَحْمُولَةٌ عَلَى الْوُقُوفِ وَالْإِطْلَاعِ.

وفيه وجه ضعيف: أَنَّهُ لَا يَقَعُ، وَمَنْ ذَهَبَ إِلَيْهِ جَعَلَ تَعْلِيْقَ الطَّلَاقِ بِقِرَاءَةِ الْأُمِّيَّةِ، كَالْتَعْلِيْقِ بِالْأُمُورِ الْمَمْتَنَعَةِ، مِثْلَ صَعُودِ السَّمَاءِ وَغَيْرِهِ، وَلَوْ كَانَ الزَّوْجُ لَا يَعْرِفُ أَنَّهَا قَارِئَةٌ، أَوْ أُمِّيَّةٌ فَيَجُوزُ أَنْ يَقَالَ: يَنْعَقِدُ التَّعْلِيْقُ عَلَى قِرَاءَتِهَا بِنَفْسِهَا؛ نَظْرًا إِلَى حَقِيقَةِ اللَّفْظِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَقَالَ: يَنْعَقِدُ عَلَى الْفَهْمِ وَالْإِطْلَاعِ، لِأَنَّهُ الْقَدْرُ الْمَشْتَرِكُ، وَالْأَصْلُ فِي النَّاسِ الْأَلَّحْسِنُوا الْقِرَاءَةَ، وَالْأَوَّلُ أَقْرَبُ، وَإِنْ كَتَبَ: إِذَا أَتَاكَ أَوْ بَلَغَكَ أَوْ وَصَلَ إِلَيْكَ كِتَابِي، فَأَتَتْ طَالِقٌ، فَلَا يَقَعُ الطَّلَاقُ قَبْلَ أَنْ، بِأَتَيْهَا، فَإِنْ ضَاعَ وَلَمْ يَبْلُغْهَا، [لَمْ يَقَعِ] وَانْمَحَى الْمَكْتُوبُ كَضِياعِ الْجَرَمِ حَتَّى لَوْ بَلَغَهَا الْقِرْطَاسُ وَقَدْ انْمَحَى جَمِيعُ مَا كَتَبَ عَلَيْهِ بِالْوُقُوعِ فِي حَاءٍ وَغَيْرِهِ وَانْمَحَى بِحَيْثُ لَا يُمْكِنُ الْقِرَاءَةَ، [لَمْ تَطْلُقِ] وَإِنْ بَقِيَ أَثَرُ، وَامْكِنْتَ الْقِرَاءَةَ فَهُوَ كَمَا لَوْ وَصَلَ وَالْمَكْتُوبُ بِحَالِهِ، وَإِنْ وَصَلَ إِلَيْهَا بَعْضُ الْكِتَابِ دُونَ بَعْضٍ، فَحُزِمَ الْكِتَابُ أَرْبَعَةَ أَقْسَامٍ:

أحدهما: مَوْضِعُ الطَّلَاقِ، فَإِنْ كَانَ هُوَ الضَّاعِ، أَوْ انْمَحَى الْمَكْتُوبُ فِيهِ، وَوَصَلَ

الباقى فوجهان:

(٢) في ز: وإلا.

(١) في ز: ذكرها.

(٣) سقط في ز.

أحدهما: يقع؛ لوصول الكتاب.

وأصحهما: وهو المذكور في «التَّهْدِيبِ» المَنْعُ؛ لأنه لم يبلع جميع الكتاب، ولا ما هو المقصود الأصلي منه.

وفيه وجه ثالث: وهو أنه إذا قال: إذا جاءك كتابي هذا أو إذا جاءك الكتاب، لم يَقَعْ، لأنه لم يجئها جميعه وإن قال: إذا جاءك كتابي يقع، لأنه قد جاءها كتابه.

والثاني: موضع سائر مقاصد الكتاب، ومنه ما يَعتَذر به عن الطَّلَاقِ، وما يوبخها عليه من الأفعال الملجئة إلى الطلاق، فإذا كان الخَلَلُ فيه بالتخرق والانمحاء، وبقي موضع الطلاق وغيره، ففيه الأوجه الثلاثة، وهذه الصورة أوَّلَى بالوقوع، وبه قال أبو إسحاق؛ لوصول الطَّلَاق إليها، وهو المقصود الأصلي من الكتاب، ويحسن أن يعتمد على الوجه الثالث في الصورتين جميعاً.

والثالث: موضع السوابق واللواحق التي ثبتت في المكاتبات خطأً للأدب؛ كالسمية، والصدر في أول الكتاب، والحمد، والصلاة في آخره، فإذا كان الخَلَلُ فيه، والمقاصد باقية، ففيه الخلاف، وهذه الصورة أوَّلَى بالوقوع، وهو الأظهر على ما ذكر الإمام قال: وكنت أحبُّ أن يفرق في هذه الصور الثلاث بين أن يَنْقُي مُعْظَمَ الكتاب أو يختل فإن للمعظم أثراً ظاهراً في بقاء الاسم وزواله<sup>(١)</sup>.

والرابع: الحواشي والبياض في أول الكتاب وآخره، فظاهر المَذْهَبِ أنه لا عبرة بزوالها؛ لأن الكتاب، هو المكتوب وقد بَقِيَ كلُّه، فيقع الطلاق بوصوله، فلا يجيء فيه الخلاف، وهذا ما حكاه القاضي أبو الطَّيِّبِ عن الماسرجسي، ومنهم من أثبت فيه الخلاف، وقال: الحواشي والبياض من أجزاء الكتاب، ولذلك يَخْرُمُ على المُخَدِّثِ مسهما من المُضْحَفِ، كما يحرم موضع الكتاب.

وقوله في الكتاب: «وَقَدْ أَمَحَى جَمِيعَ الْأَسْطُرِ» يعني الانمحاء الكلِّيُّ؛ بحيث زال الأثر وتعذرت القراءة، ويجوز أن يعلم بالواو؛ لأنه رُوِيَ عن صاحب «التقريب» وجه: أنه يقع الطلاق إذ يقال أتاني كتاب فلان وقت المجيء، وقوله «وإن لم ينمح ينمح إلا أسطر الطلاق» هو الصورة الأولى من الصور الأربع، وقوله: «فإن لم ينمح إلا الصُدْرُ والتَّسْمِيَةُ» هو الصورة الثالثة، ولم يتعرَّض في اللفظ للصورة الثانية وقوله «وإن انمحي الجميع إلا أسطر الطلاق» فأوَّلَى بأن يقع يعني من الصورة الأولى، وهو ما إذا لم تنمح

(١) قال النووي: هذا الذي أشار إليه الإمام، هو وجه ذكره في «المستظهر» لكنه لم يطرده فيما إذا انمحي موضع الطلاق، لم يقع عنده، وعند سائر العراقيين قطعاً، ولفظه: وقيل: إن وجد أكثر الكتاب، طلقت.

إلا أسطر الطلاق، لا من صور انمحاء الصُّدْر والتسمية، دون المقاصد.

وقوله: «وإن سَقَطَ الحَوَاشِي» هو الصورة الرابعة، ليعلم قوله: «وَقَعَ» بالواو.

ولو كتب: إذا بَلَّغَكَ طلاقِي، فأنت طالقٌ، فإن بَلَغَ موضع الطلاق، وقع بلا تفصيل ولا خلاف وإن بلغ ما عداه وبطل موضع الطلاق لم تطلق ولو كتب: إذا بَلَّغَكَ كتابي فأنتِ طالقٌ وكتب أيضاً: إذا وَصَلَ إِلَيْكَ طلاقِي، فأنتِ طالقٌ، فبَلَّغَهَا، وَقَعَتْ طلقتان؛ لوجوب الصفتين، وإذا كان التعليق بقراءتها الكتاب، فقرأت بغضه دون بعض، فعلى ما ذكّرنا في وصول بغضه دون بعض.

فروع: لو كتب كناية من كنيات الطلاق، ونوى، فهو كما لو كَتَبَ الصرائح، ولو أمر الزَّوْجَ أجنبيًّا، فكتب بالطلاق، ونوى الزَّوْجَ لم تطلق كما أو أمر أجنبيًّا بأن يقول لزوجته: أنتِ بائنٌ، ونوى الزوج، ولو قال: إذا بَلَّغَكَ نِصْفَ كتابي هذا، فأنتِ طالقٌ، فبلغ الكتاب كله، ففيه وجهان، وعن صاحب «التقريب»:

أحدهما: يَقَعُ؛ لاشتمال الكلِّ على النصف.

والثاني: المنع؛ لأن النُّصْفَ في مثل هذا الموضع يراد به النُّصْفُ المفرد المميز<sup>(١)</sup>، والكتابة على الكاغد والرَّق، واللوح، وبالنقر في الخشب، والحجر سواء في الحكم على ما بيّنا في «البيع» وذكّرنا أنه لا غيرة برسم الحُرُوفِ على الماء والهواء؛ لأنها لا تَبْتُ.

قال الإمام: لا يَمْتَنَعُ أن يلتحق هذا بالإشارات؛ فإنها حركاتٌ يُفْهَمُ منها شكلُ الحروف، فتتزل منزلة الإشارات المفهومة، ولك أن تقول: الإشارة المُعْتَبَرَةُ هي الإشارة إلى معنَى الطلاق، وهو الإبعاد والمفارقة لا إلى حروف الطلاق، وهذه إشارة إلى الحُرُوفِ، ونقل في «التممة» عن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه إن كتب على البياض: وَقَعَ الطلاق، وإن كتب على حائطٍ، وثوبٍ، لم يَقَعُ، ولو قالت المرأة: أتاني كتاب الطلاق، وأنكر الزَّوْجَ أنه كتبه أو أنه نوى الطلاق، فالقول قوله، ولو شهد شهود على أنه خطه، لم يَثْبُتَ الطلاق، بل نحتاج مع ذلك إلى إثبات قراءته، أو نيته، وإنما يجوز للشهود أن يشهدوا على أنه خطه وإذا شاهدوه وقت الكتابة، وكان الخطُ محفوظاً عندهم؛ ليأمنوا التزوير، ولو كتب: أنتِ طالقٌ، ثم أشهد، وكتب: إذا بَلَّغَكَ كتابي، فإن احتاج إلى الإِشْهَادِ<sup>(٢)</sup>، لم تُطَلَّقْ؛ حتى يبلغها الكتاب، وإن لم يحتج إليه طَلَّقَتْ في الحال.

فَرَعٌ: حرك لسانه بكلمة الطلاق، ولم يرفع صوته بقدر ما يسمع، ففي «التممة» أن

الزجاجي حكى فيه قولين:

(٢) في ب: الاستحداد.

(١) قال النووي: الأصح الوقوع.

أحدهما: وقوع الطلاق؛ لأننا نُوقِعُ الطلاق بالكتابة مع النية، فعند اللفظ أَوْلَى<sup>(١)</sup>.  
والثاني: المنع؛ لأنه ليس؛ بكلام ولهذا يشترط في قراءة الصلاة أن يُسْمِعَ نَفْسَهُ  
[والله أعلم].

قَالَ الْعَزَلِيُّ: (الْفَضْلُ الثَّلَاثُ فِي التَّفْوِيضِ):<sup>(٢)</sup> وَهُوَ أَنْ يَقُولَ: طَلَّقِي نَفْسَكَ فَإِذَا  
قَالَتْ: طَلَّقْتُ وَقَعَ، وَهُوَ تَمْلِيكَ أَوْ تَوَكِيلٍ فِيهِ قَوْلَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ تَمْلِيكَ لَمْ يَجْزُ لَهَا  
تَأْخِيرُ التَّطْلِيقِ لِأَنَّهُ كَالْقَبُولِ، وَإِنْ قُلْنَا: تَوَكِيلٌ فَفِي جَوَازِ التَّأْخِيرِ وَجْهَانِ، وَلَوْ رَجَعَ قَبْلَ  
تَطْلِيقِهَا جَازَ عَلَى الْقَوْلَيْنِ، وَقِيلَ: لَا يَجُوزُ عَلَى قَوْلِ التَّمْلِيكِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يَجُوزُ لِلزَّوْجِ تَفْوِيضَ الطَّلَاقِ إِلَى زَوْجَتِهِ، قَالَ الْأَصْحَابُ: وَالْأَصْلُ  
فِيهِ أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - خَيْرُ نِسَاءٍ بَيْنَ الْمَقَامِ مَعَهُ وَبَيْنَ مَفَارِقَتِهِ<sup>(٣)</sup>، لَمَّا نَزَلَ قَوْلُهُ - تَعَالَى -:  
﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ قُلٌّ لِأَزْوَاجِكُمْ﴾ [الأحزاب: ٢٨] الآية والتي بعدها، وَإِذَا فُوضَ الطَّلَاقُ  
إِلَيْهَا بَانَ قَالَ: طَلَّقِي نَفْسَكَ أَوْ طَلَّقِي نَفْسَكَ إِنْ شِئْتَ، فَهُوَ تَمْلِيكَ لِلطَّلَاقِ أَوْ تَوَكِيلٍ بِهِ،  
فِيهِ قَوْلَانِ:

أصحهما: وهو الجديد<sup>(٤)</sup>؛ أنه تملكك<sup>(٥)</sup>؛ لأنه يتعلق بغرضها وفائدتها، وكأنه  
يقول: مَلَكْتُكَ نَفْسَكَ، فتملكها بالطلاق.

والثاني: ويُنسب إلى القديم، أنه توكيل كما لو فرض طلاقها إلى أجنبي، وبه قال  
أبو حنيفة فيما رواه أبو الفرج السرخسي وغيره.

التفريع: إن قلنا: إنه تملكك، فتطليقها نفسها متضمن للقبول، ولا يجوز تأخيره،

(١) قال النووي: الأظهر: الثاني، لأنه في حكم النية المجردة، بخلاف الكتب، فإن المعتمد في وقوع الطلاق به حصول الإفهام ولم يحصل هنا.

(٢) وهو جائز بالإجماع واحتجوا له أيضاً بأنه ﷺ خير نساء بين المقام معه وبين مفارقتة لما نزل قول الله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا النَّبِيُّ قُلٌّ لِأَزْوَاجِكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَرْضَوْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزَيْتَهَا﴾ ... الخ.

فلو لم يكن لاختيارهن الفرقة أثر لم يكن لتخييرهن معنى، فإن قيل: لا دليل في ذلك لما صححوه من أنه لا يقع الطلاق باختيارهن الدنيا، بل لا بد من إيقاعه بدليل «فتعالين أمتعن وأسرحكن» أجيب بأنه لما فوض إليهن سبب الفراق وهو اختيار الدنيا، جاز أن يفوض إليهن المسبب الذي هو الفراق.

(٣) أخرجه البخاري و مسلم من حديث عائشة، وقد تقدم في الخصائص، وروى أحمد في مسنده من حديث علي أنه خير نساء بين الدنيا والآخرة، ولم يخيرهن الطلاق.

(٤) لأنه يتعلق بغرضها كغيره من التملكيات، فنزل منزلة قوله: ملكتك طلاقك.

(٥) أي يعطى حكم التملك.

لأن التملك يقتضي الجواب على الفور، فلو أخرت بقدر ما ينقطع به القبول عن الإيجاب، ثم طَلَّقت، لم يقع الطلاق.

وعن ابن القاص وغيره؛ أنه لا يضر التأخير ما دام في المجلس، لأن الشافعي قال: ولا أعلم خلافاً أنّها إن طَلَّقت نفسها قبل أن يتفرقا من المجلس أو يحدث قطعاً لذلك أن الطلاق يقع عليها، وأبو إسحاق والأشعثون حملوا اللفظ على مجلس التواجب، كما سبق نظيره في «الخلع» وعن اختيار ابن المنذر أنه لا يلزم الفور، ولا يختص بالمجلس، بل لها التطبيق متى شاءت.

ولو قال: طَلَّقِي نَفْسَكَ بِأَلْفٍ، أو على ألف إن شئت، وطَلَّقت، وَقَع بئناً، وعليها الألف، وهذا تملك بالِعَوْض، كالبيع وإذا لم يجر ذكر العَوْض، فهو كالهبة، وعند أبي حنيفة - رحمه الله - يعتبر تملكها ما دام في المجلس إلا أن يخوض في أمر آخر من كلام وغيره، وقال: ولو كانت عنده قاعدة، فَقَامَتْ، كانت معرضة عن الطلاق، وإن كانت قائمة فقعدت، لم يكن ذلك إعراضاً قال: وكذلك الحُكْم عنده في قبول البيع، والهبة، والنكاح، وعن القفال أنه لو قال لزوجته: طَلَّقِي نَفْسَكَ، فقالت: كيف يكون تطليقي لنفسي، ثم قالت: طَلَّقتُ، وَقَع الطلاق، ولم يكن هذا القدر، [قاطعاً] (١) وهذا مبني على أن تخلل الكلام السير لا يضر، وإن قلنا: تفويض الطلاق إليها توكيل (٢)، ففي اشتراط قبولها الخلاف المذكور في اعتبار القبول في الوكالات ويجيء الوجه الفارق بين لفظ الأمر بأن يقول طَلَّقِي نَفْسَكَ، وبين صيغة العَقْد؛ بأن يقول وكَلَّتْكِ بطلاق نفسك، وهل يجوز تأخير التطبيق على هذا القول: فيه وجهان:

أصحهما: نعم، ولها أن تُطَلَّق نفسها متى شاءت، كما في توكيل الأجنبي، احتج لذلك بأن النبي - ﷺ - قال لعائشة - رضي الله عنها - لَمَّا أَرَادَ تَخْيِيرَ نَسَائِهِ «إِنِّي ذَاكِرٌ لَكَ أَمراً فَلَا تَبَادِرِيَنِ الْجَوَابَ حَتَّى تَسْتَأْمِرِي أَبَوَيْكَ» (٣).

والثاني: عن القاضي الحسين أنه لا يجوز التأخير، وإن جعلناه توكيلاً: لأنه يتضمن تملكها نفسها بلفظ مأنى به، وذلك يقتضي جواباً عاجلاً؛ ألا تَرَى أنه إذا قال أنتِ طالق إن شئت، يعتبر الفور في المشيئة، وطرد القاضي ما ذكره فيما إذا صرح بالتوكيل، فقال: وَكَلَّتْكِ؛ لتطليقي نفسك، وقال: إنه يشوبه شعبة من التملك، وإن صرح بالتوكيل، قال الإمام: وقد رمز المحققون إلى هذا حيث قالوا: إن جعلناه

(٢) ونسب هذا إلى القديم.

(١) سقط في ز.

(٣) هو طرف من الذي قبله، قال الحافظ في التلخيص: ولم أر في شيء من طرقه قوله: فلا تبادريني بالجواب، نعم جاء بمعناه.

التفويض توكيلاً، فذاك، وإن جعلناه تملكاً، فهل يتمكن الزوج من توكيلها، أم كل تفويض تملك؟ فيه خلاف.

والثاني: وهو الذي أورده صاحب «التهذيب».

ولو قال: طَلَّقِي نَفْسَكَ مَتَى شِئْتِ، فلا يشترط التطلق على الفور، ويجوز للزوج الرجوع قبل أن تُطَلَّقَ نَفْسَهَا، سواء جعلناه توكيلاً أم تملكاً، أما إذا كَانَ توكيلاً؛ فلأنه عقد جائز في وضعه، وأما إذا كَانَ تملكاً، فلأن التملكيات يجوز الرجوع عنها قبل القبول، وساعدنا أحمد - رحمه الله -، وعن أبي حنيفة ومالك - رحمهما الله - أنه ليس له الرجوع، وبه قال ابن خيران وإن قلنا: إنه تملك، ووجه بأنه إذا قال لها: طَلَّقِي نَفْسَكَ، فكأنه قال إذا تَلَفَّظْتَ بتطلق نفسك، فأنت طالق، ويقال بأن الشيخ أبا محمد كان يعبر عن هذا المعنى بأنه تملك متضمن التعليق ويجوز أن يُعلم؛ لِمَا نقلنا قوله «جاز» بالحاء والميم؛ وقوله «لا يجوز» بالألف.

ولو قال لامرأته إذا جاء رأس الشهر، فطلقي نفسك، ففي صحته، قولان بناء على أن التفويض تملك أو توكيل، إن قلنا تملك، فهو لغو، وليس لها تطلق نفسها، إذا جاء رأس الشهر كما إذا قال: ملكتك هذا العبد، إذا جاء رأس الشهر، وإن قلنا إنه توكيل، فيجوز كما لو وكل أجنبياً بتطلق زوجته بعد شهر، وعلى هذا، فلو قال: إذا جاء رأس الشهر، فطلقي نفسك، أن ضمنت لي ألفاً، أو قال: طَلَّقِي نَفْسَكَ، إن ضمنت لي ألفاً بعد شهر، فإذا طلقت نفسها على ألف بعد مضي شهر، يقع، ويلزمها الألف، وذكر إسماعيل البوشنجي أنه إذا قال لأجنبي إذا جاء رأس الشهر، فأمر امرأتي بيدك، فإن كان قصده بذلك إطلاق الطلاق له بعد مجيء رأس الشهر، فله التطلق بعده أي وقت شاء إلا أن يظراً حَجْر، وإن أراد تقييد الأمر برأس الشهر، فيتقيد الطلاق به، وليس له أن يُطَلِّقَها بعد ذلك، ولو قال: إذا مضى هذا الشهر، فأمرها بيدك، فمقتضاه إطلاق الإذن بعد مضي الشهر، فيطلقها متى شاء، ولو قال: أمرها بيدك إلى شهر أو شهراً، فله أن يُطَلِّقَها إلى شهر، وليس له الطلاق وراءه وهذه الأحكام في حق الزوجة كهي في حق الأجنبي، إذا جعلنا التفويض إليها توكيلاً.

ولو قال لها: طَلَّقِي نَفْسَكَ، فقالت: طَلَّقْتُ نَفْسِي أو أنا طالق، إذا قَدِمَ زيد لم يقع الطلاق عليها، إذا قَدِمَ؛ لأنه لا يملكها التعليق، وكذا الحكم في حق الأجنبي وفيها وجه آخر حكاه الحناطي.

ولو قال لها: علقى طلاقك بكذا، ففعلت أو قاله الأجنبي، ففعل، لم يصح، لأن تعليق الطلاق يجري مجرى الأيمان، فلا يدخله التؤيوس والثبابة، هذا هو الأظهر، وهو الجواب في «التهذيب» وعن أبي عاصم العبادي وجهان آخران:



أحدهما: أنه يجوز تفويض التعليق، كتفويض التنجيز.

والثاني: أنه يُنظر في الصفة التي أمر بالتعليق بها، إن كانت توجد لا محالة؛ كطلوع الشمس، ومجيء رأس الشهر، فيجوز؛ لأن مثل هذا التعليق ليس بيمين، وإن كان قد يوجد، وقد لا يوجد كدخول الدار، فهو يمين، وتفويض الإعتاق إلى العبد كتفويض الطلاق إلى المرأة في الأحكام المذكورة.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: (فُرُوعٌ: أَحَدَهَا): لَوْ قَالَ: أَبِيْنِي نَفْسِكَ فَقَالَتْ: أَبْنْتُ وَنَوْتَا وَقَعَ، وَإِنْ لَمْ يَنْوِ أَحَدُهُمَا لَمْ يَقَعْ (ح)، وَلَوْ قَالَ: طَلَّقْتِي نَفْسِكَ فَقَالَتْ: أَبْنْتُ وَنَوْتُ وَقَعَ، وَقِيلَ: لَا يَقَعْ لِمُخَالَفَةِ الْكِنَايَةِ الصَّرِيحِ، وَقِيلَ: ذَلِكَ يَجْرِي فِي تَوْكِيلِ الْأَجْنَبِيِّ أَيْضًا، وَلَوْ قَالَ: أَخْتَارِي فَأَخْتَارَتْ نَفْسَهَا طَلَّقَتْ رَجْعِيَّةً، وَإِنْ أَخْتَارَتْ زَوْجَهَا لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ، وَالْقَوْلُ فِي نِيَّةِ الْكِنَايَةِ قَوْلُ النَّاَوِي.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: كما يجوز التفويض بصريح الطلاق، ويُعتَبَر من الزوجة المفوض إليها باللفظ الصريح، كذلك يجوز التَّفْوِيض بالكنايات مع النية، ويُعتَبَر منها بالكناية مع النية، ولا يُشْتَرَطُ تَوَافُقُ اللَّفْظِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ، إِلَّا أَنْ يَقِيدَ التَّفْوِيضَ، فإِذَا قَالَ: أَبِيْنِي نَفْسِكَ أَوْ بَتِي فَقَالَتْ: أَبْنْتُ: أَوْ بَتْتِ، وَنَوْتَا، وَقَعَ الطَّلَاقُ، وَإِنْ لَمْ يَنْوِ أَوْ لَمْ يَنْوِ أَحَدُهُمَا لَمْ يَقَعْ، أَمَا إِذَا لَمْ يَنْوِ، فَلأنه لَمْ يَفُوضِ الطَّلَاقَ، وَأَمَا إِذَا لَمْ تَنْوِ؛ فَلأنها مَا امْتَثَلَتْ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ يَكْفِي نِيَّةَ الزَّوْجِ، وَلَا حَاجَةَ إِلَى نِيَّتِهَا، وَلَوْ قَالَ لَهَا: طَلَّقْتِي نَفْسِكَ، فَقَالَتْ: أَبْنْتُ نَفْسِي، أَوْ أَنَا خَلِيَّةٌ أَوْ بَرِيَّةٌ، وَقَعَ الطَّلَاقُ، كَمَا لَوْ قَالَ بِعْ بَلْفِظِ التَّمْلِيكِ يَصِحُّ.

وعن ابن خيران؛ أنه لا يقع لاختلاف اللفظين، ورؤي عن أبي عبيد بن حزبويه مثله، وممن رواه ابن القطان عن أبي محمد الفارسي عن ابن حزبويه، وإذا قال طَلَّقْتِي نَفْسِكَ، فَقَالَتْ لِلزَّوْجِ: طَلَّقْتُكَ، وَنَوْتُ تَطْلِيْقِ نَفْسِهَا، فَهُوَ مِنْ صَوْرِ هَذَا الْخِلَافِ، وَيَجْرِي الْخِلَافُ فِي عَكْسِهِ، وَهُوَ أَنْ يَفُوضَ بِبَعْضِ الْكِنَايَاتِ، فيقول: أَبِيْنِي نَفْسِكَ أَوْ فَوَضْتُ إِلَيْكَ أَمْرَكَ أَوْ مَلَكَتْكَ نَفْسِكَ، أَوْ أَمْرُكَ بِيَدِكَ، وَيَنْوِي، فَتَقُولُ: طَلَّقْتُ نَفْسِي، وَعَنْ الْقَاضِي الْحُسَيْنِ وَغَيْرِهِ، أَنَّ الْخِلَافَ يَجْرِي فِيمَا إِذَا قَالَ لِأَجْنَبِيٍّ: طَلَّقْ زَوْجَتِي، أَبْنْتَهَا، وَنَوَى، أَوْ قَالَ: ابْنِ زَوْجَتِي، وَنَوَى، فَقَالَ الْوَكِيلُ: طَلَّقْتُهَا، وَلَوْ قَالَ لِزَوْجَتِهِ: أَبِيْنِي نَفْسِكَ، وَنَوَى، فَقَالَتْ: أَنَا خَلِيَّةٌ وَنَوْتُ، فَاخْتِلَافِ الصَّيْغَتَيْنِ، هَلْ يَمْنَعُ وَقُوعِ الطَّلَاقِ تَفْرِيعاً عَلَى وَجْهِ الرَّجُوعِ، وَحَكَى الْإِمَامُ فِيهِ تَرُدُّدًا، قَالَ: وَالْأَوْجَهُ أَنَّهُ لَا يَمْنَعُ؛ لِأَنَّ الْإِعْتِمَادَ هَا هُنَا عَلَى النِّيَّةِ، وَاللَّفْظَ غَيْرَ مُسْتَقِلٍّ مِنَ الْجَانِبَيْنِ بِخِلَافِ اخْتِلَافِ الصَّرِيحِ، وَالْكِنَايَةِ وَلَوْ قَالَ: طَلَّقْتِي نَفْسِكَ بِصَرِيحِ الطَّلَاقِ أَوْ بِكِنَايَةِ الطَّلَاقِ، فَعَدَلْتَ عَنِ الْمَأْذُونِ إِلَى غَيْرِهِ، لَمْ تُطَلَّقْ بِلا خِلَافٍ.

ولو قال: طَلَّقِي نَفْسَكَ، فقالت سَرَّخَتْ نَفْسِي، وقع الطلاق بلا خلاف؛ لاشتراكهما في الصرائح.

ويجوز أن يُعَلِّمَ قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ، «وَلَوْ قَالَ: طَلَّقِي نَفْسَكَ فَقَالَتْ: أَبْنَتْ، وَنَوَتْ وَقَع» بالحاء؛ لأن الحكاية عن أبي حنيفة - رحمه الله - إذا فَوَّضَ بالصریح لم يقع الطلاق منها بالكناية، بخلاف ما إذا فَوَّضَ بالكناية، فَطَلَّقَتْ بالصریح، وَوَجَّهَ ذَلِكَ أَنَّ الْكِنَايَاتِ عِنْدَهُ بَوَائِنٌ، فَالْعُدُولُ مِنَ الصَّرِيحِ إِلَى الْكِنَايَةِ مَخَالَفَةٌ فِيمَا يَضُرُّهُ؛ لِامْتِنَاعِ الْمَرَاجِعَةِ، وَالرَّجُوعِ مِنَ الْكِنَايَةِ إِلَى الصَّرِيحِ مَخَالَفَةٌ فِيمَا يَنْفَعُهُ.

ولو قال لزوجته اِخْتَارِي نَفْسَكَ، ونوى تفويض الطلاق، فقالت: اِخْتَرْتُ نَفْسِي أَوْ اِخْتَرْتُ وَنَوْتُ وَقَعْتُ طَلْقَةً، ولو قال اختاري ولم يقل نفسك ونوى تفويض الطلاق فقالت اخترت ففي «التهديب» أنه لا يقع حتى تقول: اخترت نفسي، وأشعر كلامه بأنه لا يقع وإن نوت، وكان السبب فيه أن ليس في كلامه؛ ولا في كلام الزوج ما يُشعر بالفراق، بخلاف ما إذا قال: اِخْتَارِي نَفْسَكَ، فإن له إشعاراً بالفراق، فأنصرف كلامها إليه.

وقال إسماعيل البوشنجي - رحمه الله -: إذا قالت: اخترت، ثم قالت بعد ذلك: أردت اِخْتَرْتُ نَفْسِي، وكذبها الزوج، يُقْبَلُ قَوْلُهَا، وَيُقْتَضَى بِوُقُوعِ الطَّلَاقِ خِلَافاً لِأَبِي حَنِيفَةَ - رحمه الله - وَلَوْ أَنَّهَا قَالَتْ فِي الْجَوَابِ: اِخْتَرْتُ نَفْسِي، وَنَوْتُ، وَقَعْتُ طَلْقَةً، كَمَا لَوْ أَتَى كِنَايَةَ أُخْرَى، وَتَكُونُ رَجْعِيَّةً إِنْ كَانَتْ مَحَلَّ الرَّجْعَةِ.

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - تَكُونُ بَائِنَةً؛ بِنَاءٍ عَلَى أَنَّ الْكِنَايَاتِ بَوَائِنٌ، وَلِيُعَلِّمَ قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ «طَلَّقْتُ رَجْعِيَّةً» بالحاء لذلك ويجوز أن يُعَلِّمَ بِالْمِيمِ أَيْضاً، لِأَنَّ عِنْدَ مَالِكٍ يَقَعُ ثَلَاثُ طَلْقَاتٍ، إِنْ كَانَتْ الْمَرْأَةُ مَدْخُولاً بِهَا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَدْخُولاً بِهَا، يَقَعُ مَا نَوْتُ مِنْ وَاحِدَةٍ إِلَى ثَلَاثٍ، وَلَوْ قَالَتْ: اِخْتَرْتُ زَوْجِي، أَوْ اِخْتَرْتُ النِّكَاحَ، لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ، وَإِنْ قَالَتْ: اِخْتَرْتُ الْأَزْوَاجَ، وَقَعْتُ طَلْقَةً، لِأَنَّهَا لَا تَصْلُحُ لِلْأَزْوَاجِ إِلَّا بِمَفَارَقَتِهِ، وَعَنْ أَبِي إِسْحَاقَ أَنَّهُ لَا يَقَعُ شَيْءٌ؛ لِأَنَّ الزَّوْجَ مِنَ الْأَزْوَاجِ؛ فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَتْ: اِخْتَرْتُكَ، وَإِنْ قَالَتْ: اِخْتَرْتُ أَبَوَيْ، فَوْجِهَانِ مَنْقُولَانِ فِي «التهديب»:

أحدهما: أنه لا يقع الطلاق؛ لأن اختيار الأبوين لا يقتضي فراق الزوج.

وأظهرهما، وبه أجاب البوشنجي - رحمه الله - الوقوع لإشعاره باللحوق بهما، والرجوع إليهما، وصار كما إذا قال الزوج: أَلْحَقِي بِأَهْلِكَ، ونوى، وقالت اخترت أخي أو عمي، فعلى هذا القياس، قال البوشنجي، وَلَوْ كَانَ قَدْ قَالَ: اِخْتَارِي نَفْسَكَ، فَاخْتَارَتْ وَاحِدَةً مِنْ هَؤُلَاءِ، فَفِيهِ احْتِمَالٌ، وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يَقَعُ الطَّلَاقُ أَيْضاً وَقَرِيبُهُ مِمَّا إِذَا قَالَ طَلَّقِي نَفْسَكَ فَقَالَتْ: طَلَّقْتُكَ، وَنَوْتُ يَقَعُ الطَّلَاقُ، وَإِذَا جَرَى التَّفْوِيضُ بِكِنَايَةٍ مِنَ الْكِنَايَاتِ، وَالتَّطْلِيقُ فِيهَا كَذَلِكَ أَوْ جَرَى أَحَدُهُمَا بِالْكِنَايَةِ، فَتَنَازَعَا فِي النِّيَّةِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ

النَّووي، نفى أو أثبت، لأنه أَعْرَفُ بما في ضميره، ولا يُمكن إقامة البينة عليه، وعن الإصطخري - رحمه الله - : أنها إذا قالت: نَوَيْتُ، وقال الزوج: ما نَوَيْتُ، فالقول قَوْل الزوج، لأنَّ الأَصْل بقاء النِّكَاح، والظاهر الأول، ولو اختلفا في أصل التخيير، وأنكره الزَّوْج، [أو قال: خيرتك فلم تختاري في وقت الاختيار] فالقول قَوْلُه؛ لأنَّ الأَصْل عَدَمُ المدَّعي، وبقاء النِّكَاح، وإقامة البينة على المدَّعي مُمكنة.

ذكر القاضي ابن كج أنه لو جَعَلَ أمرها إلى وكيل، فقال لها الوكيل: أَمْرُكَ بيدك، وقال نَوَيْتُ الطَّلَاق، وصدَّقته المرأة وكذَّبه الزوج، فالقول قول الوكيل على المَذْهَب؛ لأنَّ الزَّوْج قد ائتمنه، وفيه وجه أن القول قول الزوج؛ لأنَّ الأَصْل بقاء النِّكَاح، ولو تَوَافَق الزوجان على تَكْذِيبه، لم يُقْبَل قول الوكيل عَلَيْها، والقَوْل في اشتراط القَوْر منها في التفويض بالكنایات على ما ذَكَّرنا في التفويض بالصريح، ووراءها ذَكَّرنا صَوْرَ تَعَلُّقٍ بالتخيير.

ولو قال لزوجته: اختاري من ثلاث طلاقات ما شئت أو طَلَّقِي نَفْسَكَ من ثلاثٍ ما شئت، فلها أن تُطَلِّقَ نفسها واحدةً أو اثنتين، ولا تملك إيقاع الثلاث لأن «مِنْ» للتبويض. ولو خير صبية، فاخْتَارَتْ، لم يَقَعِ الطَّلَاق، ولم يعتبر اختيارها.

وفي «التتمة» أنه لو قال لزوجته ثلاث مرات: اختاري، وقال: أردت واحدة، لم يقع إلا واحدة، خلافاً لأبي حنيفة - رحمه الله - وذكر إسماعيل البوشنجي؛ أنه إذا قال لها: اختاري، فقالت: اخترت الأولى، والوسطى؛ فالقياس أنه تقع واحدة، وعن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه يقع الثلاث.

وأنه لو قال: اختاري نَفْسَكَ أو طَلَّقِي نَفْسَكَ، فقالت: اخترت أو أَطَلَّقِ، فمطلقة، للاستقبال فلا يقع به شيء في الحال، وإن قال: أردت الإنشاء وقع<sup>(١)</sup>.

أنه لو خيَّرها، وهي لا تَشْعُر، فاخترت نفسها، اتفاقاً فيخرج على ما لَوَّ باع مَالِ أبيه على ظَنِّ أنه حَيٌّ، فإذا هو مَيِّت، والطَّلَاق أولَى بالنفوذ.

وأنه إذا قال لغيره: أمرُ امرأتي بيد الله، وبيدك، روجع فيه، فإن قال: أردت أنه لا يستقلُّ بالطلاق، قُبِلَ قوله: ولم يكن له أن يطلق، وإن قال: أردت أن الأمور كلها بيد الله - تعالى؛ والذي أثبتته لي جعلته في يَدِكَ، قُبِلَ، واستقل ذلك الرَّجُل، ولو قال: كل أمر لي عَلَيْكَ قَدْ جعلته بيدك، فالذي عندي أن هذا ليس بتفويض، صريح وليس لها أن تُطَلِّقَ نفسها ثلاثاً ما لم يَنْوِ الثلاث، وعن أبي حنيفة - رحمه الله - وأصحابه خلافاً،

(١) قال النووي: هذا كما قال: ولا يخالف هذا قول النحويين، أن الفعل المضارع إذا تجرد، فالحال أولى به، لأنه ليس صريحاً في الحال، وعارضه أصل بقاء النكاح.

وأنه لو قال لها: اختاري اليومَ وغداً وبعد غد، فالمضاف إلى الزمان المستقبل ينبغي أن يكون على الخلاف في أن التفويض تملك أو توكيل، إن جعلناه تملكاً، لم يختمل التراخي فيه، كما في البيع، وإن جعلناه توكيلاً، فهو كما لو وكل إنساناً بالبيع في اليوم والغد وبعد الغد، وعلى هذا، فلها الرُدُّ في بعض الأيام دون بعض.

قال العزالي: (الثاني): إذا قال: طَلَّقِي نَفْسِكَ وَنَوَى ثَلَاثًا فَقَالَتْ طَلَّقْتُ وَلَمْ تَنْوِ الْعِدَّةَ لَمْ يَقَعْ إِلَّا وَاحِدَةً، وَقِيلَ: يَقَعُ الثَّلَاثُ وَإِنْ نِيَّتَهُ تُغْنِي عَنْ نِيَّتِهَا فِي الْعِدَّةِ وَإِنْ لَمْ تُغْنِ فِي أَصْلِ الطَّلَاقِ، وَهَذَا يَظْهَرُ إِذَا قَالَ: طَلَّقِي نَفْسِكَ ثَلَاثًا فَقَالَتْ: طَلَّقْتُ وَلَا يَتَّجِعُ إِذَا لَمْ يَتَلَفَّظْ بِالثَّلَاثِ (الثالث): لَوْ قَالَ: طَلَّقِي نَفْسِكَ ثَلَاثًا فَقَالَتْ: طَلَّقْتُ وَاحِدَةً طَلَّقْتُ وَاحِدَةً، وَلَوْ قَالَ: طَلَّقِي وَاحِدَةً وَطَلَّقْتُ ثَلَاثًا وَقَعَتْ وَاحِدَةً.

قال الرافعي: إذا قال: طَلَّقِي نَفْسِكَ، ونوى الثلاث، فقالت: طَلَّقْتُ نَفْسِي، ونوت [الثلاث] وقع الثلاث؛ لأنه يحتمل العدد كما سيأتي، فإذا نَوَى وَقَعَ، وإن لم تنوِ هي العدد فوجهان:

أصحهما: أنه لا تقع إلا واحدة؛ لأن صرائح الطلاق كناية في العدد، كما أن البيئونة بالحرية كناية في أصل الطلاق، ولو قال: أبيني نَفْسِكَ، ونوى فقالت: أبنتُ، ولم تنوِ، لم يقع الطلاق، وكذلك لا يقع العدد.

والثاني: تقع الثلاث، وتغني نيته في العِدَّة عن نيتها، وإن لم تُغْنِ في أصل الطلاق؛ لأن البناء في أصل العِدَّة أقرب من البناء في أصل الطلاق، وكأنه فَوْضَ إليها أصل الطلاق، وتولى بنفسه قُضِيَ العدد، ولو قال: طَلَّقِي نَفْسِكَ ثَلَاثًا، فقالت: طَلَّقْتُ نَفْسِي، أو طَلَّقْتُ، ولم تتلفظ بالعدد، ولا نَوَتْه، فعن القاضي الحسني؛ أنه يقع الثلاث؛ لأن قوله ها هنا جوابٌ لكلامه فهو كالمعاد في الجواب، وإذا لم يتلفظ بالثلاث، ونوى، لم يمكن أن يقدر عود المَنَوِي في الجواب، لأن التخاطب يقع بالتلفظ لا بالنية، وهذا ما أورده صاحب «التهذيب».

وقال الإمام - رحمه الله -: وهذا الجواب بتوجهه يبني إن جعلنا التفويض تملكاً، وإن جعلناه توكيلاً، فتصرف الوكيل بفسخ غير مبني على التوكيل، ولذلك لم يُشْتَرَطِ اتِّصَالُهُ، وإذا لم يكن مبنيًا عليه، فالوجه أن لا تقع الثلاث، نعم من شرط اتصال تصرف الوكيل على ما حكاه وخهاً عن بعض الأصحاب أتجه عنده وقوع الثلاث، كما على قول التملك، قال: ويجوز أن يقلب فيقال إن جعلناه توكيلاً، لم يبين كلامها على كلامه، ولم تقع الثلاث، وإن جعلناه تملكاً، فيحتمل أن يكون الحكم كما حكى عن القاضي رحمه - الله -، ويحتمل أن لا يبني كلامها؛ على كلامه لأنه قام في نفسه، بخلاف

القَبُولُ الَّذِي يترتَّبُ على الإيجاب، ولا يستقلُّ بنفسه ولهذا لو قال: طَلَّقِي نَفْسَكَ واحدةً، فقالت: طَلَّقْتُ ثلاثاً تقع واحدة، ولو كان تطليقاً مع تفويضه كالقبول مع الإيجاب لما وقع الطلاق أصلاً كما لا يصح البيع إذا قال: بِعْتُكَ هذا بألف، فقال<sup>(١)</sup> اشتريتُ بألفين، وهذه الاحتمالات ردَّدها، والظاهر ما سبق، وهو وقوع الثلاث.

وقوله في الكتاب «وَهَذَا يَظْهَرُ إِذَا قَالَ: طَلَّقِي نَفْسَكَ ثَلَاثاً» أي هذا هو الجواب الظاهر منه<sup>(٢)</sup>.

ولو فوض الطلاق إليها بكناية ونوى العَدَد، وطلَّقت هي بالكناية، ونوت العدد، وقع ما نويها، كما لو نويها العدد في الصريح.

ولو نوى أحدهما عدداً، ونوى الآخر عدداً آخر، وقع الأقل: فَإِنَّهُ الْمُتَّقِ عَلَيْهِ.

وقال أبو حنيفة: إذا قال لها اختاري، ونوى تفويض الثلاث إليها، لم يكن لها إيقاع الثلاث بل لا توقع إلا واحدة؛ لأن الخيار لا يدخل فيه العدد، كخيار العتق.

لنا: أنه كناية عن الطلاق، فأشبهه سائر الكنايات.

ولو قال: طَلَّقِي نَفْسَكَ ثلاثاً، فقالت: طَلَّقْتُ واحدةً أو اثنتين وقع ما أوقعته، وبه قال أبو حنيفة، وقال مالك لا يقع شيء.

لنا: أن الواحدة داخله في الثلاث التي فوض إليها إيقاعها فوَّض إليها إيقاعها فوَّض إليها إيقاعها ثم إذا طَلَّقَتْ نفسها واحدةً، وراجَعَهَا الزَّوْجَ في الحال، قال صاحب «التهذيب» في فتاويه لها أن تُطَلَّقَ نفسها ثانية وثالثة؛ لأنه لا فرق بين أن تُطَلَّقَ نفسها الثلاث دفعةً واحدةً، وبين أن تقول: طَلَّقْتُ نفسي واحدةً واحدةً، وإذا كان كذلك لم يقدح تخلل الرجعة بين الطلقتين ولو قال: طَلَّقِي نَفْسَكَ واحدةً فقالت: طَلَّقْتُ ثلاثاً أو اثنتين وقَعَت الواحدة، وبه قال مالك؛ خلافاً لأبي حنيفة - رحمه الله -.

لنا أن مَنْ يملك إيقاع طَلْقَةٍ تقع تلك الطلقة إذا طَلَّقَ ثلاثاً؛ كالزوج إذا لم ينو إلا طَلْقَةً، فقال: أَنْتِ طَالِقٌ ثلاثاً، والحكم في الطرفين في توكيل الأجنبي بالطلاق، كما ذكرنا<sup>(٣)</sup>.

ولو قال: طَلَّقِي نَفْسَكَ ثلاثاً إن شئتِ فطلقت واحدةً أو<sup>(٤)</sup> قال: طَلَّقِي نَفْسَكَ

(١) في ب: فقالت.

(٢) في ز: فيه.

(٣) قال النووي: وحكى صاحب «المهذب» وغيره وجهاً في الوكيل: إذا زاد أو نقص، لا يقع شيء لأنه متصرف بالإذن ولم يؤذن في هذا.

(٤) في ز: و.

واحدة إن شئت فطلقت ثلاثاً وقعت واحدة كما لو لم يقل إن شئت ولو قدم ذكر المشيئة على العدد فقال طلقي نفسك إن شئت ثلاثاً فطلقت واحدة أو طلقي نفسك إن شئت واحدة، فطلقت ثلاثاً، قال صاحب «التلخيص» وساعده الأصحاب: لا يقع شيء، والفرق أنه إذا قدم المشيئة، صارت مشيئة ذلك العدد شرطاً في أصل الطلاق، وكان المعنى: طلقي نفسك إن اخترت أن تطلقي نفسك طلاقاً، فإذا اختارت غير الثلاث، لم يوجد الشرط، وإذا أخرج المشيئة، كانت المشيئة راجعة إلى تفويض ذلك المعنى، كأنه قال: فوضت الثلاث إليك أن تطلقي نفسك ثلاثاً، فإن شئت فافعلي ما فوضت، وذلك لا يمنع نفوذ ذلك المعين، ولا نفوذ ما يدخل فيه، هذا تمام الكلام في الركن الأول.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الرُّكْنُ الثَّانِي لِلطَّلَاقِ: الْقَضْدُ): وَإِنَّمَا يَتَوَهَّمُ اخْتِلَالُهُ بِخَمْسَةِ سَبَابٍ: (الأول): سَبَقَ اللِّسَانِ فَمَنْ سَبَقَ لِسَانُهُ إِلَى الطَّلَاقِ لَمْ يَقَعِ طَلَاقُهُ، وَلَوْ كَانَ اسْمُ زَوْجَتِهِ طَالِقٌ وَاسْمُ عَبْدِهِ حُرٌّ فَقَالَ: يَا طَالِقُ وَيَا حُرَّ لَمْ يُعْتَقْ وَلَمْ تُطَلَّقْ إِنْ قَصَدَ النَّدَاءَ، فَإِنْ أَطْلَقَ فَوْجَهَانَ لِتَرَدِّدِهِ بَيْنَ النَّدَاءِ وَالْإِنْشَاءِ، وَإِذَا كَانَ اسْمُ زَوْجَتِهِ طَارِقٌ فَقَالَ: يَا طَالِقُ ثُمَّ قَالَ: أَلْتَقَّتْ لِسَانِي قَبْلَ ذَلِكَ ظَاهِرًا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْقَضْدُ إِلَى الطَّلَاقِ لَا بُدَّ مِنْهُ، وَإِلَّا فَهُوَ غَيْرُ مُزِيلٍ لِمَلِكِ النِّكَاحِ، فَوَجِبَ الْأَيُّزُولُ، وَالْمُرَادُ بِهِ أَنْ يَكُونَ قَاصِدًا لِحُرُوفِ الطَّلَاقِ؛ بِمَعْنَى الطَّلَاقِ، وَلَا يَكْفِي الْقَضْدُ إِلَى حُرُوفِ الطَّلَاقِ مِنْ غَيْرِ قَضْدٍ مُعْنَاهُ.

وقوله «وإنما يتوهم اختلاله بخمسة أسباب» المراد منه أن غاية ما يتوهم الاختلال به هذه الأسباب؛ لأن الاختلال بكل واحد منها متوهم؛ فإن منها ما هو متحقق يمنع وقوع الطلاق، ومنها ما يتوهم الاختلال به، ليس كذلك كطلاق الهازل.

أحد الأسباب ألا يكون قاصداً إلى اللفظ أصلاً كالنائم تجري كلمة الطلاق على لسانه، واحتج له بما زوي أنه - ﷺ - قال: «رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَبْلُغَ وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يُفِيقَ»<sup>(١)</sup>.

ولو استيقظ النائم، وقد جرى لفظ الطلاق على لسانه، فقال: أجزت ذلك الطلاق، أو أوقعته، فهو لغو<sup>(٢)</sup>. وعن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه لو قال: أجزته، لم يجز، ولو قال أوقعته، وقَع.

ومن سبق لسانه إلى كلمة الطلاق في محاورته، وكان يريد أن يتكلم بكلمة أخرى، لم يقع طلاقاً، ولكن لا تقبل دعوى سبق اللسان منه في الظاهر إلا إذا وجدت

(١) في أ: بقصده.

(٢) تقدم.

قرينة تدلُّ عليه، فإذا قال طَلَّقْتَكَ ثم قال: سبقَ لساني إِلَيْهِ، وكنت أريد أن أقول طَلَّبْتُكَ فعن نصِّ الشافعي - رحمه الله - أنه لا يسع امرأته أن تقبل منه ذلك، وحكى القاضي الروياني عن «صاحب الحاوي»، وغيره أنَّ هذا فيما إذا كان الزوج متهماً فيه، أما إذا علمت صدقه، أو غلب على ظنها بأمانة، فلها أن تقبل قوله: ولا تخصمه، وأن من سمع منه ذلك، إذا عرف الحال، يجوز له، أن يقبل، ولا يشهد عليه، قال: هذا هو الاختيار، وإن كانت زوجته تسمى طالقاً، وعنده يسمى حراً، فقال: يا طالق أو يا حراً، وقصد النداء بالاسم، لم يقع الطلاق، ولم يحصل العتق، وإن قصد الطلاق والعتق، حصل، وإن أطلق ولم ينو شيئاً فعلى أي المحملين يُحمل، فيه وجهان.

أشبههما: الحمل على النداء، حتى لا يقع الطلاق إلا إذا نوى، وهذا هو المذكور في «التهذيب» وذكر الإمام أن مأخذ الوجهين يقرب من مأخذ القولين فيما إذا قال: أنت طالق، أنت طالق، ولم ينو تكراراً ولا تأكيداً أنه علامٌ يُحمل؟ والأظهر هناك أنه تقع طلقتان، وإذا كان اسم امرأته ما يقارب حروفه حروف طالق، كالتاليع، والطالب، والطارق، فقال: يا طالق، ثم قال: أردت أن أقول: يا طارق أو يا طالع، فالتفت الحرف بلساني، قبل قوله في الظاهر؛ لقوة القرينة وظهورها، بخلاف ما إذا قال لامرأته: أنت طالق، وهو يحل وثاقاً عنها وقال: أردت الإطلاق عن الوثاق حيث ذكرنا خلافاً في قبوله ظاهراً، قال في «البيضا»، لأن التلغظ بكلمة الطلاق كالمستنكر في حالة النكاح، ما إذا نطق بها بعد قبول التأويل.

والمبرسم والمُعَمَّى عليه كالنائم والحاكمي لطلاق الغير لا يقع طلاقه، وذلك مثل أن يقول: قال فلان: زوجتي طالق، وكذا الفقيه إذا كان تكرر لفظ الطلاق في تصويره وتدرسه وتكراره.

ومن صور سبق اللسان ما إذا طهرت امرأته من الحيض أو ظن طهارتها، فأراد أن يقول: أنت الآن طاهرة، فسبق لسانه؛ أنت الآن طالقة.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الثاني): الْهَزْلُ وَلَا يُؤْتَرُ ذَلِكَ فِي مَنَعِ الطَّلَاقِ وَالْعِتَاقِ، وَفِي سَائِرِ التَّصَرُّفَاتِ تَرَدُّدٌ، وَالْمَشْهُورُ أَنَّ النِّكَاحَ لَا يَنْعَقِدُ مَعَ الْهَزْلِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْهَازِلُ<sup>(١)</sup> بِالطَّلَاقِ يَقَعُ طَلَاقُهُ، وَرُويَ أَنَّهُ - ﷺ - قَالَ: ثَلَاثٌ جِدْهَنْ جِدًّا، وَهَزْلُهُنَّ جِدًّا، الطَّلَاقُ، وَالْعِتَاقُ، وَالنِّكَاحُ<sup>(٢)</sup>، وَيُرَوَّى بِذَلِكَ الْعِتَاقُ الرَّجْعَةُ.

(١) الهازل هو من يقصد اللفظ دون معناه.

(٢) أخرجه الطبراني من حديث فضالة بن عبيد بلفظ: ثلاث لا يجوز اللعب فيهن: الطلاق، والنكاح، والعتق. وفيه ابن لهيعة، ورواه الحارث بن أبي أسامة في مسنده عن بشر بن عمر، عن =

وصورة الهزل: أن يلاعبها بالطلاق مثل أن تقول في مغرض الدلال والاستهزاء: طَلَّقَنِي ثلاثاً فقال: طَلَّقْتِكَ ثلاثاً، فيقع الطلاق، لأنه خاطبها بالطلاق عن قصد واختيار، وليس فيه إلا أنه غير راضٍ بحكم الطلاق ظاناً أنه إذا كان مستهزئاً غير راضٍ بوقوع الطلاق لا يقع الطلاق، وهذا الظن خطأ ألا تَرَى أَنَّهُ لو طَلَّقَ بشرط الخيار لَنَفْسِهِ يقع الطلاق ويلغو الشرط، وإن لم يَرِضْ بالوقوع في الحال، وكما يقع طلاق الهازل في الظاهر، يقع في الباطن أيضاً، بخلاف ما إذا قال: أَتَيْتُ: طَالِقٌ، ثم قال: أَرَدْتُ عَنْ وَثَاقٍ، حيث يدين، لأن هناك صَرَفَ اللفظ عن ظاهره إلى تأويل يدعيه والهازل، لا يصرف اللفظ إلى معنى آخر، وهل ينعقد بالبيع، وسائر التصرفات مع الهزل فيه وَجْهَانِ عن الشيخ أبي محمد - رحمه الله - وغيره وجه الانعقاد: حُصُولُ الأَهْلِيَّةِ والمَحَلِّيَّةِ، والصيغَةُ، الصادرة عن قصد واختيار، ووجه الآخر: أن ظاهر الحَدِيثِ يَفْتَضِي اختصاص التَحَاقِ الهازل بالجدُّ بالتصرفات الثلاثة، وقد مرَّ ذكر الوجهين في «كتاب البيع» وقربناهما من الخلاف فيما إذا بَاعَ مَالِ أَبِيهِ عَلَى ظَنِّ أَنَّهُ حَيٌّ، فإذا هو ميت، وَيُشْبِهُ أن يكون الانعقاد أظهر، والخلاف جارٍ في النكاح؛ لأنه كالبيع وسائر التصرفات في أنه لا يكمل مبعوضه ولا يؤيد موقته، لكن الحرَّ يقتضي التحاقه بالطلاق، والعناق، ولفظ صاحب الكتاب ها هنا، وفي «الوسيط» له إشعار بترجيح عدم الانعقاد، وقد يؤيد ذلك بما يختصُّ به النكاح من وجوه الاحتياط.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: (الثَّالِثُ: الْجَهْلُ): فَإِذَا خَاطَبَ أَمْرَأَةً بِالطَّلَاقِ عَلَى ظَنِّ أَنَّهَا زَوْجَةُ الْغَيْرِ فَإِذَا هِيَ زَوْجَتُهُ فَالْمَشْهُورُ أَنَّهُ يَقَعُ وَيَنْقَدِحُ أَنْ لَا يَقَعُ، وَالْأَعْجَبِي إِذَا لُقِّنَ لَفْظَ الطَّلَاقِ وَهُوَ لَا يَفْهَمُهُ لَمْ يَقَعُ، وَإِذَا بَاعَ مَالاً عَلَى ظَنِّ أَنَّهُ لِأَبِيهِ فَإِذَا هُوَ مَيْتٌ فَبَيِّ صِحَّتِهِ خِلَافٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا خَاطَبَ امْرَأَةً: بِالطَّلَاقِ عَلَى ظَنِّ أَنَّهَا زَوْجَةُ الْغَيْرِ، وَكَانَتْ فِي

= ابن لهيعة عن عبيد الله بن أبي جعفر، عن عبادة بن الصامت رفعه: لا يجوز اللعب في ثلاث: الطلاق، والنكاح، والعناق، فمن قالهن فقد وجبن، وهذا منقطع، وفي الباب عن أبي ذر رفعه: من طلق وهو لاعب فطلاقه جائز، ومن أعتق وهو لاعب فعتاقه جائز، ومن نكح وهو لاعب فنكاحه جائز، أخرجه عبد الرزاق عن إبراهيم بن محمد، عن صفوان بن سليم عنه، وهو منقطع، وأخرج عن علي وعمر نحوه موقوفاً، وفي هذا رد على ابن العربي، وعلى النووي حيث أنكرا على العزالي إيراد هذا اللفظ، ثم قال النووي: المعروف باللفظ الأول بالرجعة، يدل الطلاق، وقال أبو بكر بن العربي: لا يصح قوله: ويروى: بدل العناق: الرجعة. قلت: هذا هو المشهور فيه، وكذا رواه أحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجه والحاكم والدارقطني، من حديث عطاء عن يوسف بن ماهك عن أبي هريرة باللفظ المذكور أولاً، وفيه بدل: العناق، الرجعة، قال الترمذي: حسن، وقال الحاكم: صحيح، وأقره صاحب الإلمام وهو من رواية عبد الرحمن بن حبيب بن أردك وهو مختلف فيه، قال النسائي: منكر الحديث، ووثقه غيره، فهو على هذا حسن.



ظلمة أو حجاب وكانت زوجتَهُ، يقع الطلاق على الثقل المشهور، وللإمام وصاحب الكتاب - رحمهما الله - فيه احتمال، لأنه إذا لم يعرف الزوجة، لا يكون قاصداً لقطعها، فإذا لم يقصد الطلاق، وجب ألا يقع، قال في «السيط» وكان بعض المذكورين بالوعظ في زماننا يلتمس من أهل المجلس مكرمة مالية، فلم تنجع طلبته، وطال انتظاره فقال: متضرراً قد طلقتم ثلاثاً، وكانت زوجته منهم، وهو لا يدري، فأفتى الإمام - رحمه الله - بوقوع الطلاق، قال: وفي القلب منه شيء، ولك أن تقول: ينبغي ألا يقع الطلاق، فيما إذا خاطب زوجته بالطلاق، وهو لا يدري أنها زوجته؛ لأن قوله: طلقتم جميعاً لفظ عام، واللفظ العام يقبل الاستثناء باللفظ والنية؛ ألا ترى أنه لو حلف ألا يسلم على زيد<sup>(١)</sup>، فسلم على قوم منهم زيد واستثناءه بقلبه أو بلفظه، لم يحث على ما سيأتي في الأيمان إن قدر الله - تعالى جده.

(١) فسلم على قوم هو فيهم واستثناءه بقلبه، لم يحث. وإذا لم يعلم أن زوجته في القوم كان مقصوده غيرها، قال من زيادته: هو الذي قاله إمام الحرمين والرافعي كلاهما عجب منهما، أما العجب من الرافعي فلأن هذه المسألة ليست كمسألة السلام على زيد لأنه هناك علم به واستثناءه وهنا لم يعلم بها ولم يستثناه واللفظ يقتضي الجميع إلا ما أخرجه ولم يخرجها.

أما العجب من الإمام فلأنه يقدم في أول الركن أنه يشترط قصد لفظ الطلاق لمعنى الطلاق، ولا يكفي قصد لفظه من غير قصد معناه، ومعلوم أن هذا الواعظ لم يقصد معنى الطلاق وأيضاً فقد علم أن مذهب أصحابنا أو جمهورهم أن النساء لا يدخلن في خطاب الرجال إلا بدليل، وقوله طلقتم: خطاب رجال لا تدخل امرأته فيه بغير دليل فينبغي أن لا تطلق لما ذكرته لا لما ذكره الرافعي، هذا ما تقتضيه الأدلة.

قال الشيخ البلقيني: عجب من النووي أيضاً في هذا التخريج فلا خلاف في أن النساء لا يدخلن في خطاب الرجال محله إذا لم يكن هناك ما يقتضي بوجه الخطاب المجموع الحاضر، فأما إن كان هناك ما يقتضي توجه الخطاب للحاضرين توجه للكل وإن كان فيهم الإناث ولم يصر أحد من المفسرين إلى إخراج حواء من خطاب اهبطوا، وقال الأمدي في الأحكام مقرر المذهب التناول، ولذلك لا يحسن أن يقول لجماعة فيهم رجال ونساء قوموا وقمن، بل لو قال قوموا، كان ذلك كافياً للأمر للنساء بالقيام، ولولا دخولهن في جمع المذكر لما كان كذلك، وحين ذكر جواب الخصوم، لم يجب عن هذا فكان مثل هذه الأمور متفقاً على الدخول فيها ولا ريب أن من قال لجماعة فيهم نساء هؤلاء قالوا كذا أن الكلام متناول للكل، وإن قلنا إن خطاب المذكر لا يتناول المؤنث حقيقة، ولكن قرينة الحضور الإشارة بها، ولا اقتضت التوجه للكل وهذا في كاف الخطاب أظهر من قاموا وفعلوا، وحينئذ فلا يصح هذا التخريج، ولا شك أن من قال أمرت الحاضرين بكذا أن الأمر يتوجه لمن حضر، وإن كان فيهم الإناث، ومعنى طلقتم طلقت الحاضرين أو من حضرتم، ذكر بعد ذلك تحريرين آخرين وحاصلهما عدم وقوع الطلاق لما قرره لا لما قرره النووي وأخذ الزركشي كلام شيخه البلقيني وقدم شيئاً وآخر شيئاً والكل كلام الشيخ ولا يخلو من تحامل.

وإذا كان عنده أن امرأته ليست في القوم، كان مقصوده من اللفظ غيرها، فيكون مُطْلَقاً لغيرها لا لها، كما أنه إذا استثنى زَيْدًا بقلبه، وكان المقصود غيره كان مسلماً على غير زيد.

ومن نظير هذه الصورة ما إذا نَسِيَ أن له زوجةً، وطلّقها، وكذلك لو قبل له أبوه في صِغَره أو وكيله في كبره نكاح امرأة، وهو لا يذري فقال: زَوَّجْتِي طالق أو خاطب تلك المرأة بالطلاق، فالمشهور وقوع الطلاق، وقد حكاه القاضي ابن كج عن نصّ الشافعي - رحمه الله - وهذا في الحُكْم الظاهر، وأما في الباطن فقد أطلق أبو العباس الروياني في الوقوع باطناً وجهين، قال: وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُقْطَعَ بِالْوُقُوعِ فِي صُورَةِ النَّسْيَانِ، وَيَخْتَصُّ الْخِلَافَ بِمَا إِذَا لَمْ يَعْلَمْ أَنَّ لَهُ زَوْجَةً أَصْلًا كَمَا يُفَرَّقُ بَيْنَ مَا إِذَا صَلَّى مَعَ نَجَاسَةٍ نَسِيهَا، وَبَيْنَ مَا إِذَا صَلَّى مَعَ نَجَاسَةٍ، لَمْ يَعْلَمْ بِهَا أَصْلًا، وَفِي «التتمة» أَنَّهُ يُبَيَّنُّ ذَلِكَ عَلَى أَنَّ الْإِبْرَاءَ عَنِ الْحُقُوقِ الْمَجْهُولَةِ، هَلْ يَصِحُّ؟ إِنْ قُلْنَا لَا يَصِحُّ، لَمْ يَقَعْ الطَّلَاقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ - تعالى<sup>(١)</sup>.

ومن لَقَّنَ كلمة الطلاق بلُغَةً لا يعرفها كالعجمي يلقن لفظ الطلاق، فأتى بها، وهو لا يَعْرِفُ معناها، لا يقع طلاؤه، كما لو لَقَّنَ كلمة الكُفْر، فتكلم بها وهو لا يَعْرِفُ معناها، لا يُحْكَمُ بكفره، قال أبو سعد المتولي: وهذا إذا لم يكن له مع أهل ذلك اللسان اختلاط، فإن كان لم يُصَدِّقْ في الحكم، ويدين فيما بينه وبين الله - تعالى - وإذا لم يَقَعْ الطَّلَاقُ، فلو قال العجمي: أردتُ بهذه الكلمة معناها بالعربية، ففي وقوع الطلاق وجهان:

أحدهما: وَيُحْكَمُ عَنِ أَقْصَى الْقَضَاءِ الْمَاوَزْدِيِّ: أَنَّهُ يَقَعُ؛ لِأَنَّهُ قَدْ نَوَى الطَّلَاقَ.

وأصحهما: وبه قال الشيخ أبو حامد؛ لا يقع؛ لأنه إذا لم يَعْرِفْ معنى الطلاق، لا يَصِحُّ قَضَاهُ، ولو قال: لم أعلم أن هذه الكلمة معناها قطع النكاح، ولكن نَوَيْتُ بها الطلاق، وقصدتُ قطع النكاح، لم يَقَعْ الطَّلَاقُ، كما لو خاطبها بكلمة لا معنى لها، وقال: أردتُ الطلاق.

واغْلَمْ أَنَّ مَسْأَلَةَ تَلْقِينِ الْعَجْمِيِّ مَقْصُودَةً بِالذِّكْرِ فِي نَفْسِهَا، وَاحْتِجَّ بِهَا فِي «الوسيط»، للاحتتمال المذكور في صورة الجهل، واستشهد أيضاً بوجه سبق ذكره في «العُصْب» فيما إذا قال الغاصب لمالك العبد: أعتق عبدي هذا، فأعتقه المالك جاهلاً بأنه عبده، أنه لا يعتق.

(١) لم يصرح بترجيح. لكن قضية البناء المذكور عدم الوقوع باطناً. قال في الخادم: لكن قضية كلام الروياني أن المذهب الوقوع باطناً.

وقوله «وإذا باع مالا على ظن أنه لأبيه فإذا هو ميت، ففي صحته خلاف» فهذه الصورة المذكورة في البيع<sup>(١)</sup> وإنما أعادها، هنا، لمشابقتها صورة الجهل في الطلاق، فالبائع في تلك الصورة جاهل بحال المبيع كالمطلق فيما نحن فيه، وإذا كان الأظهر في البيع الصحة على ما سبق ذكره، فالطلاق، أولى بالوقوع.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: (الرَّابِعُ): الْإِكْرَاهُ وَذَلِكَ يَمْتَنِعُ صِحَّةَ سَائِرِ التَّصَرُّفَاتِ إِلَّا إِسْلَامَ الْحَزْبِيِّ وَالْمُرْتَدِّ، وَفِي إِسْلَامِ الذَّمِّي تَرُدُّدُ (ح)، وَلَا يَقَعُ طَلَاقُ الْمُكْرَهِ إِلَّا إِذَا ظَهَرَتْ دَلَالَةٌ أَخْتِيَارِهِ (ح)، بِأَنْ خَالَفَ الْمُكْرَهَ بِأَنْ أَكْرَهَهُ عَلَى طَلْقِ وَاحِدَةٍ فَطَلَّقَ ثَلَاثًا، أَوْ عَلَى طَلَاقِ زَوْجَةٍ فَطَلَّقَ زَوْجَتَيْنِ، أَوْ عَلَى زَوْجَتَيْنِ فَطَلَّقَ وَاحِدَةً، أَوْ عَلَى ثَلَاثِ فَطَلَّقَ وَاحِدَةً، أَوْ عَلَى إِحْدَى زَوْجَتَيْنِ فَطَلَّقَ وَاحِدَةً مُعَيَّنَةً، أَوْ تَرَكَ التَّوْرِيَةَ مَعَ الْعِلْمِ بِهَا وَالاعْتِرَافِ بِأَنَّهُ لَمْ يُدْمَشْ بِالْإِكْرَاهِ، أَوْ قَالَ الْمُكْرَهُ: قُلْ: طَلَّقْتُهَا فَقَالَ: فَارْتَهَنَّا.

قال الرَّافِعِيُّ: التصرفات القولية: المحمول عليها بالإكراه بغير حق باطلة لاغية، يستوي فيه الردة والبيع وسائر المعاملات، والنكاح والطلاق والإعتاق وغيرها، وما يُحْمَلُ عَلَيْهِ بِحَقِّهُ فَهُوَ صَحِيحٌ<sup>(٢)</sup>.

وقد يعبر عن هذا الغرض بعبارة أُخْرَى، فيقال: ما لا يلزمه في حال الطواعية لا يصحُّ منه إذا أتى به مكرهاً، وما يلزم في حال الطواعية يصحُّ<sup>(٣)</sup> مع الإكراه عليه، ويخرج من هنا أن إسلام الحزبي المرتد صحيح مع الإكراه؛ لأنهما يكرهان، ويُحْمَلَانِ عَلَيْهِ، ولو لم يصح، لَمَا كَانَ لِإِكْرَاهِهِمَا عَلَيْهِ مَعْنَى.

قال الإمام: وفيه غموض من جهة المعنى؛ لأن كلمتي الشهادة نازلتان في الإعراب عمّا في الضمير منزلة الإقرار، والظاهر من<sup>(٤)</sup> حال المخمول عليه بالسيف أنه كاذب وفي إسلام الذمي مكرهاً وجهان:

أحدهما: يصحُّ احتياطاً للإسلام.

(١) سقط في ز.

(٢) قال في الخادم: يرد على إطلاقه إلغاء تصرفه القولي صور:

منها: الإكراه على الكلام في الصلاة فإنها تبطل على الأظهر.

ومنها: ما لو أكرهه على طلاق زوجة نفسه أو بيع عبده أو عتقه، فإنه ينفذ على الأصح ويمكن أن يقال: لا حاجة للتقسيم في الإكراه بين الحق والباطل، والظاهر جريان كلام الأقدمين على حاله من غير استثناء، ويقال: إن تصرف المكره باطل عملاً بقوله ﷺ: «وما استكروها عليه» ولم يقل: «بغير حق».

(٤) في ز: في.

(٣) في أ: يصح.

وأصحهما: المنع [لأنه] لا يجوز إكراهه عليه؛ بل هو مقرر على كُفْرَة بالجزية بخلاف الحربيّ، والمولى بعد مضيّ المدة إذا طلق مكرهاً، يقع طلاقه لأنه مكره عليه بحقّ، هكذا ذكروه.

وزاد في «التتمة» فقال: هذا في الطَّلْفَة الواحدة، أمّا إذا أكرهه الإمام على ثلاث طلقات، وتلفظ بها، فإن قلنا: إنه لا ينعزل بالفِسْق، تقع واحدة، وتلغو الزيادة إن قلنا: ينعزل، لم يقع شيء، كما لو أكرهه غيره، ولك أن تقول: ليس على المولى إكراه يمنع مثله<sup>(١)</sup> الطلاق حتى يقال إنه لا يقع الطلاق، لأنه إكراه بحقّ، وذلك لأنه لا يؤمر بالطلاق على التعيين، وإنما يؤمر بالفيئة أو الطلاق، ومثل هذا الإكراه لا يمنع وقوع الطلاق في حقه غير المولى ألا ترى أنه لو أكرهه على أن يطلق زوجته أو يعتق عبده فأتى بأحدهما ينفذ؟ ولو أكرهه على تطلق إحدى زوجته فطلق واحدة معيئة يقع الطلاق على ما سيأتي على الأثر، وأيضاً ففيما يخصل به الإكراه اختلافٌ يبين في الفضل التالي لهذا الفصل، فإن قلنا: إنه لا يخصل إلا [بالقتل] والقطع، فليس للقاضي حمل المولى على الطلاق بهذا الطريق؛ فلا يكون الحاصل إكراهاً، ولو قُدِّر أنه فعل ذلك، كان ظالماً، فليكن كإكراه غيره، ولا يخرج الإكراه على الرضاع عن كونه محرماً، فإن الحكم يتعلّق بوصول اللبن إلى الجوف، وفي امتناع القصاص بالإكراه على القتل والحدّ بالإكراه على الزنا قولان المذكوران في موضعهما.

وقال أبو حنيفة: يتعقد بيع المكره، ولا يلزم، ويصحّ نكاحه، وطلاقه، وإعتاقه.

واحتج الأصحاب للمذهب بما روي أنه - عليه السلام - قال: «لا طلاق في إغلاق»<sup>(٢)</sup> وفسره علماء الغريب بالإكراه وقال: «رُفِعَ عَن أُمَّتِي الْخَطَأَ وَالسَّيِّئَاتُ وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ».

وروي أن رجلاً تدلى بحبل ليشتر عسلاً، فجاءته امرأته، وقالت: تطلقني ثلاثاً، وإلا قطعت الحبل، فطلقها ثلاثاً، ثم أتى عمر - رضي الله عنه - فقال: «أزجج إلى أهلك، فليس هذا بطلاق»<sup>(٣)</sup> وبأنه قول لو صدر منه بالاختيار، بانت زوجته، فإذا حمل عليه بإكراه باطل، وجب أن يلغو، كالردة، وبأنه قولٌ محمول عليه بغير حق؛ فلا يلزمه حكمه، كما لو أكرهه على الإقرار بالطلاق، وقد سلم أبو حنيفة أنه إذا أقر بالطلاق

(١) في ب: مسألة وفي ز: محل.

(٢) أخرجه أحمد وأبو داود وابن ماجه وأبو يعلى والحاكم والبيهقي، من طريق صفية بنت شيبة عنها، وصححه الحاكم، وفي إسناده محمد بن عبد بن أبي صالح، وقد ضعفه أبو حاتم الرازي، ورواه البيهقي من طريق ليس هو فيها، لكن لم يذكر عائشة، وزاد أبو داود وغيره: ولا إعتاق.

(٣) أخرجه البيهقي من طريق عبد الملك بن قدامة بن محمد بن إبراهيم بن حاطب الجمحي عن أبيه، وهو منقطع، لأن قدامة لم يدرك عمر.

مكرهاً لم يُفَرِّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ زَوْجَتِهِ . إِذَا تَقَرَّرَ ذَلِكَ فِيهِ الْفَضْلُ مَسْأَلَتَانِ :  
إِحْدَاهُمَا : إِنَّمَا يَمْنَعُ وَقُوعَ الطَّلَاقِ بِالْإِكْرَاهِ إِذَا لَمْ يَظْهَرِ مَا يَدُلُّ عَلَى اخْتِيَارِهِ ، أَمَا  
إِذَا ظَهَرَ ؛ بَأَن خَالَفَ الْمَكْرَهَ وَأَتَى بِغَيْرِ مَا حَمَلَهُ عَلَيْهِ فَيُخَكِّمُ بِوُقُوعِ الطَّلَاقِ ؛ لِأَن مَخَالَفَتَهُ  
لَهُ تُشْعِرُ بِاخْتِيَارِهِ فِيمَا أَتَى بِهِ وَلِذَلِكَ صَوْر .

منها: أن يكرهه على طلقة واحدة، فطلق ثلاثاً، وفيه ما يُشعر برغبته واتساع صور  
الطلاق .

ومنها: وأكرهه على ثلاث طلقات، فطلق واحدة، تقع الواحدة، وللإمام احتمال  
فيه؛ لأنه قد يقصد دفع مكروهه بإجابهته إلى بعض مطلوبه، ولا يقصد إيقاع الواحدة .

ومنها: أكرهه على طلاق زوجة، فطلق زوجتين، يُنظَرُ إِنْ قَالَ : طَلَّقَ زَوْجَتَكَ  
حَفْصَةَ ، فَقَالَ لَهَا وَلِضْرَتِهَا عَمْرَةَ : طَلَّقْتُكُمَا ، طَلَّقْتَا ؛ لِأَنَّهُ عَدَلَ عَنِ الْكَلِمَةِ الْمَكْرَهَةِ عَلَيْهَا ،  
وَإِنْ قَالَ : طَلَّقْتُ حَفْصَةَ وَعَمْرَةَ أَوْ وَطَلَّقْتُ عَمْرَةَ ، أَوْ حَفْصَةَ طَالِقٌ ، وَعَمْرَةَ طَالِقٌ ، لَمْ  
تَطَلَّقْ حَفْصَةَ ، وَطَلَّقْتُ عَمْرَةَ .

هكذا فصل صاحب «التهذيب» و «التتمة» وغيرهما، ولم يفصل الإمام بين  
العبارتين، وأطلق عن الأصحاب الحكم بوقوع الطلاق على الضرتين، قال: وفيه  
احتمال ظاهر؛ لأنه لا يبعد أن يكون مختاراً في طلاق الثانية .

ومنها: أكرهه على طلاق زوجتين، فطلق واحدة، يقع، وأبدى فيه مثل الاحتمال  
المذكور فيما إذا أكرهه على ثلاث طلقات، فطلق واحدة .

ومنها: أكرهه على طلاق إحدى زوجتيه، فطلق واحدة بعينها، يقع الطلاق؛ لأنه  
مختار في تعيينها، لأنه لما عدل عن الإبهام إلى التعيين، فقد زاد على ما أكرهه عليه  
لأن الإكراه على طلاق إحداهما لا على طلاق هذه، وطلاق هذه، وطلاق إحداهما مع  
زيادة، ألا ترى أنه لا يتعكس وفي «التتمة» ذكر خلاف في هذه الصورة .

ومنها: أكرهه على أن يطلق بكناية من الكنايات فأتى باللفظ الصريح أو بالعكس أو  
عدل من صريح إلى صريح، بأن قال قل: طَلَّقْتُهَا فَقَالَ : فَارَقْتُهَا أَوْ سَرَّخْتُهَا ، يَقَعُ الطَّلَاقُ .

ومنها: إذا أكرهه على تنجيز الطلاق، فعلق، أو على التعليق فنجز وقع على  
المأتي به حكمه . والإكراه على التعليق يمنع انعقاده، كما يمنع نفوذ التنجيز .

الثانية: إن ورى المكره بأن قال: أردت بقولي «طلقت فاطمة» غير زوجتي، أو

= وفي الباب عن ابن عباس، وعلي، وابن عمر، وابن الزبير، وغيرهم؛ قالوا: ليس على مكره  
طلاق . أخرجه ابن أبي شيبة وغيره .

نوى الطلاق من الوثاق أو قال في نفسه: إن شاء الله، لم يَقَع الطلاق، وإذا ادَّعى التورية: صدق ظاهراً في كل ما كان يدين فيه عند الطواعية، وإن ترك التورية: نُظِرَ، إن كان غيباً لا يحسن التورية، لا يقع طلاقه أيضاً، وإن كان عالماً بها، وأصابته دهشة بالإكراه، وسل السيف عليه، فكذلك وإن لم تصبه دهشة فوجهان:

أحدهما: وهو المذكور في الكتاب واختيار القفال: أنه يقع طلاقه، لأن الاحتراز عن التورية، والحالة هذه، يُشعر بالاختيار.

وأصحهما: على ما ذكر صاحب «التهذيب» والقاضي الروياني - رحمهما الله - المنع؛ لأنه مجبر على اللفظ، ولا نية له تُشعر بالاختيار.

ولو قصد المكره إيقاع الطلاق، ففي وجه؛ لا يقع أيضاً؛ لأن الإكراه أسقط أثر اللفظ، ومجرد النية لا تعمل، والأصح أنه يَقَع لَقُضد، وتلفظه، ولا يبعد أن يختار ما هو مُكْرَه عليه في الظاهر، وعلى هذا، فصريح لفظ الطلاق عند الإكراه كالكتنايات عند الطواعية، إن نوى، وقع، وإلا فلا.

وقوله في الكتاب: و<sup>(١)</sup> ذلك يَمْنَع صحّة سائر التصرفات» لفظ «السائر» يطلق بمعنى «الجميع»؛ على ما ذكرناه في غير هذا الموضع، والأشهر استعماله بمعنى الباقي، فإن حُجِلَ ما هنا على الجميع، فذاك، وإن حُجِلَ على الباقي، فالمراد ما سِوَى الطلاق، أي كما يمنع الطلاق، يُمنَع ما سِوَاهُ من التصرفات.

وقوله: «أو على طلاق زوجة، فطلّق زوجتين» ويجوز إعلامه بالواو؛ ولأنه أطلقه إطلاقاً على ما حكّيناه عن الإمام، وفيه التفصيل الذي تقدّم، وإن أقيم ما ذكره الإمام من الاحتمالات وجهاً؛ فيجوز أن يعلم بالواو.

وقوله: «أو على ثلاث فطلّق واحدة» وقوله: «أو على زوجتين» فطلّق واحدة، وينبغي أن يعلم<sup>(٢)</sup> قوله: «أو ترك التورية» بالواو، ويعلم قوة ذلك الوجه فرعان: لو قال: طلق زوجتي وإلا قتلتك، فطلّق، وقَع الطلاق، لأنه أبلغ في الإذن.

وفيه وجه: أنه لا يقع؛ لأن الإكراه يُسْقِط حُكْم اللفظ، فصار كما لو قال لمجنون: طَلّقها، فطلّق.

الوكيل بالطلاق إذا أكره على الطلاق، قال أبو العباس الرّوياني: يُحْتَمَلُ أن يُقال: يقع: لحصول اختيار المالك، ويُحْتَمَلُ أن لا يَقَع؛ لأنه المباشر، قال: وهذا أصح.

(٢) في ب: قوله.

(١) سقط في ز.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَحَدُّ الْإِكْرَاهِ أَنْ يَصِيرَ مُضْطَرّاً إِلَى الْفِعْلِ شَاءَ أَمْ أَبِي كَالَّذِي يَفِرُّ مِنَ الْأَسَدِ فَيَتَخَطَّى النَّارَ وَالشُّوكَ وَذَلِكَ لَا يَخْضَلُ بِالتَّخْوِيفِ بِالْحَبْسِ وَالْجُوعِ وَأَمْنَالِهِ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: لَا يُشْتَرَطُ سُقُوطُ الْخَيْرَةِ وَالرُّوِيَّةِ بَلِ التَّخْوِيفُ بِالْحَبْسِ وَالْجُوعِ وَالضَّرْبِ وَمَا يَفْتَضِي الْعَقْلَ وَالْحَزْمَ إِجَابَةَ الْمُكْرِهِ حَدَرًا مِنْهُ فَهُوَ إِكْرَاهٌ يَدْفَعُ الطَّلَاقَ، وَكَذَلِكَ تَخْوِيفُ ذَوِي الْمُرُوءَةِ بِالصَّفْعِ فِي الْمَلَأِ وَالتَّخْوِيفُ بِقَتْلِ الْوَلَدِ، نَعَمَ التَّخْوِيفُ بِإِتْلَافِ الْمَالِ لَا يُعَدُّ إِكْرَاهًا فِي الْقَتْلِ وَالطَّلَاقِ، وَيُعَدُّ إِكْرَاهًا فِي إِتْلَافِ الْمَالِ، وَالطَّرِيقَةُ الْأُولَى أَضْمٌ لِلنَّسْرِ وَهَذِهِ أَوْسَعُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لَا بُدَّ فِي حُصُولِ الْإِكْرَاهِ كَوْنِ الْمُكْرِهِ غَالِباً قَادِراً عَلَى تَحْقِيقِ مَا يَهْدُهُ بِهِ؛ بَوْلَايَةٍ أَوْ تَغْلِبٍ أَوْ قَرْظٍ هَجُومٍ، أَوْ كَوْنِ الْمُكْرِهِ مَغْلُوباً عَاجِزاً عَنِ الدَّفْعِ؛ بَفِرَارٍ أَوْ مَقَاوِمَةٍ أَوْ اسْتِعَانَةٍ بِالْغَيْرِ، وَلَا بُدَّ وَأَنْ يَغْلِبَ عَلَى ظَنِّ الْمَطْلُوبِ أَوْ تَيَقَّنَ أَنَّهُ لَوْ امْتَنَعَ مِمَّا يَطْلُبُهُ مِنْهُ أَوْقَعَ بِهِ الْمَكْرُوهَ.

وعن أحمد - رحمه الله - رواية: أنه لا يَخْضَلُ الْإِكْرَاهُ بِذَلِكَ حَتَّى يَتَحَقَّقَ شَيْئاً مِمَّا يَتَوَعَّدُهُ<sup>(١)</sup> بِهِ، وَيَقْرُبُ مِنْ هَذَا مَا حَكَى عَنِ الْمَاسِرْجِسِيِّ، قَالَ: سَمِعْتُ أَبَا إِسْحَاقَ يَقُولُ: لَا إِكْرَاهَ إِلَّا بِأَنْ يَنَالَ بِالضَّرْبِ، وَالصَّحِيحُ الْمَشْهُورُ الْأَوَّلُ، وَاخْتَلَفُوا فِيمَا يَكُونُ التَّخْوِيفُ بِهِ إِكْرَاهًا، فَحَكَى الْحَنَاطِيُّ، وَالْإِمَامُ وَغَيْرُهُمَا وَجْهًا أَنَّهُ الْقَتْلُ لَا غَيْرُ.

وعن أبي إسحاق أنه القتل وقطع الطرف، وفي معناه الضرب الذي يُخَافُ مِنْهُ الْهَلَاكُ، وَعَنْ ابْنِ أَبِي هُرَيْرَةَ وَكَثِيرٍ مِنَ الْأَصْحَابِ: أَنَّهُ يَلْحَقُ بِهِ الضَّرْبُ الشَّدِيدُ، وَالْحَبْسُ وَأَخْذُ الْمَالِ وَإِتْلَافُهُ، وَبِهَذَا قَالَ أَبُو عَلِيٍّ صَاحِبُ الْإِنْفِصَاحِ، وَزَادَ، فَقَالَ: لَوْ تَوَعَّدَهُ بِنُوعِ اسْتِخْفَافٍ، وَكَانَ الرَّجُلُ وَجِيهًا يَغْضُرُ ذَلِكَ مِنْهُ، فَهُوَ إِكْرَاهٌ، قَالَ هُوَلَاءُ وَالضَّرْبُ وَالْحَبْسُ وَالْاسْتِخْفَافُ تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ طَبَقَاتِ النَّاسِ وَأَحْوَالِهِمْ.

والتخويفُ بالقتل والقطع وأخذ المال لا يَخْتَلِفُ.

وقال الماسرجسي: يَخْتَلِفُ التَّخْوِيفُ بِأَخْذِ الْمَالِ أَيْضًا، فَلَا يَكُونُ تَخْوِيفُ الْمُؤَسِّرِ بِأَخْذِ خَمْسَةِ دَرَاهِمٍ مِنْهُ إِكْرَاهًا، قَالَ الْقَاضِي الرَّوْيَانِيُّ: وَهَذَا هُوَ الْاِخْتِيَارُ، فَهَذِهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجِهَةٌ تَشْتَمِلُ عَلَيْهَا كَتَبَ قَدَمَاءُ الْأَصْحَابِ مِنَ الْعِرَاقِيِّينَ وَغَيْرِهِمْ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - .

(١) في أ: يثق عنده.

والثالث: أرجحها عند الشيخ أبي حامد، وابن الصَّبَّاح، وغيرهما ووراءها طُرُق:

أحدها: أن الإكراه إنما يَحْضَلُ إذا خَوْفُه بما يسلب الاختيار، وكذا التخويف بالإيلام العظيم.

قال الإمام - رحمه الله -: لكن لو فوَّح به يكاد يسلب الطاقة والاختيار، فيُحْتَمَلُ أن يكون إكراهاً، وذكر احتمالين فيما لو خَوْفُ الأخرق<sup>(١)</sup> بما حسبه مهلكاً، وسقط اختياره، هل يُجْعَلُ ذلك إكراهاً في حقه؛ لظَنُّه وَحُسْبَانِيهِ، وقربهما من الخلاف فيما إذا رأوا سواداً فظنوه عَدُوًّا، فصلوا صلاة شِدَّةِ الخوف، ثم بَانَ خِلافُه قال في «البيسط»: ولعل الوجه الأَلْيَقُ الطلاق، لأنَّه ساقطُ الاختيار، وإن كان ذلك بظَنِّ فاسِدٍ.

والطريق الثاني: أنه لا يُشْتَرَطُ سقوطُ الاختيار، بل إذا أكرهه على فعلٍ من الأفعال مما يُؤْثِرُ العاقل الإقدام عليه حذراً ممَّا يهدِّده به، حَصَلَ الإكراه، وهاتان الطريقتان هما المذكورتان في الكتاب، وعلى الطريقة الثانية لا بُدُّ من النظر فيما يطلبه منه، وفيما يهدده به، فقد يكون الشيء إكراهاً في مطلوب دون مطلوب، وفي شخص دون شخص؛ فإن كان المُكْرَهَ يطلب منه الطلاق، فكما يَحْضَلُ الإكراه بالتخويف بالقتل والقطع، يَحْضَلُ بالتخويف بالحبس المؤبَّد أو الطويل، فإن الإنسان يحتمل الطلاق، ولا يُؤْثِرُهُ، وكذا تخويف ذوي المروءة بالصفع في الملاء، وتسويد الوجه، والطَّوْفُ به في الأسواق يكون إكراهاً، ومنهم من لا يجعله ولا التخويف بالحبس إكراهاً، وأجْرَى مثل هذا الخلاف في التخويف بِقَتْلِ الوالد والولد، والظاهر أن الكُلَّ إكراه، والتخويف بإتلاف المال لا يكون إكراهاً فيه على الأظهر عند مَنْ ذَهَبَ إلى هذه الطريقة، وهو المذكور في الكتاب؛ لأن الإنسان يحتمله ولا يُطَلَّقُ، وإن كان المُكْرَهَ يطلب القتل فالتخويف بالحبس وقتل الولد وإتلاف المال لا يكون إكراهاً، وإن كان يطلب إتلاف المال، فالتخويف بجميع لك يكون إكراهاً، وفيه وجه إن التخويف بإتلاف المال لا يكون إكراهاً في إتلاف المال أيضاً.

والطريق الثالث: أن الإكراه إنما يَحْضَلُ بالتخويف بعقوبة تتعلَّقُ ببدن المُكْرَهَ ولو حَقَّقَهَا، تعلَّقُ به القِصَاصُ، فيخرج عنه ما لا يتعلَّقُ بالبدن، كأخذ المال وقَتْلُ الولد والوالد، والأخ والزوجة، وكذا ما لا تتعلَّقُ به القِصَاصُ؛ كالضرب الخفيف

(١) فقد يكون إكراهاً في شخص دون آخر وفي سبب دون آخر، فالحبس في الوجه إكراه وإن قُلَّ، كما قاله الأذرعِي. والضرب اليسير في أهل المروءات إكراه أيضاً.



والْحَبْسِ الْمُؤَيَّدِ إِلَّا أَنْ يَخَوْفَهُ بِالْحَبْسِ فِي [قعر بئر] يَغْلِبُ مِنْهُ الْمَوْتُ، وَيُحَكِّمُ هَذَا الطَّرِيقَ عَنْ اخْتِيَارِ الْقَاضِي الْحُسَيْنِ.

**والطريق الرابع:** أَنَّهُ يَحْضُلُ الْإِكْرَاهَ بِعُقُوبَةٍ شَدِيدَةٍ تَتَعَلَّقُ بِبَدَنِهِ، فَيَدْخُلُ فِيهِ الْقَتْلُ وَالْقَطْعُ، وَالضَّرْبُ الشَّدِيدُ وَالتَّجْوِيعُ وَالتَّعْطِيشُ وَالحَبْسُ الْمُؤَيَّدُ أَوْ الطَّوِيلُ، وَيُخْرَجُ مَا خَرَجَ عَنِ الطَّرِيقَةِ الثَّلَاثَةِ، وَيُخْرَجُ عَنْهُ التَّخْوِيفُ بِالاسْتِخْفَافِ بِإِلْقَاءِ الْعِمَامَةِ، وَالصَّفْعُ فِي الْمَلَأِ وَمَا يَخْلُ بِالْجَاهِ وَالْمَرْوَةِ، قَالَ الذَّاهِبُونَ إِلَيْهِ، وَقَدْ يَخْتَارُ أَهْلُ التَّقْوَى سُقُوطَ الْجَاهِ، وَلَا يَبَالُونَ بِمَثَلِ ذَلِكَ، وَيَحِيلُونَ صَعُوبَتَهُ عِنْدَ أَكْثَرِ النَّاسِ عَلَى الرَّعُونَةِ وَرِعَايَةِ الرُّسُومِ، وَالْعَادَاتِ، وَاسْتَبَعَدَ الْإِمَامُ هَذِهِ الطَّرِيقَةَ أَنْ يَكُونَ التَّخْوِيفُ بِالْحَبْسِ إِكْرَاهًا، وَلَا يَكُونُ التَّخْوِيفُ بِقَتْلِ الْوَلَدِ إِكْرَاهًا. وَالتَّخْوِيفُ بِالنَّفْيِ عَنِ الْبَلَدِ، فَإِنْ كَانَ فِيهِ تَفْرِيقٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَهْلِهِ؛ فَكَالْحَبْسِ الدَّائِمِ، وَإِلَّا فَوْجِهَانِ:

**أشبههما:** أَنَّهُ إِكْرَاهٌ، لِأَنَّ مَفَارِقَةَ الْوَطَنِ شَدِيدَةٌ؛ وَلِذَلِكَ شَرَعَ التَّغْرِيبَ؛ عِقُوبَةً لِلزَّانِي، وَجَعَلَ صَاحِبَ «التَّهْذِيبِ» التَّخْوِيفَ بِاللُّوَاطِ، كَالتَّخْوِيفَ بِإِتْلَافِ الْمَالِ وَتَسْوِيدِ الْوَجْهِ، وَقَالَ: لَا يَكُونُ ذَلِكَ إِكْرَاهًا فِي الْقَتْلِ وَالْقَطْعِ، وَهَلْ يَكُونُ إِكْرَاهًا فِي الطَّلَاقِ وَالْعِتَاقِ وَإِتْلَافِ الْمَالِ فِيهِ وَجِهَانِ:

وَأَمَّا مَا يَتَعَلَّقُ بِالْكِتَابِ، فَقَدْ عَرَفْتُ أَنَّ الْمَذْكَورَ فِيهِ الطَّرِيقَانِ الْأَوَّلِيَانِ لِلأَوْجِهِ الثَّلَاثَةِ وَنَظْمَ الْكِتَابِ يَقْتَضِي تَرْجِيحَ الْأَوَّلِ مِنْهُمَا، وَقَدْ صَرَّحَ بِهِ الْإِمَامُ تَوْجِيهًا بِأَنَّ الطَّرِيقَةَ الثَّانِيَةَ لَا تَكَادُ تَنْضَبُطُ، فَإِنَّ الضَّرْبَ الْمَخَوْفُ بِهِ يَخْتَلِفُ بِقُوَّةِ الْمُكْرَهِ وَضَعْفِهِ فِي احْتِمَالِ الْأَلَامِ، وَقَدَّرَ الْمَالِ الْمَخَوْفِ بِإِتْلَافِهِ يَخْتَلِفُ بِطَبَاعِ الْأَشْخَاصِ بَدَلًا وَبُخْلًا، وَمَا يُبَلِّلُ الْجَاهَ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ مَرَاتِبِ أَصْحَابِ الْجَاهِ وَالْمَرْوَةِ، وَيَجْرُ ذَلِكَ إِلَى ضَبْطِ عَظِيمٍ، وَإِلَى هَذَا الْمَعْنَى أَشَارَ فِي الْكِتَابِ بِقَوْلِهِ: «وَطَّرِيقَةُ الْأَوْلَى أَضْمٌ لِلنُّشْرِ وَهَذِهِ أَوْسَعُ» وَالنُّشْرُ بِالتَّحْرِيكِ الْمُنْتَشِرِ، يَقَالُ: رَأَيْتُ الْقَوْمَ نَشَرًا أَيِ مُنْتَشِرِينَ.

وَلِيَعْلَمَ قَوْلُهُ «وَكَذَلِكَ تَخْوِيفُ ذَوِي الْمَرْوَةِ بِالصَّفْعِ فِي الْمَلَأِ» بِالْوَاوِ؛ لِلْخِلَافِ الَّذِي تَقَدَّمَ، وَخُصَّصَ بِذِي الْمَرْوَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَكُونُ إِكْرَاهًا فِي حَقِّ الْمَتَبَدَّلِ الَّذِي لَا يَبَالِي مِثْلَهُ بِمِثْلِهِ، وَكَذَا لَفْظُ الطَّلَاقِ مِنْ قَوْلِهِ: «التَّخْوِيفُ بِإِتْلَافِ الْمَالِ لَا يُعَدُّ إِكْرَاهًا فِي الْقَتْلِ وَالطَّلَاقِ» وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ إِكْرَاهٌ فِيهِ وَكَذَا قَوْلُهُ «وَيَعَدُّ إِكْرَاهًا فِي إِتْلَافِ الْمَالِ».

**فروع:** لَا يَحْضُلُ الْإِكْرَاهَ بِالتَّخْوِيفِ بِالعُقُوبَةِ الْآجِلَةِ، بِأَنَّ يَقُولُ: لِأَقْتُلَنَّكَ أَوْ لِأَضْرِبَنَّكَ، غَدًا وَلَا بِأَنَّ يَقُولُ: طَلَّقْ امْرَأَتَكَ، وَإِلَّا قَتَلْتُ نَفْسِي، أَوْ كَفَرْتُ أَوْ أَفْسَدْتُ

صومي وصلاتي، ولا بأن يقول وَلِي الْقِصَاصِ لِمَنْ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ: طَلَّقَ امْرَأَتَكَ، وإلا اقتصصت منك.

فإذا أخذه السلطان الظالم بسبب غيره وطالبه به فقال: لست من أوليائه، ولا أعرف موضعه أو بماله، فقال ليس له عندي شيء، فلم يُخَلِّهِ حتى يحلف بالطلاق، فحلف كاذباً، يقع الطلاق، ذكره القفال وغيره، لأنه لم يُكْرِهْهُ عَلَى الطَّلَاقِ، وإنما تَوَصَّلَ بِالْحَلْفِ إِلَى رَفْعِ الْمَطَالِبَةِ، بخلاف ما إذا قال له اللصوص: لا نخليك حتى تخلف ألا تذكر ما جرى، فحلف، لا يقع الطلاق إذا ذكره، لأنهم أكرهوه على الحلف بالطلاق ما هنا.

لو تلفظ بالطلاق ثم قال: كنتُ مُكْرَهًا، وأنكرت، لم يُصَدَّقْ إلا أن يكون مَحْبُوسًا<sup>(١)</sup> أو تكون هناك قرينة أخرى.

ولو قال: طلقْتُ وأنا صبيٌّ أو نائم، قال أبو العباس الروياني: يُصَدَّقُ بيمينه، قال: ولو طَلَّقَ فِي الْمَرَضِ، ثم قال كُنْتُ مَغْشِيًّا عَلَيَّ، لم يُقْبَلْ قَوْلُهُ إِلَّا بَيْنَةَ تَقْوَمَ عَلَى أَنَّهُ كَانَ زَائِلَ الْعَقْلِ فِي ذَلِكَ<sup>(٢)</sup> الْوَقْتِ.

(١) قضيته قوله: «وأنكرت» أنها لو صدقته لا يقع الطلاق وهو مع وضوحه ذكره قاضي القضاة جلال الدين البلقيني، قال في الخادم: ومن الحوادث أن امرأة سألت زوجها طلاقها بعوض فطلقها عليه مختاراً ثم ادعت أنها مكرهة فظهرت قرائن تصدقها ورفعت هذه لبعض الحكام والمعتبرين فحلفها على الإكراه وجعل الطلاق بائناً لأن الزوج يكذب وقيل قولها في المال فلم يلزمها به وأشار على الزوج بالرجعة وتجديد العقد.

وفي فتاوى القاضي حسين: طلقها ثلاثاً ثم قال: قلت إن شاء الله تعالى، فقالت: لم تقل، فمن المصدق بيمينه ينبغي على تبعض الإقرار، فإن قلنا: لا يتبعض صدق بيمينه، وإلا صدقت فتحلف بالله تعالى أنه لم يقل إن شاء الله تعالى.

قال في القوت: وسكت عن من ادعى عليه أنه طلق ثلاثاً فأنكر فقامت بينة بتلفظه بذلك فقالت: استثنيت عقبه، فقالت: البينة للحاكم وقد سألتها عن ذلك لم يتلفظ عقبه فاستخرت الله تعالى وأتيت بالوقوع وعدم قبول قوله لأنه يفي بحيط به العلم.

(٢) قال النووي: هذا الذي قاله في النائم، فيه نظر. والله أعلم.

وقال الشيخ البلقيني ما نقله عن الروياني هو إذا لم يعهد منه الغيبة في مرضه، فأما إذا عهد منه ذلك ولم تقم البينة إلا بالتلفظ بالطلاق خاصة من غير معرفة الحال، فالقول قوله في ذلك بيمينه كما لو قال طلقت وأنا مجنون وكان قد عهد إلى جنون، أو قال ضمننت والمتقول في الضمان ما قررناه. انتهى. قال في المهمات وهو عجيب منهما - يعني الشيخين - فقد ذكرا في كتاب الإيمان أن من ادعى عدم القصد في الطلاق والعتاق لا يصدق في الظاهر لتعلق حق الغير به.

قال في الخادم: لا حاجة لنقله من كتاب الإيمان، فقد ذكره هنا حتى في المنهاج ثم دعوى سبق اللسان غير دعوى النوم، فإن ذلك في الصادر من المكلف باتفاقهما وها هنا فيما إذا أنكر هو =

قَالَ الْعَرَّالِيُّ: (الْحَامِسُ): زَوَالَ الْعَقْلِ بِالْجُنُونِ، وَشَرِبُ الدَّوَاءِ (و) الْمَجْنُونِ يَمْنَعُ نَفْوَذَ التَّصَرُّفَاتِ، وَأَمَّا السُّكْرَانُ فَيَمْنَعُ طَلَّاقَهُ فِي ظَاهِرِ التَّصَوُّصِ، وَقِيلَ: قَوْلَانِ فِي تَصَرُّفَاتِهِ حَتَّى فِي أَعْمَالِهِ، وَقِيلَ: تَنْفُذُ أَعْمَالِهِ، وَالْقَوْلَانِ فِي التَّصَرُّفَاتِ، وَقِيلَ: يَنْفُذُ مَا عَلَيْهِ دُونَ مَالِهِ، وَحَدُّ السُّكْرَانِ أَنْ يُشْبِهَ الْمَجْنُونَ فِي الْاِخْتِلَاطِ، فَإِنْ سَقَطَ كَالْمَغْشِيِّ عَلَيْهِ فَهُوَ كَالنَّائِمِ فَلَا يَنْفُذُ (ز) مَا تَلَفَّظَ بِهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: وما يُخِلُّ بِقَضِ الطَّلَاقِ اِخْتِلَالُ عَقْلِ الْمَطْلُوقِ؛ أما الْمَجْنُونُ فَقَدْ تَبَيَّنَ فِي الرُّكْنِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ لَا يَقَعُ طَلَّاقُهُ، وَفِي مَعْنَاهِ الْمَغْمَى عَلَيْهِ، وَكُلٌّ مِنْ زَالَ عَقْلُهُ بِسَبَبٍ هُوَ غَيْرٌ مُتَعَدٍّ فِيهِ، كَمَا لَوْ أَوْجَرَ الْخَمْرُ أَوْ أَكْرَهَ عَلَى شَرِبِهِ، أَوْ لَمْ يَلْمَمْ أَنْ الْمَشْرُوبُ مِنْ جِنْسٍ مَا يُسْكِرُهُ، وَعُدُّ مِنْ هَذَا الْقَبِيلِ مَا إِذَا شَرِبَ دَوَاءً يَزِيلُ الْعَقْلَ عَلَى قَضِ التَّدَاوِيِّ، وَلِئِنْ تَقُولُ فِي التَّدَاوِيِّ بِالْخَمْرِ خِلَافٌ يَذْكَرُ فِي مَوْضِعِهِ، فَإِذَا<sup>(١)</sup> جَرَى ذَلِكَ الْخِلَافُ فِي الدَّوَاءِ الْمَزِيلِ لِلْعَقْلِ، وَقُدِّرَ اطْرَاقُهُ فِي الْقَلِيلِ وَالكَثِيرِ، فَالْمَذْكَورُ هَا هُنَا جَوَابٌ عَلَى جَوَازِ التَّدَاوِيِّ، وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَدَّرَ تَخْصِيصُ الْخِلَافِ بِالْقَدْرِ الَّذِي يَزِيلُ الْعَقْلَ، وَتَصْوِيرُ هَذِهِ الصُّورَةِ بِمَا إِذَا ظَنَّ أَنَّ الْقَدْرَ الَّذِي تَنَاوَلَهُ لَا يَزِيلُ الْعَقْلَ، وَكَذَلِكَ صَوَّرَ بَعْضُهُمْ، وَإِنْ لَمْ يَجْرَ ذَلِكَ الْخِلَافُ فِي الدَّوَاءِ الْمَزِيلِ لِلْعَقْلِ كَانَ السَّبَبُ فِيهِ أَنْ الطَّنْبُ يَدْعُو إِلَى شَرِبِ الْخَمْرِ، فَيَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى الْمَبَالِغَةِ وَالزَّجْرِ، بِخِلَافِ الْأَدْوِيَةِ.

وَإِذَا تَعَدَّى، فَشَرِبَ الْخَمْرَ، فَسَكِرَ، فَالْمَشْهُورُ الْمَنْصُوصُ فِي الْكِتَابِ أَنَّهُ يَقَعُ الطَّلَاقُ، وَحَكَى الْمَزْنِيُّ فِي ظَهَارِ السُّكْرَانِ قَوْلَيْنِ عَنِ الْقَدِيمِ، فَاخْتَلَفَ الْأَصْحَابُ: مِنْهُمْ مَنْ قَطَعَ بِوُقُوعِ الطَّلَاقِ، وَقَالَ: مَا رَوَاهُ الْمَزْنِيُّ لَا يُعْرَفُ لِلشَّافِعِيِّ فِي شَيْءٍ مِنْ كُتُبِهِ، وَإِلَيْهِ ذَهَبَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ وَالْأَرْجَحُ، وَبِهِ قَالَ الْأَكْثَرُونَ: أَنَّ فِي وَقُوعِ الطَّلَاقِ قَوْلَيْنِ، كَمَا رَوَاهُ فِي الظَّهَارِ:

أحدهما: أَنَّهُ لَا يَقَعُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَفْهَمُ وَلَا يَغْقِلُ، وَلَيْسَ لَهُ قَضْدٌ، صَحِيحٌ فَأَشْبَهَ الْمَجْنُونِ، وَبِهَذَا قَالَ الْمَزْنِيُّ، وَيُحْكَى عَنْ ابْنِ سُرَيْجٍ وَأَبِي طَاهِرِ الزِّيَادِيِّ، وَأَبِي سَهْلٍ الصَّعْلَوَكِيِّ، وَابْنِ سَهْلٍ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - .

= وجود التكليف، ولهذا جزم الماوردي هنا بالتصديق مع موافقته على المذكور في الإيمان فقال: ولو اختلفا، فقالت: كنت أهلاً وقت الطلاق وإنما تجاننت وتغاشيت أو تغامضت وتناومت، فقال: بل كنت لذلك، صدق بيمينته.

(١) في ز: فإن.

وأصحهما: الوقوع، وبه قال أبو حنيفة - رحمه الله - لأنه عاص بسبب الزوال، فيجعل كأنه لم يزل، ويكون كالصاحي، وهذا كما أنه يجب قضاء الصلوات، ويجعل زوال العقل؛ لكونه بالتعدّي كعدم الزوال.

وعن أحمد - رحمه الله - روايتان كالقولين، وعن مالك - رحمه الله - فيما روى صاحب «التهذيب» أنه لا يقع، وزوى العراقيون والمتولي أنه يقع كما هو مذهب أبي حنيفة.

ولو شرب الدواء المجئن من غير تداوٍ وغرض صحيح، فزال عقله ففيه طريقان:

أظهرهما: وبه قال القاضي أبو حامد: أنه كالسكران؛ لتعديه.

والثاني: أنه كالمجنون والنائم؛ لأن الطبع لا يدعو إلى تناوله، وإنما صرنا إلى الوقوع في السكران؛ تغليظاً للحاجة إلى الزجر، ثم ما هنا كلامان:

أحدهما: في محل القولين في صورة السكران والمتعدي يشرب الدواء المجئن، وفيه طرق:

أحدهما: أن القولين في نفوذ أقواله كلها كالطلاق والعتاق والرذة والإسلام والبيع والشراء، وغيرها، وأما أفعاله كالقطع والقتل وغيرها، فهي كأفعال الصاحي بلا خلاف؛ لقوة الأفعال.

والثاني: حكى القاضي ابن كج عن أبي الطيب بن سلمة أن القولين في الطلاق والعتاق والجنايات، ولا يصح بينه وشراؤه بلا خلاف؛ لأنه لا يعلم ما يعقد عليه، والعلم شرط في المعاملات.

والثالث: أن القولين فيما له كالنكاح، أما ما عليه الطلاق والإقرار والضمان، فهو ناقد لا محالة تغليظاً عليه؛ وعلى هذا فلو كان التصرف له من وجه، وعليه من وجه كالبيع والإجارة، فيحكم بنفوده، تغليظاً لطرف التغليظ.

الرابع: وهو الأظهر على ما ذكر الحلبي وغيره أن القولين جاربان في الأقوال والأفعال كلها، حتى لو قتل السكران، أو قذف أو زنا، ففي وجوب القصاص، والعقوبة عليه قولان، وعلى هذه الطريقة ينطبق ما يقال إن القول اختلف في أن السكران، كالصاحي أو المجنون.

والثاني: ذكروا في حد السكر عبارات؛ فعن الشافعي - رضي الله عنه - أن السكران، هو الذي اختلط كلامه، المنظوم، وانكشف سره المكتوم، وعن المزني أن

السُّكْران: هو الذي لا يَفْرُق بين الأرض والسماء، وبين أمه وامراته.

وقيل<sup>(١)</sup> هو الذي يُفْصِح بما كان يَخْتَشِم منه.

وقيل: هو الذي يتمايل في مَشِيه، ويَهْدِي في كلامه.

وقيل: هو الذي لا يَعْلَم ما يَقُول.

وعن ابن سُرَيْج، وهو الأقرب: أن الرجوع فيه إلى العادة، فإذا انتهى إلى حَالَةٍ من التغير، يقع عليه اسم السُّكْر، فهو موضع الكلام، ولم يرض الإمام هذه العبارات، لكن قال: شَارِبُ الخَمْرِ تعتربه ثلاثة أحوال:

إحداها: هزّة ونشاط يأخذه إذا دبت الخمر فيه، ولم تستول عليه بعد، ولا يزول العَقْل في هذه الحالة ربّما يحتدُّ.

والثانية: نهاية السُّكْرِ، وهو: أن يصير طافِحاً، ويسقط كالمغشي عليه، لا يتكلّم، ولا يكاد يتحرّك.

والثالثة: حالة متوسّطة بينهما وهي أن تختلط أحواله فلا تنتظم أقواله وأفعاله، ويبقى تمييز وفهم كلام، فهذه الحالة الثالثة سكر، وفي نفوذ الطلاق فيها الخلاف الذي بيّناه، وأمّا في الحالة الأولى فينفذ الطلاق لا محالة؛ لبقاء العَقْل، وانتظام القصد والكلام، أمّا في الثانية: فالأظهر عند الإمام وهو المذكور في الكتاب؛ أنه لا ينفذ لأنه لا قُصْد له؛ كأنه جرى على لسانه لفظ، فهو كما يُقرَض في حقّ النائم، والمُغمى عليه، ومن الأصحاب من جعله على الخلاف المذكور لتعديده بالتسبب إلى هذه الحالة، وهذا أوفق لإطلاق أكثرهم والله أعلم.

وقوله في الكتاب «زوال العَقْل بالجنون وشرب الدواء المجنن يمنع نفوذ التصرفات» أراد به ما إذا تناوله تداوياً، فأما إذا تعدّى به، ولم يكن له غرض، فهو كالمتعدي بشرب الخمر على ما بيّنا.

وقوله: «فيقع طلاقه في ظاهر النصوص» يجوز إعلام قوله: «فيقع» بالميم والألف والزاي، وهذا اللفظ في السياق الذي أتى به يُشعر بطريقة القطع بوقوع الطلاق.

وقوله: «وقيل قولان في تصرفاته» وأراد بها هنا الأقوال؛ ألا تراه قال: «حتّى في أفعاله» أيضاً فقد قال «تتقدُّ أفعاله»، والقولان في التصرفات» وفي الاصطلاح المشهور لفظ التصرف يَدْخُل فيه القول والفعل.

وقوله: «وقيل ينفذ ما عليه دُونَ ماله» يُقَارِبُ الطريقة الثالثة من الطُّرُق المذكورة في مَحَلِّ القولين، ويخالفها أَنَّهُ ليس فيها تعرضٌ للخلاف في واحد من النوعين، بل ظاهره الجَزْمُ بنفوذ ما عليه، وبعدم نفوذ ماله، وكذلك أوردتها صاحب «التهذيب» - رحمه الله - .

وقوله أن يُشْبِهَ المَجْنُونُ في الاختلاط في لفظ الاختلاط إشارة إلى اشتراط بقاء بعض الفهم والتمييز؛ ليخرج عنه الَّذِي سَقَطَ كالمَغْشِيِّ عليه، على ما اختاره.

وقوله: «فلا يَنْفُذُ ما تلفظ به» معلَّم بالواو، ويجوز إعلام قوله: «أن يُشْبِهَ المجنون» أيضاً للعبارة الأخرى، كقولهم أَنَّهُ الَّذِي لا يَعْلمُ ما يقول ونحوه.

قَالَ العَزَالِيُّ: (الرُّكْنُ الرَّابِعُ: المَحَلُّ): وَهِيَ المَرْأَةُ فَلَوْ أَضَافَ الطَّلَاقَ إِلَى نِصْفِهَا نَفَذَ، وَلَوْ أَضَافَ إِلَى عَضْوٍ مُعَيَّنٍ (ح) كَالْيَدِ وَالرَّأْسِ وَالْكَبِدِ وَالطَّحَالِ نَفَذَ، وَإِنْ أَضَافَ إِلَى فَضَلَاتٍ بَدَنِهَا كَالرِّيقِ وَاللِّبَنِ وَالْمَنِيِّ لَمْ يَنْفُذْ، وَكَذَلِكَ إِلَى الْجَنِينِ، وَالدَّمِّ وَالشَّخْمِ كَالْفَضَلَاتِ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ أَضَافَ إِلَى لَوْنِهَا وَحُسْنِهَا وَصِفَاتِهَا لَمْ يَنْفُذْ، وَالرُّوحَ وَالْحَيَاةَ كَالْأَجْزَاءِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ دَخَلَتِ الدَّارَ فِيمِائِكَ طَالِقٌ فَقَطَعْتَ ثُمَّ دَخَلَتِ الدَّارَ طَلَّقْتَ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ قَالَ لِمَقْطُوعَةِ الْيَمِينِ: يَمِينِكَ طَالِقٌ لَمْ تَطْلُقْ عَلَى الصَّحِيحِ، كَمَا لَوْ قَالَ: ذَكَرْتُ أَوْ لِحْيَتِكَ طَالِقٌ لَمْ تَطْلُقْ لِعَدَمِ الْمُضَافِ إِلَيْهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قد سبق أن أحد أركانِ الطَّلَاقِ المحل الذي يصادفه ويتوجه نحوه، وهو المرأة، فإن أضاف الطَّلَاقَ إلى كُلِّهَا، فقال: طَلَّقْتُكِ أَوْ أَنْتِ مَطْلُوقَةٌ، فذاك، وفي معناه إذا قال جسمك شَخْصُكَ أَوْ جَسَدُكَ أَوْ جِئْتُكَ أَوْ نَفْسُكَ أَوْ ذَاتُكَ طَالِقٌ، ولو أضاف الطَّلَاقَ إلى بعضها على الإِشَاعَةِ، وقع الطَّلَاقُ أيضاً، سواءً أبهم فقال: جزءك أَوْ بعضك طالق أَوْ نَصَّ على جزء معلوم كالنِّصْفِ، والرَّيْبِ؛ واحتجَّ لذلك بالإجماع وبالقياس على العِتْقِ؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ منهما إزالةٌ لملكٍ يحصل بالصَّرِيحِ والكنائية، ذلك بأنَّ الحَبْرَ ورد بأنَّ مَنْ أعتق شِقْصاً من عِبْدٍ يعتق كلَّهُ، ويأن الرجل من أهل الطَّلَاقِ، فلا يمكن إلغاء قوله، ولا يُمكن أن يقع الطَّلَاقُ على بعضها دون بعض، لأنَّ المَرْأَةَ لا تتبعض في حُكْمِ النِّكَاحِ، فلم يبقَ إلا أن يعتم حكمه.

ولو أضاف إلى عَضْوٍ مُعَيَّنٍ، فيقع أيضاً سواءً كان عَضْواً باطنياً، كالكَبِدِ، والطَّحَالِ، والقلب، أو عَضْواً ظاهراً كاليد والرجل، سواءً كان مما ينفصل في الحَيَاةِ؛

كالشعر والظفر أو لا ينفصل، والإصبع الزائدة كالأصلية.

وقال أبو حنيفة إذا أضاف الطلاق إلى عضو معين لم يقع إلا في خمسة أعضاء، وهي الرأس والوجه، والرقبة والفرج، والظفر، وعن أصحابه في الأعضاء الباطنة اختلاف.

وقال أحمد إن أضاف إلى ما لا ينفصل وقع،<sup>(١)</sup> وفي كتاب الحناطي حكاية قول في الشعر، كما أنه لا يبطل الوضوء بلمسه، ولا شك في اطراده في السن، والظفر<sup>(٢)</sup> وأن أضاف إلى فضلان بدنيها، كالريق والعرق، والمخاط، والبول، لم يقع الطلاق، لأنها ليست أجزاء متصلة بها بحكم الخلقة، ولا يلحقها الحل والحرمة، وفيها وجه ضعيف رواه الحناطي، والإمام وفي اللبن والمني وجهان:

أحدهما: الوقوع؛ لأن أصل كل واحد منهما الدم، وسنذكر في الإضافة إلى الدم أن الظاهر الوقوع، وأظهرهما، وهو المذكور في الكتاب المنع؛ لأنهما متهيئان للخروج بالاستحالة، فأشبهتا الفضلات.

ولو قال: جنيئك طالق، لم يقع الطلاق؛ لأنه شخص مستقل بنفسه، وليس بمحل للطلاق، وادعى الإمام اتفاق الأصحاب عليه، لكن أبا الفرج الزاز حكى وجهاً بأنه يقع؛ لصورة الانفصال، وأبعد منه وجهان ذكرهما الحناطي فيما إذا قال: الماء أو الطعام الذي في جوفك طالق وفي الإضافة إلى الدم وجهان: في وجه لا يقع الطلاق كما في الفضلات، والأصح أنه يقع؛ لأن به قوام البدن، وهو أشد تملكاً في الشخص، من اليد والرجل، وحكى الإمام فيه طريقة قاطعة بالوقوع، وفي الشحم تردّد للإمام، وميله إلى أنه لا يقع الطلاق، والأقرب وقوعه؛ لأنه جزء من البدن، وبه قوامه؛ ولأن الشحم كالسمن، ولو قال سمنك طالق، لم يقع الطلاق.

ولو أضاف الطلاق إلى المعاني القائمة بالذات، كالحسن والقبح والملاحة والسمع، والبصر والكلام، والضحك، والبكاء، والغم، والفرح، والحركة، والسكون، لم يقع الطلاق، ونقل الحناطي في الحسن، والحركة والسكون، والسمع، والبصر، والكلام وجهين:

أحدهما: الوقوع.

(١) سقط من ز.

(٢) قال النووي: بينهما فرق ظاهر، فإن اتصال السن أكد من الشعر. وأما اشتراكهما في نقض الوضوء وعدمه، فلعدم الإحساس، ولأنهما جزءان، فأشبهها اليد.

والثاني: أنه لا يقع، حتى يريد، وهذا شيء غريب، ثم الوجه التسوية بينه وبين سائر الصفات، فلا يقع الطلاق إذا قال: ظلك أو طريقك أو صُحبتك طالق، وكذا لو قال: نَفْسُكَ طالق.

قال في «التتمة»: لأن النَّفْسَ أجزاء الهَوَاءِ يَدْخُلُ الرُّؤْيُ، ويخرج منها، وأنه ليس بجزء منها، ولا صِفَةٌ لها، وكذا لو قال: اسْمُكَ طالق.

قال في «التتمة» إلا أن يريد بالاسم وجودها وذاتها، فيقع.

ولو قال: رُوحُكَ طالق وقع الطلاق، فإنه الأضل، وقد يُعَبَّرُ به عن الجُمْلَةِ، وبمثله أجاب مُعيون فيما إذا قال: حَيَاتُكَ طالق، منهم الإمام وصاحب الكتاب.

قال الإمام: ولا يَتَخَبَّطَنَّ الفقيه في الرُّوح والحياة، فيقع فيما لا يعنيه، يعنني الحَوْضُ فيما ليس من شأن الفقهاء.

وفي «التهذيب»: أنه إذا قال: حَيَاتُكَ طالق يقع إن أراد الرُّوح، فيشترط الوقوع إرادة الروح إشعاراً، بأنه لو أراد المَعْنَى القَائِمَ بالحَيِّ، لا يقع الطلاق، كما في سائر المعاني، وبهذا أجاب أبو الفَرَجَ الزَّازَ في الحياة، وحكى في الرُّوح خلافاً مبنياً على أن الرُّوح جسم أو عرض، ويُشَبَّه أن يقال: الظَّاهِرُ في الحياة أنه لا يقع، وفي الروح أنه يقع والله أعلم.

قال الإمام: ولو أَضَافَ الطَّلَاقَ إِلَى الأَخْلَاطِ المنسلكة في البَدَنِ؛ كالبَلْغَمِ والمرتين، فَهُوَ كَمَا لو أَضَافَ إِلَى الفَضَلَاتِ دُونَ ما أَضَافَ إِلَى الدَّمِ.

ثم اختلف الأصحاب في أنه إذا أَضَافَ الطَّلَاقَ إِلَى جُزْءٍ شَائِعٍ أو إِلَى عُضْوٍ معيّن، فَحَكَمْنَا بوقوع الطلاق كيف نقدره وننزله، فمنهم من قال: يقع الطلاق على المُضَافِ إِلَيْهِ أولاً ثم يَسْرِي إلى باقي البَدَنِ، كما أنَّ العِتْقَ يسري من بغض العبد إلى بغض، ومنهم من قال: يُجْعَلُ الجُزْءُ أو العَضْوُ المعين عبارة عن الكُلِّ، لأنه لا يُفْرَضُ حُصُولُ الطَّلَاقِ فِي المِضَافِ إِلَيْهِ وحده، حتى يُقَدَّرَ سراية إلى الباقي بخلاف العِتْقِ؛ فإنه قد يثبت في الجزء المشاع، ويقتصر عليه؛ ولأنه لو قال وأنت طالق نصف طلقه يقع طلقه، ويُجْعَلُ النصف عبارة عن الكُلِّ، ولا يمكن أن يقال: يقع النصف، ثم يسري حُكْمُهُ، فكذلك ها هنا، وتُظْهَرُ فائدة الخِلافِ فِي صور.

منها: لو قال: إن دَخَلتِ الدار، فيمينك طالق، فقطعت يمينها ثم دَخَلتِ الدار، إن قلنا: يقع الطلاق على المِضَافِ إِلَيْهِ، ثم يسري، لم يقع ها هنا؛ لأن المِضَافِ إِلَيْهِ لم يبق، وإن قلنا إنه عبارة عن الكُلِّ، ولو قال: لمن لا يمين لها، يمينك طالق، فطريقان:



أحدهما: التخيُّجُ على هذا الخِلافِ.

وأشبههما، وبه قال القاضي الحُسَيْن، والإمام القَطْع بأنَّه لا يقع، لأنه وإن جعل البَغْضَ عبارة، عن الكلِّ، فلا بدَّ من وجود البَغْضِ المضاف إليه؛ لتنظيم الإضافة فإذا لم يَكُنْ لغت الإضافة، كما لو قال لامرأته: ذَكَرْتُكَ أو لِحَيْتِكَ طالقٌ.

قال الإمام: هذا يجب أن يكون متفقاً عليه.

ومنها: ذكر في «التتمة»: أن القَوْلَ بعدم وقوع الطلاق فيما إذا قال: حُسْنُكَ أو بِيَاضُكَ طالقٌ، مبني على أن الطلاق يَقَعُ على المضاف إليه أولاً ثم يَسْرِي، لأنه لا يمكن وقوع الطلاق على الصفات، أما إذا جَعَلْنَا البَغْضَ عبارةً عن الجملة، فكذلك نَجْعَلُ الصفة عبارةً عن الموصوف<sup>(١)</sup>.

ومنها: لو قال لأمته: يدك أم ولدي أو قال للطفل الذي التقطه: يدك ابني، قال أبو سعد المتولِّي: إن جعلنا البَغْضَ عبارةً عن الكلِّ، كان ذلك إقراراً بالنسب أو الاستيلاء<sup>(٢)</sup>، وإن قلنا بالسراية، فلا.

ويجزي الخلاف المذكور فيما إذا أضاف العتق إلى يد عبده أو رأسه، ولو أضافه إلى جزء من عبده شائع، قال الإمام: المذهبُ تقديرُ السراية، لأنَّ العتق يمكن نزوله في بغض العبد على الإشاعة، ووقوعه عليه بخلاف الطلاق، ومنهم من جَعَلَهُ على الخلاف، وقال: نُزُولُ العتق في بغض ملك الشَّخْصِ غير متصور<sup>(٣)</sup> أيضاً، وإنما يُفْرَضُ

(١) قال النووي: هذا الذي قاله ضعيف، فحالف للدليل ولإطلاق الأصحاب.

(٢) في ز: والاستيلاء.

(٣) قال النووي من زيادته: يتصور فيما إذا أعتق عبده المرهون وهو موسر بقيمة بعضه وقلنا بالأظهر أنه ينفذ عتق الموسر.

قال في الخادم: يتصور أيضاً في صور:

إحداها: أن يكون نصفه مرهوناً ونصفه غير مرهون، ويكون الراهن معسراً، فإذا أعتق النصف الذي ليس بمرهون تبعض، وهو كله له وهذا من كلام شيخه.

الثانية: إذا كان العبد مشتركاً بين اثنين فجنى جنابة توجب ملاً متعلقاً بقرية ثم فداه أحدهما ثم اشتراه الذي لم يفد وعتقه وهو غير موسر، فإنه يعتق ما لم يتعلق به حق المجني عليه.

وهذه الصورة من كلام شيخه البلقيني.

الثالثة: ما لو وكل وكيلاً في عتق عبد فأعتق الوكيل نصفه، فالأصح أنه يعتق نصفه فقط، وقيل يسري وقيل لا يعتق من كذا. ذكره في الروضة في باب العتق، ويتعجب منه كيف لم يستحضره هنا وتكلف التصوير بما فيه عسر وأخذ هذه الصورة أيضاً من كلام شيخه البلقيني وفي هذه الصورة نظر لأن الكلام في سيد يباشر عتق البعض، والمباشر هنا إنما هو الوكيل على أن الشيخ =

ذلك عند تعدد المالك، ويشبه [على] (١) أن يكون الأظهر من التنزيلين المذكورين حيث جرى الخلاف طريق السراية؛ لوجوه:

أحدها: البناء الذي ذكره صاحب «التتمة» فيما إذا قال: حُسْنُكَ وبياضُكَ طالق؛ فإنه قد مرَّ أن الظاهر أنه لا يقع الطلاق، والمناسب له ترجيحُ مَعْنَى السراية.

والثاني: أنهم ذكروا أنه لو أشار إلى عضو مُبانٍ منها، ووصفه بالطلاق، لا يقع الطلاق؛ لعدم الاتصال، وأنه لو فصلت أذنها ثم ألصقت، والدم جازاً أو نُثفت شعرة، فانغرزت في موضع آخر، ونمت، وأضاف الطلاق إليها، ففي وقوعه وجهان:

أشبههما، وهو المذكور في «التتمة» أنه لا يقع (٢).

ولو كان وقوع الطلاق بطريق التعبير بالبغض عن الكلِّ، لَمَا اختلف الحال بعين المبان والمُتصِّل.

والثالث: أن الوقوع لو كان بطريق التعبير بالبغض، لم تخلُ دلالة البغض على الكلِّ، إما أن تكونَ صريحاً، أو كنايةً والأول بعيدٌ، ويتقدير أن يكون كذلك، وجب أن يصح النكاح والبيع وسائر التصرفات، إذا أضيفت إلى بعض الأعضاء، وإن كان كنايةً، وجب أن يُشترط لوقوع الطلاق (٣) النية، واشترائطُ النية فيما إذا قال: نضفك طالق، أو يدك طالق بعيد عما ساقه الأصحاب، وقياسٌ من قال بهذا التنزيل أن يصح البيع ونحوه بإضافة الطلاق إلى الجملة التي الجزء المعين بغض منها، وكأنه يريد أن الجزء المعين لا يوصف بالطلاق، إلا إذا اتصفت الجملة به،

= البلقيني يرجح عتق الكل في هذه الصورة، ثم قال.

الرابعة: إذا ملك نصف عبد ونصفه الآخر موقوف فأعتق صاحب النصف نصيبه، فإنه لا يسري إلى الوقف قطعاً، وفرقوا بين نصيب الشريك بأن نصيب الشريك يتصور إعتاقه بخلافه، وهذا الذي قاله في الخادم عجيب، فإن الكلام في مالك جميع العبد وهذه الصورة إنما هو مالك لنصفه خاصة وهذا لا يخفى ثم قال.

الخامسة: إذا باع السيد للعبد بعضه وقلنا إنه عقد بيع، فلا يسري عليه وهذه الصورة أيضاً لا ترد لأن العبد ملك نصف نفسه فتعتق النصف الذي ملكه، فالسيد لم يعتقه، فليتأمل.

(١) سقط في ز.

(٢) قال النووي في زوائده: قوله: في موضع آخر اتبع فيه الغزالي وليس هو شرطاً، فلو ثبتت في

موضعها، كان كذلك، ثم إن مسألة الشعرة قل أن توجد في غير «الوسيط» بخلاف مسألة الإذن، فإنها مشهورة بالوجهين، لكن أنكر إمام الحرمين تصورهما في العادة، ولا امتناع في ذلك.

(٣) في أ: ألتة.

بشرط اتصاف الجزء بالطلاق اتصاف الجملة به، فوصف الجزء يتضمن وصفه الجملة، لكن فيه إشكالان:

أحدهما: أن فيه مصيراً إلى أنه إذا اتصفت الجملة بالطلاقية، يتصف كل جزء منها بالطلاقية، ويتجه أن يمنع ذلك، ويقال: جملة المرأة هي الموصوفة بأنها منكوحه أو مطلقة، وكل جزء منها لا يوصف بأنه منكوح أو مطلق.

والثاني: أن دلالة على وصف الجملة بالطلاق على سبيل التضمن إما أن يقدر صريحاً أو كناية، ويلزم على التقديرين ما قدمناه، ويجوز أن يعلم؛ لما بيننا قوله في الكتاب «لم يتنقذ» في مسألة الفضلات، بالواو، وكذا قوله: «وكذلك الجنين»، وقوله «لم يتنقذ» في اللون والحسن في الصفات.

وقوله: «كالأجزاء» وقوله «على الصحيح» في الصورة الأخيرة، يجوز أن يريد على الصحيح من الطرفين، وهو المذكور في «الوسيط» ويجوز أن يريد من الوجهين؛ جواباً على طريقة إثبات الخلاف والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ قَالَ: أَنَا مِنْكَ طَالِقٌ وَنَوَى وَقَعَ (ح)، وَلَا يُشْتَرَطُ نِيَّةُ إِضَافَةِ الطَّلَاقِ إِلَيْهَا عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ بَلْ يَكْفِي نِيَّةُ أَضْلِ الطَّلَاقِ، وَلَوْ قَالَ: أَسْتَبْرِيءُ رَحِمِي مِنْكَ فَلَيْسَ بِكِنَايَةٍ، وَقَوْلُ السَّيِّدِ لِعَبْدِهِ: أَنَا مِنْكَ حُرٌّ لَيْسَ بِكِنَايَةٍ عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ.

قال الرافعي: إذا قال لامرأته: أنا منك طالق، ونوى إيقاع الطلاق عليها، وقع الطلاق، خلافاً لأبي حنيفة وأحمد - رحمهم الله - ووجه المذهب بغضهم بأن النكاح يقوم بالزوجين جميعاً، ومن به قوام النكاح يصح منه إضافة الطلاق إليه من مالكة، كالزوجة، وهؤلاء ربما أطلقوا القول بأن الزوج محل النكاح، كالزوجة، وأنه معقود عليه في حقها كما أنه معقود عليها في حقه وهذا غير مرضى عند الأكثرين؛ لأنه لو كان كذلك، لما احتاج إلى إضافة الطلاق إليه، كإضافة الطلاق إليها، ولأنها لا تستحق من بدن زوجها ومنافعه شيئاً، وإنما المستحق الزوج، ووجه الإمام المذهب بطريقين:

أحدهما: أن على الزوج حَجراً من جهتها، من حيث إنه لا ينكح أختها ولا أربعاً سواها، وأنه يلزمه صومها، فإذا أضاف الطلاق إلى نفسه، أمكن حمل ذلك على خلل السبب المقتضي لهذا الحجر.

والثاني: أن المرأة مقيدة، والزوج كالقيد عليه، والحل يضاف إلى القيد، كما

يضاف إلى المقيد، فيقال: حلّ فلانٌ المقيد، وحلّ القيد عنه، وإن لم ينو إيقاع الطلاق عليها، فوجهان:

أحدهما: ويُخكى عن أبي إسحاق واختيار القاضي الحسين أنه يقع الطلاق، لأنه قد وُجِدَ لفظ الطلاق، وقصده، والطلاق تقيضُ العقد وحل له، فيلْقِي، ولا يحتاج إلى التعرُّض للمحلّ.

وأظهرها: وبه قال مُعْظَمُ الأصحاب: أنه لا بُدَّ من إضافته إليها، لأن محلّ الطلاق المرأة، دون الرجل، واللفظ مضافٌ إليه، فلا بُدَّ من نية صارفة تجعل الإضافة إليه إضافةً إليها؛ من حيث إن بينهما سبباً منتظماً يصح الكناية بأحدهما عن الآخر، وإذا قلنا به، فمَهْمَا نوى إيقاع الطلاق عليها، كان ناوياً أضل الطلاق، وإن قلنا بالوجه الأول، فالذي يُشعر به ظاهر النصّ في «المختصر»، وصرح به الإمام وغيره: أنه لا بُدَّ من نية أضل الطلاق؛ لأن اللفظ كنايةً من حيث إنه مضافٌ إلى غير محلّه، ولو جرد القصد إلى تطليق نفسه، ولم يقتصر على قصد أضل الطلاق، فقد قال الإمام: الوجه عندنا: أنه لا يقع الطلاق، وإن لم يعتبر قصد الإضافة إليها؛ لأنه خصّصه بغير محلّ الطلاق، فيمتنع الصّرف إليّه، ومنهم من حكّم بوقوعه، ولو قال: أنا منك بائن، فلا بُدَّ من نية أضل الطلاق، وفي نية الإضافة إليها الوجهان، وإذا نواها، وقع، كما في قوله: أنا منك طالق، وساعدنا أبو حنيفة - رحمه الله - في لفظ البينونة؛ وعلى هذا قياس سائر الكنايات؛ بأن يقول: أنا منك بريء أو خلي، ولو قال: أستبرئ رَجِيْمِي منك، ونوى تطليقها، ففيه وجهان:

أحدهما: يقع، والمعنى أستبرئ الرَجِمِ التي كانت لي.

والثاني: المنع؛ لأن اللفظ غير منتظم في نفسه، والكناية شرطها أن تحتل معنيين فصاعداً، وهي في بعض المعاني أظهر، وهذا أصح عند الإمام وصاحب «التتمة» وهو المذكور في الكتاب ورجح صاحب «التهذيب» الأول.

ويجري الخلاف فيما إذا قال: أنا معتد منك أو مستبرئ رَجِيْمِي، ولم يقل «منك» وساعد المتولّي صاحب «التهذيب» ها هنا على ترجيح الوقوع. ولو قال السيّد لعنده: أنا منك حرٌّ أو أعتقت نفسي منك ونوى عتق العبد، فوجهان:

عن ابن أبي هريرة: أنه يعتق، والمعنى أنا حرٌّ من تعهدك والإنفاق عليك والتزام مؤناتك، وأصحهما: المنع، وفرّقوا بينه وبين الطلاق بأن الزوجية: تشمل الجانيين، وكل واحد منهما زوج الآخر؛ فيجوز الكناية بأحدهما عن الآخر، والرّق لا يشملهما على هذا النسق، بل أحدهما مالكٌ والآخر مملوك، فلا يجوز الكناية بأحدهما عن الآخر.

ولو قال لزوجته: طَلَّقِي نَفْسِكَ، فقالت: طَلَّقْتُكَ وَأَنْتِ طَالِقٌ، فهو كما لو قال الزوج لها: أنا منك طالقٌ، وكذا إذا قال لعبده: أَعْتَقْتُ نَفْسَكَ، فقال: أَعْتَقْتُكَ أَوْ أَنْتِ حُرٌّ، فهو كقول السيد له: أنا منك حُرٌّ والله أعلم.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: (الرُّكْنُ الْخَامِسُ): الْوَلَايَةُ عَلَى الْمَحَلِّ فَإِذَا قَالَ لِأَجْنَبِيَّةٍ: أَنْتِ طَالِقٌ لَمْ يَقَعْ وَلَمْ يَنْقُصِ الْعَدَّةُ، وَلَوْ قَالَ لِلرَّجْعِيَّةِ وَقَعْ، وَلَوْ قَالَ لِلْمُخْتَلِعَةِ لَمْ يَقَعْ، وَلَوْ قَالَ لِأَجْنَبِيَّةٍ: إِنْ نَكَحْتِكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ لَمْ يَقَعْ (ح) إِذَا نَكَحَهَا، وَلَوْ قَالَ الْعَبْدُ لِرَوْجَتِهِ: إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا ثُمَّ عِتِقَ فَدَخَلَتِ الدَّارَ وَقَعَتِ الثَّلَاثُ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ وَإِنْ لَمْ يَمْلِكِ الثَّلَاثَةَ عِنْدَ التَّغْلِيْقِ لَكِنْ مَلَكَ النِّكَاحَ الْمُبِيحَ لَهُ، وَكَذَا لَوْ قَالَ لِأَمْتِهِ: إِذَا وَلَدْتُ فَوَلَدُكَ حُرٌّ لِأَنَّهُ مَلَكَ الْأَصْلَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْوَلَايَةُ عَلَى الْمَحَلِّ شَرْطٌ لَوْ قُوعِ الطَّلَاقِ، فَلَوْ قَالَ لِأَجْنَبِيَّةٍ: أَنْتِ طَالِقٌ لَمْ يَقَعِ الطَّلَاقُ رُوبِي أَنَّهُ - ﷺ - قَالَ: «لَا طَّلَاقَ إِلَّا بَعْدَ نِكَاحٍ وَلَا عِتْقَ إِلَّا بَعْدَ مِلْكٍ». وَلَوْ قَالَ لِلرَّجْعِيَّةِ: أَنْتِ طَالِقٌ، وَقَعْ، لِبَقَاءِ الْوَلَايَةِ وَالْمَلِكِ فِيهَا، وَالْمُخْتَلِعَةَ لَا يَلْحَقُهَا الطَّلَاقُ، سِوَاءَ طَلَّقَهَا فِي الْعِدَّةِ أَوْ بَعْدَهَا، وَسِوَاءَ خَاطَبَهَا بِالصَّرِيحِ أَوْ الْكِنَايَةِ، وَسِوَاءَ خَاطَبَهَا خَاصَّةً أَوْ عَمِّمَ، فَقَالَ: نَسَائِي طَوَالِقٌ، وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ وَأَحْمَدُ - رَحِمَهُمَا اللَّهُ - وَقَالَ: أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللَّهُ -: يَقَعُ مَا دَامَتْ فِي الْعِدَّةِ، إِذَا خَاطَبَهَا بِالصَّرِيحِ الطَّلَاقِ خَاصَّةً، وَيُرْوَى عَنْهُ إِحْقَاقُ ثَلَاثَةِ أَلْفَاظٍ مِنَ الْكِنَايَاتِ بِالصَّرِيحِ، وَهِيَ قَوْلُهُ: «أَعْتَدِي»، وَاسْتَبْرَثِي رَحِمَكَ، وَأَنْتِ وَاحِدَةٌ. وَاحْتِجَ الْأَصْحَابُ بِالْقِيَاسِ عَلَى مَا سَلَّمَهُ، وَبَيَّنَّا أَنَّهَا لَيْسَتْ مَزُوجَةٌ، فَلَا يَلْحَقُهَا الطَّلَاقُ، كَمَا لَوْ انْضَمَّتْ عِدَّتُهَا وَالِدِيلُ عَلَى أَنَّهَا لَيْسَتْ بِزَوْجَةٍ أَنَّهَا لَا تَدْخُلُ فِي قَوْلِهِ: «زَوْجَاتِي طَوَالِقٌ»، لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ ظَهَارُهَا، وَلَا تَلَاغُهَا، وَلَا يَلْزِمُهَا بِالمَوْتِ عِدَّةٌ، وَلَا يَثْبُتُ لَهَا مِيرَاثٌ.

ولو علق طلاق أجنبية بنكاحها، فقال: إن نكحتك<sup>(١)</sup>، فأنت طالق أو عمم فقال: كل امرأة نكحتها، فهي طالق، لا يقع الطلاق، إذا نكح، هذا هو المشهور في المذهب.

وفي «أمالي» أبي الفرج، وكتاب الحناطي وغيرهما: أن منهم من أثبت في وقوع الطلاق قولين؛ لأنه يحكى عن «الإملاء» أن الشافعي - رحمه الله - حكى في المسألة اختلاف العلماء، ثم قال: وأنا متوقف فيها، ويقال: إن الربيع قال له: فما

(١) في أ: نكحت.

تَقُولِ أَنْتِ؟ فَقَالَ: أَنَا مُتَوَقِّفٌ فِيهَا، وَالْقَاطِعُونَ حَمَلُوا ذَلِكَ عَلَيَّ أَنَّهُ كَانَ مُتَوَقِّفًا، ثُمَّ ظَهَرَ لَهُ مَا نَصَّ عَلَيْهِ فِي كِتَابِهِ وَاشْتَهَرَ عَنْهُ، وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ يَصِحُّ تَعْلِيْقُ الطَّلَاقِ بِالنِّكَاحِ، عَمَّمُ أَوْ خَصَّصَ، وَعِنْدَ مَالِكٍ: إِنْ عَمَّمْ، لَمْ يَصِحَّ، وَإِنْ خَصَّصَ بِأَمْرَأَةٍ مَعِيْنَةٍ أَوْ نِسَاءٍ مُحْضُورَاتٍ، كَنِسَاءِ قَرْيَةٍ أَوْ قَبِيلَةٍ، صَحَّ، وَاحْتِجَّ الْأَصْحَابُ بِمَا رُوِيَ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - قَالَ: «دَعَيْتَنِي أُمِّي إِلَيَّ قَرِيبَ لَهَا فَرَأَوْتَنِي فِي الْمَهْرِ، فَقُلْتُ: إِنْ نَكَحْتَهَا فَهِيَ طَالِقٌ ثَلَاثًا، فَسَأَلْتُ النَّبِيَّ - ﷺ - فَقَالَ: «انْكَحْهَا؛ فَإِنَّهُ لَا طَّلَاقَ قَبْلَ النِّكَاحِ»<sup>(١)</sup> وَبِأَنَّهُ يَمِينُ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ النِّكَاحِ، فَيَلْغُو، كَالْتَعْلِيْقِ الْمُطْلَقِ؛ وَهُوَ أَنْ يَقُولَ لِلْأَجْنَبِيَّةِ: إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، ثُمَّ نَكَحَهَا، ثُمَّ تَدَخَلَ الدَّارَ، فَإِنَّهُ لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ بِالْإِتِّفَاقِ وَتَعْلِيْقِ الْعَتَقِ بِالْمِلْكِ كَتَعْلِيْقِ الطَّلَاقِ بِالنِّكَاحِ بِلَا قَرْقٍ، وَسَاعَدَنَا أَحْمَدُ - رَحِمَهُ اللَّهُ - فِي الطَّلَاقِ، وَعَنْهُ فِي الْعَتَقِ رَوَايَتَانِ.

قَالَ الْأَصْحَابُ: وَلَيْسَ مَا نَحْنُ فِيهِ كَمَا إِذَا قَالَ: إِنْ شَقَى اللَّهُ مَرِيضِي، فَلِلَّهِ عَلَيَّ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ، حَيْثُ يَلْزِمُهُ النَّذْرُ، وَإِنْ لَمْ يَمْلِكْ رَقَبَةً؛ لِأَنَّ ذَلِكَ التَّزَامُ فِي الدِّمَّةِ، حَتَّى إِذَا مَلَكَ عَبْدًا لَا يُعْتَقُ عَلَيْهِ، حَتَّى يُنْشِئَ إِعْتِقَاقًا، وَهَذَا تَصَرُّفٌ فِي مِلْكِ الْغَيْرِ، وَلَوْ عَيْنَ عَبْدٍ الْغَيْرِ، وَقَالَ: لِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أَعْتِقَ [هَذَا]<sup>(٢)</sup> الْعَبْدَ، فَهُوَ لَغْوٌ؛ لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ فِي مِلْكِ الْغَيْرِ، وَلَا نَذْرَ فِيْمَا لَا يَمْلِكُ ابْنُ آدَمَ، وَلَوْ قَالَ اللَّهُ عَلَيَّ أَنْ أَعْتِقَ هَذَا الْعَبْدَ إِنْ مَلَكَتَهُ، فَفِيهِ وَجْهَانِ؛ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ التَّزَامُ فِي الدِّمَّةِ، لَكِنَّهُ مُتَعَلِّقٌ بِمِلْكِ الْغَيْرِ؛ وَأَجْرَى الْوَجْهَانِ فِيْمَا إِذَا قَالَ: إِذَا مَلَكَتُ عَبْدَ فُلَانٍ، فَقَدْ أَوْصَيْتُ بِهِ لِفُلَانٍ، وَإِذَا أُرْسِلَ الْوَصِيَّةُ؛ وَهُوَ لَا يَمْلِكُ شَيْئًا، صَحَّتْ الْوَصِيَّةُ؛ كَالنَّذْرِ، وَحَكَى الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ وَجْهًا أَنَّهُ لَا يَصِحُّ<sup>(٣)</sup>.

وَلَوْ عَلَّقَ الْعَبْدَ الطَّلُوقَةَ الثَّلَاثَةَ؛ إِمَّا مُطْلَقًا بِأَنْ قَالَ: «إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ

(١) قَالَ الْحَافِظُ فِي التَّلْخِيصِ: لَمْ أَجِدْ لَهُ أَصْلًا مِنْ حَدِيثِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ، لَكِنْ قَرِيبٌ مِنْ هَذِهِ الْقِصَّةِ مَا أوردَ الدَّارِقُطْنِي مِنْ حَدِيثِ زَيْدِ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ إِبَابَةَ: أَنَّ رَجُلًا أتَى النَّبِيَّ ﷺ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنْ أُمِّي عَرَضَتْ عَلَيَّ قَرَابَةَ لَهَا أَنْ أَتَزَوَّجَهَا، فَقُلْتُ: إِنْ تَزَوَّجْتَهَا فَهِيَ طَالِقٌ ثَلَاثًا، فَقَالَ: هَلْ كَانَ قَبْلَ ذَلِكَ مِنْ مَلِكٍ، قَالَ: لَا، قَالَ: لَا بِأَسْ تَزَوَّجَهَا، وَإِسْنَادُهُ ضَعِيفٌ، وَأوردَهُ أَيْضًا عَنْ أَبِي ثَعْلَبَةَ الْخُسَنِيِّ قَالَ: قَالَ عَمَّ لِي: أَعْمَلْ لِي عَمَلًا حَتَّى أَزْوَجَكَ ابْنَتِي، فَقُلْتُ: إِنْ تَزَوَّجْتَهَا فَهِيَ طَالِقٌ ثَلَاثًا، ثُمَّ بَدَأَ لِي أَنْ أَتَزَوَّجَهَا، فَأْتَيْتُ النَّبِيَّ ﷺ، فَذَكَرَ الْحَدِيثَ، وَفِيهِ عَلِيُّ بْنُ قَرِينٍ وَهُوَ مُتْرُوكٌ.

(٢) سَقَطَ فِي ز:

(٣) أُرْسِلَ الْمُصَنِّفُ الْوَجْهَيْنِ بِغَيْرِ تَرْجِيحٍ وَذَكَرَ فِي بَابِ النَّذْرِ نَقْلًا عَنِ الْمُتَوَلِّيِّ أَنَّهُ يَصِحُّ عَلَى الْأَظْهَرِ، قَالَ فِي بَابِ الْوَصِيَّةِ إِنْ فَصَحَ أَفْقَهُ، وَأَجْرَى عَلَى قَوَاعِدِ الْبَابِ فِي تَعَدُّدِ الطَّلَاقِ.

ثلاثاً، فَعَتَّقَ، ثم دَخَلَتِ الدَّارَ أو مَقِيداً بحالة ملك الثالثة بأن قال: إِذَا عَتَّقْتِ، فَأَنْتِ طَالِقٌ ثلاثاً، ففيه وجهان:

أحدهما: أَنَّهُ لا يَصِحُّ تعليق الثالثة، لأنه لا يملك تنجيزها، فلا يملك تعليقها، كالطلاق قبل النكاح.

وأظهرهما: وهو المذكور في «التهذيب» يَصِحُّ ويحكم بموجبه، وإن لم يَمْلِكِ الثالثة لَكُنْهُ مَلِكٌ أَضَلَّ النكاح، وَمَلِكُ النكاح مفيد لِمَلِكِ الطَّلَاقِ الثالث بشرط الحرية، وشبه ذلك: بأن<sup>(١)</sup> الزَّوْجِ في حال البدعة لا يَمْلِكُ إيقاع الطلاق السُّنِّي، ويملك تعليقه، وَيَجْرِي هذا الخلاف فيما إذا قَالَ لِأَمْتِهِ: إِذَا وَلَدْتَ فَوَلَدُكَ حُرًّا، ففي وجهه: لا يَصِحُّ هذا التعليق؛ لعدم الملك فيه، وفي وجهه: يَصِحُّ لأنه مَلِكُ الأَصْلِ، فجاز أن يُقَامَ مقام<sup>(٢)</sup> الفرع، كما أن مستحقَّ الدار يتصرف في المنافع ويلغي استحقاق الأصل؛ للتصرف في الفَرْع، وهذا الخلاف على ما ذَكَرَهُ الإمام وغيره فيما إذا كَانَتْ حائِلاً عِنْدَ التعليق ثم حَمَلَتْ، فإن كانت حاملاً حَيْتُذِ، فتحصل الحرية.

وقوله في الكتاب «فإذا قال لأجنبية أنت طالق لم يقع، ولم ينقص العَدَد» إنما قال لم ينقص العدد بعد قوله: «لم يقع لأن عدم الوقوع على الأجنبية، كالواضح الذي لا شبهة فيه، إذ رفع القيد؛ حيث لا قَيْدُ محال، وقد يُقَالُ: وقوع الطلاق حيث لا نكاح شيء [لا] يتوهم؛ فلا حاجة إلى ذكره فبين بقوله: «ولم ينقص العدد» ما هو في معرض التوهم، وهو النفوذ في نقصان العَدَد، وإن لم يكن قَيْدٌ، كما أن طلاق المختلعة يقع عند أبي حنيفة - رحمه الله - على معنى نقصان العدد، وإن كانت البيونة حاصلة.

وقوله: «لم يقع إذا نكحها» يجوز أن يعلم بالواو مع الحاء لما تقدم.

وكذا قوله: «لو قال لأمتيه إذا ولدت فولدك حُرًّا» يعني على أحد الوجهين.

قَالَ العَرَالِيُّ: وَلَوْ قَالَ لِزَوْجَتِهِ: إِنْ دَخَلَتِ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثُمَّ أَبَانَهَا فَدَخَلَتْ ثُمَّ نَكَحَهَا فَدَخَلَتْ لَمْ يَقَعْ (و) الطَّلَاقُ لِانجِلَالِ اليَمِينِ بِالدُّخُولِ الأوَّلِ، وَلَوْ لَمْ تَدْخُلْ حَتَّى نَكَحَهَا فَفِي وَقُوعِ الطَّلَاقِ قَوْلًا عَوْدَ الحِنثِ، وَلَوْ اسْتَوَى الثَّلَاثَ بِالتَّنْجِيزِ لَمْ يَعُدَّ الحِنثُ (و) فِي نِكَاحِ بَعْدَهُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: تَبَيَّنَ فِي الفِضْلِ السَّابِقِ: أَنَّ التَّعْلِيقَ إِنَّمَا يَصِحُّ إِذَا وَقَعَ فِي حَالِ

(٢) في ز: ملك.

(١) في ز: أي.

الولاية على المحل، ومقصد هذا الفضل أنه هل يُشترط دوام الولاية من وقت التعليق إلى وقت حصول الصفة<sup>(١)</sup> ومهما علقت الطلاق بدخول الدار أو بصفة أخرى وأبانها إما بالطلاق قبل الدخول، أو بالطلاق على عوض، أو بالطلقات الثلاث ووجدت الصفة في حال البيونة، ثم نكحها، فوجدت ثانياً، لا يقع الطلاق، لأن اليمين تنحل بذلك الدخول، وكذا الحكم لو ارتد قبل الدخول، ووجدت الصفة، ثم أسلم، ونكحها [فوجدت الصفة ثانياً] وقال أبو سعيد الإصطخري: لا تنحل اليمين، ويقع الطلاق بالدخول الثاني بعد النكاح؛ لأن قرينة الحال تدل على أنه أراد الدخول في النكاح، فيصير كما لو قال: إن دخلت الدار، وأنت زوجتي، فأنت طالق هكذا [أطلقوا] الحكاية عن الإصطخري، والوجه ما نقله الحنطاي؛ وهو أن وقوع الطلاق عنده يكون على قولتي عود الحنث، كما لم توجد الصفة في حال البيونة، وظاهر المذهب: أنه لا يقطع الطلاق على القولين؛ لأن اليمين تتناول الدخلة الأولى، وقد حصلت، ولكن تعذر إيقاع الطلاق؛ لعدم الملك، فيحصل بها الانحلال، واليمين إذا تعلقت، لم يُعتبر فيها الملك؛ ألا ترى أنه لو قال: إن دخلت الدار، فأنت طالق، والدار في ملكه، فباعها ثم دخلها، وقع الطلاق، ولم يُجعل كما لو قال: إن دخلت هذه الدار، وهي في ملكي، وبهذا الطريق يُدفع وقوع الطلقات الثلاث إذا علقها على فعل، ولم يجد بداً منه، ولم يرد وقوع الطلاق، فبينها ويأتي به، ثم يجدد النكاح، فلا يؤثر حصوله من بعد، ولنعلم؛ لمذهب الإصطخري قوله في الكتاب «لم يقع الطلاق» بالواو، وكذا بالميم والألف؛ لأن عندهما لا تنحل اليمين بما وجد في حال البيونة، وتعود الصفة في النكاح إلا أن مالكا إنما يقول بذلك إذا كانت الإبانة بما دون الثلاث، ويساعدنا فيما إذا أبانها بالثلاث، ووافقنا أبو حنيفة - رحمه الله - على انحلال اليمين بما وجد في حال البيونة وعدم وقوع الطلاق إلا أن عنده إذا كانت الإبانة بالخلع فما دامت في العدة يلحقها الطلاق، لو وجدت الصفة، لأن المختلعة يلحقها الطلاق لو وجدت الصفة، لأن المختلعة عنده يلحقها صريح الطلاق، وهذا إذا كان التعليق بصيغة «إن» و«ما» لا يقتضي التكرار، فأما إذا قال: كلما دخلت الدار فأنت طالق، وأبانها ودخلت الدار، ثم نكحها، ودخلت فوق وقوع الطلاق عليها للدخول الثاني؛ على الخلاف في عود الحنث لا محالة، ولو لم توجد الصفة في حال البيونة ووجدت بعدما نكحها، فيُنظر؛ إن أبانها بما دون الثلاث، فنصه في القديم أنه يقع الطلاق وتعود اليمين في النكاح الثاني، وجعله في الجديد على قولين وإن أبانها بالثلاث، فنصه في الجديد

(١) في ب: الصفة.



أنه لا يقع الطلاق، ولا تعودُ اليمين، وجعلهُ في القديم على قولين؛ فيخُصَل من ذلك في المسألة ثلاثة أقوال:

أحدها: وبه قال أحمد: أنه يقع الطلاق، وتعود اليمين سواء أبانها بثلاث أو بما دونها؛ لأنَّ التعليق والصفةُ وُجِدَا جميعاً في المَلِك، وتخلل البيونة لا يُؤثِّر لأنه ليس وقت الإيقاع ولا وقت الوقوع.

والثاني: وبه قال: أبو حنيفة ومالك - رحمهم الله -: أنه إن أبانها بثلاث، لم تعد اليمين؛ لأنه استوفى ما علق من الطلاق، وهذه طلقات جديدة وإن أبانها بما دون الثلاث، عادت ووقع الطلاقُ لأنه العائد الباقي، من الطلاق فتعود بصفتها، وكانت معلّقة<sup>(١)</sup> بذلك الفِعل المعلق عليه فتعود كذلك، وتدخل في البيونة بما دون الثلاث، الخُلْع، والطلاق قبل الدُخُول والرِّدَّة.

والثالث: أنها لا تعود، ولا يقع الطلاق بحال، وبه قال المزني؛ لأنه تخلل بين التعليق والصفة حالة<sup>(٢)</sup> يمتنع وقوع الطلاق فيها<sup>(٣)</sup> فرفع حكم اليمين، ولأنَّه تعليق سبق هذا النكاح، فلا يُؤثِّر فيه بالطلاق، كما لو علق طلاقها قبل أن ينكحها.

واحتج المزني بأن قوله «إن دخلت الدار، فأنت طالق» إما أن يكون النكاح الثاني مراداً به أو يكون المراد هو النكاح الأول، ولا يجوز أن يكون الثاني مراداً؛ لأنه يكون تعليق طلاق قبل النكاح؛ فيتعين الأول، وذلك النكاح قد ارتفع، وما الأظهر من هذه الأقوال؟ رجح الشيخ أبو حامد وطائفة الأول منها، وإليه ذهب الشيخ أبو إسحاق الشيرازي.

وقال آخرون: المذهبُ القول الثاني الفارق، واختاره الإمام وابن الصَّبَّاح وغيرهما، والثالث الذي اختاره المزني، ويشبه أن يكون هذا أقوى توجيهاً.

وإن قلنا به، فلو كانت الصفة المعلق عليها مما لا يمكن إيقاعه في حالة البيونة، كما إذا قال: إن وطئتُك، فأنت طالق ثلاثاً، فيتخلص إذا أبانها ثم نكحها، ولا يقع الطلاق بالوطء في النكاح الثاني، وبه أجاب القاضي الرُّوياني، أنه إذا قال لامرأته إذا بنت مني، ونكحْتُك ودخلت الدار فأنت طالق [أو قال إن دخلت الدار بعدما بنت مني ونكحتك فأنت طالق] فالذي صححه المعبرون من الأصحاب منهم القفال: أنه لا يقع الطلاق، إذا دخلت الدار بعد البيونة والنكاح، ولا يخرج على

(٢) في ز: حال.

(١) في أ: متعلقة.

(٣) في ز: منها.

القولين، وغلطوا من قال وبخريجه على ذلك الخلاف وعلى هذا القياس فلو قال: إن دخلت الدار قبل أن أبيتك، فأنت طالق وإن دخلتها بعد ما أبيتك، ونكحتك، فأنت طالق، يبطل التعليق الثاني، ويصح الأول، ولو كان الطلاق يقع في النكاح الثاني عند الإطلاق، لما امتنع التصريح بما هو مقتضى الإطلاق، ولو علق طلاقها بصفة ثم طلقها طلقاً رجعية، وراجعها ثم وجدت الصفة، فلا خلاف في وقوع الطلاق؛ لأنه ليس نكاحاً مجدداً، ولم تحدث حالة تمنع من الوقوع، ولو علق عتق عبده بصفة ثم أزال الملك عنه ببيع<sup>(١)</sup> غيره، ثم ملكه ثانياً، ثم وجدت الصفة، ففي حصول العتق الخلاف في عود اليمين، ثم من الأصحاب من قال إنه كالإبانة بالثلاث، لأن العائد ملك جديد من كل وجه لا تعلق له بالأول؛ كالنكاح المجدد بعد الطلقات الثلاث؛ فعلى هذا لا يعتق في الجديد، وفي القديم قولان؛ منهم من قال: هو كالإبانة بما دون الثلاث، وهو المذكور في «التهذيب»، لأنه لم يتخلل بين التعليق، والصفة حالة يمتنع فيها ملكه، كما لم تتخلل هناك حالة يمتنع فيها ملك النكاح، وإنما تكون كالإبانة بالثلاث إذا علق الذمي عتق عبده الذي بصفته ثم أعتقه، فنقض العهد، والتحق بدار الحزب ثم سبي واسترق، فملكه سيده الأول، لأنه تخللت حالة يمتنع فيها الملك، وهي حالة الحرمة، وإذا قلنا: إنه كالإبانة بما دون الثلاث، فيعتق على القديم، وفي الجديد قولان: وقوله في الكتاب «ولو لم تدخل حتى نكحها» يعني أبانها بما دون الثلاث، يبينه قوله من بعد «ولو استوفى الثلاث بالتنجيز» وقوله: «قولاً عود الحنث في وقوع الطلاق في النكاح».

[الثاني]<sup>(٢)</sup>: يعبر عنه بالخلاف في عود الحنث، وبالخلاف في عود اليمين، لأن على قول لا يتناول اليمين النكاح الثاني، ولا يحصل الحنث فيه وعلى قول يتناوله ويحصل الحنث فيه ويجري الخلاف في الإيلاء والظهار، إذا وجد في نكاح هل يثبت حكمهما في نكاح جديد؟.

وقوله: «لم يعد الحنث في نكاح بعده» معلم بالواو والألف، ولم تذكر اختلاف القولين ها هنا؛ لظهور القول بمنع العود.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: وَمَنْ طَلَّقَ طَلْقَةً أَوْ طَلَّقَتَيْنِ فَبَاثَتْ وَوَطَّئَهَا زَوْجَ آخَرَ ثُمَّ عَادَتْ إِلَى الْأَوَّلِ عَادَتْ بِبَقِيَّةِ الطَّلَاقِ وَلَمْ يَنْهَدِمِ (ح) الطَّلَاقُ الْمَاضِي، وَإِنَّمَا يَنْهَدِمُ إِذَا نَكَحَتْ بَعْدَ الثَّلَاثِ زَوْجاً آخَرَ، وَالْحُرُّ يَمْلِكُ ثَلَاثَ تَطْلِيقَاتٍ عَلَى الْحُرَّةِ وَالْأَمَةِ (ح)، وَالْعَبْدُ يَمْلِكُ

(٢) سقط في ز.

(١) في ب: يمنع.

تُثْبِتِينَ عَلَى الْحُرَّةِ وَالْأَمَةِ (ح)، فَلَوْ طَلَّقَ الذَّمِّيُّ طَلَّقَتَيْنِ ثُمَّ أَلْتَحَقَّ بِدَارِ الْحَزْبِ وَأَسْتُرِقَ كَانَ (ح و) لَهُ نِكَاحُ الْمُطَلَّقَةِ، وَلَوْ طَلَّقَ وَاحِدَةً ثُمَّ طَرَأَ الرَّقُّ لَمْ يَمْلِكْ إِلَّا طَلْقَةً وَاحِدَةً، وَلَوْ طَلَّقَ فِي الرَّقِّ طَلَّقَتَيْنِ ثُمَّ عَتِقَ لَمْ يَجِلْ (و) لَهُ نِكَاحُهَا، وَإِنْ طَلَّقَ وَاحِدَةً ثُمَّ عَتِقَ مَلَكَ طَلَّقَتَيْنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْفَضْلُ يَصْرَحُ بِقَاعِدَتَيْنِ وَيَتَضَمَّنُ قَاعِدَةً ثَالِثَةً؛ إِحْدَى الْأُولَيَيْنِ لَا شَكَّ أَنَّهُ إِذَا رَاجَعَ الْمُطَلَّقَةَ الرَّجْعِيَّةَ تَعُودُ إِلَيْهِ بِمَا بَقِيَ مِنَ الطَّلَاقِ وَكَذَا الَّتِي فَارَقَهَا بِطَلْقَةٍ أَوْ طَلَّقَتَيْنِ، وَبَانَ مِنْهُ قَبْلَ أَنْ يَنْكَحَ زَوْجاً آخَرَ أَوْ بَعْدَهُ، وَقَبْلَ الْإِصَابَةِ، فَلَوْ نَكَحَهَا زَوْجَ آخَرَ، وَوَطَّئَهَا، ثُمَّ جَدَّدَ الْأَوَّلَ نِكَاحَهَا؛ فَلِذَلِكَ تَعُودُ إِلَيْهِ بِمَا بَقِيَ مِنَ الطَّلَاقِ، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ وَأَحْمَدُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: تَعُودُ الطَّلَاقَاتُ الثَّلَاثُ، وَيَهْدِمُ الزَّوْجَ الثَّانِي مَا وَقَعَ مِنَ الطَّلَاقَاتِ. وَاحْتِجَ الْأَضْحَابُ بِمَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّهُ سئَلَ عَمَّنْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ طَلَّقَتَيْنِ، وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا فَتَزَوَّجَتْ غَيْرَهُ، وَفَارَقَهَا، ثُمَّ تَزَوَّجَهَا الْأَوَّلَ، فَقَالَ هِيَ عِنْدَهُ عَلَى مَا بَقِيَ لَهُ مِنَ الطَّلَاقِ<sup>(١)</sup>، وَبَانَ الطَّلُوقَةُ وَالطَّلُوقَتَيْنِ لَا يُؤْثِرَانِ فِي التَّحْرِيمِ الْمُخْرُوجِ إِلَى زَوْجٍ آخَرَ، فَالنِّكَاحُ الثَّانِي، وَالِدُخُولُ فِيهِ لَا يَهْدِمَانِهَا، كَوَطْءِ السَّيِّدِ الْأُمَّةَ الْمُطَلَّقَةَ، وَأَمَّا إِذَا طَلَّقَهَا ثَلَاثًا فَتَنْكَحُ زَوْجاً آخَرَ، وَدَخَلَ بِهَا، ثُمَّ فَارَقَهَا وَنَكَحَهَا الْأَوَّلَ، فَتَعُودُ إِلَيْهِ بِثَلَاثِ طَلَّقَاتٍ، لِأَنَّ دُخُولَ الزَّوْجِ الثَّانِي أَفَادَ جِلَّ النِّكَاحِ، وَلَا يُمْكِنُ بِنَاءُهُ عَلَى الْعَقْدِ الْأَوَّلِ، فَيُثْبِتُ نِكَاحَ يَسْتَفْتَحُ بِأَحْكَامِهِ.

وَالثَّانِيَةُ: الْحُرُّ يَمْلِكُ ثَلَاثَ طَلَّقَاتٍ عَلَى الزَّوْجَةِ الْحُرَّةِ وَالْأُمَّةِ، وَالْعَبْدُ لَا يَمْلِكُ إِلَّا طَلَّقَتَيْنِ عَلَى الْحُرَّةِ وَالْأُمَّةِ.

وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ الْإِعْتِبَارُ بِالزَّوْجَةِ فَيَمْلِكُ الْعَبْدُ عَلَى الْحُرَّةِ ثَلَاثًا، وَلَا يَمْلِكُ الْحُرُّ عَلَى الْأُمَّةِ إِلَّا طَلَّقَتَيْنِ.

لَنَا مَا رُوِيَ أَنَّهُ - ﷺ - قَالَ: «الطَّلَاقُ بِالرِّجَالِ، وَالْعِدَّةُ بِالنِّسَاءِ»<sup>(٢)</sup> أَيِ الْعِبْرَةِ وَفِي الطَّلَاقِ بِالرِّجَالِ.

(١) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ مِنْ طَرِيقِ الْحَمِيدِيِّ، عَنْ سَفْيَانَ، عَنِ الزُّهْرِيِّ، عَنِ حَمِيدِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ وَعَبِيدِ اللَّهِ ابْنِ عَبْدِ اللَّهِ، وَسَلِيمَانَ بْنِ يَسَارٍ، عَنِ أَبِي هُرَيْرَةَ، وَعَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ، عَنِ سَعِيدِ بْنِ الْمَسِيْبِ، عَنِ أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ: سَأَلْتُ عُمَرَ عَنْ رَجُلٍ، فَذَكَرَهُ قَالَ الْحَافِظُ فِي التَّلْخِيصِ: وَإِسْنَادُهُ صَحِيحٌ.

(٢) أَخْرَجَهُ الدَّارِقُطْنِيُّ وَبِالْبَيْهَقِيِّ مِنْ حَدِيثِ ابْنِ مَسْعُودٍ مَوْقُوفًا، وَبِالْبَيْهَقِيِّ عَنِ ابْنِ مَسْعُودٍ وَأَبْنِ عَبَّاسٍ مَوْقُوفًا أَيْضًا، وَقَالَ أَحْمَدُ فِي الْعِلَلِ: نَا مُحَمَّدُ بْنُ جَعْفَرٍ نَا هَمَامٌ عَنِ قَتَادَةَ عَنِ سَعِيدِ بْنِ الْمَسِيْبِ: =

وروي مرفوعاً وموقوفاً على ابن عمر - رضي الله عنه - «أن العبد يُطلق تطليقتين»<sup>(١)</sup> وروي نفيحاً وكان عبداً سأل عثمان، وزيداً - رضي الله عنهما - وقال: «طلّقتُ امرأة لي حُرّةً طَلَّقْتَيْنِ، فقالا: حَرَمْتَ عَلَيْكَ»<sup>(٢)</sup>.

والمدبر والمكاتب ومن بغضه رقيق كالقن.

الثالثة: كل واحد من الحرّ والعبد إذا أوقع ما يملك من الطلاق بتمامه، حرمت المطلقة عليه حتى تنكح زوجاً آخر، ويصيبها، وهذا أصل وقد مرّ شرحه في قسم الموانع من «كتاب النكاح».

إذا عرّفت هذه القواعد، فلو طلق الذمي امرأته طلقة ثم نقض العهد، فسبى واسترق، ونكح بإذن سيده تلك المرأة المطلقة ملك عليها طلقة واحدة، لأنه طلقها قبل ذلك طلقة، ولم يستوف ما يملكه العبد من الطلاق، فيملك الآن وهو رقيق ما بقي من عدد العبد، ولو كان قد طلقها طلقتين، ثم طرأ الرق بأن نقض العهد، فسبى واسترق، وأراد نكاح تلك المرأة: قال ابن الحداد: له ذلك؛ لأنها لم تنكح عليه بالطلقتين يومئذ فعروض الرق لا يرفع الجلّ الثابت، وحكى الشيخ أبو عليّ وجهاً: أنه ليس له نكاحها، لأنه الآن رقيق، وقد طلق من قبل طلقتين، ولا يحلّ للرقيق من طلقها طلقتين، والظاهر: الأول، وإذا نكحها، كانت عنده بطلقة.

ولو طلق العبد امرأته طلقة، ثم عتق، فراجعها أو جدد نكاحها بغد ما بانث منه كانت عنده بطلقتين، لأنه عتق قبل استيفاء عدد المماليك، ولو كان قد طلقها

= أن علياً قال: البت بالنساء، يعني الطلاق والعدة، قلت لهما: ما يرويه أحد غيرك، قال: ما أشك فيه.

(١) أخرجه مالك في الموطأ والشافعي عنه عن نافع عن ابن عمر موقوفاً، ورواه ابن ماجه والدارقطني والبيهقي من وجه آخر، عن ابن عمر مرفوعاً. طلاق الأمة اثنتان، وعدتها حيضتان، وفي إسناده عمر بن شبيب وعطية العوفي وهما ضعيفان، وصحح الدارقطني والبيهقي الموقوف ولفظه عندهما: إذا طلق العبد امرأته تطليقتين، فقد حرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره، حرة كانت أو أمة، وعدة الحرة ثلاث حيض، وعدة الأمة حيضتان، وفي السنن من طريق مظاهر بن أسلم عن القاسم عن عائشة مرفوعاً؛ طلاق الأمة تطليقتان، وعدتها حيضتان، ورواه البيهقي من طريق عطية عن ابن عمر أيضاً قاله الحافظ.

(٢) أخرجه مالك في الموطأ، والشافعي عنه به، وأتم منه، ورواه عبد الرزاق من وجه آخر، عن أم سلمة: أن غلاماً لها طلق امرأة له حرة تطليقتين، فاستفتت أم سلمة النبي - ﷺ - فقال: حرمت عليه.

وفي إسناده: عبد الله بن زياد بن سمعان، وهو متروك.

اثنتين، ثم عَتَقَ لَمْ يَكُنْ لَهُ نِكَاحُهَا؛ لِأَنَّهُ حَرٌّ فِي الْحَالِ، وَالظَّاهِرُ الْأَوَّلُ، لِأَنَّهَا حَرُمَتْ عَلَيْهِ بِالطَّلَاقَيْنِ فِي الرَّقِّ، فَلَا تَرْتَفِعُ الْحَرَّةُ بِعِتْقِ بَعْدِهِ، كَمَا قُلْنَا: إِنْ الذَّمِّيُّ الْحَرُّ إِذَا طُلِّقَ طَلَقَتَيْنِ، ثُمَّ اسْتَرَقَ<sup>(١)</sup>، لِأَنَّهُ يَرْتَفِعُ الْجِلُّ بِعِتْقِ يَخْدُثُ بَعْدَهُ، وَقَدْ سَبَقَتْ هَذِهِ الصُّورَةُ، وَنَظَائِرُهَا فِي «نِكَاحِ الْمُشْرَكَاتِ» وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ «فَلَوْ طُلِّقَ الذَّمِّيُّ طَلَقَتَيْنِ، ثُمَّ التَّحَقَّ بِدَارِ الْحَرْبِ» وَقَدْ وَقَعَ فِي لَفْظِ ابْنِ الْحَدَّادِ، وَتَصْوِيرُهُ مِثْلُ ذَلِكَ.

قال الشيخ أبو علي: الالتحاق بدار الحرب ليس شرطاً، بل إذا فَعَلَ ما ينقض به العَهْدَ، يجوز استرقاقه، سواء لحق بدار الحرب أو لم يَلْحَقْ، وليعلم بالحاء قوله: «ببقية الطلاق» وقوله: «والأمة» وقوله: بعد ذلك «على الحررة» بالواو.

وقوله: «كَانَ لَهُ نِكَاحُ الْمُطَلَّقةِ» وقوله: «لَمْ يَجِلْ لَهُ نِكَاحُهَا».

فَرَعٌ: لابن الحدَّادِ: طُلِّقَ الْعَبْدُ زَوْجَتَهُ طَلَقَتَيْنِ، وَأَعْتَقَهُ سَيِّدُهُ، فَإِنْ سَبَقَ الطَّلَاقُ الْعِتْقَ، حَرُمَتْ عَلَيْهِ إِلَّا بِمَحَلِّ، وَإِنْ سَبَقَ الْعِتْقُ الطَّلَاقَ، فَلَهُ الرُّجْعَةُ بِشَرْطِهَا، وَلَهُ تَجْدِيدُ النِّكَاحِ إِذَا بَانَثَ.

فإن أشكل السابق، واعترف الزوجان بالإشكال، قال ابن الحدَّادِ، وساعده أكثرهم: ليس له رُجْعَتُهَا، وَلَا أَنْ يَنْكِحَهَا إِلَّا بَعْدَ زَوْجٍ آخَرَ؛ لِأَنَّ الرَّقَّ وَوُقُوعَ الطَّلَاقَيْنِ مَعْلُومَانِ، وَالْأَصْلُ بَقَاءُ الرَّقِّ حِينَ أَوْقَعَهُمَا، «النَّهْيَةُ» وَجِهَةٌ آخَرٌ: أَنْ لَهُ الرُّجْعَةُ وَالنِّكَاحُ مِنْ غَيْرِ زَوْجٍ آخَرَ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ وَالْأَحْرَمَ.

ولو اختلف في السابق، نُظِرَ؛ إِنْ اتَّفَقَا عَلَى وَقْتِ الطَّلَاقِ، كَيَوْمِ الْجُمُعَةِ مَثَلًا، وَقَالَ الزَّوْجُ عَتَقْتُ يَوْمَ الْخَمِيسِ وَقَالَتْ: لَا بَلْ يَوْمَ السَّبْتِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ دَوَامُ الرَّقِّ يَوْمَ الْخَمِيسِ، وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى وَقْتِ الْعِتْقِ، كَيَوْمِ الْجُمُعَةِ، وَقَالَ الزَّوْجُ: طَلَّقْتُ يَوْمَ السَّبْتِ، وَقَالَتْ: بَلْ يَوْمَ الْخَمِيسِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ دَوَامُ النِّكَاحِ يَوْمَ الْخَمِيسِ؛ لِأَنَّهُ الْمَوْقِعُ لِلطَّلَاقِ، فَهُوَ أَعْرَفُ بِوَقْتِ الطَّلَاقِ وَإِنْ لَمْ يَتَّفَقَا عَلَى وَقْتِ أَحَدِهِمَا، وَقَالَ الزَّوْجُ: طَلَّقْتُكَ، بَعْدَمَا عَتَّقْتُ، وَقَالَتْ: بَلْ قَبْلَهُ، وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ أَيْضًا، لَمَّا ذَكَرْنَا أَنَّهُ أَعْرَفُ بِوَقْتِ الطَّلَاقِ.

فَرَعٌ: قَدْ سَبَقَ فِي مَسَائِلِ التَّحْلِيلِ: أَنَّهُ لَوْ قَالَتْ الْمُطَلَّقةُ: نَكَحْتَنِي زَوْجٌ آخَرَ، وَأَصَابَنِي وَفَارَقَنِي، وَانْقَضَتْ عِدَّتِي، وَلَمْ يَغْلِبْ عَلَيَّ ظَنُّهُ صَدَّقَهَا أَنْ الْأُولَى الْأَيُّ يَنْكِحُهَا، وَهَلْ يَجِبُ عَلَيْهِ الْبَحْثُ عَنِ الْحَالِ عَنِ أَبِي إِسْحَاقَ أَنَّهُ يُسْتَحَبُّ الْبَحْثُ.

(١) في ب: استوفى.

وقال القاضي الرؤباني: أنا أقول: يجبُ البحث في هذا الزمان، وقد رأيتُ امرأة ادَّعت ذلك؛ لتزجج إلى الزوج الأول، وكان الزوج الثاني يَخلف بالأيمان المغلطة على أنه ما أصابها، وتبينَ كذبها وصِدْقُهُ.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَالْقَوْلُ الصَّحِيحُ الْجَدِيدُ أَنَّ طَلَاقَ الْمَرِيضِ قَاطِعٌ (ح) لِلْمِيرَاثِ كَطَلَاقِ الصَّحِيحِ فَلَا مَعْنَى لِتَطْوِيلِ التَّفْرِيعِ عَلَى الْقَوْلِ الضَّعِيفِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: طَلَاقُ الْمَرِيضِ فِي الْوُقُوعِ كَطَلَاقِ الصَّحِيحِ، ثُمَّ إِنْ كَانَ رَجْعِيًّا فَيَقِي التَّوَارِثَ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ مَا لَمْ تُنْقَضِ الْعِدَّةُ، حَتَّى إِذَا مَاتَ أَحَدُهُمَا، وَرِثَهُ الْآخَرُ، وَإِذَا انْقَضَتْ عِدَّتُهَا، ثُمَّ مَاتَ أَحَدُهُمَا، لَمْ يَرِثْهُ صَاحِبُهُ، وَأَمَّا إِذَا طَلَّقَهَا فِي مَرَضِ مَوْتِهِ طَلَاقًا بَائِنًا فَفِي كَوْنِهِ قَاطِعًا لِلْمِيرَاثِ قَوْلَانِ: الْقَدِيمُ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَمَالِكٌ وَأَحْمَدٌ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ -: أَنَّهُ لَا يَكُونُ قَاطِعًا؟ لِأَنَّ قُضْدَ الْفِرَارِ مِنَ الْمِيرَاثِ ظَاهِرٌ فِي هَذَا الطَّلَاقِ، فَيُحْسَنُ أَنْ يُعَاقَبَ بِتَقْيِضِ قُضْدِهِ، وَكَمَا لَوْ قُتِلَ مَوْرُثُهُ؛ اسْتِعْجَالًا لِلْإِرْثِ يَحْرَمُ الْمِيرَاثَ، وَطَلَّقَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - امْرَأَتَهُ الْكَلْبِيَّةَ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ، فَوَرِثَهَا عَثْمَانٌ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -.

وَأَصْحُهُمَا: وَهُوَ الْجَدِيدُ وَاخْتِيَارُ<sup>(١)</sup> الْمَزْنِي: أَنَّهُ يَقْطَعُ إِرْثَهَا؛ لِأَنَّ الْمِيرَاثَ بِالزَّوْجِيَّةِ، وَقَدْ انْقَطَعَتِ الزَّوْجِيَّةُ، وَلِأَنَّهُ لَا يَرِثُ مِنْهَا لَوْ مَاتَتْ قَبْلَهُ بِالِاتِّفَاقِ، كَذَلِكَ لَا تَرِثُ هِيَ مِنْهُ، فَإِنْ قَلْنَا بِالْجَدِيدِ، انْقَطَعَ الْكَلَامُ، وَلَا تَفْرِيعُ، وَاقْتَصَرَ فِي الْكِتَابِ عَلَى مَا ذَكَرَهُ، وَأَعْرَضَ عَنِ التَّفْرِيعِ عَلَى الْقَدِيمِ، وَقَالَ: لَا مَعْنَى لِتَطْوِيلِ التَّفْرِيعِ عَلَى الْقَوْلِ الضَّعِيفِ، وَلَوْ سَلَكْنَا هَذَا الْمَسْلُوكَ فِي مَسَائِلِ الْقَوْلِينَ وَالْوَجْهَيْنِ، لَانْحَطَّتْ عَنَّا مُؤَنٌ كَثِيرَةٌ وَفَاتَتْنا لَطَائِفٌ كَبِيرَةٌ فَتَفْرَعُ عَلَى الْقَدِيمِ كَمَا [هُوَ] دَابُّ الْفِقْهِ.

ونقول إذا قلنا: إنها ترثُ فإلى متى ترثُ؟ فيه أقوال:

أحدها: وبه قال أبو حنيفة - رحمه الله -: أنها ترثُ إلى انقضاء عِدَّتِهَا، فإن ماتَ بَعْدَ انقضاءها، لم ترثه، لأنه لم يبق شيءٌ من أحكام النكاح، عند الموت.

والثاني: ترث إلى أن تنكح زوجاً آخر، فإن مات بَعْدَهُ، لم ترث، كأنها رَضِيَتْ بفرقتها، وأسقطت عُقَّتِهَا، عنه.

والثالث: وبه قال مالك - رحمه الله -: ترث متى مات، وإن كان بَعْدَ مَا

(١) في ب: واختار.

نَكَحَتْ زَوْجاً آخَرَ؛ لَأَن حَقَّهَا ثَبَّتَ فِي مَالِهِ، فَلَا يَسْقُطُ نِكَاحُهَا، كَالْمَهْرِ، وَالنَّفَقَةِ.

وعن أحمد - رحمه الله - روايتان كالقولين الأوَّلين، ولو جَرَى ذلك قبل الدخول، فعَلَى القَوْلِ الأوَّلِ: لَا تَرِثُ؛ لِأَنَّهُ لَا عِدَّةَ، وَيَجْرِي فِيهِ القَوْلَانِ الآخِرَانِ.

وإن أبان في مَرَضِهِ أَرَبَعَ نِسْوَةٍ، وَنَكَحَ مَكَانَهُنَّ أَرَبْعاً، ثُمَّ مَاتَ فَلِمَنْ يَكُونُ المِيرَاثُ؟! فِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجِهَ:

أحدها: وبه قال مالك - رحمه الله -: للمطلقات؛ لتقدم حَقَّهُنَّ.

والثاني: للجديدات؛ لِأَنَّ لَهُنَّ حَقِيقَةَ النِكَاحِ، بخلاف المطلقات.

وأظهرها: أَنَّهُ لِلصَّنْفَيْنِ جَمِيعاً.

قال الإمام - قدس الله روحه -: ومنشأ التردد ما في توريث الزيادة على العَدَدِ الشرعي من الاستبعاد، أما لو أبان امرأة، ونكح أخرى، فلا وجه لإثبات تورثهما، ولو أبان واحدة ونكح أربعا أو بالعكس جَرَى الخِلافُ، وإنما ترث المبتوتة على القول القديم إذا طَلَّقَهَا لا بِسؤالها، أما إذا طَلَّقَهَا بِسؤالها أو اختلاعا أو قال: أنتِ طالقٌ إن شئتِ، فقالت: شئتُ، فلا ترثه، ولا يكون الزَّوْجُ فاراً، وبه قال أبو حنيفة.

وقال ابن أبي هريرة: إنها ترث وإن طلقها بسؤالها لأن الطلاق، في قصة عبد الرحمن بن عوف - رضي الله عنه - كان بسؤالها، وبه قال مالك: وكذلك أحمد في إحدى الروايتين [ولو سألت الطلاق، ولم يجبها في الحال، ثم طلقها، فهو فارٌّ] وكذا لو سألت طلاقاً رجعيًا، فطلقها ثلاثاً، كان فاراً، ولو علّق طلاقها بصفة نُظِرَ؛ إن علّق بمضي مدة أو بفعل نفسه أو بفعل أجنبي، كان فاراً، وفي التعليق بفعل الأجنبي وجه أنه لا يكون فاراً، وإن علّق بفعل من أفعالها نُظِرَ؛ إن لم يكن لها منه بُدٌّ، كالنوم، والقيام، والقعود والطهارة، والأكل، والشرب، والصوم، والصلاة المفروضين، فهو (١) فارٌّ، وإن كان لها منه بُدٌّ، فهو فارٌّ، وإذا لم تغلّم بالتعليق وإلا فلا، فهو كالتعليق بفعل الأجنبي، ويكون فاراً.

ولو عَلِمَتْ ثُمَّ نَسِيَتْ، ففيه احتمالان للإمام - رحمه الله -، قال: والأشبه أنه فارٌّ.

وإن علّق طلاقها في الصحة بصفة لا تُوجَدُ إلا في المَرَضِ، كما إذا قال: إذا مَرِضْتُ مَرَضَ المَوْتِ، أو وقعت في النزاع، فأنتِ طالقٌ، فهو طلاقٌ فارٌّ، فإن احتمل

(١) قال النووي: وهذا في الأكل الذي يحتاج إليه. فإن أكلت مثلذذة، أكلاً يضرها، فليس بفار. قاله الإمام.

أن توجَد الصِّفَة في الصِّحَة والمرض، كما إذا قال: إذا جاء الغد أو قَدِمَ فلان، فأنتِ طالق، ثم جاء أو قَدِم، وهو مريض، ففيه قولان:

أصحهما: أنه ليس فارًا، وإذا فسخ النكاح لغيبها في المرض، لم يُجَعَل فاراً لأن ما فيها من النقص هو الذي دَعَاهُ إليه.

ولو لاعن عنها، وكان القذف في حال الصِّحَة، لم يكن فاراً، وإن كان القذف في المَرَض أيضاً، فوجهان:

أصحهما: أنه لا يكون فاراً؛ لما يتعلق به من فرض نفي النَّسَب، وإسقاط الحد.

والثاني: قال أبو حنيفة واختاره القاضي ابن كج.

ولو طلق العبد امرأته، والحرُّ امرأته الأمة أو المسلم زوجته الذميمة في المَرَض، ثم عَتَقَ العبد أو الأمة، أو أسلمت الذميمة في العدة، ثم مات الزوج، فلا إرث، لأنها لم تُكُنْ وارثة يَوْمَ الطَّلَاق، فلا تهمة، وكذا لو أبانها في مرضه بعدما ارتد أو ارتدت، ثم جمَعَهُمَا الإسلام في العدة؛ لأنها لم تُكُنْ وارثة يومئذ، ولو ارتدت بعد ما أبانها في المَرَض ثم عادت إلى الإسلام، فهو فارٌّ؛ لقيام التهمة.

ولو قال لزوجته الأمة: أنتِ طالق غداً فَعَتَقَتْ قَبْلَ الغد أو طَلَّقَهَا، وهو لا يَعلَمُ أنها عَتَقَتْ، فليس بفارٍّ وكذا لو ارتد في المرض قبل الدخول أو بعده، وأصر إلى انقضاء العدة، ثم عاد إلى الإسلام، ومات لم يكن فاراً لأنه لا يقصد بتبديل الدين حرمان الزوجة عن الميراث، وفيه وجه ضعيف، وقد قيل بطرزه فيما إذا ارتدت المرأة حتى تجعل فارة يرثها الزوج.

ولو أبان المسلمة في المَرَض، فارتدت، وعادت إلى الإسلام في العدة، ورثت؛ لأنها بصفة الوارثين يَوْمَ الطَّلَاق، ويوم المَوْت، وكذا لو عادت بعد انقضاء العدة، إن قلنا: إن المبتوتة تَرِثُ بعد انقضاء العدة.

ولو طلق زوجته الأمة في المَرَض، وعتقت، واختلفا، فقالت المرأة: طَلَّقَنِي بعد العتق فلي الميراث، وقال الوارث: بل قبله، فلا ميراث لك، فالقول قول الوارث مع يمينه، لأن الأضل استمرار الرُّق.

ولو أرضعت زوجها الصغير في مرض مؤنتها، فقد قيل: تُجَعَل فارة عن الميراث، ويرثها الزوج، وظاهر المذهب خلافه، وشبه هذا الخلاف بالخلاف فيما إذا أعتق العبد، وتحتة أمة لا خيار له على الظاهر، وإن كان يثبت لها الخيار إذا أعتقت تحت عبد.



ولو أقرَّ في المرض بأنَّه أبانها في الصَّحَّة، فلا يُجَعَلُ فَرًا، ويُصَدَّقُ فيما يقوله، وتحسب العدة من يومئذٍ، وفيه وجهُ للتهمة، والأظهر الأول، قال القاضي أبو الطَّيِّب - رحمه الله -: لأن المريض إذا أقرَّ بما فعَلَه في صحَّته، كان كما لو فعَلَه في الصَّحَّة؛ ألا ترى أنَّه لو أقرَّ في مرضه أنَّه وهَبَ في الصَّحَّة أو قبض، كان من رأس المال، وقد يجيء الخلاف في هذه الصورة، كما حكَّينا الخلاف فيما إذا أقرَّ في مرض المَوْت أنه وهب من وارثه في الصَّحَّة إذ فرَّعنا على أنَّه لا يقبل إقراره للوارث.

فَرَعٌ: طَلَّقَ إحدى امرأتيه، ثم مَرَضَ مَرَضَ المَوْتِ، فقال: عنيت هذه، قُبِلَ قوله ولم ترث وإن كان قد أبهم، فعَيَّنَ في المرض واحدة، قال إسماعيل البوشنجي - رحمه الله -: يُخْرَجُ على أن التعيين إيقاعُ الطلاق في المعيّنة، أو بيان لمحل الطلاق الواقع، إن قلنا بالثاني، لم تَرِث، وإن قلنا الأول، فعلى قولنا تورث المبتوتة<sup>(١)</sup> والله أعلم.

تم الجزء الثامن، ويليه الجزء التاسع

وأوله: «في تعدد الطلاق»

(١) قال النووي: إنما ترث المبتوتة على القديم إذا أنشأ تنجيز طلاق زوجته الوارثة بغير رضاها في مرض مخوف، واتصل به الموت ومات بسببه. فإن برأ من ذلك المرض، ثم مات، لم ترث قطعاً. ولو مات بسبب آخر، أو قتل: في ذلك المرض، فقطع صاحب «المهذب» وغيره، بأنها لا ترث على القديم. وقال صاحب «الشامل» و«التتمة»: ترث.

فهرس محتويات  
الجزء الثامن  
من  
العزیز شرح الوجیز



## الفهرس

### تمة كتاب النكاح

٣	القول في اجتماع الأولياء
١١	الباب الثاني: في المولى عليه
٢٨	القول في موانع النكاح
٣١	القول في الرضاع
٣٤	القول في المصاهرة
٨٥	باب نكاح الشركات
١٣٢	القول في موجبات عيوب الخيار

### كتاب الصداق

٢٢٩	الباب الأول: في الصداق الصحيح
٢٥١	الباب الثاني: في الصداق الفاسد
٢٧٣	الباب الثالث: في المفوضة
٢٧٦	في حكم المهر إذا جرى التفويض
٢٨٢	فرض القاضي
٢٨٩	الباب الرابع: في التشطير
٣٣١	القول في قدر المتعة
٣٣٣	الباب الخامس: في التنازع
٣٤٤	باب الوليمة والنشر

## كتاب القسم والنشوز

- ٣٥٩ ..... الفصل الأول: فيمن يستحقه
- ٣٦٥ ..... الفصل الثاني: في مكان القسم وزمانه
- ٣٧٠ ..... الفصل الثالث: في التفاضل
- ٣٧٥ ..... الفصل الرابع: في الظلم والقضاء
- ٣٨٠ ..... الفصل الخامس: في المسافرة بهن
- ٣٨٧ ..... الفصل السادس: في الشقاق

## كتاب الخلع

- ٣٩٤ ..... الباب الأول: في حقيقة الخلع
- ٤١٠ ..... الباب الثاني: في أركان الخلع
- ٤٣٢ ..... الباب الثالث: في موجب الألفاظ المعلقة بالإعطاء
- ٤٤٥ ..... الباب الرابع: في سؤال الطلاق
- ٤٦٧ ..... الباب الخامس: في النزاع

## كتاب الطلاق

- ٤٨٠ ..... الباب الأول: في السنة والبدعة
- ٥٠٨ ..... الباب الثاني: في أركان الطلاق

# العقيدة

شرح الوجيز  
المعروف بالشرح الكبير

تأليف

الإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الراعي الفروي الشافعي

المتوفى سنة ٦٢٣ هـ

تحقيق وتعليق

إشيخ علي محمد معوض شيخ عادل أحمد عبد الموجود

الجزء التاسع

يحتوي على الكتب التالية:

تممة الطلاق - الرمعة - الإيلاء - الظهار -  
الكفارات - اللعان - العدة - الرضاع

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

## جميع الحقوق محفوظة

جميع حقوق الملكية الادبية والفنية محفوظة لدار الكتب العلمية بيروت - لبنان ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تنضيد الكتاب كاملاً أو مجزأً أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو برمجته على اسطوانات ضوئية إلا بموافقة الناشر خطياً.

Copyright ©  
All rights reserved

Exclusive rights by DAR al-KOTOB al-ILMIYAH Beirut - Lebanon. No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

الطبعة الأولى  
١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م

دار الكتب العلمية  
بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت  
تلفون وفاكس : ٣٤٢٩٨ - ٣٦١١٢٥ - ٦٠٢١٣٣ (١ ٩٦١) -  
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH  
Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif, Bohtory st., Melkart bldg., 1st Floore.  
Tel. & Fax : 00 (961 1) 60.21.33 - 36.61.35 - 36.43.98  
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

### الباب الثالث في تغديد الطلاق، وفيه فصول

قَالَ الْعَزَلِيُّ: (الأوّل في نيّة العَدَدِ): فَإِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ أَوْ طَلَّقْتِكِ وَنَوَى عَدَدًا نَفَذَ (ح) مَا نَوَاهُ، وَإِنْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً وَنَوَى الثَّلَاثَ لَمْ يَقَعْ الْعَدَدُ عَلَى أَصَحِّ الْأَوْجِهِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ وَاحِدَةٌ وَنَوَى تَوَخُّدَهَا بِالْبَيْتُونَةِ الْكُبْرَى وَقَعَ الثَّلَاثُ عَلَى الْأَصَحِّ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا وَلَكِنْ وَقَعَ قَوْلُهُ: ثَلَاثًا بَعْدَ مَوْتِهَا وَقَعَ الثَّلَاثُ فِي وَجْهِ، لِأَنَّ الثَّلَاثَ كَالْتَفْسِيرِ، وَوَقَعَتْ وَاحِدَةً فِي وَجْهِ، وَلَمْ يَقَعْ شَيْءٌ فِي وَجْهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْعَدَدُ مِنَ الطَّلَاقِ تَارَةً يَقَعُ، لِنِيَّةِ الْعَدَدِ فِي اللَّفْظِ الَّذِي اسْتَعْمَلَهُ الْمُطَلَّقُ، وَأُخْرَى بِاللَّفْظِ الْمُشْعِرِ بِالْعَدَدِ، وَإِشْعَارُهُ قَدْ يَكُونُ لِتَكْرِيرِ لَفْظِ الطَّلَاقِ، وَقَدْ يَكُونُ لِدَلَالَتِهِ عَلَى الْعَدَدِ بِالْوَضْعِ، وَقَدْ يَكُونُ مِنْ جِهَةِ اضْطِرَاحِ الْحِسَابِ.

أما ما يدلُّ على العَدَدِ بِالْوَضْعِ كَقَوْلِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَنْتَيْنِ أَوْ ثَلَاثًا، فَأَمْرُهُ بَيْنَ فَلَا نَطُولُ النَّظَرِ فِيهِ. بَقِيَتْ ثَلَاثَةُ فُصُولٍ؛ وَهِيَ نِيَّةُ الْعَدَدِ، وَتَكْرِيرُ لَفْظِ الطَّلَاقِ، وَالطَّلَاقُ بِالْحِسَابِ وَهِيَ فُصُولُ الْبَابِ.

أما الأوّل: فَإِذَا قَالَ لَامْرَأَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ أَوْ طَلَّقْتِكِ، وَنَوَى طَلْقَتَيْنِ أَوْ ثَلَاثًا، يَقَعُ مَا نَوَى، وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي الْكُنْيَاةِ.

وقال أبو حنيفة وأحمد - رحمهما الله - : لا يَقَعُ بِقَوْلِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ إِلَّا وَاحِدَةً، وَإِنْ نَوَى الْعَدَدَ، وَسَلَّمَ أَبُو حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ لِلْسَّنَةِ أَوْ أَنْتِ الطَّلَاقُ أَوْ طَلَّقِي نَفْسَكَ، وَنَوَى الثَّلَاثَ أَنَّهُ يَقَعُ الثَّلَاثَ، وَأَنَّهُ يَجُوزُ إِرَادَةُ الثَّلَاثَ بِالْكُنْيَاةِ، وَلَا يَجُوزُ إِرَادَةُ الثَّانِيَيْنِ.

واحتج الأَصْحَابُ بِقِيَاسِ مَا لَمْ يُسَلِّمْهُ عَلَى مَا سَلَّمَهُ، وَبِمَا رُوِيَ أَنَّ رِكَانَةَ بِنْتُ عَبْدِ يَزِيدٍ أَتَتْ رَسُولَ اللَّهِ - ﷺ - فَقَالَ: «إِنِّي طَلَّقْتُ أَمْرَأَتِي سُهَيْمَةَ الْبَثَّةَ، وَوَاللَّهِ، مَا أَرَدْتُ إِلَّا وَاحِدَةً، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ - ﷺ -: وَاللَّهِ، مَا أَرَدْتُ إِلَّا وَاحِدَةً؟ فَقَالَ: وَاللَّهِ، مَا أَرَدْتُ إِلَّا وَاحِدَةً؛ فَرَدَّهَا عَلَيْهِ رَسُولُ اللَّهِ - ﷺ - فَدَلَّ عَلَى أَنَّهُ لَوْ أَرَادَ مَا زَادَ عَلَى وَاحِدَةٍ، لَوَقَعَ،



وأيضاً فإن الفعل والاسم المشتقين من المضدر يُشعِران به، ويدلّان عليه، والمضدر يَصْلُحُ للواحد والجنس، فكانا محتملين للعدد، وإذا جاء الاحتمال وانضمت النية إليه، وجب أن يقع.

ولو قال: أنتِ طالقٌ واحدةً بالنصب، ونوى طلقتين أو ثلاثاً، ففيه وجوه:  
أحدها: أنه لا يقع إلا واحدة؛ لأنّ الملفوظ مناقض للمنوي، والنية بمجردّها ومع اللفظ الذي لا يحتمل لا تعمل، وهذا أصحُّ عند صاحب الكتاب.

والثاني: يقع ما نواه، ومعنى قوله: «واحدة» أنّك تتوحدنين مني بالعدد الذي أوقعته، ويُحتمل أيضاً أن يُحمل على طَلقة ملفقة من طلقتين أو ثلاثة، وحيثُ قد يقع ذلك العدد، وهذا أصحُّ عند صاحب «التهذيب» وغيره.

والثالث: ويُحكى عن اختيار الفقهاء: أنه [إن] بسط نية الثلاث على جميع اللفظ، لم يقع الثلاث، وإن نوى الثلاث بقوله: أنتِ طالقٌ وقع الثلاث، ولُغِيَ ذكْرُ الواحدة بعده، ويُنْبئُ هذا الفرق على الصحيح فيما إذا قال: أنتِ طالقٌ، ولم يكن في عزمه أن يقول: إن شاء الله، ثم لما فرغ من اللفظ، بدأ له أن يستني، [فاستنى]<sup>(١)</sup> يقع الطلاق، ولا تُعمل الاستثناء، فإن جعلناه عاملاً رافعاً<sup>(٢)</sup> للطلاق، ولم ينو، فُرّق بين الحالتين.

ولو قال: أردتُ طلقةً واحدةً ملفقةً من أجزاء، ثلاث طلقات، وقع ثلاث طلقات، وارتفع الخلاف، وحكى الإمام - رحمه الله - وجهاً أيضاً لبعدها هذا المعنى عن الفهم، وقصور اللفظ عن احتمالها والدلالة عليه، ولو قال: أنتِ طالقٌ واحدةً بالرفع، فهذا إتباع الصفة الصفة، وهو على ما ذكّر في «النهاية» مبنيٌّ على ما إذا قال: أنتِ واحدةً بحذف الطلاق، ونوى الثلاث وفيه وجهان:

أصحُّهما: وقوع ما نواه؛ حملاً للتوحيد على التوحيد، والتفرّد عن الزوج بالعدد المنوي، ومعلوم أن المطلقة تارة تتوحد عن الزوج بطلقة وأخرى بأكثر منها.

والثاني: المنع؛ لأن السابِق إلى الفهم من قوله: أنتِ واحدةً: أنّك طالقٌ واحدةً، كما لو قال: أنتِ الطلاق أي طالقٌ الطلاق، ولفظ الواحدة ينافي الثلاث ورأى الإمام تخصيص هذا الوجه بما إذا نوى الثلاث عن غير [أن] يخطر له حمل الواحدة على الاحتمال المذكور، فإن حَظَرَ، فينبغي أن يُقَطَعَ بالوقوع.

وذكر في «التهذيب» أنه لو قال: أنتِ بائن بائنتين أو ثلاث، ونوى الطلاق وقع الطلاق، ثم إن نوى طلقتين أو ثلاثاً، فذاك، وإن لم يتنو شيئاً، وقع الملفوظ؛ لأنّ ما

(٢) في ب: رافعاً، وفي أ: واقعاً.

(١) سقط في ز.

أتى به صريح في العَدَد، كناية في الطلاق، فإذا نَوَى أضل الطلاق، وَقَعَ العَدَد المصْرَح به، وإن نوى واحدة فوجهان:

أحدهما: يقع ما تلفظ به من اثنتين أو ثلاث؛ للتصريح بالعدد.

والثاني: لا يقع إلا واحدة، لأنه قد يُريد ثلاثة أثلاث طلقة، أو نصفى طلقة.

و [لو] أراد أن يقول لامرأته: أنت طالق ثلاثاً، فماتت قبل أن يتم قوله، «أنت طالق» [لم] <sup>(١)</sup> يقع الطلاق وإن ماتت بعد تمامه، وقبل أن يقول «ثلاثاً» ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: وَيُحَكِّى عن اختيار المزنِي: أنه يقع الثلاث؛ لأنه كان قاصداً للثلاث حين قال: أنت طالق، وهذه اللفظة مع قصد الثلاث تقتضي وقوع الثلاث أيضاً فإن قوله: «ثلاثاً» معطوفاً على قوله: «أنت طالق» مبين له، وكذلك لو قال لغير المدخول بها: أنت طالق ثلاثاً، يقع الثلاث، ولا يقال تبين بقوله أنت طالق ولا يقع الثلاث، وقوله: أنت طالق، وَجِدَ في حالة الحياة.

والثاني: يقع طلقة واحدة [بقوله] <sup>(٢)</sup> أنت طالق؛ لوقوعه في حالة الحياة، ولا تقع الثلاث؛ لوقوع لفظ «الثلاث» بعد الموت، وخروجها عن محلية الطلاق، وهذا كما لو جُنَّ الرجلُ بعد قوله: «أنت طالق» وقيل قوله: «ثلاثاً» لا يقع الثلاث؛ لوقوع اللفظ بعد خروجه عن أهلية الطلاق.

والثالث: وبه قال أبو حنيفة: لا يقع شيء؛ لأن الكلام الواحد لا يُفصل بعضه عن بعض، وقد طرأ الموت قبل تمامه، فبلغوا، ورجح صاحب «التهذيب» - رحمه الله - الوجه الأول.

وقال إسماعيل البوشنجي: الذي تقتضيه الفتوى: أن يقال: إن نوى الثلاث بقوله: «أنت طالق» وكان قصده أن يحقق باللفظ المنوي؛ وقع الثلاث، وإن لم يقصد، فلا تقع إلا واحدة، وهكذا قال أبي سعيد المتولي في التعبير عن الوجه الأول <sup>(٣)</sup>.

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) قال في الخادم: ما قاله البوشنجي من تخصيص الخلاف بما إذا لم يقصد الثلاث باتت طالق، فمتى وجدت هذه النية مع اللفظ وقعن قطعاً، ولا أثر لوقوع ثلاث بعد الموت؛ لأن النية كافية في ذلك هو الصواب المنقول.

وقد صرح به الماوردي فقال: إذا أراد الثلاث بقوله: أنت طالق ثلاثاً وإن لم يرد بها لكنه أراد أن يتلفظ بها فأمسك على فيه أو ماتت، طلقت واحدة باللفظ ومثله ما حكاه في الإبانة عن ابن سريج أنه يقع الثلاث إن قصد الثلاث بقوله: أنت طالق، وقال القفال في فتاويه: إن قصد إيقاع الثلاث بقوله أنت طالق وأراد أن يقول ثلاثاً على سبيل التفسير، فهذا يقع الثلاث. وإن لم =

ورددتها وإسلامها إذا لم تكن مذخولاً بها قبل أن يقول «ثلاثاً» كموتها وكذا أخذ أخذ على فيه، ومنعه من أن يقول «ثلاثاً».

وعن أبي حنيفة، أنه يقع واحدة في الأخذ على الفم، بخلاف ما قال في موتها.

ولو قال: أنت طالق على عزم الاقتصار عليه، فماتت، فقال: ثلاثاً.

قال الإمام: لا شك أن الثلاث لا تقع، وتقع الواحدة، ويجيء على الوجه الذي يقول، فيما إذا بدأ له أن يقول: «إن شاء الله» بعد قوله: «أنت طالق» أن الاستثناء يُعمل، ولا يقع الطلاق، أن يقال ها هنا: لا يقع شيء، وكما هو أحد الوجوه فيما إذا كان على عزم أن يقول «ثلاثاً» فماتت قبله، وقوله في الكتاب في المسألة الأخيرة «وقع الثلاث» وقوله: «ووقعت واحدة» يجوز إعلامهما بالحاء؛ لأن الحكاية عنه كالوجه الثالث.

وقوله: «لأن الثلاث كالتفسير». اختلفوا في قول القائل «أنت طالق ثلاثاً» كيف سبيله قيل: إنه مفسر، وتفسيره وقوله «ثلاثاً» على التفسير.

وقال الإمام - رحمه الله -: هذا جهل بالعربية، وباب التفسير و«التمييز» مشهور بين النحاة، وليس هذا منه، وإنما الثلاث نعتٌ مضدرٌ محذوف، والمعنى: أنت طالق طلاقاً ثلاثاً، وهو كقول القائل: «ضربت زيداً شديداً» أي ضرباً شديداً.

فُرُوع: لو قال: أنت طالق ملء البيت أو البلد أو الدنيا أو السماء أو الأرض أو مثل الجبل العظيم أو أعظم من الجبل أو أكبر الطلاق أو أعظمه أو أشده أو أطوله أو أغرضه أو طلبة كبيرة أو عظيمة، لم يقع باللفظ إلا طلبة، وتكون تلك الطلقة رجعية.

ولو قال: أنت طالق كل الطلاق أو أكثره، تقع الثلاث، بخلاف قوله: «أكبر» ولو قال: أنت طالق عدد التراب.

قيل: يقع واحدة؛ لأن التراب شيء، وهذا ما ذكره الإمام.

وقال صاحب «التهذيب» عندي تقع الثلاث، كما لو قال: عَدَدَ زَرِ التراب أو أنواعه، ولو قال: أنت طالق وزنٌ دزهم أو درهمين أو ثلاثة أو أحد عشر دزهما ولم ينو العَدَدَ، لا يقع إلا طلبة، ويلغو وصف الطلاق بالوزن.

= يقصد الإيقاع بقوله: أنت طالق، لكنه أراد به مجموع اللفظين، لم يقع شيء لأن الطلاق موقوف على آخره كما لو قال عن وثاق وإن دخلت الدار.

وقال الشيخ أبو محمد في الفروق: إذا ماتت بين قوله طالق وبين قوله ثلاثاً، فالمذهب الصحيح أنه لا يقع شيء إلا أن يقول: نويت ثلاثاً مع قولتي أنت طالق مقروناً ثم فسر العبارة بما كان في الضمير فيقع الثلاث إلى آخره ما ذكره وبالجمل، فما ذكره من أن الصواب ما قاله البوشنجي ظاهر جلي.

وعن أبي حنيفة، أنه إذا قال: نويت ثلاثة دراهم، يلزمه درهمان؛ لأنه ليس للثلاثة سنحة في الغالب، إنما تُوزَنُ بسنحتين، وكذا لو قال: نويتُ أحد عشر، ولو قال: يا مائة طالق أو أنت مائة طالق، نقل صاحب «التهذيب» و«التممة» أنه يقع ثلاث طلاقات؛ لأنه في العرف، كقوله: أنتِ طالق مائة، وذكروا فيما لو قال: أنتِ كمائة طالق وجهين<sup>(١)</sup>؛ في أنه تقع طلقة واحدة أو ثلاث، ولو قال: أنتِ طالق طلقة واحدة ألف مرة، ولم ينو العدد، لا تقع إلا طلقة، لأن ذكر الواحدة يقع؛ لخوف العدد ذكره في «التممة».

ولو قال: «أنتِ طالق إن لم أو أنتِ طالق إن» قال إسماعيل البوشنجي: يُنظَرُ؛ إن قصد به الاستثناء أو التعليق غير أنه لم يئمه، فلا أرى [أن] يقع طلاقه، ويصدق لو فسر به للقرينة الشاهدة بصدقه، وإن لم يقصد الاستثناء، ولا التعليق، يقع الطلاق؛ لأنه إن أتم الاستثناء لم يعمل عمله ما لم تكن نيته مقرونة بأول الكلام، فما ظنك بالكلام الأبر قال: ويقرَّب من هذه المسألة فيما إذا قال: أنتِ طالق واحدة [فأطبق] على فيه قبل أن يقول: «ثلاث».

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الْفَضْلُ الثَّانِي فِي التَّكْرَارِ): فَإِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ أَنْتِ طَالِقٌ: أَنْتِ طَالِقٌ وَنَوَى التَّأْكِيدَ لَمْ يَقَعْ إِلَّا وَاحِدَةً، وَإِنْ نَوَى الثَّلَاثَ وَقَع، وَإِنْ أَطْلَقَ فَيَحْمَلُ عَلَى التَّأْكِيدِ أَوْ التَّكْرِيرِ فِيهِ قَوْلَانِ، وَإِنْ قَصَدَ بِالثَّلَاثَةِ تَأْكِيدَ الثَّانِيَةِ وَبِالثَّلَاثَةِ الْإِيْقَاعَ وَقَعَتْ ثِنْتَانِ، وَإِنْ قَصَدَ بِالثَّلَاثَةِ تَأْكِيدَ الْأُولَى لَمْ يَجْزُ لِتَحْلُلِ الْفَاصِلِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَطَالِقٌ وَطَالِقٌ وَقَصَدَ بِالثَّلَاثَةِ تَأْكِيدَ الْأُولَى لَمْ يَجْزُ لِتَحْلُلِ الْوَاوِ، وَلَوْ قَصَدَ بِالثَّلَاثَةِ تَأْكِيدَ الثَّانِيَةِ جَازَ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَطَالِقٌ فَطَالِقٌ لَمْ يَصِحَّ التَّأْكِيدُ أَصْلًا لِلتَّغَايُرِ، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَطَالِقٌ بَلْ طَالِقٌ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ طَلَقَةٌ فَطَلَقَةٌ نَصٌّ عَلَى وَقُوعِ اثْنَتَيْنِ، وَلَوْ قَالَ: عَلَيَّ دِرْهَمٌ فَدِرْهَمٌ لَمْ يَلْزِمُهُ إِلَّا دِرْهَمٌ وَاحِدٌ؛ لِأَنَّ التَّكْرَارَ يَلِيْقُ بِالْأَخْبَارِ دُونَ الْإِنْشَاءِ، وَقِيلَ: قَوْلَانِ بِالنَّفْلِ وَالتَّخْرِيجِ، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ طَلَقَةٌ بَلْ طَلَقْتَيْنِ وَقَعِ الثَّلَاثُ، وَلَوْ قَالَ: دِرْهَمٌ بَلْ دِرْهَمَانِ لَمْ يَلْزِمِ إِلَّا دِرْهَمَانِ، وَكُلُّ ذَلِكَ فِي الْمَذْخُولِ بِهَا، فَأَمَّا غَيْرُ الْمَذْخُولِ بِهَا فَتَبِينُ بِالْأُولَى، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ طَلَقَةٌ مَعَ طَلَقَةٍ أَوْ مَعَهَا طَلَقَةٌ أَوْ تَحْتَ طَلَقَةٍ أَوْ فَوْقَ طَلَقَةٍ وَقَعَتْ ثِنْتَانِ بَعْدَ الدُّخُولِ، وَكَذَلِكَ قَبْلَ الدُّخُولِ عَلَى

(١) سكت المصنف عن الترجيح. قال في الخادم: المختار وقوع واحدة، وقد حكى الرافعي في الفروع المنثورة قبيل النظر الثاني في التعليقات الجزم به عن أبي العباس الروياني ورجحه البندنجي في المعتمد وأفتى به الجرجاني ومال إليه في الذخائر ونقله العبادي في الطبقات عن أبي علي الثقفي.

أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ قَالَ قَبْلَ الدُّخُولِ: أَنْتِ طَالِقٌ وَطَالِقٌ وَقَعَتْ وَاحِدَةً وَلَوْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ وَطَالِقٌ وَقَعْتَ اثْنَتَانِ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَةً قَبْلَ طَلْقَةٍ أَوْ قَبْلَهَا طَلْقَةً وَقَعْتَ اثْنَتَانِ بَعْدَ الدُّخُولِ، وَقَبْلَ الدُّخُولِ تَقَعُ وَاحِدَةً عَلَى وَجْهِ، وَلَا يَقَعُ شَيْءٌ عَلَى وَجْهِ لِاسْتِحَالَةِ طَلَاقٍ مُؤَصَّفٍ بِالْقَبْلِيَّةِ.  
قَالَ الرَّافِعِيُّ: هَذَا الْفَضْلُ يَشْتَمِلُ عَلَى صُورٍ مِنْ تَكَرُّرِ الطَّلَاقِ.

منها: ما لا يَخْتَلِفُ حُكْمُهُ بَيْنَ أَنْ تَكُونَ الْمَرْأَةُ: مَدْخُولًا بِهَا أَوْ لَمْ تَكُنْ.

ومنها: ما يَخْتَلِفُ فَنَذَرُهَا، وَنَبِّينُ حُكْمَهَا، وَلَا بَأْسَ لَوْ تَغَيَّرَ نَظْمُ الْكِتَابِ فِي بَعْضِهَا.

الصُّورَةُ الْأُولَى: إِذَا قَالَ لِلْمَدْخُولِ بِهَا: أَنْتِ طَالِقٌ، أَنْتِ طَالِقٌ، نُظِرَ؛ إِنْ وَقَعَ بَيْنَهُمَا فَضْلٌ بَأَن ذَكَرَهُمَا فِي مَجْلِسَيْنِ، أَوْ فِي مَجْلِسٍ وَاحِدٍ، وَسَكَتَ بَيْنَهُمَا سَكْتَةً، فَوْقَ سَكْتَةِ التَّنْفِيسِ وَنَحْوِهِ، وَقَعَتْ طَلْقَتَانِ، فَلَوْ قَالَ أَرَدْتُ التَّأْكِيدَ، وَكَرَّرْتُ قَوْلِي الْأَوَّلَ، لَمْ يُقْبَلْ فِي الْحُكْمِ، وَيُدَيَّنُ فِيمَا بَيْنَهُ بَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى، وَفَرَّقُوا بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَا إِذَا أَقْرَأَ فِي مَجْلِسٍ بِأَلْفٍ ثُمَّ فِي مَجْلِسٍ آخَرَ بِأَلْفٍ، وَقَالَ: أَرَدْتُ إِعَادَةَ الْأَوَّلِ، وَلَيْسَ عَلَيَّ إِلَّا أَلْفٌ وَاحِدٌ، حَيْثُ يُقْبَلُ؛ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ إِخْبَارًا وَالْمُخْبَرَ عَنْهُ لَا يَتَعَدَّدُ بِتَعَدُّدِ الْخَبَرِ، وَالطَّلَاقُ إِيقَاعٌ وَإِنْشَاءٌ، فَإِذَا تَعَدَّدَتِ كَلِمَةُ الْإِيقَاعِ تَعَدَّدَ الْوَاقِعُ، وَإِنْ لَمْ يَقَعْ بَيْنَهُمَا فَضْلٌ نُظِرَ، إِنْ قَصِدَ التَّأْكِيدَ، قَبْلَ، وَلَمْ يَقَعْ إِلَّا طَلْقَةً وَاحِدَةً؛ لِأَنَّ التَّأْكِيدَ فِي الْكَلَامِ مَغْهُودٌ فِي جَمِيعِ اللَّغَاتِ، وَالتَّكْرَارُ أَعْلَى دَرَجَاتِ التَّأْكِيدِ، وَالدَّرَجَاتُ عَلَى مَا ذَكَرَ أَهْلُ الْعَرَبِيَّةِ ثَلَاثٌ؛ تَكَرِيرُ اللَّفْظِ وَكَثِيرًا، مَا وَقَعَ ذَلِكَ فِي كَلَامِ النَّبِيِّ ﷺ.

قال الإمام - رحمه الله - ويبغي به شيثان:

أحدهما: الاحتياط بإيصال الكلام، إلى فهم السامع، إن فرض دُهور وغفلة.

والثاني: إيضاح القصد إلى الكلام، والإشعار بأن لسانه لم ينسب إليه.

والدرجة الثانية التأكيد بلفظ آخر، كقول القائل زيد نفسه.

والثالثة: التأكيد بالألفاظ متغايرة، كقوله: رأيت القول أجمعين أكتعين، وإذا كان

التأكيد معهوداً، والتكرير أقوى درجاته، صحَّ التفسير، وإن قصد الاستئناف، وقعت طلقتان، وإن أطلق ولم يقصد هذا ولا ذاك فقولان:

أصحهما: وبه قال أبو حنيفة: ومالك - رحمهما الله -: أنه يُحْمَلُ عَلَى

الاستئناف، فتقع طلقتان؛ لأن كل واحد من اللفظين موقَّع لطلقة لو انفرد، وإذا اجتمعا، اجتمع حكمهما.

والثاني: قاله - رضي الله عنه - في «الإملاء» أنه لا يقع إلا واحدة؛ لأن التأكيد

مُحْتَمَلٌ، فَيُؤَخَذُ بِالْيَقِينِ.

ولو قال: أنت طالق طالق، فعن القاضي الحسين القطع بأنه لا يقع عند الإطلاق إلا طلقاً؛ بخلاف قوله: أنت طالق أنت طالق، وأدعى أن مراده «كلمة أنت» يُشعر بالاستئناف؛ فلذلك حكّمنا بوقوع طلقتين في قول، والجمهور على أنه لا فرق بين اللفظين، ولو كرر اللفظة ثلاثاً، وأراد بالأخريين تأكيد المرة الأولى، لم تقع إلا واحدة<sup>(١)</sup>، وإن أراد الاستئناف فتقع ثلاث طلاقات، وإن أطلق، فعلى القولين؛ الأصح وقوع الثلاث.

ولو قال قصدت بالثانية الاستئناف، وبالثالثة تأكيد الثانية، وقعت طلقتان، وكذا لو قصدت بالثانية التأكيد، وبالثالثة الاستئناف، وإن قصد بالثالثة تأكيد الأولى، فوجهان: أصحهما: أنه لا يُقبل، وتقع الثلاث؛ لتخلل الفاصل، وهذا هو المذكور في الكتاب.

والثاني: يُقبل ولا تقع إلا طلقتان، والفاضل اليسير لا يقدح، وإن قصد بالثانية الاستئناف، ولم يقصد بالثالثة شيئاً، أو بالثالثة الاستئناف، ولم يقصد بالثانية شيئاً، جرى القولان في الطلقة المطلقة.

وفي «المجرد» للحناطي: أن قوله: أنت مطلقة، أنت مسرحة، أنت مفارقة، كقوله: أنت طالق أنت طالق أنت طالق، وحكى فيه وجهاً آخر أن كل لفظة طلق مستأنفة.

ولو قال: أنت طالق وطالق، وطالق، وقال قصدت بالثاني تأكيد الأول، لم يُقبل في الظاهر لأختصاص الثاني بالواو المقتضية للعطف، وموجب العطف التغير، وأيضاً فعادة التأكيد بالترار رعاية المساواة بين اللفظين، ويجوز أن يقصد بالثالث تأكيد الثاني؛ لتساويهما، ويجوز أن يقصد به الاستئناف، وإن أطلق، فعلى القولين السابقين.

ولو قال: قصدت بالثالث تأكيد الأول، لم يُقبل، كما لا يُقبل تأكيد الأول بالثاني، «بل» أولى لتخلل الفاصل.

ولو قال: أنت طالق، وأنت طالق، فهو كقوله: أنت طالق وطالق؛ لزيادة الواو، وكذا لو قال: أنت طالق بل طالق أو قال: أنت طالق ثم طالق، ولو قال: أنت طالق فطالق أو قال: أنت طالق ثم طالق ثم طالق أو قال: أنت طالق بل طالق بل طالق فالحكم كما لو قال: أنت طالق وطالق وطالق، لا يجوز أن يكون الثاني تأكيداً للأول، ويجوز أن يكون الثالث تأكيداً الثاني؛ لتساوي اللفظين، ولو قال: أنت طالق وطالق

(١) قال الشيخ البلقيني: لو كرر اللفظ أربعاً، فالحكم عندي في ذلك كالحكم في صورة تكريره ثلاثاً، ولا ينبغي أن يتخيل أن الرابعة يقع بها طلقه لفرغ العدد لأنه إذا صح التأكيد بما يقع لولا قصد التأكيد، فلأن يؤكد بما لا يقع عند عدم قصد التأكيد أولى.

فطالِقٌ، أو طالِقٌ ثم طالقٌ [بل طالق]، [أو أنت طالق فطالق ثم طالق] فلا مَجَالٍ للتأكيد؛ لاختلاف الألفاظ.

ولو قال قبل الدخول: أنتِ طالقٌ طالقٌ طالقٌ أو أنتِ طالقٌ وطالقٌ وطالقٌ أو أنتِ طالقٌ أنتِ طالقٌ أنتِ طالقٌ أو قال: أنتِ طالقٌ بل طالقٌ وطالقٌ، لا يقع إلا طَلْقَةً واحدةً، لأنها تبين بالطلقة الواحدة، فلا يَلْحَقُها ما بعدها، وعن صاحب «الإفصاح» حكاية وجه وابن أبي هريرة رواية قول قديم؛ أنه كما لو قال ذلك للمدخول بها؛ لأن الكلام الواحد لا يفصل بعضه عن بعض؛ فأشبه ما إذا قال: أنتِ طالقٌ ثلاثاً، لكن قوله ثلاثاً منغطفٌ على الأول وبيانٌ له بخلاف هذه الألفاظ، وعند أحمد: إذا أدخل الواو، فقال: أنتِ طالقٌ، وطالقٌ وطالقٌ، وقَع الثلاث، وإن لم يُدْخِل الواو لم يقع إلا واحدةً، ولو قال للمدخول بها: إن دخلتِ الدارَ، فأنتِ طالقٌ، وطالقٌ، وطالقٌ، أو قال أنتِ طالقٌ وطالقٌ وطالقٌ إن دخلتِ الدارَ، وقَعَت ثلاثُ طلقاتٍ عند الدخول، وفي غير المدخول بها إن قَدِمَ الشرط، فقال: إن دخلتِ الدارَ فأنتِ طالقٌ، وطالقٌ، وطالقٌ، فوجهان:

أحدهما: وبه قال: أبو حنيفة: لا تقع إلا واحدةً، كما لو قال في التنجيز: أنتِ طالقٌ وطالقٌ، وطالقٌ، لا تقع إلا واحدةً، وأقرُّ بهما أنه تقع الثلاث؛ لأنها<sup>(١)</sup> جميعاً متعلقة بالدخول، واقعة عنده بلا تقدُّم ولا تأخُر وفي «التتمة» أنه يمكن بناء الوجهين على خلافٍ ذُكِر، في أن الواو للجمع أو الترتيب، وإن قَدِمَ الجزاء فقال: أنتِ طالقٌ وطالقٌ وطالقٌ، إن دخلتِ الدارَ، فطريقان:

أحدهما: أنه على الوجهين المذكورين.

والثاني: وهو الذي أورده في «التهديب» القطع بوقوع الثلاث؛ لأنها<sup>(٢)</sup> جميعاً تعلقت بالدخول، وفيما إذا تقدَّم الشرط، أمكن أن يقال: إن المعلق بالدخول المطلقة الأولى وحدها، والأخريان معطوفان أو مترتبان عليهما، ولو قال: إن دخلتِ الدارَ، فأنتِ طالقٌ إن دخلتِ الدارَ فأنتِ طالقٌ إن دخلتِ الدارَ فأنتِ طالقٌ، فإن قصد التأكيد، لم يقع بالمدخول بها إلا طَلْقَةً، وإن قصد الاستئناف، وقَع الثلاث، وإن أطلَق، ففي «التتمة» أنه يُحْمَل على التأكيد، إذا لم يقع فضلٌ أو وقع، ولكن اتَّحد المجلس، وإن اختلف، فيُحْمَل على التأكيد، أو الاستئناف، وجهان، وإذا حمل على التأكيد فيقع عند الدخول طَلْقَةً أم يتعدد فيه وجهان<sup>(٣)</sup>، بناءً على ما حثتِ به في يمينين تلزمه كفارة

(٢) في أ: لأنها.

(١) في أ: لأنها.

(٣) قال الشيخ البلقيني: صحح النووي في الفتاوى أنه إذا أطلق التعليقات حمل على التأكيد، فتطلق عند الدخول طَلْقَةً واحدةً.

واحدة وكفاراتان، ولم يفصل صاحب «التهذيب» هذا الفصل، ولكن قال: إذا أطلق، فقولان؛ بناء على ما لو حث بفعل واحد في أيمن تلزمه كفارة أو كفارات، ولو قال: إن دخلت الدار، فأنت طالق طلقة وإن دخلت الدار فأنت طالق، طلقتين، قال ابن الحداد والأصحاب: طلقت بالدخول ثلاثاً، سواء كانت مدخولاً بها أو لم تكن؛ لأن الكل يقع دفعة واحدة.

قال صاحب «التهذيب» وكذلك في الصور المتقدمة لا فرق بين المدخول بها وغيرها؛ لأن على تقدير التعدد، يقع الكل في حال الدخول، ولو قال: إن دخلت الدار، فأنت طالق ثم طالق، لم يقع بالدخول في غير المدخول بها إلا طلقة؛ لأن ثم للتراخي.

قال المتولي: وكذا لو أحر الشرط، فقال: أنت طالق ثم طالق إن دخلت الدار، وعند أبي حنيفة تقع في الحال طلقة ولا يتصل باقي الكلام به؛ لأن «ثم» للتراخي.

وقوله في الكتاب «فيحمل على التأكيد أو على التكرار» أراد بالتكرار التجديد، والاستئناف، وقد تجدد في كلام الأصحاب التكرار بمعنى التأكيد، وهو تفاوت يرجع إلى الاستعمال والاضطلاح، وأعلم أن هذين القولين في صورة الإطلاق المذكوران في كتاب «الإقرار»، وكان الغرض من ذكر المسألة هناك أن ترتيبه عليها ما إذا قال: عليّ درهم ودرهم، فأعادها هنا؛ ليحق الباب، «وإن قصد بالثالثة تأكيد الأولى، لم يجز» معلم بالواو؛ للوجه المذكور من قبل.

وقوله: «وكذلك لو قال: أنت طالق وطلقت بل طالق» يجوز أن يعلم بالواو أيضاً؛ لأن أصحابنا العراقيين حكوا عن نصه في «الإملاء» أنه لو قال: أنت طالق، وطلقت بل طالق وقال: شككت في الطلقة: الثانية، فاستدركت بقولي لا بل طالق، لأحقق إيقاع الثانية قبل ولم تقع إلا طلقتان، وحكاها الإمام عن رواية صاحب «التقريب»، ونقل أنه قال: جعل الأصحاب المسألة على قولين:

أحدهما: هذا، وهو بعيد.

والثاني: وهو القياس، وظاهر نصه في المختصر وقوع الثلاث، كما لو تغيرت الألفاظ من وجه آخر، ثم حكى عنه طريقين في صورة الكتاب، وهي أن يقول: أنت طالق، وطلقت بل طالق من غير كلمة لا أحدهما أنه على القولين.

والثاني: القطع بوقوع، الثلاث.

قال الإمام والمذهب وقوع الثلاث، والذي يمكن توجيه النص المنقول به أن كلمة «بل» موضوعة لاستدراك ما مضى، وذلك يقتضي المضادة والمخالفة، حتى يوجب النفي إن كان صدر الكلام إثباتاً أو الإثبات إن كان صدر الكلام نفيًا، والأمر في قوله:



«أَنْتِ طَالِقٌ بِلِ طَالِقٍ» ليس كذلك، فلَمَّا لم تَكُنْ على وضعها وحقيقتها، ضَعُفَتْ، وصارت كالساقطة المَطْرَحَةِ، بخلاف سائر الألفاظ المتغايرة، فَحَصَلَ في صورة الكتاب قول أو وجه أنه لا يقع إلا طَلَّقَتَانِ، وأن الثالثة: تَصْلُحُ لتأكيد الثانية، وفي قوله بعد هذه المسائل، «ولو قال قبل الدُّخُولِ: أَنْتِ طَالِقٌ، وطالِقٌ وَقَعَتْ واحدة» معلّم بالواو والألف؛ لِمَا حَكَيْنَا لما رَوَاهُ أَبُو عَلِيٍّ بن أَبِي هُرَيْرَةَ والطبري ومن مذهب أحمد - رحمه الله - إِلَّا أَنَا صَوَّرْنَا فيما إذا كُرِّرَ اللفظ ثلاثاً وصوِّرَ في الكتاب فيما إذا كُرِّرَ مرتين.

الصورة الثانية: لو قال: أَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَةً فَطَالِقٌ؛ أو قال: أَنْتِ طَالِقٌ فَطَالِقٌ، فظاهر المَذْهَبِ أنه تقع طَلَّقَتَانِ، وإن لم يُرِدِ العَطْفَ وفي قوله عَلِيُّ دَرَهْمٌ فَدَرَهْمٌ الظَّاهِرُ أنه لا يلزمه إلا دَرَهْمٌ واحدٌ، وفرقوا بأن التَّكْرَارَ للتأكيد يَلِيْقُ بالإخبار، أما الإنشاء فهو بَعِيدٌ عنه؛ لِإِمْكَانِ تنزيله على الاستئناف، والصورتان بتمامهما مذكورتان في «باب الإقرار»؛ لِأَنَّهُ ذَكَرَهُمَا في الكِتَابِ هُنَاكَ، إِلَّا أَنَّ التَّصْوِيرَ ثُمَّ فيما إذا قال: أَنْتِ طَالِقٌ فَطَالِقٌ، وها هنا فيما إذا قال: أَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَةً فَطَلْقَةً، فالحكم فيهما واحدٌ، وهناك ذَكَرَ التَّخْرِيجَ مِنَ الطَّلَاقِ في الإقرار وسكت عن التَّخْرِيجِ مِنَ الإقرار في الطلاق، وها هنا أشار إلى الطَّرْفَيْنِ فقال: وقيل: قولان بالنقل والتَّخْرِيجِ فيهما.

ولو قال: أَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَةً بِلِ طَلَّقَتَيْنِ، وَقَعَ الثَّلَاثُ.

ولو قال: عَلِيُّ دَرَهْمٌ بِلِ دَرَهْمَانِ، لَمْ يَلْزَمْهُ إِلَّا دَرَهْمَانِ، وفرقوا بأن الاستدراك قَرِيبٌ في الإخبار، بَعِيدٌ عن الإنشاء، وبأنَّ التَّعَدُّدَ في الطَّلَاقِ أَسْرَعُ مِنْهُ في الإقرار؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لو تَلَفَّظَ بِكَلِمَةِ الطَّلَاقِ، ثُمَّ أعادها في مَجْلِسٍ آخَرَ، أو في ذلك المَجْلِسِ بعد حُضُورِ الفُضْلِ، يَتَعَدَّدُ<sup>(١)</sup> الطَّلَاقُ، ولو أعاد الإقرار لم يَتَعَدَّدِ المُقَرَّرُ به وصورة الإقرار مذكورة في الكتاب في باب [الإقرار] أَيْضاً بَيْنَمَا هُنَاكَ أَنَّ الأَصْحَابَ لم يتصرفوا في الصورتين بالتَّخْرِيجِ كَمَا فَعَلُوا في سائر الصُّورِ.

وقال: الإمام - رحمه الله - تعالى في قوله: طَلْقَةً بِلِ طَلَّقَتَيْنِ نَظَرٌ، فإنه قد ينبغي بذلك ضمُّ طَلْقَةٍ إلى طَلْقَةٍ قد أوقعتها، فَيَكُونُ الأولُ مُعَاداً في الثاني، كما في صورة الإقرار، وهذه الصُّورُ في المدخول بها، أمَّا غير المدخول بها فتبين بقوله: أَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَةً، فلا يؤثر قوله بعد ذلك «فطلقة» وكذا في سائر الصُّورِ.

الثالثة: إذا قال لامرأته المدخول بها: أَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَةً مع طَلْقَةٍ، أو طَلْقَةٍ معها طَلْقَةٍ، وَقَعَتْ طَلَّقَتَانِ، وكيف التقدير، أيقعان معاً أم على الترتيب؛ فيه وجهان:

(١) في ز: متعدد.

أظهرهما: يقعان معاً، لأن المعية تقتضي الضم والمقارنة فصار كما لو قال: أنت طالق طلقتين، وعلى هذا فوقت وقوعهما تمام الكلام.

والثاني: يقعان على الترتيب، لترتيب اللفظين ويبنى على الوجهين فيما إذا قال ذلك لغير المدخول بها، فإن قلنا بالأول، وقَع عليها طلقتان أيضاً، وإن قلنا بالثاني، فلا يقع إلا واحدة، كما لو قال أنت طالق طلقةً: فطلقةً، ويُحكى، هذا عن المُزَيِّ في «المشور».

ولو قال: أنتِ طالقٌ طلقةً تحت طلقة، أو تحتها طلقة، أو فوق طلقة، أو فوقها طلقة، فالذي ذكره الإمام وصاحب الكتاب أن هذه الصلوات تقتضي الجمع كالمعية، والجواب فيها كالجواب في «مع» وفي «التتمة» ما يقتضي الجزم بأنه لا يقع في غير المدخول بها إلا طلقة؛ لأن وصف الطلاق بالفوقية والتحتية مُحال، فيلغو اللفظان، ويصير كما لو قال: أنتِ طالقٌ طالقٌ أو أنتِ طالقٌ طلقة طلقة، وفي المدخول بها وجه آخر أنه لا يقع إلا طلقة، كما لا يلزم به في الإقرار إلا دزهم، وهذا ما اختاره القاضي ابن كج، والحناطي.

ولو قال: لزوجته المدخول بها: أنتِ طالقٌ طلقةً قبل طلقة، أو طلقةً بعدها طلقةً، فمضمون هذين اللفظين إيقاع طلقة، وتعقيبها بأخرى، فيقعان كذلك، ولو كانت غير مدخول بها وقَعَت واحدة، وحَصَلَت البيونة.

ولو قال، وهي مدخولٌ بها: أنتِ طالقٌ طلقةً بعد طلقة، أو قبلها طلقةً، فمضمون اللفظين إيقاع طلقة تسبقها طلقة، فيقع عليها طلقتان متعاقبتان، وهذا هو الصحيح المشهور، وفي كتاب القاضي ابن كج - رحمه الله -: أنه لا يقع إلا طلقة؛ لجواز أن يكون المعنى قبلها طلقة مملوكة أو ثابتة قال: وهذا عند الإطلاق، ولو قال: أردت ذلك، صدق بيمينه لا محالة، وإذا قلنا بالصحيح، ففي كيفية تعاقبهما وجهان:

أحدهما: وبه قال ابن أبي هريرة: أنه تقع أولاً الطلقة المنجزة التي بدأ بها في اللفظ، ثم تعقبها الطلقة المضمنة، ويلغو قوله: «قبلها» كما لو قال أنتِ طالقٌ أمس، يقع في الحال، ويلغو قوله: «أمس».

والثاني: أنه تقع أولاً الطلقة المضمنة بقوله «طلقة وقبلها طلقة» ويتلوها الطلقة المنجزة؛ لأن المعنى يقتضي ذلك، ويحكى هذا عن القاضي أبي الطيب - رحمه الله - وهو أزعج عند «صاحب الشامل»، وغيره، وليس المراد أن المضمنة تتقدم على تمام اللفظ بل يقعان بعد تمام اللفظ لكن تقع المضمنة أولاً، وتقع المنجزة في لحظ عقبها، ولو خاطب بإحدى اللفظين التي لم يدخل بها، فإن قلنا: تقع المنجزة أولاً، ثم تقع أخرى، فما هنا تقع واحدة، ولا يعقبها شيء، وإن قلنا: تقع المضمنة أولاً فتقع واحدة أو لا يقع شيء؟ فيه وجهان بناهما القاضي الحسين على الخلاف في مسألة دؤر

الطلاق، إن صحَّحنا الدُّور لم تقع ها هنا؛ لأن شَرَط وقوع واحدة وقوعُ أُخْرَى قبلها، ولو وَقَعَتْ واحدة قبلها [لم تقع] إن أبطلنا الدُّور أوقعنا طلاقه بقوله: «أَنْتِ طالِقٌ طَلَّقَةٌ» وألغينا قوله «قبلها طلاقه» ولم يرتض الإمام - رحمه الله - هذا البناء، وقال: المعنى المانع من الوقوع ها هنا أنه أوقع طَلَّقَةً مسبوقة بطلاقه، ولا يُتَصَوَّرُ في غير المدخول بها وقوع طلاقه مسبوقة بطلاقه وإذا لم تقع طلاقه مسبوقة بطلاقه وجب ألا يقع شيء، إلا إذا كان الواقع غيرها أوقعه، وهذا المعنى لا يختلف بين أن نصَّح الدُّور، أو لا نصَّححه، فليس الوجهان مبنيان على تَصْحيح الدور وإبطاله، ولكن وجه المنع ما بيَّنا، ووجه وقوع واحدة أن مقصوده توزيع الطلقتين على زمانين لا أن تصير طلاقه وصفا لطلاقه ولذلك يُخَكِّمُ بوقوع طلاقه فيما إذا قال لها: أَنْتِ طالِقٌ طَلَّقَةٌ: قبل طلاقه، أو بعدها طلاقه، ولا نقول: لا يقع شيء؛ لأنه وصف الطلاقه الموقَّعة باستعقاب أخرى، فإذا لم يقع أخرى، ولم يحصل الوصف، وربما فرق بين الطرفين بأنه قال: أَوَّلٌ وَكَلْدٌ تَلْدِينُهُ، فَهُوَ حُرٌّ، فولدت ولداً، يُعْتَقُ، وإن لم تَلِدْ بعده، ولو قال: الثاني من أولادك حُرٌّ، لم يكن بُدُّ من أوَّل، وكيف ما قدر البناء والتوجيه؟! فالأصح على ما ذكره الشيخ أبو علي وغيره أنه تقع طلاقه، ووجهه بغضهم بأن قوله: «أَنْتِ طالِقٌ» إيقاع طلاقه، فلا يرتفع بقوله: «قبلها طلاقه»، وحكى الشيخ أبو علي - رحمه الله - وجهاً آخر: أنه تقع طَلَّقَتَانِ، ويلغو قوله: «قبلها» ويصير كأنه قال: أَنْتِ طالِقٌ طَلَّقَتَيْنِ، ولو قال للمدخول بها: أَنْتِ طالِقٌ طَلَّقَةٌ قبلها طلاقه، وبعدها طلاقه، طَلَّقَتِ ثَلَاثًا. ولو قال: طلاقه قبلها وبعدها طلاقه فكذلك؛ لأن الطلاقه الواحدة تَتَوَزَّعُ على ما قبلها وبعدها، فيكْمُلُ النقصان، وفي «شرح الشيخ أبي علي» - رحمه الله - وجه آخر: يقع طلقتان:

إحدهما: المنجزة. وأخرى: تقع بعدها ويلغو قوله: «قَبْلَهَا» والظاهر الأول.

ولو خاطب غير المدخول بها بإحدى هاتين اللفظتين، خرج ممَّا سَبَقَ وجهان في أنها تُطَلَّقُ واحدة ولا تُطَلَّقُ شيئاً، ومهما قال أردت بقولي: «بعدها طلاقه» أي سأطلقها طلاقه من بعد، لم يُقْبَلْ في الظاهرة، وَيُدَيْنُ.

ولو قال: أردتُ بقولي قبلها طلاقه أن زوجاً آخر طَلَّقَهَا، أو طَلَّقَهَا في نكاح آخر، فَعَلَى ما سيأتي فيما إذا قال: أَنْتِ طالِقٌ في الشُّهُرِ الماضي وفسر به.

وقوله في الكتاب «أَنْتِ طالِقٌ قبل طلاقه، أو قبلها طلاقه، وَقَعَتْ اثْنَتَانِ بَعْدَ الدخول، وَقَبْلَ الدخول، تَقَعُ واحدة على وجه؛ ولا يقع شيء على وجه» ظاهر في جريان القولين في قوله: «طلاقه قبل طلاقه» وقوله: «قبلها طلاقه» لكن الوجهين فيما إذا قال: «طلاقه قبلها طلاقه» أمَّا في قوله «طلاقه قبل طلاقه» يقع واحدة وجهاً واحداً؛ على ما تبين في الشرح، فليضم في لفظ الكتاب ما نحتاج إليه، ثم ليعلم قوله: «تقع واحدة»

وقوله: «لم يقع شيء» كلاهما بالحاء؛ لأن عند أبي حنيفة إذ قال لغير المدخول بها: أنتِ طالقٌ طلقاً قبلها [طلقة] أو طلقاً بعد طلقةٍ تقع طلقتان؛ لأنه أوقع واحدة وأقر بأخرى من قبل.

فُرُوعٌ: إذا قال لامرأته المدخول بها: أنتِ طالقٌ طلقاً قبلها طلقه، أو طلقاً بعدها طلقه تقع طلقتان على الترتيب.

ولو قال: أنتِ طالقٌ ثلاثاً، فالظاهر أنه تقع الثلاث عند فراغه من قوله ثلاثاً، وفيه وجه أنه تبين بالفراغ من وقوع الثلاث بقوله: «أنتِ طالقٌ».

قال الإمام: وهذا الخلاف مأخوذ من الخلاف فيما إذا قال: أنتِ طالقٌ، وماتت قبل أن يقول: ثلاثاً، إن قلنا هناك لا يقع شيء، فما هنا تقع الثلاث بالفراغ من قوله: «ثلاثاً»، وإن قلنا هناك: يقع الثلاث<sup>(١)</sup>، فتبين وقوع الثلاث بقوله: «أنتِ طالقٌ» قال: وقياس من قال: إنه يقع طلقه [إذا أراد بقوله أنتِ طالقٌ ثلاثاً فماتت قبل قوله: ثلاثاً] بقوله: «هي طالقٌ» أن تقع طلقه بقوله: «[أنتِ] طالقٌ»، ها هنا، ويتم الثلاث بقوله: «ثلاثاً» لكنه ضعيف؛ لأنه لا خلاف أنه لو قال لغير المدخول بها: أنتِ طالقٌ ثلاثاً، تقع الثلاث، وذلك يدل على أنها لا تقع مرتبة.

ولو قال: أنتِ طالقٌ خمساً أو إحدى عشرة وقع الثلاثة مدخولاً بها أو لم تكن.

ولو قال: واحدة ومائة وهي غير مدخول بها لم يقع إلا واحدة.

ولو قال إحدى وعشرين، فيقع الثلاث كما لو قال: إحدى عشرة، أو لا تقع إلا واحدة، كقوله واحدة ومائة فيه وجهان<sup>(٢)</sup>:

بالأول قال: أبو حنيفة.

ولو قال: واحدة ونصفاً، لم تقع إلا واحدة، ولغا النصف كما لو قال: واحدة وواحدة. ولو قال: اثنتين إلا نصفاً فلا فرق بين المدخول بها وغيرها، وفيه وجهان مذكوران في «باب الاستثناء».

ولو قال: أنتِ طالقٌ واحدةً بل اثنتين<sup>(٣)</sup> أو ثلاثاً، فإن كانت مدخولاً بها، وقع الثلاث، وأما في غير المدخول بها، فلا تقع إلا طلقه، وتبين بها، فيلغو قوله: «ثنتين أو

(١) في ب: الطلاق.

(٢) قال النووي: الأصح، أنه تقع واحدة؛ لأنه معطوف بقوله: واحدة ومائة، بخلاف إحدى عشرة؛ فإن مركب فهو بمعنى المفرد.

(٣) في ز: اثنتين.

ثلاثاً». ولو قال: أنت طالق اثنتين بل واحدة، فإن كانت مدخولاً بها وقع الثلاث، وإلا لم تقع إلا اثنتان. ولو قال أنت طالق واحدة بل ثلاثاً إن دخلت الدار، فوجهان:

قال ابن الحداد، وهو الأصح، تقع واحدة بقوله: «أنت طالق» ويتعلق بدخول الدار، ورد الشرط إلى ما يليه خاصة، وهو قوله: «بل ثلاثاً» وقال غيره يتعلق الثلاث بالدخول، فيرجع الشرط إليهما جميعاً إلا أن يقول: أردت تخصيص الشرط بقولي «ثلاثاً» وإن كانت امرأة غير مدخول بها، فعلى الوجه الأول تبين بالواحدة الواقعة في الحال؛ فإن نكحها بعد ذلك، ودخلت الدار، فقد قيل: إنه على قولي عود الحنث، والصحيح أنه لا يقع الطلاق بحال، ولا يخرج على القولين؛ لأنها إذا باتت، كان التعليق بالدخول واقعاً في حال البيونة فيلغو، وعلى الوجه الثاني يتعلق الطلقات الثلاث بالدخول، فإذا دخلت، فعلى الوجهين السابقين، فيما إذا قال لغير المدخول بها: إن دخلت الدار، فأنت طالق وطالق، فعلى أحد الوجهين لا يقع إلا واحدة، وعلى الأظهر: يقع الثلاث؛ لتعلقها جميعاً بالدخول.

ولو قال لغير المدخول بها: أنت طالق اثنتين بل ثلاثاً إن دخلت الدار، فعلى قول ابن الحداد يقع الطلقتان في الحال، ولا يصح تعليق الثالثة بالدخول؛ لحصول البيونة، وعلى الثاني تتعلق الثلاث بالدخول فإذا دخلت، ففي وجه تقع اثنتان، وفي الوجه الأظهر: يقع الثلاث.

ولو قال: أنت طالق تطليقة قبلها كل تطليقة، أو بعدها كل تطليقة، قال إسماعيل البوشنجي - رحمه الله -: قياس المذهب أن يقال: إن كانت مدخولاً بها تقع الثلاث مع ترتب بين الواحدة وباقي الثلاث ويجيء في كيفية الترتيب وفي قوله: «تطليقة قبلها كل تطليقة» وجهان:

أحدهما: أنه يقع الواحدة الموقعة في الحال، ويتبين وقوع الزيادة قبلها، وهو أشبه بظاهر اللفظ.

والثاني: أنه ينتجز ما بأجله قبل الواحدة، ثم تعقبه الواحدة، ولو لم يكن مدخولاً بها، إن قلنا: تقع الواحدة ثم الزيادة لم تقع إلا واحدة، وإن قلنا بوقوع ما قبل الواحدة أولاً، وقعت الصورة في الدور (والله أعلم).

قَالَ الْعَرَالِيُّ: (الْفَضْلُ الثَّلَاثُ فِي الطَّلَاقِ بِالْحِسَابِ): وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَقْسَامٍ: (الْأَوَّلُ): إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةٌ فِي اثْنَتَيْنِ وَأَرَادَ الْحِسَابَ كَانَ كَمَا نَوَى، وَإِنْ أَرَادَ الظَّرْفَ قَبْلَ وَلَمْ يَقَعْ مَا جَعَلَهُ ظَرْفًا، وَإِنْ أَرَادَ الْجَمْعَ وَقَعَّ وَكَانَ فِي مَعْنَى مَعَ، وَإِنْ أَطْلَقَ وَهُوَ مِمَّنْ لَا يَفْهَمُ الْحِسَابَ حُمِلَ عَلَى الظَّرْفِ، وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ يَفْهَمُ الْحِسَابَ وَلَكِنْ لَمْ يَفْصِدْهُ الْآنَ

فَيُخْمَلُ عَلَى الظَّرْفِ أَوْ الحِسَابِ فِيهِ قَوْلَانِ وَالْجَاهِلُ بِالحِسَابِ إِذَا قَالَ: أَرَدْتُ مَا يُرِيدُهُ الحُسَابُ لَمْ يَقْبَلْ عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ: طَلَّقْتُ مِثْلَ مَا طَلَّقَ زَيْدٌ وَهُوَ لَا يَدْرِي عَدَدَهُ لَمْ تُؤْتَرْ نِيَّتُهُ عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ لِتَعَدُّرِ إِرَادَةِ مَا لَمْ يُعْلَمَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: القول في الطلاق بالحساب تزجّمه الفُضْل: الطلاق بالحساب وجعله على ثلاثة أقسام:

أحدها: في الألفاظ المُستعمل مثلها في حساب الضرب.

والثاني: في تجزئة الطلاق وألفاظها.

والثالث: فيما إذا أشرك بين نسوة في طلقة أو طلقات، وبيان ما يقتضيه التوزيع.

أما الأول: فإذا قال: أَنْتِ طَالِقٌ طَلَقَةٌ فِي طَلَقَةٍ، أَوْ وَاحِدَةٌ فِي وَاحِدَةٍ، سُئِلَ عَمَّا أَرَادَ، فَإِنْ قَالَ: أَرَدْتُ طَلَقَةً مَعَ طَلَقَةٍ قُبِلَ، وَوَقَعَتْ طَلَقَتَانِ، وَقَدْ تُسْتَعْمَلُ «فِي» بِمَعْنَى «مَعَ»، كَقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿قَالَ ادْخُلُوا فِي أُمَمٍ﴾ [الأعراف: ٢٨] أَي مَعَ أُمَّمٍ وَإِنْ قَالَ: أَرَدْتُ الظَّرْفَ، أَوْ الحِسَابَ، أَوْ لَمْ أَرِذْ شَيْئاً لَمْ يَقَعْ إِلَّا طَلَقَةٌ، هِيَ قَضِيَّةُ الظَّرْفِ وَالحِسَابِ. وَإِنْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ طَلَقَةٌ فِي طَلَقَتَيْنِ، أَوْ وَاحِدَةٌ فِي اثْنَتَيْنِ، وَأَرَادَ مَعَ اثْنَتَيْنِ، وَقَعِ الثَّلَاثُ، وَإِنْ أَرَادَ الحِسَابَ، إِنْ كَانَ عَالِماً بِمُوجِبِ اللَّفْظِ فِي أَصْطِلَاحِ الحِسَابِ، وَقَعَتْ طَلَقَتَانِ، وَإِنْ كَانَ جَاهِلاً، وَقَالَ أَرَدْتُ مَا يُرِيدُهُ الحُسَابُ، فَوَجْهَانِ، عَنْ أَبِي بَكْرِ الصِّرْفِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ - أَنَّهُ «تَقَعِ طَلَقَتَانِ؛ أَنَّهُ أَرَادَ مَا يُرِيدُونَهُ».

وقال أكثرهم: لا يقع إلا طلقة، لأن ما لم يُعْلَمَ لا يصح إرادته، فإذا لم يُكُنْ عارفاً بما يريدونه [لم يكن قاصداً] للعدد، والوجهان كالوجهين فيما إذا أتى العجمي بلفظة الطلاق، وقال: أَرَدْتُ بِهَا مَا يُرِيدُهُ العَرَبِيُّ، وَهُوَ لَا يَعْرِفُ مَعْنَاهَا، وَأَجْرِي الخِلافِ فِيمَا إِذَا قَالَ: طَلَّقْتُ امْرَأَتِي مِثْلَ مَا طَلَّقَ زَيْدٌ، وَهُوَ لَا يَدْرِي كَمَ طَلَّقَ زَيْدٌ وَكَذَا يَكُونُ الحُكْمُ لَوْ نَوَى عَدَدَ طَلَاقِ زَيْدٍ، وَلَمْ يَتَلَفَّظْ، وَإِنْ أَطْلَقَ، وَلَمْ يَنْوِ شَيْئاً، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِمَّنْ يَعْرِفُ الحِسَابَ، لَمْ تَقَعْ إِلَّا طَلَقَةٌ وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ يَعْرِفُ الحِسَابَ فَقَوْلَانِ:

أحدهما: أَنَّهُ يَحْتَمَلُ عَلَى الحِسَابِ، وَتَقَعِ طَلَقَتَانِ، لِأَنَّهُ الاسْتِعْمَالُ المَشْهُورُ فِي الأَعْدَادِ، وَالرَّجُلُ عَارِفٌ بِهِ، وَأَظْهَرُهُمَا: أَنَّهُ لَا تَقَعُ إِلَّا وَاحِدَةٌ، لِأَنَّ الأَصْلَ الظَّرْفَ، وَالاسْتِعْمَالُ واقِعٌ فِيهِ، وَإِذَا اخْتَلَفَ الإِطْلَاقُ، أَخَذَ بِالْيَقِينِ وَهُوَ طَلَقَةٌ، وَرَبَّمَا شَبِهَ القَوْلَانِ بِالْقَوْلَيْنِ فِيمَا إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، أَنْتِ طَالِقٌ، وَمِنْهُمْ مَنْ لَا يُطْلِقُ لَفْظَ القَوْلَيْنِ فِي المَسْأَلَةِ وَيُنَسِبُ التَّوْحِيدَ إِلَى النِّصْرِ، وَالتَّعْدِيدَ إِلَى أَبِي إِسْحَاقَ؛ وَعَنْ الشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ وَغَيْرِهِ رِوَايَةٌ قَوْلِ ثَالِثٍ: أَنَّهُ يَقَعُ الثَّلَاثُ؛ لِتَلَفُّظِهِ بِهَا، وَيَجِيءُ هَذَا القَوْلُ فِيمَنْ لَا يَعْرِفُ الحِسَابَ، وَلَمْ يَنْوِ شَيْئاً، وَيَعْلَمُ قَوْلُهُ فِي الكِتَابِ «وَإِنْ أَرَادَ الحِسَابَ كَانَ كَمَا نَوَى» بِالحَاءِ؛ لِأَنَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللهُ - لَا يَقَعُ إِلَّا طَلَقَةٌ، سِوَاءَ عَرَفَ الحِسَابَ أَوْ

لم يَعْرِف، أَرَادَهُ أَوْ لَمْ يُرِدْهُ، وَقَوْلُهُ فِيْمَا إِذَا «أَطْلَقَ وَهُوَ مِمَّنْ لَا يَفْهَمُ الْحِسَابَ حُجِلَ عَلَى الظَّرْفِ» بِالْوَاوِ؛ لِقَوْلِ الْمُرَوِّى: أَنَّهُ يَقَعُ الثَّلَاثُ، وَوُقُوعُ الثَّلَاثِ يَنْفِي الْحَمْلَ عَلَى الظَّرْفِ، وَقَوْلُهُ: «فِي إِطْلَاقٍ مَن يَفْهَمُ الْحِسَابَ «قَوْلَانِ» يَجُوزُ إِعْلَامُهُ بِالْوَاوِ؛ لِأَنَّ فِي «أَمَالِي أَبِي الْفَرَجِ» طَرِيقَةً قَاطِعَةً بِأَنَّهُ لَا تَقَعُ إِلَّا طَلَقَةٌ، كَمَا يَقْتَضِيهِ مَعْنَى الظَّرْفِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةٌ فِي ثَلَاثٍ، فَإِنَّ قَصْدَ مَعْنَى الْحِسَابِ، وَقَعَ الثَّلَاثُ، إِنْ كَانَ عَالِمًا بِهِ، وَإِلَّا فَعَلَى الْوَجْهِينِ، وَإِنْ لَمْ يَقْصِدْ شَيْئًا، فَعَلَى التَّفْصِيلِ وَالْخِلَافِ الْمَذْكُورَيْنِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثُنْتَيْنِ فِي اثْنَتَيْنِ اثْنَيْنِ، فَإِنَّ قَصْدَ الْحِسَابِ، وَقَعَ الثَّلَاثُ، وَإِنْ لَمْ يَقْصِدْ شَيْئًا فَيَقَعُ طَلَقَتَانِ أَوْ ثَلَاثَ، فِيهِ الْخِلَافُ السَّابِقُ.

ولو قال أنتِ طالقٌ نصفٌ طلاقٌ في نصف طلاق، وقعت طلاقاً، وسواءً أراد الظرف أو الحساب أو المعية أو لم يقصد شيئاً، ولو قال: واحدة في نصف، فكذلك إلا أن يريد المعية فيقع طلقتان ولو قال واحدة وربعاً أو نصفاً في واحدة وربع وقع طلقتان إلا أن يريد المعية فتقع الثلاث. ولو قال: أنتِ طالقٌ من واحدة إلى ثلاث فهل يقع الثلاث أم ثنتان أو واحدة، ويدخل الظرفان أو اثنتان، ويدخل الأول دون الثاني، أو واحدة ولا يدخل واحد من الطرفين فيه ثلاثة أوجه، كما بيّنا في «الإقرار»، والأصح عند صاحب «التهديب» - رحمه الله - الأول.

ولو قال: ما بين الواحدة والثلاث وقعت طلاقاً على الظاهر، ويجيء فيه اختلاف سبق في نظيره من الإقرار.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الْقِسْمُ الثَّانِي فِي التَّجْزِئَةِ): فَإِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ نِصْفَ طَلَقَةٍ أَوْ رُبْعَ طَلَقَةٍ وَقَعَتْ طَلَقَةٌ وَاحِدَةٌ وَكَمُلَ، وَلَوْ قَالَ: ثَلَاثَةٌ أَنْصَافِ طَلَقَةٍ أَوْ أَرْبَعَةٌ أَثْلَاثِ طَلَقَةٍ وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ عَلَى وَجْهِهِ، وَتَقَعُ ثُنْتَانِ عَلَى وَجْهِ لِزِيَادَةِ الْأَجْزَاءِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ نِصْفَ طَلَقَتَيْنِ أَوْ نِصْفِي طَلَقَةٍ وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ عَلَى وَجْهِهِ، وَقِيلَ: يَقَعُ ثُنْتَانِ، وَلَوْ قَالَ: ثَلَاثُ رُبْعٍ وَسُدُسُ طَلَقَةٍ فَهِيَ وَاحِدَةٌ، وَلَوْ قَالَ: ثَلَاثُ طَلَقَةٍ وَرُبْعُ طَلَقَةٍ وَسُدُسُ طَلَقَةٍ فَهِيَ أَيْضاً طَلَقَةٌ، وَقِيلَ: هِيَ ثَلَاثُ طَلَقَاتٍ.

قال الرافعي: كما أن محلّ الطلاق لا يبعض، ويكون ذكر بعضه كذكر كله في وقوع الطلاق، كما إذا قال: بغضك طالق، فنفس الطلاق لا يتبعض ويكون ذكر بعضه كذكر كله؛ لقوته وغلبته، سواءً أبهم بأن قال: أنتِ طالقٌ بغض طلاقاً أو جزءاً أو سهماً من طلاق، أو<sup>(١)</sup> أعلم بأن قال: أنتِ طالقٌ نصف طلاق، أو رُبْع طلاق، وذكر الإمام -

(١) في ز: هو.

رحمه الله - أن وَقُوع الطلاق عَلَى سبيل التعبير ببعض عن الكل، ولا يُتَخَيَّلُ ها هنا السرية المذكورة فيما إذا قال: بعضك طالق، لكن لا يَظْهَرُ بينهما فرق محقّق، وفي كلام الشيخ أبي حامد وغيره أنه يجوز أن يكون ذلك بطريق السرية، ويجوز أن يلغى قوله: نصف طَلَقَة، ويعمل قوله: أنتِ طالق، ثم فيه صور:

إحدهما: لو زاد في الأجزاء، فقال: أنتِ طالق ثلاثة أنصاف طلقة، أو أربعة أثلاث طلقة، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يَقَعُ إلا طَلَقَة؛ لأن الأجزاء المذكورة مضافَة إلى طلقة، والواحد لا يشتمل على تلك الأجزاء فتلغو الزيادة، ويصير كأنه أنتِ طالق نصفين طلقة، أو ثلاثة أنصاف طلقة، ويلغو الآخر [والأظهر وقوع طلقتين] ويصير كما لو قال: أنتِ طالق طلقة ونصف طلقة أو طلقة وثلث طلقة، وعلى هذا القياس قوله: خمسة أربع طلقة أو نصف وثلثي طلقة<sup>(١)</sup>.

وحكى الحناطي وجهاً ثالثاً: أنه يقع ثلاث طلقات، ويجعل كل نصف من طلقة، ولو قال: لفلان عليّ ثلاثة أنصاف درهم، فعلى الوجه الأول: لا يلزمه إلا درهم، وعلى [الثاني] يلزمه درهم ونصف.

الثانية: إذا قال: أنتِ طالق نصفي طلقة لم يَقَعُ إلا طلقة إلا أن يريد نصفاً من طلقة، ونصفاً من أخرى، وكذا لو قال: ثلثي طَلَقَة أو ربعي طلقة، وأشار في الوسيط إلى خلاف في هذه الصورة، فقال: الصحيح أنه تقع واحدة، والكتب ساكتة عن حكاية الخلاف، لكنّه جَارٍ على قياس الوجه الذي نقله الحناطي<sup>(٢)</sup>؛ فإنه إذا حمل قوله: «ثلاثة أنصاف طَلَقَة» على أن كل نصف من طلقة، فكذلك قوله: نصفي طلقة، ولو قال أنتِ طالق نصف طلقتين، ففيه وجهان:

أحدهما: ويُحَكِّي عن أبي إسحاق: أنه يقع طلقتان، لأنه أضاف النصف إلى الطلقتين، فقضيته النصف من هذه، والنصف من هذه، ألا ترى أنه لو قال: لفلان نصف هذين العبدين، كان إقراراً بالنصف من كل واحد منهما، وعلى هذا فلو قال: أردت طلقة واحدة يديّن، وهل يقبل ظاهراً؟ وفيه وجهان: ووجه المنع القياس على ما لو قال المقرّ بنصف العبدين: أردت به هذا العبد، بأنه لا يقبل.

وأصحهما: أنه لا تقع إلا طلقة؛ لأن نصف الطلقتين طَلَقَة، وحمل اللفظ عليه

(١) قال النووي: هذا الخلاف فيما إذا زادت الأجزاء على طلقة، ولم يجاوز طلقتين، فإن جاوزت كقوله: خمسة أنصاف طلقة، أو سبعة أثلاث طلقة وأشباهه، كان الخلاف في أنه يقع طلقة أم ثلاث.

(٢) قال النووي: قد حكى الوجه الذي أشار إليه في «الوسيط» عن «شرح المفتاح».



صحيحٌ ظاهراً فلا توقع الزيادة على طَلَقَةٍ من غير يقين، ولا ظُهُور.

قال الإمام - رحمه الله -: وليس كمسألة العبدَيْن، فإنهما شخصان ماثلان لا يتمثلان بإضافة النصف إليهما إضافةً إلى كلِّ واحدٍ منهما، والطلِّقَتان يضاحيان العَدَدَ المخض، والنصف إذا أُضيفَ إلى اثنين يتوجَّه حملُهُ على واحد.

ولو قال: على نصف درهمين، قال الشيخ أبو علي - رحمه الله -: لا يلزمه<sup>(١)</sup> بإجماع الأصحاب - رحمهم الله - إلا ذرهم واحد؛ لأننا إن أخذنا نصفاً من درهم، ونصفاً من درهم، فلا يلزم إلا درهم.

ولو قال: أنت طالق بل طلقتين، فعلى الوجه الأول تقع طلقتان، وعلى الثاني طلقةً، ولو قال: ثلث درهمين، فالواجبُ ثلثا درهم بلا خلاف.

ولو قال: نصفي طلقتين، أو ثلثي طلقتين، يقع طلقتان، وحكى الشيخ أبو الفرج خلافاً للأصحاب في كيفية وقوعهما، فعن بعضهم أن نصف الطلقتين طلقةً، فنصفاه طلقتان، قال: ومن قال بهذا قال: يقع في قوله: «أنت طالق نصف طلقتين» طلقةً، وعن بعضهم: أن كل نصف من طلقة يكملان، ومن قال بهذا جعل إضافة النصف إلى الطلقتين؛ كإضافة النصفين إليهما، وأوقع هناك طلقتين.

ولو قال: أنت طالق ثلاثة أنصاف طلقتين، فوجهان:

أحدهما: تقع طلقتان، لأن الطلقتين تستمِلان على ثلاثة أنصاف، فكأنه قال: طلقةً ونصفاً من طلقتين، فيكمل؛ ولأن الطلقتين كالشيء الواحد، والواحد لا يكون له إلا نصفان، فيلغو الزيادة، ويصير كأنه قال: أنت طالق نصفي طلقة ونصفي طلقة، أو<sup>(٢)</sup> أنت طالق طلقتين.

والثاني: يقع ثلاث طلقات؛ لأن نصف الطلقتين واحد، فنصفاه طلقتان، فثلاثة أنصافهما ثلاث طلقات، ولأن نصفي طلقتين طلقتان، فثلاثة أنصافهما تكون ثلاث طلقات، واختار الوجه الأول جماعةً وإلى الثاني ذهب ابن الحداد.

قال الشيخ أبو علي: وعليه أكثر الأصحاب.

ولو قال على ثلاثة أنصاف درهمين ففيما يلزمه الوجهان.

ولو قال: ثلاثة أنصاف الطلاق، ففي «التتمة» أنه يقع ثلاث طلقات، وينصرف اللَّفْظُ بالألف واللام إلى الجنس، ونقل الحنطي وجهين في أنه تقع واحدة أو ثلاث، كما لو قال: ثلاثة أنصاف طلقة.

(٢) في ز: و.

(١) في ز: يكون.

الثالثة: لو قال: أنتِ طالقٌ نصفٌ وثلثٌ طلقة أو ثلثٌ وربعٌ، وسدسٌ طلقة، لم تقع إلا طلقة؛ لأنهما جميعاً أجزاء واحد، ولو كرر لفظ الطلقة؛ فقال: ثلث طلقة وربع طلقة، وسدس طلقة، فوجهان أطلقهما صاحبُ الكتاب - رحمه الله -:

أحدهما: أنه لا تقع إلا طلقة؛ لأن لفظه الطلقة، وإن كررت، فهي مُحْتَمَلَةٌ للتأكيد والأجزاء، وإن كانت متغيرةً، فهي مضافةٌ والمضافُ تبعٌ للمضاف إليه، وأصحهما، وهو الذي أورده من أورد المسألة: أنه يقع ثلاث طلاقات؛ لأنه أضاف كل جزء إلى طلقة، وعطف البعض على البعض، فاقضى ذلك تغير الطلاقات، فقد سبق أن الصلوات المتغيرة إذا دخلت في الطلقات منعت من التأكيد، فكذلك الأجزاء المتغيرة، ولو لم يدخل الواو فيهما فقال: أنتِ طالقٌ ثلث طلقة، ربع طلقة، سدس طلقة، لم تقع إلا طلقةً، وفرقوا بأنه إذا لم يدخل الواو، كان الكل بمنزلة كلمة واحدة، وإذا أدخلها فلكل واحدة حكمها، فيقع بقوله: ثلث طلقة طلقة، وأخرى بقوله: وربع طلقة، ولهذا لو قال: أنتِ طالقٌ طالقٌ لم تقع إلا واحدة، ولو قال: أنتِ طالقٌ وطالقٌ، وقعت طلقتان، ولو زادت الأجزاء [ولم يدخل الواو] فقال: أنتِ طالقٌ نصف طلقة، ثلث طلقة، وربع طلقة، ففي أمالي أبي الفرج - رحمه الله - أنه على الوجهين فيما إذا قال: ثلاثة أوصاف طلقة، ولو لم تتغير الأجزاء وتكررت الواو، فقال: أنتِ طالقٌ نصف طلقة، ونصف طلقة، ونصف طلقة، وقعت طلقتان، ويرجع في الطلقة الثالثة؛ لقصد التأكيد أم التجديد؟ كما لو قال: أنتِ طالقٌ، وطالقٌ، وطالقٌ، ولو قال: أنتِ نصف طلقة أو ثلث طلقة، كان كقوله أنتِ طلقة، أو أنتِ الطلاق، ولو قال: أنتِ طالقٌ نصف ثلث سدس، ولم يقل: طلقة، وقعت طلقة بقوله: أنتِ طالقٌ.

وقوله في الكتاب: «ولو قال: أنتِ طالقٌ نصف طلقتين أو نصفين طلقةً وقعت واحدةً عليّ وجهٌ وقيل يقعُ بُتْنانٍ» وذكر بعض الشارحين أن الوجهين فيما إذا قال: أنتِ طالقٌ نصف طلقتين، وفيما إذا قال: أنتِ طالقٌ نصفين طلقة، لا خلاف أنه لا تقع إلا طلقةً واحدةً، فربما حل النظم، فأفرد الصورة بالذكر، وأخرجهما عن جنس الوجهين، وكذلك لما ذكرنا أن الأئمة - رحمهم الله - لم ينقلوا خلافاً فيها، لكنه أطلق الخلاف ها هنا وفي «الوسيط» أمكن تنزيل وجهه على قياس المنقول، فيما إذا قال: أنتِ طالقٌ ثلاثة أنصاف طلقة، لم يبعد تركه بحاله، ولفظ الكتاب في قوله أنتِ طالقٌ، ثلث طلقة، وربع طلقة، وسدس طلقة، يقتضي ترجيح الوجه الذاهب إلى وقوع طلقة، والظاهر المشهور وقوع ثلاث طلاقات، على أن الإمام لم ينقل وجه الاختصار على طلقة على ما أطلقه صاحبُ الكتاب، ولكن قال: من أصحابنا من قال: إذا نوى صرف هذه الأجزاء إلى

طَلَقَةٍ وَاحِدَةً قَبْلَ ذَلِكَ [منه]<sup>(١)</sup>، وإن تعددت الألفاظ، فخصص التنزيل عليه بما إذا فسر كلامه به [والله أعلم].

قَالَ الْعَرَالِيُّ: (الْقِسْمُ الثَّلَاثُ فِي الْأَشْيَرَاكِ): فَإِذَا قَالَ لِأَرْبَعِ نِسْوَةٍ: أَوْقَعْتُ عَلَيْكُنَّ طَلَقَةً طَلَّقْتُ كُلَّ وَاحِدَةٍ طَلَقَةً، وَكَذَا لَوْ قَالَ: ثِنْتَيْنِ أَوْ ثَلَاثًا أَوْ أَرْبَعًا، فَإِنْ أَوْقَعَ خَمْسَ طَلَقَاتٍ طَلَّقْتُ كُلَّ وَاحِدَةٍ طَلَقَتَيْنِ، فَإِنْ أَوْقَعَ تِسْعَ طَلَقَاتٍ طَلَّقْتُ كُلَّ وَاحِدَةٍ ثَلَاثًا، وَإِنْ قَالَ: أَوْقَعْتُ بَيْنَكُنَّ طَلَقَةً فَطَلَقَةً لِلأَشْيَرَاكِ، فَإِنْ خَصَّصَ بِوَاحِدَةٍ فَبَيْنَهُ لَا تَقْبَلُ عَلَى أَصْحِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ قَالَ: أَوْقَعْتُ بَيْنَكُنَّ أَرْبَعَ طَلَقَاتٍ ثُمَّ خَصَّصَ بِوَاحِدَةٍ حَتَّى يَتَعَطَّلَ الرَّابِعَةُ لَمْ يَقْبَلُ عَلَى وَجْهِ، وَإِنْ قُبِلَ التَّخْصِصُ فِي الثَّلَاثِ، وَلَوْ قَالَ لِثَلَاثٍ: أَوْقَعْتُ عَلَيْكُنَّ طَلَقَةً وَقَالَ لِلرَّابِعَةِ: أَشْرَكَكَ مَعَهُنَّ وَتَوَى الطَّلَاقَ وَقَعْتُ عَلَى الرَّابِعَةِ وَاحِدَةً، وَقِيلَ: تَقَعُ ثِنْتَانِ لِأَنَّ الشَّرْكَةَ تَقْتَضِي أَنْ تَكُونَ عَلَى نِصْفِ الثَّلَاثِ وَهِيَ طَلَقَةٌ وَنِصْفٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: ليس الفضل قسماً برأسه في الحقيقة وإن أفرد بالذکر، ولكن صورة من لواحق التجزئة والتبعيض، والفقهاء مسألتان:

إحدهما: قال لئسائه، وهن أربع: أوقعت عليكُنَّ طَلَقَةً، فتقع على كل واحدة منهن طَلَقَةً؛ لأنه يَخُصُّ كل واحدة بربع طَلَقَةٍ، وبعض الطلاق يَكْمَلُ، ولو قال طَلَقْتَيْنِ أَوْ ثَلَاثًا أَوْ أَرْبَعًا، فكذلك يقع على كل واحدة طَلَقَةً فقط إلا أن يريد توزيع كل طَلَقَةٍ عليهن فيقع في طَلَقَتَيْنِ على كل واحدة طَلَقَتَانِ، وفي ثلاث ثلاث وفي أربع<sup>(٢)</sup> كذلك، وعند الإطلاق لا يعمل اللفظ على هذا التقدير؛ لبعده عن الفهم؛ ألا ترى أنه إذا قال: أقسّم هذين الدرهمين على هؤلاء الأربعة، لم يفهم منه الأمر بقسمة كل درهم عليهم، ولو قال: أوقعت عليكُنَّ خمسَ طَلَقَاتٍ طَلَّقْتُ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ طَلَقَتَيْنِ، إلا أن يريد التوزيع وكذلك في الستِّ والسبعِ والثماني، فإن أوقع تسعاً طَلَّقْتُ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ ثَلَاثًا، ولو قال: أَوْقَعْتُ بَيْنَكُنَّ طَلَقَةً، فهو كقوله: أوقعت عليكُنَّ طَلَقَةً، فيقع على كل واحدة طَلَقَةً، فإن قال: أردتُ بعضَهُنَّ دون بعض، فَيَدَيِّنُ وهل يُقْبَلُ ظاهرًا؟ فيه وجهان:

أظهرهما: وهو الذي أورده جماعة أنه لا يُقْبَلُ؛ لأن ظاهر اللفظ يقتضي الشركة، لقوله عليكُنَّ، والثاني: يُقْبَلُ؛ لأنه إذا كانت الطَلَقَةُ فيهن كان الطَّلَاقُ بينهن؛ ولأن مثل هذا اللفظ يطلق للحضرة في الجملة، كما يقول: من يتهم واحداً من الجمع بالسرقة،

(١) سقط في ز.

(٢) قال النووي: هذا الذي ذكره هو المنصوص في «الأم» وبه قطع الجمهور، وقال أبو علي الطبري: يحمل على التوزيع وإن لم ينوه.

السرقه بين هؤلاء، يريد الحضر فيهم، ولا يريد التشريك بينهم، والوجهان على ما في «النهاية» و «التهذيب» وغيرهما مخصوصان بما إذا قال: أوقعتُ بينكن، أمّا في قوله: «عليكن» وقال: يُقْبَلُ هذا التفسير، ويعمم الطلاق، واغْلَمَ أنا ذَكَرْنَا فيما إذا قال: كلُّ امرأة لي طالقٌ أو نسائي طوالتُ وجهاً عن ابنِ الوكيل، وغيره: أنه لو قال: أردتُ بعضهن، يُقْبَلُ، وذلك الخلاف يَجْرِي لا محالة في قوله: أوقعتُ عليكن طلاقاً، فكان المراد ها هنا أنا إذا أجبنا بظاهر اللَّفْظ، وقُلْنَا: لا يُقْبَلُ التخصيص في قوله: نسائي طوالتُ، وفي قوله: أوقعتُ عليكن طلاقاً، ففي قوله: أوقعتُ بينكن هذان الوجهان، وإذا قلنا: لا يُقْبَلُ فذلك فيما إذا أخرج بعضهن عن الطلاق، أمّا إذا فضل بعضهن على بعض مثل أن يقول: أوقعتُ بينكن ثلاث طلاقات، ثم قال: أردتُ إيقاع طلقتين على هذه وقَسَمْتُ الأخرى على الباقيات، فوجهان:

أظهرهما: أنه يُقْبَلُ، وبه قال الشيخ أبو علي - رحمه الله - ونسبه القاضي ابن كج - رحمه الله - إلى نص الشافعي - رضي الله عنه - لأنه لم يخرج واحدة عن الطلاق، والعدد المذكور يكون بينهما، وإن تفاوتن في القدر الذي يلحقهن، وهذا كما أنه يصح أن يُقال: هذه الدار بين فلان، وفلان، وإن تفاوتتا في القدر والمستحق.

والثاني: عن رواية أبي الحسين بن القطان: أنه لا يُقْبَلُ، ويجب استواؤهن، وإن قلنا: يُقْبَلُ، فذلك فيما إذا لم يتعطل شيء من الطلاق، وإن تعطل كما إذا قال: أوقعتُ بينكن أربع طلاقات، ثم خصصهما جميعاً بواحدة منهن، فوجهان:

أحدهما: يُقْبَلُ أيضاً لأننا نقرّ على قول التخصيص، وإذا قلنا: التخصيص فهذا من موجباته، ولواحقه ولكنه قال: لواحدة: أنتِ طالقٌ أربعاً.

وأقربهما المنع؛ لأنه خاطب بعدد من الطلاق من يقبل ذلك العدد، فيعد تعطيله، وإجباطه، وحيث قلنا: لا يُقْبَلُ، فذلك في النفي عن من يُنْفَى عنها، وأمّا في الإثبات في حق من يثبت، فيؤخذ بموجب إقراره حتى إذا أوقع بين أربع طلاقات، ثم قال: أردتُ أن تقع على هذه طلقتان، وعلى هذه طلقتان، وتبقى الأخرى على النكاح، فيلحق كل واحدة من الأولتين طلقتان، والخلاف في الأخيرتين، فإن لم يقبل ما يقوله، وقع على كل واحدة منهما طلاقاً وفيما إذا خصص الأربع بواحدة، وقلنا بعدم القبول، فيقع على التي طلقها ثلاثاً بإقراره، وعلى الأخرين طلقتان، وإذا قال: أوقعتُ بينكن خمس طلاقات، لبعضكن أكثر مما لبعض، فلا يجيء الخلاف في أنه يصدق ويفضل بعضهن، ويجيء في تصديقه في إخراج بعضهن.

ولو قال: أوقعتُ عليكن نصف طلاق: أو ثلثها، وقَعَ على كل واحدة طلاقاً، ولو قال: أوقعتُ بينكن خمس طلاق، وسدس طلاق، وثلث طلاق، فيبني على الخلاف، السابق فيما إذا خاطب به واحدة، فإن قلنا: لا يقع به إلا طلاق واحدة، فكذلك ها هنا

فتطلق كل واحدة واحدة، وإن قلنا بالصحيح، وهو وقوع الثلاث، فها هنا يقع [على] (١) كل واحدة ثلاث طلاقات؛ لأن تغاير الأجزاء، وعطف بعضها على بعض يشعر بقسمة كل جزء بينهما. قال الإمام - رحمه الله - ويَحْتَمَلُ أن يجعل كما لو قال: أوقعتُ بينك ثلاث طلاقات، والقسمة المستوية في ذلك لا توجب إلا طَلَقَةً، ولو قال: أوقعتُ بينك طَلَقَةً وطلقةً وطلقةً، فيجوز أن يقال: هو كما لو قال: ثلاث طلاقات، فتطلق كل واحدة طَلَقَةً ويجوز أن يُقَالَ تُطَلَّقُ كُلُّ واحدة ثلاث طلاقات؛ لأن التفصيل يشعر بقسمة كل طلاقة عليهن.

**المسألة الثانية:** إذا طَلَّقَ إِحْدَى امرأته، ثم قال للثانية أشركتك معها، أو جعلتك شريكته أو أنت كهي، أو مثلها، ونوى طلاقها، طَلَّقَتْ، وإلا لم تُطَلَّقْ، وكذا لو طَلَّقَ رَجُلٌ امرأته، فقال آخر لامرأته: أشركتك معها، أو أنت كهي، ونوى، ولو كانت تحته أَرْبَعٌ فقال لثلاث منهن: أوقعتُ عليكن أو بينك طَلَقَةً، فطلقن واحدةً واحدةً، ثم قال: للرابعة: أشركتك معهن، ونوى الطلاق، فيُنظَرُ؛ وإن أراد طلاقة واحدة تكون كواحدة منهن، طَلَّقَتْ واحدةً، وإن أراد أن تُشَارِكَ كل واحدة منهن في طلاقها طَلَّقَتْ ثلاثاً، فإن أطلق اللفظ، ونوى الطلاق، ولم ينو واحدة ولا عدداً، ففيه وجهان:

**أظهرهما:** وبه قال الشيخ أبو علي - رحمه الله -: تُطَلَّقُ واحدة؛ لأن جعلها كإحداهن أسبق إلى الفهم، وأظهر من تقدير توزيع كل طلاقة، والثاني عن القائل: أنها تُطَلَّقُ طَلَقَتَيْنِ؛ لأنه جعل الواحدة شريكة الثلاث وفي مقابلتهن، وقضية الاشتراك أن يصير ما لحقهن مقسوماً بينهما وقد لحقهن ثلاث طلاقات، فيلحقها نصف الطلاق، وهي واحدة ونصف، فيكمل طلقتين.

ولو قيل بناءً على هذا التوجيه [يلحقها] (٢) ثلاث طلاقات، ليكون لها مثل ما لهن إذا صارت شريكتهن، لم يكن بأبعد منه، وعلى قياس المسألة، طَلَّقَ اثنتين، ثم قال للأخريين: أشركتكما معهما، ونوى الطلاق، فإن أراد أن تكون كل واحدة منهن كواحدة من الأوليين، طَلَّقَتْ كُلُّ واحدة منهن طَلَقَةً، وإن أراد أن تكون كل واحدة كالأولين معاً في الطلاق أو أن تشارك كل واحدة منهما كل واحدة من الأوليين في طلقتيهما طَلَّقَتْ طَلَقَتَيْنِ طَلَقَتَيْنِ، وإن أطلق فتطَلَّقَ كُلُّ واحدة طَلَقَةً، على قياس ما قاله الشيخ أبو علي، وكذلك هو قياس المنقول عن القائل؛ لأنه يجعل الأخريين شريكين في ما للأولين فيقسم بينهما، وبين الأخريين، والذي لحقهما طلقتان، فيلحق الأخريين نصفها، وهو طلاقة، فنقسم بينهما وتكمل.

**فزع:** لو طَلَّقَ إِحْدَى امرأته ثلاثاً، ثم قال للأخرى: أشركتك معها، ولم ينو العدد، حكى إسماعيل البوشنجي أن المسألة جرت بين أبي بكر الشاش - رحمه الله

(٢) سقط في ز.

(١) سقط في ز.

- بمدينة السَّلام فأجاب أنها تُطلق واحدةً، وتَوَقَّف البوشنجي فيه، وقال: قد أَوْقَعَ علي الأولى<sup>(١)</sup> ثلاثاً، والتشريك يقتضي أن يَكُونَ لها مثل ذلك، وهذا التردد قريب من التردد فيما إذا طلق ثلاثاً، وقال للرابعة: أشركتك مَعَهُنَّ ولم يَنوَ العَدَد.

### البَابُ الرَّابِعُ فِي الاسْتِثْنَاءِ<sup>(٢)</sup>

قَالَ العَزَالِيُّ: فَإِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا وَاحِدَةً وَقَعَ ثِنْتَانِ، وَشَرَطَ الاسْتِثْنَاءُ أَنْ يَكُونَ مُتَّصِلًا، وَالظَّاهِرُ: أَنَّهُ يُشْرَطُ أَنْ يَكُونَ قَضَاهُ مُقْتَرِنًا بِاللَّفْظِ فَلَوْ بَدَأَ لَهُ عَقِيبَ اللَّفْظِ الاسْتِثْنَاءُ لَمْ يَجْزِ، وَشَرَطَهُ أَنْ لَا يَكُونَ مُسْتَفْرِقًا، وَفِيهِ فَضْلَانِ (الأوَّلُ فِي المُسْتَفْرِقِ): وَفِيهِ مَسَائِلُ: (الأوَّلَى): إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا ثَلَاثًا وَقَعَ الثَّلَاثُ لِيُطْلَقَنَّ الاسْتِثْنَاءُ، وَلَوْ قَالَ: ثَلَاثًا إِلَّا ثِنْتَيْنِ وَوَاحِدَةً فَفِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ يُجْمَعُ مَا فَرَّقَهُ وَيَجْعَلُ مُسْتَفْرِقًا، وَفِي الثَّانِي يُخَصِّصُ البُطْلَانَ بِالوَاحِدَةِ إِذْ بِهَا يَقَعُ الاسْتِيفْرَاقُ، وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ يُبْتَنَى قَوْلُهُ: أَنْتِ طَالِقٌ طَلَقْتَيْنِ وَوَاحِدَةً إِلَّا وَاحِدَةً فَإِنَّهُ إِنْ جُمِعَ المُسْتَفْتَى عَنْهُ لَمْ يَكُنْ مُسْتَفْرِقًا، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَوَاحِدَةً وَوَاحِدَةً إِلَّا وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً وَوَاحِدَةً وَقَعَ الثَّلَاثُ عَلَى أَصَحِّ الوَجْهَيْنِ.

(١) لم يفصح المصنف بترجيح.

قال في الخادم: قال ابن الرفعة مقالة الشاشي توافق مقالة الشيخ أبي علي التي رجحها قبل ذلك ويقرب منه ما قاله القاضي الحسين قبل طلاق المريض من تعليقه إذا قال حفصة طالق ثلاثاً وعمرة يجب أن يطلق حفصة ثلاثاً، وأما عمرة فيحتمل أن يقال تقع عليها واحدة؛ لأن المعطوف يجب أن يكون بخلاف المعطوف عليه.

وأما قول البوشنجي فيوافق ما أزم الرافعي القفال، وقال بعض الفضلاء القياس أنا نجعل الطلقات الثلاث ونوقع عليها نصفها كما فعلنا ذلك في السورة وعلى هذا فيقع طلقتان وبه صرح الجرجاني في الشافي والتحرير وأخذ ذلك من كلام الأذري، وعبارة الأذري قال بعض الشارحين يعني الشيخ السبكي. ثم ساق ما ذكره صاحب الخادم ثم قال: قال المزني في المنثور: ولو قال لها أنت طالق ثلاثاً ثم قال الأخرى أنت شريكها في هذا الطلاق، ثم قال لأخرى: وأنت شريكها في هذا الطلاق، قال الشافعي: تطلق الأولى ثلاثاً، والثانية اثنتين، والثالثة واحدة. قال المزني: وعندي تطلق كل واحدة منهن ثلاثاً، وكذا ذكرها القاضي أبو الطيب فحصل أن المذهب أنها تطلق طلقتين. انتهى. وأخذ في الخادم بحروفه في الاستثناء.

(٢) قال ابن سيده في المحكم: الاستثناء والثيا رد الشيء بعضه على بعض. وقال الجوهري: الثيا اسم الاستثناء، يقال ثيا وثوي مثل قصيا وقصوى. قال الفراء في الاستغناء ص ٩٠. وها هنا نظران.

الأول: هل إطلاق هذا اللفظ في هذا الموطن حقيقة أو مجاز، ورجح أنه مجاز ودل على ذلك بوجهين، فارجع إليه إن شئت.

عرفه الفخر في المحصول بما لا يدخل في الكلام إلا لإخراج بعضه بلفظه ولا يستقل بنفسه. ٧٦٢/٢.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الاستثناء في الكلام مَعهُودٌ، وفي القرآن والسنة، موجودٌ، فإذا قال: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا وَاحِدَةً، وقع ثنتان، لأن قوله ثلاثةٌ إِلَّا واحدةً، عبارة عما يعبر عنه بلفظ الاثنتين، وإذا قال: ثَلَاثًا إِلَّا اثْنَتَيْنِ، وَقَعَتْ واحدةً، وَيُشْتَرَطُ في الاستثناء شَيْئَانِ:

أحدهما: أن يكون مُتَّصِلًا باللفظ، فلو انفصل، لم يؤثر الاستثناء، وسكتة النفس والعبي، لا تمنع الاتصال. قال الإمام - رحمه الله -: والاتصال المعبرُ ها هنا أبلغُ ممَّا يرعى بين الإيجاب والقَبُولِ<sup>(١)</sup>، فإن الإيجاب والقَبُولِ صادران من شخصين، والمقصود ألا يتخللهما ما يشعر بإعراضه عن الجواب، والاستثناء والمستثنى منه صادران من شخص واحد، وقد يحتمل بين كلام شخصين ما لا يحتمل بين أبعاض كلام الواحد، ولذلك لا ينقطع الاتصال بين الإيجاب والقَبُولِ بالكلام اليسير على الأصح، وفي الاستثناء يقطع، هذا هو الظاهر، وحكى القاضي ابن كج - رحمه الله - وجهاً آخر أن الكلام اليسير الأجنبي بين المستثنى والمستثنى منه لا يَقْدَحُ في الاستثناء، ثم هل يشترط مع اتصال اللفظ أن يكون قصد الاستثناء مفروناً بأول الكلام فيه وجهان:

أحدهما: لا، لو بدأ له الاستثناء بعد تمام المستثنى منه، فاستثنى، حكم بموجبه، وعن الشيخ أبي محمد نسبة هذا الوجه إلى الأستاذ أبي إسحاق - رحمه الله - وأصحهما، وادعى أبو بكر الفارسي الإجماع عليه: أنه لا يُعْمَلُ<sup>(٢)</sup> بالاستثناء، ويقع الطلاق؛ لأن الاستثناء بعد الفصل مُنْشَأً بعد لحوق الطلاق، فيلغو.

وما ذكرنا من الاتصال لفظاً، واقتران القصد بأول الكلام حكمه في الاستثناء بـ «إلاً» وأخواتها وفي التعليق بمشيئة الله تعالى، وفي سائر التعليقات واحد.

والثاني: ألا يكون مستغرقاً؛ ليبقى شيء من المستثنى منه<sup>(٣)</sup> وإلا فهو رفع الطلاق

(١) قال الأزرعي: وكان المراد مما يعد به معرضاً عما هو فيه وإلا فقد قال الأصحاب في الطريقتين: لو قال أنت طالق ثلاثاً يا زانية إن شاء الله تعالى صح الاستثناء، ومثله أنت طالق يا زينة إن شاء الله تعالى، وفي الشامل والتممة أنه لو قال ثلاثاً وثلاثاً إن شاء الله تعالى أو ثلاثاً وواحدة إن شاء الله تعالى، أن الذي يقتضيه المذهب أنه لا يقع شيء ونازعه فيه الرافي و قال المرازقة: لو قال أنت طالق ثلاثاً يا طالق إن شاء الله تعالى أنه يصح الاستثناء وأبدى الإمام احتمالاً في إلغاء الاستثناء؛ لأن قوله يا طالق يعد حشواً في الكلام بخلاف ندائها باسمها فإنه يجري على مدار الكلام وحسن النظر، ونقله الرافي وجهاً عن رواية الإمام وإنه وجهه بأمرين ثانيهما هذا بعد أن حكى عنه رواية الأول عن القاضي والأصحاب وبالجملة فيجب تقييد إطلاق القول بأن الكم اليسير يقدح في الاستثناء انتهى وجرى على ذلك في الخادم.

(٢) قال النووي: الأصح، وجه ثالث، وهو صحة الاستثناء؛ بشرط وجود النية قبل فراغ اليمين وإن لم يقارن أولها.

(٣) قال في القوت: التعليق بالمسألة وإن رفع حكم اللفظ جميعه فالكلام منتظم معه إذ هو تعليق =

ونازلاً منزلة قوله: «أنت طالق طلاقاً لا يَقَعُ عليك».

قال: «وفيه فضلان» إلى قوله: «على أصح الوجهين» كما أن إخراج بغض ما يتناوله الكلام بكلمة «إلا» وما في معناها يُسَمَّى استثناء، فتعليق الطلاق والعتاق وغيرهما بمشيئة الله تعالى يُسَمَّى استثناء، فلما كان الباب مُتَرْجِماً بالاستثناء، ووقع اللفظ على النوعين، فيه عقد فصلين:

أحدهما: في الاستثناء بـ «إلا» ونحوها.

والثاني: في التعليق بمشيئة الله تعالى، وأما التعليق بمشيئة الناس، فقد أفرّد له فضلاً في قِسْمِ التعليقات.

قال الإمام: ولا يبعد عن اللّغة تسمية كلّ تعليق استثناءً لأن قول القائل «أنتِ طالق» يقتضي وقوع الطلاق من غير تقييد يقصد، فإذا علّقه بشرط، ثناه عن مقتضى إطلاقه، كما أن قوله: أنتِ طالق ثلاثاً إلا طلقه يثنى اللفظة عن مقتضاها، إلا أنه اشتهر في عُرْفِ أهل الشريعة تسمية للتعليق بمشيئة الله تعالى خاصّة، أمّا الفضل الأول فأهم ما يقع فيه بيان ما يكون مستغرقاً من الاستثناء، وما لا يكون لذلك تَرْجِمِ المستغرق، وإن كان يَشْتَمِلُ على ما لا يتعلّق بالاستغراق كالحكم في قوله: أنتِ طالق ثلاثاً إلا نصفاً، وفيه صور:

أحدها: إذا قال: أنتِ طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً، فالاستغراق فيه ظاهر، والاستثناء باطل. ولو عطفَ بغض العَدَدِ على بعض، إما في المستثنى منه، أو في المستثنى، أو فيهما، فوجهان؛ في أنه هل يجمع بينهما:

أحدهما: يجمع؛ لأنه لو قال: عليّ درّهَم ودرهم، يلزمه درهمان، كما لو قال: عليّ درهمان.

وأصحهما: المَنع، وبه أجاب ابن الحَدّاد؛ لأنّ الجملتين المعطوفتين يفردان الحكم، وإن كان «الواو» للجمع؛ ألا تَرَى أنه لو قال لغير المدخول بها: أنتِ طالق وطاقق، لا يقع إلا واحدة، ولا ينزل منزلة ما لو قال: أنتِ طالق طلقتين، فإذا عُرِف ذلك، فلو قال: أنتِ طالق ثلاثاً إلا اثنتين وواحدةً أو إلا اثنتين وإلا واحدة، فعلى الوجه الأوّل يجمع بينهما فيكون الاستثناء مستغرقاً ويقع الثلاث، وعلى الثاني تخصيص البطلان بالواحدة التي بها يقع الاستغراق، فيقع طلقه، ولو قال: ثلاثاً إلا واحدة، واثنتين فعلى الأول: يقع الثلاث، وعلى الثاني: تخصيص البطلان بالثنتين، ويصح استثناء الواحدة، فتقع طلقتان.

= بصفة صيغتها التردد إذ المشيئة غيب لا يطلع عليها فلم يكن مبني الكلام التناقض وحكمنا بانتفاء الطلاق لأمر اقتضاه الشرع لا لإخلال الكلام في نفسه.



ولو قال: أنتِ طالقٌ طلقَتينِ وواحدةً إلا واحدةً فعلى الوجه الأوَّل يَجْمَعُ بينهما، فتكون الواحدة مستثناة عن الثلاث، فتقع طلقتان، وعلى الثاني: لا يَجْمَعُ، وتكون الواحدة مستثناة عن الواحد، فيقع الثلاث، وحكى الشيخ أبو علي - رحمه الله - طريقةً قاطعةً برَدِّ الاستثناء إلى الواحدة، وإيقاع الثلاث بخلاف ثلاثاً إلا اثنتين وواحدةً فزقاً بأن ضم أحد الاستثنائين إلى الآخر هناك يوقع الثلاث، وفيه تغليظٌ عليه، واحتياط الضمُّ لها هنا تخفيفٌ وترك الاحتياط، فلا يصار إليه.

ولو قال: أنتِ طالقٌ واحدةً واثنتين إلا واحدةً، صَحَّ الاستثناء على الوجهين، ولو قال: ثلاثاً إلا واحدةً واحدةً واحدةً، فعلى الوجهِ الأوَّل: يقع الثلاث، فكأنه استثنى الثلاث من الثلاث، ويَحْكِي هذا عن أبي حنيفة - رحمه الله - وعلى الثاني: يصحُّ استثناء اثنتين، ولا يصحُّ استثناء الثالثة، ولو قال: أنتِ طالقٌ واحدةً وواحدةً وواحدةً إلا واحدةً، أو قال: طلقةً وطلقةً وطلقةً إلا طلقةً، فعلى الأوَّل: تقع طلقتين، كما لو قال: ثلاثاً إلا واحدةً، وعلى الثاني، يقع الثلاث، وكان استثناء الواحدة من الواحدة، ولو قال: واحدةً، وواحدةً، وواحدةً إلا واحدةً، وواحدةً، وقَع الثلاث على الوجهين معاً لأنَّه إن جُمِعَ، فهو استثناء ثلاثة من ثلاث وإن لم يَجْمَعُ فهو استثناء كُلِّ واحدةٍ من واحدةٍ ولو قال: أنتِ طالقٌ واحدةً بل واحدةً ثم واحدةً إلا واحدةً، فلا جَمْعُ؛ لتغاير الألفاظ، والاستثناء باطلٌ، ونقل الحنطي وجهاً آخر يصحُّ الاستثناء، ولو قال: أنتِ طالقٌ ثلاثاً إلا واحدةً وواحدةً.

قال الشيخ أبو علي - رحمه الله -: لا يَخْتَلِفُ الأصحابُ أنه يجمع بينهما، ويصحان، ولا يقع إلا ما يبقى بعد الاستثنائين، وهو طَلْقَةٌ، ونقل القاضي ابن كج - رحمه الله - فيه وجهين:

أحدهما: هذا.

والثاني: أنه يقع الثلاث، ويجعل قوله «واحدة» عطفاً على قوله: «إلا واحدة»<sup>(١)</sup> وثلاثٌ إلا واحدةً اثنتان؛ فكأنه قال: اثنتين وواحدةً<sup>(٢)</sup>.

وقوله في الكتاب «وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ يَتَنَبَّأُ قَوْلُهُ: أَنْتِ طَالِقٌ طَلَقْتَيْنِ وَوَاحِدَةً إِلَّا وَاحِدَةً» يجوز إعلامه بالواو؛ للطريقة التي حكاها الشيخ أبو علي عَلَيَّ أَنْ هَذِهِ الصُّورَةُ لا تبني على ذلك الخلاف، ويقطع فيها بوقوع الثلاث.

قَالَ الْعَرَّالِيُّ: (الثَّانِيَةُ): الاستثناء من التثنية إثبات ومن الإثبات نفي، فَلَوْ قَالَ: أَنْتِ

(١) في أ والروضة عطفاً على قوله ثلاثاً.

(٢) قال النووي: هذا الوجه خطأ ظاهر، وتعليه أنسد منه.

طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا اثْنَيْنِ إِلَّا وَاحِدَةً وَقَعَ اثْنَانِ مَعْنَاهُ إِلَّا اثْنَيْنِ لَا تَقَعُ إِلَّا وَاحِدَةً مِنَ الثُّنَيْنِ، وَلَوْ  
قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا ثَلَاثًا إِلَّا وَاحِدَةً وَقَعْتَ اثْنَانِ لِأَنَّهُ أَخْرَجَهُ عَنِ الْاسْتِغْرَاقِ بِقَوْلِهِ إِلَّا  
وَاحِدَةً، وَقِيلَ: يَقَعُ الثَّلَاثُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: بَيِّنًا فِي الْإِقْرَارِ أَنَّ الْاسْتِثْنَاءَ مِنَ الْإِثْبَاتِ نَفِيٌّ، وَمِنَ النِّفْيِ إِثْبَاتٌ إِذَا  
قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا اثْنَيْنِ إِلَّا وَاحِدَةً، وَقَعْتَ طَلْقَتَانِ، وَالْمَعْنَى ثَلَاثًا يَقَعْنَ إِلَّا اثْنَيْنِ  
لَا يَقَعَانِ إِلَّا وَاحِدَةً تَقَعُ مِنَ الثُّنَيْنِ، فَتَنْضَمُّ هِيَ إِلَى الْبَاقِيَةِ مِنَ الثَّلَاثِ، وَيَقَعَانِ، وَأَبْدَى  
الْحِنَاطِيِّ وَجْهًا آخَرَ عَلَى سَبِيلِ الْإِحْتِمَالِ: أَنَّ الْاسْتِثْنَاءَ الثَّانِيَّ يَنْصَرِفُ إِلَى أَوَّلِ اللَّفْظِ  
أَيْضًا، وَعَلَى هَذَا فَيَكُونُ الْحُكْمُ كَمَا لَوْ قَالَ: إِلَّا اثْنَيْنِ وَوَاحِدَةً، وَلَوْ قَالَ: ثَلَاثًا إِلَّا  
ثَلَاثًا إِلَّا وَاحِدَةً، ففِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهُ:

أحدهما: أَنَّهُ تَقَعُ ثُنْتَانِ؛ لِأَنَّ الْاسْتِثْنَاءَ الْأَوَّلَ فَاسِدٌ؛ لِاسْتِغْرَاقِهِ، فَيَنْصَرِفُ الْاسْتِثْنَاءُ  
الثَّانِي إِلَى أَوَّلِ الْكَلَامِ، وَيَصِيرُ كَأَنَّهُ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثَةٌ إِلَّا وَاحِدَةً.  
والثاني: وَهُوَ اخْتِيَارُ الْقَاضِي ابْنِ كَعْبٍ - رَحِمَهُ اللَّهُ -: أَنَّهُ تَقَعُ وَاحِدَةً؛ لِأَنَّهُ لَمَّا  
عَقَّبَ الْاسْتِثْنَاءَ بِالْاسْتِثْنَاءِ، خَرَجَ الْأَوَّلُ عَنِ أَنْ يَكُونَ مُسْتِغْرَقًا، وَكَانَ ذَلِكَ اسْتِثْنَاءً ثَلَاثِ  
إِلَّا وَاحِدَةً مِنْ ثَلَاثِ، وَثَلَاثِ إِلَّا وَاحِدَةً ثُنْتَانِ، فَكَأَنَّهُ قَالَ: ثَلَاثًا إِلَّا اثْنَيْنِ.

و<sup>(١)</sup> الثَّالِثُ<sup>(١)</sup>: وَيُحَكِّى عَنْ أَبِي عَلِيٍّ الطَّبْرِيِّ - رَحِمَهُ اللَّهُ -: أَنَّهُ تَقَعُ الثَّلَاثُ؛ لِأَنَّ  
الْاسْتِثْنَاءَ الْأَوَّلَ مُسْتِغْرَقَ لِأَخٍ، وَالثَّانِي مَرْتَّبٌ عَلَى مَا هُوَ لَعْوٌ، فَيَلْغُو أَيْضًا وَنَظْمُ الْكِتَابِ  
يَقْتَضِي تَرْجِيحَ الْوَجْهِ الْأَوَّلِ، لَكِنِ الْأَصْحَحُ عَلَى مَا ذَكَرَهُ الْإِمَامُ، وَصَاحِبُ الْكِتَابِ -  
رَحِمَهُمَا اللَّهُ - الْوَجْهَ الثَّانِي، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا ثَلَاثًا إِلَّا اثْنَيْنِ، فَعَلَى الْوَجْهِ  
الْأَوَّلِ تَقَعُ طَلْقَةٌ وَاحِدَةً، وَعَلَى الثَّانِي اثْنَتَانِ، وَعَلَى الثَّالِثِ الثَّلَاثِ، حَكَاهُ فِي «الشَّامِلِ»  
عَنْ ابْنِ أَبِي هُرَيْرَةَ وَلَوْ قَالَ: ثَلَاثًا إِلَّا اثْنَيْنِ إِلَّا اثْنَيْنِ، يَقَعُ وَاحِدَةً وَيَلْغُو الْاسْتِثْنَاءَ  
الثَّانِي، وَحَكَى الْحِنَاطِيُّ فِيمَا لَوْ قَالَ: ثَلَاثًا إِلَّا وَاحِدَةً إِلَّا وَاحِدَةً وَجْهَيْنِ:

أحدهما: وَقَوَعُ الثَّلَاثِ.

والثاني: وَقَوَعُ اثْنَيْنِ، وَفِيمَا لَوْ قَالَ: اثْنَيْنِ إِلَّا وَاحِدَةً إِلَّا وَاحِدَةً وَجْهَيْنِ:

أحدهما: وَقَوَعُ ثُنْتَيْنِ.

والثاني: وَقَوَعُ وَاحِدَةٍ، كَانَ الْأَوَّلُ يُوَجِّهُ بِأَنَّ الْمَعْنَى إِلَّا وَاحِدَةً لَا يَقَعُ إِلَّا وَاحِدَةً  
تَقَعُ، فَتَنْضَمُّ إِلَى مَا بَقِيَ مِنْ صَدْرِ الْكَلَامِ.

والثاني: بِأَنَّ الْاسْتِثْنَاءَ الثَّانِيَّ بَاطِلٌ؛ لِاسْتِغْرَاقِهِ، فَيَبْقَى الْاسْتِثْنَاءُ الْأَوَّلُ، وَحَكَى

فِيمَا لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا ثَلَاثًا إِلَّا اثْنَيْنِ إِلَّا وَاحِدَةً وَجْهَيْنِ:

أحدهما: وقوع ثنتين.

والثاني: وقوع واحدة، قال: وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَقَعَ الثَّلَاثُ، وَقَدْ يُوْجِهُ الْأَوَّلُ بِأَنَّ  
الاستثناء الأول باطل؛ لاستغراقه، فَيَلْعَوُ وَيَبْقَى قَوْلُهُ «ثَلَاثًا إِلَّا اثْنَتَيْنِ إِلَّا وَاحِدَةً» وَالثَّانِي  
أَنَّ الْمَعْنَى إِلَّا ثَلَاثًا لَا يَقَعُ إِلَّا اثْنَتَيْنِ يَقَعَانِ إِلَّا وَاحِدَةً لَا تَقَعُ، فَتَبْقَى وَاحِدَةً وَقَاعَةً،  
وَأَيْضًا فَإِنَّ الْمَسْتَثْنَى مِنَ الثَّلَاثِ ثَانِيًا اثْنَتَانِ إِلَّا وَاحِدَةً، وَاثْنَتَانِ إِلَّا وَاحِدَةً وَاحِدَةً، فَيَبْقَى  
مِنْهَا اثْنَتَانِ فِيهِمَا الْمَسْتَثْنَيَانِ عَنِ الثَّلَاثَةِ الْمَذْكُورَةِ، وَلَا يَبْقَى إِلَّا وَاحِدَةً، وَالثَّلَاثُ بِأَنَّ  
الاستثناء الأول باطل؛ لاستغراقه، وكذا ما بعده لترتبه على الباطل.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: (الثَّالِثَةُ): لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ خَمْسًا إِلَّا ثَلَاثًا وَقَعَ اثْنَتَانِ، وَقِيلَ الزِّيَادَةُ  
تَلْعَوُ فَيَبْقَى الْاِسْتِثْنَاءُ مُسْتَعْرِفًا، وَعَلَى هَذَا لَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ أَرْبَعًا إِلَّا اثْنَتَيْنِ وَقَعَتْ  
وَاحِدَةً، وَعَلَى الْأَوَّلِ تَقَعُ اثْنَتَانِ، وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا نِصْفَ طَلْقَةٍ وَقَعَ الثَّلَاثُ لِأَنَّهُ  
أَبْقَى النِّصْفَ فَيَكْمُلُ، وَقِيلَ: اِسْتِثْنَاءُ النِّصْفِ كَاسْتِثْنَاءِ الْوَاحِدِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: أَدْرَجَ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ مَسْأَلَتَيْنِ:

إحدهما: إذا زاد المطلق على العدد الشرعي من الطلاق، واستثنى، فالاستثناء  
يُنصَرَفُ إِلَى الْعَدَدِ الْمَذْكُورِ، أَوْ إِلَى الْمَمْلُوكِ مِنَ الطَّلَاقِ فِيهِ وَجِهَانِ:  
أصحهما: وبه قال: أبي الحداد، وابن القاص أيضاً: أنه ينصرف إلى المذكور؛  
لأن الاستثناء لفظي، فيتبع فيه موجب اللفظ، ولا فرق في اللغة بين اثنين وبين خمسة  
إلا ثلاثة.

[والثاني]: ويحكى عن أبي علي بن أبي هريرة والطبري - رحمهما الله - أنه  
ينصرف إلى المملوك؛ لأن الزيادة لغو لا سبيل إلى إيقاعها؛ فلا عبرة بذكرها، فإذا  
قال: أَنْتِ طَالِقٌ خَمْسًا إِلَّا ثَلَاثًا، وَقَعَتْ ثِنْتَانِ عَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ، وَثَلَاثٌ عَلَى الثَّانِي،  
وَلَوْ قَالَ: خَمْسًا إِلَّا اثْنَتَيْنِ، وَقَعَتْ ثَلَاثٌ عَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ، وَوَاحِدَةٌ عَلَى الثَّانِي، وَلَوْ  
قال: أَنْتِ طَالِقٌ أَرْبَعًا إِلَّا اثْنَتَيْنِ، وَقَعَتْ ثِنْتَانِ عَلَى الْأَوَّلِ، وَوَاحِدَةٌ عَلَى الثَّانِي، وَلَوْ  
قال: أَرْبَعًا إِلَّا وَاحِدَةً، وَقَعَتْ ثَلَاثٌ عَلَى الْأَوَّلِ ثِنْتَانِ عَلَى الثَّانِي وَلَوْ قَالَ: أَرْبَعًا إِلَّا  
ثَلَاثًا، وَقَعَتْ عَلَى الْأَوَّلِ وَاحِدَةً، وَثَلَاثًا عَلَى الثَّانِي، وَلَوْ قَالَ: سِتًّا أَوْ سَبْعًا أَوْ عِدَدًا  
فَوْقَ ذَلِكَ إِلَّا ثَلَاثًا وَقَعَ الثَّلَاثُ عَلَى الْوَجْهَيْنِ، أَمَا عَلَى الْأَوَّلِ فَلِبَقَاءِ الثَّلَاثِ مِنَ  
المسثنى منه، وأما على الثاني؛ فلأنه كما لو قال: ثَلَاثًا إِلَّا ثَلَاثًا.

ولو قال: سِتًّا إِلَّا أَرْبَعًا، فعلى الأول: يقع طلقتان، ويحكى ذلك في هذه الصورة  
عن نَصِّهِ فِي الْبُؤَيْطِيِّ، وَعَلَى الثَّانِي يَقَعُ ثَلَاثٌ، لِأَنَّ الْمَعْنَى: أَرْبَعًا تَقَعُ إِلَّا ثَلَاثًا لَا تَقَعُ،  
إِلَّا اثْنَتَيْنِ يَقَعَانِ، فَتَنْضَمَانِ إِلَى الْوَاحِدَةِ الْبَاقِيَةِ مِنَ الْأَرْبَعِ، وَعَلَى الثَّانِي: هُوَ كَمَا لَوْ  
قال: ثَلَاثًا إِلَّا ثَلَاثًا إِلَّا اثْنَتَيْنِ، وَقَدْ سَبَقَ حُكْمُهُ.

ولو قال: خمساً إلا اثنتين إلا واحدة، فعلى الأول تقع الثلاث، وعلى الثاني تقع ثنتان، [كما<sup>(١)</sup>] لو قال ثلاثاً إلا اثنتين إلا واحدة.

ولو قال: ثلاثاً وثلاثاً إلا أربعاً، فإن جمعنا بين الجُمَل المعطوفة، واعتبرنا الزيادة على العَدَد الشرعي، فهو كما لو قال: ستاً إلا أربعاً [و<sup>(٢)</sup>] إلا طَلَقْتُ ثلاثاً.

فَرَعٌ: لو قال: أنتِ بائِنٌ إلا بائناً، ونوى بقوله: أنتِ بائِنٌ الثلاث.

قال إسماعيل البوشنجي - رحمه الله - يبنى هذا على ما لو قال: أنتِ واحدة، ونوى الثلاث، تقع الثلاث؛ اعتباراً بالمنوي، أولاً يقع إلا واحدة، اعتباراً باللفظ إن غلبنا اللفظ، فهذا الاستثناء لأغ، كما لو قال: أنتِ طالقٌ واحدة إلا واحدة، وإن غلبنا المنوي صح الاستثناء، ووقعت طلقتان، كما لو تلفظ بالثلاث، واستثنى واحدة، وهذا ما رجَّحه، ونصَّره<sup>(٣)</sup>، وفي معنى هذه الصورة ما إذا قال: أنتِ بائِنٌ إلا طالقاً، ونوى بقوله: «أنتِ بائِنٌ» الثلاث، وما إذا قال: أنتِ طالقٌ إلا طالقاً، ونوى بقوله: «أنتِ طالقٌ» الثلاث، ويظهر من الفرع أنه لو قال: أنتِ طالقٌ ثلاثاً إلا طالقاً، يصح الاستثناء، وكقوله: «إلا طلقاً» وكذا لو قال: أنتِ طالقٌ، وطاقٌ، وطاقٌ، إلا طالقاً، ونوى تكرار الجُمَل المعطوفة، وفيه احتمال آخر.

ولو قدم الاستثناء على المستثنى منه، فقال: أنتِ إلا واحدة طالقٌ [ثلاثاً]، حكى صاحب «المهذب» عن بعض الأصحاب أنه لا يصح الاستثناء وتقع الثلاث؛ لأن الاستثناء لاستدراك ما تقدم من الكلام قال: ويَحْتَمَلُ عندي أنه يصح ولا تقع إلا طلقتان<sup>(٤)</sup>، واستشهد بقول الفَرَزْدَقِ يمدح عبد الملك بن هشام بن عبد الملك.

وَمَا مِثْلُهُ فِي النَّاسِ إِلَّا مُمْلِكاً  
أَبُو أُمِّهِ حَيٌّ أَبُوهُ يُقَارِنُهُ<sup>(٥)</sup>

(١) سقط في ز.

(٢) قال النووي: الأول غلط ظاهر، فإنه لا خلاف أنه إذا قال: أنتِ بائِنٌ ونوى الثلاث، وقع الثلاث، فكيف يبنى على الخلاف في قوله: أنتِ واحدة؟!.

(٣) قال في الخادم: لم يرجح شيئاً، لكنه ذكر فيما بعد عن القاضي حسين صحة الاستثناء في قوله أربعتهن إلا فلانة طوالت، وقال في كتاب الأيمان ويصح الاستثناء، ولو قدم كلمته في الطلاق والعناق ولا فرق بين التقديم والتأخير، وقال في الإقرار: لو قال له عليّ إلا عشرة دراهم لم يصح للاستثناء وفيه وجه.

(٤) البيت من الطويل، وهو للفَرَزْدَقِ في لسان العرب ٤٩٢/١٠ (ملك)؛ ومعاهد التنقيص ٤٣/١؛ ولم أقع عليه في ديوانه، وهو بلا نسبة في الخصائص ١٤٦/١، ٣٢٩، ٣٩٣/٢.

واستشهد بهذا البيت على التعقيد، وهو ألا يكون الكلام ظاهر الدلالة على المراد. والمعنى فيه: «وما مثله»، يعني الممدوح، «في الناس حيّ يقاربه» أي أحد يشبهه في الفضائل «إلا مملِكاً» يعني هشاماً، «أبو أمه» أي أبو أم هشام، «أبوه»، أي أبو الممدوح، فالضمير في «أمه» للملك، وفي =

الملك أبو الممدوح.

الثانية: قد مرَّ أن إيقاع بَعْضِ طَلْقَةٍ كإيقاع كُلِّهَا.

ولو قال: أنتِ طالقٌ ثلاثاً إلا نصفَ طَلْقَةٍ، فوجهان، حكاهما الشيخ أبو علي وغيره.

أصحهما: أنه تقع الثلاث، لأنه أَبْقَى نصفَ طَلْقَةٍ، فَتَكْمَلُ.

والثاني: أن استثناء النصف كاستثناء الكلِّ، كما أن إيقاع النصف، كإيقاع الكلِّ، فتقع طلقتان، والظاهر الأول، والتكميل إنما يَكُونُ في طرق الإيقاع؛ تعليماً للتحريم.

ولو قال: أنتِ طالقٌ ثلاثاً إلا طَلْقَةً ونصفاً، فَعَلَى الأصح: تقعُ طلقتان، وعلى

الثاني: طَلْقَةٍ، ولو قال: طلقتين إلا نصفَ طَلْقَةٍ، فعلى الأول: الأصحُ تقع طلقتان، وعلى الثاني طَلْقَةٍ، ولو قال: طَلْقَةٍ إلا نصفَ طَلْقَةٍ، وَقَعَتْ طَلْقَةٌ بلا خلاف.

ولو قال: أنتِ طالقٌ ثلاثاً إلا اثنتين ونصفاً، فإن جعلنا استثناء النصف كاستثناء

الكلِّ، فَهُوَ كما لو قال: أنتِ طالقٌ ثلاثاً إلا اثنتين وواحدةً، وإن قلنا بالأصح، ففيه احتمالان للإمام - رحمه الله -:

أحدهما: يبطل ذكر النصف، ويبقى قوله: «أنتِ طالقٌ ثلاثاً إلا اثنتين».

والثاني: أنه يجعل ذكر النصف كذكر الكلِّ؛ لأنه يؤثر في الإيقاع إذا جمعنا بين

المستثنى المعطوف أحدهما على الآخر.

ولو قال: أنتِ طالقٌ ثلاثاً إلا اثنتين إلا نصفَ طَلْقَةٍ، قال الإمام: يَصِحُّ الاستثناء

الثاني؛ فإنه يؤثر في الإيقاع لأن الاستثناء من النَّفْيِ إثباتٌ، ولو قال: أنتِ طالقٌ واحدةً

ونصفاً إلا واحدة، ذكر الحناطي - رحمه الله - نقلاً أنه تقع طَلْقَةٍ، واحتمالاً، أنه تقع

طلقتان<sup>(١)</sup>، والوجهان مبنيان على أن الاستثناء يَنْصَرِفُ إلى المذكورين جميعاً أو إلى

الثاني، وعلى التقدير الثاني يكون الاستثناء مستغرقاً، فيبطل، ويقع طلقتان.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: (الْفَضْلُ الثَّانِي فِي التَّغْلِيْقِ بِالْمَشِيئَةِ): فَإِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ شَاءَ

اللَّهُ لَمْ يَقَعْ لِأَنَّهُ لَا يَدْرِي أَنَّهُ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى أَمْ لَا، وَكَذَلِكَ فِي الْعِنَقِ (م)، وَنَصَّ عَلَى أَنَّهُ

لَوْ قَالَ: أَنْتِ عَلَيَّ كَظَهَرِ أُمِّي إِنْ شَاءَ اللَّهُ لَا يَكُونُ مُظَاهِراً، وَقَدْ قِيلَ بِطَرْدِ هَذَا الْقَوْلِ فِي

= «أبوه» للممدوح، ففصل بين «أبو أمه»، وهو مبتدأ، و «أبوه» وهو خبره، بأجنبي، وهو قوله

«حي»، كما فصل بين «حي»، ونعته، وهو قوله «يقاربه» بأجنبي، وهو «أبوه»، وقدم المستثنى

على المستثنى منه.

(١) في ز: و.

سَائِرِ التَّصْرُفَاتِ، وَلَوْ قَالَ يَا طَالِقُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ يَقَعُ فِي الظَّاهِرِ لِأَنَّ الاسْمَ لَا يَحْتَمِلُ الاستِثْنَاءَ، وَلَوْ قَالَ: يَا طَالِقُ أَنْتَ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِنْ شَاءَ اللَّهُ وَقَعَتْ وَاحِدَةً بِقَوْلِهِ يَا طَالِقُ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتَ طَالِقٌ ثَلَاثًا يَا طَالِقُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ وَيَكُونُ قَوْلُهُ يَا طَالِقُ وَضْفًا بِالثَّلَاثِ فَيَرْجِعُ الاستِثْنَاءُ إِلَى الثَّلَاثِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا قَالَ: أَنْتَ طَالِقٌ إِنْ شَاءَ اللَّهُ، نُظِرَ، إِنْ سَبَقَتْ الْكَلِمَةُ إِلَى لِسَانِهِ، بِتَعَوُّدِ لَهَا، كَمَا هُوَ الْأَدَبُ أَوْ قَصْدُ التَّبَرُّكِ بِذِكْرِ اللَّهِ تَعَالَى، وَأَرَادَ الْإِشَارَةَ إِلَى أَنَّ الْأُمُورَ كُلَّهَا بِمَشِيئَةِ اللَّهِ، وَلَمْ يَقْصِدْ تَعْلِيْقًا مَحَقَّقًا لَمْ يُوْثِرْ ذَلِكَ، وَوَقَعَ الطَّلَاقُ وَإِنْ قَصَدَ التَّعْلِيْقَ حَقِيقَةً لَمْ يَقَعِ الطَّلَاقُ، نَصَّ عَلَيْهِ فِي «المختصر» وغيره، وَعَنْ رِوَايَةِ صَاحِبَةِ «التقريب» وَالشَّيْخِ أَبِي عَلِيٍّ - رَحِمَهُمَا اللَّهُ - قَوْلِ آخَرَ: أَنَّهُ يَقَعُ الطَّلَاقُ، وَلَا يُؤْثِرُ الاستِثْنَاءَ، وَأَخَذَ بَعْضُهُمْ هَذَا الْقَوْلَ مِنْ نَصِّ زُرَيْبٍ فِي الظَّهَارِ: أَنَّهُ لَوْ قَالَ: أَنْتَ عَلَيَّ كَظَهَرَ أُمِّي إِنْ شَاءَ اللَّهُ، يَكُونُ مَظَاهِرًا، وَيَلْعَوُ الاستِثْنَاءَ وَوَجْهَ الْقَوْلِ: بِأَنَّ الاستِثْنَاءَ يَرْفَعُ الطَّلَاقَ أَضْلًا وَرَأْسًا فَأَشْبَهَ الاستِثْنَاءَ الْمَسْتَعْرَقَ، وَمَا إِذَا قَالَ: أَنْتَ طَالِقٌ طَلَاقًا لَا يَقَعُ عَلَيْكَ، فَإِنَّ الْكَلَامَ فِي الصُّورَتَيْنِ مُتَنَاقِضٌ غَيْرُ مُنْتِظَمٍ، وَهَذَا هُنَا التَّعْلِيْقُ مُنْتِظَمٌ، وَالصِّفَةُ الْمَعْلُوقُ عَلَيْهَا قَدْ تُعْلَمُ، وَقَدْ تُجْهَلُ، وَإِذَا جُهِلَتْ لَمْ يُحْكَمْ بِنَزُولِ الطَّلَاقِ، وَفَرَّقَ بَعْضُهُمْ بَيْنَ الطَّلَاقِ وَالظَّهَارِ بِأَنَّ الطَّلَاقَ إِخْبَارٌ، وَالْإِخْبَارُ عَنِ الْوَاقِعِ لَا يَتَعَلَّقُ بِالصِّفَاتِ، بِخِلَافِ الْإِنْشَاءِ، وَهَذَا الْقَائِلُ ذَهَبَ إِلَى أَنَّهُ لَوْ قَالَ: لِفُلَانٍ عَلَيَّ عَشْرَةَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ، يَلْزِمُهُ الْعَشْرَةَ، وَلَا يُعْمَلُ الاستِثْنَاءَ، وَظَاهِرٌ<sup>(١)</sup> الْمَذْهَبِ، وَإِنْ سَلِمَ قَوْلُ فِي الْمَسْأَلَةِ أَنَّهُ لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ عِنْدَ الاستِثْنَاءِ، زُرَيْبٍ أَنَّهُ - ﷺ - قَالَ: «مَنْ أَعْتَقَ أَوْ طَلَّقَ وَأَسْتَنْتَى فَلَهُ نُسِيَةٌ»<sup>(٢)</sup> وَجِهَةٌ بِشَيْئِينَ:

أحدهما: إِنْ الْمَشِيئَةُ الْمَعْلُوقُ عَلَيْهَا عَيْبٌ عِنَّا، فَإِذَا لَمْ يُعْلَمَ حُصُولُ الْوَضْفِ الْمَعْلُوقُ عَلَيْهِ، لَمْ يُحْكَمْ بِوُقُوعِ الطَّلَاقِ.

والثاني: إِنْ قَوْلُهُ: «إِنْ شَاءَ اللَّهُ» يَقْتَضِي حُصُولَ الْمَشِيئَةِ وَحُدُوثَهَا بَعْدَ التَّعْلِيْقِ، كَمَا لَوْ قَالَ: «إِنْ شَاءَ زَيْدٌ أَوْ دَخَلَ الدَّارُ» فَإِنَّ اللَّفْظَ يَقَعُ عَلَى الْمَشِيئَةِ، وَدُخُولُ يَحْدِثَانِ مِنْ بَعْدِ، وَمَشِيئَةُ اللَّهِ تَعَالَى قَدِيمَةٌ لَا يَتَّصِرُ حَدُوثُهَا، وَعَنْ الْحَلِيمِيِّ: أَنَّهُ اخْتَارَ التَّوْجِيهَ

(١) فِي أ: فظَاهِر.

(٢) قَالَ الْحَافِظُ فِي التَّلْخِيصِ: رَوَاهُ أَبُو مُوسَى الْمَدِينِيُّ فِي ذَيْلِ الصَّحَابَةِ مِنْ حَدِيثِ مَعْدِي كَرَبٍ، وَرَوَى الْبَيْهَقِيُّ مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ: مَنْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: «أَنْتَ طَالِقٌ إِنْ شَاءَ اللَّهُ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَمَنْ قَالَ لِغَلَامَةٍ: أَنْتَ حُرٌّ إِنْ شَاءَ اللَّهُ، أَوْ عَلَيْهِ الْمَشِيءُ إِلَى بَيْتِ اللَّهِ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ» وَفِي إِسْنَادِهِ: إِسْحَاقُ بْنُ أَبِي يَحْيَى الْكَعْبِيُّ، وَفِي تَرْجُمَتِهِ أَوْرَدَهُ ابْنُ عَدِيٍّ فِي الْكَامِلِ وَضَعْفَهُ، قَالَ الْبَيْهَقِيُّ: وَرَوَى عَنْ بَهْزِ بْنِ حَكِيمٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ، وَالرَّوَايَةُ عَنْهُ الْجَارُودُ بْنُ يَزِيدَ الضَّعِيفُ. وَفِي الْبَابِ عَنْ ابْنِ عَمْرِو. سِيَّاتِي فِي كِتَابِ «الْإِيمَانِ وَالنُّذُورِ».

الثاني، واعترض على الأول بأن قضيته أن يَقَع ثلاث طلاقات، فيما إذا قال: أَنْتِ طَالِقٌ ثلاثاً إن شاء الله، ثم قال: أَنْتِ طَالِقٌ، فَإِنَا عَرَفْنَا مَشِيئَةَ اللَّهِ تَعَالَى، حَيْثُ وَقَعَ الطَّلَاقُ، كَذَا حَكَاهُ أَبُو الْحَسَنِ الْعَبَّادِيُّ، وَلَكِ أَنْ تَقُولَ: إِنَّمَا يَلْزِمُ ذَلِكَ، وَأَنْ لَوْ كَانَ الْمَعْنَى «إِنْ شَاءَ اللَّهُ أَنْ تَطْلُقِي» أَمَا إِذَا كَانَ الْمَعْنَى: إِنْ شَاءَ اللَّهُ أَنْ تُطْلِقِي ثَلَاثًا، فَلَا يَلْزِمُ، وَالظَّاهِرُ: الثَّانِي؛ لِانْتِصَافِ اللَّفْظِ إِلَى جُمْلَةِ الْمَذْكُورِ، ثُمَّ مَشِيئَةَ اللَّهِ تَعَالَى، وَإِنْ كَانَتْ قَدِيمَةً، لَكِنَّهَا تَتَعَلَّقُ بِالْحَادِثَانِ، وَيَصِيرُ الْحَادِثُ عِنْدَ حَدُوثِهِ مَرَادًا، فَقَوْلُهُ: «إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعْلِيْقٌ بِذَلِكَ التَّعْلِيْقِ الْمُتَجَدِّدِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَقُولَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَبَيْنَ أَنْ يَقُولَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ فَأَنْتِ طَالِقٌ وَأَلْحَقَ بِهِمَا فِي «الشَّامِلِ» مَا إِذَا قَالَ: إِنْ شَاءَ اللَّهُ، أَنْتِ طَالِقٌ، وَذَكَرَ الْحَنَاطِي فِي هَذِهِ اللَّفْظَةِ وَجْهًا آخَرَ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ مَتَى شَاءَ اللَّهُ، فَهُوَ كَقَوْلِهِ: إِنْ شَاءَ اللَّهُ، وَكَذَا يَمْتَنَعُ الْاسْتِثْنَاءُ انْعِقَادَ التَّعْلِيْقِ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ: أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ، وَإِنْ شَاءَ اللَّهُ، أَوْ إِذَا شَاءَ اللَّهُ، وَيَمْتَنَعُ الْعِتْقُ إِذَا قَالَ: أَنْتَ حُرٌّ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ، وَانْعِقَادَ الْيَمِينِ وَالنَّذْرِ، وَصَحَّةَ الْعَفْوِ عَنِ الْقِصَاصِ، وَالْبَيْعِ، وَسَائِرِ التَّصَرُّفَاتِ.

وقال أحمد: الاستثناء يُؤَثِّرُ فِي الطَّلَاقِ؛ وَلَا يُوَثِّرُ فِي الْعِتْقِ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ مَحْبُوبٌ، وَالطَّلَاقَ مَكْرُوهٌ، فَكَأَنَّهُ يَشَاءُ الْعِتْقَ دُونَ الطَّلَاقِ، وَرَوَى الْإِمَامُ - رَحِمَهُ اللَّهُ - وَجَمَاعَةٌ عَنِ مَالِكٍ - رَحِمَهُ اللَّهُ - مِثْلَهُ، وَالْأَثْبَتُ عَنْهُ أَنَّهُ لَا يُوَثِّرُ الْاسْتِثْنَاءُ فِي الْعِتْقِ، وَلَا فِي الطَّلَاقِ، وَإِنَّمَا يُؤَثِّرُ فِي الْيَمِينِ بِاللَّهِ تَعَالَى، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ إِذَا شَاءَ اللَّهُ أَوْ أَنْ شَاءَ اللَّهُ بَفَتْحِ الْهَمْزَةِ، وَيَقَعُ الطَّلَاقُ فِي الْحَالِ؛ لِأَنَّهُ تَعْلِيْقٌ، وَكَذَا لَوْ قَالَ: إِذَا شَاءَ زَيْدٌ أَوْ إِنْ شَاءَ، وَنَقَلَ الْحَنَاطِي فِي «إِنْ شَاءَ اللَّهُ» وَجْهًا ثَانِيًا أَنَّهُ لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ، وَثَالِثًا: أَنَّهُ يُفْرَقُ بَيْنَ الْخَبِيرِ وَالْجَاهِلِ بِاللُّغَةِ وَهَذَا مَا اخْتَارَهُ الْقَاضِي الرَّوْبَانِيُّ - رَحِمَهُ اللَّهُ - وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ مَا شَاءَ اللَّهُ، فَفِي «التَّتَمَّةِ» وَغَيْرِهِ أَنَّهُ يَقَعُ الطَّلَاقُ، وَلَا يَقَعُ أَكْثَرُ مِنْ وَاحِدَةٍ<sup>(١)</sup>، لِأَنَّ لَا نَذْرِي هَلْ شَاءَ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا، وَثَلَاثًا إِنْ شَاءَ اللَّهُ أَوْ ثَلَاثًا وَوَاحِدَةً إِنْ شَاءَ اللَّهُ أَوْ وَاحِدَةً وَثَلَاثًا إِنْ شَاءَ اللَّهُ، قَالَ ابْنُ الصَّبَّاحِ - رَحِمَهُ اللَّهُ - الَّذِي يَقْتَضِيهِ الْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يَقَعُ شَيْءٌ، وَتَابِعَهُ الْمُتَوَلِّي [وَالْوَجْهَ بِنَاوِهِ عَلَى الْخِلَافِ السَّابِقِ أَنْ وَالْاسْتِثْنَاءَ بَعْدَ الْجُمْلَتَيْنِ يَنْصَرَفُ إِلَيْهِمَا أَمْ إِلَى الْأَخِيرَةِ فَقَطْ وَكَذَا ذَكَرَهُ الْإِمَامُ] وَقَدْ ذَكَرْنَا

(١) قَالَ الشَّيْخُ الْبَلْقِينِيُّ: مَا نَقَلَهُ عَنِ الْمُتَوَلِّي وَغَيْرِهِ لَا يَقْتَضِي أَنَّهُمَا لَمْ يَتَّفَقَا عَلَى خِلَافِهِ، وَالْمَسْأَلَةُ قَدْ اخْتَلَفَ فِيهَا.

قَالَ فِي الْبَيَانِ: اخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي ذَلِكَ فَقَالَ الطَّبْرِيُّ فِي الْعِدَّةِ: لَا يَقَعُ عَلَيْهَا الطَّلَاقُ، وَقَالَ ابْنُ الصَّبَّاحِ تَقَعُ وَاحِدَةً لِأَنَّ لَا نَعْلَمُ مِنْهُ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ. انْتَهَى.

وَمَا قَالَهُ الْمُتَوَلِّي وَابْنُ الصَّبَّاحِ مَمْنُوعٌ لِأَنَّ لَا نَعْلَمُ الْمَشْبَهَ هَلْ صَدْرَتْ بِوَاحِدَةٍ أَمْ بِأَكْثَرِ أَمْ لَمْ تَصْدُرْ بِطَّلَاقٍ وَكَانَ الْحَقُّ أَنَّهُ لَا يَقَعُ شَيْءٌ، كَمَا جَزَمَ بِهِ فِي الْعِدَّةِ. انْتَهَى كَلَامُ الشَّيْخِ الْبَلْقِينِيِّ وَأَخَذَهُ فِي الْخَادِمِ بِحُرُوفِهِ وَلَمْ يَعْزِهِ لَهُ.

أن الظاهر الانصراف إلى الأخيرة وحدها، ويوافق هذا البناء ما ذكر في «التهذيب» أنه لو قال: حفصة وعمرة طالقتان، وإن شاء الله، فيرجع الاستثناء إلى عمرة وحدها أو إليهما جميعاً؟ والأصح الأول<sup>(١)</sup>.

ولو قال: أنتِ طالقٌ واحدةً واثنتين إن شاء الله، ففي «النهاية» تخريجه على الوجهين إن جمعنا المُفَرَّقَ، لم يقع شيء، وإن لم يُفَرَّقَ، وقَعَتْ واحدة، وعن رواية الشيخ أبي محمد عن القفال أنه لو قال: أنتِ طالقٌ واحدةً ثلاثاً إن شاء الله، من غير واو، لم يقع شيء؛ فإن الواحدة المقدّمة عائدة في الثلاث، والاستثناء راجع إلى جميع الكلام، [ولو]<sup>(٢)</sup> قال: أنتِ طالقٌ ثلاثاً ثلاثاً، إن شاء الله، فكذلك الجواب، وفي معناه ما لو قال: أنتِ طالقٌ، أنتِ طالقٌ أنتِ طالقٌ إن شاء الله، وقصد التأكيد.

ولو قال: يا طالقٌ، إن شاء الله، ففيه وجهان:

أظهرهما: أنه يقع الطلاق ويلغو الاستثناء؛ لأن الاستثناء إنما يُعاد، ويعمل في الأفعال دون الأسماء؛ ألا ترى أنه لا ينتظم أن يقال: يا أسودُ، إن شاء الله، لكن قضية هذا القدر من التوجيه أنه يختص الاستثناء بقوله: طَلَّقْتِكِ، ولا يدخل في قوله: «أنتِ طالقٌ وقد يتخيل فزق بينهما، ويقال يا كذا، يقتضي حصول ذلك الاسم أو الصفة حال النداء ولا يقال للحاصل: إن شاء الله.

وقوله: «أنتِ كذا» قد يُستعمل عند القرب منه، فيدفع حصوله، كما يقال للقريب من الوصول: أنتِ واصلٌ، والمريض المتوقع شفاؤه على القرب: إنه صحيحٌ، وحينئذٍ فينظم الاستثناء.

والوجه الثاني، وإليه ميل الإمام - رحمه الله - : أنه لا يقع؛ لأنه إنشاء في المعنى، كقوله: «طلَّقْتِكِ»، وأنتِ طالقٌ»، ولو قال: يا طالقٌ، أنتِ طالقٌ ثلاثاً إن شاء الله، وقَعَتْ طلقة بقوله: يا طالقٌ، ولم يقع شيء بقوله: «أنتِ طالقٌ ثلاثاً» للاستثناء.

ولو قال: أنتِ طالقٌ ثلاثاً يا طالقٌ إن شاء الله، فالمذكور في الكتاب، هو الذي حكاه الإمام عن القاضي والأصحاب؛ تفرعاً على أن النداء: لا يدخله الاستثناء أنه لا يقع عليها شيء أما بقوله: أنتِ طالقٌ ثلاثاً؛ فلأن الاستثناء مُنصَرَفٌ إليه لامتناع انصرافه

(١) قال في الخادم: الرجوع ما قاله ابن الصباغ وقد تبعه عليه الروياني في البحر أيضاً وأنه ينصرف إليهما جميعاً. قال ابن الرفعة: وهو اللائق بمذهب الشافعي؛ لأن ذلك لا يتقاصر عن قوله أنتِ طالقٌ وعدي حر إن شاء الله تعالى، وقد قال الأصحاب عند الكلام مع الحنفية في قبول شهادة القاذف أن هذا الاستثناء يرجع إلى الجملتين.

(٢) سقط في ز.



إلى قوله: يا طالق، وتخلل هذه الكلمة يَفْدَحُ؛ لأنه ليس أجنبياً عن هذه المخاطبة، فأشبهه ما إذا قال: أنتِ طالقٌ ثلاثاً، يا حفصة إن شاء الله، وأما بقوله: طالقُ فلان؛ وضمها بالطالقية، والصيغة هذه، تشعر بأنه بناه على الطلقات التي أوقعها، فإذا لغت بسبب الاستثناء، لغى الوصف المبني عليها، ووراء هذا وجهان:

أحدهما: وهو المذكور في «التتمة» أنه تقع طلقة واحدة بقوله: يا طالق، كما في الصورة السابقة.

والثاني: أنه تقع الثلاث، ووجهه الإمام - رحمه الله - بطريقتين:

أحدهما: البناء على أن النداء يدخله الاستثناء، فإن الاستثناء حينئذٍ يتعلق بقوله: يا طالق، ومنصرف عن قوله: أنتِ طالقٌ ثلاثاً، فيقع.

والثاني: أن قوله «طالق» يَفْدَحُ في اتصال الاستثناء بأول الكلام؛ لأنه فضلة، فيستغنى عنها بخلاف قوله: «يا حفصة» فإنه جار على الاستقامة وحسن النظم، ولتعلم لهذين الوجهين قوله في الكتاب «لم يَقَعْ شَيْءٌ» بالواو، ويشبه أن يكون الأظهر الوجه الذاهب إلى وقوع طلقة واحدة فإن قوله: «يا طالق» كلام مستقل بنفسه؛ فينبغي أن يترتب حكمه عليه تقدماً أو تأخراً؛ ويؤيده أنه ذكر صاحب «التهذيب» وغيره أنه لو قال: أنتِ طالقٌ ثلاثاً يا زانية إن شاء الله، يَزِجُ الاستثناء إلى الطلاق، ويجب الحدُّ بقوله: «يا زانية»، فكما ترتب موجب قوله: «يا زانية» عليه كذلك يترتب موجب قوله: «يا طالق»<sup>(١)</sup>.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ لَمْ يَشَأِ اللَّهُ أَوْ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ لَمْ يَقَعْ لِلْجَهْلِ بِالمِشِيَةِ، وَلَأنَّهُ يَسْتَحِيلُ الْوُقُوعُ عَلَى خِلَافِ المِشِيَةِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ وَصَفَهُ بِمُحَالٍ فَيَلْفُو وَيَقَعُ، وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ إِلَّا أَنْ يَدْخُلَ زَيْدٌ الدَّارَ لَمْ يَقَعْ إِلَّا إِذَا مَاتَ زَيْدٌ قَبْلَ الدُّخُولِ فَيَتَبَيَّنُ وَقُوعُهُ أَوَّلًا، فَلَوْ شَكَّ فِي دُخُولِهِ فَقِيلَ إِنَّهُ يَقَعُ؛ لِأَنَّ الاسْتِثْنَاءَ صَارَ مَشْكُوكًا فِيهِ، وَقِيلَ: لَا يَقَعُ؛ لِأَنَّ عَدَمَ الدُّخُولِ مُعَلَّقٌ عَلَيْهِ وَصَارَ مَشْكُوكًا فِيهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: بَيْنَ الْحُكْمِ فِيمَا إِذَا عَلِقَ الطَّلَاقُ بِمِشِيَةِ اللَّهِ تَعَالَى، فَأَمَّا إِذَا عَلِقَهُ بِعَدَمِ المِشِيَةِ، فَقَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ لَمْ يَشَأِ اللَّهُ، لَمْ يَقَعِ الطَّلَاقُ؛ لِأَنَّ عَدَمَ المِشِيَةِ غَيْرُ مَعْلُومٍ، كَمَا أَنَّ المِشِيَةَ غَيْرُ مَعْلُومَةٍ؛ وَلِأَنَّ الْوُقُوعَ بِخِلَافِ مِشِيَةِ اللَّهِ تَعَالَى مُحَالٌ، فَأَشْبَهَهُ مَا إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ صَعِدَتِ السَّمَاءُ وَإِنْ اجْتَمَعَ السَّوَادُ وَالبَيَاضُ لَا يَقَعِ الطَّلَاقُ، وَعَنْ صَاحِبِ «التَّخْلِيسِ» أَنَّهُ يَقَعُ؛ لِأَنَّهُ رَبَطَ الْوُقُوعَ بِمَا يَضَادُهُ؛ لِأَنَّ الْوُقُوعَ بِخِلَافِ مِشِيَةِ اللَّهِ تَعَالَى مُحَالٌ، فَكَانَ كَمَا إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ طَلَقًا لَا يَقَعُ عَلَيْكَ، وَكَذَا الْحُكْمُ

(١) قال النووي: هذا الذي ذكره من ترجيح الأول هو الأصح، وقد قطع به جماعة غير المتولي.

لو قال: أنتِ طالقٌ إن لم يشأ الله، أو ما لم يشأ الله، وقرب الخلاف في المسألة من الخلاف في مسألة دُور الطلاق؛ من جهة أنه لو وقع الطلاق، لكان بمشيئة الله، ولو شاء الله وقوعه لما وقع؛ لأن التعليق بعدم المشيئة، وقد يعكس فيقال: إذا لم يقع لم يشأ الله وقوعه، وإذا لم يشأ حصلت الصفة، فيجب أن يقع، لكن لو وَقَعَ، لَمَا وَقَعَ لِمَا تبين فإذن الشرط والجزاء متضادان لا يجتمعان، كما أن في مسألة الدُور، وقوع طلاقة في الحال، وثلاث قبلها يتضادان، فاختلَفوا فيه، كما في مسألة الدُور، منهم من ألغى اللفظ من أصله، ومنهم من ألغى ما يجيء منه التضاد والدُور، وليس هذا كالتعليق باجتماع السواد والبياض؛ فإن التضاد هناك بين السواد والبياض، لا بين الشرط والجزاء، وأما التعليق بالصُعُود فسيأتي الكلام فيه، ثم الصعود مُمكن في نفسه، والوقوع بخلاف المشيئة غير ممكن، ولو قال: أنتِ طالقٌ إلا أن يشاء الله، فعن القفال أنه حكى عن النَّصِّ أنه لا يقع، واختاره؛ لأن هذه الصيغة أيضاً [إنما] تعليق لَعَدَم المشيئة لأنها تُوجِبُ حَضْرَ الوقوع في حال عدم المشيئة، وعن ابن سُرَيْج - رحمه الله - أنه يقع الطلاق؛ لأنه أوقعه وجعل الخلاف المخرج عنه المشيئة، وأنها غير معلومة، فلا يحصل الخلاص، وصار كما لو قال: أنتِ طالقٌ إلا أن يشاء زيد ولم تعلم مشيئة، فإنه يقع الطلاق، وهذا ما أورده العراقيون، ورَّجَّحه صاحب «التهذيب» - رحمه الله - .

والأقوى الأول وهو الذي صحَّحه الإمام وغيره وعليه جرى صاحب الكتاب؛ فسوى بين الصيغتين، والراجع في الصيغة الأولى باتفاق الأصحاب عَدَم الوقوع .

وأما إذا قال: أنتِ طالقٌ إن لم يشأ زَيْدٌ، فاغْلَمَ أن تعليق الطلاق بعدم مشيئة الغير ودخوله، وسائر أفعاله واحد والحكم فيه أنه إن وُجِدَ منه الدُخُولُ أو المشيئة أو سائر الأفعال المعلق عليها في مدة عمره، لم يقع الطلاق، وإن لم يُوجَد، حتى مات، وقع الطلاق، إنما يقع قبيل الموت، ولا يستند إلى وَقْتِ التعليق؛ لأن العَدَمَ المعلق عليه حيثئذ يتحقق، وقد يعرض قبيل الموت ما يمنع حصول ذلك الفِعل، وتحقُّق اليأس، فيتبين وقوع الطلاق من وَقْتِ حصول اليأس، وكذلك ما إذا علَّق على عدم مشيئة تجيء أو غِيَبِي غباوة متصلة بالموت، فإنما يحقق عَدَمَ المشيئة من وَقْتِ حدوث العلة المخلَّة بالمشيئة المعبرة، وإن مات، وشككنا في أنه هل وُجِدَ منه الصفة المعلق عليها فوجهان:

أحدهما: أنه يقع الطلاق؛ لأن الطلاق معلق بعدم الدخول، وإذا شككنا في الدخول، فالأضل العَدَمُ .

الثاني: لا يقع؛ لأننا إذا شككنا في الوصف المعلق عليه، فلا يُزْعَمُ الطلاق بالشك، ويُستَضَحَبُ أصل النكاح، والوجهان جاريان سواء كانت الصيغة أنتِ طالقٌ إن لم يدخل زَيْدٌ الدار أو كانت الصيغة «أنتِ طالقٌ إلا أن يدخل زَيْدٌ الدار» والوقوع في

الصورة الثانية أظهر منه في الصورة الأولى؛ لأن التعليق إيقاع عند الشرط والاستثناء، كأنه استدراك بعد الإيقاع، وقد شككنا في حصول حالة الاستدراك، فلو قال: أنت طالق اليوم إلا أن يشاء زيد أو يدخل الدار، فالיום هنا بمثابة العمر ثم.

وأعلم أن الأكثرين أجابوا بوقوع الطلاق فيما إذا مات، وشككنا في حصول الفعل المعلق عليه، واحتج به من قال بالوقوع فيما إذا قال: أنت طالق إلا أن يشاء الله، وقال: ومشيئة الله مبهمه كمشيئة زيدها هنا، وكما يقع الطلاق فيما إذا قال: «إلا أن يشاء زيد» وأشكل الحال، يقع الطلاق فيما إذا قال «إلا أن يشاء الله».

والذين لم يقولوا بالوقوع هناك منهم من فرق أن المشيئة صفة طارئة على زيد، والأصل عدمها ومشيئة الله قديمة لا مجال فيها لهذا الأصل، وهذا ضعيف؛ لما مر أن الكلام في تعليق المشيئة لا في نفسها وأما الإمام - رحمه الله - فإنه اختار في هذه الصورة عدم الوقوع، كما في قوله: «إلا أن يشاء الله» وكفى نفسه مؤنة الفرق، وهو أوجه<sup>(١)</sup> وأقوى في المعنى، ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب «فيلغو، ويقع» يجوز أن يعلم بالحاء؛ لأنه حكى أن الكرخي روى عن أبي حنيفة - رحمه الله -، الوقوع كما حكاه القفال عن نص الشافعي - رضي الله عنه -.

وليعلم أن قول القائل: «أنت طالق إلا أن يشاء الله، أو إلا أن يشاء زيد» معناه إلا أن يشاء وقوع الطلاق، كما أن قوله: «أنت طالق إن شاء الله» معناه إن شاء وقوع الطلاق وحينئذ فالطلاق معلق بعدم مشيئة الطلاق لا بمشيئة عدم الطلاق، وعدم مشيئة الطلاق تحصل، بأن يشاء عدم الطلاق وبأن لا يشاء شيئاً أصلاً أما بعدها بلغها خبر التعليق، أو من غير أن يبلغها الخبر، فعلى التقديرين؛ يقع الطلاق، وإنما لا يقع إذا شاء زيد أن يقع، وذكر بعضهم أن معناه «أنت طالق إلا يشاء زيد أن لا تطلقني» وعلى هذا، فلو شاء أن تطلق تطلق، وكذلك ذكره في «التهديب» والصحيح<sup>(٢)</sup> الأول إلا أن يقول المعلق: أردت الثاني.

(١) قال النووي: الأصح عدم الوقوع؛ للشك في الصفة الموجبة للطلاق.

(٢) قال في الخادم: قد يتبادر إلى الذهن تدافع كلامه فإنه قال أولاً إن معناه إلا أن يشاء وقوع الطلاق، ثم قال فالطلاق معلق بعدم شبه الطلاق وأيضاً فما ذكره ثانياً لا يستقيم له في المثالين بل الطلاق معلق في حقه تعالى بمشيئة العدم وفي حق غيره بعدم المشيئة، وبيان ذلك أنه إذا كان المعنى إلا أن يشاء الطلاق فصدر الكلام وهو المستثنى منه في المعنى معلق على عدم مشيئة الطلاق ويدخل تحته قسمان: شبه العدم وعدم المشبه.

لكن هذا إنما يتصور في حق غير الله تعالى لغروب الاستثناء عن علمه وما عمله قد لا يتعلق بمشيئة به، وأما الله تعالى فلا يغرب عن علمه شيء ولا يخرج شيء عن مشيئته بل مشيئته متعلقة =

## البَابُ الْخَامِسُ فِي الشَّكِّ فِي الطَّلَاقِ

قَالَ الْعَرَّالِيُّ: فَإِذَا شَكَّ هَلْ طَلَّقَ أَمْ لَا؟ فَالْأَضْلُ عَدَمُ الطَّلَاقِ، وَلَوْ قَالَ رَجُلٌ: إِنَّ كَانَ هَذَا غُرَابًا فَأَمْرَاتِي طَالِقٌ، وَقَالَ الْآخَرُ: إِنَّ لَمْ يَكُنْ غُرَابًا فَأَمْرَاتِي طَالِقٌ وَأَشْكَلُ لَمْ تَحْرُمَ عَلَيَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا زَوْجَتَهُ، وَلَوْ قَالَ وَاحِدٌ إِنْ كَانَ غُرَابًا فَرَزْنَبُ طَالِقٌ وَإِلَّا فَعَمْرَةٌ فَعَلَيْهِ أَنْ يَمْتَنِعَ عَنْهُمَا، وَلَوْ جَرَى مِنْ شَخْصَيْنِ فِي عِبْدَيْنِ تَصَرَّفًا فِيهِمَا، فَلَوْ اشْتَرَى أَحَدُهُمَا الْعَبْدَ الْآخَرَ صَارَ مَخْجُورًا فِيهِمَا، وَقِيلَ يَتَعَيَّنُ لِلْحَجْرِ الْمُشْتَرَى.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا شَكَّ الرَّجُلُ فِي طَلَاقِ امْرَأَتِهِ، لَمْ يُحْكَمْ بِوُقُوعِ الطَّلَاقِ؛ لِأَنَّ الْأَضْلَ عَدَمُهُ وَبِقَاءِ النِّكَاحِ، وَهَذَا كَمَا أَنَّهُ يَسْتَضْحَبُ أَضْلَ التَّحْرِيمِ عِنْدَ الشَّكِّ فِي النِّكَاحِ، وَأَضْلُ الطَّهَارَةِ عِنْدَ الشَّكِّ فِي الْحَدِّثِ، وَبِالْعَكْسِ قَالَ الْإِمَامُ - رَحِمَهُ اللَّهُ - وَهَذَا إِذَا انْحَسَمَ بِابِ اجْتِهَادٍ، وَطَرَأَ الشَّكُّ بِوَيْدِ أَحَدِ طَرَفِي الشَّكِّ بِالْيَقِينِ السَّابِقِ، وَيَسْتَضْحَبُ مَا كَانَ، فَأَمَّا إِذَا أَمَكْنَ الاجْتِهَادُ؛ كِمَسَائِلِ الْاِخْتِلَافِ نَحْوِ اِخْتِلَافِ الْعُلَمَاءِ فِي بَقَاءِ النِّكَاحِ وَعَدَمِهِ مِثْلًا، فَإِنَّا لَا نَقُولُ: تَرُدُّنَا فِي بَقَاءِ النِّكَاحِ يَسْتَضْحَبُ الْأَضْلَ الَّذِي كَانَ، بَلِ الطَّرِيقُ فِيهَا اجْتِهَادٌ وَالْاِعْتِمَادُ عَلَى الدَّلَائِلِ، وَالشَّكُّ فِي الطَّلَاقِ قَدْ يَتَّفِقُ فِي صُورَةِ التَّنْجِيزِ، وَقَدْ يَنْشَأُ فِي صُورَةِ التَّعْلِيقِ مِنَ الشَّكِّ فِي حُصُولِ الصِّفَةِ الْمَلْعَقِ عَلَيْهَا، كَمَا إِذَا قَالَ: إِنَّ كَانَ هَذَا الطَّائِرُ غُرَابًا فَزَوْجَتِي طَالِقٌ، وَشَكُّ فِي أَنَّهُ هَلْ كَانَ غُرَابًا أَوْ قَالَ: إِنَّ كَانَ غُرَابًا فَزَيْنَبُ طَالِقٌ، وَإِنْ كَانَ حَمَامًا، فَعَمْرَةٌ طَالِقٌ، وَتَرَدَّدَ فِي أَنَّهُ كَانَ غُرَابًا أَوْ حَمَامًا أَوْ جِنْسًا آخَرَ، وَلَوْ شَكَّ فِي عَدَدِ الطَّلَاقِ، فَيَأْخُذُ بِالْأَقْلِ،

= بكل الأشياء إما بوجودها أو عدمها، فعند التحقيق الطلاق معلق في حقه تعالى بمشئته العدم وفي حق غيره بالقدر الأعم وهو عدم شبهه الطلاق، وأما عجز الكلام وهو المستثنى فالقصد معلق رفع الطلاق بمشئته الطلاق وحينئذ بان نظر في صدر الكلام. قلت: علق الوقوع على مشئته الله لعدم فيكون كقوله إن لم يشأ الله وعلى عدم مشئته الطلاق وعلى هذا فيظهر عدم الوقوع في التعليق بمشئته الله تعالى وضده في التعليق بمشئته زيد على ما صححوه وإن نظرت إلى آخر الكلام فيكون الدفع على مشئته الطلاق فينبغي أن يقع في حق زيد؛ لأنه أوقع الطلاق، وعلق رفعه على ما لم يعلم وجوده فيستمر حكم الإيقاع، وفي مشئته الله تعالى أولى بالوقوع؛ لأنه علق الرفع على محال إذ يستحيل وقفه مع مشئته وقوعه ويظهر بهذا فساد الفرق المذكور، هذا كله على أحد الوجهين وهو أن المعنى إلا أن يشاء الطلاق، وإما على الوجه الصائر إلى أن يشاء عدم الطلاق، فإن روعي معنى التعليق كما في التقدير الأول ونظر إلى صدر الكلام، كان وقوعه معلقاً بمشئته وقوعه في حقه تعالى، وبعدم مشئته عدم الطلاق في حق زيد، وحينئذ فينبغي ألا يقع في الأول، ويجيء في الثاني الخلاف. انتهى ما أردت منه ولو لم أر هذا التحقيق لغيره في الشك في الطلاق.

ويستصحب الأضل في الزيادة، كما يستصحب عند الشك في الطلاق.

وقال مالك - رحمه الله -: إذا شك في عدد الطلاق بغد ما تحقّق أضله، يأخذ بالأكثر كما إذا تحقّق النجاسة في ثوبه، ولم يعرف قدرها، أخذ بالأكثر؛ ويغسل جميع الثوب، وأجاب الأضحاب - رحمهم الله - بأن هناك ليس للنجاسة قدر معلوم حتى يستصحب أضلّ العدم فيما عداه، وقد يتيقن التحريم، فوجب استصحابه إلى أن يتيقن الطهارة، وها هنا قدر الطلاق من واحدة أو اثنتين معلوم، فيستصحب أصل العدم فيما عداه، ووزان النجاسة من مسائلنا أن يتحقّقها في طرف من الثوب، ويشك في إصابتها طرفاً آخر، وحينئذ فلا يجب غسل الموضع المشكوك فيه، والورع في صورة الشك الأخذ بالاحتياط، فإذا كان الشك في أصل الطلاق فيراجعها؛ ليكون على يقين من الجل، وإن طاب نفساً بالإعراض عنها طلقها. ليحصل الحل لغيره يقيناً، وإن شك في ثلاث طلاقات، فإن كان الشك في أنه وقع ثلاث أو ثنتان، لم ينكحها حتى تنكح زوجاً غيره، وإن شك في أنه وقع الثلاث أو لم يقع شيء طلقها ثلاثاً؛ لتحل لغيره يقيناً.

ولو كانت تحته امرأتان؛ زينب وعمرة، فقال: إن كان هذا الطائر غراباً، فزينب طالق، وإلا فعمرة، وأشكّل الحال، فيقع الطلاق على واحدة منهما؛ لحصول إحدى الصفتين، وعليه الامتناع منهما إلى أن يتبين الحال، وعليه البحث والبيان، ولو تنازع اثنان في الطائر، فقال أحدهما: إن كان غراباً فامرأتي طالق، وقال الآخر: إن لم يكن غراباً، فامرأتي طالق، لم يحكم بطلاق واحدة منهما، بخلاف ما إذا اتّحد الشخص، وتعددت المنكوحة؛ قال الإمام - رحمه الله -: لأن الشخص الواحد يمكن حمله على مقتضى الالتباس، وربط [بعض]<sup>(١)</sup> أمره ببعض، والرجلان يمتنع الجمع بينهما في توجيه الخطاب، ومعلوم أن أحدهما لو انفرد بما قال لم يحكم بوقوع طلاقه، فيستحيل أن يتغير حكمه بمقالة تضدر من غيره، وهذا كما أننا إذا سمعنا صوتاً حدث بين اثنين، ثم قام كل واحد منهما إلى الصلاة لم يكن للآخر أن يعرض عليه، ولو أن الواحد صلى صلاتين تيقن الحدث في أحدهما التيسر عليه يؤمر بقضاء الصلاتين، فعلم أنه إذا كان الشخص واحداً، لم يمتنع توجيه الخطاب عليه بمؤاخذه تتعلق بواقعتين، ولو جرى التعليق من اثنين كما ذكرنا في العتاق، فقال أحدهما: إن كان غراباً فعبدي حر، وقال الآخر: إن لم يكن غراباً فعبدي حر، فكذلك لكل واحد منهما إمساك عبده، والتصرف فيه، لكن إذا ملك أحدهما عبداً الآخر بشراء أو غيره، واجتمع العبدان عنده، فيمتنع من التصرف فيهما لكن يؤمر بتعيين العتق في أحدهما؛ لأنه قد اتّحد المخاطب الآن، فأشبهه

(١) سقط في ز.

ما إذا كانا في ملكه عند التعليقين، وعليه أن يتفحص عن سبيل البيان، وعن صاحب «التقريب» وجه آخر: أنه يتعين للحجر العبد المشتري فلا ينصرف فيه إلى أن يتبين ولا يمنع من<sup>(١)</sup> التصرف في الأول؛ لأنه كان يتصرف، فلا يقطع تصرفه بما طرأ، ولو باع الأول ثم اشترى الثاني، قال في «البيسط»: لم أره مسطوراً، والقياس أن ينفذ تصرفه فيه؛ لأن بيع الأول كواقعة قد انقضت، وتصرفه في الثاني واقعة أخرى؛ فهو كما لو صلى إلى جهتين باجتهادين<sup>(٢)</sup>.

وهذا فيما إذا لم يصدّر منه غير التعليق السابق، فإن كان قد قال للآخر: حنث في يمينك، فقال: ما حنثت أنا في يميني، ثم ملك عبده، فيحكم عليه بعقده؛ لأنه قد أقر بديته، ومن أقر بحرية عبد لغيره، ثم اشتراه، حكم<sup>(٣)</sup> عليه بعقده؛ مواخذة له ولا رجوع له بالثمن، إذا كان قد اشتراه؛ لأنه عتق بإقراره، والبائع يكذبه، ولو صدر التعليقان من الشريكين في عبد واحد يأتي حكمه في كتاب العتق إن شاء الله تعالى، - فالصورة المذكورة هناك.

فروع: قال إسماعيل البوشنجي: لو قال: أنت طالق بعدد كل شجرة على جسد إبليس، فقياس مذهبنا أنه لا يقع شيء؛ لأننا لا ندري هل على جسده شعر أم لا؟ والأصل العدم، وعن صاحب بغض أصحاب أبي حنيفة أنه تقع طلقة<sup>(٤)</sup>.

(١) قال النووي: هذان الوجهان نقلهما الإمام وآخرون؛ ورجحوا الأول، وبه قطع المتولي، لكن قطع الشيخ أبو حامد وسائر العراقيين، أو جماهيرهم، بأن العتق يتعين في العبد المشتري، ويحكم بعقده إذا تم تملكه ظاهراً، ولكن الأول أفقه.

(٢) قال النووي: أما على طريقة العراقيين التي نقلتها، فيعتق عليه الثاني بلا شك، وأما على الطريقة الأخرى، فيحتمل ما قاله في «البيسط»، ويحتمل بقاء الحجر في الثاني حتى يتبين الحال، وهو قريب من الخلاف فيما إذا اشتبه إناءان فانصب أحدهما، هل يجتهد في الثاني، أم يأخذ بطهارته، أم يعرض عنه، والأقرب بقاء الحجر احتياطاً للعتق، ولأن الأموال وغراماتها أشد من القبلة وسائر العبادات، ولهذا لا يعذر الناسي والجاهل في الغرامات، ويعذر في كثير من العبادات، ويؤيد ما ذكرته أن إقدامه على بيع عبده كالمصرح بأنه لم يعتق، وأن الذي عتق هو عبد الآخر، وقد سبق أنه لو صرح بذلك، عتق عليه بعد صاحبه إذا ملكه قطعاً، وقد ذكر الغزالي في «الوسيط»: احتمالين، أحدهما: ما ذكره في «البيسط». والثاني: خلافه وهو يؤيد ما قلته.

(٣) في أ: فيحكم.

(٤) قال النووي من زيادته: القياس وقوع طلقة وليس هذا تعليقاً على صفة فيقال: شككتنا فيها، بل هو تنجيز طلاق وربط العدد بشيء شككتنا فيه فنوقع أصل الطلاق، ونلغي العدد فإن الواحد ليس بعدد لأن أقل العدد اثنان، فالمختار وقوع طلقة.

قال في الخادم، وكذلك قال في المطلب: قياس المذهب أنه يقع واحدة لأن المضاف إلى الشعر العدد لا أصل الطلاق.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ طَلَّقَ إِحْدَاهُمَا وَنَسِيَ فَعَلَيْهِ التَّوَقُّفُ إِلَى التَّذَكُّرِ، وَلَوْ قَالَ: إِحْدَاكُمَا طَالِقٌ وَخَاطَبَ زَوْجَتَهُ وَأَجْنَبِيَّةً ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ الْأَجْنَبِيَّةَ قَبْلَ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: كَانَ الْغَرَضُ فِي الْفَضْلِ السَّابِقِ الْقَوْلُ فِي الشُّكِّ فِي أَضَلِّ الطَّلَاقِ، وَعَدَدُهُ إِمَّا مِنْ شَخْصٍ وَاحِدٍ أَوْ شَخْصَيْنِ، وَالْغَرَضُ الْآنَ الْقَوْلُ فِي الشُّكِّ فِي مَحَلِّ الطَّلَاقِ، وَقَدْ يَشْتَمِلُ الْفَضْلُ عَلَى مَسْأَلَتَيْنِ:

إحدهما: إذا طلق الرجل إحدى امرأته بعينها، ونسي المطلقة، فعليه، أن يتوقف عنهما، ولا يغشى واحدةً منهما إلى أن يتذكر، وهذا قد يتفق فيما إذا خاطب معينة بالطلاق، ثم نسي، وقد يفرض فيما إذا قال: إحداكما طالق، ونوى معينة ثم نسي المنوية، قال الإمام وغيره: ولا مطالبة بالبيان، والحالة هذه، إن صدقناه في الشك، وإن كذبناه، وبأدركت واحدةً وقالت: أنا المطلقة، لم يقع<sup>(١)</sup> منه في الجواب بأن يقول: نسيت، أو لا أدري، وإن كان ما يقوله محتملاً، ولكن يُطالب بيمين جازمة على أنه لم يطلقها، فإن نكل، حلفت، وقضى باليمين المردودة.

الثانية: إذا حضرَت زوجةً وأجنبية، فقال: إحداكما طالق، ثم قال: عنيت الأجنبية، فهل يُقبل فيه وجهان، حكاهما الإمام:

وأصحهما: وهو الذي أورده أكثر الأصحاب، وحكى عن نضه - رضي الله عنه - في «الإملاء» أنه يُقبل قوله بيمينه؛ لأن الكلمة مترددة بينهما، محتملة لهذه ولهذه، فإذا قال: عنيتها، صار كما لو قال للأجنبية: أنت طالق.

والثاني: لا يُقبل، وتطلق زوجته، لأنه أُرسل الطلاق بين محله، وغير محله فينصرف إلى محله؛ لقوته وسرعة نفوذه، وهذا كما أنه لو أوصى بطل من طبوله، وله طبل حزب، وطبل لهُو تنزل الوصية على طبل الحزب تصحيحاً لها، والطلاق أقوى وأولى بالنفوذ من الوصية، ولو قالت زوجته، وهما حاضرتان: طلقني، فقال: طلقتك، ثم قال: عنيت الأجنبية، لم يُقبل، ذكره في «التهديب»، وأمثه مع زوجته كالأجنبية مع الزوجة.

= قال صاحب الخادم: وبه أجاب العبادي في الزيادات وصاحب الكافي وهو الصواب ويؤيده نص الشافعي على أنه لو قال لها أنت طالق كآلف أنه يقع واحدة، حكاه ابن بشر في شرح المختصر ولم يقف صاحب المهمات فيها على نقل لكن قال إن ما رجحه النووي هو الصواب؛ فقد جزم الرافي بأنه لو قال أنت طالق وزن درهم ونحوه أنه يقع، ومسألنا أولى لأن ربط الطلاق بالعدد ممكن بخلاف الوزن ولم يظهر لي وجه الأولوية، بل مسألة الوزن ممكنة محققة بخلاف الشعر فإننا لا يتحقق وجوده.

(١) في ز: تقع.

ولو كان معها رَجُلٌ أو دَابَّةٌ فقال: عَنَيْتَ الرَّجُلَ أو الدَابَّةَ، لم يُقْبَل؛ لأنه ليس لهما محلية الطلاق، ولو كانت زوجته تُسَمَّى بزَيْنَب، فقال: زَيْنَب طالق، ثم قال: أردتُ جارتِي زَيْنَب لا زوجتي، فالمشهور أنه لا يُقْبَل، وتُطَلَّق زوجته ظاهراً، لكن يدين، وفرقوا بين هذه الصورة والصورة السابقة؛ بأن قوله: «إحداكما» يتناولهما تناولاً واحداً، ولم يوجد منه تصريحٌ باسم زوجته، ولا وصف لها ولا إشارة بالطلاق، وها هنا صرَّح باسم زوجته، والظاهر أنه تُطَلَّق من الزيناب زَوْجَتَهُ لا غيرها، وعن حكاية الشيخ أبي عاصم واختيار القاضي أبي الطيب وغيرهما: أنه يُصَدَّق بيمينه، كما في الصورة السابقة؛ لأن التسمية مختلطة، والأصل بقاء النكاح، وفرق إسماعيل البوشنجي، فقال: إن قال: زَيْنَب طالق، ثم قال: أردتُ الأجنبية يُقْبَل، وإن قال: طَلَّقْتُ زَيْنَب، وقال: أردتُ الأجنبية لا يقبل؛ لأن هذا إنشاء للطلاق، والإنسان إنما يُطَلَّق امرأة نفسه دون الأجنبية وقوله: «أنتِ طالق» إخبارٌ محتملٌ، ولا قوة لهذا الفرق؛ فإن قوله: «أنتِ طالق» محمولٌ على الإنشاء أيضاً.

وقوله: «طلقتك» محتملٌ للإخبار أيضاً، ثم قضيته أن يفرق في الصورة الأولى بين أن يقول: إحداكما طالق<sup>(١)</sup>، يقول: طَلَّقْتُ، أو يقول: طَلَّقْتُ إحداكما، وفيما حكينا عن «التهذيب» أنه لو قالت الزوجة: طَلَّقْنِي، فقال: طَلَّقْتُكَ، وقال: أردتُ الأجنبية، لا يُقْبَل ما يُشعر بأنه لو لم يسبق التماس الزوجة، يُقْبَل، وحينئذ يترفع الفرق بين قوله: «طلقتك» وأنتِ طالقٌ ولو كان قد نكح امرأة نكاحاً صحيحاً، وأجرى نكاحاً فاسداً، فقال لهما: إحداكما طالق، وقال: أردتُ الفاسدَ نكاحها، فيمكن أن يرتب، ويقال: إن قبلنا التفسير بالأجنبية، فهذه أولى، وإلا فوجهان، لأنها لا تُطَلَّق، لكن لها تعلق لا يوجد مثله للأجنبية.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: وَلَوْ خَاطَبَ بِهِ زَوْجَتِيهِ لَزِمَهُ التَّغْيِينُ عَلَى الْفَوْرِ وَعَصَى بِالتَّأخِيرِ وَعَلَيْهِ نَفَقَتُهُمَا إِلَى الْبَيَانِ، وَيَنْقَعُ الطَّلَاقُ بِاللَّفْظِ أَوْ بِالتَّغْيِينِ فِيهِ وَجِهَانِ، وَعَلَيْهِمَا يَنْبِي وَتُتَّخِذُ أَحْتِسَابِ الْعِدَّةِ، وَلَوْ وَطِئَ إِحْدَاهُمَا وَقُلْنَا: يَنْقَعُ الطَّلَاقُ بِاللَّفْظِ كَانَ تَغْيِينًا، وَإِنْ قُلْنَا بِالتَّغْيِينِ لَمْ يُوَثِّرِ الْوَطْءُ، وَلَوْ مَاتَا لَمْ تَسْقُطِ الْمُطَالَبَةُ بِالتَّغْيِينِ لِأَجْلِ الْمِيرَاثِ وَلَكِنْ إِنْ قُلْنَا: يَنْقَعُ بِالتَّغْيِينِ فَيَتَبَيَّنُ وَقَوْعُ الطَّلَاقِ قَبْلَ الْمَوْتِ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ أَوْ عِنْدَ الْإِبْهَامِ لِلضَّرُورَةِ فِيهِ خِلَافٌ، وَلَوْ قَالَ: أَرَدْتُ هَدِيَةَ بِلِ هَدِيَةٍ كَانَ إِقْرَارًا بِهِمَا، وَلَوْ قَالَ: حَيَّنْتُ هَدِيَةَ وَهَذِهِ تَعَيَّنَتْ الْأُولَى، وَلَوْ قَالَتْ فِي مَسْئَلَةِ الْغُرَابِ: كَانَ غُرَابًا وَأَنَا طَالِقٌ فَعَلَيْهِ أَنْ يَخْلِفَ عَلَى الْبَتِّ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ غُرَابًا أَوْ يَنْكَلُ، وَلَا يَكْفِيهِ الْبَيِّنُ لَا عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ وَلَا عَلَى النِّسْيَانِ.



قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا قَالَ لزوجَتَيْهِ: إِحْدَاكُمَا طَالِقٌ، فَمَا أَنْ يَقْصِدَ وَاحِدَةً بَعِينَهَا، وَإِمَا أَنْ يُرْسِلَ اللَّفْظَ، وَلَا يَنْوِي مَعِيْنَةً.

إِنْ قَصِدَ وَاحِدَةً بَعِينَهَا فَهِيَ الْمَطْلُوقَةُ، وَاللَّفْظُ الصَّالِحُ لهُمَا إِذَا انضَمَّت إِلَيْهِ النِّيَّةُ الصَّادِرَةُ الْمَعِينَةَ، كَانَ مَقْتَضَاهَا وَقُوعُ الطَّلَاقِ عَلَى مَا هُوَ سَبِيلُ الْكِنَايَاتِ، وَيَحْتَاجُ، وَالْحَالَةَ هَذِهِ، إِلَى تَبْيِينِ الزَّوْجِ؛ لِتَعْرِفِ الْمَطْلُوقَةَ.

وَإِنْ أَرْسَلَ اللَّفْظَ وَلَمْ يَقْصِدْ مَعِيْنَةً، وَقَعَ الطَّلَاقُ عَلَى وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا، وَيَرْجِعُ إِلَى الزَّوْجِ فِي تَعْيِينِهَا، وَالْقِسْمَانِ يَشْتَرِكَانِ فِي أَحْكَامٍ، وَيَفْتَرِقَانِ فِي أَحْكَامٍ، وَالنُّظْرُ فِي النَّوْعَيْنِ يَتَعَلَّقُ بِحَالَةِ الْحَيَاةِ وَبِمَا إِذَا طَرَأَ الْمَوْتُ، وَتُورِدُ فِي هَذَا الْفَضْلِ مَا يَتَعَلَّقُ بِحَالِ الْحَيَاةِ، وَفِي الَّذِي يَلِيهِ مَا يَتَعَلَّقُ بِحَالِ حَدُوثِ الْمَوْتِ.

أَمَّا الْأَوَّلُ فَفِيهِ مَسَائِلُ:

الْأَوَّلَى يُؤْمَرُ الزَّوْجُ بِالتَّبْيِينِ إِذَا نَوَى وَاحِدَةً بَعِينَهَا، وَبِالتَّعْيِينِ إِذَا لَمْ يَنْوِ؛ لِيرْتَفِعَ جِنْسُهُ عَمَّنْ زَالَ مَلْكُهُ عَنْهُ، وَيُمنَعُ مِنْ قَرْبَانِهِمَا إِلَى أَنْ يَبَيِّنَ أَوْ يَعِينِ، وَذَلِكَ بِالْحَيْلُولَةِ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّ الْمَخْطُورَ اخْتَلَطَ بِالْمُبَاحِ، فَيَمْنَعُ مِنَ الْكُلِّ، كَمَا لَوْ اخْتَلَطَتْ أُخْتُهُ مِنَ الرِّضَاعِ بِأَجْنَبِيَّةٍ، مُنِعَ مِنْ نِكَاحِهَا جَمِيعاً، وَيَلْزَمُهُ التَّعْيِينُ أَوْ التَّبْيِينُ عَلَى الْفَوْرِ فَلَوْ أُخِّرَ عَصَى، وَهَذَا فِيمَا إِذَا أَرْسَلَ اللَّفْظَ، وَلَمْ يَنْوِ وَاحِدَةً، وَشُبِّهَ بِمَا إِذَا أَسْلَمَ وَتَخْتَهُ أَكْثَرَ مِنَ الْعَدَدِ الشَّرْعِيِّ حَيْثُ يُؤْمَرُ بِاخْتِيَارِ أَرْبَعٍ، وَإِذَا وَجِبَ الْبِدَارُ، وَالْحَالَةُ هَذِهِ، مَعَ أَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى ضَرْبٍ مِنَ النَّظْرِ وَالتَّرْوِي، فَلَأَنَّ يَجِبُ فِيمَا إِذَا قَصِدَ وَاحِدَةً بَعِينَهَا، وَلَا حَاجَةَ إِلَى النَّظْرِ وَالتَّرْوِي، أَوْلَى، فَإِنْ امْتَنَعَ حُبْسَ وَعُزَّرَ، وَلَا يَقْنَعُ مِنْهُ بِقَوْلِهِ: «نَسِيتُ الْمَعِيْنَةَ» وَإِذَا بَيَّنَّ فِي الْحَالَةِ الْأَوَّلَى، فَلِلْآخَرَى أَنْ تَدْعِيَ عَلَيْهِ، أَنَّكَ عَنِيتِي وَتَحَلَّفَهُ، فَإِنْ نَكَلَ، حَلَفَتْ وَطَلَّقَتْ وَإِذَا عَيَّنَّ فِي الْحَالَةِ الثَّانِيَةِ، فَلَا دَعْوَى؛ لِأَنَّهُ اخْتِيَارُ يَنْشِئُهُ، وَكَأَنَّهُ طَلَّقَ وَاحِدَةً؛ ابْتِدَاءً، وَهَذَا كُلُّهُ فِي الطَّلَاقِ الْبَائِنِ، وَلَوْ أَبْهَمَ طَلِّقَةً رَجْعِيَّةً بَيْنَهُمَا، فَهَلْ يَلْزَمُهُ أَنْ يَبَيِّنَ أَوْ يَعِينِ، حَكَى الْإِمَامُ فِيهِ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: الْمَنْعُ؛ لِأَنَّ الرَّجْعِيَّةَ زَوْجَةٌ.

وَالثَّانِي: يَلْزَمُهُ لِحْصُولِ التَّحْرِيمِ، قَالَ: وَالْأَصْحَحُ الْأَوَّلُ، وَيَجُوزُ أَنْ يَعْلَمَ قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ «لَزِمَهُ التَّعْيِينُ بِالْمِيمِ؛ لِأَنَّ عَن مَالِكٍ أَنَّ فِي صُورَةِ الْإِبْهَامِ وَالْإِرْسَالِ يُطَلِّقَانِ مَعاً، وَبِالْأَلْفِ؛ لِأَنَّ عِنْدَ أَحْمَدَ يُعَيَّنُ الْمَطْلُوقَةَ بِالْقَرَعَةِ.

الثَّانِيَةِ: يَلْزَمُهُ الْإِتْفَاقُ عَلَيْهِمَا إِلَى الْبَيَانِ أَوْ التَّعْيِينِ، وَإِذَا بَيَّنَّ أَوْ عَيَّنَّ، فَلَا يَسْتَرِدُّ الْمَصْرُوفَ إِلَى الْمَطْلُوقَةِ لِأَنَّهَا مَحْبُوسَةٌ عِنْدَهُ حَبْسَ الزَّوْجَاتِ.

الثَّلَاثَةِ: وَقُوعُ الطَّلَاقِ فِيمَا إِذَا نَوَى طَلَّاقَ وَاحِدَةٍ بَعِينَهَا، يَحْصُلُ بِقَوْلِهِ إِحْدَاكُمَا

طالق وتحسب عدة التي بين الطلاق فيها من وقت اللفظ، وخرج قول أنها تُحْتَسَب من حين البيان، ويُبَيِّ القولان على القولين في أن المستفرشة بالنكاح عِدَّتُها من آخر وطئة أو من وقت التفريق بينهما، ووجه الشبه أن الأمر ملتبس ها هنا إلى البيان، كما أنه ملتبس هناك إلى التفريق، قال الإمام: وهذا غير سديد، والصورتان مفترقتان؛ لأن غشيان الواطء بالشبهة ومخالطته إياها ينافي صورة الانعزال التي أمرت بها المعتدة، وها هنا الحيلولة ناجزة إلى أن يوجد البيان.

وأما إذا عيّن، ولم يكن نوى من الابتداء معيئة، فيقع من وقت التلفظ بقوله: «إحداكما طالق» أو من وقت التعيين؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه يقع من وقت التلفظ، لأنه جزم بالطلاق، ونجزه، فلا يجوز تأخيره إلا أن محلّه غير متعين، فيؤمر بالتعيين؛ ولأن التعيين يبين التي اختارها للنكاح، فيكون اندفاع نكاح الأخرى باللفظ السابق، كما أن التعيين فيما إذا أسلم على أكثر من أربع لما تبين به مَنْ يختارها للنكاح كان اندفاع نكاح الأخريات بالإسلام السابق.

والثاني: من وقت التعيين لأن الطلاق وقت التعيين؛ لأن الطلاق لا يَنْزِلُ إلا في محلّ معين، وربما عبر عن هذا الخلاف بأن التعيين تباع موقع وإيقاع، وقد يعبر عنه بأن إرسال اللفظ المُبْهِم إيقاع طلاق، أو التزام طلاق في الذمّة.

وعن القاضي الحُسَيْن؛ يُشْبِه بها الخلاف في أن القِسْمَةَ بيع أو إفراز حق من حيث إنّنا إذا جعلناها إفرازاً قلنا: إنه يبين بالآخرة ما كان حقاً لكل واحد منهما، ويضاهي قولنا: إن المطلقة كانت هذه المعينة، وإذا جعلناها بيعاً قلنا: إن من خَرَج له الجانب الشرقي، باع حصته من الغربي بحصة صاحبه من الجانب الشرقي، وكان ذلك الحصار من قِبَل شائعين في القسمين فبالقسمة ثبت اختصاص كُلِّ واحد منهما بما خَرَج له، ويضاهيه المصير إلى وقوع الطلاق بالتعيين من غير إسناد إلى اللفظ، واضطربوا في الرَّاجِح من الوجهين، فَرَجَحَ مرجحون الوقوع عند التعيين، منهم الشيخ أبو علي، وقال: ظاهر المذهب أن التعيين إيقاع الطلاق؛ لأنه وإن أُرْسِلَ الطلاق، فلا يَقَع على واحدة منهما، حتى يُعَيَّن، فإذا عيّن وَقَع، وكان ذلك بمنزلة قوله: من دخل منكما الدار فهي طالق، فإذا دخلت إحداهما طُلِّقَتْ عند الدخول بالقول السابق.

وذهب الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيّب والرويانى وآخرون إلى ترجيح الوقوع عند التلفظ، وقالوا: لولا وقوع الطلاق، لَمَا مُنِعَ منهما<sup>(١)</sup>، واستبعدوا التحريم قبل وقوع الطلاق، والتفُسُّ إلى قبول هذا أسرع، والله أعلم.

(١) قال النووي: هذا الذي قاله أبو حامد وموافقوه هو الصواب.

وعلى هذا الخلاف بينى وَت احتساب العدة، فإن قلنا بالوقوع عند التعيين، فمنه وتُحَسَّب العدة، قال في «الشامل» وهو مذهب أبي حنيفة وأصحابه، وبهذا الوجه قال ابن أبي هريرة، وهو عند بعضهم مصير منه: إلى أن الطلاق يَقَع عند التعيير.

وقال الشيخ أبو حامد: إن الوُقُوع عنده باللفظ لكن يجوز أن تجب العدة بالطلاق، ثم يتأخر الاحتساب عنه، كما أن العدة في النكاح الفاسد تجب بالوطء وتحسب من وقت التفريق، وإن قلنا: إنه يقع من وقت اللفظ، فعلى الخلاف المذكور فيما إذا نَوَى عند ابتداء اللفظ واحدةً معيّنة، فيكون الظاهر احتساب العدة من يومئذٍ، وبه قال أبو إسحاق - رحمه الله - والاحتساب من وقت التعيين أرجح عند أكثرهم، كيف قُدِّر البناء، وهذا كله في حياة الزوجين، وسنذكر أنهما إذا ماتتا أو إحداهما، تبقى المطالبة بالتعيين؛ ليتبين حكم الميراث وحيثئذٍ، فإن أوقفنا الطلاق باللفظ فذاك، وإن أوقفنا بالتعيين، فلا سبيلَ إلى إيقاع الطلاق بَعْد الموت، ولا بُدُّ من إسناد بالضرورة، وإلى ماذا يستند، فيه وجهان:

أحدهما: أنه يستند، والحالة هذه، إلى وَت اللفظ، ويرتفع الخلاف إذا وَقَع التعيين بعد الموت.

والثاني: إلى ما قبل الموت فيقع الطلاق حيثئذٍ؛ لأن عمرها كان وقت التعيين فإذا انصرم، أسندنا الطلاق إلى آخر، حالة من حالات إمكان التعيين، وهو كحكمنا فيما إذا تلف المبيع قبل القبض بارتداده إلى مِلْك البائع قبل التلف، ورجَّح صاحب الكتاب هذا الوجه، قال: «على الأوجه يعني من هذين الوجهين، وجعل في «النهاية» الأصحَّ الوجه المقابل له، وقوله: أو «عند الإبهام» وهو الوجه الآخر، وإن أراد بالإبهام إرسال اللفظ المبهم أولاً، وفي بعض النسخ «على هذا الوجه أو عند الإبهام للضرورة» فيه خلاف وهو صحيح أيضاً.

الرابعة: لو وَطِئَ إحداهما، نُظِرَ؛ إن كان نوى واحدةً بعينها، فهي المطلقة، وقد تعينت هي بالنية المقترنة باللفظ والوطء لا يكون بياناً لذلك التعيين، وتبقى المطالبة بالبيان، فإن بين الطلاق في الموطوءة، فعَلَيْهِ الحَدُّ إن كان الطلاق بائناً، وعليه المَهْر؛ لجهلها بأنها المطلقة، وإن بَيَّن في غير الموطوءة، قُبِلَ، فلو ادعت الموطوءة أنه أرادها حُلْفَ، فإن نَكَلَ، وحَلَفَتْ، حُكِمَ بطلاقها، وعليه المَهْر، ولا حَدُّ للشبهة؛ فإن الطلاق ثَبِتَ بظاهر اليمين، وإن لم ينوِ واحدةً بعينها، فهل يكون الوطء تعييناً؟ فيه وجهان، ويقال قولان:

أحدهما: أن الوطء يَعَيِّن الأخرى للطلاق؛ لأن الظاهر أنه إنما يطأ مَنْ تحلُّ له، وصار كوطء الجارية المبيعة في زمان الخيار، فإنه يكون فسخاً أو إجازة وبهذا قال أبو

حنيفة والمُزني، وأبو إسحاق، حكاه القاضي أبو الطيب عن أبي الحسن الماسرجسي سماعاً ورجحه القاضي ابن كج.

**والثاني:** وبه قال ابن أبي هريرة: أنه لا يكون تعيناً، كما لا يكون بياناً؛ لأن ملك النكاح لا يَحْضَلُ بالفعل ابتداءً فجاز<sup>(١)</sup> أن يتدارك بالفعل ولذلك لا تحصل الرجعة بالوطء ونخالف وطء الجارية المبيعة بشرط الخيار وإن ملك اليمين فيحصل بالفعل ابتداءً فجاز أن يتدارك بالفعل وفي «الشامل» و«التتمة»<sup>(٢)</sup> أن هذا ظاهر المذهب، والخلاف مبنى عند بعضهم على أن الطلاق يقع عند اللفظ أو عند التعيين إن قلنا عند اللفظ فالوطء تعين وإن قلنا عند التعيين، فالفعل لا يصلح موقعاً، وهذا ما أورده في الكتاب، وإذا جعلنا الوطاء تعيناً فهل تكون سائر الاستمتاعات تعيناً؟! فيه وجهان بناءً على الخلاف في أن المباشرة فيما دون الفرج هل تحرم الريبة فإن جعلنا الوطاء تعيناً للطلاق في الأخرى، فلا مهر للموطوءة وإلا فتطالب بالتعيين، فإن عيّن الطلاق في الموطوءة، وجب المهر، إن قلنا بوقوع الطلاق عند اللفظ، وإن قلنا بالوقوع عند التعيين، حكى الفوراني أنه لا يجب المهر، وذكر فيه احتمالاً آخر؛ أخذاً من وجوب المهر في وطء الرجعية.

**فزع:** ذكر صاحب «الشامل» وغيره تفریباً على أن الوطاء تعين أن الزوج لا يمنع من وطء أيتهما شاء، وإنما يمنع الوطاء فيهما إذا لم يجعل الوطاء تعيناً ولما أطلق الأكترون المنع منهما جميعاً أشعر ذلك بأن الظاهر عندهم أنه ليس بتعيين.

**الخامسة:** في صورة أفاظ البيان والتعيين إذا كان قد نوى واحدة بعينها، فيحصل البيان بأن يقول مشيراً إلى واحدة: المطلقة هذه.

ولو قال: الزوجة هذه، تبين الطلاق في الأخرى، وكذا لو قال: لم أطلق هذه، ولو قال: أردت هذه بل هذه، حكّم بطلاقهما جميعاً؛ لأنه أقر بطلاق المشار إليها أولاً، ثم رجع، مستدركاً، وأقر بطلاق الثانية فلا يقبل الرجوع عن الإقرار الأول، ويؤخذ بالثاني كما لو قال: لفلان عليّ درهم بل دينار.

ولو قال: أردت هذه وهذه، فكذلك الجواب فإنه أقر أنه طلقهما، وكذا لو حذف الواو، فقال: هذه هذه، وأشار بكل لفظة إلى واحدة، أو قال: هذه مع هذه، قال

(١) في ز: فلا.

(٢) قال النووي: هذا الثاني، هو الأصح عند الرافعي في «المحرر»، وهو المختار، قال في «الشامل»: وهو ظاهر نص الشافعي رحمه الله، فإنه قال: إذا قال: إحداكما طالق، منع منهما، ومن يقول: الوطاء تعين، لا يمتنع وطء أيهما شاء.

الإمام وهذا فيما يتعلّق بظاهر الحُكْم، فأما بينه وبين الله تعالى، فالمطلقة هي التي نواها لا غير، حتّى لو قال: إحدكما طالق ونواهما جميعاً قال: الوجه عندنا أنهما لا يطلقان، ولا يجزيء فيه التردّد المذكور فيما إذا قال: أنتِ طالقٌ واحدةً، ونوى ثلاثةً، لأن حمل إحدى المرأتين عليهما جميعاً لا وجه له، وهناك يتطرّق إلى الكلام تأويلٌ بيناه.

ولو قال: أردتُ هذه ثم هذه، فالمذكور في «التهذيب» و «التتمة» أنه تُطلّق الأولى دون الثانية، ويمثله أجاباً فيما إذا قال: أردتُ هذه فهذه، وعلل ذلك بأن قضية الحرفين الترتيب والتعقيب، فقد أثبت في الثانية طلاقاً على موجب الترتيب، وهو لم يُطلّق إلا واحدةً، وهذا حكاة الإمام عن القاضي الحسين - رحمهما الله -، واعتراض بأنّه كيف ما قدّر موجب الكلام، ففي قوله: «أردتُ هذه ثم هذه» اعترافٌ بالطلاق فيهما، فليكن الحكم كما في قوله: أردتُ هذه وهذه، والحق هو الاعتراض<sup>(١)</sup>.

ولو قال: أردتُ هذه بعد هذه، فقياس الأول أن تطلّق المشار إليها بائناً وحدها، ولو قال هذه قبل هذه أو بعدها هذه فقياس الأول أن تطلق المشار إليها أولاً وحدها، وقياس الاعتراض الحُكْم بطلاقهما في صورتين.

ولو قال: أردتُ هذه أو هذه، واستمر الإشكال والمطالبة بالبيان، ولو كانت تخته أربع، فقال: إحدانك طالق، ونوى واحدةً بعينها، ثم قال: أردتُ هذه بل هذه بل هذه بل هذه طلقن جميعاً، وكذا لو عطف بحرف الواو، ولو عطف ب «ثم» أو ب «لقاء» عاد المنقول عن القاضي، والاعتراض.

ولو قال، وهنّ ثلاث؛ أردتُ أو طلقْتُ هذه بل هذه أو هذه، طُلِّقت الأولى وإحدى الآخرين، ويؤمر بالبيان، وإن قال: هذه أو هذه بل هذه طُلِّقت الأخيرة، وإحدى الأولين يؤمر بالبيان، ولو قال: هذه، وهذه، أو هذه فينظرُ إن فصل الثالثة عن الأوليين بوقفه، أو بنغمة أو أداء فالطلاق متردّد بين الأوليين وبين الثالثة وحدها، وعليه البيان فإن بين، في الثالثة طُلِّقت وحدها، وإن بين في الأوليين أو إحداهما، طُلِّقتا؛ لأنّه جمّع بينهما بالواو العاطفة، فلا يفترقان، وإن فصل الثانية عن الأولى ترّدّد الطلاق بين الأولى، وإحدى الآخرين، فإن بين في الأولى، طُلِّقت وحدها، وإن بين في الآخرين أو إحداهما طُلِّقتا جميعاً، وإن سرد<sup>(٢)</sup> الكلام سزداً ولم يفصل احتمال كون الثالثة مفصولة عنهما، واحتمل كونها مضمومة إلى الثانية مفصولة عن الأولى فيسأل ويعمل بما

(١) قال النووي: قول القاضي أظهر.

(٢) في ز: تردد.

أظهر إرادته<sup>(١)</sup>.

ولو قال هذه أو هذه وهذه فإن فصل الثالثة عن الأوليين تردد الطلاق بين إحدى الأوليين والأخرى مطلقة وحدها وإن فصل الآخرين عن الأولى فالتردد بين الأولى وحدها وبين الآخرين معاً وإن سرد الكلام ولم يفصل، فهما مُخْتَلان.

ولو قال، وهن أربع، وقد طلق واحدة: أردتُ هذه أو هذه لا بل هذه وهذه طلقت الآخرين وإحدى الأوليين ولو قال هذه وهذه بل هذه أو هذه، طُلِّقت إحدى الآخرين، والأوليان، ولو قال هذه وهذه وهذه أو هذه، فإن فَصَلَ الآخرة عن الثلاث يتردد الطلاق بين الثلاث الأوليات وبين الرابعة، وإن فَصَلَ الثالثة عما قبلها طُلِّقت الأوليان وإحدى الآخرين، وإن فَصَلَ الثانية عن الأولى، فينبغي أن يُقال: تُطَلَّقُ الأولى، ويتردد الطلاق بين الثانية والثالثة معاً، وبين الرابعة وحدها، فعليه البيان، وإن سرد الكلام سرداً قال: في «التهذيب» يُطَلَّقُ الثلاث أو الرابعة، ويُؤمَرُ بالبيان، فإن بيّن في الثلاث أو في بعضهن طُلِّقن جميعاً، وإن بين في الرابعة طُلِّقت وحدها، والوجه أن يُقال: صورة السرد تحتل الاحتمالات الثلاثة، فيراجع، ويحكم بموجب ما يبينه على ما سَبَقَ نظيره، ولو قال: هذه وهذه أو هذه وهذه، فقد يفرض فضل الأولى عن الثلاث

(١) قال الشيخ البلقيني: فيه غلط ومنعان.

فأما الغلط ففي قوله أو إحداهما طلقتا جميعاً، ووجه الغلط أنه عطف الثالثة على الثانية بأو، فكيف يطلقان جميعاً بتبيين الطلاق في إحداهما هذا لا يستقيم، وإنما أوقفه في تلك الصورة التي قبلها بأنه إذا عين الطلاق في إحدى الأوليين طلقتا جميعاً من جهة الجمع بينهما بالواو وهذا متفها هنا.

وأما المنعان فأحدهما: أن الفصل اليسير الواقع بين الأولى والثانية لا تقتضي ارتفاع حكم الجمع بالواو فلا يتردد الطلاق بين الأولى وإحدى الآخرين، بل يتردد الطلاق بين الآخرة والأولين كما سبق في التي قبلها.

المنع الثاني: في قوله أن سرد الكلام لم يفصل احتمال كون الثالثة مفصولة عنهما، وهذا الاحتمال هو الظاهر من الكلام. وقوله «واحتمل كونها مضمومة إلى الثانية» هذا ممنوع لأن مقتضى الظاهر لا يعارضه ما ذكر، وقوله «مفصولة عن الأولى» خير لكونها وهي الثالثة وهذا لا يصح، فالمفصولة عن الأولى إنما هي الثانية.

ولو قال احتمال كون الثالثة مفصولة عنهما واحتمل كونها مضمومة إلى الثانية وأن الثانية مفصولة عن الأولى لزال عنه هذا الأخير والباقي باقي. انتهى.

ونقل في الخادم عن الشيخ عز الدين النشائي في نكت الوسيط أنه قال: هذا غلط وقع في الشرح والروضة والصواب أن يقال طلقت الأولى وتردد الطلاق بين إحدى الآخرين، وقوله فإن بين في الأولى وحدها فغلط، وقوله وإن بين في الآخرين أو إحداهما طلقتا، أما طلاقهما إذا بين في إحداهما فغلط، بل يقتضي الطلاق عليها مع الأولى وهو بيان صحيح موافق لما تلفظ به فإنه لم يحصل بين الآخرين تشريك بالواو، وبخلاف الأوليين إذا لم يفصل بينهما وفصل الثالثة منهما.

الأخرة، وضم بغضها إلى بغض، فُتَطَّلَقَ الأولى، ويتردد بين الثانية وخدها، وبين الآخرين معاً، وقد يفرض الفُضَّلُ بين الأوليين والآخرين، والضَّمُ فيهما، فتطلق الأوليان والآخران، [وقد يفرض فصل] الرابعة عما قبلها، فتطلق الرابعة، ويتردد الطلاق بين الثالثة وخدها وبين الأوليين معاً، وإذا قال لواحدة أن المطلقة هذه، ثم قال لا أدري، أهي هذه أو واحدة من الباقيات، فتلك الواحدة، مطلقة بكل حال، وتوقف الباقيات، فإن قال بعد ذلك: تَحَقَّقْتُ أن المطلقة الأولى، قُبِلَ، ولم يُطَلَّقَ غيرها، وإن عيَّنَ أخرى، حُكِمَ بطلاقها، ولم يُقْبَل رجوعه عن الإقرار الأول، واعلم أن الوقفة التي جعلناها فاصلةً بين اللفظين مع إعمال اللفظين هي الوقفة اليسيرة، فأما إذا طالَّقَ فَقَطَعَتْ ونظم الكلام كما إذا قال: أردتُ هذه، ثم قال بعد طول المدّة أو هذه وهذه، فهذا الكلام الثاني لغو لا يستقل بالإفادة، وهذا كله فيما إذا نوى عند اللفظ المبهم واحدة بعينها، أما إذا أُرْسِلَهُ إرسالاً، ولم ينو شيئاً، فلما طُوبِلَ بالتعيين، قال مشيراً إلى واحدة: هذه المطلقة تعيّنت ويلغو ذكر غيرها، سواء عطف الثانية عليها «الواو» أو «الفاء» أو «ثم»، وكذا لو قال: وهذه بلّ هذه؛ لأن التعيين ها هنا ليس إخباراً عن ما سَبَقَ، وإنما هو إنشاء اختيار، وليس له إلا اختيار واحدة، فيلغو اختيار ما بعدها ولا فَرْقَ في ذلك بين أن نوقع الطلاق عند التعيين، وأسنده إلى وقت إطلاق اللفظ المبهم؛ لأننا، وإن أسندناه، فلا نجعل التعيين اختياراً، وإنما هو إنشاء تنمة، اللفظ، ويخالف الحالة الأولى؛ فإنه يُخَيَّرُ هناك عن أمر سابق، ويجوز أن يكون صادقاً في الخبر الثاني دون الأول، فإذا اجتمع الإقراران، لم يَكُنْ بُدٌّ من المؤاخذه بهما.

السادسة: قد سَبَقَ أنه إذا قال لزوجته: إن كان هذا الطائر غراباً، فأتيت طالق، وأشكل الحال، لا يُحْكَمُ بوقوع الطلاق، وأنه لو قال: إن كان غراباً، فزيتب طالق، وإن كان حماماً فعمرة، لا يحكم بطلاق واحدة منهما، فلو ادَّعَتِ التي علقت طلاقها بكونه غراباً أنها مطلقة، فعليه أن يخلف جزماً على نفي الطلاق، كما إذا طلق واحدة، ونسي عيتها، وقالت إحداهما: أنا المطلقة وقد ذكرناه، وإن قالت كان غراباً فأنا طالق، فعليه أن يخلف على البت أنه لم يكن غراباً ولا يكفي أن يقول: لا أعلم كونه غراباً، أو نسيت الحال، ذكره الإمام، وفرق بينه وبين ما إذا علقت طلاقها على دخولها أو دخول غيرها، وأنكر حصوله؛ حيث يكون الحلف على نفي العلم بالدخول بأن الدخول هناك فعل الغير، والحلف على نفي فعل الغير يكون على العلم، ونفي الغرابية ليس كذلك، بل هو نفي صفة في الغير ونفي الصفة كشبوتها في إمكان الاطلاع، وإذا كان الشيء ممّا يُطَّلَعُ عليه في الجملة لم تُعَيَّرِ القاعدة بأن يفرض بعد رؤيته؛ بأن كان الطيران في الليلة المظلمة، والرجل في كن، لم يَكُنْ الأمر في مظنة البحث والمراجعة.

قال في «البيسط» وفي القلب منه الفَرْقُ بين نفي الغرابية ونفي الدخول شيء

فليتأمل ويشبه أن يقال إنما يلزمه الحلف على نفي الغرابية إذا تعرّض في الجواب لذلك أما إذا اقتصر على قوله لست، بمطلقة فينبغي أن يكتفي منه بذلك كما ذكرنا في جواب البائع إذا ادعى المشتري العيب القديم، وأراد الرد، وسيأتي نظائره في مواضعها.

وقوله في الكتاب «ولو خاطب به زوجته» هذا القدر من التصوير يشتمل على ما إذا نوى واحدة بعينها، وما إذا لم ينو واحدة، وأرسل اللفظ، والمسائل التي ذكرها فيها ما يشتمل الحالين، ومنها ما يختص بإحدهما، فقوله «لزمه التعيين» يصح إطلاقه في الصورتين، وإن كان اللفظ بصورة الإرسال أحق، لأن التعيين بيان رافع للإبهام والبيان فيما إذا نوى واحدة معينة تعيين لواحد من محتمل اللفظ، وكذلك أطلق في الكتاب التعيين تارة والبيان أخرى فقال: «لزمه التعيين» ثم قال: «وعليه نفقتهما إلى البيان»، وأما قوله: «ويقع الطلاق باللفظ بالتعيين» فهذه المسألة تختص بحالة الإرسال، وقوله «كان تعييناً» يجوز إعلامه بالألف؛ لِمَا مَرَّ أَنْ عِنْدَ أَحْمَدَ - رَحِمَهُ اللهُ - التَّعْيِينَ بِالْقِرْعَةِ فَلَا يَكُونُ الْوَطْءَ تَعْيِينًا، وَلَا الْقَوْلَ.

وقوله: «لم يؤثّر الوطء معلّم بالحاء؛ لِمَا ذَكَرْنَا، وَقَوْلُهُ: «وَلَوْ مَاتَتْ، لَمْ تَسْقُطِ الْمَطَالِبَةُ بِالتَّعْيِينِ...» إِلَى آخِرِهِ أَخْرَجْنَا إِشْبَاعَ الْقَوْلِ فِي حَالَةِ الْمَوْتِ إِلَى الْفَصْلِ الثَّانِي لِهَذَا، لِأَنَّ الْغَرَضَ الْآنَ الْكَلَامَ فِي وَقْتِ الطَّلَاقِ حَالَةَ الْمَوْتِ، وَلِيَعْلَمَ قَوْلُهُ «تَسْقُطُ بِالْحَاءِ وَالْوَاوِ؛ لِمَا سَيَأْتِي وَقَوْلُهُ: «أَرَدْتَ هَذِهِ وَهَذِهِ» يَعْنِي فِيمَا إِذَا أُرْسِلَ الْفِظُّ وَلَمْ يَنْوِ مَعِينَةً.

وقوله «ولو قالت في مسألة الغراب» في الكتاب ما إذا قال الرجل: إن كان غراباً، فامرأتي طالق، وقال الآخر: إن لم يكن غراباً فامرأتي طالق، فأيضاً، أمّا إذا قال: إن كان غراباً، فزینب طالق، وإلا فعمرة، والتداعي المذكور يُمكن فرضه في هاتين الصورتين، ويمكن فرضه فيما إذا لم يوجد إلا تعليقاً واحدة من شخص واحد.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَإِذَا مَاتَ الزَّوْجُ وَمَاتَتْ فَهَلْ لِلْوَارِثِ التَّعْيِينُ لِأَجْلِ الْمِيرَاثِ؟ فِيهِ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ، وَفِي الثَّلَاثِ لَهُ أَنْ يَقُولَ: أَرَادَ الزَّوْجُ هَذِهِ وَلَيْسَ لَهُ إِثْنَاءُ التَّعْيِينِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا طَرَأَ الْمَوْتُ قَبْلَ الْبَيَانِ أَوْ التَّعْيِينِ، فَلَهُ حَالَتَانِ:

إحدهما: أن تموت الزوجتان أو إحدهما، ويبقى الزوج، فتبقى المطالبة بحالها بالبيان، أو التعيين، لتبين حال الميراث.

وقال أبو حنيفة: إذا ماتت سقطت المطالبة بالتعيين؛ بناءً على أن الطلاق يقع عند التعيين، ويستحيل الوقوع<sup>(١)</sup> بعد الموت، وإذا ماتت إحدهما، قال: يتعين الطلاق في

(١) في أ: الرجوع.



الأخرى، وإلى مذهبه مال الشيخ أبو محمد - رحمه الله - وأقيم ذلك وجهاً، والمذهب المشهور الأول، ويوقف له من تركة كل واحدة منهما، أو من تركة الميتة منهما ميراث زَوْج إلى أن يبين أو يعين، فإذا بَيَّن أو عَيَّن، لم يرث من المطلقة، إذا كان الطلاق بائناً، سواء قلنا بوقوع الطلاق عند اللَّفْظ أو التعيين، قال صاحب «التتمة» وغيره؛ لأن الإيقاع سَابِقٌ، وإن كان الوقوع حينئذٍ، وأما الأخرى فيرث منها، ثم إن كان قد نَوَى معينة وبين فقال وَرَثَةُ الأُخْرَى: هي التي أَرْتَهَا للطلاق، ولا وارث لك، فلهم تَخْلِيْفُهُ، فإن حَلَفَ فذاك، وإن نكل حَلَفُوا، وحرم ميراثها أيضاً باليمين المردودة، وإن لم يَنُو معينة، وَعَيَّن فلا يتوجَّه عليه لورثة الأخرى دعوى؛ لأن التعيين يتعلَّق بشهوته واختياره.

وعن أبي حنيفة - رحمه الله -: أنه لما صار إلى انحتام التعيين بموتهم، وَرِثَ الزَّوْجُ مِنْهُمَا جَمِيعاً، لكن قال: يرث من كل واحدة منهما نَصْفَ ميراث زَوْجٍ، والشيخ أبو محمد في التفريع على ما مال إليه كَمَلَّ له الإِثْرُ مِنْهُمَا.

فَرُعٌ: قال القاضي ابن كج: إذا حَلَفَهُ وَرَثَةُ التي عَيَّنَهَا للنِّكَاحِ وأخذوا جميع المهر، إن كان بَعْدَ الدُّخُولِ، وإن كان قَبْلَهُ، أخذوا نصفه، وفي النِّصْفِ الثاني وجهان: وجه يأخذونه أيضاً إمضاء للحكم على موجب تصديقه، ووجه المَنعُ أَنَّهَا مَطْلُوقَةٌ قَبْلَ الدُّخُولِ بقولهم، ولو كَذَبَهُ ورثة التي عَيَّنَهَا للطلاق، وغرضهم استقرار جميع المهر، إذا كان قَبْلَ الدُّخُولِ، فَلَهُمْ تَحْلِيْفُهُ، وهم مقرون له بإرث لا يدعيه.

الحالة الثانية: إذا مات الزَّوْجُ قَبْلَ البَيَانِ أو<sup>(١)</sup> التَّعْيِينِ، ففي قيام الوارث مقامه طريقان:

أشهرهما: [أن] فيه قولان:

أحدهما: أنه يقوم مقامه، كما يَخْلُفُهُ في سائر الحقوق، كالرد بالعيب، وحق الشفعة وغيرهما، وكما يقوم مقامه في الاستلحاق النسب.

والثاني: المَنعُ؛ لأن حقوق النِّكَاحِ لا يُورَثُ، ولأنه إسقاط وارث، فلا يتمكن<sup>(٢)</sup> الوارث منه، كنفى النسب باللَّعَانِ، وفي مَحَلِّ القَوْلَيْنِ طَرِيقٌ:

أحدها: أن الخلاف فيما إذا كان قَدْ نَوَى واحدة بعينها، أمّا إذا أُرْسِلَ اللَّفْظُ، ولم يَنُو معينة، فليس للوارث التعيين بلا خلاف.

والثاني: أن له البَيَانَ بلا خلاف، والقولان في التعيين وقيل لا يقوم في التعيين والقولان في البَيَانِ والفرق على الطريقتين أن البَيَانَ إخبارٌ، وقد تعرف إرادة المُوَرِّثِ،

(٢) في ز: يمكن.

(١) في ز: و.

ويطلع عليها بخبر أو قرينة، والتعيين اختيار يصدُر عن شهوة، فلا يخلُفه الوارث فيه، كما لو أسلم الكافر على أكثر من أزيغ، ومات قبل الاختيار.

والثالث: وبه قال أبو إسحاق أنه يطرد الخلاف في البيان والتعيين معاً.

والطريق الثاني في الأصل، وبه قال القائل: أنه إن مات الزوجتان حيتان، فنقطع بأنه لا يقوم الوارث مقامه في البيان ولا في التعيين؛ لأنه لا عَرَضَ له في ذلك، فإن الحال لا يختلف بين أن يُخلف زوجة أو أكثر، وإن ماتت إحداهما، ثم مات الزوج، ثم الأخرى، وعيّن الوارث الأولي للطلاق، فنقطع بقبول قوله؛ لأنه يضرُّ بنفسه؛ من جهة أنه يحرم مورثه عن ميراث الأولي، ويشرك الثانية في تركه مورثه، وإن عيّن الأولي للنكاح، والثانية للطلاق، أو مات الزوج بعدما ماتتا، ففيه القولان، ثم يعود الترتيب المذكور في البيان والتعيين وذكر الشيخ أبو حامد أنه إنما يوجد القولان منصوصين فيما إذا توسّط موت الزوج موتيهما، وعيّن الوارث الآخرة للطلاق، ومنهما أخذ الخلاف في سائر الصور، ولذلك عبّر معبرون عن الخلاف بالوجهين والأظهر حيث اتفقت الطريقتان على إثبات الخلاف، فيقوم الوارث مقام الموروث، وحيث اختلف المنع.

التفريع: إذا لم يقم الوارث مقام الموروث، أو قلنا يقوم فقال الوارث: لا أعلم، فإن مات الزوج قبلهما، فيوقف ميراث زوجته بينهما حتى يصطلحا، أو يصطلح ورثتهما بعد موتهما، وإن ماتتا قبل موت الزوج، فيوقف من تركتهما ميراث زوج، وإن توسط موته موتهما، وقف من تركه الأولي ميراث زوج؛ ومن تركه زوج؛ ميراث زوجة حتى يحصل الاصطلاح، وإن قلنا: يقوم مقامه، فإن مات الزوج قبلهما فتعيّن الوارث لتعيينه، وقد بيّنّا حكمه، وإن ماتت الزوجتان ثم مات الزوج، فإذا بيّن الوارث إحداهما، فلورثة الأخرى تخليفه أنه لا يعلم أن مورثه طلق مورثتهم، وإن توسط موته موتيهما وبيّن الوارث الطلاق في الأولي، وجرينا على قوله، لم نُحلفه؛ لأنه يُقرُّ على نفسه ويضرُّ بها<sup>(٢)</sup>، وإن بين الطلاق في المتأخرة، فلوارث الأولي تحليفه؛ لأنه يروم الشركة في تركتها، فيحلف أنه لا يعلم أن مورثه طلقها، ولوارث الثانية تحليفه؛ لأنه يروم حرمانه من ميراث الزوج فيحلف على البت أن مورثه طلقها؛ لأن يمين الإثبات تكون على البت.

وقوله في الكتاب «وإذا مات الزوج وماتتا» كلمة و«ماتتا» لا حاجة إليها، إذا قلنا

(١) مخالف لما رجحه النووي في «المنهاج» من أنه يقوم مقامه في التبيين لا في التعيين، وصحح ذلك أيضاً في التصحيح.

(٢) في ز: يضر بها.

بالطريق الأشهر، وإذا وقعت فليحمل على أن المعنى: «وَقَدْ مَاتَتْ» إشارة إلى أنه إذا مات بعد موتها فهو موضع الخلاف في أن الوارث هل يَقُوم مقام المورث باتفاق الطريقتين؟ أما إذا كانتا حيتين، فلا يجيء الخلاف على الطريق الثاني.

فَرَعٌ: شَهِدَ شاهدان مِن ورثة الزَّوْجِ أَنَّ المطلقةَ منهما فُلَانَةٌ فتقبل شهادتهما إذا مات الزوج قبلهما؛ لأنه لا تهمه، ولا تقبل إن ماتتا قبله لجرهما نقل<sup>(١)</sup> الميراث بشهادتهما، وإن توسَّط موت الزوج موتها، فإن شهدا بطلاق التي ماتت قبله، قُبِلَتْ؛ لأن هذه الشَّهادة تُضِرُّ بهما من وَجْهَيْنِ:

أحدهما: حرمان الزوج من ميراث الأولي.

والثاني: شركة الأخرى في إرثه، وإن شهدا بطلاق التي ماتت بعده [لا تقبل] لجرهما النفع بشهادتهما بعكس الوجهين.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَلَوْ قَالَ: إِنْ كَانَ هَذَا غُرَابًا فَعَبْدِي حُرٌّ وَإِلَّا فَرُوجِي طَالِقٌ ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ الْبَيَانِ فِيهِ وَجِهٌ يُعَيِّنُ الْوَارِثَ، وَفِي وَجْهِ نَقْرَعُ بَيْنَهُمَا لِأَنَّ الْقُرْعَةَ تُعْمَلُ فِي الْعَيْتِ، فَإِنْ خَرَجَ عَلَى الْعَبْدِ عَتَقَ، وَإِنْ خَرَجَتْ عَلَى الْمَرْأَةِ لَمْ تُطَلَّقْ إِذْ لَا أَثَرَ لِلْقُرْعَةِ فِي الطَّلَاقِ، وَهَلْ يَرِقُّ الْعَبْدُ فِيهِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: هذه البقية فيما إذا كان الإيهام بين الطلاق والعِتق، فإن قال: إن كان هذا الطائر غراباً، فَعَبْدِي حُرٌّ، وإن لم يكن فزوجتي طالق، أو<sup>(٢)</sup> دخل جماعة في ظلمة، فقال: إن كان أول من دَخَلَ زَيْدٌ، فَعَبْدِي حُرٌّ، وإلا فزوجتي طالق، وأشكل الحال، وفيه مسألتان:

إحدهما: ذكر القاضي ابن كج أن أبا الحُسَيْنِ حَكَى وجهاً، أنه يُقَرَعُ بين العبد والمرأة، كما سنذكر فيما إذا مَاتَ الحالف وعلى هذا فلو قَرَعْنَا فخرجت القرعة على العبد، ثم قال: تبين أن الحنث كان في الطلاق، لم ينقص حُكْمُ القرعة، وحكمتنا بوقوع الطلاق، والصحيح أنه لا قُرْعَةَ ما دام الحالف حياً؛ لأن البيان متوقَّع منه، وقد يُظْلَعُ الفحص على كيفية الحال بعد الشك والتردد، ولكن يُنْتَعَم من الاستمتاع بالمرأة، ومن استخدام العبد والتصرف فيه؛ لتيقن التحريم في أحدهما، وعليه نفقة المرأة إلى البيان، وكذلك نفقة العبد في أصح الوجهين.

والثاني: أنه يؤجره الحاكم، وينفق عليه من أجرته، فإن فَضِّلَ شيء منها حَفِظَهُ إلى أن يتبين الحال، وإذا تبين، وقال: حنثت في يمين المرأة، طَلَّقْتُ، ثم إن صدَّقه

(٢) في ز: و.

(١) في ز: يقبل.

العبد، فذاك، ولا يمين عليه، وحكى الحناطي وجهاً أنه يحلف؛ لما فيه من حق الله تعالى، وإن كذبه، وادعى العتق صدق السيد بيمينه، فإن نكل، حلف، وحكى باليمين المردودة، وإن قال حنتت في يمين العبد، عتق العبد، ثم إن صدقته المرأة، فلا يمين عليه، وفيه الوجه المذكور، وإن كذبت حلف، فإن نكل حلفت، وحكم بطلاقها أيضاً وقوله: «لم أحنت في يمين العبد» في جواب دَعَوَاهُ وغير جواب دَعَوَاهُ، كقوله: حنتت في يمين المرأة؛ وكذا قوله: «لم أحنَّت في يمين المرأة»، وقوله حنتت في يمين العبد.

ولو قال: لم أعلم في أيهما حنتت، ففي «الشامل» وغيره، أنهما إن صدقاه بقي<sup>(١)</sup> الأمر موقوفاً كما سبق، وإن كذباه، حلف على نفي العلم، فإن حلف، فالأمر موقوف، وإن نكل، حلف المدعي منهما، وقضي به بما يدعيه، ولو ادعى أحدهما الحنث في يمينه، فقال في الجواب: لا أدري، لم يكن هذا إقراراً بالحنث في حق الآخر، فإن عرض عليه اليمين، وحلف على [نفي] ما يدعي، فهو مقر بالحنث في حق الآخر، ولو كان قد علق طلاق نسوة، وأدعین الحنث عليه، فإن نكل، فحلف بعضهن دون بعض، حكى بطلاق من حلفت دون لم تحلف، ولو ادعت واحدة، ونكل عن اليمين، فحلفت، حكى بطلاقها، وله أن يحلف إذا ادعت الأخرى ولا يجعل نكوله في حق واحدة نكولاً في حق الأخرى، واعلم أن ما سبق ذكره من الأمر بالبيان أو التعيين والحبس والتعزير عند الامتناع، قد أشاروا إلى مثله ها هنا، لكن إذا قلنا إنه إذا قال: لا أدري يحلف عليه وقنع منه بذلك، فيكون والتضييق إلى أن يبين أو يقول: لا أدري، ويحلف عليه، وهكذا ينبغي أن يكون في الحكم الطلاق بين الزوجتين، والله أعلم.

الثانية: إذا<sup>(٢)</sup> مات الزوج قبل البيان، فهل يقوم الوارث مقامه، فيه طريقتان:

أحدهما: أنه على الخلاف في الطلاق المبهم بين الزوجين.

والثاني: القطع بالمنع، لظهور تهمة الوارث؛ بأن يزعم الحنث في الطلاق، فيسقط زحمة المرأة في التركة ويستتقي الملك في العبد، وبأن للقرعة مدخلاً في العتق، فكان تحكيمها أولى من الرجوع إلى الوارث، وقضية هذا التوجيه تحكيم القرعة عند إبهام العتق بين الرقيقين والذي نص الفحول على ترجيحه أنه لا يقوم الوارث مقام المورث في البيان وإن أثبتنا الخلاف، وفي «أمالي» أبي الفرج السرخسي تخصيص الخلاف بما إذا عين الوارث الحنث في يمين المرأة، أما إذا عكس، فيقطع بالجواز على موجب قوله؛ لأنه يقر على نفسه ويضر بها بتشريك المرأة في التركة وإخراج العبد عن التركة، وهذا حسن موافق تقدم في الطلاق المبهم.

(٢) سقط في ز.

(١) في ز: لفتى.

وإذا لم يُعْتَبَر بيان الوارث أو اعتبرناه، وقال: لا أعلم لي بالحال فيقرع بين المرأة والعبد، فلعلها تخرج على العبد، فإنها مأمورة في العتق، وإن لم تُؤثّر في الطلاق، كما يصغي إلى شهادة رجل وامرأتين في السرقة لتأثيرها في الضمان، وإن لم تُؤثّر في القطع، وإن خرجت على العبد عتق، ويكون العتق من الثلث، إن كان الخلف في مرض الموت، وترث المرأة إلا إذا كانت وادعت الحنث في يمينها، والطلاق بائن، وإن خرجت على المرأة لم تُطَلّق لكن الورع أن تدع الميراث، وهل يرقّ العبد؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن القرعة تعمل في العتق والرق، فكما يعتق إذا خرجت القرعة، يرقّ إذا خرجت على عدليه؛ وعلى هذا يزول الإشكال، ويتصرف الوارث في العبد كيف شاء، وأصحهما المنع؛ لأن القرعة لم تؤثر فيما خرجت عليه، فيبعد تأثيرها في غيره، وعلى هذا فوجهان:

أحدهما: أن القرعة تُعاد إلى أن تُخرَجَ عليه قال الإمام: وعندي؛ يجب أن يخرج القائل به عن أحزاب الفقهاء، ومن قال به فليقطع بعتق العبد، وليترك تضييع الزمان في إخراج القرعة، وهذا قوي قويم، لكن الحنطاطي حكى الوجه عن أبي علي بن أبي هريرة، وهو زعيم عظيم الفقهاء لا يتأتى إخراجهم عن أحزابهم.

وأصحهما: أن الإشكال يَبْقَى بحاله ويوقف عنهما جميعاً في الابتداء، والحاصل أنّا كنّا نبغي من القرعة بياناً، فلم نظفر به، وإن قلنا: إن الوارث تقوم مقامه، رجعنا إليه، فإن عيّن الحنث في يمين العبد عتق، وورثت المرأة، وإن عكس، فللمرأة تحليفه، ويكون حلفه على البت، وللعبد أن يدعي العتق، ويحلفه، ويكون حلفه على أنه لا يعلم أن مورثه حنث في يمينه، ونقل الحنطاطي وجهاً عن ابن سريج: أنه إذا لم يبين الورثة، يوقف إلى أن يموتوا، ويخلفهم آخرون، وهكذا إلى أن يحصل له بيان، والظاهر ما بيئنا، وهو الإقراع إذا لم يبينوا ونقل وجهاً أن الحالف إذا لم يبين حكم عليه بالعتق والطلاق معاً وإذا لم يبين إلى أن مات أو جن أقر بالبيان، وضيق عليه، وكيف ما قدّر فهو ضعيف، والله أعلم.

وهذا تمام الكلام في الشطر الأول من الكتاب ونختمه بصور هي من شرائط هذا الشطر، وربما يقع فيها ما تسهل معرفته من أصولها أو أخواتها التي تقدّمت، لكننا أوردناها إذ وجدناها مسطّورة، فلا تخلو في الأغلب عن زوائد وفوائد: فيما جمع من «فتاوى القفال» وغيره أنه لو قال: طلقْتُ، ولم يزد، لا يقع الطلاق، وإن نوى لأنّه لم يَجْرِ للمرأة ذكر، ولا دلالة، فهو كما [لو] <sup>(١)</sup> قال: «امرأتي» ونوى الطلاق، وأنه لو قال

[يتوارزني من يك] (١) ولم يزد عليه، لا يقع الطلاق، وإن نوى، ولو قال [أكرتوزن مني بهزار طلاق] (٢) ولم يقل (هشته اي) (٣) فإن كان في غرضه أن يقول (هشته اي) (٤) (شم ندم)؛ فسكت أو أسكته غيره لا يقع الطلاق، لأن الطلاق يقع بتمام اللفظ ولم يتم، وإن أراد الإيقاع بقوله (هزار طلاق) (٥) وقع وصلاح للكتابة.

وأنه لو قال: طلقتك واحدة أو ثنتين، على سبيل الإنشاء فيختار ما شاء من واحدة أو اثنتين، كما لو قال: أعتقت هذه أو هذين، وأنه لو قال لولي امرأته: زوّجها، كان إقراره بالفراق، ولو قال: لها: انكحي، لم يكن إقراراً لأنها لا تقدر على أن تنكح، لكن السابق إلى الفهم من ذلك ما هو المفهوم من قوله تعالى: ﴿أَنْ يَنْكَحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٢] وقوله عز وجل: ﴿حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠] وأنه لو قال لامرأته وزمرته (هرجائي كي خواهي، رويم) (٦) لم يدر أنوى الطلاق أم لا؟ وإن نواه، أنوى واحدة أو أكثر؟ فالاحتياط أن يراجعها، إن لم تنقض مدة العدة، وتجدها إن انقضت، والاحتياط التمام أن يطلقها طليقة ولا ينكحها حتى تنكح زوجاً غيره، وأنه إذا قالت له زوجته: تزوجت عائشة بنت عبد الله، فقال: إن تزوجت عائشة بنت عبد الله، فهي طالق، ثم قال: أردت غيرها، لم يصدق، كما لو قال لزوجته وأجنبية: إحدكما طالق، وقال: أردت الأجنبية، وقد سبق ما في صورتين من الخلاف، وفي «فتاوى الشيخ الحسين الفراء» أنه إذا قال لزوجته وأجنبية: إحدكما طالق، ثم قال ما عينت واحدة بقلبي، يحكم بوقوع الطلاق، وإنما يتصرف الطلاق عن الزوجة، إذا قال: أردت الأجنبية، حكي عن أبي العباس الرؤياني رواية وجهين فيمن له امرأتان، فقال: امرأتي طالق مشيراً إلى واحدة منهما، وقال: أردت الأخرى.

أحد الوجهين أنه يقبل، ويقع الطلاق على الأخرى، ولا تلزمه الإشارة شيئاً.

والثاني: يحكم بوقوع الطلاق عليهما على المشار إليها بظاهر الإشارة، وعلى الأخرى (٧) بقوله: «أردتها».

وفيه أنه لو قال: أنت طالق كألف، يُرْجَع إلى نيته، فإن نوى اثنين أو ثلاثاً، فهو

(١) جملة فارسية بمعنى: أنت غير مناسبة لي.

(٢) جملة فارسية بمعنى: لو أنك امرأتي فألف طلاق.

(٣) جملة فارسية بمعنى: لقد طلقتك.

(٤) يعني: لقد طلقتك. (٥) جملة فارسية بمعنى: ألف طلاق.

(٦) جملة فارسية معناها: أي مكان متى تريدن، نذهب إليه.

(٧) قال النووي: الأرجح الأول.

ما أراد، وإن لم يثنو شيئاً فواحدة وأنه لو قال: أنتِ طالقٌ، حتى تتم ثلاثٌ، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه تقع ثلاثاً، وبه قال: أبو حنيفة - رحمه الله - .

**والثاني:** يُزَجَع إليه، فإن لم يثنو شيئاً، فتقع واحدة، ويقرب منه ما إذا قال: أنتِ طالقٌ حتى أكمل ثلاثاً أو وقع عليك ثلاثاً، وأنه لو قال: أنتِ طالقٌ ألواناً من الطلاق، فيُزَجَع إلى نيته، فإن لم يثنو شيئاً، وَقَعَتْ واحدة، وأنه لو قال: يا مطلقّة، أنتِ طالقٌ، وكان قد طَلَّقَهَا قَبْلَ ذلك، فقال أردتُ تلكَ الطلقة، يُقْبَلُ قوله، أو يقع طلقة أخرى؟ فيه وجهان، وأنه لو قال: أنتِ طالقٌ ثلاثاً أو لا يأسكان الواو لا يقع شيء؟ قال في «التتمة» هو كما لو قال «هل أنتِ طالقٌ ولو قال أو لا أنتِ طالقٌ، بتشديد الواو، وهو يعرف العربية، يقع الطلاق، والمعنى أنتِ أوَّلُ في الطلاق، وذكر إسماعيل البوشنجي أنه لو قال لإحدى نسائه: أنتِ طالقٌ، وفلانة أو فلانة، فإن أراد ضمَّ الثانية إلى الأولى فهما حزب والثالثة: حزب والطلاق مردّد بين الأوليين والثالثة، فإن عين الثالثة: طُلِّقَتْ وحدها، وإن عيّن الأوليين أو إحداهما طُلِّقَتَا، وإن ضمَّ الثانية إلى الثالثة، وجعلهما حزباً، والأولى حزباً طلقت الأولى وإحدى الآخرين، والتعيين إليه، وهذا الضم والتخريب يعرف من قرينة الوقفة والنغمة على ما ذكرنا في صيغ التعيين، فإن لم تُوجَد قرينة قال: الذي أراه أن يفصل إن كان الرجل عرافاً بالعربية، فقضية الواو العاطفة الجَمْع بين الأولى والثانية في الحُكْم، فيجعلان حزباً واحداً، والثالثة حزباً، وإن لم يكن عرافاً بها فتطُلِّقُ الأولى بيقين ويختر بين الآخرين، للشك، وأنه إذا قال: أنتِ طالقٌ ثلاثاً إلا نصفاً، يراجع، ولو قال عنيث إلا نصفها، تقع طلقتان، وإن قال إلا نصف طلقة طُلِّقَتْ ثلاثاً، ويحيى الوجه الذاهب إلى أن استثناء النصف كاستثناء الكل، وإن قال: طُلِّقْتُ ولم أنو شيئاً، حمل على استثناء النصف من الجميع، وأنه لو قالت له امرأته: طَلَّقني وطلَّقني وطلَّقني، فقال: طَلَّقتكَ أو قد طَلَّقتكَ، إن نوى الثلاث، تقع الثلاث، وإن نوى واحدةً وَقَعَتْ واحدة، وإن لم ينوي شيئاً فالقياس أن تقع واحدة، وكذا لو قالت طَلَّقني طَلَّقني طَلَّقني، فقال: طَلَّقتكَ أو قد طَلَّقتكَ أو قَالَتْ: طَلَّقني ثلاثاً، فقال أنتِ طالقٌ أو طلقتك أو قد طلقتك، وأنه لو طلقها طلقة رجعية، ثم قال: جعلتها ثلاثاً، فهو لغو لا يقع به الثلاث؛ لأنه تصرف في طلاق قد قضى ونفذ.

وقال: أبو حنيفة يقع الثلاث، وأنه لو قال: لنسائه الأزبج، وقد جلسن صفاً: الوُسْطَى منكن طالقٌ، فعن أصحاب أبي حنيفة أنه لا يقع الطلاق على واحدة منهن، لأنه ليس للأربع وسطى قال فيه وجهان، ولم يزد على هذا، والمفهوم مما أجراه في المسألة أن أحد الوجهين يوافق مذهبهم.

والثاني: أنه يقع الطلاق على الوسطيين، لأن الاتحاد ليس بشرط في وقوع اسم الأوسط والوسطى<sup>(١)</sup>، وأنه لو قال لامرأته، المدخول بهما: أنتما طالقتان، ثم قال قبل أن يراجعهما إحداكما طالق ثلاثاً، ولم يَنْوِ معيَّنة أو قال: أنتِ يا طالق يا فلانة ثلاثاً أو أنت طالق يا فلانة ثلاثاً، ثم انقضت عدَّة إحداهما، لم تتعيَّن الأخرى؛ لوقوع الطلاق عليهما خلافاً لمحمد بن الحسن، بل يبقى الإيهام، فإن عيَّن في التي بَقِيَتْ عدتها، فذاك وإن عيَّن في الثانية، فَيُنْتَبِئُ على أن التَّعْيِينَ بيان الواقع أو هو إيقاع؟ إن قلنا بالأول صحَّ، وإن قلنا بالثاني فلا لأن الثانية لا تُقْبَلُ الإيقاع، قال [و]أ<sup>(٢)</sup> الأول أشبه بالمذهب، وإذا انقضت عدتها، لم يجز التزويج بوحدة منهما قبل التعيين إلا إذا نَكَحَتْ زوجاً آخر، وذكر البوشنجي - رحمه الله - أنه لو قال لامرأته: أنت طالق عن هذا العمل لا ينبغي أن يقضي بوقوع الطلاق عليها لا ظاهراً ولا باطناً؛ لأن التطلق<sup>(٣)</sup> تخلص، وإنما خَلَصَهَا عن العمل لا عن قيد النكاح، وإنما ينصرف عند الإطلاق إلى قيد النكاح؛ للعرف الشائع، وَحَكَيْتُ فيما إذا قال لعبدته (أزاد كردم ويرا)<sup>(٤)</sup> أمرين، هل يعتق؟ اختلاف جواب عن مشايخه الذين لقيهم - رحمهم الله - وإيانا.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: (الشُّطْرُ الثَّانِي مِنَ الْكِتَابِ فِي التَّغْلِيقاتِ، وَفِيهِ فُضُولٌ وَفُرُوعٌ: (الْفَضْلُ الْأَوَّلُ فِي التَّغْلِيْقِ بِالْأَوْقَاتِ): فَإِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ فِي شَهْرِ رَمَضَانَ طَلَّقْتَ عِنْدَ اسْتِهْلَالِ الْهَيْلَالِ، وَلَوْ قَالَ: فِي يَوْمِ السَّنْبِتِ فَعِنْدَ طُلُوعِ الْفَجْرِ، وَلَوْ قَالَ: آخِرَ شَهْرِ رَمَضَانَ فَهُوَ آخِرُ جُزْءِهِ مِنْهُ، وَقِيلَ: إِنَّهُ أَوَّلُ النُّصْفِ الْآخِرِ، وَلَوْ قَالَ: أَوَّلَ آخِرِ الشَّهْرِ فَهُوَ أَوَّلُ الْيَوْمِ الْآخِرِ، وَقِيلَ: أَوَّلُ النُّصْفِ الْآخِرِ، وَلَوْ قَالَ: آخِرَ الْأَوَّلِ فَهُوَ آخِرُ الْيَوْمِ الْأَوَّلِ، وَقِيلَ: آخِرَ اللَّيْلَةِ الْأُولَى، وَقِيلَ: آخِرَ النُّصْفِ الْأَوَّلِ، وَلَوْ قَالَ: فِي سَلْخِ الشَّهْرِ فَهُوَ آخِرُ جُزْءِهِ مِنَ الشَّهْرِ، وَقِيلَ: أَوَّلُ الْيَوْمِ الْآخِرِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: تَبَيَّنَ فِي أَوَّلِ الطَّلَاقِ أَنْ عَرَضَ هَذَا الشُّطْرُ الْكَلَامَ فِي تَعْلِيْقِ الطَّلَاقِ بِالشَّرْطِ، وَهُوَ جَائِزٌ، وَاسْتَأْنَسُوا لَهُ بِمَا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - قَالَ: «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»<sup>(٥)</sup> وَقَاسَوْهُ عَلَى الْعَتَقِ؛ فَإِنَّ الشَّرْعَ وَرَدَ بِالتَّدْبِيرِ، وَهُوَ تَعْلِيْقُ الْعَتَقِ بِالمَوْتِ،

(١) قال الشيخ من زيادته: كلا الوجهين ضعيف والمختار ثالث وهو أنه تطلق واحدة من الوسطيين ويعينها الزوج لأن موضوع الوسطى لواحدة فلا يزداد.

قال في الخادم: ما اختاره الشيخ النووي أجاب به القاضي الحسين في تعليقه ثم نقل أن الشيخين ذكرا في باب الكتابة ما يوافق ذلك.

(٢) في ب: التعليق.

(٣) سقط في ز.

(٤) تقدم.

(٥) جملة فارسية معناها: اعتقته.



والطلاق والعتق يتقاربان في كثير من الأحكام قالوا: والمعنى فيه أن المرأة قد تخالف الرجل في بغض مقاصده، فتفعل ما يكرهه، وتمتنع عن ما يرغب فيه، ويكره الرجل طلاقها، من حيث إنه أبغض المباحات، ومن حيث إنه يرجو موافقتها، فيحتاج إلى تعليق الطلاق بفعل ما يكرهه، أو ترك ما يريده، فإما أن تمتنع ولا تفعل، فيحصل عرضه، أو تخالف، فتكون هي المختارة للطلاق، وإذا علقت الطلاق بشرط، لم يجز له الرجوع عنه كما لو عقّد اليمين على فعل، ولا فزق في جواز التعليق أن يكون الشرط معلوم الخصول، أو موهوم الخصول، ولا يقع الطلاق في النوعين إلا بوجوده، وعن مالك أنه إذا علقت بصفة يتحقق وجودها كمجيء الشهر، وطلوع الشمس يقع الطلاق في الحال.

ولا يخزم الوطاء قبل وجود الشرط، ووقوع الطلاق، وعن مالك - رحمه الله - أنه قال: إذا قال: إن لم أفعل كذا، فأنت طالق يمتنع من الوطاء إلى أن يفعله؛ لأن الحنث يحصل بترك الفعل، والأصل في الفعل العدم، ولو علقت طلاقها بصفة، ثم قال: عجلت تلك الطلقة المعلقة، لم تتعجل، لتعلقها بذلك الوقت المستقبل، كما لو نذر صوم يوم معين، وكما أن الجغل في الجعالة لما تعلق استحقاقه بالعمل، لم يتعجل بتعجيل، المالك وفيه وجه آخر عن رواية الشيخ أبي علي وغيره، وإذا قلنا بالظاهر فلو طلق وقال: عجلت لك الطلاق، راجعناه فإن قال: أردت تلك الصفة، صدقناه بيمينه، ولم يتعجل شيء، وإن أراد طلاقاً مبتدأ وقعت طلقة في الحال ولو عقب لفظ الطلاق بحرف الشرط، فقال: أنت طالق، إن، فمنعه غيره من الكلام؛ بأن وضع يده على فيه، ثم قال: أردت أن أعلق بصفة كذا، صدق بيمينه، لدلالة حرف الشرط على ما يدعيه، وإنما حلفناه؛ لجواز أن يكون قصده التعليق على شيء حاصل مثل أن يقول: إن كنت قد فعلت كذا، وكان قد فعل، ولو قطع الكلام مختاراً حكيم بوقوع الطلاق، لأن ظاهر الحال أنه ندم على التعليق إن قصده وعدل إلى التنجيز، ولو ذكر حرف الجزاء، ولم يذكر شرطاً بأن قال: فأنت طالق، ثم قال: أردت ذكر صفة، فسبق لساني إلى الجزاء، فعن القاضي كحسين؛ أنه لا يقبل قوله في الظاهر، لأنه متهم قد خاطبها بصريح الطلاق، وحرف الفاء يحتمل غير الشرط، وربما كان في عزمه أن يقول: أمّا بعد، فأنت طالق، ولو قال: إن دخلت الدار أنت طالق، وحذف، حرف الجزاء، فقد أطلق في «التهذيب» وغيره أنه يحمل على التعليق.

وقال إسماعيل البوشنجي: يراجع، فإن قال: أردت التنجيز، آخذناه به، وإن قال: أردت التعليق، أو تعذرت المراجعة حمل على التعليق، ولو قال: إن دخلت الدار، وأنت طالق بالواو قال صاحب «التهذيب» - رحمه الله - إن قال: أردت التعليق، فأقمت الواو مقام الفاء، قبل قوله.

ولو قال: أردتُ جعلَ الدخول وطلاقها شرطين لعتق أو طلاق قبل، وإن قال: قَصَدْتُ التَّنْجِيزَ، تنجز الطلاق، قال البوشنجي - رحمه الله - إن قال لم أقصد شيئاً قضي بوقوع الطلاق في الحال، وألغى حرف العطف؛ كما لو قال لامراته ابتداءً: وأنت طالق، ولو قال أنت طالق وإن دخلت الدار طلقت في الحال، دخلت الدار أو لم تدخل، وكذا لو قال وإن دخلت الدار أنت طالق ولم يذكر الواو في «أنت طالق».

ولو علق الطلاق بشرط ثم قال: أردت إيقاع الطلاق في الحال فسبق لساني إلى الشرط؛ فهذا تغليظ منه على نفسه فيؤاخذ بموجبه، وقد ذكرنا من قبل معرض الاستشهاد.

إذا، عرفت ذلك فإن صاحب الكتاب أودع هذا الشرط فصلاً هي قواعد ممهدة وفروعاً هي توابع مبددة فهما قسمان: أولهما: الفُصول، وهي ستة:

**الأول:** في التعليق بالأوقات، فإذا قال أنتِ طالقٌ في شهر كذا، طُلِّقت عند استهلال الهلال، لأنَّ اسمَ رمضان مثلاً متحققٌ عند مجيء أول جزء منه، وإذا تحققت الصفة التي هي متعلقُ الطلاق، وقع الطلاق، ولم يعتبر دوامها وانتهائها؛ ألا ترى أنه إذا عُلِّقَ الطلاق بدخول الدار، فَحَصَلَ في أولِّها، وَقَعَ الطَّلَاق، ولم يعتبر بوسطها والوصول إلى صدرها، قال الإمام - رحمه الله - وقد يظن أن الشهر لَمَّا جُعِلَ ظرفاً للطلاق، فيشترط لوقوع الطلاق سَبَقَ زمان من ذلك الشهر، لكنه وَهَمَ، وليس المعني بالظرف من الزمان إلا زمان ينطبق عليه الفعل، ولم يذكروا هنا خلافاً؛ أخذاً مما سَبَقَ في السُّلْمِ مع اتجاه التسوية، ولو قال: أنتِ طالقٌ في غُرَّةِ شهر كذا، أو أوله أو في رأس الشهر، أو ابتدائه أو دخوله أو استقباله أو إذا جاء شهر كذا، تُطَلِّقُ عند أوَّلِ جزءٍ من الشهر، ولو رأى الهلال قبل غروب الشمس، لم يقع الطلاق حتى تغرب الشمس؛ لأن أول الشهر حينئذٍ يخصل، ولو قال: في نهار شهر كذا أو في أول يومٍ منه، وَقَعَ عند طُلُوعِ الفَجْرِ في اليوم الأوَّلِ لا عند الاستهلال.

ولو قال: أنتِ طالقٌ في يوم كذا، وقع عند طلوع فجر ذلك اليوم، وعند أبي حنيفة عند انتهاء ذلك اليوم بغروب الشمس، كما أن الصلاة عنده تجب بأخر الوقت، وحكى الحناطي قولاً مثل مذهبه، وطرده في الشهر أيضاً، وعلى هذا قياس ما لو قال: في وقت الظهر أو العصر، ولو قال: أردتُ بقولي في شهر كذا، أو يوم كذا وسط الشهر، أو اليوم أو آخرهما، لم يُقْبَل في الظاهر ويدين، هذا هو المشهور، وفي كتاب القاضي ابن كج وغيره وجه: أنه يُقْبَل في الظاهر، ولو قال: أردتُ بقولي «في غُرَّةِ شهر كذا» اليَوْمَ الثاني أو الثالث، فكذلك الحُكْمُ؛ لأن اسم الغُرَّةِ، يقع على الثالث، أما لو قال: أردتُ به المنتصف لم يُدَيِّنْ، وكذا لو قال: في رأس الشهر، ثم قال: أردتُ السادس عشر.

ولو قال: في رَمَضَانَ: أنتِ طالقٌ في رمضان، وقع في الحال، ولو قال: في أول رمضان أو إذا جاء رمضان، وقع في أول رمضان القابل.

وقوله في الكتاب «فعند طلوع الفجر» ليعلم بالحاء والواو، وكذا قوله: «عند استهلال الهلال» بالواو وأُعْلِمَ بالحاء أيضاً؛ لأنه حُكِيَ عن أبي حنيفة في الشَّهْرِ مثل ما رُوِيَ عنه في اليوم، والله أعلم، الكلام في صورتين:

إحدهما: لو قال: أنتِ طالقٌ في آخر شَهْرِ كذا، فوجهان:

أحدهما: أنه يقع الطلاق في آخر جُزءٍ من الشَّهْرِ، فإنه الآخر المطلق، وهو المفهوم من اللفظ.

والثاني: يقع في أول جُزءٍ من لَيْلَةِ السَّادِسِ عَشَرَ؛ لأن النصف الثاني كلُّه في آخر الشَّهْرِ، فيقع الطلاق في أوَّلِهِ، كما وقع في أول الشهر إذا قال: أنتِ طالقٌ في شهر كذا وفي «التهذيب» وجه ثالث؛ وهو أنه يَقَعُ في أول اليوم الأخير؛ حَمَلًا لِلاَخِرِ عَلَى اليَوْمِ الآخِرِ، وإيراده يقتضي ترجيحَهُ، وعلى هذا القياس، لو قال: أنتِ طالقٌ في آخِرِ السَّنَةِ، فعلى الوجه الأوَّلُ تطلَّقَ آخر جزء من السنة، وعلى الثاني: أوَّلُ الشهر السابع، ولو قال: أنتِ طالقٌ في آخر طهر له تطلَّقَ في آخر جزء من الطَّهْرِ، وعلى الثاني: في أول النصف الثاني منه، ولو قال: أنتِ طالقٌ في أول آخر الشهر، فوجهان، وقال أكثرهم: يقع في أول اليوم الأخير، وعن ابن سُرَيْجٍ: في أول النصف الآخر، وهو أول جُزءٍ من لَيْلَةِ السَّادِسِ عَشَرَ، وَحَكَى القَاضِي ابن كَجَجٍ عن أَبِي بكر الصيرفي - رحمه الله - أو غيره: أنه يَقَعُ في أول [اليوم] السَّادِسِ عَشَرَ؛ لأنه أول يوم من النُّصْفِ الآخِرِ، ولو قال: أنتِ طالقٌ في آخر أول الشهر، فوجهان، قال أكثرهم، يقع الطلاق عند غروب الشمس في اليوم الأول، وعن ابن سُرَيْجٍ: يقع في آخر النُّصْفِ الأوَّلِ، وهو عند غروب اليَوْمِ الخَامِسِ عَشَرَ، وفيه وجه ثالث: أنه يقع عند آخر الليلة الأولى، ولا يُعْتَبَرُ مُضِيُّ اليَوْمِ، وهذا ما ذَكَرَهُ صاحبُ «التَّمَةِ» بدلاً عن الوجه الأوَّلِ، فقال: لو قال: «أنتِ طالقٌ آخِرَ أوَّلِ آخر الشهر، فَمَنْ جَعَلَ آخر الشهر اليَوْمِ الآخِرِ، قال: يقع الطلاق عند غروب الشمس في اليوم الأخير؛ لأنَّ ذلك اليَوْمُ هو آخر الشهر، وأوَّلُهُ طلوع الفجر، وآخر أوله غروب الشمس، وَمَنْ حَمَلَ الآخر على النُّصْفِ الثاني، فأوَّلُهُ لَيْلَةُ السَّادِسِ عَشَرَ، فيقع الطلاق في آخر جُزءٍ من هذه الليلة، ولو قال: أنتِ طالقٌ أوَّلَ آخر الشهر، قاله: يقع الطلاق عند استهلال الهلال على الوجهين؛ لأننا إن جعلنا الأول الليلة الأولى، فأخِرُهَا عند طلوع الفجر، وأوَّلُ هذه الآخرة عند الاستهلال، وإن جعلنا الأول النُّصْفِ الأوَّلِ، فأخِرُهُ غروب الشَّمْسِ اليَوْمِ الخَامِسِ عَشَرَ، وأول هذا الآخر الاستهلاك.

الثانية: إذا قال: أنتِ طالقٌ في سَلَخِ الشهر، ففيه وجوه:

أحدهما: أنه يَقَعُ في آخر جُزء من الشهر؛ لأن الانسلاخ يَحْصُلُ به، وهذا ما أجاب به الشيخ أبو حامد - رحمه الله - وإيراد الكتاب يَقْضِي ترجيحه .

والثاني: وهو المذكور في «التهذيب» و «التتمة» أنه يقع في أول اليوم الآخر من الشهر، فإن السُلخ المُطْلَق، يَقَعُ عليه، فيتعلّق الطلاق بأوله، وعن رواية صاحب «التقريب» وجّه أنه يَقَعُ بمضي أول جزء من الشهر؛ فإنه يأخذ في الانسلاخ من حيثئذ، قال الإمام: اسم السُلخ يَقَعُ على الثلاثة الأخيرة من الشهر، كما تقع الغرة على الثلاثة الأول، فيُحْتَمَلُ أن يقع في أول جزء من الأيام الثلاثة<sup>(١)</sup>.

فزع: عن «التتمة» لو قال، أنتِ طالق، عند انتصاف الشهر، يقع الطلاق عند غروب شمس اليوم الخامس عشر، وإن كان الشهر ناقصاً؛ لأنه المفهوم من إطلاق النصف، ولك أن تقول: يُحْتَمَلُ أن يقع في أول الخامس عشر؛ لأنه يُسَمَّى النصف والمنتصف، فيتعلق الطلاق بأوله؛ ويوضحه أن ليلة [البراءة] تسمى ليلة النصف من شعبان.

ولو قال: أنتِ طالق نصف النصف الأول من الشهر، يقع الطلاق عند طلوع فجر اليوم الثامن لأن نصف النصف سبع ليالي، ونصف وسبعة أيام ونصف والليل سابق على النهار، فيقَابَلُ نصف ليلة بنصف يوم، ويُجْعَلُ ثمان ليال وسبعة أيام نصفاً وسبع أيام نصفاً، وسبع ليال وثمانية أيام نصفاً.

ولو قال: أنتِ طالق نصف يوم كذا، طُلِّقَتْ عند الزوال؛ فإنه المفهوم من لفظ النصف، وإن كان اليوم يُحْسَبُ من طلوع الفجر شرعاً، ويكون نصفه الأول أطول.

قَالَ الْعَزَائِي: وَلَوْ قَالَ: بِاللَّيْلِ إِذَا مَضَى يَوْمٌ فَأَنْتِ طَالِقٌ فَتَطْلُقُ آخِرَ الْعَدِّ، وَلَوْ قَالَ بِالنَّهَارِ فَإِذَا عَادَ إِلَى مِثْلِ ذَلِكَ الْوَقْتِ، وَلَوْ قَالَ: إِذَا مَضَتْ السَّنَةُ فَعِنْدَ أَوَّلِ هِلَالِ الْمُحَرَّمِ وَإِنْ كَانَ قَرِيباً، وَلَوْ قَالَ: إِذَا مَضَتْ سَنَةٌ فإِلَى مُضِيِّ اثْنَيْ عَشَرَ شَهْرًا، وَالشَّهْرُ الْأَوَّلُ الْمُنْكَسِرُ يَكْمُلُ ثَلَاثِينَ يَوْمًا مِنَ الْآخِرِ يُحْتَسَبُ أَحَدَ عَشَرَ شَهْرًا بِالْأَهْلَةِ بَعْدَهُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لو قال: إِذَا مَضَى يَوْمٌ فَأَنْتِ طَالِقٌ، نُظِرَ؛ إِنْ قَالَه بِاللَّيْلِ، فَتَطْلُقُ عِنْدَ غُرُوبِ الشَّمْسِ مِنَ الْعَدِّ، فَحِينَئِذٍ يَتَحَقَّقُ مَضِي يَوْمٍ، وَإِنْ قَالَه بِالنَّهَارِ، طُلِّقَتْ، إِذَا جَاءَ مِثْلُ ذَلِكَ الْوَقْتِ مِنَ الْيَوْمِ الثَّانِي، هَكَذَا أَطْلَقُوهُ، وَلَكِنْ فِيهِ تَلْفِيحُ الْيَوْمِ مِنَ الْبَعْضِينَ [المفترقين]، فَقَدْ سَبَقَ فِي «الاعتكاف» أَنَّهُ لَوْ نَذَرَ أَنْ يَعْتَكِفَ يَوْمًا، لَمْ يَجْزُ تَفْرِيقُ السَّاعَاتِ فِي أَصْحَ الْوَجْهِينَ.

ولو فرض انطباق التعليق على أول نهار، طُلِّقَتْ عند غروب الشمس ولو قال:

(١) قال النووي: الصواب الأول، وما سواه ضعيف.

أنت طالق إذا مضى اليَوْمُ، بالألف واللام، فإن قاله نهاراً [طلقت عند غروب شمسك] وإن لم يبق من الغروب إلا قَدْرٌ يسير، لأنه عرف بالألف واللام، فيَنصَرَفُ إلى اليَوْمِ الَّذِي هو فيه، بخلاف ما إذا نَكَرَ، فإنه يقتضي يوماً كاملاً، ولو قال ذلك بالليل كان لُغْواً؛ لأنه لا نَهَارٌ، حتَّى يُحْمَلَ على المعهود، ولا يمكن الحمل على الجنس، قال في «التممة».

ولو قال: أنتِ طالقُ اليَوْمِ، طُلِّقَتْ، وفي الحال، إن قاله نهاراً، وإن قاله ليلاً فكذلك، ويلغو قوله اليوم؛ لأنه لم يعلق، وإنما أوقع وسمَّى الوقت بغير اسم، ولو قال: أنتِ طالقُ الشهر أو السنة، وَقَعَ في الحال.

ولو قال: إذا مَضَى شهرٌ، فأنتِ طالقٌ، فلا يقع حتَّى يمضي شهرٌ كاملٌ، فإن اتَّفَقَ في ابتداء هلال الشهر وقع الطلاق، إذا مضى كاملاً أو ناقصاً، وإلا فإن قاله بالليل، اغْتَبِرَ مُضِيَّ ثلاثين يوماً ومن ليلة الحادي والثلاثين تقدر ما سَبَقَ من تلك الليلة على النقلين، وإن قاله<sup>(١)</sup> بالنَّهَارِ، فيُكْمَلُ بعد التعليق من اليوم الحادي والثلاثين، ولو قال: إذا مضى الشهر طلقت، إذا انقضى الشهر الهلالي، وكذلك لو قال: إذا مَضَتْ السنة، كان التعليق ببقية السنة العربية، فيقع الطَّلَاقُ عند استهلال المحرم، وإن كَانَ قريباً، ولو قال: إذا مَضَتْ سنة، بالتنكير لم يَقَعْ، حتى يمضي اثنا عشر شهراً، ثم إن لم ينكسر الشهر، الأول، وَقَعَ الطلاق بمعنى اثني عشر شهراً بالأهله فُرِضَتْ كاملة أو ناقصة، وأشار، الإمام - رحمه الله - إلى أن تصور عدم الانكسار عَسِيرٌ، لكن يظهر قرينته فيما إذا قال: إذا مَضَتْ من أول رمضان سَنَةٌ، فأنتِ طالقٌ، وإن انكسر الشهر الأول عد ما بقي إلى الاستهلال، وأختسبَ بعده أَحَدَ عَشَرَ شهراً بالأهله، ويكمل الباقي من شهر التعليق ثلاثين وعند أبي حنيفة - رحمه الله - إذا انكسر شهرٌ، انكسر الكُلُّ، واعتبر الجميع بالعدد، وللأصحاب وجه مثله، وقد ذَكَرْنَا ذلك في «السُّلَمِ»، ولو شك فيما كان قد بَقِيَ من شهر التعليق بَعْدَ ما انقضى أَحَدَ عَشَرَ شهراً لم يقع الطلاق إلا باليقين، وذكر الحناطي وجهين<sup>(٢)</sup> في حل الوطاء حال التردُّد.

ولو قال: أردت بالسنة السنة الفارسية أو الرومية دين، ولم يُقْبَل، في الظاهر؛ لأنها تطوّلت، فهو يريد تأخير الطَّلَاقِ، ونقل الحناطي وجهاً آخر أنه يُقْبَلُ، وهو الذي أورده القاضي ابن كج؛ لعموم العرف به، والمشهور الأوَّل<sup>(٣)</sup>.

ولو قال: أردت بقولي: «السنة» سنةً كاملةً دينٍ ولم يُقْبَل في الحكم.

ولو قال: أردت بقولي: «سنة» بقية السنة، فقد غَلَطَ على نفسه.

(٢) قال النووي: أصحهما الحل.

(١) في ز: قال.

(٣) تقدم الكلام على ذلك.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ بِالْأَمْسِ لَمْ يُسْتَنَّذْ إِلَى الْأَمْسِ وَيَقَعُ فِي الْحَالِ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ قَالَ: طَلَّقْتِكِ الْآنَ طَلَاقًا يَنْعَكِسُ حُكْمُهُ إِلَى الْمَاضِي نَفَذَ فِي الْحَالِ وَلَمْ يَنْعَكِسْ، وَقِيلَ: يُلْغَوُ لِأَنَّهُ وَصَفَهُ بِمَحَالٍ فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَ: إِنْ طُرِثَ أَوْ صَعِدَتْ إِلَى السَّمَاءِ أَوْ أُحْيِيَتْ مَيِّتًا، وَقِيلَ فِي التَّغْلِيْقِ بِالصُّعُودِ وَالْإِحْيَاءِ إِنَّهُ أَيْضًا يَقَعُ، وَقِيلَ فِي الْإِحْيَاءِ يَقَعُ دُونَ الصُّعُودِ فَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَ مَوْتِ فُلَانٍ بِشَهْرٍ أَوْ قَبْلَ قُدُومِهِ ثُمَّ مَاتَ أَوْ قَدِمَ بَعْدَ أَكْثَرِ مِنْ شَهْرٍ تَبَيَّنَ وَقُوعُ الطَّلَاقِ قَبْلَهُ بِشَهْرٍ، وَلَوْ قَالَ أَنْتِ: طَالِقٌ أَمْسٍ عَدَا أَوْ عَدَا أَمْسٍ وَقَعَ الْيَوْمَ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ فِي الشَّهْرِ الْمَاضِي ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ طَلَقَهُ رَجْعِيَّةً أَوْ قَعْنَهَا بِالْأَمْسِ قَبْلَ، وَإِنْ قَالَ: أَرَدْتُ أَنْ زَوْجًا آخَرَ طَلَقَهَا أَوْ طَلَّقْتُهَا وَأَبْتَنُهَا ثُمَّ جَدَّدْتُ النِّكَاحَ لَمْ يَقْبَلْ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ صُورٌ نَوْرَدَهَا كَمَا يَنْبَغِي، وَلَا نَحَافِظَ عَلَى تَرْتِيبِ الْكِتَابِ: إِحْدَاهُمَا: إِذَا عَلِقَ الطَّلَاقُ بِصِفَةِ مُسْتَحِيلَةٍ عَرَفَا؛ كَمَا إِذَا قَالَ إِنْ طُرِثَ أَوْ صَعِدَتْ السَّمَاءَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، أَوْ عَقْلًا؛ كَمَا إِذَا قَالَ: إِنْ أُحْيِيَتْ مَيِّتًا، فِي «النَّهْيَةِ» أَنْ حَاصِلُ مَا ذَكَرَهُ الْأَصْحَابُ ثَلَاثَةٌ أَوْجِهَ:

أَحَدُهَا: أَنَّهُ لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَنْجِزْهُ حَتَّى يَنْجِزْ، وَلَكِنْ عَلَّقَهُ، وَلَمْ تَوْجِدِ الصِّفَةَ الْمَعْلُوقَ عَلَيْهَا، وَقَدْ يَكُونُ الْغَرَضُ مِنَ التَّغْلِيْقِ بَغْيَرِ الْمُمْكِنِ أَنْ يَمْتَنِعَ وَقُوعُ الطَّلَاقِ حَسَبَ امْتِنَاعِ الْمَعْلُوقِ عَلَيْهِ، كَمَا قَالَ تَعَالَى: ﴿حَتَّى يَلْبِغَ الْجَمَلُ فِي سَمِّ الْخِيَاطِ﴾ [الأعراف: ٤٠].

الثَّانِي: أَنَّهُ وَقَعَ فِي الْحَالِ، وَيُلْغَوُ، التَّغْلِيْقِ بِالْمَحَالِ؛ لِأَنَّ التَّغْلِيْقَ أَيْضًا يَثْبُتُ إِذَا كَانَ الْمَعْلُوقُ عَلَيْهِ مِمَّا يَرْتَقِبُ حَصُولَهُ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ، كَذَلِكَ بَطَلَ التَّغْلِيْقُ، وَبَقِيَ التَّطْلِيْقُ مِنْ غَيْرِ تَغْلِيْقٍ؛ وَلِهَذَا نَقُولُ إِذَا قَالَ: لِغَيْرِ الْمَدْخُولِ بِهَا: أَنْتِ طَالِقٌ لِلْسَّنَةِ يُلْغَوُ الْوَضْفَ، وَيَقَعُ الطَّلَاقُ.

وَالثَّلَاثُ: يُفَرِّقُ بَيْنَ الطَّيْرَانِ وَالصُّعُودِ، وَبَيْنَ الْإِحْيَاءِ، فَلَا يَقَعُ فِيهِمَا وَيَقَعُ الْإِحْيَاءُ، وَالْفَرْقُ أَنَّ الْاسْتِحَالَةَ فِيهِمَا عَرَفِيَّةٌ، وَهِيَ مُمْكِنَانِ فِي الْعَقْلِ، وَفِي قُدْرَةِ اللَّهِ تَعَالَى الْإِقْدَارِ عَلَيْهِمَا وَقَدْ أُسْرِيَ بِرَسُولِ اللَّهِ - ﷺ - وَرُفِعَ عَيْسَى - عَلَيْهِ السَّلَامُ -، وَأَعْطِيَ جَعْفَرٌ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - جَنَاحَيْنِ يَطِيرُ بِهِمَا، وَأَمَّا الْإِحْيَاءُ فَلَا يَقْدِرُ عَلَيْهِ إِلَّا اللَّهُ تَعَالَى، وَالتَّغْلِيْقُ بِمَا لَا إِمْكَانَ لَهُ مُسْتَنْكَرٌ، فَيُلْغَوُ، وَاتَّفَقَ النَّاقِلُونَ فِي التَّغْلِيْقِ بِالْمُسْتَحِيلِ عَرَفَا؛ كَالطَّيْرَانِ وَالصُّعُودِ، وَحَمَلَ الْجَبَلَ الثَّقِيلَ، وَنَحْوَهَا أَنْ الْأَظْهَرُ عَدَمُ الْوُقُوعِ وَهُوَ الْمَنْصُوصُ، وَكَذَا حَالُ الْخِلَافِ عِنْدَ الْإِمَامِ وَجَمَاعَةٍ فِي التَّغْلِيْقِ الْمُسْتَحِيلِ عَقْلًا، كَالْإِحْيَاءِ الْمَيِّتِ، وَالْجَمْعُ بَيْنَ السَّوَادِ وَالْبَيَاضِ.

وقال صاحب «التتمة» رحمه الله - «المذهب أن يُلغى التعليق به، ويقع الطلاق في الحال، وألحق به التعليق بالمستحيل شرعاً، كما لو قال: إن نُسَخَ وجوب المكتوبات الخمس أو صوم رمضان، فأنت طالق، ولا يخفى أن المراد من إحياء الميت الذي أطلقناه حقيقته فأما إذا علقت بالإحياء بالمعنى المراد في قوله تعالى: ﴿وَأَخِييَ الْمَوْتَى بِإِذْنِ اللَّهِ﴾ فيلحق ذلك بالطيران، وصعود السماء.

الثانية: إذا قال: أنت طالق أمس أو الشهر الماضي أو في الشهر الماضي، فله أحوال:

إحداها: أن يقول: أردت أن يقع في الحال طلاقٌ يستند إلى أمس أو الشهر الماضي، فلا شك أنه لا يُستند، وهل يقع في الحال؟ فيه وجهان:

أظهرهما: وهو المذكور في «التهديب»: نعم؛ لأنه أوقع الطلاق في الحال، وقصد إثبات حكم من قبل أيضاً، فيثبت ما يمكن ثبوته، ويلغو ما لا يمكن.

والثاني: ونسبه أبو الفرج الزاز إلى أبي إسحاق، أنه لا يقع؛ لأنه إنما أوقع طلاقاً مستقلاً أما إذا لم يمكن إسناده، وجب ألا يقع.

الثانية: أن يقول: لم أوقع في الحال طلاقاً، ولكن أردت إيقاعه في الزمان الماضي، فالنص أنه يقع في الحال، وحكى الربيع قولاً: أنه لا يقع، كما لو قال: إن طرقت أو صعدت السماء، فأنت طالق؛ فإنه نص على أنه لا يقع، واختلف الأصحاب، فعن ابن خيران أن الصورتين على قولين بالنقل والتخريج، وجه الوقوع أنه خاطبها بالطلاق وربطه بشيء ممتنع، فيلغو الربط، ويقع الطلاق، كما لو قال: أنت طالق للبدعة ولا بدعة في طلاقها، ووجه المنع أنه أوقع الطلاق في الزمان السابق أو بشرط، وهو ممتنع، فإذا امتنع وقوع ما أوقعه، لا يقع ما لم يوقعه، والوجه الذهاب إلى وقوع الطلاق في التعليق بالصعود ونحوه على ما تقدم مأخوذاً من هذا التصرف، والأكثر لم يثبتوا ما حكاه الربيع قولاً، وقطعوا بوقوع الطلاق ما هنا، ووجهه<sup>(١)</sup> «بأنه أرسل الطلاق وأراد رفعه بالإضافة إلى ما مضى، فكان كما لو قال: أنت طالق طلاقاً لا يقع عليك، وهناك لم يرسل الطلاق، وإنما علّقه ولم يوجد المعلق عليه، وأيضاً فإن الطيران والصعود ممكنان في نفسهما وإيقاع الطلاق في رمضان مضى وتصرم بحال.

الثالثة: إذا أراد بهذا الكلام إيقاع الطلاق لا في الحال ولا فيما مضى، وإنما أردت أنني طلقته في الشهر الماضي في هذا النكاح، وهي في عدة الرجعية، أو بائن

(١) في ز: وقوله.

الآن فيصدق بيمينه، وتكون عدتها من الوقت الذي ذكره إن صدقته، ويبقى النظر في أنه كان يخالطها أو لم يخالطها وإن كذبت، فالعدة من وقت الإقرار، وعن القاضي الحسين: أنها إن صدقت، قبل، وإلا فالقول قولها في أنه إنشاء الطلاق، وحينئذ فيحكم عليه بطلاقين. أحدهما: هذا الذي أنشأه.

والثاني: ما أقر به.

ولو قال: أردت أني طلقها في الشهر الماضي، وبانت مني، ثم جدت النكاح أو أن زوجاً آخر طلقها في نكاح سابق، وبانت، فنكحتها، قال الأصحاب: يُنظر؛ إن عرف نكاح سابق وطلاقه فيه أو أقام<sup>(١)</sup> على ذلك بيته، وصدقته في إرادته، فذاك، وإن كذبت، وقالت لم تُرد ذلك، وإنما أردت إنشاء طلاق الآن، فيحلف، قالوا: ويخالف هذا ما إذا قال: طلقها في هذا النكاح حيث يصدق، ولا نطالب بالبينة؛ لأنه مغترف هناك بطلاق في هذا النكاح، وها هنا يريد صرف الطلاق عن هذا النكاح، وإن لم يُعرف نكاح سابق، وطلاق في ذلك النكاح، وكان محتملاً، فينبغي أن يُقبل التفسير به، وإن لم تقم بيته، وإلا يقع الطلاق، وإن كان كاذباً؛ ألا ترى أنه لو ابتداءً، فقال: طلقك في الشهر الماضي زوج غيري، لا يُحكم بوقوع طلاقه، وإن كذب.

الرابعة: لو قال: لم أزد عند الطلاق شيئاً أو مات، ولم يُفسر أو جُنَّ أو خرس، وهو عاجز عن التفهيم بالإشارة، فالمشهور أنه يقع الطلاق في الحال، قال الإمام - رحمه الله - وسببه أن قوله: «أنت طالق» صريح في تنجيز الطلاق، وقوله «في الشهر الماضي» ملتبس متردد بين محامل، فإذا لم يقصد به شيئاً، لُغِيَ، وعمل اللفظ المستقل، وحاصله أنا نحكم بوقوع الطلاق إلا إذا فُسِّر بشيء من التفاسير المذكورة، فيكون الحكم على ما بيننا، وحكى [الحناطي]<sup>(٢)</sup> وجهاً آخر: أننا لا نحكم بوقوع الطلاق، إذا لم يُقف على تفسير، ولو قال: أنت طالق للشهر الماضي، ففي «المجرد» للقاضي أبي الطيب: أننا نحكم بوقوع الطلاق في الحال قولاً واحداً، كما لو قال: أنت طالق إن شاء فلان، لكن الكلام في مثل ذلك يُستعمل للتاريخ، واللفظ محتمل للمعاني المذكورة، فيما إذا قال في الشهر الماضي، والله أعلم.

الصورة الثالثة: قال: إذا مات فلان أو قديم فلان، فأنت طالق قبله بشهر أو قال: أنت طالق قبل أن أضربك بشهر نُظِر إن مات فلان أو قديم فلان أو ضربها قبل مُضي شهر من وقت التعليق، لم يقع الطلاق سابقاً؛ لأن وقوع الطلاق لا يسبق اللفظ الموقع، وأما في الحال ففي «المهذب» حكاية وجه: أنه على الخلاف المذكور في الصورة

(٢) سقط في ز.

(١) في ز إذا أقام.



السابقة، وهي ما إذا قال: أنتِ طالقٌ للشهر الماضي، والصحيح المعروف أنه لا يقع قولاً واحداً، والفرق أن القُدوم يمكن أن يتأخر عن شهر، ويمكن أن يتقدم، والطلاق في الحقيقة معلقٌ بزمان يكون بينه وبين القُدوم شهراً، فوجب اعتبار الصفة، وهناك لا تعليق، وإيقاع الطلاق في الزمان الماضي مُحالٌ، فلغبي، وإذا لم يَقَع الطلاق، فننحل اليمين، حتى لو ضربها بعد ذلك، وقد مضى شهراً، أو أكثر، لم يَقَع الطلاق.

قال الإمام - رحمه الله -: ولو قال قائلٌ: الضرب المعقود عليه ضربٌ يقع الطلاق قبله بشهر، فلا تنحل اليمين بالضرب الأول؛ لما كان بعيداً تخريجاً، على أن المعلق عليه إذا وُجِدَ في حال البيونة، لا ينحلُّ اليمين على ما سبقتُ حكايته عن الإصطخري، وإن وُجِدَ الموت أو القُدوم أو الضرب بعد مضي شهر من وقت التعليق، تبيّن وقوع الطلاق قبله بشهر، وبحسب العدة من يومئذٍ، ولو ماتت وبينها وبين القُدوم دون شهر، لا يرث الزوج منها، وعن أبي حنيفة أنه يقع الطلاق في صورة القُدوم، والضرب في الحال، وسلم في صورة الموت الوقوع قبله بشهر، ولو خالغها قبل قُدوم فلان أو موته، فإن كان بين الخُلْع وبين قُدوم فلان أو موته أكثر من شهر وقَع الخُلْع صحيحاً، ولم يقع الطلاق المعلق، وإن كان بينهما دون شهر، والطلاق المعلق ثلاثاً، فالخُلْع فاسدٌ، والمال مردود، ولو علق عتق عبده كذلك، ثم باعه، وتبين البيع وموت فلان أو قُدومه أكثر من شهر، صحَّ البيع ولم يحصل العتق.

الرابعة: إذا قال: أنتِ طالقٌ غداً أمس، أو أمسٌ غداً، على الإضافة وقع الطلاق في اليوم لأنه عند أمس وأمس غد ولو قال: أمسٌ وغداً أو غداً أمس، لا على الإضافة، طُلِّقَتْ إذا طلع الفجر من الغد، ويلغو ذكر أمس، هكذا أطلقه في «التهذيب» ونقل الإمام مثله فيما لو قال: أنتِ طالقٌ أمس غداً، وأبدى فيه توقُّفاً؛ لأن قوله أنتِ طالقٌ أمس، كقوله أنتِ طالقٌ الشهر الماضي، ولو أطلق هذا اللفظ لتنجز الطلاق في الحال، فذكر العَدَ معه لا يغيّر هذا المعنى، ولا يقتضي تأخير الطلاق، ولو قال: أنتِ طالقٌ اليوم غداً وقَعَتْ في الحال طليقةً، ولا يقع الغد أخرى؛ لأنها إذا طُلِّقَتْ اليوم، كانت طالقاً غداً أيضاً ويُحتمل أنه لم يرد إلا ذلك، فلو قال: أردتُ اليوم [طليقةً] (١) وغداً طليقةً، طُلِّقَتْ كذلك، إذا لم تبيّن (٢) بالأولى، وإن قال: أردتُ إيقاع نصف طليقة اليوم، ونصف طليقة غداً، فكذلك تطلق طليقتين، وإن قال: أردتُ أن تقع نصف طليقة اليوم، ونصفها الآخر غداً، ففي وجه تطلق طليقتين أيضاً والأشبه أن لا تقع إلا واحدة لأن النصف الذي أخره قد تعجل، وهذا ما أورده في «التتمة» وحكى فيما لو قال: أنتِ طالقٌ غداً اليوم، وجهان:

(٢) في أ: ينو.

(١) سقط في ز.

أحدهما: أنه لا يقع في الحال شيء، ويقع طلقة غداً؛ لأن الطلقة تعلقت بالغد، وقوله «اليوم» بعد ذلك كتعجيل الطلاق المعلق، وقد مر أنه لا تتعجل، وبهذا قال أبو حنيفة والقاضي أبو حامد، وذكر الشيخ أبو عاصم أنه الصحيح.

والثاني: أن الحكم فيه كما لو قال: أنت طالق اليوم وغداً وهو المذكور في «التهذيب»، ولو قال: أنت طالق اليوم وغداً وبعد غدٍ، تقع في الحال طلقة، والمطلقة في وقت مطلقة فيما بعده، فلا يقع شيء آخر، كذلك حكاه صاحب «التممة» ويقرب من الصورة ما إذا قال: أنت طالق اليوم، وإذا جاء الغد، قال إسماعيل البوشنجي - رحمه الله -: يراجع إن قال: عنيت طلقة، تقع اليوم وتبقى مطلقة بعد هذا، لم يقع إلا واحدة، وإن قال: أردت طلقة اليوم، وطلقة غداً، أوقعناه<sup>(١)</sup> كذلك وإن كانت مدخولاً بها، وإن لم يكن له نية لا يقضي بالتعدد، كما لو قال: أنت طالق اليوم وغداً، ولو قال: اليوم، ورأس الشهر، فهو كما لو قال: أنت طالق اليوم وغداً، ولو قال: اليوم، ورأس الشهر، فهو كما لو قال: اليوم وغداً.

وقال المتولي: ولو قال: أنت طالق اليوم، وفي الغد وفيما بعد الغد، يقع في كل يوم طلقة؛ لأن الاختلاف في الظرف يوجب التعدد من المظروف وبمثله حكّم فيما إذا قال: في الليل وفي النهار، وليس التوجيه بواضح، ويجوز أن يختلف الظرف، ويتحد المظروف، ولو قال أنت طالق بالليل والنهار، لم تطلق إلا واحدة، ولو قال: أنت طالق اليوم أو غداً؛ فوجهان عن رواية الشيخ أبي عاصم:

أصحهما: أنها تطلق غداً؛ لأنه اليقين، وهذا ما ذكرناه من قبل مستشهدين بالمسألة.

والثاني: يقع في الحال؛ تغليباً للإيقاع ويوافق الوجه الأول ما ذكره الشيخ البوشنجي أنه لو قال: أنت طالق غداً أو بعد غد أو إذا جاء الغد أو بعد غد، لا يقضى بوقوع الطلاق في الغد، قال: وعليه استقر رأي أبي بكر الشاشي وابن عقيل ببغداد - رحمهما الله -. ولو قال: أنت طالق اليوم إذا جاء الغد، فعن ابن سريج وصاحب «التقريب»: أنه لا يقع الطلاق أصلاً؛ لأنه علّقه بمجيء الغد، فلا تطلق قبله، وإذا جاء الغد مضى اليوم الذي جعله محلاً للإيقاع.

والثاني: أنه إذا جاء الغد، وقع الطلاق مستنداً إلى اليوم، ويكون كما لو قال: إذا قدم زيد، فأنت طالق [اليوم] قبل ما إذا جاء الغد مستحيل فيلغو ما ينشأ منه الاستحالة.

وأما لفظ الكتاب، فقوله: «ولو قال: أنت طالق أمس لم يستند إلى أمس» المراد منه ما إذا قصد إيقاع الطلاق بالأمس.

(١) في أ: ومعناه.

وقوله: «ولو قال طلقك الآن طلاقاً» ينعكس حُكْمُهُ إلى الماضي المراد منه إذا قصد الإيقاع في الحال على أن ينعطف، وینعكس على ما مَضَى، وذلك بين في «الوسيط».

وقوله: «وقيل يلغو لآئه وصفه بمحال» أراد به ما حكي عن الربيع - رحمه الله - الخِلافُ حاصلٌ في الصورتين جميعاً إلا أن الإمام وصاحب الكتاب - رحمهما الله - نقلاً كلام الربيع فيما إذا أوقع في الحال على أن يَغْطِفَ على ما مَضَى، والذي تطابقت عليه كتب الأكثرين، منهم ابن الصَّبَّاح، وصاحب «التهذيب» نقل كلامه فيما إذا لم يقصد الإيقاع في الحال، وإنما قصده في الماضي على ما سبق، وقوله آخراً ولو قال «أنت طالق في الشهر الماضي إلى آخره» كان الأَحْسَنُ أن يذكره مع مسألة أمس المذكورة أولاً؛ لأن الحُكْمَ فيما إذا قال: أنت طالق أمس، وأنت طالق في الشهر الماضي واحد، وقوله: «أردت طلقاً رجعيةً» حالة من أحوال المسألة، والأوَّلَى أن يذكر الأحوال مجموعة، ويجوز إعلام قوله: «قُبِلَ في التعليق بالصعود» والإحياء إنه أيضاً، يقع الطلاق» بالواو، لأن في «المهذب» وغيره نقل طريقة قاطعة بأنه لا يقع الطلاق في التعليق بالصعود، وقوله «تبيين وقوع الطلاق قبله بشهر» معلم بالحاء؛ لِمَا حكيناه في صورة القدوم.

وقوله: «لم يُقْبَلْ إلا ببيئة يعني بيئة تقوم على نكاح سابق في طلاق فيه، ثم لا يكفي القبول بذلك البيئة، بل يحلف إذا ادَّعَتْ أنه أراد الإنشاء لا ذلك الطلاق».

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا فِي كُلِّ سَنَةٍ طَلَّقَتْ طَلِّقَةً وَاحِدَةً فِي الْحَالِ وَالثَّانِيَةِ أَوَّلَ الْمُحْرَمِ إِنْ أَرَادَ السَّنِينَ الْعَرَبِيَّةَ وَإِلَّا فإِلَى أَنْ تَنْقُضِي سَنَةً كَامِلَةً، وَلَوْ قَالَ: فِي كُلِّ يَوْمٍ طَلِّقَةً طَلَّقَتْ فِي الْحَالِ طَلِّقَةً وَاحِدَةً وَالثَّانِيَةَ صَبِيحَةَ الْعَدِ، فَإِنْ قَالَ: أَرَدْتُ أَنْ يَكُونَ بَيْنَ كُلِّ طَلِّقَةٍ يَوْمٌ فَيَدِينُ، وَهَلْ يُقْبَلُ ظَاهِرًا؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا قَالَ لَامْرَأَتِهِ الْمَدْخُولِ بِهَا: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا فِي كُلِّ سَنَةٍ، طَلِّقَةً تَعَلَّقَتْ الطَّلَاقَاتِ الثَّلَاثَةَ بِالسَّنِينَ الْمُتَّصِلَةِ بِالتَّعْلِيقِ، كَمَا يَتَعَلَّقُ قَوْلُهُ: أَجْرُكَ هَذِهِ الدَّارِ سَنَةً، بِالسَّنَةِ الْمُتَّصِلَةِ<sup>(١)</sup> بِالْعَقْدِ، وَكَذَا قَوْلُهُ: وَاللَّهِ، لَا أَكَلِّمُكَ سَنَةً، وَإِذَا تَعَلَّقَ بِهَا، وَقَعَ فِي الْحَالِ طَلِّقَةً، ثُمَّ إِنْ أَرَادَ السَّنِينَ الْعَرَبِيَّةَ، وَقَعَتْ أُخْرَى عِنْدَ اسْتِقْبَالِ الْمُحْرَمِ، وَأُخْرَى أَوَّلَ الْمُحْرَمِ الَّذِي يَلِيهِ، وَإِنْ أَرَادَ أَنْ يَكُونَ بَيْنَ كُلِّ طَلِّقَتَيْنِ سَنَةً فَيَقَعُ الثَّانِيَةَ عِنْدَ انْقِضَاءِ سَنَةٍ كَامِلَةٍ مِنْ وَقْتِ التَّعْلِيقِ، وَالثَّلَاثَةَ عِنْدَ انْقِضَاءِ سَنَةٍ أُخْرَى، وَهَذَا فِي الْحَالَتَيْنِ مَفْرُوضٌ فِيمَا إِذَا امْتَدَّتِ الْعِدَّةُ أَوْ رَاجَعَهَا فَلَوْ بَانَ وَجَدَّ النِّكَاحَ، وَمُدَّةُ الْيَمِينِ بَاقِيَةٌ، فَفِي وَقْعِ

(١) في أ: المتعلقة.

الطلاق قولاً عَوْدَ الْحَيْثِ، فإن قلنا: يعود، وكان التجديد في خلال السنة، يَقَعُ الطَّلَاقُ، في الحال وإن كان الوقوع في أول السنة لولا البيئونة، ولا نقول: إذا مضى أول السنة، فقد فات وقت الوقوع، لأن جميع السنة وقت، وإنما وَقَعَ الطلاق في أولها عند الإمكان؛ اتباعاً للرسم، فإذا تعذر الوقوع في الأول، قام ما بعده مقامه، وشبه ذلك بأننا توجب الصلاة بأول الوقت، ونوجبها على المَعذُور إذا زال عُدْرُهُ في أثناء الوقت؛ إقامة لآخر الوقت مُقَامَ أوَّلِهِ، فإن أطلق اللفظ فَيُنزَلُ على السنين العربية، أو على الاحتمال الثاني فيه وجهان:

أشبههما: الثاني وهو الموافق للفظ الكتاب، وإلا فوجهان إن لم يرد شيئاً أصلاً.

ولو قال: أنت طالق ثلاثاً في ثلاثة أيام، أو في كل يوم طلقة، نُظِرَ، إن قاله بالتهار، وقعت في الحال طلقةً، وبطلوع الفجر في اليوم الثاني أخرى، [وبطلوعه في الثالث أخرى] فلو قال: أردت أن يكون بين كل تطليقتين يومٌ، فَيُدَيْنُ، وهل يُقْبَلُ ظاهراً؟ فيه وجهان:

أحدهما: نَعَمْ، كَالسَّتَةِ.

والثاني: لا؛ لأن اليوم عبارة عن، هذا الزمان المَحْضُور، لا يدخل بعضه في بعض بخلاف<sup>(١)</sup> الستة الوجهان ينطبقان على الوجهين في أن من نَدَرَ اغْتِكَافَ يوم هل يجوز له أن يعتكف ساعات متفرقة بقدر ويوم وقياس ما أجابوا به فيما إذا قال: إذا مَضَى يوم، فأنت طالق أن يقبل، وإن قال: ذلك بالليل، وقعت ثلاث طلاقات عند طلوع الفجر في الأيام الثلاثة التالية للتعليق، هذا تمام ما في الكتاب، ويتعلق به كما يتعلق بالأوقات مما يَدْخُلُ في هذه الترجمة هذه المسائل، لو قال: أنت طالق اليوم، إن لم أطلقك اليوم، فمضى اليوم، ولم يطلقها، فعن ابن سريج: أنه لا يقع الطلاق؛ لأنه لم يتحقق ما جعله شرطاً للطلاق إلا بِمُضِيِّ اليوم، فإذا مَضَى اليوم لم يبق وقت للوقوع، فلا يقع.

وقال الشيخ أبو حامد - رحمه الله - يَقَعُ في آخر لحظة من اليوم؛ لأن الشرط عدم التطليق<sup>(٢)</sup> في اليوم، والتطليق يقع في اليوم إذا بقي زمان يحتمله، فإذا لم يبق من الزمان ما يتسع للتطليق بعد تحقق الشرط، حينئذ يقع الطلاق<sup>(٣)</sup>، والوقوع حكم الشرع، فلا يستدعي زماناً يستدعيه، والشرط والجزاء لا يَتَصَوَّرُ اجتماعهما، ومثل هذا التعليق فاسدٌ، كما سيأتي في مسائل الدُّور، وفي «فتاوى القفال» - رحمه الله - أنه لو

(١) في ز: المسألة.

(٢) في أ: التعليق.

(٣) قال النووي: هذا الثاني: أفقه، وهو المختار.

قال: أنت طالق في أفضل الأوقات، طُلِّقْتُ في ليلة القدر. ولو قال: أفضل الأيام، طُلِّقْتُ يَوْمَ عَرَفَةَ. وفي وجه يوم الجمعة عند الغروب<sup>(١)</sup>. ولو قال: أنت طالق بين الليل والنهار، لا يحكم بوقوع الطلاق ما لم تغرب الشمس<sup>(٢)</sup>.

وأنه لو قال: أنت طالق قبل موتي يقع الطلاق في الحال، ولو قال: قبل موتي - بضم القاف أو قبيل موتي، لا يقع إلا في آخر جزء من حياته، ولو قال: بعد قبل موتي يقع في الحال، لأنه بعد قبل الموت، ويَحْتَمَلُ الْأَيَّامَ؛ لأن جميع عمره قبل الموت.

ولو قال: أنت طالق قبل أن أضربك أو تدخلني الدار أو ما لا يتحقق وجوده.

قال إسماعيل البوشنجي، هذا يحتمل وَجْهَيْنِ:

أحدهما: أنه يقع الطلاق في الحال، كما لو قال: قبل موتي أو مَوْتُ فلان، وأصحهما: أنه لا يقع حتى يوجد ذلك الفعل، فحينئذ يقع مستنداً إلى أَوَّلِ اللَّفْظِ؛ وهذا لأن قولنا هذا قبل هذا، يستدعي وجودهما، وربما لا يكون لذلك الفعل وجوداً، ولو قال: أنت طالق تطلقاً قبلها يوم الأضحى، فيراجع إن أراد الأضحى الذي بين يديه فلا تُطَلَّقُ حتى يجيء ذلك اليوم، وينقضى ليكون قبل التغطية، وإن أراد الذي مضى، فيقع الطلاق في الحال، كما لو قال: يوم السبت أنت طالق تطلقاً قبلها يوم الجمعة<sup>(٣)</sup>، ولو قال: أنت طالق قبل مَوْتُ فلان، وفلان بشهر، فإن مات أحدهما قبل الشهر لم يقع الطلاق، وإن مات أحدهما بعد مُضِيِّ شَهْرٍ فوجهان:

أحدهما: أنه يقع الطلاق قبل موته بشهر، وإذا أوقع قبل موته بشهر، كان واقعاً قبل موت آخرهما موتاً بأكثر من شهر وفي أكثر من شهر فيكون واقعاً قبل موتهما بشهر.

الثاني: لا يقع الطلاق أضلاً، لأن الصفة المذكورة لا تتحقق؛ لأنه إذا وقع الطلاق قبل موت الأول بشهر، يكون قبل موت الآخر بأكثر من شهر، فحينئذ فلا يقال في مطرد العرف إنه قبله بشهر، إنما يُطَلَّقُ ذلك إذا انحصر السبب في مقدار شهر، بلا زيادة ولا نُقْصَانٍ، وهذا الثاني خرج البوشنجي - رحمه الله -، ونظير المسألة ما إذا

(١) قال النووي: تحصيله بـ «عند غروب الشمس» ضعيف أو غلط، لأن اليوم يتحقق بطلوع الفجر، فإن تخيل متخيل أن ساعة الإجابة، قد قيل: إنها آخر النهار، فهو وهم ظاهر لوجهين، أحدهما: أن الصواب أن ساعة الإجابة، من حين يجلس الإمام عند المنبر، إلى أن تقضي الصلاة، كذا صرح به رسول الله ﷺ في «صحيح مسلم»، والثاني: أنه لم يعلق بأفضل أوقات اليوم، بل اليوم الأفضل، واسم اليوم الأفضل يحصل بطلوع الفجر.

(٢) قال النووي: هذا إذا كان نهراً، فإن علق ليلاً، طلقت بطلوع الفجر.

(٣) قال النووي: فإن لم يكن له نية، لم يقع حتى ينقضي الأضحى الذي بين يديه.

قال: أنتِ طالقٌ قبل عيدي الفطر، والأضحى بشهر، فعلى الوجه الأول: تُطَلَّقُ أول رمضان، وعلى الثاني: لا تُطَلَّقُ<sup>(١)</sup>، وفي «فتاوى القاضي الحسين - رحمه الله -: أنه لو قال: أنتِ طالقٌ قبل ما بعده رمضان، وأراد الشهر، طُلِّقت في آخر جزء من اليوم من رَجَب، وإن أراد اليوم بليلتها، ففي آخر جُزء من أجزاء اليوم التاسع والعشرين من شعبان، وإن أراد، مجرد اليوم فقبل يوم الثلاثين من شعبان، وإن قال: بعد ما قبله رمضان، وأراد الشهر، يقع عند استهلال ذي الحجة، وأن أراد الأيام، ففي اليوم الثاني من سؤال، وحكى أبو العباس الروياني - رحمه الله - وجهين، فيما لو قال أنتِ طالقٌ كل يوم:

أحدهما: وبه قال أبو حنيفة - رحمه الله -: أنها تُطَلَّقُ كلَّ يوم طلقة، حتى يكمل الثلاث.

والثاني: لا تُطَلَّقُ إلا واحدة، والمعنى: أنتِ طالقٌ أبداً<sup>(٢)</sup>، وأنه لو قال: أنتِ طالقٌ يوماً ويوماً لا، ولم ينو شيئاً، وقعت واحدة، وقال: إسماعيل البوشنجي - رحمه الله -: المفهوم من مُطَلَّق اللفظ، وقوعُ ثلاث طلقات، يقع آخرها في اليوم الخامس، فإن قال: عنيت طلقةً يثبُت حكمها في يومٍ دون يوم، أو تقع في يومٍ دون يوم، قُبِلَ.

ولو قال: أنتِ طالقٌ إلى شهر، ففي «التتمة» وغيره أنه يقع الطلاق بعد مضي شهر، ويتأبد إلا أن يريد تنجيز الطلاق، وتأقيته، فيقع في الحال ويتأبد، واخْتَجَّ [له]<sup>(٣)</sup> بما رُوِيَ عن ابن عباس - رضي الله عنه - أنه سئل عن رجلٍ قال لامرأته أنتِ طالقٌ إلى سنة، فقال: هي امرأته [سنة]، وبأن هذه اللفظة، كما تحتمل تأجيل الواقع، تحتمل تأجيل الإيقاع؛ ألا ترى أن القائل يقول إني مسافرٌ إلى شهرين<sup>(٤)</sup>، يريد بعد شهر، وإذا ثبِت الاحتمالان، وجب الأخذ باليقين وذكر البوشنجي وجهاً آخر احتمالاً: أنه يقع<sup>(٥)</sup> في الحال؛ لأنه نجز، وأقَّت كما لو قال إن<sup>(٦)</sup> بعثك بكذا إلى شهر، وذكر أنه لو قال: أنتِ طالقٌ غداً، أو عيدي حرٌّ بعد غد، يؤمر بالتعيين، وإذا عيّن الطلاق أو العتق تعيّن في اليوم الذي ذكره فيه، وأنه لو قال: طالقٌ أمس، وقد تزوّجها اليوم، كان الحكم كما لو تزوّجها قبل أمس؛ لأن الطلاق لا ينعطف على الماضي، فلا فَرْق بين أن تكون منكوحته في الماضي أو لا تكون، وأنه لو قال: أنتِ طالقٌ تطلقاً لا تقع عليك إلا

(١) قال النووي: الصواب الأول، والثاني غلط، ولا أطلق عليه اسم الضعيف، وعجب ممن يخرج مثل هذا أو يحكي ويسكت عليه.

(٢) قال النووي: الأول أصح؛ لأنه السابق إلى الفهم.

(٣) سقط في ز.

(٤) في ز: شهر.

(٥) قال النووي: هذا الاحتمال ضعيف.

(٦) سقط في ز.

غداً، أوقعت طلقة بعد مجيء الغد كما لو قال أنت طالق الساعة إذا دخلت الدار كان كما لو قال: أنت طالق تطليقة تقع عليك غداً، وأنه لو قال: أنت طالق الساعة، إذا دخلت الدار، كما كان لو قال: أنت طالق اليوم، إذا جاء الغد، وأنه لو قال: أنت طالق اليوم وإن جاء رأس الشهر، يقع الطلاق في الحال، كما لو قال: أنت طالق اليوم، وإن دخلت الدار.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الْفَضْلُ الثَّانِي فِي التَّعْلِيْقِ بِالتَّطْلِيْقِ وَنَفْيِهِ): فَإِذَا قَالَ: إِنْ طَلَّقْتِكِ أَوْ إِذَا أَوْ مَهْمَا أَوْ مَتَى مَا طَلَّقْتِكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ فَإِذَا طَلَّقَهَا طَلَّقْتَ طَلَّقْتَيْنِ بَعْدَ الدُّخُولِ وَطَلَّقَةً قَبْلَ الدُّخُولِ؛ لِأَنَّ الْمُعْلَقَ يُصَادِفُ حَالَ الْبَيِّنُوْنَةِ، وَكَذَلِكَ إِذَا خَالَعَهَا وَلَيْسَ ذَلِكَ لِأَنَّ الْجَزَاءَ يَتَأَخَّرُ عَنِ الشَّرْطِ وَلَكِنْ ذَلِكَ لِلْمُضَادَّةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: ترجمة الفضل التعليق بالتطليق ونفيه، لكن المسائل الواقعة فيه تنقسم إلى ما يختص بهذا التعليق وإلى ما يشمل سائر التعليقات، فلا يختص به على ما نبينه، وأول ما نفتح به الفضل بيان أدوات التعليق؛ لأنه ذكر عدداً منها في أوله، قال الأصحاب: الألفاظ التي يتعلّق بها الطلاق بالشروط والصفات «من»، «وإن» «وإذا» «ومتى» «ومتى ما» «ومهما» «وكلما» «وأي»<sup>(١)</sup> مثل أن يقول: من دخلت الدار من نسائي، فهي طالق أو يقول: إن دخلت الدار أو<sup>(٢)</sup> «إذا» دخلت أو «متى» أو متى ما أو مهما أو كلما أو «أي» وقت أو زمان، دخلت الدار، فأنت طالق ثم إن كان التعليق بإثبات فعل، لم يقتض شيء منها الفور، ولم يشترط وقوع المعلق عليه في المجلس، إلا إذا كان التعليق بتحصيل مال، بأن يقول: إن ضمنت لي ألفاً أو<sup>(٣)</sup> إذا أعطيتني ألفاً، فإنه يشترط الفور في الإعطاء والضمان في بعض الصيغ المذكورة على ما تقرّر في «الخلع»، وإلا إذا علق الطلاق بمشيئتها، فيعتبر الفور في المشيئة على ما سبق وسيعود، ولا يقتضي شيء، من هذه الصيغ تعديد الطلاق بتكرّر الفعل، بل إذا وجد الفعل المعلق عليه مرةً تنحل اليمين، ولا يؤثر وجوده، مرة ثانية وثالثة إلا كلمة «كلما»؛ فإنها تقتضي التكرار بالوضع والاستعمال، وحكى أبو عبد الله الحنطلي وجهاً غريباً أن «متى» ومتى ما

(١) قال في الخادم: قضيته الحصر في تلك الأدوات وليس كذلك فإن التعليق يكون بيان ما على مذهب سيبويه، وما الشرطية نحو ما فعلت من كيت وأيان وهي كمن في تعميم الأوقات، وإذا ما وأين وحيثما لتعميم الأمكنة وآتى للتعليق على المكان بمعنى أين والتعليق على الأحوال، وكيف نحو كيف تجلسي فأنت طالق، وكذلك كيف ما، فهذه تسعة ألفاظ فالمجموع سبعة عشر وزاد شارح التعجيز «لو»، وسبقه إليه الماوردي إلى آخر ما ذكره. وقد يقال: مراد الشيخين الألفاظ المتعارفة بين الفقهاء في أبواب الفقه، وليس مرادها حصر ذلك من جهة اللغة فمقامهما أجل من ذلك.

(٢) في ز: و.

(٣) في ز: و.

مما تقتضيان التكرار مثل «كلما»، ووجهاً آخر أن متى ما تقتضيه دون «متى»، إذا عُرف ذلك، فلو قال «إن طَلَّقْتُكَ» أو إذا أو متى ما طَلَّقْتُكَ، فأنْتِ طَالِقٌ، ثم طَلَّقَهَا، نُظِرَ؛ إن كانت مدخولاً بها، وَقَعَتْ طَلَّقْتَانِ إِحْدَاهُمَا الْمَنْجُزَةُ، وَالْأُخْرَى الْمَعْلُوقَةُ بِالتَّطْلِيقِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ تُطَلَّقَ بِالتَّصْرِيحِ، أَوْ بِالْكِنَايَةِ مَعَ النِّيَّةِ، وَلَوْ طَلَّقَهَا طَلَّقْتَيْنِ وَقَعَتْ طَلَّقْتَانِ بِالتَّنْجِيزِ وَثَالِثَةً بِالتَّعْلِيقِ، فَلَوْ قَالَ: لَمْ أَرِدِ التَّعْلِيقَ، وَإِنَّمَا أَرَدْتُ أَنِّي إِذَا طَلَّقْتَهَا تَكُونُ مَطْلُوقَةً لِتِلْكَ الطَّلُوقَةِ، لَمْ يُقْبَلْ فِي الظَّاهِرِ، وَيَدِينُ، وَلَوْ وَكَّلَ وَكِيلاً، فَطَلَّقَهَا، وَقَعِ الْمَنْجُزُ دُونَ الْمَعْلُوقِ؛ لِأَنَّهُ عُلِقَ بِتَطْلِيقِهِ، وَيَنْتَظَمُ أَنْ يُقَالَ: إِنَّهُ مَا طَلَّقَهَا وَإِنَّمَا طَلَّقَهَا وَكِيْلَهُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَدْخُولاً بِهَا، وَقَعَ مَا نَجَّزَهُ، وَحَصَلَتْ الْبَيْنُونَةُ، فَلَا يَقَعُ شَيْءٌ آخَرَ، وَتَنْحَلُ الْيَمِينُ بِمَا نَجَزَ حَتَّى لَوْ نَكَحَهَا، بَعْدَ ذَلِكَ، وَطَلَّقَهَا لَا يَجِيءُ الْخِلَافُ فِي عَوْدِ الْحَنْثِ، وَلَوْ خَلَعَهَا، وَهِيَ مَدْخُولٌ بِهَا أَوْ غَيْرَ مَدْخُولٍ بِهَا، فَكَذَلِكَ لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ الْمَعْلُوقُ لِحَصُولِ الْبَيْنُونَةِ بِالْخُلْعِ، ثُمَّ إِنْ جَعَلْنَا الْخُلْعَ طَلَاقاً انْحَلَّتِ الْيَمِينُ، وَإِنْ جَعَلْنَاهُ فَسْخَافاً، لَمْ تَنْحَلْ، وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ وَلَيْسَ ذَلِكَ لِأَنَّ الْجِزَاءَ يَتَأَخَّرُ عَنِ الشَّرْطِ، وَلَكِنْ ذَلِكَ لِلْمُضَادَّةِ أَرَادَ بِهِ أَنْ مِنَ الْأَضْحَابِ مَنْ ذَهَبَ إِلَى أَنَّ الطَّلُوقَةَ الْمَعْلُوقَةَ إِنَّمَا لَمْ تَقَعْ؛ لِأَنَّ الْمَعْلُوقَةَ تَتَأَخَّرُ عَنِ الْمَنْجُزَةِ، وَتَتَرْتَبُ عَلَيْهَا، وَلَا تَقَعُ فِي غَيْرِ الْمَدْخُولِ بِهَا طَلُوقَةً بَعْدَ طَلُوقَةٍ، وَاحْتِجُوا لِلتَّرْتِيبِ بِأَنَّ «الْفَاءَ» لِلتَّرْتِيبِ وَالتَّعْقِيبِ، وَبِالْفَاءِ يُوَصَّلُ الطَّلَاقُ بِالشَّرْطِ، فَيُقَالُ: إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ، فأنْتِ طَالِقٌ، وَيَأْنِ الْجِزَاءُ يَتَأَخَّرُ عَنِ الشَّرْطِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ قَوْلَ الْقَائِلِ: إِنْ جِئْتَنِي، أَكْرَمْتُكَ، وَأَنَّهُ لَوْ قَالَ فِي مَرَضٍ مَوْتَهُ: إِنْ عَقَقْتَ غَانِماً، فَسَأَلَمَ حَرًّا، ثُمَّ أَعْتَقَ غَانِماً، وَالثَّلْثُ لَا يَبْقَى إِلَّا بِأَحَدِهِمَا، فَيَعْتَقُ غَانِماً، وَلَا يُفْرَعُ بَيْنَهُمَا، وَلَوْلَا تَقَدُّمُ الشَّرْطِ، لَأُفْرِعَ بَيْنَهُمَا، كَمَا لَوْ قَالَ: أَعْتَقْتُكُمْ، وَالَّذِي ارْتَضَاهُ الْإِمَامُ - رَحِمَهُ اللَّهُ - وَنَسَبَ إِلَى الْمُحَقِّقِينَ أَنَّ الْمَعْلُوقَ بِالصِّفَةِ يَقَعُ مَعَ وَجُودِ الصِّفَةِ، فَإِنَّ الشَّرْطَ عَلَّةٌ وَضَعِيَّةٌ، وَالطَّلَاقُ مَعْلُولٌ فَيَتَقَارَبَانِ فِي الْوُجُودِ، كَالْعَلَّةِ الْحَقِيقَةِ مَعَ مَعْلُولِهَا، وَإِنَّمَا التَّقَدُّمُ وَالتَّأَخُّرُ فِيهَا، وَأَجَابُوا عَنْ حَرْفِ الْفَاءِ بِأَنَّ قَوْلَ<sup>(١)</sup> الْقَائِلِ: أَنْتِ طَالِقٌ، إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ، كَقَوْلِهِ: إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ، فأنْتِ طَالِقٌ، وَلَا فَاءَ، وَعَنِ الْاسْتِشْهَادِ بِقَوْلِهِ: إِنْ جِئْتَنِي، أَكْرَمْتُكَ، بِأَنَّ الْإِكْرَامَ، فَعْلٌ مَنْشَأٌ وَلَا يَتَصَوَّرُ إِنْشَاؤُهُ إِلَّا مُتَأَخِّراً عَنِ الْمَجِيءِ، فَيُلْزَمُ التَّرْتِيبُ ضَرُورَةً وَقَوْعُ الطَّلَاقِ حَكْمٌ شَرْعِيٌّ لَا يَفْتَقِرُ إِلَى زَمَانٍ مُحْسُوسٍ، فَسَبِيلُهُ سَبِيلُ الْعَلَّةِ مَعَ الْمَعْلُولِ، وَعَنْ مَسْأَلَةِ غَانِمْ وَسَأَلَمَ بِأَنَّ عِثْقَ سَأَلَمٍ مَشْرُوعٌ بِعِثْقِ غَانِمْ، فَلَوْ أَقْرَعْنَا أَمْكَنَ أَنْ تَخْرُجَ الْقِرْعَةُ عَلَى سَأَلَمٍ فَيُمْكِنُ إِعْتَاقُهُ بِدُونِ الشَّرْطِ، وَعِثْقُ غَانِمْ لَيْسَ بِمَشْرُوطٍ قَالَ هُوَ لَا: وَإِنَّمَا لَمْ تَقَعِ الطَّلُوقَةُ الثَّانِيَّةُ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ: إِنْ طَلَّقْتُكَ، فأنْتِ طَالِقٌ، مَعْنَاهُ إِذَا صَرَفْتَ مَطْلُوقَةً، وَكَمَا صَارَتْ<sup>(٢)</sup> مَطْلُوقَةً، صَارَتْ بَائِئِناً، وَالْبَيْنُونَةُ تَنَافِي وَتَضَادٌّ وَقَوْعُ طَلُوقَةٍ أُخْرَى،

(١) فِي ز: يَقُولُ.

(٢) فِي أ: صَرَفَتْ.



سواء فيه ابتداءها ودوامها، وليس كما لو قال: أنتِ طالقٌ طلقتين، فإن البيونة هناك معلولُ الطلقتين، وليست إحداها مميّزة عن الأخرى، والمنجز هنا ينفصل عن المعلق؛ ولذلك قلنا: لو قال: أنتِ طالقٌ طلقاً معها طلقاً لم تُطلقِ إلا واحدةً على أحد الوجهين؛ لأنه حصل وقوع انفصال، وهذا مجازاة على المذهب المشهور، وهو أنه لا يقع إلا طلقاً واحدة، وفي «المجرد» للحناطي - رحمه الله - وجه غريب أنه يقع في غير المدخول بها، وفي الخلع طلقتان أيضاً، فيجوز أن يعلم؛ لذلك قوله «وطلقاً [قبل]»<sup>(١)</sup> الدخول» بالواو، وكذا قوله «وكذلك إذا خالعتها» ويمكن أن يعلم قوله: «وليس ذلك، لأن الجزاء يتأخر عن الشرط» لما ذكرنا أن بعضهم علل به.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَإِنْ عَلَّقَ طَلَّاقَهَا عَلَى صِفَةٍ وَوُجِدَتْ فَهِيَ تَطْلِيْقٌ وَمُجْرَدُ الصِّفَةِ لَيْسَ إِيقَاعًا وَهُوَ وَقُوعٌ، وَمُجْرَدُ التَّغْلِيْقِ لَيْسَ بِإِيْقَاعٍ وَلَا وَقُوعٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: كما أن تنجيز الطلاق تطليق يقع به الطلقة المعلقة بالتطليق، إذا كانت المرأة مدخولاً بها، فكذلك تعليق الطلاق مع وجود الصفة تطليق، حتى لو قال: إن طلقتك، فأنتِ طالقٌ، ثم قال: بعد ذلك: إن دخلتِ الدار، فأنتِ طالقٌ، ودخلتِ فتطلق طلقاً بالدخول، وطلق بوجود المعلق، وهو التعليق بالدخول مع الدخول، وكما أن التعليق بالصفة مع الصفة تطليق، فهو مع الصفة إيقاع للطلاق أيضاً حتى لو قال: إن أوقعتُ عليك الطلاق، فأنتِ طالقٌ، ثم إن قال: إن دخلتِ الدار، فأنتِ طالقٌ، ودخلتِ، تقع طلقتان، وفي تعليق الشيخ أبي حامد - رحمه الله - أنه لا يقع إلا طلقاً، ولا تقع الطلقة المعلقة بالإيقاع، وهذا الوجه قد حكاه صاحب «التهديب»، «والمهذب» وأدعى الذهاب إليه أن لفظ الإيقاع يقع على طلاق يباشره، بخلاف لفظ التطليق، والصحيح أنه لا فرق، ومجرد الصفة المعلق بها ليست بتطليق ولا بإيقاع للطلاق، لكنه وقوع، فلو كان قد قال: إن دخلتِ الدار، فأنتِ طالقٌ، ثم قال: إن طلقتك، فأنتِ طالقٌ، أو إذا أوقعتُ عليك الطلاق، فأنتِ طالقٌ، ثم دخلتِ الدار، لا يقع الطلاق المعلق بالتطليق، أو الإيقاع، وإنما تقع طلقاً واحدة بالدخول، ولو كان قد قال: إن دخلتِ الدار، فأنتِ طالقٌ، ثم قال: إن وقع عليك طلاقي، فأنتِ طالقٌ، ثم دخلتِ الدار، تقع طلقتان، إحداها للدخول، والأخرى لحصول الوقوع، كما لو نجز الطلاق أو تأخر التعليق بدخول الدار عن التعليق بوقوع الطلاق، ويكون بتطليق الوكيل كتطليقه، لأن الواقع طلاقه، وإن باشره الوكيل هذا هو الصحيح، وفي «المهذب» ذكر وجه آخر: أنه لا يقع بطلاق الوكيل الطلقة المعلقة بالصفة، كما لو كان التعليق

بالتطليق، وأما مجرد التعليق، فليس بتطليق ولا إيقاع ولا وقوع حتى لو قال: إن طلقْتُكِ وأوقعتُ عليكِ الطلاق، أو وقع عليكِ طلاقي، فأنتِ طالقٌ، ثم قال: إن دخلتِ الدار، فأنتِ طالقٌ، لم يَقَعْ بهذا التعليق شيئاً] ولو قال: كُلُّمَا وَقَعَ عَلَيْكَ طَلاقي، فأنتِ طالقٌ ثم طَلَّقَهَا، يقع عليها ثلاث طلاقات، لأن «كلما» تقتضي التكرار، فتقع ثانية بوقوع الأولى، وثالثة بوقوع الثانية.

ولو قال: كُلُّمَا طَلَّقْتُكِ، فأنتِ طالقٌ، ثم طَلَّقَهَا، تقع الطلقة المنجزة، وتقع طلقة أخرى؛ لحصول التعليق، وحكى القاضي ابن كج عن القاضي أبي حامد - رحمه الله - وغيره: أنه تقع طلقة ثالثة؛ لأن الثانية الواقعة بوجود التطليق هو الموقع لها بالتعليق السابق، فكأنه طَلَّقَ مرَّةً أخرى، وجعل الحناطي هذا قولاً، ونسبَه إلى كتاب البويطي، والأصح الاقتصار على طلقتين، ومن أوقع ثلاثاً، يلزمه أن يَجْعَلَ مُجَرَّدَ الصفة بعد التعليق تطليقاً وإيقاعاً، وإذا قلنا بالأصح، فلا تنحل اليمين؛ لاقتضاء اللفظ التكرار.

قال في «التهذيب»: ولكن لا يظهر له فائدة ها هنا؛ لأنه إذا طلقها مرَّةً أخرى، كان بالطلقة المنجزة مستوفياً للثلاث، ولا تعود اليمين بعد استيفاء الثلاث على المذهب، ولو قال: كلما طلقتك فأنتِ طالقٌ، ثم قال: إذا أوقعت عليكِ طلاقي، فأنتِ طالقٌ، ثم طَلَّقَهَا، طَلَّقْتَ ثلاثاً؛ واحدة منها منجزة، واثنان بالتعليق.

فَرُوعٌ: قال: لامراته: إن اعتقت عبدي، فأنتِ طالقٌ، ثم قال للعبد: إن دخلتِ الدار، فأنتِ حرٌّ، فدخل، عتق، وطَلَّقْتَ المرأة؛ لأن تعليق العتق بالدخول مع الدخول إعتاقٌ، كما أنه تطليق، ولو قدَّم تعليق العتق، فقال له: إن دخلتِ الدار، فأنتِ حرٌّ، ثم قال لامراته: إن اعتقت عبدي، فأنتِ طالقٌ، ثم دخل العبد الدار، عتق، ولم تُطَلِّقِ المرأة، لأن الذي وُجِدَ بعد تعليق طلاقها مجرد صفة الدخول، وأنه ليس بإعتاق، كما أنه ليس بتطليق، ولو قدَّم تعليق العتق لكن كان صيغة تعليق الطلاق إذا عتق عبدي أو وَقَعَ العتق على عبدي، فأنتِ طالقٌ، ثم دخل عتق، وطَلَّقْتَ، لحصول العتق بعد تعليق الطلاق.

ولو كانت تحته امرأتان حفصة وعمرة، فقال لحفصة: إن طَلَّقْتُ عمرة، فأنتِ طالقٌ، ثم قال لعمرة: إن دخلتِ الدار، فأنتِ طالقٌ، ودخلت، طَلَّقْتَ عمرة بالدخول، وحفصة، لأن طلاقها معلق بتطليق عمرة، فقد وُجِدَ تطليق عمرة بتعليق طلاقها بالدخول مع الدخول.

ولو قال أولاً لعمرة: إن دخلتِ الدار، فأنتِ طالقٌ، ثم قال لحفصة إن طَلَّقْتُ عمرة، فأنتِ طالقٌ، ثم دخلتِ عمرة الدار، طَلَّقْتَ هي، ولم تُطَلِّقِ حفصة؛ لأنه لم يوجد بعد تعليق طلاق حفصة إلا مجرد الدخول، ومجرد الصفة ليس بتطليق.

ولو كان صيغة تعليق حفصة؛ متى وَقَعَ طلاقي على عمرة، فأنتِ طالقٌ، وعلت

طلاق عمرة بدخول الدار قبل تعليق حفصة أو بعده، ودخلت عمرة بغده الدار، طُلِّقت كلُّ واحدة منهما؛ لوقوع طلاقه على عمرة على التقديرين.

ولو قال لحفصة: إن طُلِّقت عمرة، فأنِّتِ طالق، ثم قال لعمرة: إن طُلِّقت حفصة، فأنِّتِ طالق، ثم طُلِّق حفصة، طُلِّقت حفصة طُلِّقَةً مَنْجُزَةً، وتطلق عمرة طُلِّقَةً لِأَنَّهُ عَلَّقَ طلاقها بتطبيق حفصة، وإذا وَقَعَ الطلاق على عمرة، طُلِّقت حفصة طُلِّقَةً أُخْرَى، لأن تعليق طلاق عمرة بطلاق حفصة يتأخَّر عن تعليق طلاق حفصة، فيكون تعليق طلاق عمرة بطلاق حفصة وتطبيقها مُطْلَقاً عمرة؛ لما مرَّ أن الصفة مع<sup>(١)</sup> التعليق تطبيق، وحينئذٍ فيكون حائناً في تعليق طلاق حفصة، فيقع عليها طُلِّقَةً أُخْرَى سِوَى الْمَنْجُزَةِ.

وقال ابن الحدَّاد في «المولدات»: لا تقع على حفصة أيضاً إلا طُلِّقَةً، وغَلَطَهُ الشارحون فيه، والعجب أنه أَبْدَى الْعَدْوَقَ مِنْ نَفْسِهِ فِي جَوَابِ هَذِهِ الصُّورَةِ، وَعَرَضَ بِالْبِنَاءِ عَلَيْهَا، وَهُوَ كَمَا أَبْدَى وَقُوفَهُ إِلَّا أَنَّ الْعُجْبَ أَخَذَ بِرِجْلِهِ، فزَلَّ.

ولو أنه طُلِّقَ عمرة بدلاً عن حفصة، والتعليقات كما صورنا، طُلِّقت عمرة طُلِّقَةً مَنْجُزَةً، وطلقت حفصة؛ لأن طلاقها معلَّق بتطبيق عمرة، وقد طُلِّقَها ولا يعود من وقوع الطلاق عليها طُلِّقَةً أُخْرَى عَلَى عَمْرَةٍ لِأَنَّ تَعْلِيْقَ طَلَاقِ حَفْصَةَ سَابِقٌ، وَلَمْ تُطَلِّقْ حَفْصَةَ بَعْدَ تَعْلِيْقِ طَلَاقِ عَمْرَةٍ مَنْجُزاً وَلَا أَحْدَثَ تَعْلِيْقَ طَلَاقِهَا، وَإِنَّمَا الَّذِي أَخْدَثَ مَجْرَدُ الصِّفَةِ الَّتِي عَلَّقَ عَلَيْهَا طَلَاقَ حَفْصَةَ، وَمَجْرَدُ الصِّفَةِ لَيْسَ بِتَطْلِيْقٍ عَلَى مَا تَقَدَّمَ، وَلَوْ كَانَ تَعْلِيْقُ الطَّلَاقَيْنِ بِصِيغَةِ «إِذَا» أَوْ «مَتَى» أَوْ «مَعًا» فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ، وَكَذَا لَوْ كَانَ بِصِيغَةِ «كَلَّمَا» وَإِنْ كَانَتْ تَقْتَضِي التَّكْرَارَ؛ لِأَنَّ التَّطْلِيْقَ لَمْ يَتَكَرَّرْ كَمَا تَقَرَّرَ وَلَوْ قَالَ لِحَفْصَةَ: إِنْ وَقَعَ طَلَاقِي عَلَى عَمْرَةٍ، فأنِّتِ طالق، وقال لعمرة: إِنْ وَقَعَ طَلَاقِي عَلَى حَفْصَةَ، فأنِّتِ طالق، ثُمَّ طُلِّقَ وَاحِدَةً مِنْهُمَا، طُلِّقَتْ هِيَ طُلِّقَةً مَنْجُزَةً، وَيَقَعُ عَلَى صَاحِبَتِهَا طُلِّقَةً بِحَكْمِ الصِّفَةِ، ثُمَّ يَعُودُ إِلَى الْمَنْجُزِ طَلَاقِهَا طُلِّقَةً أُخْرَى؛ لِحَصُولِ صِفَةِ الْوُقُوعِ عَلَى صَاحِبَتِهَا، وَلَوْ عَلَّقَ هَكَذَا بِصِيغَةِ «كَلَّمَا» ثُمَّ طُلِّقَ وَاحِدَةً مِنْهُمَا، طُلِّقَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا ثَلَاثًا، وَلَوْ قَالَ لِحَفْصَةَ: إِذَا طَلَّقْتِكِ، فَعَمْرَةُ طَالِقٌ، ثُمَّ قَالَ لِعَمْرَةٍ: إِذَا طَلَّقْتِكِ، فِحَفْصَةُ طَالِقٌ، فَقَدْ عَلَّقَ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ بِطَلَاقِ الْمَخَاطَبَةِ طَلَاقَ صَاحِبَتِهَا، وَفِي الصُّورَةِ السَّابِقَةِ عَلَّقَ طَلَاقَ الْمَخَاطَبَةِ بِطَلَاقِ صَاحِبَتِهَا، وَالْحَكْمُ أَنَّهُ إِنْ طُلِّقَ بَعْدَ ذَلِكَ حَفْصَةَ طُلِّقَتْ بِالتَّنْجِيزِ طُلِّقَةً، وَطُلِّقَتْ عَمْرَةُ بِالصِّفَةِ، وَهُوَ طَلَاقُ حَفْصَةَ، وَلَمْ تُعْذَرْ طُلِّقَةً أُخْرَى إِلَى حَفْصَةَ، لِأَنَّ طَلَاقِهَا مَعْلُوقٌ بِتَطْلِيْقِ عَمْرَةٍ، وَلَمْ تُطَلِّقْ عَمْرَةُ بَعْدَمَا عَلَّقَ طَلَاقَ حَفْصَةَ تَنْجِيزاً وَلَا أَحْدَثَ تَعْلِيْقاً، وَإِنَّمَا الَّذِي وَجَدَ الصِّفَةَ الَّتِي عَلَّقَ بِهَا طَلَاقَ عَمْرَةٍ، وَلَوْ طُلِّقَ عَمْرَةَ أَوَّلًا،

(١) في ز: من.

طُلِّقَتْ، وهي طُلُقَةٌ منجزة، وطلقت حفصة بالصفة، وعاد إلى عمرة طُلُقَةٌ أخرى؛ لأنه علَّقَ طلاقَ حفصة، بغد تعليق طلاقها، ووجدت الصفة، وذلك تطليق لحفصة.

ولو قال، وله أربع نسوة: كُلَّمَا طَلَّقْتُ وَاحِدَةً مِنْكُنَّ، والأخريات طوالق، فإذا طلق واحدة منهن، طُلِّقَتْ هي بالتنجيز، والأخريات بحصول الصفة، فإن طُلِّقَ ثانية، وَقَعَتْ على كل واحدة طُلُقَةٌ أخرى، فإن طُلِّقَ الثالثة؛ ثُمَّ على كل واحدة ثلاث، ولو قال: كُلَّمَا طَلَّقْتُ وَاحِدَةً مِنْكُنَّ، فأتتن طوالق، ثم طلق واحدة، تُطَلِّقُ هي طلقتين، لأن طلاقها معلَّق بتطليقها، وتُطَلِّقُ كل واحدة من الأخريات طُلُقَةٌ، فإن طلق ثانية، ثُمَّ عليها وعلى الأولى ثلاث طُلُقَات، والثالثة والرابعة طلقتا طلقتين طلقتين، فإن طلق الثالثة ثم على الكل ثلاث.

ولو قال: وله ثلاث نسوة، ونكحهن على الترتيب: إن طَلَّقْتُ الأولى، فالثانية طالق، وإن طَلَّقْتُ الثانية، فالثالثة طالق، وإن طَلَّقْتُ الثالثة، فالأولى طالق، فإن طلق الأولى، طُلِّقَتْ هي بالتنجيز، والثانية بالصفة، ولم تُطَلِّقِ الثالثة، لأن طلاقها معلَّق بتطليق الثانية، ولم تُطَلِّقِ بغد تعليق طلاقها الثانية تنجيزاً، ولا أحدث لها تعليقاً، وإن طُلِّقَ الثانية، طُلِّقَتْ بالتنجيز، والثالثة بالصفة، ولم تُطَلِّقِ الأولى لِجُمْلٍ ما ذَكَرْنَا، وإن طُلِّقَ الثالثة، طُلِّقَتْ بالتنجيز، والأولى بالصفة، وطلقت الثانية أيضاً؛ لأنه بغد تعليق طلاق الثانية، على طلاق الأولى بطلاق الثالثة، وطلاق الثالثة، والتعليق مع الصفة تطليق، فيكون مطلقاً للأولى، ولو طُلِّقَ واحدةً منهن بعينها، ومات قبل البيان، فإن كان الطلاق قاطعاً للميراث، إما، لأنه طلق ثلاثاً أو لكونه، قبل الدخول، فليس للثانية المخاصمة في الميراث؛ لأنها مطلقة على كل تقدير على ما تبين، وللأولى والثانية المخاصمة؛ [في الميراث]<sup>(١)</sup>؛ لأن احتمال عدم الطلاق قائم في حق كل واحدة، فيتوقف الأمر إلى الاصطلاح؛ وهذه الفروع عسرة التصوير، لما فيها من التعقيد، وإذا تمَّ تصورهما، لم يكن فيها إشكال من جهة المعنى، والله أعلم.

قَالَ الْعَرَّالِيُّ: وَلَوْ قَالَ وَلَهُ أَرْبَعُ نِسْوَةٍ: إِذَا طَلَّقْتُ وَاحِدَةً فَعَبْدٌ مِنْ عِبِيدِي حُرٌّ وَإِنْ طَلَّقْتُ اثْنَتَيْنِ فَعَبْدَانِ وَإِنْ طَلَّقْتُ ثَلَاثًا فَثَلَاثَةٌ أَعْبِيدُ وَإِنْ طَلَّقْتُ أَرْبَعًا فَأَرْبَعَةٌ أَعْبِيدُ ثُمَّ طَلَّقَ الْأَرْبَعَ عَتَقَ عَشْرَةَ أَعْبِيدٍ لِأَنَّهُ حَيْثُ فِي الْأَيْمَانِ الْأَرْبَعَةِ، وَلَوْ قَالَ: كُلَّمَا بَدَّلَ إِنْ عَتَقَ خَمْسَةَ عَشَرَ عَبْدًا لِأَنَّ فِي الْأَرْبَعَةِ أَرْبَعَةَ آحَادٍ وَاثْنَيْنِ مَرَّتَيْنِ وَثَلَاثَةَ مَرَّةً وَأَرْبَعَةَ مَرَّةً.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مِنْ لَهُ أَرْبَعُ نِسْوَةٍ وَعَبِيدٌ، فَقَالَ: إِنْ طَلَّقْتُ وَاحِدَةً مِنْ نِسَائِي، فَعَبْدٌ

من عبيدي حُرٌّ، وإن طلقت اثنتين، فعبدان حرَّان، وإن طلقت ثلاثة، فثلاثة أحرار، وإن طلقت أربعة، فأربعة أعبد أحرار، ثم طلقهن معاً، أو على الترتيب، عَتَقَ عَشْرَةَ أَعْبِدٍ، لأنه طَلَّقَ واحدةً، واثنتين، وثلاثاً، وأربعاً، وهذه الأعداد إذا جمعت بلغت عَشْرَةَ، وكذلك الحُكْمُ لو عَلَّقَ بِـ «إِذَا» أو «مَتَى» أو «مَهْمَا» أو «مَا» لا يقتضي التكرار، أما إذا عَلَّقَ هذه التعليقات بكلمة «كلما» ثم طلقهن معاً أو على الترتيب، فظاهر المذهب، وهو المذكور في الكتاب: أنه يعتق خمسة عشر عبداً؛ لأن «كلما» تقتضي التكرار، وإذا طَلَّقَ واحدة، حَصَلَتْ لَصِفَةِ وهي تطليق واحدة طلاق واحدة فيعتق عبد، وإذا طَلَّقَ أخرى، حصلت صفتان طلاق واحدة مرة أخرى، وطلاق ثلاث، فيعتق أربعة أعبد، فإذا طَلَّقَ الرابعة، حَصَلَتْ ثلاث صفات، طلاق واحدة مرة أخرى، وطلاق اثنتين غير الأوليين، وطلاق أربع<sup>(١)</sup> فيعتق سبعة، والمجموع خمسة عشر، ووراء هذه وجوه:

أحدها: عن ابن القَطَّان: أنه يعتق عشرة، والثاني: أنه يعتق سبعة عشر عبداً؛ لأن في طَلَّاقِ الثالثة وراء الصفتين المذكورتين صفةً أخرى، وهي طلاق اثنتين بعد الأولى فيعتق عبدان آخران.

والثالث: يعتق عشرون عبداً؛ سبعة عشر؛ لِمَا ذكرنا، وثلاثة؛ لأن في طلاق الرابعة صفةً أخرى وراء الصفات الثلاث، وهو طلاق ثلاثٍ بعد الأولى، قال في «الشامل» وبهذا قال أصحاب أبي حنيفة، وهذه الوجوه ضعيفة باتفاق الأئمة، أمَّا الأول، فلأنه إسقاط لمقتضي «كلما»، وأما الآخران فلأن الثانية معدودة مع التي قبلها في يمين الاثنين، والثالثة معدودة على اللتين قبلها<sup>(٢)</sup> في يمين الثلاث، فلا يعبدان مع مَنْ بعدهما من اليمينين، فإن ما عد في عدد مرة، لا يُعَدُّ فيه مرة أخرى، واستشهد على ذلك بأنه لو قال كلِّمًا أَكَلْتُ نَصْفَ زَمَانَةٍ، فعبد من عبيدي حُرٌّ، ثم أكل زمانةً، يعتق عبدان، لأن أَكَلَ نَصْفِي زَمَانَةٍ، لا يقال: يعتق ثلاثة أعبد؛ لأن الربع الثاني مع الثالث نصف زمانة؛ لأن الربع الثاني عُدَّ مرة مع الأول، فلا يُعَدُّ مرة أخرى، وبأنه لو قال: كلما دخلتُ الدارَ، فأنتِ طالِقٌ، قد دخلت [الدار]<sup>(٣)</sup> مرة، وطلِّقت، ثم دخلت مرة أخرى، تُطَلِّقُ طلقة ثانية، ولا يقال: تُطَلِّقُ طلقتين؛ طلقة بهذه الدخلة، وأخرى بالدخلة الأولى؛ لأن الأولى قد حسبت مرة، فلا تُحَسَّبُ مرةً أخرى، والشيخ أبو حامد، والإمام، وجماعة تَفَوُّوا وجه العشرين، وألزموا مَنْ قال بسبعة عشر أن يقول يعتق العشرين، ترتيباً لما صاروا إليه، ووجه إعتاق سبعة عشر أولئ بالنفي؛ لأن مَنْ لم يقل به، لم يَقُلْ، ومَنْ قال به يلزمه ألاَّ يقتصر عليه، ويقول بالعشرين، وفي «المجرد» للقاضي أبي الطَّيِّب وجه

(٢) في أ: قبلهما.

(١) في أ: الأربع.

(٣) سقط في ز.

آخر أنه يعتق ثلاثة عشر عبداً، وأخذ بتطليق واحدة، وثلاثة بتطليق الثانية، وأربعة، بتطليق الثالثة، وخمسة بتطليق الرابعة، لم يكرّر هذا القائل بالرابعة يمين التبيين، واعلم أن العبيد المحكوم بعقوبتهم في المسألة مبهمون والرجوع في التعيين إليه.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: وَلَوْ قَالَ: إِنْ لَمْ أَطْلُقْكَ فَأَنْتِ طَالِقٌ فَإِنَّمَا يَتَّبِعُ عَدَمَ الطَّلَاقِ لِمَوْتِ أَحَدِهِمَا فَعِنْدَ ذَلِكَ يَتَّبِعُ وَقُوعَ الطَّلَاقِ قَبِيلَ الْمَوْتِ، وَلَوْ قَالَ: إِذَا لَمْ أَطْلُقْكَ فَأَنْتِ طَالِقٌ طَلَّقْتَ إِنْ لَمْ يُطْلَقْهَا عَلَى الْفَوْرِ، وَقِيلَ فِي لُزُومِ الْفَوْرِ قَوْلَانِ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: تَكَلَّمْنَا فِي التَّعْلِيقِ بِالتَّطْلِيقِ والغرض الآن فيما إذا علّق بنفي التطليق، وفي معناه التعليق بنفي الدخول، والضرب، وسائر الأفعال، فإذا قال: إن لم أطلقك، فأنت طالق لم يقع الطلاق، وإنما يقع إذا حصل اليأس عن الطلاق، ولو قال: إذا لم أطلقك، فأنت طالق فإذا مضى زمان يمكنه أن يطلق فيه، فلم يطلق، طلقت، هذا هو المنصوص في اللفظين، وللأصحاب - رحمهم الله - فيه طريقان:

أحدهما: التسوية بين اللفظين؛ لاستعمال كل واحد منهما لمعنى الآخر، والتصرف في النصين بالنقل والتخريج:

إحدهما: أنه لا يقع الطلاق فيهما بمضى زمان يمكن فيه التطليق من غير تطليق، وإنما يقع عند اليأس، كما أن في طرف الإثبات، لا يختص التعليق بالزمان الأول، وبهذا قال، أبو حنيفة، وأحمد - رحمهما الله -.

والثاني: يقع: إذا مضى زمان يمكن فيه التطليق من غير تطليق؛ لأنه أول وقت تحقق فيه عدم التطليق، والطلاق يقع بأول حصول الصفة.

وأصحهما: الأخذ بالمنصوص في الطرفين، والفرق أن حَرْفَ «إِنْ» يدل على أن مجرد الاشتراط لا إشعار له بالزمان، «وَإِذَا» ظرف زمان نازل منزلة «متى» في الدلالة على الأوقات؛ ألا ترى أن القائل إذا قال لك: متى ألقاك استقام لك أن تقول في الجواب: إذا شئت، وقَعَ موقع قولك «متى شئت»، ولا يستقيم أن تقول، إن شئت، وإذا كان كذلك، فقولته: «إِنْ لَمْ أَطْلُقْكَ» معناه: إن فاتني طلاقك، ومدة إمكان الطلاق فسيحة، فينتظر الفوات، ومدة ذلك إذا مضى زمان يسع التطليق، فلم تطلق، فإذا مضى زمان هذا حاله، وجب أن يقع الطلاق.

ولو قال: متى لم أطلقك، أو «مهما» أو «أي» حين أو وقت أو كَلَّمَا لم أفعل أو تفعل كذا، فإذا مضى زمان يتسع ذلك الفعل، فلم يَحْضَلْ، وقَعَ الطلاق، كما في «إذا» على الصحيح، وأشار الحناطي إلى طَرْدِ الخِلافِ فيها، وعبر الأئمة عن الغرض جواباً على الصحيح، بأن أدوات التعليق كلها تقتضي الفور في طرف النفي إلا حَرْفَ «إِنْ»

فإنها للتراخي، ولك أن تقول: مقصود اللفظ معلوم، لكن في إطلاق لفظي الفور والتراخي ها هنا نوعٌ توسع، لأنهما إنما يستعملان في الأفعال التي لها أوقات متوسعة، والنظر في التعليقات إلى حصول الصفة التي ارتبط بها الطلاق، ويستوي في ذلك طرف النفي والإثبات، وكلمة «إن» حرف شرط يتعلّق بمعلق الفعل من غير دلالة على الزمان، ففي طرف الإثبات إذا حصل الفعل في أي وقت كان، وقع الطلاق، وفي طرف النفي يعسر انتفاؤه، والانتفاء المطلق بالانتفاء في الأزمان؛ ألا ترى أنه لو حلف أن يكلمه، برّ، إذا كَلَّمَهُ مرةً في عمره، ولو حلف ألا يكلمه، فإنما يبر إذا امتنع عنه في جميع العمر، أمّا «إذا»، «ومتى»، «وأي»، «وحين» وما يدل على الزمان، فحاصلها أنه يقول في طرف الإثبات: أيّ وقت فعلتُ كذا، فأنتِ طالقٌ، فأبي وقت فعل، يقع الطلاق، سواءً فيه الزمان الأول، وغيره، ويقول في طرف النفي: أيّ وقت لم أفعل كذا، فأنتِ طالقٌ، إذا مضى زمان لم يفعله، حصلت الصفة، فتعلّق<sup>(١)</sup> بها الطلاق، فلا فرق إذن بين طرفي النفي والإثبات، إلا في كيفية حصول الصفة.

ولو علّق النفي بكلمة «إن» وقيده بزمان فقال: إن لم أطلقك اليوم، فأنتِ طالقٌ، فإذا مضى اليوم، ولم يُطلقْ نحكم تفرّيعاً على الصحيح بوقوع الطلاق قبيل غروب الشمس؛ لحصول اليأس حينئذٍ، ولو قال: إن تركتُ طلاقك، فأنتِ طالقٌ، فإذا مضى زمانٌ يمكنه أن يُطلق، فلم يُطلق، طُلِّقَتْ بخلاف طرف النفي، وإن طَلَّقَهَا في الحال واحدة، ثم سكت لا تقع أخرى؛ لأنه لم يترك طلاقها، قال في «التهذيب» ويمثله لو قال: إن سكت عن طلاقك، فأنتِ طالقٌ، فلم يطلقها في الحال طُلِّقَتْ لحصول الصفة، وإن طَلَّقَهَا في الحال، ثم سكت طُلِّقَتْ أخرى بالسكوت، ولا تُطلِّقْ بعد ذلك لانحلال اليمين<sup>(٢)</sup>.

ولو قال: كلُّما سكت عن طلاقك أو كلما لم أطلقك، فأنتِ طالقٌ، ومضى ثلاثة

(١) في ز: فيتعلّق.

(٢) قال في المهمات: تفرّيقه - بين أن يقول إن سكت وإن تركت بالنسبة إلى الوقوع. ثانياً تابعه في الروضة عليه ولا أدري ما وجهه الصواب التسوية وأن يجعل هذا من الأجوبة المختلفة.

قال في الخادم: فرق الماوردي بينهما بأن قوله إن تركت طلاقك فأنتِ طالقٌ بمنزلة إن لم أطلقك فأنتِ طالقٌ، فإذا طلقها وقع المنجز دون المعلق وارتفع حكم التعليق لأنه مشروط بعدم التطبيق وقد زال الشرط بوقوع المنجز فلم يبق للتعليق حكم كما لو قال أنتِ طالقٌ إلا أن أدخل ثم دخل فإنه لا يقع الطلاق المعلق على عدم الدخول لأنه رفع حكم الطلاق المعلق بالدخول، وأما قوله إن سكت عن طلاقك فأنتِ طالقٌ ثم طلقها عقب ذلك يقع المنجز ولا يبطل حكم التعليق لبقاء شرطه وهو التعليق على السكوت. والمتلفظ بالطلاق وغيره لا يسمى ساكتاً حال تلفظه وإذا لم يوجد سكوت عن الطلاق فيبقى التعليق على حاله، وإن سكت عقب المنجز لحظة وقع المعلق والمعلق بالسكوت لا يسمى ساكتاً حال تلفظه بالطلاق بالمنجز.

أوقات تسع ثلاث طلاقات بلا تطليق، وقَعَتْ عليها ثلاث طلاقات، وهذه الصورُ في المدخول بها، أما غير المدخول بها، فإذا قال لها: كَلِّمَا لم أطلقكِ، فأنت طالقٌ، ومضت لحظة، لم يُطلقها فيها فَتُطَلَّقُ وتَبِين، ولا تُطَلَّقُ الثانية والثالثة، فلو جدّد نكاحها، وقضينا بعود اليمين، فإذا مضت لحظة، طُلِّقت طليقة أخرى، ولو قال للمدخول بها عقيب هذا التعليق بـ «كَلِّمَا» طَلَّقْتُكِ على ألفٍ، فقبلت بانء منه، ولم تُطَلَّقُ الثانية والثالثة، فإن جدّد نكاحها، عاد قولاً عود اليمين، ذَكَرَهُ في «التَهْدِيبِ».

قَالَ الْغَزَالِيُّ: يَخْضَلُ الْيَأْسُ بِجُنُونٍ مُتَّصِلٍ بِالْمَوْتِ وَلَكِنْ تَوْهَمُ الْإِفَاقَةَ يَمْنَعُ الطَّلَاقَ فَإِذَا مَاتَ مَجْنُونًا تَبَيَّنَ وَقُوعُ الطَّلَاقِ قَبْلَ الْجُنُونِ، وَلَوْ أَنْفَسَخَ النِّكَاحَ ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ تَجْدِيدِ نِكَاحٍ وَطَّلَاقٍ تَبَيَّنَ وَقُوعُ الطَّلَاقِ قَبْلَ الْإِنْفِسَاحِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنِ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا فَيُؤَدِّي تَقَدُّمُهُ عَلَى الْإِنْفِسَاحِ إِلَى الدُّورِ، وَإِنْ جَدَّدَ النِّكَاحَ بَعْدَ الْفَسْخِ وَطَلَّقَهَا فَقَدْ حَصَلَ الْبِرُّ، وَإِنْ لَمْ يُطَلِّقْهَا وَجَوَّزْنَا عَوْدَ الْحِنثِ طُلِّقَتْ فِي النِّكَاحِ الثَّانِي قَبْلَ الْمَوْتِ، وَإِنْ لَمْ تَرَ عَوْدَ الْحِنثِ وَجَبَ إِسْنَادُ الطَّلَاقِ إِلَى مَا قَبْلَ الْفَسْخِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: عَرَفْتُ الْخِلَافَ فِي أَنَّهُ إِذَا عَلِقَ الطَّلَاقُ بِنَفْيِ فِعْلِ إِمَا بـ «إِنْ» بـ «إِذَا» يَقَعُ الطَّلَاقُ بِأَوَّلِ زَمَانٍ يَمْضِي خَالِيًا عَنِ ذَلِكَ الْفِعْلِ، وَإِنَّمَا يَقَعُ بِفَوَاتِهِ وَالْيَأْسَ عَنْهُ وَالْغُرُضُ التَّفْرِيعُ عَلَى ذَلِكَ الْخِلَافِ، فَإِذَا قَالَ: إِذَا لَمْ أُطَلِّقْكِ أَوْ إِنْ لَمْ أُطَلِّقْكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ، قَلْنَا: يَقَعُ الطَّلَاقُ إِذَا مَضَى زَمَانٌ، يَتَسَعُ لِلتَّطْلِيقِ مِنْ غَيْرِ تَطْلِيقٍ، فَلَوْ أَنَّهُ أَكْرَهَ عَلَى الْإِمْتِنَاعِ مِنَ التَّطْلِيقِ، أَوْ أَمْسَكَ رَجُلٌ عَلَى فِيهِ، قَالَ الْحَنَاطِيُّ - رَحِمَهُ اللهُ -: يَخْرُجُ عَلَى الْخِلَافِ فِي حِنثِ النَّاسِي وَالْمَكْرَهِ، وَإِنْ قَلْنَا بِالصَّحِيحِ، وَفَرَّقْنَا بَيْنَ «إِنْ» «وَإِذَا»، فَلَوْ قَالَ الْمَعْلُوقُ: أَرَدْتُ بـ «إِذَا مَا يَرَادُ بـ «إِنْ»، فَيَدِينُ، وَفِي الْقَبُولِ ظَاهِرًا وَجِهَانًا عَنْ صَاحِبِ «التَّقْرِيبِ» - رَحِمَهُ اللهُ -، وَالْأَشْبَهُ الْقَبُولُ، فَقَدْ يَقَامُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَقَامَ الْآخَرِ، وَحَيْثُ قَلْنَا: لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ حَتَّى يَتَحَقَّقَ الْفَوَاتُ وَالْيَأْسُ عَنِ التَّطْلِيقِ، فَلِذَلِكَ طَرِقَ إِذَا وَقَفَتْ عَلَيْهَا عَرَفَتْ أَنَّ قَوْلَهُ فِي الْكِتَابِ «فَإِنَّمَا تَبَيَّنَ عَدَمُ الطَّلَاقِ لِمَوْتِ أَحَدِهِمَا» لَيْسَ لِلْحَضَرِ، لِأَنَّ الْمَوْتَ أَظْهَرَ الْأَسْبَابِ، وَهُوَ وَاقِعٌ لَا مَحَالَةَ، فَبَادِرٌ إِلَى ذِكْرِهِ؛ لِأَنَّهُ أَغْلَبُ الطَّرِيقِ الْأَوَّلِ، إِذَا مَاتَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ وَلَمْ يُطَلِّقْهَا تَبَيَّنَ فَوَاتُ التَّطْلِيقِ، فَيُخَكَّمُ بِوُقُوعِ الطَّلَاقِ قَبْلَ الْمَوْتِ.

قال الإمام: ولم يَصِرْ أَحَدٌ مِنَ الْأَصْحَابِ إِلَى أَنَّهُ إِذَا تَبَيَّنَ الْيَأْسُ، يَسْنَدُ الطَّلَاقَ إِلَى وَقْتِ اللَّفْظِ، وَهُوَ مُحْتَمَلٌ كَمَا إِذَا<sup>(١)</sup> مَضَتْ عَلَيْهِ سَنُونَ، وَهُوَ مُسْتَطِيعٌ لِلْحَجِّ،

(١) في ز: أن.



وقلنا: إنه يموت عاصياً، ففي الأصحاب من ييسط المعصية على أول وقت الاستطاعة، ومنهم من يخصها بالسنة الأخيرة.

قال صاحب الكتاب في «البيسط» إنما لم يصيروا إليه؛ لأن قوله: «إن لم أفعل كذا، فأنت طالق»، يحتمل أن يراد به إيقاع [الطلاق في الحال إن لم يتحقق الفعل في العمر، وقد يراد به الإيقاع إذا حصل إخلاء العُمر عنه، والأصل أن لا طلاق، فأخذ باليقين.

الطريق الثاني: إذا جُنَّ الزوج، لم يوجب ذلك بأساً، لأن الإفاقة والتطليق بعده يمكن، فإذا اتصل بالموت تبيننا حصول اليأس من وقت الجنون، فتطلق قبيل الجنون، قال في «البيسط» وفي الإسناد إلى ما قبل الجنون إشكالاً، [و<sup>(١)</sup> كان يجوز أن يقال: يقع قبيل الموت أيضاً، ولا يستند الطلاق إذا لم تحصل الإفاقة المتوقعة إلى ما قبل زمان التوقف، كما لم يستند إذا لم يحصل التطليق المتوقع إلى أول زمان التوقف.

الثالثة: إذا فسخ النكاح بسبب، أو انفسخ بردة وغيرها، فلا يحصل اليأس؛ لأن من الجائز أن يجدد نكاحها، وينشئ فيه طلاقاً، وحينئذ فلا يكون لمعلق به، وهو فوات التطليق حاصلًا، ولا يختص ما به البر والحنث بحال النكاح؛ ولذلك نقول: تنحل اليمين بوجود الصفة في حال البيونة، فإذا ماتا أو أحدهما، ولم يوجد تجديدًا وتطليق، فقد تحقق الفوات، ولا يمكن القول بوقوع الطلاق ها هنا قبيل الموت فیتعين الإسناد إلى ما قبل الانفساخ<sup>(٢)</sup> كما أسندنا إلى ما قبل الجنون كذلك، ذكره الإمام على تلوم وتردد فيه، وتابعه المصنف وغيره على ما ذكره.

قالوا: وإنما يتأتى، فزض ذلك في الطلاق الرجعي؛ ليتمكن اجتماعه مع حصول الانفساخ، فأما إذا كان الطلاق بائناً؛ لكونه قبل الدخول أو الطلاق الثالث، فلا يمكن إيقاعه قبل الانفساخ لما فيه من الدور؛ فإنه لو وقع لَمَا حَصَلَ الانفساخ، ولو لم يحصل الانفساخ، لم يحصل اليأس، وإذا لم يحصل اليأس، لم يقع الطلاق، فيلزم من وقوعه عَدَم وقوعه، وهذا من قبيل الدور الحكمي، ولو جدد نكاحها بعد الانفساخ، فإن طلقها في النكاح الثاني، لم يفت التطليق، بل وقع الطلاق، وإن لم يطلقها حتى مات أحدهما في النكاح المجدد، فيبني على قولنا عود الحنث، إن قلنا بعود الحنث، طُلِّقَتْ في النكاح الثاني قبيل الموت، وبنينا على النكاح، وإن قلنا لا يعود الحنث، فلا يمكن إيقاع الطلاق قبيل الموت، كما لو كان الموت في حالة البيونة، فيُستند إلى ما قبل

(١) سقط في ز.

(٢) قال في الخادم: ما ذكره من أن البر والحنث لا يختص بحال النكاح صحيح في البر عند الجمهور خلافاً للإصطخري، وأما الحنث فوهم فإنه يختص بحالة النكاح قطعاً، ولهذا سقطت هذه اللفظة من أكثر نسخ الشرح.

الانفساخ، كما سبق، واعلم أن هذه الطرق الثلاثة فيما إذا كان التعليق بنفي التطليق أما إذا علّق بنفي الضرب وسائر الأفعال، فالجنون لا يوجب اليأس، وإن اتصل به الموت.

قال في «الوسيط»، لأن ضرب المجنون في تحقيق الصفة ونفيها كضرب العاقل على الصحيح، ولو أبانها، ودامت البيونة إلى الموت، ولم يتفق الضرب، فلا يقع الطلاق، ولا يُحكّم بالوقوع قبل البيونة بخلاف ما في قوله: «إن لم أطلقك»، لأن الضرب بعد البيونة ممكن، والطلاق بعد البيونة، غير ممكن [و<sup>(١)</sup> إذا كان التعليق بنفي الضرب ونحوه من الأفعال، فعروض الطلاق كعروض الفسخ والانفساخ، لكن ينبغي أن ينفي من الطلاق عدّد يمكن فرضه مستنداً إلى ما قبل الطلاق، فأما في التعليق بنفي التطليق، فإنما تفرض البيونة بالانفساخ؛ لأنه لو طلقها بطلت الصفة المعلّق عليها، ويمكن أن تفرض في طلاق الوكيل، فإن ذلك لا يفوت الصفة.

وقوله في الكتاب «قبل تجديد نكاح وطلاق» أي في النكاح المجدّد.

وقوله: «فإن لم يكن الطلاق رجعيًا فيؤدي تقدمه على الانفساخ إلى الدور» أي

فلا يقع.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَإِنْ قَالَ: إِنْ لَمْ أُطْلَقْ أَوْ إِنْ طَلَّقْتُكَ فَأَنْتِ طَالِقٌ فَهَذَا لِلتَّعْلِيلِ فَيَصَحُّ فِي الْحَالِ إِلَّا إِذَا لَمْ يَعْرِفِ اللَّغَةَ فَهُوَ تَعْلِيلٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الذي هو حرف شرط «إن» بكسر الهمزة، فإن فتحها فهو للتعليل لا للتعليل، وقول القائل «إِنْ كَانَ كَذَا» أي لَأَنَّ كَانَ وحذف اللام، وقال تعالى جَدُّهُ: «أَنْ كَانَ ذَا مَالٍ وَبَيْنَيْنَ» [القلم: ١٤] فإن قال: أَنْتِ طَالِقٌ، أَنْ لَمْ أُطْلَقْ، وقع في الحال؛ لأنه أوقعه وعلمه بأنه لم يطلّقها، وإذا أوقع الطلاق، وقع، ولا يُنظر إلى ما علّل به، ثم الذي أورده صاحب الكتاب والإمام وصاحب «التهديب»، وحكي عن الشيخ أبي حامد أن هذا في حق من يعرف اللغة، ويفصل بين «أن» و«إن»، فأما إذا لم يميز بينهما، فالظاهر أنه يقصد التعليق، فتكون للتعليل، وقال القاضي أبو الطيّب؛ يُحكّم بوقوع الطلاق في الحال، إلا أن يكون الرجل ممن لا يعرف اللغة، ولا يميز فقال: قصدت التعليق، فيصدّق، وهذا أشبه، وإلى ترجيحه ذهب ابن الصبّاغ وهو المذكور في «التتمة»<sup>(٢)</sup>، وعلى هذا القياس طرف الإثبات، فإذا قال: أَنْتِ طَالِقٌ، أَنْ دخلتِ الدار،

(١) سقط في ز.

(٢) قال النووي: الأول أصح، وبه قطع الأكثرون والله أعلم وقد استشكل هذا الترجيح بما قدمه في الكلام على المشيئة فإنه قال: إذا قال: أَنْتِ طَالِقٌ أَنْ شَاءَ اللَّهُ بِالْفَتْحِ، يقع الطلاق، سواء كان يعرف العربية أم لا. قال في الخادم: وقد يفرق بينهما بأن ذلك لا يغلب التعليق فيه، فعند فتح الهمزة ينصرف للتعليل مطلقاً، وهنا يغلب التعليق، فعند الفتح يفرق بين النحوي وغيره.

أو أن دخلت الدارَ، فأنتِ طالقٌ، يقع الطلاق في الحال، وإن لم تدخل، ولو قال: أنتِ طالقٌ أن طَلَّقْتِكِ، يُحْكَمُ بوقوع طلقتين؛ واحدة بإقراره، وواحدة بإيقاعه في الحال؛ وذلك لأن المعنى؛ أنتِ طالقٌ؛ لأنني طلقتك، ولو قال: أنتِ طالقٌ، إذ دخلت الدارَ، فيقع الطلاق في الحال، فإن معناها: لدخولك الدارَ، بخلاف صيغة «إذا» فإن لم يميز الرجل بين «إذ» و «إذا» فيمكن أن يكون الحُكْمُ كما لو لم يميز بين «إن» و «أن» والله أعلم.

فروع: لو قال لامرأته: أنتِ طالقٌ طالقاً، فعن الشيخ أبي عاصم أنه لا يقع في الحال شيء، لكن إذا طلقها تقع عليها طلقتان، فيكون التقدير: إذا صرّت مطلقةً، فأنتِ طالقٌ، وليكن هذا في المدخول بها، ولو قال أنتِ طالقٌ دخلتِ الدار طالقاً، فإن طَلَّقَهَا قبل الدخول، فدخلت طالقاً، وقعت الطلقة المعلقة إذا لم تحصل البينونة بذلك الطلاق، وإن دخلت غير طالق، لم تقع تلك الطلقة.

ولو قال: أنتِ طالقٌ فطالق إن دخلتِ الدار طالقاً، فهذا التعليق طلقتين بدخولها الدار طالقاً، فإن دخلت طالقاً، وقعت الطلقتان.

ولو قال: أنتِ، إن دخلتِ الدارَ، طالقاً<sup>(١)</sup>، واقتصر عليه، قال في «التهذيب» إن قال نَصَبْتُ على الحال، ولم أتم الكلام، قُبِلَ، ولم يقع شيء، وإن أراد ما يراد عند الرفع ولَحَنَ، وقع الطلاق إذا دخلتِ الدار.

وذكر إسماعيل البوشنجي؛ أنه لو قال: أنتِ طالقٌ حين؛ لا أطلقك، أو حيث لا أطلقك، ولم يطلقها عقبيه، وقع الطلاق في الحال على قياس قولنا، وكذا لو قال: حين لم أطلقك أو حيث لم أطلقك، وكذا لو قال: أنتِ طالقٌ، ما لم أطلقك، وأنه لو قال: أنتِ طالقٌ إن لم أضربك، وإن لم أضربك، فأنتِ طالقٌ، وقال: عَنَيْتُ به وقتاً معيناً، سواء عَيَّن الساعة أو وقتاً آخر قريباً أو بعيداً، وهكذا يكون الحكم في التعليق يبقى الطلاق وسائر الأفعال.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: (الْفَضْلُ الثَّلَاثُ فِي التَّعْلِيْقِ بِالْحَمْلِ وَالْوِلَادَةِ): وَفِيهِ مَسَائِلُ: (الأولى): إِذَا قَالَ: إِنْ كُنْتِ حَامِلاً فَأَنْتِ طَالِقٌ لَمْ يَقَعْ فِي الْحَالِ لِلشَّكِّ لَكِنْ إِنْ أَنْتِ بِوَلَدٍ لَأَقْلَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ تَبَيَّنَ وَقُوعُ الطَّلَاقِ، وَإِنْ كَانَ لِأَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ فَلَا، وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا فَقَوْلَانِ، وَالْأَظْهَرُ أَنَّ الْوَطْءَ لَا يَحْرُمُ فِي الْحَالِ كَمَسْأَلَةِ الْعَرَابِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ يَحْرُمُ إِلَى أَنْ يَسْتَبْرَأَهَا بِقُرْءِ عَلَى وَجْهِ، وَبِثَلَاثَةِ أَقْرَاءٍ عَلَى وَجْهِ، وَبِالْأَشْهُرِ فِي حَقِّ الصَّبِيَّةِ

(١) في ز: أو.

المُراهِقَةُ، وَفِي حَقِّ الْإِيْسَةِ هَلْ يُكْتَفَى بِالْإِيْسَةِ دَلَالَةٌ فِيهِ خِلَافٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا قَالَ لَامْرَأَتِهِ: إِنْ كُنْتِ حَامِلاً، فَأَنْتِ طَالِقٌ، نُظِرَ؛ إِنْ كَانَ الْحَمْلُ ظَاهِراً، بِهَا، وَقَعَ الطَّلَاقُ فِي الْحَالِ، وَإِلَّا، وَهُوَ الْمَقْصُودُ مِنْ لَفْظِ الْكِتَابِ، يُخَكِّمُ بِوُقُوعِ الطَّلَاقِ فِي الْحَالِ مَعَ الشُّكِّ وَالتَّرَدُّدِ، ثُمَّ يُنْظَرُ إِنْ أَتَتْ بِوَلَدٍ لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ التَّعْلِيْقِ، تَبَيَّنَ وَقُوعُ الطَّلَاقِ، وَكُونُهَا حَامِلاً حَيْثُذِ، وَإِنْ أَتَتْ بِهِ لِأَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ، تَحَقَّقْنَا أَنَّهَا مَا كَانَتْ حَامِلاً، وَأَنَّ الطَّلَاقَ لَمْ يَقَعْ وَإِنْ أَتَتْ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ، فَأَكْثَرِ وَالْأَرْبَعِ سِنِينَ فَمَا دُونَهَا، نُظِرَ؛ إِنْ كَانَ الزَّوْجُ يَطَّأُهَا، وَكَانَ بَيْنَ الْوِطْءِ وَالْوَضْعِ سِتَّةَ أَشْهُرٍ فَأَكْثَرِ، لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ النِّكَاحِ وَاحْتِمَالُ حَدُوثِهِ مِنَ الْوِطْءِ ظَاهِراً، وَهُوَ الْأَظْهَرُ، وَإِنْ لَمْ يَطَّأُهَا بَعْدَ التَّعْلِيْقِ، أَوْ كَانَ بَيْنَ الْوِطْءِ وَالْوَضْعِ دُونَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، فَقَوْلَانِ أَوْ وَجْهَانِ:

أحدهما: أنه لا يقع الطلاق، لأن أصل بقاء النكاح والاحتمال غير منقطع.

وأظهرهما: الوقوع؛ لتيقن الحمل في الظاهر؛ ولذلك حكّمنا بثبوت النسب.

وَإِذَا لَمْ يَكُنِ الْحَمْلُ ظَاهِراً عِنْدَ التَّعْلِيْقِ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَفْرَقَ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ إِلَى أَنْ يَسْتَبْرَأَ، وَلِيَمْتَنَعَ الزَّوْجُ عَنْ وَطْئِهَا، وَهَلِ التَّفْرِيقُ وَاجِبٌ وَالِاسْتِمْتَاعُ حَرَامٌ أَمْ لَا فِيهِ وَجْهَانِ:

أحدهما: نعم، تغليياً للتحريم في محلّ التردد، وهذا ما يوجد للشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيّب وجماعة.

وأظهرهما لا، ولكنهما مستحبان؛ لِأَنَّ الْحَمْلَ عَارِضٌ، وَالْأَصْلَ عَدَمُهُ، وَأَيْضاً فَإِنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ النِّكَاحِ، وَالْمَحْرَمُ مَشْكُوكٌ فِيهِ، فَأَشْبَهَ مَا إِذَا قَالَ: إِنْ كَانَ هَذَا الطَّائِرُ غَرَاباً، فَاْمْرَأَتِي طَالِقٌ، وَلَمْ يَعْلَمْ الْحَالُ، وَيَحْكِي هَذَا عَنْ نَصِّهِ فِي «الْإِمْلَاءِ»، وَبِهِ أَجَابَ الْحَنَاطِيُّ، وَحَكَاهُ الْقَاضِي ابْنُ كَيْجٍ عَنْ أَبِي إِسْحَاقَ وَغَيْرِهِ، وَبِمَ يَكُونُ الْاسْتِبْرَاءُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أظهرهما: بقراء واحد؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ قِيَامَ مَا يَدُلُّ عَلَى الْبِرَاءَةِ، وَفِي الْقِرَاءِ الْوَاحِدِ دَلَالَةٌ [عَلَى] الْبِرَاءَةِ، وَبِهَذَا اِكْتَفَى فِي «الْإِمْلَاءِ».

وَالثَّانِي: بِثَلَاثَةِ أَقْرَاءَ، لِأَنَّهُ تَرْتِيضٌ فِي حَقِّ حُرَّةٍ مَنْكُوحَةٍ، فَيَكُونُ بِالْأَقْرَاءِ كَالْعِدَّةِ، وَعَلَى هَذَا فَالْأَقْرَاءُ الْأَطْهَارُ، وَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ بِقِرَاءِ وَاحِدٍ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ حَيْضٌ، وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرَ أَنَّهُ طَهْرٌ؛ تَفْرِيعاً عَلَى مَا يَأْتِي فِي الْاسْتِبْرَاءِ، وَلَوْ جَرَى هَذَا التَّعْلِيْقُ فِي مِرَاهِقَةٍ لَمْ تَحْضُرْ بَعْدُ، وَأَمْكَنُ أَنْ تَكُونَ حَامِلاً، فَيَشْبَهُ أَنْ يَقَالَ: إِنْ قُلْنَا الْاسْتِبْرَاءَ بِثَلَاثَةِ أَقْرَاءَ، فَالْاسْتِبْرَاءُ بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ فِي حَقِّهَا، وَإِنْ قُلْنَا: بِقِرَاءِ وَاحِدٍ، فَاسْتِبْرَاؤُهَا بِشَهْرٍ وَاحِدٍ، أَوْ

بأشهر فيه خلاف، كما في استبراء الرقيقة؛ والأظهر من الخلاف هناك أنها تستبرأ بشهر بدلاً عن قُرء، والذي أورده في «التهذيب» ها هنا حكاية عن القفال: أنه ينظر مجيء ثلاثة أشهر حرّة كانت أو أمة؛ لأن الحمل لا يظهر في أقل من هذه المدة، وفي حق الآيسة، هل يعتبر مضيّ المدة؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، كما في العدة، وأشبههما أنه يكتفى بدلالة سن اليأس؛ لأن المقصود ظهور الحَال، وهذا الخلاف قريب من الخلاف فيما إذا استبرأ منكوحاً قبل التعليق ثم علّق الطلاق، كما ذكرنا: فيه وجهان:

أحدهما: ويحكى عن أبي إسحاق: أنه لا يكتفى به؛ لأنه استبرأ تقدّم سببه، فلا يغني كما إذا مضت مدة العدة قبل الطلاق أو الاستبراء قبل حصول الملك في الرقيقة وأصحهما عند صاحب «التهذيب» وغيره، وبه قال ابن أبي هريرة: أنه يكتفى به، بخلاف العدة، فإن الطلاق سبّب يوجبها، وانتقال الملك سبب يوجب الاستبراء؛ فلا يعتد بما تقدّم على وقت الوجوب، وها هنا الاستبراء ليس بواجب في نفسه، وإنما علّق الطلاق بصفة، والمقصود معرفة أن الصفة حاصلة أو غير حاصلة، ولا يختلف طريق المعرفة بين أن يتقدّم أو يتأخر، وفي «المجرد» للقاضي أبي الطيّب أن أبا إسحاق ذهب إلى الوجه الثاني، وهو خلاف المشهور عنه، وإذا جرى الاستبراء، لم يمتنع من الوطاء بعده، ثم إن ولدت بغد ما وطئ، واقتضى الحال وقوع الطلاق على مما بيناه، أوقعتنا الطلاق، و<sup>(١)</sup> كان ذلك الوطاء وطء شبهة، يجب به المهر، ولا يجب الحد.

ولو قال: إن أحبلتُك، فأنت طالق، وكانت حاملاً في الحال، لم تُطلق، بل يقتضي ذلك حملاً حادثاً، قاله في «التهذيب»، فإن وضعت أو كانت حائلاً، فلا يمنع من الوطاء، فإن وطئها مرة، مُنع حتى تحيض.

وقوله في الكتاب «بالأشهر في حق الصبية المراهقة» يمكن أن يجعل معلقاً بما قبله، وهو قوله «وبثلاثة أقرأ على وجه» فلا يحتاج إلى إعلامه بالواو، ويمكن أن يجعل مستقلاً بنفسه، فيحتاج إلى الإعلام بالواو، للوجه الذاهب إلى أن يستبرئها بشهر، ولو لم يذكر لفظ الصبية، واقتصر على المراهقة كان جائزاً.

فرغ: عن نصّه - رضي الله عنه - في «الإملاء» [أنه لو قال لامرأته: إن كنت حاملاً فأنت طالق على مائة دينار وهي حامل في غالب الظن طلقت] إذا أعطته زوجته مائة

(١) في أ: وإن.

دينار، وله عليها مهرُ المثل، لفساد المسمى ووجه فساد المُسمَّى بأن الحمل مجهول لا يمكن التوصل إليه في الحال، فأشبه ما لو جعله عوضاً.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: (الثَّانِيَةُ): لَوْ قَالَ: إِنْ كُنْتُ حَائِلًا فَحُكْمُهُ مَا سَقَى وَلَكِنْ عَلَى الْعَكْسِ فَحَيْثُ يَقَعُ فِي الْحَمْلِ لَا يَقَعُ هَهُنَا، وَالتَّحْرِيمُ أَوْلَى فِي الْحَيْضِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ الْحَيْضُ، وَلَوْ أَنْقَضْتَ الْأَقْرَاءَ وَقَعَ الطَّلَاقُ لِظُهُورِ الْحَيْضِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ لَا يَقَعُ لِأَنَّهُ لَا يُوجِبُ الْيَقِينَ وَالصَّفَةَ لَا بُدَّ مِنْ اسْتِيْفَائِهَا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا قَالَ: إِنْ كُنْتُ حَائِلًا، أَوْ قَالَ: إِنْ لَمْ تَكُونِي حَائِلًا، فَأَنْتِ طَالِقٌ، نَظَرًا، إِنْ عَلِمَ أَنَّهَا حَائِلٌ بِأَنْ كَانَتْ فِي سِنٍ لَا يَحْتَمِلُ الْحَمْلَ، يَقَعُ الطَّلَاقُ فِي الْحَالِ، وَإِلَّا فَلَا نَحْكُمُ فِي الْحَالِ بِالْوُقُوعِ؛ لِلتَّرَدُّدِ، وَلَكِنْ يُنْتَظَرُ إِنْ أَتَتْ بِوَلَدٍ لِأَقْلٍ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ التَّعْلِيقِ تَبَيَّنَ أَنَّهَا كَانَتْ حَامِلًا، وَلَمْ يَقَعِ الطَّلَاقُ، وَإِنْ أَتَتْ بِهِ لِأَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ، تَحَقَّقْنَا أَنَّهَا كَانَتْ حَائِلًا حَيْثُذِ، وَأَنَّ الطَّلَاقَ قَدْ وَقَعَ، وَإِنْ أَتَتْ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ، فَأَكْثَرِ وَأَرْبَعِ سِنِينَ، فَمَا دُونِهَا، فَإِنَّ وَطْئَهَا الزَّوْجَ إِمَّا بِأَنْ اسْتَبْرَأَهَا، وَحَكَمْنَا بِوُقُوعِ الطَّلَاقِ، كَمَا سَيَأْتِي ثُمَّ رَاجَعَهَا، وَوَطْئَهَا، أَوْ مِنْ غَيْرِ اسْتِبْرَاءٍ، وَكَانَ مِنْ بَيْنِ الْوِطْءِ وَالْوَضْعِ سِتَّةَ أَشْهُرٍ، فَأَكْثَرِ، فَفِي وَقُوعِ الطَّلَاقِ وَجْهَانِ:

أظهرهما: الوقوع؛ لأن الظاهر حبالها حينئذٍ وحدث الولد من هذا الوطء، وإن جرى الاستبراء تأكد احتمال الحدوث منه وقوي.

والثاني: لا يقع؛ لاحتمال وجود الولد عند التعليق، والأصل بقاء النكاح، ويُزَوَّى هَذَا عَنْ أَبِي [عَلِيٍّ] <sup>(١)</sup> الطَّبْرِيِّ، وَحَكَاهُ فِي «المَهْدَبِ» عَنْ [ابن] <sup>(٢)</sup> أَبِي هُرَيْرَةَ، وَالْأَثْبِتُ عَنْهُ الْوَجْهَ الْأَوَّلَ، وَكَذَلِكَ نَقَلَهُ الْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ، وَإِنْ لَمْ يَطَّأَهَا، أَوْ كَانَ بَيْنَ الْوِطْءِ وَالْوَضْعِ دُونَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ تَبَيَّنَ كَوْنُهَا حَامِلًا وَقَدْ وَقَعَ الطَّلَاقُ، وَفِي تَحْرِيمِ الْوِطْءِ إِلَى أَنْ يَسْتَبْرِئَهَا وَجْهَانِ عَنِ الْقُقَالِ: أَنَّهُ لَا يَحْرَمُ، وَلَكِنْ الْامْتِنَاعُ مُسْتَحَبٌّ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ النُّكَاحِ، وَالطَّلَاقُ الْمَحْرَمُ مُشْكُوكٌ فِيهِ، وَأَصْحَبُهُمَا التَّحْرِيمُ، لِأَنَّ الْأَصْلَ وَالغَالِبَ فِي النِّسَاءِ الْحَيْضُ، وَالظَّاهِرُ وَقُوعُ الطَّلَاقِ، وَالْقَوْلُ فِيمَا بِهِ الْاسْتِبْرَاءُ، وَفِي أَنْ الْاسْتِبْرَاءَ السَّابِقَ عَلَى التَّعْلِيقِ، هَلْ يَكْتَفِي بِهِ عَلَى مَا مَرَّ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى وَفِي «المَهْدَبِ» طَرِيقَةٌ قَاطِعَةٌ؛ أَنَّ الْاسْتِبْرَاءَ هَا هُنَا بِثَلَاثَةِ أَقْرَاءَ، كَأَنَّ الْفَرْقَ أَنْ أَثَرُ الْاسْتِبْرَاءِ هَا هُنَا وَقُوعُ الطَّلَاقِ فَيُحْتَاطُ لَهُ، وَهَنَّاكَ أَثَرُهُ نَفْيُ الطَّلَاقِ، وَإِذَا اسْتَبْرَأَهَا حَكَمْنَا بِوُقُوعِ الطَّلَاقِ؛ بِنَاءٍ عَلَى ظَاهِرِ الْحَالِ فَإِنْ كَانَ الْاسْتِبْرَاءُ بِثَلَاثَةِ أَقْرَاءَ، فَقَدْ انْقَضَتِ الْعِدَّةُ،

(٢) سقط في ز.

(١) سقط في ز.

وإن كان بقرء أتمت العدة فإن ظهر بعد الاستبراء حمل ووضع، فعلى ما قدمنا، وأبدي الإمام وشيخه احتمالاً آخر؛ وهو أنه لا يقع الطلاق بمضي مدة الاستبراء، لأنه لا يفيد إلا الظن والصفات المعلق عليها يعتبر فيها اليقين؛ ألا ترى أنه لا يفرق بين أن يقول: إن قدم زيد، فأنت طالق، وبين أن يقول إن استيقنت قدوم زيد، ولو قال: إن استيقنت براءة رحمك، فأنت طالق، لا يُطلق بمضي مدة الاستبراء، فكذلك إذا أطلق، وقوله في الكتاب «فحكّمه ما سبق» يعني على قياس ما سبق وقوله: «التحريم أولى» يعني تحريم الوطء.

قَالَ الْعَزَائِي: (الثالثة): لَوْ قَالَ: إِنْ كُنْتِ حَامِلًا بِذَكَرٍ فَأَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَةً وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا بِأَنْثَى فَطَلَّقْتَيْنِ فَوَلَدْتَ ذَكَرًا وَأَنْثَى وَقَعْتَ ثَلَاثًا، وَلَوْ قَالَ: إِنْ كَانَ حَمْلُكَ كَذَا وَكَذَا لَمْ تُطَلَّقِي لِأَنَّهُ يَخْصُ الْجِنْسَ، وَإِنْ أَتَتْ بِذَكَرَيْنِ قِيلَ: طَلَّقْتَ وَاحِدَةً، وَقِيلَ: لَا لِأَنَّ التَّنْكِيرَ لِلتَّوْحِيدِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: التعليقُ بكونها حاملاً بحمل خاصٍ يشتمل على التعليق بكونها حاملاً، وقد مرّ في المسألة الأولى أنه إذا علّق الطلاق بالحمل متى يحكم بوقوع الطلاق ومتى لا يحكم، وكلّ ذلك عائداً هنا، والمقصود الآن النّظر في ألفاظ التعليق بحمل خاص، وما هو موجب تلك الألفاظ، فإذا قال: إِنْ كُنْتِ حَامِلًا بِذَكَرٍ أَوْ كَانَ فِي بَطْنِكَ ذَكَرٌ، فَأَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَةً، وَإِنْ كُنْتِ حَامِلًا بِأَنْثَى، أَوْ كَانَ فِي بَطْنِكَ أَنْثَى، فَأَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَتَيْنِ، فَإِنْ وَلَدْتَ ذَكَرًا تَبَيَّنَ وَقُوعُ الطَّلَاقِ، وَإِنْ وَلَدْتَ أَنْثَى، تَبَيَّنَ وَقُوعُ طَلْقَتَيْنِ، وَإِنْ وَلَدْتَ خَنْثَى، لَمْ تُحْكَمْ إِلَّا بِطَلْقَةٍ، لِأَنَّهَا الْمُتَيَقِّنَةُ، وَالْأُخْرَى مَوْقُوفَةٌ إِلَى أَنْ يَتَبَيَّنَ حَالُ الْخَنْثَى، وَإِنْ وَلَدْتَ ذَكَرًا وَأَنْثَى تَبَيَّنَ وَقُوعُ ثَلَاثِ طَلْقَاتٍ، لِحُصُولِ الصَّفَتَيْنِ، وَتَقْضِي الْعِدَّةَ فِي جَمِيعِ هَذِهِ الصُّوَرِ بِالْوِلَادَةِ وَيَكُونُ الْوُقُوعُ عِنْدَ اللَّفْظِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ كَانَ حَمْلُكَ أَوْ كَانَ مَا فِي بَطْنِكَ ذَكَرًا، فَأَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَةً إِنْ كَانَ حَمْلُكَ أَنْثَى أَوْ كَانَ مَا فِي بَطْنِكَ أَنْثَى فَأَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَتَيْنِ فَإِنْ وَلَدْتَ ذَكَرًا لَا غَيْرَ أَوْ أَنْثَى لَا غَيْرَ، لَمْ يَخْفَ الْحُكْمُ، وَإِنْ وَلَدْتَ ذَكَرًا وَأَنْثَى، لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ؛ لِأَنَّ قِضِيَةَ اللَّفْظِ كَوْنُ جَمِيعِ مَا فِي الْبَطْنِ ذَكَرًا أَوْ أَنْثَى، وَجَمِيعِ مَا فِي الْبَطْنِ لَيْسَ بِذَكَرِهِ وَلَا أَنْثَى، وَلَوْ وَلَدْتَ ذَكَرَيْنِ أَوْ أَنْثَيْنِ، فَوَجْهَانِ:

أشهرهما: وبه أجاب الحناطي، ويحكي عن القاضي الحسين: أنه يقع؛ لأن المفهوم من اللفظ ما في البطن من جنس الذكر والأنثى.

والثاني: وبه قال الشيخ أبو محمد، وميل الإمام أنه لا يقع، كما لو أتت بذكر وأنثى؛ لأن قضية التنكير التوحيد، وهذا عند إطلاق اللفظ أمّا إذا قال: أردتُ الحضر في الجنس، قِيلَ وَحُكِمَ بِوُقُوعِ الطَّلَاقِ لَا مُحَالَةَ، وَلَوْ وَلَدْتَ ذَكَرًا وَخَنْثَى أَوْ أَنْثَى وَخَنْثَى، فعلى الوجه الثاني؛ لا يقع الطلاق، وعلى الأول؛ إِنْ بَانَ الْخَنْثَى الْمَوْلُودُ مَعَ

الذكر ذكراً، تقع طلقة، وإن بان أنثى، لم يقع شيء، وإن بان الخنثى المولود مع الأنثى ذكراً، لم يقع شيء، وإن بان أنثى، وقعت طلقتان.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: (الرَّابِعَةُ): لَوْ قَالَ: إِنْ وَلَدْتُ وَلَدًا فَأَنْتِ طَالِقٌ فَوَلَدْتُ وَلَدَيْنِ طَلَّقْتُ بِالْأَوَّلِ وَأَنْقَضْتُ عِدَّتَهَا بِالثَّانِي، فَلَوْ قَالَ: كُلَّمَا وَلَدْتُ وَلَدًا لَمْ تُطَلَّقِ بِالثَّانِي فِي الْقَوْلِ الْجَدِيدِ، لِأَنَّهُ طَلَقٌ قَارَنَ أَنْقِضَاءَ الْعِدَّةِ، وَكَذَا لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ مَعَ أَنْقِضَاءِ الْعِدَّةِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ وَلَدْتُ وَلَدًا فَطَلَّقَةٌ وَإِنْ كَانَ ذَكَرًا فَطَلَّقْتَيْنِ فَوَلَدْتُ غُلَامًا طَلَّقْتُ ثَلَاثًا لِلْحِنثِ فِي الْيَمِينِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا قَالَ لَامْرَأَتِهِ: إِنْ وَلَدْتُ أَوْ إِذَا وَلَدْتُ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، وَقَعَ الطَّلَاقُ، إِذَا آتَتْ بِوَلَدٍ حَيٍّ، أَوْ مَيِّتٍ ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى، وَإِنَّمَا يَقَعُ إِذَا انفصل الولد بتمامه، قَالَ الْقَاضِي ابْنُ كَعْبٍ: وَلَوْ أَسْقَطْتَ مَا بَانَ فِيهِ خَلْقُ الْآدَمِيِّ، وَتَصْبِيرُ الْأُمَّةِ مُسْتَوْلَدَةٌ، طَلَّقْتُ، وَإِنْ لَمْ يَبَيِّنْ فِيهِ خَلْقَ الْآدَمِيِّ، لَمْ تُطَلَّقِ، وَفِي الْمَسْأَلَةِ صَوْرَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: إِذَا قَالَ: إِنْ وَلَدْتُ وَلَدًا، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَأَنْتِ بَوْلِدَيْنِ عَلَى التَّعَاقُبِ، طَلَّقْتُ بِالْأَوَّلِ، ثُمَّ إِنْ كَانَا فِي بَطْنٍ وَاحِدٍ، بَانَ كَانِ بَيْنَهُمَا أَقْلٌ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، فَتَنْقُضِي عِدَّتَهَا بِالثَّانِي، وَلَا يَتَكَرَّرُ الطَّلَاقُ، وَإِنْ كَانَا مِنْ بَطْنَيْنِ، فَاَنْقِضَاءُ الْعِدَّةِ بِالثَّانِي يُبْنِي عَلَى لِحُوقِهِ بِالزَّوْجِ، وَهُوَ لِأَجْرٍ إِذَا آتَتْ بِهِ لِأَقْلٍ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ، وَتَحْسَبُ هَذِهِ الْمُدَّةَ مِنْ وَقْتِ الطَّلَاقِ، أَوْ مِنْ وَقْتِ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ فِيهِ قَوْلَانِ يُذَكِّرَانِ فِي الْعِدَّةِ، وَإِذَا أَلْحَقَ انْقَضَتْ بِهِ الْعِدَّةُ<sup>(١)</sup>.

لَوْ قَالَ: كُلَّمَا وَلَدْتُ وَلَدًا، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَهَذَا يَقْتَضِي التَّكَرَّارَ، فَإِنْ آتَتْ بِالْأَوْلَادِ مِنْ بَطْنٍ وَاحِدٍ، نُظِرَ؛ إِنْ كَانُوا أَرْبَعَةً، وَانْفَصَلُوا عَلَى التَّعَاقُبِ، فَتَطَلَّقِ ثَلَاثًا بِوِلَادَةِ ثَلَاثَةٍ، وَتَنْقُضِي عِدَّتَهَا بِالرَّابِعِ، وَلَا إِشْكَالَ، وَإِنْ كَانُوا ثَلَاثَةً، فَتَطَلَّقِ بِالْأَوَّلِينَ طَلَّقْتَيْنِ، وَتَنْقُضِي عِدَّتَهَا بِالثَّلَاثِ، وَلَا تَطَلَّقِ بِوِلَادَتِهِ الطَّلَاقَ الثَّلَاثَةَ، هَذَا هُوَ النَّصُّ الْمَشْهُورُ وَنَقَلَ ابْنُ خَيْرَانَ وَغَيْرُهُ عَنِ «الإِمْلَاءِ» قَوْلًا: أَنَّهُ تَقَعُ لَوِلَادَةِ الثَّلَاثِ طَلَقَةٌ ثَلَاثَةٌ، وَتَعْتَدُ بَعْدَ ذَلِكَ بِالْأَقْرَاءِ، أَمَّا النَّصُّ الْمَشْهُورُ، فَتَوْجِيهِهِ أَنَّ الْمَرْأَةَ فِي عِدَّةِ الطَّلَاقِ الْأَوَّلِيِّ، وَقْتُ انْفِصَالِ الثَّلَاثِ هُوَ وَقْتُ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ، وَبِرَاءةِ [الرَّحِمِ]<sup>(٢)</sup>، وَلَوْ وَقَعَ الطَّلَاقُ، لَوَقَعَ فِي تِلْكَ الْحَالَةِ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ الطَّلَاقَ الْمَعْلُوقَ بِوِلَادَةِ يَمَعُ عِنْدَ الْانْفِصَالِ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَقَعَ

(١) قَالَ فِي الْخَادِمِ: لَيْسَ عَلَى إِطْلَاقِهِ بَلْ مَتَى كَانَ الطَّلَاقُ الْوَاقِعَ بِوِلَادَةِ الْأَوَّلِ بَانًا لَمْ يَلْحَقْهُ الْحَمْلُ الثَّانِي لِعَلْمِنَا بِحُدُوثِهِ بَعْدَ الْبَيْنُونَةِ، وَإِنْ كَانَ رَجْعِيًّا فَلِحُوقِهِ مَبْنِي عَلَى الْخِلَافِ فِي ابْتِدَاءِ الْمُدَّةِ إِنْ قَلْنَا مِنْ حِينِ الطَّلَاقِ لَمْ يَلْحَقْهُ أَوْ مِنْ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ لِحَقِّهِ إِذَا آتَتْ بِهِ لِدُونَ أَرْبَعِ سِنِينَ مِنْ وِلَادَةِ الْأَوَّلِ.

قَالَ: وَصَوَابُهُ لِأَرْبَعِ سِنِينَ كَمَا ذَكَرَهُ فِي كِتَابِ الْعِدَّةِ.

(٢) سَقَطَ فِي ز.



الطلاق في حال انقضاء العدة، وحصول البيونة، ولهذا لو قال: أنتِ طالقٌ مع موتي لم يقع الطلاق إذا مات؛ لأنه وقت انتهاء النكاح، ولو قال: إذا طلقْتُكِ، فأنتِ طالقٌ، وهي غير مدخول بها، لم تقع طلاقه أخرى، لمصادفتها حال البيونة وأما ما نُقِلَ عن «الإمام» ففيه طريقان:

أحدهما: تسليمه قولاً آخر في المسألة، والقائلون به وجَّهوه بطريقتين:

أحدهما: أن هذا الطلاق لا يتأخر عن العدة، وإنما يقارن آخرها وإذا كان وقت الوقوع وانقضاء العدة واحداً، كفى<sup>(١)</sup> ذلك وحُكِمَ بالوقوع تغليبا للطلاق المبني على سُرْعَةِ النفوذ، هكذا وجهه أبو يعقوب الأبيوردي - رحمه الله - تعالى جدُّه وهؤلاء قالوا: لو قال للرجعية: أنتِ طالقٌ مع انقضاء عدتك، ففي وقوع الطلاق قولان، بخلاف ما لو قال: بعد انقضاء عدتك، وربما استشهد بما إذا قال لغير المدخول بها: أنتِ طالقٌ طلاقاً مَعَهَا طلاقاً فإنما<sup>(٢)</sup> نحكم بوقوع طلقتين على وجهه، بخلاف ما إذا قال: طلاقاً بعد طلاقه، وعن الخضري وغيره تخريج قول فيما إذا قال: «مع» موتي، أنها تطلق في آخر جزء من أجزاء الحياة.

والثاني: عن الخضري والقفال؛ بناء القولين على القولين في أن الرجعية إذا طُلِّقَتْ هل تستأنف العدة أم لا؟ إن قلنا: لا، لم تطلق [هنا ولم يلزم العدة] وإن قلنا: نعم، فكما وقع الطلاق، ارتفعت العدة، ولزمت عدة أخرى هناك فكذلك ها هنا؛ وعلى هذا حكى الإمام عن القفال، أنه لا يقضي بأن الطلاق يقع وهي في بقية من العدة الماضية، ولا بأنه يقع في مستفتح العدة المستقبلية، ولكن يقع على مُنْقِصِ الانقطاع والاستقبال، فهو كما لو قال لامرأته: أنتِ طالقٌ بين الليل والنهار، يقع لا في جزء من النهار، ولا في جزء من الليل، ثم تكلم عليه فقال: لا معنى للمنفصل<sup>(٣)</sup>، وليس بين انقضاء العدة الأولى، واستفتاح الثانية لو قدرناها زمان، والحكم بوقوع الطلاق لا في زمان محال، وذكر قوله [بين]<sup>(٤)</sup> الليل والنهار، أنه، يقع الطلاق في آخر جزء من النهار؛ لتكون متصفة بالطلاق في منقطع النهار، ومبتدأ الليل، وأما الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ، فإنه ذكر في «التقريب» [وجه] المسألة المستشهد بها على وجه آخر، فقال: إذا اتَّصَلَ أول العدة الثانية بأخر العدة الأولى، كان الطلاق في العدة، وهو كقول القائل: أنتِ طالقٌ بين الليل والنهار، تطلق إذا جاء أول الليل، ولا يقال: وقع لا في الليل ولا في النهار، لأن طرف أحدهما متصل بطرف الآخر، وليس بينهما زمان، والله أعلم.

(٢) في ز. وإنما.

(٤) سقط في ز.

(١) في ز: يكفي.

(٣) في أ: للمتعصل.

والطريق الثاني: وهو الأصح عند المعترضين: القطع بالمشهور، والامتناع من إثبات ما حكي عن الإملاء قولاً آخر، وأولوه من وجهين<sup>(١)</sup>:

أحدهما: حمّله على ما إذا ولدتهُم دفعة واحدة، بأن كانوا في مَشِيْمَةٍ، وفي هذه الحالة يقع بكل واحدٍ طَلقة، وتعدت بالأقراء؛ لأنها ليست حاملاً وقت وقوع الطلاق.

والثاني: الحمل على ما إذا كان الحمل من الزنا، وأصابها الزوج، فيقع بكل واحدٍ طَلقة، تنقضي<sup>(٢)</sup> العدة بولادتهم، ولو أتت بولدين على التّعاقب من بطن واحدة، والتعليق بصيغة «كلما» فتنقضي عدتها بالثاني، ولا يقع شيء أو تقع طَلقة أخرى، فيه مثل هذا الكلام، وهذا الصورة هي المذكورة في الكتاب، ويجوز أن يُعلم قوله: «في القول الجديد» بالواو؛ للطريقة القاطعة، وكذا قوله: «وكذا لو قال: أنت طالق مع انقضاء العدة» وأما تسميته جديداً، فليس على معنى أن الذي يقابله قديم، فإن مقابله منقول عن «الإملاء»، وهو محسوب من الجديد، ولكن قد يُذكر الجديد، ويراد به الأم خاصةً، فهو المحمل لها هنا، فإن القول الصحيح منصوص عليه في «الأم» وعمامة الكتب.

الثانية: قال: إن ولدتُ ولداً، فأنبت طالق طَلقة<sup>(٣)</sup> تُطلق ثلاثاً لوجود الصفتين، ولو قال: إن ولدتُ ذكراً، فأنبت طالق طَلقةً، وإن ولدتُ أنثى، فأنبت طالق طَلقتين، فولدتُ ذكراً، طَلقت واحدةً، وشرعت في العدة بالأقراء، لوقوع الطلاق بالولادة، وإن ولدتُ أنثى، طَلقت طَلقتين، واعتدت بالأقراء، وإن ولدتُ ذكراً وأنثى، نُظِرَ، إن ولدتهما معاً، طَلقت ثلاثاً، لأن الصفتين وُجِدتا معاً، وهي زوجة، وتعدت بالأقراء، وإن ولدت ذكراً أولاً ثم الأنثى، طَلقت واحدةً بولادة الذكر، لا تقع شيء بولادة الأنثى، على الصحيح، وتنقضي بها العدة على ما نُقِلَ عن «الإملاء» تطلق بولادة الأنثى طَلقتين أخريين، وتعدت بالأقراء، وإن ولدت الأنثى أولاً طَلقت طَلقتين، وهل يقع شيء بولادة الذكّر فيه الخلاف، وإن أشكل الحال، فلم يُنذر أولدتهما معاً أو أحدهما قبل الآخر؟ أو عُرِفَ الترتيب ولم يُعرف المتقدم منهما؟ فعلى الصحيح: يؤخذ باليقين، وهو وقوع طَلقةٍ والورع تركها عند احتمال المعية إلى أن تنكح زوجاً غيره، وعلى ما نقل عن «الإملاء» تُطلق ثلاثاً كيف ما قدر وتعدت بالأقراء، وإن ولدت ذكراً وأنثى، نُظِرَ؛ إن ولدتهما معاً، طَلقت ثلاثاً، وإن ولدت الذكّرين معاً أو على الترتيب ثم ولدت الأنثى، طَلقت، بولادة الذكّرين، أو بأولهما طَلقة وتنقضي العدة بولادة الأنثى على الصحيح،

(١) في ز: وجوه.

(٢) في ز: يقضي.

(٣) في الأصل: وإن كلمت شريفاً فأنبت طالق طَلقتين فكلمت رجلاً شريفاً.

ولا يقع بها شيء آخر، وإن ولدت الأنثى، ثم الذكركين<sup>(١)</sup> على الترتيب، طُلِّقت بولادة الأنثى طلقتين وبالذكر الأول طليقةً أخرى، وتنقضي العدة بولادة الثاني، وإن ولدتها ثم الذكركين معاً، طُلِّقت بها طلقتين، وتنقضي<sup>(٢)</sup> العدة بوضع الذكركين، ولا يقع شيء آخر على الصحيح، ولو ولدت ذكراً ثم أنثى، ثم ذكراً، وقعت طليقة، ثم طلقتان، وتنقضي العدة بالذَّكر الثاني.

ولو قال: إن كنتِ حاملاً بذكر، فأنتِ طالقٌ طليقةً، وإن ولدتِ أنثى، فأنتِ طالقٌ طلقتين، فإن ولدتِ ذكراً، تبيَّن وقوع طليقة عند اللَّفْظ بالشَّرْط الذي تقدَّم، وانقضت العدة بالولادة، وإن ولدتِ أنثى، وقع بالولادة طلقتان، وتعدت بالأقراء، وإن ولدتِ ذكراً وأنثى، نُظِرَ، إن ولدتِ الأنثى أولاً، وَقَعَتْ بولادتها طلقتان، [و] بولادته، تبيَّن وقوع طليقة أولاً؛ لكونها كانت حاملاً بذكر، وتنقضي عدتها عن الثلاث بولادة الذكر، وإن ولدتِ الذكر أولاً، تبيَّن وقوع طليقة، وتنقضي العدة بولادة الأنثى، ولا يقع شيء آخر على الصحيح، وإن ولدتهما معاً، فكذلك تبيَّن وقوع طليقة، ولا<sup>(٣)</sup> تقع بالولادة شيء على الصحيح.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَلَوْ قَالَ لِأَرْبَعِ نِسْوَةٍ حَوَامِلٌ: كُلَّمَا وَلَدَتْ وَاحِدَةً فَصَوَّاحِبَاتُهَا طَوَالِقٌ فَوَلَدَتْ عَلَى تَعَاقُبٍ وَتَقَارُبٍ طُلِّقَتِ الْأُولَى وَالرَّابِعَةُ ثَلَاثًا وَطُلِّقَتِ الثَّانِيَةُ وَاحِدَةً وَطُلِّقَتِ الثَّلَاثَةُ طُلِّقَتَيْنِ فَيُلْتَقَتُ إِلَى عِدَّةٍ صَاحِبَةٍ كُلِّ وَاحِدَةٍ وَإِلَى انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا بِوِلَادَتِهَا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا قَالَ لِأَرْبَعِ نِسْوَةٍ حَوَامِلٌ: كُلَّمَا وَلَدَتْ وَاحِدَةً مِنْكُنَّ، فَصَوَّاحِبَاتُهَا طَوَالِقٌ، فَوَلَدَتْ جَمِيعاً، فَيُنْظَرُ فِي كَيْفِيَةِ وِلَادَتِهِنَّ، وَلَهَا أَحْوَالٌ:

إِحْدَاهَا: إِذَا وَلَدَتْ مَعاً، فَتَطْلُقُ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ ثَلَاثَ طَلِّقَاتٍ؛ لِأَنَّ لَهَا ثَلَاثَ صَوَّاحِبٍ، وَيَقَعُ عَلَيْهَا بِوِلَادَةِ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ طَلِّقَةٌ، وَيَعْتَدُّنَّ جَمِيعاً بِالْأَقْرَاءِ الثَّانِيَةِ، وَهِيَ الْمَذْكُورَةُ فِي الْكِتَابِ: إِذَا وَلَدَتْ عَلَى التَّعَاقُبِ، فَفِيهِ وَجْهَانٌ:

أظْهَرُهُمَا: وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ، وَبِهِ أَجَابَ ابْنُ الْحَدَّادِ: أَنَّهُ إِذَا وَلَدَتْ الْأُولَى، طُلِّقَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنَ الْأَخْرِيَّاتِ طَلِّقَةٌ وَلَا يَقَعُ عَلَيْهَا شَيْءٌ، لِأَنَّ الْمَعْلُوقَ بِوِلَادَةِ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ طَلِّقٌ بِالْأَخْرِيَّاتِ، فَإِذَا وَلَدَتْ الثَّانِيَةَ، انْقَضَتْ عِدَّتُهَا، وَبَانَ، وَيَقَعُ عَلَى الْأُولَى بِوِلَادَتِهَا طَلِّقَةٌ، وَعَلَى كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنَ الْأَخْرِيَّاتِ طَلِّقَةٌ أُخْرَى، إِنْ بَقِيَتا فِي الْعِدَّةِ، فَإِذَا وَلَدَتْ الثَّلَاثَةَ، انْقَضَتْ عِدَّتُهَا عَنِ طَلِّقَتَيْنِ، وَوَقَعَتْ عَلَى الْأُولَى طَلِّقَةٌ أُخْرَى

(٢) في ز: ويقتضي.

(١) في ز: عن الذكر.

(٣) في أ: فلا.

إن بَقِيَّتْ فِي الْعِدَّةِ، وَعَلَى الرَّابِعَةِ طَلْقَةٌ ثَالِثَةٌ، فَإِذَا وَلَدَتْ الرَّابِعَةَ، انْقَضَتْ عِدَّتُهَا عَنْ الطَّلَاقِ الثَّلَاثِ، وَقَعَتْ طَلْقَةٌ ثَالِثَةٌ عَلَى الْأُولَى وَعِدَّةُ الْأُولَى تَكُونُ بِالْأَقْرَاءِ وَفِي اسْتِثْنَائِهَا الْعِدَّةُ لَوْ قَوَّعَ الطَّلَاقَ الثَّانِيَةَ وَالثَّلَاثَةَ مِنَ الْخِلَافِ مَا فِي طَّلَاقِ الرَّجْعِيَّةِ، وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ «عَلَى تَعَاقُبِ وَتَقَارُبِ» أَشَارَ بِلَفْظِ «التَّقَارُبِ» إِلَى بَقَاءِ الْمَطْلُوقَةِ فِي الْعِدَّةِ إِلَى وِلَادَةِ الَّتِي تَلَدُ بَعْدَهَا.

والثانية: وبه أجاب ابن القاص في «التلخيص»، واختاره القاضي أبو الطيب: أن الأولى لا تطلق أصلاً، وتطلق كل واحدة من الأخريات طليقة، وتنقضي بولادتهن، عدتهن ووجهه أن الثلاث وقت ولادة الأولى صواحبها لأنهن جميعاً زوجاته، فيطلقن طليقة طليقة؛ وإذا طلقن خرجن عن كونهن صواحب الأولى، وكون الأولى صاحبة لهن، فلا يؤثر بعد ذلك ولادتهن في حقها وولادة بعضهن في حق بعض، ومن قال بالأول قال إنهن ما دمن في عدة الرجعية، لا يخرجن عن كونهن زوجات له، وكون بعضهن صواحبه البواقي، ولذلك<sup>(١)</sup> ولو حلف بطلاق نسائه، دخلت الرجعية فيه.

الثالثة: إذا ولدت اثنتان معاً، ثم اثنتان معاً، فعلى جواب ابن الحداد، تطلق كل واحدة من الأوليين بولادة الأخرى طليقة، وكل واحدة من الأخريين بولادة الأوليين طليقتين، وإذا ولدت الأخريان وقعت على كل واحدة من الأوليين طليقتان أخريان، ولا يقع على الأخريين شيء آخر وتنقضي عدتها بولادتهما على الصحيح، وعلى ما نقل عن «الإمام» تقع على كل واحدة منهما طليقة أخرى، وتعتدان<sup>(٢)</sup> بالأقراء، وعلى جواب ابن القاص، لا تطلق كل واحدة من الأوليين سوى طليقة، وعلى كل واحدة من الأخريين سوى طليقتين؛ لخروجهن بما وقع عن الصحابية، وتنقضي عدة الأخريين بالولادة، والأوليان يعتدان بالأقراء على الوجهين:

الرابعة: [ولدت]<sup>(٣)</sup> ثلاث منهن معاً، ثم ولدت الرابعة، وقعت على الرابعة ثلاث طليقات، بلا خلاف، تطلق كل واحدة من الثلاث على جواب ابن الحداد ثلاثاً طليقتان بولادة اللتين ولدتا معها، وثالثة بولادة الرابعة، إن بقين في العدة، وعلى جواب ابن القاص، لا تطلق كل واحدة منهن إلا طليقتين، ولو كان الأمر بالعكس، ولدت واحدة [منهن]<sup>(٤)</sup> ثم ثلاث معاً، فعلى جواب ابن الحداد تطلق كل واحدة من الثلاث طليقة بولادة الأولى، ثم تنقضي عدتهن بولادتهن، فلا يقع عليهن شيء آخر على الصحيح، وعلى ما نقل عن «الإمام» يقع [على]<sup>(٥)</sup> كل واحدة طليقتان أخريان ويعتدنان بالأقراء،

(١) في ز: كذلك.

(٢) في ز: تعتديان.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٥) سقط في ز.

الأولى تطلق بولادتهم ثلاثاً وعلى جواب ابن القاص لا يقع على الأولى شيء، ولا يقع على كل واحدة من الثلاث إلا طلقة.

الخامسة: ولدت اثنتان على الترتيب، ثم ثنتان معاً، يقع على الأولى ثلاث بولادتهن وعلى كل واحدة من الأخريات طلقة بولادتها فإذا ولدت الثانية، انقضت عدتها، ووقعت على كل واحدة من الأخريات طلقة أخرى بولادتها، وتنقضي عدة الأخريين بولادتهن، ولا يقع على كل واحدة منهما شيء آخر بولادة صاحبتهما على الصحيح، وهذا قياس ابن الحداد، وعلى جواب ابن القاص لا يقع على الأولى شيء ولا على كل واحدة من الأخريات إلا طلقة، ولو ولدت ثنتان معاً، ثم ثنتان على الترتيب، فعلى قياس ابن الحداد؛ يقع على كل واحدة من الأوليين بولادتهما طلقة، وعلى كل واحدة من الأخريين طلقتان، فإذا ولدت الثالثة انقضت عدتها، ووقعت على كل واحدة من الأوليين طلقة أخرى إن بقيتا في العدة ووقعت على الرابعة طلقة ثالثة، فإذا ولدت، انقضت عدتها، ووقعت على كل واحدة من الأوليين طلقة، إن بقيتا في العدة، وعلى قياس ابن القاص لا تطلق كل واحدة من الأوليين إلا طلقة، ولا كل واحدة من الأخريين إلا طلقتين.

ثم قال ابن الحداد: ولو خاطب الأربع بما وصفنا، ثم طلق كل واحدة منهن طلقة ثم ولدت على الترتيب فالأولى مطلقة بالتنجيز، وتنقضي عدتها بولادتها، [ويقع على الثانية بولادة الأولى طلقة وهي مطلقة بالتنجيز وتنقضي عدتها عن طلقتين بولادتها] وتطلق كل واحدة من الثالثة والرابعة ثلاثاً؛ واحدة بالتنجيز، واثنين بولادة الأولى والثانية، وعلى قياس ابن القاص لا يقع عليهن إلا الطلقتان المنجزة.

ولو قال للأربع: كلما ولدت [واحدة] منكن، فأنتن طوالق، فالمعلق ها هنا بولادة كل واحدة منهن طلاق الوالدة وغيرها فإن ولدن معاً، طلقن ثلاثاً ثلاثاً، وإن ولدن على التعاقب، طلقت الأولى ثلاثاً طلقة بولادة نفسها وأخرى بولادة الثانية وأخرى بولادة الثالثة، إن بقيت في العدة، وتعند بالأقراء، وتطلق الثانية بولادة الأولى، ولا تطلق طلقة بولادة نفسها على الصحيح، وتنقضي عدتها، وعلى ما نقل في «الإملاء» تطلق طلقة أخرى، وتعند بالأقراء، والثالثة، تطلق بولادة الأولى والثانية، وهل تطلق بولادة نفسها طلقة ثالثة، فيه الخلاف، والرابعة تطلب بولادة الأوليات ثلاثاً، وتنقضي عدتها بولادتها، ولا يقع بولادتها شيء على الأوليات، إذا قلنا بالصحيح لبينونتهن.

ولو قال للأربع كلما ولدت اثنتان منكن، فالأخريات طالقان، فولدت على الترتيب فلا تطلق واحدة منهن بولادة الأولى؛ لأنه علق بولادة اثنتين فإذا ولدت الثانية، حصلت الصفة، فتطلق الثالثة والرابعة طلقة طلقة، ولا يقع على الأوليين شيء؛ لأن المعلق

بولادة اثنتين من طلاق الآخرين، فإذا ولدت الثالثة، فوجهان سبق نظيرهما في مسألة تعليق عتق العبد بطلاق الزوجات:

أصحهما: أن الثالثة لا تضم إلى الثانية، ولا تطلق بها واحدة منهن إلى أن تلد الرابعة، فإذا ولدت، فعلى قياس ابن الحَدَّاد، طُلِّقت الأوليان طليقةً، ويعتدان بالأقراء، والآخران تنقضي عدتهما بالولادة، وعلى قياس ابن القاص؛ لا تطلق الأوليان بولادة الآخرين.

والوجه الثاني: أن الثالثة تضم إلى الثانية وتطلق بولادتهما الأولى طليقةً، والرابعة طليقة ثانية، ثم إذا ولدت الرابعة طُلِّقت الثانية، وطُلِّقت الأولى طليقة ثانية.

ولو كانت تحته امرأتان، فقال: كلما ولدت واحدة منكما، فأنتما طالقان، فولدتا على الترتيب، فيقع بولادة الأولى عليها طليقةً، وعلى الأخرى طليقةً، وإذا ولدت الثانية، وقعت على الأولى طليقةً أخرى إن بقيت في العدة، وتنقضي عدة الثانية، ولا يقع عليها شيء آخر على الصحيح، ولو ولدت زينب منهن يوم الخميس ولدًا، وولدت عمرة يوم الجمعة ولدًا، ثم زينب يوم السبت ولدًا، وعمرة يوم الأحد ولدًا، فأتت كل واحدة منهن بولدين، فيقع بولادة يوم الخميس، وولادة يوم الجمعة على كل واحدة طليقتان، وتنقضي عدة زينب بولادتها يوم السبت، ولا يقع عليها شيء آخر على الصحيح، ويقع على عمرة طليقة ثالثة، وتنقضي عدتها يوم الأحد عن ثلاث، ولو قال لها كلما ولدتُما، فأنتما طالقان، فولدت إحداهما ثلاثة أولاد من بطن واحد، ثم الثانية كذلك لم تطلق واحدة منهما بولادة الأولى أو ولادتها، لأن التعليق بولادتهما جميعاً، فإذا ولدت الثانية الولد الأول [وقعت]<sup>(١)</sup> على كل واحدة منهما طليقة، وإذا ولدت الثانية، وقعت على كل واحدة طليقةً أخرى، وإذا ولدت الثالثة، وقعت على الأولى طليقة ثالثة ولا يقع على الثانية شيء وتنقضي عدتها عن طليقتين على الصحيح، ويعود ما نقل عن «الإملاء» ولو ولدت إحداهما ولدًا، ثم الأخرى ولدًا، ثم الأولى ولدًا، وهكذا إلى أن ولدت كل واحدة ثلاثاً من بطن واحد، فبولادة الثانية الولد الأول يقع على كل واحدة طليقةً وبولادتها الثاني يقع على كل واحدة طليقةً أخرى، ثم إذا ولدت الأولى الولد الثالث، انقضت عدتها، وإذا ولدت الثانية الولد الثالث، هل يقع عليها طليقةً أخرى؟ فيه الصحيح، وخلاف الإملاء، ولو ولدت إحداهما<sup>(٢)</sup> ولدًا، ثم الثانية ثلاثة على الترتيب، ثم الأولى ولدين آخرين، فبولادة الثانية الولد الأول يقع على كل واحدة طليقةً، ولا تقع بولادتها الولد الثاني والثالث شيءً وتنقضي بالثالث عدتها، ثم إذا ولدت الأولى الولد

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: أحدها.

الثَّانِي انضَمَّت ولادتها إلى ولادة الثانية الوَلَد الثاني، فيقع على الأولى طَلَقٌ ثانيةً، وإذا ولدت الثالث، انقضت عدَّتُها، ولا يقع عليها شيء آخر على الصحيح، وعلى ما نقل عن الإِمْلاء ينضمُّ هذه الولادة إلى ولادة الثانية الولد الثالث فيقع عليها طَلَقٌ ثالثة.

فُرُوعٌ: قد سَبَقَ أن الطَّلَاق المعلق بالولادة إنَّمَا يقع إذا انفصل الولدُ بتمامه، فلو خَرَجَ بَعْضُهُ، ومات الزوج أو المرأة، لم يَقَع الطَّلَاق، وورث الثاني منهما من الماضي.

ولو قال لامرأته: إن ولدتُ فعبدي حر، فخرج بعض الولد، وباع العبدَ حينئذٍ، وتفرقا عن المجلس، أو تخايراً ثم ولدت لم يعتق العبد، ولو انفصل الولد قَبْلَ التفرُّق والتخاير عتق العبد، لأنه له أن يعتق في زمان الخيار.

الثَّانِي: في فتاوى القَفَّال أنه إذا قال لامرأته: إن كنتِ حاملاً، فأنتِ طالقٌ، فقالت: أنا حاملٌ، فإن صدَّقها الرَّوْج، حُكِمَ بوقوع الطَّلَاق في الحال، وإن كذبها لم يَقَع حَتَّى تَلد، فإن لمسها النساء فقالت أربع منهن فصاعداً: إنها حاملٌ لم تُطَلَّق؛ لأن الطَّلَاق لا يَقَع بِقَوْلِ النِّسوة، وسيذكر في «كتاب الشهادات».

ولو علَّق الطَّلَاق بالولادة، فشَهِدت أربع نسوة بالولادة، لم يقع الطَّلَاق، وإن ثَبِت النَّسب والميراث؛ لأنهما من توابع الولادة، وضرورتها بخلاف الطَّلَاق.

والثالث: لو قال: إن كان أوَّل ولِدٍ تلدينه من هذا الحَمْل ذكراً، فأنتِ طالقٌ، فولدت ذكراً، ولم يكن غيره قال الشيخ أبو علي لا يختلف أصحابنا أنه يقع الطَّلَاق، وليس من شرط كونه أولاً أن تَلِدَ بعده آخرٌ، وإنما الشرط أن لا يتقدَّم عليه غيره، وفي «التتمة» وجه آخر؛ أنه لا يقع شيءٌ، والأول يقتضي آخراً، كما أن الآخر يقتضي أولاً<sup>(١)</sup> ولو قال: إن كان أول ولِدٍ تلدينه ذكراً، فأنتِ طالقٌ واحدةً، وإن كان أنثى، فأنتِ طالقٌ

(١) قال النووي: الصواب ما نقله الشيخ أبو علي. قال الله تعالى: ﴿إن هؤلاء ليقولون إن هي إلا موتتنا الأولى﴾. وهؤلاء المذكورون كانوا يقولون: ليس لهم إلا موته. وقال الإمام أبو إسحاق الزجاج: معنى الأول في اللغة: ابتداء الشيء، قال: ثم يجوز أن يكون له ثانٍ، ويجوز أن لا يكون، وقد بسطت أنا الكلام في إيضاح هذا بدلائله في «تهذيب اللغات». والله أعلم.

وكلام النووي في «تهذيب» نقلاً عن الواحدي في تفسير قول الله عز وجل: ﴿إن أول بيت﴾ قال الزجاج: معنى الأول في اللغة ابتداء الشيء، قال الزجاج ثم يجوز أن يكون له ثانٍ ويجوز أن لا يكون كما حكى هنا كذلك ودل على ذلك بقوله كما نقول: هذا أول ما كسبته جائز أن يكون بعده كسب وجائز ألا يكون، ومراد هذا ابتداء كسبي. قلت: والقائل المصنف رحمه الله، ومما يستدل به على أن لفظه أول لا يشترط أن يكون له ثانٍ أن هؤلاء ليقولون إن هي إلا موتتنا الأولى وهم كانوا يعتقدون أنه ليس لهم موته بعدها. وإن شئت مزيد تفصيل فارجع إلى تهذيب الأسماء واللغات ١٤/٣ - ١٥.

ثلاثاً، فولدت ذكراً وأنثى، نُظِرَ، إن ولدت الذَّكَرَ أولاً، طُلِّقَتْ واحدةً، وانقضت عدتها بولادة الأنثى، [وإن ولدت الأنثى]<sup>(١)</sup> أولاً، طُلِّقَتْ ثلاثاً، وانقضت عدتها بولادة الذَّكَرِ، وإن ولدتهما معاً لم يقع شيء؛ لأنه لا يوصفُ واحدٌ منهما بأوليته؛ ولهذا لو أخرج رجلٌ ديناراً للمتسابقين، وقال: من جاء منكما أولاً فهو له، [فجاء] معاً لم يستحقاً شيئاً.

قال الشيخ أبو علي: وَيُحْتَمَلُ أَنْ تُطَلَّقَ ثَلَاثًا؛ لِأَنَّهَا إِذَا وَلَدَتْهُمَا مَعًا، فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَوْصُوفٌ بِأَنَّهُ أَوَّلُ وَلَدٍ وَلَدَتْهُ، إِذَا لَمْ تَلِدْ قَبْلَهُ غَيْرَهُ؛ لِأَنَّهُ لَوْ قَالَ: [أَوَّلُ مَنْ رَدَّ أَبِي]، فَلَهُ دَرَاهِمُ فَرْدَةٌ اِثْنَانِ اسْتَحَقَّ الدَّرَاهِمَ، وَقَالَ وَعَرَضْتُهُ عَلَى الشَّيْخِ، يَعْنِي الْقُقَالَ، فَلَمْ يَسْتَبْعِدْهُ، وَلَوْ لَمْ يَعْلَمْ أَنَّهَا وَلَدَتْهُمَا مَعًا، أَوْ وَلَدَتْ أَحَدَهُمَا قَبْلَ الْآخَرِ، لَمْ تَحْكَمْ بِوُقُوعِ الطَّلَاقِ؛ لِاحْتِمَالِ أَنَّهَا وَلَدَتْهُمَا مَعًا، وَلَوْ كَانَ كَذَلِكَ، لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ عَلَى الظَّاهِرِ، فَلَا يُوَقَّعُ بِالشَّكِّ، وَلَوْ عَلِمَ التَّرْتِيبَ، وَلَمْ يَعْلَمْ السَّابِقَ أَخَذْنَا بِالْيَقِينِ، وَهُوَ وَقُوعُ طَلْقِ وَاحِدَةٍ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ كَانَ أَوَّلُ وَلَدٍ تَلَدِينَهُ ذَكَرًا، فَأَنْتِ طَالِقٌ، وَإِنْ كَانَ أَنْثَى فَضَرْتِكِ طَالِقٌ، فَوَلَدْتُهُمَا عَلَى التَّرْتِيبِ، وَلَمْ يُعْلَمْ السَّابِقُ، فَقَدْ وَقَعَ الطَّلَاقُ عَلَى إِحْدَاهُمَا، فَيُوقَفُ عَنْهَا وَيُؤَخَذُ بِنَفَقَتِهِمَا حَتَّى تَبِينَ الْمُطَلَّقةَ مِنْهُمَا، وَلَوْ قَالَ: إِنْ كَانَ أَوَّلُ وَلَدٍ تَلَدِينَهُ ذَكَرًا، فَأَنْتِ طَالِقٌ، وَإِنْ كَانَ أَنْثَى فَعَبْدِي حُرٌّ، فَوَلَدْتُهُمَا عَلَى التَّرْتِيبِ، وَلَمْ يُعْلَمْ السَّابِقُ.

قال الشيخ أبو علي: يُفْرَعُ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَالْعَبْدِ، فَإِنْ خَرَجَتْ عَلَى الْعَبْدِ، عَتَقَتْ، وَإِنْ خَرَجَتْ عَلَى الْمَرْأَةِ لَمْ تَطْلُقْ.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: (الْفَضْلُ الرَّابِعُ فِي التَّغْلِيْقِ بِالْحَيْضِ): فَلَوْ قَالَ: إِنْ حِضَّتْ حَيْضَةً فَأَنْتِ طَالِقٌ طُلِّقَتْ بِتَمَامِ الْحَيْضَةِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ حِضَّتْ، طُلِّقَتْ إِذَا مَضَى يَوْمٌ وَلَيْلَةٌ مِنْ أَوَّلِ الْحَيْضِ لَكِنْ بِطَرِيقِ التَّبْيِينِ، وَقِيلَ: تُطَلَّقُ بِأَوَّلِ الْحَيْضِ بِنَاءً عَلَى الظَّاهِرِ، وَلَوْ قَالَ لِلْحَائِضِ: إِنْ حِضَّتْ فَلَا تُطَلَّقُ إِلَّا بِحَيْضَةٍ مُسْتَأْنَفَةٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا قَالَ لِمَرْأَتِهِ إِذَا حِضَّتْ حَيْضَةً، أَوْ إِنْ حِضَّتْ، حَيْضَةً فَأَنْتِ طَالِقٌ، لَمْ تَطْلُقْ<sup>(٢)</sup> حَتَّى تَحِيضَ، ثُمَّ تَطْهَرَ، وَحِينَئِذٍ، فَيَقَعُ سُنْيَا، وَلَوْ قَالَ: إِنْ حِضَّتْ، فَأَنْتِ طَالِقٌ وَلَمْ يَزِدْ عَلَيْهِ، فَلَا يَعْتَبَرُ بِتَمَامِ الْحَيْضَةِ، وَمَتَى يَحْكَمْ بِوُقُوعِ الطَّلَاقِ؛ فِيهِ وَجْهَانِ:

أحدهما: أَنَا لَا نَحْكُمُ بِوُقُوعِ الطَّلَاقِ بِأَوَّلِ ظَهْوَرِ الدَّمِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ دَمُ فَسَادٍ، فَإِذَا بَلَغَ حَدَّ أَقْلِ الْحَيْضِ، تَبَيَّنَ وَقُوعُ الطَّلَاقِ مِنْ أَوَّلِ الظُّهْرِ.

والثاني: أَنَّهُ يَحْكَمْ بِالْوُقُوعِ [إِذَا]<sup>(٣)</sup> ظَهَرَ الدَّمُ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ حَيْضٌ؛ أَلَّا تَرَى

(٢) في أ: لم يقع الطلاق.

(١) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.



أنها تُؤمَر بتَرَكَ الصوم والصلاة، ثم إن انقطع قبل أن تَبْلُغ أول الحيض، ولم يعد إلى خمسة عشر، فتبين أن الطلاق لم يَقَعْ، ونظّم الكتاب يقتضي ترجيح الرّجْح الأول، وإلى ترجيحه ذَهَب الإمام، وقال تفرّيعاً عليه إذا رأت الدم، فهل يجب التحرُّز عن الاستمتاع بها؛ ناجزاً؟ هذا بمثابة ما لو قال: إن لم تكوني حاملاً، فأنتِ طالقٌ، وقد مر حكمه، والأظهر في المذهب الرّجْح الثاني، ولم يورد الجمهورُ سواه وإذا قال: إن طهرت أو إذا طهرت فأنتِ طالقٌ، طُلِّقَت في أول الطهر، ولو قال: إذا طَهَرْتِ طهراً واحداً، قال الحناطي: تُطَلِّقُ إذا انقضَى الطُّهْر، ودخلت في الدم، وحكى وجهاً آخر أنها تطلِّق إذا مضى جزءٌ منه، ثم قوله: «إن حضت» أو «إذا حضت» يقتضي التعليق بالحيضة المستقبلية، حتى لو كانت حائضاً في الحال، لا يقع الطلاق حتى يَطْهَرُ ثم تحيض، ولو قال، والشار مدركة: إذا أدركتِ الثمار، فأنتِ طالقٌ، فهذا تعليق بالإدراك المستأنف في العام المقبل وعلى هذا قياسُ سائر الأوصافِ إلا أنه سيأتي في باب الأيمان، إن قَدَّر الله - تعالى جَدَّهُ - أن استدامة اللبس والركوب لبس وركوبٌ، فليكن الحُكْم كذلك في الطلاق.

وفي «الشامل» و «التتمة» وجه آخر أنه: إذا استمر بها الدَّم بعد التعليق ساعةً، يقع الطلاق، ويكون دوام الحيض حيضاً.

ولو قال: كلِّمًا حَضَّتِ، فأنتِ طالقٌ، طُلِّقَت ثلاثاً في أول ثلاثِ حِيضٍ مستقبلية، وتكون الطلقات بدعيَّةً، ولو قال: كلِّمًا حِضَّتِ حيضةً، فأنتِ طالقٌ، طُلِّقَت ثلاثاً في انتهاء ثلاث حِيضٍ مستقبلية، ويكون الطلقات سُنيَّةً.

ولو قال: إن حَضَّتِ حيضةً، فأنتِ طالقٌ، ثم إن حَضَّتِ حِيضَتَيْنِ، فأنتِ طالقٌ، فإذا حاضتِ حِيضَةً وَقَعَتْ طَلْقَةً، فإذا حاضتِ أُخْرَى، تحقَّقت الصفة الثانية، فتقع طَلْقَةٌ أُخْرَى؛ لأن كلمة «ثم» تُشعر بالتعليق بحِيضَتَيْنِ غير الأولى.

ولو قال: كلِّمًا حِضَّتِ حيضةً، فأنتِ طالقٌ، وكلِّمًا حِضَّتِ حِيضَتَيْنِ، فأنتِ طالقٌ، فإذا حاضتِ حِيضَةً طُلِّقَت، وإذا حاضتِ حِيضَةً أُخْرَى، طُلِّقَت طَلْقَةً ثَانِيَةً، لأنها حاضتِ حِيضَةً مَرَّةً أُخْرَى، و «كلِّمًا» تقتضي التكرار، وطلقة ثالثة؛ لأنها حاضتِ حِيضَتَيْنِ.

فروع: قال لامرأته إن حضتاً حيضةً، فأنتما طالقان، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لغو، يُطَلِّقان، وإن حاضتا، لأنهما إذا حاضتا، حَصَلَتِ حِيضَتَانِ ويستحيل أن تحيضا بحيضة واحدة.

وأظهرهما: أنه لا يلغو، ثم اختلف الناقلون، فقال الإمام: يُحتمل أن يُرَاد به؛ إذا حاضت كل واحدة منهما حيضةً، إذ هو السابق إلى الفهم من مثل هذا اللفظ، فيُنزَّل عليه، تصحيحاً للكلام الذي ذكره الشيخ أبو حامد، وصاحب «التهذيب» «والمهذب» أنه

يلغى قوله «حيضة»، وُسْتَعْمَلَ قوله: «إن حضتها»، وقضية التنزيل الأول وقوع الطلاق عند تمام الحيضتين، وقضية الثاني: الوقوع إذا ابتداء الحيض بهما، ويجري الخلاف فيما إذا قال لامرأته: إن ولدتُما ولداً، فأنتما طالقان، فعن صاحب «التلخيص» أنه يلغو، ولا يقع الطلاق بحال، وعن غيره أنه كما لو قال: إذا ولدتُما، ويُحْمَلُ قوله «ولداً» على ذكر الجنس.

قال أبو عبد الله الحناطي: فأما إذا قال: إذا ولدتُما ولداً واحداً، فأنتما طالقان، فإنه محالٌ ولا يقع الطلاق، وعلى الوجه الذي يقول؛ إذا علّق بالمحال، يقع في الحال، يقع ها هنا أيضاً ولدتا أو لم تلدا.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا مَعَ يَمِينِهَا فِي حَيْضِهَا وَفِي إِضْمَارِهَا الْبَعْضُ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ بَاطِنٌ لَا فِي دُخُولِهَا، وَفِي سَائِرِ أَعْمَالِهَا، وَفِي زَنَاهَا وَوَلَادَتِهَا خِلَافٌ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ حَضَّتْ فَضَرَّتْكَ طَالِقٌ لَمْ يَقْبَلْ يَمِينُهَا فِي حَقِّ الضَّرَّةِ، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: إِنْ حَضَّتْمَا جَمِيعاً فَأَنْتُمَا طَالِقَتَانِ وَصَدَّقَ إِحْدَاهُمَا دُونَ الْأُخْرَى طَلَّقْتَ الْمَكْذِبَةَ دُونَ الْمُصَدِّقَةِ لِأَنَّ الْمَكْذِبَةَ نَبَتْ حَيْضُ ضَرَّتْهَا فِي حَقِّهَا بِتَضْيِيقِ الزَّوْجِ وَحَيْضِهَا بِمَجْرَدِ قَوْلِهَا وَأَمَّا الْمُصَدِّقَةُ فَلَمْ يَثْبُتْ حَيْضُ ضَرَّتْهَا مَعَ تَكْذِيبِ الزَّوْجِ فِي حَقِّهَا، وَلَوْ قَالَ ذَلِكَ لِأَرْبَعٍ ثُمَّ صَدَّقَ اثْنَتَيْنِ فَقَطُّ لَمْ تُطَلَّقِ وَاحِدَةٌ، وَإِنْ صَدَّقَ ثَلَاثًا طَلَّقْتَ الْمَكْذِبَةَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا عَلَّقَ طَلَاقَهَا بِحَيْضِهَا، فَقَالَتْ: حَضَّتْ، وَأَنْكَرَ الزَّوْجُ، صُدِّقَتْ بِيَمِينِهَا، لِأَنَّهَا أَعْرَفَ، بِحَيْضِهَا، وَتَعَدَّرَ إِقَامَةَ الْبَيِّنَةِ عَلَيْهِ، فَإِنَّ الدَّمَّ، وَإِنْ شُوهِدَ لَا يُعْرَفُ أَنَّهُ حَيْضٌ بَلْ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ اسْتِحَاضَةٌ، وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِيمَا لَا يُعْرَفُ إِلَّا مِنْ جِهَتِهَا، كَمَا إِذَا قَالَ: إِنْ أَضْمَرْتَ بُغْضِي، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَقَالَتْ: أَضْمَرْتَهُ تُصَدِّقُ بِيَمِينِهَا [ويحكم بوقوع الطلاق، ولو علق بزناها، فوجهان:

أحدهما: تصدق فيه] لأنه أمر خفي لا يُطَّلَعُ عَلَيْهِ إِلَّا عَلَى نُدُورٍ، فَأَشْبَهَ الْحَيْضُ، وَهَذَا مَا رَجَّحَهُ فِي «الوسيط».

والأصحُّ على ما ذكر الإمام وآخرون المَنعُ، كالدخول وسائر الأفعال إذا علّقَ بها؛ لأن معرفته والاطلاع عليه ممكنٌ، فيستدام النكاح إلى أن تقوم عليه حجةٌ، وطرد الخلاف في الأفعال الخفية التي لا يكاد يُطَّلَعُ عليها، وإذا علق الطلاق بالولادة، فقالت: ولدتُ، وأنكر الزوج، وقال: ما ولدتُ، وهذا الولد مستعارٌ، ففيه وجهان مشهوران:

أحدهما: وبه قال أبو حنيفة، وحكاه القاضي ابن كج عن أبي حامد القاضي: أنها تُصَدِّقُ بِيَمِينِهَا كَمَا فِي الْحَيْضِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّهَا مُؤْمِنَةٌ فِي رَحْمَتِهَا حَيْضًا وَطَهْرًا وَوَضِعَ حَمْلٍ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهَا تُصَدِّقُ فِي انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ بِالْأَقْرَاءِ، وَوَضِعَ الْحَمْلِ جَمِيعًا، وَبِهَذَا قَالَ

ابن الحداد، وأصحهما المنع، ويطلب بالبينة كما في سائر الصفات، بخلاف الحيض، فإن إقامة البينة عليه متعذر.

قال الإمام: ووراءها من الأسباب الظاهرة، والأسباب الخفية أن يصدقها في الخفي دون الظاهر والمودع يصدق في دعوى التلّف بالسبب الظاهر والخفي، والفرق أن المودع قد اتتمنه المالك في ماله فيكلف تصديقه، والزوج لم يصدقها، ولم ياتمها في خفي ولا جلي، لكن قد سبق في «الوديعة» أنه إذا ادّعى التلّف بسبب ظاهر، لا يصدق في السبب بل يحتاج إلى إقامة البينة عليه، ثم يصدق في التلّف، ولو علق طلاق امرأة بحيض أخرى؛ بأن قال: إن حضت، فضررتك طالق، فقالت: حضت، وأنكر الزوج، فالقول قوله مع يمينه، ولا تصدق هي في حق الضرة؛ لأنه لا سبيل إلى قبول قولها من غير يمين، ولو حلفناها، كان التحليف لغيرها؛ فإنه لا تعلق للخصومة بها، والحكم للإنسان يحلف غيره محال فجرينا على الأصل وصدقنا المنكر، ولو قال: إذا حضت، فأنت وضررتك طالق، فقالت حضت، فنصدقها بيمينها، ونحكم بوقوع الطلاق، ولا نوقع على الضرة لأن الأيمان لا تدخلها الثيابة، واليمين يؤثر في حق الحالف دون غيره وذلك لو مات وخلف اثنين، فادّعى أحدهما ديناً، وأقام عليه شاهداً، وحلف معه، لا يثبت إلا حصته وعن صاحب «التقريب» أن الطلاقين متعلقان بحيضها، فإذا صدقناها بيمينها، وقع الطلاق على الضرة، ولو قال لامرأته: إذا حضت، فأنت طالق، فطلاق كل واحدة منهما معلق بحيضها جميعاً، فإذا حضت معاً أو على الترتيب طلقنا، فإن كذبها، فهو المصدق بيمينه، فإذا حلف، لم تطلق واحدة منهما، وإن صدق إحداها، وكذب الأخرى، طلقت المكذبة، إذا حلفت على حيضها، ولم تطلق المصدقة، لأن المكذبة ثبت حيض ضررتها بتصديق الزوج، وقولها مع يمينها في حيض نفسها كاف، وأما المصدقة فإن حيض ضررتها لم يثبت في حقها، فلم تطلق، ويجيء على ما نقل عن صاحب «التقريب» أن يقال: ثبت حيض ضررتها بحلفها، فإذا ثبت في حقها، ثبت في حق المصدقة أيضاً، فطلقا جميعاً، ويجوز أن يُعلم لذلك قوله في الكتاب «دون المصدق» بالواو.

ولو قال لحفصة: إن حضت، فعمرة طالق، وقال لعمرة: إن حضت، فحفصة طالق، فقالتا: حضنا، فإن صدقهما طلقنا، وإن كذبهما، لم تطلقا، وإن صدق إحداها طلقت المكذبة دون المصدقة.

ولو كانت تحته ثلاث نسوة، فقال: إذا حضتن، فأنتن طالق، فقد علق طلاق كل واحدة منهن بحيض الثلاث، فإذا قلن: حضنا، وصدقهن، طلقن، وإن كذبهن، لم تطلق واحدة منهن، وإن صدق واحدة، وكذب اثنتين، فكذلك، لأن المصدقة لم يثبت

في حقها إلا حيضها، وأما المكذبتان، فحيض المصدقة ثابت حقها وحيض كل واحدة منهما يكفي فيه قولها، لكن حيض المكذبة الأخرى، لم يثبت في حقها، فلم يجتمع في حق واحدة منهن حيض الثلاث، وإن صدق اثنتين، وكذب واحدة، طلقت المكذبة؛ لأن حيضاً يكفي في قولها، وحيض صاحبها ثبت بتصديق الزوج، ولا تطلق المصدقتان، لأن حيض المكذبة لم يثبت في حقها.

ولو قال لأربع: إن حضتن، فأنتن طوالق، فطلاق كل واحدة معلق بحيض الأربع، فإذا حضن، [أو قلن حضن وصدقهن] طلقتن، فلو قلن: حضنا، فكذبهن، أو كذب اثنتين أو ثلاثاً، وحلف، لم تطلق واحدة منهن، وإن كذب واحدة منهن، وصدق ثلاثاً طلقت المكذبة، لأن حيض الثلاث ثبت بتصديقه وقولها يمينها كافٍ في حق نفسها، ولا يقع على المصدقات شيء، لأن قول المكذبة غير مقبول في حقهن، وعلى قياس ما نقل عن صاحب «التقريب» يقع عليهن أيضاً بيمين المكذبة وكذلك يقع على المصدقتين في صورة الثلاث.

ولو قال للأربع: كلما حاضت واحدة منكن، فأنتن طوالق، فإذا حضن أو ثلاث منهن طلقتن ثلاثاً ثلاثاً، لأن «كلما» للتكرار، وإذا قلن: حضنا، فكذبهن، وحلفت، وقعت [على]<sup>(١)</sup> كل واحدة منهن طلقاءً لأن يمين كل واحدة تكفي مثبتاً لحيض نفسها، ولو صدق واحدة منهن، وكذب ثلاثاً، وقع على المصدقة طلقاءً بقولها، ووقع على كل واحدة من المكذبات طلقتان؛ طلقاءً بثبوت حيضها بقولها، وطلاقاءً بحيض التي صدقها الزوج، ولو صدق اثنتين، وكذب اثنتين، وقع على كل واحدة من المصدقتين طلقتان، وعلى كل واحدة من المكذبتين ثلاث طلقات [ولو صدق ثلاثاً ثلاثاً ثلاثاً].

ولو قال: كلما حاضت واحدة منكن، فصواحبها طوالق، وقلن: حضنا، فإن صدقهن، طلقتن ثلاثاً ثلاثاً، وإن كذبهن، لم يقع شيء، وإن صدق واحدة منهن، لم يقع عليها شيء؛ لأنه لم يثبت في حقها حيض واحدة من صواحبها ويقع على كل مكذبة طلقاءً؛ لثبوت حيض واحدة بالتصديق، وإن صدق اثنتين وقع على كل مصدقة طلقاءً لأن لها صاحبة واحدة، وعلى كل مكذبة طلقتان؛ لأن لها صاحبتين، وإن صدق ثلاثاً، طلقت كل مصدقة طلقتين، والمكذب ثلاثاً؛ لأن لها ثلاث صواحب، إذا صدقنا المرأة في الولادة عند التعليق بالولادة، فإنما تصدق فيما يتعلق بها، ولا يقبل قولها في حق غيرها، كما ذكرنا في الحيض، حتى لو قال: إذا ولدت، فأنت طالق، وعبدي حر، فقالت: ولدت، وحلفت طلقت، ولم يعتق العبد، ولو قال لأمته: إذا ولدت، فأنت

(١) سقط في ز.

حرّة، وامرأتي طالق، فقالت: ولدت، عتقت هي، ولم تُطلق المرأة، ولو قال لها: إذا وكدت، فامرأتي طالق، وولدك حرّ، وكانت حاملاً بولد مملوك، لم تُطلق المرأة، ولم يُعتق العبد بقولها وولدت، لأن كل واحد منهما تتعلق بحق الغير.

ذكر القفال تفريعاً على أنه لا يُقبل قولها «زنت» إذا علّق الطلاق بزناها، وبه أجاب أنه ليس لها تحليفه على أنه لا يعلم أنها زنت، ولكن إذا ادّعت حصول الفراق بينهما فيحلف على أنه لم تقع الفرقة، ولا يعلم أنها زنت، وكذا في التعليق بالدخول وسائر الأفعال.

وإذا قال لامرأته إن رأيت الدم، فأنت طالق، فعن أبي العباس الرؤياني وجهان:

الظاهر منهما: أنه يُحمل على دم الحيض؛ لأنه المراد في العادة.

والثاني: بأنه يحمل على كل دم؛ رعايةً لحقيقة اللفظ، وإذا قلنا بالأول، فلا يُعتبر رؤيتها حقيقة، بل المعتبر العلم، كما في التعليق برؤية الهلال.

وذكر إسماعيل البوشنجي: أنه لو قال: أنت طالق ثلاثاً في كل حيض طلقته، وهي حائض في الحال، فالذي يقتضيه ظاهر اللفظ أنه يقع طلقه في الحال، وطلقته في أول الحيض الثانية أخرى في أول الثالثة، وأنه لو قال: إذا حضت نصف حيضة، فأنت طالق، وعادتها ستة أيام مثلاً، فإذا مضى ثلاثة أيام، يقضي<sup>(١)</sup> بوقوع الطلاق على ما يقتضيه ظاهر اللفظ.

وأنه لو قال: أنت طالق قبل أن تحيض حيضة بشهر فرأت الدم بعد شهر على عادتها المستمرة، تطلق في الحال أو بعد مضي يوم وليلة، يخرج على قولني تقابل الأضل والظاهر، وهذا هو الخلاف الذي أسلفناه في أنه إذا قال: إذا حضت فأنت طالق، يحكم بوقوع الطلاق بأول رؤية الدم [أو]<sup>(٢)</sup> لا يُحكّم به حتى يمضي يوم وليلة، والمستفاد منه تخريجه على الأضل المذكور.

وذكر الإمام إشكالاً على القول بوقوع الطلاق فيما إذا علّق طلاق امرأته على حيضها، أو حيض غيرها فقالت: حضت وصدقها، وقال: بم يعرف الزوج صدقها، وكيف يُحكّم بوقوع الطلاق بقوله صدقت، وليس ذلك إقراراً بوقوع الطلاق حتى يؤخذ به، ونهاية الأمر أنه قد يغلب على ظنه صدقها بقرائن ومخايل تدل عليه، ومعلوم أنه لو قال: سمعتها تقول: حضت، وأنا أجوز صدقها، وكذبها، وغالب ظني صدقها، لا يُحكّم بوقوع الطلاق، فليكن كذلك إذا أطلق التصديق، لأنه لا مستند له إلا ذلك،

(١) في ز: يعقني.

(٢) في أ: و.

وسمعت بغض أكابر العراق يَحْكِي عن القاضي أبي الطيب عن الشيخ أبي حامد تردُّداً في وقوع الطلاق؛ لمكان هذا الإشكال، هكذا أسنده قال: وليس ذلك كما إذا علّق طلاقها بحيضها، فقالت: حضت وكذبها، فحلقت، فإن اليمين حجة شرعية يجوز بناء الحكم عليها، وسبيل الجواب على ما أطبق عليه الأصحاب؛ أن الإقرار حجة شرعية، كاليمين واليمين قد يستند إلى قرائن تفيد الظن القوي، كما تحلف المرأة على نية الرجل في كنايات الطلاق، فلذلك لا يبعد أن يستند الإقرار إليها، فيحكم به والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الْفَضْلُ الْخَامِسُ فِي التَّغْلِيْقِ بِالْمَشِيئَةِ): فَإِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ شِئْتَ فَقَالَتْ فِي الْحَالِ: شِئْتُ: طُلِّقْتُ، وَإِنْ قَالَتْ بَعْدَ ذَلِكَ لَمْ تُطَلِّقْ، وَلَوْ قَالَ لِأَجْنَبِيٍّ: إِنْ شِئْتَ فَرَزَوْتِي طَالِقٌ فَفِي وَجُوبِ الْفَوْرِ خِلَافٌ، وَكَذَلِكَ إِذَا عَلَّقَ عَلَى مَشِيئَةِ زَوْجَتِهِ الْغَائِبَةِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ شِئْتَ وَشَاءَ أَبُوكَ فَهَلْ يُغْتَبَرُ الْفَوْرُ فِي مَشِيئَةِ أَبِيهَا؟ وَجَهَانٍ، وَلَوْ قَالَتْ: شِئْتُ إِنْ شِئْتَ لَمْ تُطَلِّقْ إِذِ الْمَشِيئَةُ لَا تُعَلَّقُ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا أَنْ يَشَاءَ أَبُوكَ وَاحِدَةً فَشَاءَ أَبُوهَا وَاحِدَةً لَمْ تُطَلِّقْ أَضْلاً، وَقِيلَ: تُطَلِّقُ وَاحِدَةً، وَلَوْ قَالَتْ: شِئْتُ وَهِيَ كَارِهَةٌ بَاطِنًا طُلِّقَتْ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ قَالَتْ الصَّبِيَّةُ شِئْتُ فَوَجْهَانٍ، وَلَا نَظَرَ لِقَبُولِ الْمَجْنُونَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: تعليق الطلاق بمشيئة الله - تعالى جده. - قد سبق حكمه، وأما إذا علّق بمشيئة غيره، فيُنظَر؛ إن علّق بمشيئة الزوجة على وجه المخاطبة، فقال: أنتِ طالقٌ، إن شئت، فيشترط مشيئتها في مجلس التواجب على ما سبق ذكره في «الخلع»، فلو أخرت، لم يقع، وهو موجه بمعنيين:

أحدهما: أن هذا التعليق استدعاء رغبة وجواب منها، فينزل منزلة القبول في العقود.

والثاني: أنه يتضمّن تخييرها وتمليكها البضع، فكان كما لو قال: طلقي نفسك، ونقلنا في «الخلع» قولاً غريباً أنها متى شاءت، طلقت، ولا يشترط الفور، فيجوز أن يُعلم بذلك قوله «وإن قالت بعد ذلك، لم تطلق» بالواو، ويُنَى على المعنيين ما لو قال لأجنبيٍّ: إن شئت، فزوجتي طالقٌ، إن عللنا اشتراط الفور هناك؛ بأنه خطاب واستدعاء جواب، فكذلك يشترط ها هنا، وإن عللنا بمعنى التملك، فلا، لأنه لا تملك ها هنا، فأشبهه التعليق بدخوله الدار أو بصفة أخرى، وهذا أظهر فيما ذكره جماعة، ورأى صاحب «التتمة» الوجه الأول، ولو علّق الطلاق بمشيئة زوجته، لا على وجه خطاب، بأن قال: زوجتي طالقٌ، إن شاءت، فإن عللنا بأنه خطاب واستدعاء جواب، فلا خطاب ها هنا، فلا يشترط الفور، وإن عللنا بمعنى التملك، يشترط، وعلى هذا فلو كانت المرأة حاضرة، فينبغي أن تقول في الحال: شئت: ليقع الطلاق، وإن كانت غائبة،

فتبادر إليه إذا بلغها الخبر ومال الإمام - قدس الله روحه - إلى أن الفور لا يُشترط في هذه الصورة أيضاً، وقال: الصيغة بعيدة عن قصد التملك إذا لم يكن على وجه الخطاب، ويشبه تمكنها من الفراق بما إذا قال: إن دخلت الدار، فأنت طالق، فإنه يتضمن تملكها التسبب إلى الطلاق، ولا يُشترط الفور في الدخول بالاتفاق، وإذا كان الأظهر في صورتين أنه لا يشترط الفور، حسن أن يعلل اشتراط الفور فيما إذا علق الطلاق بمشيئة الزوجة على وجه الخطاب بمجموع المعنيين، ولو قال: امرأتي طالق إن شاء زيد، فليس ها هنا خطاب، ولا تملك، فسبيله سائر التعليقات بلا خلاف، ولو علق الطلاق فمشيئتها ومشيئة غيرها، كما إذا قال: إن شئت وشاء وأبوك، فأنت طالق، أو إن شئت، وشاء فلان، فلا بد من مشيئتهما؛ ليقع الطلاق، ويُشترط الفور في مشيئتها، وفي مشيئة الأب أو الأجنبي وجهان:

أحدهما: وبه قال القاضي الحسين: أنه يشترط الفور فيها لأنه قرن مشيئته بمشيئتها، فيكتسب مشيئته مشيئتها اشتراط التعجيل.

وأصحهما: المنع، ويجري على مشيئة شرطها، لو انفردت، وهذا كما أنه لو قال: أنت طالق، إن شئت ودخلت الدار، يؤثر على كل واحد من الوصفين حكمه لو انفرد.

ولو علق الطلاق بمشيئتها أو مشيئة غيرها، فقال المعلق، بمشيئة الزوج شئت إن شئت أو إن شاء فلان، لم يقع الطلاق، وإن قال الزوج [أو قال فلان] شئت؛ لأنه علق الطلاق بمشيئة مجزوم بها، وتعليق المشيئة ليس خيراً عن مشيئة محققة، والمشيئة المحققة لا تعلق، وكذا لو قال: شئت غداً، إذا علق الطلاق بمشيئتها، فقالت: شئت، وهي كارهة بقلبها وقع الطلاق في الظاهر، وهل يقع باطناً باختلاف فيه القفال وأبو يعقوب الأبيوردي وتناظرا، فقال أبو يعقوب: لا يقع كما لو علق بحيضها فقالت: حُضْتُ وهي كاذبة، وإلى هذا مال القاضي الحسين، وقال القفال؛ يقع، وذكر صاحب «التهذيب» أنه المذهب؛ لأن التعليق في الحقيقة بلفظ المشيئة<sup>(١)</sup>؛ لا بما في الباطن؛ ألا ترى أنه لو علق بمشيئة الأجنبي، فقال: شئت، صدق، ولو كان التعليق بما في الباطن، لَمَا صدق، كما إذا علق طلاق ضررتها بحيضها، لا تُصدق في حق الضررة. ويخالف ما إذا علق بحيضها، فقالت: حُضْتُ، وهي كاذبة، لأن دم الحيض محسوس مشاهد، وإنما اعتمدنا قولها فيه، لأنها مؤتمنة والمشيئة تحس ولا تُعرف إلا من جهتها، وكان التعليق بقولها «شئت» ويجري الخلاف فيما إذا علق بمشيئة زيد، فقال زيد: شئت، وهو كاره بقلبه، ولو وُجدت الإرادة دون اللفظ، فعلى ما قال القفال: لا يقع الطلاق،

(١) قال النووي: قال الرافعي في «المحرر»: الأصح الوقوع باطناً.

وعلى ما قال الأبيوردي فيه تردّد؛ لأن كلامه يستدعي جواباً على العادة، وإرادة القَلْب لا تكفي جواباً للخطاب.

ولو علّق الطلاق بمشيتها، وهي صبيّة أو بمشيئة صبيّ أجنبيّ فقال المعلق بمشيئته شئت، فوجهان:

أظهرهما: عند أبي سعد المتولّي، وهو الذي أورده أبو الفرج السرخسي، وذكر الإمام أن ميل الأكثرين إليه: أنه لا يقع الطلاق؛ لأنه لا اعتبار بمشيئة الصبيّ في التصرفات؛ ولأنه لو قال: طلقني نفسك، فطلقت، لم يقع فكذلك إذا علّق بمشيئتها.

والثاني: يقع، كما لو قال: أنت طالق، إن قلت شئت، ولأن مشيئة الصبيّ معتبرة في اختيار الأبوين، وقد يؤكّد بالوجه الأول ما قاله الأبيوردي، وهذا الخلاف في الصبيّ المميّز، وأما إذا علّق بمشيئتها، وهي صغيرة غير مميّزة أو مجنونة أو بمشيئة غيرها، وهو بهذه الحالة، فقالت أو قال: شئت، فلا يقع الطلاق بلا خلاف، ووجه بأننا، وإن اعتمدنا اللفظ، فلا بدّ من صدوره ممن يتصور أن يكون لفظه إعراباً عن مشيئة قلبية وليس للمجنون قضيّة وإعراب صحيح ولو قال المعلق بمشيئته شئت، وهو سكران، فيخرج على أن السكران كالمجنون أو كالصاحي، ولو علّق بمشيئة أخرس، فقال بالإشارة: شئت وقع الطلاق، ولو كان ناطقاً، فخرس، ثم أشار بالمشيئة، فوجهان:

أصحهما: وقوع الطلاق إقامة لإشارته مقام التّطوّل على المعهود في حقه.

والثاني: المنع، لأن التعليق حينئذ وقع بقوله «شئت» ولم يبق له قول، وينسب هذا إلى ظاهر النص، واختيار الشيخ أبي حامد.

ولو قال لامرأته: أنت طالق إذا شئت، فهو كما لو قال: إن شئت، ولو قال: متى شئت، تقدّم في الخلع أنه لا يشترط المشيئة في الحال، ويقع الطلاق متى شاء.

وإذا علّق الطلاق بمشيئتها، ثم أراد أن يزجّع قبل أن تقول، شئت، لم يتمكن لأنه تعليق في الظاهر، وإن تضمن تملكاً، وهذا كما لو قال: إن أعطيتني ألفاً، فأنت طالق، ثم قال: رجعت يؤثّر الرجوع، وإن كان ذلك معاوضةً.

ولو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا أن يشاء أبوك أو فلان واحدة، فشاء واحدة، فوجهان:

[أصحهما]: أنه لا يقع شيء كما لو قال: أنت طالق إلا أن يدخل أبوك الدار، فدخل، وعلى هذا، فلو شاء اثنتين أو ثلاثاً، لم يقع شيء أيضاً؛ لأنه شاء واحدة وزيادة.

والثاني: أنه إذا شاء واحدة، يقع واحدة؛ لأن المفهوم منه إلا أن يشاء أبوك واحدة فتطلق واحدة لا ثلاثاً، وفي «التتمة» نقل وجه ثالث وهو أنها تطلق طلقتين،



وتقدير الكلام أنتِ طالقٌ ثلاثاً إلا أن يشاء أبوك ألا يقع واحدة منها، فلا تقع تلك الواحدة، ثم الوجهان المعروفان عند الإطلاق، فأما إذا قال: أردتُ المَعْنَى.

الثاني: فلا شك في أنه يُقْبَل، وتقع طلقاً، ولو قال: أردتُ المعنى الأول، وفرعنا على الوجه الثاني، فهل يُقْبَل حتى لا يقع شيء فيه وجهان:

أظهرهما: نعم، ولو قال: أنتِ طالقٌ واحدةً إلا أن يشاء أبوك أو تشائي ثلاثاً، فإن شاء أو شاءت [ثلاثاً لم يقع شيء تفریباً على الأصح وإن لم يشأ شيئاً أو شاءت واحدةً أو اثنتين وقَعَتْ واحدة، ولو قال: أنتِ طالقٌ ثلاثاً إن شئتِ، فقالت: شئتُ واحدةً: أو اثنتين، لم يقع شيء، ولو قال: أنتِ طالقٌ واحدةً إن شئتِ، فقالت: شئتُ اثنتين أو ثلاثاً، وقعت الواحدة.

ولو قال: أنتِ طالقٌ لولا أبوك، لم يقع الطلاق، والمعنى: لولا أبوك لَطَلَّقْتُكَ، وفيه وجه آخر مذكورٌ في «التتمة» ولو قال: أنتِ طالقٌ، لولا أبوك لَطَلَّقْتُكَ، فالمنقول أنه لا يقع الطلاق، لأنه لم يُطَلَّق، وإنما أخبر أنه لولا حرمة أبيها، لَطَلَّقَهَا، وأكد هذا الخبر بالحيف بطلاقها، كما نقول: والله، لولا أبوك لَطَلَّقْتُكَ، قال المتولي: وإنما لا يقع الطلاق، إذا كان صادقاً في خبره، أما إذا كان كاذباً، فيقع الطلاق في الباطن، ولو أقر أنه كان كاذباً، حكم بالوقوع في الظاهر أيضاً.

ولو قال أنتِ طالقٌ إن شاءتِ الملائكة، لم يقع الطلاق، لأن لهم مشيئة، وحصولها غير معلوم؛ فصار كما لو قال: إن شاء الله، ولو قال: إن شاء الحمار قالوا: هو كما لو قال: إن طرقت أو صعدت السماء، ولو قال: أنتِ طالقٌ إن شئتُ أنا، فهو تعليق، فمتى شاء، وقع الطلاق.

ولو قال: أنتِ طالقٌ إلا أن أشاء أو يبدو لي، قال في «التهذيب» يقع في الحال<sup>(١)</sup>، لأنه ليس بتعليق بل أوقع الطلاق، وأراد رفعه، إذا بدا له، ويمكن أن يُقال: هو كما لو قال: إلا أن يشاء فلان، أو إلا أن يشاء الله، وذكر أنه لو قال لها أحبي الطلاق أو أهوي أو أريدي أو أرضي، وأراد تملكها الطلاق، فهو كقولها «شائي» أو «اختاري» فإذا رضيت أو أحببت أو أزدت، يقع الطلاق، هذا لفظه، وقال إسماعيل البوشنجي: إذا قال: شائي الطلاق، ونوى وقوع الطلاق بمشيئتها، فقالت: شئتُ، لا يقع الطلاق، وكذا لو قال: أحبي أو أريدي؛ لأنه استدعى منها مشيئة الطلاق، ولم يُطَلَّقَهَا، ولا علق طلاقها، ولا فوض إليها تطليق نفسها، ولو قدر تفويض فقولها «شئتُ» ليس بتطليق، وهذا أقوى، ولو قال: إذا «رضيت» أو «أحببت» أو «أردت»

(١) نقل الشيخ البلقيني والأذرعي عن نص الشافعي عدم الوقوع والرافعي أبداً بحثاً.

[الطلاق فأنْتِ طالقٌ فقالت رضيت أو أحببت أو أردت وقع الطلاق، ولو قالت الصورة هَذِهِ «شئت» قال البوشنجي: لا ينبغي أن يقضي بوقوع الطلاق، وكذا لو قال: إن شئت فقالت: أحببت أو هويت؛ لأن كل واحد من لَفْظِي المشيئة والمحبة يقتضي ما لا يقتضيه الآخر؛ ألا ترى أنه يقال الإنسان يشاء دخول الدار، ولا يقال: يُحبُّه، ويحبُّ ولده، ولا يسوغ لَفْظُ المشيئة فيه.

وذكر أنه لو قال: لامرأته إن شئتما، فأنتما طالقان، فشاءت كل واحدة منهما طلاق نفسها، دون ضررتها، فالقياس وقوع الطلاق من جهة أن المُبتدِر إلى الفهم منه تعليق طلاق كل واحدة منهما بمشيئتها طلاق نفسها لا غير؛ لأن الظاهر أن الإنسان يُعلق طلاق امرأته، على مشيئتها لا على مشيئة الضرة، وفي «التتمة» ما يتنازع في ذلك، ويقتضي تعليق طلاق كل واحدة منهما بالمشيئتين.

وأنه لو قال: أنتِ طالقٌ إلا أن يَرَى فلان غير ذلك، أو إلا أن يشاء أو يريد غير ذلك أو إلا أن يبدو لفلان غير ذلك، فلا يقع الطلاق في الحال، بل يُوقَف الأمر على ما يبدو من فلان، ولا يختص ما يبدو منه بالمجلس، وإذا مات فلان، وفات ما جعله مانعاً من وقوع الطلاق تبين وقوع الطلاق قُبيل موته.

وأنه لو قال: أنتِ طالقٌ، إن لم يشأ فلان، فقال فلان، لم أشأ، يقع الطلاق، وكذا لو قال إن لم يشأ فلان: طلاقك اليوم، فقال فلان: في اليوم لا أشأ، يقع الطلاق، لكن قياس التعليق ينفي الدخول، وسائر الأفعال أن يقال: إنَّه، وإن لم يشأ، في الحال، فقد يشاء من بعد، فلا يقع الطلاق، إلا إذا حصل اليأس، وفاتت المشيئة، وفي صورة التقيد باليوم، لا يقع إلا إذا مضى اليوم خالياً عن المشيئة، ويجوز أن يوجَّه ما ذكره بأن قوله «أنتِ طالقٌ إن لم يشأ فلان» مخمولٌ على التعليق بتلفظه، بَعْدَ المشيئة كما حمل قوله: أنتِ طالقٌ على التعليق بتلفظه بالمشيئة، وإذا كان كذلك، فإذا قال: لم أشأ، يتحقق الوصف بوقوع الطلاق، وأنه لو قال: أنتِ طالقٌ، إن شئت أو أبيت فقضية اللفظ وقوع الطلاق بأحد الأمرين، إما المشيئة أو الإباء، كما لو قال: أنتِ طالقٌ إن قمت أو قعدت، ولو قال: أنتِ طالقٌ شئت أو أبيت وقَع الطلاق في الحال، ولا تعليق ها هنا، وفي «التهذيب» أنه لو قال: أنتِ طالقٌ كيف شئت، فعن أبي حنيفة؛ أنه يقع<sup>(١)</sup> الطلاق شاءت أو لم يشأ وبه قال أبو زيد والقفال، وعن أبي يوسف ومحمد؛ أنه لا يقع حتى توجد مشيئة في المجلس، إما مشيئة أن تطلق أو مشيئة أن لا تطلق، وهو اختيار الشيخ أبي علي، وقال صاحب «التهذيب» وكذا الحكم لو قال: أنتِ طالقٌ على أي وجه

(١) في ز: لا يقع.

شئت، وقوله في الكتاب «إذا المشيئة لا تعلق» يمكن تنزيهه على ما سبق أن المشيئة المعلق بها هي المشيئة المجزوم بها، ومثل هذه المشيئة لا مدخل للتعليق فيها، ويجوز أن يُعلم قوله: «لم تُطَلَّق» بالواو؛ لأن أبا عبد الله الحناطي حكى وجهاً غريباً؛ أنه يصح تعليق المشيئة، ويقع الطلاق إذا قال الزوج: شئت، وقوله: «طَلَّقْتُ على أحد الوجهين» يعني في الباطن، وأما في الظاهر، فلا خلاف في وقوع الطلاق.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الْفَضْلُ السَّادِسُ فِي مَسَائِلِ الدَّوْرِ): فَإِذَا قَالَ: إِنْ طَلَّقْتُكَ فَأَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَهُ ثَلَاثًا اِنْحَسَمَ بَابُ الطَّلَاقِ عَلَى الْوَجْهَيْنِ، وَقِيلَ: إِذَا نَجَزَ وَاحِدَةً وَقَعَتْ بِلَكَ الْوَاحِدَةَ، وَقِيلَ يَقَعُ الثَّلَاثُ إِنْ كَانَ بَعْدَ الدُّخُولِ، وَمِنَ الدَّوْرِ أَنْ يَقُولَ: إِنْ آلَيْتُ أَوْ ظَاهَرْتُ أَوْ رَاجَعْتُ أَوْ فَسَخْتُ فَأَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَهُ، وَإِذَا قَالَ: إِنْ وَطِئْتُ وَطْئًا مُبَاحًا فَأَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَهُ فَوُطِئَ فَلَا خِلَافَ أَنَّهَا لَا تُطَلَّقُ قَبْلَهُ، وَمِنَ الدَّوْرِ أَنْ يَقُولَ: إِنْ طَلَّقْتُ طَلِّقَةً رَجْعِيَّةً فَأَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَهُ ثَلَاثًا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا قَالَ لَامْرَأَتِهِ: إِذَا طَلَّقْتُكَ أَوْ «إِنْ طَلَّقْتُكَ» أَوْ «مَهْمَا» أَوْ «مَتَى» فَأَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَهُ ثَلَاثًا، ثُمَّ طَلَّقَهَا فِيهِ ثَلَاثَةَ أَوْجِهٍ:

أحدها: أنه لا يقع عليها الطلاق؛ لأنه لو وقع لوقع ثلاث قبله، ولو وقع ثلاث قبله، لَمَا وقع هذا الواحد، وإذا لم يَقَعْ هذا الواحد<sup>(١)</sup>، لم يقع ما قبله؛ لأنه مشروط

(١) قيل: ما ذكره من انسداد باب الطلاق عليه ممنوع، فقد نقل الشيخ تقي الدين بن دقيق العيد في كتاب اقتناص السوائح عن بعضهم انحلال الدور بأن يعكس فيقول كلما لم يقع عليك طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثاً، وحينئذ إذا طلقها وجب أن يقع الثلاث القبلي؛ لأن الطلاق القبلي قد صار والحالة هذه معلقاً على النقيضين أعني وقوع المنجز وعدم وقوعه، وكلما كان لازماً للنقيضين فهو واقع قطعاً وهذه مقدمة عقلية لا تقبل المنع وقريب منه قولهم في الوكالة كلما عزلتك فأنت وكيل فيعاد العزل بأن يقول كلما عدت وكيل فأنت معزول، ثم يقول عزلتك. انتهى.

قال في الخادم: وهو مقتضى أن المأخذ في المسألتين واحد وليس كذلك وقد اعترض عليه جماعة منهم الشيخ برهان الدين بن الفركاح المسمى بالغازوي في تعليقه فقال: لا نسلم أن مقتضى التعليق الأول وقوع القبلي وكيف يكون ذلك مقتضاه ووقوعه مستحيل لأن التفرغ على صحة الدور وهو يستلزم امتناع وقوع المنجز والمعلق.

وأما التعليق الثاني فهو يقتضي وقوع القبلي على تقدير عدم وقوع المنجز وهو ليس بمستحيل لكن وقوع القبلي على تقدير عدم وقوع المنجز مستحيل للدور لأنه لو دفع بالتعليق الثاني لوقع قبله الثلاث وجاء الدور واعترض أيضاً بعض المتأخرين بما حاصله أنه لا يندفع الدور لأنه لو وقع الطلاق بما أحدثه من التعليق، لزم وقوع الطلاق الثلاث قبله، فالتعليق الأول متى وقع لم يقع بالتعليق الثاني شيء فالدور مستمر بحاله بخلاف ما إذا قال إن طلقتك فوقع عليك طلاقي أو لم يقع فأنت طالق فإنه يقع ولا يمكن أن يقال فيه أنه لو وقع لوقع قبله، ثم قال إن الحكم بالوقوع =

به؛ فيلزم من وقوعه عدم وقوعه، ودار على نفسه، وبهذا السبب يُسَمَّى هذا اليمين الدائرة، تُسَمَّى المسألة مسألة الدُّور، وهذا كما إذا باع العبد من زوجته الحُرَّة قبل الدخول بصداقها الذي ضمنه السيد، فإن الشافعي - رضي الله عنه - حكّم ببطان البيع؛ لأنه لو صحَّ لَمَلَكْتُهُ، ولو مَلَكْتُهُ، لانفسخ النكاح، وإذا انفسخ، سقط الصِّدَاق، وإذا سَقَطَ الصِّدَاق، بطل البيع؛ لأنه العوض.

**الثاني:** أنه يقع الطَّلَاق المنجز، ولا يقع المعلق؛ لأنه إن وقع المعلق، لمنع وقوع المنجز، وإذا لم يقع المنجز، بطل شرط المعلق، واستحال وقوع المعلق، أما المنجز فلا استحالة في إيقاعه، فيقع، وقد يتخلف الجزء عن الشرط بأسباب، وشبه هذا بما إذا أقرَّ الأخ بابت للامت، ثبت النسب دون الميراث، ولأن الجَمْع بين المعلق والمنجز ممتنع، ووقوع أحدهما غير ممتنع، والمنجز أولى بأن يقع؛ لأنه أقوى من حيث إن المعلق يفترق إلى المنجز، ولا ينعكس، ولأنه جعل الجزء سابقاً على الشرط، حيث قال: فأنت طالق قبله ثلاثاً، والجزء لا يتقدم على الشرط، فيلغو التعليق، ولأن الطلاق تصرف شرعي، والزوج أهل له وهي محل، فيبعد أن ينسد عليه باب هذا التصرف.

**الثالث:** أنه يقع ثلاث طلاقات، وله تنزيلان أظهرهما أنه تقع الطلقة المنجزة، وطلقتان من الثلاث المعلقة، لأنه إذا وقعت المنجز حصل شرط وقوع الثلاث إلا أن الطلاق لا يزيد على ثلاث، فيقع من المعلق تمام الثلاث، ويُجَعَل كما لو قال: إن طلقك، فأنت طالق ثلاثاً، ويُطَرَح قوله: «قبله» فإن الاستحالة تجيء منه.

**والثاني:** أنه يقع الثلاث المعلقة، ولا تقع المنجزة، ويُجَعَل كأنه قال: متى تَلَفَّظْتُ بِأَنَّكَ طَالِقٌ، فأنت طالق قبله ثلاثاً، قال الإمام: وهذا رديء لا خروج له إلا على قول من يحمل اللفظ المطلق على الصحيح، والفاسد جميعاً، والوجهان الأولان يجريان في المدخول بها وغير الدخول بها [وأما الثالث فمختص بالمدخول بها فإن غير المدخول بها] لا يتعاقب عليها طلاقان؛ فلذلك قال في الكتاب بعد ذكر الوجهين المطردين «وقيل يقع الثلاث، إن كان بعد الدخول».

= فيما فرضه هو ليس لكون الطلاق معلقاً بالنقيضين بل لأجل التعليق بالعدم حتى لو تجرد التعليق بالعدم فقال إن طلقك فلم يقع فأنت طالق ثلاثاً وقع الثلاث.

وأما ما ذكره في المهمات من الوجهين فأولهما أخذه من قول الرافعي في مسألة الدور ثم ينبغي أن لا يقع طلاق الوكيل لأنه إذا لم ينفذ منه الطلاق لا ينفذ من وكيله ثم هو منقوض بالعبد فإنه يملك تعليق الثالثة ولا يملك تجزئتها.

وأما الثاني فحاصله تصوير مسألة الوكالة والمسألة السريحية ثم فيه اعتقاد أنه يقع الطلاق بمجرد التعليق من غير إحداث إيقاع وهو غلط.

ويجري الوجهان فيما لو قال لرفيقه: إن أعتقتك، فأنت حرُّ قبله، ثم أعتقه، فعلى الأوَّل لا يعتق، وعلى الثاني يعتق، ويبطل التعليقُ.

ولو قال إذا طَلَّقْتُكَ، فأنتِ طالقٌ ثلاثاً قبله بيوم، وأمهل يوماً ثم طَلَّقَهَا، ففيه الخلاف أو في هذه الصورة صور ابن الحدَّاد الدُّور، ولو طَلَّقَ قَبْلَ تَمَامِ يَوْمٍ مِنْ وَقْتِ التَّعْلِيقِ، فلا خلاف في أنه يَقَعُ، ولا يقع المعلق؛ لأن الطَّلَاق لا يسبق وقوعه اللَّفْظُ، كما سَبَقَ فيما إذا قال: أنتِ طالقٌ قَبْلَ مَوْتِي بِشَهْرٍ؛ وعلى هذا لو قال: متى طالقتك، فأنتِ طالقٌ قبله بشهرين، أو ببينة، فإن طَلَّقَهَا قَبْلَ مَضِيِّ تِلْكَ المَدَّةِ، وقع ما أوقَعَهُ، ولم يقع المعلق، وإن مضت تلك المدة، فعلى الوجه الأول؛ إن كانت غيرَ مدخول بها، لم يقع شيء؛ لأنه لو وقع قبل المنجزة شيء، لَمَا وقعت المنجزة، وإن كانت مدخولاً، فإن كانت عدتها منقضية في تلك المدة، لو أوقَعْنَا طَلْقَهُ مِنْ الوَقْتِ الَّذِي ذَكَرْ، فكذلك، وإن لم تكن منقضية، وقَعَتْ عليها طلقتان.

وعلى الوجه الثاني؛ إن لم يكن مدخولاً بها، يقع ما نجزه، وإن كانت مدخولاً بها، وكانت عدتها منقضية في تلك المدة، فكذلك، وإن لم تكن منقضية، وقَعَتْ طلقتان.

وإذا قال: أنتِ طالقٌ اليوم، ثلاثاً إن طلقتك غداً، واحدة ثم طَلَّقَهَا مِنَ الغَدِ واحدةً، ففيه الخلاف، وفي هذه الصورة صور صاحب «التلخيص»، الدُّور وإذا كان التعليق بالتطليق، كما صورناه في هذه الصُّور، فلو كان قد علق طلاقها بدخول الدار ونحوه، قَبْلَ التَّعْلِيقِ بالتطليق، ثم دخلت الدار، يقع الطلاق المعلق بالدخول بلا خلاف؛ لأنه ليس بتطليق، وكذا لو وكَّلَ وكيلاً، طَلَّقَهَا؛ لأنه لم يطلقها الزوج إنما وقع عليها طلاقه، أما إذا قال: إن وقع عليك طلاق، فأنتِ طالقٌ قبله ثلاثاً، فلا يفترق الحُكْمُ بين أن يطلق بنفسه، أو يطلق وكيلاً، هكذا ذكر الإمام وصاحب «التتمة»، وسمعت بعضهم في المباحثة يقول: ينبغي أن لا يَقَعَّ طلاق الوكيل على الوجه الأول، سواء قال: مهما طلقتك، فأنتِ طالقٌ، قبله ثلاثاً، أو قال: مهما وَقَعَّ عَلَيْكَ طلاقاً؛ لأنه إذا لم ينفذ منه الطلاق، لا ينفذ من وكيله، وكذلك لا يزوج وكيل المولى في إحرامه.

ولو كان قد علق طلاقها بدخول الدار، ثم قال: متى وقع عليك طلاق، فأنتِ طالقٌ قبله ثلاثاً، أو قال: إن حنثت في يميني، فأنتِ طالقٌ ثلاثاً ثم دخل الدار، فهل يَقَعَّ الطلاق المعلق بالدخول.

إذا فرعنا على الوجه الأول، فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنه قد انعقدت يمين قبل اليمين الدائرة، فلا يملك رفعها وحلها باليمين الدائرة.

وأظهرهما: وبه قال القاضي أبو الطيب والرؤياني: «لا»، لما ذكرنا من معنى الدور، ويجوز أن ينعقد اليمين، ثم يحلها ويسقطها؛ ألا ترى أنه لو قال إذا جاء رأس الشهر، فأنت طالق ثلاثاً، كان تعليقاً منعقدًا، ثم إنه يملك إسقاطه بأن يقول: أنت طالق قبل انقضاء الشهر بيوم، وعلى هذا الوجه، هذا الطريق أسهل في دفع الطلقات الثلاث من الخلع، وإيقاع الصفة في حال البينونة، ولو قال: أنت طالق ثلاثاً قبل أن أطلقك واحدة، ثم طلقها واحدة فعلى الوجه الأول، لا يقع شيء، وكذا لو طلق ثلاثاً، أو اثنتين؛ لاشتغال العدة على الواحدة وإذا مات أحدهما، يُحكّم بوقوع الطلاق قبل الموت، كما لو قال: إن لم أطلقك، فأنت طالق قاله في «التممة».

وعلى الوجه الثاني: يقع المنجز، ولو قال: إذا طلقك ثلاثاً، فأنت طالق قبلها طلقة، فطلقها ثلاثاً؛ فعلى الوجه الأول لا يقع شيء وعلى الثاني؛ تقع الثلاث، ولو طلقها واحدة أو اثنتين يقع المنجز بلا خلاف، ولو قال: إذا طلقك، فأنت طالق قبله<sup>(١)</sup> طلقتين، وهي غير مدخول بها فطلقها، لم يقع على الأول شيء.

وعلى الثاني يقع ما نجزه وإن كانت مدخولاً بها، وقعت طلقتان.

ولو قال: إن آليت عنك أو ظاهررت، فأنت طالق قبله ثلاثاً، فإذا آلى أو ظاهر، لم يقع الثلاث قبله، وإلا فتكون مبتوتة، ويلغو الإيلاء والظهار، ويمكن أن يقال؛ تفريراً على أن ألفاظ العقود تقع على الصحيح منها والفاسد يقع على الثلاث قبل الإيلاء والظهار، وإن كانا فاسدين، وإن لم يقع الثلاث منهما، ففي صحة الإيلاء والظهار والوجهان إن صححنا الدور لم يصححاً، [وإن أوقفنا] الطلاق المنجز، صححاً، وكذا الحكم لو قال: إن لأعتت عنك أو حلفت بطلاقك، فأنت طالق قبله ثلاثاً أو قال للرجعية إن راجعتك، فأنت طالق قبله طلقتين أو ثلاثاً ولو قال: إن فسخت [النكاح]<sup>(٢)</sup> بعيبك، فأنت طالق قبله ثلاثاً، [وإذا]<sup>(٣)</sup> وجد منه التصرف المعلق عليه، ففي نفوذه الوجهان، ذكره الشيخ أبو علي والقاضي الحسين والأئمة.

ولو قال إن فسخت النكاح بعيبك أو بعيبك، فأنت طالق قبله ثلاثاً أو قال: إن استحققت الفساح بذلك أو بالإعسار بالنفقة أو إن استقر مهرك بالوطء، أو استحققت الطلاق في الإيلاء، فأنت طالق قبله ثلاثاً [ثم]<sup>(٤)</sup> فسخت أو وجدت الأسباب المثبتة لهذه الاستحقاقات، فينفذ الفسخ ويثبت الاستحقاق، ولا تقول بإلغائها وإبطالها، للتعليق الدائر، وإن قلنا على الوجه بإلغاء الطلاق المنجز للتعليق الدائر، والفرق أن هذه

(٢) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(١) في ز: قبلها.

(٣) سقط في ز.

فُسُوخٌ وحقوقٌ تثبت عليه قهراً ولا تتعلق بمباشرته واختياره، فلا يصلحُ تصرُّفه دافعاً لها ومبطلاً لِحَقِّ الغير، والطلاق يتعلق بمباشرته واختياره، فجاز أن يندفع بالتعليق الذي يتعلَّق باختياره، وأيضاً فليس من ضرورة النكاح أن ينفذ فيه الطلاق، ومن ضرورة أسباب الأحكام المذكورة ثبوت هذه الأحكام، كذلك ذكَّر الجواب في هذه الصور صاحبُ الكتاب في «غاية الفور» وتابعه غيرُه ومشهورُ أنَّه لو قال: إن انفسخ نكاحي، فأنت طالق قبله ثلاثاً، ثم ارتد أو اشتراها، يفسخ النكاح، ولا يقع الطلاق، ولا نقول بامتناع الانفساخ؛ للتعليق الدائر، وإن قلنا بامتناع الطلاق للتعليق الدائر لوجهين:

أحدهما: أن الانفساخ حَكْمٌ قهريٌّ لا اختيار له فيه، والطلاق<sup>(١)</sup> يتعلَّق باختياره، والاستحالة جاءت من اليمين الدائرة المتعلقة باختياره، وتسليط اختياره على دَفْعِ ما ثبت باختياره أهوُّ من تسليط اختياره على دَفْعِ ما ثبت قهراً بِحُكْمِ الشرع.

والثاني: [أن]<sup>(٢)</sup> في الانفساخ عند الرِّدَّة والشراء حقُّ الشرع كما [أن]<sup>(٣)</sup> في الانفساخ عند فسخ المرأة: يجب الزَّوج وسائر عيوبه حق المرأة وما يضرُّ منه لا يصلح أن ينهض مبطلاً لحق الغير، وإن جاز أن يكون مبطلاً لحقه، ذكر الوجهين هكذا في غاية العُور، وقال: الذي نراه: أنه إذا قال إن آليتْ عِنكَ، فأنت طالق قبله ثلاثاً، ثم آلى، يصح إيلاؤه، وكذا في اللعان، وإن قلنا بأن التعليق الدائر يَمْنَع وقوع الطلاق وصحة الظهار، والفرق أن الإيلاء: يمين على الامتناع من الوطء، وذلك ينعقد في حق الأجنبية، واللعانُ يمين على نفي النسب، وقد يُؤتَى به في الموطوءة بالشبهة، وبعد الطلقات الثلاث لنفي النسب، فهما مستقلان منعقدان، وإن لم يكن نكاح، لكن إذا صادف الإيلاء النكاح [أثبت المطالبة بالغي أو الطلاق، وإذا صادف اللعان النكاح وجب التفرقة بينهما كالشراء المستقل بالانعقاد، وإن لم يكن نكاح فكما إذا اشترى زوجته تحكّم بصحته وإفادته المِلْك، ولا نحكم بوقوع الطلاق، كذلك الإيلاء واللعان ينبغي أن ينعقد انعقادهما في حق الأجنبية، ثم إذا تعرَّض لوجوب الكفارة لو وطئها، سلَّطها ذلك على المطالبة، بالفيئة أو الطلاق، كما تسلطها عنته على الفسخ، وإذا انعقد اللعان، ترتبت الفرقة عليه ترتبها على الشراء، ويجوز أن يُعَلِّم لهذا قوله في الكتاب «إن آليتْ» بالواو؛ لأنه أراد بقوله: «وَمِنَ الدَّوْرِ أن يقول إن آليتْ» إلى آخر أن نفوذ هذه التصرفات على الخلاف في نفوذ الطلاق، وعلى ما اختاره ينفذ الإيلاء بلا خلاف، كما ينفذ الانفساخ، وفسخها بعنته.

(٢) سقط في ز.

(١) في أ: كالطلاق.

(٣) سقط في ز.

ولو قال: إن وطئتك وطئاً مباحاً، فأنت طالق قبله، ثم وطئها لم تُطلق قبله، لأنها لو طُلقَت، لخرج الوطاء عن كونه مباحاً، ولا فرق بين أن يذكر الثلاث في هذه الصورة أو لا يذكر، قال الإمام وغيره ولا يجيء في هذه الصورة خلاف، لأن موضع الخلاف ما إذا انحسَم بتصحيح اليمين الدائرة باب الطلاق أو غيره من التصرفات الشرعية، وما هنا لا ينحسم باب الطلاق، ولو قال إن طلقك طلقاً رجعيّاً، فأنت طالق قبلها ثلاثاً، أو اثنتين وطلقها<sup>(١)</sup> واحدة، ففيه الخلاف؛ لأنّه وقع قبلها ثلاث أو اثنتان لما كانت رجعية، ولو طلقها ثلاثاً أو خالعتها أو كانت غير مدخول بها، فطلقها واحدة أو اثنتين، ووقع ما أوقع؛ لأنه إنما علّق الثلاث بالطلقة الرجعية، وفي هذه الصورة ما أوقعه ليس برجعي، ولو قال إن طلقك طلقاً رجعيّاً، فأنت طالق قبلها واحدة، فطلقها واحدة، وهي مدخول بها، فلا دُور، وتُطلق طلقتين، ولو قال للمدخول بها: متى طلقك طلاقاً رجعيّاً فأنت طالق ثلاثاً، ولم يقل «قبله» ثم طلقها، فعن ابن سُرَيْج أنه قال في كتابه «العنية» لا يقع المنجز ولا المعلق؛ لأنه لو وقع المنجز، لوقع الثلاث، وإذا وقع الثلاث لم تُثبت، فلا يكون الطلاق رجعيّاً، وإذا لم يكن الطلاق رجعيّاً، وجب أن لا يقع الثلاث، قال الشيخ: أبو علي، هذا غلط من ناسخ أو ناقل، وابن سُرَيْج أجل من أن يقول ذلك، بل يقع الثلاث، ولا دُور؛ لأنه إذا طلق واحدة، كانت رجعية، ثم يترتب عليها طلقتان، فتقع الرجعة.

نعم، لو قال: إذا طلقك طلقاً رجعيّاً فأنت طالق معها ثلاثاً، فإذا طلقها، خُرج ذلك على وجهين، بناءً على الوجهين فيما إذا قال لغير المدخول بها: أنت طالق طلقاً معها طلقاً، تقع طلقتان أو طلق، إن قلنا: يقع طلقتان معاً، فما هنا لا يقع شيء على تصحيح الدُور، لأن المعلق إذا وقع مع الواحدة لا يكون الواحدة رجعية وإن قلنا: لا يقع هناك إلا واحدة، فما هنا تقع الثلاث، كما لو لم يقل معها؛ لأنّه لا حالة تُعرض فيها الرجعة، بل كما: يقع الواحدة تقع الثلاث، وقوع الثلاث يَمنع كون الواحدة رجعية، فإن قلت: قد عرفت جميع ذلك، فما الأظهر من الخلاف في مسألة الدُور؟ والفتوى وقوع الطلاق، أو انحسام الباب، فاعلم أن الأصحاب متحزبون فيه، واختيارهم مختلف، فالمشهور عن ابن سُرَيْج؛ أنه لا يقع الطلاق، وبه اشتهرت المسألة بـ «السُرَجِيَّة» وإليه ذهب أبو بكر بن الحَدَّاد، وأيضاً القفالان، والشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيّب، واختاره الشيخ أبو علي وأبو إسحاق الشيرازي، وعن المزني، وبه أجاب في «المنثور» ورأيت في بعض المعلقات أن صاحب الإفصاح حكاه عن نص الشافعي - رضي الله عنه - وذكر أنه مذهب زيد بن ثابت - رضي الله عنه - وذهب أبو عبد الله

(١) في ز: وألقاها.



الختني إلى الوجه الثالث، وهو وقوع الثلاث إذا نَجَزَ واحدة، وحكاه في «التهذيب» عن أبي بكر الإسماعيلي.

وأما الوجه الثاني، وهو وقوع المنجز في قول صاحب «التلخيص»، والشيخ أبي زَيْد، ومذهب أبي حنيفة واختاره ابن الصباغ، وصاحب «التتمة» والشريف ناصر العمري - رحمهم الله - وإيانا، وحكاه القاضي أبو الطيب عن ابن سُرَيْج في زيادات الطلاق، ولصاحب الكتاب قَدَسَ اللهُ رُوحَهُ في المسألة تصنيفان مطوّل في صحيح الدُّور، وسماه «غاية العوز في ذرّاية الدُّور ومختصر في إبطاله وسماه «العوز في الدُّور» رجع فيه عن التصحيح، واعتذر عما سَبَقَ منه، ويشبهه أن تكون الفتوى به أولى، وذكر القاضي الرُّوياني بعد اختيار التصحيح؛ أنه لا وجه لتعليم العوام المسألة، لفساد الزمان<sup>(١)</sup> ومما احتجوا به للبطان وجهان مشبهان<sup>(٢)</sup> من أضل واحد:

أحدهما: قال صاحب الكتاب: لفظ الدُّور يشتمل على المُحَال، فوجب إلغاؤه، ووجه اشتماله على المحال قوله «إن طَلَّقْتَكَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَهُ ثَلَاثًا» تعليق «ثلاث» موصوف بقبليّة رابع، وقوله: لغير المدخول بها، إن طَلَّقْتَكَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَهُ» تعليق طلاقٍ موصوف بقبليّة طلاقٍ آخَرَ، ووقوع ثلاثٍ موصوفة بقبليّة رابع محال، وكذا وقوع الطلاقٍ موصوف بالتقدم على طلاقٍ آخر في حق غير المدخول بها، وإذا كان كذلك وَجِبَ أن يبطل تعليقه، كما يبطل، تنجيّزه، فإنه لو قال لغير المدخول بها: أَنْتِ طَالِقٌ طَلَّقْتِ قَبْلَ طَلْقِكَ، لا يعتبر كلامه، ولا تقع طلقتان كما ذكروا، والكلام في أنه يلغو بالكلية، أو يلغو القدر الذي يجيء، منه الاستحالة، وهو قوله قبل طلاقة كذلك، ها هنا لا يَنْبَغِي أن يصحّح التعليق، ويرد الكلام إلى أنه يلغو مطلقاً، فيقع المنجز أو يحذف قوله: «قبله»، حتى يقع المنجز وتتم الثلاث من المعلق.

والثاني: قال الشيخ الإمام أبو الفتح العجلي؛ تصحيح الدُّور يلزم منه المُحَال فلا يصار إليه ووجهه أن يلزم منه تملك أربع طلاقات، لأن قوله: «إن طَلَّقْتَكَ» إما أن يريد به التلطف بالطلاق أو الطلاق المعتبر؛ إن أراد الأول لم تكن ذلك صورة الدُّور، فإنه لو قال: مهما تَلَقَّطْتَ بلفظ الطلاق، فَأَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَهُ ثَلَاثًا، ثم تَلَفَظَ، يقع الثلاث لا محالة، فتعين<sup>(٣)</sup> أن يكون المراد الطلاق المعتبر، وإنما معتبر إذا كان الشَّخْص مالِكاً له والثلاث المعلّقة غير تلك الواحدة، فإن الشَّرْطَ غير الجزاء، ولا بدّ وأن يكون مملوكاً، ليصحّ التعليق؛ ألا ترى أنه لا يصحّ تعليق طلاق امرأة سينكحها، لأنه لا يَمْلِكُ طلاقها،

(١) قال النووي: قد جزم الرافي في «المجرد» بترجيح وقوع المنجزة فقط، كما أشار هنا إلى اختياره.

(٢) في ز: فيتعين.

(٣) في ز: مستندات.

فظهر أنه يلزم من تصحيح هذا التعليق تمليك أربع طلاقات، وهو مُحال فيلغو.

**فُرُوعٌ:** إذا صححنا الدُّور، فلو قال: مهما وقع طلاقي على حفصة، فعمرة طالق قبله ثلاثاً، ومهما وقع طلاقي على عمرة، فحفصة طالق قبله ثلاثاً، ثم طلق واحدة منهما، لم تطلق ولا صاحبتهما، لأنها لو طُلِّقت، لطلِّقت الأخرى قبلها ثلاثاً، ولو طُلِّقت الأخرى قبلها ثلاثاً، لطلِّقت هذه قبلها ثلاثاً، ولو كان كذلك، لَمَا وقعت هذه الطلقة، لكن لو ماتت<sup>(١)</sup> عمرة ثم طُلِّقت حفصة طُلِّقت؛ لأنه لا يلزم والحالة هذه من إثبات الطلاق نفيه<sup>(٢)</sup> ولو قال رَجُلٌ لآخر: مهما وقع طلاقك على زوجتك، فزوجتي طالق قبله ثلاثاً، وقال المَقُولُ له للقاتلِ مثل ذلك، لم يقع طلاق واحد منهما على زوجته، ما دامت زوجة الآخر في نكاحه، ولو قال لامرأته: متى دخلت الدار، وأنتِ زوجتي، فعَبْدِي قبله حُرٌّ، وقال لبعده متى دخلت الدار، وأنتِ عَبْدِي، فزوجتي طالق ثلاثاً قبله، ثم دخلت الدار معاً، لم يُعْتَق العبد، ولم تُطَلَّق المرأة؛ لأنه لو حصل العتق والطلاق، لحصل معاً قبل الدخول، ولو كان كذلك، لم يكن العبد عبده وقت دخوله، ولا المرأة زوجته فلا<sup>(٣)</sup> تكون الصفة المعلق عليها حاصلة، قال الإمام وأبو زيد: لا تَخَالَفَ في هذه الصورة لأنه ليس فيها<sup>(٤)</sup> سدُّ باب التصرف، فلو دخلت الدار أولاً ثم العبد عتق العبد لأنها دخلت وهي زوجته، ولم تُطَلَّق هي، لأنه حين دَخَلَ، لم يكن عبداً له، فلم تخضل الصفة المعلق عليها الطلاق، ولو دخل العبد أولاً، ثم دخلت المرأة، طُلِّقت المرأة، ولم يُعْتَق العبد، ولو قال لها: متى دخلت الدار، وأنتِ زوجتي، فعَبْدِي حُرٌّ، وقال للعبد: متى دخلتها، وأنتِ عَبْدِي، فزوجتي طالق، ولم يقل في الطرفين «قبله»، فدخلت معاً، عتق العبد، وطُلِّقت المرأة؛ لأن كل واحدٍ منهما عند الدخول بالصفة المشروطة، ولو دخلت المرأة أولاً، ثم العبد أو بالعكس، فالحُكْم كما في الصورة السابقة لا يختلف.

في تصويرات ابن الحداد، إذا قال لامرأته: متى أعتقت جاريتي هذه، وأنتِ زوجتي، فهي حُرَّة، ثم قال متى أعتقتها، فأنتِ طالق قبل عتقك إياها بثلاثة أيام، ثم أعتقتها قبل مضي ثلاثة أيام، فتعتق الجارية، لأنه أعتقها، وهي زوجة له، ولا تُطَلَّق المرأة، لأنه أوقع الطلاق قبل العتق بثلاثة أيام، ولو أوقعنا الطلاق قبل العتق بثلاثة أيام، لقدمناه على اللفظ، وذلك مما لا سبيل إليه، وإن أمهلت ثلاثة أيام، ثم أعتقها، لم تعتق؛ لأنه إنما أذن لها في العتق بشرط، أن تكون زوجة له، وبهذا الشرط علق<sup>(٥)</sup> العتق [قد]<sup>(٦)</sup>

(١) في ز: بانت.

(٢) في ز: ولو.

(٣) في ز: علي.

(٤) في ز: ففيه.

(٥) في أ: منها.

(٦) سقط في ز.

وعلق الطَّلَاق بثلاثة أيام قبل العتق، فلو نفذ العتق، لوقع الطلاق قبله بثلاثة أيام، ولو كان كذلك لم تكن زوجة، وإذا لم يخصل العتق لا يقع الطلاق أيضاً، لأنه معلق به والله أعلم.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: (الْقِسْمُ الثَّانِي فِي فُرُوعِ التَّعْلِيقاتِ): فَتَذَكُّرُهَا أَرْسَالاً، وَجُمْلَةً نَظَرْنَا فِي تَحْقِيقِ الصِّفَاتِ إِذَا عَلِقَ عَلَيْهَا، فَلْتَذَكُّرِ الصِّفَاتِ حَتَّى لَا تُطَوَّلَ فَنَقُولُ، تَغْلِيْقُ الطَّلَاقِ بِطُلُوعِ الشَّمْسِ لَيْسَ حَلْفًا سِوَاءَ كَأَنَّ بِصِيغَةٍ إِنْ أَوْ إِذَا، وَبِالْأَفْعَالِ حَلْفٌ بِالصِّيغَتَيْنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: عَرَفْتُ أَنَّ الْكَلَامَ فِي التَّعْلِيقاتِ قِسْمَانِ فصول، وقد انصرفت وفروع وهي التي نشرع فيها الآن، ولما كان مُعْظَمُ الْغَرَضِ فِيهَا الْبَحْثُ عَنِ الصِّفَاتِ الْمَعْلُوقِ عَلَيْهَا، وَأَنَّهَا بِمِ تَحْصُلُ كَقَوْلِنَا: إِنْ الْحَلْفُ بِالطَّلَاقِ، بِمِ يَحْصُلُ، وَأَنَّ الْبِشَارَةَ مَا هِيَ؟ أَثْرًا لِلإِيجازِ، فَلَمْ يَتَكَرَّرْ لَفْظُ التَّعْلِيْقِ بِالْحَلْفِ بِالْبِشَارَةِ وَغَيْرِهَا، وَتَكَلَّمُ فِي الصِّفَاتِ، وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِهِ: «وَجُمْلَةً نَظَرْنَا..» إِلَى آخِرِهِ.

وقوله: «أَرْسَالاً» أي متتابعة، نوعاً بعد نوع، يقال: جاءت الخيل أرسالاً أو قطعياً واحداً رسل وهو القطيع من الإبل والعنم وغيرها من الفروع.

وقال ابن سريج، وتابَعَهُ مُعْظَمُ الْأَصْحَابِ: الْحَلْفُ مَا يَتَعَلَّقُ بِهِ مَنَعٌ مِنَ الْفِعْلِ أَوْ حَثٌّ عَلَيْهِ أَوْ تَحْقِيقُ خَبَرٍ وَجَلْبُ تَصْدِيقٍ، فَإِذَا قَالَ إِنْ حَلَفْتُ بِطَلَّاقِكَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، ثُمَّ قَالَ لَهَا: إِذَا طَلَعَتِ الشَّمْسُ، أَوْ جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، لَمْ يَقَعْ الطَّلَاقُ الْمَعْلُوقُ بِالْحَلْفِ بِالطَّلَاقِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي هَذَا التَّعْلِيْقِ مَنَعٌ، وَلَا حَثٌّ، وَلَا غَرَضٌ تَحْقِيقٍ، وَكَذَا لَوْ قَالَ إِذَا حِضَّتِ أَوْ ظَهَرَتْ أَوْ إِذَا شِئْتَ فَأَنْتِ طَالِقٌ، وَلَوْ قَالَ: <sup>(١)</sup> بَعْدَ التَّعْلِيْقِ بِالْحَلْفِ، إِنْ ضَرَبْتِكِ، أَوْ <sup>(٢)</sup> إِنْ كَلَمْتِ فَلَاناً أَوْ إِنْ خَرَجْتِ مِنَ الدَّارِ أَوْ إِنْ لَمْ تَخْرُجِي، أَوْ إِنْ لَمْ تَفْعَلِي <sup>(٣)</sup> كَذَا، أَوْ لَمْ يَكُنْ هَذَا كَمَا قُلْتِ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، وَقَعَ فِي الْحَالِ الطَّلَاقُ الْمَعْلُوقُ بِالْحَلْفِ، فَإِنْ هَذَا حَلْفٌ ثُمَّ إِذَا وُجِدَ الضَّرْبُ أَوْ غَيْرُهُ مِمَّا عَلِقَ عَلَيْهِ، وَقَعَتْ طَلْقَةٌ أُخْرَى، إِنْ بَقِيَتْ فِي الْعِدَّةِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ قَدِمَ فُلَانٌ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، وَقَصَدَ مَنَعَهُ، وَهُوَ مِمَّنْ تَخْلَفُهُ، فَهُوَ كَقَوْلِهِ: إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ، وَكَذَا لَوْ قَالَ الزَّوْجُ: طَلَعَتِ الشَّمْسُ فَكَذَّبْتَهُ الْمَرْأَةُ، فَقَالَ: إِنْ لَمْ تَطْلُعْ؛ فَأَنْتِ طَالِقٌ، لِأَنَّ غَرَضَهُ هَا هُنَا التَّحْقِيقُ، وَحَمْلُهَا عَلَى التَّصْدِيقِ، فَهُوَ حَلْفٌ، وَإِنْ قَصَدَ بِقَوْلِهِ: «إِنْ قَدِمَ فُلَانٌ» التَّأْقِيتَ أَوْ كَانَ فُلَانٌ مِمَّنْ لَا يَمْتَنِعُ تَخْلَفُهُ كَالسُّلْطَانِ، أَوْ قَالَ: إِذَا قَدِمَ الْحَجِيجُ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَهَذَا لَيْسَ بِحَلْفٍ وَمَا جَعَلْنَا التَّعْلِيْقَ [بِهِ] <sup>(٤)</sup> حَلْفًا، فَلَا فَرْقَ فِيهِ بَيْنَ أَنْ يَعْلُقَ بِصِيغَةِ «إِنْ» أَوْ صِيغَةِ «إِذَا»، اعْتِبَارًا بِأَنَّهُ مَوْضِعُ الْمَنَعِ، وَالْحَثِّ، وَالتَّصْدِيقِ، وَفِيهِ وَجْهٌ أَنَّهُ إِذَا عَلِقَ بِصِيغَةِ «إِذَا» لَمْ

(٢) فِي ز: وَ.

(٤) سَقَطَ فِي ز.

(١) فِي أ: هَذَا.

(٣) فِي ز: تَفْعَل.

يكن حلفاً بل كان محض تأقيت، فإن «إذا» ظرفُ زَمَانٍ، وما لم يجعل التعليق به حلفاً<sup>(١)</sup>، كطلوع الشمس وقدام الحجيج، فلا فَرْق فيه بين التعليق بصيغة «إذا» وبصيغة «إن» وفيه وجه أنه إذا علق بصيغة «إن» كان حلفاً؛ لأنه صَرَفَه عن التأقيت بالعدول عن كلمة التأقيت، وهي إذا والظاهر التسوية، وقال أبو حنيفة، وأحمد: التعليقُ بالطلوع ونحوه حَلْفٌ؛ كالتعليق بالدخول ونحوه إلا في قوله: إذا حِضَّتْ، وإذا طَهَّرْتِ إذا شئت فأنْتِ طالقٌ، وحكى الفورانيُّ وجهاً من غير استثناء، فليعلم لذلك قوله في الكتاب «ليس حَلْفاً» بالحاء، والألف، والواو، وقوله: «بصيغة إن» بالواو وكذا قوله: «بالصيغتين»<sup>(٢)</sup>.

ولو قال: إن أقسمتُ بطلاقك، أو إن عقَدْتُ يميني بطلاقك، فأنْتِ طالقٌ، فهو كقوله: إن حلفت بطلاقك، فأنْتِ طالقٌ، وإن قال إن لم أحلف بطلاقك أو إذا لم أحلف بطلاقك، فأنْتِ طالقٌ، فالْحُكْمُ كما سَبَقَ في التعليق في طَرَفِ الإثبات والعبارة المشهورة على الجواب الظاهر أن [إن] لا تقتضي الفُورَ والبِدَارَ إلى الحَلْفِ، و «إذا» تقتضيه، فلو قال إذا لم أحلف بطلاقك، فأنْتِ طالقٌ، ثم أعاد ذلك مرّةً ثانية وثالثة، نُظِرَ؛ إن فَصَلَ بين المرات بقدر وما يمكن فيه الحلف بطلاقها، وسكت فيه، ولم يحلف عقب المرة الثالثة، وقعت الطَّلقات الثلاثة، وإن وصل بين الكلمات لم يَقَع بالأولى والثانية شيءٌ ويقع بالثالثة طلقةً، وإذا لم يَحْلِفْ بعدها بطلاقها، ولو قال: كلما لم أحلف بطلاقك، فأنْتِ طالقٌ، ومضى من الزمان ما يمكنه أن يَحْلِفَ فيه، فلم يَحْلِفْ، وقعت طلقة، فإذا مَضَى مثل ذلك، ولم يَحْلِفْ وقعت ثانية، وكذلك الثالثة، ولو قال: إن حَلَفْتُ بطلاقك، فأنْتِ طالقٌ، ثم أعاد هذا القول مرةً ثانية وثالثة ورابعة، فإن كَانَتِ المرأةُ: مدخولاً بها وقعت بالمرة الثانية طلقةً؛ لأنه حَلَفَ بطلاقها، وتحل اليمين الأولى، ثم تَقَعُ بالثالثة طلقة بحكم اليمين الثانية وتحل الثانية، وتقع بالرابعة طلقةً، بحكم اليمين الثالثة، وتنحل هي، وتكون الرابعة يميناً مُنْعَقِدَةً حتَّى يقع بها الطلاق، وإذا حَلَفَ بطلاقها في نكاحٍ آخَرَ، إن قلْنَا يعود الحنث بعد الطَّلقات الثلاث، وإن لم يَكُنْ مدخولاً بها، فتقع طلقة بالمرة الثانية وتبين وتنحل الأولى والثانية يمين منعقدة، وفي ظهور أثرها في النكاح المجدد الخلافُ في عَوْدِ الحنث، والثالثة والرابعة واقعان في حال البيونة لا ينعقدان، ولا ينحل بهما شيءٌ ومثله لو قال: لِغَيْرِ المدخول بها: إن كَلَّمْتُكَ، فأنْتِ طالقٌ، وأعاد ذلك مراراً، فتقع طلقة بالمرة الثانية، وهي يمين منعقد، وتنحلُّ بالثالثة؛ لأن التعليق ها هنا بالكلام، والكلام قد يَقَعُ في حال البيونة وهناك التعليق بالحلف بالطلاق، والحلف بالطلاق لا يتحقَّقُ في حال البيونة.

(١) في ز: حالفاً.

(٢) في ز: بالصفين.

وقال أبو حنيفة في مسألة الكلام لا تنعقد اليمين الثانية، لأنها تبيِّن بقوله: «إن كَلِمَتُكَ» فيقع قوله: «فأنت طالق» في حال البيونة وتلغو الثالثة والرابعة، وبهذا قال سَهْل الصعلوكي، ووجَّه الأول بأن قوله «إن كلمتك فأنت طالق» كلامٌ واحدٌ؛ فلا يُفصل بعضه من بعض.

ولو قال لامرأته: إذا حَلَفْتُ بطلاقكما، فأنتما طالقان، وأعاد هذا القول مراراً، فإن كان قد دخل بهما، طَلَّقْتَا ثلاثاً ثلاثاً، وإن لم يدخل بواحدة منهما، طَلَّقْتَا طَلَقَةً طَلَقَةً وبانتا وفي عودِ الحَنَثِ باليمين الثانية الخلاف، وإن كانت إحداها مدخولاً بها دون الأخرى فبالمرّة الثانية تُطَلِّقان جميعاً، وتبين غير المدخول بها، وبالمرّة الثالثة لا تُطَلِّق واحدةً منهما، أما التي بانت فظاهر، وأما الأخرى؛ فلأن شَرَطَ طلاقها الحَلِفَ بطلاقهما جميعاً، والثانية لا يصحُّ الحلف بطلاقها، فإن نكح التي بانت، وحلف بطلاقها وخدها، طَلَّقَتْ المدخول بها إن راجعها، أو كانت في عدة الرجعة، لأنّه حَصَلَ الشَّرْطُ، وهو الحَلِفُ بطلاقها، وهل تُطَلِّق هذه التي جدد نكاحها؟ فيه الخلاف في عودِ الحَنَثِ.

ولو قال لامرأته: إذا حَلَفْتُ بطلاقكما، فَعَمْرَةٌ منكما طالقٌ، وأعاد ذلك مراراً، لم تُطَلِّقَ عمرة؛ لأن طلاقها مَعْلُقٌ بالحَلِفِ بطلاقهما، وهذا حلف بطلاقها وخدها، وكذا لو قال بعد التعليق الأول: إن دخلتما الدار، فَعَمْرَةٌ طالقٌ، فإنما تُطَلِّقَ عمرة، إذا حلف بطلاقهما مَعاً؛ إما في يمين واحدةٍ أو في يمينين، وذلك مثل أن يقول بعد التعليق الأوَّل: إن دخلتما الدار، فأنتما طالقتان أو يعيد التعليق الأول، ويقول للأخرى: إن دخلتِ الدار، فأنتِ طالقٌ.

ولو قال: إن حَلَفْتُ بطلاقكما فإحداكما، طالقٌ، وأعاد ذلك مراراً، لم تُطَلِّقَ واحدةً منهما، فإن قال بعد ذلك: إن حَلَفْتُ طلاقها فأنتما طالقتان، طَلَّقْتِ بإحداهما بموجب التعليق الأول، وعليه البيان، ولو قال: إن حَلَفْتُ بطلاق إحداكما، فأنتما طالقتان، وأعاد مرّةً ثانية، طَلَّقْتَا جميعاً؛ لأن طلاقهما هنا مَعْلُقٌ بالحلف بطلاق إحداهما، ولو قال: أيما امرأة لم أخلف بطلاقها منكما، فصاحبها طالقٌ، قال صاحب «التلخيص» إذا سكت ساعةً يمكنه أن يحلف فيها بطلاقهما طلقاً، قال الشيخ أبو علي: قد عرضتُ المسألة على القفال، وشارحي «التلخيص» فصوّبوه، والقياس أن هذه الصيغة لا يَقْتَضِي الفُورَ، وأنه لا يقع الطلاق على واحدةٍ منهما بالسكوت إلى أن يتحقّق اليأس عن الحَلِفِ بموته، أو موتهما؛ لأنّ قوله «أيما امرأة» لَيْسَ فيه تعرّض للوقت، بخلاف ما إذا قال: «أي» وقت أو «متى» لم أخلف» وتابعه الإمام وغيره على ما ذكره واستبعدوا جوابَ صاحب «التلخيص»<sup>(١)</sup> والله أعلم.

(١) قال في الخادم: هذا الذي نقله عن القفال فيه نظر، فإن الذي رأيته في شرح التلخيص للقفال بعد =

ولا يخفى بغد الوقوف على الشرح أن قوله في الكتاب «وبالأفعال حلفت بالصيغتين» ليس المراد منه جميع الأفعال؛ لما تبين أن قدوم السلطات ونحوه، كطلوع الشمس ومجيء الشهر والله أعلم.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَيَأْكُلُ رُمَانَةً يَحْنُثُ فِي التَّغْلِيْقِ بِهَا وَيَنْصِفُ رُمَانَةً، وَالْبِشَارَةُ هِيَ الْخَبْرُ (ح) الْأَوَّلُ، وَالْكَذِبُ خَبْرٌ كَالصَّدْقِ.  
قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ ثَلَاثُ صُورٍ:

إحداها: لو قال: إن أكلت رمانة، فأنبت طالق، وإن أكلت نصف رمانة، فأنبت طالق، فأكلت رمانة، طُلقت طلقتين، لحصول الصفتين، فإنها إذا أكلتها، فقد أكلت رمانة، وأكلت نصف رمانة، ولو كان التعليقان بصيغة «كلما» [بأن يقول كلما أكلت رمانة] طُلقت ثلاثاً؛ لأنها أكلت رمانة، وأكلت نصف رمانة مرتين.

وقوله في الكتاب: «ويأكل رمانة يحنث في التعليق بها، وينصف رمانة» أي بأكلها وبأكل نصف رمانة.

الثانية: تحت امرأتان وأكثر، فقال: من بشرني منكما أو منكن بكذا، فهي طالق، فبشرته واحدة بغد واحدة، طُلقت الأولى دون الثانية؛ لأن اسم البشارة يقع على الخبر<sup>(١)</sup> الأول، ولو أنه شاهد الحال قبل أن يخبر، فأتت البشارة، ولو بشره أجني، ثم ذكرت له واحدة منهما لم تطلق، وفي «الإبانة» للفراني وجه آخر؛ أن البشارة لا تختص بالخبر الأول، وأن الحكم فيه كما ستذكر فيما إذا قال: من أخبرني منكما بكذا، ولو بشرته امرأتان معاً، فالمنقول أمنهما تطلقان، وقد يفهم من قوله: «من بشرني منكما» استقلال الواحدة بالبشارة، وكذلك يصدق أن يقال: ما بشرته حفصة ولا عمرة، وإنما بشرته زينب، ولو قال: من أكل منكما هذا الرغيف، فأكلتاه، لم يطلقا<sup>(٢)</sup>،

= ذكر صاحب التلخيص ما نصه قال الشيخ - يعني القفال - هذا غلط لا يخرج على أصل الشافعي .  
والجواب فيها على أصل الشافعي أنه إذا مات ولم يحلف بطلاقها، طلقت قبيل الموت طلقة .

(١) قال في الخادم: قضية إطلاقه أنه لا يشترط في البشارة كونها سارة، وفيها خلاف لأهل اللغة، ورجح بعضهم التعميم فقال: البشارة تكون بالخير والشر وإذا طلقت كانت في الخير والشر لقوله تعالى: ﴿فبشرهم بعذاب أليم﴾ .

(٢) قال النووي: الصواب، أنهما تطلقان، وليس كمسألة الرغيف، لأنه لم تأكله واحدة منهما، وأما البشارة، فلفظ من ألفاظ العموم، لا ينحصر في واحدة، فإذا بشرته معاً، صدق اسم البشارة من كل واحدة، فطلقتا والله أعلم .

قال في الخادم: ما ذكره يعني الرافي تفهياً من عدم طلاقهما قد جزم به الماوردي والرواني في كتاب الأيمان ثم نقل عن البحر هنا الجزم بالمنقول وتردد صاحب الخادم إنما بحثه الرافي وجه محكي في المهذب .

ويُشترط في البشارة الصُّدُق، ولا يسمى الخبر الكاذب بشارةً، فلو قالت واحدة: كان كذا، وهي كاذبة [ثم] <sup>(١)</sup> ذكرته الثانية، وهي صادقة، تُطلِّق الثانية دون الأولى، والبشارة تحضَّل بالكتابة، كما تحضَّل بالقول، ولو أُرسلت رسولاً، لم تُطلِّق؛ لأن المبشر هو الرسول قاله فيه «التهذيب».

الثالثة: لو قال: من أخبرني منكما بكذا، فهي طالق، فلفظ الخبر يقع على الصُّدُق والكذب معاً، ولا يختص بالخبر الأوَّل، فإذا أخبرناه صادقتين أو كاذبتين على الجميع أو على الترتيب، طُلِّقتا جميعاً، ولا فَرْق بين أن يقول: من أخبرني منكما بقدم زيد وبين أن يقول: من أخبرني منكما أن زيدا قدم أو بأن زيدا قدم، وفيما إذا قال مَنْ أخبرني بقدم زيد وجه آخر؛ أنه لا يقع الطلاق، إذا أخبرت كاذبةً، وهو الذي أورده الفوراني، ووجهه في «التتمة» بأن الباء للإلصاق، وذلك يقتضي حُصول القدم، وصيرورته شرطاً في الإخبار، كما لو قال: مَنْ أخبرني عن كذا بالعربية، يُشترط العربية في الخبر، وهذا يقتضي أن يكون قوله: «من أخبرني بأن زيدا قدم» كقوله «بقدم زيد» لوجود حرف الإلصاق، لكنَّ الفوراني فَرَّق بين أن يقول «بقدم زيد» لوجود حرف الإلصاق وبين أن يقول: «بأن زيدا قدم» مع وجود حرف الباء فيهما، قال صاحب الكتاب في «البيسط»: كأنه يتخيَّل أن قوله: «من أخبرني بأن زيدا قدم» معناه من قال: إنَّه قدم، والظاهر الأول والله أعلم.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: فَإِذَا قَالَ: يَا عَمْرَةَ فَأَجَابَتْ حَفْصَةَ فَقَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ ثُمَّ قَالَ: حَسِبْتُ عَمْرَةَ طُلِّقْتُ حَفْصَةَ ظَاهِراً وَفِي عَمْرَةَ تَرَدُّدٌ إِذْ لَمْ يَجْرِ مَعَهَا إِلَّا مُجَرَّدُ النَّدَاءِ، وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَقَعَ عَلَيْهَا أَيْضاً.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: تَحْتَهُ امْرَأَتَانِ عَمْرَةَ وَحَفْصَةَ، فَقَالَ: يَا عَمْرَةَ، فَأَجَابَتْ حَفْصَةَ، فَقَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، فَيَرْجَعُ وَيُسْأَلُ عَنْ قَضِهِ، فَإِنْ قَالَ: حَسِبْتُ أَنْ الْمَجِيبَةَ عَمْرَةَ، وَعِنْدِي [أنها] <sup>(٢)</sup> التي أَوْجَّهها بالطلاق، لم تطلِّق عمرة؛ لأنه ناداها، ولم يخاطبها بالطلاق وإنما ظنَّ أنه يخاطبها بالطلاق، وظنَّ الخطاب بالطلاق لا يوجب وقوع الطلاق؛ ألا تَرَى أَنَّهُ لَوْ قَالَ لَوَاحِدَةٍ مِنْ نِسَائِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ، وَهُوَ يظُنُّ أَنَّ الْمَخَاطَبَةَ غَيْرَهَا، يَقَعُ الطَّلَاقُ عَلَى الْمَخَاطَبَةِ دُونَ الْمَظْنُونَةِ، وَلَوْ قَالَ لِلْأَجْنِبِيَّةِ: أَنْتِ طَالِقٌ، وَهُوَ يظُنُّ أَنَّهَا زَوْجَتَهُ، لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ عَلَى زَوْجَتِهِ، وَأَمَّا حَفْصَةَ الْمَوَاجَهَةَ بِالطَّلَاقِ، ففِيهَا وَجْهَانِ: أَحْبَبَهُمَا: أَنَّهَا تُطَلِّقُ، لِأَنَّهُ خَاطَبَهَا بِالطَّلَاقِ وَهِيَ زَوْجَتُهُ.

والثاني: لا تُطلِّق، لأنه لم يقصدها، وإن واجهها في بعض الطرق ما يشير إلى أن

(٢) سقط في ز.

(١) سقط في ز.

هذا الخلاف في الوقوع باطناً وأنه لا خلاف في أنها تُطلق ظاهراً، هذا هو الترتيب المشهور، وهو الذي ذكره ابن الحداد وقال الإمام لو قيل تُطلق حفصة ظاهراً بلا خلاف، وفي عمرة وجهان؛ لأنها المقصود بالطلاق، لكان محتملاً، وهذا ما أورده صاحب الكتاب، وترك الطريقة المشهورة، ويجوز أن يعلم قوله: «طُلِّقَتْ حفصة» بالواو، وكذا لفظ التردد في قوله: «وفي عَمْرَةَ تَرُدُّدٌ»؛ لأنها لا تُطلق جزماً على المشهور، وقوله: «ويُحْتَمَلُ أَنْ يَقَعَ عَلَيْهَا أَيْضاً» حشو؛ فإن التردد يعرف بالاحتمال، فلو قال: علمت أن التي أجابني حفصة دون عمرة التي ناديتها، وهذه الحالة غير مذكورة في الكتاب، فيسأل عن التي قصدها بالطلاق، فإن قال قصدت طلاق حفصة المواجهة، دون عمرة التي ناديتها، قيل قوله، لاحتماله، وطلقت فطُلِّقَتْ حفصة دون عمرة؛ لأنه ربما ناداها لشغل آخر، فلما أجابته حفصة شغل طلاقها عن جواب عمرة، وبتقدير أن يكون نداؤها للطلاق، فقد يبدو له ألا يطلقها ويطلق حفصة.

ولو قال: قصدت طلاق عمرة دون حفصة المجيبة فُتُطِّقْ عمرة ظاهراً وباطناً؛ لأنه سماها في النداء وأقر بأنه خاطبها، وأوقع الطلاق عليها، وتطلق حفصة في الظاهر أيضاً؛ لأنه واجهها بالطلاق، ولا يُثْبِتُ قوله في دفعه عنها ظاهراً، ولكن بَدَيْنَ، وعن الشيخ أبي حامد وغيره وجه آخر: أن حفصة لا تُطلق؛ لأن عنده التي يخاطبها عمرة، ورأى الإمام في هذه الحالة تفصيلاً فقال: إن جرى الزوج في كلامه، فبان بالأداء والإيراد، أنه مسترسل في الكلام، وغير منتظر جواباً، ثم قال: أردت عمرة، فلا تُطلق إلا عمرة، وإن بان بالأداء انتظاراً للجواب، فاتصل جواب حفصة وربط به قوله: أنتِ طالقٌ، فُتُطِّقْ حفصةً، ولا يظهر طلاق عمرة، والحالة هذه، لكن إذا قال أردتها: يؤاخذ بقوله وتأثير الأداء والنغمة قد سبقت نظيره، ولو كان النداء والجواب كما سبق، وقال بعد جواب حفصة: زينب طالق لامرأة له ثالثة، طُلِّقَتْ هي، ولم تُطلق عمرة ولا حفصة، ولو قال: أنتِ وزينب طالقان، فتطلق زينب لا محالة، ثم يراجع، فإن قال: ظننت أن المجيبة عمرة، لم تُطلق هي، وتُطلق حفصة في أصح الوجهين، وإن قال عرفت أن المجيبة حفصة، وقصدت طلاقها، طُلِّقَتْ هي، ولم تُطلق عمرة، ولو قال: قصدت طلاق عمرة، طُلِّقَتْ عمرة ظاهراً وباطناً، وحفصة ظاهراً، على الجواب الظاهر، واعلم أن المسألة ليست من التعليقات في شيء [لكن التزام ترتيب الكتاب اقتضى جعلها ههنا].

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَإِذَا قَالَ الْعَبْدُ لِزَوْجَتِهِ: إِنْ مَاتَ سَيِّدِي فَأَنْتِ طَالِقٌ طَلَّقْتَيْنِ وَقَالَ السَّيِّدُ لِعَبْدِهِ: إِنْ مِتُّ فَأَنْتِ حُرٌّ لَمْ تُحْرَمِ بِالطَّلَاقَيْنِ لِمُقَارَنَةِ الْعِتْقِ، وَقِيلَ: تُحْرَمُ، وَلَوْ عَلَّقَ طَلَاقَ زَوْجَتِهِ الْمَمْلُوكَةِ لِأَبِيهِ عَلَى مَوْتِ أَبِيهِ لَمْ يَنْفُذْ لِأَنَّهُ وَقْتُ أَنْفِسَاحِ النِّكَاحِ بِالْمَلِكِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ يَنْفُذُ.



قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ مَسْأَلَتَانِ؛ بَيْنَهُمَا بَعْضُ التَّقَارُبِ، وَكِلْتَاهُمَا مِنْ فُرُوعِ ابْنِ الْحَدَّادِ:

إِحْدَاهُمَا: إِذَا قَالَ الْعَبْدُ لِرُؤُوسِهِ إِذَا مَاتَ سَيِّدِي، فَأَنْتِ طَالِقٌ طَلَقْتَيْنِ، وَقَالَ السَّيِّدُ لِعَبْدِهِ: إِذَا مَاتَ، فَأَنْتِ حُرٌّ، فَوُقُوعُ الطَّلَاقِ وَعَتَقُ الْعَبْدِ يَتَعَلَّقَانِ جَمِيعاً بِمَوْتِ السَّيِّدِ، فَإِذَا مَاتَ لَمْ يَحِلَّ، إِمَّا أَنْ يَحْتَمِلَ الثَّلَاثَ الْعَبْدُ أَوْ لَمْ يَحْتَمِلْهُ، إِنْ لَمْ يَحْتَمِلْهُ، فَيُرَقِّقُ مَا زَادَ عَلَى الثَّلَاثِ، وَمَنْ بَغَضَهُ رَقِيقٌ كَالْقَنْ فِي عِدَدِ الطَّلَاقِ، فَإِذَا وَقَعَتِ الطَّلَاقَتَانِ، لَمْ تَثْبُتْ لَهُ رَجْعَةٌ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَنْكَحَهَا حَتَّى تَنْكَحَ زَوْجاً غَيْرَهُ، وَإِنْ احْتَمَلَهُ الثَّلَاثَ عَتَقَ الْعَبْدَ، وَهَلْ تَحَرَّمَ عَلَيْهِ فِيهِ وَجْهَانِ:

أَظْهَرُهُمَا: وَهُوَ جَوَابُ ابْنِ الْحَدَّادِ: أَنَّهَا لَا تَحْرِمُ عَلَيْهِ، بَلْ لَهُ الرُّجْعَةُ وَتَجْدِيدُ النِّكَاحِ قَبْلَ أَنْ تَنْكَحَ زَوْجاً غَيْرَهُ، لِأَنَّ الْعِتْقَ وَالطَّلَاقَ وَقَعَا مَعاً، وَلَمْ يَكُنْ رَقِيقاً بَعْدَ وَقُوعِ الطَّلَاقِ، حَتَّى يَحْكُمَ بِالتَّحْرِيمِ.

وَالثَّانِي: أَنَّهَا لَا تَحِلُّ<sup>(١)</sup> لَهُ إِلَّا بَعْدَ زَوْجٍ آخَرَ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ لَمْ يَتَقَدَّمَ وَقُوعُ الطَّلَاقِ، فَصَارَ كَمَا لَوْ طَلَّقَهَا اثْنَتَيْنِ، ثُمَّ عَتَقَ، وَمَنْ نَصَرَ الْأَوَّلَ قَالَ: الْعِتْقُ كَمَا لَمْ يَتَقَدَّمَ، لَمْ يَتَأَخَّرْ أَيْضاً، وَإِذَا وَقَعَتِ الْعِتْقُ وَالطَّلَاقُ مَعاً، جَازَ أَنْ يُغْلَبَ حُكْمُ الْحَرِيَّةِ، أَلَّا تَرَى أَنَّهُ لَوْ أَوْصَى لِأَمِّ وَلَدِهِ أَوْ لِمُدْبِرِهِ، وَالثَّلَاثُ يَحْتَمِلُهُ تَصَحُّحُ الْوَصِيَّةِ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ، وَاسْتِحْقَاقَ الْوَصِيَّةِ مِتْقَارِبَانِ<sup>(٢)</sup>، فَجَعَلَ كَمَا لَوْ تَقَدَّمَ الْعِتْقُ، وَلَا تَخْتَصُ الْمَسْأَلَةُ بِالتَّعْلِيْقِ بِمَوْتِ السَّيِّدِ بَلْ يَجْرِي الْخِلَافُ فِي كُلِّ صُورَةٍ تَعَلَّقَ عَتَقَ الْعَبْدَ وَقُوعِ طَلَقْتَيْنِ عَلَى زَوْجَتِهِ بِصِفَةِ وَاحِدَةٍ، كَمَا لَوْ قَالَ الْعَبْدُ: إِذَا جَاءَ الْغَدُ فَأَنْتِ طَالِقٌ طَلَقْتَيْنِ وَقَالَ السَّيِّدُ: إِذَا جَاءَ الْغَدُ، فَأَنْتِ حُرٌّ وَلَوْ قَالَ الْعَبْدُ لِرُؤُوسِهِ إِذَا عَتَقْتُ فَأَنْتِ طَالِقٌ طَلَقْتَيْنِ وَقَالَ السَّيِّدُ إِذَا جَاءَ الْغَدُ، فَأَنْتِ طَالِقٌ إِذَا جَاءَ الْغَدُ، فَأَنْتِ طَالِقٌ طَلَقْتَيْنِ حَرٌّ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ: إِذَا جَاءَ الْغَدُ، عَتَقَ الْعَبْدَ، وَإِذَا عَتَقَ طَلَّقَتْ زَوْجَتَهُ وَطَلَقْتَيْنِ، وَلَا تَحَرَّمَ عَلَيْهِ بِحَالٍ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ تَقَدَّمَ وَقُوعِ الطَّلَاقِ، وَلَوْ عَتَقَ السَّيِّدُ، عَتَقَ الْعَبْدَ بِمَوْتِهِ، وَعَلِقَ الْعَبْدَ الطَّلَقَتَيْنِ بِآخِرِ جِزْءٍ مِنْ أَجْزَاءِ حَيَاةِ السَّيِّدِ، انْقَطَعَتِ الرُّجْعَةُ لَا مَحَالَةَ لِأَنَّ الطَّلَاقَ صَادَفَ حَالَةَ الرُّقِّ.

الثَّانِيَّةُ: مِنْ لَهُ نِكَاحُ الْأُمَّةِ، إِذَا نَكَحَ أُمَّهُ مُورَّثَهُ، كَأَبِيهِ وَأَخِيهِ وَعَمِّهِ، ثُمَّ قَالَ لِرُؤُوسِهِ إِذَا مَاتَ سَيِّدُكَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَمَاتَ السَّيِّدُ وَالزَّوْجُ يَرِثُهُ، فَفِي وَقُوعِ الطَّلَاقِ وَجْهَانِ:

أَظْهَرُهُمَا: وَهُوَ جَوَابُ ابْنِ الْحَدَّادِ: أَنَّهُ لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ، وَذَكَرَ فِي «الْمَهْذَبِ» أَنَّ ابْنَ سُرَيْجٍ قَالَ بِهِ، وَوَجَّهَهُ الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ بِمَعْنِيَيْنِ.

أَحْدَهُمَا: أَنَّ الطَّلَاقَ قَطَعَ النِّكَاحَ فَيَسْتَدْعِي قِيَامَ النِّكَاحِ؛ لِيَصَادِفَهُ الطَّلَاقُ إِذَا مَاتَ

(٢) فِي أ: بِتَقَارِبَانِ.

(١) فِي ز: تَصْلَحُ.

السيد، والزوج وارث تدخل في ملكه كلها أو بعضها، وينفسخ النكاح، فَوَقَّت وقوع الطَّلَاق وَتُتْ حُصُولُ الْمَلِكِ وانفساخ النكاح، وإذا كان كذلك لا يقع الطَّلَاق، كما لو قال: أَنْتِ طَالِقٌ مَعَ مَوْتِي، لا يقع الطَّلَاق؛ لَأَنَّهُ وَقَّتْ زَوَالَ النِّكَاحِ.

والثاني: أنه اجتمع المقتضي للانفساخ ووقوع الطلاق في حالة واحدة؛ والجمع بينهما ممتنع فيقَدَّم أقواهما، والانفساخ أقوى، [لأن الطلاق حكم يتعلَّق باختيار العبد وإنشائه تصرفاً بوقعة، الأولى أقوى]، ألا ترى أن حج من لم يحجَّ يقع عن<sup>(١)</sup> حَجَّةِ الإسلام، لا عن النذر والتطوُّع، لأن الوقوع عن حَجَّةِ الإسلام تتعلَّق بالشرع، ووقوعه عن التطوع والنذر يتعلَّق بإيقاعه عنهما، وإذا اشترى قريبة، ونوى عتقه عن الكفارة [لم يقع عن الكفارة]<sup>(٢)</sup> لأن عتقه بالقرابة حكم قَهْرِيٌّ والعتق عن الكفارة يتعلَّق بإيقاعه واختياره.

والوجه الثاني: وبه قال الشيخ أبو حامد: أنه يقع الطَّلَاق، ولا ينفذ الانفساخ؛ لأن الموت يوجب ثبوت المِلْكِ للوارث، ثم المِلْكُ يوجب الانفساخ، فالانفساخ يترتب على ما يترتب على الموت، والطلاق يترتب على الموت؛ فكان الطلاق سابقاً بمرتبة وأشير إلى انتزاع الوجهين من القولين المنقولين فيما إذا قال: كُلَّمَا وَلَدْتُ وَلَدًا، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فولدت ولداً بعد ولد، فعلى الأصح؛ لا يقع الطلاق؛ لمقارنة وقته وقت انفساخ النكاح، كما لا يقع هناك بالولد الثاني؛ لمقارنته<sup>(٣)</sup> انقضاء العِدَّة، وعلى الثاني؛ يقع ويكتفي بمصادفته طرف النكاح كما يكفي هناك بمصادفة طرف العِدَّة، وهذا إذا لم يكن على السيد ذين أو لم يكن ما<sup>(٤)</sup> عليه من الدين مستغرقاً، وإن كان عليه ذين مستغرقاً، فكذلك الجواب على الصحيح؛ لأن الدَّيْنَ لا يمنع انتقال المِلْكِ إلى الورثة، وعلى الوجه الذي يقول إنه يَمْنَعُ من [انتقال الملك إلى الوارث] ينفذ الطَّلَاق، فإن أدى الورثة الدَّيْنَ من عندهم، بَانَ انتقال المِلْكِ إليهم، وعاد الخلاف في نُفُوذِ الطَّلَاق، ولو علَّق الزوج الطلاق كما ذكرنا [و]<sup>(٥)</sup> قال السيد: إذا مَثُ، فَأَنْتِ حُرَّةٌ، فإن كانت تخرج من الثلث، عتقت ونفذ الطلاق، وإلا عاد الخلاف في نُفُوذِ الطَّلَاق؛ لأن ما زاد على الثلث يرثه الزوج أو بعضه، فإن أجاز<sup>(٦)</sup> الزَّوْجُ، عتقها وكان جائز للإرث أو أجاز سائر الورثة معه، إن لم يكن جائزاً، فيخرج على [أن]<sup>(٧)</sup> إجازة الورثة تنفيذاً أو ابتداء تصرف منهم؛ إن جعلناه تنفيذياً، وقع الطلاق؛ لأنها لم تدخل في مِلْكِ الورثة، وإن جعلناه ابتداء تصرف منهم، فقد دخلت هي في ملكهم، فيكون وقوع الطلاق على الخلاف، ولو

(٢) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٦) في أ: اختار.

(١) في ز: في.

(٣) في أ: لمقارنة.

(٥) سقط في ز.

(٧) سقط في ز.

كاتبها السيد، ومات، قال الشيخ أبو علي: في وقوع الطلاق الخِلاف؛ لأن المكاتبه تورث، ولهذا نقول: لو مات وابنته تحت مكاتبه، ينفسخ النكاح؛ لأنها ورثة بغض الزوج، ولو لم يكن الزوج وارثاً لسبب من الأسباب، وقَعَ الطلاق، ولا انفساخ.

قوله في الكتاب «لم تُحرّم بالطلقين يعني الحرمة المحوجة إلى زوج آخر، بل له الرجعة وتجديد النكاح، وأما أضل الحرمة، فلا شك في حصوله، وقوله لمقارنة أي لمقارنة وقوع الطلاق، وقوله: «لأنه وقت انفساخ النكاح بالملك» يعني وقت وقوع الطلاق، وهو أول وقت الانفساخ، ولا يقع الطلاق مع الانفساخ، وهذا كما سبق أنه لو قال لغير المدخول بها: إذا طَلَّقْتُك، فأنتِ طالقٌ، فطلقها، لا تقع الطلقة المعلّقة، لأن وقت وقوعها هو أول حال البيونة.

فزع: قال الحرُّ لزوجته الأمة: إن اشتريتك، فأنتِ طالقٌ، وقال سيدها: إن بعتك، فأنتِ حرةٌ، ثم باعها من زوجها، فتعتق الجارية في الحال؛ لأن الوقت وقت خيار المجلس، فإن قلنا إن المَلِكُ في زمانِ الخيار للبائع أو قلنا: إنه موقوف، فالجارية ملكه، وقد وُجِدَتِ الصفة المعلّقة عليها العتق، فتعتق، وإن قلنا: إن المَلِكُ للمشتري فللبائع الفسخ والإعتاق فسُخِ منه؛ فتعود الجارية بالإعتاق إلى ملكه، وتعتق، وأما الطلاق، فقد أطلق ابن الحدّاد أنه يقع، قال الأئمة: هو جوابٌ على أن المَلِكُ في زمانِ الخيار للبائع، فإن النكاح على هذا القول باقٍ بحاله، وقد وُجِدَ شرطُ الطلاق، فيقع، وهكذا يكون الحُكْمُ على قولنا: إنه موقوف؛ لأنه لم يتمّ البيع بينهما، ولم يَمْلِكْها الزوج، فأما على قولنا: إنه للمشتري، فلا يقع الطلاق على الأصح؛ لمصادفته حُصُولُ الملك، ووقوع الانفساخ على ما ذكرنا في المسألة السابقة، ويجيء فيه الوجه الأخير، ولو قال: إن ما ملكتك، فأنتِ طالقٌ، بدل «إن اشتريتك» لم يجيء فيه إلا هذا الخلاف الأخير.

وإذا اشترى زوجته الأمة، وطلّقها في مجلس العَقْد، فإن قلنا إن المَلِكُ في زمانِ الخيار للبائع، فيقع الطلاق؛ لأنها منكوحة، كما كانت، ولم يملكها بعدُ وإن قلنا: إن المَلِكُ له، لم يقع الطلاق؛ لانفساخ النكاح، كما سبق ولو فسخ البيع بحكم الخيار، لا تكون زوجةً له على هذا القول، وعلى قول التوقّف إن تمّ العقد تبيّن أنه لا طلاق، وإن لم يتمّ تبيّن نفوذه وهو كما إذا طَلَّق امرأته المرتدة بعد الدخول يكون الطلاق موقوفاً إلى أن يرجع إلى الإسلام، أو يصبر قال الشيخ أبو علي: ومهما وقّع الطلاق، ثم تمّ البيع بينهما، فإن كان الطلاق رجعيّاً، فله الوطاء بملك اليمين، ولا يلزم الانتظار إلى انقضاء العدة، لأن العدة منه كما أن له أن ينكح المختلعة في العدة، وإن طلقها ثلاثاً، فهل له وطؤها بملك اليمين؟ فيه وجهان؛ الأصح المنع.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ يَوْمَ يَقْدُمُ فَلَانٌ فَقَدِمَ نِصْفَ النَّهَارِ طَلَّقْتَ فِي

الْحَالِ عَلَى وَجْهِهِ، وَتَبَيَّنَ الْوُقُوعُ أَوَّلَ النَّهَارِ عَلَى وَجْهِهِ. وَلَوْ قَدِمَ لَيْلًا لَمْ تُطَلَّقْ أَضْلًا عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ يَوْمَ يَفْدُمُ فَلَانٌ، فَإِنْ قَدِمَ فِي أَثْنَاءِ النَّهَارِ، فَلَا شَكَّ فِي وَقُوعِ الطَّلَاقِ؛ لِحَصُولِ الْوَصْفِ الْمَعْلُوقِ عَلَيْهِ، لَكِنْ يَقَعُ فِي الْحَالِ أَوْ يَتَبَيَّنُ وَقُوعُهُ فِي أَوَّلِ النَّهَارِ، فِيهِ وَجْهَانِ:

أَقْوَاهَا: وَبِهِ أَجَابَ ابْنُ الْحَدَّادِ: أَنَّهُ يَتَبَيَّنُ وَقُوعُهُ مِنْ وَقْتِ طُلُوعِ فَجْرِ ذَلِكَ الْيَوْمِ؛ لِأَنَّ الطَّلَاقَ مَعْلُوقَ بِالْيَوْمِ الَّذِي يَوْجَدُ فِيهِ الْقُدُومُ، وَإِذَا وُجِدَ الْقُدُومُ، فَهُوَ ذَلِكَ الْيَوْمُ، فَأَشْبَهَ مَا إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ يَوْمَ الْجُمُعَةِ تَطَلَّقِ<sup>(١)</sup> بِطُلُوعِ الْفَجْرِ يَوْمَ الْجُمُعَةِ.

وَالثَّانِي: وَنَسَبَ إِلَى ابْنِ سُرَيْجٍ: أَنَّهَا تَطَلَّقَ عَقِيبَ الْقُدُومِ؛ لِأَنَّ الطَّلَاقَ مَعْلُوقَ بِالْيَوْمِ وَالْقُدُومِ، فَلَا يَقَعُ قَبْلَ الْقُدُومِ كَمَا لَا يَقَعُ قَبْلَ مَجِيئِ الْيَوْمِ، وَالْوَجْهَانِ كَالْقَوْلَيْنِ فِيمَا إِذَا نَذَرَ صَوْمَ الْيَوْمِ الَّذِي يَفْدُمُ فِيهِ فَلَانٌ، فَقَدِمَ فِي خِلَالِ الْيَوْمِ، هَلْ يَنْعَقِدُ النَّذْرُ فَيَلْزِمُ بِهِ صَوْمَ يَوْمٍ أَوْ هُمَا مَأْخُودَانِ مِنْ هَذَيْنِ الْقَوْلَيْنِ؟ وَهُمَا مَذْكُورَانِ فِي «كِتَابِ النَّذْرِ» لَوْ مَاتَتِ الْمَرْأَةُ، ثُمَّ قَدِمَ فَلَانٌ فِي ذَلِكَ الْيَوْمِ، فَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ: بَاتَتْ مُطْلَقَةً، وَلَا مِيرَاثَ لِلزَّوْجِ مِنْهَا، إِذَا كَانَ الطَّلَاقُ بَائِنًا، وَكَذَلِكَ لَوْ مَاتَ الزَّوْجُ بَعْدَ طُلُوعِ الْفَجْرِ ذَلِكَ الْيَوْمِ، ثُمَّ قَدِمَ فَلَانٌ، لَا تَرِثُ هِيَ مِنْهُ، وَعَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي؛ يَثْبِتُ الْإِزْثَ، وَلَوْ خَالَعَهَا فِي أَوَّلِ النَّهَارِ، ثُمَّ قَدِمَ فَلَانٌ، فَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ؛ الْخُلْعُ بَاطِلٌ إِنْ كَانَ الطَّلَاقُ بَائِنًا، وَإِنْ كَانَ رَجْعِيًّا، فَهُوَ عَلَى الْخِلَافِ فِي خُلْعِ الرَّجْعِيَّةِ، وَعَلَى الثَّانِي الْخُلْعُ صَحِيحٌ، وَلَا يَقَعُ الطَّلَاقُ بِالْقُدُومِ، وَلَوْ كَانَتْ ظَاهِرًا فِي أَوَّلِ النَّهَارِ، فَحَاضَتْ، ثُمَّ قَدِمَ فَلَانٌ، فَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ؛ يَحْسَبُ بَقِيَّةَ ذَلِكَ الطَّهْرِ قَرَاءً وَعَلَى الثَّانِي بِخِلَافِهِ، وَيَجْرِي الْخِلَافُ فِيمَا إِذَا قَالَ: عَبْدِي حُرٌّ يَوْمَ يَفْدُمُ فِيهِ فَلَانٌ، فَبَاعَهُ فِي ذَلِكَ الْيَوْمِ، وَقَدِمَ آخِرُهُ، هَلْ يَصْحُقُ الْبَيْعُ وَهَذِهِ الصُّورَةُ مَذْكُورَةٌ فِي الْكِتَابِ فِي النَّذْرِ، وَلَوْ قَدِمَ فَلَانٌ لَيْلًا، فَوَجْهَانِ:

أَصْحَهُمَا: وَهُوَ الَّذِي أوردَهُ أَكْثَرُهُمْ: أَنَّهُ لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ لَمْ يَخْضُلْ.

وَالثَّانِي: يَقَعُ، وَيُحْمَلُ الْيَوْمُ فِي مِثْلِ ذَلِكَ عَلَى الْوَقْتِ وَالزَّمَانِ، كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَمَنْ يُؤَلِّمْ يَوْمَئِذٍ ذُبُرَةً﴾ [الأنفال: ١٦] أَرَادَ وَقْتَ الْقِتَالِ، وَمَنْ قَالَ بِالْأَوَّلِ، قَالَ: اللَّفْظُ لِحَقِيقَتِهِ، فَإِنْ فُسِّرَ بِالْوَقْتِ أَلْزَمَ حُكْمَهُ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ هَكَذَا وَأَشَارَ بِأَصَابِعِهِ الثَّلَاثِ طَلَّقَتْ ثَلَاثًا، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ كَلَّمْتِ زَيْدًا إِنْ دَخَلْتِ الدَّارَ فَمَعْنَاهُ تَغْلِيْقُ التَّغْلِيْقِ فَإِذَا كَلَّمْتِ زَيْدًا أَوْلًا

(١) فِي أ: فَتَطَلَّقِ.

تَمَلَّقَ طَلَاقَهَا بِالْذُخُولِ، وَلَوْ قَالَ: أَرَزَعْتُكَ طَوَالِقَ إِلَّا فَلَانَةَ لَمْ يَصِحَّ هَذَا الِاسْتِثْنَاءُ عِنْدَ الْقَاضِي حُسَيْنِ رَحِمَهُ اللَّهُ، كَمَا لَوْ قَالَ: هُوَ لَاءِ الْأَعْبُدِ الْأَرِزَمَةُ لِفَلَانٍ إِلَّا هَذَا الْوَاحِدَ لِأَنَّ الِاسْتِثْنَاءَ فِي الْمَعْنَى لَا يُعْتَادُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ ثَلَاثُ مَسَائِلَ:

إحداها<sup>(١)</sup>: لو قال: أنتِ طالقٌ، هكذا، وأشار بإصبع واحد، لم يقع إلا [طلقة]<sup>(٢)</sup> واحدة، وإن أشار بإصبعين، طُلِّقَتْ طَلِقَتَيْنِ، وإن أشار بثلاث، طُلِّقَتْ ثَلَاثًا، قاله ابن سُرَيْجٍ، وقال الإمام: هذا إذا أشار إشارة مفهومة للطلقتين، أو الثلاث، بأن انضمت إليه قرينة النَّظَرِ للأصابع أو تحريكها وترديدها وما أشبه ذلك، وإلا فَقَدْ يَعْتَادُ الْإِنْسَانُ الْإِشَارَةَ بِإصْبَعِهِ فِي الْكَلَامِ، فَلَا يَظْهَرُ الْحُكْمُ بِوُقُوعِ الْعَدَدِ إِلَّا بِالْقَرِينَةِ، وَلَوْ حَصَلَتْ الْإِشَارَةُ الْمَعْتَبَرَةُ، وَقَالَ: أَرَدْتُ الْإِشَارَةَ إِلَى الْإِصْبَعَيْنِ الْمَقْبُوضَتَيْنِ صَدَقَ بِيَمِينِهِ؛ لِلْإِحْتِمَالِ، وَلَوْ قَالَ: أَرَدْتُ وَحْدَةً، قَالَ فِي «التَّهْذِيبِ» لَا يُقْبَلُ، وَالْإِشَارَةُ صَرِيحَةٌ فِي الْعَدَدِ، ثُمَّ حَكِيَ عَنِ صَاحِبِ «التَّقْرِيبِ» أَنَّهُ يُقْبَلُ، وَأَنَّ الْإِشَارَةَ كِنَايَةٌ فِيهِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ أَشَارَ بِالأَصَابِعِ، وَلَمْ يَقُلْ: هَكَذَا لَمْ يُحْكَمْ بِوُقُوعِ الْعَدَدِ إِلَّا بِالنِّيَّةِ إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ، وَحَكَمْتَ زَيْدًا، فَأَنْتِ الثَّانِيَةُ: إِذَا قَالَ إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ، أَوْ كَلَّمْتَ زَيْدًا، فَأَنْتِ طَالِقٌ، يَقَعُ الطَّلَاقُ بِأَيَّةِ وَاحِدَةٍ مِنَ الصَّفَتَيْنِ، وَوُجِدَتْ، ثُمَّ تَنَحَّلَ الْيَمِينِ، فَلَا يَقَعُ بِالأُخْرَى شَيْءٌ، وَكَذَا لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ أَوْ كَلَّمْتَ زَيْدًا، فَقَدِمَ الْجِزَاءُ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ، وَ<sup>(٣)</sup> إِنْ كَلَّمْتَ زَيْدًا، فَأَنْتِ طَالِقٌ، أَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ وَإِنْ كَلَّمْتَ زَيْدًا، فَقَدِ كَرَّرَ حَرْفَ الشَّرْطِ، وَذَلِكَ يُوجِبُ تَكَرُّرَ الْجِزَاءِ، فَيَقَعُ الطَّلَاقُ بِأَيَّةِ وَاحِدَةٍ مِنَ الصَّفَتَيْنِ وَوُجِدَتْ، وَإِذَا وَجِدْتَا جَمِيعًا، وَقَعَتْ طَلِقَتَانِ، وَمِنْ هَذَا الْقَبِيلِ مَا إِذَا قَالَ: إِنْ دَخَلْتَ هَذِهِ الدَّارَ، وَإِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ الأُخْرَى، فَأَنْتِ طَالِقٌ.

قال ابن الصَّبَّاحِ وَفِي مَعْنَاهُ مَا إِذَا قَالَ: إِنْ دَخَلْتَ هَذِهِ الدَّارَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، وَإِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ الأُخْرَى أَنْ الْجَوَابَ عَائِدٌ فِي الدُّخُولِ الثَّانِي، وَلَوْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ وَكَلَّمْتَ زَيْدًا، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَلَا بَدَّ مِنْ وَجُودِهِمَا؛ لَوُقُوعِ الطَّلَاقِ، وَلَا يَقَعُ بِهِمَا إِلَّا طَلِقَةٌ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَتَقَدَّمَ الْكَلَامُ أَوْ يَتَأَخَّرَ، وَفِي «التَّمَمَةِ» مَا يَقْتَضِي إِثْبَاتَ خِلَافٍ فِيهِ، لِأَنَّهُ قَالَ: مَنْ جَعَلَ الْوَاوَ لِلتَّرْتِيبِ، فَلَا بَدَّ عِنْدَهُ مِنْ أَنْ يَتَقَدَّمَ الدُّخُولُ عَلَى الْكَلَامِ، وَمَنْ الْأَصْحَابُ مَنْ جَعَلَ الْوَاوَ لِلتَّرْتِيبِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ، فَكَلَّمْتَ زَيْدًا، أَوْ

(١) فِي ز: أَحَدُهُمَا.

(٢) سَقَطَ فِي ز.

(٣) فِي ز: أَوْ.

قال: إن دخلتِ ثم كلّمتِ، فلا بدّ منهما، ويُشترط فتقّدّم الدخول على الكلام، ولو قال: إن دخلتِ الدار، إن كلمت زيدا، فأنتِ طالقٌ، أو قال: أنتِ طالقٌ، إن دخلتِ [الدار] (١) إن كلّمتِ، فلا بدّ منهما، ويشترط تقدم المذكور آخرًا، وهو الكلام على المذكور أولاً، وهو الدخول، لأنه جعل الكلام شرطاً لتعليق الطلاق بالدخول، ويُسمّى ذلك اعتراض الشرط على الشرط، والتعليق يُقبَل التعليق، كما أن التنجيز يُقبَله، ألا ترى أنّه لو قال لعبدته: إن دخلتِ الدار، فأنتِ مدبر، كان ذلك تعليقاً للتدبير بالدخول، والتدبير تعليق العتق، ونظيره قوله تعالى: ﴿وَلَا يَتَفَعَّلُكُمْ نُصْحِي إِنْ أَرَدْتُ أَنْ أُنصَحَ لَكُمْ إِنْ كَانَ اللَّهُ يُرِيدُ أَنْ يُغْوِيَكُمْ﴾ [هود: ٣٤] المعنى إن كان الله يريد أن يغويكم، فلا ينفعكم نصحي، إن أردتُ أن أنصح لكم، ومال الإمام إلى أنه لا يشترط الترتيب ويتعلق الطلاق بحصولهما، كيف اتفق، وقال: إنه ذكر صفتين من غير عاطف، فلا معنى لاعتبار الترتيب، والظاهر الذي ذكره الجمهور الأول، وقالوا: لو كلّمته، ثم دخلت، ثم طلّقت، وإن دخلت، ثم كلّمته، لم تُطلّق، وفي «التتمة» أن تنحل اليمين حتى لو كلمته، ودخلت بعد ذلك، لم تُطلّق؛ لأن اليمين تنعقد على المرّة الأولى، ولا فزق بين أن تكون صيغة الشرط في الصفتين [إن] أو غيرهما، ولا بين أن تتحد (٢) فيهما (٣) الصيغة، أو تختلف، حتّى لو قال: أنتِ طالقٌ إذا دخلتِ إن كلّمتِ، أو قال: إن دخلتِ إذا كلّمتِ، وبالعكس، أو قال متى كلّمتِ كان الجواب كذلك، ولو قال: إن أعطيتكِ إن وعدتكِ إن سألتيني، فأنتِ طالقٌ، فيُشترط أن يوجد السؤال منها، ثم الوعد منه، ثم العطية، والمعنى: إن سألتيني، فوعدتكِ، فأعطيتكِ، فأنتِ طالقٌ، وذكر صاحب «المهذب» أنه لو قال: إن سألتيني إن أعطيتكِ، إن وعدتكِ، فأنتِ طالقٌ، فيُشترط أن يوجد السؤال، ثم الوعد ثم العطية؛ لكن قضية ما تمهّد أن يشترط وجود الوعد، ثم العطية، ثم السؤال، والمعنى إن سألتيني، وأعطيتكِ، إن وعدتكِ، فأنتِ طالقٌ، وكأنه صوّر رجوع الكل إلى مطلوب واحد، ولم ير للموعد معنى بعد العطية، ولا للسؤال معنى بعد الوعد والعطية، فأولّه على ما ذكره، فهذا بيان الاحتمال الذي مال إليه الإمام، والظاهر الذي عليه الاعتماد ممّن جرى على هذا الظاهر، وأورده أبو عبد الله القطان، ذكره في المطارحان، ووراءهما شيء ثالث غريب، وهو أنه يُشترط وجود المذكور أولاً، وهو الدخول في المثال المذكور، حتّى لو كلّمت زيدا ثم دخلتِ الدار، لم يقع الطلاق، كذلك رأيت الجواب فيما جُمع في فتاوى القفال، وجعله بمثابة قوله: «إن دخلتِ الدار، فأنتِ طالقٌ، إن كلّمت زيدا» وأما لفظ الكتاب فإنه صوّر المسألة فيما إذا

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: منها.

(٣) في ز: يتخذ.

قدّم شرط الكلام، فقال: «إن كَلِمَتِ زَيْدًا، إن دَخَلَتِ الدارَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ»، على خلاف التصوير الذي ذكرناه، ومعلوم أن الجواب في مثل ذلك يختلف باختلاف التصوير، فعلى المشهور يُشترط ها هنا تقدّم الدخول، فإذا دَخَلَتْ تَعَلَّقَ طَلاقُها بالكلام، والذي ذكر في الكتاب أنها إذا<sup>(١)</sup> كَلِمَتِ أولاً، تَعَلَّقَ طَلاقُها بالدخول ينطبق على ما حَكَيْنَا عن فتاوى القُفَّال، لكنه لم يُرد ذلك؛ لأنه صَوَّرَ في «البسيط» فيما إذا قال: إن دَخَلَتِ الدارَ، إن كَلِمَتِ زَيْدًا، فَأَنْتِ طَالِقٌ، وأجاب بالجواب المشهور، فالذي اتَّفَقَ ها هنا محمولٌ على سبق القلم، فإما أن يعتبر قوله: «إن كَلِمَتِ إن دَخَلَتِ» بالتقديم والتأخير، ويترك الجواب بحاله وإما أن يُجْعَلَ الجواب إذا دَخَلَتِ ولا يعلِّق طَلاقُها بالكلام، ويترك التصوير بحاله.

فروع: لو قال: إن دَخَلَتِ الدارَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، إن كَلِمَتِ زَيْدًا، فهذا يحتمل أن يراد به أنها إذا دَخَلَتِ الدارَ، تَعَلَّقَ طَلاقُها [بالكلام] وقد يراد به أنها إذا كَلِمَتِ تَعَلَّقَ طَلاقُها [بالدخول، فيراجع ويحكم بموجب تفسيره.

ولو قال: إن كَلِمَتِ زَيْدًا وعمراً أو بكرةً مع عمرو، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فإنما يقع الطلاق، إذا كَلِمَتِ زَيْدًا وعمراً، وأظْهَرَ الوجهين أَنَّهُ يُشترط كَوْنُ بَكْرٍ مع عمرو وقت الكلام معه، كما لو قال: إن كَلِمَتِ فلاناً، وهو راكب.

قال: أبو سعد المتولّي، وفي كلام البغداديين إذا أراد أحدهم أن يعلِّق طَلاق امرأته بالدخول، يقول: أَنْتِ طَالِقٌ، لا دَخَلَتِ الدارَ، كما يقول الحالف: والله، لا دَخَلَتِ الدارَ، والمعنى: إن دَخَلَتِ الدارَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، وعلى هذه العادة.

قال ابن الصبَّاح: إذا قال: أَنْتِ طَالِقٌ، لا كَلِمَتِ زَيْدًا وعمراً وبكرةً، فإن كَلِمَتِهِمْ، طَلَّقَتْ، وإن كَلِمَتِ بَعْضَهُمْ، لم تُطَلِّقْ، ولو قال لا كَلِمَتِ زَيْدًا ولا عمراً ولا بكرةً، فَأَيُّهِمْ كَلِمَتُهُ، طَلَّقَتْ. ذكر ابن سريج أَنَّهُ لو قال: أَنْتِ طَالِقٌ، إن كَلِمَتِ زَيْدًا حتى يدخل عمرو الدار أو إلى أن يدخل، فالغاية تتعلق بالشرط، لا بنفس الطلاق، والمعنى إن كَلِمَتِ زَيْدًا قبل دخول عمرو، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فإنما تُطَلِّقُ إذا كَلِمَتِهِ قبل قدومه.

المسألة الثالثة: إذا قال لأربع نسوة تحته: أربعن طوالقُ إلا فلانة، أو إلا واحدة على الإبهام.

فعن القاضي الحُسَيْن، وهو المذكور في التتمة: أنه لا يصحُّ هذا الاستثناء، ويطلِّقن جميعاً، ووجهه بسبين.

أحدهما: قال في «التتمة» لأن الأربعة ليست صيغة عموم، وإنما هي اسم خاص لعدد خاص، فقوله: «إلا فلانة» رَفَع للطلاق عنها بعد التنصيص عليها، فكان كما لو قال: أنتِ طالقٌ طلاقاً لا يقع عليكِ، وقضية هذا الوجه ألا يصح الاستثناء عن الأعداد في الإقرار في الطلاق أصلاً؛ لأنها جميعاً أسماء خاصة لتلك الأعداد ومعلوم أنه ليس كذلك.

والثاني: وهو المذكور في الكتاب: أن الاستثناء من المعين يعتاد، وإنما المعهود الاستثناء من الطَّلقات، وقد يقوي ذلك بأن للإشارة أثراً ظاهراً في تثبيت الكلام، وتقديره، ولهذا يضعف وبأن الإمام حَكَى عن القاضي أنه لو قال: أربَعُكُنْ إلا فلانة طوالتُ، يصحُّ الاستثناء، وادعى أن هذا معهودٌ، وذلك غير معهود [وهذا كلام كما تراه وقد حكينا في الإقرار أن الاستثناء صحيح من المعينات على الصحيح] ويستوي في الوجهين الإقرار والطلاق.

وقوله في الكتاب «كما لو قال: هؤلاء الأربعة لفلان إلا هذا الواحد لم يصحَّ» ظاهره يُشعر باتخاذها أصلاً مفروغاً عنه، وليس كذلك، ولم يذكره الإمام هكذا، لكن قال: لعلَّ القاضي يقول بأنه لم يصحَّ هذا الاستثناء، وبالظاهر أجاب في «باب الإقرار» على ما قدّمناه، ويجوز أن يعلم قوله: «لم يصح» بالواو.

فزع: لو قال: أنتِ، هكذا، وأشار بأصابعه الثلاث، ففي «فتاوى الفقهاء»، أنه إن نوى بقلبه الطلاق، طَلَّقت ثلاثاً، والإشارة صريحة في العدد، وإن لم ينو أصل الطلاق لم يقع شيء، كما لو قال: [أنتِ] ثلاثاً، ولم ينو بقلبه الطلاق، وقال غيره: يُحتمل أن لا يُجعل هذا كناية، لأن اللفظ لا يُشعر بالطلاق<sup>(١)</sup> بحال والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ قِيلَ لَهُ: أَطَلَّقتَ زَوْجَتَكَ أَسْتَحْبَاراً؟ فَقَالَ: نَعَمْ كَانَ إِقْرَاراً، وَإِنْ كَانَ لِإِتْمَاسِ الْإِنْشَاءِ فَهُوَ صَرِيحٌ فِي قَوْلٍ، وَكِنَايَةٌ فِي قَوْلٍ، وَلَوْ قَالَتْ: (مرا طلاق ده) فَقَالَ: (دا زم) فَيَصِيرُ الْخِطَابُ مَعْتَاداً فِيهِ وَيَكُونُ صَرِيحاً عَلَى وَجْهِ، وَلَوْ قَالَ الدَّلَالُ لِيَانِجِ الْمَتَاعِ: بَعْتُ؟ فَقَالَ: نَعَمْ لَمْ يَكُنْ هَذَا خِطَاباً مَعَ الْمُشْتَرِي، وَلَوْ قِيلَ لَهُ: أَلَيْكَ زَوْجَةٌ؟ فَقَالَ: لَا فَهُوَ صَرِيحٌ فِي الْإِقْرَارِ، وَقِيلَ: كِنَايَةٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا قِيلَ لَهُ عَلَى سَبِيلِ الْأَسْتَحْبَارِ: أَطَلَّقتَ زَوْجَتَكَ أَوْ<sup>(٢)</sup> فَارَقْتَهَا، أَوْ

(١) سقط في ز.

(٢) قال النووي: هذا الثاني أصح، ويوافقه ما قطع به صاحب «المهذب» فقال: لو قال: أنتِ، وأشار بأصابعه الثلاث، ونوى الطلاق، لا يقع؛ لأنه ليس فيه لفظ طلاق، والنية لا يقع بها طلاق من غير لفظ.

(٣) في ز: و.



زوجتك طالق، فقال: نعم كان ذلك إقراراً منه بالطلاق، فإن<sup>(١)</sup> كان كاذباً، فهي زوجته في الباطن، ولو قال: أردتُ الإقرار بطلاقٍ سابقٍ، وقد راجعتها، صدق، وإن قال: أبنيتها، وجددتُ النكاح، فعلى ما ذكرنا فيما إذا قال: أنتِ طالقٌ أمس، أو في الشهر الماضي، وفسره، بذلك، ولو قيل له ذلك على سبيل التماس الإنشاء فإن قال في الجواب: نعم، طَلَّقْت، ولا إشكال في وقوع الطلاق، وإن اقتصر على قوله «نعم»، فقولان:

أحدهما: أنه كناية لا يقع الطلاق به إلا بالنية؛ لأنه لم يلفظ بالطلاق، وما في معناه.

والثاني: ويحكى عن الإملاء واختيار المزني: أنه صريح؛ لأن السؤال يعود في الجواب، وقد جرى اللفظ الصريح في السؤال، فكأنه قال نعم، طَلَّقْت، ولهذا كان صريحاً في الإقرار حتى لو قال القاضي للمدعى عليه: أعلِّيك المال الذي يدعيه، فقال: نعم، كان مقراً، قال الأئمة: والقولان مبنيان على أنه إذا قال الولي: زوجتك ابنتي، فقال: قبلتُ، ولم يقل نكاحها، هل يصح النكاح، وقضية هذا البناء ترجيح قول الكناية، لكن ابن الصباغ والقاضي الروياني رجحا كونه صريحاً، ومنهم من لا يذكر غيره، وفي كلام بعض النقلة، إثبات الخلاف على الإطلاق من غير فرق بين قصد الاستخبار والتماس الإنشاء، حتى لا يكون قوله «نعم» في صورة الاستخبار صريحاً في الإقرار على قول، فيجوز أن يعلم لذلك قوله: «كان إقراراً» بالواو، والظاهر التفصيل كما بيَّناه، ولو قيل له: ألك زوجة؟ فقال: لا فعن «الإملاء»: أنه لا يقع به الطلاق، وإن نوى، وإنما هو كذب محض، وهذا ما أورده كثير من الأصحاب، ولم يجعلوه إنشاءً، ولا بأس لو فرق بين أن يكون السائل مستخبراً أو ملتمساً بإنشاء الطلاق، كما في الصورة السابقة؛ لأننا ذكرنا في كنايات الطلاق أنه لو قال مبتدئاً: لست بزوجة لي، كان كناية على الظاهر، وذكروا وجهين، في أنه صريح في الإقرار أو كناية.

أحدهما: وبه قال القاضي الحسين: أنه صريح، كما لو ادعت أنك نكحتني فأنكر، يحكم بأنه لا نكاح بينهما، ولو رجع، وأدعى الزوجية، لم يُقبل، وأشبههما أنه كناية<sup>(٢)</sup> فيه؛ لجواز أن يريد نفي فائدة الزوجات؛ لما بينهما من سوء العشرة، وهذا ما أورده في «التَّهذِيب» قال: ولها تحليفه أنه لم يرد طلاقها.

(١) في ز: فإنما.

(٢) قال في الخادم: الراجح أنه كناية وقد رجحه النووي رحمه الله في تصحيح التنبيه وجزم به الشيرازي في المهذب فقال: يقع إذا نواه، وجزم به الروياني في البحر في الفروع المنتهية إلى آخر ما ذكره.

ولو قال قائلٌ مشيراً إليها، هذه زوجتكَ فقال: لا، فهذا أظهر في كونه إقراراً بالطلاق، ولو قال (مر اطلاق ده)<sup>(١)</sup> فقال الزوج: (دا دم)<sup>(٢)</sup> فهو صريح في إيقاع الطلاق أو كناية؟ فيه مثل هذين الوجهين، قال القاضي: هو صريحٌ يعود الخطاب في الجواب، ونُظِم الكتاب يقتضي ترجيحه.

وقال غيره: هو كناية، وهو الأشبه وعن طريقة القاضي أنه لو قيل له: (طلاق زن داده اي)<sup>(٣)</sup> فقال: (دادم)<sup>(٤)</sup>، فهو إقرار بالطلاق، ولو قال: (دادم)<sup>(٥)</sup>، لم يقع به الطلاق، وفي «فتاوى القفال»: أنه لو قيل له (زن طلاق دادی)<sup>(٦)</sup> فقال: (داده)<sup>(٧)</sup> فهو إقرار بالطلاق، وليكن هذا فيما إذا كان القائل مستخبراً، فإن قول القائل بالعجمية (زن اطلاق دادی)<sup>(٨)</sup>، يصلح للاستخبار ولالتماس الإنشاء، فأما قوله (زن طلاق داده اي)<sup>(٩)</sup> فهو صريح في الاستخبار.

ولو قيل له: (زن طلاق)<sup>(١٠)</sup> فقال: نَعَمْ أو قيل: (زن دادی)<sup>(١١)</sup> فقال: (دادم)<sup>(١٢)</sup> لم يكن ذلك إيقاعاً، قاله القفال، وأورد صاحب الكتاب في خلال هذه الصورة صورةً هي من جنسها، وإن لم تتعلق بالطلاق؛ اقتداءً بالإمام، والصورة ما إذا قال الدلال لبائع المتاع: بغت هذا من فلان بكذا؟ فقال: نعم، قال الإمام وصاحب الكتاب: إنه جواب للدلال، وليس هذا خطاباً مع المشتري، ويمثله أجاباً فيما إذا قال: بغت، ولم يذكر الثمن، ولم يأت بما يصلح أن يجعل ابتداءً خطاب مع المشتري، والحاصل بأنهما قالاً إنه لا ينقعد البئع بذلك، وإن قيل المشتري، ونحن قد حكينا في صيغ البئع وجهين في انعقاد البيع، سواء قال: نعم أو قال: بغت، وقبل المشتري، وحكينا في مثل ذلك وجهين في النكاح، وبيئاً أن الأظهر عند الأئمة فيهما الانعقاد، ولو فرق بين البيع و [بين] النكاح، فجعل الأظهر في النكاح المنع؛ لأنه لم يُصرح بأنه زوج منها كان ذلك مناسباً، لما قيل فيما إذا قال: زُوِجْتُهَا مِنْكَ، فقال: قَبِلْتُ، ولم يقل نكاحها، ويجوز أن يعلم؛ لما ذكرنا قوله «لم يكن هذا خطاباً مع المشتري» بالواو.

فَرَعٌ: إذا قيل له أطلق زوجتكَ؟ فقال: قد كان بغض ذلك، لم يجعل ذلك إقراراً بالطلاق، لأنه ربما جرت بينهما مخاصمةً، وملاحةً، وسؤال طلاق من جهتها، أو

- |  |   |
|--|---|
| (١) جملة فارسية معناها: طلقني.         | (٢) كلمة فارسية معناها: فعلت.           |
| (٣) جملة فارسية معناها: أطلقت المرأة؟. | (٤) كلمة فارسية معناها: لقد فعلت.       |
| (٥) يعني: فعلت.                        | (٦) جملة فارسية معناها: أطلقت المرأة؟.  |
| (٧) كلمة فارسية معناها: فعلت.          | (٨) جملة فارسية معناها: أوقع الطلاق؟.   |
| (٩) جملة فارسية معناها: أوقع الطلاق!؟. | (١٠) جملة فارسية معناها: المرأة طالقت؟. |
| (١١) جملة فارسية معناها: أفعلت!؟.      | (١٢) كلمة فارسية معناها: فعلت.          |

وعده بالطلاق من جهته، أو تعليق طلاق، ومثل ذلك يصحح مثل هذا اللفظ، فإن فسر بشيء من ذلك، قبل وأن كان السؤال [كان]<sup>(١)</sup> عن ثلاث، ففسر بواحد وإن كان عن أو اثنتين، قبل، وإن لم يُفسر بشيء قال في «التتمة»: إن السؤال عن ثلاث لزمه الطلاق [وإن كان عن واحدة] واحدة لم يلزمه شيء؛ لأن الطلقة الواحدة، لا بغض لها، والأصل أن لا طلاق في واحد من الطرفين نظر<sup>(٢)</sup> لا يخفى.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ عَلِقَ طَلَّاقُهَا بِتَمْيِيزِ النَّوَاءِ الَّتِي أَكَلَتْهَا عَمَّا أَكَلَهُ فَبَدَّدَتْ بَرَّتْ إِذَا لَمْ يَكُنْ نَيْتُهُ التَّفْرِيقَ، وَلَوْ عَلِقَ طَلَّاقُهَا عَلَى ابْتِلَاعِ تَمْرَةٍ فِيهَا وَعَلَى الْقَذْفِ وَالْإِنْسَاكِ بَرَّتْ بِأَكْلِ النَّصْفِ، وَلَوْ عَلِقَ بِالْتَّزْوِيلِ مِنَ السُّلْمِ وَبِالصُّعُودِ وَالْوُقُوفِ تَخَلَّصَتْ بِالطَّفْرِةِ وَبِالْحَمْلِ وَالانْتِقَالِ إِلَى سُلْمٍ آخَرَ، وَلَوْ عَلِقَ بِأَكْلِ رُمَانَةٍ أَوْ رَغِيفٍ تَخَلَّصَتْ بِتَرْكِ حَبَّةٍ مِنَ الرُّمَانَةِ وَقَتَاتٍ مِنَ الرَّغِيفِ، وَمَهْمَا كَانَ لِلْفِظَةِ مَفْهُومٌ فِي الْعَرْفِ وَوَضِعٌ فِي اللِّسَانِ فَعَلَى أَيِّهِمَا يُحْمَلُ فِيهِ تَرَدُّدٌ وَالتَّحْقِيقُ أَنَّ ذَلِكَ لَا يُضْبَطُ بِلِ تَارَةٍ يُرْجَحُ الْعَرْفُ وَتَارَةَ اللُّغَةِ، وَيَخْتَلِفُ ذَلِكَ بِاخْتِلَافِ دَرَجَاتِ الْعَرْفِ وَظُهُورِ اللَّفْظِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: هذه صورة يتلطف فيها للتحرز من الحث بضرب من الحيلة، وهي أربع إحداها إذا أكل الزوجان تَمْرًا أو مشمشًا وخالطوا النَّوَى، ثم قال إن لم تميزي نوى ما أكلت عن نوى ما أكلت، فأنبت طالق، أو خلطت دراهمها بدراهمه، فقال: إن لم تميزي دراهمك عن دراهمي، فأنبت طالق قال الأصحاب: يَحْصُلُ الْخَلَاصُ عَنِ الْحَيْثُ بِأَنْ تَبْدِدَهَا؛ بِحَيْثُ لَا يَلْتَقِي مِنْهَا اثْنَانِ؛ فَإِنِهَا إِذَا فَعَلَتْ ذَلِكَ، فَقَدْ مَيَّزَتْ، نعم، لو أراد التمييز الذي يحصل به التنصيص والتعيين لم يَحْصُلُ الْخَلَاصُ بِذَلِكَ، قال الإمام: هذا اللَّفْظُ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ يَتْبَادِرُ إِلَى الْفَهْمِ مِنْهُ التَّعْرِيفُ وَالتَّعْيِينُ، فَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يُحْمَلَ اللَّفْظُ عَلَيْهِ، فَإِنْ أَرَادَ مُقْتَضَى الْوَضْعِ فِي اللَّغَةِ، فَيَبْقَى تَرَدُّدٌ فِي أَنَّهُ هَلْ، يَزَالُ الظَّاهِرُ لِلْإِطْلَاقِ وَالْأَشْبَهُ أَنَّهُ يَزَالُ، فَيُمْكِنُ أَنْ يَعْلَمَ لِهَذَا قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ «إِذَا لَمْ يَكُنْ نَيْتُهُ التَّفْرِيقُ»؛ لِأَنَّ عَلَى مَا ذَكَرَهُ الْإِمَامُ لَا يَحْصُلُ الْبُرُّ بِذَلِكَ، إِذَا لَمْ يَنْوِ التَّعْرِيفَ، وَإِنَّمَا تَحْصُلُ الْبَيْنُونَةُ إِذَا نَوَى مَعْنَى اللَّفْظِ بِالْوَضْعِ، وَهُوَ الْفَضْلُ وَالتَّفْرِيقُ.

قال في «الوسيط» كان الأصحاب اكتفوا بوضع اللغة، إذا لم تكن نية، وقوله في الكتاب «ولو علّق طلاقها بتمييز النواة التي أكلتها» أي نواة التمر أو التمرة التي أكلتها،

(١) سقط في ز.

(٢) قال النووي: الصواب أنه لا يقع شيء، إلا أن يعرف به، سواء سئل عن ثلاث أو مطلقاً؛ للاحتتمالات المذكورة مع الأصل.

ثم المراد بعد من التمييز، فإن التصوير فيما إذا قال: لم تُمَيِّزِي، على ما بيَّناه.

الثانية: في فمها تمرّة، فقال لها الزوج: إن ابتلعتها، فأنت طالق، وإن قَدَفْتِهَا، فأنت طالق، وإن أمسكتها، فأنت طالق، فيحصل الخلاص عن الحنث فيها جميعاً؛ بأن تأكل نصفها، وتقذف النصف، وهذا إذا وقع التعليق بالإمساك آخرًا، وكما تَمَّتْ التعاليق، يخصل أكل النصف، فأما إذا وَقَعَ مَكْثٌ، فقد حَصَلَ الإِمْسَاكُ، ولو عَلِقَ بالإمساك أولاً، وأكلت النصف بعد تمام الأيمان، كان حائثاً في يمين الإمساك، ولو قال: إن أكلتها، فأنت طالق، وإن لم تأكلها، فأنت طالق، فلا تتخلص بأكل النصف بل يَقَعُ الطَّلَاقُ المعلق على عَدَمِ الأكل، وإذا عَلِقَ الطَّلَاقُ بالأكل، ففي الحنث بالابتلاع وجَّهان أوردهما: صاحب «التتمة».

والأظهر المنع؛ لأنه يصح أن يقال ابتلع وما أكل.

الثالثة: كانت تصعد سلماً فقال لها: إن نزلت، فأنت طالق، وإن صعدت، فأنت طالق، وإن وقفت فأنت طالق، فيحصل الخلاص بالطرفة إن أمكنتها، وبأن تحمل، فيصعد بها، أو ينزل، وينبغي أن يكون الحَمْلُ بغير أمرها وبأن تَضِجَ السُّلْمُ على الأرض، وهي عليه، فتقوم من موضعها، وبأن يكون تحته سُلْمٌ آخَرُ، فينتقل إليه، وإن مَضَى في نَصْبِ سُلْمٍ آخَرَ زَمَانٍ، فيحنث في يمين الوقوف.

الرابعة: قال: إن أكلت هذه الرمانة وإن أكلت رمانة، فأنت طالق، فأكلتها إلا حبة، لم يحنث.

قال الإمام: وقد يقول القائل في العُزْفِ: أكلت رمانة، وإن فاتته حبة، لكن من قال: إنَّه لم يأكل الرمانة لا يُعَدُّ حائراً على ظاهر الكلام، فإذا العُزْفُ متردّد، والوضع يقتضي ألا تطلق، فلا وجه للحكم بوقوع الطلاق.

ولو قال: إن أكلت هذا الرغيف، فأكلته إلا فتاتاً، فعن القاضي: أنها لا تطلق كما في حبة الرمان، وفصل الإمام؛ فقال: إن بقيت قطعة تُحَسُّ، ويحصل لها مَوْقِعٌ، فهي كالحبة من الرمان، وربما ضَبِطَ ذلك بأن يسمى قطعة خبز وأما ما يَدُقُّ مُدْرَكُهُ، فلا يَظْهَرُ به أثر في بَرِّ ولا حنث.

قال: وهذا مقطوع به عندي في حُكْمِ العُزْفِ، والوجه تنزيل المُطَلَّقِ على هذا التفصيل، والله أعلم.

وهذه صورة أخرى من هذا الطور<sup>(١)</sup>: لو قال: إن لم تخبريني بعدد حبات هذه

(١) في ز: الطراز.

الرمانة قبل كسرها، فأنت طالق أو قال: إن لم تخبريني بعدد ما في هذه البيت من الجوز اليوم، فأنت طالق، أو قال: إن لم تذكر لي ذلك، وقد يضيق الوقت، ولا يتأتى الوقوف عليه، قال الأصحاب: يحصل الخلاص بأن تبتدىء من عدد تستيقن أن الحبات أو الجوز في البيت، لا ينقص عنه، وتذكر الأعداد بعدها على الولاء؛ بأن تقول: مائة مائة وواحد مائة واثنان، وهكذا إلى أن تنتهي إلى العدد الذي تستيقن أنه لا يزيد عليه، فتكون مخبرة عن ذلك العدد وذاكرة له، وهذا إذا لم يقصد التعيين والتعريف، وإلا فلا يحصل البر، كما ذكرنا في الصورة الأولى، [وتكلم الإمام<sup>(١)</sup>] ها هنا بيثل كلامه هناك، لأن المتبادر إلى الفهم من مثله التعريف والتعيين، وفي معنى هذه الصورة ما إذا أكل ثمرأ، ثم قال: إن لم تخبريني بعدد ما أكلت طالق، وكما إذا اتهمها بسرقة، فقال: إن لم تضدقيني في حال هذه السرقة، فأنت طالق، فقالت: سرقت وما سرقت قالوا: إنه لا يحنث، لأنها صادقة في أحد الخبرين.

ولو كان الزوجان جالسين، فوقع حَجْرٌ من السطح فقال: إن لم تخبريني بأن هذا الحَجْر من رماه، فأنت طالق، ففي «فتاوى القاضى الحسين»: «أنها إن قالت: رماه مخلوق، لم يقع الطلاق، ويجيء، فيه كلام الإمام للعرف، وإن قالت: رماه آدمي، وقع لجواز أنه رماه كلب أو ربح، فقد وجد سبب الحنث، وشككنا في المانع، وشبهه بما إذا قال: أنت طالق إلا أن يشاء زيد اليوم<sup>(٢)</sup> فمضى اليوم، ولم يعلم مشيئته، فإنما نحكم بوقوع الطلاق على اختلاف فيه.

ولو قال: من لم تخبرني بعدد ركعات الصلوات المفروضة في اليوم واللييلة منكن، فهي طالق، قال لثلاث نسوة، فقالت واحدة سبع عشرة، وثانية: خمس عشرة، وثالثة: إحدى عشرة، لم تطلق واحدة منهن؛ الأول في غالب الأحوال، والثاني يوم الجمعة، والثالث في حق المسافر، كذلك أورده صاحب «التتمة» ونقله القاضى الحسين أيضاً، ونقل أنه لو قال لزوجته [أكرمن فرد اهمه ديناراد ركار توبهم توهسته اى]<sup>(٣)</sup> فالطريق أن يضع المصحف في حجرها؛ لأن ما في الدنيا موجود فيه على ما قال تعالى جدّه: ﴿وَلَا رَطْبٌ وَلَا يَابِسٌ إِلَّا فِي كِتَابٍ مُّبِينٍ﴾ [الأنعام: ٥٩] وفيه توقّف.

وأنه لو قال: كل كلمة كلمتني بها إن لم أقل مثلها، فأنت طالق، فقالت المرأة أنت طالق ثلاثاً، فيبغى أن يقول: أنت تقولين أنت طالق ثلاثاً أو يقول: أنت طالق ثلاثاً عن وثاق، وإذا قالت الزوجة: إذا قلت لك: طلقني ما تقول؟ فقال: أقول: طلقتك، لا

(١) في ز: ويحكم الكلام.

(٢) سقط في ز. جملة فارسية معناها: إذ جاء الغد وأمرك على حاله مرتبك، فأنت طالق.

يقع الطلاق؛ لأنه يُخْبِر عما يُفَعَل في المستقبل. ولو كان في يدها كوز ماءً، فقال: إن قلبت هذا الماء، فأنتِ طالقٌ، وإن تركتِه فأنتِ طالقٌ، وإن شربتِه أو غيرك، فأنتِ طالقٌ، فيُخْصَلُ الخلاص؛ بأن تضع فيه خرقة فتبلها به.

ولو كانت في ماء جار، فقال لها: إن مكثت فيه، فأنتِ طالقٌ وإن خرجت منه، فأنتِ طالقٌ، قال الأصحاب لا تُطَلِّق مكثت أو خرجت؛ لأن ذلك الماء قد فارقها، بجريانه ويجيء فيه ما ذكره الإمام للعُزْف، وإن كان الماء راكداً، فالطريق أن يحملها إنساناً في الحال، ولو قال إن لم تُعْدي الجوز الذي في هذا البيت اليوم، فأنتِ طالقٌ، فقد حَكَى الإمام في طريق البرِّ وجهين:

أحدهما: أنها تأخذ من عدد تستيقنه وتزيد عليه واحداً بعد واحد، حتى تنتهي إلى العدد الذي تستيقن أنه لا يزيد عليه، كما ذكرنا فيما إذا قال: إن لم تخبريني عن عدده.

والثاني: يلزم أن تبتدىء من الواحد وتزيد حتى تنتهي إلى الاستيقان، قال: واكتفوا على الوجهين بذكر اللسان، ولم يعتبروا تولي العد، ولست أرى الأمر كذلك، فإن من جَلَس بعيداً عن البيت الذي فيه، الجوز، وأخذ يذكر الأعداد، لا يُسَمَّى عادداً، نعم، لو كان يرمق الواحد بعد الواحد، ويضبط، فهذا يُقَام مقام الفعل باليد ويعد عدداً، وأما قوله في الكتاب «ومهما كان لفظه مفهوماً في العرف، ووضع في اللسان فعلى أيهما يُخْمَل؟ [فيه تردد]»<sup>(١)</sup> فهو إشارة إلى أصل، بنى هذه الصور وأجناسه عليه، والمقصود أنه لا بُد من النظر في مثل هذه التعليقات في وضع اللسان، وفيما يتبادر إلى الفهم معها في العُزْف الغالب، فإن تطابقت الوُضْع والعرف، فذاك، وإن اختلفا، وكان المفهوم في العُزْف منه شيئاً، وحقبة الوُضْع شيئاً آخر، فالاعتبار للوضع أو العرف؟ فيه طريقتان، كلام الأصحاب يميل إلى اعتبار الوضع، واستحب الإمام اتباع العُزْف، وساعده صاحب الكتاب، وذكّر كما ذكرنا في قوله إن لم تميزي نوى ما أكلت عن نوى ما أكلت فإن حقيقته بالوُضْع الفعل والتفريق، والمفهوم منه في العرف الغالب التعيين، وردد مثل ذلك في صور أخرى، ثم بيّن بقوله: «والتحقيق أن ذلك لا يضبط» أنه لا يمكن ترجيح أحد الجانبين، وإدارة الحُكْم عليه على الاطراد والإطلاق، ولكن تختلف الحال فيه باختلاف العُزْف اطراداً أو اضطراباً، ويكفيه دلالة اللَّفْظ على المَعْنَى قوةً وضعفاً؛ فقد يقوى العرف، ويترجح، فيقتضي هجران الوُضْع، وقد يضطرب، فيؤخَذ بمقتضى الوضع، وعلى الناظر التأمل والاجتهاد فيما يستقبله، والله<sup>(٢)</sup> الموفق.

قَالَ الْعَزَائِيُّ: وَلَوْ قَالَتْ: يَا خَسِيسُ فَقَالَ: إِنْ كُنْتُ كَذَلِكَ فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَإِنْ قَصَدَ

(١) سقط في ز.

(٢) في أ: أعلم.

المُكَافَأَةُ طُلِّقَتْ بِكُلِّ حَالٍ، وَإِنْ لَمْ يَقْصِدْ فَلَا تُطَلَّقُ إِلَّا بِوُجُودِ الْخِيسَةِ، وَإِنْ أَطْلَقَ فَالْمَرْفُ يَقْضِي بِأَنْ يُحْمَلَ اللَّفْظُ عَلَى الْمُكَافَأَةِ فَقَدْ تَرَدَّدَ اللَّفْظُ وَالصَّبِيغَةُ لِلتَّعْلِيْقِ وَهُوَ أَوْلَى هَهُنَا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: هذه الصورة مثال لتعلقات<sup>(١)</sup> تجري في المخاصمة والمشاتمة بين الزوجين، وموضعهما في الأغلب إذا واجهت المرأة زوجها بمكروه، وأسمعته قبيحاً فيقول الزوج على سبيل المكافأة: إِنْ كُنْتُ كَذَلِكَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، يريد أن يغيظها بالطلاق، كما غاظته بالشتم وإسماع المكروه، وكأنه يقول: تزعمين أنني كذا، فأنتِ طالقٌ إذن فإذا قالت له: يا خسيس، فقال: إِنْ كُنْتُ كَذَلِكَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، نُظِرَ، إِنْ أَرَادَ الْمُكَافَأَةَ، كَمَا أَوْضَحْنَاهَا، طُلِّقَتْ، سَوَاءَ كَانَ خَسِيساً أَوْ لَمْ يَكُنْ، وَإِنْ قَصَدَ التَّعْلِيْقَ، لَمْ تُطَلَّقْ إِلَّا بِوُجُودِ الْخِيسَةِ كَمَا هُوَ سَبِيلُ التَّعْلِيْقَاتِ قَالَ أَبُو الْحَسَنِ الْعَبَّادِيُّ: الْخَسِيسُ مَنْ بَاعَ دِينَهُ بِدُنْيَاهُ وَأَخْسَ الْأَخْسَاءِ مَنْ بَاعَ دِينَهُ بِدُنْيَا غَيْرِهِ، وَيُشْبِهُ أَنْ يُقَالَ: الْخَسِيسُ فِي الْعَرَفِ، مَنْ يَتَعَاطَى مَا لَا يَلِيْقُ بِحَالِهِ؛ لَشِدَّةِ الْبُخْلِ، فَإِنْ وَقَعَتِ الصِّفَةُ الْمَذْكُورَةُ فِي مَحَلِّ الْإِشْكَالِ، وَكَثِيراً مَا يَتَّفِقُ ذَلِكَ فِي أَنْوَاعِ الشَّتْمِ وَالْإِيذَاءِ، فَالْأَصْلُ أَنْ لَا طَلَّاقَ، وَإِنْ أَطْلَقَ اللَّفْظُ، وَلَمْ يَقْصِدْ الْمُكَافَأَةَ، وَلَا حَقِيقَةَ التَّعْلِيْقِ، جَرَيْنَا عَلَيَّ حَقِيقَةَ اللَّفْظِ، وَهِيَ التَّعْلِيْقُ، فَإِنْ عَمَّ الْعَرَفُ بِالْمُكَافَأَةِ كَانَ عَلَى الْخِلَافِ الَّذِي سَبَقَ فِي أَنَّهُ يَرَاعِي وَضْعَ اللَّفْظِ أَوْ الْعَرَفِ، وَالْأَصْحَحُ، وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي «التَّئْمَةِ» أَنَّهُ يَرَاعِي اللَّفْظَ وَلَا يَكَادُ يَطْرُدُ عَرَفَ فِي مِثْلِ ذَلِكَ، وَجَوَابُ الْقَاضِي الْحُسَيْنِ يُوَافِقُ الْوَجْهَ الْآخَرَ، فَإِنَّهُ قَالَ فِي فَتَاوِيهِ: لَوْ قَالَتِ الْمَرْأَةُ لِرُجُوعِهَا (مِرَاز تُوَيْسِكِ دَارِد)<sup>(٢)</sup> فَهِيَ طَالِقٌ، فَظَاهِرُ الْمُكَافَأَةِ، فَيَقَعُ الطَّلَاقُ، فَإِنْ ادَّعَى أَنَّهُ أَرَادَ التَّعْلِيْقَ، صُدِّقَ بِيَمِينِهِ، فَإِذَا حَلَفَ، فَقَالَتِ الْمَرْأَةُ بَعْدَ ذَلِكَ (أَزْتُوَيْسِكِ مِي دَارِم)<sup>(٣)</sup> صُدِّقَتْ، وَوَقَعَ الطَّلَاقُ، قَالَ: وَلَوْ سَكَّتَتْ، وَاخْتَلَعَتْ، ثُمَّ قَالَتْ: كُنْتُ مُسْتَنْكِفَةٌ مِنْكَ، فَالطَّلَاقُ وَاقِعٌ، وَالْخُلْعُ بَاطِلٌ، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهَا؛ لِأَنَّهَا تَسْقُطُ بِذَلِكَ الْخُلْعِ عَنِ نَفْسِهَا، وَلَوْ قَالَتْ يَا سَفِيهٌ، فَقَالَ إِنْ كُنْتُ كَذَلِكَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ فَإِنْ قَصَدَ الْمُكَافَأَةَ، طُلِّقَتْ فِي الْحَالِ، وَإِنْ قَصَدَ التَّعْلِيْقَ، طُلِّقَتْ، إِنْ كَانَ سَفِيهاً، وَإِنْ أَطْلَقَ، فَعَلَى الْخِلَافِ، وَيُمْكِنُ أَنْ يُحْمَلَ السَّفَهَ، عَلَى مَا يُوْجِبُ الْحَجْرَ، وَعَلَى هَذَا نَظَائِرٌ مَا يَقَعُ بِهِ الشَّتْمُ وَالْإِيذَاءُ وَتَكَلَّمُوا فِي كَلِمَاتٍ يَدْخُلُ بَعْضُهَا فِي حَدِّ الْإِفْخَاشِ فِي «التَّئْمَةِ» أَنَّ الْقَوَادِمَ مَنْ يَحْمَلُ الرِّجَالَ إِلَى أَهْلِهِ، وَيُخَلِّي بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ الْأَهْلِ، وَيُشْبِهُ أَنْ لَا يَخْتَصُ هَذَا الْأَسْمَ بِالْأَهْلِ بَلْ هُوَ الَّذِي يَجْمَعُ بَيْنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ بِالْحَرَامِ<sup>(٤)</sup>، وَأَنَّ الْقُرْطَبَانَ

(١) في ز: للتعلقات. (٢) جملة فارسية معناها: علي منك يمين واحدة (طلقة واحدة).

(٣) جملة فارسية معناها: لي عندك واحد.

(٤) قال في الخادم: لا وجه لتخصيص النساء، بل الجمع بين الرجال والمرد كذلك، وكذا بين النساء والنساء المساحقات.

الذي يعرف من يزني بزوجه، ويسكت عليه<sup>(١)</sup>، وأن القليل الحمية الذي لا يَغَار على أهله،<sup>(٢)</sup> ومحارمه، وأن القلاش الذواق الذي يرى أنه يشتري الطعام ليتذوق منه، وهو لا يريد الشراء وأن الديوث من لا يمانع الناس من الدخول على زوجته، وفي «الرقم» للعبّادي أنه الذي يشتري جاريةً تغني للنّاس، وأن البخيل هو الذي لا يُؤدّي الزكاة، ولا يقري الضيف فيما قيل، وأنه لو قيل له: يا زوج الشخبة، فقال: إن كانت امرأتي بهذه الصفة، فهي طالق، فإن قصد التخليص من عارها، وقّع الطلاق، كما لو قصد المكافأة، وإلا فهو تعليق، فيُنظَر، هل هي بالصفة المذكورة<sup>(٣)</sup>، وأنه لو قال لها في الخصومة أئش تكونين أنت؟ فقالت: وأئش تكون أنت؟ فقال: إن لم أكن أنا منك بسبيل، فأنت طالق، ذكر القاضي الحُسَيْن أنه إن قصد به التعليق، لا يقع الطلاق؛ لأنها زوجته، فهو منها بسبيل، وإن قصد المغايظة والمكافأة يقع، والمقصود إيقاع الفرقة وقطع ما بينهما من السبب، وأنها لو قالت لزوجها: أنت من أهل النار، فقال: إن كنت من أهل النار، فأنت طالق، فلا يحكم بوقوع الطلاق، إن كان الزوج مسلماً، لأنه من أهل الجنة في الظاهر، وإن كان كافراً، حكم بوقوع الطلاق، فإن أسلم بعد ذلك بان أنه لم يقع، ولو قالت: يا سفلة، فقال: إن كنت كذلك، فأنت طالق، فلاصحاب أبي حنيفة اختلاف شديد في تفسير هذه اللفظة.

قال إسماعيل البوشنجي: والأولى أن يُقال: هو الذي يتعاطى الأفعال الدنيئة، ويتعوّدها، ولا يقع هذا الاسم على الإنسان بأن يتفق منه نادراً؛ كاسم الكريم السيد في نقيضه، ولا يخفى أن النّظر في تحقيق هذه الأوصاف إنما يُحتاج إليه عند حمل اللفظ على التعليق، فأما إذا كان محمولاً على المكافأة، فيقع الطلاق في الحال، ولا يحتاج إلى هذا النّظر، والكوسج من قل شغّر وجهه مع انحساره عن عارضيه.

وعن أبي حنيفة أنه الذي عدد أسنانه ثمانية وعشرون.

وذكر أبو العباس الرّوياني أن الأحقّق من نقّصت مرتبة أمره وأحواله عن مراتب

(١) قال في الخادم: في «المحيط» للحنفية أنه الذي يقحم رجلاً على امرأته ويصيب منه مالا.

(٢) قال في الخادم: وهذا يسمى القرنان، قال المطرزي في المقرب: القرنان نعت سوء في الرجل الذي لا غيره له.

(٣) قال النووي: القحبة: هي البغي، وهي كلمة مولدة ليست عربية والله أعلم وأنكر في المهمات كونها مولدة.

قال في الخادم: وهو عجيب، فقد ذكر جماعة من اللغويين منهم الصاغاني في العباب وحكاة عن ابن دريد فقال القحبة كلمة مولدة، قال وقال ابن دريد القحبة الفاسدة الجوف إلى آخر ما ذكره.



أمثاله نقصاناً متبايناً بلا مرض ولا سبب<sup>(١)</sup>، وأن الغوغاء: الذي يخالط المفسرين والمنحرفين يخاصم الناس ولا تقية فيه.

ولو قال: إن خرجتِ إلاً بإذني، فأنتِ طالقٌ، فقالت: أنتِ أعظم سجن، فقال إن لم أكن عظيماً، فأنتِ طالقٌ.

قال إسماعيل البوشنجي: لا يجوزُ فيه على قياس المذهب إلاً أحد قولين، إما أن يراعي الصفة، وإما أن يقضي بوقوع الطلاق في الحال، حملاً على طريقة المكافأة، ولو قالت: يا جهودروي فقال: إن كنت كذلك، فأنتِ طالقٌ، وقصد التعليق، قال الإمام: وقع ذلك في الفتاوى، وأكثروا في التعبير، عن هذه الصفة، فقيل هي صُفرة الوجه، وقبل الذلة والخساسة، وكان جوابنا فيه أن المسلم لا يكون على هذا النعت، فلا يقع الطلاق، قال في «الوسيط»: وفيه نظرٌ؛ لأن الحال يتصور وصفاً في المسلم حتى يصدق في تارئة، ويكذب أخرى، وذكر أنه وقع في الفتاوى أن رجلاً قال لزوج ابنته في مخاصمتها: لم تحرك لحيتك، فقد رأيت مثل هذه اللحية كثيراً؟ فقال: إن كنت رأيت مثل هذه اللحية كثيراً، فابنتك طالقٌ، قال وليس المراد المماثلة في الشكل، والصورة وعدد الشعرات، وإنما يُكنى باللحية في مثل هذا الموضع عن الرجولية والفتوة ونحوهما، فإن حُمل اللفظ على المكافأة، وقع الطلاق، وإلا فلا يقع؛ لكثرة الأمثال، وفي «التتمة» أنه إذا نُسب إلى فعل سبب كالزنا، واللواط، فقال: مَنْ فعله مثل هذا فامرأته طالقٌ، وكان ذلك فعله لم يُحكَم بوقوع الطلاق، لأنه لم يوقع الطلاق، إنما غرضه دُم من يفعل ذلك، وكأنه يقول: لا يستحسن إمسك امرأة مجرمة في بيته لا يفعل مثل هذا الفعل.

ولو قال لامرأته زينت أو سرقتِ كذا؟ فقالت: لم أفعل، فقال: إن كنت زينت أو سرقتِ فأنتِ طالقٌ، يحكم بوقوع الطلاق في الحال، لإقراره السابق والله أعلم.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: وَلَوْ عَلَّقَ عَلَى مُخَالَفَتِهَا لِلأَمْرِ ثُمَّ قَالَ: لَا تُكَلِّمِي زَيْدًا فَكَلَّمْتِ لَمْ تُطَلِّقِ لِأَنَّهُ مُخَالَفَةٌ لِلنَّهْيِ، وَهَذَا يُنَازَعُ فِيهِ الْعَرَفُ، وَلَوْ عَلَّقَ عَلَى النَّهْيِ فَقَالَ: قُومِي فَقَعَدْتِ قَبِيلٌ: إِنَّهَا طَلَّقَتْ لِأَنَّ الأَمْرَ بِالشَّيْءِ نَهْيٌ عَن ضِدِّهِ وَهُوَ فَاسِدٌ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ إِلَى حِينٍ أَوْ زَمَانٍ طَلَّقْتِ بَعْدَ لَحْظَةٍ، وَكَذَلِكَ قَالُوا فِي العَضْرِ وَالْحُقْبِ وَهُوَ بَعِيدٌ،

(١) قال النووي: قال صاحب «المهذب» و «التهذيب» في باب كفارة الظهار: الأحق: من يفعل الشيء في غير موضعه مع علمه بقبحه. وفي «التتمة» و «البيان»: أنه من يعمل ما يضره مع علمه بقبحه. وفي «الحاوي»: أنه من يضع كلامه في غير موضعه، فيأتي بالحسن في موضع التبيح، وعكسه. قال أبو العباس ثعلب: الأحق: من لا يتنفع بعقله.

وَلَوْ عَلِقَ عَلَى الضَّرْبِ لَمْ يَخْنَثْ بِالضَّرْبِ مَيْتاً، وَالْمَسُّ بَعْدَ الْمَوْتِ مَسٌّ، وَلَمَسُّ الشَّعْرِ وَالظُّفْرِ لَا يَخْنَثُ، وَالْقُدُومُ بِالْمَيْتِ لَيْسَ بِقُدُومٍ، وَقَذْفُ الْمَيْتِ قَذْفٌ، وَرُؤْيَةُ الْمَيْتِ رُؤْيَةٌ، وَالرُّؤْيَةُ فِي الْمَاءِ الصَّافِي رُؤْيَةٌ، وَفِي الْمِرْآةِ فِيهِ تَرَدُّدٌ، وَرُؤْيَةُ غَيْرِهَا الْهَلَالُ كَرُؤْيَتِهَا، وَالْهَمْسُ بِالْكَلامِ بِحَيْثُ لَا يُسْمَعُ لَيْسَ بِكَلَامٍ، وَكَذَلِكَ عَلَى مَسَاقَةِ لَا تُسْمَعُ، فَإِنْ حَمَلَ الرِّيحُ الصَّوْتِ فَيَبِيهِ نَظَرٌ، فَإِنْ مَنَّ الدُّهُولُ أَوْ اللَّغَطُ السَّمَاعَ فَهُوَ كَلَامٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا عَلِقَ الطَّلَاقُ عَلَى مَخَالَفَةِ الْأَمْرِ وَالنَّهْيِ [فَلَوْ قَالَ: إِنْ خَالَفت نَهْيِي فَأَنْتِ طَالِقٌ]، ثُمَّ قَالَ: قَوْمِي، فَفَعَدتْ، وَقَعٌ؛ لِأَنَّ الْأَمْرَ بِالشَّيْءِ نَهْيٌ عَنِ أَضْدَادِهِ، وَهَذَا فَاسِدٌ؛ إِذْ لَيْسَ الْأَمْرُ نَهْيًا عَنِ ضَدِّهِ فِيمَا يَخْتَارُهُ، وَإِنْ كَانَ، فَالْيَمِينُ لَا يَنْبِي عَلَيْهِ، بَلْ عَلَى اللُّغَةِ أَوْ الْعَرَفِ، لَكِنْ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى نَظَرٌ بِسَبَبِ الْعَرَفِ<sup>(١)</sup> وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ

(١) قَالَ فِي الْخَادِمِ: هَكَذَا ثَبَتَتْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ فِي النُّسخِ الصَّحِيحَةِ مِنَ الرَّافِعِيِّ وَسَقَطَتْ مِنْ بَعْضِهَا وَظَنَّ فِي الْمَهْمَاتِ أَنَّ النَّوَوِيَّ زَادَهَا مِنْ عِنْدِهِ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ فَهِيَ عَادَتُهُ فِي الزَّائِدِ وَإِنَّمَا نَقَلَهَا مِنْ أَصْلٍ مَوْجُودٍ فِيهِ ذَلِكَ، وَعَلِمَ أَنَّ هَذَا يَعِينُ لَفْظَ الرَّافِعِيِّ هُوَ لَفْظُ الْوَسِيطِ حَرْفًا بِحَرْفٍ وَهُوَ عَجِيبٌ لَا نَظِيرَ لَهُ فِي الرَّافِعِيِّ أَنَّ يَحْكِي مَسْأَلَتَيْنِ بِلَفْظِ الْمُصَنِّفِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَعْزُو اللَّفْظَ إِلَيْهِ وَلَقَدْ تَبِعَهُ حَتَّى فِي رَفْعِ خَبَرِ لَيْسَ مِنْ قَوْلِهِ لَيْسَ الْأَمْرُ بِالشَّيْءِ نَهْيٌ عَنِ ضَدِّهِ وَسَيَّأَتِي بَقِيَّةِ كَلَامِهِ، وَالشَّيْخُ الْمُصَنِّفُ تَبِعَ الرَّافِعِيَّ أَيْضًا فِي رَفْعِ خَبَرِ لَيْسَ وَهُوَ مَنْصُوبٌ وَلَمْ يَظْهَرْ لِأَيِّ مَعْنَى فَعَلَ ذَلِكَ، ثُمَّ قَالَ فِي الْخَادِمِ: وَلَا شَكَّ أَنَّ الرَّافِعِيَّ اسْتَشْكَلَ الْمَسْأَلَةَ فَبَلَّغَهَا مِنَ الْوَسِيطِ رَحَلَ بِهِ كَلَامَ الْوَجِيزِ وَكَلَامَهُ فِي الشَّرْحِ الصَّغِيرِ أَوْضَحَ مِنْ ذَلِكَ وَلَمْ يَذْكَرْ ابْنَ الرَّفْعَةِ فِي الْمَطْلَبِ فِيهَا غَيْرَ قَدْرٍ يَسِيرٍ كَمَا سَنَذْكُرُهُ وَأَنَا أَذْكَرُ اللَّهَ تَعَالَى بِالْوَقْفِ عَلَيْهِ فَأَقُولُ:

الْفِرْعَ الْأُولَى: أَوَّلُ مَنْ ذَكَرَهُ فِيمَا عَلِمْتُ ابْنَ سَرِيحٍ فَقَالَ فِي كِتَابِ الْوَدَائِعِ وَمَنْهَ نَقَلْتَهُ إِذَا قَالَ لَهَا مَتَى أَمْرُكَ بِأَمْرٍ تَخَالَفْتَنِي فِيهِ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا لَا مَكْلَمِي أَبَاكَ وَلَا أَخَاكَ وَلَا مَكْلَمَتَهُمَا، فَالْجَوَابُ لَا تَطْلُقُ لِأَنَّ الَّذِي عَقَدَ عَلَيْهِ الْيَمِينَ هُوَ أَمْرٌ، وَالَّذِي كَانَ مِنْهُ هُوَ نَهْيٌ. انْتَهَى.

وَجَرَى عَلَى هَذَا الْحُكْمِ وَالتَّعْلِيلِ الْأَصْحَابُ عَلَى اخْتِلَافِ طَبَقَاتِهِمْ، فَمِنْهُمْ الْمَاوَرِدِيُّ فِي الْحَاوِي وَالْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ فِي تَعْلِيْقِهِ وَزَادَ لِأَنَّهَا مَا خَالَفتْ أَمْرَهُ وَإِنَّمَا خَالَفتْ نَهْيَهُ وَالنَّهْيُ لَيْسَ بِأَمْرٍ فِي الْحَقِيقَةِ، وَتَبِعَهُ ابْنُ الصَّبَّاحِ فِي الشَّامِلِ وَكَذَلِكَ الْإِمَامُ فِي النِّهَايَةِ وَالغَزَالِيُّ وَصَاحِبُ الْبَيَانِ وَصَاحِبُ التَّمْتِةِ وَصَاحِبُ الْكَافِي وَالرُّوْيَانِيُّ فِي الْبَحْرِ وَعِزَّاهُ لِابْنِ سَرِيحٍ، وَحَكَى عَنِ وَلَدِهِ فِيهِ احْتِمَالًا كَمَا سَنَذْكُرُهُ وَذَكَرَهُ أَيْضًا صَاحِبُ الذِّخَائِرِ، إِلَى أَنَّ قَالَ وَاتَّفَقَ الْكُلُّ عَلَى التَّعْلِيلِ بِأَنَّهَا خَالَفتْ نَهْيَهُ لَا أَمْرَهُ إِلَّا صَاحِبُ التَّمْتِةِ فَإِنَّهُ أَشَارَ إِلَى مَبَاحِثِهِ يَخْرُجُ قَيِّدًا وَهُوَ أَنَّ مَنْ زَعَمَ أَنَّ النَّهْيَ أَمْرٌ لَا بَدَّ أَنْ يَمْنَعُ كَوْنَهَا لَمْ تَخَالَفْ أَمْرَهُ. ثُمَّ لَيْسَ بِلَازِمٍ أَنَّ نَقُولَ بِالْوَقْعِ لِأَنَّ مَبْنَى الْإِيْمَانِ عَلَى مَا يَفْهَمُ عَرَفًا وَقَدْ يَدْعِي مَدْعٍ أَنَّهُ لَا يَفْهَمُ فِي الْعَرَفِ مِنْ هَذَا مَخَالَفَةِ الْأَمْرِ وَأَنَّ الْعَرَفَ فِي ذَلِكَ مُضْطَرَبٌ فَيَرْجِعُ إِلَى الْأَسْمِ اللَّغَوِيِّ وَلَيْسَ النَّهْيُ أَمْرًا فِي اللُّغَةِ وَإِلَّا الْأَمْرُ تَهْيًا، وَإِنَّمَا قَالَ مَنْ قَالَ: الْأَمْرُ نَهْيٌ وَالنَّهْيُ أَمْرٌ عَنِ ضَدِّهِ مِنْ بَحْثٍ عَنِ مَعَانِي الْأَمْرِ وَالنَّهْيِ لَا عَنِ الْحُرُوفِ وَالْأَصْوَاتِ، ثُمَّ أَطَالَ فِي ذَلِكَ إِطَالَةً كَثِيرَةً فَلْيَطْلُبْ مِنْهُ.

طالِقَ إلى حين أو زمان، أو بعد حين طلقت بمعنى لحظة، ولو قال: إذا مضى حقب أو عصر فأنتِ طالِقٌ، قال الأصحاب: يقع بمعنى لحظة، وقال الإمام وصاحب الكتاب هذا مشكلاً؛ لأن اسم الدهر والعصر والحقب لا يقع إلا على الزمان الطويل، قال الإمام والعصر هو الذي يحوي أمماً، فإذا انقراضوا انقراض العصر ومن قول الناس انقراض عصر الصحابة، ومن قول الأصوليين هل يشترط في انعقاد الإجماع انقراض العصر، وهذا بين في معنى العصر، وليس ينقدح في الذهن يعني إذا أطلق وقرن بالمعنى إلا الحمل على العصر، ولست واثقاً بهذا لكن استبعاد وقوع الطلاق بمعنى الزمان اللطيف والتعليق بالعصر والدهر والحقب حق، ويؤيده أن أهل اللغة أوردوا أن الحقب بسكون القاف ثمانون سنة، وربما زادوا على الثمانين، والحقب بضمين: الدهر، والحقبة بكسر الحاء واحدة الحقب وفسر أهل اللغة الحقب بسكون القاف بثمانين سنة، وليس في كتب الفقه ما يخالفه وإذا علّق الطلاق بالضرب، طُلِّقَتْ إذا حصل الضرب بالسوط أو الوكز أو اللكز، ولا يشترط إلا تكون حائل، والأشهر أنه يعبر أن يكون فيه إيلام، ومنهم من لم يشترط الإيلام، واكتفى بالصدمة لأنه قد يضرب مجتمع اللّحم من الإنسان بجميع الكفّ فيلتذ به التذاذ المغمور، وهو ضَرْبٌ، وليس بإيلام وإلى هذا مال الإمام أن الإيلام وخده لا يكفي؛ فإنه لو وضع حجراً ثقيلاً عليه انصدم حتى تخته، لم يكن ذلك ضرباً، وإن حصل الإيلام، وإن الصدمة المجردة لا تكفي فإنه لو ضُرب أنملة على إنسان، لا يقال: إنه ضربه، وكان المعتبر في إطلاق اسم الضرب الصدم بما يؤلم أو يتوقع منه إيلام، ويدل عليه اتفاق الأصحاب على أنه لا يقع الطلاق، إذا كان المَضْرُوب مَيِّتاً، لأنه ليس في مظنة الإيلام، وأثبت القاضي الرُّوياني فيه خلافاً، فقال بعد ذكر المسألة وحكمها وَعَلَطِ من قال غيره، والعض، وقطع الشعر، لا يسمى ضرباً، فلا يقع به الطلاق المعلق بالضرب، قاله ابن سُرَيْج، وعن المُرْزِي تَوَقَّفَ في العض؛ لحصول الصدمة والإيلام، فكانه ضُرب بالسن.

الثانية: لو علّق بالمس، وقع الطلاق إذا مسّت شيئاً من بدنه حيّاً، كان أو ميتاً، ولا يُشْتَرَطُ ألا يكون وراءه حائل ولا يقع بمسّ الشعر والظفر، قال الإمام: الوجه القطع وإن ذكرنا تردداً في أن الطهارة هل تنتقض بمسها من إنسان إن لمسه؟ وليس هذا بالبين، والأشبه مجيء التردد فيه.

الثالثة: إذا علّق بقدم زيد، طُلِّقَتْ إذا قَدِمَ راكباً أو ماشياً، وإن قَدِمَ به ميتاً لم يقع فإنه لم يَقْدَمَ، وإن حُوِلَ وَقَدِمَ به، نُظِرَ؛ إن كان بأمره واختياره، فهو كما لو قَدِمَ راكباً، وإن لم يكن بأمره، لم يَقَعْ، سواء كان زَمِيناً أو صحيح البدن، هذا هو الظاهر، ويأتي فيه خلافاً لأن صاحب «المهذب» وغيره نقلوا طريقتاً فيما إذا حلف أن يدخل الدار، فحمل بغير إذنه واختياره وأدْخِلَ؛ أنه على القولين فيما إذا أكره حتى دَخَلَ

بنفسه، ووجهه<sup>(١)</sup> بأنا سوينا في حال الاختيار بين دخوله بنفسه، ودخوله محمولاً، فكذلك يستوي في حال عدم الاختيار بين دخوله بنفسه ودخوله محمولاً.

الرابعة: إذا علّق الطلاق بقذف زيد، وقع الطلاق بقذفه حيّاً كان أو ميتاً؛ لأن قذف الميت كقذف الحي في الحكم، ووقوع اللفظ عليه ولو قال: إن قذفت فلاناً في المسجد فأنّت طالق، فالمعتبر كون القاذف بالمسجد، بخلاف ما لو قال: إن قتلت فلاناً من المسجد فأنّت طالق، كان يعتبر المقتول في المسجد.

والفرق أن قرينة الحال تشعر بأن المقصود الامتناع مما يهتك حرمة المسجد، وهتك الحرمة بكون القذف والقتل في المسجد يحصل إذا كان القاذف فيه، والقتل من المسجد إنما يحصل إذا كان المقتول فيه، فلو قال المعلق: أردت في القذف كَوْنُ المَقْدُوفِ في المسجد، وفي القتل كَوْنُ القاتل في المسجد، فهل يُقْبَلُ ظاهراً.

وحكى الإمام فيه تردداً، والظاهر القبول، لصلاحيّة اللفظ للمعنيين، وإذا كان الفَرْقُ عند ذكْر المسجد مأخوذاً من قرينة الحال، فلو قال: إن قَدَّت في الدار، وقتلت وجب الحال ويُرَاجَعُ المعلق.

الخامسة: إذا قال: إن رأيت فلاناً، فأنّت طالق، فرأته حيّاً أو ميتاً، مستيقظاً أو نائماً، وقع الطلاق، ولا بأس بكون المرثي أو الرائي مجنوناً أو سكراناً ويكفي رؤية شيء من بدنه، وإن قل.

وفي وجهه المعتبر رؤية الوجه، وإن كان كله ملفوفاً في الثوب، لم تُطْلَقْ، ولو رأته في المنام، لا تُطْلَقْ؛ فإنه لا يقع اسم الرؤية المُطْلَقَة، عليه، وإن كان في ماء صافٍ لا يمنع الرؤية، فرأته فيه، فعن القاضي الحُسَيْن: أنه لا يقع الطلاق، والصحيح الوقوع، والماء اللطيف بين الرائي والمرثي كأجزاء الهواء بينهما، ولهذا لا تصح صلاة الواقف في هذا الماء ويكون حكمه حُكْمَ العارين، ولو رأته من وراء زُجَاجٍ شَفَافٍ، فهو كما لو كان في الماء، فرأته ولو نظرت في المرأة أو في الماء فرأته؟ قال الإمام هذا فيه احتمال؛ لأنه، إن حصلت الرؤية في الحقيقة، لكنه يصح في العرف أن يقال: ما رآه، وإنما رأى مثاله أو خياله، والظاهر أنه لا يقع الطلاق، وبه أجاب صاحب «التهذيب» في المرأة والمتولّي في المرأة والماء جميعاً، ولو كانت المرأة عمياء، فقال: إن رأيت فلاناً، فأنّت طالق، ففي «النهاية» أن المذهب أن الطلاق معلق بمستحيل، فلا يقع، وفيه وجه أنه يحمل<sup>(٢)</sup> على حضورها عنده، واجتماعهما في مجلس واحد؛ لأن الأعمى يقول رأيت اليوم فلاناً، ويريد الحضور عنده.

(١) في ز: ووجهه.

(٢) في ز: يحتمل.

وقوله في الكتاب «والرؤية في الماء الصافي رؤية» يريد به ما إذا كان المرئي في الماء الصافي، فأما النَّظَرُ في الماء، ورؤية الشخص فيه كالنظر في المرأة، ولا فَرْقَ بينهما، وليعلم قوله: «في الماء الصافي رؤية» بالواو لما حكينا عن القاضي، لو علّق الطلاق برؤيتها الهلال أو برؤية نفسه فهو محمول على العلم، فرؤية غير المعلق برؤيته كرؤيته، وعلى ذلك حُجِلَ قوله ﷺ: «صَوْمُوا لِرُؤْيَيْهِ» ويقال: رأينا<sup>(١)</sup> الهلال ببلد كذا، ويراد رؤية بغض أهل البلد، وتمام العدد كرؤية الهلال، حتى يقع به الطلاق، وإن لم ير الهلال لحائل، حُكِيَ ذلك عن أبي إسحاق، ولو قال المعلق أردت بقولي: «إن رأيت أو رأيت» المعانية قُبِلَ قوله في الباطن، وفي الظاهر وجهان: أشبههما القبول أيضاً، والمذكور في «التهذيب» أنه لو كان المعلق برؤيته أعمى، لم يُقْبَل التفسير بالمعانية في الظاهر، ويجيء على قياس ما ذكرنا فيما إذا قال للعمياء، إن رأيت، فلاناً فأنتِ طالق، أن يسوي بين الأعمى والبصير، في قَبُول التفسير بالمعانية، وبالقبول أجاب الحنّاطي، وحكى فيما إذا أُطْلِق فلم يرد شيئاً قولين في أنه هل يَفْعُ الطلاق برؤية الغير وجميع ما ذكرنا فيما إذا جرى التعليق برؤية الهلال بالعربية، أمّا إذا جَرَى بالعجمية، فعن القفال: أنه يُحْمَل على المعانية دون العلم، سواءً فيه البصير والأعمى، وادعى أن العرف المذكور لم يُثَبِت إلا في العربية، ومَنَعَ الإمامُ الفَرْقَ فيه بين اللغتين.

وفي «التهذيب» وَجْهٌ أنه يحمل في حق الأعمى على العلم، وإذا أُطْلِق التعليق برؤية الهلال، حُجِلَ على أوّل شهرٍ تستقبله حتى إذا لم تر في الشهر الأول، ترتفع اليمين، قاله في «التهذيب»، وهذا يخالف القول بوقوع الطلاق بتمام العدد على ما مرّ، ويمكن أن يُحْمَل ذلك على ما إذا صرّح بالمعانية، أو فسر بها، وقبلناه.

قال: والرؤية في الليلة الثانية والثالثة كهي في الأولى، ولا أثر للرؤية في الليلة الرابعة، فإنه لا يُسَمَّى هلالاً ثلاث وفي «المهذب» أنه لو لم ير حتى صار قمرًا، لم تُطْلَق بالرؤية بغده، وحكى وجهين في أنه بم يصير قمرًا.

أحدهما: باستدارته.

والثاني: بأن يُبهر ضوءه<sup>(٢)</sup>.

ويعتبر أن تكون الرؤية بعد غروب الشمس، ولا أثر للرؤية، قبله، وقوله في الكتاب «ورؤية غيرها الهلال كرؤيتها» يعني إذا كان التعليق برؤيتها، ويجوز أن يعلم

(١) في ز: رأيت.

(٢) قال النووي: هذا المنقول عن «المهذب»، مذكور في «الحاوي»، وفيما تفرع عنه، والمختار ما ذكره البغوي.

بالحاء؛ لأن الحكاية عن أبي حنيفة أنه يُعْتَبَرُ رؤية المعلق برؤيته خاصة.

السَّادِسَةُ: قال: إن كَلَّمْتِ فلاناً، فأَنْتِ طالقٌ، فكلمته، وهو سكران أو<sup>(١)</sup> مجنونٌ، يقع الطلاق، والشَّرْطُ؛ على ما بيناه وفي «الشامل» يشترط أن يكون السكران؛ بحيث يَسْمَعُ ويكلم، وإلا فهو كالتائم، ولو كَلَّمْتَهُ، وهو نائم، أو مغشى عليه، لم يَقَعِ الطَّلَاقُ، وكذا لو هذت في نومها، أو إغمائها، ولو كَلَّمْتَهُ، وهي مجنونة، أطلق ابن الصَّبَّاحُ القول أنه لا يَقَعُ الطَّلَاقُ، وعن القاضي الحُسَيْنِ: أنه يقع، والظاهر تخريجه على الخلاف في حنث الناسي، والمكره، فإن قصد الجنون أضعف من قصد المكره، وسكرها حتى تكلمه لا يؤثر على الأصح إلا إذا انتهت إلى السكر الطافح، ولو خَفَضَتْ صوتها بحيث لا يُسْمَعُ، وهو الهمس بالكلام، لم يقع الطلاق، وإن وَقَعَ في سَمْعِهِ شيء اتفاقاً، وفهم<sup>(٢)</sup> المقصود لأنه لا يقال: إنها كَلَّمْتَهُ، وكذا الحكم لو كَلَّمْتَهُ من مسافة بعيدة لا يُسْمَعُ الصوت منها، ولو اختطف الريح كلامها، وحملته، وأوقعه في السَّمْعِ، فقد أشار الإمام إلى تردُّد فيه، ولاظاهر أنه لا يقع الطلاق، وإن كانت المسافة بحيث يسمع منها الصوت، وقع الطلاق، إن لم يَسْمَعِ المكلم؛ لذهول أو شغل، فإن لم يسمع لعارض أو لفظ أو ريح أو لما به من الصَّمَمِ، فوجهان:

أحدهما: وهو الَّذِي أورده الإمام، وصاحب الكتاب في اللغظ، وبه أجاب القاضي الروياني أنه يقع الطلاق؛ لأنها كَلَّمْتَهُ وَعَدَمَ السَّمْعِ إنما كان لعارض، فأشبه ما إذا كان للذُّهُولِ.

وأصحهما: عند صاحب «التهذيب» أنه لا يقع الطلاق حتَّى يرتفع الصوت بقدر ما يسمع في مثل تلك المسافة مع ذلك العارض، فحينئذ يَقَعُ، وإن لم يسمع وذلك؛ لأن الاعتبار بما يَكُونُ تكليماً مع مثله، ولهذا يختلف حُكْمُ القريب والبعيد، ورأى الإمام القَطْعُ بالوقوع إذا كان اللغظ بحيث لو فُرِضَ معه الإضغَاءُ، لأمكن السماع، وكذا في تَكَلُّمِ الأصم إذا كان وجهه إليه، وَعَلِمَ أنه يكلمه<sup>(٣)</sup>، وقطع الحناطي بَعْدَمَ الوقوع إذا كان الصَّمَمِ بحيث يَمْنَعُ السماع أصلاً، ويحكى قولين فيما إذا قال: إن كَلَّمْتِ نائماً أو غائباً عن البلد، هل يقع الطلاق في الحال بناءً على الخلاف في التعليق بالمستحيلات، يحتمل أن يقال: لا يقع الطلاق حتى تخاطبه مخاطبة المكلمين وبنحو منه، أجاب القاضي أبو الطيب فيما إذا قال: إن كَلَّمْتِ ميتاً أو جماداً، فأنتِ طالقٌ والله أعلم.

(١) في ز: و.

(٢) في ز: مفهوم.

(٣) ما صححه البغوي صححه النووي في تصحيح التنبيه، لكن صحح المصنف في الشرح الصغير خلافاً وصححه جماعة من الأئمة ونقله في التتمة عن النص فظهر أن ما جرى عليه الشيخ في باب الجمعة أنه المذهب.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَكُلُّ فِعْلٍ عُلِّقَ بِهِ فَإِذَا حَصَلَ مِنَ الْمُكْرَهِ أَوْ النَّاسِي فَيَبِيهِ قَوْلَانِ، فَإِنْ قَصَدَ مَنَعَهَا عَنِ الْمُخَالَفَةِ فَتَسَبَّحَتْ لَمْ تُطَلَّقْ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا عُلِّقَ الطَّلَاقُ بِفِعْلِ إِنْسَانٍ، فَوَجَدَ ذَلِكَ الْفِعْلَ مِنْهُ، وَهُوَ مُكْرَهٌ أَوْ نَاسٍ لِلتَّعْلِيقِ أَوْ جَاهِلٌ بِهِ، فَعِنَ الْقِفَالُ أَنَّهُ لَا أَثَرَ لَوْ قُوعَ الْفِعْلُ فِي هَذِهِ الْأَحْوَالِ، وَلَا يَخْرُجُ وَقُوعَ الطَّلَاقِ عَلَى الْخِلَافِ فِي حُصُولِ الْحَنْثِ إِذَا حَلَفَ أَنْ لَا يَدْخُلَ الدَّارَ، فَدَخَلَ مَكْرَهًا أَوْ نَاسِيًا، وَفَرَّقَ بَأَنَ التَّعْوِيلِ فِي الْيَمِينِ عَلَى تَعْظِيمِ اسْمِ اللَّهِ<sup>(١)</sup> تَعَالَى، وَالْحَنْثُ فِي هُنَا حَزْمَتُهُ، وَهَذِهِ الْأَحْوَالُ تَمْنَعُ حُصُولَ الْهَنْثِ، وَالتَّعْوِيلُ فِي تَعْلِيقِ الطَّلَاقِ عَلَى حُصُولِ الصِّفَاتِ الْمَعْلُوقِ عَلَيْهَا، وَهِيَ حَاصِلَةٌ، وَإِنْ فُرِضَتْ هَذِهِ الْأَحْوَالُ فَظَاهِرُ الْمَذْهَبِ أَنَّ لَذَلِكَ الْخِلَافِ مَجَالًا هَا هُنَا أَيْضًا، فَقَدْ يَقْصِدُ بِتَعْلِيقِ الطَّلَاقِ الْحَنْثَ، وَالْمَنْعَ كَمَا فِي الْيَمِينِ، وَعَلَى هَذَا؛ فَيُنْظَرُ؛ إِنْ عُلِّقَ الطَّلَاقُ بِفِعْلِ نَفْسِهِ فَعَلَهُ مَكْرَهًا أَوْ نَاسِيًا، فَفِي وَقُوعِ الطَّلَاقِ قَوْلَانِ؛ وَجِهَ الْوُقُوعُ: وَجُودُ الْفِعْلِ الْمَعْلُوقِ بِهِ، وَوَجِهَ الْمَنْعُ: أَنَّ الْإِكْرَاهَ وَالنِّسْيَانَ مَرْفُوعَانِ عَنِ الْأُمَّةِ، فَكَأَنَّهُ لَمْ يَوْجِدِ الْفِعْلَ؛ وَلِهَذَا قُلْنَا: إِنَّهُ لَا يَقَعُ طَّلَاقُ الْمُكْرَهِ، وَقَدْ ذَكَرَ صَاحِبُ «الْمَهْذَبِ» وَالْقَاضِي الرَّوْيَانِيُّ وَغَيْرُهُمَا: أَنَّ الْأَظْهَرَ فِي الْإِيمَانِ أَنَّهُ لَا يَخْضُلُ الْحَنْثُ بِفِعْلِ النَّاسِيِ وَالْمَكْرَهِ، وَيَشْبَهُ أَنْ يَكُونَ الْحَالُ<sup>(٢)</sup> فِي الطَّلَاقِ<sup>(٣)</sup> مِثْلَهُ، وَإِنْ عُلِّقَ الطَّلَاقُ بِفِعْلِ الْمَرْأَةِ أَوْ بِفِعْلِ أَجْنَبِيٍّ، فَإِنْ لَمْ يَكُنِ الْمَتَعَلِّقُ بِفِعْلِهِ شَعُورًا بِالتَّعْلِيقِ، وَلَمْ يَقْصِدِ الزَّوْجَ إِعْلَامَهُ أَوْ كَانَ الْمَعْلُوقُ بِفِعْلِهِ مَمَّنٌ لَا يَبَالِي بِتَعْلِيقِهِ، كَمَا لَوْ عُلِّقَ بِقُدُومِ الْحَجَّجِ أَوْ السُّلْطَانَ، وَقَعَ الطَّلَاقُ، إِذَا وُجِدَ ذَلِكَ لِفِعْلٍ، وَإِنْ كَانَ مَعَ الْإِكْرَاهِ وَالنِّسْيَانِ، لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي التَّعْلِيقِ، وَالْحَالَةُ هَذِهِ، غَرَضٌ حَثٌّ وَمَنْعٌ، وَإِنَّمَا الطَّلَاقُ مَعْلُوقٌ بِصُورَةِ ذَلِكَ الْفِعْلِ، وَمِنْهُمْ مَنْ أَجْرَى الْقَوْلَيْنِ فِي صُورَةِ الْإِكْرَاهِ، لِأَنَّ الْإِكْرَاهَ يُضْعِفُ الْإِخْتِيَارَ، وَكَأَنَّ الْمَوْجُودَ فِعْلَ الْمَكْرَهِ، وَإِنْ كَانَ الْمَعْلُوقُ بِفِعْلِهِ شَاعِرًا بِالتَّعْلِيقِ وَكَانَ<sup>(٤)</sup> مَمَّنٌ لَا يَبَالِي بِتَعْلِيقِهِ، فَيَجْرِي فِي صُورَتِي النِّسْيَانِ وَالْإِكْرَاهِ الْخِلَافُ، وَلْيُعْتَبَرَ مَعَ ذَلِكَ قَصْدُهُ الْحَثَّ وَالْمَنْعَ، وَكَذَلِكَ فَعَلَ ابْنُ الصَّبَّاحِ وَالْإِمَامُ؛ فَإِنَّهُ قَدْ يَقْصِدُ التَّعْلِيقَ بِصُورَةِ الْفِعْلِ، وَإِنْ كَانَ الشَّخْصُ مَمَّنٌ يَبَالِي بِتَعْلِيقِهِ، وَيَلِائِمُهُ مَا ذَكَرَ صَاحِبُ الْكِتَابِ هَا هُنَا، وَفِي «الْوَسِيْطِ» أَنَّهُ لَوْ قَصَدَ مَنَعَهَا مِنَ الْمَخَالَفَةِ، فَتَسَبَّحَتْ لَمْ تُطَلَّقْ؛ لِأَنَّهُ لَمْ تَتَحَقَّقْ مَخَالَفَةُ لَكُنْهُ نَفَى فِي «الْوَسِيْطِ» الْخِلَافُ، وَيَشْبَهُ أَنْ يُرَاعَى مَعْنَى

(١) سقط في ز.

(٢) في أ: الخلاف.

(٣) قال النووي: قد رجح الرافي في كتابه «المحرر» أيضاً، عدم الحنث في الطلاق واليمين جميعاً، وهو المختار للحديث الحسن «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان، وما استكرهوا عليه»، والمختار، أنه عام فيعمل بعمومه، إلا فيما دل دليل على تخصيصه، كغرامة المتلفات.

(٤) في ز وإن كان.

التعليق، ويُطرد الخلاف<sup>(١)</sup> ولو علّق الطلاق بدخول الطفل والبهيمة والسّنور، ووُجد الدخول، حصّل الحنث، قال الحناطي: ويُحتمل أن لا يخصّل إن حصّل الدخول كرهاً، فلا حنث، قال: ويُحتمل أن يخصّل الحنث؛ لأنّه ليس لهم قصد واختيار صحيح [فلا أثر لإكراههم]<sup>(٢)</sup> قوله في الكتاب: ففيه قولان يجوز إعلامه بالواو لِمَا حكينا عن القفال، وأيضاً فإنّه مطلقٌ، وذكرنا أنه لو كان المعلق بفعله ممن لا يبالي بالتعليق، لم يؤثّر الإكراه في أحد الطرفين، وهو الأظهر ولا أثر للنسيان في هذه الصورة، بلا خلاف والله أعلم.

وإذ وفق الله تعالى لشرح [هذا]<sup>(٣)</sup> فنعقبه بمسائل وصُور مبدة:

إذا قال لأربع نسوة تحتة: إن لم أطأ واحدة منكّن اليوم، فصواحبها طوالق، فإن وطىء واحدة منهنّ في ذلك اليوم، انحلت اليمين، وإن لم يطأ واحدة، وقعت على كلّ واحدةٍ منهن طلقّة، ولو قال: أيتكّن لم أطأها اليوم، فالأخريات طوالق، ومضى اليوم، ولم يطأ واحدة، طُلقت كل واحدة ثلاثاً؛ لأن لها ثلاث صواحب لم يطأها، ولو وطىء واحدة، طُلقت هي ثلاثاً، [لأن لها ثلاث صواحب لم يطأهن] وكل واحدة من الأخريات طُلقت، لأن لكل واحدة منهن صاحبتين لم يطأهما، ولو وطىء اثنتين طُلقت كلّ واحدة منهما طلقتين، وكل واحدة من الأخريين طلقّة، ولو وطىء ثلاثاً، طُلقت كل واحدة منهن طلقّة، ولم تُطلق الرابعة؛ لأنّه ليس لها صاحبة غير موطوءه، ولو قال: أيتكّن لم أطأها، فالأخريات طوالق، ولم يقيد بوقت، فجميع العمر وقت له، فإن مات أو مُتّن قبل الوطء، طُلقت كل واحدة ثلاثاً قبيل الموت، وإن ماتت واحدة قبل الوطء، والزوج حيّ، لم يُحكّم بوقوع الطلاق على الميتة، لأنه قد يطأ الباقيات، ويقع كل واحدة من الباقيات طلقّة، ولو ماتت ثانية قبل الوطء: تبين وقوع طلقّة على الأولى قبل موتها، وطُلقت كل واحدة من الباقيتين طلقّة أخرى، وإن بقيتا في العدة، فإن ماتت الثالثة قبل الوطء، تبين وقوع طلقتين على الأوليين قبل موتهما، وطُلقت الباقية طلقّة ثالثة، فإن ماتت الرابعة قبيل الوطء تبين وقوع الثلاث على الجميع.

ولو قال: أنت طالق عشراً، فقالت تكفيني ثلاث، فقال: الباقي لضرتك، لا يقع على الضرة شيء؛ لأن الزيادة على الثلاث لغو، ولو قالت تكفيني واحدة فقال: الباقي

(١) قال النووي: الصحيح قول الغزالي، ويقرب منه عكسه، وهو أنه لو حلف لا يدخل عمداً ولا ناسياً. فدخل ناسياً، فنقل القاضي حسين: أنه يحنث بلا خلاف.

(٢) قال النووي: ذكر الإمام الرافعي رحمه الله هنا مسائل مثورة كثيرة جداً، متعلقة بتعليق الطلاق وغيره، فقدمت منها جملاً وفرقتها على مواضع تليق بها مما سبق، وأذكر هنا باقياها إن شاء الله تعالى.

(٣) سقط في ز.



لِضْرَّتِكَ، يقع عليها ثلاثٌ، وعلى الضرة طلقتان، إذا نوى، قاله في «التهذيب».

قال: إن سرقَتِ مَنِّي شيئاً فأنتِ طالقٌ، فدفَع إليها كيساً فأخذت منه شيئاً، لا تطلق، لأنه يُسمَّى خيانةً: لا سرقةً، والغزف قد تنازع في ذلك.

قال لامرأته: إن كلَّمْتُكَ، فأنتِ طالقٌ، ثم أعاد مرّةً أخرى، طُلِّقَتْ؛ لأنه قد كلَّمها وبالإعادة، ولو قال: إن كلَّمْتُكَ، فأنتِ طالقٌ، فاعلمي ذلك، طُلِّقَتْ بقوله فاعلمي ذلك وقيل: إنَّه إذا كان موصولاً بالكلام الأول، لم يُؤثِّر؛ فإنه من تتمته، ولو قال: إن كلَّمْتُكَ، فأنتِ طالقٌ، إن دخلتِ الدارَ، فأنتِ طالقٌ، فالتعليق الثاني كلامٌ معها، فتطلق، وإن قال: إن برأتك بالكلام، فأنتِ طالقٌ، وقالت: إن برأتك بالكلام فعَبْدِي حرٌّ، ثم كلمها ثم كلمته، لم تُطلق هي، ولم يُعتق العبد؛ لأن يمينه انحلت بتعليقها، ويمينها انحلت بكلامه أولاً، ولو قال لغيره إن برأتك بالسَّلام، فعَبْدِي حرٌّ، وقال ذلك الغير: إن برأتك بالسَّلام، فعَبْدِي حرٌّ ثُمَّ سَلِّمْ كُلُّ واحد منهما على الآخر دفعة واحدة قال في «النهاية»: لا يُعتقُ عبْدٌ واحد منهما، لأنه لم توجد البداية بالسَّلام من واحد منهما وتنحل اليمين فإذا سلِّم بعد ذلك أحدهما على الآخر لم يعتق واحد من عبديهما لأنه ليس مبتدئاً.

قال المذيون لرب الدين: إن أخذت ما لك عليّ، فامرأتي طالقٌ، فأخذه مختاراً، طُلِّقَت امرأة المديون، سواء كان مختاراً في الإعطاء أو مكرهاً، وسواء أعطى بنفسه أو بوكيله، أو استلبه ربُّ الدين.

وَمِثْلُهُ أَجَابَ صَاحِبُ «التهذيب» فيما إذا أخذه السلطان، فدفعه إليه، وفي كتب العراقيين أنه لا يقع الطلاق إذا أخذه السلطان، ودفعه إليه؛ لأنه تبرأ ذمّة المديون إذا أخذه السلطان، ويصير المأخوذ ملكاً له، وإذا كان كذلك، فلا يبقَى له حقٌّ عليه، حتى يقال: أخذ حقه عليه، ولو قضى عنه أجنبيٌّ قال الداركي: لا يقع الطلاق؛ لأنه بدل حق المستحق، لا حقه، ولو قال: إن أخذت حَقَّ مَنِّي، فهي طالقٌ، لم تطلق بإعطاء وكيله ولا بإعطاء السلطان من ماله، فإن أكرهه السلطان، حتى أعطى بنفسه، فعلى القولين في فعل المكره، ولو قال: إن أعطيتك حَقَّكَ، فأعطاه باختياره، حنث، سواء كان الآخر مختاراً في الأخذ أو لم يكن، ولا يحنث بإعطاء الوكيل والسلطان.

قال: أنتِ طالقٌ مريضة بالنصب لا يقع الطلاق إلا إذا مرَّضت؛ لأن الحال كالظرف للفعل، ولو قال: أنتِ طالقٌ مريضة بالرفع فقد قيل، يقع الطلاق في الحال، وقوله: «مريضة» وصف لها واختار ابن الصَّبَّاح الحمل على الحال أيضاً؛ لأنه لَحْنٌ في الإعراب<sup>(١)</sup>.

(١) ليس بلحن لأن الحال يجيء جملة اسمية قد حذف صدرها والتقدير أنتِ طالقٌ وأنتِ مريضة وهذا في الحذف كثير في كلامهم، فالصواب الحمل على الحال مع الرفع ولا يكون لحناً في =

قال لامرأته إن دخلتما هاتين الدارين، فأنتما طالقتان، فدخلت كل واحدة منهما إحدى الدارين، فوجهان:

أحدهما: يُطَلَّقان، لدخولهما الدارين.

والثاني: لا؛ لأن قضيته دخول كل واحدة منهما الدارين، ألا ترى أنه لو قال لواحدة إن دخلت الدارين اعتبر أن تدخلهما.

ولو قال: إن أكلتما هذين الرغيفين، فأكلت كل واحدة رغيفاً وقالوا: يقع الطلاق؛ لأنه للمساغ فيه للاحتمال<sup>(١)</sup> الثاني.

ولو قالت أنت تملك أكثر من مائة قال: إن<sup>(٢)</sup> ملكت أكثر من مائة، فأنبت طالق، وكان يملك خمسين، ورجع، فإن قال: أردت أني لا أملك الزيادة على مائة، لم يقع الطلاق، وإن قال: أردت أني أملك مائة بلا زيادة، وقع، وإن أطلق فعلى يُحمَلُ؟ فيه وجهان<sup>(٣)</sup>.

= الإعراب، ثم قال: إذا قلنا بالفرق بين الرفع والنصب.

فقال الماوردي: هذا فيمن يعرف العربية، فأما من لا يعرفها ولا يفرق بين الرفع والنصب ففيه وجهان:

أحدهما: أن الحكم كذلك لأن الحكم معلق باللفظ فلا فرق بين أن يعرفه أو يجمله كصريح الطلاق وكتابته.

والثاني: أن الرفع والنصب متساويان في وقوع الطلاق لأن الأعراب دليل على المقاصد والأغراض، فإذا جهلت عدمت وبقي منفرداً، قال: وسكت عن حالة الثالثة وهي إن توقف بالسكون فلا يرفع ولا ينصب، وقد تعرض له الماوردي فقال: يسأل عن مراده، فإن أراد أحدهما حمل عليه، وإلا حمل على الخبر دون الشرط ويقع الطلاق لأن الشرط لا يثبت إلا بالقصد، وذكر الرافي قبيل الطرف الثالث في التعليق بالحمل أنه إذا قال إن دخلت الدار فطالقاً واقتصر عليه. قال البغوي إن قال نصبته على الحال ولم أتم الكلام قبل سنة ولم يقع شيء، وإن أراد ما يراد عند الرفع ولحن وقع الطلاق إذا دخلت.

(١) قال النووي: الأصح في مسألة الدارين عدم الطلاق، صححه صاحب «المهذب» وغيره، والمذهب في الرغيفين الوقوع، وطرد صاحب «المهذب» فيه الوجهين.

(٢) سقط في ز.

(٣) قال النووي من زيادته: الصحيح لا تطلق.

قال في الخادم: جعل القاضي أبو الطيب صورة المسألة فيما إذا كان وقت اليمين يعلم أن معه أقل من مائة. قال: فأما إذا حلف ولم يكن عالماً بما معه فيكون فيه قولاً حث الجاهل، ويقترّب من هذا الفرع ما حكاه العبادي في طبقاته عن الربيع أن رجلاً سأل الشافعي رضي الله عنه عن من حلف فقال إن كان في كفي أكثر من ثلاثة دراهم، فعبدي حر، وكان في يده أربعة لا يعتق لأن ما زاد في كفه على ثلاثة إنما هو درهم واحد. انتهى.

ولو قال: إن كنتُ أملك إلا مائةً، وكان يملك خمسين، فمنهم مَنْ طَرَدَ الوجهين<sup>(١)</sup>، ومنهم من قطع بالوقوع.

إذا قال: إن خرجتِ إلا بإذني، فأنتِ طالقٌ، فالصورة بفروعها تأتي في الأيمان إن يسر الله - تعالى -؛ لأن لها ذكراً في الكتاب هناك، ولو قال: إن خرجتِ إلى غير الحمام بغير إذني، فأنتِ طالقٌ، فخرجتِ إلى الحمام، ثم قَصَّتِ حاجةً أخرى، لم تُطَلَّقْ، وإن خرجتِ لحاجةٍ أُخرى، ثم عدلتِ إلى الحمام، طُلِّقَتْ، وإن خَرَجَتْ للحمام وغيره؛ ففي وجهِ تَطَلُّقٍ، كما لو قال: إن كلمتِ زيدا وعمراً، وفي وجه لا تُطَلَّقْ؛ لأن المفهوم من قوله: «إن خرجتِ إلى غير الحمام» المقصود أجنبيٌّ عن الحمام، وها هنا الحمام مقصودٌ بالخروج<sup>(٢)</sup>.

ولا يقع الطلاق في النكاح الفاسد، وعن مالك وأحمد: أنه يقع في النكاح المُخْتَلَف [منه]<sup>(٣)</sup>.

وفي فتاوى القَائل: أنه لو قال: وَقَدْ خَرَجَتْ زوجته إلى دار أبيها: إن رددتها إلى دَارِي [أو رَدَّهَا]<sup>(٤)</sup> أَحَدٌ، فهي طالقٌ، فاكترت بهيمة وعادت إلى داره مع المكارى، لم يَقَعِ الطلاق، لأن المكارى ما رَدَّهَا، وإنما صَحَّحَهَا في الطريق، ولو عَادَتْ ثُمَّ خَرَجَتْ، فَرَدَّهَا الزوج، لم تُطَلَّقْ؛ لأنه ليس في اللفظ ما يقتضي التكرار، وأنه لو قال: (حلال

= ولم أَر من تكلم على توجيه هذا الفرع غير القراني من المالكية في كتابه الاستغناء وقال إنه في غاية الغموض والمدرک فيه أن مقتضى لفظ الحالف إن كان في يدي دراهم أكثر من ثلاثة دراهم مضافة للدراهم التي في يدي والأكثر من ثلاثة دراهم هي أربعة فأكثر، فإذا أضيف أربعة لثلاثة في يده وكانت سبعة فلا يحنث بأقل من سبعة أما الستة فلا يحنث بها لأنه حينئذ يكون في كفه دراهم ليست أكثر من ثلاثة أخرى في يده بل مثلها لأن ثلاثة مثل ثلاثة فجعل وصف الكثرة صفة لما راد على الدراهم التي في يده متى لم توجد هذه الصفة لا يحنث بالأربعة ولا بالخمسة ولا بالستة بل بالسبعة فأكثر، وفي كلامه حذف أي إن كان في يدي دراهم أكثر من ثلاثة دراهم في يدي فعبدى حر فقولنا في يدي في آخر الكلام لا بد منه في تقدير هذه المسألة، ثم قال وهو مشكل لأن الأصل عدم الحذف وهو قولنا في يدي وأيضاً فجعله الكثرة صفة لما زاد على دراهم آخر خلاف الظاهر إذ الكثرة صفة لجميع ما في يده وأن معنى الكلام وإن كان جميع ما في يدي أكثر من ثلاثة دراهم فعبدى حر، فإذا وجد في يده أربعة، حنث. غير أنه قد فهم من المسائل قرينة دلت على ما افتاه به ولم يصل إلينا ففي ظاهر اللفظ مشكلاً. انتهى.

(١) لم يفتح المصنف بترجيح.

قال في الخادم: والأفصح طريقة القطع بالوقوع وقال في البحر إنه الأصح لأن الاستثناء هنا من النفي فوجب أن يكون إثباتاً.

(٢) قال النووي: الأصح الوقوع، وممن صححه الشاشي.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

خداى من حرام<sup>(١)</sup> بمعنى طلاق (اگرآن جامه كه توكنى دربو شم)<sup>(٢)</sup> فلبس ثوباً غزَلْتَهُ في السَّنة الماضية، لم تَطْلُقْ؛ لأن اللفظ للمستقبل، ولا يختص الحنث بما غزَلْتَهُ وخاطته لأنه يقال (فلانن شو هزار جامه كرد)<sup>(٣)</sup> وإن كانت قد اشترته، ويقول الرجل (من فلان را جامه كردم)<sup>(٤)</sup> وإن لم يَكُنْ منه غَزُلٌ.

وأنه لو قال: المرأة التي تَدْخُلُ الدار من نسائي طالق، فما لم تدخل واحدة [الدار]، لا يقع الطلاق، ولو أشار إلى واحدة بعينها، وقال: هذه التي تدخل الدار طالق، طَلَّقْتَ في الحال، دخلت أو لم تَدْخُلْ، وأنه لو قال: (حلال برمن حرام اگراز خانه بیرون سوی)<sup>(٥)</sup> (واگراز مال من کسی واجیزی وهي)<sup>(٦)</sup> (واگر یخانه ماذن نو)<sup>(٧)</sup> طَلَّقْتَ بأية صفة من هذه الصفات، وجدت.

ولو قال: (اگراز خانه بیرون سوی وكسی جیزی وهي)<sup>(٨)</sup> لَمْ تَطْلُقْ إِلَّا بهما، وأنه لو قال (حلال برمن حرام واگر خواهر توفردادر خانه من باشد)<sup>(٩)</sup> فَلَمَّا أصبحت الْأُخْتُ، جَمَعَتْ أُمَّتِهَا وَخَرَجَتْ، إِنْ خَرَجَتْ قَبْلَ الْفَجْرِ، لم تَطْلُقْ، وَإِنْ خَرَجَتْ بَعْدَهُ، فالظاهر وقوعه؛ لأنه يقتضي جميع نَهَارِ الْغَدِ<sup>(١٠)</sup> هذا لفظه، وهو بَعْدَ الْوُقُوعِ أَشَدُّ إِشْعَاراً، وأنه إذا كان يَخْرُجُ من بيته، فقالت المرأة: أَلَا<sup>(١١)</sup> تريد الخروج إلى السُّوقِ اليوم، فقال: أَرِيدُهُ، فكذَّبته، فقال (حلال خدای برمن حرام اگرم من بیازا رشوم امروز)<sup>(١٢)</sup> فَإِنْ رَاعَيْنَا الْمَعْنَى، فالتقدير: حلال اللّهِ عَلَيَّ حَرَامٌ، إِنْ لَمْ أَخْرَجْ إِلَى السُّوقِ الْيَوْمَ، وَإِنْ رَاعَيْنَا اللَّفْظَ، وَإِنْ قَدِمْنَا الْمُؤَخَّرَ، فكأنه قال (كه من بازار شوم حلال خدای برمن حرام)<sup>(١٣)</sup> أي إذا خرجت إلى السوق، فحلال الله عليّ حرامٌ، وَإِنْ لَمْ يَقْدِمِ الْمُؤَخَّرَ، فقضيته أن يقع في الحال، ويلغو قوله (كه من بازا

- (١) جملة فارسية بمعنى: إن حلال الله حرام عليّ.
- (٢) جملة فارسية بمعنى يخلو أن الرداء الذي تخيطينه ألبسه.
- (٣) جملة فارسية بمعنى: المرأة الفلانية حاكت ثوباً للزوج.
- (٤) جملة فارسية بمعنى: صنعتُ لفلان ثوباً.
- (٥) جملة فارسية بمعنى: الحلال حرام عليّ إذا ما خرجت من البيت.
- (٦) جملة فارسية بمعنى: وإذا ما أعطيت شخصاً شيئاً من مالي.
- (٧) يعني: وتأذني لي بدخول بيتنا.
- (٨) جملة فارسية بمعنى: إذا ما خرجت من البيت، وأعطيت شخصاً شيئاً.
- (٩) يعني: الحلال حرام عليّ لو أن أختك تكون في بيتي غداً.
- (١٠) في ز: العذر. (١١) في أ: لا.
- (١٢) جملة فارسية معناها: حلال الله عليّ حرام إذا لم أتسوق اليوم.
- (١٣) جملة فارسية بمعنى: إن أتسوق اليوم، فإن حلال الله عليّ حرام.

رشوم<sup>(١)</sup> فقال الشَّيْخُ القُّمَالُ في هذا كالمتهَيِّرِ، وأن الأقرب الاعتماد على المَعْنَى، وأنه لو قال (اگرمن ارزشت ازبافت شود رتوشمر توبه طلاق هسته)<sup>(٢)</sup> حث إذا لبس من غزلها، وإن لم تَنْسُجْه، ومن نَسَجَهَا [فلبس ثوباً]، وإن لم تَغْزَلْه، فلو قال (اگرمن ارزشت وبافت تودر بوشم)<sup>(٣)</sup> فلو لَبَسَ ثوباً نَسَجاً من غزلها، ولم تَنْسُجْه، لم يحث، ولأنَّ الطلاق مَعْلُوقٌ بالصفتين؛ الغزل والنسج، ولو لبس ثوباً نَسَجَ من غزلها، وآخر نسجته هي حَثٌ، لاجتماع الصفتين في الثوبين.

ولو ادَّعَتْ امرأة على رجل أنه نكَّحها، وأنكر فَمَنْ الأَصْحَابُ مَنْ قال: لا يَحُلُّ لها أن تنكح غيره وهو الظاهر، ولا يجعل إنكاره إطلافاً، بخلاف ما إذا قال: نكَّحْتُها، وأنا واجد للطَّوَل، فيجعل ذلك فرقةً بطلقة؛ لأن هناك أقر بالنكاح وادعى ما يُمْنَعُ صحته، وها هنا لم يقر أصلاً وقيل: يتلطف الحاكم به حتى يقول: إن كنت نكَّحْتُها، فقد طَلَّقْتُها، وأنه لو قال: حلالُ اللِّهِ عَلَيَّ حرامٌ، لا أدخل هذه الدار كان ذلك تعليقاً، وإن لم [يكن] فيه أداة تعليق، وأنه لو قال: حَلَفْتُ بِطَلاقِكَ أَلَّا تَخْرُجِي مِنَ الدَّارِ، ثم قال: ما حَلَفْتُ، وإنما قَصَدْتُ تَفْرِيعَها، لا يُقْبَلُ في الحُكْمِ ويدين، أنها لو قالت لزوجها: اجعل أمر طلاقِي بيدي، فقال: إن خَرَجْتِ مِنْ هَذِهِ القَرْيَةِ، أَجْعَلُ أَمْرَ طَلاقِكَ إِلَيْكَ، فقالت: أَخْرُجْ، فقال: جَعَلْتُ أَمْرَكَ بِيَدِكَ، فقالت: طَلَّقْتُ نَفْسِي، فإن ادعى الزوج أنه أراد بغد خروجها من القرية، صَدَّقَ، وإلا وَقَعَ الطَلاقُ في الحال، وأنه لو قال: إن أبرأتني عن الدَّيْنِ الَّذِي لَكَ عَلَيَّ، فأنَّتِ طالِقٌ، فأبرأته، يَقَعُ الطَلاقُ بائناً، ولو قال: إن أبرأت فلاناً، فأبرأته، يَقَعُ الطَلاقُ رجعيًا، [و] أنه لو قال لأم امرأته: بنتك طالقٌ، ثم قال: أردتُ البنت التي ليست بزوجة لي صدق وأنه لو قال إذا فعلت ما ليس لله فيه رضا، فأنَّتِ طالِقٌ، فتركت صوماً أو صلاةً فينبغي ألا يَقَعُ الطَلاقُ؛ لأنه تَرَكٌ، وليس بِفِعْلٍ، ولو سرقت أو زَنَتْ يَقَعُ<sup>(٤)</sup>.

عن الشيخ أبي العاصم العبادي أنه لو قال: أنتِ طالقٌ يا طالق لا طلقتك تقع طلقتان وأنه لو قال لزوجته: إن وَطِئْتُ أمتي بغيرِ إِدْنِكَ، فأنَّتِ طالِقٌ، ثم استأذنها،

(١) جملة فارسية بمعنى: إنه يتسوق.

(٢) يعني: إذا لم أجد القيمة في نسيجك فأنَّتِ طالقٌ.

(٣) جملة فارسية معناها: فلو أني لبس ثوباً من نسيجك بقيمة عملك.

(٤) قال في الخادم: ينبغي بناؤها على أن الترك من قسم الأفعال وفيه خلاف أصولي والراجح نعم لكن سبق أن الأيمان لا تبنى على المسالك الأصولية وإنما يتبع فيها العرف وعلى قياس ما قاله فينبغي أن لا يحث في الزنا إذا كان الموجود منها مجرد التمكين لأنه أيضاً ترك للدفع وليس بفعل منها. انتهى. وفي هذا التخريج نظر والظاهر خلاف ما قال.

فقال: طأها في عينها لا يكون هذا إذناً، وسئل عمّن له أمة، وتحتة امرأة، فدعا الأمة إلى فِرائشه، فحضرت الحرّة فوطئها، ثم قال: وهو يظن أنها الأمة: إن لم تكُوني أخلّي من الحرّة، فهي طالق، فقال: أفتى أبو حامد المروزي تطلق لأنّها هي الحرّة: فلا تكون أخلّي من الحرّة، وحكى أبو العبّاس الرّوياني وجهاً أنّها لا تُطلق؛ لأنّ عنده أنه يخاطب غيرها قال: وهو الأظهر، وبه أفتى أبو عبد الله الحنّاطي.

وسئل القاضي الحسين، عمّن حلف بالطلاق أنه يقرأ عشراً من أول سورة البقرة بلا زيادة وأن يقف، وللقرء اختلاف في رأس العشرة، فقال تدور المسألة على اعتقاد المفتي، فما أدى إليه اجتهاده أخذ المستفتي به، وعن امرأة صعدت بالمفتاح فقال الزوج: إن لم تُلقي المفتاح من السطح، فأنت طالق، فلم تلقه، ونزلت فقال: لا يقع الطلاق، ويحمل قوله: «إن لم تلقه» على التأييد، كما قال أصحابنا: فيمن دخل عليه صديقه، فقال تغد معي، فامتنع، فقال: إن لم تتغد معي، فامرأتي طالق، فلم يفعل، لا يقع الطلاق، ولو تغدى بعد ذلك يوماً من الدهر انحلت اليمين، نعم لو نوى الحال فامتنع، وقع الطلاق، ورأى صاحب «التهديب» حمل المطلق على الحال، [للعادة]<sup>(١)</sup>، وهو المخكي عن أبي حنيفة - رحمه الله - وفي فتاوى القاضي الحسين: أنه لو كانت له دجاجات تُفَسِد الثياب، فقال: إن لم تبيعي هذه الدجاجات، فأنت طالق، فرمت واحدة منها، وقتلتها، وقع الطلاق؛ لتعذر البيع، وإن جرحتها ثم باعها، فإن كانت، بحيث لو دُبِحَتْ لم تحل، لم يصح البيع، ووقع الطلاق، وإن كان بحيث لو ذبحت حلّت، [صح]<sup>(٢)</sup> البيع، وانحلت اليمين، وأنه لو قال: إن قرأت سورة البقرة في صلاة الصبح، فأنت طالق، فقرأها، ثم فسدت صلاته في الركعة الثانية، لم يقع الطلاق على ظاهر المذهب؛ لأن الصلاة عبادة واحدة، ففساد آخرها فساد أولها، وأنه لو قال لامرأته: مهما قبّلتك فضرّتك طالق فقبّلها بعد موتها لم تطلق الضرّة، ولو قال لأمه: مهما قبّلتك، فامرأتي طالق، فقبّلها بعد موتها، طلقت امرأته، والفرق أن قبلة المرأة قبلة شهوة، ولا شهوة بعد الموت، وقبلة الأم قبلة كرامة، فتستوي فيه حالة الحياة والموت، وأنه لو قال: (اگر ابن دستار که تو کرده ای در سر یندم یادکره خدای من آیز تو هشته، ای)<sup>(٣)</sup> فباعته، ودفعت الثمن إليه، فضرّفه في حوائجه، لم يقع الطلاق لأن عين المنديل لم تدخله في (كد خدا یته)<sup>(٤)</sup> ولو ابتزرنه أو تفحص لحنث وأنه لو قال: (حلال

(١) سقط في ز.

(٣) جملة فارسية معناها: لو أن هذه القطعة (المنديل) الذي صنعتيه، أضعه على رأسي (ألبسه) أو تخطيته - حسب ما يريد الله - فأنت طالق.

(٤) كلمة فارسية بمعنى: ولايته.

خدای بر منی حرام که در نکاح من نباش<sup>(١)</sup> يقع في الحال، لأنها في نكاحه، ولو قال: (اگر تودا دارم توهشته ای)<sup>(٢)</sup> فعن القفال: أنه كناية، فإن أراد الإمساك في الزوجية، فإذا مضى عقيب اللفظ زماناً يمكن أن يُطَلَّقَ فيه، فلم يُطَلَّقَ، وَقَعَ الطلاق، فإن طَلَّقَ و ثم راجع، كان ممسكاً بالرجعة<sup>(٣)</sup>، وإن نوى الإمساك باليد، أو في الدار، قُبِلَ منها، فإن أخرجها من الدار، ثم ردها، وقع الطلاق بالرد، وإن فسرناها بالاتفاق عليها، ففي القبول وجهان، عن أبي العباس الروياني وأنه لو قال: إن عَسَلَتِ ثوبي فأنتِ طالقٌ، فغسلته أجنبية ثم عَمَسْتَهُ المحلوف بطلاقها في الماء تنظيفاً له، لا يَحْتِثُ، لأن العُرْفَ في مثل ذلك يغلب، والمراد في العرف الغسل بالصابون والأشنان، وإزالة الدَرَن، وسئل عنه غيِّره فقال: إن أراد الغسل من الدَرَن، لم يَحْتِثُ، وإن أراد التنظيف، حَثَّ، قيل: فإن أطلق قال: لا أجيب فيه<sup>(٤)</sup> وفي فتاوى الشَّيْخِ الفَرَّاءِ أنه لو طَلَّقَ امرأته ثلاثاً ثم قال كنتُ حرِّمتها على نفسي قبل هذا، فلم يقع الثلاث، لم يُقْبَلْ قوله، وأنه لو قال: إن ابتلعت شيئاً، فأنتِ طالقٌ، فابتلعت ريقها، حثت، فإن قال، عنيثُ غير الريق صَدَقَ في الحكم، ولو قال إن ابتلعت الريق، فأنتِ طالقٌ، حَثَّتْ، إذا ابتلعت ريقَ نَفْسِها أو ريقَ غيرها فإن قال: عنيثُ ريقك خاصة، قبل في الحُكْمِ: وإن قال: عنيثُ ريقَ غيرك خاصة، لم تقبل في الحُكْمِ، ودين، وأنه لو قال: إن ضربتُك، فأنتِ طالقٌ، فقصد، ضرب غيرها، فأصابها، لم يُقْبَلْ؛ لأن الضَرْبَ يقينٌ، يُحْتَمَلُ أن يقبل؛ لأنَّ الأضْل بقاء النكاح، وأنه لو نادى أمه، فأجابته، فلم يسمع فقال: إن لم تُجِبنِي أُمِّي، فامرأتي طالقٌ، فإن رفعت الأم صوتها في الجواب؛ بحيث يسمع في تلك المسافة، لم

(١) جملة فارسية معناها: حلال الله عليّ حرام، حيث لا تكوني زوجة لي.

(٢) جملة فارسية معناها: إن كنت في عصمتي (إذا ما تملككتك) فأنتِ طالقٌ.

(٣) في ز: بالرجعية.

(٤) قال في الخادم: وقع في نسخ الرافي وسأل عنه غيره وأفصح به في الروضة وهذا تصحيح وصوابه وسئل عنه بمرور فقال إن نوى الدنس لا يحث وإن نوى تنظيفاً حثت، قيل فإن أطلق، قال: لا أجيب عنه هذا لفظه والحاصل أن الجوابين للقاضي الحسين ووقع لصاحب المهمات تصحيح آخر فظن أن قوله في الآخر فقال: لا حثت فيه فقال الصواب حذف لا وصوابه حث وهو المذكور في الرافي.

قال صاحب الخادم: وهذا تصحيح بل الثابت في الشرح والروضة قال لا أجيب فيه وكذا الموجود في نسخ فتاوى القاضي الحسين، واقتصر صاحب الكافي فيه على الجواب الثاني للقاضي لكنه لم يذكر حالة الإطلاق وأطلق القفال في فتاويه جوابه بعدم الطلاق إذا غمسته في الماء، قال لأن هذا القدر لا يسمى غسلًا وإنما أتت ببعض الغسل فلا يحث كما لو قال: والله لا آكل من قدر طبخه فلان، فلو أدخل فلان خشبة تحت القدر وأوقد تحتها، لم يحث لأنه لم يحصل كل الطبخ بفعله.

يَحْنَثُ، وإلا حنث، وأنه لو قال: إن دَخَلْتُ على فلان داره، فامرأتي طالق، فجاء فلان وأخذه بيده، فأدخله الدار، فإن دخل الدار معاً، لم يَحْنَثُ، وإن دخل فلان أولاً، حنث، وأنه لو حلف لا يخرج عن البلد حتى يَقْضِيَ دين فلان بالعمل، فعَمِلَ له ببعض دينه، وقضى الباقي من موضع آخر، ثم حَرَجَ، حَنَثَ، فإن قال: أردتُ أني لا أَخْرُجَ حتى أَخْرُجَ من دينه، وأقضي حَقَّهُ قُبَلِ قَوْلِهِ في الحُكْمِ<sup>(١)</sup>.

وعن أبي العباس الرُّوياني أنه إذا طَلَّقَ امرأته، فقبيل له (طَلَّقْتُهَا ثُمَّ) قال: طَلِّقْ واحدةً، قُبَلِ قَوْلِهِ؛ لأن قَوْلَهُ طَلَّقْتُهَا صالح للابتداء غير متعين الجواب، وأنه إذا قال: إن سرقتُ ذهباً، فأنتِ طالقٌ فسرتُ ذهباً مغشوشاً، فالمذْهَبُ وقوْعُ الطَّلَاقِ<sup>(٢)</sup>، وفيه وجه.

وأنه لو قال: إن أجبتني عن خِطَابِي، فأنتِ طالقٌ، ثم خاطبها فقرأت آية تتضمن جوابه، فإن قالت: قصدت بقراءتها جوابه طَلَّقْتُ، وإن قالت قصدت قراءة القرآن دون الجواب، لم يقع، أو إن لم تبين الحال، فالأضل أن<sup>(٣)</sup> لا طلاق، وأنه لو قال: إن لم تستوفي حَقَّك من تركة أبيك تاماً، فأنتِ طالقٌ، وكان إخوتها قد أتلفوا بعض التركة، فلا بد وأن تستوفي حِصَّتَها من الباقي وضمأن حصتها من التالف ولا يكفي الإبراء لأن الطَّلَاقَ معلقٌ بالاستيفاء إلا أن الطَّلَاقَ إنَّما يقع عند اليأس، من الاستفتاء، وأنه لو قال (حلال خدائي برمن حرام معنى طلاق اگر من ریس تودر بوشم)<sup>(٤)</sup> والتحف بملاءة من غزلهما، فعن القفال: أنه لا يَحْنَثُ، لأنه لا يُسَمَّى ذلك بالفارسية (دربو شيدون)<sup>(٥)</sup>.

ولو جرى التعليق بالعربية: يحنث لأنه لا يسمى لُبْساً، قال: وعندي أنه لا فَرْقَ بين اللغتين، ولكن يُنظَرُ إن اضطلع، فألقت الملاءة عليه، فهذا ليس بلُبْسٍ، وإن كان بعضه تحته، وبعضه فوقه، فهذا يُحْتَمَلُ أن يُجْعَلَ لبساً لارتداء، وعن القفال: أن قوله (ازرشته تودر نبوشم)<sup>(٦)</sup>، تناول المغزول، وقُبَلِ اليمين، وقوله (انج توديسي)<sup>(٧)</sup> يتناول

(١) قال في الخادم: الثابت في النسخ المعتمدة من الفتاوى قبل في الباطن دون الظاهر... إلى آخر ما ذكره.

(٢) قال في الخادم: كان ينبغي اعتبار كونه نصاباً نظراً لحمله على اللفظ الشرع.

(٣) ما جزم به من عدم الطلاق عند الإطلاق هو الصواب وكلامه في باب الإيمان يقتضي خلافه، قال في الخادم: وسكت عما لو قالت قصدت الأمرين والقياس الوقوع كما في نظائرها في المصلي وقراءة الجنب. انتهى.

وإطلاقه المصلي فيه نظر، لأن الفتح على المصلي ليس من المسائل الرباعية كما تقدم التنبيه عليه في موضعه.

(٤) جملة فارسية معناها: حلال الله عليّ حرام بمعنى الطلاق إذا ما لبست ما تخيطين.

(٥) كلمة فارسية بمعنى: الارتداء، اللبس. (٦) جملة فارسية معناها: لا ألبس من غزلك.

(٧) جملة فارسية بمعنى: ما تغزليته.



المغزول بعدها، وقول (ازريس تو)<sup>(١)</sup> يتناولهما جميعاً.

وأنه لو أشار إلى ذهب، وحلّف بالطلاق أنه الذي أخذه من فلان، وشهد شاهدان أنه ليس ذلك الذهب، وأنه حائث، فظاهر المذهب وقوع الطلاق، وإن كانت هذه شهادة على النفي؛ لأنه نفى يحيط العلم<sup>(٢)</sup> به وأن الشاهد زبماً رأى ذلك المذهب، وعلم أنه غير المحلوف عليه.

وفيه وجه: أنه لا تُقبل هذه الشهادة، ولا يقع الطلاق، وأنه لو حلّف بالطلاق أنه لا يفعل كذا، فشهد شاهدان عنده إنه فعله، وثيقن صدقهما، أو غلب على ظنه صدقهما، لزمه أن يأخذ بالطلاق<sup>(٣)</sup>، وأنه لو علّق الباب على أزيح نسوة له فتحت إحداهن الباب، فقال: من فتحت الباب منكّن، فهي طالق، فقالت كل واحدة: أنا فتحت لم يُقبل قولهن؛ لإمكان إقامة البيّنة عليه، قال: فإن اعترف الزوج أنه لا يعرف أيتها فتحت، لم يكن له التعيين في كل واحدة منهن، وإنما يُرجع إلى تعيينه، إذا كان الطلاق مبهماً<sup>(٤)</sup> ولو حلف بالطلاق أنه أنفذ فلاناً إلى بيت فلان، وعلم أن المبعوث، لم يَمْضِ إليه، ففي وجه: يقع الطلاق؛ لأن اللفظ يقتضي حصوله هناك، والصحيح المنع؛ لأنه يصدق أن يقال: أنفذه، فلم يمتثل، وأنه لو قال لها: إن لم تطيعيني<sup>(٥)</sup>، فأنت طالق، فقالت: لا أطيعك، ففي وجه: يقع الطلاق بقولها «لا أطيعك»، والأصح؛ أنه لا يقع حتى يأمرها بشيء، فتمتنع أو ينهاها عن شيء فتفعله، وأنه لو قال: امرأتي طالق إن دخلت دارها، ولا دار لها وقت اليمين، ثم ملكت داراً، فدخلها، حصل الحنث، وأنه لو قال إن لم تكوني الليلة في داري، فأنت طالق، ولا دار له، ففي وقوع

(١) جملة فارسية معناها: من غزلك.

(٢) قال الأذري: قضية كلامه أن المآخذ الشهادة على النفي المحصور ونفي مأخذ آخر يقتضي عدم الحنث وهو الجهل، إذ الظاهر أنه حلف معتقداً ذلك، أي ليأتي فيه الخلاف في الجاهل.

(٣) قال في القوت: فيه نظر لأنه أمر راجع إلى علمه فلا يلزمه العمل بإخبار غيره كالقاضي يشهدون عنده أنه حكم بكذا أو يخبر المصلي بفعل أو ترك ونحو ذلك وسبق تفصيل عن الكافي في الاستثناء يقتضي أنه يرجع إلى علمه إذا لم يكن به غضب وخرج بتقدير الجري على ما قاله الروياني، فقد يقال يكفي إخبار عدل يغلب على الظن صدقه، لكن لا يلزم من صدور الفعل منه كونه فعله ذاكراً لليمين أو عالماً بأنه المحلوف عليه بل عدم تذكره لصدوره منه يشعر بأنه إنما صدر منه عن جهل به أو نسيان للحلف. انتهى.

وأشار بقوله تفصيل عن الكافي إلى أنه لو طلق ثلاثاً بحضور شاهدين فشهدا له أنك قلت عقبه إن شاء الله وهو لا يذكره إن كان له حالة غضب فله اعتماد قولهما والأخذ بعلمه ولا يلتفت إلى قولهما وهذا مشكل فإنه لا يلزم من يلفظه بالمشبه حصول الاستثناء المعبر عندنا.

(٤) في ز: مهما. (٥) في ز: تطليقتين.

الطلاق وجهان مبنيان تارة على التعليق بالمستحيل، وأخرى على الحنث، هل يحصل بفعل المكره.

وأنه لو قال: امرأتي هذه تحرم علي لا تحل لي أبداً، فلا طلاق؛ لأنه قد يظن أنها تحرم عليه باليمين على أن لا يجامعها، واللفظ ليس صريحاً في الطلاق، وقيل: يُحكم بالبينونة بهذا اللفظ، وأنه لو قال: لمن يُسمي زيدا: يا زيد، فقال: امرأة زيد طالق، طَلَّقْتِ امرأتك، وقيل: لا تُطَلِّقُ إلا أن يريد نفسه، وأنه لو قال: إن أجبت كلامي، فأنتِ طالق، ثم خاطب الزوج غيرها، فأجابته هي، فظاهر المذهب أنها لا تُطَلِّقُ؛ لأنه إنما يُسمي جواباً إذا كانت هي المخاطبة، وأنه لو حلف أن لا تُخرج من الدار إلا بإذنه، فأخرجها هو، هل يكون الإخراج إذناً؟ فيه وجهان، القياس المنع، وأنه لو عُزل القاضي فقال: امرأة القاضي طالق [هل] (١)، يقع طلاقه، فيه وجهان، وأنه لو قيل له: طَلَّقْتِ امرأتك، فقال: أَعْلَمُ أن الأمر على ما تقول، هل يكون هذا إقراراً بالطلاق؟ فيه وجهان؛ الأصح المنع، وأنه لو دخل موضعاً فيه جماعة، فخرج، وقد لبس خُفَّ غيره غلطاً، فقالت له زوجته: قد استبدلت خُفَّك، وليست خُفَّ غيرك؛ فأنكر، وحلَّف بالطلاق أنه لم يفعل ذلك، فإن كان خرج بعد ما خرج القوم، ولم يبق هناك إلا ما لبسه لم يقع طلاقه؛ لأنه لم يستبدل إنما استبدل الذين خرجوا قبله، وإن بقي هناك غيره، وقع الطلاق (٢).

وأنه لو رأى امرأته تنحت خشبة، فقال: إن عدت إلى مثل هذا الفعل، فأنتِ طالق، فنحتت خشبة من شجرة أخرى ففي وقوع الطلاق وجهان؛ لأن النحت مثل النُحت، لكن المنحوت ليس مثل المنحوت (٣)، وأنه لو قال: إن لم تخرجي الليلة من هذه الدار، فأنتِ طالق، فخالغ مع أجنبي من الليل وجدد النكاح، ولم تخرج، لا يقع الطلاق؛ لأن الليل كله محل اليمين، ولم يمض كل الليلة، وهي زوجة له حتى يقع الطلاق، وأنه لو حلَّف أن لا يخرج من البلد إلا مع امرأته، فخرج لكنه تقدَّم عليها بخطوات، ففي وجه: لا يحنث للعرف، وفي آخر يحنث. وإنما يحصل البر أن يخرجها

(١) سقط في ز.

(٢) قال النووي: هذا الكلام ضعيف في الطرفين جميعاً، بل صواب المسألة أنه إن خرج بعد خروج الجميع، نظر، إن قصد أني لم أجد بدله، كان كاذباً، فإن كان عالماً بأنه أخذ بدله، طلقت، وإن كان ساهياً، فعلى قولي طلاق الناسي، وإن لم يكن قصد، خرج على الخلاف السابق، في أن اللفظ الذي تختلف دلالتة بالوضع والعرف، على أيهما يحمل لأن هذا يسمى استبدالاً في العرف. وأما إن خرج وقد بقي بعض الجماعة، فإن علم أن خفه مع الخارجين قبله، فحكمه ما ذكرنا، وإن علم أنه كان باقياً، أو شك، ففيه الخلاف في تعارض الوضع والعرف.

(٣) قال النووي: الأصح الوقوع.

معاً من غير تقدم، وأنه لو قال: إن خرجت من هذه الكوة، فأنت طالق، فوسع موضع الكوة حتى صار باباً فخرج منه، يُحتمل أن يقال: إن خرجت من موضع الكوة، حنث، وإلا فلا، ويُحتمل أن يُقال: إن كان بحيث يسمى كوة، يقع الطلاق، وإلا فلا، وأنه لو حلف ألا يضربها إلا بالواجب فشتمه فضربها بالخشب، يحنث؛ لأن الشتم لا يوجب الضرب بالخشب، وإنما المستحق به مطلق التعزير، وقيل بخلافه<sup>(١)</sup>، وأنه لو قال لزوجته إن علمتي من أختي شيئاً، فلم تقولي لي فأنت طالق، فينصرف ذلك إلى ما يوجب ريبة ويوهم فاحشة دون ما لا يقصد العلم به؛ كالأكل والشرب ثم لا يخفى أنه لا يعتبر أن تقوله على الفور، وأنها لو سرقت من زوجها ديناراً، فحلف بالطلاق أن تردّه عليه، وهي قد أنفقت لا يقع الطلاق، حتى يخصل اليأس عن الرد بالموت، فإن تلف الدينار، وهما حيّان، فوقع الطلاق على الخلاف في الحنث بفعل المكره<sup>(٢)</sup>، وأنه لو سمع لفظ الطلاق من رجل وتحقق أنه سبق لسانه إليه، لم يكن له أن يشهد على مطلق الطلاق، وأنه لو قال: إن رأيت الدم، فأنت طالق، فالظاهر حملُه على دم الحيض.

وقيل: يحمل على كل دم؟ وأنه لو قال: إن دخلت هذه الدار، فأنت طالق وأشار إلى بقعة من الدار فدخلت غير تلك البقعة من الدار، ففي وقوع الطلاق وجهان<sup>(٣)</sup>.

وأنه لو قال: إن كانت أمي في الحمام، فامرأتي طالق وكاننا عند التعليقين كما ذكر، عتقت الأمة، ولم تطلق المرأة، لأن الأمة عتقت، عند تمام التعليق الأول، وخرجت عن أن تكون أمته، فلم يخصل شرط الطلاق، ولو قدم ذكر الأمة، فقال: إن كانت أمي في المأتم، فامرأتي طالق، وإن كانت امرأتي في الحمام، فأمي حرة وكاننا كما ذكر، طلقت المرأة، ثم إن كانت رجعية، عتقت الأمة أيضاً، وإلا فلا، ولو قال: إن كانت هذه في المأتم، وهذه في الحمام، فهذه حرة، وهذه طالق، فكاننا كما ذكر، حصل العتق والطلاق، وأنه لو قيل له: طلقت زوجتك، فقال: طلقت، فقد قيل: هو كما لو قال: نعم، وفي كونه صريحاً في الإقرار أو كنايةً خلاف قدمناه.

وقيل: إنه ليس بصريح لا محالة لأن «نعم» متعين للجواب.

وقوله «طلقت» مستقل بنفسه، فكانه قال، ابتداءً. طلقت، واقتصر عليه، [وقد سبق أنه لو اقتصر عليه فلا طلاق] وأنه لو طرح العصير في الدن، وأحكم رأسه، ثم حلف بالطلاق أنه استحال خمرأ، ولم يفتح رأسه إلى مدة، ولما فتح، قد صار خلأ،

(١) قال النووي: الأصح، لا تطلق هنا، ولا مسألة التقدم بخطوات يسيرة.

(٢) قال النووي: إن تلف بعد التمكين من الرد، طلقت على المذهب.

(٣) قال النووي: أصحهما الوقوع ظاهراً، لكنه إن أراد ذلك الموضع، دين.

ففيه وجهان: أحدهما: أنه إن كان ظاهر الحال صيرورته خمراً، وقت ما حلف، يُحكّم بوقوع الطلاق، وإلا فلا.

والثاني: لا يُحكّم بالوقوع؛ لأن الأضل عَدَم الاستحالة والطلاق، وأنه لو قال: إن كان هذا ملكي، فأنت طالق، ثم وكل إنساناً، يبيعه هل يكون ذلك إقراراً بأنه ملكه، فيه وجهان، وكذا لو تقدّم التوكيل على التعليق<sup>(١)</sup>، وأنه لو قال: أنت طالق ثلاثاً قبل أن أطلقك فعلى وجه: يقع الطلاق في الحال، كما لو قال: قبل موتي، على آخر: لا يقع؛ لأنه لا حالة بعد هذا الحلف تكون هي قبل الطلاق، وأنه لو كانت بين يديه تَفَاحَتان، فقال لزوجته: إن لم تأكلي هذه التفاحة اليوم، فأنت طالق، ولأمته إن لم تأكلي الأخرى اليوم، فأنت حرة واشتبهت تفاحة الطلاق بتفاحة العتق، فعن بعض الأصحاب أن الوجه أن تأكل كل واحدة منهما تَفَاحَةً، فلا يقع الطلاق ولا العتق؛ لأن الأضل بقاء النكاح والملك، والزوال غير<sup>(٢)</sup> معلوم وعن آخرين أن الوجه أن تأكل كل واحدة منهما ما يَغْلِب على ظنها أن يمينه معقود عليه، ويجتهد الزوج معهما، ولو خالغ زوجته ذلك اليوم، وباع الأمة ثم جدّد النكاح والشراء، تخلص، وقيل يبيع الأمة من المرأة في ذلك اليوم، وتأكل المرأة التفاحتين، وأنه لو قال لامرأته كلما كلّمْتُ رجلاً، فأنتما طالقان، ثم قال للرجلين أخرجنا إلى السوق، طَلّقت المرأتان، ولو قال لامرأته: كلما كلّمْتُ رجلاً، فأنت طالق، فكلّمْتُ رجلين بكلمة، وَقَعْتُ طلقتان على المذهب، وقيل واحدة.

وأنه لو قال: أنت طالق، إن تزوجت النساء أو اشتريت العبيد، لم يحنث إلا إذا تزوج ثلاث نسوة، أو اشترى ثلاثة عبيد، وأنه لو حلف لا يخرج من الدار فرقي غضناً من شجرة في الدار، والغضن خارج هل يحنث؟ فيه وجهان:

أصحهما: نعم، أنه ولو قال: إن لم تصومي غداً، فأنت طالق فحاضت، فوقوع الطلاق على الخلاف في حنث المكروه، وأنه لو قال لنسائه الأربع: من حَمَلت مِنْكُنْ هذه الخشبة، فهي طالق، فحَمَلها ثلاث منهن، فإن كانت الخشبة ثقيلة لا تستقل بحملها واحدة طُلّقن، وإن استقلّت بها الواحدة، لم تُطلّق واحدة منهن، وقيل: يُطلّقن، وأنه لو قال: أنت طالق ثلاثاً، إن لم أطأك الليلة فوجدها حائضاً أو مُحَرِّمَةً، فعن المزني أنه

(١) قال النووي: إذا تقدم التوكيل، يبعد وقوع الطلاق، إذ لم يوجد حال التعليق ولا حده ما يقتضي الإقرار، والمختار في الحاليتين أنه لا طلاق، إذ يحتمل أن يكون وكيلاً في التوكيل يبيعه، أو كان لغيره وله عليه دين، وقد تعذر استيفاؤه، فيبيعه تملك ثمنه، أو باعه غضباً، أو باعه بولاية كالوالد والوصي والناظر.

(٢) في ز: عن.

حَكَى فِي الْعُقَارِبِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّهُ لَا حَنْتَ عَلَيْهِ، وَأَنَّ الشَّافِعِيَّ وَالنَّعْمَانَ سَاعَدَاهُ، وَاعْتَرَضَ بِأَنَّهُ لَيْسَ التَّحْلِيلُ وَالتَّحْرِيمُ مِنَ الْإِيمَانِ فِي شَيْءٍ، وَمَنْ حَلَفَ أَنْ يَعْصِيَ اللَّهَ، فَلَمْ يَعْصِهِ، حَنْتَ، وَإِنْ عَصَى بَرٌّ، وَقَدْ قِيلَ: إِنَّ الْمَذْهَبَ مَا قَالَهُ الْمَزْنِيُّ، وَهُوَ اخْتِيَارُ الْقَفَّالِ.

وقيل: هو على الخلاف من قَوَاتِ الْبِرِّ بِالْإِكْرَاهِ، وَأَنَّهُ لَوْ قَالَ: إِنْ لَمْ أُشْبِعْكَ مِنَ الْجَمَاعِ اللَّيْلَةَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَقَدْ قِيلَ: يَبْرُ إِذَا جَامَعَهَا<sup>(١)</sup>، وَأَقْرَبُ بِأَنَّهَا أَنْزَلَتْ.

وقيل: ويعتبر مع ذلك أن تقول: لَا أُرِيدُ الْجَمَاعَ ثَانِيًا، فَإِنْ كَانَتْ لَا تُنْزِلُ، فَيَجَامَعُهَا إِلَى أَنْ تَسْكُنَ لَدُنَّهَا، فَإِنْ لَمْ تَسْتَهْهِ الْجَمَاعَ، فَيُحْتَمَلُ أَنْ يَبْنَى عَلَى تَعْلِيْقِ الطَّلَاقِ بِصِفَةِ مُسْتَحِيلَةٍ، وَأَنَّهُ لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ الطَّلَاقُ الرَّابِعَةُ، هَلْ تُطَلِّقُ، فِيهِ وَجْهَانِ يَقْرَبَانِ مِنَ الْخِلَافِ فِي التَّعْلِيْقِ بِالمَحَالِ وَأَنَّ الْوَكِيلَ بِالطَّلَاقِ إِذَا طَلَّقَ زَوْجَةَ مَوْلَاهُ، هَلْ يَحْتَاجُ إِلَى أَنْ يَتَوَرَّى إِيقَاعَ الطَّلَاقِ عَنْهُ فِيهِ وَجْهَانِ الْأَقْرَبِ، أَنَّهُ لَا يَحْتَاجُ.

وَأَنَّهُ لَوْ قَالَ: إِنْ بَثُّ عِنْدَكَ اللَّيْلَةَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَبَاتَ فِي مَسْكِنِهَا، وَهِيَ غَائِبَةٌ، لَمْ تُطَلِّقْ، لِأَنَّ الْبَيْتَ عِنْدَهَا يَفْتَقِدُ إِلَى حُضُورِهَا، وَأَنَّهُ لَوْ طَارَ طَائِرٌ، فَقَالَ: إِنْ لَمْ أَضْطَدُّ هَذَا الطَّائِرَ الْيَوْمَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ ثُمَّ اصْطَادَ طَائِرًا، وَأَدَّعَى أَنَّهُ ذَلِكَ الطَّائِرُ يُقْبَلُ قَوْلُهُ؛ لِأَنَّهُ مُحْتَمَلٌ، وَالْأَضْلُ بَقَاءُ النُّكَاحِ، وَلَا ظَاهِرَ يَخَالِفُهُ، فَإِنْ قَالَ الْخَالِفُ: لَا أَعْرِفُ الْحَالَ وَاحْتَمَلُ الْأَمْرَيْنِ، فَيَجُوزُ أَنْ يَقَالَ بِوُقُوعِ الطَّلَاقِ، لِأَنَّ الْأَضْلَ أَنَّهُ لَمْ يَضْطَرَّ ذَلِكَ الطَّيْرَ، وَيَجُوزُ أَنْ يَقَالَ بِخِلَافِهِ<sup>(٢)</sup>، لِأَنَّ الْأَضْلَ بَقَاءُ النُّكَاحِ.

فِي الْمَسَائِلِ الْمَشْتَرَكَةِ مِنْ تَخْرِيجِ إِسْمَاعِيلَ الْبُوشَنجِيِّ؛ أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ قَالَ: إِذَا بَلَغَ وَلَدِي الْخِتَانَ، فَلَمْ أَخْتِنِهِ، فَامْرَأَتِي طَالِقٌ، قَالَ وَالَّذِي أَرَاهُ أَنَّهُ إِذَا بَلَغَ حَدًّا يَحْتَمَلُ الْخِتَانَ، فَلَمْ يَخْتِنِهِ، يَحْنُثُ، لِأَنَّهُ لَمْ يُرْزَ تَوْقِيْتَهُ فِي وَقْتِهِ، فَيَتَّقِدُ بِوَقْتِ الْإِمْكَانِ، كَمَا لَوْ قَالَ: إِذَا بَلَغَ وَلَدِي التَّعْلِمَ<sup>(٣)</sup>، فَلَمْ أَعْلَمْهُ، يَتَّقِدُ بِوَقْتِ إِمْكَانِ التَّعْلِمِ<sup>(٤)</sup>، وَأَنَّهُ لَوْ قَالَ إِنْ سَأَكُنْتُ فَلَانًا شَهْرَ رَمَضَانَ، فَالْحَنْثُ يَتَعَلَّقُ بِالمَسَاكِنَةِ مَعَهُ فِي جَمِيعِ الشُّهُرِ، وَلَا يَحْنُثُ بِالمَسَاكِنَةِ سَاعَةً، وَبِهِ أَجَابَ إِمَامُ الْعِرَاقِيِّينَ لَمَّا رَاجَعْتُهُ يَعْنِي أَبَا بَكْرَ الشَّاشِيَّ، وَعَنْ مُحَمَّدِ بْنِ يَحْيَى أَنَّهُ يَحْنُثُ بِالمَسَاكِنَةِ سَاعَةً مِنَ الشُّهُرِ، كَمَا لَوْ حَلَفَ لَا يَكْلُمُهُ شَهْرَ رَمَضَانَ، يَحْنُثُ بِالتَّكْلِيمِ مَرَّةً، وَأَنَّهُ لَوْ قَالَ امْرَأَتِي طَالِقٌ إِنْ أَفْطَرَ بِالكُوفَةِ، وَكَانَ يَوْمَ الْفِطْرِ بِالكُوفَةِ، لَكِنَّهُ لَمْ يَأْكُلْ فِي يَوْمِهِ، وَلَمْ يَشْرَبْ، فَمِقْيَاسُ قَوْلِنَا أَنَّهُ لَا

(١) فِي ز: وَإِنْ جَامَعَهَا.

(٢) قَالَ النَّوَوِيُّ: الْأَصْحَحُ عَدَمُهُ كَمَا سَبَقَ فِي آخِرِ الْبَابِ الرَّابِعِ فِي الْمَسْأَلَةِ: أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ لَمْ يَدْخُلِ زَيْدُ الْيَوْمِ الدَّارَ، وَجَهْلُ دَخُولِهِ.

(٣) فِي ز: التَّعْلِيمِ. (٤) فِي ز: التَّعْلِيمِ.

يحدث، لأن الإفطار عبارة عن تناول المأكول والمشروب، وأنه مُسبِك عنه، ولو حَلَف لا يعيد بالكوفة، فأقام بها يوم العيد، ولم يخرج إلى العيد، يحدث، ويحتمل ألا يحدث أيضاً، وأنه لو قال: إن أكلت اليوم إلا رغيماً، فهي طالق، فأكل رغيماً، ثم فاكهة حدث، وإن قال إن أكلت أكثر من رغيغ، فأكل خُبزاً بأدم، فكذلك الجواب، وأنه لو قال: إن أدركت<sup>(١)</sup> الظهر مع الإمام، فهي طالق فأدركه فيما بعد الركعة الأولى، لم يقع الطلاق في قياس مذهبنا؛ لأن الظهر عبارة عن الركعات الأربع، وهو لم يُدركها<sup>(٢)</sup>، إنما أدرك بعضها، وأنه لو قال لعبدتي إن ضربتكما إلا يوماً، فامرأتي طالق، هذا الكلام يحتمل معنيين:

أحدهما: اعتبار الضريين في يوم واحد، فكأنه قال: إن ضربت كل واحد منكما إلا في يوم أضرب الآخر فيه، فعلى هذا يحدث بضرب أحدهما في يوم، وضرب الآخر في يوم آخر.

والثاني: أن يريد الامتناع عن ضرب كل واحد منهما إلا في يوم واحد من غير أن يعتبر اجتماع الضريين في يوم، وعلى هذا لو ضرب أحدهما في يوم الآخر، والآخر في يوم آخر، لا يحدث، وإذا أطلق الكلام إطلاقاً، فالمخمل الثاني أولى أن يجعل محملاً، وأنه لو طلق نسوته طليقة رجعية ثم قال كل امرأة أراجعها فهي طالق كلما كلمت فلاناً، فراجع امرأة، ثم كلم فلاناً، ثم راجع أخرى طليقت الأولى دون الثانية، لأن شرط الحنث المراجعة قبل الكلام، ولم توجد، فإن كلمه مرة أخرى، طليقت الثانية أيضاً، وأنه لو قال: آخر امرأة أراجعها، فهي طالق، ثم راجع نسوة، ومات، يقع الطلاق على آخر امرأة راجعها بطريق التبيين، حتى لو انقضت العدة من ذلك الوقت، لم تورث، ولو دخل بها، فعليه مهر مثلها، وأنه لو علق الطلاق بنكاح امرأة، فهو محمول على العقد

(١) في ز: أدركنا.

(٢) قال النووي: هذا فيه نظر، فإنه يقال: أدرك الجماعة، وأدرك صلاة الإمام، ولكن الظاهر أنه لا يقع، لأن حقيقته إدراك الجميع، ومنه الحديث «ما أدركتم فصلوا، وما فاتكم فاقضوا» والله أعلم قال في الخادم: هو كما قال - لأنه قد نص الشافعي على تقديم العرف الخاص على عرف الشرع، ولا شك أن الشرع جعله مدركاً للصلاة ما لم يسلم الإمام، والعرف لا يقتضي ذلك ويشهد له المسألة قبله ما إذا علق بالإفطار لا يحدث بدخول يوم الفطر وإن لم يأكل ولم يشرب تقديماً للعرف العام على عرف الشرع.

والحديث الذي استدلل به النووي أخرجه (البخاري ٣٩٠/٢ في كتاب الجمعة/ باب المشي إلى الجمعة، حديث ٩٠٨).

(ومسلم ٤٢٠/١ في كتاب المساجد/ باب استحباب إتيان الصلاة بوقار وسكينة ١٥٤/٦٠٢). وقد تقدم.

دون الوطاء إلا إذا نوى، وأنه إذا تخاصم الزوجان في المراودة، فقال: إن لم تجيء الساعة إلى الفراش، فأنت طالق ثم طالب الخصومة، حتى مضت الساعة ثم ذهبت إلى الفراش، فالقياس أنها تطلق وأنه لو قال: إن كلمت بني آدم، فالقياس أنه لا يخنث بكلام الواحد والاثنين، إلا إذا أعطيناها حكم الجمع، وأنه لو قال: إن دخلت الدار، فعبدي حر أو كلمت فلاناً، فامرأتي طالق، فيراجع؛ ليتبين أي اليمين، فما أراه منها تقرّر، وأنه لو قال لامرأته: أنت طالق في الدار، فمطلق هذا يقتضي وقوع الطلاق، إذا دخلت هي الدار، وأنه لو قال: إن ملكتما عبداً، فامرأته طالق فشرط الحنث على ما يقتضيه القياس إن تملكاه معاً حتى<sup>(١)</sup> لو ملك أحدهما عبداً ثم باعه من صاحبه، لا يخنث، ولو قال: إذا لبست قميصين، فأنت طالق، فاغتسل فلبسهما على التوالي، حنث على قياس المذهب، وأنه لو قال: إن اغتسلت في هذه الليلة، وامرأته طالق، فاغتسل من غير جنابة، وقال: قصدت به الاغتسال من الجنابة، فالقياس أنه يدين، ولا يُقبل في الظاهر، أنه لو حلف في جنح الليل بالطلاق إن لم يكلم فلاناً يوماً، ولا نية له، فعليه أن يمتنع من الكلام في اليوم الذي يليه، ولا بأس أن يكلمه في بقية الليل، وأنه لو قال لزوجته: (اگر توبا کسی حرام کنی)<sup>(٢)</sup> فأنت طالق، فطلقها طلقاً رجعية<sup>(٣)</sup> وجامعها في عدتها، يمكن أن يتبين وقوع الطلاق على أن المخاطب هل يندرج تحت الخطاب ويختل أن يقال: لا يقع، لأن غرض المعلق منعها عن الغير؛ لما يلحقه بذلك من الغضاضة والمعرة، وأنه لو قال: أنت طالق إن دخلت الدار ثنتين أو ثلاثاً أو عشراً، فهو مجمل، وإن قال: أردت أنها تطلق واحدة إن دخلت الدار مرتين أو ثلاثاً، يصدق، فإذا اتهم، حلف، وإن أراد وقوع الطلاق بالعدد المذكور، تقع الثلاث وتلغو الزيادة، وأنه لو قال: إن خرجت من الدار، فأنت طالق، وللدار بستان بابه مفتوح إليها فيها، ثم خرجت إلى البستان، فالذي يقتضيه قياس المذهب أنه إن كان بحيث يعد من جملة الدار ومرافقها، لا<sup>(٤)</sup> يخنث، وإلا فيحنث، وأنه لو قال لأبويه: إن تزوجت ما دمتما حيين، فامرأتي هذه طالق، فمات أحدهما، فتزوج، لا ينبغي أن تطلق امرأته، وإن المنوي إذا لم يكن له لفظ مُشعر به، لا يعمل، كما لو حلف ألا يشرب لفلان ماءً، فأكل من ماله، لا يحنث وإن نوى، وأنه لو حلف لا يطعنه بنضل هذا الرمح، أو نضل هذا السهم، فترج الزج، وأدخل فيه زجاً آخر، قطعنه به، يخنث، وأنه لو قال: إن

(١) جملة فارسية معناها: لو فعلت الحرام مع شخص.

(٢) سقط في ز. (٣) في ز: يثبت.

(٤) قال النووي: المختار، أن المبيت يحتمل مطلقه على أكثر الليل إذ لم يكن قرينة، كما سبق في

المبيت بمعنى، لكن الظاهر الحنث هنا لوجود القرينة.

سَمْتِنِي، وَلَعْتِنِي، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَلَعْنَتُهُ، لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ؛ لِتَلَعُّقِهِ بِهِمَا، وَأَنْهَا إِذَا خَرَجَتْ لِلضِّيَافَةِ إِلَى قَرِيَةٍ، فَقَالَ: إِنَّ مَكَّنْتِ هُنَاكَ أَكْثَرَ مِنْ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَخَرَجَتْ مِنْ تِلْكَ الْقَرِيَةِ؛ لِثَلَاثَةِ أَيَّامٍ أَوْ أَقَلٍّ ثُمَّ رَجَعَتْ إِلَيْهَا، فَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَحْنُثَ، وَأَنَّهُ لَوْ قَالَ فِي نِصْفِ اللَّيْلِ: إِنَّ بَثُّ مَعَ فُلَانٍ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَبَاتَ مَعَهُ بَقِيَّةَ اللَّيْلِ، حَنْثَ عَلَى مَا يَقْتَضِيهِ الْقِيَاسُ، وَلَا يَشْتَرُطُ أَنْ يَبِيْتُ فِي جَمِيعِ اللَّيْلِ، وَلَا أَكْثَرَهُ، [وَأَنَّهُ] <sup>(١)</sup> لَوْ حَلَفَ أَنَّهُ لَا يَغْرِفُ فُلَانًا، وَقَدْ عَرَفَهُ بِوَجْهِهِ، فَطَالَتْ صَحْبَتُهُ، مَعَهُ إِلَّا أَنَّهُ لَمْ يَعْلَمْ اسْمَهُ، يَحْنُثُ فِي قِيَاسِ الْمَذْهَبِ، وَبِهِ قَالَ سَعْدُ الْأَسْتَرَابَاذِيُّ، وَأَنَّهُ إِذَا قَالَ: آخِرُ امْرَأَةٍ أَرَاغِعُهَا، فَهِيَ طَالِقٌ، فَارْجِعْ حَفْصَةَ، ثُمَّ عَمْرَةَ، ثُمَّ طَلِقْ حَفْصَةَ، ثُمَّ رَاجِعُهَا، فَالَّذِي أَرَاهُ أَنَّهَا تُطَلَّقُ، لِأَنَّهَا صَارَتْ بِالْآخِرَةِ آخِرًا، بَعْدَ مَا كَانَتْ أَوَّلًا، وَأَنَّهُ لَوْ قَالَ: إِنَّ نِمْتُ عَلَى ثَوْبِكَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَوَضَعَ رَأْسَهُ عَلَى مِرْقَعَةٍ لَهَا، لَا تُطَلَّقُ، كَمَا لَوْ وَضَعَ عَلَيْهَا يَدَهُ أَوْ رِجْلَهُ، وَأَنَّهُ لَوْ حَلَفَ أَنْ لَا يَأْكُلَ مِنْ مَالِ فُلَانٍ، فَنَشْرَ مَاكُولًا فَالْتَقَطَهُ، وَأَكَلَهُ، حَنْثٌ، وَكَذَا لَوْ تَنَاهَدَا فَأَكُلَ، مِنْ طَعَامِهِ <sup>(٢)</sup>، وَأَنَّهُ لَوْ قَالَ: (اگر بخانه درشوی هشته ای) <sup>(٣)</sup> فإِطْلَاقُهُ مَحْمُولٌ عَلَى دُخُولِ الْبَيْتِ دُونَ مُجَرَّدِ الذَّهَابِ إِلَى الْبَلَدِ، وَأَنَّهُ لَوْ حَلَفَ بِالطَّلَاقِ الْأَيْ يَكْلِمُ أَحَدًا أَبَدًا إِلَّا فُلَانًا وَفُلَانًا، إِلَّا هَذَا وَهَذَا، فَكَلِمَهُمَا جَمِيعًا، وَلَوْ قَالَ: إِنَّ دَخَلْتُ دَارَ فُلَانٍ، مَا دَامَ فِيهَا، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَتَحَوَّلَ فُلَانٌ عَنْهَا ثُمَّ عَادَ إِلَيْهَا فَدَخَلْتُهَا لَا يَقْضِي بِوُقُوعِ الطَّلَاقِ، لِأَنَّ إِدَامَةَ الْمَقَامِ الَّذِي انْعَقَدَ عَلَيْهَا الْيَمِينُ قَدْ انْقَطَعَتْ، وَهَذَا عَوْدٌ جَدِيدٌ وَإِدَامَةُ إِقَامَةِ مُسْتَأْنَفَةٍ، وَأَنَّهُ لَوْ قَالَ: إِنَّ قَتَلْتَهُ يَوْمَ الْجُمُعَةِ، فَهِيَ طَالِقٌ، فَضْرِبُهُ يَوْمَ الْخَمِيسِ، وَمَاتَ يَوْمَ الْجُمُعَةِ، بِسَبَبِ ذَلِكَ الضَّرْبِ لَمْ يَقَعِ الطَّلَاقُ؛ لِأَنَّ الْقَتْلَ عِبَارَةٌ عَنِ الْفِعْلِ الْمَفْعُولِ لِلرُّوحِ، وَأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ يَوْمَ الْجُمُعَةِ، وَأَنَّهُ لَوْ قَالَ: إِنَّ أَعْضَبْتُكَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَضْرِبْ صَبِيانَهَا، فَغَضِبْتَ، يَقَعُ الطَّلَاقُ، وَإِنْ ضْرِبَهُ لِسَوْءِ أَدَبٍ، وَأَنَّهُ لَوْ حَلَفَ أَلَّا يَصُومَ زَمَانًا، فَالْقِيَاسُ أَنَّهُ يَحْنُثُ بِصَوْمِ سَاعَةٍ مِنْ يَوْمٍ، إِذَا قُلْنَا فَيَمْنُ حَلْفَ الْأَيْ يَصُومُ، أَنَّهُ يَحْنُثُ بِالشَّرْعِ فِيهِ، وَلَوْ حَلَفَ أَنْ يَصُومَ الْأَيَّامَ، فِيمَا أَنْ يُحْمَلَ عَلَى أَيَّامِ الْعَمْرِ، أَوْ عَلَى صَوْمِ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، وَهُوَ الْأَوَّلِيُّ، وَلَوْ حَلَفَ أَنْ يَصُومَ أَزْمَنَةً، بِرِصْمِ صَوْمِ يَوْمٍ؛ لِاشْتِمَالِهِ عَلَى أَزْمَنَةٍ، وَأَنَّهُ لَوْ قَالَ: إِنَّ كَانَ اللَّهُ يُعَذِّبُ الْمُوحِدِينَ، فَهِيَ طَالِقٌ، يَقَعُ

(١) سقط في ز.

(٢) قال النووي: الصورتان مشكلتان، والمختار في مسألة النثار، بناؤه على الخلاف في أنه يملكه الأخذ أم لا؟ فإن قلنا بالأصح: إنه يملكه، لم يحنث، وإلا فيخرج على الخلاف السابق في الضيف ونحوه، أنه هل يملك الطعام المقدم إليه ومتى يملكه؟ وأما مسألة المناهدة وهي خلط المسافرين نفقتهم واشترائهم في الأكل من المختلط، ففيها نظر، لأنها في معنى المعاوضة، وإلا فيخرج على مسألة الضيف.

(٣) جملة فارسية معناها: لو دخلت البيت فأنت طالق.



الطلاق؛ لأنه صَحَّ في الأخبار تعذيبُ بَعْضِ المسلمين على جرائمهم،<sup>(١)</sup> وأنه لو قال (أكرر شته توبرتن من أيز)<sup>(٢)</sup> فَأَنْتِ طَالِقٌ، فظاهر اللفظ يقتضي وَقُوعَ الطلاق، إذا لبسه أو ألقاه على نَفْسِهِ، وأنه لو اتهمته امرأته بالغلتمان، فَحَلَفَ ألا يأتي حراماً، ثم قَبِلَ غلاماً أو كَمَسَهُ، يحنث؛ لعموم اللفظ، بخلاف ما لو قالت: فعلت كذا حراماً، فقال: إن فعلتُ حراماً، فَأَنْتِ طَالِقٌ، لأن ها هنا ترتب كلامه على كلامها، وهناك اختلف اللفظ، فحمل كلامه على الابتداء، فكأنها اتهمته بِنُوعِ من الحرام، فنفي عن نَفْسِهِ جنس الحرام، وأنه لو قال: لامرأته: أَنْتِ طَالِقٌ إن خرجت من الدار، ثم قال: ولا تخرجين من الصفة أيضاً، فخرجت من الصف، لم يقع الطلاق؛ لأن قوله: «ولا تخرجين من الصفة» كلام مبتدأ ليس فيه صيغة تعليق، ولا هو متطرفٌ على ما سَبَقَ، وعن البُؤَيْطِيِّ: أنه لو قال: أَنْتِ طَالِقٌ في مكة أو بمكة أو في البَحْر، طُلِّقَتْ في الحال<sup>(٣)</sup>، إلا أن يريد إذا حَصَلَتْ هناك، وكذا لو قال: في الظل، وهما في الشمس، بخلاف ما إذا كان الشيء منتظراً غير حاصل، كما إذا قال في الشتاء، وهما في الصيف، لا يَقَعُ حَتَّى يجيء الشتاء.

في الزيادات لأبي العاصم العبادي: أنه لو قال: إن أكلت من القدر الذي تطبخه، فهي طالق، فوضعت القدر على الكانون، وأوقد غيرها، لم يحنث، وكذا لو سجر التنور غيرها، ووضعت القدر فيه، وأنه لو قال: إن كان في بيتي نار، فَأَنْتِ طَالِقٌ، وفيه سراج، حنث، وأنه إذا قال (أكريخانه من يناي بشام)<sup>(٤)</sup> فهي طالق، فالبر بأن يحضر<sup>(٥)</sup> هناك، ويأكل، وأنه لو حَلَفَ ألا يأكل من مال ختنه، فدفع إليه الدقيق ليخبزه له فخبزه، بخمير من عنده، لم يحنث؛ لأنه مستهلك، وأنه إذا قالت امرأة لزوجها: لا طاقة لي

(١) قال النووي: هذا إذا قصد إن كان يعذب أحداً منهم، فإن قصد إن كان يعذبهم كلهم، أو لم يقصد شيئاً، لم تطلق لأن التعذيب مختص ببعضهم. والله أعلم.

وأنه لو اتهمته امرأته بالغلتمان، فحلف بالطلاق لا يأتي حراماً، ثم قتل غلاماً، أو لمسها، يحنث لعموم اللفظ. وأنه لو قال: أَنْتِ طَالِقٌ إن خرجت من الدار، ثم قال: لا تخرجين من الصفة أيضاً، فخرجت من الصفة، لم تطلق، لأن قوله: لا تخرجين كلام مبتدأ ليس فيه صيغة تعليق ولا عطف.

(٢) جملة فارسية معناها: لو ناسب عَزْلُكَ جسدي.

(٣) وحكي في الذخائر قولين فيما إذا أطلق قوله: أَنْتِ طَالِقٌ بمكة: أحدهما: يتخير.

والثاني: يتعقد بالحلول في مكة.

(٤) جملة فارسية بمعنى: لو لم تأتي إلى بيتي عشاء.

(٥) في أ: يحصل.

معك على الجوع، فقال الزوج: إن كنت جائعة يوماً في بيتي، فأنتِ طالق، ما نوى المجازاة يُعتبر حقيقة الصفة، ولا تُطلق بالجوع في أيام الصوم، وأنه لو قال: إن دخلت دارك، فأنتِ طالق، فباعت دارها، ودخلتها، ففيه وجهان: أظهرهما: أنه لا يقع الطلاق.

قال إن لم تكوني أحسن من القمر أو إن لم يكن وجهك أحسن من القمر، فأنتِ طالق، فعن القاضي أبي علي الزجاجي، والقفال، وغيرهما: أنه لا يقع الطلاق، واستشهدوا عليه بقوله. تعالى: ﴿لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ فِي أَحْسَن تَقْوِيمٍ﴾ [التين: ٢٤]<sup>(١)</sup> ولو قال: أضوء من القمر، فلا أعلم كلامه.

في فتاوى أبي عبد الله الحناطي: أنه لو قال لامرأته: إن قصدتك بالجماع، فأنتِ طالق، فقصدته المرأة، فجامعها، لا يقع الطلاق، ولو كان قد قال: قصدت جماعك في الصورة هذه، يقع الطلاق.

نقل أبو العباس الروياني أن رجلاً يبلغ قالت له امرأته: [اصنع]<sup>(٢)</sup> لي ثياباً ليكون لك فيه أجر، فقال الرجل: إن كان لي فيه أجر فأنتِ طالق، فقالت المرأة: قد استفتيت في ذلك إبراهيم بن يوسف العالم<sup>(٣)</sup>، فقال: إن كان إبراهيم بن يوسف عالماً، فأنتِ طالق، فاستفتي إبراهيم بن يوسف، فقال: لا يحنث في اليمين الأولى، لأنه مباح، والمباح لا أجر فيه، ويحنث في الثانية لأن الناس يسمونني عالماً.

وقيل: يحنث في الأولى أيضاً لأن الإنسان يؤجر في مثل ذلك إذا قصد البر وإدخال السرور على الغير، وقد حكى الوجهين القاضي الروياني في «التجربة» وقال: الصحيح الثاني<sup>(٤)</sup>.

قال شافعي: إن لم يكن الشافعي أفضل من أبي حنيفة، فامرأتي طالق، وقال حنفي: إن لم يكن أبو حنيفة أفضل، فامرأتي طالق، لا يقع طلاق على واحد منهما، وشبهوه بمسألة الغراب.

وعن القفال: لا يجيب عن هذه المسألة، وفي مجموع الشيخ إبراهيم المروزي أنه

(١) سورة التين: الآية (٤). (٢) سقط في ز.

(٣) إبراهيم بن يوسف ذكره النووي في تهذيبه فقال: إنه من أصحابنا، وقال الحاكم في تاريخه: إبراهيم ابن يوسف بن لقمان الفقيه البخاري نزيل نيسابور في دار السنة، وقال ابن قاضي شهبة في طبقاته ولا أعلم من حاله شيئاً. وقال ابن شهبة في طبقاته: ولا أعلم من حاله شيئاً (تهذيب الأسماء واللغات ١/١٥٠). - (طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١/١٣٦). - (البداية والنهاية ١/٢٩٨).

(٤) قال النووي: لا معنى للخلاف في مثل هذا، لأنه إن قصد الطاعة كان فيه أجر ويحنث، وإلا فلا، ومقتضى الصورة المذكورة، أن لا يحنث، لأنه لم يقع فعل نية الطاعة.

لو قال السُّنِّيُّ: إن لم يكن الخَيْرُ والشَّرُّ من الله تعالى، فامرأتي طالق، وقال المعتزليُّ: إن كان من الله، فامرأتي طالق، أو قال السُّنِّيُّ: إن لم يكن أبو بكر أفضل من عليٍّ - رضي الله عنهما - فامرأتي طالق، وقال رافضي: إن لم يكن عليٌّ أفضل من أبي بكر، فامرأتي طالق يقع طلاق المعتزليِّ والرافضيِّ، وأنه لو قال: أفرغي عن هذا البيت من قماشك، فإن دخلتُ وجدت فيها شيئاً من قماشك، ولم أكسره على رأسك، فأنت طالق، فدخل البيت [و] <sup>(١)</sup> وجد فيه هاوئناً لها فَمِنَ الأصحاب من قال: لا يقع الطلاق، للاستحالة، ومثهم من قال: يقع عند اليأس قبيل موتها أو موته، وأنه لو تَخَاصَم الزوجان، فخرجت الزوجة مكشوفة الوجه، فعدا خَلْفَها، وقال: كل امرأة: لي خرجت من الدار مكشوفة؛ ليقع بصر الأجنبيِّ عليها، فهي طالق، فسمعت قوله، فرجعت ولم يبصرها أجنبي، يقع الطلاق.

ولو قال: كلُّ امرأة لي خرجت مكشوفة، ويقع بصر الأجنبيِّ عليها، فهي طالق، فخرجت ولم يَقَعْ بَصَرُ الغَيْرِ عليها، لا يقع الطلاق، والفرق أن الطلاق في الصُّورة الثانية: مُعلَق على صفتين، ولم توجد إحداهما، وفي الأولى على صفة واحدة، وقد وجدت <sup>(٢)</sup>.

وسئل بعضهم عن الحنبليِّ يقول: إن لم يكن الله على العرش، فامرأتي طالق، والأشعريُّ يقول: إن كان على العرش فامرأتي طالق فقال: إن أراد الحنبليُّ المعنى الذي ورد به القرآن لم تُطَلِّق امرأته، وهذا بابٌ مَتَّسَعٌ وفيما أوردناه مَقْتَنَعٌ، وفوق المقنع. وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ.

(١) في سقط في ز.

(٢) قال النووي: هكذا صواب صورة هذه المسألة. وكذا حقيقتها من كتاب إبراهيم المروزي، ووقعت في نسخ من كتاب الرافعي مغيرة.

## كِتَابُ الرَّجْعَةِ<sup>(١)</sup> \* وَفِيهِ فَضْلَانِ

(الأوّل في أزكائها) وهي أَرْبَعَةٌ: الأوّل: المُوجِبُ لَهَا وَهُوَ كُلُّ طَلَاقٍ يَسْتَنْقِبُ عِدَّةَ

(١) الرجعة قال في المصباح بالفتح بمعنى: الرجوع، وفلان يؤمن بالرجعة أي: بالعود إلى الدنيا. وأما الرجعة بعد الطلاق. رجعة الكتاب وبالفتح والكسر، وبعضهم يقتصر في رجعة الطلاق على الفتح، وهو أفصح.

قال «ابن فارس» والرّجعة: مراجعة الرجل أهله، وقد تكسر وهو يملك الرجعة على زوجته، وطلاق رَجْعِيٌّ بالوجهين أيضاً. اهـ.

وفيه رجعت المرأة إلى أهلها، يموت زوجها أو طلاق، فهي راجع، ومنهم من يفرق فيقول: المطلقة مردودة والمتوفى عنها راجع.

قال صاحب «المختار»: رجع الشيء بنفسه من باب «جلس» ورجعة غيره من باب «قطع»، وقوله تعالى: ﴿يَرْجِعُ بَعْضُهُمْ إِلَى بَعْضٍ﴾. القول: أي: يتلاومون.

والرّجعي: الرجوع، وكذا المرجع، ومنه قوله تعالى: ﴿إِلَى رَبِّكُمْ مَرْجِعُكُمْ﴾، وهو شاذ؛ لأن المصادر من فقل إنما تكون بالفتح.

وَرَجْعَةٌ بفتح الراء وكسرهما، والفتح أفصح، والراجع: المرأة يموت زوجها، فترجع إلى أهلها، وأما المُطَلَّقة: فهي المردودة.

والرّجع: المطر. قال تعالى: ﴿وَالسَّمَاءِ ذَاتِ الرَّجْعِ﴾. وقيل: معناه النفع.

والمراجعة المفادة. يقال: راجعة الكلام وراجع امرأته.

فهي لغة: المرّة من الرجوع، وفي الشرع: رد المرأة إلى النكاح من طلاق غير بائن في العدة على وجه مخصوص واصطلاحاً.

عرفها الحنفية بأنها: استدامة الملك القائم في العدة برد الزوجة إلى زوجها وإعادتها إلى حالتها الأولى.

عرفها الشافعية بأنها: رد المرأة إلى النكاح من طلاق غير بائن في العدة على وجه مخصوص.

عرفها المالكية بأنها: عود الزوجة المطلقة للعصمة من غير تجديد عقد.

عرفها الحنابلة بأنها: إعادة المطلقة غير بائن إلى ما كانت عليه بغير عقد.

انظر: الاختيار ١٠٠، الباب ٥٦، الإقناع ١٧٥/٢، حاشية الدسوقي ٤١٥/٢، كشف القناع ٥/٣٤١.

وأما حكمة التشريع فكان التكلم عن الأحكام الشرعية قد يصادف قلوباً غلبت نفوساً جامدة ملحدة، قد ضرب الشر عليها، فلا تقبل الحكم من غير أن تعرف حكمته، ولا تستمع إلى القول =

وَلَا عَوْضَ فِيهِ وَلَمْ يَسْتَوْفِ عَدَدَ الطَّلَاقِ .

قال الرَّافِعِيُّ: قال أهل اللغة يقال: لفلان على امرأته رَجْعَةٌ وَرُجْعَةٌ، أفصح، وهي المرّة من الرجوع والرجوع<sup>(١)</sup>، وفلان يقول بِالرَّجْعَةِ: أي بالرجوع إلى الدُّنْيَا، وهل جاء رجعة كتابك؟ أي جوابه، والراجعة: الناقة التي يشتريها الرجل<sup>(٢)</sup> بثمان ناقة كانت له فباعها، ويقال: باعَ إبِلَهُ، فازتَجَعَ منها رَجْعَةً صالحةً، - بالكسر - ويقال: رَجَعَهُ يَرْجِعُهُ رجعاً وَرَجَعَ رجوعاً، وهذا لازمٌ، وذلك متعدّدٌ.

والأصل في الباب قوله تعالى: ﴿وَيُعَوِّلْتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ﴾ [البقرة: ٢٢٨] وقوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩] وقوله عز وجل: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَّغُنَّ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البقرة: ٢٣١] والرد والإمساك مفسران بالرجعة، وقوله ﴿فَبَلَّغُنَّ أَجَلَهُنَّ﴾. أي قاربن انقضاء

= ما لم تعلم علته كانت الدّاعية إلى الكلام عن حكمة التشريع ألزم والبسط فيها أحكم؛ لتكون الحُجَّة واضحة والحجة ناصحة. «وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ».

وأما حكمة التشريع التي يمكن أن تتعرف العقول، وتصل إليها المدارك في شرع الله الرجعة بعد وقوع الطلاق هي أن الزَّوْجَ الذي أقدم على ذلك الحلال المبعوض، ربّما يكون قد استوثقت بينه وبين مطلّقة أصرة من المودة والإيلاف، فقد أفضى بَعْضُهُمْ إِلَى بَعْضٍ، وكانت لباساً له، كما كان لباساً لها، وربّما احتمل العلوق، أو يكون قد خرج من بينهم ذرية ضعاف يخاف عليهم الضياع والشتات.

ولا يغيب عن البال أن الأبناء والذرية الذين يتربوا في غير أحضان الآباء والأمهات معاً تكالهم أعينهم، ويحوطهم الحفظ من السقوط في حماءة التشرّد، لا شك يكونون شراً مُسْتَطِيراً ونواة سيئة في المجتمع الذي يعيشون فيه، وإننا لا ننكر أن الأم من الضعف، وعدم القدرة على صيانة الولد خارج المنزل، فإله عالم به، وربما دفعها فرط الشفقة عليه، وشدة الحنان والحدب عليه إلى التغاضي عن سيئته، وقد لا تدري ما العاقبة الوخيمة، وما نتيجة هذا التفریط.

وكثيراً مَنَّهُنَّ جاهلات لا يعرف من أمور الحياة وشؤون تربية الأبناء إلا كونهن آلة تقوم بتنظيف المسكن، وإنضاج الطعام، وغسل الملابس، ولا تعرف لابنها إلا أن تلقمه ثديها رضيعاً، وتقدم إليه كسر الخبز والطعام بعد فطامه وفي يفاعه.

وأيضاً قد يتزوج كل من الأبوين بعد انفصام عقدة النكاح، وهنا الطامة تَطُمُّ على الأبناء. فالأم منصرفة عن ابنها إلى الزوج الجديد، والأب لاهي بزوجته، وربما كانت الزوجة عامل إفساد تربية هؤلاء الصغار، من أجل ذلك كلّه شاء رَبُّكَ الْحَكِيمُ أن لا يهمل أمر هؤلاء الصغار، وأن لا تندثر أصرة المحبة والإيلاف بين الزوجين، وشاء ألا يندم الزَّوْجُ على ما فرط منه، فشرع الرجعة وملكها الزوج؛ حتى لا يطول ندمه، ولا تطول محنة الأبناء. وأيضاً قد تكون الزوجة لا عائل لها، وليس ثمة من يرغب في نكاحها، فكان بالرجعة مجال؛ لدرء ما عساه أن يقع؛ ولدفع الفاقة عن البائسات.

(٢) في أ: من .

(١) في أ: الرجوع .

العدّة، وقوله - ﷺ - في قصة طلاق ابن عُمَرَ - رضي الله عنهما - «مُرّه فَلْيُرَاجِعْهَا» .

ومقصود الكتاب مرّتب في فضّلين: أحدهما: في أركان الرجعة .

والثاني: في أحكام الرجعة والرجعية .

أما الأول، فقد جَمَعَ فيه بين ما يلتزم منه نفس الرجعة، وبين ما يثبت ولاية الرجعة، فقال الأول: الموجب لها، يعني الحالة المثبتة لولاية الرجعة، والمطلقات قسمان:

أحدهما: المطلقة التي لم يستوف زوجها العدد المملوك من طلاقها، وهي نوعان: بائنة، ورجعية، فالبائنة: المطلقة قبل الدخول، والمطلقة على عوض، فلا تحل للزوج إلا بنكاح جديد، والرجعية، المطلقة بعد الدخول بلا عوض .

والثاني: مطلقة استوفى عدد طلاقها، فلا سبيل إلى رجعتها، ويفتقر تجديد نكاحها إلى المحلل، وإذا اقتضرت، قلت الرجعية: هي المطلقة بعد الدخول بلا عوض ولا استيفاء عدد، وقد تبين في الكتاب اعتبار الأمور الثلاثة، وعبر عن كون الطلاق بعد الدخول بقوله: «يستعقب عدة» .

وإذ عرفت ما ذكرناه وتذكرت ما مر أن الحرّ يملك ثلاث طلقات، وأن العبد لا يملك إلا طلقتين، عرفت أن الحرّ يملك رجعتين، سواء كانت الزوجة حرة أو أمة، وأن العبد لا يملك إلا رجعة واحدة، سواء كانت الزوجة حرة أو أمة .

وعند أبي حنيفة؛ الاعتبار بالمرأة كما قال في الطلاق، فتراجع الحرّة مرتين، والأمة مرة .

ولا فرق في ثبوت الرجعة بين أن يكون الطلاق بالصرائح أو الكنايات .

وعند أبي حنيفة؛ الصرائح تغيب الرجعة، والكنايات بوائن إلا قوله «اعتدي»<sup>(١)</sup> واستبرئي رجمك، وأنت واحدة» وقاس الأصحاب ما خالف فيه على ما وافق عليه .

ولو طلق امرأته باللفظ الصريح، ثم قال: أسقطت حق الرجعة، أو<sup>(٢)</sup> طلقها بشرط أن لا رجعة عليها، لم تسقط الرجعة [كما لا يسقط الولاء بالعتق بالشرط، وقال أبو حنيفة: تسقط الرجعة]<sup>(٣)</sup>، ولا مدخل للرجعة في الفسوخ .

قال الغزالي: (الثاني): المرّجع وهو كل من له أهلية النكاح (الثالث: الصيغة)

(١) سقط في ز . (٢) في أ: و .

(٣) ما ذكره المصنف تفقها صرح به الجيلي كما قاله الأذري، قال ولفظه وللولي أن يراجع زوجة المجنون الذي طرأ بعد الطلاق حيث يجوز له النكاح لأجله وجرى على ذلك في المنهاج .

وصريحها قوله: رجعت \* وَرَاجَعْتُ \* وَأَزْتَجَعْتُ \* وَقَوْلُهُ: رَدَدْتُهَا إِلَى النِّكَاحِ فِيهِ خِلَافٌ \* وَكَذَلِكَ لَفْظُ الإِمْسَاكِ \* وَالتَّزْوِيجُ صَرِيحٌ عَلَى وَجْهِهِ وَكِتَابَةٌ عَلَى وَجْهِهِ \* وَلَفْعٌ عَلَى وَجْهِهِ \* وَالْأَظْهَرُ أَنَّ صَرَاحَهُ مَخْصُورَةٌ \* وَقَوْلُهُ: أَعَدْتُ الْجَلََّ وَرَفَعْتُ التَّخْرِيمَ لَيْسَ بِصَرِيحٍ \* وَالْأَصَحُّ أَنَّ الْكِتَابَةَ تَنْطَرِقُ إِلَيْهَا لِأَنَّ الصَّحِيحَ الْجَدِيدَ أَنَّ الإِشْهَادَ لَا يَشْتَرِطُ فِيهَا \* وَالتَّغْلِيقُ لَا يَنْطَرِقُ إِلَيْهَا بِخِلَافِ الطَّلَاقِ \* وَلَا تَحْصُلُ الرَّجْعَةُ بِالْوَأْطِ (ح) وَسَائِرِ الْأَفْعَالِ .

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الرُّكْنُ الثَّانِي: الزَّوْجُ الْمَرْتَجِعُ، وَيُعْتَبَرُ فِيهِ أَهْلِيَةُ النِّكَاحِ، وَالِاسْتِحْلَالُ، فَلَا بَدَّ فِيهِ مِنَ الْعَقْلِ وَالْبَلُوغِ، وَلَيْسَ لِلْمَرْتَدِ الرَّجْعَةُ، كَمَا لَيْسَ لَهُ ابْتِدَاءُ النِّكَاحِ [وَسِيَائِي ذَلِكَ، وَيَنْبَغِي أَنْ يَجُوزَ لِلْوَالِي الرَّجْعَةُ؛ حَيْثُ يَجُوزُ لَهُ ابْتِدَاءُ النِّكَاحِ] <sup>(١)</sup> لَكِنْ إِذَا جُوزْنَا التَّوَكِيلَ بِالرَّجْعَةِ، وَهُوَ الْأَظْهَرُ، وَالْخِلَافُ فِيهِ مَذْكُورٌ فِي «الْوَكَالَةِ» وَإِنَّمَا يُفْرَضُ ذَلِكَ فِي الْمَجْنُونِ، بِأَنْ يُطَلَّقَ زَوْجَتَهُ، ثُمَّ يُجَنَّ وَلَا يَتَّصِرُ فِي حَقِّ الصَّبِيِّ .

الثالث: الصيغة، وفيها مسائل: [إحداها]: تحصل الرجعة بقوله: رَجَعْتُكَ، وَرَاجَعْتُكَ، وَارْتَجَعْتُكَ، وَهَذِهِ الْأَلْفَاظُ صَرِيحَةٌ <sup>(٢)</sup>؛ لَشَرْعِهَا، وَوُرُودِ الْأَخْبَارِ وَالْآثَارِ بِهَا،

(١) سقط في ز .

(٢) الصيغة التي تُعَادُ بِالْمَرْأَةِ الْمَطْلُوقَةِ إِلَى: الزَّوْجِ، وَيَرْتَفِعُ بِهَا مَا كَانَ مُحْرَمًا عَلَيْهِ، إِذْ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَسْتَمَعَ بِهَا بِكُلِّ نَوْعٍ مِنْ أَنْوَاعِ الْإِسْتِمَاعِ، وَقَدْ كَانَتْ مَحْظُورَةً عَلَيْهِ قَبْلَ الرَّجْعَةِ: قَدْ شَرَطُ فِيهَا شُرُوطٌ، فَصَحَّ اسْتِعْمَالُهَا وَتَجْعَلُهَا مُؤَدِيَةً لِلْغَرَضِ الْمَطْلُوبِ، وَالْقَصْدُ الْمَرْغُوبِ، وَتِلْكَ الشُّرُوطُ هِيَ:

أَنْ تَكُونَ لَفْظًا يَشْعُرُ بِالْمَرَادِ، وَفِي مَعْنَاهُ مَا جَاءَ فِي الضَّمَانِ مِنْ كِفَايَةِ الْكِتَابَةِ مَعَ النِّيَّةِ، وَلَوْ مِنْ نَاطِقٍ وَإِشَارَةٍ الْآخَرَسِ الْمَفْهُمَةِ. وَشَرَطُ تَنْجِيزِهَا، وَعَدَمُ التَّاقُيْتِ فِيهَا. وَالْفَاظُ الصِّيغَةُ صَرِيحَةٌ، وَهِيَ رَدَدْتُكَ إِلَيَّ وَرَجَعْتُكَ وَأَزْتَجَعْتُكَ وَرَاجَعْتُكَ وَأَمْسَكْتُكَ وَإِنَّمَا كَانَتْ صَرِيحَةً؛ لِاسْتِشْهَارِهَا فِي ذَلِكَ، وَوُرُودِ الْقُرْآنِ وَالسُّنَنِ بِهَا، وَعِنْدُذْ يَكُونُ مَأْخِذًا لِصِرَاحَةِ الْإِسْتِشْهَارِ، مَعَ وُرُودِ الْمَعْنَى فِي الْكِتَابِ أَوْ السُّنَنِ. أَوْ وَرَدَ اللَّفْظُ فِيهَا.

وَإِنَّكَ لَتَرَى فِي الْأَمْثَلَةِ الَّتِي ذَكَرْتَ بَعْضَ قِيُودِ ضَرْوِيَّةِ فِي تَحْقِيقِ الصَّرَاحَةِ لِتِلْكَ الْأَلْفَاظِ أَوْ اعْتِبَارِ الصِّيغَةِ فِي عَرَفِ الشَّارِعِ.

وَتِلْكَ الْقِيُودُ هِيَ: أَنْ لَفْظَ الرَّدِّ لَا يَدْخُلُ مَعَهُ مِنَ الْإِضَافَةِ إِلَى نَفْسِهِ، كَأَنْ يَقُولَ: رَدَدْتُكَ إِلَيَّ، أَوْ إِلَى نِكَاحِي: وَأَيْضًا الضَّمِيرُ الْمَنْصُوبُ فِي الْأَمْثَلَةِ كُلِّهَا، لَا يَدْخُلُ مَعَهُ، أَوْ اسْمُ ظَاهِرٍ يُعْطِي مَفَادَ ذَلِكَ الضَّمِيرِ، فَلَوْ حُذِفَ الضَّمِيرُ وَالاسْمُ الظَّاهِرُ، كَانَتْ الصِّيغَةُ لَفْعًا، مَا لَمْ تَكُنْ جَوَابًا لِقَوْلِ شَخْصٍ مَلْتَمَسٍ، كَأَنْ يَقُولَ: رَاجَعْتُ زَوْجَتَكَ؟ فَيُجِيبُ: رَاجَعْتُ.

فَإِنَّهُ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ تَكُونُ الصِّيغَةُ مَعْتَبَرَةً، إِذَا قَصِدَ إِشْهَاءُ الرَّجْعَةِ، قِيَاسًا عَلَى نَظِيرِهِ فِي الطَّلَاقِ - وَمِثْلُ الْاسْمِ الظَّاهِرِ الَّذِي هُوَ اسْمُهَا اسْمُ الْإِشَارَةِ، كَرَايَعْتُ هَذِهِ، أَوْ وَصَفْتُ يَدَّ عَلِيَّهَا، كَزَوْجَتِي، وَنَحْوِ ذَلِكَ وَمِنْ صَرِيحِ الْأَلْفَاظِ الْمَشْتَقَّةِ، مِمَّا تَقَدَّمَ بِشَرَطِ أَنْ يَكُونَ عَلَى وَفْقِ مَا يَنْبَاسُهُ أَوْ يَنْبَاسِهَا .

ويُستحبُّ أن يضيف إلى النكاح أو الزوجية أو إلى نفسه فيقول: راجعتُك إلى نكاحي أو زوجيني أو إليّ، ولا يُشترط ذلك، ولا بد من إضافة هذه الألفاظ إلى مظهر أو

= فلو قال: أنت مراجعة بكسر الجيم، أو أنا مراجع بفتح الجيم، كان لغواً. قال «الشهاب عميرة»: وينبغي أن تكون المصادر كلها كفايات، كتنظيره في الطلاق. اهـ. وقال «ابن حجر»: إن من الكنايات: أنت رجعة، كانت طلاق اهـ. ولا يخفى على المتأمل أن قول عميرة إذا أضيف وانضم إلى كلام «ابن حجر»، كان معنى قوله: كلها كنايات أي: إذا وقعت أخباراً، وتكون الكلمة فيها بالنسبة إلى مصادر جميع الصيغ، لا إلى مواقع استعمالها؛ لأنها إن لم تقع أخباراً كانت صريحة، كما هو مدون ومعروف في كتب الفقه، والله أعلم.

ويسنُّ للمراجع أن يزيد لفظ إليّ أو إلى نكاحي في غير صيغة الرد؛ لأنها كما سبق يجب فيها ذلك، فإن أسقطها مع الرد؛ كانت كناية إن صحبتها النية حصلت الرجعة وإلا فهي لغو وإنما كانت الزيادة المذكورة شرطاً في صراحة لفظ الرد؛ لإبهام اللفظ الخالي عن هذه الزيادة لمعنى المقابل للقبول، أو الرد إلى الأبوين، بسبب الفراق، ومن هذا البيان المذكور في صراحة لفظ الرد، ظهر أن اشتراط الإضافة فيه محله، مما لم يكن كفاية، فإن كان كفاية كانت برد قامت النية مقام الإضافة.

فرع قال في الروض وشرح: لو قال راجعتها؛ للضرب؛ أو للإكرام لا يضر في صحة الرجعة إلا أن قصد الضرب والإكرام باللفظ دون الرجعة، فإنه حينئذ يضرّ وتحصل الرجعة، إذا قصدتها معاً أو أطلق، وإذا راجعت زوجتي؛ للضرب مثلاً يسأل احتياطاً؛ لأنه قد يبين ما لا تحصل به الرجعة، فإن مات قبل السؤال حصلت الرجعة؛ لأن اللفظ صريح.

وألفاظ الرجعة الكناية هي: مشتق تزويج ونكاح؛ والتزويج والإنكاح، ونحو ذلك، كاخترتك ورفعت تحريمك، وأعدت حلك؛ لاحتماله الرجعة وغيرها؛ وإن تزوجتك ونكحتك صريحان في ابتداء النكاح، فلا يكونان صريحين في الرجعة؛ لأن اللفظ الصريح في بابه لا يكون صريحاً في غيره، بل كناية إذا لم يجد نفاذاً في موضوعه، فرح من الكناية ما لو جرى عقد بإيجاب وقبول بدل الرجعة، ثم إننا نعود بك إلى شرح وإيضاح مما بقي من شروط الصيغة، فنذكر أنها يشترط لها التنجيز، فلو علق بالمشيئة منها فشاءت فوراً لم تحصل الرجعة، وبالأولى مشيئة غيرها. وقد قلنا: يشترط فيها عدم التأقبت: قال العلامة «الشبراملسي»: وهذا يشتمل ما لو قال: راجعتك بقية عمرك. أي: لا تصح الرجعة، وقد يقال بصحتها؛ لأن ذلك معناها: أنه راجعها بقية حياتها.

وتصح الرجعة بغير العربية، ولدفع القدرة عليها، وتكون ترجمة الصريح صريحة وترجمة الكناية كناية، وقيل: لا تصح الترجمة مطلقاً، وهاهنا قول وسط بين المنع والإجازة، وهو أنه إن كان قادراً على العربية لم تصح منه الرجعة بغيرها، وإن لم يكن قادراً على العربية صحّت منه الرجعة بالترجمة؛ لأنها المُمكِنَة في حقّه. وقلنا: إن الرجعة لا تحصل بغير اللفظ صريحاً أو كناية، وعلى ذلك لا تصح بفعل غير كناية مع نية، ولو من قادر على التلّطُّق أو إشارة من آخرس مفهومة. فلا تحصل بوطء، ولا بمقدماته، وإن نوى بذلك الرجعة؛ لعدم دلالة ذلك الفعل عليها، كما لا يحصل النكاح بشيء منها، وأيضاً الوطء قد حرم بالطلاق، ويوجب العدة، فكيف يقطعها؟ ومقصود الرجعة حل الوطء. فكيف يعقل إباحتها بنفسه؟!



مضمر، كقوله: راجعت فلانة، أو راجعتك، فأما مجرد راجعت وارتجعت، فلا ينفع [ولو قال: راجعتك للمحبة أو الإهانة أو الأذى] وقال: أردتُ أني راجعتك؛ لمحبتي إياك، أو لأهينك، أو أؤذيك، قُبِلَ، وحصلت الرجعة، وإن قال: رجعتك إلى المحبة أو الإهانة أو الإيذاء أو إني كنتُ أحبك أو أهينك قبلَ النكاح، فرددتك إلى تلك الحالة، قُبِلَ، ولم تحصل الرجعة، وإن تَعَدَّر الرجوع إليه؛ بأن مات أو كان قد أُطلق<sup>(١)</sup> فالرَّجعة حاصلَةٌ؛ لأن اللفظ صريحٌ، وقوله للمحبة أو الإهانة الظاهرُ منه المعنى الأولُ وأشيرَ فيه إلى احتمالِ آخَرَ، ومنع كونه صريحاً مع هذه الزيادات، وفي لفظ الرد وجهان:

أصحهما: أنه صريح، لورود القرآن والسنة به قال الله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨] وَرُوِيَ أَنَّهُ - ﷺ - قَالَ: «رَكَاتُهُ، أَرَدُّهَا»<sup>(٢)</sup>.

والثاني: المنع؛ لأنه لم يشتهر، ولم يتكرر؛ بخلاف لفظ الرجعة، وإذا جعلناه صريحاً، فهل يُشترط أن يقول: رددتها إليّ أو إلى نكاحي؟ فيه وجهان: أحدهما: لا، كما في لفظ الرجعة.

وأظهرهما: الاشتراط؛ لأن الرجعة مشهورة في معناها، والرد المطلق بالمعنى المقابل للقبول<sup>(٣)</sup> أشدُّ إشعاراً وقد يُفهم منه الرُّدُّ إلى الأبوين بسبب الفراق. ولو قال: أمسكتك، ففيه وجهان، كما ذكرنا في الرُّدِّ.

وقال الفقهاء: وآخرون: قولان.

أحدهما: أنه ليس بصريح؛ لأنه يحتمل الإمساك في البيت وباليد، وإلى ترجيحه، ذهب الشيخ أبو حامد، والقاضيان أبو الطيب والرويانى وغيرهم. والثاني: أنه صريح؛ لورود القرآن به غير مرة، ويُحكى هذا عن أبي الطيب بن سلمة والأصطخري<sup>(٤)</sup> وابن القاص.

وفي «التهذيب»: أنه الأصح، وإذا قلنا: إنه صريح فيشبه أن يجيء في اشتراط الإضافة الخلاف المذكور في لفظ الرُّدِّ، والذي أورده في «التهذيب» أنه يُستحب أن يقول: أمسكتك على زوجتي، مع حكاية الخلاف في الاشتراط هناك، وإن قلنا: إنه ليس بصريح، فهل هو كناية فيه وجهان، نقلهما الإمام:

أظهرهما: نعم، وبه قال الشيخ أبو علي والقاضي الحسين<sup>(٥)</sup>.

(٢) تقدم.

(١) في أ: طلق.

(٤) قال النووي: صحح الرافعي في «المحرر» أنه

(٣) في أ: للقول.

صريح.

(٥) رجح النووي أنه كناية ولم يصرح الرافعي بترجيح.

قال الأذري نعم كلامه في الشرح الصغير يشعر به أي بترجيح أنه كناية.

والثاني: المنع؛ لأن الإمساك باستدراك ما أصابه حَلَلٌ، وإنما يُشعر بالاستدامة والاستصحاب، وهو معنى قوله تعالى: ﴿أَمْسِكْ عَلَيْكَ زَوْجَكَ﴾ [الأحزاب: ٣٧] ولو قال: تزوجتك أو نكحتك، فوجهان: أحدهما: أنهما صريحان في الرجعة لأنهما صالحان لابتداء العَقْد والحَل، فَلأَن يَصْلَحَا للتدراك وتقويم المترزل<sup>(١)</sup> أولى.

وأصحهما: على ما ذكره في «التهذيب»: المنع؛ لأنهما غير مستعملين في الرجعة، ولأن ما كان صريحاً في شيء لا يكون صريحاً في غيره، كالطلاق والظهار، فهما صريحان في ابتداء العقد وعلى هذا، فوجهان:

أحدهما: أنهما كنايةتان، ويُحَكِّى ذلك عن القاضي، ووجه المنع أنه لا إشعار فيهما بالتدراك وإعادة الحل، وهذا في قول الزوج «نكحتك أو تزوجتك» وحده، ويجري الخلاف فيما لو إذا جرى العقد على صورة الإيجاب والقبول.

قال القاضي الرُّوياني في «التجربة»: لو عقد على الرجعية نكاحاً جديداً، قال بعض أصحابنا<sup>(٢)</sup>: يحل؛ لأن العقد آكد في الإباحة.

وقال ابن أبي أحمد: لا يحل، قال: والأول أظهر<sup>(٣)</sup>.

والصحيحُ صحَّةُ الرجعة بغير العربية من اللغات، وهو الذي أورده الأستاذ أبو منصور البغدادي، وقال: ترجمة اللفظ بالفارسية (ترابزنى باخويشتن گرفتتم)<sup>(٤)</sup> أو (ترابازنى خويشتن آوردم)<sup>(٥)</sup>، ولك أن تقول: هذا الثاني أولى، والأول يستعمل وحده، لكن اللفظة قد اشتهرت في العربية، وترجمتها بالفارسية وخدها لم يشتهر، فكذاك اعتبر التعريض لمعنى النكاح بالفارسية، وحكى القاضي ابن كج عن أبي الحسين طريقة أنه إن أحسن العربية، لم تصح رجعته بالفارسية، وإن لم يحسنها، فعلى وجهين، وعن أبي حامد طريقة أخرى: إن أحسنها، فعلى وجهين، وإن لم يحسنها صححت بالفارسية، بلا خلاف.

وقوله في الكتاب «وصريحها قوله رَجَعْتُ» و «رَاجَعْتُ» و «أَرْتَجَعْتُ» يعني إذا اتَّصَلَتْ بِمُظْهَرٍ أَوْ مُضْمَرٍ، بأن يقول: راجعتُ فلانة أو راجعتك، فإما بمجرداها، فلا يخفى أنه لا يُغْنِي، وقوله «رددتها إلى النكاح» فيه خلافٌ صريحٌ في إثبات الخلاف،

(١) في أ: المترزل. (٢) في أ: الأصحاب منا - رحمهم الله ..

(٣) قال النووي: ولو قال: اخترت رجعتك ونوى الرجعة، ففي حصولها وجهان حكاهما الشاشي، الأصح الحصول.

(٤) جملة فارسية معناها: لقد أخذت زوجة لي.

(٥) جملة فارسية بمعنى: جعلتك زوجة لي.

مع قوله [إلى النكاح، والذي ذكره القفال في «شرح التلخيص» قوله: «رددتها إلى النكاح» صريح بلا خلاف، وكذلك أورد الإمام في قوله: «رددتها إليّ» وخصص الخلاف بما إذا اقتصر على قوله: «رددتها» ولكن نقل القاضي ابن كج أن القاضي أبا حامد حكى في كتابه قولاً عن الربيع أن قوله «رددتها إليّ» ليس بصريح، فيجوز أن يعلم لطريقة القطع فيه خلاف بالواو، على أن إيراد جماعة من الأضحاب يفهم القطع بأن لفظ الرد صريح، وإن لم يقل «إليّ» أو «إلى نكاحي».

وقوله: «والتزويج صريح على وجه آخر» يجوز أن يجعل مبتدأ، فلا يكون في اللفظ حكاية الوجوه الثلاثة في لفظ الإمساك، ويجوز أن يجعل متعلقاً بقوله: «وكذلك لفظ الإمساك» فيكون اللفظ متعرضاً لذكر الوجوه الثلاثة، وهي جارية في اللفظين على ما بيئنا، فأما لفظ الرد، فلم يتقل فيه وجه اللغو، والخلاف في لفظ الإمساك وقد تعرض مرة في أول «الخلع» لكن على سبيل الاستشهاد.

المسألة الثانية: ذكروا وجهين في أن صرائح<sup>(١)</sup> الرجعة هل تنحصر أو كل لفظ يؤدي معناه، فهو صريح مثل قوله: رفعت التحريم، وأعدت الجل، ونحوهما.

أظهرهما: الانحصار؛ لأن صرائح الطلاق محصورة حتى لو قال: قطعت النكاح، أو رفعت، أو استأصلته، كان ذلك كناية، وإذا كانت صرائح الطلاق محصورة، مع أنه إزالة ملك وجل، فلأن تكون صرائح الرجعة محصورة، مع أنها اجتلاب جل، كان أولى.

والثاني: أنها غير محصورة، لأن حكم الرجعة يبنى عنه لفظها فيقوم مقامه ما يؤدي معناه، بخلاف الطلاق؛ فإنه يشتمل على أحكام غريبة لا يحيط بها أهل اللغة، فتؤخذ صرائحها من الشرع.

الثالثة: في صحة الرجعة بالكنايات وجهان بئنا على الخلاف في أن الإشهاد، هل هو من شروط الرجعة فيه قولان:

أحدهما: نعم، وبه قال مالك إنه شرط؛ لظاهر قوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾ [الطلاق: ٢].

وأصحهما، وبه قال أبو حنيفة: أنه ليس بشرط؛ لأن الرجعة في حكم استدامة النكاح السابق؛ ولذلك لا يحتاج إلى الولي ورضا المرأة، وروي أن عمران بن الحصين - رضي الله عنه - سئل عمّن راجع امرأته، ولم يشهد، فقال: راجع من غير سنة،

(٢) في أ: صريح.

(١) سقط في ز.

فليشهد<sup>(١)</sup>، لأنه لو كان الإشهاد شَرْطاً، لَمَا كان للإشهاد على ما سَبَقَ معنًى، وإنما يُسْتَحَبُّ الإِشْهَادُ عَلَى الإِقْرَارِ بِالرَّجْعَةِ، لَأَنَّهُمَا قَدْ يَنْتَازِعَانِ، فَلَا يُصَدَّقُ عَلَى مَا سَيَأْتِي، وَالآيَةُ مَحْمُولَةٌ عَلَى الِاسْتِحْبَابِ كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وعن أحمد روايتان كَالْقَوْلَيْنِ، فَإِن قُلْنَا: لَا يُشْتَرَطُ الإِشْهَادُ، وَيَسْتَقِلُّ الزَّوْجُ بِالرَّجْعَةِ، فَتَصَحُّ بِالْكِنَايَةِ، وَإِن قُلْنَا بِاشْتِرَاطِهِ، فَالشُّهُودُ لَا يَطَّلِعُونَ عَلَى النِّيَّةِ، فَلَا تَصَحُّ الرَّجْعَةُ بِالْكِنَايَةِ كَالنِّكَاحِ، وَهَذَا الْوَجْهَ هُوَ الَّذِي أوردَهُ الْقَاضِي ابْنُ كَيْسَانَ وَقَوْلُهُ: «إِنَّهُ الصَّحِيحُ» أَشَارَ بِهِ إِلَى أَنَّ الْخِلَافَ فِي صَحَّتِهَا بِالْكِنَايَةِ مَبْنِيٌّ عَلَى الْخِلَافِ فِي اشْتِرَاطِ الإِشْهَادِ، وَتَسْمِيَتُهُ جَدِيداً يُشْعِرُ بِأَن مَقَابِلَهُ قَدِيمٌ، وَكَذَلِكَ ذَكَرَ جَمَاعَةٌ مِنْهُمْ الإِمَامَ، وَقَالُوا: اشْتِرَاطُ الإِشْهَادِ قَوْلُهُ الْقَدِيمُ، لَكِن لَا يَثْبُتُ، وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ أَصْحَابُنَا الْعِرَاقِيُّونَ: أَنَّ قَوْلَهُ فِي الْقَدِيمِ «وَالْأَمُّ» عَدَمُ الِاسْتِرْطَاقِ، وَنَسَبُوا قَوْلَ الِاسْتِرْطَاقِ إِلَى «الْإِمْلَاءِ» وَإِذَا صَحَّحْنَا الرَّجْعَةَ بِالْكِنَايَاتِ، فَتَصَحُّ بِالْكِنَايَةِ، وَإِن قَدَّرَ عَلَى النُّطْقِ، وَذَكَرَ الْقَاضِي الْحُسَيْنُ أَنَّهُ إِذَا شَرَطْنَا الإِشْهَادَ، نَزَّلْنَا الرَّجْعَةَ مَنْزِلَةَ ابْتِدَاءِ النِّكَاحِ، فَلَا يَمْتَنِعُ إِلَّا تَصَحُّهُ مِنَ الْعَبْدِ، إِلَّا بِإِذْنِ السَّيِّدِ، وَقَدْ أَقَامَ فِي «التَّمْتِةِ» هَذَا الَّذِي حَكَاهُ وَجْهًا، قَالَ الإِمَامُ: وَهَذَا فِي نَهَايَةِ الْبُعْدِ، وَلَوْ كَانَ كَذَلِكَ، لَكَانَ رِضَا الْمَرْأَةِ أَوْلَى بِالِاسْتِرْطَاقِ، وَلَيْسَ اشْتِرَاطُ الإِشْهَادِ لِكُونَ الرَّجْعَةَ بِمِثَابَةِ ابْتِدَاءِ النِّكَاحِ، وَإِنَّمَا مَعْتَمَدُ ذَلِكَ الْقَوْلُ ظَاهِرُ الْآيَةِ.

الرَّابِعَةُ: الرَّجْعَةُ لَا تَقْبَلُ التَّعْلِيْقَ، كَالنِّكَاحِ وَالْبَيْعِ وَسَائِرِ الْعُقُودِ، فَلَوْ قَالَ: إِذَا طَلَّقْتُكَ، فَقَدْ رَاجَعْتُكَ، ثُمَّ طَلَّقَهَا، لَمْ تَخْضُلِ الرَّجْعَةَ، وَلَوْ قَالَ: رَاجَعْتُكَ إِنْ شِئْتِ فَقَالَتْ: شِئْتُ، فَكَذَلِكَ، بِخِلَافِ مَا لَوْ قَالَ إِذَا شِئْتِ أَوْ أَنْ شِئْتِ<sup>(٢)</sup>، - بَفَتْحِ الْهَمْزَةِ - صَحَّ فَإِنَّ ذَلِكَ تَعْلِيلٌ.

وَلَوْ طَلَّقَ إِحْدَى امْرَأَتَيْهِ عَلَى الْإِبْهَامِ؛ ثُمَّ قَالَ: رَاجَعْتُ الْمَطْلُوقَةَ، فَهَلْ تَخْضُلُ الرَّجْعَةَ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أَظْهَرُهُمَا: الْمَنْعُ، وَلَيْسَتْ الرَّجْعَةُ فِي إِحْتِمَالِ الْإِبْهَامِ، كَالطَّلَاقِ كَمَا أَنَّهَا لَيْسَتْ فِي إِحْتِمَالِ التَّعْلِيْقِ، كَالطَّلَاقِ، وَأَمَّا تَعْلِيلُ الطَّلَاقِ بِالرَّجْعَةِ، فَهُوَ صَحِيحٌ، حَتَّى لَوْ قَالَ لِلرَّجْعَةِ؛ مَهْمَا رَاجَعْتُكَ<sup>(٣)</sup>، فَأَنْتِ طَالِقٌ أَوْ قَالَ لِتِي هِيَ فِي صِلْبِ النِّكَاحِ؛ إِذَا طَلَّقْتُكَ

(١) ذكره الحافظ في التلخيص وعزاه لأبي داود وابن ماجه والبيهقي وقال وزاد الطبراني في رواية: واستغفر الله.

(٢) بخلاف نظيره في البيع؛ لأن ذلك مقتضاه بخلافه هنا ولا يضر راجعتك إن شئت أو إن شئت بفتح الهمزة؛ لأن ذلك تعليل لا تعليل فينبغي كما قال الأدرعي: أن يفرق بين النحوي وغيره ويستفسر الجاهل بالعربية.

(٣) في أ: طلقتك.

وراجعتك، فأنت طالق، تُطَلَّق عند حصول الشرط، وعن رواية القاضي الحُسَيْن وجه: أن هذا التعليق لاغ؛ لأن مقصود الرجعة يحل؛ فلا يجوز تعليق نقيضه به، وفي «التتمة» وجه: أن الرجعة لا تصح؛ لأن مقتضى الرجعة أن تعود إلى صلب النكاح، وهذه الرجعة قد قارنها ما يمنع ثبوت مقتضاها، والظاهر الأول، وعليه بناء فروع تقدمت في «الطلاق».

الخامس: لا تحصل الرجعة بالوطء والتقبيل وسائر الأفعال<sup>(١)</sup>.

[وقال أبو حنيفة: تحصل بالوطء والتقبيل واللمس] والنظر إلى الفرج<sup>(٢)</sup> بشهوة. وعن أحمد مثله.

وقال مالك: إن نوى الرجعة، حصلت، وإلا لم تحصل، واحتج الأصحاب: بأنه قادر على القول، فلا تحصل له الرجعة بالفعل، كما لو أشار بالرجعة، والله أعلم.

قال الغزالي: (الرَّابِعُ الْحِلُّ) وَهِيَ الْمُغْتَدَةُ الْقَابِلَةُ لِلْحِلِّ \* فَلَوْ أَرْتَدَّتْ فَرَجَعَهَا فَرَجَعَتْ إِلَى الْإِسْلَامِ لَزِمَ اسْتِثْنَاءُ الرَّجْعَةِ \* وَإِذَا انْقَضَتِ الْعِدَّةُ فَلَا رَجْعَةَ \* وَإِنْ أَوْجَبْنَا الْعِدَّةَ بِالْإِثْنَيْنِ فِي غَيْرِ الْمَأْتَى أَوْ بِالْخُلُوةِ ثَبَّتِ الرَّجْعَةُ عَلَى الْأَظْهَرِ.

قال الرافعي: الركن الرابع محل الرجعة، وهي المرأة، ولا يشترط في الرجعة رضاها، قال تعالى: ﴿وَيُعَوِّلْتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨] وكذلك لا يشترط رضا سيد الأمة، ويستحب الإعلام، ويشترط في المرأة؛ لصحة الرجعة، وصفان: بقاؤها في العدة، وكونها قابلة للحل أي في محل الاستحلال، أما الثاني، فلو ارتد الزوجان أو أحدهما في عدة الرجعة، لم تصح رجعتها في حال الردة، وإذا اجتمعا على الإسلام قبل انقضاء مدة العدة، فلا بد من الاستئذان، نص عليه، وبه أخذ الأصحاب.

وقال المزني: تكون الرجعة موقوفة، إن اجتمعا على الإسلام في العدة، تبين صحتها.

قال الإمام: وهذا له وجه، ولكن لم أر أحداً من الأصحاب يجعله قولاً مخرجاً، ووجهوا النص: بأن المقصود من الرجعة الاستباحة، وهذه الرجعة لا تفيد الإباحة، فإنه لا يجوز الاستمتاع بها، ولا الخلو معها، ما دامت مرتدة، وبأنها جارية إلى البيونة، وانقطاع ملك النكاح، والرجعة لا تلائم حالها، وتخالف الطلاق في حال الردة، حيث يكون موقوفاً؛ لأن الطلاق محرّم كالردة، فيتناسبان، وليست الردة كالحيض، والنفاس، والإحرام إذا لم يجعل الإحرام مانعاً من الرجعة؛ لأن هذه أسباب عارضة، ولا أثر لها

(١) قال الشيخ البلقيني في التدريب: وهذا في غير رجعة الكفار قلته تخريجاً وذكره في الخادم.

(٢) في ز: بالشهوة.

في زوال النكاح، وعلى النص، لو ارتد الزوجان أو أحدهما بعد الدخول، ثم طلقها في مدة العدة، فراجعها، فالطلاق موقوف، إن جمعهما الإسلام في العدة تبيننا نفوذه والرجعة<sup>(١)</sup> لاغية، ولو كان الزوجان ذميين، فأسلمت المرأة، فراجعها، وهو مُتَخَلَّف، لم يصح حتى لو أسلم في مدة العدة، احتاج إلى الاستئناف، وأما بقاؤها في العدة، فلا بد منه، ولا سبيل إلى الرجعة بعد انقضاء العدة، واحتج له بقوله تعالى: ﴿فَبَلَّغْنَا أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٢] ولو كان حق الرجعة باقياً، لما كان يُباح لهنّ النكاح، وإذا أوجبنا العدة بالإتيان في غير المأتي، وهو الأظهر، فتثبت الرجعة في تلك العدة.

وفيه وجه آخر، وقد ذكرنا الخلافين في «القسم الخامس من كتاب «النكاح»»، وإذا قلنا: إن الخلوة توجب العدة، ففي ثبوت الرجعة وجهان ذكرناهما في «كتاب الصداق»، والظاهر ثبوتها، ويجوز أن يُعلم قوله في الكتاب «ثبتت الرجعة» بالحاء؛ لأن عند أبي حنيفة لا تثبت الرجعة في عدة الخلوة، والله أعلم.

قال الغزالي: **وَإِذَا أَدَعَتْ أَنْقِضَاءَ الْعِدَّةِ بِوَضْعِ الْحَمْلِ مَيْتاً أَوْ حَيّاً نَاقِصاً أَوْ كَامِلاً صَدَقَتْ بِمَيْمِنِهَا فِي أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ \* وَإِذَا ظَهَرَتِ الصُّورَةُ الْأُولَى أَنْقَضَتِ الْعِدَّةَ بِوَضْعِهَا \* وَفِي الْمُضْغَةِ قَوْلَانِ \* وَيُقْبَلُ دَعْوَاهَا مَعَ الْإِمْكَانِ \* وَإِمْكَانُ الْوَلَدِ الْكَامِلِ إِلَى سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ إِمْكَانِ الْوَطْءِ \* وَإِمْكَانُ الصُّورَةِ إِلَى مِائَةِ وَعِشْرِينَ يَوْماً \* وَإِمْكَانُ اللَّحْمِ إِلَى ثَمَانِينَ يَوْماً.**

قال الزايعي: سيأتي في «كتاب العدة» - إن شاء الله تعالى - أن عدة الطلاق ثلاثة أنواع: وضع الحمل، والأقراء، والأشهر، أما المعتدة بالأشهر، فإذا ادعت انقضاء العدة، وأنكر الزوج، فالقول قول الزوج مع يمينه؛ لأن هذا الاختلاف راجع في الحقيقة إلى وقت الطلاق، ولو اختلفا في أضل الطلاق، كان القول فيه قول الزوج، فكذلك إذا اختلفا في وقته.

ولو قال: طلقتك في رمضان، فقالت: بل في شوال، فقد غلظت على نفسها، فتوآخذ بقولها، وأما المعتدة بوضع الحمل، فلا كلام في أن العدة تنقضي بوضع الحمل التام المدة، سواء كان حياً أو ميتاً كامل الأعضاء أو ناقصها، وكذا بإسقاط السقط إذا ظهرت فيه صورة الأدميين، وإن أسقطت مُضْغَةً لم تظهر فيها صورة، ففيها قولان، وموضع وبسط الكلام في ذلك «كتاب العدة» [ومسهما] ادعت وضع الحمل أو إسقاط

(١) في: أ: الردة.

السقط أو إلقاء المضعغة على قولنا بانقضاء العدة به، فيُقْبَل قولها مع يمينها؛ لأن النساء مؤتمنات في أرحامهن قال الله تعالى: ﴿وَلَا يَجِلُّ لَهُنَّ إِن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨] ولولا أن قولهن مقبول، لم يُؤْتَمَن بالكتمان؛ لأنه لا اعتبار بكتمانهن حينئذ، وشبه ذلك بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ﴾ [البقرة: ٢٨٣] والمعنى فيه: أن إقامة البيّنة على الولادة تعسر، وقد يتعذر، هذا ظاهر المذهب.

وقال أبو إسحاق المروزي: تُطَالَب بالبيّنة إذا ادّعت وضع الولد الكامل؛ لأنها مدعية، والغالب أن القوالب يشهدن الولادة.

وعن الشيخ أبي محمد وجه في السقط مثله؛ لأن ما نالها من العسر يمكنها من الإشهاد، وفيما إذا ادّعت وضع ولد ميت [و<sup>(١)</sup>] لم تظهره وجه: أنها لا تُصدّق، والمشهور الأول.

قال الأئمة - رحمهم الله -: وإنما تُصدّق فيما يزجج إلى انقضاء العدة، فأما فيما يزجج إلى النسب والاستيلاء، إذا ادّعت الأمّة الولادة، فلا بُد من البيّنة، وإنما تُصدّق فيما يزجج إلى انقضاء العدة بشرطين:

أحدهما: أن تكون ممن يحيض؛ لأن من لا تحيض<sup>(٢)</sup> لا تحبل.

والثاني: أن تدعي الوضع لمدة الإمكان، ويختلف الإمكان بحسب دعوها، فإن ادّعت ولادة ولد تام، فأقل مدة تُصدّق فيها ستة أشهر ولحظتان من يوم النكاح؛ لحظة لإمكان الوطاء، ولحظة للولادة، فإن ادّعت لمدة أقل من ذلك، لم تُصدّق، وكان للزوج أن يراجعها، واحتج لتقدير مدة الحمل بستة أشهر بما روي أنه أتى عثمان - رضي الله عنه - بامرأة ولدت لسته أشهر، فشاور القوم في رجمها فقال ابن عباس - رضي الله عنهما -: أنزل الله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاب: ١٥]، وأنزل ﴿وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ﴾ [لقمان: ١٤]، وإذا كان الحمل والفصال ثلاثين شهراً، والفصال عامين، كان الحمل ستة أشهر<sup>(٣)</sup>، وحكى القتيبي<sup>(٤)</sup> وغيره أن عبد الملك بن مروان ولد

(١) سقط في ز. (٢) في ز: لأنهما لا يحلان.

(٣) قال الحافظ في التلخيص: روى مالك في الموطأ أنه بلغه أن عثمان، لكن فيه أن المناظر في ذلك علي، لا ابن عباس، ورواه ابن وهب بسند صحيح عن عثمان، وأن المناظر له ابن عباس، وكذا أخرجه إسماعيل القاضي في أحكام القرآن من طريق الأعمش أخبرني صاحب لابن عباس قال: تزوجت امرأة فولدت لسته أشهر من يوم تزوجت، فأتى بها عثمان فأراد أن يرحمها، فقال ابن عباس لعثمان: إنها إن تخاصمكم بكتاب الله تخصمكم؛ ورواه الحاكم في المستدرک من حديث أبي حرب بن أبي الأسود عن أبي الأسود عن عمر، والمناظر له في ذلك علي بن أبي طالب.

(٤) قال الحافظ: هكذا ذكر ابن قتيبة في المعارف، وذكر ابن دريد في الوشاح أنه ولد لسبعة أشهر.

لسته أشهر، فإن ادعت إسقاط سَقَطَ ظهرت فيه الصورة، فأقل مدة الإمكان مائة وعشرون يوماً، وهي أربعة أشهر ولحظتان من يوم النكاح، قال - ﷺ - «يُخْلَقُ أَحَدُكُمْ فِي بَطْنِ أُمِّهِ أَرْبَعُونَ يَوْماً نُطْفَةً، وَأَرْبَعُونَ عَلَقَةً وَأَرْبَعُونَ يَوْماً مُضْغَةً ثُمَّ يَنْفَخُ فِيهِ الرُّوحُ»<sup>(١)</sup> وإن ادعت إلقاء مُضْغَةٍ لا صورة لها، فأقل مدة الإمكان ثمانون يوماً ولحظتان من يوم النكاح، ولا يخفى أن هذا الكلام في المضغَة مُفْرَعٌ على قولنا بأن العدة تنقضي بها، ولا يُطالَبُ بإظهار الولدِ والسَقَطِ بحال.

وقوله في الكتاب «صُدِّقَتْ بيمينها على أظهر الوجهين» الوجه المقابل له أنها تُصَدِّقُ باليمين، ولكن تُطالَبُ بالبيئَة، وذلك ما حكيناه في الولد الكامل عن أبي إسحاق، وفي السَّقَطِ عن الشيخ أبي محمَّد، وفي الميئَة عن بعض الأصحاب. وفي «التتمة» وجه شامل أنها تُطالَبُ في دَعْوَى الولادة بالبيئَة.

وقوله: «من وقت إمكان الوطء» تبين أنه لا بُدَّ من زيادة على ستة أشهر يفرض فيها الوطء، ولم يتعرَّض للحظة الولادة للظهور، ولفظ إمكان الوطء قد يُشير إلى<sup>(٢)</sup> شيء آخر؛ وهو اعتبار كَوْنِ الزوجين بحيث يُفْرَضُ وصول أحدهما إلى الآخر [٧]<sup>(٣)</sup> كالمشركي مع المغربية.

وقوله: «إلى مائة وعشرين يوماً» أي من وقت الإمكان.

وقوله: «وإمكان اللحم» أراد به المُضْغَةَ بلا صورة.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: وَإِمْكَانُ أَنْقِضَاءِ الْأَقْرَاءِ إِذَا طُلِّقَتْ فِي الطَّهْرِ اثْنَانِ وَثَلَاثُونَ يَوْماً (ح) وَلَحْظَتَانِ \* وَإِنْ طُلِّقَتْ فِي الْحَيْضِ سَبْعَةٌ وَأَرْبَعُونَ يَوْماً وَلَحْظَتَانِ \* وَفِي الْمُبْتَدَأَةِ كَذَلِكَ إِلَّا إِذَا قُلْنَا: إِنَّ الْقُرْءَ هُوَ طَهْرٌ مُحتَوٍ بِحَيْضٍ فَلَا أَقْلَ مِنْ ثَلَاثَةِ أَطْهَارٍ وَثَلَاثِ حَيْضٍ وَهِيَ ثَمَانِيَةٌ وَأَرْبَعُونَ يَوْماً وَلَحْظَتَانِ \* وَيُقْبَلُ قَوْلُهَا فِي مُدَّةِ الْإِمْكَانِ عَلَى خِلَافِ عَادَتِهَا عَلَى الْأَصَحِّ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْمُعْتَدَّةُ بِالْأَقْرَاءِ، إِنْ طُلِّقَتْ فِي الطَّهْرِ، حُسِبَ بَاقِي الطَّهْرِ قُرْءاً، وَإِنْ طُلِّقَتْ فِي الْحَيْضِ، فَلَا بَدَّ مِنْ مُضِيِّ ثَلَاثَةِ أَطْهَارٍ كَامِلَةٍ عَلَى مَا سَيَأْتِي بَيَانَهُ فِي «العدة»، فَأَقْلُ مُدَّةٍ يُمْكِنُ انْقِضَاءُ الْعُدَّةِ مِنْهُ، إِذَا طُلِّقَتْ فِي الطَّهْرِ، اثْنَانِ وَثَلَاثُونَ يَوْماً وَلَحْظَتَانِ، وَذَلِكَ بِأَنْ يَكُونَ الْبَاقِي مِنَ الطَّهْرِ الَّذِي طُلِّقَتْ فِيهِ لِحِظَةً، ثُمَّ تَحِيضٌ يَوْماً وَلَيْلَةً، فَتَطْهَرُ يَوْماً [ثُمَّ تَحِيضٌ يَوْماً وَلَيْلَةً، وَتَطْهَرُ خَمْسَةَ عَشْرًا] ثُمَّ تَطْعَنُ فِي الدَّمِ، هَذَا هُوَ الظَّاهِرُ الْمَشْهُورُ، وَلَا بَدَّ فِيهِ مِنْ مَعْرِفَةِ أُمُورٍ:

(١) متفق على صحته عن ابن مسعود.

(٢) سقط في ز.

(٣) في أ: وجه.



أحدها: قال الإمام وغيره: إن قلنا: إن القرء الانتقال من الطهر إلى الحيض، لم يُعتبر اللحظة الأولى، حتى لو صادف الطلاق آخرَ جزءٍ من أجزاء الطهر، اختسب ذلك الانتقال قرءاً، وإنما يظهر تصوير ذلك فيما إذا كان الطلاق معلقاً بآخر جزءٍ من أجزاء الطهر.

والثاني: فيما جمعه الشيخ إبراهيم المرزوي وغيره حكاية نص عن البويطي أنه لا يحكم بانقضاء العدة بالطعن في الدم آخراً، بل لا بد من مضي يوم وليلة، حتى يُحكّم بانقضاء العدة، وهذا كالكلاف الذي سبق في أن الطلاق المعلق بالحيض، هل يُحكّم بوقوعه بمجرد ظهور الدم.

والثالث: لحظة الطعن في الدم آخراً، ليست من نفس العدة، وإنما هي لاستيقان<sup>(١)</sup> انقضاء القرء الثالث، هكذا قاله القفال وغيره، ولذلك يرى بعضهم بقول أقل مدة الإمكان اثنان وثلاثون يوماً ولحظة، ويشير إلى إخراج اللحظة الأخيرة عن الاعتبار، وفي «الرقم» كشرح «مختصر الجويني» وجه آخر؛ أن لحظة الطعن في الدم من نفس العدة، وكأنه مبني على أن القرء الانتقال من الطهر إلى الحيض، فيكون الحُصول في الحيض من العدة، ونقل المرزوي تفرعاً على النص المنقول عن البويطي وجهين في أنه هل يجعل اليوم والليلة من صلب العدة؟ قال: وتظهر فائدتهما في ثبوت الرجعة في تلك المدة، وإذا جعلنا اليوم والليلة من صلب العدة، زادت مدة الإمكان على المدة المذكورة.

والرابع: تقدير الأقل بالمدة المذكورة، يتفرع على أن أقل الحيض يوم وليلة، فإن جعلناه يوماً، نقص عن المدة المذكورة، هذا في طهر غير المتبداة، فأما إذا طُلقت المرأة قبل أن تحيض ثم ظهر حيضها، فيبني أمرها على أن القرء طهر مُحْتَوَشٌ بدمين أو لا يشترط فيه الاحتواش، فإن لم يشترط، فحكمها في مدة الإمكان حكم غيرها، وإن قلنا: إن القرء الطهر المحتوش بدمين، فأقل مدة الإمكان في حقها ثمانية وأربعون يوماً ولحظة، وذلك بأن تُطلق في آخر جزء من طهرها وتحيض يوماً وليلة، ثم تطهر خمسة عشر يوماً، وتحيض يوماً وليلة، وتطهر خمسة عشر، وتحيض يوماً وليلة، وتطهر خمسة عشر يوماً، وتطعن في الحيض، وذلك ثلاث<sup>(٢)</sup> حيض، وثلاثة أطهار وإن طُلقت في الحيض، فأقل مدة الإمكان سبعة وأربعون يوماً ولحظة، وذلك بأن يُقدّر وقوع الطلاق في آخر جزء من الحيض، ويظهر تصويره فيما إذا علق الطلاق بآخر جزء من الحيض، ثم تطهر خمسة عشر، وتحيض يوماً وليلة، وتطهر خمسة عشر، وتحيض يوماً وليلة، وتطهر خمسة عشر، وتطعن في الدم، ولحظة الطعن فيها ما ذكرنا فيما إذا طُلقت في الطهر، ولا تحتاج هاهنا إلى تقدير لحظة في الأول، بخلاف ما إذا كان الطلاق في

(٢) في أ: بثلاثة.

(١) في أ: لاستيقان.

الطُّهْر، فإنَّ اللحظة تُحَسَّبُ قرءاً هذا حُكْمُ الحُرَّةِ.

وأما الأَمَّةُ، فإنَّ طُلِّقَتْ في الطَّهْرِ، فأقلُّ مدة الإمكان في حَقِّها ستة عشر يوماً ولحظتان، وإن طُلِّقَتْ، ولم تُحِضْ قطُّ، ثم ظهر بها الدم بعد الطلاق، وقلنا: القرء الطهر المُخْتَوِّشُ بدمين، فأقلُّ مدة الإمكان في حَقِّها اثنان وثلاثون يوماً ولحظةً، وإن طُلِّقَتْ في الحيض، فالأقلُّ أحد وثلاثون يوماً ولحظةً.

إذا تَقَرَّرَ ذلك، فإن لم يكن للمطلقة عادةً في الحيض والطُّهْر مستقيمةً - وتَدْخُلُ في هذه الحالة التي لم يحض قطُّ، ثم بدأ حيضها، والتي له عادات مضطربةً، أو كانت لها عادات مستقيمةً دائرةً على الأقلِّ حيضاً وطهراً، فيُقبَلُ قولها إذا ادَّعَتْ انقضاء الأقرء في زمان الإمكان، مع يمينه كذا، فإن نكلت، حلف الزوج، وكان له الرجعة، وإن كانت لها [عادة] <sup>(١)</sup> دائرةً مستقيمةً على ما فَوْقُ الأقلِّ، فنُصِّدَقُ في انقضاء العِدَّةِ على وَفْقِ العادة، وإن ادعت الانقضاء بما دونها، فوجهان:

أصحُّهما: عند الأكثرين أنها تُصَدَّقُ باليمين أيضاً؛ لأن العادة قد تَتَغَيَّرُ.

والثاني: المَنعُ؛ للتهمة، وعن الشيخ أبي محمَّد: - رحمه الله - أنه المذهب.

قال القاضي الرُّوياني؛ وهو الاختيار في هذا الزمان، وإذا قالت لنا امرأة: انقضت عدتي، فالواجب أن تسألها عن حالها، كيف الطُّهْر؟ وكيف الحيض؟ ونُحْلَفُها عند التهمة؛ لكثرة الفساد، [هنا] <sup>(٢)</sup> لفظه.

وإذا ادعت المرأة انقضاء العِدَّةِ لِمَا دون زمان الإمكان، ورددنا قولها، فجاء زمان الإمكان، نُظِرَ؛ إن كَذَّبَتْ نفسها، أو قالت: غَلِطْتُ، وابتدأت دعوى الانقضاء صُدِّقَتْ بيمينها، وإن أصرَّتْ على الدعوى الأولى، فهل نُصَدِّقُها الآن؟ فيه وجهان:

أصحُّهما: نَعَمْ، وإصرارها على ما سبق <sup>(٣)</sup> يتضمن دعوى الانقضاء الآن، والزمان زمان الإمكان، وشُبِّهَ هذا الخلافُ بالخلاف فيما إذا ادعى المَخْرُوضُ عليه في الزكاة غَلَطاً متفاحشاً، ورددنا قوله في القَدْرِ الفاحش، هل يقبله في القَدْرِ الذي يقع مثله في الخرص.

وقوله في الكتاب «وإمكان انقضاء الأقرء...» إلى آخره، ولا يخفى مما ذكرناه أن المراد الحُرَّةُ، وإن كان اللفظ مطلقاً، وليُعَلِّمَ قوله: «بائنين وثلاثين يوماً ولحظتين» وكذا قوله «بسبعة وأربعين يوماً ولحظة» لأن عند أبي حنيفة: القُرءُ الحَيْضُ، وأقلُّ الحيض عنده ثلاثة أيام، فتختلف مدة الإمكان، ثم المعتبر عنده أقلُّ الطَّهْرِ، وأكثر

(٢) سقط في ز.

(١) سقط في ز.

(٣) في ز: مضمن.

الحيض، فإن طُلِّقَتْ في الطُّهْرِ، فلا تُصَدَّقُ إلاَّ بعد ستين يوماً ولحظةً بقدرِ كَأَنَّ الطَّلَاقَ وقع في آخر جزء من الطُّهْرِ، ويعتبر ثلاث حيضٍ عشرة أيام وطهران، كلُّ واحدٍ منهما خمسةَ عَشَرَ يوماً، والطَّعْنُ في الطهر الثالث، وإن طُلِّقَتْ في الحيض، فلا تُصَدَّقُ إلاَّ بعد خمسة وسبعين يوماً [ولحظةً]<sup>(١)</sup> بقدرِ كَأَنَّ الطَّلَاقَ وقع في آخر جزء من الحيض، ويعتبر مضيَّ ثلاثة أطهار، كلُّ واحد خمسةَ عَشَرَ، وثلاث حيض، كلُّ واحد عشرة أيام، والطعن في الطهر الرابع؛ ليتبين تمام القرء.

وقوله: «وفي المبتدأة كذلك» يعني التي طُلِّقَتْ قبل أن يبتدىء حيضها، ثم ظهر الحيض، وتسميتها مبتدأة على معنى أن دمه يَظْهَرُ مبتدأً بها.

فرع: قال لامرأته: إذا ولدت، فأنت طالق، فطلقت بالولادة، فأقل زمان يمكن فيه انقضاء أقرائها يُبْنَى على أن الدم الذي تراه المرأة في الستين، هل يجعل حيضاً أم لا؟ وفيه خلاف مذكور في «الحيض»، إن جعلناه حيضاً، وهو الأظهر، فأقل مدة تُصَدَّقُ في انقضاء الأقرء فيها سبعة وأربعون يوماً ولحظةً؛ كما لو طُلِّقَتْ في<sup>(٢)</sup> خلال الحيض، فتقدَّر كأنها ولدت، ولم ترَ الدم، ويعتبر مضيَّ ثلاثة أطهار، وثلاث حيض، والطَّعْنُ في الحيضة الثالثة، وإن لم نجعله حيضاً، فلا تُصَدَّقُ فيما دون اثنين وتسعين يوماً ولحظةً، ستون منها مدة النَّفَاسِ، ويُحْسَبُ ذلك قرءاً، وبعدها<sup>(٣)</sup> مدة حيضتين وطهرين، واللحظة للطَّعْنِ في الحيضة الثالثة، هكذا ذكره في «التهذيب» ولم يعتد صاحب «التممة» بالنفاس قرءاً، واعتبر مضيَّ مائة وسبعة أيام ولحظة، - وهي مدة النفاس - مدة ثلاثة أطهار وحيضتين، واللحظة للطَّعْنِ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَإِذَا وَطَّئَهَا بَعْدَ قُرْءَيْنِ اسْتَأْنَفْتَ ثَلَاثَةَ أَقْرَاءٍ \* وَلَا رَجْعَةَ إِلَّا فِي الْأَوَّلِ مِنْهَا \* فَإِنْ أَحْبَبَهَا فَوَضَعْتَ رَجَعْتَ إِلَى بَقِيَّةِ الْأَقْرَاءِ عَلَى وَجْهِ وَفِيهَا الرَّجْعَةُ \* وَهَلْ تَثْبُتُ فِي مُدَّةِ الْحَمْلِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

(١) سقط في ز.

(٢) في أ: حال.

(٣) قال الشيخ البلقيني فيه سهو في موضعين: أحدهما: قوله «أنه يعتبر مضي ثلاث حيض» وإنما المعتبر مضي حيضتين بلا خلاف على ما عليه يفرع في الطريقتين.

والثاني: قوله «والطعن في الحيضة الرابعة» وهذا أيضاً سهو، وإنما المعتبر الطعن في الحيضة الثالثة بلا خلاف، وقد وقع السهوان في شرح الرافعي كذلك ولكن الجملة التي ذكرها من سبعة وأربعين يوماً، ولحظة صحيحة، وهي تبين الغلطين المذكورين. انتهى.

هذا، والظاهر أنه اعتمد على نسخة رديئة فيما أشار إليه ثانياً حيث ثبت في النسخ المعتمد عليها خلاف ما أشار إليه.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مقصود الفضل بيان أن الرجعة تختص بعدة الطلاق، وإن فرض فيها وطء، وطالت بسببه العدة، فإذا وطء الزوج الرجعية في العدة، فعليها أن تستأنف ثلاثة إقراء من وقت الوطء، ويدخل فيها ما بقي من عدة الطلاق، فإن العدتين من شخص واحد يتداخلان، ولا يثبت الرجعة إلا في الباقي من عدة الطلاق، وإن وقع الوطء بعد قرءين، فإنما تثبت الرجعة في القرء الأول من الثلاثة المستأنفة، وهو الثالث من عدة الطلاق إن كان بعد قرء، فله الرجعة في القرءين الأولين من الثلاثة، ويجوز له تجديد النكاح فيما زاد بسبب الوطء، ولا يجوز لغيره، ولو أحبلها بالوطء وجهان: أحدهما: تدخل، وبوضع الحمل تخرج عن العدتين؛ لأن المقصود الأصلي براءة الرّجيم، وهما عدتان من شخص واحد، فيتداخلان، والباقي لا تدخل؛ لأنهما عدتان مختلفا الجنس، ولا تتداخل مع اختلاف الجنس، والأول أشبه، وبه أجاب بعض المتأخرين.

التفريع: إن قلنا بدخول الباقي في عدة الوطء، فهل له الرجعة في مدة الحمل، فيه وجهان المذكوران في «التهذيب»:

أحدهما: لا؛ لأنه عدة الوطء، وعدة الطلاق، كأنها انقطعت بالوطء، وسقطت.

وأظهرهما: نعم، لوقوعها عن الجهتين، كالباقي من الأقراء عند التداخل إلا أن ذلك يتبعض، ومدة الحمل لا يتبعض، وإن قلنا: لا تدخل، فقد انقطعت عدة الطلاق، فإذا وضعت، رجعت إلى بقية الأقراء، وللزوج الرجعة في البقية التي تعود إليها بعد الوضع، وفي ثبوتها قبل الوضع وجهان:

أحدهما: لا تثبت؛ لأنها في عدة وطء الشبهة.

وأصحهما: على ما ذكره في «التتمة» الثبوت؛ لبقاء عدة الطلاق عليها، وثبوت الرجعة فيها، ومن البعيد أن تكون المرأة بائنة، ثم تثير رجعية، ولأنه إذا رجّعها، ينسقط العدة، والعدة التي لا تبقى بعد المراجعة لا تمنع من المراجعة.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: (الفضل الثاني في أحكام الرجعية) وهي محرمة (ح) الوطء ولكن لا حد في وطئها \* ويجب المهر إن لم يرأجفها \* وإن رآجفها فالنص أنه يجب \* والنص في المرتبة إذا وطئها ثم عادت إلى الإسلام أن لا مهر \* وقيل: فيه قولان بالنقل والتخريج \* ويصح مخالفتها على الجديد \* ولا خلاف في صحة الإيلاء والظهار واللعان والطلاق وجريان التوارث ولزوم الثقة \* ولو قال: زوجاتي طوالق أندرجت تحته على الأصح \* وإن اشتراها وهي رقيقة فعليه الأسنيراء؛ لأنها محرمة.

## القول في أحكام الرجعية والرجعة

قال الرافعي: فيه صور:

الأولى: الرجعية محرمة الوطء، وبه قال مالك؛ خلافاً لأبي حنيفة، وعند أحمد - رحمه الله - روايتان.

واحتج الأصحاب بأنها معتدة، فيحرم وطؤها كالمبتوتة، وبأنها طلقه واقعة، فأشبه ما إذا قال: أنتِ بائنٌ ونوى، وبأنها جاريةٌ إلى البينونة بغد زوال العقد أو اضطرابه، فيحرم على الزَّوج، كما إذا أسلم أحد الزوجين الوثنيين بعد الدخول، فإنه لا يحلُّ للزَّوج وطؤها في مدة العدة، وكما يحرم الوطء يحرم سائر الاستمتاع كاللمس والنظر بالشهوة.

الثانية: إذا وطئها، فلا حدَّ عليه، وإن كان عالماً بالتحريم؛ لاختلاف العلماء في حله.

وفيه وجهٌ ضعيفٌ، قيل: إنه مأخوذٌ من القول القديم في وجوب الحدِّ إذا وطئ مملوكته المحرمة عليه بالرضاع، أو بكونها منكوحه الغير، ولا يجب التعزير أيضاً، إن كان معتقداً للحل أو جاهلاً بالتحريم، وإلاَّ وجب.

الثالثة: إذا وطئها، ولم يراجعها، فعليه مهر المثل، ووجه ذلك بأنها في تحريم الوطء كالبائنة، فكذلك في المهر، وفي «تعليق» الشيخ أبي حامد - رحمه الله - توجيه: بأنه إذا لم يراجعها حتى انقضت العدة، - بان أنها<sup>(١)</sup> - بانت بالطلاق، واعترض عليه ابن الصَّبَّاح بأنه لو طلق الرجعية، وقع، ولو بانَّ بانقضاء العدة من غير رجعة بينوتها من وقت الطلاق؛ لبانَّ عدم وقوع الطلاق، كما لو أسلم أحد الزوجين بغد الدخول، وطلقها من مدة العدة، ومضت، ولم يُسَلِّم المتخلف، فإنه تبيَّن أن الطلاق لم يَقَع، وإن راجعها بغد الوطء، فالنصُّ وجوب المهر أيضاً، والنص فيما إذا ارتدت المرأة بعد الدخول، فوطئها الزوج في مدة العدة، وعادت إلى الإسلام: أنه لا مهر، وكذا لو أسلم أحد الزوجين المجوسيين أو الوثنيين، ووطئها، ثم أسلم المتخلف قبل انقضاء العدة، وللأصحاب طريقان:

أحدهما، وبه قال الإصطخريُّ: أنَّ المسألة على قولين بالنقل والتخريج:

أحدهما: وجوب المهر؛ لوقوع الوطء في حال ظهور الخلل، وحصول الحيلولة بينهما.

والثاني: المنع؛ لارتفاع الخلل آخراً، وعَوْدها إلى صلب النكاح، وحكى القاضي

(١) في أ: بأنها.

ابن كج أن أبا الحُسَيْن قال: وجدت القولين منصوصين.

**والطريق الثاني:** القَطْع بظاهر النصين، والفرق أن أثر الطلاق لا يرتفع بالرجعية، بل يبقى نقصان العَدَد، فيكون<sup>(١)</sup> ما بعد الرجعة وما قبل الطلاق بمثابة عقْدَيْن مختلفين، وأثر الرُدَّة وتبديل الدِّين يرتفع بالاجتماع في الإسلام، فيكون الوطء مصادفاً للعقد الأول، والظاهر [الأول]<sup>(٢)</sup> هاهنا وجوب المهر، وفي تبديل الدِّين المنع، وإن ثَبِت الخلاف.

**الرابعة:** في صحة مخالعة الرجعية قولان المذكوران في الأصل والشرح في «كتاب الخُلْع»، والجديد الصُّحَّة، ويصح الإيلاء عنها، والظهار واللعان، ويلحقها الطلاق، وإذا مات أحدهما، وهي في العدة، ورثه الآخر، وتجب نفقتها في العدة، كما في صُلْب النكاح، وهذه الأحكام في أبوابها.

ولو أرسل الطلاق على زوجاته، فقال: نسائي أو زوجاتي طوائف، وقد طَلَّق واحدة طَلقة رجعية، هل تُطَلَّق [منه]<sup>(٣)</sup>؟ فيه وجهان، ويقال قولان: منصوص ومخرج: أصحهما، وهو المنسوب إلى النص، وبه قطع الشيخ أبو محمد: أنها تُطَلَّق، وهي زوجةٌ بدليل الأحكام المذكورة.

**والثاني:** المنع؛ لاضطراب العَقْد في حقها، وقد قيل: أخذه من الخلاف فيما إذا قال: عبيدي أحرار، هل يَدْخُل المكاتبون؟ فيه قال الإمام: وقد يفرق بأن الكتابة توقع حيلولة لازمة من جهة السُّيد، والطلاق الرجعي بخلافه.

**الخامسة:** سنذكر وجهين في وجوب الاستبراء إذا اشترى زوجته الرقيقة في «باب الاستبراء»، والأظهر أنه لا يجب؛ لأنها كانت حلالاً له، وإنما نقلها من سبب حل، فلا معنى للاستبراء، ولو طلق زوجته الرقيقة طَلقة رجعية ثم اشتراها، وجب الاستبراء؛ لأنها كانت محرمةً عليه بالطلاق، وإحداث المَلِك لا يكون كالرجعة؛ لأن ملك اليمين يقطع النكاح ويضاده، فلا يَصْلُح استدراكاً لما وقع فيه من الخلل، وبم يستبرئها؟ ملخص ما ذكره الإمام أنه إن بَقِيَتْ من العدة حيضةً كاملةً وقع الاكتفاء بها، وإن بَقِيَتْ بقيةً من الطُّهر، فمن الأصحاب من يكتفي بها، ومنهم من يشترط حيضةً كاملة، وهو القياس، وهذا إذا قلنا: إن الاستبراء بالحيض، وهو الصحيح، فإن قلنا: إن الاستبراء بالطهر، وقلنا [إن]<sup>(٤)</sup> الطهر كافٍ للاستبراء، حَصَلَ الغرض بها.

(٢) سقط في ز.

(١) في ز: بعد الرجعية

(٤) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

واعلم أن الأَصْحَابَ لَمَّا نَظَرُوا فِي الْأَحْكَامِ الْمَجْمُوعَةَ فِي هَذَا الْفَصْلِ، وَجَدُوا لَهَا دَلَالَاتٍ مُتَعَارِضَةً، فَأَنْشَأُوا مِنْهَا أَقْوَالَ ثَلَاثَةَ فِي أَنْ الطَّلَاقَ الرَّجْعِيَّ هَلْ يَقْطَعُ النِّكَاحَ، وَيُزِيلُ الْمَلِكَ أَمْ لَا:

أحدها: نعم، ويدل عليه تحريم الوطء، ونصه على وجوب المهر، وإن راجع، وأنه لا يصح مخالعتها في قول، وأنه يجب الإشهاد في قول، فإن ذلك تنزيل له منزلة الابتداء.

والثاني: أنه لا يزيل الملك، ويدل عليه أنه لا يجب الحد بوطنها، وأنه لا يجب الإشهاد على قول، فإنه يصح الخلع على قول وأنه يقع الطلاق، ويصح الظهار واللعان والإيلاء، ويثبت الميراث، واشتهر عن لفظ الشافعي - رضي الله عنه - أن الرجعية زوجة في خمس آي من [كتاب الله تعالى]، وأراد الآيات المشتملة على هذه الأحكام.

والثالث: أنه موقوف، إن لم يراجعها حتى انقضت العدة، فتبين زوال الملك بالطلاق، وإن راجعها، تبين أن الملك لم يزل، وأخذ ذلك من قول من قال من الأصحاب: إن المهر موقوف، إن لم يراجعها، وإن راجع، لم يحلف، وشبهوا هذه الأقوال بالأقوال في الملك في زمان الخيار، واختلف اختيار صاحب الكتاب وشيخه الإمام، فاختار الإمام القول الذاهب إلى بقاء الزوجية والملك، واعتذر عن تحريم الوطء بأن الطلاق يجربها إلى البيونة والتحرم سبب يثبت بعوارض تطرأ مع تمام الملك؛ للاحتياط، فأولئ أن يثبت عند ظهور الخلل والاضطراب، وعن وجوب المهر، بأنه ممنوع من الوطء؛ لخلل [فيه]<sup>(١)</sup> واضطراب وقع في العقد، فإذا وطئ، ولم يجعل ذلك رداً وإصلاحاً للشعث، كان كوطء شبهة يتفق، قال: وأما إفساد المخالعة، فليس ذلك لزوال الملك، ولو كان لزواله، لَمَا لَحِقَهَا الطَّلَاقُ بِغَيْرِ عَوْضٍ أَيْضاً، وأما وجوب الإشهاد، فمستنده ظاهر الآية على ما تقدم، واختار صاحب الكتاب في «الوسيط» القول بزوال الملك، واعتذر عن عدم وجوب الحد بأن سلطنة الرد قائمة فتنهض شبهة، وعن عدم وجوب الإشهاد بأنه في الرجعة مستغن عن رضا المرأة، وعن الولي، وكما لا يلتحق بالرجعة بالنكاح فيها، لا يلتحق بالنكاح في اعتبار الشهود، وصحة الخلع؛ لدفع سلطته وولايته، وكفت بذلك السلطنة لوقوع الطلاق؛ لفائدة تنقيص عدد، وكذلك لصحة الإيلاء والظهار وثبوت الميراث، وأنت إذا نظرت في المسائل، وفيما هو الأظهر من الصور المختلف فيها، لم تطلق القول بترجيح زوال الملك ولا بقاءه.

وقوله في الكتاب «وهي محرمة الوطء» مغلّم بالحاء والألف، وقوله: «ولكن لا

حدّ بالواو، وقوله: «وقيل فيه قولان بالنقل والتخريج» بعد رواية نصين يفهم الطريقة الأخرى المقررة للنصين، وإن لم يصرح بهم.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَإِن ادَّعَى أَنَّهُ رَاجِعٌ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ فَاتَّكَرَتْ فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا إِذِ الْأَصْلُ عَدَمُ الرَّجْعَةِ \* وَقِيلَ: هُوَ الْمُصَدَّقُ إِذِ الْأَصْلُ بَقَاءُ النِّكَاحِ \* وَلَوْ قَالَ: رَاجِعْتُكَ الْآنَ فَقَالَتْ: انْقَضَتْ عِدَّتِي بِالْأَمْسِ وَأَتَّكَرْتُ أَوْ قَالَتْ: انْقَضَتْ عِدَّتِي فَقَالَ: رَاجِعْتُكَ بِالْأَمْسِ فَاتَّكَرَتْ فَالْخِلَافُ جَارٍ \* وَالْأَظْهَرُ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهَا: لِأَنَّ الزَّوْجَ يَفْدِرُ عَلَى الْإِشْهَادِ \* وَلِأَجْلِ هَذَا يُسْتَحَبُّ لَهُ الْإِشْهَادُ وَهِيَ مُؤْتَمَنَةٌ عَلَى مَا فِي رَحِمِهَا \* وَلَوْ قَالَ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ: رَاجِعْتُكَ بِالْأَمْسِ فَاتَّكَرَتْ فَالصَّحِيحُ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهُ لِفُدْرَتِهِ عَلَى الْإِنْشَاءِ \* فَإِن صَدَّقْنَاها فَالصَّحِيحُ أَنَّ إِقْرَارَهُ لَا يُجْعَلُ إِنْشَاءً بَلْ عَلَيْهِ الْإِنْشَاءُ إِنْ أَرَادَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: وَإِذَا ادَّعَى الرَّجْعَةَ فِي الْعِدَّةِ، وَأَتَّكَرَتْ الْمَرْأَةُ، لَمْ يَخْلُ أَمَا أَنْ يَقَعَ هَذَا الْاِخْتِلَافَ قَبْلَ أَنْ تَنْكَحَ زَوْجاً آخَرَ أَوْ بَعْدَهُ.

القسم الأول: أن يقع قبل أن ينكح زوجاً آخر، فيما أن تكون العدة منقضية أو باقية.  
الحالة الأولى: إذا كان العدة منقضية، وادَّعى الزوج سبق الرجعة، وادَّعت هي سبق انقضاء العدة، فلهذا الاختلاف صور:

إحداها: أن يتفقا على وقت انقضاء العدة؛ كيوم الجمعة، وقال الزوج: رَاجِعْتُ يَوْمَ الْخَمِيسِ، وقالت: بل راجعت يوم السبت، فالقول قولها مع يمينها؛ لأن وقت انقضاء العدة متفق عليه، والاختلاف في أنه؛ هل راجع قبله أم لا؟ والأصل أنه راجع، ووجه أيضاً بأن الزوج يدعي [بعدم] انقطاع سلطنته وأنه راجع قبله، فأشبهه ما إذا ادَّعى الوكيل بعد العزل أنه باع قبل العزل، لا يُصَدَّقُ، ويطلب بالبيّنة، هذا هو الظاهر، وبه أجاز أصحاب الفقهاء وغيرهم، وعليه جرى صاحب «التهذيب» و«التتمة».

قال في «التتمة»، ويحلف هي أنها لا تعلم أنه راجع يوم الخميس فإن الحلف على نفي فعل الغير، هكذا يكون، وحكى الإمام وصاحب الكتاب في غير هذا الكتاب وراء الظاهر وجهين آخرين، في الصورة المذكورة:

أحدهما: أن القول قول الزوج مع يمينه؛ لأن الرجعة تتعلق به، وهو أعلم بحال نفسه، ولأنه يستقي النكاح، فتُصَدَّقُ كما لو ادَّعى الإصابة في مدة العدة.

والثاني: أنها لو قالت: انقضت عدتي يوم الجمعة، وساعدها الزوج، وقال: رَاجِعْتُ يَوْمَ الْخَمِيسِ، فهي المُصَدِّقَةُ؛ لأن قولها في انقضاء العدة مقبول، وإذا حكمنا بانقضاء العدة، لم يُلْتَمَسَ إِلَى دَعْوَى الرَّجْعَةِ بَعْدَ ذَلِكَ، وَإِن قَالَ الزَّوْجُ أَوْلَى: رَاجِعْتُكَ



يوم الخميس، فهو يُصدَّق لاستقلاله بالرجعة، [والرجعة] تُقَطَّع العدة، وإن كان انتهاء الأقران يوم الجمعة، وإذا صحَّحنا الرجعة منه، لم نلتفت<sup>(١)</sup> إلى قولها: إنك راجعت يوم السبت، قال: فإن تساوق كلامهما، سقط هذا الوجه، وبقي الوجهان الأولان.

الصورة الثانية: أن يتفقا على وقت الرجعة؛ كيوم الجمعة، وقالت: انقضت عدتي يوم الخميس، وقال الزوج: بل يوم السبت، فالقول قول الزوج مع يمينه؛ لأن وقت الرجعة متفقٌ عليه، والأصل أن العدة لم تنقض قبله، وحكى الإمام وجهين آخرين: أحدهما: أن القول قول المرأة مع يمينها؛ لأنها مصدقة في دعوى انقضاء العدة، وقد ادعت أنها انقضت قبل أن يُراجع.

والثاني: أن المصدق السابق إلى الدعوى، فإن قال الزوج أولاً: راجعتك يوم الجمعة، فقالت: نعم، لكن انقضت عدتي يوم الخميس، فهو المصدق، وإن قالت أولاً: انقضت عدتي يوم الخميس، فقال: بل انقضت يوم السبت، ووقعت الرجعة في يوم الجمعة، فهي المصدقة.

الصورة الثالثة: ألا يتفقا على وقت أحدهما بل يقتصر الزوج على أن الرجعة سابقة، والزوجة على أن انقضاء العدة سابق، فالنص أن القول قول الزوجة، والنص فيما إذا أسلمت المرأة بعد الدخول، ثم أسلم الزوج، واختلفاً، فقال الزوج: أسلمت قبل انقضاء عدتك، وقالت: بل انقضت عدتي قبل إسلامك أن القول قول الزوج، وذكرنا في آخر «نكاح المُشركات» طريقين:

أحدهما: أن المسألتين على قولين، وكلام الإمام يوافق هذه الطريقة، وأنه حكى فيها وجهين عن رواية الشيخ أبي محمد:

أحدهما: أن القول قول الزوج استبقاءً للنكاح، ولأن الأصل بقاء الرجعة.

والثاني: أن القول قولها؛ لأنها تخبر عما لا مطلع عليه إلا من جهتها، فلا بد من ائتمانها وتصديقها فيه، والزوج يخبر عن الرجعة، ولا ضرورة إلى تصديقه؛ لتمكنه<sup>(٢)</sup> من الإشهاد على الرجعة.

والطريق الثاني، وهو الأصح: أن النصين منزَّلان على حالين، وذكرنا أن المخكي عن ابن سريج، وأبي إسحاق، والمرضي عند الشيخ أبي حامد وأصحابه، وعلى ذلك جرى صاحب «التهديب» وغيره - رحمهم الله -: أن النظر إلى السبق، والسبق المصدق، فإن قالت هي أولاً: انقضت عدتي، ثم قال الزوج: كنت راجعتك قبل انقضاء العدة،

(٢) في أ: متمكنة.

(١) في أ: يعتد.

فهي المصدّقة بيمينها، وإن قال الزوج أولاً: راجعتك قبل انقضاء عدتك، ثم قالت: بل بعد انقضاء عدتي، فعن القفال، وبه أخذ «التهذيب» و «التتمة». أنه يُنظَر؛ إن تراخى قولها عن قوله، فالمصدّق الزوج، ويُجعل كأن عدتها قد انقضت قبيل كلامها، وإن اتصل قولها بقوله، فهي المصدّقة بيمينها؛ لأن الرجعة قولية، فيجعل قوله «راجعتك» كأنشاء الرجعة في الحال، وانقضاء المدة، وليس بشيءٍ حوليٍّ، فقولها انقضت عدتي إخبارٌ عن أمر كان من قبل، فكأن قوله: «راجعتك» صادف انقضاء العدة، فلا يصح، وإذا اعتبرنا السبق إلى الدعوى، فلو وقع كلام الزوجين معاً، فعن ابن سُرَيْج، وهو الجواب في «التهذيب» وغيره: أن القول قولها، وكأن الرجعة صادفت انقضاء العدة، أو تأخرت عنه ويَجِيء على قياس ما ذكره الإمام، وفيما سَبَق وجهه: أن القَوْل قولُه.

وفي «الشامل» أن القاضي أبا الطيّب روى وجهاً أنه يُقرَعُ بينهما، وَيَقْدَمُ قولٌ من خَرَجَتْ قرعته، وفي المسألة طريقة أخرى، ويقال إن صاحب «الإفصاح» اختارها، وهي أنه <sup>(١)</sup> يسأل الرجل عن وقت الرجعة [فإذا بيّن، فإن صدقته المرأة فقد توافقا على وقت الرجعة]، <sup>(٢)</sup> وإن كذّبه، صدّق بيمينه، وتُسأل المرأة عن وقت انقضاء العدة، فإذا بيّنته، فإن صدّقها، فقد توافقا على وقت انقضاء العدة، وإلا فتصدّق بيمينها، ثم يُنظَر في وقت الرجعة، ووقت انقضاء العدة، ويُجعل الحكم للسابق منهما، ويخرج من هذه الطرق عند الاختصار وجوه أو أقوال:

أحدها: تصديق الزوج [في انقضاء العدة] <sup>(٣)</sup>.

[والثاني: تصديق الزوجة في انقضاء العدة]، ويُرَوَى الأوجهُ عن ابن أبي هريرة، وكذلك ذكّرها الشيخ أبو حاتم القزويني ثم في «النهاية» عن صاحب «التقريب»، أن ما صورناه من الاتفاق على وقت انقضاء العدة، والاختلاف في الرجعة فيما إذا اتفقا على أصل الرجعة، واختلفا في التقدّم والتأخر، فأما إذا أنكرت أصل الرجعة، وقالت: إنه لم يتلقَظ بها، فالقول قول المرأة بلا خلاف.

قال الإمام: وهذا خطأ صريح، فإن قولها «أنه راجع بعد انقضاء العدة» اعترافٌ بصيغة الرجعة لا بحقيقتها، فلا فرق.

ولو قال الزوجان: نعلم حصول الأمرين، الرجعة وانقضاء العدة على الترتيب، ولا ندري أن السابق ماذا؟ فالأصل بقاء العدة، وولاية الرجعة.

الحالة الثانية: إذا كانت العدة باقية، واختلفا في الرجعة، فالقول قول الزوج؛ لأنه

(٢) سقط في ز.

(١) في أ: أنه.

(٣) سقط في ز.

أدعى الرجعة في وقت يقدر على إنشائها، فيقبل إقراره بها كالوكيل إذا قال: بعثت قبل العزل، وعن صاحب «التقريب» وجه أن القول قولها؛ لأن الأضل عدم الرجعة، وبقاء أثر الطلاق، فإن أراد الرجعة، فعليه إنشاؤها، وإذا قبلنا قوله، فقد أطلق جماعة منهم صاحب «الكتاب»<sup>(١)</sup> أن إقراره ودعواه يجعل إنشاء، وحكى ذلك عن القفال، وذكر الشيخ أبو محمد أن من قال به يجعل الإقرار بالطلاق إنشاءً أيضاً.

قال الإمام: وهذا لا وجه له؛ فإن الإقرار والإنشاء يتنافيان، فذلك إخبار عن ماضٍ، وهذا إحداث في الحال، وذلك يَدْخُلُه الصّدق، والكذب، وهذا بخلافه، ونختم القسم بكلامين:

أحدهما: فيما يتعلّق بلفظ الكتاب.

قوله: وإن ادعى أنه راجع قبل انقضاء العدة، فأنكرت، الأقرب أنه أراد بهذه هذه الصورة ما إذا اختلفا في التقدّم والتأخر من غير أن يتفقا على وقت أحدهما، وأراد بقوله: «ولو قال راجعتك الآن»، فقالت: «انقضت عدتي بالأمس» ما إذا اتفقا على وقت الرجعة، واختلفا في وقت انقضاء العدة؛ ويقول<sup>(٢)</sup>: «أو قالت» انقضت عدتي، فقال: «راجعتك بالأمس» ما<sup>(٣)</sup> إذا اتفقا على وقت انقضاء العدة، واختلفا في وقت الرجعة، والخلاف في أن القول قوله أو قولها شامل للصور جميعاً على ما قدّمنا، لكنه قال: والأظهر أن القول قولها، وسيأتي الكلام يقتضي ترجيح هذا الوجه في الصور كلها، وهو غير مساعد عليه فيما إذا اتفقا على وقت الرجعة، واختلفا في وقت انقضاء العدة بل الظاهر أن القول قوله، وكذا إذا لم يتفقا<sup>(٤)</sup> على وقت واحد منهما، والظاهر تصديق من يسبق إلى الدّعوى، ولم يتعرّض له في الكتاب.

والثاني: نقل المزيّني عن الشافعي - رضي الله عنه - أنه لو قال: راجعتك اليوم، فقالت المرأة: انقضت عدتي قبل رجعتك، تُصدّق المرأة، واعتُرض بأنه لم يوجد من واحد منهما دعوى<sup>(٥)</sup> [انقضاء العدة، حتى حصلت المراجعة باتفاقهما، فينبغي أن يُصدّق] الرجل، وحمل الأصحاب - رحمهم الله - النص على ما إذا اتّصل كلامها بكلامه، وقالوا: قوله «راجعت» إنشاء، وقولها: «انقضت عدتي» إخبار، فيكون الانقضاء سابقاً على قولها، وقد سبق ما يقرب من هذا أو هو هو.

القسم الثاني، ولم يذكره في الكتاب: أن يقع الاختلاف بعد ما تكّحت زوجاً

(٢) في أ: ونقول.

(٤) في ز: اتفقا.

(١) في ز: التقريب.

(٣) في أ: أما.

(٥) سقط في ز.

آخر، فإذا نكحت بعد مضي العدة زوجاً لعلَّه زوجها الأول، وادعى الرجعة وعذرهما في النكاح، لجهلها بالرجعة أو نسيه إلى الخيانة والتليس، نُظِرَ إن أقام عليها بيّنة، فهي زوجة الأول، سواء دخل بها الثاني أو لم يَدْخُلْ.

وعن مالك: أنه إن دخل بها، فهي زوجة الثاني، وإن لم يَدْخُلْ بها، فعنه روايتان في أنها للأول أو الثاني، ويجب لها مهر المثل على الثاني، إن دَخَلَ بها، وإن لم تكن بيّنة، وأراد التحليف، فتسمع دعواه على الزوجة<sup>(١)</sup>، ويجيء فيه خلاف؛ بناء على أن إقرار المرأة بالنكاح غير مقبول، والظاهر القبول، وهل تسمع الدعوى على الزوج الثاني، فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن الزوجة ليست في يده، وهذا ما ذكره الإمام أنه المذهب.

والثاني: تُسْمَعُ؛ لأنها في حباله وعلى فراشه، وبه أجاب المحاملي وغيره من العراقيين فإن قلنا: لا تسمع الدعوى عليه، فتتعين هي للدعوى، وإذا ادعى عليها، فإن أقرت به بالرجعة، لم يُقْبَلْ إقرارها على الثاني، بخلاف ما إذا ادعى امرأة في حباله رَجُلٌ أنها زوجته<sup>(٢)</sup>، فقالت: كنت زوجةً لك، فطلقتني، حيث يكون ذلك إقراراً له، وتجعل زوجةً له، والقول قوله في أنه لم يُطَلِّقْهَا<sup>(٣)</sup>؛ لأن هناك لم يَحْصُلْ الاتفاق على الطلاق، وهاهنا حَصَلَ، والأصل عدم الرجعة، وتغرم المرأة للأول مهر مثلها؛ لأنها فَوَّتْ البُضْعَ عليه بالنكاح الثاني.

وقال أبو إسحاق: لا تُغْرَمُ عليها، كما لو قَتَلَتْ نفسها أو ارتدت، وهذا هو خلاف الغُرم بالحيلولة، وإن أنكرت، فهل تحلف؟ فيه اختلاف؛ بناء على أنها لو أقرت هل تُغْرَمُ إن قلنا: لا، فأقرارها بالرجعة غير مقبول، وهو غير مؤثر في الغرم، فلا معنى للتحليف، ومقصود التحليف الحنل على الإقرار، والظاهر التحليف، فإن حلفت،

(١) في أ: الوجه.

(٢) في زوجه.

(٣) قال الشيخ البلقيني: يجب تقييده بما إذا لم تكن المرأة أقرت بالنكاح لمن هي تحته، فأما إذا أقرت ثم قالت ذلك لمن ادعى فإنها لا تنزع منه جزءاً لأنه يؤدي إلى إبطال حق من أقرت له قبل ذلك بإقرارها بعده، وكذلك لو كان نكاح من هي تحته ثابتاً بالبيّنة فإنها لا تنزع بالإقرار المذكور، ولو فتح هذا الباب مطلقاً لأدى إلى أن الزوج لا يأمن بقاء عصمته أبداً لأن المرأة إذا أرادت انتقالها عنه، قالت هذه المقالة وذلك مما لا يصح في الشريعة فوجب تقييده بما تقدم وهذا مما يجب أن يتنبه له وقد ذكر المسألة الحاوي الصغير في العدة فأوردها على ما أطلقه الرافعي هنا والقيد لا بد منه وما ذكره الشيخ صرح به البيهقي في الفتاوى كما ذكره الأذري والزرکشي في الخادم وساقا لفظ الفتاوى وذكره أيضاً الشيخ جلال الدين البلقيني وساق لفظ الفتاوى وقد وقف على الفتاوى وفيها كما نقلوه. قاله البكري.

سقطت دعوى الزوج، وإن نكلت، حلف، وغرمها مهر المثل، ولا نحكم بطلان نكاح الثاني، وإن جعلنا اليمين المردودة كالبينة؛ لأنها وإن جعلت كالبينة، فإنما تكون كالبينة في حق المتداعيين خاصة، وفي «النهاية» نقل وجه ضعيف: أنه يحكم ببطلان النكاح<sup>(١)</sup>، إذا قلنا: إنها كالبينة، وإن قلنا: إن الدعوى على الزوج الثاني مسموعة، فيُنظر؛ إن بدأ بالدعوى على الزوجة، فالحكم على ما بيئت، لكن إذا انقطعت الخصومة بينهما، بقيت دعواه على الثاني وإن بدأ بالدعوى على الثاني، فإن أنكروا، صدق بيمينه؛ لأن العدة قد انقضت، والنكاح وقع صحيحاً في الظاهر، والأصل عدم الرجعة، وإن نكلت، رُدَّت اليمين على المدعي، فإن حلف، حكم بارتفاع نكاح الثاني، ولا تصير المرأة للأول بيمينه، ثم إن قلنا: إن اليمين المردودة كالبينة، فكأنه لم يكن بينها وبين الثاني نكاح، فلا شيء لها على الثاني إلا مهر المثل، إن دخل بها، وإن قلنا: إنها كالإقرار، فأقراره عليها غير مقبول<sup>(٢)</sup>، فلها كمال المسمى، إن كان بعد الدخول، ونصفه، إن كان قبله.

قال في «التهذيب» والصحيح عندي أنها إن جعلت كالبينة، لا تؤثر في سقوط حقها عن المسمى، بل يختص أثر اليمين المردودة بالمتداعيين، فإذا انقطعت الخصومة بينهما، فله الدعوى على المرأة، ثم يُنظر؛ إن بقي النكاح الثاني، بأن حلف، فالحكم كما ذكرنا فيما إذا بدأ بها، وإن لم يبق بأن أقر الثاني للأول بالرجعة، أو نكلت، فحلف الأول، فإن أقرت المرأة، سُلمت إليه، وإلا فهي المصدقة باليمين، فإن نكلت، وحلّف المدعي، سُلمت إليه، ولها على الثاني مهر المثل، إن جرى دخول، وإلا، فلا شيء عليه، كما لو أقرت بالرجعة، وكل موضع قلنا: لا تُسلم المرأة إلى الأول، لحق الثاني، وذلك عند إقرارها، أو نكولها، ويمين الأول، فإذا زال حق الثاني بموت وغيره، سُلمت إلى الأول، كما لو أقر بحرية عبد في يد غيره، ثم اشتراه، يحكم عليه بحريته.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَمَهْمَا أَنْكَرَتِ الرَّجْعَةَ ثُمَّ رَجَعَتْ صُدِّقَتْ وَإِنْ كَانَ فِي إِنكَارِهَا إِقْرَارٌ بِالتَّخْرِيمِ؛ لِأَنَّهَا جَحَدَتْ حَقَّ الزَّوْجِ ثُمَّ أَقْرَتْ فَيَتَرَجَّعُ جَانِبَهُ \* وَلَوْ أَقْرَتْ بِتَّخْرِيمِ رَضَاعٍ أَوْ نَسَبٍ لَمْ يَكُنْ لَهَا الرُّجُوعُ \* وَإِنْ زَعَمَتْ أَنَّهَا لَمْ تَرْضَ بِعَقْدِ النِّكَاحِ ثُمَّ رَجَعَتْ فَلَاظْهَرُ أَنَّهُ يُقْبَلُ لِحَقِّ الزَّوْجِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا أَنْكَرَتِ الْمَرْأَةُ الرَّجْعَةَ، وَاقْتَضَى الْحَالُ تَصْدِيقَهَا، ثُمَّ رَجَعَتْ، صُدِّقَتْ فِي الرَّجُوعِ، وَقَبِلَ إِقْرَارُهَا، نَصُّ عَلَيْهِ، وَرَأَى الْأَصْحَابُ فِيهِ إِشْكَالًا؛ لِأَنَّ قَضِيَّةَ قَوْلِهَا الْأَوَّلَ تَحْرِيمُهَا عَلَيْهِ، وَقَضِيَّةَ الْإِقْرَارِ بِالتَّحْرِيمِ أَلَّا يُقْبَلَ مِنْهَا نَقِيضُهُ، كَمَا لَوْ أَقْرَتْ

(٢) في أ: فله.

(١) في أ: بالبطلان.

أنها بنت فلان من النَّسَب أو الرضاع، ثم رجعت، وكذبت نفسها، لا يُقبل رجوعها، وتكلموا في الفَرْق من وجوه:

أحدها: أن حرمة الرضاع مؤكدة مؤيدة، بخلاف حرمة البيونة بانقضاء العدة.

والثاني: أن الرضاع يتعلّق بها، فأقرارها به يصدّر عن علم وتحقّق، والرجعة قد تجري في غيبة، وهي لا تشعُر فلا يبعد أن تنكر، ثم تعرّف، وتعتَرِف.

قال الإمام: ولا خير في هذين القولين؛ أما الأول، فهو بيان التفاوت في كيفية الحرمة، وأصل الحرمة حاصلٌ شاملٌ للصورتين، وأما الثاني، فالرَضَاع يجري في الصغر، فلا يشعُر به المرتضِع.

والثالث: أن الإقرار بأخوة النسب والرضاع تستند إلى أمر ثبوتي، وإنكار الرجعة، وإن صدقت، فيه نفي شيء، والثبوت أقرب إلى العِلْم والإحاطة من النفي؛ ولذلك كان الحلف في طرف الثبوت على البتِّ، وفي النفي على العِلْم، وإذا كان كذلك كان الرجوع في طرف الإثبات رجوعاً عن المحقّق المعلوم، فلا تقبل، ولذلك نقول: لو ادّعتِ الطلاق على الزوج، فأنكر، ونكل، فحلفت، ثم رجعت، وكذبت نفسها، لا يُقبل رجوعها؛ لاستناد قولها إلى الإثبات، وأما في طرف النفي، فكأنه لم يعلم، ثم عِلِم، نَعَم، لو قال: ما أتلف فلان مالي، ثم رجّع، وادّعى أنه أتلف، لا يُقبل؛ لأن قوله: «ما أتلف» تضمّن الإقرار على نفسه ببراءته.

والرابع: أن الرجل ادّعى حقاً، فأنكرته، ثم عادت إلى الاعتراف به، فإذا توافقا على ثبوت حقه، لم يجز إبطاله، كما لو ادّعى أنها زوجته، فأنكرت، ثم أقرت أو ادّعى على إنسان قصاصاً، فأنكر، ثم أقر بخلاف قولها: فلان أخي، ولو زوّجت المرأة، وهي ممن يُحتاج إلى رضاها، فقالت: لم أرض بعقد النكاح، ثم رجعت، وقالت: رضيتُ، وكنْتُ نسيته، وجهان:

أحدهما: أنه يقبل رجوعها؛ لأن قولها الأول راجعٌ إلى النفي، وأيضاً، فإنها أنكرت حق الزوج، وعادت إلى التصديق، فيقبل؛ لِحَقِّه.

والثاني: المنع؛ لأن النفي إذا كان تعلّق بها كالإثبات؛ ألا ترى أن الإنسان يحلف على نفي فعله على البتِّ، كما يحلف على الإثبات على البت، وقد ذكرنا أن الإقرار بالأمر الثبوتي يبعد الرجوع عنه، وعلى هذا فلا يحل له إلاّ بعقد جديد، وهذا ما حكاه القاضي أبو الطيّب - رحمه الله - عن النص، والأول أظهر عند صاحب الكتاب - رحمه الله - والله أعلم بالصواب.

فروع: إذا طلّقها طليقةً أو طليقتين، واختلفا في الإصابة، فقال الزوج: طلقته بعد

الدخول، ولي الرجعة، وأنكرت هي، فالقول قولها مع يمينها؛ فإن الأصل عدم الدخول فإذا حلفت، فلا رجعة له، ولا سكنى ولا نفقة لها، ولا عدة عليها، ولها أن تنكح في الحال، وليس له أن ينكح أختها، ولا أربعاً سواها، حتى ينقضي زمان يمكن انقضاء العدة فيه، وهو مُقَرَّر لها بكمال المهر، وهي لا تدعي إلا النصف، فإن كانت قد قبضت المهر، فليس له مطالبتها بشيء، وإن لم يقبضه، فليس لها إلا أخذ النصف، فإذا أخذته، ثم عادت، واعترف بالدخول، فهل لها أخذ النصف الآخر أم لا بد من إقرار مستأنف من جهة الزوج؟ نقل إبراهيم المروزي فيه وجهين، وفي شرح «المفتاح» للأستاذ أبي منصور البغدادي: أنها إذا كانت قبضت المهر، وهو عين، وامتنع الزوج من قبول النصف أو يبرئها منه.

ولو كنت العين المصدقة في يده، وامتنعت من أخذ الكل، فياخذه الحاكم، وإن كان ذيناً في ذمته، فيقول لها: إما أن تقبليه أو تبرئيه عنه.

ولو انعكس الخلاف، وأدعت المرأة الدخول، وأنكر الزوج، فالقول قوله، فإذا حلف، فلا رجعة ولا سكنى ولا نفقة، وعليها العدة، ولو عادت، وكذبت نفسها، لم تسقط العدة، ولا فرق بين أن يكون الاختلاف في الدخول قبل جريان الخلوة، أو بعدها على الصحيح، وحكيما في آخر فصل العنة قولاً أن يرجح جانب من يدعي الدخول، ويجعل القول قوله مع يمينه، وفي «التتمة» أنه لو طلق زوجته الأمة، واختلفا في الرجعة، فحيث قلنا: إن القول قول الزوج إذا كانت المطلقة حرة، فكذلك هاهنا، وحيث قلنا: إن القول قول الزوجة هاهنا فالقول قول السيد؛ لأن نكاح الأمة حقه.

وعن أبي حنيفة ومالك: أن القول قول الأمة، وبمثله أجاب صاحب «التهذيب» وقال: لا أثر لقول السيد، وعن نصه - رضي الله عنه - في «الأم» أنه لو قال: أخبرتني بانقضاء العدة ثم إنه راجعها مكذباً لها، فقالت بعد ذلك: ما كانت عدتي منقضية، وكذبت نفسها، فالرجعة صحيحة؛ لأنه لم<sup>(١)</sup> يقر بانقضاء العدة [وإنما أخبر عنها، والله أعلم<sup>(٢)</sup>].

(٢) سقط في ز.

(١) في: لا.

## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

### كِتَابُ الْإِيْلَاءِ<sup>(١)</sup> \* وَفِيهِ بَابَانِ

#### الْبَابُ الْأَوَّلُ فِي أَرْكَانِهِ \* وَهِيَ أَرْبَعَةٌ

الرُّحْنُ الْأَوَّلُ: الْحَالِفُ وَهُوَ كُلُّ زَوْجٍ يَنْتَصِرُ مِنْهُ الْوِقَاعُ حُرًّا كَانَ أَوْ رَقِيقًا كَافِرًا  
كَانَ أَوْ مُسْلِمًا كَانَتْ رَجْعِيَّةً أَوْ فِي ضَلْبِ النِّكَاحِ كَانَ الزَّوْجُ مَرِيضًا أَوْ صَحِيحًا أَوْ خَصِيًّا  
أَوْ مَجْبُوبٌ بِنَفْسِ الذَّكَرِ \* وَإِنْ جُبَّ جَمِيعُ ذَكَرِهِ فَالضَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ إِيلَاؤُهُ \* وَقِيلَ:  
قَوْلَانِ \* وَإِنْ آلَى ثُمَّ جُبَّ أَنْقَطَعَ الْإِيْلَاءُ \* وَقِيلَ يَطْرُدُ الْقَوْلَيْنِ \* وَلَوْ قَالَ لِأَجْنَبِيَّةٍ: وَاللَّهِ  
لَا أَجَامِعُكَ ثُمَّ نَكَحَهَا لَمْ يَكُنْ مُؤَلِيًّا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْإِيْلَاءُ فِي اللَّغَةِ: الْحَلْفُ، يُقَالُ آلَى يُؤَلِي إِيلَاءً، وَتَأَلَى تَأَلِيًّا،  
وَالْأَلِيَّةُ الْيَمِينُ، وَالْجَمْعُ آلاءٌ، مِثْلُ عَطِيَّةٍ وَعَطَايَا.

(١) الْإِيْلَاءُ لُغَةٌ: بِالْمَدِّ: الْحَلْفُ، وَهُوَ: مُصَدَّرٌ. يُقَالُ: آلَى بِمَدَّةٍ بَعْدَ الْهَمْزَةِ، يُؤَلِي إِيلَاءً، وَتَأَلَى  
وَأَتَلَى، وَالْأَلِيَّةُ، بوزن فَعِيلَةٍ: الْيَمِينُ، وَجَمَعَهَا آلَايَا: بوزن خَطَايَا، قَالَ الشَّاعِرُ:  
قَلِيلَ الْآلَايَا حَافِظَ لِيَمِينِهِ      وَإِنْ سَبَقَتْ فِيهِ الْأَلِيَّةُ بَرَّتْ  
وَالْأَلُوَّةُ بِسُكُونِ اللَّامِ، وَتَثْلِيثُ الْهَمْزَةِ: الْيَمِينُ أَيْضًا.  
انظُر: الصَّحَاحَ: ٢٢٧/٦، الْمَغْرِبَ: ٢٨، لِسَانَ الْعَرَبِ: ١١٧/١ الْمِصْبَاحَ الْمُنِيرَ: ٣٥/١.  
وَاصْطِلَاحًا:

عَرَفَهُ الْحَنْفِيَّةُ هُوَ: عِبَارَةٌ عَنِ الْيَمِينِ عَلَى تَرْكِ وِطْءِ الْمُنْكَوْحَةِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ أَوْ أَكْثَرَ.  
وَعَرَفَهُ الشَّافِعِيَّةُ بِأَنَّهُ: هُوَ حَلْفُ زَوْجٍ يَصْبِحُ طَلَاقَهُ لِيَمْتَنِعَ مِنْ وَطْئِهَا مُطْلَقًا أَوْ فَوْقَ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ.  
وَعَرَفَهُ الْمَالِكِيَّةُ بِأَنَّهُ: حَلْفُ الزَّوْجِ الْمُسْلِمِ الْمَكْلُوفِ الْمُمْكِنِ وَطْؤُهُ بِمَا يَدُلُّ عَلَى تَرْكِ وِطْءِ زَوْجَتِهِ  
غَيْرِ الْمَوْضِعِ أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ أَوْ شَهْرَيْنِ لِلْعَبْدِ تَصْرِيحًا أَوْ احْتِمَالًا قَيْدًا أَوْ أُطْلِقَ وَإِنْ تَعْلِيْقًا.  
وَعَرَفَهُ الْحَنَابِلَةُ بِأَنَّهُ: حَلْفُ الزَّوْجِ - الْقَادِرِ عَلَى الْوِطْءِ - بِاللَّهِ تَعَالَى أَوْ صِفَةٍ مِنْ صِفَاتِهِ عَلَى تَرْكِ  
وِطْءِ زَوْجَتِهِ مِنْ قَبْلِهَا مَدَّةَ زَانِدَةٍ عَلَى أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ.

انظُر: تَبِيْنُ الْحَقَائِقِ/ شَرْحُ كَنْزِ الدَّقَائِقِ: ٢/٢٦١؛ مَغْنِي الْمَحْتَاغِ: ٣/٣٤٣، الشَّرْحُ الصَّغِيرُ:  
٢٧٨/٢، ٢٧٩، الْمَطْلُوعُ: ٣٤٣، تَحْفَةُ الْمَحْتَاغِ: ٨/١٨٨، شَرْحُ الْمَحَلِيِّ عَلَى الْمَنْهَاجِ: ٢٤.



وفي الشرع هو: الحَلْف على الامتناع من وطء الزوجة مطلقاً مدة تزيد على أربعة أشهر، وكان الإيلاء طلاقاً في الجاهلية، فعَبَّر الشرعُ حُكْمه، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرِيصَ أَزْوَاجِهِمْ﴾ [البقرة: ٢٢٦] الآية، ولما لم يكن بُدُّ من معرفة الإيلاء الصحيح من غير الصحيح، ومن معرفة حكم الصحيح منه، رتب الكتاب على بَيِّن:

أحدهما: في أركانه، وبيَّن بها صحيحه من فاسده.

والثاني: في أحكام الصحيح، أمَّا الأركان، فهي أربعة؛ لأن التفسير المذكور يَتَمَدَّد حَالفًا، ومحلوفًا، ومحلوفًا على الامتناع منه، ومدة وهي ظرف الامتناع.

الركن الأول: الحالف، واعتبر فيه وصفين:

أحدهما: كونه زوجاً، فلو قال لأجنبية: والله، لا أطوك، تمخَّض ذلك يمينا حتى لو وطئها قبل النكاح أو بعده، يلزمه كفارة يمين؛ ولا تُعقد الإيلاء حتى إذا نكَّحها، لا تُضْرَب المدة.

وفي «التتمة» نقل وجه: أنه يصير مؤلِّياً إذا نكَّحها؛ لأن اليمين باقية، وهي مانعة من الوطء، تحتاج إلى رفع الضرر، ونسب هذا الوجه ناسبون إلى رواية صاحب «التقريب»، وبه قال مالك، والمذهب الأول: لأن الإيلاء، يختص بالنكاح؛ فلا يُعقد بخطاب الأجنبية؛ كالطلاق<sup>(١)</sup>، ولأن ضَرْب المدة والمطالبة يتعلَّقان بالإيلاء عن الزوجة.

قال الله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾ [البقرة: ٢٢٦] وليست هذه الصورة في معناها؛ لأنه لا يتحقق قصد الإيذاء، والإضرار وهي أجنبية.

ولو قال لها: إن تزوّجتك، فوالله لا أطوك فهو كتعليق الطلاق بالملك، ويجيء فيه خلاف أبي حنيفة، ويصح الإيلاء من الرجعية كما يلحقها الطلاق، ولا تحتسب المدة عن الإيلاء، وإنما تضرب المدة من وقت الرجعة؛ لأنها زمان العدة مفارقة جارية إلى البيونة، وعن أبي حنيفة، وأحمد: أن مدة العدة تُختَسَب من مدة الإيلاء.

والثاني: تصوّر الوقاع، فمن جُبَّ ذكره، وآلَى هل يصحُّ إيلاؤه؟ فيه اختلاف، نص وذكر الأصحاب - رحمهم الله - طرقات:

أظهرها: أن المسألة على قولين:

أحدهما: أنه يصحُّ إيلاؤه، كما يصحُّ إيلاء المريض العاجز؛ لعموم الآية.

(١) في أ: بالطلاق.

والثاني: وهو اختيار المزني: أنه لا يصح؛ لأنه لا يتحقق منه قصد الإيذاء، والإضرار؛ لامتناع الأمر في نفسه، وهذا أصح على ما ذكره القاضي أبو الطيب والرؤياني، وهو نصه - رضي الله عنه - في «الإملاء»، الأول عن الأم، والثاني: القطع بالمنع - كما في «الإملاء»، وحمل ما في «الأم» على أنه إذا آلى ثم جبّ ذكره، لا يبطل الإيلاء، وسنذكره.

والثالث، حكاه أبو الفرج السرخسي - رحمه الله - القطع بالصحة، وحمل ما في «الإملاء» على أنه لا يطالب بالوقاع؛ لعجزه، بخلاف إيلاء القادر، وإنما يؤمر بالفيئة باللسان؛ بأن يقول: ندمت على ما قلت وزاد الشيخ أبو حامد - رحمه الله -؛ ولو قدّرت لَفَعَلْتُ<sup>(١)</sup>، ولا يقول: إذا قدّرت، وطئت بخلاف المريض بعد، إذا طولب؛ لأن قدرته متوقعة، وإن جبّ ذكره، فلها الخيار بالجب الطارئ على الأصح على ما سبق في موضعه، وفي الإيلاء طُرُق:

أحدهما: أنه على القولين في الصورة السابقة، إن صححنا الإيلاء هناك فـ هاهنا أولى، وإلا بطل.

والثاني: القطع بأنه لا يبطل.

والثالث: القطع بالبطلان، حكاه الإمام، والأظهر هاهنا طريقة القولين، لكن الأظهر بقاء الإيلاء؛ لأن العجز عَرَض في الدوام، وكان قصد الإيذاء والإضرار صحيحاً منه في الابتداء، واختار الإمام بطلانه، وقال: يستحيل بقاء اليمين مع استحالة الحنث، واحتج أيضاً بأنه لو بقي الإيلاء، لكانت المطالبة بالقيء باللسان، وهي أن يقول: لولا المانع، لو طئت.

قال: وهذا عندي في حُكْم العيث الذي لا يليق بمحاسن الشرع، وضرب المدّة لذلك فسخ، والأشل ومن بقي من ذكره بعد الجب ما دون قدر الحشفة كالذي جبّ جميع ذكره، وإذا كانت المرأة رتقاءً أو قرناء، ففي صحة الإيلاء منها الخلاف المذكور في المجبّوب.

قال في «الشامل»: لكن إذا صححناه، لا تضرب مدة الإيلاء؛ لأن الامتناع بسبب من جهتها، كما إذا آلى عن الصغيرة، لا تضرب المدّة حتّى تدرك، وحكي عن أبي حنيفة أنه تُضْرَب المدّة عقيب الإيلاء، وهذا قضية ما أورده في الكتاب في الباب الثاني على ما سيأتي، وفي شرح «مختصر الجويني» حكاية قول عن القديم: أنه لا يصح الإيلاء عن الصغيرة والمريضة المضناة لامتناع الجماع كما في الرتقاء، ويشترط زيادة على الوصفين المذكورين كونه مُحَلِّقاً، فلا يصح إيلاء الصبي والمجنون كطلاقهما، ولا

(١) في الروضة أن كلام أبو حامد ندمت على ما قلت.

فرق في صحة الإيلاء بين الحرِّ والرقيق، ولا بين الحرَّة والرقيقة، ولا بين الزوجين المسلمتين والكافرين، ولا ينحل الإيلاء بإسلام الكافر خلافاً لمالك، وإذا ترفع إلتنا الزوجان الذميان، وقد آلى الزوج، فإن أوجبنا على حاكمنا الحكم بينهم، حكم كما يحكم في المسلمين، وإن لم نوجب لم يجبر الحاكم الزوج على الفينة ولا الطلاق، ولا تطلق عليه بل لا بد من رضاه، لأن الحكم على هذا القول إنما يجوز برضاها، فإذا لم يرضيا ردذناها إلى حاكمهم.

ويصح إيلاء المريض كإيلاء الصحيح، وكذا إيلاء الخصي والمجبوب بغض ذكره، إذا بقي قدر الحشفة؛ لأنه قادر على الجماع، ويصح إيلاء العربي بالعجمية، وبالعكس، إذا كان يعرف معنى اللفظ، والحكم فيه على ما بيئنا في الطلاق. وقوله في الكتاب «أو مجبوب بغض الذكر» محمول على ما إذا كان قدر الحشفة باقياً، وإن كان اللفظ مطلقاً.

وقوله «فالصحيح أنه لا يصح إيلاؤه» أي من الطرفين، واتبع الإمام في اختيار هذا الطريق، والظاهر عند الأصحاب طريقة القولين، وقوله «لا يصح إيلاؤه» معلّم بالحاء، فإن أبا حنيفة يصححه، وقوله فيما «إن آلى ثم جب، انقطع الإيلاء»، وقيل يطرد القولين» يعبر عن الطريقة الأولى، والثالثة من الطرق التي حكيناها في هذه الصورة وإيراده يشعر بترجيح طريقة البطلان على موافقة الإمام؛ والظاهر إثبات القولين، ثم الظاهر فيه أنه لا ينقطع الإيلاء، وهو الذي أورده جماعة من الأصحاب منهم صاحب «التهذيب»، وقوله «وقيل: يطرد القولين» إنما كان يحسن موقعه أن لو كان المذكور قبله الطريقة القاطعة بعدم الانقطاع؛ تنبيهاً على أن هذه الصورة أولى ببقاء الإيلاء من الصورة السابقة بالصحة؛ لقوة الدوام وتحقق قصد الإيلاء، في الابتداء، ثم يقول: «وقيل بطرد القولين» أي مع هذا التفاوت<sup>(١)</sup>، فأما إذا كان المذكور في هذه الصورة الطريقتين المذكورتين في الأولى بعينهما، فالأحسن أن يقال: ولو آلى، ثم جب جرى الطريقتان، وقوله «لم يكن مؤلياً» معلّم بالواو.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: (الرُّكْنُ الثَّانِي: الْمَخْلُوفُ بِهِ) وَهُوَ اللَّهُ تَعَالَى أَوْ صِغَةً مِنْ صِفَاتِهِ \* فَإِنْ حَلَفَ بِاللَّهِ ثُمَّ وَطِئَ لِرَمْتِهِ الْكُفَّارَةَ عَلَى الْجَدِيدِ وَلَا يَخْتَصُّ الْإِيْلَاءُ بِالْيَمِينِ بِاللَّهِ عَلَى الْجَدِيدِ بَلْ كُلُّ مَا فِيهِ التَّزَامُ مِنْ عِنْتِ وَطْءٍ أَوْ لُزُومِ صَوْمٍ وَصَدَقَةٍ وَعَلَقٍ بِالْوَطْءِ فَهُوَ إِيْلَاءٌ ثُمَّ إِذَا قَالَ: إِنْ وَطِئْتُ فَلِلَّهِ عَلَيَّ صَوْمٌ أَوْ صَدَقَةٌ فَهُوَ يَمِينٌ لَجَاجٍ وَفِيمَا يَلْزَمُ فِيهِ أَقْوَالٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الامتناع عن الوطء من غير يمين لا يثبت حكم الإيلاء، سواء كان

(١) في ز: التعاون.

هناك عذرٌ أو لم يكن؛ لأنه ليس فيه إيذاء وإضرار بنصب مانع من الوطاء، فإذا حلف لا يطؤها أكثر من أربعة أشهر، ثم طالبته بالوطء بعد أربعة أشهر، فوطيء لزمه الكفارة وعن أحمد: أنه يلزمه كفارة اليمين؛ لأنه قد حلف باليمين بالله تعالى، وقد قال ﷺ «مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ، فَرَأَى غَيْرَهَا خَيْرًا مِنْهَا، فَلْيَأْتِ الَّذِي هُوَ خَيْرٌ وَلْيَكْفُرْ عَنْ يَمِينِهِ»، وفي القديم قولان:

أحدهما: هذا.

والثاني: أنه لا كفارة عليه؛ لأن الإيلاء باقتضاء الفيئة أو الطلاق مُتَتَرَعٍ من حُكْمِ الأيمان؛ فكان التضييق عليه الفيئة أو الطلاق قائم مقام المواخذة، أيضاً قال الله تعالى: ﴿فَإِنْ فَاؤُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٦] وذلك يُشْعِرُ بالعفو، والصفح وانتفاء المواخذة، فإن وطئها قبل مضي المدة، فمنهم من قَطَعَ بوجود الكفارة؛ لأنه حانث باختياره غير محمول عليه، والوعد، والمغفرة في الآية مرتب على الفيئة بعد المدة، ومنهم من أجرى فيه الخلاف، وقال: إنه مُبَادِرٌ إلى التدارك، معجل لم يُطَالَبَ به في ثاني الحال، فاستحق التخفيف، ولو حَلَفَ على ألا يطأها أربعة أشهر فما دونها، ثم وطيء، فعليه الكفارة؛ لأنه ليس بمُولٍ؛ وفي «البيسط» و«الوسيط» أن بعضهم أجرى الخلاف فيه وهو ضعيف.

وهل يختص الإيلاء باليمين بالله تعالى وصفاته؟ فيه قولان:

القديم، وهو رواية عن أحمد: نعم؛ لأنه المعهود من إيلاء الجاهلية، وإنما غيّر الشرح حُكْمَهُ لا صورته.

والجديد أنه لا يختص به، بل إذا قال: إن وطئتك، فعبيدي حرٌّ أو فأنت طالق، أو ضرتك طالق، أو قال: فله عليّ إعتاق رقبة، أو صوم، أو صلاة، كان مُولياً، لأن العتق والطلاق المعلقان بالوطء ينزلان لو وطيء، وإذا علق قُرْبَةً، تلزمه إمّا كفارة اليمين، أو الوفاء بالملتزم أو يتخير بين الأمرين على ثلاثة أقوالٍ مذكورة في «كتاب الأيمان»، وإذا كان كذلك، كان ما يلزمه بالوطء مانعاً له من الوطاء، وكان هو يتعلّق المتخذور به مُضِرّاً بها، فينبغي أن يثبت لها المطالبة بالفيئة أو الطلاق، كما لو حَلَفَ بالله تعالى؛ ولأن جميع ذلك يُسَمَّى يميناً، فتناوله إطلاق آية الإيلاء، وبنى هذا الخلاف بعضهم على الخلاف في أنه إذا حَلَفَ بالله تعالى، ثم وطيء، هل تلزمه كفارة يمين؟

إن قلنا: نعم، انعقد الإيلاء بهذه الالتزامات؛ لتعلق محذور بالوطء، وإن قلنا: لا، وتبعنا المعهود، لم يُحْكَمْ بانعقاد الإيلاء بها، وذكر بناء على هذا البناء أنه يلزمه تخريج قوله «في القديم على موافقة الجديد» لأن له في لزوم الكفارة قولين:

أحدهما: موافقة الجديد.

وعند أبي حنيفة ينعقد الإيلاء [بجميع ذلك، كما في الجديد إلا إذا كان المعلق به صلاة<sup>(١)</sup>] وشرط انعقاد الإيلاء [بالتزامات المذكورة أن يلزمه شيء، لو وطىء بعد أربعة أشهر أما إذا كانت اليمين تنحل قبل مضي مدة الإيلاء، فلا ينعقد الإيلاء فلو قال: إن وَطِئْتُكَ، فَلِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أَصْلِيَ هَذِهِ اللَّيْلَةَ، أو هذا الأسبوع أو أصوم هذا الشهر، أو شهر كذا وذكر شهراً ينقضي قبل أربعة أشهر من وقت اليمين، لم ينعقد الإيلاء.

قال في «التتمة»: وليس هذا كما إذا قال: لله عليّ أن أصوم اليوم الذي يقدّم فيه فلان، فقديم، وهو مفطر؛ حيث يلزم قضاء ذلك اليوم على قول، وهاهنا إذا وطىء، لا يلزمه بالقضاء، ولا تثبت أحكام الإيلاء، بسبب ذلك القضاء؛ لأن الوفاء ممكن، بأن يعرف قدومه قبل ذلك اليوم، فيصبح فيه ناوياً صائماً، وهاهنا لا يمكن القضاء؛ لانقضاء وقت الصوم حين تتوجه المطالبة.

ولو قال: إن وطئتكَ، فليله عليّ أن أصوم شهراً أو عيّن شهراً متأخراً عن أربعة أشهر من وقت اليمين، فهو مؤلٍ ولو قال: فعليّ صوم الشهر الذي وطئتكَ فيه، يلزمه أن يصوم بقية ذلك الشهر، إن أوجبتنا في نذر اللجاج، وفي قضاء اليوم الذي وطىء فيه وجهان أخذاً من الخلاف في مسألة القدوم، ولو قال: فعليّ صوم هذه السنة، فيكون مؤلياً إن بقي من السنة أكثر من أربعة أشهر، وإلا فلا، ولو قال: إن وطئتكَ فكل عبد يَدْخُلُ فِي مِلْكِي حُرّاً، فهو لغو؛ لأن تعليق العتاق بالملك لغو، وكذا لو قال: فعليّ أن أطلقك لأنه [لا]<sup>(٢)</sup> يلزمه بالوطىء شيء، إذا قلنا بالجديد، ولو قال: إن وطئتكَ، فأنبت طالق إن دخلت الدار، أو فعبدني حرّاً بعد سنة، يكون مؤلياً؛ لأنه يلزمه بالوطء تعلّق الطلاق بالدخول، والعنق بمضي السنة، كذا أطلقه<sup>(٣)</sup> في «التهديب» حكى الإمام عن القاضي الحسين - رحمهما الله - القَطْعُ بِهِ، وعن الشيخ أبي محمد: أنه على الخلاف فيما إذا قال: إن أصبتك، فوالله، لا أصبتك فيكون الراجع على ما سنذكره أنه [لا]<sup>(٤)</sup> يلزمه شيء بالوطء في الحال، وإنما يتعلّق بسببه الطلاق بالدخول كما يتعلّق اليمين بالله تعالى بالوطء، وهذا أوجه، وبه قال الإمام، والظاهر من ذلك الخلاف: أنه لا يكون مؤلياً في الحال على ما سيأتي إن شاء الله [تعالى جده].

قَالَ الْعَرَالِيُّ: وَلَوْ قَالَ: إِنَّ جَامِعَتِكَ فَعَبْدِي حُرٌّ ثُمَّ مَاتَ الْعَبْدُ أَوْ زَالَ مِلْكُهُ عَنَّهُ  
أَنَحَلَ الْإِيْلَاءَ \* وَإِنْ قَالَ: فَعَبْدِي حُرٌّ قَبْلَهُ بِشَهْرٍ مُؤْلِيّاً وَلَكِنْ بَعْدَ أَنْقِضَاءِ شَهْرٍ مِنَ اللَّفْظِ \*

(٢) سقط من ز.

(٤) سقط في ز.

(١) سقط في ز.

(٣) في أ: إطلاقه.

وَلَوْ قَالَ: إِنَّ وَطْئَكَ فَعَبْدِي حُرٌّ عَنْ ظَهَارِي وَكَانَ قَدْ ظَاهَرَ صَارَ مُؤَلِيًّا لِالْتِزَامِهِ تَغْيِينِ الْعَبْدِ وَتَعْجِيلِهِ \* فَإِنْ وَطِئَ أَنْصَرَفَ الْعِتْقُ إِلَى الظَّهَارِ عَلَى الصَّحِيحِ \* وَإِنْ لَمْ يَكُنْ قَدْ ظَاهَرَ فَيَكُونُ مُقَرَّراً عَلَى نَفْسِهِ بِالظَّهَارِ فَيُعْتَقُ عَبْدُهُ إِنْ وَطِئَ وَيَكُونُ مُؤَلِيًّا \* وَإِنْ قَالَ: فَهَوَّ حُرٌّ عَنْ ظَهَارِي إِنْ تَظَاهَرْتُ فَإِنَّمَا يَصِيرُ مُؤَلِيًّا إِذَا ظَاهَرَ، لِأَنَّهُ عُلِقَ عَلَيْهِ ثُمَّ يُعْتَقُ عَبْدُهُ إِنْ وَطِئَ بَعْدَ ذَلِكَ لِأَعْنِ الظَّهَارِ لِأَنَّهُ قَدَّمَ تَغْلِيْقَهُ عَلَى الظَّهَارِ \* وَيُحْتَمَلُ أَنْ يُقَالَ: إِذَا لَمْ يَنْصَرِفْ إِلَى الظَّهَارِ لَمْ يُعْتَقْ لِأَنَّهُ وَصَفَهُ بِمَحَالٍ فَيَنْدَفِعُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: كَلَامُ الْفَصْلِ وَمَسَائِلُ بَعْدَهُ تَتَفَرَّعُ عَلَى الْجَدِيدِ الصَّحِيحِ، وَهُوَ أَنَّ الْإِيْلَاءَ لَا يَخْتَصُّ بِالْحَلْفِ بِاللَّهِ تَعَالَى، وَبِصَفَاتِهِ، وَلَا مَجَالَ لَهَا عَلَى الْقَوْلِ الْقَدِيمِ، وَيَشْتَمِلُ الْفَصْلُ عَلَى مَسْأَلَتَيْنِ:

إِحْدَاهُمَا: لَوْ قَالَ [إِنْ] <sup>(١)</sup> وَطْئَكَ فَعَبْدِي حُرٌّ، وَجَعَلْنَاهُ مُؤَلِيًّا ثُمَّ مَاتَ الْعَبْدُ، أُرِ اعْتَقَهُ انْحِلَ الْإِيْلَاءُ لِأَنَّهُ لَا يَلْزِمُهُ بِالْوَطْءِ شَيْءٌ، وَلَوْ زَالَ الْمَلِكُ عَنْهُ بِبَيْعٍ أَوْ هَبَةٍ فَكَذَلِكَ فَإِنْ مَلَكَهُ بَعْدَ ذَلِكَ فِي عَوْدِ الْإِيْلَاءِ قَوْلًا عَوْدِ الْحَنْثِ.

وَلَوْ دَبَرَ الْعَبْدُ، أَوْ كَاتَبَهُ لَمْ يَنْحِلِ الْإِيْلَاءُ، لِأَنَّهُ يُعْتَقُ لَوْ وَطِئَهَا، وَكَذَا لَوْ عُلِقَ بِالْوَطْءِ عِتْقٌ جَارِيَةٌ وَاسْتَوْلَدَهَا، وَلَوْ قَالَ: إِنْ وَطْئَكَ فَعَبْدِي حُرٌّ قَبْلَهُ بِشَهْرٍ، فَإِنَّمَا يَصِيرُ مُؤَلِيًّا إِذَا انْقَضَى شَهْرٌ مِنْ وَقْتِ تَلْفِظِهِ بِذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَطِئَهَا قَبْلَ تَمَامِ شَهْرٍ لَمْ يَحْصُلِ الْعِتْقُ فَإِنْ مَعْلَقَ الْعِتْقُ مُسْتَنْدًا إِلَى مَا قَبْلَ الْوَطْءِ بِشَهْرٍ، وَالْعِتْقُ لَا يُتَقَدَّمُ عَلَى اللَّفْظِ، وَيَنْحِلُ الْإِيْلَاءُ بِذَلِكَ الْوَطْءِ فَإِذَا انْقَضَى شَهْرٌ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَطَّأَهَا فَتَضْرِبُ مَدَّةَ الْإِيْلَاءِ وَتَتَوَجَّهَ الْمَطَالِبَةُ فِي الشَّهْرِ الْخَامِسِ، هَذَا مَا ذَكَرُوهُ هَاهُنَا، وَلَا شَكَّ أَنَّهُ الْجَوَابُ الظَّاهِرُ لَكِنِ ذَكَرْنَا فِيْمَا إِذَا قَالَ إِنْ قَدَّمَ فَلَانَ فَأَنْتَ طَالِقٌ قَبْلَهُ بِشَهْرٍ، وَقَدَّمَ قَبْلَ مِضِيِّ شَهْرٍ مَا يَخْرُجُ مِنْهُ وَجْهٌ أَنَّهُ يَقَعُ الطَّلَاقُ فِي الْحَالِ فَعَلَى ذَلِكَ الْوَجْهِ لَوْ وَطِئَهَا قَبْلَ مِضِيِّ شَهْرٍ يُعْتَقُ الْعَبْدُ، وَيَصِيرُ مُؤَلِيًّا فِي الْحَالِ، وَلَا حَاجَةَ إِلَى مِضِيِّ شَهْرٍ، وَإِذَا قَلْنَا بِالظَّاهِرِ فَلَوْ وَطِئَهَا فِي مَدَّةِ الْإِيْلَاءِ أَوْ بَعْدَهَا تَوَجَّهَتِ الْمَطَالِبَةُ بِالْفَيْئَةِ، أَوْ الطَّلَاقِ حَكْمًا <sup>(٢)</sup> بَعْتَقُ الْعَبْدُ قَبْلَهُ بِشَهْرٍ، وَإِنْ طَلَّقَهَا حِينَ طَوْلَبَ ثُمَّ رَاجَعَهَا ضَرَبَتِ الْمَدَّةُ مَرَّةً أُخْرَى، وَإِنْ جَدَّدَ نِكَاحَهَا بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ فِي عَوْدِ الْإِيْلَاءِ قَوْلًا عَوْدِ الْيَمِينِ وَلَا خِلَافَ فِي أَنَّهُ لَوْ وَطِئَهَا يَحْكُمُ بَعْتَقُ الْعَبْدِ قَبْلَهُ بِشَهْرٍ، وَإِنْ وَقَعَ الْوَطْءُ عَلَى صُورَةِ الزَّوْنِ، وَلَوْ بَاعَ الْعَبْدُ فِي الشَّهْرِ الرَّابِعِ فَإِنْ وَطِئَ قَبْلَ تَمَامِ الشَّهْرِ مِنْ وَقْتِ الْبَيْعِ بَانَ حِصُولُ الْعِتْقِ قَبْلَ الْبَيْعِ، وَإِنْ تَمَّ مِنْ وَقْتِ الْبَيْعِ شَهْرٌ وَلَمْ يَطَّأَهَا ارْتَفَعَ الْإِيْلَاءُ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَطِئَ بَعْدَ تَمَامِ ذَلِكَ لَمْ يَحْصُلِ الْعِتْقُ

(١) سقط في ز.

(٢) في أ: يحكم.

قبله بشهر لقدم البيع على شهر، هذا ما ذكره أكثر الأئمة المتكلمين في هذه المسألة تصويراً، وحكماً، وحكى أبو القاسم الفوراني وجهاً: أنه يطالب بعد تمام أربعة أشهر من وقت اللفظ لأنه ربما يطلقها، والطلاق لا يستند، وتابعه أبو سعد المتولي في هذه الحكاية وزاد شيئاً آخر<sup>(١)</sup> وهو التصوير فيما إذا قال: عبيدي حر. قبل أن أطاك بشهر [وادعى أنه إذا قال: إن وطئتك فعبيدي حر قبله شهر] فهي من صور اليمين الدائرة، وفيها الخلاف المشهور فإن ألغيت لم ينعقد الإيلاء وإن ألغي قوله قبله [وقدر]<sup>(٢)</sup> كأنه قال: إن طلقتك فأنت طالق فها هنا يكون مولياً في الحال، ويصير كما لو قال [إن]<sup>(٣)</sup> وطئتك فعبيدي حر [وإن صححنا اليمين الدائرة فالحكم<sup>(٤)</sup> كما لو قال عبيدي حر] قبل أن أطاك بشهر، فهذا شيء لا يتضح لي.

**المسألة الثانية** إذا علق بالوطء عتق العبد عن جهة الظهر فقال: إن وطئتك فعبيدي حر عن ظهاري فإن كان قد ظاهر صار مولياً على الجديد لأنه، وإن لزمته كفارة الظهر فعتق ذلك العبد بعينه، وتعجيل الإعتاق عن الوطء زيادة التزمها بالوطء ليست هي من موجب الظهر ثم إذا وطئ في حدة الإيلاء، أو بعدها فهل يعتق العبد عن الظهر؟ فيه وجهان:

أحدهما لا؛ لأن العتق عن الظهر ينبغي أن يكون خالصاً للظهر، وهذا قد يتأدى به حق الحنث فلا يتأدى به حق الظهر وأصحهما نعم؛ لأن العتق المعلق بالشرط كالمنجز عند حصول الشرط فكأنه قال: عند الوطء أعتقتك عن ظهاري، وطردها هذا الخلاف في سائر التعليقات كما إذا قال: إن دخلت الدار فأنت حر عن ظهاري.

فإن لم يكن قد ظاهر فلا إيلاء ولا ظاهر فيما بينه وبين الله تعالى، ولكنه مقرر على نفسه بالظهار فيحكم في الظاهر بكونه مظاهراً، ومولياً ولا يقبل قوله إنني لم أكن مظاهراً، وإذا وطئ عاد في كون العتق عن الظهر في الظاهر الوجهان ولو قال: إن وطئتك فعبيدي حر عن ظهاري إن ظاهرت فلا يكون مولياً في الحال؛ لأنه لا يعتق العبد لو وطئها قبل الظهر، ولا يناله محذور فإذا ظاهر صار مولياً؛ لأن العتق حينئذ يحصل لو وطئ وذكر القاضي ابن كج والإمام أن من الأصحاب من جعل كونه مولياً في الحال على قولين لأن العتق معلق بوصفين الوطئ والظهار، ولو وجد الوطء الذي هو أحد الوصفين قرب حاله من الحنث، والقرب من المحذور محذور فيخرج على القولين فيما إذا قال لأربع نسوة والله لا أجامعكن هل يكون مولياً عن جميعهن في الحال لأنه يقرب

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

من الحنث بوطء أية واحدة وطئها، والظاهر الأول، ويوافق الطريقة الأخرى ما ذكر جماعة منهم «صاحب التتمة» أنه لو وطئ، ثم ظاهر عتق العبد كما لو ظاهر أولاً ثم وطئ؛ لاجتماع الصفتين المعلق عليهما، ولك أن تقول وجب أن ينظر في صيغة التعليق إن قال إن وطئتك إن ظاهرت منك فعبيدي حرٌّ أو قال: عبيدي حر إن وطئتك إن ظاهرت منك، ويشترط أن يتقدم الظهار على الوطء، ولو تقدم الوطء ثم وجد الظهار فلا يعتق العبد كما ذكرنا فيما إذا قال: إن دخلت الدار إن كلمت زيداً فأنت طالق، أو قال أنت طالق إن دخلت إن كلمت، وإذا لم يحصل العتق عند تأخر الظهار عن<sup>(١)</sup> الوطئ لا يكون الوصف مقرباً من الحنث، وإن كان الصيغة إن وطئتك فعبيدي حر عن ظهاري إن ظاهرت وهذه الصيغة هي التي استعملوها، وتكلفوا فيها فهي محتملة يجوز<sup>(٢)</sup> أن يريد بها أنه إذا وطئها تعلق عتقه بالظهار ويتحمل أن يريد بها أنه إذا ظاهر عنها تعلق العتق بالوطء والوجه أن يراجع الشخص كما ذكرنا فيما إذا قال: إن دخلت الدار فأنت طالق إن كلمت زيداً فإن أراد أنه إذا ظاهر تعلق عتق العبد بالوطء فعلى موجب ما مر في مسألة الطلاق لا يعتق العبد إذا تقدم الوطء على الظهار، ولا يكون الوطء مقرباً من الحنث، وإن أراد<sup>(٣)</sup> أنه إذا وطئ تعلق العتق بالظهار فالذي قيل من حصول العتق إذا ظاهر بعد الوطء صحيح، والوطء حينئذ يكون مقرباً من الحنث فيتجه تخريجه على الخلاف المذكور والله أعلم بالصواب.

وقد ذكر «صاحب التتمة»: أنه [لو]<sup>(٤)</sup> قال: إن وطئتك فعبيدي حر إن ظاهرت، ولم يقل عن ظهاري: يكون مولياً في الحال؛ لأنه التزم بالوطء تعليق العتق بالظهار، وهو كما تقدم أنه لو قال: إن وطئتك فعبيدي حر بعد سنة يكون مولياً في الحال. قال: ويخالف ما إذا قال: عن ظهاري؛ لأن هناك جعل العتق عن الظهار، وهاهنا علق بالوطء<sup>(٥)</sup> تعلقه بالظهار [ولم يجعل العتق في مقابله شيء آخر ثم إذا قلنا بالظهار] وهو أنه إنما يصير مولياً إذا ظاهر، فلو وطئ في مدة الإيلاء، أو بعدها حصل العتق لوجود الظهار والوطء متأخر عنه، ولا يقع هذا العتق عن الظهار باتفاق الأصحاب، ولم لا يقع قال أبو إسحاق؛ لأن تعليق [العتق] سبق الظهار، والعتق لا يقع عن الظهار [إلا بلفظ يوجد بعده وقال ابن أبي هريرة لأنه لا يقع خالصاً عن الظهار]<sup>(٦)</sup> لتأدي حق الحنث به فأشبه ما إذا اشترى قريبه، ونوى أن يكون عتقه عن الكفارة والأول أصح عند الأئمة، وبنوا على التعليقين المذكورين الوجهين في وقوع العتق عن الظهار إذا كان قد ظاهر،

(٢) في ز: نحو أن.

(٤) الوطء بالظهار.

(١) في أ: من.

(٣) سقط في ز.

(٥) سقط في ز.



وقال: إن وطئتك فعبدي حر عن ظهاري ثم وطىء فعلى التعليل الأول يقع العتق عنه؛ لأن الظهار سابق هناك وعلى الثاني لا يقع<sup>(١)</sup> وكذا لو قال إن وطئتك فعبدي حر عن ظهاري إن ظاهرت وكان قد ظاهر ونسي فيكون مولياً في الحال فإذا وطىء عتق العبد عن الظهار على التعليل الأول دون الثاني هذا هو المنقول، وذكر صاحب الكتاب هاهنا وفي «الوسيط» احتمالاً: أنه [لا]<sup>(٢)</sup> يعتق العبد إذا وطىء بعد الظهار؛ لأنه لا يمكن وقوع العتق عن الظهار وهو إنما أعتق عن الظهار وعلى هذا فلا يصير مولياً؛ لأنه لا يلزمه بالوطء شيء.

قال: في «الوسيط» إلا أن يقال يلغى قوله عن ظهاري؛ لأنه جعل العتق محالاً ويبقى قوله فعبدي حر وقوله هاهنا «لأنه وصفه بمحال فيندفع» يعني الوقوع عن الظهار وهو محال فيندفع العتق، ولو قرئ «إلا أنه وصفه بمحال فيندفع» [كان جواب الاحتمال كما ذكره في الوصف أي فيندفع]<sup>(٣)</sup> الوصف بكونه عن الظهار.

فرع: قال: لامرأته إن وطئتك فله علي أن أعتق عبدي هذا عن ظهاري وكان قد ظاهر عنها أو عن غيرها وعاد فلزمته الكفارة فهل يكون مولياً يبنى على أنه إذا كان في ذمته إعتاق رقبة فنذر على وجه التبرر أن يعتق العبد الفلاني عما<sup>(٤)</sup> هو عليه فهل يتعين ذلك العبد أم لا؟

النص فقول عامة الأصحاب أنه يتعين كما لو نذر ابتداء إعتاق عبد معين واختار المزني أنه لا يتعين وخرجه على أصل الشافعي - رضي الله عنه - واستشهد عليه بأنه لو كان عليه صوم فنذر صوم يوم الخميس عن الصوم الذي هو في ذمته لا يتعين ذلك اليوم وعد الإمام ما ذكره قولاً في المذهب فقال تخريجه أولى من تخريج غيره<sup>(٥)</sup> والذاهبون

(١) في ز: يقع.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) في أ: على

(٥) قال الشيخ البلقيني: أما عدم التعيين فهو النص في المختصر ونص الأم في باب اليمين التي يكون الرجل بها مولياً قبل الإيلاء في الغصب على المسألة التي استشهد بها المولي في الصوم ولفظه، فإن قال إن قربتك فله علي أن أعتق فلاناً عن ظهاري وهو متظهر كان مولياً وليس عليه أن يعتق فلاناً عن ظهاره، وعليه فيه كفارة يمين لأنه يجب لله عليه عتق رقبة فأى رقبة أعتقها غيره أجزاء عنه، ولو كان عليه صوم يوم فقال لله علي أن أصوم يوم الخميس عن اليوم الذي علي لم يكن عليه صومه لأنه لم تنذر منه بشيء يلزمه، وأن صوم يوم لازم له، فأى يوم صامه أجزاء عنه ولو صامه بعينه أجزاء عنه من الصوم الواجب لا من النذر، وهكذا لو أعتق فلاناً عن ظهاره أجزاء عنه وسقطت عن الكفارة، وقال المصنف أيضاً ولم يخرج المزني عدم التعيين على ذلك، بل خرج عدم إلزام الكفارة على ذلك.

إلى التعيين في العتق اختلفوا في الجواب عن مسألة الصوم فمنعها ابن أبي هريرة .

وقال : يتعين ذلك اليوم وسلمها الأكثرون وقالوا العتق أشد تعلقاً بعتق العبد من تعلق الصوم باليوم؛ ألا ترى أنه لو نذر في الابتداء صوم يوم بعينه ففاته الصوم فيه يقضي يوماً مكانه، ولو نذر عتق عبد بعينه فمات لا يلزمه أن يعتق غيره وأيضاً فإن العبد المعين صاحب حق في العتق فيراعى حقه بخلاف تغيير اليوم، ونقل الإمام أن القاضي الحسين وفتى بقضية هذا الفرق . فقال : لو نذر أن يصرف زكاته إلى أشخاص معينين من الأصناف تعينوا رعاية لحقهم وأن الأكثرين قالوا لا يتعينون وربما فرقوا بقوة العتق وبأن غرض العتق أولى بالرعاية وبأن عتق العبد المعين بابتداء النذر يتعين فالحق التعيين في الدوام بالتعيين في الابتداء والمصرف إلى الفقراء المعنيين بخلاف ذلك، إذا عرف ذلك فإن قلنا إن العبد الذي عينه لا يتعين عما كان عليه فلا يكون مولياً؛ لأنه لا يلزمه بالوطء شيء وبه قال المزني رحمه الله .

وعن أبي حنيفة مثله وإن قلنا يتعين فقد اخرج الالتزام هاهنا مخرج نذر اللجاج والغضب فكان كما لو قال إن وطئتك فله علي صوم أو صلاة فيكون مولياً في الحال على الجديد وهذا نصه رضي الله عنه في «الأم» ونقل المزني في «المختصر» : أنه لا يكون مولياً فمن الأصحاب من حمل ما نقله على القول القديم في أن الإيلاء لا ينعقد إلا بالحلف بالله تعالى وقال أكثرهم إنه لم يقصد الحكاية عن القديم لكنه أخطأ في النقل وإذا قلنا بصحة الإيلاء فإن طلق بعد المطالبة خرج عن موجب الإيلاء وكفارة الظهر في ذمته يعتق عنها ذلك العبد أو غيره وإن وطئ في مدة الإيلاء أو بعدها فالواجب ما يلزم [في نذر] اللجاج فإن قلنا عليه كفارة يمين أو خيرناه فاختر كفارة اليمين [فإن] (١) أطعم أو كسا فعليه الإعتاق عن الظهر وإن أعتقه أو عبداً آخر عن اليمين فعليه الإعتاق عن الظهر وإن قلنا عليه الوفاء بما سمي أو خيرناه فاختر الوفاء وأعتق ذلك العبد عن ظهره فقد خرج عن عهدة اليمين .

وهل يجزئه عن الظهر فيه وجهين :

أصحهما وبه قال أبو إسحاق نعم .

والثاني وبه قال أبو علي بن أبي هريرة والطبري : لا ؛ لأنه لا يتأدى به حق الحنث فلا يخلص للظهار .

قَالَ الْعَرَالِيُّ : وَلَوْ قَالَ : إِنَّ وَطِئْتِكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا فَهُوَ مُؤَلٌّ \* فَإِنْ وَطِئَ فَعَلَيْهِ

(١) سقط في ز .

النَّزْعُ عِنْدَ تَغْيِيبِ الْحَشْفَةِ \* وَقِيلَ: يَحْرُمُ بِهِ الْوَطْءُ لِأَنَّ النَّزْعَ مِنَ الْجَمَاعِ \* وَلَوْ قَالَ لِغَيْرِ الْمَدْخُولِ بِهَا: إِنْ وَطَّئْتِكَ فَأَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةٌ وَقَعَ بِالْوَطْءِ طَلْقَةً رَجْمِيَّةً لِإِفْتِرَانِ الْمَسِيَسِ بِالطَّلَاقِ \* وَلَوْ قَالَ: إِنْ وَطَّئْتِكَ فَضَرَّتْكَ طَالِقٌ فَهُوَ مُؤَلِّ \* فَإِنْ مَاتَتِ الضَّرَّةُ أَنْحَلَّ الْإِيْلَاءُ \* وَإِنْ أَبَانَهَا فَكَمِثْلُ \* وَإِنْ جَدَّدَ نِكَاحَهَا وَقُلْنَا: يَعُودُ الْحِنْثُ فَيَعُودُ الْإِيْلَاءُ وَتَبْنَى الْعِدَّةُ عَلَى مَا مَضَى فَلَا تُسْتَأْتَفُ \* وَلَوْ قَالَ: إِنْ وَطَّئْتُ إِخْدَاكُمَا فَالْأُخْرَى طَالِقٌ وَأَبَى الْفَيْئَةَ فَلِلْقَاضِي أَنْ يَطْلُقَ إِخْدَاهُمَا عَلَى الْإِيْنِهَامِ ثُمَّ عَلَى الزَّوْجِ أَنْ يَبَيِّنَ مَا نَوَى أَوْ يَعْينَ \* وَقِيلَ: لَا يَصِحُّ دَعْوَاهُمَا مَعَ الْإِيْنِهَامِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: هَذَا الْفَضْلُ فِيمَا إِذَا عَلِقَ بِالْوَطْءِ الطَّلَاقُ، فَأَمَّا طَلَاقُ الْمَوْطُوءَةِ أَوْ طَلَاقُ زَوْجَةٍ أُخْرَى، فَقَدْ ذَكَرْنَا أَنَّهُ يَنْعَقَدُ بِهِ الْإِيْلَاءُ عَلَى الْقَوْلِ الْجَدِيدِ، وَفِي الْفَضْلِ صُورٌ: إِحْدَاهَا: إِذَا قَالَ: إِنْ وَطَّئْتُكَ، فَإِنَّ طَالِقٌ أَوْ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا، فَيَطَالِبُ بَعْدَ مُضِيِّ الْمُدَّةِ، وَيَمَّ يَطَالِبُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا، وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ خَيْرَانَ: أَنَّهُ يُطَالِبُ بِالطَّلَاقِ عَلَى التَّعْيِينِ، وَيَمْتَنَعُ مِنَ الْوَطْءِ؛ لِأَنَّ الطَّلَاقَ يَقَعُ بَعْدَ تَغْيِيبِ الْحَشْفَةِ، وَالنَّزْعَ يَقَعُ بَعْدَ وَقُوعِ الطَّلَاقِ، وَأَنَّهُ نَوْعٌ اسْتِمْتَاعٌ، وَلَا يَجُوزُ الْاسْتِمْتَاعُ بِالْمَطْلُوقَةِ، وَأَيْضًا فَإِنَّهُ لَا يَتَأْتِي وَضِلُّ النَّزْعِ بِأَخْرِ التَّغْيِيبِ، بَلْ يَقَعُ بَيْنَهُمَا فَضْلٌ، وَهِيَ فِي تِلْكَ الْحَالَةِ مُحْرَّمَةٌ عَلَيْهِ، وَأَيْضًا فَإِنَّ الصَّائِمَ إِذَا خَشِيَ طُلُوعَ الْفَجْرِ وَوُقُوعَ النَّزْعِ بَعْدَ الطَّلُوعِ، يَمْنَعُ مِنَ الْوَطْءِ، فَكَذَلِكَ هَاهُنَا.

وَأَظْهَرُهُمَا، وَقَدْ نَصَّ عَلَيْهِ: أَنْ يُطَالِبَ بِالْفَيْئَةِ أَوْ الطَّلَاقِ.

وَقَالَ فِي «الْوَسِيْطِ» وَيَبَيِّنُ أَنَّ عَلَيْهِ النَّزْعَ، كَمَا غَابَتِ الْحَشْفَةُ، وَلَا يَمْنَعُ مِنَ الْوَطْءِ بِتَعْلِيْقِ الطَّلَاقِ [بِهِ] <sup>(١)</sup>، لِأَنَّ الْوَطْءَ يَقَعُ فِي النِّكَاحِ، وَالَّذِي يَقَعُ بَعْدَ وَقُوعِ الطَّلَاقِ هُوَ النَّزْعُ، وَالنَّزْعُ تَرْكُ الْجَمَاعِ وَالْخُرُوجُ عَنِ الْمَعْصِيَةِ، وَشُبَّهَ ذَلِكَ بِمَا لَوْ قَالَ لِغَيْرِهِ: إِذْخُلْ دَارِي، وَلَا تَقْمُ فِيهِ، يَجُوزُ لَهُ الدَّخُولُ، وَالْقَوْلُ بِأَنَّهُ يَقَعُ بَيْنَهُمَا فَضْلٌ لَا حَاصِلَ لَهُ، فَإِنَّ التَّكْلِيفَ بِمَا فِي الْوُسْعِ، وَالْفَضْلُ الَّذِي [لَا يَحْسُ]، لَا عِبْرَةَ بِهِ، وَمَسْأَلَةُ الصُّومِ مَمْنُوعَةٌ، إِنْ تَحَقَّقَ وَقُوعُ الْإِيْلَاجِ فِي اللَّيْلِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الصُّورَتَيْنِ، وَإِذَا وَطِئَ إِمًّا قَبْلَ مُضِيِّ الْمُدَّةِ، وَإِمَّا بَعْدَهَا، فَإِنَّ نَزْعَ كَمَا غِيبَ الْحَشْفَةَ، فَذَلِكَ، وَإِنْ مَكَثَ، فَلَا حُدَّ؛ لِأَنَّهُ وَطْءٌ كَانَ ابْتِدَاؤُهُ مَبَاحًا، وَفِيهِ وَجْهٌ عَنِ رِوَايَةِ ابْنِ الْقَطَّانِ وَغَيْرِهِ: أَنَّهُ يَجِبُ الْحُدُّ إِذَا كَانَ عَالِمًا بِالتَّحْرِيمِ تَنْزِيلًا لِلْاسْتِمْتَاعِ مَنْزِلَةً الْإِبْتِدَاءِ، كَمَا يَجِبُ بَدَأُ الْكُفَّارَةِ فِي رَمَضَانَ، وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي الرَّوْيَانِيُّ، وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ وَفِي وَجُوبِ مَهْرِ الْمِثْلِ بِالْمُكْتِ اخْتِلَافٌ قَدْ

(١) سقط في ز.

[مَرَّ] ذَكَرَهُ<sup>(١)</sup> فِي «كِتَابِ الصُّوْمِ»، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يَجِبُ، وَإِنْ نَزَعَ ثُمَّ أَوْلَجَ، فَلَا حَدَّ إِنْ كَانَ رَجْعِيَّةً، وَحَكْمَ الْمَهْرِ مَا ذَكَرْنَا فِي الرَّجْعَةِ، وَإِنْ كَانَ قَدْ عَلَّقَ بِهِ الطَّلَاقَ الثَّلَاثَ، فَإِنْ كَانَا جَاهِلَيْنِ بِالتَّحْرِيمِ؛ بَأَنَّ اعْتِقَادًا أَنَّ الطَّلَاقَ لَا يَقَعُ إِلَّا بِالتَّاسِعِ، فَلَا حَدَّ لِلسَّبِيحَةِ، وَيَجِبُ الْمَهْرُ، وَيُثَبِّتُ النِّسْبَ وَالْعِدَّةَ، وَإِنْ كَانَا عَالِمَيْنِ بِالتَّحْرِيمِ، فَوَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يَجِبُ الْحَدُّ؛ لِأَنَّهُ وَطءٌ مُسْتَأْنَفٌ خَالَ عَنِ السَّبِيحَةِ، وَعَلَى هَذَا، فَلَا مَهْرٌ وَلَا نِسْبٌ وَلَا عِدَّةٌ.

وَالثَّانِي: الْمَنْعُ؛ لِأَنَّ النَّاسَ يَعْدُونَ الْإِيْلَاءَاتِ<sup>(٢)</sup> الْمَتَّبَعَةَ وَطءًا وَاحِدَةً، وَعَلَى هَذَا، يَجِبُ الْمَهْرُ، وَيُحْكَمُ هَذَا الْوَجْهَ عَنِ أَبِي الطَّيِّبِ بْنِ سَلْمَةَ، وَرَجَّحَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ وَمَنْ تَابَعَهُ هَذَا، وَالْأَوَّلُ أَقْوَى، وَهُوَ اخْتِيَارُ الْقَفَّالِ، وَالْقَاضِيَيْنِ الطَّبْرِيِّ وَالرُّوْيَانِيِّ.

وَيُتْرَجِّحُ قَالَ الْإِمَامُ وَصَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» - رَحِمَهُمُ اللَّهُ -، وَإِنْ عَلِمَ الزَّوْجُ التَّحْرِيمَ دُونَ الزَّوْجَةِ، فَلَا حَدَّ عَلَيْهَا، وَلَهَا الْمَهْرُ، وَكَذَا لَوْ عَلِمَتْ، وَلَمْ تَقْدِرْ عَلَى الدَّفْعِ، وَفِي وَجُوبِ الْحَدِّ عَلَى الزَّوْجِ الْوَجْهَانِ، وَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ جَاهِلًا بِالتَّحْرِيمِ، وَهِيَ عَالِمَةٌ قَادِرَةٌ عَلَى الدَّفْعِ، فَأُظْهِرَ الْوَجْهَيْنِ: أَنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهَا الْحَدُّ، وَلَا يَجِبُ لَهَا الْمَهْرُ.

وَأَمَّا قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «لَوْ قَالَ لِغَيْرِ الْمَدْخُولِ بِهَا: إِنْ وَطَّئْتُكَ، فَأَنْتَ طَالِقٌ وَاحِدَةً، وَقَعُ بِالْوَطءِ طَلْقَةً رَجْعِيَّةً»، فَهَذَا قَرَنَ ذِكْرَهُ الْإِمَامُ - رَحِمَهُ اللَّهُ - فِي هَذَا الْمَوْضِعِ، وَوَأَفَّقَهُ صَاحِبُ الْكِتَابِ، وَحَظُّ الْإِيْلَاءِ مِنْهُ أَنْ يَكُونَ مَوْلِيًا بِهَذَا التَّغْلِيْقِ، فَأَمَّا أَنَّ الطَّلَاقَ يَقَعُ رَجْعِيًّا فَلَا اخْتِصَاصَ لَهُ بِالْبَابِ، وَإِنَّمَا كَانَ رَجْعِيًّا؛ لِأَنَّ الطَّلَاقَ الْمَعْلُوقَ بِالصَّفَةِ، إِنْ وَقَعَ مَتَرْتَّبًا عَلَيْهَا، مَتَأَخَّرًا عَنْهَا، فَهَذَا طَلْقٌ وَقَعُ بَعْدَ الْمَسِيْسِ، فَيَكُونُ رَجْعِيًّا، وَإِنْ وَقَعَ مَقَارِنًا لَهَا، وَهَذَا مَا تَعَرَّضَ لَهُ فِي الْكِتَابِ؛ بِقَوْلِهِ: «لَا اقْتِرَانَ الْمَسِيْسِ بِالطَّلَاقِ» وَالْوَطءُ الْجَارِي يَقْتَضِي الْعِدَّةَ؛ فَيَكُونُ الطَّلَاقُ مَعَ الْعِدَّةِ، وَذَلِكَ يَقْتَضِي ثُبُوتَ الرَّجْعَةِ رُبَّمَا قَبْلَ الْوَطءِ وَالطَّلَاقِ، وَإِنْ تَقَارَبَا، لَكِنِ الْوَطءُ مَقْرَرٌ، وَالطَّلَاقُ مُبَيَّنٌّ، فَإِذَا اجْتَمَعَا يُعَلَّبُ جَانِبَ تَقْرِيرِ النِّكَاحِ، وَالصُّوْرَةُ شَبِيهَةٌ بِمَا سَبَقَ أَنْ الْعَبْدُ لَوْ قَالَ لَزَوْجَتِهِ: إِذَا مَاتَ سَيِّدِي فَأَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَتَيْنِ وَقَالَ السَّيِّدُ: إِذَا مِتُّ، فَأَنْتِ حُرٌّ [لَا] يَحْتَاجُ فِي نِكَاحِهَا إِلَى الْمُحَلَّلِ؛ لِمُقَارَنَةِ الطَّلَاقَيْنِ، وَقَدْ ذَكَرْنَا هُنَاكَ وَجْهًا آخَرَ، وَلَا يَبْعُدُ مَجِيءُ مِثْلِهِ هَاهُنَا، وَلَفْظُ الْوَاحِدَةِ مِنْ قَوْلِهِ «فَأَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً» غَيْرُ مُحْتَاجٍ إِلَيْهِ فِي التَّصْوِيرِ؛ فَإِنْ

(١) اعترض الزركشي فقال في الخادم: وتعبيره بالعود وهم أو سبق قلم، والصواب وقع الطلاق بلا خلاف ولعله وقع له نسخة فيها ذلك. قاله البكري.

(٢) في ز: الإيلاجات المشابهة.

قضية قوله «فأنت طالق» هي قضية قوله «أنت طالق واحدة».

الصورة الثانية: إذا قال: إن وطئتك، فصرّتك طالق، فهو مؤل عن المخاطبة في الجديد، معلق طلاق صرّتها بوطنها، فإن وطئ المخاطبة قبل مضي المدة أو بعدها، طلقت الضرة، وانحل الإيلاء، وإن طلقها بعد المطالبة، ولم يطأها سقطت المطالبة. ولم يطأها، وخرج عن موجب الإيلاء، فإن راجعها بعد ذلك عاد الإيلاء، فهذا حكم كل الإيلاء على ما سيأتي، وإن بانث فجدد نكاحها، ففي عود الإيلاء أقوال عوذ اليمين، وهذا يشمل كل إيلاء، وقد ذكرناه في «الطلاق»، فإن قلنا يعود الإيلاء، استؤنفت المدة من يوم النكاح. نص عليه القاضي أبو الطيب وغيره.

وسواء قلنا يعود الإيلاء أو لا يعود، فطلاق الضرة يبقى معلقاً بوطء المخاطبة، حتى إذا وطئ المخاطبة بعد الرجعة أو التجديد وقع بلا<sup>(١)</sup> خلاف، وكذا لو وطئها، وهي بائن زانياً، ولا يعود الإيلاء، لو نكحها بعد ذلك لانحلال اليمين. بوطء الزنا ولو ماتت الضرة، انحل الإيلاء؛ لأنه حينئذ لا يلحقه محذور بوطنها، ولو طلقها لم يرتفع الإيلاء ولا المطالبة ما دامت في عدة الرجعة؛ لأنه لو وطئ المخاطبة، لطلقت، فإذا انقضت أو أبان الضرة بالخلع، أو بطلاق بأن كانت غير مدخول بها، أو باستيفاء الثلاث، فيرتفع وتسقط المطالبة، وإن كان ذلك بعد مضي مدة الإيلاء؛ لأنه لو وطئها بعد ذلك، لم يقع الطلاق، ثم إن وطئ المخاطبة، انحلت اليمين، ولا يعود إيلاؤها لو نكح الضرة.

وإن نكح الضرة قبل أن يطأها، فعلى الخلاف في عود اليمين، إن قلنا: لا يعود، ولا تطلق في النكاح بوطء المخاطبة [لم يعد] الإيلاء، وإن قلنا: تعود عاد، وإن حكمنا بعود الإيلاء، فيستفتح المدة أو يبني على ما مضى، قال الإمام: الظاهر عندنا: أنها لا تستفتح وتبني على ما مضى، بخلاف ما إذا طولب المولى بالقيئة أو الطلاق، وطلقها ثم راجعها حيث تضرب مدة مستفتحة على ما سيأتي: أنه لو طولب بما يذفع الضرر، إما بالرجوع إليها أو بتخليعها، فإذا طلقها فقد سعى في التخليص، وأسعف بأحد طرفي المطلوب، فأثر الطلاق في استحداث مدة أخرى، وأما إيانة الضرة، فليس إسعافاً بوجه من وجوه الطلب.

هذا ما أورده صاحب الكتاب قال الإمام: وقد يتجه المصير إلى استفتاح المدة، فإن الزوج بإيانة الضرة، رفع المانع من الوطاء، فكان ذلك قطعاً لسبب الضرر وتسهيلاً للإقدام على الوطاء، وهذا ما أورده صاحب «التهذيب» وغيره، ويشبه أن يكون هو

(١) سقط في ز.

الأظهر، فليُعلم لذلك قوله وتبنى العدة على ما مَضَى، فلا تستأنف المدة بالواو.

**الثالثة:** إذا قال لأمرأته: إن وطئت إحدكما، فالأخرى طالق، فيما أن يُعيَّن بقلبه واحدة منهما، أو لا يعين، إن عيَّن، فهو مُولٍ عنها وخدها، لكن الأمر في الظاهر مبهم، فيقال له بعد المدة؛ من التي أردتها، وأكَيْتَ عنها؟ فإن بيَّن، فلها مطالبته بالفيئة أو الطلاق، ولا إشكال، والقول قوله مع يمينه في أنه لم يُردِ الأخرى، وإن لم يبيَّن، وطالبناه جميعاً، قال له القاضي: فيء [إلى] التي آليت عنها أو طلقها، فإن امتنع، طلق قال له القاضي: فيء [إلى] التي آليت عنها أو طلقها، فإن امتنع، طلق القاضي إحداهما على الإبهام. تفريعاً على أن القاضي يُطلق على المُولي إذا امتنع، وهذا ما أجاب به ابن الحدَّاد في المسألة، وعن القفال: أنه لا يُطلق القاضي إحداهما على الإبهام واعترض على ما قاله ابن الحدَّاد بأنهما معترفان بالإشكال، فدعواهما أنه آلى عن إحداهما مبهمة غير مسموعة، كما إذا أخضَرَ رجلان عند القاضي، وقالوا لأحدنا على هذا كذا، وزاد في «التتمة»، فقال: هذا إن جاءنا معاً وادعنا كذلك، فإن انفردت كلُّ واحدة، وقالت: آلى عني، فإن أقر بها قالتا: أُخذَ بموجب إقراره، وإن كذَّب الأولى منهما، تعيَّن الإيلاء في الثانية، وتعجَّب الإمام من الشيخ أبي علي، حيث لم يحل اعتراض القفال، مع أنه من أقدم أصحابه، وأنه تَبَسَّط في نقل ما قيل، ولا تعترض عليه من تلقاء نفسه.

وقال كثير من الأصحاب: إن ما قاله ابن الحدَّاد جيِّدٌ، ووجَّهوه بأن الضرر حاصلٌ مع اعترافهما بالإشكال، ولا سبيل إلى إهمال الواقعة، ولا إلى تطبيق واحدة بعينها، فأدت الضرورة إلى ما ذكره، وإذا قيل به، فلو قال الزوج: راجعت التي وقع عليها الطلاق، ففي صحة الرجعة هكذا وجهان سَبَقَا في «الرجعة»، وبالصحة أجاب ابن الحدَّاد؛ وعلى هذا تضرب المدة مرةً أخرى، ويُطلق القاضي مرةً أخرى على الإبهام، وهكذا إلى استيفاء الثلاث، والأظهر أن الرجعة لا تصحُّ على الإبهام بل تبين المطلقة أولاً ثم يراجع إن شاء، ولو أنه وطئ واحدة منهما قبل البيان قال الشيخ أبو علي - رحمه الله -: لا يُحكَّم بطلاق الأخرى؛ لأننا لا ندري أن التي عنها هي الموطوءة أو الأخرى، ويبقى الأمر بالبيان، كما كان فإن قال: أردت الأخرى، لم تُطلق واحدة منهما، ويطلب لهما بالفيئة أو الطلاق، فإن وطئها، طُلقت الموطوءة الأولى، وإن قال: أردت الإيلاء عن الموطوءة، طُلقت الأخرى، وخرج عن موجب الإيلاء، فهذا إذا كان قد عيَّن بقلبه واحدة منهما أما إذا قال: إن وطئت إحدكما، فالأخرى طالق، ولم يعيَّن بقلبه واحدة منهما، فالذي ذكره الشيخ أبو علي وأورده صاحب «التهذيب» أنه يكون مُولياً عنهما؛ لأنَّ آية واحدة [منهما وطئها] تُطلق الأخرى، ويلحقه المحذور، ويشبه أن يُقال: إنه يكون مُولياً عن واحدة منهما، ويؤمر

بالتعيين كما في الطلاق<sup>(١)</sup>، وسيأتي مثله<sup>(٢)</sup> فيما إذا قال: لنسائه والله، لا أجامع واحدة منكن، ولا يُعَيَّن واحدة بقلبه، ويوافق هذا كلام صاحب الكتاب لأنه قال «فللقاضي أن يُطلِّق إحداهما على الإبهام»، ولم يُفَرِّق بين أن يعيَّن واحدة بقلبه أو لا يعيَّن، ولو كان مُولياً عنهما جميعاً، لطلِّق كل واحدة منهما عند الامتناع، وقد صرَّح به الشيخ أبو علي؛ بناء على ما ذكره، وقوله «ثم على الزوج أن يبيِّن ما نوى أو يعيَّن» أراد به أن يبيِّن التي عنها، إن كان قد عيَّن واحدة بقلبه والطلاق الذي أوقعه القاضي يَقَع مصادفاً لها أو يعيَّن الآن<sup>(٣)</sup> إن لم يكن قد عيَّن واحدة عند اللفظ، ويكون ما أوقعه القاضي بينهما إلى أن يعيَّن، كما لو أبهم بنفسه، ثم ذكر الشيخ - رحمه الله - بناءً على جوابه أنه إذا طُوِّب بالفَيْتة أو الطلاق، فلو وطىء واحدة منهما، طُلِّقت الأخرى، وتخلَّص عن الإيلاءين، ولو طُلِّق واحدة منهما، لم يسقط حكم الإيلاء، في الثانية: لأن بالوطء تنحل اليمين، وبالطلاق لا تنحل، حتَّى لو وطىء التي لم يطلِّقها، وقعت طلقة أخرى على التي طُلِّقها إذا كانت في عدَّة الرجعة<sup>(٤)</sup>.

ولو قال: كلما وطئت إحداكما، فالأخرى طالق، ووطىء بغد المطالبة إحداهما وطُلِّقت الأخرى، يتخلص عن موجب الإيلاء في حق الموطوءة، ولا يتخلَّص بالكلية

(١) قال الشيخ البلقيني قوله تبعاً لأصله ويشبه إلى آخره ليس بمسلم، والذي ذكره الشيخ أبو علي والبخاري له معنى لطيف لم أر من تعرض له وهو أنه إنما يكون الإبهام المقتضي للتبعض في المحل كإبهام المطلقة أو للمولي منها أو المظاهر منها لا في الشرط ألا ترى أنه لو قال إن كلمت أحداً من هذين الرجلين فأحدي زوجتي طالق، فإنه ليس له أن يقول أعين تعليقي في زيد دون عمرو لأبي عمرو دون زيد لأنه يؤدي إلى نقصان الشرط، وذلك مما لا يجوز بخلاف لا أقرب واحدة منكن فإن المحلوف عليه هو المحل المتأخر بالامتناع، واحتمل اللفظ امتناعه عن واحدة أو عن كل واحدة فإذا عين واحدة لم تخالف مقتضى ظاهر اللفظ بخلاف ما إذا عين واحدة في مسألة ابن الحداد، فإنه يؤدي إلى نقصان الشرط وهو لا يجوز، ثم لو سلم الرافعي ما بحثه لم يكن على إطلاقه ما لا يلاقي واحدة في مسألة لا أقرب واحدة منكن، إنما هو عن قصد واحدة مبهم، فأما في حالة الإطلاق ففيه وجهان.

الصحيح التعميم، فكذلك ينبغي أن يكون على بحثه هنا. انتهى.

وذكر ذلك في الخادم، وأشار المصنف بقوله قيل وما بحثه ممنوع، ثم ساق كلام المصنف ثم أفاد أن ما بحثه الرافعي من كونه مولياً من واحدة منهما ولم يستحضر فيه نقلاً قد صححه القاضي أبو الطيب في شرح الفروع وقال عن مقابله أنه خطأ لأن التي منع نفسه من وطئها يمينه إحداهما دون الأخرى إلا أنها ليست معينة، كما إذا قال إحداكما طالق، لكن خالفه فيه صاحبه ابن الصباغ كما سيأتي في كلام الرافعي نعم ما وجه به الرافعي فيه نظر إلى آخر ما ذكره.

(٣) سقط في ز.

(٢) في ز: فما.

(٤) في أ: الرجعية.

في حق الأخرى، وإن سقطت المطالبة في الحال بوقوع الطلاق، وإنما لا يحصل الخلاص الكلي في حق الأخرى، لبقاء اليمين في حقها، واقتضاء اللفظ التكرار، فإذا راجعها عاد فيها الإيلاء، وحكى «صاحب الشامل» كلام ابن الحداد في المسألة، ثم قال: **وَمِنَ الْأَصْحَابِ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - مَنْ قَالَ: إِنَّهُ يَكُونُ مُوَلِيًّا عَنْهُمَا جَمِيعًا، وَهَذَا أَصَحُّ** ولم يُفَرِّقْ بَيْنَ مَا إِذَا عَيَّنَّ وَاحِدَةً بَقَلْبِهِ، وَمَا إِذَا لَمْ يَعْيِّنْ، وَلَا وَجْهَ لِكُونِهِ مُوَلِيًّا عَنْهُمَا مَعَ تَعْيِينِ وَاحِدَةٍ بِالْقَلْبِ بِحَالٍ.

**قَالَ الْعَزَّائِيُّ: وَلَوْ قَالَ لِأَرْبَعِ نِسْوَةٍ: وَاللَّهِ لَا أَجَامِعُكُمْ فَإِنَّ جَامِعَ ثَلَاثًا صَارَ مُوَلِيًّا عَنِ الرَّابِعَةِ \* وَالْكَفَّارَةُ تَحِبُّ بَوَاطِئَ الْجَمِيعِ \* وَبَوَاطِئُ وَاحِدَةٍ يَفْرُبُ مِنَ الْحَنْثِ وَلَا يَخْنُثُ \* وَالْقُرْبُ مِنَ الْحَنْثِ مَحْذُورٌ وَلَكِنَّهُ لَا يَصِيرُ بِهِ مُوَلِيًّا عَلَى الْجَدِيدِ \* وَلَوْ قَالَ: وَاللَّهِ لَا أَجَامِعُ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْكُمْ فَهُوَ مُوَلٍ إِذْ يَلْزَمُهُ الْكَفَّارَةُ بِوَاطِئِ أَيِّ وَاحِدَةٍ وَطَنَهَا \* وَلَوْ قَالَ: وَاللَّهِ لَا أَجَامِعُ وَاحِدَةً مِنْكُمْ وَأَرَادَ لُزُومَ الْكَفَّارَةَ بِوَاطِئِ أَيِّ وَاحِدَةٍ كَانَتْ فَهُوَ مُوَلٍ \* وَإِنْ أَرَادَ وَاحِدَةً مِنْهُمَ فَهُوَ مُوَلٍ وَلَكِنْ لَهُ أَنْ يَعْيِّنَ وَاحِدَةً فَيَخْتَصُّ الْإِيْلَاءَ بِهَا وَيَقُولُ: هِيَ الَّتِي أَرَدْتُهَا وَأَنْشَأَتْ تَعْيِينَهَا عَنِ الْإِبْهَامِ \* وَقِيلَ: إِنَّهُ لَا يَكُونُ مُوَلِيًّا لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ تَرْجُو أَنْ لَا تَكُونَ هِيَ الْمَعْيَنَةُ \* وَلَوْ أَطْلَقَ اللَّفْظَ فَعَلَى أَيِّ الْأَخْتِمَالَيْنِ يُحْمَلُ فِيهِ وَجْهَانِ \* وَلَوْ قَالَ: لَا أَجَامِعُكُمْ فِي السَّنَةِ إِلَّا مَرَّةً وَاحِدَةً فَإِذَا وَطِئَ مَرَّةً صَارَ مُوَلِيًّا إِنْ بَقِيَ مِنَ السَّنَةِ زِيَادَةٌ عَلَى أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ \* وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: لَا أَجَامِعُكُمْ إِلَّا عَشْرَ مَرَّاتٍ أَوْ مِائَةً فَإِذَا اسْتَوْفَى الْعَدَدَ صَارَ مُوَلِيًّا إِنْ بَقِيَتْ الْمُدَّةُ.**

**قال الرَّافِعِيُّ: في الفَصلِ مسألتانِ مبنيتانِ على أصل، وهو أنه قد تبين في الباب أن المُولِيَّ مَنْ عُلِقَ بِالوِطْءِ مانعاً منه من حنث في يمين أو عتق أو طلاق، فإذا كان الوِطْءُ بهذه المثابة، كان الشخص مُولِيًّا، أما إذا لم يتعلّق الحنث بالوِطْءِ، لكنه كان مقرباً من الحنث، فهل يكون مُولِيًّا؟ فيه قولان:**

**أصحهما، وهو الجديد، وأحد قولَي القديم: لا، لأنه لا يتعلّق به لزوم شيء، ولا يلحقه به ضرر.**

**والثاني، وهو الثاني من قولَي القديم: نعم؛ لأن القُرْبُ من الحنث محذورٌ أيضاً، فأشبه ما إذا تعلّق به نفس المحذور، إذا عُرِفَ ذلك، فالمسألة الأولى: إذا كانت تحته أربع نِسْوَةٍ، فقال: والله، لا أجامعكن، فالكلام فيما يتعلّق باليمين والحنث، ثم في الإيلاء أما الأوّل، فلا يخصل الحنث، إلا بجماعهن جميعاً؛ لأن اليمين معقودة على الكلّ وإذا وطئنهن، لم يلزمهن إلا كفارة واحدة، لأن اليمين واحدة، ولو مات بعضهن**



قبل الوطء، انحلت اليمين؛ لأنه تحقق امتناع الحنث، ولا نظر إلى تصور الإيلاج بعد الموت؛ فإنَّ اسم الوطء يُطْلَق على ما يقع في الحياة، وفي كتاب القاضي ابن كج ورواية الشيخ أبي علي - رحمهما الله - : أن البرِّ والحنث يتعلقان بوطء الميتة أيضاً، وأشار بعضهم إلى وجه فارق [بين<sup>(١)</sup>] ما قبل الدفن وما بعده، ولا أثر لِمَوْتِ بعضهم بعد الوطء.

قال الإمام: والذي أراه أن الإتيان في غير المأتي كهو في المأتي؛ في حصول الحنث<sup>(٢)</sup>، ولو طلقهن أو بعضهن قبل الوطء، لم تنحل اليمين، بل تجب الكفارة بالوطء بعد البيئونة، وإن كان زنا، لأن الاسم يشمل الحلال والحرام، وأما الإيلاء، فقد نقل المزمي - رحمه الله - في المسألة أنه يكون مُولياً عنهم كلهن، ويُوقَف لكل واحدة منهن، واعترض عليه، وقال: القياس أنه ليس بمُولٍ حتى يطاء ثلاثة منهن، فيكون مُولياً من الرابعة، وهذا بقوله أوَّلِي، وللأصحاب في نقله واعتراضه ثلاثة طرق:

أحدها: قال أبو إسحاق وجماعة: المذهب ما قاله المزمي أنه لا يلزمه شيء بوطء ثلاث منهن، وإنما الحنث بوطء الرابعة، وأولوا ما نقله على أنه خالف على وطنهن [و]

(١) سقط في ز.

(٢) قال النووي: هذا الذي قاله الإمام متفق عليه، صرح به جماعات من أصحابنا، وقد نقله صاحب «الحاوي» و«البيان» عن الأصحاب في القاعدة التي قدمتها، أن الأصحاب قالوا: الوطء في الدبر كهو في القبل، إلا في سبعة أحكام أو خمسة، ليست اليمين منهما، والله أعلم.

قال الشيخ البلقيني: ما قاله الإمام غير متفق عليه، بل مقتضى كلام المصنف أن الراجع خلافه، وبيان ذلك أن أقصى القضاة الماوردي ذكر في كتاب الأيمان أن اليمين إذا كانت في حكم عام اللفظ خاص المعنى، فإن ذلك التخصيص يكون بأحد خمسة أوجه: إما بتخصيص بالعقل أو بالشرع أو بالعرف أو بالاستثناء أو بالنية، ثم لما أخذ في الكلام على التخصيص بالشرع ذكر أنه على ضربين: اسم وحكم، ثم لما تكلم على الحكم قال مثل لحم الخنزير يرخص بالتحريم من عموم اللحوم المباحة، ففي تخصيص العموم به في الأيمان وجهان:

أحدهما: يخص عمومه بالحكم الشرع كما خص الاسم الشرع فلا يحنث إذا حلف لا يأكل اللحم باللحوم المحرمة، ولو حلف لا يطاء لم يحنث بالوطء في الدبر أو ليطان لا يبر إلا بالقبل.

قال والوجه الثاني: إنه لا تخصيص عموم الأيمان بالأحكام الشرعية فيحث في اللحم بكل لحم، وفي الوطء بكل وطء، وهذا الوجه الثاني هو الذي رآه الأئمة ثم إن المصنف رجح في باب الأيمان في مسألة الحنث باللحوم المحرمة فيما إذا أطلق الحلف على اللحوم بعد أن حكى وجهين فقال: رجح الشيخ أبو حامد والرويات المنع، والقفال وغيره الحنث، قلت المنع أقوى. والله أعلم، فمقتضاه ترجيح الوجه القائل بأنه عموم اليمين تخصيصاً بأحكام الشرع وهو الوجه القائل بأنه لا يحنث بالوطء في الدبر فليعلم أن في المسألة وجهين؛ فإن المصنف اقتضى كلامه ترجيح خلاف مقالة الإمام. انتهى.

يوقف لكل واحدة منهن، إذا واقعت رابعة، وربما قالوا: المراد أنه يوقف لكل واحدة، إذا تعلق الحنث بوطئها، وذلك إذا تقدم وطء الثلاث، وربما عبروا عنه بأنه مؤل عن كل واحدة منهن على البدل، وبأن كل واحدة منهن بمحل أن يكون مؤلياً عنها.

الثاني، وبه قال أبو يعقوب الأبيوردي أن الذي نقله أحد قوليّه في القديم: أنه إذا كان الوطء مقرباً من الحنث، كان مؤلياً، والأمر كذلك هاهنا، فإن وطء كل واحدة منهن، يقرب من الحنث، واعتراضه يوافق الجديد.

والقول الثاني من القديم، ووجه كونه مؤلياً بأنه منع نفسه من وطئهن باليمين بالله تعالى، فكان مؤلياً كما لو قال: والله، لا أطأ كل واحدة منكن، وقول المنع أنه متمكن من وطء كل واحدة منهن بغير حنث، فصار كما لو لم يحلف.

والثالث ذكر في «الشامل»: أن بعض الأصحاب قال إن قوله الجديد ما نقله المزني، وعلى هذا، ففي الجديد قولان، كما في القديم، والطريق الثاني أقرب، ونظم الكتاب يوافقه، وظاهر المذهب، وإن ثبت الخلاف أنه لا يكون مؤلياً في الحال، وقال: ولو وطئ ثلاثاً منهن، صار مؤلياً عن الرابعة، وهذه رواية عن أبي حنيفة - رحمه الله - والأظهر أنه مؤل عن جميعهن في الحال، وبه قال أحمد، وعن مالك مثله.

التفريع: إن قلنا: إنه لا يكون مؤلياً عنهن في الحال، فلو مات بعضهن قبل الوطء، ارتفع حكم الإيلاء على المذهب؛ لحصول اليأس من الحنث، ولو مات بعضهن بعد الوطء، لم يرتفع، ولو طلق بعضهن قبل الوطء، أو بعده، فكذلك، حتى لو أبان ثلاثاً، ووطئهن بعد البيونة زنيا صار مؤلياً عن الباقية في نكاحه، ولو أبان واحدة قبل الوطء، ووطئ الثلاث في النكاح، ثم نكح المطلقة، ففي عود الإيلاء قولاً عود اليمين، وحكم اليمين باق لا محالة، حتى يلزمه الكفارة إذا وطئها، وإن جعلناه مؤلياً عنهن في الحال، ضربت المدة، ولجميعهن المطالبة بعد المدة، فإن وطئهن أو طلقهن، تخلص من الإيلاء، وإن وطئ بعضهن دون بعض، ارتفع الإيلاء في حق من وطئها، ولا يرتفع في حق من طلقها، بل إذا راجعها، تضرب المدة لها ثانياً.

وقوله في الكتاب «ولكنه لا يصير به مؤلياً في الجديد» ليعلم بالحاء والميم والألف؛ لِمَا نقلنا من مذهبهم، ويجوز أن يُعَلَّم بالواو أيضاً؛ لطريقة من قال: إن مذهبه الجديد ما نقله المزني - رحمه الله - ووراء الصورة المذكورة في الكتاب صورتان في المسألة:

إحدهما: إذا قال للنسوة الأربع: والله، لا أجمع كل واحدة منكن، فالذي ذكره الأصحاب: أنه يكون مؤلياً عنهن جميعاً؛ لتعلق المحذور بوطء كل واحدة منهن، وهو الحنث ولزوم الكفارة، وقالوا: تضرب المدة في الحال، فإذا مضت، فلكل واحدة

مطالبته بالفيةة أو الطلاق، فإن طَلَّقهن سَقَطت المطالبة، ثم تضرب المدة ثانياً لو راجَعهن، وإن طَلَّق بعضهم، فالباقيات على مطالبتهن، وإن وطىء واحدة منهن، تنحل اليمين حتى يرتفع الإيلاء في حَقِّ الباقيات، وفيه وجهان عن الشيخ أبي حامد - رحمه الله - : أنه لا يرتفع، وعن أبي إسحاق وابن أبي هريرة وغيرهما: أنه يرتفع كما سنذكر فيما إذا قَالَ: والله، لا أجامع واحدة منكن، وبالأول أجاب الإمام، وقال: قوله «والله لا أجامع واحدة منكن» يتضمن تخصص كل واحدة بالإيلاء، على وجه لا يتعلَّق بصواباتها حتى أفرد كل واحدة بيمين، كأنه قدر قائلاً: والله، لا أجامع هذه، والله، لا أجامع هذه، إلى آخرهن، ونقل الوجه الثاني عن القاضي الحُسَيْن، نقل الشيء المستبعد، وأحاله على خطأ الناقل، لكنَّ الأظهر عند الأكثرين انحلال اليمين، وارتفاع الإيلاء في حَقِّ الباقيات، ولم يورد صاحب «التهذيب» غيره، وجعلوا على هذا الخلاف، ما لو قال: والله، لا كَلَّمْتُ واحداً من هذين الرجلين ونظائره، ولك أن تقول: إن أراد بقوله «والله، لا أجامع كلَّ واحدة منكن» [مثل] <sup>(١)</sup> المعنى الذي قدَّره الإمام، فالوجه بقاء الإيلاء في حق الباقيات، وإلا فينبغي أن يَكُونَ لِحُكْم في هذه الصورة كالحكم فيما إذا قال: والله، لا أجامعُك حتى لا يحصل الحنث، ولا يلزم الكفارة إلا بوطء الجميع، ويكون صيرورته مُولياً في الحال على الخلاف المذكور هناك؛ لوجهين [أحدهما] <sup>(٢)</sup>:

أنه إذا وطىء بعضهم كالواحدة مثلاً صدَّق أن يقال إنَّه لم يطأ كل واحدة منهن، وإنما وطىء واحدة [منهن] <sup>(٣)</sup> كما يُصدَّق أنه لم يظاهر، وإنما وطىء إحداهن، وذلك يدلُّ على أن مفهوم اللفظين واحد، والثاني أن قول القائل «طلقت نسائي» [وقوله] <sup>(٤)</sup> «طلقت كل واحدة من نسائي». يؤديان معنى واحداً، وإذا اتحد معناهما في طرف الإثبات، فكذلك في طرف النفي؛ فيكون معنى قوله «لا أجامع كل واحدة منكن» معنى قوله «لا أجامعكن» الصورة الثانية. إذا قال: والله، لا أجامع واحدة منكن، وله ثلاث أحوال:

إحداها: أن يريد الامتناع عن كل واحدة منهن؛ فيكون مُولياً عنهم جميعاً، قال الإمام: - رحمه الله - وليس التعميم هاهنا كالتعميم في قوله: والله، لا أجامعكن؛ فإن اللفظ هناك تَنَاول كُلَّهن، ولا يَخْصُل الحنث بجماع بَعْضهن، وههنا اليمين يتعلَّق بأحادهن، وينزل على كل واحدة منهن على البدل، فيكون مُولياً عنهم جميعاً؛ لتعلُّق الكفارة بوطء آية واحدة وطئها، ولهن المطالبة بعد المدة، فإن طَلَّق بعضهم، بقي <sup>(٥)</sup>

(٢) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(١) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٥) في أ: ففي.

الإيلاء في حق الباقيات، وإن وطئ بعضهن، حصل الحنث؛ لأنه خالف قوله «لا أجامع واحدة منكن» فتنحل اليمين، ويرتفع الإيلاء في حق الباقيات.

الثانية: إذا قال: أردت الامتناع عن واحدة منهن لا غير، فيقبل قوله؛ لاحتمال اللفظ له، وعن الشيخ أبي حامد - رحمه الله - أنه لا يُقبل، ووجهه في «التتمة» بأن اللفظ يقع على كل واحدة على البدل، وهو متهم في إخراج بعضهن عن موجب اللفظ، والظاهر الأول، ثم لا يخلو إما أن يريد واحدة يعينها أو واحدة غير معينة [إن أراد واحدة معينة]، فهو مولى ويؤمر بالبيان كما في الطلاق، وإذا بين واحدة، فإن صدقه الباقيات، فذاك، وإن أدعت غيرها أنه عنها، وأنكر، فهو المصدق بيمينه، فإن نكل حلقت المدعية، وحكم بكونه موليًا عنها أيضًا، فلو أقر في جواب الثانية، بأنه عنها، وأخذناه بموجب الإقرارين وطالبناه بالفیئة أو الطلاق، فلا يُقبل رجوعه عن الأولى، وإذا وطئهما في صورة إقراره، تعددت الكفارة، وإن وطئهما في صورة نكوله، ويمين المدعية، لم تتعد؛ لأن الإيلاء عنها لا يصلح لإلزام الكفارة عليه، ولو ادعت واحدة أولاً أنك عتيقني، فقال ما عنتك أو ما آليت عنك وبمثله، أجب ثانية، وثالثة، تعينت الرابعة للإيلاء، وإن أراد واحدة مبهمة، فيؤمر بالتعيين.

قال أبو الفرج السرخسي؛ ويكون موليًا عن إحداهن لا على التعيين، وإذا عيّن واحدة، لم يكن لغيرها المنازعة، ويكون ابتداء المدة من وقت التعيين أو من وقت اليمين، فيه وجهان؛ بناءً على أن الطلاق المُبهم إذا عيّن يقَع عند التعيين أو يسند إلى اللفظ، وإن لم يعيّن ومضت أربعة أشهر، فقد ذكروا أنه يطالب، إذا طالبن<sup>(١)</sup> بالفیئة أو الطلاق، وإنما يُعتبر طلبهن؛ ليكون طلب المولي عنها حاصلاً، فإن امتنع طلق السلطان واحدة على الإبهام، ومُنِع منهن إلى أن يعيّن المطلقة، وإن فاء إلى واحدة أو اثنتين أو ثلاث أو طلق، لم يخرج عن موجب الإيلاء؛ لاحتمال أن المولى عنها الرابعة، وإن قال: طلقت التي آليت عنها، خرج [عن]<sup>(٢)</sup> موجب الإيلاء لكن المطلقة مبهمة، [من غير تعيين]<sup>(٣)</sup> فعليه التعيين، والذي ذكروه في المطالبة بغد مضي أربعة أشهر من غير تعيين، يُمكن أن يكون بناءً على أن المدة تُحتسب من وقت اليمين، ويمكن أن يقال: الخلاف [في] أن المدة تُحتسب من وقت اليمين فيما إذا امتثل ما أمرناه به من التّعيين، فأما إذا امتنع، فتحتسب من اليمين لا محالة، ولا يمكن [من الإضرار]<sup>(٤)</sup> بهن، ويجيء في طلبهن ما سبق من الإشكال في المدعية المستحقة، هذا ظاهر المذهب في الحالة

(١) في ز: طليين.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) في أ: منهن ويجيء.

التي نحن فيها، واعرف معه<sup>(١)</sup> شيئين: أحدهما: نقل في «التتمة» فيما إذا أراد واحدة لا يعينها: أن عامة الأصحاب قالوا: تضرب المدة في حق الكل، وإذا مضت، ضيق الأمر عليه في حق من طالب منهن؛ لأنه ما من امرأة منهن إلا من الجائز أن يعين الإيلاء فيها، وظاهر هذا القول: أنه لا يكون مؤلياً عنهن جميعاً، وهو بعيد.

والثاني: حكى صاحب الكتاب هاهنا وفي «الوسيط» وجهاً أنه لا يكون مؤلياً عن واحدة منهن حتى يبين إن أراد معينة أو يعين إن أراد واحدة لا يعينها؛ لأن قصد الإضرار حينئذ يتحقق، فأما قبل ذلك، فكل واحدة يجوز أن يكون المؤلى عنها<sup>(٢)</sup> غيرهما، فلا تكون آيسة عن الفئته، يقرب من هذا ما ذكر في «التتمة» أن القاضي الحسين قال فيما إذا أراد واحدة غير معينة: إنه لا تضرب المدة في الحال، وإنما تضرب بعد التعيين، ولم يعبر في «النهاية» هكذا عن هذا الوجه، [و]لكن قال: روى الشيخ أبو علي وجهاً: أنه إذا قال: أردت واحدة منهن، لا يؤمر بالبيان، ولا بالتعيين، بخلاف إبهامه الطلاق؛ لأن المطلقة خارجة عن النكاح، فإمسакها على صورة المنكوحات من غير نكاح منكر والإيلاء بخلافه.

وقوله في الكتاب «وإن أراد واحدة مبهمه، فهو مؤلٍ ولكن له أن يعين» أي فهو مؤلٍ لا عن جميعهن، كما كان في الصورة السابقة، وهي أن يريد لزوم الكفارة بأية واحدة، ولكنه مؤلٍ عن واحدة، فله أن يعينها، ويختص الإيلاء بها، وهذا وجه الاستدراك بكلمة «لكن» وقوله «ويقول هي التي أردتها» أي في الابتداء، والمقصود ما إذا كان عين واحدة بقلبه، وقوله «وأنشأت تعينها عن الإبهام» يعني ويقول: أنشأت، والمقصود ما إذا أراد واحدة لا يعينها، وجعل التعيين شاملاً للحالتين، وحيث قال بتعيين «واحدة» فيختص الإيلاء بها، إما بقوله «أردت» أو بقوله «أنشأت» وذلك لأن الذي يأتي به يزيل الإشكال والتردد، وتختص الواحدة منهن بالإيلاء، والأشهر من الاصطلاح تخصيص لفظ التعيين بما إذا أراد واحدة لا يعينها، ولفظ البيان بما إذا أراد واحدة يعينها.

الحالة الثالثة: إذا أطلقت اللفظ، فلم ينو التعميم ولا التخصيص بواحدة، ففيه وجهان عن رواية الشيخ أبي علي:

أحدهما: أنه يُحتمل على التخصيص بواحدة، لأن اللفظ محتمل له، وهو أقل المحملين؛ وعلى هذا فيكون الحكم كما لو أراد واحدة لا يعينها.

وأشبههما الحمل على التعميم، وبه قال القاضي أبو حامد؛ لأنه المعنى المشهور

(٢) في أ: منها.

(١) في أ: لشيئين.

عند الإطلاق والاستعمال؛ ولذلك يقال: النِكَرَةُ فِي حَيَاقِ النَّفْيِ تَعْمٌ<sup>(١)</sup>، وهذا ما أورده صاحبُ «التَهْدِيبِ» وغيره، والله أعلم.

**المسألة الثانية:** إذا قال: واللَّه، لا أجامعك سنةً إلا مرةً، فهل يكون مُولياً في الحال؟

فيه قولان: الجديد، وأحد قولَي القديم، لا لأنه لا يَلْزَمُه بالوطء شيء؛ لاستثنائه للوطء مرة، فإذا وطئها نُظِرَ؛ إن بقي من السنة أكثر من أربعة أشهر، فهو مُولٍ من يومئذٍ؛ لحصول الحنث ولزوم الكفارة لو وَطِئَ، وإن بقي أربعة أشهر فما دونها، فهو حالفٌ، وليس بمولٍ.

**والثاني:** أنه يكون مُولياً في الحال؛ لأن الوطأة الأولى، وإن لم يتعلَّق بها الحنث، فهي مُقَرَّبَةٌ من الحنث، وعلى هذا، فيطالبُ بَعْدَ مَضِيِّ مدة الإيلاء، فإن وَطِئَ، فلا شيء عليه؛ لأن الوطأة الواحدة مستثناة، وتضرب المدَّةُ ثَانِيَةً، إن بقي من السَّنَةِ مدَّةُ الإيلاء وعلى هذا القياس: لو قال: لا أجامعك إلا عشر مرات أو عدداً آخر، فعلى الصحيح: لا يكون مُولياً في الحال، وإنما يكون مُولياً، إذا استوفى ذلك العدد، وبقي من السنة مدَّةُ الإيلاء، وعلى القول الآخر [يكون]<sup>(٢)</sup> مُولياً في الحال؛ لأن كل وطأة مقربة بعض التقريب، ولو قال: إن أَصَبْتُكَ فوالله، لا أَصَبْتُكَ، ففيه طريقان:

أحدهما: إجراء القولين في كونه مُولياً في الحال؛ لأنه التزم بالوطء الحَلِيفِ بالله سبحانه وتعالى على الامتناع من الوطء، فكان الوطء مُقَرَّباً من الحنث.

**وأصحُّهما:** القَطْعُ بالمنع، والفرق أن في الصورة السابقة عقْدَ اليمين، واستثنى وطأة واحدة، وهاهنا اليمينُ غير معقودة في الحال، وإنما ينقعد إذا أصابها، وإثبات الإيلاء قبل انعقاد اليمين بعيدٌ، ويجري الخلاف فيما إذا قال: إن وطئتكَ، فوالله، لا دَخَلْتُ الدار، ولو قال: لا أجامعك سنةً إلا يوماً، فهو كما قال إلا مرةً.

وقوله في الكتاب «لا أجامعك في السنة إلا مرة» وذكر السنة معرفة، وهكذا صَوَّرَ كثير من الأصحاب، لكن قد مرَّ في الطَّلَاق أن السنة إذا ذكرت معرفةً، انصرفت إلى السنة العربية، والمقصود ما إذا قال: لا أجامعك إلى سنة أو سنة، كما ذكرنا في افتتاح المسألة، وكذلك لَفْظُ الشافعي - رضي الله عنه - في «المختصر»، وبتقدير أن يُعْرَفَ الحالف، فيقع النظر أولاً، في أن الباقي من السنة عند اليمين [أو بقي] دون مدة الإيلاء، فلا يكون مُولياً بلا خلاف، وإن بَقِيَ مدة الإيلاء، ففي كونه مُولياً في الحال

(١) قال النووي: أصحهما: لا كفارة. (٢) سقط في ز.

القولان ولْيَعْلَمَ قوله «فإذا وطئ هرة» وقوله «فإذا استوفى العدد» كلاهما بالواو؛ إشارة إلى القَوْلِ الذاهب إلى كونه مُؤلياً في الحال.

فرع: حكى القاضي ابن كج وجهين فيما إذا مَضَت السنة من غير وطء، وقد قال: لا أجامعك سنة إلا مرة، هل يلزمه الكفارة؟

في وجه، نعم؛ لأن اللفظ يقتضي أن يُفَعَلَ مرة، وفي وجه لا، لأن المقصود باليمين أن لا يزيد على واحدة، ولو وطئ في هذه الصورة، ثم نَزَعَ، ثم أولج ثانياً، لزمته الكفارة بالإيلاج الثاني، وهو وطء مجدد، وقد ذكرنا وجهاً فيما إذا عَلِقَ الطلاق بالوطء، فوطئ، ونزع، ثم أولج: أنه لا يجب الحد، ويجعل الإيلاج ثانياً، كالاستدامة، وذلك الوجه جاد هاهنا.

قال الإمام: - رحمه الله - وهو أقرب فيما نحن فيه؛ لأن الأيمان يُرَجَّع فيها إلى العرف، والإيلاجات المتتابعة في العُرْف تُعَدُّ وطأة واحدة، كما أن اسم الأكلة يقع على ما تحويه [جلسته] <sup>(١)</sup> على الاعتياد.

قال العَرَالِيُّ: وَلَوْ أَلَى عَن امْرَأَةٍ ثُمَّ قَالَ لِأُخْرَى: أَشْرَكْتُكَ مَعَهَا وَنَوَى لَمْ يَكُنْ مُؤلياً؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُذَكَّرْ اسْمَ اللَّهِ تَعَالَى وَلَا صَرَّحَ بِالتَّزَامِ \* وَفِي الطَّلَاقِ يُمْكِنُ الاِشْتِرَاكُ \* وَفِي الظَّهَارِ خِلَافٌ مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّهُ يَغْلِبُ فِيهِ الِيمِينُ أَوْ الطَّلَاقُ \* وَلَوْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتُ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثُمَّ قَالَ لِغَيْرِهَا: أَشْرَكْتُكَ وَأَرَادَ تَعْلِيْقَ طَلَاقِهَا بِدُخُولِهَا نَفْسِهَا فَهَلْ يَصِحُّ هَذِهِ الكِتَابَةُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا أَلَى عَن امْرَأَةٍ، بَأَن قَالَ: وَاللَّهِ، لَا أَجَامِعُكَ، ثُمَّ قَالَ لامْرَأَةٍ أُخْرَى: أَشْرَكْتُكَ مَعَهَا، أَوْ أَنْتِ شَرِيكَتُهَا أَوْ مِثْلُهَا، وَنَوَى [بذلك] <sup>(٢)</sup> الإيلاء عنها، لَمْ يَصِرْ مُؤلياً عَنِ الثَّانِيَةِ؛ لِأَنَّهُ عَمَادُ الِيمِينِ بِاللَّهِ تَعَالَى ذَكَرَ اسْمَ مَعْظَمٍ؛ فَلَا يَنْعَقِدُ فِي الكِتَابَةِ بِالمَحْلُوفِ «به»، حَتَّى لَوْ قَالَ «به» لِأَفْعَلْنَ كَذَا، ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ بِاللَّهِ، لَمْ تَنْعَقِدْ يَمِينَهُ <sup>(٣)</sup> عَنِ امْرَأَتِهِ، [وإن ألى منها] بالتزام طلاق أو عتاق، ثُمَّ قَالَ لِأُخْرَى: أَشْرَكْتُكَ مَعَهَا، فَيُرَاجَعُ، وَيُنْحَتُ عَمَّا أَرَادَهُ، فَإِن قَالَ: أَرَدْتُ أَنْ الأُولَى لَا تُطَلَّقَ إِلا إِذَا أَصَبْتُ الثَّانِيَةَ مَعَ إِصَابَةِ الأُولَى، وَجَعَلْتُهَا شَرِيكَةَ الأُولَى فِي كَوْنِ إِصَابَتِهَا شَرْطاً لِطَلَاقِ الأُولَى، كَمَا أَنَّ

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) مراده أن اليمين بالله تعالى إنما تكون باسمه مظهراً لا مضمراً ولا مقدرأ، ولهذا أردفه الرافي بقوله حتى لو قال به لأفعلن كذا، وقال أردت بالله تعالى، لم ينقد يمينه، وقال قبله لأن عماد اليمين بالله تعالى ذكر اسم معظم فلا ينقد بالكناية في المحلوف به غير المحلوف عليه فإنه يدخله الكناية كما سيأتي في كتاب الأيمان.

إصابة الأولى شرطاً لطلاقها، لم يُقبَل، وإذا وطئ الأولى، طُلِّقت؛ لأن الطلاق إذا تعلّق بصفة لا يجوز نقض ذلك التعليق، وضم أخرى إليها، وإن<sup>(١)</sup> قال: أردتُ أني [إذا] أصبت الأولى، طُلِّقت الثانية أيضاً، فجعلها شريكةً للأولى، فإنه يقع طلاقها بوطء الأولى، كطلاق الأولى، قُبِل؛ لأن الطلاق يقع بالكنية، فإذا وطئ الأولى، طُلِّقتا جميعاً، وفي الحالين لا يكون مولىً عن الثانية، وإن قال: أردتُ تعليق طلاق الثانية بوطئها نفسياً كما علقت طلاق الأولى بوطئها، ففي صحة هذا التشريك وجهان:

أحدهما: المنع؛ لأنه تشريك في اليمين، فأشبهه التشريك في اليمين بالله تعالى.

وأظهرهما: الصحة، وبه أجاب القاضي أبو الطيّب، والشيخ أبو حامد وغيرهما، لأن التشريك جائز في تنجيز الطلاق، فكذلك في تعليقه، فعلى هذا يكون مولىً عن الثانية، إذا قلنا بالجديد، ويجري<sup>(٢)</sup> هذا التفصيل فيما إذا علّق طلاق امرأة بدخول الدار وسائر الصفات، ثم قال لأخرى: أشركتك معها، ولو قال: إن دخلت الدار، فأنبت طالق، لا بل هذه، وأشار إلى امرأة أخرى، فإن قَصِدَ أن يُطَلَّقَ الثانية، إذا دخلت الأولى الدار، طُلِّقتا جميعاً عند دخولها، سواء قَصِدَ ضمّ الثانية إلى الأولى، أو قَصِدَ أن يُطَلَّقَ الثانية عند دخول الأولى، لا الأولى؛ لأن الرجوع عن تعليق طلاق الأول لاغ، وإن قال: أردتُ تعليق طلاق الثانية بدخول نفسها، ففي قبوله وجهان، كما ذكر في لفظ الإشراك في اليمين واختار القمّال منهما على ما ذكر الإمام أنه لا يُقبَل، ويحمل على تعليق طلاقها بدخول الأولى حتى إذا دخلت، طُلِّقتا جميعاً، قال: وإذا تعلّق طلاق واحدة بدخول النار، ثم قال لأخرى أشركتُك معها، وقلنا: إنه لا يصحّ التشريك، فلا يقع طلاقها بدخول الأولى، لأن قوله «لا بل هذه» مترتب على كلام صريح في الطلاق منتظم معه انتظاماً يقتضي الطلاق.

وقوله «أشركتُك معها» [أو]<sup>(٣)</sup> وأنت شريكتهما» كلام مبتدأ متردّد، فإذا لم يكن المحمل صحيحاً، بطل اللفظ والمحمل.

ولو قال رجل لآخر: يميني في يمينك، ففي «التهذيب» وغيره: أنه إن أراد أنه إذا حلّق الآخر صرت حالفاً لم يصر حالفاً إذا حفل الآخر سواء فرض ذلك في الحلف بالله تعالى، أو في الحلف بالطلاق، وإذا كان ذلك الرجل قد طلق امرأته، أو حلّف بالطلاق، وحثّ فقال ذلك، وأراد أن امرأته طالق، كامرأة الآخر، طُلِّقت، وإن أراد أنه متى طلق الآخر [امرأته] طُلِّقت امرأته فإذا طلق الآخر، طُلِّقت هذه.

(٢) في أ: ومجربى.

(١) في ز: وإنما.

(٣) سقط في ز.



وقوله في الكتاب «ولو ألى عن امرأة...» إلى آخره المراد ما إذا كان الإيلاء بالله سبحانه وتعالى على ما بيننا.

وقوله «لأنه لم يذكر اسم الله تعالى ولا صرّح بالتزام أي، ولم يلتزم شيئاً من الطلاق أو عتاق، حتى يجعله مؤلياً».

وقوله «وفي الطلاق يمكن الاشتراك» يعني أنه إذا قال لواحدة: أنت طالق، ثم قال للأخرى: أشركتك معها، ونوى، طُلِّقت الثانية أيضاً، وقد مر ذلك في «الطلاق»، وكنا أخزنا الاشتراك في تعليق الطلاق؛ لأنه ذكره هاهنا.

وقوله [و]في الظهار خلاف» أي إذا ظاهر عن امرأة، وقال للأخرى أشركتك معها، ونوى، يصير بنيتها مظاهراً، يبني على أنه يغلب في الظهار مشابهة<sup>(١)</sup> الأيمان أو الطلاق؟، إن قلنا بالأول، لم يصِرْ مظاهراً عن الثانية، وإن قلنا: بالثاني، صار مظاهراً، وهو أصح، وهذا أصل يتبين في «كتاب الظهار»، [إن شاء الله تعالى،]<sup>(٢)</sup> وقوله «وأراد تعليق طلاقها بدخولها نفسها» أشار بهذه اللفظة إلى أنه أراد التعليق بدخول الأولى، [وببقى طلاق الثانية أيضاً عند دخول الأولى]<sup>(٣)</sup> على ما قدّمناه، ولم يذكر الأصحاب - رحمهم الله - الخلاف في هذه الصورة، لكن التوجيه المذكور لأحد الوجهين فيما إذا أراد تعليق طلاقها بمثل ما علّق به طلاق الأولى، وهو الإلحاق بالحلف بالله سبحانه وتعالى، من حيث إنّه اشتراك في اليمين يقتضي مجيء الخلاف، فيما إذا أراد تعليق طلاقها، يعين ما علّق به طلاق الأولى؛ فإنه تعليق ويمين أيضاً، ولفظ الاشتراك يحتمل الأمرين جميعاً.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ وَنَوَى الْإِيْلَاءَ أَعْقَدَ عَلَيَّ أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّ هَذَا اللَّفْظَ وَرَدَ فِي الْكِتَابِ لِإِجْبَابِ الْكُفَّارَةِ \* وَلَوْ قَالَ: وَاللَّهِ لَا أَجَامِعُكَ إِنْ شِئْتَ فَقَالَتْ: شِئْتُ صَارَ مُؤَلِيًّا \* وَهَلْ يَخْتَصُّ الْمَشِيئَةَ بِالْمَجْلِسِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ \* وَالْإِيْلَاءُ يَنْعَقِدُ فِي غَيْرِ حَالِ الْغَضَبِ \* وَلَا يَنْعَقِدُ بِمِثْلِ قَوْلِهِ: إِنْ وَطِئْتُ فَأَنَا زَانٍ أَوْ أَنْتِ زَانِيَةٌ إِذْ لَا يُتَعَرَّضُ بِسَبَبِهِ لِلزُّومِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِي هَذِهِ الْفَيْئَةِ صُورٌ أَرْبَعٌ: أَحَدُهَا: ذَكَرْنَا فِي الطَّلَاقِ أَنَّهُ لَوْ قَالَ لَامْرَأَتِهِ: أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ، وَنَوَى الطَّلَاقَ أَوْ الظَّهَارَ، كَانَ كَمَا نَوَى، وَأَنَّهُ لَوْ نَوَى تَحْرِيمَ عَيْنِهَا، لَزِمَتْهُ كُفَّارَةٌ يَمِينٍ، وَأَنَّ الصَّحِيحَ وَجُوبَ تِلْكَ الْكُفَّارَةِ فِي الْحَالِ.

(١) في أ: مثابة.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

وفي وجه: إنما يجِبُ إذا أصابها، وأنه على هذا الوجه يكون مُوَلِيًّا [إذا] (١) نوى تحريم عينها، ويُنسب هذا الوجه إلى تخريج ابن الوكيل وابن سلمة، وأنه لو أراد بقوله «أنتِ عليّ حرامٌ» الامتناع عن الوطء، ففي قبوله وجهان، وهذه الصورة هي قوله هاهنا، «ولو قال: أنتِ عليّ حرامٌ، ونوى الإيلاء» فأحد الوجهين: أنه يكون مُوَلِيًّا؛ لأن هذه اللفظة وردت في كتاب الله مقرونةً بكفارة اليمين، فهي من حيث إيجابها للكفارة نازلة منزلة القسم شرعاً، وأظهرهما: أنه لا يكون مُوَلِيًّا لما ذكرنا أن اليمين بالله تعالى لا تنعقد بالكنايات، ولا بُدُّ من ذكر اسم معظّم؛ وعلى هذا فيلزمه الكفارة في الحال، إذا قلنا: إن مُطلق هذه اللفظة تُوجب الكفارة، ولو قال: أردتُ بقولي «أنتِ عليّ حرامٌ إن وطئتُك، فأنتِ عليّ حرامٌ» فالمشهور أنه لا يُقبل منه ذلك في الحُكم؛ لأنه يريد تأخر الكفارة، وظاهر اللفظ يقتضي وجوبها في الحال، وفي «التتمة» أن هذا مبنيٌّ على أن للإمام أن يأمره بإخراج الكفارة، أما إذا قلنا: ليس له الأمر بالإخراج، فلا يتعرض له، ورأى صاحب «التتمة» وابن الصباغ أن يؤاخذ بموجب الإيلاء، لإقراره بأنه مُوَلٍ.

ولو قال: إن جامعتك، فأنتِ عليّ حرام، فإن أراد الطلاق أو الظهار، كان مُوَلِيًّا إذا فرّعنا على الجديد، كما إذا صرّح؛ فقال: إن وطئتُك، فأنتِ طالقٌ أو فأنتِ عليّ كظّهر أُمي، وإن أراد تحريم عينها أو أطلق، وقلنا: إن مطلقه يوجب الكفارة فكذلك؛ لأن ضرر وجوب الكفارة يمتنع من الوطء، فيتحقق (٢) الإضرار، وإن قلنا: إن مُطلقه لا يوجب الكفارة، فلا يكون مُوَلِيًّا.

الثانية: الإيلاء يُقبل التعليق؛ كالطلاق وكالأيمان، فلو قال: إن دخلتُ الدار، فوالله، لا أجامعك، يصير مُوَلِيًّا عند الدخول، ولو قال: والله، لا أجامعك، إن شئت، وأراد تعليق الإيلاء بمشيتها، كأنه قال: إن شئت أن لا أجامعك، فوالله، لا أجامعك، فلا بد من مشيتها؛ ليكون مُوَلِيًّا، وقد ذكرنا في «الطلاق»: أنه لو قال: أنتِ طالقٌ، إن شئت، يعتبر الفور في المشيئة على ظاهر المذهب، وهاهنا في اعتبار الفور وجهان بُنينا على أن اعتبار الفور هناك؛ لأن التعليق بالمشيئة استدعاء رغبة، وجواب منها، فيكون كالقبول في العقود أو لأنه يتضمن تملكها البضع، فيكون كقوله: طَلَّقِي نَفْسَكَ إن قلنا بالثاني، لم يُعتبر الفور، وإن قلنا بالأول، فيعتبر، وهو الأظهر، وأعلم قوله في الكتاب «صار مُوَلِيًّا» بالميم؛ لأن عند مالك - رحمه الله - أنه لا يكون مُوَلِيًّا إذا علّق بمشيتها [فشاءت]؛ لأنه لم يقصد الإضرار، إنما فوّض الأمر إليها، فرضيت به، وأجاب

(٢) في أ: ويتحقق.

(١) سقط في ز.

الأصحاب بأن الإيلاء لا يختلف حكمه بالرضا والسخط؛ ألا ترى أنها لو رُضِيَتْ بعد المدة، كان لها أن تُعُود إلى المطالبة.

وقوله «وهل يختص المشيئة بالمجلس»؟ لفظ المجلس يقع على مجلس التواجب، وهو [على]<sup>(١)</sup> مناط الخيار، والظاهر أن الاعتبار بالأول، وعلى ما سَبَق في «الخُلْع»، ولو عُلِقَ على وجه المخاطبة؛ بأن قال: والله، لا أجامع زَوْجَتِي، إن شاءت، أو قال لأجنبي: لا أجامعها، إن شِئْتَ، وفرَعنا على اعتبار الفور لو خاطبها، وقال: شِئْتَ، ففي اعتبار الفور الخِلاف المذكور في مثله في الطلاق، ولو قال: إن شاء فلان، لم يعتبر الفور، وكذا لو قال: متى شِئْتَ، لا يعتبر الفور، وكل ذلك على ما ذكّرنا في الطلاق، هذا إذا أراد تعليق الإيلاء بالمشيئة، أما إذا قَصِدَ تعليق فعل الوطاء بمشيئتها، فكأنه قال: لا أجامِعُك إن شِئْتَ أن لا أجامِعَك، فلا يكون مُوَلِيّاً، كما لو قال: لا أجامعك إلا برضاك؛ لأنها مهما رَغِبْتَ، ورَضِيت، فوطئها، لا يلزمه شيء.

قال الإمام: ولو قال: لا أجامعك [متى شئت، وأراد أني أجامعك متى]<sup>(٢)</sup> أردت، فلا يكون مُوَلِيّاً، وإنما هو إعراب عن مقتضى الشرع، وخَلِفَ عليه، وحكى وجهين فيما إذا أُطْلِقَ أنه هل ينزل على تعليق الإيلاء؟

ولو قال: لا أجامعك إلا أن تشائي أو ما لم تشائي، وأراد الاستثناء عن اليمين أو تعليقها ففي «التهديب» وغيره: أنه يكون مُوَلِيّاً لأنه حَلَفَ وعُلِقَ رفع اليمين بالمشيئة، فإن شاءت أن يجامعها على الفور، ارتفع الإيلاء، وإن لم تشأ أو شاءت في غير وقت المشيئة، فالإيلاء بحاله، وكذا الحكم فيما لو قال: لا أجامعُك حتّى يشاء فلان، إن شاء أن يجامعها قبل مدة الإيلاء أو بعدها، ارتفعت اليمين، وإن لم يشأ المجامعة حتّى مضت مدة الإيلاء، سواء شاء ألا يجامعها أو لم يشأ شيئاً، هل يُحْكَم بكونه مُوَلِيّاً؛ لحصول الضرر<sup>(٣)</sup> في المدة؟ فيه وجهان يأتيان في نظائرها، وإن مات فلان قبل المشيئة صار مُوَلِيّاً، ثم إن قلنا في حال الحياة إذا مضت المدة من غير مشيئة، يجعل مُوَلِيّاً، فهاهنا تحسب المدة من وقت اللفظ، فإن مات فلان بعد تمامها، توجّهت المطالبة في الحال، وإن قلنا: هناك، لا يُجْعَل مُوَلِيّاً، فتضرب المدة من وقت الموت.

ولو قال: لا أجامعك، إن شئت أن أجامعك، فإنما يصير مُوَلِيّاً إذا شئت أن

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) في أ: الضرار.

بجامعها، وفي اعتبار الفور ما سبق [وإذا أطلق قوله: إن شئت، حملناه على مشيئة عدم المجامعة كما سبق؛] <sup>(١)</sup> فإنه السابق إلى الفهم عند الإطلاق.

الثالثة: لا فرق في الإيلاء بين حالة الرضا والغضب؛ لأن آية الإيلاء مُطلّقة، ولأنه لا فرق في الطلاق والظهار والإيمان بين الحالتين، فكذلك هاهنا.

وعن [مالك] أنه يختص بحالة الغضب.

الرابعة: لو قال: إن وطنتك، فأنا زان - وأنت زانية، لم يكن مولياً؛ لأنه لا يتعرّض بذلك للزوم شيء، لو وطىء، ولا يصير قاذفاً بوطئها؛ لأن القذف المعلق لا يُلحَق عاراً، وذكر أبو الفرج السرخسي أنه يلزمه التعزير، كما لو قال: المسلمون كلهم زناة، ولزوم التعزير لا يجعله مولياً؛ لأنه يتعلّق بنفس اللفظ.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: (الرُّكْنُ الثَّلَاثُ فِي الْمُدَّةِ وَالْإِيْلَاءِ أَنْ يَخْلِفَ عَلَى الْأَمْتِنَاعِ مُطْلَقاً أَوْ أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ \* فَلَوْ قَالَ: وَاللَّهِ لَا أَجَامِعُكَ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ أَوْ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ (ح) لَا يَكُونُ مُوَلِيّاً \* فَلَوْ أَعَادَ الْيَمِينِ فِي آخِرِ الْأَشْهُرِ مَرَّةً أُخْرَى وَلَمْ يَزَلْ يَفْعَلُ كَذَلِكَ فَلَيْسَ بِمُوَلٍ \* وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: وَاللَّهِ لَا أَجَامِعُكَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَإِذَا أَنْقَضْتَ فَوَاللَّهِ لَا أَجَامِعُكَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَهَكَذَا مَرَّاتٍ لَمْ يَكُنْ مُوَلِيّاً إِذِ الْمُطَالَبَةُ بَعْدَ الْمُدَّةِ تَقَعُ بَعْدَ اتِّحَالِ الْيَمِينِ \* وَلَوْ قَالَ: لَا أَجَامِعُكَ خَمْسَةَ أَشْهُرٍ وَإِذَا أَنْقَضْتَ فَوَاللَّهِ لَا أَجَامِعُكَ سَنَةً فَيَطَالِبُ بِالْفَيْئَةِ فِي الشَّهْرِ الْخَامِسِ \* وَإِنْ تَرَكْتَ حَتَّى أَنْقَضِيَ الْخَامِسُ سَقَطَتِ الْمُطَالَبَةُ إِلَى أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ أُخْرَى تَنْقِضِي مِنَ الْيَمِينِ الثَّانِيَةَ \* وَلَوْ طَلَّقَ ثُمَّ رَاجَعَ فِي الْخَامِسِ لَمْ تَعُدِ الْمُطَالَبَةُ لِأَنَّهُ قَدْ دَفَعَ طَلْبَهُ الْيَمِينِ الْأُولَى لَكِنْ بَعْدَ الْخَامِسِ يُسْتَأْنَفُ عَلَيْهِ الْيَمِينِ الثَّانِيَةَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الحالف على الامتناع من وطء زوجته، إما أن يُطلق الامتناع، فيحمل على التأييد، فيه يحصل الانتفاء المُطلق، ويكون مولياً، وإما أن يقيدَه، فهو ضَرْبٌ مِنَ التَّأْيِيدِ، وإما أن يقيدَه بالتأقيت، إما بزمانٍ مقدَّر؛ كشهر وسنة أو بالتعليق بأمرٍ مستقبل، لا يتعين وقته، فهما قسمان [أما] الأول إذا قدر زماناً، يُنظر؛ إن كان أربعة أشهر فما دونها، لم يكن مولياً، والذي جرى يمين، أو تعليق كما يجري في سائر الأفعال، وقال أبو حنيفة: إذا حَلَفَ عَلَى الامتناع أربعة أشهر، كان مولياً، والخلاف مبنيٌّ عَلَى أَضَلِّ سِيَاطِي، إن شاء الله تعالى، وهو أن الفَيْئَةَ عِنْدَهُ فِي الْأَشْهُرِ الْأَرْبَعَةَ، فَإِذَا مَضَتْ وَلَا فَيْئَةَ، طَلَّقْتَ، وَعِنْدَنَا هَذِهِ الْمُدَّةُ مَدَّةُ الْمَهَلَةِ، وَلَا يَقَعُ الطَّلَاقُ بَانْقِضَائِهَا،

(١) سقط في ز.

ولكن يُطالَب عند انقضائها بالفيئة أو الطلاق، وإذا قُدِّر الامتناع بأربعة أشهر فما دونها، كَانَتِ اليمين منحلَّة بعد الأربعة، ولا مطالبة بَعْد انحلال اليمين كما إذا امتنع عن غير يمين .

قال الأصحاب: وإنما تقدر المهلة بهذه المدة، ولا تتَوَجَّه المطالبة إذا حَلَف على الامتناع أربعة أشهر فما دونها؛ لأن المرأة تصبر على الزَّوج مدة أربعة أشهر، وبعد ذلك يَفْتَى صبرها أو يشق عليها الصَّبْر، ورووا أن عمر - رضي الله عنه - كان يطوف ليلاً، فسمع امرأة تقول في جوف بيتها [الطويل]:

أَلَا طَالَ هَذَا اللَّيْلُ وَأَزْوَرَّ جَانِبُهُ      وَأَرْقَيْتَنِي أَنْ لَا خَلِيلَ أَلْعَبُهُ  
فَوَاللَّهِ لَوْلَا اللَّهُ لَا شَيْءَ فَوْقَهُ      لَزُعْنَغَ مِنْ هَذَا السَّرِيرِ جَوَانِبُهُ  
مَخَافَةٌ رَبِّي وَالْحَيَاءُ يَصُدُّنِي      وَأَكْرِمُ بَغْلِي أَنْ تُنَالَ مَرَآكِبُهُ

فبحث عمر - رضي الله عنه - عن حالها، فأخبر أن زوجها غائب فيمن غزا فسأل عُمَرَ - رضي الله عنه - النساء كم تصبر المرأة عن زوجها؟ تصبر شهراً؟ فقلن: نعم، فقال: تصبر شهرين؟ فقلن: نعم، فقال: ثلاثة أشهر؟ فقلن: نعم، ويقلُّ صبرها. قال: أربعة أشهر؟ قلن: نعم، ويفتَى صبرها، فكتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم أربعة أشهر؛ أن يردوهم، وروي أنه سأل عن ذلك حفصة - رضي الله عنهما -، فأجابت<sup>(١)</sup> بذلك قال الإمام: وإذا زاد مدة الامتناع على أربعة أشهر، اكتفى بأقل القليل، ولا يعتبر أن تكون الزيادة بحيث تنأى المطالبة بمثلها، وإذا كانت الزيادة لحظَّة لطيفة، لم تنأى المطالبة؛ لأنها إذا مضت، تنحل اليمين، [ولا مطالبة بعد انحلال اليمين]، وأثر كونه مؤلماً، والصورة هذه أنه يَأْتُم بليدائها والإضرار بها، يَفْطَع طمعها

(١) قال الحافظ: قلت: لم أقف عليه مفصلاً هكذا، وإنما روى البيهقي في أوائل كتاب السير من رواية مالك عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر فذكره بمعناه، وفيه الشعر، فقال عمر لحفصة: كم أكثر ما تصبر المرأة عن زوجها؟ قالت: ستة أشهر أو أربعة أشهر، كذا ذكره بالشك، ورواه ابن وهب عن مالك عن عبد الله بن دينار، فأرسله، وجزم بستة أشهر، قال ابن وهب: وأخبرني رجال من أهل العلم منهم ابن سمعان، قال بلغنا أن عمر فذكره، وقال: نصف سنة، فكان لا يجهز البعوث ويقفلهم في ستة أشهر، ورواه الخرايطي في اعتلال القلوب من طرق منها، عن سعيد بن جبيرة وفيها يقولون: إن هذه المرأة هي أم الحجاج بن يوسف، قلت: ولا يصح ذلك، وروى عبد الرزاق عن ابن جريج أخبرني من أصدق أن عمر بينا هو يطوف سمع امرأة فذكره، فقال: مالك؟ قالت: أغزيت زوجي منذ أربعة أشهر، فسأل حفصة فقالت: ثلاثة أشهر وإلا فأربعة، فكتب عمر: لا يحبس أكثر من أربعة، ورواه سعيد بن منصور من وجه آخر عن زيد بن أسلم، فقالت حفصة: أربعة أشهر أو خمسة أشهر أو ستة أشهر.

بالحلف عن الوطاء في المدة المذكورة، ثم في الفصل مسألتان.

إحدهما: إذا حلف ألا يجامعها أربعة أشهر فما دونها، ثم أعاد اليمين بغد مضي تلك المدة مرة أخرى، وهكذا فعل مراراً، فلا يكون مؤلياً؛ لأن هذه الأيمان ليس في واحدة منها ما يتضمّن الإيذاء، والإضرار بها في المدة المذكورة، ولو وصل اليمين باليمين، فقال: والله، لا أجامعك أربعة أشهر أو ثلاثة [أو سنة]<sup>(١)</sup> [فإذا مضيت، فوالله، لا أجامعك أربعة أشهر أو ثلاثة أو سنة]، وهكذا مراراً، فهل يصير مؤلياً؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنه لو وطئها يحنث، وذلك يمنعه من الوطاء، ويوجب قطع الطمع، وحصول الضرر.

وأصحهما، وهو المذكور في الكتاب: أنه لا يكون مؤلياً؛ لأن بغد مضي أربعة أشهر، لا يمكن المطالبة بموجب<sup>(٢)</sup> اليمين الأولى؛ لانحلالها ولا بموجب الثانية، لأنه لم تمض المهلة من وقت انعقادها، وأيضاً فكل يمين تُعطى حكم نفسها، لو انفردت، وشبه ذلك بما إذا اشتَرَى أَوْسُقاً كبيرة في صفقات متعدّدة على صورة العرايا، يجوز، وإن كان لا يجوز شراؤها في صفقة واحدة، ولا تُجعل الصفقات المتعدّدة كالصفقة المتحدة، قال الإمام - رحمه الله - وهل يَأْتُم المُولي بين الأيمان كما ذكرنا فيما إذا زادت مدة الإيلاء على أربعة أشهر بلحظة لطيفة، يحتمل أن يقال: لا يَأْتُم؛ لأنه لا إيلاء، ويحتمل أن يقال: يَأْتُم، ولكن إنَّم الإيذاء والإضرار، لا إنَّم المولين<sup>(٣)</sup>.

الثانية: إذا قال: والله، لا أجامعك خمسة أشهر، فإذا انقضت، فوالله، لا أجامعك سنة، فقد أتى بيمينين كل واحد منهما يشتمل على مدة الإيلاء، فلها المطالبة بغد مضي أربعة أشهر بموجب اليمين الأولى، فإن أخرت المطالبة حتى مضى الشهر الخامس، فلا مطالبة لموجب تلك اليمين؛ لانحلالها، وإن طالبت في الخامس، ففاء إليها، خَرَجَ عن موجب الإيلاء الأول، فإذا مضى الشهر الخامس، استحقت مدة الإيلاء الثاني، وإن طلق، سقطت عنه المطالبة في الحال، ثم إن راجعها في الشهر الخامس، لم تضرب المدة في الحال؛ لأن الباقي من مدة اليمين الأولى قليل، فإذا انقضت الخامس، ضربت المدة للإيلاء الثاني ولو وطئها بغد الرجعة في باقي الشهر، انحلت اليمين، والظاهر لزوم الكفارة، وإن قلنا: إن المُولي إذا فاء، لا يلزمه

(١) سقط في ز.

(٢) في أ: بوجوب.

(٣) قال النووي: الرجح تأيمه.

الكفارة؛ لأن ذلك الخلاف في الوطاء الذي تحصّل به الفيئة التي هو مطالب بها، وهاهنا، قد خرّج بالطلاق عن موجب الإيلاء، وسقطت عنه المطالبة، وإن راجعها بعد الشهر الخامس، نُظِر؛ إن راجع بعد سنة من انقضاء الشهر الخامس، فلا إيلاء؛ لانقضاء المدين، وانحلال اليمينين، وإن راجع قبل تمام السنة، فإن بقي منها أربعة أشهر، أو أقل فلا إيلاء، وإن بقي أكثر منها عاد الإيلاء، وضربت المدة في الحال، ولو جدّد نكاحها بعد البيونة، ففي عود الإيلاء حيث يعود الإيلاء، لو راجعها، الخلاف المذكور في عود الحنث، وتبقى اليمين ما بقي شيء من المدة، وإن لم يعد الإيلاء حتى لو راجع، وقد بقي من السنة أقل من أربعة أشهر، فوطئها في تلك الباقية، يلزمه الكفارة، ولو عقد اليمين على مدينين تدخل إحداها في الأخرى، كما إذا قال: والله، لا أجامعك خمسة أشهر، [ثم قال والله لا أجامعك سنة فإذا مضت أربعة أشهر] فلها المطالبة، فإن فاء انحلت اليمينان، وإذا أوجبنا الكفارة، فالواجب كفارة واحدة أو كفارتان؟ فيه خلاف يجري في كل يمينين يحنث الحالف فيهما بفعل واحد، كما إذا حلف أن لا يأكل الخبز، وحلف أن لا يأكل طعام زيد، فأكل خبزه، وسيأتي ذلك، وإن طلقها، ثم راجعها أو جدّد نكاحها، فإن بقي من السنة أربعة أشهر أو أقل، لم يعد الإيلاء، وتبقى اليمين، وإن بقي أكثر من أربعة أشهر يعود الإيلاء في الرجعية، وفي التجديد الخلاف في عود الحنث، هذا ظاهر المذهب وفي «التتمة» أن السنة تحسب بعد انقضاء الأشهر الخمسة؛ فيكون الحكم كما في الصورة السابقة، ولو قال: إذا مضت خمسة أشهر، فوالله، لا أجامعك، فيكون مؤلياً بعد انقضاء الخمسة، والله أعلم.

قال الغزالي: ولو قال: لا أطوك حتى ينزل عيسى عليه السلام أو يخرج الدجال أو يقدم فلان وهو على مسافة يعلم تأخر قدومه عن أربعة أشهر فهو مؤل \* ولو قال: حتى يدخل زيد الدار فمضى أربعة أشهر ولم يدخل لم يكن لها المطالبة لأنه ينتظر دخوله كل ساعة \* وفيه وجه أنه يطالب \* ولو قال: إلى أن أموت أو تموتي فهو مؤل \* ولو قال: إلى أن يموت زيد فهو كالتعليق بدخول زيد وقدومه من مسافة قريبة \* وقيل: إنه كالتعليق بخروج الدجال.

قال الرافعي: القسم الثاني: تقييد الامتناع عن الوطاء بأمر مستقبل لا يتعين، فينظر إن كان المعلق به أمراً يستبعد في الاعتقادات حصوله في أربعة أشهر، وإن كان محتملاً، كما لو قال: حتى ينزل عيسى - عليه السلام - أو حتى يخرج الدجال أو يأجوج ومأجوج، أو تطلع الشمس من المغرب، أو أمراً يعلم تأخره عن أربعة أشهر، كما لو

قال: حتى يَقْدَمَ فلان أو حتى آتِيَ مَكَّةَ، والمسافة بعيدة لا تُقَطَعُ في أربعة أشهر، فهو مُوَلٍ، وإذا حصل الإيلاء في مثل هذه الصورة، فلو علَّقه بما لا يَتَكَوَّنُ وَيُعَدُّ من المستحيلات؛ مثل أن يقول حَتَّى تَطِيرِي أو تَضَعِي السماء، فهو أولى [لحصول] (١) الإيلاء، فلو قال في مسألة القُدوم: ظننت أنه على مسافة قريبة، فهل يُصَدَّقُ بيمينه ذكر الإمام فيه احتمالين، والأقرب: القَبُولُ، وفي الشرح «مختصر الجويني» للموفق ابن ظاهر: أن في التعليق بِنزول عيسى - عليه السلام - وما في معناه لا يُقَطَعُ بكونه مُوَلِيًّا في الحال، ولكن يترقب فإذا مضت أربعة أشهر، ولم يُوجَدِ المعلقُ به، بيَّنَّا أنه كان مُوَلِيًّا، ومكَّنًا الزوجة من المطالبة، والمشهور الأول، وإن كان المعلقُ به مما يتحقَّقُ وجوده قبل أربعة أشهر، كذبول البقل، وجفاف الثوب، وتامام الشهر أو يغلب على الظنُّ وجود كمجيء المَطَرِ في وقت غلبة الأمطار، ومجيء زَيْدٍ من القرية، وعادته الحضور في الجمعات، أو قدوم القافلة، والعَالِبُ تردُّدها في كلِّ شهر، فلا يتعلَّقُ به إيلاء، وإنما هو يمين، وإن كان المعلقُ به مما لا يستبعد حصوله في أربعة أشهر، ولا يتحقَّقُ، ولا يظن حصوله، كما لو قال: حى يَدْخُلُ فلان الدار أو أخرجك من البلد أو أمرض أو يمرض فلان أو يَقْدَمُ، وهو على مسافة قريبة، وقد يَقْدَمُ، وقد لا يَقْدَمُ، فلا يحكم بكونه مُوَلِيًّا في الحال، فإن مضت أربعة أشهر، ولم يوجد المعلقُ به، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يُحْكَمُ بكونه مُوَلِيًّا ويثبت (٢) لها المطالبة؛ لحصول الضرر، وأيضاً فقد تبين إمداد مدة اليمين أكثر من أربعة أشهر.

وأظهرهما، وبه قال المزني - رحمه الله - المنع: لأنه لم يتحقَّقَ قِضْدُ المُضَارَّةِ في الابتداء وإحكام الإيلاء مَثْوِطَةً به، لا بمجرد الضرر بالامتناع عن الوطاء، ألا ترى أنه لو امتنع من غير يمين، لا يكون مُوَلِيًّا، ولا خلاف في وجوب الكفارة لو وطئ قبل وجود المعلق به [ولا في ارتفاع اليمين؛ لوجود المعلق به] (٣) قبل الوطاء.

ولو قال: لا أجامعك حَتَّى أموت أو تموتي أو قال: عمري وعمرك، فهو مُوَلٍ، لحصول اليأس مدة العُمر، وهو كما لو قال: لا أجامعك أبداً؛ فإنَّ أْبَدَ كُلُّ إنسان عُمره، ولو قال: حتى يموت فلان، فوجهان:

أحدهما: أن الجواب كذلك؛ لأن الموت كالمستبعد في الاعتقادات، فيلحق بالتعليق بنزول عيسى - عليه السلام - وخُروج الدجال.

(٢) في ز: ويكون.

(١) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.



والثاني: أنه كالتعليق بالمرّض ودخول الدار، ولَفْظُ الكتاب يُشعر بترجيح هذا الوجه، وحكاة القاضي ابن كج عن اختيار أبي الحسين بن القطان؛ والأكثر على ترجيح الأول؛ وقالوا: الموت يُستبعد في الاعتقادات، والتعليقُ به بعيدٌ بعيد، بخلاف المرض ودخول الدار، ولو قال: لا أجامعك حتى تفتمي ولدك، نقل المزي عن الشافعي - رضي الله عنه - أنه يكون مؤلياً، قال: وقال في موضوع آخر: لا يَكُونُ مؤلياً، واختاره فأوهم أن المسألة على قولين، وبه قال ابن القطان.

والجمهور، قالوا: لا خلاف في المسألة، ولكن يُنظر، إن أراد وقت الفِطام، فإن بقي أكثر من أربعة أشهر إلى تمام الحولتين، فهو مولٍ، وإلا فليس بمولٍ، وإن أراد، فعل الفطام، فإن كان الصبي لا يحتمله إلا بعد أربعة أشهر؛ لصغر أو ضعف بنته، فهو مولٍ، وإن كان يحتمله لأربعة أشهر فما دونها، فهو كالتعليق بدخول الدار وما في معناه، والنص الأول محمولٌ على الحالة التي هي مول، والثاني على الحالة التي هي غير مولٍ.

ولو قال: حتى تحبلي، فإن كانت صغيرة أو آية، فهو مولٍ، وإلا فهو كالتعليق بالقدوم من مسافة قريبة ودخول الدار.

وإذا علّق بالقدوم أو الفطام، ولم يحكم بكونه مؤلياً، فلو مات المعلق بقدومه قبل القدم، أو الصبي قبل الفطام، فهو كما لو قال: حتى يشاء فلان، فمات قبل المشيئة، وقد قدمناه. والله أعلم.

فرغ: لو قال: والله، لا أجامعك، ثم قال: أردتُ شهراً أو شهرين دينٍ ولم يُقبل ظاهراً<sup>(١)</sup>، لأن المفهوم منه التأييد، بخلاف ما إذا قال: لَيَطُولَنَّ تزكي لجماعك، ثم فسر بشهر وشهرين، حيث يُقبل؛ لوقوع اسم التطويل عليه والله أعلم.

قال العزالي: (الرُّكْنُ الرَّابِعُ فِي الْمَحْلُوفِ عَلَيْهِ) وَهُوَ الْجِمَاعُ \* وَلَفْظُهُ الصَّرِيحُ الَّذِي لَا يَدِينُ مُتَأَوَّلُهُ تَغْيِيبُ الْحَشْفَةِ فِي الْفَرْجِ وَإِبْلَاجُ الذَّكْرِ وَالتَّيْبُكُ \* أَمَّا الْجِمَاعُ وَالْوَطْءُ فَيَدِينُ فِيهِ النَّوِي وَلَا يُقْبَلُ ظَاهراً \* وَأَمَّا الْمُبَاصَعَةُ وَالْمَلَامَسَةُ وَالْمُبَاشَرَةُ فَقَوْلَانِ أَحَدُهُمَا أَنَّهَا كَالْجِمَاعِ \* وَالْآخَرُ أَنَّهُ كِنَايَةٌ كَقَوْلِهِ: لَا يَجْمَعُ رَأْسِي وَرَأْسَكَ وَسَادَةَ \* وَقَوْلِهِ: لَا بُعْدَنَّ عَنْكَ \* وَالْإِصَابَةُ قَرِيبَةٌ مِنَ الْمُبَاشَرَةِ \* وَالْقُرْبَانُ وَالْعَشْيَانُ وَالْإِنْتَانُ بِالْكِتَابَةِ أَشْبَهُ \* وَقِيلَ: هِيَ كَالْمُبَاشَرَةِ وَالْمُبَاصَعَةِ وَلَوْ قَالَ: لَا أجامعك فِي الْحَيْضِ وَالتَّنْفَاسِ وَفِي الدُّبُرِ فَهُوَ مُحْسِنٌ وَلَيْسَ بِمُولٍ أَضلاً.

(١) في أ: في الظاهر.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: ذَكَرْنَا أَنَّ الْإِيْلَاءَ فِي الشَّرِيعَةِ الْحَلْفُ عَلَى الْامْتِنَاعِ [مِنَ الْجَمَاعِ، فَالْحَلْفُ عَلَى الْامْتِنَاعِ عَنْ] سَائِرِ الْاسْتِمَاعَاتِ لَيْسَ بِإِيْلَاءٍ، وَالْأَلْفَاظُ الْمُسْتَعْمَلَةُ فِي الْجَمَاعِ قِسْمَانِ صَرِيحٌ وَكِنَايَةٌ.

فَمِنَ الصَّرِيحِ لَفْظُ النَّيْكَ، وَكَذَا قَوْلُهُ: لَا أُغَيِّبُ ذَكَرِي أَوْ حَشَفْتِي<sup>(١)</sup> أَوْ لَا أُدْخِلُ أَوْ لَا أُوَلِّجُ فِي فَرْجِكَ، وَلَا أَجَامِعُكَ بِذَكَرِي، وَلِلْبُكَرِ: لَا أَفْتَضُّكَ بِذَكَرِي؛ فَيَحْصُلُ الْإِيْلَاءُ بِهَذِهِ الْأَلْفَاظِ وَلَوْ قَالَ: أَرَدْتُ بِهَا غَيْرَ الْجَمَاعِ، لَمْ يَدِينْ؛ لِأَنَّهَا لَا تُحْتَمِلُ غَيْرَهُ، وَلَفْظُ الْجَمَاعِ وَالْوَطْءُ أَيْضاً صَرِيحَانِ مُسْتَعْنِيَانِ عَنِ النَّيْةِ لِاسْتِهَارِهِمَا فِي ذَلِكَ عُرْفاً وَشَرْعاً، وَلَكِنْ لَوْ قَالَ: أَرَدْتُ بِالْجَمَاعِ الْاجْتِمَاعَ، وَبِالْوَطْءِ بِالْقَدَمِ، دِينٌ؛ لِاحْتِمَالِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: لَا أَجَامِعُكَ بِذَكَرِي، فَإِنَّهُ لَا يُقْبَلُ فِي الظَّاهِرِ، هَذَا ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ فِي لَفْظِ الْجَمَاعِ وَالْوَطْءِ، وَفِي «التَّهْذِيبِ» [وغيره] طَرِيقَةٌ أُخْرَى فِي لَفْظِ الْوَطْءِ أَنَّ فِي كَوْنِهِ صَرِيحاً الْخِلَافَ الَّذِي سَنَذُكُرُهُ فِي الْمُبَاشَرَةِ، وَمَا فِي مَعْنَاهَا، وَيُقَالُ: إِنَّ الشَّيْخَ أَبَا مُحَمَّدٍ ذَهَبَ إِلَيْهَا، وَفِي كِتَابِ الْقَاضِي ابْنِ كَيْجَ أَنَّ ابْنَ سُرَيْجٍ طَرَدَ ذَلِكَ الْخِلَافَ فِي لَفْظِ الْجَمَاعِ أَيْضاً، فَيَجُوزُ أَنْ يُعْلَمَ لِذَلِكَ قَوْلُهُ: «فَيَدِينُ فِيهِ النَّوَاوِي، وَلَا يَقْبَلُ ظَاهِراً» بِالْوَاوِ، لِأَنَّهَا جَعَلْنَاهُمَا كِنَايَتَيْنِ قَبْلِنَا، قَوْلُهُ «لَمْ أَنْوُ» بَلْ إِنَّمَا يَحْكُمُ بِالْإِيْلَاءِ إِذَا قَالَ «تَوَيْتُ».

وَلَوْ قَالَ لِلْبُكَرِ: لَا أَفْتَضُّكَ، وَلَمْ يَقُلْ «بِذَكَرِي» فَهُوَ صَرِيحٌ<sup>(٢)</sup> كَالْجَمَاعِ؛ لِاسْتِهَارِهِ، فَلَوْ قَالَ: لَمْ أَرِدِ الْجَمَاعَ، لَمْ يُقْبَلْ فِي الظَّاهِرِ، وَفِي التَّدِينِ وَجْهَانِ:

أَظْهَرُهُمَا، وَبِهِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو حَامِدٍ: أَنَّهُ يُدِينُ؛ لِاحْتِمَالِ أَنْ يَرِيدَ الْاِفْتِضَاضَ بِالْإِصْبَعِ وَغَيْرِهِ<sup>(٣)</sup>، وَبِالْثَّانِي قَالَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ، وَذَكَرَ الْإِمَامُ: أَنَّهُ لَوْ قَالَ أَرَدْتُ بِهِ

(١) أَي صَرِيحٌ، قَالَ الْأَذْرَعِيُّ: قَالَ الْجَبَلِيُّ: الصَّوَابُ أَنْ يَقُولَ أَي صَاحِبِ التَّنْبِيهِ لَا أُغَيِّبُ حَشَفْتِي فِي فَرْجِكَ لِأَنَّهُ إِنْ أَرَادَ تَغْيِيبَ جَمِيعِ الذِّكْرِ، لَمْ يَكُنْ مَوْلِياً كَمَا لَوْ قَالَ لَا أُسْتَوْفِي الْإِيْلَاجَ، وَإِنْ أَرَادَ أَنِّي لَا أُغَيِّبُ شَيْئاً مِنْ ذَكَرِي يَقْبَلُ لَكِنْ لَا يَكُونُ صَرِيحاً فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِصَحَّةِ الْإِيْلَاءِ؛ لِأَنَّ الذِّكْرَ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ يَحْمَلُ عَلَى جَمِيعِهِ، وَيَطْلُقُ عَلَى الْبَعْضِ بِدَلِيلِ «مَنْ مَسَّ ذَكَرَهُ فَلْيَتَوَضَّأْ».

(٢) قَالَ ابْنُ الرَّفْعَةِ فِي الْكِفَايَةِ وَهُوَ اسْتِدْرَاكٌ حَسَنٌ وَقَالَ فِي الْمَطْلَبِ: لِمَلِ الْمُمْكِنِ فِي جَوَابِهِ أَنَّهُ عَبَّرَ بِالذِّكْرِ عَنِ الْحَشْفَةِ لِأَنَّهَا الْعَمْدَةُ فِي تَرْتِيبِ الْأَحْكَامِ.

قَالَ ابْنُ الرَّفْعَةِ: جَعَلَ قَوْلُهُ «لَا أَفْتَضُّكَ» صَرِيحاً ظَاهِراً إِذَا لَمْ تَكُنْ الْمَقُولُ لَهَا غَوْرًا بِالْعَيْنِ الْمَعْجَمَةِ وَهِيَ الَّتِي بَكَارَتِهَا فِي صَدْرِ الْفَرْجِ، أَمَا الَّتِي كَذَلِكَ فَعَلِمَ حَالَهَا قَبْلَ الْحَلْفِ فَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ قَوْلُنَا لِأَنَّهُ يُمْكِنُ تَغْيِيبَ الْحَشْفَةِ مِنْ غَيْرِ اِفْتِضَاضٍ وَحَقَّقَهَا إِنَّمَا هُوَ ذَلِكَ، فَإِنْ أُمْكِنَ تَصْوِيرُ غَيْبِيَّةِ الْحَشْفَةِ بِلَا اِفْتِضَاضٍ، فَيَحْمَلُ النَّصَّ عَلَى الْغَالِبِ إِلَّا أَنْ يُقَالَ الْفَيْئَةُ فِي حَقِّ الْبُكَرِ يَخَالِفُ الْفَيْئَةَ فِي حَقِّ الشَّيْبِ كَمَا يَفْهَمُهُ إِيرَادُ الْقَاضِي، وَالنَّصُّ الْآتِي. وَلَعَلَّهُ أَرَادَ بِالنَّصِّ قَوْلَ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَوْ يَقُولُ إِنْ كَانَتْ عِذْرَاءُ وَاللَّهُ لَا أَقْبِضُكَ أَوْ مَا فِي هَذَا الْمَعْنَى فَهُوَ مَوْلٍ فِي الْحَكْمِ وَقَدْ تَقَدَّمَ أَيْضاً عَنِ النَّصِّ أَنَّ الْمَطْلُوقَةَ ثَلَاثًا إِذَا كَانَتْ بُكَرًا لَا يَدُ مِنْ إِزَالَةِ بَكَارَتِهَا.

(٣) فِي أ: وَغَيْرُهُمَا.

الضَّمُّ والالتزام، فالأصح أنه لا يدين، وفي المباذعة والملامسة والمباشرة قولان: الجديد أنها كنيات تفتقر إلى النيَّة؛ لأن لها حقائقَ غيرَ الجماع، ولم تشهَر فيه اشتهاَر الجماع والوطء.

والقديم، وهو اختيار المزنِي: أنه صريح، كالجماع، وبه قال أحمد، ويجوز أن يُعَلِّم قوله في الكتاب «كناية» بالألف؛ لذلك، وبالحاء أيضاً؛ لأن ابن الصَّبَّاح حكى عن أبي حنيفة أن لَفْظَ المباذعة صريح؛ لأنه مأخوذ من البُضْع، وقيل: بل هو مأخوذ من البُضْعَة، وهي القطعة، ويجوز أن يُعَلِّم قوله «فقولان» بالواو؛ لأن في المباذعة طريقة قاطعة؛ بأنها كناية، ولو قال: لا أُمْسِكُ، ولا أفضي إِلَيْكَ أو أَبَاعِلِكَ، فعلى القولين، وألْحَقَ بها في «التتمة» قوله لا أَفْتَرِشُكَ، ولا أَذْخُلُ بِكَ، وفي المباذعة طريقة قاطعة، كما في المباذعة، وفي لفظ الإصابة طريقتان:

أحدهما: أنه على القولين، وإليه أشار في الكتاب بقوله «والإصابة قريبة في المباشرة» ويجوز أن يُعَلِّم<sup>(١)</sup> بالواو للثاني والثاني: أنه كالجماع حتى يكون صريحاً على المذهب الظاهر، وبالأول قال القاضي أبو الطيب، والثاني أرجح فيما يقتضيه إيراد «التهديب»، وبه قال الشيخ أبو علي والشيخ [أبو]<sup>(٢)</sup> حامد وأكثر العراقيين والشيخ أبو حاتم القزويني، وفي القربان والغشيان والإتيان طريقتان:

أحدهما: القطعُ بأنهما كنيات، وهذا أشبه عند صاحب الكتاب.

والثاني: أنها على القولين، كالمباشرة والملامسة، وهو الأقوى، وبه قال ابن القَطَّان «وصاحب الإفصاح»، وهو الذي أورده القاضي [الرؤياني] و[<sup>(٣)</sup> ابن كج، وأورد صاحب «التهديب» في القربان والإتيان، الطريقة الأولى، وفي الغشيان الثانية، ولا يتضح بينهما فَرْقٌ، والفعل من القربان: قَرَبَ يَقْرَبُ مثل غَضِبَ يَغْضَبُ، يقال: قَرَبْتُ مِنْهُ أَقْرَبُهُ قَرَبَاناً أي دَنَوْتُ مِنْهُ، وَقَرَبَ الشَّيْءُ يَقْرَبُ قَرَبَاناً<sup>(٤)</sup> إذا أدناه وليكن قوله «لا أقرب منك» كناية لا محالة، بخلاف قوله «لا أقربك» وقوله «لا يجمع رأسي ورأسك وسادة» كناية بلا خلاف؛ لأنه ليس من ضرورة الجماع اجتماع الرأسين على وسادة، وكذا لو قال «لا يساقف رأسي ورأسك» أي لا يجتمعان تحت سَفَفٍ، ومن الكنيات قوله «لأَبْعَدَنَّ عَنْكَ» وهذا يُحْتَاجُ فِيهِ إِلَى نِيَّةِ الْجَمَاعِ وَالْمُدَّةِ جَمِيعاً، ولو قال «لَتَطْوُلَنَّ غَيْبَتِي عَنْكَ أَوْ لَأَسْوَأَنَّكَ أَوْ لَأَغْصِبَنَّكَ» فهو كناية في الجماع والمدة أيضاً، ولو قال: لِيَطْوُلَنَّ تَرْكِي لِجَمَاعِكَ أَوْ لَأَوْسَسَنَّكَ مِنَ الْجَمَاعِ، فهو صريحٌ في الجماع، كناية في المدة.

(١) في ز: إعلامه.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) في ز: قرباً.

ولو قال: لا أغتسل عنك، سئل عما أراد، فإن قال: أردت أن لا أجامعها، فهو مؤول، وإن قال: أردت الامتناع عن الغسل أو أردت أني لا أمكث إلى أن أنزل، وعندني أن الجماع من غير إنزال لا يوجب الغسل أو إنني أقدم على وطئها، وطئ غيرهما، فيكون الغسل عن الأولى؛ لحصول الجنابة بوطنها، قبل: ولم يكن مؤولياً، ولو قال: لا أجامعك في الحيض أو في النفاس أو في الدبر، لم يكن مؤولياً، بل هو مُحسن فيما قال؛ لأنه ممنوع من ذلك، فأكد الممنوع منه بالحلف، ولو قال: لا أجامع إلا في الدبر، فهو مؤول، قال أبو الفرج السرخسي: ولو قال: إلا في الحيض والنفاس، لم يكن مؤولياً؛ لأنه لو جامع في هذه الحالة، حصلت الفَيْتَةُ، فاستثناؤه يمنع انعقاد الإيلاء، والذي أجاب صاحب «التهذيب» في «فتاويه» أنه يكون مؤولياً، وكذا لو قال: إلا في نهار رمضان - أو إلا<sup>(١)</sup> في المسجد؛ لأن الوطء حرام في هذه الأحوال، - قال: فإن فاء إليها في الحيض وما في معناه، سقطت<sup>(٢)</sup> المطالبة في الحال، ولكن لا ترتفع اليمين، فتضرب المدة ثانياً، ولو قال: لا أجامعك جماع سوء، لم يكن مؤولياً، وكذا لو قال: لا جامعك جماع سوء، لأنه لم يمتنع عن<sup>(٣)</sup> سائر أنواع الجماع، فصار كما لو قال: لا أجامع في هذا البيت، أو قال: لا أجامعك في القُبُلِ إلا من الدبر، ولو قال: لا أجامعك إلا جماع سوء، رُوجِعَ، فإن أراد أن لا يجامعها إلا في الموضع المكروه، أو فيما دون الفرج أو لا يعيب إلى ما فوق الحشفة، فهو مؤول، وإن أراد الجماع الضعيف، لم يكن مؤولياً، لأن ضعف الجماع كفوته في الحكم، ولو حلف لا يجامع بعضها، فالحكم ما سيأتي في «الظهار» والله أعلم.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: (البَابُ الثَّانِي فِي أَحْكَامِهِ وَهِيَ أَرْبَعَةٌ: (الأوَّلُ: ضَرْبُ الْمُدَّةِ) فَإِذَا قَالَ: وَاللَّهِ لَا أَجَامِعُكَ أَمْهَلْنَا أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ فَإِنْ لَمْ يَطَأْ رَفَعْتَهُ إِلَى الْقَاضِي لِتَأْمُرَهُ بِالْفَيْتَةِ فَإِنْ أَبِي طَلَّقَ (ح) الْقَاضِي عَلَيْهِ \* وَلَا تَحْتَاجُ الْمُدَّةُ إِلَى ضَرْبِ الْقَاضِي بِخِلَافِ الْعُنَّةِ \* وَتَرْبِصُ الْأَمَّةُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ (ح) كَالْحُرَّةِ \* وَالتَّرْبِصُ عَنِ الْعَبْدِ (م) كَهَوَّ عَنِ الْحُرِّ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لِلزَّوْجِ مَهْلَةٌ بَعْدَ انْعِقَادِ الْإِيْلَاءِ لَا يُطَالَبُ فِيهَا بِشَيْءٍ، ثُمَّ لِلْمَرْأَةِ مَطَالِبَتُهُ وَرَفْعُهُ إِلَى الْقَاضِي، لِيَفِيَّ أَوْ يُطَلِّقَ، وَيَحْتَاجُ فِيهَا ذِكْرَنَا [إلى معرفة مدة المهلة، وكيفية المطالبة، وأحكامها ومعرفة ما به المطالبة، وأن الفَيْتَةُ بِمَ يُحْصَلُ؟ فهذه أربعة أمور عبَّرَ عنها بأحكام الإيلاء.

الأوَّلُ: ضرب المدة، وهي أربعة أشهر على ما نصَّ عليه في القرآن.

(١) في أ: و.

(٢) في أ: أسقطنا.

(٣) في أ: من.

قال الشافعي - رضي الله عنه -: وهذه المدة حق الزوج، كالأجل في الدين المؤجل؛ فإنه حق المديون، وتحتسب<sup>(١)</sup> من وقت الإيلاء، ولا يحتاج إلى ضرب القاضي، بخلاف مدة العنة لما ذكرنا [ه] هناك، ولا فرق فيها بين أن يكون الزوجان حُرَيْنِ أو رقيقَيْنِ أو أحدهما والآخر رقيقاً؛ لأنها شرعت لأمر جليلي، وهو قلة الصبر عن الزوج، وما يتعلق بالجبله والطبع لا يختلف بالحرية والرّق، كم ذكرنا في مدة العنة، وكمُدَّتِي الرضاع والحيض.

وعند أبي حنيفة ومالك - رحمهما الله - تنتصف بالرّق، ثم أبو حنيفة ينصفها برق الزوجة، ومالك برق الزوج، كما هو مذهبهما في الطلاق، وعن أحمد روايتان: إحداهما: كمدھبنا، والأخرى: كمدھب أبي حنيفة، فيجوز أن يُعْلَم؛ لذلك قوله «وَتَرَبُّصُ الْأُمَّةِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ» بالحاء والألف، وقوله «كهو عن الحرّ» بالميم، وقوله في الكتاب «فإذا قال: والله لا أجامعك» إلى قوله «طلّق القاضي عليه» غير محتاج إليه في هذا الموضع، أما التصوير بقوله [فإذا قال: (٢)] والله، لا أجامعك» فظاهر؛ لأن صورة الإيلاء قد تقررت، وتكررت، وأما ما سواه فلأن المقصود هاهنا الكلام في المدة، فلو قال: ضرب المدة، فيمهل المولي أربعة أشهر ووصل قوله ولا تحتاج المدة إلى ضرب القاضي تبين أنه لو وطئ في المدة، انحلت اليمين، ولا مطالبة ولا رفع بعد انقضائها، والثانية: قوله «ليأمره بالفيئة»، فإن أبى طلق القاضي عليه» يبين أنه لا يطالبه بالطلاق ابتداءً وإنما تطالب المرأة بالاستمتاع الذي هو حقها، فإذا لم يوف، يأمر الحاكم بإزالة الضرر عنها بالطلاق، وهذا لفظ صاحب «التتمة» وعلى هذا فحيث قلنا «يأمره القاضي بالفيئة أو الطلاق» يعبر عن مجموع ما يأمر به، ويجوز أن يُعْلَم قوله «رفعه إلى القاضي» بالحاء؛ لما مر أن عنده تطلق بنفس مضي المدة؛ فلا حاجة إلى الرفع، وقوله «طلّق القاضي عليه» يجوز إعلامه بالواو، ولقول آخر سيأتي إن شاء الله تعالى في الحكم الثالث.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَتَنْقَطِعُ الْمُدَّةُ بِالطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ وَالرَّذَّةِ فَإِذَا رَاجَعَهَا أَوْ عَادَتْ أَسْتَوْفَتْ الْمُدَّةُ لِيَتَوَالَى الْإِضْرَارُ \* وَكَذَلِكَ إِذَا طَلَّقَ طَلَاقًا رَجْعِيًّا بَعْدَ الْمُدَّةِ \* وَكَذَلِكَ لَوْ أَرْتَدَّ أَسْتَأْنَفَ الْمُدَّةَ عِنْدَ الْعَوْدِ \* وَأَمَّا طَرِبَانُ الصَّوْمِ وَالْإِحْرَامِ عَلَيْهِ لَا يَقْطَعُ الْمُدَّةَ \* وَكَذَلِكَ مَرَضُهُ وَحَبْسُهُ وَجُنُونُهُ \* فَإِنْ كَانَ الْمَانِعُ فِيهَا مَنَعَ أَحْتِسَابِ الْمُدَّةِ كَصِغَرِهَا وَجُنُونِهَا وَحَبْسِهَا وَمَرَضِهَا الْعَظِيمِ \* وَلَكِنْ لَوْ طَرَأَتْ ثُمَّ زَالَتْ الْمُدَّةُ بَلْ تَبْنِي عَلَى الْمَاضِي فِي أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ \* أَمَا إِذَا طَرَأَتْ بَعْدَ الْمُدَّةِ مُنِعَتِ الْمَطَالَبَةَ فِي الْحَالِ \* وَلَكِنْ إِذَا زَالَ لَمْ

(٢) سقط في ز.

(١) في أ: وتجب.

يُوجِبُ اسْتِثْنَاءَ الْمُدَّةِ بِخِلَافِ الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ وَالرِّدَّةِ \* أَمَا صَوْمُهَا فَلَا يَمْنَعُ مِنْ أَحْتِسَابِ الْمُدَّةِ وَلَا حَيْضُهَا وَإِنْ كَانَ يَمْنَعُ طَلَبَ الْوِطْءِ فِي الْحَالِ .

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مقصود الفضل بَيَانُ مَا يَمْنَعُ الْحِيسَابَ بِالْمُدَّةِ، إِمَّا بِأَنْ يِقَارَنَ ابْتِدَاءُ الْإِيْلَاءِ، فَيَمْنَعُ ابْتِدَاءَ الْحِيسَابِ أَوْ يَطْرَأُ فِي أَثْنَاءِ الْمُدَّةِ، فَيَقْطَعُهَا، وَيَمْنَعُ اسْتِدَامَةَ الْحِيسَابِ، وَفِيهِ مَسْأَلَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: قَدْ مَرَّ فِي أَوَّلِ الْكِتَابِ أَنَّهُ إِذَا أَلَى عَنِ الرَّجْعِيَّةِ، صَحَّ، وَالْمُدَّةُ إِنَّمَا تُحْتَسَبُ مِنْ وَقْتِ الرَّجْعَةِ لَا مِنْ وَقْتِ الْيَمِينِ، وَلَوْ أَلَى عَنِ زَوْجَتِهِ، ثُمَّ طَلَّقَهَا طَلَاقًا رَجْعِيًّا، انْقَطَعَتِ الْمُدَّةُ، لِاخْتِلَالِ النِّكَاحِ، وَجَرِيَانِهَا إِلَى حَالِ الْبَيْنُونَةِ، وَإِذَا كَانَتْ فِي زَمَانٍ يَقْتَضِي [قَضِيَّةَ] الْبَيْنُونَةِ، لَمْ يَجْزِ احْتِسَابُهُ مِنْ مَدَّةٍ تَقْتَضِي مُضِيَّهَا الْمَطْلَبَةَ بِالْوِطْءِ، فَلَوْ رَاجَعَهَا بَعْدَ ذَلِكَ، اسْتَوْفِنَتِ الْمُدَّةُ، لِأَنَّ الْمَطْلَبَةَ مَنُوطَةٌ بِالْإِضْرَارِ وَالْإِيْلَاءِ فِي الْأَشْهُرِ الْأَرْبَعَةِ عَلَى التَّوَالِي فِي النِّكَاحِ السَّلِيمِ .

وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ «لِتَوَالِي الْإِضْرَارِ» أَي لَا بَدَّ مِنْ إِضْرَارِ هَذَا حَالِهِ؛ لِتَمَكُّنٍ مِنَ الطَّلَبِ وَلَوْ ارْتَدَّ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ بَعْدَ الدُّخُولِ فِي الْمُدَّةِ، فَتَنْقَطِعُ الْمُدَّةُ أَيْضًا، وَلَا يُحْتَسَبُ زَمَانُ الرِّدَّةِ مِنْهَا؛ لِأَنَّ الرِّدَّةَ تُؤَثِّرُ فِي قَطْعِ النِّكَاحِ، كَالطَّلَاقِ، وَإِذَا عَادَ مِنْ ارْتِدَائِهِمَا إِلَى الْإِسْلَامِ قَبْلَ انْقِضَاءِ مَدَّةِ الْعِدَّةِ، اسْتَوْفِنَتِ الْمُدَّةُ، هَذَا هُوَ الْمَذْهَبُ الْمَشْهُورُ، وَفِي رِدَّةِ الرَّجُلِ وَجْهٌ أَنَّهُ إِذَا عَادَ بَنَى عَلَى الْمُدَّةِ، وَلَا يَسْتَأْنَفُ، بِخِلَافِ الطَّلَاقِ، لِأَنَّهُ إِذَا عَادَ الْمُرْتَدُّ إِلَى الْإِسْلَامِ، تَبَيَّنَ أَنَّ النِّكَاحَ لَمْ يَتَحَرَّمْ، وَبِالرَّجْعَةِ لَا يَهْدِمُ الطَّلَاقُ الْمَاضِي، وَفِي كِتَابِ الْقَاضِي ابْنِ كَيْجٍ أَنَّ أَبَا الْقَاسِمِ الْأَنْطَاطِيَّ ذَكَرَ ذَلِكَ عَلَى سَبِيلِ الْإِحْتِمَالِ فِيمَا عَلَّقَ عَنْهُ أَبُو الْعَبَّاسِ بِنِ سُرَيْجٍ، وَحَكَى أَبُو الْفَرَجِ السَّرْحَسِيُّ وَجْهًا: أَنَّ رِدَّتَهُ لَا تَقْطَعُ الْحِيسَابَ، كَمَرَضِهِ وَسَائِرِ الْأَعْدَارِ فِيهِ، وَزَادَ صَاحِبُ «التَّمَمَةِ» فَنَقَلَ فِي الرَّجْعَةِ أَيْضًا وَجْهًا مُخَرَّجًا أَنَّهُ يَبْنِي الْمُدَّةَ عَلَى مَا مَضَى، وَلَا يَسْتَأْنَفُ؛ أَخَذًا مِنَ الْخِلَافِ فِيمَا إِذَا رَاجَعَ الْمُطَلَّقةَ، ثُمَّ طَلَّقَهَا أُخْرَى قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا، يَسْتَأْنَفُ الْعِدَّةَ أَوْ يَبْنِي، وَلْيُعْلَمَ؛ لِذَلِكَ قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ «اسْتَوْفِنَتِ الْمُدَّةُ» وَلَوْ جَدَّدَ النِّكَاحَ بَعْدَ مَا بَأَتْ الرَّجْعِيَّةَ أَوْ كَانَ الطَّلَاقُ بَائِنًا أَوْ بَعْدَ حَصُولِ الْبَيْنُونَةِ بِالرِّدَّةِ، إِمَّا بِالْإِضْرَارِ أَوْ بِأَنْ كَانَتْ الرِّدَّةُ قَبْلَ الدُّخُولِ، وَقَلْنَا: يَعُودُ الْإِيْلَاءُ، فَسْتَأْنَفُ الْمُدَّةَ أَيْضًا، وَهَذِهِ الصُّورَةُ أَوْلَى بِالْإِسْتِثْنَاءِ، لِأَنَّهُ نِكَاحٌ آخَرَ، وَلَوْ طَلَّقَهَا بَعْدَ مَضِيِّ الْمُدَّةِ طَلَقًا رَجْعِيًّا، إِمَّا بِمَطْلَبَتِهَا، أَوْ ابْتِدَاءً (١) ثُمَّ رَاجَعَهَا، فَيَعُودُ الْإِيْلَاءُ، وَتَسْتَأْنَفُ الْمُدَّةَ، إِنْ كَانَ الْيَمِينُ عَلَى التَّأْيِيدِ، أَوْ كَانَتْ مُوقَّتَةً، وَقَدْ بَقِيَ مِنْ وَقْتِ الْيَمِينِ مَدَّةُ الْإِيْلَاءِ؛ لِأَنَّ الْمَنَافِعَ مِنْ وَقْتِ الْوِطْءِ بَاقِيَةٌ وَالْمِضَارَّةُ

(١) فِي أ: أَوْ بِمَطْلَبَتِهِ .

حاصلة، وكأنه راجع ثم حَلَفَ ثانياً، قال الإمام: وكان ينقدح في القياس أن يُقال: كما راجعها يعود الطلبة؛ لاتحاد النكاح، لكنه لما طُلّق، فقد أتى بأحد الأمرين اللذين طولب بأحدهما فأثر ذلك في سقوط الطلبة، ولو ارتد أحد الزوجين بعد مضيّ المدة، وعاد إلى الإسلام قبل انقضاء العدة، فيعود الإيلاء، وتستأنف<sup>(١)</sup> المدة أيضاً وألحق في

(١) ما ذكره المصنف وتبعه النووي في روضته من استئناف المدة.

قال الأذري: هو قضية كلام القاضي الحسين فإنه حكى عن النص أن الطلاق بعد مضي المدة يوجب الاستئناف.

قال القاضي: والردة في معناه أن كل واحد منهما يخل بالملك لا يبين الفرق بينهما في مثل هذا المحل فافهم أنه قال تفقهاً ونقل الإمام اتفاق الأصحاب أن الردة إذا طرأت في المدة ثم زالت وجب الاستئناف ثم قال: فيما إذا ارتد أحدهما بعد المدة ثم أسلم أنه لا بد من الاستئناف كالطلاق الرجعي، قال: وهذا من المسائل التي تحفظ وهو قول اتحل إيلاؤه وضرربنا له المدة ولم يطلق ولم يف ثم يستأنف له المدة ثانية. والقول باستئناف المدة بردها إذا أسلمت بعيد؛ لأنه لم يصدر منه شيء يخرج به عن حكم الإيلاء بخلاف رده، فإنه صدر منه ما يوجب الشروع في العدة فأشبه الطلاق واستشكل الغزالي إلحاق الردة بالطلاق، لأن الطلاق بعد المدة فيه إجابة لما طلب منه بخلاف الردة؛ لأنه لا يقصد بها الإبانة إذا علت هذا، فقد قال بعض الشارحين إن الظاهر أن ما ذكره الإمام والغزالي ومن تبعهما أصله كلام القاضي وتبعت المسألة من كلام الأصحاب فلم أر من صرح بذلك غير من سميناه ولا ذكر لها في كتب العراقيين. نعم ذكروا كلهم حكم الردة في المدة وأنه نص عليها في المختصر والقاضي الحسين أخذ ذلك من تسوية الشافعي بينها وبين الطلاق في المدة وقد صرح الماوردي أنه لا يجب الاستئناف إذا ارتد بعد المدة ثم أسلم بخلاف ما لو طلقها وفرق بأنه وفاها حقها بالطلاق ولم يوفها حقها بالردة وهذا المعنى هو ما رمز إليه الغزالي، ولا يبعد أن يكون ما ذكره الماوردي هو المذهب فإنه لم يذكر سواء وليس في كلام الجمهور ما يخالفه وفي كلام الإمام ما يفهم أن ارتدادها بعد المدة لا يوجب الاستئناف، قال ولو أنها لو طلبت الوقوف فوقف لها فأحرمت مكانها بإذنه أو بغير إذنه فلم يأمرها بالإحلال، لم يكن عليه طلاق حتى يرجع إلى الإسلام في العدة.

قال: وإذا كان منع الجماع من قبلها بعد مضي الأربعة أشهر قبل الوقف أو معه لم يكن لها على الزوج سبيل حتى يذهب منع الجماع من قبلها في الأربعة الأشهر بشيء تحدثه غير الحيض الذي خلقه الله تعالى فيها ثم أبيض من قبلها أجل من يوم أبيض له أو يظهر شيء كما جعل الله له أربعة أشهر متتابعة، فإذا لم تكمل له حتى مضى حكم ما استأنفت له متتابعة كما جعلت له أولاً. انتهى ما نقله الأذري عن بعض الشارحين ولعل المراد به الشيخ الإمام السبكي، وقال الشيخ البلقيني ما جزم به أنه يستأنف المدة لا يصح، والمعنى رد عليه ومفهوم نص الإمام الشافعي - رضي الله عنه - في الأم والمختصر مخالفة ولفظه لو ارتد أحدهما في الأربعة أشهر ثم رجع المرتد منهما في العدة استأنفت أربعة أشهر، وفي الأم فيما إذا ارتدت حالة الوقف ما يشهد له، وأما المعنى فإن المدة قد انقضت على السلامة والإسلام وما صدر بعدها غير قاطع النكاح، ولا محصل لفيته ولا طلاق بمجرد عاده المرتد إلى الإسلام طولب حينئذ المولي بالفيته أو الطلاق قولاً واحداً، ولا يقاس ما كان محرماً على ما كان مطلوباً قاطعاً للمضرر، ولقد أصاب القاضي =

«التَّهْذِيبُ» العُدَّة عن وطء الشبهة بالطلاب الرجعي والردة في منع الاحتساب، ولزوم الاستئناف عند انقضائها من حيث إنها تنقض ملك الاستمتاع وتنافي النكاح في الجملة، والذي ذكره من حُكْم الشبهة صحيح، ولكنَّ إلحاقها بالطلاق الرجعي والردة ليس بواضح، وفي عدة الشبهة ما يُغني عن ذلك؛ فإنها معنَى مانع في المرأة، فالمانع إذا كان يَمْنَع احتساب المدة على ما سيأتي على الأثر.

الثانية: ما يمنع الوطء من غير أن يُخْلَ [ملك] <sup>(١)</sup> النكاح، إن وُجد في الزوج، لم يَمْنَع احتساب المدة، بل تضرب المدة مع اقتران المانع بالإيلاء، ولو <sup>(٢)</sup> طراً في المدة، لم يقطعها، بل يُطالَب بالفيئة بعد أربعة أشهر، إذا كان العذر إيلاءً يومئذ؛ وذلك لأن التمكين حاصل من جهتها، والمانع فيه، وهو القصد بالإيذاء، وقصد المضارة، ويستوي في ذلك الموانع الشرعية؛ كالصوم والإحرام والاعتكاف، والحسية؛ كالمرض والحَبْس والجنون، وإن كان المانع فيها كما إذا كانت صغيرة لا تحتمل الوطء، وكالنشوز والمرض المضني المانع من الوطء، فإن قَارَنَ ابتداء الإيلاء، لم يبدأ بالاحتساب إلى أن يزُول، وإن طراً في المدة، قطعها، لأنه إذا وجد منها ما يمنع الوطء، لم يتحقَّق المضارة فيه، هذا هو المذهب الظاهر في الجانيين، ونقل المزنئ - رحمه الله - في حَبْس الزوج قولاً آخر أنه يمنع احتساب المدة واعتراض عليه، وقال قد نصرَّ الشافعي - رضي الله عنه - على أن المرض لا يَمْنَع، فكذلك الحَبْس وغلظه عامة الأصحاب في نقل هذا القول، وقالوا إنَّما ذكر الشافعي - رضي الله عنه - منع الاحتساب في حبسها لا في حبسه، وحكى القاضي ابن كج أن بعضهم سلَّم صحة النقل، وأن هؤلاء المسلمين اختلفوا في تنزله، فمنهم من نَزَّله على ما إذا كانت هي التي حَبَسَتْه، وقال: إنَّه يمنع الاحتساب؛ لأنها تُقَدِّر على تخليته، فكان المانع فيها، ومنهم من نَزَّله على ما إذا كان مخبوساً ظلماً، وقال: مثل هذا الحَبْس يمنع الاحتساب، وحق هذا القائل أن يطرد ما ذكره في المرض، وما لا يتعلَّق باختياره من الموانع، وهذا شيء قد

= الماوردي فجزم في الحاوي بأنها لا تستأنف المدة والحالة هذه، وفرق بين حدوث الردة في زمن الوقف الثاني وبين الطلاق الرجعي بأنه وفاها حقها في الطلاق الرجعي بخلاف الردة وهذا صحيح، وما أوقع الرافي في ذلك إلا كلام الغزالي فإنه قال في الوسيط والوجيز ما يدل على ذلك.

أما الوسيط فإنه قال: والطلاق الرجعي بعد المدة يقطع المدة، فإن جرت رجعة فاستئناف المدة أولى؛ لأن الطلاق إجابة إلى المطالبة، فقد أجاب مرة فلا يطالب حتى يمتنع أربعة أشهر آخر، وألحقوا الردة أيضاً بالطلاق وهو أبعد؛ لأنه ليس إجابة لمطالبته وهذا من الغزالي يدل على أن الأصحاب ألحقوا وليس الأمر كذلك ولعله شاذ من الأصحاب أصله من وطء المرتد، فإنه يجب المهر، وإن عاد إلى الإسلام نظر إلى أن ذلك المتحلل كان في غير النكاح.

(١) سقط في ز. (٢) في أ: فلو.



مال إِيَّاهُ الإمام. قال: وكان يُحتمل أن يُصدَّقَ المزنِي في النُّقْل وقال فيه وفي نص المرضُ إنهما على قولَيْن<sup>(١)</sup> بالنقل والتخريج، وذلك لأنه إذا تحقَّق المانع في الزوج، لم تظْهر المضارة، وهي المعتمد في الإيلاء، وعن صاحب «التقريب» أن البويطي حكي قولاً أن الموانع الطارئة فيها لا تُمنع الاحتساب؛ لحصول قصد المضارة في الابتداء، نقله الإمام وأبو الفرج الزاز، فيجوز أن يُعلم؛ لذلك قوله في الكتاب «وحبسه» بالواو، وكذا قوله فإن كان المانع فيها منع احتساب المدة، وقوله «كصغرها»، المراد: الصغر المانع من الوطاء، فأما إذا آلى عن الصغيرة التي تحتمل الجَماع، فيستدي الاحتساب.

وقوله «وجنونها» محمول على ما إذا امتنعت، فتكون كالناشزة، فأما المجنونة التي لا تمنع منه، فتحسب المدة في حَقِّها فإذا قلنا بظاهر المذهب فيما يُوجد فيها مِنَ الموانع، فلو طرأ فيها مانع في المدة، ثم زال، فتُبْنَى المدة على ما مضى، أو تستأنف؟ فيه وجهان:

أحدهما: تبني كما لو وطئت المعتدة بالشبهة، وحبلت منه، فإنها بعد الوضْع تبني على ما مضى من العدة.

والثاني: تستأنف كما قدّمنا في عروض الطلاق الرجعي والردة؛ وهذا لأن المَضارة إنما تتحقَّق إذا توالَّت المدة، وكان الامتناع من جهة الزوج، وقد ذكر<sup>(٢)</sup> في الكتاب أن الأول أظهرُ ولم يذكر ذلك في سائر كتبه، ولا ذكره الإمام، والصحيح المنصوص الثاني، ولم يُورد الجمهور غَيْرَه، ولو طرأت هذه الموانع بعد تمام المدة، وقبل المطالبة، وزالت، فقد قال الإمام - رحمه الله -: المذهب المتيقن أنه تعود المطالبة، ولا حاجة إلى استئناف المدة؛ لتحقق<sup>(٣)</sup> المضارة منه في المدة على التوالي، وأبعد بعض الضعفة، فقال: إذا أوجِبنا الاستئناف فيها إذا طرأت في المدة، وزالت، فكذلك هاهنا، وقوله «بخلاف الطلاق الرجعي والردة» أراد به ما قدّمنا أنه لو طلق بعد المدة طلاقاً رجعياً، ثم راجعها تستأنف المدة، وكذا لو ارتدَّ أحد الزوجين، وعاد إلى الإسلام في مدة العدة؛ لأنه مطالبٌ بأن يُطلق إن لم يفء وقد فَعَلَ، وخرج عن عهدة تلك المدة، لكن بقيت مدة اليمين، فاستؤنفت<sup>(٤)</sup> مدة أخرى، وألحقت الردة بالطلاق؛ لأنها سبب انقطاع النكاح في الجملة، وهاهنا بخلافه.

وأما قوله «منعت المطالبة في الحال» فهو دخيل في هذا الموضوع؛ لأن المقصود الآن بيان ما يقطع المدة، وما لا يقطعها، والكلام فيما إذا وُجِدَ مانعٌ وقت المطالبة يأتي

(٢) في أ: ذكرنا.

(١) في أ: القولين.

(٤) في ز: فاستؤنفت.

(٣) في ز: لتحقيق.

في الحُكْم الثالث. وكذا الحال في قوله عند ذُكْر الحيض، «وإن كان يمنع طلب الوطء في الحال»، وقد أعاد الكلام في أنه لا مطالبة للمريضة، ولا للحائض من بعد.

هذا هو الكلام فيما يُوجَدُ بينهما من الموانع الحسيّة، وأما الشرعية، ففي بعض التعاليق التي لا يُؤمن في مثلها العَلَطُ أنّها لا تَمْنَعُ الاحتساب أضلاً، وأطلق في الكتاب: أن صومها لا يمنع الاحتساب، وكذلك حَكَى الإمام عن شيخه أنه لا يمنع الاحتساب، ولا يقطع المدة، ثم قال: إِنْ كَانَ الصَّوْمُ تَطَوُّعاً، فالأمر كذلك؛ لأنه متمكن<sup>(١)</sup> من غشيانها وتحليلها، وإن وَقَعَ رمضان في الأشهر، فكذلك؛ لأنه لا بَدَ لَهَا من الصَّوْمِ، وفي الليالي مقنع الاستمتاع، ولو<sup>(٢)</sup> أرادت تعجيل قَصَاءِ عليها، وأن تبادر إلى الصلاة في أول الوقت، وأراد الزوج أن تؤخرهما، وطلب الاستمتاع، ففي تمكنه منه خلاف يُذكر في موضعه، فإن تَمَكَّنَ، فهو كصوم التطوع، وإلا فَيُفِي المسألة احتمالاً، قال: والأظهر أنه لا أثر له، ويكتفي بالتمكن في الليالي، وما ذُكِرَ في صوم التطوع مساعداً عليه، وأما في صوم الفَرَضِ، فالمشهود في كتب الأصحاب أنه يَمْنَعُ الاحتساب، وكذلك الاعتكاف المفروض، وعلى هذا، فَمَهْمَا وَقَعَ رمضان في المدة، أحوج إلى الاستئناف، وهذا كما أنه يقطع تتابع الشهرين في الصوم عن الكفارة، فأَعْلِمُ؛ لما ذُكِرْنَا قوله «أما صومها فلا يمنع من احتساب المدة» ولا خلاف في أن حيضها لا يمنع الاحتساب؛ لأن ذات الأقراء لا تَخْلُو في مدة الإيلاء عن الحيض غالباً، فلو جُعِلَ مانعاً، لم يتخلص عن الضّرر، وهذا كما أنه لا يَفْطَعُ التتابع في صوم الشهرين، وفي النفاس وجهان:

أحدهما: أنه لا يُلْحَقُ بالحيض؛ لأنه نادر.

وأصحهما، على ما ذكر في «التهذيب»: أنه كالحيض، كما أنه يشاركه في أكثر الأحكام، واعلم أن ما ذكرنا في الصَّغَرِ والمرض المانعين من الوطء مبنيٌّ على ظاهر المذهب، وهو صحة الإيلاء، وقد سَبَقَ في أول الكتاب حكاية قول عن القديم أنه لا يصحُّ الإيلاء عن الصغيرة والمريضة المُضْنَاءِ، والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الْحُكْمُ الثَّانِي: الْمُطَالَبَةُ) وَلَهَا ذَلِكَ إِذَا مَضَتْ الْمُدَّةُ مِنْ غَيْرِ قَاطِعٍ \* فَإِنْ رَضِيَتْ لَمْ يَبْطُلْ حَقُّهَا وَكَانَ لَهَا الْعَوْدُ بِخِلَافِ الْمُتَّةِ بَلْ هَذَا كَرَضَاهَا بِإِعْسَارِ الزَّوْجِ فَإِنَّهَا تَرْجِعُ إِلَى الطَّلَبِ \* وَلَا مُطَالَبَةَ لَوْلِي الصَّغِيرَةِ وَالْمَجْنُونَةِ وَلَا لِسَيِّدِ الْأُمَّةِ بَلْ يَخْتَصُّ هَذَا بِالْمَرْأَةِ \* وَلَا مُطَالَبَةَ لِلْمَرِيضَةِ الَّتِي لَا تَحْتَمِلُ الْوِقَاعَ \* وَلَا لِلرِّثْقَاءِ \* وَلَا لِلْحَائِضِ

(٢) في أ: وإن.

(١) في ز: فكذلك.

حَالَةَ الْحَيْضِ \* وَإِنْ كَانَ فِي الرَّجُلِ مَانِعٌ طَبِيعِيٌّ فَلَهَا مُطَالَبَتُهُ بِالْفَيْئَةِ بِاللِّسَانِ وَوَعْدُ الْوِقَاعِ \* وَإِنْ كَانَ شَرْعِيًّا كَالطَّهَارَةِ وَالصُّومِ وَالْإِحْرَامِ فَلَهَا الْمُطَالَبَةُ وَعَلَيْهِ أَنْ يُطَلِّقَ أَوْ يَعْصِيَ بِالْوِقَاعِ إِلَّا أَنْ ذَلِكَ يَنْقَدِحُ إِنْ جَوَّزْنَا لَهَا التَّمْكِينَ \* وَلَا خِلَافَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِلرَّجْعِيَّةِ التَّمْكِينَ \* وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ الْمَانِعُ فِيهَا كَالصُّومِ وَالْإِحْرَامِ وَالْحَيْضِ \* وَإِنْ كَانَ فِيهِ وَعَصَى بِطَلْبِ الْوِقَاعِ قَبْلَ: يَجِبُ عَلَيْهَا التَّمْكِينَ لِأَنَّهُ حَتَّى الرَّوْجِ فَيَوْفَى وَإِنْ كَانَ عَاصِيًّا بِالِاسْتِيفَاءِ \* وَقِيلَ: لَا يَجِبُ وَلَا يَحِلُّ فَعَلَى هَذَا لَا يُمْكِنُ طَلْبُ الْوِطْءِ وَلَكِنْ يُقَالُ لَهُ: طَلَّقْ \* فَإِنْ وَطِئَ مَعَ التَّخْرِيمِ أُنْدَفَعَ \* وَقِيلَ: إِنَّهُ يَكْتَفِي هَهُنَا بِفَيْئَةِ اللِّسَانِ إِلَى زَوَالِ الْمَانِعِ إِذْ لَا وَجْهَ لِلِإِزْهَاقِ إِلَى الطَّلَاقِ .

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قوله «المُطَالَبَةُ ولها ذلك إذا مضت المدة من غير قاطع» يشعر [بأن المطالبة إنما تتوجه إذا مضت المدة من غير قاطع]، وإنما يستمر هذا الكلام على الوجه الصحيح، إذا طرأ قاطع، وجب الاستئناف، أما إذا قلنا بالبناء بعد زوال الطارئ، لم تكن المدة ماضية من غير قاطع، وفقه الفضل تخضره مسألتان:

إحدهما: للمرأة المطالبة بأن يفيء أو يُطَلِّقَ إن لم يفء فما لم تُطَالِبْ، لم يؤمر الزوج بشيء، ولا يسقط حقها بالتأخير، ولو تركت حقها، ثم رَضِيَتْ، ثم بَدَأَ لها، فلها العَوْدُ إلى المطالبة ما لم تنته مدة اليمين، لتجدد الضَّرر على ما ذَكَّرْنَا في فضل خيار العَتَّةِ، وهذا كما أنها إذا رَضِيَتْ بإعسار الزوج ثم أرادت الفسخ [تتمكن منه لتجدد الضرر بفوات النفقة يوماً بيوم، ويخالف ما إذا رَضِيَتْ بعَتَّةِ الزوج، ثم أرادت الفسخ لا<sup>(١)</sup>تتمكن منه، فُرِّقَ بأن العَتَّةَ خِصْلَةٌ نَادِرَةٌ لَا تَبْسُطُ عَلَى الْأَيَّامِ، وَحَقُّ الْاسْتِمْتَاعِ وَالنَّفَقَةُ تَبْسُطَانِ عَلَيْهَا، وَبِأَنَّ الْعَتَّةَ عَيْبٌ، وَالرِّضَا بِالْعَيْبِ يُسْقِطُ حَقَّ الْفَسْخِ، وَاعْتَرَضَ عَلَيْهِ بِأَنَّهُ لَوْ كَانَ سَبِيلَهَا سَبِيلَ الْعِيُوبِ، لَمَّا ثَبِتَ لَهَا الْفُسْخُ إِذَا نَكَحَتْهُ عَالِمَةً بِعَتَّتِهِ، وَأَجِبَ عَنْهُ بِأَنَّ الْعَتَّةَ لَا تَتَحَقَّقُ، فَقَدْ يُعْرَفُ فِي نِكَاحٍ وَلَا يُعْرَفُ فِي آخَرَ، فَاقْتَضَى ذَلِكَ الْفَرْقُ بَيْنَ الْعَتَّةِ وَبَيْنَهُمَا، قَالَ فِي «التَّمَةِ»: ومثلهما ما إذا اشترى عبداً، فأبق قبل القبض، ورضي المشتري بترك الفسخ، ثم بدأ له، يُمكن من الفسخ؛ لأن التسليم مستحق له في الأوقات كلها، فالإسقاط يُؤثِّرُ فِي الْحَالِ دُونَ مَا يَسْتَحِقُّ مِنْ بَعْدِ، وَتَخْتَصُّ الْمَطَالِبَةُ بِالزَّوْجَةِ كَالْفَسْخِ بِالْعِنَةِ، وَكَمَا أَنَّ الطَّلَاقَ يَخْتَصُّ بِالزَّوْجِ فَلَيْسَ لَوْلِيِّ الصَّبِيَّةِ الْمَرَاهِقَةِ وَالْمَجْنُونَةِ الْمَطَالِبَةُ، وَحَسُنَ أَنْ يَقُولَ الْحَاكِمُ لِلزَّوْجِ عَلَى سَبِيلِ النَّصِيحَةِ: اتق الله، فيء إليها أو طلقها، وإنما يضيق الأمر عليه إذا بلغت تلك أو أفاقت

(١) سقط في ز.

هذه، وطلبتنا، وكذلك ليس لسيد الأمة المطالبة، فإن الاستمتاع يتعلّق بها والله أعلم.

**المسألة الثانية:** إذا وجد مانع الجماع بعد مضي المدة المحسوبة، فيُنظر؛ أهو فيها أم في الزوج؟ فإن كان فيها بأن كانت مريضة؛ بحيث لا يمكن وطؤها أو محبوسة لا يمكن الوصول إليها، لم تثبت المطالبة بالفئة لا فعلاً ولا قولاً؛ لأنه معذور، والحالة هذه، ولا مضارة، وكذا لو كانت مُحَرمة أو حائضاً أو نفساء أو صائمة أو معتكفة عن فُرُص.

وأما قوله في الكتاب «ولا للرتقاء» فهو مفرّع على صحة الإيلاء عن الرتقاء، وقد سبق [فيه] الخلاف [فيه] ثم سياق الكتاب يقتضي ضرب المدة إذا قلنا بصحته، وذكر في «السيط» تفرعاً عليه أنه يطالب بالفئة باللسان، وقال لا معنى لصحته إلا ذلك، لكن قدّمنا في أول الكتاب [أن صاحب «الشامل» قال: لا تضرب المدة للرتقاء، وإن صححنا الإيلاء،] <sup>(١)</sup> ومن ذهب إليه، فإنه يُقصر أثر الصّحة على التأميم، وإن كان المانع في الزوج، فهو إمّا طبعي أو شرعي، أما الطبعي فكالمرض الذي لا يقدر معه على الوطء وفي معناه إذا خاف من الوطء منه زيادة العلة أو بدء البرء، فيطالب بالفئة باللسان أو الطلاق، إن لم يفاء.

قال الإمام قدس الله روحه: ولا بُعد في المطالبة بالفئة باللسان، فإن حكم الإيلاء مبني على الإضرار باللسان، وشبهها مشبهون بإشهاد الشفع على طلب الشفعة عند الغيبة، وتعدّد الطلب في الحال، ولو استمهل للفئة باللسان، لم يجب بحال؛ فإن الوغد هيّن متيسر، ثم إذا زال المانع، فيطالب بالفئة أو الطلاق؛ فإنه لم يوف بفئة اللسان حقها، وإنما أخرها لانتظار القدرة، ولا يحتاج هذا الطلب إلى استئناف المدة، وعن أبي حنيفة أنه يحتاج.

وقوله في الكتاب «فلها مطالبته بالفئة باللسان ووعد الوقاع» [لفظ بالوعد بالوقاع] بيان وتفسير للفئة باللسان.

ومن الموانع الطبيعية الحبس المانع من الوصول لها، فإن حبس يظلم، فهو معذور؛ كالمريض، وإن حبس في دين يقدر على أدائه، فيؤمر بالأداء أو بالفئة أو الطلاق.

وأما الشرعي، فكالظهار، فإنه إذا ظاهر وعاد قبل الإيلاء أو بعده، حرم الوطء حتى يكفر، وكالصوم والإحرام، ففيه طريقان: الحسنى منهما بناء الأمر على أن الزوج لو قصد وطنها، وهناك مانع شرعي، هل يلزم التمكين، وفيه تفصيل؛ فإن كان المانع يتعلّق بهما، كالطلاق الرجعي، فلا يلزمها التمكين، بل لا يجوز، ولو اختص المانع

(١) سقط في ز.

بها؛ كالحيض والصوم والإحرام، وكذلك وإن اختصَّ به كصومه وإحرامه، فوجهان: أحدهما: أنه يلزمها التمكين، لأنه لا مانع فيها، وليس لها منْع ما عليها مِنَ الحق، وأظهرهما، على ما ذكر صاحب «الشامل» و«المهذب» وغيرهما: المنع؛ لأنه موافقة على الحرام وإعانةً عليه، وإن كان التحريم بسبب الظهار، فمنهم من ألحقه بالطلاق الرجعي، حتى لا يجوز لها التمكين؛ لأن الظهار يُحرّم المرأة، كالطلاق، ومنهم من ألحقه بالصوم والإحرام؛ حتى يكون على الوجهين؛ لأن الظهار لا يجلُّ بالنكاح؛ كالصوم والإحرام، فإن قلنا يجوز<sup>(١)</sup> التمكين، فلها المطالبة بالفيئة أو الطلاق، فإن أراد الفيئة فامتعت، سقط حقها من الطلب، وإن قلنا بالمنع، فوجهان:

أحدهما: أنه يقنع منه بالفيئة باللسان، كما في المانع الطبيعي، ولأن الأمر بالطلاق على التعيين بعيد.

وأشبههما، وبه أجاب في «الشامل»: أنه يطالب بالطلاق إزالة للضرر عنها، ويخالف المانع الطبيعي، فإن الوطاء هناك متعذر في نفسه، وها هنا الإمكان حاصل، وهو الذي ضيق على نفسه. والطريقة الثانية: أنه يقال له: قد ورّطت نفسك بالإيلاء إن فئت إليها عصيت وأفسدت نسكك وصومك، وإن لم تطأ ولم تطلق طلقناها عليك، وشبه ذلك كما إذا غصب لؤلؤة ودجاجة، فابتلعت الدجاجة اللؤلؤة، يقال له: إن لم تُذبح الدجاجة، غرّمناك اللؤلؤة، وإن ذبحتها، غرّمناك الدجاجة.

ولو قال في صورة الظهار: أمهلوني، حتى أكفر؛ نُظِر؛ إن كان يُكفر بالصيام، لم يُجب، وإن كان يُكفر بالإعتاق أو الإطعام، فعن أبي إسحاق أنه يُمهّل ثلاثة أيام، وفي «التهذيب» يُمهّل يوماً أو نصف يوم، ويمكن ذلك بحيث يتيسر المقصود في تلك المدة، وهذا إذا لم تطل مدة الانتظار، فإن طالّت لِفَقْدَانِ الرقبة أو مصرف الطعام، فلا يمهل قاله في «التممة» على كل حال، فلو وطئ مع التحريم، اندفعت المطالبة، وخرج عن موجب الإيلاء.

وقوله في الكتاب «فلها المطالبة»، وعليه أن يُطلق أو يعصى بالوقوع إلا أن ذلك ينقذ إن جوّزنا لها التمكين» إشارةً إلى بناء المطالبة على جواز التمكين، لو أراد الزوج الوطاء، على ما بيّنا في الطريقة الأولى، وهي التي أوردها في الكتاب.

وقوله «ولا خلاف»<sup>(٢)</sup> أنه لا يجوز للرجعية التمكين» [وفي بعض النسخ «لا تتعلق بهذه المسألة» لكن لما وقع التعرّض لجواز التمكين] مع قيام المانع، بيّن أنه متى يجوز، ومتى لا يجوز، وقوله «ثم قيل: يجب عليها التمكين» وفي بعض النسخ «يجب عليها

(٢) في أ: فلا خلاف.

(١) في أ: بجواز.

التمكين» وليس في الأول ما يقتضي ترجيح هذا الوجه على مقابله، وهو قوله «وقيل لا يجب ولا يحل» ويوافقه إيراد «الوسيط» وعلى التقدير الثاني، فقضية النظم ترجيح الوجه الذاهب إلى وجوب التمكين، وقد رجحه صاحب «التهذيب» أيضاً، وعن الشيخ أبو حامد أنه قطع به في الصوم والإحرام، لكنه لا يكاد ينسأغ، ويجوز أن يعلم، قوله «وقيل لا يجب ولا يحل».

وقوله «فعلى هذا لا يمكن طلب الوطاء ولكن يقال له طلق» يشعر بترجح الوجه الذاهب إلى المطالبة بالطلاق، كما بيّناه، وقوله «للإرهاق إلى الطلاق» يقال أزهقه عسراً «أي كلّفه إياه»، والله أعلم.

قَالَ الْعَزَائِي: (الْحُكْمُ الثَّلَاثُ) فِيمَا يَجِبُ عَلَى الزَّوْجِ وَهُوَ الْوُطْءُ أَوْ الطَّلَاقُ \* فَإِنْ أَبَى فَالصَّحِيحُ أَنَّ الْقَاضِيَّ يَطْلُقُ \* وَفِيهِ قَوْلٌ أَنَّهُ يُخْبَسُ حَتَّى يَطْلُقَ \* فَإِنْ أَسْتَمَهَلَهُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَأَصَحُّ الْوَجْهَيْنِ أَنَّهُ يُمْهَلُ فَلَعَلَّهُ يَنْتَظِرُ نَشَاطاً وَقُوَّةَ \* فَإِنْ أَمَهَلَ الْقَاضِيَّ ثُمَّ طَلَّقَ قَبْلَ تَمَامِ الْمَهْلَةِ لَمْ يَقَعِ \* لَا كَقَتْلِ الْمُزْتَدِّ قَبْلَ تَمَامِ الْمُدَّةِ فَإِنَّهُ هَدَرٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قد تكرر أن المولي بعد المدة يُطالب بالفيئة أو الطلاق، فتبين أن المقصود الفيئة، لكنه يؤمر بالفيئة أو الطلاق، إن لم يفيء، قال الإمام: وليس لها توجيه الطلب نحو الفيئة وخذها، فإن النفس قد لا تطاوع، بل يجب أن يكون الطلب متردداً، فإن لم يفيء، وأبى أن يطلق، فقولان: الجديد، وأحد قولي القديم، وبه قال مالك واختاره المزني: يطلقها القاضي عليه طلقة واحدة؛ لأنه حق قد توجه عليه، وهو مما يدخله النيابة، فإذا امتنع، ناب عنه القاضي، كقضاء الدين، وكما إذا عضل الولي.

وجه أيضاً؛ بأن مدة الإيلاء مقدرة بالسُّرع يقطعها الوطاء، فيثبت للقاضي التفریق إذا انقضت بلا وطاء كمدة العنة.

الثاني: من قولي القديم: أنه لا يُطلق عليه، بل يخيّسه [ويُعزّره] إلى أن يفيء، أو يُطلق لِمَا رَوَى عن النبي - ﷺ - قال: «الطَّلَاقُ بِيَدِ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ»<sup>(١)</sup> ولأنه مخيّر<sup>(٢)</sup> بين الفيئة والطلاق، فإذا امتنع، لم يقم القاضي مقامه، كما إذا أسلم على أكثر من أزع، فخير.

وعن أحمد - رحمه الله - روايتان كالقولين، وفي «التتمة» ما يدل على أن أظهرهما

(١) أخرجه ابن ماجة عن ابن عباس بلفظ: إنما الطلاق، وفيه قصة، وفي إسناده ابن لهيعة وهو ضعيف، وله طريق أخرى عند الطبراني في الكبير، وفيه يحيى الحماني، ورواه ابن عدي والدارقطني من حديث عصمة بن مالك وإسناده ضعيف.

(٢) في أ: يتخير.

موافقةً القديم، ويجوز أن يُعلم؛ لما ذكرنا قوله في الكتاب «أنه يُخْبَس» بالميم وقوله «إن القاضي يُطَلَّق» بالألف، ويجوز إعلام كليهما بالحاء؛ لما مرَّ أن عند أبي حنيفة أن الطلاق يقع بمضيِّ المدَّة، ولو أنه لم يبد الإيلاء ولكنه استمهل؛ ليفيء، فلا خلاف أنه يُمهَّل بقدر ما يتهيأ لذلك الشُّغل، فإن كان صائماً، فيمهَّل إلى أن يُفْطِر، وإن كان جائعاً، فحتى يَشْبَع، وإن كان ثقيلاً من الشَّبَع، فحتى يَخْفُف، وإن كان يغلبه الثُّعاس، فحتى يزُول ما به، ويحصل التهيؤ والاستعداد في مثل هذه الأحوال في قدر يوم فما دونه، وهل يُمهَّل ثلاثة أيام؟ فيه قولان يقال وجهان: أحدهما: نعم؛ لأنها مدة قريب، وقد يتنظر فيها نشاطاً وقوةً.

الثاني: المنع؛ لأن الله تعالى قدَّر مدة الإيلاء بأربعة أشهر، فلا يزداد عليها؛ ولأنه حق حَلِّ عليه، فلا يُمهَّل أكثر من قدَّر الحاجة، والأصحُّ عند صاحب الكتاب الأول، وعند أصحابنا العراقيين الثاني، وهو اختيار المزني، وقضية إيراد صاحب «التهذيب» وإذا أمهله ثم طلق عليه في المدَّة، لم يقع الطلاق إن وجدت الفيئة في مدة المهلة، وإن مضت المدَّة بلا فيئة، ففيه وجه أنه ينفذ، والظاهر المنع، وهو المذكور في الكتاب؛ لتظهر فائدة الإمهال، ويخالف ما إذا أمهل المُرْتَدَّ ثم قتله القاضي أو غيره، فإنه يكون قتله هدرًا؛ لأنه لا عصمة له، والقتل الواقع لا مدفع له، وأما الطلاق، فهو قابل للردِّ والإبطال، قال الإمام - رحمه الله - وفي التصوير عُسر، فإن طلاق القاضي قد استند<sup>(١)</sup> إلى رأيه في الإمهال، وإذ كان كذلك، فالطلاق ينفذ اتباعاً لاجتهاده، والكلام في الإمهال ثلاثاً، يجري في قتل تارك الصلاة، وفي الأخذ بالشُّفعة، وخيار العتق والعنة والفسخ، بالإعسار واستتابة المرتد.

فَرُوعٌ: ذكرها القاضي ابن كج لو طلق القاضي عليه، ثم ثبت أنه قد وطئ قبل ذلك، تبين أن الطلاق لم يقع، وكذا لو تبين أنه طلق قبل طلاق القاضي، لم يقع طلاق القاضي، ولو وقع طلاق الزوج، والقاضي معاً، نفذ؛ لأن كل واحد منهما فعل ماله أن يفعلَه، وحكى وجهاً آخر: أنه لا ينفذ طلاق القاضي، لأنه إنما يُطلق إذا امتنع الزوج ولم يمتنع.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: وَلَوْ غَابَ الرَّوْجُ إِلَى مَسَافَةٍ لَا تُقَطَّعُ فِي أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَلَوْ كَيْلَهَا أَنْ يَطْلِبَهُ عِنْدَ الْقَاضِي إِمَّا بِالطَّلَاقِ أَوْ الرَّجُوعِ إِلَيْهَا \* فَإِنْ لَمْ يَزْجَعْ حَتَّى مَضَتْ مُدَّةُ الْإِمْكَانِ، فَقَالَ: الْآنَ أَرْجِعْ لَمْ يُمْكَنْ \* وَلِلْقَاضِي أَنْ يَطْلُقَ \* وَلَوْ أَدْعَى بَعْدَ الْمُدَّةِ عَنَّهُ لَمْ يَطْلُقْ وَصَرَبْنَا مُدَّةَ الْعِنَّةِ فَلَعَلَّهُ يَقْدِرُ فَيَطَّأ.

(١) في أ: يستند.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ صَوْرَتَانِ:

إحدهما: إذا آلى عن امرأته، وهو غائب أو آلى ثم غاب عنها، حُسِبَتِ المَدَّةُ عليه كما تحسب مدة حبسه، ولها أن تُؤكَّلَ من يطالبه، فإذا انقضت المدة، رَفَعَهُ الوكيل إلى قاضي ذلك البلد، وطالبه، والقاضي يأمره بالفيئة باللسان في الحال للمانع الحسي، وبالمسير إليها أو يحملها إليه أو بالطلاق، إن لم يفعل ذلك، فإن لم يَفِءْ باللسان أو فاء به، ولم يَزِجْ إليها، ولا حملها إليه حتى مضت مدة الإمكان، ثم قال: ارجع الآن لم يمكن، والقاضي يُطَلِّقُ عليه بطلب وكيلها، على القول الأصح، ويحبسه لِيُطَلِّقَ على القول الآخر، ويعذر في التأخير؛ ليهيئ أهبة السفر، ولخوف الطريق إلى أن يزول الخوف، ولو غاب عنها وهرب بعد مطالبتها بالفيئة أو الطلاق، لم يرض منه بفيئة المعذورين، ولا يُمهَّل للمسير، ذكره أبو الفرج السرخسي أو نحواً منه.

الثانية: إذا طولب، فادعى العنة والعجز عن الفيئة، نُظِرَ؛ إن لم يَدْخُلْ بها في ذلك النكاح سواء كانت ثيباً أو بكرًا، وادعى العجز عن الافتضاض، ففيه وجهان:

أحدهما: أنها إذا صدقته أو كذبتة، فحلف على العجز، لا يُطالَب بالفيئة الحقيقية، ولكن يطالب بفيئة المعذورين أو بالطلاق، إن امتنع عن فيئة المعذورين؛ لظهور عجزه، فإن فاء، ضُرِبَتِ عدة العنة إن طلبته، فإن وطىء في المدة، فذاك، وإلا أمضى حُكْمُ العنة، وهذا هو ظاهر النص، والمذكور في الكتاب.

والثاني: وبه قال أبو علي بن أبي هريرة والطبري: أنه يتعين عليه الطلاق؛ لأنه متهم في تأخير حقها والإضرار بها، ولأن من خُيرَ بين شيئين، وتعذر عليه أحدهما، تعين الثاني، وإن كان قد دخل بها في ذلك النكاح، لم تسقط المطالبة، ولم يعتبر قوله؛ لأن العنة بعد الوطء لا حُكْمَ له فتظهر تهمة الدُّفْعِ في قوله.

وقوله في الكتاب «وللقاضي أن يُطَلِّقَ» يعني تفريراً على [القول الصحيح].

وقوله في الصورة الثانية: «لم يَطَلِّقَ»، أي القاضي، والله أعلم<sup>(١)</sup>.

قَالَ الزَّائِلِيُّ: (الْحُكْمُ الرَّابِعُ فِيمَا بِهِ الْفَيْئَةُ) وَهُوَ تَغْيِيبُ الْحَشْفَةِ فَلَا يَخْصُلُ بِتُرْوَلِهَا عَلَيْهِ \* وَيَخْصُلُ بِوَطْئِهِ مُكْرَهًا إِنْ قُلْنَا: يَلْزَمُ بِهِ الْكَفَّارَةُ أَوْ قُلْنَا: يَنْحَلُّ بِهِ الْيَمِينُ وَإِلَّا فَالصَّحِيحُ أَنَّ الطَّلَبَ لَا يَنْقَطِعُ \* وَلَوْ جُنَّ فَوَطِئَ فَالنَّصُّ أَنَّهُ يَنْحَلُّ يَمِينَهُ وَلَا كَفَّارَةَ فَيَنْقَطِعُ الْإِيْلَاءُ \* وَفِيهِ قَوْلٌ مُخَرَّجٌ مِنَ النَّاسِي فَيَكُونُ تَفْصِيلُهُ كَتَفْصِيلِ الْمُكْرَهِ \* وَإِذَا جُنَّ

(١) سقط في ز.



الرَّجُلُ لَمْ تَنْقَطِعِ الْمُدَّةُ وَلَكِنْ لَا يُطَالَبُ قَبْلَ الْإِفَاقَةِ لِأَنَّهُ لَيْسَ أَمْتِنَاغُهُ لِأَجْلِ الْيَمِينِ .

قَالَ الرَّافِعِيُّ: والمقصود الآن الكلام في أن الفيئة بم تحصل؟ قال الشافعي - رضي الله عنه -: وأقل ما يكون به المولي فائياً في الثيب أن يغيب الحشفة؛ وفي البكر إذهاب العذرة، وذكر الأئمة منهم صاحب «الشامل» والإمام أن تغييب الحشفة يُزيل العذرة؛ وعلى هذا فالإقتصار على تغييب الحشفة يفيد الغرض، ولا تحصل الفيئة بالجماع فيما دون الفرج، ولا بالإتيان في غير المأثني، ثم الكلام [محصوراً]<sup>(١)</sup> في صور:

إحداها: لو نزلت عليه، واستدخلت ذكره، فلا تنحل اليمين حتى [ولو وطئها بعد ذلك لزمه الكفارة.

وهل تخصل به الفيئة، ويرتفع<sup>(٢)</sup> الإيلاء؟ وفيه وجهان:

أحدهما، وهو المذكور في الكتاب: لا؛ لأن اليمين نافية<sup>(٣)</sup> مانعة من الوطاء، كما كانت، فيبقى الضرر.

وأظهرهما، وهو الذي ذكره صاحب «التهذيب» والمتولي وغيرهما: حصول الفيئة، وارتفاع الإيلاء؛ لوصولها إلى الحق وزوال الضرر به، ووجه أيضاً بأن أخذ صاحب الحق الحق، كتسليم من عنده الحق كما في الوديعة، قال الإمام: وفي بعض التعاليق عن شيخي - رحمه الله - أنه يخرج في انحلال اليمين إذا نزلت عليه الخلاف الذي يأتي ذكره في وطء المجنون والكراه، وعده غلطاً.

الثانية: لو وطئها مكرهاً، ففي وجوب الكفارة القولان المعروفان، فيما إذا فعل المحلوف عليه ناسياً أو مكرهاً؛ إن أوجبناها فتنحل اليمين، ويرتفع الإيلاء، وإن لم نوجبها، ففي انحلال اليمين وجهان جاريان في كل يمين وجد فيها الفعل المحلوف عليه عن إكراه أو نسيان.

أحدهما: الانحلال؛ لأنه وجد المحلوف عليه في الحقيقة، إلا أنا لم نؤخذ بالكفارة؛ لأنه لا تقصير منه وأوقفهما لكلام الأئمة: المنع؛ لاختلال الفعل الصادر عن النسيان والإكراه؛ ولذلك لم يُحكَم بوجوب الكفارة، وقد قطع بهذا القاضي أبو الطيب والشيخ أبو حامد، ونفياً للخلاف.

وإن حكّمنا بالانحلال، حصلت الفيئة، وارتفع الإيلاء، وإن لم تحكّم به، فوجهان:

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: باقية.

(٣) في أ: فيرتفع.

أحدهما: <sup>(١)</sup> أنه لا تحصل الفيئة، وتبقى الطلبة؛ لأن اليمين قائمة.

والثاني: يحصل، ويرتفع الإيلاء؛ لوصولها إلى حقها واندفاع الضرر، والأصح عند صاحب الكتاب - رحمه الله - الأول، وهو يوافق جوابه في صورة نزولها عليها، وبالثاني أجاب صاحب «التهذيب» وغيره، وهو يوافق جوابهم هناك.

وصورة المسألة مبنية على أنه لا يتصور الإكراه على الوطاء، [وهو الظاهر، وفيه وجه]: أنه لا يتحقق الإكراه على الوطاء؛ لأن المكروه فزع مسلوب الاختيار، ومن كان كذلك، لم تنشط شهوته، ولم تنتشر آله.

وقوله في الكتاب «فلا يحصل بنزولها عليه» مُعلم بالواو، والظاهر عند الأكثرين الحُصول.

وقوله «أو قلنا يَنْحَلُّ به اليمين» يجوز إعلامه بالواو؛ لقطع القاضي والشيخ - رحمهما الله -.

الثالثة: إذا أُلِّي، ثم جُنَّ، فوطئها في الجنون؛ إما في المدة أو بعدها، ففيه طريقان:

الذي أروده العراقيون: القَطْع بأنه لا يَحْنُث، ولا ينحل اليمين، ولا يلزمه الكفارة؛ لأنه ليس للمجنون قصد صحيح، ولأن الحنث ولزوم الكفارة حقُّ الله تعالى والمجنون غير مؤاخذ بحقوق الله تعالى، فإنه مرفوع القلم.

والثاني، وهو الذي أروده صاحب «التهذيب» و«التتمة» أن في وجوب الكفارة قولين <sup>(٢)</sup> كما في الناسي؛ لأن المجنون مُلْحَق بالمخطيء في كفارة القتل، فكذلك في كفارة اليمين، فعلى هذا، إن أوجبنا الكفارة، فتنحل اليمين، وإلا فعلى وجهين، كما ذكرنا في المكروه، وحكى أبو الفرج السرخسي الترتيب من وجه آخر، فقال: في حُصول الحنث بوطء المجنون قولان؛ وَجْه الحصول أنه أتى بالمحلوف عليه، ووجه المنع أن يمينه لا تنعقد في هذه الحالة، فكذلك لا يخصل الحنث إلحاقاً لأحد الطرفين بالآخر، فإن حنث، ففي الكفارة قولان؛ في قول: تلزم كما حنث، وفي قول: لا؛ لعدَم التكليف، هكذا رتب ووجه، وكيفما قدر، فالظاهر أنه لا يَحْنُث، ولا تنحل اليمين ولا كفارة.

قوله في الكتاب «فالنص أنه يَنْحَلُّ يمينه ولا كفارة» هكذا نقل صاحب الكتاب والإمام عن النص، ووجه بعضهم الانحلال بأن الوطاء فعل، وفعل المجنون معتبر بخلاف قوله؛ ولذلك ينفذ استيلاؤه، وحكاية نفي الكفارة عن النص ظاهر، وأما حكاية

(٢) في ب: قولان.

(١) سقط في ز.

الانحلال، فقد سَكَتَ عنها الجمهور، وليس في المختصر تعرُّضٌ لذلك، وإنما نَصَّ على أنه يخرج عن الإيلاء، ولا يُلْزَمُ من الخُروج عن الإيلاء انحلالُ اليمين، كما سبق في صورة نزولها عليه.

وهل يسقط حقُّها بالوطء الجاري في الجنون؟

فيه وجهان مشهوران في كُتُب الأصحاب - رحمهم الله - :

أحدهما، ويحكى عن المزيّ: أنه لا يسقط، ولها<sup>(١)</sup> المطالبة بغد الإفاقة، كما لا يحصل به الحنث، ولا تنحل اليمين.

وأظهرهما: نعم، ووجه بأن الوطاء حقٌّ عليه، فتصح توفيته في حال الجنون، كما لُوِزِدَ في الجنون وديعةً إلى صاحبها.

وأيضاً، فإن وطء المجنون كوطء العاقل في التحليل، وتقرير المهر، وتحريم الربيية، وسائر الأحكام، وكذلك فيما نحن فيه، وفرق قوائمه وبين الحنث والكفارة؛ بأن ذلك حقُّ الله تعالى، والفيئة حق المرأة، ويعتبر في حق الله تعالى من القصد الصحيح ما لا يُعتَبَرُ في حقِّ آدميٍّ؛ ألا ترى أن الذميمة إذا اغتسلت عن الحيض، يضحُّ اغتسالها في حق الزوج، ولا يصح في حق الله تعالى؛ لأنه ليست لها نيّة صحيحة، وإذا قلنا بالأول ثبتت لها المطالبة، كما أفاق أم لا بد من استئناف مدّة، فيه وجهان:

أحدهما، يقال: إن أبا يعقوب الأبيوردي حكاه عن ابن سُرَيْج: - رحمهما الله - أنه لا بُدَّ من استئناف المدّة؛ لأن الوطاء أحد الأمرين المطلوبين، فإذا وُجِدَا بطلت المدّة، كما لو طلّقها، ثُمَّ رَاجَعَهَا، يجب الاستئناف، وأقيسهما على ما ذكر الإمام - رحمه الله - أنها تُثَبَّتُ في الحال؛ لأن المدّة قد انقضت، ولم يتخلل ما يُخْلُ بالنكاح؛ كالطلاق والردة.

ولو ألى عن إحدى امرأتيه بعينها، ووطنها، وهو يظن أنه يطأ الأخرى، قال في «التهذيب» [يخرج]<sup>(٢)</sup> عن الإيلاء، وفي الكفارة الخلاف المذكور في الناسي، وقوله في الكتاب «وإذا جُنَّ الرجل، لم تنقطع المدّة» مكرر قد ذكره مرّة؛ حيث قال في الحكم الأول «وكذلك مرّضه وحبسه وجنونه»، وزاد هاهنا أنه إذا انقضت المدّة، وهو مجنون، لا يُطالب بشيء، حتى يفيق؛ لأنه ليس أهلاً للتكليف والمطالبة، وأيضاً فإن الامتناع عند الجنون ليس لليمين وقصد المضارّة والله أعلم.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَلَوْ قَالَ الرَّجُلُ: وَطِئْتُ قَبْلَ الْمُدَّةِ فَأَتَكَرَّثُ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ كَمَا فِي الْعُنَّةِ

(١) في ز: فلها.

(٢) سقط في ز.

عَلَى خِلَافٍ قِيَاسِ الْخُصُومَاتِ \* فَلَوْ طَلَّقَهَا وَأَرَادَ الرَّجْعَةَ بِدَعْوَى الْوِطْءِ الَّذِي حَلَفَ عَلَيْهِ لَمْ يُمْكِنَ وَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهَا فِي نَفْيِ الْعِدَّةِ وَالْوِطْءِ عَلَى قِيَاسِ الْخُصُومَاتِ .

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْمَسْأَلَةُ مذكورة في فضل العُتَّةِ معادة هاهنا؛ لحق الباب مع زيادة مضمومة إليها، وقد بينا أن هناك، إذا اختلف الزَّوْجَانِ في الإصابة، فالقول قول النافي إلا في مواضع:

أحدها: إذا قال الزَّوْجُ بغد مدة العُتَّةِ: أَصَبْتُهَا في المدة أو بعدها.

والثاني: إذا ادَّعَى مثل ذلك بعد مدة الإيلاء، فالقول قول الزوج؛ لما دَكَّرْنَا هناك.

وقوله «على خلاف قياس الخصومات» معناه أن الأصل عدم الإصابة، وقياس الخصومات تصديق النافي.

وإذا صدَّقناه بيمينه، وطلَّقها بغد ذلك، وقال: هذا طلاقٌ بغد الميسس، فإنَّكم صدَّقْتُموني أنني وطَّقتها، وأراد الرجعة، وهي على إنكارها الوطء وإنكار العدة والرجعة.

قال ابن الحدَّاد، وساعده جمهور الأصحاب: لا يُمَكِّنُ من الرجعة، والقول قولها على قياس الخصومات، كما لو اختلفا في الرجعة ابتداءً، وليست يمينُ الزوج مثبتةً للإصابة على الإطلاق، وإنما استعملناها<sup>(١)</sup> في استيفاء النكاح حين كانت المرأة تبغي التفريق، فأما إذا وقع الطلاق، فهو مدعي الرجعة، فيطالبُ بالبينة وشبه بعض الأصحاب ذلك بما إذا ادَّعَى المودَّعُ تَلْفَ الوديعة عنده، وأنكر المودَّعُ التَّلْفَ، فصدقنا المودَّعَ بيمينه، ثم جاء آخر، وأثبت الاستحقاق لنفسه، وغرم المودَّعُ، فأراد هو الرجوع إلى المودَّعِ، فقال: قد صدَّقْتُموني في التلف عندي، وهو الذي أوقعني في هذا الغرم؛ فإنَّا لا نُمَكِّنُهُ من الرجوع، بل إذا حَلَفَ المودَّعُ على أن الوديعة لم تُلْفَ عنده، وهو خائنٌ يستقر الضمان على المودَّعِ، ولا يلزم [من]<sup>(٢)</sup> تصديقه؛ لدفع الضمان عن نفسه تصديقه لإثبات الغرم على غيره، وكذا لو وَجَدْنَا داراً في يد اثنين، وادَّعَى أحدهما أن جميعها له، والآخر أنها بينهما [نصفان]<sup>(٣)</sup> وصدقنا الثاني بيمينه؛ لأن اليد تشهد له ثم باع مدعي الكل نصيبه من ثالث، فإن أراد الآخر أخذه بالشفعة، وأنكر المشتري ملكه، فإنه يحتاج إلى البيِّنة، ويمينه في الخصومة مع الشريك أفادت دفع ما يدَّعيه الشريك لا إثبات الملك له.

وحكى الشيخ أبو عليٍّ وجهاً: أنه يمكن من الرجعة، ويصدق في الإصابة

(١) في ز: استغلناها.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

للرجعة، كما يُصدَّق في الإصابة لدفع التفريق؛ لأن [في] <sup>(١)</sup> الرجعة استبقاء ذلك النكاح أيضاً.

الموضع الثالث: إذا طلق زوجته، فأنت بولد يلحقه في الظاهر، واختلفا في الإصابة؛ فقالت: أصبنتي <sup>(٢)</sup>، فلي كمال المهر، وقال الزوج: ما أصبتك، وليس لك إلا نصف المهر، فالقول قولها؛ لقوة جانبها بالولد، وثبوت النسب، وقد ذكرنا في المسألة في فضل العنة، ولم يذكر غير هذا الجواب، وهو الظاهر والمنصوص في رواية المزني وغيره، وحكى الربيع قولاً آخر أن القول قول الزوج مع يمينه، وذكر الشيخ أبو علي - رحمه الله - أن للأصحاب في المسألة ثلاثة طرق:

أحدها: أن فيها قولين، ووجه ما قاله الربيع أنها قد تستدخل ماءه، وقد يُجامع فيما دون الفرج فيسبق الماء، وحيث يثبت النسب، فلا تكون الإصابة حاصلةً.

والثاني: القطع بالأول، وعدماً جعله الربيع من كيسه.

والثالث: تنزيل الروايتين على حالين، إن اختلفا قبل حدوث الولد، وحكمنا بنصف المهر تصديقاً له، ثم أتت بالولد، لا يغير حكم المهر، ويلحق الولد بالإمكان، وإن اختلفا بعد حدوث الولد، ومات الزوج، فلا يقبل قول الورثة، بل تُصدَّقها، ونوجب كمال المهر.

ولو اختلفا في انقضاء مدة الإيلاء، [وأنكر الرجل، فلا مطالبة لها،] <sup>(٣)</sup> فالْمُصدَّق الزوج في وقته، ولو اعترفت المرأة بالإصابة بعد انقضاء المدة، وأنكر الرجل، فلا مطالبة لها، فلو رجعت وقالت: لم يُصِبنِي، لم يُسمَع قولها؛ لأنها أقرت بوصول حقها إليها، فلا يقبل رجوعها، قاله في «التممة»، هذا شرح مسائل الكتاب، فرغنا منه بتوفيق من بيده <sup>(٤)</sup> الخير ووراءنا مسائل تتعلّق بالباب، نوردها ولاءً إذا قال لامرأة واحدة: والله، لا أجامعك مرّتين فصاعداً، نُظِر؛ إن أُطلق في المرّتين أو قيّد بمدة واحدة كسنة وسنة، فإن قال: أردتُ بالمرّة الثانية تأكيد الأولى قبل وكانت اليمين واحدة؛ ولا فرق بين أن يتحد المجلس أو يختلف، ولا بين أن يطول الفضل أو لا يطول، وفي «النهاية» حكاية وجهه أنّه إذا طال الفضل، لا يُقبَل، وتكون اللفظة الثانية يميناً أخرى، ويجري مثل هذا الخلاف، فيما إذا كرّر تعليق الطلاق ببعض الصّفات، وفرّق على الظاهر بين الإيلاء والتعليق بالطلاق، وبين تنجيز الطلاق؛ بأن التنجيز <sup>(٥)</sup> إنشاء وإيقاع، والإيلاء

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) في أ: ولي.

(٤) في أ: التخيير.

(٥) في أ: الله.

والتعليق يتعلّقان بأمر مستقبل، فالتأكيد بهما أليق، وإن قال: أردت الاستئناف، فهما يمينان، وإن أطلت، فقولان<sup>(١)</sup> في أنه يُحمَل على التأكيد أو على الاستئناف، قال أبو سعّد المتولي: إن اتّحد المجلس، فالظاهر اتّحاد اليمين، وحمل التكرار على التأكيد، وإن اختلف المجلس، فالظاهر التعدد<sup>(٢)</sup>؛ لبعدهم التأكيد مع اختلاف المجلس، وإن اختلفت المدة المعتد بها، كما إذا قال: والله، لا أجامعك خمسة أشهر، ثم قال: والله، لا أجامعك سنة، فوجهان:

أشبههما، وبه أجاب الشيخ أبو حامد: أن الحُكْم كما لو اتحدت المُدَّتَانِ المذكورتان.

والثاني: أنهما يمينان بكل حال، ويُحكى هذا عن اختيار صاحب «الإيضاح»، وإذا لم يتعدّد اليمين، لم يجب بالوطء إلا كفارة واحدة، وحيث حكّمنا بالتعدّد فبالطلاق يتخلّص عن الإيمان كلّها، وبوطأة واحدة ينحل الكُلُّ، وفي الكفارة قولان:

أحدهما: أنها تتعدّد بحسب تعدّد الأيمان [وسياتي]<sup>(٣)</sup> إن شاء الله تعالى، وعن أبي إسحاق طريقة قاطعة باتحاد الكفارة، وفي كتاب القاضي ابن كج طريقة قاطعة بالتعدّد عن ابن سُرَيْج - رحمه الله -.

ولو ألى عن امرأته الرقيقة، ثم ملكها، ثم باعها أو أعتقها، ونكحها، ففي عود الإيلاء الخلاف في عود الحنث، وكذا لو ألى العبد عن امرأته، ثم ملكته، وأعتقته، ونكحته، وفي كيفية الخلاف<sup>(٤)</sup> العائد وجهان:

أحدهما، وبه قال أبو إسحاق: أن البيئونة بالفسخ كالبيئونة بالطلاق الثلاث؛ لأن الفسخ يُزيل عُقْلَةَ النكاح بينهما، كالطلاق الثلاث.

والثاني: أنها كالبيئونة بما دون الثلاث؛ للاستغناء فيها<sup>(٥)</sup> عن المحلل.

وفي «فتاوى صاحب التهذيب» أن القاضي إذا طالب الموليّ بالفيئة أو بالطلاق فامتنع<sup>(٦)</sup> منهما، وطَلبت المرأة من القاضي أن يُطلق عليه، لم يشترط حضوره في تطبيق القاضي عليه، ولو شهد شاهدان أن فلاناً ألى، ومضت المدة، وهو امتنع من الفيئة أو

(١) قال في الخادم: أهمل الترجيح عند الاطلاق، وفيه نظر فإنه في الروضة قال، قال المتولي: إن اتخذ المجلس، فالأظهر الحمل على التأكيد وإن تعدد فعلى الاستئناف لبعدهم التأكيد مع اختلاف المجلس وأقره عليه وظاهره اختياره.

(٢) في ز: العدد.

(٣) سقط في ز.

(٤) في أ: السابق.

(٥) في أ: عنها.

(٦) في أ: وامتنع.

الطلاق، لم يُطَلَّق القاضي عليه وفي المسألة الأولى حَصَلَ الامتناع بَيْن يَدَيْهِ، وهذا كما يعتبر في الفضل أن يحضر الولي عند القاضي، ويمتنع فلا بد أن يمتنع بَيْن يَدَيْهِ.

نعم، لو تَعَدَّر إحضاره بتمرد أو توارٍ أو غيبة، فحيثُذ يحكم عليه بالعضل بشهادة الشهود، قال: ويحتمل أن نَحْكُم بالعضل بشهادة الشاهدين مع إمكان الإخْصَار والله أعلم.

## [بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ]

### كِتَابُ الظَّهَارِ<sup>(١)</sup> \* وَفِيهِ بَابَانِ

(الأوّلُ فِي أَرْكَانِهِ) وَهِيَ ثَلَاثَةٌ: (الأوّلُ المُظَاهِرُ وَالمُظَاهَرُ عَنْهَا \* وَكُلُّ مَنْ يَصِحُّ

(١) الظهار لغة: الظهار، والتظهر، والتظاهر: عبارة عن قول الرجل لامرأته: أنت عليّ كظهر أمي، مشتق من الظهر، وخصوا الظهر دون غيره، لأنه موضع الركوب، والمرأة مركوبة إذا غشيت، فكانه إذا قال: أنت عليّ كظهر أمي، أراد: ركوبك للنكاح حرام عليّ، كركوب أمي للنكاح، فأقام الظهر مقام الركوب، لأنه مركوب، وأقام الركوب مقام النكاح، لأن الناكح راكب. وهذا من استعارات العرب في كلامها.  
انظر: تاج العروس: ٣/٣٧٣، الصحاح: ٢/٧٣٠، المصباح المنير: ٢/٥٩٠، المغرب: ٢٩٩. واصطلاحاً:

عرفه الحنفية بأنه: تشبيه المسلم زوجته أو جزءاً شائعاً منها بمحرم عليه تأيداً.

عرفه الشافعية بأنه: تشبيه الزوجة غير البائن بأنتى لم تكن حلاً.

عرفه المالكية بأنه: تشبيه المسلم المكلف من تحل أو جزأها بظهر محرم أو جزئه.

عرفه الحنابلة بأنه: هو أن يشبه امرأته أو عضواً منها بظهر من تحرم عليه على التأيد أو بها أو بعضو منها.

انظر: حاشية ابن عابدين: ٢/٥٧٤، شرح فتح القدير: ٤/٢٤٥، ٢٤٦ مجمع الأنهر: ١/٤٤٦، مغني المحتاج: ٣/٣٥٢، المهذب: ٢/١٤٣ المحلى على المنهاج: ٤/١٤، مواهب الجليل: ٤/١١١، الخرشي: ٤/١٠١، حاشية الدسوقي: ٢/٤٣٩، الإنصاف: ٩/١٩٣، المغني: ٣/٢٥٥.  
اعتبر الشارع الحكيم قول الرجل لزوجته أنت عليّ كظهر أمي مُتكرراً من القول وزوراً، أما كونه منكرراً، وأمرأ قبيحاً؛ فلأنه تضييق، وحرمان مما يتمتع به الأزواج، وإساءة إلى من أمر بالإحسان إليها، ويكون قد حرّم نفسه مما أحله الله له، وكل هذا مما يباه الشرف ويرفضه العقل السليم.

وأما كونه زوراً، فإن الزوجة ليست أمّاً حقيقة، ولا يوجد وجه شبه بينهما، ولكن الشارع الحكيم لم يهمل كلامه بالمرّة؛ لأنه صادر عن إرادة، وعقل كما أنه سبحانه رحمه، ولم يرهقه من أمره عسراً، فأوجب عليه الكفارة فقط رحمة به، ولم يجعل ما صدر منه في حكم الطلاق مؤاخفة له؛ لأنه ألزم نفسه ما لم يلزمه أحد، وحمله إصراراً من بقايا الجاهلية الأولى بغير موجب، وجعلها على النحو الذي ورد به القرآن الكريم: ﴿الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُتَكَرراً مِنَ الْقَوْلِ وَزُوراً وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوفٌ غَفُورٌ﴾.



الطَّلَاقُ بَيْنَهُمَا يَصِحُّ الظَّهَارُ فَيَصِحُّ ظَهَارُ الذَّمِّيِّ (ح) وَالظَّهَارُ عَنِ الرَّجْعِيَّةِ وَتَكُونُ الرَّجْعَةُ عَوْدًا \* وَيَصِحُّ ظَهَارُ الْمَجْبُوبِ بِخِلَافِ الْإِبْلَاءِ .

قَالَ الرَّافِعِيُّ: ظَاهَرَ أَوْسَ بْنَ الصَّامِتِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - عَنْ زَوْجَتِهِ خَوْلَةَ بِنْتِ ثَعْلَبَةَ عَلَى اخْتِلَافٍ فِي اسْمِهَا، وَنَسَبِهَا، فَأَتَتْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ - مُشْتَكِيَةً مِنْهُ، فَأَنْزَلَ اللَّهُ تَعَالَى [فِيهَا] قَوْلَهُ تَعَالَى: ﴿قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ﴾ [المجادلة: ١] إِلَى آخِرِ الْآيَةِ . . . ، وَصُورَةُ الظَّهَارِ الْأَصْلِيَّةِ: أَنْ يَقُولَ لَامْرَأَتِهِ: أَنْتِ عَلَيَّ كَظَهَرِ أُمِّي، وَمَنْ لَفَظَ الظَّهْرَ أَخَذَ الظَّهَارَ، وَيُقَالُ: ظَاهَرَ مِنْ امْرَأَتِهِ، وَتَظَهَّرَ وَظَهَّرَ تَظْهِيراً، كُلُّهَا بِمَعْنَى، وَكَانَ الظَّهَارُ طَلِاقاً فِي الْجَاهِلِيَّةِ كَالْإِبْلَاءِ، وَيُقَالُ: كَانَ أَحَدُهُمْ إِذَا كَرِهَ صُخْبَةَ امْرَأَتِهِ، وَلَمْ يَرِدْ أَنْ تَتَزَوَّجَ بِغَيْرِهِ، أَلَى عَنْهَا أَوْ ظَاهَرَ، فَتَبْقَى مَحْبُوسَةً عِنْدَهُ لَا ذَاتَ زَوْجٍ يَسْتَمْتَعُ بِهَا وَلَا خَلِيَّةً تَنْكَحُ غَيْرَهُ، وَهَذَا يُشْعِرُ بِأَنَّهُ كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْإِبْلَاءِ وَالظَّهَارِ عِنْدَهُمْ طَلِاقاً مِنْ وَجْهِ دُونَ وَجْهِ، وَكَيْفَمَا كَانَ، فَقَدْ غَيَّرَ الْمَشْرِعُ حُكْمَهُ عَلَى مَا سَيَأْتِي بَيَّانُهُ، وَالظَّهَارُ حَرَامٌ، قَالَ: اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا﴾ [المجادلة: ٢].

قال الأئمة: وليس قوله: «أنت علي حرام» محرماً؛ وإنما هو مكروه؛ لأن الظهار علق به الكفارة العظمى، والمعلق بالحرام كفارة اليمين، واليمين والحنث ليسا محرمتين، وأيضاً، فالتحريم مع الزوجية قد يجتمعان، والتحريم الذي هو كتحرим الأم

= وكان الظهار معروفاً في الجاهلية، وكانوا يعتبرون قول الرجل لمن تحل له «أنت علي كأمي» محرماً لها على الأبد لا تحل له أصلاً بعد ذلك، فلما جاء الإسلام، وظاهر أوس بن الصامت من امرأته خولة بنت ثعلبة، ودعاها إليه بعد ظهاره، فقالت له: والذي نفس خولة بيده لا تصل إلي، وقد قلت ما قلت، حتى يحكم الله ورسوله، وأنت رسول الله ﷺ فقالت له: يا رسول الله إن أوساً تزوجني، وأنا شابة مزعوب في، فلما خلا سني، ونثرث بطني جعلني عليه كأمه، وتركتني إلى غير أحد، فإن كنت تجد لي رخصة تنعشني بها، وإياه، فحدثني بها. فقال لها عليه الصلاة والسلام: «ما أراك إلا قد حرمت عليه». فجاذلت النبي ﷺ - وقالت له ما ذكر طلاقاً، وقعدت بعد ذلك مراراً. ثم قال: اللهم إني أشكو إليك فاقتي، وشدة مالي، فأنزل على لسان نبيك.

فأنزل الله - سبحانه وتعالى -: ﴿قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ . . .﴾ الآيات إلى أن قال: ﴿وَالَّذِينَ يَظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا ذَلِكَ نَوْعٌ مِمَّا تَعْظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا . . .﴾ الآية .

فكانت هذه الآيات حداً فاصلاً بين ما كان عليه أهل الجاهلية من جعل الظهار طلاقاً مؤبداً، وما عليه الإسلام من اعتبار الحرمة فيه مؤقتة تزول بفعل الكفارة؛ ولقد بين الله - سبحانه وتعالى - كفارة الظهار، وذكر لها أنواعاً ثلاثة مرتبة لا يتنقل المكفر فيها من الخصلة الأولى إلى الثانية، إلا بعد العجز عن الأولى، ولا من الثانية إلى الثالثة، إلا بعدم استطاعة الثانية.

مع الزوجية لا يجتمعان، وفقه الكتاب يحويه بابان:

أحدهما: في أركان الظهار [والثاني في أحكامه؛ أما الأركان فقد<sup>(١)</sup> عَلِمْتُ أن الظهار] تشبيه الزوج زوجته، في الحُرْمَة، بمحرمة، وهذه الحقيقة تعتمد الزوجين، ولفظ التشبيه والمشبّه بها، فهي ثلاثة أركان<sup>(٢)</sup>:

**الأول:** الزوجان، فيصح الظهار من كل زوج مكلف حرّاً كان أو عبداً، مسلماً كان أو ذميّاً، وعند أبي حنيفة - رحمه الله - ومالك: لا يصحُّ ظهار الذمي، واحتج الأصحاب بأنّه زوج يصح طلاقه<sup>(٣)</sup>، فيصحُّ ظهاره كالمسلم، ولهذا لأن الظهار يقتضي التحريم، كالطلاق، ويتصور منه الإعتاق عن الكفارة، بأن يرث عبداً مسلماً، أو يكون له عبد كافر، فيُسَلِّم، وبأن يشتري عبداً مسلماً، أو يقول لمسلم: أعتق عبدك عن كفارتي، فيجيبه، إن جوّزناهما<sup>(٤)</sup>، وإن لم نجوز الشراء، وتعدّر تحصيله، فما دام موسراً، لا يباح له الوطء، ويقال له: إن أردت الوطء، فأسليم، وأعتق؛ لأن الرقبة موجودة، والتعدّر لمعنى فيه، وكذا لو كان مُعسراً، وهو قادر على الصوم، لا يجوز له العدول إلى الإطعام؛ لأنه يمكنه أن يسلم، فيصوم، فإن كان عاجزاً عنه؛ لمرض أو هرم، فحينئذ يطعم في كفره هكذا أورده صاحب «التهذيب» والتتمة وحكاها الإمام عن القاضي الحسين - رحمه الله - وتردّد فيه، من حيث الذمي مقرّر على دينه، فحمله على الإسلام بعيداً، وأيضاً، فالخطاب بالعبادة البدنية لا يتوجّه على الكافر الأضلي، فكان الصّوم مخرجاً عن كفارة الذمي، وقد يجاب عنه بأن لا نخيل الذمي على الإسلام، ولا نخاطبه بالصوم، ولكن نقول: لا نمكّنك من الوطء إلا هكذا، فإنما أن تتركه أو تسلك طريق الحل، وأيضاً فالإطعام يُدُلُّ عن الصيام، وتقدير البدل في حق من لا يتحقّق في حقه المبدل مستبعد<sup>(٥)</sup>، وهكذا الجواب الثاني قد أجراه الإمام وفي تردّده يصحُّ ظهار الصبيّ والمجنون، كالطلاق، ولا يجيء فيه الخلاف، كطلاقهما، وظهار السكران

(١) سقط في ز.

(٢) أي يصح ظهاره.

قال في القوت: ليست الذمة بقيد في الصحة.

قال الأصحاب: مستدلين على الصحة؛ لأنه لفظ يقتضي تحريم الزوجة يصح من المسلم والكافر كالطلاق.

وقال الشافعي: يلزم الظهار من الأزواج من يلزمه الطلاق، وصرح الروياني في الحلية بأنه لا فرق بين الذمي والحربي والمسلم. انتهى.

(٤) أي العتق الضمني، وهو الأصح أو شراؤه العبد المسلم، وهو قول مرجوح، والأظهر البطلان، والمراد بالجواز الصحة، وأما كونه مباحاً فلا خلاف في تحريمه.

(٥) في ز: مستعد.

كطلاقه، وقد سَبَقَ الكلام فيه في «الطلاق»، وبيئنا أن السكران من هو، وذكر الشيخ أبو حامد وابن الصَّبَّاح أن السكران الذي لا يَعْقِل من أموره، وله تنفيذ ما ينفذ طلاقه، وظهاره في الظاهر والباطن، وإن كان سَاقِطَ التمييز بالكلية، فوجهان عن ابن سُرَيْج، وأبي إسحاق: أن الجواب كذلك، وعن غيرهما: أنه لا ينفذ في الباطن إلا أنه لا يُقْبَلُ في الظاهر قوله لم يكن منه تمييز وكل من يلحقها الطلاق من الزَّوْجَات يصحُّ الظهار منها، وتستوي فيه الصغيرة، والمجنونة، والأمة، والذمية، والرتقاء، والحائض، والنفساء، والمعتدة عن الشبهة، وغيرهن، وليست حُرْمَةٌ مَنْ هي حرامٌ منهن كحرمة الأمة، ويصحُّ ظَهَارُ الرَّجْعِيَّةِ، ولا يصحُّ الظَّهَارُ عن الأجنبية، سواء أطلَّقه أو علَّقه بالنكاح، فقال: إذا نكحتك، فأنت عليّ كظَّهَرِ أُمِّي، وأبو حنيفة ومالك يخالفان فيما إذا علَّقَ بالنكاح، كما في الطلاق، ويجيء فيه القَوْلُ المحكيُّ هناك، ولا يصحُّ الظهار عن الأمة وأمِّ الولد، وقال مالك: يصحُّ الظهار عن كلِّ أمة؛ واحتج الأصحابُ بأنه لفظ يتعلَّقُ به تحريمُ الزوجة فلا تحرم به الأمة، كالطلاق.

وقوله في الكتاب «وتكون الرجعة عوداً» هذا غير محتاج إلى ذكره في هذا الموضوع، فهو يفضل العود اليقن، ونذكره هناك مع ما يناسبه، ويجوز أن يُعْلَمَ بالواو؛ لما سيأتي.

والقول في أن ظهار الرجعية صحيحٌ قد سَبَقَ مرَّةً في «باب الرجعة» وقوله «ويصحُّ ظهار المجنوب»<sup>(١)</sup> بخلاف الإيلاء» فهو على الخلاف السابق.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الرُّجْحُنُ الثَّانِي: اللَّفْظُ) وَهُوَ قَوْلُهُ: أَنْتِ عَلَيَّ كَظَّهَرِ أُمِّي أَوْ كَأُمِّي أَوْ مَعِي أَوْ عِنْدِي أَوْ مِنِّي كَظَّهَرِ أُمِّي وَالْكَلُّ صَرِيحٌ \* وَكَذَلِكَ لَوْ تَرَكَ الصَّلَاةَ \* وَقَالَ: أَنْتِ كَظَّهَرِ أُمِّي فَهُوَ كَمَا لَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ وَلَمْ يَقُلْ: مِنِّي \* أَمَا لَوْ قَالَ: كَشَعْرِ أُمِّي أَوْ يَدِهَا أَوْ رِجْلِهَا فَهُوَ ظَهَارٌ عَلَى الْجَدِيدِ \* وَلَوْ قَالَ: كَعَيْنِ أُمِّي وَرُوحِهَا أَوْ كَأُمِّي وَأَرَادَ الْكِرَامَةَ فَلَيْسَ بِظَهَارٍ \* وَإِنْ قَصَدَ الظَّهَارَ فَظَهَارٌ \* وَإِنْ أَطْلَقَ فَوَجْهَانِ \* وَالرَّأْسُ كَالْعَيْنِ أَوْ كَالْيَدِ فِيهِ وَجْهَانِ لِأَنَّهُ قَدْ يُذَكَّرُ لِلْكَرَامَةِ أَيْضاً \* وَلَوْ قَالَ يَدُكَ أَوْ نِصْفِكَ عَلَيَّ كَظَّهَرِ أُمِّي فَهُوَ ظَهَارٌ عَلَى الْجَدِيدِ \* وَكَذَا الْإِيْلَاءُ إِذَا أَضَافَهُ إِلَى بَعْضِهَا أَعْقَدَ \* وَكُلُّ مَا يَقْبَلُ التَّغْلِيْقَ يُكْمَلُ بَعْضُهُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: صَرِيحٌ لَفْظُ الظَّهَارِ: أَنْتِ عَلَيَّ كَظَّهَرِ أُمِّي، وفي معناه سائر الصلوات كقوله: أَنْتِ مَعِي أَوْ عِنْدِي أَوْ مِنِّي أَوْ لِي كَظَّهَرِ أُمِّي، وكذا لو ترك الصلوة، فقال: أَنْتِ

(١) أي وكذا الممسوح.

كظَهَر أُمِّي، وهذا كما أن قوله: أنتِ طالقٌ صريحٌ وإن لم يقل مني، وعن الداركي أنه إذا ترك الصلّة، كان كنايةً، لاحتمال أن يُريد أنها محرمة على غيره حُرْمَة ظهر أمّه عليه، بخلاف الطَّلَاق، فإن<sup>(١)</sup> للإطلاق، وهي في حنسه دون حبس غيره، وهذا أرجح عند الشيخ أبي حاتم القزويني، والمشهور الأول، ومهما أتى بصرائح لفظ الظهار، ثم قال: أردتُ غيره [لم يُقبَل،] [كما لو أتى بصريح الطلاق وادعى غيره] وحكى القاضي ابن كج وجهاً، أنه يُقبَل، وفرّق بأن الظهار حقُّ الله تعالى، والطلاق حقُّ الآدمي، وقوله جملتك أو نفسك أو ذاتك أو جسمك أو بدنك عليّ كظَهَر أُمِّي، كقوله أنت عليّ، وكذا قوله: أنت عليّ كبدن أُمِّي، أو لجسمها أو جملتها أو ذاتها؛ لدخول الظَّهْر فيها<sup>(٢)</sup>، ثم فيه مسألتان:

إحدهما: إذا شَبَّهها ببعض أجزاء الأم سِوَى الظَّهْر، نُظِرَ؛ إن كان ذلك فيما لا يُذَكَّر في مَعْرِض الكرامة والإعزاز، كاليد والرجل والصدر والبطن والفرج والشَّعْر، ففيه قولان: الجديد، وأحد قولَي القديم: أنه ظهار، وبه قال مالك وأحمد - رحمه الله -؛ لأنه يُشبهه الزوجة ببعض أعضاء الأم، فكان كالمُشَبَّه بالظَّهْر.

والثاني: المنع؛ لأنه ليس على صورة الظَّهْر المعهودة في الجاهلية، ويُقال: إنَّه مخرَج من قول في القديم؛ أن التَّشْبِيه بغير الأم من المحارم ليس بظهار؛ لعدوله عن الصورة المعهودة، وربما شبَّه الخلاف بالخلاف في أن الإيلاء هل يختص باليمين بالله تعالى؟

فعلى الجديد: لا يَخْتَصُّ؛ أتباعاً للمعنى، وعلى القديم: يختص أتباعاً للمعهود، ويجوز أن يُعَلِّم قوله «فهو ظهار» بالحاء؛ لأن عند أبي حنيفة: إن شَبَّهها بعضو يَحْرُم النظر إليه من الأم؛ كالفرج والفَخْد، كان ظهاراً، وإن كان مما لا يَحْرُم النظر إليه؛ كالرأس والوجه واليد، لم يكن ظهاراً، وأن يُعَلِّم قوله «[على]<sup>(٣)</sup> الجديد» بالواو؛ لأن في «المهذب» طريقة قاطعة بأن ذلك ظهار، وعن الشيخ أبي عليّ تخصيص هذه الطريقة بما إذا قال: كَفَرَج أُمِّي؛ لما فيه من التصريح بمقصود الكلام، والتشبيه بعضو آخر ليس كالتشبيه به، وحكى أبو الفرج الزاز مثله، وقال: ما يصحُّ إضافة الطَّلَاق إليه، فيصح إضافة الظَّهْر إليه والإيلاء، وإن كان مما يُذَكَّر في معرض الإعزاز والإكرام، كما لو قال: أنت عليّ كعَيْنِ أُمِّي، فإن أراد الكرامة، لم يكن ظهاراً، وإن أراد الظَّهْر، فهو

(١) في ز: وإنه.

(٢) قال الأزرعي: الظاهر أنه إذا لم يقل علي لا يكون صريحاً أو يكون فيه خلاف إذ قوله كبدن أُمِّي أو جسمها محتمل لإرادة أنها كهو في الهيئة والشكل وغير ذلك، فإذا لم يقل علي بعد اللفظ عن الصراحة. انتهى.

(٣) سقط في ز.

ظَهَارٌ إِذَا فَرَعْنَا عَلَى الْجَدِيدِ فِي الصَّدْرِ وَالْبَطْنِ، وَإِنْ أَطْلَقَ، فَيَحْمَلُ عَلَى الْكِرَامَةِ؛ لِحْتِمَالِهَا، أَوْ يَكُونُ ظَهَارًا؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ صَرِيحٌ فِي التَّشْبِيهِ بِبَعْضِ أَجْزَاءِ الْأُمِّ، فِيهِ وَجْهَانِ، وَيَحْكِي الْأَوَّلُ عَنِ اخْتِيَارِ الْقَفَالِ، وَنَظْمِ «التَّهْذِيبِ» يُشْعِرُ بِتَرْجِيحِ الثَّانِي، وَهُوَ اخْتِيَارُ الْقَاضِي الْحُسَيْنِ، وَلَوْ قَالَ: كُرُوحٌ أُمِّي، فَعَلَى مَا نَقَلَهُ جَمَاعَةٌ مِنْهُمْ صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» هُوَ كَمَا لَوْ قَالَ: كَعَيْنِ أُمِّي، وَعَنْ ابْنِ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّهُ لَا يَكُونُ ظَهَارًا، وَلَا تَضَلُّحٌ هَذِهِ اللَّفْظَةَ كِنَايَةً عَنْهُ؛ لِأَنَّ الرُّوحَ لَيْسَ مِمَّا يَحِلُّهُ التَّحْرِيمُ، وَهَذَا الْخِلَافُ يَنْطَبِقُ عَلَى خِلَافِ قَدَمَانِهِ فِيمَا إِذَا قَالَ: رُوحُكَ طَالِقٌ، وَبَيِّنًا هُنَاكَ أَنَّ الْأَشْبَهَ وَقَوْعَ الطَّلَاقِ، وَالتَّشْبِيهِ بِرَأْسِ الْأُمِّ كَهَوِّ الْبَالِدِ وَالرَّجُلِ، أَوْ كَالْتَّشْبِيهِ بِالْعَيْنِ حَتَّى يَكُونَ عَلَى التَّفْصِيلِ، فِيهِ وَجْهَانِ جَوَابٌ<sup>(١)</sup> الْعِرَاقِيِّينَ الْأَوَّلِ<sup>(٢)</sup>: وَالْأَقْرَبُ أَنَّهُ كَالْعَيْنِ؛ لِأَنَّهُ يَذْكَرُ فِي مَعْرُضِ الْكِرَامَةِ أَيْضًا، وَبِهِ أَجَابَ الشَّيْخُ أَبُو الْفَرَجِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ عَلَيَّ كَأُمِّي أَوْ مِثْلُ أُمِّي، فَإِنْ أَرَادَ الْكِرَامَةَ، لَمْ يَكُنْ ظَهَارًا، وَإِنْ أَرَادَ الظَّهَارَ، فَهُوَ ظَهَارٌ، وَإِنْ أَطْلَقَ، فَوَجْهَانِ:

أحدهما: أَنَّهُ ظَهَارٌ كَمَا لَوْ قَالَ: كَجَمَلَةِ أُمِّي أَوْ بَدْنِهَا، وَيُزَوَّى هَذَا عَنِ مَالِكٍ وَأَحْمَدَ، رَحِمَهُمَا اللَّهُ.

والثاني: الْمَنَعُ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَهُوَ جَوَابُ ابْنِ الصَّبَّاحِ وَصَاحِبِ «التَّهْذِيبِ» وَغَيْرِهِمَا، وَالْوَجْهَانِ قَرِيبَانِ مِنَ الْوَجْهَيْنِ فِيمَا إِذَا قَالَ: كَعَيْنِ أُمِّي، وَأَطْلَقَ أَوْهَمًا هُمَا، وَيُشْبَهُ أَنْ يُرْجَحَ فِي الصُّورَتَيْنِ الْمَنَعُ، وَيَجُوزُ أَنْ يُعْلَمَ قَوْلُهُ «وَإِنْ قَصِدَ الظَّهَارَ، [فَظَهَارٌ]»؛ لِلْوَجْهِ الْمَذْكَورِ فِي الرُّوحِ.

المسألة الثانية: لَوْ شَبَّهَ بَعْضُ زَوْجَتِهِ بِظَهْرِ الْأُمِّ، كَمَا إِذَا قَالَ: رَأْسُكَ أَوْ يَدُكَ أَوْ ظَهْرُكَ أَوْ فَرْجُكَ أَوْ جِلْدُكَ أَوْ شَعْرُكَ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي، كَانَ مَظَاهِرًا، أَوْ كَذَا لَوْ ذَكَرَ جِزَاءً شَائِعًا؛ كَالنِّصْفِ وَالثَّلْثِ، وَيَجِيءُ فِيهِ الْقَوْلُ الْمُنْسُوبُ إِلَى الْقَدِيمِ؛ لِلْعُدُولِ عَنِ مَغْهُودِ الْجَاهِلِيَّةِ، وَتَعُودِ الطَّرِيقَةِ الْقَاطِعَةِ، فَيَجُوزُ أَنْ يُعْلَمَ لَهَا قَوْلُهُ «عَلَى الْجَدِيدِ» بِالْوَاوِ، وَلِيُعْلَمَ قَوْلُهُ «فَهُوَ ظَهَارٌ» بِالْحَاءِ، لِأَنَّ عَنِ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ إِنْ شَبَّهَ رَأْسَهَا أَوْ عُنُقَهَا أَوْ عُضْوًا يُعْبَرُ بِهِ عَنِ جَمِيعِ الْبَدَنِ يَظْهَرُ الْأُمُّ، فَهُوَ ظَهَارٌ، وَإِنْ شَبَّهَ بِسَائِرِ الْأَعْضَاءِ فَلَا، نَقَلَهُ صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ»، وَلَوْ شَبَّهَ بَعْضُ أَجْزَاءِ الزَّوْجَةِ بِبَعْضِ أَجْزَاءِ الْأُمِّ، فَقَالَ: رَأْسُكَ وَظَهْرُكَ عَلَيَّ كِيدِ أُمِّي أَوْ رِجْلَيْهَا، صَحَّ الظَّهَارُ، وَفِيهِ الْخِلَافُ الْمُنْسُوبُ إِلَى الْقَدِيمِ، وَأَمَّا

(١) فِي أ: وَجْرِيَانِ جَوَابِ.

(٢) قَالَ فِي الْقَوْتِ: قَالَ النَّوَوِيُّ فِي التَّنْقِيحِ إِنْ جَعَلَهُ بِالْعَيْنِ خِلَافَ الْمَشْهُورِ، بَلْ جَعَلَهُ الْأَكْثَرُونَ كَالْبَطْنِ وَنَحْوِهِ، نَصَّ عَلَيْهِ فِي الْأُمِّ وَقَطَعَ بِهِ جَمَاعَةٌ وَنَقَلَهُ أَبُو عَلِيٍّ الطَّبْرِيُّ ثُمَّ قَالَ: وَيَحْتَمَلُ وَجْهًا آخَرَ أَنْ يَصْدُقَ فِيمَا أَرَادَ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَجْرِي مَجْرَى الْكِرَامَةِ، انْتَهَى. ثُمَّ قَالَ: وَبِالْجَمَلَةِ فَالْمَخْتَارُ كَمَا بَيْنَهُ فِي الْغَنِيَّةِ أَنَّ الرَّأْسَ كَالْعَيْنِ، وَنَقَلَهُ الرَّوْيَانِيُّ فِي الْبَحْرِ عَنِ الْأَصْحَابِ.

قوله «وكذا الإيلاء إذا أضافه إلى بغضها، انعقد» إلى آخره، فهذا ضابط ذكره الأئمة، وقالوا: ما يقبل التعليق من التصرفات، تصح إضافته إلى بغض محل ذلك التصرف؛ كالطلاق والعتاق، وما لا يقبل التعليق، لا يصح إضافته إلى بغض المحل؛ كالنكاح والرجعة والإيلاء مما يقبل التعليق على ما مر، وقد أطلق في الكتاب أنه إذا أضافه إلى بغض الزوجة، انعقد، لكن فيه تفصيل، إن أضافه إلى عضو معين؛ كاليد والرجل، لم ينعقد إلا أن يضيفه إلى الفرج، فيقول: لا أجامع فرجك، ولو قال: لا أجامع بغضك، لم يكن مؤلياً إلا أن يريد بالبعض الفرج، ولو قال: لا أجامع نصفك فعن الشيخ أبي علي: إطلاق القول بأنه لا يكون مؤلياً، وقال الإمام - رحمه الله -: إن كان المراد أنه ليس بصريح، فالأمر كذلك؛ لأن الجماع لفظ مستعار جعل كناية عن أصله المعلوم، فاستفاض وشاع حتى التحق بالصريح، وشُرط الالتحاق أن يستعمل على الوجه المعهود، والإضافة إلى الجزء الشائع غير معهودة، فأما إذا نوى، ففيه احتمال؛ لأن ترك الجماع في النصف من ضرورته الترك في الكل، فصار كما لو أضاف الطلاق إلى النصف، يقع على الكل، ويجوز أن يقال<sup>(١)</sup>: إضافة الطلاق إلى النصف، كإضافة العتق والبيع والرهن، أما الجماع، فهو فعل محسوس لا يعقل وقوعه في الجزء الشائع، فلا يصلح إضافته إليه والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الرُّكْنُ الثَّلَاثُ: الْمُسَبَّهُ بِهَا) وَهِيَ الْأُمُّ وَيُقْتَصَرُ عَلَيْهَا فِي الْقَوْلِ الْقَدِيمِ \* وَعَلَى قَوْلٍ آخَرَ لَا يَلْحَقُ بِهَا إِلَّا الْجَدَّاتُ \* وَعَلَى قَوْلٍ آخَرَ يَلْحَقُ بِهَا كُلُّ مُحْرَمَةٍ عَلَى التَّأْيِيدِ بِنَسَبٍ أَوْ رِضَاعٍ أَوْ صِهْرٍ \* وَعَلَى قَوْلٍ رَابِعٍ لَا يَلْحَقُ الصُّهْرُ وَلَا مِنَ الرِّضَاعِ مَنْ عَهَدَتْ مُحَلَّلَةً \* وَلَا خِلَافَ أَنَّهُ لَوْ قَالَ: أَنْتِ عَلَيَّ كَأَخْتِي لَمْ يَكُنْ ظَهَارًا لِأَنَّ التَّخْرِيمَ غَيْرُ مُؤَبَّدٍ \* وَكَذَلِكَ الْمَلَاعَنَةُ وَإِنْ تَأَبَّدَ تَخْرِيمُهَا فَلَيْسَتْ كَالْأُمِّ إِذْ لَا مُحْرَمِيَّةَ \* أَمَّا قَوْلُهُ: أَنْتِ كَظَهْرِ أَبِي فَهُوَ لِأَنَّ لَيْسَ مَحَلًّا لِلِاسْتِخْلَالِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْأَضْلُ الْمَعْهُودُ فِي الظَّهَارِ تَشْبِيهِ الزَّوْجَةِ بِظَهْرِ الْأُمِّ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ﴾ [المجادلة: ٢] الآية، ولو قال: أنتِ علي كظهر جدتي، فهو ظهار أيضاً؛ تستوي فيه الجدة من قبل الأب والجدة من قبل الأم؛ لأن الجدات كلهن أمهات ولدنه، ويشاركن الأم [في]<sup>(٢)</sup> حصول العتق، وسقوط القصاص، ولزوم النفقة، ومن الأصحاب من جعل الجدات على الخلاف الذي يذكره في

(١) قد بينه الرافي فقال: ويجوز أن يقال إضافة الطلاق إلى النصف كإضافة العتق والبيع والرهن، أما الجامع فهو فعل محسوس لا يفعل وقوعه في الجزء التابع ولا يصلح إضافته إليه.

(٢) سقط في ز.

البنات والأخوات، والأشهر القُطْع بالتحاقهن بالأم، وأما سائر المَحَارِمِ، فقسمان:

أحدهما: المحرّمات بالنسب كالبنات والأخوات والعَمّات والخَالَات وبنات الأخ والأخت، فإذا شَبّه الزوجة بظَهْرٍ واحدةٍ منهن، ففيه قولان:  
الجديد، وأحد قولَي القديم: أنّه ظهارٌ، لأنه شَبَّهها بظهر امرأة لم تحل ولا تحل له بحال، فأشبه التشبيه بالأم.

والآخر: المَنعُ؛ للعدول عن المعهود.

والقسم الثاني: المحرّمات بالسبب، وهن ضربان:

أحدهما: المحرّمات بالرضاع، وفي التشبيه بهنّ قولان؛ تفرعاً على الجديد في المحرّمات بالنسب، ويقال وجهان:

أظهرهما: أنّه ظهارٌ؛ لأن حُرْمَةَ الرضاع كحرمة النّسب؛ ولذلك نسوي بينهما في جواز الخَلوة والمُسافرة.

والثاني: المَنعُ؛ لأن الرضاع مكتسبٌ لا يساوي النّسب في القوة، ولذلك لا يتعلّق به النفقة والميراث والولاية، وفي محل القولين طرُق:

أحدها: أن القولين في التي لم تَزَلْ محرّمةً عليه بالرضاع كالمولودة بعد أن ارتضع أما التي كانت تحلُّ له، ثُمَّ حُرِّمَتْ بالرضاع، كالتّي أرضعته، فصارت أماً وكأمها وابنتها المولودة قَبْلَ أن ارتضع، فالتشبيه بها ليس بظهار بلا خلاف، وبهذه الطريقة قال راوي المذهب الرّبيعُ والمُزنيُّ وشيخا وابن سُرَيج وأبو إسحاق، - رحمهما الله - كذلك حكاه الشيخ أبو علي وغيره.

والثاني: أن القولين في التي كانت تحلُّ، ثُمَّ حُرِّمَتْ بالرضاع، وأما التي لم تَزَلْ محرّمةً عليه، فالتشبيه بظهرها كالتشبيه بظهر الأخت بلا خلاف، والفَرْقُ على الطريقتين أن التي لم تَزَلْ محرّمةً عليه تُشَبّه الأخت والبنات، والتي كانت حلالاً ثُمَّ حُرِّمَتْ تشبه الملاءنة والمطلقة ثلاثاً.

والثالث: طرد القولين في النوعين جميعاً، ويُحكى هذا عن أبي الطيّب بن سلمة.

والضرب الثاني: المحرّمات بالمصاهرة، وفي التشبيه بظهرهن طريقتان: أحدهما: القُطْعُ بأنّه ليس بظهار، بخلاف المحرّمات بالرضاع؛ لأن الرضاع أقرب إلى النّسب من حيث إنه يُؤثّر في إنبات اللحم؛ ولذلك يتعدّى تحريم الرضاع إلى الأمهات والأولاد، وفي المصاهرة لا يتعدّى التحريم في حليلة الأب والابن<sup>(١)</sup> إلى أهلها وولدهما.

(١) في أ: الأم.

وأظهرهما أن الحكم كما في المحرّمات بالرضاع لاستواء النوعين في المَحْرَمِيَّة والحرمه المؤبده، وكون التشبيه بهنّ مبتكراً من القَوْل وزوراً، وعلى هذا فتعود الطُّرُق في الفَرْق والتسوية بين التي لم تَزَلْ محرّمة بالمصاهرة، كحليلة الأب التي نكحها الأب قبل ولادته وَرَبِيَّتُهُ الحاصلة بعد دخوله بأمرها مثل أن نكح امرأة، ودخل بها، وطلّقها، فتكحّت غيره، وولدت منه بنتاً وبين التي كانت حلالاً، ثم حرّمت بالمصاهرة، كحليلة الأب وأم الزوجة وربيبته الحاصلة قبل دخوله بأمرها، والظاهر عند الأئمة في النوعين، كيف رتب الطرق أن التشبيه بالتي لم تَزَلْ محرّمةً ظهاراً، وبالتالي كانت حلالاً ثم حرّمت، ليس بظهار، ويخرج من الاختلافات المذكورة عند الاختصار أقوالٌ ووجوه:

أحدها: اقتصار الظهار على التشبيه بالأم.

والثاني: إلحاق الجدّات بها لا غير.

والثالث: إلحاق محارم النسب بها.

والرابع: إلحاق محارم الرضاع أيضاً إذا لم يَغْهَظْ محللات.

والخامس: إلحاقهن من غير اعتبار هذا الشرط.

السادس: إلحاق محارم المصاهرة أيضاً بالشرط المذكور.

السابع: إلحاقهن من غير اعتبار هذا الشرط المذكور في الكتاب، [منها] (١) الأول والثاني والسادس والسابع ويجوز أن يُعْلَمَ من هذه الأربعة المذكورة في الكتاب ما سوى الثالث بالميم والألف؛ لأن عند مالك وأحمد - رحمهما الله - التشبيه بجميعهن ظهاراً، وأن يُعْلَمَ قوله «في القول القديم» بالواو، لقطع من قطع بإلحاق الجدات بالأم في الجديد والقديم جميعاً.

ولو شبه زوجته بامرأة، لا تُحْرَمَ عليه على التأييد، كالأجنبية والمطلقة والمغتدّة والمجوسية والمرتدة وأخت المرأة، لم تكن ظهاراً؛ لأنهن لا يُشْبِهْنَ الأم، ولا فرق بين أن يطرأ بعد ذلك ما يُوجب التحريم المؤبّد، كما لو نكح بنت الأجنبية أو شبه امرأته بربيبة امرأة غير مدخول بها، ثم دخل بها، وبين ألا يطرأ، ولو شبّهها بملاعنته، فكذلك؛ لأن تحريمها، وإن كان مؤبّداً، لكنه ليس للمحرمة والوصلة، وكذا لو شبّهها بزوجات النبي - ﷺ - ولو قال: أنت عليّ كظهر ابني أو أبي أو غلامي، فهو لغو؛ لأن الرُّجُلَ ليس محلّ الاستمتاع، ولا في معرض الاستحلال.

وقال أحمد في إحدى الروايتين: التشبيه بمحارم الرجال ظهاراً.

(١) سقط في ز.



ولو قالت المرأة لزوجها: أنت علي كظهر أمي [أو أنا عليك كظهر أمك]، لم يلزم به شيء، بل يختص الظهار بالرجال<sup>(١)</sup> كالطلاق، والله أعلم.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَيَقْبَلُ الظَّهَارُ التَّغْلِيْقَ \* فَلَوْ قَالَ: إِذَا ظَاهَرْتُ مِنْ فَلَائَةِ الأَجْنِبِيَّةِ فَأَنْتِ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي صَحَّ \* فَإِذَا نَكَحَ الأَجْنِبِيَّةَ وَظَاهَرَ عَنْهَا حَيْثُ \* وَإِنْ قَالَ: ظَاهَرْتُ عَنْهَا وَهِيَ أَجْنِبِيَّةٌ فَهُوَ لَعَوٌّ وَهُوَ كَقَوْلِهِ: إِنْ بَعَثَ الخَمْرَ فَإِنَّ ذَلِكَ غَيْرُ مُتَّصِرٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: تعليق الظهار صحيح، واحتج له بما روي أن سلمة بن صخر - رضي الله عنه - جعل امرأته على نفسه، كظهر أمه إن غشيها، حتى ينتصف رمضان، فذكر ذلك لرسول الله - ﷺ -: فقال: «أَعْتِقْ<sup>(٢)</sup> رَقَبَةً»، وأيضاً، فإن الظهار كان طلاقاً في الجاهلية، وهو يشبه الطلاق من حيث إنه لفظ يتعلّق بالتحريم واليمين من حيث إنه يتعلّق به الكفارة، وفي المَعْلَب من الشبهين اختلاف قول سيأتي، وكل واحد من الطلاق واليمين قابلٌ للتعليق، فكذلك الظهار، فإذا قال: إن دَخَلْتُ الدارَ، وإذا جاء رأس الشهر، فأنت علي كظهر أمي، فوجدت الصفة، صار مظاهراً عنها، ولو قال: إن ظاهرتُ عن حفصة، فعمرة علي كظهر أمي، وهما في نكاحه، ثم ظاهر عن حفصة، صار مظاهراً عنهما جميعاً، أما عن عمرة، فموجب التعليق، وأما عن حفصة فتنجيزاً.

(١) ويؤخذ من التشبيه بالطلاق أنه إذا فوض إليها أن تظاهر منه أن يصح كما في الطلاق لكن لم يتعرض له أحد من الأصحاب فيما أعلم غير صاحب الروافي فإنه قال تفقهاً قال: ولم أجد فيه نصاً للأصحاب ويشهد له قول الحاوي لو قال: أنا عليك كظهر أمي فهو كناية إن أراد به الظهار كان ظهاراً وإلا فلا ويجري من الطلاق مجرى قوله أنا منك طالق. انتهى. قاله الزركشي في خادمه.

(٢) راجع ثم أعاده في موضع آخر بلفظ: ظاهر من امرأته حتى ينسلخ رمضان، ثم وطئها في المدة، فأمره النبي ﷺ بتحرير رقبة، أما اللفظ الأول: فرواه الحاكم والبيهقي من طريق محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان وأبي سلمة بن عبد الرحمن: أن سلمة بن صخر البياضي جعل امرأته عليه كظهر أمه إن غشيها حتى يمضي رمضان. الحديث، وأما اللفظ الثاني فرواه أحمد والحاكم وأصحاب السنن إلا النسائي من حديث سليمان بن يسار عن سلمة بن صخر قال: كنت امرأة أصيب من النساء ما لا يصيب غيري، فلما دخل شهر رمضان، خفت أن أصيب من امرأتي شيئاً، فظاهرت منها حتى ينسلخ شهر رمضان، فبينما هي تخدمني ذات ليلة فكشف لي منها شيء، فما لبثت أن نزوت عليها، فذكر الحديث، وأعله عبد الحق بالانقطاع، وأن سليمان لم يدرك سلمة، قلت: حكى ذلك الترمذي عن البخاري.

(تنبيه): نص الترمذي على أن سلمة بن صخر يقال له: سلمان بن صخر أيضاً، وهذا الحديث استدلل به الرافعي على صحة تعليق الظهار، وتعقبه ابن الرفعة بأن الذي في السنن لا حجة فيه على جواز التعليق، وإنما هو ظهار مؤقت لا معلق، واللفظ المذكور عن البيهقي يشهد لصحة ما قاله الرافعي، والله أعلم.

ولو قال: إن ظاهرتُ عن إحدكما أو أيكما ظاهرتُ عنها، فالأخرى عليّ كظهر أمي، ثمّ ظاهر عن إحداهما، صار مظاهراً عن الأخرى أيضاً.

ولو قال: إن ظاهرتُ عن فلانة، فأنبت عليّ كظهر أمي، وفلانة أجنبية عنه، ثم خاطب: فلانة بلفظ الظهار، لم يصير مظاهراً عن زوجته؛ لأن الظهار عن الأجنبية غير منعقد إلا أن يريد التلّفظ بلفظ الظهار، فيصير بالتلّفظ مظاهراً عن زوجته، ولو نكح فلانة، ثم ظاهر منها، صار مظاهراً عن زوجته الأولى بحكم التعليق، ولو قال: إن ظاهرتُ عن فلانة الأجنبية، فأنبت عليّ كظهر أمي، فتعرض لفظه لكونها أجنبية، فيُنظر؛ إن خاطبها بلفظ الظهار قبل أن ينكحها، فالحكم كما في الصورة السابقة، وإن نكحها، فظاهر عنها، يصير مظاهراً عن الزوجة الأولى، فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه إذا نكحها، خرّجت عن كونها أجنبية.

وأصحهما، وهو المذكور في الكتاب: نعم، لأن ظهارها معلق بظهار فلانة، وذكر الأجنبية في مثل ذلك للتعريف دون الشرط، كما لو قال: لا أدخل دار زيد هذه، فباعها زيد، ثم دخلها، يَحْت.

والوجهان [كالوجهين]<sup>(١)</sup> فيما إذا قال: لا أكلم هذا الصبي، فكلمه بغدا صار شيخاً، ونظائره، ولو قال: إن ظاهرتُ من فلانة أجنبية أو وهي أجنبية، فأنبت عليّ كظهر أمي، فسواء نكحها، وظاهر عنها أو خاطبها بلفظ الظهار قبل أن ينكحها، لا يصير مظاهراً عن زوجته التي علّق ظهارها؛ لأنه شرط وقوع الظهار في حال كونها أجنبية وما دامت أجنبية، فلا ينعقد الظهار، إذا انعقد الظهار، لم تكن هي أجنبية؛ فكان التعليق بشيءٍ مُحالٍ، وهو كما إذا قال: إن بعثت الخمرة، فأنبت طالق أو فأنبت عليّ كظهر أمي فأنبت بلفظ البيع، لا يقع الطلاق، ولا يَحصل<sup>(٢)</sup> الظهار؛ تنزيلاً لألفاظ العقود على الصحة؛ وعند المزني ينزل في مثل ذلك على صورة الظهار والبيع، فيجوز أن يُعلم قوله «فهو لغو» بالزاي؛ لذلك، ويجوز أن يعلم بالواو أيضاً؛ لأن الإمام ذكر من الأصحاب مَنْ نُسب لموافقته، وسيأتي ذلك في الأيمان - إن شاء الله تعالى - وأيضاً، فإنّ في التعليق بالمستحيلات<sup>(٣)</sup> خلافاً، قد تقدّم في «الطلاق».

فزع: لو قال: إن دخلت الدار، فأنبت عليّ كظهر أمي، فدخلت، وهو مجنون أو ناس، فعن أبي الحسين بن القطان: أن في حصول العود ولزوم الكفارة قولين.

قال القاضي ابن كج: وعندني أنّها تلزم بلا خلاف، كما لو علّق طلاقها

(٢) في أ: يحل.

(١) سقط في ز.

(٣) في أ: المستحيل.

بالدخول، فدخلت، وهو مجنون، وإنما يؤثر الإكراه والنسيان في فعل المَغْلُوف على فعله، وهذا هو الوجه<sup>(١)</sup>.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ كَظَهْرِ أُمِّي وَأَرَادَ التَّأْكِيدَ لَمْ يَكُنْ ظَهَارًا \* وَإِنْ أَرَادَ الظَّهَارَ بِأَخْرِ كَلَامِهِ نَفَذَ إِنْ كَانَ رَجْعِيًّا \* وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ حَرَامٌ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي وَأَرَادَ مُجَرَّدَ الطَّلَاقِ أَوْ مُجَرَّدَ الظَّهَارِ كَانَ كَمَا نَوَى \* وَلَوْ نَوَاهُمَا جَمِيعًا فَلَا سَبِيلَ إِلَى الْجَمْعِ فَيَغْلِبُ الطَّلَاقُ لِقَوْتِهِ عَلَى وَجْهِ \* وَيَغْلِبُ الظَّهَارُ؛ لِأَنَّ لَفْظَهُ صَرِيحٌ عَلَى وَجْهِ \* وَيُخَيَّرُ بَيْنَهُمَا يَخْتَارُ أَحَدَهُمَا عَلَى وَجْهِ \* وَلَوْ قَالَ: أَرَدْتُ الطَّلَاقَ بِالحَرَامِ وَالظَّهَارَ بِأَخْرِ الكَلَامِ كَانَ كَمَا نَوَى \* وَلَوْ عَكَسَ ذَلِكَ لَمْ يَخْضَلِ الطَّلَاقُ بِلَفْظِ الظَّهَارِ لِأَنَّهُ صَرِيحٌ \* وَيَخْضَلُ الظَّهَارُ \* وَلَوْ قَالَ: لَمْ أَقْصِدْ إِلَّا تَحْرِيمَ عَيْنِهَا لَمْ تَحْرُمَ عَلَيْهِ وَيَلْزَمُهُ كَفَّارَةُ الْيَمِينِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قَدْ مَرَّ أَنْ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْ لَفْظِي الطَّلَاقِ وَالظَّهَارِ لَا يَجُوزُ أَنْ يُجْعَلَ كِنَايَةً عَنِ الْآخَرِ، وَأَنَّ قَوْلَ الزَّوْجِ لَزَوْجَتِهِ: أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ، يَضْلِحُ كِنَايَةً عَنِ الطَّلَاقِ وَالظَّهَارِ جَمِيعًا، وَالْفَضْلُ يَشْتَمِلُ عَلَى مَسْأَلَتَيْنِ يَتَعَلَّقَانِ بِهِذَيْنِ الْأَصْلَيْنِ:

الأولى: إِذْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ كَظَهْرِ أُمِّي، فَلَهُ أَحْوَالُ:

إحداها: أَنْ لَا يَنْوِي شَيْئًا فَيَقَعُ الطَّلَاقُ؛ لِإِتْيَانِهِ بِلَفْظِهِ الصَّرِيحِ، وَلَا يَصِحُّ الظَّهَارُ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ «كَظَهْرِ أُمِّي» لَا اسْتِقْلَالَ لَهُ، وَقَدْ انْقَطَعَ عَنِ قَوْلِهِ «أَنْتِ» بِالْفَاصلِ الْحَاصِلِ بَيْنَهُمَا، فَخَرَجَ عَنِ الصَّرَاحَةِ، وَلَمْ يَقْصِدْ بِهِ الظَّهَارَ.

الثانية: إِذَا قَصِدَ بِمَجْمُوعِ كَلَامِهِ الطَّلَاقَ وَخَدَهُ، وَجَعَلَ قَوْلَهُ «كَظَهْرِ أُمِّي» تَأْكِيدًا لِتَحْرِيمِ الطَّلَاقِ، وَقَعَ الطَّلَاقُ وَلَا ظَهَارَ.

الثالثة: إِذَا قَصِدَ بِالْجَمِيعِ الظَّهَارَ حَصَلَ<sup>(٢)</sup> الطَّلَاقُ دُونَ الظَّهَارِ؛ [أَمَّا حَصُولُ الطَّلَاقِ فَلِلْفِظِ الصَّرِيحِ، وَأَمَّا عَدَمُ حَصُولِ الظَّهَارِ] فَلِأَنَّ لَفْظَ الطَّلَاقِ لَا يَنْصَرِفُ إِلَى الظَّهَارِ، وَالثَّانِي: لَيْسَ بِصَرِيحٍ كَمَا بَيَّنَّاهُ، وَهُوَ لَمْ يَنْوِ بِهِ الظَّهَارَ، وَإِنَّمَا نَوَاهُ بِالْجَمِيعِ، وَعَنْ أَبِي عَلِيِّ الطَّبْرِيِّ وَأَبِي الْحُسَيْنِ فِيمَا رَوَاهُ الْقَاضِي ابْنُ كَجَّ أَنَّهُ يَلْزَمُهُ الظَّهَارَ أَيْضًا بِإِقْرَارِهِ.

والرابعة: إِذَا قَصِدَ الطَّلَاقَ وَالظَّهَارَ جَمِيعًا، نُظِرَ؛ إِنْ قَصَدَهُمَا بِمَجْمُوعِ كَلَامِهِ، حَصَلَ الطَّلَاقُ دُونَ الظَّهَارِ؛ لِمَا تَبَيَّنَّ، وَإِنْ قَصِدَ الطَّلَاقَ بِقَوْلِهِ: أَنْتِ طَالِقٌ، وَالظَّهَارَ بِقَوْلِهِ: كَظَهْرِ أُمِّي، فَإِنْ كَانَتْ تَبَيَّنَّ بِالطَّلَاقِ، لَمْ يَصِحَّ الظَّهَارُ وَإِنْ كَانَتْ رَجْعِيَّةً، يَصِحُّ

(١) فِي أ: التَّوْجِيهِ.

(٢) فِي أ: جَعَلَ.

الظهار مع وقوع الطلاق، وفيه وجه حكاه أبو الفرج السرخسي عن القفال أنه لا يصحّ الظهار؛ لأننا إذا استعملنا قوله: أنت طالق في إيقاع الطلاق، لم يبق إلا قوله: كظهر أمي، وأنه لا يصحّ كناية؛ إذ لا خطاب فيه، والظاهر الأول، ومن نصره قال: كلمة الخطاب السابقة تعود في الظهار، إذا نوى، ويصير كأنه قال: أنت طالق، أنت كظهر أمي، والوجه المنقول عن الطبري وأبي الحسين عائذ هاهنا لإقراره بالظهار، حيث قال: أردت الطلاق والظهار، ولو عكس؛ وقال: أردت بقولي: أنت طالق الظهار، ويقول: كظهر أمي الطلاق، وقع الطلاق بقوله: أنت طالق، ولا يصح الظهار؛ لما ذكرنا أن قوله: كظهر أمي خرج عن الصراحة، ولم يقصد به الظهار، ويمكن أن يقال: إذا خرج عن كونه صريحاً في الظهار، وقد نوى به<sup>(١)</sup> الطلاق، يقع به طلاقة أخرى، إن كانت الأولى رجعية، ولو قال: أنت [علي] كظهر أمي طالق<sup>(٢)</sup>.

قال القاضي ابن كج: إن أراد الظهار والطلاق، حصلاً، ولا يكون عائداً؛ لتعقيبه الظهار بالطلاق، فإن راجع، كان عائداً، وإن لم يرد شيئاً، صحّ الظهار، وفي وقوع الطلاق وجهان؛ لأنه ليس في لفظ الطلاق مخاطبة.

المسألة الثانية: إذا قال: أنت عليّ حرام كظهر أمي، فله أحوال:

إحداها: أن يريد بكلامه مجرد الطلاق، ففي بعض نسخ المختصر: أنه يكون ظهاراً، وفي أكثرها أنه يكون طلاقاً، وكذلك نقل الربيع والبونيطي والأصحاب طريقان:

أظهرهما: أن المسألة على قولين:

أحدهما، وبه قال أبو حنيفة: أن يكون ظهاراً؛ لأن لفظ الحرام صالح للظهار، وقد اقترن به لفظ الظهار ونية الطلاق، واللفظ الظاهر أقوى من النية الخفية.

وأصحهما: أنه طلاق؛ لأن قوله: أنت عليّ حرام، مع نية الطلاق بمنزلة صريح الطلاق، ولو قال: أنت طالق كظهر أمي، كان طلاقاً، فكذلك الكناية مع النية.

الثاني: القطع بكونه طلاقاً والامتناع من إثبات قول آخر حكاه أبو الفرج السرخسي، وفي كتاب القاضي ابن كج طريقة قاطعة بحصول الظهار رادة للخلاف إلى أنه هل يقع الطلاق مع الظهار؟

والثانية: أن يريد به الظهار، فهو ظهار؛ لأن قوله: أنت عليّ حرام، ظهار إن أراد به الظهار فإذا<sup>(٣)</sup> أرادته وانضم إليه اللفظ كان أولى.

(١) في أ: فيه.

(٢) سقط في ز.

(٣) في أ: وإن.

وقوله في الكتاب «وأراد مجرد الطلاق أو مجرد الظهر كان كما نوى» مُغْلَمٌ بالحاء؛ لأن عند أبي حنيفة - رحمه الله - إذا نوى به الطلاق، لم يَكُنْ كما نوى، وبالواو؛ للقول الموافق له. وأيضاً فقد حكينا في قوله «أنتِ عليّ حرامٌ» وجهاً أنه لا يصلح كناية عن الطلاق، إذا فرّعنا على أنه صريحٌ في التزام الكفارة، وذلك الوجه عائد هاهنا، وقضية ذلك الوجه أن لا يُجْعَلَ كنايةً عن الظهر أيضاً، والله أعلم.

الثالثة: إذا نوى الطلاق والظهر جميعاً، فيُنظر؛ إن أرادهما بمجموع الكلام أو بقوله «أنتِ عليّ حرامٌ» لم يثبت جميعاً؛ لاختلاف توجيههما، وفيما يثبت ثلاثة أوجه:

أحدها، وبه قال ابن الحدّاد قال الشيخ أبو علي، ووافقهُ الجمهور: أنه يُخَيَّرُ؛ فما اختاره ثبّت، والثاني: أنه يقع الطلاق؛ لأنه لا سبيل إلى إبطالهما جميعاً، كما لا سبيل إلى إثباتهما جميعاً، فيثبت ما هو أقوى، وهو الطلاق، والثالث: أنه يثبت الظهر؛ لأن قوله: أنتِ عليّ حرامٌ، يحتملها جميعاً، فإذا نواهما تعارضاً وتَسَاقَطاً وقوله بعد ذلك «كظهر أمي» صريحٌ لفظ الظهر، فثبّت.

وإن أراد بقوله: أنتِ عليّ حرام، الطلاق، ويقول: كظهر أمي الظهر، وقع الطلاق، ويصح الظهر أيضاً إن كان الطلاق رجعيّاً، وإن كان بائناً، لم يصحّ، ولفظ الحرام مع نيّة الطلاق كقوله: أنتِ <sup>(١)</sup> طالقٌ كظْهرِ أمي، والوجه المذكور هناك - أن الظهر لا يَحْضَلُ، لأن قوله: كظهر أمي، غير مفيد وخده - عائدٌ هاهنا، ولو عكس فقال: أردتُ بقولي: أنتِ عليّ حرامٌ، الظَّهَارَ، ويقول: كظهر أمي، الطلاق، صحّ الظهر، ولم يقع الطلاق؛ لأن لفظ الظهر صريحٌ في معناه، لا يُجْعَلُ كنايةً عن الطلاق، وعن الشيخ أبي محمّد وغيره: أنه يقع الطلاق؛ لأن قوله: كظهر أمي، لعدم الاستقلال قد خَرَجَ عن كونه صريحاً في الظهر، كما تقدّم، فأمكن <sup>(٢)</sup> أن يُجْعَلَ كنايةً عن الطلاق، وليُعْلَمَ؛ لما حكينا قوله في الكتاب «لم يحصل الطلاق» بالواو، وكذا قوله «كان كما نوى» فيما إذا قال: أردتُ بالحرام الطلاق، وبآخر الكلام الظهر؛ لأن على الوجه الذاهب إلى أنه لا يصحّ الظهر، لا يكون الأمرُ كما نوى، ثم قوله «كان كما نوى» محمول على ما إذا كان الطلاق رجعيّاً غير مُجْرَى على إطلاقه، وفي «تعليق» الشيخ أبي حامد - رحمه الله - وغيره؛ أنه إذا نوى الطلاق والظهر جميعاً، فيبني على ما إذا نوى الطلاق وخده، إن قلنا: إنه يكون ظهاراً، فكذلك هاهنا، وإن قلنا: إنه يكون طلاقاً هناك، فهاهنا يكون مطلقاً مظاهراً، وذكر في «المهذب» مثل ذلك، إن كان الطلاق بائناً، فإن كان رجعيّاً، قال: يكون مطلقاً ومظاهراً، فإن كان ما ذكره شاملاً لما

(٢) في أ: وأمسكن أن.

(١) في أ: عليّ.

إذا نواهما بجملة الكلام، أو بقوله: أنت علي حرام، أحوج إلى إعلام قوله في الكتاب «فلا سبيل إلى الجمع» بالواو، وهذا قضية إطلاقهم، وإن أرادوا ما إذا نوى بالحرام الطلاق، وبآخر الكلام الظهار، كان قوله «كما نوى» معلماً بالواو، لشيء آخر، وهو قول من قال: إنه يكون ظهاراً لا طلاقاً.

الرابعة: إذا قال: أردت بقولي: أنت علي حرام، تحريم ذاتها الذي موجب الكفارة، ففيه وجهان:

أظهرهما: أنه يُقبل؛ لموافقته لفظ الحرام. والثاني: لا يقبل، ويكون مظاهراً؛ لأنه وصف التحريم بما يوجب الكفارة العظمى؛ فلا يُقبل في الرد إلى الصغرى، وإذا قلنا بالأول، فإن لم ينو بقوله: كظهر أمي، الظهار، لم يلزمه شيء سوى كفارة اليمين، وكان قوله: كظهر أمي، تأكيداً لتحريم الذات، وإن نوى به الظهار، لزمته الكفارة، وكان مظاهراً، وقوله في الكتاب «لم تحرم عليه» غير محتاج إليه في هذا الموضع، وقد سبق ذلك في كتاب الطلاق، وقوله «ويلزمه كفارة اليمين» معلم بالواو؛ للوجه الذاهب إلى أنه مظاهر، وهذا التفسير غير مقبول.

الخامسة، وهي غير مذكورة في الكتاب: إذا أطلق اللفظ، ولم ينو شيئاً أصلاً، فلا طلاق؛ لأنه لو يوجد صريح لفظه ولا نيته، وفي الظهار وجهان:

أظهرهما، ويحكى عن نصّه في «الأم»: أنه يثبت؛ لأن لفظ الحرام يكون ظهاراً بانضمام نية الظهار إليه، فلأن يكون ظهاراً بانضمام لفظه إليه كان أولى، فإن اللفظ فوق النية.

والثاني، وهو المذكور الذي أورده الشيخ أبو علي: أنه لا يثبت، بناء على أن قوله: أنت علي حرام، صريح في التزام الكفارة، فيكون قوله: أنت علي حرام [كظهر أمي، هذا كقوله: أنت طالق أمي من غير نية، وقد<sup>(١)</sup> ذكرنا في هذه الصورة أنه يقع الطلاق، ولا يخصل الظهار؛ كذلك هاهنا، تجب الكفارة ولا يحصل الظهار، ومن نصر الأول قال: إنما يكون قوله: أنت علي حرام، صريحاً في الكفارة، إذا تجرد، فأما مع قوله «أمي» فهو تأكيد لمقصود الظهار. والله أعلم.

فزع: لو قال: أنت [علي]<sup>(٢)</sup> كظهر أمي حرام، كان مظاهراً؛ لصريح لفظه، ثم قال في «التتمة»: إن لم ينو بقوله «حرام» شيئاً، كان تأكيداً للظهار، وإن نوى تحريم عينها، فكذلك، ومقتضى التّخريم، وهو الكفارة الصغرى، يدخل في مقتضى الظهار، وهو الكفارة العظمى، وإن نوى بالحرام الطلاق، فقد عبّ الظهار بالطلاق، فلا عود

(٢) سقط في ز.

(١) سقط في ز.

آخر في «اللطيف» لأبي الحسين بن خيران: أنه لو قال: أنت مثل أمي، ونوى: الطلاق، كان طلاقاً بخلاف قوله: أنت عليّ كظهر أمي؛ وهذا لِمَا مرَّ أن قوله «مثل أمي» ليس صريحاً في الظهار، وعلى هذا قياسُ قوله «كعين أمي وروحها»<sup>(١)</sup>.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: (البَابُ الثَّانِي فِي حُكْمِ الظَّهَارِ): وَلَهُ حُكْمَانِ: (أَحَدُهُمَا): أَنَّهُ يُحْرَمُ الْجِمَاعُ عِنْدَ الْعَوْدِ تَحْرِيماً مَمْدُوداً إِلَى التَّكْفِيرِ سِوَاءَ كَانَتْ الْكُفَّارَةُ بِالْإِطْعَامِ (ح) أَوْ بغيرِهِ \* وَهَلْ يُحْرَمُ اللَّمَسُ؟ فِيهِ قَوْلَانِ: (أَحَدُهُمَا): نَعَمْ كَمَا تَحْرُمُ الرَّجْعِيَّةُ وَالْمُحْرَمَةُ وَالْمُعْتَدَةُ مِنَ وَطْءِ الشُّبْهَةِ وَالْمُسْتَبْرَأَةِ بِمَلِكِ الْيَمِينِ (وَالثَّانِي): لَا كَمَا لَا تَحْرُمُ الْحَائِضُ وَالصَّائِمَةُ \* وَعَلَى هَذَا هَلْ يُحْرَمُ الْاسْتِمْتَاعُ بِمَا تَحْتَ السَّرَّةِ وَفَوْقَ الرُّكْبَةِ؟ فِيهِ خِلَافٌ كَمَا فِي الْحَائِضِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: من حكم الظهار الصحيح تحريم الوطء، وإذا وجب الكفارة إلى أن يُكْفَرَ، فلو وطئ قبل التكفير، ويحرم عليه العود ثانياً إلى أن يُكْفَرَ، قال الله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا﴾ [المجادلة: ٣] ثم قال: ﴿فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا﴾ [المجادلة: ٤] وكذلك الحُكْم لو كان يكفر بالإطعام، لا يجوز له أن يطأها، حتى يُطِيعَ، وإن لم تتعرض الآية في الإطعام للتماس، بل قال: فإطعام ستين مسكيناً؛ حملاً للمطلق على المقيّد عند اتّحاد الواقعة، وروي عن أبي حنيفة أنه إذا كان يُكْفَرُ بالإطعام، فلا يحرم الوطء قبله، ومن الأصحاب من يُنسب هذا المذهب إلى مالك، وقد يحتج للتحريم قبل التكفير، وللتسوية بين الإطعام وغيره بما رُوِيَ أن النبي - ﷺ - قال لِرَجُلٍ ظَاهَرَ مِنْ أَمْرَاتِهِ وَوَأَقَعَهَا: «لَا تَقْرَبْهَا حَتَّى تُكْفَرَ» وَيُرْوَى أَعْتَزَلَهَا حَتَّى تُكْفَرَ<sup>(٢)</sup>، وهل

(١) قال في الخادم: هذا نقله الرافي في كتاب اللطيف لابن خيران وأشار إلى أنه فرعه على أن مثل أمي ليس بصريح في الظهار، وهو يقتضي أنا إذا قلنا إنه صريح، لا يقع الطلاق؛ لأن ما كان صريحاً في بابه لا يكون كناية في غيره، وفيه نظر.

وعبارة اللطيف وإن قال أنت مثل أمي، فإذا أراد الظهار فهو مظاهر، وإن أراد الطلاق لزمه، وإن أراد تحريماً بغير ظهار ولا طلاق، كان عليه كفارة يمين وإن لم يرد ظهاراً ولا تحريماً ولا طلاقاً فلا شيء عليه.

ولو قال مثل أمي، كان هذا من مكان الظهار كما كان قوله أنت خلية أو برية من مكان الطلاق، فلا يقع إلا بإرادته. انتهى.

(٢) أخرجه أصحاب السنن وصححه الترمذي والحاكم من حديث ابن عباس، أن رجلاً ظاهر من أمراته فوقع عليها قبل أن يكفر، فقال: لا تقربها حتى تفعل ما أمر الله، لفظ النسائي، وفي رواية له: اعتزلها حتى تقضي ما عليك، وفي رواية لأبي داود قال: فاعتزلها حتى تكفر عنك، ورجاله ثقات لكن أعله أبو حاتم والنسائي بالإرسال، وقال ابن حزم: رواه ثقات ولا يضره إرسال من أرسله، وفي مسند البزار طريق أخرى شاهدة لهذه الرواية من طريق خصيف، عن عطاء عن ابن عباس: أن رجلاً قال: يا رسول الله إني ظاهرت من امرأتي: رأيت ساقها في القمر فواقعتها قبل =

تحرم القبلة واللمس بالشهوة وسائر الاستمتاع؟ فيه قولان، ويُقال وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنها تدعو إلى الوطء، وتفضي إليه؛ ولأن لفظ الظهار لفظٌ يوجب تحريم الوطء، فيحرم سائر الاستمتاع، كالطلاق، وأيضاً فقوله: ﴿مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا﴾ [المجادلة: ٣] يشمل الوطء والاستمتاع، وبهذا القول قال أبو حنيفة ومالك.

والثاني: المنع لأن الظهار معنًى لا يدخل بالملك، فأشبهه الصوم والحيض، ولأنه وطء حرام، لا يتعلّق به مالٌ، ولا تشاركه في التحريم مقدماته؛ كوطء الحائض.

والقصد بقولنا «لا يتعلّق به مال» الاختراؤُ عن وطء المحرم وقوله تعالى: ﴿مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا﴾ [المجادلة: ٣] محمولٌ على الوطء كقوله تعالى: ﴿مَنْ قَبِلَ أَنْ تَمْسُوهُنَّ﴾ [الأحزاب: ٤٩]، وعن أحمد روايتان كالقولين وما الأظهر من الخلاف؟، قال ابن الصَّبَّاح والإمام وصاحب «التتمة» إلى ترجيح التحريم.

والأكثرون رجّحوا القول الآخر؛ يؤيِّده أن التحريم منسوبٌ إلى القديم، ومقابله إلى الجديد، وحكى القاضي ابن كج طريقةً [أخرى] (١) قاطعةً بعدم التحريم، ثم عد الإمام هاهنا الصُّور التي يحرم فيها القبلة وسائر الاستمتاع مع الوطء، والصور التي يختص فيها التحريم بالوطء، فقال: ما يحرم الوطء، لتأثيره في الملك، كالطلاق الرجعي وغير الرجعي والردة، فإنه يحرم كل استمتاع، وكذا لو حَلَّت الأُمَّة للغير كالأمة المزوجة أو حرم الوطء لاستبراء الرِّجَم عن الغير، كالمعتدة عن وطء الشبهة في صلب النكاح، يحرم الاستمتاع، وكذا المستبرأة بملك اليمين بشراء ونحوه؛ لأنها لو كانت مستولدة الغير، كانت محرّمة من كل وجه.

وما يحرم الوطء بسبب الأذى، فإنه لا يحرم كل استمتاع.

وأما العبادات المحرّمة للوطء؛ فالإحرام (٢) يُحرّم كل استمتاع تعبداً (٣)، والصُّوم والاعتكاف يحرّمان كل ما يُخشى منه الإنزال؛ لتأثيرهما بالإنزال، فإذا قلنا في الظهار: لا تحرم القبلة واللمس، ففيما بين السُّرّة والركبة احتمالان: أقواهما: أنه على الخلاف في حق الحائض، والثاني: أنه كسائر الاستمتاع، والاحتمالان مبنيان على أن التحريم في

= أن أكفر، قال: كافر، ولا تعد، وفي الباب عن سلمة بن صخر عند الترمذي أيضاً باختصار، ولفظه عن النبي ﷺ في المظاهر يواقع قبل أن يكفر، قال: كفارة واحدة، وقال: حسن غريب، وبالغ أبو بكر بن العربي فقال: ليس في الظهار حديث صحيح.

(١) سقط في ز. (٢) في أ: كالإحرام.

(٣) وحكى القاضي الحسين في الأسرار عن القفال أنه يحرم على المحرم النظر إلى زوجته والخلوّة بها إذا كان يخشى منه الوقوع في الحرام.



حقَّ الحائض لأنه يحوم حول الحمى أو لأنه لا يُؤمّن انتشار الأذى إلى ذلك الموضع .

وقوله في الكتاب «سواء كانت الكفارة بالإطعام أو بغيره» قصّد به التعرّض للمذهب المذكور وقوله «فيه قولان» يجوز إعلامه بالواو؛ للطريقة القاطعة، وقوله: «والمعتدة من وطء الشبهة» عدها في اللواتي يحرم الاستمتاع بهن مع الوطاء، اتباعاً لما حكّيناه عن الإمام، لكن يجوز إعلامه بالواو، ففي «التهذيب» حكاية وجهين في جواز الاستمتاع بها، ذكرهما في «باب الاستبراء» .

وقوله «والمستبرأة بملك اليمين» المراد ما سوى المسببة ففي المسببة خلافٌ مذكورٌ في «الاستبراء» .

وقوله «وعلى هذا هل يحرم الاستمتاع...» إلى آخره، جواب على إلحاقها بالحائض في مجيء ذلك الخلاف، ويجوز إعلام قوله «فيه خلاف» بالواو؛ للاحتمال الآخر، ويشبه أن يجيء في الاستمتاع بالجارية المرهونة<sup>(١)</sup> خلافٌ والله أعلم .

قَالَ الْعَزَلِيُّ: (الثَّانِي) وَجُوبُ الْكُفَّارَةِ بِالْعَوْدِ وَالْعَوْدُ هُوَ إِمْسَاكُهَا عَقِيبَ الظَّهَارِ وَلَوْ لَحِظَةَ وَذَلِكَ بِأَنْ لَا يَنْقَطِعَ نِكَاحُهَا \* فَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا أَوْ جُنَّ الزَّوْجُ أَوْ قَطَعَ بَطْلًا بَائِنٍ أَوْ رَجِمِيٍّ مِنْ غَيْرِ رَجْعَةٍ أَوْ بِشِرَائِهَا (و) وَهِيَ رَقِيقَةٌ أَوْ بِاللَّعَانِ عَنْهَا عَقِيبُهُ أَوْ بِالْبِدَارِ إِلَى فِعْلِ كَانَ قَدْ عَلِقَ عَلَيْهِ الطَّلَاقَ مِنْ قَبْلِ فَلَيْسَ بِعَائِدٍ وَلَا كُفَّارَةً \* وَالْأَشْتِغَالُ بِأَسْبَابِ الشَّرَاءِ أَوْ رَفْعِ الْأَمْرِ إِلَى الْقَاضِي فِي اللَّعَانِ هَلْ يَزْفَعُ الْعَوْدُ؟ فِيهِ خِلَافٌ .

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْكُفَّارَةُ الْوَاجِبَةُ فِي الظَّهَارِ تَعَلَّقَ بِالْعَوْدِ<sup>(٢)</sup>؛ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَالَّذِينَ

(١) قال النووي: الوجه الجزم بجوازه في مرهونته، وقد جزم به الرافعي في «باب الاستبراء» . قال الإمام: وإذا لم يحرم الاستمتاع، فلا بأس بالتلذذ وإن أفضى إلى الإنزال، وقول الإمام: الإحرام يحرم كل استمتاع، الصواب، حملة على المباشرة بشهوة، فأما اللمس ونحوه بغير شهوة، فليس بحرام كما سبق في الحج . والأمة الوثنية والمجوسية والمرتدة، يحرم فيها كل استمتاع، وكذا المشركة والمكاتبه ومن بعضها حر .

(٢) الناظر في الآية الكريمة يرى أن الله تعالى قد ذكر الكفارة بعد أن ذكر أمرين: الظهار والعود، وعطف ذلك «بالغاء» المفيدة للترتيب، والمشعرة بأن ما قبلها سبب فيما بعدها، وهذا يؤخذ منه أن مجموع الأمرين سبب في الكفارة . هذا هو المعروف من مذاهب الفقهاء . العود عند الفقهاء:

اختلفت كلمة الفقهاء في تفسير العود .

فقالت الشافعية: هو إمساك الزوجة مدة يتمكن فيها الزوج من الفرقة دون أن يفارق؛ لأن الظهار فيه تشبيه الزوجة بالأم، وهو يقتضي ألا يمسكها زوجة، فإذا أمسكها زوجة، فقد عاد فيما قال؛ =

يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا ﴿المجادلة: ٢﴾ والعود هو أن يُمسكها في النكاح بقدر ما يمكنه مفارقتها فيه، واحتج له بأن العود للقول عبارة عن مخالفته، فيقال قال فلان قولاً، ثم عاد فيه، وعادله، أي خالفه ونقضه، وهو

= لأن العود للقول مخالفة، يقال قال فلان قولاً، ثم عاد له، وعاد فيه. أي: خالفه، وهو قريب من قولهم عاد في هبته إذا رجع فيها ونقضها.

وقالت المالكية: هو العزم على الوطء مع نية الإمساك، أو هو الوطء نفسه.

ووجهة المالكية أن العزم قول نفس، والمظاهر قال قولاً يقتضي التحليل، وهو النكاح، وقال قولاً يقتضي التحريم، وهو الظهار، ثم عاد لما قال، وهو قول التحليل، ولا يصح أن يكون ذلك القول عقد النكاح؛ لأنه باقٍ، فلم يبق إلا أنه قول عزم يخالف ما اعتقده، وقاله في نفسه من الظهار الذي أخبر عنه بقوله: «أَنْتِ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي» وإذا كان كذلك كفر، وعاد إلى أهله ولا يكون ذلك إلا بعد بقاء إمساكها.

وقالت الحنفية: هو العزم على الوطء فقط. ودليلهم ما تقدم للمالكية، ويؤيد ذلك ما ثبت من حديث أوس بن الصامت أما دعا امرأته إليه بعد ظهاره منها، فقالت له: والذي نفس خولة بيده لا تصل إلي، وقد قلت ما قلت حتى يحكم الله ورسوله.

وقالت الحنابلة: هو الوطء نفسه؛ لأن الكفارة في الظهار كفارة يمين، فلا تجب بغير الحنث كسائر الأيمان، والحنث فيها هو العود، وهو فعل ما حلف على تركه، وهو الجماع؛ ولأن الظهار يمين يقتضي ترك الوطء، فلا تجب الكفارة إلا به كالإيلاء.

وقالت الظاهرية: هو تكرير اللفظ الذي قاله؛ لأنه لا يعقل من اللغة غير هذا؛ وبهذا جاءت السنة عن عائشة أم المؤمنين - رضي الله عنها - قالت: إِنْ جَمِيلَةٌ بَنَتْ ثَعْلَبَةَ امْرَأَةَ أَوْسِ بْنِ الصَّامِتِ، وَكَانَ بِهِ لِمَمٍ، فَكَانَ إِذَا اشْتَدَّ لِمَمُهُ ظَاهِرَ مِنْهَا، فَأَنْزَلَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ فِيهِ آيَةَ الظَّهَارِ، فَهَذَا يَقْتَضِي التَّكْرَارَ وَلَا بَدَّ.

وبالنظر في وجهة كل نجد أن الحق مع من يقول إن العود هو العزم على الوطء مع بقاء الإمساك لأن الله - سبحانه وتعالى - ذكر العود بكلمة «ثُمَّ» «ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا» وهي تقتضي التراخي الزمني، والإمساك معقب لا متراخي الذي قالت به الشافعية، وليس هو الوطء، كما قالت الحنابلة؛ لأن الله - سبحانه وتعالى - قال: «وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا» فلو كان العود هو الوطء لما كان لقوله تعالى: «مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا» معنى، وأيضاً فإن تعلق الحكم بالموصول دليل على عليّة ما في حيّز الصلّة، وما في حيّز الصلّة هو الظهار والعود، فلو كان المراد من العود الوطء لما كان لقوله تعالى: «مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا» موقع؛ لأن الوطء محرم قبل التكفير، فلا يصح أن يراد من العود، وإلا كان مأموراً به قبل التكفير منهيّاً عنه قبله، وهو باطل، كما لا يصح أن يراد منه العزم فقط إذ لو كان هو العود لما سقطت الكفارة بعد الطلاق بعد العزم على الوطء، كما لا يصح أن يراد به إعادة اللفظ؛ لأن العود يقتضي أمرين:

أمرأ يعود إليه، وأمرأ يعود عنه، ولا بد منهما، فالذي يعود عنه يتضمن نقضه وإبطاله، والذي يعود إليه يتضمن إثارة وإرادته، فعود المظاهر يقتضي نقض الظهار وإبطاله، كما يقتضي رجوعه إلى الحالة التي كان عليها قبل الظهار، وهي: جُلُّ الاستِمْتَاعِ.

قريب من قولهم: عاد في هبته، ومقصود الظهار ومعناه وضمف المرأة بالتحريم، فكان<sup>(١)</sup> بالإمساك عائداً.

وقال مالك وأحمد - رحمهما الله -: العود هو العزم على الوطء، وهو رواية عن أبي حنيفة، ويروى عن مالك أن العود هو الوطء، فليُعلم قوله في الكتاب «والعود هو إمساكها عقيب الظهار» بعلاماتهم وبالواو أيضاً؛ لأن الشيخ أبا حاتم القزويني حكى عن القديم قولاً أن العود هو العزم على الوطء، ونقل الإمام وغيره عن القديم أن العود هو الوطء.

واعلم قوله «وجوب الكفارة» بالحاء؛ لأن المشهور عن أبي حنيفة أن الكفارة لا تجب على المظاهر، وإنما هي شرط حل الوطء، فيكفر إن أراد الاستباحة.

وقوله «بالعود» يقتضي كون العود سبب الكفارة، واختلف عبارات الأصحاب [فيه]<sup>(٢)</sup> بعد الاتفاق على أن العود إنما يجب إذا ظاهر، وعاد، فمنهم من قال: سبب الكفارة يترتب من العود والظهار، ومنهم من يضيفها إلى العود؛ لأنه الخير الأخير، ومنهم من يقول: تجب الكفارة بالظهار، والعود شرط له، إذا تقرر ذلك، فلزمات أحد الزوجين عقيب الظهار، فلا عود لغوات الإمساك على النكاح، وكذا لو فسخ أحدهما النكاح بسبب يقتضيه أو جئن الزوج؛ لأنه تعدر عليه الفراق، ولو قطع النكاح بطلقة بائنة أو رجعية، ولم يراجع، لم يكن عائداً ولم تلزمه الكفارة.

ثم في الفضل صور:

إحداها: لو كانت الزوجة رقيقة فظاهر منها، ثم اشتراها من مالها على الاتصال، ففيه وجهان:

أظهرهما، وبه قال أبو إسحاق وابن أبي هريرة، وهو المذكور في الكتاب: أنه لا يكون عائداً؛ لأنه قطع النكاح بالشراء، فأشبه ما لو طلق.

والثاني: [أنه]<sup>(٣)</sup> عائد؛ لأنه لم يحقق التحريم، وإنما نقلها من جل إلى جل، وذلك إمساك لها، وإذا قلنا بالأول، فالاشتغال بأسباب الشراء كالمساومة وتقدير الثمن، هل يمنع العود؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأخذه في المفارقة وتحقيق الوصف بالتحريم. والثاني: لا، لأنه مُمسك إلى أن يشتري، فادِر على المفارقة، بالأول أجاز صاحب «التهذيب»، والأشبه

(٢) سقط في ز.

(١) في ز: وكان.

(٣) سقط في ز.

الثاني، ورجَّحه أبو سعد المتولي وغيره، وهو الحكاية عن ابن الحدَّاد، قال الإمام: وهذا الخلاف فيما إذا كان الشراء متيسراً، أما إذا كان متعذراً، فالاشتغال بتسهيله لا ينافي العود عندي.

الثانية: لو لاعن عنها عقيب الظهار، فقد نصَّ - رضي الله عنه - أنه لا يكون عائداً، واختلفوا في صورة النصِّ على ثلاثة أوجه:

أحدها، وبه قال ابن الحدَّاد: أن المراد ما إذا سَبَقَ القذف والمرافعة إلى الحاكم، أو أتى بما قبل الخامسة من كلمات اللِّعان، ثم ظاهرَ عنها، وعقبها بالكلمة الخامسة؛ لأنَّه، والحالة هذه، فارَقها بكلمة واحدة، فكان كما لو طَلَّقها أو اشتراها، وهي رقيقة. فأما إذا قذف بعد الظهار أو قَذَف قبله، وقَعَت المرافعة [و]الإتيان بالكلمات بعده، فيكون عائداً؛ لأنه أمكنه أن يفارقها بكلمة واحدة، فإذا طول مع إمكان الفراق كان عائداً.

وأظهرهما، وبه قال أبو إسحاق وابن أبي هريرة وابن الوكيل؛ إن سَبَقَ القَذْفَ شرطاً، ولكن لا يشترط تقدُّم شيء من كلمات اللِّعان بل إذا وصلَّها بالظهار، لم يكن عائداً؛ لأن الكلمات بمجموعها موقعة للفرقة، وإذا اشتغل بما يوجب الفراق، لم يفترق<sup>(١)</sup> الحال بين أن يطول أو يقصر؛ ألا ترى أن قوله: أنتِ طالقٌ ثلاثاً أو يا فلانة بنت فلان، أنتِ طالقٌ، بمثابة قوله: طَلَّقْتُكَ، وإن كانت هذه الطريقة أقصر، ويفارق القذف، فإنه ليس موجِباً للفرق، وشرَطَ الإمام وصاحب «التهذيب» - رحمهما الله - على هذا الوجه سَبَقَ المرافعة إلى الحاكم أيضاً.

والثالث، وبه قال ابن سلمة، وحكاه المزني في «الجامع الكبير»: أنه لا يُشترط سَبَقَ القذف أيضاً<sup>(٢)</sup>، فلو ظاهر وقذف على الاتصال، واشتغل بالمرافعة وتعهد أسباب اللِّعان، لم يكن عائداً، وإن بقي أياماً فيه؛ لأن القذف لا بُدَّ منه، إذا كان يريد الفراق باللِّعان، فكان الاشتغال به شروعاً في أسباب الفرقة، وشبه ذلك بما إذا قال عقيب الظهار: أنتِ طالقٌ على ألفِ دزهم، فلم تُقبِل، فقال [عقبيه]<sup>(٣)</sup>: أنتِ طالقٌ بلا عوض

(١) في أ: يفرق.

(٢) ما رجحه نسبة الماوردي للأكثرين، وما نقله عن الإمام والغزالي من اشتراط سبق المراجعة جزم به في الشرح الصغير، ولم ينقله عن أحد لكن عن ابن داود أنه لا يشترط تقومها على هذه الطريقة، ونقله في التنقيح عن البلغة للجرجاني وأكثر الكتب ساكنة عنه.

وأما حكايته الثالث عن الجامع الكبير فالمراد به قول الشافعي، وحينئذ فلا يحسن عليه وجهاً لكن في الشامل عن أبي العباس أنه قال: لا يعرف هذا للشافعي، وفي الحاوي أن أبا إسحاق أنكر كون ذلك في الجامع الكبير.

(٣) سقط في ز.

لا يكون عائداً؛ لأنه كان مشغولاً بسبب الفراق، وقوله في الكتاب «أو باللعان عنها عقيبه» يشعر ظاهره بأنه لا بأس بتأخر جميع كلمات اللعان، فإن اللعان يقع على جميعها، وهو الوجه الأظهر، ويجوز أن يُعلم بالواو؛ للوجه الصائر إلى أنه لا يجوز أن تتأخر جميع الكلمات، وقوله «أو رَفَع الأمر إلى القَاضِي» إلى آخره إشارة إلى الخلاف في أن المرافعة إلى القاضي، هل يشترط تقدمها؟ ومن شرط تقدم المرافعة، فيشترط تقدم القذف لا محالة، ومن لم يشترط تقدم المرافعة، جوز آخرأ تأخير القذف أيضاً.

فزع: لو قال: أنت عليّ كظهر أمي، يا زانية، أنتِ طالق، ففيه وجهان: قال ابن الحداد: هو عائذ؛ لأنه مُنْسِك لها حالة القذف، وكان قادراً على أن يُطلقها بدلاً عنه.

قال الشيخ أبو علي: هذا صحيح، إن لم يُلَاعِن بغده، وكذا إن لَاعَن جواباً على أنه يُشترط سبق القذف، فأما إذا لم يشترط، فلا يكون عائداً؛ لأن الاشتغال بالقذف، ثم بالمرافعة واللعان اشتغالاً بأسباب الفراق.

والوجه الثاني: أنه لا يكون عائداً، ويكون قوله «يا زانية، أنتِ طالق» كقوله «يا زينب، أنتِ طالق» في منع العود، وتردد الإمام في أن ابن الحداد هل تسلم [له] (١) هذه الصورة (٢) الثالثة.

لو علّق طلاقها عقيب الطهار بصفة، كان عائداً؛ لأنه آخر الطلاق مع إمكان التعجيل، فكان ممسكاً لها إلى أن توجد الصفة، ولو كان قد علّق الطلاق بدخوله الدار، ثم ظاهر، وبادر عقب الطهار إلى الدخول، لم يكن عائداً لتحقيقه الفراق.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ طَلَّقَ طَلِيقًا رَجْعِيًّا ثُمَّ رَاجَعَ فَعَيْنُ الرَّجْعَةِ عَوْدٌ \* وَلَوْ أَرْتَدَّ فَعَيْنُ الْإِسْلَامِ لَيْسَ بِعَوْدٍ \* وَكَذَلِكَ لَوْ أَبَاتَهَا ثُمَّ جَدَّدَ النِّكَاحَ لَمْ يَكُنْ عَائِدًا وَإِنْ قَلْنَا بِعَوْدِ الْحِنْثِ مَهْمَا طَلَّقَ عَقِيبَ النِّكَاحِ وَالْإِسْلَامِ \* وَفِيهِمَا وَجْهٌ أَنَّهُ كَالرَّجْعَةِ \* وَلَوْ عَلَّقَ الظَّهَارَ بِفِعْلِ غَيْرِهِ فَفَعَلَ وَلَمْ يَعْرِفْ لَا يَصِيرُ عَائِدًا حَتَّى يَعْرِفَ وَلَا يُطَلَّقَ عَقِيبَهُ \* وَإِنْ عَلَّقَ بِفِعْلِ نَفْسِهِ فَفَعَلَ وَلَمْ يُطَلَّقْ كَانَ عَائِدًا وَإِنْ كَانَ قَدْ نَسِيَ الظَّهَارَ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَعْدُورٍ فِي نِسْيَانِ الظَّهَارِ \* وَمَهْمَا عَادَ وَلَزِمَتِ الْكُفَّارَةُ لَمْ يَسْقُطْ بِالطَّلَاقِ الْمُبِينِ بَعْدَهُ \* وَلَوْ جَدَّدَ النِّكَاحَ كَانَ التَّخْرِيمُ مُسْتَمْرًا وَإِنْ لَمْ يَقْضِ بِعَوْدِ الْحِنْثِ لِأَنَّ التَّخْرِيمَ قَدْ سَبَقَ \* وَلَوْ اشْتَرَاهَا فَبِي تَخْرِيمِهَا قَبْلَ التَّكْفِيرِ خِلَافٌ.

(١) سقط في ز.

(٢) قال النووي: تردد الإمام ثم قال: والأصح التسليم.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ مَسَائِلُ:

إحداها: إذا ظاهر ثُمَّ طَلَّقَ المَظَاهِرَ مِنْهَا طَلِاقاً رَجَعِيّاً، عَقِبَهُ ثُمَّ رَاجَعَهَا، فَلَا خِلَافَ فِي أَنَّهُ يَعُودُ الظَّهَارُ وَأَحْكَامُهُ، وَلَوْ طَلَّقَهَا طَلِاقاً بَائِناً أَوْ رَجَعِيّاً، وَتَرَكَهَا حَتَّى بَآثَتْ ثُمَّ جَدَّدَ نِكَاحَهَا، ففِي عَوْدِ الظَّهَارِ الخِلَافُ فِي عَوْدِ اليَمِينِ، وَيَجْرِي الخِلَافُ فِيْمَا إِذَا كَانَتِ الزَّوْجَةُ رَقِيقَةً، فَاشْتَرَاهَا وَأَعْتَقَهَا أَوْ بَاعَهَا ثُمَّ نَكَحَهَا، وَعَوْدُ النِّكَاحِ بَعْدَ الْإِنْفِسَاحِ بِالمَلِكِ كَعَوْدِهِ بَعْدَ البَيْنُونَةِ بِالثَّلَاثِ، أَوْ كَعَوْدِهِ بَعْدَ البَيْنُونَةِ بِمَا دُونَ الثَّلَاثِ، فِيهِ طَرِيقَانِ، قَدْ سَبَقَ نَظِيرُهُمَا.

ولو ارتد الزوج عَقِبَ الظَّهَارِ بَعْدَ الدخولِ، ثُمَّ عادَ إلى الإسلامِ فِي مَدَّةِ العِدَّةِ، فَلَا خِلَافَ فِي عَوْدِ الظَّهَارِ وَأَحْكَامِهِ؛ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ دوامُ النِّكَاحِ، إِذَا عُرِفَ ذَلِكَ، فَهَلِ الرَّجْعَةُ وَتَجْدِيدُ النِّكَاحِ وَالإِسْلَامُ بَعْدَ الرِّدَّةِ نَفْسُهَا عَوْداً أَمْ لَا، وَإِنَّمَا يَكُونُ عَائِداً إِذَا أَمْسَكَهَا بَعْدَ هذِهِ الأُمُورِ؟ فِيهِ خِلَافٌ، وَفِي كَيْفِيَّتِهِ طَرِيقَانِ:

أشهرهما: أن فِي صورةِ الرَّجْعَةِ قَوْلَيْنِ:

أصحُّهُمَا، وَيُحْكَى عَنِ نَصِهِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - فِي الأُمِّ أَنْ نَفْسَ الرَّجْعَةِ عَوْدٌ؛ لِأَنَّ العَوْدَ هُوَ الإِمْسَاكُ، وَالرَّجْعَةُ إِمْسَاكٌ، وَلِأَنَّ الرَّجْعَةَ اسْتِحْدَاثُ حُلِّ، وَذَلِكَ أَبْلَغُ فِي مَخَالَفَةِ الوَصْفِ بِالتَّحْرِيمِ مِنَ الإِمْسَاكِ عَلَى حُكْمِ الحُلِّ السَّابِقِ.

والثَّانِي: وَيُحْكَى عَنِ نَصِهِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - فِي «الإِمْلَاءِ» أَنَّهُ لَا يَكُونُ عَائِداً بِنَفْسِ الرَّجْعَةِ، وَإِنَّمَا يَصِيرُ عَائِداً إِذَا أَمْسَكَهَا بَعْدَ الرَّجْعَةِ قَدْرَ مَا يَتَأْتَى فِيهِ <sup>(١)</sup> المَفَارِقَةُ؛ لِأَنَّ الرَّجْعَةَ رَدٌّ [إِلَى] <sup>(٢)</sup> النِّكَاحِ، وَإِنَّمَا تَحْضُلُ المَخَالَفَةُ بِالإِمْسَاكِ فِي النِّكَاحِ، وَيَجْرِي الخِلَافُ فِيْمَا إِذَا ظَاهَرَ عَنِ الرَّجْعِيَّةِ، ثُمَّ رَاجَعَهَا، وَلَا يَكُونُ عَائِداً قَبْلَ الرَّجْعَةِ بِحَالٍ؛ لِأَنَّهَا جَارِيَةٌ إِلَى البَيْنُونَةِ، وَهَذَا كَمَا أَنَّهُ يَصْخُ الإِيْلَاءُ عَنِ الرَّجْعِيَّةِ وَلَا تَضْرِبُ المَدَّةَ فِي الحَالِ <sup>(٣)</sup>، وَفِي صورةِ تَجْدِيدِ النِّكَاحِ المَجْدَّدِ خِلَافٌ، وَالفَرْقُ أَنَّ الرَّجْعَةَ إِمْسَاكٌ فِي ذَلِكَ النِّكَاحِ، وَالتَّجْدِيدُ بِخِلَافِهِ، وَالإِسْلَامُ بَعْدَ الرِّدَّةِ كَالنِّكَاحِ المَجْدَّدِ، وَأَوَّلَى بِأَنَّ لَا يَكُونُ عَائِداً، وَطَرِيقُ الثَّانِي: حَكَى القَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ جَمَاعَةً، مِنْهُمْ صَاحِبُ الكِتَابِ: أَنَّ النِّصَّ فِي الرَّجْعَةِ أَنَّهَا عَوْدٌ، [وَأَفِي] الإِسْلَامِ بَعْدَ الرِّدَّةِ أَنَّهُ لَيْسَ بِعَوْدٍ، فَمِنْ الأَثْمَةِ مِنْ جَعْلِهَا عَلَى وَجْهَيْنِ أَوْ قَوْلَيْنِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ، وَمِنْهُمْ مَنْ اقْتَصَرَ فِي كُلِّ صورةٍ عَلَى النِّصِّ فِيهَا، وَالفَرْقُ أَنَّ مَقْصُودَ الرَّجْعَةِ اسْتِبَاحَةُ البُضْعِ، وَهِيَ تَخَالَفُ الوَصْفِ بِالتَّحْرِيمِ الَّذِي هُوَ مَضمُونُ الظَّهَارِ، وَمَقْصُودُ الإِسْلَامِ تَبْدِيلُ الدِّينِ البَاطِلِ بِالحَقِّ، وَالحِجْلُ وَالحُرْمَةُ

(١) فِي أ: مِنْهُ.

(٢) سَقَطَ فِي ز.

(٣) فِي ز: حَالٌ.

في تبديل الدِّين يقعان تابَعَيْن وأحرى في تجديد النكاح مثل هذا التصرف، لكن الذي حكاها صاحبُ الكتاب وغيَّره عن النَّصِّ أن التجديد ليس بِعَوْد كالإسلام، وفرق على هذا بأن النكاح يُقصد به تجديد الملك، والرجعة لا معنَى لها إلا إمساك الزوجة، وحكى أبو الفرج الزاز عن النَّصِّ أن التجديد عَوْد كالرجعة، وكيفما قُدِّر الخلاف، فالظاهر أن نَفْس الرجعة عَوْد، وهو الذي أورده في الكتاب هاهنا فيما إذا طَلَّقها طَلقة رجعية، وراجَعها، وفي أول الباب فيما إذا ظاهر [عن] (١) الرجعية.

وإذا ارتدَّ أحد الزوجين عَقِيب الظَّهَار [و] كان ذلك قبل الدخول، فلا عَوْد؛ لانقطاع النُّكاح، وكذا لو كان بعد الدُّخول، وأصر المرتد إلى انقضاء العدة، ولو ظاهر الكافر عن امرأته (٢) ثم أسلَمَ في الحال معاً، أو أسلم الزوج وهي كتابية، فالتكاح دائم؛ ولا أثر لَمَّا جرى في مَنع العود، وإن أسلم وهي وثنية أو أسلَمَت المرأة، وتخلَّف الزوج، وهو كتابي أو وثني، نُظِر؛ إن كان ذلك قبل الدخول، فلا عود؛ لارتفاع النكاح، وإن كان بعده، فكذلك لا عَوْد في الحال؛ لأنها جارية في البيونة، ثم إن لم يُسَلِّم المتخلف إلى انقضاء مدة العدة، بَانَ حصول الفراق مِن وقت إسلام أسبقهما إسلاماً، ولا عَوْد، فإن نكحها بعد ذلك، ففي عَوْد الظهار الخِلاف في عود اليمين، وإن أسلم المتخلف [في مدة العدة، دام النكاح، ثم إن كان الزوج هو المتخلف،] (٣) فنَفَس الإسلام منه عَوْد، أو إنما يكون عائداً إذا أسكها بعد الإسلام، وفيه الخلاف السَّابِق، وإن كَانَتْ هي المتخلفة، فنَفَس إسلامها لا يكون عوداً منه بحال؛ لأنه لا يتعلَّق باختياره.

نعم، إذا مَضَى زمان إمكان المفارقة بعد إسلامها، ولم يفارقها فيكون عائداً، وذلك بعد أن يَعْلَم إسلامها.

فَرَعُ: لو جُنَّ عَقِيب الظَّهَار، ثم أفاق بعد ذلك، ذكر الشيخ أبو علي أن بغض الأصحاب جعل كون الإفاقة في نَفْسها عوداً على الخلاف المذكور في الرجعة، وهذا ظاهر الفساد.

الثانية: قد سَبَق أن تغليق الظَّهَار صحيح، فلو علَّقه، ووجد المعلق عليه، وأمسكها جاهلاً، نُظِر؛ إن علَّت على فعل غيره، فلا يكون عائداً حتى يَعْلَم، ويمسكها بعد العلم، وإن علَّت على فعل نفسه، ونَسِيَ الظَّهَار، فالمشهور أنه يكون عائداً؛ لأنه بسبيل من أن يتذكر تصرفه؛ فلا يعذر في نسيان الظَّهَار، ورأى صاحب «التهذيب» وغيره تخريج المسألة في الطرفين على جِثِّ الناسي والجاهل، وهذا أحسن، وهو الذي أورده صاحب «التتمة» - رحمه الله -.

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) في أ: أمته.

الثالثة: مهما عاد المظاهر فلزمت الكفارة، ثم طلقها طلاقاً بائناً أو رجعيّاً، لم تسقط الكفارة، وكذا لو مات أحدهما، أو فسخ النكاح، فإن كان لوجود شيء منها عقيب الظهار، فبمع وجوب الكفارة؛ لأنها إذا وجدت عقيب الظهار، لم يحصل شرط الوجوب، وهو العود، ولو جدد النكاح بعد البينونة، استمر التحريم إلى أن يكفر، سواء حكمنا بعود الحنث<sup>(١)</sup>، أو لم نخكم، وليس كما إذا طلقها عقيب الظهار، ثم جدد النكاح، فإن عود الظهار وأحكامه يثبت على الخلاف في عود الحنث؛ لأن التحريم هاهنا قد حصل في النكاح الأول، وقد قال تعالى: ﴿فَتَخْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا﴾ [المجادلة: ٢] فلو كانت الزوجة رقيقة، وحصل العود، ثم اشتراها، فهل تجل قبل التكفير بملك اليمين فيه وجهان:

أصحهما: المنع، ووجه الثاني، بأن الظهار لا يصح في ملك اليمين، فلا يتعدى<sup>(٢)</sup> تحريمه إليه، وهذا الخلاف كالخلاف فيما إذا طلق زوجته الأمة ثلاثاً، ثم ملكها هل تجل له بملك اليمين؟

قَالَ الْعَرَالِيُّ: (فُرُوعُ: الْأَوَّلُ) لَوْ قَالَ: أَنْتِ عَلِيٌّ كَظَهْرِ أُمِّي خَمْسَةَ أَشْهُرٍ قِيلَ: إِنَّهُ يَلْفُو النَّاقِئِثَ \* وَقِيلَ: يَصِحُّ مُؤَبَّدًا كَالطَّلَاقِ وَقِيلَ: يَصِحُّ مُؤَقَّتًا وَهُوَ الْأَصَحُّ \* ثُمَّ لَا يَكُونُ عَائِدًا بِمَجْرَدِ الْإِنْسَاكِ لِأَنَّهُ يَنْتَظِرُ حَلًّا بَعْدَ الْمُدَّةِ وَلَكِنْ بِالْوَطْءِ قَبْلَ خَمْسَةِ أَشْهُرٍ يَصِيرُ عَائِدًا وَيَحْرُمُ عَلَيْهِ الْوَطْءُ \* فَإِنْ وَطِءَ فَعَلَيْهِ التَّرْجُوعُ عَقِيبَهُ \* وَقِيلَ بِالْوَطْءِ يَتَبَيَّنُ الْعَوْدُ عَقِيبَ الظَّهَارِ فَيَكُونُ الْوَطْءُ الْأَوَّلُ أَيْضًا حَرَامًا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا أَتَى الظَّهَارَ، فَقَالَ: أَنْتِ عَلِيٌّ كَظَهْرِ أُمِّي يَوْمًا أَوْ شَهْرًا، أَوْ قَالَ: إِلَى شَهْرٍ أَوْ إِلَى سَنَةٍ، فَفِي صَحَّتِهِ قَوْلَانِ:

أصحهما، وبه قال أبو حنيفة وأحمد: [أنه] صحيح؛ لأنه منكر من القول وزور، كالظهار المطلق، وأيضاً فروي أن سلمة بن صخر - رضي الله عنه - ظاهر من امرأته حتى ينسلخ رمضان ثم وطئها في المدّة، فأمره النبي - ﷺ - بتخريب رقبته<sup>(٣)</sup>.

والثاني: المنع؛ لأنه لم يؤيد التحريم، فأشبه ما إذا أشبهها بامرأة لا تحرم عليه على التأيد.

ويُنَبِّئُ الْقَوْلَانِ عَلَى أَنَّهُ يُتَّبَعُ فِي الظَّهَارِ الْمَعْنَى أَوْ يُنْظَرُ مَفْهُودِ الْجَاهِلِيَّةِ، وَيُنْتَسَبُ الصَّحَّةُ إِلَى الْجَدِيدِ، وَالْمَنْعُ إِلَى الْقَدِيمِ، وَاسْتَحْسَنَ الْإِمَامُ أَنْ يَقَالَ: لَا يَصِحُّ فِي الْقَدِيمِ، وَفِي الْجَدِيدِ قَوْلَانِ؛ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ يَغْلِبُ فِي الظَّهَارِ مِثَابَهَةَ الطَّلَاقِ أَوْ مِثَابَهَةَ

(٢) في أ: ولا.

(١) في أ: بحث العود.

(٣) تقدم.



الإيمان إن غلبنا مشابه الإيمان صحح، وإلا لُغِيَ؛ لأن الطلاق لا يقع مؤقتاً، بل يؤبد مؤقتة؛ لقوته، وليس للظهار تلك القوة.

التفريع: إن صحَّ، فيصح مؤبداً أو مؤقتاً وفيه قولان، ويقال وجهان:

أحدهما: أنه يصحُّ مؤبداً؛ إلحاقاً له بالطلاق، وتغليباً لمشابهته.

وأصحهما، وهو ظاهر نصّه - رضي الله عنه - في «المختصر»: أنه يتأقت كما هو قضية اللفظ، ويُلتحق في ذلك بالإيمان، وإذا اقتضرت، جعلت ثلاثة أقوال، كما في الكتاب، البُطلانُ، والصَّحة مؤبداً، والصَّحة مؤقتاً.

وروى ابن الصَّبَّاح عن مالك مثل القَوْل الثاني، وصاحب «التهذيب» مثل الأول، وليُغَلِّم قوله في الكتاب «يصحُّ مؤبداً» بالميم، وقوله «يلغو» بالحاء والألف.

التفريع: إن قلنا يتأبد، فالعُود فيه كالعود في الظهار المطلق<sup>(١)</sup>، وإن قلنا: يتأقت، فلو قال لامرأته: أنتِ عليّ حرامٌ شهراً أو سنةً، فالأصحُّ صحته؛ لأن التحريم أشبه بالميمين من الظهار من حيثُ إنه يوجبُ كفارة اليمين، وفيه وجه أنه يلغو؛ لأن التحريم الذي علّق الشرع الكفارة به، هو التحريم المُطلق، هكذا رتب الإمام، ويُسبّه أن يُفَرِّع هذا على تأقت الظهار، ويقال في صحة التحريم المؤقت خلاف كما في الظهار المؤقت، وبم يحصل العود في الظهار المؤقت؟ فيه وجهان:

أحدهما، وبه قال المزني: - رحمه الله - العود فيه كالعود في المُطلق؛ إلحاقاً لأحد نوعي الظهار بالآخر.

وأصحهما، وهو ظاهر النصّ، والمذكور في الكتاب: أنه لا يكون عائداً بالإمساك؛ لأنه ينتظر الجِلَّ بعد المدة، فالإمساك يحتمل أن يكون بعد المدة، ولا يقع مخالفاً للوصف بالتحريم في تلك المدة، وإنما يكون عائداً بالوطء في المدة، ومن قال بالأول، حمّل النص على قولٍ قد سبق في الظهار المُطلق؛ أن العود هو الوطاء، لكن ذلك القَوْل منقولٌ عن القديم، وهذا مذكور في الجديد.

التفريع: إن قلنا إنه لا يكون عائداً بالإمساك، إنما يصير عائداً إذا وطئ، فلو قال: أنتِ عليّ كظهر أمي خمسة أشهر، فهذا شخص لو وطئ في هذه المدة، للزمته الكفارة، وهذه صفة المولي، فيكون مولىً مع كونه مظاهراً، وهذا كما ذكرناه في قوله: أنتِ عليّ حرامٌ، تفرعاً على أن الكفارة إنما تلزم بالوطء.

وعن الشيخ أبي محمد: أنه لا يكون مولىً؛ لأنه ليس بحالف، وليتجر هذا هناك،

(١) في أ: المعلق.

ومتى يصير عائداً إذا جرى الوطء فيه وجهان: أشبههما: أنه يصير عائداً عند الوطء، وعلى هذا، فالوطء الذي هو العود، لا يحرم، لكن إذا غيَّب النَّزْعَ، كما ذكرنا فيما إذا قال: إن وَطَّئْتُكَ، فأنت طالق، قد ذكرنا هناك وجهاً: أنه لا يَحِلُّ له الوطء.

قال الإمام: ولا شك في جريان ذلك الوجه هاهنا.

والثاني: عن الصيدلاني وغيره: أنه إذا وَطَّيء، تبين كونه عائداً من وقت الإمساك عقيب الظهار، لأنه تبين أن الإمساك لم يكن كما بعد المدة، ومن قال بالأول، قال: يجوز أن يمسك، ولا يقصد شيئاً، ويجوز أن يقصد بالإمساك ما بعد المدة، ثم يتفق الوطء، فلا معنى للحكم بانعطاف العود إلى الأول، وعلى هذا الوجه، يحرم ابتداء الوطء أيضاً، كما لو قال: إن وَطَّئْتُكَ، فأنت طالق قبله، لا يجوز الإقدام على الوطء.

ويحرم عليه الوطء بعد ذلك الوطء، باتفاق الوجهين إلى أن يُكْفَر أو تمضي المدة، فإن مضت المدة، حلَّ له الوطء؛ لارتفاع الظهار، وبقيت الكفارة في ذمته، ولو لم يطقاً حتى مضت المدة، فلا شيء عليه، وتردد الإمام فيما إذا ظاهر ظهاراً مطلقاً وعاد؛ في أن التحريم يحصل بنفس الظهار أم بالظهار والعود جميعاً؟ قال: والظاهر الثاني؛ لأن الكفارة مرتبة عليهما جميعاً، والتحريم مرتب على وجوب الكفارة، والخروج منه مرتب على أدائها، وتظهر فائدة التردد في لمسها، وقبلته بغرض عقيب الظهار إلى أن يتم زمن لفظ<sup>(١)</sup> الطلاق، وإذا حصل العود في الظهار الموقت على اختلاف الوجهين، فالواجب كفارة الظهار على ظاهر المذهب، وعليه يتفرع الأحكام المذكورة، وفيه وجه أن الواجب كفارة اليمين، وينزل لفظ الظهار منزلة لفظ التحريم، وذكر القاضي ابن كعب تفرعاً عليه أنه يجوز له الوطء قبل التكفير، ويجوز أن يعلم لذلك قوله في الكتاب «ويحرم عليه الوطء» وقوله «فيكون الوطء الأول أيضاً حراماً» وقوله قبل ذلك «ثم لا يكون عائداً» معلم بالزاي والواو.

قَالَ الْعَزَائِيُّ: (الثاني): لَوْ قَالَ لِأَرْبَعِ نِسْوَةٍ: أَتَنَنْ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي، فَإِنْ أَمَسَكَ

(١) قيل: ولا ينبغي التردد بل الجزم بأنه لا يحصل بنفس الظهار، ولهذا قلنا في الظهار الموقت أنه يجوز الوطء إذا جعلناه عوداً نظراً للإمساك في المطلق، فلو جزم بمجرد الظهار لما توقف على عود هو وطء لكنه يتوقف عليه، وكذا يجب توقفه على عود هو إمساك، وعلى هذا لو طلق عقب الظهار لا يضيف التحريم إلى الظهار، بل إلى الطلاق حتى لو ظاهر فجن وأراد أن يجامعها في جنونه لا ينبغي أن يمتنع كما لو تظاهر لأن التحريم لم يحصل بعد، فإذا أفاق وأمسكها فحينئذ ترتب عليه الأحكام، وكذا إذا مات أحدهما أو فسخ النكاح لا ينبغي أن يقال لأنها حرمت قبل الموت والفسخ. قاله في الخادم.

الْكُلِّ فَعَلَيْهِ كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ فِي قَوْلٍ \* وَأَرْبَعُ كَفَّارَاتٍ فِي قَوْلٍ \* فَإِنْ قُلْنَا: كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ طَلَّقَ ثَلَاثًا لَزِمَتْهُ الْكَفَّارَةُ لِإِنْسَاكِ الرَّابِعَةِ \* وَلَوْ ظَاهَرَ عَنْهُمْ بِأَرْبَعِ كَلِمَاتٍ عَلَى التَّوَالِي صَارَ عَائِدًا إِلَى الثَّلَاثِ فَعَلَيْهِ ثَلَاثُ كَفَّارَاتٍ إِنْ طَلَّقَ الْأَخِيرَةَ عَلَى الْأَتِّصَالِ وَإِلَّا فَأَرْبَعُ كَفَّارَاتٍ \* وَلَوْ كَرَّرَ لَفِظَ الظَّهَارَ عَلَى وَاحِدَةٍ وَأَرَادَ التَّكْيِيدَ لَمْ يَكُنْ عَائِدًا بِأَسْتِغَالِهِ بِلَفْظِ التَّكْيِيدِ عَلَى الْأَظْهَرِ \* وَإِنْ قَصَدَ تَكْرِيرَ الظَّهَارِ كَانَ أَوْلَى بِأَنْ يَكُونَ عَائِدًا \* ثُمَّ فِي تَعَدُّدِ الْكَفَّارَةِ مَعَ اتِّحَادِ الْمَحَلِّ خِلَافٌ \* فَإِنْ لَمْ نَعُدِّدْ فَلَا فَائِدَةٌ لِلثَّانِي \* وَإِنْ عَدَّدْنَا فَعَلَيْهِ كَفَّارَتَانِ إِنْ لَمْ يَطْلُقْ عَقِيبَ الثَّانِي \* وَلَوْ كَرَّرَ الظَّهَارَ بَعْدَ تَخَلُّلِ فَضْلِ وَقَالَ: أَرَدْتُ التَّكْيِيدَ قَبْلَ عَلَى الْأَظْهَرِ لِأَنَّهُ إِخْبَارٌ بِخِلَافِ الطَّلَاقِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ صَوْرَتَانِ: إِحْدَاهُمَا: إِذَا ظَاهَرَ عَنْ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ يَكْلِمُهُ وَاحِدَةً، فَقَالَ: أَتُنِّئُ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي، صَارَ مَظَاهِرًا عَنْهُمْ، ثُمَّ إِنْ طَلَّقَهُنَّ، فَلَا كَفَّارَةَ<sup>(١)</sup> عَلَيْهِ، وَإِنْ أَمْسَكَهُنَّ جَمِيعًا، فَقَوْلَانِ: الْجَدِيدِ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: أَنَّهُ يَلْزِمُهُ أَرْبَعُ كَفَّارَاتٍ؛ لِأَنَّهُ وَجَدَ الظَّهَارَ وَالْعَوْدَ فِي حَقِّهِنَّ جَمِيعًا.

وَالْقَدِيمِ، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ وَأَحْمَدُ - رَحِمَهُمَا اللَّهُ - : أَنَّهُ لَا يَجِبُ إِلَّا كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ؛ لَوُرُودِ الْأَثَرِ عَنْ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - لِأَنَّ الظَّهَارَ كَلِمَةٌ تَقْتَضِي مَخَالَفَتَهَا الْكَفَّارَةَ؛ فَإِذَا تَعَلَّقَتْ بِجَمَاعَةٍ، لَمْ تَقْتَضِ إِلَّا كَفَّارَةً وَاحِدَةً، كَالْيَمِينِ، وَالْخِلَافُ مَرْدُودٌ إِلَى أَنَّ الْمُغْلَبَ فِي الظَّهَارِ مِثَابَةٌ الطَّلَاقِ أَوْ الْإِيمَانِ؛ إِنْ غَلَبْنَا مِثَابَةَ الطَّلَاقِ، لَزِمَتْهُ أَرْبَعُ كَفَّارَاتٍ، وَلَمْ تَخْتَلِفِ الْحَالُ بَيْنَ أَنْ يَظَاهَرَ بِكَلِمَةٍ أَوْ كَلِمَاتٍ، [كَمَا لَا تَخْتَلِفُ الْحَالُ بَيْنَ أَنْ يَطْلُقَهُنَّ بِكَلِمَةٍ أَوْ كَلِمَاتٍ]، وَإِنْ غَلَبْنَا مِثَابَةَ الْإِيمَانِ، لَمْ تَجِبْ إِلَّا كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ، كَمَا لَوْ حَلَفَ أَنْ لَا يَكْلِمَ جَمَاعَةً كُلَّهُمْ.

وَعَنْ الْقَاضِي الْحُسَيْنِ: أَنَّ الْخِلَافَ فِي أَنَّ الْمُغْلَبَ فِي الظَّهَارِ شَبَهَ الطَّلَاقِ أَوْ الْيَمِينِ، حَاصِلٌ مِنَ الْخِلَافِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ، وَقَدْ يُوجَدُ الْخِلَافُ فِي الْأَصُولِ مِنَ الْخِلَافِ فِي الْفُرُوعِ، وَشَبَهَ الْقَوْلَانِ بِالْقَوْلَيْنِ فِيمَا إِذَا قَدِّفَ جَمَاعَةٌ بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ، يَلْزِمُهُ حَدٌّ وَاحِدٌ أَوْ حُدُودٌ لِأَنَّ الْكَلِمَةَ وَاحِدَةٌ وَالْمَتَعَلِّقُ مُتَعَدِّدٌ، فَإِنْ قُلْنَا: يَلْزِمُهُ أَرْبَعُ كَفَّارَاتٍ، لَمْ يَخْصُلِ الْعَوْدُ فِي بَعْضِهِنَّ بِالطَّلَاقِ عَقِيبَ الظَّهَارِ أَوْ بِالمَوْتِ، وَحَيْثُ أَوْجَبْنَا الْكَفَّارَةَ، بَعْدَ مَنْ حَصَلَ فِيهَا الْعَوْدُ، وَإِنْ لَمْ تُوجِبْ إِلَّا كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ، كَفَى الْعَوْدُ فِي بَعْضِهِنَّ؛

(١) وَهُوَ يَشْمَلُ مَا إِذَا طَلَّقَهُنَّ جَمِيعًا أَوْ عَلَى التَّرْتِيبِ، وَفِي الِاسْتِذْكَارِ لِلدَّرَامِيِّ إِنْ طَلَّقَهُنَّ وَاحِدَةً بَعْدَ أُخْرَى فغَيْرِ عَائِدٍ فِي الْأُولَى وَفِيمَنْ بَعْدَهَا.

قَالَ ابْنُ الْقَطَّانِ: عَائِدٌ، وَقَالَ ابْنُ الْمَرْزَبَانِ: غَيْرُ عَائِدٍ.

لوجوب الكفارة حتى ولو طلق ثلاثاً، وجبت الكفارة للرابعة وفي «التتمة» عنهما [لا تجب كما لو حلف ألا يكلم جماعة لا تلزمه الكفارة]<sup>(١)</sup>.. وإن كلف بعضهم والمشهور المذكور في الكتاب هو الأول، وذكر في الفرق شيئين:

أحدهما، عن القفال وغيره: أن الكفارة إنما وجبت؛ لما في الظهار من شبه الطلاق، والشيء إذا نزع<sup>(٢)</sup> إلى شيئين، تثبت فيه بغض أحكام هذا، وبغض أحكام هذا، رعايةً للشبهين.

والثاني: قال الإمام - قدس الله روحه -: كفارة اليمين إنما تجب بالحِث، والحِث لا يَحْضَل إلا بأن يكلم الجميع، وفي الظهار إنما وجبت الكفارة؛ لأنه بالإمساك خالف قوله، والمخالفة تخصل بإمساك واحدة [كما تحصل بإمساك الجميع، وهذا إذا ظاهر عنهن بكلمة واحدة]<sup>(٣)</sup>.

أما إذا ظاهر عنهن بأربع كلمات، فإن لم يُوال بينهن، لم يخف حكمه إن والى صار بظهار الثانية عائداً عن الأولى، وبظهار الثالثة عائداً عن الثانية، وبظهار الرابعة عائداً عن الثالثة، فإن فارق الرابعة عقيب ظهارها، فعليه ثلاث كفاراتٍ للأوليات، وإلا فعليه أربع كفارات.

فزع: لو قال لأربع نسوة: أتتني علي حرام، وقصد تحريم أعيانهن، فالقول في تعدد الكفارة واتحادها، كما في الظهار، قاله في «النهاية».

الصورة الثالثة: لو كرر لفظ الظهار في امرأة واحدة مرتين أو أكثر، فيما أن يأتي بها متواصلة أو مع تخلل فضل، فإن أتى بها متواصلة، نُظِرَ؛ إن أراد بالمرّة الثانية وما بعدها التأكيد، فالحاصل ظهار واحد فإن<sup>(٤)</sup> أمسكها عقيب المرّات، فعليه الكفارة، وإن فارقها، ففي لزوم الكفارة وجهان:

أحدهما: تلزم؛ لأنه كان متمكناً من الفراق بدلاً عن التأكيد بالتركرار، فكان بالاشتغال بالتأكيد عائداً.

وأظهرهما: المنع؛ لأن الكلمات المتكررة للتأكيد، حُكِمَها [حكم]<sup>(٥)</sup> الكلمة الواحدة، فإن أراد بالمرّة الثانية ظهاراً آخر، ففي تعدد الظهار طريقان:

أحدهما: أنه على قولين:

(٢) في أ: فرع.

(٤) في أ: وإن.

(١) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٥) سقط في ز.

القديم، وبه قال أحمد - رحمه الله -: أنه ظهارٌ واحد ولا يتعلّق به إلا كفارة واحدة، كما لو كرّر اليمين على الشيء الواحد مرّات.

والجديد: التعدّد، وبه قال أبو حنيفة ومالك - رحمهما الله -، لأنه كلام يتعلّق به التحريم، فإذا كرّره يقصّد الاستئناف، تکرّر حُكْمُهُ كالطلاق، وربّما أخذ القولان من القولين فيما إذا ظاهر عن نسوة بكلمة واحدة، أتحد بتعدّد الكلمة، والمحلّ مُتَّحِد بتعدّد المحل، والكلمة مُتَّحِدة.

والطريق الثاني: القَطْع بالتعدّد، فإذا<sup>(١)</sup> قلنا بالتعدّد، فإن فارقها عَقِيب المرة الأخيرة، فهل يلزّمه الكفارة للظهار الأول؟ فيه وجهان:

أظهرهما: نعم؛ لأنه بالاشتغال بالظهار المجدّد عائد.

والثاني: لا؛ لأن الظهاريّين من جنس واحد، فما لم يُفْرَع مِنْ هذا الجنس، لا يجعل عائداً، وقد يرتّب؛ فيقال: إن جعل بالتأكيد عائداً، ففي التجديد أوّلَى، وإلا فوجهان، والفرق أن التأكيد كالتمّة والجزء من الكلام، بخلاف التجديد، فإن أُطْلِق، ولم ينو التأكيد ولا التجديد، فيُحْمَل على هذا أو ذاك؟ جَعَلُوهُ على قولين، كما في الطلاق، لكن الأظهر هاهنا المصيرُ إلى الاتّحاد، وفي «الشامل» و«التتمة»<sup>(٢)</sup> القَطْع به، وفرق بينهما بأن الطلاق أقوى؛ لأنه مُزِيل للملك، وبأن الطلاق له عَدَد محضور، والزواج مالكٌ له، فإذا كرّره، كان الظاهر استيفاء المملوك، والظهار ليس بمتعدّد في وضعه ولا هو مملوك للزوج، وأما إذا تَفَاصَلَت المرّات، وقصد بكل واحدة ظهاراً أو طَلَّق، فكل مرة ظهاراً برأسه، وفيه قولٌ أنّه لا يكون [الثاني]<sup>(٣)</sup> ظهاراً آخراً، ما لم يُكْفَر عن الأول، وإذا قال: أردتُ بالمرّة الثانية إعادة الظهار الأول، فعن القمّال اختلافٌ جواب في قبوله، قال الإمام: وهو بناء على أن المُغَلَّب في الظهار معنَى الطلاق أو اليمين؟ إن غلبنا الطلاق، لم يُقْبَل، وإن غلبنا مشابهة اليمين، فالظاهر قبوله، كما ذكرنا في الإيلاء، وإلى هذا الأصل يُلْتَفَت الخلاف المذكور في هذه الصور، والأظهر تغليب مشابهة الطلاق على ما سَبَق؛ فيكون الأظهر فيما إذا قال: أردتُ التأكيد أنه لا يقبل، وكذلك ذكره صاحب «التهذيب»<sup>(٤)</sup> وغيره على خلاف ما في الكتاب، ولم يستحسن

(١) في أ: وإن.

(٢) وعجيب في عدم تصريحه بالطريقين، وممن قطع بالحمل على التأكيد الماوردي والمحاملي. وقال القاضي أبو الطيب والحسين والبغوي والعمرائي: إن قلنا بالقديم إنه عند الاستئناف يلزمه كفارة واحدة فهنا أولى، وإن قلنا بالجديد إنما يتعدّد فقولان كما في الطلاق.

(٣) سقط في ز.

(٤) قال النووي: نقل صاحب البيان عند البغداديين، يعني بهم العراقيين، القطع بأنه لا يقبل، وجزم صاحب «الحاوي» بالقبول، والصحيح المنع.

الإمام لَفْظَةَ [التأكيد في المسألة، وقال التأكيد إنما يجعل موقعه إذا توالى الألفاظ، (١)]  
[وأقوله «لأنه إخبارٌ بخلاف الطلاق» أراد أنه إذا كان إخباراً كان كالإقرار، ولو كرّر  
الإقرار مع طول الفصل، وقال أردت التأكيد، يُقبَل، لكن هذا ممنوع، والظاهر أنه  
تصرفٌ مُنْشِئٌ كالطلاق.

وقوله قبل ذلك «وإن قصد تكرير الظهار» يعني قصد ظهاراً آخر.

وقوله قبل «ثم في تعدد الكفارة مع اتحاد المحلّ خلاف» أراد بالخلاف الطريقتين  
المذكورين، وقوله «فإن لم نعد فلا فائدة للثاني . . . .» إلى آخره مبنيٌّ على أنه إذا قصد  
باللفظ الثاني ظهاراً آخر، كان عائداً عن الأول، وهو الظاهر كما تبين.

فزع: قال في «التهذيب» قال لها: إن دخلت الدار، فأنت عليّ كظهر أمي، وكرّر  
هذه اللفظة ثلاثاً، فإذا دخلت الدار، صار مظاهراً عنها، ثم إن قصد التأكيد، لم يجب  
إلا كفارة واحدة، وإن قالها متفرقة في مجالس، وإن قصد الاستئناف تعددت الكفارة،  
ويجب الكلُّ بعود واحدٍ بعد الدخول، فإن طلقها عقب الدخول، لم يجب شيء، وإن  
أطلق، فيحمل على التأكيد أو الاستئناف (٢)؟ فيه قولان، والله أعلم.

قال العزالي: (الثالث) إذا قال: إن لم أتزوج عليك فأنت عليّ كظهر أمي فإنما  
يصير مظاهراً عند اليأس وذلك بالموت فإنه عند ذلك يتبين أنه قبيل الموت صار مظاهراً  
عائداً فعليه الكفارة \* وقيل: صار مظاهراً لا عائداً لأنه مات عقب صيرورته مظاهراً \*  
وإن قال: إن دخلت الدار فأنت عليّ كظهر أمي ثم أعتق عن الظهار قبل الدخول لم  
يجزه كما لو قال: إن دخلت الدار فوالله لا أكلّمك ثم أعتق قبل الدخول \* وقيل:  
يجزى لأن التعليق أحد الأسباب.

قال الرافعي: فيه صورتان من مولدات ابن الحداد:

إحدهما: إذا قال: إن لم أتزوج عليك، فأنت عليّ كظهر أمي، فهذه الصورة  
تتعلق بأصلين:

أحدهما: أن تعليق الظهار صحيح.

(١) سقط في ز.

(٢) قال الشيخ البلقيني: ترك المصنف تصحيح أحد القولين؛ لأنه معلوم لأنه صحح في الظهار  
المنجز عند الإطلاق فأولى أن يصحح ذلك في الظهار المعلق، وشاهده أنه لو حلف على فعل  
واحد مراراً وأطلق فإن المذهب أنه يلزمه كفارة واحدة، وكذلك لو قال لزوجه إن دخلت الدار  
فأنت طالق وكرر هذا، فإن النووي صحح في الفتاوى أنها تطلق عند الدخول طلاقة واحدة.

والثاني: أن التعليقُ يبقى الشيء بصيغة تقتضي فوات ذلك الشيء على الإطلاق، على ظاهر المذهب، وقد ذكرناه في الطلاق، وإذا تذكّرت الأصلين، ففي الصورة المذكورة؛ لو تزوّج فلا ظهّار، ولا عود وإن لم يمكنه التزوُّج عليها؛ بأن مات هو، أو ماتت هي عقيب التعليق، وكذلك لا ظهّار ولا عود، وإنما يصير مظاهراً، إذا فات التزوُّج عليها مع إمكانيه وحصل اليأس عنه بأن تموت هي، أو يموت هو، وحينئذ يُحكّم بكونه كان مظاهراً قبيل الموت، وفي لزوم الكفارة وحصول العود وجهان:

قال ابن الحدّاد: [تلزمه الكفارة، ويصير عائداً عقيب صيرورته مظاهراً، وقال الجمهور: (١) لا كفارة عليه، والعود إنما يخصل إذا أمسكها بغد الظهار مدة يمكنه الطلاق فيها، فلم يطلّق، ولا ضرورة هاهنا إلى تقديم الطهار، وتقدير العود، ولو لم يتزوَّج عليها مع الإمكان، حتى جنّ، فإن أفاق، ثم مات قبل التزوُّج، فالحكم ما بيّنا، وإن اتصل الموت بالجنون، فتبيّن صيرورته مظاهراً قبيل الجنون، لتبيّن الفوات من يومئذ، وحكى الشيخ أبو عليّ أنا لا نحكم بصيرورته مظاهراً إلا قبيل الموت، ويجيء مثله في تعليق الطلاق، ولم يذكره هناك ولا تظهر فائدة هذا الخلاف في الطهار، إذا قلنا بالصحيح؛ وهو أنه لا تجب الكفارة، ولا يُحكّم بحصول العود، وعلى جواب ابن الحدّاد؛ تظهر فائدة الخلاف فيما إذا اختلف حاله في اليسار والإعسار، فإن قلنا: صار مظاهراً عند الموت، نظّرنا في يساره وإعساره حينئذ، وإن اعتبرنا قبيل الجنون، كذلك (٢) ولو قال: إذا لم أتزوَّج عليك، فأنت عليّ كظهر أمي، فإذا مضى عقيب التعليق مدة إمكاني التزوُّج عليها، ولم يتزوَّج، صار مظاهراً، والفرق بين «إن» و«إذا» قد مرّ في «كتاب الطلاق»، وقد ذكرنا أن من الأصحاب من خرّج الجواب من كل صورة في الأخرى، فيجوز أن يُعلم لذلك قوله في الكتاب «فإنما يصير مظاهراً عند اليأس» لأن على ذلك التخريج يصير مظاهراً إذا مضى زمان يُمكنه أن يتزوَّج عليها، فلم يتزوَّج، واعلم أن نظم الكتاب يشعر بتزجيج هذا الوجه الذي قاله ابن الحدّاد، والظاهر خلافه.

الثانية: لو قال: إن دخلت الدار، فأنت عليّ كظهر أمي (٣)، ثم اعتق عن كفارة الطهار، ثم دخلت الدار، هل يُجزئه إعتاقه عن الكفارة؟ فيه وجهان:

(١) سقط في ز. (٢) في أ: وإذا.

(٣) وكرر هذا اللفظ ثلاثاً، فإذا دخلت الدار صار مظاهراً. فإن قصد التأكيد لم يجب إلا كفارة، وإن قالها في مجالس، وإن قصد الاستئناف تعددت الكفارة.

قال الشيخ البلقيني: إذا قصد الاستئناف تعددت الكفارة، ويشكل ذلك بما لو حلف على فعل واحد مراراً بقصد الاستئناف، فإن الأصح في المذهب وفتاوى النووي أنه يلزمه كفارة واحدة وفي الفرق غموض.

أحدهما، وبه قال ابن الحدّاد: نعم؛ لأن الحَقَّ الماليّ إذا تعلق وجوبه بأكثر من سَبَب واحد، جاز تقديمه على وثقت وجوبه كما تُقدّم الزكاة على الحول، وكفارة اليمين على الحنث.

والثاني، وهو جواب الأكثرين: أنه لا يُجزىء؛ لأن الأضل أن لا يُقدّم الواجب على وقته، وإنما جوّزنا تقدّم الحَقَّ الماليّ إذا تعلق بشيئين، ووجد أحدهما، والكفارة هاهنا تتعلّق بالظهار والعود، فلا يجوز تقديمها [عليهما] <sup>(١)</sup> كما لا يجوز تقديم الزكاة على الحول والنصاب جميعاً، وكفارة اليمين على اليمين والحنث [جميعاً] <sup>(٢)</sup> ويجري الخلاف فيما لو أُطعم عن الظهار قبل أن يدخل الدار، وهو من أهل الإطعام، وأما <sup>(٣)</sup> الصوم فهو عبادةً بدنيّةً، والظاهر منع التقديم فيه على الإطلاق، والوجهان جاريان في تعليق الإيلاء، فإذا قال: إن دخلت الدار، فوالله لا أطأك، ثم أعتق عن كفارة اليمين قبل دخول الدار، قال ابن الحدّاد: يُجزئُه، ولو قال: إن دخلت الدار، فأنت عليّ كظهر أمي، وقال: متى دخلت الدار، فعبيدي فلان حرٌّ عن ظهاري، فدخلت، فعلى قول ابن الحدّاد؛ يصير مظاهراً، ويعتق العبد [عن الظهار، وكما يصح إعتاقه عند الظهار قبل الدخول، يصح التعليق] <sup>(٤)</sup>، وعلى الأظهر كما لا يصح الإعتاق قبل الدخول، لا يصح تعليقه، وأما الإعتاق عن الظهار بعد الظهار، وقبل العود، فهو جائز؛ كالتكفير بعد اليمين وقبل الحنث، وقد ذكره في الكتاب في «باب الأيمان»، وهناك نذكر أنه كيف تصور تقديم <sup>(٥)</sup> الإعتاق على الموت.

ولو قال: أنت عليّ كظهر أمي أعتقت هذا العبد عن كفارتي، أو أنت عليّ كظهر أمي، وسالم <sup>(٦)</sup> حرٌّ عن ظهاري، فهذا إعتاق مع العود <sup>(٧)</sup>؛ لصيرورته مُمسكاً بكلمة الإعتاق عقيب الظهار، ويجزئه عن الكفارة؛ لتأخره عن الظهار.

وقوله «كما لو قال: إن دخلت الدار، فوالله لا أكلّمك، ثم أعتق قبل الدخول» ليست [هذه] <sup>(٨)</sup> الصورة متفقاً عليها، بل الخلاف في الصورتين واحد، ومن جوّز الإعتاق عن الظهار قبل الدخول، جوّز الإعتاق عن كفارة اليمين، كما ذكرنا في صورة الإيلاء.

وقوله «لأن التعليق أحد الأسباب» يشير إلى أن وجوب الكفارة يتعلّق بثلاثة أسباب: دخول الدار المعلّق عليه، والظهار، والعود، ثم التقريب ما ذكرنا أن الحَقَّ

- |                  |                          |
|------------------|--------------------------|
| (١) سقط في ز.    | (٢) سقط في ز.            |
| (٣) في أ: فأما.  | (٤) سقط في ز.            |
| (٥) في أ: تقدم.  | (٦) في أ: وأعتقت سالماً. |
| (٧) في أ: القود. | (٨) سقط في ز.            |



الماليّ إذا تعلق بأكثر من سبب واحد، يجوز تقديمه على وجوبه.

وهذا فرع ثالث عن المولّدات: لو ظاهر عن زوجته الأمة، وعاد، ثمّ قال لمالكها: أعتقها عن ظهاري، ففعل، وقَع عتقها عن كفارتها، وانفسخ النكاح بينهما؛ لأن إعتاقها عنه يتضمّن تملكه، وإذا ملك زوجته، انفسخ النكاح، وكذا لو أعتقها عنه باستدعائه عن كفارة أخرى، ولو ملكها بعد ما ظاهر عنها، وعاد فانفسخ النكاح بينهما، ثم أعتقها عن ظهاره منها، جاز، ولو آلى عن زوجته الأمة، ووطئها ولزمتة الكفارة، فقال لسيدها: أعتقها عن كفارة يميني [ففعل]،<sup>(١)</sup> جاز وانفسخ النكاح، ولو آلى<sup>(٢)</sup> عن زوجته الدميّة، ثم وطئها أو ظاهر منها، وعاد، ثم نقضت المرأة العهد، فاسترقت، وملكها، الزوج، وأسلمت، فأعتقها عن كفارة يمينه وظهاره، جاز، والله أعلم.

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: وآلى.

## [بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ]

### كِتَابُ الْكُفَّارَاتِ

وَهِيَ ثَلَاثُ خِصَالٍ: (الأولى: العِنْتَقُ) وَلَا يُجْزَىءُ فِي الظَّهَارِ إِلَّا رَقَبَةٌ مُؤْمِنَةٌ (ح)  
سَلِيمَةٌ كَامِلَةٌ الرُّقْ خَالِيَةٌ عَنِ شَوْبِ العِوَضِ \* وَتَجِبُ الثَّيْبَةُ فِي الْكُفَّارَةِ \* وَلَا يَجِبُ (ح)  
تَغْيِينُ الْجِهَاتِ \* وَيَصِحُّ الإِغْتَاقُ (ح) وَالإِطْعَامُ مِنَ الدَّمِيِّ بِغَيْرِ نَيْتَةٍ تَغْلِيْبِيًّا لِجِهَةِ الغَرَامَاتِ  
\* وَلَا يَصِحُّ الصَّوْمُ لِأَنَّهُ عِبَادَةٌ مَخْضُةٌ \* وَإِنْ أَخْطَأَ فِي تَغْيِينِ الْجِهَةِ فَعَلَيْهِ إِعَادَةُ الْكُفَّارَةِ.  
قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْكُفَّارَةُ<sup>(١)</sup> الأسم من التكفير، وتكفير اليمين فعل ما يجب بالحنث

(١) الكفارات جمع مفردة كفارة، وهي في الأصل صفة مبالغة كعلامة. ثم غلب استعمالها اسماً فيما يستر الذنب ويمحوه، وهذه المادة في اللغة تنبئ عن الستر لأنها مأخوذة من الكفر «بفتح الكاف» ومعناه الستر ومنه سمي الليل كافراً، لأنه يستر الشيء بظلمته قال الشاعر: في ليلة كفر النجوم غمامها. وسمي الزارع كافراً لأنه يستر البذر بالتراب، وسميت الأشياء المصطلح عليها في الشريعة «كفارات» لأنها تستر الذنب وتمحو أثره. تعريفها شرحاً:

وهي في اصطلاح الفقهاء. اسم لأشياء مخصوصة طلبها الشارع عند ارتكاب مخالفات معينة. وقد عرفها الرحمانى من الشافعية فقال: هي مال أو صوم وجب بسبب كحلف أو قتل أوظهار. وعرفها بعضهم بتعريف آخر فقال: هي مال أو صوم وجب بسبب من حلف أو قتل أوظهار أو جماع نهار رمضان عمداً للتمثيل وليست للاستقصاء وإلا لما ورد الاعتراض بعدم «هل الحدود من الكفارات أو لا».

الناظر في التشريع الإسلامى يجد أن المعاصى ثلاثة أنواع نوع يوجب الحد كالزنا والسرقة والقذف وشرب الخمر. ونوع يوجب الكفارة مثل الحنث في اليمين والظهار مع العود وإفساد صوم رمضان عمداً، ونوع لا يوجب حداً ولا كفارة، وإنما يوجب تعزيراً من الحاكم وذلك كثير، كضرب الغير للأذى، والقبلة للأجنية، والنظر إليها بشهوة، وغير ذلك مما لم يشرع فيه حد ولا كفارة مقدرة.

ومقتضى هذا التقسيم الذي يثبت التباين في العقوبة بين الأنواع الثلاثة أن الكفارة مغايرة للحد مباينة له، كما أنها مباينة للتعزير ومغايرة له، وهذا شيء لا يتأتى فيه خلاف بين العلماء، ولا ثمرة =

= للخلاف فيه إن وجد، وإنما الخلاف الذي وجد بينهم وله ثمرته هو: هل الحدود كفارات لما أقيمت فيه من الذنوب؟ فمن أقيم عليه الحد في معصية شرع فيها الحد لم يعذب عليها في الآخرة - أو ليست كفارات لها؟ فيعذب في الدنيا عليها ولا يعنيه ذلك عن عذاب الآخرة.  
مذاهب العلماء:

ذهب الجمهور من العلماء. ومنهم الشافعية والظاهرية إلى أن عذاب الدنيا مسقط لعذاب الآخرة. وذهب آخرون إلى أنه لا يسقطه إلا إذا انضم إليه توبة خالصة، وبه جزم بعض التابعين، وعليه الحنفية والمعتزلة، وبعض المفسرين كالبعثي.

وتوقف آخرون فقالوا لا ندري أعذاب الدنيا مسقط لعذاب الآخرة أم غير مسقط له. استدلل الفريق الأول بما روي عن عبادة بن الصامت - رضي الله عنه - عن رسول الله ﷺ أنه قال وحوله عصابة من أصحابه: بايعوني على ألا تشركوا بالله شيئاً ولا تسرقوا ولا تزنوا ولا تقتلوا أولادكم ولا تأتوا بهتاناً فتفرونه بين أيديكم وأرجلكم ولا تعصوا في معروف فمن وفى منكم فأجره على الله. ومن أصاب من ذلك شيئاً فعوقب به في الدنيا فهو كفارة له ومن أصاب من ذلك شيئاً ثم يستره الله فهو إلى الله إن شاء عفا عنه وإن شاء عاقبه. فبايعناه على ذلك.  
وجه الدلالة من هذا الحديث:

أن النبي ﷺ ذكر فيما ذكر من المعاصي الزنا والسرقه وهما من الذنوب التي شرع فيها حد معلوم في الدنيا وأخبر أن من ارتكب ذنباً من الذنوب التي ذكرها في الحديث وعوقب عليها في الدنيا كان العقاب كفارة لذنبه وهذا صريح في أن عذاب الدنيا مسقط لعذاب الآخرة مطلقاً تاب أو لم يتب. لأن الحديث لا ذكر للتوبة فيه ويؤيد هذا ما روي عن علي - كرم الله وجهه - من حديث المبايعه وفيه من أصاب ذنباً فعوقب به في الدنيا فالله أكرم من أن يثني العقوبة على عبده في الآخرة.

واستدل الفريق الثاني بما ورد من الآيات القرآنية مشتقاً على الوعيد بالعذاب الأخروي على ارتكاب تلك المعاصي. مثل قوله تعالى في سورة الفرقان: ﴿والذين لا يدعون مع الله إلهاً آخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله إلا بالحق ولا يزنون ومن يفعل ذلك يلق أثاماً يضاعف له العذاب يوم القيامة ويخلد فيه مهاناً إلا من تاب وآمن وعمل عملاً صالحاً فأولئك يبدل الله سيئاتهم حسنات وكان الله غفوراً رحيماً﴾ وقوله تعالى في سورة النساء: ﴿ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها و غضب الله عليه ولعنه وأعد له عذاباً عظيماً﴾ وقوله تعالى في سورة المائدة: ﴿إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم﴾.

وجه الدلالة من هذه الآيات: ظاهر فإن الله سبحانه وتعالى قد أوجب في تلك المعاصي حدوداً مقدرة في الدنيا ومع ذلك فقد أخبر بأن فاعلها سيعاقب في الآخرة ما لم يتب توبة خالصة. بل إن بعض الآيات يفيد أنه معذب سواء تاب أم لم يتب مثل قوله تعالى: ﴿ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها..﴾ الآية.

ولكن هذا الظاهر غير معمول به عند جمهور العلماء لأن التوبة من الذنب نافعة لقوله تعالى: ﴿إنما التوبة على الله للذين يعملون السوء بجهالة ثم يتوبون من قريب فأولئك يتوب الله عليهم =

= وكان الله عليماً حكيماً.

وقوله عز وجل: «وإني لغفار لمن تاب وأمن وعمل صالحاً ثم اهتدى».

وأما أصحاب الرأي الثالث فقد استندوا فيما ذهبوا إليه إلى أن الأدلة في هذا الباب متعارضة ولم يوجد ما يرجح أحد الرأيين على الآخر، فوجب التوقف، وحجتهم في ذلك ما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ أنه قال: «ما أدري أتبع كان لعيناً أم لا وما أدري ذو القرنين كان نبياً أم لا وما أدري الحدود كفارات لأهلها أم لا»، وهو حديث صحيح على شرط الشيخين، وهو صريح في أن النبي ﷺ ما كان يعلم أن الحدود كفارات لأهلها أم لا. فغيره ﷺ أولى في هذا الباب بعدم العلم، فيجب عليه عدم الحكم بشيء معين وأن يتوقف.

ونحن إذا نظرنا إلى أن حديث عبادة بن الصامت لم ينفرد بسماعه من الرسول ﷺ بل تابعه عليه كثير من الصحابة رضوان الله عليهم كابن عمر، وعلي وابن مسعود، والحسن بن علي، وعائشة، وأن هؤلاء جميعاً قد أخبروا بما يفيد أن الرسول ﷺ قال: «من أقيم عليه حد في الدنيا فهو كفارة له» وذلك يقضي بأن الرسول ﷺ قد علم عن ربه عز وجل أن الحدود كفارات لذنوبها وعلمه بذلك لا يتنافى مع قوله ﷺ في حديث أبي هريرة: «ما أدري الحدود كفارات لأهلها أم لا» لإمكان الجمع بينهما بحمل حديث أبي هريرة على أنه متقدم على حديث عبادة.

وأما قول القاضي عياض ومن تبعه أن حديث عبادة متقدم على حديث أبي هريرة لأن إسلام أبي هريرة - رضي الله عنه - كان بعد الهجرة بسبع سنين، والمبايعة المذكورة كانت ليلة العقبة بمعنى قبل الهجرة «فغير مسلم» لأن حديث أبي هريرة لم يصرح فيه بالسماع من الرسول ﷺ مباشرة فيحتمل أن يكون أبو هريرة قد سمعه عن سمعه من النبي ﷺ في مبدأ التشريع قبل أن يحصل له العلم بذلك ويخبر به.

وكون هذه المبايعة كانت ليلة العقبة بمعنى غير صحيح لما ذكر في البخاري في كتاب الحدود أن تلك المبايعة الواردة في حديث عبادة بن الصامت - رضي الله عنه - كانت بعد فتح مكة، وبعد أن نزلت آية الممتحنة التي وردت في مبايعة النساء بعد الحديبية، لأن النبي ﷺ قد قرأ الآية بتمامها في تلك المبايعة وعنده في تفسير الممتحنة من هذا الوجه قال: «قرأ علينا آية النساء» وعند مسلم من طريق معمر عن الزهري قال: «فتلى علينا آية النساء قال: «ألا يشركن... الآية» وعند الطبراني من هذا الحديث قال: «بايعنا رسول الله ﷺ على ما بايع عليه النساء يوم الفتح» فهذه الرواية أوضح دليل على أن هذه المبايعة كانت بعد فتح مكة وذلك بعد إسلام أبي هريرة بمدة، فكذا هذا يدل على أن الجمع المتقدم صحيح، وأن الحدود كفارات وبذلك يضعف استناد الواقفين إلى حديث أبي هريرة - رضي الله عنه -.

وإذا نظرنا إلى أن أكثر الآيات القرآنية المفيدة للوعيد بالعذاب الأخروي على تلك الجرائم التي شرعت فيها الحدود قد أعقب هذا الوعيد بالتوبة، وأن الآيات التي لا ذكر للتوبة فيها ينبغي أن تقيد بها دعفاً للتعارض بين الأدلة، وحملها للمطلق على المقيد وأن حديث عبادة بن الصامت - رضي الله عنه - وإن لم تذكر فيه التوبة صراحة إلا أن ذلك لا يقتضي عمداً اعتبارها في محو الذنب، لأن المؤمن شأنه التوبة عند حصول المعصية والندم عليها بعد حصولها، ولذلك تركها الرسول ﷺ لأن المعصية شأنها كالمذكور لفظاً.

= إذا نظرنا إلى كل ما تقدم رأينا أن الجمع بين الأدلة ممكن على هذا الوجه المتقدم، وبذلك يزول التعارض بينها ويترجح القول بأن الحدود كفارات لذنوبها إذا انضم إليها توبة. و «هل الكفارات زواجر أو جواير» قبل الكلام على ذلك يجب علينا أن نعرف ما هي الزواجر وما هي الجواير حتى يمكننا أن نلحقها بهما أو بأحدهما فنقول:

الزواجر: جمع زاجر وهو ما شرع لدرء المفسد والغالب فيه أن يكون لعصيان من المكلفين، وقد يكون لا إثم فيه كزجر الصبيان، فإن الغرض من ذلك تأديبهم ودرء مفسادهم واستصلاحهم ولا إثم عليهم لأنه مرفوع عنهم لحديث «رفع القلم عن ثلاث وعُدّ منها الصبي». والجواير: جمع جابر وهو ما شرع لاستدراك ما فات من المصالح وليس بلازم فيمن يتوجه إليه الجبر أن يكون آثماً، فإن الجبر يشرع مع العمد والخطأ والعلم والجهل والذكر والنسيان والصبا والجنون. ولا خلاف بين الفقهاء في أن بعض الكفارات جواير ككفارة الخلق، وإنما الخلاف بينهم في بعض آخر مثل كفارة الظهار والحث في اليمين وإفساد الصوم في رمضان عمداً. فمنهم من قال إنها زواجر ولا بد معها من التوبة، كالحدود وهم أصحاب الرأي ومن وافقهم، لأن فيها تعديلاً للبدن بالصوم، وانتزاعاً للمال من يده، وهو شقيق الروح تحرص النفس عليه كما تحرص على الروح وذلك يترك في النفس أثراً يمنعها عن معاودة المعصية مرة أخرى ويجعل الغير حريصاً على ألا يقع في تلك المعصية.

والجمهور ومنهم الشافعية في الراجح من مذهبهم على أنها جواير لأنها لا تخرج عن الصوم والإطعام وعتق الرقبة وهذه كلها عبادات لا بد فيها من النية، والتقرب إلى الله تعالى بها لا يعتبر زاجراً، والفرق بينها وبين الحدود واضح فإن الحدود أفعال تقع من الغير على المذنب فليست فعلاً له، والشأن فيها أن تكون ظاهرة للناس شائعة بينهم، وذلك مما يجعل الزجر فيها محققاً. ونحن لا نرى إلا أنها زاجرة جابرة، أما كونها زاجرة فلقوله تعالى في كفارة قتل الصيد ﴿لِيَذُوقَ وبال أمره﴾ فإن إذاقة وبال الأمر دليل واضح على أن هذه الكفارة إنما شرعت للزجر، وقوله جل شأنه في كفارة الظهار ﴿ذلكم توعظون به﴾ دليل على ما ذكر أيضاً، وخصوصاً إتيانه تعالى بالفعل الدال على الرقبة بالإيمان، كما قيدها به في كفارة القتل، فكان ذلك منشأ لاختلاف الفقهاء في أن وصف الإيمان معتبر في عتق الرقبة، أو غير معتبر فيها، وقد تقدم ذلك مفصلاً في كفارة اليمين. كما تقدم ما يتعلق بهذا النوع، فلا نعيده دعماً للتكرار غير أن تحرير الرقبة في الظهار يختص بأمر زائد، وهو أن يكون قبل أن يتماس المظاهران، فإن حصل تماس، وكفر أجزاء ذلك وأثم، فعدم المس شرط لنفي الإثم لا لعدم الأجزاء، وسقوط الكفارة لما ثبت بالسنة الصحيحة.

أخرج أبو داود، والترمذي، وغيرهما أن سلمة بن صخر البياضي ظاهر من امرأته فَوَقَعَ عليها قبل أن يكفر فَقَالَ ﷺ: «مَا حَمَلَكَ عَلَى ذَلِكَ؟» فَقَالَ رَأَيْتُ خُلْحَالَهَا فِي ضَوْءِ الْقَمَرِ. قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «فَاغْتَرِلَهَا، حَتَّى تَكْفُرَ»، فحکم رسول الله ﷺ بوجوب الكفارة على من وطئ قبل أن يكفر.

صيام شهرين متتابعين:

(١) هذا هو النوع الثاني من أنواع الكفارة في الظهار، ولا ينتقل المكفر إليه إلا بعد عدم وجود رقبة سالحة للعتق، أو بعد العجز عن ثمنها إن وجدها، وهذا محل اتفاق بين العلماء لِقَوْلِهِ تَعَالَى =

﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعِينَ﴾ .

ما يقطع التتابع:

التتابع في صوم هذه الكفارة قدر متفق عليه بين العلماء، والاختلاف بينهم إنما هو فيما يقطع التتابع، وقد بينا ذلك في كفارة القتل، وأوضحنا مذاهب الفقهاء فيه فلا نعيده.

غير أن التتابع في صوم كفارة الظهار له حكم يختص به وهو أنه: هل ينقطع بوطء المظاهر منها ليلاً أو لا ينقطع خلاف بين الفقهاء.

فذهبت الشافعية، وأبو يوسف من الحنفية، وابن حزم من الظاهرية إلى أن الوطء ليلاً مطلقاً عمداً، أو نسياناً لا يقطع التتابع، كما أن الوطء نهاراً نسياناً لا يقطعه، وحجتهم في ذلك أن وطء المظاهر منها ليلاً مطلقاً لا يفسد الصوم، فلا يكون قاطعاً للتتابع، كما لو وطئ غير المظاهر منها ليلاً أو نهاراً ناسياً.

وذهب الإمام أبو حنيفة، ومحمد بن الحسن، والإمام مالك، والإمام أحمد في مشهور مذهبه إلى أن ذلك يقطعه، ويوجب على المكفر أن يستأنف صوم الشهرين من جديد.

ووجهتهم في ذلك قوله تعالى: ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعِينَ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا﴾ وهي تدل على أن يكون الصوم قبل التماس، وهذا يقضي بوجوب خلدته عنه، والوطء ليلاً أو نهاراً مَنَابٍ لهذا الشرط، وموجب لانعدامه، فينعدم المشروط لانعدام شرطه، وذلك موجب لاستئناف الصوم من جديد، ولا معنى لانقطاع التتابع إلا هذا.

وبالنظر في جهة كل نجد أن الرأي الراجح هو رأي من يقول بأن الوطء ليلاً يقطع التتابع؛ لأن الله - سبحانه وتعالى - قد جعل الظهار مُنْكَرًا من القول وزوراً، والمظاهر قد تجرأ بالإقدام على فعل يبين الله له حرمة، والكفارة إنما قصد بها زجر المظاهر وردعه، حتى لا يعود إلى فعل هذا المنكر، فالتشديد عليه مما يحقق مقصود الشارع من شرع الكفارة، وأما قياس وطء المظاهر منها على غيرها فقياس في مقابلة النص، فيكون فاسد الاعتبار.

إطعام ستين مسكيناً:

النوع الثالث من أنواع الكفارة الظهار: إطعام ستين مسكيناً، ولا ينتقل المظاهر إلى هذا النوع إلا بعد عجزه عن صيام شهرين متتابعين لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فِإِطْعَامِ سِتِينَ مِسْكِينًا﴾ والناظر في الآية الكريمة يجد أن الله - تعالى - ذكر بجانب تحرير الرقبة، والصيام للشهرين قوله: ﴿مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا﴾ ولم يذكر ذلك بجانب إطعام الستين مسكيناً، فهل ذلك؛ لأن إطعام الستين مسكيناً لا يشترط فيه أن يقع قبل التماس، أم ذلك؛ لأنه سبحانه - وتعالى - اكتفى بذكره في النوعين الأولين عن ذكره في النوع الثالث، فيكون عدم التماس شرطاً في الجميع؟

ولما كان كل من الاحتمالين قائماً اختلف العلماء في أن عدم الوطء شرط في الإطعام، كما هو شرط في النوعين السابقين، أو ليس شرطاً فيه.

ذهب الجمهور من العلماء، ومنهم أبو حنيفة، والشافعي، وأحمد إلى عدم اشتراط التماس في الإطعام، وهو قول ابن الماجشون من المالكية، فلو وطئ أثناء الإطعام من ظاهر منها لم يستأنف الإطعام.

ووجهتهم في ذلك أن الله - تعالى - إنما شرط عدم التماس في العتق والصيام، ولم يشترطه في =

= غيره، فاشتراطه في الإطعام قول بلا دليل.

وذهب الإمام مالك إلى اشتراط الإطعام قبل التماس، ووجهته في ذلك أن الله - تعالى - عطف الإطعام على الصيام، والتحرير المقيدين بالقيد المذكور، وذلك مشعر بمشاركته لها في قيدهما؛ لأن العطف يقتضي التشريك، وكونه لم يذكر صراحة لا يدل على عدم اشتراطه؛ لأن المحذوف لقرنية تدل عليه يعتبر كأنه مذكور.

وبالنظر في وجهة كل نجد أن قول الجمهور هو الراجح؛ لأن الله - سبحانه وتعالى - لو أراد جعله شرطاً في الإطعام لصرح به فيه كما صرح به في غيره، ولو كان الحذف لقرنية كافياً ههنا لحذف من النوع الثاني كذلك اكتفاء به في النوع الأول، فذكره سبحانه لهذا القيد في النوعين الأولين بخصوصهما شعر بعدم اشتراطه في غيرهما؛ ولأن الشأن في الإطعام، أن يكون دفعة واحدة. مقدار ما يعطاه المسكين الواحد من هؤلاء الستين:

اختلف الفقهاء في مقدار ما يأخذه المسكين الواحد من الطعام.

فمنهم من قال: يعطى مُدّاً من أي نوع كان بُزّاً، أو شعيراً، أو تمرّاً، أو زبيباً كالشافعي، ومالك.

ومنهم من قال: يعطى مُدّاً من البُرِّ، ومُدّين من غيره كالحنابلة.

ومنهم من قال: يعطى مُدّين من البر، وأربعة أمداد من غيره كالحنفية.

ومنهم من قال: إن ذلك موكول إلى العُزْف، والسبب في هذا الاختلاف أن الآية لم تبين مقدار ما يعطاه كل مسكين، والسنة مختلفة في ذلك، فأخذ كل إمام بما ثبت عنده، وترك غيره.

وقد ذكرنا ذلك مفصلاً في كفارة اليمين، وبالجملة فإن الكلام على الإطعام ههنا لا يختلف عن الكلام عليه في كفارة اليمين إلا في عدد المساكين، فإنهم في اليمين عشرة، وفي الظَّهَارِ سِتُونَ بِالْأَيْتِينَ.

واتفقت كلمة الفقهاء على اعتبار البلوغ والعقل شرطين في وجوب الكفارة على المظاهر لأن سببي يعتمد القول وعبرة الصبي والمجنون لغو فلا تكون موجبة لها.

ولكنهم اختلفوا في أمور منها:

كون المظاهر مسلماً.

ذهبت الحنفية والمالكية إلى أن الإسلام شرط في إيجاب الكفارة على المظاهر.

ووجهتهم في ذلك قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يظَاهرون منكم من نسائهم﴾ الآية فلفظ منكم خاص بالمسلمين فلا يصح الظهار من الكافر.

ولأن الكفارة عبادة تنفقر إلى النية وهو ليس من أهلها.

وذهبت الشافعية والحنابلة إلى أن الإسلام ليس شرطاً في إيجاب الكفارة على المظاهر.

ووجهتهم في ذلك قوله تعالى: ﴿والَّذِينَ يظَاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقية﴾ الآيات فإن اسم الموصول من صيغ العموم يتناول المسلم والكافر ولأنه قول يختص به النكاح، فيصح من كل زوج مكلف كالطلاق، وقد تقدم الكلام على هذا الشرط في كفارة اليمين وما هو الراجح في ذلك من أن هذا يعتبر القول وهو من أهله، ولأن الكفارة زاجرة في حقه كون الظاهر منها زوجة:

ذهبت الحنفية والشافعية والحنابلة إلى اشتراط كون المظاهر منها زوجة فلا يصح من الأمة، ولا =

= تجب به كفارة على السيد غير أن الحنابلة يقولون تجب فيه كفارة يمين لأنه يشبه قوله لها «أنت علي حرام».

وذهبت المالكية والظاهرية إلى عدم اشتراط ذلك فأوجبوها على السيد بظهاره من أمته وهو رأي سعيد بن المسيب، وسعيد بن جبير، والزهري والثوري، وقتادة.

استدل أصحاب الرأي الأول بقوله تعالى: ﴿والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة...﴾ الآية.

ووجه الدلالة من هذه الآية أن الله تعالى أضاف النساء إلى المظاهرين وهي ظاهرة في الأزواج فاخص الظهار بهم دون غيرهم. يقوى ذلك أن الظهار في الإسلام جاء ناسخاً لما كانت عليه الجاهلية من اعتباره طلاقاً مؤبداً، وهم إنما كانوا يعرفون الظهار في الزوجات دون الأرقاء فوجب بقاء المحل كما كان في الجاهلية والنسخ يرجع إلى الحكم لا إلى المحل.

واستدل أصحاب الرأي الثاني بالآية نفسها قائلين إن الله تعالى أضاف النساء إلى المظاهرين، ولفظ النساء عام يتناول الزوجات والأماء والعام يبقى على عمومته حتى يأتي ما يخصه. ولم يوجد المخصص. فكان الظهار معتبراً في الأرقاء كالزوجات ونحن إذا نظرنا إلى أن السيد بظهاره من أمته الموطوءة له قد تجرأ على الله فحرم ما جعله حلالاً له وأن الأمة لا فرق بينها وبين الزوجة إلا من جهة أن الزوجة حل وطؤها بعقد النكاح وتلك حل وطؤها بملك اليمين، وأن ذلك لا يعتبر فارقاً مؤثراً في أن القول يعمل عمله في الزوجة دون الأمة.

إذا نظرنا في كل ذلك كان القول باعتبار الظهار من السيد في أمته موجباً للكفارة أرجح من مقابله ليكون الأدب من الله عاماً لجميع المكلفين من غير فرق كون المشبه بها في الظهار خصوص الأم:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن خصوص الأم ليس شرطاً في إيجاب الكفارة غير أن بعضهم يقول يكفي في تحقق الظهار كون المشبه بها مؤبدة التحريم على المظاهر كالشافعية والحنفية والمالكية.

والبعض الآخر يقول يكفي في تحققه كون المشبه به مما يحرم على المظاهر الاستمتاع به، ولو لم تكن الحرمة مؤبدة، يستوي في ذلك الذكور والإناث كالحنابلة.

وذهبت الظاهرية إلى اشتراط كون المشبه بها في الظهار خصوص الأم. فلا ينقصد الظهار عندهم بتشبيه الزوجة بالأخت أو العممة أو الخالة مثلاً، ولا تجب الكفارة بذلك.

استدل الجمهور بأن غير الأم من كل مؤبدة التحريم كالأم في تأييد الحرمة، فيجب اعتبار التشبيه به كالأم، والقياس حجة شرعية قام الدليل على اعتبارها فلا عبرة بإنكار الظاهرية لها لأن ذلك منهم مكابرة.

واستدل الظاهرية بقوله تعالى: ﴿ما جعل الله لرجل من قلبين في جوفه وما جعل أزواجكم اللاتي تظاهرون منهن أمهاتكم﴾ وقوله تعالى: ﴿الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللاتي ولدنهم﴾.

ووجه الدلالة من الآيتين أن الله تعالى إنما تعرض لذكر الأم ولم يتعرض لغيرها فكان ذلك دليلاً على أن خصوص الأم هي المعتبرة في الظهار ولا يصح قياس غيرها عليها لأن القياس لا ينتج إلا ظناً، والظن منهني عن اتباعه فهو غير معتبر في الأحكام.

وبالنظر في وجهة كل نجد أن رأي الجمهور هو الراجح لقوة مدركة، وكون المولى سبحانه =



فيها، والتكفير عن الظَّهَار فغل ما يجب بالعَوْد فيه، وقد وردَ في القُرْآن لفظ الكفارة كقوله تعالى: ﴿كَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ﴾ [المائدة: ٨٩].

وتنقسم الكفارات إلى ما لا مدخل للإعتاق فيها؛ كالواجبات في محظورات الإحرام، وقد تقدّم القول فيها، وإلى ما يدخل الإعتاق في خصالها. وهذا القسم نَوْعَانِ:

أحدهما: الكفارات التي تترتب خصالها؛ ككفارة الظَّهَار<sup>(١)</sup> والجماع في نَهَارِ رمضان.

الثاني: الكفارة التي يَتَخَيَّرُ الشَّخْصُ فِي خِصَالِهَا، وهي كفارة اليمين والكتاب وإن كان مُتَزَجِمًا بِمُطَلَقِ الكَفَّارَاتِ، لكن المقصود منه الكلام في القسم الثاني، ومُعْظَمُ المقصود كفارة الظهار، ثم يدخل فيه شيء من حُكْمِ سائر الكفارات سِيَمَا الأَحْكَامِ المشتركة<sup>(٢)</sup>، وقد سَبَقَ فِي «كتاب الصوم» طَرَفٌ مِمَّا يَتَعَلَّقُ بِكَفَّارَةِ الجَمَاعِ، ويأتي في كفارة القتل ما يتعلّق بها، وفي «باب الأيمان» ما يختصُّ بكفارة اليمين، إن شاء الله تعالى - وخصال القسم الثاني: الإِغْتَاقُ، والصِّيَامُ، والإِطْعَامُ، وتشترك هذه الثلاثة في أَحْكَامٍ، وتفترق في أَحْكَامٍ عَلَى مَا سَيَتَّضِحُ فِي البَابِ.

وفقه الفصل ثلاث جُمَلٍ:

إحداها: تجب النيّة في الكفارات؛ لقوله - ﷺ - [إنما]<sup>(٣)</sup> «الأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ» ولأن الكفَّارات حقٌّ ماليٌّ وجب تطهيراً، وتكفي نيّة الكفارة، ولا يحتاج إلى التقييد

= وتعالى نص على الأم ولم ينص على غيرها لا يقضي باعتبار خصوص الأم شرطاً لإيجاب الكفارة على المظاهر لأن اختصاصها بالذكر له فائدة أخرى خلاف قصر الحكم عليها وهو أن الغالب عند الجاهلية هو ما نص عليه القرآن. وشرط اعتبار المفهوم المخالف ألا تظهر له فائدة أخرى سوى نفي الحكم عن غير المذكور.

(١) فيه أمران:

أحدهما: أن الترتيب في النوع الأول إنما يظهر إذا لم يختلف من حين الوجوب إلى الأداء، وأما إذا اختلف فلا لأننا إن اعتبرنا وقت الأداء فلا ينفع قدرته على العتق قبل ذلك بالنسبة إلى الصوم وكذلك الصوم بالنسبة إلى الإطعام، وإن اعتبرنا حالة الوجوب فلو كان عاجزاً عن العتق فلا ينفع قدرته عليه بعد ذلك وكذا الصوم مع الإطعام، وإن اعتبرنا حالة الوجوب فلو كان عاجزاً عن العتق فلا ينفع قدرته عليه بعد ذلك وكذا الصوم مع الإطعام وكذا إن اعتبرنا أغلظ الأحوال فلو كان عند الوجوب عاجزاً وعند الأداء قادراً فهو غير واجد عند الأداء وبعد هذا فقد كلفناه غيره.

الثاني: أن كفارة الأيمان فيها تخيير وترتيب لا تخيير مجرد فكان ينبغي أن يجعل هذا قسماً آخر مقابلاً لما تجرد للتخيير.

(٣) سقط في ز.

(٢) في أ: المشتركة.

بالوجوب؛ لأن الكفارة لا تُكُونُ إِلَّا واجبةً، أورده صاحب «الشامل» وغيره<sup>(١)</sup>، ولا تكفي نية العتق الواجب من غير التعرض للكفارة، لأن العتق قد يَجِبُ بالنذر.

نعم، لو نَوَى العتق الواجب بالظهار أو القتل، كفى، وَيَجِبُ أن تُكُونُ النية مقارنة للإعتاق والإطعام، وأمَّا الصَّوْمُ، فينوي من الليل، كما سيأتي، وفي وجوه: يجوز تقديمها على الإعتاق والإطعام، كما ذكرنا نظيره في الزكاة والظهار الأول، وإذا علق العتق عن الكفارة بشرط، فلا يجوز أن تكون النية متأخرة عن التعليق، بل يجب أن تكون مقارنةً للتعليق، إن اعتبرنا المقارنة [في التنجيز]، ويجوز أن تُكُونُ متقدمةً عليه على الوجه الآخر، هكذا قال - رحمه الله - في «التهذيب».

ولا يجب في النية تعيين الكفارة، كما لا يجب في زكاة المال تعيين المال المرزئ، حتى لو كان عليه كفارة الظهار والقتل، فأعتق عبدَيْن بنية الكفارة، أجزأه عنهما، ولو اجتمعت عليه كفارات، فأعتق رقبةً بنية الكفارة، وقع محسوبة عن واحدة منها، ولا فَرْق بين أن يتفق الجنس؛ ككفارتي ظهار أو يختلف؛ ككفارة الظهار والقتل، وكذا الحُكْمُ في الصَّوْمِ والإطعام.

وقال أبو حنيفة: إن اختلف الجنس، كالظهار والقتل، فلا بد من التعيين.

لنا أنه لا يجب التعيين عند الاتحاد، فكذلك عند التعدد، وأنه لا يجبُ التعيين عند اتحاد الجنس، فكذلك عند الاختلاف، ولو كانت عليه كفارة، ونسي سببها، فأعتق، ونوى ما عليه، جاز، ولو كانت عليه ثلاث كفارات، فأعتق رقبةً عن واحدة، ثم أعسر، فصام شهرين عن واحدة، ثم عجز، فأطعم عن الثالثة، ولم يعين شيئاً، يجزئه، وفرق بين نية الصلاة والصوم؛ حيث يعتبر فيه التعيين؛ بأن الأمر في العبادات البدنية أضيّق؛ ولذلك لا يجري فيه التوكيل بخلاف العبادات المالية، وبأن العبادات المالية نازعة إلى الغرامات، فاكتمى فيها بأصل النية، وبأن العبادات البدنية مراتب

(١) قال النووي في شرح المهذب في باب صفة الصلاة عن البندنجي والماوردي الجزم بخلافه فقال: العبادات ثلاثة أضرِب:

أحدها: يفترق إلى نية الفعل دون الوجوب والتعيين وهو الحج والعمرة والطهارة لأنه لو نوى نفلًا في هذه المواضع وقع عن الواجب.

الثاني: يفترق إلى نية الفعل والوجوب دون التعيين وهو الزكاة والكفارة.

والثالث: يفترق إلى نية الفعل والوجوب والتعيين وهو الصلاة والصيام وفي نية الوجوب وجهان. انتهى وسكت عليه بل قضيته أن القسم الثاني لا خلاف فيه ولا يكفي فيه العتق الواجب من غير تعرض للكفارة؛ لأن العتق قد يجب بالنذر فإن نوى العتق الواجب بالظهار أو القتل مثلاً كفى. انتهى كذا جزم به في البسيط.

متفاوتة، وما يتعلق بها من النَّصَبِ والتَّعَبِ يختلف مَوْقِعُهُ ووجوهه، فالمشقة في صلاة الصُّبْحِ من وجهه، وفي صلاة الظهر من وجه آخر؛ لاختلاف الوَقْتِ وأعداد الركعات، والعِتْقُ في الظهار والقتل واحد لا اختلاف فيه، فلم يحتج إلى التعيين، ولو كانت عليه كفارة ظهار، فنوى كفارة القتل عمداً أو خطأ، لم يُجْزِئَهُ عن كفارة<sup>(١)</sup> الظهار؛ لأنه نوى غير ما عليه، فلا ينصرف إلى ما عليه، ونظيره ما إذا نَوَى عند إخراج الزكاة مالا معيَّناً، فكان تالفاً، لا ينصرف إلى غيره، وكذا لو نَوَى [الاقْتداء بمعين، وكان الحاضر غيره لا ينصرف الاقْتداء\*]<sup>(٢)</sup> إليه، ولو كان عليه كفارتان، وأعتق عبداً بنية الكفارة المطلقة، ثم صرفه إلى واحدة معيَّنة، تعيَّن العتق لها، ولم يتمكن من صرفه إلى الأخرى، كما لو عيَّن في الابتداء.

الثانية: الذمي إذا ظاهر يُكْفَرُ بالإعتاق أو الإطعام؛ لأن له أن يعتق ويطعم في غير الكفارة، فكَذَلِكَ فِي الكُفَّارَةِ، وَلَا يُكْفَرُ بالصيام، كما لا يصوم عن غير الكفارة، والمعنى فيه [أن]<sup>(٣)</sup> العبادَة البدنية لا تصحُّ من الكافر، وما يتعلَّقُ بالمال يُرَاعَى فِيهِ جَانِبُ المدفوع إليه، وإن لم يصحَّ من الكافر نية التقرب فيه، فهذا معنى قوله: «تغليباً لجهة الغرامات»، ولو ارتد من لزمته الكفارة لم يصحَّ منه التكفير بالصوم، وهل يُكْفَرُ بالإعتاق [أو الإطعام]<sup>(٤)</sup> عند العجز عن الإعتاق والصيام؟ فيه طريقتان:

أحدهما: أنه على الخلاف في ملك المرتد، إن قلنا: يزول ملكه، لم يُكْفَرُ، وإن قلنا ببقائه كُفْرًا، وإن وَقَفْتَاهُ، فإن عاد إلى الإسلام، تبين وقوعه عن الكفارة، وإن مات أو قتل على الردة، فلا.

والثاني: القطع بإجزائه؛ لأنه مستحقُّ عليه قبل الردة؛ فكان كالديون على أن في الديون وجهاً عن الإصطخري، حكاه صاحب «التقريب» أنها لا تُقْضَى على قول زوال المِلكِ، ويجعل كان أمواله تلفت، والمذهب خلافه، وكذا الظاهر أنه يُكْفَرُ، وإن ثبت الخلاف، وإذا كُفِّرَ فِي الردة، ثم عاد إلى الإسلام، حل له الوطاء، وعن صاحب «التقريب» حكاية وجه في الكفارة المخيرة أنه لا يخرج من ماله إلا أدنى الدرجات.

(١) وكان ينبغي التفصيل بين العائد والخاطيء كما ذكره في نظير المسألة في الوضوء وقد قال الإمام هناك: إن فرض الغلط في تعيينه قريب الشبه بالغلط في أسباب الكفارات، لكن أشار ابن الرفعة إلى الفرق بأن رفع الحدث المنوي يتضمن رفع باقي الأحداث على المذهب فقد تضمنت بنية رفع الموجود فلذلك ارتفع إذا غلط وعتق رقبة عن كفارة لا يتضمن إجزاؤها عن كفارة أخرى فلذلك لم يجزئه.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

الثالثة: يُعْتَبَرُ فِي الرَّقْبَةِ؛ لِيَجْزِيَءَ إِعْتَاقُهَا عَنِ الْكُفَّارَةِ، أَرْبَعَةُ قِيُودٍ: الْإِيمَانُ، وَالسَّلَامَةُ، وَكَمَالُ الرَّقْقِ، وَالخُلُوعُ عَنِ الْعَوْضِ، وَهَذَا مَا صَبَّطَهُ بِقَوْلِهِ: «وَلَا يَجْزِيءُ فِي الظَّهَارِ» إِلَى آخِرِهِ، وَالْكَلامُ فِي هَذِهِ الْقِيُودِ يَأْتِي عَلَى الْأَثَرِ فِي فُصُولٍ، وَلَوْ قَدَّمَ صَاحِبُ الْكِتَابِ الْقَوْلَ فِي النِّيَّةِ، ثُمَّ اشْتَغَلَ بِذِكْرِ الضَّابِطِ، وَشَرَحَ قِيُودَهُ، لَكَانَ أَحْسَنَ، وَيَجُوزُ أَنْ يُعْلَمَ قَيْدُ «الْإِيمَانِ» بِالْحَاءِ؛ لَمَا سَنَدَكَرَهُ.

وقوله: «وَلَا يَجِبُ تَغْيِينُ الْجِهَاتِ» بِالْحَاءِ؛ لِأَنَّهُ يُعْتَبَرُ التَّعْيِينُ عِنْدَ اخْتِلَافِ الْجِنْسِ. وَقَوْلُهُ: «يَصِحُّ الْإِعْتَاقُ وَالْإِطْعَامُ مِنَ الذَّمِّيِّ بِعَيْرِ نِيَّةِ التَّقَرُّبِ وَأَمَّا نِيَّةُ التَّمْيِيزِ، فَيُشْبِهُ أَنْ تُعْتَبَرُ كَمَا فِي قَضَاءِ الدِّيُونِ.

وقوله: «تَغْلِيْبًا لِحِجَّةِ الْغَرَامَاتِ» أَشَارَ بِهِ إِلَى مَا ذَكَرَهُ الْإِمَامُ - رَحِمَهُ اللَّهُ - أَنْ الْكُفَّارَةَ فِيهَا مَعْنَى الْعِبَادَاتِ؛ لَمَا يَتَعَلَّقُ بِهَا مِنَ الْإِرْفَاقِ فِي سِدِّ (١) الْحَاجَاتِ، وَفِيهَا مَعْنَى الْمَوْاخِذَاتِ وَالْعُقُوبَاتِ، وَغَرَضُهَا الْأَظْهَرُ الْإِرْفَاقُ، وَمَا يَنَاطُ بِسَبِيْنٍ يَسْتَقْبَلُ بِالْأَظْهَرِ مِنْهُمَا؛ [كَالْحَدِّ] (٢)؛ فَإِنَّهُ مُمَحَّضٌ، وَزَاجِرٌ، وَيَجِبُ عَلَى الْكَافِرِ زَجْرًا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُمَحَّطًا، وَيَخَالِفُ الزَّكَاةَ؛ فَإِنَّهَا وَظِيْفَةٌ لِمَحَاوِجِ الْمُسْلِمِينَ عَلَى أَغْنِيَائِهِمْ، وَالْكَافِرُ لَمْ يَلْتَزِمْ مَا سِوَى الْجِزْيَةِ، فَلَا يَحْسُنُ أَنْ يَحْمَلَ كُلَّ الْمُسْلِمِينَ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَا نَعْنِي بِالسَّلِيمَةِ السَّلَامَةَ عَنِ الْعُيُوبِ الْقَادِحَةِ فِي الْمَالِيَةِ بَلْ مَا يُؤَثِّرُ فِي الْعَبْرِ عَنِ الْعَمَلِ تَأْثِيرًا ظَاهِرًا \* فَلَا يَجْزِيءُ الرِّمُّ وَالْأَقْطَعُ (ح) وَالْأَعْمَى وَالْمَجْنُونُ وَالْهَرَمُ (و) الْعَاجِزُ وَالْمَرِيضُ الَّذِي لَا يُزَجَى زَوَالَهُ \* فَإِنْ زَالَ هَلْ يَبَيِّنُ وَقُوْعُهُ مَوْقِعَهُ؟ فِيهِ خِلَافٌ \* وَيَجْزِيءُ الْأَقْرَعُ وَالْأَعْرَجُ وَالْأَعْوَرُ وَالْأَصْمُ وَالْأَخْرَسُ (ح) الَّذِي يَفْهَمُ الْإِشَارَةَ \* وَمَقْطُوعُ أَصَابِعِ الرَّجْلِ (ح) \* وَمَقْطُوعُ أَنْمَلَةٍ وَاحِدَةٍ مِنَ الْيَدِ لَا مِنَ الْإِبْهَامِ \* وَمَقْطُوعُ الْخِنْصَرِ أَوْ الْبِنْصَرِ \* دُونَ مَقْطُوعِهِمَا جَمِيعًا مِنَ يَدٍ وَاحِدَةٍ \* وَدُونَ مَقْطُوعِ الْإِبْهَامِ وَالْوَسْطَى أَوْ الْمُسْبِحَةِ \* وَيَجْزِيءُ الْمَرِيضُ الَّذِي يُزَجَى زَوَالُ مَرَضِهِ \* فَإِنْ مَاتَ فِيهِ لُزُومُ الْإِعَادَةِ خِلَافٌ \* وَيَجْزِيءُ الصَّغِيرُ \* وَلَا يَجْزِيءُ الْجَنِينُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْقَيْدُ الْأَوَّلُ مِنَ الْقِيُودِ الْمُعْتَبَرَةِ فِي الرَّقْبَةِ الْإِيمَانُ؛ فَلَا يَجُوزُ إِعْتَاقُ الْكَافِرَةِ فِي شَيْءٍ مِنَ الْكُفَّارَاتِ، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ وَأَحْمَدُ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: يَجُوزُ إِلَّا فِي كَفَّارَةِ الْقَتْلِ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ فِيهَا: «فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةً».

لَنَا قِيَاسٌ غَيْرُ كَفَّارَةِ الْقَتْلِ عَلَيْهَا، وَحَمَلُ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - الْمَطْلُوقَ عَلَى

(١) فِي أ: وَسَد.

(٢) سَقَطَ فِي ز.

المُقَيَّد، وشبهوه بقوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهَدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] فإنه محمول على المُقَيَّد في قوله تعالى: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] ويجوز إعتاق الصغير، إذا كان أحد أبويه مسلماً أصلياً أو أسلم قبل انعقاده، ولا يجوز إذا كان أبواه كافرتين؛ لأنه محكوم بكفره، ولو أسلم بنفسه، لا يصح على ما بيئنا في «اللقيط» وحكي لنا أن الإصطخري صحح إسلام المميز، وأن بعضهم وقفه، وقال: إن بلغ، وثبت، بأن صحة إسلامه، وإلا بأن فساده، فعلى ما ذكره الإصطخري؛ يجوز إعتاقه عن الكفارة، إذا كان مملوكاً له، وعلى وجه الوقف، إن بلغ وثبت، ففي إجزائه وجهان:

المنع لنقصان حاله في الدين؛ ولذلك لو أعرب بالكفر، لا يجعل مرتداً، ولو أسلم أحد أبويه، وهو صغير أو حمل في البطن، فنحكم بإسلامه على ما مر في «اللقيط»، ويجزىء إعتاقه عن الكفارة، إن كان عبداً إذا مات في الصغر، وكذا إذا مات بعد البلوغ، وقبل مضي مدة يمكن فيها الإعراب، وإن أعرب بالكفر بعد البلوغ، فأصح القولين أنه مرتد، والثاني: أنه كافر أصلي، وقد ذكرناهما هناك، وبيئنا حكم الكفارة على القولين، وفي التهذيب: أن القولين فيما إذا كان إسلام أحد الأبوين بعد انفصال الولد، أما إذا أسلم أحدهما، وهو جنين، ثم بلغ، وأعرب بالكفر، فقد حكى فيه طريقين:

أصحهما: أن الحكم كما لو أسلم بعد انفصال الولد.

والثاني: أنه كما لو أسلم قبل البلوغ، ونقلنا هناك هذا التردد عن كلام الإمام - رحمه الله -، على سبيل الاحتمال، وبهذا يقاس إعتاق من حكم بإسلامه بتبعية السابي على ما بيناه في «اللقيط»، وفي «التهذيب»: أنه لو سبى الصغير ساب، وسبى أبويه غيره، فإن كانا في عسكر واحد، لم يُحكم بإسلامه، بل هو تبع لأبويه، وإن كانا في عسكرين كان تبعاً<sup>(١)</sup> للسابي، وأن حكم المجنون في تبعية الوالدين والدار، حكم الصبي، وإذا أفاق، وأعرب بالكفر، فهو مرتد أو كافر أصلي؟ فيه الخلاف المذكور فيما إذا بلغ الصبي، وأعرب بالكفر وأنه هل يجب التلطف بكلمة الإسلام بعد البلوغ والإفاقة؟ إن قلنا: لو أعرب بالكفر، جعل مرتداً، فلا يجب؛ لأنه محكوم بإسلامه، وإن قلنا لا يجعل مرتداً، فيجب، حتى لو مات قبل الإعراب، مات كافراً، ثم هاهنا مسألتان:

إحدهما: يصح إسلام الكافر بجميع اللغات، ذكره صاحب «الشامل» وغيره، وينبغي أن يعرف معنى الكلمة، فلو لُقِّن العجمي الكلمة بالعربية، فتلفظ بها، وهو لا يعرف معناها، لم يُحكم بإسلامه، وإذا وصف العبد الإسلام بلغته، والسيد لا يعرف

(١) ذكره المصنف - رحمه الله - في زوائده في باب اللقيط.

لَعَنَهُ، فلا بُدَّ مِمَّنْ يترجم له؛ ليعتقه عن الكفارة<sup>(١)</sup>، ويصيح إسلام الأخرس بالإشارة المفهومة، كما تصح عقوده بالإشارة، وفيه وجه: أنه إنما يُحَكَّم بإسلامه إذا صلَّى بعد الإشارة، [لأن الإشارة]<sup>(٢)</sup> غير مصرَّحة بالعرض، فيؤكِّد بالصلاة، وهذا ظاهر النصِّ المحكي عن «الأم»، والمذهب الأول، ومنهم من حمَّل اشتراط الصلاة على ما إذا لم تُكُن الإشارة مفهومة، ويدل على<sup>(٣)</sup> الاكتفاء بالإشارة ما رُوِيَ أن رجلاً جاء إلى رسول الله ﷺ ومعه جارية أعجمية أو خرساء، فقال: يا رسول الله، عليّ عتق رقبة، فهل يجزي عنني هذه؟ فقال لها النبي - ﷺ -: «أين الله؟ فأشارت إلى السماء، ثم قال لها: من أنا، فأشارت إليه أنه رسول الله<sup>(٤)</sup>» - ﷺ - فقال له: أعتقها؛ فإنها مؤمنة» قال

(١) قال النووي: إسلامه بالعجمية صحيح، إن لم يحسن العربية قطعاً، وكذا إن أحسنها على الصحيح. والوجه بالمنع مشهور في صفة الصلاة من «التمة» وغيره، ويكفي السيد في معرفة لغة العبد قول ثقة، لأنه خبر كما يكفي في معرفة قول المفتي والمستفتي والله أعلم.

وقال في البحر: إن كان المعتق لا يحسن العجمية فلا بد من شاهدين عدلين يشهدان بأنه وصف الإيمان؛ لأن الترجمة لا تقبل إلا من شاهدين عدلين. انتهى وينبغي تخصيصه بالحاكم.

(٢) سقط في ز.

(٣) في أ: عليه.

(٤) أخرجه مالك في الموطأ من حديث معاوية بن الحكم، وأكثر الرواة عن مالك يقولون عمر بن الحكم، وهو من أوام مالك في اسمه، قال: أتيت رسول الله فقلت: إن جارية لي كانت ترعى لي غنماً، فجنحتها وقد أكل الذئب منها شاة، فلطمت وجهها، وعلى رقبة، فأعتقها؟ فقال لها رسول الله: أين الله؟ قالت في السماء قال: من أنا؟ قالت: أنت رسول الله، قال: فأعتقها، وروى أحمد عن عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن عبد الله عن رجل من الأنصار أنه جاء بأمة له سوداء، فقال: يا رسول الله إن علي عتق رقبة مؤمنة، فإن كنت ترى هذه مؤمنة أعتقها؟ فقال لها: أتشهدين أن لا إله إلا الله؟ قالت: نعم، قال: أتشهدين أني رسول الله؟ قالت: نعم، قال: أتؤمنين بالبعث بعد الموت؟ قالت: نعم، قال رسول الله ﷺ: فأعتقها وهذه الرواية تدل على استحباب امتحان الكافر عند إسلامه بالإقرار بالبعث كما قال الشافعي ورواه أبو داود من حديث عون بن عبد الله بن عتبة عن أبي هريرة: أن رجلاً أتى النبي ﷺ بجارية سوداء؛ فقال: يا رسول الله إن علي رقبة مؤمنة، فقال لها: أين الله؟ فأشارت إلى السماء بإصبعها، فقال لها: فمن أنا؟ فأشارت إلى النبي ﷺ وإلى السماء - يعني أنت رسول الله - فقال: أعتقها فإنها مؤمنة، ورواه الحاكم في المستدرک من حديث عون بن عبد الله بن عتبة حدثني أبي عن جدي فذكره، وفي اللفظ مخالفة كثيرة. وسياق أبي داود أقرب إلى ما ذكره المصنف، إلا أنه ليس في شيء من طرقه أنها خرساء، وفي كتاب السنة لأبي أحمد العسال من طريق أسامة بن زيد؛ عن يحيى بن عبد الرحمن بن حاطب، قال: جاء حاطب إلى رسول الله بجارية له، فقال: يا رسول الله إن علي رقبة فهل يجزي هذه عنني، قال: أين ربك، فأشارت إلى السماء، فقال: أعتقها فإنها مؤمنة، وروى أحمد وأبو داود والنسائي وابن حبان من حديث الشريد بن سويد قال: قلت: يا رسول الله إن أمتي أوصت أن يعتق عنها رقبة، وعندني جارية سوداء، قال: ادع بها - الحديث - وفي الطبراني الأوسط من طريق ابن أبي ليلى عن المنهال والحكم عن سعيد عن ابن عباس: أن رجلاً أتى النبي =

صاحب «التتمة»: وإنما جعلت الإشارة إلى السماء دليلاً على إيمانها؛ لأنهم كانوا عبدة الأصنام، فأفهمت الإشارة البراءة منها.

الثانية: ذكر الشافعي - رضي الله عنه - في «المختصر» في هذا الباب أن الإسلام أن يشهد أن لا إله إلا الله، وأن محمداً رسول الله، ويبرأ من كل دين يخالف دين الإسلام، واقتصر في مواضع على الكلمتين، ولم يشترط البراءة، فقال الجمهور: ليس في ذلك اختلاف، ولكن يُنظر، إن كان الكافر ممن يعترف بأصل رسالة محمد - ﷺ - كقوم من اليهود يقولون: إنه رسول مبعوث إلى العرب خاصة، فلا بد من هذه الزيادة في حقه، وذكر أن في أهل الكتاب من يقول: إن محمداً نبي يبعث من بعد، وإن كان ممن ينكر أصل الرسالة، كالوثني، فيكفي لإسلامه الكلمتان.

قال الشيخ أبو حامد: وقد رأيت هذا التفصيل منصوباً عليه في كتاب قتال المشركين، ونقل الإمام اختلافاً للأصحاب في أنه هل يُشترط مع الكلمتين البراءة عن كل دين يخالف دين الإسلام، قال: والأصح أنها<sup>(١)</sup> لا تُشترط، والظاهر المشهور أن الكلمتين لا بُدَّ منهما، وأن الإسلام لا يخصل إلا بهما، وحكى الإمام مع ذلك طريقة أخرى منسوبة إلى المحققين، وهي أن من أتى من الشهادتين بكلمة تخالف معتقده، يحكم بإسلامه، وإن أتى منهما بما يوافقه، لا يُحكم، حتى أن الثنوي إذا وُحِدَ، حكم بإسلامه، والمُعطل إذا قال: لا إله إلا الله، جعل مسلماً، ويعرض عليه شهادة الرسالة، فإن أنكر كأن مرتداً، واليهودي إذا قال: محمد رسول الله، حكم بإسلامه، وحكي على هذه الطريقة خلاف في أن اليهودي أو النصراني إذا اعترف بصلاة توافق ملتنا أو حكم

= ﷺ فقال: إن علي ربة، وعندني جارية سوداء أعجمية، فذكر الحديث، وهو عند أحمد من حديث أبي هريرة نحوه.

(١) قال في المطلب: وقد رأيت في الأم بعبارة طويلة، وهذا التفصيل نظير قولهم إنه لا بد في الصلاة من نية الفرضية والأداء احترازاً من ظهر الصبي والظهر المقضي وإن كان الناي مطلقاً وقد قال: أصلي الظهر فرض الوقت مثلاً ومأخذ ذلك الاحتياط قال: ومحل الخلاف في الاشتراط، أما الاستحباب فلا شك فيه كالإقرار بالبعث والنشور والأصل الذي اعتمده الشرع وهو الإتيان بالشهادتين من أبداع البدائع وأعظم الأمور؛ لأنه على التحقيق مجبر بالعقائد أجمع إذ في التوحيد الاعتراف بالإله والوحدانية، وفيه التعرض لصفات الإلهية وهو يكل الأمور إلى من لا إله إلا هو، والشهادة بنبوته محمد ﷺ يقتضي تصديقه في جميع ما جاء به. قلت: على مقتضى التفصيل فينبغي أن يشترط في إسلام كل كافر ما يناسب تحقق خروجه من كفره، فاليهودي المشبه يشترط عليه مع الشهادتين البراءة من التشبيه، والفيلسوف القائل بقدم العالم يشترط عليه التصريح بأن لا قديم إلا الله وما شابه ذلك.

ثم رأيت الرافي حكاها عن الحلبي. قاله في الخادم.

يختص بشريعتنا، هل يكون ذلك إسلاماً؟ وقال ميل معظم المحققين إلى كونه إسلاماً، وعن القاضي حُسَيْن أنه قال في ضبْطه: كُلُّ ما يَكْفِرُه المُسْلِم بِجَحْدِهِ، يصير الكافر المخالف له مسلماً بِعَقْدِهِ، ثم إن كَذَبَ غير ما صُدِّقَ به، كان مرتدّاً، والظاهر من المذهب<sup>(١)</sup> ما سبق.

واستحب الشافعي - رضي الله عنه - أن يُمْتَحَن الكافر عند إسلامه؛ بالإقرار بالبعْث بعد الموت.

القيد الثاني: السلامة عن العُيوب، وليس النظر هاهنا إلى العُيوب التي يثبت بها الرُّد، وتعتبر السلامة عنها في غرة الجنين، وإنما المؤثر العيوب التي تُخْلُ بالعمل والاكتساب، وتضر به ضرراً بيئاً، وذلك لأنَّ المَقْصود هناك المالية، فيؤثر ما ينقصها<sup>(٢)</sup>، والمقصود من العتق تكميل حاله؛ ليتفرغ للعبادات، والوظائف المخصوصة بالأحرار، وإنما يحصل هذا الغرض، إذا استقل وقام بكفايته، أما إذا لم يَكُنْ كذلك، لم يتفرَّغ، وصار كلاً على نفسه أو غيره، وهذا أضلُّ الفَضل، وعليه تنبني صورة أخرى وضماً، فلا يجزىء الزَّيْمُ لِعجزه، ولا يلحق به نِضوة الخلق الذي يقدر على العمل، ولا يجزىء مقطوع اليدين أو إحداهما، ولا مقطوع الرُّجْلين أو إحداهما، ولا المجنون إن كان جنونه مطبقاً، وإن كان منقطعاً، فكذلك، إن كان زمان جنونه أكثر، ويجزىء إن كان زمان الإفاقة أكثر، وإن تساوىا فوجهان، حكاهما القاضي ابن كج وغيره، وعن الداركي المنع. والأظهر<sup>(٣)</sup> الجواز [ويجزىء الأحمق، وفسر بأنه الذي يضع الشيء في

(١) ما حكاه عن القاضي الحسين لم يحكه على وجه فإنه قال: يستثنى منه مسألة واحدة فإن اليهودي إذا قال: عيسى رسول الله لا يحكم بإسلامه؛ لأن قوماً من الكفار وهم النصراني يقولون به، والمسلم إذا جحد نبوة عيسى كفر. انتهى.

وقال النووي شرح المهذب في الكلام على إمامة الكافر: وحكى الخراسانيون وجهاً أنه إذا أقر الكافر بوجوب صلاة أو زكاة حكم بإسلامه بلا شهادة وضابطه على هذا الوجه أن كل ما يصير المسلم كافراً بجحده يصير الكافر مسلماً بإقراره به والصحيح المشهور لا يصير، وقد يشهد لما قاله القاضي ما في الصحيح عن عائشة قلت: يا رسول الله ابن جدعان في الجاهلية يصل الرحم ويطعم المسكين أتنتفعه قال: لا إنه لم يقل يوماً رب اغفر لي خطيئتي يوم الدين فقله إنه لم يقتضي أنه لو قال ذلك نفعه العمل وذلك يستلزم ثبوت الإسلام.

(٢) في أ: في ما يقصد ببعضها.

(٣) قال النووي: هذا الذي ذكره فيمن يجن ويفيق، هو المذهب. وفي «المستظهر» وجه أنه لا يجزىء وإن كانت إفاقته أكثر، وهو غلط مخالف نص الشافعي والأصحاب والدليل.

واختار صاحب «الحاوي» طريقة حسنة فقال: إن كان زمن الجنون أكثر، لم يجزئه، وإن كانت الإفاقة أكثر، فإن كان يقدر على العمل في الحال، أجزاء، وإن كان لا يقدر على العمل إلا بعد حين، لم يجزىء. قال: ويجزىء المغمى عليه، لأن زواله مرجو.



غير موضعه، مع العلم بقبحه، والمجنون لا يعلمه<sup>(١)</sup> ويجزىء الشيخ الكبير عن الكفارة إلا أن يكون عاجزاً عن العمل والكسب، وفي التجربة للقاضي الروياني أن الأصحاب جَوَّزُوا إعتاق الشيخ الكبير عن الكفارة، وأن القفال منعه، إذا كان عاجزاً عن العمل، وهو الأصح، وفي هذا إثبات خلاف في مُطَلِّقِ الشَّيْخِ، فيجوز أن يُعَلِّمَ قوله: «والهرم [و]العاجز» بالواو؛ لذلك، ولا يجزىء المريض الذي لا يُزَجِّي زوال مرضه [مثل صاحب السُّلِّ، فإنه كالزَّمِنِ، وإن كان يُزَجِّي زواله، فيجوز، وإن أعتق الذي لا يُزَجِّي زوال مَرَضِهِ،<sup>(٢)</sup> فاتفق أنه زال، فهل يتبين وقوعه الموقع؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه لم ينو كفارة صحيحة، وإنما هو كالملاعب. وأظهرهما، عند الإمام: نعم؛ لأن المنع كان بناءً على ظنٍّ قد تبين خلافه، وإن أعتق الذي يُزَجِّي زوال مرضه، فمات ولم يزل، فوجهان:

أصحهما: أنه لا تجب إعادة الكفارة؛ لقيام الرضا عند الإعتاق، واتصال الموت [به]<sup>(٣)</sup> مُحْتَمَلٌ أن يكون لهجوم علة أخرى، والعبد الذي وَجِبَ عليه القتل - عن القفال - أنه إن أعتقه قبل أن يُقَدِّمَ للقتل، أجزأه، وإن أعتقه بعد التقديم، لم يُجزئه؛ كمريض لا يُزَجِّي [برؤه]<sup>(٤)</sup>، [ويجزىء]<sup>(٥)</sup> الأقرع والأعرج إلا أن يكون العرج شديداً يمنع متابعة المشي، والأشلُّ كالأقطع، ويجزىء الأعور، وفَرَّقَ بين ما نَحْنُ فيه وبين الأضحية؛ بأن العين مقصودةٌ بالأكل، وبأن العور ينقص قوة الرغي، ويورث الهزال، ويجزىء الأضمُّ؛ لأن الضَّمَّ لا يَمْنَعُ العمل والاكْتِسَابَ، وحُكِيَ فيه قولٌ آخر، ومنهم من لم يُثَبِّتِ الخلاف، وحَمَلَ ما نقل على ما إذا كان بحيث لا يسمع مع المبالغة في رفع الصوت، وهذا يُشْعِرُ بالجزم بالمنع في هذه الحالة، ويجزىء الأخرس الذي<sup>(٦)</sup> يَفْهَمُ الإشارةَ، وعن القديم: المنع، وفيهما طريقتان:

أحدهما: [أن]<sup>(٧)</sup> المسألة على قولين: وجه المنع؛ أنه تعثر مناطته، ويجر ذلك إلى الخلل في العمل والاكْتِسَابَ.

وأشهرهما: حَمَلَ النصين على حائنين، ثم منهم من حَمَلَ الإجزاء على ما إذا فُهِمَ الإشارة، والمنع على ما إذا لم يَفْهَمَ، ومنهم من حمل المنع على ما إذا انضم إلى

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٥) سقط في ز.

(٦) أنهم أنه إذا لم يفهم لا يجزي، وهو ظاهر؛ لأنه لا يتمكن من العمل، ومنهم جزم بأن الأضم الأخرس لا يجزي ابن أبي هريرة في تعليقه وصاحب التنبية والجرجاني وغيرهم من العراقيين.

(٧) سقط في ز.

الخرس الصَّمَمُ والإجزاء على ما إذا تجرَّد، وحكى القاضي ابن كج عن أبي حفص بن الوكيل: القَطْع، بالمنع، إذا اجتمع، وقولين فيما إذا تجرَّد الخرس، فهذه طريقة ثالثة، ويجوز مقطوع الأذنين، والأخشم، [ومقطوع الأنف] [ومقطوع أصابع الرجلين، وعن أبي هريرة؛ أن الحكم في أصابع الرجلين] <sup>(١)</sup> كهو في أصابع اليدين؛ لأن قَطْعها يُؤثِّر في المَشْي والتردُّد، ولا يجزىء <sup>(٢)</sup> مقطوع أصابع اليد؛ لأن البطش والعمل لا يحصل، وإن كان مقطوع [بعضها، نُظِر؛ إن كان مقطوع] <sup>(٣)</sup> الإبهام أو السبابة أو الوسطى، لم يَجْزِ إعاقته، سواء كان القَطْع من إحدى اليدين أو منهما؛ لأن معظم العمل يتعلَّق بهذه الثلاث، وإن كان مقطوع الخنصر أو البنصر، فيجوز، وإن كان مقطوعهما جميعاً، فإن كانتا مقطوعتين من يد واحدة، لم يَجْزِ؛ لأن العمل بالثلاث يحتاج إلى الاستعانة بإحدهما، وإن كانت الخنصر مقطوعة عن يد، والبنصر مقطوعة عن أخرى، فلا بأس، وإن كان القطع في شيء من الأنامل، فقطع أنملتين <sup>(٤)</sup> من أصبع واحدة كفقده <sup>(٥)</sup> ذلك الإصبع؛ فلا يضر ذلك في الخنصر والبنصر، ويمنع الإجزاء في غيرهما، وقطع أنملة واحدة يَمْنَعُ الإجزاء في الإبهام؛ لأنهما أنملتان، فتختل منفعتها إذا فُقِدَت إحدهما، وفي غير الإبهام لا يُؤثِّر حتى لو كان مقطوع الأنامل العلوية من الأصابع الأربع، أجزاءه إعاقته، وتردَّد الإمام - رحمه الله - في هذه الصورة، ويُجزىء الأبرص والمجدوم ومفقود الأسنان وضعيف البطش والخصي، والمجبوب، والأمة الرثقاء، والقزناء، وولد الزنا، ويجزىء الصغير، ولا يجزىء الجنين، وإن انفصل لِمَا دون ستة أشهر من وقت الإعتاق؛ لأنه لا يُعْطَى حُكْمَ الأحياء، ولذلك لا تجب فطرته، وحكي وجه: أنه إن انفصل كذلك تبيَّن الإجزاء. قال الإمام - رحمه الله -: ولا شك أنا لا نَحْكُمُ ببراءة الذمة في الحال، ولا نُسَلِّطُ المظاهر على الوطء.

وعن أبي حنيفة فيما ذكر صاحب «التهذيب» وغيره: أن كل عيب يُفَوِّتُ جنساً من المنفعة، يمنع الإجزاء، وإن لم يَمْنَعِ الجنس، فلا؛ حتى لا يُجزىء إعطاق مقطوع الأذنين، ومقطوع الأنف، ومقطوع اليدين، والأصم، والأخرس، ويجزىء إعطاق مقطوع إحدى اليدين أو الرجلين، وأُغْلِمَ لذلك من لفظ الكتاب «الأقطع» و «الأصم والأخرس» بالحاء، ويُعْلَمُ «الأخرس» بالميم أيضاً، والحكاية عن مالك أنه لا يُجزىء، ويُعْلَمُ «الأصم والأخرس» «ومقطوع أصابع الرجل» بالواو، وكذا قوله: «ولا يجزىء الجنين»؛ لِمَا تَبَيَّنَ.

(١) سقط في ز.

(٢) في أ: يجوز.

(٣) سقط في ز.

(٤) في أ: كفعل تلك.

(٥) في أ: إصبعين.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: (وَأَمَّا) كَمَالَ الرَّقِّ فَأَخْرَزْنَا بِهِ عَنِ الْمُسْتَوْلِدَةِ وَالْمَكَاتِبَةِ (ح) كِتَابَةً صَحِيحَةً فَإِنَّهُمَا لَا يُجْزَيَانِ \* وَالْمَكَاتِبَةُ كِتَابَةٌ فَاسِدَةٌ تُجْزَىءُ (و) \* وَعِنْتُ الْمَرْهُونِ وَالْجَانِي يُجْزَىءُ إِنْ تَقَدَّنَا \* وَيُجْزَىءُ نِصْفَانِ مِنْ عَبْدٍ وَاحِدٍ فِي ذَفْعَتَيْنِ \* وَهَلْ يُجْزَىءُ نِصْفًا عَبْدَيْنِ؟ فِيهِ خِلَافٌ \* وَلَوْ أَعْتَقَ عَبْدَيْنِ عَنِ كَفَارَتَيْنِ وَقَالَ: عَنْ كُلِّ وَاحِدَةٍ نِصْفٍ مِنْ كُلِّ عَبْدٍ أَجْرَاهُ \* وَلَوْ أَعْتَقَ الْمُوسِرُ نِصْفًا مِنْ عَبْدٍ مُشْتَرِكٍ وَتَوَى صَرَفَ الْكُلِّ إِلَى الْكِفَارَةِ أَنْصَرَفَ إِنْ قُلْنَا: يَتَنَجَّرُ الْعِنْتُ \* وَإِنْ قُلْنَا بِالتَّوَقُّفِ إِلَى الْأَدَاءِ وَتَوَى عِنْدَ الْأَدَاءِ النُّصْفَ الْأَخِيرَ أَجْرَاهُ \* وَإِنْ تَوَى النُّصْفَيْنِ عِنْدَ اللَّفْظِ دُونَ الْأَدَاءِ لَمْ يُجْزِهِ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ \* وَالْعَبْدُ الْغَائِبُ الْمُنْقَطِعُ الْعَبْرَ لَا يُجْزَىءُ عَلَى الْقَوْلِ الْمَنْصُوبِ وَإِنْ وَجَبَ إِخْرَاجُ الْفِطْرَةِ عَنْهُ \* وَفِيهِمَا قَوْلٌ مُخَرَّجٌ \* وَالْعَبْدُ الْمَغْضُوبُ يُجْزَىءُ (و).

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْقَيْدُ الثَّلَاثُ: كَمَالَ الرَّقِّ، وَفِيهِ مَسَائِلُ:

إحداها: لا يجزىء إعتاق المستولدة عن الكفارة؛ لأنها مستحقة العتاقة بجهة الاستيلاء، وكذلك إعتاق المكاتب سواء أذى شيئاً من النجوم أو لم يؤده.

قال مالك وأبو حنيفة: يجزىء إعتاقه، إذا لم يؤد شيئاً من النجوم، وبه قال أحمد في رواية، ووافقنا في رواية، واختلف الأصحاب - رحمهم الله - في تعليل المذهب، فمنهم من علل بأن المكاتب ناقص الرق كالمستولدة، وربما قيل: إن إعتاقه ناقص؛ لأنه ليس مخض إعتاق، بل هو مشوب بالإبراء، ولو كان إعتاقاً محضاً، لحصل العتق، وبقيت الذمة مشغولة بالعوض، ومنهم من علل بأن العتق يقع عن جهة الكتابة؛ لكونه مستحقاً بها، فلا يقع عن جهة أخرى، وإن كان مكاتباً كتاباً فاسدة، فاعتقه، قال الإمام: هذا مرتب على أن السيد إذا اعتقه، هل يستتبع الأولاد والاكساب؟ فيه خلاف يُذكر في موضعه - إن شاء الله تعالى -، فإن قلنا: لا يُسْتَتَبِعُ، فإعتاقه فسخ الكتابة، فيجزىء عن الكفارة، وإن قلنا بالاستتباع، ففي إجزائه وجهان، مبنيان على أن المنع في الكتابة الصحيحة لماذا؟ إن عللنا بنقصان الرق أو العتق، أجزأ عن الكفارة؛ لأن الرق كامل هاهنا، والعتق<sup>(١)</sup> لا يتضمن الإبراء عن شيء واجب، وإن عللنا بوقوعه عن جهة الكتابة، فلا يجزىء، والظاهر الإجزاء، وهو المذكور في الكتاب، ولو قال للمكاتب: إذا عجزت عن النجوم، فانت حر عن كفارتي، فعجز، عتق، ولم يجزىء عن الكفارة؛

(١) في أ: والرق.

لأنه حين عَلَّق، لم يكن بحَيْث يجزىء عن الكفارة، وكذا لو قال لعبد الكافر: إذا أَسَلَمْتُ، فأنت حرٌّ عن كفارتي، فأسلم أو قال لجنين البطن: إن خَرَجَ سليماً، فهو حرٌّ عن كفارتي، فخرج سليماً، ويُحتمل أن يقال: إذا لم يَفْعَ عن الكفارة، لم يُعْتَقَ على ما مرَّ نظيره في الإيلاء، ولو عَلَّق العتق عن الكفارة بدخول الدار، ثم كاتب العبد، ثم دَخَلَ الدار، ففي إجزائه عن الكفار وجهان:

في وجه يجزىء؛ اعتباراً بوقت التعليق، وفي وجه: لا يُجْزىء؛ لأنه يستحقُّ العتق عن الكتاب وقت حصول العتق، قال في «التتمة»: هذا الخلاف مبنيٌّ على الخلاف فيما إذا عَلَّقَ عتق العبد بصفة توجد في الصَّحَّة، وقد توجد في المرض، فوجدت في الصَّحَّة، يعتبر العتق من الثلث أو من رأس المال؟

ولو اشترى من يعتق عليه، ونوى كَوْن العِتْق عن الكفارة، لم يجزئه وعن الأودني: أنه يُجْزىء، والمذهب الأول، وكذا لو وهب منه فقبل، [أو أوصى له به فقبل] وقلنا: تملك الوصية بالقبول، ونوى العِتْق عن الكفارة، وكذا لو وَرِثَهُ، ونوى أو ملك المكاتب من يعتق على سيِّده، ثم عجزه السيد، ونوى عتق قريبه عن الكفارة، وذلك لأنَّ العتق مستحقٌّ بجهة القرابة، وبه قال مالك وأحمد.

وقال أبو حنيفة: يجزىء في الشراء والاتهاب، ولا يجزىء في الإزث، وعن أصحابه اختلافٌ في صورة تعجيز المكاتب.

ولو اشترى عبداً بشرط العتق، فقد مرَّ في «البيع» إن أَصَحَّ القولين صحَّةُ البيع؛ فإنَّ الأظهر أنه لا يجزىء إعتاقه عن الكفارة، وذكر القاضي ابن كج تفرعاً على صحَّة البيع وجهين فيما إذا باع بشرط العتق وتعليقه عتقه بصفة وقال: الأصح أنه لا يَصْحُ، ووجهين فيما إذا اشترى جاريةً حاملاً بشرط العتق، فولدت، ثم أعتقها هو، يتبعها الولد، وأنه لو باع عبداً بشرط أن يبيعه المشتري، فشرط العتق، فالصحيح بطلان البيع، وعن أبي الحسين تخريجه على وجهين، وإعتاق العبد المرهون عن الكفارة يبنى على الخلاف في نُفُوذ إعتاقه، وقد ذكرناه في الرهن، فإن نُفِذناه أجزأ عن الكفارة، إذا نواها، وكذا إذا لم ينفذ في الحال ونُفِذناه بعد الانفكاك باللفظ السابق، ويكون كما لو عَلَّقَ عتق عبده عن الكفارة بشرط، وإعتاق الجاني عن الكفارة يبنى على الخلاف في نُفُوذ إعتاقه، وقد ذكرناه في البيع، وحكى القاضي ابن كج أن من الأصحاب - رحمهم الله - من لم يجوز إعتاق المرهون والجاني عن الكفارة، وإن قلنا بنفوذ العتق؛ لتعلق حق الغير بهما ونقصان التصرفات، وهو ضعيفٌ، فإنَّ الإعتاق إذا نُفِذناه، يتضمَّن رفع تعلق [الغير]<sup>(١)</sup> ويردُّ حقه إلى الفداء، وليس كذلك إعتاق المكاتب؛ فإنه يقع على حُكْم

(١) سقط في ز.

الكتابة والعبد الموصى بمنفعته، وقد ذكرنا في الوصية أن أصح<sup>(١)</sup> الوجهين أنه لا يجوز أن يُعتق الوارث عن كفارته، وهو الذي أوزده صاحب «التتمة» وذكر أنه لو أعتق عن كفارته العبد المستأجر، فإن قلنا: إنه يرجع على السيد بأجرة ومنافعه، فيجزئه، وإن قلنا: لا يرجع، فلا يجزئه؛ لنقصان العتق بما سلّم له من عوض منفعته<sup>(٢)</sup> بغد العتق.

ويجزىء إعتاق المُدبر عن الكفارة، وكذا إعتاق العبد المُعلّق عتقه بصفة كمضي مدة وغيره، ولو أراد بغد التعليق أن يجعل العتق المُعلّق عند حصوله عن الكفارة، لم يجزئه، وذلك مثل أن يقول: إن دخلت الدار، فانت حرّ، ثم قال بعد ذلك: إن دخلتها، فانت حرّ عن كفارتي، فيعتق عند الدخول، ولا يجزىء عن الكفارة؛ لأنه صار مستحقاً بالتعليق الأول. ولو أعتق جارية حاملاً عن الكفارة أجزاءً وعتق الحمل تبعاً، ولو استثنى الحمل، لم يصح الاستثناء، وحصل العتق، كما لو استثنى عضواً من العبد، وهل يُجزىء، والصورة هذه، إعتاقها عن الكفارة؟ قال في «التتمة»: المشهور في المذهب الإجزاء، وإذا لم يُمنع الاستثناء بعود العتق، لم يُمنع سقوط الفرض، وفيه قول آخر: أنه لا يجزئه؛ لأن الإجزاء عن الكفارة غير مبني على التغليب، فالاستثناء يبطله، كما يبطل البيع والهبة، وإنما لم يتأثر العتق به؛ لأنه مبني على التغليب.

**المسألة الثانية:** لو كان يملك نصف عبّد، فأعتقه عن الكفارة، وهو معسر ثم ملك الباقي، فأعتقه عن تلك الكفارة، أجزاءً، وإن وقّع العتق في دفعتين، كما لو أطمع في أوقات مختلفة، ولو لم يتو الكفارة عند إعتاق الباقي، لم يجزئه، ولم تبرأ ذمته عن الكفارة، وفيه وجه حكاها الفوراني؛ إلحاقاً بما إذا قرّك الوضوء، وجوّزناه، فإنه لا يجب تجديد النية، ولو ملك نصفاً من عبّد، ونصفاً من آخر فأعتق النصفين عن الكفارة، وهو معسر، فهل يجزئه؟ فيه ثلاثة أوجه:

(١) إطلاقه يقتضي أنه لا فرق بين المنفعة المؤبدة وغيرها، وينبغي فيما إذا لم تكن مؤبدة، وقد بقي من المدة زمن يسير كيوم ونحوه أن يجزىء وكلام الرافعي يشير إلى التصوير بالمؤبدة فإنه قال: وقد ذكرنا في الوصية أن الأصح أنه لا يجوز أن يعتق الوارث عن كفارته وهو إنما حكى الوجهين هناك في المؤبدة فقال: الوارث يملك إعتاق العبد الموصى بمنفعته لأن رقبته خالصة له، وأشار صاحب «الرقم» إلى خلاف فيه، وحكى الإمام وجهين في جواز إعتاقه عن الكفارة وأصحهما المنع لأنه عاجز عن الكسب بنفسه فأشبهه الزمن. انتهى. فعلم أن الوجهين في المؤبدة أن الموصى بمنفعة مدة للوارث إعتاقه عن الكفارة قطعاً وبه صرح في الوسيط.

(٢) تابع فيه المتولي ويشبه أنه إذا بقي من الإجارة بعض يوم ونحوه أن يجزىء وإن قلنا لا يرجع، وهذا كله على جواز بيعه، فإن قلنا يتمتع امتنع قطعاً، وقد علل في التتمة بأن المؤجر أخذه عوضاً عن منفعة موجودة بعد العتق، وقضيته أنه لو أعتق المشتري من الموصي أو مات المؤجر وانتقل الملك في المدة للوارث أن يجوز قطعاً لأنه لم يأخذ عوض منفعته لما بعد العتق.

أحدها: لا، وبه قال أبو حنيفة ومالك، وحكا الموقِّق بن طاهر عن ابن سُرَيْج وابن خيران، ووُجِّه بأنه مأمور بإعتاق رقبة، ولا يقال، والحالة هذه: إنَّه أعتق رقبةً، وبأنَّ وضع الوظيفة الواحدة من الطَّعام في شخصين لا يَجُوز، [فكذلك وضع العتق في شخصين، وبأنه لا يجزىء] في الأضحى شِفَصَان، فكذلك هاهنا.

**والثاني:** نَعَم؛ تنزيلاً للأشقاص منزلة الأشخاص، ولذلك إذا شارك ذِمِّيًّا في ثمانين شاةً بالسوية، يلزمه ما يلزمه لو ملك أربعين شاةً، ولو ملك نصفاً من عبْدٍ ونصفاً من آخر، يلزمه صاعٌ في الفِطْر، كما لو ملك عبداً.

**وأظهرهما، على ما ذكر الموقِّق [ابن طاهر]<sup>(١)</sup> وغيره:** أنه يجزئه، إن كان باقي العَبْدَيْن حُرًّا وإلا فلا<sup>(٢)</sup> يَجُوز، والفرق أنه إذا كان الباقي حُرًّا، أفاد الإعتاق الاستقلال والتَّخْلِيص من الرِّقِّ، وهو المقصود من الإعتاق، ويَجري الخلاف في ثلث أحدهما وتُلْتَمِى الآخر ونظائرهما، ولو كان عليه كُفَّارَتان عن ظهاريْن أو عن ظهار وقتل، فأعتق<sup>(٣)</sup> عبْدَيْن عن كل واحدة منهما نصفاً من هذا، ونصفاً من هذا، فالحكاية عن نَصِّ الشافعي - رضي الله عنه - أنه يجزئه، وذكر الإمام وصاحب الكتاب - رحمهما الله - في «البيسط»: أن منهم من أثبتَّ خلافاً، والظاهر الإجزاء، وتخليص كلِّ واحدة من الرقبتيْن حاصلٌ في هذه الصورة، وحكى اختلاف في كيفية وقوع العتقين:

**فأحد الوجهين، ويُرْوَى عن أبي إسحاق:** أنه يعتق نصفُ كلِّ واحدٍ منهما عن كُفَّارة كما أوقعه.

**والثاني، ويُرْوَى عن ابن سُرَيْج وابن خيران:** أنه يقع عبْدٌ عن هذه الكفارة، وعبْدٌ عن هذه، ويلغو تَعَرُّضُهُ للنصف من هذا، والنصف من ذلك، ويَتَمَّى بِأَنوَابِ الخِلافِ في الصورة السابقة على هذا الاختلاف، فعَلَى ما حكى عن أبي إسحاق؛ يجزىء إعتاقه<sup>(٤)</sup> النصفين، وعلى الثاني؛ لا يجزىء، ويجري الخلاف فيما لو أعتق رقبةً واحدةً عن كفارتين، فعَلَى وجهه؛ يعتد به، وعليه إتمام كلِّ واحدة من عبْدٍ عن كفارة أو يعتق عن

(١) سقط في ز.

(٢) قال الأذرعي: اعلم أن المراد بقولهم لا يجزىء إعتاق المعسر النصفين عن الكفارة إذا كان الباقي رقيقاً أنا لا نكتفي بهذين النصفين لأن كل واحد منهما لا يقع عن جهة الكفارة، بل كل منهما يقع عنها وإن لم يحصل إلا جزءهما حتى لو أيسر واشترى النصف الآخر أو ملكه بوجه آخر ثم أعتقه عنها أجزاء ذلك عن الكفارة، وقيل: لا تحتاج إلى تجديد إليه ثانياً، ولا فرق في عتق نصفي عبد في وقت أو وقتين، وهو صوابه ونص عليه في كتبه الجديدة والقديمة ولا فرق في جريان الوجوه الثلاثة في صورة الكتاب بين عتقهما دفعة أو على التعاقب. انتهى، وهو تنبيه حسن.

(٤) في أ: إعتاق.

(٣) في أ: وأعتق.

كل واحدة نصفاً من هذا، ونصفاً من هذا، قال الإمام: ولا حاجة إلى هذا التقدير والتصوير، وظاهر إعتاق العبدَيْن عن الكفارتين صرف عتق كامل إلى كل كفارة.

وإذا أعتق الموسر نصيبه من العبد المشترك، سَرَى إلى نصيب صاحبه، وتحصل السراية بنفس اللفظ أو عند أداء القيمة أو يتوقف، فإذا<sup>(١)</sup> أدى، تبين حصول العتق من وقت اللفظ، فيه ثلاثة أقوال، ولو أعتق جميع العبد المشترك، فمتى يعتق نصيب الشريك؟ فيه الأقوال، [الثلاثة]<sup>(٢)</sup> فإن قلنا يُعتق بنفس اللفظ، فكيف يقدر أنقول: يُعتق الجميع دفعةً أو نقول: يُعتق نصيبه، ثم يسري إلى نصيب الشريك؟ فيه وجهان، وكل ذلك يأتي في الشرح في موضعه - إن يسر الله تعالى - وحظ الكفارة أن إعتاق العبد المُشترك عن الكفارة جائز.

وقال أبو حنيفة: لا يجزىء إعتاق العبد المُشترك عن الكفارة لا للموسر ولا للمُعسر، لأنه إذا أعتق نصيبه، صار عتق الثاني مستحقاً، فلا يجزىء، كإعتاق أم الولد، وفرّق الأصحاب بأن سبب استحقاق العتق في الباقي إعتاق نصيبه، وقد اقترن به نيّة الكفارة، والعتق في الباقي<sup>(٣)</sup> يتبع [العتق]<sup>(٤)</sup> في نصيبه كما يتبعه في أصل العتق، وجاز [له]<sup>(٥)</sup> أن يتبعه في الوقوع عن الكفارة، وهناك لم تقترن النيّة بسبب العتق، وليس نفوذ العتق في المستولدة على سبيل التبعية، ولا فرق في الإجزاء بين أن يُوجّه العتق على جميع العبد، وبين أن يوجهه على نصيبه؛ لحصول العتق بالسراية في الحالتين، وعن الفقهاء تخريج<sup>(٦)</sup> وجه أنه لا يجزىء عن جميع الكفارة، إذا وجّه العتق على نصيبه؛ لأنه مأمور بإعتاق رقبته، ويحسن أن يقال، والصورة هذه، بأنه أعتق جميع العبد، وإنما أعتق نصيبه، وعتق الباقي عليه بحكم الشرع، وشبه ذلك بوجه مذكور فيما إذا نوى استباحة صلاة بعينها: أنه يباح له تلك الصلاة دون غيرها، والظاهر الأول، ثم يُنظر، إن أعتق نصيبه، ونوى عتق الجميع عن الكفارة، أجزاء عنها، إن قلنا بالسراية عند اللفظ أو قلنا بالتوقف، وإن قلنا بأن العتق إنما يحصل عند أداء القيمة، فهل تكفي هذه النيّة لنصيب

(١) في أ: وإذا.

(٢) سقط في ز.

(٣) ثبت في أ: قوله.

(٤) العتق في الباقي يتبع العتق في نصيبه، كما يتبعه في أصل العتق، جاز له أن يتبعه في الوقوع عن الكفارة، وهناك لم تقترن النيّة بسبب العتق/ في الباقي إعتاق نصيبه، وقد اقترن به نيّة الكفارة، والعتق في الباقي يتبع العتق في نصيبه، كما يتبعه من أصل العتق، جاز له أن يتبعه في الوقوع عن الكفارة، وهناك تقترن النيّة بسبب العتق.

(٥) سقط في ز.

(٦) سقط في ز.

(٧) في أ: تخرج.

الشريك فيه أم يحتاج إلى تجديد النيّة عند الأداء؟ وجهان:

**أصحهما:** أنها تكفي؛ لأن النيّة اقترنت بالعتق، إلا أن العتق حصل على ترثب وتدريج.

**والثاني:** أنه لا بُد من التجديد؛ لتقترن النية بعتق نصيب الشريك كما اقترنت بعتق نصيبه، ولو نوى في الحال صَرْفَ العتق في نصيبه إلى الكفارة، ونوى عند أداء القيمة صَرْفَ العتق في نصيب الشريك إليها، أجزأه اقتران النية بحالة حصول العتق، وعن أبي حامد وجه أنه لا بُد، وأن ينوي الكلّ في الابتداء؛ لأن سبب حصول العتق في الكل لفظه، وهو السبب الأول، فينبغي أن تُقارَنه كما لو علّق العتق بدخول الدار، يشترط في الإجزاء نية الكفارة عند التعليق، لا يكفي مقارنتها للدخول، والأظهر والمذكور في الكتاب الأول، وذكر الأئمة جواباً عن الأظهر في هذه الصورة والتي قبلها بناءً على أن العتق في نصيب الشريك يحصل عند أداء القيمة؛ أنه يتخير في نصيب الشريك بين أن يُقدّم النية [عند اللفظ] أو يؤخرها إلى الأداء، وهذا كله فيما إذا نوى عتق الجميع عن الكفارة، وإن وجّه العتق على نصيبه، أما إذا وجّهه على نصيبه، ونوى صَرْفَ العتق فيه إلى الكفارة، [ولم ينو الباقي] لم ينصرف الباقي إليها، وإن حكمنا بعتقه في الحال، ويجري في وقوع نصيبه عن الكفارة الخلاف الذي سبق في أن إعتاق بعض الرقبة، هل يُجزىء؟ وفي «الشامل» وغيره ذكُر وجه أن الباقي ينصرف إلى الكفارة، ويتبع نصيبه في الوقوع عن الكفارة، كما تبعه في أضل العتق، ولو أعتق الجميع بنية الكفارة، قلنا بحصول العتق بنفس اللفظ أو بالتوقف، أجزأه، وإن قلنا بحصوله عند أداء القيمة، ففي «التهذيب» القطع بالإجزاء، وأنه لا يحتاج إلى تجديد النية عند الأداء، ويُشبه أن يعود فيه الوجهان المذكوران فيما إذا وجّه العتق على نصيبه، ولا يخفى مواضع الحاجة إلى الإغلام.

**المسألة الثالثة:** العبد الغائب، إن عَلِمَ حياته، وتواصل خيره، أجزأه عن الكفارة، وإن انقطع خبره، فالنص أنه لا يجزىء عن الكفارة، والنص أنه تجب فطرته وكلام الأضحاب في النصين وتصرفهم قد ذكرناه في باب الفطرة، والأظهر عدم الإجزاء، كما نص عليه، ولو أعتقه عن الكفارة، ثم تواصلت أخبار حياته، تبيننا وقوع العتق موقعه فيما سبق.

ويجوز إعلام قوله «وفيها قول مخرج» بالواو.

والعبد المغضوب يجزىء عن الكفارة إذا علم حياته لكمال رقه، وفيه وجه لنقصان التصرف؛ ولأن الغضب يمنعه من الاستقلال، وهذا ما أورده الشيخ أبو حامد وابن الصباغ، والظاهر الأول، وهو المذكور في الكتاب، والابق كالمغضوب<sup>(١)</sup>، والله أعلم.

(١) قال النووي: الصواب ما قطع به الماوردي والفوراني وغيرهما، أن الأبق يجزىء قطعاً لاستقلاله



قَالَ الْعَزَالِيُّ: (وَأَمَّا) قَوْلُنَا: خَالَ عَنِ شَوَائِبِ الْعِوَضِ أَرَدْنَا بِهِ أَنَّهُ لَوْ أَعْتَقَهُ عَنِ كَفَّارَتِهِ عَلَى أَنْ يَرُدَّ دِينَارًا وَعَتَقَ عَنِ الْكَفَّارَةِ \* وَلَوْ قَالَ لِغَيْرِهِ: أَعْتَقَ عَبْدَكَ عَنِ كَفَّارَتِكَ وَلَكَ عَلَيَّ أَلْفٌ فَأَعْتَقَ لَمْ يَنْصَرِفْ إِلَى الْكَفَّارَةِ وَعَتَقَ \* وَهَلْ يَسْتَحِقُّ عَلَيْهِ الْأَلْفُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْقَيْدُ الرَّابِعُ: كَوْنُ الْإِعْتِاقِ خَالِيًا عَنِ شُوبِ الْعِوَضِ، فَلَوْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ عَنِ كَفَّارَةِ عَلَى أَنْ يَرُدَّ دِينَارًا [عَلَيْهِ] <sup>(١)</sup> دِينَارًا أَوْ عَشْرَةَ، لَمْ يَجْزِئَهُ عَنِ الْكَفَّارَةِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُجَرِّدِ النِّيَّةَ لَهَا، بَلْ قَصَّدَ الْعِوَضَ مَعَ الْكَفَّارَةِ، وَفِي كِتَابِ الْقَاضِي ابْنِ كَعْبٍ: أَنَّ أَبَا الْحُسَيْنِ حَكَى وَجْهًا أَنَّهُ يُجْزِئُهُ، لِأَنَّ الْعَتَقَ حَاصِلٌ، وَالْعِوَضُ سَاقِطٌ، فَأَشْبَهَ [مَا] <sup>(٢)</sup> إِذَا قِيلَ لَهُ: صَلَّى الظَّهْرَ لِنَفْسِكَ، وَلَكَ كَذَا، فَصَلَّى، تُجْزِئُهُ صَلَاتُهُ <sup>(٣)</sup>، وَإِنْ شَرَطَ عِوَضًا عَنِ غَيْرِ الْعَبْدِ، فَإِنْ قَالَ الْإِنْسَانُ: أَعْتَقْتُ هَذَا الْعَبْدَ عَنِ كَفَّارَتِي بِأَلْفٍ [عَلَيْكَ] <sup>(٤)</sup>، فَقَبِلَ، أَوْ قَالَ لَهُ إِنْسَانٌ: أَعْتَقَهُ عَنِ كَفَّارَتِكَ، وَعَلَيَّ كَذَا، فَفَعَلَ [لَمْ يَجْزِئَهُ عَنِ الْكَفَّارَةِ] وَلَا فَرَّقَ بَيْنَ أَنْ يُقَدَّمَ فِي الْجَوَابِ ذِكْرُ الْكَفَّارَةِ؛ بِأَنْ يَقُولَ: أَعْتَقْتَهُ عَنِ كَفَّارَتِي عَلَى أَلْفٍ عَلَيْكَ، وَيَبِينُ أَنْ يُقَدَّمَ ذِكْرُ الْعِوَضِ؛ بِأَنْ يَقُولَ أَعْتَقْتَهُ عَلَيَّ أَنْ لِي عَلَيْكَ أَلْفًا عَنِ كَفَّارَتِي.

وَعَنْ أَبِي إِسْحَاقَ وَجْهٌ: إِذَا قَدَّمَ ذِكْرَ الْكَفَّارَةِ أَجْزَأَهُ، وَسَقَطَ الْعِوَضُ، وَقَرَّبَ هَذَا الْوَجْهَ مِمَّا قِيلَ إِنَّهُ لَوْ سَمِعَ الْمُتَمِّمُ قَائِلًا يَقُولُ: عِنْدِي مَاءٌ أَوْدَعْنِي فَلَانٌ، بَطَلَ تَيْمُمُهُ، وَلَوْ قَالَ: أَوْدَعْنِي فَلَانٌ مَاءً، لَا يَبْطُلُ، وَالظَّاهِرُ الْأَوَّلُ، وَلَا فَرَّقَ بَيْنَ أَنْ يَقُولَ فِي الْجَوَابِ أَعْتَقْتَهُ عَنِ كَفَّارَتِي [عَلَيَّ أَنْ لِي عَلَيْكَ كَذَا، وَبَيْنَ أَنْ يَقُولَ: أَعْتَقْتَهُ عَنِ كَفَّارَتِي] <sup>(٥)</sup> فَإِنَّهُ مَبْنِيٌّ عَلَى الْخَطَابِ وَالِاتِّمَاسِ، وَهَلْ يَسْتَحِقُّ الْعِوَضَ عَلَى الْمَلْتَمَسِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، يَأْتِي ذِكْرُهُمَا، وَلَا يَخْتَصُّانِ بِمَا إِذَا قَالَ: أَعْتَقْتَهُ عَنِ كَفَّارَتِكَ، بَلْ يَجْرِيانِ

= وَأَمَّا الْمَغْضُوبُ، فَأَكْثَرُ الْعِرَاقِيِّينَ، عَلَى أَنَّهُ لَا يَجْزِئُهُ قِطْعًا، لِعَدَمِ اسْتِقْلَالِهِ كَالزَّمَنِ، وَجُمْهُورُ الْخُرَاسَانِيِّينَ عَلَى الْإِجْزَاءِ لِتَمَامِ الْمَلِكِ وَالْمَنْفَعَةِ، وَفِيهِ وَجْهٌ ثَالِثٌ قَالَهُ صَاحِبُ «الْحَاوِي»: إِنْ قَدَرَ الْعَبْدُ عَلَى الْخِلَاصِ مِنْ غَاصِبِهِ يَهْرَبُ إِلَى سَيِّدِهِ، أَجْزَأَهُ عَنِ الْكَفَّارَةِ لِقُدْرَتِهِ عَلَى مَنَافِعِ نَفْسِهِ، وَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى الْخِلَاصِ فَالْإِجْزَاءُ مَوْقُوفٌ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عِتْقُهُ مَوْقُوفًا كَالْغَائِبِ إِذَا عَلِمْتَ حَيَاتَهُ بَعْدَ مَوْتِهِ، وَهَذَا الَّذِي قَالَهُ قَوِيٌّ جَدًّا، وَحَيْثُ صَحَّحْنَا عَتَقَ الْغَائِبِ، وَالْأَبْقَى، وَالْمَغْضُوبُ، أَجْزَأُهُ عَنِ الْكَفَّارَةِ، سِوَاءِ عِلْمِ الْعَبْدِ بِالْعَتَقِ أَمْ لَا، لِأَنَّ عِلْمَهُ لَيْسَ بِشَرَطٍ فِي نَفْوَذِ الْعَتَقِ فَكَذَا فِي الْإِجْزَاءِ، ذَكَرَهُ صَاحِبُ الْحَاوِي.

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) قضيته أنه لا يلزم العبد شيئاً، وقال ابن يونس في شرح التعجيز عن حده: فينبغي أن يجب عليه القيمة لأنه أعتق على عوض فاسد، ووافقه صاحب المطلب.

(٤) سقط في ز.

(٥) سقط في ز.

فيما إذا التمس منه أن يعتق عبده عن نفسه بعوض مطلقاً، فإن قلنا: لا يستحق العوض عليه، وقَع العِتْقُ عن المعتق، وله الولاء، وإن قلنا: يستحقه، فالعتق يقع عنه أو يقع لبأذِلِّ العِوَضِ؟ فيه وجهان عن رواية صاحب «التقريب» والشيخ أبي محمَّد: أنه يقع عن بأذِلِّ العِوَضِ، وإلا، فلا مَعْنَى لوجوب العوض عليه، [و]هذا ما أوردته، أصحابنا العراقيون، وأصحهما أنه يَقَعُ عن المعتق؛ لأنه لم يُعْتَقْه عن بأذِلِّ العِوَضِ، ولا هو استدعاؤه لِنَفْسِهِ، وهذا ما أورده صاحب «التهذيب» و«التتمة»، ولو قال المعتق: أَرُدُّ العِوَضَ لِيَكُونَ العِتْقُ مجزئاً عن كفارتي، لم ينقلب مجزئاً.

نعم، لو قال في الابتداء عقيب الالتماس: أعتقته عن كفارتي، لا على الألف، كان ردّاً لكلامه، وأجزأه عن الكفارة، وإذا قلنا: إنه لا يستحقُّ العوض على الملتمس، فيشبهه أن يجيء في الإجزاء عن الكفارة الوجه المنسوب إلى رواية أبي الحسين فيما إذا شَرَطَ العوض على العبد، ويمكن أن يُخْرَجَ من وجوب العوض على غير العبد وجهه في وجوبه على العبد، ولم يذكره.

قَالَ الرَّزَالِيُّ: وَلَا لِيَتِمَّ العِتْقُ صَوْرَ \* فَلَوْ قَالَ: أَعْتَقْتُ مُسْتَوْلِدَتَكَ عَلَى أَلْفٍ فَأَعْتَقْتُ أَسْتَحَقُّ الألفَ وَهُوَ فِدَاءٌ \* وَهَلْ يَسْتَحِقُّ فِي العَبْدِ القِنُّ؟ فِيهِ وَجْهَانِ \* وَلَوْ قَالَ: أَعْتَقْتُ مُسْتَوْلِدَتَكَ عَنِّي عَلَى أَلْفٍ فَأَعْتَقْتُ عَنْهُ نَفَذَ عَنْهُ المَالِكُ وَلَمْ يَسْتَحِقُّ العِوَضَ (و) \* وَلَوْ قَالَ: أَعْتَقْتُ عَبْدَكَ عَنِّي مَجَاناً فَأَعْتَقْتُ نَفَذَ (ح) وَلَا عِوَضَ \* وَلَوْ شَرَطَ عِوَضاً أَسْتَحَقُّ \* وَلَوْ أَطْلَقَ فَهَلْ يَفْتَضِي العِوَضَ؟ فِيهِ وَجْهَانِ \* وَلَوْ قَالَ: إِذَا جَاءَ الغَدُّ فَأَعْتَقْتُ عَبْدَكَ عَنِّي بِأَلْفٍ فَأَعْتَقْتُ فِي الغَدِ نَفَذَ وَأَسْتَحَقُّ \* وَإِنْ قَالَ: عِبْدِي عَنْكَ حُرٌّ بِأَلْفٍ إِذَا جَاءَ الغَدُ فَقَالَ: قَبِلْتُ فَهَذَا كَتَغْلِيْقِ الخُلْعِ وَقَدْ سَبَقَ \* وَلَوْ قَالَ: أَعْتَقْتُ عَنِّي عَلَى خَمْرٍ أَوْ مَقْصُوبٍ نَفَذَ وَرَجَعَ إِلَى قِيَمَةِ المِثْلِ وَلَمْ يَضُرَّ فَسَادُ العِوَضِ كَمَا فِي الخُلْعِ لِأَنَّ العِتْقَ وَإِنْ تَرْتَّبَ عَلَى مَلِكِ المُسْتَدْعِي فَهُوَ مَلِكٌ ضِمْنِيٍّ لَا يَسْتَدْعِي الشَّرَائِطَ \* وَكَذَلِكَ لَا يَسْتَدْعِي القَبْضُ فِي الإِغْتَاقِ عَنْهُ مَجَاناً.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: جرت العادة بذكر صور التماس العتق من المالك هاهنا، واغْلَمَ أولاً أن العِتْقَ على مالٍ كالطلاق على مالٍ، فهو من جانب المالك معاوضةً، فيها مشابهة التعليق، ومن جانب المستدعي معاوضة نازعة إلى الجعالة على ما تبين<sup>(١)</sup> في كتاب الخلع، ثم في الفصل صوراً.

(١) في أ: بين.

إحداها: إذا قال: أعتق مستولدتك على ألف، فأعتق، [نفذ العتق،] (١) وثبت العوض، وكان ذلك افتداءً من المستدعي نازلاً منزلةً اختلاص الأجنبي (٢)، ولو قال: أعتقها عني على كذا أو وعليّ كذا، فقال: أعتقها عنك، نفذ العتق، ولغني قوله «عني»، وقول المعتق «عنك» فإن المستولدة لا تنتقل من شخص [إلى شخص] (٣) وقد احتج بهذه المسألة على أنه إذا وصّف العتق أو الطلاق بمحال، ينفذ العتق والطلاق، ويلغو الوصف، كما ألغى «عنك» من قوله «أعتقت عنك»، ثم الظاهر، وهو المذكور في الكتاب أنه لا يستحقّ عوضاً؛ لأنه التزم العوض على أن يكون العتق عنه، وهو ممتنع، وفيه وجه أنه يلغى قوله «عني» ويجعل باقي الكلام افتداءً، فيثبت العوض، ولو قال: طلق زوجك عني على ألف، فقد قال الإمام: الوجه إثبات العوض، وألغى قوله «عني» أو حملة على الصرف إلى استدعائه، كأنه قال: طلقها لاستدعائي، وقد يتخيل في المستولدة الانتقال إليه إلى أن يعرف امتناعه.

الثانية: إذا قال: أعتق عبدك عن نفسك، ولك عليّ كذا، أو وعلى كذا، فأجاب، فهل يستحقّ العوض؟ فيه وجهان:

أصحهما: نعم، كما لو قال: أعتق مستولدتك أو طلق زوجتك على كذا.

والثاني، وبه قال أبو حنيفة، واختاره الخضري - رحمهما الله -: أنه لا يستحقّ، بخلاف استدعاء عتق المستولدة والطلاق، لأن ذلك إنما جُوز على سبيل الافتداء ضرورةً أنه لا يمكن انتقال الملك فيهما، وهاهنا يمكن تملكه (٤) بالشراء وغيره، وتخليصه، ولو قال: أعتق عني، ففعل، نُظِر؛ إن قال: مجاناً، فلا شيء على المستدعي، وإن ذكر عوضاً، لزمه العوض، وإن أطلق، فهل يستحق عليه قيمة العبد؟ فيه وجهان، عن رواية صاحب «التقريب» وغيره؛ بناء على الخلاف فيما إذا قال لغيره: اقض ديني، ولم يشترط الرجوع، وخصص الإمام وأبو الفرج السرخسي هذا البناء بما إذا قال: أعتق عن كفّارتي؛ فإن العتق حقٌّ ثابتٌ عليه كالدين، فأما إذا قال: أعتقه عني، ولا عتق عليه أو لم يقصد وقوعه عنه، فقد أطلق أبو الفرج أنه لا شيء عليه،

(١) سقط في ز.

(٢) كذا قطع به. قال ابن يونس: ويحتمل وجه أنه لا يستحق؛ لأن العتق لم يقع عن الملتمس فيصير كما لو قال: اعتق عبدك عن نفسك وعلى ألف.

قال في المطلب: وكأنه غفل عن المعنى وهو تعدد الخلاص في المستولدة إلا بالعتق بخلاف الفن، ومع هذا فاحتماله قد صرح به في البسيط في كتاب العتق وجهاً غريباً في المذهب لأنه يستحيل الملك في المستولدة للمستدعي فإنها لا تعتق عنه إلا بواسطة نقل الملك وهو غير معقول.

(٤) في أ: ملكه.

(٣) سقط في ز.

ورأى الإمام - قدس الله روحه - تخريجه على أن الهبة هل تقتضي العوض؟

ثم العتق سواء نفى العوض أو أثبته<sup>(١)</sup>، يقع عن المستدعي، وعند أبي حنيفة والمزني إذ قال: أعتقه عني مجاناً، ففعل، لا يقع العتق عن المستدعي؛ لأنه إذا نفى المال، كان الحاصل هبةً ونيابةً [عن]<sup>(٢)</sup> المستدعي في الإعتاق عنه، وإعتاق الموهوب قبل القبض لا يجوز، وإذا سُمي المال، كان الحاصل بيعاً ونيابةً في الإعتاق، وإعتاق المبيع قبل القبض جائز.

وعن أحمد وروايتان، كالمذهبين.

واحتج الأصحاب بأنه أعتق عنه بأمره، فيقع عنه، كما لو سُمي العوض، وقالوا: المعتق بعوض، جعل كالمبيع المقبوض حتى استقر عوضه، فكذلك يجعل عند عدم العوض، كالموهوب المقبوض، ويجعل القبض مندرجاً تحت العتق لقوته، وذكروا بناءً على هذا أن إعتاق الموهوب قبل القبض بإذن الواهب جائز، وإذا قال: أعتقه عن كفارتي أو عني، ونوى الكفارة، فأجابه أجزاءً عن كفارته، ولو قال: أعتق عبدك، ولك عليّ كذا، ولم يقل «عن نفسك» ولا «عني» فوجهان:

أحدهما: أنه كما لو قال: أعتقه عني لقرينة الاستدعاء والتزام العوض.

وأشبههما، وهو المذكور في «التهذيب»: أنه كما لو قال: أعتقه عن نفسك، ولو قال: أعتق عبدك عني وعليّ كذا بشرط أن يكون الولاء لك، قال في «التممة» في باب الخلع: المذهب المشهور أن هذا الشرط يفسد، ويقع العتق عن المستدعي، وعليه القيمة، وفيه وجه: أن العتق يقع عن المالك، ويكون الولاء له، وعن القفال أنه لو قال: أعتق عبدك عني على ألف، والعبد مستأجر أو مغبوب، [فأعتق]، جاز، ولا يضر كونه مغبوباً، وإن كان المعتق عنه ممن لا يقدر على الانتزاع، ولا يخرج في المستأجر على الخلاف في بيع المستأجر؛ لأن البيع يحصل في ضمن الإعتاق، ولا يعتبر في الضمانيات ما يعتبر في المقاصد، وأنه لو قال: أعتق عبدك عن ابني الصغير، ففعل، جاز، وكان اكتساب ولاء له من غير ضرر [يلحقه]،<sup>(٣)</sup> وليس كما لو كان له رقيق، فأراد الأب أن يعتقه، وأنه لو وهب عبداً له من إنسان، فقبله الموهوب منه، ثم قال للواهب<sup>(٤)</sup>: أعتقه عن ابني، وهو صغير، فأعتقه، جاز، وكأنه أمره بتسليمه إلى ابنه، وناب عنه في الإعتاق للابن، واعلم أن العتق في صورة الاستدعاء إنما يقع عن المستدعي، والعوض إنما يجب عليه، إذا اتصل الجواب بالخطاب، فأما إذا طال

(١) في أ: أثبت.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) في أ: الموهوب له.

الفضل، فالتعتق يقع عن المالك، ولا شيء على المستدعي.

الثالثة: لو قال: إذا جاء الغد، فأعتق عبدك عني بألف، فصبر حتى جاء الغد، فأعتقه عنه، فعن حكاية صاحب «التقريب» عن الأصحاب: أنه ينفذ العتق عنه، ويثبت المسمي عليه، وأنه لو قال المالك لغيره: عبدي عنك حرُّ بألف، إذا جاء الغد، فقال المخاطب: قبِلْتُ، فهو كتعليق الخُلْع، وصورته أن يقول: طَلَّقْتَكَ عَلَى أَلْفٍ إِذَا جَاءَ الْغَدُ، فقالت للمخاطب: قبِلْتُ، وقد سَبَقَ ذَكَرَ وَجْهَيْنِ فِي وَقُوعِ الطَّلَاقِ عِنْدَ مَجِيءِ الْغَدِ، أَظْهَرَهُمَا الْوُقُوعُ، وَوَجْهَيْنِ إِذَا وَقَعَ فِي أَنْ الْوَاجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ أَوْ الْمَسْمَى، أَقْرَبُهُمَا: الثَّانِي؛ لِذَلِكَ يَجِيءُ الْخِلَافُ هَاهُنَا فِي وَقُوعِ الْعِتْقِ عَنِ الْمَخَاطَبِ، وَإِذَا وَقَعَ، فَالْخِلَافُ فِي صِحَّةِ الْمَسْمَى وَفَسَادِهِ، وَذَكَرُوا فِي الْفَرْقِ بَيْنَ الصُّورَتَيْنِ أَنَّ فِي الصُّورَةِ الْأُولَى، وَهِيَ قَوْلُهُ: إِذَا جَاءَ الْغَدُ، فَأَعْتَقَ عَبْدَكَ عَنِّي بِكَذَا، فَأَعْتَقَ فِي الْغَدِ، لَمْ يُوجَدْ تَعْلِيْقُ فِي الْعِتْقِ.

وفي الصورة الثانية: العتق باطلٌ [معلق] <sup>(١)</sup> بمجيء الغد، فألحق بتعليق الخُلْع، لكن قوله: أعتق عبدك عني بكذا، إذا جاء الغد، كقول المرأة: طَلَّقْنِي غَدًا، وَلَكِ عَلَيَّ كَذَا، أَوْ عَلَيَّ كَذَا، وَقَدْ ذَكَرْنَا هُنَا خِلَافًا فِي أَنَّهُ إِذَا طَلَّقَ فِي الْغَدِ أَوْ قَبْلَهُ تَسْتَحِقُّ الْمَسْمَى أَوْ مَهْرَ الْمِثْلِ فَلِيَجِيءُ الْخِلَافُ هَاهُنَا أَيْضًا فِي ثُبُوتِ الْمَسْمَى، إِذَا أَعْتَقَ فِي الْغَدِ، وَلِذَلِكَ تَرَدَّدَ صَاحِبُ «التقريب» فِيمَا حَكَاهُ عَنِ الْأَصْحَابِ، وَاسْتَصُوبَ الْإِمَامُ وَغَيْرُهُ التَّرَدُّدُ، وَيَجُوزُ أَنْ يُعْلَمَ لِذَلِكَ قَوْلُهُ «نَفَذَ وَاسْتَحَقَّ» الْمَسْمَى بِالْوَاوِ، وَلَوْ قَالَ: أَعْتَقَ عَبْدَكَ عَنِّي عَلَى خَمْرٍ أَوْ مَغْضُوبٍ، نَفَذَ الْعِتْقَ عَنِ الْمَسْتَدْعِيِّ، وَلِزِمَتْهُ <sup>(٢)</sup> قِيَمَةُ الْعَبْدِ كَمَا فِي الْخُلْعِ <sup>(٣)</sup>، وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ «لَأَنَّ الْعِتْقَ وَإِنْ رَتَبَ عَلَى مَلِكٍ الْمَسْتَدْعِي» إِلَى آخِرِهِ، فَهُوَ <sup>(٤)</sup> إِشَارَةٌ إِلَى إِشْكَالٍ يَغْرُضُ فِي إِحْقَاقِ الْعِتْقِ عَنِ الْغَيْرِ بِالْخُلْعِ، وَإِلَى الْجَوَابِ عَنْهُ، أَمَا الْإِشْكَالُ، فَهُوَ أَنْ يُقَالَ: لَيْسَ فِي الْخُلْعِ اخْتِلَافٌ مِثْلُكَ، وَإِنَّمَا هُوَ إِسْقَاطُ حَقِّ يَسْتَقِلُّ بِهِ الزَّوْجُ، وَالْعِتْقُ [عَنْ] <sup>(٥)</sup> الْمَسْتَدْعَى يَتَضَمَّنُ نَقْلَ الْمَلِكِ، فَوَجِبَ الْأَ

(١) سقط في ز.

(٢) في أ: ولزمه.

(٣) تابع الإمام على لزوم القيمة ولم يخرجوه على خلاف الخلع بمغضوب فيحتمل أن يكون هذا بناء على ما هو الأصح هناك وإليه يشير كلام الإمام والغزالي ويحتمل أن يكون هذا مجزوماً به هنا وهو الظاهر في بابي الصداق والخلع أن العوض في يد باذله مضمون ضمان عقد حتى يجب قيمة البضع وهو مهر المثل أو ضمان يد حتى يجب بدل العوض، وأما هنا فلا يتجه إلا الجزم بضممان العقد فيتعين قيمة العبد، وذلك لأن العوض متى جعل في مقابلة عين كان ركناً في العقد، ولا يحصل ملك العين ومقصود العقد إلا به، ولا كذلك بدل البضع صدقاً؛ لأن ملك المقصود لا يتوقف على العوض كما هو مقرر في بابهما.

(٥) سقط في ز.

(٤) في أ: وهو.

يحتمل جهات الفساد من التعليق، وفساد العوض وغيرهما، كما في سائر التمليكات، فإذ لا يتجه إلحاق الإعتاق عن الغير بالخلع، وإنما المتجه أن يلحق به إعتاقه عن نفسه، وأما الجواب، فهو أن الملك الحاصل للمستدعي يحصل في ضمن الإعتاق عنه، فكان قوة الإعتاق توجب تضمينه وتقديره، والملك الضمني لا تعتبر فيه الشرائط التي تعتبر في التصرفات الأصلية؛ ولذلك لا يعتبر القبض في الإعتاق عن الغير باستدعائه مجاناً، وإن كان ذلك يتضمن الهبة، والهبة تفتقر إلى القبض.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَيَحْضُلُ الْمَلِكُ عَقِيبَ لَفْظِ الْإِعْتَاقِ وَالْعِتْقِ مُرْتَباً عَلَيْهِ عَلَى أَظْهَرِ الْوُجُوهِ وَقِيلَ: يَحْضُلُ الْمَلِكُ قَبْلَ الْفَرَاغِ مِنْ لَفْظِ الْإِعْتَاقِ وَهُوَ بَعِيدٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذْ لَا خِلَافَ فِي أَنَّ الْعَبْدَ الْمُعْتَقَ عَنِ الْغَيْرِ بَاسْتِدْعَائِهِ يَدْخُلُ فِي مِلْكِ الْمُعْتَقِ عَنْهُ، فَلَا عِتْقَ فِيمَا لَا يَمْلِكُهُ ابْنُ آدَمَ، وَمَتَى يَدْخُلُ فِي مَلِكِهِ، وَكَيْفَ التَّقْدِيرُ؟ قَالَ الْأَصْحَابُ: هَذَا فِيهِ إِشْكَالٌ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ الْقَوْلَ بِتَأْخِيرِ الْمَلِكِ عَنِ الْعِتْقِ، وَلَا بِتَقْدِيمِ الْمَلِكِ عَلَى التَّلَفُّظِ بِالْإِعْتَاقِ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ تَقْدِيمِ مَا يُوْجِبُهُ اللَّفْظُ عَلَى اللَّفْظِ، وَلَا يَحْضُلُ الْمَلِكُ وَالْعِتْقُ مَعاً، فَإِنَّهُ جَمَعَ بَيْنَ النَّقِضَيْنِ، وَذَكَرُوا فِيهِ وَجُوهاً: أَحَدُهَا: أَنَّهُ يَحْضُلُ الْمَلِكُ لِلْمُسْتَدْعِي بِالْإِعْتَاقِ، وَيَعْتَقُ عَلَيْهِ إِذَا تَلَفَّظَ الْمَالِكُ بِالْإِعْتَاقِ.

والثاني: أنه يحصل الملك؛ بشروعه في لفظ الإعتاق، ويعتق إذا تم اللفظ.

والثالث: يحصل الملك والعتق معاً عند تمام الإعتاق ويحكى هذا عن أبي إسحاق.

وأظهرها: أن العتق يترتب على الملك في لحظة لطيفة، وأن حصول الملك لا يتقدم على آخر لفظ الإعتاق، ثم قال الشيخ أبو حامد: وأكثر الذين اختاروا هذا الوجه أن الملك يحصل عقب الفراغ من لفظ الإعتاق على الاتصال، وعن الشيخ أبي محمد، وربما نُسب إلى الفقهاء أن الملك يحصل مع آخر جزء من أجزاء اللفظ، وليس في هذا الوجه الأخير سوى أنه يتأخر العتق عن الإعتاق بقدر ما يتوسطهما الملك.

قال الإمام: وسبب تأخيره أنه إعتاق عن الغير، ومعنى الإعتاق عن الغير نقل الملك إليه، وإيقاع العتق بعده، وقد يتأخر العتق عن الإعتاق بأسباب؛ ألا ترى [أنه] (١) لو قال: أعتقت عبدي عنك بكذا، لا يعتق إلا أن يوجد القبول، ثم رد الإمام اختلاف عبارة الشيخين إلى خلاف الأصحاب في أن حكم الطلاق والعتاق وسائر الألفاظ، يثبت مع آخر جزء من اللفظ أم بعد تمام أجزائه على الاتصال؟ فعبارة الشيخ أبي محمد تنطبق

(١) سقط في ز.

على الوجه الأول وعبارة الشيخ أبي حامد تُوَافِقُ الثاني<sup>(١)</sup>، وقوله في الكتاب «وقيل يَحْضُلُ الْمَلِكُ قَبْلَ الْفِرَاقِ مِنْ لَفْظِ الْإِعْتِاقِ» هذا القدر يشمل الوجه الأول والثاني، فيجوز أن يريد أحدهما، ويجوز أن يريد المُشْتَرَكَ بينهما، واستبعد ذلك؛ لِمَا فِيهِ مِنْ تَقْدِيمِ الْمَسْبَبِ عَلَى السَّبَبِ.

فَرَعٌ: ولو قال: أَعْتَقْتُ عَبْدَكَ عَنِّي عَلَى كَذَا، فَأَجَابَهُ ثُمَّ ظَهَرَ بِالْعَبْدِ عَيْبٌ، فَلَا مَرَدَ لِلْعَتَقِ، بَلْ يَرْجِعُ الْمُسْتَدْعَى عَلَيْهِ بِأَرْشِ الْعَيْبِ، ثُمَّ إِنْ كَانَ الْعَيْبُ بِحَيْثُ يَمْنَعُ الْإِجْرَاءَ عَنِ الْكُفَّارَةِ، لَمْ تَسْقُطْ عَنْهُ الْكُفَّارَةُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: (الْحَصَلَةُ الثَّانِيَّةُ: الصِّيَامُ) وَيَجُوزُ الْعُدُولُ إِلَيْهِ لِمَنْ يَتَمَسَّرُ عَلَيْهِ الْعِتْقُ \* فَإِنْ مَلَكَ عَبْدًا وَهُوَ مُحْتَاجٌ إِلَى خِدْمَتِهِ لِمَرَضِهِ أَوْ لِمَنْصَبِهِ (ح) الَّذِي يَأْبَى مُبَاشَرَةَ الْأَعْمَالِ فَلَهُ (ح) الصَّوْمُ \* وَكَذَلِكَ لَوْ مَلَكَ دَارًا إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِي اتِّسَاعِ حُطَّتِهَا زِيَادَةٌ يُسْتَعْنَى عَلَيْهَا \* وَلَوْ كَانَتْ لَهُ دَارٌ نَفِيْسَةً أَوْ عَبْدٌ نَفِيْسٌ أَلْفَ خِدْمَتِهِ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ الْبَيْعُ (ح) \* وَعَلَى هَذَا لَا يَبْعُدُ أَنْ لَا يَكْلَفَ بَيْعَ رَأْسِ مَالِهِ وَضَيْعَتِهِ الَّتِي تَلْحِقُهُ بِالْمُسْكِينِ الَّذِي يَأْخُذُ الصَّدَقَةَ \* وَالْمَالُ الْغَائِبُ لَا يُجُوزُ الْعُدُولُ إِلَى الصَّوْمِ؛ لِأَنَّ الْكُفَّارَةَ عَلَى التَّرَاجِي \* وَيُمْكِنُ أَدَاؤُهُ بَعْدَ الْمَوْتِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: كُفَّارَةُ الظَّهَارِ - كَمَا نَصَّ عَلَيْهِ الْقُرْآنُ - مَرْتَبَةٌ؛ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿فَتَخْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾ [المجادلة: ٣] الآية، فَإِنْ كَانَ فِي مِلْكِهِ عَبْدٌ فَاضِلٌ عَنْ حَاجَتِهِ، الْإِعْتِاقُ، فَإِنْ احتاج إلى خدمته؛ لمرضه أو كبره أو زمانته أو ضخامته المانعة من خدمة نفسه، فهو كالمعدوم، كما أن [الماء]<sup>(٢)</sup> المحتاج إليه للتعطش كالمعدوم في جواز التيمم، وكذا الحُكْمُ، لو كان من

(١) فيه أمران:

أحدهما: قضيته ترجيح ثبوت الأحكام عقب اللفظ وهو خلاف ما صححه في كتاب الطلاق أن الشرط يقارن المشروط.

قال بعض المحققين: والحق في هذا أنه يختلف باختلاف السبب، فإن كان مركباً كلفظ الطلاق والعتق، فإن الحكم يقارن آخر جزء فإن الحكم بسيط، ولا يتصور اتخاذ زمن البسيط والمركب، فإن المركب يحتاج إلى أكثر من زمن، والبسيط يوجد في الزمن الفرد، وإن كان السبب بسيطاً كان الحكم مقارناً له إذ لا يتجزأ حتى يكون له أول جزء وآخر جزء فالكلامان صحيحان باعتبار نوعي السبب.

الثاني: ذكر في الشامل أن هذا الخلاف نظيره الخلاف في أن الضيف يملك الطعام بالتناول أو بالوضع في الفم أو بالابتلاع وكذا قاله الروياني والجرجاني وغيرهم.

(٢) سقط في ز.

أهل المروءات، ومنصبه يأبى أن يخدم نفسه، ويباشر له الأعمال التي تُستخَدَم فيها الممالك، فلا يُكَلَّفُ صَرْفَهُ إلى الكفارة، وإن كَانَ من أوساطِ النَّاسِ، فوجهان:

أصحُّهما: أنه يلزمه الإعتاق؛ لأنه لا يُلحَقُه ضرر شديد، وإنما يفوته نوع رفاهية، وقال أبو حنيفة ومالك: إذا كان في مِلْكَه عَبْدٌ يلزمه الإعتاق، وإن كان محتاجاً إِلَيْه، ويمكن أن يُخْرَجَ فيه وجه على أصلنا؛ أخذاً من الخلاف في أن العبد والمسكين، هل يباعان في الحج؟ وقد ذكرناه<sup>(١)</sup> هناك، ولو لم يكن في مِلْكَه عَبْدٌ، ووجد ثمنه، لزمه تحصيله والإعتاق، ويشترط أن يكون فاضلاً عن حاجته؛ لنفقته وكسوته ونفقة عياله وكسوتهم، وعن المسكين وما لا بُدُّ منه من الأثاث، ولم يُقدِّروا للنفقة والكسوة مُدَّةً، ويجوز أن تعتبر كفاية العُمر، ويجوز أن يعتبر سَنَةً؛ لأن المؤنات تتكرر فيها، ويجدد الإعداد لها، وقد يؤيده أن صاحب «التهديب» قال: يُتْرَكُ له ثوب الشتاء وثوب الصيف<sup>(٢)</sup>، ويخالف المفلس؛ حيث لا يترك له إلا دست ثوب لا المسكين ولا الخادم؛ لما سَبَقَ في «التفليس»، وعند مالك ثمن العبد يُصرف في الإعتاق، وإن كان محتاجاً إلى الثمن، ولو مَلَكَ داراً واسعةً يفضل بعضها عن حاجته، وأمكَّن يَبِيعُ الفاضل، لزمه البيع وتحصيل رَقَبَةٍ يُعتَقها، ولو مَلَكَ داراً نفيسة؛ يجد بثمانها مسكناً يكفيه، ويفضل ثمن [عبد]<sup>(٣)</sup> أو كان له عبد نفيس يَجِدُ بثمانه عبداً يخدمه، وآخر يُعتَقه، لزمه البيع والإعتاق، [إن]<sup>(٤)</sup> لم يكونا مألوفين، وإن كانا مألوفين، فوجهان:

أظهرهما: المنع، وجواز العدول إلى الصُّوم؛ لعسر مفارقة المألوف.

والثاني، هو الذي أورده ابن الصَّبَّاح: أنه يلزمه البيع والإعتاق، كما لو كان له ثوب نفيس يجد بثمانه ثوباً يليق به وعبداً يُعتَقه، وحكى صاحب «التتمة» وغيره طَرْدَ الخلاف [في]<sup>(٥)</sup> الثوب، والجوابُ المشهور في الحج: أنه يلزمه البيع للحج، والحالة

(١) في أ: ذكره.

(٢) قال النووي: هذا الثاني، هو الصواب. والله أعلم.

قال الأذرعى: لا نقل عندهما في المسألة واعتبار الكفاية على الدوام صرح به في الشامل في كتاب الإيمان ونقله المحاملي وغيره عن الأصحاب وصرح به جماعة وأحسبه إجماع العراقيين وصرح العمراني هنا بذلك في مواضع، ثم قال: واعتبر الماوردي كفاية وقته لا غير. وقضية كلام صاحب الشامل وجماعة أنه يستر هنا التي يحرم معها أخذة الزكاة فيخرج عن كلامهم وجه في اعتبار كفاية السنة وبه صرح البغوي في فتاويه وجعله كالزكاة وهو قضية ما في تعليقه وتهذيبه، ونص البويطي هنا يقتضي أنه لا يعتبر في النفقة إلا يوم الكفاية. . إلى أن قال فتحصلنا على وجوه لا يلتزم القول مع القول باعتبار كفاية سنة فضلاً عن كونه هو الصواب. انتهى.

(٤) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٥) سقط في ز.



هذه وكان الفَرْقُ أن الحَجَّ لا بَدَلَ له والإعتاق له بَدَلٌ يُغَدَّلُ إليه .

ولو كانت له صنيعة أو رأس مال يَتَجَرَّ فيه، وكان يَحْضُلُ منهما كفايته بلا مزيد، ولو باعهما لتحصيل عبد، لا زَتَدَ إلى حدِّ المساكين، لم يُكَلَّفْ ذلك؛ لأن المصير إلى حالة المسكنة أشدُّ من مفارقة الدار والعبد المألوفين، هذا ما أطلقه أكثرهم .

وقوله في الكتاب «فالظاهر أنه لا يلزمه البيعُ، وعلى هذا لا يبعد أن لا يُكَلَّفَ بَيْعُ رأس ماله وضياعته» يُشْعِرُ بإثبات الخلاف فيه، وهو صحيحٌ؛ فإننا ذَكَّرْنَا في الحج وجهَيْن؛ في أنه هل يلزم بيعهما وصرْفهما إلى الحَجِّ، وفي «تعليقه إبراهيم المروزي» ترتيب ما [نحن فيه] <sup>(١)</sup> على الحَجِّ؛ إن قلنا لا تباع في الحج فهاهنا أوَّلَى، وإن قلنا: تباع هناك، فهاهنا وجهَن، والفرق أن الكفارة لها بَدَلٌ، وفي «المجرَّد» للقاضي أبي الطَّيِّب - رحمه الله - ذكر وجهَيْن في أن من مَلَكَ بضاعةً، لا يكفيه ما يَحْضُلُ منها، وتحل له الزكاة، هل يلزمه الإعتاق أم يجوز له العُدُولُ إلى الصيام، وإذا جاء <sup>(٢)</sup> الخلاف في المسكين، ففي الذي يخاف المَسْكَنة أوَّلَى .

ولو كان ماله غائباً أو لم يجد الرقبة، فلا يجوز العُدُولُ إلى الصَّوم في كفارة القتل واليمين والجماع في نهار رمضان، بل يصير إلى أن يَصِلَ إلى المال أو يجد الرقبة؛ لأن الكفارة على التراخي، ويتقدير أن يَمُوتَ لا يَفُوتَ، بل يُؤدَّى من تركته، ويخالف ما إذا لم يَكُنْ عنده ثَمَنُ الماء، حيث يتيمَّم؛ لأن وقت أداء الصَّلَاة مَضِيٌّ، فإن كان [ما] <sup>(٣)</sup> يؤدِّيهِ بالتيمُّم القضاء الذي هو على التراخي، فلأنه لا يمكن تداركه بعد الموت، وفي كفارة الظَّهَار وجهان: الموافق منهما لإطلاق الكتاب أنه لا يجوز العُدُولُ إلى الصوم أيضاً، وسياق «التتمة» يُشعر بترجيحه .

والثاني: يَجُوزُ؛ لتضرُّره بفوات الاستمتاع .

ولو كانت الرقبة تُبَاعُ بِثَمَنٍ غَالٍ لم يلزمه الشراء كما إذا بِيَعَ المَاءُ بِثَمَنٍ بَأَكْثَرِ من ثمن المثل <sup>(٤)</sup> . قال صاحب «التهديب»: يلزمه أن يَشْتَرِيَ بثمانٍ غَالٍ <sup>(٥)</sup>، إذا قَدَّرَ عليه .

(١) في أ: يجب .

(٢) سقط في ز .

(٤) في ز: غَالٍ .

(٥) قال الزركشي: فيه أمران:

أحدهما: ذكر ابن أبي الدم احتمال البغوي أيضاً ثم قال: ولم أره لغيره مع الكشف لكن الأصحاب واتفاقهم على أنه لا يجب الشراء بأكثر من ثمن المثل . انتهى، وهذا الذي نقله عن البغوي هنا صحيح لكن كلامه في باب نكاح الأمة يقتضي أنه المنقول فإنه قال يجب عليه الشراء بالثمن الغالي في الكفارة، ولا يجوز له الصوم بخلاف التيمم، والفرق أن التيمم يتكرر ثم قال: وعندي فيه نظر . انتهى . وهذا عكس ما يفهم من كلامه هنا، وحكى ابن الرفعة الخلاف في هذه =

ولو كانت [تباع] نسيئةً، وله مال غائبٌ، فعلى ما ذكّرناه في شراء الماء في التيمم ولو وهب منه عبداً أو ثمن عبد، لا يلزمه القبول للمنة، ويُستحب أن<sup>(١)</sup> يُقبل، ويُعتق.

وقوله في الكتاب «ويجوز العدول إليه لمن يتعسر عليه العتق» فيه إشارة إلى أنه لا يُشترط العجز عن العتق وتعدُّره، ولكن بينى الحكم على العسر والمشقة.

قال الإمام: قد اتفق الأضحاب على ضرب توسع في الباب، وإن كان قوله تعالى: «فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامَ شَهْرَيْنِ [مَتَتَابِعَيْنِ]» [المجادلة: ٤] يُشعر ظاهره بالتضييق، حتى لا يجوز العدول عن الرقبة إذا كان للوجدان وجه.

وقوله «فله الصوم» مُعَلَّم بالحاء والميم، ويجوز أن تعاد العلامتان على قوله «لا يلزمه البيع»، وقوله «لا يكلف بيع رأس ماله وضيعته الذي يلحقه بالمسكين» يعني البيع الذي يلحقه، وفي بعضه «التي تلحقه بالمسكين» رداً إلى الضئعة، وحينئذ، فالبيع معاد، التقدير «وَضِيعَتُهُ الَّتِي يُلْحِقُهُ بِنَعْمَا بِالْمَسْكِينِ».

وقوله «الذي يأخذ الصدقة» ضَرْبٌ إيضاح، وفي لفظ «المسكين» ما يغني عنه.

فَرَعٌ: ذكر القاضي ابن كج بعد ما ذكّر حُكْمَ المسكن والعبد المحتاج إليهما في الحج والكفارة وجهين؛ في أنه هل يجوز لمن يملك العبد والمسكن نكاح الأمة أم يبيعهما، ويضرب الثمن إلى طول الحرّة، ووجهين في أنهما هل يباعان [عليه كما إذا اعتق شركاء له في عبد، وإن<sup>(٢)</sup> أبا الحسين قال: لا يجب على العُرْيَانِ بيعهما، قال: وعندني يجب [عليه]<sup>(٣)</sup> ذلك، والذي قاله غَلَطَ.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَالْإِعْتِبَارُ فِي الْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ بِوَقْتِ الْوُجُوبِ عَلَى قَوْلٍ \* وَبِوَقْتِ الْأَدَاءِ عَلَى قَوْلٍ \* وَيُعْتَبَرُ أَغْلَظُ الْحَالَيْنِ عَلَى قَوْلٍ \* وَإِذَا أُعْتَبِرْنَا وَقْتِ الْوُجُوبِ فَأَيَسَرَّ

= المسألة ومسألة ما إذا لم يجد حرة ترضى إلا بأكثر من مهر المثل فعن القفال والطبري والبغوي أنه لا يجوز له نكاح الأمة ولا التكفير بالصوم بل ينكح الحرة ويلزمه التكفير بالعتق، وبالجملة فقد يظهر من كلامهم تفاوت بين البابين فإنهم نقلوا في مسألة الحرة جواز نكاح الأمة مطلقة إلا عن المتولي وعن الإمام فيها تفصيل، وذكر صاحب الكافي أنه لو وجد الرقبة بأكثر من ثمن المثل، وكان ثمنها خارجاً عن أوساط الرقاب لا يلزمه الشراء. انتهى.

وينبغي أن يحمل كلام البغوي على هذه الصورة الثانية وهو أنه لا يلزمه شراء رقبة ثمينة وإن كان ثمن مثلها وهو واجدٌ له لما فيه من الإجحاف كجارية حسناء تباع بالوف.

الثاني: ليس المراد أن وجودها بالثمن الغالي يبيح الصوم بل عليه الصبر إلى وجودها بثمن المثل. صرح به الماوردي في كتاب التيمم واقتضاه كلام غيره.

(١) سقط في ز. (٢) في أ: فإن.

(١) سقط في ز.

(٣) سقط في أ.

بَعْدَ الشُّرُوعِ فِي الصَّوْمِ لَمْ يَلْزَمَهُ الْعَتَقُ (وَح) \* وَلَوْ تَكَلَّفَ الْمُغْسِرُ الْإِعْتِقَ جَارَ عَلَى قَوْلٍ \*  
 وَالْعَبْدُ إِذَا عَتَقَ فَأَيَسَرَ قَبْلَ الصَّوْمِ لَمْ يَجْزِ لَهُ الْإِعْتِقَ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ \* وَالْعَبْدُ لَا يَمْلِكُ  
 بِالتَّمْلِيكِ عَلَى الْجَدِيدِ \* فَلَا يَتَّصِرُ مِنْهُ الْإِعْتِقَ وَالْإِطْعَامَ \* وَلَا يَصُومُ الْعَبْدُ إِلَّا بِرِضَا السَّيِّدِ  
 إِلَّا إِذَا كَانَ قَدْ حَلَفَ وَحَيْثُ بِإِذْنِهِ \* وَإِنْ حَلَفَ بِإِذْنِهِ وَحَتَّى يَغْيِرَ إِذْنَهُ لَمْ يَسْتَقْبَلْ بِالصَّوْمِ \*  
 وَإِنْ كَانَ بِالْعَكْسِ فَوَجْهَانِ \* وَمَنْ نَصَفَهُ حُرٌّ وَنَصَفَهُ عَبْدٌ فَهُوَ كَالْأَخْرَارِ (ح).

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ مَسْأَلَتَانِ:

إحدهما: تبيين أن المؤسّر المتمكّن من الإعتاق يُعْتَقُ، ومن يتعسّر عليه الإعتاق، يُكْفَرُ بالصوم؛ إذ الاعتبار بحالة الوجوب؛ لأن الكفارة نوعٌ تطهّر يختلف حاله بالرّق والحرية، فيُنظر فيه إلى حالة الوجوب كالحَدِّ، وأنه لو زَنَّا، وهو رقيق، ثم عَتَقَ أو بِكَّرَ ثم صار مخصناً يقيم عليه الأرقاء والأبكار.

والأصح، وبه قال أبو حنيفة ومالك - رحمهما الله -: أن الاعتبار بحالة الأداء؛ لأنَّ خِصَالَ الكفارة عباداتٌ، فيراعى فيها حالة الأداء، كما في الوضوء، والتميم، فإن النظر في القُدرة على استعمال الماء والعَجْز عنه إلى حالة الأداء، وكما في الصلاة، فإن النَّظْرَ في القُدرة على القيام والعَجْز عنه إلى حالة الأداء، حتّى لو عَجَزَ عن القيام عند الوجوب، وقدر عند الأداء، يُصَلِّي صلاة القادرين، ولو انعكس الحال، انعكس الحُكْمُ، وعبرَ مُعَبَّرُونَ عن الغَرَضِ بأن القولين مبنيان على أن المُعَلَّبَ في الكفارة شوائبُ العُقوبات أو شوائب العبادات؟ إن قلنا بالأول، اعتبرنا حالة الوجوب، وإن قلنا بالثاني، فحالة الأداء.

والثالث المُخْرَجُ: أنه يعتبر الحالة التي هي أَعْلَظُ؛ لأنه حقٌ يجب في الذمّة بوجود المال، فيراعى أَعْلَظُ الأحوال، كالحَجِّ؛ فإنه يجب متى تحقّق اليسار، وهاهنا كلامان:

أحدهما: قال الإمام - رحمه الله عليه -: إذا قلنا: إن الاعتبار بحالة الأداء، ففي التعبير عن الواجب قبل الأداء غموض، ولا يتجه إلّا أن يقال: الواجب أضلُّ الكفارة، ولا تُوصَفُ خِصْلَةٌ على التعيين بالوجوب، كما يقول بوجوب كفارة اليمين على المؤسّر من غير تعيين خِصْلَةٌ أو يقال: يجب ما يقتضيه حال الوجوب، ثم إذا تبدّل الحال، تبدّل الواجب، كما أنه يجب على القادر صلاة القادرين، ثم إذا عَجَزَ تبدّلت صفة الصلاة.

والثاني: اختلفوا في التعبير عن القول المُخْرَجِ، فقال بعضهم: يعتبر الأَعْلَظُ مَنْ حَالَتِي الوجوب والأداء، وربما أشعر كلامهم بقطع النَّظْرَ عن الحالات المتقلّبة بينهما، بل صرّح الإمام - رحمه الله - بأنه لو كان مُغْسِرًا في الحالتين، وتخلّلت بينهما حالة يسارٍ، لم تعتبر تلك الحالة، وأشار إلى اتفاق الأصحاب - رحمهم الله -، وقال: السَّببُ

فيه أن الوجوب مضاف إلى الوقت، والمعنى الذي هو مناط الكفارة، ووقت الأداء متظر، فلا يتبدل الوجوب من غير تقدير<sup>(١)</sup> الأداء.

وقال الأكثرون، منهم القاضي أبو الطيب وصاحب «التهذيب»: يُعْتَبَرُ أَغْلَظُ حَالَةٍ مِنْ وَقْتِ الْوَجُوبِ إِلَى الْأَدَاءِ، حَتَّى لَوْ كَانَ مَعْسِراً مِنْ وَقْتِ الْوَجُوبِ إِلَى الْأَدَاءِ وَأَيْسَرَ فِي وَقْتِ مَا كَانَ وَاجِبُهُ الْإِعْتِقَاقَ؛ أَخْذاً بِالِاحْتِيَاظِ.

ولتُعَدَّ إِلَى التَّفْرِيعِ؛ إِنْ قُلْنَا: الْإِعْتِبَارُ بِحَالَةِ الْوَجُوبِ، فَلَوْ كَانَ مُوسِراً يَوْمَ الْوَجُوبِ، فَفَرْضُهُ الْإِعْتِقَاقَ، وَإِنْ أَعْسَرَ مِنْ بَعْدُ، وَاسْتَحَبَّ الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنْ يَصُومَ لِيَكُونَ آتِياً بِبَعْضِ أَنْوَاعِ الْكُفَّارَةِ إِنْ اخْتَرَمْتَهُ الْمَنِيَّةُ وَإِنْ كَانَ مَعْسِراً يَوْمَئِذٍ فَفَرْضُهُ الصِّيَامَ، وَلَا يَلْزِمُهُ الْإِعْتِقَاقَ، وَإِنْ أَيْسَرَ مِنْ بَعْدُ، [إِذَا أَعْسَرَ قَبْلَ التَّكْفِيرِ] لَكِنَّهُ يَجْزِيهِ؛ لِأَنَّ الْإِعْتِقَاقَ وَقَعَ فِي الرَّتْبَةِ الْعُلْيَا، فَإِذَا أَجْزَاهُ الْأَدْنَى، فَلَأَنْ يُجْزِيَهُ الْأَعْلَى، كَانَ أَوْلَى، وَفِي «النَّهْيَةِ» أَنَّ صَاحِبَ «التَّقْرِيبِ» حَكَى وَجْهاً أَنَّهُ لَا يَجْزِيهِ إِلَّا الصَّوْمُ؛ لِتَعِينِهِ فِي ذِمَّتِهِ<sup>(٢)</sup>، وَإِنْ قُلْنَا: الْإِعْتِبَارُ بِحَالَةِ الْأَدَاءِ، فَإِنْ كَانَ مُوسِراً يَوْمَئِذٍ، فَفَرْضُهُ الْإِعْتِقَاقَ، وَإِنْ كَانَ مَعْسِراً مِنْ قَبْلُ، وَإِنْ كَانَ مَعْسِراً، فَفَرْضُهُ الصَّوْمَ، وَإِنْ اعْتَبَرْنَا الْأَعْلَى، فَإِنْ كَانَ مُوسِراً عِنْدَ الْوَجُوبِ أَوْ الْأَدَاءِ، فَعَلِيهِ الْإِعْتِقَاقَ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِراً فِي الْحَالَتَيْنِ<sup>(٣)</sup>، وَأَيْسَرَ بَيْنَهُمَا، فَعَلَى الْقَوْلَيْنِ الْأَوَّلَيْنِ، فَزُجُّهُ الصَّوْمَ، وَلَوْ أَعْتَقَ، كَانَ أَحَبَّ، وَكَذَا الْحُكْمُ عَلَى الْقَوْلِ الثَّلَاثِ فِي رِوَايَةِ بَعْضِهِمْ، وَعَلَى مَا ذَكَرَهُ الْأَكْثَرُونَ: الْفَرَضُ الْإِعْتِقَاقَ، وَإِذَا كَانَ مُوسِراً فِي حَالَتِي الْوَجُوبِ وَالْأَدَاءِ، وَكَانَ مَعْسِراً بَيْنَهُمَا، فَفَرْضُهُ الْإِعْتِقَاقَ عَلَى جَمِيعِ الْأَقْوَالِ، وَلَوْ تَكَلَّفَ الْمَغْسِرُ الْإِعْتِقَاقَ بِاسْتِقْرَاضٍ وَغَيْرِهِ، أَجْزَاهُ، لِأَنَّهُ رَقِيَ إِلَى الرَّتْبَةِ الْعُلْيَا، وَعَنْ رِوَايَةِ صَاحِبِ «التَّقْرِيبِ» وَجْهٌ أَنَّهُ لَا يَجْزِيهِ، وَقَدْ سَبَقَ نَظِيرُهُ، وَهَذَا بَعِيدٌ عِنْدَ الْأُئِمَّةِ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ -، وَقَالُوا: لَوْ أَعْتَقَ الْعَبْدُ بَعْدَ وَجُوبِ الْكُفَّارَةِ عَلَيْهِ، وَأَيْسَرَ قَبْلَ التَّكْفِيرِ، هَلْ يَجْزِيهِ الْإِعْتِقَاقُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ قَرِيبَانِ، وَيُقَالُ قَوْلَانِ:

أحدهما: لا؛ لأنه لم يكن أهلاً للإعتاق يوم وجوب الكفارة؛ بناءً على أن العبد لا يملك.

وأصحهما: نعم، وهو المذكور في «التتمة»، لأن الاعتاق في الرتبة<sup>(٤)</sup> العليا، وهذا إذا اعتبرنا حالة الوجوب، أما إذا اعتبرنا حالة الأداء، فهل يلزمه الاعتاق؟ فيه وجهان، أو قولان:

أظهرهما، وبه أجاب إبراهيم المروزي وصاحب «التهذيب»: - رحمهما الله - نعم، كما لو كان معسراً حينئذ، فأيسر.

(١) في أ: حقه.

(٢) في أ: المرتبة.

(٣) في أ: الحالين.

والثاني، وهو الجواب في «الشامل»: أنه لا يُلْزَم؛ لأنه لم يَكُنْ من أهل الإعتاق يؤمِّد. ولو شرع<sup>(١)</sup> المعسر في الصوم، ثم أيسر، كان له المَضِيُّ في الصيام، ولم يلزمه الإعتاق، ولو أعتق، كان أحبَّ، ووقع ما مَضَى من الصوم تَطَوُّعاً، وبهذا قال مالك وأحمد، وقال أبو حنيفة والمزني: يلزمه الانتقال إلى العتق، وعن رواية الشيخ أبي محمد مثله.

واحتج الأصحاب للمذهب بأنه قدّر على المبدل بعد الشروع في صوم البدل، فلا يُلْزَمه الرُّجُوع إلى المُبدل، كما لو وجد الهدى بعد الشروع في صوم السبعة، ولو أيسر بعد ما قرع من الصوم، لا يلزمه الرجوع إلى العتق بلا خلاف، ولو كان وقت الوجوب عاجزاً عن الإعتاق والصوم، فأيسر قبل التكفير، فإن اعتبرنا حالة الوجوب، ففرضه الإطعام، وإن قلنا بأحد القولين الآخرين، فعليه الإعتاق.

وقوله في الكتاب «والاعتبار في اليسار والإعسار بوقت الوجوب» فيعلم بالحاء والميم وقوله «وبوقت الأداء» بالألف، ويجوز أن يُعلم القول الثالث بها<sup>(٢)</sup> جميعاً.

وقوله «وإذا اعتبرنا وقت الوجوب» هكذا أجده في النسخ، والحكم المعلق به صحيح في نفسه، لكنه أوضح من أن يحتاج إلى ذكره، ولو كان مكانه، «وإذا اعتبرنا وقت الأداء» كان أقوم، وليعلم أن حالة الأداء، إنما تُعتبر إذا أيسر قبل الخوض في الصوم، وأنه لا أثر له بعد الخوض، وهكذا هو في «النهاية» و«الوسيط» على أن جواز المضي في الصوم، وعدم وجوب الانتقال إلى العتق، لا يختص ببعض الأقوال<sup>(٣)</sup>، بل هو جارٍ على الأقوال عندنا؛ فلا حاجة إلى تخصيص التفرع ببعضها وكذلك لو أطعم بعض المساكين، ثم قدّر على الصوم، لا يُلْزَمه العُدُول إلى الصُّوم.

المسألة الثانية: العبد لا يملك بتملك غير السيد، وهل يملك بتملك السيد؟ فيه قولان، سبق ذكرهما، والجديد<sup>(٤)</sup> المنع، وإذا لم يملك، فلا يُتصور منه التكفير بالإعتاق والإطعام، وإن قلنا: إنه يملك [بتملك]<sup>(٥)</sup> السيد، فلو ملكه طعاماً ليكفر به أو كسوة، ليكفر بها في كفارة اليمين، جاز، وعليه التكفير بما ملكه وإن ملكه عبداً؛ ليعتقه، لم يجز؛ لأن العتق يستغقب الولاء، ولا يمكن إثبات الولاء للعبد، هذا هو

(١) في أ: تبرع.

(٢) في أ: الأحوال.

(٣) قال الشيخ الأسنوي: لكن في الحاوي في كتاب البينة حكاية القولين في الأجنبي وحكماهما ابن الرفعة.

(٤) سقط في ز.

الظاهر المشهور، وعن صاحب «التقريب» أنه يصحُ إعتاقه، ويثبت له لولاء، وعن القفال تخريجُ قول إن إعتاقه يُجزىء عن كفارته، والولاء موقوفٌ إن عتقَ، فهو له، وإن دام رقه، فلسيده، وأما تكفيره بالصَّوم، فإن جرى ما تتعلَّق به الكفارة بغيرِ إذن السيد كما إذا حَلَفَ وحيثُ بغيرِ إذنه، فلا يصوم إلا بإذنه، ولو تبرَّع دونِ إذنه، كان له تحليله، كما لو أحرم بالحج بغيرِ إذنه، وقال أحمد - رحمه الله - : ليس له تحليله، وإن جرى بالإذن كما إذا حَلَفَ وحيثُ بإذنه، فيصوم، ولا يحتاج إلى إذن السيد، وإن حَلَفَ بإذنه وحيثُ بغيرِ إذنه، فوجهان :

أحدهما: أنَّ له أن يصوم بغيرِ إذنه؛ لأن الإذن في الحَلَفِ إذنٌ فيما يتعلَّق به، ويدرَّب عليه، كما أنَّ الإذن في النكاح إذنٌ فيما يتعلَّق به من اكتساب المهر والنفقة، وهذا ما رجَّحه في «التهذيب».

وأصحُّهما عند الأكثرين، وهو المذكور في الكتاب: أنه لا يستقل بالصَّوم؛ لأن لزوم الكفارة لا يلزم اليمين، [بل اليمين] <sup>(١)</sup> مانعةٌ من الحنث، فالإذن فيها لا يكون إذناً في التكفير، وإن حَلَفَ بغيرِ إذنه وحيثُ بإذنه، ففيه طريقتان:

أحدهما، وهو الذي أورده في الكتاب: أن فيه وجهين:

أحدهما: أنه لا يصوم إلا بإذنه؛ لأن الحَلَفَ هو السبب الأول، ولم يأذن السيد فيه، وإنما العبد ورَّط نفسه فيه.

والثاني: له أن يصوم بغيرِ إذن السيد؛ لأن الحنث يستعقب الكفارة، فالإذن فيه إذنٌ في التكفير، كما أن الإذن في الإحرام بالحجِّ يكون إذناً في الأفعال.

والطريق الثاني: القطع بالوجه الثاني، وهو الأظهر على طريقة إثبات الخِلاف وحيث قلنا: يصوم بغيرِ إذن السيد، فلا يختلف الحالُ بين أن يكون النهار طويلاً أو قصيراً، شديد الحرِّ أو غيره، وإذا قلنا: لا بُدَّ من الإذن، فذلك في الصوم الذي يورث ضَعْفاً من شدة الحر، وطول النهار، فإن لم يكن كذلك، فهل يحتاج إلى الإذن؟ فيه خلاف نذكره - إن شاء الله تعالى - في باب الأيمان، والظاهر، وبه أجاب هناك: أنه ليس له المنع، والمُرَاد ممَّا أطلَّقه هاهنا ما إذا أوزت الصومُ ضَعْفاً، قال الأئمة: وإنما اعتبر إذن السيد، وإن كان الصوم واجباً؛ لأن صوم الكفارة على التَّراخي، وحقُّ السيد على القوَر بخلاف صوم رمضان، هذا ما يتعلَّق بكفارة اليمين، قال في «الوسيط»: ومنعه من صوم الظهار غيرُ مُمكنٍ؛ لِمَا فيه من الإضرار بالعبد باستمرار التحريم <sup>(٢)</sup>.

(١) سقط في ز.

(٢) قال النووي: وحيث قلنا: لا يصوم بغيرِ إذنه فخالف وصام، أثم وأجرأه.

وَمَنْ بَغَضَهُ حُرٌّ وَيَبْغُضُهُ رَقِيقٌ كَالْحَرِّ فِي التَّكْفِيرِ بِالْمَالِ، عَلَى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ،  
وَالْمَسْأَلَةُ مُعَادَةٌ فِي كِتَابِ الْإِيمَانِ، وَتَذَكُّرُهَا هُنَا مَعَ زِيَادَاتٍ فِيهَا يَتَعَلَّقُ بِكِفَارَةِ الْعَبْدِ،  
إِنْ وَفَّقَ اللَّهُ تَعَالَى.

وقوله في الكتاب «والعبد لا يملك بالتَّمْلِيكِ عَلَى الْجَدِيدِ» هذا وقد ذكره في باب  
معاملة العبيد، والغرض من إعادته هاهنا بيان أنه لا يتصور منه الإعتاق والإطعام؛ تفرعاً  
عليه، ويجوز أن يُعَلَّمَ بِالْمِيمِ وَالْأَلْفِ؛ لِمَا سَبَقَ.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَأَمَّا حُكْمُ الصَّوْمِ فَهُوَ أَنَّهُ تَجِبُ فِيهِ نِيَّةُ الْكِفَارَةِ بِاللَّيْلِ \* وَلَا يَجِبُ  
(ح) تَغْيِينُ جِهَةِ الْكِفَارَةِ \* وَهَلْ تَجِبُ نِيَّةُ التَّتَابُعِ؟ فِيهِ خِلَافٌ \* وَإِذَا مَاتَ لَمْ يَصُمْ عَنْهُ  
وَلِيُّهُ عَلَى الْجَدِيدِ \* وَيَصُومُ شَهْرَيْنِ بِالْأَهْلَةِ \* فَإِنْ أَنْكَسَرَ الشَّهْرُ الْأَوَّلُ صَامَ أَحَدَ الشَّهْرَيْنِ  
بِالْهَلَالِ (ح) وَتَمَّ الْمُنْكَسِرَ ثَلَاثِينَ \* وَلَا يَنْقَطِعُ التَّتَابُعُ بِوَطْءِ الْمُظَاهِرِ لَيْلاً وَلَكِنْ يَمْضِي  
\* وَيَنْقَطِعُ بِإِنْسَادِهِ يَوْمًا وَلَوْ كَانَ الْيَوْمَ الْأَخِيرَ فَيَجِبُ الْأَسْتِثْنَاءُ \* وَالْحَيْضُ لَا يَقْطَعُ  
التَّتَابُعَ \* وَفِي الْمَرَضِ قَوْلَانِ \* وَفِي السَّفَرِ قَوْلَانِ مُرْتَبَانِ وَأَوْلَى بِأَنْ يَقْطَعَ \* وَنَسْيَانُ النِّيَّةِ  
يَقْطَعُ التَّتَابُعَ \* وَلَوْ أَفْطَرْتَ عَلَى عَزْمٍ أَنْ تَسْتَأْنِفَ بَعْدَ زَوَالِ الْحَيْضِ الَّذِي لَا يَقْطَعُ التَّتَابُعَ  
فَالظَّاهِرُ أَنَّهَا لَا تَعْصَى بِإِسْقَاطِ وَضْفِ الْفَرِيضَةِ مِنَ الصَّوْمِ السَّابِقِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: غَرَضُ الْفَضْلِ بَيَانُ حُكْمِ الصَّوْمِ، إِذَا كَفَّرَ بِهِ، وَفِيهِ مَسَائِلُ:

أحدها: يجب أن ينوي صوم الكفارة من الليل؛ كصوم رمضان، ولا بدُّ لصوم  
كلِّ يومٍ من نية، وعن مالك: يكفي نية صوم الشهر في الليلة الأولى، ولا بد، وأن  
ينوي كونه عن الكفارة، ولا يجب تغيينُ الجهة، وهذا قد سبق ذكره في أول الكتاب،  
ولا فَرْقَ فِيهِ بَيْنَ الصَّوْمِ وَغَيْرِهِ مِنَ الْخِصَالِ، وَفِي اشْتِرَاطِ نِيَةِ التَّتَابُعِ وَجِهَانِ:

أحدهما: الاشتراط؛ ليكون متعرضاً لخاصة هذا الصوم، وشبه أيضاً بالجمع بين  
الصلاتين؛ لما فيه من ضمِّ بعض العبادات إلى بعض.

وأصحهما: المنع؛ لأن التتابع هيئة مشروطة في هذه العبادة، ولا يجب في  
العبادات التعرض للهيئات والشرائط وتخصيصها بالنية، وإذا قيل بالأول، فيكفي بنية  
التتابع في الليلة الأولى؛ لحصول التمييز أم يجب التعرض له في كل ليلة كسائر ما يجب  
التعرض له في النية؟ فيه وجهان. وإذا مات، وفي ذمته صوم كفارة، فهل يصوم الوليُّ  
عنه؟ فيه قولان: الجديد المنع، وقد سبق ذكرهما في كتاب الصوم، وأعادهما في  
الوصية، وهذه مرةً ثالثةً.

وفي «التجربة»<sup>(١)</sup> للقاضي الرُّوياني: أنه لو نَوَى الصَّوْمَ بِاللَّيْلِ قَبْلَ طَلَبِ الرِّقْبَةِ، ثُمَّ طَلَبَهَا بِاللَّيْلِ فَلَمْ يَجِدْهَا، لَمْ يُجْزِئْهُ صَوْمُهُ إِلَّا أَنْ يُجَدِّدَ النِّيَّةَ بَعْدَ الْفِقْدَانِ؛ لِأَنَّ تِلْكَ النِّيَّةَ تَقَدَّمَتْ عَلَى وَقْتِ جَوَازِ الصَّوْمِ.

الثانية: إذا ابتدأ بالصَّوْمِ لِأَوَّلِ شَهْرٍ هِلَالِيٍّ، صَامَ شَهْرَيْنِ بِالْأَهْلَةِ عَلَى مَا يَتَّفِقُ لِهَمَا<sup>(٢)</sup> مِنْ كَمَالٍ أَوْ نَقْصَانٍ، وَإِذَا ابْتَدَأَ بِهِ فِي خِلَالِ الشَّهْرِ، وَهُوَ الْمُرَادُ مِنْ قَوْلِهِ «فَإِنْ انْكَسَرَ الشَّهْرُ» فَيَصُومُ مَا بَقِيَ مِنَ الشَّهْرِ، وَيَصُومُ الَّذِي بَعْدَهُ بِالْهِلَالِ، ثُمَّ يَكْمُلُ الْبَاقِي بِالْعَدَدِ؛ مِثَالُهُ: مَضَى مِنَ الْمُحْرَمِ عَشْرَةَ أَيَّامٍ، يَصُومُ الْبَاقِيَ مِنْهُ، وَيَصُومُ صَفْرًا بِالْهِلَالِ، وَيَصُومُ عَشْرَةَ أَيَّامٍ مِنْ رَيْبِ إِنْ كَانَ الْمُحْرَمُ كَامِلًا، وَأَحَدَ عَشَرَ إِنْ كَانَ نَاقِصًا.

وعن أبي حنيفة: أنه إذا انْكَسَرَ شَهْرٌ بَطُلَ اعْتِبَارُ الْأَهْلَةِ، وَصَارَ الْمُرْعِيُّ الْعَدَدَ، قَالَ الْإِمَامُ: وَقَدْ مَالَ إِلَيْهِ بَعْضُ الْأَصْحَابِ، وَنَظِيرُ الْمَسْأَلَةِ قَدْ مَرَّ فِي السَّلْمِ وَالطَّلَاقِ وَغَيْرِهِمَا، وَيَجُوزُ أَنْ يُعْلَمَ؛ لِذَلِكَ قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ «صَامَ أَحَدَ الشَّهْرَيْنِ بِالْهِلَالِ» مَعَ النَّهْيِ بِالْوَاوِ.

الثالثة: يجب التتابع في صوم الشهرين بنص القرآن، ولو وطىء المظاهرة عنها ليلاً قبل تمام الشهرين، عَصِيَ بِتَقْدِيمِ<sup>(٣)</sup> الْوَطْءِ عَلَى تَمَامِ التَّكْفِيرِ، وَلَكِنْ لَا يَنْقَطِعُ بِهِ التَّتَابِعُ، وَلَا يَجِبُ اسْتِنْفَانُ الشَّهْرَيْنِ، خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ وَمَالِكٍ، وَاحْتِجَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللَّهُ - - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - بِأَنَّ لَوْ أَوْجَبْنَا الْاسْتِنْفَانَ، لَوَقَعَ صَوْمُ الشَّهْرَيْنِ بَعْدَ التَّمَاسُّ، وَلَوْ لَمْ نَوْجِبْهُ، كَانَ بَعْضُ الشَّهْرَيْنِ قَبْلَ التَّمَاسُّ، وَهَذَا أَقْرَبُ إِلَى مَا هُوَ مَأْمُورٌ بِهِ مِنَ الْأَوَّلِ، وَاحْتِجَ الْأَصْحَابُ بِأَنَّهُ جَمَاعٌ لَا يُوَثِّرُ فِي الصَّوْمِ، فَلَا يَقْطَعُ التَّتَابِعُ، كَالْأَكْلِ بِاللَّيْلِ، وَجَمَاعٌ غَيْرُ الْمُظَاهَرِ عَنْهَا، وَإِذَا فَسَدَ صَوْمُ يَوْمٍ، انْقَطَعَ التَّتَابِعُ وَإِنْ فُرِضَ ذَلِكَ فِي الْيَوْمِ الْآخِرِ، وَوَجِبَ اسْتِنْفَانُ الشَّهْرَيْنِ وَمَا مَضَى يَحْكُمُ بِفَسَادِهِ أَوْ يُقَلِّبُ نَفْلًا؟ فِيهِ الْقَوْلَانِ الْمَذْكُورَانِ فِيمَا إِذَا نَوَى الظُّهْرَ قَبْلَ الزَّوَالِ وَنَظَائِرِهِ، وَالْحَيْضُ لَا يَقْطَعُ التَّتَابِعَ فِي صَوْمِ الْمَرْأَةِ عَنِ الْكُفَّارَةِ الْقَتْلِ، وَالْوُقُوعُ فِي نَهَارٍ

(١) وقد ذكره في البحر أيضاً وقاسه على ما لو تيمم قبل طلب الماء ثم طلب ولم يجد لا يصح تيممه. قال: ولو طلب الرقبة قبل وجوبها فلم يجدها فلما وجبت نوى وكان ليلاً ولم يطل الفصل من وقت الطلب لم تصح النية أيضاً كما لو طلب الماء قبل وجوب التيمم فلما وجب تيمم لم يجز. هكذا ذكره والذي يحتمل وجهاً آخر أنه يصح لأن العدم محقق. انتهى.

وهذا الاحتمال الذي قاله أوجه، وفي البحر أيضاً لو صام لاعتساره ثم بان أنه ورث رقبة لا يحتاج إليها اعتد بالصوم بخلاف ما لو نسي الرقبة في ملكه فصام للفرق بين الناس والجاهل. ذكره أصحابنا، ويحتمل أن يقال لا يجزئه فيهما. قاله الزركشي في خادمه.

(٢) في أ: بتقديم.

(٣) في أ: عليهما.



رمضان، إن ألزمت<sup>(١)</sup> كفرة الوقاع بل تبني إذا طهرت؛ لأن ذات الأقرء لا تخلو عن الحيض في الشهرين غالباً، والتأخير إلى سنّ اليأس مُحْطَر، والنَّفَاس ملحق بالحيض كما في سائر الأحكام كذلك، حكاها صاحب «التهذيب» وغيره، ونقل أبو الفرج السرخسيّ وجهاً آخر أنه يقطع التتابع؛ لثدرته، وإذا أفطر المُكفّر تعذر المرض، فهل ينقطع به التتابع؟ فيه قولان:

أصحهما، وهو الجديد: نعم، وبه قال أبو حنيفة، لأنّ المرض لا ينافي الصّوم، وإنما خرج عن الصوم بفعله بخلاف الحيض.

والثاني، وبه قال مالك وأحمد، واختاره المزنيّ: أنه لا ينقطع؛ لأنه أفطر لما لا يتعلّق بالاختيار، فيعذر كالحائض، وإذا بطل الصوم بالإغماء، فمنهم من جعله كالإفطار بالمرض، ومنهم من ألحقه بالجنون، وهو الأشبه، وفي الجنون طريقان: أحدهما: طرد القولين فيه.

والثاني: القطع بأنه لا يقطع التتابع؛ لعدم الاختيار، ولمنافاته الصوم، كالحيض، قاله في «التتمة»، وهو الصحيح، ولو أفطر بعذر السفر، فطريقان: أنه على القولين في المرض، وثانيهما القطع بانقطاع التتابع؛ لأن السفر يتعلّق باختياره وإنشائه، وقوله في الكتاب: «وفي السفر قولان مرتبان» إلى آخره، يُشير إلى الطريقتين<sup>(٢)</sup>، ولو أفطرت الحامل أو المُرضع، خوفاً على الولد، ففي طريق: هو إفطاراً بعذر؛ فيكون على القولين في المرض، وفي طريق: ينقطع التتابع لا محالة؛ لأنهما يفطران لغيرهما، بخلاف المريض؛ ولهذا فارقتا المريض في لزوم الفدية في رمضان.

ونسيان النية في بعض الليالي بقطع التتابع؛ كترك النية عمداً، ولا يجعل النسيان عُذراً في ترك المأمورات<sup>(٣)</sup>، قال الإمام ولذلك مَنْ نَسِيَ النِّيَّةَ فِي رَمَضَانَ، لزمه<sup>(٤)</sup> إمساك بقية اليوم على الأصح كما لو تعمّد الترك.

(١) قيد الحيض بكفارة القتل والوقاع للتنبيه على أنه لا يتصور في كفارة الظهار لاختصاصها بالرجال لكن هذا ممنوع فقد يتصور فيها أيضاً بأن تصوم عن قريبها الميت أو العاجز في كفارة الظهار بناء على القول المختار ثم يرد عليه كفارة اليمين على القول بوجود التتابع فيها.

(٢) في أ: الطريقتين.

(٣) قال النووي: لو صام أياماً من الشهرين، ثم شك بعد فراغه من صوم يوم، هل نوى فيه، أم لا؟ لم يلزمه الاستئناف على الصحيح، ولا أثر للشك بعد الفراغ من اليوم، ذكره الروياني في كتاب الحيض في مسائل المتحيرة.

(٤) في ز: يلزمه.

وإذا أكره على الأكل، فأكل، وقلنا: يبطل<sup>(١)</sup>، صومه، انقطع التتابع؛ لأنه سبب نادر، هذا هو المشهور في صورتين، وجعلهما القاضي ابن كج على الخلاف في المرض، وذكر أنه لو استنشق فوصل الماء إلى دماغه، وقلنا يبطلان صومه، فانقطاع التتابع<sup>(٢)</sup> على الخلاف.

ولو ابتداء بصوم الشهرين في وقت يدخل عليه رمضان قبل تمام الشهرين أو يدخل يوم النحر لم يعتد بصومه عن الكفارة؛ لإنشائه في وقت يتعد فيه الوفاء بالتتابع، قال الإمام: ويعود القولان في أنه هل ينعقد نفلاً؟ فإذا مضى رمضان ويوم العيد، اعتد بما بعد ذلك، وكذا إذا مضى يوم النحر وأيام التشريق [إلا إذا قلنا: إن أيام التشريق] تقبل الصوم الذي له سبب تفرعاً على أن للمتعم أن يصومها؛ فيكون الاعتداد من أول أيام التشريق، ولا يجوز أن يصوم رمضان عن الكفارة؛ لأن زمان رمضان متعين لغيرها، وإذا [نوى الصيام] عن الكفارة، لم يُجزه عن رمضان؛ لأنه لم يثو، ولو نواهما، لم يُجزه عنهما، وحكى القاضي أبو الطيب في «المجرد» عن أبي عبيد بن حريبه أجزاءه عنهما، وغلطه فيه، وفي كتاب القاضي ابن كج أن الأسير إذا صام عن الكفارة بالاجتهاد، فغلط فجاء رمضان أو يوم النحر قبل تمام الشهرين، فانقطع التتابع على الخلاف في الإفطار بالمرض.

وإذا أوجبنا التتابع في كفارة اليمين، فحاضت في خلال الأيام الثلاثة، فقد قيل: هو كالإفطار بالمرض في الشهرين، بخلاف الحيض في الشهرين؛ لأن الغالب اشتمالهما على الحيض، ويشبه أن يكون فيه طريقة قاطعة بانقطاع التتابع؛ لأن إيقاع الثلاثة في الوقت الذي لا يطرأ الحيض فيه متيسر.

وإذا شرع في صوم الشهرين، ثم بدا له أن لا يُتِمَّ، ويستأنف بعد ذلك، فقد ذكروا في جوازه احتمالين:

أحدهما: يجوز، كما يجوز تأخيره في الابتداء، وليس في الامتناع من الإتمام إبطال عبادة، فإنَّ صوم كل يوم عبادة مستقلة.

والثاني: لا يجوز؛ لأنه تبطل صفة الفرضية، والوقوع عن الكفارة فيما مضى،

(١) في ز: يبطلان.

(٢) قال النووي: لو أوجر الطعام مكرهاً، لم يفطر، ولم ينقطع تتابعه، هكذا قطع به الأصحاب في كل الطرق، وشذ المحاملي فحكى في «التجريد» وجهاً أنه يفطر وينقطع تتابعه، وهذا غلط. والله أعلم. قال في الخادم ما حكاه عن المحاملي كأنه سبق قلم فإنه صرح بالاتفاق هنا، نعم سبق في الصيام حكايته عن الحناطي واستغربه ولعله رحمه الله تعالى أراد فسبق قلمه للمحاملي.

ولو عرض ما لا يبطل التابع في خلال الشهرين؛ كالحيض وأرادت الحائض ترك الصوم بعد زوال الحيض، واستثنأ الشهرين بعد ذلك، ففيه الاحتمالان، وهذه الصورة هي التي ذكرها في الكتاب، وفي «الوسيط» والحكم فيها وفي الترك من غير أن يعرض عذر واحد، ولو عمم وقال: الحائض في صوم الشهرين لو تركته من غير عذر على عزم أن تبدى شهرين بعده، هل له ذلك؟ فيه خلاف لجاز أو كان أولى، وكذلك أورد الإمام، وصاحب الكتاب في «البيسط» ثم في المسألة كلمتان:

إحدهما: صور الإمام فيما إذا لم ينو صوم العِد، وقال: الإفطار في اليوم الذي شرع فيه، يبعد التسليط عليه؛ لما فيه من إبطال العيادة، وصاحب الكتاب أطلق لفظ الإفطار فقال: «ولو أفطرت على عزم أن تستأنف»، فيمكن أن يترك، ويحمل على ما قاله الإمام، ويجوز أن يقال: إذا كان ترك الصوم يبطل صفة الفرضية عما سبق، ويجعله نفلاً، فكذلك الإفطار في خلال اليوم يجعله نفلاً، والثقل يجوز الخروج منه. وقوله «بعد زوال الحيض» متعلق بقوله «أفطرت»، وفي بعض النسخ «بعد زوال العذر» وهما قريان.

والثانية: الأظهر من الاحتمالين عند صاحب الكتاب جواز الترك واستئناف الشهرين، وقال القاضي الروياني: والذي يقتضيه قياس المذهب أنه لا يجوز؛ لأن صوم الشهرين عبادة واحدة كصوم يوم واحد، فيكون قطعه كقطع فريضة شرع فيها، وأنه غير جائز، وهذا حسن والله أعلم - بالصواب.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: (الْخَصْلَةُ الثَّلَاثَةُ: الْإِطْعَامُ) وَهُوَ سِتُونَ مَدًّا فِي كَفَّارَةِ الظَّهَارِ وَالْقَتْلِ وَالْوِقَاعِ فِي شَهْرِ رَمَضَانَ بَدَلًا عَنْ صَوْمِ سِتِّينَ يَوْمًا \* وَيُضْرَفُ إِلَى سِتِّينَ مَسْكِينًا \* وَلَا يَكْفِي الصَّرْفُ إِلَى مِسْكِينٍ وَاحِدٍ فِي سِتِّينَ يَوْمًا \* وَجِنْسُهُ كَجِنْسِ زَكَاةِ الْفِطْرِ \* وَيَجِبُ فِيهِ التَّمْلِيكُ \* وَلَا يُجْزَىءُ التَّغْذِيَةُ (ح) وَالتَّغْشِيَةُ \* وَلَا يُغْدَلُ إِلَيْهِ إِلَّا بِعَدْرِ الْهَرَمِ أَوْ الْمَرَضِ الَّذِي يَدُومُ شَهْرَيْنِ \* وَأَمَّا السَّبْوُ (و) فَلَا يُرْخَصُ فِي تَرْكِ الصَّوْمِ عَلَى الْأَظْهَرِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قَالَ اللهُ تَعَالَى: ﴿فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فِإِطْعَامِ سِتِّينَ مَسْكِينًا﴾ [المجادلة: ٤] والكلام في هذه الخصلة يقع في فصول:

أحدها: في قدر الطعام، وهو في كفارة الظهار والوقاع في نهار رمضان وكذا في كفارة القتل إن أوجبنا فيه الإطعام ستون مدًّا لستين مسكينًا بدلًا عن صوم ستين يومًا، والاعتبار بمد رسول الله - ﷺ - وهو رطل وثلاث، [بالبغدادى] وذلك رُبُعُ صَاعٍ، فالصاع أربعة أمدادٍ على ما سبق، ولا يختلف [ذلك باختلاف] (١) جنس المُخْرَجِ، وقد قدّمنا أن

(١) سقط في ز.

عند أبي حنيفة المُدُّ رطلان، والصاع ثمانية أرطال؛ أربعة أمناء وأمداد ووظيفة كل مسكين إن أخرج البرُّ نصفُ صاع مُدَّان، ومن التمر والشعير صاع أربعة أمداد، وعنه في الزبيب روايتان، وقال مالك: الاعتبار في كفارة الظهار بِمُدِّ هشام بن عبد الملك بن مروان، وهو أزيد من مُدِّ رسول الله - ﷺ - قيل: هو مُدَّان بِمُدِّ النبي ﷺ، وقيل: هو مُدٌّ ونصف، وقيل: مد وثُلُث، وساعدنا في غير كفارة الظهار، وقال أحمد: لكل مسكين من البرِّ مُدٌّ، ومن الشعير والتمر مُدَّان، واحتج أصحابنا بِمَا رُوِيَ في حديث الأعرابي الذي جامع في نهار رمضان أن النبي - ﷺ - أتى بعرقٍ من تمرٍ فيه خمسة عشر صاعاً، فقال: خذْ هَذَا، وَأَطْعِمْ عَنْكَ سِتِينَ مِسْكِينًا، وهذا المبلغ إذا قُسِمَ على ستين، كان لكل واحدٍ منهم مُدٌّ لا صاعٌ، ويجوز أن يُعْلَمَ قوله في الكتاب «وهو ستون مدًّا» بالحاء؛ لأن الواجب عنده من البر مائة وعشرون مُدًّا، ومن غيره ستون صاعاً، وبالألف؛ لأن عنده الواجب من غير البر مائة وعشرون مُدًّا، ولا ينبغي أن يُعْلَمَ بالميم، فإنه لم يخالف في عدد المد، وإنما الخلاف في قدر المد، وأعلم قوله «والقتل» بالواو؛ لخلاف سيأتي في كفارة القتل في أن الإطعام هل له مدخل فيها؟ وأعلم أن في قدر الكفارة والفطرة<sup>(١)</sup> ونحوهما نوع إشكال؛ وذلك لأن الصيدلاني وغيره [من الأئمة]<sup>(٢)</sup> ذكروا في أن الاعتبار في ذلك بالكيل دون الوزن، وأرادوا به أن المقدار الذي يحويه الصاع يختلف وزنه باختلاف جنس المكيل<sup>(٣)</sup> ثقلاً وخفّة، فالبر أثقل من الشعير، وأنواع البرِّ أيضاً قد تختلف أوزانها، فالواجب الذي يحويه المكيل بالغاً وزنه ما بلغ، وذكر بعضهم أن الذي قيل في وزن الصاع على ما قدّمنا في زكاة الفطر، كأنه اعتبر فيه البرُّ أو التمر، وقضية هذا الكلام أن يجزىء من الشعير ما هو دون ذلك المقدار في الوزن، إذا كان يمثلاً الصاع، لكن اشتهر عن أبي [عبيد] القاسم بن سلام [ثم] عن ابن سريج أن دزهم الشريعة خمسون حبةً وخمسة حبةً ويسمى ذلك دزهم الكيل؛ لأن الرّطل الشرعي منه يركب، ويركب من الرّطل المُدُّ، ومن المد الصاع، وذكر الفقيه أبو محمد عبد الحق بن أبي بكر بن عطية أن الحبة التي يتركب منها الدرهم هي حبة الشعير المتوسطة التي لم تُقشّر، وقطع من طرفيها ما امتد، وقضية هذا أن يحوي الصاع هذا المقدار من الشعير، وحينئذ، فإن اعتبر الوزن، لم يمثلاً البر بهذا الوزن الصاع، ولم ينتظم القول بأن الواجب ما يحويه المكيال، وإن اعتبر الكيل، كان ما يجزىء من البرِّ أكثر مما يجزىء من الشعير<sup>(٤)</sup> بالوزن والله أعلم.

(٢) سقط في ز.

(١) في ز: والفطر.

(٣) في ز: الكيل.

(٤) قال النووي: هذا الإشكال وجوابه، وقد أوضحته في باب زكاة المعشرات.

**الفصل الثاني:** في المصروف إليه، وهو ستون مسكيناً، ولا يجزىء الصرْف إلى واحد في ستين يوماً، ولا يجزىء الصرْف إليه دفعةً واحدةً، واختلف الروياني في الصرْف في يوم واحد لستين دفعةً، واحتج الشافعي - رضي الله عنه - بأن قوله تعالى: ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾ [المجادلة: ٤] يشتمل على وِصْف، وهو المَسْكَنَةُ، وعلى عَدَدٍ وهو السُّتُونُ، فكما لا يجوز الإخلال بالوصف، لا يجوز الإخلال بالعَدَدِ، كما أن قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ فيه تعرُّضٌ لوصفٍ وعَدَدٍ وكما لا يجوز الإخلال بالوصف، لا يجوز الإخلال بالعَدَدِ، حتى لا تُكُونُ شَهَادَةٌ واحدةً كشهادةِ اثنين.

ولو جمع ستين مسكيناً، ووَضِعَ بين أيديهم سِتِّينَ مُدًّا، وقال: مَلَكْتُكُمْ هَذَا، وَأَطْلَقَ أو قال بالسُّوِيَّةِ، فقبِلُوهُ، جاز وقال الإضطخري: لا يجوز<sup>(١)</sup>؛ لأنَّ عَلَيْهِمْ مُؤَنَةُ الْقِسْمَةِ، فأشبه ما لو دفع إليهم سنابل، والمذهب الأول، وهذه المؤنة خفيفة، ولو قال: خذوا، ونوى الكفارة، فإن أخذوا بالسوية، أجزاء، وإن أخذوا على التفاوت، لم يجزئه إلا واحد، لأنَّ بَيِّنَةٌ أن أحدهم أَخَذَ مُدًّا، فإن ثَبَّتَ أن عَشْرَةَ أو عشرين منهم قَدْ أَخَذَ كُلُّ واحدٍ منهم مُدًّا، أجزاء ذلك القَدْر، وتدارك الباقي، ولو صرَفَ الستين إلى ثلاثين مسكيناً أجزاء منها ثلاثون مُدًّا، ويصرف إلى ثلاثين غيرهم ثلاثين مُدًّا، ويستردُّ الأمداد الزائدة من الأولين إن شَرَطَ كَوْنَهُ كَفَّارَةً، وإلا لم يسترد، ولو صرف ستين مُدًّا إلى مائةٍ وعشرين، أجزاء من ذلك ثلاثون مُدًّا، ويصرف ثلاثين مُدًّا إلى ستين منهم يختارهم، فالاسترداد من الباقيين على التفصيل المذكور، ويجوز صرْفُ الكفارة إلى الفقراء؛ فإنهم أشدُّ حالاً من المساكين، ولا يجوزُ صرْفُ الكفارة إلى الكفار خلافاً لأبي حنيفة في أهل الذمَّة، ولا إلى «الهاشمية» كالزكاة، ذكره صاحب «التهذيب» في فتاويه، ولا إلى من تَلَزَمَهُ نفقته؛ كالزوجة والقريب، ولا إلى عبد ولا مكاتب، خلافاً لأبي حنيفة في المكاتب، ولو صرف إلى عبد بإذن سيده، والسيد بصفة الاستحقاق، جاز؛ فإنه صرَفَ إلى السيد وبغير إذنه، يبنى على قبُولِهِ الوصية بغير إذن السيد، ويجوز أن يصرف [نصيب]<sup>(٢)</sup> المنجنون إلى الولي، ولا يجوز أن ينقص المصروف إلى الصغير<sup>(٣)</sup> عن المُدِّ، وإن كان يكفيه اليسير، وعن الداركي: أن أبا إسحاق ذَكَرَ وجهاً: أنه إن كان الصَّغِيرُ رضيعاً، لم يصح الصرْفُ له؛ لأن طعمه اللَّيْنُ دون الحَبِّ.

وحكى القاضي ابن كج فيما لو دَفَعَهُ إلى الصَّغِيرِ، فبلغه الصغير وَلِيَّهُ<sup>(٤)</sup>.

**الفصل الثالث:** في جنسِهِ، وجنْسُ الطعام المُخْرَجِ في الكفارة جنْسُ الفطرة، وفي

(١) وصور في البيان المسألة بما إذا أقبضهم إياه فقبضوه ولا بد منه.

(٢) سقط في ز. (٣) في ز: للصغير.

(٤) في ز: وله.

الأرز وجه، نقله السرخسي: أنه لا يجزىء، وحكى القاضي ابن كج وجهاً: أنه لا يجزىء، إذا نحيث<sup>(١)</sup> عنه القشرة العليا؛ لأن ادخاره فيها، والظاهر الآخر. ثم إن كان في القشرة العليا، فيُخْرَج قَدْرًا ما يَغْلَمُ اشتماله على مُدٍّ من الحب، ولم يَجْرِ في الفطرة ذِكْرُ هذا الخلاف مع الأرز، وجرى ذِكْرُ قول في العَدَسِ والحُمَصِ، ويُشَبَّه أن يجيء في كل بابٍ ما نقل في الآخر، وفي الأقط الخلاف المذكور هناك، فإن قلنا بإجزائه، فيخص أهل البادية أم يعم الحاضر والبادي؟ وذكر القاضي ابن كج فيه وجهين، وفي اللحم واللبن خلاف مرتب على الأقط، وأولى بالمنع؛ لأنه لا يُدَخَّر، ثم يتعيّن على المُكْفَر من الأجناس المجزئة غالبُ قوت البلد<sup>(٢)</sup>، فإن كان الغالب ما لا يجزىء؛ كاللحم، إذا قلنا: إنه لا يُجْزَىء، فيخرج من القوت الغالب في أقرب البلاد إليه، وقال أبو عبيد بن حربويه - رحمه الله -: عليه الاعتبار بغالب قوته على الخُصُوص، كما قاله في الفطرة، وقد ذكرنا في الفطرة وجهاً أو قولاً: أنه يتخير بين الأجناس المجزئة، وهو جارٍ هاهنا؛ ألا تراهم يقولون: إذا تعيّن قوت، جاز إخراج ما هو أعلى منه، وفي الأدنى خلاف، ويجوز الأدنى يختبر، ولا يجزىء الدقيق ولا السويق ولا الخبز، خلافاً لأبي حنيفة.

وعن أبي القاسم الأنماطي: تجوز الدقيق كما قاله في الفطرة، وحكى القاضي أبو الطيب عنه التجوز في السويق أيضاً، ونقل القاضي الرُّوياني عنه أجزاء الخبز أيضاً، وروي مثل ذلك عن ابن أبي هريرة والصنمري واختاره لنفسه، وعن ابن خيران: أنه يجوز أن يُعطى كل مسكين رطلين خُبز، وقليل أدم، والظاهر ما سبق ولا تُجْزَىء الدراهم والدنانير؛ بدلاً، خلافاً لأبي حنيفة.

والرابع: طريق الصّرف إلى المستحقين، وهو التملك والتسليط التام، فلا يكفي التغذية والتعشية، كما في الزكاة، وعند أبي حنيفة: تجزىء التغذية والتعشية، قال في «التتمة»: وإنما يظهر الخلاف في الثمر؛ فإن الخبز يجزىء عندنا بحالته<sup>(٣)</sup> كما يجوز العُدُول من الصيام إلى الإطعام، فإذا عَجَزَ عن الصوم لِهَرَمٍ أو مرض، كان له العُدُول إلى الإطعام، ويمثله أجابوا فيما إذا لم يَعْجَز، ولكن كان يُلْحَقُه من الصوم مشقةً شديدةً أو كان يَخَاف زيادةً في المرض، ثم لم يعتبر الإمام وصاحب الكتاب في المرَض أن لا يُزَجَى زواله، بل قالوا<sup>(٤)</sup>: لو كان يدوم شهرين في غالب الظنّ المستفاد من اطراد العادة

(١) في ب: نحت.

(٢) قال في الخادم: وفي جنس القوت قولان أحدهما أنه يجزئه أي نوع شاء والثاني أنه يجزئه النوع الغالب. قال: وأي غالب يعتبر فيه وجهان. أحدهما: غالب قوت البلد والثاني: فوقه لقوله تعالى: ﴿من أوسط ما تطعمون أهليكم﴾.

(٣) في ز: فحال.

(٤) في ز: قالوا.

في مثله أو [من] (١) مراجعة الأطباء، فله أن يَعدِل إلى الإطعام، ولا ينتظر زواله؛ ليصوم بخلاف ما إذا كان مألّه غائباً؛ حيث لا يجوز له الصيام، بل ينتظر وصول (٢) المال؛ ليعتق، والفرق أن الله - تعالى - قال: ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾ ولا يقال لمن يملك مالاً جمعاً غائباً عنه: إنه غير واحد للرقبة، وقال في الصيام: ﴿فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فِإِطْعَامِ سِتِّينَ مِسْكِيناً﴾ ويقال للعاجز بالمرض الناجز: إنه غير مستطيع للصوم، وأيضاً، فوصول المال يتعلّق باختياره، والاختيار في مقدّمات الشيء، والسبب إليه، كالاختيار في نفسه، وزوال المرض لا يتعلّق بالاختيار، وقضية كلام الأكثرين (٣): أنه لا يَجُوز الإطعام بمثل هذا المرض، بل يعتبر في المرض أن يكون بحيث لا يُزجى زواله، وصرح صاحب «التتمة» بتشبيه المرص عند رجاء الزوال بالمال الغائب، حتى لا يعدل بسببه إلى الإطعام في غير كفارة الظهار، وحتى يجيء في كفارة الظهار الخلاف المذكور فيها في المال الغائب، فليُعلم؛ لذلك قوله في الكتاب «يدوم شهرين» بالواو.

فإن جُوّزنا العدول إلى الإطعام مع رجاء الزوال، فأطعم ثم زال، لم يلزمه العود إلى الصيام، وإن اعتبر ألا يكون المرض مرّجواً الزوال، فلو كان كذلك، ثم اتفق الزوال نادراً، فيشبه أن يُلحَق بما إذا اعتق عبداً لا يرجى زوال مرصه، واتفق الزوال (٤).

ولا يلحق السفر فيما نحن فيه بالمرض على الظاهر؛ لأن المسافر مُستطيع

(١) سقط في ز.

(٢) في ب: شطر وصول.

(٣) عبارة النووي: «مقتضى كلام الأكثرين» هو أصوب من كلام الرافعي حيث قال «وقضية كلام الأكثرين»، فإن التقييد إنما صرح به الشيرازي في المهذب والبغوي والمتولي والشاشي والجرجاني والذي يقتضيه كلام الأكثرين العدول بمجرد المرض لا يشترط فيه عدم رجاء الزوال، وممن أطلق المرض الشيخ أبو حامد وأتباعه من العراقيين والدارمي في الاستذكار والقاضي أبو الطيب وابن الصباغ والرويانى ومن المراوذة القاضي الحسن وأبو الفرج الباز في تعليقه والشيخ أبو محمد في مختصره والغزالي في خلاصته وعليه نص الشافعي في الأم.

(٤) قال النووي: وصرح كثيرون باشتراط كون المرض لا يرجى زواله، والأصح ما قاله الإمام، قد وافقه عليه آخرون. وقال صاحب «الحاوي»: إن كان عجزه بهرم ونحوه، فهو يتأبد، فله الإطعام، والأولى تقديمه، وإن كان يرجى زواله كالعجز بالمرض، فهو الخيار بين تعجيل الإطعام وبين انتظار البر للتكفير بالصيام، وسواء كان عجزه بحيث لا يقدر على الصيام أو يلحقه مشقة غالبية مع قدرته عليه، فله في الحالين الإطعام، وكذا الفطر في رمضان، قال: ولو قدر على صوم شهر فقط، أو على صوم شهرين فلا تتابع، فله العدول إلى الإطعام. قال إمام الحرمين في «باب زكاة الفطر»: لو عجز عن العتق والصوم ولم يملك من الطعام إلا ثلاثين مداً، أو مداً واحداً، لزمه إخراجه بلا خلاف، إذ لا بد له، وإن وجد بعض مد، ففيه احتمال، وهذا كلامه، وينبغي أن يحرم بوجود بعض المد للعلة المذكورة في المد. قال الدارمي في «كتاب الصيام»: إذا قدر على بعض الإطعام، وقلنا: يسقط عن العاجز، ففي سقوطها عن هذا وجهان، فإن قلنا: لا تسقط، أخرج الموجود، وفي ثبوت الباقي في ذمته وجهان.

للصوم، وفي «النهاية» عن القاضي الحسين وغيره: أن السَّفر الذي يُجوز الإفطار في رمضان، يُجوز العدول إلى الإطعام.

وفي جواز العدول إلى بدل الإطعام؛ لعذر الشَّبَقِ وغلبة الشهوة وجهان، وقد مرَّت المسألة مرَّةً في كتاب الصيام، والأظهر عند الإمام وصاحب الكتاب: لا يُجوز، والأكثر من مالوا إلى التَّجْوِيز، وبه أجاب أبو إسحاق فيما روى الداركي، ولم يورد القاضي حَسَنٌ غيره، قالوا: ويخالف هذا صوم رمضان، حيث لا يُتْرَك بهذا العذر؛ لأنه لا يَدَلُّ<sup>(١)</sup> له، ولصوم الكفارة بَدَلٌ، وهذه صورة تدخُل في باب العاجز عن جميع خصال الكفارة، هل تستقر الكفارة في ذمته؟ فيه خلافٌ ذكرناه في كتاب الصَّوْم، والظاهر الاستقرار، وقد بُيِّنَ الخِلاف على أن الاعتبار في الكفارة بحال الوجوب أم بحال الأداء؟ إن اعتبرنا حالَ الوجوب، لم يستقر عليه شيء، وكان للمظاهر أن يَطَأ، ويستحب أن يأتي بما يَقْدِرُ عليه، وإن اعتبرنا حال الأداء، لزومه أن يأتي بما يَقْدِرُ عليه من الخِصال، ولا يَطَأ المظاهر حتَّى<sup>(٢)</sup> يكفر، ومن لا يجد إلا بعض رقبة كمن لا يجد شيئاً، فيصوم، فإن لم يقدر، والحالة هذه، على الصيام والإطعام، فعن أبي الحُسَيْن بن القطان تخريج أوجه فيه:

أحدها: أنه يُخْرِج المقدور عليه، ولا شيء عليه غيره.

والثاني: يخرج، وباقي الكفارة في ذمته.

والثالث: لا يُخْرِجه أيضاً ولا يجوز تفريق الكفارة الواحدة، بأن يعق نصف عبد ويصوم شهراً أو يصوم شهراً، ويطعم<sup>(٣)</sup> ثلاثين.

ويجوز<sup>(٤)</sup> أن يصرف إلى مسكين واحدٍ مُدَّين عن كفارتين، ولو دفع مدّاً إلى مسكين، ثم اشتراه منه ودفعه إلى آخر، ولم يزل يفعل ذلك إلى استيعاب السِّتين أجزاً،

(١) قال النووي: ولأن في صوم رمضان يمكن الجماع ليلاً، بخلاف كفارة الظهار، ولو كان يغلبه الجوع ويعجز عن الصوم، قال القفال والقاضي حسين والبيهقي: لا يجوز له ترك الشروع في الصوم، بل يشرع، فإذا عجز، أفطر، بخلاف الشيق، فإن له ترك الشروع على الأصح؛ لأن الخروج من الصوم يباح بفطر الجوع دون فرط الشيق. والله أعلم.

(٢) قال الشيخ البلقيني: لو ظاهر من زوجته الأمة ثم اشتراها، فلا يَطَأ حتى يكفر.

(٣) قطعوا به، وحكوا في البحر في تبعض جزاء الصيد وجهين فقال: لو أدى ثلث شاة وأطعم بقدر ثلثها وصام الباقي قال القفال: فيه وجهان: أحدهما: المنع، والثاني: يجوز لأنه قد يجب الثلث فيه ابتداء دون الكل بخلاف الكفارة.

قال: وهذا أقيس عندي وأشبه بالمذهب.

(٤) سقط في ز.



لكنه مكروه. ولو وطئ المظاهر المظاهر عنها في خلال الإطعام، لم يجب الاستئاف، كما لو وطئ في خلال الصيام ليلاً.

ولو أطعم بعض المساكين، ثم قَدَّر على الصَّوم، لم يلزمه الصوم، كما لو شرَّع في الصوم، ثم قَدَّر على الإعتاق، لا يعود إلى الإعتاق.

وفي تجربة القاضي الرُّوياني: أنه لو دفع الطعام إلى الإمام، فتلف في يده قبل التفريق على المساكين، فظاهر المذهب أن الفرض لا يسقط عن المُكفِّر بخلاف الزكاة؛ لأن الإمام لا يد له في الكفارة.

وفي فتاوى صاحب «التهذيب»: أنه لو قال لغيره: أعتق عبدك عني على كذا، فقال: أعتقته عنك مجاناً كان كما لو ابتداء به، فيقع العتق عن المُعتق دون المُستدعي. والله أعلم.

## كِتَابُ اللَّعَانِ

وَالنَّظْرُ فِي الْقَذْفِ ثُمَّ اللَّعَانِ \* وَفِي الْقَذْفِ بَابَانِ

الأوَّلُ فِي أَلْفَاظِ الْقَذْفِ وَمَوْجِبِهَا \* وَفِيهِ فَضْلَانِ

(الأوَّلُ فِي الأَلْفَاظِ) وَصَرِيحُهَا أَنْ يَقُولَ: زُنَيْتَ أَوْ يَا زَانِي \* وَكَذَلِكَ لَفْظُ النَّيْكِ وَإِيْلَاجُ الحَسَنَةِ \* وَالكِنَايَةُ كَقَوْلِهِ لِلْقَرَشِيِّ: يَا نَبْطِي \* فَإِنْ أَرَادَ الزَّانَا فَهُوَ قَذْفٌ \* وَإِنْ أَنْكَرَ فَمَلَيْهِ اليَمِينُ \* وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَخْلِفَ كَازِيًا عَلَى إِخْفَاءِ نَيْتِهِ \* وَإِنْ لَمْ يَخْلِفْ فَلَهُ أَنْ لَا يَقَرَّ بِالنَّيْتِ حَتَّى لَا يُؤْذِيَ المَقْدُوفَ \* وَلَكِنَّ الحَدَّ يَجِبُ عَلَيْهِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى \* وَلَا يَبْغُدُ أَنْ يَجِبَ الإِعْتِرَافُ لِتَوْفِيَةِ الحَدِّ \* وَأَمَّا قَوْلُهُ: يَابْنَ الحَلَالِ وَأَمَّا أَنَا فَلَسْتُ بِزَانٍ فَهُوَ تَغْرِیضٌ (م) لَيْسَ بِكِتَابِيَّةٍ وَلَا صَرِيحٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: اللَّعَانُ مُضَرٌّ: لَأَعَنَ يُلَاعِنُ، وَيَعْبِرُ عَنْهُ: كَلِمَاتٌ مَعْلُومَةٌ جُعِلَتْ حِجَّةً لِلْمُضْطَرِّ إِلَى قَذْفٍ مِنْ لَطَخِ فَرَاشِهِ، وَالْحَقُّ العَارِ بِهِ، سَمِيَتْ لَعَانًا؛ لِاشْتِمَالِهَا عَلَى

(١) اللَّعَانُ لُغَةٌ: مُصَدَّرٌ لَاعِنٌ لَعَانًا: إِذَا فَعَلَ مَا ذَكَرَ، أَوْ لَعِنَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الاثْنَيْنِ الأَخْر. قَالَ الأَزْهَرِيُّ: وَأَصْلُ اللَّعْنِ: الطَّرْدُ، وَالإِبْعَادُ. يُقَالُ: لَعَنَ اللهُ، أَي: بَاعَدَهُ. انظُر: لِسَانُ العَرَبِ ٥/٤٠٤٤، المصباح المنير ٢/٧٦١.

وَأَصْطِلَاحًا:

عَرَفَهُ الحَنْفِيَّةُ بِأَنَّهُ: شَهَادَاتٌ مُؤَكَّدَاتٌ بِالإِيمَانِ مَقْرُونَةٌ بِاللَّعْنِ قَائِمَةٌ مَقَامَ حُدِّ القَذْفِ فِي حَقِّهِ وَمَقَامَ حُدِّ الزَّانَا فِي حَقِّهَا.

عَرَفَهُ الشَّافِعِيَّةُ بِأَنَّهُ: كَلِمَاتٌ مَعْلُومَةٌ جُعِلَتْ حِجَّةً لِلْمُضْطَرِّ إِلَى قَذْفٍ مِنْ لَطَخِ فَرَاشِهِ وَالْحَقُّ العَارِيَّةُ أَوْ إِلَى نَفْسِي وَوَلَدِي.

عَرَفَهُ المَالِكِيَّةُ بِأَنَّهُ: حَلْفُ زَوْجٍ مُسْلِمٍ مُكَلَّفٍ عَلَى زَنَا زَوْجَتِهِ أَوْ نَفْسِي حَمَلَهَا وَحَلْفُهَا عَلَى تَكْذِيبِهِ أَرْبَعًا.

عَرَفَهُ الحَنَابِلَةُ بِأَنَّهُ: شَهَادَاتٌ مُؤَكَّدَاتٌ بِأِيمَانٍ مِنَ الجَانِبَيْنِ مَقْرُونَةٌ بِاللَّعْنِ وَالعُضْبِ قَائِمَةٌ مَقَامَ حُدِّ القَذْفِ أَوْ تَعْذِيبِ أَوْ حُدِّ زَنَا فِي جَانِبِهَا.

انظُر: تَبْيِينُ الحَقَائِقِ ٣/١٤، حَاشِيَةُ ابْنِ عَابِدِينَ ٢/٥٨٥، مَغْنِي المَحْتَجِ ٣/٣٦٧، الشَّرْحُ الصَّغِيرُ ٢/٢٩٩ وَالكَافِي ٢/٦٠٩، كَشَافُ القَنْعِ ٥/٣٩٠ وَالأَشْرَافُ ٢/١٦٧.

كلمة اللعن، قال الإمام - قدس الله روحه -: وَخُصَّتْ بِهَذِهِ التَّسْمِيَةِ؛ لِأَنَّ اللَّعْنَ كَلِمَةٌ عَرَبِيَّةٌ فِي مَقَامِ الْحُجَجِ مِنَ الشَّهَادَاتِ وَالْإِيمَانِ، وَالشَّيْءُ يَشْتَهَرُ<sup>(١)</sup> بِمَا يَقَعُ فِيهِ مِنَ الْغَرِيبِ، وَعَلَى ذَلِكَ جَرَى مَغْظَمُ مَسْمِيَّاتِ<sup>(٢)</sup> سُورِ الْقُرْآنِ، وَلَمْ يُسَمَّ بِمَا يَسْبِقُ مِنَ الْعُضْبِ؛ لِأَنَّ لَفْظَ الْعُضْبِ يَقَعُ فِي جَانِبِ الْمَرْأَةِ، وَجَانِبِ الرَّجُلِ أَقْوَى، وَأَيْضًا فَلِعَانَهُ يَسْبِقُ لِعَانَهَا، وَقَدْ يَنْفَكُ عَنِ لِعَانِهَا.

وقد ورد باللعان الكتاب والسنة، قال الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ﴾ [النور: ٦] الآيات، وروى ابن عباس<sup>(٤)</sup> - رضي الله عنهما -: «أن هلال بن أمية قذف امرأته عند النبي ﷺ بِشَرْنِكِ ابْنِ سَخْمَاءَ، فَقَالَ النَّبِيُّ - ﷺ -: «الْبَيْتَةُ أَوْ حَدٌّ فِي ظَهْرِكَ» فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِذَا رَأَى أَحَدٌ عَلَى أَمْرَاتِهِ رَجُلًا، يَنْطَلِقُ يَلْتَمِسُ الْبَيْتَةَ، فَجَعَلَ النَّبِيُّ - ﷺ - يَقُولُ: الْبَيْتَةُ حَدٌّ فِي ظَهْرِكَ فَقَالَ هَلَالٌ: وَالَّذِي بَعَثَكَ بِالْحَقِّ، إِنِّي لَصَادِقٌ، وَلَيُنزِلَنَّ اللَّهُ مَا يُبَيِّرُ ظَهْرِي مِنَ الْحَدِّ، فَنَزَلَ جِبْرِيلُ - عَلَيْهِ السَّلَامُ - وَأَنْزَلَ قَوْلَهُ تَعَالَى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ الآيات، وروى سهل بن سعد الساعدي أن عويمَرَ العجلاني قال: يا رسول الله: أَرَأَيْتَ رَجُلًا وَجَدَ مَعَ أَمْرَاتِهِ رَجُلًا، أَيَقْتُلُهُ فَتَقْتُلُونَهُ، أَمْ كَيْفَ يَفْعَلُ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: قَدْ أَنْزَلَ اللَّهُ تَعَالَى فِيكَ وَفِي صَاحِبَتِكَ فَأَذْهَبْ، فَأَتِ بِهَا، فَقَالَ سَهْلٌ، فَتَلَا عَنَّا فِي الْمَسْجِدِ، وَأَنَا مَعَ النَّاسِ عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ - ﷺ - وَذَكَرُوا أَنَّ الْآيَاتِ وَرَدَّتْ فِي قِصَّةِ هَلَالٍ<sup>(٥)</sup>.

وقوله في القصة الثانية «أَنْزَلَ فِيكَ وَفِي صَاحِبَتِكَ» حُمِلَ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ: أَنَّهُ بَيَّنَّ حُكْمَ الْوَاقِعَةِ بِمَا أَنْزَلَ فِي حَقِّ هَلَالٍ، وَالْحُكْمُ عَلَى الْوَاحِدِ حُكْمٌ عَلَى الْجَمَاعَةِ، وَاعْلَمْ أَنَّ اللَّعَانَ سَبَقَهُ الْقَذْفُ، وَيَحْتَاجُ فِي الْبَابِ إِلَى مَعْرِفَةِ سُورَةِ الْقَذْفِ وَاللَّعَانِ وَأَحْكَامِهِمَا، فَيَقَعُ الْكَلَامُ فِي قَسْمَيْنِ: أَحَدُهُمَا: فِي الْقَذْفِ، وَالثَّانِي: فِي اللَّعَانِ، وَهَذَا مَا أَرَادَ بِقَوْلِهِ: «وَالنَّظَرُ فِي الْقَذْفِ ثُمَّ فِي اللَّعَانِ»، وَالْقَذْفُ يَنْقَسِمُ إِلَى: قَذْفِ الزَّوْجِ زَوْجَتِهِ، وَإِلَى غَيْرِهِ، وَالْقِسْمَانِ يَشْتَرِكَانِ فِي أَحْكَامٍ، وَيَفْتَرِقَانِ فِي أَحْكَامٍ، فَعَقَّدَ فِيهِ بَابَيْنِ:

أحدهما: في ألفاظ القذف وأحكامه العامة، والثاني: في قذف الأزواج خاصة،

(١) في أ: يشهر.

(٢) سقط في ز.

(٤) قال الحافظ: في الباب عن أنس رواه مسلم من طريق ابن سيرين أن أنس بن مالك قال: إن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك ابن السخماء، وكان أخا البراء بن مالك لأمه، وكان أول من لاعن، الحديث.

(٥) متفق عليه وفي آخره: قال فلما فرغا قال عويمر: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها، فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله ﷺ.

ومن أحكام هذا القذف اللعان، وذلك يُخوِّج إلى معرفة صورة اللعان، فاشتمل الباب على فصل في أركان اللعان، واندرج في القسم الأول: بيان سورة اللعان ويُجرَّد القسم الثاني لأحكام اللعان، وذلك هو الباب الذي ذكره آخرًا، والأحسن أن يُبدَّل لفظ الباب الثالث بالقسم الثاني، وقوله في خلال الباب الثاني «الفصل الثالث: في فروع متفرقة» هكذا يوجد في النسخ، وهو بعيد عن انتظام [الكلام]؛ لأنه واقع بين الرُّكن الثالث والرابع، وغرض الفصل بيان الأركان، فلا مَعْنَى لإيراد فضلٍ آخَرَ بينهما، واللوجه أن يُطْرَحَ لفظ الفصل الثالث، ويُقتَصَر على فروع متفرقة ويقال في أول الباب الثاني «وفيه فصلان» وبالجمله ففي ترتيب الباب ضبط في الكتاب، وقد وَقَّع في «البسيط» و«الوسيط» مثله أو أعظم منه، وطريق تحقيقه ما أتينا به.

أما الباب الأوَّل، ففيه فصلان:

أحدهما: في ألفاظ القذف، والثاني: في موجه:

أما الأول، فاللفظ الذي يُقصد به القذف يتقسم إلى صريح، وكناية، وتعريض:

أما الصريح: فهو لفظ الزنا؛ بأن يقول للرجل: زَنَيْتَ أو يا زَانِي، وللمرأة زَنَيْتِ أو يا زَانِيَّة، والثَّيْبُ، وإِيلَاجِ الحَشْفَةِ، والدُّكْرِ صَرِيحان أيضاً، لكن مع الوصف بالتحريم<sup>(١)</sup>، فإن مُطْلَقَهَا يقع على الحلال والحرام، والخلاف المذكور في «باب الإيلاء» في الجماع، وسائر الألفاظ هل هي صريحة تُعوِّدُ هاهنا؟ فما كان صريحاً وانضم إليه الوصف بالتحريم، كان قذفاً، ولو قال: عَلَوْتُ عَلَيَّ رَجُلٌ حتى دخل ذكره في فَرْجِكَ، فهو قاذفٌ، والرَّمْيُ بالإصابة في الدُّبْرِ بأن قال: «لَأَطَّكَ فَلَانٌ» قذف، سواء خوطب به الرَّجُلُ أو المرأة، وعن المزنِي: أنه قال في «المختصر الكبير» كالمُنكَر لذلك: لا أدري على ماذا أقيسه، فقال الأصحاب: قَسِه على القُبُلِ بجامع أنه وطء يتعلَّق به الحدُّ، وأبو حنيفة لا يجعله قذفاً؛ بناء على أنه لا يتعلَّق به الحدُّ، [ولو قال يا لوطي، فهو كناية]<sup>(٢)</sup> ولو قال: أَتَيْتَ البهيمةَ، فهو قذفٌ، إن جعلنا إتيان البهيمة زناً، وحكم القذف إنما يتعلَّق بالنسبة إلى الزَّنا، أما النسبة إلى سائر الكبائر والإيذاء بسائر الوجوه فلا يتعلَّق به حدٌّ، وإنما الواجب فيه التَّغْزِيرُ، وكذا لو قرطبه أو دَيْثَه، وكذا لو

(١) قال الشيخ البلقيني قوله «مع الوصف بالتحريم» لا يكفي في الصراحة المتناولة وطء زوجته وهي معتدة عن شبهة أو حائض أو نفساء ونحو ذلك مما ليس صريحاً في القذف فلا ينبغي أن يعد ذلك صريحاً إلا بأن ينضم إليه ما يقتضي الزنا، فإن قيل فقول الأجنبي لست ابن فلان يكون به على الص المقرر قاذفاً لأنه فأمأ لغبلة استعماله في القذف بخلاف الوصف بالتحريم.

(٢) سقط في ز.

قال لامرأته: زَنَيْتِ بفلانة، أو زَنْتِ بِكِ أو أَصَابَتْكِ فلانة، بنسبِها إلى السُّحاق.

وأما الكتابة، فكقوله للقرشي: <sup>(١)</sup> يا نَبْطِي وللرجل: يا فاجر ويا فاسق، ويا خبيث، وللمرأة: يا خبيثة، ويا شقية وأنت تحيين الخُلوة، وفلانة لا تردُّ يدَ لاسم، وما أشبه ذلك، فإن أراد النسبة إلى الزنا، فهو قَذْف، وإلا فلَيْسَ بِقَذْفٍ، وإذا أنكر الإرادة، صُدِّقَ بيمينه، وإذا عرضت اليمين عليه، فليس له أن يحلف كاذباً؛ دفعاً للحد أو تحرزاً من إتمام <sup>(٢)</sup> الإيذاء ولو خلى، ولم يَخْلَف، فالحكاية عن كلام الأصحاب - رحمهم الله -: أنه يجب عليه الإظهار، ليستوفى منه [الحد، وتبرأ ذمته؛ كمن قتل إنساناً في خفية يجب عليه إظهاره لِيُسْتَوْفَى منه القصاص، أو يُعْفَى عنه، وهذا قولٌ يوجب الحدَّ عليه فيما بينه وبين الله - تعالى -، وفيه احتمال آخر: أنه لا يجب الإظهار؛ لأن إظهار التفسير إتمام الإيذاء، فيبعد إيجابه، وعلى هذا، فلا يُحْكَمُ بوجوب الحدِّ ما لم يوجد الإيذاء التام، ونظم الكتاب يميل إلى ترجيح هذا الاحتمال، والأول أشبه، والله أعلم.

وأما قول الزوج لزوجته: لم أَجْذِكِ عَذْرَاءً، فَلَيْسَ بصريح في القَذْف، وكذا قوله: وجدتُ معك رجلاً، وحكي عن القديم: أنه صريحٌ، ولو قاله أجنبي لأجنبية، لم يكن صريحاً، بلا خلاف؛ لأنه قد يريد زَوْجَهَا، ولو قال: زَنَيْتِ مع فلانٍ، فهو صريح في حقِّ المخاطبة دون فلان.

وعن أبي حنيفة: أن صريح في حقِّ فلانٍ أيضاً.

وأما التعريض، فليس بِقَذْفٍ، وإنَّ أرادَه، وذلك كقوله: يابنَ الحلالِ، وأما أنا، فَلَسْتُ بزانية، وأمِّي ليست بزانية، وما أحسن اسمك في الجيران، وما أشبه ذلك؛ لأن النية إنما تؤثر إذا احتمل اللفظ المنوي، وهاهنا لا دلالة [له] <sup>(٣)</sup> في اللفظ ولا احتمال، وما يتخيل، ويفهم منه، فمستنده قرائن الأحوال. هذا هو الأصح، وفيه وجة: أنه كناية، فإذا انضمت إليه النية كان قذفاً؛ اعتماداً على الفهم وحصول الإيذاء، وهذا ما أورده الشيخ أبو حامد وجماعة، وعن مالك وأحمد - رحمهما الله - أنه صريح في حال الغضب، وربما أطلق الثقل عن مالك، فيجوز أن يُعْلَمَ قوله في الكتاب «ليس بكناية» بالواو، وقوله «ولا صريح» بالميم والألف، والمثال المذكور في الكتاب للكناية وهو قوله للقرشي «يا نبطي»، يكون قذفاً للأم إذا أراد أنها زنت، لا للمخاطب.

(١) المذكور في النسخ الصحيحة من الرافي «فكقوله للعربي» وهو أعم، فإنه يشمل القرشي وغيره، وكذا غير الشافعي في المختصر فقال: ولو قال للعربي يا نبطي وهو بفتحيتين كما قاله في الصحاح، قال والنبط قوم ينزلون بالبوايح من العراقيين والجمع أنباط، وقيل: هم نصارى الشام، وقال ابن السيد: النبط جنس من المعجم يسكنون الشام والعراق ومنزله هناك منزلة القبط بمصر.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: تمام الآية.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: ثُمَّ فِيهِ مَسَائِلُ: (إِحْدَاهَا) لَوْ قَالَ لِامْرَأَةٍ: زَنَيْتُ بِكَ فَهَذَا إِقْرَارٌ وَقَذْفٌ \* فَلَوْ قَالَ لِزَوْجَتِهِ: يَا زَانِيَةً فَقَالَتْ: زَنَيْتُ بِكَ وَأَرَادَتْ زَنَا قَبْلَ النِّكَاحِ فَعَلَيْهَا حَدُّ الزُّنَا وَحَدُّ الْقَذْفِ وَسَقَطَ الْحَدُّ عَنِ الزَّوْجِ \* وَإِنْ قَالَتْ: أَرَدْتُ نَفْيَ الزُّنَا لِأَنِّي لَمْ يَجَامِعْنِي غَيْرُهُ فِي النِّكَاحِ فَيُقْبَلُ قَوْلُهَا مَعَ يَمِينِهَا وَيَبْقَى حَدُّ الْقَذْفِ عَلَى الزَّوْجِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مُفْتَتِحُ الْفَصْلِ كَالْقَاعِدَةِ الْمَوْسُئَةِ لِأَلْفَاظِ الْقَذْفِ، وَعَقَّبَهَا بِمَسَائِلَ تَعَلَّقَتْ بِهَا، وَتَوَضَّحَهَا.

فمنها: إذا قال لامرأته أو لأجنبية: زَنَيْتُ بِكَ، فهذا إقرار منه على نفسه بالزنا، وقذف لها، فعليه حدُّ الزنا والقذف، ويُقدَّم حدُّ القذف، لأنه حقُّ الأدمي، فإن رجع سقط حدُّ الزنا دون القذف. ولو قالت امرأة لزوجها أو لأجنبي: زَنَيْتُ بِكَ، فكَذَلِكَ الْحُكْمُ هِيَ مُقَرَّرَةٌ بِزَنَاهَا، وَقَازِفَةٌ لَهُ، هَذَا هُوَ الْمَشْهُورُ، وَرَأَى الْإِمَامُ أَنْ لَا يُجْعَلَ ذَلِكَ قَذْفًا صَرِيحًا؛ لِاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ<sup>(١)</sup> الْمَخَاطَبُ مُسْتَكْرَهًا، وَانْتِظَامِ الْكَلَامِ مَعَ ذَلِكَ، وَهَذَا مَتِينٌ، وَيُؤَيِّدُهُ مَا ذَكَرْنَاهُ، وَلَوْ قَالَ: زَنَيْتُ مَعَ فُلَانٍ، كَانَ ذَلِكَ قَذْفًا لَهَا دُونَ فُلَانٍ.

فلو قال لامرأته: يَا زَانِيَةً، فَقَالَتْ: زَنَيْتُ بِكَ، أَوْ بِكَ زَنَيْتُ، فَهُوَ قَازِفٌ لَهَا، وَلَيْسَتْ هِيَ بِمَصْرُوحَةٍ بِالْقَذْفِ؛ لِأَنَّ الْجَوَابَ مَتَرَدِّدٌ مَحْتَمَلٌ، فَإِنْ أَرَادَتْ حَقِيقَةَ الزُّنَا، وَأَنْهَمَا زَنَيْتَا قَبْلَ النِّكَاحِ، فَهِيَ مُقَرَّرَةٌ عَلَى نَفْسِهَا بِالزُّنَا، وَقَازِفَةٌ لِلزَّوْجِ وَيَسْقُطُ عَنْهُ حَدُّ الْقَذْفِ؛ لِإِقْرَارِهَا، وَلَكِنْ يُعْزِرُ لِلإِيذَاءِ كَذَلِكَ حِكَاةُ الصِّدْلَانِيِّ عَنِ الْقُقَالِ، وَإِنْ أَرَادَتْ أَنَّهَا هِيَ الَّتِي زَنَتْ، وَهُوَ لَمْ يَزِنْ، كَأَنَّهَا تَقُولُ: زَنَيْتُ بِهِ قَبْلَ النِّكَاحِ، وَهُوَ مَجْنُونٌ أَوْ نَائِمٌ أَوْ وَطِئَنِي بِالشَّبِيهِ، وَأَنَا أَعْرِفُ صُورَةَ الْحَالِ، فَيَسْقُطُ عَنْهُ حَدُّ الْقَذْفِ، وَيُثَبَّتُ عَلَيْهَا حَدُّ الزُّنَا بِإِقْرَارِهَا، وَلَا تَكُونُ قَازِفَةً، فَإِنْ كَذَبَهَا الزَّوْجُ، وَقَالَ: أَرَدْتُ قَذْفِي، فَهِيَ الْمَصْدُوقَةُ بِيَمِينِهَا، فَإِنْ نَكَلَتْ، فَحَلْفٌ، فَلَهُ حَدُّ الْقَذْفِ، وَلَوْ قَالَتْ: أَرَدْتُ أَنِّي لَمْ أَزِنْ؛ لِأَنِّي لَمْ يَجَامِعْنِي غَيْرُهُ، وَلَمْ يَجَامِعْنِي هُوَ إِلَّا فِي النِّكَاحِ، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ زَنَا، فَهُوَ زَانٍ أَيْضًا أَوْ إِنْ قَالَتْ: أَرَدْتُ أَنِّي لَمْ أَزِنْ كَمَا لَمْ يَزِنْ هُوَ، كَمَا يَقُولُ الرَّجُلُ لِغَيْرِهِ: سَرَقْتُ، فَيَقُولُ: سَرَقْتُ مَعَكَ، وَيُرِيدُ نَفْيَ السَّرْقَةِ عَنْهُ، وَعَنْ نَفْسِهِ، فَتُصَدِّقُ بِيَمِينِهَا، لِاحْتِمَالِ مَا تَقُولُهُ، وَإِذَا حَلَفَتْ، فَلَا حَدَّ عَلَيْهَا، وَعَلَى الزَّوْجِ حَدُّ الْقَذْفِ، وَإِنْ تَكَلَّمَتْ، حَلَفَ، وَاسْتَحَقَّ حَدُّ الْقَذْفِ، وَلَوْ قَالَتْ الْمَرْأَةُ لِزَوْجِهَا: يَا زَانِي، فَقَالَ: زَنَيْتُ بِكَ فَفِي جَوَابِهِ مِثْلُ هَذَا التَّفْصِيلِ، وَلَوْ قَالَ لِأَجْنَبِيَّةٍ: يَا زَانِيَةً، أَوْ أَنْتِ زَانِيَةٌ، فَقَالَتْ: زَنَيْتُ بِكَ، فَقَدْ أَطْلَقَ فِي «التَّهْذِيبِ»: أَنَّ ذَلِكَ إِقْرَارٌ مِنْهَا بِالزُّنَا، وَقَذْفٌ لَهُ، وَقَضِيَّةٌ مَا ذَكَرْنَا مِنْ إِرَادَةِ نَفْيِ الزُّنَا عَنْهُ وَعَنْ نَفْسِهَا، كَمَا فِي مِثَالِ السَّرْقَةِ أَنْ لَا يَفْرُقُ بَيْنَ الزَّوْجَةِ وَالْأَجْنَبِيَّةِ.

(١) فِي ز: لَوْن.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الثَّانِيَةُ): لَوْ قَالَ: يَا زَانِيَةَ فَقَالَتْ: أَنْتَ أَزْنَى مِنِّي فَلَيْسَتْ قَاذِفَةً لِأَنَّهَا لَمْ تَعْتَرِفْ بِزِنَا نَفْسِهَا \* وَإِنْ قَالَتْ: زَنَيْتُ وَأَنْتَ أَزْنَى مِنِّي فَقَاذِفَةٌ وَمُقَرَّةٌ \* وَلَوْ قَالَ لِغَيْرِهِ: أَنْتَ أَزْنَى النَّاسِ لَمْ يَكُنْ قَاذِفًا \* وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: أَنْتَ أَزْنَى مِنْ فُلَانٍ إِلَّا أَنْ يَقُولَ: زَنَى فُلَانٌ وَأَنْتَ أَزْنَى مِنْهُ \* أَوْ فِي النَّاسِ زِنَاةً وَأَنْتَ أَزْنَى مِنْهُمْ \* فَإِنْ كَانَ تَبَتَّ زِنَا فُلَانٍ بِالْبَيْتَةِ وَالْقَاذِفُ جَاهِلٌ بِهِ فَهُوَ غَيْرُ قَاذِفٍ \* وَإِنْ كَانَ عَالِمًا فَهُوَ قَاذِفٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا قَالَ: يَا زَانِيَةَ، فَقَالَتْ: أَنْتَ أَزْنَى مِنِّي، أَوْ بَلْ أَنْتَ أَزْنَى مِنِّي، فَلَا تَكُونُ قَاذِفَةً لَهُ إِلَّا أَنْ تُرِيدَ الْقَذْفَ؛ لِاحْتِمَالِ أَنْ تُرِيدَ أَنْ تُهْدِيَ إِلَى الزِّنَا، وَأُخْرَصَ عَلَيْهِ مِنْهَا، فَإِنْ جَرَى ذَلِكَ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ تُرِيدَ: أَنَّهُ لَا يَطَّانِي غَيْرَكَ، فَإِنْ كُنْتُ زَانِيَةً، فَأَنْتَ أَزْنَى مِنِّي.

نعم، لو قالت: زَنَيْتُ، وَأَنْتَ أَزْنَى مِنِّي، أَوْ قَالَتْ ابْتِدَاءً: أَنَا زَانِيَةٌ، وَأَنْتَ أَزْنَى مِنِّي، فَهِيَ قَاذِفَةٌ لَهُ، وَمُقَرَّةٌ بِالزِّنَا عَلَى نَفْسِهَا، وَيَسْقُطُ حَدُّ الْقَذْفِ عَنِ الرَّجُلِ، فَإِنْ خَطَرَ بِالْبَالِ أَنْ «كَلِمَةُ الْمَبَالِغَةِ» تَقْتَضِي الْإِشْتِرَاكَ فِي الْأَصْلِ وَإِثْبَاتِ الزِّيَادَةِ، فَلْيَكُنْ قَوْلُهَا «أَنْتَ أَزْنَى مِنِّي» قَذْفًا وَإِنْ لَمْ تَقُلْ: زَنَيْتُ، وَقَدْ اعْتَذَرُوا عَنْهُ بِوَجْهَيْنِ:

أحدهما: أَنَّ مَعْظَمَ النَّاسِ فِي مَحَاوِرَاتِهِمْ لَا يَحْفَظُونَ عَلَى مَنَهَاجِ الْإِسْتِقَامَةِ، وَإِنَّمَا يِرَاعِيهِ نَفَرٌ يَسِيرٌ هُمُ الْمَوْفِقُونَ فِي كُلِّ عَصْرِ، فَلَا يُمْكِنُ قَضْرُ النَّظَرِ عَلَى الْمَوْضِعِ الْأَصْلِيِّ، بَلْ يَنْظُرُ إِلَى مَعْتَادِ الْمَحَاوِرَاتِ.

والثاني: أَنَّ أَلْفَاظَ الْمَبَالِغَةِ فِي مَعْرِضِ الدَّمِّ وَالْمَشَامَتَةِ تُحْمَلُ عَلَى وَضْعِ اللِّسَانِ، كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى؛ حِكَايَةً عَنِ يُوْسُفَ - عَلَيْهِ السَّلَامُ - حَيْثُ قَالَ لِإِخْوَتِهِ: «أَنْتُمْ سُرٌّ مَكَانًا» [يوسف: ٧٧] وَلَوْ قَالَتْ ابْتِدَاءً: أَنْتَ أَزْنَى مِنِّي، فَفِي كَوْنِهِ قَذْفًا وَجِهَانًا، حِكَايَةً الْقَاضِي ابْنِ كَعْبٍ - رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَيْهِ -، وَيَجُوزُ أَنْ يَفْرُقَ بَيْنَ الْجَوَابِ وَالْإِبْتِدَاءِ، كَمَا سَبَقَ فِي قَوْلِهَا: زَنَيْتُ بِكَ، وَلَوْ قَالَتْ فِي الْجَوَابِ: زَنَيْتُ وَأَنْتَ أَزْنَى مِنِّي، فَتَكُونُ مُقَرَّةً بِزِنَاهَا، وَقَاذِفَةً لَهُ، وَلَوْ قَالَ لِغَيْرِهِ: أَنْتَ أَزْنَى النَّاسِ أَوْ أَزْنَى مِنَ النَّاسِ أَوْ يَا أَزْنَى النَّاسِ، لَمْ يَكُنْ قَاذِفًا إِلَّا أَنْ يَرِيدَهُ<sup>(١)</sup>، وَكَذَا لَوْ قَالَ [أَنْتَ]<sup>(٢)</sup> أَزْنَى مِنْ فُلَانٍ، خِلَافًا

(١) قَالَ الْإِمَامُ: لَمْ أَرِ فِيهِ خِلَافًا، وَقَدْ اسْتَبَعَدَ الشَّيْخُ عَزَّ الدِّينِ قَوْلَ الشَّافِعِيِّ إِنَّهُ لَا يَكُونُ قَاذِفًا حَتَّى يَقُولَ أَنْتَ أَزْنَى زِنَاةً النَّاسِ مِنْ جِهَةِ أَنْ الْمَجَازَ هَاهُنَا قَدْ غَلَبَ عَلَى هَذَا اللَّفْظِ فَقَالَ: فُلَانٌ أَشْجَعُ النَّاسِ وَأَسْخَى النَّاسِ، وَأَعْلَمُ النَّاسِ يَقْتَضِي مِنْ هَذَا اللَّفْظِ أَنَّهُ أَشْجَعُ شَجَعَانِ النَّاسِ وَأَعْلَمُ عِلْمَاءِ النَّاسِ، وَالتَّعْبِيرُ الَّذِي وَجِبَ الْحَدُّ لِأَجْلِهِ حَاصِلُهُ هَذَا اللَّفْظُ فَوْقَ حَصُولِهِ بِقَوْلِهِ أَنْتَ زَانٍ يَعْنِي لِأَنَّهُ نَسَبَهُ إِلَى الْمَبَالِغَةِ فِي الزِّيَادَةِ، وَقَالَ بَعْضُهُمْ: إِنَّمَا مَنَعَ الشَّافِعِيُّ أَعْمَالَ الْمَجَازِ الرَّاجِحِ هُنَا لِأَنَّهُ عِنْدَهُ مَسَاوٍ لِمَقْتَضَى اللَّفْظِ فَهُوَ كَالْحَمْلِ فَلِذَلِكَ سَقَطَ الْحَدُّ وَهُوَ يَسْقُطُ بِأَدْنَى مِنْ ذَلِكَ.

(٢) سَقَطَ فِي ز.

لمالك فيما حكى القاضي ابن كج، وعن الداركي فيما روى أبو الفرج السرخسي: أنه يكون قذفاً لهما جميعاً؛ لأن ظاهر اللَّفْظ يقتضي اشتراكهما في أصل الزنا، واختصاص المخاطبِ بمزيد، وهذا كالوجهين فيما إذا قالت ابتداءً: أنت أزنني مني على ما سبق، والمشهور الأول، ولو قال: زنى فلان، وأنتِ أزنني منه، فهذا تصريح بقذفهما جميعاً، وعن أبي الحسين بن القطان، وأبي الطيب بن سلمة: أنه لا يكون قذفاً للمخاطب، والظاهر الأول، وكذا لو قال: في الناس زناةٌ وأنتِ أزنني منهم، أو قال: أنتِ أزنني زناة الناس، قال في «البيسط»: وقد يعترض الفرق بينه وبين أن تقول: أنتِ أزنني الناس؛ لأننا نعلم أن في الناس زناةً، ولعل السبب اتِّبَاعُ لفظه، وليس في لفظه إثبات زناهم، ولفظ الناس يتناول الكلَّ، ومعلوم أن الناس كلُّهم ليسوا زناة، حتى لو قال: الناس كلُّهم زناةٌ، وأنتِ أزنني منهم، فقد قال الأئمة: لا يكونُ قذفاً لعلنا بكذبه، وبمثله أجابوا فيما إذا قال: أنتِ أزنني من أهل بغداد إلا أن يُريد: أنتِ أزنني من زناة أهل بغداد<sup>(١)</sup>، ولو قال: أنتِ أزنني من فلان، ولم يثبت في لفظه زنا فلان، ولكنه كان قد ثبت زناه بالبينة أو بالإقرار، فإن كان القائل جاهلاً به، فهو غير قاذفٍ، ويقبل قوله إنِّي كنت جاهلاً مع يمينه، ويجيء فيه الوجه المنقول عن الداركي، وإن كان عالماً به، فهو قاذف لهما، فيحد للمخاطب، ويعزَّر لفلان؛ لأنه منهوك العِرض، إذ ثبت زناه، ويجيء في كونه قاذفاً الوجه المنسوب إلى ابن القطان، وابن سلمة، وفي تعليق الشيخ إبراهيم المروزي وجّه على الجواب الظاهر في هذه الصور: أنه لو قال بالفارسية [بوروسى تزار فلانه]<sup>(٢)</sup> لا يكون قاذفاً، ولو قال [فلانة روسى است وتواروى روسى ترى]<sup>(٣)</sup> يكون قاذفاً لهما جميعاً، ولو قال [تورسى بدارهمه زمانى]<sup>(٤)</sup> لا يكون قاذفاً، ولو قال:

(١) الحاصل إن تحققنا كذبه لم نحده؛ لأن القذف إنما يلحق العار إذا كان في المظنة والشك، وأما إذا تحقق كذب القاذف فلا، وقد يورد على هذا قوله تعالى في القذف: ﴿فإن لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون﴾ فهذا يبطل قولهم إن نفس الكذب ينافي الحد، ويمكن أن يقال في جوابه أن الكذب على نوعين: كذب بالحكم وكذب بالوجود فيحمل قوله تعالى في القذف على تكذيبهم حكماً، ولهذا قال «عند الله» أي في حكم الله، وليس المراد في علم الله قطعاً؛ لأن بعضهم في علم الله صادق، ولكنه صدق لا ينفعه في الحد والإثم، وهما قيد في المسألة لا بد منه وهو أن يقذفهم بكلمة واحدة، فلو فرضنا أنه عمد إلى كل واحد من أحاد بغداد فقذفه حتى استوعبهم لحدناه، وإن كان قد عمهم بالقذف والنسب فيه أنه فرق القذف استقلال السبب حيث لم يتحقق كذبه، وإذا جمع دفعة واحدة اصطحب القذف والكذب قطعاً مما لم يستقل السبب إلا والمنافي معه.

(٢) جملة فارسية معناها: أنت ساقطة أكثر من فلانة.

(٣) جملة فارسية بمعنى: فلانة ساقطة، وأنت أكثر منها سقوطاً.

(٤) جملة فارسية معناها: أنت ساقطة وأسوأ من الجمع مدة.



[دُرْزَمَانُ رُوسِيَا نَنْدِرْتُوَازِيْشَانُ رُوسِي تَرِي] (١) يَكُونُ قَاذِفًا، وَالْغَرَضُ مِنْ ذَلِكَ أَنْ هَذَا اللفظ في الفارسية صريح في القذف، ولو قال لامرأته: يا زانية، فقالت: بل أنت زان، فكل واحد منهما قاذفٌ لصاحبه ويسقط حد القذف عنه باللعان ولا يسقط حد القذف عن المرأة إلا بإقرار الزوج أو بيئته، وليست هذه الصورة كما إذا قالت: في الجواب: أنت أزني مني، فإن ذلك يستعمل لنفي الزنا، على ما سبق، ولو تقاذف شخصان، فعلى كل واحد منهما الحد لصاحبه، ولا يتقاصان الحدان؛ لأن التقاص إنما يكون عند اتحاد الجنس والقدر والصفة، ومواقع السياط وآلام الضربات متفاوتة، وليعلم قوله في الكتاب «وكذلك لو قال: أنت أزني من فلان» بالميم والواو، وقوله: «إلا أن يقول» بالواو، وكذا قوله: «فهو غير قاذف» فهو قاذف؛ لما تبين، وإطلاق لفظ «القاذف» في قوله: «والقاذف جاهل به» على سبيل التوسع؛ اعتماداً على فهم المقصود منه، وإلا، فكيف يقال: القاذف غير قاذف.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: (الثالثة) لَوْ قَالَ لِلرَّجُلِ: يَا زَانِيَةٌ فَهُوَ قَاذِفٌ \* وَكَذَا لِلْمَرْأَةِ يَا زَانِي \* وَلَوْ قَالَ: زَنَيْتُ فِي الْجَبَلِ وَأَرَادَ الرُّقْيَ فَلَيْسَ بِقَاذِفٍ \* وَلَوْ قَالَ: زَنَيْتُ فِي الْجَبَلِ وَصَرَخَ بِالْبَيَاءِ ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ الرُّقْيَ وَتَرَكْتُ الْهَمْزَ قَبْلَ عَلَى وَجِهٍ \* وَلَمْ يُقْبَلْ عَلَى وَجِهٍ \* وَيَفْرُقُ عَلَى وَجِهٍ بَيْنَ الْجَاهِلِ وَالْبَصِيرِ بِاللُّغَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا قَالَ لِلرَّجُلِ: زَنَيْتِ أَوْ لِلْمَرْأَةِ: زَنَيْتَ، فَهُوَ قَاذِفٌ، وَاللَّخْنُ لَا يَمْنَعُ الْفَهْمَ، وَلَا يَرْفَعُ الْعَارَ، وَلَوْ قَالَ لِلرَّجُلِ: يَا زَانِيَةٌ فَهُوَ قَاذِفٌ، خِلَافاً لِأَبِي حَنِيفَةَ.

لنا: أنه إذا حصلت الإشارة إلى العين، لم ينظر إلى علامة التذكير والتأنيث، كما لو قال لعبده: أنت حر، ولأمته: أنت حر، وهذا المعنى الذي ذكرنا في «زنيته» وزنيته، ومن الأصحاب من يقول: الهاء قد تزداد للمبالغة، كقولهم: «رواية وعلامة ونسابة» فيمكن تنزيل هذه الهاء على المبالغة، ولم يرتض الإمام وآخرون ذلك، وقالوا: ليس هذا ممّا يجري فيه القياس، ولا يصح أن يقال لمن يكثر القتل «قاتله» أو «قتاله»، ولو قال للمرأة: يا زانٍ أو يا زانية فهو قاذف أيضاً، وعن الداركي قال: سمعت أبا محمد الفارسي يحكي عن نصّ الشافعي - رضي الله عنه - في الدعاوى والبيئات: أنه لا يكون قذفاً؛ [لأنه] ربما نسب ذلك إلى القديم، والمشهور الأول.

قال الدراكي: وطلبت ما نقله في الموضع المحال عليه، فلم أجده، ثم حمل

(١) جملة فارسية معناها: في زمن السواقط والموسمات أنت أكثر منهن فحشاً.

الشافعي - رضي الله عنه - حَذَفَ الهاء على التَّرْخِيمِ في النداء، كقوله في «مالك»: يا مَالٍ، وفي «حارث»: يا حَارٍ، واعترض عليه بأن الترخيم يُحذف منه حرف واحد، فينبغي أن [الآ] تحذف سوى هاء التأنيث، وقول القائل: «يا زَانٍ» فيه حذف حرفين، ويأن الترخيم يقع في أسماء الأعلام دون الأسماء المُشْتَقَّة، وأجيب عن الأوَّل بأن الرواية في حرمة يا زاني لا يا زان، وإلحاق «يا زَانٍ» بـ «يا زَانِي» من تصرف المزني، ويأنه لا يزداد على حَذَفِ الحرف الواحد، إذا كان ما قبل الحرف الآخر صحيحاً، فأما حرف العلة، [فلا اعتبار به، وأيضاً،<sup>(١)</sup>] قالوا يا صَاح، فرخموا، مع أن «الصاحب» اسم مشتق، وعن صاحب «التقريب» حكاية قول عن القديم: فيما إذا قال للرجل: يا زانية أيضاً أنه ليس بقذف، فيجوز أن يُعلم، لذلك قوله في الكتاب «فهو قاذف» بالواو مع الحاء. وقوله «وكذلك» بالواو.

ولو قال: «زَنَاتٍ في الجَبَلِ» بالهمز، لم يكن قذفاً، إلا أن يريده؛ لأن الزناء في الجَبَلِ هو الصُّعود فيه، فلو قال المقول له: أردت القذف، وأنكر، صدق بيمينه، فإن نكَل، حلف المقول له، واستحق حدَّ القذف، وجعل أبو حنيفة قوله «زَنَاتٍ في الجَبَلِ» قذفاً، وعن أحمد مثله، ولو قال: «زَنَاتٍ في البيت» فظاهر المذهب أنه قذف؛ لأنه لا يُستعمل بمعنى الصُّعود في البيت ونحوه<sup>(٢)</sup>، ولو قال: «زَنَاتٍ» واقتصر عليه أو قال: «يا زَانِيء» بالهمز، ففيه وجوه:

أظهرهما، وبه قال القفال والقاضي أبو الطيب - رحمهما الله - : أنه ليس يقذف، إلا أن يريده، لأن ظاهره الصُّعود.

والثاني: أنه قذف، والياء قد تبدل همزة، كقوله: «زَوَيْتُ وَرَوَّأْتُ».

وعن الداركي: أن أبا أحمد الجرجاني نسبته إلى نصه في «الجامع الكبير».

والثالث: الفرق بين أن يُحسن العربية، فلا يكون قذفاً منه، إلا أن يريده وبين أن لا يُحسِنها، ولا يضبط موضع الهمز وتركه، فيكون قاذفاً، ولو قال: «زَنَيْتِ في الجبل»

(١) سقط في ز.

(٢) قال النووي في زوائده: ولو قال لها: يا زانية في الجبل بالياء، فقد نص الشافعي - رحمه الله - في «كتاب اللعان» من «الأم»، أنه كناية، وبهذا جزم ابن القاص في «التلخيص» ونقل الفوراني أن الشافعي رضي الله عنه نص أنه قذف، وتابعه عليه الغزالي في «الوسيط» وصاحب «العدة»، ولم أر هذا النقل لغير الفوراني ومتابعيه، ولم ينقله إمام الحرمين، فليعتمد ما رأيته في «الأم»، فإن ثبت هذا، كان قولاً آخر، ونقل صاحب «الحاوي»، أن قوله: زَنَاتٍ في الجبل، صريح من جاهل العربية، والصحيح أنه كناية منه ومن غيره كما سبق.

وصرح بالياء، ففيه ثلاثة أوجه أيضاً، حكاها صاحب الكتاب والشيخ أبو الفرج السرخسي وغيرهما.

أصْحُهُمَا: أَنَّهُ قَذَفَ.

والثاني: ليس بقذف إلا أن يريد؛ لاحتمال أنه أراد الصُّعُود، وسهل الهمزة ويروى هذا عن صاحب «التلخيص».

والثالث: الفرق بين الجاهل باللغة والبصير بها، فيجعل صريحاً من البصير، فلا يُقْبَلُ قوله «أردت الرُّقِيَّ وتركت الهمزة» ويقبل ذلك من الجاهل والله أعلم.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: (الرَّابِعَةُ) لَوْ قَالَ: رَنَى فَرْجُكَ فَهَوَ قَذْفٌ \* وَلَوْ قَالَ: رَنَتْ عَيْنُكَ وَيَدُكَ فَلَيْسَ بِقَذْفٍ عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: من صريح القذف: أن يقول: رَنَى فَرْجُكَ أو ذَكَرَكَ أو قُبِّلَكَ أو دُبِّرَكَ؛ لأنه أَلَّةٌ ذَلِكَ الْعَمَلُ، وهذا المعنى، إن أضاف الزنا إلى جُمْلَةِ الشَّخْصِ، ولو قال لامرأته: زَنَيْتُ فِي قُبِّلِكَ، كان قذفاً لها، ولو قال لرجل، لم يكن قذفاً إلا أن يريد؛ لأن زنا الرجل يكون من القُبْلِ لا فيه، ذَكَرَهُ فِي «التَّهْذِيبِ» ولو قال: زنا يدك أو رجلك أو عينك، ففيه طريقتان، المذكور منهما في الكتاب أن فيه وجهين، وربما سميا قولين:

أحدهما، وهو ظاهر منقول المُرْزِيَّ، وبه قال مالك: أنه يكون قذفاً؛ لأنه أضاف الزنا إلى عُضْوٍ مِنَ الْجُمْلَةِ، فأشبهه ما إذا أضاف إلى الفَرْجِ؛ ولأن ما تصحُّ إضافته إلى الفَرْجِ، تصحُّ إضافته إلى اليد والرجل، كالطلاق، والظهار.

وأصْحُهُمَا: أنه ليس بقذف، إلا أن يريد؛ لأن المَفْهُومَ من زنا هذه الأعضاء اللَّمَسُ وَالْمَشْيُ وَالنَّظَرُ، على ما قال ﷺ<sup>(١)</sup>: «الْعَيْنَانِ تَزْنِيَانِ، وَالْيَدَانِ تَزْنِيَانِ» وعلى هذا

(١) رواه مسلم من حديث ابن عباس عن أبي هريرة مرفوعاً قال: كتب على ابن آدم حظه من الزنا، أدرك ذلك لا محالة، العينان زناهما النظر، واليدان زناهما البطش، الحديث، ورواه ابن حبان من حديث أبي هريرة أيضاً بلفظ: العينان تزنيان، واللسان يزني، واليدان تزنيان، وأصله في صحيح البخاري [٦٢٤٣ - ٦٢١٢]، مسلم [٦٢٥٧] أيضاً من طريق ابن عباس: ما رأيت أشبه باللمم مما قال أبو هريرة: إن رسول الله ﷺ قال: إن الله كتب على ابن آدم حظه من الزنا: أدرك ذلك لا محالة، فزنا العين النظر، وزنا اللسان النطق، والنفس تتمنى وتشتهي، والفرج يصدق ذلك أو يكذبه، وروى أحمد والطبراني من حديث مسروق عن عبد الله نحوه.

والطريق الثاني، وبه قال أبو إسحاق، وابن أبي هريرة، والأكثر: القطع بأنه ليس بصريح، وغلطوا المزني في النقل، ولو قال: زنا بدنك، فوجهان:

أحدهما: أنه ليس بصريح في القذف؛ لاحتمال أنه أراد المماسمة.

والأصح<sup>(١)</sup>، وبه قال أبو حنيفة: أنه صريح؛ لأنه أضاف الزنا إلى جملة الشخص، فأشبهه ما إذا قال: زنت<sup>(٢)</sup> والله أعلم.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: (الْحَامِسَةُ) لَوْ قَالَ لَوْلَدِهِ: لَسْتُ ابْنِي فَلَيْسَ بِقَازِفٍ إِلَّا إِذَا نَوَى \* وَالْأَجْنَبِيُّ لَوْ قَالَ ذَلِكَ فَهَوَّ قَازِفٌ لِأَنَّهُ لَا يُحْسَنُ مِنْهُ قَضُدُ التَّأْدِيبِ بِذَلِكَ \* وَقِيلَ قَوْلَانِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ \* وَالْأَقْبَسُ أَنَّهُ كِنَايَةٌ \* وَلَوْ قَالَ لِلْوَلَدِ الْمَنْفِيِّ بِاللَّعَانِ: لَسْتُ مِنَ الْمَلَاعِنِ فَهَوَّ قَازِفٌ إِنْ أَرَادَ تَصْدِيقَ الزَّوْجِ الْمَلَاعِنِ \* فَإِنْ أَرَادَ التَّنْفِيءَ الشَّرْعِيَّ فَلَيْسَ بِقَازِفٍ \* وَلَوْ قَالَ لِلفَّرَشِيِّ لَسْتُ مِنْ قُرَيْشٍ ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ أَنْ وَاحِدَةً مِنْ أُمَّهَاتِهِ زَنَتْ فَلَيْسَ بِقَازِفٍ لِأَنَّهُ لَمْ يَعْيَّنْ \* وَنَعْنِي بِالْقَذْفِ مُوجِبَ الْحَدِّ \* أَمَّا التَّغْزِيرُ فَيَجِبُ بِأَكْثَرِ هَذِهِ الْكَلِمَاتِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِمَا صَوْرَتَانِ:

أحدهما: إذا قال لولده اللاحق به في الظاهر: لست ابني أو لست مني، فالنص أنه ليس بقاذف لأنه إلا أن يريد القذف؟ ولو قال لأجنبي: لست ابن فلان، فالنص أنه قاذف، وفيهما طُرُقٌ: أحدهما: تقرير النصين، والفرق أن الأب يحتاج في تأديب الولد إلى مثل هذا الكلام؛ زجرأ له عما لا يليق بنسبه وقومه، فيحمل ذلك منه على التأديب، والأجنبي بخلافه.

(١) لم يحفظ غير طريقة الخلاف، وفيها طريقة القطع بالصراحة واختارها المزني في جامعه، وبها قال ابن سريج، وجزم بها الدارمي ورجحها سليم الرازي والشيخ نصر المقدسي، وقال المحاملي: إنها المذهب. وقال الجرجاني في الشافي: إنها القياس.

(٢) قال النووي: قال في «البيان»: لو قال للختى: زنا ذكرك وفرجك، فصريح، وإن ذكر أحدهما، فالذي يقتضي المذهب أنه كإضافته إلى اليد. ولو قال لامرأة: وطئك رجلان في حالة واحدة، قال صاحب «الحاوي»: يعزر، ولا حد لاستحالته وخروجه من القذف إلى الكذب الصريح، فيعزر للأذى ولا يلاعن. والله أعلم.

ما نقله في الاختصار على أحدهما قد حكاه عنه الرافعي في باب حد القذف فقال: الذي يقتضيه المذهب أن فيه وجهين: أحدهما: أنه صريح والثاني: أنه كناية كما لو أضاف الزنا إلى يد رجل أو امرأة وعلله في البيان بأن كل واحد منهما يحتمل أن يكون عضوان أبداً فهو كسائر أعضاء البدن، واعلم أن الوجهين ليسا من تصرف صاحب البيان فقد ذكرهما القاضي أبو الفتوح أخذه صاحب البيان.

والثاني: نُقل الجواب من كل صورة إلى الأخرى، وتخريجهما على قولين:

أحدهما: أنه صريح في القذف؛ لأنه الظاهر السابق [إلى الفهم منه]<sup>(١)</sup>، والثاني وأيسهما: أنه كناية في الصورتين؛ لأنه يحتمل غير القذف على ما سيأتي.

والثالث: ويُحكى عن أبي إسحاق: القَطْع بأنه ليس بقذف في الصورتين، وحمل قوله «إنه قذف» على ما إذا أَرَادَهُ.

والرابع: ويحكى عن ابن الوكيل: القَطْع بأنه قذف في الصورتين، وتأويل ما ذكَّره في حقِّ الوالد، وإذا قلنا بالأصح، فيما إذا قال: لستَ ابني، فيستفسر، والتفسير يفرض من وجوه:

أحدها: أن يقول: أردتُ أنه من زنا، فهو قاذف، ولا يَخْفَى حكمه.

والثاني: أن يقول: أردتُ أنه لا يُشْبِهُنِي خُلُقاً أو خُلُقاً وطبعاً، فيُقبل، ويحلف عليه إن كَذَّبته المرأة، وقالت: أردتُ القذف، فإن نكَل، حَلَفْتُ، واستحقتُ حدَّ القذف، وله أن يلاعن لإسقاط الحد، وفيه وجه: أنه لا يلاعن لإنكاره القذف، وسيأتي نظيره.

والثالث: [أن]<sup>(٢)</sup> يقول: أردتُ أنه من وطئ شُبْهَة، فلا قذف، فإن قالت: أردتُ القذف، حلف على ما ذكرنا، والولد لاحق به، إن لم يعين الوطاء بالشبهة، أو عيَّنه، فلم تصدِّقه، ولم يُقبَل الولد، وإن صدق، وأدعى الولد، أرى القائف، فإن ألحقه به، فذاك، وإلا، لَحِقَ الزوج، والكلامُ في جواز اللعان عند النسبة إلى الوطاء بالشبهة يأتي في الركن الثالث من أركان اللعان، إن شاء الله تعالى.

والرابع: أن يقول: إنه<sup>(٣)</sup> كان من زَوْج قبلي، فلا يكون قاذفاً، سواء عُرِفَ لها زوجٌ أو لم يُعْرَف، قاله أبو الفرج السرخسي.

وأما الولد، فإن لم يعرف لها زوج قبله، يُقبل قوله، ولحقه الولد، وإن عُرِف، فسنيين في كتاب العدة إن شاء الله تعالى أن الولد بمن يلحق، فإذا التحق به، فإنما ينتفي عنه باللعان، وكذلك ذكره صاحب «المهذب» و«التهذيب» وغيرهما، وإذا لم يُعْرَف وقت فراق الأول، ونكاح الثاني، فلا يلحق الولد به؛ لأن الولادة على فراشه وحصول الإمكان لم يتحقق إلا أن يقيم بيئته على أنها ولدته في نكاحه لزمان الإمكان، وتقبل فيه

(٢) سقط في ز.

(١) سقط في ز.

(٣) في أ: أن.

شهادة النساء المتمحضات، فإن لم تكن بيّنة، فلها تحليفه<sup>(١)</sup>، فإن نكل، فعلى ما سنذكر في التفسير الخامس.

**والخامس:** أن يقول: إنها لم تلّذه، بل هو مستعار أو لقيط، فلا قذف، والقول قوله مع يمينه في نفي الولادة، وعليها البيّنة، فإن لم يكن بيّنة، فهل يُعرض معها على القائف؟ فيه وجهان المذكوران في موضعهما؛ لأن الولادة محسوسة يمكن إقامة البيّنة عليها؛ فلا يعتمد فيها على حسابان القائف، بخلاف جانب الرّجل، فإن قلنا: نعم، وألحقه القائف بها، التحق بالزوج، واحتاج في التّفني إلى اللعان، وإن قلنا: لا يعرض عليه أو لم يلحقه بها أو أشكل عليه أو لم يكن قائف، فيحلف الزوج؛ أنه لا يعلم أنها ولدته، فإن حلف، انتفى عنه وفي لحوقه بالأم الوجهان المذكوران في «باب اللقيط»؛ في أن ذات الزوج هل يلحقها الولد بالاستلحاق؟ وإن نكل الزوج، فالنص أنه تُردّ اليمين عليها، ونص فيما إذا أتت بولد لأكثر من أربع سنين؛ وادعت أن الزوج كان قد راجعها أو وطئها بالشبهة، وأن الولد منه، وأنكر الزوج، ونكل عن اليمين المعروضة عليه؛ أنه لا تُردّ اليمين على المرأة، فمن الأصحاب من جعلها على قولين، نقلاً وتخريجاً، ومنهم من أخذ بالنصين، والفرق أن في صورة دعوى الاستلحاق الفراش قائم، فيتقوى به جانبها، وفي صورة دعوى المراجعة، ووطء الشبهة الفراش مرتفع، فهي تدعي شيئاً حادثاً، والأصل عدمه، فلم تُردّ اليمين عليها؛ لضغف جانبها، والظاهر هاهنا الرد، وإن ثبت الخلاف، وإذا قلنا بالرد، فإن حلفت، لحقه الولد، وإن نكلت، فهل يوقف الأمر، حتى يبلغ الصبي ويحلف؟ فيه وجهان أو قولان؛ أحذا من الخلاف فيما لو أقر الراهن بأن العبد المرهون كان قد جنى قبل الرهن، وقلنا: إن القول قول المرتهن، فأنكر، ولم يخلف، ونكل الراهن أيضاً، هل ترد اليمين على المجني عليه؟ وجهان:

**أحدهما:** أنه يوقف حتى يبلغ، فيحلف؛ لأن الحق له.

**والثاني:** لا يوقف وليس له أن يخلف؛ لأن يمين الرد لا تُردّ، فإن قلنا يوقف، فحلف بعد البلوغ، لحق، وإن نكل، أو قلنا: لا يوقف، انتفى الولد عنه، وفي لحوقه بها الخلاف السابق.

**الصورة الثانية:** إذا قال للولد المنفي باللعان: لست ابن فلان، يعني الملاعِن، فهذا ليس بصريح في قذف أمه؛ لتردده، واحتماله، بل يُسأل؛ فإن قال: أردت تصديق

(١) سكت عن كيفية تحليفه، وحكى في الحاوي وجهين أحدهما يحلف أنه ليس منه. والثاني: يحلف أنها ولدته لزمان ويستحيل كونه منه. قال: وعلى الوجهين لا يتعرض لكونه من الزوج الأول فإذا حلف انتفى عنه باللعان، وإن نكل حلفت بالله أن هذا الولد منه ما هو من غيره وجهاً واحداً بأنها في ذلك على يقين. انتهى.

الملاعِنِ في نسبة أمه إلى الزنا، فهو قاذف، وإن أراد أن الملاعن نفاه، أو أراد انتفاء نسبه شرعاً، أو أنه لا يشبهه خلقاً أو خلقاً، صدق بيمينه، وإذا حلف عليه، فقد ذكر القفال أنه يُعزَّر عليه للإيذاء وتجديد ذكر الواقعة، وإن نكل، حلفت الأم؛ أنه أراد قذفها، واستحقت<sup>(١)</sup> الحد، ولو أن النافي استلحقه، ثم قال له قائل: لست ابن فلان، فهو كما لو قاله لغير المنفي، والظاهر أنه قذف [صريح] على ما سبق، وقد يقال: إذا كان أحد التفاسير المقبولة أن المُلاعِن نفاه، فالاستلحاق بعد النفي لا ينافي في صدق القول بأنه نفاه؛ فلا يبعد أن لا يُجعل قذفاً صريحاً، ويقبل التفسير<sup>(٢)</sup> به.

ولو قال القُرشي: لست من قريش، أو [قال لقريشي]: يا نبطي أو لتركبي: يا هندي، أو بالعكس، وقال: أردت أنه لا يشبه من يُنسب إليه في السير والأخلاق أو الهندي تركبي الدار أو اللسان، صدق بيمينه، فإن ادعت أم المَقول له؛ أنه أراد القذف، ونكل القائل، فحلفت هي، وجب الحد أو التعزير، وإذا أراد القذف فمطلقه محمول على أم المَقول له، فإن قال: أردت أن واحدة من جداته زنت، نُظر؛ إن عينها، فعليه الحد أو التعزير، وإن قال: أردت جدّة لا بعينها؛ إما في الجاهلية أو الإسلام، فلا حد عليه، كما لو قال أحد أبويك زانٍ أو قال: في البلدة زناة أو في السكّة زانٍ، ولم يعين، ولكن يُعزَّر للأذى، ولأمّ المقدوف تحليفه، إذ كذّبت، وقالت: أردتني، هذا قضية ما أطلقه في الكتاب، وأورده الأئمة منهم صاحب «التهذيب» وفي «التجربة» للقاضي الرؤياني: أنه لو قال لعلوي: لست ابن علي بن أبي طالب - عليه السلام - وقال: أردت أنك لست من صلبه، بل بينك وبينه آباء، لا يُصدق، بل القول قول من يتعلق به القذف: أنك أردت قذفي، فإن نكل، فيحلف القائل، ويعزر، وقضية هذا أن لا يُصدق القائل في قوله «أردت جدّة من جدات المَقول له» مهما نازعته أمه، بل تصدق هي؛ لأنّ المُطلق محمول عليها، والسابق إلى الفهم قذُفهما، كما أن السابق إلى الفهم من قوله للعلوي: لست ابن علي - كرم الله وجهه - ما يقوله المَقول له، فإن نكلت، فحينئذ يحلف القائل ويبرأ<sup>(٣)</sup> والله أعلم.

(١) قال النووي: قد قاله أيضاً جماعة غير القفال.

(٢) قال النووي: هذا الذي أورده الرافعي، حسن من وجه، ضعيف من وجه، فحسنة في قبول التفسير، وضعفه في قوله: ليس بصريح والراجح فيه ما قاله صاحب الحاوي فقال: هو قذف عند الإطلاق، فنجد من غير أن نسأله ما أراد. فإن ادعى احتمالاً ممكناً، كقوله: لم يكن ابنه حين نفاه قبل قوله بيمينه، ولا حد قال: والفرق بين هذا وبين ما قبل الاستلحاق، فإننا لا نحده هناك حتى نسأله، لأن لفظه كناية، فلا يتعلق به حد، إلا بالينة، وهنا ظاهر لفظ القذف، فحد بالظاهر إلا أن يذكر محتملاً.

(٣) قال النووي: وإذا قال لم أرد شيئاً، فلا حد، فإن اتهمه الخصم، حلفه كما سبق.

وأما قوله في الكتاب: «وتعني بالقذف موجب الحد، أما التعزير فيجب بأكثر هذه الكلمات» فنسذكر المقصود منه على الأثر، إن شاء الله تعالى.

قال الغزالي: (الفضل الثاني في موجب القذف) وهو التعزير إلا إذا قذف مخصناً فموجبهُ ثمانون جلدة وهو الحد \* والمخصن هو المكلف المسلم الحر العفيف عن الزنا \* ويسقط إحصان الزنا بكل وطء موجب للحد \* أما الحرام الذي لا موجب الحد كوطء المملوكة المحرمة بالرضاع أو الجارية المشتركة أو جارية الأبن أو المنكوحه بغير ولي من الشفعوي فيسقط الإحصان على أحد الوجهين \* أما الوطء بالشبهة والوطء في الصبا لا يسقط على الأظهر \* وأما وطء الحائض والمحرم والصائم فلا يسقط \* ولا يسقط بالقبلة واللئس ومقدمات الوطء للزنا.

قال الرافعي: لا بد من الإحصان في المقذوف؛ ليجب الحد على القاذف، قال الله - تعالى -: «وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ» [النور: ٤] الآية فإن فقد الإحصان، فالواجب التعزير، ومقصود الفصل الكلام في الإحصان، وقد جرت العادة بذكره هاهنا، وإن كان باب حد القذف أحق به.

وقوله «في موجب القذف؛ وهو التعزير إلا إذا قذف مخصناً» فهو ذهاب إلى أن القذف بمطلقه يوجب التعزير، والذي يوجب الحد، فهو قذف المحصن خاصة، ويمكن توجيهه بأن القذف هو الرمي، يقال: قذف الحجارة أي رماها، وهذا المعنى شامل لنسبة المحصن وغير المحصن إلى الزنا، بل لسائر أنواع السب والإيذاء، وكان السب يرمي المسبوب بالكلمة المؤذية، والتعزير هو التأديب، وذلك يشمل الحد وما دونه، وإن اشتهر في اصطلاح الفقه بما دون الحد، وإذا تناول لفظ القذف المخصن وغيره، ولفظ التعزير الحد وما دونه، انتظم أن يقال: القذف بمطلقه يوجب التعزير، وقذف المخصن بخصوصه يوجب الحد، وهو ثمانون جلدة على ما سيأتي في بابه - إن شاء الله تعالى -، وما ذكره في آخر الفصل الأول: «أنا نعني بالقذف موجب الحد» إلى آخره؛ فإنه لا ينافي قوله «بأن موجب القذف التعزير»، بل هذا يعرض لحقيقة الأمر، والمراد هنا بيان أنه عنى بما أطلقه في صور الفضل أن هذا قذف، وهذا ليس بقذف الصريح الذي يتعلق به الحد عند حصول شرطه، والتعزير قد يجب، وإن لم يكن اللفظ صريحاً؛ لما يتعلق به من الإيذاء، كما سبق فيما إذ قال: لست ابن الملاعين، وكذا الحكم في قوله: زنا عينك أو يدك، ونظائرهما.

إذا عرف ذلك فشرائط الإحصان أربع:

التكليف، وهو يعتمد العقل، والبلوغ، والحرية، والإسلام والعفة عن الزنا فلو



قَذَفَ مَجْنُوناً أَوْ صَبِيئاً أَوْ عَبْدًا أَوْ كَافِرًا، لَمْ يُحَدِّ، وَيَعْزُرُ لِلإِيذَاءِ، وَتَبْطُلُ الْعَقْفَةُ عَنِ الزَّانَا بِكُلِّ وَطْءٍ يُوْجِبُ الْحَدَّ.

ومنه ما إذا وطئ جارية زوجته أو أخذ أبويه، [أو محرماً له]<sup>(١)</sup> أو وطئ المرتهين الجارية المرهونة، وهو عالم بالتحريم، ويدخل فيه [الإتيان]<sup>(٢)</sup> في غير المأتي.

ثم روى صاحب «التهذيب»: أنه يبطل حصانة الفاعل دون المفعول؛ لأن الإحصان لا يحصل بالتمكين<sup>(٣)</sup> في الدبر، فكذلك لا تبطل به، ورأى أن تبطل حصانتها جميعاً؛ لوجوب الحد عليهما<sup>(٤)</sup> جميعاً، وأما الوطء الذي لا يوجب الحد، وهو غير مسوِّغ، فلأصحاب - رحمهم الله - في ترتيب صورته وبيان أحكامها طرق أشهرها:

أَنَّهُ يُنْظَرُ؛ أَجْرَى ذَلِكَ فِي مِلْكٍ نِكَاحٍ أَوْ مِلْكٍ يَمِينٍ، أَوْ جَرَى بِلَا مَلِكٍ؟  
والقسم الأول على ضربين:

أحدهما: ما يحرم حرمة مؤيدة، كوطء المملوكة التي هي أخته أو أمه من الرضاع [أو أخته]<sup>(٥)</sup> أو عمته من النسب مع العلم بالتحريم، فإن قلنا: إنه يُوجِبُ الحدَّ، فتبطل الحصانة كالزنا، وإن قلنا لا يوجبه، فوجهان:

أحدهما: لا يبطلها؛ لعدم التحاقها بالزنا.

والثاني: يبطلها؛ لدلالته على قلة مبالاته، بل غشيان المحارم أفحش من الزنا بالأجنبيات، وهذا أشبه، ونظّم «التهذيب» يقتضي ترجيحَه، ولو أتى امرأته في غير المأتي، ففي بطلان الحصانة مثل هذين الوجهين:

والضرب الثاني: ما يحرم حرمة غير مؤيدة، وهو نوعان:

أحدهما: ما له حظ من الدوام كوطء زوجته المعتدة عن الشبهة وأمه المعتدة أو المزوجة أو المرتدة أو المجوسية أو أمته في مدة الاستبراء، فيه وجهان:

أحدهما: أنه تبطل الحصانة؛ لكونه حراماً مؤكداً.

وأظهرهما: المنع؛ لقيام الملك، وعدم تأبد الحرمة، وليس للوُفُوع في مثله دلالة ظاهرة على قلة المبالاة بالزنا.

(٢) سقط في ز.

(١) سقط في ز.

(٣) في أ: بالتمكن.

(٤) قال النووي: إبطال حصانتها، هو الراجع، وأي عفة وحرقة لمن مكن من دبره مختاراً عالماً بالتحريم.

(٥) سقط في ز.

والثاني: ما حُرِّمَ بِعَارِضٍ سَرِيعِ الزَّوَالِ، فلا تبطل الحصانة لو طيء الزوجة أو المملوكة في الحيض أو النفاس أو الصوم أو الإحرام أو الاعتكاف، وكو طيء المظاهر [منها] <sup>(١)</sup> قبل التكفير.

ومنهم من جعله على الخِلاف، واكتفى في سقوط الإحصان بحرمة الوطء وربما عُدَّت العِدَّة من شبهة، من هذا القبيل.

القسم الثاني: الوطء الجاري في غير الملك كالوطء بالشبهة ووطء جارية الابن، وفي النكاح الفاسد والنكاح بلا ولي، ولا شهود <sup>(٢)</sup>، وفي الإحرام ونكاح المتعة والشغار ووطء المكاتب، ووطء الرجعية في العِدَّة، ففي بطلان الحصانة بها وجهان:

أحدهما: البطلان؛ لوقوعه في غير المِلْك كالزنا، ولأن الشبهة تسقط الحدَّ عن الواطئ، فكذا تسقط حدَّ القذف عن القاذف، ويُحْكَمُ هذا عن اختيار أبي إسحاق، وذكر القاضي الرُّوياني أنه أقرب.

والثاني: لا يبطل، لأنه وطء يثبت به النسب، فلا يتعلَّق به الحد، فأشبه الوطء الحرام الواقع في المِلْك، وهذا أصح عند الشيخ <sup>(٣)</sup> أبي حامد، وهو في وطء الشبهة أظهر، وقد رجَّحه فيه صاحب الكتاب، ووطء الجارية المشتركة بين الواطئ وغيره من هذا القبيل فيما حكى عن الداركي، وأشار صاحب «الشامل» وجماعة إلى القَطْع بأنه كوطء المنكوحة في الحيض أو النفاس، واكتفوا بوقوع المِلْك في المحل، ولم يشترطوا حصوله في جميع المحل، هذا أحد الطرق.

والثاني: وعليه ينطبق إيراد الكتاب، إن وطئ المملوكة المحرَّمة بالرضاع والنسب، هل يسقط الحصانة؟ فيه وجهان وفي وطء الجارية المشتركة، وجارية الابن وجهان مرتَّبان، وأولى بعدم الإسقاط للاختلاف في المحل، وفي الوطء بالشبهة وجهان مرتَّبان؛ لوقوعه طريقاً إلى الاستِخْلال بنقل المِلْك بالاستيلاد وفي وطء المنكوحة بغير ولي وشهود وجهان مرتَّبان، وأولى بعدم الإسقاط؛ لأنه غير موصوف بالتحريم، ووجه تأثيره أنه يُشعر بترك التحفُّظ والاحتياط، وقد يناط به ما يناط بالتعمُّد كحرمان الميراث بالقتل، هكذا

(١) في ز: عنها.

(٢) قوله «والنكاح بلا ولي ولا شهود» عبارة موهمة وصوابه أو بلا شهود، فإن الفاقد لهما زنا، وسيأتي أمر يتعلق بهذه المسألة.

(٣) صرح به الرافعي في الشرح الصغير والمحرر، وتصحيح ذلك في الكل فيه نظر. أما في وطء جارية الابن فالذي أورده الماوردي وغيره البطلان وهو قضية كلام المهذب وغيره فيهما، وفي المشتركة ورجحه البغوي، وهو الذي أورده الجويني في مختصره والغزالي في الخلاصة واقتضى كلام الدارمي ترجيحه بل هو ظاهر نص الشافعي في الأم.

وجَّهه الإمام - رحمه الله - وفي الوطء الجاري في الصبي على صورة الزنا وجهان مرتبان، وهو أولى بأن لا يؤثر لعدم التكليف، وهو الأصح، وكذلك لا يؤثر الوطء الجاري في الجنون، حتى إذا بلغ الصبي، وأفاق المجنون، فقدفهما قاذفٌ وجبَ عليه الحدُّ.

والطريق الثالث: أن الحصانة لا تبطل بالوطء الواقع في المملوك، ولا بما يكون الواطء معذوراً فيه كالوطء بالشبهة، وتبطل بالوطء الخالي عن المعنيين كوطء جارية الابن وأحد الشريكين.

والرابع: أنه تبطل الحصانة بكل وطء حرام، ومنه الوطء في حال الحيض، ولا يبطل بما لا يحرم كالوطء بالشبهة؛ فإنه لا يوصف بالحرمة.

والخامس: أن كلَّ وطء يتعلَّق به الحدُّ عند العلم بحاله يُسقط الحصانة كوطء الشبهة لا يوجب الحد، وكل وطء لا يتعلَّق به الحد عند العلم لا يسقطها كوطء جارية الابن، والجارية<sup>(١)</sup> المشتركة، وذكر في «التهذيب» أن الكافر إذا كان قريب العهد

(١) قال النووي في زوائده: قد جمع إمام الحرمين هذا الخلاف المتشتر مختصراً فقال: يتنظم منه ستة أوجه.

أحدها: لا تسقط الحصانة إلا ما يوجب الحد.

والثاني: يسقطها هذا، ووطء ذوات المحارم بالملك، وهذا هو الأصح عند الرافعي في «المحرر»، وهو المختار.

والثالث: يسقطها هذا، ووطء الأب والشريك.

والرابع: هذا، والوطء في نكاح فاسد.

والخامس: هذا، ووطء الشبهة من مكلف.

والسادس: هذا، ووطء الصبي والمجنون، ويجيء فيه سابق، وهو هذا، والوطء المحرم في الحيض وغيره، ولا فرق في النكاح الفاسد بين العالم بتحريمه والجاهل، قاله البغوي، وينبغي أن يكون الجاهل كالواطء بشبهة. والله أعلم.

ما قاله إنه المختار. قال ابن الرفعة: إنه المنصوص في الأم والمختصر وعليه جرى كثيرون واقتصره على سقوطها بشيئين عبارة قاصرة بل أهمل أمور كثيرة: منها وطء الزوجة في دبرها فإنه يسقط الحصانة على الأصح، ومنها: وطء المملوكة التي ليست بمحرم له في دبرها.

حكايته الرابع عن الإمام هكذا فيه خلل بل الذي في النهاية ذلك «الوطء في نكاح بلا ولي ونحوه على خلاف المعتقد وإن أحله بعض العلماء» وكذا حكاه ابن الرفعة.

حكايته في السادس إلحاق المجنون بالصبي لم يحكمه الإمام، وفي إلحاق به وقفة لجواز أن يريد بالصبي المميز، ولا يصح إلحاق المجنون به مطلقاً، والموقع للشيخ محيي الدين كلام الرافعي في حكاية الطرق فإنه قال: وفي الوطء الجاري في الصبي على صورة الزنا وجهان مرتبان فأولى بأن لا يؤثر لعدم التكليف وهو الأصح وكذا لا يؤثر الوطء الجاري في الجنون حتى لو بلغ وأفاق وقدفها قاذفٌ وجب عليه الحد.

ما ذكره من مجيء سابق هكذا جزم به ابن الرفعة، ويجيء وجه ثامن على وجه حسن.

بالإسلام، فغصب امرأة، ووطئها على ظن الجِلِّ، لا تبطل حصانته، ويشبه أن يجنيء فيه الخلاف المذكور في وطء الشبهة. ومقدمات الزنا كالفبلة واللمس وغيرهما لا تؤثر في الحصانة بحال، وأبدى الشيخ أبو محمّد - رحمه الله - فيه احتمالاً.

وقوله في الكتاب «على أحد الوجهين» يجوز إعلامه بالواو؛ لقطع من قطع في وطء الجارية المشتركة؛ بأنه لا يسقط الحصانة.

وقوله «من الشفعوي» يشير إلى اعتبار اعتقاد التحريم، فأما الحنفي، فإنه يعتقد الجِلِّ في النكاح بلا ولي، فلا يدل ذلك من حاله على قلّة المبالاة والتجاسر على المحرّمات، ويجوز أن يجري فيه الخلاف كما في شُرْب الحنفي النبيذ، وقوله «فلا يقسط» مُعْلَم بالواو.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَيَسْقُطُ بِالزَّنَا الطَّارِئُ (ز) بَعْدَ الْقَذْفِ \* وَلَا يَسْقُطُ بِالرَّدَّةِ الطَّارِئَةِ \* وَإِذَا سَقَطَ الْإِحْصَانُ بِالزَّنَا مَرَّةً لَمْ يَعُدَّ بِالْعَدَالَةِ بَعْدَهُ \* وَلَوْ عَجَزَ الْقَازِفُ عَنِ الْبَيِّنَةِ كَانَ لَهُ أَنْ يَطْلُبَ يَمِينِ الْمَقْدُوفِ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَزِنْ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ ثَلَاثَةُ فُرُوعٍ (١):

أحدها: إذا قذف عفيفاً في الظاهر، فرنى المقدوف قبل أن يُحَدَّ القاذف، سَقَطَتْ حصانته، وسقط الحدُّ عن القاذف وقال أحمد والمزني: لا يسقط، وعن صاحب «التلخيص» أنه قول قديم للشافعي - رضي الله عنه -، ووجهه أن المعنى الطارئ بعد وجوب الحدِّ لا يمنع من إقامته، كما لو ارتد المقدوف أو نَقَصَتْ قيمة المَسْرُوق، والمَذْهَبُ الْأَوَّلُ، واحتج الأصحاب - رحمهم الله - له بأن الإحصان طريقه غلبة الظن، دون اليقين، وظهور الزنا يورث الرّيبَةَ، ويخدش وجه الظن، فأشبه ما إذا شهد شاهدان، ظاهرهما العدالة، ثم ظهر فسقهما قبل الحكم، ولو ارتد المقدوف قبل أن يُحَدَّ القاذف، لم تؤثر رده في سقوط الحد، وقال أبو حنيفة: تؤثر فيه كالزنا الطارئ، وعن القاضي أبي الطيّب تخريج وجه مثله، وحكاه القاضي ابن كج عن ابن أبي هريرة، وفرقوا على ظاهر المَذْهَبِ من وجوه:

أحدها: أن الزنا يُكْتَمُ ما أمكن، وإذا ظَهَرَ، فالغالب سبق مثله؛ لأن الله تعالى كريم؛ لا يَهْتِكُ السُّرَّ أَوْلَ مَرَّةً عَلَى مَا قَالَهُ عُمَرُ - رضي الله عنه - لِإِزَانِ قَدَمِ لِيَقَامَ عَلَيْهِ الْحَدُّ وَادَّعَى أَنَّهُ أَوْلَ مَا ابْتَلَى بِهِ، والرَّدَّةُ عَقِيدَةٌ وَالْعَقَائِدُ لَا تَخْفَى فِي الْغَالِبِ، فإظهارها لا يدل على سُبْحِ الْإِحْفَاءِ.

والثاني: أن الزنا معنَى يمنع ماضيه الحصانة، ويسقط حدّ القذف على ما سيأتي، فجاز أن يبطل مستقبله الحصانة، ويسقط حد القذف، والكفر لا يُؤثّر ماضيه، فكذلك مستقبله كالجنون.

والثالث: ذكّر الإمام أن الركن الأعظم في الإحصان العفة عن الزنا، فإن الغرض من حدّ القذف صيانة العِرض، فإذا زنى المقدوف انتهك عرضه، وتعدّرت صيانتها، وأما الإسلام، فيعتبر على سبيل الشروط والتتمات<sup>(١)</sup>، فلا يُراعَى إلا في حال الجنابة، وإذا قلنا بالمذهب، فلو قذف زوجته، ثم زنت، سقط عنه الحدّ واللعان.

نعم، لو كان هناك ولدٌ، وأراد نفيه، فله اللعان.

فزع: لو سرق المقدوف أو قتل قبل أن يقام الحد على القاذف، لم يؤثّر ذلك، ولم تبطل الحصانة، وفي كتاب القاضي ابن كج أن أبا الحسين حكى فيه وجهين:

الثاني: من زنى مرة، سقطت حصانته، ولم يعد بالعفة والصلاح بعده، فلا يحد قاذفه، ولكن يُعزّر للإيذاء، وهذا ظاهر إن قيد القذف بالزنى السابق، أو أطلق، فإنه صادق في أنه زنى، فأما إذا قيد القذف بزنى متأخر، فقد استبعد سقوط الحدّ مستبعدون، ولم يقيموه مع ذلك وجهاً، وقالوا العِرض إذا انخرم بالزنى، لم يزل الخلل بما يطرأ من العفة، وكذلك لو زنى كافر أو رقيق ثم أسلم ذلك، وعتق هذا، وصلحت سيرتهما، لا يحد قاذفهما بخلاف ما إذا جرّت صورة الزنى في الصبيّ أو المجنون، قلنا: إنه يُحد قاذفهما بعد البلوغ والإفاقة؛ لأن فعل الصبيّ والمجنون ليس بزنى؛ لعدم التكليف.

الثالث: إذا قذف زوجته أو غيرها وعجز عن إقامة البينة على زنى المقدوف، وأراد أن يحلّفه على أنه لم يزّن، ففي تمكّنه منه قولان، ويقال: وجهان:

أحدهما، ونُسب إلى نصه - رضي الله عنه - في «الإملاء»: أنه لا يتمكّن إذ لا عهد باليمين على نفي الكبائر، وأيضاً، فإن شريك ابن السحماء الذي زميّت به الملائنة على عهد رسول الله - ﷺ - سئل، فأنكر، فلم يحلّفه النبي - ﷺ -.

والثاني: يتمكّن، فلعله يُقرّ، فيسقط الحد عن القاذف، وفي «التهذيب» و«التتمة» أن الأول أظهر، لكن الموافق لجواب الأكثرين الثاني، وقالوا: لا تسمع الدعوى بالزنى والتحليف على نفيه إلا في هذه المسألة<sup>(٢)</sup>.

(١) في أ: والسماط.

(٢) ما حكاه عن الأكثرين فيه توقف، وإنما قاله جمع من العراقيين كالبندنجي وابن الصباغ، وأطلق جماعة الوجهين بلا ترجيح، والصواب نقلاً ودليلاً المنع. أما النقل فلأن الشافعي نص عليه في الإملاء والمختصر، ولا يعرف له نص بخلافه إلا في مسألة الوارث ورجحه القاضي الحسين =

ولنا إلى المسألة عودة في الدعاوى والبيئات بعد عودة.

فَزَعُ: عن أبي إسحاق - رحمه الله -: أنه يجب على الحاكم البَحْثُ عن إحصان المقذوف؛ ليقيم الحدَّ على القاذف، كما يجب البحث عن عدالة الشهود؛ ليحكم بشهادتهم، وقال غيره: لا يجب، وهو الذي رجَّحوه، وفرقوا بوجهين:

أحدهما: أن البحث عن الإحصان يؤدي إلى هتكِ الستر وإظهار الزنا المأمور بسِّره، والبحث عن العدالة بخلافه.

وأقواهما: أن القاذف عَصَى بالقذف، فغُلِّظَ الأمرُ عليه؛ بإقامة الحد بظاهر الإحصان، والمشهود عليه لم يصدر منه ما يقتضي التغلُّظ عليه.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ مَاتَ الْمَقْذُوفُ قَبْلَ اسْتِيفَاءِ الْحَدِّ قَامَ وَارِثُهُ مَقَامَهُ لَكِنْ يَخْتَصُّ بِالْعَصَبَاتِ عَلَى وَجْهِ \* وَبِالْعَصَبَةِ الَّتِي تَزْوُجُ دُونَ الْآبِنِ عَلَى وَجْهِ \* وَيَعْمُ كُلُّ قَرِيبٍ بِالنَّسَبِ عَلَى وَجْهِ \* وَيُوزَعُ عَلَى فَرَائِضِ اللَّهِ تَعَالَى عَلَى وَجْهِ \* فَإِنْ عَفَا وَاحِدٌ سَقَطَ الْجَمِيعُ عَلَى وَجْهِ \* وَبَقِيَ الْجَمِيعُ عَلَى وَجْهِ \* وَسَقَطَ حِصَّتُهُ عَلَى وَجْهِ \* وَوَلِيُّ الْمَجْنُونِ الْمَقْذُوفِ قَبْلَ الْجُنُونِ لَا يَسْتَوْفِي حُدَّهُ إِلَى أَنْ يَمُوتَ \* وَسَيِّدُ الْعَبْدِ لَا يَسْتَوْفِي التَّغْزِيرَ الْوَاجِبَ لِلْعَبْدِ فِي حَيَاتِهِ \* وَيَسْتَوْفِيهِ بَعْدَ مَوْتِهِ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ \* وَيَسْتَحِقُّ الْعَبْدُ عَلَى السَّيِّدِ التَّغْزِيرَ إِنْ قَذَفَهُ عَلَى الْأَصْحَحِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: أصل مسائل الفضل: أن حدَّ القذف حقُّ الآدميِّ أو المغلَّب فيه حقُّه، حتى يورث عنه، ويسقط بعفوه، وبه قال مالك وأحمد.

وقال أبو حنيفة: هو حق الله تعالى، فلا يورث، ولا يسقط بالعفو، واحتج الأصحاب بأنه حق يتوقَّف استيفاءه على مطالبة الآدميِّ [به،] <sup>(١)</sup> فكان حقاً له، كسائر حقوقه فيه، وأيضاً، فقد سلَّم أبو حنيفة؛ أنه لو قذف ميتاً، ثبت لورثته الحدُّ، وإنما

= والبغوي والإمام والمتولي وقال: إنه ظاهر المذهب المنصوص في الإملاء وإن مقابله وجه مخرج. وقال في الكافي: إنه المذهب لأن التحليف لطلب الإقرار وهو مأمور بالإنكار. قال ابن الرفعة: وإيراد ابن داود يقتضي القطع به فإنه قال: هذا مما يسمع فيه البيئته، ولا يحلف المدعى عليه، وهي من أفراد قاعدة أن ما ليس بغير الحق ولكن ينفع منه هل يسمع الدعوى فيه للتحليف أم لا؟ وقد ذكرهما في الدعاوى.

وأما دليلاً فلم ينقل عن النبي ﷺ في وقائع اللعان وقال: «البيئته وإلا حدُّ في ظهرك». فدل على أنه لا طريق ثالث وقد ذكر الرافي أن لنا في المسألة عودة في الدعاوى بعد عودته، وكل موضع صحح فيه أنه يحلف فالمعتمد خلافه، وسواء كان المقذوف أجنبياً أو زوجة.

(١) سقط في ز.

يثبت ذلك بطريق التلقّي؛ ألا ترى أنه يعتبر الإحصان في المقذوف لا في الوارث.

ولو قال لغيره: اقدفني، فقدفه، ففي وجوب الحدّ وجهان: قال أكثرهم: لا يجب وفاء بكونه حقاً للآدمي، كما لو قال: قاتلني، فقتله، لا يجب القصاص.

والثاني: يجب، وفُزّق بأن القتل يباح في الجُملة، فيحتمل<sup>(١)</sup> أن يكون الذي أمر بقتل نفسه مُهدراً بزناً أو غيره، والقذْف لا يباح، وإن كان المقذوف زانياً، وكما يورث حدث القذف، يورث التعزير، إذا وجب بالقذف التعزير.

إذا تقرر ذلك، فأحدى مسائل الفضل فيمن يرث حد القذف، [وفيه]<sup>(٢)</sup> أوجه:

أصحهما، أنه يرثه جميع الورثة، كالأموال وحقوقها وكالقصاص.

والثاني، ويحكى عن ابن سُرَيْج: أنه يرثه الجميع سوى الزوج والزوجة؛ لارتفاع النكاح بالموت وانقطاع واسطة التعبير.

والثالث، يختص برجال العصبية؛ لأنه لرفع عار يرجع إلى النسب، فاخص بهم كولاية التزويج، وعلى هذا ففي البنين وجهان:

أحدهما: يَسْتَحِقُّون، ويكونون في مرتبتهم القويّة من العصبية.

والثاني: المنع، كما في ولاية التزويج؛ وعلى هذا فيستنئى البنون<sup>(٣)</sup> عن رجال العصبية، وتصير الأوجه أربعة على ما ذكر في الكتاب، واستحقاق الزوج والزوجة في القذف المنشأ بعد الموت يترتب على الاستحقاق إذا قذفه في حياته، إن لم تُثبِت لهما حقاً، فهاهنا أولى، وإن أثبتنا، فهاهنا وجهان، والفرق أن الوصلة<sup>(٤)</sup> منقطعة هاهنا حالة القذف<sup>(٥)</sup> ولو لم يكن للمقذوف وارث خاص، فهل يقيم السلطان الحد؟ فيه قولان كما

(١) في ز: محتمل.

(٢) سقط في ز.

(٣) قال الزركشي: فيه أمران:

أحدهما: أطلق الوجه الرابع، وهو مخصوص بما إذا كان المقذوف أهم، ويدل عليه قياسه على ولاية التزويج، وقد توجه أيضاً بأنه لا يثبت لهم ولاية النكاح على الأم فدل على أن ولاية دفع العار لغيرهم، ولا يمكن مجيء مثله في باب القصاص؛ لأن القصاص قد يفضي إلى المال فلا يفوت على البنين.

الثاني: حكاية الخلاف أوجهاً هو ما عليه الجمهور ومنهم الماوردي هنا، وحكاها صاحب الإفصاح والمحاملي في التجريد والماوردي في باب حد القذف أقوالاً.

(٤) في ز: الفرقة.

(٥) سكت الشيخ عن الترجيح.

قال في الخادم: والراجع عدم الثبوت فقد حكاها القفال في شرح التلخيص عن قطع بعض الأصحاب وقال إنه حسن.

في القصاص، وكذا لو قذف ميتاً لا وارث له، والأظهر أنه يقيمه.

الثانية: أحد الذين يُثبِت لهم حد القذف، إذا عفى عن حقه، وهو من أهل العفو، فيه ثلاثة أوجه:

أصحها: أنه يجوز لِمَنْ بَقِيَ استيفاء الجميع، وهذا الحقُّ يثبِت لهم ولكل واحد منهم، كولاية التزويج وحقُّ الشفعة.

والثاني: أنه يسقط جميعه، كما لو عفا بعض المستحقين عن القصاص، ومن نصر<sup>(١)</sup> الأول قال للقصاص بدل يعدل إليه ولا بدَل لِحَقِّ القذف، فتسليطُ بعضهم على إبطال حقِّ الآخرين بالكليَّة بعيد.

والثالث: أنه يَسْقُط نصيب العافي، ويستوفي الباقي؛ لأنه قابلٌ للتقسيت والتوزيع<sup>(٢)</sup>، بخلاف القصاص، وعلى هذا يسقط السوطُ الذي تقع فيه الشركة، ولا يتوزع.

وإذا قذف رجلٌ مورثه، فمات المقذوف، سقط عنه الحدُّ، إن كان حائزاً؛ الإرث لأنه ورث ما عليه، بخلاف ما إذا قطع يد مورثه، فمات من القطع؛ حيث لا يسقط القصاص، لأن القتل يمنع الميراث، ولو قذف أباه، فمات الأب عن القاذف، وابن آخر، فإن قلنا: إنه إذا عفا بعض المستحقين، كان للآخر استيفاء الجميع، فللابن الآخر استيفاء الحدِّ بتمامه، وإن قلنا: سقط الكل، فكذلك هاهنا، وإن قلنا: يسقط نصيب العافي وحده، فللابن الآخر استيفاء نصيبه من الحد.

الثالثة: مَنْ قُذِفَ، وهو عاقل، فحُجِّن قبل استيفاء الحدِّ، لم يكن لوليه استيفاؤه، فإن المقصود التشفُّي والانتقام، وذلك يتعلَّق بنظر صاحب الحقِّ واختياره، فلا بد من الصبر إلى أن يفيق أو يموت، فينتقل الحق إلى ورثته، وكذا لو قُذِفَ المجنون أو الصغير، وجب التعزير، لم يكن لولييهما التعزير، بل يجب الصبر، وإذا قُذِفَ العبد، ووجب التعزير، فالطلب والعقوبة والعفو إليه لا إلى السيد؛ لأن عرُضه له لا للسيد، حتى لو قذف السيد عبده، كان له رفعه إلى الحاكم؛ ليعزره، وهذا هو الظاهر، وفيه

(١) في ز: نص.

(٢) سكت عما لو استحق القذف واحد فعفى عن بعضه، وقد تعرض لها في كتاب الشفعة، وجزم بأنه لا يسقط شيء، وينبغي بناؤه على الأوجه في عفو بعض الورثة، فإن قلنا: يسقط نصيب العافي فهنا أولى وكان له استيفاء الباقي، وإن قلنا: بالصحيح أنه لا يتبعض فكذا هنا لأنه لا سراية في حق الغير ثم رأيت الصيمري في شرح الكفاية قال: فإن قال عفو عن نصف الحد ففيها ثلاثة أوجه. أحدها: يصح ذلك. والثاني: يكون عفواً عن كل للشبهة. والثالث: يكون باطلاً ويحد حداً كاملاً. وتعرض له صاحب البحر أيضاً، وظاهره جريان الخلاف فيما إذا كان المستحق واحداً أو جماعة.



وجه: أنه ليس له طلبُ التُّعْزِيرِ، ولكن يقال له: لا تَعُدْ، فإن عاد، عَزَّرَ حينئذ، كما يُعَزَّرُ المُسْتَحْدِمُ له فوق ما يحتمله، ويليق بحاله، ولو مات العَبْدُ، وقد استحق تعزيراً على غير السيد، فحاصل ما نقل ثلاثة أوجه:

أصحها<sup>(١)</sup>: على ما ذكر الشيخ أبو حامد والقاضي الروياني: أنه يستوفيه السيد؛ لأن التعزير عقوبة وجبت بالقذف، فلا يسقط بموت المقذوف، كالحمد، قال الأصحاب: وليس ذلك على سبيل الإرث، ولكنه أخصُّ الناس به، فما ثَبَّت له في حياته، يكون لسيدِه بعد موته بحقِّ الملك كمال المكاتب.

والثاني: أنه يستوفيه أقاربه؛ لأن العار يُعُود إلى النسب، والسيد لا يَتَغَيَّر به.

والثالث: أنه يَسْقُط<sup>(٢)</sup>، ويُنسب هذا إلى القُفَال؛ لأن الأقارب لا يرثونه والسيد لا يَتَغَيَّر بقذفه، ومنهم من قال: إذا قلنا: لا يستوفيه السيد، هل يستوفيه السلطان؟ فيه الخلاف الذي ذكرناه فيمن لا وارث له، فيخرج من هذا وجه رابع؛ أنه يستوفيه السلطان، والله أعلم.

### البَابُ الثَّانِي فِي قَذْفِ الْأَزْوَاجِ خَاصَّةً \* وَفِيهِ فُصُولٌ

قَالَ الْعَرَالِيُّ: (الْأَوَّلُ فِيمَا يُبِيحُ الْقَذْفَ وَتَفْيِ النَّسَبِ) فَتَقُولُ: الرَّوْحُ كَالْأَجْنَبِيِّ فِي الْقَذْفِ إِلَّا أَنَّهُ قَدْ يَبَاحُ لَهُ ذَلِكَ أَوْلَى \* وَقَدْ يَجِبُ عَلَيْهِ \* وَلَهُ دَفْعُ الْعُقُوبَةِ عَنِ نَفْسِهِ بِاللَّعَانِ وَبِإِجَابِ عُقُوبَةِ (ح) الرِّثَا عَلَى الْمَرْأَةِ \* ثُمَّ لِلْمَرْأَةِ الدَّفْعُ بِلِعَانِهَا \* وَيَبَاحُ لِلرَّوْحِ الْقَذْفُ إِذَا اسْتَيْقَنَ أَنَّهَا زَنَتْ فِي نِكَاحِهِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ثُمَّ وَلَدَ لِلتَّشْفِيِّ \* وَكَذَلِكَ لَوْ غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ بِأَنِ اسْتَفْضَأَ بَيْنَ النَّاسِ أَنَّهَا زَنَتْ بِفُلَانٍ وَأَنْصَمَ إِلَيْهِ مَخِيلَةً بِأَنِ رَأَاهَا مَعَهُ فِي خَلْوَةٍ \* وَلَا يَجُوزُ بِمُجَرَّدِ الِاسْتِفْضَاءِ \* وَلَا بِمُجَرَّدِ أَنْ يَرَاهَا مَرَّةً فِي خَلْوَةٍ إِلَّا أَنْ يَرَاهَا مَعَهُ تَحْتَ شِعَارٍ \* أَوْ يَرَاهَا مَرَّاتٍ كَثِيرَةً \* أَمَّا نَفْيُ الْوَلَدِ بِاللَّعَانِ إِنَّمَا يَبَاحُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى إِذَا تَيَقَّنَ أَنَّهُ لَيْسَ مِنْهُ \* وَعِنْدَ ذَلِكَ يَجِبُ عَلَيْهِ الْقَذْفُ وَاللَّعَانُ حَتَّى لَا يُلْحَقَ بِهِ مَا لَيْسَ مِنْهُ \* وَإِنَّمَا يَتَيَقَّنُ إِذَا لَمْ يَطَّأَهَا أَوْ آتَتْ بِالْوَلَدِ لِأَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ مِنْ وَقْتِ الْوَطْءِ \* أَوْ

(١) في أ: أرجحها.

(٢) قال في الخادم: سكت عما إذا مات، وقد استحق التعزير على سيده.

(٣) وحكي في الوسيط وجهين في أنه هل يستوفيه الإمام. قال النووي في التنقيح هذه غريبة قل من ذكرها ولم يذكرها في الوسيط ولا النهاية هنا إلى آخر ما ذكره ولم يفصح بترجيح لكن قال بأخيه إن نسخ الوسيط مختلفة فلا وثوق بهذه المسألة.

لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ \* أَوْ وَطِئَهَا وَعَزَلَ \* فَإِنْ اسْتَبْرَأَهَا بَعْدَ الْوَطْءِ بِحَيْضَةٍ وَرَأَى مَعَ ذَلِكَ مَخِيلَةَ الزُّنَا جَارًا \* وَإِنْ لَمْ يَرَ الْمَخِيلَةَ لَمْ يَجْزُ عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ \* وَلَا يَجُوزُ النَّفْيُ بِمَجْرَدِ مُشَابَهَةِ الْوَالِدِ لِغَيْرِهِ فِي الْخُلُقِ وَالْقَنَاحِ وَالْحُسْنِ \* فَإِنْ كَانَ الْأَبْوَانِ فِي غَايَةِ الْبِيَاضِ وَالْوَالِدُ فِي غَايَةِ السَّوَادِ أَوْ بِالْمَكْسِ وَأَنْصَمَ إِلَيْهِ مَخِيلَةَ الزُّنَا جَارًا عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ .

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الزَّوْجُ كَالْأَجْنَبِيِّ فِي أَلْفَاظِ الْقَذْفِ وَصَرَاحِهَا وَكُنَايَاتِهَا، وَفِي أَنَّهُ يَلْزَمُهُ بِقَذْفِهَا الْحَدَّ إِنْ كَانَتْ الزَّوْجَةُ مُحْصَنَةً، وَالتَّعْزِيرُ إِنْ لَمْ تَكُنْ مُحْصَنَةً إِلَّا أَنْ الزَّوْجُ يَخْتَصُّ بِأَنَّهُ قَدْ بِيَّاحَ لَهُ الْقَذْفُ، وَقَدْ يَجِبُ عَلَيْهِ، وَبِأَنَّ الْأَجْنَبِيَّ لَا يَتَخَلَّصُ مِنَ الْحَدِّ إِلَّا بِيَبْتِنَةِ تَقْوَمِ عَلَى زِنَا الْمَقْدُوفِ أَوْ بِإِقْرَارِ الْمَقْدُوفِ، وَلِلزَّوْجِ طَرِيقٌ ثَالِثٌ إِلَى الْخِلَافِ، وَهُوَ اللَّعَانُ، وَكَمَا يَنْدَفِعُ بِهِ حَدُّ الْقَذْفِ عَنْهُ، يَجِبُ بِهِ حَدُّ الزُّنَا عَلَيْهَا، وَلَهَا أَيْضًا دَفْعُهُ بِاللَّعَانِ، وَالسَّبَبُ فِي اخْتِصَاصِ الزَّوْجِ بِهِنَّ، إِذَا لَطَّخَتْ فِرَاشَ الزَّوْجِ، اشْتَدَّ غَيْظُهُ عَلَيْهَا، وَعَظُمَتْ عِدَاوَتُهُ، وَاحْتِاجُ إِلَى الْإِنْتِقَامِ وَالتَّبَرُّؤِ مِنْهَا، وَلَا يَكَادُ تَسَاعُدُهُ الْبَيِّنَةُ وَالْإِقْرَارُ، فَأَبِيحُ لَهُ الْقَذْفُ، وَشَرَعٌ لَهُ طَرِيقُ الْخَلَّاصِ .

وقوله في الكتاب: «وله دَفْعُ الْعُقُوبَةِ عَنْ نَفْسِهِ بِاللَّعَانِ» إِلَى آخِرِهِ، مَعَادٌ مِنْ بَعْدُ، وَالْغَرَضُ الْآنَ بَيَانُ مَفَارِقَةِ الزَّوْجِ لِلْأَجْنَبِيِّ فِيهِ، وَالْمَعْنَى، وَلِأَنَّ لَهُ دَفْعَ الْعُقُوبَةِ عَنْ نَفْسِهِ، وَمَقْصُودُ الْفَضْلِ أَنَّ الزَّوْجَ إِذَا تَبَيَّنَ أَنَّهَا زَنْتٌ بِأَنَّ رَأَاهَا بِعَيْنَيْهِ تَزْنِي، فَيَبِيحُ لَهُ الْقَذْفُ، وَكَذَا لَوْ ظَنَّهُ ظَنًّا مُوَكَّدًا؛ بَانَ أَقْرَتُ<sup>(١)</sup> هِيَ بِالزُّنَا، وَوَقَعَ فِي قَلْبِهِ صَدْقُهَا أَوْ سَمِعَهُ مِمَّنْ يَثِقُ بِهِ، قَالَ الْقَاضِي ابْنُ كَعْبٍ: وَالْإِمَامُ سِوَاهُ كَانَ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ أَمْ لَمْ يَكُنْ أَوْ اسْتِفَاضَ بَيْنَ النَّاسِ أَنَّ فُلَانًا يَزْنِي فِيهَا، وَلَمْ يَخْبِرْ أَحَدٌ عَنْ عِيَانِ وَانضَمَّتْ إِلَى الْاسْتِفَاضَةِ مَخِيلَةُ الْفَاحِشَةِ؛ بَانَ رَأَاهَا مَعَهَا<sup>(٢)</sup> فِي خَلْوَةٍ، أَوْ رَأَاهَا يَخْرُجُ مِنْ عِنْدِهَا، وَلَا يَبِيحُ الْقَذْفُ بِمَجْرَدِ الْاسْتِفَاضَةِ؛ فَإِنَّهُ قَدْ يَذْكَرُهُ غَيْرُ ثِقَةٍ، فَيَسْتَفِيضُ أَوْ يَنْشُرُهُ عَدُوْلُهَا، أَوْ لَهُ، أَوْ مِنْ طَمَعٍ فِيهَا فِخَابِ<sup>(٣)</sup>، وَلَا بِمَجْرَدِ أَنْ يَرَاهَا مَعَ رَجُلٍ فِي خَلْوَةٍ، أَوْ يَرَاهَا يَخْرُجُ مِنْ عِنْدِهَا؛ لِأَنَّهُ رُبَّمَا دَخَلَ لَخَوْفٍ أَوْ سَرَقَةٍ أَوْ طَمَعٍ، وَإِنَّمَا يَبِيحُ إِذَا اجْتَمَعَ الْأَمْرَانِ، وَعَنْ الدَّارَكِيِّ: أَنَّهُ يَجُوزُ بِمَجْرَدِ الْاسْتِفَاضَةِ .

وعن ابن أبي هريرة: أَنَّهُ يَبِيحُ بِمَجْرَدِ الْمَخِيلَةِ، حَكَى الْوَجْهَيْنِ الشَّيْخُ أَبُو الْفَرَجِ الزَّازِ، وَالْإِكْتِفَاءُ بِالْاسْتِفَاضَةِ أَشْهُرٌ مِنَ الْإِكْتِفَاءِ [بِالْمَخِيلَةِ]<sup>(٤)</sup>، وَقَدْ أورد الخِلافَ فِيهَا صَاحِبُ «المَهْدَبِ» وَالظَّاهِرُ الْمَشْهُورُ الْأَوَّلُ .

(٢) فِي ز: رَأَاهَا كَذَا .

(١) فِي ز: اعْتَرَفَتْ .

(٤) سَقَطَ فِي ز .

(٣) فِي أ: فِخَابٌ .

نَعَمْ، قال الإمام: الذي أراه أنه لو رآها معه مراتٍ كثيرةً في محلِّ الريبة، كان ذلك كالاستفاضة مع الرؤية مرةً، وكذا لو رآها معه تحت شِعَارٍ على هيئة منكرة، وتابعه عليه صاحبُ الكتاب وغيره.

ثم ما لم يكن هناك ولدٌ، فلا يجب على الزوج القذف، بل يجوز أن يستر عليها، ويفارقها بغير طريق اللعان، ولو أمسكها، لم يَحْرَمُ<sup>(١)</sup>؛ لِمَا رُوِيَ أن رجلاً أتى رسولَ الله - ﷺ - وقال: لِي أَمْرَأَةٌ لَا تَرُدُّ يَدَ لَأَمْسِ، قَالَ: طَلَّقْهَا، قَالَ: إِنِّي أُحِبُّهَا، قَالَ: فَأَمْسِكْهَا.

وإذا كان هناك ولدٌ يتيقن أنه ليس منه، فيباح له نفيه، بل يجب عليه النفي؛ لأن ترك النفي يتضمن الاستلحاق، ولا يجوز له استلحاق مَنْ ليس منه كما لا يجوز نفي مَنْ هو منه، وقد روي أن النبي - ﷺ -<sup>(٢)</sup> قال «أَيَّامُ امْرَأَةٍ أُذْخِلَتْ عَلَى قَوْمٍ مِنْ لَيْسَ مِنْهُمْ، فَلَيْسَتْ مِنَ اللَّهِ فِي شَيْءٍ»، فنص على المرأة، ومعلوم أن الرجل في معناها، قال الإمام: وفي القلب من هذا شيء، ويجوز أن يقال: المُحْرَمُ التصريح بالاستلحاق كذباً

(١) قال النووي: قال أصحابنا: إذا لم يكن ولد، فالأولى أن يلعن، بل يطلقها إن كرهها. والله أعلم.

وكلام الجرجاني في التحرير يخالفه، فإنه قال: إذا علم زناها ولا ولد لها استحب له قذفها ولعانها وجاز له تركها والصبر عليها هذا لفظه وكأنه يريد ترجيح القذف واللعان على الإمساك، وإن رجح الطلاق عليهما ولا ينفي خلافه.

(٢) رواه الشافعي من طريق عبد الله بن عبيد بن عمير قال: جاء رجل فذكره مرسلًا، وأسنده النسائي [٦٦/٦ - ١٧٠] من رواية عبد الله المذكور عن ابن عباس، فذكره بمعناه، واختلف في إسناده وإرساله، قال النسائي: المرسل أولى بالصواب، وقال في الموصول: إنه ليس بثابت، لكن رواه هو أيضاً وأبو داود [٢٠٤٩] من رواية عكرمة عن ابن عباس نحوه، وإسناده أصح، وأطلق النووي عليه الصحة. ولكن نقل ابن الجوزي عن أحمد بن حنبل أنه قال: لا يثبت عن النبي ﷺ في هذا الباب شيء، وليس له أصل، وتمسك بهذا ابن الجوزي فأورد الحديث في الموضوعات، مع أنه أورده بإسناد صحيح، وله طريق أخرى قال ابن أبي حاتم سألت أبي عن حديث رواه معقل عن أبي الزبير عن جابر، فقالنا محمد بن كثير عن معمر عن عبد الكريم حدثني أبو الزبير عن مولى بني هاشم قال: جاء رجل فذكره، ورواه الثوري فسمى الرجل هشاماً مولى بني هاشم، وأخرجه الخلال والطبراني والبيهقي من وجه آخر عن عبيد الله بن عمرو، فقال: عن عبد الكريم بن مالك عن أبي الزبير عن جابر ولفظه: لا تمنع يد لأمس.

(٣) أخرجه الشافعي وأبو داود [٢٠٤٩] والنسائي [١٧٩/٦] وابن حبان [١٣٣٥ موارد] والحاكم [٢/ ٢٠٢ - ٢٠٣] من حديث سعيد المقبري عن أبي هريرة، أنه سمع النبي ﷺ يقول حين نزلت آية الملاعة، فذكره، وزاد: وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه، احتجب الله منه وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين، وضححه الدارقطني في العلل، مع اعترافه بتفرد عبد الله بن يونس به عن سعيد المقبري، وأنه لا يعرف إلا بهذا الحديث، وفي الباب عن ابن عمر في مسند البزار، وفيه إبراهيم بن سعيد الخوزي وهو ضعيف.

دون السكوت عن النفي، وذلك لأن في اقتحام اللعان شهرةً وفضيحةً يَضْعَبُ احتمالها على ذي المروءات، فيبعد إيجابه، وقد حكى القاضي الرُوياني عَدَمَ وجوب النفي وجهاً عن جماعة [من] (١) الأصحاب - رحمهم الله - ثم في «التهذيب» وغيره: أنه إن تيقن مع ذلك أنها زنت، فيقذفها، وَيَلَاعِنُ، وإلا فلا يقذفها؛ لجواز أن يكون الولد من زوج قبله أو من وطء شبهة، قال الأئمة: وإنما يخصل اليقين (٢)، إذا لم يطأها أصلاً أو وطئها، وأتت بالولد لأكثر من أربع سنين من وقت الوطء أو لأقل من ستة أشهر، وإن وطئها، وأتت به لأكثر من ستة أشهر، ولأقل من أربع سنين، فإن لم يستبرئها بحيضة أو استبرأها، وأتت لِدُونِ ستة أشهر من وقت الاستبراء، فلا يَجِلُّ له النفي ولا عبرة بديبة يجدها في نفسه أو شبهة تُخَيِّلُ إليه فساداً.

وقد روي أن النبي - ﷺ - (٣) قال: «أَيُّهَا رَجُلٌ جَحَدَ وَلَدَهُ، وَهُوَ يَنْظُرُ إِلَيْهِ، اخْتَجَبَ اللَّهُ مِنْهُ، وَفَضَحَهُ عَلَى رُؤُوسِ الْأَوَّلِينَ وَالْآخِرِينَ» وإن استبرأها، وأتت به، لأكثر من ستة أشهر، ففيه وجوه جمعتها الإمام - رحمه الله - .

أحدها: أنه يُباح له النفي؛ لأن الاستبراء أمانة ظاهرة على أن الولد ليس منه؛ ولذلك يتنفي (٤) به النسب في ملك اليمين.

والأوَّلَى أن لا يَنْفِيَهُ؛ لأن الحامل قد تَرَى الدَّمَّ.

والثاني: إن رأى بعد الاستبراء مخيلة الزنا التي تسلطه على القذف أو يتيقن الزنا، جاز النَّفْيُ، بل وَجِبَ لأن الغالب على الظَّنِّ، والحالة هذه، أنه ليس منه، وإن لم ير شيئاً، فلا يجوز.

والثالث: يجوز النفي، سواء وُجِدَتْ مخيلة أو أمانة، أو لم تُوجَدْ، ولا يجب بحال الاحتمال؛ لمكان التردد، والاحتمال الأوَّل من هذه الوجوه هو المذكور في «التهذيب»، والراجع عند صاحب الكتاب - رحمه الله -؛ [الثاني] لأنه حَكَمَ بجواز النَّفْيِ، إذا رأى مخيلة، ولم يتعرض لخلاف فيه، وحكم بأن الظاهر عدم الجواز، إذا لم يَرَهَا، وكلام أصحابنا العراقيين يوافق (٥) أو يَقْرُبُ منه.

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: التيقن.

(٣) ورواه أحمد من طريق مجاهد عن ابن عمر نحوه، أخرجه الطبراني في الأوسط عن عبد الله بن أحمد عن أبيه عن وكيع، وقد تفرد به وكيع.

(٤) في ز: ينفي.

(٥) قال النووي: جعل الرافي الأوجه فيما إذا أتت بالولد لأكثر من ستة أشهر من وقت الاستبراء، وكذا فعل القاضي حسين، والإمام، والبخوي، والمتولي. والصحيح ما قاله המחامي وصاحب «المهذب» و «العدة» وآخرون أن الاعتبار في ستة أشهر من حين زنى الزاني بها، لأن مستند =

ولو كان الزوج يطأ، ويعزل، فأثت بولد، فالصحيح، وهو الجواب في «المهذب» و «التهذيب» وغيرهما: أنه لا يجوز له النفی بذلك؛ فإن الماء قد يسبق من غير أن يحس به الواطئ، وعده صاحب الكتاب هاهنا، وفي «الوسيط» من الأسباب المجوزة للنفی، وحكي عن مالك - رحمه الله - أنه لا عبرة به، والله أعلم.

والمجامعة فيما دون الفرج، هل تمنع جواز النفی؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن الماء قد يسبق إلى الفرج، وينعقد الولد.

وأظهرهما: لا، ولحوق<sup>(١)</sup> الولد من أحكام الجماع، فلا تتعلق بما دونه، وفي إتيانه في غير المأني<sup>(٢)</sup> وجهان يقربان من هذين الوجهين، وإن أثت بولد لا يشبهه، نُظِرَ؛ إن رجع الاختلاف إلى نقصان وكمال في الخلفة أو إلى الحُسن والقبح ونحوهما فذلك لا يورث تهمَةً، ولا يجوز النفی به بحال، وإن أثت بولدٍ أسود، والزوجان أبيضان، أو بالعكس، فإن لم ينضم إليه مخيلة الزنا، لم يجرز النفی به، روى أبو هريرة أن رجلاً قال للنبي - ﷺ -: «إن امرأتي ولدت غلاماً أسوداً، قال: هل لك من إبل؟ قال: نعم، قال: ما لونها؟ قال: حمر قال: هل فيها من أوزق؟ قال: نعم، قال: أنى أتاها ذلك قال: لعله أن يكون نزعهُ عِزْقٍ، قال: فلعل هذا نزعهُ عِزْقٍ، وإذا انضمت إليه مخيلة الزنا، فوجهان، وكذا لو كان يتهمها برجل، أثت بولد على لُون ذلك الرجل:

أحد الوجهين: أنه لا يجوز؛ لأن العِزْق نَزَّاع، وهذا أظهر عند القاضي أبي الطيب<sup>(٣)</sup> والشيخ أبي حامد.

والثاني: يجوز لتأكد الظن بانضمام المخيلة إلى اختلاف اللون، وليس ذلك بأقل من انضمام المخيلة إلى الاستفاضة، وهذا أَرْجَحُ<sup>(٤)</sup> عند البندنجي، والقاضي الروياني وغيرهما. قوله في الكتاب: «أما نفی الولد باللعان إنما يباح بينه وبين الله تعالى» أشار بهذه اللفظة إلى أنه لو نفى الولد، ولا عن، حكم بنفوذه في الظاهر، ولا يكلف<sup>(٥)</sup> بيان

= اللعان زنا، فإذا ولدت لدون ستة أشهر من زنا، ولأكثر من ستة من الاستبراء، نيقنا أنه ليس من ذلك الزنا، فيصير وجوده كعدمه، ولا يجوز النفی، وهذا أوضح.

- (١) في ز: ويجوف.
- (٢) قال الأذرعى: لم يفصح الرافعي فيما إذا وطئ في الدبر بترجيح وقد رجحا في باب ما يجوز من الاستمتاع أن حكم الوطء في الدبر حكم القبل في لحوق النسب وهو خلاف ما صرح في الروضة.
- (٣) الحديث متفق عليه أخرجه البخاري في صحيحه في / ومسلم في /.
- (٤) قال النووي: المنع أصح، وممن صححه غير المذكورين، صاحب الحاوي والعدة والله أعلم.
- (٥) ونقله الروياني في التجربة عن أكثر الأصحاب.
- (٥) في ز: يختلف.

السبب الذي بني عليه النَّفْيُ، لكن يجب عليه فيما بينه وبين الله تعالى؛ رعايةً للأسباب المذكورة وبناء النَّفْيِ على ما يجوز البناء عليه.

وقوله [بمجرد] <sup>(١)</sup> مشابهة الولد لغيره في الخلق والقبح» يجوز أن يُقْرَأَ الْخَلْقُ بفتح الخاء، أي كمالاً ونقصاناً، ويجوز أن تقرأ بِالضَّمِّ أي سوءاً وحُسناً، وقوله «القبح» يريد أو الحسن، وقد يغني ذكر أحد الضدين عن الآخر، كما في قوله تعالى: ﴿سَرَابِيلٌ تَقِيكُمُ الْحَرَّ﴾ [النحل: ٨١].

وقوله «فإن كان الأبوان في غاية البياض، والولد في غاية السواد» يشير بهذه اللفظة إلى ما ذكره الإمام أن الاختلاف في الألوان المتقاربة لا يؤثر كالأدمة والسمرة، وكالشقرة القريبة من البياض، والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَإِذَا نَكَحَ الْمَشْرُقِيُّ مَغْرِبِيَّةً وَأَتَتْ بِوَلَدٍ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَلَا حَاجَةَ إِلَى اللَّعَانِ فَإِنَّهُ لَا يَلْحَقُهُ (ح) إِذْ لَا إِمْكَانَ \* وَلَوْ أَتَتْ بِالْوَلَدِ لِزَمَانِ الْإِمْكَانِ وَلَكِنْ رَأَاهَا تَزْنِي وَأَزَادَ اللَّعَانَ دُونَ نَفْيِ الْوَلَدِ بِمَجْرَدِ الْإِنْتِقَامِ لَمْ يَجْزُ عَلَى الْمَشْهُورِ نَظْرًا لِلْوَلَدِ حَتَّى لَا تَطُولَ فِيهِ الْأَلْسِنَةُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ صَوْرَتَانِ:

إحدهما: لا يُلْحَقُ الْوَلَدُ بِالزَّوْجِ، إِذَا لَمْ يَتَحَقَّقْ إِمْكَانُ الْوِطْءِ، كَمَا إِذَا نَكَحَ امْرَأَةً، وَطَلَّقَهَا فِي الْمَجْلِسِ أَوْ غَابَ عَنْهَا غَيْبَةً بَعِيدَةً، لَا يَحْتَمِلُ وَصُولَ أَحَدِهِمَا إِلَى الْآخَرِ، وَأَتَتْ بِوَلَدٍ لَأَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ مِنْ وَقْتِ الْغَيْبَةِ أَوْ جَرَى الْعَقْدُ، وَالزَّوْجَانِ مَتَابِنَانِ، وَأَحَدُهُمَا بِالْمَشْرِقِ، وَالْآخَرُ بِالْمَغْرِبِ، وَأَتَتْ بِوَلَدٍ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الْعَقْدِ، وَلَا حَاجَةَ فِي مِثْلِ هَذِهِ الصُّورِ إِلَى اللَّعَانِ، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ وَأَحْمَدُ، - رَحِمَهُمَا اللَّهُ - وَلَمْ يَشْتَرِطْ أَبُو حَنِيفَةَ إِمْكَانَ الْوِطْءِ، وَحَكَمَ بِاللَّحُوقِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ.

لَنَا الْقِيَاسُ عَلَى مَا إِذَا أَتَتْ امْرَأَةٌ الصَّغِيرَ بِوَلَدٍ، وَالْجَامِعُ عَدَمُ إِمْكَانِ الْوِطْءِ.

الثانية: إِذَا أَتَتْ بِوَلَدٍ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مِنَ الزَّوْجِ لَكِنه رَأَاهَا تَزْنِي، وَاحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مِنَ الزَّانَا أَيْضًا، فَلَا يَبَاحُ لَهُ نَفْيُ الْوَلَدِ، وَهَلْ لَهُ الْقَذْفُ وَاللَّعَانُ مِنْ غَيْرِ نَفْيِ الْوَلَدِ؟ حَكَى الْإِمَامُ عَنِ الْعِرَاقِيِّينَ وَالْقَاضِي الْحُسَيْنِ: أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ قَالَ: وَالْقِيَاسُ جَوَازُهُ؛ لِحُجُوزِ الْقَذْفِ إِذَا تَيَقَّنَ الزَّانَا وَلَا وَلَدٍ؛ اِنْتِقَامًا مِنْهَا، وَتَعْرِيفًا لَهَا لِلْحَدِّ، قَالَ: وَرَبَّمَا ضَمَّنْتُ أَنَّهُمْ رَدُّوا الْفِكْرَ إِلَى الْوَلَدِ، فَأَبْطَلُوا نَفْيَ الْقَذْفِ وَاللَّعَانِ، وَهَمَّ يَعْنُونَ أَنَّهُ لَا يَقْذِفُ وَلَا يَلْعَنُ لِنَفْيِ الْوَلَدِ، وَلَكِنْ غَالِبُ الظَّنِّ مَنَعَهُمْ مِنَ اللَّعَانِ إِذَا وُجِدَ الْوَلَدُ عَلَى مَا

يقتضيه ظاهره، فحصل وجهان: والمشهور منهما أنه ليس له القذف واللعان، ووجه بأن اللعان حجة ضرورية، إنما يصار إليها للحاجة إلى قطع النسب أو إلى قطع النكاح، حيث لا ولد؛ خوفاً من أن يحدث ولد على الفراش الملطخ، ولم يوجد هاهنا حاجة [إلى] قطع النسب، ومخذور حدوث الولد على الفراش الملطخ، وقد وقع، فلا يصار إلى اللعان [فيه] وأيضاً فإن نسبتها إلى الزنا وإثباته عليها يُعَيِّر الولد به وتطلق الألسنة، ولا يحتمل ذلك؛ لغرض الانتقام، وللفرق طريق أسلم منه، وهو الطلاق، والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الْفَضْلُ الثَّانِي فِي أَرْكَانِ اللَّعَانِ) وَهِيَ أَرْبَعَةٌ: الثَّمَرَةُ وَالْقَذْفُ وَالْأَهْلُ وَاللَّفْظُ (الْأَوَّلُ: الثَّمَرَةُ) وَهِيَ نَفْيُ النَّسَبِ وَقَطْعُ النَّكَاحِ وَدَفْعُ الْعُقُوبَةِ وَدَفْعُ عَارِ الْكُذْبِ \* وَيَجُوزُ اللَّعَانُ بِمَجْرَدِ نَفْيِ النَّسَبِ \* وَإِنْ سَقَطَتِ الْعُقُوبَةُ بَعَفْوِهَا \* وَيَجُوزُ لِمَجْرَدِ إِسْقَاطِ الْعُقُوبَةِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَلَدٌ سِوَاءَ كَانَتْ حُذًا أَوْ تَغْزِيرًا إِلَّا تَغْزِيرَ (ح) التَّأْدِيبِ وَهُوَ أَنْ يُؤْذِيهَا بِالْقَذْفِ بِنِزَا أَعْتَرَفَتْ بِهِ أَوْ ثَبِتَ بِالْبَيِّنَةِ فَإِنَّهُ لَا يَلَاعِنُ لِمَجْرَدِ دَفْعِهِ عَلَى أَسَدِ الْوَجْهِينِ لِأَنَّهُ مُصَدِّقٌ فَلَا مَعْنَى لِلْعَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قد ذكرنا أن اللعان يختص بقذف الزوج، ولا يخفى أن اللعان سبباً يترتب عليه، وهو القذف، وأن للملاعن مقصوداً يبتغيه باللعان وهو ثمرته به، فهاهنا أربعة أمور؛ يُحْتَاجُ إلى معرفتها ومعرفة أحوالها، وهي: ثمرة اللعان، والقذف الذي هو سببه، والشخص الملاعِنُ، ولفظ اللعان، وتوسُّع في تسميتها أركان اللعان، وربما أراد أركان النظر في اللعان، أما الثمرة، فإنه عدّها أربعة أمور: نفي النسب، وقطع النكاح، ودفع عقوبة الكذب، ورفع عار الكذب في نسبتها إلى الزنا بتحقيقها باليمين، ويمكن ردُّ هذين الآخرين إلى شيءٍ واحدٍ، وهو دفع المحذور الذي يلحقه بالقذف، وقد يناقش في قوله الثمرة، وهي نفي النسب إلى آخر الأربعة، فإنه يقتضي الحضر، ويجوز أن يُعَدَّ من ثمراته تأييد التحريم، وإثبات حد الزنا<sup>(١)</sup> عليها انتقاماً منها على ما يعرض له في أثناء الكلام، ولا يشترط لجواز اللعان تعلق هذه الثمرات به، بل منها ما يستقل بإفادة جوازه، ومنها خلافه أما نفي النسب، فهو المقصود الأصلي من شرع اللعان، فإنه لا يثبت بالبينة، وإن كان يخصل بها دفع حد القذف، وإثبات حد الزنا عليها، فيجوز

(١) قال النووي: ومن الثمرات: سقوط حد قذف الزاني بها عن الزوج إن سماه في لعانه، وكذا إن لم يسمه على خلاف فيه. ومنها: سقوط حصانتها في حق الزوج إن لم تلاعن هي كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

ومنها: تشطير الصداق قبل الدخول ومنها: استباحة نكاح أختها وأربع سواها في عدتها.

اللعان، لمجرد نفي النسب، وإن لم ينقطع به النكاح؛ بأن كان قد أبانها أو لم ينهض<sup>(١)</sup> دافعاً للعقوبة؛ بأن كانت قد عَفَّتْ، أو أقام البينة على زناها.

وأما دفع القذف، فيجوز اللعان لمجرد دفع الحد، وإن لم يتعلّق به قطع النكاح، ولم يكن هناك ولدٌ، وإن كان الواجبُ التقرير، فالتعزير المشروع عند القذف على نوعين: تعزير تكذيب، وهو الذي يُشْرَعُ في حق الرّامي الكاذب ظاهراً، فإنه<sup>(٢)</sup> يكذب بما يجري عليه، وذلك إذا قَذَفَ زوجته الذمّية [أو الرقيقة]<sup>(٣)</sup> أو الصغيرة التي يوطأ مثلها.

وتعزير تأديب؛ وهو أن يكون كذبه معلوماً أو صدّقه ظاهراً، فيُعزَّرُ لا تكديباً له ولكن تأديباً؛ لئلا يعود إلى السبِّ والإيذاء؛ وذلك كقذف الصغيرة التي لا يوطأ مثلها، وكما إذا قذفها بزناً ثبت بالبينة أو اعترفت به، فإنه لا يُحدُّ؛ لسقوط حصانتها ويُعزَّرُ؛ للإيذاء بتجديد ذكر الفاحشة.

فأما النوع الأول من التعزير، فإنه يُستَوْفَى بطلبها، وله دفعه عن نفسه باللعان، وفيه وجهٌ ضعيفٌ، نقله الإمام وغيره - رحمهم الله - .

وأما النوع الثاني، فلا يلاعن؛ لدفع التعزير فيما إذا قذف صغيرة لا يوطأ مثلها، وإن كَبِرَتْ، وطلّبت؛ لأن التعزير هناك ليس من جهة أنه قَذَفَ، فإنه أتى بالمحال، لا يُلْحَقُ بها عاراً، وإنما يُعزَّرُ؛ منعاً له من الإيذاء والسب، وزجراً عن الخوض في الباطل، وفيه وجه ضعيفٌ، وفيما إذا قَذَفَها، وقد ثبت زناها بالبينة أو الاعتراف، قال الشافعي - رضي الله عنه - في رواية المزني - رحمه الله - : عَزَّرَ إن طلبت ذلك يعزّر ولم يلتعن، وظاهره الحكم، بأنه لا لعان، وقال في رواية الربيع - رحمه الله - : إن طلبت ذلك إن لم يلتعن فجعل عدم اللعان شرط. وذلك يُشْعِرُ بأن له أن يلاعن، وفيها طرق للأصحاب: أشهرها، وبه قال ابن سلمة والداركي وابن القَطَّان: أن المسألة على قولين:

أحدهما: له أن يلاعن دافعاً للعقوبة، كما في تعزير التكذيب، وأيضاً، فلقطع النكاح ودفعاً للعار.

وأصحهما: المنع؛ لأن اللعان؛ لإظهار الصدق وإثبات الرّنا، والصدق ظاهرٌ، والزنا ثابتٌ، فلا معنى للّعان، وأيضاً فإن التعزير هاهنا للسبِّ والإيذاء، فأشبهه قذف الصغيرة التي لا يوطأ مثلها.

وأظهرهما، وبه قال أبو إسحاق والقاضي أبو حامد: القطع بالقول الثاني، وجعل

(٢) في ز: كأنه.

(١) في أ: يتنهض.

(٣) سقط في ز.



ما رواه الرِّبِيعُ من كسبه<sup>(١)</sup>.

والثالث: القطع بما رواه الربيع، وتأويل كلام المزنِي بجعل قوله «ولم يلتعن» معطوفاً على قوله «إن طلبت» لا على قوله «عُزِّرَ» كأنه قال: عُزِّرَ، إن طَلَبْتَ التعزير، وامتنع هو عن اللعان.

والرابع: أن ما رواه المزنِي محمولٌ على ما إذا قذفها بزنا أضافه إلى ما قبل الزوجية، وأقام عليه البينة، ثم أعاد القذف بذلك الزنا، وما رواه الربيع محمولٌ على ما إذا قَدَّفَهَا بزنا إضافةً إلى حالة الزوجية، وأقام عليه البينة ثم أعاد القذف بذلك الزنا، والفرق أنه إذا ابتداء القذف بالزنا السابق على الزوجية لم يتمكن من إسقاط ما يجب به اللعان، فكذلك إذا أعاد القذف به، وإذا ابتداء القذف بالزنا الواقع في الزوجية، تَمَكَّن من إسقاط ما يجب به باللعان، فكذلك، إذا أعاد القذف به، ثم ظاهر، لفظ الشافعي - رضي الله عنه - في الرويتين، حيث قال: «إِنْ طَلَبْتَ» يدل على أن التعزير الواجب في هذه الصورة إنما يستوفى بطلبها، وحكى الإمام وجهاً أنه يستوفيه السلطان على سبيل السياسة؛ لما صدر منه من سوء الأدب، ولا يتوقَّف على طلبها، كما أنه يُؤدَّب من يقول: الناس زناة، وإن لم يَطْلُبْ تأديبه أحدٌ، والمذهب الأول؛ لأنها المقصودة بالإيذاء والمتضررة بإشاعة الفاحشة، وإن ثبت أصلها، قال الإمام - قدس الله روحه -: وليس هذا مَوْضِعَ التردد، وإنما يليق التردد بما إذا أضاف الزنا إلى حالة لا تحتل الوطء، كما إذا قال: زنيته، وأنت بنت شهر، فإن المحال لا يتأذى منه، وقوله في الكتاب «على أسد<sup>(٢)</sup> الوجهين» يجوز إعلامه بالواو؛ للطريقين القاطعين، والمشهور عند من أثبت الخلاف التعبير عنه بالقولين دون الوجهين.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ عَفَّتْ عَنِ الْحَدِّ وَلَا نَسَبَ فَلَا يَبْقَى عَرَضٌ إِلَّا قَطَعَ النُّكَاحَ وَدَفَعَ عَارَ الْكُذِبِ وَالْإِنْتِقَامَ مِنْهَا \* وَفِي جَوَازِ اللَّعَانِ لِمَجْرَدِ هَذِهِ الْأَعْرَاضِ وَجِهَانِ \* فَإِنْ سَكَتَتْ عَنِ طَلَبِ الْحَدِّ وَمَا عَفَّتْ فَوَجِهَانِ مُرْتَبَانِ \* وَأَوْلَى بِالْجَوَازِ \* وَهَذَا خِلَافٌ فِي أَنَّ طَلَبَهَا هَلْ يَشْتَرِطُ لِلْعَانَ؟ \* فَإِنْ كَانَتْ مَجْنُونَةً فَأَوْلَى بِالْجَوَازِ \* وَمَهْمَا قَصَدَ تَفِي الْوَالِدِ لَمْ

(١) في ز: في كسبه.

(٢) قال في الخادم: تقييده المسألة بما إذا ثبت بالبينة أو الاعتراف يخرج ما لو ثبت بلعان الزوج بأن التعن وامتنعت ثم قذفها الزوج بالزنا.

ثانياً: فلا يحدها؛ لأن لعانها كالبينة في حدها، وثبوت صدقه ويعزر للسب والإيذاء وليس له إسقاطه باللعان قولاً واحداً. قاله الماوردي وغيره من العراقيين وصرح به الشيخ أبو حامد والبنديجي وسليم الرازي وابن الصباغ وفرضوا المسألة فيما إذا قذفها بالزنا الذي حدث به.

يَتَوَقَّفُ اللَّعَانُ عَلَى طَلِبِهَا قَطْعًا \* إِنَّمَا ذَلِكَ فِي لِعَانٍ لِمَجْرَدِ دَفْعِ الْعُقُوبَةِ \* وَلَوْ قَالَ: زَنَى بِكَ مَمْسُوحٌ أَوْ هِيَ رَتْقَاءٌ فَلَا لِعَانَ لِأَنَّهُ كَاذِبٌ قَطْعًا وَيُعَزَّرُ تَأْدِيبًا .

قَالَ الرَّافِعِيُّ: ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلِ أَنْ حُدَّ الْقَذْفُ يَسْتَوْفَى بِطَلْبِ الْمَقْدُوفِ، وَذَكَرْنَا الْآنَ حَالَ التَّعْزِيرِ فِي عِبْتَابِ الطَّلَبِ، وَمَا يَسْتَوْفَى بِطَلْبِ الشَّخْصِ مِنَ الْحَدِّ وَالتَّعْزِيرِ، فَإِنَّهُ يَسْقُطُ بَعْفُهُ وَإِسْقَاطُهُ إِذَا كَانَ مِنْ أَهْلِ الْعَفْوِ، إِذَا عُرِفَ ذَلِكَ، فَلَوْ قَذَفَ زَوْجَتَهُ [عَفَفَتْ عَنْ الْحَدِّ]، وَلَا وَلَدَ هُنَاكَ، فَهَلْ لَهُ اللَّعَانُ أَمْ لَا؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أحدهما: نَعَمْ؛ لِمُغْرَضِ قَطْعِ النِّكَاحِ وَالفِرْقَةِ الْمُؤَيَّدَةِ، وَلِدَفْعِ عَارِ الْكَيْدِ وَالتَّنَقُّمِ مِنْهَا؛ بِإِجَابِ حَدِّ الزَّوْنِ عَلَيْهَا وَإِلْصَاقِ الْعَارِ بِهَا.

وَأصْحُهُمَا: لَا؛ لِأَنَّ اللَّعَانَ حُجَّةً ضَرْوِيَّةً إِنَّمَا يَسْتَعْمَلُ لِمُغْرَضِ مُهْمٍ، وَهُوَ قَطْعُ النِّسْبِ وَدِرءُ الْحَدِّ، وَهَذِهِ الْأَعْرَاضُ ضَعِيفَةٌ، وَقَطْعُ النِّكَاحِ وَعَسَلُ الْعَارِ عَنْ نَفْسِهِ مُتَيْسِّرٌ بِالتَّطْلَاقِ، وَبِجُرْيِ الْخِلَافِ فِيمَا إِذَا أَقَامَ بَيِّنَةٌ عَلَى زَنَاهَا أَوْ صَدَقَهُ، فَانْدَفَعُ الْحَدَّ وَلَا وَلَدَ، فَلَوْ سَكَتَتْ، وَلَمْ تَطْلُبِ الْحَدَّ، وَلَا عَفَتْ عَنْهُ، فَفِي جَوَازِ اللَّعَانِ وَجْهَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوْلَى بِالْجَوَازِ، لِأَنَّ الطَّلَبَ مُتَوَقَّعٌ؛ فَيَحْتَاجُ إِلَى دَفْعِهِ.

وَوَجْهُ الْمَنْعِ؛ أَنَّهُ لَا نَسَبَ، وَالْحَدَّ غَيْرَ مَطْلُوبٍ، وَإِنَّمَا يُصَارُ إِلَى اللَّعَانِ إِذَا أَرَهَقَتْهُ الضَّرُورَةُ إِلَيْهِ، وَذَكَرَ الْإِمَامُ - رَحِمَهُ اللَّهُ - أَنَّ وَجْهَ الْجَوَازِ أَصْحَحُ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ، وَالجُمْهُورُ عَلَى تَرْجِيحِ الْمَنْعِ وَيَتَوْلَدُ مِنَ الْخِلَافِ الْمَذْكَورِ خِلَافٌ فِي أَنَّ طَلَبَ الْمَرْأَةِ لِلْعُقُوبَةِ، هَلْ هُوَ شَرْطٌ لِمُجَازِ اللَّعَانِ؟ وَيَجْرِي الْوَجْهَانِ فِيمَا إِذَا قَذَفَ زَوْجَتَهُ الصَّغِيرَةَ أَوْ الْمَجْنُونَةَ، فَعَلَى وَجْهِ؛ لَهُ اللَّعَانُ؛ لِيُسْقِطَ التَّعْزِيرَ عَنْ نَفْسِهِ، وَيَقْطَعُ النِّكَاحَ، وَعَلَى الْأَطْهَرِ يَنْتَظِرُ بَلُوغَ الصَّبِيَّةِ، وَإِضَافَةَ الْمَجْنُونَةِ وَطَلِبَهُمَا التَّعْزِيرِ، وَالْوَجْهَانِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ إِنْ رُتِبَا عَلَى الْوَجْهَيْنِ فِي صُورَةِ السُّكُوتِ كَانَتْ هَذِهِ أَوْلَى بِالْمَنْعِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَوَقَّعُ الطَّلَبَ إِلَّا بَعْدَ زَوَالِ الْمَانِعِ، وَهَنَّاكَ يَتَوَقَّعُ لِحِظَةِ فَلِحِظَةِ، وَإِنْ رُتِبَا عَلَى الْوَجْهَيْنِ فِي صُورَةِ الْعَفْوِ، كَانَتْ هَذِهِ أَوْلَى بِالْجَوَازِ؛ الطَّلَبُ مُتَوَقَّعٌ فِي الْجُمْلَةِ، وَلَوْ قَذَفَ زَوْجَتَهُ، ثُمَّ جُنَّتْ أَوْ قَذَفَهَا فِي جُنُونِهَا بَزْنَا إِضَافَةً إِلَى حَالِ الْإِفَاقَةِ، فَعَلَيْهِ الْحَدُّ، وَهَلْ يُلَاعِنُ إِذَا لَمْ يَكُنْ وَلَدًا، أَوْ يَنْتَظِرُ إِفَاقَتَهَا وَطَلِبَهَا؟ فِيهِ الْوَجْهَانِ، وَإِذَا كَانَ هُنَاكَ وَلَدًا، وَأَرَادَ نَفْيَهُ بِاللَّعَانِ، فَهَذَا ذَلِكَ<sup>(١)</sup>، وَلَا يُشْتَرَطُ طَلَبُ الْعُقُوبَةِ فِي شَيْءٍ مِنَ الصُّورِ الْمَذْكَورَةِ.

وَإِذَا قَالَ: زَنَى بِكَ مَمْسُوحٌ أَوْ صَبِيٌّ ابْنُ شَهْرٍ أَوْ قَالَ لِلرَّتْقَاءِ، أَوْ الْقَرْنَاءِ: زَنَيْتِ، فَلَا حَدَّ، وَيُعَزَّرُ لِلأَذَى، وَكَذَا لَوْ قَالَ لِمَمْسُوحٍ: زَنَيْتِ أَوْ لِبَالِغِ زَنِيتِ، وَأَنْتِ فِي الْمَهْدِ،

(١) قَالَ النَّوَوِيُّ: وَكُلُّ مَوْضِعٍ لِاعْنِ لِنَفْيِ النِّسْبِ أَوْ غَيْرِهِ وَهِيَ مَجْنُونَةٌ، فَقَدْ حَقَّقَ زَنَاهَا وَلِزِمَهَا الْحَدُّ، لَكِنْ لَا تَحْدُ فِي جُنُونِهَا، فِإِذَا أَفَاقَتْ حَدَّتْ إِنْ لَمْ تَلَاعِنْ، ذَكَرَهُ الْمُحَامِلِيُّ فِي «الْمَجْمُوعِ».

لا يجب الحد، ولا لعان في مثله، فإنه كاذب يقيناً، فكيف تُمكّنه من الحلف على أنه صادق، ومنهم من حكى فيه وجهاً لدفع التعزير عن نفسه، وهو الوجه الذي تقدّم ذكره، ولو قال لزوجته الكبيرة: زنيّت وأنت صغيرة، فسيأتي القول فيه - إن شاء الله تعالى - : في آخر الركن الثالث.

وقوله في الكتاب «فإن كانت مجنونة، فأولئى بالجواز» يعني في صورة العفو والإسقاط، وقوله «وهما قصد نفي الولد» إلى مسألة الممسوح غير محتاج إليه، بل مقصوده مفهوم مما سبق، وذلك؛ لأنه قد بين من قبل أنه يجوز اللعان لنفي الولد، وإن سقطت العقوبة، ومن عرف أنه يلاعن؛ لنفي الولد حيث لا عقوبة، عرف أنه لا يتوقّف اللعان على طلب استيفاء العقوبة. والله أعلم.

قَالَ الْعَرَّالِيُّ: (الرُّكْنُ الثَّانِي: الْمَلَاعِنُ) وَلَهُ شَرْطَانِ: (أَحَدُهُمَا): أَهْلِيَّةُ الْيَمِينِ فَيَصِحُّ مِنْ كُلِّ مُكَلَّفٍ وَإِنْ كَانَ عَبْدًا (ح) أَوْ ذِمِّيًّا (ح) \* وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَتْ الزَّوْجَةُ ذِمِّيَّةً وَلَكِنَّهَا إِنْ لَمْ تَرْضَ بِحُكْمِنَا لَا تُجْبَرُ عَلَى اللَّعَانِ إِذْ لَيْسَ عَلَيْهَا إِلَّا حَدُّ الزَّنَا وَهُوَ لِلَّهِ تَعَالَى \* نَعَمْ لَوْ رَضِيَتْ هِيَ وَأَمْتَعَتِ الزَّوْجَ الذِّمِّيَّ فَبِي إِجْبَارِهِ قَوْلَانِ \* لِأَنَّ حَدَّ الْقَذْفِ ثَابِتٌ لَهَا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يَعْتَبَرُ فِي الْمَلَاعِنِ شَرْطَانِ:

أحدهما: أهلية اليمين، واعلم أن المشهور من قول أصحاب أبي حنيفة أن اللعان شهادة، ومن قول أصحابنا أن اللعان يمين مؤكدة بلفظ الشهادة، واحتجوا لكونه يميناً بما روي أنه - ﷺ - (١) قال لهلال بن أمية: «اخلف بالله الذي لا إله إلا هو إنك لصادق» وأنه لما أتت المرأة بالولد على الثنت المكروه، قال (٢): «لولا الأيمان، لكان لي ولها شأن»، وبأنه يصح من الفاسق والأعمى، وشهادتهما غير مقبولة، وبأن اللعان يؤتى به في معرض الخصومة، ويلاعن الملاعن لنفسه، وشهادة الإنسان لنفسه غير مقبولة، ومن الأصحاب من يقول: إنه يمين فيه شائبة الشهادات (٣)؛ ألا ترى أنه يُدرأ به

(١) رواه الحاكم [٢/٢٠٢] والبيهقي [٧/٣٩٥] عنه من حديث ابن عباس قال: لما قذف هلال بن أمية امرأته، قيل له: ليجلدنك رسول الله ﷺ، فذكر الحديث وفيه: فقال له رسول الله ﷺ أحلف بالله الذي لا إله إلا هو إني لصادق، يقول ذلك أربع مرات، الحديث بطوله، قال الحاكم: صحيح على شرط البخاري ولم يخرج به هذه السياقة، وفي البخاري من طريق نافع، عن ابن عمر: أن رجلاً من الأنصار قذف امرأته، فأحلفها النبي ﷺ، ثم فرق بينهما.

(٢) رواه أحمد وأبو داود [٢/٢٢٥٦] من حديث ابن عباس هكذا، ورواه البخاري [٤٧٤٧] بلفظ: لولا ما مضى من كتاب الله، وهو طرف من حديث ابن عباس في قصة هلال.

(٣) وقد ذكر النووي رحمه الله في لغات التنبيه مع هذين الوجهين وجهين آخرين:

الحدُّ عن نفسه، فيثبت حدُّ الزنا عليه، كالبينة، وأنه إذا امتنع من اللعان، ثم رَغِبَ فيه، يَمَكِّنُ منه كمن امتنع من إقامة البينة، ثم أراد إقامتها، والثاكيل عن اليمين لا يعود إليها بعد النكول<sup>(١)</sup> ولما كان اللعان يميناً أو كان المُعْلَبُ فيها اليمين، ألْحَقَ باليمين؛ وقيل: يعتبر فيه أهلية اليمين، وذلك بالتكليف؛ فلا يصح لعانُ الصبي<sup>(٢)</sup> والمجنون، ولا يقتضي قذفهما اللعانُ بعد البلوغ والإفاقة.

نَعَمْ، يعزر المميِّز على القذف، فإن لم يتفق تعزيره حتى بلغ، فعن القفال أنه يسقط عنه التعزير؛ لأن تعزيره كان للزجر عن إساءة الأدب، وقد حدّث زاجرٌ أقوى منه، وهو البلوغ وجرّيان القلم عليه، ويصحُّ لعانُ الذميِّ والرقيق والمحدود في القذف، وكذا اللعان عن الزوجة الرقيقة<sup>(٣)</sup> والذمية والمحدودة في القذف، وبه قال مالك، وعند أبي حنيفة: إذا كان أحدُ الزوجين بصفة من الصفات المذكورة، لم يجز بينهما اللعان؛ بناءً على أن اللعان شهادة، وأن لعان الرجل يوجب اللعان عليها، دون الحدِّ، فلا يلاعن الرجل، إذا كان بإحدى الصفات المذكورة؛ لأنه ليس من أهل الشهادة، ولا يلاعن إذا كانت المرأة كذلك؛ لأنَّ فائدة لعانه إن تلاعن، وهي ليست من أهل الشهادة، وعن أحمد - رحمه الله - روايتان كالمذهبتين، واحتج الشافعي - رضي الله عنه - بعموم آيات اللعان، وبأن اللعان ليس سبيله سبيل الشهادات على ما تبين، إذا تقرّر ذلك، فلو قذف زوجته الذمية، وترافع الزوجان، ولأعَنَ الزوج، فنصُّ الشافعي - رضي الله عنه - أنها تُجَبَّر على اللعان، ولا تحد، إن امتنعت من اللعان حتى ترضى بحكمنا، فإذا رضيت

= أحدهما: أنه شهادة محضة.

والثاني: أنه شهادة فيها شائبة اليمين، وحكى الأوجه في الكناية من الخلاف في وجوب الكفارة ومن صورة إبدال الشهادة بالحلف ونحوه بين عدم إيجاب الكفارة إما لأنها شهادة أو لأنها شهادة فيها شوب يمين، وتعين لفظ الشهادة إما لأنها شهادة أو لأنها شهادة فيها شوب وقد أعطاه الأصحاب في مواضع والمذهب الأول كما صرح به في باب الغسل عن الأصحاب، قال في الخادم: ومسألة البغوي في استدخالها في حال الزوجة، فلو عكست الصورة بأن أخذت الماء وهو زوج ثم استدخلته بعد انقضاء عدتها، قال بعضهم: فيحتمل أن يقال تجب العدة لأن الماء محترم في أصله ويحتمل أن يقال لا عدة لأن غاية هذا المستدخل أن ينزل الآن منزل من هو منه لو كان الآن واطناً بغير شبهة لم يجب عليها أن تعتد منه، فكذا هنا لا تجب العدة عليها باستدخال مني الزوج أن يوجد الإنزال واستدخالها معاً في حال الزوجية، فلو أنزل ثم نكحها ثم استدخلت ماءه فلا عدة ولا نسب.

(١) في ز: اليمين.

(٢) وينبغي أن يكون المراد بالميميز من له نوع مميز من الصبي والمجنون كما صرح به في حد القذف وإن كان لفظه هنا يوهم القصر على الصبي وهو ما يقتضيه كلام الماوردي.

(٣) في ز: الزوجة.

حَكَمْنَا فِي حَقِّهَا بِمَا تَحْكُمُ بِهِ فِي حَقِّ الْمُسْلِمَةِ، وَفِيهِ طَرِيقَانِ؛ حَكَاهُمَا الْإِمَامُ، وَالْمَشْهُورُ مِنْهُمَا تَخْرِيجُ الْمَسْأَلَةِ عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِي أَنْ الدَّمِيئِينَ إِذَا تَرَاغَعَا إِلَى حَاكِمِنَا، هَلْ يَجِبُ عَلَيْهِ الْحُكْمُ بَيْنَهُمَا؟ وَقَدْ ذَكَرْنَا هُمَا فِي النِّكَاحِ؛ إِنْ قَلْنَا: يَجِبُ، فَإِذَا لَمْ تَلَاعَنَّ، نَقِيمُ عَلَيْهَا الْحَدَّ، رَضِيَتْ أَوْ لَمْ تَرْضَ، وَإِنْ قَلْنَا: لَا يَجِبُ، فَإِنَّمَا نَحُدُّهَا إِذَا رَضِيَتْ بِحُكْمِنَا، وَالنَّصُّ جَوَابٌ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ.

والطريق الثاني: القَطْعُ بِأَنَّهَا لَا تُجْبَرُ، وَلَا يَجْرِي عَلَيْهَا الْحُكْمُ إِلَّا إِذَا رَضِيَتْ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَاعَنَّ الزَّوْجُ، انْقَطَعَتْ خِصْمَتُهُ، مَعَهَا وَكَانَ الْبَاقِي بَعْدَهُ حَدَّ الزَّوْنِ، وَهُوَ (١) مُحَضَّرٌ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى، وَنَحْنُ لَا نُجْبَرُ أَهْلُ الدِّمَّةِ عَلَى حَقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى، وَلَا يَلِيْقُ بِهَا الْإِجْبَارُ؛ لِأَنَّهَا مَبْنِيَّةٌ عَلَى الْمَسَامَحَةِ، وَعَنْ الْقُقَالِ؛ بِنَاءً عَلَى انْقِطَاعِ خِصْمَةِ الزَّوْجِ بِاللَّعَانِ: أَنَّهُ إِذَا كَانَ التَّلَاعُنُ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ، فَإِذَا لَاعَنَّ الزَّوْجُ، لَمْ يَتَوَقَّفْ عَرْضُ اللَّعَانِ عَلَيْهَا عَلَى طَلْبِهِ، بَلْ يَقُومُ بِهِ الْحَاكِمُ، وَيَقُولُ لَهَا: إِنْ لَاعَنْتِ، سَلِمْتِ، وَإِلَّا، أَقَمْتِ عَلَيْكَ الْحَدَّ، وَيَقْرُبُ مِنْ هَذَا الْكَلَامِ أَنْ الَّذِينَ جَعَلُوا الْمَسْأَلَةَ عَلَى الْقَوْلَيْنِ، ذَكَرُوا أَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الزَّوْجُ الْمَلَاعِنَ مُسْلِمًا أَوْ دِمِّيًّا، وَإِنْ قَطَعْنَا بِوَجُوبِ الْحُكْمِ فِيمَا إِذَا كَانَ أَحَدُ الْخِصْمَيْنِ مُسْلِمًا، وَالْآخَرُ: دِمِّيًّا؛ لِأَنَّ الزَّوْجَ إِذَا لَاعَنَّ، خَرَجَ عَنْ أَنْ يَكُونَ خَصْمًا لَهَا وَمَا بَعْدَ لِعَانِهِ يَتَعَلَّقُ بِهَا عَلَى الْخِصْمِ، فَتَخْرُجُ الصُّورَةُ عَنْ أَنْ تَكُونَ خِصْمَةً مُسْلِمَةً وَدِمِّيًّا، وَلِئِنْ قُلْنَا: تَوَجَّهَ طَرِيقَةُ الْقَطْعِ تَسْأَقُ إِلَى أَنْ الْقَوْلَيْنِ فِي أَنَّهُ هَلْ يَجِبُ الْحُكْمُ بَيْنَ أَهْلِ الدِّمَّةِ فِي حَقُوقِ الْعِبَادِ [فَأَمَّا فِي حَقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى فَلَا يَجِبُ] (٢) قَوْلًا وَاحِدًا، وَهَذَا لَمْ يَسْبِقْ ذِكْرُهُ فِي بَابِ النِّكَاحِ، لَكِنْ ذَكَرْنَا فِي نَقْلِ (٣) الْقَوْلَيْنِ هُنَاكَ ثَلَاثَةَ طُرُقٍ:

أحدها: أَنْ الْقَوْلَيْنِ فِي حَقُوقِ الْعِبَادِ، فَأَمَّا فِي حَقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى، فَيَجِبُ الْحُكْمُ لَا مُحَالَةً؛ كَيْلًا (٤) تَضِيحُ.

والثاني: أَنْ الْقَوْلَيْنِ فِي حَقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى، فَأَمَّا فِي حَقُوقِ الْعِبَادِ، فَيَجِبُ لَا مُحَالَةً؛ لِأَنَّهَا مَبْنِيَّةٌ عَلَى الضَّمِيقِ (٥).

والثالث: إِجْرَاءُ الْقَوْلَيْنِ فِي النُّوعَيْنِ، وَقَدْ مَرَّ أَنَّهُ أَظْهَرَ؛ عَلَى مَا قَالَهُ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ، وَعَلَى هَذَا، فَيَلْزَمُ مَجِيئُ الْخِلَافِ فِي الْإِجْبَارِ (٦)، وَإِنْ كَانَ الْبَاقِي مُحَضَّرًا حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى، هَذَا فِي جَانِبِ الزَّوْجَةِ.

(١) فِي ز: وَهِيَ.  
(٢) سَقَطَ فِي ز.  
(٣) فِي أ: مَحَلٌ.  
(٤) فِي ز: لَثَلَا.  
(٥) فِي ز: الصَّدَقُ وَفِي ب: الْعَتَقُ.  
(٦) فِي أ: الْإِجْبَارُ.

وأما في جانب الزَّوج، فلو أن الذَّمَّيِّين تَرَافَعَا بَعْدَ الْقَذْفِ، ولم يَرْضِ الزَّوْجُ بِحُكْمِنَا، وطلبتَه المرأة، فيُجْبِرُ الزَّوْجَ عَلَى اللَّعَانِ، وَيُعْزَّرُ إِنْ لَمْ يَلَاعِنِ أَوْ يَتَوَقَّفَ ذَلِكَ عَلَى رِضَاهُ؟ فِيهِ الْقَوْلَانِ فِي وَجُوبِ الْحُكْمِ بَيْنَ أَهْلِ الذِّمَّةِ، وَلَا يَجِيءُ فِيهِ الطَّرِيقَةُ الْقَاطِعَةُ؛ لِأَنَّ اللَّعَانَ فِي جَانِبِهِ، وَمَطَالَبَتُهُ بِالتَّعْزِيرِ تَعَلَّقَ بِحَقُوقِ الْأَدْمِيِّينَ، وَلَوْ كَانَ الزَّوْجُ مُسْلِمًا؛ فَإِنَّ لَاعِنًا، فَذَلِكَ، [إِنْ لَمْ يَلَاعِنِ]، وَطَلَبَتِ الْمَرْأَةُ: التَّعْزِيرَ، اسْتَوْفَاهُ الْحَاكِمُ جَبْرًا؛ بِنَاءً عَلَى وَجُوبِ الْحُكْمِ إِذَا كَانَتِ الْخِصْمُومَةُ بَيْنَ مُسْلِمٍ وَذِمِّيٍّ وَالْوَاجِبُ عَلَى الذِّمِّيِّ فِي قَذْفِ الذِّمِّيَّةِ التَّعْزِيرَ، إِنْ كَانَ هُوَ مَكَافِئًا لَهَا، كَمَا أَنَّ الْوَاجِبَ بِقَذْفِ الْأُمَّةِ التَّعْزِيرَ، وَإِنْ كَانَ الْقَاذِفُ رَقِيقًا.

وقوله في الكتاب «لا تجبر على اللعان» قصد به الجواب على الطريقة القاطعة، وخصص القولين في الإيجاب بجانب الزوج، وليعلم بالواو؛ للطريقة الأخرى، ولا يخفى أن المعنى من قوله «لا تجبر على اللعان» أنه لا يحكم باللعان أو الحد عليها من غير رضاها، واللعان بعينه لا إيجاب عليه بحال.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: (الشَّرْطُ الثَّانِي): الزَّوْجِيَّةُ فَلَا لِعَانَ لِلْأَجْنَبِيِّ \* وَالطَّلَاقُ الرَّجْعِيُّ لَا يَمْنَعُ اللَّعَانَ قَبْلَ الرَّجْعَةِ \* وَلَوْ أَرْتَدَّ الزَّوْجُ فَلَاعِنٌ وَعَادَ إِلَى الْإِسْلَامِ تَبَيَّنَ صِحَّةُ اللَّعَانِ \* وَلَوْ أَصْرَّ تَبَيَّنَ فَسَادُهُ \* وَلَوْ وَطَّئَهَا فِي نِكَاحٍ فَاسِدٍ أَوْ بِشُبْهَةٍ ثُمَّ قَذَفَهَا وَكَانَ ثُمَّ وَلَدٌ يَتَعَلَّقُ بِهِ اللَّعَانَ وَيَنْدَفِعُ بِهِ الْحَدُّ وَالنَّسَبُ \* وَهَلْ يَتَعَلَّقُ بِهِ تَأْبُدُ الْحَزْمَةُ وَوُجُوبُ حَدِّ الزَّنَا عَلَيْهَا حَتَّى يَخْتِاجَ إِلَى الدَّفْعِ بِلِعَانِهَا؟ فِيهِ وَجْهَانِ \* فَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَلَدٌ فَلَا يَلَاعِنُ كَالْأَجْنَبِيِّ \* فَإِنْ ظَنَّ صِحَّةَ النَّكَاحِ فَلَاعِنٌ فَيَنْدَفِعُ الْحَدُّ بِاللَّعَانِ الْفَاسِدِ عَلَى وَجْهِ لِسْقُوطِ الْحَدِّ بِالشُّبْهَةِ \* وَكَذَا يَسْقُطُ حَدُّ الْمُرْتَدِّ إِذَا لَاعِنٌ وَأَصْرَّ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: ذَكَرْنَا أَنَّ اللَّعَانَ حُجَّةٌ، شَرَعَتْ لِلزَّوْجِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ قَدْ يَضْطَرُّ إِلَى الْقَذْفِ، وَلَا تُسَاعِدُهُ الْبَيِّنَةُ، فَيَحْتَاجُ إِلَى دَفْعِ الْحَدِّ عَنْ نَفْسِهِ، وَإِلَى الْإِنْتِقَامِ مِنْهَا، وَهَذَا الْمَعْنَى يَقْتَضِي اخْتِصَاصَهُ بِالنِّكَاحِ فَلَا لِعَانَ لِلْأَجْنَبِيِّ، فَإِنَّهُ لَا ضَرُورَةَ لَهُ فِي الْقَذْفِ، وَلَوْ طَلَّقَ زَوْجَتَهُ طَلْقًا رَجْعِيًّا بَعْدَ مَا قَذَفَهَا أَوْ قَذَفَهَا، وَهِيَ فِي عِدَّةِ الرَّجْعَةِ، فَلَهُ أَنْ يَلَاعِنَ مِنْهَا، كَمَا يَجُوزُ أَنْ يَطْلُقَهَا، وَأَنْ يُؤَلِّيَ عَنْهَا وَيُظَاهِرَ، وَيَصِحُّ لِعَانُهُ فِي الْحَالِ، وَتَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ أَحْكَامُهُ مِنْ غَيْرِ تَوَقُّفٍ عَلَى الرَّجْعَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا ظَاهَرَ عَنْهَا أَوْ أَلَّى حَيْثُ يَتَوَقَّفُ أَمْرُهُ عَلَى الرَّجْعَةِ؛ لِأَنَّ حُكْمَ الْإِبْلَاءِ فِيهَا بِالْمُضَارَّةِ، وَلَا مُضَارَّةَ مَعَ حُرْمَتِهَا عَلَيْهِ، وَالْكَفَّارَةُ فِي الظَّاهِرِ تَعَلَّقَ بِالْعُودِ، وَإِنَّمَا يَخْصُلُ الْعُودُ بِالرَّجْعَةِ، وَأَمَّا اللَّعَانُ فَمَدَّارُهُ عَلَى الْفِرَاشِ وَلِحُوقِ النَّسَبِ، وَالرَّجْعِيَّةُ فِي ذَلِكَ كَالْمَنْكُوحَةِ، وَفِي التَّأْخِيرِ حَظْرُ الْفَوَاتِ بِالْمَوْتِ، فَلَمْ يَتَوَقَّفْ أَمْرُهُ عَلَى الرَّجْعَةِ، ثُمَّ فِي الْفَضْلِ مَسْأَلَتَانِ:

إحداهما: لو ارتدَّ الزَّوْجُ بَعْدَ الدَّخُولِ، وَقَدَفَهَا، وَعَادَ إِلَى الْإِسْلَامِ فِي مَدَّةِ الْعِدَّةِ فَاَلنِّكَاحِ دَائِمٌ، وَلَهُ اللَّعَانُ، وَإِنْ لَاعَنَ فِي الرَّدَّةِ ثُمَّ عَادَ إِلَى الْإِسْلَامِ فِي مَدَّةِ الْعِدَّةِ، كَانَ اللَّعَانُ وَقَعًا فِي صُلْبِ النِّكَاحِ، فَيَقَعُ مَوْقِعُهُ، كَمَا لَوْ طَلَّقَهَا فِي الرَّدَّةِ، ثُمَّ عَادَ إِلَى الْإِسْلَامِ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ، وَالْكَفْرُ لَا يَمْنَعُ نَفْوَ اللَّعَانِ، أَلَا تَرَى أَنَّ الذَّمِّيَّ يَلَاعِنُ، وَإِنْ أَصْرَ حَتَّى انْقَضَتِ الْعِدَّةُ تَبَيَّنَ وَقُوعُهُ فِي حَالِ الْبَيْنُونَةِ، فَإِنْ كَانَ هُنَاكَ وَلَدٌ وَنَفَاهُ بِاللَّعَانِ فَهُوَ نَافِذٌ، وَإِلَّا، فَقَدْ تَبَيَّنَ فَسَادُهُ، وَفِي انْدِفَاعِ حَدِّ الْقَذْفِ بِهِ وَجْهَانِ، سَيَأْتِي ذِكْرُهُمَا فِي نَظِيرِهَا.

وَالْأَصْحَحُ، وَبِهِ أَجَابَ ابْنُ الْحَدَّادِ: أَنَّهُ لَا يَنْدَفَعُ، وَعَنْ الشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ - رَحِمَهُ اللَّهُ - بِنَاءَ هَذَا الْخِلَافِ عَلَى تَرَدُّدِ ذِكْرِهِ؛ فِي أَنَّ الْجَارِيَةَ فِي الْعِدَّةِ لِتَبْدِيلِ الدِّينِ، سَبِيلُهَا إِذَا تَبَيَّنَ ارْتِفَاعُ النِّكَاحِ سَبِيلُ الرَّجْعِيَّاتِ أَوْ سَبِيلُ الْعَائِنَاتِ، وَقَضِيَّةُ هَذَا الْبِنَاءِ أَنْ يُقَالَ: هَلْ يَتَبَيَّنُ فَسَادُ اللَّعَانِ، وَتَرْتَدُّ أَحْكَامُهُ؟ فِيهِ خِلَافٌ، وَلَا تَقْصُرُ النَّظْرَ عَلَى أَنَّهُ، هَلْ يَنْدَفَعُ بِهِ الْحَدُّ؟ قَالَ الْإِمَامُ - قَدَسَ اللَّهُ رُوحَهُ -: قَدْ أُطْلِقُوا لَهُ اللَّعَانُ فِي حَالِ الرَّدَّةِ مَعَ احْتِمَالِ الْإِضْرَارِ، وَكَانَ يَجُوزُ أَنْ يُوقَفَ أَمْرُ اللَّعَانِ إِلَى أَنْ يَعُودَ إِلَى الْإِسْلَامِ أَوْ يُصْرَّ.

الثَّانِيَةُ: إِذَا وَطِئَ امْرَأَةٌ فِي نِكَاحٍ فَاسِيدٌ أَوْ بِشْبَهَةٍ؛ بِأَنَّ ظَنُّهَا زَوْجَتَهُ أَوْ أُمَّتَهُ، ثُمَّ قَذَفَهَا، وَأَرَادَ اللَّعَانَ، فَإِنْ كَانَ هُنَاكَ وَلَدٌ؛ فَلَهُ اللَّعَانُ، خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ.

لَنَا أَنَّهُ نَسَبٌ لِاحْتِقَاقِ، لَا بِمَلِكِ الْيَمِينِ، فَكَانَ لَهُ نَفْيُهُ بِاللَّعَانِ، كَمَا فِي النِّكَاحِ الصَّحِيحِ، وَإِذَا لَاعَنَ؛ لِنَفْيِ الْوَلَدِ، انْقَطَعَ نَسَبُهُ، وَيَسْقُطُ حَدُّ الْقَذْفِ تَبَعًا؛ لِأَنَّ اللَّعَانَ حُجَّةٌ يُثَبَّتُ بِهَا الزُّنَا، فَكَيْفَ تَقْبَلُ الْحُجَّةَ فِي نَفْيِ النَّسَبِ، وَتُوجِبُ الْحَدَّ مَعَهُ؟ وَفِي أَمَالِي أَبِي الْفَرَجِ السَّرْحَسِيِّ - رَحِمَهُ اللَّهُ - فِي نَظَرِ الْمَسْأَلَةِ وَجْهٌ أَنَّهُ لَا يَسْقُطُ؛ لِأَنَّ اللَّعَانَ إِنَّمَا يُؤَثِّرُ فِي إِسْقَاطِ الْحَدِّ، إِذَا لَطَّخَتْ فِرَاشَهُ، وَاحْتِاجَ إِلَى الدَّفْعِ عَنِ نَفْسِهِ وَالْإِنْتِقَامِ مِنْهَا، فَهِيَ حُجَّةٌ ضَرُورِيَّةٌ، وَلَمْ يَوْجِدْهَا هُنَا تَلَطُّيخَ فِرَاشِهِ، وَكَانَ يُمْكِنُهُ أَنْ يَقْتَصِرَ عَلَى أَنَّ الْوَلَدَ لَيْسَ مِنْهُ، وَلَا يَقْدَفُهَا، وَالْأَوَّلُ هُوَ الصَّحِيحُ وَالْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ.

وَهَلْ يَتَعَلَّقُ تَأْبُدُ الْحَرَمَةِ بِلِعَانِهَا فِيهِ وَجْهَانِ، أَحَدُهُمَا: لَا، وَبِهِ قَالَ ابْنُ الْحَدَّادِ - رَحِمَهُ اللَّهُ -:؛ لِأَنَّهُ لِعَانٌ لَا يُؤَثِّرُ فِي التَّحْرِيمِ وَقَطْعِ النِّكَاحِ، فَلَا يُؤَثِّرُ فِي تَأْبِيدِ الْحَرَمَةِ<sup>(١)</sup> الَّذِي هُوَ كَالْفِرْعِ وَالْوَصْفِ لَهُ.

وَأَصْحَهُمَا<sup>(٢)</sup>: نَعَمْ؛ لِإِطْلَاقِ الْحَبْرِ، وَهُوَ مَا رَوَى أَنَّهُ - ﷺ -<sup>(٣)</sup> قَالَ: «الْمُتْلَاعِنَانِ

(١) فِي أ: التَّحْرِيمِ.

(٢) قَالَ النَّوَوِيُّ: فَإِذَا قُلْنَا بِالضَّعِيفِ: إِنَّهُ لَا تَتَأْبَدُ الْحَرَمَةُ، فَهَلْ يَسْتَبِيحُهَا بِلَا مَحَلِّ، أَمْ يَفْتَقِرُ إِلَى مَحَلِّ كَالطَّلَاقِ الثَّلَاثِ؟ وَجْهَانِ، فِي «الْحَاوِي» الصَّحِيحِ: لَا يَفْتَقِرُ.

(٣) رَوَاهُ الدَّارِقُطْنِيُّ وَالْبَيْهَقِيُّ [٤٠٩/٧] مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَمْرٍ: الْمُتْلَاعِنَانِ إِذَا تَفَرَّقَا لَا يَجْتَمِعَانِ أَبَدًا، =

لَا يَجْتَمِعَانِ أَبَدًا<sup>١</sup> ولأن اللعان معنى لو وجد في صلب النكاح، أو جب التحريم المؤبد، فكذلك إذا وجد خارجه كالرَضَاع، وهل يجب بلعانه حد الزنا عليها؟ فيه وجهان، وربما بين على أن المرأة هل تلعن في معارضة لعانه؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، كما في النكاح الصحيح؛ فعلى هذا لعانه يقتضي حد الزنا عليها.

وأصحهما: المنع؛ لأن لعانه لِنَفْيِ النسب، وذلك لا يَتَعَلَّقُ بها، فعلى هذا لا يوجب لعانه الحد عليها، وإلا فقد أَرَهَقْنَاهَا إلى مما لا محيص لها عنه، هذا إذا كان هناك وَلَدٌ منفصل.

وهل الحمل كالوَلَدِ في جواز اللعان؟ فيه خلاف نذكره في الفَصْلِ التالي لهذا الفَصْلِ فيما إذا أَبَانَ زَوْجَتَهُ، ثم قذفها، وصاحب الكتاب تعرّض له في أحكام نَفْيِ الولد قريباً من آخر اللعان، وإن لم يكن هناك وَلَدٌ ولا حمل، فلا لعان، كما في قَذْفِ الأجنبي، ولو قَذَفَ في نكاح يعتقد صحته، ولأَعَنَّ على ذلك الاعتقاد، ثم بان فَسَادِ النكاح، ولا وَلَدٌ، فيُقَضَى باندفاع الحد أم لا؟ فيه وجهان، حكاهما الإمام وقربهما من الخلاف المذكور فيما إذا لَأَعَنَّ في الرُّدَّةِ، وأصر.

أحدهما: نَعَمْ، ويكون اللعان الفاسدُ درء الحد.

وأصحهما، وبه أجاب ابن الحدّاد، وعليه جرى الشيخ أبو علي - رحمهما الله - لا تَأْتِي تَبَيُّنًا فساد النكاح، فيلغو، كما لو علمنا الحال في الابتداء، لا تمكنه من اللعان، وعلى هذا لا يتأبّد التحريم، ولا يثبت شيء من أحكام اللعان.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: فَإِنْ قَذَفَهَا ثُمَّ أَبَانَهَا لَأَعَنَّ (ح) لِدَفْعِ النَّسَبِ إِنْ كَانَ وَلَدٌ وَإِلَّا فَيُلَاعِنُ لِدَفْعِ الْحَدِّ \* وَإِنْ عَفَّتْ فَلَا \* وَإِنْ قَذَفَ بَعْدَ الْبَيْنُونَةِ لَأَعَنَّ (ح) إِنْ كَانَ وَلَدٌ وَإِلَّا فَلَا \* وَإِنْ قَذَفَهَا فِي النَّكَاحِ بَرِّئاً قَبْلَ النَّكَاحِ لَمْ يُلَاعِنُ (ح) إِنْ لَمْ يَكُنْ وَلَدٌ \* وَإِنْ كَانَ فَوَجَّهَانَ لِأَنَّهُ قَصَرَ بِذِكْرِ التَّارِيخِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ ثَلَاثُ صُورٍ:

أحدها: قذف زوجته، ثم أبانها له أن يلاعن لِنَفْيِ الولد، إن كان هناك وَلَدٌ، وإسقاط عقوبة القذف، إن لم يكن وَلَدٌ، إذا طالبت بالعقوبة؛ وهذا لأن القذف وَجِدَ في النكاح، وبه حاجة إلى إظهار الصّدق، وإلى الانتقام منها لتلطّيخها فراشه، وإن

= ومن حديث سهل بن سعد: ففرق بينهما، وقال: لا يجتمعان أبداً، وأصله عند أبي داود بلفظ: مضت السنة بعد في المتلاعنين أن يفرق بينهما، ثم لا يجتمعان، وفي الباب عن علي وعمر وابن مسعود في مصنف عبد الرزاق، وابن أبي شيبة.



عَفَثَ، فلا يلاعن؛ لحصول الفراق وفوات سائر أغراض اللعان، وإن لم تَطْلُبْ، وكذلك، ويجزيء فيه الخلاف الذي سَبَقَ؛ لتوَقُّع الطلب من بعد، وعند أبي حنيفة: لا لعان بعد الإبانة، واحتج الأصحاب بظاهر قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ﴾ [النور: ٦] الآية وهذا قد رمى زوجته، فإذا لاعن، وجب عليها الحد، ولها إسقاطه باللعان، وفي تأبّد الحرمة بلعانه الوجهان المذكوران في اللعان في النكاح الفاسد؛ لوقوعه خارج النكاح.

الثانية: لو ماتت زوجته أو أبانها بخُلْع أو ثلاث طَلَقَاتٍ أو فسخ أو كانت رجعية، فبانت بانقضاء العدة ثم قذفها إما بزناً مُطْلَقٍ أو بزناً إضافةً إلى حالة النكاح، فيُنْظَرُ؛ إن كان هناك وَلَدٌ يلحقه على حُكْم النكاح السابق، فله اللعان؛ للحاجة إلى النفي، كما في صُلْب النكاح، وعن أبي حنيفة وأحمد - رحمهما الله - خلافةً، ثم إذا لاعن، سَقَط عنه الحد، قال في «التهذيب»: ويجب عليها حدُّ الزنا إن أضاف الزنا إلى حالة النكاح، ولها إسقاطه باللعان، ولا يجب إن لم يُضَفْ<sup>(١)</sup>، وهل يتأبّد التحريم، وهل لها معارضته باللعان؟ فيه الخلاف السابق، والخلاف في المعارضة جَارٍ في كلِّ لعانٍ بِمُجَرَّد نفي الولد كما لو أقام البيّنة على الزنا أو صدقته، ولو كان هناك حمل، فهل له اللعان قبل الانفصال؟ روى المزني في «المختصر» أن له ذلك، وفي «الجامع الكبير» أنه يؤخّره إلى الانفصال، وللأصحاب طريقتان:

أصحهما: أن فيه قولين:

أحدهما: أنه لا يلاعن قبل الانفصال؛ لأن هذا اللعان؛ لتفني الولد، فيَغْسُر<sup>(٢)</sup> تحقّقه، وقد يكون الذي يجده ربحاً، وهذا أظهر عند الشيخ أبي حامد وجماعة.

والثاني: له ذلك، كما في صُلْب النكاح، وهذا أظهر عند أكثرهم، ومنهم صاحب «المهذب» و «التهذيب»، وربما بُنِيَ القولان على أن الحَمْل هل يُغْرَف؟ والثاني، وبه قال أبو إسحاق: القطع بالمنع، وتأويل الرواية على تجويز اللعان بعد البيّنونة، إذا كان وَلَدٌ أو حملٌ في الجملة، لا كما يقوله أبو حنيفة، وأما اللعان في صُلْب النكاح؛ لنفي الحمل، فسيأتي ذكره - إن شاء الله تعالى - فإنما جوزنا اللعان بَعْد البيّنونة؛ لنفي الحمل، فلاعن بتوهم الحمل، ثم بان أن لا حَمْل، بان فساد اللعان، وإن لم يكن وَلَدٌ ولا حملٌ، فلا لعان؛ لأنه لا ضرورة إلى القذف بعد البيّنونة، وفي شرح الشيخ أبي عليّ - رحمه الله - أن له اللعان، إذا كان قد أضاف الزنا إلى حالة النكاح؛ لأنها لَطَحَتْ فراشه بزعمه، فكان مضطراً إلى القذف حيثئذ.

(١) في ز: يعف.

(٢) في أ: فيعتبر.

الثالثة: قَذَفَ زوجته بزنا أضافه إلى ما قبل الزوجة، فإن لم يَكُنْ هناك وَلَدٌ، فليس له التَّنْفِي بِاللَّعَانِ، وَيُحَدُّ إِذَا لَمْ يَأْتِ بِنَتَةٍ؛ لِأَنَّهُ لَا حَاجَةَ [به] (١) إِلَى الْقَذْفِ بِذَلِكَ الزَّوْنِ، وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: لَهُ اللَّعَانُ؛ اعْتِبَاراً بِحَالَةِ الْقَذْفِ، وَعَنْ أَحْمَدَ رَوَيْتَانِ، وَإِنْ كَانَ هُنَاكَ وَلَدٌ، فَوَجْهَانِ:

أحدهما، وبه قال أبو إسحاق: لا يلاعن؛ لأنه مُقَصَّرٌ بِذِكْرِ التَّارِيخِ، وَكَانَ مِنْ حَقِّهِ أَنْ يَقْذِفَ مُطْلَقاً؛ وَعَلَى هَذَا فَلَهُ أَنْ يُنْشَىءَ قَذْفاً، وَيَلَاعِنُ لِنَفْسِي النِّسْبِ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ، فَيُحَدُّ، وَهَذَا الْوَجْهَ أَرْجَحُ عِنْدَ الشَّيْخِ أَبِي حَامِدٍ وَجَمَاعَةٍ، - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - .

والثاني، وبه قال أبو علي بن أبي هريرة، والطبري: أن له اللعان، كما لو قذف مطلقاً، وقد برىء الولد من ذلك الزنا وهذا أصح عند القاضي أبي الطيب، وإلى ترجيحه مال الإمام والقاضي الروياني وغيرهما؛ فعلى هذا يندفع الحد إذا لَاعَنَ، وهل عليها حدُّ الزنا؟ فيه وجهان؛ لأنها لم تُلَطَّخْ فَرَاشَهُ، حَتَّى يَجِبَ الْحَدُّ عَلَيْهَا بِلِعَانِهِ انْتِقَاماً، وَهَلْ لَهَا مُعَارَضَتُهُ بِاللَّعَانِ؟ فِيهِ الْوَجْهَانِ السَّابِقَانِ (٢).

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (فَرْوَعٌ: الْأَوَّلُ) لَوْ لَاعَنَ ثُمَّ أَبَانَهَا وَقَذَفَهَا بِتِلْكَ الزَّوْنِيَةِ فَلَا حَدَّ وَعَلَيْهِ التَّعْزِيرُ وَلَا لِعَانٌ \* وَإِنْ قَذَفَهَا بِزَّوْنِيَةٍ أُخْرَى فَإِنْ كَانَتْ لَمْ تُلَاعِنَ وَحُدَّتْ لَمْ يَجِبِ الْحَدُّ عَلَيَّ أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ لِسُقُوطِ حَصَانَتِهَا بِتِلْكَ الزَّوْنِيَةِ بِمَوْجِبِ لِعَانِهِ \* وَإِنْ لَاعَنَتْ وَجِبَ الْحَدُّ عَلَى الصَّحِيحِ إِذْ بَقِيَتْ حَصَانَتُهَا بِلِعَانِهَا \* وَإِنْ كَانَ الْقَذْفُ مِنْ أَجْنَبِيٍّ فَيُجَابُ الْحَدُّ أَوْلَى لِأَنَّ أُمَّرَ لِعَانِ الزَّوْجِ لَا يَتَعَدَّى إِلَى غَيْرِهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا قَذَفَ زَوْجَتَهُ، وَلَا عَنَ ثُمَّ قَذَفَ مَرَّةً أُخْرَى، فَلَهَا حَالَتَانِ:

إحدهما: إذا لم تُلَاعِنَ فِي مُعَارَضَةِ لِعَانِهِ، وَحُدَّتْ حَدُّ الزَّوْنِ فَالْقَذْفُ. الثَّانِي: إِمَّا أَنْ يَصُدَّرَ مِنَ الزَّوْجِ أَيْضاً أَوْ مِنْ أَجْنَبِيٍّ إِنْ قَذَفَهَا الزَّوْجَ، فَيُنْظَرُ؛ إِنْ قَذَفَهَا بِتِلْكَ الزَّوْنِيَةِ أَوْ أَطْلَقَ، لَمْ يَلْزَمْهُ إِلَّا التَّعْزِيرُ (٣)؛ لِأَنَّا قَدْ صَدَّقْنَاهُ فِي تِلْكَ الزَّوْنِيَةِ، وَإِنَّمَا يَعْزُرُ؛ لِلْسَّبِّ وَالْإِيذَاءِ، وَإِنْ قَذَفَهَا بِزَّوْنِيَةٍ أُخْرَى، فَوَجْهَانِ نَقَلَهُمَا صَاحِبُ الْكِتَابِ وَغَيْرُهُ:

أحدهما: وَجُوبُ الْحَدِّ، كَمَا لَوْ لَمْ يَسْبِقْهُ لِعَانٌ.

وأصحهما، وهو المذكور في «التهذيب»: أنه لا يجب إلا التعزير أيضاً، لأن اللعان في حق الزوج كالبينة، وليس له أن يلاعن؛ لدفع التعزير؛ لأنه قَذَفَ بَعْدَ الْبَيِّنَةِ،

(١) سقط في ز.

(٢) قال النووي: صحح في «المحرر» قول أبي إسحاق، وهو أقوى.

(٣) وفي الاستذكار أنه لا يحد وينهى، فإن عاد عزز للإيذاء.

وإن قَذَفَهَا أَجْنَبِيٌّ، نُظِرَ؛ إن قَذَفَهَا بَزْنِيَّةٌ أُخْرَى<sup>(١)</sup>، فعليه الحد، وإن قَذَفَهَا بِالزَّوْنِيَّةِ الْأُولَى<sup>(٢)</sup>، فوجهان:

أحدهما: لا يجب الحد؛ لأنه قَذَفَ بَزْنًا هِيَ مَحْدُودَةٌ فِيهِ، فَأَشْبَهَ مَا إِذَا حَدَثَ بِالْبَيْتَةِ؛ ولأن اللعان من الزوج ونكولها من اللعان؛ إما أن يُجْعَلَ كَالْبَيْتَةِ، أو كإقرارها، [و]<sup>(٣)</sup> على التقديرين، فما يَنْبَغِي أَنْ يَجِبَ الْحَدُّ.

وأصحهما، وَيُحْكَمُ عَنْ ابْنِ سَلَمَةَ: أنه يجب، لأن اللعان حجة تختص بالزوج، فيؤثر في سُقُوطِ الْحَصَانَةِ بِالإِضَافَةِ إِلَى الزَّوْجِ خَاصَّةً، وَنَسَبِ نَاسِيُونَ، مِنْهُمْ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ، وَصَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - وَجَهَ الْمَنْعَ إِلَى ابْنِ سُرَيْجٍ، وَالْوَجُوبَ إِلَى أَبِي إِسْحَاقَ - رَحِمَهُمَا اللَّهُ - عَكْسَ الْقَاضِيَانِ أَبُو الطَّيْبِ وَالرُّوْيَانِيُّ وَغَيْرُهُمَا النَّسْبَةَ إِلَى الْإِمَامِينَ، وَالْعَكْسَ أَثَبَتَ، وَحَكَى الْقَاضِي ابْنُ كَيْجٍ: أَنَّ مِنْهُمْ مَنْ خَرَجَ مَا إِذَا قَذَفَهَا بِغَيْرِ تِلْكَ الزَّوْنِيَّةِ عَلَى الْخِلَافِ أَيْضًا.

الحالة الثالثة: إذا لَاعَنَتْ فِي مَعَارِضَةِ لِعَانِ الزَّوْجِ، ثُمَّ قَذَفَهَا مَرَّةً أُخْرَى، فَإِنَّ قَذْفَ تِلْكَ الزَّوْنِيَّةِ أَوْ أَطْلَقَ، لَيْسَ عَلَيْهِ إِلَّا التَّعْزِيرُ، وَإِنْ قَذَفَهَا بِزَّوْنِيَّةٍ أُخْرَى، فَطَرِيقَانُ:

أشهرهما: أَنْ فِيمَا عَلَيْهِ وَجْهَيْنِ:

أحدهما: لَيْسَ عَلَيْهِ إِلَّا التَّعْزِيرُ؛ لِأَنَّ اللَّعَانَ فِي حَقِّ الزَّوْجِ كَالْبَيْتَةِ، فَيَسْقُطُ الْحَصَانَةُ فِي تِلْكَ الزَّوْنِيَّةِ وَغَيْرِهَا.

والآخر: أَنَّ الْوَاجِبَ الْحَدُّ كَمَا لَوْ قَذَفَ أَجْنَبِيَّةً، وَاللَّعَانَ إِنَّمَا يُسْقِطُ الْحَصَانَةَ، إِذَا لَمْ يَمَارِضْهُ لِعَانَهَا، فَإِذَا عَارِضَهُ، بَقِيََّتْ الْحَصَانَةُ بِحَالِهَا عَلَى أَنَّ اللَّعَانَ حُجَّةٌ ضَعِيفَةٌ، فَيَخْتَصُّ أَثَرُهَا بِتِلْكَ الزَّوْنِيَّةِ، كَمَا يَخْتَصُّ بِالزَّوْجِ، وَمِنْهُمْ مَنْ يَخْكِي بَدَلَ الْوَجْهَيْنِ قَوْلَيْنِ، وَعَنْ الْقُمَّالِ، - وَذَكَرَ مِنْ أَصْحَابِهِ الشَّيْخَانِ أَبُو عَلِيٍّ وَالصَّيْدَلَانِيُّ - أَنَّ وَجُوبَ الْحَدِّ هُوَ قَوْلُهُ الْقَدِيمِ.

والثاني: الْقَطْعُ بِوَجُوبِ الْحَدِّ، وَيُرْوَى ذَلِكَ عَنْ ابْنِ سُرَيْجٍ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - وَالْمَثْبُوتُ لِلْخِلَافِ مِنْهُمْ مَنْ رَجَّحَ<sup>(٤)</sup> وَجُوبَ التَّعْزِيرِ دُونَ الْحَدِّ، وَمِنْهُمْ الْقَاضِي أَبُو الطَّيْبِ، وَتَابِعُهُمْ صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» وَالْقَاضِي الرُّوْيَانِيُّ، وَمِنْهُمْ مَنْ رَجَّحَ وَجُوبَ الْحَدِّ، مِنْهُمْ الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ وَصَاحِبُ «التَّمَمَةِ» وَهُوَ الَّذِي أوردَهُ ابْنُ الصَّبَّاحِ، وَكَأَنَّهُ أَقْرَبُ، وَالْخِلَافُ عَلَى مَا ذَكَرَهُ الْمُتَوَلَّى مُطَرِّدٌ فِي الْقَذْفِ بَزْنًا آخَرَ مُتَأَخِّرٍ عَنِ اللَّعَانِ، وَبَزْنًا آخَرَ

(٢) في ز: بزنية أخرى.

(١) في ز: بذلك الزنا.

(٤) في ز: رجحوا.

(٣) سقط في ز.

سابق عليه مُتَقَدِّمٌ على النكاح أو غير مُتَقَدِّمٌ، ووجوب الحد في الزنا المُتَقَدِّمٌ على اللعان أظهر؛ لمصادفته حال الحصانة، وسواء قُلْنَا بالحد أو التعزير، فليس له إسقاطه باللعان؛ لارتفاع النكاح بالأول، ولا لعان بالقذف بعد البيئونة، إذا لم يَكُنْ وَلَدٌ وإن قذفها أجنبي فعليه الحد، سواء قَذَفَ بتلك الزنية أو غيرها، وأثُرُ اللَّعَانِ يختص بالزَّوْجِ كما تَكَرَّرَ، وقيل: إن قَذَفَهَا بتلك الزنية، ففيه خلافٌ، والظاهر وجوب الحدِّ، ولا فرق في الزوج والأجنبي بين أن يكون هناك وَلَدٌ نَفَاهَ باللعان وبين أن لا يكون، ولا إذا نَفَاهَ، بين أن يبقى أو يموت، وعند أبي حنيفة: إن كان هناك وَلَدٌ قد نَفَاهَ [وهو حَيٌّ]،<sup>(١)</sup> فلا حَدَّ على قاذفها، وإن لم يَكُنْ وَلَدٌ أو لم يَنْفِهِ أو مات، وجب الحدُّ على الأجنبي، إذا قَذَفَهَا بِغَيْرِ تِلْكَ الزنية، واحتج الأصحاب بما رَوِيَ أن النبي - ﷺ -<sup>(٢)</sup> فَرَّقَ بين المتلاعنين، وقضى بأن لا تُزْمَى ولا ولدها، فَمَنْ رَمَاهَا أو رَمَى ولدها، فعليه الحدُّ، أطلق ولم يَفْرُقْ، هذا كله فيما إذا قذف زوجته، ولأَعَنَ ثم قذف، وأما إذا قذفها، ولم يَلَاعِنَ، فَحَدُّ حَدِّ الْقَذْفِ، ثم قذفها بتلك الزنية، لم يُحَدِّ؛ لأنه ظَهَرَ كذبه بالحدِّ الأول، ويُعَزَّرُ تأديباً؛ لما فيه من الإيذاء، وقد سبق أنه لا يَلَاعِنُ؛ لإسقاط مثل هذا التعزير على الظاهر، وإن قذفه بزنية أخرى، فَيُعَزَّرُ أو يُحَدِّ؟ فيه وجهان، قال في «التهذيب»: أصحهما: الأول، وقال أبو الفرج الزاز: الأصحُّ الثاني؛ لأن كَذِبَهُ في القَذْفِ الأول لا يُوجِبُ الكَذِبَ في الثاني، فلا بُدَّ من الحدِّ، لِيُدْفَعَ العار، وَهَلْ يَلَاعِنُ لإسقاط عقوبة الحدِّ أو التعزير؟ فيه وجهان:

أصحهما: لا؛ لظهور كذبه بالحد، ولو قَذَفَهَا أجنبي، إما بذلك الزنا أو غيره قال أبو الفرج: يلزمه الحد؛ لأن زناها لم يَثْبُت بحال، فهو كما لو قَذَفَهَا أجنبي، فَحَدُّ ثم قَذَفَهَا آخر. وقوله في الكتاب «لو لاعن ثم أبانها وَقَذَفَهَا بتلك الزنية فلا حد، وعليه التعزير، ولا لعان» يشمل بإطلاقه مما إذا لَاعَنَتْ هي، ومما إذا لم تلاعن، وهو مُجْرَى على إطلاقه؛ فلا فَرْقَ في تلك الزنية بين الحالتين، كما تَبَيَّنَ أَنَّ الكَلَامَ في القَذْفِ بزنية أخرى. وقوله «وجب الحد على الصحيح» يمكن أن يريد مِنَ الطريقتين، ويمكن أن يريد مِنَ الْوَجْهَيْنِ؛ جواباً على أشهر الطريقتين، وعلى التقدير الثاني يجوز أن يُعْلَمَ بالواو.

وقوله «وإن كان القذف من أجنبي، فإيجابُ الحدِّ أَوْلَى» يشعر بإثبات الخلاف في صورة الخلاف في الزوج بالترتيب، وأكثرهم ساكتون عن ذكر الخلاف في الحالة الثَّانِيَّة، والله أعلم.

(١) سقط في ز.

(٢) أخرجه أبو داود بهذا اللفظ من حديث ابن عباس في آخر قصة خلال، وفي إسناده عباد بن منصور، وفي علل الخلال من طريق ابن إسحاق ذكر عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده نحوه.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: (الثاني): إِذَا قَذَفَ أجنبيةً ثُمَّ نَكَحَهَا وَقَذَفَهَا وَلَا عَنَ أَنْدَفَعَ الْحَدَّ الثَّانِي  
أَمَّا الْأَوَّلُ فَيُسْتَوْفَى وَلَا يَنْدَرُجُ تَحْتَ الْحَدِّ السَّاقِطِ بِاللَّعَانِ وَإِنْ قُلْنَا بِالتَّدَاخُلِ لِأَنَّ قَوْلَ  
الْإِتِّحَادِ يَجْرِي عِنْدَ الْأَسْتِيفَاءِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا قَذَفَ زَوْجَتَهُ أَوْ أجنبيةً مَرَّتَيْنِ فصاعداً، وَأَرَادَ زَنْيَةً واحدةً، لَمْ  
يَلْزَمَهُ إِلَّا حَدٌّ واحدٌ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْذِفْ إِلَّا بِفَاحِشَةٍ واحدةٍ، إِنْ حُدَّ مَرَّةً، أَعَادَ، عَزَّرَ لِلثَّانِي؛  
لَمَّا فِيهِ مِنَ الْإِيذَاءِ، وَلَا يَحْدُ لظهور كذبه؛ وَيَدُلُّ عَلَيْهِ قِصَّةُ<sup>(١)</sup> أَبِي بَكْرَةَ الثَّقَفِيِّ؛ فَإِنَّهُ  
كَرَّرَ قَذْفَ الْمَغِيرَةِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - فَلَمْ يُكَرِّرِ الْحَدَّ عَلَيْهِ، وَإِنْ قَذَفَ بَزْنِيَةً أُخْرَى مِثْلَ  
أَنَّ قَالَ: زَنْيَتْ بَفْلَانٍ، ثُمَّ قَالَ: زَنْيَتْ بِآخَرَ؟ فَقَوْلَانِ:

الجديد، وأحد قولَي القديم: أَنَّهُ لَا يَجِبُ إِلَّا حَدٌّ واحدٌ؛ لِأَنَّهُمَا قَذَفَانِ لِشَخْصٍ  
واحد، فَيَتَدَاخَلُ مَوْجِبُهُمَا، كَمَا لَوْ قَذَفَ مَرَّتَيْنِ بَزْنِيَةً واحدةً؛ وَهَذَا لِأَنَّ الْحَدَّ الْوَاجِبَ  
يُظْهِرُ الْكُذْبَ، وَيُدْفَعُ الْعَارَ.

وَالثَّانِي مِنْ قَوْلِي الْقَدِيمِ: أَنَّهُ يَتَعَدَّدُ الْحَدُّ؛ لِأَنَّهُ حَقُّ الْآدَمِيِّ، فَلَا يَجْرِي فِيهِ  
التَّدَاخُلُ، كَالْقِصَاصِ وَسَائِرِ الْحَقُوقِ، وَهَذَا يُشْكَلُ بِمَا إِذَا قَذَفَ ثَانِيًا بِالزَّانَا الْأَوَّلِ، وَرَأَى  
الْقَاضِي ابْنَ كَجِّ الْقَطْعَ بِأَنَّهُ لَا يَجِبُ إِلَّا [حَدٌّ]<sup>(٢)</sup> واحدٌ، وَعَلَى هَذَا الْقَوْلِ، لَوْ قَذَفَ وَحَدَّ  
ثُمَّ قَذَفَ ثَانِيًا يَحْدُ ثَانِيًا؟، كَمَا لَوْ شَرِبَ الْخَمْرَ، فَحَدَّ ثُمَّ شَرِبَهَا، أَوْ يَعْزُرُ لِلثَّانِي، وَيَكْتَفِي  
بظهور كذبه بِالْحَدِّ الْأَوَّلِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ أَوْ قَوْلَانِ، ذَكَرَ الْقَاضِي ابْنَ كَجِّ أَنَّ الْمَذْهَبَ مِنْهُمَا  
أَنَّهُ لَا يَحْدُ ثَانِيًا، وَلَوْ قَذَفَ زَوْجَتَهُ مَرَّتَيْنِ فصاعداً بَزْنَاءَيْنِ، فَفِي الْإِتِّحَادِ وَالتَّعَدُّدِ<sup>(٣)</sup> هَذَا  
الْخِلَافَ، فَإِنْ قُلْنَا بِالْإِتِّحَادِ، كَفَى لِعَانَ وَاحِدٍ، وَإِنْ قُلْنَا بِالتَّعَدُّدِ، فَوَجْهَانِ:

أحدهما: يَتَعَدَّدُ الْعَانَ بِحَسَبِ تَعَدُّدِ الْحَدِّ، وَأَصْحَهُمَا أَنَّهُ يَكْفِي لِعَانَ وَاحِدٌ؛ لِأَنَّ  
الْعَانَ يَمِينٌ، وَإِذَا كَانَ الْحَقَّانُ لَوَاحِدٍ، كَفَتْ يَمِينٌ واحدةً عَنْهُمَا إِلَّا أَنَّهُ يَقُولُ فِي الْعَانَ:  
أَشْهَدُ بِاللَّهِ إِنِّي لَمِنَ الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَيْتُهَا بِهِ مِنَ الزَّانَعَيْنِ، وَإِنْ سَمَّى، الزَّانِعَيْنِ ذَكَرَهُمَا  
فِي الْعَانَ، وَلَوْ وَقَعَ بِهِ أَحَدُ الْقَذْفَيْنِ فِي حَالِ الزَّوْجِيَّةِ، وَالْآخَرَ خَارِجَهَا، فَفِيهِ مَسْأَلَتَانِ:

إحدهما، وَهِيَ مَسْأَلَةُ الْكِتَابِ: إِذَا قَذَفَ أجنبيةً ثُمَّ نَكَحَهَا قَبْلَ أَنْ يُحْدَّ ثُمَّ قَذَفَهَا،  
نُظِرَ؛ إِنْ قَذَفَهَا بِالزَّانَا الْأَوَّلِ، لَمْ يَجِبْ إِلَّا حَدٌّ واحدٌ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ إِسْقَاطُهُ بِاللَّعَانِ، بَلْ  
يَحْتَاجُ إِلَى الْبَيِّنَةِ وَإِنْ قَذَفَهَا بَزْنًا آخَرَ، فَفِي إِتِّحَادِ الْحَدِّ وَتَعَدُّدِهِ طَرِيقَانِ:

أحدهما: أَنَّهُ عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِيمَا إِذَا قَذَفَ زَوْجَتَهُ أَوْ أجنبيةً بَزْنَائِيْنِ.

(٢) سقط في ز.

(١) سيأتي.

(٣) في ز: والعدد.

والثاني: القطع بالتعدد، والفرق أن القذف في الزوجية، والقذف خارج الزوجية يختلفان في الحكم؛ فالثاني لا يسقط موجهه إلا بالبيّنة، والأول يسقط موجهه بالبينة واللعان فينزل ذلك منزلة حدين<sup>(١)</sup> مختلفين، ولا يتداخل مع الاختلاف؛ ألا ترى أنه لو زنى، وهو بكر، ثم زنى، وهو مُحصَن، لا يتداخل الحدان، والطريق الثاني أصح عند القاضي أبي الطيّب، وهو الذي أورده الشيخ أبو حامد ومن تابعه، ورجح مَرَجِحُونَ طريقة القولين، وقالوا: موجب القذفين الحد، وذلك لا اختلاف<sup>(٢)</sup> فيه، وإنما الخلاف<sup>(٣)</sup> في طريق الخلاص، وإيراد صاحب «التهذيب» يوافقه، فإن قلنا بالاتحاد، فإن لم يُلَاعِن، حُدَّ لهما حدًا واحدًا، وإن لَاعَنَ للثاني، حُدَّ للأول، وإن حُدَّ للأول قبل أن يُلَاعِن، سَقَطَ اللعان للثاني إلا أن يكون هُنَاكَ وَلَدٌ، فيلاعن لفيه، فإن لم يكن، فعلى الخلاف في أنه هل يجوز اللعان؛ لِمَجَرَّدِ غَرَضِ قَطْعِ النكاح وإلصاق العار بها؟ وقد سبق، وإن قلنا بالتعدد، فإن طالبت أولاً للقذف الأول، فأقام بيّنة على زناها، سَقَطَ عنه الحدان جميعاً؛ لأنه ثبت أنها غيرُ مُحصَنة، وإن لم يقم حُدٌّ، ثم إذا طالبت للثاني، فإن أقام بيّنة أو لاعن، سَقَطَ عنه الحد الثاني، وإلا حدًا ثانيًا، وإن طالبت أولاً للثاني، فإن أقام بيّنة، سَقَطَ الحدان، وإلا فإن لاعن، سَقَطَ عنه الحد الثاني دون الأول، وإن لم يلاعن، حُدَّ للثاني، ثم يحد للأول، وإن طالبت بهما جميعاً، حُدَّ للأول؛ لِسَبْقِ وجوبه، ثم للثاني إن لم يلاعن، وإن حُدَّ في القذف الأول، ثم قَدَفَهَا فِي النكاح، ولم يلاعن، فَيُحَدُّ ثَانِيًا [و]<sup>(٤)</sup> قال ابن الحداد: لا يُحَدُّ للثاني، قال الشيخ أبو علي - رحمه الله -: وهذا ما رضيه أحد من أصحابنا، وقالوا: يحد ثانيًا إذا لم يلتعن تفرعاً على قول التعدد، وقالوا: لا فرق بين أن يقذف في النكاح بعد أن يُحَدَّ للأول أو قبله، في أنه يُحَدُّ للثاني، إذا لم يلتعن.

نعم، إذا كان قبله، حُدَّ لكل واحد منهما.

وقوله في الكتاب «اندفع الحد الثاني» إلى آخره المقصود منه أن حدًا واحدًا مستوفى لا محالة سواء قلنا بالتداخل أو لم نقل به؛ لأن اللعان لا يُؤَثِّرُ في موجب القذف الأول، وإنما يُؤَثِّرُ في الثاني، فالأول ثابتٌ مستقرٌّ، والتداخل إنما يُحَكِّمُ به عند الاستيفاء، فيقال: يتداخل الواجبان<sup>(٥)</sup>، ويعودان إلى واحد، وأما الساقط، فلا يدخل منه<sup>(٦)</sup> شيء.

**المسألة الثانية:** قذف زوجته، وأبائها من غير لعان، ثم قَدَفَهَا بَرْنًا آخَرَ، فإن حُدَّ للأول، ثم نكحها، فهل يُحَدُّ للقذف الثاني؟ فيه قولان، كما لو قذف أجنبية وحُدَّ ثم

(١) في ز: حقين.

(٢) في ز: لا خلاف.

(٣) في أ: الاختلاف.

(٤) سقط في ز.

(٥) في ز: الوجهان.

(٦) في أ: فيه.

قذفها<sup>(١)</sup> ثانياً، وأشار ابن الحدّاد إلى أنه لا حدّ عليه، وغلِطَ فيه، وإن لم تطالب بموجب ذلك القذف حتى أبانها، فإن لاعن<sup>(٢)</sup> للقذف الأول، فهل يُحدّ للثاني؟ فيه طريقان:

أحدهما، وبه قال ابن سُرَيْج: نعم.

والثاني: أن فيه قولين، وهذان الطريقان هما المذكوران في الكتاب فيما إذا قَدَفَ<sup>(٣)</sup> زوجته ولاعن، فبانث باللعان ثم قَدَفَها بزناً آخَرَ، وإن لم يَلْتَعِنَ فالواجب حدّ أو حدّان؟ فيه طريقان:

أحدهما: أن فيه قولين، والثاني: القطع بأنه يلزمه حدان؛ لاختلاف القذّفين في الحكم، وبه قال ابن<sup>(٤)</sup> الحدّاد، والله أعلم.

فَرَزَعُ: قذف زوجته، وهي بكر، فلم تطالبه بموجب القذف، حتى فارَقَها، ونَكَحَتْ غيره، وأصابها الزوج الثاني، فصارت محصنةً، وقَدَفَها الثاني، ثم طالبتها<sup>(٥)</sup>، فَلَاعَنَ كُلُّ واحد منهما، وامتنعت هي عن اللعان، فقد ثبت عليها بِلَعَانِ الأول زناها، وهي بَكَرٌ وبلعان الثاني زناها، وهي محصنة، وفيما عليها وجهان:

أحدهما: أنه لا يلزمها إلا الرّجم؛ لأن من شأن الحدّ التداخُل.

والثاني، وبه قال ابن الحدّاد: أنها تُجَلَدُ ثم تُرْجَمَ قال الشيخ أبو علي - رحمه الله -: وهذا ظاهر المذهب، لأنهما حدّان مختلفان، وإنما يكون التداخُل عند الإنفاق، قال: وعلى هذا لو زنا العبد ثم عَتَقَ، فزناً قبل الإحصان، فَقَدِ قِيلَ: عليه خمسون؛ لزنائه في الرُّقِّ، ومائة<sup>(٦)</sup> لاختلاف الحدين، والأصح أنه يُجَلَدُ مائة، ويدخل الأقل في أكثر؛ لأن الجنس واحد، وإنما<sup>(٧)</sup> الاختلاف في القدر<sup>(٨)</sup>، وعلى هذا فلو زنا، وهو حُرٌّ بَكَرٌ، فُجِلِدَ خمسين، وترك بعدر، فزنا مرة أُخْرَى، يجلد مائة وتدخل الخمسون الباقية فيها، ولو قذف مُحصناً وغير مُحصن بكلمة واحدة، وقلنا: يتحد<sup>(٩)</sup> الحدّ، فيدخل التعزير في الحدّ، ولمتوقف أن يتوقف هاهنا؛ لأن الحد والتعزير قد يختلفان<sup>(١٠)</sup> جنساً، ولو كانت في صورة الفَرْع بَكَراً في القذّفين، فالصحيح أنه يتداخُل الحدّان، فلا تُحدّ إلا حدّاً

(١) في ز: قذف.

(٢) في ز: طلق.

(٣) لم يرجح المصنف شيئاً والأرجح قول ابن الحداد قاله البكري.

(٤) في ز: طالقها.

(٥) في ز: فعليه.

(٦) في ز: في العدد.

(٧) في ز: يتخذ.

(٨) في ز: يخلفان.

واحداً، كما لو ثبتت زنيان؛ أحدهما بالبينة، والآخر بالإقرار، أو كلاهما بالبينة، وثبوت الزنا باللعان ليس بأقوى من ثبوته بالبينة، وقال ابن الحداد: يلزمهما حدان، ويجعلان كالجنسين المختلفين، لأن لعان كل واحد منهما حجة في حقه، والله أعلم.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: (الثَّالِثُ) لَا يُنْفَى نَسَبُ مَلِكِ الْيَمِينِ بِاللَّعَانِ عَلَى الصَّحِيحِ \* فَلَوْ اشْتَرَى زَوْجَتَهُ فَأَتَتْ بِوَلَدٍ لَا يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ بَعْدَ الشَّرَاءِ فَلَهُ اللَّعَانُ \* وَإِنْ أُحْتَمِلَ فَلَا لِعَانَ \* فَلَوْ ادَّعَى الْوَطْءَ فِي الْمَلِكِ وَالْإِسْتِبْرَاءِ لَمْ يَلْحَقْهُ نَسَبُ مَلِكِ الْيَمِينِ لِلْإِسْتِبْرَاءِ وَلَا بِالنِّكَاحِ لِأَقْطَاعِ ذَلِكَ الْفِرَاشِ بِفِرَاشِ مَلِكِ الْيَمِينِ \* وَفِيهِ وَجْهٌ أَنَّهُ يَلْحَقُهُ نَسَبُ النِّكَاحِ فَعَلَى هَذَا لَهُ التُّفْيُ بِاللَّعَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ مَسْأَلَتَانِ:

أحدهما: المشهور أن النسب الذي يلحق بملك اليمين في الأمة الموطوءة والمستولدة لا يُنفَى باللعان، وعن أحمد بن حنبل: أنه قال: ألا تعجبون من أبي عبد الله؟ يقول يلاعن السيد عن أم ولده، وللأصحاب في المسألة طريقتان:

أحدهما: القطع بأنه لا يلاعن، بل اللعان من خواص النكاح، كالطلاق والظهار، وهذا لأن اللعان حجة ضرورية، ولا ضرورة إليه في ملك اليمين؛ لإمكان التُّفْيِ، بدعوى الاستبراء، على ما سيأتي في موضعه، إن شاء الله تعالى.

فيقتصر على مورد النَّصِّ، وهؤلاء القاطعون [فرقتان] (١) فرقة أنكرت أنه أراد الشافعي - رضي الله عنه - ثم منهم من حمل «أبا عبد الله» على مالك، ومنهم من حمل على سُفْيَانَ، قال القاضي الرُّوبَانِيُّ: وهذا ضعيف؛ لأنه قد روي عنه أنه قال: ألا تعجبون من الشافعي - رضي الله عنه - وفرقة سلمت أنه أراد الشافعي - رضي الله عنه - ثم منهم من حمل على ما إذا كانت أمة الغير زوجته، وعن صاحب «التقريب» حمل اللعان على اليمين إذا ادعى الاستبراء، فعبر عن اليمين باللعان؛ إما لأن اللعان يمين أو لاشتراكهما في نفي الولد، وأظهرهما أن المسألة على قولين:

أحدهما: أنه يلاعن لنفي النسب؛ لأنه نسب لاحق بالفراش، فكان كفراش النكاح، وهذا حكاية القاضي ابن كج عن ابن سريج.

وأصحهما: المنع؛ لما سبق.

وقوله في الكتاب «لا ينفي نسب ملك اليمين باللعان» فيه إشعار بأن الخلاف في

(١) سقط في ز.



أنه هل اللعان مخصوص بما إذا كان هناك ولد؟ فإن لم يكن [ولد]<sup>(١)</sup>، فلا لعان بلا خلاف، وهكذا رأيت لبعضهم، فيما أحسب، ومنهم من يُطلق الكلام إطلاقاً، ويجوز أن يُعلم قوله «على الصحيح» بالواو؛ للطريقة القاطعة، وإن كان الأمر على ما قيل في أحد التأويلات المذكورة، فيما رواه أحمد - رحمه الله -، فيجوز أن يُعلم قوله «لا بنفي» بالميم.

**المسألة الثانية:** القول في أن دَعْوَى الاستبراء في ملك اليمين هل تَقْطَع النَّسَب؟ وفي أن الأمة متى تصير فراشاً لسَيِّدِهَا حتى يَلْحَقَ به الولد الَّذِي تَلِدُهُ؟ مبسوط في أكثر الكتب في هذا الموضوع، وصاحب الكتاب - قدس الله روحه - أخره إلى آخر الاستبراء، فنشره إذا انتهينا إليه؛ بتوفيق الله تعالى.

والذي عَجَّلَهُ هَاهُنَا مَبْنِيًّا عَلَى هَذَا الْأَصْلِ، وَعَلَى الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى: أَنَّهُ لَوْ اشْتَرَى زَوْجَتَهُ الْأُمَّةَ، فَاَنْفَسَخَ النِّكَاحَ، ثُمَّ أَتَتْ بِوَلَدٍ، نُظِرَ؛ إِنْ أَتَتْ بِهِ لِأَقْلٍ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ الشِّرَاءِ، فَهُوَ لِأَحَقِّ بِحُكْمِ النِّكَاحِ، وَلَهُ نَفْيُهُ بِاللِّعَانِ، وَيَكُونُ اللَّعَانُ بَعْدَ الْإِنْفَسَاخِ كَهُوَ بَعْدَ الْبَيْنُونَةِ إِذَا قَذَفَ زَوْجَتَهُ ثُمَّ أَبَانَهَا، وَإِنْ أَتَتْ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِدًا مِنْ يَوْمِ الشِّرَاءِ فَإِنْ لَمْ يَطَّأَهَا بَعْدَ الشِّرَاءِ أَوْ وَطَّئَهَا، وَأَتَتْ بِوَلَدٍ لَمَّا دُونَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ الْوِطْءِ، نُظِرَ؛ إِنْ كَانَ لِأَرْبَعِ سِنِينَ قَمًا دُونَهَا مِنْ يَوْمِ الشِّرَاءِ، فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ، وَإِنْ كَانَ لِأَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ، فَهُوَ مَنْفِيٌّ [عَنْ بَغِيرِ لِعَانٍ]، وَإِنْ وَطَّئَهَا بَعْدَ الشِّرَاءِ وَأَتَتْ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِدًا مِنْ يَوْمِ الْوِطْءِ، وَلَمَّا دُونَ أَرْبَعِ سِنِينَ مِنْ يَوْمِ الشِّرَاءِ، فَإِنْ لَمْ يَدَّعِ الْإِسْتِبْرَاءَ بَعْدَ الْوِطْءِ، فَالْوَلَدُ مُلْحَقٌ بِمَلِكِ الْيَمِينِ، وَهَلْ لَهُ نَفْيُهُ بِاللِّعَانِ فِيهِ مَا سَبَقَ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى، وَإِنْ ادَّعَى الْإِسْتِبْرَاءَ بَعْدَهُ، فَإِنْ أَتَتْ بِهِ لِأَقْلٍ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الْإِسْتِبْرَاءِ، فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ، وَيَلْغُو دَعْوَى الْإِسْتِبْرَاءِ، لِلْجَلْمِ بِكَوْنِ الْوَلَدِ حَاصِلًا يَوْمَئِذٍ، وَإِنْ كَانَ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَأَكْبَرَ مِنْ وَقْتِ الْإِسْتِبْرَاءِ، فَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ لَا يَلْحَقُ الْوَلَدَ بِحُكْمِ الْمَلِكِ، وَهَذَا الْخِلَافُ مَذْكُورٌ فِي آخِرِ بَابِ الْإِسْتِبْرَاءِ، وَكَمَا لَا يَلْحَقُهُ بِحُكْمِ الْمَلِكِ، لَا يَلْحَقُهُ بِالنِّكَاحِ، وَإِنْ كَانَ الْإِحْتِمَالُ بَاقِيًّا، لِأَنَّ فِرَاشَ النِّكَاحِ قَدْ انْقَطَعَ وَحَدَّثَ فِرَاشَ بِنَسْخِهِ؛ فَيَزُولُ حُكْمُ الْأُولَى، وَهَذَا كَمَا أَنَّهُ إِذَا طُلِّقَتِ الْمَرْأَةُ وَعَدَّتْ وَنَكَحَتْ<sup>(٢)</sup> زَوْجًا آخَرَ، وَأَتَتْ بِوَلَدٍ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِدًا مِنْ يَوْمِ النِّكَاحِ الثَّانِي، وَلِدُونِ أَرْبَعِ سِنِينَ مِنْ فِرَاقِ الْأُولَى، يَكُونُ الْوَلَدُ لِلثَّانِي، وَإِنْ اِحْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ مِنَ الْأُولَى، حَتَّى كَانَ مُلْحَقًا بِهِ، لَوْ لَمْ يَحْدَثْ فِرَاشَ.

**الثاني،** وحكى الشيخ أبو عليّ وجهاً أنه يلحقه بحكم النكاح، ولا ينتفي إلا باللعان؛ لقيام الإمكان وامتناع الإلحاق بالملك، وقد يُعَبَّرُ عَنْ هَذِهِ الْأَحْوَالِ وَالصُّوَرِ بِأَنَّ

(٢) في أ: فنكحت.

(١) سقط في ز.

يقال: إن اِخْتِمَلَ كونه من النكاح دون الملك، فهو ملحق بالنكاح، وإن اِخْتِمَلَ مِنْ الْمَلِكِ دون النكاح، فهو مُلْحَقٌ بِالْمَلِكِ، كذا<sup>(١)</sup> لو احتمل منهما، وفيه ما رواه الشيخ، وإن لم يُخْتَمَلْ واحدٍ منهما، فلا إلحاق للاستبراء بعد الوطء، واللائق عند الإقرار بالوطء لفظ الإقرار، وبالاستبراء لفظ الدَّعْوَى، وسيوضح ذلك في آخر الاستبراء.

وقوله «لم يلحقه نسبُ ملك اليمين؛ للاستبراء» يجوز أن يعلم بالواو؛ للخلاف في أن الاستبراء، هل يكون نافياً للنسب؟

ومهما وقع اللعان بعد الشراء، فهل يُوجِبُ التَّخْرِيمَ المؤبد؟ فيه وجهان، كما ذكّرنا فيما إذا وَقَعَ بعد البينونة؛ لأنها لم تكن زوجةً له حين لَاعَنَ، فإن قلنا لا يُوجِبُهُ<sup>(٢)</sup>، فهي حلال له بملك اليمين، وإن قلنا: يوجب، فهل تحل له بملك اليمين؟ فيه خلاف مبني على أنه لَوْ لَاعَنَ عن زوجته الأمة، ثم اشتراها، هل يجوز له وطؤها بملك اليمين؟ وفيه طريقتان:

أحدهما: أن فيه وجهين كالوجهين المذكورين فيما إذا طَلَّقَ زوجته الأمة [ثلاثاً]،<sup>(٣)</sup> ثم اشتراها.

والثاني: القَطْعُ بالمنع؛ لقوله ﷺ<sup>(٤)</sup>: «الْمُتَلَاعِنَانِ لَا يَجْتَمِعَانِ أَبَدًا» والفرق من وجهين:

أحدهما: أن الطلاق يَخْتَصُّ بالنكاح، فيختص تحريمه بالنكاح، واللعان لا يَخْتَصُّ بالنكاح، بل يَجْرِي بعد البينونة، وفي النكاح الفاسد فيثبت تحريمه في غير النكاح.

والثاني: أن تحريم الطلاق غير مؤبد بل يزول بالزَّوْجِ، والإصابة، وتحريم اللعان مؤبد، فجاز أن يكون أَوْسَعَ حالاً؛ لِغِلْظِهِ، وكونه أَوْلَى بالاحتياط، واللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: (الرُّكْنُ الثَّلَاثُ: الْقَذْفُ) وَهُوَ نَسِبْتُهَا إِلَى وَطْءِ حَرَامٍ \* فَلَوْ نَسِبَهَا إِلَى زِنَا هِيَ مُسْتَكْرَهَةٌ عَلَيْهِ فَوَجْهَانِ \* وَلَوْ كَانَ وَطْءُ شُبْهَةٍ مِنَ الْجَانِبَيْنِ فَوَجْهَانِ مُرْتَبَانِ وَأَوْلَى بِمَنْعِ اللَّعَانِ؛ لِأَنَّ اللَّعَانَ فِي الْقُرْآنِ وَرَدَ مُرْتَبًا عَلَى الرَّمِيِّ بِالزَّنَا \* وَإِنْ كَانَ الْوَاطِءُ بِالشُّبْهَةِ مُعْتَرِفًا وَأَمَكَنَ إِلْحَاقَ الْوَلَدِ بِهِ عُرِضَ عَلَى الْقَائِفِ وَلَا لِعَانَ قَطْعًا \* أَمَا إِذَا اقْتَصَرَ عَلَى قَوْلِهِ: لَيْسَ الْوَلَدُ مِنِّي فَوَجْهَانِ وَأَوْلَى بِجَوَازِ اللَّعَانِ لِأَنَّهُ يَخْتَمِلُ الزَّنَا وَالشُّبْهَةَ \* وَلَا يَشْتَرِطُ (م) أَنْ يَقُولَ فِي الْقَذْفِ وَاللَّعَانِ: رَأَيْتُهَا تَزْنِي \* وَلَا أَنْ يَقُولَ: اسْتَبْرَأْتُهَا بَعْدَ الْوَطْءِ (م).

(٢) في ز: يوجه.

(١) في ز: وهذا.

(٤) تقدم.

(٣) سقط في ز.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ مَسْأَلَتَانِ<sup>(١)</sup>:

أحدهما: اللعان مَسْبُوقٌ بِقَذْفِ الْمَرْأَةِ أَوْ نَفِي الْوَلَدِ، وَمَهْمَا نَسَبَهَا إِلَى وَطءِ حَرَامٍ مِنْ جَانِبِهَا، وَجَانِبِ الرَّجُلِ، فَقَدْ قَذَفَهَا، وَإِنْ نَسَبَهَا إِلَى زِنَا هِيَ مَكْرَهَةٌ عَلَيْهِ أَوْ نَائِمَةٌ [فِيهِ]<sup>(٢)</sup> أَوْ جَاهِلَةٌ، فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ، وَفِي التَّعْزِيرِ وَجِهَانٌ:

أحدهما: لَا يَجِبُ؛ لِأَنَّهُ نَسَبَهَا إِلَى مَا هِيَ غَيْرُ مَلُومَةٍ عَلَيْهِ، وَلَا مَأْثُومَةٍ بِهِ.

وَأَصْحُهُمَا: نَعَمْ؛ لِأَنَّهُ فِيهِ عَارًا، وَفِي ذِكْرِهِ تَذَكُّرًا وَإِيحَاشًا، فَأَشْبَهَ قَذْفَ الْمَجْنُونَةِ بِلِ أَوْلَى، فَإِنَّ الْمَجْنُونَةَ، تُزَجَّرُ عَنِ الشَّيْءِ الْقَبِيحِ بِالضَّرْبِ وَنَحْوِهِ؛ لِأَنَّ لَهَا نَوْعَ طَلَبٍ وَقَصْدٍ وَالْمَكْرَهَةَ بِخِلَافِهِ، وَهَلْ لَهُ أَنْ يُلَاعَنَ؟ فِيهِ طَرِيقَانِ، أُطْلِقَهُمَا كَثِيرُونَ:

أحدهما: [أَنْ]<sup>(٣)</sup> فِيهِ قَوْلَيْنِ أَوْ وَجْهَيْنِ، فَوَجْهُ<sup>(٤)</sup> التَّجْوِيزِ الْحَاجَةِ إِلَى نَفْيِ الْوَلَدِ؛ لِثَلَاثِ يَلْتَحِقُ بِهِ مِنْ لَيْسَ مِنْهُ، وَالْمَنْعُ بِأَنَّ آيَةَ اللَّعَانِ وَرَدَّتْ فِي الرَّمِيِّ بِالزَّنَا، وَهَنَّاكَ يُحْتَاجُ إِلَى الْإِتِّقَامِ مِنَ الْمَرْأَةِ وَاسْتِهَارِ<sup>(٥)</sup> حَالِهَا.

وَالثَّانِي: الْقَطْعُ بِأَنَّهُ يُلَاعِنُ. وَيُحَكِّى هَذَا عَنْ أَبِي إِسْحَاقَ وَأَبِي عَلِيٍّ بْنِ أَبِي هُرَيْرَةَ وَالطَّبْرِيِّ، وَنَقَلَ الْقَاضِي ابْنَ كَعْبٍ طَرِيقَةً بِأَنَّهُ لَا يُلَاعِنُ عَنْ ابْنِ سُرَيْجٍ، وَيُشْبَهُ أَنْ يَكُونَ الْأَطْهَرُ مِنَ الطَّرِيقَتَيْنِ فِيمَا إِذَا كَانَ هُنَاكَ وَلَدٌ الْقَطْعُ بِأَنَّهُ يُلَاعِنُ لِنَفْسِهِ<sup>(٦)</sup>، وَفِيمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ وَلَدٌ إِثْبَاتِ الْخِلَافِ؛ [بِنَاءِ عَلَى الْخِلَافِ]<sup>(٧)</sup> فِي أَنَّهُ هَلْ يَجِبُ بِهِ التَّعْزِيرُ، إِنْ وَجِبَ، وَهُوَ الْأَصْحَحُ؛ فَلَهُ أَنْ يُلَاعِنَ لِإِسْقَاطِهِ، وَإِلَّا لَمْ يَجِبْ، وَإِيرَادُ صَاحِبِ «التَّهْذِيبِ» يُوَافِقُ ذَلِكَ، وَلَوْ عَيَّنَ الزَّانِي بِهَا، فَقَالَ: زَنَى بِكِ فُلَانٌ، وَأَنْتِ مَكْرَهَةٌ أَوْ قَالَ: قَهْرَكِ فُلَانٌ فَزَنَى بِكِ، فَعَلِيهِ الْحَدُّ، وَلَهُ إِسْقَاطُهُ بِاللَّعَانِ، قَالَ فِي «التَّهْذِيبِ»: وَيُخَالَفُ هَذَا مَا إِذَا قَذَّفَ امْرَأَتَهُ<sup>(٨)</sup> وَأَجْنِبِيَّةً بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ؛ حَيْثُ لَا يَتِمَّكُنُ مِنْ إِسْقَاطِ حَدِّ الْأَجْنِبِيَّةِ بِاللَّعَانِ؛ لِأَنَّ فِعْلَهَا يَنْفَكُ عَنِ فِعْلِ الْأَجْنِبِيَّةِ، وَفَعْلَهَا لَا يَنْفَكُ عَنِ فِعْلِ الزَّانِي<sup>(٩)</sup> بِهَا، وَلَوْ قَالَ لِزَوْجَتِهِ: وَطَّئْتُ بِالشُّبْهَةِ، فَقَدْ خَرَجَ وَجُوبُ التَّعْزِيرِ عَلَى الْوَجْهَيْنِ، فِيمَا إِذَا نَسَبَهَا إِلَى زِنَا، وَهِيَ مُكْرَهَةٌ عَلَيْهِ، وَبُنِيَ عَلَى الْوَجْهَيْنِ فِي أَنَّهُ هَلْ يُلَاعِنُ إِذَا لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ وَلَدٌ؟ وَإِنْ كَانَ هُنَاكَ وَلَدٌ، فَمَنْهُمْ مَنْ أُطْلِقَ وَجْهَيْنِ فِي جَوَازِ اللَّعَانِ، وَقَالَ: أَظْهَرَ الْوَجْهَيْنِ: أَنَّ نِسْبَةَ الْوَلَدِ إِلَى الْوَطءِ بِالشُّبْهَةِ، كُنَسِبَتْهُ إِلَى الزَّنَا، فِي جَوَازِ النِّفْيِ بِاللَّعَانِ إِلَّا أَنَّهُ إِذَا لَمْ

(١) فِي ز: وَجِهَان.

(٢) سَقَطَ فِي ز.

(٣) فِي ز: بَوَاجِه.

(٤) فِي ز: لِنَفْسِهِ.

(٥) فِي ز: امْرَأَةٌ.

(٦) سَقَطَ فِي ز.

(٧) فِي ز: الثَّانِي.

(٨) سَقَطَ فِي ز.

(٩) فِي ز: امْرَأَةٌ.

يُلاعِنُ لِحَقِّهِ الْوَلَدَ، ولم يُحَدِّدْ للقذف، وقال الأكثرون: إن لم يعين الواطئ بالشبهة أو عينه فلم يصدقه، فالولد ملحقٌ بالنكاح، وله نفيه باللعان، وإن صدقه، وأدعى الولد، عُرض على القَائِفِ، فإن ألحقه بذلك المعين<sup>(١)</sup> فهو ولده، ولا حاجة إلى اللعان، وإلا فيلحق بالزوج، وليس له نفيه باللعان؛ لأنه كان له طريق آخر ينقطع به النسب؛ وهو أن يلحقه القائف بذلك المعين إذا عرض عليه، وإنما ينفي النسب باللعان، إذا لم يكن للانتفاء<sup>(٢)</sup> طريق آخر؛ ولذلك قلنا: لا يُنفَى ولد الأمة باللعان؛ لأنه يمكن منه بطريق آخر، وهو دعوى الاستبراء، فحصلت طريقتان، والأولى هي التي أوردتها في الكتاب، والثانية أولى بالاعتماد فإن لم يكن قائف، ترك، حتى يبلغ الصبي، فينتسب إلى أحدهما، فإن انتسب إلى ذلك المعين، انقطع نسبه عن الزوج بلا لعان، وإن انتسب إلى الزوج، فله اللعان؛ لأن نفسه بغير اللعان لا يُمكن، هكذا أورد صاحب «التهذيب» وغيره، ولك أن تقول: إن كان النظر إلى آخر الأمر ووقت انقطاع الطمع عن انتفاء النسب بطريق آخر، فهذا المعنى حاصل فيما إذا ألحقه القائف بالزوج، فليجز<sup>(٣)</sup> اللعان، وإن كان النظر إلى الابتداء، وتوقع الانتفاء بطريق آخر، فهذا المعنى حاصل فيما إذا توقعنا إلى بلوغه وانتسابه، فليمتنع اللعان إذا انتسب إلى الزوج، ولو قال: زنيت بفلان، وفلان غير زان بك، بل كان يظنك زوجته، فهو قاذف لها، وله أن يلاعن لإسقاط الحد والولد المنسوب إلى ذلك الواطئ منسوب إلى وطء الشبهة، فإن صدقه فلان، عُرض على القَائِفِ، كما ذكرنا، ولو اقتصر على قوله «ليس هذا الولد مني» فعن صاحب «التقريب» حكاية ترد في أنه هل يلاعن؟ وهذه الصورة أولى بجواز اللعان، إذا أضيفت إلى صورة الشبهة؛ لأنه كما يحتمل الجهة التي يثبت فيها النسب يحتمل جهة الزنا، والذي أجابه به المعظم أنه لا يلتفت إلى ذلك، ويلحق الولد بالفراش، إلا أن يُسند<sup>(٤)</sup> الثفي إلى سبب معين، ويلاعن، ويجوز إعلام لفظ الوجهين من الكتاب في الصور الثلاث بالواو؛ للطرق القاطعة.

**المسألة الثانية:** لا يشترط لجواز اللعان أن يقول عند القذف: رأيتها تزني، بل لو قال زنيت أو يا زانية أو قال، وهي غائبة: فلانة زانية، ولم يتعرض للرؤية، جاز اللعان، وكذلك لا يشترط أن يدعي أنه استبرأها بعد الوطء بحيضة، وعن مالك - رحمه الله - أنه خالف في المسألتين.

لنا إطلاق آية اللعان، وأيضاً فاللعان حجة يخرج بها عن موجب القذف المفيد، فكذلك عن موجب القذف المطلق كالبينة، وذكر الأصحاب - رحمهم الله - أنه لو أقر

(١) في ز: المعنى.

(٢) في ز: للانتفاء.

(٣) في أ: فلنجز.

(٤) في أ: يستند.

بوطئها في الطُّهْر الذي قَذَفها بالزنا فيه، يجوز له أن يلاعن، وَيَنْفِي النسب، قال في «البيسط»: ولعل هذا في الحُكْم الظاهر، فأما بَيْنُهُ وبين الله تعالى، فلا يَحِلُّ له النْفْيُ مع تعارض الاحتمال، ويجوز أن يَعُولَ الزَوْجُ فيه على أمرٍ يختص بمعرفته كغزل، أو قرينة حال. والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الْفَضْلُ الثَّالِثُ فِي فُرُوعِ مُتَفَرِّقَةٍ وَهِيَ أَرْبَعَةٌ: (الأوَّلُ): إِذَا قَذَفَهَا بِأَجْنَبِيٍّ وَذَكَرَهُ فِي اللَّعَانِ فَلَا حَدَّ لِلْأَجْنَبِيِّ \* وَإِنْ لَمْ يَذْكُرْهُ فَقَوْلَانِ لِأَنَّ اللَّعَانَ حُجَّةٌ عَلَى الْجُمَّلَةِ وَإِنْ كَانَتْ قَاصِرَةً \* وَمَنْ قَذَفَ عِنْدَ الْقَاضِي فَهَلْ عَلَى الْقَاضِي إِخْبَارُ الْمَقْذُوفِ لِيَطْلُبَ حَدَّ الْقَذْفِ؟ وَجَهَانٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الفرع يحوي مسألتين:

إحدهما: إذا قذف زوجته برجل معين، فالقول في أن الواجب حدٌ أو حدان؟ سيأتي في الفرع الثاني، ثم إن ذكر المرمي<sup>(١)</sup> به في اللعان؛ بأن قال: أشهد بالله إنني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا بفلان، سقط حقه، كما يسقط حقه، سواء أو جنباً، جداً أو حدّين، حتى لو قذفها بجماعة، وذكرهم، سقط حق الكل، وقال أبو حنيفة ومالك: لا يسقط الحد للمرمي به، بل يُحدُّ له بعد اللعان، وعند أبي حنيفة: لو حدُّ له قبل اللعان، تُعَدُّ اللعان؛ بناءً على أن المحدود في القذف لا يُلاعن.

لنا أن اللعان حجة في ذلك الزنا في طرف المرأة، فكذلك في طرف الرجل؛ وهذا لأن الواقعة واحدة، وقد قامت فيها حجة مصدقة فتنهض<sup>(٢)</sup> شبهة بارئة للحد، وإن أغفل ذكر المرمي به، ففي سقوط حقه قولان:

أحدهما، ويروى عن «الإملاء» «وأحكام القرآن»: أنه يسقط، وبه قال أحمد واختاره المزني؛ لأنه ظهر صدقه باللعان، فيسقط حقه كما يسقط حقه، وقد يحتج له بأن الملاعن في عصر رسول<sup>(٣)</sup> الله - ﷺ - رمى زوجته بشريك ابن السحماء، ولم يتعرض له في اللعان، ولم يُحدِّ له، وأصحهما على ما ذكره القاضي الزوياني، ويحكى عن «الأم»: أنه لا يسقط؛ لأنه لم يذكره في اللعان، وسقوط الحد يفتقر إلى تسميته في اللعان كما في حق الزوجة؛ وَعَلَى هذا فلو أراد إسقاطه، فالطريق أن يعيد اللعان ويذكره، وفي كتاب القاضي ابن كج: أن القولين مبنيان على أن حق الرجل يثبت أصلاً أو تابعاً لقذف الزوجة، فإن قلنا: يثبت تابعاً، كفى ذكر المرأة: وسقط به حق الرجل،

(٢) في ز: فنهض.

(١) في أ: الرمي.

(٣) تقدم.

وإن جعلناه أصلاً، فلا بد من تسميته، ويشهد للتبعية أنه يكفي طلبها لللعان، ولا يشترط موافقته، ولو امتنع الزوج من اللعان، ولا بيّنه له، فحُدَّ بطلبها، ثم جاء المرمي به يطلب الحد، فإن قلنا: الواجد حدٌ واحدٌ، فقد استوفى، وإن قلنا: حدان، استوفى حدٌ آخرٌ، وله إسقاطه باللعان، ولو ابتداء المرمي به بطلب حقه، ولم تطلب هي، فهل يلاعن له؟ حكى أبو الفرج السرخسي فيه وجهين، وقد بينيان على أن حقه يثبت<sup>(١)</sup> أصلاً أو تابعاً، وإن عفا المرمي به عن حقه، فله المطالبة، وإن عفت هي، فكذلك للأجنبي المطالبة سواء قلنا: الواجب حدٌ أو حدان؛ لأن الحد لا يتبعض؛ ولذلك قلنا: إن الأصح أنه إذا عفا بعض ورثة، المقذوف كان للآخرين استيفاء الحد بتمامه، وله أن يلاعن لإسقاطه، وعن ابن القطان: أنا إذا قلنا: إن حقه تابع، فلا حد، ولا لعان، والظاهر الأول، وبمثله أجاب ابن الصبّاغ؛ فيما لو لم يذكر المرمي به في اللعان، وقلنا: إنه لا يسقط حقه، فطالب بموجب القذف، وامتنع الزوج من إعادة اللعان، قال: يُحدُّ سواء قلنا: يجب حدٌ واحد لهما أو حدان؛ لأن الحد لا يتبعض، ولا يجب باللعان حدُّ الزنا على الرَّجُل المرمي به بحال، وإذا لاعن لإسقاط حدِّ المرمي به، قال في «التهذيب» قد قيل: إنه تتأبد الحرمة، وخلافه محتمل.

وقوله في الكتاب «لأن اللعان حجة على الجملة، وإن كانت قاصرة» يجوز أن يجعل إشارة إلى توجيه القولين، كأنه قال: في قول يسقط، لأن اللعان حجة فيسقط حقهما جميعاً، كالبينة، وفي الثاني؛ لقصور أثر اللعان على الزوجة، ولذلك لا يلاعن في قذف الأجنبي، ويجوز أن يجعل بتمامه علة للسقوط والله أعلم.

المسألة الثانية: إذا قذف امرأته عند الحاكم بمعيّن أو قذف أجنبيّاً، والمقذوف غائب، فهل يبعث إليه الحاكم ويخبره بالحال؟ نقل ناقلون أنه يبعث ويخبره، ثم اقتصر بعضهم على الاستحباب، منهم الشيخ أبو حامد، وذكر أكثرهم: أنه يجب عليه ذلك، ونقل أبو الفرج السرخسي أن الشافعي - رضي الله عنه - نصّ عليه، وأنه نصّ فيما إذا أقرّ عنده مقرّر لآخر بدّين لا يجب عليه إخبار المقر له، وأن للأصحاب فيه ثلاثة طرق:

أحدها: تنزيل النصين على حالين، إن كان الذي يتعلّق به الحقّ حاضراً عالمياً بالحال، فلا حاجة إلى إخباره في النوعين، وإن كان غائباً أو عاقلاً عما جرى، وجب إخباره؛ يضيع حقه.

والثاني: الفرق بين الحدّ والمال، بأن الحد يستوفيه الإمام، ويتعلّق به، فيختبره

(١) في ز: مثبت.

ليستوفي إن أراد، والمال لا يختص استيفاؤه بالإمام.

والثالث: جعلهما على قولين بالنقل والتخريج، ويحكى طريقة الخلاف هذه عن رواية صاحب «التقريب» وهي التي أوردها في الكتاب، واحتج لقولنا أنه لا يُخبر المقذوف، بأن النبي - ﷺ - لم ينه شرك أبن السحماء ولم يخبره بالقذف. ولقولنا إنه يخبر بقصة<sup>(١)</sup> العسيف، وذلك أن رجلين اختصما إلى رسول الله - ﷺ - فقال:

أَحَدُهُمَا: أَقْضِ بَيْنَنَا بِكِتَابِ اللَّهِ وَأُذِّنْ لِي [في]<sup>(٢)</sup> أَنْ أَتَكَلَّمَ، [فقال: تكلمي<sup>(٣)</sup>] فَقَالَ: إِنَّ أَبْنِي كَانَ عَسِيفًا<sup>(٤)</sup> لِهَذَا، فَرَنْتِي بِأَمْرَاتِهِ، فَأَخْبَرُونِي أَنَّ عَلِيَّ ابْنَ أَبِي الرَّحْمِ فَأَقْتَدَيْتُ مِنْهُ بِمِائَةِ شَاةٍ وَبِجَارِيَةٍ لِي، ثُمَّ إِنِّي سَأَلْتُ أَهْلَ الْعِلْمِ؛ فَأَخْبَرُونِي أَنَّ مَا عَلِيٌّ ابْنِي جَلَدُ مِائَةٍ وَتَغْرِيْبُ عَامٍ، وَإِنَّمَا الرَّجْمُ عَلَيَّ أَمْرَاتِهِ، فَقَالَ النَّبِيُّ - ﷺ -: لَا أَقْضِيَنَّ بَيْنَكُمَا بِكِتَابِ اللَّهِ [تعالى]، أَمَّا عَنَّمْكَ وَجَارِيَتِكَ فَرَدُّ عَلَيْكَ، وَجَلَدُ ابْنِهِ مِائَةٌ وَعَرَبُهُ عَامًا، وَأَمْرٌ أَنْتِيسَا الْأَسْلَمِيِّ أَنَّ أَمْرًا الْآخَرَ قَالَ: إِنْ أَعْتَرَفْتَ فَارْجُمْهَا، فَأَعْتَرَفَتْ فَارْجَمَهَا. قال العلماء: وَإِنَّمَا بَعَثَ أَنْتِيسَا لِيُخْبِرَهَا بِأَنَّ الرَّجُلَ الْآخَرَ قَدَفَهَا بِابْنِهِ لَا يَتَفَحَّصُ عَنْ زَنَاهَا، وَعَنْ الْقُقَالِ عَنْ بَعْضِهِمْ: أَنَّهُ كَانَ قَدْ شَهِدَ عَلَى إِقْرَارِهَا بِالزَّانِ أَبُو الزَّانِي وَ<sup>(٥)</sup> مَعَ آخَرَ، فَبَعَثَ إِلَيْهَا [أَنْتِيسَا] لِيَتَبَيَّنَ؛ إِنْ رَجَعَتْ عَنْ إِقْرَارِهَا، تَرَكَهَا، وَإِلَّا أَقَامَ [عليها]<sup>(٦)</sup> الْحَدَّ، وَالظَّاهِرُ فِي مَسْأَلَةِ الْإِخْبَارِ أَنَّهُ يَخْبِرُهُ، وَإِنْ أَثْبَتَ الْخِلَافَ، وَالَّذِي قَالَهُ فِي «الْمَخْتَصَرِ»: وَلَيْسَ لِلْإِمَامِ إِذَا رَمَى رَجُلًا بَرَأً أَنْ يَبْعَثَ إِلَيْهِ يَسْأَلُهُ عَنْ ذَلِكَ، فَفِي تَنْزِيلِهِ وَجُوهٌ: مِنْهَا أَنْ الْمُرَادُ أَنَّهُ لَا يُسْأَلُ؛ هَلْ زَنَيْتَ؟ وَمِنْهَا أَنْ الْمُرَادُ مِنْهُ مَا إِذَا لَمْ يَكُنِ الرَّامِي مُعَيَّنًا، كَمَا إِذَا قَالَ رَجُلٌ: بَيْنَ يَدَيِ الْحَاكِمِ: إِنَّ النَّاسَ يَقُولُونَ: إِنَّ فُلَانًا قَدْ زَنَى، لَا يَبْعَثُ الْحَاكِمُ إِلَيْهِ، وَلَا يَتَفَحَّصُ عَنْ الْحَالِ، وَكَذَا لَا يَتَفَحَّصُ إِذَا لَمْ يَكُنِ الْمَقْذُوفُ مُعَيَّنًا، كَمَا إِذَا قَالَ «فِي هَذِهِ السَّكَّةِ أَوْ فِي هَذِهِ الْمَحَلَّةِ زَانٍ» أَوْ رَمَى بِحَجَرٍ، فَقَالَ: مِنْ زَمَانِي، فَهُوَ زَانٍ، وَهُوَ لَا يَذَرِي مَنْ رَمَاهُ، وَعَنْ أَبِي الطَّيِّبِ بْنِ سَلْمَةَ: أَنَّ الْمُرَادَ مَا إِذَا رَمَاهُ بِالزَّانِ تَغْرِيبًا لَا تَصْرِيحًا، وَعَنْ ابْنِ سُرَيْجٍ وَأَبِي إِسْحَاقَ - رَحِمَهُمَا اللَّهُ - أَنَّ الْمُرَادَ مَا إِذَا كَانَ كَذَلِكَ، وَلَا عَن، سَقَطَ حَقُّ ذَلِكَ الْمَعْيَنِ، إِمَّا بِأَنَّ ذَكَرَهُ فِي اللَّعَانِ أَوْ قَلْنَا: [إنه]<sup>(٧)</sup> يَسْقُطُ وَإِنْ

(٢) سقط في ز.

(١) تقدم.

(٤) في أ: على هذا.

(٣) سقط في ز.

(٦) سقط في ز.

(٥) في ز: مع.

(٧) سقط في ز.

أطلق فلا<sup>(١)</sup> حاجة إلى إعلامه، والحالة هذه، وقال أبو إسحاق: لا يُخبره، وإن لم يلاعِن بَعْد؛ لأن الزوجة سَتَطَالِب، ومَطَالِبُهَا مُعْنِيَةٌ عَنْ مَطَالِبَتِهِ<sup>(٢)</sup>، ويخالف ما إذا قَذَف أجنبيًّا، وذكر أن النبي - ﷺ - لهذا السبب؛ لم يُخبر شريكًا بما جرى، وبعث أنيسًا إلى المرأة، ويجوز أن يُعلم قوله في الكتاب وجهان؛ لطريقة مَنْ نَفَى الخلاف.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: (الثاني): إِذَا قَذَفَ نِسْوَةً بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ فِيهِ تَعَدُّ اللَّعَانِ قَوْلَانِ مُرْتَبَانٍ عَلَى تَعَدُّ الْحَدِّ \* وَاللَّعَانُ أَوْلَى بِأَنْ يَتَعَدَّدَ لِأَنَّهُ حُجَّةٌ فَلَا يَتَدَاخَلُ \* وَإِنْ قُلْنَا بِتَعَدُّدِهِ لَمْ يَتَّحِدْ بِرِضَاهُنَّ بِلِعَانٍ وَاحِدٍ كَالْيَمِينِ \* وَإِنْ قُلْنَا: يَتَّحِدُ فَذَلِكَ حَيْثُ لَا يَشْتَرَطُ طَلِبُهُنَّ أَوْ تَوَافُقَهُنَّ \* فَإِنْ أَنْفَرَدَتْ وَاحِدَةً بِالطَّلَبِ لِأَعْنِ عَنْهَا ثُمَّ اسْتَأْنَفَ لِلْبَاقِيَاتِ \* وَلَوْ قَالَ لِرِزْوَجَتِهِ: يَا زَانِيَةٌ بِنْتِ الزَّانِيَةِ فَقَدْ قَذَفَهَا وَأَمَّا بِكَلِمَتَيْنِ فَعَلَيْهِ حَدَانِ \* فَإِنْ قُلْنَا: يَقْدَمُ حَدُّ الْمَقْدُوفِ أَوْلَى عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ فَهَهُنَا يَقْدَمُ حَدُّ الْأُمِّ وَإِنْ كَانَتْ مُتَأَخِّرَةً عَلَى وَجْهِ لِأَنَّ حَدَّ الْبِنْتِ مُتَعَرِّضٌ لِلشَّقُوطِ بِاللَّعَانِ فَحَدُّ الْأُمِّ أَقْوَى.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا قَذَفَ اثْنَيْنِ فِصَاعِدًا، لَمْ يَخْلُ إِذَا كَانَ الْمَقْدُوفُونَ أَحَدَ الصُّنْفَيْنِ مِنَ الْأَجَانِبِ، وَالزَّوْجَاتِ، وَإِذَا أَنْ يَتَرَكَّبُوا عَلَى<sup>(٣)</sup> الصُّنْفَيْنِ.

القِسْمُ الْأَوَّلُ: إِذَا كَانُوا أَحَدَ الصُّنْفَيْنِ، فِيمَا أَنْ يَكُونَ قَذَفَهُمْ بِكَلِمَاتٍ أَوْ بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ.

الحَالَةُ الْأُولَى: إِذَا قَذَفَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِكَلِمَةٍ، فَعَلَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ حَدٌّ.

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - لا يجب إلا حد واحد بناءً على أن المُعَلَّب في حد القذف حقُّ الله تعالى، فيتداخل إذا تكرر موجهه، كما لو زنى مراراً، ولو قذف امرأته بكلمتين أو أزيد نِسْوَةً، له، بأربع كلمات، فعليه أربعة حدود، وإذا أراد اللعان، أفرَدَ كل واحدة بلعان، ويجعل اللعان عنهن على ترتيب قذْفِهِنَّ، كذا أطلق ويُسَبِّهُ أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ مَا إِذَا طَلَبْنَ جَمِيعاً أَوْ حَيْثُ لَا يَشْتَرَطُ طَلَبُ الْمَرْأَةِ لِلَّعَانِ، وَلَوْ لِأَعْنِ عَنْهُنَّ لِعَاناً وَاحِداً، لَمْ يُعْتَدَّ بِهِ عَنِ الْجَمِيعِ، لَكِنْ إِنْ سَمَّاهُنَّ، احْتَسَبَ بِهِ عَنِ الَّتِي سَمَّاهَا أَوْلَى، وَإِنْ أَشَارَ إِلَيْهِنَّ جَمِيعاً، وَجَعَلْنَا الْإِشَارَةَ مُعْنِيَةً عَنِ الْأَسْمِ عَلَى مَا سَأَيْتِي، فَلَا يُعْتَدُّ بِهِ عَنِ وَاحِدٍ مِنْهُنَّ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بَعْضُهُمْ بِأَوْلَى مِنَ الْبَعْضِ.

(١) في ز: فإنه.

(٢) في ز: عن.

(٣) في ز: مطالبة.



والثانية: إذا قذفهم بكلمة واحدة بأن قال: زَيَّيْتُمْ أو أَنْتُمْ زَنَاءٌ، فقولان:

الجديد أنه يجب لكل واحد منهم حد؛ لأن حد القذف من الحُقُوق المقصودة للعباد، فلا تتداخل كالديون، وأيضاً، فإنه أَدْخَلَ العار عَلَيْهِم، فأشبهه ما إذا قَذَفَهُم بكلمات متعدّدة.

والقديم، وبه قال أبو حنيفة - رحمه الله - أنه لا يجب إلا حَدٌ واحدٌ؛ لِاتِّحَادِ اللفظ، وأيضاً، فإنها حَدُودٌ من جنس واحد، فتتداخل، كحدود الزنا، وعلى هذا، فلو حضر واحدٌ وطلب الحدُّ، حُدَّ له، وسقط حَدُّ الباقيين، ولو قال: يَا بَيْنَ الزَّانِئِينَ، فهو قذف لِأَبُوبِي المخاطب بكلمة واحدة، وفيه القولان، ولو قذف أربع نسوة [له] <sup>(١)</sup> بكلمة واحدة، فالحدُّ على الخلاف، وإن أراد اللِّعَانَ، فإن قلنا: يتعدّد الحدُّ، تعدّد اللعان، وإن قلنا: يتحدّ الحدُّ ففي اللعان وجهان:

أصحهما: أنه يتعدّد أيضاً؛ لأن اللعان يمينٌ، والأيمان المتعلقة بحقوق جماعة <sup>(٢)</sup> لا تتداخل؛ ألا ترى أنه إذا ادعى رجلان على رجل مَالاً فأنكر، يَخْلِفُ بكل واحدٍ منهما يميناً تامّةً، والثاني، نسبه القاضي ابن كج إلى أبي إسحاق وابن القطان: أنه يَكْفِي لِعَانَ واحدٍ جمعهم فيه بالاسم أو بالإشارة، إن اكتفينا بالإشارة، لأن هذه اليمين حَجَّةٌ تثبت الحدُّ، فأشبهت البيّنة، وكذا لو أقام شاهداً على رجل بِحَقٍّ وعلى آخر بِحَقٍّ آخر، يجوز أن يَخْلِفَ معه يميناً واحدةً يذكر فيها الحَقَّين وإذا قلنا بالتعدّد، فلو رَضِيَ بِلِعَانِ واحدٍ، لم يَنفَع، كما لو رضي المدعون بيمين واحد إذا قلنا: ثم يلاعن عنهن على الترتيب الذي يوافقن عليه، فإن تشاحن في البداية، أقرع بينهما، ولو قدّم الحاكم واحدة منهن، قال الشافعي - رضي الله عنه -: رَجَوْتُ أَنْ لَا يَأْتَمَ، ونقل القاضي أبو الطيّب عن الأصحاب، أن ذلك فيما إذا لم يقصد تفضيل بعضهم على بَعْضِ، وتجنّب الميل، وإن قلنا بالاتحاد، فذلك إذا توافَقْنَ على الطَّلَبِ أو لم يشترط طَلِبُهُنَّ، أما إذا اشترط، وانفرد بَعْضُهُنَّ بالطلب، فلاعن، ثم طَلَبْتَ الباقيات، فيحتاج إلى اللعان، ويحصل التعدد، وإذا لَاعَنَ عنهن، لزمهن الحدُّ، فمن لاعتت منهن، سقط عنها الحدُّ، ومن أُبْتُ حُدَّتْ، وإذا امتنع من اللعان، كفأه حدُّ واحدٍ على قَوْلِنَا باتحاد الحدِّ، وجميع ما ذكرنا فيما إذا قذف اثنتين فصاعداً بكلمة واحدة، ولم يعلّق قذفهما بزناً واحدٍ، فإن خلق كما إذا قال لأجنبية أو لزوجته: زَيَّيْتُ بِفُلَانٍ، فطريقان:

أظهرهما طرد القولين في تعدّد الحد واتحاده.

(٢) سقط في ز.

(١) في أ: اللفظين.

(٣) في ز: الجمع.

والثاني: القطع بالاتحاد؛ لأنه لم يَرْمِهما إلا بفاحشة واجِدَةٌ<sup>(١)</sup>.

والقسم الثاني: إذا تركب المقذوفون من الصنفين؛ كما إذا قَذَفَ زوجته وأجنبية، فيُنظَرُ؛ إن قذفهما بكلمتين، فعليه حدان، فإن لَاعَنَ عن زوجته، سَقَطَ حدُّها وبقي حد الأجنبية، ولو قال لزوجته: يا زانية بنت الزانية، أو قال: زَيْتِيت، وَرَزَّتْ أُمَّكَ، فهذا قَذَفَ لها ولأمها بكلمتين، وله إسقاط حدِّ الزوجة بالبينة أو اللعان، وإسقاط حد أمها بالبينة وحدها وإذا طلبت واحدة منهما أو وكيلها حدًّا ولا دافع، لم يخفَ الحكم، ولو حَضَرَتَا معاً، وَطَلَبَتَا، فَهَلْ يراعى في استيفاء الحدَّين ترتيب فيه وجهان:

أحدهما: لا، بل يقرع بينهما، كمن [أُتلف]<sup>(٢)</sup> أموالاً، ولزمه ضمانها، لا يُنظر فيه إلى التقديم والتأخير.

وأصحُّهما: نعم، كما لو قتل شخصين على التعاقب يقتص بالأول، وعلى هذا فوجهان: [أحدهما يبدأ بحد البنت<sup>(٣)</sup> لأن قذفها متقدم].

وأصحُّهما، وهو المنصوص: أنه يبدأ بالأم؛ لأن حقها أقوى، فإنَّ حدَّها لا يَسْقُطُ إلا بالبينة، وحدُّ البنت كما يسقط بالبينة، يسقط باللعان، وأقوى الحقين أولي بالتقديم ولو قَذَفَ أجنبية وأمها على الوجه المصوّر<sup>(٤)</sup> في الزوجة، سَقَطَ، وجه تقديم الأم، ويبقى وجهان:

أظهرهما: تقديم البنت.

والثاني: القرعة ولو قذف أمَّ زوجته [أولاً ثم زوجته]<sup>(٥)</sup>، سقط وجه تقديم البنت ويبقى وجهان:

أظهرهما: تقديم الأم.

والثاني: القرعة، وإن قذف زوجته وأجنبية بكلمة واحدة بأن قال: زَيْتِيتا أو أنتُم زانيتان، ولم يلاعن الزوجة فطريقان<sup>(٦)</sup>:

أظهرهما: تعدُّ الحد واتحاده، على القولين السابقين.

(١) وما ذكره من ترجيح طريقة القولين تبع فيه البغوي لكن الأكثرون على الثانية وهو المنصوص في المختصر وبها قال أبو إسحاق ورجحها القاضي أبو الطيب والمارودي. وقال: إنه المذهب، وبها قال الجمهور وخصوا القولين في الجماعة إذا قذفهم بكلمة واحدة بزيتيتين فإن قلنا بالاتحاد فلكل منهما المطالبة به واستيفاؤه كما قلنا. ولو عفا أحدهما بقي حق الآخر.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) في أ: المتصور.

(٥) سقط في ز.

(٦) في ز: فقولان.

والثاني: القطع بالتعدد؛ لاختلاف القذفين في الحُكم؛ فإن أحدهما يَسْقُطُ حُدُّهُ باللعان دون الآخر، فإن قلنا بالاتحاد، فلو جاءت الأجنبية طالبةً للحد، فحد لها، سقط<sup>(١)</sup> الحد واللعان في حق الزوجة إلا أن يكون هناك وَلَدٌ، وأراد نفيه، وإن لَاعَنَ عن الزوجة، فَيَحُدُّ للأجنبية، وإن عَفَّتْ إحداهما، حُدُّ للأخرى، إذا طلبت على القَوْلَيْنِ جميعاً. ذكره صاحب «التهذيب» وغيره، ومهما وَجَبَ حدان لواحد أو لاثنين وَأَقِيمَ أَحَدُهُمَا، أمهل إلى أن يبرأ جلده ثم يقام الثاني، وقد يعود هذا في الحدود.

وقوله في الكتاب «لأنه حجة»، لا تتداخل، يعني به أن العقوبات هي التي يليق بها التداخل، واللعان من جملة الحُجَجِ المثبتة أو الدافعة، والتداخلُ بَعِيدٌ عنها.

وقوله «فقد قذفها وأما بكلمتين، فعليه حدان» يجوز أن يعلم بالواو؛ لأن بعضهم أبعد؛ فجعل قوله «يا زانية بنت الزانية» كما إذا قال: أنت وأمك زانيتان [حتى]<sup>(٢)</sup> يكون على الخلاف في تعدد الحد واتحاده، وعد ذلك من قذف الزوجة والأجنبية بكلمة واحدة، وعليه جرى صاحب «التتمة».

وقوله «فإن قلنا: يُقَدَّمُ حد المقذوف أولاً» يريد به الخلاف في أن الحدَّين إذا أثبتنا يستوفيا على ترتيب القذف أم لا؟ فإن قلنا: نَعَمْ، ففي قوله «يا زانية بنت الزانية» الوجهان في أنه يُقَدَّمُ حق الأم أم البنت؟

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الثالث): إِذَا أَدْعَتِ الْقَذْفَ فَأَتَكَرَّ فَقَامَتِ الْحُجَّةُ عَلَى الْقَذْفِ فَلَهُ أَنْ يُلَاعِنَ إِنْ أَظْهَرَ لِإِنْكَارِهِ تَأْوِيلًا وَإِلَّا فَوَجْهَانِ \* فَإِنْ أَتَشَأَ قَذَفْنَا فَلَهُ اللَّعَانُ وَأَنْدَفَعَ عَنْهُ ذَلِكَ الْحَدُّ أَيْضًا إِلَّا إِذَا كَانَ قَدْ قَالَ: مَا قَذَفْتُ وَمَا زَنَيْتُ فَإِنْ قَذَفَهُ بَعْدَهُ يُنَاقِضُ شَهَادَةَ الْبِرَاءَةِ إِلَّا إِذَا مَضَتْ مِئَةٌ أَحْتَمِلُ طَرِيْقَانِ الزَّنَا بَعْدَهَا \* وَلَوْ أَمْتَنَعَا عَنِ اللَّعَانِ فَلَمَّا عُرِضَا لِلْحَدِّ رَجَعَا إِلَيْهِ جَازَ كَمَا فِي الْبَيِّنَةِ \* بِخِلَافِ الْيَمِينِ \* وَلَوْ حُدَّ الرَّجُلُ فَأَرَادَ أَنْ يُلَاعِنَ بَعْدَهُ مَكَّنَ مِنْهُ إِنْ كَانَ ثُمَّ وَلَدٌ وَإِلَّا فَلَا فَائِدَةَ لِلْعَانِ فَلَا يُمْكِنُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ مَسْأَلَتَانِ:

إحداهما: ادعت المرأة على زوجها أنه قذفها، فله في الجواب أحوال:

أحدها: إذا سكت، فأقامت عليه البينة، فله أن يُلَاعِنَ، وليس السكوت إنكاراً للقذف، ولا تكذيباً لبينة في الحقيقة، ولكنه جعل كالإنكار في قبول البينة، فإذا لاعن قال: أشهد بالله، إني لمن الصادقين فيما أثبتت على من رمى إياها بالزنا.

(٢) سقط في ز.

(١) في ز: يسقط.

والثانية: إذا قال في الجواب: لا يلزمني الحدُّ، فأقامت البينة على القذف، فله اللعان أيضاً، ويجوز أن يريد بقوله: «لا يلزمني الحدُّ»؛ أنني صدقت فيما قلتُ، وسأحقِّقه باللعان فلا يكون عليَّ حدُّ.

والثالثة: إذا أنكر القذف، فأقامت الشاهدين عليه، ثم أراد أن يُلاعِن، فيُنظَر؛ إن أوَّل الإنكار، وقال: لم أرذ أني ما رميتها بالزنا؛ وإنما أردتُ أن هذا الرمي حقٌّ، وليس بقذفٍ باطل، قُبِلَ ذلك [منه] <sup>(١)</sup> ومُكِّن من اللعان، وإن لم يتأوَّل الإنكار، لكنه أنشأ في الحال قذفاً، فله أن يُلاعِن، فإذا لاعِن، سَقَطَ عنه الحدُّ، وإن كانت هي صادقةً في دَعواها، لأنَّ مَنْ كَرَّرَ قذف امرأته كَفَّاه لِعاناً واحداً، وإن لم يَذكر تأويلاً ولا أنشأ قذفاً، ففي جواز اللعان وجهان:

وجه المَنع: أنه يُنكَر نسبتها إلى الزنا، فكيف يَشْهَد بالله إنه لمن الصادقين، فيما نسبها إليه؟

والثاني: يجوز؛ لأنه لم ينكر زناها، وإنما أنكر القذف، والقذف يُستعمل في القول الباطل، فيجوز أن يريد: إن قولي صدقٌ، وليس بقذفٍ باطل، وإن لم يتلفظ <sup>(٢)</sup> بالتأويل ولأن قوله مردود عليه بالبينة فصار فكأنه لم ينكزه، وشبه ذلك بما إذا قال المُشْتَرِي في جواب من يدعي الاستحقاق: إنه مِلْكِي، وكان ملكاً لفلان إلى أن اشتريته منه، ثم قامت البينة على الاستحقاق، وانتزع المال من يده وتمكن من الرجوع على البائع، وإن أقرَّ له بالملك؛ لأن إقراره قد صار مردوداً عليه بالبينة، وهذا ظاهر النصِّ في «المختصر» وبه أخذ أكثر الأُصْحَاب، وربما نفى العراقيون الخلاف فيه.

الرابعة: إذا لم يَقْتَصِر في الجواب على إنكار القذف، ولكن قال: ما قَدَفْتُ وما زَنَيْتُ، فيحد ولا لعان؛ لأنه شهد بعفتها وبراءتها، فكيف يُحَقِّق زناها باللعان، وقوله الأول بكذبه، وليس له أن يقيم البينة على زناها، والحالة هذه؛ لأنه كَذَّب الشهود بقوله «ما زَنَيْتُ» وشبه ذلك بما إذا أنكر المودع أضل الإيداع، فأقيمت البينة عليه، فأدعى التلف أو الرد، لا تُسْمَع دَعواها، وفي هذه الحالة، لو أنشأ قذفاً، فعن القاضي حسين إطلاقُ القول بجواز اللعان، والذي استقر عليه كلامُ الإمام، وتابعه صاحب الكتاب: أن ذلك محمولٌ على ما إذا مضى بعد الدعوى والجواب زماناً يُمكن تقدير الزنا فيه، وإلا، فيؤخذ بإقراره ببراءتها، ولا يُمكن من اللعان، فإذا لاعِن، فهل يسقط حدُّ القذف الذي قامت البينة عليه، حكى الإمام - رحمه الله - وغيره فيه خلافاً، وقضية لفظ الكتاب الجواب سقوطه؛ لأنه قال فيما إذا أنكر في الجواب القذف: «فإن أنشأ قذفاً آخر، فله

(٢) في ز: بلفظ.

(١) سقط في ز.

اللَّعَان، واندفع عنه ذلك الحَدُّ أيضاً» ثم استثنى ما إذا قال: «ما قَدَفْتُ، وما زَنَيْتِ»، أي فلا لِعَانَ، ولا يندفع عنه ذَلِكَ، ثُمَّ اسْتَثْنَى من المستثنى ما إذا مضت مدة يُمكن فيها حدوث الزنا، أي قَلَّةُ اللعان، ويندفع ذلك الحَدُّ، هذا قضية ظاهر النظم.

**المسألة الثانية:** إذا امتنع الزَّوْج عن اللعان، فعرض للحد أو استوفى بغض الجلادات، ثم بَدَأَ له أن يُلَاعِنَ، مُكِّنَ منه، وإذا لَاعَنَ، سَقَطَ عنه ما بَقِيَ من الحَدِّ، كما لو بَدَأَ له أن يقيم البيعة، وكذلك المرأة إن امتنعت من اللعان، ثم عادت إليه، مُكِّنَتْ، ويسقط عنها ما بقي من الحد، قال الأصحاب: واللَّعَان، وإن كان يميناً عندنا، لكن أَلْحَقَ في هذا الحكم بالبيعة، لمشابهته إياها من حيث إن الزَّوْج يأتي به من غير أن يُطَلَبَ منه كالبيعة، ويؤثر لِعَانُهُ في إثبات الحَدِّ عليها، كالبيعة، ولم يُلْحَقْ باليمين، حيث لا يجوز العَوْدُ إليها بعد النكول؛ لأن اليمين بعد النكول<sup>(١)</sup> تنتقل إلى جنبه المدعي [ففي تمكُّن المدعى عليه من اليمين]<sup>(٢)</sup> بعد الانتقال إبطال حَقِّه، واللعان بالامتناع عنه لا يَنْتَقِلُ إلى جنبه الغير، ولو أقيم عليه الحَدُّ بتمامه ثم أراد أن يُلَاعِنَ، فلا معنى له؛ لأنه قد ظَهَرَ كذبه بإقامة الحد عليه، قال القفال: إلا أن يكون هناك وَلَدٌ، فله أن يلاعِن<sup>(٣)</sup> لنفسه، وهذا أورده مُورِدُونَ في مَعْرِضِ البيان لما أطلقه الأولون، ولم يجعلوا جواز اللعان عند قيام الولد مختلفاً فيه، وأثبت الإمام الخلاف؛ فقال: فعل القفال عن الأصحاب أنه لا يُلَاعِنَ، ووجَّهه أن القَدْفَ سَقَطَ بإقامة الحد، وكان الزوج بعد الحد لَيْسَ قاذفاً، والقَدْفُ لا بد منه في نَفْيِ الولد، واختار<sup>(٤)</sup> لنفسه أنه يُلَاعِنُ لَعَرَضِ نفي النسب، ولا يَبْعُدُ أن يقال: إن القَدْفَ يتأكد بالحد، وهو باللعان يُخْرِجُ نفسه عن أن يَكُونَ قاذفاً؛ وعلى هذا يجوز أن يُعَلِّمَ قوله في الكتاب «مُكِّنَ منه» بالواو.

وأما إذا لم يكن هناك وَلَدٌ، فالذي أطلق أنه لا يلاعِنُ اقتصاراً منه على الأصح، ويجيء فيه الخلاف المذكور في أن ما سوى عرض دفع الحد، ونفي النسب هل يجوز له اللعان؟ ذَكَرَهُ في «التسمة». والله أعلم.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: (الرَّابِعُ): إِذَا قَالَ: زَنَيْتِ وَأَنْتِ صَغِيرَةٌ فَيَجِبُ التَّعْزِيرُ \* فَإِنْ قَالَ: وَأَنْتِ مَخُونَةٌ أَوْ مُشْرِكَةٌ فَكَمِثْلِ إِنْ عَهْدَ لَهَا ذَلِكَ وَإِلَّا فَالْحَدُّ \* وَقِيلَ: لَا حَدَّ إِذَا لَمْ تُعْهَدْ تِلْكَ الْحَالَةَ لِأَنَّهُ جَاءَ بِمُحَالٍ.

(٢) سقط في ز.

(١) سقط في ز.

(٣) والذي حكاه عن القفال تابع فيه الإمام، وكلام القاضي الحسين في تعليقه يقتضي أن القفال هو المطلق للحكم، وأنه لا يلاعِنُ مطلقاً. والتفصيل إنما هو للقاضي.

(٤) في أ: والمختار.

**قَالَ الرَّافِعِيُّ:** إذا قال لزوجته: زَنَيْتِ وَأَنْتِ صَغِيرَةٌ، فقد أُطْلِقَ صاحب الكتاب أن عَلَيْهِ التعزير، وكذلك ذكره صاحب «التهذيب»، وَقَصَّلَ الْأَكْثَرُونَ، فقالوا: يراجع، ويؤمر ببيان حالة الصغر، فإن ذكر سنأ لا يحتمل الوطء، كما إذا قال: بنت ثلاث أو أربع، فهو ليس بقاذف، مدة للسبِّ والإيذاء، ولا لعان بمثله على ما مرَّ، وإن ذَكَرَ شيئاً يحتمله كما إذا قال: كانت بنت عَشْرٍ، فهو قاذفٌ، وعليه التعزيرُ، وله إسقاطه باللعان، ولو قال: زَنَيْتِ وَأَنْتِ مَجْنُونَةٌ أو مُشْرِكَةٌ أو أُمَّةٌ، فإن عُرِفَتْ لها هذه الأحوال أو ثَبَّتَتْ بإقرار أو بيّنة، فعليه التعزير، دُونَ الْحَدِّ، وله اللعان؛ لإسقاطه، وإن عرف ولادتها على الإسلام والحرية واستقامة عقلها، فالمشهور أنه يجب الحدُّ للقذف الصريح، وتلغى الإضافة إلى تلك الحالة، وعن صاحب «التقريب» وجه أنه لا حَدٌّ؛ لأنه نَسَبَهَا فِي تِلْكَ الْحَالَةِ إِلَى الزُّنَا، وإذا لم يَكُنْ لها تِلْكَ الْحَالَةُ، فيكون ما أتى به لَعْوًا من الكلام ومحالاً، فأشبهه ما إذا قال: زَنَيْتِ، وَأَنْتِ رَتْقَاءُ، وقال أبو حنيفة - رحمه الله -: يجب الحد فيما إذا قال: وَأَنْتِ مُشْرِكَةٌ أو أُمَّةٌ؛ لأنها مكلفة في الحالتين، ولا يجب في الحالتين، فيما إذا قال: وَأَنْتِ صَغِيرَةٌ أو مَجْنُونَةٌ.

وإن لم يَعْلَمْ حالها، واختلفا، ففيه قولان:

**أحدهما:** أن الزوج هو المصدِّق بيمينه: ولا حدَّ عليه؛ لأن الأصل براءة ذمته؛ وعلى هذا، فَلَوْ نَكَلَ، فَحَلَفْتَ، حَدُّ.

**والثاني:** أن الزوجة هي المصدِّقة باليمين؛ [لأن الظاهر من في دار الإسلام الحرية، والغالب سلامة العقل؛ وعلى هذا، فلو نَكَلَتْ، فَحَلَفْتَ، فالواجب التعزير، ويشبه أن يكون هذا أَرْجَحَ القولين، وموافقة قوله في الكتاب، وإلا، فالحد؛ فإنه حَكَمٌ بوجوب الحد، إذ لم تُعْهَدْ تلك الحالة ونظم «التهذيب» يقتضيه أيضاً، ويجيء القولان فيما إذا اختلفا؛ فقال الزوج: أَنْتِ أُمَّةٌ فِي الْحَالِ، وقالت: بَلْ حَرَّةٌ وَلَا يَجِيئَانِ فِيمَا إِذَا قَالَ: أَنْتِ مُشْرِكَةٌ فِي الْحَالِ، وَقَالَتْ: بَلْ مُسَلِمَةٌ، فَإِنِهَا إِذَا قَالَتْ: أَنَا مُسَلِمَةٌ، فيحكم بإسلامها<sup>(١)</sup>، وإذا قالت المرأة: أَرَدْتُ بِقَوْلِكَ «زَنَيْتِ، وَأَنْتِ صَغِيرَةٌ» قَذْفِي فِي الْحَالِ، ووصفي في الحال بالصغر، ولم تُرَدْ الْقَذْفُ بِيَزْنًا فِي الصَّغَرِ، فعن الشيخ أبي حامد: أن القول قَوْلُهَا، وكذا لو قال: وَأَنْتِ مَجْنُونَةٌ أو مُشْرِكَةٌ، إذ أقرت بتلك الحالة، وقالت:

(١) قال الزركشي فيه أمران:

أحدهما: ليس هذا مخالفاً لما ذكره في كتاب الردة أن قول الكافر أنا مسلم لا يحكم بإسلامه.  
الثاني: صورة المسألة أن يقول لها ابتداء أنت في الحال كافرة فتقول: بل أنا مسلمة، ثم يقذفها فإنه لا يجيء القولان بل يقطع بأنه يحد حد القذف، بخلاف ما لو قال أنت في الحال أمة فقالت: بل أنا حرة، ثم قذفها فإنه على القولين؛ لأن جهالة الحرية إلى الآن باقية.

أردت القذف في الحال، واستبعده ابن الصَّبَاغ وغيره؛ لأن الواو في مثله للحال، والسابق إلى الفهم تعليق الزنا بتلك الحالة؛ ولذلك يقال: لو قال: أنت طالق، إن دخلت الدار، وأنت مسلمة، يتعلّق الطلاق بالدخول في حالة الإسلام، ولو أطلق النسبة إلى الزنا، ثم قال: أردت في الصغر أو في الكُفْر أو في الجنون والرق، فالمشهور أنه لا يُقبَل منه ذلك؛ لأنه قذف في الحال ظاهراً، وأنه موجبٌ لِلْحَدِّ، ولا فَرْق في ذلك بين أن تُعْهَدَ لها تلك الحالة أو لا تُعْهَدَ، فإن قال: هي تعلم أنني أردت ذلك حلفت على نفي العلم، وحُدِّ، وفي أمالي أبي الفرج السرخسي: أنه يُقبَل إذا عُهِدَتْ لها تلك الحالة، ويجب التعزير، وإن لم تُعْهَدَ، فعلى قولين<sup>(١)</sup>، والصورة شبيهة بما إذا قال: أنت طالق، ثم قال: أردت إن دخلت الدار، وقد سبق القول فيها.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: (الرُّكْنُ الرَّابِعُ: اللَّفْظُ) وَالنَّظَرُ فِي أَضْلِهِ ثُمَّ فِي تَغْلِيظَاتِهِ وَسُنَنِهِ (أَمَّا اللَّفْظُ) فَإِنَّ يَقُولُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ: أَشْهَدُ بِاللَّهِ إِنَّي لِمِنَ الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَيْتُهَا بِهِ مِنَ الزُّنَا \* وَفِي الْخَامِسَةِ أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ \* وَيَجِبُ إِعَادَةُ ذِكْرِ الْوَالِدِ فِي كُلِّ مَرَّةٍ إِنْ كَانَ ثُمَّ وَلَدَ \* وَالْمَرْأَةُ تَشْهَدُ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ إِنَّهُ لِمِنَ الْكَاذِبِينَ فِيمَا رَمَاهَا بِهِ \* وَفِي الْخَامِسَةِ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ \* وَلَيْسَ عَلَيْهَا إِعَادَةُ ذِكْرِ الْوَالِدِ \* وَلَا يَقُومُ (ح) مُعْظَمُ الْكَلِمَاتِ مَقَامَ الْجَمِيعِ \* وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَتَعَيَّنُ لَفْظُ الشَّهَادَةِ فَلَا يُبْدَلُ بِالْحَلْفِ \* وَلَا لَفْظُ الْغَضَبِ بِاللَّعْنِ \* وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَجِبُ التَّرْتِيبُ فِي تَأْخِيرِ اللَّعْنِ \* وَتَجِبُ الْمُوَالَاةُ بَيْنَ الْكَلِمَاتِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْمَقْصُودُ الْآنَ الْقَوْلُ فِي كَيْفِيَةِ اللَّعَانِ، وَهُوَ مُدْرَجٌ فِي ثَلَاثَةِ فُصُولٍ: أَحَدُهَا: فِي أَلْفَاظِهِ الْأَصْلِيَّةِ، وَالثَّانِي: فِي التَّغْلِيظَاتِ الْمَشْرُوعَةِ فِيهَا، وَالثَّلَاثُ: فِي سُنَنِهَا.

أما الفصل الأول، فكلمات اللعان خمس: وهي أن يقول الزوج أَرْبَعَ مَرَّاتٍ: أَشْهَدُ بِاللَّهِ إِنَّي لِمِنَ الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَيْتُ بِهِ زَوْجَتِي مِنَ الزُّنَا، ويسميها، ويرفع في نسبها قَدْرَ مَا يَخْضُلُ بِهِ التَّمْيِيزُ، إن كانت غائبة عن البلد، أو لم تكن معه في المسجد؛ لحيض أو كُفْر وفي تعليق الشيخ أبي حامد: أنه يَرْفَعُ فِي نَسْبِهَا قَدْرَ مَا تَتَمَيَّزُ عَنْ سَائِرِ زَوْجَاتِهِ، إن كان في نكاحه غَيْرَهَا، وقد تشعر هذه اللفظة بالاستغناء بقوله «فِيمَا رَمَيْتُ بِهِ

(١) ما قاله السرخسي هو المتجه كما قال بعضهم؛ لأن القذف إخبار عن زنا سابق مسكوت عن زمنه، ولا دلالة بلفظ على زمن بخصوصه، ولا ظاهر يقتضي زمناً معيناً، فإذا أراد به زمن معهود فقد ادعى أمراً محتملاً وأزال ما قد يسبق إلى الفهم من نسبتها إلى الزنا في حال الشمال وما يلحقها به من المعرفة والحدود تُدْرَأُ بالشبهات فينبغي تصديقه في ذلك، وليس كقوله أنت طالق.

زوجتي» عن الاسم والنسب، إذا لم يكن تحته غَيْرُهَا، وإن كانت المرأة حاضرة عنده، وأشار إليها، وهل تحتاج مع الإشارة إلى التسمية؟ فيه وجهان:

أصحهما: لا، كما في سائر العقود، والحلول كالنكاح والطلاق.

والثاني: نَعَمْ؛ لأن اللعان مبني على التغليظ والاحتياط<sup>(١)</sup>؛ فيؤكد الإشارة بالتسمية، وقد يقال على قضية هذا التوجيه: لا يُكْتَفَى في الحاضرة بالتَّسْمِيَةِ، وَرَفَعَ النَّسَبَ، حتى تضم إليهما الإشارة، بل أَوْلَى؛ لأن الإعراض عن الإِشَارَةَ، وَالْعُدُولُ إِلَى التَّسْمِيَةِ في الحاضرة قد يجزئ لِبَسَاءٍ، فإذا لم يُكْتَفَ في حَقِّهَا بالإشارة، فَأَوْلَى أَنْ لا يكتفي بالتسمية، ثم يقول في الخامسة: أَنْ لَعْنَةُ اللَّهِ عَلَيْهِ، إن كان من الكاذبين، فيما رماها به من الزنا وتعريفها في الغنية والحضور كما في المرات الأربع، وإذا كان هناك وَلَدٌ ينفيه، يتعرض له في الكلمات الخمس، فيقول: «وَأَنَّ الْوَلَدَ الَّذِي وَلَدْتَهُ، أَوْ هَذَا الْوَلَدَ، إِنْ كَانَ حَاضِرًا، مِنَ الزَّانَا، وَليْسَ مِنِّي»، فلو قال: «هو من زنا» واقتصر عليه، فوجهان، أجاب كثيرون: بأنه لا يَكْفِي، ولا ينتفي به الْوَلَدُ؛ لأنه قد يعتقد الوطء بالشبهة أو في النكاح الفاسد زناً.

وأصحهما، على ما ذكر في «التهذيب»: الاكتفاء به؛ حملاً لِلْفِظِّ عَلَى حَقِيقَتِهِ، وإذا كان من زنا، لم يلتحق به، ولو اقتصر على أنه ليس مني فالمشهور أنه لا يكفي؛ لاحتمال أن يراد به عدم المشابهة خَلْقًا وَخُلُقًا، وفيه وجه، ولو أغفل نُفْيَ الْوَلَدِ فِي بَعْضِ الْكَلِمَاتِ الْخَمْسِ، احتاج إلى إعادة اللعان لِنَفْيِهِ، ولا تحتاج المرأة إلى إعادة لعانها، بل يقع معتدًا به، وحكى أبو الفرج السرخسي تخريج قولٍ فيه.

وصورة لعان المرأة: أن تقول أربع مرات: أشهد بالله إنَّه لمن الكاذبين فيما رمانى به من الزنا، وفي الخامسة أن غضب الله عليَّ إن كان من الصادقين، فيما رمانى به، والقول في تعريفه غائباً وحاضراً، كما ذكرنا في جانب المرأة، ولا تحتاج إلى ذكر الْوَلَدِ؛ لأن لعانها لا يُؤثِّرُ فيه، ولو تعرَّضت له لم يضرَّ، [و] في «جمع الجوامع» للقاضي الرُّومِيَّ: أن القفال حكى وجهاً ضعيفاً: أنها تَذْكُرُ الْوَلَدَ، فتقول: وهذا الولد ولده، ليستوي اللعان ويتقايلان، ثم الكلام في صور:

(١) ما صححه خلاف ما عليه الجمهور، وما يقتضيه نص الشافعي في الأم والمختصر فإنه قال: اللعان أن يقول الإمام للزوج قل أشهد بالله إنني لمن الصادقين فيما رميت به زوجتي فلانة ابنة فلان من الزنا ويشير إليها إن كانت حاضرة.

قال ابن الرفعة: وهو ظاهر في عدم الاكتفاء بالتسمية. قلت: وهو قضية كلام الجمهور تصريحاً وتلويحاً كما يشير إليه، وأطلق جماعة الخلاف بلا ترجيح فمنهم المحاملي وصاحب البيان.



إحداها: لا يثبت شيء من أحكام اللعان إلا إذا تَمَّتْ الكلمات الخمس، وقال أبو حنيفة: إذا حكم الحاكم بالفرقة بأكثر كلمات اللعان، نَفَذَ، وأقام الأكثر مُقَامَ الجميع، وإن كان هو مُخْطئاً في الحكم، واحتج الأصحاب بأن هذا الحُكْمَ غير جائز بالإجماع، فلا ينفذ كسائر الأحكام الباطلة.

الثانية: لو قال بَدَل كلمة الشهادة: أَحْلِفُ بالله أو أَقْسِمُ أو أولى إني لَمِنَ الصادقين، فوجهان:

أحدهما: صحة اللعان؛ لأن اللعان يمينٌ، وهذه ألفاظ اليمين.

وأصحهما: المنع، وتعيين لفظ الشهادة، كما في أداء الشهادة؛ اتباعاً لما ورد به النص، وأجرى في «التهذيب» الوجهين فيما إذا قال: «بالله إني لمن الصادقين» من غير زيادة، وقطع صاحب «التتمة» بالمنع؛ لأن الشرع غَلَطَ حكمه بالجمع بين كلمتين، فلا يجوز الاقتصار على واحدة، ويجري الوجهان في إبدال لَفْظِ اللعن بالإبعاد، ولفظ الغَضَبِ بالسُّخْطِ، وفي إبدال اللعن بالغضب، والظاهر في الكل المنع، وأما إبدال الغَضَبِ باللُّعْنِ فمنهم من أجرى الخلاف فيه، وهو الذي أورده في الكتاب، ومنهم من قطع بالمنع، وقال: الغضب أشدُّ وأبلغ من اللعن؛ ولذلك خُصَّ جانب المرأة بلفظ الغَضَبِ؛ لأن جريمة الزنا منها أقيح من جنابة القذف منه؛ ولذلك تفارق الحدان، وينوا على هذا: أن كل مغضوبٍ عليه ملعونٌ ولا ينعكس.

الثالثة: في وجوب تأخُرِ لفظ الغضب واللعن عن الكلمات الأربع وجهان:

في وجه: لا يجب؛ لأن المعنى لا يختلف، والتغليظ يحصل تأخر اللفظان أو تقدما والأصح الوجوب؛ اتباعاً؛ ولأن المعنى إن كان من الكاذبين في الشهادات الأربع، فوجب تقدمهما ويقرب من هذين الوجهين وجهان ذكرا في أن المُوَالاةَ بَيْنَ كلمات اللعان، هل تشترط؟ والأشبه الاشتراط حتَّى لو تخلَّلَ فضلٌ طويلٌ منع الاعتداد، والمذكور في «التهذيب»: جواز التفريق، ويشترط في اللعان في حق الرجل والمرأة جميعاً أن يأمر الحاكم به، وَيُلَقِّنَ الكلمات، فيقول: قل: أشهد بالله، إني لمن الصادقين، إلى آخرها، فلو ابتداء به، لم يعتبر لأن اللعان يمينٌ، واليمين لا يُعْتَدُ بها قبل استحلاف القاضي، وإن غلبنا معنى الشهادة، [فالشهادة<sup>(١)</sup>] تؤدي عند القاضي، ويشترط أن يُؤخَّرَ لعان المرأة عن لعان الزوج؛ لأن لعانها لإسقاط الحد، وإنما يجب الحدُّ عليها بلعان الزوج، فلا حاجة بها إلى أن تُلْتَمَعَنَ قبله، وعن أبي حنيفة ومالك - رحمهما الله -: أنه يجوز الابتداء بلعانها. والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَيَصِحُّ لِعَانَ الْأَخْرَسِ (ح) وَقَدْفُهُ \* وَعَلَيْهِ أَنْ يَكْتُبَ مَعَ الْإِشَارَةِ لِيَتَبَيَّنَ لَفْظُ الْعَضْبِ وَاللَّغْنِ \* أَوْ يُورِدَ عَلَيْهِ نَاطِقٌ فَيُشِيرُ بِالْإِجَابَةِ \* فَإِنْ قَالَ بَعْدَ أَنْطَلَاقِ اللِّسَانِ: لَمْ أَرِدْ ذَلِكَ لَمْ يَقْبَلْ \* وَلَوْ أَعْتَقَلَ لِسَانَ النَّاطِقِ قَبْلَ اللِّعَانِ وَكَانَ يَنْتَظِرُ زَوَالَهُ عَلَى قُرْبِ أَهْمَلِ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ \* وَالْعَاجِزُ عَنِ الْعَرَبِيَّةِ يَقُومُ فِي حَقِّهِ تَرْجَمَةُ اللِّغْنِ وَالْعَضْبِ وَالشَّهَادَةِ مَقَامَهَا وَلَكِنْ لَا بُدَّ مِنْ تَرْجَمَاتَيْنِ يُعْرَفَانِ الْقَاضِي \* وَهَلْ يَشْتَرَطُ أَرْبَعَةٌ؟ فِيهِ خِلَافٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ مَسْأَلَتَانِ:

إحدهما: إن لم يكن للأخرس إشارة مفهومة<sup>(١)</sup> ولا كتابة، لم يصحَّ قَدْفُهُ ولا لِعَانُهُ، ولا سائر تصرفاته؛ لتعذر الوقوف على ما يريد، وإن كان له إشارة أو كتابة، فيصحُّ قَدْفُهُ ولِعَانُهُ، وقال أبو حنيفة: لا يصحَّان حتى قال: لو كانت المَرْأَةُ خرساء، لم يصحَّ لِعَانُ الرَّجُلِ أَيْضاً؛ لِأَنَّهُ يُشْتَرَطُ فِي اللِّعَانِ أَهْلِيَّةُ الزَّوْجَيْنِ جَمِيعاً، وَبِجَرِي الْخِلَافِ فِيمَا إِذَا قَدْفَ وَهُوَ نَاطِقٌ ثُمَّ خَرَسَ، هَلْ يَلَاعَنُ؟

لنا: القياس على البيع والنكاح والطلاق وغيرها<sup>(٢)</sup> بل أولى؛ لأن اللعان مما تدعو الضرورة إليه، وليس كالشهادة؛ حيث لا تقبل من الأخرس على أظهر الوجهين؛ لأن المغلب في اللعان معنى الأيمان دون الشهادات على ما سبق، وأيضاً، فإن الشهادة يقوم بها الناطقون، فلا ضرورة إلى أن يتحملها الأخرس، واللعان يختص بالأزواج، فإذا كان الزوج أخرس، لم يكن بُدُّ من تصحيحه منه، ثم المفهوم من كلام أكثرهم [وإفي «الشامل» وغيره تصريح به: أنه يصحُّ منه اللعان بالإشارة وحدها وبالكتابة وحدها وذكر المتولي أنه إذا لاعن بالإشارة أشار بكلمة الشهادة أربع مرات ثم بكلمة اللعان]، وإن لاعن بالكتابة، فيكتب كلمة الشهادة، وكلمة اللعان، ويشير إلى كلمة الشهادة أربع مرات، [ولا يكف أن يكتب أربع مرات]، وهذا الطريق الآخر<sup>(٣)</sup> جمع بين الإشارة والكتابة، وهو جائز، لكن قضية التصحيح بالكتابة المجردة تكرير كناية كلمة الشهادة<sup>(٤)</sup>.

وأما قوله في الكتاب «وعليه أن يكتب مع الإشارة؛ ليتبين لفظ العَضْبِ واللَّغْنِ أو يورد عليه ناطق، فيشير بالإجابة» واعلم أن الإمام بعد نقل المذهب في صحة لعان

(١) في ز: مفهومة.

(٢) في أ: وغيرهما.

(٣) في أ: الأخير.

(٤) ما نقله عن المتولي يقتضي أنه لا يكفي بتكرير الكتابة، وليس كذلك بل الذي يفهمه كلامه أنه لو تكلف ذلك وكتب كفى: نعم ذكر المتولي في الطلاق أن الإشارة به إنما تعتبر في حق من عجز عن الكتابة فإن قدر فالكتابة هي المعتبرة لأنها أضيفت. قال: وينبغي أن يكتب مع ذلك إنني قصدت الطلاق.

الأخرس، قال: ويختلج إشكال في الصّدر في تأدية كلمات اللعان سيمًا إذا عينا لفظ الشهادة؛ لأن الإشارات لا تُرشد إلى تفضيل الصّبح قال: والذي ينقح في وجه القياس أن كل مقصود لا يختص بصيغة، فلا يمتنع<sup>(١)</sup> إقامة الإشارة مقام العبادة، وما يختص بصيغة مخصوصة، فيغض إعراب الإشارة عنها، ولو كان في الأصحاب من يشترط في الأخرس الكتابة، إن كان يُحسنها أو يشترط<sup>(٢)</sup> من ناطق أن ينطق بها، ويشير على الأخرس، فيقول: تشهد هكذا، فيقرره الأخرس بالإجابة كقرب بعض القرب، فأما الإشارة المجردة، فلا أهدي إلى مجرد دلالتها على مخصوصة؛ هذا كلام الإمام، فاء صاحب الكتاب، وقال: ما تمى الإمام أن يكون في الأصحاب من يقوم به، وحكاه في «البيسط» عن بعض الأصحاب، وهو كالمُنقرد بالقول [به]<sup>(٣)</sup>، ولم ينقل عن غيره<sup>(٤)</sup> وليعلم؛ لما ذكرنا قوله «وعليه أن يكتب مع الإشارة» بالواو.

وإذا قذف ولاعن بالإشارة ثم عاد نطقه وقال: لم أريد اللعان بإشارتي، قبل قوله فيما عليه، حتى يلحقه النسب، ويلزمه الحد، ولا يُقبل فيما له حتى لا ترتفع الفرقة، ولا التحريم المؤبد، وله أن يلاعن في الحال، لإسقاط الحد، وله اللعان لتفني النسب أيضاً، إذا لم يمض من الزمان ما يسقط فيه حق التفني، ولو قال: لم أريد القذف أضلاً، لم يُقبل قوله؛ لأن إشارته أثبتت حقاً لغيره، وإن قذف لناطق، لم أعتقل لسانه، وعجز عن الكلام؛ لمرض وغيره، نُظر؛ إن كان لا يُزجى زوال ما به، فهو كالأخرس، وإن كان يُزجى، فهل ينتظر زواله؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، ويلاعن بالإشارة؛ لحصول العجز في الحال، وربما يموت، فيلحقه نسب ليس منه.

وأشبههُما: أنه ينتظر زواله ولا يغير<sup>(٥)</sup> الحكم بالعوارض التي تظراً وتزول، وعلى هذا، فكم ينتظر؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه ينتظر، وإن امتدت المدة.

والثاني: أنه لا يزداد الانتظار على ثلاثة أيام؛ لما في التأخير من الإضرار

(١) في أ: يمنع.

(٢) سقط في ز.

(٤) قال في الخادم: دعوها معني الشيخين أنه لم يصر أحد إلى الجمع بين الكناية والإشارة عجيب، فإن الرافعي حكى عن المتولي أنه لاعن بالكتابة كتب وأشار.

قال الرافعي: وفي هذه الطريقة جمع بين الإشارة والكتابة وهو جائز، انتهى. وينبغي أن يقول بل متعين، فإن الكتابة المجردة من غير إشارة إليها يبعد الاقتصار عليها. انتهى.

(٥) في أ: ولا يعتبر.

بالمَقْدُوفَةِ، وهذا أحسن، وذكر الإمام أن الأئمة - رحمهم الله - صحَّحوه، وعليه جَرَى صاحب الكتاب، وعلى هذا، فالوجه أن يقال: **إِنْ كَانَ يَتَوَقَّعُ زَوَالَهُ إِلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، فَيَنْتَظِرُ، وَإِلَّا، فَلَا يَنْتَظِرُ إِصْلَاحًا.**

**الثانية:** مَنْ لَا يُحْسِنُ الْعَرَبِيَّةَ أَصْلًا يَلَاعِنُ بِلِسَانِهِ، وَيُرَاعِي تَرْجِمَةَ الشَّهَادَةِ وَاللَّعْنَ وَالغَضَبِ، وَفِيْمَنْ يُحْسِنُهَا وَجْهَانِ:

**أحدهما:** أَنَّهُ لَا يَلَاعِنُ إِلَّا بِالْعَرَبِيَّةِ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ وَرَدَّ بِهَا؛ فَلَا عَدُولَ عَنْهَا عِنْدَ الْقُدُورَةِ، كَمَا فِي أَرْكَانِ الصَّلَاةِ.

**الثاني:** يَلَاعِنُ بِأَيِّ لِسَانٍ شَاءَ؛ لِأَنَّ اللَّعَانَ، إِمَّا أَنْ يُعَلَّبَ فِيهِ مَعْنَى الْيَمِينِ أَوْ الشَّهَادَةِ، وَهَمَا بِاللُّغَاتِ <sup>(١)</sup> سَوَاءٌ، وَهَذَا أَقْوَى وَأَظْهَرُ، وَأَجَابَ كَثِيرٌ مِنَ الْعِرَاقِيِّينَ بِالْأَوَّلِ، وَإِذَا جَرَى اللَّعَانُ بِغَيْرِ الْعَرَبِيَّةِ، فَإِنْ كَانَ الْقَاضِي يُحْسِنُ تِلْكَ اللُّغَةَ، فَلَا حَاجَةَ إِلَى الْمُتَرْجِمِ، وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَحْضُرَهُ أَرْبَعَةٌ وَمَنْ يُحْسِنُهَا، وَإِنْ لَمْ يُحْسِنُهَا، فَلَا بُدَّ مِنْ مُتَرْجِمِينَ، وَيُكْتَفَى بِهِمَا فِي جَانِبِ الْمَرْأَةِ؛ فَإِنَّهَا تَلَاعِنُ لِتَفْيِ الزَّانَا لَا لِإِثْبَاتِهِ، وَفِي جَانِبِ الزَّوْجِ [طَرِيقَانِ أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ عَلَى قَوْلَيْنِ مَبْنِيَانِ عَلَى أَنَّ الْإِقْرَارَ بِالزَّانَا هَلْ يَثْبِتُ بِشَاهِدَيْنِ أَمْ يَشْتَرُطُ أَرْبَعَةً، لِأَنَّ لِعَانَ الزَّوْجِ] قَوْلٌ يَثْبِتُ بِهِ الزَّانَا عَلَيْهَا، كَمَا <sup>(٢)</sup> أَنَّ الْإِقْرَارَ بِالزَّانَا قَوْلٌ يَثْبِتُ بِهِ الزَّانَا.

**والثاني،** وَيُزَوِّى عَنْ أَبِي إِسْحَاقَ، وَأَبِي الطَّيِّبِ بْنِ سَلْمَةَ: الْقَطْعَ بِالْاِكْتِفَاءِ بِشَاهِدَيْنِ؛ لِأَنَّهُ نَقُلُ قَوْلَ إِلَى الْقَاضِي، فَصَارَ كَسَائِرِ الْأَقْوَالِ، وَهَذَا أَصَحُّ فِيْمَا ذَكَرَ الْقَاضِي الرَّوْيَانِيُّ فِي جَمْعِ الْجَوَامِعِ، وَإِذَا قِيلَ بِالنَّظَرِ <sup>(٣)</sup> عَنْهُ الْأَوَّلَى، فَالْأَصَحُّ فِي مَسْأَلَةِ الْإِقْرَارِ ثُبُوتُهُ بِرَجُلَيْنِ.

وقوله في الكتاب «فيه خلاف» إن حُجِلَ عَلَى الطَّرِيقَيْنِ، فَذَلِكَ، وَإِلَّا فَيَجُوزُ إِعْلَامُهُ بِالْوَاوِ لِلطَّرِيقَةِ الْقَاطِعَةِ.

وقوله «ولكن لا بد من ترجمانين» يجوز إعلامه بالحاء؛ لأن عند أبي حنيفة يكفي مترجم واحد، وسيأتي ذلك في أدب القضاء، إن شاء الله تعالى.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: (أَمَّا التَّغْلِيظُ) فَهُوَ بِالزَّمَانِ وَالْمَكَانِ وَالْجَمْعِ (أَمَّا الزَّمَانُ) فَبِالتَّأخِيرِ إِلَى وَقْتِ الْعَصْرِ \* وَإِنْ لَمْ يَكُنْ طَلَبَ حَاثٌ فَيَوْمَ الْجُمُعَةِ (وَأَمَّا الْمَكَانُ) فَأَشْرَفُ مَوَاضِعِ الْبَلَدِ وَهُوَ مَقْصُورَةُ الْجَامِعِ \* وَفِي مَكَّةَ عِنْدَ الْمَقَامِ \* وَفِي الْمَدِينَةِ بَيْنَ الْمِنْبَرِ وَالْمَدْفَنِ \* وَفِي

(١) في ز: باللعان.

(٣) في أ: عند.

(٢) في أ: كان.

بَيْتِ الْمَقْدِسِ عِنْدَ الصَّخْرَةِ \* وَفِي حَقِّ الدَّمِيِّ الْكَنِيسَةِ وَالْبَيْعَةِ \* وَفِي الْمَجُوسِيِّ بَيْتِ النَّيرَانَ عَلَى وَجْهِ وَأَمَّا بَيْتُ الْأَصْنَامِ فَلَا يَأْتِيهِ \* وَيُعْلَظُ عَلَى الرَّزْدِيْقِيِّ لِئِنَّهُ شَوْمُهُ \* وَالْحَائِضُ تَلَاعُنُ عَلَى بَابِ الْمَسْجِدِ \* وَالْمُشْرِكُ الْجُنُبُ وَالْمُشْرِكَةُ يُلَاعِنَانِ فِي الْمَسْجِدِ (ح) وَلَا يُؤَاخِذُهُمَا الْقَاضِي بِتَعَبُدِ الشَّرْعِ (وَأَمَّا الْجَمْعُ) فَهُوَ أَنْ يَخْضُرَ جَمَاعَةً وَلَا تَنْقُصَ عَنْ أَرْبَعَةٍ \* وَلَا يَصِحُّ اللَّعَانُ إِلَّا فِي مَجْلِسِ الْحَاكِمِ أَوْ فِي مَجْلِسِ الْمَحْكَمِ عَلَى قَوْلِ \* ثُمَّ التَّغْلِيظُ بِالْمَكَانِ فِي وُجُوهِهِ قَوْلَانِ \* وَفِي الزَّمَانِ وَالْجَمْعِ طَرِيقَانِ \* وَأَوْلَى بِأَنْ لَا يَجِبَ .

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْفَضْلُ الثَّانِي: فِي التَّغْلِيظَاتِ الْمَشْرُوعَةِ فِي اللَّعَانِ:

فِيهَا التَّغْلِيظُ بِالزَّمَانِ، وَذَلِكَ بِالتَّأخِيرِ إِلَى مَا بَعْدَ صَلَاةِ الْعَصْرِ، فَإِنَّ الْيَمِينَ الْأُمَّةَ حِينَئِذٍ أَعْلَظُ عَقُوبَةً، وَفُسِّرَ قَوْلُهُ تَعَالَى ﴿تَخْسِبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَتُقْسِمَانِ بِاللَّهِ﴾ [المائدة: ١٠٦] الْآيَةَ بِصَلَاةِ الْعَصْرِ، وَعَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - (١) قَالَ: «ثَلَاثَةٌ لَا يَكْلُمُهُمُ اللَّهُ وَلَا يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ وَلَهُمْ عَذَابُ أَلِيمٍ: رَجُلٌ حَلَفَ يَمِينًا عَلَى مَالٍ [مُسْلِمٍ] فَأَقْتَطَعَهُ، وَرَجُلٌ حَلَفَ [عَلَى يَمِينٍ] (٢) بَعْدَ صَلَاةِ الْعَصْرِ لَقَدْ أُعْطِيَ بِسِلْعَتِهِ أَكْثَرَ مِمَّا أُعْطِيَ، وَهُوَ كَاذِبٌ، وَرَجُلٌ مَنَعَ فَضْلَ الْمَاءِ» وَإِنْ لَمْ يَكُنْ طَلَبَ حَاثًا، فَلْيُؤَخَّرْ إِلَى يَوْمِ الْجُمُعَةِ، ذَكَرَهُ الْقَفَّالُ (٣) وَغَيْرُهُ، وَوُجَّهَ بِمَا اشْتَهَرَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ (٤) - ﷺ -: «أَنْ فِي الْجُمُعَةِ سَاعَةٌ لَا يُؤَافِقُهَا عَبْدٌ مُسْلِمٌ يَسْأَلُ اللَّهَ شَيْئًا إِلَّا أُعْطَاهُ» قَالَ كَعْبُ الْأَجْبَارِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - «هِيَ السَّاعَةُ بَعْدَ الْعَصْرِ» وَاعْتَرِضَ عَلَيْهِ بِأَنَّهُ - ﷺ - قَالَ: «يُصَلِّي» وَالصَّلَاةُ بَعْدَ صَلَاةِ الْعَصْرِ مَكْرُوهَةٌ [فَأَجَابَ] بِأَنَّ الْعَبْدَ فِي الصَّلَاةِ مَا دَامَ يَنْتَظِرُ الصَّلَاةَ .

وَمِنْهَا التَّغْلِيظُ بِالْمَكَانِ بِأَنْ يَجْرِيَ اللَّعَانُ فِي أَشْرَفِ مَوَاضِعِ الْبَلَدِ، وَذَكَرَ بِمَكَّةَ بَيْنَ الرُّكْنِ وَالْمَقَامِ، وَقَدْ يُقَالُ: بَيْنَ الْبَيْتِ وَالْمَقَامِ، وَهُمَا مُتَقَارِبَانِ، وَفِي «جَمْعِ الْجَوَامِعِ» لِلْقَاضِي الرَّوْيَانِيِّ عَنِ الْقَفَّالِ: أَنَّهُ يَخْلِفُ فِي الْحَجْرِ، وَبِالْمَدِينَةِ عِنْدَ الْمِنْبَرِ، وَقَوْلُهُ: «بَيْنَ الْمِنْبَرِ وَالْمَدْفَنِ» فِيهِ كَلَامٌ يَأْتِي فِي الْفَضْلِ بَعْدَ هَذَا، [الْفَصْلُ] (٥) وَيُلَاعِنُ [بَيْتِ] (٦)

(١) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ [٣٠٨] بِهَذَا إِلَّا أَنَّهُ جَعَلَ الَّذِي بَعْدَ الْعَصْرِ هُوَ الَّذِي يَقْتَطِعُ، وَمُسْلِمٌ [١٠٨] بِنَحْوِ مَا ذَكَرَهُ الْمَصْنُفُ .

(٢) فِي أ: يَمِينًا .

(٣) التَّقْيِيدُ بِعَصْرِ يَوْمِ الْجُمُعَةِ الظَّاهِرُ أَنَّهُ مِنْ تَصَرُّفِ الْقَفَّالِ وَبَعْضُ مَنْ تَبِعَهُ كَالْقَاضِي وَالْإِمَامِ، وَقَالَهَا أَبُو خَلْفٍ الطَّبْرِيُّ فِي شَرْحِ الْمِفْتَاحِ، وَعِبَارَةٌ الشَّافِعِيِّ وَالْجُمْهُورِ مِنْهُمْ الْفُورَانِيُّ فِي الْعَمْدَةِ بَعْدَ الْعَصْرِ بِلا زِيَادَةٍ .

(٤) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ [٩٣٥ - ٥٢٩٤ - ٦٤٠٠]، مُسْلِمٌ ٨٢٥ مِنْ حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ .

(٥) سَقَطَ فِي ز .

(٦) فِي ز: فِي بَيْتِ .

المَقْدِس في المَسْجِدِ الأَقْصَى عند<sup>(١)</sup> الصخرة، وفي سائر البلاد: في المسجد الجامع عند المنبر، وهو المقصورة.

ومنهم مَنْ لم يعتبر في سائر البلاد مَوْضِعَ المنبر، ويلاعن الحاكم بين أهل الذمة في المَوْضِعِ الذي يُعْظَمُونَهُ، وهو الكنيسة لليهود، والبيعة للنصارى، وهل يأتي الحاكم بيت النار في لِعَانِ المَجْرُوسِ؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، وبه قال القُفَّال؛ لأنه لم تكن له حرمةٌ وشرفٌ قطُّ، بخلاف البيعة والكنيسة؛ وعلى هذا، فيلاعن بينهما في المَسْجِدِ أو في مجلس الحُكْمِ؟

وأظهرهما: نَعَمْ؛ لأن المقصود تعظيم الواقعة، وزجر الكاذب عن الكذب، واليمين في الموضع الذي يعظمه الحالف أغلظ، ويجوز أن يراعى اعتقادهم؛ لشبهة الكتاب، كما روعي في قبول الجزية، ولا يأتي بيت الأصنام في لِعَانِ الوثنيين؛ لأنه لا أصل له في الحُرْمَةِ، واعتقادهم غير مَرْعِيٍّ، بل يلاعن بينهم في مجلس الحُكْمِ، وهذا إذا دخلوا علينا بأمانٍ أو هُدْنَةٍ، وإذا كان الزُوجُ مسلماً، والمرأة ذميمةً، لاعن الزوج في المَسْجِدِ، وهي الموضع الذي تُعْظَمُهُ، فإن قالت: ألاعن في المَسْجِدِ، ورضي به الزوج، جاز، وكذا يجوز أن يتلاعن الذمَّيان في المَسْجِدِ إلا في المَسْجِدِ الحرام<sup>(٢)</sup>.

ومنها التغليظ بحضور جماعة من أعيان البلد وصلحائه، فإن ذلك أعظم للأمر، وقد حَضَرَ اللعانَ على عهد رسول الله - ﷺ - ابنُ عَبَّاسٍ، وابنُ عُمَرَ وَسَهْلُ بنُ سَعِيدٍ - رضي الله عنهم - وهم من أحداث الصحابة - رضي الله عنهم -، فأستدلَّ به الشافعي - رضي الله عنه - على أنه حَضَرَ جَمْعٌ كثير؛ فإن العادة في الصغار ألا يحضروا وخدمهم، وأقلُّ ما يتأدى به هذا التغليظ أربعة نفر؛ فإن الزنا يثبت بهذا العَدَدِ، فيحضرون لإثباته.

ومنها التغليظ اللفظي، وسيأتي في دعاوى والبيئات، إن شاء الله تعالى.

(١) كذا عبر به الجمهور وقال في البحر إنه المشهور، وحكى تبعاً للماوردي وجهاً آخر نسباه إلى الشيخ أبو حامد أنه يلاعن على المنبر أو عنده لأنه أخص بالشهرة وكذا عبر به الشافعي في كتبه وجرى عليه ابن أبي هريرة وغيره. وقال ابن عبد البر في التمهيد قال الشافعي: وإن كان في بيت المقدس أحلفناه في موضع الحرم في مسجدنا، وأقرب المواضع من أن يعظمها قياساً على الركن والمقام. انتهى.

(٢) وقصيته أنه لا يجوز في المسجد بغير رضی الزوج، وبه صرح الروياني في التجربة فنقل عن النص الجواز في المسجد ثم قال: وهذا إذا رضي به الزوج، فإن لم يرض به حملت إلى المكان المعظم عندها.

(٣) قال الحافظ في التلخيص: أما ابن عباس فثبت حضوره لذلك، بقوله: شهدت وهو في الصحيح وكذلك سهل بن سعد وأما ابن عمر فقد روى القصة والظاهر أنه شهدها.

وهذه التعليلات تجب أم تُستحب؟

أما بالمكان ففيه قولان:

أحدهما: أنه يجب؛ لأن اللعان في عصر رسول الله - ﷺ - كذلك جرى، فأشبهه العَدَدَ في لفظه الشهادة.

وأصحهما: الاستحبابُ كتغليظ اليمين بتعديد أسماء الله تعالى، وفي التغليظ بالزمان والجمع طريقان.

أحدهما: طرد القولين.

والثاني: القطع بالاستحباب، وطريقة القولين في الزمان أظهر، والقطع في الجمع أظهر، وعن ابن القاص: القَطْعُ بالاستحباب في المكان أيضاً، فيجوز أن يُعلم قوله في التغليظ بالمكان «قولان» بالواو، وعند أبي حنيفة: لا تغليظ بالمكان، ولا الزمان، ولا الجمع، وربما يُحتاج إلى إعادة هذه الصورة في الدعوى والبيئات، ثم في الفصل صُوِّرَتْ تخلَّت في نظم الكتاب المسائل المذكورة.

إحداها: مَنْ لا يَنْتَحِل ديناً كالزنادقة، والدهرية، هل يُعَلِّظ على من يلاعن منهم بالوجوه المذكورة فيه وجهان:

يوجه أحدهما<sup>(١)</sup> بأنه لا يعظم بقعة ولا زماناً فلا يؤثر التخصيص في زجره<sup>(٢)</sup>.

والثاني: يُعَلِّظ عليه؛ لتناله عقوبة اليمين الفاجرة بصفة التَّغْلِيظ، وشيء منها، وقد<sup>(٣)</sup> وَرَدَ أَنَّ اليمين الفاجرة تدعُ الديار بِلَاقِعٍ، وهذا كما أنه يُعَلِّظ عليه في أصل

(١) قيل ما فسَّر به الزنديق هنا مخالف لما ذكره في باب الجماعة وباب الردة وغيرهما أنه الذي يظهر الإسلام ويخفي الكفر، قال في الخادم: وهذا مردود بل لا يخالف، فإن الذي لا ينتحل ديناً يخفي حاله غالباً فيصح أن يقال يظهر الإسلام ويخفي الكفر بغير باعتبار ما يغلب منه، ويصح أن يقال ينتحل ديناً باعتبار عقيدته والدَّهْرِي بفتح الدال، قال أهل اللغة: هو المعطل، قالوا: وإذا أريد السن، كان مضمون الدال.

(٢) في ز: حقه.

(٣) أخرجه البيهقي في [٣٥/١٠] الإسماعيلي في مسند حديث يحيى بن أبي كثير من طريق علي بن زبير، عن أبي حنيفة عن ناصح أبي عبد الله عن يحيى عن أبي سلمة عن أبي هريرة، وأخرجه صاحب مسند الفردوس من طريق محمد بن الحسن عن أبي حنيفة به في حديث، وذكره الترمذي وأعله بالإرسال، وأروده ابن طاهر بسند شامي من حديث أبي الدرداء، ورواه البزار من حديث عبد الرحمن بن عوف بلفظ: اليمين الفاجرة تذهب المال، وقال: لا نعلم أسند هشام بن حسان عن يحيى بن أبي كثير غير هذا الحديث، ولا نعلم رواه عن هشام إلا ابن علاثة، وهو لين الحديث، قلت: اختلف فيه علي أبي سلمة بن عبد الرحمن، فقليل هذا عنه عن أبيه، والأكثر =

التحليف بالله - تعالى -، وإن كان لا يُعْظَم اسم الله تعالى، ولا يُعْرِفُه، والتغليظ أظهر عند صاحب الكتاب، وبه أجاب هاهنا، والذي ذكره الأكثرون أنه لا يُعْلَظ عليه بالمكان، ويُلاَعَن في مجلس الحُكْم، وهو المنصوص، وإذا لم يُعْلَظ بالمكان، ففي الزمان والجمع أولى، ويُخَالَف التغليظ بأصل اليمين، فإن الأحكام المتعلقة باللَّعَان موقوفة على ذلك<sup>(١)</sup>، واستحسن أن يقال في التحليف: قل بالله الذي خَلَقَكَ ورَزَقَكَ، فقد قيل: إن المعطل، وإن غلا في الإنكار بلسانه، فإذا رَجَعَ إلى نفسه وجَدَهَا مذعنة لخالق مُدَبِّر.

الثانية: الحائض تلاعن على باب المَسْجِد، ويخْرُج الحاكم إليها أو يَبْعَث نائباً والمشرك والمُشْرِكَة يُمَكِّنَان من المُكْت في المَسْجِد واللَّعَان فيه في حال الجنابة والحيض، ولا يؤخذان بتفاصيل الأحكام المتعلقة بحق الله - تعالى - هذا هو الظاهر، وفيه وجه مذكور في آخر الباب الخَامِس من «كتاب الصلاة».

الثالثة: اللَّعَان يحتاج إلى حضور الحاكم كما مرَّ، ولو حَكَم فيه الزوجان، فهل يقوم المُحَكَّم مَقَام الحاكم يُبْنَى على جواز التخكيم في الأموال، إن لم يُجَوِّز في الأموال؛ فهاهنا أولى، وإن جَوَّزناه في الأموال، فهاهنا وجهان، والفرق أنه أمرٌ خطر، فاللائق تفويضه إلى نَظَر القاضي ومنصبه، وأيضاً، فإنَّ الحقَّ فيه يتعلَّق بثالث، وهو الولد فلا يؤثِّر رضاهما في حَقِّه، وجزم صاحب «التتمة» بأنه لا يَصِحُّ اللعان بالحُكْم، إذا كان هناك ولدٌ إلا أن يكون بالغاً ويرضى<sup>(٢)</sup> بحكمه، ودَكَر أيضاً أن العَبْد إذا قَدَف زوجته وطلبت [الحدَّ، ففي تَوَلَّى السيد اللعان خلافٌ مبنيٌّ على أن السَيِّد، هل يستوفي]<sup>(٣)</sup> الحد من العبد، ويسمع البينة أم لا؟ إن قلنا: نَعَمْ، تَوَلَّى اللعان.

وَزَوْج الأُمَّة إذا قَدَفَهَا ولَاعَن، هل يَتَوَلَّى سَيِّدُهَا لعانها؟ فيه هذا الخِلاف، وإذا عرفت ذلك، أَعْلَمْتُ قوله في الكتاب «وأما التغليظ فهو بالزمان، والمكان، والجمع» بالحاء، ويجوز إعلامه بالألف أيضاً؛ لأن عن أحمد مثله، ولفظ «المَقْصُورَة» بالواو، لأن في وجه لا يختص بالمَقْصُورَة.

= على أنه لم يسمع منه، وقال ناصح بن عبد الله عن يحيى بن أبي كثير عنه، عن أبي هريرة، وأصح من ذلك ما رواه عبد الرزاق عن معمر بن يحيى بن أبي كثير رواية، فذكره مرسلأ أو معضلاً، وروى عبد الرزاق أيضاً عن معمر أخيرني شيخ من بني تميم عن شيخ يقال له أبو سويد سمعت رسول الله يقول: إن اليمين الفاجرة تعقم الرحم، قال معمر: وسمعت غيره يذكر فيه: وتقل العدد، وتدع الديار بلاقع.

(١) في ز: عليه.

(٢) الأصح في الأفضية الجواز، وما ذكره المتولي هو تنقيح موضع الخلاف كما بينه في المطلب.

(٣) سقط في ز.



وقوله «عند المقام» كذلك؛ لما قيل: إنه يخلف في الحجر، وكذا قوله «ويغلظ على الزنديق»، وقوله «يلاعنان في المسجد».

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (وَأَمَّا السُّنَنُ) فَثَلَاثَةٌ أَنْ يُخَوَّفَهُمَا الْقَاضِي بِاللَّهِ فَلَعَلَّهُمَا يَنْزَجِرَانِ \* وَأَنْ يَكُونَ عَلَى الْمَنْبَرِ أَغْنَى الْقَاضِي عَلَى وَجْهِ \* وَالزَّوْجَ عَلَى وَجْهِ \* وَأَنْ يَأْتِيَهُ رَجُلٌ مِنْ وَرَائِهِ عِنْدَ الْخَامِسَةِ فَيَضَعُ يَدَهُ عَلَى فِيهِ وَيَقُولُ لَهُ صَاحِبُ الْمَجْلِسِ: أَتَى اللَّهُ فَإِنَّهَا مُوجِبَةٌ \* وَالْمَرْأَةُ تَأْتِيهَا أَمْرًا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْفَضْلُ الثَّلَاثُ: فِي سُنَنِ اللَّعَانِ:

منها: أن يخوفهما القاضي بالله تعالى، ويعظهما، ويخبرهما أن عذاب الآخرة أشد من عذاب الدنيا، ويقرأ عليهما ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ [وَأَيْمَانِهِمْ] ثَمَنًا قَلِيلًا﴾ الآية، ويروى أنه - ﷺ - (١) قال للمتلاعتين: «حِسَابُكُمْ عَلَى اللَّهِ، أَحَدُكُمْ كَاذِبٌ، فَهَلْ مِنْكُمْ [مِنْ] تَائِبٌ؟»

ومثها: ذكرنا أن بالمدينة يلاعن عند المنبر، وهو لفظ الشافعي - رضي الله عنه - في «المختصر» وقال في موضع آخر: يلاعن على المنبر، وروي القطان عن النبي - ﷺ - (٢) [فعن أبي هريرة أنه - ﷺ -] قال: «مَنْ حَلَفَ عِنْدَ مَنْبَرِي عَلَى يَمِينِ آثَمِهِ، وَلَوْ بِسِوَاكَ وَجِبَتْ لَهُ النَّارُ». وعن جابر - رضي الله عنه - أنه - ﷺ - (٣) قال: «مَنْ حَلَفَ عَلَى مَنْبَرِي هَذَا بِيَمِينِ آثَمَةٍ تَبَوَّأَ مَقْعَدَهُ مِنَ النَّارِ»، واختلف الأصحاب في أن الملاعن هل يضعد المنبر؟ على ثلاثة أوجه:

أصحهما، على ما ذكر صاحب «التهذيب»: لما روي أن النبي - ﷺ - - لآعن بين العجلاني وامرأته على المنبر.

والثاني، وبه قال ابن أبي هريرة: أنه لا يضعد؛ لأن الصعود لا يليق بحالهما؛

(١) أخرجه البخاري في / / ومسلم في / من حديث ابن عمر.

(٢) أخرجه أحمد وابن ماجه [٢٣٢٦] والحاكم [٢٩٧/٤] بلفظ: لا يحلف على هذا المنبر عبد ولا أمة على يمين آثمة، ولو على سواك رطب، إلا وجبت له النار.

(تنبيه) سقط لفظ رطب من كلام الرافي، فوهم صاحب المبهمات فضبط قوله سواك بشين معجمة، وقال: يعني شراك لنعل وليس كما قال. وقد وقع في رواية جابر الآية: ولو على سواك أخضر.

(٣) أخرجه مالك [١١١/٢] وأبو داود [٣٢٤٦] والنسائي وابن حبان [١١٩٢ موارد] وابن ماجه [٢٣٢٥] والحاكم [٢٩٦/٤ - ٢٩٧] واللفظ له إلا أنه قال: فليتبوأ بدل: تبوأ، وله طرق، وفي الباب عن سلمة بن الأكوع في الطبراني، وعن أبي أمامة بن ثعلبة في الكنى للدولابي، وفي ابن ماجه والحاكم.

لأنهما فاسقان أو أحدهما؛ فلا يستحقان الإكرام، والخبر مخمُول على أن النبي ﷺ - كان على المنبر، وقد تحمّل «على» «عند».

والثالث، وبه قال أبو إسحاق - رحمه الله -: إن كثر القوم، صعد ليراه الناس، وإلا، لاعن عنده، ولم يصعد؛ لأنه لا حاجة إليه وفي كتاب القاضي ابن كج طريقة عن ابن أبي إسحاق قاطعة بأنه يصعد، وفي «التتمة»: أنا إذا قلنا إنه في المدينة يصعد<sup>(١)</sup> المنبر، فكذلك في سائر البلاد، وإن قلنا: لا يصعد، فهل يلاعن عند المنبر؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، كالمدينة والثاني: أنه لا اختصاص في ذلك الموضع، بخلاف تلك البقعة في المتكلمين، فهي على ما ورد في<sup>(٢)</sup> الخبر «رَوْضَةٌ مِنْ رِيَاضِ الْجَنَّةِ» وهذا هو الوجه الذي حكيناه في الفصل السابق، وإذا وقفت على ما نقلناه، وتأملت قوله في الكتاب في الفصل المتقدم، «والمدينة بين المنبر والمدفن» عرفت أن هذا لا يستمر على قولنا: إنه يصعد المنبر، أما إذا قلنا: إنه لا يصعد، يلاعن عنده، فليكن ممّا يلي المدفن، فيكون بينهما، ويمكن؛ لذلك إغلامُ قوله: «بين المنبر والمدفن» بالواو.

وقوله هاهنا «وأن يكون على المنبر» قصد حكاية اللفظ المنقول في قصة العجلاني؛ وهو أن النبي ﷺ -<sup>(٣)</sup> لاعن بين العجلاني وامرأته على المنبر، وأشار إلى الوجهين لاختلاف الأصحاب في معناه.

ومنها إذا فرغ من الكلمات الأربع، وانتهى إلى كلمة اللعن، بالغ القاضي في تخويله وتحذيره وأمر رجلاً أن يضع يده على فيه، فلعله يئزجر ويمتنع، وقال له الحاكم أو صاحب مجلسه: أتق الله، فقولك «عَلَيَّ لَعْنَةُ اللَّهِ» يوجب اللعنة، إن كُنتَ كاذباً وتضع امرأة [يدها]<sup>(٤)</sup> على فم المرأة، إذا انتهت إلى كلمة الغضب، فإن أبيتا إلا المضي

(١) سقط في ز.

(٢) متفق عليه من حديث حفص بن عاصم عن أبي هريرة، ورواه النسائي من طريق أبي سلمة عنه، وفي الباب عن أبي بكر وعمر وعلي والزبير، وسعد بن أبي وقاص وابن عمر وعبد الله بن زيد المازني، وأبي سعيد الخدري وجبير بن مطعم وأبي واقد الليثي، وزيد بن ثابت وزيد بن خارجة وأنس وجابر، وسهل بن سعد وعائشة ومعاذ بن الحارث أبي حليلة القاري وغيرهم، ذكرهم أبو القاسم بن مندة في تذكرته، وحديث عبد الله بن زيد متفق عليه بلفظ: ما بين بيتي ومنبري روضة من رياض الجنة، وحديث أنس أخرجه الطبراني في الأوسط من طريق علي بن الحكم عنه بلفظ: ما بين حجرتي ومصلاتي، روضة من رياض الجنة.

(٣) رواه البيهقي [٣٩٨/٩] من حديث عبد الله بن جعفر، وفي إسناده الواقدي، ورواه ابن وهب في موطئه عن يونس عن ابن شهاب أو غيره: أن رسول الله ﷺ أمر الزوج والمرأة فحلفا بعد العصر على المنبر.

(تنبيه): هذه الرواية تغني عن تأويل الرافي أن علي في الحديث بمعنى عند بل تؤيده.

(٤) سقط في ز.

لقنهما الكلمة الخامسة، وَرَدَ الثَّقَلُ بِذَلِكَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ - ﷺ - فِي رِوَايَةِ ابْنِ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - . وَمِنْهَا أَنْ يَتَلَاعَنَّا عَنْ قِيَامٍ، فَتَكُونُ الْمَرْأَةُ جَالِسَةً عِنْدَ قِيَامِ الرَّجُلِ، وَإِذَا أَرَادَتْ أَنْ تَلَاعَنَ، قَامَتْ، وَالغَرَضُ مِنْهُ إِشْهَارُ أَمْرِهِمَا، وَأَنْ يَرَاهُمَا النَّاسُ، وَيُقَامَ الْحَدُّ عَلَى الْمَرْأَةِ، وَهِيَ جَالِسَةٌ؛ حَذْرًا مِنَ التَّكْشُفِ، وَاللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ .

### البَابُ الثَّالِثُ فِي جَوَامِعِ أَحْكَامِ اللَّعَانِ وَنَفْيِ الْوَلَدِ

قَالَ الْعَرَّالِيُّ: وَيَتَعَلَّقُ بِلِعَانِهِ خَمْسَةٌ أَحْكَامٌ: \* الْفِرَاقُ \* وَتَأْبُدُ الْحُرْمَةَ \* وَسُقُوطُ الْحَدِّ عَنْهُ وَانْتِفَاءُ النَّسَبِ \* وَوُجُوبُ حَدِّ الرِّثَا عَلَيْهَا \* وَيَتَعَلَّقُ بِلِعَانِهَا سُقُوطُ الْحَدِّ عَنْهَا فَقَطُّ .

قَالَ الرَّافِعِيُّ: ذَكَرْنَا فِي أَوَّلِ الْكِتَابِ أَنَّ الْوَجْهَ إِبْدَالُ الْبَابِ الثَّالِثِ بِالْقِسْمِ الثَّانِي: وَيَبِينُ أَنَّ مَقْصُودَهُ الْقَوْلُ فِي أَحْكَامِ اللَّعَانِ، وَأَحْكَامِ نَفْيِ الْوَلَدِ، وَاعْلَمْ أَنَّ كَلَامَ الْفَضْلِ قَدْ يُولِجُ أَكْثَرَ<sup>(١)</sup> مَسَائِلِ اللَّعَانِ مِنْ أَوَّلِ الْكِتَابِ، وَالْمَذْكُورُ هَاهُنَا كَالضَّابِطِ الْجَامِعِ، ثُمَّ لَا يَخْلُو عَنْ زِيَادَاتٍ، وَالَّذِي يَفْتَتِحُ بِهِ أَحْكَامَ اللَّعَانِ أَنَّ الزَّوْجَ غَيْرُ مَحْمُولٍ عَلَى اللَّعَانِ بَعْدَ الْقَذْفِ، بَلْ إِذَا امْتَنَعَ، حُدَّ كَالْأَجْنَبِيِّ إِذَا قَذَفَ، وَلَمْ يُقَمْ الْبَيْتَةُ، لَكِنَّهُ مُكَّنَ مِنَ اللَّعَانِ؛ لِلضَّرُورَةِ الدَّاعِيَةِ إِلَيْهِ عَلَى مَا تَقَرَّرَ، وَكَذَا الْمَرْأَةُ غَيْرُ مَحْمُولَةٍ عَلَى اللَّعَانِ بَعْدَ لِعَانِ الرَّجُلِ، وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: قَذْفُ الزَّوْجِ لَا يُوجِبُ الْحَدَّ عَلَيْهِ، وَلَكِنَّهُ يُوجِبُ اللَّعَانَ، فَإِنْ امْتَنَعَ، حُبِسَ حَتَّى يَلَاعَنَ، وَاللَّعَانُ عَقُوبَةُ هَذَا الْقَذْفِ دُونَ الْحَدِّ قَالَ: وَإِذَا لَاعَنَ، تَحْبَسُ الْمَرْأَةُ إِلَى أَنْ تَلَاعَنَ، وَلَا تَحُدُّ، وَكَذَلِكَ قَالَ أَحْمَدُ: لَا يَجِبُ عَلَيْهَا الْحَدُّ بِلِعَانِهِ، وَعَنْهُ فِي حُبْسِهَا رِوَايَتَانِ، وَيَتَعَلَّقُ بِلِعَانِ الزَّوْجِ خَمْسَةٌ أَحْكَامٌ:

أَحَدُهَا: حَصُولُ الْفِرَاقِ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ، وَاحْتِجَ لَهُ بِمَا رُوِيَ أَنَّهُ - ﷺ -<sup>(٢)</sup> قَالَ: «الْمُتَلَاعِنَانِ لَا يَجْتَمِعَانِ أَبَدًا» وَلَوْ لَمْ تَخْصُلِ الْفِرْقَةُ، كَانَ الْجَمَاعُ حَاصِلًا، وَيَأْنُ اللَّعَانِ يَنْفِي النَّسَبَ، وَلَوْ لَا الْفِرْقَةُ، لَكَانَ الْفِرَاقُ بَاقِيًا، وَالْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ، وَهَذِهِ الْفِرْقَةُ تَحْصُلُ ظَاهِرًا وَبَاطِنًا، سِوَاءَ كَانَ الزَّوْجُ صَادِقًا أَوْ كَانَتْ هِيَ صَادِقَةً [وَحَكَى أَبُو الْفِرَاجِ<sup>(٣)</sup> وَجْهًا أَنَّهُ لَا تَخْصُلُ بَاطِنًا، إِذَا كَانَتْ هِيَ صَادِقَةً]<sup>(٤)</sup> وَهِيَ فِرْقَةٌ فَسَخَ خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ؛ حَيْثُ قَالَ: هِيَ فِرْقَةٌ طَّلَاقٍ .

لَنَا: أَنَّهَا تَخْصُلُ بَعْدَ لَفِظِ فَاشْتَبَهَتْ الْفِرْقَةَ بِالرِّضَاعِ وَالرُّدَّةِ [وَقَالَ أَبُو سَعْدٍ

(١) في ز: أكبر.

(٢) زعم ابن الرفعة أن كلام الشافعي في النفقات يشير إلى أنها فرقة طلاق وأن كلام ابن الصباغ اقتضى خلافًا في ذلك.

(٤) سقط في ز.

المتولَّى: وتظهر فائدة الخلاف فيما إذا عَلَّقَ طلاق امرأة أُخْرِىَ بوقوع الطلاق على هذه، ولاَعَنَ عَنْ هَذِهِ.

والثاني: تأبّد التحريم؛ للحديث، وقال أبو حنيفة: لا يتأبّد التحريم بل لو كَذَّب نفسه، له أن يجدد نكاحها، ويروى مثله عن أحمد، - رحمه الله -.

والثالث: سُقُوط حَدِّ الْقَذْفِ عن الزوج، وأبو حنيفة يُخَالَفُ فِيهِ؛ لأنه لا يقول بوجوب الحد على الزوج حَتَّى يسقط.

والرابع: وُجُوبُ حَدِّ الزَّنا عَلَيْهَا، خلافاً لأبي حنيفة وأحمد - رحمهما الله - على ما قدّمناه.

والخامس: انْتِفَاءُ النَّسَبِ إِذَا نُفِيَ الْوَلَدُ فِي اللِّعَانِ ومن الأصحاب مَنْ يرد أحكام اللعان إلى ثلاثية، ويقول: الفرقة في الحال تدخل في التحريم المؤبّد، وانتفاء النسب تختص بما إذا كان هناك وَلَدٌ ونفاه، فليس ذلك حُكْمًا لِمُطْلَقِ اللِّعَانِ، ولا اختلاف في الحقيقة إنما هذا شيء يتعلّق بالضبط والإيراد، ثم هذه الأحكام تُثَبِّتُ بِمَجْرَدِ لِعَانِ الزَّوْجِ، ولا يتوقّف شيء منها على لعانها، ولا على قضاء القاضي، ولا يتعلّق من هذه الأحكام بإقامة البيّنة على زناها إلا رفع حد القذف، وإثبات حد الزنا عليها، ولذلك تقول: يجوز للزوج أن يلاعن مع التمكن من إقامة البيّنة؛ لأن فيه فوائد لا تحصل بإقامة البيّنة ثم إذا أرادت المرأة: إسقاط حد الزنا عن نفسها، فلها اللعان، ولا يتعلّق بلعانها إلا هذا الحكم، ولو أقام البيّنة على زناها، لم يمكنها دفع الحد باللّعان؛ لأن اللعان حجة ضعيفة لا تقاوم البيّنة، ويجوز أن يُعْلَمَ قوله في الكتاب: «ويتعلّق بلعانه خمسة أحكام» بالحاء، والميم، والألف.

أما بالحاء، فلأن عند أبي حنيفة إنما يثبت من الأحكام الخمسة في اللعان حكمان: حُصُولُ الْفُرْقَةِ، وانتفاء النسب، ولا يتعلّقان بلعان الزوج وحده، بل يتعلّقان بلعان الزوجين جميعاً، أو بقضاء القاضي، حتى لو مات أحدهما بعدما تلاعنا، وقبل أن يقضي القاضي يرثه الآخر، ولو طلّق، وقّع الطلاق، ولكن على القاضي التفريق بينهما بعدما يتلاعنا، ولا يجوز تفريرهما على النكاح.

وأما بالميم: فلأن عند مالك - رحمه الله -: أحكام اللعان تُثَبِّتُ بلعنها جميعاً، لا بلعانه وحده، ولم يعتبر قضاء القاضي، وهذا أشهر الروايتين عن أحمد والثانية: اعتبار قضاء القاضي أيضاً، ويجوز أن يُعْلَمَ قوله «ويتعلّق بلعانها سقوط الحد عنها» بالحاء، والألف؛ لما بيّنا أنها لا يقولان بوجود الحد عليها بلعانه، حتى يقال بسقوطه بلعانها.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: أَمَّا حُكْمُ نَفْيِ الْوَالِدِ فِيهِ خَمْسُ مَسَائِلَ: (الأولى): أَنَّ اللَّعَانَ يُحْتَاجُ إِلَيْهِ إِذَا امْتَكَنَ أَنْ يَكُونَ الْوَالِدُ مِنَ الزَّوْجِ \* فَإِنْ لَمْ يُمْكِنَ إِمَّا لِقُصُورِ الْمُدَّةِ عَنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ \* أَوْ لَطُولِ الْمَسَافَةِ (ح) بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ \* أَوْ لِكَوْنِ الزَّوْجِ صَبِيئاً دُونَ عَشْرِ سِنِينَ \* أَوْ لِكَوْنِهِ مَمْسُوحاً مَجْبُوبَ الذَّكَرِ وَالْأُنثِيِّينَ فَلَا يَلْحَقُهُ \* وَالْبَاقِي الْأَثْنَيْنِ يَلْحَقُهُ الْوَالِدُ قَطْعاً \* وَكَذَلِكَ الْخَصِيُّ الْبَاقِي الذَّكَرِ عَلَى الْأَصَحِّ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِنَّمَا يُحْتَاجُ إِلَى نَفْيِ الْوَالِدِ بِاللَّعَانَ إِذَا لَحِقَهُ لَوْلَا اللَّعَانَ، وَذَلِكَ عِنْدَ قِيَامِ (١) الْإِمْكَانِ، أَمَا إِذَا لَمْ يُمْكِنَ، فَهُوَ مَنْفِيٌّ بِلا لِعَانَ، وَلَعَدَمِ الْإِمْكَانِ صُورٌ مِنْهَا: أَنْ تَأْتِيَ بِالْوَالِدِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ؛ فَمَا دُونَهَا مِنْ وَقْتِ الْعَقْدِ.

ومنها أن تطول المسافة بينهما، كالمشركي مع المغربية إلى صورٍ قد ذكرناها من قبل، ووراءها صورتان:

إحدهما: في أقل زمان إمكان اللعاق من الصغير وجهان:

أحدهما: يبتدىء من وقت استكماله عشر سنين، وإذا أتت امرأة الصبي بولد لستة أشهر وساعة يفرض (٢) فيها الوطء بعد تمام عشر سنين، لحقه، وإن أتت به لِمَا قَبْلَ ذَلِكَ، فَهُوَ مَنْفِيٌّ عَنْهُ بِلا لِعَانَ.

والثاني: أنه يبتدىء زمان الإمكان من أول السنة العاشرة، حتى إذا أتت بولد لستة أشهر وساعة من أول العاشرة، كان لاحقاً به، وهذا أصح على ما ذكره الشيخ أبو حامد، وأصحابه وصاحب «التّهذيب» والقاضي الرُّوياني - رحمهم الله - وظاهر النص في «المختصر» الأول، ويوافقه قوله في الكتاب «أو يكون الزوج صبيّاً دون عشر سنين»، وهذان الوجهان كوجهين ذكرناهما في باب «الحجر» في أن وقت إمكان الاحتلام وخروج المنى يدخل بأول السنة العاشرة أو بتمامها أو هما؟ وذكرنا هناك وجهاً آخر: أنه يدخل بمضي ستة أشهر من العاشرة، وعلى قياس ذلك الوجه إذا ولدت لرأس العشر، لحقه (٣)، وحكى الإمام وجهاً ضعيفاً: أنه يتصور الاحتلام بعد مضي ستة أشهر من السنة التاسعة، وأن على هذا الوجه: لو أتت بالولد كما طعن في العاشرة، يلحقه، وهذا لم يجز ذكره في «الحجر»، فحصل في ابتداء حدّ اللعاق أربعة أوجه: عشر سنين وستة أشهر، عشر سنين، تسع سنين وستة أشهر، تسع سنين وإذا حكمنا بثبوت النسب؛ لحصول الإمكان، فلا نحكم بسبب ذلك بالبُلُوغ؛ لأنّ التَّسْبَبُ يَثْبُتُ

(٢) في ز: تعرض.

(١) في ز: فتامر وفي ب: تمام.

(٣) في أ: لحقته.

بالاحتمال، والبلوغ لا يَكْفِي فيه الاحتمال، لكن لو قال: أنا بالغ بالاحتلام، فله اللعان، ولو قال: أنا صبي، لم يَصِحَّ لعانه، فإن قال بَعْد ذلك: أنا بالغ، وأراد النفي قَبْل قوله، ومكَّن من اللعان، فإن البلوغ لا يُعْرَف إلا منه، وربما حَدَّث سببه، قال الإمام: في كلام الأَصْحَاب ما يدلُّ على أنه لا يُقْبَل قوله «أنا بالغ» بعد ما قال: أنا صبي؛ للتهمة، ويقرَّب من هذا ما أورده صاحب «التتمة»: وهو أنه إن لم يَتَهَمه الحاكم، حَكَم ببلوغه، ومكَّنَه من اللعان، وإن أتتهم، ترك الأمر موقوفاً إلى أن يُتَحَقَّق ببلوغه.

الثانية: مَنْ لم يَسَلَمْ ذَكَرَهُ وأثياه، فإما أن يفقدَهما جميعاً أو يفقدَ الذَّكَر، دون الأنثيين، أو بالعكس.

الحالة الأولى: إذا كان ممسوحاً فقد الذكر والأنثيين، فظاهر المذهب أنه لا يلحقه الولد، ولا يحتاج إلى اللعان؛ لأنه لا يُنزل، ولم تَجِرِ العادة بأن يُخْلَق لمثله ولَد، وفيه قول يُخَكِّي عن الإصطخري: أنه يلحقه؛ لأن مَعْدِن الماء الصُّلب، وأنه ينفذ في ثقبه إلى الظاهر، وهما باقيان، وذَكَرَ أن الصيدلاني والقاضي الحُسَيْن أخذوا بهذا الجواب.

الثانية: إذا كان محبوب الذَّكَر باقي الأنثيين، فأثت زوجته بولد، لحقه لبقاء أوعية المنى، وما فيها من القوة المحيلة للدم، والذَّكَر آلة توصل الماء إلى الرَّجْم بواسطة الإبلاج، وقد يُفَرِّض وصول الماء بغير إبلاج.

الثالثة: الخِصْيُ الباقي الذَّكَر، هل يلحقه الولد؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن الولد من المَاءِ، والخِصْيُ لا ماء له.

وأظهرهما: نَعَمْ، لأن آلة الجَمَاع باقية، وقد يبالغ في الإبلاج، فيلد، وينزل ماء رقيقاً، وإدارة الحُكْم على الوطاء، وهو السبب الظاهر، أولى من إدارته على الإنزال الخفي، وعن الفوراني: أنه يراجع أهل الخبرة، فإن قالوا: إنه لا يولد له، لم يلحقه الولد، وإلا، لحقه. واعلم أنه نَصَّ في «المختصر» على أنه إذا كان الزَّوْج محبوباً، يلحقه الولد إلا أن يُنْفِيَه باللَّعَان.

وفي رواية الربيع: أنه يُنْفِي عنه بلا لعان، واختلَّفوا في حال التَّصِين، وفي المراد من المَجْبُوب، فعن أبي إسحاق: حَمَل ما في «المختصر» على ما إذا كان محبوب الذَّكَر باقي الأنثيين، وحمل ما ذكره الربيع على الممسوح، وعن القاضي أبي حامد: أن في الذكر ثقتين: إحداهما: للمني، والأخرى: للبول، فإن انسَدَّت التي هي للمني، لم يُلْحَقِ الولد، وهو المراد من رواية الربيع، وإن لم تَنسُدَّ، لحق، وهو المراد ممَّا في «المختصر».

وقيل: إن بغض الرواة صَحَّف، لفظ الشافعي - رضي الله عنه - إذا كان الزَّوْج مجنوناً، يلحقه الولد، ولا يُنظَر إلى أنه لو كان عاقلاً، كأن يقبله أو ينفيه، فإن لاعن

بعد الإفافة، انتفى حينئذ، ومنهم من جعلهما قولين. وقال: المراد صورة الممسوح،  
ويُمكن الحمل على مقطوع الخِصيتين السليم الذكر، فقد ذكرنا الخلاف فيه.  
ولا أثر ليجب بغض الذكر إذا كان الباقي قدر الحشفة.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: (الثَّانِيَةُ): اللَّعَانُ عَنِ الْحَمْلِ جَائِزٌ فِي صُلْبِ النِّكَاحِ عَلَى الصَّحِيحِ؛  
لأنَّه جَائِزٌ بِمَجْرَدِ غَرَضِ الْقَطْعِ دُونَ الْوَلَدِ \* وَبَعْدَ الْبَيِّنَاتِ فِيهِ قَوْلَانِ مَأْخُذُهُمَا أَنَّ الْيَقِينَ  
هَلْ يُشْتَرَطُ لِلْعَانِ أَمْ يَجُوزُ بِالظَّنِّ لِخَطَرِ الْمَوْتِ؟

قَالَ الرَّافِعِيُّ: ذَكَرْنَا فِيمَا إِذَا أَبَانَ زَوْجَتَهُ ثُمَّ قَذَفَهَا، وَهَنَّاكَ حَمَلٌ، فَأَرَادَ أَنْ يَلَاعَنَ؛  
لنْفِيهِ، طَرِيقَيْنِ: فِي أَنَّهُ هَلْ يُمَكَّنُ مِنَ اللَّعَانِ؟ أَصْحَهُمَا: أَنَّ فِيهِ قَوْلَيْنِ:  
أظهرهما: أنَّ له ذلك.

والثاني: القَطْعُ بالمنع، وتُغْلَمُ؛ للطريقة الثانية قوله «وإن كان بعد البيئونة، ففيه  
قولان» بالواو، وأما إذا لَاعَنَ النفي الحمل في صلب النكاح، فقد نُقِلَ فِيهِ طَرِيقَانِ:

أحدهما: طَرَدَ القولين؛ بناء على أن الحمل هل يُعْرَفُ؟ وأصحهما: القَطْعُ  
بجوازه؛ لأن النبي - ﷺ - (١) لَاعَنَ بَيْنَ هَلَالِ بْنِ أُمِيَّةَ وَزَوْجَتِهِ وَكَانَتْ حَامِلًا، وَنَفَى  
هَلَالِ الْحَمْلِ؛ وَلِأَنَّ اللَّعَانَ فِي صُلْبِ النِّكَاحِ جَائِزٌ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ؛ لِسَائِرِ  
الْأَعْرَاضِ (٢) وَالْفَوَائِدِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِهِ؛ فَلِأَنَّ يَجُوزَ عِنْدَ تَوَقُّعِ الْوَلَدِ بِظُهُورِ مَخَايِلِ الْحَمْلِ،  
كَانَ أَوْلَى، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَحْمَدَ - رَحِمَهُمَا اللَّهُ - : أَنَّهُ لَا يَجُوزُ اللَّعَانُ؛ لِنَفْيِ الْحَمْلِ،  
ثُمَّ فِي مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ إِذَا كَانَ قَدْ صَرَّحَ بِالْقَذْفِ، وَلَاعَنَ عَنِ الْحَمْلِ، رُتِّبَ عَلَيْهِ  
حُكْمُهُ إِلَّا أَنَّ الْوَلَدَ يُلْزَمُهُ، وَلَا يُمَكَّنُ نَفْيَهُ بَعْدَ الْإِنْفِصَالِ؛ لِأَنَّهَا تَضَعُ الْحَمْلَ بَعْدَ  
الْبَيِّنَاتِ، وَلَا لِعَانَ عِنْدَهُ بَعْدَ الْبَيِّنَاتِ.

وقوله في الكتاب: «لأنه جائز بمجرد غرض القطع دون الولد» يعني غرض قطع  
النكاح، وفي جواز اللعان لمجرد قطع النكاح خلاف قد مر، والظاهر منعه، فليُحْمَلْ مَا  
ذَكَرَهُ عَلَى غَرَضِ الْقَطْعِ. وسائر ثمرات اللعان في صلب النكاح، ولفظ التجريد يرجع (٣)  
إلى التجريد عن نفي الولد.

وقوله «مأخذهما أن اليقين هل يشترط» إلى آخره معناه أنه يُوجَّهُ أَحَدُ الْقَوْلَيْنِ بِأَنَّ

(١) متفق عليه من حديث ابن عباس، وليس بصريح بل يؤخذ من قوله ﷺ: اللهم بين، فجاءت بولد  
يشبه الذي رميت به، وفي الصحيحين عن سهل بن سعد في قصة عويمر العجلاني وكانت  
حاملًا، لكن تبين للبخاري أنه من قول الزهري.

(٢) في أ: الأعراض والصوائم. (٣) في أ: يصلح.

الحَمْلَ لَا يُتَيَّنُّ، وَاللَّعَانَ حِجَّةٌ ضَرُورِيَّةٌ، فَيَشْتَرَطُ فِيهِ يَقِينٌ<sup>(١)</sup> الْوَلَدِ.

والثاني: بأنه مَظنونٌ إن لم يكن متيقناً، وقد يموتُ الشَّخصُ قبل الولادة، فَيَبْقَى الْوَلَدُ مُلْحَقاً بِهِ، فَوَجِبَ تَجْوِيزُهُ بِالظَّنِّ.

فَرَزَعٌ: لَوْ اسْتَلْحَقَ الْحَمْلَ، لَزِمَهُ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ نَفْسُهُ بَعْدَ ذَلِكَ، خِلَافاً لِأَحْمَدَ، - رَحِمَهُ اللَّهُ -.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الْثَالِثَةُ) إِذَا آتَتْ بِتَوْعَمِينَ فَتَقَى أَحَدَهُمَا لَمْ يَنْتَفِ \* وَإِنْ نَفَاهُمَا ثُمَّ اسْتَلْحَقَ أَحَدَهُمَا لِحَقِّهِ الثَّانِي لِأَنَّهُ لَا يَتَّبَعُ وَيُعْلَبُ جَانِبَ الْإِبْتِاطِ \* وَلَوْ تَقَى الْحَمْلَ فَآتَتْ بِتَوْعَمِينَ انْتَفَيَا \* وَلَهُ أَنْ يَنْفِيَ أَوْلَاداً عِدَّةً بِلِعَانٍ وَاحِدٍ \* وَبَيْنَ التَّوَعْمَيْنِ الْمُنْفِيَيْنِ أُخُوَّةُ الْأُمِّ \* وَلَا تَتَّبُثُ أُخُوَّةُ الْأَبِ عَلَى الصَّحِيحِ (و).

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا وَلَدَتْ زَوْجَتُهُ تَوْعَمِينَ، فَتَقَى أَحَدَهُمَا دُونَ الثَّانِي، لَمْ يَنْتَفِ وَاحِدٌ مِنْهُمَا، وَلَوْ نَفَاهُمَا، ثُمَّ اسْتَلْحَقَ أَحَدَهُمَا، لِحَقِّ الثَّانِي أَيْضاً؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَمْ يُجْرِ الْعَادَةَ بِأَنْ يَجْتَمِعَ فِي الرَّجْمِ وَلَدٌ مِنْ مَاءِ رَجُلٍ، وَوَلَدٌ مِنْ مَاءِ آخَرَ، فَلَا يَتَّبَعُ التَّوَعْمَانِ لِحُوقاً وَانْتِفَاءً، وَإِذَا تَعَدَّرَ التَّبَعِيضُ، فَيُعْلَبُ جَانِبَ اللِّحَاقِ؛ لِأَنَّ الثَّبُوتَ إِلَى النَّسَبِ أَسْرَعُ مِنَ الْانْتِفَاءِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَلْحَقُ بِثَبُوتِ النَّسَبِ؛ بِالْإِمْكَانِ وَلَا يُحْكَمُ بِانْتِفَائِهِ؛ بِالْإِمْكَانِ، النَّسَبُ يَثْبِتُ بِالْإِقْرَارِ وَبِالسُّكُوتِ الْمُشْعِرِ بِالْإِقْرَارِ، وَالْإِقْتِضَاءُ لَا يَخْضُلُ إِلَّا بِمَجْرَدِ النِّفْيِ، وَإِذَا آتَتْ بِوَلَدٍ، فَنَفَاهُ بَعْدَ الْوِلَادَةِ بِاللَّعَانِ، ثُمَّ آتَتْ بِوَلَدٍ آخَرَ، فِيمَا أَنْ تَكُونَ الْمُدَّةُ بَيْنَ الْوَلَدَيْنِ دُونَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ أَوْ تَكُونَ سِتَّةَ أَشْهُرٍ فَصَاعِداً:

الْحَالَةُ الْأُولَى: إِذَا كَانَ [كُلُّ] مِنْهُمَا أَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، فَهِيَ حَمْلٌ وَاحِدٌ، فَيُنْظَرُ؛ إِنْ تَقَى الثَّانِي بِلِعَانٍ آخَرَ، انْتَفَى الثَّانِي<sup>(٢)</sup> أَيْضاً، وَفِي «جَمْعِ الْجَوَامِعِ» لِلْقَاضِي الرَّوْيَانِيِّ حِكَايَةٌ وَجْهِينَ: فِي أَنَّهُ هَلْ يَخْتِاجُ [فِي]<sup>(٣)</sup> اللَّعَانَ الثَّانِي ذِكْرَ الْوَلَدِ الْأَوَّلِ؟ قَالَ: وَالْأَصْحَحُ عِنْدِي: أَنَّهُ لَا يَخْتِاجُ، وَهَلْ تَخْتِاجُ الْمَرْأَةُ إِلَى إِعَادَةِ اللَّعَانِ، إِذَا كَانَتْ قَدْ لَاعَنَتْ بَعْدَ لِعَانِهِ الْأَوَّلِ؟ قَالَ الشَّيْخُ أَوْ عَلِيٌّ - رَحِمَهُ اللَّهُ -: فِيهِ وَجْهَانِ كَالْوَجْهِينَ فِيمَا إِذَا أُغْفِلَ فِي اللَّعَانَ ذِكْرَ الْوَلَدِ، وَأَعَادَ اللَّعَانَ لِنَفْيِهِ بَعْدَ مَا تَعَنَّتِ الْمَرْأَةُ، هَلْ تَحْتَاجُ إِلَى إِعَادَةِ اللَّعَانِ؟ الْأَصْحَحُ الْمَنْعُ، وَإِنْ لَمْ يَنْفِ الثَّانِي، بَلِ اسْتَحْلَقَهُ أَوْ سَكَتَ مَعَ إِمْكَانِ النِّفْيِ، لِحَقِّهِ جَمِيعاً؛ لِأَنَّهُمَا [حَمْلٌ]<sup>(٤)</sup> وَاحِدٌ، وَإِذَا ثَبِتَ أَحَدُهُمَا، ثَبِتَ الْآخَرَ، وَإِذَا لِحَقَّاهُ، وَالْحَالَةُ هَذِهِ، فَهَلْ يَلْزِمُهُ الْحَدُّ بِقَذْفِهَا؟ نُظِرَ؛ إِنْ اسْتَلْحَقَ الثَّانِي صَرِيحاً، لَزِمَهُ كَمَا لَوْ كَذَبَ

(٢) فِي أ: الْأَوَّلِ.

(١) فِي ز: تَعِين.

(٤) سَقَطَ فِي ز.

(٣) سَقَطَ فِي ز.



نفسه، وإن سكت، فلحقه لم يلزمه الحد، لأن اللحوق حُكْمُ الشَّرْعِ، ولم يأت هو بما يناقض قوله الأول ولو قذفها ثم لاعن<sup>(١)</sup> عنها في البيونة، وأنت بولد آخر لأقل من ستة أشهر، فسواء استلحق الثاني صريحاً أو سكتَ عَنْ نَفِيهِ، فلحقاه، يلزمه الحد والفرق أن اللعان بعد البيونة لا يكون إلا لتفني النسب، فإذا لحق النسب، لم يبق للعان حُكْمٌ، فحدّ، وفي صلب النكاح له أحكام وفوائد أخرى، وتلك الأحكام لا ترتفع بلحوق النسب، فلذلك لا يلزمه الحد، حُكْمِي هذا عن القفال واستحسنه القاضي الروياني، وقال: لم أره لغيره، وقد يقال: اللعان، وإن كان بعد البيونة يُؤثر في تأييد التحريم على أظهر الوجهين، كما تقدّم، والتأبّد لا يرتفع بلحوق النسب، فجاز أن يبقى أثر اللعان في سقوط الحد أيضاً.

الثانية: إذا كان بينهما ستة أشهر فصاعداً، فالثاني حمل آخر، لأن هذه المدة مدّة الحمل، فلو أمكن وقوعها بين ولدين من حمل واحدة؛ لخرجت عن أن تكون كل مدة الحمل، ثم يُنظر؛ إن نفى الثاني باللعان، انتفى أيضاً، وإن استلحقه أو سكتَ عن نفيه، لحقه، وإن بانث باللعان؛ لاحتمال أنه وطئها بعد وضع الأول فعلمت قبل اللعان، فتكون حاملاً حال حصول البيونة، فأشبه ما إذا طلق امرأته ثلاثاً، فأتت بولدٍ لأقل من أربع سنين من وقت الطلاق يثبت نسبه؛ لاحتمال كونها حاملاً يوم الطلاق، ولا، يلزم من لحوق الولد الثاني لحوق الأول؛ لأنهما حملان [فلا يلحقه الأول] بخلاف ما في الجملة الأولى، وما ذكرناه من لحوق الولد الثاني، إذا لم ينفه، هو الصحيح الذي أوردّه الجمهور.

وقال الشيخ أبو إسحاق - رحمه الله - في «المهذب»: إن أتت بولدٍ، ففناه باللعان، ثم أتت بالولد الثاني لسته أشهر من ولادة الأول، انتفى الثاني بغير لعان؛ لأنها علقت به بعد زوال الفراش، وهذا ليس وجهاً آخر، بل الأشبه أنه سهو، والتوجيه الذي ذكره ممنوع، وجميع ما ذكرناه فيما إذا لاعن عن الولد المنفصل ثم أتت بولد آخر، أما إذا لاعن عن الحمل، أما في النكاح أو بعد البيونة إذا جوّزناه، فولدت ولداً، ثم ولدت آخر، نُظِر؛ إن لم يكن بينهما ستة أشهر، فالثاني منفي أيضاً؛ لأنه لاعن عن الحمل، والحمل اسم لجميع ما في البطن، فالإشارة إلى الحمل إشارة إليهما جميعاً، وهو كما لو نفى بلعانٍ واحدٍ ولدين أو أولاداً عدة بعد الانفصال، وإن كان بينهما ستة أشهر، فصاعداً، فالأول منفي باللعان، ويتنفي الثاني بلا لعان؛ لأن النكاح ارتفع باللعان، وانقضت العدة بوضع الولد الأول، وتحقق براءة الرحم، فيكون الثاني حادثاً بعد البيونة

(١) في أ: ثم لو لاعن.

وزوال الفراش، وليس هذا كما إذا بَأَتْ زوجته بطلاق أو لعان وغيرهما، وانقضت عدَّتُها بالإقراء، ثم أتت بولدٍ لما دون أربع سنين من وقت البينونة، يلحقه الولد<sup>(١)</sup> إلا أن ينفيه باللعان، لأن هناك إنما يُحْكَم بانقضاء العدة ظاهراً، ومن الجائز أنها قد حاضت على الحَمَل، وكانت حاملاً يوم الإبانة<sup>(٢)</sup> فألحقنا، الولد بالإمكان، وهاهنا نَقْطَع ببراءة الرَّجْم بوضع الولد الأول، فيكون الثاني حادثاً بعد البينونة، قال الشيخ أبو حامد - رحمه الله - وكذلك الحُكْم لو طلقها أو مات عنها، فانقضت عدَّتُها بوضع الحمل، ثم أتت بولدٍ لسته أشهر، فصاعداً من يوم الوَضْع [لا] يلحقه الولد الثاني.

قال في «الشامل»: ولا ينظر إلى احتمال حدوثه من وطء شبهة؛ لأن ذلك لا يَكْفِي لِلْحَقِّقِ، وإن كان محتملاً؛ لأنه بعد البينونة كسائر الأَجَانِبِ، فلا بد من اعترافه بوطء الشبهة وادعائه الولد، وعن القفال: أنه إذ لم يُلَاعِن لِنَفْيِ الثاني، يلحقه الثاني، كما ذكرنا فيما إذا لاعن عن الولد المنفصل، ثم أتت بالثاني.

قال الروياني - رحمه الله -: وهذا غَلَطٌ، ولم يذكره غيره، وفي «المولِّدات» تفريعاً على ما عُهِدَ في الفَصْلِ: أنه إذا أتت زوجته بولدٍ، فنفاه باللعان، فإذا ألحق الثاني، لَحِقَ الأول، ولو كان بينهما ستة أشهر فأكثر<sup>(٣)</sup>، لحق الثاني دون الأول، ولو نَفَى الحمل، ومات، وولدت ولداً آخر، وبينهما أقل من ستة أشهر ينتفیان جميعاً؛ لأن الحمل اسمٌ لجميع ما في البَطْنِ، وقد نفاه.

وأما قوله «وبين التوأمين» إلى آخره، فإذا أتت بولدين من بطنٍ واحدٍ، ونفاهما باللعان، فهما أخوان لأم أو أخوان لأب وأم. فيه وجْهَان، قد أوردناهما في الفرائض:

أصحهما: أنهما أخوان لأم لا غير، وقد ذكر في الكتاب المسألة هناك، واقتصر على ذكر الأصح، وهاهنا تعرَّض للخلاف، ولا يختص الجواب بالتوأمين [المنفيتين] بل يجري في غير التوأمين المنفيتين بلعانٍ واحدٍ أو بلعائتين، وولدا الزنا يتوارثان بأخوة الأم، وحكينا في الفرائض وجهاً آخر، وقد ذكر القاضي أبو الطيب وغيره أن ذلك الوجه اختيار الداركي، وقد يُجمع بين المنفيتين باللعان وولدي الزنا، ويقال: في كيفية توارثهما ثلاثة أوجه: الثالث: الفرق بين المنفيتين باللعان فيتوارثان بأخوة الأبوين، وبين ولدي الزنا، فيتوارثان بأخوة الأم، والفرق أن المنفِي باللعان يعرض للحقوق بأن يكذب نفسه، وولدا الزنا بخلافه، يُحْكَمُ وجه الفَرْق عن أبوي علي بن أبي هريرة والطَّبْرِي، - رحمهما الله -.

(١) في أ: البينونة.

(٢) في أ: وألحقنا.

(٣) في أ: فأكثر.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: (الرَّابِعَةُ): إِذَا مَاتَ الْوَالِدُ فَلَهُ اللَّعَانُ (ح) وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْوَالِدِ وَلَدٌ حَيٌّ \* وَلَوْ نَفَاهُ فَلَمَّا مَاتَ اسْتَلْحَقَهُ قَبْلُ وَوَرِثَهُ \* وَكَذَلِكَ لَوْ نَفَى بَعْدَ الْمَوْتِ ثُمَّ اسْتَلْحَقَ عَلَى الْأَظْهَرِ (و).

قَالَ الرَّافِعِيُّ: كما يجوز نفي الولد باللعان في حياته، يجوز نفيه بعد موته؛ لأنَّ نسبه لا ينقطع بالموت بل يقال: مات ولد فلان، وهذا قبر<sup>(١)</sup> ابن فلان، ولأنه يحتاج إلى إسقاط مؤنة التجهيز والدفن، ولا فرق بين أن يخلف الميت ولداً؛ بأن كان الرجل غائباً، فكبر المولود، وتزوج، وولد له، وبين أن لا يخلف.

وعند أبي حنيفة: إن حلف ولداً، جاز نفيه باللعان، وإلا، فلا، ولو مات أحد التَّوَّامَيْنِ قبل اللعان، فعندنا: له أن يلاعن وينفي الحي والميت جميعاً، وعنده: إذا مات أحدهما، استحکم نسبهما وبطل<sup>(٢)</sup> النفي، ولو نفى ولداً باللعان، ثم مات فاستلحقه لحقه، وأخذ بالإرث ماله ودينه إن قُتِلَ، سواء خلف ولداً أو لم يخلف، وذلك لأن النسب يُختاط لثبوته، والظاهر: أنه لا يلزم نفسه الحد، ولا يلحق به غير ولده طمعاً في المال، وعند أبي حنيفة: إن خلف الميت ولداً، صح استلحاقه، وإلا، فلا، ولو نفاه بعد الموت، ثم عاد واستلحقه فيه وجهان:

إحدهما: لا يلحقه؛ لأنه إذا نفاه بعد الموت، فقد أسقط الإرث، ولا رجوع إليه، بخلاف النفي في الحياة.

وأصحهما: للحدوق، لأن التَّسْب يُختاط لثبوته، وإذا ثبت التَّسْب، ثبت الإرث، وعلى هذا، فلو قُسمت تركته، اتبعت القسمة بالنقض، وقد سب طرف من هذا في الفرائض.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: (الْحَامِسَةُ) حَقُّ نَفْيِ الْوَالِدِ عَلَى الْفُورِ وَيَسْقُطُ بِالتَّأخِيرِ عَلَى قَوْلٍ \* وَلَا يَسْقُطُ إِلَّا بِالتَّسْلُحِاقِ عَلَى قَوْلٍ \* وَيَمَهْلُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ عَلَى قَوْلٍ \* فَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ عَلَى الْفُورِ فَلَوْ صَبَرَ عِنْدَ الْحَمْلِ إِلَى أَنْفِصَالِ الْوَالِدِ جَارَ \* وَلَوْ قَالَ عَرَفْتُ الْحَمْلَ وَلَكِنْ أَنْتَظَرْتُ الْإِجْهَاضَ جَارَ عَلَيَّ وَجِهٍ \* وَإِنْ قَالَ: لَمْ أَسْمَعْ الْوِلَادَةَ إِلَّا مِنْ فَاجِرٍ فَلَمْ أَصْدُقْ عَزَرَ \* أَمَا مِنْ عَدْلَيْنِ فَلَا \* وَمِنْ عَدْلٍ وَاحِدٍ فَوَجْهَانِ \* وَلَوْ قِيلَ لَهُ: مَتَّعَكَ اللَّهُ بِوَالِدِكَ فَقَالَ: آمِينَ فَهُوَ اسْتَلْحَقَ \* وَإِنْ قَالَ: جَزَاكَ اللَّهُ خَيْرًا أَوْ أَسْمَعَكَ اللَّهُ مَا يَسْرُكَ فَلَا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا أتت امرأته بولد، فأقر بنسبه، لم يكن له النفي بعد ذلك؛ لأن

(٢) في ز: ويطلب.

(١) في أ: ولد.

للمولود حقاً في النَّسَب، فإذا أقر، فقد التزم تلك الحقوق، ومن أقر بما يُوجب عليه حقاً من حقوق الآدميين، لم يتمكن من الرجوع عنه، وقد رُوِيَ عن عُمَرَ - رضي الله عنه - <sup>(١)</sup> أنه قال: «إِذَا أَقَرَّ الرَّجُلُ بِوَلَدِهِ طَرْفَةً عَيْنٍ، لَمْ يَكُنْ لَهُ نَفْيُهُ»، وإن لم يُقَرَّ بِنَسَبِهِ، وَأَرَادَ نَفْيَهُ فَقَوْلَان: الجديد: أن حق النفي على الفور؛ لأنه خيارٌ ثَبَتَ لدفع ضرر متحقق، فإذا لم يتأبد، كان على الفور، كالرَّدِّ بالعَيْب.

والثاني: أنه لا يُشترط وقوعه على الفور، لأن أمر النسب خطيرٌ، وقد ورد الوعيد في نفي مَنْ هو منه، وفي استلحاق مَنْ ليس منه، وقد يَحْتَاج فيه إلى نظر وتأمل، فوجب أن يكون له مهلة فيه، وعلى هذا فقولان:

أحدهما: أنه يمتد ثلاثة أيام، وبه قال أبو حنيفة - رحمه الله -؛ لأنها مدة قريبة، وفيها مهلة النظر والتأمل، وقد قَدَّرَ الشُّرْعُ بها مُدَّةً.

والثاني: أن له النفي متى شاء، ولا يَسْقُطُ إلا بالإسقاط، فهذه ثلاثة أقوال، وقد سبق في الشفعة وخيار العتق نظيرها.

وعن الشافعي - رضي الله عنه -: أنه قال في بَعْضِ كُتُبِهِ: إذا عَلِمَ به، يعني بالولد، فله نفيه بعد يوم أو يومين، فعن ابن سلمة أن التقدير باليومين قولٌ آخرٌ، ولم يشته سائر الأصحاب قولاً آخر، وقالوا: المراد أو ثلاثاً إذا تَقَرَّرَ ذلك، فالفضل يتضح بِصُورٍ:

إحداها: إذا قلنا: إن النفي على الفور، فلو أَخْرَه بلا عذر، سَقَطَ حَقُّه، ولزمه الولد، وإن كان معذوراً بأن لم يجد الحاكم لغيبته أو تعذَّر الوصول إليه، أو بلغه الخبر، فأخَّر، حتى أصبح، أو حضرته الصلاة، فقَدَّمَهَا<sup>(٢)</sup>، أو أحرز ماله أولاً أو كان جائعاً أو عارياً، فأكل أو لبس أولاً، أو كان محبوساً أو مريضاً أو مَمْرُضاً، لم يَبْطُل حَقُّه، ولكن إن أَمَكَّنَهُ الإِشْهَاد، فعليه أن يَشْهَدَ أَنَّهُ على النفي، فإن لم يفعل، بَطُلَ حَقُّه، وذكر ابن الصَّبَّاح وغيره أن المريض، إن قَدَّرَ على أن يُنْفِذَ إلى الحاكم، ويستدعي منه أن يبعث إليه نائباً، ليلاعن عنده، فلم يفعل، بَطُلَ حَقُّه، وإن لم يَقْدِرْ، فيشهد حينئذ، وليَطْرُدْ

(١) موقوف. رواه البيهقي من رواية مجالد عن الشعبي عن شريح عن عمر ومن طريق قبيصة بن ذؤيب أنه كان يحدث عن عمر: أنه قضى في رجل أنكروا ولداً من المرأة وهو في بطنها ثم اعترف به وهو في بطنها حتى إذا ولدت أنكروه فأمر به عمر فجلد ثمانين جلدة لفريته عليها ثم ألحق به الولد، إسناده حسن.

(٢) أي لا يكون ذلك مسقطاً لنفي الولد قال في القوت: ويصلي إذا حضرته الصلاة، هكذا قال الأصحاب وقضيته أنه لا فرق بين أن يضيق وقتها أو لا، وعبرة المتولي إن كان قد ضاق وقت الصلاة فله أن يؤخر حتى يصلي وقضيته أنه إذا لم يضيق فلا يكون عذراً، قال الزركشي: وقيد في الذخائر الصلاة بالفريضة.

هذا في المحبوس ومن يطول<sup>(١)</sup> عذره.

وقال الشيخ أبو حامد وجماعة: المريض ومن يلزمه غريمة أو يلزم غريمه؛ لخوفه من ضياع ماله لو تركه يبعث إلى الحاكم، ويعلمه أنه على النفي، وإن لم يقدر على ذلك، يُشهد، ويمكن أن يجمع بينهما، فيقال: يبعث إلى القاضي، ويُطلعه على ما هو عليه، ليعث إليه نائباً أو ليكون عالماً بالحال إن أخرج بعث النائب، فإن ذلك أقوى من الإشهاد، وأما الغائب، فإن كان في الموضع الذي غاب إليه قاضٍ نفى الولد عنده، فذاك، ففي أمالي وإن أراد تأخيره حتى يرجع أبي الفرج: المنع من ذلك، والذي ذكره صاحب «التهديب» و«التتمة» جوازه؛ لأن له عذراً ظاهراً فيه، وهو الانتقام منها بإشهار أمرها في قومها وبليدائها، وحيث، فإن لم يمكنه المسير في الحال لخوف الطريق وغيره، فينبغي أن يُشهد، وإن أمكنه، فليأخذ في السير ويشهد، فإن أخرج السير، بطل حقه، أشهد أو لم يُشهد، وإن أخذ في السير، ولم يُشهد، فكذلك في أصح الوجهين<sup>(٢)</sup>، وإن لم يكن هناك قاضٍ، فالحكم كما لو كان، وأراد التأخير إلى بلده وجوزناه.

الثانية: الحمل، وإن جاز نفيه، يجوز أن يؤخر نفيه إلى الوضع، فإن المتوهم حملاً قد يكون ريحاً، فينفش، فلو صبر إلى أن انفصل الولد، وقال: أخرت؛ ليتحقق الحال، فله النفي، وإن قال: عرفت أنه ولد، ولكنني أخرت طمعاً في أن تُجهض؛ فلا احتاج<sup>(٣)</sup> إلى كشف الأمر ورفع الستر فيه وجهان:

أحدهما: أن له النفي؛ لأن الحمل لا يتيقن، فلا أثر لقوله: عرفه أنه ولد.

وأظهرهما، وهو المنصوص في «المختصر»: أنه يبطل حقه؛ لتأخر النفي مع القدرة عليه ومعرفة الولد، فصار كما لو سكت عن نفي الولد المنفصل طمعاً في أن يموت.

الثالثة: لو أخر النفي، وقال: أخرته؛ لأنني لم أعلم أنها ولدت، فإن كان غائباً، قُبِلَ قوله بيمينه.

قال في «الشامل»: إلا أن يستفيض ويتشتر، وإن كان حاضراً، قُبِلَ قوله في المدة التي يختمل أن يخفي الأمر، ولا يُقبل في المدة التي لا تحتمل، ويختلف ذلك بين أن يكون في محلة أخرى أو في محلة المرأة وبين أن يكونا في دار واحدة أو دارين أو بيت

(١) صرح به صاحب البيان فسوى بين المريض والمحبوس في ذلك وكذا قال الجرجاني في الشافي والحق بهما الملازم لغريمه الذي يخاف هربه إن فارقه وما أشبهه.

(٢) هذا الترجيح تابع فيه البغوي والقاضي والحسين والذي يقتضيه كلام العراقيين أنه لا يبطل حقه بترك الإشهاد وصرح به ابن أبي هريرة في تعليقه والجرجاني في الشافي وغيرهما.

(٣) في أ: يحتاج.

أو بيتين، ولو قال: أُخْبِرْتِ بِالْوَلَادَةِ، ولكن لم أَصْدَقِ الْمَخْبِرَ، نُظِرَ؛ إِنْ أَخْبَرَهُ فَاسَقَ أَوْ صَبِيٍّ، صُدِّقَ بِيَمِينِهِ، وَعُذِرَ، وَإِنْ أَخْبَرَهُ عَدْلَانِ، لَمْ يُعْذَرَ؛ لِأَنَّهُمَا مُصَدِّقَانِ شَرْعاً، وَإِنْ أَخْبَرَهُ عَدْلٌ وَاحِدٌ أَوْ عَبْدٌ ذَكَرَ أَوْ أَنْثَى؟ فَفِيهِ وَجْهَانِ:

أحدهما: أَنَّهُ يُصَدِّقُ، وَيُعْذَرُ؛ لِأَنَّهُ أَخْبَرَهُ مَنْ لَا يَثْبُتُ بِشَهَادَتِهِ الْحَقُّ.

وأظهرهما، وهو المذكور في «التتمة»: أَنَّهُ لَا يُصَدِّقُ، وَيَسْقُطُ حَقُّهُ؛ لِأَنَّ رِوَايَتَهُ مَقْبُولَةٌ<sup>(١)</sup>، وَهَذَا سَبِيلُهُ سَبِيلُ الْإِخْبَارِ، وَقَدْ ذَكَرْنَا فِي «الشَّفْعَةِ» نَحْوَ ذَلِكَ، وَلَوْ قَالَ: عَرَفْتُ الْوَلَادَةَ، وَلَكِنْ لَمْ أَعْلَمْ أَنَّ لِي حَقَّ النِّفْيِ، فَإِنْ كَانَ فُقِيهَاً، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ، وَإِنْ كَانَ حَدِيثَ الْعَهْدِ بِالْإِسْلَامِ أَوْ نَاشِئاً فِي بَادِيَةِ بَعِيدَةٍ، قُبِلَ، وَإِنْ كَانَ مِنَ الْعَوَامِّ النَّاشِئِينَ فِي بِلَادِ الْإِسْلَامِ، فَفِيهِ وَجْهَانِ، كَمَا سَبَقَ فِي خِيَارِ<sup>(٢)</sup> الْعِتْقِ.

الرابعة: إِذَا هُنِّيءَ بِالْوَلَدِ؛ فَقِيلَ لَهُ: مَتَّعَكَ اللَّهُ بِوَلَدِكَ أَوْ جَعَلَهُ لَكَ وَلِداً صَالِحاً، أَوْ هِنْتِ فَارِساً؟ نُظِرَ؛ إِنْ أَجَابَ بِمَا يَتَضَمَّنُ الْإِقْرَارَ وَالِاسْتِلْحَاقَ؛ كَقَوْلِهِ «أَمِينٌ» أَوْ «نَعَمْ» أَوْ «اسْتَجَابَ اللَّهُ دَعَاءَكَ»، فَلَيْسَ لَهُ النِّفْيُ بَعْدَ ذَلِكَ، وَإِنْ أَجَابَ بِمَا لَا يَتَضَمَّنُ الْإِقْرَارَ؛ كَقَوْلِهِ «جَزَاكَ اللَّهُ خَيْراً»، أَوْ «بَارَكَ عَلَيْكَ»، أَوْ «أَسْمَعُكَ مَا يَسْرُكَ»، أَوْ «رَزَقَكَ مِثْلَهُ» لَمْ يَنْبُطْ حَقُّهُ مِنَ النِّفْيِ، خِلَافاً لِأَبِي حَنِيفَةَ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَضَمَّنُ الْإِقْرَارَ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ قَصِدَ مَكَافَأَةَ الدَّعَاءِ بِالْإِقْرَارِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

فَرُوعٌ وَصُورٌ نَخْتَمُ بِهَا اللَّعَانَ، بِمَعُونَةِ اللَّهِ تَعَالَى:

إحداها: إِذَا اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ بَعْدَ قَذْفِ الزَّوْجِ إِيَّاهَا، فَقَالَتِ الزَّوْجَةُ: قَذَّفَنِي قَبْلَ النِّكَاحِ، فَعَلَيْكَ الْحَدُّ وَلَا لِعَانَ، وَقَالَ الرَّجُلُ: بَلْ بَعْدَ النِّكَاحِ، فَهُوَ الْمُصَدِّقُ بِيَمِينِهِ؛ لِأَنَّهُ الْقَاذِفُ، فَهُوَ أَعْلَمُ بِوَقْتِ الْقَذْفِ؛ وَلِأَنَّهُمَا لَوْ اخْتَلَفَا فِي أَضْلِ الْقَذْفِ، كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ، فَكَذَلِكَ إِذَا اخْتَلَفَا فِي وَقْتِهِ، وَلَوْ اخْتَلَفَا بَعْدَ حَصُولِ الْفُرْقَةِ بَيْنَهُمَا، فَقَالَتْ: قَذَّفْتَنِي بَعْدَ ارْتِفَاعِ النِّكَاحِ، وَقَالَ الزَّوْجُ: قَبْلَ ارْتِفَاعِ النِّكَاحِ، فَكَذَلِكَ الْجَوَابُ، وَلَوْ قَالَ: قَذَّفْتُكَ وَأَنْتِ زَوْجَتِي، وَقَالَتْ: مَا نَكَّحْتَنِي قَطُّ، فَهِيَ الْمُصَدِّقَةُ بِيَمِينِهَا، وَلَوْ قَالَ: قَذَّفْتُكَ وَأَنْتِ مُشْرِكَةٌ أَوْ أُمَّةٌ، وَقَالَتْ: قَذَّفْتَنِي وَأَنَا مُسْلِمَةٌ حُرَّةٌ فَإِنْ عَلِمَ لَهَا حَالَةٌ كُفْرٌ أَوْ

(١) وهذه طريقة المراوزة كالقاضي الحسين والبهوي والمتولي والإمام وغيرهم وقال العراقيون: إن كان الخبر من طريق الأحاد كالواحد والاثنتين قبل قوله وإن كان المخبر عدلاً لأنه قد يترتب بالعدل ويستوثق بالفاسق وإن كان الخبر متواتراً مستفيضاً لم يقبل قوله في تكذيب المخبر لوقوع العلم به. قاله الماوردي وهذا لفظه والمحامي في المجموع والجرجاني في الشافي والشامل ونحوه ونقله في البيان عن الشيخ أبي حامد.

(٢) ذكر في الكفاية أنها مبنيان على القولين فيه. قال: وأصحهما نعم. وقد صرح بتصحيحه أيضاً النووي في تصحيح التتبيه.

رِقٌّ، صُدِّقَ بيمينه، ولم يلزمه إلا التعزير، وإن لم يُعْلَم لها حالة كُفِّرَ أو رِقٌّ، فالقول قولها مع يمينها في أصح القولين.

**والثاني:** أن القول قوله بيمينه<sup>(١)</sup>، ولا يجيء هذا القول في الصورة السابقة، وهي قولها: ما نكحتني أصلاً؛ لأن الزوج إذا قال: قذفتك وأنتِ مشركةٌ أو أمةٌ، لم يكن مقراً بقذف يوجب الحدَّ، وإذا قال: قذفتك وأنتِ زوجتي، كان مقراً بقذف يوجب الحد، لكنه يدعي ما يتوصل به إلى رفع الحد، وهي تنكره، ذكره الشيخ أبو علي، ولو قال: قذفتك، وأنتِ مجنونةٌ، فهو كما لو قال: وأنتِ أمةٌ، ولو قال: وأنتِ صغيرةٌ وأتكرت فالمصدق القاذف بيمينه، ولا يخفى أن هذه الصورة لا تختص بالزوجين، وأن الكلام فيما إذا كان كل واحد من الكلامين في محل الاحتمال، ولو قال لمن قذفه من زوجة وغيرها قذفتك، وكنتُ مجنوناً يوم القذف، وأنكر المقذوف وقوعه في الجنون. فطريقان:

**أحدهما:** أنه إن عُرف له جُنُونٌ أو قامت عليه البينة، فقولان في أن المُصدِّق القاذف أو المقذوف؟ والقولان مبنيان عند بعضهم على القولين فيما إذا قد ملفوفاً بنصفين، واختلف القادُّ ووارث الملفوف في أنه هل كان حياً حينئذ، وإن لم يثبت له جنون، فالمصدق المقذوف؛ أخذاً بأن الظاهر، والغالب السلامة.

**والطريق الثاني:** أنه، إن ثبت له جنون، فالمصدق القاذف، وإن لم يثبت فيصدق أيضاً؛ لأن الأصل براءة الذمة، أو يصدق المقذوف؛ لأن الأصل عدم الجنون؟ فيه قولان، ويخرج من الطريقين ثلاثة أقوال: تصديق القاذف مطلقاً، وتصديق المقذوف مطلقاً، والفرق بين أن يُعهد له جنون؛ فيصدق القاذف أو لا يُعهد؛ فيصدق المقذوف، وهو الأصح، ولو قال: قذفتك وأنا صبي، فالصبا كالجنون المعهود، ولو قال: جرى القذف على لساني، وأنا نائم، لم يُقبل؛ لبعده، ولو أقام القاذف بينة على أن القذف كان في الصغر أو الجنون، والمقذوف بينة على أن القذف في حالة الكمال، فإن كانت البينتان مطلقتين أو مؤرختين بتاريخين [مختلفين]<sup>(٢)</sup> أو إحداهما مطلقة، والأخرى مؤرخة، فلا تعارض، وهما قذقان، وعليه الحد؛ لما وقع منهما في حالة الكمال، وإن كانتا مؤرختين بتاريخ واحد، فهما متعارضتان، وفي صورة التعارض أقوال معروفة.

قال الإمام - رحمه الله -: ولا يجري هاهنا القسمة، ولا الوقف، وحكى عن القاضي الحسين - رحمه الله - قول القرعة، واستبعده، وقال: الوجه القطع بالتهاتر، وحينئذ، فالحكم كما لو لم تكن بينة، وهذا ما أورده صاحب «التهذيب»، وحيث

(١) في أ: مع يمينه.

(٢) سقط في ز.

صدَّقنا القاذف بيمينه، فلو نكل، وحلف المقدوف، وجب الحدُّ على القاذف، ويجوز اللعان في الزوجة.

[الثالثة]: إذا صدَّقته المرأة في القذف، واعترفتْ بالزنا بعدَما لأَعَنَ الزوجُ تأكد لعانه، وحدَّ القذف مندفع عنه، وحدَّ الزنا واجبَّ عليها، فإن كَانَتْ قد لَاعَنَتْ، فعليها حدُّ الزنا؛ لاعترافها إلا أن ترجع عن الإقرار، وإن صدَّقته قبل لعانه أو في أثناء لعانه، سقط عنه الحدُّ، ووجب عليها حدُّ الزنا، والظاهر أنه لا يُلاعِنُ بعد ذلك، ولا يتم اللعان، إذا صدَّقته في أثناءه إلا أن يكون هناك ولدٌ ينفيه، وعند أبي حنيفة: إذا صدَّقته لم يكن له اللعان، ولزمه الولد؛ لأنه لا يصح منها اللعان مع التصديق، ولا يلزمه الحدُّ بالاعتراف مرة واحدة، وإذا سقط لعانها، سقط لعانه، وقال الشافعي - رضي الله عنه - كيف تُنْفِي ولد العفيفة، وتُلْزِمه ولد الزانية المُقرَّة بالزنا.

[الرابعة]: إذا مات أحد الزوجين قَبْلَ أن يتم لعان الزوج، ورثه الآخر، ثم إن كان الميِّت الزوج، استقر نسب الولد، فليس للوارث نفيه، وإن كان الوارث يلحق بإقراره النسب بالمورث، فإن الاستلحاق أقوى من النفي؛ ولذلك يجوز الاستلحاق بعد النفي، ولا يجوز العكس، وإن ماتت هي، فيجوز له إتمام اللعان، إن كان هناك ولدٌ، وإن لم يكن هناك ولدٌ، نُظِر؛ إن لم يكن لها وارث غير الزوج؛ بأن كان ابن عمر، وفرعنا على الأصح، وهو أن حدَّ القذف يثبت لجميع الورثة، قرب الحد فيرث ويسقط وكذا لو لم يرثها غير الزوج وأولاده منها لأن الولد لا يجوز له أن يستوفي حدَّ القذف من أبيه، وإذا سقط الحد، ولا ولد، فقد مرَّ أنه لا يجوز اللعان لسائر الأغراض، ولو كان يرثها غير الزوج وأولاده، فما يرثه الزوج وأولاده يسقط، ويجيء الخلاف فيما إذا سقط بغض الحد بِعَفْوِ بغض الورثة، إن قلنا: يسقط الكل، فكذلك هاهنا، كما لو ورث جميع الحد، وإن قلنا: للباقيين المطالبة بجميع الحد أو بِقِسْطِهِمْ، وطلبوا، فله اللعان للدفع، وفي جواز اللعان قبل المطالبة الخلاف السابق.

[الخامسة]: عبد قذف امرأته ثم عَتَّقَ، فطالبته المرأة، فله اللعان، فإن نكل حدُّ حدَّ العبيد؛ لأنه وجب عليه في الرق، فلا يتغيَّر الواجب بانتقاله إلى الحرِّية، وكذا لو زنى العبدُ، ثم عَتَّقَ، لا يُحدُّ إلا حدُّ العبد، والذمي إذا قَذَفَ أو زنا، ثم نقض العهد، فسبِّي، واسترق، حدُّ حدَّ الأحرار، ولو كانت الزوجة أمةً، فتكَلَّتْ عن اللعان، فليس عليها إلا التعزير، وإن لاعن حَدَّتْ حدَّ الإمام، وإن عَتَّقَتْ بعد القذف، وإن قذف المسلم زوجته الذمية أو الصغيرة أو المجنونة، ثم طلبت الذمية أو طلبتا بعد البلوغ والإفاقة، فإن نكل، فعليه التعزير، وإن لَاعَنَ، وتكَلَّتْ الذمية، فعليها حدُّ الزنا، وإن نكلت الأخرى، فلا شيء عليهما.



[السادسة]: وفي «التتمة»: أن الملعان، لو قُتِلَ الذي نَفَاه، وقلنا: يلزمه القصاص، فأستلحقه، بحُكْم بثبوت النُسبِ وسقوطِ القِصاص، وأن الذمِّي إذا نَفَى ولداً، ثم أسلم، لم يتبعه المنفِي في الإسلام، ولو مات وقسم ميراثه [بين] أقاربه الكفار، ثم استلحقه الذمي الذي أسلم، ثبت نسبه وإسلامه، واسترد المال، وصرف إليه، وأن المنفي باللعان، إذا كان قد وُلِدَ على الفراش الصحيح، لو استلحقه غيره لم يصح كما لو استلحقه قبل أن ينفيه صاحب الفراش؛ لأنه، وإن نفاه، فحق الاستلحاق باقٍ له، فلا يجوز إبطاله عليه، ولو كان يُلحَقُه نسبه بالشبهة أو بالنكاح الفاسد، فنفاه، ثم جاء غيره، واستلحقه، لِحَقُّه؛ لأنه لو نازعه فيه قبل النفي، تسمع دعواه.

[السابعة]: فيما جمع في فتاوى القفال وغيره: أن سقوط حد القذف عن القاذف، وعدم حد الزنا على المقدوف لا يجتمعان إلا في مسألتين:

إحدهما: إذا أقام القاذف بينة [على زنا المقدوفة، وأقامت هي بينة على] أنها عذراء.

والثانية: إذا أقام شاهدين على إقرار المقدوف بالزنا، وقلنا: الإقرار بالزنا لا يثبت بشاهدين، ففي سقوط الحد عن القاذف وجهان، والظاهر السقوط، وكان المراد ما سوى صورة التلاعن، فإن الزوجين إذا تلاعنا، اندفع الحدان، ولو أقام البينة على إقرار المقدوف بالزنا، سقط عنه الحد، رجع المقدوف عن الإقرار، سقط عنه حد الزنا، ولا يُقبل رجوعه في حق القاذف، فلا يلزمه الحد، وهذه مسألة أخرى اجتمع فيها سقوط حد القذف عن القاذف، وعدم الحد على المقدوف<sup>(١)</sup>.

أتت زوجته<sup>(٢)</sup> بولد، وأدعت أنها ولدته على فراشه، وأنكر الزوج، فقد سبق أن القول قوله، وعليها البينة وأنه، إن نكل، فالظاهر أن اليمين تُردُّ عليها، وأنها، إن نكلت، فتنتهي الخصومة نهايتها، وينقطع النسب عنه، أو توقف الأمر إلى أن يبلغ الولد، فيحلف؟ فيه وجهان، ذكر الشيخ أبو محمد - رحمه الله - في السلسلة أن هذين الوجهين يبنيان على الوجهين، فيما إذا ادعى السيد أنه جني على العبد المرهون جنائياً

(١) قال النووي: مراد القفال: لا يسقط حد القذف مع أنه لا يحكم بوجود حد الزنا [ولا يقبل رجوعه] إلا في المسألتين الأوليين، فلا يرد عليه الأخريان، لأنه وجب فيهما حد الزنا، ثم سقط بلعانهما أو بالرجوع. ولهذا قال: وعدم حد الزنا عن المقدوف، ولم يقل: وسقوط حد الزنا، كما قال: سقوط حد القذف. فالحاصل أنه لا يسقط حد القذف ويمتنع وجوب حد الزنا، إلا في المسألتين الأوليين، ولا يسقط حد القذف وحد الزنا إلا في أربع مسائل. والمراد: السقوط بحكم الشرع، لا بعفو ونحوه.

(٢) في ز: زوجته.

تُوجب المَالَ، واستخلفَ الجاني، فنكل، ورُدَّت اليمين على الراهن، فنكل، تنتهي الخصومة نهايتها أو ترد على المرتهن لتعلق حقه بالعبء؟ وأن الوجهين في هذه المسألة مبنيان على وجهين فيما إذا أقرَّ الراهن بأن العبد المرهون كان قد جئني قبل الرهن، وادعاها المجني عليه، وأنكر المرتهن، فقلنا: إنه يُصدَّق بيمينه، فلم يحلف، وقلنا: ترد اليمين على الراهن، فنكل، فهل تُردُّ اليمين على المجني عليه، وأن الوجهين في هذه المسألة يبنيان على قولين فيما إذا أوصى لأم ولده بعبد فقبل قبل قسامه، ومات السيد قبل القسامة، ونكل وارثه عن اليمين، هل تُردُّ اليمين على أم الولد؟ وأن القولين في هذه المسألة مبنيان على قولين، في أن مَنْ باع من إنسان، فأفلس المشتري، وهي مطلعة، فاختار البائع عين ماله، وتأبرت النخلة، واختلف المتبايعان، فقال المشتري: أبرتها قبل أن فسخت العقد، فالثمرة لي، وقال البائع: بل فسخت قبل التأبير، والثمرة لي، فعرضنا اليمين على المشتري؛ ليُعمل بقوله، فنكل، هل ترد اليمين على الغرماء؟ وأن القولين في هذه المسألة يبنيان على قولين، فيما إذا مات، وعليه دين، وأقام الوارث شاهداً واحداً على ذين لمورثه على إنسان، ونكل عن اليمين مع الشاهد، هل تُردُّ اليمين على الغريم؟ وهذه سلسلة طوَّلها الشيخ، وقد يقال: بناء الوجهين على مسألة على قولين، في أخرى معهود، فأما بناء قولين في مسألة على قولين في أخرى، ووجهين في مسألة على وجهين في أخرى، فلا يكاد يترجَّح على عكسه، والله أعلم.

## كِتَابُ الْعِدَّةِ (١)

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَالنَّظْرُ فِي عِدَّةِ الطَّلَاقِ وَالْوَفَاةِ وَالْأَسْتِيْرَاءِ \* أَمَّا عِدَّةُ الطَّلَاقِ فَبَابَانِ:

(١) العِدَّةُ بالكسر. معناها لغة الإحصاء. يقال عددت الشيء عِدَّةً بمنى أحصيته إحصاءً. وتقال على الشيء المعدود أيضاً. قال الله تعالى: ﴿فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخْرٍ﴾ أي (فمعدود). وقال تعالى: ﴿وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ﴾.

وفي المصباح والقاموس. عِدَّةُ المرأة أيام إقرائها والجمع عِدَدٌ كسِدْرَةٌ وسِدْرٌ. والعِدَّةُ بالضم. الاستعداد للأمر والتهيؤ له. وتطلق أيضاً. على ما أعددته لحوادث الدهر من مال أو سلاح. قال الله تعالى: ﴿وَلَوْ أَرَادُوا الْخُرُوجَ لَأَعَدُّوا لَهُ عِدَّةً﴾. وفي اصطلاح الفقهاء! تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح أو شبهته. من النكاح الفاسد أو الوطء بشبهة.

والتربص. هو الثبوت والانتظار. قال عز من قائل ﴿قُلْ هَلْ تَرْتَضُونَ بِنَا إِلَّا إِخْدَى الْحُسْنَيْنِ﴾ أي (هل تنتظرون بنا إلا الفتحة أو الشهادة في سبيل الله). وقال تعالى: ﴿فَتَرْتَضُوا إِنَّا مَعَكُمْ مُتْرِضُونَ﴾ أي (انتظروا إنا معكم منتظرون).

وشرع الله العِدَّةَ لحكم كثيرة، ومصالح جمة - منها العلم ببراءة الرحم وأن لا يجمع ماء الواطئين فأكثر في رحم واحد فتختلط الأنساب وتفسد وفي ذلك ما تمنعه الشريعة الفراء - ومنها إظهار شرف النكاح وحرمة العقد وخطورته وأنه ليس من الأمور التي يستهان بها ويجعل العوبة بيد المرأة حتى يتسنى لها بمجرد أن تحل عقدها من الرجل أن تفتش لغيره من ساعته بل لا بد من الانتظار والتربص وإظهار أثر النكاح بما يترتب عليه من العِدَّةِ إعلاماً بأن هذا النكاح من ذوي الشأن والميزات من بين العقود وما أجله من سر عند ذوي الأفهام الثاقبة والقرائح المتوقدة.

ومنها قضاء حق الزوج وإظهار تأثير فقدته في المنع من التزين والتجمل ولذلك شرع الإحداد عليه أكثر من الإحداد على الوالد والولد فلو لم يكن ثمة عِدَّةٌ وتزوجت بغيره فوراً لكان هذا من أعظم هضم لحقوق الزوج الذي طالما أمدهما بنعمه وغرس في هيكَل جسمها بذور نعماته؛ فلذلك شرعت لرعاية حرمة وحفظاً لتاموس كرامته ومنها تطويل زمان الرجعة للمطلق لعله أن يتذكر فيندم ويتفكر طول عسرتها معه فيتحسر ويتألم ويشعر بخدمتها له فيرجع إليها فيتهدب ويتعلم.

ومنها الأخذ بالأحوط لمصلحة الزوج والزوجة والقيام بشؤون الولد لعلها بعد تفرقها من بعلها وهي ذات ولد أن ترجع عما يهيجس بخاطرها من الغضب والغطرسة فترجع إلى زوجها لتربية ولدها في عز أبيه وصولته والده فتكون قد أحسنت لنفسها ولزوجها وولدها وأنعم بها بحكمة وأكرم بها مصلحة.

## البَابُ الْأَوَّلُ فِي عِدَّةِ الْحَرَائِرِ وَالْإِمَاءِ

وَهِيَ بِالْأَقْرَاءِ \* أَوْ بِالْأَشْهَرِ \* أَوْ بِالْحَمَلِ (النُّوعُ الْأَوَّلُ الْأَقْرَاءُ) وَجَمِيعُ ذَلِكَ يَجِبُ لِلْبَرَاءَةِ وَلَكِنْ يَكْفِي جَرَيَانُ سَبَبِ الشُّغْلِ مِنْ تَغْيِيبِ الْحَشْفَةِ وَوَطْءِ الصَّبِيِّ وَالْخَصِيِّ \* وَيَجِبُ عَلَى الْمُعْلَقِ طَلَاقُهَا عَلَى يَقِينِ الْبَرَاءَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْعِدَّةُ؛ الْأَسْمُ مِنَ الْأَعْدَادِ، يُقَالُ: أَنْفَذْتُ عِدَّةَ كِتَابٍ أَيْ جَمَاعَةَ كِتَابٍ، وَقَدْ يُجْعَلُ مُصَدَّرًا، وَعَدَدْتُ الشَّيْءَ عَدًّا، فَالْأَسْمُ الْعَدَدُ وَالْعَدِيدُ، وَاعْتَدْتُ الْمَرَأَةَ اعْتِدَادًا، وَيُقَالُ: عَدَّهُ فَاَعْتَدْتُ أَي: صَارَ مَعْدُودًا، وَيُقَالُ: اعْتَدْتُ بِكَذَا.

وفي الشريعة: العدة اسم لمُدَّة معدودة تَتَرَبَّصُ فِيهَا الْمَرَأَةُ؛ لِتَعْرِفَ بَرَاءَةَ الرَّحْمِ.

وَالْأَصْلُ فِيهَا آيَاتُ كَقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] وَقَوْلِهِ ﴿وَاللَّائِي يَشْنَنُ مِنْ أَلْمَجِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ﴾ [الطلاق: ٤] وَقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَأُولَاتِ الْأَحْمَالِ [أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ]﴾ وَقَالَ: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ [مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ] أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤] وَالْأَخْبَارُ عَلَى مَا سَنَدَكُهَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

وَأَعْلَمُ أَنَّ الْمُدَّةَ الْمَسْتَدَلَّ بِمُضِيِّهَا عَلَى بَرَاءَةِ الرَّجْمِ تَتَعَلَّقُ تَارَةً بِالنِّكَاحِ، وَوَطْءِ الشَّبِيهِ، وَتَشْهَرُ بِاسْمِ «الْعِدَّةِ»، وَأُخْرَى بِمَلِكِ الْيَمِينِ، إِمَّا حِصُولًا فِي الْإِبْتِدَاءِ أَوْ زَوَالًا فِي الْإِنْتِهَاءِ، وَتَشْهَرُ بِاسْمِ «الاسْتِبْرَاءِ»، وَالنُّوعُ الْأَوَّلُ يَنْقَسِمُ إِلَى: مَا يَتَعَلَّقُ بِفِرْقَةِ تَحْصُلِ بَيْنِ الزَّوْجَيْنِ، وَالزَّوْجِ حَيٍّ؛ كَفِرْقَةِ الطَّلَاقِ وَاللِّعَانِ وَالْفُسُوحِ، وَتَشْهَرُ بَعْدَ الطَّلَاقِ؛ لِأَنَّهُ أَظْهَرَ سَبَابِ الْفِرَاقِ، وَحُكْمِ الْعِدَّةِ عَنِ وَطْءِ الشَّبِيهِ حُكْمُهَا، وَإِلَى: مَا يَتَعَلَّقُ بِفِرْقَةِ تَحْصُلِ بِمَوْتِ الزَّوْجِ، وَهُوَ عِدَّةُ الْوَفَاةِ، فَاشْتَمَلَ الْكِتَابُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ: عِدَّةُ الطَّلَاقِ، وَعِدَّةُ الْوَفَاةِ، وَالْإِسْتِبْرَاءِ.

القِسْمُ الْأَوَّلُ: عِدَّةُ الطَّلَاقِ، وَمَا فِي مَعْنَاهُ؛ وَإِنَّمَا تَجِبُ إِذَا حَصَلَتْ الْفِرْقَةُ بَعْدَ الدِّخُولِ، فَإِنْ حَصَلَتْ قَبْلَهُ، لَمْ يَجِبْ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ [أَفَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا]﴾ [الأحزاب: ٤٩] الْآيَةُ وَاسْتَدْخَالَ الْمَرَأَةَ مِنْ بَيْنِ الزَّوْجِ مَقَامَ الدِّخُولِ فِي وُجُوبِ الْعِدَّةِ، وَكَذَا فِي ثَبُوتِ النَّسَبِ<sup>(١)</sup>، وَكَذَلِكَ اسْتَدْخَالَ مَاءٍ مَنْ تَطَنَّهُ

(١) مراده الماء المحترم كما ذكره الشيخ في باب ما يحرم من النكاح ولفظه وإن أنزل الزوج بالزنا، حكى البغوي أنه لا يثبت النسب أي إذا استدخلته زوجته ولا المصاهرة ولا العدة، ثم قال وقال البغوي من عند نفسه أي لا من كلام الأصحاب، وجب أن تثبت هذه الأحكام كما لو وطئ زوجته يظن أنه يزني بها، انتهى.

زوجها<sup>(١)</sup> يقوم مقام وطء الشبهة، ولا اعتبار بقول الأطباء: إن الماء إذا ضربته الهواء، لم ينعقد منه الولد، فهو شيء مقول بالظن لا ينافي الإمكان وفي «التتمة» حكاية وجه آخر: أن الاستدخال لا يوجب العدة إعراضاً عن النظر إلى شغل الرحم وإدارة للحكم على الإبلاج، ولا تقوم الخلوة مقام الدخول في القول الجديد، على ما مرّ في كتاب الصّدّاق، قال الأئمة: ولما كانت عدّة الطلاق لطلب البراءة، لم تجب بالفراق عن مُطلق النكاح، بل اعتبر جريان سبب شغل الرحم؛ ليجتاز إلى معرفة براءته، ثم لا يُعتبر تحقّق الشغل، ولا توهُّمه، فإنّ الإنزال خفيّ يختلف في حقّ الأشخاص، وفي الشخص الواحد باعتبار ما يفرض له من الأشغال، فيعسر تتبّعه ويفتح، فأعرض الشرح عنه، واكتفى بسبب الشغل، وهو الوطاء، الوطاء بتغييب قدر الحشفة، وهذا صنيعه في تعليق الأحكام بالمعاني الخفية؛ ألا ترى أن للاعتقاد الصحيح الذي هو المطلوب. وبه تحصل النجاة، لَمَّا كان أمراً خفياً؛ لكونه في الضمير، علّقت الأحكام بالكلمة الظاهرة، حتّى لو توفّرت القرائن الدالة على أن الباطن يُخالف الظاهر، كما إذا أكره على الإسلام بالسيف، لا يُبالي بها، ويدير الحكم على الكلمة، وأن مناط التكليف، وهو العقل والتمييز، لما كان خفياً يحصل على التدرّج، ويختلف بالأشخاص والأحوال أعرضنا عن تبعه ومعرفة كَمَالِهِ، وعلّقنا البلوغ بالسن أو الاحتلام.

إذا عُرفَ ذلك، فلو طلقَ الخَصىُّ زوجته بعدما دخل بها، وجبت العدة، وإن بُعد احتمال العُلوق منه، على أنّا قد ذكرنا أنّه يلحقه الوالد على الأظهر، والمراد من الخَصىِّ المسلول الخصيتين الباقي الذكّر، وأما مجبوب الذكّر الباقي الأثيين، فلا يوجد منه الدُخول، فلا تجب عدّة الطلاق على زوجته، إذا كانت حائلاً، فإنّ ظهّر بها حمل فقد ذكرنا في اللعان: أنه يلحقه الولد، فعليها العدة بوضع الحمل، والممسوح الذي لم يبق له شيء لا يتصوّر منه دخول، ولو أتت بولد لا يلحقه على الظاهر، فلا يجب على زوجته عدّة الطلاق، ووطء الصبي، وإن كان في سنّ لا يولد له، يكفي في إيجاب العدة من الطلاق لأن الوطاء شاغل في الجملة على ما ذكرنا، ولذلك لو علّق الطلاق على براءة الرّجِم يقيناً، وحصلت الصفة، وقع الطلاق، ووجبت العدة، إذا كانت مدخولاً بها، ثم إن المصنّف أودع الكلام في عدّة الطلاق في بابين:

أحدهما: في كيفية العدة في الحرائر والإماء.

والثاني: في أنّه إذا تعدّد السبب الموجب للعدة، متى تتداخل العدة، ومتى يمتنع التداخل، ويبيّن في صدر الباب أن عدّة الطلاق ثلاثة أنواع: الأقراء، والأشهر،

(١) في ز: زوجاً لها.

والحمل. ولا مدخل للأقراء في عدة الوفاة، وإنما هي بأحد النوعين الآخرين، والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَالْأَقْرَاءُ هِيَ الْأَطْهَارُ (ح) \* وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ فِي كُلِّ قُرْءٍ طَلَقَةٌ لَمْ يَقَعِ إِلَّا فِي الطُّهْرِ \* ثُمَّ بَقِيَّةُ الطُّهْرِ قُرْءٌ وَاحِدٌ وَلَوْ لَحِظْتَ \* وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ مَعَ آخِرِ جُزْءٍ مِنَ الطُّهْرِ فَالْإِنْتِقَالُ لَيْسَ عَلَى الْقَوْلِ الْجَدِيدِ \* وَالْقُرْءُ هُوَ الطُّهْرُ الْمُخْتَوِّشُ بِدَمِينٍ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ \* فَبَقِيَّةُ طُهُرِ الصَّبِيَّةِ قَبْلَ الْحَيْضِ لَيْسَ بِقُرْءٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْقُرْءُ بِالْفَتْحِ يُجْمَعُ عَلَى أَقْرَاءٍ وَقُرُوءٍ وَأَقْرُوءٍ، وَيُقَالُ أَيْضاً: قُرْءٌ بِالضَّمِّ، وَزَعَمَ بَعْضُهُمْ أَنَّ الْقُرْءَ بِالْفَتْحِ هُوَ الطُّهْرُ وَهُوَ الَّذِي يَجْمَعُ عَلَى فُعُولٍ، كَحَزَبٍ وَحُرُوبٍ، وَضَرْبٍ وَضُرُوبٍ، وَالْقُرْءُ بِالضَّمِّ الْحَيْضُ، وَيُجْمَعُ عَلَى أَقْرَاءٍ كَفَعَلَ وَأَفْعَالٍ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ الضَّمِّ وَالْفَتْحِ، وَيَقَعُ هَذَا الْأِسْمُ عَلَى الْحَيْضِ وَالطُّهْرِ جَمِيعاً، وَالْحَيْضُ هُوَ الْمُرَادُ فِيمَا رَوَى أَنَّهُ - ﷺ - قَالَ لِفَاطِمَةَ بِنْتِ أَبِي حُبَيْشٍ: «دَعِي الصَّلَاةَ أَيَّامَ أَقْرَائِكَ» وَفِي قَوْلِهِمْ: دَفَعَ فُلَانٌ جَارِيَتَهُ إِلَى ثَلَاثَةِ تَقْرِئِهَا أَيْ تَمَسْكُهَا حَتَّى تَحِيضَ عِنْدَهَا، لِلِاسْتِبْرَاءِ وَالطُّهْرِ هُوَ الْمُرَادُ، بِمَا رَوَى أَنَّهُ - ﷺ - قَالَ لِأَبْنِ عَمْرٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَقَدْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ فِي الْحَيْضِ «إِنَّمَا السُّنَّةُ أَنْ تَسْتَقْبِلَ بِهَا الطُّهْرَ ثُمَّ تُطَلِّقُهَا فِي كُلِّ قُرْءٍ طَلَقَةً» وَقَوْلُ الْأَعْمَشِيِّ:

لَمَّا ضَاعَ فِيهَا مِنْ قُرُوءٍ نِسَائِكَا<sup>(١)</sup> .....

والكناية راجعة إلى الفرقة؛ والذي يضيع في غيبة الزوج طهر المرأة، وأما الحيض، فيستوي في حال الحضور والغيبة، ويقال: أقرأت المرأة فهي مُقرِءٌ، إذا حاضت، وأقرأت إذا طهرت، وقد قيل: إن اللفظة مأخوذة من قولهم: قرأت الطعام في الشدق، وقرأت الماء في الحوض، أي: جمعته، وقد تُحذف الهمزة، فيقال: قرئت الماء.

وزمان الطهر تجمع الدم في الرحم، وزمان الحيض تجمع شيئاً وترسل شيئاً، إلى أن يدفع الكل، فيحصل معنى الجمع فيهما، وقيل: الأصل فيه الضم، يقال: ما قرأت فلانة جنيناً أي: لم تضم رجمها على ولد، ومنه يسمى القرآن قرآناً؛ لأنه يضم السور والآيات، وهذا والجمع متقاربان، وقيل: هو مأخوذ من القرء والقارىء، وهو الوقت الذي يأتي فيه الشيء، يقال: أقرأت حاجتك، أي دنت وأقرأت الريح، إذا هبت لوقتها، وأقرأت المرأة، إذا دنا وقت حيضها أو طهرها، والقرء ذلك الوقت.

ثم في كيفية وقوع الاسم وجهان للأصحاب:

(١) في ز: بإقرار.

أحدهما: أنه حقيقة في الطهر مجازاً في الحيض، فإن الطهر هو الذي يجمع الدم في الرحم، ويحبسه، وقد قيل: إنه مأخوذٌ من قولهم أَقْرَأْتُ النُّجُومَ إِذَا تَأَخَّرَ مَطَرُهَا، وأيام الطهر هي التي يتأخَّر فيها خروج الدم.

وأصحهما: أنه حقيقة فيهما جميعاً، والوجهان مبنيان على أنه يعتبر في اللفظ خصوصُ المعنيين وأنه ليس عبارة عن المعنى المشترك بينهما، وإلا كان وقوعه عليهما كوقوع الحيوان على الإنسان وغيره، ولم يكن حقيقةً في أحدهما<sup>(١)</sup>، مجازاً في الآخر، لا مشتركاً بينهما. هذا ما يتعلَّق بحال اللفظ ثم المراد عندنا من القرء المذكور في القرآن، والمحسوب من العدة الأطهار، وبه قال مالك.

وقال أبو حنيفة: المراد الحيض، وبه الاعتداد، عن أحمد روايتان، كالمذهبيين، واحتج الشافعي - رضي الله عنه - بقوله تعالى: ﴿فَطَلَّقُوهُنَّ [لِعِدَّتِهِنَّ]﴾ [الآية]<sup>(٢)</sup> والمعنى: في زمان عدتهن، وقد توضَّح اللام موضع «في» كقوله تعالى: ﴿وَنَضَعُ الْمَوَازِينَ الْقِسْطَ لِيَوْمِ الْقِيَامَةِ﴾ [الأنبياء: ٤٧] أي في يوم القيامة، وحذف لفظ «الزمان»؛ لأن العدة تستعمل مصدرًا، والمصادر يُعبَّر بها عن الزمان، يقال: آتيك حُفُوقَ النُّجُمِ أَي زَمَانَ طُلُوعِهِ وَإِشْرَاقِهِ، وفعلتُ كذا مَقْدِمَ الْحَجِيجِ أَي زمان قدمهم، وإذا كان المعنى «فَطَلَّقُوهُنَّ فِي زَمَانِ عِدَّتِهِنَّ» كانت الآية إذناً في زمان العدة، ومعلوم أن الطلاق في الحيض محرَّم، فينصرف الإذن إلى زمان الطهر، ويتصف كونه زمان الطهر بكونه زماناً للعدة، وأيضاً قد مر في أول الطلاق أن النبي - ﷺ - قرأ «لِقَبْلِ عِدَّتِهِنَّ» وأن قبل الشيء أوله، والطلاق المأذون فيه هو الطلاق في الطهر، فيكون ذلك أول العدة، ويروى أن الشافعي وأبا عبيد القاسم بن سلام - رحمهما الله - تناظرًا في القرء، وكان الشافعي - رضي الله عنه - يقول: إنه الحيض، وأبو عبيد يقول «إنه الطهر» فلم يزل كل واحد منهما يقرِّر قوله حتى تفرَّقا، وقد انتحل كل واحد منهما مذهب صاحبه، وتأثر بما أورده من الحجج والشواهد، وهذه الحكاية تقتضي أن يكون للشافعي - رضي الله عنه - قولٌ قديم أو حديث يوافق مذهب أبي حنيفة، ثم الطهر المُفسَّر به القرء، كيف يعتبر؟ فيه قولان:

(١) في أ: غيرهما.

(٢) سقط في ز.

(٣) قال الحافظ في التلخيص: هو في حديث ابن عمر في طلاق امرأته في بعض طرق مسلم من طريق ابن الزبير أنه سمع عبد الرحمن بن أيمن يسأل ابن عمر، كيف ترى في رجل طلق امرأته، الحديث وفيه هذا وأما اختلافهم في أنه قراءة أو تفسير فقال الزوياني في البحر: لعله قرأ ذلك على وجه التفسير لا على وجه التلاوة وقال ابن عبد البر: هي قراءة ابن عمر وابن عباس وغيرهما، لكنها شاذة، لكن لصحة إسنادها يحتج بها وتكون مفسرة لمعنى القراءة المتواترة.

قال الشافعي - رضي الله عنه - في كتاب «الرسالة»: المُعْتَبَرُ فِيهِ الْإِنْتِقَالُ إِلَى الْحَيْضِ، وَهُوَ الَّذِي يُسَمَّى قَرَاءً؛ أَخْذًا مِنْ قَوْلِهِمْ «قَرَأَ النَّجْمُ» إِذَا طَلَعَ، «وَقَرَأَ» إِذَا غَابَ، وَقَدْ يُقَالُ قَرَأَ أَيِ انْتَقَلَ مِنْ بَرَجٍ إِلَى بَرَجٍ، وَقَدْ يَقْتَضِي الْإِشْتِقَاقُ وَقُوعَ الْأَسْمِ عَلَى الْإِنْتِقَالِ مِنَ الْحَيْضِ<sup>(١)</sup> إِلَى الطُّهْرِ؛ لَوْقُوعِهِ عَلَى الْإِنْتِقَالِ [مِنَ الطَّهْرِ إِلَى الْحَيْضِ]، وَذَكَرْنَا شَيْئًا مِنَ التَّفْرِيعِ عَلَيْهِ فِي أَوَّلِ الطَّلَاقِ. وَقَالَ أَبُو سَعْدِ الْمَتَوَلَّى: الْإِنْتِقَالُ مِنَ الْحَيْضِ إِلَى الطَّهْرِ لَا يَدُلُّ عَلَى بَرَاءَةِ الرَّجْمِ؛ فَإِنَّهَا قَدْ تَحْبِلُ مِنَ الْوَطْءِ فِي زَمَانِ الْحَيْضِ، ثُمَّ يَنْقَطِعُ فِيهَا، وَالْإِنْتِقَالُ مِنَ الطَّهْرِ إِلَى الْحَيْضِ يَدُلُّ عَلَى الْبَرَاءَةِ؛ لِأَنَّ الْغَالِبَ أَنَّ الْحَامِلَ لَا تَرَى الدَّمَّ، فَاعْتَبِرَ الشَّرْعُ هَذَا الْإِنْتِقَالَ، وَلَمْ يَعْتَبِرْ ذَلِكَ الْإِنْتِقَالَ.

وقال - رضي الله عنه - في «الأم»: الْمَعْتَبَرُ طَهْرٌ مُخْتَوِّشٌ بِدَمِينٍ لَا مَجْرَدُ الْإِنْتِقَالِ مِنَ الطَّهْرِ إِلَى الْحَيْضِ؛ وَفِي هَذِهِ الْمُدَّةِ يَخْضُلُ مَعْنَى الْجَمْعِ وَالضَّمِّ، وَقَدْ ذَكَرَ صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» وَالْقَاضِي الرُّوْيَانِيُّ وَغَيْرُهُمَا أَنَّ هَذَا الثَّانِي أَصْحَحُ، لَكِنَّهُ يَخَالِفُ مَا حَكَيْنَا فِي الطَّلَاقِ؛ أَنَّ أَكْثَرَهُمْ حَكَمُوا بِوُقُوعِ الطَّلَاقِ فِي الْحَالِ، إِذَا قَالَ لِلتِّي لَمْ تَحْفَلِ: أَنْتِ طَالِقٌ فِي كُلِّ قَرَاءَةٍ مَع تَعَلُّقِ الصُّورِ بِهَذَا الْأَصْلِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَجْعَلَ تَرْجِيحَهُ، لَوْقُوعِ الطَّلَاقِ لِمَعْنَى يَخْتَصُّ بِتِلْكَ الصُّورَةِ، لَا لِرَجْحَانِ الْقَوْلِ بِأَنَّ الْقَرَاءَةَ هِيَ الْإِنْتِقَالُ مِنَ الطَّهْرِ إِلَى الْحَيْضِ، وَإِذَا طَلَّقَهَا، وَقَدْ بَقِيَ مِنَ الطَّهْرِ بَقِيَّةً، فَتَحْسَبُ تِلْكَ الْبَقِيَّةَ قَرَاءَةً، وَيَجُوزُ أَنْ يُسَمَّى بَعْضُ الْقَرَاءَةِ مَعَ قَرَعَيْنِ تَامِينَ ثَلَاثَةَ أَقْرَاءَ، كَمَا يَقُولُ الْقَائِلُ: خَرَجْتَ مِنَ الْبَلَدِ لثَلَاثِ مَضِينَ مَعَ وَقُوعِ خُرُوجِهِ فِي الثَّلَاثَةِ، وَقَالَ تَعَالَى: ﴿الْحَجُّ أَشْهُرٌ مَعْلُومَاتٌ﴾ وَالْمُرَادُ شَوَالٌ، وَذُو الْقَعْدَةِ، وَبَعْضُ ذِي الْحِجَّةِ، وَلَا فَرْقَ فِي الْإِعْتِدَادِ بِالْبَقِيَّةِ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ قَدْ جَامَعَهَا فِيهِ، أَوْ لَمْ يَجَامِعْهَا، وَيَتَرْتَبُ عَلَى الْخِلَافِ فِي أَنَّ الْقَرَاءَةَ الْحَيْضُ أَوْ الطُّهْرُ، قِصْرُ الْمُدَّةِ وَطَوْلُهَا، فَمَنْ قَالَ: إِنَّهُ الطَّهْرُ، قَالَ: إِذَا طَلَّقَهَا، وَهِيَ طَاهِرٌ، فَحَاضَتْ، ثُمَّ طَهَّرَتْ، ثُمَّ حَاضَتْ، ثُمَّ طَهَّرَتْ، ثُمَّ حَاضَتْ، فَقَدْ انْقَضَتِ الْعِدَّةُ، وَإِنْ طَلَّقَهَا فِي الْحَيْضِ، فَإِذَا شَرَعْتَ فِي الْحَيْضَةِ الرَّابِعَةِ، انْقَضَتِ الْعِدَّةُ [وَأَعْنَدُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمَنْ قَالَ: إِنَّ الْقَرَاءَةَ الْحَيْضُ، إِذَا طَلَّقْتَ فِي الطُّهْرِ، فَلَا تَنْقُضِي الْعِدَّةَ مَا لَمْ تَطْهُرْ مِنَ الْحَيْضَةِ الثَّلَاثَةِ وَلَا تُحْتَسَبُ بَقِيَّةُ الطُّهْرِ قَرَاءَةً، وَإِذَا طَلَّقْتَ فِي الْحَيْضِ، لَمْ تَنْقُضِ الْعِدَّةَ مَا لَمْ تَطْهُرْ مِنَ الْحَيْضَةِ الرَّابِعَةِ.

واشترط أبو حنيفة مع الطهارة من الحيض أن تغتسل أو تتيّم عند العجز عن الماء أو يمضي عليها وقت صلاة، إن انقطع دمها لما دون أكثر الحيض، وإن انقطع للأكثر، سلّم أنه لا يشترط شيء من ذلك.

(١) سقط في ز.



وعن أحمد تفريعاً على أن الفَرْء الحيض: أن العدة لا تَنْقِضِي حتى تغتسل، سواء انقطع الدم للأكثر أو لما دونه، قال الشافعي - رضي الله عنه - [و] <sup>(١)</sup> ليس في الكتاب والسنة ما يدل على اشتراط الغُسل في انقضاء العدة، وهل يُحَكَم بانقضاء العدة برؤية الدم للحِيضَة الثالثة أو الرابعة؟ الذي رواه الربيع والمزني: أَنَا نَحْكُم بِهِ، وعن رواية البويطي وحرملة اعتبار مضي يوم وليلة، وفيهما طريقان [للأصحاب]: <sup>(٢)</sup>

أشهرهما: أن المسألة على قولين:

أحدهما: أنه يعتبر مضيهِ، لِيُعْلَم أنه دم حيض.

وأصحهما: المنع؛ لأن الطاهر أن الذي طهر دم حيض، ولا يجب للعدة إلا ثلاثة قروء وقد رُوِيَ عن عائشة وزيد بن ثابت - رضي الله عنهما - أنها قالا: إِذَا طَعَنْتِ الْمُطَلَّقَةَ فِي الدَّمِ مِنَ الْحَيْضَةِ الثَّالِثَةِ، فَقَدْ بَرِّتَتْ مِنْهُ.

وعن عثمان وابن عمر - رضي الله عنهما -: [أنها] «إِذَا طَعَنْتِ فِي الْحَيْضَةِ الثَّالِثَةِ، فَلَا رَجْعَةَ لَهُ».

والثاني أن رواية الأولين محمولة على ما إذا [رأت الدم على عاداتها، ورواية الآخرين محمولة على ما إذا] رآته على خلاف عاداتها، وإذا حكمنا بانقضاء العدة برؤية الدم، فلو لم يبلغ أقل الحيض، ولم يعد حتى مضي أقل الطهر بان خلاف ما ظنَّاه، ولم تكن العدة منقضية حينئذ، ولحظة رؤية الدم أو اليوم واللييلة إن اعتبرناهما [هل هما] من نفس العدة أو يتبين بهما انقضاء العدة، وليس من نفس العدة؟ فيه وجهان:

أصحهما الثاني، ثم في الفصل صورتان متعلقتان بالخلاف في أن الفَرْء طُهر محتوش بدمين، أو هو الانتقال من الطهر إلى الحيض:

إحدهما: إذا قال: أنتِ طالقٌ في آخر طُهرِكِ <sup>(٣)</sup> أو في آخر جزء من أجزاء طُهرِكِ، فهل يعد بذلك الجزء أقرء؟ فيه وجهان:

إن قلنا: القرء الانتقال من الطهر إلى الحيض، فقد حصل، وإن قلنا: طُهر محتوش بدمين، لم يمض عقيب الطلاق طُهرٌ، هذا حاله، ولا بَعْضٌ، فيشترط بعد الحيضة المتصلة بالطلاق ثلاثة أطهار كاملة.

الثانية: التي لم تحض أضلاً، قرؤها طهر أم لا؟ إن قلنا: القرء الانتقال، فننعم، وإن قلنا: طُهر محتوش بدمين، فلا، وقد سبق ذكر هذا فيما إذا قال: أنتِ طالقٌ ثلاثاً

(١) سقط في ز.

(٣) في ز: طهر.

(٢) سقط في ز.

في كل قرء طلقة، وسيعود في العدة لغرض آخر. ونختم ما أوردناه بكلامين<sup>(١)</sup>:

أحدهما: إذا أجدت التأمل فيه، عرفت أن قولهم «القرء هو الطهر المحتوش بدمين أو الانتقال من الطهر إلى الحيض» ما عَنَوَا به الطهر بتمامه، كما هو قضية ظاهر اللفظ؛ لأنه لا خلاف عندنا في أن بقية الطهر محسوب قرءاً، ولكن المراد به، هل يعتبر من الطهر المُحتَوَّش شيء أم يكفي الانتقال؟ والمكتفون بالانتقال قالوا: الانتقال وحده قرء ثم إن وجد شيء من الطهر قبله، فقد لا يخرجونه عن الاعتبار، ويجعلونه متناولاً باسم القرء؛ ألا ترى أنهم ذكروا فيما إذا قال للتي لم تحض: أنت طالق في كل قرء طلقة؛ تفرعاً على هذا القول: أنه يقع الطلاق في الحال، ولم يؤخروا الوقوع إلى أن تحيض للانتقال، وهذا كما أن اسم البدن يقع على الجنة التي لا يد لها، ثم اليد من سليم اليدين متناولاً باسم البدن.

والثاني: ليُعْلَم قوله في الكتاب «والأقراء هي الأطهار» بالحاء، والألف، ولو عُلِم بالواو للمناظرة المحكية لم يبعد.

وقوله «ولو قال: أنت طالق في كل قرء طلقة لم يقع إلا في الطهر» تفرع يتضح به معنى القرء، والمسألة بأحوالها مذكورة في كتاب الطلاق.

وقوله «ثم بقية الطهر قرء» مُعْلَم بالحاء والألف، وقوله «أنت طالق مع آخر جزء من الطهر، فالانتقال ليس قرءاً على القول الجديد» لفظ «الجديد» محمول على «الأم»، و«الرسالة» أيضاً تُحْسَب من الجديد، والقول بأنه ليس بقرء هو القول الذاهب إلى أنه طهر محتوش بدمين، فلو لم يتعرض لذكر الوجهين بعده، ولم يقل «والقرء هو الطهر المحتوش بدمين على أحد الوجهين» وقال «فالانتقال ليس قرءاً على الجديد، بل هو الطهر المُحتَوَّش بدمين، فبقية طهر الصبية قبل الحيض ليس بقرء» كان حسناً مفيداً، وكأنه قصد بالسياق الذي ذكره أن في الطهر المحتوش قولين: أن القرء هو مجرد الانتقال منه، أو يعتبر مع الانتقال كل الطهر أو بعضه.

وأما غير المحتوش، فهل الانتقال منه مع بعضه طهر أم لا؟ فيه وجهان:

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَعِدَّةُ الْحُرَّةِ ثَلَاثَةُ أَقْرَاءٍ \* وَعِدَّةُ الْأَمَةِ فُرْآنٍ \* فَإِنْ أَعْتَقْتَ فِي أَثْنَاءِ الْعِدَّةِ فِيهِ كَالْحُرَّةِ فِي قَوْلٍ \* وَكَالْأَمَةِ فِي قَوْلٍ. وَفِي الْقَوْلِ الثَّلَاثِ إِنْ كَانَتْ رَجَعِيَّةً النَّحَقَّتْ بِالْحُرَّةِ، وَإِنْ كَانَتْ بَائِنَةً فَتَعْتَدُ بِقُرْءَيْنِ \* وَلَوْ وَطِئَ أَمَةٌ عَلَى ظَنِّ أَنَّهَا حُرَّةٌ فَعَلَيْهَا ثَلَاثَةُ أَقْرَاءٍ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ \* وَلَوْ وَطِئَ حُرَّةٌ عَلَى ظَنِّ أَنَّهَا أَمَةٌ لَمْ يُؤْتِرِ الظَّنُّ أَصْلًا.

(١) في ز: كلامي.

## قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَسْأَلَتَانِ:

إحداهما: الحُرَّةُ التي تَطْهَرُ وتَحِيضُ، تعدد من الطلاق بثلاثة قروء، والأُمَّةُ تَعْتَدُ بقراءين عن عمر - رضي الله عنه <sup>(١)</sup> - أنه قال: «يُطَلَّقُ الْعَبْدُ تَطْلِيْقَتَيْنِ وَتَعْتَدُ الْأُمَّةُ بِقُرْءَيْنِ».

ويُزَوَّى ذلك عن ابن عمر <sup>(٢)</sup> موقوفاً ومرفوعاً، قال الأئمة - رحمهم - الله تعالى: ومقتضى الأصول أن تعدد بقراء ونصف؛ لأن كلَّ عددٍ يُؤَثَّرُ فيه الرُّقُّ بالنقصان، يكون الرقيق فيه على النصف مما عليه الحر كالحدود وعدد المنكوحات والقَسَم، إلا أن القروء لا تتبع، فكمَّل، كالطلاق، ووجهوا قولهم أن القُرء لا يَتَّبَعُص، بأن القراء مفسَّر بالانتقال نصفه أو بالطَّهْرُ بَيْنَ الدَّمِين، والانتقال لَيْسَ شيئاً يَتَّبَعُص، والطَّهْرُ بَيْنَ الدَّمِين إنما يظهر نصفه إذا طهر كله يعود الدم، فلا بد من الانتظار إلى أن يَعُودَ الدَّمُ والمكاتبه وأم الولد [والمدبرة] في العدة؛ كَالْقَتَّة، وكذا مَنْ بعضها رقيق، ولو وُطِّتْ أُمَّةٌ بِنِكَاحٍ فاسدٍ أو بشبهة نكاحٍ اعتدت <sup>(٣)</sup> بقراءين كما في الطلاق عن النكاح الصحيح، وإن وُطِّتْ بشبهة مَلِكِ اليمين، فَتَسْتَبْرِءُ بِقُرءٍ واحدٍ.

وإن عَتَّتِ الأُمَّةُ الْمُطَلَّقة في العدة، نُظِرَ؛ إن كانت رجعية، فقولان: الجديد وأحد القولين في القديم: أنه يجب عليها تكميل عدة الحرائر.

والثاني، من قولِي القديم: أنها تقتصر على ما وجب في الابتداء، وهو قرءان، وإن كانت بائنة، فالقديم وأحد قولِي الجديد: أنها تعدد بقراءين.

وللثاني أنها تُكْمَلُ عدة الحرائر، وإذا أطلقت، قلت فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: أنها تنقع بقراءين بائنة كانت أو رجعية، وبه قال مالك - رحمه الله -؛ لأن الحرَّية طرأت بعد دخول العدة عليها، فلا يتغير الواجب بها.

والثاني، وبه قال المزني، أنها تكمل عدة الحرائر بائنة كانت أو رجعية؛ لأنه وَجِدَ سَبَبُ العدة الكاملة في أثناء العدة، فتنقل عليها كما لو رأت الدم في خلال الأشهر.

والثالث، وبه قال أبو حنيفة وأحمد - رحمهما الله -: إن كانت رجعية، تكمل <sup>(٤)</sup> عدة الحرائر، وإن كانت بائنة، فلا؛ لأن الرجعية كالمَّنكُوحَة في أكثر الأحكام، فصار كما إذا عَتَّتْ قَبْلَ الطلاق، وهذا كما أن الرجعية تنتقل إلى عدة الوفاة، لو مات عنها زوجها، والبائنة لا تنتقل، وهو أصحُّ الأقوال، فيما ذكر صاحب «التهذيب» وجماعة.

(١) موقوف، أخرجه البيهقي [٤٢٥/٧] من طريق الشافعي بسند متصل صحيح إليه، ورواه البيهقي من وجه آخر، ورواه الشافعي من وجه آخر عن رجل من ثقف أنه سمع عمر يقول: لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفاً، فقال له رجل: فاجعلها شهراً ونصفاً، فسكت عمر.

(٢) تقدم.

(٣) في ز: تقرين.

(٤) في ز: فكمّل.

وعن أبي إسحاق الثاني - الذي اختاره المزني -، وعلى ذلك جرى المحاملي وصاحب «المهذب» وغيرهما: ولو طلق العبد زوجته طلاقاً رجعيًا، فَعَتَقَتْ في العدة، فقد مر في خيار العتق أن لها أن تفسخ<sup>(١)</sup> في الحال أو تؤخر، وأنها إن فسخت، فتستأنف عدة أخرى أو تُبْتِنَى على تلك العدة فيه خلاف يُذَكَّر فيما إذا طلق الرجعية طلاقاً أخرى، وعن أبي إسحاق وغيره: القَطْع بأنها تبني، ويجري الطريقان فيما لو أخرجت الفسخ، حتى راجعها الزوج ثم فسخت قبل الدخول، قال في «التتمة»: والمهذب أنها تستأنف؛ لأنها فسخت، وهي زوجته، والفسخ يوجب العدة، وحيث قلنا: تستأنف فتستأنف عدة الحرائر، وإذا قلنا تبني، فتكمل عدة الحرائر أو تقتصر على عدة الإماء؟ فيه الخلاف المذكور فيما إذا عتقت في عدتها، ولا فسخ، وعن ابن أبي إسحاق: القَطْع بأنها تستأنف؛ لأن الفسخ سبب لانقضاء العدة.

الثانية: [ولو]<sup>(٢)</sup> وطىء أمة إنسان على ظن أنها أمته، قال في «التتمة»: لا يلزمها إلا قرء واحد؛ لأنها في نفسها مملوكة، والشبهة شبهة ملك اليمين، ولو ظنها زوجته المملوكة، حكى فيه وجهين:

أحدهما: أنه يجب قرء واحد؛ لأنها مملوكة في الحقيقة.

وأظهرهما، وبه أجاب العبادي: أنه يجب قرءان؛ لأن الزوجة المملوكة كذلك تترىص وهو يعتقد أنها زوجة مملوكة، وإن ظنها زوجته الحرة فهذه صورة الكتاب، وفيها الوجهان: إن اعتبرنا اعتقاد<sup>(٣)</sup> الرجل، فعليها ثلاثة أقرء، وإلا ففي «التتمة» أنه لا يجب إلا قرء واحد، وفي «الوسيط» وغيره: أنه يجب قرءان؛ لأن الزوجة المملوكة هكذا تترىص<sup>(٤)</sup>، ولو وطىء حرة على ظن أنها أمته المملوكة، فقد قطع قاطعون بأنه يلزمها<sup>(٥)</sup> ثلاثة أقرء، لأن الظن يؤثر في الاحتياط لا في المساهلة، وأجرى المتولي الوجهين، إن اعتبرنا حالها، وجب ثلاثة أقرء، وإلا، فيكفيها قرء واحد؛ لأن الزوج يعتقد أنه وطئها وطئاً لا يوجب الاستبراء، وأجرى الوجهين فيما إذا ظنها زوجته المملوكة، ففي وجه: يجب ثلاثة أقرء، وفي وجه قرءان، والأشبه النظر إلى ظن الرجل، واعتقاده فإن العدة إنما تجب رعاية لحقه، وأنها كانت على ظنه، فكما يؤثر الظن في أصل العدة جاز أن يؤثر الظن في صفة العدة وقدرها.

(١) في أ: الفسخ.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: اعتداد.

(٤) قال الماوردي: والذي قال به جمهور أصحابنا أنه تعتد عدة أمة؛ لأن عدة الزوجية معتبرة بحال الأمة دون الوطء.

(٥) في ز: يلزمه. (٦) ومراده الأشبه من جهة النظر والقياس لاحق جهة النقل.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَالْعِدَّةُ بِالْأَقْرَاءِ ظَاهِرَةٌ فِي الْمُسْتَقِيمَةِ الْعَادَةِ \* وَكَذَلِكَ فِي الْمُسْتَحَاضَةِ الْمُمَيَّزَةِ أَوْ الْحَافِظَةِ لِلْعَادَةِ \* وَأَمَّا النَّاسِيَةُ فَيَكْفِيهَا ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ بِالْأَهْلَةِ فَإِنْ طُلِقَتْ وَقَدْ بَقِيَ مِنَ الشَّهْرِ خَمْسَةَ عَشَرَ يَوْمًا فَيَكْفِيهَا بَقِيَّةُ الشَّهْرِ وَشَهْرَانِ آخَرَانِ \* وَإِنْ بَقِيَ أَقَلُّ فَلَا بُدَّ مِنْ ثَلَاثَيْنِ يَوْمًا لِلشَّهْرِ الْمُتَكَسِّرِ وَشَهْرَيْنِ آخَرَيْنِ \* وَقِيلَ: يَكْفِيهَا شَهْرَانِ آخَرَانِ \* وَقِيلَ: إِذَا أَنْكَسَرَ شَهْرٌ أَنْكَسَرَ الثَّلَاثُ فَلَا بُدَّ مِنْ تِسْعِينَ يَوْمًا \* وَقِيلَ: إِنَّ عَلَى النَّاسِيَةِ الصَّبْرَ إِلَى سِنِّ الْبِئْسِ \* أَوْ أَرْبَعِ سِنِينَ \* أَوْ تِسْعَةَ أَشْهُرٍ \* لِأَنَّ الطُّهْرَ رُبَّمَا زَادَ عَلَى أَشْهُرٍ \* وَهَذَا يُسْتَمَدُّ مِنْ قَوْلِ الْأَخْيَاطِ \* وَلَكِنْ لَا يَجْرِي هَذَا فِي الرَّجْعَةِ وَالسُّكْنَى بَلْ فِيمَا عَلَيْهَا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْمَرْأَةُ بِالْقِسْمَةِ الْأُولَى؛ إِمَّا أَنْ تَرَى دَمًا أَوْ لَا تَرَاهُ، إِنْ كَانَتْ تَرَاهُ؛ فِيمَا أَنْ يَكُونَ لَهَا طُهْرٌ وَحَيْضٌ صَحِيحَانِ، وَإِمَّا أَنْ تَكُونَ مُسْتَحَاضَةً، وَإِنْ كَانَتْ لَا تَرَاهُ، فِيمَا أَنْ تَفْقِدَهُ بِسَبَبِ يُغْهَدُ، وَيَسْتَمِرُّ كَالصَّغِيرَةِ الَّتِي لَمْ يُفَاتِحْهَا الدَّمُ وَالْآيَسَةُ، وَإِمَّا أَنْ تَفْقِدَهُ، لِأَمْرِ عَارِضٍ فَهَوْلَاءُ أَصْنَافٌ مِنَ النَّسْوَةِ، الصَّنْفُ الْأَوَّلُ: اللَّوَاتِي لِهِنَّ حَيْضٌ وَطُهْرٌ صَحِيحَانِ، فَيُعْتَدْنَ بِأَقْرَائِهِنَّ، وَإِنْ تَبَاعَدَ حَيْضُهُنَّ، وَطَالَ طَهْرُهُنَّ.

وَالثَّانِي: الْمُسْتَحَاضَاتُ فَإِنْ كَانَ لِلْمُسْتَحَاضَةِ مَرَدٌّ، فَتُعْتَدُ بِالْأَقْرَاءِ الْمَرْدُودِ إِلَيْهَا، وَقَدْ عَرَفْتُ فِي الْحَيْضِ أَنَّ الْمَعْتَادَةَ مَرْدُودَةً إِلَى عَادَتِهَا، وَأَنَّ الْمُمَيَّزَةَ مَرْدُودَةً إِلَى التَّمْيِيزِ، وَأَنَّ فِي الْمَبْتَدَأَةِ قَوْلَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: الرَّدُّ إِلَى الْغَالِبِ، وَأَصْحَهُمَا: الرَّدُّ إِلَى الْأَقْلِ، وَعَلَى الْقَوْلَيْنِ: إِذَا مَضَتْ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ، فَقَدْ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا لِاشْتِمَالِ كُلِّ شَهْرٍ عَلَى حَيْضٍ، وَطَهْرٍ غَالِبًا وَشَهْرَهَا<sup>(١)</sup> ثَلَاثُونَ يَوْمًا، وَالْحِسَابُ مِنْ أَوَّلِ رُؤْيَةِ الدَّمِ، هَكَذَا أُطْلِقَ، وَيُمْكِنُ أَنْ يُعْتَبَرَ بِالْأَهْلَةِ عَلَى مَا سَنَذَكُرُ فِي النَّاسِيَةِ، وَقَدْ أَشَارَ إِلَيْهِ مُشِيرُونَ<sup>(٢)</sup>، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا مَرَدٌّ، وَهِيَ النَّاسِيَةُ الْمُتَحِيرَةُ، فَقَدْ ذَكَرْنَا فِي الْحَيْضِ قَوْلَيْنِ:

أَحَدُهُمَا أَنَّهَا كَالْمَبْتَدَأَةِ.

(١) فِي ز: وَشَهْرٍ بِهِمَا.

(٢) قَالَ فِي الْمَطْلَبِ: وَهَذَا مِنْهُ يَحْتَمَلُ أَمْرَيْنِ: أَحَدُهُمَا: أَنْ يَكُونَ الْإِعْتِبَارُ فِي دَوْرِهَا بِالْأَهْلَةِ لَا بِالْعَدَدِ مِنْ قَبْلِ وَقْتِ رُؤْيَةِ الدَّمِ، وَهُوَ مَا يَقْتَضِيهِ إِيرَادُ الْغَزَالِيِّ. وَالثَّانِي: وَهُوَ الْأَقْرَبُ أَنْ عِدَّتُهَا تَكُونَ بِالْأَشْهُرِ كَالصَّغِيرَةِ لِأَجْلِ أَنَّ الْأَشْهُرَ طَرَفٌ لِلطَّهْرِ وَالْحَيْضِ كَمَا سَيَأْتِي حِكَايَةً مِثْلَهُ وَجْهًا أَوْ قَوْلًا فِي الْمُتَحِيرَةِ وَإِنْ صَحَّ هَذَا لَزِمَ أَنْ تُعْتَدَ بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الطَّلَاقِ كَمَا تُعْتَدُ بِهَا الصَّغِيرَةُ وَالْآيَسَةُ، وَإِنَّمَا قُلْتُ: إِنَّ كَلَامَ الْغَزَالِيِّ يَقْتَضِي الْأَوَّلَ لِأَنَّهُ جَمَعَ بَيْنَ الْمَبْتَدَأَةِ وَالْمُتَحِيرَةِ فِي الْحُكْمِ وَقَالَ: إِنْ طَلَّقَهَا فِي آخِرِ الشَّهْرِ يَكْفِيهَا ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ بِالْأَهْلَةِ الْخُ وَالظَّاهِرُ عَوْدُ الْحُكْمِ الْمَذْكُورِ إِلَى الصُّورَتَيْنِ.

**والثاني، وهو الأصح:** أن عليها الاحتياط، فإن جعلناها كالمبتدأة، فتنقضي عدتها إذا مضت ثلاثة أشهر، وإن قلنا بالاحتياط، فوجهان:

أصحهما، وهو المذكور في الكتاب، في «باب الحيض»: أن الجواب كذلك كيلا تبقى معلقة طول عمرها، وليس كالاختياط في العبادات، فإن المشقة فيها لا تعظم عظم مشقة الانتظار، والتعطيل إلى سنّ اليأس.

**والثاني،** عن رواية صاحب «التقريب» وغيره: أنها تؤمر بالاحتياط، كما سنذكر في التي تباعد حيضها، وعلى هذا تؤمر بالترئص إلى سن اليأس، أو أربع سنين أو تسعة أشهر، ولا نقول بامتداد الرجعة وحق السكنتي جميع هذه المدة؛ لأن الزوج يتضرر به، بل لا يزيد ذلك على ثلاثة أشهر، ويختص الاحتياط بما يتعلّق بها، وهو تحريم النكاح، وإذا قلنا: تنقضي عدتها بثلاثة أشهر، فالاعتبار بالأشهر الهلالية، فإن انطبق الطلاق على أول الهلال، فذاك، وإن وقع في أثناء الشهر الهلالي؛ فإن كان الباقي أكثر من خمسة عشر يوماً، يُحسب ذلك قرءاً أيضاً وإن كان خمسة عشر فما دونها يحتسب قرءاً؟ فيه وجهان:

أحدهما نعم لأن الغالب أنه طهر، وأن الحيض يكون في أول الهلال.

وأظهرهما، على ما ذكره الإمام وغيره، وبه أجاب الشيخ أبو حامد: أنه لا يُحسب ذلك قرءاً؛ لاحتمال أن يكون كُله حيضاً، والتوجيه المذكور غير مُسلم، ولا معلوم، وعلى هذا، فقد ذكر أكثرهم أن ذلك الباقي لا اعتبار به، وتدخل في العدة عند استقبال الهلال، فتمكث ثلاثة أشهر، وتنقضي بها عدتها، والمفهوم مما لهم من تصريح وتلويح: أن الشهور ليست متأصلة في حق الناسية، ولكن يحسب كل شهر في حقها قرءاً؛ لاشتماله على حَيْض وطُهر في الغالب، وأشار بغضهم إلى أن الشهور أصل في حقها، كما في حق الصغيرة والمجنونة<sup>(١)</sup>، وقضية هذا أن تدخل في العدة من وقت

(١) قال في الخادم: قول الرافعي والمجنونة لعله سبق قلم لأن المجنونة لا تساوي الصغيرة، وصوابه كما في الصغيرة والآيسة، وذكر المجنونة هذا لا معنى له لأنها إن كانت ممن تحيض وعرفت حيضها فتعتد به وإن لم يعرف فهي متحيرة ويمكن أن يدفع التغليب بحمل كلامه في المجنونة على من لم يعلم هل لها دم أم لا، فإن الأصل عدم الدم فيكون من ذوات الأشهر المتأصلة في حقها، فيكون على الأشهر متأصلة في حق الصغيرة وفي حق الآيسة ليتحقق عدم الدم فيهما وفي حق المجنونة التي لم تعلم وجود دمها وإن أمكن وجوده، انتهى.

فيه أمران:

أحدهما: ما ذكر أنه المفهوم عزاه الشيخ أبو محمد في الفروق للشافعي فقال: وعدتها عند الشافعي بالأقراء لا بالأشهر ولكن جعل ثلاثة أشهر محلاً لثلاثة قروء ولم يعتبر دوراً في الحيض =

الطلاق، وتكون كما إذا طُلِّقَ ذَاتَ الأَشْهُرِ في أثناء الشهر الهلالي، فتعد المنكسر، وتمكث شهرين بالأهلة، وتمت المنكسر ثلاثين أو تُعَدُّ تسعين من يوم الطلاق، على خلاف سنذكره، وعلى هذا، ينطبق قوله في الكتاب «وإن بَقِيَ أَقْلُ فلا بدُّ من ثلاثين يوماً للشهر المنكسر» إلى آخره، وهذا لم أره في المستحاضة الناسية، إلا في هذا الكتاب، واعلم أن الشافعي - رضي الله عنه - قال في «المختصر»: فإذا أهِلَّ الهلالُ الرَّابِعَ، انقضت عدتها، يعني الناسية، [و] في رواية الربيع - رحمه الله -: أنه قال: إذا أهِلَّ الهلالُ الثالثُ، انقضت عدتها، وكذلك نُقِلَ عن رواية المزني في «الجامع الكبير» وللأصحاب فيهما طريقان، فالذين جعلوا الباقي من الشَّهْرِ قرءاً كم كان قالوا: إنه عدُّ على رواية المزني الشَّهْرِ الذي وقع فيه الطلاق من الأهِلَّة؛ لأنه محسوب من الأقراء، فكذلك يُحَسَّب من الأهلة، وعلى رواية الربيع: لم يعده من الأهلة؛ لأنه متقدِّم على وقوع الطلاق، ولا خلاف في الحقيقة، والذين شَرَطُوا أن يكون الباقي أكثر من خمسة عشر، حَمَلُوا رواية المزني على ما إذا كان الباقي خمسة عشر فما دونها، وقالوا: الذي ذكره ذَهَابٌ إلى أنه لا يُحَسَّب قرءاً وتعدت بعده بثلاثة أشهر، فإذا أهِلَّ الهلال الرابع، انقضت العدة، وحملوا رواية الربيع على ما إذا كان الباقي أكثر من خمسة عشر، فتعدت به قرءاً، وتمكث بعده شهرين، فإذا أهِلَّ الثالث، انقضت العدة، والشَّهْرُ الذي وقع فيه الطلاق على هذه الطريقة غَيْر محسوب من الروايتين جميعاً، ولو كانت الناسية منقطعة الدم ترى يوماً دماً، وآخر نقاء، فلا تنقضي عدتها ما لم يمض ثلاثة أشهر، سواء قلنا بالتلفيق، أو لم نُقَلِّ، والأطهار والناقصة المتخلِّة بين الدماء لا تنقضي بها العدة بحال، وهذا قد وَقَعَ التعرُّض له في الحيض، وقوله في الكتاب «والعدة بالأقراء ظاهرة في المستقيمة العادة» عنى بالمستقيمة العادة التي لها حَيْضٌ وطُهْرٌ صحیحان، وفي بعض النسخ «والحيض والأقراء ظاهرة» وهو قويم أيضاً.

وقوله: «وكذلك في المستحاضة المميَّزة الحافظة للعادة» يعني أن الأمر ظاهر في حقهما أيضاً؛ لأن لهما مرداً يردان إليه حيضاً وطُهراً.

وقوله «وأما الناسية، فيكفيها ثلاثة أشهر بالأهلة» يجوز أن يُعَلِّمَ قوله «بالأهلة» بالواو؛ لأنه حِكْمِيٌّ عن القفال وجه: أن الناسية لو كانت قد جُنَّت في الصَّغَر، ثم أفادت

= والظهر سوى الهلال. وقال في المطلب: الصحيح أن الأشهر غير مقصودة لعينها بل لغيرها، وعليه نص في الأم. انتهى.

الثاني: ما حكاه عن إشارة بعضهم من قضية كلام ابن أبي هريرة في تعليقه وأدخلها في الآية وبذلك صرح الماوردي، وأن عدتها تنقضي بثلاثة أشهر من وقت الطلاق سواء طلقها في ابتداء شهر أو في أثنائه، وادعى أنه ظاهر النص.

بعد البلوغ، وقد استمر بها الدَّم، ولا يُعرف أنه كيف كان حيضها وطهرها، يجعل ابتداء شهرها يوم إفاقتها، وتَعْتَدُ من يومئذٍ ثلاثين ثلاثين، وقد ذَكَرْنَا هذا طرفاً منه في «كتاب الحيض».

وقوله «وإن بقي أقلُّ فلا بد من ثلاثين يوماً للشهر المنكسر وشهرين آخرين» يجوز إعلامه بالواو؛ لأمرين: أحدهما: للوجه الذاهب إلى أن الباقي، وإن كان أقلُّ من خمسة عشر، يُحسب قرءاً، ويكفيها معه شهران آخران.

والثاني: ما ذكرنا أنه من تفرّدات الكتاب، وأن الذي يوجد لغيره تفريراً على أن الباقي إذا كان دون خمسة عشر لا يُحسب قرءاً؛ لأنها تمكث ثلاثة أشهر بالأهلة بعد تلك البقية.

وقوله «وقيل: إن على النّاسية الصّبر إلى سنّ اليأس» هو الوجه المفرّع على قول الاحتياط، المقابل لقوله أولاً «يكفيها ثلاثة أشهر بالأهلة» والله أعلم.

قال الغزالي: (أما الصّغيرة والأيسة فتعتدّان بالأشهر \* ولو رأت الصّغيرة دماً قبل تسع سنين فدم فسّاد \* وإن رأت بعد الاعتداد بالأشهر لم تستأثف \* وإن رأت قبل الفراغ استأثفت (وأما الأمة) فتعتدّ بشهرين بدلاً عن قرءين \* وقيل بشهر ونضيف لأنّه التبويض \* وقيل بثلاثة أشهر أخذاً من نصّ الشافعي - رضي الله عنه - في أمّ الولد إذا عتقت أنّها تعتدّ بثلاثة أشهر على أحد القولين \* وبشهر على قول بدلاً عن قرء.

قال الرافعي: الصّنف الثالث: اللواتي لا يرين الدم لصغر أو يأس يعتدّذن عن الطلاق بثلاثة أشهر، قال تعالى: «وَاللّٰتِي يَتَسَنَّ مِنْ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرْبَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةٌ أَشْهُرٌ وَاللّٰتِي لَمْ يَحْضُنَّ» [الطلاق: ٤] وليس المراد من الصغيرة التي لم تبلغ بل التي لم تحض كما هو لفظ القرآن، سواء بلغت سن المحيض، أو لم تبلغ، وعن أحمد في إحدى الروايتين: أن التي بلغت سنّ المحيض تربيص تسعة أشهر، هي غالب مدة الحمل؛ لتظهر براءة الرّجيم، وثلاثة أشهر بعدها.

وقوله في الكتاب «ولو رأت الصّغيرة دماً قبل تسع سنين، فدم فسّاد» لا ضرورة إلى ذكره هاهنا، فالقول في سن الحيض قد سبق في «كتاب الحيض»، والمذكور هاهنا هو الجواب الأصح، ويجوز أن يُعلم بالواو؛ للوجه الذاهب إلى أن أول السنة التاسعة أول إمكان الحيض، والوجه الآخر، أنه يدخل وقت الإمكان بمضي ستة أشهر منها، والكلام في سنّ اليأس سيأتي من بعد، ولو ولدت المرأة ولم تر حيضاً قبل الولادة ولا تقاسا بعدها، فتعتد بالشهور؛ لظاهر الآية أو هي كمن انقطع دمها بلا سبب ظاهر؛ لأن الحمل لا يكون إلا لذوات الأقراء، فيه وجهان، وينسب الأول إلى الشيخ أبي



حامد<sup>(١)</sup> - رحمه الله - ثم الأشهر: معتبرة بالخلال، وعليه تدور المواقيت الشرعية، فلو انطبق وقوع الطلاق على أول الشهر الهلالي، فلا إشكال، وإن وقع في أثناءه، وانكسر ذلك الشهر، فيعتبر بعده شهران بالهلال، ويكمل المنكسر ثلاثين، سواءً كان ذلك الشهر كاملاً أو ناقصاً، وعن ابن بنت الشافعي - رضي الله عنه -: أنه إذا انكسر شهر، انكسر كل شهر؛ لأن المنكسر يتم بما يليه، فينكسر أيضاً، والظاهر الأول، وقد مرّ للمسألة نظائر، وعن أبي حنيفة: مثل ما عن ابن بنت الشافعي؛ والأثبت عنه: أن الشهرين بعد المنكسر، يعتبران بالهلال، ويتدارك من الرابع قدر ما فات من المنكسر، وإذا وقع الطلاق في أثناء النهار أو الليل، أدخل الباقي في الحساب، وعن مالك: أنه لا يدخل، وتُحسب العدة من أول الليل أو النهار، وانطبق الطلاق على أول الشهر يظهر فيما إذا علق الطلاق بانسلاخ الشهر أو بأول الشهر الذي عليه، أما التنجز فإنه، وإن ابتدأ به في أول الشهر، فالإي أن يتم لفظه، يذهب جزء من الشهر وينكسر، وقد يُصور الابتداء باللفظ، بحيث يعتمد<sup>(٢)</sup> الفراغ منه بأول الشهر، ولو اعتدت الصغيرة بالأشهر، ثم حاضت بعدها، لم يجب الانتقال إلى الأقراء، ولو وجب، لم يحصل الاعتداد بالأشهر؛ لأن الغالب من كل<sup>(٣)</sup> صغيرة الانتهاء إلى الأقراء؛ فإن حاضت قبل تمام الأشهر، فقد قدرت على الأصل قبل الفراغ من البدل، فنتقل إلى الأقراء، كالمتميم إذا وجد الماء في خلال التيمم، وهل يُحسب ما مضى قرأ فيه وجهان:

أحدهما، وبه قال ابن سريج: نعم؛ لأنه طهر يعقبه حيض.

والثاني، وبه قال أبو إسحاق: لا، كما أن ذات الأقراء إذا يشست قبل تمام الأقراء

(١) قال النووي في زوائده: الصحيح الاعتداد بالأشهر، لدخولها في قول الله تعالى: ﴿واللاتي لم يحضن﴾ وذكر الرافعي في آخر العدد عن «فتاوى البغوي»: أن التي لم تحض قط، إذا ولدت ونفست، تعدد بثلاثة أشهر، ولا يجعلها النفاس من ذوات الأقراء فجزم البغوي بهذا، ولم يذكر الرافعي هناك خلافاً. والله أعلم.

قال في المهمات: قد ناقضه الرافعي في موضعين:

أحدهما بعد في قوله أي في الحمل من الزنا، وتنقضي العدة مع الحمل في عدة الوفاة وفي عدة الطلاق إذا كانت المرأة من ذوات الأشهر أو الأقراء ولم ترد ما أوردته وقلنا ليس بحيض.

قال في الخادم: وهذا إنما هو عبارة الروضة وهو غلط، وعبارة الرافعي لا تقتضي ذلك والتخليط لشيخه البلقيني، ثم قال صاحب المهمات: والثاني في كلامه على أكثر مدة الحمل، فقال معترضاً على مسألة ذكرها ولك أن تقول هنا وإن استمر في الأقراء إلا أنها لم ترداً أصلاً أو رأته، وقلنا إن الحامل بحيض تعدد بالأشهر، انتهى.

قال في الخادم: وهذا السؤال غلط كما بيته في موضعه.

(٢) في ز: يضرب. (٣) في أ: حكمه.

تعتد بثلاثة أشهر، ولا يُحَسَّب ما مضى شهراً، وهذا أقرب إلى ظاهر<sup>(١)</sup> النص، وقد تبين الخلاف على ما مضى أن القراء طُهر محتوش بين دمين أو هو مجرد الانتقال، هذا حكم الصغيرة والآيسة الحرتين، أما إذا كانت الأمة صغيرة أو آيسة فبم تعتد؟، فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: أنها تعتد بشهرين؛ لأن الشهور بدل عن الأقراء، والأمة تعتد بقريين، إن كانت من ذوات الأقراء، فإذا لم تكن تعتد بشهرين.

والثاني: تعتد بشهر ونصف، وبه قال أبو حنيفة؛ لأن الأضل فيما ينقص بالرق من الأعداد النصف، والشهر قابل للتنصيف، بخلاف الأقراء، و[صار] كما أنها تعتد عن الوفاة بشهرين وخمس ليالٍ.

والثالث: أنها تعتد بثلاثة أشهر؛ لأن الماء لا يظهر أثره في الرجم إلا بعد هذه المدة؛ إذ الولد يتخلق في ثمانين يوماً، ثم يتبين الحمل بعد ذلك، وما يتعلق بالطبع لا يختلف بالرق والحرية، وهذا القول الثالث؛ يخرج من أحد قوليه في المستولدة، إذا اعتقت أنها تعتد بثلاثة أشهر، وفيها قول آخر: أنها تعتد بشهر بدلاً عن قرء، وهو كقول الشهرين هاهنا، ولا مجال للشهر والنصف، وعن أحمد ثلاث روايات؛ كالأقوال، وذكر المحاملي - رحمه الله - أن الصحيح من الأقوال: أنها تعتد بثلاثة أشهر، واختاره الروياني؛ للاحتياط، وقال: إن القياس وظاهر المذهب: الشهر والنصف، وعليه جمهور أهل خراسان من أصحابنا، والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (فَرَع) الَّتِي تَبَاعَدَتْ حَيْضُهَا بِرِضَاعٍ أَوْ عَلَّةٍ فَعَلَيْهَا أَنْتَظَارُ الْحَيْضِ وَلَا تَعْتَدُ بِالْأَشْهُرِ \* وَالَّتِي لَمْ تَحِضْ أَضْلاً وَإِنْ كَبُرَتْ فَتَعْتَدُ بِالْأَشْهُرِ \* وَإِنْ كَانَ الْأَنْقِطَاعُ بَعْدَ الْحَيْضِ بِغَيْرِ عَلَّةٍ فَالْقَوْلُ الْجَدِيدُ أَنَّهَا تَضِيرُ إِلَى سِنِّ الْيَأْسِ ثُمَّ تَعْتَدُ بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ \* وَالْقَوْلُ الْقَدِيمُ أَنَّهَا تَتَرَبَّصُ تِسْعَةَ أَشْهُرٍ لِتَنْفِي الْحَمَلِ ثُمَّ تَعْتَدُ بِالْأَشْهُرِ وَهُوَ مَذْهَبُ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - \* وَقَوْلُ ثَالِثٍ قَدِيمٌ أَنَّهَا تَتَرَبَّصُ أَرْبَعَةَ سِنِينَ ثُمَّ تَعْتَدُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الصنف الرابع: اللواتي فقدن الدم، على خلاف المفهود؛ لعارض، يُنظر فيهن، فإن انقطع دمها؛ لعلة تعرف كرضاع، ونفاس، ومرض وداء باطن، فتصبر إلى أن تحيض<sup>(٢)</sup>، فتعتد بالأقراء أو إلى أن تبلغ سن اليأس، فتعتد بالأشهر، ولا تبالي

(١) ما قال إنه ظاهر النص أطلق الروياني في الحلية حكايته عن النص وصرح بتصحيحه في تصحيح التنبيه لكن رجح أكثر العراقيين الاعتداد منهم المحاملي في المجموع وسليم في المجرد والجرجاني في الشافي وصاحب التنبيه، وأقره ابن الرفعة في الكفاية، وبه جزم من المراوزة الشيخ أبو محمد في مختصره والغزالي في خلاصته.

(٢) أطلق المرض، وشرطه أن يكون مرجواً لزواله. كذا قيده الروياني في الحلية.

بطول مدة الانتظار، وقد روي أن حبان<sup>(١)</sup> بن منقذ طلق امرأته طلقاً واحدة، وكانت لها [منه] بَيْتَةٌ صغيرة تُرَضِعُهَا، فتباعد حيضها، ومَرَضَ حبان، فقيل له: إِنَّكَ إِنْ مِتَّ وَرَثَتُكَ، فَمَضَى إِلَى عُمَانَ وَعِنْدَهُ عَلِيُّ وَزَيْدٌ - رضي الله عنه - فسأله عن ذلك فقال لِعَلِيِّ وَزَيْدٍ - رضي الله عنهما -: ما تَرَيَانِ، فَقَالَا: تَرَى أَنَّهَا إِنْ مَاتَتْ، وَرَثَتَهَا، وَإِنْ مَاتَ وَرَثَتُهُ، لأنها ليست من القواعد اللائي يشسن من المحيض، ولا من اللائي لم يحضن، فرجع حبان إلى أهله، فانتزع البنت منها، فعاد إليها الحيض، فحاضت حيزتين، ومات حبان قبل انقضاء الثالثة، فَوَرَثَهَا عثمانُ - رضي الله عنه - .

وإن انقطع لا لعله تُعرف، ففيه قولان: الجديد، وبه قال أبو حنيفة: أنها تصبر إلى أن تحيض، فتَعْتَدُ بالأقراء أو تبلغ سن اليأس، فتعتد بثلاثة أشهر؛ لأنَّ الاعتداد بالأشهر إنما وَرَدَ في اللائي لم يحضن أو يشسن وهذه خرجت عن اللائي لم يحضن، فينتظر دخولها في اللائي يشسن، وأيضاً، فإنها مطلقة تزجو عَوْدَ الدَّمِ، فلا تعتد بالشهور، كما لو انقطع دُمُهَا لِإِعَارِضٍ مَعْلُومٍ<sup>(٢)</sup>، وروي أن علقمة طلق امرأته طلقاً أو طلقَتَيْنِ، فحاضت حِيضَةً ثم ارتفع حيضها سبعة عشر شهراً، ثم ماتت، فأتى ابن مسعود - رضي الله عنه - فقال: «حَبَسَ اللَّهُ عَلَيْكَ مِيرَاثَهَا»، وَوَرَّثَهُ مِنْهَا، والقديم: أنها تتربص زمان الحمل؛ لتعرف فراغ الرحم، ثم تعتد بثلاثة أشهر؛ وذلك لأن الانتظار إلى سن اليأس مما يشتد ضرره؛ أما في حقِّ الزوجة، فلأنها تبقى محبوسة إلى سن اليأس، ولا يكاد يُرْعَبُ فيها بعد تلك الغاية، وبتقدير أن يرغب راغب، فلا يمكن تدارك ما فات، ولا يعود الشباب، وأما في حقِّ الزوج؛ فلأنه يلزمه التَّفَقُّةُ، إن كانت رجعية، وكذلك السُّكْنَى، على هذا، فقولان: أظهرهما، وبه قال مالك وأحمد - رحمهما الله -: أنها تتربص مدة الحمل غالباً، وهي تسعة أشهر، فإذا انقضت، اعتدت بثلاثة أشهر، وهذا مذهب عمر - رضي الله عنه - وروي<sup>(٣)</sup> أنه قال: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ طَلَّقَتْ، فَحَاضَتْ حِيضَةً أَوْ حِيضَتَيْنِ، ثُمَّ ازْتَفَعَتْ حِيضَهَا، فَإِنَّهَا تَنْتَظِرُ تِسْعَةَ أَشْهُرٍ، فَإِنْ بَانَ بِهَا حَمْلٌ فَذَاكَ وَإِلَّا، أَعْتَدَتْ بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ وَحَلَّتْ» .

والثاني: أنها تتربص أربع سنين لتتيقن براءة الرِّجْمِ، فهي أكثر مدَّة الحمل، ثم تعتد بعده بثلاثة أشهر، وقد تجب العدة تعبداً مع معرفة البراءة، كما إذا علق الطلاق بوضع الحمل، فوضعت، يلزمها العدة، وإن تحققت البراءة، فهذه ثلاثة أقوال، إذا

(١) قال ابن الملقن في الخلاصة (٢/ ٢٤١) رواه مالك والبيهقي وهو قريب منه .

(٢) أخرجه البيهقي بسند صحيح كما في «التلخيص» (٣/ ٢٣٤) .

(٣) أخرجه مالك والشافعي عنه عن يحيى بن سعيد عن ابن المسيب أنه قال: قال عمر: أيما امرأة طلقت، فحاضت حِيضَةً أَوْ حِيضَتَيْنِ، ثُمَّ رَفَعَتْهَا حِيضَةً، فَإِنَّهَا تَنْتَظِرُ تِسْعَةَ أَشْهُرٍ .

جُمِعَتْ؛ جديداً وقديمان، ونسب أبو الفرج الزاز الأول من القديمين إلى رواية الزُغفراني، والثاني إلى رواية البُوَيْطِيِّ، وذكر أن بعض أصحاب خَرَج قولاً ثالثاً على القديم؛ وهو اعتبار أقل مدة الحَمَل، وهو ستة أشهر؛ لأنه تظهر أمارات الحمل في هذه المدة وإن لم تَلدْ، فإذا لم تَظْهَر، اعتدت بالأشهر، وفي «جمع الجوامع» للقاضي الرُوياني وغيره: أن بعض الأصحاب رَجَع عَمَّا قاله في القديم صريحاً، ولْيُعَلِّمُ قوله «تصبر إلى سن اليأس» بالميم والألف، وقوله «تَتَرَبَّصُ تسعة أشهر» و «تَتَرَبَّصُ أربع سنين» بالحاء.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: فَإِنْ فَرَعْنَا عَلَى الْقَدِيمِ فَحَاضَتْ بَعْدَ التَّرَبُّصِ وَالْعِدَّةِ وَالنِّكَاحِ اسْتَمَرَّ النِّكَاحُ \* وَإِنْ حَاضَتْ قَبْلَ تَمَامِ التَّسْعَةِ بَطَلَ التَّرَبُّصُ وَانْتَقَلَتْ إِلَى الْأَقْرَاءِ \* فَإِنْ لَمْ يَعَاوِذْهَا اسْتَأْنَفَتْ التَّرَبُّصَ وَالْعِدَّةَ جَمِيعاً \* وَإِنْ حَاضَتْ بَعْدَ التَّرَبُّصِ بِالتَّسْعَةِ وَلَكِنْ فِي الْعِدَّةِ اسْتَأْنَفَتْ التَّسْعَةَ وَلَكِنْ هَلْ تَبْنِي عَلَى الثَّلَاثَةِ أَمْ تَسْتَأْنِفُ فِيهِ خِلَافٌ \* فَإِنْ قُلْنَا بِالْبِنَاءِ اسْتَكْمَلَتْ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ بِالْحِسَابِ \* وَقِيلَ: يَكْفِيهَا شَهْرَانِ وَمَا مَضَى يُجْعَلُ قُرْءاً وَهَذَا جَمْعٌ بَيْنَ الْبَدَلِ وَالْمُبْدَلِ وَهُوَ بَعِيدٌ \* وَلَوْ رَأَتْ الدَّمَ بَعْدَ الْمُدَّتَيْنِ وَقَبْلَ النِّكَاحِ فَالْتَّصُّ أَنَّهَا تَرْجِعُ إِلَى الْأَقْرَاءِ \* وَفِيهِ وَجْهٌ أَنَّ الْعِدَّةَ قَدْ تَمَّتْ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: هَذَا الْفَضْلُ لِلتَّفْرِيعِ عَلَى الْقَدِيمِ، وَالَّذِي يَلِيهِ التَّفْرِيعُ عَلَى الْجَدِيدِ.

أما تفريع القديم؛ فلو أن التي أمرناها بالتربص والعدة حاضت، فلها أحوال:

إحداها: أن تحيض بعد التربص والعدة، وبعد ما نكحت زوجاً آخر، فيستمر النكاح لِحَقِّ الثاني، ولا أثر لرؤية الدم بعد ما ترتب على بدله مقصوده، كما لو رأى المتيمم الماء بعد ما صلى، ويخرج مما في أمالي أبي الفرج السرخسي وجّه: أنه يتبين بطلان النكاح؛ لأنها إذا حاضت، تبين أنها لم تكن من ذوات الأشهر.

والثانية: إذا حاضت قبل تمام التربص، يبطل التربص، وتنتقل إلى الأقراء، ويُحسب ما مضى قرءاً، فَتَضُمُّ إِلَيْهِ قَرَعَيْنِ آخَرَيْنِ، وَإِنَّمَا وَجِبَ الْإِنْتِقَالُ إِلَى الْأَقْرَاءِ؛ لِأَنَّهَا الْأَضْلُ، وَقَدْ قَدَّرَتْ عَلَيْهَا قَبْلَ الشَّرُوعِ فِي الْبَدَلِ، فَإِنْ لَمْ يَعَاوِذْهَا الدَّمُ، وَلَمْ تَتَمَّ الْأَقْرَاءُ، اسْتَأْنَفَتْ مَدَةَ التَّرَبُّصِ؛ لِتَعْتَدَ بَعْدَهُ بِالْأَشْهُرِ، وَذَلِكَ التَّرَبُّصُ قَدْ بَطَلَ بِظُهُورِ الدَّمِ، وَقَالَ فِي «التتمة»: إِنَّمَا أَمْرُهَا بِاسْتِنْفَانِ التَّرَبُّصِ؛ لِأَنَّ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ لَا تَعْتَبَرُ الْيَأْسُ، إِنَّمَا تَعْتَبَرُ ظُهُورُ بَرَاءَةِ الرَّجْمِ، وَقَدْ ظَهَرَتْ الْبَرَاءَةُ وَرُؤْيَةُ الدَّمِ تَوْلَدُ ظَنِّ الْبَرَاءَةِ، وَالْمَشْهُورُ الْأَوَّلُ.

والثالثة: إذا حاضت بعد التربص، ولكن في مدة العدة، تنتقل إلى الأقراء كما في الحالة الثانية، فإن لم يعاودها الدم، عاد المشهور، والمذكور في «التتمة» وإذا تربصت

فتبني الأشهر على ما مضى من الأشهر الثلاثة أم تستأنف الأشهر؟ فيه وجهان:

أحدهما: تستأنف كما تستأنف مدة التريص.

وأظهرهما: أنها تبني؛ لأن ما مضى من الأشهر كان من صلب العدة فلا معنى لإبطاله، بخلاف مدة الانتظار، وعلى هذا، ففي كيفية البناء وجهان:

أحدهما، ويحكى عن رواية صاحب «التلخيص»: أن ما مضى يُعدُّ قرأً؛ لأنها انتقلت منه إلى الحيض، ويبقى عليها قرآن، فتعدت بدلها بشهرين<sup>(١)</sup> وعلى هذا، فلو حاضت مرتين، ضمت إليهما شهراً بدلاً عن القرء الثالث.

وأصحهما، ويقال إنه المنصوص: أنها تنظر فيما مضى، وتضم إليه ما يبلغ ثلاثة أشهر، ولا تضم بعض الأشهر إلى بعض الأقرء؛ فإن الشهور بَدَل الأقرء، والواجب الواحد لا يُؤدَّى ببعض الأضل، وبعض البديل كما في خصال الكفارة، وكما في الوضوء مع التيمم، وهذا معنى قوله في الكتاب «وهذا جَمْعٌ بين البديل والمبديل» وهو بعيد، هذا [على]<sup>(٢)</sup> ما ذكره الأصحاب - رحمهم الله - فيما إذا لم يعاودها الدم في الحالة الثانية والثالثة، ولم يقولوا: إذا لم يعد إلى مدة كذا [ويشبه أن يضبط بعادتها القديمة أو بغالب عادات النساء].

والرابعة: إذا حاضت بعد التريص والأشهر، وقبل النكاح وجهان أو قولان:

أحدهما، ويُنسب إلى النص: أنها تنتقل<sup>(٣)</sup> إلى الأقرء، لأن البَدَل لم يتصل بالمقصود، ولم يتعلق بها حقُّ زوج آخر، وكان يكتفي<sup>(٤)</sup> بالأشهر على ظن أنها لا ترى الدم، فقد ظهر خلافه.

والثاني: المنع؛ لأننا قد حكّمنا بانقضاء العدة، فلا تُغيّر الحكم بما يوجد<sup>(٥)</sup> من بعد، كما لو حاضت بعد نكاح زوج آخر، ورجع القاضي الروياني - رحمه الله - هذا الوجه، ونظم الكتاب يُشعر بترجيح الأول، وبه قال الشيخ أبو حامد وغيره - رحمهم الله - وعن ابن أبي هريرة: أنها إن اعتدت بالأشهر بحكم الحاكم، لم يُنتَقِص الحكم، ولم تنتقل إلى الأقرء، وإن اعتدت بها بمجرد الفتوى، انتقلت إلى الأقرء.

وأحكام هذه الأحوال لا تختلف بين أن تجعل مدة التريص تسعة أشهر أو ستة أو أربع سنين.

(٢) سقط في ز.

(٤) في ز: وكنا ملقى.

(١) في ز: شهرين.

(٣) في ز: تنقل.

(٥) في ز: يؤخذ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَأَمَّا إِذَا فَرَّخْنَا عَلَى الْجَدِيدِ فَمِنْ الْيَأْسِ أَقْصَى مُدَّةِ يَأْسِ أَمْرَأَةٍ فِي الْعَالَمِ  
مِمَّنْ تُعْرَفُ عَلَى قَوْلٍ \* أَوْ نِسَاءِ عَشِيرَتِهَا عَلَى قَوْلٍ \* وَقِيلَ: يَخْتَصُّ بِالْعَصَبَاتِ مِنَ النِّسَاءِ  
\* وَقِيلَ: يُنْظَرُ إِلَى الْبَلَدِ لَا إِلَى الْعَالَمِ \* وَعَلَى هَذَا الْقَوْلِ لَوْ رَأَتْ الدَّمَ قَبْلَ مُضِيِّ الْأَشْهُرِ  
بَعْدَ سِنِّ الْيَأْسِ انْتَقَلَتْ إِلَى الْأَقْرَاءِ \* فَإِنْ لَمْ يَعَاوِذْهَا فَتَسْتَأْنِفُ (و) الْأَشْهُرَ قَطْعاً لِأَنَّ  
الْمَطْلُوبَ الْبَيِّنُ \* وَهَلْ عَلَيْهَا تِسْعَةُ أَشْهُرٍ أَوْ أَرْبَعُ سِنِينَ لِلتَّرْبُصِ إِذْ زَالَ الْيَأْسُ بِالْحَيْضِ؟  
فِيهِ وَجْهَانِ \* وَالْأَصْحَحُّ أَنَّهُ لَا يَجِبُ \* أَمَّا إِذَا رَأَتْ بَعْدَ الْأَشْهُرِ فَلَا يُؤَثِّرُ عَلَى قَوْلٍ \* وَيُؤَثِّرُ  
عَلَى قَوْلٍ وَإِنْ كَانَ بَعْدَ النِّكَاحِ \* وَفِي قَوْلِ ثَالِثٍ قَبْلَ النِّكَاحِ يُؤَثِّرُ وَبَعْدَهُ لَا يُؤَثِّرُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: التفرُّع على الجديد: يُتَبَيَّنُ غرضه بمسألتين:

إحدهما: النظر في سِنِّ الْيَأْسِ إِلَى جَمِيعِ النِّسَاءِ أَوْ بَعْضِهِنَّ؟ فِيهِ قَوْلَانِ:

أحدهما: أَنَّهُ يُنْظَرُ إِلَى جَمِيعِهِنَّ، فَتَعْتَبَرُ أَقْصَى مُدَّةِ يَأْسِ النِّسَاءِ فَتُؤَمَّرُ بِالتَّرْبُصِ  
إِلَيْهِ؛ اِحْتِيَاطاً وَطَلَباً لِلْبَيِّنِ.

قال الإمام - رحمه الله -: ولا يمكن طرف<sup>(١)</sup> العالم والفحص<sup>(٢)</sup> عن سكانه،  
وإنما المراد ما تبلغ خبره، ويعرف؛ وعلى هذا القول: الأشهر أن سن اليأس اثنان  
وستون سنة، وفي «اللطيف» لأبي الحسن بن خيران وغيره وجهان:

أحدهما: أن سن اليأس ستون سنة.

والثاني: خمسون.

وذكر أبو الفرج السرخسي أن المرأة، إنما تبلغ سن اليأس، إذا تجاوزت تسعين  
سنة، وحكي أن امرأة حاضت لتسعين سنة.

والقول الثاني: أَنَّ النَّظَرَ إِلَى بَعْضِهِنَّ، وَعَلَى هَذَا فَالْمَشْهُورُ، وَحُكِّيَ عَنْ نَصِهِ فِي  
الْأَمِّ: أَنَّهُ يُنْظَرُ إِلَى يَأْسِ نِسَاءِ عَشِيرَتِهَا مِنَ الْأَبْوِينِ؛ لِتَفَاوُثِهِنَّ فِي الطَّبْعِ وَالْخُلُقِ وَالْخَلْقِ  
وَنَزْوَعِ بَعْضِهِمْ إِلَى بَعْضٍ، فَإِذَا بَلَغَتِ السَّنَ الَّتِي يَنْقَطِعُ فِيهَا حَيْضُهُنَّ، وَلَمْ تَرَ دَمًا، فَقَدْ  
بَلَغَتْ سِنَّ الْيَأْسِ، وَحُكِّيَ وَجْهَانِ آخِرَانِ:

أحدهما: أَنَّ الِاعْتِبَارَ بِنِسَاءِ الْعَصَبَاتِ؛ كَمَهْرِ الْمَثَلِ، إِلَّا أَنَّ مَهْرَ الْمَثَلِ يَتَعَلَّقُ  
بِالرَّغَبَاتِ، وَالنِّسْبُ مِنْ أَرْكَانِ الرَّغْبَةِ، فَاخْتَصَّ مَهْرَ الْمَثَلِ بِالْعَصَبَاتِ، وَهَاهُنَا بِخِلَافِهِ.

والثاني: أَنَّ الِاعْتِبَارَ بِنِسَاءِ الْبَلَدِ؛ لِأَنَّ لِلْأَهْوِيَةِ تَأْثِيرًا فِي الْأَمْزِجَةِ وَتَفَاوُثِ الطَّبَاعِ،

(٢) في أ: والتفحص.

(١) في أ: طواف.

وَنظُم «التهذيب» يُشعر بترجيح القول الثاني؛ وهو أن الاعتبار بنساء العشيرة، وإيراد أكثرهم يقتضي ترجيح الأول، وفي «جمع الجوامع» للروائي: أن أبا إسحاق قال: لعله أصح القولين، ويذكر أن القولين في الأصل مبنيان على أنه يراعى اليقين أو الغالب؛ إن اعتبرنا اليقين، تفحصنا حال النساء كلهن، وإن اكتفينا بالغالب، كفى النظر إلى النسوة اللاتي تقاربهن، وأما إذا قلنا بالقول الثاني، فالغالب من نساء العجم أن لا يحضن بعد خمسين سنة، ومن نساء العرب أن لا يحضن بعد ستين، وقيل: إن العربية لا تحيض إذا بلغت ستين سنة إلا أن تكون قرشية.

ويجوز أن يُعلم قوله في الكتاب «أقصى مدة يأس امرأة في العالم» بالواو؛ لأن عن أبي علي الطبري تخريج وجه: أنه يُعتبر سنُّ اليأس غالباً، ولا يُنظر<sup>(١)</sup> إلى الأقصى، كما يعتبر في المستحاضة المبتدأة إلى ذلك الغالب في قول.

**المسألة الثانية:** لو رأت الدم بعد سن اليأس، نُظِرَ؛ إن رآته قبل تمام الأشهر، فينتقل<sup>(٢)</sup> إلى الأقراء؛ لأن ما تراه حيض، ولا اعتداد بالأشهر مع الأقراء، وما مضى يُحسب قرءاً بلا خلاف، فتضمُّ إليه قرءين آخرين.

واعلم أنا إذا اعتبرنا أقصى سن اليأس في العالم، وبلغت ذلك السن، ثم رأت الدم، فيصير أقصى السن التي رأت الدم فيها، ويعتبر بعد ذلك غيرها بها، وإن لم يعاودها الدم، فيرجع إلى الأشهر، وهل تؤمر بالتربص بتسعة أشهر أو أربع سنين قبل الأشهر؟ ذُكر فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ استظهاراً واحتياطاً، والأصح: المنع؛ لأنها قد بلغت سنُّ اليأس<sup>(٣)</sup>، والدم العارض قد زال، فعاد ظن اليأس، وحينئذ، فلا حاجة إلى التربص، وفي «التممة» أنها تعتدُّ بشهرين بدلاً من قرءين، والذي صححه الأئمة، وحكّوه عن الفقهاء وغيره: أنها تعتدُّ بثلاثة أشهر تستأنفها ولا تبني، ولا يجيء فيه الخلاف المذكور: أنها تبني أو تستأنف تفريعاً على القديم، وفرقوا بأنا على القديم نُكْتَفَى بالظن الغالب، وفي الجديد: يطلب اليقين أو القرب منه، وإذا رأت الدم، بطل ما ظنَّاه من اليأس، وبطل ما ترتب عليه من العدة، فوجب الاستئناف، وليس هذا على الخلاف في أنها هل تؤمر بالتربص إن قلنا: لا تؤمر به، فلا بد من إكمال ثلاثة أشهر، لأن ما دون ثلاثة

(١) في ز: يتنظر. (٢) في ز: فينقل.

(٣) هذا الترجيح تابع فيه القاضي الحسين والبيهقي، والمنصوص في الأم هو الأول فقال في كلامه على الآيسة: وإن حاضت قبل أن تكمل الثلاثة أشهر فلتستقبل بستة أشهر فإن حاضت فيها أو بعدها حلت ولو حاضت بعد ذلك لم تعتد بالشهور. انتهى.

وبه أجاب الفوراني وتابعه في الوسيط.

أشهر لا يدل على البراءة، وإنما اكتفينا بالبناء على أحد الوجهين؛ تفريراً على القديم؛ لأنه قد مضت مدة العمل عقيب الإقراء، ووجد ما يدل على البراءة، فجاز أن لا يستأنف، وهاهنا بخلافه، وإن قلنا تؤمر بالتربص، فيشبه أن يجيء في البناء والاستئناف الخلاف المذكور في التفرير على القديم، وإن رأيت الدم بعد تمام الأشهر، فإن لم تنكح بعد، ففيه قولان:

أحدهما: أنها لا تنتقل إلى الأقرء لانقضاء عدتها في الظاهر بالأشهر، وصار كما إذا رأيت الصغيرة بعد الأشهر دماً.

وأصحهما: الانتقال؛ لأنه تبين أنها ليست من اللاتي يشنن، فتكون من ذوات الأقرء، وتخالف الصغيرة، فإنها تعتد بالأشهر من حيث إنها لم تحض، ورؤية الدم لا تمنع صدق القول، بأنها لم تحض، وقرب القفال وغيره هذا الخلاف من الخلاف فيما إذا أناب المعسوب فشفى، أو رأوا سواداً، فظنوه عدواً، وصلوا صلاة شدة الخوف، فبان خلافه، وإن كانت قد نكحت، فطريقان:

أحدهما: أن القولين يطردان، فإن قلنا: تنتقل إلى الأقرء، تبين بطلان النكاح.

والثاني: وهو الذي أورده صاحب «الشامل» و«التتمة» في كتابهما: القطع بعدم الانتقال؛ ليعتق حق الزوج والشروع في المقصود كالمتيمم إذا رأى الماء بعد الشروع في الصلاة، وإذا أطلقت، قلت: في المسألة ثلاثة أقوال، كما في الكتاب.

ثالثها: الفرق بين ما إذا نكحت أو لم تنكح، وهذا أشبه بالرجحان على ما يدل عليه كلام أكثرهم، وفي «التهذيب»: أن الصحيح [لزم الانتقال] بكل حال، وإذا عرفت ما ذكرنا، أعلمت قوله في الكتاب «فتستأنف الأشهر قطعاً بالواو، والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (التَّوَعُّ الثَّلَاثُ) هُوَ الْعِدَّةُ بِالْحَمْلِ فَإِنَّ التَّوَعُّ الثَّانِي هُوَ الْأَشْهُرُ وَقَدْ ذَكَرْنَا \* وَلَا نَقِضَاءَ الْعِدَّةِ بِهِ شَرْطَانِ: (أَحَدُهُمَا): أَنْ يَكُونَ الْحَمْلُ مِمَّنْ مِنْهُ الْعِدَّةُ أَوْ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مِنْهُ كَوْلِدِ اللَّعَانِ \* أَمَّا الْمَنْفِيُّ فَطَعْمًا كَوْلِدِ الصَّبِيِّ وَالْمَمْسُوحِ (ح) فَلَا تَنْقِضِي (ح) الْعِدَّةَ بِهِ \* وَلَوْ آتَتْ رَوْجَةَ الْبَالِغِ بِوَلَدٍ لِدُونَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ لَا يَلْحَقُهُ وَلَكِنْ يَنْقِضِي الْعِدَّةَ بِهِ عَلَى وَجْهِ لَاحْتِمَالِ جَرَيَانِ وَطْءِ الشَّبْهَةِ قَبْلَ النِّكَاحِ \* وَلَا تَنْقِضِي (ح) عَلَى وَجْهِ لِأَنَّهُ مَنْفِيٌّ عَنْهُ شَرْعًا \* وَعَلَى ثَالِثٍ لَوْ أَدَعَتْ وَطْءَ شَبْهَةِ أَنْقَضَتْ عِدَّتَهَا لِأَنَّ الْقَوْلَ فِي الْعِدَّةِ قَوْلُهَا \* وَإِنْ نَكَحَ (م) حَامِلًا مِنَ الزَّانَا وَهِيَ تَرَى الْأَدْوَارَ وَقُلْنَا: إِنَّهَا حَبِضٌ فِيهِ أَنْقِضَاءُ الْعِدَّةِ بِهِ وَجْهَانِ لِأَنَّ حَمْلَ الزَّانَا كَالْمَعْدُومِ فِي حَقِّ الْعِدَّةِ وَالتَّحْرِيمِ (م).

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قد مر أن عدة الطلاق ثلاثة أنواع: الأقرء، والأشهر، ووضع الحمل.

ثم إن صاحب الكتاب لما شرع في النوع الأول، وهو الأقرء، واندفع في ذكر



أصناف النسوة وأحوالهن في الحَيْض والطَّهر تأدى ذلك إلى القول في الأشهر وكيفية الاعتداد بها، ويولج النوع الثاني في الأول.

أما الثالث: فوضع الحمل أحد أسباب انقضاء لعدة، قال الله تعالى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] ويشترط في انقضاء العدة بالحمل شرطان:

أحدهما: أن يكون الحمل منسوباً إلى مَنْ العدة منه إما ظاهراً وإما احتمالاً، فالأول: ظاهرٌ، والثاني: كالولد المنفي باللَّعان، وإذا لاعن عن الحامل، ونفى الحَمْلَ ثم وضعته، انقضت عدتها به، وإن انتفى الولد في الظاهر، لأنه يمكن أن يكون الأمر كما تزعمه، والقَوْل في العدة قول المرأة إذا تحقَّق الإمكان، أما إذا لم يُتصوَّر أن يكون الولد منه، كما إذا مات الصبيُّ الذي لا ينزل، ولا يجامع، وامرأته حاملٌ، لم تنقض عدتها بوضع الحمل، بل تعدت بالأشهر، وبه قال مالك وأحمد.

وقال أبو حنيفة: إن مات، وحملها ظاهر، انقضت عدتها بوضع الحَمْل، وإن ظهر الحمل بعد موته لم تنقض العدة.

لنا: أنه منفيٌّ عنه يقيناً، فأشبه ما سلمه.

والممسوح الذي لم يتق ذكره وأنثياه، لو مات وامرأته حاملٌ لم تنقص عدتها بالوضع؛ بناءً على ما مرَّ أنه لا يلحقه الولدُ في ظاهر المذهب، وعن أبي بكر الصيرفي والإصطخري: أنه يلحقه الولد، وهو جواب القمَّال، ويحكى ذلك قولاً للشافعي - رضي الله عنه -، وقد قدمنا ذكره، وعلى ذلك القول تنقضي عدتها بالوضع، والمسلول الخصيتين الباقي الذَكَر كالفحل في لحوق الولد على الظاهر، فتتقضي العدة عنه بالوضع سواء في ذلك عدة الوفاة والطلاق.

وفيه وجه: أنه لا يلحقه الولد، فعلى ذلك الوجه لا تنقضي العدة، وعن حكاية القاضي أبي الطَّيِّب وجه: أنه إن كان مسلول الخصية اليمنى، لا يلحقه الولد، وإن بقيت اليسرى؛ لأنه يقال: إن الماء من الخصية اليمنى، والشَّعْر من اليسرى، ونقل القاضي الروياني - رحمه الله - في «جمع الجوامع»: أنه كان الإمام أبو بكر بن الحَدَّاد فقيده الخصية اليمنى، وكان لا يُنزل، وكانت لحيته طويلةً، وهذا شيء لم يعتمده الأكثرون.

والمجبوب الذكر الباقي الأثنين، قد تقدَّم أنه يلحقه الولد، فتعدت امرأته عن الوفاة بوضع الحمل، ولا تجب عدة الطلاق عليها؛ لأنها إنما تجب بعد الدخول، ولا يُتصوَّر منه <sup>(١)</sup> دخول.

(١) ما قاله من اعتدادها بالوضع مشكل فإن الحمل إذا نسب إليه فلا يخلو إما أن يكون إمكانه بالإبلاج أو باستدخال المنى، لكن الأول باطل؛ لأن الغرض أنه مجبوب فتعين الثاني، واستدخال المنى في الطلاق يوجب العدة فكذا هاهنا، ومراده أن عدة الوفاة تجب على زوجته تارة بالأشهر، =

ومن مات عن زوجته أو طلقها، وهي حامل بولد، [لا] يمكن أن يكون منه؛ بأن وضعت له دون ستة أشهر من يوم النكاح أو لأكثر، وبين الزوجين مسافة لا يُقطع في تلك المدة، فلا تنقضي العدة به، كما ذكرنا في وجه الصبي؛ لأنه<sup>(١)</sup> ليس منه، هذا هو الظاهر، ولم يورد غيره الأكترون، وأورد في الكتاب فيه وجهين آخرين:

أحدهما: انقضاء العدة؛ لاحتمال أنه جرى وطء شبهة قبل النكاح، فيكفي في انقضاء العدة به قيام الاحتمال، كما في المنقي بالعان.

والثاني: أنها إن ادعت وطء شبهة، حكمتنا بانقضاء العدة؛ لأن القول في العدة قولها، إذا حصل الإمكان، ولم يذكر في «الوسيط» و«البيسط» الوجهين في صورة الكتاب، لكن ذكر الوجوه الثلاثة فيما إذا قال لامرأته: إذا ولدت، فأنت طالق، فولدت، وشرعت في العدة، ثم ولدت بعد ستة أشهر ولداً آخر.

والثالث الفرق بين أن تدعي وطئاً محترماً من الزوج بعد الولادة الأولى، فتتنقضي العدة أو لا تدعي، فلا يحكم بانقضاء العدة، فإذا قلنا بظاهر المذهب، فإن كان الحمل الذي وضعته ملحقاً بغيره بوطء شبهة أو في عقدٍ فاسدٍ، انقضت عدة الوطء بوضعه، وتعتد عن الزوج بعد ذلك، وإن كان من زنا، فتعتد عدة الوفاة من يوم الموت أو عدة الطلاق من يوم الطلاق، وتنقضي الأشهر مع الحمل في عدة الوفاة؛ وفي عدة الطلاق إذا كانت المرأة من ذوات الأشهر وإن كانت من ذوات الأقراء، فإن لم تر الدم أو قلنا: ما تراه الحامل ليس بحيض، [فكذلك] وإن كانت تراه، وقلنا: إنه حيض، ففي انقضاء العدة بأطهارها، وهي حامل، وجهان:

أحدهما: لا تنقضي؛ لأنها لا تدلُّ على براءة الرحم، والعدة ما تدل على البراءة، وأظهرهما: الانقضاء؛ لأن حمل الزنا كالمعدوم في إثبات التحريم وإيجاب العدة، فلا تمنع العدة، وعلى هذا، فلو زنت في عدة الطلاق أو الوفاة، وحبلت من الزنا، لم يمتنع

= وتارة بالوضع فهي واجبة مطلقاً، وإن لم يجز ما يقتضي الدخول، أمام عدة الطلاق فقد لا تحسب حيث لم يظهر سبب يقتضيها؛ لأنها إنما تجب بالدخول ولا دخول، فإن ظهر سبب من حمل أو استدخال اعتدت بالوضع في صورة الحمل وبالأقراء أو الأشهر في صورة الاستدخال؛ لأنه تنزل في إيجاب العدة منزلة الوطء، وما قاله من عدم تصور الدخول ممنوع كما حكى عن الماوردي من إمكان سحاقها وينزل في فرجها كاستدخال مني الفحل، وقد جزم في الذخائر بالاعتداد، وأول كلام الأصحاب فقال: وتعتد به عن الطلاق، وقول أصحابنا زوجة المجبوب لا تعتد عنه عدة الطلاق يكون بالدخول ولا دخول إنما يريدون بذلك إذا لم يكن حمل، وأما إذا كان حمل فلا بد من التبرص إلى وضعه، والظاهر كما قال فإنه إذا طلقها والولد منه، ولا حق فيه، وإنما يلحق به لاحتمال ألا يزال، وقد رجح الرافعي أن استدخال مني يوجب العدة.

(١) في ز: بأنه.

ذلك انقضاء العدة، ولو كان الحمل مجهول الحال، حُمِلَ على أنه من زنا؛ قال الروياني في «جمع الجوامع»<sup>(١)</sup>.

ويجوز أن يُعَلِّمَ لفظ «الممسوح» من الكتاب بالواو؛ للوجه الذي بيناه.

وقوله «فلا تنقضي العدة» بالحاء، وكذا قوله في مسألة البالغ «ولا تنقضي على وجه» لأن أبا حنيفة - رحمه الله - قال فيه مثل قوله في امرأة الصبي.

وقوله «وإن نكح حاملاً من الزنا» صَحَّ، وبه قال أبو حنيفة؛ لأنها ليست في نكاح ولا عدة من الغير.

وعن مالك خلافه، ثم إذا نكحها، فهل لهُ وطؤها قبل الوضع؟ ذهب ابن الحداد إلى منعه، وبه قال أبو حنيفة؛ لما رُوِيَ أن النبي - ﷺ<sup>(٢)</sup> - قال: «لَا تَسْقِي مَاءَكَ زَرْعَ غَيْرِكَ» والظاهر جوازه؛ لأنه لا حُرْمَةٌ لِحَمْلِ الزَّانَا، ولو منع الوطاء، لمنع صحة النكاح كوطء الشبهة، ويجوز أن يُعَلِّمَ قوله «والتحريم».

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الشَّرْطُ الثَّانِي) وَضَعِ الْحَمْلِ الثَّامَ فَلَا تَنْقُضِي الْعِدَّةَ بِوَضْعِ أَحَدِ التَّوْءَمَيْنِ \* وَأَقْصَى الْمُدَّةِ بَيْنَ التَّوْءَمَيْنِ سِتَّةَ أَشْهُرٍ \* وَلَا تَنْقُضِي بِإِنْفِصَالِ بَعْضِ الْوَلَدِ بِلِ هُوَ كَالْجَنِينِ فِي الْأَحْكَامِ كُلِّهَا \* وَقِيلَ: هُوَ كَالْمُنْفَصِلِ إِلَّا فِي الْعِدَّةِ \* وَلَا تَنْقُضِي بِإِسْقَاطِ الْعَلَقَةِ \* وَتَنْقُضِي إِذَا ظَهَرَتِ الصُّورَةُ وَالتَّخْطِيطُ وَإِنْ خَفِيَ \* وَإِنْ كَانَ لِحْمًا فَالْحُصُّ أَنَّ الْعِدَّةَ تَنْقُضِي بِهِ \* وَلَا تَجِبُ بِهِ الْغُرَّةُ \* وَلَا يَحْضُلُ بِهِ الْأَسْتِيلَادُ \* وَقِيلَ قَوْلَانِ بِالتَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا وَضَعَتِ الْحَمْلَ بِتَمَامِهِ عَلَى مَا قَالَ تَعَالَى: «أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ» [الطلاق: ٤] ويتعلق بذلك صور:

إحداها: لو كانت حاملاً بتوأمين، فإنما تنقضي العدة، إذا انفصل الثاني بتمامه، حتى لو كانت رجعية، وولدت أحدهما، فله الرجعة إلى أن تلد الثاني، ومهما وقَّع بين

(١) قال الأزرعي والزرکشي: إن الذي جزم به في النهاية أنه من وطء الشبهة طريقاً لتحسين الظن.

وقال الشيخ جلال الدين البلقيني عن كلام الروياني: هذا متعقب، بل ينبغي ألا يجعل من الزنا وكأنه لم يستحضر كلام النهاية ولو استحضره لاستشهد به.

(٢) رواه أحمد (١٠٨/٤ - ١٠٩) وأبو داود (٢١٥٨ - ٢١٥٩) وابن حبان (١٦٧٥ موارد) من حديث

رويفع بن ثابت بلفظ: لا يحل لأحد يؤمن بالله واليوم الآخر، أن يسقى ماءه زرع غيره، وللحاكم [١٣٧/٢] من حديث ابن عباس في خبر أوله: أن النبي ﷺ نهى يوم خيبر عن بيع المغنم حتى تقسم، وقال: لا تسق ماءك زرع غيرك، وأصله في النسائي.

الولدين ستة أشهر فصاعداً، فالثاني حملٌ آخر، وإنما يكون الولدان توأمين، إذا كانت المدة بينهما دون ستة أشهر أو ولداً معاً، وقوله في الكتاب: «وأقصى المدة بين التوأمين ستة أشهر» فيه اختلال؛ فإن هذه المدة: مدة أقل الحمل، وإذا تخللت ستة أشهر، كان الثاني حملاً آخر، والشرط أن يكون المتخلل أقل من ستة.

الثانية: لا تنقضي العدة بخروج بغض الولد؛ لأنه لا تحصل به براءة الرحم ولا وضع الحمل، وإذا خرج بعضه منفصلاً أو غير منفصل، ولم يخرج الباقي، بقيت الرجعة في الرجعية، ولو طلقها، يقع الطلاق، ولو مات أحدهما، ورثه الآخر، وكذلك تبقى سائر أحكام الجنين في الذي خرج بغضه دون بعض؛ كنفى توريثه وسراية العتق إليه من الأم، وعدم إجزائه عن الكفارة، ووجوب الغرّة عند الجنائية على الأم، وتبعته الأم في البيع والهبة وغيرها.

وفي وجه: إذا صرّخ واستهلّ، كان حكمه حكم الولد المنفصل في جميع ما ذكرنا، إلا في العدة؛ فإنها لا تنقضي إلا بفراغ الرّحم، ويُنسب هذا إلى القفال - رحمه الله - في «البيسط»، وهو منقاس، وإن كان بعيداً عن المذهب، وسيعود ذكر هذا الخلاف في غرة الجنين.

الثالثة: تنقضي العدة بانفصال الولد حياً أو ميتاً، ولا تنقضي بإسقاط العلقة والدم<sup>(١)</sup>، فليس ذلك بولد، ولا يُتَيَقَّن أنه أضل ولد، ولا يكاد يسمى حملاً، ولو أسقطت قطعة، فلها أحوال.

إحداها: أن يظهر فيها شيء من صور الأدميين وخلقتهم؛ كيد وأصبع وظفر وغيرها، فتنقضي العدة به، ولو سقط مثل هذا اللحم بجناية جان، وجبت الغرة والكفارة، ولو أسقطت الأمة مثلها من سيدها، صارت أم ولد له.

والثانية: إذا لم تظهر الصورة والتخطيط لكل أحد، ولكن قالت القوابل وأهل الخبرة من النساء: إن فيه صورة خفية، وهي بينة لنا، وإن خفيت على غيرها، فتقبل شهادتهن، ويحكم بانقضاء العدة وثبوت سائر الأحكام أيضاً.

ويقال: إن الإصطخريّ أتى بسقط على هذه الصفة<sup>(٢)</sup>، فلم يحكم بثبوت الاستيلاد، فجاءت القوابل فصَبَّين عليه ماء حاراً وغسلته، فظهرت الصورة.

والثالثة: إذا لم تكن فيه صورة ظاهرة ولا صورة خفية تعرفها القوابل، ولكنهن

(١) قال الشيخ جلال الدين البلقيني: إذا مات الولد في البطن ولم يخرج فلا تنقضي العدة حتى تضعه وقد وقعت هذه المسألة واستفتينا عنها فأوجبنا بذلك. انتهى.

(٢) في أ: الصورة.

قلن: إنه أصل آدمي، ولو بقي، لتصور؛ وتخلق، فقد نص الشافعي - رضي الله عنه <sup>(١)</sup> - على أن العدة تنقضي به [في الحال،] <sup>(٢)</sup> ونص في الجنائيات على أنه لا تجب فيه الغرة، وأشعر كلامه في أمهات الأولاد بأن الاستيلاء لا يثبت به، وللأصحاب - رحمهم الله - طرق:

أحدها: إثبات قولين في الصور بالنقل والتخريج:

أحدها: أنه تنقضي العدة، وتجب الغرة، ويحصل الاستيلاء؛ لأن القوابل شهذن بأنه أصل الولد، فأشبه ما إذا شهذن بالتخطيط، وقد روي عن عمر - رضي الله عنه - أنه قال: «كَيْفَ تَتَّبِعُهُنَّ وَقَدْ خَالَطَتْ لِحُومُنَا لِحُومَهُنَّ وَدِمَاؤُنَا دِمَاءَهُنَّ» <sup>(٣)</sup> وإذا أسقطت بهذه الصفة سقطاً، فقد حصلت المخالطة.

والثاني: لا يثبت شيء من هذه الأحكام؛ لأنها منوطة بالولد، واسم الولد لا يقع عليه، فصار كما إذا ألفت علقة.

والثاني: تقرير النصين، والفرق أن الأصل براءة الذمة، فلا تجب الغرة إلا عند تيقن الولد، وأمومة الولد إنما تثبت تبعاً، وأما العدة فإنها لبراءة الرحم، فإذا ألقته حصلت البراءة.

والثالث: القطع بأنه لا يتعلق به شيء من هذه الأحكام، وحمل نصه في العدة على ما إذا كانت فيه صورة خفية وتخطيط دقيق.

والرابع: القطع بتعلق جميع الأحكام به، وحمل المنع على ما إذا لم يُعلم أنه مبتدأ خلق آدمي، وإذا شكّت القوابل في أنه لحم آدمي أم لا، فلا خلاف في أنه لا يثبت [شيء] <sup>(٤)</sup> من هذه الأحكام، والأصح من الطرق عند صاحب «التهذيب» الطريقة الثالثة، ويشبه أن ترجح طريقة القولين، وأن يقال: الأظهر انقضاء العدة <sup>(٥)</sup> وعدم الاستيلاء، وكذلك ذكره أبو الحسن بن خيران في «اللطف» والقاضي الروياني وإبراهيم المروزي.

(١) سقط في ز. (٢) سقط في ز.

(٣) قال ابن الملقن في «خلاصة البدر المنير» (٢/٢٤١): غريب نعم في الموطأ عنه أنه قال: أيما وليدة ولدت من سيدها فإنه لا يبيعه ولا يهبها ولا يورثها وليستمتع بها ما عاش فإذا مات فهي حرة.

(٤) سقط في ز.

(٥) ما رجحه في انقضاء العدة فيه نظر فإن الماوردي. صرح بأنه نص عليه في القديم، وقضية كلامه عدم الانقضاء كما رجحه صاحب التهذيب والكافي إلا أن يثبت أن المسألة مما يفتى فيها على القديم أو أنه ليس له نص في الجديد.

ولو اختلف الزوجان، فقالت الزوجة: كان السفط الذي أسقطته بحيث<sup>(١)</sup> تنقضي به العدة بوضعه، وأنكر الزوج، وقد ضاع ما أسقطته، فالقول قولها؛ لأنها مؤتمنة في العدة. وقوله في الكتاب: «وتنقضي إذا ظهرت الصورة والتخطيط وإن خفي» أي إذا ظهرت لأهل الخبرة، وإن خفيت على سائر الناس. وقوله «وإن كان لحماً» إلى آخره، المراد باللحم الذي يشهد القوابل بأنه أضل آدمي.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (فُرُوعُ: الْأَوَّلُ) الْمُرْتَابَةُ بِالْحَمْلِ بَعْدَ الْأَقْرَاءِ لِثِقَلِ بَطْنِهَا لَا تَنْكُحُ إِنْ ظَهَرَ الْأَثَرُ \* وَمَجْرَدُ الشُّكِّ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ النِّكَاحِ \* وَقِيلَ يُخْرَجُ عَلَى قَوْلِي وَقِفِ الْعُقُودِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا كَانَتْ تَعْتَدُ بِالْأَقْرَاءِ أَوْ الْأَشْهَرِ، فَظَهَرَ بِهَا حَمْلٌ مِنَ الزَّوْجِ، فَتَعْتَدُ بِوَضْعِ الْحَمْلِ، وَلَا اعْتِبَارُ بِمَا مَضَى مِنَ الْأَقْرَاءِ وَالْأَشْهَرِ؛ لِأَنَّهَا إِنَّمَا يَدْلَانِ<sup>(٢)</sup> عَلَى الْبَرَاءَةِ ظَاهِرًا، وَوَضْعِ الْحَمْلِ يَدِلُّ عَلَيْهَا قَطْعًا، وَإِنَّمَا يَكْتَفِي بِالظَّاهِرِ بَدَلًا عَنِ الْقَطْعِ الْمَطْلُوبِ؛ لِتَعَدُّرِ تَحْصِيلِهِ، فَإِذَا قَدَّرْنَا عَلَى الْأَضْلِ، بَطَلَ الْبَدَلُ، وَإِنْ لَمْ يَظْهَرِ الْحَمْلُ بِأَمَارَةٍ، وَلَكِنِهَا مَا كَانَتْ [تُرْتَابُ:]<sup>(٣)</sup> لِثِقَلِ وَحَرَكَةِ تَجْدُهُمَا<sup>(٤)</sup>، فَيُنْظَرُ؛ إِنْ كَانَ ذَلِكَ قَبْلَ تَمَامِ الْأَشْهَرِ أَوْ الْأَقْرَاءِ، فَلَيْسَ لَهَا أَنْ تَنْكُحَ بَعْدَ تَمَامِهَا حَتَّى تَزُولَ الرَّيْبَةُ، وَلَوْ نَكَحَتْ، كَانَ النِّكَاحُ بَاطِلًا؛ لِلتَّرَدُّدِ فِي انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ، وَإِنْ عَرَضَتْ الرَّيْبَةُ بَعْدَ تَمَامِ الْأَقْرَاءِ وَالْأَشْهَرِ، فِيمَا أَنْ تَعْرَضَ بَعْدَمَا نَكَحَتْ زَوْجًا، فَلَا يُحْكَمُ بِبَطْلَانِ النِّكَاحِ؛ لِحُكْمِنَا بِانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ ظَاهِرًا، وَتَعَلُّقِ حَقِّ الزَّوْجِ الثَّانِي، لَكِنْ لَوْ تَحَقَّقْنَا كَوْنَهَا حَامِلًا يَوْمَ النِّكَاحِ؛ بَانَ وَلَدَتْ لِأَقْلٍ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنَ يَوْمِ النِّكَاحِ تَبَيَّنَ بَطْلَانِ النِّكَاحِ، وَإِنْ وَلَدَتْ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِدًا، فَالْوَلَدُ لِلثَّانِي، وَالنِّكَاحُ مُسْتَمِرٌّ، وَإِمَّا أَنْ يَعْضُرَ قَبْلَ أَنْ تَنْكُحَ زَوْجًا آخَرَ، فَالْأَوْلَى أَنْ تَصْبِرَ<sup>(٥)</sup> إِلَى زَوَالِ الرَّيْبَةِ، فَإِنْ لَمْ تَفْعَلْ، وَنَكَحَتْ، فَقَدْ قَالَ فِي «الْمَخْتَصَرِ». وَالْأَمُّ: هُوَ مَوْقُوفٌ، إِنْ بَانَ أَنَّهَا حَائِلٌ<sup>(٦)</sup>، بَانَ صِحَّتُهُ وَإِنْ بَانَ الْحَمْلُ، بَانَ بَطْلَانُهُ فِي الْحَالِ؛ لِأَنَّ قَدْ حُكِمْنَا بِانْتِهَاءِ الْعِدَّةِ بِالْاجْتِهَادِ، فَلَا يَنْقُضُ الْحُكْمَ بِمَجْرَدِ الشُّكِّ، وَحَمَلُوا نَصَّ الْبَطْلَانِ عَلَى مَا إِذَا ارْتَابَتْ فِي أَثْنَاءِ الْأَقْرَاءِ وَالْأَشْهَرِ وَنَكَحَتْ قَبْلَ زَوَالِ الرَّيْبَةِ.

والثاني: أن في المسألة قولين<sup>(٧)</sup>، واختلف الصائرون إليه، فمنهم من قال: هما

(١) في ز: يجب.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: يصير.

(٤) في ز: حامل.

(٥) قال الزركشي: فيه أمران:

(٦) أحدهما: أنهم جعلوا محل النصين فيما إذا عرضت الريبة بعد الإقرار وليس كذلك فإن عبارة الشافعي «لا تنكح المرتابة وإن أوفت عدتها لأنها لا تدري ما عدتها وإن نكحت لم يفسخ ووقفتها». انتهى وحيث يتجه القطع بالصحة، وحمل نص الطلاق على ما إذا ارتابت في أثناء العدة.

مبنيان على القولين في وقف العقود، إن قلنا: إن العُقود لا توقف؛ فالنكاح باطل، وإلا، فينقصد موقوفاً، قال الشيخ أبو علي: وهذا فاسد؛ لأن العُقود لا تُوقَف على الجديد، والقول بالوقف هاهنا منقول عن الجديد.

ومنهم من بناهما<sup>(١)</sup> على الخلاف فيما إذا باع مال أبيه، على ظن حياته، فبان موته، هل يصح البيع؟ أو على القولين في أن من شك في عدد الركعات بعد الفراغ من الصلاة، هل يؤمر بالتدارك؟ ويُحكى هذا عن القفال.

والثالث: عن ابن سُرَيْج: أن رواية المزيّني محمولة على ما إذا حدثت الريبة بعدما انقضت الأقراء، ونكحت، فلا يبطل النكاح، ويتوقف الزوج عن الوطء إلى أن يتبين الحال، فأما إذا نكحت والريبة حاصلة، فلا يصح النكاح، لأنها لا تدري أعددتها بالأقراء أو الأشهر؟ وقد حلت بمضيها أو بوضع الحمل، ولم تحل، فلا تنكح إلا بيقين، قال ولو قلنا بصحة هذا النكاح، لجعلناه موقوفاً، والعقود لا تُوقَف على أضل الشافعي - رضي الله عنه - في الجديد، وأجيب عنه: بأن المذكور في الجديد هو التوقف في الانعقاد ابتداءً، وقد تخلف شرط الصحة إلى أن يوجد ذلك الشرط، كالوقف على إجازة المالك، وهاهنا لا يتوقف في الانعقاد، بل يُحكّم بأن النكاح منقيدٌ ببناء على الظاهر، ثم إن بان خلافه غيّرنا<sup>(٢)</sup> الحكم، وهذا كما أنه إذا حدثت الريبة بعدما نكحت، لا يحكم ببطلان النكاح، لكن إذا تحقّق الحمل يوم النكاح،<sup>(٣)</sup> تبين أنه كان باطلاً، والمذكور في الكتاب من الطُرُق الثلاث الأولى والثانية.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الثاني) إِذَا آتَتْ بَعْدَ الْعِدَّةِ بِوَلَدٍ لِأَقْلٍ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ لِحَقِّ الزَّوْجِ وَإِنْ لَمْ تَنْكِحْ زَوْجًا آخَرَ \* وَإِنْ كَانَتْ رَجْعِيَّةً حَسَبَ أَرْبَعِ سِنِينَ مِنْ وَقْتِ أَنْصِرَامِ الْعِدَّةِ \* أَوْ مِنْ وَقْتِ الطَّلَاقِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ \* فَإِنْ قُلْنَا مِنْ وَقْتِ تَصَرُّمِ الْعِدَّةِ تَمَادِي الْإِلْحَاقِ إِلَى عَشْرِ سِنِينَ وَزِيَادَةَ إِذِ الطَّهْرُ قَدْ يَتْبَاعِدُ سِنِينَ \* وَقِيلَ: إِنَّ ذَلِكَ لَا يُحْتَمَلُ فَلَا يُحَسَبُ لِلْعِدَّةِ أَكْثَرُ مِنْ ثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْأَصْلُ الَّذِي تَبْنَى عَلَيْهِ الْمَسْأَلَةُ، وَمَسَائِلُ كَثِيرَةٌ مَذْكُورَةٌ مِنْ قَبْلِ،

= الثاني: سكت عن مسألة مهمة وهي مراجعة الزوج في حال ارتيابها بعد انقضاء الأقراء، وقال الشافعي في المختصر: توقف الرجعة، فإن بان حمل فالرجعة ثابتة وإلا فباطلة، ولو راجعها بعد وضع ولد وهي تجد حركة، ولو قلنا الرجعة فإن ولدت آخر أو أسقطت سقطاً تبين فيه خلق آدمي فرجعت ثابتة. انتهى.

(١) في ز: بناهما.

(٢) في ز: عدنا.

(٣) في ز: والأقراء.

ومن بعد أن أكثر مدة الحمل أربع سنين، وبه قال مالك، وهو رواية عن أحمد، واحتج له بأن عمر - رضي الله عنه<sup>(١)</sup> - قال في امرأة المفقود: تتربص أربع سنين، ثم تعتد بعد ذلك، وسبب التقدير بأربع سنين أنها نهاية مدة الحمل، وعن مالك: أنه قال: هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق، وزوجها رجل صدق، حملت ثلاثة أبطن في اثنتي عشر سنة تحمل كل بطن أربع سنين.

وروى القتيبي أن هرم بن حيان حملت به أمه أربع سنين.

وقال أبو حنيفة: أكبر مدة الحمل ستان.

وعن مالك روايتان أخرتان:

إحدهما: خمس سنين. والثانية: سبع.

إذا عرف ذلك، فلو أبان زوجته بالخلع أو باستيفاء عدد الطلاق، أو بأن فسح النكاح بعيب<sup>(٢)</sup> أو بأن لأعتها، ولم ينف الحمل، ثم أتت بولد لأربع سنين فما دونها من يوم الفراق، فهو ملحق بالزوج؛ لمكان الإمكان، هكذا أطلقوه في أربع سنين، واعترض منصور التميمي<sup>(٣)</sup> في المستعمل، وقال: إذا لحقه الولد الذي أتت به لأربع سنين من وقت الطلاق، لزم أن تكون مدة الحمل أكبر من أربع سنين؛ لتقدم العلوق على الطلاق، فينبغي أن يقال: لأربع سنين من وقت إمكان العلوق قبل الطلاق، وهذا قويم وفي الإطلاق تساهل، ولا فرق بين أن تقر المرأة بانقضاء عدتها به وبين أن لا تقر، لأن النسب حق الولد، فلا ينقطع بإقرارها، وقد تبني إقرارها على الغالب، فتبين خلافه، ويظهر أنها كانت تحيض على الحمل، وهذا قول مالك.

وقال أبو حنيفة وأحمد: إذا أقرت بانقضاء عدتها ثم ولدت، لم يلحقه الولد إلا أن يابى به لما دون ستة أشهر من وقت الإقرار، وبهذا<sup>(٤)</sup> قال ابن سريج، وشبهه بما

(١) أخرجه مالك [٢٨/٢] في الموطأ والشافعي عنه عن يحيى بن سعيد، عن سعيد بن المسيب عن عمر: أيما امرأة فقدت زوجها، فلم تدر أين هو، فإنها تنتظر أربع سنين، ثم تنتظر أربعة أشهر وعشراً، ورواه عبد الرزاق عن ابن جريج عن يحيى به، ورواه أبو عبيد عن محمد بن كثير عن الأوزاعي عن الزهري، عن سعيد عن عمر وعثمان به، وسيأتي له طريق أخرى، ورواه البيهقي [٤٤٥/٧] من طرق أخرى عن عمر، وقال ابن أبي شيبة نا غندر نا شعبة، عن منصور عن مجاهد عن ابن أبي ليلى، عن عمر نحوه، وللدارقطني من طريق عاصم الأحول عن أبي عثمان وقال: أتت امرأة عمر بن الخطاب فقالت: استهوت الجن زوجها، فأمرها أن تتربص أربع سنين، ثم أمر ولي الذي استهوته الجن أن يطلقها، ثم أمرها أن تعتد أربعة أشهر وعشراً.

(٢) في ز: تعهد.

(٣) في ز: اليميني.

(٤) في أ: وهذا قول.



إذا صارت الأمة فراشاً بالوطء، ثم استبرأها سيدها، ثم أتت بولدٍ بعد الاستبراء لسته أشهرٍ فصاعداً، لم يلحقه الولد، نص عليه، واختلفوا في الجواب عن هذا الاحتجاج.

فمنهم من جعل المسألة على قولين بالنقل والتخريج.

ومنهم من جعل مسألة الأمة على قولين، وما تخرج من الأمة فيما نحن فيه، وعلى التقديرين، فالمذكور هناك جوابٌ على أحد القولين، والجمهور امتنعوا من التخريج في الطرفين<sup>(١)</sup>، وفرقوا بأن فراش النكاح أسرع ثبوتاً؛ ألا ترى أنه يثبت النسب فيه بمجرد الإمكان، وفي الأمة لا يثبت بمجرد الإمكان، بل يعتبر الإقرار بالوطء، فإذا استبرأها، جاز<sup>(٢)</sup> حكم الوطء في الظاهر، وبقي مجرد الإمكان، فلا يقنع به، وفي الحرّة الإمكان باقٍ، وإن أقرت بانقضاء العدة فينتفع به لإثبات النسب، وإن أتت بالولد لأكثر من أربع سنين، فهو منفي عنه بلا لعان؛ لأنه لا إمكان، ونقل المزنّي أنه ينتفي عنه باللعان، واعترض عليه، فقال: يشبه أن يكون هذا غلطاً من غير الشافعي - رضي الله عنه -، قال الأصحاب: والأمر على ما ذكره، وقد نص - رضي الله عنه - في رواية الربيع: أنه ينتفي بلا لعان، ولو طلقها طلاقاً رجعيّاً؛ ثم أتت بالولد، فالحكم على التفصيل المذكور إلا أن السنين الأربع تُحسب من وقت انصرام العدة أو من وقت الطلاق فيه قولان: أحدهما: من وقت انصرام العدة لأن الرجعية كالمنكوحة في معظم الأحكام.

وأصحهما، على ما ذكر صاحب «التهذيب» وغيره: من وقت الطلاق؛ لأنها كالباثنة<sup>(٣)</sup> في تحريم الوطء، فكذلك في أمر الولد الذي هو نتيجته، وهذا الخلاف كالخلاف الذي يذكر في أن الرجعية هل هي فراش أم لا أو هو هو؟ وإذا قلنا بالاحتساب من وقت انقضاء العدة، فقد أطلق الشيخ أبو حامد وابن الصبّاغ وغيرهما حكاية وجهين عن أبي إسحاق: أنه يلحقه متى أتت به من غير تقدير مدة؛ لأن الفراش على هذا القول إنما يزول بانقضاء العدة، قالوا: والأصح أنه إذا مضت العدة بالأقراء أو الشهر، ثم ولدت لأكثر من أربع سنين من انقضائها، لم يلحقه، لأننا نتحقق أن الحمل لم يكن موجوداً في الأقراء والأشهر، فيتبين بانقضائها، ويكون كما لو باتت<sup>(٤)</sup> بالطلاق، ثم أتت بولدٍ لأكثر من أربع سنين، ولك أن تقول: هذا إن استمر في الأقراء لا يستمر في الأشهر، فإن التي تحمّل من النساء، لا تعتد بالأشهر، فإذا حملت، بان أن عدتها لم تُنقض بالأشهر، وسيأتي نظير هذا، ثم هذا الخلاف على ما ذكره القاضي الروياني في «التجربة» وغيره، فيما إذا أقرت بانقضاء العدة، وذكر أنها إذا لم تقر

(١) في ز: الطريق.

(٢) في ز: زال.

(٣) في ز: كالثانية.

(٤) في ز: باتت.

بانقضائها، فالولد الذي تأتي به يلحقه، وإن طال الزمان؛ لأن العدة قد تمتد ويتباعد الطهر، وأن القمائل نقل وجهاً ضعيفاً: أنه إذا مضت ثلاثة أشهر، ثم أتت بالولد لأكثر من أربع سنين، لم يلحقه؛ لأن الغالب انقضاء العدة في ثلاثة أشهر، وليحمل الخلاف المذكور في الكتاب على هذه الحالة؛ لأنه مائل إلى ترجيح اللّحوق من غير التقدير بمدّة، وفيما إذا أقرت بانقضاء العدة، رجّح أكثرهم التقدير، وحكّوه عن نص الشافعي - رضي الله عنه -، فالأحسن أن يوافق اختياره اختيار مَنْ قبله، ومتى حكّمنا بثبوت النسب، فتكون المرأة معتدة إلى الوضع حتى يثبت للزوج الرجعة، إذا كان الطلاق رجعيًا، ولها النفقة والسكّنى.

فزعان: أحدهما: لو أتت الولد لأكثر من أربع سنين، لكن ادعت في الطلاق الرجعي أن الزوج راجعها أو ادعت أنه جدّد نكاحها أو أنه وطئها بشبهة، وأنها ولدت على الفراش المجدّد، نُظِرَ؛ إن صدّقها الزوج، ألزم بموجب إقراره، فعليه المهر في التجديد، والنفقة والسكّنى في الرجعة والتجديد، ويلحقه الولد بالفراش، [وإن أنكر استحداث فراش]، فهو المصدّق بيمينه، وعليها البينة، فإذا نكل، حلفت، وثبت النسب إلا أن ينفيه باللعان، ونقل أبو الفرج الزاز قولاً: أنه إذا نكل، لا ترد اليمين عليها؛ لأنّها لو حلفت، لثبت نسب الولد، ويبعد أن يحلف الإنسان؛ لفائدة غيره، فلو لم يخلف أو نكلت، فهل يخلف الولد إذا بلغ؟ فيه خلاف مذكور في نظائره<sup>(١)</sup>، وإن سلم الفراش الجديد، وأنكر ولادتها، وادعى أنها التقطته أو استعارته، فيصدّق بيمينه، [وعليها البينة]<sup>(٢)</sup> على الولادة، فإن نكل، حلفت وثبتت الولادة والنسب بالفراش، إلا أن ينفيه باللعان، ويعود في تحليفها الخلاف السابق، ثم قال الأئمة - رحمهم الله - : العدة تنقضي بوضعه<sup>(٣)</sup>، وإن حلف الرجل على النفي، لم يثبت ما ادعته؛ لأنها تزعم أن الولد منه، فكان كما لو نفى الرجل حملها باللعان، فإنه، وإن انتفى الولد، تنقضي العدة بوضعه؛ لزعمها أنه منه<sup>(٤)</sup>، وإن ادّعت على الوارث بعد موت الزوج أن الزوج

(١) فيه أمران:

أحدهما: قضيته الاكتفاء بدعواها الرجعة وما معه دون الإصابة.

الثاني: أن ما ذكر من تحليفها عند نكوله وأورده إيراد المشهور هو الذي أورده العراقيون ورجحه الإمام. قال القاضي الحسين: لم يقل الشافعي هاهنا أنها تحلف.

(٢) سقط في ز. (٣) في ز: بوصفه.

(٤) ما حكاه عن الأئمة نقله الماوردي عن الجمهور وقال: إنه الظاهر من مذهب الشافعي، ثم اختار عدم الانقضاء. قيل: والأول هو الصواب لأن عدة الزوج قد انقضت بما وجد من الأقراء، وهذا الولد منتف عنه، والعلوق به بعد الانفصال ممكن فما يرفع ما حكّمنا به من انقضاء العدة.

كان قد راجعها أو جدد نكاحها، فإن كان الوارث ممن لا يحجب، نُظِرَ؛ إن كان ابناً<sup>(١)</sup> واحداً، فالحكم كما إذا ادعت على الزوج، إلا أن الوارث يخلف على نفي العلم، وإلا أنه إذا ثبت النسب، لم يكن نفيه باللعان، وإن كان له ابنان، وادعت عليهما، فإن صدقها، أو كذباً وحلفاً أو نكلاً، فحلفت، أو صدقها أحدهما، وكذب الآخر، وحلف، ثبت المهر والتفقة، بحصة<sup>(٢)</sup> المصدق. ولا يثبت النسب؛ لأن جميع الورثة لم يتفقوا، وهل يثبت ميراث الزوجة في حصة المصدق؟ فيه خلاف مذکور في موضعه، وإن كان الوارث ممن يُحجب كالأخ، فإن صدقها، فذاك، ولا يرث الولد إن ثبت نسبه؛ لثلا يخرج الأخ عن كونه وارثاً بحجبه، وإن كذبها، فعلى ما تبين.

والثاني، وقد سبق طَرَف منه في الطلاق: علّق<sup>(٣)</sup> طلاق امرأته بولدها، فولدت ولدين، نُظِرَ؛ إن كان بينهما دون ستة أشهر، لحقاه جميعاً، وطُلقت بوضع الأول، وانقضت عدتها؛ بالثاني وإن كان ستة أشهر وأكثر، طُلقت بولادة الأول، ثم إن كان الطلاق بائناً، لم يلحقه الثاني؛ للعلم بأن العلوق بالثاني لم يكن في النكاح، بخلاف ما إذا لم يعلق بالولادة حيث يلحقه الولد إلى أربع سنين؛ لاحتمال العلوق في النكاح، وإن كان الطلاق رجعيًا، فينبى على أن السنين الأربع تعتبر من وقت الطلاق أو من وقت انقضاء العدة، إن قلنا بالأول، لم يلحقه، وإن قلنا بالثاني، لحقه إذا أتت به لما دون أربع سنين من ولادة الأول، وتنقضي العدة بوضعه، لحقه أو لم يلحقه؛ لاحتمال وطء الشبهة بعد البيونة.

قاله ابن الصبّاغ، ولو أتت بثلاثة أولاد، فإن كان الكلّ حملاً واحداً؛ بأن كان بين الأول والثالث أقل من ستة أشهر، فتطلق بالأول؛ وتنقضي العدة بالثالث، ولحق الكل، وإن كان بين الأولين أقل من ستة أشهر، وبين الثاني والثالث أكثر منها، لحقه الأول، وانقضت عدتها بالثاني، ولا يلحقه الثالث للعلم بأن العلوق به لم يكن في النكاح ولا في العدة، وإن كان بين الأول والثاني أكثر من ستة أشهر، وبين الثاني والثالث دون الستة طُلقت بالأول، ولم يلحقه الآخران، إن كان الطلاق بائناً، وإن كان رجعيًا، فعلى الخلاف، ولو زاد ما بين الأولين على ستة أشهر، وكذا ما بينهما وبين الثالث، فالثالث غير لاحق، وكذا الثاني، إن كان الطلاق بائناً، وإن كان رجعيًا، فعلى الخلاف، ولو كان ما بين الأولين دون الستة، وكذا ما بينهما وبين الثالث، وكان ما بين الأول والثالث أكثر من الستة، فالأولان لاحقان دون الثالث.

(١) في: أبناء أوحدا.

(٢) في ز: لحقته.

(٣) في ز: على.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: (الثَّالِثُ) إِذَا نُكِّحَتْ ثُمَّ أَتَتْ بِوَلَدٍ لِرِزْمَانٍ يُحْتَمَلُ مِنَ الرِّوَجَيْنِ أَلْحَقَ  
بِالثَّانِي إِنْ كَانَ النُّكَاحُ صَحِيحاً إِذْ لَا سَبِيلَ إِلَى إِنْطَالِ الصَّحِيحِ \* وَإِنْ كَانَ فَاسِداً يُعْرَضُ  
عَلَى الْقَائِفِ لِأَنَّهُ كَوَاطِءٌ شُبْهَةٌ \* ثُمَّ مُدَّةُ أَحْتِمَالِ الثَّانِي تُحْتَسَبُ مِنَ الْعَقْدِ الْفَاسِدِ \* أَوْ مِنْ  
الْوَطْءِ فِيهِ خِلَافٌ \* وَكَذَلِكَ عِدَّةُ النُّكَاحِ الْفَاسِدِ يُبْتَدَأُ بَعْدَ آخِرِ وَطْءَةٍ \* أَوْ بَعْدَ التَّفَرُّقِ  
بِأَنْجِلَاءِ الشُّبْهَةِ فِيهِ خِلَافٌ .

قَالَ الرَّافِعِيُّ: كَانَ الْفَرْعُ الثَّانِي مَصَوِّراً فِيمَا إِذَا لَمْ تَصْرُ بَعْدَ الطَّلَاقِ فِرَاشاً لغيره،  
حَتَّى أَتَتْ بِوَلَدٍ، فَإِنْ صَارَتْ فِرَاشاً لغيره؛ كَمَا إِذَا نُكِّحَتْ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ، ثُمَّ وَلَدَتْ،  
نُظِرَ؛ إِنْ وَلَدَتْ لِمَا دُونَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنَ النُّكَاحِ الثَّانِي، فَكَانَهَا لَمْ تَنْكُحْ، وَالْحُكْمُ <sup>(١)</sup> عَلَى  
مَا مَرَّ، وَإِنْ أَتَتْ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَأَكْثَرَ، فَالْوَلَدُ <sup>(٢)</sup> لِلثَّانِي، وَإِنْ أَمَكْنَ أَنْ يَكُونَ مِنَ الْأَوَّلِ؛  
لِأَنَّ الْفِرَاشَ لِلثَّانِي حَاضِرٌ قَائِمٌ، فَالْإِلْحَاقُ بِهِ أَوْلَى مِنَ الْإِلْحَاقِ بِفِرَاشِ قَدِ انْقَطَعَ  
وَانْقَضَى، وَأَيْضاً، فَإِنَّ النُّكَاحَ جَرَى عَلَى الصَّحَّةِ ظَاهِراً، وَعَلَى تَقْدِيرِ أَنْ يَكُونَ الْوَلَدُ مِنَ  
الْأَوَّلِ، يَكُونُ فِي الْعِدَّةِ وَيَبْطُلُ النُّكَاحُ، وَلَا سَبِيلَ إِلَى إِبْطَالِ الصَّحِيحِ بِالْإِحْتِمَالِ، وَلَوْ  
نُكِّحَتْ نِكَاحاً فَاسِداً؛ بِأَنْ نُكِّحَتْ فِي الْعِدَّةِ، لَمْ يَقْطَعْ بِمَجْرَدِ الْعَقْدِ الْعِدَّةَ، وَلَكِنْ تَسْقُطُ  
نَفَقَتُهَا وَسَكَنُهَا؛ لِنَشُوزِهَا، ثُمَّ إِنْ وَطَّئَهَا الزَّوْجُ عَالِماً بِالتَّحْرِيمِ، فَهُوَ زَانٌ لَا يُوَثَّرُ وَطْؤُهُ  
فِي الْعِدَّةِ، وَإِنْ جَهِلَ التَّحْرِيمَ، إِمَّا لظَنَّهُ انْقِضَاءَ الْعِدَّةِ، أَوْ لظَنَّهُ أَنَّ الْمَعْتَدَةَ لَا يَحْرُمُ  
نِكَاحَهَا، فَتَنْقَطِعُ بِهِ الْعِدَّةُ؛ لِصِرُورَتِهَا فِرَاشاً لِلثَّانِي.

وقال أبو حنيفة وأحمد - رحمهما الله - : لا تنقطع، قال القاضي الرؤياني:  
دعواه الجَهْلُ بأنها معتدة تُقْبَلُ بِكُلِّ حَالٍ، وَدَعْوَى الْجَهْلِ بِأَنَّ نِكَاحَ الْمَعْتَدَةِ حَرَامٌ لَا  
يَقْبَلُ إِلَّا مِنْ قَرِيبِ الْعَهْدِ بِالْإِسْلَامِ، ثُمَّ إِذَا فُرِقَ بَيْنَهُمَا، تَكْمَلُ عِدَّةُ الْأَوَّلِ، ثُمَّ تَعْتَدُ  
عِدَّةَ الثَّانِي، وَلَوْ أَنَّ هَذِهِ الْمُنْكَوْحَةَ أَتَتْ بِوَلَدٍ لِرِزْمَانِ الْإِمْكَانِ مِنَ الْأَوَّلِ دُونَ الثَّانِي،  
فِيَلْحَقُ الْوَلَدُ بِالْأَوَّلِ، وَتَنْقَضِي عِدَّتُهُ بِوَضْعِهِ، ثُمَّ تَعْتَدُ لِلثَّانِي، فَإِنْ أَتَتْ بِهِ لِرِزْمَانِ  
الْإِمْكَانِ مِنَ الثَّانِي دُونَ الْأَوَّلِ؛ بِأَنَّ أَتَتْ بِهِ لِأَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ مِنْ طَلَاقِ الْأَوَّلِ، فَإِنْ  
كَانَ الطَّلَاقُ بَائِناً، فَهُوَ مُلْحَقٌ بِالثَّانِي، وَإِنْ كَانَ رَجْعِيًّا، فَالْجَوَابُ كَذَلِكَ: أَوْ يُقَالُ:  
فِرَاشِ الْأَوَّلِ بَاقٍ، فَيُعْرَضُ عَلَى الْقَائِفِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ، وَإِنْ أَتَتْ بِهِ لِرِزْمَانِ الْإِمْكَانِ مِنْهَا  
جَمِيعاً، فَيُعْرَضُ عَلَى الْقَائِفِ، فَإِنَّ الْحَقَّ الْقَائِفَ بِأَحَدِهِمَا، فَالْحُكْمُ كَمَا لَوْ أَتَتْ بِهِ  
لِرِزْمَانِ الْإِمْكَانِ مِنْهُ خَاصَّةً، وَإِنَّ الْحَقَّ بِهِمَا أَوْ نَفَاهُ عَنْهُمَا أَوْ اشْتَبَهَ الْحَالُ عَلَيْهِ أَوْ لَمْ

(١) قضيته أنه لا فرق بين أن يتفق الزوجان على الدخول أن ينكر أحدهما أو يتفقان على عدمه أو يتفقان على أن الولد ليس من الزوج ولا فرق بين أن تقول المرأة كذب في انقضاء العدة أم لا .

(٢) لا يكفي مجرد السنة بل لا بد من إمكان الاجتماع والوطء وأمله الرافعي لوضوحه .

يكن [ثم] <sup>(١)</sup> قائف، انتظر بلوغه وانتسابه لنفسه، وإذا وضعت، ومر بها ثلاثة أقراء، حلّت للأزواج، وإن أتت به لزمان لا يمكن أن يكون من واحد منهما، بأن كان لما دون ستة أشهر من نكاح الثاني، ولأكثر من أربع سنين من طلاق الأول، فلا يلحق بواحد منهما، إن كان الطلاق بائناً، وإن كان رجعيًا، عاد الخلاف في أنها هل هي فراش؟ وإذا نفيناها عنهما، فعن الشيخ أبي حامد: أنه لا تنقضي العدة بالوضع عن واحدٍ منهما، بل بعد الوضع تكمل العدة عن الأول، ثم تعتد عن الثاني، قال صاحب «الشامل»: وقياس ما ذكرنا فيما إذا علّق طلاقها بالولادة، فولدت ولدين بينهما ستة أشهر: أن الثاني لا يلحقه، وتنقضي العدة بوضعه أن نقول هاهنا بانقضاء العدة عن أحدهما، ومدة الإمكان من الزوج الثاني تُحسب من وقت النكاح الفاسد أو من وقت الوطء؟ فيه وجهان:

أحدهما، ويُحكى عن القفال الشاشي - رحمه الله -: أنها تُحسب من وقت النكاح، كما في النكاح الصحيح، وأظهرهما: الاحتساب من وقت الوطء، ولا عبرة بمجرد العقد الفاسد، وقرب من هذا الخلاف الخلاف في أن العدة في النكاح الفاسد تحسب من <sup>(٢)</sup> آخر وطء أو من وقت التفريق بينهما [بانجلاء] <sup>(٣)</sup> الشبهة وظهور الفساد.

والأصح على ما ذكر في «التهذيب» أنها تُحسب من وقت التفريق؛ لأن الاستيلاء <sup>(٤)</sup> ينقطع، والفراش حينئذ يزول، قال: والتفريق بأن فرق القاضي بينهما في معناه ما إذا اتفق الزوجان على المفارقة، وما إذا مات الزوج عنها أو طلقها على ظن الصحة، ولو غاب <sup>(٥)</sup> عنها على عزم أن يعود إليها لم تحسب مدة الغيبة من العدة، ولو عزم أن لا يعود، فمدة الغيبة من العدة، وخُرج على الخلاف المذكور: أن لحق الولد في النكاح الفاسد، هل يتوقّف على إقراره بالوطء، كما في ملك اليمين أو يكفي فيه مجرد العقد كما في النكاح الصحيح [وأما] إذا أحوجناه إلى الإقرار بالوطء، فهل ينتفي الولد بدعوى الاستبراء كما في ملك اليمين أو لا ينتفي <sup>(٦)</sup> إلا باللعان؟ والظاهر الاحتمال الثاني، ولو وطئت في العدة بالشبهة، وأتت بولد لزمان الإمكان من الزوج، والواطء، فيعرض الولد على القائف، كما ذكرنا في النكاح الفاسد، ولو وطئت بعد انقضاء العدة، فهل هو كالنكاح الثاني في قطع فراش الأول؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا بل يُعرض الولد على القائف، كما لو وطئت في العدة.

- |                |                     |
|----------------|---------------------|
| (١) سقط في ز.  | (٢) في ز: في.       |
| (٣) سقط في ز.  | (٤) في ز: الإسلامه. |
| (٥) في ز: عاد. | (٦) في ز: ينفي.     |

وأصحهما: نعم؛ لانقطاع النكاح الأول<sup>(١)</sup> والعدة عنه على الظاهر؛ فعلى هذا، لو أتت بوليد، لزمان الإمكان منها يلحق بالواطىء، كما يلحق بالزوج الثاني، والله أعلم بالصواب.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الرَّابِعُ) لَوْ قَالَ: طَلَّقْتُ بَعْدَ الْوِلَادَةِ فَاتَّكَرَتْ وَقَالَتْ: بَلْ قَبْلَهَا فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ سِوَاءِ اتَّفَقَا عَلَى وَقْتِ الْوِلَادَةِ أَوْ أَبْهَمَ \* وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي وَقْتِ الْوِلَادَةِ وَاتَّفَقَا عَلَى وَقْتِ الطَّلَاقِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا \* وَلَوْ أَدَّعَتْ تَقَدُّمَ الطَّلَاقِ فَقَالَ: لَا أَدْرِي فَعَلَيْهِ يَمِينٌ جَازِمَةٌ أَوْ التُّكُولُ \* فَإِنْ جَزَمَ الزَّوْجُ فَقَالَتْ: لَا أَدْرِي فَلَهُ الرَّجْعَةُ وَلَيْسَ يُقْبَلُ دَعْوَاهَا مَعَ الشَّكِّ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا وُلِدَتِ الْمَرْأَةُ، وَطَلَّقَهَا زَوْجُهَا ثُمَّ اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ، فَقَالَ الزَّوْجُ: طَلَّقْتُكَ بَعْدَ الْوِلَادَةِ، فَأَتَتْ فِي الْعِدَّةِ، وَلِيَ الرَّجْعَةَ، وَأَبَتِ الْمَرْأَةُ فَقَالَتْ: طَلَّقْتَنِي قَبْلَ الْوِلَادَةِ، وَانْقَضَتْ عِدَّتِي بِالْوَضْعِ، نُظِرَ؛ إِنْ اتَّفَقَا عَلَى وَقْتِ الْوِلَادَةِ كِيَوْمِ الْجُمُعَةِ، وَقَالَ: طَلَّقْتُكَ يَوْمَ السَّبْتِ، وَقَالَتْ: بَلْ يَوْمَ الْخَمْسِ، فَهُوَ الْمُصَدِّقُ بِيَمِينِهِ؛ لِأَنَّ الطَّلَاقَ بِيَدِهِ، فَيُصَدِّقُ فِي وَقْتِهِ، كَمَا يُصَدِّقُ فِي أَصْلِهِ؛ وَلِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الطَّلَاقِ يَوْمَ الْخَمِيسِ، وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى وَقْتِ الطَّلَاقِ، كِيَوْمِ الْجُمُعَةِ، وَاخْتَلَفَا فِي وَقْتِ الْوِلَادَةِ، فَقَالَ: وَوُلِدْتُ يَوْمَ الْخَمِيسِ، قَالَتْ، بَلْ يَوْمَ السَّبْتِ، فَهِيَ الْمُصَدِّقَةُ بِيَمِينِهَا؛ لِأَنَّ الْقَوْلَ فِي أَضْلِ الْوِلَادَةِ قَوْلُهَا، فَكَذَلِكَ فِي وَقْتِهَا؛ وَلِأَنَّ الْأَضْلَ عَدَمُ الْوِلَادَةِ يَوْمَ الْخَمِيسِ، وَلَوْ لَمْ يَتَّفَقَا عَلَى وَقْتِ الْوِلَادَةِ، وَلَا وَقْتِ الطَّلَاقِ، وَادَّعَى الزَّوْجُ تَقَدُّمَ الْوِلَادَةِ، وَهِيَ تَقَدُّمُ الطَّلَاقِ، فَهُوَ الْمُصَدِّقُ؛ لِأَنَّ الْأَضْلَ بَقَاءُ سُلْطَةِ النِّكَاحِ، وَلَوْ ادَّعَيْتِ الْمَرْأَةُ تَقَدُّمَ الطَّلَاقِ، فَقَالَ الزَّوْجُ: لَا أَدْرِي، لَمْ يُقْتَنَعْ<sup>(٢)</sup> مِنْهُ بِذَلِكَ، بَلْ إِمَّا أَنْ يَخْلِفَ يَمِينًا جَازِمَةً عَلَى أَنَّ الطَّلَاقَ لَمْ يَتَّقَدَّمْ أَوْ يَنْكُلْ لِتَخْلِيفِ هِيَ؛ لِأَنَّ الزَّوْجَ بِقَوْلِهِ «لَا أَدْرِي» مُنْكَرًا؛ فَتُعْرَضُ<sup>(٣)</sup> عَلَيْهِ الْيَمِينُ، وَإِنْ أَعَادَ كَلَامَهُ الْأَوَّلَ جُعِلَ نَاكِلًا، فَتَحْلِفُ الْمَرْأَةُ وَلَوْ لَمْ يَفْعَلْ ذَلِكَ، لَعَجَزَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ فِي الدَّعَاوَى كُلِّهَا عَنِ الدَّفْعِ بِهَذَا الطَّرِيقِ، وَإِذَا حَلَفَتِ الْمَرْأَةُ، فَلَا عِدَّةَ عَلَيْهَا وَلَا رَجْعَةَ لِلزَّوْجِ، وَإِنْ نَكَلَتْ، فَعَلَيْهَا الْعِدَّةُ وَقَالَ الْأَصْحَابُ: وَلَيْسَ ذَلِكَ قَضَاءً بِالنُّكُولِ، لَكِنَّ الْأَضْلَ هُنَا بَقَاءُ النِّكَاحِ، وَأَثَرُهُ، فَيُعْمَلُ بِهَذَا الْأَضْلِ، إِذَا لَمْ يَظْهَرِ دَافِعٌ، وَإِنْ جَزَمَ الزَّوْجُ بِتَقَدُّمِ الْوِلَادَةِ، وَقَالَتْ هِيَ: لَا أَدْرِي، فَلَهُ الرَّجْعَةُ، فَلَهُ يَقْنَعُ مِنْهَا بِقَوْلِهَا «لَا أَدْرِي» وَالْوَرَعُ أَنْ لَا يُرْجِعَهَا، وَكَذَا<sup>(٤)</sup> الْحَكْمُ لَوْ قَالَ جَمِيعًا «لَا تَدْرِي السَّابِقُ مِنْهُمَا» وَلَيْسَ لَهَا أَنْ تَنْكَحَ حَتَّى تَمْضِيَ ثَلَاثَةَ أَقْرَاءَ<sup>(٥)</sup>.

(١) في ز: كالأول.

(٢) في ز: فعرض.

(٣) في ز: وهذا.

(٤) في ز: يوضع.

(٥) تابع فيه الغزالي وحكاه في الذخائر عنه، ثم قال: والذي أورده الشيخ في المذهب أنه لا يحكم بينهما في هذه الصورة لا يدعيان حقاً، ولم يحك عن المذهب سواء.

وقوله في الكتاب «وليس يقبل دعوها مع الشك» يعني أن الأصل ثبوت الرجعة، وهي مدعية لما يدفعه، فلا بد من دعوى صحيحة، ودعوى الشاك غير صحيحة.

### الباب الثاني في تداخل العِدَّتَيْنِ

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَالْعِدَّتَانِ الْمُتَّفَقَتَانِ بِالْأَقْرَاءِ أَوْ الْأَشْهَرِ تَتَدَاخِلَانِ (و) مِنْ شَخْصٍ وَاحِدٍ وَذَلِكَ بِأَنْ يَطَّأَهَا الرَّوْجُ فِي الْعِدَّةِ فَيَكْفِيهَا ثَلَاثَةَ أَقْرَاءٍ مِنْ وَقْتِ الْوِطْءِ \* لَكِنْ الرَّجْعَةُ لَا تَتَجَاوَزُ ثَلَاثَةَ أَقْرَاءٍ مِنْ وَقْتِ الطَّلَاقِ \* أَمَا إِذَا اُخْتَلَفَا بِأَنْ كَانَ إِحْدَاهُمَا بِالْحَمَلِ أَنْدَرَجَتْ الْأُخْرَى تَحْتَ الْحَمَلِ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ وَأَنْقَضَتَا بِالْوَضْعِ وَدَامَتْ (و) الرَّجْعَةُ إِلَيْهِ \* فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَنْدَرِجُ فَإِنْ كَانَ الْحَمَلُ مِنْ وَطْءِ الشُّبْهَةِ انْقَطَعَ عِدَّةُ الطَّلَاقِ فَتَعُودُ إِلَى بَقِيَّتِهَا بَعْدَ الْوَضْعِ وَلَهُ الرَّجْعَةُ أَوْ تَجْدِيدُ النِّكَاحِ فِي الْبَقِيَّةِ \* وَهَلْ يَجُوزُ الرَّجْعَةُ قَبْلَهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ \* وَمَهْمَا ثَبَّتَ الرَّجْعَةَ ثَبَّتَ الْمِيرَاثَ وَسَائِرَ الْأَحْكَامِ \* وَلَوْ كَانَتْ تَرَى الدَّمَ وَهِيَ حَامِلٌ انْقَضَتِ الْعِدَّةُ الْأُخْرَى بِالْأَقْرَاءِ مَعَ الْحَمَلِ عَلَى الْأَظْهَرِ لِأَنَّهُ لِمُجَرَّدِ التَّعْبِيدِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا اجْتَمَعَتْ عَلَى الْمَرْأَةِ عِدَّتَانِ، فَإِذَا أَنْ يَكُونَا مِنْ شَخْصٍ وَاحِدٍ أَوْ مِنْ<sup>(١)</sup> شَخْصَيْنِ.

الْقِسْمُ الْأَوَّلُ: إِذَا كَانَا مِنْ شَخْصٍ وَاحِدٍ بِأَنْ طَلَّقَ زَوْجَتَهُ، وَشَرَعَتْ فِي الْعِدَّةِ بِالْأَقْرَاءِ أَوْ الْأَشْهَرِ، ثُمَّ وَطَّئَهَا فِي الْعِدَّةِ، إِمَّا جَاهِلًا إِنْ كَانَ الطَّلَاقُ بَاطِنًا، وَإِمَّا جَاهِلًا، أَوْ عَالِمًا، إِنْ كَانَ الطَّلَاقَ رَجْعِيًّا، فَتَتَدَاخَلُ الْعِدَّتَانِ، وَمَعْنَى التَّدَاخُلِ: أَنَّهَا تَعْتَدُ بِثَلَاثَةِ أَقْرَاءٍ أَوْ بِثَلَاثَةِ أَشْهَرٍ مِنْ يَوْمِ الْوِطْءِ، وَيَنْدَرِجُ فِيهَا مَا بَقِيَ مِنْ عِدَّةِ الطَّلَاقِ، وَقَدَرَتْ تِلْكَ الْبَقِيَّةُ يَكُونُ مُشْتَرَكًا وَاقِعًا عَنِ الْجِهَتَيْنِ جَمِيعًا، وَيَجُوزُ لَهُ الرَّجْعَةُ فِي تِلْكَ الْبَقِيَّةِ إِنْ كَانَ الطَّلَاقَ رَجْعِيًّا، وَلَا رَجْعَةَ بَعْدَهَا، وَيَجُوزُ تَجْدِيدُ النِّكَاحِ فِي تِلْكَ الْبَقِيَّةِ وَبَعْدَهَا، إِذَا لَمْ يَكُنْ عَدَدُ الطَّلَاقِ مُسْتَوْفَى. هَذَا هُوَ الْمَشْهُورُ وَالْأَظْهَرُ، وَوَرَاءَهُ تَقْدِيرَانِ، قَدْ أَخَذَ بِكُلِّ مَنَّهُمَا آخِذُونَ.

أحدهما: أن عدة الطلاق تنقطع من الوطء [بما طرأ]<sup>(٢)</sup> من الوطء ويسقط باقيها وتتمحض العدة الواجبة عن الوطء، هذا حكاة أبو الحسن العبادي عن الحلبي قال: وقياسه أن لا تثبت الرجعة في البقية، لكن الإجماع صد<sup>(٣)</sup> عنه، وقد ينقطع

(١) في ز: في. (٢) سقط في ز.

(٣) والظاهر أن القائل وقياسه هو العبادي لا الحلبي، ونقل ابن الرفعة في الكفاية هذا القول عن الرافي وليس كما قال ونازع في دعوى الإجماع بأن الرافي حكى فيما إذا أوجب عليها عدتان =

أثر<sup>(١)</sup> النكاح في حُكْم دون حُكْم.

والثاني: أن الباقي من عدة الطلاق ينقضي متمحضاً عن الطلاق، والوطء لا يوجب إلا ما وراء ذلك إلى تمام ثلاثة أقراء، وهذا ضعيف، وإن كانت العدتان من جنسين بأن كانت إحدهما بالحمل، والأخرى بالأقراء، إما بأن طلقها<sup>(٢)</sup>، وهي حائل، ثم وطئها في<sup>(٣)</sup> الأقراء وأحبلها<sup>(٤)</sup> أو بان طلقها، وهي حامل، ثم وطئها قبل الوضع، فهل تدخل العدة الأخرى في الحمل؟ فيه وجهان:

أشبههما الدخول، لأنهما من شخص واحد، فأشبهتا<sup>(٥)</sup> المتجانستين، فإن قلنا بالتداخل، فننقضي العدتان جميعاً بالوضع، وله الرجعة في الطلاق الرجعي إلى أن تضعه إن كانت عدة الطلاق بالحمل، وطراً الوطء، وإن كانت عدة الطلاق بالأقراء وَحَدَّثَ<sup>(٦)</sup> الحمل من الوطء، فوجهان:

أظهرهما: أن الجواب كذلك؛ لأنها في عدة الطلاق، وإن وجبت عدة أخرى، وهذا هو المذكور في الكتاب.

والثاني: أنه لا رجعة له؛ بناء على أن عدة الطلاق قد سَقَطَتْ، وهي الآن معتدة عن الوطء، وإن قلنا: لا يتداخلان، فإن كانت حاملاً عند الطلاق، ووطئها قبل الوضع، فتعتد بعد وضع الحمل بثلاثة أقراء، ولا رجعة إلا في مدة الحمل، وإن كانت تعتد عن الطلاق بالأقراء، وحده الحمل من الوطء فهي معتدة بالحمل عن الوطء إلى أن تضع، فإذا وضعت، عادت إلى بقية عدة الطلاق، وله الرجعة في تلك البقية إن كان الطلاق رجعيًا، وهل تجوز الرجعة قبل الوضع فيه وجهان أصحهما نعم، وله تجديد النكاح قبل الوضع وبغده، إذا لم يكن الطلاق رجعيًا، ولم يحتج إلى المحلل؟ فإن العدة منه. وإن لم يدر أن الحمل حدث من الوطء أو كانت حاملاً عند الطلاق.

قال في «التتمة»: يلزمها الاعتداد بثلاثة أقراء كاملة بعد الوضع؛ لجواز أن تكون عدة الطلاق الوضع، وفي الفصل بعد هذا مسألان:

إحدهما: حيث قلنا بثبوت الرجعة، فلو مات أحدهما، ورثه الآخر، ولو طلقها، لحقها الطلاق، ويصح الظهار، والإبلاء عنها، ولو مات الزوج، انتقلت إلى عدة

= لشخص، وقلنا يكتفي بعدة واحدة وإن بقية العدة أولى سقط أنه لا رجعة له وكذا يأتي مثله فيما إذا حملت من وطئها في العدة فكيف يحسن ادعاء الإجماع بعدم جريانه. انتهى.

(١) في ز: ابن.

(٢) في ز: يطلقها.

(٣) في ز: و.

(٤) في ز: واحملها وفي ب: أجلها.

(٥) في ز: شبهتها.

(٦) في ز: وجدت.



الوفاة، وحيث قلنا: لا تثبت الرجعة، لا يثبت شيء من هذه الأحكام.

**الثانية:** في جميع ما ذكرناه فيما إذا كانت لا ترى الدم على الحمل أو كانت تراه، وقلنا إنه ليس بحيض، فأما إذا جعلناه حيضاً، فهل ينقضي مع الحمل العدة الأخرى بالأقراء؟ فيه وجهان:

**أظهرهما:** نَعَمْ، وبه قال الشيخ أبو حامد، والقاضي الحسين<sup>(١)</sup>؛ لأن البراءة معلومة بالوضع، والحكم بعدم التداخل مع اتحاد الشخص ليس إلا للتعبد برعاية صورة العديتين، وقد حصلت.

**والثاني،** وبه قال الشيخ أبو محمد، وإلى ترجيحه مال الإمام: أنها لا تنقضي؛ لأن الأقراء إنما يُعتدُّ بها إذا وَقَعَتْ في مظنة الدلالة على البراءة، وهاهنا الشغل معلوم، فإن قلنا: تنقضي، فلو كان الحمل حادثاً من الوطء، فمضت الأقراء قبل الوضع، فقد انقضت عدة الطلاق، وليس للزوج الرجعة بعد ذلك، فإن وضعت الحمل قبل تمام الأقراء، فقد نقضت عدة الوطء، وعليها بقية عدة الطلاق.

قال صاحب «التهذيب»: وللزوج الرجعة قبل الوضع وبعده إلى تمام البقية بلا خلاف<sup>(٢)</sup>؛ لأنها كانت ترى الدم على الحمل، وجعلناه حيضاً، فزمان الحمل محسوب من عدة الطلاق، ولو كانت حاملاً عند الطلاق، ووطئها قبل الوضع، فالأقراء محسوبة من عدة الوطء، وللزوج الرجعة إلى وضع الحمل، فإن وضعت قبل تمام الإقراء، أكملت ما بقي من عدة الوطء، ولا رجعة فيه.

وقوله في الكتاب «والعدتان المتفقتان بالأقراء أو الأشهر تتداخلان» يمكن أن يُعَلَّم بالواو، ولأن من قال «يسقط الباقي»<sup>(٣)</sup> من عدة الطلاق، والعدة الواجبة ممحضة<sup>(٤)</sup> لا

(١) قال في الخادم: يومهم أن ذلك على الوجهين سواء قلنا بالتداخل أم لا، وقد فهمه بعض شراح الحاوي كذلك فصرح به واستثناه من القول بالتداخل، والصواب أن هذا كله من تفرعات القول بمنع التداخل، وقد صرح الأصحاب بذلك البغوي في التهذيب والماوردي في الحاوي والمتولي في التتمة والشيخ في المهذب وصاحب البيان وغيرهم من الطريقتين، وسياق الرافعي يرشد إليه فإنه قال وإن قلنا لا تتداخلان إلى أن قال وفي الفصل بعد هذا مسائل فذكرها فدل على أن من هناك إلى آخر الفصل من تفاريع المنع إلى آخر ما ذكره ومما ذكره هو الذي قال الشيخ البلقيني أنه أظهر احتمالين ذكرهما.

(٢) قال في الخادم: حكى الشيخ في المهذب الوجهين فيه قبل الوضع، وقال في الذخائر له الرجعة في الأقراء الآتية بعد الوضع وهل له الرجعة في مدة الحمل إلى حين الوضع، حكى أصحابنا العراقيون وجهين إلى آخر ما نقله عنه.

(٤) في ز: ممحضة.

(٣) في ز: الثاني.

يحكم بدخول شيء من هذه في هذه، وكذا صاحب الوجه الآخر لا يقول بدخول إحداهما في الأخرى.

وقوله «وله الرجعة»<sup>(١)</sup> أو تجديد النكاح في البقية» تجديد النكاح: لا يختص بالبقية، بل يجوز قبل الوضع أيضاً، وكان الأحسن أن يؤخره عن مسألة الرجعة بتمامها، ويبين جوازه على الإطلاق، واعلم أن أكثر مسائل الفصل المذكورة في الكتاب في «باب الرجعة» معادة هاهنا، وهذا الباب أحقُّ بها، ولما ذكرنا هناك في شرحها ما فيه مفتح ضمنا أطراف الكلام هاهنا في مواضع.

قَالَ الْعَزَّالِيُّ: أَمَا إِذَا كَانَ وَطْءُ الشُّبْهَةِ مِنْ أَجْتَبِي لَمْ يَتَدَاخَلَ الْعِدَّتَانِ (ح م و) وَلَكِنْ إِنْ سَبَقَ الطَّلَاقُ أَسْتَمَّتْ عِدَّةُ الطَّلَاقِ ثُمَّ أَعْتَدْتَ عَنِ الشُّبْهَةِ \* وَإِنْ سَبَقَ الْوَطْءُ فَقَدْ قِيلَ: يُقَدَّمُ عِدَّةُ السَّابِقِ \* وَقِيلَ: النِّكَاحُ أَقْوَى \* فَإِنْ قَدَّمْنَا عِدَّةَ الشُّبْهَةِ أَوْ كَانَ قَدْ أَخْبَلَ فَإِنَّ الْحَمْلَ يُقَدَّمُ بِكُلِّ حَالٍ فِيهِ الرَّجْعَةُ قَبْلَ أَشْتِعَالِهَا بِعِدَّةِ الزَّوْجِ وَجِهَانِ \* وَلَا يَجُوزُ تَجْدِيدُ نِكَاحِهَا إِنْ كَانَتْ بَائِنَةً فِي حَالِ عِدَّةِ الشُّبْهَةِ \* أَمَا فِي حَالِ عِدَّتِهِ إِذَا كَانَ فِي ذِمَّتِهَا عِدَّةُ الشُّبْهَةِ فَوَجِهَانِ:

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْقِسْمُ الثَّانِي: إِذَا كَانَتِ الْعِدَّتَانِ مِنْ شَخْصَيْنِ، كَمَا إِذَا كَانَتْ فِي عِدَّةِ نِكَاحٍ؛ إِمَّا فِي عِدَّةِ وِفَاةٍ أَوْ طَلَاقٍ، أَوْ فِي عِدَّةِ وَطْءِ شِبْهَةٍ، فَوَطْئُهَا بِالشُّبْهَةِ غَيْرِهِ أَوْ نَكَحَهَا جَاهِلاً، وَوَطْئُهَا، أَوْ كَانَتِ الْمُنْكَوْحَةُ فِي عِدَّةِ وَطْءِ شِبْهَةٍ، فَطَلَّقَهَا زَوْجَهَا، فَلَا يَتَدَاخَلَانِ، بَلْ تَعْتَدُ عَنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عِدَّةً كَامِلَةً، وَبِهِ قَالَ أَحْمَدُ - رَحِمَهُ اللَّهُ - .

وقال أبو حنيفة: يتداخلان، فيكفيها عدة واحدة من وقت حدوث سبب الثانية، وهو أظهر الروايتين عن مالك.

لنا، بعد الأثر عن عمر وعلي - رضي الله عنهما - أنهما حقان مقصودان لأدبيتين، فلا يتداخلان كالديتين؛ واحتج الأودني بأن العدة نوع حبس يستحقه<sup>(٢)</sup> الرجل على المرأة، فلا يجوز أن تكون محبوسة لاثنتين في وقت واحد، كالنكاح.

إذا عرف ذلك، فإمّا أن يكون هناك حمل أو لا يكون؛ إحدى الحالتين إذا لم يكن [هناك]<sup>(٣)</sup> حمل، فإن سبق الطلاق، وطء الشبهة، أتمت عدة الطلاق؛ لتقدمها<sup>(٤)</sup> ولقوتها؛ فإنها تستند إلى عقد جائز، وسبب مسوغ، فإذا فرغت، استأنفت عدة الثاني،

(١) في ز: الرجعية.

(٢) في ز: مستحقة.

(٣) سقط في ز.

(٤) في ز: لمقدمها.

ثم يُنظر؛ إن لم يوجد من الثاني إلا الوطء بالشبهة فتبني على عدة الطلاق، كما فرغت من ذلك، وإن نكح ووطئ، فزمان كونها فراشاً له لا يُحسب عن واحدة من العديتين وبم تنقطع عدة الطلاق؟ فيه اختلافٌ مذكورٌ في الكتاب من بعد ومتى<sup>(١)</sup> تعود إلى عدة الطلاق على وجهين؟

أحدهما، ويُنسب إلى القفال الشاشي: أنها تعود إليها من آخر الوطئات الواقعة في ذلك النكاح.

والثاني، وهو ظاهر المذهب: أنها إنما تعود إلى عدة الطلاق، إذا فرق بينهما، وللزوج الرجعة في عدته، إن كان الطلاق رجعيًا، وكما راجعها تنقطع عدته، وتشرع في عدة الوطء بالشبهة، وليس للزوج الاستمتاع بها إلى أن تقضي<sup>(٢)</sup>، وهل له تجديد نكاحها، إن كان الطلاق بائنًا؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، كما يجوز له رجعتها؛ لأنها في عدته، ثم كما نكحها تسقط عدته، وتفتتح عدة الثاني.

والثاني: لا؛ لأنه نكاح لا يستعقبه الجل، ويخالف الرجعة؛ فإنها إمساكٌ بحكم الدوام، فلا يشترط أن يستعقب الجل، وهذا كما أن ابتداء نكاح المحرمة والمعتدة لا يجوز، وإذا عرض الإحرام والعدة في الدوام، لم يرتفع النكاح، وهذا الوجه الثاني يُحكى عن الشيخ أبي حامد، والأصح عند القفال: الأول، وبه أخذ صاحب «التهذيب» والقاضي الروياني وغيرهما، ولو وطئت منكوحة إنسانٍ بالشبهة، ثم طلقها زوجها، وهي في العدة، ففيه وجهان:

أحدهما: أنها تستمر عدة الوطء، ثم تعتد عن الطلاق؛ لأن وجوب عدة الوطء سابق.

والثاني: يُقدم عدة الطلاق، ثم تعود إلى بقية عدة الشبهة، وذلك لأن سبب عدة الطلاق أقوى، فإنها تتعلق بالنكاح، وبوطء مستحق فيه، واختار بعض المتأخرين الوجه الأول، ويحكى الثاني عن أبي إسحاق، وعند الأكثرين: أنه الأظهر، فإن قلنا: تقدم عدة الوطء بالشبهة، فللزوجة الرجعة في الطلاق الرجعي، إذا اشتغلت بعدته<sup>(٣)</sup> وهل له الرجعة قبل ذلك؟ فيه وجهان، كما ذكرنا في العديتين المختلفتين من شخص واحد، إذا قلنا بعدم التداخل، ولذلك عرف في النكاح، فقال: «ففي الرجعة قبل اشتغالها بعدة

(١) في ز: وإذا.

(٢) كذا قطع به، وهو ظاهر في الوطء، وكذا في غيره من مقدماته إلا أنه حكى في باب الكفارة وجهاً في حل الاستمتاع بغير الوطء في زوجته المعتدة عن شبهة الغير. وقياسه هنا الجواز.

(٣) في ز: بعده.

الزوج الوجيهان»، لكن ذكرنا هناك أن في «التتمة» ترجيح<sup>(١)</sup> ثبوت الرجعة، ويجيء من بعد ما ينازع في ترجيحه هاهنا، ولا يجوز تجديد نكاحها في عدة الشبهة، إذا كان الطلاق بائناً؛ لأنها في عدة الغير، وإن قلنا: تقدم عدة الطلاق، فتشريع فيه كما طلقها فيها، فإذا أتمت، عادت إلى بقية عدة الشبهة. وللزوج الرجعة في عدته إن كان الطلاق رجعيًا، وهل له تجديد النكاح إذا كان بائناً؟ فيه ما سبق من الوجهين، وإذا طرأ وطء شبهة في عدة وطء شبهة، فتستمر عدة الواطء الأول بلا خلاف، ولو نكح امرأة نكاحاً فاسداً، ووطئها غيره بالشبهة، ثم فوّق بينهما؛ لظهور فساد النكاح، قال في «التهذيب»: تقدم عدة الواطء بالشبهة وجهاً واحداً؛ لأن عدته من وقت الوطء وعدة النكاح<sup>(٢)</sup> من وقت التفريق، ومعناه أن عدة الواطء قد سبق وجوبها، وليس للنكاح الفاسد قوة الصحيح، حتى يرجح بها، فهما كواطئتين وطيناً بالشبهة، ويجوز أن يغلم قوله في الكتاب «لم تتداخل العدتان» مع الحاء والميم بالواو؛ لما سيأتي في الفرع الأول من الفروع المذكورة في الباب.

وقوله «[أو]<sup>(٣)</sup> كان قد أحبل، فإن الحبل يُقدّم<sup>(٤)</sup> بكل حال» هذا تعلق بالحالة الثانية؛ وهو أن يكون هنا حمل، وسيأتي.

وقوله «ولا يجوز تجديد نكاحها» إلى آخر الفصل، يشمل ما إذا سبقت عدة الطلاق، وما إذا تأخرت، وفرعنا على أنها تُقدّم، وهو صحيح، فجرى على إطلاقه على ما فصلناه.

واعلم أنه قد تُعرض إحدى العديتين فيما نحن فيه بالأقراء، والأخرى بالأشهر مثل أن يُطلقها زوجها، ويمضي بها قرءان مثلاً، ثم ينكحها غيره، ويديم استفراشها، إلى أن تَبْلُغ سنّ اليأس، ثم يفرق بينهما، فتكمل عدة الزوج بشهر بدلاً عن قرء، ثم تعتد الثاني بثلاثة أشهر، والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ رَاجَعَهَا وَهِيَ حَامِلٌ مِنَ الشُّبْهَةِ لَمْ يَحِلَّ الْوَطْءُ \* وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا مِنْهُ وَلَكِنْ فِي ذِمَّتِهَا عِدَّةُ الشُّبْهَةِ فِي جَوَازِ الْوَطْءِ وَجِهَانِ جَارِيَانِ فِي وَطْءِ الْحَامِلِ مِنَ الزَّوْجِ إِنْ وَطَّئَتْ بِالشُّبْهَةِ \* هَذَا كُلُّهُ إِذَا عَلِمَ مَنْ مِنْهُ الْحَمْلُ \* وَإِنْ أَحْتَمِلَ مِنْهُمَا عَرِضَ عَلَى الْقَائِفِ وَحِكْمَ بِمُوجِبِهِ \* لَكِنَّ الزَّوْجَ إِنْ أَرَادَ الرَّجْعَةَ فَعَلَيْهِ أَنْ يَرِاجِعَ قَبْلَ الْوَضْعِ وَبَعْدَهُ لِيَقَعَ ذَلِكَ فِي عِدَّتِهِ بِبَقِيَّتِهِ \* وَيَحْتَمِلُ الرَّجْعَةَ هَذَا الْوَقْفُ عَلَى الْأَصْح \* وَلَوْ اقْتَصَرَ عَلَى أَحَدِهِمَا لَمْ يَحِلَّ (و) لَهُ \* وَإِنْ كَانَتْ بَائِنَةً فَعَقْدَ النِّكَاحِ مَرَّتَيْنِ فِيهِ وَجِهَانِ

(١) في ز: ترجح.

(٢) في أ: النكاح.

(٣) سقط في ز.

(٤) في ز: تقدم.

\* وَجَهُ الْمَنْعِ أَنْ التَّكَاحَ لَا يَخْتَمِلُ الْوَقْفَ وَلَا تَطَالِبُ بِالثَّقَّةِ وَاحِدًا مِنْهُمَا فِي الْحَالِ وَإِنْ قُلْنَا: يَجِبُ عَلَى الْوَاطِيءِ بِالشَّبْهَةِ لِأَنَّهُ الْآنَ مُشْكِلٌ \* فَإِنْ قَضَى الْقَائِفُ عِنْدَ الْوَضْعِ لِلزَّوْجِ فَلَهَا الْمُطَالَبَةُ لِلزَّوْجِ \* وَإِنْ قَضَى لِلْوَاطِيءِ فَلَا لِأَنَّ مُضِيَّ الزَّمَانِ يُسْقِطُ نَفَقَةَ الْقَرِيبِ .

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْحَالَةُ الثَّانِيَةُ: إِذَا كَانَ هُنَاكَ حَمْلٌ، فَتَقْدَمُ عِدَّةٌ مِنَ الْحَمْلِ مِنْهُ سَابِقًا كَانَ الْحَمْلُ أَوْ لَاحِقًا، فَإِنَّ عِدَّةَ الْحَمْلِ لَا تَقْبَلُ التَّأخِيرَ، فَإِنْ طَلَّقَهَا زَوْجَهَا، وَهِيَ حَامِلَةٌ ثُمَّ وَطِئَتْ بِالشَّبْهَةِ، فَإِذَا وَضَعَتْ<sup>(١)</sup>، انْقَضَتْ عِدَّةُ الطَّلَاقِ، وَتَعْتَدُ بِالْأَقْرَاءِ لِلْوَاطِيءِ بَعْدَ أَنْ تَطْهَّرَ مِنَ النِّفَاسِ، وَلِلزَّوْجِ أَنْ يَرَاجِعَهَا قَبْلَ الْوَضْعِ، إِنْ كَانَ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا لَكِنْ ذَكَرَ الرُّوْيَانِيُّ فِي الْبَحْرِ: أَنَّهُ لَا يَرَاجِعُهَا فِي مَدَّةِ اجْتِمَاعِ الثَّانِي مَعَهَا؛ لِأَنَّهَا حَيْثُ تَبْدَأُ خَارِجَةً عَنِ عِدَّةِ الْأَوَّلِ وَفِرَاشٌ لغيرِهِ، فَلَا يَصِحُّ الرَّجْعَةُ فِي تِلْكَ الْحَالَةِ<sup>(٢)</sup>، وَهَلْ لَهُ تَجْدِيدُ نِكَاحِهَا قَبْلَ الْوَضْعِ، إِنْ كَانَ الطَّلَاقُ بَائِنًا؟ فِيهِ الْوَجْهَانِ السَّابِقَانِ، وَيَجْرِيَانِ فِيمَا لَوْ وَطِئَتْ امْرَأَةً بِالشَّبْهَةِ، وَأَخْبَلَهَا ثُمَّ وَطِئَهَا بِالشَّبْهَةِ آخَرَ، هَلْ لِلأَوَّلِ أَنْ يَنْكَحَهَا قَبْلَ الْوَضْعِ؟ وَليْسَ لَهُ أَنْ يَنْكَحَهَا فِي عِدَّةِ الثَّانِي بِحَالٍ، وَلِلثَّانِي أَنْ يَنْكَحَهَا فِي عِدَّتِهِ، وَإِنْ كَانَ الْحَمْلُ وَطِئَتْ الشَّبْهَةَ، فَإِذَا وَضَعَتْ، انْقَضَتْ عِدَّةُ الْوَطْءِ، وَتَعُودُ إِلَى بَقِيَّةِ عِدَّةِ الطَّلَاقِ بَعْدَ الْوَضْعِ، وَلِلزَّوْجِ الرَّجْعَةُ فِي تِلْكَ الْبَقِيَّةِ، إِنْ كَانَ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا، وَلَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ مَدَّةِ النِّفَاسِ وَغَيْرِهَا؛ لِأَنَّهَا مِنْ جُمْلَةِ الْعِدَّةِ، كَالْحَيْضِ الَّذِي يَقَعُ فِيهِ الطَّلَاقُ، وَفِي مَدَّةِ النِّفَاسِ وَجْهٌ: أَنَّهُ لَا رَجْعَةَ فِيهَا، وَإِذَا ثَبَّتَ الرَّجْعَةَ، فَلَوْ طَلَّقَهَا يَلْحَقُهَا الطَّلَاقُ، وَلَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا وَرِثَهُ الْآخَرُ، وَتَنْتَقِلُ بَوْفَاةُ الزَّوْجِ إِلَى عِدَّةِ الْوَفَاةِ، وَهَلْ لَهُ الرَّجْعَةُ قَبْلَ الْوَضْعِ إِنْ كَانَ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا وَتَجْدِيدُ النِّكَاحِ إِذَا كَانَ الطَّلَاقُ بَائِنًا؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أحدهما: نعم؛ لأنه لم تنقض عدته بعد، وإنما تنقطع الرجعة بالفراغ من عدته، وهذا حكاة الشيخ أبو حامد عن أبي إسحاق، وذكر أنه الصحيح، وهو موافق لما قدمناه في العديتين المختلفتين من شخص واحد.

والثاني: المنع؛ لأنها في عدة غيره، قال في «التهديب»: وهو الصحيح، ويؤرى مثله عن أفضى القضاة الماوردي، وقد يفرق الصائر إليه بين ما نحن فيه وبين العديتين من الشخص الواحد؛ فإنهما إذا كانتا من واحد، كان الحق له، ورعايته العدة ضرب من

(١) سقط في ز.

(٢) قال الشيخ البلقيني: ما قاله الروياني متعقب لأنه إذا كان الاعتداد بالحمل فكيف يتصور الخروج من عدته، ولو سلمنا الخروج من العدة لم يكن زائداً على ما إذا كانت العدة بالحمل من وطء الشبهة وذلك لا يمنع الرجعة عند الشيخ أبي حامد ومن تابعه وهو الأقرب. انتهى.

والروياني تبع الماوردي في ذلك.

التعبد، والرجعة في أية عدة وَقَعَتْ، لا تصادف حق الغير، كما هنا بخلافه ثم في «التهذيب» أنه لو طَلَّقَهَا قَبْلَ الْوَضْعِ يُلْحَقُهَا الطَّلَاقُ، وَإِذَا مَاتَ أَحَدُهُمَا، وَرَثَهُ الْآخَرُ، وَإِذَا مَاتَ الزَّوْجُ، تَنَقَّلَ إِلَى عِدَّةِ الْوَفَاةِ، حَتَّى إِذَا وَضَعَتْ، تَعْتَدُ عَنِ الزَّوْجِ عِدَّةَ الْوَفَاةِ، وَإِنْ كَانَ لَا تَصِحُّ رَجَعَتُهُ، لِأَنَّا نَجْعَلُ زَمَانَ الرَّجْعَةِ كَزَمَانَ صُلْبِ النِّكَاحِ، هَذَا لَفْظُهُ، وَإِذَا رَاجَعَهَا، وَهِيَ حَامِلٌ مِنَ الْأَجْنَبِيِّ، وَجَوْزَانَهُ، فَلَيْسَ لَهُ وَطُؤُهَا<sup>(١)</sup> إِلَى أَنْ تَضَعَ، كَمَا إِذَا وَطِئَتْ الْمُنْكَوْحَةَ بِالشُّبْهَةِ فَاشْتَغَلَتْ<sup>(٢)</sup> بِالْعِدَّةِ، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا مِنْهُ، وَلَكِنْ فِي ذِمَّتِهَا عِدَّةُ الشُّبْهَةِ فَرَاغَهَا تَنْقَطِعَ عِدَّتُهُ فِي الْحَالِ، وَتَبْقَى عِدَّةُ الشُّبْهَةِ مُؤَخَّرَةً إِلَى أَنْ تَضَعَ، وَتَعُودَ إِلَى أَقْرَانِهَا، وَهَلْ لَهُ وَطُؤُهَا فِي الْحَالِ؟ فِيهِ وَجْهَانُ:

قيل: نعم؛ لأنها منكوحة، وليست في الحال في عدة غيره.

وقيل: لا، لأنها متعرضة للعدة، والزَّوْجُ مَمْنُوعٌ مِنْهَا حَيْثُ نَدِي، وَلَا يَلِيْقُ بِمَحَاسِنِ الشَّرْعِ تَسْلِيْطُهُ عَلَيْهَا فِي الْحَالِ، وَالْمَنْعُ فِي الْاسْتِقْبَالِ، وَمَالِ صَاحِبِ «التَّمَةِ» إِلَى تَرْجِيحِ الثَّانِي، وَمِنْهُمْ مَنْ رَجَّحَ<sup>(٣)</sup> الْأَوَّلَ، وَيَجْرِي الْوَجْهَانُ فِيْمَا لَوْ وَطِئَتْ الْمَرْأَةُ بِالشُّبْهَةِ فِي صُلْبِ النِّكَاحِ، وَهِيَ حَامِلٌ مِنَ الزَّوْجِ، هَلْ يُمْتَنَعُ مِنْهَا قَبْلَ الْوَضْعِ؟ وَخَرَجَ مُخْرَجُونَ هَذَا الْخِلَافَ عَلَى الْخِلَافِ فِي أَنَّهُ هَلْ تَثْبُتُ الرَّجْعَةُ فِي عِدَّةِ الشُّبْهَةِ، وَفِي ذِمَّتِهَا عِدَّةُ الطَّلَاقِ؟ إِنْ قُلْنَا: نَعَمْ، جَعَلْنَا عِدَّةَ الطَّلَاقِ الَّتِي سَتْتَهِي إِلَيْهَا كَالْمَوْجُودَةِ فِي الْحَالِ، فَيَحْرَمُ الْوَطْءَ وَالْإِلَاقَةَ، فَلَا يَخْرُمُ، وَلَوْ كَانَتْ تَرَى الدَّمَ عَلَى الْحَمْلِ، وَجَعَلْنَا حَيْضًا، فَعَنِ الْقَاضِي الْحُسَيْنِ: أَنَّ الْعِدَّةَ الْآخَرَى تَنْقُضِي بِالْأَقْرَاءِ عَلَى قِيَاسِ مَا مَرَّ فِي الْعِدَّتَيْنِ مِنْ شَخْصٍ وَاحِدٍ، وَهَذَا ضَعِيفٌ عِنْدَ الْإِمَامِ وَصَاحِبِ الْكِتَابِ - رَحِمَهُمَا اللَّهُ - وَقَالَ فِي «الْبَسِيطِ»: لِأَنَّ فِيهِ مَصِيرًا إِلَى تَدَاخُلِ الْعِدَّتَيْنِ مِنْ شَخْصَيْنِ<sup>(٤)</sup>، وَهُوَ بَعِيدٌ عَلَى أَضَلِّ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - .

وجميع ما ذكرنا فيما إذا عَلِمَ أَنَّ الْوَلَدَ مِنْ هَذَا أَوْ مِنْ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ حَيْضَ الْإِمَّاكِانِ فِي هَذَا أَوْ ذَلِكَ وَوَرَاءَهُ حَالَتَانِ:

إحدهما: إِذَا لَمْ يُحْتَمَلْ أَنَّ يَكُونَ الْوَلَدُ مِنْ وَاحِدٍ مِنْهُمَا؛ بِأَنَّ أُمَّتَ بِهِ لِأَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ مِنْ طَّلَاقِ الْأَوَّلِ، وَهُوَ بَاطِنٌ أَوْ رَجْعِيٌّ عَلَى قَوْلِ، وَلِمَّا دُونَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ

(١) فِي ز: وَطِئَتْ.

(٢) فِي ز: وَاشْتَغَلَتْ.

(٣) قَالَ النَّوَوِيُّ: الرَّاجِحُ الْجَوَازُ.

(٤) فِيهِ أَمْرَانُ:

أَحَدُهُمَا: الرَّاجِحُ أَنَّهَا لَا تَعْتَدُ بِذَلِكَ وَبِهِ جَزْمُ الْمَوَارِدِيِّ وَغَيْرِهِ.

الثَّانِي: أَنَّ مَا قَالَهُ الْإِمَامُ فِي الْاسْتِضْعَافِ مَنَعَهُ صَاحِبُ الْمَطْلَبِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِتَدَاخُلٍ أَلَّا تَرَى أَنَّهُ لَوْ بَقِيَ بَعْدَ الْأَقْرَاءِ بَعْدَ الْوَضْعِ لِاعْتِنَا وَكَيْفَ يَعْقِلُ التَّدَاخُلَ فِي زَمَنِ الْعِدَّتَيْنِ لَا فِي نَفْسِ الْعِدَّتَيْنِ.

وطء الثاني، فالولد منفى عنهما، ولا تنقضي بالوضع عدّة واحدٍ منهما على الوجه الأشهر، بل تكمل بعد الوضع عدّة الأول، ثم تستأنف عدة الثاني، وفيه وجه آخر عن الشيخ أبي حامد - رحمه الله - : أنها تَعْتَدُ بالوضع عن أحدهما، لا بعينه، لإمكان كونه من أحدهما بوطء شبهة يفرض من الزوج بعد الطلاق أو يفرض من الواطئ قبل وطئه الظاهر، والإمكان كافٍ في انقضاء العدة، ثم إذا وضعت اعتدت عن الآخر بثلاثة أقراء، وهذا ما ارتضاه الإمام، وقد نقل صاحب «المهذب» الوجهين جميعاً، ويتفرع عليهما فرعان:

أحدهما: [لو كانت ترى الدم والحالة هذه وجعلناه حيضاً قال الروياني: إن قلنا تنقضي عدة أحدهما بالوضع] لا تعتد بأقراءها؛ لثلاث تتداخل، عدتان في حق شخصين، وإن قلنا: لا تنقضي، ففي الاحتساب بأقراءها وجهان:

أشبههما: الاحتساب؛ فإنها لم تعتد بالحمل، كانت كالحائض<sup>(١)</sup>، وهذا ما أورده ابن الصَّبَّاح في «الشامل» وقد يمنع قول القائل: إن القول باعتدادها بالأقراء مع الاعتداد بالحمل مُصَيِّرٌ إلى التداخل [بأن] الذي ينكر أن يعتد بالأقراء بالواحد مثلاً عن اثنين، وهاهنا لا تعتد بشيءٍ واحدٍ عنهما جميعاً، بل تعتد عن أحدهما بالحمل، وعن الآخر بالأقراء إلا أنّهما وقعا في زمانٍ واحدٍ.

الثاني: إن قلنا: تنقضي بوضع الحمل إحدى العديتين، فلا تصح رجعة الزوج في مدة الحمل، ولا رجعته في الأقراء بعد الوضع للشك في أنّ عدته هذه أو هذه، فإن راجع مرةً في الحمل، وأخرى في الأقراء، ففي صحة الرجعة وجهان محكيان عن «الحاوي» وسيأتي - إن شاء الله - نظيرهما<sup>(٢)</sup>.

وإن قلنا: لا تنقضي بالوضع<sup>(٣)</sup> واحدة من العديتين، فتكمل بعد الوضع عدّة الأول، وهو الزوج، وله الرجعة فيه، وهل له الرجعة في مدة الحمل قبله فيه الوجهان السابقان.

الحالة الثانية: إذا احتُمِلَ أن يكون الولد من الزوج، واحتمل أن يكون من الواطئ بالشبهة، فيعرض بعد الوضع على القائف، فإن ألحقه بالزوج أو الواطئ، فالحكم كما بيّنا فيما لو اختص الاحتمال به، وإن لم يكن قائف أو أشكل عليه أو ألحقه بهما أو نفاه عنهما أو مات الولد، وفات العرض، فتنقضي عدة أحدهما بوضع الحمل؛

(١) في ز: كالحامل. (٢) في ز: نظيرهما.

(٣) وقد رجح بعد ذلك الصحة وما جزم به من عدم الرجعة في مدة العمل والأقراء قد نوزع فيه، فإن الحال دائر بين أن تكون الرجعة في عدته في الحال في عدة المنتظرة فما المانع من الصحة.

لأنه من أحدهما، ثم تعتد بعد الوضع عن الآخر ثلاثة أقراء؛ لأنه إن كان الولد من الثاني، فعلها بعد الوضع بقية عدة الأول، وإن كان من الأول، فتحتاج بعد الوضع إلى عدة كاملة للثاني، فيؤخذ بالاحتياط، قال القاضي الروياني: وقول الشافعي - رضي الله عنه -: «فإن لم يكن قائف» ليس المراد منه أن لا يوجد في الدنيا، بل المراد أن يوجد في موضع الولد وما قرب منه، وهي المسافة التي تقطع في أقل من يوم<sup>(١)</sup> وليلة، وفي موضع العرض على القائف كلامان:

أحدهما: أن موضعه ما إذا ادعياه جميعاً، أما إذا ادعى أحدهما دون الآخر، فوجهان:

أشهرهما: العرض أيضاً لِحَقِّ الولد وحقِّ الشرع في النسب.

والثاني: أنه يختص بالذي يدعيه كما في الأموال..

والثاني: قال في «التتمة»: إن كان الطلاق بائناً، فيعرض على القائف كما ذكرنا، وإن كان رجعيًا، يُبْنَى على أن الرجعية هل هي فراش أم لا؟ إن قلنا: لا، فكذلك الجواب، وإن قلنا: إنها فراش وأن السنين الأربع في حقها تعتبر من انقضاء العدة، فالولد ملحق بالزوج، ولا يعرض على القائف، ثم في هذه الحالة الأخيرة مسألتان:

أحدهما: إذا راجع الزوج في مدة الحمل يُبْنَى على أن الزوج إذا تأخرت عدته؛ لإحبال الواطء بالشبهة إياها، هل له الرجعة في مدة الحمل؟ إن قلنا: نعم، صحت رجعته؛ لأنه إما زمان عدته أو زمان عدة غيره الذي تصح فيه رجعته، وإن قلنا: لا، لم يُحْكَمْ بصحة الرجعة؛ لجواز أن يكون للحمل من وطء الشبهة، فلو بان بعد الوضع أن الحمل منه بإلحاق القائف، فهل يحكم الآن بأن الرجعة صحت وحلت محلها؟ فيه وجهان مأخوذان من الخلاف فيما إذا باع مال مورثه على ظن أنه حي، فبان أنه كان ميتاً، والأظهر الحكم بالصحة، ولو راجع بعد الوضع في الأقراء، لم يُحْكَمْ بصحة رجعته أيضاً؛ لجواز أن يكون الحمل منه، وتكون عدته منقضية، فلو بان بإلحاق القائف أن الحمل من وطء الشبهة، ففي الحكم الآن بصحة الرجعة الوجهان السابقان، وهذا إذا راجع في القدر المستيقن بعد الوضع من الأقراء دون القدر الذي أوجبه احتياطاً.

بيانه: لو وطئ الثاني بعد مضي قرء من بعد الطلاق، فالقدر الذي يتيقن لزومه بعد الوضع قرءان؛ لأنه لو كان الحمل من الواطء بالشبهة، لم يلزمها إلا بقية عدة الطلاق، والقرء الثالث إنما نوجبه احتياطاً؛ لاحتمال كون الحمل من الزوج، فلو راجع

(١) وقال الماوردي: لكن الفوراني اشترط أن لا يوجد في الدنيا والأول أقرب.



في القرءين بعد الوضع، ثم بان أن الحمل من وطء الشبهة، فهو موضع الوجهين.  
 أما إذا راجع في القرء الثالث، فلا يحكم بالصحة؛ لأنه ليس من عدة الزوج يقيناً  
 ولو راجع مرتين [مرة<sup>(١)</sup>] قبل الوضع، وأخرى بعده في القرءين، ففيه وجهان:  
 أصحهما، وبه قال الفقهاء: أن رجعتة صحيحة؛ لوقوع إحدى اللفظتين في عدته  
 يقيناً.

والثاني: المنع؛ للإيهام والتردد في كل واحدة منهما، وأما تجديد النكاح إذا كان  
 الطلاق بائناً، فيُنظر؛ إن نكحها مرة واحدة، إما قبل الوضع أو بعده، لم نُحكّم بصحة  
 النكاح؛ لجواز كونها في عدة الواطئ بالشبهة حينئذ، فإن كان الطلاق بائناً، فيُنظر، إن  
 نكحها مرة واحدة، إما قبل الوضع أو بعده، لم نُحكّم بصحة النكاح، فإن بان أن العدة  
 منه بإلحاق القائف، ففي «التتمة»: أنه على الخلاف المذكور في الرجعة، قال: وليس  
 ذلك من جنس وقف العقود على الإجازة، وإنما هو وقف على ظهور أمر كان عند  
 العقد، ولو نكحها مرتين مرة قبل الوضع، ومرة بعده كما صوّزنا في الرجعة، فوجهان  
 كما ذكرنا هناك؛ ورأى الإمام الأصح هاهنا: المنع، وقال: الرجعة تحتل ما لا يحتمل  
 النكاح؛ ألا ترى أنها تصح في حال الإحرام، ولا يصح النكاح، فجاز أن يحتمل  
 الوقف، ولا يحتمل النكاح، والوجهان مبنيان على أنه يجوز للزوج تجديد النكاح في  
 عدته وفي ذمتها؛ عدة الوطء بالشبهة، وإلا، فيجوز أن يكون الحمل من الزوج حينئذ،  
 فلا يصح واحد من النكاحين، أما ما قبل الوضع؛ فلائذ في ذمتها عدة الوطء بالشبهة،  
 وأما بعد الوضع؛ فلكونها في عدة الوطء بالشبهة، ولو نكحها الواطئ بالشبهة قبل  
 الوضع أو بعده في القرءين، لم يصح؛ لجواز كونها في عدة الزوج حينئذ.

نعم، لو نكحها بعد الوضع في القرءين، ثم بان بإلحاق القائف أن الحمل من  
 الزوج، ففي تبين الصحة خلاف السابق، ولو نكحها في القرء الثالث، صحح النكاح؛  
 لأنها في القرء الثالث في عدته، إن كان الحمل من الزوج، وغير معتدة إن كان الحمل  
 منه.

المسألة الثانية: سنذكر - بعون الله تعالى جده - من بعد: أن الرجعية تستحق النفقة  
 في العدة، وأن البائنة لا تستحقها إلا إذا كانت حاملاً، وسنذكر قولين في أن تلك النفقة  
 للحمل أو للحامل؛ وقولين في أن تلك النفقة تُصرف إليها يوماً بيوم، أو يُصرف إليها  
 الجميع عند الوضع، وأن المعتدة عن وطء الشبهة لا نفقة لها على الواطئ، إذا قلنا:  
 النفقة للحامل إذا عرفت هذه الجملة، فإن جعلنا النفقة للحامل، وهو الصحيح، فلا

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: ولو.

تطالب المرأة بالنفقة مدة الحمل المحتمل الزوج، ولا الواطىء، أما الواطىء؛ فلأنه لا نفقة عليه على هذا القول، وأما الزوج، وإنما يطالب بالنفقة، إذا كان الحمل منه، والحمل مشكوك فيه، فلا تلزمه النفقة بالشك، فإذا وضعت، نُظِر؛ إن ألحقه القائف بالزوج، فلها مطالبته بنفقة مدة الحمل التي مضت، وهذا إذا لم تصر فراشاً للثاني؛ بأن لم يوجد إلا وطء شبيهة، ويشبه أن يستثنى زمان اجتماعها مع الثاني على قياس ما حكينا عن «البحر» أنه لا رجعة في تلك الحالة؛ لخروجها عن عدته، وإن صارت فراشاً له بأن نكحها جاهلاً، وبقيت في فراشه إلى أن وضعت، فلا نفقة لها على الزوج؛ لكونها ناشئة بالنكاح، وإن فرق الحاكم بينهما قبل الوضع، طالبتة بالنفقة من يوم التفريق إلى يوم الوضع، ثم لا نفقة لها على الواطىء في عدتها عنه بالأقراء، وإن ألحقه القائف بالواطىء بالشبهة، لم يلزم واحداً منهما نفقة مدة الحمل، ولزم الزوج نفقة مدة القرءين بعد الوضع، إن كان الطلاق رجعيًا، وفي نفقة زمان النفاس وجهان:

أحدهما: لا تجب، لأنه تابع للحمل ومتولد منه، وليس محسوباً في عدة الزوج.

وأشبههما الوجوب كما أن له أن يراجع في زمان النفاس، ويجوز أن لا يكون محسوباً من العدة، وتجب نفقته كزمان الحيض الذي طلقها فيه، وإن لم يلحقه بواحدٍ منهما، أو إذا لم يكن قائف، فلا نفقة على الواطىء، ولا على الزوج، إن كان الطلاق بائناً؛ لأننا لا نعلم حال الحمل، ولا نفقة، إذا لم يكن حمل، وإن كان رجعيًا، فلا نفقة لمدة كونها فراشاً للثاني، ولها عليه الأقل من نفقتها من وقت التفريق إلى الوضع، ونفقتها<sup>(١)</sup> في القدر الذي يكمل عدة الطلاق بعد الوضع، وهو قرءان في المثال الذي تكرر؛ لأن الأقل منهما واجبٌ بيقين، [فإنه إن]<sup>(٢)</sup> كان الحمل من الأول، فنفقة زمان الحمل عليه، وإن كان من الثاني، فنفقة العدة عليه، هذا إذا قلنا: إن النفقة للحامل، أما إذا قلنا: للحمل، فعلى أحدهما نفقة مدة الحمل بيقين، فإذا أشكل الحال، أنفق عليه بالسوية، فإن قلنا: يصرف الجميع إليها بعد الوضع، أخذت من كل واحد منهما نصف نفقتها، هكذا رتب أبو نصر صاحب «الشامل»، والقاضي الروياني في «جمع الجوامع» وهو الأقوم، وسيأتي على الأثر ما يشهد له، ومنهم من أطلق القول بأنه لا تطالب واحدٍ منهما بنفقتها في مدة الحمل؛ لأنه لا يذري أن الحمل من أيهما هو، ولا يفرق هؤلاء بين قولنا: إن النفقة للحامل أو للحمل، وهذا ما أورده في الكتاب، فقال: «ولا تطالب بالنفقة واحداً منهما [في الحال] وإن قلنا: يجب على الواطىء بالشبهة؛ لأنه الآن مشكل»، وعلى هذا، فإذا وضعته، فألحقه القائف بالواطىء، ففي الكتاب أنه لا تطالب

(١) في ز: وبعضها.

(٢) سقط في ز.

بالنفقة الماضية بناءً على أن نفقة القريب تسقط بمضي الزمان، وهكذا ذكره الإمام، والذي أورده صاحب «التهذيب» وجماعة: أنه يُطالَب بتلك النفقة، وقالوا: هذه النفقة تصير ديناً في الذمة، وليست هي كنفقات الأقارب، قال الإمام - قدس الله روحه -: ولم يصِر أحدٌ من الأصحاب إلى أنه إذا ألحقه القائفُ بالزَّوج، لا يُطالَب بالنفقة الماضية تفريراً على أنها للحمل، وأنها تسقط بمضي الزمان، والقياس يقتضي المَصِير<sup>(١)</sup> إليه، هذا هو الكلام في نفقة المرأة.

وأما نفقة الولدِ بعد الوضع، فهو على مَنْ ألحقه القائفُ به منهما، وكذا حضائته، فإن لم يكن قائفٌ أو أشكل عليه، فالنفقة عليهما مُناصفةً إلى أن يوجد القائف أو يبلغ الصبي، فينتسب إلى أحدهما، وفيه وجهٌ ضعيفٌ: أنهما لا يطالبان بالنفقة في زمان الإشكال، وفرَّقوا على المذهب نفقة الولد، حيث أوجبنا عليهما نصفين، وبين نفقة المرأة حيث لا نوجبها في مدة الحمل تفريراً على أن النفقة للحامل، بان<sup>(٢)</sup> وجوبها على أحدهما غير مستيقن؛ لجواز أن يكون الحمل من الواطيء بالشبهة، ولا نفقة عليه على هذا القول، ونفقة الولد يستيقن وجوبها على أحدهما، وليس أحدهما بأولئى من الآخر، فوزعناها عليهما، وهذا يشهد لِمَا مرَّ أن نفقتها في مدة الحمل تجب عليهما وتوجد منهما إذا فرَّعنا على النفقة للحمل؛ لأنَّ على ذلك القول نتيقن وجوبها على أحدهما؛ كما نتيقن ها هنا وجوب نفقة الولد، ثم إذا أنفقنا ثم<sup>(٣)</sup> لحق الولد أحدهما إما بإلحاق القائف أو بانتسابه، فيرجع الآخر عليه بما أنفق بشرطين:

أحدهما: أن يكون الإنفاق بإذن الحاكم، وإلا، فهو مُتَبَرِّعٌ.

والثاني: أن لا يكون مدعياً للولد، فإن كان يدعيه، فلا رجوع له؛ لأنه أنفق على ولده بزعمه، ويتعلق بما نَحَن فيه فرعان:

أحدهما: لو مات المولود في زمان الإشكال، فتكفيته عليهما كنفقته، وللأم من ماله الثلث، والباقي يوقف بين الواطيء والزوج، حتى يصطلحا، فإن كان لها ولدان آخران، أو كان لكل واحد من الزوج والواطيء ولدان آخران، فلها السدس، فإن كان لأحدهما ولدان دون الآخر، ففيها للام وجهان:

أحدهما: الثلث؛ للثك في أنَّهما أخوان للميت أم لا.

والثاني: السدس؛ لأنه<sup>(٤)</sup> متيقن.

(١) لم يفصح بترجيح الصحيح ما أورده البغوي وهو الذي أورده جمهور العراقيين كالماوردي والبنديجي وابن الصباغ وغيرهم وقال في الشرح الصغير: إن الأشبه قال: ويؤيده طرق الإلحاق بالزوج.

(٢) في أ: بم.

(٣) في أ: لأن الوجوب.

الثاني: أوصى إنساناً لهذا الحَمَلِ بشيءٍ، وانفصل حيّاً، ثم مات، نُظِرَ؛ إن مات بعد قبول الزوج والوطاء الوصية، فالوصية مستقرة؛ لأن أحدهما أبوه، والمال لورثته، كما تبين، وإن مات قبل أن يَقْبَلَ، فَحَقُّ القَبولِ للورثة، ولو سَمِيَ الموصي أحدهما؛ فقال: أوصيتُ لحَمَلِ فلان، فإن الحقَّ القائف بغير المسمى، بطلت الوصية، وإن الحق به صَحَّت، فإن نفاه باللعان، ففي بطلانها وجهان:

وقوله «ويحتمل الرجعة هذا الوقف» كأنه يعني بالوقف ما في كل واحد من الرجعتين من التردّد والثوقف.

وقوله «ولو اقتصر على إحداهما لم يحل» ليعلم بالواو؛ لما قدمناه، ويُشبه أن يرجح الحلُّ إذا اقتصر على الرجعة قبل الوضع، وليعلم أيضاً قوله «فإن قلنا يجب على الوطاء بالشبهة» بالواو، والأشبه أنها تُطالب على هذا القول، وكذا قوله «وإن قضى للوطاء فلا والأقرب المطالبة».

قَالَ الغَزَالِيُّ: (فُرُوعُ: الأول) العِدَّتَانِ مِنْ حَزْبَيْنِ تَتَدَاخِلَانِ عَلَى النِّصِّ لِأَنَّ أَسْتِيلاءَ الثَّانِي يَبْطُلُ حَقَّ الأولِ \* وَقِيلَ: قَوْلَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: ما ذكرنا أن العِدَّتَيْنِ مِنْ شَخْصَيْنِ لا تَتَدَاخِلَانِ، كان في الشَخْصَيْنِ الْمُحْتَرَمَيْنِ، فأما إذا طَلَّقَ الحَرْبِيُّ زوجته فوطئها في العدة، حربى آخر بشبهة أو نكحها، ووطئها ثم أسلمت مع الثاني أو دَخَلَ بأمان، وتَرافَعًا إلينا، فقد حَكِيَ عن النِّصِّ أنه لا يجمع عليها بين عدتين، بل يكفيها واحدة من يوم إصابة الثاني، ورُبَّمَا نَسِبَ هذا النِّصُّ إلى باب التعريض بالخطبة، وعن القاضي أبي عليّ البينديجي: إسناده إلى «الجامع الكبير» للمزني - رحمه الله - واختلف الأصحاب في المسألة على ثلاثة طرق:

أحدها: القطع بأنه لا تَكْتَفِي بِعِدَّةٍ واحدة، بل تُكْمَلُ عدة الأول، وتَسْتَأْنَفُ عدة الثاني كما في العِدَّتَيْنِ عن مسلمين، وذلك لأن العدة معتبرة في حق الكفار، كما هي معتبرة في حق المسلمين، فيتساويان في حكمها، وهؤلاء لم يثبتوا رواية النص.

والثاني: أن المسألة على قولين:

أحدهما: هذا.

والثاني: الاكتفاء بِعِدَّةٍ واحدة، لأن حقوقهم ضعيفة، وماؤهم غير محترم، فيراعى أضل العدة، ويجعل جميعهم كالشخص الواحد على هذه الطريقة، فالقول الثاني منصوص، والأول مُخْرَجٌ من المذهب المقرّر في العِدَّتَيْنِ من مسلمين، ونقل الشيخ أبو الفرج السرخسي، والقاضي الروياني: أن بعضهم خَرَجَ من هذا النص فيما إذا كانت العِدَّتَانِ

من مسلمين أيضاً، وجعل الصورتين على قولين نقلاً وتخريجاً، وهذا غريب<sup>(١)</sup> ضعيف.

والثالث: الأخذ بما نص عليه هاهنا، والقطع به، وإذا قلنا: تكفي بعدة واحدة، فكيف التقدير؟ فيه طريقتان:

أحدهما: أن بقية العدة الأولى لا تدخل في الثانية، بل تسقط؛ لأن حقوق الحربيين ضعيفة متعرضة للسقوط بقهر الغير واستيلائه؛ ألا ترى أن الحزبي يُسْتَرَقُّ، فتَبْطُلُ حقوقه في نفسه وتُسْتَرَقُّ زوجته، فيبطل نكاحه، وتسترق مُعْتَدَّتُهُ، فتسقط العدة، ولو قهر حربي زوجة حربي، يرتفع نكاح الأول، فكذلك استيلاء الثاني يبطل حق الأول.

والثاني: أن بقية العدة الأولى تدخل في الثانية، بخلاف عدتي المسلمین، وفرق بأن العدة عن الشخص المحترم تمنع سبب عدة أخرى فلا تنقضي العدة الأخرى بالأقراء التي يمرُّ بها حتى تتم العدة الأولى، والعدة عن غير المحترم<sup>(٢)</sup> لا تمنع سبب عدة أخرى، حتى لو نكحها في العدة، وأسلما بعد انقضائها يُقرَّان على النكاح، وإذا لم يمنع سبب عدة أخرى، لم يمنع ثبوت عدة أخرى، فجاز أن يجتمعا، والثانية أقوى من الأولى، فتدخل بقية الأولى فيها، وقد يختصر، ويقتصر على حاصل الخلاف، ويقال: في المسألة وجهان:

أحدهما: تكمل عدة الأولى ثم تعتد عن الثاني.

والثاني: يكفيها عدة واحدة من وقت إصابة الثاني، والأزجح منهما: الأول عند الإمام والقاضي الروياني، وعليه جرى الأودني في المناظرة - رحمهم الله تعالى - والثاني عند البندنجي وصاحب «التهذيب»، ونظم الكتاب إلى هذا أقرب، ثم ذكر أبو سعد المتولي - رحمه الله - أنه لو أسلمت المرأة ولم يسلم الثاني، فلا بد من أن تكمل العدة

(١) فيه أمور: أحدها: أن هذا النص موجود في المختصر والأم ولفظه فإن أصابها في العدة أكملت العدة منه يدخل فيها العدة من الذي قبله. وقال القاضي الحسين: قال في رواية الربيع في عيون المسائل عليها عدة واحدة وسقطت بقية عدتها.

الثاني: لم يرجح - أي الرافعي والمصنف - وتقتضي كلام الجمهور الحرمي على النص وهو الذي أورده القاضي الحسين وقال القاضي أبو الطيب إنه المشهور من المذهب.

الثالث: يقتضي توجيه الانتخاذ أن الذميين بخلاف ذلك ونحوه توجيه القاضي الحسين بأن حقوق الحربي وأملاكه معترضة للإبطال ويزاحم في حقوقه حتى في حقيقة النكاح فإن نكاحه يفسخ بالاستيلاء على زوجته ومهرها.

(٢) قال النووي: أرجحهما الأول.

الأولى، ثم تعتد عن الثاني؛ لأنه ليست العدة الثانية أقوى هاهنا، حتى تسقط بقية الأولى أو يدخل فيها، وأن الأول لو كان قد طلقها طلقاً رجعيةً، وأسلمت مع الثاني ثم أسلم الأول، وأراد الرجعة، فله الرجعة في بقية عدته إن قلنا بدخولها في العدة الثانية، وإن قلنا بسقوطها، فلا، وأنه، لو أراد الثاني أن ينكحها، فله ذلك، إن قلنا بسقوط بقية العدة الأولى؛ لأنها في عدته، وإن قلنا بدخولها في الثانية، فلا، حتى تنقضي تلك البقية، وأنها إن كانت حاملاً من الأول، لم يكفها عدة واحدة بل تستأنف بعد الوضع عدة الثاني، وإن أحبلها الثاني، فإن قلنا: إن بقية العدة الأولى تسقط، فكذلك هاهنا، ويكفيها وضع الحمل، وإن قلنا بالتداخل، فتعود بعد الوضع إلى بقية الأولى؛ لأن الحمل ليس من الأول، فلا تنقضي به عدته<sup>(١)</sup>.

ولو طلق الحربي زوجته، فوطئها في العدة حربي آخر في نكاح، وطلقها، جرى فيه الخلاف، وفيه صور الإمام وصاحب الكتاب - رحمهما الله - في «الوسيط» المسألة، ويجوز أن يُعلم قوله في الكتاب «على النص» بالواو؛ لإنكار من أنكروا النص.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: (الثاني): الْبَائِنَةُ تَنْقُضِي عِدَّتَهَا وَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ يُعَاشِرُهَا عَلَى الْأَقْبَسِ (و) \* وَالرَّجْعِيَّةُ لَا تَنْقُضِي عِدَّتَهَا مَعَ الْمَجَالَسَةِ عَلَى الْأَظْهَرِ \* فَإِنَّ طَالَتِ الْمَفَارِقَةُ ثُمَّ جَرَتْ خَلْوَةٌ أَحْتَمَلَ أَنْ تَنْقَطِعَ وَأَحْتَمَلَ أَنْ يُبْنَى مَا بَعْدَهَا عَلَيْهَا \* وَمُخَالَطَةُ الْأَجْنَبِيِّ لَا تَمْنَعُ الْعِدَّةَ \* وَمُخَالَطَةُ الزَّوْجِ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ بَعْدَ أَنْجِلَاءِ الشُّبْهَةِ لَا يُؤَثِّرُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا طَلَّقَ زَوْجَتَهُ، وَهَجَرَهَا، أَوْ غَابَ عَنْهَا، انْقَضَتْ عِدَّتُهَا بِمَضِيِّ الْأَقْرَاءِ أَوْ الْأَشْهَرِ، وَلَوْ لَمْ يَهْجُرْهَا، بَلْ كَانَ يَطْوُهَا، فَإِنْ كَانَ الطَّلَاقُ بَائِنًا، لَمْ يَمْنَعْ ذَلِكَ انْقِضَاءَ الْعِدَّةِ، لِأَنَّهُ وَطَأَ زِنًا لَا حَرَمَةَ لَهُ، وَإِنْ كَانَ رَجْعِيًّا، قَالَ فِي «التتمة»: لَا تَشْرَعُ فِي الْعِدَّةِ مَا دَامَ يَطْوُهَا؛ لِأَنَّ الْعِدَّةَ لِبِرَاءَةِ الرَّجْمِ، وَهِيَ مُشْغُولَةٌ بِمَا يَشْغَلُ الرَّحِمَ، وَإِنْ كَانَ يَطْوُهَا، وَلَكِنْ يَخَالِطُهَا وَيُعَاشِرُهَا مَعَاشِرَةَ الْأَزْوَاجِ، فِي انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ وَجِهَانِ:

أحدهما: أن ذلك يمنع الاحتساب؛ فإنها تشبه الزوجات دون المطلقات.

والثاني: لا يمنع؛ لأن المخالطة لا تقتضي عدة، فلا يمنع مضي العدة بخلاف الوطء، وهذان الوجهان أطلقهما أبو سعد المتولّي، هكذا، ولم يفرّق بين الطلاق البائن والرجعي، كذلك نقل صاحب الكتاب في «الوسيط»، وأضاف وجه المنع إلى قدماء الأصحاب، وحكي عن المحققين أن القياس الاحتساب؛ لأن أمر العدة مبني

(١) قال في المطلب: ظاهر كلام الأصحاب أنه لا فرق في التداخل أو السقوط بين أن تكون عدة الثاني بالحمل أو بالإقرار.

على مضيّ المدة والإخلال بما فيها من الواجبات؛ كالإحداد، وملازمة المسكن لا تمنع انقضائها، فكذاك الإخلال بالاعتزال<sup>(١)</sup>، ثم حكي عن القاضي الحسين الفَرَق بين أن يكون الطلاق بائناً أو رجعيًا، فإن كان بائناً، لم يمنع انقضاء العدة بالمخالطة والمعاشرة، وإن كان رجعيًا امتنع وهذا الوجه كوجه فارق مضموم إلى الوجهين المُطْلَقَيْن، وهو الحاصل مما رجّحه صاحب الكتاب، وبه أخذ الأئمة - رحمهم الله - منهم القُفَال، وبه أجاب صاحب «التهذيب» في الفتاوى، وهو المذكور في «التهذيب»، وفي «الحلية» للقاضي الروياني، وفرق بأنه إذا كان الطلاق بائناً، فالمخالطة محرمة بلا شبهة، فلا تؤثر في العدة كوطئها الذي هو زنا، وفي الرجعية شبهة قائمة، وهو بالمعاشرة والمخالطة مستفرش لها، فلا يُحَسَب زمانُ الاستفرش من العدة، كما لو نكحت زوجاً في العدة، وهو جاهل، لا بحسب زمان افتراشه، فلا بد [من]<sup>(٢)</sup> أن يقوى بالاعتزال، ومخالطة الأجنبي لا تؤثر، كما أن وطأه لا يؤثر، فإن كانت المخالطة عن شبهة، فيجوز أن لا تُحَسَب كما مرَّ أنها في زمان الوطء بالشبهة خارجة عن العدة، ومخالطة الزوج بعد ظهور الحال وانجلاء<sup>(٣)</sup> الشبهة كمخالطة الأجنب، ثم في الفرع فائدتان:

أحدهما: قال الشيخ الفراء - رحمه الله - في الفتاوى الذي عندي أنه لا زجعة للزوج بعد انقضاء الأقراء، وإن لم تنقض العدة بسبب المفارقة أخذاً بالاحتياط من الجانبين، كما لو وطئ الرجعية بعد مضيّ قرنين من وقت الطلاق، عليها أن تعتد بثلاثة أقراء من وقت الوطء، ولا تجوز الرجعة في القرء الثالث منها، وفي فتاوى القُفَال - رحمه الله - ما يوافق هذا، وأما لحوق الطَّلقة الثانية والثالثة، فيستمر إلى انقضاء العدة، فإنه مُتَمَتِّضُ الاحتياط، وقد صرَّح به الروياني في «حليته».

والثانية في «البيسط»: أنه يكفي في الحكم بالمعاشرة الخلوة، ولا يكفي دخول دار هي فيها، ولا يُشترط تواصل الخلوة، بل يكفي أن يخلو بها الليلي، ويفارقها الأيام، كما هو المعتاد بين الزوجين، ولو طال مدة المفارقة، ثم جرت خلوة، ففيه احتمالان المذكوران في الكتاب:

أحدهما: تنقطع العدة، ويجب الاستئناف؛ لأن تليف أوقات المفارقة بعيد.

وأشبههما: البناء على ما مضى، وأجري الخلاف في الفرع فيما إذا طلق زوجته

(٢) سقط في ز.

(١) في ز: بالإعزال.

(٣) في ز: انحلال.

الامة، فأخذ السيد في معاشرتها، هل يمنع ذلك من الاحتساب بالعدة؟.

قال صاحب «التهذيب» في الفتاوى: وإذا طلق زوجته ثلاثاً، ونكحها في العدة على ظن أن عدتها قد انقضت، وأنها نكحت زوجاً آخر، فينبغي أن يقال: زمان استفراسه إياها لا يُحسب من العدة، كزمان استفراس الرجعية، وهذا كما ذكرنا في مخالطة الأجنبي بالشبهة، وجميع ما ذكرناه فيما إذا كانت حائلاً، أما المعتدة بالحمل، فلا شك أن معاشرتها لا تمنع انقضاء العدة بالوضع.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: (الثَّالِثُ) إِذَا نَكَحَ مُعْتَدَةً عَلَى ظَنِّ الصَّحَّةِ انْقَطَعَتْ عِدَّةُ النِّكَاحِ \* وَتَنْقَطِعُ بِمَجْرَدِ الْعَقْدِ أَوْ بِمَجْرَدِ الرَّفَافِ أَوْ بِحَقِيقَةِ الْوَطءِ فِيهِ تَرُدُّ \* وَلَا تُحْرَمُ (م) الْمُعْتَدَةُ عَلَى نَاكِحِهَا عَلَى التَّأْيِيدِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ صَوْرَتَانِ:

إحدهما: عرف<sup>(١)</sup> أنه إذا نكح معتدة على ظن الصحة ووطئها، لم يُحسب زمان استفراسه إياها عن عدة الطلاق، ومن أي وقت يُحكّم بانقطاع العدة؟ فيه وجهان: وقيل قولان:

أحدهما، وبه قال القفال الشاشي - رحمه الله - من وقت العقد؛ لأنها بعقد النكاح مُعرضة عن عدة الأول.

وأصحهما: من وقت الوطء لأن النكاح الفاسد لا حرمة له، ولا تُجعل المرأة فراشاً ما لم يوجد الوطء فإن قلنا: من وقت العقد، فلو لم تُزف إليه، فجواب الإمام، وهو الأقوى: أنه يَتَبَيَّنُ أن العدة لم تنقطع؛ لأنه لم يوجد إلا لفظ فاسد، وذلك بعيد عن تأثير العدة، وحكاية غيره عن الشاشي تفهم أن مجرد النكاح قاطع وإن لم يوجد وطء وزفاف، وإذا زُف إليه، فكان يخلو بها ويعاشرها، ولكن لم يطأها، فهل يكون ذلك كالوطء؟ أشير فيه إلى تردّد، ويمكن أن يوجد ذلك من الخلاف؛ في أن مخالطة الرجعية هل هي كوطئها؟ وأفصح صاحب «التجريد» بذكر الخلاف وروايته، فقال: لو تزوج امرأة بنكاح فاسد، وخلّا بها، ولم يطأها، هل تصير بهذه الخلوّة فراشاً؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن الخلوّة تُسلط على الإصابة، فصارت كالإصابة، ذكره أصحابنا الخراسانيون.

والثاني، وهو الصحيح: أنها لا تصير فراشاً ما لم يطأها؛ لأن العقد فاسد،

(١) في أ: عرفت.



فأقيمت الحَلْوَةُ أو المخالطة مقام الوطء، فتنقطع العدة بالعقد المستعقب للحلوة، كما تنقطع بالعقد المستعقب للوطء، وإذا قلنا إن الانقطاع من وقت العقد، فينقطع بالزَّاف كما ينقطع بالوطء، إذا قلنا بالقول الآخر، ويخرج من ذلك ثلاثة مذاهب فيما تنقطع به العدة، كما أشار إليها في الكتاب.

الثانية: الجديد الصحيح أن المعتدة لا تُحَرِّم مؤبداً على من نكحها في العدة جاهلاً ووطنها، وبه قال أبو حنيفة - رحمه الله -، واحتج له بأنه وطء شبهة، فلا يقتضي التحريم المؤبد، كالوطء [في] (١) النكاح بلا ولي ولا شهود، وعن القديم: أنها تُحَرِّم عليه على التأبید، وبه قال مالك. [ووجه بأنه استعجل الحق، قبل وقته، فأورث الحرمان] كما لو قتل مورثه، وعن أحمد - رحمه الله - روايتان، كالقولين، ومن الأصحاب من لم يجعل المنقول عن القديم قولاً للشافعي، وقال إنه يُحَكِّي مذهب الغير، وذكر الذين سلموه وجهين في أن التحريم المؤبد، هل يشترط فيه تفريق الحاكم؟ فعلى وجه، لا بد فيه من الحاكم، كتفريق اللعان، وعلى وجه: لا حاجة إليه كتحریم الرضاع، ونقل القاضي الرؤياني إجراء القول القديم في كل وطء يفسد النسب كوطء زوجته الغير أو أمته بالشبهة.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: (الرَّابِعُ) إِذَا رَاجَعَهَا ثُمَّ طَلَّقَهَا فَبَيَّتَ بِبَقِيَّةِ الْعِدَّةِ السَّابِقَةِ قَوْلَانِ \* وَإِنْ كَانَتْ بَائِنَةً فَجَدَّدَ نِكَاحَهَا ثُمَّ طَلَّقَ قَبْلَ الْمَسِيَسِ يَكْفِيهَا (ح) بَقِيَّةِ الْعِدَّةِ السَّابِقَةِ لِأَنَّ الرَّجْعِيَّةَ عَادَتْ إِلَى نِكَاحِ كَانِ فِيهِ وَطْءٌ، وَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الرَّجْعَةِ فَالصَّحِيحُ أَنَّهَا لَا تَسْتَأْنَفُ \* وَحَيْثُ تَقُولُ بِالْإِسْتِثْنَاءِ فَلَوْ كَانَتْ حَامِلًا فَيَكْفِيهَا وَضْعُ الْحَمْلِ \* وَلَوْ رَاجَعَهَا فَوَضَعَتْ ثُمَّ طَلَّقَهَا وَقَلْنَا بِالْبِنَاءِ رَجَعْنَا إِلَى قَوْلِ الْأَسْتِثْنَاءِ لِلضَّرُورَةِ وَتَعَدُّرِ الْبِنَاءِ \* وَقِيلَ: سَقَطَتْ عَنْهَا الْبَقِيَّةُ لِلتَّعَدُّرِ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ \* أَمَا إِذَا رَاجَعَ الْحَائِلَ فِي الطَّهْرِ الثَّلَاثِ ثُمَّ طَلَّقَ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهَا إِذْ بَعْضُ الثَّلَاثِ كَجَمِيعِهِ فَلَا بَقِيَّةَ عَلَيْهَا \* وَقِيلَ: الْبَعْضُ مِنْ أَوَّلِ الطَّهْرِ لَا أَثَرَ لَهُ فَعَلَيْهَا فُرْءٌ آخَرٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا طَلَّقَ امْرَأَتَهُ طَلَاقًا رَجْعِيًّا، ثُمَّ رَاجَعَهَا انْقَطَعَتِ الْعِدَّةُ بِالرَّجْعَةِ، فَإِنْ طَلَّقَهَا بَعْدَ ذَلِكَ، فِيمَا أَنْ تَكُونَ حَائِلًا أَوْ حَامِلًا.

الحالة الأولى: أن تكون حائلاً، فيُنظَرُ؛ إن مسها بعد ما راجعها، فلا بد من استئناف العدة؛ لأن المسيس يقتضي عدة كاملة، فإن لم يراجعها ولم يمَسها، فقولان: القديم، ويروى عن مالك: أنها تبني (٢) على العدة السابقة، وتكفيها أيامها؛ لأنها

(٢) في ز: تنفي.

(١) سقط في ز.

حُرِّمَتْ عَلَيْهِ بِالطَّلَاقِ الْأَوَّلِ، وَلَمْ يَمَسَّهَا فِي الْحُلِّ الْمُسْتَحْدِثِ، فَأَشْبَهَ مَا إِذَا أَبَانَهَا ثُمَّ جَدَّدَ نِكَاحَهَا، وَطَلَّقَهَا قَبْلَ أَنْ يَمَسَّهَا، فَإِنِهَا تَبْنِي.

والجديد، وبه قال أبو حنيفة والمُزْنِيُّ: أنها تستأنف؛ لأنها بالرجعة عادت إلى النكاح الذي مَسَّهَا فِيهِ، فالطلاق الثاني طلاقٌ في نكاحٍ وُجِدَ فِيهِ الْمَسِيسُ، وصار كما إذا ارتدَّت المرأة بعد المسيس وعادت إلى الإسلام ثُمَّ طَلَّقَهَا تَسْتَأْنِفُ الْعِدَّةَ، فإذا قلنا بالبناء، فلو راجعها في خلال طهرٍ مثل أن يراجعها في الطهر الثالث، فَهَلْ يُحْسَبُ مَا مَضَى مِنَ الطَّهْرِ قَرَاءً؟ حَكَى فِي الْكِتَابِ فِيهِ وَجْهَيْنِ:

أحدهما: نعم؛ لأن بغض القرء نازل منزلة جميعه؛ فعلى هذا إذا كانت الرجعة في الطهر<sup>(١)</sup> الثالث، ثم طَلَّقَهَا، فلا شيء عليها على قول البناء؛ لتمام الأقرء بما مضى.

والثاني: لا، وعليها في هذه الصورة قرء ثالث، وإنما يجعل<sup>(٢)</sup> بعض الطهر من آخره قرءاً؛ لاتصاله بالحيض، ودلالته على البراءة، وأما البغض من الأول، فلا معنى لجعله قرءاً، ونظم الكتاب يقتضي ترجيح الوجه الأول، ونسبه في «السيط» و «الوسيط» إلى القفال، ونسب الثاني إلى الشيخ أبي محمد، والظاهر الثاني، وهو الذي أورده صاحب «التتمة» والقاضي الروياني، وحكاه الروياني عن القفال، والله أعلم.

**الحالة الثانية:** أن تكون حاملاً، فإن طَلَّقَهَا ثَانِيَةً<sup>(٣)</sup> قَبْلَ وَضْعِ<sup>(٤)</sup> الْحَمْلِ، انقضت عدتها بالوضع، مَسَّهَا أَوْ لَمْ يَمَسَّهَا، وَالْبَقِيَّةُ إِلَى الْوَضْعِ تَصْلُحُ أَنْ تَكُونَ [عِدَّةً]<sup>(٥)</sup> مُسْتَقْبَلَةً، وَإِنْ وَضَعَتْ ثُمَّ طَلَّقَهَا، فَإِنْ مَسَّهَا، إِمَّا قَبْلَ الْوَضْعِ أَوْ بَعْدَهُ، فَعَلَيْهَا اسْتِثْنَاءُ الْعِدَّةِ بِالْأَقْرَاءِ، وَإِنْ لَمْ يَمَسَّهَا، فَإِنْ قُلْنَا: الْحَامِلُ تَسْتَأْنِفُ، فَكَذَلِكَ هَاهُنَا، وَإِنْ قُلْنَا هُنَاكَ بِالْبِنَاءِ، فَتَعْذَرُ [بِنَاءً]<sup>(٦)</sup> الْأَقْرَاءَ عَلَى الْحَمْلِ، وَفِيهَا وَجْهَانِ:

أظهرهما: أنها تستأنف العدة بثلاثة أقرء؛ لأنه طلاق في نكاحٍ وُجِدَ فِيهِ الْمَسِيسُ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا، فَيُوجِبُ الْعِدَّةَ، وَالْوَضْعُ حَصَلَ فِي صُلْبِ النِّكَاحِ، وَالْعِدَّةُ لَا تَنْقُضِي بِمَا يُوجَدُ فِي صُلْبِ النِّكَاحِ.

والثاني: أنه لا عدة عليها، ويحكم بانقضائها بالوضع، وإن كانت تحت الزوج، ويجوز أن تنقضي العدة بالحمل تحت الزوج، وإن كانت لا تنقضي بالأقرء والأشهر تحته، كما أن المعتدة لو وطئها واطيء بالشبهة، وأخْبَلَهَا، تنقضي عدتها عن الوطء بوضع الحمل، ولولا الحمل، لكان لا ينقضي بالأقرء والأشهر؛ لاشتغالها بعدة الزوج، فهذا إذا

(٢) في ز: يحصل.

(٤) في أ: أن تضع.

(٦) سقط في ز.

(١) سقط في ز.

(٣) في أ: بائناً.

(٥) سقط في ز.

راجعها ثم طلقها ثانياً. ولو لم يراجعها، وطلقها طلقاً آخرى، ففيه طريقان:

أحدهما: أن وجوب الاستئناف على القولين؛ لأن الطلاق مَعْنَى لو طرأ على الزوجة الممسوسة أوجب العدة، فإذا طرأ على الرجعية أوجبها كالوفاة.

والثاني: القطع بالبناء؛ لأن الطلاق الثاني يُؤكِّد الأول والعدة منه، بخلاف الرجعة، فإنها تضادُه فتقطع العدة، [و] <sup>(١)</sup> لأنهما طلاقان لم يتخللها وطء [ولا رجعة] <sup>(٢)</sup> فصار كما إذا طلقها طلقتين معاً، وبهذه الطريقة قال أبو إسحاق، ورجَّحها غير واحد من الأصحاب، وبالأولى قال الإصطخري وابن خيران، ورجَّحها القفال، واحتج بأن للشافعي - رضي الله عنه - قولاً في «الإملاء» فيما إذا قال لامرأته: كلما ولدت ولداً، فأنت طالق، وولدت ثلاثة أنها تطلق بالثالث الطلقة الثالثة، وأنها تستأنف الأقرء، وذلك لا يُخْرَج إلا على قولنا: إن الطلقة اللاحقة توجب استئناف العدة، وقد مرت المسألة في موضعيها، والظاهر هاهنا البناء، وإن قلنا بطريقة الخلاف، ولو راجعها ثم خالها، فإن جعلنا الخلع طلاقاً، فهو كما لو طلقها بعد الرجعة، وإن جعلناه فسخاً، فطريقان:

أحدهما: أن وجوب الاستئناف على القولين في الطلاق.

والثاني: القطع بالاستئناف؛ لأن الفسخ ليس من جنس الطلاق، فلا تبني عدة أحدهما على عدة الآخر، وهذا أظهر عند القاضي الرؤباني - رحمه الله -، ويجري الطريقان في سائر الفسوخ، وذلك مثل أن ينكح عبد أمة ثم يطلقها طلاقاً رجعيًا ثم تفتق الأمة، ويفسخ النكاح. هذا كلامنا في الطلاق الرجعي.

ولو طلق امرأته الممسوسة على عوض أو خالها، فله أن ينكحها في العدة، وفي «المهذب» أن المزني لم يجوز له أن ينكحها، كما لا يجوز لغيره، وهو غريب، وإذا نكحها، فعن ابن سريج: أنه لا تنقطع العدة ما لم يطأها كما لو نكحها أجنبي في العدة جاهلاً.

والصحيح: أنه تنقطع بنفس النكاح؛ لأن نكاحه صحيح، وإذا صارت المرأة زوجة له، لم يجز أن تكون معتدة منه، ونكاح الأجنبي فاسد؛ وعلى هذا فلو طلقها بعد التجديد، نُظِر؛ إن كانت حاملاً، انقضت عدتها بوضع الحمل، وإن كانت حائلاً، فإن لم يَدْخُل بها، بنت على العدة السابقة، ولم يلزمه إلا نصف المهر؛ لأن هذا نكاح جديد طلقها فيه قبل الميسيس، فلا تتعلّق به العدة وكمال المهر، بخلاف ما سبق في الرجعية، فإنها تعود بالرجعة إلى ذلك النكاح.

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

وقال أبو حنيفة: تستأنف العدة، ويكمل مهرها، والله أعلم.

وأما لفظ الكتاب فقوله «إذا راجعها ثم طلقها» يعني قبل أن يمسه، وفي تصريحه بذلك في مسألة البائنة بغده ما يفهم.

وقوله: «يكفيها بقية العدة السابقة» ليعلم بالحاء وفي قوله «فالصحيح أنها لا تستأنف» يمكن حمله على الصحيح من الطريقتين كما اختاره مختارون، ويمكن حمله على الصحيح من القولتين، جواباً على طرد الخلاف، وقوله فيما إذا وضعت بعد الرجعة ثم طلقها، «وقيل سقطت عنها البقية للتعذر» يجوز أن يقال معناه: إن البقية كان من حقها أن لا تكون في صلب النكاح، فإذا وقعت فيه، وتعذر تداركها، سقطت، ولم يبق شيء تبنيه على ما مضى.

وقوله «أما إذا راجع الحائل في القرء الثالث» لما تأخرت الصورة عن الكلام في الحامل، احتاج إلى لفظ الحائل، ولو تقدمت عليه، لكان أحسن من تفرعه على قول البناء، وإن لم يتعرض لفظ الكتاب له، وأما على قول الاستئناف، فعليها ثلاثة أقراء أخرى.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الْحَامِسُ) إِذَا خَالَعَ الْمَمْسُوسَةَ ثُمَّ جَدَّدَ وَوَطِئَ وَخَالَعَ أَنْدَرَجَتْ الْبَقِيَّةُ الْأُولَى تَحْتَ هَذِهِ الْعِدَّةِ \* وَإِنْ مَاتَ فَهَلْ تَنْدَرُجُ تِلْكَ الْبَقِيَّةُ تَحْتَ عِدَّةِ الْوَفَاةِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: ذكرنا الآن أنه إذا خَالَعَ الْمَمْسُوسَةَ، ثم جدد نكاحها ومسهها، ثم طلقها أو خَالَعَهَا<sup>(١)</sup> ثانياً، يلزمها استئناف العدة، ويدخل في العدة المستأنفة بقية العدة السابقة على قياس ما ذكرنا فيما إذا طلق ثم وطئ في<sup>(٢)</sup> العدة في صورتين جميعاً من شخص واحد، ولو مات هاهنا بعد التجديد، فقد حكى صاحب الكتاب وجهين في اندراج تلك البقية تحت عدة الوفاة؛ لأن عدة الطلاق وعدة الوفاة مختلفا الجنس<sup>(٣)</sup>، وهما كالوجهين في التداخل فيما إذا وطئ الزوج المعتدة عن الطلاق، كانت إحدى العديتين بالحمل، والأخرى بالأقراء، واعلم أن نصب الوجهين في الاندراج وعديمه يشعر بلزوم البقية، ورد النظر إلى أنها هل تدخل في عدة الوفاة؟ والذي أورده صاحب

(١) في أ: وبائناً.

(٢) في ز: و.

(٣) ظاهره أن المراد اختلاف جنس العدة لا اختلاف سببها وبه صرح في الذخائر وحينئذ فينبغي التفصيل بين أن تكون عدة الطلاق بالأشهر فلا يجري خلاف لأن العديتين من شخص واحد وإن لم يكن بالأشهر يكون على الخلاف المتقدم في تداخل العديتين، وعلى هذا فيحتاج للفرق بينه وبين ما إذا راجعها ثم فسخ نكاحها فإن فيه طريقة قاطعة بأن الفسخ ليس كالطلاق لأنه ليس من حسبه وهذا الطريق أظهر عند الروياني.

«التهذيب» وغيره - رحمهم الله - أن تلك البقية تسقط كما لو مات عن الرجعية يسقط ما بقي من عدتها، ويكفيها عدة الوفاة بلا خلاف، وهذه فروع تتعلق بالباب نختمه بها.

نكحت المعتدة من الوفاة بعد مضي شهرين من عدتها مثلاً، ووطئها الزوج جاهلاً، وأنت بوليد يمكن أن يكون من كل واحد منهما، ولا قائف، فعدتها تنقضي بوضع الحمل من أحدهما، وعليها بعد الوضع أقصى الأمرين من بقية عدة الوفاة أو ثلاثة أقراء، فإن مضت الأقراء قبل تمام عدة الوفاة، فعليها إكمال عدة الوفاة؛ لاحتمال أن يكون الحمل من الثاني، وإن مضت بقية عدة الوفاة قبل تمام الأقراء، فعليها إتمام الأقراء؛ لاحتمال أن يكون الحمل من الأول.

وطئ الشريكان الجارية المشتركة، فعليها الاستبراء عن كل واحد منهما، ولا يتداخل الاستبراء كما لا تتداخل العدتان عن شخصين، ونقل الروياني وجهاً: أنه يكفيها قرء واحد عنهما، وضعفه.

أحب امرأة عن وطء شبهة، ثم نكحها، ومات عنها قبل أن تضع الحمل، فهل تنقضي عدة الوفاة بوضع الحمل؟ فيه وجهان:

لابن سريج في وجه: تنقضي، وفي وجه: أنها تنقضي إذا مضى أكثر الأجلين من وضع الحمل ومدة عدة الوفاة، ولو طلقها بعد الدخول، ففي انقضاء العدتين بالوضع الوجهان.

### القِسْمُ الثَّانِي مِنَ الْكِتَابِ فِي عِدَّةِ الْوَفَاةِ وَالسُّكْنَى \* وَفِيهِ بَابَانِ

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الأول في العدة) وهي أربعة أشهر وعشرة أيام وإن لم تحض (م) \* فإن كانت حاملاً فلو وضعت في الحال حلت للأزواج (و) ويحل لها غسله بعد الوضع وبعد نكاح زوج آخر أيضاً.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا مات زوج المرأة، لزمها عدة الوفاة بالإجماع والنصوص، وعدة الوفاة، إن لم تكن المرأة حاملاً، أربعة أشهر وعشرة أيام بلياليها؛ قال الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ وكانت هذه العدة في ابتداء الإسلام بسنة على ما قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا وَصِيَّةً لِأَزْوَاجِهِمْ مَتَاعاً إِلَى الْحَوْلِ غَيْرِ إِخْرَاجٍ﴾ الآية [البقرة: ٢٤٠] ثم نسخت وتستوي في عدة الوفاة الصغيرة والكبيرة وذات الأقراء وغيرها، والمدخول بها، وغيرها؛ أخذاً بإطلاق الآية؛ ولم تُخصَّص بالمدخول بها، بخلاف قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] حيث خصصت بالمدخول بها؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا﴾ [الأحزاب:

[٤٩] ولا يقاس المتوفى عنها على المطلقة؛ لأن عدة الوفاة لو شرط فيها الدخول لم يؤمن أن ينكر الدخول، حِزْصاً على الأزواج، وليس هاهنا من ينازعها، فيقضي الأمر إلى اختلاط المياه، وفي المطلقة صاحب الحق حَيَّ يَنازع، فلا يتجاسر على الإنكار<sup>(١)</sup> وأيضاً ففُرْقَةُ الموت لا اختيار فيها، فأَمِرَتْ بالتفجع وإظهار الحزن؛ لفراق الزوج، ولذلك وجب فيه الإحداد، وفُرْقَةُ الطلاق تتعلّق باختيار المُطَلَّق، وقد جفاها بالطلاق، فلم يكن عليها إظهار التفجع والحزن، وأيضاً، فالمقصود الأعظم في عدة الطلاق تعرف براءة الرحم، ولذلك اعتبرت بالأقراء، وفي عدة الوفاة المقصود الأعظم حقّ الزوج ورعاية حرمة النكاح؛ ولذلك اعتبرت بالشهور التي لا تقوى دلالتها على البراءة، وتعتبر مدة العدة بالهلال ما أمكن، فإن مات الزوج في خلال شهر هلاليّ، وكان الباقي أكثر من عشرة أيام، فتعتد بما بقي، وبحسب ثلاثة أشهر عقيبه بالأهله، ويكمل ما بقي من شهر الوفاة ثلاثين من الشهر الرابع بعد الثلاثة، وتضم إليها عشرة أيام، فإذا انتهت إلى الوقت الذي مات فيه الزوج يوم مات، فقد انتهت العدة، وإن كان الباقي أقلّ من عشرة أيام فتعتدّه وتحسب أربعة أشهر بالأهله عقيبه، وتكمل الباقي من الشهر السادس، وإن كان الباقي عشرة بلا زيادة ولا نقصان، فتعتد إليها، وتضم إليها أربعة أشهر<sup>(٢)</sup> بالأهله، وحكى أبو الفرج السرخسي عن أبي حنيفة وبعض أصحابنا: أنه إذا انكسر البغض، انكسر الكل، فيراعى العدد، وقد سبق مثله في نظائره، وإن انطبق الموت على أول الهلال، حُيِبَ أربعة أشهر بالأهله، وضُمَّت إليها عشرة أيام من الشهر الخامس، ولو كانت محبوسة لا تعرف الاستهلال اعتدت بالأيام، وهي مائة وثلاثون يوماً، والأمة تعتد بنصف ما تعتد به الحرة، وهو شهران وخمسة أيام، ولا فرق بين أن ترى المعتدة في المدة المذكورة دم الحيض على عادتها أو لا تراه، وتنقضي العدة على التقديزين؛ لإطلاق الآية، وقال مالك - رحمه الله -: تُشْتَرَطُ أَنْ تَرَى الْحَيْضَ فِيهَا عَلَى عَادَتِهَا، وبعضهم ينقل أن الشرط عنده أن تحيض في المدة.

واعلم قوله في الكتاب «وإن لم تحض» بالميم؛ لما حكينا من مذهبه، ولو مات الزوج، والمزأة في عدة الطلاق، فإن كانت رجعية، سقط عنها عدة الطلاق، وتنتقل إلى عدة الوفاة، حتى يلزمها الإحداد، ولا تستحق النفقة، وإنما قدمت عدة الوفاة؛

(١) في ز: الإمكان.

(٢) وهو قضية كلام القاضي الحسين والمتولي وكأنه طريقة المراوغة، وقضية كلام العراقيين وغيرهم أنه لا بد من أربعة أشهر أولاً ثم العشرة، وفي تعليق ابن أبي هريرة أنه لو بقي من الشهر عشرة أيام سواء اعتدت بثلاثة أشهر بالأهله وينكسر الرابع فيكمل على الشهر ثلاثين منه، فإن أكملت الأربعة أنت بعشرة أيام، وبهذا صرح الماوردي وابن الصباغ. وصاحب الانتصار وهو قضية إطلاق القاضي أبي الطيب وغيره.

لأنها آكد؛ ألا تراها تجب قبل الدخول وبعده، وإن كانت بائناً، تكمل عدة الطلاق، ولها النفقة إذا كانت حاملاً<sup>(١)</sup>، ولا تنتقل إلى عدة الوفاة وعند أبي حنيفة - رحمه الله - المبتوتة في مرض الموت يلزمها عدة الوفاة، ولا تسقط فيها عدة الطلاق فتعتمد بأقصاهما، هذا إذا لم يكن المتوفى عنها زوجها حاملاً، فإن كانت حاملاً، فعدتها بوضع الحمل على الشرائط المذكورة في عدة الطلاق، ولا فرق بين أن يتعجل الوضع، أو يتأخر. قال الأئمة - رحمهم الله -: وظاهر الآية يقتضي وجوب الاعتداد بالمدة، وإن كانت حاملاً. لكن ثبت أن سبعة الأسلمية ولدت بعد وفاة زوجها بنصف شهر، فقال لها رسول الله - ﷺ<sup>(٢)</sup> -: «حَلَلْتِ فَأَنْكِحِي مَنْ شِئْتِ مِنَ الْأَزْوَاجِ» وعن عمر<sup>(٣)</sup> - رضي الله عنه - أنه قال: «لَوْ وَضَعَتْ وَرَزُوجَهَا عَلَى السَّرِيرِ<sup>(٤)</sup>، حَلَّتْ، وقد قدمنا في «كتاب الجنائز» أن الزوجة تُغَسَّلُ زوجها، ورؤي<sup>(٥)</sup> عن عائشة: أنها قالت: لو استقبلنا من أمرنا ما استقبلنا ما غَسَّلَ رسول الله ﷺ إلا نساؤه، وغسل أبا بكر<sup>(٦)</sup> زوجته أسماء بنت

(١) سيأتي في آخر الباب الثاني من كتاب النفقات أن في السقوط وجهين أصحهما عند الإمام، وبه قال ابن الحداد تسقط أيضاً لأنها كالحاضنة للولد ولا تجب نفقة الحاضنة بعد الموت، قال الشيخ أبو علي: لم تسقط لأنها لم تنتقل إلى عدة الوفاة بل يتم عدة الطلاق والطلاق موجب.

وقال في الخادم: الأقوى ما رجحه الإمام، فإننا وإن قلنا إنها لها بسبب الحمل كالأجرة، فهي لا تجب على الميت.

(٢) متفق عليه البخاري [٤٩٠٩ - ٥٣١٨، مسلم ١٤٨٤] من حديثها ومن حديث أم سلمة، واللفظ الذي هنا أخرجه مالك في الموطأ برمته، وكذا رواه النسائي، وليس في الصحيحين تقدير المدة بنصف شهر، بل عند البخاري: أنها وضعت بعده بأربعين ليلة، وفي رواية: فمكثت قريباً من عشر ليال، ولهما: فوضعت بعده بليال، من غير عدد، ورواه أحمد من حديث ابن مسعود فقال: بعده بخمس عشرة ليلة، وهذا موافق لما في الأصل وفي رواية للنسائي: بثلاث وعشرين ليلة، وفي أخرى: قريباً من عشرين ليلة، وفي رواية للبيهقي: بشهر أو أقل، وفي رواية للطبراني: بشهرين.

(٣) رواه مالك [٣٦/٢] والشافعي عنه عن نافع عن ابن عمر أنه سئل عن المرأة يتوفى عنها زوجها وهي حامل، فقال ابن عمر: إذا وضعت حملها فقد حلت، فأخبره رجل من الأنصار أن عمر بن الخطاب قال: لو ولدت وزوجها على السرير لم يدفن، حلت، ورواه عبد الرزاق عن معمر عن أيوب عن نافع مثله، ورواه هو وأبن أبي شيبه عن ابن عيينة عن الزهري، عن سالم سمعت رجلاً من الأنصار يحدث ابن عمر يقول: سمعت أباك يقول: لو وضعت المتوفى عنها، وزوجها على السرير، لقد حلت.

(٤) في ز: الغير.

(٥) رواه أبو داود [١٣١٤١] وابن ماجه [١٤٦٤] والحاكم [٥٩/٣]، وإسناده صحيح.

(٦) رواه البيهقي [٣٩٧/٣] من طريق الواقدي عن ابن أخي الزهري، عن الزهري عن عروة عن عائشة: أن أبا بكر أوصى أن تغسله أسماء بنت عميس، فضعت، فاستعانت بعبد الرحمن، =

عُمَيْس - رضي الله عنهما - وكان قَدْ أَوْصَى بِذَلِكَ.

والى متى تُغَسَّلُهُ؟ فيه ثلاثة أوجه، ذكرناها هناك، ففي وجه: تغسله ما لم تنقض عدتها؛ لبقاء أثر النكاح ما بقيت العدة، فعلى هذا، وضعت، والزوج لم يُغَسَّلْ بَعْدُ، لم يكن لها غسله، وفي وجه: ما لم تُنكِحْ زوجاً غَيْرَهُ، فإذا نَكَحَتْ، لم يجز، وشبه ذلك بامتداد لحوق النسب إلى أن تنكح غيره، والأظهر، وهو الذي أورده صحب الكتاب: أنه لا ضبط، ولها غسله أبداً بِحُكْمِ النكاح الذي كان.

وقوله في ترجمة القسم «في عدة الوفاة والسكنى» كأنه قصد إيراد السُّكْنَى بعد عدة الطلاق والوفاة، جميعاً؛ لأن لها مدخلاً فيهما جميعاً، أما في عدة الطلاق فوفاق، وأما في عدة الوفاة، فعلى خلافٍ سيأتي، إن شاء الله تعالى.

فَرُغَ: عِدَّةُ الْوَفَاةِ تَخْتَصُّ بِالنكاح الصحيح، فأما إذا نكح نكاحاً فاسداً، ومات قبل الدخول، لم تلزم العدة، وكذا لو فرق القاضي بينهما، وإن جرى دخولٌ ثم مات أو فُرِّقَ بَيْنَهُمَا فتعتد للدخول، كما تعتد عن الوطء للشبهة.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ طَلَّقَ إِحْدَى امْرَأَتَيْهِ وَمَاتَ قَبْلَ الْبَيَانِ فَعَلَى إِحْدَاهُمَا عِدَّةُ الطَّلَاقِ وَعَلَى الْأُخْرَى عِدَّةُ الْوَفَاةِ فَعَلَيْهِمَا أَقْصَى الْأَجَلَيْنِ إِنْ كُنَّ مِنْ ذَوَاتِ الْأَقْرَاءِ لِلإِخْتِيَاظِ \* وَإِنْ كُنَّ حَوَائِلَ فَيَكْفِي الْوَضْعُ \* أَوْ مِنْ ذَوَاتِ الْأَشْهُرِ فَيَكْفِي أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا طَلَّقَ إِحْدَى امْرَأَتَيْهِ، ومات قبل أن يبين التي أرادها، وقبل أن يعين واحدةً منهما، إن أبهم، فيُنظر؛ إن لم تكونا ممسوستين، فعليهما الاعتداد بِعِدَّةِ الْوَفَاةِ؛ لأن كل واحدة منهما تحتل أن تكون مفارقة بالموت، كما يحتمل أن تكون مطلقة، فلا بد من الأخذ بالاحتياط، وإن كانتا ممسوستين، فإن كانتا من ذوات الأشهر، فكَذَلِكَ الْجَوَابُ؛ لأن كل واحدة بين أن يلزمها ثلاثة أشهر، وبين أن يلزمها أربعة أشهر وعشر، فيجب الأكثر، فإن كانتا حاملتين، فتعتدان بِوَضْعِ الْحَمْلِ؛ لأن عِدَّةَ الْحَامِلِ لَا تَخْتَلِفُ بِالتَّقْدِيرَيْنِ، وإن كانتا من ذوات الأقراء، فإما إنه أراد واحدة بعينها أو أبهم إن أراد واحدةً بعينها، فعلى كل واحدة منهما الاعتداد بِأَقْصَى الْأَجَلَيْنِ مِنْ عِدَّةِ الْوَفَاةِ<sup>(١)</sup> من ثلاثة أقرء؛ لأنها إن كانت مطلقة، فعليها الأقراء، وإن كانت مفارقةً بالموت، فعليها عدة الوفاة، فيطلب يقين البراءة، ثم الأقراء تُحَسَّبُ من وقت الطلاق، وعدة الوفاة [من حين الموت] حتى لو مضى قرء من وقت الطلاق، ثم مات الزوج،

= روى مالك في الموطأ عن عبد الله بن أبي بكر: أن أسماء بنت عميس غسلت أبا بكر، قال البيهقي: وله شواهد عن ابن أبي مليكة، وعن عطاء، عن سعد بن إبراهيم، وكلها مراسيل، وقد تقدم في الجنائز.

(١) في أ: أو.



فعليةا الأفضى من عدة الوفاة، ومن قرءين من أقرائها، فلو مضى قرءان، ثم مات الزوج، فعلىها الأفضى من عدة الوفاة، ومن قرء<sup>(١)</sup> هذا هو الظاهر المشهور، وفي «البحر» نقل وجه أن الأقرء أيضاً تُحسب من وقت الموت؛ لأنهما يُشبهان الزوجين إلى وقت الموت، وعلى هذا، فيجب أن تكون الأقرء كلها بعد الموت، وهذا في الطلاق البائن، فإن كان رجعيًا، فالرجعة تنتقل إلى عدة الوفاة، إذا مات زوجها، وهي في العدة، فعلى كل واحدة منهما الاعتداد بعدة الوفاة، وإن كان قد أبهم الطلاق، ومات قبل التعيين، فيبنى على أنه لو عيّن وقّع الطلاق من وقت اللفظ أو من وقت التعيين؟ وفيه خلافٌ مذکورٌ في الطلاق [من وقت اللفظ، فالحكم كما ذكرنا فيما إذا أراد واحدةً بعينها، وإن قلنا]<sup>(٢)</sup> التعيين، فوجهان:

أشهرهما: أن عليهما الاعتداد بأفضى الأجلين أيضاً، لكن الأقرء هاهنا تُحسب من يوم الموت أيضاً؛ لأن بالموت حصل اليأس من التعيين.

والثاني، وهو المذكور في تعليق الشيخ أبي حامد: أن كل واحدة منهما تعتد عدة الوفاة؛ لأننا نفرع على أن الطلاق يقع بالتعيين، فإذا لم يُعيّن، فكأنه لم يُطلق، وإذا اختلف حال المرأتين، فكانت إحداهما ممسوسة، والأخرى غير ممسوسة أو إحداهما حاملاً، والأخرى ممن يعتد بالأقرء، فيراعى في كل واحدة منهما قضية الاحتياط في حقها كما تبين، والله أعلم.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَمَنْ أَنْدَرَسَ خَبِرَ زَوْجَهَا فَلَيْسَ لَهَا إِلَّا الصَّبْرُ إِلَى الْمَوْتِ عَلَى الْقَوْلِ الْجَدِيدِ (ح م) \* نَعَمْ إِنْ لَمْ يَثْرِكِ الثَّقَّةَ فَلَهَا طَلْبُ الْفَسْخِ بِسَبِيهِ \* وَعَلَى الْقَدِيمِ إِنْ تَرَكَ الثَّقَّةَ فَلَهَا أَنْ تَتَرَبَّصَ أَرْبَعِ سِنِينَ ثُمَّ تَعْتَدَ عِدَّةَ الْوَفَاةِ وَتَتَكَحَّ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الغائب عن زوجته، إن لم ينقطع خبره، وكان يأتي كتابه، ويُعرف مكانه، فنكاحه على زوجته مستمر، وينفق الحاكم عليها من ماله، إن كان له في بلد الزوجة مال، وإن لم يكن، كَتَبَ إِلَى حَاكِمِ بَلَدِهِ؛ لِيُطَالِبَهُ بِحَقِّهَا، وَإِنْ انْقَطَعَ خَبْرُهُ، وَلَمْ يَوْقِفْ عَلَى حَالِهِ حَتَّى يَتَوَهَّمُ أَوْ يَظُنَّ مَوْتَهُ.

فالقول الجديد: أنه لا يجوز للمرأة أن تنكح زوجاً آخرًا؛ حتى يتيقن موته أو طلاقه؛ وتعتد.

وعن القديم، وبه قال مالك وأحمد: أنها تتربص أربع سنين، وتعتد عدة الوفاة، ثم تنكح، ويروى ذلك عن عمر، وعثمان وابن عباس - رضي الله عنهم -، واحتج

(٢) سقط في ز.

(١) في ز: فرع.

للجديد بما رُوِيَ عَنِ الْمَغِيرَةِ بْنِ شُعْبَةَ - رحمه الله - أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ - قَالَ: «إِنَّ أُمَّرَأَةَ الْمَفْقُودِ تَتَرَبَّصُ حَتَّى يَأْتِيَهَا يَقِينُ مَوْتَهُ أَوْ طَلَاقِهِ»<sup>(١)</sup> وعن علي - كرم الله وجهه - أنه قال «هَذِهِ أُمَّرَأَةٌ أَبْثَلِيَتْ فَلْتَصْبِرْ» وبأنه لا يحكم بموته، مع انقطاع الخبر، في قسمة ماله وعِثْقُ أم ولده، فكذلك في فِرَاقِ زَوْجَتِهِ، وبأن النكاح معلومٌ بيقين، فلا يُزَالُ إلا بيقين، وللقديم بأن عمر - رضي الله عنه - قَضَى بِذَلِكَ، واشتهر من غير إنكار، فَصَارَ مُجْمَعًا عَلَيْهِ، وبأن للمرأة الخروج من النكاح بالجبِّ والعنة؛ لفوات الاستمتاع، وبالإعسار بالنفقة؛ لفوات المال، فَلَأَنَّ تَخْرُجَ هَاهُنَا، وقد اجتمع الضرران، كان أولئى، وعن أبي حنيفة: أنها تصبر حتى يبلغ سنُّ الزوج مائة وعشرين سنة، ثم تعدد عدة الوفاة وتنكح، وفي تعليق الشيخ أبي حامد: أن الرواية الصحيحة مثل مذهبنَا، وقوله في الكتاب «ومن اندرس خبر زوجها» تشمل المفقود في جوف البلد وفي السفر وفي القتال، وفيما إذا انكسرت سفيتها، ولم يعلم حاله، فالحكم<sup>(٢)</sup> في الكلِّ واحدٌ.

وقوله «فليس لها إلا الصبر إلى الموت» ويجوز، إعلامه بالميم والألف وبالحاء أيضاً؛ لما رويناه[ه].

وقوله «إلى الموت» يجوز أن يريد موتها، ولا يخفى أن المراد على هذا؛ إذا لم يأتها يقين موتها ولا طلاقه، ويجوز أن يريد موته يعني تصبر إلى أن تتيقن موته، وعلى هذا، فالمراد ما لم يأتها يقين طلاقه.

وقوله «نعم، إن لم يترك الثففة، فلها طلب الفسخ بسببه» ونقل في هذا الموضوع، وهو مبين في موضعه، لكنه لما حكم بأنها تصبر، وفيه مشقة شديدة، وضرر ظاهر، نبه على طريق الخلاص، وفيه مما تبين أن نفقتها تتوجه على الغائب، وذلك؛ لأنها ممكنة لا تقصير منها، ويمكن أن يُعلم قوله «فلها طلب الفسخ بسببه» بعلامة من خالف عليه على ما سيأتي، إن شاء الله تعالى.

وقوله «وعلى القديم» يجوز أن يعلم بالواو؛ لأن بعضهم ذكر أن القديم في المسألة مرجوع عنه غير معدود من المذهب؛ وعلى ذلك جرى صاحب الكتاب في «الوسيط» وإن أمكن حمل انقطاع الخبر على شدة البُعد والإيغال في الأسفار، فقد

(١) حديث المغيرة بن شعبة: امرأة المفقود تصبر حتى يأتيها يقين موته، أو طلاقه، الدارقطني من حديث بلفظ: حتى يأتيها الخبر، والبيهقي [٣/٣١٢، ٧/٤٤٥] بلفظ: حتى يأتيها البيان، وإسناده ضعيف، وضعفه أبو حاتم والبيهقي وعبد الحق وابن القطان وغيرهم.

قوله: روي عن عائشة وزيد بن ثابت أنهما قالا: إذا طعنت المطلقة في الدم من الحيضة.

(٢) أخرجه الشافعي (٢/٤٠٧، ٤٠٨) بدائع المنير.

(٣) في ز: والحكم.

حَكَى الإمام تَرَدُّداً في إجراء القول القديم، والظاهر إجراؤه، فيتفرَّع على القولين صوراً ومسائل:

منها: إذا قلنا بالقديم، فتربص أربع سنين، ثم يحكم الحاكم بالوفاة وحصول الفرقة، فتعد عدة الوفاة، ثم تنكح، كذا<sup>(١)</sup> حكم العراقيون وغيرهم، وهل تفتقر مدة التربص إلى ضرب القاضي أم لا؟ وتحسب من وقت انقطاع الخبر وفقدان الأثر؟ فيه وجهان، ويقال قولان:

أحدهما، وبه قال أبو إسحاق: أنها تفتقر إلى ضرب القاضي، ولا تعد بما مضى قبل ذلك؛ لأن هذه مدة ثبتت بالاجتهاد فتفتقر إلى حكم الحاكم، كمدة العنة.

والثاني: أنها تُحسب من وقت انقطاع الخبر؛ لإشعار الحال بالوفاة ودلالته عليها، وإيراد كثير من الأئمة يُشعر بترجيح الأول، ومنهم من رجح الثاني، وهو اختيار القفال، ويروى عن أحمد - رحمه الله - وإذا ضرب القاضي مدة التربص بعد رفعها إليه وظهور الحال عنده، فمضت المدة، فهل يكون ذلك حكماً بوفاته أم لا بُد من استئناف حكم؟ قال في «التجربة»: فيه وجهان محتملان:

أحدهما: أن ضرب المدة حكم بالوفاة بعد انقضائها، فإذا انقضت، شرعت في العدة، [و]<sup>(٢)</sup> لا تحتاج إلى معاودة الحاكم.

وأظهرهما: أنه لا بُد من الحكم بالفرقة بعد انقضائها، كما لا بُد من الحكم بعد انقضاء المدة المضروبة في العنة، ثم حكم الحاكم بالفرقة ينفذ ظاهراً وباطناً أو ظاهراً لا باطناً؟ فيه وجهان أو قولان<sup>(٣)</sup>:

وجه الأول: أنه فسح مجتهد فيه، فأشبه الفسخ بالعنة والإعسار.

ووجه الثاني: أن عمر<sup>(٤)</sup> - رضي الله عنه - لما عاد المفقود مكَّنه من أن يأخذ زوجته.

(١) في أ: حكى. (٢) سقط في ز.

(٣) قال النووي: أصحهما الثاني. والله أعلم، قال في الخادم: ووقع في بعض النسخ أصحهما الثاني، وقال صاحب الوافي هما مأخوذان من أن ابتداء الموت من حين انقطاع الخبر أو من حين أمرها الحاكم بالتربص، قال ولا يخفى وجه الشاء والصحيح الثاني، وقال الفارقي في الصحيح إنه لا ينفذ في الباطن.

(٤) أخرجه عبد الرزاق من طريق عبد الرحمن بن أبي ليلى عنه بأنم من هذا، وفيه انقطاع مع ثقة رجاله، وقال عبد الرزاق أنا الثوري عن يونس بن خباب عن مجاهد عن الفقيه الذي أفقد فقال: دخلت الشعب فاستهوتني الجن، فمكثت أربع سنين، ثم أتت امرأتي عمر بن الخطاب فأمرها أن =

ومنها: إذا جرى الحَاكِم على مُوجِب القول القديم، فهل ينقض قضاؤه تفريراً على الجديد؟ فيه وجهان، رواهما صاحب «الحاوي» وغيره - [رحمهم الله] - .

والأظهر منهما عند أكثرهم، وهو الذي أورده صاحب الكتاب - رحمه الله - في أدب القضاء منسوباً إلى النص: أنه ينقض، واستبعد الوجهين هنالك.

وإذا تَكَحَّث بعد التريص والعدة، ثم بان أن المفقود كان مَيْتاً وقت الحكم بالفرقة، ففي صِحَّة النكاح على الجديد وجهان؛ بناءً على الخلاف فيما إذا بَاعَ مال ابْنِه على ظَنِّ حياته، فبان أنه كان مَيْتاً.

ومنها: لو طَلَّقها المفقود أو آلى أو ظاهر عَنها أو قَدَّفها، نظر؛ إن كان ذلك قبل رفع الأمر إلى القاضي أو بعده؟ وقيل: أن يحكم القاضي بالفرقة، فلهذه التصرفات أحكامها، وإن كان بَعْد حكمه بالفرقة، فقد ذكروا أن على الجديد تَلَزُّمُه أحكام هذه التصرفات؛ لأنها زَوْجَتُه، وليس للحاكم التفریق بينهما؛ [وليكن<sup>(١)</sup>] هذا جواباً على أنه ينقض حكم مَنْ جرى على موجب القول القديم، وإذا قلنا بالقديم، فإن قلنا: ينفذ حكمه ظاهراً وباطناً تثبت أحكام هذه التصرفات، وإن قلنا ينفذ ظاهراً وباطناً فهو كالأجنبي يباشرها.

ومنها نفقها واجبة على المفقود؛ لأنها مسلمة نفسها غير مقصورة، فإن رفعت الأمر إلى الحاكم، وطلبت الفرقة، فنفقة مُدَّة التريص عليه أيضاً؛ لكونها محبوسةً عَلَيْهِ، فإذا

= تریص أربع سنین، من حين رفعت أمرها إليه، ثم دعا وليه فطلقها، ثم أمرها أن تعتد أربعة أشهر وعشراً، ثم جثت بعد ما تزوجت، فخيرني عمر بينها وبين الصداق الذي أصدقتها، ورواه ابن أبي شيبة من طريق يحيى بن جعدة عن عمر به، وروى البيهقي [٤٤٦/٧] من طريق سعيد عن قتادة عن أبي نضرة عن ابن أبي ليلى أن رجلاً من قومه من الأنصار خرج يصلي مع قومه العشاء، ففقد، فانطلقت امرأته إلى عمر فقصت عليه، فسأل قومه عنه، فقالوا: نعم خرج يصلي العشاء ففقد، فأمرها أن تتريص أربع سنين، فتريصتها، ثم أتته فسأل قومها، قالوا: نعم، فأمرها أن تتزوج، فتزوجت، ثم جاء زوجها يخاصمه في ذلك إلى عمر: يغيب أحدكم الزمان الطويل لا يعلم أهله حياته، فقال: إن لي عذراً خرجت أصلي العشاء، فأخذني الجن، فلبثت فيهم زماناً طويلاً، فغزاهم جن مؤمنون، فقاتلوهم فظهروا عليهم، فسبوني فيما سبوا منهم فقالوا: نراك رجلاً مسلماً، ولا يحل لنا سباؤك، فخيروني بين المقام وبين القفول إلى أهلي، فاخترت القفول إلى أهلي، فأقبلوا معي أما بالليل فلا يحدثونني وأما بالنهار فعصار ريح اتبعها، قال: فما كان طعمك إذ كنت فيهم، قال: القفول، وما لا يذكر اسم الله عليه؛ والشراب ما لا يخمر، قال فخيره عمر بين الصداق وبين امرأته، قال سعيد وحدثني مطر عن أبي نضرة أنه أمرها بعد التريص أن تعتد أربعة أشهر وعشراً.

(١) سقط في ز.

انقضت، وحكم الحاكم بالفرقة والاعتداد، قال الأئمة: إن قلنا بالقديم، فلا نفقة لها في مدة العدة؛ لأنها عدة الوفاة، وفي استحقاقها السكني قولان، قال في «السيط»: إلا إذا عاد المفقود، ورأينا أن النكاح لا يفسخ باطناً، فيحتمل أن يقال: لا نفقة لها<sup>(١)</sup> إلا إذا كانت ناشزة بقصد الاعتداد، ويجوز ألا تجعل ناشزة بمجرد القصد حتى يتصل به نكاح، وإن قلنا بالجديد، فالنفقة على المفقود؛ لأنها زوجته، ويستمر ذلك إلى أن تنكح، فحينئذ يسقط؛ لأنها ناشزة بهذا النكاح، وإن كان فاسد.

وعن القاضي أبي الطيب: القطع بأن نفقة مدة العدة عليه على القولين جميعاً كما في مدة التبرؤص، والأظهر الأول، وإذا فزق بينهما وقد عاد المفقود، فسلمت إليه، عادت نفقتها، وإن كان الثاني دخل بها، لم يلزم المفقود نفقة زمان العدة، لأنها مانعة نفسها مدة العدة كمدة النكاح، وإن لم يعد المفقود، وعادت هي بعد التفريق إلى بيته، فالمفهوم من كلامه في «المختصر» عود النفقة. وقال في «الأم»: لا تعود، وللأصحاب طريقتان:

أشهرهما: أن فيه قولين:

وجه العود: أن سقوط النفقة كان بسبب الشوز، وقد زال الشوز، ووجه المنع أن التسليم الأول قد بطل، فحتاج إلى تسليم آخر، والتسليم لا يحصل إلا بالتسليم منه، وقد شبه بما إذا ترك المودع الخيانة.

والثاني: حملهما على حالتين، إن أنكحت نفسها من غير أن يحكم حاكم عادت النفقة؛ لأنها سقطت بفعلها، فتعود بفعلها، وإن نكحت بحكم الحاكم، لم تعد النفقة إلا بتسليم جديد.

قال القاضي الروياني: والأصح: أنها لا تعود، فينبغي أن يقطع به، إذا لم يعلم الزوج عودها إلى الطاعة، قال، وهو الذي ذكره القفال - رحمه الله -: وأما النفقة على الزوج الثاني فلا يخفى حكمها على القديم، وأما على الجديد، فقد قالوا: لا نفقة عليه في زمان الاستفراش؛ لأنه لا زوجية بينهما، وإن أنفق لم يرجع عليها؛ لأنه متطوع إلا أن يلزمه الحاكم الإنفاق، فيرجع عليها، وذكر وجهاً أنه إذا ألزمه، رجع على الأول، وإذا شرعت في عدته، فلا نفقة لها أيضاً إلا أن تكون حاملاً، ففيه قولان مبنيان على أن النفقة للحمل أو للحامل.

ومنها: إذا ظهر المفقود، فقلنا بالجديد، فهي زوجته بكل حال، فإن نكحت غيره، فإنما يطؤها المفقود إذا انقضت عدتها من الثاني، وإن قلنا بالقديم، ففيه طرق:

(١) هكذا في الأصل ولعل الصواب [لها النفقة إلا إذا...].

أحدها عن أبوي علي بن أبي هريرة والطبري: أن الجواب كذلك؛ لأن الحاكم إنما حكم بوفاته، وأمرها بَعْدَ الوفاة؛ باجتهاده، فإذا بان حيًا، تيقن الخطأ في اجتهاده، فينقضه كما لو حكم باجتهاده، ثم وجد نصًا بخلافه، وهذا أصح عند القاضي الروياني.

والثاني عن أبي إسحاق: أنه يبيّن الحُكْم على الخلاف في أن الحُكْم بالفرقة يُنْقَذ ظاهراً وباطناً أو يقتصر النفوذ على الظاهر؟ إن قلنا بالأول، فقد ارتفع نكاح المَقْفُودِ، كما في الفسخ بالإعسار والعنة، وإن نكحت غيره، فهي زوجته، وإن قلنا بالثاني، فالحكم كما ذكرنا في الجديد.

والثالث عن الداركي قال: سمعت أبا إسحاق مرّةً أُخْرَى يقول: إن ظهر، وقد نكحت زوجاً غيره، لم تُرَدِّ إليه، فإن لم تُنْكِحْ غَيْرَهُ، رُدَّتْ إليه، وإن حَكَمَ الحاكم بالفرقة؛ لأن المقصود من هذه الفرقة إزالة الضرر عنها وتمكينها من نكاح غيره، فإذا لم يَحْضُرْ مقصود الفرقة، كان الأوّل أولى.

والرابع: القطع بأنها لا تُرَدُّ إلى الأول، ويُحْكَمُ ذلك عن «الحاوي».

والخامس: عن الكرابيسي عن الشافعي - رضي الله عنه -: أن المفقود الخيار بين أن ينزعها من الثاني، وبين أن يتركها، ويأخذ مهر المثل منه، وبهذا قال مالك وأحمد - رحمهما الله - وينسب إلى حكاية الشخين أبي محمد والصيدلاني؛ ومستندُه أن عمر - رضي الله عنه<sup>(١)</sup> - كذلك قَضَى، وعن القاضي الحسين زيادةً فيه؛ وهو أنه إن فَسَخَ، عَزَمَ للثاني مهرَ مثلها.

والسادس: أن ذلك النكاح قد ارتفع بما جرى بلا خلاف، ولكن إذا ظهر المفقود، هل يُحْكَمُ ببطان النكاح الثاني؟ فيه وجهان:

أظهرهما: المنع لكن للمفقود الخيار كما ذكرنا، وإذا قلنا ببطان النكاح الثاني، فكيف التقدير أنقول: وقع صحيحاً، ثم إذا ظهر المفقود، بطل أو نقول: تتبين بظهور المفقود أنه وقع باطلاً؟ ذكّر فيه وجهان؛ فعلى الثاني، يجب مهر المثل، إن جرى دخول، وإلا، لم يجب شيء، وعلى الأول، الواجب: المسمى أو نصفه، وإذا ظهر المفقود، وقد ماتت المرأة بعد ما نكحت زوجاً آخر، يرثها الأول أو الثاني؟ فيخرج على هذه الطرق.

ومنها: لو نكحت زوجة المفقود غيره على الصورة المجوزة في القديم، وأتت

(١) رواه وفي البيهقي من طريق داود عن الشعبي عن مسروق قال: لولا أن عمر خير المفقود بين امرأته أو الصداق، لرأيت أنه أحق بها.

بولد لزمان يُمكن أن يكون من الثاني، وجاء المفقود، ولم يدع الولد، فهو للثاني؛ لأنَّ بِمُضِيِّ أربع سنين يتحقَّق فراغ الرَّجْم من المفقود، وإن ادعاه، فوجهان:

**أظهرهما:** أنه يُسأل عن جهة ادعائه، فإن قال: إنه ولدي؛ لأن زوجتي ولدته على فراشي، بيئاً له بطلان هذه الجهة، وقلنا له: إن الولد لا يبقى في الرحم هذه المدة؛ وإن قال: قدِمْتُ عليها في خلال هذه المدة وأصبتهَا، وكان ما يقوله مُمكنًا، فيُعرض الولدُ على القائف، والثاني: أنه يُعرض على القائف، من غير بحث واستفصال، وفي «البحر» أن هذين الوجهين أُخذًا من وجهين نُقلًا في أن هذه المرأة لو أتت بولدٍ من غير أن يتزوَّج، هل يُلحق بالمفقود؟ إن قلنا: نعم، فلا حاجة إلى الاستفصال، وإن قلنا: لا، وهو الظاهر، فلا بد منه، وعن أبي حنيفة: يُلحق الولد بالأول، ادعاه أو لم يدعه، وإن طال المدة، وحيث قلنا: الولد للثاني، وحكّمنا ببقاء نكاح المفقود، فله منعها من إرضاع الولدِ إلا اللبن الذي لا يعيش إلا به، وكذا إذا لم يكن بُدُّ من الإرضاع، ولم يوجد غيرها، ثم إن لم تخرج من بيت الزوج، وأرضعته فيه، ولم يقع خَلَلٌ من التمكين، فعلى الزوج نفقتها، قال في «الشامل»: سواء وجب عليها الإرضاع أو لم يجب، وإن خرَّجت للإرضاع بغير إذن، سقطت نفقتها، وإن خرَّجت بإذنه، فوجهان، كما لو سافرت في حاجتها بإذنه، وإن كان الإرضاع واجبًا، فعليه أن يأذن.

ومنها، إذا نكحت زوجاً آخر بعد العدة والحكم بالفرقة، ودخل بها، ثم عُرِف أن الأول كان حيًّا وقت نكاحه، وأنه مات بعد ذلك كله، فإن قلنا بحصول الفرقة ظاهراً وباطناً، فهي زوجة الثاني، ويموت الأول، لا يلزمها عدة، وإن قلنا: لم تحصل الفرقة أو لم تحصل إلا ظاهراً، فعليها عدة الوفاة عن الأول، ولكن لا تشرع فيها، وهي فراش للثاني حتى يموت الثاني أو يفرق بينه وبينها، وحينئذ، فتعتد للأول عدة الوفاة، ثم تعتد عن الثاني ثلاثة أقرء أو ثلاثة أشهر، ولا تتداخل العدتان؛ فإنهما لشخصين، وإن مات الثاني أولاً أو فرق بينهما، شرعت في الأقرء، فإن تمت الأقرء، ثم مات الأول، اغتدت عن الأول عدة الوفاة، وإن مات الأول قبل تمام الأقرء، فأظهر الوجهين: أن الأقرء تنقطع، فتعتد عن الأول عدة الوفاة، ثم تعود إلى بقية الأقرء، والثاني أنها تقدّم ما شرعت فيه أولاً وإن ماتا معاً، أو لم يعلم، هل سبق موت أحدهما موت الآخر أو عُلِمَ سبق موت أحدهما، ولم يُعلَم السابق، فتعتد بأربعة أشهر وعشر وبعدها بثلاثة أقرء؛ لتبرأ ذمتها عن العدتين بيقين، ولو لم يُعلَم موتها حتى مضت أربعة أشهر وعشر، وثلاثة أقرء بعدها، فقد انقضت العدتان، ولو كانت حاملاً من الثاني، فتعتد منه بالوضع، ثم تعتد عن الأول عدة الوفاة، وأصح الوجهين: أنه يُحسب منها زمان النفاس؛ لأنه ليس من عدة الثاني.

والثاني: لا يُحسب؛ لتعلقه بالحمل.

فَرَع: عن الفقَّال - رحمه الله - أن زوجة الغائب، إذا أخبرها عدلٌ بأن زوجها مات، حلَّ لها أن تتكَّح فيما بينها وبين الله تعالى؛ لأنَّ ذلك خبرٌ، وليس بشهادة.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَيَجِبُ الْحِدَادُ فِي عِدَّةِ الْوَفَاةِ وَهُوَ تَرْكُ التَّزْيِينِ بِلُبْسِ الْإِبْرَيْسِمِ أَوْ الْمَضْبُوعِ لِلزَّيْنَةِ دُونَ الْأَسْوَدِ وَالْأَكْهَبِ الْكَدِيرِ \* وَيَجُوزُ الْأَبْيَضُ مِمَّا سِوَى الْإِبْرَيْسِمِ \* وَلَا يَجُوزُ التَّحْلِيُّ بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَاللَّالِيَةِ \* وَيَحْرُمُ كُلُّ طَيْبٍ يَحْرُمُ عَلَى الْمُحْرِمِ \* وَكَذَا تَذْهِيبُ الشَّعْرِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ طَيْبٌ \* وَفِي الْمَضْبُوعِ الْحَشِينِ تَرَدُّدٌ \* وَلَا يَجُوزُ الْمَضْبُوعُ وَإِنْ صُيِّغَ قَبْلَ النَّسِجِ \* وَيَجُوزُ لُبْسُ الْكَتَّانِ وَالْعَزَّى وَالذَّبْيَقِيِّ الْأَبْيَضِ \* وَيَجُوزُ التَّزْيِينُ فِي الْفَرْشِ وَأَثَانِ الْبَيْتِ \* وَلَا تَكْتَحِلُ الْبَيْضَاءُ بِالْإِنْمِدِ إِلَّا بِسَبَبِ الرَّمْدِ لَيْلًا وَتَمَسُّحُهُ نَهَارًا \* وَلَا بَأْسُ بِالرَّجَالِ بِخَاتِمِ يَحِلُّ لِلرِّجَالِ \* وَلَا بَأْسُ بِالتَّنْظِيفِ بِالْقَلَمِ وَالْأَسْتِحْدَادِ وَإِزَالَةِ الْوَسَخِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يُقَالُ: أَحَدَّتِ الْمَرْأَةُ<sup>(١)</sup> تَحِدُ إِحْدَادًا، وَحَدَّتْ تَحُدُّ حِدَادًا، وَذَلِكَ مِنْ

(١) الأحداد في اللغة ترك الزينة لكل معتدة قيل في المصباح الإحداد فيه لغتان إحداهما أنه من باب أفعل يقال: حدت المرأة على زوجها تحد (بضم التاء) فهي مُحد ومُحدَّة، والثانية أنه من باب فعل. يقال حدت المرأة على زوجها تحد (بفتح التاء مع ضم الحاء وكسرها) فهي حاد، وأنكر الأصمعي الثلاثي واقتصر على الرباعي.

وفي الشرع: ترك الزينة ونحوها لمعتدة موت أو طلاق بائن واحداً كان الطلاق أو أكثر، وذلك بأن تجتنب المعتدة كل ما يحصل به الزينة. فلا تلبس الحلي بأنواعه من ذهب وفضة وجواهر وقصب وزمرد وياقوت ومرجان. ولا تلبس أنواع الحرير إلا لضرورة كأن يكون بها حكة أو غيرها. فيجوز لها لبسه لإباحة النبي ﷺ لبس الحرير لعبد الرحمن بن عوف والزبير بن العوام لحكة كانت جسديهما.

وشرع الأحداد لسد ذريعة الخطيئة في العدة لأنها إذا تزينت يؤدي إلى تشوف الرجال إليها وهو يؤدي إلى العقد عليها في العدة وهو يؤدي إلى الوطء وهو يؤدي إلى اختلاط الأنساب واختلاط الأنساب يؤدي لعدم تعاهد الآباء الأولاد وذلك يؤدي إلى هلاك الذرية وإنما شرع في الوفاة دون الطلاق لأن المطلق باق يدافع عن تعرض في عدة زوجته بخلاف الميت وأيضاً المطلق أعرض عنها باختياره فلم يشدد عليها لأجله بخلاف الموت فإنه أمر سار به إلى القبر قهراً عنه وعند الحنفية المطلقة طلاقاً بائناً يجب عليها الإحداد كالمتوفى عنها لأن المقصود من شرعه إظهار التأسف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها وكفاية مؤنها والأناة أقطع لها من الموت فلذا كان عندهم في الطلاق البائن لا الرجعي لأنه لا يمنع الاستمتاع عندهم حتى أن له وطء الرجعية ويكون وطؤها رجعة من غير احتياج لنية عندهم.

وبما ذكرنا قد ظهر الفرق بين المتوفى عنها والمطلقة وهو أنه عند تشوف الرجال لكل ليس هناك من يحرس رحم المتوفى عنها بخلاف المطلقة والله أعلم.



المنع، لأنها تمتنع عن التزوين، ويجب على المرأة الإخداد في عدة الوفاة، روي عن أم عطية أن النبي - ﷺ - قال: «لَا تُحَدُّ الْمَرْأَةُ<sup>(٢)</sup> فَوْقَ ثَلَاثِ<sup>(٣)</sup>، إِلَّا عَلَى زَوْجٍ، فَإِنَّهَا تُحَدُّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا» وَلَا تَلْبَسُ نَوْبًا مَضْبُوعًا إِلَّا نَوْبَ عَضْبٍ، وَلَا تَكْتَحِلُ، وَلَا تَمَسُّ طَيِّبًا إِلَّا إِذَا طَهَّرَتْ نُبْدَةً مِنْ قُسْطٍ أَوْ أَظْفَارٍ» وعن أم سلمة - رضي الله عنها - أن النبي - ﷺ - قال: «الْمَتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا لَا تَلْبَسُ الْمُعْضَفَرِ مِنَ الثِّيَابِ، وَلَا الْمَشْقَةَ وَلَا الْحُلِيَّ وَلَا تَخْتَضِبُ وَلَا تَكْتَحِلُ» والعصب: ضرب من برود اليمين<sup>(٤)</sup>، ويقال: هو ما صبح غزله قبل أن ينسج، والنبذة: الشيء اليسير، ويقال: ذهب ماله، وبقي نبد منه وأصاب الأرض نبد من المطر أي شيء يسير، وأدخل فيه الهاء؛ لأنه نوى القطعة.

وقوله «من قسط أو أظفار» وهما نوعان من البخور ويقال: القسط من عقاقير البحر، والمعنى: «لَا تَمَسُّ طَيِّبًا إِلَّا إِذَا طَهَّرَتْ مِنَ الْحَيْضِ تَمَسُّ شَيْئًا يَسِيرًا مِنْهَا يَقْطَعُ الرَّائِحَةَ الْكَرْبِيَّةَ، وَالْمَمَشْقَةَ: الْمَصْبُوعَةَ بِالْمَشَقِّ وَهُوَ الْمَغْرَةُ وَيُقَالُ: شَبَّ الْمَغْرَةُ، وَهِيَ الطِّينُ الْأَحْمَرُ، وَقَدْ تَحَرَّكَ الْعَيْنُ، وَعَنْ عَائِشَةَ وَحَفْصَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - ﷺ - قَالَ: «لَا يَحِلُّ لِامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ تُحَدَّ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلَاثِ إِلَّا عَلَى زَوْجٍ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا»<sup>(٥)</sup> قال الأئمة: إلا على زوج مستثنى، وقوله «لا يحل» ظاهره لا يقتضي إلا الجواز، لكن أجمعوا على أنه أراد الوجوب، وأنه استثنى الواجب من الحرام، ولا يجب الإخداد في عدة الرجعة؛ لبقاء أحكام النكاح فيها، وتوقع الرجعة، لكن في رواية أبي ثور عن الشافعي - رضي الله عنه - أنه يستحب لها الإخداد، ومن الأصحاب من قال الأولى أن يتحمل وتزوين بما يدعو الزوج إلى رجعتها، وفي عدة البائن إما بالخلع أو<sup>(٦)</sup> استيفاء الطلقات الثلاث قولان:

القديم، وبه قال أبو حنيفة: أنه يجب الإخداد؛ لأنها بائن معتدة عن نكاح، فأشبهت المتوفى عنها زوجها.

والجديد، وبه قال مالك: يستحب، ولا يجب، لأنها معتدة عن طلاق، فأشبهت

(١) الحديث أخرجه البخاري [٥٣٤٢] ومسلم في [٩٣٨] والإيراد لفظ مسلم وأبي داود [٢٣٠٢] -

[٢٣٠٣] أقرب.

(٢) في ز: امرأة.

(٣) في ز: الثمن.

(٤) متفق عليه.

(أخرجه البخاري ٤٨٤/٩ في الطلاق/باب مراجعة الحائض، حديث ٥٣٣٤ - ٥٣٣٥). (ومسلم

١١٢٣/٢ - ١١٢٤ في الطلاق/باب وجوب الإخداد، حديث ١٤٨٦/٥٨ - ١٤٨٧).

(٦) في ز: و.

الرجعية، وأيضاً فهي مجفوة بالطلاق، فلا يليق بها تكلف التفجع بخلاف المتوفى عنها زوجها، وعن أحمد روايتان كالقولين، وفي المفسوخ نكاحها بعيب ونحوه طريقان:

أشبههما: أنه على القولين، والثاني: القطع بأنه<sup>(١)</sup> لا إحداد عليهما؛ لأن الفسخ لمعنى فيها أو هي المباشرة له، فلا يليق إظهار التفجع بحالها ولا إحداد على المعتدة عن الوطاء بالشبهة والنكاح الفاسد وأم الولد؛ لأنهن غير معتدات عن نكاح، والإحداد لإظهار الحزن على الزوج وما فات من عصمة النكاح.

وقوله - ﷺ<sup>(٢)</sup> -: «لَا يَحِلُّ لِمَرْأَةٍ تُوْمِنُ بِاللَّهِ» الحديث، قد يُخْتَجُّ به لتخريم الحداد على الموطوءة بالشبهة وأم الولد.

والذمية والأمة والصبيّة والمجنونة، كغيرهن في الإحداد، وولي الصبيّة والمجنونة يمتنعها مما تمتنع<sup>(٣)</sup> منه العاقلة البالغة.

وقال أبو حنيفة: لا إحداد عليهن، وإذا عرفت أن الإحداد على من يجب، فالكلام بغده في كفيته، فالواجب<sup>(٤)</sup> ترك التزيّن في الثياب الملبوسة، والحلي والتطيب، فهي ثلاثة أنواع، هي: النوع الأول: الثياب، فلا يخرم جنس القطن، والصوف، والوبر، والشعر، بل يجوز لبس المنسوج منها على ألوانها الخلقية، وكذا الكتان، والقصب، والديبقي، وإن كانت نفيسة ناعمة؛ لأن نفاستها وحسنها من أصل الخلق، لا من زينة دخلت عليها، وأما الإبريسم، فلم ينقل فيه نص الشافعي - رضي الله عنه وهو عند معظم الأصحاب، كالكتان وغيره، إذا لم تحدث فيه زينة، وذهب الفقهاء إلى أنه يخرم عليها لبس الإبريسم، وإن كان المنسوج منه على لونه الأصلي، وقال: إن لبسه تزيّن، وهي ممنوعة في حالة الإحداد<sup>(٥)</sup> عن التزيّن، وهذا ما اختاره الإمام، وأورده المتولي وصاحب الكتاب، وعلى هذا، فلا تلبس العتابي الذي غلب فيه الإبريسم، وأما الحزّ فلها لبسه، قال في «البحر»: لأن الإبريسم فيه مستتر بالصوف، وللرجل لبس الحزّ، وهذا التوجيه يتفرع على تحريم لبس الإبريسم إذا لم يكن مستتراً، وما لا يحرم في جنسه، لو صبغ، يُنظر في صبغه، إن كان ممّا يقصد به الزينة غالباً؛ كالأحمر والأصفر والورد، فليس لها لبسه؛ لما مرّ من الأخبار، ولا فرق بين أن يكون لبناً أو خشناً في ظاهر المذهب، وهو المنصوص في «الأم» وعن صاحب «التقريب» حكاية قول آخر<sup>(٦)</sup> أنه إذا تفاعشت الخشونة، لم يعد لأيسه متزيّناً، ويدخل في هذا

(١) في ز: أنه.

(٢) تقدم.

(٣) في ز: تمتع.

(٤) في ز: والواجب.

(٥) في ز: الحداد.

(٦) في ز: لأسه.

القسم الدِّيَاجِ الْمُتَّقَشِ، والحرير الملوّن، فيحرم لبسها، ولم يحرم الإبريسم على لونه الأصلي، والمصبوغُ غَزْلَه قَبْلَ النَسِجِ؛ كالبرود - كالمصبوغِ بَعْدَ النَسِجِ عَلَى المَذْهَبِ وَعَنْ أَبِي إِسْحَاقَ: أَنَّهُ لَا يَحْرَمُ المَصْبُوغُ قَبْلَ النَسِجِ، قَالَ أَبُو سَلِيمَانَ الخَطَّابِيُّ، وَهُوَ أَشْبَهَ بِالحَدِيثِ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ قَالَ فِي حَدِيثٍ أَمْ عَطِيَّةُ: «إِلَّا تُوبَ عَصَبٌ» عَلَى مَا سَبَقَ، وَمَنْ قَالَ بِالظَّاهِرِ احْتِجَّ بِأَنَّهُ قَالَ: لَا تَلْبَسِ المَعْصَفَرُ وَلَا المُمَشَّقُ، وَلَمْ يَفْصَلْ وَعَارَضَ قَوْلَهُ «إِلَّا تُوبَ عَصَبٌ» مَا رَوَى أَنَّهُ قَالَ: «وَلَا تُوبَ عَصَبٌ»، وَرَبَّمَا أَوَّلَهُ عَلَى الصَّبِغِ الَّذِي لَا يَحْرَمُ كَالْأَسْوَدِ، وَإِنْ كَانَ الصَّبِغُ مِمَّا لَا يَقْصُدُ بِهِ الزِينَةَ، بَلْ يَعْمَلُ لِلْمَصِيبَةِ وَاحْتِمَالِ الوَسْخِ كَالْأَسْوَدِ وَالكُحْلِيِّ، فَلَهَا لُبْسُهُ؛ إِذْ لَا زِينَةَ فِيهِ، وَهُوَ أَبْلَغُ فِي الحَدَادِ، عَلَى أَنْ فِي «الحاوي» حِكَايَةٌ وَجِهَةٌ أَنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهَا لُبْسُ السَّوَادِ فِي الحَدَادِ، وَإِنْ كَانَ الصَّبِغُ مَتَرَدِّدًا بَيْنَ الزِينَةِ وَغَيْرِهَا، كَالْأَخْضَرِ وَالأَزْرَقِ، فَإِنْ كَانَا بَرَأَقَيْنِ صَافِيَيِ اللَوْنِ، لَمْ يَكُنْ لَهَا لُبْسَةٌ؛ لِأَنَّ [النقي] وَالصَافِيَيِ مِنْهُمَا مَسْتَحْسَنٌ يُتَزَيَّنُ بِهِ، وَإِنْ كَانَا كَدِرَيْنِ أَوْ مُشْبَعَيْنِ، فَلَا بَأْسَ؛ لِأَنَّ المُشْبِعَ مِنَ الأَخْضَرِ يَقَارِبُ السَّوَادَ، وَمِنَ الأَزْرَقِ يَقَارِبُ الكُحْلِيَّ، وَفِي مَعْنَاهُمَا الأَكْهَبُ، وَالكَهْبَةُ لَوْنٌ يَضْرِبُ إِلَى العُيْرَةِ، وَالطَّرَازُ عَلَى الثَّوْبِ إِنْ كَانَ كَبِيرًا مَنَعَ جَوَازَ اللِبْسِ؛ لِظُهُورِ الزِينَةِ، وَإِنْ كَانَ صَغِيرًا، فَفِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهٌ؛ يَفْرُقُ فِي الثَّالِثِ بَيْنَ المَنْسُوجِ مَعَ الثَّوْبِ وَبَيْنَ المَرْكَبِ عَلَيْهِ بَعْدَ نَسِجِ الثَّوْبِ، فَيَحْرَمُ، لِأَنَّهُ مَخْضُ زِينَةٍ.

**والنوع الثاني:** الحلِّيُّ، فَلَيْسَ لَهَا لُبْسَةٌ يَسْتَوِي فِيهِ الخُلْخَالُ، وَالسَّوَارُ، وَالخَاتَمُ، وَغَيْرُهَا وَلَا فَرْقٌ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ مِنْ ذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ؛ لِإِطْلَاقِ الخَيْرِ حَيْثُ قَالَ: «لَا تَلْبَسُ المَعْصَفَرُ مِنَ الثِّيَابِ وَلَا المَمْشَقَةَ وَلَا الحُلِيَّ» وَهَذَا مَا أوردَهُ الأَكْثَرُونَ، وَذَكَرَ الإِمَامُ: أَنَّهُ يَجُوزُ لَهَا التَّخْتُمُ بِالخَاتَمِ الَّذِي يَحِلُّ لِلرِّجَالِ، وَهُوَ خَاتَمٌ<sup>(١)</sup> الفِضَّةِ؛ وَإِنَّمَا المَحْرَمُ عَلَيْهَا مَا يَخْتَصُّ النِّسَاءَ بِتَحْلِيلِهِ فِي غَيْرِ حَالَةِ الحَدَادِ<sup>(٢)</sup>، وَهَذَا مَا أوردَهُ فِي الكِتَابِ التَّحْلِيَّ بِالدَّلَالَةِ تَرَدُّدٌ للإِمَامِ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ كَالذَّهَبِ، وَكَذَلِكَ لَمْ يَحْرَمْ عَلَى الرِّجَالِ، لَكِنِ الزِينَةُ ظَاهِرَةٌ فِيهَا، وَهَذَا أَظْهَرَ، وَهُوَ الَّذِي أوردَهُ فِي الكِتَابِ.

فرعان: عن البحر:

أحدهما: قَالَ بَعْضُ الأَصْحَابِ: لَوْ كَانَتْ تَلْبَسُ الحُلِيَّ لَيْلًا، وَتَتَزَعُّ نَهَارًا، جَازَ، لَكِنِّه يَكْرَهُ لِغَيْرِ حَاجَةٍ، وَلَوْ فَعَلْتَهُ؛ لِإِحْرَازِ المَالِ، لَمْ يَكْرَهُ.

والثاني: لَوْ تَحَلَّتْ بِالصَّفَرِ وَالرِّصَاصِ، فَإِنْ كَانَ مُمَوَّهًا بِالذَّهَبِ وَالفِضَّةِ، أَوْ مِشَابَهًا لِهَمَا؛ بِحَيْثُ لَا يُعْرَفُ إِلَّا بَعْدَ التَّأَمُّلِ، لَمْ يَجْزِ، وَإِلَّا، فَإِنْ كَانَتْ المَعْتَدَةُ مِنْ قَوْمٍ يَتَزَيَّنُونَ بِمِثْلِ ذَلِكَ، لَمْ يَجْزِ أَيْضًا، وَإِنْ كَانَتْ مِنْ قَوْمٍ لَا يَتَزَيَّنُونَ، وَلَا يَتَحَلُّونَ بِهِ، لَكِنِّهمْ يَسْتَعْمَلُونَهُ؛ لِمَنْفَعَةٍ يَتَوَهَّمُونَهَا، جَازَ.

(٢) فِي أ: الحَد.

(١) وَجَعَلَهَا فِي المَنْهَاجِ وَجْهَيْنِ.

والنوع الثالث: الطيب، فليس لها أن تتطيب في بدنها وثيابها، روي عن أم عطية رضي الله<sup>(١)</sup> عنها - قالت: «كُنَّا نُنْهَى أَنْ نُحَدِّ عَلَى مَيْتٍ فَوْقَ ثَلَاثِ إِلاَّ عَلَى زَوْجِ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا، وَأَنْ نَكْتَحِلَ وَأَنْ نَتَطَيَّبَ وَأَنْ نَلْبَسَ ثَوْبًا مَعْصُفَرًا، وَنُنْهَى أَنْ نَكْتَحِلَ» وتفصيل القول في الطيب قد سبق في الحج، وإلى ذلك أشار بقوله في الكتاب: «ويحرم كل طيب يخرم على المخرم» ولا تذهن رأسها سواء كان في الدهن طيب أو لم يكن؛ لما فيه من تزيين الشعر، حتى لو كانت لها لحية، لم يكن لها تدهيئتها، ويجوز لها تدهين البدن بما لا طيب فيه من الأذهان، كالشيرج، والسمن والزيت، ولا يجوز بما فيه طيب [كدهن الوزد والبنفسج، وكذا لا يجوز لها أكل طعام فيه طيب]، ولا أن تتكحل بكحل فيه طيب، وأما الكحل الذي لا طيب فيه، فإن كان أسود، وهو الإثميد، فلا يجوز لها الاحتحال به؛ لأن فيه زينةً وجمالاً للعين، وعن الماسرجسي وجه: أنه يجوز الاحتحال به للمرأة السوداء، فإنه لا يفيدها جمالاً، ويُرَوَّى ما يقرب من هذا عن القفال، وفي «النهاية» أن الشافعي - رضي الله عنه - نص في بعض المواضع على جواز الاحتحال بالإثميد، وأن الأصحاب حملوه على العربيات، لأنهن إلى السواد، فلا يزينهن الإثميد، أما البيض فلا يكتحلن به، ووجه الفرق هو الذي أورده في الكتاب، حيث قال: ولا تكتحل البيضاء بالإثميد، والظاهر عند الأكثرين: أنه لا فرق بين البيضاء والسوداء، وقالوا: أثر الكحل يظهر في بياض العين، ويدل عليه إطلاق الأخبار، وإذا احتاجت إلى الاحتحال به؛ لرميد وغيره، اكتحلن لئلاً، ومسحته نهاراً، فإن دعت الضرورة إلى الاستعمال نهاراً [أيضاً]،<sup>(٢)</sup> عذرت، ولا بأس باستعماله في غير العين إلا الحاجب، فإنه لا تزين به، وأما الكحل الأصفر، وهو الصبر، ففي «التهذيب»: أنه لا يجوز الاحتحال به؛ لأنه أصفر يحسن العين، وقد روي أنه - ﷺ<sup>(٣)</sup> - دخل على أم سلمة - رضي الله عنها - وهي حادة على أبي سلمة وقد جعلت على عينها صبراً، فقال: ما هذا يا أم سلمة؟ هو صبر لا طيب فيه، قال: «أجعليه بالليل وأمسجيه بالنهار» وفي «التتمة»: أنه يخرم الاحتحال به على السوداء دون البيضاء، والأظهر الأول ولو طلّت به

(٢) سقط في ز.

(١) تقدم.

(٣) رواه الشافعي عن مالك أنه بلغه فذكره، ورواه أبو داود [٢٣٠٤] والنسائي [٢٠٣/٦ - ٢٠٤] من حديث ابن وهب عن مخزمة بن بكير عن أبيه عن المغيرة بن الضحاك، عن أم حكيم بنت أسيد عن أمها عن مولى لها، عن أم سلمة به وأتم منه، وفيه قصة، وأعله عبد الحق والمنذري بجهالة حال المغيرة ومن فوقه، وأعل بما في الصحيحين عن زينب بنت أم سلمة سمعت أم سلمة، تقول: جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله إن ابنتي توفي عنها زوجها، وقد اشتكت عينها أفتكحلها؟ قال: لا، مرتين أو ثلاثاً (فائدة) المرأة هي عاتكة بنت نعيم أخت عبد الله بن نعيم العدوي، وزوجها هو المغيرة المخزومي، وقع مسمى في موطن ابن وهب.

وَجَهَّهَا، لم يجز أيضاً؛ لأنه يُصْفَرُ الوجه، فهو كالخضاب، فكان بأم سلمة حاجة إلى استعماله، فقال اجعليه بالليل دون النَّهَارِ، والكُحْلُ الأبيض الذي يقال له بالفارسي ثُوتِيَا ونحوه، فلا زينة فيه، ولا مَنَعٌ من الاكتمال به، وفي «البحر» وجه أنه تمنع منه المرأة البيضاء، حيث تتزين به، ولا يجوز لها استعمال الدمام وقد فسر ذلك بما يُطْلَى به الوجه للتحسين، ويقال له الكُلْكُونُ الذي يُحْمَرُ الوجه، وكذا في استعمال الاسفيداج، ويحرم عليها أن تَخْتَضِبَ بِالْحِنَّاءِ<sup>(١)</sup> ونحوه؛ لما سبق من الخبر، وذلك فيما يظهر من البَدَن؛ كالوجه واليدين والرجلين، ولا مَنَعٌ منه فيما تحت الثياب، ذكره القاضي الرُّويَانِي، والغاية، وإن ذهب رائحتها كالخضاب؛ لأنها تسود، قال الإمام - رحمه الله -: وتجعيد الأصداغ وتصفيف الطرة<sup>(٢)</sup> لا نقل فيه عن الأصحاب، ولا يمنع أن يكون كاستعمال الحُلِيِّ.

ويجوز للمُجَدَّةِ التزُّين في الفرش والبُسط والسُّتور وأثاث البَيْت؛ لأن الحداد في البَدَن لا في الفراش والمكان، ولها التنظيف بغسل الرأس، والامتشاط، ودخول الحمام<sup>(٣)</sup>، وقلم الأظفار، والاستحداد، وإزالة الأوساخ؛ فإنها ليست من الزينة. فزَعُ: عن بغض الأصحاب: أنا إذا قلنا: لا يجب الإحداد على المبتوتة، ففي تحريم التطيب عليها وجهان؛ لاختصاصه بتحريك الشهوة.

آخر: قصة قوله - ﷺ - «لَا يَجِلُّ لِأَمْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ» الحديث فيه إشعارٌ بأنه يجوز الإحداد ثلاثة أيام فما دونها على غير الزوج من الموتى، وكذلك أورده صاحب الكتاب في «البيسط» وأبو سعد المتولِّي - رحمهما الله - تعالى.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَعَلَيْهَا مَلَازِمَةُ الْمَسْكَنِ إِلَّا لِحَاجَةٍ \* فَإِنْ تَرَكَتْ جَمِيعَ ذَلِكَ عَصَتْ، وَأَنْقَضَتْ الْعِدَّةَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: القول فيمن تستحق السكنى من المعتدات، ومن لا تستحق، وفي أن المعتدة يجب عليها ملازمة المسكن الذي تعتد فيه، ولا يجوز لها الخروج منه إلا بضرورة أو حاجة، وفي سائر أحكام السكنى سيأتيك مجموعاً في الباب الثاني، والغرض الآن أنها لو تركت واجب الملازمة، وكانت تخرج من غير حاجة، كانت عاصية لكن تنقضي العدة بمضي المدة، كما لو بلغها خبر وفاة الزوج الغائب بعد أربعة أشهر تكون العدة منقضية، وكذا لو تركت الإحداد الواجب عليها في مدة العدة أو بغضها، عصت، وانقضت العدة، والله أعلم.

(٢) في أ: الطرز.

(١) في ز: بالجنار.

(٣) زاد في المنهاج ما لم يكن فيه خروج محرم.

## البَابُ الثَّانِي فِي السُّكْنَى

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَالنَّظَرُ فِي أَمْرَيْنِ: (الأولُ فِي الْمُسْتَحَقَّةِ) وَهِيَ الْمُعْتَدَّةُ عَنِ طَلَاقٍ بَائِنَةٍ كَانَتْ أَوْ رَجْعِيَّةً \* وَفِي الْمُعْتَدَّةِ عَنِ الْوَفَاةِ قَوْلَانِ \* وَفِي الْمُعْتَدَّةِ عَنِ الْفَسْخِ طَرِيقَانِ \* وَقِيلَ: قَوْلَانِ \* وَقِيلَ: لَا سُّكْنَى لَهَا قَطْعاً، وَإِنْ كَانَ الْفَسْخُ تَعَلَّقَ بِأَخْتِيَارِهَا أَوْ عَيْبِهَا \* وَإِنْ كَانَ بَرْدَةَ الزَّوْجِ فَقَوْلَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: ضَمِنَ الْكَلَامُ فِي السُّكْنَى طَرَفَيْنِ:

أحدهما: فيمن تستحق السُّكْنَى.

والثاني: فيما يتعلَّق بتوفية هذا الحقِّ، ولكل واحدٍ من الطرفين أصولاً ومسائل  
أخرُ تتعلَّق بالسُّكْنَى لا تُثْبِتُ عنها الترجمتان، أما الطَّرْفُ الأولُ، فالمعتدات أنواع:

منها: المعتدة عن طلاق رجعيٍّ أو بائنٍ؛ لكونه على عوض، أو لاستيفاء الثلاث،  
فلها السُّكْنَى حاملاً كانت أو حائلاً، قال الله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ﴾  
[الطلاق: ٦]. وقال تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ [وَلَا يَخْرُجْنَ]﴾ [الآية] (١)  
[الطلاق: ١] وذهب أحمد إلى أنه لا سُّكْنَى للباينة، وقد روى أبو سليمان الخطَّابيُّ  
عنه موافقة الجمهور.

ومنها: المعتدَّة عن الوفاة في استحقاقها السُّكْنَى قولان:

أحدهما: وبه قال أبو حنيفة، واختاره المزنيُّ؛ المنع؛ لأنه لا نفقة لها، وإن  
كانت حاملاً، فلا سُّكْنَى لها كالموطوءة بالشبهة، ويُرْوَى أن علياً - عليه السلام - نقل ابنته  
أم كلثوم بعدما استشهد عمر - رضي الله عنه - بسبع ليالٍ.

والثاني: تستحق، وبه قال مالك وأحمد؛ لما رُوِيَ أن فريعة بنت مالك أخت أبي  
سعيد الخُدْرِيَّ قُتِلَ زوجها، فسألت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أن ترجع إلى أهلها، وقالت: إنَّ  
رُؤْجِي لم يَتْرُكْنِي فِي مَنزِلٍ يَمْلِكُهُ، فَأَدِنَ لَهَا فِي الرَّجُوعِ، قَالَتْ: فَانصرفتُ حتى إذا  
كنتُ فِي الْحَجْرَةِ أَوْ فِي الْمَسْجِدِ دَعَانِي، فَقَالَ: «امْكثِي فِي بَيْتِكَ، حتى يبلغ الكتابُ  
أجله»، قالت فاعتددتُ فيه أربعة أشهرٍ وعشراً وَمَنْ قَالَ بِالْأَوَّلِ، قَالَ: قوله «امْكثِي فِي  
بَيْتِكَ» نَذْبٌ لَهَا إِلَى الْإِعْتِدَادِ فِي ذَلِكَ الْبَيْتِ، وَالْمَذْكُورُ أَوْلَا بَيَانٍ أَنَّهُ لَا سُّكْنَى لَهَا،  
وَذَهَبَ كَثِيرٌ مِنَ الْأَصْحَابِ إِلَى بِنَاءِ الْقَوْلَيْنِ عَلَى التَّرَدُّدِ فِي أَنَّ حَدِيثَ فَرِيعةٍ مُنْزَلٌ عَلَى  
هَذَا التَّنْزِيلِ أَوْ الْأَوَّلِ حَكْمٌ بِأَنَّهُ لَا سُّكْنَى لَهَا، وَالَّذِي ذَكَرَهُ آخِرًا يَنْسَخُ الْأَوَّلَ، وَرَبْمَا

(١) سقط في ز.

أشير إلى حَمْل الأول على السهو، والثاني: على التدارك، وقد يسهو النبي - ﷺ - لكنه لا يُقَرَّ على الخطأ، والأصحُّ من القولين، على ما ذكره منصور التميمي في «المستعمل»، وصاحب الكتاب في «الخلاصة»: أنه لا سكنى لها ومقابله عند الشيخ أبي حامد والعراقيين، وتابعهم القاضي الروياني وغيره.

ومنها: المعتدة عن النكاح بما سوى الطلاق من أسباب الفراق في الحياة، كالتى فُسِّخَ نكاحها بالردة أو الإسلام أو الرضاع، ففيها طرق:

أحدها: إطلاق قولين في استحقاقها السكنى، كما في عدة الوفاة، في قول: تستحق؛ كالمطلقة؛ تحصيناً للماء.

وفي قول: لا تستحق؛ لأن إيجاب السكنى بغد زوال لنكاح؛ كالمستبعد؛ ولذلك لم تجب النفقة، ونص السكنى إنما ورد في المطلقة، فيبقى حُكْمُ غيرها على الأصل.

والثاني: إن كان لها مذخَلٌ في ارتفاع النكاح، بأن فسخت بخيار العتق أو بعيب<sup>(١)</sup> الزوج أو فسخ هو بعيبها، فلا سكنى لها قطعاً، وإن لم يكن لها مذخَلٌ في ارتفاع النكاح، كما إذا انفسخ بإسلام الزوج أو ردته أو الرضاع من الأجنبي، ففي استحقاقها السكنى القولان، وهذان الطريقتان هما المذكوران في الكتاب<sup>(٢)</sup> والثالث: في تعليقه إبراهيم المرورودي التفصيل المذكور في الطريق الثاني مع القطع باستحقاق السكنى في القسم الأول.

والرابع: في «التهذيب»: أن الفرقة، إن كانت بالعيب أو الغرور، فلا سكنى لها، وإن كانت بسبب رضاع أو صهرية، أو خيار عتق وجهان: أحدهما: أن الجواب كذلك.

والمذهب أنها كالمطلقة، وفرَّق بأن الفرقة بالرضاع والصهرية وخيار العتق لم تكن بسبب وجود يوم العقد، ولا [بسبب] يستند إليه الفسخ، فيجعل مفسوخاً من أضله بدليل وجوب المسمى، وفي العيب، والغرور كانت بسبب في العقد، ولذلك يُوجِب مهر المثل، هذا لفظه في الفرق، قال: والملاعنة كالمطلقة ثلاثاً.

والخامس: القطع بأنها تستحق السكنى؛ لأنها معتدة عن<sup>(٣)</sup> فراق النكاح في حياة الزوج، فأشبهت المطلقة قال في «التتمة»: وهذا هو المذهب<sup>(٤)</sup>، وقد يؤيد ذلك بأن

(١) في ز: تغيب.

(٢) في أ: من.

(٤) قال الشيخ البلقيني ما نقله عن المتولي هنا يخالف ما قاله إنه المذهب، وبه قطع الجمهور في =

الفسخ كالطلاق في إيجاب العدة، فكذا في كفيتهما وحقوقها، ولذلك قلنا: إن الأشبه التسوية بينهما في الإخداد.

ومنها: المعتدة عن الوطاء بالشبهة، وعن النكاح الفاسد، وأم الولد، إذا أعتقها سيدها لا سكتى لهن؛ لأن أسباب التريص فيهن لا تتأكد حزمتهما، فلا تُلحق بالنكاح الصحيح، وأيضاً، فإنه لا سكتى لها في النكاح الفاسد، فكذا في التريص الذي هو من آثاره، بخلاف النكاح الصحيح؛ هذا هو الكلام لمن تستحق السكتى، ومن لا تستحق، وأما القول في النفقة والكسوة فمؤخر إلى كتاب النفقات.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَمَنْ لَا تَسْتَحِقُّ النَّفَقَةَ فِي النِّكَاحِ فَلَا سُكْتَى لَهَا كَالصَّغِيرَةِ وَالْأَمَةِ عَلَى وَجْهِ وَالنَّاشِئَةِ \* وَفِي وَجُوبِ لُزُومِ الْمَسْكَنِ عَلَى الْأَمَةِ إِذَا كَانَ السَّيِّدُ هُوَ الَّذِي عَيَّنَ الْمَسْكَنَ وَقُلْنَا: لَيْسَ لِلزَّوْجِ ذَلِكَ تَرَدُّدٌ \* وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يَجِبُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ صُور:

إحداها: الصغيرة التي لا تحتمل الجماع، هل تستحق السكتى؟ يبنى ذلك على أنه هل تستحق النفقة في النكاح؟ وفيه خلافٌ يُذكر في موضعه، فإن استحققت النفقة في النكاح، استحققت السكتى في العدة، وإلا، فلا.

الثانية: الأمة المزوجة قد مرَّ أنه ليس على السيد أن يسلمها ليلاً ونهاراً بل [له أن] <sup>(١)</sup> يستخدمها نهاراً، وكذلك الحال في زمان العدة، فإن سلمها ليلاً ونهاراً ورفع اليد عنها، فلها السكتى، كما تستحق النفقة، والحالة هذه، في صلب النكاح، وإن كان يستخدمها نهاراً، فيبنى استحقاق السكتى في العدة على النفقة في صلب النكاح إن استحققتها [استحققت] <sup>(٢)</sup> السكتى، وإلا، فلا، ولكن للزوج أن يسكنها حالة فراغها من خدمة السيد؛ ليخصنها. هذا ما ذكره الأصحاب، وزاد الإمام: فبنى استحقاقها السكتى على أنه هل يجب عليها ملازمة المسكن في العدة؟ وبنى وجوب الملازمة على أنها في صلب النكاح تكون في المسكن الذي يعينه الزوج أم للسيد أن يَبْوَى لها بيتاً، وفيه خلاف، فإن قلنا: تكون في المسكن الذي عيَّنه الزوج، فعليها ملازمة المسكن، وإلا، فإذا طلقها، وهي في البيت الذي عينه السيد، ففي وجوب ملازمته وجهان:

= باب مثبتات الخيار في النكاح حيث قال: لا تجب السكتى، ونقل هناك عن ابن سلمة طريقة في العيب لم يذكرها هنا وهو أنه إن كان بعيب حادث وجبت وإلا فلا، ثم قال وإذا لم توجب السكتى فأراد أن يسكنها لما به فله ذلك، وعليها الموافقة. قاله أبو الفرج السرخسي. انتهى.

(٢) سقط في ز.

(١) سقط في ز.



وجه الوجوب: أنه المسكن الذي تراضوا به، وكانت في صُلب النكاح فيه.

وأظهرهما: المنع؛ لأن العدة فزع النكاح، وأثره، فإذا لم تستحق إسكانها في صُلب النكاح لم يستحقه في العدة.

الثالثة: إذا طلقها، وهي ناشزة، لم تستحق السكنى في العدة؛ لأنها لا تستحق النفقة والسكنى في صُلب النكاح؛ لتعديها؛ فلأن لا تستحق بعدد البيونة كان أولى. هكذا حكى عن القاضي حسين، وزاد صاحب «التتمة» فقال: وكذا لو نَشَرَتْ في العدة، تسقط سكنها، ولو عادت إلى الطاعة، عاد حق السكنى، قال الإمام: إذا طُلقَت في مسكن النكاح، فعليها ملازمة المَسْكَنِ؛ لِحَقِّ الشَّرْعِ، فإذا أطاعت، [فستحق السكنى، فيتجه] أن يقال: لا يلزمه مؤنة السكنى، وعبر بعضهم عن كلام الإمام - رحمه الله - بأنها إن نَشَرَتْ على الزوج، وهي في بيته، فلها السكنى في العدة، وإن خرجت من بيته، واستعصت عليه مطلقاً، فلا سكنى لها، ويجوز أن يُعْلَمَ لهذا قوله في الكتاب «والتأشيرة» لأنه مُطْلَقٌ موافق لما حكى عن القاضي.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَإِنَّمَا يَجِبُ مَلَازِمَةُ مَسْكَنِ النَّكَاحِ \* فَلَوْ طُلِّقَتْ بَعْدَ الْأَيْتِقَالِ لَأَرَمَتْ أَلْمُنْتَقِلِ إِلَيْهِ \* فَإِنْ أُذِنَ فِي الْأَيْتِقَالِ وَطُلِّقَهَا فِي الطَّرِيقِ فَالْمَسْكَنُ هُوَ الْأَوَّلُ عَلَى وَجْهِ \* وَالثَّانِي عَلَى وَجْهِ \* وَالْعِبْرَةُ فِي الْأَيْتِقَالِ بِالْبَدَنِ لَا بِالْأَمْتَمَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: من استحقت السكنى من المعتدات، تسكن في المسكن الذي كانت فيه عند الفراق، إلا أن يَمْنَعَ منه مانع، على ما سيأتي<sup>(١)</sup>، فليس للزوج ولا أهله إخراجها منه، ولا لها أن تخرج؛ على ما ورد به الخبر، فلو اتفق الزوجان على أن تنتقل إلى مسكن آخر من غير حاجة، لم يَجُزْ، وكان للحاكم المَنع؛ لأن في العدة حق الله تعالى، وقد وجب في ذلك المَسْكَنِ، فكما لا يجوز إبطال أصل العدة، باتفاقهما لا يجوز إبطال صفاته وتوابعه، وليس كما في صُلب النكاح يسكنان، ويتقلدان كيف شاءا لأن هناك الحق لهما على الخُلُوصِ، ولو تركا المكث والاستقرار، وأداما على السير والسفر، جاز، وها هنا بخلافه.

إذا عَرَفَتْ ذلك، فلو انتقلت من مسكن إلى مسكن بغير إذن الزوج، ثم طلقها أو

(١) هذا في المطلقة البائن، أما المطلقة الرجعية فإن سكنها حيث يختار الزوج في موضع يليق بها، نبه على ذلك جماعة من المتأخرين تبعاً ونقله في المهمات عن الحاوي والمهذب وغيرهما من العراقيين كما نقله ابن الرفعة نعم في النهاية أنه يتعين عليها ملازمة المسكن. انتهى.  
قال في الخادم: والصواب ما قاله الإمام فقد نص عليه الشافعي في الأم موضعين صريحاً وفي المختصر إشارة، وقد حكى النصوص ابن الرفعة في المطلب... إلى آخر ما ذكره.

مات عنها، فعليها أن تعود إلى الأول، وتعتد فيه، ولو أُذِنَ لها بعد الانتقال في أن تقيم، فيه، كان كما لو انتقلت بالإذن، وإذا انتقلت بالإذن، ثم طَلَّقَ أو مات، فَتَعْتَدُ في المُنْتَقِلِ إليه؛ لأنه المسكن عند الفراق، وإن خَرَجَتْ مِنَ الْمَسْكَنِ الأول، ولم تصل إلى الثاني، فَطَلَّقَهَا في الطريق، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنها تعتد في المسكن الأول؛ لأنها لم تخضل في مسكن آخر قبل الفراق.

وأصحهما، ويحكى عن نصّه - رضي الله عنه - في «الأم» وبه قال أبو إسحاق: أنها تعتد في المسكن الثاني؛ لأنها مأمورة بالمقام فيه ممنوعة من غيره.

والثالث: تتخير بينهما؛ لأنها غير مستقرة في واحد منهما، ولها تعلق بكل واحد منهما، وفي «البحر» بدل الوجه الأول وجه آخر؛ وهو أن يعتبر القرب، فإن كانت إلى المسكن الأول أقرب. [عادت إليه، واعتدت فيه، وإن كانت إلى الثاني أقرب،] مضت إليه، والاعتبار في الانتقال بالبدن لا بالأمته والخدم حتى لو كانت قد انتقلت إلى المسكن الثاني بنفسها، ولم تنقل الرجل [و]الأمته، فمسكنها الثاني، ولو نقلت الأمته، ولم تنتقل هي، فالمسكن الأول كما أن حاضر المسجد الحرام من هو بمكة لا من رحله، وأمتعته بمكة، وعند أبي حنيفة: الاعتبار بالأمته لا بالبدن، والحكم على العكس، ولو أُذِنَ لها في الانتقال إلى المسكن الثاني، فانتقلت، ثم عادت إلى الأول؛ لنقل متاع وغيره، وطلّقها، فالمسكن الثاني فتعتد فيه وهو كما لو خرجت عن المسكن لحاجة، فطلّقها، وهي خارجه، قال الإمام - رحمه الله -: وهذا إذا كانت قد دخلت الثاني دخول قرار، فأما إذا لم تدخله على قصد القرار، بل كانت تتردد بينهما، وتنقل أمتعته، فإن طلقها، وهي في المسكن الثاني، فتعتد فيه، وإن طلقها، وهي في الأول، ففيه احتمالان.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ أُذِنَ لَهَا فِي سَفَرٍ وَطَلَّقَ قَبْلَ مُفَارَقَةِ عُمَرَانَ الْبَلَدِ فَلَهَا الْأَنْصِرَافُ \* وَلَمْ يَجِبْ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ كَيْلًا يَنْبُطُ عَلَيْهَا أَهْبَةُ السَّفَرِ \* وَإِنْ كَانَ فِي الطَّرِيقِ لَمْ يَلْزِمَهَا (وَح) الْأَنْصِرَافُ وَكَانَ لَهَا إِنْتِمَاءٌ حَاجِبًا، وَيَجِبُ الرُّجُوعُ إِلَى الْمَسْكَنِ بَعْدَهُ لِيَقِيَةَ الْمُدَّةَ \* وَإِنْ أَنْقَضَتِ الْمُدَّةَ فَلَا يَجِبُ \* وَإِنْ كَانَ سَفَرٌ نَزْهَةً وَأَذِنَ الزَّوْجُ مُدَّةً فِيهِ جَوَازِ اسْتِيفَاءِ الْمُدَّةِ قَوْلَانِ \* وَكَذَلِكَ فِي وُجُوبِ الْأَنْصِرَافِ عَنِ الطَّرِيقِ \* وَفِي وُجُوبِ تَرْكِ الْأَعْتِكَافِ الْمَأْذُونِ فِيهِ خِلَافٌ \* وَلَوْ خَرَجَتْ مَعَ الزَّوْجِ فَطَلَّقَهَا وَجِبَ عَلَيْهَا الْأَنْصِرَافُ إِذْ لَيْسَ يَنْبُطُ أَهْبَتَهَا إِذَا خَرَجَتْ بِأَهْبَةِ الزَّوْجِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لَوْ أُذِنَ لَهَا فِي الْإِنْتِقَالِ إِلَى بَلَدٍ آخَرَ، ثُمَّ طَلَّقَهَا أَوْ مَاتَ عَنْهَا،

فالحُكْم كما ذكرنا فيما لو أذن في الانتقال من مَسْكَن إلى مَسْكَن، فإن وُجِدَ سببُ الفراق بعد الانتقال إلى البلد الآخر، اعتدَّت في المنتقل إليه، وإن وُجِدَ قبل مفارقة عمران البلد المنتقل عنه، لم تخرج بل تُعَوَّد إلى المَسْكَن، وتعتد فيه وإن كان في الطريق، فعَلَى الخلاف، وإن أذن في غير سفر الثُقْلة، نُظِر؛ إن تعلق بغرض مهمٍّ، كالتجارة أو حج وعمره والاستحلال عن مظلمة ونحوها، ثم وُجِدَ سببُ الفراق، فيُنظَر؛ إن حدث قبل أن تخرج من المَسْكَن، فلا خلاف أنها لا تخرج بل تعتد هناك، وإن خرجت منه على قصد السَّفَر ولم تفارق بعد عمران البلد، فوجهان:

أحدهما: وهو ظاهرُ النَّصِّ، واختيار الاصطخري عن ابن أبي هريرة: أنه يلزمها الانصراف والاعتداد في المَسْكَن؛ لأنها لم تُشْرَع في السفر بعد، فأشبه ما إذا لم تخرج من المنزل.

[والثاني: تتخير بين العود والمضي في السفر لأن عليها ضرر في إبطال سفرها وفوات غرضها] وحكي وجهٌ غريبٌ فارقٌ بين أن يَكُونَ السفر سَفَر الحج، فلا يلزمها الانصراف وبين أن يكون غيره، فيلزم، وإن وُجِدَ سببُ الفراق في الطريق، فلا يجب الانصراف بل تتخير بين أن تمضي، وهي معتدة في سيرها [وبين أن تعود] وذلك؛ لأن قطع السفر مشقَّة ظاهرة بلحوق التعب من غير الوصول إلى المقصد وبالانقطاع عن الرُقَّة وغيرهما، وعن رواية ابن أبي هريرة وجهٌ ضعيف: أنه إن حدث قبل أن تقطع مسافة يوم وليلة، يلزمها الانصراف، وإن استقر السفر، بقطع هذه المسافة لم يلزم وتخيرات، وعن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه إذا طَلَّقها أو مات عنها وبينها وبين المَسْكَن ثلاثة أيام، لزمها المضي إليه والاعتداد فيه، وإن كان بينهما مسيرة ثلاثة أيام، فإن كان ذلك الموضع موضع إقامة، فتقيم فيه، وتعتد [و<sup>(١)</sup>] إلا فلها المضي إلى المقصد، ويجوز أن يُعَلِّم؛ لذلك قوله في الكتاب: «وإن كان في الطريق، لم يلزمها الانصراف» بالحاء والواو، وإذا خيَّرناها، فإن اختارت العود إلى المَسْكَن والاعتداد به، فذاك، وفي تعليق الشيخ أبي حامد أنه الأوَّل، وإن اختارت المضي إلى المقصد، فمضت إليه أو حدث سببُ الفراق بعدما دَخَلت المقصد، فلها أن تقيم إلى قضاء حاجتها، فإن زادت إقامتها على مدة إقامة المسافرين، فإن قَضت الحاجة قبل تمام هذه المدة المذكورة، ففي «التهذيب» و«الوسيط» وغيرهما: أن لها أن تقيم إلى تمام مدة المسافرين<sup>(٢)</sup>، وهذا

(١) سقط في ز.

(٢) وحكى الروياني هذا عن بعضهم ثم غلط قائله وقال: نهاية سفرها قضاء الحاجة لا غير.

قال النووي من زيادته: الأصح أنه لا يجوز أن يقيم بعد قضاء الحاجة وبه قطع صاحب المهذب والجرجاني والرافعي في المحرر وآخرون نوزع الشيخ في ذلك، أما المهذب فإنه أطلق أنها لا =

حكاه<sup>(١)</sup> القاضي الروياني عن بعضهم، وغلط قائله، وقال: نهاية سفرها قضاء الحاجة لا غير، وإن كان الزوج أذن لها في سفر النزهة، وبلغت المقصد، ثم حدث ما يوجب العدة، فإن لم يقدر مدة، لم تقم أكثر من مدة المسافرين، وإن قدر لها مدة، فهل الحُكم كذلك أم لها استيفاء تلك المدة؟ فيه قولان:

أحدهما: أن الحُكم كذلك؛ لأنها ليست منتقلة إليه، وقد بطل حكم إذنه بزوال ملكه عنها.

وأصحهما، وهو اختيار المزني: أن لها استيفاء تلك المدة [منه]،<sup>(٢)</sup> كما يجوز في سفر الحاجة الإقامة إلى قضاء الحاجة؛ للإذن فيه، وكما أنه إذا أذن في سفر النقلة تقيم وتعتد هناك، ولا يقال: زال<sup>(٣)</sup> الإذن بزوال الملك، وأجرى القولان فيما إذا قدر مدة في سفر الحاجة زائدة على قدر الحاجة، فإن المكث الزائد على قدر الحاجة كسفر النزهة، فعلى قول: يجب الانصراف إذا قضت الحاجة، وعلى قول: تجوز الإقامة إلى تمام المدة المقدرة، ويجريان فيما إذا أمرها بالانتقال إلى مسكن آخر في البلدة مدة قدرها، ثم طلقها، أو مات. كذلك حكاه الروياني عن نصه في «الأم»، وفي «البيسط» و«الوسيط»: أن الطلاق يبطل تلك المدة، ولم يجعله على الخلاف، وقد يفرق بينهما بأن الضرر فيه لا يضاهاه ضرر قطع السفر، ويجريان فيما إذا أذن لامرأته في الاعتكاف

= تقيم إلا بعد قضاء الحاجة والظاهر أن مراده ما إذا قضتها بعد الثلاث وصرح العراقي في شرحه وصاحب الاستقصاء بأن لها استيفاء الثلاث ولم يقلوا إن كلامه يقتضي خلاف ذلك وهو الذي فهمه صاحب البيان أيضاً فقال وإن كان سفرها الزيارة أو النزهة ولم يقدر لها مدة فلها أن تقيم ثلاثة أيام لا غير لأنه إنما أذن في السفر دون الإقامة وإن كان سفرها لحاجة أو تجارة، فقال الشيخ أبو إسحاق وابن الصباغ لها أن تقيم حتى تقضي حاجتها، وقال الشيخ أبو حامد: لا يقيم أكثر من ثلاثة أيام. انتهى.

وهو صريح في أن مراد صاحب المذهب ما فوق الثلاث.

وأما الجرجاني فعبارة النسك ولم تعم بعد قضاء شافية وتحذيره، فإن مضت في سفرها لم تقم بعد قضاء الوطاء من التجارة ولم يقم في النزهة أكثر من ثلاثة أيام. انتهى، وهو موافق للجمهور أن النسك والتجارة لا تقضيان غالباً من دون الثلاث، والنزهة قد تحصل في يوم أو بعضه.

وأما الرافي في المحرر فإن عبارته توهم ذلك فإنه عبر بأنها تقيم لقضاء حاجتها لكن كلامه في الشرح الصغير يقتضي أن المذهب المنقول الجواز فإنه قال: فإذا قضت الحاجة فهل لها أن تقيم مدة مقام المسافرين ففي التهذيب وغيره أن لها إتمام هذه المدة، ومنهم من نازع فيه فقال نهاية سفرها قضاء الحاجة لا غير. انتهى.

وقال في الخادم: إن هذا ظاهر نص الأم والمختصر وأطال النقل بذلك عن جماعة.

(١) في ز: حكاية.

(٢) سقط في ز.

(٣) في أ: يبطل.

مدة، ولزمتها العدة قبل تمام المدة، هل لها إدامة الاعتكاف إلى تمام المدة، أو يلزمها الخروج، لتعتد في المسكن؟ فإن لم يلزمها الخروج، فخرجت، بطل اعتكافها، ولم يكن لها البناء عليه، إذا كان منذوراً، وإن ألزمتها، فيبطل بالخروج أو يجوز البناء عليه؟ فيه خلاف مذكور في الاعتكاف، والظاهر جواز البناء، ومنهم من يبنى الخلاف على جواز البناء، إن جاز، فعليها الخروج، وإلا، فإبطال العبادة عليها كإبطال أهبة السفر، وإن حدث سبب وجوب العدة في سفر النزهة قبل البلوغ إلى المقصد، فحيث قلنا في سفر الحاجة: يجب الانصراف، فهاهنا أولى، وإذا قلنا: لا يجب، فهاهنا وجهان وعن القائل؛ بناؤهما على القولين في أنه هل يجوز استيفاء المدة المقدرة؟ إن جاوزناه، لم يجب الانصراف من الطريق، وإلا، وجب، [ولهذه الطريقة هي التي أوردتها في الكتاب، ويجوز أن يُعلم قوله «وكذلك في وجوب الانصراف عن الطريق» بالواو؛ لأن منهم من يقطع بأنه لا يجب كما في سفر الحاجة، وكذلك أوردته صاحب «الشامل» ثم سفر الزيارة كسفر النزهة في ظاهر النص، ومنهم من يلحقه بسفر الحاجة، ثم إذا انتهت مدة جواز الإقامة، فعليها الانصراف في الحال، إن لم تنقض مدة العدة، بتمامها؛ لتعتد بقيّة العدة في المسكن، فإن كان الطريق مخوفاً أو لم تجذ رقيقة، فتعذر في التأخر، وإذا علمت أن البقية تنقضي في الطريق، ففي لزوم العود وجهان:

أحدهما، ويحكى عن أبي إسحاق، واختيار القائل: [المنع؛<sup>(١)</sup>] لأنها لا تقدر على العدة في المسكن، والاعتداد وهي مقيمة، أولى من الاعتداد، وهي سائرة.

وأظهرهما، وهو نصه - رضي الله عنه - في «الأم»: أنه يلزمها العود؛ لتكون أقرب إلى المسكن، وأيضاً، فتلك الإقامة غير مأذون فيها، والعود مأذون فيه، وهذا كله فيما إذا أذن لها في السفر، فأما إذا خرجت مع الزوج، ثم طلقها أو مات، فعليها الانصراف، ولا تقيم أكثر من مدة المسافرين<sup>(٢)</sup>، إلا إذا كان الطريق مخوفاً أو لم تجذ رقيقة، وعلمه في الكتاب بأنها إذا خرجت مع الزوج، خرجت بأهبتها، فلا يبطل عليها أهبة السفر، وآخرون منهم صاحب «التتمة»: بأن سفرها كان بسفره، وقد انقطع سفرها بانقطاع سفره أو زال سلطانه عنها، فيلزمها العود إلى المسكن. هذا إذا كان سفره لغرض نفسه واستصحابها ليستمتع بها فأما إذا كان السفر لغرضها وخرج الزوج بها، فليكن الحكم كما ذكرنا فيما إذا أذن لها، فخرجت، وفي نظم «المختصر» ما يشعر بذلك والله أعلم.

(١) سقط في ز.

(٢) وصرح جماعة من المراوزة بأن لا خلاف فيه، وما جزم به الرافي من جواز إقامة مدة السفر صرح الشيخ أبو حامد بخلافه.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَلَوْ أُذِنَ لَهَا فِي الْإِحْرَامِ وَطَلَّقَ قَبْلَهُ لَمْ تُحْرَمَ \* وَإِنْ أَحْرَمَتْ بِعُمْرَةٍ أَوْ بِحَجٍّ \* وَهِيَ فِي الْبَلَدِ وَقَبْلَ تَأْخِيرِ الْحَجِّ فَفِي وَجُوبِ التَّأْخِيرِ تَرَدُّدٌ لِمَا فِي مُصَابِرَةِ الْإِحْرَامِ مِنَ الْعُسْرِ \* وَمَنْزُولِ الْبَدْوِيَّةِ مَسْكَنُهَا فَلَا تَفَارِقُ إِلَّا إِذَا رَحَلُوا \* فَإِنْ رَحَلَ أَهْلُهَا وَهِيَ فِي أَمْنٍ لَوْ أَقَامَتْ فَفِيهِ تَرَدُّدٌ إِذْ مَفَارِقَةُ الْأَهْلِ تَعَسُرُ \* وَلَوْ رَحَلَتْ مَعَهُمْ وَأَرَادَتْ الْمَقَامَ بِقَرْيَةٍ جَازَ بِخِلَافِ الْبَدْوِيَّةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: السَّفَرُ فِيهِ مَسْأَلَتَانِ:

إحدهما: لو أُذِنَ لامرأته في الإحرام بحج أو عمرة، ثم طلقها قبل الإحرام، فلا تحريم، ولا تنشأ السفر بعد لزوم العدة، ولو أحرمت، فهو كما لو أحرمت بعد الطلاق من غير تقدم الإذن، وحكمه: أن لا يجوز لها الخروج في الحال، وإن كان الحج فرضاً بل تقيم وتعتد، لأن لزوم العدة سبق الإحرام، فإذا انقضت العدة، أتمت عمرتها، إن كان الإحرام بعمرة، وكذا حكم الحج، لو بقي وقته، وإن فات، تحللت بعمل عمرة، وأراقت دمًا، وقضت ولو أحرمت أولاً، إما بإذن الزوج أو غير إذنه، ثم طلقها، فإن كانت لا تخشى فوات الحج، لو أقامت، اعتدت أولاً أو كان الإحرام بعمرة، فوجهان، وهو المذكور في «المهذب» أنه يلزمها أن تعتد هناك أولاً [و] (١) تؤخر الخروج لأداء النسك؛ لأنه أمكن رعاية الحَقْنين، فلا يجوز إسقاط أحدهما.

وأظهرهما، وهو الذي أورده الشيخ أبو حامد والأكثر: تتخير بين أن تعتد أولاً وبين أن تخرج في الحال؛ لأداء النسك؛ لأن مصابرة الإحرام عسيرة، وقد تزداد مشقة الانصراف من الطريق، وإن كانت (٢) تخشى فوات الحج؛ لضيق الوقت فتخرج إلى الحج معتدة؛ لأن الإحرام سبق وجوب العدة؛ ولأنها إذا خرجت، حصل الحج، وانقضت العدة، وإن أخلت صفة الوقوع في المسكن، ولو اشتغلت بالاعتداد هناك فات، أصل الحج.

وعن أبي حنيفة: أنها تقيم وتعتد ولا تخرج للنسك بحال.

الثانية: منزل البدوية وبيتها من صوف أو شعر كمنزل الحضرية من طين وحجر، فإذا لزمها العدة فيه فعليها ملازمته ثم إن كانت البدوية من حي نازلين على ما لا ينتقلون عنه، ولا يظعنون إلا لحاجة، فهي كالحضرية من كل وجه، وإن كانت من حي ينتقلون عنه شتاءً أو صيفاً، فإن ارتحلوا جميعاً، ارتحلت معهم؛ للضرورة وإن ارتحل بعضهم، نُظِر؛ إن كان أهلها ممن لم يرتحل، وفي الذين لم يرتحلوا قوة وعدد، فليس

(١) سقط في ز. كان.

(٢) سقط في ز.

لها الارتحال، وإن كان أهلها ممن يرتحل، وفي الباقي قوة و عدد، فوجهان: أحدهما: أنه ليس لها الارتحال، وتعتد هناك لتيسره<sup>(١)</sup>.

وأصحهما: أنها تخير بين أن تقيم وبين أن ترتحل؛ لأن مفارقة أهل عسرة موحشة، ولو هرب أهلها، خوفاً من عدو ولم ينتقلوا، ولم يكن لها خوف، لم يجز لها الارتحال، وسيعود المرتحلون عن قريب إذا أمنوا، ولو ارتحلت حيث يجوز بها الارتحال، ثم أرادت المقام بقرية في الطريق والاعتداد فيها، جاز؛ فإنه أحسن من السير والانتقال، وأليق بحال المعتدة، وتخالف البلدية المأذونة في السفر لا يجوز لها الإقامة ببعض القرى في الطريق؛ لأنها ساكنة متوطنة، والسفر طارئ عليها، فتعتد في الوطن أو المقصد، وليس لأهل البادية مقصد، ولا إقامة محققة؛ [و]<sup>(٢)</sup> لذلك لم تُوظف عليهم الجمعة.

فزع: لو طلق زوجته أو مات عنها، وهي في سفينة، فإن ركبتها مسافرة، فحكم السفر ما مر؛ وإن كان الرجل ملاحاً، ولا منزل له سوى السفينة، فإن كانت السفينة كبيرة فيها بيوت متميزة المرافق، اعتدت في بيت منها معتزلة عن الزوج، ويسكن الزوج بيتاً آخر، وكانت هذه السفينة كدار فيها حُجر مفردة المرافق، وإن كانت صغيرة، نُظر؛ إن كان معها مخزّم لها يمكنه أن يعالج السفينة، خرج الزوج واعتدت هي فيها، وإلا، فتخرج وتعتد في أقرب المواضع إلى الشط، فإذا<sup>(٣)</sup> تعذر خروجها أو خروجه، فعليها أن تستتر، وتبعد عنه بحسب الإمكان، هذا ما أورده صاحب «التهذيب» و «الشامل» وغيرهما - رحمه الله -، وفيه إشعار بأنه لا يجوز لها الخروج من السفينة، إذا أمكن الاعتداد فيها، وقد نصّ عليه ناصون، ونقل القاضي الرؤياني: أنها تخير بين أن تعتد في السفينة وبين أن تخرج، فتعتد خارجها، فإن اختارت الاعتداد في السفينة، فحينئذ يُنظر في السفينة، أهى كبيرة أم صغيرة؟ ويراعى التفصيل<sup>(٤)</sup> المذكور، وذكر فيما إذا اختارت الخروج وجهين، في أنها أين تعتد؟ وأظهرهما، وبه قال الماسرجسي: أنها تعتد في أقرب القرى إلى الشط. والثاني عن أبي إسحاق: أنها تعتد في أي موضع شاءت، والله أعلم.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: وَلَوْ كَانَتْ فِي دَارٍ أُخْرَى فَقَالَتْ: لَا أَتَقَبَلُ فَإِنِّي انْتَقَلْتُ بِالْإِذْنِ فَأَنْكَرَ  
فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ \* وَإِنْ جَرَى الْخِلَافُ مَعَ الْوَرْتَةِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا إِذْ وَجُودَ الْأَنْتِقَالِ يَقْوَى جَانِبَهَا

(١) ما أطلقه هنا من منع الارتحال فيما إذا كان أهلها ممن لم يرتحل يشمل ما إذا انتقل أهل الزوج وأقام أهلها لكن الماوردي جزم في هذه الصورة بالتخير بين النقلة مع أهل الزوج لاختلاط بيتهما ببيوتهم وبين الإقامة مع أهلها لإقامتهم في مكان الطلاق، وهذا أوجه مما قاله الرافعي.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: وإذا.

(٤) في ز: الفصل.

## \* وَقِيلَ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ قَوْلَانِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ .

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا خَرَجَتِ الزَّوْجَةُ إِلَى غَيْرِ الدَّارِ الْمَأْلُوفَةِ أَوْ غَيْرِ الْبَلَدِ الْمَأْلُوفِ، ثُمَّ طَلَّقَهَا زَوْجَهَا، وَاخْتَلَفَا، فَقَالَ الزَّوْجُ: أَذْنْتُ لَكَ فِي الْخُرُوجِ؛ لِلنِّزْعَةِ أَوْ بَغْرَضِ كَذَا، فَعُودِي إِلَى الْمَنْزَلِ الْأَوَّلِ، وَاعْتَدِي فِيهِ، فَقَالَتِ الزَّوْجَةُ: بَلْ، أَذْنْتُ لِلنَّقْلَةِ، وَإِنَّمَا أَعْتَدُ فِي الْمَنْزَلِ الثَّانِي، فَبِي مَنْ يُصَدِّقُ مِنْهُمَا اخْتِلَافُ نَصِّ وَفِي كَيْفِيَّةِ النَّصِّ طَرِيقَانِ لِلْأَصْحَابِ: أَحَدُهُمَا، وَهُوَ الَّذِي أَوْرَدَهُ الشَّيْخَانُ صَاحِبَ «التَّهْذِيبِ» وَإِبْرَاهِيمَ الْمُرُورُودِي، وَحَكَاهُ الصَّيْدِلَانِيُّ عَنِ الْقَفَّالِ: أَنَّ النَّصَّ فِي صُورَةِ اخْتِلَافِ الزَّوْجَيْنِ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهَا، وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامِهِ فِي «المَخْتَصَرِ» وَنَصَّ فِيهَا إِذَا خَرَجَتْ بِالْإِذْنِ، وَمَاتِ الزَّوْجُ، وَجَرَى هَذَا الْخِلَافُ بَيْنَ وَارثِهِ وَبَيْنَهَا: أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلِ الْوَارثِ، وَرُبَّمَا نَسَبَ ذَلِكَ إِلَى رِوَايَةِ الْمَزْنِيِّ، فِي «الْجَامِعِ الْكَبِيرِ»، وَاخْتَلَفُوا فِيهِمَا عَلَى طَرِيقَيْنِ:

أحدهما: أَنَّ فِي الصُّورَتَيْنِ قَوْلَيْنِ، بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ.

وَجُهٌ تَصْدِيقِ الزَّوْجِ وَالْوَارثِ: أَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْإِذْنِ فِي النَّقْلَةِ، وَأَيْضًا، لَوْ جَرَى الْخِلَافُ فِي أَصْلِ الْإِذْنِ فِي الْخُرُوجِ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الزَّوْجِ أَوْ وَارثِهِ، فَكَذَلِكَ، إِذَا اخْتَلَفَا فِي كَيْفِيَّةِ الْإِذْنِ، وَوَجْهٌ تَصْدِيقِ الزَّوْجَةِ أَنَّهَا فِي الْحَالِ فِي الْمَنْزِلِ الثَّانِي، فَالظَّاهِرُ يَشْهَدُ لَهَا، وَهِيَ كَشْيءٌ فِي يَدِ إِنْسَانٍ يَدَّعِيهِ غَيْرُهُ، وَخُرُجٌ مُخْرَجُونَ عَلَى تَقَابُلِ الْأَصْلِ، وَالظَّاهِرُ، وَقَالُوا: الْأَصْلُ مَعَ الزَّوْجِ، وَالظَّاهِرُ مَعَهَا.

وَالثَّانِي: تَنْزِيلُهُمَا عَلَى حَالَيْنِ، وَهَؤُلَاءِ اخْتَلَفُوا عَلَى طَرِيقَيْنِ:

أحدهما: أَنَّ مَوْضِعَ تَصْدِيقِهَا مَا إِذَا اتَّفَقَا عَلَى أَنَّهُ أَذْنٌ فِي الْخُرُوجِ مُطْلَقًا، وَقَالَ الزَّوْجُ: أَرَدْتُ النَّزْهَةَ، فَقَالَتْ: بَلِ النَّقْلَةُ، فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلُهَا؛ لِأَنَّ الْإِذْنَ فِي الْخُرُوجِ إِلَى مَوْضِعٍ آخَرَ فِي الْإِنْتِقَالِ، وَفِي هَذِهِ الْحَالَةِ، لَوْ كَانَ الْاِخْتِلَافُ مَعَ الْوَارثِ، فَهِيَ الْمُصَدِّقَةُ أَيْضًا، وَمَوْضِعُ تَصْدِيقِ الزَّوْجِ أَوْ الْوَارثِ مَا إِذَا كَانَ الْاِخْتِلَافُ فِي اللَّفْظِ، فَقَالَ الزَّوْجُ قَلْتُ: أَخْرَجِي لِلنِّزْعَةِ، أَوْ قَالَ وَارثُهُ ذَلِكَ، وَقَالَتِ الْمَرْأَةُ: بَلْ قَالَ: أَخْرَجِي لِلنَّقْلَةِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ أَنَّهُ لَمْ يَقُلْ ذَلِكَ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ، إِنْ تَحَوَّلَ الزَّوْجُ مَعَهَا إِلَى الْمَنْزِلِ الثَّانِي، فَهِيَ الْمُصَدِّقَةُ، سِوَا جَرَى الْخِلَافِ مَعَ الزَّوْجِ أَوْ وَارثِهِ، وَإِنْ انْفَرَدَتْ بِالتَّحْوُلِ، فَالْمُصَدِّقُ الزَّوْجُ أَوْ وَارثُهُ؛ لِلْقَرِينَةِ.

وَالطَّرِيقُ الثَّانِي فِي الْأَصْلِ، وَهُوَ الَّذِي أَوْرَدَهُ صَاحِبُ الْكِتَابِ، وَأَبُو الْفَرَجِ السَّرْحَسِيُّ: أَنَّ النَّصَّ فِيهَا إِذَا كَانَ الْاِخْتِلَافُ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلَ الزَّوْجِ، وَفِيهَا إِذَا كَانَ الْاِخْتِلَافُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْوَارثِ: أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهَا، وَاخْتَلَفَ نَاقِلُو النَّصِّينِ هَكَذَا عَلَى ثَلَاثَةِ طَرِيقٍ:



أحدها: الأخذ بهما، والفرق أن كونها في المنزل الثاني يشهد بصِدْقِها، ويرجَّح جانبها على جانبِ الورثة، وإن لم يترجَّح على جانبِ الزَّوج؛ لأن الواقعة تتعلَّقُ بهما، والوارث أجنبِيٌّ عنها، فتكون الزوجة أعرف بما جرى.

والثاني: جعلهما على قولَيْن نقلًا وتخريبًا.

والثالث: تنزيلهما على حالين، كما ذكرنا في الطريقة الأولى، والأولان من الطرق الثلاثة المذكوران في الكتاب، فهذان الطريقتان في كيفية اختلاف النِّصِّ في المسألة، وفيها طريقة ثالثة؛ وهي أنهما، إن اتفقا على جريان لفظ الانتقال لغير الإقامة بأن قال: انتقلني إلى موضع كذا، أو قال اخرجني إليه، وأقيمي به، وقال الزوج: ضَمَمْتُ إليه للنزْهَة أو شهرًا أو نحوهما، فأنكرت الزوجة هذه الضميمة، فالقول قولها؛ لأن الأصل في هذه الضميمة العَدَمُ، وإن كان المتفق عليه الإذن في الخروج لا غير، وقال الزوج: أردتُ النزْهَة، وقالت: بل أردتُ النقلة؛ فالظاهر أن القول قولُه؛ لأنه أعرفُ بقضده ونيته، وفيه وجه أو قول: أن القول قولها، والإذن في الخروج مطلقاً محمولٌ على الانتقال، وإن كان الاختلاف مع الوارث، فإن اتفقا على جريان لفظ الانتقال والإقامة، فهي المصدقة بطريق الأولى وإن لم يتفقا إلا على الإذن في الخروج، فكذلك تُصدِّق المرأة؛ لأنهما مختلفان في إرادة الزوج وقضده، وكل منهما أجنبِيٌّ عن ضميره ويرجَّح<sup>(١)</sup> جانبها بأنها شاهدت الحال؛ فكان الخطاب مهمماً، وكان أولى بالتصديق، ومن قال بهذه<sup>(٢)</sup> الطريقة، حمل نص «المختصر» على ما إذا كان الخلاف بينها وبين الورثة، أو على ما إذا كان بين الزوجين واتفقا على جريان لفظ الانتقال، وادَّعى الزوج زيادة<sup>(٣)</sup> قيد.

ومنهم مَنْ نسب المزنِيَّ إلى السهو، والذي يميل الأصحاب على طبقاتهم إلى ترجيحه: تصديقُ الزَّوج، إذا كان الاختلاف بين الزوجين، وتصديقُها، إذا كان الاختلاف بينها وبين وارثه، ويحكى ذلك عن أبي حنيفة، وابن سُرَيْج - رحمهما الله -، والحكم فيما إذا اتفقا على تلفظه بالانتقال كما بيئنا في الطريقة الثالثة، ولم يذكر فيه خلافاً، لكن لفظ الانتقال ليس صريحاً في المعنى الذي يريده كسفر النقلة بل يقع موقع الدَّهَابِ والسفر والخروج، فقضيته أن يقال: إذا ادَّعى أنه أراد به النزْهَة ونحوها، جاز، كما إذا ادعاها في لفظ الخُرُوج، وإن صدَّقناها في أنه لم يتلفَّظ بالزيادة التي يدعيها.

وقوله في الكتاب «ولو كانت في دار أخرى، فقالت: لا أنتقل؛ فإني انتقلتُ

(١) في ز: يوضح.

(٢) في أ: فيه.

(٣) في ز: هذه.

بالإذن» المراد منه الصورة التي شرحناها، والمعنى: طَلَّقَهَا وهي في دار غير الدار المعهودة، فقال لها ارجعي إليها، فقالت: لا أرجع، فإني انتقلت إلى هذه الدار، [بإذنك؛ ليكون المسكن هذه] وليس المراد ما يسبق إلى الفهم من ظاهره القول [قول] (١) الزوج بلا خلاف على أن الإمام قال: يحتمل أن يجعل القول قولها، كوجه دُكِرَ فيما لو قال صاحب اليد: أَعْرَظَنِي هذه الدار، وقال مالك: ما أَعْرَظَنِي، أنه يجعل القول قول صاحب اليد، والله أعلم.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَيَجُوزُ لَهَا مَفَارَقَةُ الْمَسْكَنِ بِعُذْرِ ظَاهِرٍ لِحَاجَةِ الطَّعَامِ أَوْ خَوْفِ الْمَالِ وَالنَّفْسِ وَالهِجْرَةِ وَإِقَامَةِ الْحَدِّ عَلَيْهَا \* وَلَا يَجُوزُ فِي طَلَبِ زِيَادَةِ كِتَابَةِ وَكَتَفَجِيلِ حَبَّةِ الْإِسْلَامِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: هي يجب على المرأة ملازمة السكن الذي تعتد فيه؛ فلا تخرج إلا لضرورة أو عذر، إن خرجت غصباً، وقد روي عن ابن عمر (٢) - رضي الله عنهما - قال: «لَا يَصْلُحُ لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَبِيَّتَ لَيْلَةٌ وَاحِدَةٌ إِذَا كَانَتْ فِي عِدَّةٍ طَلَاقٍ أَوْ وَقَاةٍ إِلَّا فِي بَيْتِهَا، وَلِلزَّوْجِ أَنْ يَمْنَعَهَا مِنَ الْخُرُوجِ؛ حَفْظاً لِمَالِهَا، وَلوَرِثَتَهُ الْمَنْعُ أَيْضاً عِنْدَ مَوْتِهِ، وَتُعْذَرُ فِي الْخُرُوجِ فِي مَوَاضِعَ:

منها: إذا خافت على نفسها أو مالها من هدم أو حريق أو عرق، فلها الخروج، ويستوي فيه عدة الطلاق (٣) والوفاة، وكذا لو لم تكن الدار حصينة، وكانت تخاف اللصوص، أو كانت بين قوم فسقة تخاف منهم على نفسها، أو كانت تتأذى من الجيران أو من الأحماء تأذياً شديداً، وكذا لو كانت تبذو وتستطيل بلسانها على أحمائها، يجوز إخراجها من المسكن، قال الله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يُخْرِجَنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مَبِيَّنَةٍ﴾ [الطلاق: ١] الفاحشة مفسرة بذلك فيما روي عن ابن عباس وغيره - رضي الله عنهم - وإضافة البيوت إليهن من جهة أنها سكنهن، وليس المراد به ملكهن، فإن البذاءة لا تسلط على إخراج المالك من ملكه، ويروى (٤) أن فاطمة بنت أبي حنيس بت زوجها طلاقها، فأمرها رسول الله - ﷺ - أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم،

(١) سقط في ز. (٢) أخرجه البيهقي (٧/٤٣٥).

(٣) قضيته التسوية بينهما في الجواز وأنه لا يجب، وقال الماوردي: إن خافت على نفسها إما في تلف مهجة أو إتيان فاحشة وجب عليها النقلة وأحدث بها خير التحصين نفسها وفرجها، وإن خافت على مالها من لص أو أذية جار في شتم أو سفه كانت بالخيار بين المقام والنقلة ولا تجبر على أحدهما مع الأمن على النفس والفرج. انتهى.

(٤) تقدم.

قال سعيد بن المسيّب: في لسانها ذراية، فاستطالت على أحمائها، ثم في «التهديب» أنها إذا بذت على أحمائها، سقط سُكْنَاهَا، وعليها أن<sup>(١)</sup> تعتد في بيت أهلها، والذي ذكره العراقيون والقاضي الرُّوماني والجمهور: أنه ينقلها الزوج إلى مسكن آخر، ويتحرى القرب من مسكن العدة، كما سيأتي - إن شاء الله تعالى - في نظائره، وموضع النقل بالبذاءة ما إذا كانت الأحماء معها في دار واحدة تتسع لجميعهم<sup>(٢)</sup> وإن كان ضيقة لا تسع جميعهم، فينقل الزوج الأحماء، ويترك الدار لها، وإن كانت الأحماء في دارٍ أخرى، لم تنقل المعتدة عن دارها بالبذاءة، [ونقل المتولي أنها تنقل لإيذاء الجيران كما تنقل لإيذاء الأحماء هذا إذا كانت في دار والأحماء في القرى فإنها لا تنقل للإيذاء] إذا لم تكن الداران متجاورين، ولو كانت البذاءة من الأحماء دونها، فينقل الأحماء دونها، ولو كانت في دار أبويها؛ لأن الزوج كان يسكن دارهما، فبذت على الأبوين أو بذ الأبوان عليها، لم ينقل واحد منهم؛ لأن الشر والوحشة لا تطول بينهم، كما يكون بينها وبين الأحماء<sup>(٣)</sup>، فلو كانت أحماؤها في دار أبويها أيضاً، وبذت عليهن، فينقلن دونها؛ لأنها أحقُّ بدار الأبوين.

ومنها: إذا احتاجت إلى شراء الطعام أو<sup>(٤)</sup> القُطْن أو بيع الغزل أو ما أشبه ذلك، فيُنظَر؛ وإن كانت رجعيةً، فهي كالزوجات، وعليه القيام بكفياتها، ولا تخرُج إلا بإذنه، قال في «التتمة»، وكذلك الحكم في الجارية المشتراة أو المسبية في زمان الاستبراء، وأما سائر المعتدات، فيجوز<sup>(٥)</sup> للمعتدة عن الوفاة أن تخرج لهذه الحاجات نهاراً، وكذلك لها أن تخرج بالليل إلى دار بغض الجيران؛ للغزل والحديث، لكن لا تبيئ معهم، وتعود للنوم إلى مسكنها، روي عن<sup>(٦)</sup> مجاهد أن رجلاً استشهدوا بأحد، فقال نساؤهم: يا رسول الله، إنا نستوحش في بيوتنا، أفنبيئ عند إحدانا، فأذن لهن رسول

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: لجميعهم. (٣) في ز: حماها.

(٤) وكذلك قال القاضي الحسين وزاد المستولدة، ومقتضى الإلحاق بالرجعية الجواز عند إذن السيد وهذا لا خصوصية له بزمن الاستبراء فإنه ليس لها الخروج إلا بإذن بعد الاستبراء وقبله ويحتمل أن يكون المراد لا يجوز وإن أذن السيد وأن يريد بالمستولدة من مات عنها سيدها.

(٥) في ز: فيخفف.

(٦) أخرجه الشافعي عن عبد المجيد عن ابن جريج أخبرني إسماعيل بن كثير عن مجاهد به، ورواه عبد الرزاق في مصنفه عن ابن جريج عن عبد الله بن كثير عن مجاهد نحوه، ووقع في نسخة: إسماعيل بن كثير على الصواب، وفي نسخة بين عبد الرزاق وابن جريج، محمد بن عمرو، وهو اليافعي، وروى البيهقي [٤٣٦/٧] عن علقمة أن نساء من همدان نعى لهن أزواجهن، فسألن ابن مسعود، فذكر نحو هذه القصة.

الله ﷺ «أن يتحدثن عند إحداهن، فإذا كان وقت النوم، تأوي كل امرأة إلى بيتها»، وحكم الموطوءة بالشبهة وفي النكاح الفاسد في عدتهما حكم المتوفى عنها زوجها، قال في «التتمة»: إلا أن تكون حاملاً، وقلنا: إنها تستحق النفقة، فلا يباح لها الخروج، وفي المعتدة عن الطلاق البائن، وفي معناها المفسوخ نكاحها قولان:

القديم: أنه ليس لها الخروج؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ تَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ﴾ وهذا قول أبي حنيفة - رحمه الله - .

والجديد: أنها كالمعتدة عن الوفاة؛ لما روي عن جابر - رضي الله عنه <sup>(١)</sup> - قال: طَلَّقْتُ خَالَتِي ثَلَاثًا، فَخَرَجَتْ تَجِدُ نَخْلًا فَنَهَاهَا رَجُلٌ، فَأَتَتْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ وَذَكَرَتْ لَهُ، فَقَالَ: «أَخْرِجِي فِجْدِي نَخْلِكَ، لَعَلَّكَ أَنْ تَصَدَّقِي مِنْهُ أَوْ تَفْعَلِي خَيْرًا»، قال في «التتمة»: وهذا في الحائل أما الحامل، إذا قلنا: تُعَجَّلُ نَفَقَتُهَا، فهي مكفية بها، فلا تخرج إلا لضرورة <sup>(٢)</sup>.

ومنها: لو لزمها العدة، وهي في دار الحرب فعليها أن تهجر وتخرج إلى دار الإسلام، ولا تقيم هنا لتعتد، قال المتولي: إلا أن تكون في موضع لا تخاف على دينها، ولا على نفسها، فلا تخرج حتى تعتد.

ومنها: إذا وجب عليها حق احتيج إلى استيفائه، فإن أمكن استيفاؤه في مسكنها كالدين والوديعة، فعمل، وإن لم يمكن، واحتيج فيه إلى الحاكم كما إذا وجب عليها الحد، أو توجه يمين في دعوى، فإن كانت برزة، أخرجت، وأقيم عليها الحد أو حلفت ثم تعود إلى المسكن، وإن كانت مخدرة، بعث الحاكم إليها نائباً أو يحضر بنفسه، واحتج للفرق بين البرزة والمخدرة بأن الغامدية <sup>(٣)</sup> لما أتت النبي - ﷺ - واعترفت بالزنا، رَحِمَهَا بعد وضع الحمل، وقال في قصية العسيف <sup>(٤)</sup>: «وَأَعْدُ، يَا أُنَيْسُ عَلَيَّ أَمْرًا هَذَا، فَإِنْ أَعْتَرَفْتُ، فَأَرْجُمَهَا» ولم يأمر بإحضارها، وتام الكلام في التحذير يأتي في موضعه - إن

(١) رواه أبو داود [٢٢٩٧] وابن حبان والحاكم [٢٠٧/٢ - ٢٠٨]، وأصله في صحيح مسلم [٣/٣٢١] (تنبيه) خالة جابر ذكرها أبو موسى في ذيل الصحابة في المبهمات.

(٢) قيل وهذا مفروض فيما إذا حصل لها النفقة فلا تخرج بعده لأجل النفقة لكن لها الخروج لقضاء حوائجها من شراء القطن وبيع الغزل لاحتياجها إليه في غير النفقة وكذلك إذا أعطيت النفقة دراهم واحتاجت إلى الخروج لشراء الأدم بها. قال: والضابط أن الخلاف عند الحاجة وعند عدم الحاجة يجوز الخروج قطعاً وعند الضرورة يجوز قطعاً، ولم أر من جوز الخروج بلا حاجة إلا ابن المنذر. قال في الخادم.

(٣) رواه مسلم [١٦٩٥] من حديث بريدة، وسيأتي في الحدود.

(٤) تقدم.

شاء الله تعالى.. ومنها: إذا كان المسكن مستعاراً، فرجع المُعير أو مستأجراً، ومضت المدة، وطلبه المالك، فلا بد من الخُروج، وسيأتي إن شاء الله تعالى.

ومنها: البدوية تفارق المنزل، وتزَّحل مع الحيِّ إذا ارتحلوا، وقد سَبَق ذلك، ولا تُعَدَّر في الخروج؛ لأغراض تُعدُّ من الزيادات دون المهمات؛ كالزيارة والعمارة واستئناء المال بالتجارة، وتعجيل حَجَّة الإسلام وأمثالها. والله أعلم.

فرغ عن أبي إسحاق: زَنَتِ المعتدة عن الوفاة، وهي بكر في عدتها، فعلى السلطان تقريبها، ولا تُؤَخَّر إلى انقضاء العدة لا كتأخير الحد؛ لشدة الحر والبرد؛ لأنهما، يؤثران في الحد، ويعينان على الهلاك، والعدة لا تُؤَثَّر في الحد، وعن «الحاوي» وجه أنها لا تُعَرَّب لحق الزوج<sup>(١)</sup>.

قَالَ الْعَزَائِي: (النَّظَرُ الثَّانِي فِيمَا يَجِبُ عَلَى الزَّوْجِ) وَعَلَيْهِ أَلَّا يُخْرِجَهَا مِنْ مَلِكِهِ إِلَّا إِذَا كَانَ نَفْسًا لَا يَلِيقُ بِحَالِهَا فَلَهُ أَنْ يَنْقُلَهَا إِلَى مَوْضِعٍ آخَرَ \* وَلْيَطْلُبَ مَوْضِعًا قَرِيبًا حَتَّى لَا يَبْغَدَ الْإِنْتِقَالُ \* وَإِنْ كَانَتْ قَدْ رَضِيَتْ بِدَارٍ خَسِيْسَةٍ فَلَهَا الْإِنْتِقَالُ إِلَى أُخْرَى وَعَلَيْهِ الْإِبْدَالُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: عرفت أن مستحقة السكنى من المعتدات لا تخرج من المسكن إلا لعدر، وعلى الزوج أن يسكنها مسكناً يليق بحالها، ويصلح لمثلها عند حصول الفراق، فإن كان مسكن النكاح كذلك، فلا تعدل عنه، وحيث قلنا بأنه تجب ملازمة مسكن النكاح، فهو المراد، وإن أطلق الكلام إطلاقاً، فإن كان قد أسكنها في النكاح داراً نفيسة، هي فوق سُكْنَى مثلها، وطلَّقها، وهي فيها، فله أن لا يرضى الآن، وينقلها إلى دار كما تستحقه، ولو كانت قد رضيت بدار خسيسة، فطلقها، وهي فيها، فله أن لا يرضى الآن، وتطلب النقل إلى ما يليق بها، وعليه الإبدال، وفي الصورتين احتمال<sup>(٢)</sup> محكي في «البيسط» عن إشارة المراوزة؛ [والمعروف للأصحاب ما سبق] وينبغي أن تطلب مسكناً قريباً، ولا ينقلها إلى الأبعد مع وجود الأقرب كيلا يطول تردها، حتى لو أمكنه أن يضم حجرة إلى الدار الخسيسة، لتصير الجملة سُكْنَى مثلها، فيضم ولا يخرجها، ويشبه ذلك أن مستحق الزكاة، إذا لم يوجد في بلد الوجوب، تنقل الزكاة إلى أقرب البلاد إليه، ثم ظاهرُ كلام الأصحاب - رحمهم الله - أن رعاية القرب هكذا

(١) صرح النووي بتصحيح التعريب وقال الشيخ البلقيني: تقييده بعدة الوفاة إن كان لمدرِك أنه لا يتصور عدة دون دخول إلا فيها فلا نسلم من جهة أن الدخول يفرض بالوطء في الدبر، فكان ينبغي أن نقول زنت المعتدة وهي بكر وإن كان التقييد لأمر آخر فهو تحكيم، انتهى.

(٢) في ز: أحمال.

واجبةً، واستبعد صاحبُ الكتابِ الوجوب، وتردّد في الاستحباب، والصورتان ملحقتان بما تقدّم من أعدار الخروج.

وقوله في الكتاب «وعليه ألا يخرجها من ملكه» أشار بقوله: «من ملكه إلى أن المنزل قد يكون ملكاً للزوج، وقد يكون مستعاراً أو مستأجراً، وقد تكلم فيها من بعد، لكن الحكم المذكور، وهو أن عليه أن لا يخرجها، لا تختص بالملك، بل لو كان مستأجراً، ولم تنقص مدة الإجارة، فكذا لا يخرجها.

وقوله «إلا إذا كان نفيساً» يقتضي حصر الإخراج فيه، ومعلوم أن له أن يخرجها بسائر الأعدار، كما سبق، ويحسن أن تحمل «إلا» على «لكن». ويجعل هذا استثناء منقطعاً، والله أعلم.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: وَلَا يَجُوزُ لَهُ مَدَاخَلَةُ الدَّارِ لِأَجْلِ الْخَلْوَةِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَعَهَا مَحْرَمٌ أَوْ امْرَأَةٌ يَحْتَشِمُ جَانِبَهَا \* أَوْ مَعَهُ زَوْجَةٌ أُخْرَى \* أَوْ جَارِيَةٌ أَوْ مَحْرَمٌ لَهُ \* وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَخْلُوَ رَجُلَانِ بِامْرَأَةٍ \* وَيَجُوزُ أَنْ يَخْلُوَ رَجُلٌ بِنِسْوَةِ ثِقَاتٍ \* وَلَهُ الدُّخُولُ إِنْ كَانَتْ فِي حُجْرَةٍ مُتَفَرِّدَةً الْمَرَافِقِ وَإِلَّا لَمْ يَجْزِ إِلَّا مَعَ مَحْرَمٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لَا يَجُوزُ مَسَاكِنَةُ الْمَعْتَدَةِ فِي الدَّارِ الَّتِي تَعْتَدُ فِيهَا، وَلَا الْمَدَاخِلَةَ لِمَا يَقَعُ فِيهِمَا مِنَ الْخَلْوَةِ، وَالْخَلْوَةُ بِالْمَعْتَدَةِ كَهِيَ بِالْأَجْنِبِيَّةِ، فَقَدْ اشْتَهَرَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ - ﷺ - قَالَ: «لَا يَخْلُونَ رَجُلٌ بِامْرَأَةٍ فَإِنَّ ثَالِثَهُمَا الشَّيْطَانُ» وَيَسْتَنِي مَوْضِعَانِ؛ لِفَقْدَانِ الْمَحْرَمِ فِيهِمَا:

أحدهما: أن يكون في الدار محرّم لها من الرجال، أو محرّم له من النساء<sup>(١)</sup>، أو زوجة أخرى أو جارية، ولا بد من المحرّم، ومن في معناه من التمييز، ولا عبرة بالمجنون والصغير الذي لا يميز، واشترط الشافعي - رضي الله عنه - البلوغ، قال القاضي أبو الطيب: لأن من لم يبلغ لا تكليف عليه، فلا يلزمه إنكار الفاحشة، وقال الشيخ أبو حامد: يكفي عندي حضور المراهق والنسوة الثقات، كالمحرم، وفيه وجه آخر؛ وهو كإخلاف في أن المرأة إذا وجدت نسوة ثقات يخرجن للحج، هل عليها أن تخرج معهن؟ والظاهر وجوبه، وفي «البيسط» وغيره ذكر تردّد في أنه إذا كان في الدار أجنبية أو معتدة أخرى، هل يمنع حضورها الخلوة، وهو كإخلاف سبق في أن المرأة هل

(١) قال الشيخ البلقيني: كلامه يوهم أن محرّمها من النساء لا يكفي، وليس كذلك فقد صرح بأن المرأة الواحدة الأجنبية الثقة كافية على الأصح، وحينئذ فمحرّمها من النساء إذا كانت ثقة أولى بالجواز، وذكره في الخادم.

يلزمها الخروج للحج مع المرأة الواحدة، والظاهر هناك أنه لا يلزم، والجواب في «الشامل» وغيره هاهنا: أنه يكفي حضور المرأة الواحدة، إذا كانت ثقة، ويجوز أن يُفَرَّقَ بينهما بالسفر وما فيه من الأخطار، والحكاية عن الأصحاب: أنه لا يجوز أن يخلو رجلان بامرأة واحدة، ويجوز أن يخلو رجل بمرأتين أو نسوة، إذا كنَّ ثقات، وقد يفرق في الاكتفاء بالمرأة الأجنبية دون الرجل الأجنبي بأن استحياء المرأة من المرأة أكثر من استحياء الرجل من الرجل<sup>(١)</sup> وضبطت هذه الصورة بأنه إذا كان هناك من يُحْتَشَمُ جانبه أو يُخَافُ بأن يَمْتَنِعَ فيما يكاد يَجْرِي، إما بنفسه وإما بالاستعانة بغيره، فيؤمن محذور الخلوة ظاهراً، فلا يحرم؛ وإلى هذا أشار بقوله في الكتاب «أو امرأة يحتشم جانبها»، وهو جواب على الاكتفاء بالمرأة الواحدة، ثم لا يخفى أن مساكنة الزوج والمَحْرَمِ وَمَنْ فِي معناه إنما يُفْرَضُ فيما إذا كان في الدار ما يَفْضُلُ عن سكنى مثلها، فإن لم يكن كذلك، فعلى الزوج تخليتها للمعتدة، والانتقال عنها إلى أن تفرغ من العدة، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَصَارُوهُنَّ لِيُنْصَبُوا عَلَيْهِنَّ﴾ [الطلاق: ٦] ثم المساكنة، وإن جازت بسبب المَحْرَمِ، فتبقى الكراهية؛ لأنه لا يُؤْمَنُ النَّظَرُ.

والموضع الثاني: إذا كان في الدار حُجْرَةٌ، وقد أراد أن يَسْكُنَ في إحداهما، وَيُسْكِنُهَا الأخرى، فإن كانت مرافق الحُجْرَةِ كالمطبخ المستراح، والبئر<sup>(٢)</sup> والمرقى إلى السطح في الدار، لم يَجْزُ إلا بشرط المَحْرَمِ؛ لأنَّ التوارد على المرافق يُفْضِي إلى الخَلْوَةِ، وإن كانت المرافق في الحُجْرَةِ، جاز كالحجرتين والدارتين المتجاورتين<sup>(٣)</sup>، وحكم السفلى والعلو حُكْمُ الدار والحجرة، ثم ذكر صاحب «التهذيب» و«التتمة» وغيرهما: أنه يُشْتَرَطُ أن لا يكون ممر إحداهما على الأخرى، ويغلق ما بينهما من الباب أو يسده، وهو أحسن، ويشهد له ما ذكر الأئمة أنه لو كانت الدارُ واسعةً، ولكن لم يكن فيها إلا بيت واحد، وكان الباقي صقف لم يجز أن يساكنها، وإن كان معها مَحْرَمٌ؛ لأنها لا تتميز من السُكْنَى بموضع، فلو قال: أبني بيني وبينها حائلاً، وكان ما يبقى لها سكنى، فله ذلك، ثم إن جَعَلَ باب ما يسكنه خارجاً عن مسكنها، فلا حاجة إلى المَحْرَمِ، وإن جعله في مسكنها، لم يجز أن يسكنه إلا بشرط المَحْرَمِ، أو مَنْ فِي معناه، ومنهم مَنْ لم يشترط ألا أن تكون ممر إحداهما في الأخرى، واكتفى بأن يكون

(١) قال في الخادم ما حكاه عن الأصحاب من عدم جواز خلوة الرجلين لا يخالف ما ذكره في كتاب الحج وكتاب الصلاة لأن الذي ذكره في الصلاة أن إمامة الرجال هو أولى من إمامة النساء وليس فيه تعرض للخلوة.

(٢) في ز: أكبر.

(٣) ما ذكره في الجواز في الصورتين واشترط المحرم في الأولى دون الثانية مشكل جداً، أما الأول فلأن المحرم لا يلازمها على الدوام ولا يكون معها في أوقات الحاجات.

على الحجرة باب يُغلق، ويشهد له ما ذكر أن البيتين من الدار الكبيرة، إذا انفرد كل واحد منهما بباب<sup>(١)</sup> يُغلق، يجوز أن يسكن الزوج إحداهما، ويسكنها الآخر، كالبيتين من الخان، ووفى القاضي الروياني بالقضية الأولى، فقال: لا يجوز ذلك في البيتين من الدار؛ لأنه تحصل الخلو في المدخل والمخرج من باب الدار، وفي الخان لا تحصل الخلو.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَلَا يَجُوزُ لَهُ بَيْعُ الدَّارِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ عِدَّتُهَا بِالأَشْهُرِ فَيُخْرَجُ عَلَى بَيْعِ الدَّارِ الْمُكْرَاةِ لِأَنَّ أَحْرَ الأَقْرَاءِ وَالْحَمْلِ مَجْهُولٌ \* وَذَاتُ الأَشْهُرِ إِذَا تُوقِعَ طَرِيقَانِ حَيْضُهَا فَفِي البَيْعِ خِلَافٌ \* فَإِنْ صَحَّحْنَا فَحَاضَتْ خُرَجَ عَلَى اخْتِلَاطِ الثَّمَارِ بِالمَبْنِعِ \* وَإِنْ كَانَ المَنْزِلُ مُسْتَعَارًا أَوْ مُسْتَأْجَرًا فَعَلَى الزَّوْجِ الإِبْدَالُ عِنْدَ رُجُوعِ المُعْبِرِ وَأَنْتِهَاءِ مُدَّةِ الإِجَارَةِ \* فَإِنْ أَحْتَاجَ إِلَى الأُجْرَةِ وَأَقْلَسَ ضَارِبَتِ بِأُجْرَةِ مُدَّةِ الأَقْرَاءِ إِنْ كَانَتْ مُسْتَقِيمَةً العَادَةِ \* أَوْ الأَقْلَ إِنْ لَمْ تَسْتَقِمْ \* وَلِلْحَمْلِ إِيْتِمَامٌ تِسْعَةَ أَشْهُرٍ وَلَا يُنظَرُ إِلَى الزِّيَادَةِ \* وَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ غَائِبًا اسْتَفْرَضَ القَاضِي عَلَيْهِ \* فَإِنْ اسْتَقَلَّتْ بِذَلِكَ فَفِي رُجُوعِهَا خِلَافٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ مَسَائِلُ:

إحداها: إذا كانت تعدد بالأقراء أو وضع الحمل، لم يصح بيع الدار التي تستحق سكنها، ما لم تنقض العدة، لأن مدة الأقراء والحمل مجهولة، ولو كانت لها عادة مستقيمة في الأقراء<sup>(٢)</sup> والحمل، فلا يتعد تغير العادة، فهو كما لو باع داراً، واستثنى منفعتها مدة مجهولة، وإن كانت تعدد بالأشهر، ففي البيع طريقان:

أشهرهما، وهو المذكور في الكتاب وفي «التهذيب» واختاره السرخسي: أنه على القولين في بيع الدار المكراة؛ لتعلق حق الغير بالمنفعة مدة معلومة.

والثاني: القطع بالمنع، وبه قال صاحب «الإفصاح» والفرق أن منفعة الدار المكراة للمستأجر؛ ألا ترى أنه لو مات، كانت لورثته، والمعتدة لا تملك منفعة الدار؛ ألا ترى أنه لو ماتت كانت الدار بمنافعها للزوج، فإذا باعها، كان كمن باع داراً، واستثنى منفعتها لنفسه مدة معلومة، والظاهر فيه البطلان، هذا إذا لم يتوقع أن يطرأ الحيض في الأشهر؛ بأن كانت المرأة آيسة أو صغيرة، لم تبلغ سن احتمال الحيض، أما إذا توقع بأن كانت بنت تسع فصاعداً، فإن قلنا: لا يجوز البيع هناك، فهاهنا أولى، وإن جوزنا هناك، فهاهنا وجهان:

(١) في ز: بيان.

(٢) قال ابن الرفعة: وهذا ظاهر في الحمل، أما في الأقراء ففيه نظر لأن العادة فيها تدرم وإن اضطربت بزيادة أو نقص.



أحدهما: لا يجوز، وبه قال ابن أبي هريرة؛ لأنها قد تحيض فتصير مدة الاستحقاق مجهولة، والظاهر التسوية؛ نظراً إلى الحال، ولو نُظِرَ إلى ما يحتمل في المستقبل، لزم أن يقول إذا كانت رجعية، وهي آيسة أو صغيرة لا تحيض، لا يجوز بيع الدار في عدتها؛ لاحتمال أن يموت الزوج، وتنتقل إلى عدة الوفاة، وتزيد المدة، وإذا جوزنا البيع، فلو<sup>(١)</sup> طرأ الحيض، وانتقلت إلى الأقراء، فيخرج ذلك على اختلاف الثمار المبيعة بالثمار الجارية بعد البيع فيما لا تغلب فيه التلاحق، وفيه قولان مذكوران في موضعهما.

والظاهر: أنه لا يفسخ البيع، ولكن يثبت الخيار للمشتري<sup>(٢)</sup>.

وقوله في الكتاب «ففي البيع خلاف» فإن قلنا بالصحة فيما إذا لم يتوقع أن تحيض<sup>(٣)</sup>، وإلا، فأصل الخلاف لا يختص بما إذا توقع.

الثانية: إذا كان المنزل مستعاراً لزمته ما لم يزجج المعير، وليس للزوج نقلها إلى منزل آخر، وحكي وجه أن له نقلها في البلد الذي لا يعتاد أهله إعاره<sup>(٤)</sup> المنازل؛ كيلا تحتاج إلى تحمل منه، وإذا رجع فيه، قال صاحب «التتمة» وغيره: على الزوج أن يطلبه منه بأجرة، فإن امتنع أو طلب أكثر من أجرة المثل، فحينئذ ينقلها إلى مسكن آخر، وإذا نقلها، ثم بذل المنزل الأول مالكة ففي البذل للقاضي الرؤياني: أنه إن بذل<sup>(٥)</sup> بالإعارة، لم يلزم ردها إليه، وإن بذل بالإجارة؛ فإن كان المنقول إليه مستعاراً، وجب ردها إلى الأول، وإن كان مستأجراً، فوجهان، وإن كان المنزل الذي تعتد فيه مستأجراً، فانقضت مدة الإجارة، ولم يجدد المالك إجارة، فلا بد من نقلها، وإذا احتاج إلى النقل، فالقول في تحري<sup>(٦)</sup> أقرب المواضع على ما سبق، وإذا كانت المرأة تسكن منزل نفسها، ففي «المهذب» و«التهذيب»: أنه يلزمها أن تعتد فيه، لكن لها أن تطالبه بأجرة المسكن؛ لأن

(١) في أ: ولو.

(٢) وما أطلقه من ثبوت الخيار للمشتري لا ينبغي أن يكون على إطلاقه، والقياس تخصيصه بما إذا كانت المدة الأقراء أكثر من بقية الاعتداد بالأشهر وإلا فلا خيار له، واعلم أن هذا التخريج ذكره الإمام من تصرفه ونازعه فيه ابن الرفعة.

(٣) في ز: يختص. (٤) في ز: إعادة.

(٥) ما نقله عن المتولي أنه إذا رضي المعير بالأجرة لزم الزوج بذلها يقتضي أنه لا فرق بين أن يقدر على مسكن بلا أجرة أولاً، ويشبه أنه إذا قدر على مسكن مجاناً أو بإعادة أو وصية أو حدث له دار بشراء أو إرث وغيره ألا يلزم له بدل الأجرة، وكلام الوسيط يدل على أنه لا يلزمه بدل الأجرة إذا وجد داراً لائقة مجاناً.

(٦) في ز: يدل. (٧) في ز: يجري.

السُّكْنَى عليه، والأوَّلَى ما ذكره صاحب «الشامل» وغيره، وهو أنها إن رَضِيَتْ بالإقامة فيه بإجارة أو إعارة، جاز، وهو الأوَّلَى، وإن طلبت أن ينقلها، فلها ذلك وليس عليها بذل مسكنها بالإعارة ولا بالإجارة.

الثالثة: إذا طَلَّق امرأته، وهي في منزلٍ مملوكٍ للزوج، ثم أفلس وحَجِرَ عليه، فيبقى لها حقُّ السكنى، وتتقدم به على الغرماء، وكذا لو مات، وعليه ديون، تتقدم به على الورثة؛ لأنَّ حَقَّها متعلِّقٌ بِعَيْنِ المسكن<sup>(١)</sup> كحقِّ المكتري والمرتهن، وهل يجوز للحاكم أن يبيع رقبته فيه الخلاف الذي تقدَّم، ولو أفلس وحَجِرَ عليه أولاً ثم طَلَّقها، فتضارب الغرماء بالسُّكْنَى، وليس ذلك كذَيْن يَحْدُثُ<sup>(٢)</sup> بعد الحَجْر لا يُزَاجِمُ صاحِبَهُ الغرماء؛ لأنَّ حَقَّها، وإن كان حارثاً، فهو مستندٌ إلى سبب متقدِّم، وهو النكاح والوطء فيه، وأيضاً؛ فإنه حقُّ ثبت لها بالطلاق من غير اختيارها، فأشبه ما إذا اتَّلف المُفْلِسُ مالاً على إنسان، فإنه يزاحم الغرماء، ولو طَلَّقها، وليست هي في مسكن الزوج، فتضاربهم بالأجرة، سواء كان الطلاق قبل الحَجْر أو بعده؛ لأنَّ حَقَّها هاهنا مرسلٌ غير متعلِّق بعين، ومتى وَقَعَت الحاجة إلى المضاربة بالحِصَّة، فإن كانت ممَّن تعتد بالأشهر، فتضارب بأجرة المثل لمدة ثلاثة أشهر، وإن كانت ممَّن تعتد بالأقراء أو وضع الحمل، نُظِرَ؛ إن لم تكن لها عادةٌ في الأقراء، وفي مدة الحمل، فوجهان:

أشهرهما: أنه يُؤخَذ باليقين، فتضارب بأجرة أقل مدة يمكن انقضاء الأقراء فيها، والحامل تُضارب بأجرة ما بَقِيَ من أقل مدة الحَمْل، وهي ستة أشهر من يوم العلق؛ لأنَّ استحقاق الزيادة مشكوكٌ فيه.

والثاني: أنه توجد بالعادة الغالبة؛ لأن الظاهر كونها من جُملة الغالب، فتضارب ذات الأقراء بالغالب من مدة الأقراء، وهي ثلاثة أشهر، وفي الحامل بما بقي من مدة عادة الحَمْل، وهي تسعة أشهر، وهذا ما اختاره صاحب «الحاوي»، والوجهان كالتولين في أن المبتدأة التي لا تتميز لها ترد إلى اليقين أو [إلى]<sup>(٣)</sup> الغالب، وإن كانت لها عادةٌ سابقةٌ في الأقراء أو مدة الحمل، فتضارب بالأجرة لعادتها المعهودة، إن كانت مستقيمةً مطَّردةً، وفيه وجه: أنها لا تضارب إلا بالأقل، والظاهر الأول؛ لأنَّ الأضل والظاهر استمرارُ عادتها [و]<sup>(٤)</sup> إن كانت لها عاداتٌ مختلفةٌ، فإن راعينا العادةَ المستقيمةَ، فالنظر في المضاربة إلى الأقل من عادتها، وإلا، فالنظر إلى أقل مدة الإمكان، وفرَّق الشيخ أبو حامد وغيره بين ما نُحِن فيه؛ حيث بنينا المضاربة على الأخذ بالأقل أو بعادتها أو

(٢) في ز: يجرب.

(١) في أ: السكنى.

(٤) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

بغالب عادات النساء، ولم نَبِّن الأمر في بيع المَسْكَن على ذلك، بل قَطَعْنَا بالبطلان، إذا كَانَتْ تَعْتَدُ بالأقراء أو بوضع الحمل، بَأْنَا وَإِن أَخَذْنَا بالظاهر، فاحتمال الزيادة والثَّقْصَان قَائِمٌ، وذلك يطرق الجهل إلى المبيع؛ إذ<sup>(١)</sup> لا يَدْرِي المشتري متى يستحق المنفعة، والجهالة تمنع صحَّة البيع، وهاهنا الجهالة تقع في [صححة]<sup>(٢)</sup> القسمة، فلا تدري أن ما أَخَذَهُ كُلُّ واحد هو قَدْرُ حِصَّتِهِ أم لا، وأنها لا تمنع صحة القسمة؛ ولذلك لو قُسِّمَ مال المُفْلِس بين غرمانه، فَظَهَرَ غَرِيمٌ آخَرَ، تستأنف القسمة بَلْ يرجع على كُلِّ بالحصَّة، وإذا تَضَارَبَتْ بأجرة مدَّة، وانقَضَتِ العِدَّة على وفق تلك المضاربة، فَهَلْ يُرْجَع على المُفْلِس بالباقي<sup>(٣)</sup> من الأجرة عند يَسَارِهِ؟ حكى الشيخ أبو عليّ - رحمه الله - فيه طريقتين:

أحدهما: أنه على وجهين؛ بناء على أن المرأة إذا لم تطالب بالسكنى مدَّة، إما في النكاح أو في العِدَّة، هل تصير سكنى المدَّة الماضية ذَيْناً في ذمته؟ وهل لها مطالبته بذلك فيه خلاف نذكره في موضعه - إن شاء الله تعالى - .

وأصحُّهما: القَطْع بالرجوع، كما في الباقي من ديون الغرمان بغد المضاربة، وليس كصورة الوجهين، فإنها طلبت الكلَّ إلا أن زخمة الديون، مُنِعَتْ من التوفية، ولو انقضت العدة قَبْلَ تمامِ المُدَّة التي بُنيت عليها المَضَارِبَة، زَدَتْ الفضل على الغرمان، وفي رجوعها على الزَّوْجِ المُفْلِسِ بما تقتضيه المحاصَّة للمدة التي انقضت العِدَّة فيها - الطريقتان، ولو امتدَّت العدة، وزادت على مدة المضاربة، ففي رجوعها بحصَّة المدَّة الزائدة وجهان:

أصحُّهما: أن لها أن تزجج بها على الغرمان؛ لأنه يتبين استحقاقها الزيادة، فأشبه ما إذا ظَهَرَ غَرِيمٌ آخَرَ، ولها أن تزجج به على المُفْلِسِ إذا أيسر.

والثاني: لا ترجع على الغرمان؛ لأننا قَدَرْنَا حَقَّهَا بما أعطيناها مع تجويز استحقاق الزيادة، فلا<sup>(٤)</sup> يغير الحكم، وتخالف الغريم الذي ظَهَرَ، فإننا لم نشعر بحاله أصلاً، ويُنسب هذا إلى النَّصِّ وهو الذي صحَّحه القاضي الرُّوياني في «التجربة».

والثالث: يُفَرِّق بين الحامل والتي تعتدُّ بالأقراء، فالحامل تزجج عليهم بالزيادة، ولا ترجع ذت الأقراء، والفرق أن الحمل محسوسٌ تقوم البينة عليه، والأقراء لا تُعْرَف إلا مِن قولها، فلو مكَّئها من الرجوع، لم يأمن أن تدَّعي تباعد الحيض؛ طلباً للزيادة، وإن قلنا: لا ترجع على الغرمان، فهل ترجع على الزوج المُفْلِسِ إذا أيسر؟ فيه وجهان: أظهرهما: نعم.

(٢) سقط في ز.

(١) في ز: أو.

(٤) في أ: ولا يعتبر.

(٣) في ز: الباقي.

والثاني: لا، وقد انفصل الأمر بما جرى، قال الإمام: والخلاف في أنها هل ترجع على الغرماء فيما لم يصدّقوها أمّا إذا صدّقوها، فترجع عليهم لا محالة، قال: وفي غير صورة الإفلاس إذا مضى زمان العادة، فأدعت مزيداً وتغيّراً في العادة، فالذي يدل عليه كلام الأضحاب أنها تُصدّق، وجهاً واحداً، وعلى الزوج الإسكان، والفرق أنّ، إذا قسّمنا المال، وبيننا المضاربة على أقدار معلومة، جرى ذلك مناقضة يعسر نقضها، وهذا المعنى لا يتحقّق في حقّ الزوج، ثم أبدى فيه احتمالاً أيضاً؛ لأنّ، لو صدّقناها، فربما تتماهى في دعوها إلى سن اليأس، وفيه إجحاف بالزوج.

وإذا ضاربت بالأجرة، فتستأجر بحصّتها المنزل الذي وجبت فيه العدة، فإن تعذّر، فيجري القرب على ما تقدّم، فقال ابن الصبّاغ: وتسكن حيث شاءت فيما جاوز ما أخذت أجرته. وقوله في الكتاب «إن احتاج إلى الأجرة» لو كان بدله، فإن احتيج، كان أحسن أي ممّست الحاجة في الواقعة إلى طلب الأجرة، ويدخل فيها ما إذا طلقها، وهو محجور عليه، وما إذا طلق المحجور أو غير المحجور زوجته، وليست هي في مسكنه، [على ما بيّناه، وكذلك إذا مات، وليست في مسكنه]، وعليه ذبّون لا تفي التركة بها، فيضارب أيضاً بالأجرة، وقوله «بأجرة مدة الأقرء، إن كانت مستقيمة العادة» يعني مدة أقرائها، ويجوز إعلامه بالواو؛ للوجه الداهب إلى أنه تُبنتى المضاربة على أقلّ مدة الإمكان.

وقوله «أو الأقلّ، إن لم تستقم» يعني الأقلّ من عادتها، إن كانت عادتها مختلفة، ويجوز إعلامه أيضاً، وكذا إعلام قوله «تسعة أشهر».

فرع: ولو كانت المطلقة رجعية أو حاملاً، فتستحق النفقة مع السكنى، وتضارب الغرماء عند إفلاس الزوج بالنفقة والسكنى جميعاً، والقول في كيفية المضاربة والرجوع<sup>(١)</sup> على ما مضى، [و]<sup>(٢)</sup> يزيد هاهنا النّظر إلى أن نفقة الحامل هل تُعجل قبل الوضع، فإن قلنا: لا تُعجل، فلا يدفع إليها حصة النفقة في الحال.

الرابعة: إذا كان الزوج غائباً، فطلقها، وهي في دار بملك أو إجازة، اعتدت فيه، فإن لم يكن له مسكن، وكان له مال، فيكتري الحاكم من ماله مسكناً، تعتد فيه إن لم يجد من يتطوّع به، وإن لم يكن له مال، فيستقرض عليه، ويكتري به، فإذا رجع قضاءه، فإن أذن لها، أن تستقرض عليه، أو تكتري المسكن من ماله، ففعلت، جاز، وترجع وإن اقتصرت من ماله أو استقرضت على قرض الرجوع، ولم تستأذن الحاكم، نُظر، إن قدرت على الاستئذان، لم ترجع، وإن لم تُقدّر، ولم تُشهد، فكذلك، وإن أشهدت، فأصحّ الوجهين الرجوع، وكلّ ذلك على ما مرّ في مسألة «هرب الجمال» ونظائرها.

(١) في ز: فالرجوع.

(٢) سقط في ز.

وإذا مضت مدة العدة أو بعضها، ولم تطلّب حقّ السكنى، سقط، ولم يصّر ديناً في الذمة، نص عليه، ونص في نفقة الزوجة: أنها لا تسقط بمضي الزمان وتصير ديناً، وللأصحاب فيهما طريقتان:

أحدهما: أن فيهما قولين نقلاً وتخريجاً [لتردهما بين الديون ونفقة] القريب.

والثاني: المنع، كنفقة الأقارب.

وأظهرهما تقرير النّصين، وفرقوا بأن النفقة في مقابلة التمكين، وقد وُجد، فلا يسقط بتزكّ الطلب والسكنى؛ لتحسين مائه على موجب نظره واحتياطه، ولم يتحقّق، وعن القفال الفزق بأن السكنى؛ لكفاية الوقت، وقد مضى الوقت، والمرأة لا تملك المسكن، وإنما تملك الانتفاع به والنفقة عين تملك، وثبتت في الذمة، وذكر أن حكم الكسوة حكم السكنى، فإن الزوج لا يملكها الثوب، وإنما يمنعها به [وفي] هذا خلاف يأتي في النفقات - إن شاء الله تعالى، وحكم السكنى في صلب النكاح على ما ذكرنا في العدة، والله أعلم.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَإِنِ الْوَرَثَةُ فِي عِدَّةِ الْوَفَاةِ فَهَوَ مِنَ التَّرِكَةِ \* فَإِنِ لَمْ تَكُنْ تَرِكَةً وَرَضِيَ الْوَارِثُ بِمَقَامِهَا لَزِمَهَا الْمُلَازِمَةُ \* وَقِيلَ: إِنَّمَا يَجِبُ إِذَا كَانَ الشُّغْلُ مَوْهُومًا \* فَإِنِ لَمْ يَكُنْ فَلَيْسَ لِلْوَارِثِ تَعْيِينُ الْمَسْكَنِ عَلَيْهَا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا مَاتَ الزَّوْجُ فِي خِلَالِ الْعِدَّةِ، لَمْ يَسْقُطْ مَا اسْتَحَقَّتْهُ الْمَبْتُوتَةُ مِنَ السُّكْنَى، وَفِي كَلَامِ ابْنِ الْحَدَّادِ مَا يُوهِمُ جَعْلَهُ عَلَى الْخِلَافِ فِي أَنَّ الْمَتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا، هَلْ تَسْتَحِقُّ السُّكْنَى؟ وَلَمْ يَصْحَحْهُ الْأَثَمَةُ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - وَإِذَا لَمْ يَسْقُطْ، أَوْ قَلْنَا بِوُجُوبِ السُّكْنَى فِي عِدَّةِ الْوَفَاةِ، فَإِنِ كَانَتْ فِي مَسْكَنِ مَمْلُوكٍ لِلزَّوْجِ، لَمْ يَقْتَسِمْهُ الْوَرِثَةُ، حَتَّى تَنْقُضِي الْعِدَّةَ، كَالدَّارِ الَّتِي أُجْرَهَا جَمَاعَتُهُ مِنْ إِنْسَانٍ، وَلَوْ أَرَادُوا التَّمْيِيزَ بِخُطُوطِ تَرْسَمٍ مِنْ غَيْرِ نَقْضِ وَبْنَاءٍ، جَازَ، إِنْ جَعَلْنَا الْقِسْمَةَ إِفْرَازَ حَقٍّ، وَإِنْ جَعَلْنَاهُ بَيْعًا، فَالْحَكْمُ فِي بَيْعِ مَسْكَنِ الْعِدَّةِ عَلَى مَا مَرَّ، وَذَكَرَ وَجْهَ أَنَا: إِذَا قَلْنَا الْقِسْمَةَ إِفْرَازَ حَقٍّ، فَلَهُمْ أَنْ يَقْتَسِمُوا كَيْفَ شَاءُوا، وَإِنِ كَانَتْ فِي مَسْكَنِ مُسْتَأْجِرٍ أَوْ مُسْتَعَارٍ وَمَسَّتِ الْحَاجَةَ إِلَى الْإِنْتِقَالِ، فَعَلَى الْوَارِثِ أَنْ يَسْتَأْجِرَ لَهَا مِنَ التَّرِكَةِ؛ فَإِنِ [لَمْ] يَنْقُلِ [أَوْ] لَمْ يَكُنْ وَارِثًا، فَعَلَى السُّلْطَانِ أَنْ يَسْتَأْجِرَ مِنَ التَّرِكَةِ، فَإِنِ لَمْ تَكُنْ تَرِكَةً، فَلَيْسَ عَلَى الْوَارِثِ إِسْكَانُهَا، لَكِنْ لَوْ تَبَرَّعَ بِهِ، فَعَلَيْهَا الْإِجَابَةُ، وَإِذَا لَمْ يَتَبَرَّعْ فِي «التَّهْدِيبِ»: أَنَّهُ يُسْتَحَبُّ لِلسُّلْطَانِ أَنْ يَهِيئَهُ<sup>(١)</sup> لَهَا مَسْكَنًا مِنْ بَيْتِ الْمَالِ [لَا سِيمًا] إِذَا كَانَتْ تُزْنُ بَرِيَّةً، وَلَفْظُ

(١) فِي أ: يَهِيئُهُ.

الرويانِي في «البحر»: أن السلطان لا يلزمه أن يَكْتَرِي لها إلا عند الربية، فيلزم، وإن قلنا: لا تجب السكنى في عدة الوفاة، فالمشهور أن للورثة أن يسكنوها حيث شاؤوا، وليس لها الامتناع، وحكى صاحب الكتاب في «الوسيط» وغيره وجهين فيما إذا رضي الوارث بأن تلازم مسكن النكاح:

أظهرهما: أنه تلزمها الإجابة مُطلقاً.

والثاني: أن ذلك إنمَّا يلزم إذا توقع شغل الماء بالرحم، أما إذا لم يتوَقَّع، فإن لم يَكُنْ مدخولاً بها، فليس للوارث تعيين المسكن عليها.

وقوله في الكتاب «فإن لم تَكُنْ تركة، ورضي الوارث بمقامها، لزمها الملازمة» إلى آخره، ذكره تفریباً على وجوب السُكْنَى [في عدة الوفاة، ونقل الوجهين على القول بوجوب السكنى]<sup>(١)</sup> يكاد يكون من تفرُّدات الكتاب إن لم تكن سهو؛ وذلك لأن الأكثرين سَكَنُوا عن الخلاف فيما إذا تبرع الوارث بإسكانها، وأطلقوا القول بأنَّ عليها الإجابة على القَوْلين، وصاحب الكتاب إنما حَكَّى الوجهين في «الوسيط» و«الوسيط» تفریباً على قول عدم الوجوب، ولم يذكر خلافاً في أن للوارث أن يُسكنها على قول وجوب السكنى، ولو لم يتبرَّع الوارث بإسكانها، ملك السلطان أن يحصنها<sup>(٢)</sup> بالإسكان احتياطاً لمن تعدت منه، وفي «الوسيط» و«الوسيط»: أنه ليس للسلطان أن يعين<sup>(٣)</sup> المسكن بخلاف الوارث؛ فإنه ذو حظ في صون الماء، [و]<sup>(٤)</sup> هذا خلاف المنصوص والمشهور، وإذا لم يُسكنها الوارث والسلطان، سَكَنَتْ حيث شارت، ولو أسكنها أجنبي متبرعاً، ففي «البحر» للقاضي الروياني: أنه إذا لم تكن [المتبرع] ذا ربية، كان تبرعه كتبرُّع الوارث، فعليها أن تَسْكُنْ حيث<sup>(٥)</sup> يسكنها، وللزوج في النكاح الفاسد وللواطيء بالشبهة إسكان المعتدة والله أعلم.

فَرَعُ ومسائل من باب العدة: إذا طَلَّقَ الزَوْجُ الغائبَ أو مات، فالعدة من وقت

(١) سقط في ز.

(٢) في أ: يخصها.

(٣) في ز: تعتبر.

(٤) سقط في ز.

(٥) قال النووي: وفي هذا نظر. والله أعلم.

اعلم أن هذا الذي نقله عن الروياني سبقه إليه الماوردي في الحاوي والنظر الذي أشار إليه ضعيف، والفرق بينه وبين تبرع الأجنبي بأداء الدين أن حفظ الأنساب مطلوب فهو من ناب الحسية العامة بخلاف أداء الدين ويشهد لذلك نص الشافعي في الأم حيث قال: ولو كان المنزل لها أو لقوم فلم يخرجوها منه لم يجز أن يخرج منه حتى تنقضي عدتها فقد منع الخروج في المسكن الذي لغير الزوج، ولم ينظر للمنة في ذلك بل ألزمها المقام فيه. نعم لا يبعد تخريج خلاف من الخلاف فيما لو كان المنزل مستعاراً أن للمطلق نقلها في البلد الذي لا يعتاد أهله اعتبار المنزل على وجه ضعيف فلا يحتاج إلى تحمل المنة.

الطلاق أو الموت، لا من وقت بلوغ الخبر، وعن بغض الصحابة خلافة.

وفي فتاوى القفال: أن المعتدة بَعْدَ الطلاق لو نكحت بعد مضي قرء من عدتها، ووطئها الزوج الثاني، ثم جاء الأول ووطئها بشبهة، وفرق بينها وبين الثاني، فكما فرق يشتغل بالباقي من عدة الطلاق، وهي قرءان، ويدخل فيه قرءان من عدة وطء الشبهة، ثم تعدد عن الثاني بثلاثة أقرء، ثم بقرء لما بقي من عدة الوطاء بالشبهة.

وأنه لو مات زوج المعتدة، فقالت: قد انقضت عدتي قبل موته، لم يقبل قولها في: أنه لا تلزمها عدة الوفاة، ولا ترث بإقرارها.

وأن المعتدة، لو أسقطت مؤنة السكنى عن الزوج، لم يصح الإسقاط؛ لأن السكنى تجب يوماً يوماً، ولا يصح إسقاط ما لم يجب بعد.

وأن المنكوحة، إذا وطئت بالشبهة، وصارت في العدة، فوطئها الزوج، لم يقطع وطؤه عدة الشبهة؛ لأن وطء الزوج لا يوجب العدة، فلا يقطع العدة، كما لو وزنت المعتدة.

وذكر صاحب «التهذيب» في فتاويه أن التي لم تحض قط، إذا ولدت، تعدد بالأشهر، ولا يجعلها النفاس من ذوات الأقرء بخلاف ما لو حاضت.

## القِسْمُ الثَّالِثُ مِنَ الْكِتَابِ فِي الْإِسْتِبْرَاءِ \* وَفِيهِ فُضُولٌ

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الْأَوَّلُ) فِي قَدْرِهِ وَحُكْمِهِ وَشَرْطِهِ \* (أَمَّا الْقَدْرُ) فَقُرْءٌ وَاحِدٌ وَهِيَ حَيْضَةٌ كَامِلَةٌ وَلَا يَكْفِي بَقِيَّةُ حَيْضَةٍ \* وَقِيلَ: إِنَّهُ طَهَّرَ \* ثُمَّ فِي الْإِكْتِمَاءِ بَقِيَّةُ طَهْرٍ خِلَافَ \* وَإِنْ كَانَتْ مِنْ ذَوَاتِ الْأَشْهُرِ فَشَهْرٌ وَاحِدٌ عَلَى قَوْلٍ \* وَثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ عَلَى قَوْلٍ \* وَالْمُسْتَوْلِدَةُ إِذَا عَتَقَتْ أَسْتَبْرَأَتْ بِقُرْءِ (ح) وَاحِدٍ \* وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا فَاسْتَبْرَأَتْ بِالْوَضْعِ \* وَإِنْ كَانَ مِنَ الرُّنَا كَانَ أَنْفِصَالَهُ كَأَنْفِصَالِ الْحَيْضِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الاستبراء<sup>(١)</sup> عبارة عن التريُّص الواجب، بسبب ملك اليمين حدوثاً وزوالاً؛ خُصَّ بهذا الاسم؛ لأن هذا التريُّص مقدَّر بأقل ما يدل على البراءة من غير تكرر وتعدُّد فيه، وخص التريُّص الواجب بسبب النكاح باسم العدة اشتقاقاً من العدد؛ لما يقع فيه من التعدُّد، قاله في «التتمة»، ورتب صاحب الكتاب فقه الفضل على ثلاثة فصول:

فضل: فيما يتعلَّق بنفس الاستبراء.

وفضل: في سببه.

وفصل: فيما تصير به الأمة فراشاً.

وهذا الفضل الثالث احتيج إليه، من جهة أن أحد سببَي وجوب الاستبراء زوال الفراش عن الأمة، على ما سيأتي - إن شاء الله تعالى -، وذلك يحوج<sup>(٢)</sup> إلى معرفة أنها بِمَ تصير فراشاً.

(١) الاستبراء مأخوذ من التبري وهو التخلص وإن كان كل مصدراً إلا أن المزيد يؤخذ من المجرد ومما هو أقل منه زيادة وهو لغة الاستقصاء والبحث والكشف عن الأمر الغامض وشرعاً هو الكشف عن حال الأرحام عند انتقال الأملاك مراعاة لحفظ النسب.

وقال ابن عرفة مدة دليل براءة الرحم لا لرفع عصمة أو طلاق.

(٢) في ز: يخرج.



أما الأول، فالمستبرأة، إن كانت من ذوات الأقرء، تُستَبْرَأُ بقرءٍ واحدٍ وأما القرء المعْتَبَرُ في الاستبراء، ففيه قولان:

أحدهما، ويُنسب إلى القديم و«الإملاء»: أنه الطهر كما في العدة.

وأظهرهما، وينسب إلى الجديد: أن الاعتبار فيه بالخَيْض؛ لِمَا رُوِيَ أَنَّهُ صَلَّى (١) اللهُ وَسَلَّمَ قَالَ فِي سَبَايَا أَوْطَاسٍ: «لَا تَوَطَّأُ حَامِلٌ حَتَّى تَضَعَ؛ وَلَا حَائِلٌ حَتَّى تَحِيضَ» وتخالف العدة، فإن الأقرء يتكرَّرُ هناك، فيعرف بتخلُّل الخَيْض براءة الرَّحْمِ، وهاهنا لا يتكرَّرُ، فيعتمد الحيض الدال على البراءة، ومنهم مَنْ يذُكِرُ فِي الْمَسْأَلَةِ وَجْهَيْنِ، بَدَلًا عَنِ الْقَوْلَيْنِ، وَفِي «التَّمْتَةِ» وَجْهٌ مُفْضَلٌ، وَهُوَ أَنَّ الْإِسْتِبْرَاءَ، فِي أُمِّ الْوَلَدِ، إِذَا مَاتَ سَيِّدُهَا أَوْ أَعْتَقَهَا بِالطُّهْرِ، وَفِي الْأُمَّةِ تَمَلَّكَ، بِالخَيْضِ، وَالْفَرْقُ أَنَّ اسْتِبْرَاءَ أُمِّ الْوَلَدِ قَضَاءٌ حَقُّ السَّيِّدِ، فَيُشَبَّهُ (٢) الْعِدَّةَ الَّتِي هِيَ قَضَاءُ حَقِّ الزَّوْجِ، وَالْإِسْتِبْرَاءُ عِنْدَ حَدُوثِ الْمَلِكِ؛ لِمَعْرِفَةِ فِرَاقِ الرَّحْمِ، فَيَعْتَبَرُ مَا يَدُلُّ عَلَى الْفِرَاقِ؛ وَأَيْضًا، فَإِنَّ الْإِسْتِبْرَاءَ هُنَاكَ لِاسْتِبَاحَةِ النِّكَاحِ، كَمَا أَنَّ عِدَّةَ الْحَرَائِرِ لِاسْتِبَاحَةِ النِّكَاحِ، وَالْإِسْتِبْرَاءُ عِنْدَ حَدُوثِ الْمَلِكِ، لِيَحُلَّ الْوِطْءَ، فَيَعْتَبَرُ بِهِ مَا يَسْتَعْقِبُ الْوِطْءَ، وَهُوَ الْخَيْضُ، وَأَمَّا الطُّهْرُ، فَإِنَّهُ يَسْتَعْقِبُ الْحَيْضَ، فَزَمَانَ الْخَيْضِ كَزَمَانَ الْإِسْتِبْرَاءِ فِي تَحْرِيمِ الْوِطْءِ، وَغَيَّرَ صَاحِبُ «الْحَاوِي» عَنِ الْخِلَافِ فِي الْمَسْأَلَةِ بِعِبَارَةٍ أُخْرَى، فَقَالَ: الْمَقْصُودُ فِي الْإِسْتِبْرَاءِ الْحَيْضَ، وَالطُّهْرُ تَبَعٌ، أَوْ الطُّهْرُ وَالْحَيْضُ تَبَعٌ أَوْ هُمَا جَمِيعًا مَقْصُودَانِ؟ فِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهٌ:

أحدهما: أن المقصود الطهر، والخَيْضُ تَبَعٌ، كما في العدة.

والثاني: أن المقصود الخَيْضُ، والطُّهْرُ تَبَعٌ، بخلاف العدة؛ لِمَا مَرَّ.

والثالث: أنهما جميعاً مقصودان، فإذا قلنا: إن القرء الطهر، فلو صادف سبب وجوب الاستبراء آخَرَ الخَيْضِ، كان الطهر الكامل بعده استبراءً، لكن يكفي ظُهُورُ الدَّمِ، أَوْ يُعْتَبَرُ مُضِيُّ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ؟ فِيهِ مَثَلُ الْخِلَافِ السَّابِقِ فِي الْعِدَّةِ. وَحَكِي وَجْهٌ: أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ مِضِيِّ حَيْضَةٍ كَامِلَةٍ بَعْدَ ذَلِكَ الطُّهْرِ، وَهَذَا بَعِيدٌ فِيمَا ذَكَرَ صَاحِبُ الْكِتَابِ وَغَيْرُهُ - رَحِمَهُمُ اللهُ -، وَذَكَرَ الْقَاضِي الرُّوْيَانِيُّ: أَنَّهُ الْأَطْهَرُ، [وَأَنَّهُ] الْأَقْيَسُ، وَاخْتِيَارُ الْقَفَّالِ خِلَافُهُ.

ولو وُجِدَ سَبَبُ الْإِسْتِبْرَاءِ، وَهِيَ طَاهِرٌ، فَهَلْ يَكْفِي بِبَقِيَّةِ الطُّهْرِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أحدهما: نَعَمْ، وَتَعْتَدُ بِهِ طَهْرًا، كَمَا تَعْتَدُ بِهِ فِي الْعِدَّةِ، وَهَذَا مَا رَجَّحَهُ فِي «الْبَسِيطِ»، وَحَكَاهُ أَقْضَى الْقَضَاةِ الْمَاوَرِدِيِّ - رَحِمَهُ اللهُ - عَنِ الْبَغْدَادِيِّينَ (٣) (٤)

(١) تقدم في الحيض.

(٢) في ز: فشيبه.

(٣) في ز: عند.

(٤) في ز: في.

الأصحاب - رحمهم الله - والثاني، وهو المذكور في «التهذيب»، ونسبه الماوردي إلى البصريين<sup>(١)</sup> أنه لا يكفي به، ولا ينقضي الاستبراء حتى تحيض ثم تطهر، ويخالف العدة، فإن فيها عدداً، فجاز أن يعبر بلفظ الجمع عن اثنين وبغض الثالث، ولا يجيء الوجه الذي ذكر في اشتراط حيضة كاملة بعد الطهر هاهنا؛ لأن [في] الحيضة السابقة عليها ما يكفي به دلالة.

وإن قلنا: إن الاعتبار بالحيض، فلا يكفي بغض الحيض، بل يعتبر حيضة كاملة حتى لو كانت حائضاً عند وجوب الاستبراء، لم ينقض الاستبراء، حتى تطهر وتحيض حيضة أخرى؛ لما روي أنه - عليه السلام<sup>(٢)</sup> - قال في سبأيا أوطاس؛ «ولأحائيل حتى تحيض» ويخالف بقية الطهر، حيث يعتد بها طهراً في العدة، وفي الاستبراء على رأي؛ لأن بقية الحيض [حتم]<sup>(٣)</sup> يستعقب الطهر الذي لا دلالة فيه على البراءة، وعن مالك: أنه إن وجب الاستبراء في أول الدم، حُسب الباقي، [قرء] وإن وجب في آخره، لم يُحسب، وذات الأقراء إذا تباعدت حيضتها، فحُكمتها حكم المعتدة، وإن كانت المستبرأة من ذوات الأشهر، فقولان:

أحدهما: أنها تُستبرأ بشهر واحد، بدلاً عن قرء.

والثاني: بثلاثة أشهر، لأن الماء لا يظهر أثره في الرحم قبل مضي ثلاثة أشهر، فهي أقل مدة تدل على براءة الرحم، وهذا أزجح عند جماعة؛ منهم صاحب «المهذب»، والأصح عند المُعظم [الأول]، وإن كانت حاملاً، فإذا زال الفراش عن أمت أو مستولدتها، وهي حامل، فاستبرأها بالوضع، وإذا ملك جارية، فقد أطلق صاحب «التتمة» أن الحكم كذلك، إن كان الحمل ثابت النسب من زوج أو وطء شبهة، والأقوم أن يُفصل، ويقال: إن ملك الأمة بالسني<sup>(٤)</sup>، حصل استبرأؤها بالوضع، وإن ملك بالشراء، فهي كالحرّة، فإن كانت حاملاً من زوج، وهي في نكاحه أو عدته أو من وطء شبهة، معتدة هي ذلك الوطاء فالمشهور على ما سيأتي أنه لا استبراء في الحال، وفي وجوبه بعد انقضاء العدة خلاف، وإذا كان كذلك، لم يكن الاستبراء حاصلًا بالوضع؛ لأنه إما غير واجب أو مؤخر عن الوضع، وقال في «التهذيب»: هل يخرج عن

(١) وما حكاه الماوردي فيه إخلال. أما ما عراه للبغداديين فإنه يقتضي الاكتفاء ببقية الطهر، وليس كذلك بل صرح الماوردي عنهم بأنه لا بد أن يضم إليه حيضة كاملة ليعرف بها براءة الرحم ببقية الطهر، ولا يكفي برؤية الدم أو يوم وليلة هنا قطعاً، لأن بعض الطهر ليس قرءاً على الحقيقة فقوي بالحيضة الكاملة بعده، وجرى عليه الشيخ نصر المقدس في التهذيب وصاحب الذخائر وغيرهما.

(٢) تقدم.

(٣) سقط في ز.

(٤) في ز: بالشيء.

الاستبراء، إذا وضعت الحمل؟ فيه قولان:

أحدهما: نَعَمْ، كالمملوكة بالسبي.

والثاني: لا، كما أن العدة لا تنقضي بالوَضْع، إذا كان الحمل من غير صاحب العدة، بخلاف المملوكة بالسبي، فإن حَمَلَهَا من كافر، فلا يكون له من الحرمة ما يمنع انقضاء الاستبراء، هذا لَفْظُهُ في المسألة.

وإن كان الحَمَلُ مِنْ زِنَا، ففي حُصُولِ الاستبراء بَوَضْعِهِ، حيث يَحْصُلُ بوضع ثابتِ النَّسَبِ وجهان:

أحدهما، وهو الذي أورده أبو الفرج السرخسي: أنه لا يَحْصُلُ كما لا تنقضي العدة بوضع الحمل مِنْ الزنا، وأيضاً، فاشتغال الرَّجْمِ بماء الزنا لا يوجب منعاً، فالفراغ منه لا يُفِيدُ جِلاً.

وأصحُّهما، على ما ذكر أبو سعد المتولي، وهو الذي أورده في الكتاب: أنه يَحْصُلُ<sup>(١)</sup> لإطلاق [الخبر]<sup>(٢)</sup> حيث قال: «لَا تُوطَأُ حَامِلٌ حَتَّى تَضَعَ»، ولأن المَقْصُود براءة الرَّجْمِ، وانفصال الولد أدلُّ على البراءة من انفصال دَمِ الحيض، وليس الاستبراء كالعدة، فإنها مخصوصة بالتأكيد؛ ألا تَرَى أنه يُشْتَرَطُ فِيهَا العَدَدُ، ولا يشترط في الاستبراء، وعن القاضي الحُسَيْنِ تقريبُ هذا الخِلافِ من الخِلافِ في أن استبراء ذات الأقرء بالحيض أو الطُّهر؟

إن اعتبرنا الطُّهر لم يَحْصُلِ الاستبراء، وإن اعتبرنا الحيض. فالنَّظَرُ إلى ما تُعْرَفُ به البراءة، والحمل من الزنا يُعْرَفُ، بوضعه البراءة، وإذا قلنا: لا تَحْصُلُ البراءة، فلو كانت ترى الدَّمُ على الحبل، وجعلناه حيضاً، فيحصل الاستبراء بحيضة على الحبل في أصحِّ الوجهين، وإن لم نجعله حيضاً أو كانت لا تَرَى الدم، فاستبراؤها بحيضة بَعْدَ الوَضْعِ، ولو ارتابت بالحَمَلِ إما في مدة الاستبراء أو بعدها، فعلى ما ذَكَرْنَا في العِدَّةِ.

وقوله في الكتاب «أما القَدْرُ فقرء واحد» يجوز أن يُعَلِّمَ بالواو؛ ولأنه قدر مُطْلَقِ الاستبراء به، وعند أبي حنيفة: المستولدة تستبرأ بثلاثة أقرء أو ثلاثة أشهر،

(١) والتصريح بالتصحيح هو ظاهر إيراد الرافعي لكنه لم يصرح به، وبه جزم الماوردي وغيره بل هو ظاهر نص الأم حيث قال: ولا يحل له الوطء إلا بوضع جميع حملها إذا كان حملها من غير سيدها وغير زوج إلا زوج قد طلق الحيض حتى تعيد ما تركته من الصلاة، وإن ظننا أن سبب انجاس الدم العلوق فالحكم منوط بمقدار الدم وأسباب الانجاس مغيبة لا تحيط العلوم بها. انتهى. قاله في الخادم.

(٢) في ز: العدد.

(٢) سقط في ز.

ويجوز أن يُعَلَّم قوله «فَشَهْرٌ وَاحِدٌ» على ذلك القول أيضاً.

وقوله «والمستولدة إذا عَتَمَتِ استبرأت أن يَفْرَزَ وَاجِدٌ» أحق بهذه العلامة، وليس إلى ذكر المستولدة كبيرُ حاجةٍ في هذا المَوْضِعِ، والمسألةُ معادةٌ مِنْ بعد، والله أعلم.

قَالَ الْعَزَائِي: (أَمَّا حُكْمُهُ) فَهُوَ تَحْرِيمُ الْأَسْتِمْتَاعِ إِلَّا فِي الْمَسْبِيَةِ فَإِنَّهُ لَا يَحْرُمُ إِلَّا وَطُوعًا \* وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ أَنَّهُ يَحْرُمُ الْأَسْتِمْتَاعُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: ليس الذي ذَكَرَهُ مِنْ حُكْمِ الاستبراء، وَمِنْ الشَّرْطِ بَعْدَهُ، حُكْمًا، وَشَرْطًا الْمُطْلَقِ الاستبراء، بل هما مخصوصان بأحدِ نَوْعِي الاستبراء، وهو الاستبراء بِحُدُوثِ الْمَلِكِ، فكان الأحسن في الترتيب بعد ذِكْرِ قَدْرِ الاستبراء: أن يَذْكَرَ سَبَبِي الاستبراء، وَيُودِعَ هذا الحُكْمَ والشَّرْطَ في النَّوعِ الذي يَخْتَصُّانِ بِهِ الفقه مَنْ مَلَكَ أُمَّةً، لم يَجُزْ له أن يطأها، حتى ينقضي زمان الاستبراء؛ للحديث الذي سبق، وكما لا يجوز الوطء، لا يجوز سائر الاستمتاع، كاللمس والقُبلة والنَّظَرُ بالشهوة<sup>(١)</sup>، إن مَلَكَهَا بغيرِ السَّبِي؛ لأنها قد تكون حاملاً من سيدها أو من وطء شبهة، فَتَكُونُ أُمَّ وَلِدٍ لغيره، ويتبين أنه لم يَمْلِكْهَا، وإن مَلَكَهَا بالسَّبِي، فوجهان:

أحدهما: أنه يَحْرُمُ كما في غيرِ الْمَسْبِيَةِ، وأيضاً، فإن هذه الاستمتاعات تدعو إلى الوطء المحرَّم.

وأظهرهما: الحِلُّ؛ لما رُوِيَ عن ابن عمر أنه قال: «وَقَعَتْ فِي سَهْمِي جَارِيَةٌ مِنْ سَبِي جَلُولَاءَ، فَتَنَزَّرْتُ إِلَيْهَا، فَإِذَا عُنُقُهَا مِثْلُ إِبْرِيْقِ الْفِضَّةِ، فَلَمْ أَتَمَلَّكْ أَنْ وَثَبَتْ عَلَيْهَا فَقَبَّلْتُهَا، وَالنَّاسُ يَنْظُرُونَ، وَلَمْ يَنْكِرْ عَلَيَّ أَحَدٌ» وتفارق الْمَسْبِيَةَ غَيْرَهَا، لأن غايتها أن تكون مستولدة حزبي، وذلك لا يمنع المَلِكِ، بل هي والولد يُمَلِكَانِ بالسَّبِي، وإنما حَرَّمَ الوطء صيانةً لِمَانِهِ لئلا يَخْتَلِطَ بِماءِ حَرَبِي، لا لِحُزْمَةِ مالِ الحزبي، وإذا قُلْنَا بتحریم سائر الاستمتاعات، فإذا طَهَّرَتْ مِنَ الْحَيْضِ، حل سائر الاستمتاعات، ويبقى تحريم الوطء إلى أن تَغْتَسِلَ، وفيه وجهٌ يمتد تخريمها إلى أن يحل الوطء.

قَالَ الْعَزَائِي: (وَأَمَّا شَرْطُهُ) فَأَنْ يَقَعَ بَعْدَ حُصُولِ مِلْكٍ لَازِمٍ وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَقَعَ قَبْلَ قَبْضِ الْمُشْتَرَاةِ \* وَلَا يَجُوزُ فِي الْهَبَةِ قَبْلَ الْقَبْضِ \* وَيَجُوزُ فِي الْوَصِيَّةِ وَلَكِنْ بَعْدَ الْقَبُولِ وَمَوْتِ الْمُوصِي \* وَلَا يَجُوزُ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ إِنْ قُلْنَا: الْمَلِكُ لِلْبَائِعِ \* وَإِنْ قُلْنَا:

(١) تقييده النظر بالشهوة يفيد أنه مجرد النظر لا يمنع وكلام الرافعي والجمهور دال على جوازه ولهذا جاز النظر إلى أمة الغير بغير شهوة وإلا لم يكن تخصيص المنع بالنظر بشهوة معنى وأطلق ابن القطن في فروعه تحريم النظر ولعله محمول على ما إذا كان بشهوة.

إِنَّهُ لِلْمُشْتَرِي فَهُوَ كَمَا قَبْلَ الْقَبْضِ وَأَضْعَفُ \* وَلَوْ كَانَتْ مَجُوسِيَّةً أَوْ مُرْتَدَّةً فَأَسْلَمَتْ بَعْدَ  
 أَنْقِضَاءِ حَيْضَةِ بَعْدِ الْمَلِكِ فَفِيهِ خِلَافٌ لِعَدَمِ مَطْنَةِ الْأَسْتِخْلَالِ \* وَلَوْ تَعَدَى بِوَطْئِهَا قَبْلَ  
 الْأَسْتِثْبَاءِ لَمْ يَنْقَطِعِ الْأَسْتِثْبَاءُ \* فَإِنْ أَحْبَلَهَا وَهِيَ حَائِضٌ حَلَّتْ لِتَمَامِ الْحَيْضِ بِسَبَبِ  
 أَنْقِطَاعِهِ بِالْحَمْلِ .

قَالَ الرَّافِعِيُّ: وجوب الاستبراء لا يمنع الملك عن إثبات اليد على الجارية، بل هو مؤتمن فيه من جهة الشرع، ويدل عليه أنه لم يمنع سبايا أوطاس من الذين وقعن في سهامهم، وعن مالك أن الجارية المشتراة<sup>(١)</sup> إن كانت حسناء، فتوضع مدة الاستبراء في يد عدل، وإن كانت قبيحة، فيستبرئها المشتري عنده، ويؤزى أن البائع يمسكها، ثم في الفصل مسائل:

إحداها: ما يخصل به الاستبراء، لو وقع بعد الملك، وقبل القبض، هل يعتد به؟ يُنظر؛ إن ملك الجارية بالإرث، فيعتد به؛ لأن الملك بالإرث متأكد نازل منزلة المقبوض، وإن لم يحصل القبض حساً؛ ألا ترى أنه يصح بيعه، وإن ملكها بالشراء فوجهان:

أحدهما: لا يعتد به، لعدم استقرار الملك.

وأصحهما: وهو اختيار القاضي أبي الطيب والرويانى: الاعتداد؛ لأن الملك تام لازم، فأشبه ما بعد القبض قال في «التتمة»: وأصل المسألة أن المبيع إذا هلك قبل القبض، يرتفع العقد من أصله أم لا؟ وفيه خلاف ذكر في موضعه، وإن ملكه بالهبة، لم يعتد؛ لما يقع قبل القبض؛ لتوقف الملك على القبض، وفي الوصية: لا اعتداد بما يقع قبل القبول، ويعتد بما يقع بعده<sup>(٢)</sup> وقبل القبض لتتمام الملك واستقراره، وأشار إلى القطع به مشيرون وقالوا: لا أثر للقبض في الوصية، وأجرى صاحب «التهذيب» - رحمه الله - فيها الخلاف المذكور في الشراء، ويجوز أن يُعلم لذلك قوله في الكتاب «ويجوز في الوصية».

(١) في أ: المتبرأة.

(٢) قضيته أنه لا يعتد بالاستبراء الواقع بعد الملك، وقيل: القبض جزماً إلا في الإرث خاصة وبه صرح البندنجي فقال: كل من استبرأت قبل قبضها لم يقع الاستبراء موقعه في جميع جهات الملك إلا في مسألة واحدة وهي ما إذا ملكها ميراثاً فاستبرأت قبل قبضها وقع الاستبراء موقعه. انتهى. والظاهر أن كل ملك مستر حصل بغير معاوضة كالإرث في ذلك وهو ما ذهب إليه الأكثرون كما قاله في الكفارة، ومنها: ما لو رجع في هبته لولده بعد إقباضه ثم حصل استبراء بعد رجوعه وقبل قبضه ولم أره صريحاً. قاله في الخادم.

وقوله «ولكن بَعْدَ الْقَبُولِ، وموت الموصي» لو لم يَتَعَرَّضْ لموت الموصي؛ لَحَصَلَ الغرض، فإن القبول المعتد به ما يَقَعُ بَعْدَ الموت.

الثانية: إذا وَقَعَ الحيض أو وضع الحمل في زَمَانِ الخيارِ المَشْرُوطِ في الشرى، ففي حصول الاستبراء به على الخلاف في المِلْكِ، إن قلنا: إن المِلْكِ للبايع لم يَحْصُلْ، فإذا طَهَّرت من النفاس، وطَعَنت في الحيض، انقضى الاستبراء، إن قلنا: إن الاستبراء بالطَّهْرِ، وإن قلنا: إنه بِالْحَيْضِ، فإنما يَنْقُضِي إذا تَمَّتِ الحيضة، وإن قلنا: إنَّ المِلْكِ للمشتري أو قلنا بالوقف، فوجهان عن أبي إسحاق:

أحدهما: يحصل الاستبراء؛ لو وَقَعَهُ في المِلْكِ، وإمكانُ الفسخ لا يمنع الاعتداد به، كما لو كان بها عَيْبٌ.

أظهرهما: المنع؛ لأن المِلْكِ في زمان الخيار غير لازم، بخلاف ما قبل القبض، وعن صاحب الكتاب: تخصيص الوجهين بما إذا حَاصَتْ في زمان الخيار، والقطع بحصول الاستبراء إذا وضعت الحمل؛ لأن الاستبراء بالوضع أقوى من الاستبراء بالأقراء.

الثالثة: لو اشترى مجوسية أو مرتدة فَمَرَّتْ بها حيضة أو وضعت الحنل، ثم أسلَمَتْ، فوجهان:

أحدهما: أنه يعتد بما جرى في الكفر؛ لوقوعه في المِلْكِ المستقر.

وأظهرهما: المنع، ووجوب الاستبراء بَعْدَ الإسلام؛ لأن الاستبراء استباحة الاستمتاع، وإنما يُعْتَدُ بما يستعقب حل الاستمتاع، وربما بُنِيَ الوجهان على أن المَوْجِبَ للاستبراء حدوث المِلْكِ أو حدوثُ حِلِّ الاستمتاع، وهذا أضلُّ سيأتي - إن شاء الله تعالى -.

وإذا اشترى العبدُ المأذونُ جاريةً، فللسيد وطؤها بعد الاستبراء، إن لم يكن هناك دين، فإن كان هناك دينٌ للغرماء، لم يكن له وطؤها؛ لثلاثيها، فيبطل حق الغرماء، فإذا انفكت عن الديون بقضاء أو إبراء، وقد جرى ما يَحْصُلُ به الاستبراء قبل<sup>(١)</sup> الانفكاك فيحسب ذلك، أم يُشترط وقوع الاستبراء بَعْدَ الانفكاك؟ فيه وجهان، كما في مسألة المَجُوسِيَّةِ، وبالثاني أجاب العراقيون، وذكر في «الشامل»: أنه لو اشترى جاريةً ورهنها قبل الاستبراء، ثم انفك الرهن، يستبرئها، ولا يُعْتَدُ بما جرى، وهي مرهونة، وغلظه القاضي الرُّويَانِيُّ فيه.

(١) في ز: بعد.

الرابعة: لو وطئها قبل الاستبراء، فَقَدْ تَعَدَّى وَأَيْمٌ، وكذا لو استمتعَ بها، إن حَزَمْنَاهُ، ولا ينقطع الاستبراء، قال في «التتمة»: لأن قيام المَلِكِ لم يمنع الاختِسَابَ، وكذا المعاشرة بِخِلَافِ العِدَّةِ، ولو أحبلها بالوطء الواقع في الحَيْضِ، وانقطع الدم، حَلَّتْ لَهُ؛ لتمام الحيضة، وإن كانت طَاهِرًا عِنْدَ الإِحْبَالِ، لم يَنْقُضِ الاستبراء حَتَّى تَضَعِ الحملَ هذا لفظ «الوسيط»<sup>(١)</sup>.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الْفَضْلُ الثَّانِي فِي السَّبَبِ) وَهُوَ اثْنَانِ: (الْأَوَّلُ): حُصُولُ الْمَلِكِ بِإِزْثٍ أَوْ هَبَةٍ أَوْ بَيْعٍ أَوْ فَنَسَخٍ (ح) أَوْ إِقَالَةٍ (ح) \* وَإِنْ كَانَ الْأَنْتِقَالَ مِنْ أَمْرَاءٍ أَوْ صَبِيٍّ وَجَبَ أَيْضًا \* وَيَجِبُ فِي الْبِكْرِ (و) وَالصَّغِيرَةِ (م) وَالْأَيْسَةِ \* وَلَا يُجْزَى اسْتِبْرَاؤُهَا قَبْلَ الْبَيْعِ \* وَيَجِبُ (ح) اسْتِبْرَاءُ الْمُكَاتِبَةِ إِذَا عَادَتْ إِلَى الرَّقِّ بِالْعَجْزِ \* وَلَا أَثَرَ لِتَحْرِيمِ الصُّومِ وَالرَّهْنِ \* أَمَّا زَوَالُ تَحْرِيمِ الرِّدَّةِ وَالْإِحْرَامِ فَفِيهِ خِلَافٌ \* وَكَذَا فِي زَوَالِ تَحْرِيمِ التَّزْوِيجِ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الْمَسِيسِ \* وَلَوْ بَاعَ بِشَرْطِ الْخِيَارِ فَعَادَتْ إِلَيْهِ بِالْفَسْخِ فَيَجِبُ الْاسْتِبْرَاءُ إِنْ قُلْنَا بِزَوَالِ مَلِكِهِ أَوْ بِتَحْرِيمِ الْوَطْءِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لَوْ جُوبِ اسْتِبْرَاءُ سَبِيَانِ:

أحدهما: حصول المَلِكِ، فمن مَلِكٍ جاريةً بإِزْثٍ أَوْ أَتْهَابٍ أَوْ ابْتِيَاعٍ أَوْ قَبُولِ وصيةٍ أَوْ سَبِيٍّ، لزمه الاستبراء، وكذا لو عاد المَلِكُ فيها بعد الزوال بالرد بالعيب في التحالف أو بالإقالة أو خيار الرؤية أو الرجوع في الهبة، يلزم الاستبراء، وخالف أبو حنيفة إن جَرَتْ قَبْلَ الْقَبْضِ فِي الرَّدِّ بِالْعَيْبِ وَخِيَارِ الرُّوْيَةِ وَالرَّجُوعِ فِي الْهَبَةِ، وَقَاسَ الْأَصْحَابُ مَا خَالَفَ فِيهِ عَلَى مَا وَافَقَ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْإِنْتِقَالَ مِمَّنْ يُتَصَوَّرُ اسْتِغْثَالُ الرَّحْمِ بِمَائِهِ أَوْ مِمَّنْ لَا يُتَصَوَّرُ، كَامْرَأَةٍ وَصَبِيٍّ وَنَحْوَهُمَا، وَلَا بَيْنَ أَنْ تَكُونَ الْجَارِيَةُ صَغِيرَةً أَوْ أَيْسَةً أَوْ غَيْرَهُمَا، وَلَا بَيْنَ الْبِكْرِ وَالثَّيْبِ، وَلَا بَيْنَ أَنْ يَسْتَبْرَأَهَا الْبَائِعُ قَبْلَ الْبَيْعِ أَوْ لَا يَسْتَبْرَأَهَا.

وعن مالك أنها إن كانت ممن توطأ قبل ملكها، وَجَبَ اسْتِبْرَاءُ، وَإِلَّا، لَمْ يَجِبْ، وَعَنْهُ أَنَّهُ يَجِبُ اسْتِبْرَاءُ فِي الشَّرِيعَةِ دُونَ الدُّنْيَا، وَفِي أَمَالِي أَبِي الْفَرَجِ

(١) ومعنى قوله «لتمام الحيضة» أنه لا بد من مضي يوم وليلة وإلا فلا، وأصل هذا قول الإمام إذا وطئها حائضاً فعلقت فإن كان قد مضى من الحيض يوم وليلة فالذي نراه أن الاستبراء قد تم، وإن غلب على الظن أن الحيض انقطع بسبب العلوق وإذا كان الذي قد مضى حيض تام فلا نظر إلى السبب الموجب لإيقاعه. وفائدة هذا أنه يجوز له وطؤها في زمن الحمل، وأما عرض الوطء والعلوق قبل مضي يوم وليلة وانقطع الدم بسبب العلوق فيما يظهر لم تعتد بما مضى من الدم وخرج ذلك عن حكم المدخول بها فكذا هنا، لكن صرح الإمام بخلافه.

السرخسيّ تخريجٌ عن ابن سُرَيْجٍ في البِكر: أنه لا يجب<sup>(١)</sup> الاستبراء، وعن المزنيّ في «مختصر المختصر»: أنه إنما يجب الاستبراء، إذا كانت الجارية موطوءة أو حاملاً قال القاضي الروياني: وأنا أميل إلى هذا، واحتج الشافعيّ - رضي الله عنه - بإطلاق الخبر في سبأيا أو طاس مع حصول العَلم بأنه كان منهم أباكار وعجائز، ويجوز أن يُعلم؛ لما روينا لفظ «الفسخ» «والإقالة» بالحاء، ولفظ «البكر» بالواو، ولفظ «الصغيرة» بالميم.

ولا يجب على بائع الجارية استبراؤها، سواء وطئها أو لم يطأها، لكن يُستحبُ إن وطئها؛ ليكون على بصيرة عند البيع، ولو أقرض جارية لا تحلُّ للمستقرض، ثم استردّها قبل أن يتصرف المستقرض فيها، وجب على المقرض الاستبراء، إن قلنا: إن القرض يُملك بالقبض، وإن قلنا: يملك بالتصرف، ولم يجب.

ثم الفضل يشتمل على صور:

إحداها: «لو كاتب جاريته، ثم فسخت الكتابة أو عجزها السيد، لزمه الاستبراء؛ لأنه زال ملك الاستمتاع بها، وصارت إلى حالة، لو وطئها استحققت المهر، ثم عاد الملك، فأشبه ما لو باعها ثم اشتراها، وقال أبو حنيفة: لا يجب الاستبراء».

الثانية: إذا حرّمت على السيد بصوم أو صلاة أو اعتكاف أو حيض أو نفاس، ثم حلت بارتفاع هذه المعاني، لا يجب الاستبراء؛ لأنه لا حَلُّ في الملك، وإنما حرّمت بهذه العوارض، وكذا لو حرّمت عليه بالرهن، ثم انفك الرهن، لأن ملك الاستمتاع باقٍ، وإنما راعينا<sup>(٢)</sup> جانب المرتهن؛ ألا ترى أنه يجوز له القُبلة والنظر بالشهوة، وأنه لو أذن المرتهن في الوطاء، حلّ.

الثالثة: لو ارتدت جاريته، ثم أسلمت، هل يجب على السيد الاستبراء؟ فيه وجهان:

أصحهما: نعم؛ لأنه زال ملك الاستمتاع ثم عاد، وقال في «التهذيب»: الوجهان مبنيان على الوجهين فيما إذا اشترى مرتدة ثم أسلمت، هل يحسب حيضها في زمان الردة عن الاستبراء؟ إن قلنا: يُحسب، لم يجب الاستبراء هاهنا، وإلا وجب ولو ارتد

(١) وحكاه في النهاية عن صاحب التقريب قال: لكنه خصه بالمسبية وهو مطرح من نفسه فلا اعتداد به انتهى.

وفي محاسن الشريعة للقفال نفي الخلاف فيه فإنه قال: ولا يختلف عند أصحابنا حكم الاستبراء لمن ملك أمة بأي وجوه الملك كان من بيع أو هبة أو غيرها ولا فيمن وقع الملك في رجل أو امرأة ولا في بكر أو ثيب.

(٢) في ز: راتبنا.



السيد، ثم عاد إلى الإسلام، فإن قلنا بزوال المَلِك بالردة، فعَلَيْهِ الاستبراء لا محالة، وإلا، فوجهان، كما في رَدَّة الأُمَّة، والأصْحُحُ الرَّجُوب، وعند أبي حنيفة: لا يجب في وِدَّتْهَا، ولا في رَدَّتِهِ.

ولو أحرمت، ثم تحللت، حكى صاحب الكتاب، وأبو سعد المتولي - رحمهما الله - في وجوب الاستبراء الخِلافَ المذكور في الرَدَّة؛ لأن الإحرامَ سببٌ يتأكد التحريم به. والظاهر الذي أورده الجمهور: أنه لا يجب، كما في التحريم بالصُّوم والاعتكاف، ولو زوج أمته، فطَلَّقها زوجها قَبْلَ الدخول، فهل على السيد الاستبراء؟ فيه قولان: أحدهما، وبه قال أبو حنيفة: لا؛ لأن المَلِك لم يَزَلْ.

والآخر: نَعَمْ؛ لأنَّ مَلِك الاستمتاع زال ثم عاد وسنعيد هذه الصورة والقولين في موضعين من بَعْدُ.

الرابعة: إذا باع جاريةً بشرط الخيار، ثم عادت إليه بالفسخ أو عادت بالفسخ في مجلس العقد، ففي «البيسط» و«الوسيط»: أنا إن قلنا: إنَّ مَلِك البائع لم يَزَلْ، لم يجب الاستبراء، وإن قلنا بزوال ملكه، يبنني على أنه هلَّ يحل له الوطء؛ لتضمُّنه الفسخ؟ إن قلنا: لا يحلُّ، فيجب الاستبراء، وإن قلنا: يحلُّ، فيجوز أن يقال: يجب؛ لتجدد المَلِك، ويجوز أن يقال: لا يجب لإطراد حلِّ الاستمتاع، وقد حكينا في البيع وجهاً: أنه يحرم الوطء، وإن قلنا بعدم زوال الملك؛ لأنه مَلِكٌ ضعيف، فيجزيء على ذلك الوجه أن يقال بوجوب الاستبراء، وإن لم يزل المَلِك؛ لَعَوْد الحل بغد زواله، وهذا طريقٌ قد أورده صاحب «التتمة» - رحمه الله -.

والظاهر: حلُّ الوطء إن قلنا ببقاء المَلِك، وتحريمه إن قلنا بزواله، فتخرج منه الفتوى: أنه لا يجب الاستبراء إن قلنا ببقاء الملك، وأنه يجب إن قلنا بزواله، وهذا ما اقتصر على إيراد صاحب «التهديب».

وقوله في الكتاب: «إن قلنا بزوال ملكه أو بتحريم الوطء» هكذا يوجد في النسخ<sup>(١)</sup>، لكنه لا يوافق ما في «البيسط» و«الوسيط»؛ لأن المفهوم منه إن قلنا بزوال المَلِك أو قلنا بتحريم الوطء، وإن لم يَزَلْ المَلِك، وهو لم يُورِذ فيما إذا لم يزل الملك إلا أنه لا يجب الاستبراء، ولو قرئ «إن قلنا بزوال ملكه، وتحريم الوطء» بالواو وافق ما في الكتابين، فتدبر، والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ أَشْتَرَى زَوْجَتَهُ وَجَبَ الْأَسْتِبْرَاءُ عَلَى وَجْهِ لِتَبَدُّلِ جِهَةِ الْحَلِّ

(١) في ز: الفسخ.

وَتَجَدُّدِ الْمَلِكِ \* وَلَوْ اشْتَرَى مُعْتَدَّةً أَوْ مُزَوَّجَةً اسْتَبْرَأَهَا بَعْدَ الْعِدَّةِ أَوْ الطَّلَاقِ \* وَقِيلَ: إِذَا لَمْ يَجِبْ عِنْدَ التَّمَلُّكِ فَلَا يَجِبُ بَعْدَهُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ مَسْأَلَتَانِ:

إحدهما: إذا اشترى زوجته الأمة وانفسخ النكاح، فهل يجب الاستبراء أم يدوم حل الوطء؟ فيه وجهان:

أظهرهما، ويحكى عن النُّصِّ: أنه يدوم الحِلُّ، ولا يجب الاستبراء، لكن يُسْتَحَبُّ<sup>(١)</sup>، أما أنه لا يجب، فلأنها كانت حلالاً، فإذا لم يتجدد الحِلُّ، فلا حاجة إلى الاستبراء؛ ولأن الاستبراء ليحفظ المياه عن الاختلاط والماءان له، وأما أنه يُسْتَحَبُّ؛ فليميز الولد في النكاح عن الولد في ملك اليمين لأنه في النكاح ينعقد مملوكاً، ثم يُعْتَقُّ بِالْمَلِكِ [ولا تصير به أم ولد]، وفي ملك اليمين ينعقد حراً، وتصير الأم أم ولد.

والثاني: أنه يجب الاستبراء؛ لتجدد الملك وتبدل جهة الحِلِّ، ولو جرى الشراء بشرط الخيار، فيجوز الوطء في مدة الخيار؛ لأنها إما مملوكة أو منكوحة أو لا يجوز؛ لأنه لا يدري أنها مملوكة أو منكوحة، حكى صاحب «التهذيب» فيه وجهين، ونسب الثاني إلى النُّصِّ، وذكر أنه لو طلق زوجته الأمة، ثم اشتراها في العدة، وجب الاستبراء؛ لأنه اشتراها، وهي مُحَرَّمَةٌ عليه، ولو اشترى زوجته<sup>(٢)</sup> ثم أراد تزويجها من غيره، لم يجز إن كان قد دَخَلَ بها قبل الشرى، إلا بَعْدَ مَضِيِّ قرين؛ لأنه إذا انفسخ النكاح، وجب عليها أن تعتد منه، فلا تُنكِحُ غيره، حتى تنقضي العدة، ولو مات عَقِيبَ الشراء، يلزمها عدة الوفاة، وتكمل عدة الانفساخ، ذكره ابن الحداد، ويحكى عن نضه - رضي الله عنه - في «الإملاء»<sup>(٣)</sup>.

الثانية: إذا اشترى جاريةً مُزَوَّجَةً أَوْ مُعْتَدَّةً عَنْ زَوْجٍ أَوْ وَطْءٍ شَبْهَةٍ، واختار المشتري إفضاء البَيْعِ أَوْ كَانَ عَالِماً بِحَالِهَا، فلا استبراء في الحال؛ لأنها مشغولة بحق الغير غير محللة للمشتري، فإن طلقها زوجها قبل الدخول أو بعده، وانقضت العدة أو

(١) محل ما ذكره الشيخ إذا كان الزوج حراً، فإن كان مكاتباً قال ابن الرفعة فإن كان مكاتباً، قال الماوردي: ينفسخ نكاحه ولا يحل له وطؤها إن لم يأذن السيد، فإن أذن فقولان.

(٢) في أ: أمته.

(٣) وجرى عليه القاضي أبو الطيب في شرح الفروع. قال: لأن النكاح قد زال قبل موته بملكه إياها ومات وليس بزواج وذكر في المطلب أن الشافعي نص عليه في الأم في باب استبراء أم الولد أو مات، ومعنى هذا الاستثناء إذا طلق أو مات ثم وضعت الحمل اكتفى به وهو تفرغ على القول بالاكْتِفَاءِ بوضع حمل المعتدة من غير حاجة إلى استبراء بعده لكن المرجح خلافه.

انقضت عدة الشبهة، فهل يجب الاستبراء على المُشْتَرِي؟ فيه قولان:

أحدهما: لا يجب، وله وطؤها في الحال؛ لأن المُوَجِّب للاستبراء حُدُوث المِلْك، ولم يكن يومئذ في مظنة الاستِحْلال، وإذا تخلف الحكم عن المُوَجِّب، سقط أثره.

وأظهرهما: الوجوب؛ لأن المُوَجِّب قد وُجِد، لكن لم يَتَرْتَّب عليه موجبه في الحال، فإذا أمكن، رتّب، ولا يُعَد في تراخي الحُكْم عن السبب؛ ألا ترى أن المعتدة عن النكاح إذا وُطئت بالشبهة، تَعْتَدُ عن الوطء بعد الفراغ من عدة النكاح؟ وقد يقال بوجوب الاستبراء، ويُرَدُّ الخلاف إلى أنه هل تَدْخُل في العدة، ويقْرُب منه ما حَكَيْنَا عن «التهذيب» من قبل، وها هنا فائدتان:

إحدهما: استنبط القاضي الحُسَيْن من القولين عبارتين يتخرّج عليهما مسائل:

إحدهما: أن المُوَجِّب للاستبراء حُدُوث مِلْك الرقبة مع فراغ مَحَلِّ الاستمتاع، ووجه اشتراط الفراغ بأن مقصود الاستبراء حِلُّ الاستمتاع، فإذا كانت مشغولة بنكاح أو عدة، لم تَحْصُل الاستباحة عند انقضاء الاستبراء، فلا يكون مُؤَدِّياً.

والثانية: أن المُوَجِّب حدوث حِلِّ الاستمتاع في المملوكة بمِلْك اليمين، ووجه بأن مِلْك الجارية قد يقصد للاستمتاع، وقد يُقصد لغيره، فتعلّق الحُكْم بِحِلِّ الاستمتاع لا بالمِلْك، فعلى العبارة الأولى، لا يجب الاستبراء عند انقضاء العدة؛ لأنه لم يَحْدُث المِلْك حينئذ، وحين حَدَث المِلْك، لم يكن محلّ الاستمتاع فارغاً، وعلى العبارة الثانية يجب، وعلى العبارتين خَرَجَ بعضهم الخلاف فيما إذا اشترى مجوسيةً، فحاضت ثم أسلمت، هل يلزم الاستبراء بعد الإسلام أم تعتد بما سبق وكذا الخلاف فيما إذا زوّج أمته وطلّقها زوجها قبل الدخول، هل على السيد الاستبراء؟ فعلى العبارة الأولى لا يَجِب، وعلى الثانية؛ يجب، ويجري الخلاف فيما إذا زوّجها، وطلّقها بعد الدخول، وانقضت العدة أو وُطئت بالشبهة، وانقضت العدة.

واعلم أن الحكاية عن نصّه في «الأم» - رضي الله عنه - فيما إذا اشترى أمة معتدة من زوّج: أنه لا يلزم الاستبراء بعد انقضاء العدة، وفيما إذا زوّج أمته، وطلّقها الزوج بعد الدخول: أنه يَلْزَم الاستبراء بعد انقضاء العدة، وعن نصّه في «الإملاء» عكس الجوابين في صورتين، فحصل في الصورتين قولان منصوصان.

والثانية: إذا قلنا فيما إذا اشترى مزوجةً، وطلّقها الزوج: لا يجب الاستبراء، فلمن يريد تعجيل الاستمتاع أن يتخذه حيلةً في إسقاط الاستبراء، فيسأل البائع أن يزوّجها ثم يشتريها، ثم يسأل الزوج أن يطلّقها، فتحلّ له في الحال، لكن لا يجوز تزويج الجارية الموطوءة إلا بعد الاستبراء، فإنما يَحْصُل الغرض إذا لم تُكُن موطوءة،

أو كان البائع قد استبرأها، وإذا كانت الجارية كذلك، فلو أعتقها المشتري في الحال، وأراد أن يزوجه من البائع أو غيره، أو أن يتزوجها بنفسه، ففي جوازها وجهان المذكوران في «التهذيب» وغيره.

**والأصح:** الجواز، فعلى هذا، فمعجل الاستمتاع يمكنه أن يُعتقها في الحال [ويتزوجها]، ولا يحتاج إلى أن يسأل البائع تزويجها أولاً، إذا كان لا يبالي بقوات ماليتها<sup>(١)</sup>، وعند أبي حنيفة - رحمه الله -: لا يُشترط استبراء الجارية الموطوءة، ليتزوجها، وإذا أعتقها، سقط الاستبراء، ويُذكر أن هارون الرشيد - رحمه الله - طلب حيلة مسقطاً للاستبراء، فقال أبو يوسف القاضي - رحمه الله -: أعتقها ثم تزوجها، ويقال إنه قال: مُز مالكةا ليزوجها لبعض خدامك، ثم اشتريها، وأشر على الزوج بطلاقها، فنَفَقَتْ سوقه عنده.

**فُرُوعٌ وفوائد:** إذا تم ملكه على جارية مشتركة بينه وبين غيره، لزمه الاستبراء، وكذلك، لو أسلم في جارية وقبضها، فوجدها بغير الصفة المشروطة، فزدها، يجب على المسلم إليه الاستبراء.

وإذا كانت الجارية المشتراة محرماً للمشتري أو اشترتها امرأة، فلا معنى للاستبراء؛ لأن الاستبراء أجل يُضرب؛ لحل الوطاء، ولا مجال له هاهنا، وكذا لو اشترى اثنان جارية لا معنى للاستبراء، إلا فيما يرجع إلى التزويج.

ولو ظهر بالجارية المشتراة حمل، فقال البائع: إنه متى نظر إن صدقه المشتري، فالبيع باطل باتفاقهما، والجارية مستولدة للبائع، وإن كذبه، نُظِر؛ إن لم يقر البائع بوطنها عند البيع، ولا قبله، لم يُقبل قوله، كما لو قال بعد البيع: كنت أعتقته، لكن يحلف المشتري أنه لا يعلم أن الحمل منه، وفي ثبوت نسيه من البائع خلاف؛ لأنه يقطع إرث المشتري بالولاء، وإن كان قد أقر بوطنها، فإن استبرأها، ثم باعها، ثم إن ولدت لِمَا دون ستة أشهر من وقت استبراء المشتري، فالولد لاجق بالبائع، والجارية مستولدة له والبيع باطل، وإن ولدت لسته أشهر أو أكثر، لم يُقبل قوله، ولم يلحقه الولد؛ لأنه، إن كان في ملكه، لم يلحقه، ثم يُنظر؛ إن لم يطأها المشتري أو وطئها، وولدت لِمَا دون ستة أشهر من وقت وطئها، فالولد مملوك له، وإن ولدت لسته أشهر وأكثر من وقت وطئها، فالولد لاجق بالمشتري، والجارية مستولدة له، وإن لم يستبرئها البائع قبل البيع، فإن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت استبراء المشتري أو لأكثر، ولم يطأها المشتري، فالولد للبائع، والبيع باطل، وإن وطئها المشتري، وأمكن أن

(١) في ز: ما ليبتها.

يكون الولد من هذا، وأن يكون من ذلك، فيُعرض على القائف.

ولا يجب في شراء الأمة التي يطأها البائع إلا استبراءً واحدًا، ولا تقول: إن الشرى يُوجب الاستبراء، وإن لم تكن موطوءة البائع، ووطئ البائع، قد يحوج<sup>(١)</sup> إلى الاستبراء، ولذلك لا يجوز تزويجها إلا بعد الاستبراء، فليتعدد الاستبراء؛ وذلك لأن المقصود معرفة براءة الرِّجْم، وقد حصلت.

ولو استبرأها شريكان، ووطئها في طهرٍ واحدٍ، فيكفي استبراءً واحدًا؛ لدلالته على البراءة أو يجب استبراء؟ كالعِدَّتَيْنِ من شخصين؟ فيه وجهان، فيما لو وطئها، وأرادا تزويجها، هل يكفي استبراءً واحدًا؟ وقد سبق لهذا ذكر، ولو وطئ أمة غيره على ظن أنها أمته، ووطئها آخر على هذا الظن أيضاً، قال في «التممة»: وطئ كل واحد منهما يقتضي الاستبراء بقرء، وفي تدآخلهما وجهان، أصحهما المنع<sup>(٢)</sup>.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: (السَّبَبُ الثَّانِي) زَوَالُ الْفِرَاشِ عَنِ الْأُمَّةِ الْمَوْطُوءَةِ وَالْمُسْتَوْلَدَةِ بِالْعِنَقِ إِمَّا بِالْإِعْتِقَاقِ أَوْ بِمَوْتِ السَّيِّدِ يُوجِبُ التَّرْتِصَ بِقِرَاءِ وَاحِدٍ \* وَمَنْ أَرَادَ تَزْوِيجَ الْأُمَّةِ الْمَوْطُوءَةِ فَعَلَيْهِ الْأَسْتِبْرَاءُ بِحَيْضَةٍ (ح) قَبْلَ التَّزْوِيجِ \* وَلَوْ اسْتَبْرَأَهَا ثُمَّ اعْتَقَهَا لَمْ يَجُزْ تَزْوِيجُهَا عَلَى وَجْهِهِ إِلَّا بَعْدَ التَّرْتِصِ بِقِرَاءِ عَلَى وَجْهِهِ؛ لِأَنَّ الْعِنَقَ أَوْجِبَ ذَلِكَ \* وَكَذَا الْخِلَافَ لَوْ زَوَّجَهَا الْمُشْتَرِي وَقَدْ اسْتَبْرَأَتْ قَبْلَ الشُّرَاءِ \* وَقِيلَ: ذَلِكَ يَمْتَنِعُ فِي الْمُسْتَوْلَدَةِ دُونَ الرَّقِيقَةِ لِشَبْهِهِ فِرَاشِهَا بِفِرَاشِ النِّكَاحِ \* وَالْمُسْتَوْلَدَةُ الْمَرْوُجَةُ إِذَا اعْتَقَتْ فِيهِ وَجُوبَ الْأَسْتِبْرَاءِ عَلَيْهَا خِلَافَ \* وَلَوْ اعْتَقَ مُسْتَوْلَدَتَهُ وَأَرَادَ أَنْ يَنْكِحَهَا فِي مَدَّةِ التَّرْتِصِ فَفِيهِ خِلَافٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا اعْتَقَ الرَّجُلُ أُمَّةَ الَّتِي وَطَّئَهَا أَوْ مُسْتَوْلَدَتَهُ أَوْ مَاتَ عَنْهَا، وَلَيْسَتْ هِيَ فِي نِكَاحٍ وَلَا فِي عِدَّةِ نِكَاحٍ، لَزِمَهَا الْأَسْتِبْرَاءُ؛ لِأَنَّهَا كَانَتْ فِرَاشًا لِلْسَّيِّدِ، وَزَوَالُ الْفِرَاشِ بَعْدَ الدَّخُولِ يَقْتَضِي التَّرْتِصَ، كَمَا فِي زَوَالِ الْفِرَاشِ عَنِ الْحُرَّةِ، وَزَوَى<sup>(٣)</sup> عَنِ ابْنِ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - أَنَّهُ قَالَ: «عِدَّةُ أُمِّ الْوَلَدِ إِذَا هَلَكَ سَيِّدُهَا بِحَيْضَةٍ، وَأَسْتَبْرَأُوهَا

(١) في ز: يخرج.

(٢) وقياسه أنه لو كثر عدد الشركاء الواطئين تعدد الاستبراء وهو بعيد وصحح صاحب الكافي الاكتفاء بواحد لأن المقصود معرفة براءة الرحم واعلم أن المذكور في العدد أن وطئ الشريكين يوجب استبراءين على الصحيح ولم يتعرض للانتقال من ملك الشريكين إلى ثالث كما هي المسألة هنا لكنه لازم هنا.

(٣) موقوف، أخرجه مالك [٣٨/٢] في الموطأ عن نافع عن ابن عمر قال: عدة أم الولد يتوفى عنها سيدها، تعتد بحيضة، ورواه البيهقي [٤٤٧/٧] من طريق ابن نمير وأبي أسامة عن عبيد الله بن عمر عن نافع نحوه، زاد أبو أسامة: وكذا إن عتقت أو وهبت.

بِقُرْءِ وَاحِدٍ» وبه قال مالك. وقال أبو حنيفة: بثلاثة أقرء؛ لأنها حُرَّة، وعن أحمد روايتان: أظهرهما مساعدتنا والثانية: أن عليها، إذا مات السيد، عِدَّة الوفاة، واحتجَّ الأصحاب - رحمهم الله - بأنه استبراء وجب؛ لزوال ملك اليمين، فكان بقُرْء واحد، كاستبراء الأمة المملوكة، ولو مضت مدة الاستبراء على أم الولد، ثم أعتقها سيدها أو مات عنها، فهل تعتد بما مضى أم يلزمها الاستبراء بعد العتق؟ قال المتولي: فيه وجهان، وكذلك حكاه الروياني عن القفال، وقال في «التهذيب»: فيه قولان:

أصحهما: أن عليها الاستبراء، ولا تعتد بما مضى كما لا تعتد [المنكوحة] بما تقدّم من الأقرء على ارتفاع النكاح، والخلاف مبني على أن أم الولد، هل تخرج عن كونها فراشاً بالاستبراء أو الولادة؟ وهل تعود فراشاً للسيد، إذا مات زوجها أو طلقها، وانقضت عدته أو لا تعود، ولا تجل له إلا بعد الاستبراء؟ ولو استبرأ الأمة الموطوءة ثم أعتقها؟ قال الأئمة: لا استبراء عليها، ولها أن تتزوج<sup>(١)</sup> في الحال، ولم يطرد فيها الخلاف المذكور في المستولدة؛ لأن المستولدة ثبت لها حق الحرية، وفراشها يشبه بفراش النكاح، ولو لم تكن الأمة موطوءة، لم تكن فراشاً، ولم يوجب إعتاقها استبراء، ثم في الفصل مسائل:

إحداها: لا يجوز تزويج الجارية الموطوءة قبل الاستبراء بخلاف بيعها، والفرق أن المقصود من النكاح الوطء؛ فينبغي أن يستغقب الحل، وأن يتقدم عليه ما يطلب في معرفة فراغ الرحم، والشرف قد يقصد للوطء، وقد يقصد لغيره، فلا معنى لمنع البائع من البيع، وعلى المشتري أن يختاط إن قصد الوطء، وجوز أبو حنيفة تزويجها قبل الاستبراء، وللزوج الوطء في الحال، ولا يخفى ما فيه من اختلاف المأين، واحتجَّ الأصحاب بأنه وطء، لو أتت منه بولد، وأقر به ثبت نسبه، فيوجب التريص كوطء الشبهة، وما زوي أنه - ﷺ<sup>(٢)</sup> - قال: «لا تسق مائك زرع غيرك» وأما أم الولد، ففي جواز تزويجها خلاف مذکور في الكتاب في أمهات الأولاد، وإذا جوزناه، وهو الأصح، فلا تزوج قبل الاستبراء أيضاً، ولو استبرأها، ثم أعتقها، فهل يجوز تزويجها في الحال أم تحتاج إلى استبراء جديد؟ فيه وجهان:

وجه الأول: بأنه جاز التزويج بالاستبراء قبل الاعتاق، فكذلك ما بعده.

والثاني: بأنها كالمالكة لنفسها بالعتق، فتبدل الملك يقتضي الاستبراء تعبداً قال في «البيسط»: كأن الخلاف راجع إلى أن يقال: الملك يستقل بإيجاب الاستبراء، وإنما يجب الاستبراء عند توهم الشغل؛ لتحل للأزواج ويشبه أن يبني الخلاف على أن فراش

أم الولد، هل ينقطع بمجرد الاستبراء؟ [وقضية قولنا «لا ينقطع» وجوب الاستبراء].

ولو اشترى أمة، وأراد تزويجها قبل الاستبراء، فإن كان البائع قد وطئها، لم يجز [إلا] أن يزوجه منها، وإن لم يطأها البائع أو وطئها، واستبرأها قبل البيع، أو كان الانتقال من امرأة أو صبي، فوجهان:

أحدهما: أنه لا يجوز تزويجها، كما لا يجوز له وطؤها.

وأصحهما: الجواز، وهو اختيار القائل، وبه قال أبو حنيفة، كما كان يجوز للبائع أن يزوجه بعد الاستبراء، ونسب القائل الوجه الأول إلى اختيار أكثر الأصحاب، ونوقش في هذه النسبة، وما ذكرنا من التردد في أن المستولدة هل تخرج عن كونها فراشاً بالاستبراء، لا يجيء في الفقه.

الثانية: لو أعتق مستولدة أو مات، وهي في نكاح زوج أو عدة، فلا استبراء عليها، لأنها ليست فراشاً للسيد، وإنما هي فراش للزوج، وأيضاً، فإن الاستبراء لطلب حل واستباحة نكاح، وهي مشغولة بحق الزوج، لا يطلب منها حل ولا تنكح غيره، [و] هذا هو الظاهر المنصوص، قال الشيخ أبو علي: وخرج ابن سريج قولاً: أنه يلزمها الاستبراء، إذا مات السيد، وهي في نكاح زوج أو عدة بعد الفراغ من عدة<sup>(١)</sup> الزوج كما لو وطئت منكوحة إنسان بالشبهة، فسرعت في عدة الوطء، ثم مات الزوج أو طلقها، تلزمها العدة عنه، قال الشيخ: فعلى الظاهر المنصوص، متى انقضت عدة الزوج، والسيد حي، فتعود فراشاً للسيد، وعلى التخيير؛ لا تعود فراشاً حتى يستبرئها، وفي «أمالي» أبي الفرج السرخسي: أن ما خرج ابن سريج منصوص عليه في القديم، وأضاف في «التتمة»: القول بالوجوب إلى الإصطخري، وأشعر إيراده بتخصيص الوجوب بما إذا أعتقها، أو مات عنها في نكاح زوج، ولو أعتقها أو مات عقيب انقضاء عدة الزوج، ففي وجه لا استبراء عليها؛ لأننا قد عرفنا بالعدة براءة الرحم، وبهذا أجاب بعض الآخذين<sup>(٢)</sup> من الإمام، والمنصوص: أنه يجب الاستبراء، قال الشيخ أبو علي: وهو ظاهر المذهب، إلا أن من أصحابنا من اشترط لوجوبه أن يقع إغتاق السيد أو موته بعد انقضاء العدة بلحظة؛ لتعود فيها فراشاً للسيد، ومنهم من لم يشترط ذلك، وقال صيرورتها فراشاً أمر حكيم لا يحتاج إلى زمان محسوس، وإلى هذا ذهب

(١) قضية إطلاقه هذا القول تأخر الاستبراء إلى انقضاء العدة، وإن كان العتق قبل الطلاق، وهو قياس ما تقدم في السبب الأول وهو الملك، ولا يظهر فرق بين سبب وسبب فكما أنه هناك إذا ملك مزوجة إنما يجب الاستبراء إذا قلنا به بعد زوال حق الزوج بالطلاق في غير المدخول بها.

(٢) في ز: الآخرين.

شيخي - رحمه الله -، وقد بينى الخلاف في وجوب الاستبراء هاهنا، على ما إذا انقضت عدة الزوج، والسيد حَيٌّ، والظاهر المنصوص في الجديد: أنها تعود فراشاً للسيد، وتجلُّ له من غير استبراء [وحكى قول قديم: أنها لا تحل له بلا استبراء]، ووَجَّه الأول بأن الملك لم يزل، وإنما عرض ما يمنع الوطاء، فأشبهه ما إذا زَهَنَّاها، ثم انفك الرهن.

والثاني: بأنها حُرِّمَتْ بعقدٍ معاوضةٍ، ثم عادت إليه، فكان كما إذا باعها، ثم اشتراها، فإن قلنا: يجلُّ بلا استبراء، فإذا مات السيد، فعليها الاستبراء، وإن أحوجناه إلى الاستبراء، لم يلزم الاستبراء إذا مات؛ لأنها عتقت وليست هي فراشاً له، والخلاف في جلِّ أم الولد إذا زال حق الزوج، [كالخلاف فيما إذا زال حق الزوج] عن الأمة المزوجة، هل يحتاج السيد إلى الاستبراء، لكن يُشبهه أن يكون الأظهر في الأمة القنة الحاجة، وعن البندنجي أنه نصَّ عليه، وفرق بينهما بأن فراش أم الولد بالنكاح أشبه؛ ألا ترى أن موت السيد يوجب التربُّص على أم الولد، ولا يوجبه على الأمة، وولد أم الولد يلحقه إذا أتت به بعد ستة أشهر من يوم استبرائها، وولد الأمة لا يلحقه؟ قاله في «البحر».

ولو أعتق مستولده أو مات عنها، وهي في عدة [وطء] شبيهة، فهل يلزمها الاستبراء؟ فيه وجهان؛ تفرعاً على المنصوص فيما إذا كانت في عدة زوج:  
أحدهما: أنه لا يلزم أيضاً، وإليه مال في «التهذيب».

وأشهرهما: الوجوب، ويوجه بأن عدة الشبهة لا تقوى على رفع الاستبراء الذي هو في مقتضى الإعتاق، وبأنها لم تنص فراشاً لغير السيد، وهناك صارت فراشاً للزوج.  
الثالثة: لو أعتق مستولده، وأراد أن ينكحها قبل تمام الاستبراء، ففيه وجهان، حكاهما الإمام وغيره - [رحمهما الله] -.

أصحهما: الجواز، كما يجوز للرجل أن ينكح مُعتدته عن النكاح أو وطء الشبهة.

والثاني: المنع؛ لأن الإعتاق يقتضي الاستبراء، فلا يمكن من استباحة مفتحة إلا بعد رعاية حق التعبد، وقرب هذا الخلاف من الخلاف في أنه إذا أعتق مستولده بعد الاستبراء، يجوز تزويجها في الحال، [أو] لا بدُّ من استبراء آخر قضية الإعتاق.

وأما لفظ الكتاب، فقوله «زوال الفراش عن الأمة الموطوءة» التعرُّض للفراش يُغني عن ذكر الوطاء<sup>(١)</sup>، فإن الأمة لا تكون فراشاً إلا بالوطء، وقوله «بقراءة واحد» مُعَلِّم بالحاء، وكذا قوله «فعليه الاستبراء بحيضة» ثم لا يخفى أن الحيضة إنما تُعتبر في ذات

(١) في ز: الواطء.



الأقراء، وأما ذات الأشهر، فيعتبر في حقها بدل الحيضة.

وقوله: «ولو استبرأها ثم أعتقها». أراد في المستولدة والقِئَّة جميعاً؛ ألا تراه ذَكَرَ مِنْ بَعْدُ وجهاً ثالثاً فارقاً، وقيل: ذلك يمتنع يعني التزويج في المستولدة دون الرِّقِيقَةِ، وهو من جِهَةِ اللَّفْظِ راجعٌ إلى الجارية الموطوءة، وهذا اللفظ ينظم<sup>(١)</sup> المستولدة وغيرها.

وقوله «ففي وجوب الاستبراء عليها خلاف» يمكن أن يُعْلَمَ بالوار، لِقَطْعِ من قَطَعَ بأنه لا يجب الاستبراء، والله أعلم.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَالْمُسْتَوْلِدَةُ الْمَرْوُجَةُ إِذَا مَاتَ زَوْجُهَا وَسَيِّدُهَا فَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ أَوْلًا فَعَلَيْهَا لَوْفَاةِ الزَّوْجِ عِدَّةُ الْحَرَائِرِ \* وَإِنْ مَاتَ الزَّوْجُ أَوْلًا فَعَلَيْهَا عِدَّةُ الْإِمَاءِ \* وَيَبْدَأُ ذَلِكَ عَلَيْهَا التَّرْبِصُ لِلسَّيِّدِ بِحَيْضَةٍ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ إِنْ لَمْ تَحْضُ فِي مَدَّةِ الْعِدَّةِ \* فَإِنْ مَاتَا مَعًا فَالصَّحِيحُ أَنْ عِدَّتْهَا عِدَّةُ الْإِمَاءِ [وَيَبْدَأُ ذَلِكَ عَلَيْهَا التَّرْبِصُ بِحَيْضَةٍ]<sup>(٢)</sup>.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْمُسْتَوْلِدَةُ الْمَرْوُجَةُ إِذَا مَاتَ سَيِّدُهَا وَزَوْجُهَا جَمِيعًا، فَلذَلِكَ أَحْوَالُ:

أحدها: إذا مات السيد أولاً، فقد مات، وهي تحت زوج، وقد ذَكَرْنَا أَنَّهُ لَا اسْتِبْرَاءَ عَلَيْهَا عَلَى الصَّحِيحِ، فإذا مات الزوج بعده اعتدت عدة الحرائر، وكذلك لو طَلَّقَهَا.

والثانية: إذا مات الزوج أولاً، فتتعد عدة الإماء شهرين وخمس ليالٍ، ثم إن مات السيد، وهي في عدة الزوج، فقد عَتَقَتْ في أثناء العدة، والخلاف في أنها تُكْمَلُ عدة الحرائر أو تُكْفِيهَا عدة الإماء على ما ذكرنا، فيما إذا عَتَقَتْ في أثناء العدة عن الطلاق البائن، في<sup>(٣)</sup> أول «كتاب العدة» والأصح: أنها لا استبراء عليها، كما تَبَيَّنَ في الفصل السابق، وإن أوجِبَتْه؛ فإن كانت من ذوات الأشهر فتربص شهراً آخر بعد مضي العدة، وإن كانت من ذوات الأقراء فتربص بحَيْضَةٍ بعد العدة، إن لم تحض في مدة العدة، وإن حاضت في مدة العدة بعد ما عَتَقَتْ، كفاها ذلك، وهذا قوله في الكتاب، «وبعد ذلك عليها التربص للسيد بحَيْضَةٍ على أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، إن لم تحض في العدة» وإن مات السيد بعد خروجها من العدة، ففي وجوب الاستبراء عَلَيْهَا وجهان؛ بناءً على أنها، هل تُعَوِّدُ فِرَاشاً لِلسَّيِّدِ بِالخُرُوجِ عَنِ الْعِدَّةِ؟ وَالْأظْهَرُ وجوبه.

والثالثة: إذا مات السيد والزوج معاً، فلا استبراء عليها؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَعُدْ إِلَى فِرَاشِهِ، وَيَجِيءُ فِيهِ الْخِلَافُ الْمَذْكُورُ فِيمَا إِذَا أُعْتِقَتْ، وهي معتدة، هل تعتد عدة الوفاة للإماء أو الحرائر؟ فيه وجهان:

(٢) سقط في الأصل المعتمد عليه.

(١) في ز: ينضم.

(٣) في ز: و.

أصحهما عند صاحب الكتاب: أنها تغتد عدة الإمام؛ لأنها لم تكن كاملة الفراش، والنظر إلى كمال الفراش الزايل لا إلى كمال المعتدة في حال العدة.

**والثاني:** تعتد عدة الحرائر، وهذا ما أورده صاحب «التهذيب» احتياطاً للعدة؛ أخذاً بالأغلظ، وذكر في «الوسيط» أو الوجهين مبنيان على قولنا إن التي عتقت في العدة، لا تكمل عدة الحرائر، أما إذا قلنا: إنها تكمل، إذا طرأ العتق في أثناء العدة، فلأن تكمل وقد اقترن العتق بأول العدة، كان أولى.

**والرابعة:** إذا ترتب موتها، وأشكل السابق<sup>(١)</sup>، فله أحوال:

**أحدها:** أن يعلم أنه لم يتخلل بين موتها شهران وخمسة أيام، فعليها أربعة أشهر وعشر ليالٍ من موت آخرهما موتاً؛ لاحتمال أن السيد مات أولاً، فهي في نكاح الزوج عند موته وإن مات الزوج أولاً، فهي في عدته عند موت السيد، [واستبراء عليها على الأظهر لأنها عند موت السيد زوجة أو معتدة] وإن قلنا بوجوب الاستبراء، فيكون الحكم على ما سنذكر في الحالة الثانية، ولو تخلل شهران وخمس ليالٍ بلا مزيد، فهو كما لو كان المتخلل أقل من هذه المدة، أو لو كان المتخلل أكثر منها، فيه الوجهان السابقان.

**والثانية:** أن تعلم أنه تخلل بين المديتين أكثر من شهرين وخمس ليالٍ، فعليها أن تعتد أربعة أشهر وعشراً من موت آخرهما موتاً، لاحتمال أن السيد مات أولاً، وأن عليها لوفاة الزوج عدة الحرائر، ثم إن لم تحض في هذه المدة فعليها أن ترتب بعدها إلى أن تحيض [حيضة]؛ لاحتمال أن الزوج مات أولاً، وأن عدتها قد انقضت، وعادت فراشاً للسيد؛ تفريراً على القول الأظهر، وحيثئذ، فيلزمها الاستبراء بموته، وإن حاضت في هذه المدة، فلا شيء عليها بعدها، ولا فرق بين أن يكون الحيض [في]<sup>(٢)</sup> أول المدة أو آخرها، وعن أبي إسحاق - رحمه الله - رواية وجه أنه يشترط أن يكون الحيض بعد مضي شهرين وخمسة أيام من هذه المدة، لئلا يقع الاستبراء وعدة الوفاة في زمان واحد، قال الأئمة: وهذا غلط من قائله؛ لأن الاستبراء إنما يجب على تقدير تأخر موت السيد، وحيثئذ، فتكون عدة الوفاة منقضية بالمدة المتخللة، فلا يتصور الاجتماع، سواء

(١) فيه أمران:

أحدهما: نفي حال خامسة وهي أن لا تعلم موتها معاً أو مرتباً، وذكر الرافي ما يقتضي أنه يؤخذ بالأحوط وهو أنهما ماتا على الترتيب فإنه قال: وإذا لم يعلم المدة المتخللة ثم إن عليها الأخذ بالأحوط وهو التبرص أربعة أشهر وعشراً.

الثاني: لم يرجح شيئاً من الوجهين في الحال الثالث والأرجح ما قاله الغزالي فإن الشافعي نص في الأم والمختصر على أنها لا ترتب، ولو كانت عند موته حرة لورثته.

(٢) سقط في ز.

كان الحيض في أول هذه المدة أو آخرها، وإذا كانت المستولدة ممن لا يحيض، كفاها مضي أربعة أشهر وعشْر.

والثالثة: إذا لم تعلم أن المدة المتخللة كم هي، فعليها التربُّص كما ذكرنا في الحالة الثانية؛ أخذاً بالأحوط، ولا نورثها من الزوج، إذا شككنا في أن أسبقهما موتاً من هو؟ لأننا لا نعلم حريتها عند موته، والأصل دَوَامُ الرَّقِّ، فإن ادعت علم الورثة بأنها كانت حرة يوم موت الزوج، فلها أن تحلفهم على نفي العلم.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَمَهْمَا قَالَتْ: حِضْتُ حَلَ لِّلسَّيِّدِ وَطَوَّهَا فِي الْأَسْتِبْرَاءِ \* وَلَوْ أَمْتَنَّتْ عَلَى السَّيِّدِ فَقَالَ: أَخْبَرْتَنِي بِتَمَامِ الْأَسْتِبْرَاءِ صُدِّقَ السَّيِّدُ \* وَهَلْ لَهَا أَنْ تُحْلِفَهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ \* وَكَذَلِكَ إِذَا أَدَعَتْ تَحْرِيمًا بِسَبَبِ وَطءِ الْمُورِثِ فَهَلْ تُسْمَعُ دَعْوَاهَا لِلتَّحْلِيفِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ .

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا قَالَتْ الْأَمَةُ الْمُسْتَبْرَاءُ: حِضْتُ، اعْتَمِدَ قَوْلُهَا، فَإِنْ ذَلِكَ لَا يُعْلَمُ إِلَّا مِنْهَا، وَلَا تُحْلَفُ، فَإِنِهَا لَوْ نَكَتْ، لَمْ يَقْدِرِ الرَّجُوعُ<sup>(١)</sup> عَلَى الْحَلْفِ [قَالَ فِي «الْوَسِيطِ»: فَإِنَّ السَّيِّدَ لَا يَقْدِرُ عَلَى الْحَلْفِ، وَلَا أَطْلَاعَ لَهُ عَلَى حَيْضَتِهَا،] وَلَوْ أَمْتَنَّتْ عَلَى السَّيِّدِ، فَقَالَ: قَدْ أَخْبَرْتَنِي بِتَمَامِ الْأَسْتِبْرَاءِ، فَقَدْ أَطْلَقَ فِي الْكِتَابِ: أَنَّهُ يُصَدِّقُ السَّيِّدَ وَوَجْهٌ بَأَنَّ الْأَسْتِبْرَاءَ بَابٌ مِنَ التَّقْوَى مُفَوَّضٌ إِلَى السَّيِّدِ، وَلَيْسَ ذَلِكَ مَجَالَ الْخُصُومَاتِ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ لَحَلْنَا بَيْنَ السَّيِّدِ وَبَيْنِهَا، كَمَا نَحُولُ بَيْنَ الزَّوْجِ وَالْمَعْتَدَةِ عَنْ وَطءِ الشَّبَهَةِ، وَأَشِيرُ فِيهِ إِلَى وَجْهِ آخَرَ تَوْجِيهًا بِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ انْقِضَاءِ الْأَسْتِبْرَاءِ، وَهَلْ لَهَا أَنْ تُحْلِفَهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ: حَقِيقَتُهُمَا هَلْ لِلْأَمَةِ الْمَخَاصِمَةُ فِيهِ. وَالْخِلَافُ مَأْخُودٌ مِنَ الْخِلَافِ فِي أَنَّهُ هَلْ لِلْأَمَةِ أَنْ تَمْتَنِعَ مِنَ السَّيِّدِ الْأَبْرَصِ وَالْمَجْدُومِ؟ وَقَدْ مَرَّ ذَلِكَ فِي مَوْضِعِهِ، فَإِنْ قُلْنَا: نَعَمْ، فَهِيَ صَاحِبَةٌ حَقٌّ فَلِهَا الْمَخَاصِمَةُ، وَيَقْرَبُ مِنْ هَذَا مَا إِذَا وَرِثَ جَارِيَةٌ، فَامْتَنَعَتْ، وَادْعَتْ أَنَّ مُورِثَهُ أَصَابَهَا، وَأَنَّهَا حُرِّمَتْ عَلَيْهِ بِإِصَابَتِهِ، فَلَا يَلْزَمُهُ تَصْدِيقُهَا، وَطَرِيقُ الْوَرَعِ لَا يَخْفَى، وَهَلْ لَهَا تَحْلِيفُهُ؟ فِيهِ هَذَا الْوَجْهَانِ<sup>(٢)</sup>.

وقوله «فهل تُسْمَعُ دَعْوَاهَا لِلتَّحْلِيفِ» يعني لغرض التحليف، وفيه إشارة إلى أنها لا تُصَدِّقُ، وَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهَا؛ فَإِنَّ الْأَصْلَ فِيهَا تَدْعِيهِ الْعَدَمُ.

فَرَعٌ: لِابْنِ الْحَدَّادِ: وَطءُ السَّيِّدِ أَمَّتَهُ فِي عِدَّتِهَا عَنْ وَفَاةِ الزَّوْجِ، ثُمَّ مَاتَ السَّيِّدُ، فَعَلِيهَا أَنْ تُكْمَلَ عِدَّةُ الْوَفَاةِ عَنِ الزَّوْجِ ثُمَّ تَتَرَبَّصُ حَيْضَةً لِمَوْتِ السَّيِّدِ بَعْدَ الْوَطءِ، وَلَوْ

(١) في أ: الزوج.

(٢) قال النووي: الأصح أن لها التحليف في الصورتين، وعليها الامتناع من التمكين إذا تحققت بقاء شيء من زمن الاستبراء وإن أبحناها له في الظاهر.

مرّت بها حيضةً في بقية عدة الوفاة، لم تعتدّ بها بخلاف ما ذكرنا فيما إذا مات زوج أمّ الولد وسيدها جميعاً، وبين موتهما<sup>(١)</sup> أكثر من شهرين وخمس ليالٍ، حيث قلنا: إنها تتربّص أربعة أشهر وعشراً، وفيها حيضة، وتعتد بالحيضة في المدة؛ لأن الواجب هناك أخذ الأمرين، وهاهنا تجب عدة الوفاة من الزوج، والاستبراء من السيد، فلا يدخل أحدهما في الآخر، ولو لم يمّت السيد، ولكن أراد تزويجها، فكذلك تُكْمَل عدة الوفاة، ثم تتربّص بحيضة ثم يُزوّجها، ولو أراد أن يطأها بعد أن تكمل عدة الوفاة، فالصحيح جوازُهُ، ولا حاجة إلى الاستبراء، كما لو لم يطأها حتى أتمت عدة الزوج، ولو كانت في عدة الطلاق عن الزوج، فوطئها السيد، ثم مات، فتكمل عدة الزوج، ثم يتربّص بحيضة لموت السيد بعد الوطء، فلا تُحسب المدة من وقت وطء السيد إلى موته، إذا كان يفتersh<sup>(٢)</sup>، كما لو نكحت في العدة، وكان الزوج الثاني يستفرشها جاهلاً.

هذا كله فيما إذا وطئها، ولم يظهر بها حملٌ، أما إذا وطئها السيد في عدة الوفاة، ومات، فظهر بها حملٌ، وولدت لزمانٍ يُمكن أن يكون من الزوج، ويمكن أن يكون من السيد، فيُعرض على القائف، فإن ألحقه بالزوج، انقضت عدته بالوضع، وعليها حيضةٌ بعد أن تطهر من النفاس، وإن ألحقه بالسيد، حصل الاستبراء بالوضع، وعليها إتمام عدة الوفاة، فإن لم يكن قائفٌ، فعليها إتمام بقية العدة، إن كان الولد من السيد وينقضي الاستبراء بالوضع أو التربّص إلى أن تحيض حيضةً، إن كان الولد من الزوج، وتنقضي عدة الوفاة بالوضع، فعليها أطول المدتين، فإن وقعت الحيضة في بقية عدة الوفاة، كفاها ذلك، ولو ظهر بها الحمل في عدة الطلاق، وولدت لزمانٍ محتملٍ بينهما، فإن ألحق بالزوج، فعليها بعد الوضع حيضة، وإن ألحق بالسيد، فعليها [بعده] بقية العدة، وإن أشكل، فعليها بقية عدة الطلاق أو حيضة.

فَرَعَ آخِرُ لَهُ: [اشترى أمة ذات زوج، ووطئها قبل أن يعلم أن لها زوجاً، وظهر بها حملٌ، ومات الزوج، فإن ولدت لزمانٍ يَحْتَمِلُ أن يكون من هذا، ويحتمل أن يكون من ذلك؛ بأن ولدت لسته أشهر فصاعداً من وطء السيد، ولأربع سنين فما دونها من وطء الزوج، عُرض على القائف، فإن ألحقه بالزوج، انقضت العدة بالوضع، وإن ألحقه بالسيد، لم تنقض بالوضع؛ لأن الولد نفى عن الزوج؛ ولذلك لو لم يكن قائفٌ وأشكل الأمر عليه، لم تنقض العدة بالوضع؛ لاحتمال كونه من السيد، وعليها إتمام عدة الوفاة شهرين وخمس ليالٍ، ولا تُحسب مدة افتراض السيد من العدة، [وإن احتمل] أن يكون الولد من السيد، ولم يحتمل أن يكون من الزوج، فكذلك الحكم، وإن

(٢) في ز: يستفرشها.

(١) في ز: موتها.

احتمل أن يكون من الزوج، ولم يُحتمل أن يكون من السيد، انقضت العدة بوضعه، وهل على السيد الاستبراء بعد انقضاء العدة؟ فيه ما سبق من الخلاف، ولو لم يظهر بها حمل، والتصوير ما ذكرنا، فإما أن يموت الزوج عقيب الوطء أو [بعده بمدة، فإن مات عقبه] تعتد عدة الوفاة، وهل تحل بعدها للسيد أم تحتاج إلى الاستبراء؟ فيه الخلاف، ولا يجوز تزويجها بلا خلاف إلا بعد الاستبراء، وإن عاش بعد الوطء مدة، فعليه أن يعتزل عنها إذا علم الحال إلى أن تنقضي مدة الاستبراء، كالمنكوحه توطأ بالشبهة، وإذا مات بعد انقضائها، فليس عليها إلا عدة الوفاة، وتحل للسيد بعدها، وله تزويجها بلا استبراء جديد، ولو كان يستفرشها الزوج بعد وطء السيد جاهلاً، ثم مات، فإذا اعتدت عنه، فهل تحل للسيد من غير استبراء؟ فيه ما سبق من الخلاف، ولا يجوز تزويجها إلا بعد الاستبراء.

فزع: أورده الشيخ أبو علي - رحمه الله - في الشرح: رجل له امرأة وأمة مزوجة حنت في طلاق امرأته أو في عتق أمته، ومات قبل البيان، ثم مات زوج الأمة، فعليها أن تعتد أربعة أشهر وعشراً من يوم وفاة الزوج؛ لاحتمال أن سيدها حنت في عتقها، فتكون حرّة يوم وفاة زوجها، وعلى امرأته أربعة أشهر وعشراً أو ثلاثة أقرء؛ لأنها متوفى عنها أو مطلقة، فعليها أطول المدتين، فإن اشتملت المدة على الأقرء اكتفت بها، ولو كان الزوج الأمة أمة، وحنث هو أيضاً في عتقها أو طلاق زوجته، وماتا قبل البيان، فعلى كل واحدة الاعتداد بأربعة أشهر وعشراً أو ثلاثة أقرء؛ لأن كل واحدة تحتمل أن تكون مطلقة، وأن يكون متوفى عنها زوجها، والله أعلم.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: (الْفَضْلُ الثَّلَاثُ) فِيمَا تَصِيرُ بِهِ الْأُمَّةُ فِرَاشاً وَهُوَ الْإِقْرَارُ (ح) بِالْوَطْءِ مِنْ غَيْرِ دَعْوَى الْأَسْتِبْرَاءِ \* فَإِنْ أَدْعَى الْأَسْتِبْرَاءَ بَعْدَ الْوَطْءِ لَمْ يَلْحَقْهُ الْوَلَدُ عَلَى الْأَظْهَرِ \* وَقِيلَ: يَلْحَقُ وَلَا يَنْتَفِي إِلاَّ بِاللَّعَانِ \* وَلَوْ أَدْعَتْ أُمِّيَّةُ الْوَلَدِ فَلَهَا تَخْلِيْفُهُ فَيَخْلِفُ أَنَّهُ مَا وَطَّئَهَا بَعْدَ الْحَيْضِ \* وَعَلَى وَجْهِ يَقُولُ فِي الْيَمِينِ: وَلَيْسَ الْوَلَدُ مِنِّي \* وَلَوْ آتَتْ بَعْدَ إِقْرَارِ الْوَطْءِ لِأَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ فَهَذَا أَوْلَى بِأَنْ لَا يَلْحَقَ مِنْ صَوْرَةِ دَعْوَى الْأَسْتِبْرَاءِ \* وَكَذَا الْخِلَافُ فِي الْوَلَدِ الَّذِي لَا يُمَكِّنُ إِلاَّ مِنْ وَطْءٍ آخَرَ وَكَأَنَّ هَذَا يَرْجِعُ إِلَى أَنَّهَا لَا تَصِيرُ فِرَاشاً بِمَجْرَدِ الْإِقْرَارِ وَلَكِنْ مَا يَقْتَضِيهِ الْإِقْرَارُ يُؤَاخَذُ بِهِ \* وَلَوْ أَدْعَى الْعَرَالُ لِحَقِّهِ عَلَى الْأَظْهَرِ \* وَلَوْ أَقْرَأَ بِإِثْنَيْنِهَا فِي غَيْرِ الْمَاتِي لَمْ يَلْحَقْهُ الْوَلَدُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الأمة لا تصير فراشاً بالملك حتى لا يلحقه الولد الذي تأتي به، وإن حلت له وخلا بها، وأمكن أن يكون منه بخلاف النكاح، حيث يلحق الولد فيه بمجرّد الإمكان؛ لأن مقصود النكاح هو الاستمتاع، والولد وملك اليمين قد يقصد به ذلك،

وقد يُقصد به التجارة أو الاستخدام؛ ولهذا لا يُنكح من لا تحل، ويملك بملك اليمين من لا تحل، وإذا كان المقصود من النكاح ذلك، اكتفى فيه بمجرد الإمكان، وإنما تصير الأمة فراشاً، إذا وطئها، فإذا أتت بالولد بعد الوطء لزمانٍ يمكن أن يكون منه، لحقه، والوطء يُعرف بالبينة أو بإقراره، وعند أبي حنيفة لا تصير الأمة فراشاً بالوطء، وإن دوام عليه سنين، ولا يلحقه الولد إلا إذا استلحقه، وقال: إنه مني، لنا: ما زوي أن سعد بن أبي وقاص - رضي الله عنه - وعبد بن زمعة تنازعا عام الفتح في ولدٍ وليدة زمعة، وكان زمعة قد مات فقال سعد: يا رسول الله، - ﷺ - إن أخي كان قد عهد إلي وفيه، وذكر لي أنه ألم بها في الجاهلية، وقال عبد: هو أخي، وابن وليدة أبي، ولد على فراشه، فقال<sup>(١)</sup> رسول الله - ﷺ - «يا عبد بن زمعة، هو لك، الولد للفراش، وللعاهر الحجر» ووجه الاستدلال: أنه أثبت الفراش لزمعة، وألحق الولد به من غير استلحاقه، وقال عمر - رضي الله عنه<sup>(٢)</sup> - «لا تأتيني أم ولد يعتزف سيدها أن قد ألم بها إلا ألحقت به ولدها، فأرسلوهن بعد أو أمسكوهن» اعتبر الاعتراف بالإلمام لا الاعتراف بالولد.

ولو نفى الولد مع الاعتراف بالوطء بأن ادعى الاستبراء بعد الوطء بحيضة، فينظر؛ إن ولدت لما دون ستة أشهر من وقت الاستبراء، فالاستبراء لغو، للعلم بأنها كانت حاملاً يومئذ، فيلحقه الولد، فلو أراد نفيه باللعان، فقد مر أن الصحيح أن نسب ملك اليمين لا ينفي باللعان، وادعى أبو سعد المتولي أن الصحيح في هذه الصورة أن له أن يلاعن، لأن من وطئ زوجته في طهر ورمها بالزنا في ذلك الطهر، وأتت بولد، كان له نفيه باللعان، فيبعد أن يلزمه نسب ولد الأمة في هذه الحالة، ولا يلزمه نسب المنكوحة، وإن ولدت لستة أشهر إلى أربع سنين، فالمنصوص، وظاهر المذهب أنه لا يلحقه<sup>(٣)</sup> الولد، واحتج بأن عمر وزيد بن ثابت وابن عباس - رضي الله عنهم - نفوا أولاد جوار لهم، وعن البويطي وغيره تخريج قول من الحرّة إذا طلقت، ومضت ثلاثة

(١) متفق عليه، البخاري [٢٠٥٣ - ٢٢١٨ - ٢٤٢١ - ٢٥٣٣ - ٢٧٤٥ - ٤٣٠٣ - ٦٧٤٩ - ٦٧٦٥ - ٦٨١٧ - ٧١٨٢، مسلم ١٤٥٧] من حديث عائشة، وفي الباب عن أبي هريرة بلفظ، الولد للفراش، وللعاهر الحجر، متفق عليه أيضاً.

(٢) رواه مالك عن ابن شهاب عن سالم عن أبيه أن عمر قال: ما بال رجال يطئون ولائدهم، ثم يعتزلوهن. فذكر نحوه، وعن نافع عن صفية بنت أبي عبيد عن عمر في إرسال الولائد يوطنن، بمعنى حديث سالم، ولفظه: ما بال رجال يطئون ولائدهم، ثم يدعوهم يخرجون، لا تأتيني وليدة يعتزف سيدها أن قد ألم بها، إلا ألحقت به ولدها، فأرسلوهن بعد، أو أمسكوهن.

(٣) وقد استشكل الشيخ عز الدين في القواعد عدم اللحق لأن الأمة فراش حقيقي، وهذه مدة عالية فكيف لا يلحق الولد بفراش حقيقي مع غلبة المدة بإمكان الوطء مع قلة المدة وندرة الولادة في مثلها قال: وقد خالف بعض أصحابنا في ذلك وهو متجه.

أقراء، ثم أتت بولدٍ لزمانٍ يُمكنُ أن يكون من النكاح، فإنه يلحق به، وهذا قد ذكرناه من قبل، وبيئاً اختلاف تصرف الأصحاب في النصين، وفرقنا بينهما بأن الوطاء سبب ظاهر، والاستبراء ظاهر يعارضه، وإذا تعارضاً، سقَط الظهور، وبقي الإمكان، والإمكان لا يُكتفى به في الأمة، بخلافه في المسألة الأخرى، وإذا قلنا بالظاهر، فلو أنكرت الاستبراء، فهل يحلف السيد أم يُصدق من غير يمين؟ فيه وجهان محكيان عن الحاوي وغيره، ورُبَّما بُنِيَ على أن الائتفاء معلق بدعوى الاستبراء، أو بفعل الاستبراء، والظاهر تعليقه بنفي الاستبراء ووجوب اليمين، وهو قضية ما ذكره الشيخ أبو حامد وصاحب «المهذب» - رحمهما الله -، وصرح به أبو الفرج السرخسي والمتولي، وحكاه القاضي الروياني عن الجمهور، وإذا قلنا: يحلف فمحصول ما ذكر في كيفية يمينه، ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يحلف على الاستبراء، ويكفي ذلك نافياً للنسب.

والثاني: وهو اختيار الداركي، وصاحب الحاوي، أنه لا بُدَّ، وأن يضم إليه؛ أن الولد ليس مني.

والثالث: وبه قال أبو إسحاق - رحمه الله -: أنه لا يحتاج إلى التعرض للاستبراء، ويحلف على أن الولد ليس منه، وهذا كما أن في نفي ولد الحرَّة لا يحتاج إلى التعرض للاستبراء ويحلف على أن الولد ليس منه وقد ذكر القاضي الطبري وغيره: أن هذا أصح، وفيه ما يفهم أنه لو عَرَف أن الولد من غيره، ولم يَسْتَبْرِئْهَا يجوز له بقية والحلف عليه، لا على سبيل اللعان، والله أعلم.

وعن الحاوي حكاية وجهين في أنه كيف يتعرض في يمينه للاستبراء، أيقول: استبرأتها قبل ستة أشهر من ولادة هذا الولد، أو يقول: ولدته لسته أشهر بعد استبرائي، ووجهين فيما إذا نكل:

أحدهما: أنه يلحقه بنكوله، والثاني: أنه تحلف الأمة، فإن نكلت، توفقنا إلى بلوغ الصبي، فإذا حلف بعد البلوغ لحقه.

ولو ادَّعت الوطاء وأمِّة الولد، وأنكر السيد أضل الوطاء، فالمشهور، وهو اختيار القفال: «أنه لا يحلف، وإنما حلف في الصورة السابقة؛ لأنه سبق منه الإقرار بما يقتضي ثبوت النسب، وهو الوطاء، وفيه وجه: أنه يحلف؛ لأنه لو اعترف به، ثبت النسب، فإذا أنكروا، حلف، وحكاه في «التتمة» عن اختيار القاضي الحسين، وإذا لم يكن ولد، فلا يحلف بلا خلاف. وفي الفصل بعد هذا مسائل:

أحدها: لو أقر بالوطء فأتت بولدٍ لأكثر من أربع سنين من وقت الوطاء، هل

يلحقه؟ فيه وجان يبينان على أن الولد، هل ينتفي بالاستبراء بعد الوطء، إن قلنا: فمضي هذه المدة أولى بأن يمنع اللحوق، ويقرب من هذا الخلاف الخلاف فيما إذا أتت بولد بعد الولد الذي ألحقناه بالسيد لسته أشهر فصاعداً، هل يلحقه الولد الثاني؟ فأحد الوجهين: أنه يلحقه؛ لأنها قد صارت فراشاً؛ فيلحقه أولادها عند الإمكان، كما في النكاح.

والثاني: أنه لا يلحقه، إلا أن يقرب بوطء جديد؛ لأن هذا الفراش يبطل بالاستبراء، فلأن يبطل بالولادة كان أولى [أما لو أتت بالولد الثاني لدون ستة أشهر فهما حمل واحد فإذا لحقه الأول لحقه الثاني بلا خلاف] وذكروا أن أضل هذا الخلاف في أن أم الولد هل تعود فراشاً للسيد، إذا انقطعت علقة الزوج عنها نكاحاً وعدة وفيه قولان:

أحدهما: أنها تعود فراشاً، حتى لو مات السيد أو أعتقها بعد ذلك، يلزمها الاستبراء، ولو أتت بولد لسته أشهر فصاعداً من وقت انقطاع علقة الزوج لحق السيد.

والثاني: لا تعود فراشاً ما لم يطأها حتى لو أتت بولد لما دون أربع سنين من وقت الطلاق، يلحق بالزوج، فإن قلنا: تعود فراشاً، لحقه الثاني من غير إقرار بالوطء، وإلا، فلا بد من الإقرار بوطء جديد [لكنهم مائلون هاهنا إلى أنه لا يلحق الولد الثاني إلا بالإقرار بوطء جديد]؛ لأن الولادة أقوى من الاستبراء، والاستبراء بفضل هذا الفراش، كما تقرّر وقضية الأخذ من الأضل المذكور ترجيح اللحوق؛ لما سبق أن الظاهر أن المستولدة تعود فراشاً، وعند أبي حنيفة: إذا لحقه ولد بالاستلحاق، لحقه سائر أولادها، وإن لم يستلجقهم.

الثانية: لو اعترف بالوطء، وقال كُنتُ: أغزَلُ وأمتنع من إزسال الماء في الرجم، فوجهان:

أحدهما: أن دعوى الغزل كدعوى الاستبراء حتى يتنفي به التَّسَبُّب.

وأصحهما: أنه لا عبرة به ويلحقه؛ لأنه قد يسبق الماء، وهو لا يحس به، وأيضاً، فإن كونها فراشاً حكم من أحكام الوطء، [فلا يشترط فيه الإنزال كسائر أحكام الوطء] (١).

والثالثة: الإقرار بالإتيان في غير المأتى لا يكون كالإقرار بالوطء، فلا يلحق به الولد، وفيه وجه ضعيف، وقد سبق نظير هذا الخلاف [ولو قال: كنت أصيبها فيما دون الفرج].

فالأصح (٢): أن الولد لا يلحق به، لأن سبق الماء إلى الفرج بالإصابة فيما دون

(١) سقط في ز.

(٢) في أ: ولو قال.



الفرج بعيد، ولأن سائر أحكام الوطء كالتحليل والتحصين لا تتعلق بالإصابة فيما دون الفرج، فكذلك فيما نحن فيه، وأما لفظ الكتاب فقوله «وهو الإقرار بالوطء من غير دغوى الاستبراء» أي خالياً عن دعوى الاستبراء؛ يُعلم بالحاء؛ لما ذكرنا أن عنده لا تصير الأمة فراشاً بالإقرار بالوطء.

وقوله «وقيل: تَلَحَّقُ» بعد ذكر الأظهر هو الوجه الثاني في المسألة.

وقوله «لا ينتفي إلا باللعان» هكذا ذكرها هنا وفي «الوسيط» و «البيسط» وذلك يقتضي أنه يجوز اللعان عن الأمة إلا أن الولد لا ينتفي بدغوى الاستبراء، وهو مناسب للفقهاء الذي ذكرناه في باب اللعان في المسألة؛ لكنه غير مُحَقَّق من جهة النقل.

وقوله «ولو ادَّعَتْ أمة الولد» يعني إذا ادعى السيد الاستبراء، وأنكرته هي، وادعت أنها أمٌ ولديه، وفيه إشعار بأنها إنما تحلف إذا ادَّعَتْ الاستيلاء؛ لأن ذلك حقُّ لها، وكذلك ذكره في غير هذا الكتاب، والأكثر لم يتعرضوا لذلك، ويشبه أن يقال: الخِلافُ الذي قَدَمناه في أنه هل يحلف لا يجيء فيما إذا ادَّعَتْ أُمِّيَّةُ الولد، [وإن لم يكن الأمر على ما أشعر به اللفظ من اختصاص التحليف بما إذا ادَّعَتْ أُمِّيَّةُ الولد]، وقوله «وعلى وجه يقول في اليمين: «وَلَيْسَ الْوَلَدُ مِنِّي» أراد به الوجه الثاني، وهو أنه يضم ذلك إلى دعوى<sup>(١)</sup> الاستبراء، وأما الوجه الثالث، فهو غير مذكور في الكتاب.

وقوله «وكذا الخِلافُ في الولدِ الَّذِي لَا يُمَكِّنُ إِلَّا مِنْ وَطْءِ آخَرَ» قصد بهذا اللفظ الاحتراز عن ما إذا كان بين الولدين أقل من ستة أشهر؛ فإنه إذا كان كذلك كانا توءمين؛ فإذا لحق الأول لحق الثاني بلا خلاف.

وقوله «وَكَأَنَّ هذا يرجع إلى أنها لا تصير فراشاً» بمجرد الإقرار بالوطء إلى آخره، معناه أننا إذا لم نلحق الولد الثاني به لَمَّا زاد على أربع سنين، لم نجعل الأمة فراشاً مطلقاً بالإقرار، [بالوطء]<sup>(٢)</sup>، [ولكننا نجري على مقتضى<sup>(٣)</sup> الإقرار]، ويؤاخذ به، وفيما عداه نجري على أصل العدم.

قَالَ الْعَرَّائِيُّ: وَلَوْ اشْتَرَى زَوْجَتَهُ فَوَلَدَتْ لِزَمَانٍ يُحْتَمَلُ مِنَ الْمَلَائِكِينَ لِحَقِّهِ فَلَمْ تَصِرْ أُمَّ وَلَدٍ مَا لَمْ يُقَرَّ بِالْوَطْءِ \* فَإِنْ أَقَرَّ وَأَحْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ مِنَ النِّكَاحِ فَفِي أُمِّيَّةِ الْوَلَدِ مَعَ الْأَحْتِمَالِ تَرَدُّدٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا اشْتَرَى زَوْجَتَهُ الْأَمَةَ، فَوَلَدَتْ بَعْدَ الشَّرَاءِ، فَقَدْ بَانَ مِمَّا قَدَمْنَاهُ فِي

(٢) سقط في ز.

(١) في أ: وجه.

(٣) سقط في ز.

اللَّعَانِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ أَنَّهُ مَتَى لَا يَلْحَقُهُ، وَإِنَّهُ إِذَا لَحِقَ بِالنِّكَاحِ، مَتَى يَلْحَقُ بِمَلِكِ الْيَمِينِ، وَلَا يَخُكَمُ بِكُونِهَا أُمَّ وَوَلَدٍ، إِذَا احْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ مِنَ النِّكَاحِ، فَلَمْ يَقْرَ بِالْوَطْءِ بَعْدَ الشِّرَاءِ، لِأَنَّ أُمُومَةَ الْوَلَدِ إِتْمَا تَثْبُتُ إِذَا كَانَ لِلْحَقِّ بِحُكْمِ الْمَلِكِ، وَلَمْ يَظْهَرِ ذَلِكَ، وَعَنْ رِوَايَةِ الْقَفَّالِ وَجَهٌ ضَعِيفٌ: أَنَّهَا تَثْبُتُ، وَيَكْتَفِي بِاللِّحْقِ فِي مَلِكِ الْيَمِينِ مَعَ احْتِمَالِ الْحُدُوثِ فِي مَلِكِ الْيَمِينِ، وَإِنْ أَقْرَ بِالْوَطْءِ بَعْدَ الشِّرَاءِ، وَلِحَقِّ الْوَلَدِ بِمَلِكِ الْيَمِينِ، وَلَكِنَّهُ احْتَمَلَ كَوْنَهُ مِنَ النِّكَاحِ، فَوَجَّهَانَ فِي ثُبُوتِ أُمُومَةِ الْوَلَدِ.

وجه المنع قيام الاحتمال.

**والأظهر:** الثبوت؛ للحكم باللحوق بملك اليمين، وأجرى هذا الخلاف فيما إذا رُوجَ أمته، وطلقها قبل المسيس، وأقر السيد بوطنها، وأتت بوليد لزمان يحتمل أن يكون منهما، وقد انقضى «كتاب العدة»، بأبوابه بتيسير الله تعالى.

## كِتَابُ الرِّضَاعِ \* وَفِيهِ أَرْبَعَةُ أَبْوَابٍ

### البَابُ الْأَوَّلُ فِي أَرْكَانِهِ

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَهِيَ ثَلَاثَةٌ: (الْأَوَّلُ: الْمُرْضِعَةُ) وَهِيَ كُلُّ أَمْرَأَةٍ حَيَّةٍ تَحْتَمِلُ الْوِلَادَةَ \*

(١) هو مصدر رَضِعَ بكسر الضاد يَرْضَعُ بفتحها من باب تعب، أو رَضَعَ بفتح الضاد يَرْضِعُ بكسرهما من باب ضَرَبَ يَضْرِبُ.

قال في «المصباح»: رَضِعَ الصبي رَضْعاً من باب تعب لغة لأهل نجد، ورضع من باب ضرب لغة لأهل تهامة، وأهل مكة يتكلمون بها، وعلى هذا فهو مصدر سماعي لا قياسي؛ لأن المصدر القياسي من الباب الأول مرضعاً بفتح الراء والضاد مع القصر، والمصدر من الباب الثاني رَضِعاً بسكون الضاد.

وَقَالَ جَمْعٌ: إن المصدر من هذه اللغة بكسر الضاد، وإنما السكون تخفيف مثل الحلف والحلف.

وقال في «المصباح» أيضاً: رَضِعَ يَرْضَعُ بفتحيتين رَضْعاً ورضاعة لغة ثالثة، انتهى؛ وعلى هذه اللغة هو مصدر قياسي.

وإذا أريدَ وصف المرأة بلو يقال: فَرْضِعَ ومرضعة بإثبات التاء، وحذفها في آخره.

وقال الفراء: إن قصد حقيقة الوصف بالإرضاع فمرضع بغير تاء، وإن قصد مجازه، يعني: أنها محل الإرضاع باعتبار ما كان، أو سيكون فبالهاء، وقوله تعالى: ﴿يَوْمَ تَرَوْنها تَنهَلُ كُلُّ مُرْضِعَةٍ مِمَّا أَرْضَعَتْ﴾ على هذا النحو.

وقد خالف في ذلك الشيخ الشَّرْقَاوِيُّ حيث عكس المسألة فقال: يقال للمرأة التي لم تباشِر الإرضاع، وهي ذات ولد مرضع بحذف التاء، وللتي باشرتة مرضعة بالتاء.

ففعله يجوز فيه فتح الضاد وكسرهما، ومصدره يجوز فيه إثبات التاء وحذفها، مع فتح الراء وكسرهما، وإبدال ضاده تاءً.

عَرَفَ الفقهاء الرضاع: بأنه هو حصول لبن امرأة أو ما حصل منه في معدة طفل، أو دماغه بشروط تأتي؛ فقولهم حصول: جنس في التعريف شامل للحصول بواسطة الثدي، أو الشرب من الإناء ونحوه، وبإضافته إلى اللبن قيد خرج به حصول غير اللبن من باقي الأطعمة، فلا يسمى رضاعاً، وبإضافة اللبن إلى المرأة قيد خرج به حصول لبن غير المرأة من بهيمة، أو لبن رجل، أو خشي، فلا يسمى رضاعاً؛ لأن لبنهم غير صالح لتغذية الطفل.

وقولهم: أو ما حصل منه معطوف على قولهم حصول لبن، فيكون المعنى حصول لبن أو حصول ما حصل منه كالجبين مثلاً، وقولهم في معدة جار ومجرور متعلق بحصول قيد لإخراج حصوله في غير المعدة، كباطن الأنف، والأذن، فلا يسمى رضاعة، وبإضافة معدة إلى طفل قيد خرج به =

= حصول اللبن في معدة غير الطفل كالرجل مثلاً فلا يسمى رضاعاً، وقولهم بشروط تأتي قيد لإخراج حصول اللبن في معدة الطفل؛ ولكن مع فقد الشروط، ككون المرضع لم تبلغ تسع سنين، أو كون الطفل لم يرضع خمس رضعات، والمرأة على عمومها شاملة للآدمية والجنية، فلبن الجنية محرم كلبن الإنسانية، خلافاً لما ذهب إليه شيخ الإسلام، والخطيب من أن المراد منها الآدمية فقط، بناءً على عدم صحة مناعتهم، وهو المرجوح، والراجح الصحة، وجرى ما قاله ابن النقيب من أن اسم المرأة خاص بالآدميات، وهذا خلاف ما عليه الجمهور. ثم الأصل في التعارف أن يكون انظر: لسان العرب: ٣/١٦٦٠، المصباح المنير: ١/٣١٢، المطلع: ٣٥٠.  
انظر: تبيين الحقائق: ٢/١٨١، اللباب: ٣١، مغني المحتاج: ٣/٣١٤، الشرح الصغير: ٣٢٧، كشف القناع: ٥/٤٤٢.

يؤثر الرضاع في النكاح، يعني في حرمة عند استيفاء شروطه ابتداءً ودواماً، حتى لو طرأ على النكاح أبطله، وفي ثبوت المحرمية فيبيح النظر والخلوة وعدم نقض الوضوء باللمس، ويؤثر في إيجاب نصف مهر المثل للزوج على الكبرى فيما لو أرضعت الصغرى، كما أن للصغرى عليه نصف مهرها اعتباراً لما يجب له بما يجب عليه، وإن كان مقتضى إتلاف كل البضع وجوب كل المهر. ويؤثر أيضاً في سقوط المهر فيما لو ارتضعت الصغيرة من نائمة أو مستيقظة ساكنة، فيسقط مهرها؛ لأن الانفساخ حصل بسببها قبل الدخول، ولا يؤثر في باقي الأحكام من إرث ونفقة وعتق يملك فيما لو ملك أحدهما الآخر، وسقوط القصاص ورد الشهادة فتقبل شهادة أحدهما على الآخر لضعفه عن النسب.  
الدليل عليه:

أما الدليل على حرمة النكاح فالكتاب وهو قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْتَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرِّضَاعَةِ﴾.

والسنة الصحيحة المشهورة مثل ما رواه إمامنا الشافعي - رضي الله عنه - عن مالك عن عبد الله بن دينار عن سليمان بن يسار عن عروة بن الزبير عن أم المؤمنين عائشة - رضي الله عنها - أن النبي ﷺ قال: «يَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ الْوِلَادَةِ» وغير ذلك من الأحاديث. والإجماع إذ لا خلاف بين مجتهدي الأمة في ذلك، وإن اختلفوا في الشروط المعتبرة، وما ينتشر إليه التحريم.

وأما الدليل على ثبوت المحرمية، فما روي عن عائشة - رضي الله تعالى عنها - أنها سألت رسول الله ﷺ - عن أفلح أخي أبي القعيس هل يدخل عليها؟ وكانت امرأة أبي القعيس قد أرضعتها فقال ﷺ: «يَلِجُ عَلَيْكَ فَإِنَّهُ عَمَّكَ مِنَ الرِّضَاعَةِ» وما روي عن سيدتنا عائشة - رضي الله عنها - أنها قالت: يا رسول الله، إني أسمع صوت رجل في منزلك عند حفصة فقال ﷺ: «أَرَاهُ عَمَّهَا مِنَ الرِّضَاعَةِ». والإجماع أيضاً متعقد على ذلك.

وأما الدليل على وجوب الغرم، فما ذكره في باب المتلفات مثل خير «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» لأن الكبرى حيث فوتت البضع كانت في حكم الآخذة.

وأما الدليل على عدم تأثيره في سائر الأحكام من إرث ونفقة... الخ فالإجماع، وأيضاً فإن هذه الأحكام لا تثبت إلا لمن له نسب، ولا نسب في الرضاع بل الرضيع أجنبي والأصل بقاء ما =

= كان على ما كان حتى يرد دليل على خلافه مثل الآية التي أثبتت حرمة النكاح بالرضاع، ولهذا لم يثبت بعض الأئمة الحرمة إلا للأمهات والأخوات للتخصيص عليهن دون ما عداهن على ما يأتي . ولا يقال إن الآية التي دلت على التوارث دلت بعمومها على الإرث بالرضاع؛ لأن الآيات إنما دلت على التوارث بخصوص النسب كما يفهم ذلك من الإضافة في نحو قوله تعالى: ﴿يُؤْتِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾ لأن الولد حين الإطلاق إنما ينصرف إلى ولد النسب، ولا يطلق على ولد الرضاع إلا مقيداً فيقال: ولد من الرضاعة، وابن من الرضاع، وكذا يقال في سائر الأحكام من النفقة والعق بالملك... الخ.

ولقد كان لحرمة الرضاع في الجاهلية حق مرعي حكى محمد بن إسحاق أنه لما سببت هوازن قبيلة السيدة حليلة السعدية مرضعة الرسول - ﷺ - وغنمت أموالهم بحنين، قدمت وفودهم على رسول الله - ﷺ - فقام فيهم زهير بن صرد فقال يا رسول الله: «إنما في الحظائر عماتك وخالاتك وحواضتك اللاتي كن أرضعنك ويكفلنك ولو أملجنا أرضعنا» للحارث بن أبي شمر أو النعمان بن المنذر ثم نزل منا بمثل ما نزلت به رجونا عطفه وتأييده وعائدته وأنت خير المكفولين ثم أنشد:

امنن علينا رسول الله في كرم  
امنن على نسوة قد كنت ترضعها  
أن لم تدراكنا نعماك ننشرها  
إننا لنشكر آلاء وإن كفرت  
وعندنا بعد هذا اليوم مدخر

فقال النبي ﷺ: «أَبْنَاؤُكُمْ وَيَسَاؤُكُمْ أَحَبُّ إِلَيْكُمْ أَمْ أَمْوَالُكُمْ؟» فقالوا خيرتنا بين أموالنا وأحسابنا بل ترد علينا أبناءنا ونساءنا فقال ﷺ: «مَا كَانَ لِي وَلِئَنِي هَاهُنَا فَهَوَ لَكُمْ» فحفظ ﷺ حرمة الرضاع، وأكرمهم لأجله، وجرى على ما عهدته العرب من غير إثبات لحرمة النسب، ولا حكم بتحريم النكاح، ولا بالمحرمة (حتى أتى الكتاب بذلك) حتى أنزل الله في شأن الرضاع ما أنزل. وأيضا فقد روى أبو الطفيل أنه قال: رأيت رسول الله - ﷺ - يقسم لحمأ بالجعرانة، إذ أقبلت امرأة فذنت إليه فبسط لها صلى الله عليه رداءه فجلست عليه فقلت من هذه؟ قالوا أمه التي أرضعته. فدل هذا الخبر على أن المرضعة تكون أمأ.

وروى محمد بن إسحاق أن الشما بنت الحرث بن عبد العزى كانت في سبي هوازن - وهي أخت رسول الله - ﷺ - من الرضاعة - فجيء بها حتى انتهت إلى رسول الله - ﷺ - وهي تقول: أنا أخت رسول الله - ﷺ - من الرضاعة فعرفها رسول الله - ﷺ - وبسط لها رداءه وأجلسها عليه وخيرها بين المقام عنده مكرمة أو الرجوع إلى قومها ممتعة فاختارت أن يمتهن وترجع إلى قومها ففعل.

حرم النكاح بالرضاع:

لما أشبه اللبن الذي يتغذى به الرضيع، وتقوم به بنته، وتشيد به أركانه المنى تمام الشبه في أن كلا صار جزءاً من الرضيع كانت الحكمة في تحريم نكاحه هي الحكمة في تحريم النسب، وهي المحافظة على احترامهن، وعدم إهانتهم، ولا يخفى ما يشتمل عليه النكاح من الذل والإهانة، ولهذا قال ﷺ: «النَّكَاحُ رِقٌّ فَلْيَنْظُرْ أَحَدُكُمْ عِنْدَ مَنْ يَرِقُّ كَرِيْمَتِهِ» ولولا أن الله - سبحانه وتعالى - أودع في المرأة الشهوة وجعلها في حاجة إلى الرجل شديدة ما استفرشت أنثى لرجل قط.

فَلَا حُكْمَ لِلْبَيْنِ الْبَيْهَمَةِ وَلَا لِلْبَيْنِ الرَّجُلِ (و) وَلَا لِلْبَيْنِ الْمَيْتَةِ (ح) \* فَإِنْ حُلِبَ لَبَنُهَا فَمَاتَتْ فَشَرِبَ الصَّبِيُّ بَعْدَ مَوْتِهَا حُرْمٌ عَلَى أَصْحَ الْمَذْهَبَيْنِ (و) \* وَلَا حُكْمَ لِلْبَيْنِ الصَّغِيرَةِ دُونَ تِسْعِ سِنِينَ \* وَتَعْدُ تِسْعَ سِنِينَ يُحْرَمُ لَبَنُهَا لِاحْتِمَالِ الْبُلُوغِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُجَرِّدُ اللَّبَنِ دَلِيلَ الْبُلُوغِ \* وَفِي لَبَنِ الْبَكْرِ وَجَهٌ أَنَّهُ لَا يُؤْتَرُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْكِتَابُ ثُمَّ السُّنَّةُ نَاطِقَانِ بِتَحْرِيمِ الرِّضَاعِ؛ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَأُمَّهَاتِكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتِكُمْ مِنَ الرِّضَاعَةِ﴾ [النساء: ٢٣] - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ (١) - قَالَ: «يَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعَةِ مَا تَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ»، وَيَعْضِدُهَا إِجْمَاعُ الْأُمَّةِ، وَإِنَّمَا يُؤْتَرُ الرِّضَاعُ فِي تَحْرِيمِ النِّكَاحِ وَثَبُوتِ الْمَحْرَمِيَّةِ الْمَفِيدَةِ لِحُلِّ الْخَلْوَةِ وَالنَّظَرِ دُونَ سَائِرِ أَحْكَامِ النَّسَبِ؛ كَالْمِيرَاتِ وَالنَّفَقَةِ وَالْعِتْقِ [بِالْمَلِكِ] وَسُقُوطِ الْقِصَاصِ وَرَدِّ الشَّهَادَةِ، وَغَيْرِهَا بِالِاتِّفَاقِ (٢)، وَلَا تَخْفَى الْحَاجَةُ فِي الْكِتَابِ إِلَى مَعْرِفَةِ الرِّضَاعِ الْمُحْرَمِ، وَمَعْرِفَةِ مَنْ يُحْرَمُهُ، ثُمَّ الرِّضَاعُ الْمُحْرَمُ قَدْ سَبَقَ النِّكَاحُ، فَيَمْنَعُ انْعِقَادَهُ، وَقَدْ يَطْرَأُ عَلَيْهِ، فَيَقْطَعُهُ، وَمَنْهُ مَا يَخْضُلُ الْإِتِّفَاقُ عَلَيْهِ، وَفِيهِ مَا يَقَعُ فِيهِ نِزَاعٌ قَرِيبٌ.

الكلام على أربعة أبواب: باب في أركان الرضاع وبيان شرائطه، ليمتاز ما يحرم من الرضاع عما لا يحرم.  
وباب: فيمن يحرمه.

وحيث ثبت أن النكاح ذل وإهانة كان الواجب صون ما حرمت عنه، وكيف لا يكون كذلك وللمرء علاقات بهن توجب احترامهن وتحريم إهانتهم؟ فلأمهات على الأبناء أعظم أنواع الإنعام التي لا يجهلها أحد، وهل يجوز لمن أنعم عليه أن يقابل هذا الإنعام بالإذلال والامتهان؟ وهل جزاء الإحسان إلا الإحسان؟ على أن الولد جزء من أصله، ولا يليق بالجزء أن يهين كله، ومن ينتمي إلى هذا الكل من البنات والأخوات والعمات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت، فإن البنات بضعة من الآباء قال ﷺ: «فَاطِمَةُ بَضْعَةٌ مِنِّي» فَلَا تَجُوزُ إِهَانَتُهُمْ؛ لِأَنَّ إِهَانَةَ الْجُزْءِ إِهَانَةُ لِلْكَلِّ، وَمَنْزِلَةُ الْأَخَوَاتِ كَمَنْزِلَةِ الشَّخْصِ نَفْسِهِ، وَكَيْفَ يَهِينُ الْمَرْءُ نَفْسَهُ؟ وَشَرُّ النَّاسِ مَنْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَالْعَمَاتُ فِي مَنْزِلَةِ الْآبَاءِ، وَالْخَالَاتُ فِي مَنْزِلَةِ الْأُمَّهَاتِ، وَبَنَاتُ الْإِخْوَةِ وَالْأَخَوَاتُ كَالْبَنَاتِ. وَأَيْضاً مِنْ حِكْمَةِ الْمَشْرُوعِيَّةِ لِتَحْرِيمِ النِّكَاحِ بِالرِّضَاعِ الْمَحْفَظَةِ عَلَى الْأَلْفَةِ وَالْوَفَاقِ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ حَتَّى لَا يَضِيعَ الْوَلَدُ بَيْنَهُمَا، وَيَتَخَلَّى عَنِ الْفَضَائِلِ وَالْكَمَالَاتِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الشَّهْوَةَ بَيْنَهُنَّ ضَعِيفَةٌ جَدًّا حَتَّى تَكَادُ تَكُونُ مَعْدُومَةً، وَلَا يَخْفَى أَنَّ هَذَا يَنْشَأُ عَنْ النُّفُورِ وَالْخِلَافِ، وَيَبْعِدُهُمَا عَنِ الْوَفَاقِ وَالِاتِّتْلَافِ فَيَكْتَسِبُ الْوَلَدُ مِنْهُمَا ذَلِكَ، فَتَفُوتُ الْحِكْمَةُ مِنَ النِّكَاحِ الَّتِي هِيَ الْمَوَدَّةُ وَالرَّحْمَةُ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ الْمُقْتَضِيَيْنِ لِحَيَاةِ الْعِمْرَانِ قَالَ تَعَالَى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾.

(١) متفق عليه. وقد تقدم في باب ما يحرم من النكاح.

(٢) ويؤثر أيضاً في عدم نقض الطهارة على الأظهر.

وباب: في الرضاع الذي يطرأ على النكاح وأحكامه.

وباب: في النزاع.

الباب الأول: في أركانه، وهي ثلاثة: الذي ينفصل منه اللبن، وهو المُرْضِع، والذي يتصل به، وهو: المُرْتَضِع، واللبن المتوسط المُنْفَصِل مِنْ هذا والمُتَّصِل بِذاك.

الأول: المرضع، ويُعتبر فيه ثلاثة قيود:

أحدها: كونه امرأة، فلبن البهيمة لا يتعلّق به تحريم، حتى إذا شرب منه صغيران، لم يثبت بينهما أخوة، ولم تحرم الأثني منهما على الذكر؛ لأنّ الأخوة فرع الأمومة، ومنها ينتشر تحريم الرضاع، فإذا لم تثبت الأمومة التي هي الأصل، لا تثبت الأخوة، وأيضاً فلبن البهيمة لا يصلح غذاء للطفل صلاحية لبّين آدميات، فلا يشاركها في التحريم، ويروى عن مالك أنّه يتعلّق به التحريم، ولم يصحّحوا الرواية، ولو دُرّ لرجل لبّين، لم يتعلّق به التحريم<sup>(١)</sup>، واللبن من أثر الولادة، والولادة تختص بالنساء، وأيضاً، فإنه لم يُخلَقْ لغذاء المولود، فلم يتعلّق به التحريم [كسائر المائعات، عن الكرابيسي من أصحابنا: أنه يتعلّق به التحريم،<sup>(٢)</sup> والخشى المُشْكِلُ إذا دُرّ لبنه، فعن أبي إسحاق - رحمه الله -: أنه يُعْرَضُ على القوابل<sup>(٣)</sup>، فإن قلن: مثل هذا اللبن لا يكون إلا للنساء؛ لعزّارته، حُكِمَ بأنوثته، وعن ابن أبي هريرة: أنه يستدل باللبن على الأنوثة عند فقد سائر الأمارات، وظاهر المذهب: أن اللبن لا يقتضي الأنوثة، وقد أشزنا إلى الخلاف فيه وفي كتاب الظهار، وإذا قلنا بالظاهر، فلو أرضع بلبنه صغيراً، توقّف التحريم على تبيّن حاله، فإن بان أنه أنثى، تعلّق به التحريم، وإلا، فلا.

والثاني: أن تكون المرأة حيّة، فلو حلب لبن المرأة بعد موتها، وأوجر الصبيّ أو ارتضع من ثدي ميتة، لم يتعلّق به التحريم خلافاً لأبي حنيفة، ومالك، وأحمد - رحمهم الله - واحتج الأصحاب بأنّه لبّن حراماً قبل انفصاله، فلم يتعلّق به التحريم، كاللبن المنفصل من الرجل، وبأن اللبن ضعفت حرمة بموت الأضل؛ ألا ترى أنه تسقط حرمة الأعضاء بالموت حتى لا يجب الضمان بقطعها، وبأنها بعد الموت جثة منفكة عن الحلّ والحرمة، فصارت كجثة البهيمة، وبأن الحرمة المؤبّدة تختص ببدن الحي؛ ولذلك لا تثبت حرمة المصاهرة بوطء الميتة، وبأنه لو وصل اللبن إلى جوف الصبيّ الميت، لم تثبت الحرمة، فكذلك إذا انفصل منها بعد موتها؛ قياساً لأحد

(١) كان ينبغي أن يقول، المنصوص فقد نقل ذلك الشيخ البلقيني عن نص الأم والبويطي لكن مع الكراهة، وقد نقل الرافعي عن نص البويطي أن لا يحرم مع الكراهة.

(٢) في ز: الوقائل.

(٣) سقط في ز.

الطرفين على الآخر، وإن حلب لبن المرأة في حياتها وأوجر الصبي بعد موتها، ففيه وجهان:

أصحهما، وهو المنصوص: تعلق التحريم به؛ لأنه انفصل منها، وهو حلال محرم.

والثاني عن رواية القاضي الحُسَيْن: أنه لا يتعلق؛ لبُعد إثبات الأمومة بعد المَوْت، وذكر أنه مُخْرَجٌ مما إذا عُلِقَ طلاقها في الصُّحَّة، ووجدت الصفة المعلق عليها في المرض يعتبر وقت التعليق أو وقت وجود الصُّفة.

والثالث: كَوْنُ المرأة محتملةً للولادة، فلو ظهر لصغيرة لبنٌ، نُظِرَ؛ إن لم تبلغ تسع سنين، لم يتعلق به التحريم؛ لأنها لا تحتمل الولادة، واللبن فَرْغُ الولد، وهذا كما أنها إذا رأت دمًا، لم يحكم بكونه حيضًا، وإن بلغت تسع سنين، تعلق به التحريم، لأنه، وإن لم يُحْكَمْ ببلوغها باللبن، فاحتمال البلوغ قائمٌ، والرُّضَاعُ صنو النسب، فيكتفي فيه بالاحتمال<sup>(١)</sup> كالنَّسَبِ، ولا فَرْقُ بين أن تكون المرضعة خَلِيَّةً<sup>(٢)</sup> أو ذات زوج، ولا بين أن تكون بكرًا أو ثِيْبًا؛ لاحتمال الولادة وصلاحيه اللبن للغذاء، هذا هو الظاهر، وَيُحْكَمُ عَنْ نَصِّهِ - رضي الله عنه - في البويطي.

وفي لبن البكر وجه أنه لا يُحْرَمُ، لأنه نادر، فأشبهه لبن الرَّجُلِ.

وقوله في الكتاب «المرضعة»: وهي كل امرأة حَيَّةٌ تَحْتَمِلُ الولادة لا يخفى أنه ليس تفسيراً لنفس المرضعة، وإنما المراد أن التحريم إنما يثبت إذا كان بهذه الصفات. وقوله «فلا حكم للبن البهيمة، ولا للبن الرجل» يعني حكم التحريم، وعن نصه في البويطي: أنه إذا نزل للرَّجُلِ لَبَنٌ، فأرضع به صبيَّةً يَكْرَهُ له أن يَتَزَوَّجَ بها، وقوله «على أصح المذهبين» يعني الوجهين.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: (الثَّانِي: اللَّبْنُ) وَالْمُعْتَبَرُ وَصُولُ عَيْنِهِ أَوْ عَيْنِ مَا حَصَلَ مِنْهُ مِنْ جُبْنِ

(١) فيه أمران:

أحدهما: لم يتعرض لكون التسع على سبيل التقريب أو التحديد.

نعم قضية إلحاقه بالحيض اعتبار كونه تقريباً، ولهذا قال في الشرح الصغير ويشبه أن يكون النظر هنا إلى التسع مبنياً على الأصح في أقل سن الحيض وأن يجيء فيه الخلاف المذكور هناك.

الثاني: أنه لو كان لها لبن قبل التسع بزمن يسير حرم كما ذكروه في الحيض أنه يكون حيضاً، وذكر الشافعي في الحيض اعتبار يوم أو يومين والدارمي شهر.

(٢) في ز: خالية.



(ح) أَوْ أَقِطَ (ح) سَوَاءَ كَانَ صِرْفًا أَوْ مَخْلُوطًا بِمَائِعَ مَا لَمْ يَصِرْ مَغْلُوبًا بِحَيْثُ لَا يُؤَثَّرُ فِي التَّغْذِيَةِ قَطْعًا \* فَإِنْ صَارَ مَغْلُوبًا فَإِنْ أَمْتَزَجَ بِأَقْلٍ مِنْ قَلْتَيْنِ وَشَرِبَ الصَّبِيُّ كُلَّهُ فَفِيهِ قَوْلَانِ وَإِنْ شَرِبَ بَعْضَهُ فَقَوْلَانِ مُرْتَبَانِ \* فَإِنْ أَمْتَزَجَ بِقَلْتَيْنِ وَشَرِبَ بَعْضَهُ لَمْ يُؤَثَّرْ وَإِنْ شَرِبَ كُلَّهُ فَقَوْلَانِ \* فَلَا يَحْسُنُ ائْتِيَارُ الْقَلْتَيْنِ مِنْ غَيْرِ الْمَاءِ .

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لا يشترط لثبوت الحزمة أن يكون اللبن على الهيئة التي كانت عند الانفصال عند الثدي، بل لو تغير بحموضة أو انعقاد أو إغلاء تعلقت الحرمة به، وكذا لو أخذ منه جبن أو أقط أو زبد أو مخيض وأطعم الصبي؛ لوصول عين اللبن إلى الجوف، وحصول الثدي، وبهذا قال أحمد؛ وقال أبو حنيفة: تثبت الحرمة بالجبن ونحوه، ويروى عنه في المغلي مثله، ولو ترد فيه طعام أو عجن به دقيق وخبز، تعلقت الحرمة به أيضاً، وفي صورة العجن والخبز وجه عن القاضي الحسين - رحمه الله -، ولو شيب بمائع دواء أو غيره حلال؛ كالماء ولبن البهيمة أو حرام، كالخمر، فيُنظر؛ إن كان اللبن غالباً، تعلقت [الحزمة] بالمخلوط، حتى لو شرب منه الصبي خمس رضعات، ثبتت الحرمة، وإن كان مغلوباً فقولان:

أحدهما: أنه لا يتعلق به الحرمة، لأن المغلوب المستهلك كالمعدوم؛ ألا ترى أن النجاسة إذا استهلكت في الماء الكثير، كانت كالمعدومة، وأن الخمر إذا استهلك فيما خالطه، لم يتعلق بشربه الحد، وأن المخرم، لو أكل طعاماً استهلك فيه الطيب، لم تلزمه الفدية.

وأصحهما: التعليق، لوصول عين اللبن إلى الجوف، وهو المعتبر في الباب؛ ولذلك يُؤثر كثير اللبن وقليله الذي لا يُغذي بحال، وليس كالنجاسة؛ فإن اجتنابها لما فيها من الحَبْث والاستقدار، والكثرة دافعة له، ولا كمسألة الخمر، فإن الحد منوط بالشدة المزيلة للعقل، ولا كمسألة المخرم، فإنه ممنوع من التطيب، وذاك ليس بتطيب، وإذا قلنا بالأصح، فلو شرب جميع المخلوط، تعلقت الحزمة به، وإن شرب بفضه، فوجهان عن صاحب الإفصاح.

أحدهما: أنه تثبت الحرمة [أيضاً] إذا شربه في خمس دفعات، أو شرب منه دفعة بعد أن شرب من اللبن الصّرف أربعاً؛ وذلك لأن المائع إذا خالط المائع، فما من قدر يوجد إلا وفيه شيء من هذا، وشيء من هذا، ويُحكى هذا عن اختيار الصيمري والقاضي أبي الطيب الطبري.

وأظهرهما، وبه قال ابن سريج، وأبو إسحاق وأقضى القضاة الماوردئي: المنع؛

لأننا لا نتحقق وصول اللبن إليه<sup>(١)</sup>، والخلاف فيما إذا لم يُتَحَقَّق وصول اللبن، كما إذا وقعت قطرة لبن في جب ماء، وشرب بعضه، فإن تحققنا انتشاره في الخليط وحصول بعضه في المشروب أو كان الباقي في المخلوط أقل من قدر اللبن، فيقطع بالحرمة. ذكره الإمام وغيره، وهل يُشترط أن يكون اللبن قدراً يمكن أن يسقى منه خمس دفعات، لو انفرد عن الخليط؟ حكى أبو الفرج السرخسي فيه وجهين، وقال: أظهرهما: الاشتراط.

(١) يشترط في اللبن وصوله، أو وصول ما حصل منه من كل ما يقصد به التغذية، كالجبين، والزبد، والأطخ، والقشدة، بخلاف ما لا يتغذى به، كالمصل: وهو الماء الذي يسيل من الجبن، ويعبر عنه عند العامة بمس الحصير إلى معدة الطفل، أو دماغه، إذ المعدة محل لإحالة الغذاء، والدماغ يحيل الدواء، ولحصول التغذية في كل منهما، أما المعدة فتوزع الأغذية على الجسم بواسطة العصارة المعدية التي تفرزها، والتي لها الأثر الفعال في جعل الغذاء صالحاً، كما قال الأطباء حيث عدوها من أعمدة الجهاز الهضمي، وأما الدماغ فقد قال صاحب «المغني»: إن الأدهان، كاللبن، وما حصل منه إذا وصلت إليه انتشرت في الجسم بواسطة المسام، وتغذت يد العروق، فهو طريق للتغذية، فلذلك اكتفي في التحريم بوصول اللبن إليهما، وخرج بالمعدة، والدماغ ما عداهما، فلا يثبت التحريم بتقطير اللبن في الأذن، أو الدبر، أو الإحليل لعدم التغذية، وسواء كان حصوله بالشرب، أو الإيجار؛ بأن يصب اللبن في الفم، فيصل إلى المعدة، أو بالإسباط بأن يصب اللبن بالأنف، فيصل إلى الدماغ بخلاف وصوله عن طريق الأذن والعين؛ لأن اللبن لا يصل إلى المعدة ولا إلى الدماغ عن طريقهما؛ لأنهما غير مفتحتين، نعم لو انفتحتا، ووصل اللبن إلى المعدة أو الدماغ حرم، وكذا لو كان وصوله عن طريق جراحة، وسواء كان اللبن على حالته الأصلية من عدم التغيير، أو كان متغيراً بحموضة مثلاً، وسواء استقر اللبن دوماً أو تقيأه بعد الاستقرار، أما لو وصل بحقنة فهو غير محرم باتفاق الأئمة الثلاثة؛ وهو الأظهر من قولي الشافعي.

القول الثاني له: إنه يحرم؛ وذلك لأن النبي - ﷺ - قال: «الرُّضَاعُ مَا أَتَيْتَ اللَّحْمَ وَأَنْشَرْتَ الْعَظْمَ»، وهذا متفقان بالاحتقان؛ لأنه لإسهال ما انعقد في الأمعاء، والقول المخالف للأظهر للمزني، ومحمد بن الحسن، ودليل هذا القول القياس على ثبوت الإفطار بالحقنة للصائم بجماع أن كلاً واصل إلى الجوف، ورُدَّ هذا بإبداء الفارق وهو أن المدار في الإفطار إنما هو لمجرد وصول أي شيء إلى الجوف، ولو غير مغذي، وأما المدار في الرضاع هو إثبات اللحم، وإنشاز العظم، وهما متفتحات في الاحتقان فافترقا.

ويشترط في اللبن أن يكون من ثدي المرأة؛ لأنه المحل المعتاد لخروج اللبن، أو ما يقوم مقام الثدي من منفتح في محله المعتاد، ولو على غير صورته، أو في محل آخر يمكن خروج اللبن منه، ويكون على صورة الثدي، فلو خرج اللبن منه وهو في محله المعتاد حرم قياساً على نقض الطهارة بمس الذكر ببطن أصبع زائد مسامت للأصل، وقياساً على الآلة المنفتحة في النقض بالخارج منها وعدمه، ولو ارتضع طفلان من ثدي في غير محله الذي لا يمكن خروج اللبن منه فلا حرمة بينهما كما لو ارتضعا من غيره، ولو قطع ثدي من امرأة حية، وبه لبن شربه طفلان على خمس مرات، أو مرة مكملة لهم قبل القطع، أو شرب منه أحدهما قبل القطع، والآخر بعده حرم ذلك اللبن؛ لأن الثدي صار كالوعاء له، وقد انفصل منها وهي حية.

هذه هي الطريقة الظاهرة في اختلاط اللبن بالمائعات، وليس فيها فرق بين أن يكون الاختلاط بالماء أو بغيره، ومنهم من فرّق بين الماء وغيره فجعل غير الماء على ما ذكرنا، وقال في الماء واللبن: مغلوب فيه، إن امتزج بما دون القلتين، وشرب الصبي كله، ففي ثبوت الحرمة قولان، وإن شرب بغضه، فوجهان أو قولان مرتبان؛ إن لم تثبت الحرمة في شرب الكل، ففي شرب البعض أولى، وإن ثبت في الكل، ففي البعض وجهان؛ للتردد في وصول اللبن، وإن امتزج بقلتين فصاعداً، فإن قلنا: لا تتعلّق الحرمة بالمغلوب بما دون القلتين، فهانئ أولى، وإن قلنا: تتعلّق، فإن تناول بغضه، لم يؤثّر، وإن تناول كله، فقولان مرتبان على القولين فيما دون القلتين، وأولى بأن لا يؤثّر، وقد أورد الإمام - رحمه الله - هذه الطريقة، وعليها جرى صاحب الكتاب، لكن الفرق بين القلتين وغيره رعاها الشّرع في أحكام النجاسات؛ لأن القليل يسهل إحرازه وصونه عن النجاسات، والكثير يغسّر صونه، فجعل ذلك حدّاً فاصلاً بين القليل والكثير، وهانئ التّظر إلى وصول اللبن وعدم وصوله؛ فلا معنى للفرق بين القلتين، وما دون القلتين كما في سائر المائعات، وقال أبو حنيفة: إن كان الخلط بجامد، كما لو تُردّ فيه الخبز لم تتعلّق به الحرمة، سواء كان اللبن غالباً أو مغلوباً، وإن كان بمائع، فإن كان اللبن غالباً، تعلّقت الحرمة به، وإلا، فلا.

وقال مالك والمزني: لا فرق بين الجامد والمائع، والحكم للغالب، وفرّق أحمد في المسألة كقولنا؛ وليُعَلِّم في الكتاب لفظ «الجبن والأقط» بالحاء؛ لما ذكرنا.

وقوله «ما لم يصير مغلوباً بحيث لا يؤثّر في التغذية قطعاً» فيه إشارة إلى أن معنى صيرورة اللبن<sup>(١)</sup> مغلوباً خزوجه عن كونه مغذياً، وهذا وجه محكي عن رواية الشيخ أبي علي - رحمه الله -، والظاهر الذي أورده الأَكثَرُونَ أن الاعتبار بصفات اللبن؛ اللون والطعم والرائحة، فإن ظهر شيء منها في المخلوط، فاللبن غالب، وإلا، فهو مغلوب، ونقل أبو الحسن العبّادي في «الرقم» تفرّيعاً على هذا عن الحلّمي ما يفهم منه أنه لو زائلت الأوصاف الثلاثة، فَيُعْتَبَر قَدْر اللبن بما له لو قويّ يستولي على الخليط، فإن كان ذلك القَدْر منه يظهر في الخليط، تثبت الحرمة، وإلا فلا، قال: وهذا شيء استنبطته أنا، وكان في قلبي منه شيء حتى عرّضته على القفال الشّاشي وابنه القاسم، فارتضياه، فسكّنت، ثم وجدته لابن سرنج، فسكن قلبي إليه كلّ السكون، وقد سبق نظير<sup>(٢)</sup> ما ذكره في اختلاط الماء بما يوافقه في الصّفات، وفي الحكاية ما يبين ذهابه إلى أن المغلوب من<sup>(٣)</sup> اللبن لا يؤثّر.

(١) في أ: معلوماً.

(٢) في ز: نظر.

(٣) في ز: في.

وقوله «وَشَرِبَ»<sup>(١)</sup> بَعْضُهُ لَمْ يُؤْتَرُ» يجوز أن يُعْلَمَ الواو.

وقوله «فَلَا يَخْسُنُ اغْتِيَارُ الْقَلْتَيْنِ مِنْ غَيْرِ الْمَاءِ» يعني أن الفرق بين القلتين وما دون القلتين يختص بالماء، وأما سائر المماعات، فكثيرها وقليلها سواء.

فَرُغَ: لو وَقَعَتْ مِنَ اللَّبَنِ فِي فَمِ الصَّبِيِّ، واختلط بريقه ثم وَصَلَ إِلَى جَوْفِهِ، فطريقان.

أحدهما: أنه يُنظَرُ إِلَى كونه غالباً أو مغلوباً، على ما ذكرنا.

والثاني: أنه يقطع بثبوت<sup>(٢)</sup> التحريم، ولا يُنظَرُ إِلَى الامتزاج بالرَيْقِ كما لا يُنظَرُ إِلَى الامتزاج برطوبات المَعِدَةِ.

آخر: إذا اختلط لَبَنُ امْرَأَةٍ بِلَبَنِ أُخْرَى، وغلب أحدهما، فإن عَلِقْنَا الْحَرْمَةَ بِالْمَغْلُوبِ ثَبَتَ الْحَرْمَةُ فِيهِمَا، وإلا اختصت بالَّتِي غَلَبَ لَبْنُهَا.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: (الثَّالِثُ: الْمَحَلُّ) وَهُوَ مَعِدَةُ الصَّبِيِّ الْحَيِّ فَلَا أَثَرَ لِلإِبْصَالِ إِلَى مَعِدَةِ الْمَيِّتِ وَلَا إِلَى جَوْفِ الْكَبِيرِ أَعْنِي بَعْدَ الْحَوْلَيْنِ \* وَأَمَّا الْحُقْنَةُ وَالسُّعُوطُ وَالتَّقْطِيرُ فِي الإِخْلِيلِ وَالْجِرَاحَةِ فَحَيْثُ لَا تَحْرِيمَ \* وَحَيْثُ يَحْصُلُ الإِفْطَارُ فَفِيهِ قَوْلَانِ \* وَأَوْلَاهُمَا يِلْتَحَرِيمُ السُّعُوطُ لِإِتِّصَالِ الدَّمَاعِ بِالمَعِدَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: تَكَلَّمْنَا فِيمَنْ يَنْفَصِلُ مِنْهُ اللَّبَنِ، وَفِي اللَّبَنِ الْمَتَوَسِّطِ، وَأَمَّا الرِّكْنُ الثَّالِثُ فَهُوَ الْمَحَلُّ الَّذِي يَتَّصِلُ بِهِ اللَّبَنِ، قَالَ فِي الْكِتَابِ: «وَهُوَ مَعِدَةُ الصَّبِيِّ الْحَيِّ»، وَهَذِهِ ثَلَاثَةُ أَلْفَاظٍ:

أحدهما: المَعِدَةُ، وَالرُّؤُوسُ إِلَيْهَا تُثَبِتُ الْحَرْمَةَ، سِوَاهُ ارْتِضَاعِ الصَّبِيِّ أَوْ اتِّصَالِ اللَّبَنِ بِفِعْلِ غَيْرِهِ، وَعَنْ أَحْمَدَ رَوَايَةٌ أَنَّهُ لَا تُثَبِتُ الْحَرْمَةَ بِالْوُجُودِ، وَلَوْ صُبَّ فِي أَنْفِهِ حَتَّى وَصَلَ إِلَى دِمَاغِهِ، وَهُوَ السُّعُوطُ، فِيهِ طَرِيقَانِ:

أحدهما: أن فِي ثَبُوتِ الْحَرْمَةِ قَوْلَيْنِ، كَمَا سَنَذَكُرُ فِي الْحُقْنَةِ.

وأصْحُهُمَا: الْقَطْعُ بِثَبُوتِهَا؛ لِأَنَّ الدَّمَاعَ جَوْفُ التَّغْذِي، كَالْمَعِدَةِ، وَالْأَدِهَانَ الطَّيِّبَةَ إِذَا حَصَلَتْ فِي الدَّمَاعِ، انْتَشَرَتْ فِي الْعُرُوقِ، وَتَعَدَّتْ بِهَا، كَالْأَطْعَمَةِ الْحَاصِلَةِ فِي

(١) فِي ز: فَشَرِبَ.

(٢) قَالَ فِي الْخَادِمِ: وَالرَّاجِحُ الطَّرِيقَةُ الثَّانِيَةُ فَقَدْ قَالَ الْإِمَامُ: إِنَّهُ الَّذِي ذَهَبَ إِلَيْهِ جَمَاهِيرُ الْأَصْحَابِ إِلْحَاقًا لِلرَّيْقِ بِالرُّطُوبَاتِ فِي الْمَعِدَةِ.

قَالَ: وَمِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ جَعَلَ الرَّيْقَ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ فِي مَحَلِّ مَلْحَقٍ بِالظَّاهِرِ.

المعدة، ويقال: إن الحاصل في الدماغ ينحدر<sup>(١)</sup> إلى المَعِدَة في عروق مُتَّصِلَة بهما، وعن أبي حنيفة: أن الحرمة لا تثبت بالسُّعُوط، وهو رواية عن أحمد - رحمه الله -، ولو حُقِنَ باللبن، ففيه قولان منصوصان:

أحدهما، وهو اختيار المُزَنِّي: أنه يُثَبِّت الحرمة كما يَخْضُل به الفِطْر.

وأصْحُهُمَا، ويقال: إنه الجديد، وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد - رحمهما الله -: أنها لا تُثَبِّت؛ لأن الحقنة لإسهال ما انعقد في الأمعاء، فلا يَخْضُلُ بها التَعَدِّي، وقد يُبْنَى القولان على أنه لم تثبت الحرمة بالسُّعُوط، فَمِنْ قائل بأنها تُثَبِّت؛ للوصول إلى محل يَخْضُلُ الفِطْر بوصول الواصل إليه، وَمِنْ قائل؛ إنها تُثَبِّت؛ للوصول إلى جوف التَعَدِّي، ولو قَطَّرَ اللبن في إحليله، حتى وَصَلَ إلى المَثانة، ففيه قولان، كما في الحَقْنَة، وكذا لو كان على بطنه جراحة فَصَبَّ فيها اللَّبَنَ، حتى وَصَلَ إلى الجَوْفِ، قل في «التهديب»: ولو وصل إلى المَعِدَة؛ لِخَرَقِ في الأمعاء أو وَصَلَ إلى الدماغ بالصَّبِّ في مأثومية، تُثَبِّت الحرمة قولاً واحداً، ولو صَبَّ في أذنه، فالذي أورده الروياني في البحر أنه تثبت الحرمة وفي «التهديب»: أنها لا تُثَبِّت؛ لأنه لا مَنَفَذَ لها إلى الدِّماغِ، ويشبه أن يُقَالَ: إنه على الخلاف في الحَقْنَة، والصَّبُّ في العين لا يُؤَثِّرُ بحال، كما لا يؤثر الاحتحال في الصوم، وإذا تَأَمَّلْتَ هذه الصور، عَرَفْتَ أن المَعِدَة غير معيَّنة لعينها، بل الدماغ في معناها على الأظْهَرِ، وعَرَفْتَ أن حصول الفِطْر أَوْسَعُ مجالاً من حُرْمَة الرضاع، وسببه أن حرمة الرضاع تنشأ من تأثيره في إثبات اللحم، وإنشاز العظم، فيراعى مظلته، والفِطْر مَنُوطٌ بالوصول إلى الجَوْفِ؛ ولذلك اختص الرضاع باعتبار العدد فيه، وإلى هذا المعنى يُشِيرُ قوله في الكتاب «فَحَيْثُ لا إِفْطَارَ لا تَحْرِيمَ» وحيث يَخْضُلُ الإفطار، ففيه قولان، والذي ذكره في السُّعُوط هو طريقة القولين، والظاهر: القطع بأنه تُثَبِّت الحرمة، والله أعلم.

فَرَعٌ: لو ارتضع وتقياً في الحال، حَصَلَ التحريم؛ لأن الاعتبار بوصوله إلى الجوف، وقد وَصَلَ، ولأنه يبقى شيئاً، وإن قَلَّ، وحكى القاضي الروياني أن جَدَّهُ روى فيه وجهاً آخر، وفيه وجه: أنه إن تَقَيَّأَ قبل أن يتغير اللبن، لم تُثَبِّت الحرمة، وإن تَغَيَّرَ، ثَبَّت.

اللفظ الثاني: الصبي، والمراد منه الذي لم يبلغ حولين، فأما من بَلَغَ حولين فصاعداً، فلا يتعلَّق التحريم برضاعه، وبه قال أحمد، واحتج له بما رَوَى أَنَّهُ - ﷺ -

(١) في ز: يتجدد.

(٢) رواه الدارقطني [١٧٤/٤] من حديث عمرو بن دينار عن ابن عباس، وقال: تفرد برفعه الهيثم بن جميل، عن ابن عيينة، وكان ثقة حافظاً، وقال ابن عدي: يعرف بالهيثم، وغيره لا يرفعه، وكان =

قال: «لَا رَضَاعَ إِلَّا مَا كَانَ فِي الْحَوْلَيْنِ»، ولقوله تعالى: «وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْتَمِ الرُّضَاعَةَ» [البقرة: ٢٣٣] جعل تمام الرضاع في الحولين، فأشعر بأن الحكم بعد الحولين بخلافه، وعند أبي حنيفة: مدة الرضاع ثلاثون شهراً، وعن مالك روايات: أحداها: كمذهبنا، والثانية: حولان وشهر، والثالثة: حولان وشهران، والرابعة: تثبت الحرمة، ما دام محتاجاً إلى اللبن غير مستغن عنه بالطعام، ويعتبر الحولان بالأهله، فإن انكسر الشهر الأول، اعتد ثلاثة وعشرين شهراً بالأهله، ويكمل المنكسر بالعدد عن الشهر الخامس والعشرين، وقد سبق نظيره في مواضع، والقياس: أن يُحْسَبَ ابتداء الحولين من وقت انفصال الولد بتمامه<sup>(١)</sup>، وقال في «البحر»: لو خرج نصف الولد ثم بعد مدة، خرج الباقي، فابتداء الحولين في الرضاع عند ابتداء خروجه، هذا لفظه، وحكى القاضي ابن كج وجهين فيه، وحكى وجهين أيضاً فيما لو ارتضع قبل أن ينفصل جميعه، هل تتعلق به الحرمة؟.

الثالث: الحي؛ فلا أثر للوصول إلى معدة الميت؛ لخروجه عن التغذي ونبات اللحم.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَشَرَطُ الرُّضَاعِ الْعَدَدُ (ح م و) وَهُوَ خَمْسُ رَضَعَاتٍ \* وَيَخْضَلُ التَّعْلِيدُ بِتَحَلُّلِ فَضْلِ بَيْنِ الرُّضَعَاتِ \* وَلَا يَخْضَلُ بَأَن يَلْفِظَ الصَّبِيُّ اللَّذِي أَوْ يَتَحَوَّلَ إِلَى الثَّانِي أَوْ يَلْهُوَ لِحَظَّةً \* بَلْ مَا يُعَدُّ فِي الْعَرَفِ وَالتَّمْيِيزِ رَضَعَتَيْنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: حَرَمَةُ الرُّضَاعِ لَا تَثْبُتُ بِأَقْلٍ مِنْ خَمْسِ رَضَعَاتٍ<sup>(٢)</sup>؛ لِمَا رُوِيَ عَنْ

= يغلط، ورواه سعيد بن منصور عن ابن عيينة فوقفه، وقال البيهقي: الصحيح موقوف، وروى البيهقي [٤٦٢/٧] عن عمر وابن مسعود التحديد بالحولين، قال: ورويناه عن سعيد بن المسيب وعروة والشعبي، ويحتج له بحديث فاطمة بنت المنذر عن أم سلمة: لا يحرم من الرضاع إلا ما فتق الأمعاء وكان قبل الفطام.

(١) قال الأزرعي: وفي البسيط قال الشافعي: حولاً من وقت الولادة. انتهى ولم أر هذا النص في كلام الشافعي والأصحاب.

وقال الروياني: لو خرج نصف الولد ثم بعد مدة خرج باقيه فابتداء الحولين في الرضاع عند ابتداء خروجه، وحكى ابن كج فيه وجهين وحكى وجهين فيما لو ارتضع قبل انفصال جميعه هل يتعلق به التحريم. انتهى وأخذ ذلك من الروضة. قال الأزرعي: والأشبه أنه إذا ارتضع قبل تمام انفصاله أن يتعلق به التحريم لوجود الرضاعة حقيقة وأن يكون ابتداء المدة من حين ارتضع قبل تمام انفصاله وإلا لزم أنه لو بقي مدة لم ينفصل وهو يرضع أو يسقى لبن أمه أن يكون مدة الرضاع عندنا أكثر من حولين، ولا قائل به منا وما ذكره عن الروياني هو ما أورده العمراني وغيره حكاية عن الصيمري وهو الجواب في المعتمد إلى آخر ما ذكره.

(٢) أخرجه مسلم (١٤٥٢) من حديثه.

عائشة - رضي الله عنها<sup>(١)</sup> - قالت: كَانَ فِيمَا أَنْزَلَ اللَّهُ تَعَالَى فِي الْقُرْآنِ ﴿عَشْرُ رَضَعَاتٍ مَعْلُومَاتٍ يُحْرَمْنَ ثُمَّ تُسَخَّنُ بِخَمْسِ مَعْلُومَاتٍ﴾، فَتَوَفِّي رَسُولُ اللَّهِ - ﷺ - وَهِيَ مِمَّا يُقْرَأُ فِي الْقُرْآنِ وَحَمَلَ ذَلِكَ عَلَى قِرَاءَةِ حُكْمِهَا، وَرَوِي أَنَّهُ - ﷺ - قَالَ: .....

## (١) من شروط الرضيع

أن يصل اللبن إلى جوف الطفل من معدة أو دماغ خمس رضعات متفرقات يقينا، فإن ارتضع أقل من الخمس لم يثبت التحريم. نعم، لو حكم حاكم لم ينقص قوله للخلاف، وكذا لا يثبت التحريم لو شك في كونه رضع خمسا أو أقل؛ لأن اليقين - وهو عدم التحريم - لا يرتفع بالشك خلافاً للإمام مالك - رضي الله عنه - حيث قال: يثبت بالشك احتياطاً.

وكون التحريم لا يثبت إلا بخمس رضعات، هو مذهب إمامنا الشافعي - رضي الله تعالى عنه - وبه قال من الصحابة سيدنا عبد الله بن الزبير، وعبد الله بن مسعود، وأم المؤمنين عائشة - رضي الله عنهم -، ومن التابعين سعيد بن المسيب، وعطاء، وطاوس، ومن الفقهاء أحمد، وإسحاق، وحكاه ابن القيم عن الليث بن سعد، - رضوان الله تعالى عليهم أجمعين -.

وذهب أبو حنيفة - رضي الله عنه - إلى أن التحريم يثبت برضعة واحدة، وبه قال من الصحابة سيدنا علي - كرم الله وجهه - وعبد الله بن عباس، وعبد الله بن عمر. . ومن الفقهاء سيدنا مالك، والأوزاعي، والثوري - رضي الله تعالى عنهم -.

وذهب داود الظاهري: إلى أنه يثبت التحريم بثلاث رضعات وبه قال من الصحابة سيدنا زيد بن ثابت، ومن الفقهاء أبو ثور - رضي الله عنهم -.

احتج إمامنا الشافعي، ومن وافقه بما رواه الإمام مسلم - رضي الله تعالى عنه - قال: «حَدَّثَنَا يَحْيَى بْنُ يَحْيَى قَالَ: قَرَأْتُ عَلَى مَالِكٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ عَنْ عَمْرَةَ عَنْ عَائِشَةَ قَالَتْ: كَانَ فِيمَا أَنْزَلَ مِنَ الْقُرْآنِ عَشْرُ رَضَعَاتٍ مَعْلُومَاتٍ يُحْرَمْنَ، ثُمَّ تُسَخَّنُ بِخَمْسِ مَعْلُومَاتٍ فَتَوَفِّي رَسُولُ اللَّهِ - ﷺ - وَهُنَّ فِيمَا يُقْرَأُ مِنَ الْقُرْآنِ» وقد روى هذا الحديث أبو داود، والسنائي، والترمذي، وابن ماجه، وذكره الشافعي في مسنده فقال:

«أَخْبَرَنَا سُفْيَانُ عَنْ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ عَنْ عَائِشَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - أَنَّهَا كَانَتْ تَقُولُ: نَزَلَ الْقُرْآنُ بِعَشْرِ رَضَعَاتٍ مَعْلُومَاتٍ يُحْرَمْنَ، ثُمَّ صُيِّرَ إِلَى خَمْسٍ يُحْرَمْنَ، فَكَانَ لَا يَدْخُلُ عَلَى عَائِشَةَ إِلَّا مَنْ اسْتَكْمَلَ خَمْسَ رَضَعَاتٍ».

فهذه الرواية صريحة في إناطة التحريم بخمس رضعات، وأنها ناسخة لغيره، وأن الأمر قد استقر على ذلك، فلو لم تكن هي مناط الحكم؛ لما كانت ناسخة لغيرها؛ لكن التالي، وهو عدم كونها ناسخة لغيرها باطل، فبطل ما أدى إليه، وهو عدم كونها مناط الحكم، فثبت نقيضه، وهو أنها مناط، وهو المطلوب الملازمة ظاهرة: إذ لو نيط الحكم بغيرها لكان هو الناسخ للعشر دونها.

أما بطلان التالي الذي هو عدم كونها ناسخة، فلمخالفته لصريح النص وهو «ثُمَّ تُسَخَّنُ بِخَمْسِ مَعْلُومَاتٍ» ويؤيد هذا المذهب، أنه لا يخالف ما دل على ربطه بغير الخمس من القليل والكثير، بل يكون تقييداً له لا ناسخاً، بخلاف القول بالتحريم بالقليل والكثير، فإنه يخالف ما دل على نفي التحريم بالرضعة والرضعتين، وبخلاف القول بالتحريم بالثلاث، فإنه يخالف ما دل على الإناطة بالخمس، دون ما كان أقل منها.

الوجه الأول: تمنع كون ما نقل عن أم المؤمنين قرآناً لعدم تواتره، وعدم إثباته في المصاحف، =

وأجيب بأن عدم كونه قرءاناً لانتقاء التواتر لا يمنع من وجوب العمل فإنه يكفي فيه الظن، وقد احتج الأئمة بخبر الواحد في مواضع كثيرة: فاحتج الإمام الشافعي، وأحمد - رضي الله تعالى عنهما - به في هذا الموضوع، واحتج أبو حنيفة به في وجوب التتابع في صيام كفارة اليمين ولا سند له إلا قراءة ابن مسعود - رضي الله تعالى عنه - «فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ مُتَتَابِعَاتٍ»، واحتج به سيدنا مالك، والصحابة قبله - رضوان الله تعالى عليهم - في فرض السدس للواحد من ولد الأم «وله أخ أو أخت من أم» في قراءة أبي، وقد أجمع على هذا، وليس له سند سوى هذه القراءة. وبالجملة فعدم القرآنية لعدم التواتر لا ينافي وجوب العمل لأن القرآنية لا يلزمها إلا انعقاد الصلاة به، وتحريم مسه على المحدث، وقراءته على الجنب، والتعبد بتلاوته والتحدي به، وليس من لوازمها الخاصة بها عدم وجوب العمل لأن وجوب العمل قد ثبت بالأحاديث الذي ليس بقرآن وقول المعترض سنداً لمنعه «لعدم إثباته في المصحف» ممنوع لأنه لا يثبت في المصاحف إلا ما بقيت تلاوته سواء نسخ حكمه أم بقي، بخلاف ما نسخت تلاوته، فلا يثبت فيها سواء نسخ حكمه أيضاً أو بقي فالمدار في الإثبات في المصاحف على بقاء التلاوة فقط.

وظهر من هذا أن القرآن له جهة تلاوة وجهة حكم، وكل منهما إما منسوخ أو باق، فالأقسام أربعة: باقى التلاوة والحكم كما في قوله تعالى: «وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ» وهو كثير: ومنسوخ التلاوة والحكم كقول سيدتنا عائشة - رضي الله عنها - «عشر رضعات معلومات يحرمن». ومنسوخ التلاوة دون الحكم كما روي عن سيدنا عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أنه قال: «كان فيما أنزل الله الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة نكالا من الله» وكان يقول: لولا أن يقول الناس زاد عمر في القرآن لكتبتها في حاشية المصحف، وهذا النوع - أي منسوخ التلاوة دون الحكم - يحفظه الله في صدور الأمة ويتوارثونه جيلاً بعد جيل: ومنسوخ الحكم دون التلاوة كما في قوله تعالى: «وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا وَصِيَّةً لِأَزْوَاجِهِمْ...» الآية فإنها: نسخت بآية «وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبُّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا»، وكآية الوصية نسخت بآية الموارث.

الوجه الثاني: من أوجه الاعتراض:

قالت الحنفية: الحكم إنما يُعلم من داله وهو اللفظ فإذا نسخ اللفظ فمن أين يعلم. وأجيب بأن نسخ التلاوة لا يستلزم إلا نفي لوازمها، كصحة الصلاة بها، وإثباتها في المصاحف، ولا يستلزم نفي الحكم لجواز حفظه في صدور الأمة.

الوجه الثالث: قالت الحنفية كيف ساغ الاستدلال بهذا مع أنه لم يتقل نقل الأخبار بل نقل نقل القرآن ولم يثبت به لعدم تواتره. وأجيب بمنع أنه ليس بقرآن بأننا نلتزم أنه قرآن، ولا يشترط التواتر إلا فيما بقيت تلاوته بخلاف ما نسخت تلاوته كما هنا، سلمنا أنه ليس بقرآن، ولكن انتقاء قرآنيته لا يستلزم نفي حجته لأنه يكفي فيها الظن كما تقدم.

وأجاب الشوكاني بالتزام أنه سنة لكونه مروى صحابي، وهو يستلزم التوقيف عنه ﷺ وذلك كاف في الحجية.

الوجه الرابع: قال الثاني للعدد: تسليم هذا الاستدلال يؤدي إلى إثبات النسخ بعد زمن الرسول - ﷺ - لقول سيدتنا عائشة - رضي الله عنها -: «توفي رسول الله - ﷺ - وهي فيما يقرأ من القرآن.» =



= وأجيب بأن المراد بقولها - رضي الله تعالى عنها - فتوفي... الخ أن النسخ قد تأخر إنزاله إلى قرب وفاة الرسول - ﷺ - حتى إن من لم يبلغه النسخ لقرب عهده بالإسلام أو بعد دأره كان يقرؤها، فلما بلغه رجع فصار إجماعاً على أنه لا يتلى فلا نسخ بعد زمنه - ﷺ - ..

الوجه الخامس: من أوجه الاعتراض على الدليل:

أن الاستدلال بهذا يؤدي إلى آيات النسخ بخبر الواحد، وهو لا يثبت إلا بالتواتر؛ وأجيب بأنه ليس بنسخ بخبر الواحد إنما هو نقل نسخ به وشتان بينهما.

الوجه السادس: قالت سيدتنا عائشة - رضي الله تعالى عنها -: «كان تحريم الرضاع في صحيفة، فلما توفي رسول الله - ﷺ - تشاغلنا بغسله فدخل داجن الحي فأكلها» فلو كان قرآناً لكان محفوظاً لقوله تعالى: ﴿إِنَّا نَحْنُ نُزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ﴾.

أجاب الماوردي بما حاصله أن داجن الحي أكل الصحيفة التي فيها رضاع الكبير، وهو منسوخ، ولم يأكل ما يدل على العدد، ولئن سلمنا ذلك فيكفي الحفظ في الصدور، وقد وهبهم الله تعالى حافظة قوية قال - ﷺ -: «أناجيل أمّتي في صدورها» على أن المعبر حفظ الحكم وهو محفوظ منقول إلينا.

الدليل الثاني:

«عن أم المؤمنين - سيدتنا عائشة، - رضي الله تعالى عنها - أن رسول الله - ﷺ - أمر امرأة أبي حذيفة، فأرضعت سالمًا خمس رضعات، وكان يدخل عليها بتلك الرضاعة» رواه أحمد. وفي رواية أن أبا حذيفة بنى سالمًا، وهو مولى لامرأة من الأنصار، كما بنى النبي - ﷺ - زيدًا، وكان من تبني رجلاً في الجاهلية دعاه الناس ابنه وورث ميراثه حتى أنزل الله عز وجل: ﴿أَذْهَبُوا لِبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فِإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ﴾ فردوا إلى آبائهم، فمن لم يعلم له أب فمولى، وأخ في الدين، فجاءت سهلة بنت سهيل فقالت: يا رسول الله كنا نرى سالمًا ولدًا، وكان يأوي معي ومع أبي حذيفة، ويراني فضلى، وقد أنزل الله - عز وجل - فيهم ما قد علمت. فقال: «أَرْضِعِيهِ خَمْسَ رَضَعَاتٍ» فكان بمنزلة ولده من الرضاعة. رواه في الموطأ، وأحمد. فهذا صريح في ربط التحريم بالخمس، إذ لو كان الأقل كافيًا لما كان لذكر الخمس فائدة، خصوصاً وأن إرضاع سهلة لضرورة والضرورة تقدر بقدرها.

اعترض الثاني للعدد هذا الدليل بقوله: هذا لدليل لتحريم رضاعة الكبير، وهو منسوخ فلا يتمسك به في إثبات العدد لغير كبير. وأجيب بأن الحديث قد اشتمل على حكيمين: رضاعة الكبير: وإثبات العدد، ونسخ أحد الحكمين لا يستلزم نسخ الآخر لاشتماله على المصلحة، ونظير هذا قوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَأْتِيَنَّ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاَسْتَشْهَدُوا عَلَيْهِنَّ أَوْ تَمَّعَ مِنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسَكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّى يَتَوَقَّهِنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَعْجَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا﴾ فقد اشتملت هذه الآية على حكيمين: العدد المثبت للزنا، وحده، وهو الإمساك في البيوت، وقد نسخ هذا الأخير مع بقاء الأول.

وأجيب أيضاً: بأن رضاع الكبير لم ينسخ، بل هو غير محرم لعدم سببه ومقتضيه، وذلك لأن رضاع الكبير إنما حرم بسبب سبق التبني المباح، فلما حرم التبني، وفسخ الله حكمه بقوله تعالى: ﴿أَذْهَبُوا لِبَائِهِمْ﴾... الآية سقط ما تعلق به من تحريم رضاع الكبير. ولهذا نظائر منها فسخ =

= الحج إلى العمرة في أشهر الحج عند فقورهم من العمرة في أشهره فلما استقر هذا الحكم في نفوسهم سقط به فسخ الحج، ولم يفسخ وزال بزوال سببه.

الدليل الثالث:

هو ما استدل به الأصحاب من نفي التحريم بالرضعة والرضعتين، فمنها ما روي عن سيدتنا عائشة - رضي الله عنها - أن النبي - ﷺ - قال: «لَا تُحْرِمُ الْمَصَّةُ وَلَا الْمَصَّتَانِ». ومنها ما روي عن أم الفضل أن رجلاً سأل النبي - ﷺ - أنحرم المصصة؟ فقال: «لَا تُحْرِمُ الرُّضْعَةَ وَالرُّضْعَتَانِ وَالْمَصَّةُ وَالْمَصَّتَانِ». وفي رواية أخرى دخل أعرابي على نبي الله - ﷺ - وهو في بيتي فقال: يا نبي الله، إني كنت لي امرأة، فتزوجت عليها أخرى، فزعمت امرأتي الأولى أنها أرضعت الحداثي رضعة أو رضعتين، فقال النبي - ﷺ -: «لَا تُحْرِمُ الْأُمْلَاجَةَ وَلَا الْأُمْلَاجَتَانِ» فهذه الأحاديث صريحة في نفي التحريم بالرضعة والرضعتين، فلا يتعلق التحريم بقليل الرضاع وكثيرة، كما هو مذهب الحنفية، ولا يؤخذ بمفهومها، وهو التحريم بالثلاث كما هو قول داود للأحاديث الدالة على حصر التحريم بالخمس مثل ما رواه الشافعي - رضي الله عنه - في مسنده «فكان لا يدخل على عائشة إلا من استكمل خمس رضعات»، وما ثبت من رواية ابن ماجه «لا يحرم إلا عشر أو خمس»، خصوصاً لو جرينا على ما قاله الزمخشري من أن الإخبار بالجملة الفعلية يفيد الحصر. اعترض هذا بثلاث اعتراضات:

الأول: هذا استدلال بمفهوم العدد، والعدد لا مفهوم له. وأجيب: بأنه لا يؤخذ بمفهوم العدد إلا إن دلت قرينة، والقرينة هاهنا قائمة من نسخ العشر بالخمس وإلا لم يكن لذكرها فائدة وأيضاً الأحاديث المفيدة لحصرة التحريم في الخمس.

الثاني: هذه الأحاديث محمولة على ما إذا لم يصل اللبن إلى الجوف. أجيب بأن الرضعة لا تطلق إلا على ما وصل إلى الجوف بالمص والازدراد، وأيضاً على هذا لم يكن لذكر الرضعة فائدة لأن الرضعة والمائة في نفي التحريم سواء.

الثالث: قالت الحنفية والمالكية إن مفهوم هذه الأحاديث يدل على التحريم بالثلاث، فكما أن منطوقه حجة علينا فمفهومه حجة عليكم. وأجيب: بأن المفهوم مقيد بمنطوق الأحاديث الدالة على ربط التحريم بالخمس.

ومن أدلة الشافعية القياس على اللعان بجامع أن كلا سبب للتحريم المؤيد وعرى عن جنس الاستباحة فلا يرد الوطء بشبهة مثلاً، فإنه لم يعر عن جنس الاستباحة، فلماذا لم يقتصر إلى العدد. احتج النافي للعدد - وهم الحنفية والمالكية - بالكتاب والسنة والقياس.

أما الكتاب: فقوله تعالى: «وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ» ومن أرضعت مرة واحدة يطلق على فعلها هذا الاسم «الرضاعة».

ويقال لها: أم أرضعت فتدخل في عموم الآية، وبهذا احتج ابن عمر على ابن الزبير حين قال: لا تحريم إلا بخمس رضعات.

فقال: كتاب الله، أولى من قضاء ابن الزبير.

وأما السنة: فمنها؛ قوله - ﷺ -: «يَحْرُمُ مِنَ الرُّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ» فأطلق ولم يقيد بعدد. ومنها؛ قوله - ﷺ -: «الرُّضَاعَةُ مِنَ الْمَجَاعَةِ» ولا شك أن الرضعة الواحدة تسد الجوعة.

ومنها ما ثبت في الصحيحين عن عقبه بن الحارث أنه تزوج أم يحيى بنت أبي إهاب، فجاءت =

= امرأة سوداء فقالت: قد أرضعتكما. قال: فذكرت ذلك لرسول الله - ﷺ - فأعرض عني، قال: فتنحيت، فذكرت ذلك له، فقال: «وَكَيْفَ وَقَدْ زَعَمْتَ أَنَّهَا قَدْ أَرْضَعَتْكُمَا» فنهاها عنها، رواه أحمد، والبخاري، وفي رواية «ذَغَهَا عَنكَ»، فلو لم يكن مطلق الرضاع محرماً لسأله عن العدد، ولكنه قد أمره بتركها بادية الأمر. وأما القياس: فأفراده كثيرة، فمنها؛ قياسه على الوطء بشبهة وعقد النكاح بجامع أن كلاً يفيد التحريم المؤبد، فسعطى حكمه من عدم اعتبار العدد؛ ومنها القياس على الإفطار في رمضان بجامع الوصول إلى الجوف، فيعطي حكمه؛ ومنها القياس على حد الخمر بجامع أن كلاً متعلق بالشرب، فلا يناط بالعدد.

أما عن الآية فمطلقها مقيد بالأحاديث الدالة على اعتبار الخمس، ولا مانع من تقييد السنة للكتاب، وتقييد المطلق ببيان لا نسخ ولا تخصيص قال تعالى: ﴿لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾ وبهذا تعلم الجواب عن قول ابن عمر لابن الزبير؛ لأن ابن الزبير لم يقصد برأيه، بل بالتوقيف. قال المُرْزَبِيُّ: قلت للشافعي: اسمع ابن الزبير من النبي - ﷺ -؟ قَالَ: نَعَمْ، سَمِعْتُ، وَلَهُ تَسْعُ سِنِينَ، وَمَنْ لَهُ تِسْعُ سِنِينَ يَصِحُّ نَقْلُهُ وَرَوَايَتُهُ؛ لِأَنَّهُ يَضْبِطُ مَا يَسْمَعُهُ.

وأما عن الأحاديث: فعن الأول منها أن الأخبار التي وردت في شأن الرضاع على نوعين:

الأول: ما كان المقصود منها الحكم وهو التحريم.

الثاني: بيان العدد المحرم، ولكل مقام، وهذا الحديث من النوع الأول على أن إطلاقه مقيد بما ذكر.

وعن الثاني: أن الرضعة الواحدة لا تسد الجوعة، خصوصاً إذا لم يصل إلى جوفه غير قطرة.

وعن الثالث: حمل مطلقة على المقيد دفعاً لإهمال أحد الدليلين، ولم يقم ما يدل على النسخ على أنه يحتمل أن يكون ترك الاستفصال اعتماداً على بيانه من قبل ولا حجة مع الاحتمال. وأما عن القياس:

فالجواب: عن الأول منها: أنه قياس مع الفارق؛ لأن الأصل لم يعر عن جنس الاستباحة بخلاف النوع.

وعن الثاني: أن العلة، والحكمة التي كان لأجلها التحريم في الرضاع لم تتحقق في الإفطار، وهي التغذية فهو قياس مع الفارق أيضاً.

وعن الثالث بالمنع من الإلحاق؛ لأن الشارع جرم المسكر بدون تقييد بعدد قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ ولا كذلك الرضاع، فإنه نص على العدو المحرم، ولا قياس مع النص.

استدل داود ومن وافقه بقوله - ﷺ - «لَا تُحْرَمُ الْمَصَّةُ وَلَا الْمِصَّتَانِ، وَلَا الرُّضْعَةُ وَلَا الرُّضْعَتَانِ» ونحوه من كل ما دل على نفي التحريم بالرضعة وبالائنتين، فدللت هذه الأحاديث بمفهومها على تحريم الثلاث، وقالوا أيضاً إن ما يعتبر فيه العدد، والتكرار يعتبر فيه من الثلاث، وأيضاً إن هذا العدد، هو أول مراتب الجمع.

الجواب: أما عن الأول فإن مفهوم هذه الأحاديث مقيد بالأحاديث الصريحة الدالة على اعتبار الخمس، وقد جرى قوله - ﷺ -: «لَا تُحْرَمُ الرُّضْعَةُ، وَلَا الرُّضْعَتَانِ وَلَا الْمِصَّةُ وَلَا الْمِصَّتَانِ» مجرى قوله - ﷺ -: «إِنَّمَا الرُّبَا فِي النَّسِيئَةِ» فإن مفهومه هو جواز الرُّبَا في المنجز، إذا كان مقايضة، وليس كذلك للنصوص الأخرى الدالة على جريان الرُّبَا فيه؛ أو يجاب بأن هذه =

«لَا تُحْرَمُ الْمَصَّةُ<sup>(١)</sup> [وَلَا الْمَصَّتَانِ، وَلَا الرُّضْعَةُ وَلَا الرُّضْعَتَانِ] قَبْلَ: الْمَصَّةِ [الْجُرْعَةُ يَتَجَرَّعُهَا، وَالرُّضْعَةُ الْمَرَادُ بِهِ الرُّضْعَةُ الثَّانِيَةُ فِي الْعَادَةِ، وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمَالِكٍ: تَثْبِتُ الْحَرَمَةَ بِالرُّضْعَةِ الْوَاحِدَةِ، وَعَنْ أَحْمَدَ رَوَيْتَانِ كَالْمَذْهَبَيْنِ، وَلَنَا وَرَاءَ ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ وَجْهَانٌ:

أحدهما: كَمَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَالثَّانِي: أَنَّهُ يَثْبِتُ الْحَرَمَةَ بِثَلَاثِ رَضَعَاتٍ، وَيَهْ قَالَ ابْنُ الْمُثَنِّرِ، وَاخْتَارَهُ مَشَايِخُنَا، وَلَوْ حَكَمَ حَاكِمٌ بِالتَّحْرِيمِ بِرَضْعَةٍ، لَمْ يَنْقُضْ حُكْمَهُ، وَإِنْ كُنَّا نَفْرَعُ عَلَى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ، وَعَنِ الْإِضْطِحْرِيِّ: يَنْقُضُ، وَالرُّجُوعُ فِي الرُّضْعَةِ الْوَاحِدَةِ وَالْعَدَدُ مِنَ الرُّضَعَاتِ إِلَى الْعَرْفِ، وَمَا تُنَزَّلُ عَلَيْهِ الْإِيْمَانُ فِي مِثْلِ ذَلِكَ، وَمَهْمَا تَخَلَّلَ زَمَانٌ طَوِيلٌ لَمْ يَخْفِ التَّعَدُّدُ، وَلَوْ ارْتَضَعَ، ثُمَّ قَطَعَهُ، قَطَعَ إِعْرَاضَ، وَاشْتَغَلَ بِشَيْءٍ، ثُمَّ عَادَ، وَارْتَضَعَ، فَهَمَا رَضَعَتَانِ، وَقَطَعَ الْمَرْضِعَةَ كَقَطْعِ الصَّبِيِّ فِي أَصْحَحِ الْوَجْهَيْنِ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ لَا اعْتِبَارَ بِقَطْعِهَا، وَلَوْ قَطَعْتَ، ثُمَّ عَادْتَ إِلَى الْإِرْضَاعِ، لَمْ يُحْسَبِ ذَلِكَ رَضْعَتَيْنِ، وَلَا يَخْضُلُ التَّعَدُّدُ بِأَنْ يَلْفِظَ الثَّدْيِي، ثُمَّ يَعُودُ إِلَى الْإِلْتِقَامِ فِي الْحَالِ، وَلَا بِأَنْ يَلْهُوَ عَنِ الْإِمْتِصَاصِ، وَالثَّدْيِي فِي فَمِهِ، ثُمَّ يَعُودُ إِلَى الْإِمْتِصَاصِ، وَلَا بِأَنْ يَتَحَوَّلَ مِنْ ثَدْيِي إِلَى ثَدْيِي أَوْ تَحْوِلَهُ لِتَقَادِمًا فِي الثَّدْيِ الْأَوَّلِ، وَلَا بِأَنْ يَقْطَعَ لِلتَّنْفَسِ، وَلَا بِأَسْ بِتَخَلُّلِ النُّومَةِ الْخَفِيفَةِ، وَلَا بِأَنْ تَقُومَ هِيَ، وَتَشْتَغِلَ بِشُغْلٍ خَفِيفٍ، ثُمَّ تَعُودُ إِلَى الْإِرْضَاعِ<sup>(٢)</sup>، ذَكَرَهُ الشَّيْخُ إِبْرَاهِيمَ الْمُرُوزِي، قَالَ الْأَصْحَابُ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ -: وَيُعْتَبَرُ مَا يَجِيءُ فِيهِ بِمَرَاتِ الْأَكْلِ، وَإِذَا حَلَفَ أَنْ لَا يَأْكُلَ فِي الْيَوْمِ إِلَّا مَرَّةً، وَأَكَلَ لِقْمَةً، ثُمَّ أَعْرَضَ عَنْهُ، وَاشْتَغَلَ بِشُغْلٍ، [طَوِيلٍ] ثُمَّ عَادَ، وَأَكَلَ، حَيْثُ فِي يَمِينِهِ، فَلَوْ أَطَالَ الْأَكْلَ عَلَى الْمَائِدَةِ، فَكَانَ يَنْتَقِلُ مِنْ لَوْنٍ إِلَى لَوْنٍ، وَيُحَدِّثُ فِي خِلَالِ الْأَكْلِ، وَيَقُومُ، وَيَأْتِي

= الأحاديث التي تمسكتم بها واردة على سؤال خاص، ورواية أم الفضل مصرحة بلفظ السؤال، فلا يدل على إثبات الحكم، فيما عدا هذا السؤال.

والجواب عن الثاني والثالث: أن النص دافع لهذه الاحتمالات.

(١) رواه مسلم [١٤٥١] والنسائي من حديث عائشة، وأم الفضل بنت الحارث، وفيه قصة، ورواه أحمد والنسائي وابن حبان والترمذي، من حديث عبد الله بن الزبير، وقال: الصحيح عند أهل الحديث من رواية ابن الزبير عن عائشة، يعني كما رواه مسلم، وأعله ابن جرير الطبري بالاضطراب، فإنه روي عن ابن الزبير عن أبيه، وعنه عن عائشة، وعنه عن النبي ﷺ بلا واسطة، وجمع ابن حبان بينها بإمكان أن يكون ابن الزبير سمعه من كل منهم، وفي ذلك الجمع بعد على طريقة أهل الحديث، ورواه النسائي من حديث أبي هريرة، وقال ابن عبد البر: لا يصح مرفوعاً.

(٢) قال النووي في زوائده: قال إبراهيم المرودي: إن نام الصبي في حجرها وهو يرتضع نومة خفيفة، ثم انتبه ورضع ثانياً، فالجميع رضعة، وإن نام طويلاً، ثم انتبه وامتص، فإن كان الثدي في فمه رضعة، وإلا فرضعتان. والله أعلم. وتعقب بأنه لا يحسن عدة من الزوائد لذكر الرافعي له.

بالخبز عند نفاذه، لم يَحْنَث، فإن كل ذلك يعد في العرف أكلةً واحدةً، ولو ارتضع من تَدْيِ امرأة، ثم انتقل في الحال إلى تَدْيِ آخر، ففيه خلافٌ سنذكره من بَعْدُ. ولا يُشْتَرَطُ أن يكون وصول اللبن في المَرَّات الخمس على هيئة واحدة، بل لو ارتضع في بَعْضِها، وأوجز في بَعْضٍ، وأسَعَطَ في بَعْضٍ، حتى تَمَّ العدد، يَثْبُت التحريم، وكذا في الصَّبِّ في الجراحة الحقنة، إذا جعلناهما مؤثرتين.

ولو حَلَبَ لبن امرأة [دفعه]<sup>(١)</sup> واحدة، وأوجَرَ الصبِّي في خمس دفعاتٍ؟ نقل المزنِّي والربيع أنها رضعةٌ واحدة، ثم قال الربيع: وفيه قولٌ آخر: أنها خمس رضعات، وللأصحاب طريقان:

أظهرهما: أن في المسألة قولين:

أحدهما، وبه قال أبو إسحاق: أنها خمس رَضَعَاتٍ تنزيلاً للإناء المنتقل منه منزلة الثدي، وأيضاً، فاعتباراً بالوصول إلى جَوْفِ الصبِّي، وربما شبه ذلك بما إذا وضع الطعام دفعةً واحدةً، وأكله في دفعات يكون ذلك أكلاً، حتى لو حَلَفَ؛ لا يأكل في اليوم إلا مرةً واحدةً، وفعل هذا، يحنث.

وأصحهما عند أكثر الأصحاب: أنها رضعة واحدة؛ لأنه انفصل دفعةً واحدةً، وربما قيل: طرف الانفصال أوَّلَى بالاعتبار؛ ألا ترى أنه لو ارتضع الطُفْل من لبنها بَعْد موتها، لم تَثْبُت الحُرْمَةُ، ولو حَلَبَ اللبن في حياتها وأوجر الصبِّي بَعْد موتها، تثبت الحرمة، قالوا: وليس الإناء كالثدي؛ فإن اللبن يَحْدُث في الثدي شيئاً فشيئاً، فكلما ارتضع، حدث غيره، فَيُخْضَلُ التفريق<sup>(٢)</sup>، وفي الإناء لا يَحْدُث شيئاً بعد شيء.

والطريق الثاني: القَطْعُ بأنها رضعة، وجعل ما نقله الربيع من كيسه، ويَحْكِي هذا عن القاضي أبي حامد - رحمه الله -، وإن حَلَبَ في خمس دفعات، وأوجر الصبِّي دفعةً واحدةً، فَمَنْ قطع بالاتحاد في الصورة الأوَّلَى، قطع هاهنا أيضاً، وهؤلاء يشترطون التعدد في طريق الاتصال والانفصال جميعاً، والذي أثبتوا هناك على قولين؛ افرقوا هاهنا، فَمِنْ طاردين لهما بانين للقولين على أن النظر إلى حالة الانفصال والاتصال، وبهذا قال صاحب «الإفصاح» وإبو إسحاق، ومِنْ قاطِعِينَ بالاتحاد [في طرف الاتصال]<sup>(٣)</sup> ذاهبين إلى أنه أوَّلَى بالاعتبار؛ لأن أثر الإرضاع، وهو التغذي وثبات اللحم، يتعلّق به، ولو حَلَبَ في خمس دفعات وأوجر الصبِّي في خمس دفعات، نُظِرَ؛ إن خَلَطَ المَخْلُوط، ثم أوجر، فطريقان:

(٢) في ز: الفریق.

(١) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

أصحهما: أنها خمس دفعات في الطرفين، وبهذا قال أكثر الأصحاب وابن سريج وأبو إسحاق وابن أبي هريرة.

والثاني: أن فيها قولين أيضاً؛ لأنه بالخلط، صار كالمخلوب دفعة واحدة؛ وإن لم يُخلط، فلا خلاف أنها خمس رضعات، ولو حلب خمس نسوة في إناء واحد وأوجر الصبي دفعة واحدة، حصلت من كل واحدة رضة، وإن أوجر في خمس دفعات، فقد حُكي فيه وجهان، والذي أورده القاضي الرُّوياني - رحمه الله - منهما بثبوت الحرمة<sup>(١)</sup>، فإذا عرفت ما ذكرنا، أعلمت قوله في الكتاب «فشرط الرضاع العَدَدُ» بالحاء، والميم، والألف والواو، وقوله «وهو خمس رضعات» بالواو.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (فَرَعٌ) لَوْ شَكَّكْنَا فِي الْعَدَدِ فَلَا تَحْرِيمَ \* وَإِنْ شَكَّكْنَا فِي وَقُوعِهِ بَعْدَ الْحَوْلَيْنِ فَقَدْ تَقَابَلَ أَضْلَانٌ وَهُوَ بَقَاءُ الْمُدَّةِ وَعَدَمُ التَّحْرِيمِ \* لَكِنَّ الْأَصْحَ أَنَّهُ لَا تَحْرِيمَ إِلَّا بِيَقِينٍ .

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا وقع الشك في أنها أرضعته خمس رضعات أو أقل، لم تثبت الحرمة بالشك، وطريق الزرع لا يخفى، وكذا لو وقع الشك في أنه هل وصل اللبن في بغض المرأت إلى جوفه، ولو وقع الشك في أنها أرضعته الخمس في الحولتين أو أرضعته بغض المرات بعد الحولتين، فقد ذُكر فيه قولان أو وجهان؛ لأنه تقابل أضلان، فالأصل بقاء مدة الحولتين، والأصل عدم التحريم، والأصح أنه لا يثبت التحريم، حتى يحصل اليقين، ويستصحب أصل الجل، كما أن الشك في انقضاء مدة المنسح يأخذ بالأصل، وهو غسل الرجلين، ويحكى وجه التحريم عن الصيمري.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (قَاعِدَةٌ) لَوْ كَانَ لِلرَّجُلِ خَمْسُ مُسْتَوْلِدَاتٍ أَوْ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ وَمُسْتَوْلَدَةٌ فَأَرْضَعَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ بِلَبَانِهِ مَرَّةً لَمْ يَحْرَمِ الْمُرْتَضِعُ عَلَيْهِنَّ \* وَيَحْرَمُ عَلَى الْفَحْلِ (و) لِأَنَّهُ اجْتَمَعَ الْعَدَدُ فِي حَقِّهِ وَهُوَ لَيْسَ تَابِعاً لِلْأُمِّ هَذَا أَصْحَ الْوَجْهَيْنِ \* وَلَوْ كَانَ بَدَلَهُنَّ خَمْسُ بَنَاتٍ فَوَجْهَانِ مُرْتَبَانٍ وَأُولِي بَأْنٍ لَا يَخْضَلُ \* وَالْأَخَوَاتُ كَالْبَنَاتِ وَلَوْ كُنَّ مُخْتَلِفَاتٍ كَأُمِّ وَبِنْتٍ وَأَخْتٍ وَزَوْجَةٍ وَجَدَّةٍ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يَحْرَمُ إِذْ لَا تَخْضَلُ مِنْ مَجْمُوعِهَا قَرَابَةٌ وَاحِدَةٌ \* وَلَوْ أَرْضَعَتْ خَمْسَ مُسْتَوْلِدَاتٍ عَلَى التَّوَالِي فَهِيَ خَمْسُ رَضَعَاتٍ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ لِتَعَدُّدِ الْمُرْضِعِ \* وَقِيلَ: تَعَدُّدِ الْمُرْضِعَةِ كَتَعَدُّدِ الثَّدْيِ .

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الأصل الذي تتعلق به صورة القاعدة، وقد صرح به في الكتاب من

(١) عبارة الروضة: حسب من كل واحدة رضة على الأصح وقيل: خمس رضعات.

بَعْدَ: أَنْ لَبِنَ الْفَخْلَ يُحْرَمُ، وَتَصِيرُ الْمَرْضَعَةُ، أُمَّاً لِلْمَرْتَضِعِ، وَيَصِيرُ الْفَخْلُ الَّذِي مِنْهُ اللَّبْنُ أَباً لَهُ، وَيَنْتَشِرُ مِنْهُ الْحُزْمَةُ إِلَى أَوْلَادِهِ، وَبِهِ قَالَ عَامَّةُ الْعُلَمَاءِ، وَعَنْ بَعْضِ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - خِلَافُهُ، وَاخْتَارَهُ عَبْدُ الرَّحْمَنِ ابْنُ بِنْتِ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - .

لَنَا: مَا رَوَى عَنْ عَائِشَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - أَنْ أَفْلَحَ أَخَا أَبِي الْقَعِيسِ [جَاءَ] (١) يَسْتَأْذِنُ عَلَيْهَا، وَهُوَ عَمُّهَا مِنَ الرِّضَاعَةِ بَعْدَ مَا نَزَلَتْ آيَةُ الْحِجَابِ، قَالَتْ: فَأَبَيْتُ أَنْ أَدْنَ لَهُ، فَلَمَّا جَاءَ رَسُولُ اللَّهِ - ﷺ - أَخْبَرْتَهُ بِالَّذِي صَنَعْتُ، فَقَالَ: إِنَّهُ عَمُّكَ، فَأَذِنِي لَهُ، فَقُلْتُ يَا رَسُولَ اللَّهِ - ﷺ - إِنَّمَا أَرْضَعْتَنِي الْمَرْأَةَ، وَلَمْ يَرْضِعْنِي الرَّجُلَ، فَقَالَ [رَسُولُ اللَّهِ] (٢) - ﷺ - إِنَّهُ عَمُّكَ فَلْيَلِجْ عَلَيْكَ، وَأَبُو الْقَعِيسِ كَانَ زَوْجَ الْمَرْأَةِ الَّتِي أَرْضَعَتْ عَائِشَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا -، وَرَوَى الشَّافِعِيُّ أَنَّ ابْنَ عَبَّاسٍ (٣) سُئِلَ (٤) عَنْ رَجُلٍ لَهُ امْرَأَتَانِ، أَرْضَعَتْ إِحْدَاهُمَا غَلَاماً، وَالْأُخْرَى جَارِيَةً، أَيْنَكَحُ الْغَلَامَ الْجَارِيَةَ، قَالَ لَا الْفُلَاحَ وَاحِدٌ، يَعْنِي أَنَّهُمَا أَخْوَانٌ لِأَبٍ.

إِذَا عُرِفَ ذَلِكَ، فَفِي الْقَاعِدَةِ صَوْرٌ:

إِحْدَاهُمَا: إِذَا كَانَ لِلرَّجُلِ خَمْسُ مَسْتَوْلِدَاتٍ أَوْ أَرْبَعُ نَسْوَةٍ وَمَسْتَوْلِدَةٌ، فَأَرْضَعَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ بِلَبَانِهِ (٥) صَغِيراً مَرَّةً، لَمْ يَصِرْ زَوْجَ امْهَاتِ الصَّغِيرِ، وَهَلْ يَصِيرُ الرَّجُلُ أَباً لَهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أَحْدَهُمَا، وَبِهِ قَالَ أَبُو الْقَاسِمِ الْأَنْمَاطِيُّ، وَابْنُ سُرَيْجٍ وَابْنُ الْحَدَّادِ: لَا؛ لِأَنَّ الْأَبَوَةَ تَابِعَةٌ لِلْأُمَمَةِ؛ لِأَنَّ انْفِصَالَ اللَّبَنِ عَنْهَا مَشَاهِدٌ مُحْسُوسٌ، فَإِذَا لَمْ تَثْبُتِ الْأُمَمَةُ الَّتِي هِيَ الْأَضْلُ، لَا تَثْبُتِ الْأَبَوَةُ.

وَأَصْحَهُمَا، وَبِهِ قَالَ أَبُو إِسْحَاقَ وَابْنُ الْقَاصِّ: أَنَّهُ يَصِيرُ أَباً؛ لِأَنَّ لَبْنَ الْكُلِّ مِنْهُ، فَإِذَا حَصَلَ فِي جَوْفِهِ خَمْسُ مَرَاتٍ، لَمْ يُفَرِّقِ الْحَالُ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْانْفِصَالُ مِنْ تَذْيِ وَاحِدٍ، أَوْ مِنْ تَذْيِ جَمَاعَةٍ، وَكَأَنَّهُنَّ ظُرُوفٌ لِلْبَنِّ، وَيَجُوزُ أَنْ يَثْبُتَ الْأَبَوَةُ دُونَ الْأُمَمَةِ، كَمَا يَجُوزُ أَنْ تَثْبُتَ الْأُمَمَةُ دُونَ الْأَبَوَةِ كَمَا ذَكَرْنَا فِيمَا إِذَا دُرَّ لَبْنٌ بِكُرٍ أَوْ ثَيْبٍ لَا زَوْجَ لَهَا، وَكَذَلِكَ لَوْ أَرْضَعَتْ صَغِيراً بِلَبَانِ زَوْجِهَا ثَلَاثَ رَضَعَاتٍ، فَطَلَّقَهَا زَوْجَهَا، وَنَكَحَتْ غَيْرَهُ، وَأَرْضَعَتْ بِلَبَانِ الثَّانِي ذَلِكَ الصَّغِيرَ رَضَعَتَيْنِ، ثَبَّتَتِ الْحَرَمَةَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الرُّضِيعِ، وَلَا تَثْبُتُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الرَّجُلَيْنِ، وَإِذَا قُلْنَا بِأَنَّهُ يَصِيرُ أَباً، فَالْمَرَضَعَاتُ يَحْرُمْنَ عَلَى الرُّضِيعِ،

(١) سقط في ز.

(٢) رواه الشافعي كما قال عن مالك عن ابن شهاب عن عمرو بن الشريد عن ابن عباس، رواه الترمذي في جامعه من هذا الوجه.

(٣) في ز: سأل.

(٤) في ز: بثلاثة.

وإن لم يكن أمهات؛ لأنهن موطوءات أبيه، ولو كانت تحته صغيرة، وله خمس مستولدات، فأرضعتها كل واحدة بلبانها رضة، لم ينفسخ نكاح الصغيرة على الوجه الأول، وينفسخ على الوجه الثاني على الأصح، ولا عزم عليهن؛ لأن السيد لا يثبت له دين على مملوكه، ولو أرضعت زوجته الصغيرة ثلاث نسوة له ومستولداتان، فانفساخ نكاح الصغيرة على الوجهين، قال الشيخ أبو علي: وأما غرامة مهرها، فإن أرضعن على الترتيب، فالانفساخ يتعلق بإرضاع الآخرة، فإن كانت الأخيرة إحدى المستولدتين، فلا شيء عليها، وإن كانت إحدى النسوة، فعليها العزم، وإن أرضعن معاً بأن أخذت كل واحدة لبنها في مسعط، وأوجرت معاً، فلا شيء على المستولدتين؛ [لأنهم لم يصرن أمهات الزوجة] [وعلى النسوة ثلاثة أخماس العزم، ولا ينفسخ نكاح النسوة الثلاث، لأنهن لم يصرن أمهات الزوجة،] ولو كان للرجل أربع نسوة، فأرضعت واحدة منهم صغيراً رضعتين، والثلاث الباقيات [أرضعته]<sup>(١)</sup> رضة رضة أو كانت له ثلاث مستولدات، فأرضعت كل واحدة منهن بلبانها صغيراً ثلاث رضعات<sup>(٢)</sup>، والباقيتان أرضعته رضة رضة، جرى الخلاف في صيرورة الأب أباً للصغير؛ ولا تصير المرضعات أمهات، وعلى هذا قياس سائر النظائر.

**الثانية:** إذا كان للرجل أو المرأة خمس بنات أو أخوات مراضع، فأرضع كل واحدة منهن صغيراً رضة، لم تصرن أمهات الصغير، ولا أزواجهن أباً له، وهل تثبت الحرمة بين الرضيع وبين الرجل والمرأة؟ إن قلنا: لا يثبت التحريم في الصورة السابقة، ولا يصير الرجل أباً، فهانئ أولئ بأن لا تثبت الحرمة، وإن أثبتناها هناك، فهانئ وجهان:

أحدهما، وبه قال ابن القاص - رحمه الله -: أنه يثبت أيضاً؛ لأن البنت الواحدة، لو أرضعت خمساً، لثبتت الحرمة بينه وبين الرضيع، فإذا أرضعت البنات الخمس كل واحدة واحدة وجب أن تثبت الحرمة، كما أنا أنزلنا إرضاع المستولدات الخمس منزلة إرضاع الواحدة خمساً.

**وأصحهما:** المنع، بخلاف الصورة السابقة، والفرق أنه، لو ثبت التحريم، لكان؛ لصيرورة الرجل جداً لأم في صورة البنات، وخالاً في إرضاع الأخوات، كصيرورة المرأة جدة لأم أو خالة، والجدة والخولة لا تثبتان إلا بتوسط الأمومة، فإن لم تكن المرضعات أمهات، استحال أن يكون أبوهن جداً أو أخوهن خالاً أو أمهن جدة أو أختهن خالة، وهناك اللبن مشترك بين الرجل والمرضعات، ولا استحالة في ثبوت الأبوة دون الأمومة، وبالعكس، وإذا أثبتنا الحرمة، فقد قال صاحب «التهذيب» - رحمه

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: صغار.



الله - يحرم المرضعات على الرضيع، لا لكونهن أمهات، ولكن لكون البنات أخوات له وكون الأخوان عمات، إذا كان الرجل أباً، والحرمة هاهنا لو ثبتت، إنما تثبت من جهة كونه جداً لأم أو خالاً، وفيه وضع بعضهم الخلاف صريحاً؛ فقال: في صيرورة الرجل جدّ الأم أو خالاً وجهان، وإذا كانت الحرمة بهذِهِ الجهة، فينبغي أن يقال: إنهنَّ يَحْرُمْنَ؛ لكونهم كالأخالات؛ وذلك لأنَّ بنتَ الجدِّ للأم، إذا لم تُكُنْ أمّاً، كانت خالَةً، وكذلك أخت الخال، والله أعلم.

الثالثة: لو كان للرجل أمٌ وبنتٌ وأختٌ وبنتٌ أخٌ من أبٍ وبنتٌ أختٌ من الأبٍ مرضع، أرضعت كلُّ واحدةٍ منهن صغيراً رضعةً، إن قلنا: لا يثبت التحريم في الصورة الثانية، فهاهنا<sup>(١)</sup> أولى، وإن أثبتاه، فهاهنا وجهان:

أصحُّهما: المنع، والفرق أن هناك يمكن نسبة الرضيع إليهِ بكونه [ابن ابن] [نافلةً له] ونسبته إلى الرضيع بكونه جداً، وهاهنا لا يمكن لاختلاف الجهات، ولا يجوز أن يكون بَعْضُ الرضيعِ أخاً وبعضه ولد بنت.

والثاني: وبه قال صاحب «التلخيص»، أنه تثبت الحرمة؛ لأن الواحدة منهن، لو انفردت بخمس رضعات، لثبتت الحرمة بينه وبين الرضيع، وإرضاع الخمس كالرضعات الخمس من واحدة، وعلى هذا، فتحرم المرضعات على الرضيع، لا لأنهن أمهات، ولكن بجهات مختلفة فاما الرجل كأنها زوجة أبيه؛ لأن لبنها<sup>(٢)</sup> من أبي [الرجل] و[<sup>(٣)</sup> الرضيع بمشابةٍ ولديه، وبنت الرجل بنت ابن أبيه فتكون بنت أخيه، وأخت الرجل بنت أبيه، فتكون أخته وبنت أخي الرجل بنت ابن أبيه [فتكون بنت أخيه] وبنت أخت الرجل بنت أخيه أيضاً، ولو كان بدل هؤلاء المرضعات زوجةً أو جدةً، كان الحكم كما ذكرنا، وفيه صورٌ صاحب الكتاب، ولو أرضعت كلُّ واحدةٍ من هؤلاء صغيرةً في نكاح الرجل رضعةً واحدةً، فانفساخ النكاح على الوجهين، وإذا قلنا بالانفساخ، فإن أرضعن على الترتيب، عُرِّمت الأخيرة للزوج، وإن أرضعن معاً، اشتركن فيه، فإن اختلف عددُ الرضعات؛ بأن كن ثلاثاً، فأرضعت واحدةً رضعتين، والثانية كذلك، والثالثة رضعة، فيُعزَمُ أن ثلاثاً على عدد الرؤوس، أو أخماساً على عدد الرضعات، فيه وجهان، وجميع ما ذكرنا في هذه الصور فيما إذا أرضعت النسوة الخمس في أوقات متفرقة، أما إذا أرضعن على التواصل والتوالي، وحكمنا بثبوت الحرمة لو انفردت الأوقات فههنا وجهان:

(٢) في ز: أبيها.

(١) في ز: فيها.

(٣) سقط في ز.

أحدهما، وبه قال ابن القاصِّ - رحمه الله -: «أنها لا تثبت؛ لأن الحرمة لا تثبت في حقِّ المرضعات، وإنما تثبت في حقِّ الرجل، وهن جميعاً كالمرأة الواحدة، [بالنسبة إلى الرجل]، وإرضاع المرأة الواحدة إنما يحرم إذا تفرقت الأوقات، فكذلك إرضاعهنَّ.

وأظهرهما: الثبوت؛ لأن تعدد المرضعات يقتضي تعدد الرضعات عُزفاً، فإن قلنا بالأول، فلر أرضعنَّ على التواصل، ثم أرضعتِ الصغيرَ واحدةً منهن أربعَ رضعاتٍ، فهل تصير أمّاً له؟ فيه وجهان:

أظهرهما: نعم؛ لأنه ارتضع منها خمسَ (١) مرات متفرقات.

والثاني: المنع؛ لأن تلك الرضعة، لم تكن تامة، ويطرد هذا الخلاف في انتقال الصبيِّ من ثديِّ امرأة إلى ثديِّ امرأة أخرى على الإطلاق، فأحد الوجهين أنه كالتحوُّل من ثديِّ امرأة إلى الثدي الآخر، ولا يحسب ذلك رضعةً في حقِّ واحدةٍ منهما.

وأصحُّهما: أنه يُحسب رضعةً في حقِّ كل واحدةٍ منهما؛ لأن الاشتغال بالارتضاع من الأخرى قطع الارتضاع من الأولى كالاشتغال بشيء آخر، ويقرب من هذا الخلاف الخلاف فيما إذا أرضعت في الحولين أربع رضعات، ثم شرعت في إرضاعه الخامسة، فتم الحولان في خلالها، فالأصح: أنه يثبت (٢) التحريم؛ لأن ما يصل إلى الجوف في كل رضعة [غير] مقدَّر، وفي وجه: لا يثبت؛ لأن الرضعة ما تمت في الحولين.

وقوله في الكتاب: «ولو أرضعَ خمسُ مُستولِداتٍ على التوالي» بين بذكر التوالي أنَّ الصورة المذكورة أولاً في قوله «لو كان للرجل خمس مستوليدات» مفروضة فيما إذا كان الإرضاع في أوقات متفرقة.

وقوله «وقيل: تعدد المرضعة كتعدد الثدي» هو الوجه الثاني.

فروع (٣) من القبيل الذي نحن فيه:

رجل له ابنٌ، وابنٌ ابن، وأبٌ، وجدٌ، وأخٌ أرضعت زوجة كل واحدٍ منهم بلبنة صغيرة رضعةً، لا تصير الصغيرة بنتاً للمرضعات، ولا أزواجهنَّ، وهل تحرم على الرجل؟ فيه وجهان:

(١) في أ: رضعات.

(٢) تابع فيه البغوي فإنه جعله المذهب، وقال في الكافي: إنه الأصح، وكذا قال صاحب المعتمد في مسائل المذهب المجرد ولكن نص الشافعي في الأم على مقابله.

(٣) في ز: فرع.

أصحهما: أنه لا يحرم.

والثاني: وهو قول صاحب «التلخيص»: يحرم؛ لأنها لو ارتضعت من لبن أحدهم خمس مرات، لحرمت عليه، فإن زوجة الابن، لو أتمت الخمس، لكأنت المرضعة بنتاً، ولو أتمت زوجة ابن الابن، لكأنت حافدة<sup>(١)</sup>، ولو أتمت زوجة الأب، لكأنت أختاً، ولو أتمت زوجة الجد، لكأنت عمّة، ولو أتمت زوجة الأخ، لكأنت بنت أخ، وإذا ثبتت الحُرمة لو ارتضعت من لبن أحدهم خمساً، فتثبتت، إذا ارتضعت من لبن خمستهم، وكما تحرم المرضعة عليه، تحرم على أبيه، ولا تحرم على ابنه وابن ابنه؛ لأنها بارتضاع لبن أخيه، تكون بنت عمّ الابن، وبنت العمّ لا تحرم، ومهما كان في الخمسة من لا يقتضي لبنه تحريماً، فلا يثبت التحريم.

خمس إخوة، أَرْضعت زوجة كل واحد منهم بلبانه صغيرة رضة، هل تحرم الصغيرة على الإخوة فيه<sup>(٢)</sup> الوجهان؛ لأنه لو أَرْضعتها واحدة منهن خمساً، لحرمت على الإخوة، فكذلك، إذا أَرْضعتها الخمس.

ثلاث بنات، ابن بعضهن أسفل من بعض، وهن بنت ابن، وبنت ابن ابن، وبنت ابن ابن ابن أَرْضعت العليا صغيراً ثلاث رضعات، والأخريات رضة رضة، فهل تصير المرأة جدة للرضيع؟ فيه الوجهان:

قال في «الرقم» إن قلنا: نعم، فهل تحرم المرضعات على الرضيع؟ فيه وجهان: أحدهما: لا؛ لأن العَدَد لم يتم في أَرْضاع واحدة منهن.

والثاني: أن الرضعات من الجهات المختلفة تجمع، إذا كانت كل واحدة منها<sup>(٣)</sup> بحيث لو تم العَدَد منها، تثبت الحرمة، فعلى هذا، يُنظر؛ إن كانت الوسطى بنت أخ العليا، والسفلى بنت أخ الوسطى، حرمت العليا عليه، لأن إرضاعها، لو تم، لكان الرضيع ابنها، وإرضاع الوسطى، لو تم الرضيع ابن بنت أخي العليا [وإرضاع السفلى لو تم لكان للعليا ابن بنت ابن أخ]، وهذه الجهات كلها محرمة فيجمع ما فيها من عدد الرضعات، وإن كانت الوسطى بنت ابن عم العليا، والسفلى بنت ابن ابن عمها، لم تحرم العليا عليه؛ لأن إرضاع الوسطى، لم تم يجعل الرضيع للعليا ابن بنت ابن العم، وإرضاع السفلى، لو تم، لجعله لها ابن بنت ابن [ابن]<sup>(٤)</sup> العم وذلك [لا] يقتضي التحريم، وأما الوسطى والسفلى، فلا يُحرمان عليه بحال؛ لأن إرضاع العليا، لو تم، لجعل للوسطى ابن العمّة، والسفلى ابن عمّة الأب، وذلك عند الفرض فيما إذا كانت

(١) في ز: جامدة.

(٢) في ز: في.

(٣) في أ: منهن.

(٤) سقط في ز.

الوسطى بنت أخ العليا والسفلى بنت أخ الوسطى، وهي الحالة التي حكمنا فيها بتحريم العُليا، ومعلومٌ أن ذلك مما لا يقتضي التَّحريم.

نَعَمْ، يحرم عليه الجَمْع بينهن في النكاح، والحالة هذه؛ لأنَّ العليا عمّة الوسطى، والوسطى عمّة العليا، ولا يجوزُ الجَمْع بين المرأة وعمتها، وإذا أرضعتها إحداهن حَمَسَ رضعات، حَزَمَت هي عليه، وحَزَمَت التي قولها، إذا كانت المرضعة بنتُ أخ التي فوقها؛ لأن التي فوقها تكون عمّة الأم، وهي مُحَرَّمَةٌ.

رجل<sup>(١)</sup> له زوجتان مرضعتان<sup>(٢)</sup> بلبنه<sup>(٣)</sup>، حلبت كلُّ واحدةٍ منهما من لبنها حلبَةً في إناء ثم خُلِطَ اللَّبَنان، وسقى منهما صغيرٌ دفعةً واحدةً، ثبت لكل واحدةٍ منهما رضعةً، ولو سَقِيَ مرتين ثبت لكل واحدةٍ رضعةً نظراً إلى الحَلَب أو رضعتان، نظراً إلى وصول اللبن فيه وجّهان، وهذا، كما مر، فيما إذا حَلَبَ لبن خمس نسوة فأوَجَرَ الصبي من ألبانهن المخلطة دفعةً أو خمس دفعات، وأما بين الرضيع والزوج، فإن لم نجتمع في حقّه رضعات زوجاته، فثبت رضعة واحدة، وإن جَمَعْنَا فَإِنَّ نَظْرَنَا إِلَى الحَلَبِ ثَبِتَ فِي حَقِّهِ رَضَعَتَانِ، وَإِنْ نَظَرْنَا إِلَى وَصُولِ<sup>(٤)</sup> اللَّبَنِ، ثَبِتَ أَرْبَعُ رَضَعَاتٍ.

كانت له أربع نسوة وأمةٌ قد دخل بهنَّ، ثم أرضعت كل واحدةٍ منهن صغيراً بلبن غيره رضعةً واحدةً، ذكر صاحب «التَّلْخِص» تفرعاً على ثبوت الأبوّة، لو أرضعته بلبنه أنه يحرم الصغيرة عليه؛ لأنها ربيته، وإن كان فيهن مَنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا، لَمْ تَحْرَمْ عَلَيْهِ، لَمَّا سَبَقَ أَنَّهُ، لَوْ كَانَ فِيهِنَّ مَنْ لَوْ انْفَرَدَتْ بِالرُّضْعَاتِ الحَمَسِ، لَمْ تَثْبِتِ الحَرَمَةَ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

(٢) في ز: مرضعان.

(٤) في أ: فضول.

(١) في ز: وجد.

(٣) في ز: بلبنه.

## الباب الثاني فيمن يحرم من الرضاع

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَالْأَصُولُ فِيهِ الْمُرْتَضِعُ وَالْمُرْضِعَةُ وَالْفَحْلُ، وَلَمَّا حُرِّمَتِ الْمُرْضِعَةُ عَلَى الرُّضِيعِ حُرِّمَ أَيْضاً عَلَيْهِ أُمَّهَاتُهَا مِنَ الرُّضَاعِ وَالنَّسَبِ فَإِنَّهُنَّ جَدَّاتٌ، وَأَخَوَاتُهَا مِنَ النَّسَبِ وَالرُّضَاعِ خَالَاتٌ، وَأَوْلَادُهَا مِنَ الْجِهَتَيْنِ إِخْوَةٌ، وَكَذَلِكَ أَوْلَادُ الْإِخْوَةِ، وَكَذَلِكَ أَوْلَادُ الرُّضِيعِ أَحْفَادُ الْمُرْضِعَةِ، وَلَا يُحْرَمُ الْمُرْضِعَةُ عَلَى أَبِي الْمُرْتَضِعِ وَعَلَى أَخِيهِ، وَكَذَلِكَ زَوْجُ الْمُرْضِعَةِ أَبُو الْمُرْتَضِعِ، وَأَبُوهُ جَدُّهُ، وَأَخُوهُ عَمُّهُ، وَوَلَدُهُ أَخُوهُ وَعَلَى هَذَا الْقِيَاسِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: تحريم الرضاع يتعلق بالمرضعة، والفحل الذي منه اللبن، والطفل المرتضع، فهم الأصول في الباب، تنتشر منهم الحرمة إلى غيرهم:

أما المرضعة فينتشر منها التحريم إلى آباؤها من النسب والرضاع؛ فهم أجداد الرضيع، فلو كان الرضيع أنثى، حُرِّمَ عليهم نكاحها، وإلى أمهاتها من النسب والرضاع؛ فهن جدات للرضيع فيحرم عليه نكاحهنَّ إذا كان ذكراً وإلى أولادها من النسب والرضاع، فهم إخوته وأخواته، وإلى إخوتها وأخواتها من الجهتين؛ فهم أخواله وخالاته، وأولاد أولادها إخوة، وأخوات للرضيع، ولا تثبت الحرمة بين الرضيع وبين أولاد إخوة المرضعة وأخواتها؛ فإنهم أولاد أخواله وخالاته.

وأما الفحل، فكَذَلِكَ تنتشر الحرمة منه إلى آباؤه وأمهاته؛ فهم أجداد الرضيع وجداته، وإلى أولاده؛ فهم إخوته وأخواته، وإلى إخوته وأخواته؛ فهم أعمامه وعماته.

وأما المرتضع، فتننتشر منه الحرمة إلى أولاده من الرضاع والنسب، فهم أحفاد المرضعة والفحل، ولا تنتشر الحرمة منه إلى آباؤه وأمهاته وإخوته وأخواته، فلا يبيح أن يَنْكِحَ المرضِعَةَ؛ إذ لا منع من نكاح أم الابن، وأن ينكح بنتها، وإن كانت أختَ وُلْدِهِ، ولأخيه أن ينكح المرضِعَةَ، وأن ينكح بنتها، وقد سبق في النكاح أن أربع نسوة يَحْرُمْنَ مِنَ النَّسَبِ، ومثلهن قد لا يَحْرُمْنَ مِنَ الرُّضَاعِ، وجعلت تلك الصور مستثناة من قولنا

[يَحْرُمُ مِنَ الرُّضَاعِ] <sup>(١)</sup> مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ. وقد يقال: المراد من قولنا «مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ» والحرمة في تلك الصور ليست من جهة النَّسَبِ، وإنما هي من جهة المصاهرة على ما تبين هناك. ويمكن أن يُعْلَمَ قوله في الكتابِ «والفحل».

وكذلك قوله: «وكذلك زَوْجُ الْمَرْضِعَةِ أَبُو الْمَرْتَضِعِ» بالواو؛ لِمَا قَدَّمْنَا فِي السَّابِقِ مِنْ اخْتِيَارِ ابْنِ بَنْتِ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: لَكِنْ يُغَيَّرُ أَنْ يَكُونَ اللَّبَنُ مِنْ وَلَدِ الْفَحْلِ، فَإِنْ كَانَ الْوَلَدُ مِنَ الزَّانَا أَوْ مَنْفِيًّا بِاللِّعَانِ فَلَا نِسْبَةَ لِلْبَنِ إِلَيْهِ، فَإِنْ كَانَ الْوَلَدُ مِنْ وَطْءِ الشَّبْهَةِ اتَّسَبَ الْوَلَدُ عَلَى الْأَصْحَحِ أَيْضًا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِنَّمَا تَثْبُتُ الْحُرْمَةُ بَيْنَ الرُّضِيعِ وَبَيْنَ الْفَحْلِ، إِذَا كَانَ مَمْتَسِبًا إِلَى الْفَحْلِ؛ بَأَنَّ يَتَسَبَّبُ إِلَيْهِ الْوَلَدُ الَّذِي نَزَلَ اللَّبَنُ عَلَيْهِ.

أما اللَّبَنُ النَّازِلُ عَلَى وَلَدِ الزَّانَا، فَلَا حُرْمَةَ لَهُ حَتَّى لَا يَحْرُمَ عَلَى الزَّانِي أَنْ يَنْكَحَ الصَّغِيرَةَ الَّتِي ارْتَضَعَتْ مِنْ ذَلِكَ اللَّبَنِ، لَكِنَّهُ يَكْرَهُ وَقَدْ حَكَيْنَا فِي النِّكَاحِ وَجْهًا أَنْ الزَّانِي لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَنْكَحَ بِنْتَ الزَّانَا الَّتِي يَعْلَمُ أَنَّهَا مِنْ مَائَةٍ <sup>(٢)</sup> فَيُشْبِهُهُ أَنْ يَجِيءَ ذَلِكَ الْوَجْهَ هَا هُنَا أَيْضًا، وَلَوْ نَفَى الزَّوْجُ وَلَدَهُ بِاللِّعَانِ، وَأَرْضَعَتْ الْمَرْأَةَ بِاللَّبَنِ النَّازِلِ عَلَيْهِ صَغِيرَةً، لَمْ تَثْبُتِ الْحُرْمَةُ، وَلَمْ يُنْسَبِ اللَّبَنُ إِلَيْهِ، كَمَا لَا يَنْسَبُ الْوَلَدُ وَلَوْ أَرْضَعَتْ بِهِ، ثُمَّ لَأَعْنِ الزَّوْجُ انْتَفَى الرُّضِيعَ عَنْهُ، كَمَا انْتَفَى الْوَلَدُ، فَلَوْ اسْتَلْحَقَّ الْوَلَدُ بَعْدَ ذَلِكَ، لَحَقَّ الرُّضِيعَ أَيْضًا، وَلَمْ يَذْكُرُوا هَا هُنَا الْوَجْهَيْنِ الْمَذْكُورَيْنِ فِي نِكَاحِ الْمَتَّغِيَةِ بِاللِّعَانِ وَلَا يَتَّعُدُّ أَنْ يُسَوَّى <sup>(٣)</sup> بَيْنَهُمَا، وَإِذَا كَانَ الْوَلَدُ مِنْ وَطْءِ شَبْهَةٍ، فَاللَّبَنُ النَّازِلُ إِلَيْهِ يُنْسَبُ إِلَى الْوَاطِئِ،

(١) سقط من: أ.

(٢) قال ابن الرفعة: وقد صرح بطرده هنا الإمام والغزالي في البسيط، وليس كما قال وإنما حكى الإمام الخلاف عند تحقق أنه منه بالنسبة إلى حرمة المخلوقة من زناه عليه، ولم يحك وجهاً في أن التي ارتضعت من اللبن النازل على ولد الزنا يحرم على الزاني.

(٣) وهذا الذي حاوله من ذكر الوجهين فيها من المنفية في النسب لا يصح، لأن الوجهين هناك فيمن لم يدخل بأمرها والدخول هنا بل الحبل شرط لنسبة الابن للفحل فافتقر البابان. وقال ابن الرفعة: كلام الإمام مصرح بإجراء الخلاف في المرتضع من ولد الزنا وهو يطرق المرتضعة من ولد المنفي باللعان من طريق أولى على أنه قد يقال إنه لا يأتي هنا في الصورتين وإن حرمانها لأجل مفهوم وهو قوله ﷺ: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب. انتهى.

قال بعضهم: وأيضاً فلأن ولد النسب أقوى حكماً من ولد الرضاع، ولذلك استدلل صاحب الحاوي والبحر على أن المرتضع بلبن الزنا لا يحرم بأن ولد النسب أقوى حكماً من ولد الرضاع، وقد انتفى عن الزاني فكان أولى أن ينتفي عنه في ولد الرضاع وأيضاً فلأن لنا قولاً إن اللبن النازل بوطء الشبهة لا يحرم المرتضع على الواطئ ولا خلاف في تحريم الولد عنه.

كما يُنسب إليه الولد اتباعاً للرضاع بالنسب. هذا هو الصحيح وعن صاحبي «التقريب» و«التلخيص» و«الجامع الكبير» للمزني - رحمه الله - في رواية قول أن اللبن من وطء الشبهة لا يثبت الحرمة من جهة الفحل؛ لأنه لا ضرورة إلى إثبات حرمة الرضاع، بخلاف النسب والعدة؛ فإن الضرورة تلجئ إليهما، وقرب هذا القول من قول ذكر أن وطء الشبهة هل يثبت حرمة المصاهرة.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: فَلَوْ وَطِئَتْ الْمَنْكُوحَةُ بِالشُّبْهَةِ وَأَتَتْ بِوَلَدٍ يَحْتَمَلُ مِنْهُمَا فَأَرْضَعَتْ صَغِيرَةً فَهِيَ وَلَدٌ مَنْ يَثْبُتُ لَهُ نَسَبُ الْوَلَدِ بِالْحَاقِ الْقَائِفِ أَوْ بِانْتِسَابِ الصَّغِيرِ بَعْدَ بُلُوغِهِ، فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ الْانْتِسَابِ انْتَسَبَ الرُّضِيعُ عَلَى وَجْهِ بِنَفْسِهِ، وَبَقِيَ مُشْتَبَهًا عَلَى وَجْهِ فَيَحْرَمُ عَلَيْهِمَا جَمِيعًا، وَفِي وَجْهِ ثَالِثٍ لَهُ أَنْ يُوَاصِلَ أُيُومًا شَاءَ وَلَكِنْ إِذَا وَاصَلَ أَحَدَهُمَا امْتَنَعَ عَلَيْهِ الثَّانِي.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا وَطِئَتْ مَنْكُوحَةٌ إِنْسَانًا بِالشُّبْهَةِ أَوْ وَطِئَتْ امْرَأَةً بِالشُّبْهَةِ، أَوْ نَكَحَ رَجُلٌ امْرَأَةً فِي الْعِدَّةِ عَنْ جَهْلٍ، وَأَتَتْ بِوَلَدٍ وَأَرْضَعَتْ بِاللَبَنِ النَّازِلِ عَلَيْهِ صَغِيرًا، فَهُوَ تَبِعٌ لِلْوَلَدِ، فَإِنْ لَحِقَ الْوَلَدُ أَحَدَهُمَا؛ لَانْحِصَارِ الْإِمْكَانِ فِي حَقِّهِ؛ فَالرُّضِيعُ وَلَدُهُ مِنَ الرُّضَاعِ، وَإِنْ لَمْ يَلْحَقْ وَاحِدًا مِنْهُمَا؛ لِعَدَمِ الْإِمْكَانِ، فَالرُّضِيعُ مَنْقُطَعٌ عَنْهُمَا، وَإِنْ تَحَقَّقَ الْإِمْكَانُ فِي حَقِّهِمَا جَمِيعًا، عَرَضَ الْوَلَدُ عَلَى الْقَائِفِ؛ فَبِأَيِّهِمَا أَحَقُّهُ، تَبِعَهُ الرُّضِيعُ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ قَائِفٌ أَوْ نَفَاهُ عَنْهُمَا أَوْ أَشْكَلَ عَلَيْهِ، تَوَقَّفْنَا إِلَى أَنْ يَبْلُغَ الْمَوْلُودُ، فَيَنْتَسِبُ إِلَى أَحَدِهِمَا، فَإِنْ بَلَغَ مَجْتُونًا صَبْرًا إِلَى أَنْ يَضِيقَ فَيَنْتَسِبُ، فَإِذَا انْتَسَبَ، تَبِعَهُ الرُّضِيعُ، فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ الْانْتِسَابِ، وَكَانَ لَهُ وَلَدٌ، قَامَ مَقَامَهُ فِي الْانْتِسَابِ، فَإِنْ كَانَ لَهُ أَوْلَادٌ، فَانْتَسَبَ بَعْضُهُمْ إِلَى هَذَا، وَبَعْضُهُمْ إِلَى هَذَا، اسْتَمَرَ الْإِشْكَالُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ، وَبَقِيَ الْاِشْتِبَاهُ، فَفِي الرُّضِيعِ قَوْلَانِ مُحْكِيَانِ عَنْ نَصِّهِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي «الْأَمِّ»:

أحدهما: أنه يكون ابنهما جميعاً، ويجوز أن يكون للواحد أبوان من الرضاع بخلاف أبوة النسب وأيضاً، فقد اشتركا في الوطاء واللبن قد يكون من الوطاء، كما يكون من الولادة.

وأصحهما: أنه لا يكون ابنهما؛ لأنَّ اللَّبْنَ فَرَعُ الْوَلَدِ، فإذا كان الْوَلَدُ مِنْ أَحَدِهِمَا، كان اللَّبَنُ مِنْ أَحَدِهِمَا.

التفرُّعُ: إن قلنا بالأوَّل، فهل يحتاج إلى عشرِ رضعات أم تكفي خمسٌ؟ سئل الدارقيُّ عنه فقال: يحتمل وجهين، قال القاضي أبو الطَّيِّب: هما مبنيان على أنه إذا ارتضع من امرأتين على التواضُل، هل يكون ذلك رضعةً في حقِّ كلِّ واحدةٍ منهما، وذكر في «البيسط» أن معنى هذا القول على ضعفه إثباتُ أبوتهما في الظاهر دون

الباطن؛ لأننا نعلم قطعاً أن الولد من أحدهما، واللبن يتبعه، لكن لما عسر الوصول إليه، أطلق ثبوت أبوتها والذي ذكره<sup>(١)</sup> الأصحاب توجيهاً وتفريعاً يخالف ذلك، وإن كان القول ضعيفاً بالاتفاق، وإن قلنا بالأصح، فهل للرضيع أن ينتسب بنفسه؟ فيه قولان منقولان عن «الأم»:

أحدهما: لا، كما لا يُعرض على القائف، ويخالف المولود، فإنه يعول على ميل الطبع [بسبب] أنه مخلوق من مائة.

وأصحهما: نعم، كالمولود، والرضاع يؤثر في الطباع والأخلاق، وقد يميل الإنسان إلى من ارتضع بلبنه لتشابههما في الأخلاق، واستشهد لذلك بما روي أن النبي ﷺ قال: «أنا سيدُ ولدِ آدمَ بيدَ أي من قريش [ونشأتُ في بني سَعْد، وأرتضعتُ في بني زُهَرة]، ويزوي: أنا أفصحُ العربِ بيدَ أي من قريشِ إلى آخره»<sup>(٢)</sup> وكانت هذه القبائل أفصح العرب، وافتخر بالرضاع كما افتخر بالنسب، ويخالف العرض على القائف، فإن معظم تعويله على الاشتباه الظاهر في الخلقة دون الأخلاق، على أن القاضي ابن كج نقل وجهين عن [أبي] الحسين وأبي حامد؛ في العرض على القائف، وهو غريب.

التفريع: إن قلنا: إن له الانتساب، فهل يجبر عليه؟ فيه وجهان، وقال في «المهذب»: قولان.

أحدهما: أنه يجبر عليه كالمولود.

وأصحهما: المنع، والفرق أن النسب يتعلق به حقوق له وعليه؛ كالنفقة والميراث والعتق والشهادة وغيرها، فلا بد من رفع الإشكال، والذي يتعلق بالرضاع حرمة النكاح، والامتناع منه سهل، وإذا انتسب إلى أحدهما، كان ابنته، وانقطع عن الآخر، فله أن ينكح ابنته، ولا يخفى الورع، وإن لم ينتسب أو قلنا: ليس له الانتساب، فليس له أن ينكح، بنت هذا أو بنت ذلك جميعاً؛ لأن إحداهما مُحَرَّمَةٌ لا محالة، وعن صاحب «الحاوي» حكايةً وجوهٍ ضعيف: أنه يجوز ويُحَكَّم بانقطاع الأبوة عنهما، وهل له أن ينكح بنت أحدهما؟ فيه وجهان:

أصحهما: لا، لأننا نتقين أن إحداهما أخته، فأشبه ما إذا اختلطت أخته بأجنبية

(١) قال في المطلب: وما نسبه إلى البسيط ذكره الإمام، وما ذكرنا أنه أصل القول المذكور أي وهو أن مجرد الوطاء من غير إقبال إذا ثار به اللبن وارتضع به صبي ثبتت الأمومة وهل تثبت الأبوة فيه قولان ففعل القائل إنه ابنتها مبني عليه.

(٢) سقط من: ز.



والثاني، وهو ظاهر ما نقله المزنئي: أنه يجوز؛ لأن الأضل الحِلُّ، والحرمة في التي ينكحها غير معلومة، وفرو بينهما وبين اختلاط الأخت بالأجنبيَّة بأن الأضل في الأخت التحريم، فعُلِبَ التحريم، كما إذا اشتبه عليه ماء ويؤلُّ يُعرض عنهما جميعاً، وها هنا الأضل في كل واحدٍ منهما الإباحتُ، فيجوز أخذ أحدهما كما إذا اختلط ماءً طاهرًا بنجس.

التفريع: إن جَوَزنا له نِكَاح إحداهما، فالمشهور أنه لا يُحتاج في نِكَاح، إحداهما إلى الاجتهاد، بخلاف الأواني المشتبهة، لأنَّ التنجس له علاماتٌ ظاهرة، وذكر الفوراني في «الإبانة» أنه يجتهد في الرجلين أيهما الأب ثم ينكح بنت مَنْ لا يراه أباً، وإذا نكح واحدة، ثم فارقتها، فهل له أن ينكح الأخرى؟ فيه وجهان:

قال أبو إسحاق: نعم؛ لأن التحريم غير متعين في واحدةٍ منهما، ويشبه ذلك بما إذا صلَّى إلى [جهة الاجتهاد، يجوز أن يصلي إلى] (١) جهةٍ أُخرى باجتهادٍ آخر. وقال ابن أبي هريرة واختاره القاضي أبو الطيب: لا يجوز له نِكَاح الأخرى، وتخرُّم عليه أبدأ، لأنه إذا نكح إحداهما، تعينت الأخوة في الأخرى فكان نِكَاحُ واحدةٍ اعترافاً بالأخوة في الأخرى، وهذا كما أنه إذا اشتبهت ثلاثٌ أو إن طاهران ونجس، فاختلف فيها اجتهادٌ ثلاثي، واستعملوها، واقتدى أحدهم بأحد صاحبيه، لا يجوز له الاقتداء بالثاني؛ لتعينه للنجاسة في زعمه. وقوله في الكتاب «فأرضعت صغيرة» لا ضرورة إلى التصوير في الصغيرة، بل الصغير كالصغيرة. وقوله «بالحاق القائف، أو بانتساب الصغير بعد بلوغه» يعني بالحاق القائف إن كان هناك مألَّف فيستفاد من العرض أو بانتساب الصغير [بعد بلوغه] إن لم يكن قائف أو لم يُفد تبيناً قوله:

ولفظ الصغير في قوله: «أو بانتساب الصغير بعد بلوغه». حشوٌ وكان يكفي أن يقول: «أو بانتسابه» رداً إلى الولد وهو المراد، وإذا لم يقنع بالكتابة، كان الأحسن أن يقول بانتساب الولد».

وقوله: «وإن مات قبل الانتساب» يعني الولد، والوجوه الثلاثة التي ذكرها مستخرجة من الخلاف الذي بيَّناه، وسماها في «البيسط» أقوالاً وفي الحقيقة [هي] مختلطة؛ منها هو قول، ومنها ما هو وجهٌ.

فقوله: «انتسب الرضيع على وجه نفسه» هو أظهر القولين في أن للرضيع أن ينتسب كالمولود، وقوله: «وبقي مشبهاً على وجه» يشير إلى القول الآخر، وهو أنه لا ينتسب وعلى هذا، فالأظهر أنه يُحرَّم عليهما جميعاً ثم ذكر الوجه الآخر، وهو أنه يواصل مَنْ شاء منهما، فإذا وصله، تعين التحريم في الثاني، وأما أن الرضيع يكون ابناً لهما جميعاً، وأنه

إذا وصل أحدهما، ثم فارقهُ، يجوز له مواصلة الثاني، فقد سكت عنهما، ويجوز أن يعلم قوله «أيهما شاء» بالواو؛ لقول مَنْ قال: إنه يواصل أحدهما بالاجتهاد.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَلَوْ كَانَ لَبْنُ الْمُطَلَّقةِ دَارًا فَرَضِيْعُهَا ابْنُ الْمُطَلَّقِ وَلَوْ بَعْدَ عَشْرِ سِنِينَ إِلَى أَنْ تَضَعَ حَمْلًا مِنْ وَطْءٍ غَيْرِهِ فَإِذَا ذَلِكَ يَنْقَطِعُ نَسَبُ اللَّبَنِ عَنْهُ، أَمَا فِي مُدَّةِ الْحَمْلِ فَاللَّبْنُ لِلثَّانِي عَلَى وَجْهِهِ، وَلِلأَوَّلِ عَلَى وَجْهِهِ، وَلَهُمَا عَلَى وَجْهِهِ وَهَذَا الْحُكْمُ لَوْ كَانَ قَدْ انْقَطَعَ ثُمَّ عَادَ، أَمَا إِذَا لَمْ يَنْقَطِعْ فَهُوَ لِلأَوَّلِ عَلَى وَجْهِهِ، وَلَهُمَا عَلَى وَجْهِهِ، وَلَا صَائِرَ إِلَى تَخْصِيصِهِ بِالثَّانِي.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا طَلَّقَ امْرَأَتَهُ أَوْ مَاتَ عَنْهَا وَلَهَا مِنْهُ لَبْنٌ فَأَرْضَعَتْ بِهِ صَغِيرًا قَبْلَ أَنْ تَنْكحَ زَوْجًا آخَرَ، وَتَحْمِلَ مِنْ غَيْرِهِ، فَالرَضِيْعُ ابْنُ الَّذِي طَلَّقَ أَوْ مَاتَ، كَمَا هُوَ ابْنُهَا، وَلَا تَنْقَطِعُ نَسَبَةُ اللَّبَنِ عَنْهُ بِمَوْتِهِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَرْضَعَ فِي مُدَّةِ العُدَّةِ أَوْ بَعْدَهَا، وَلَا بَيْنَ [أَنْ تَقْصُرَ المُدَّةُ أَوْ تَطُولَ كَعَشْرِ سِنِينَ مَثَلًا، وَلَا بَيْنَ] <sup>(١)</sup> أَنْ يَنْقَطِعَ اللَّبْنُ ثُمَّ يَعُودَ أَوْ لَا يَنْقَطِعُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَخْذُلْ مَا يُحَالُ اللَّبْنُ عَلَيْهِ، فَهُوَ عَلَى اسْتِمْرَارِهِ مُنْسُوبٌ إِلَيْهِ، وَفِي وَجْهِهِ: إِنْ انْقَطَعَ ثُمَّ عَادَ بَعْدَ مَا مَضَى أَرْبَعِ سِنِينَ مِنْ وَقْتِ الطَّلَاقِ، لَمْ يَكُنْ مُنْسُوبًا إِلَيْهِ، كَمَا لَوْ أَتَتْ بَوْلِدَ بَعْدَ هَذِهِ المُدَّةِ لَا يَلْحَقُهُ. هَكَذَا خَصَّصَ فِي «التَّهْذِيبِ» هَذَا الوَجْهَ بِمَا إِذَا انْقَطَعَ وَعَادَ، وَمِنْهُمْ مَنْ يُشْعِرُ إِيْرَادَهُ بِاطْرَادِهِ فِي صُورَةِ اسْتِمْرَارِ اللَّبَنِ <sup>(٢)</sup>، وَإِنْ نَكَحَتْ بَعْدَ مَضِيِّ مَدَّةِ العُدَّةِ زَوْجًا آخَرَ، وَوَلَدَتْ مِنْهُ، فَاللَّبْنُ بَعْدَ الوِلَادَةِ لِلثَّانِي، سِوَاءَ انْقَطَعُ وَعَادَ، أَوْ لَمْ يَنْقَطِعْ؛ لِأَنَّ اللَّبْنَ تَبِعَ الوَلَدَ، وَالْوَلَدُ لِلثَّانِي، فَكَذَلِكَ اللَّبْنُ، وَعَنْ أَحْمَدَ: أَنَّهُ يَكُونُ لَهُمَا جَمِيعًا، وَأَمَّا قَبْلَ الوِلَادَةِ مِنَ الزَّوْجِ الثَّانِي، فَإِنْ لَمْ يُصْنَبْ أَوْ أُصَابْهَا، وَلَمْ تَحْبَلْ أَوْ حَبَلَتْ، وَلَمْ يَدْخُلْ وَقْتُ حُدُوثِ اللَّبَنِ لِهَذَا الحَمْلِ، فَاللَّبْنُ لِلأَوَّلِ، سِوَاءَ زَادَ عَلَى مَا كَانَ أَوْ لَمْ يَزِدْ، وَسِوَاءَ انْقَطَعَ وَعَادَ، أَوْ لَمْ يَنْقَطِعْ، وَيُقَالُ: إِنْ مَدَّةٌ يَخْذُلُ فِيهَا اللَّبْنُ لِلْحَمْلِ أَرْبَعُونَ <sup>(٣)</sup> يَوْمًا، وَإِنْ دَخَلَ وَقْتُ حُدُوثِ اللَّبَنِ لِلْحَمْلِ، فِيمَا أَنْ يَنْقَطِعَ اللَّبْنُ

(١) سقط من: أ.

(٢) وما قاله البغوي جرى عليه في الكافي، واستحسنه ابن الرفعة لأنه مع الدوام شيء واحد ولا كذلك إذا انقطع فإن احتمال حدوثه من غير جهة الأول ممكن ولا ظاهر يتناهى.

(٣) وهذا قاله القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والبنديجي وسليم وغيرهم بلفظ يقال، وقال الماوردي: إنه لا يحدث اللبن إلا عند الحاجة إليه، وذلك في زمان يستكمل خلقه الحمل، ويجوز أن يولد فيه حياً، والشافعي في الأم مثل الحالة الذي يقول أهل الخبرة فيها إنه يحدث بسبب الحمل بالثامن من شهرها والتاسع منها، وقال الجرجاني في الشافعي اللبن إنما ينسب إلى الولادة في الوقت الذي يتغذى فيه وقيل الولادة من الزوج الثاني لا يوجد ذلك فإن الجنين ليس يتغذى به. انتهى ويجتمع من ذلك في المسألة أوجه.

مدةً طويلةً، ثم عاد أو لم يكن كذلك بأن لم ينقطع أو انقطع مدةً يسيرة.

أما في الحالة الأولى: ففيها ثلاثة أقوال:

أصحها: وبه قال أبو حنيفة: أن اللبن للأول؛ لأن اللبن تبع للولد وغذاؤه لا غذاء الحمل، فيتبع الولد المنفصل دون الحمل.

والثاني: أنه للثاني؛ لأن الأول قد انقطع، وقُزِبَ وقت الولادة سبب لظهور اللبن؛ فأشبهه اللبن النازل بعد الولادة، وقد يُبَيَّنُ هذان القولان على قول تقابل الأضل والظاهر.

والثالث: أنه لهما جميعاً، لتقابل المغنيتين.

وأما في الحالة الثانية: إن لم يزد اللبن، فهو للأول؛ لأن بقاءه بحاله يُشعر بأن الحمل لم يُؤثر، وإن زاد على ما كان، فقولان:

أحدهما: وبه قال أحمد - رحمه الله -: لهما جميعاً؛ لأن بغض الحاصل هو الذي كان، وبغضه حادث لم يكن، فيحال على الحمل، ويشتركان فيه.

وأصحهما: وبه قال أبو حنيفة: أنه للأول، أيضاً؛ لأن كون الزيادة من الحمل غير مُحْتَقَق، بل كما يجوز ذلك يجوز أن يكونَ لغذاءٍ مُوافقٍ، فلا نترك اليقين بالشك، وينسب هذا القول إلى الجديد، والأول إلى القديم، ومنهم من لم يُفَرِّق بين أن يزيد اللبن أو لا يزيد، وطرده القولين، فيحصل من الطريقتين ثلاثة أقوال، كما ذكر في «الوسيط»:

أحدهما: أنه لهما، والثاني: أنه للأول، والثالث: أنه إن زاد، فهو لهما، وإلا، فللأول، ويتفرع على الاختلاف في المسألة. فُرُوع:

أحدها: لو نزل للبكر لبن، ونكحت، فهي ذات لبن ثم حبلت من الزوج، فحيث قلنا: في المسألة: إن اللبن للثاني أو لهما، فهذا هنا يكون للزوج، وحيث قلنا إنه يكون للأول، فهو للمرأة وحدها، ولا أب للرضيع.

[والثاني: إن حبلت من الزنا، وهي ذات لبن من الزوج، فحيث قلنا هناك: إن اللبن للأول أولهما، فهو للزوج، وحيث قلنا: إنه للثاني، فلا أب للرضيع، والثالث: نُكِحَتْ، ولا لبن لها، فحبلت، ونزل لها لبن، قال في «التتمة» في ثبوت الحرمة بين الرضيع والزوج وجهان؛ بناءً على الخلاف المذكور، إن جعلنا اللبن للأول، لم نجعل الحمل مؤثراً، فلا يثبت الحرمة حتى ينفصل الولد، وإن جعلناه للثاني أولهما، تثبت الحرمة، وأما لفظ الكتاب فقوله «ولو بعد عشر سنين» أعلم بالواو؛ للوجه المقدر بالأربع.

وقوله: «إلى أن تضع حملاً من وطءٍ غيرِهِ» يدخل فيه ما إذا نَكَحَتْ وَحَبِلَتْ من الزوج، وما إذا حَبِلَتْ من وطءٍ شُبْهَةٍ، والحكم واحد فيهما.

وقوله: «فإِذَا ذَاكَ يَنْقَطِعُ نَسَبُ اللَّبْنِ عَنْهُ» يجوز إعلامه بالألف، وَلْيُعْلَمَ قَوْلُهُ «فَاللَّبْنُ لِلثَّانِي» بالحاء والألف، وقوله «وللأول» بالألف، وقوله «ولهما» بالحاء؛ لما حكينا من مذهبهما، وقوله: «وهذا الحكم لو كان قد انقطع بعد ذلك ثم عاد ففي بعض النسخ وفي بعض وهما صحيحان»، وقد يوجد بدلها «وكذا الحكم لو كَانَ قَدْ انْقَطَعَ» وليس بصواب.

وقوله: «وَلَا صَائِرٌ إِلَى تَخْصِيصِهِ بِالثَّانِي» يعني أَنَّ القَوْلَ «بأن اللَّبْنَ لِلثَّانِي خَاصَّةً مَخْصُصٌ بما إذا انقطع ثم عاد ولا يحال له فيما إذا لم ينقطع، ولفظ الانقطاع مُطْلَقٌ في الكتاب، لكن هو محمول ها هنا على الانقطاع مدَّةً يسيرة على ما بيَّناه، وقد عبر عن الخلاف في المسألة بالوُجُوه، وهي أقوال مشهورة في ذلك، والله عزَّ وجلَّ أعلم بالصواب.

### البَابُ الثَّالِثُ فِي الرِّضَاعِ الْقَاطِعِ لِلنِّكَاحِ وَحُكْمِ الغُرْمِ، وَفِيهِ أَضْلَانِ

قَالَ الغَزَالِيُّ: الأَوَّلُ إِذَا كَانَ تَحْتَهُ صَغِيرَةٌ فَأَرْضَعْتَهَا أُمُّهُ أَوْ زَوْجَتُهُ بِلِبَانِهِ أَنْفَسَخَ نِكَاحَهَا، وَيَجِبُ عَلَى المُرْضِعَةِ تَمَامُ مَهْرِ المِثْلِ (ح) عَلَى قَوْلٍ، وَنِصْفُهُ عَلَى قَوْلٍ، وَتَمَامُ المُسَمَّى عَلَى قَوْلٍ، وَنِصْفُهُ عَلَى قَوْلٍ، أَمَّا إِذَا كَانَ تَحْتَهُ كَبِيرَةٌ وَصَغِيرَةٌ فَأَرْضَعَتْ أُمُّ الكَبِيرَةِ الصَّغِيرَةَ حَتَّى صَارَتَا أُخْتَيْنِ أَنْدَفَعَتَا جَمِيعًا وَغُرِمَتِ المُرْضِعَةُ مَهْرَ الكَبِيرَةِ المَمْسُوسَةِ عَلَى القَوْلِ الصَّحِيحِ، وَفِي قَوْلٍ: لَا تُغْرَمُ شَيْئًا كَمَا لَوْ أَرْتَدَّتِ الزَّوْجَةُ، وَالغُرْمُ يَجِبُ بِفِعْلِهَا، فَلَوْ نَامَتْ فَدَبَّتْ إِلَيْهَا الصَّغِيرَةُ وَأَرْتَضَعَتْ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهَا (و)، وَيَسْقُطُ مَهْرُ الصَّغِيرَةِ بِفِعْلِهَا عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ، وَقِيلَ: لَهَا نِصْفُ المُسَمَّى.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَقْصُودُ البَابِ كَمَا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلِ الكَلَامِ فِي الرِّضَاعِ الَّذِي يَطْرَأُ عَلَى النِّكَاحِ فَيَقْطَعُهُ، وَفِي الغُرْمِ المَتَعَلِّقُ بِهِ، وَقَدْ رَبَّنَهُ عَلَى أَصْلَيْنِ وَفُرُوعٍ يَتَشَعَّبُ عَنْهَا أَحَدُ الأَصْلَيْنِ عِنْدَ انْقِطَاعِ النِّكَاحِ، وَاعْلَمْ أَوَّلًا أَنَّ الرِّضَاعَ الطَّارِئَ<sup>(١)</sup> قَدْ يَقْطَعُ النِّكَاحَ، وَإِنْ لَمْ يَقْتَضِ حُزْمَةً مُؤَيَّدَةً، وَسِيَّاتِي أَمْثَلْتُهُ - [إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى] وَقَدْ تَقَطَّعَهُ لِاقتضائه الحرمة المؤيَّدة فكل امرأة يحرم عليه أن ينكح ابنتها، فإذا أرضعت تلك المرأة زَوْجَتَهُ الصَّغِيرَةَ خَمْسَ رَضَعَاتٍ، ثَبَتَ الحَرْمَةُ المُوَيَّدَةُ، وَانْقَطَعَ النِّكَاحُ، إِذَا كَانَتْ تَحْتَهُ صَغِيرَةً،

(١) فِي ز: الثَّانِي.

فأرضعتها أمه من الرضاع أو النسب خمس رضعات، انفسخ النكاح؛ لأنها [صارت بنتاً لها، وكذا لو أرضعتها جدته من الرضاع أو النسب؛ لأنها]<sup>(١)</sup> صارت خالة له إن أرضعتها أم أمه أو عمه [له] إن أرضعتها أم أبيه، وكذا لو أرضعتها بنته من الرضاع أو النسب؛ لأنها تصير حافدته، ولو أرضعتها زوجة أبيه بلبن أبيه، أو زوجة ابنه أو زوجة أخيه بلبن أخيه، فكذلك؛ لأنها تصير أختاً له في الصورة الأولى وحافدة في الثانية، وبنت أخ في الثالثة، وإن كان اللبن من غير الأب أو الابن أو الأخ [لَمْ يُؤْتَر؛ لأن غايته أن تصير ربيبة الأول أو الابن أو الأخ]<sup>(٢)</sup> ولا يخرم على الرجل أن ينكح ربيبة أبيه أو ابنه أو أخيه، ولو أرضعتها زوجة أخرى له كبيرة بلبنه، فكذلك ينفسخ النكاح، وتثبت الحُرْمَة؛ لأنها صارت بنتاً له، وإن كان اللبن من غيره، فسيأتي، وإنما كان الرضاع في هذه الصورة قاطعاً للنكاح؛ لأن ما يوجب الحُرْمَة المؤبدة، كما يمنع ابتداء النكاح يمنع استدامته؛ ألا ترى أنه إذا وطئ الابن زوجة أبيه بشبهه، ينفسخ النكاح، وتخرم عليه، وتخرج على هذا العدة والردة الطارئتان فإنهما لا يوجبان التحريم المؤبد.

إذا تقرّر ذلك، فالصغيرة التي انفسخ نكاحها تستحق على الزوج نصف المسمى، إن كان صحيحاً، ونصف مهر المثل، إن كان فاسداً نعم، لو جاء الانفساخ من قبلها؛ بأن دبت إلى صاحبة اللبن، وهي نائمة، فارتضعت، فالظاهر أنها لا تستحق شيئاً، وسنذكره على الأثر إن شاء الله تعالى، ويجب على المرضعة الغرم للزوج؛ لأن البضع مضمون بالعقد في الخلع، فكذلك يضمن بالإتلاف كالأموال، ولا فرق بين أن تقصد بالإرضاع فسخ النكاح أو لا تقصده، ولا بأن يجب عليها الإرضاع بأن لا يكون هناك مرضعة أخرى أو لا يجب؛ لأن غرامة الإتلاف لا تختلف بهذه الأسباب، وبهذا قال أحمد، وعن مالك: لا يجب الغرم على المرضعة، وعند أبي حنيفة: لا غرم عليها، إن لم تقصد فسخ النكاح، وعن الشيخ أبي حامد: احتمال أنه لا غرم عليها، إذا لزمها الإرضاع، وما الغرم الواجب على المرضعة؟ نص ها هنا على أن الواجب نصف مهر المثل، وإذا رجع شهود الطلاق قبل الدخول، فالنص أنه يجب عليهم جميع مهر المثل، وللأصحاب فيه طريقتان:

أحدهما: وبه قال الإصطخري: أنهما على قولين نقلاً وتخريجاً:

وجه وجوب الجميع: أن قيمة البضع مهر المثل، وإتلاف الشيء المتقوم بوجوب قيمته، ووجه الآخر: أن الزوج لا يغرم إلا النصف، فلا يغرم إلا النصف؛ وهذا لأن الفرقه إذا حصلت قبل الدخول، جعل كأن الزوج لا يملك إلا نصف المعقود عليه،

(١) سقط من: ز.

(٢) سقط من: أ.

ولذلك لا يلزمه إلا نضف المسمي، وإذا لم يملك إلا النصف، لم يُعْرَم له إلا النصف.

**والثاني:** وبه قال أبو إسحاق: القطع بتقرير النصين، والفرق أن الرضاع يوجب الفرقة حقيقة، وحقيقة المفارقة قبل الدخول لا توجب إلا النصف كالمفارقة بالطلاق، وفي الشهادة؛ النكاح باقي في الحقيقة بزعم الزوج والشاهدين، لكنهما بالشهادة حالاً بينه وبين البضع، فيغرمان قيمته، كالغاصب يحول بين المالك والمغصوب، وحكى الشيخ أبو علي - رحمه الله - وآخرون على طريقة إثبات الخلاف قولين:

أحدهما: أنه يزجج بنصف المسمي؛ لأنه الذي يقوت على الزوج، وينسب هذا إلى رواية القفال، وفي شرح «مختصر الجويني»: أن القفال خرجه من الضمان، إذا ضمن ألفاً، وأدى خمس مائة، لا يرجع إلا بما ضمن، والرابع: أنه يرجع بتمام المسمي؛ لأنه قد التزمه، والتشطير أمر ثبت على خلاف القياس، فيختص بالزوجين، وقد أورد صاحب الكتاب أربعها والصحيح منها عند الشيخ أبي علي والإمام وجماعة: أنه يزجج بتمام مهر المثل، وعند الأكثرين: يرجع بنصفه، ويجوز أن يُعلم قوله: «ويجب على المرضعة» بالميم، وقوله: «تمام مهر المثل» بالحاء والألف، وكذا قوله: «ونصفه»، وقوله: «وتمام المسمى على قول، ونصفه وعلى قول» بالواو؛ للطريقة القاطعة، والقول في غرم شهود الطلاق يعود في كتاب الشهادات، وربما تكرّر بعض ما ذكرناه هناك.

### فُرُوع:

**الأول:** لو نكح العبد صغيرة، فأرضعتها أمه، وانفسخ النكاح، فللصغيرة نصف المسمي في كسبه، ولسيده الرجوع على أم العبد بالغرم، قال في «التممة»: وإنما أثبتنا للسيد الرجوع عليها، لأن العبد إذا خالغ زوجته، كان العوض للسيد، فكذلك إذا وجب المال بتفويت البضع عليه.

**والثاني:** عن ابن الحداد - رحمه الله - أنه لو كانت الصغيرة مفوضة، وأرضعتها أم الزوج، فالواجب لها على الزوج المتعة، والزوج يرجع على المرضعة بالمتعة.

قال الأئمة - رحمهم الله -: وهذا إنما يتصور أولاً فيما إذا كانت الصغيرة أمة، فزوجه السيد بلا مهر، وأما الحرّة الصغيرة، فلا يتصور في حقها التفويض<sup>(١)</sup>، ثم القول «بأن الزوج يزجج بالمتعة، يوافق من الأقوال المذكورة القول الذاهب إلى أنه

(١) وما ذكره من كلام ابن الحداد إنما يجيء إذا قلنا في غير المفوضة يرجع بنصف المسمى ممنوع بل هو مفرغ على الأصح وهو الرجوع بنصف مهر المثل.

يُزَجَّعُ بِنِصْفِ الْمُسَمَّى . [والظاهر: أنه يُزَجَّعُ بِنِصْفِ مَهْرِ الْمِثْلِ] <sup>(١)</sup> أو جَمِيعِهِ ، وَإِنْ كَانَ الَّذِي غَرَمَهُ نِصْفَ الْمُسَمَّى ، فَكَذَلِكَ الْحُكْمُ هَا هُنَا .

والثالث: لو حَلَبَ أجنبيُّ لِبِنِّ أُمِّ الزَّوْجِ أو غيرها مِنَ الْمَذْكُورَاتِ ، أو كَانَ اللَّيْبَنُ مَحْلُوبًا ، فَأَخَذَهُ وَأَوْجَرَهُ الصَّغِيرَةَ تَحْتَهُ ، فَيَكُونُ الْغُرْمُ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ ، وَفِي قَدْرِهِ الْخِلَافُ ، وَلَوْ أَوْجَرَهَا خَمْسَةُ أَنْفُسٍ مِنْ لَبَنِ إِحْدَاهُنَّ ، كُلُّ وَاحِدٍ مَرَّةً ، فَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ خُمْسُ الْغُرْمِ ، وَلَوْ أَوْجَرَهَا وَاحِدَةً مَرَّةً ، وَآخِرَانِ ، كُلُّ وَاحِدٍ مَرَّتَيْنِ فِي كَيْفِيَةِ التَّوْزِيعِ عَلَيْهِمْ وَجِهَانِ : أَحَدَهُمَا : أَنَّهُ يُوزَعُ الْغُرْمُ عَلَيْهِمْ ؛ لِاشْتِرَاكِهِمْ فِي إِسْفَادِ النِّكَاحِ ، كَمَا لَوْ طَرَحَ إِنْسَانٌ قَدْرَيْنِ مُتَفَاوَتَيْنِ مِنَ النِّجَاسَاتِ فِي مَائِعٍ يَسْتَوِيَانِ فِي الضَّمَانِ .

وأصحهما: عَلَيَّ مَا ذَكَرَ الْقَاضِي ابْنُ كَعْبٍ : أَنَّهُ يُوزَعُ عَلَى عِدَدِ الرُّضَعَاتِ ؛ لِأَنَّ انْفِسَاخَ النِّكَاحِ يَتَعَلَّقُ بِالْعَدَدِ ؛ فَعَلَى هَذَا يَجِبُ عَلَى الْأَوَّلِ خُمْسُ الْغُرْمِ ، وَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْآخَرِينَ خُمْسَاهُ .

الرابع: لو أَرْضَعْتَ بِتَخْوِيفِ الْغَيْرِ ، قَالَ فِي «الْبَخْرِ»: الْغَرَامَةُ عَلَيْهَا فِي أَصْحِ الْوَجْهَيْنِ ، وَعَلَى الْمُخَوِّفِ فِي الثَّانِي ، ثُمَّ فِي الْفَصْلِ مَسْأَلَتَانِ :

إحدهما: لو كَانَتْ تَحْتَهُ صَغِيرَةٌ وَكَبِيرَةٌ ، فَأَرْضَعْتَ أُمَّ الْكَبِيرَةِ الصَّغِيرَةَ خَمْسًا ، أُنْدَفَعُ نِكَاحُ الصَّغِيرَةِ ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ أُخْتًا لِلْكَبِيرَةِ ، وَلَا سَبِيلَ إِلَى الْجَمْعِ بَيْنِ الْأَخْتَيْنِ ، وَيُنْدَفَعُ نِكَاحُ الْكَبِيرَةِ أَيْضًا أُمَّ يَخْتَصُ الْإِنْدِفَاعُ بِالصَّغِيرَةِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ مَذْكُورَانِ فِي نِظَائِرِ الْمَسْأَلَةِ ، وَسِيَائِي - إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى - تَوْجِيهُهُمَا ، وَاقْتَصَرَ هُنَا عَلَى إِيْرَادِ أَصْحَهُمَا ؛ وَهُوَ أَنَّ نِكَاحَهَا يَنْدَفَعُ أَيْضًا ، وَلَوْ أَرْضَعْتَهَا جَدَّةً الْكَبِيرَةَ أَوْ أُخْتَهَا ، فَالْحُكْمُ كَذَلِكَ ، لِأَنَّ فِي صُورَةِ إِرْضَاعِ الْجَدَّةِ تَصْيِيرَ الصَّغِيرَةِ خَالَةً لِلْكَبِيرَةِ ، وَفِي صُورَةِ إِرْضَاعِ الْأُخْتِ تَصْيِيرَ الْكَبِيرَةِ خَالَةً لِلصَّغِيرَةِ ، وَيَصِيرُ الرَّجُلُ جَامِعًا بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَخَالَتِهَا ، وَكَذَلِكَ لَوْ أَرْضَعْتَهَا بِنْتُ أَخِ الْكَبِيرَةِ ؛ لِأَنَّهَا تَصِيرُ بِنْتُ بِنْتِ أَخِ الْكَبِيرَةِ [أَوْ بِنْتُ أُخْتِ الْكَبِيرَةِ ؛ لِأَنَّهَا تَصِيرُ بِنْتُ بِنْتِ أُخْتِ الْكَبِيرَةِ] <sup>(٢)</sup> ، وَلَا يَجُوزُ الْجَمْعُ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَبَيْنَ عَمَةِ أُمِّهَا ، وَبَيْنَهَا وَبَيْنَ خَالَةِ أُمِّهَا ، وَيَجُوزُ فِي الصُّورَةِ أَنْ يَنْكِحَ وَاحِدَةً مِنْهُمَا بَعْدَ ذَلِكَ ، وَلَا يَجْمَعُ ، وَلَوْ أَرْضَعْتَهَا بِنْتُ الْكَبِيرَةِ ، فَحُكْمُ الْإِنْدِفَاعِ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ ، وَتَحْرُمُ الْكَبِيرَةُ عَلَى التَّائِيْدِ ، وَكَذَا الصَّغِيرَةُ إِنْ كَانَتْ الْكَبِيرَةُ مَدْخُولًا بِهَا ؛ لِكُونِهَا رَبِيبَةً لَهُ ، وَحُكْمُ مَهْرِ الصَّغِيرَةِ عَلَى الزَّوْجِ ، وَالْغُرْمُ عَلَى الْمَرْضِعَةِ لِلزَّوْجِ عَلَى مَا سَبَقَ ، وَكَذَا الْقَوْلُ فِي الْكَبِيرَةِ ، إِذَا قُلْنَا بِإِنْدِفَاعِ نِكَاحِهَا ، وَلَمْ تَكُنْ مَمْسُوسَةً أَمَّا إِذَا كَانَتْ مَمْسُوسَةً ، فَعَلَى الزَّوْجِ مَهْرُهَا الْمُسَمَّى وَهَلْ يُغْرَمُ الْمَرْضِعَةُ لَهُ؟ فِيهِ قَوْلَانِ :

(٢) سقط من: أ.

(١) سقط من: أ.

أحدهما: ويُنسب إلى رواية المزني - رحمه الله - في «مشوراته»: أنه لا تُعزَّم؛ لأن البُضع بعد الدخول بها لا يتقوم للزوج، ألا ترى أنها إذا ارتدت، وأصرت حتى انفسخ النكاح، لا تُعزَّم للزوج شيئاً، وأنه استوفى بالمسيس ما يُقابل المهر، فلا يأخذ عوضاً.

وأصحهما: أنها تُعزَّم له مهر المثل، كما لو شهدوا على الطلاق بعد الدخول، ثم رجعوا، يُعزَّمون مهر المثل [و] أيضاً، كما لو ادعى الزوج أنه راجعها قبل انقضاء العدة، وأنكرت، وصدّقناها بيمينها، فنكحت زوجاً آخر، ثم أقرت للأول بصحة الرجعة، لا يُقبل إقرارها على الثاني، وتُعزَّم للأول مهر مثلها؛ لأنها أتلفت بضعها عليه.

المسألة الثانية: إنما يجب العزْم في الصورة السابقة على أم الزوج ومن في معناها، إذا أرضعت أو مكنت الصغيرة من الارتضاع، فلا يُعتبر مع إرضاعها ارتضاع الصغيرة، ولا يحال الانفساخ عليه، قال في «السيط»: لأن الارتضاع منها يحكم الطبع، فلا وقع له، ولم ينزل هذا منزلة إفلات الطائر عند فتح باب الفقص، حتى يكون على الخلاف، والفرق غامض، أما لو كانت صاحبة اللبن نائمة، فدبت إليها الصغيرة، وارتضعت، وانفسخ النكاح، فيحال الانفساخ على فعل الصغيرة، ولا عُزْم على صاحبة اللبن؛ لأنها لم تصنع شيئاً، وعن الشيخ أبي علي رواية وجهه؛ وعن الداركي: أن عليها العزْم؛ لأن اللبن لها، وقد يعد نومها بحيث تصل الصغيرة إلى الارتضاع منها نوعاً من التَّقْصِير والظاهر الأول. ولا مهر للصغيرة؛ لأن انفساخ النكاح حصل بفعلها، وذلك يُسقط المهر قبل الدخول، هذا أصح الوجهين.

والثاني: أن لها نصف المسمى ولا يُعتبر فعلها في الإسقاط، وإذا قلنا بالأصح، فيرجع الزوج في مالها، حيث يندفع نكاح الكبيرة بنسبة ما يغرم لها من مهر مثلها، لأنها أتلفت عليه بضع الكبيرة، ولا فزق في غرامة المتلفات بين الكبيرة والصغيرة، ولو وصلت القطرة إلى جوف الصبية بتطير الرياح، فلها نصف المهر، ولا عُزْم على صاحبة اللبن، لأنه لا صنيع من واحدة منهما، ويجيء في وجوب العزْم عليها الوجه المنقول عن الداركي، ولو ارتضعت الصغيرة أم الزوج مثلاً رضعتين، وهي نائمة، ثم أرضعتها الأم ثلاث رضعات، فعلى الوجهين السابقين في أن العزْم يُوزع على عدد الرضعات أو على عدد الرضعات، إن قلنا بالأول، فيسقط من نصف المسمى نصفه، ويجب على الزوج نصفه، وهو الربع، وإن قلنا بالثاني، فيسقط من نصف المسمى خمساه، ويجب على الزوج ثلاثة أخماسه، وكذلك أورد صاحب «المهذب» و«التهذيب»، قال في «التهذيب»: يرجع الزوج على المرضعة بربع مهر المثل، على الوجه الأول، وثلاثة أخماس نصف مهر المثل؛ على الوجه الثاني.



وهذا تفريع [على الأظهر] من الأقوال السابقة في أن الزوج يرجع على المرضعة  
بِنِصْفِ مَهْرِ الْمُثَلِّ.

ولو أرضعتها الأم أُرْبِعَ رَضَعَاتٍ، ثم ارتضعت الصغيرة منها، وهي نائمة المرة  
الخامسة، فقد قال صاحب «التتمة»: في نظيره لأصحابنا اختلاف؛ وهو أن الرجل إذا  
طَلَّقَ زوجته ثلاثاً على التلاحق، يتعلّق التحريم بالطلق الثالثة وحدها أو بالطلقات  
الثلاث؟ إن قلنا: يتعلّق بالثالثة وحدها فكذلك ها هنا يحال التحريم على المرضعة  
الأخيرة فيكون الحكم، كما لو ارتضعت الخمس، وصاحبة اللبن نائمة، ولا يحرم  
عليها، ويسقط مهر الصغيرة، وإن علّقنا التحريم بالطلقات الثلاث، فها هنا يتعلّق  
التحريم بالرضعات، وعلى هذا فقياس التوزيع على الرضعات أن يسقط من نصف المهر  
خُمْسُهُ، ويجب على الزوج أربعة أخماسه، ويجب على المرضعة أربعة أخماس مهر  
المثّل تفريعاً على القول الأظهر.

قَالَ الْعَزَائِيُّ: الْأَصْلُ الثَّانِي الْمَصَاهِرَةُ وَقَدْ يَتَعَلَّقُ بِالرُّضَاعِ فَمَنْ نَكَحَ رَضِيعَةً حُرِّمَ  
عَلَيْهِ مُرَضِعَتُهَا لِأَنَّهَا أُمُّ زَوْجَتِهِ، وَكَذَلِكَ لَوْ أَبَانَ صَغِيرَةً حُرِّمَتْ عَلَيْهِ مَنْ أَرْضَعَتْهَا بَعْدَ  
الطَّلَاقِ، وَلَا نَظَرَ إِلَى التَّارِيخِ فِي ذَلِكَ، وَإِذَا نَكَحَتْ الْمُطَلَّقةَ صَغِيرًا أَوْ أَرْضَعَتْهُ بِلَبَانِ  
الزَّوْجِ حُرِّمَتْ الْمُرَضِعةُ عَلَى الْمُطَلَّقِ لِأَنَّهَا صَارَتْ زَوْجَةَ الرَّضِيعِ وَالرُّضِيعِ ابْنُ الْمُطَلَّقِ،  
وَكَذَلِكَ الْمُسْتَوْلَدَةُ، وَإِذَا نَكَحَ زَيْدٌ كَبِيرَةً وَعَمَرُو صَغِيرَةً فَطَلَّقَاهُمَا ثُمَّ نَكَحَ كُلُّ وَاحِدٍ  
مِنْهُمَا زَوْجَةً صَاحِبِهِ فَأَرْضَعَتِ الْكَبِيرَةُ الصَّغِيرَةَ حُرِّمَتْ الْكَبِيرَةُ عَلَيْهِمَا لِأَنَّهَا أُمُّ الصَّغِيرَةِ  
الَّتِي كَانَتْ زَوْجَتَهُمَا، وَأَمَّا الصَّغِيرَةُ فَرَبِيبَتُهَا لِأَنَّهَا بِنْتُ الْكَبِيرَةِ فَيَنْظَرُ إِلَى أَنَّ الْكَبِيرَةَ  
مَذْخُولٌ بِهَا أُمَّ لَا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: هَذَا الْأَصْلُ لِبَيَانِ أَنَّ الْمَصَاهِرَةَ تَتَعَلَّقُ بِالرُّضَاعِ، فَلْنَفِ بِهِ.

فَمَنْ نَكَحَ صَغِيرَةً أَوْ كَبِيرَةً، حُرِّمَتْ عَلَيْهِ مُرَضِعَتُهَا؛ لِأَنَّهَا أُمُّ زَوْجَتِهِ مِنَ الرُّضَاعِ،  
وهذا ما ذكره في أوّل النكاح: أنه يخرم على الرجل بالنكاح الصحيح أمهات الزوجة من  
الرضاع والنسب، ولو نكح صغيرة ثم طلقها، فأرضعتها امرأة حرمت المرضعة على  
المطلق؛ لأنها صارت أم من كانت زوجته، ودخلت تحت أمهات النساء، ولا نظر في  
ذلك إلى التاريخ، والتقدم والتأخر، ولو كانت تحتة كبيرة، وطلقها، فنكحت صغيراً،  
وأرضعته بلبان المطلق، حُرِّمَتْ عَلَى الْمُطَلَّقِ أَبَدًا، وكذلك على الصغير، أمّا على  
المطلق؛ فلأن الصغير صار ابناً له، وهي امرأة الصغير، فيدخل في حلائل الأبناء، وأمّا  
على الصغير، فلأنها أمه، ولأنها زوجة أبيه، ولو نكحت صغيراً، وفسخت النكاح بعب  
وجدته فيه، ثم نكحت زوجاً آخر، وأرضعت الأول بلبان الثاني، انفسخ نكاحهما،

وَتَحْرُمُ عَلَيْهِمَا عَلَى التَّأْيِيدِ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ صَارَ ابْنًا لِلثَّانِي فَهِيَ زَوْجَةُ ابْنِ الثَّانِي، وَزَوْجَةُ أَبِي الْأَوَّلِ، وَلَوْ جَاءَتْ زَوْجَةُ أُخْرَى لِلثَّانِي، وَأَرْضَعَتْ الْأَوَّلَ بِلَبَانِ الثَّانِي يَنْفَسِخُ نِكَاحُ الزَّوْجَةِ الَّتِي كَانَتْ زَوْجَةَ الصَّغِيرِ، وَلَوْ زَوَّجَ مَسْتَوْلِدَتَهُ مِنْ عِنْدِهِ الصَّغِيرِ، فَأَرْضَعَتْهُ بِلَبَانِ السَّيِّدِ، حُرِّمَتْ عَلَى السَّيِّدِ وَالصَّغِيرِ مَعًا، وَانْفَسَخَ نِكَاحُ الصَّغِيرِ، أَمَّا حَرَمَتُهَا عَلَى الْأَوَّلِ فَلِأَنَّهَا زَوْجَةُ ابْنِهِ، وَأَمَّا عَلَى الصَّغِيرِ؛ فَلِأَنَّهَا مَوْطُوءَةٌ أَبِيهِ، وَحَكَى ابْنُ الْحَدَّادِ أَنَّ الْمَزْنِيَّ رَوَى عَنِ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فِي مَسَائِلِهِ: أَنَّهَا لَا تَحْرُمُ عَلَى السَّيِّدِ، وَأَنَّهُ أَنْكَرَ ذَلِكَ عَلَى الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَعَلَى ذَلِكَ جَرَى ابْنُ الْحَدَّادِ وَالْأَصْحَابُ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - [فَجَعَلُوا الرِّوَايَةَ غَلَطًا، قَالَ الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ<sup>(١)</sup>: وَلَكِنْ يُمَكِّنُ تَخْرِيجَ مَا نُقِلَ عَلَى قَوْلٍ فِي أَنَّ الْعَبْدَ الصَّغِيرَ لَا يَجُوزُ إِجْبَارُهُ عَلَى النِّكَاحِ، أَوْ عَلَى قَوْلٍ فِي أَنَّ الْوَلَدَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ تَرْوِيجُهَا بِحَالٍ، أَوْ عَلَى وَجْهِ ذِكْرٍ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِلْسَّيِّدِ أَنْ يَزَوِّجَ أُمَّتَهُ مِنْ عِنْدِهِ بِحَالٍ، فَإِنَّمَا إِذَا لَمْ نَصَحْ النِّكَاحَ عَلَى أَحَدٍ هَذِهِ الْأَوْجُهَ، لَمْ تَكُنْ هِيَ زَوْجَةَ الْإِنِّ، فَلَا تَحْرُمُ عَلَى السَّيِّدِ، وَمَهْمَا أُمَكَّنَ تَخْرِيجَ الْمَنْقُولِ عَلَى تَنْزِيلَاتٍ صَحِيحَةٍ، لَمْ يَجْزِ الْحَمْلُ عَلَى الْغَلَطِ الْمَطْلُوقِ، وَلَوْ أَرْضَعَتْهُ بِلَبَانِ غَيْرِ السَّيِّدِ، انْفَسَخَ النِّكَاحُ؛ لِكُونِهَا أُمَّةً لَهُ، وَلَكِنْ لَا تَحْرُمُ عَلَى السَّيِّدِ؛ لِأَنَّ الصَّغِيرَ لَمْ يَصِرْ ابْنًا لَهُ، فَلَا تَكُونُ هِيَ زَوْجَةَ الْإِنِّ، وَكَذَلِكَ لَوْ أَرْضَعَتْ الْمَطْلُوقَةَ الصَّغِيرَ الَّذِي نَكَحَتْهُ بَعْدَ لَبَنِ الزَّوْجِ، يَنْفَسَخُ النِّكَاحُ، وَلَا تَحْرُمُ هِيَ عَلَى الْمَطْلُوقِ، وَلَوْ كَانَتْ تَحْتَهُ صَغِيرَةً، فَأَرْضَعَتْهَا أُمَّةً لَهُ، قَدْ وَطَّئَهَا بِلَبَنِ غَيْرِهِ، بَطَلَ نِكَاحُ الصَّغِيرَةِ، وَحُرِّمَتْ عَلَى التَّأْيِيدِ، أَمَّا الْأُمَّةُ، فَلِأَنَّهَا أُمُّ زَوْجَتِهِ، وَأَمَّا الصَّغِيرَةُ، فَلِأَنَّهَا رَبِيبَةٌ مَوْطُوءَةٌ، وَلَوْ كَانَتْ تَحْتِ زَيْدٍ كَبِيرَةً، وَتَحْتِ عَمْرٍو صَغِيرَةً، فَطَلَّقَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا زَوْجَتَهُ، وَنَكَحَ زَوْجَةَ الْآخَرِ، ثُمَّ أَرْضَعَتْ الْكَبِيرَةَ الصَّغِيرَةَ، وَاللَّبْنَ مِنْ غَيْرِهِمَا، فَتَحْرُمُ الْكَبِيرَةُ عَلَيْهِمَا عَلَى التَّأْيِيدِ، وَيَنْفَسَخُ نِكَاحُهَا؛ لِأَنَّهَا أُمُّ الصَّغِيرَةِ، وَقَدْ كَانَتْ الزَّوْجَةَ الصَّغِيرَةَ زَوْجَةً لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَأَمَّا الصَّغِيرَةُ، فَهِيَ بِنْتُ زَوْجَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، فَإِنْ كَانَا قَدْ دَخَلَا بِالْكَبِيرَةِ، فَالصَّغِيرَةُ مُحْرَمَةٌ عَلَيْهِمَا عَلَى التَّأْيِيدِ، وَيَنْفَسَخُ نِكَاحُهَا أَيْضًا، وَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ [بِهَا] وَاحِدٌ مِنْهُمَا، لَمْ تَحْرُمْ عَلَيْهِمَا، وَلَمْ يَنْفَسَخْ نِكَاحُهَا، وَكَذَا لَوْ لَمْ يَدْخُلْ زَيْدٌ بِهَا، حِينَ كَانَتْ فِي نِكَاحِهِ، لَا تَحْرُمُ عَلَيْهِ الصَّغِيرَةَ، وَلَا يَنْفَسَخُ نِكَاحُهَا، وَإِذَا انْفَسَخَ نِكَاحُهَا، فَعَلَى زَوْجَتِهَا نِصْفِ الْمُسَمَّى، وَيَرْجِعُ بِالْعَزْمِ عَلَى الْكَبِيرَةِ، وَلَا يَجِبُ لِلْكَبِيرَةِ شَيْءٌ عَلَى زَوْجَتِهَا، إِنْ لَمْ يَكُنْ مَدْخُولًا بِهَا؛ لِأَنَّ الْانْفَسَاخَ جَاءَ مِنْ قَبْلِهَا، وَلَوْ كَانَتْ تَحْتِ زَيْدٍ كَبِيرَةً وَصَغِيرَةً، فَطَلَّقَهَا فَنَكَحَهَا عَمْرٍو، ثُمَّ أَرْضَعَتْ الْكَبِيرَةَ الصَّغِيرَةَ، فَحُكْمُ تَحْرِيمِهَا عَلَيْهِمَا عَلَى مَا فَضَّلْنَاهُ، وَيَنْفَسِخُ نِكَاحُهَا إِذَا أَرْضَعَتْ الْكَبِيرَةَ الصَّغِيرَةَ وَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ عَمْرٍو بِالْكَبِيرَةِ؛ لِاجْتِمَاعِ الْأُمِّ وَالْبِنْتِ فِي نِكَاحِ وَاحِدٍ.

(١) سقط من: أ.

قَالَ الْعَزَائِيُّ: وَيَتَشَعَّبُ مِنْ هَذَيْنِ الْأَصْلَيْنِ فُرُوعُ الْأَوَّلِ إِذَا كَانَ تَحْتَهُ كَبِيرَةٌ وَصَغِيرَةٌ فَأَرْضَعْتَهَا الْكَبِيرَةَ بِلِبَانِهِ حُرْمَتًا أَبَدًا لِأَنَّ الْكَبِيرَةَ أُمُّ زَوْجَتِهِ وَالصَّغِيرَةَ بِنْتُهُ، وَإِنْ كَانَ بِلِبَانِ غَيْرِهِ لَمْ تَصِرِ الصَّغِيرَةُ بِنْتًا بَلْ رَبِيبَةً مُحْرَمَةً إِنْ كَانَتْ الْكَبِيرَةُ مَدْخُولًا بِهَا، وَإِنَّمَا يَنْفَسِحُ نِكَاحُهَا لِأَنَّهَا اجْتَمَعَتْ مَعَ الْأُمِّ فِي النِّكَاحِ فَيَنْدَفِعَانِ وَلَهُ تَجْدِيدُ نِكَاحِ الصَّغِيرَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: وَتَحْتَهُ زَوْجَتَانِ صَغِيرَةٌ وَكَبِيرَةٌ، فَأَرْضَعَتِ الْكَبِيرَةُ الصَّغِيرَةَ خُمْسَ رَضَعَاتٍ، انْفَسَخَ نِكَاحُهُمَا؛ لِأَنَّ الْجَمْعَ بَيْنَ الْأُمِّ وَالبِنْتِ فِي النِّكَاحِ مَمْتَنِعٌ، وَقَدْ صَارَتِ الصَّغِيرَةُ بِنْتًا، وَالكَبِيرَةُ أُمًّا دَفْعَةً وَاحِدَةً، وَانْدَفَعْنَا، ثُمَّ إِنْ كَانَ الْإِرْضَاعُ بِلِبَانِهِ، حُرْمَتًا عَلَيْهِ عَلَى التَّأْيِيدِ؛ لِأَنَّ الْكَبِيرَةَ أُمُّ زَوْجَتِهِ، وَالصَّغِيرَةَ بِنْتُهُ، وَإِنْ كَانَ الْإِرْضَاعُ بِلِبَانِ غَيْرِهِ، فَالْكَبِيرَةُ كَذَلِكَ، وَالصَّغِيرَةُ رَبِيبَةٌ، فَإِنْ كَانَتْ الْكَبِيرَةُ مَدْخُولًا بِهَا، فَهِيَ مُحْرَمَةٌ أَيْضًا، وَإِلَّا، لَمْ تَكُنِ الصَّغِيرَةُ مُحْرَمَةً عَلَى التَّأْيِيدِ، وَيَجِبُ عَلَى الزَّوْجِ لِلصَّغِيرَةِ نِصْفُ الْمَسْمُومِ، وَفِيمَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْكَبِيرَةِ الْأَقْوَالُ الَّتِي سَبَقَتْ، وَلَا مَهْرٌ لِلْكَبِيرَةِ، إِنْ لَمْ تَكُنِ الْكَبِيرَةُ مَدْخُولًا بِهَا؛ لِأَنَّ الْإِنْفِسَاخَ حَصَلَ بِصَنْعِهَا، وَإِنْ كَانَتْ مَدْخُولًا بِهَا، اسْتَحَقَّتِ الْمَهْرَ، قَالَ الْأَثَمَةُ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - وَلَا نَقُولُ: يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِمَهْرِهَا؛ لِأَنَّهَا أَتَلَفَتْ عَلَيْهِ بُضْعَهَا؛ لِأَنَّ تَغْرِيمَهَا وَتَمَكِينَهُ مِنْ الرَّجُوعِ إِسْقَاطٌ لِلْمَهْرِ فَيَصِيرُ كَالْمَوْهُوبَةِ، وَذَلِكَ مِنْ خِصَائِصِ النَّبِيِّ ﷺ وَلَيْسَ كَمَا لَوْ وَقَعَتْ الرَّجْعَةُ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ، وَأَنْكَرْتُ، وَصَدَّقْنَاهَا بِالْيَمِينِ، فَتَكَحَّتْ زَوْجًا آخَرَ، ثُمَّ صَدَّقَتْ الْأَوَّلَ فِي الرَّجْعَةِ، حَيْثُ نَغْرَمُهَا لِلأَوَّلِ مَهْرَ الْمِثْلِ؛ لِأَنَّ هُنَاكَ؛ النِّكَاحُ الْأَوَّلُ بَاقٍ بِزَعْمِهِ وَزَعْمِهَا، إِلَّا أَنَّهُ حَالَتْ بَيْنَهَا وَبَيْنَهُ بِالْيَمِينِ، وَكَذَلِكَ لَوْ طَلَّقَهَا الثَّانِي، عَادَتْ إِلَى الْأَوَّلِ مِنْ غَيْرِ تَجْدِيدِ عَقْدٍ، فَالزَّمْنَاهَا ضَمَانَ الْحَيْلُولَةِ، إِلَّا أَنَّهُ تَرُدُّ الْمَهْرَ عَلَيْهِ، حَتَّى لَوْ طَلَّقَهَا الثَّانِي أَوْ مَاتَ عَنْهَا وَعَادَتْ إِلَى الْأَوَّلِ، يَلْزَمُهُ رَدُّ الْمَهْرِ إِلَيْهَا.

وَلَوْ كَانَتْ الْكَبِيرَةُ نَائِمَةً، فَارْتَضَعَتْ مِنْهَا الصَّغِيرَةَ، فَلَا مَهْرَ لَهَا، وَلِلْكَبِيرَةِ نِصْفُ الْمَهْرِ الْمَسْمُومِ إِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا، وَجَمِيعُهُ إِنْ دَخَلَ بِهَا، وَيَرْجِعُ بِالْغَرَمِ فِي مَالِ الصَّغِيرَةِ عَلَى مَا سَبَقَ، وَلَوْ أَرْضَعْتَهَا الْكَبِيرَةُ أَرْبَعَ مَرَاتٍ، ثُمَّ ارْتَضَعَتْ الصَّغِيرَةَ، وَهِيَ نَائِمَةٌ، مَرَّةً خَامِسَةً، قَالَ فِي «التَّتَمَّةِ» إِنْ قَلْنَا: يَتَعَلَّقُ التَّحْرِيمُ بِالرَّضَعَاتِ، وَلَمْ نَحْلُهُ عَلَى الرُّضْعَةِ الْخَامِسَةِ الْآخِرَةِ، فَيَسْقُطُ خُمْسُ مَهْرِ الصَّغِيرَةِ، بِسَبَبِ فِعْلِهَا، وَنِصْفُهُ بِالْفُرْقَةِ قَبْلَ الدَّخُولِ، وَيَجِبُ عَلَى الزَّوْجِ خُمْسٌ وَنِصْفٌ، وَهِيَ ثَلَاثَةُ أَعْشَارٍ، وَيَرْجِعُ عَلَى الْكَبِيرَةِ بِثَلَاثَةِ أَعْشَارِ مَهْرِ الْمِثْلِ، عَلَى الْقَوْلِ الْأَظْهَرِ؛ وَبِأَرْبَعَةِ أَخْمَاسِهِ عَلَى قَوْلِ آخَرَ، وَالْخُمْسُ السَّاقِطُ بِفِعْلِهَا لَا رُجُوعَ فِيهِ، وَهَذَا الْقَوْلُ الْآخَرُ هُوَ الْقَوْلُ الذَّاهِبُ إِلَى الرَّجُوعِ بِجَمِيعِ مَهْرِ الْمِثْلِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ قَالَ: وَأَمَّا الْكَبِيرَةُ، فَيَسْقُطُ أَرْبَعَةُ أَخْمَاسِ مَهْرِهَا بِفِعْلِهَا، وَالبَاقِي بِالْفُرْقَةِ قَبْلَ الدَّخُولِ، فَإِنْ قَضَيْتَهَا سُقُوطُ النِّصْفِ، وَالبَاقِي دُونَ النِّصْفِ فَيَسْقُطُ، وَقِيَاسٌ مَا قَدَّمْنَا عَنْ «المَهْدَبِ» وَ«التَّهْذِيبِ» أَنْ يَقَالَ يَسْقُطُ الْخُمْسُ مِنْ نِصْفِ مَهْرِ الصَّغِيرَةِ،

ويجب أربعة أحماسيه وهو حُمْسَا الكُلِّ، وأن يقال: يسقط أربعة أحماس من نصف مهر الكبيرة، ويجب حُمْسُهُ، ولو كانت الكبيرة أمةً قد نَكَحَهَا، فَأَرْضَعَتِ الصَّغِيرَةَ، تَعَلَّقَ الغُزْمُ بِرَقَبَتِهَا؛ لِأَنَّ ذَلِكَ كَجَنَابَةِ مُنْهَا عَلَى نَفْسٍ أَوْ مَالٍ، فَإِنْ لَمْ يَسْلَمْهَا سَيِّدُهَا لِلْبَيْعِ، وَاخْتَارَ الْفِدَاءَ، فَذَاهَا بِالْأَقْلِّ مِنْ قِيَمَتِهَا، وَقَدَّرَ الْغَرَمُ فِي أَظْهَرِ الْقَوْلَيْنِ، وَيَقْدَرُ الْغَرَمُ فِي الثَّانِي، وَإِنْ أَرْضَعَتِ الصَّغِيرَةَ أُمَّهُ أَوْ أُمُّ وَلَدِهِ، فَلَا غَرَمَ عَلَيْهَا لِلزَّوْجِ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ لَا يَسْتَحِقُّ عَلَى مَمْلُوكِهِ مَالاً، وَلَوْ كَانَتْ أُمَّهُ أَوْ أُمُّ وَلَدِهِ [مَكَاتِبَةٌ] فَأَرْضَعَتْهُ الْمَكَاتِبَةُ الصَّغِيرَةَ، فَعَلَيْهَا لِلسَّيِّدِ الْغُزْمُ فَإِنْ عَجَّزَهَا، سَقَطَتِ الْمَطَالِبَةُ بِالْغُزْمِ، كَمَا فِي تَعَجُّيزِ النُّجُومِ تَسْقُطُ النُّجُومِ، قَالَ الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ - رَحِمَهُ اللَّهُ - لَهُ خَمْسُ أُمَّهَاتٍ أَوْلَادَ كَاتِبَتَيْنِ فَأَرْضَعَتْ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ زَوْجَتَهُ - الصَّغِيرَةَ رُضْعَةً، صَارَتْ الصَّغِيرَةُ بِنْتًا لَهُ عَلَى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ وَانْفَسَخَ نِكَاحُهَا، وَلَهُ الرَّجُوعُ عَلَيْهِنَ بِالْغَرَمِ إِنْ أَرْضَعْنَ مَعًا، وَإِنْ أَرْضَعْنَ عَلَى التَّعَاقُبِ، فَجَمَعَ الْغَرَمُ عَلَى الْخَامِسَةِ، وَيُمْكِنُ أَنْ يَجِيءَ فِيهِ خِلَافٌ، وَيَحَالُ التَّحْرِيمُ عَلَى الرُّضْعَاتِ كُلِّهَا وَحَيْثُ يُكُونُ الْحَكْمُ كَمَا لَوْ أَرْضَعْنَ مَعًا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّانِي: لَوْ كَانَ مَعَ الْكَبِيرَةِ ثَلَاثُ صَغَائِرٍ فَأَوْجَرْتَهُنَّ لَبَنَهَا الْمَحْلُوبُ فِي دَفْعَةٍ وَاحِدَةٍ أَدْفَعَ نِكَاحَ الصَّغَائِرِ لِأَخُوَّةِ بَيْنَهُنَّ وَلِلْاجْتِمَاعِ مَعَ الْأُمِّ، وَلَهُ تَجْدِيدُ نِكَاحِهِنَّ سِوَى الْكَبِيرَةِ، فَإِنْ كَانَ يَلْبَانِيهِ حُرْمَنٌ عَلَى التَّأْيِيدِ، وَلَوْ أَرْضَعَتِ الْأُولَيَيْنِ مَعًا ثُمَّ الثَّلَاثَةَ لَانْفَسَخَ نِكَاحُهَا مَعَ الْمُرْتَضِعَتَيْنِ الْأُولَيَيْنِ وَلَمْ يَنْفَسَخِ نِكَاحُ الثَّلَاثَةِ فَإِنَّهَا أَرْضَعَتْ بَعْدَ أَدْفَاعِ نِكَاحِ أُمَّهَا فَأَخْتَيْهَا، وَلَوْ أَرْضَعَتِ الْجَمِيعَ عَلَى التَّوَالِيِ أَدْفَعَ نِكَاحَ الْكَبِيرَةِ مَعَ الْأُولَى وَلَمْ يَنْفَسَخِ نِكَاحُ الثَّانِيَةِ فِي الْحَالِ وَيَنْفَسَخِ نِكَاحُ الثَّلَاثَةِ فَقَدْ أَرْضَعَتْهَا وَتَحْتَهُ الثَّانِيَةَ، وَهَلْ يَخْتَصُّ الْأَدْفَاعُ بِالثَّلَاثَةِ، أَمْ يُقَالُ: هِيَ وَإِنْ كَانَتْ أُخِيرَةَ وَسَبَبًا لِلْاجْتِمَاعِ فَلَيْسَتْ بِأُولَى مِنَ الثَّانِيَةِ فَيَنْدَفِعَانِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ، وَكَذَا لَوْ أَرْضَعَتْ أُجْنِبِيَّةً صَغِيرَتَيْنِ تَحْتَ زَوْجٍ عَلَى التَّوَالِيِ أَدْفَعَتِ الثَّانِيَةَ وَفِي الْأُولَى الْقَوْلَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: تَحْتَهُ كَبِيرَةٌ وَثَلَاثُ صَغَائِرٍ فَأَرْضَعَتِ الْكَبِيرَةَ الصَّغَائِرَ حُمْسًا خَمْسًا، نَظَرُ؛ إِنْ كَانَ اللَّبَنُ مِنْهُ أَوْ كَانَتْ الْكَبِيرَةُ مَدْخُولًا بِهَا، انْفَسَخَ نِكَاحُهُنَّ جَمِيعًا، وَحُرْمَنٌ عَلَى التَّأْيِيدِ، سِوَاً أَرْضَعْتَهُنَّ مَعًا أَوْ عَلَى التَّعَاقُبِ؛ لِأَنَّ الْكَبِيرَةَ أُمَّ زَوْجَاتِهِ، وَالصَّغَائِرُ بَنَاتُهُ أَوْ رَبَائِبُ زَوْجَتِهِ الْمَدْخُولِ بِهَا، وَعَلَيْهِ الْمَسْمِيُّ لِلْكَبِيرَةِ، وَنِصْفُ الْمَسْمِيِّ لِكُلِّ صَغِيرَةٍ وَعَلَى الْكَبِيرَةِ الْغُزْمُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنِ اللَّبَنُ مِنْهُ، وَلَا كَانَتْ الْكَبِيرَةُ مَدْخُولًا بِهَا، فَيُنْظَرُ، إِنْ أَرْضَعْتَهُنَّ مَعًا بِأَنْ أَوْجَرْتَهُنَّ مَعًا الرُّضْعَةَ الْخَامِسَةَ مِنْ لَبَنِهَا الْمَحْلُوبِ، أَوْ أَلْقَمْتَ اثْنَتَيْنِ ثُدْيِيهَا وَأَوْجَرْتَ الثَّلَاثَةَ مِنْ لَبَنِهَا الْمَحْلُوبِ، فَيَنْفَسَخُ نِكَاحُهُنَّ جَمِيعًا؛ لِصَيُورَتِهِنَّ أَخَوَاتٍ، وَاجْتِمَاعِهِنَّ مَعَ الْأُمِّ فِي النِّكَاحِ، وَتَحْرُمُ الْكَبِيرَةُ عَلَى التَّأْيِيدِ؛

لأنها أم زوجاته، ولا تحرم الصغائر ولأنهن بنات امرأة لم يدخل بها، فله أن يجدد نكاح واحدة منهن، ولا يجمع بين اثنتين لأنهن أخوات، وإن أرضعتهم على ترتيب فتحرّم الكبيرة على التأييد أيضاً، ولا تحرّم الصغائر على التأييد؛ ثم للترتيب أحوال:

إحداها: أن ترضع اثنتين معاً ثم الثالثة، فيفسخ نكاح الأولين مع الكبيرة؛ لثبوت الأخوة بينهما، ولاجتماعهما مع الأم في النكاح، ولا يفسخ نكاح الثالثة؛ لانفرادها، ووقوع إرضاعها بعد اندفاع نكاح أمها وأختها.

والثانية: أن يرضع واحدة أولاً ثم اثنتين معاً، فيفسخ نكاح الكل، أما نكاح الأولى مع الكبيرة؛ فلا اجتماع للأم والبنت في النكاح، وأما الأخريان فلأنهما صارتا أختين معاً.

والثالثة: أن ترضع جميعهنّ على التعاقب، فيفسخ نكاح الأولى مع الأم؛ لما ذكرنا، ولا يفسخ نكاح الثانية، إذا أرضعتها؛ لأنها ليست محرّمة، ولم تجتمع معها أم ولا أخت، فإذا أرضعت الثالثة، انفسخ نكاحها؛ لأنها صارت أختاً للثانية التي هي في نكاحه، وهل يفسخ معها نكاح الثانية أم يختص الانفساخ بنكاح الثالثة؟ فيه قولان:

أحدهما: أنه يفسخ نكاح الثانية أيضاً؛ لأنهما صارتا أختين معاً، فأشبه ما إذا أرضعتها معاً، وأيضاً، فلو أرضعت زوجته [الكبيرة زوجته]<sup>(١)</sup> الصغيرة، انفسخ نكاحها؛ لصيرورتها أمّاً وبتاً [معاً] فكذلك ها هنا.

والثاني: أن الانفساخ يختص بنكاح الثالثة؛ لأن الجمع تمّ بإرضاعها، فاخص الفساد بها، كما لو نكح أختاً على أخت يختص نكاح الثانية بالفساد؛ لأن الجمع حصل بنكاحها، وهذا القول ينسب إلى الجديد، وفي تعليق الشيخ أبي حامد ترجيحه، والأول القديم، وهو الصّحیح عند أكثر الأصحاب، وبه قال أبو حنيفة وأحمد، واختاره المزني؛ وعلى هذا، فالمسألة من المسائل التي يرحح فيها القديم، واحتج بعضهم للقول الذاهب إلى اندفاع نكاحها جميعاً؛ [بأنه إذا كان تحته كبيرة وصغيرة، فأرضعت أم الكبيرة الصغيرة، يفسخ نكاحها جميعاً]<sup>(٢)</sup> ومنهم من طرد فيها القولين، وهو الأشبه [فيفسخ نكاح الصغيرة وتكون الكبيرة على القولين]. وبه قال القاضي أبو الطيب، ولو كان تحته صغيرتان، وأرضعتها أجنبية، نُظِرَ، إن أرضعتها معاً، انفسخ نكاحها، لأنهما صارتا أختين معاً، وحُرِّمَت الأجنبية على التأييد، لأنها صارت من أمهات نسائه، وله نكاح واحدة من الصغيرتين، ولا يجمع بينهما، ولو أرضعتها على التعاقب، لم يفسخ نكاح الأولى بإرضاعها، فإذا أرضعت الثانية، انفسخ نكاحها لأنها صارت أختاً

(١) سقط من: أ.

(٢) سقط من: أ.

للأولى، وهل يفسخ نكاح الأولى؟ فيه القولان السابقان، والأصح: الانفساخ.

وقوله في الكتاب «فأوجرتهن لبنها المحلوب في دفعة» يعني في الرضعة الخامسة.

وقوله في الكتاب «وله تجديد نكاحهن سوى الكبيرة» إنما كان يحسن الاستثناء من جهة اللَّفْظ، لو حكم باندفاع نكاحهن جميعاً، لكن لفظه لا يتناول إلا نكاح الصغائر، فإنه قال: اندفع نكاح الصغائر للأخوة بينهن ولو قال اندفع نكاحهن للأخوة بين الصغائر، وللإجماع مع الأم، لَحَسَنَ الاستثناء.

وقوله: «فإن كان يلبانه حُرْمَنَ على التأييد» تبين أن ما سبق مفروض فيما إذا كان اللبن من غيره.

وقوله: «ولو أرضعت الجميع على التوالي» لفظ «التوالي» مستعمل غالباً في التعاقب الخالي عن الفضل، ولا فَرْق فيما نحن فيه بين أن يكون هناك فَضْلٌ أو لا يكون، فكان الأحسن أن يقول التعاقب أو الترتيب دون التوالي.

وقوله: «أم يقال هي، وإن كانت أخيرةً وسبباً للإجماع فليست بأولى من الثانية» فيه إشارة إلى مأخذ القول المُخَصَّص للانفساخ بنكاح الثالثة، وإلى الجواب عنه، فإنه، وإن كان كذلك، لكنَّ الأخوة تَحْضَلُ دفعةً واحدةً، فليست إحداهما بالاندفاع أولى من الأخرى، وهذه صُورَةٌ تناسب الفرع:

تحتة صغيرة وثلاث كباثر أرضعتها كلُّ واحدةٍ من الكباثر حَمْساً، فينفسخ نكاحهن جميعاً، أما التي أرضعت أولاً فينفسخ نكاحها مع الصغيرة؛ لإجماع الأم والبنت في النكاح، وأيضاً، فقد صارت أم الزوجة وأما الأخرى، فينفسخ نكاحهما للمعنى الثاني، وتُحْرَمُ الكباثر لذلك على التأييد، وتُحْرَمُ الصغيرة أيضاً كذلك، إن كان في الكباثر مدخولاً بها، وإلا، فلا تُحْرَمُ على التأييد.

تحتة أربع صغائر أرضعتن أجنيئةً واحدةً بعد واحدةٍ، فلا أثر لإرضاع الأولى في نكاح واحدةٍ منهن، فإذا أرضعت الثانية، صارت أختاً للأولى، وانفسخ نكاحها، [وفي انفساخ الأولى القولان، فإن أبطلنا نكاحهما، فإذا أرضعت الثالثة، لم يفسخ نكاحها، فإذا أرضعت الرابعة، انفسخ نكاحهما، وإن قلنا: لا يبطل نكاح الأولى، فإذا أرضعت الثالثة، انفسخ نكاحها] <sup>(١)</sup> لأنها صارت أختاً للأولى، وكذا الرابعة، لو أرضعتن معاً، أو أرضعت اثنتين معاً، ثم اثنتين معاً، انفسخ نكاح الكل.

(١) سقط من: أ.

تحتة كبيرتان وصغيرتان، فأرَضَعَتْ كُلَّ واحدةٍ من الكبيرتين واحدةً من الصغيرتين، فيحرم جميعاً على التأبید، إن دخل بالكبيرتين، وإن لم يَدْخُلْ بهما، تُحَرِّمَ الكبيرتان على التأبید، وينفسخ نكاح الصغيرتين في الحال، وله تجديد نكاحهما والجمْعُ بينهما لعدم الأخوة ولو أرَضَعَتْهُمَا إِحْدَى الكبيرتين على الترتیب، انْفَسَخَ نكاحُ الأُولَى والمرضعة؛ لاجتماع الأم والبنت، ولم ينفسخ نكاحُ الثانية، فإن أرَضَعَتْهُمَا الكبيرة الثانية بعد إرضاع الأُولَى على تَرْتِيبِ إِرْضَاعِ الأُولَى، انفسخ نكاحها بإرضاع الصغيرة الأُولَى، ولم ينفسخ نكاحُ الصغيرة الثانية؛ لأنه لم يَحْصُلْ في حَقِّهَا اجتماع الأم والبنت في النكاح، وإن أرَضَعَتْهَا على غير تَرْتِيبِ المرضعة الأُولَى، انفسخ نكاح الكُلِّ، وله تجديد نكاح كُلِّ واحدةٍ من الصغيرتين، إذا لم تكن الكبيرتان مدخولاً بهما، ولا يجوز الجمْعُ بينهما.

تحتة ثلاث نسوة كبيرتان وصغيرةً فأرَضَعَتْهُمَا الكبيرتان دفعةً واحدةً؛ بأن أوجرتها لبنا المخلوب المخلوط ينفسخ نكاحهن جميعاً؛ لاجتماع البنت مع أميها في النكاح، وتحرم على التأبید، إن دَخَلَ بالكبيرتين، أو بإحدهما؛ لأن الكبيرتين أمًا زوجته، والصغيرة ربيته مدخول بها، وإن لم يدخل بواحدةٍ منهما، لم تُحَرِّمَ الصغيرة على التأبید، وعلى الزوج للصغيرة نصفُ المسمي، ويرجع على الكبيرتين بالغرْم، وأما الكبيرتان، فإن كان قد دَخَلَ بهما، فعليه لكلِّ واحدةٍ منهما جميعُ المسمي ويرجع على كُلِّ واحدةٍ منهما بِنِصْفِ مَهْرٍ [مثل] صَاحِبَتَيْهَا تَفْرِيعاً على القول الصحيح، وهو الرجوع في غرم مهر الكبيرة الممسوسة، وذلك لأنَّ انفساخ نكاح كُلِّ واحدةٍ منهما حصل بفعلها وفعل صاحبتها، فسقط النصفُ بفعلها، ويجب النصفُ على صاحبتها، وإن لم يدخل بواحدةٍ منهما، فلكلِّ واحدةٍ منهما رُبْعُ مهرها المسمي لأن الانفساخ حَصَلَ بفعلها، فسقط بفعل كل واحدةٍ منهما نصفُ الشطر الذي الواجب قبل الدخول، ويجب النصفُ الآخر، ويرجع الزوج على كل واحدةٍ منهما بِرُبْعِ مَهْرٍ مثل الأخرى؛ تَفْرِيعاً على قولنا «إن التفریم في حق غير الممسوسة يكون بنصف مَهْرٍ المثل» وإن كانت إحدهما مدخولاً بها دون الأخرى؛ فللمدخول بها تمام المسمي وللأخرى رُبْعُ المسمي ويرجع الزوج على التي لم يَدْخُلْ بها بِنِصْفِ مَهْرٍ المثل للمدخول بها، وعلى المدخول بها بربع مهر المثل التي لم يَدْخُلْ بها.

قال الشيخ أبو علي: لم أر الكلام بالرجوع بمهر المثل للكبيرتين للأصحاب، وإنما خرَّجته بتوفيق الله تعالى ثم رأيت لأصحابنا بعد ذلك بزمان، وأما أصل المسألة، فهو من المولدات.

ولو كانت المسألة بحالها، لكن أوجرتها اللَّبَنَ المخلوط في الخامسة إحدى

الكبيرتين وخذها، فحُكِّم التحريم كما سَبَقَ، ورجوع الزوج بمهر الصغيرة على المُرْضِعة في الخامسة وَخِذَهَا، وفيما يَزْجَعُ به الأقوال، وأما الكبيرتان، فالتّي لم تُوجِرْ، إن كانت مدخولاً بها، فلها على الزوج تمام المسمّى، ويرجع الزوج بمهر مثلها على التي أُوجِرَتْ على القول الأصح وإن لم تكن مدخولاً بها، فلها على الزوج نصف المسمّى، ويرجع بالغُزْمِ على التي أُوجِرَتْ كما في الصغيرة، والتي أُوجِرَتْ، إن كانت مدخولاً بها، فلها جميع المهر، وإن لم تكن مدخولاً بها، فلا شَيْءَ لها؛ لأنها أُفسِدَتْ النكاح قَبْلَ الدُّخُولِ، وهذا كُلُّهُ فيما إذا كان اللَّبْنُ مِنْ غيرِ الزَّوْجِ، فَإِنْ كان اللَّبْنُ مِنْهُ، والتصوير كما ذَكَرْنَا فتصير الصغيرة بنته، وتحرم عليه على التأييد، ولو تَمَّ العَدْدُ في حقِّ الزوج دون الكبيرتين، بأن أَرْضَعَتْ هذه بَعْضَ الخمس وهذه بعض الخمس فيحصل التحريم في حقِّه على ظاهر المذهب، وينفسخ نكاح الصغيرة، وتحرم عليه على التأييد، ولا ينفسخ نكاح الكبيرتين؛ لأنَّ واحدةً منهما لم تَصِرْ أُمًَّ حَتَّى تَكُونَ مِنْ أمهات نسائه، ثم إن حَصَلَتْ الرضعات متفرقةً مثل أن أرضعت إحداهما ثلاثاً والأخرى رضعتن، فالغُزْمُ على التي أَرْضَعَتْ الخامسة، هكذا ذكره الشيخ أبو عليٍّ وقد سبق ما يقتضي مجيء خلاف فيه، وإن اشتركتا في الرضعة الخامسة، بأن أرضعت كل واحدة منهما رضعتين، ثم أوجرتها لِبَنِّهِمَا المخلوب في إناء واحد دفعةً واحدةً، فالغُزْمُ عليهما بالسوية، ولو حَلَبَتْ إحداهما لِبَنِّهَا ثلاثَ دَفَعَاتٍ في ثلاثِ أوانٍ، والأخرى دَفَعَتَيْنِ في إناءين، ثم جَمَعَ الكِل، وأوجرت الصبية منه، فإن أوجرتها إحداهما، فالغُزْمُ عليها، وإن أوجرتها، فيغُزَّمان بالسوية، أو أخماساً؟ فيه وجهان:

أظهرهما: الأول.

ولو حَلَبَتْ إحداهما [أربعاً في أربع أوانٍ، والأخرى ثلاثاً في ثلاث أوانٍ، ثم حَلَطْنَا الكِلَ فأوجرتها معاً، فيغُزَّمان بالتسوية أو أسباعاً]، فيه الوجهان:

تخته ثلاث صغائر فجاءت ثلاث خالات للزوج من الأبوين، وأرضعت كل واحدة صغيرةً منهن يؤثر ذلك في نكاحهن، إذ ليس فيه إلا أنهن صِرْنَ بنات خالات، ويجوز نكاح بنات الخالات، والجمع بينهما فلو جاءت جدة للزوج بعد ذلك أم أمه، وأرضعت الصغيرة الرابعة، بطل نكاحها، وحُرِّمَتْ على التأييد؛ لأنها صارت خالة للزوج، للصغائر الثلاث، واجتمعن معها في النكاح، وفي انفساخ نكاح الثلاث القولان السابقان، وكذلك الحُكْمُ لو أَرْضَعَتْ الرابعة امرأةً [أبي أم الزوج بلبينه ولو كانت الحالات الثلاث متفرقات، وأرضعن الثلاث، ثم أرضعت الرابعة] أم الزوج، انفسخ نكاحها، ولا ينفسخ نكاح الصغيرة التي أرضعتها خالة الزوج لأب لأن الرابعة لا تصير خالة لهذه الصغيرة، وفي الآخرين القولان، ولو كُنَّ متفرقات وأرضعت الرابعة امرأةً



أبي أم الزوج، فينفسخ نكاحُ الرابِعةِ، ولا ينفسخ نكاح الصغيرة التي أرضعتها خالَةَ الزوج للأُم، وفي الأخرين القولان، ولو أرضعت الصغائرُ الثلاثُ ثلاثَ عمّاتٍ للزوج من الأبوين أو من الأب، ثم أرضعت الرابعة أم أبيه أو أرضعت الرابعة امرأة أبي أبيه بلبنه فالحكم على ما ذكرنا في الخالات.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **الثَّالِثُ: تَحْتَهُ كَبِيرَةٌ وَثَلَاثُ صَغَائِرٍ وَلِلْكَبِيرَةِ ثَلَاثُ بَنَاتٍ أَرْضَعَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ صَغِيرَةً صَارَتْ لِكَبِيرَةِ جَدَّةِ الصَّغَائِرِ وَحُرِّمَتْ عَلَى التَّأْيِيدِ وَأَمَّا الصَّغَائِرُ صِرْنَ رِيَابِبَ فَيُحْرَمْنَ عَلَى التَّأْيِيدِ إِنْ كَانَ بَعْدَ الدُّخُولِ بِالْكَبِيرَةِ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: **تَحْتَهُ كَبِيرَةٌ وَثَلَاثُ صَغَائِرٍ وَلِلْكَبِيرَةِ ثَلَاثُ بَنَاتٍ مَرَّضِعَ فَأَرْضَعَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ صَغِيرَةً مِنَ الثَّلَاثِ، فَإِنْ كَانَتْ الْكَبِيرَةُ مَدْخُولًا بِهَا، حُرِّمْنَ عَلَى التَّأْيِيدِ أَرْضَعْنَ مَعًا أَوْ عَلَى التَّرْتِيبِ؛ لِأَنَّ الْكَبِيرَةَ جَدَّةُ نَسَائِهِ وَالصَّغَائِرُ حَوَافِدُ زَوْجَةِ الْمَدْخُولِ بِهَا، وَعَلَى الزَّوْجِ مَهْرُ الْكَبِيرَةِ بِتَمَامِهِ، وَيَرْجِعُ بِالْعُزْمِ عَلَى الصَّحِيحِ عَلَيْهِنَّ، إِنْ أَرْضَعْنَ مَعًا، لِاشْتِرَاكِهِنَّ فِي إِسْفَادِ النِّكَاحِ، وَعَلَى الْأَوْلَى إِنْ أَرْضَعْنَ عَلَى التَّرْتِيبِ، وَلِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنَ الصَّغَائِرِ نِصْفُ الْمَسْمُومِ عَلَى الزَّوْجِ، وَيَرْجِعُ بِالْعُزْمِ بِمَهْرِ كُلِّ صَغِيرَةٍ عَلَى مَرْضِعَتِهَا، وَإِنْ لَمْ تَكُنِ الْكَبِيرَةُ مَدْخُولًا بِهَا، فَإِنْ أَرْضَعْنَ مَعًا فِي الْمَرَّةِ الْخَامِسَةِ، انْفَسَخَ نِكَاحُهُنَّ؛ لِاجْتِمَاعِ الْجَدَّةِ مَعَ الْحَوَافِدِ، وَتَحْرِمُ الْكَبِيرَةُ عَلَى التَّأْيِيدِ دُونَ الصَّغَائِرِ، وَعَلَى الزَّوْجِ نِصْفُ الْمَسْمُومِ لِلْكَبِيرَةِ، وَلِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنَ الصَّغَائِرِ، وَيَرْجِعُ بِالْعُزْمِ لِمَهْرِ كُلِّ صَغِيرَةٍ عَلَى مَرْضِعَتِهَا وَنِصْفِ مَهْرِ مِثْلِ الْكَبِيرِ، عَلَى الْمَرْضَعَاتِ الثَّلَاثِ عَلَى كُلِّ وَاحِدَةٍ سِدْسٍ؛ لِاشْتِرَاكِهِنَّ فِي إِسْفَادِ نِكَاحِهَا، وَإِنْ أَرْضَعْنَ عَلَى التَّرْتِيبِ، فَبِإِرْضَاعِ الْأَوْلَى يَنْفَسَخُ نِكَاحُ الْكَبِيرَةِ وَتِلْكَ الصَّغِيرَةِ، وَلِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا نِصْفُ الْمَسْمُومِ عَلَى الزَّوْجِ، وَيَرْجِعُ بِالْعُزْمِ، وَلَا يَنْفَسَخُ نِكَاحُ الْأُخْرَيْنِ أَرْضَعْنَا مَعًا أَوْ عَلَى التَّرْتِيبِ؛ لِأَنَّهُمَا لَمْ يَصِيرَا أُخْتَيْنِ، وَلَا اجْتَمَعَا مَعَ الْجَدَّةِ فِي النِّكَاحِ، وَلَوْ أَرْضَعَتْ اثْنَتَانِ صَغِيرَتَيْنِ مَعًا، ثُمَّ أَرْضَعَتْ [الثَّلَاثَةَ] الثَّلَاثَةَ، لَمْ يَنْفَسَخْ نِكَاحُ الثَّلَاثَةِ، وَانْفَسَخَ نِكَاحُ الْكَبِيرَةِ وَالصَّغِيرَتَيْنِ الْأَوْلَيَيْنِ، وَعَلَى الزَّوْجِ نِصْفُ الْمَسْمُومِ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ، وَيَرْجِعُ الزَّوْجُ بِالْعُزْمِ لِمَهْرِ كُلِّ صَغِيرَةٍ عَلَى مَرْضِعَتِهَا، وَبِمَهْرِ الْكَبِيرَةِ عَلَى الْمَرْضَعَتَيْنِ مَعًا.**

فَرْعٌ: لِابْنِ الْحَدَّادِ: [إِذَا] نَكَحَ صَغِيرَ بِنْتِ عَمِّهِ الصَّغِيرَةَ، فَأَرْضَعَتْ جَدَّتَهُمَا أُمَّ أَبِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِحْدَاهُمَا ثَبَتَتِ الْحُرْمَةُ بَيْنَهُمَا، وَانْفَسَخَ النِّكَاحُ؛ لِأَنَّهَا إِنْ أَرْضَعَتْ الصَّغِيرَ، صَارَ عَمًّا لِلصَّغِيرَةِ، وَإِنْ أَرْضَعَتْ الصَّغِيرَةَ، صَارَتْ عَمَّةً لِلصَّغِيرِ، وَلِذَلِكَ الْحُكْمُ لَوْ كَانَتْ أُمُّ أَبِي الصَّغِيرِ غَيْرَ أُمِّ أَبِي الصَّغِيرَةِ، بَأَنَّ كَانَ أَبُوَاهُمَا أَخَوَيْنِ مِنَ الْأَبِّ دُونَ الْأُمِّ، فَأَرْضَعَتْ إِحْدَاهُمَا أَخَذَ الصَّغِيرِينَ بِلَبْنِ جَدَّهُمَا، يَنْفَسَخُ النِّكَاحُ؛ لِأَنَّ جَدَّةَ الصَّغِيرِ إِنْ أَرْضَعَتْ الصَّغِيرَةَ، صَارَتْ عَمَّةً لِلصَّغِيرِ مِنْ جِهَةِ الْأَبِّ، وَكَذَا، لَوْ أَرْضَعَتْ

جَدَّة الصَّغِيرَةِ أَحَدَهُمَا، وَلَوْ نَكَحَ صَغِيرٌ بِنْتَ عَمَّتِهِ الصَّغِيرَةَ، فَجَاءَتِ الْجَدَّةُ الَّتِي هِيَ أُمُّ أَبِ الصَّغِيرِ، وَأُمُّ الصَّغِيرَةِ، فَأَرْضَعَتْ إِحْدَاهُمَا، فَكَذَلِكَ يَنْفَسِخُ النِّكَاحُ، لِأَنَّهَا إِنْ أَرْضَعَتْ الصَّغِيرَ، صَارَ خَالًا لِلصَّغِيرَةِ، وَإِنْ أَرْضَعَتْ الصَّغِيرَةَ، صَارَتْ عَمَّةً لِلصَّغِيرِ لَوْكَذَلِكَ الْحُكْمُ، لَوْ كَانَتْ أُمُّ أَبِ الصَّغِيرِ غَيْرَ أُمِّ الصَّغِيرَةِ، وَأَرْضَعَتْ جَدَّتَهُمَا أُمُّ أُمَّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِحْدَاهُمَا، فَكَذَلِكَ؛ لِأَنَّهَا إِنْ أَرْضَعَتْ الصَّغِيرَ، صَارَ خَالًا لِلصَّغِيرَةِ، وَإِنْ أَرْضَعَتْ الصَّغِيرَةَ صَارَتْ خَالَةً لِلصَّغِيرِ<sup>(١)</sup> وَلَوْ نَكَحَ صَغِيرٌ بِنْتَ خَالِهِ الصَّغِيرَةَ، فَأَرْضَعَتْ جَدَّتَهُمَا أُمُّ الصَّغِيرِ، وَأُمُّ الصَّغِيرَةِ أَحَدَهُمَا، فَكَذَلِكَ؛ لِأَنَّهَا إِنْ أَرْضَعَتْ الصَّغِيرَ، صَارَتْ عَمَّةً لِلصَّغِيرَةِ، وَإِنْ أَرْضَعَتْ الصَّغِيرَةَ، صَارَتْ خَالَةً لِلصَّغِيرِ<sup>(٢)</sup>.

### الباب الرابع في النزاع

قَالَ الْعَزَلِيُّ: فَإِنْ تَوَافَقَا عَلَى الرِّضَاعِ أَغْنَى الرَّوْجَيْنِ فَلَا مَهْرَ وَأَنْدَفَعَ النِّكَاحُ، وَإِنْ أَدْعَى الرَّوْجُ وَأَنْكَرَتْ أَنْدَفَعَ النِّكَاحُ وَلَمْ يَنْسُقْ مَهْرَهَا إِلَّا بِبَيِّنَةٍ، وَإِنْ أَدَعَتْ هِيَ وَأَنْكَرَ لَمْ يَنْدَفَعْ النِّكَاحُ وَلَكِنَّهَا لَا تَقْدِرُ عَلَى طَلْبِ الْمَهْرِ، فَإِنْ كَانَ الْمَهْرُ مَقْبُوضًا لَمْ يَقْدِرِ الرَّوْجُ عَلَى أَسْتِزَادِهِ مَعَ الْإِنْكَارِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا قَالَ: فَلَانَةَ أُخْتِي مِنَ الرِّضَاعِ أَوْ ابْنَتِي، أَوْ قَالَتِ الْمَرْأَةُ: فَلَانُ أُخِي مِنَ الرِّضَاعِ أَوْ ابْنِي، وَاتَّفَقَا عَلَى ذَلِكَ، لَمْ يَجُلِّ النِّكَاحَ بَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ مِنْهُمَا أَوْ مِنْ أَحَدِهِمَا عَلَى نَفْسِهِ، لَيْسَ فِيهِ ضَرَرٌ عَلَى غَيْرِهِ فَيُؤَاخَذُ بِمُوجِبِهِ، وَهَذَا بِشَرْطِ<sup>(٣)</sup> الْإِمْكَانِ، أَمَا لَوْ قَالَ: فَلَانَةُ ابْنَتِي، وَهِيَ أَكْبَرُ، سَتَأْتِيهِ، فَهُوَ لَعُوٌّ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ يُثَبِّتُ الْحَرَمَةَ، وَإِذَا صَحَّ الْإِقْرَارُ فَلَوْ رَجَعَا أَوْ رَجَعَ الْمُقْرَأُ مِنْهُمَا وَكَذَّبَ نَفْسَهُ، لَمْ يُقْبَلْ رَجُوعُهُ، وَلَمْ يَصِحَّ النِّكَاحُ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: يُقْبَلُ، وَيَجُوزُ النِّكَاحُ.

لَنَا الْقِيَاسُ عَلَى الْإِقْرَارِ بِأُخُوَّةِ النَّسَبِ، وَعَلَى الْإِقْرَارِ بِالطَّلَاقِ، وَلِلْمَسْأَلَةِ ذِكْرٌ فِي الْكِتَابِ فِي آخِرِ «بَابِ الرَّجْعَةِ» حَيْثُ قَالَ: «لَوْ أَقْرَأَ بِتَحْرِيمِ رَضَاعٍ أَوْ نَسَبٍ، لَمْ يَكُنْ

(١) سقط من: أ.

(٢) سقط من: ز.

(٣) قال في الخادم: قضيته قبول الإقرار من غير تفصيل الخلاف الشهادة وهو الذي أطلقه الجمهور. وقال الماوردي: إذا حكم به بإقرارها لم يحتج في الإقرار إلى صفة الرضاع ولا ذكر العدد بخلاف الشهادة فإن قال رجل: بيني وبينها رضاع افتقر التحريم إلى ذكر العدد وإن قال: هي أختي من الرضاع لم يفتقر إلى ذكر العدد إن كان مجتهداً وإلا احتمل وجهين: أحدهما، يلزم ذكر العدد ويرجع فيه إليه بعد إقراره بالتحريم. وما ذكره الماوردي من الفرق بين الصيغتين مخالف لإطلاق الجمهور ولا يتجه. انتهى وما أطلقه الأئمة مشكل فإن العامي قد يظن أن الرضعة الواحدة محرمة فكان القياس التفصيل.

لهما الرجوعُ، هذا في الإقرار بالرضاع قبل النكاح.

وأما بعد النكاح، فلو توافق الزوجان على أن يبتنهما رضاعاً مُحَرِّماً فُرق بينهما وسَقَطَ المسمَّى، ويجب مهر المثل إن جرى الدُخُول، وإلا، لم يجب شيءٌ، وإن اختلفا فيه، ولا بينة، فإن ادعاه الزَّوج، وأنكرت المرأة، قُبِلَ قوله في حَقِّه، ولم يُقْبَل في حَقِّها، فَتَحْكُمُ بانفساخ النكاح، ويُفَرِّقُ بينهما، ويجب لها نصف المسمَّى إن كان ذلك قبل الدخول، وجميعه إن كان بعد الدخول وله وتحليفها قبل الدخول وكذلك بعده إن كان المسمَّى أكثر من مهر المثل، فإن نكَلَتْ، حَلَفَ الزوج، ولا شيء لها قبل الدخول، ولا يجب أكثر من مهر المثل بعد الدخول، كما لو أقام بينة على الرضاع.

وإن ادَّعَتِ المرأة الرضاع، وأنكر الزوج، فقد مرَّ في آخر «كتاب النكاح» أنه إن جَرَى التزويج منه برِضاهَا، لم يُقْبَل قولها، بل يُصَدَّق الزوج بيمينه، وإن جَرَى بغير رضاها، فالْمُصَدَّقُ باليمين الزوج أو الزوجة؟ فيه وجهان:

والأصح عند صاحب الكتاب: أنه يُصَدَّقُ كَلَامُ الزَّوجِ، وهو ظاهر كلام الشافعي - رضي الله عنه - في الباب، وعليه جرى العَرَاثِيُونَ، وذكرنا هناك أن الأصح عند الشيخ أبي عليٍّ وجماعة تصديق الزَّوْجَةِ، وبه قال صاحب «التهديب» والمتولِّي، وحكاه القفال عن النص<sup>(١)</sup>، وإذا مكنت الزوج وقد زُوِّجَتْ بغير رضاها، قام تمكينها مقام الرضا.

وقوله في الكتاب: «لم يندفع النكاح» إن أراد به أنه لا يندفع؛ لمجرد إقرارها بخلاف إقرار الرجل، فالأمر كذلك، وإن أراد أنها لا تُحَلِّفُ، ولا يندفع النكاح بيمينها، بل يُصَدَّقُ الزوج، فهو اختيار لوجه تصديق الزَّوْجِ كما ذكره في الكتاب في آخر النكاح.

والورع للزوج إذا ادعت الرضاع أن يُحَرِّمَ نكاحه بطلقة، لتحلَّ لغيره، إن كانت كاذبة، نَصَّ عليه - رضي الله عنه - وليس لها المطالبة بالمسمَّى إذا ادعت الرضاع، فإنها لا تستحق بقولها ولها المطالبة بمهر المثل إن جرى الدخول، فإن كان ذلك بعد ما وقِيَ الزَّوْجُ الصَّدَاقَ، لم يتمكن من الاسترداد لقوله، ويشبه أن يكون فيما يفعل بذلك المالِ الخِلافَ المذكورَ فيما إذا أقرَّ بمال لغيره، وأنكره المُقَرُّ له.

ولو أقرت أمة بأخوة الرضاع لغير سيدها، يُقْبَلُ، فإذا اشتراها ذلك الغير، لم يحلَّ له وطؤها، وإن أقرت لسيدها، لم يُقْبَلْ بعد التمكين، وقبله فيه وجهان، والله أعلم.

(١) ما أطلقه من تصديقه إذا زوجت برضاها بغيره فإما لو زوجت برضاها لكن لم تبيته بأن قالت لوليها زوجتي ممن شئت فزوجها الولي منه فيكون كما لو زوجت بغير رضاها.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَأَمَّا كَيْفِيَّةُ الْحِلْفِ فَيُخْلِفُ مُدَّعِي الرُّضَاعِ عَلَى الْبَتِّ، وَمُنْكَرُهُ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مِنَ الْأَصُولِ الْمَمْهُدَةِ أَنَّ الْحَالِفَ عَلَى فِعْلِ الْغَيْرِ يَحْلِفُ عَلَى الْبَتِّ إِنْ كَانَ يَثْبُتُ، وَعَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ إِنْ كَانَ يَنْفِي [وَحَظُّ الرُّضَاعِ مِنْ هَذَا الْأَضْلُ أَنَّ مُنْكَرَ الرُّضَاعِ يَخْلِفُ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ؛ لِأَنَّهُ يَنْفِي<sup>(١)</sup> فِعْلَ الْغَيْرِ، وَمُدَّعِيهِ يَخْلِفُ عَلَى الْبَتِّ يَسْتَوِي فِيهِ الرَّجُلُ وَالْمَرْأَةُ، فَلَوْ نَكَلَتْ عَنِ الْيَمِينِ وَرَدَدْنَا هَا عَلَى الزَّوْجِ أَوْ نَكَلْنَا الزَّوْجَ، وَرَدَدْنَا الْيَمِينَ عَلَى الْمَرْأَةِ فَتَكُونُ الْيَمِينُ الْمَرْدُودَةُ عَلَى الْبَتِّ؛ لِأَنَّهَا مُثَبَّتَةٌ، وَعَنِ الْقَفَالِ: أَنَّ الْيَمِينَ الْمَرْدُودَةَ تَكُونُ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ؛ لِتَكُونَ مُوَافِقَةً لِيَمِينِ الْإِبْتِدَاءِ، [وَقِيلَ إِنْ غَيْرَ الْمُنْكَرِ مِنْهُمَا عَلَى الْبَتِّ] وَيُحْكَى عَنِ الْحَاوِي وَجِهَانِ مُطْلَقَانِ فِي يَمِينِ الزَّوْجِ إِذَا أَنْكَرَ الرُّضَاعَ.

أحدهما: أنها على العلم كيمين الزوجة، إذا أنكرت.

والثاني: على البت والقطع، وفرق بأن في يمين الزوج مع تصحيح العقد فيما مضى إثبات استباحة في المستقبل، فكانت على البت تغليظاً، ويمين الزوجة لبقاء حق ثبت بالعقد ظاهراً، فيُفْتَنُ فِيهِ بِالْعِلْمِ، وَلَيْسَ هَذَا الْفَرْقُ بِمُتَّضِحٍ وَبِنَى عَلَى الْوَجْهَيْنِ مَا إِذَا ادَّعَى الرضاع، فشك الزوج، فلم يقع في نفسه صدقها، ولا كذبها إن قلنا: إنه يخلف على نفي العلم، فله أن يخلفها هنا، وإن قلنا على البت، فلا يخلف، وأشار في «التتمة» إلى طرد الوجهين في يمين الزوجين والزوجة جميعاً، ووجه كون اليمين على البت بأنه ينفي حُرْمَةَ يَدْعِيهَا الْمُدَّعِي لِلرُّضَاعِ، فَيَحْلِفُ عَلَى الْقَطْعِ، وَإِذَا عَرَفَتْ مَا ذَكَرْنَا أَعْلَمَتْ قَوْلَهُ فِي الْكِتَابِ «عَلَى الْبَتِّ» بِالْوَاوِ، وَكَذَا قَوْلُهُ: «عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ».

قَالَ الْغَزَالِيُّ: أَمَّا الشَّهَادَةُ فَتَثْبُتُ (ح) بِقَوْلِ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ، فَإِنْ شَهِدَتْ أُمَّهَا وَأَبْنَتُهَا وَهِيَ مُنْكَرَةٌ قَبْلَ، وَإِنْ كَانَتْ مُدَّعِيَةً فَلَا، وَيَقْبَلُ ابْتِدَاءُ مِنْهُمَا بِطَرِيقِ الْحِسْبَةِ، وَتَقْبَلُ شَهَادَةُ الْمَرْضُوعَةِ لِأَنَّ فِعْلَهَا غَيْرُ مَقْصُودٍ بِالْإِثْبَاتِ بَلْ وَصُولُ اللَّبَنِ إِلَّا أَنْ يَطْلُبَ الْأَجْرَةَ فَلَا يَقْبَلُ قَوْلُهَا، وَإِنَّمَا يَعْرِفُ الشَّاهِدُ وَصُولَ اللَّبَنِ إِلَى الْجَوْفِ بِقَرِينَةٍ مُشَاهِدَةٍ أَلَّا تَقَامَ وَالشَّجَرُوعِ وَحَرَكَةِ الْحَلْقِ ثُمَّ يَشْهَدُ عَلَى الْبَتِّ بِأَنَّ بَيْنَهُمَا رَضَاعاً مُحَرِّمًا، وَإِنْ شَهِدَ عَلَى فِعْلِ الْإِرْضَاعِ فَلْيَذْكَرِ الْوَقْتَ وَالْعَدَدَ، وَهَلْ عَلَيْهِ ذِكْرُ وَصُولِ اللَّبَنِ إِلَى الْجَوْفِ؟ فِيهِ خِلَافٌ، وَلَا يَكْفِي أَنْ يَحْكِيَ الْقَرَائِنَ فَيَقُولَ: رَأَيْتُهُ قَدْ التَّقَمَ اللَّذِي وَحَلَقَهُ يَتَحَرَّكُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: كَلَامُ الْبَابِ الرَّابِعِ قَدْ رَتَبَهُ فِي فُصُولٍ ثَلَاثَةٍ:

أحدها: في دَعْوَى الرضاع وحكمها.

والثاني: في كيفية اليمين فيه، وقد فرغنا.

والفصل الثالث: في الشهادة على الرضاع، وفيه مسألتان:

إحدهما: يثبت الرضاع بشهادة رجلين ورجل وامرأتين، وكذا يقبل شهادة أربع نسوة؛ لأنه مما يختص النساء بالإطلاع عليه غالباً، فأشبه الولادة، ولا يثبت بما دون أربع نسوة فإن كل امرأتين بمثابة رجل واحد، وقال أبو حنيفة: لا يثبت الرضاع بالنسوة المتمحضات، وعن مالك: لا حاجة إلى أربع نسوة، ويكفي ثنتان، وقيل أحمد - رحمه الله - شهادة المُرْضِعة وخدها، ويجوز أن يُعْلَم؛ لذلك قوله في الكتاب «فَيُثْبِتُ» بالحاء.

وقوله: «أربع نسوة» بالميم والألف.

ولا يثبت الإقرار بالرضاع إلا بشهادة رجلين؛ لأن الإقرار مما يطلع عليه الرجال غالباً، بخلاف نفس الرضاع، وفي «التتمة»: أنه له كان التنازع في شرب اللبن من ظرف، لم تقبل فيه شهادة النساء المتمحضات لأنه لا يختص بأطلاع<sup>(١)</sup> النساء عليه، وإنما تقبل شهادتهن، [إذا كان النزاع في الرضاع من الثدي، وإنه تقبل شهادتهن] على أن اللبن الحاصل في الظرف لبن فلانة؛ لأن الرجال لا يطلعون على الحلب غالباً.

ولو شهدت فيمن شهد أم المرأة أو ابنتها على حُرْمَةِ الرضاع بينها وبين الزوج، فإن كان الرجل مدعياً والمرأة منكراً، تقبل؛ لأنها شهادة على البنت أم الأم وإن كانت المرأة مدعية، والرجل منكر، لم تقبل لأنها شهادة البنت للأم قال الأئمة: ولا يتصور أن تشهد البنت على أمها بأنها ارتضعت من أم الزوج، كما سيأتي - إن شاء الله تعالى - لأن الشهادة على الرضاع تعتد المشاهدة، ولكن يتصور أن تشهد عليها بأنها أرضعت الزوج في حال صغره أو أرضعته أمها أو أختها، ولو شهدت الأم أو البنت من غير تقدم دعوى على سبيل الحسبة قبلت، وإن احتمل أن تكون هي المدعية، وسنذكر - إن شاء الله تعالى - أن الرضاع مما تقبل فيه شهادة الحسبة في موضعه، وهذا كما أنه لو شهد أبو

(١) قال في الخادم فيه أمران:

أحدهما: هذا الذي نقله عن التتمة بوجه قبوله مع الرجال وليس كذلك فإنه صرح بأنه لا يثبت إلا برجلين، وعبارته، وإذا كان التنازع في شرب اللبن من طرف حلب لبنها فيه لم تقبل إلا شهادة رجلين. انتهى.

الثاني: أن صاحب التتمة لم ينفرد به ذكره القفال والقاضي الحسين وإبراهيم المروزي والبخاري في تعاليقهم، ويشهد له أن الماوردي في كتاب الشهادات حكى الإجماع على أن عيوب النساء في الوجه والكفين لا تقبل فيه إلا شهادة الرجال، وعمله بخروجه عن العورة في حق الرجال والنساء فلم تدع الضرورة إلى انفراد النساء فوجب اعتماد ما قاله في التتمة.

الرَّوْجَةَ [وابْنُهَا أَوْ ابْنَاهَا]<sup>(١)</sup> ابتداءً على أن زَوْجَهَا قَدْ طَلَّقَهَا، يُقْبَلُ وَلَوْ ادَّعَتْ الطَّلَاقَ، فَشَهِدَا، لَمْ تُقْبَلْ.

ولا تقبل شهادة المرضعة وخدّها، وهل تُقْبَلُ شهادتها فيمن يشهد، إن ادَّعَتْ أجرة الرضاع، لم تُقْبَلْ؛ لأنها مُتَّهَمَةٌ تشهد لنفسها، وعن «الحاوي» حكايةً وجهين في أنه إذا لم تُقْبَلْ شهادتها في الأجرة فهل تُقْبَلُ في ثبوت الحرمة تخريجاً على الخلاف في تبييض الشهادة، واختار أبو إسحاق منهما القبول، واختار ابن أبي هريرة<sup>(٢)</sup> المنع، وإن لم تدع الأجرة، فإن لم تتعرض ليعلمها، بأن شهدت بأخوة الرضاع بينهما أو على أنهما ارتضعا منها، فتقبل، ولا نَظَرُ إلى ما يتعلّق به من ثبوت المحرمية، وجواز الخلوة والمسافرة، فإنّ الشهادة لا تُرَدُّ بمثل هذه الأغراض، ألا ترى أنّه لو شهد شاهدان على أن فلاناً طلق زوجته، أو أعتق أمته<sup>(٣)</sup>، يقبل، وإن كان يستفيدان حلّ المنكاح، وإن شهدت على فعلٍ نفسها، فقالت أزرعتُهما؟ فوجهان:

أحدهما: أن شهادتها لا تُقْبَلُ، كما لو شهدت على ولايتها، وكما أن الحاكم، لو شهد على حكم نفسه بعد العزل، لا يُقْبَلُ، وكذا القسام، لو شهد على القسمة، وهذا أصح عند صاحب «التهذيب».

وأظهرهما، - وبه أجاب الأكثرون -، وهو المذكور في الكتاب: أنها تقبل؛ فإنها لا تُجْرُ بهذه الشهادة نفعاً، ولا تدفع ضرراً، وليس الرضاع كالولادة فإنه يتعلّق بها حقّ النفقة والميراث وسقوط القصاص وغيرها، وتخالف شهادة الحاكم والقسام؛ لأن فعلهما مقصود، وفعل المرضعة غير مقصود بالإتيان، وإنما الاعتبار بوصول اللبن إلى الجوف، لأن الشهادة بالحكم والقسمة تتضمّن تزكية النفس، فإنّ الحكم والقسمة يفتقدان إلى العدالة والإرضاع بخلافه، وسيذكر - إن شاء الله تعالى - في «أدب القضاء» أن المعزول، لو شهد بأن حاكماً حكم به، ولم يُضِفْ إلى نفسه، ففي قبول شهادته

(١) سقط من: أ.

(٢) قضيته أن الخلاف جار في القبول بالنسبة إلى ثبوت الأجرة والحرمة، وليس كذلك فإنه لا خلاف في عدم القبول بالنسبة إلى الأجرة.

(٣) فيه أمران:

أحدهما: الجزم بالقبول فيما إذا شهدت بأخوة الرضاع بينهما فيه نظر يتلقى من حكاية الخلاف بعد ذلك في أنه هل يشترط التعرض للكيفية في الرضاع أو لا وينبغي أن يخرج فيه وجه أنه لا يقبل كما إذا شهد الحاكم بعد العزل أن حاكماً حكم بكذا ولم يعين نفسه أنه لا يقبل على وجه لأنه قد يريد نفسه.

الثاني: ما استدل به على الجواز فيه نظر ويمكن الفرق بأن الشهادة بالطلاق والعتق لا يترتب عليه المقصود إلا بواسطة تحدث ليس لها الاستقلال بها ولا كذلك جواز الخلوة وثبوت المحرمية.

خلاف، فَيُمْكِنُ أَنْ يُخْرَجَ فِي الرُّضَاعِ مِثْلَهُ.

وإذا لم يتم نصاب الشهادة؛ بأن شهد بالرضاع امرأة واحدة؛ إما المُرْضِعةُ أو غيرها، أو شهدت اثنتان، فالوَرَعُ أَنْ يَتْرُكَ نِكَاحَهَا، وَأَنْ يُطَلِّقَهَا، إِنْ كَانَ ذَلِكَ بَعْدَ الدُّخُولِ، وَيُزَوِّى أَنْ عَقِبَهُ بِنِ الْهَابِ بْنِ الْحَارِثِ نَكَحَ بِنْتاً لِأَبِي إِهَابِ بْنِ عَزِيزٍ، فَأَتَتْهُ امْرَأَةٌ، وَقَالَتْ: قَدْ أَرْضَعْتُ عُقْبَةَ وَالَّتِي نَكَحَهَا، فَقَالَ لَهَا عُقْبَةُ: لَا أَعْلَمُ أَنَّكَ أَرْضَعْتِنِي، وَلَا أَحْبَبْتِنِي، فَأَرْسَلَ إِلَى آلِ أَبِي إِهَابٍ فَسَأَلَهُمْ فَقَالُوا مَا عَلِمْنَاهَا أَرْضَعْتَ صَاحِبَتِكَ فَرَكِبَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ، بِالْمَدِينَةِ فَسَأَلَهُ عَنْ ذَلِكَ، فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ: «كَيْفَ، وَقَدْ قِيلَ»، فَفَارَقَهَا، وَنَكَحَتْ زَوْجاً<sup>(١)</sup> غَيْرَهُ، وَلَوْ شَهِدَ اثْنَانِ بِالرُّضَاعِ، وَقَالَا: تَعَمَّدْنَا النَّظَرَ إِلَى الشَّدِيِّ، لَا لِتَحْمَلِ الشَّهَادَةَ، لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمَا؛ لِأَنَّهُمَا فَاسَقَانِ بِقَوْلِهِمَا، وَفِي النَّظَرِ إِلَى الشَّدِيِّ لِتَحْمَلِ الشَّهَادَةَ خِلَافَ مَذْكَورٍ فِي أَوَّلِ النِّكَاحِ، وَالظَّاهِرُ جَوَازُهُ<sup>(٢)</sup>.

### المسألة الثانية:

أطلق جماعة منهم الإمام - رحمهم الله تعالى - أن الشهادة المطلقة على أن بينهما رضاعاً محرماً أو حُرْمَةَ الرُّضَاعِ أَوْ أُخُوَّتَهُ أَوْ بِنُوْتَهُ مَقْبُولَةٌ، وَيُؤَافِقُهُ قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «ثُمَّ يَشْهَدُ عَلَى أَلْبَتِّ بِأَنَّ بَيْنَهُمَا رِضَاعاً مُحَرَّمًا».

وقال الأكثرون: لا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الرُّضَاعِ مُطْلَقَةً بَلْ لَا بَدَّ مِنَ التَّفْصِيلِ وَالتَّعْرُضِ لِلشَّرَائِطِ، وَهُوَ ظَاهِرُ النَّصِّ؛ لِأَنَّ مَذَاهِبَ النَّاسِ مُخْتَلِفَةٌ فِي شُرَائِطِ الْحَرَمَةِ، فَلَا بَدَّ مِنَ التَّفْصِيلِ لِيَعْمَلَ الْقَاضِي بِاجْتِهَادِهِ، وَحَكَى صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» الْوَجْهَيْنِ جَمِيعاً.

وقال: الصحيح الثاني، وَيُخَسَّنُ أَنْ يَتَوَسَّطَ بَيْنَهُمَا، فَيُقَالُ: إِنْ كَانَ الْمُطْلَقُ<sup>(٣)</sup> فِقِيهاً مَوْثُوقاً بِمَعْرِفَتِهِ، فَيُقْبَلُ مِنْهُ الْإِطْلَاقُ، وَإِلَّا، فَلَا بَدَّ مِنَ التَّفْصِيلِ، وَيُنَزَّلُ الْكَلَامَانِ عَلَى هَاتَيْنِ الْحَالَتَيْنِ أَوْ يُخَصَّصُ الْخِلَافُ بِمَا إِذَا لَمْ يَكُنِ الْمُطْلَقُ فِقِيهاً، وَقَدْ سَبَقَ مِثْلُهُ

(١) أخرجه البخاري رواه في كتاب الشهادات من صحيحه، بهذا السياق سواء، ورواه فيه من طرق أخرى، وسمى في بعضها الزوجة أم يحيى، وقال ابن ماکولا: اسمها غنية بالغين المعجمة، وقال الحافظ ووه من ذكر هذا الحديث في المتفق.

(٢) قال النووي: مجرد النظر معصية صغيرة لا ترد به الشهادة ما لم يصر عليه فاعله، ويشترط أيضاً أن لا تكون ظهرت توبته بعد ذلك.

(٣) اعلم أن الروياني أخذ ذلك من الحاوي لكنه لم يذكر الفقيه بل المجتهد وعبارته: وإن قال هي أختي من الرضاع لم يفتر إلى ذكر العدد إن كان مجتهداً وإلا احتمل وجهين: أحدهما يلزمه ذكر العدد ويرجع فيه إليه بعد إقراره بالتحريم انتهى. وهذا هو الصواب أعني فرض المسألة في المجتهد وإلا فالفقيه المذهب إذا لم يكن موافقاً في المذهب فقد يقال إنه كغيره إلا أن يقال يلزمه بمقتضى اجتهاد إمامه.

في الإخبار عن نجاسة الماء وغيره، والمانعون من قبول الشهادة المطلقة في الرضاع ذكروا وجهين في قبول الشهادة المطلقة على الإقرار بالرضاع، ولو قال: هي أختي من الرضاع، ففي «البحر» وغيره: أنه لا حاجة إلى التعرض للشرائط، إن كان من أهل الفقه، وإلا، ففيه وجهان، وفرق بين الإقرار والشهادة بأن المقر يحتاط لنفسه، فلا يقر إلا عن تحقيق.

ولو شهد الشاهد على فعل الرضاع، والارتضاع، لم يكف، وكذلك في الإقرار بل لا بد من التعرض للوقت والعدد؛ بأن يشهد أنه ارتضع منها أو أرضعته في الحولين خمس رضعات متفرقات<sup>(١)</sup>، هكذا ذكروا [و] في التعرض للرضعات ما يعني عن ذكر التفريق، فإنه إذا لم يكن تفرق، لم يكن الحاصل رضعات، بل رضعة طويلة، وهل يشترط ذكر وصول اللبن إلى الجوف؟ فيه وجهان:

وأظهرهما: وهو المذكور في «التتمة» وغيره: أنه يشترط كما يشترط ذكر الإيلاج في شهادة الزنا، ولأن الحزمة تتعلق بالوصول إلى الجوف.

والثاني: أنه لا يشترط؛ لأنه لا يشاهد قال في «البيسط»: «ولا شك أن للقاضي أن يستفصل، ولو مات الشاهد قبل الاستفصال»<sup>(٢)</sup>، هل للقاضي التوقف؟ فيه وجهان، واعلم أن الشاهد قد يستيقن وصول اللبن إلى جوف الصغير؛ بأن يعاين الحلب وإيجار الصغير المخلوب وازداده، وحينئذ يشهد به، ولا إشكال، وقد يشاهد القرائن الدالة عليه، وهي التمام الثدي وامتصاصه وحركة الحلق بالتجرع والازدراد بغد العلم، بكونها

(١) وكذا قال المحاملي في التجريد والجرجاني في الشافي والمتولي في التتمة والبغوي في التهذيب والخوارزمي في الكافي وابن الصباغ في الشامل وقال القاضي أبو الطيب يقول في خمسة أوقات مختلفة. وفي قوله «متفرقات» كناية عن ذلك.

(٢) أطلق الاستفصال وهو مشكل، فإنه إن كان المراد به ما إذا اقتصر الشاهد على قوله أشهد أن بينهما رضاعاً محرماً فلا شك في وجوب الاستفصال بل صيغة الشهادة مختلفة بناء على عدم سماع الشهادة المطلقة كما هو الأصح. وإن كان المراد به ما إذا تعرض الشاهد للشروط فأى معنى للاستفصال مع هذا التفصيل والموجب لهذا تابعه الغزالي على إطلاقه، ولو راجع كلام الإمام لاتضح المراد فإنه ذكر ذلك في ذكر الشاهد وصول اللبن إلى جوف الصبي والتصريح به، وأنه هل يشترط عليه تصريحه بذلك أم يكفي بذكر العدد والوقت؟.

قال: فإن صرح بوصول اللبن إلى الجوف فهو المراد وإن لم يذكره واستراب القاضي وجوز أن يكون الإرضاع غير مفض إلى وصول اللبن إلى الجوف الوصول المعبر فله أن يستفصل الشاهد بلا خلاف، فلو شهد على الإرضاع ولم يفصل وصول اللبن إلى الجوف ومات الشاهد قبل سؤال القاضي له هل يجوز للقاضي التوقف في الشهادة خلاف انتهى.

يعلم من هذا أن مسألة الاستفصال إنما هي فيما إذا لم يذكر الشاهد وصول اللبن إلى الجوف واقتصر على قوله «أشهد أنها أرضعته خمساً في الحولين» فتفطن لذلك. قاله في الخادم.



ذات لَبْنٍ، ومشاهدة هذه القرائن قد تفيد اليقين، وبتقدير أن لا تفيده، فتفيد الظن القوي، وذلك يسلُط على الشهادة، فلا يكاد يُتَيَقَّن اليد والتصرف الدالِّين على الملك. ولا يجوز أن يشهد على الرضاع؛ بأن يَرَى المرأة أخذت الصبي تحت ثيابها، وأذنته منها، كما تفعلُ المرضعة، فإنه قد تُوجِرُه لبن غيرها في شيءٍ على هيئة الثدي، ولا بأن يسمع صوت الامتصاص، وقد يمتصُّ أصبعه أو أصبعها. وذكر أبو الفرج السرخسي أن مشاهدة الالتقام والامتصاص وهيئة الازدراء، هل تُحلُّ له الشهادة من غير أن يَعْرِف كونها ذات لَبْنٍ؟ حكى فيه وجهين:

أحدهما: نعم، أخذ بظاهر الحال.

وأشبههُما: المنع؛ لأن الأضلَّ عَدَمُ اللبن، ولا يكفي عند أداء الشهادة حكاية القرائن؛ بأن يشهد برؤية الالتقام والامتصاص والتجرُّع، ولا يتعرَّض لوصول اللبن إلى الجوف، ولا للرضاع المُحَرَّم، وإن كان مُسْتَنَدٌ عَلَيْهِ رُؤْيَةٌ تَلِكُ القرائن؛ لأن مُعَايِنَتَهَا تُطَّلِعُ على ما لا تُطَّلِعُ عليه الحكاية، فإن أطلعت على وصول اللبن، فليَجْزَمَ به على قاعدة الشَّهَادَاتِ.

فَرَعَانِ: قد سَبَقَ ما نُزِّهنا إلى مثلهما.

أحدهما: تحته ثلاثُ صَغَائِرَ أرضعت أجنبيةً إحداهن، ثم أرضعت أمَّ المرضعةِ أُخْرَى، ثم أرضعت بنتُ المرضعةِ الثالِثَةَ، فنكاح الأولي لا يتأثر برضاعها وينفسخ نكاح الثانية عند إرضاعها؛ لصيرورتها خالَةً للأولي، واجتماعهما في النكاح، وهل ينفسخ نكاحُ الأولي مع نكاح الثانية أم يختص الانفساخ بنكاح الثانية؟ فيه قولان، وعليهما يتفرَّع حكم الثالثة، إن حكَمْنَا بانفساخ الأولي، بَقِيَ نكاح الثالثة، وإلا انفسخ نكاح الثالثة لصيرورتها بنتُ أُخْتِ الأولي، واجتماعهما في النكاح.

والثاني: أرضعت امرأةً صغيرةً ثلاثَ رَضَعَاتٍ أو أربع فنكحها أو نكح إحداهما دون الأخرى، ثم أتت العَدَدَ، فكذاك ينفسخ نكاحها، وفي كتاب القاضي ابن كج: أنه لو كان الصبي يرتضع الرضعة الخامسة، [فمات أو ماتت المرضعة قبل أن يتمها، ففي ثبوت التحريم وجهان، كالوجهين فيما إذا قطعت المرضعة الرضعة. وأنه وإن كانت تحته كبيرةً وصغيرةً<sup>(١)</sup> فَأَرْتَضَعَتِ الصَّغِيرَةَ من الكبيرة، وهي ساكنة، فهل هو كما لو كانت نائمة، فَأَرْتَضَعَتِ منها الصغيرة، أو يقال سكوتها كالرَضِي فيحال الفسخ على فعلها فيه وجهان، والله أعلم بالصواب.

تم الجزء التاسع، ويليه الجزء العاشر

وأوله: «كتاب النفقات»

## الفهرس

	الباب الثالث في تعديد الطلاق وفيه فصول:
٣	الفصل الأول: في نية العدد
٧	الفصل الثاني: في التكرار
١٦	الفصل الثالث: في الطلاق بالحساب
	الباب الرابع في الاستثناء وفيه فصلان:
٢٥	الفصل الأول: في المستغرق
٣٢	الفصل الثاني: في التعليق بالمشيئة
٣٩	الباب الخامس في الشك في الطلاق
	الشرط الثاني من الكتاب في التعليقات وفيه فصول:
٥٩	الفصل الأول: في التعليق بالأوقات
٧٤	الفصل الثاني: في التعليق بالتطبيق ونفيه
٨٦	الفصل الثالث: في التعليق بالحمل والولادة
٩٩	الفصل الرابع: في التعليق بالحيض
١٠٥	الفصل الخامس: في التعليق بالمشيئة
١١٨	الفصل السادس: في مسائل الدور
١١٨	القسم الثاني في فروع التعليقات

## كتاب الرجعة وفيه فصلان

	الأول في أركانها وهي أربعة:
١٦٧	الأول الموجب
١٦٩	الثاني المرتجع
١٧٠	الثالث الصيغة
١٧٦	الرابع الحل
١٨٣	الفصل الثاني في أحكام الرجعية

١٨٤ ..... القول في أحكام الرجعية

### كتاب الإيلاء وفيه بابان

الباب الأول في أركانه وهي أربعة:

١٩٥ ..... الركن الأول: الحالف

١٩٨ ..... الركن الثاني: المحلوف به

٢٢٣ ..... الركن الثالث: في المدة

٢٢٨ ..... الركن الرابع: في المحلوف عليه

الباب الثاني في أحكامه وهي أربعة:

٢٣١ ..... الحكم الأول: ضرب المدة

٢٣٧ ..... الحكم الثاني: المطالبة

٢٤١ ..... الحكم الثالث: فيما يجب على الزوج

٢٤٣ ..... الحكم الرابع: فيما به الفيئة

### كتاب الظَّهَارِ وفيه بابان

الباب الأول في أركانه وهي ثلاثة:

٢٥١ ..... الركن الأول: المَظَاهِرِ والمُظَاهِرِ عنها

٢٥٤ ..... الركن الثاني: اللفظ

٢٥٧ ..... الركن الثالث: المشبه بها

الباب الثاني في حكم الظهار وله حكمان:

الحكم الأول: أنه يحرم الجماع عند العود تحريماً ممدوداً إلى التكفير

٢٦٦ ..... سواء كانت الكفارة بالإطعام أو بغيره

الحكم الثاني: وجوب الكفارة بالعود والعود هو إمساكها عقيب الظهار

٢٦٨ ..... ولو لحظة وذلك بأن لا ينقطع نكاحها

### كتاب الكفارات وهي ثلاث خصال

٢٨٥ ..... الأولى: العتق

٣١٤ ..... الثانية: الصيام

٣٢٦ ..... الثالثة: الإطعام

### كتاب اللعان والنظر في القذف ثم اللعان وفي القذف بابان

الباب الأول في ألفاظ القذف وموجبها وفيه فصلان:

- ٣٣٣ ..... الفصل الأول: في الألفاظ
- ٣٤٧ ..... الفصل الثاني: في موجب القذف
- ..... الباب الثاني في قذف الأزواج خاصة وفيه فصول:
- ٣٥٦ ..... الفصل الأول: فيما يبيح القذف ونفي التسب
- ٣٦٢ ..... الفصل الثاني: في أركان اللعان
- ٣٨٤ ..... الفصل الثالث: في فروع متفرقة
- ٤٠٦ ..... الباب الثالث في جوامع أحكام اللعان ونفي الولد

### كتاب العدة

- ٤٢٣ ..... الباب الأول في عدة الحرائر والإماء
- ٤٥٨ ..... الباب الثاني في تداخل العدتين
- ..... القسم الثاني من الكتاب في عدة الوفاة والسكنى وفيه بابان:
- ٤٨٠ ..... الباب الأول: في العدة
- ٤٩٧ ..... الباب الثاني: في السكنى
- ..... القسم الثالث من الكتاب في الاستبراء وفيه فصول:
- ٥٢٣ ..... الفصل الأول: في قدره وحكمه وشرطه
- ٥٣٠ ..... الفصل الثاني: في السبب
- ٥٤٤ ..... الفصل الثالث: فيما تصير فيه الأمة فراشاً وهو الإقرار

### كتاب الرضاع وفيه أربعة أبواب

- ..... الباب الأول في أركانه
- ٥٥٠ ..... الركن الأول: المرضعة
- ٥٥٥ ..... الركن الثاني: اللبن
- ٥٥٩ ..... الركن الثالث: المَحَلّ
- ٥٧٦ ..... الباب الثاني فيمن يحرم من الرضّاع
- ٥٨٣ ..... الباب الثالث في الرضاع القاطع للنكاح وحكم الغرم
- ٥٩٧ ..... الباب الرابع في النزاع

# العقيدة

شرح الوجيز  
المعروف بالشرح الكبير

تأليف

الإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الراعي الفزوي الشافعي

المؤسس سنة ٦٢٣ هـ

تحقيق وتعليق

إشيخ علي محمد معروض شيخ عادل أحمد عبد الموجود

الجزء العاشر

يحتوي على الكتب التالية:

النقعات - المراجع - الدليات

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

## جميع الحقوق محفوظة

جميع حقوق الملكية الادبية والفنية محفوظة لدار الكتب  
العلمية بيروت - لبنان ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة  
أو إعادة تنضيد الكتاب كاملاً أو مجزأً أو تسجيله على أشرطة  
كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو برمجته على اسطوانات  
ضوئية إلا بموافقة الناشر خطياً.

Copyright ©  
All rights reserved

Exclusive rights by DAR al-KOTOB al-ILMIYAH Beirut - Lebanon. No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

الطبعة الأولى  
١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م

## دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت  
تلفون وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦١١٢٥ - ٦٠٢١٣٣ (١ ٩٦١) -  
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

## DAR al-KOTOB al-ILMIYAH

Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif, Bohtory st., Melkart bldg., 1st Floor.  
Tel. & Fax : 00 (961 1) 60.21.33 - 36.61.35 - 36.43.98  
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

### كِتَابُ النَّفَقَاتِ

وَأَسْبَابُهَا ثَلَاثَةٌ: النِّكَاحُ وَالْقَرَابَةُ وَالْمَلِكُ، السَّبَبُ الْأَوَّلُ النِّكَاحُ، وَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَبْوَابٍ.

#### البَابُ الْأَوَّلُ فِي قَدْرِ النَّفَقَةِ وَكَيْفِيَّتِهَا، وَفِيهِ فَضْلَانِ

قَالَ الْعَزَلِيُّ: الْفَضْلُ الْأَوَّلُ فِي وَاجِبَاتِ النَّفَقَةِ وَهِيَ سِتَّةٌ: الْوَاجِبُ الْأَوَّلُ الطَّعَامُ وَهُوَ مُدٌّ (ح م و) عَلَى الْمُغْسِرِ، وَمُدَّانِ (ح م و) عَلَى الْمُوسِرِ، وَمُدٌّ وَنِصْفٌ (ح م و) عَلَى الْمُتَوَسِّطِ، وَلَا تُعْتَبَرُ الْكِفَايَةُ (ح م ز)، وَلَا يُعْتَبَرُ حَالُ الْمَرْأَةِ (ح) فِي مَنْصِبِهَا، وَالْمُغْسِرُ هُوَ الَّذِي لَا شَيْءَ لَهُ وَهُوَ الْمَسْكِينُ الَّذِي يَأْخُذُ سَهْمَ الْمَسَاكِينِ، وَالْمُتَوَسِّطُ هُوَ الَّذِي لَوْ كَلَّفَ مُدَّيْنِ لَرَجَعَ إِلَى الْمَسْكِنَةِ، وَمَنْ جَاوَزَ ذَلِكَ فَهُوَ مُوسِرٌ، وَالْمُكَاتِبُ وَالْعَبْدُ مُغْسِرَانِ، وَكَذَا مَنْ نِصْفُهُ (ز) حُرٌّ وَنِصْفُهُ عَبْدٌ، أَمَّا جِنْسُ الطَّعَامِ فَغَالِبُ قُوْتِ الْبَلَدِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَمَا يَلِيْقُ بِالرَّوْجِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لَوْجِبُ النَّفَقَةِ أَسْبَابُ ثَلَاثَةٌ: مِلْكُ النِّكَاحِ، وَمِلْكُ الْيَمِينِ، وَقَرَابَةُ الْبَعْضِيَّةِ، وَالْأَوَّلُ وَالثَّانِي يَوْجِبَانِ النَّفَقَةَ لِلْمَمْلُوكِ عَلَى الْمَالِكِ دُونَ الْعَكْسِ؛ لِاسْتِغَالِ الْمَمْلُوكِ وَكَوْنِهِ مَحْبُوساً بِرَقَبِهِ لِيَتَفَرَّغَ لِمَالِكِهِ، فَجَبِرَ مَا لَحِقَهُ مِنَ التَّعَبِ بِالْقِيَامِ بِمُؤْتَتِهِ.

وَالثَّلَاثُ: يَوْجِبُ النَّفَقَةَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْفَرِيقَيْنِ عَلَى الْآخِرِ لَشُمُولِ الْبَعْضِيَّةِ وَالشَّفَقَةِ، وَالْأَصْلُ فِي السَّبَبِ الْأَوَّلِ لِلْإِجْمَاعِ؛ فَلَا خِلَافَ فِي وَجُوبِ نَفَقَةِ الزَّوْجَاتِ عَلَى الْأَزْوَاجِ فِي الْجُمْلَةِ، ثُمَّ احْتَجَّ لَهُ مِنَ الْكِتَابِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة - ٢٣٣] وَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ﴾ [الطلاق - ٧] وَقَوْلُهُ: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَنْ لَا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَذْنَى أَنْ لَا تَعُولُوا﴾ [النساء - ٣] يَقُولُ:

إن خفتم أن لا تعدلوا بين النساء، فاقتصروا على واحدة وعلى ما ملكت أيما نكم،  
فذلك أدنى أن لا تكثر عيالكم، ولا تلزمكم المؤمن الكثيرة؛ فدل على وجوب  
مؤنة العيال، وها هنا كلامان:

أحدهما: اعترضوا على تفسير الشافعي - رضي الله عنه - وقالوا: قوله: «ألا تعولوا»  
معناه ألا تجوزوا؛ لثلاث تكثر عيالكم، يقال: عال إذا جار، وأعال إذا كثر عياله، وأجيب  
عنه بأن ما ذكره الشافعي - رضي الله عنه - منقول من جهة الأثر عن زيد بن أسلم - رحمه  
الله - ومن جهة اللعة عن الكسائي - رحمه الله - وإن كان أعال في العيال أكثر.

والثاني: ذكر الشافعي - رضي الله عنه - ها هنا استحباب الاقتصار على امرأة  
واحدة، وذلك لعسر العدل والتسوية بينهما، والعجز عنه قال الله تعالى: «وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا  
أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ» [النساء - ١٢٩] وقال الماوردي: هذا إذا كان  
تكفيه الواحدة، ومن لا يقنع بالواحدة لقوة شهوته، فالأولى به الزيادة؛ ليكون  
أغض لطرفه.

ومن السنة ما روي أن هند امرأة أبي سفيان جاءت إلى رسول الله ﷺ، فقالت يا  
رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني [من النفقة] ما يكفيني وولدي إلا ما أخذ  
منه سراً، وهو لا يعلم، فهل علي في ذلك شيء؟ فقال: «خذي ما يكفيك وولدك  
بالمعروف»<sup>(١)</sup> واستخرج الأصحاب من الخبر وراء وجوب نفقة الزوجة وولدها فوائد:

منها: أنه يجوز للمرأة الخروج من بيتها لتستفتي، وأن صوتها ليس بعورة، وأنه  
يجوز لمن منع حقه أن يشكو ويتظلم، وأنه يجوز ذكر الغائب بما يسوءه عند الحاجة،  
فإنها وصفته بالشح، وأنه يجوز لمن له حق على غيره، وهو ممتنع، أن يأخذ من ماله  
بغير إذنه، وأنه لا فرق بين أن يكون من جنس حقه أو من غير جنسه، وأنه يجوز  
للقاضي أن يفضي بعلمه على الغائب وأجيب عنهما: بأنه أفتى ولم يقض، وأن الأم  
تكون قيمة الولد، فإنه جوز لها الأخذ والإنفاق في حياة الأب، فكذلك بعد موته، وهذا  
وجه قد مر في موضعه، وصححه الجويني في «المنهاج» وأفتى به القاضي الرؤياني،  
وظاهر المذهب خلافه، وإذا شهد ذلك، فلا بد في نفقة الزوجات من معرفة ما يجب،  
وأنه كيف توفي وأنه متى يجب، ومتى يسقط، وأنه إذا عجز الزوج عن الواجب، ما  
الذي تعمل؟ فضمن القول في هذه الأمور في ثلاثة أبواب:

أحدها: في قدر الواجب وكيفيته.

(١) متفق عليه من حديث عائشة، وله عندهما الفاظ، ورواه الطبراني من حديث عروة بن الزبير عن هند.



والثاني: في الأحوال التي تسقط فيها النفقة .

والثالث: فيمن أعسر، وعجز عن توفية الواجب .

أما الباب الأول: ففيه فصلان:

الفصل الأول: فيما يجب، وهو أنواع:

أحدهما: الطعام؛ أما قدره، فيختلف باختلاف حال الزوج في اليسار والإعسار، ولا يُعْتَبَرُ فيه الكفاية، ولا يُنْظَرُ إلى حال المرأة في الزهادة والرغبة، ولا في منصبها وشرفها وتستوي المسلمة والذمية والحرّة والأمة، واحتج الأصحاب - رحمهم الله - لأصل التفاوت بقوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ﴾ أي ضيق .

ثم قالوا: وجدنا الشرع قد قَدَّرَ في الكفارات فأكثر ما أوجب فيها للمسكين الواحد مُدَّيْنِ، وذلك في كفارة الأذى وأقل ما أوجب للواحد مد واحد، وذلك في كفارة اليمين والظهار والوقوع في نهار رمضان، فاعتبرنا النفقة بهما؛ لأن كل واحد منهما مالٌ يجب بالشرع ويستقر في الذمة، فأوجبنا على الموسر الأكثر، وعلى المُعْسِرِ الأقلَّ وجعلنا المتوسط بينهما، والأزمناء مَدًّا ونصف مُدًّا، وقال الإمام - رحمه الله - ومن نحا نحوه في توجيه المذهب: إن نفقة الزوجات ليست على الكفاية كنفقة القريب لأنها تُسْتَحَقُّ في أيام مَرَضِهَا وشعبها، وإذا بطلت الكفاية، حَسُنَ تقريبها من الكفارات، فالمدُّ الواحد يكتفي به الزهيد، ويتبَلَّغُ به الرغيب والمدان قدر للمتوسعين .

والمعتبر مُدُّ النَّبِيِّ ﷺ وهو مائة ودرهم وثلاثة وَسَبْعُونَ دِرْهَمًا وثلاث درهم (١) والمدان ثلاث مائة درهم وستة وأربعون درهمًا والمد والنصف مائتا درهم وستون درهمًا. هذا ظاهر المذهب، وما وُجِّهَ به، وثلاثا درهم، ووراء قولان:

أحدهما: عن رواية الشيخ أبي مُحَمَّد: أنه يعتبر فيه الكفاية كما في نفقة القريب، وقد يُحْتَجُّ له بما رُوِيَ أنه ﷺ قَالَ لِهَنْدٍ: «خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدُكِ بِالْمَعْرُوفِ» (٢).

والثاني: عن رواية صاحب «التقريب»: أن الاعتماد في قَدْرِ النَّفْقَةِ على فرض القَاضِي، وعليه أن يجتهد، وعند أبي حنيفة، ومالك: أن الاعتبار بحال المرأة، ويختلف القَدْرُ برغبتها وزهادتها، ويقال: إن النَّظْرَ عند أبي حنيفة إلى شَرَفِهَا وضععتها، وعند أحمد: يُنْظَرُ إلى حال الزوجين جميعاً حتى يجب على الموسر للفقيرة نفقة متوسطة .

والأمُّ يُنْظَرُ في اليسار والإعسار والتوسط؟ فيه وجوه:

(١) قال النووي: هذا تفريع منه على أن رطل بغداد مائة وثلاثون درهماً، والمختار أنه مائة وثمانية وعشرون درهماً وأربعة أسباع درهم، كما ذكرته في باب زكاة النبات .

(٢) تقدم .

أحدها: أن الرجوع فيها إلى العادة، وتختلف العادة باختلاف الأحوال والبلاد، وهذا ما أورده صاحب «التتمة» وغيره.

والثاني: عن القاضي الحسين: أن الموسر من يزيد دخله على خرجه، والمُعسر من يزيد خرجه على دخله، والمتوسط من يستوي دخله وخرجه، وهذا الأول ما أورده صاحب «التهديب» والثالث عن «الحاوي»: أن النَّظْرُ في هذه المراتب في باب النفقة إلى الكَسْب؛ فَمَنْ يَقْدِرُ على نفقة المُوسِرِينَ في حقِّ نَفْسِهِ وحق من في نفقته من كسبه، لا من أضل ماله، فهو موسر، وَمَنْ لا يَقْدِرُ على أن يُنْفِقَ مِنْ كسبه، فهو مُعْسِر، والمتوسط هو الذي يَقْدِرُ على أن ينفق من كسبه نفقة المتوسطين.

وأحسنها، وهو الذي أورده الإمام وصاحب الكتاب: أن من لا يملك من المال شيئاً أصلاً، أو يملك من المال ما لا يُخْرِجُه عن استحقاق سَهْمِ المساكين، فهو مُعسر، فإن مَلَكَ ما يُخْرِجُه عن استحقاق سهم المساكين؛ فإن كان لا يتأثر بتكليف المدين، فهو موسر، وإن كان يتأثر؛ بأن يرجع إلى حد المسكنة أو كُلفَ بدين، فهو متوسط، ولا بد في ذلك من النظر إلى الرُّخص والعلاء.

والقُدرة على الكَسْب الواسع لا يخرجُه عن حدِّ الإعسار في النفقة، وإن كانت تخرجه عن استحقاق سهم المساكين<sup>(١)</sup>. يُنظَرُ في اليسار والإعسار إلى وقت طلوع الفجر، وهو الوقت الذي يجب فيه تسليم النفقة، فإن كان مُوسِراً حينئذ، فعليه نفقة الموسرين لذلك اليوم، وإن أعسر في أثناء النهار. وإن كان معسراً، لم يلزمه إلا نفقة المُعْسِرِينَ، وإن أيسر بعده، ذكره في «التهديب».

وإذا كان الزَّوجُ عبداً، فلَيْسَ عليه إلا نَفَقَةُ المُعْسِرِينَ، وكذلك المكاتبُ، وإن كثر ماله؛ [لأنه غير أم المَلِكِ، وفيمن بغضه حرٌّ وبعضه رقيقٌ وجهان:

أصحهما: أنه لَيْسَ عليه إلا نفقة المُعْسِرِينَ؛ لنقصان<sup>(٢)</sup> حاله، وإن كثر ماله] ببعض الحر.

(١) قال في الخادم: هذا ما قاله الإمام والغزالي، وصرح به البغوي في باب نفقة الأقارب لكن في المذهب والبيان وغيرهما من كتب العراقيين أن القدرة بالكسب كالقدرة بالمال.

قال صاحب الذخائر: ومضمونه أنه إذا كان يقدر على الكسب كان كما لو كان يقدر بالمال وأراد بذلك كما قاله ابن الرفعة نفقة المتوسط أو الموسر إن كان كسبه يفي بها وسبق عن الماوردي فيما نقله الرافعي أن اليسار ليس للمال فيه مدخل، وإنما الاعتبار بالكسب. انتهى.

(٢) وذكر قبل الحضانة ما يخالفه فنقل عن البسيط أن الظاهر أنه يلزمه نفقة القريب وهل يلزمه نفقة تامة أو نصفها. قال النووي: أصحهما نفقة كاملة لأنه كالحر وتشبيهه بالحر يفهم أنه ينفق على الزوجة نفقة الموسر.

**والثاني:** وبه قال المزيئي: أن عليه ببعضة الحر نَفَقَةَ الْمُوسِرِينَ، إذا كثر ماله كما أنه يخرج صدقة الفِطْرِ ببعضة الحر بالقِسْط، فعلى هذا، لو كان نصفه حرّاً، ونصفه رقيقاً، فعليه مدّ ونصف.

وأما جنس الطعام، فغالب قوت البلد من الحنطة أو الأرز أو التمر أو غيرها، حتى يجب الأَقِطُ في حق أهل البوادي الذين يقتاتونه وذلك<sup>(١)</sup> لأن الله تعالى أوجب النفقة والكسوة بالمعروف، وَمِنَ الْمَعْرُوفِ أَنْ يَطْعَمَهَا مَا يَطْعَمُ أَهْلَ الْبَلَدِ، وأيضاً، فالواجب في الفطرة والكفارة الجنس الغالب فاعتبرت النفقة بهما، وعن تخريج ابن سُرَيْج - رحمه الله - وجه: أنه لا يُنظَرُ إلى الغالب، وإنما يُعْتَبَرُ بما يليق بحال الزوج إلحاقاً للجنس بالقدر، وإذا قلنا بالظاهر، فلو اختلف قوت البلد، ولم يكن غالباً، وجب ما يليق بحال الزوج.

وأما لفظ الكتاب، فقوله: «وهو مد على المعسر» يجوز أن يُعْلَمَ بالحاء والميم والألف والواو؛ فإنه إذا اعتبرت الكفاية، أو اعتبر حال الزوجين جميعاً، لم يتقدّر الواجب، وأيضاً، فقد حكى القاضي ابن كج عن ابن خيران وغيره - رحمهم الله - أن النفقة لا تتقدّر بالمقادير المذكورة، ولكن يُتَّبَعُ [فيه] عَزْفُ النَّاسِ فِي الْبَلَدِ، ويجوز أن تعاد العلامات على لفظ المُدِّ، وعلى المد والنصف وعلى قول: «ولا يُعْتَبَرُ الكفاية»، وكذا قوله: «من نصفه حر» مُعْلَمٌ بالواو والزاي.

وقوله: «فغالب قوت البلد» بالواو.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: الْوَاجِبُ الثَّانِي الْأَدَمُ وَهُوَ مَكِيلَةٌ زَيْتٍ أَوْ سَمْنٍ كُلِّ يَوْمٍ قَرِيباً، وَرَظْلٌ لَحْمٍ فِي الْأَسْبُوعِ لِلْمُعْسِرِ، وَرَظْلَانِ لِلْمُوسِرِ، وَقِيلَ: يَزَادُ عَلَيْهِ فِي بَعْضِ الْبِلَادِ إِذَا كَانَتْ الْعَادَةُ تَقْتَضِيهِ، وَلَوْ تَبَرَّمَتْ بِجَنَسٍ وَاحِدٍ مِنَ الْأَدَمِ فَلَهَا السَّنْفِيُّ فِي الْإِنْدَالِ، وَلَهَا أَنْ تَأْخُذَ الْأَدَمُ وَإِنْ لَمْ تَأْكُلْ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يَجِبُ عَلَى الزَّوْجِ لِلزَّوْجَةِ الْإِدَامَ؛ لِأَنَّهُ مَأْمُورٌ بِالْمَعَاشِرَةِ بِالْمَعْرُوفِ، وَليْسَ مِنَ الْمَعَاشِرَةِ بِالْمَعْرُوفِ وَتَكْلِيفُهَا الصَّبْرَ عَلَى الْخُبْزِ الْبَيْتِ، وَجَنَسُهُ غَالِبُ أَدَمِ الْبَلَدِ مِنَ الزَّيْتِ وَالشَّيْرَجِ وَالسَّمْنِ وَالثَّمَرِ وَالخَلِّ وَالجُبْنِ وَغَيْرِهَا<sup>(٢)</sup>، وَيَخْتَلِفُ ذَلِكَ

(١) كذا لو كانوا يقتاتون اللبن أو لحم الصيد كما صرح به أبو إسحق المروزي في شرح المختصر وهو قضية قول الشافعي في المختصر، وإن كان ببادية فيما يأكل أهل البادية. وقال ابن عديان: أوجب الشافعي لها الحب، وعندي يجب لها الخبز. وحكى القاضي الحسين عن بعض الأصحاب أنه إذا كان الأغلب في بعض البلاد أنهم يطحنون الأطحمة بأيديهم لم يفرض لها إلا الدقيق.

(٢) فهم من ذكره التمر والخل والجبن أنه لا يختصر الأدم في أنواع الدهن، وبه صرح سليم في المجرد والماوردي والقاضي الحسين وغيرهم وكلام ابن الصباغ يقتضي حصر الأدم في الأدهان، قال الأئمة: إن كان بالعراق فالأدم فيه الشيرج والزيت، وبخراسان والحجاز فالأدم السمن أو =

باختلاف الفصول، وقد تغلب الفَوَاكِهُ في أوقاتها، فتجب وقد تَعَرَّضَ لذلك في «التتمة» والوجه المذكور في جنس القوت أنه يُنظَرُ إلى عادة الزَّوْجِ دون الغالب يعود في الإدام أيضاً.

وأما ففي لفظ الشافعي - رضي الله عنه - مِكْيَلَةُ زَيْتٍ أو سَمْنٍ، ويقال: إنه أراد بها الأوقية قال الأَصْحَابُ: وإنما أمر بذلك على التَّقْرِيبِ، ولا يُتَقَدَّرُ الأذْمُ بل هو إلى فرض القاضي واجتهاده، فيُنظَرُ في جنس الأذْمِ، ويُقَدَّرُ باجتهاده ما يحتاج إليه المُذْمِنُ الطَّعَامِ، فَيَفْرِضُهُ على المَغْسِرِ، ويفرض على الموسر ضعفه، وَيَفْرِضُ [على] المتوسط بينهما، ويجب عليه أن يطعمها اللحم أيضاً، وفي كلام الشافعي - رضي الله عنه -: أنه يُطْمِعُهَا في كل أسبوع رطلَ لَحْمٍ، وهو محمول على المَغْسِرِ وعلى المُوَسِّرِ رَطْلَانِ، وعلى المتوسط رطلٌ ونصفٌ، وَأَسْتَحْبُ أن يكون الإعطاء يوم الجمعة، فإنه أَوْلَى بالتوسُّع فيه، [ثم] قال الأكثرون: إنما قال الشافعي - رضي الله عنه -؛ على عادة أهل مِصْرَ؛ لعزة اللحم عندهم يومئذ، فأما حيث يكثر اللحم، فيزاد على عادة أهل تلك البلدة، وفصل صاحب «التهذيب» - رحمه الله - فقال: يجب في وقت الرُّخْصِ على المُوَسِّرِ في كل يوم رطلٌ وعلى المتوسط في كل يومين أو ثلاثة، وعلى المَغْسِرِ في كل أسبوع وفي وقت الغلاء يجب في أيام مرة على ما يراه الحاكم، وقال قائلون: وحكاة الشيخ أبو محمد عن القفال: أنه لا مزيد على ما ذكره الشافعي - رضي الله عنه - في جميع البلاد، والحاجة تُقَدَّرُ به، وفيه كفاية لِمَنْ قنع، ويُشبه أن يقال: لا يجب الأذْمُ في اليوم الذي يعطيها اللحم، ويكفي ذلك للإيدام، ولم يتعرَّضوا له، ويُمكن أن يقال: إذا أوجبنا على الموسر اللحم في كل يوم، يلزمه الإدام أيضاً، ليكون أحدهما غداء، والآخر عشاء على العادة، ولو تبرمت المرأة بالجنس الواحد من الأذْمِ، فوجهان: أحدهما: أن على الزوج أن يُبَدِّلَهُ؛ إذ لا ضرر عليه فيه، ولا مشقة.

وأظهرهما وهو المذكور في الكتاب: أنه لا يلزمه ذلك، وعليها الإبدال إن شاءت<sup>(١)</sup>، وفي «أمالي أبي الفرج» - رحمه الله - أيضاً: أنها لو صرفت شيئاً من القوت إلى الأذْمِ أو بالعكس أو أبدلت الجنس الذي أخذته من الأذْمِ بجنس آخر، فلا بأس، ولا اعتراض للزوج عليها، فإنها متعرضة في ملكها، وأن من الأصحاب من جَوَّزَ له

= بالشام. قال القاضي الحسين: أو مصر فالزيت. وإنما خص هذه الأدهان بذلك لأنها أصلح للبدن وأخف مؤنة فإنه لا يحتاج في التأدم بها إلى طبخ وكلفة. وهذا كلام ابن الصباغ وظاهره حصر الأدم في الأدهان.

(١) قال الشيخ جلال الدين البلقيني: محل الوجهين ما إذا كان في البلد آدم غالب فأما إذا لم يكن فالعجاب الزوجة والتعيين إليها قطعاً.

المنع من إبدال الأشرف بالأخس، وَلَا يَسْقُطُ حَقُّهَا عَنِ الْأَذْمِ بَانَ لَا تَأْكُلُهُ، وتقع بالخبز كما لَا يَسْقُطُ حَقُّهَا عَنِ الطَّعَامِ؛ بَانَ لَا تَأْكُلُ بَعْضَهُ، وعلى الوجه المذكور في أن للزوج أن يمنعها من إبدال الأشرف بالأخس له أن يمنعها من ترك التأدب بطريق الأولى.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الْوَاجِبُ الثَّلَاثُ نَفَقَةُ الْخَادِمَةِ لِمَنْ يَقْتَضِي مَنَصِبَهَا الْخِدْمَةَ، وَلَا يَجِبُ عَلَى الزَّوْجِ شِرَاءَ خَادِمَةٍ وَتَمْلِيكُهَا، وَلَكِنْ يَجِبُ الْإِحْدَامُ بِاسْتِثْبَارِ خُرَّةٍ أَوْ اسْتِخْدَامِ مَمْلُوكَةٍ أَوْ الْإِنْفَاقِ عَلَى جَارِيَتِهَا، وَاللَّخَادِمَةَ مَدُّ عَلَى الْمُغْسِرِ، وَمَنْ عَلَى الْمُوَسِّرِ وَلَا مَزِيدَ وَهُوَ قَدْرُ كِفَايَتِهَا فِي الْغَالِبِ، وَفِي اسْتِحْقَاقِهَا الْأَذْمَ وَجَهَانِ، وَلَوْ خَدَمَتْ بِنَفْسِهَا فَلَيْسَ (و) لَهَا نَفَقَةُ الْخَادِمَةِ، وَلِلزَّوْجِ أَنْ يَتَوَلَّى الْخِدْمَةَ فِيمَا لَا يَسْتَحْيِي مِنْهُ لِئِخْفَافِ عَنِ نَفْسِهِ بَعْضِ مُؤْنَةِ الْخَادِمَةِ، وَلَيْسَ لَهُ إِبْدَالُ خَادِمَتِهَا الْمَأْلُوفَةِ إِلَّا بِرَبِيَّةٍ، وَلَهُ أَنْ يُخْرِجَ سَائِرَ خَدَمَتِهَا سِوَى الْوَاحِدَةِ إِذْ لَيْسَ عَلَيْهِ سُكْنَاهُنَّ، بَلْ لَهُ مَنْعُ أَبْوَنِهَا مِنَ الدُّخُولِ، وَمَنْعُهَا مِنَ الْخُرُوجِ لِلزُّيَارَةِ، وَالرَّقِيقَةَ الْمَنْكُوحَةَ الَّتِي تَخْدُمُ لِجَمَالِهَا تَسْتَحِقُّ نَفَقَةَ الْخَادِمِ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: النِّسَاءُ صِنْفَانِ:

أحدهما: اللواتي لَا يَخْدُمْنَ أَنْفُسَهُنَّ فِي عَادَةِ الْبَلَدِ، بَلْ يَكُونُ لِهِنَّ مِنْ يَخْدُمُهُنَّ، فَإِذَا كَانَتِ الزَّوْجَةُ مِنْهُنَّ وَجَبَ عَلَى الزَّوْجِ إِحْدَامُهَا<sup>(١)</sup>؛ لِأَنَّهَا مِنَ الْمَعَاشِرَةِ بِالْمَعْرُوفِ، وَهُوَ مَأْمُورٌ بِالْمَعَاشِرَةِ، وَأَشَارَ الْمَزْنِي - رَحِمَهُ اللَّهُ - إِلَى اخْتِلَافِ قَوْلٍ فِي وَجُوبِ الْإِحْدَامِ، وَعَلَى ذَلِكَ جَرَى جَارُونَ، وَأَثْبَتُوا الْخِلَافَ فِيهِ عَلَى مَا حَكَاهُ أَبُو الْفَرَجِ السَّرْحَسِيُّ وَغَيْرُهُ، وَالْجُمْهُورُ قَطَعُوا بِالْوَجُوبِ، وَحَمَلُوا التُّصَوُّصَ الْمُشْعِرَةَ بِخِلَافِهِ عَلَى مَا إِذَا لَمْ تَكُنِ الزَّوْجَةُ مِنْ هَذَا الصَّنْفِ، وَلَا فَرَقَ فِي وَجُوبِ الْإِحْدَامِ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الزَّوْجُ مُوسِرًا أَوْ مَعْسِرًا حَرًّا أَوْ مَكَاتِبًا أَوْ عَبْدًا، وَالْإِعْتِبَارُ بِحَالِ الْمَرْأَةِ فِي بَيْتِ أَبِيهَا دُونَ أَنْ تَرْتَفِعَ بِالْإِنْتِقَالِ إِلَى بَيْتِ زَوْجِهَا، وَيَلِيقُ بِحَالِهَا؛ بِسَبَبِ الْإِنْتِقَالِ أَنْ يَكُونَ لَهَا خَادِمٌ، وَكَذَلِكَ هُوَ فِي تَعْلِيْقِ الشَّيْخِ أَبِي حَامِدٍ، وَلَا يَجِبُ أَكْثَرُ مِنْ خَادِمٍ وَاحِدٍ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَحْمَدُ؛ لِحَصُولِ الْكِفَايَةِ بِهِ، وَقَالَ مَالِكٌ - رَحِمَهُ اللَّهُ -: إِنْ كَانَتْ مِمَّنْ يَخْدُمُ فِي بَيْتِ أَبِيهَا بِخَادِمَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ، وَجِبَ إِحْدَامُهَا بِذَلِكَ الْعَدَدِ وَلَا يَلْزَمُهُ تَمْلِيكُ جَارِيَةٍ إِيَّاهَا،

(١) ما ذكره في ضابط من لا تخدم نفسها بعادة البلد تبعاً فيه البغوي وغيره وقد قالوا بقليل، الاعتبار بحال المرأة في بيت أبيها، وهذا هو الذي ذكره صاحب الشامل وغيره فقال: إن كانت ممن لا تخدم نفسها في بيت أبيها لزمه إخدمها، وفي المعتمد يعتبر حالها بأهل قبيلتها فإن كانوا يخدمون أخدمها وإلا فلا يلزمه.

بل الواجب إخدامها بحرة أو أمة أو مستأجرة أو ينصب مملوكة [له] تَخْدِمُهَا أو بالاتفاق على التي حَمَلَتْهَا معها من حُرَّة أو أمة ولا يجوز أن يكون الخادِمُ إلا امرأة أو صبيّاً أو مَحْرَمًا لها، وفي مملوكها والشَّيْخُ الهم اختلافٌ، وفي جواز كون الخادِمِ من أهل الذمَّة وجهان:

عن أبي إسحاق - رحمه الله - جوازه؛ لأنهم أذلُّ نفوساً، وأسرع إلى الخدمة.

وعن غيره: المنع؛ لأن النفس قد تعافهم، وأيضاً، فلا يؤمن عداوتهم الدينيَّة.

ثم في الفصل مسائل:

إحداها: أن أخذَها بحرة أو أمة مستأجرة، فليس عليه إلا الأجرة، وإن أخذها بجارية، فنفتها تجبُ بحقِّ المَلِكِ، وإن كان يُخْدِمُها بكفاية مؤنة خادمتها الحرة أو الأمة، فهذا موضع نفقة الخادمة، والقول في جنس الطعام لهو في جنس طعام المخدومة.

وأما القَدْر، ففي «أمالي أبي الفرج»: أن نفقة الخادِمِ تقدَّر بِمُدِّ، ولا تختلف باختلاف حال الزوج، والصحيح أنها تختلف، فعلى المُعْسِرِ مُدٌّ، وإن كان فيه تسوية بين الخادمة والمخدومة في حَقِّه، لأن النفس لا تقوم بما دُونَ المُدِّ غَالِباً، وعلى الموسر مُدٌّ وتُلْتٌ، وفي المتوسط ثلاثة أوجه:

أصحهما: أن عليه مدّاً كالمعسر.

والثاني: أن عليه مدّاً وتُلْتاً كالموسر، حكاها في «البحر»، وغَلَطَ قائله.

والثالث: قال أبو الفرج السرخسي: استحسَن الأصحاب أن يكون عليه مدٌّ وسُدُسٌ؛ لتفاوت المراتب في حقِّ الخادمة، كما تتفاوت في حق المخدومة ووجَّهوا التقدير في حق الموسر بالمد والتلث، بثلاثة طرق:

أشهرها: أن للخادمة والمخدومة في النفقة حالة كَمَالٍ، وحالة نُقْصَانٍ. وهما في حالة النقصان يستويان، وفي حالة الكمال يُزَاد للمفضولة ثلث ما يَزَاد للفاضلة، كما أن للأبوين في الميراث حالتا كَمَالٍ ونقصانٍ، وهما في حالة النُقْصَانِ، وهو أن يكون للمميت ابن يستويان فيكون لكل واحدٍ منهما السُدُسُ، وفي حالة الكمال، وهو إذا انفردا، يكون المال بينهما أثلاثاً، فيزاد للأُم ثلث ما يَزَاد للأب.

وَيُحَكَّى هذا عن القفال الشاشي - رحمه الله - .

والثاني: أن نفقة الخادمة على المتوسط تُلْتاً نفقة المَخْدُومَةِ، لأنَّ نفقة المخدومة عليه مدٌّ ونصف نفقة الخادمة مدٌّ تفرعاً على الصحيح، فكذلك ينبغي أن تكون نفقة الخادمة على الموسر تُلْتِي نفقة المخدومة عَلَيْهِ، وتُلْتاً المُدِّينِ مُدٌّ وتُلْتٌ.

**والثالث:** أن المومِيزَ زادت نعمةُ الله عليه فيليق به الزيادةُ في الإنفاق، والنَّظَرُ إلى الثلث قريبٌ كما قال رسول الله ﷺ: «اللَّهُ تَعَالَى أَعْطَاكُمْ ثُلُثَ أَمْوَالِكُمْ فِي آخِرِ أَعْمَارِكُمْ» قال في «البيسط»: وهذه المسالك بأصول أبي حنيفة أشبه منها بأصولنا، لكن لما تطلبت الكفاية، اكتفوا بمثل هذه التفرعات، وفي «الوسيط» أن الشافعي - رضي الله عنه - ذكر المُدَّ والثُلُثَ على التقريب، وأن الصحيح يُنظَرُ إلى كفايتها، وهذا القَدْرُ قَدْرُ كفايتها في الغالب، ويليق بالعادة في حق الخادمة.

وقوله في الكتاب: «وهو قدر كفايتها في الغالب» يشير إلى نحوٍ من هذا، وهو غير ملائم لما ساقه الأصحاب.

**والثانية:** هل تَسْتَحِقُّ الخادمة الأذمَّ فيه وجهان:

أحدهما: وَيُحَكِّي عن ابن أبي هريرة: لا، ويكتفي بما يُفْضَلُ من المخدومة.

وأصحُّهما: الاستحقاق كما في المخدومة، وذلك لأن العيش لا يتم دونه، وعلى هذا فجنسه جنس أذمِّ المخدومة، وفي النوع وجهان:

أحدهما: أنه يُسَوَّى بينهما فيه، كما في الجنس.

وأصحُّهما: وينسب إلى النَصِّ: أنه يُجْعَلُ جنس أدمِ المَخْدُومَةِ أجود للعادة، وطَرَدَ الوجهان في نوع الطعام أيضاً، وفي استحقاق الخادمة اللحمَ وجهان، وربما بُنِيَ على الوجهين في التسوية في الإدام، إن قلنا: إن إدامها مثل إدام المخدومة، فلها اللحم، وإلا فلا يَجِبُ، وأما قدر إدامها، فيُجْعَلُ بحسب الطعام.

**الثالثة:** لو قالت: أنا أَخْدُمُ نَفْسِي، وطلبت الأجرة أو نفقة الخادم، لم يلزمه ذلك؛ لأنها اسْقَطَتْ مربيتهَا، وله أن لا يَرْضَى بذلك؛ لأنها تصير متبذلةً، وأشار في «البيسط» و«الوسيط» إلى خلافٍ فيه، وإذا قلنا بالظاهر، فلو توافقا على ذلك، ففي «التتمة»: أنه على الخلاف في الاعتياض<sup>(١)</sup> عن النفقة، ولو قال الزوج: أنا أَخْدُمُهَا، وأراد إسقاط مؤنة الخادمة، فوجهان:

أحدهما: وبه قال أبو إسحاق، واختاره الشيخ أبو حامد: أن له ذلك؛ لأنَّ الخدمة حقٌّ عَلَيْهِ، فله أن يوفيه بنَفْسِهِ وبغيره، وعلى هذا، فالواجب إخدامها بأحد الطرق التي سَبَقَتْ، أو أن يَخْدُمَهَا بنفسه.

(١) ووجه الشبه أنها استحققت عليه الإخدام فأخذته عوضاً عن نفقة الخادم فصارت كما إذا استحققت الطعام والأدام فأحدث عنه العوض، وظاهر كلام الإمام والغزالي الاعتياض. قال في المطلب: فإن صح ما ذكره من التخريج بطل ما ذكره من التعليل. انتهى وعلى الجواب فيظهر أن لا يصح إلا يوماً بيوم.

وأظهرهما: المنع؛ لأنها تستحي منه وتتعبّر به، وعن القفال وغيره: أن له ذلك فيما لا يستحي منه، كغسل الثوب واستيقاء الماء وكنس البيت وطبخ الطعام، دون ما يرجع إلى خدمة نفسها كصب الماء على يدها، وحمله إلى المستحم ونحوهما، لأنها تحتشمه وتَسْتَحِي منه، وهذا ما ذكره في الكتاب؛ حيث قال: وللزوج أن يتولّى الخِدمَةَ فيما لا يُسْتَحِي منه وهو كوجه ثالث فارق، وفيه إشعار ظاهر بأن النوعين جميعاً من وظيفة الخادمة، وبُنِيَ عليه أنه إذا تولّى بنفسه ما لا يُسْتَحِي منه فقد تخيل بعض أعمال الخادمة، فهل تَسْتَحِي النفقة التامة؟ فيه وجهان؛ بناء على أن السَّيِّد إذا سلّم الأمة المزوجة ليلاً، واستخدمها نهاراً، هل تَسْتَحِي تمام النفقة؟ وأنا إذا قلنا: لا تَسْتَحِي التمام، فيحتمل أن نشطر ويحتمل أن تُوزَّع على الأفعال، وإلى هذا أشار بقوله في الكتاب: «ليخفف عن نفسه بعض مؤنة الخادمة» لكن فيه كلامان:

أحدهما: ذكر أبو الفرج الزاز أن الذي يَجِبُ على الزَّوْج كفايته في حق المخدومة الشريفة؛ الطَّبْخ والغَسْل ونحوهما، دون حمل الماء إليها للشُّرْب، وحمله إلى المستحم، والترفُّع عن ذلك مَحْضُ رعونة، لا عبرة بها.

والثاني: في «التهذيب»: أنا نَغْنِي بالخدمة في الباب ما يَثُولُ إلى حاجتها؛ كحمل الماء إلى المستحم، وصبه على يدها وغسل خرق الحيض ونحوها، فأما الطبخ والغسل والكنس، فلا يجب شيءٌ منها على المرأة، ولا على خادمتها، بل هو على الزوج، إن شاء فعله بنفسه، وإن شاء، بغيره، فالكلامان متفقان على النوعين جميعاً لا يتوظفان على الخادمة، حتى يُفَرَّض توزيع النفقة، وتخفيف بعض المؤنة، والاعتماد من الكلامين على ما في «التهذيب»<sup>(١)</sup> دون الأول ويُخَرَّج مِمَّا ذَكَرناه أن للزوج أن يتولّى ما لا يُسْتَحِي منه بلا خلاف، والخلاف مخصوص بما يُسْتَحِي منه.

الرابعة: لو تنازعا في تعيين الخادمة التي تخدمها من الخادمة التي يستأجرها الزوج لخدمتها أو الجارية التي يُخْدِمُها من جواريه فوجهان:

أحدهما: أن المَتَّبِع اختيارها؛ لأنَّ الخِدمَةَ لها، وقد تكون التي عينتها أوفق لها وأسرع إلى الامتثال.

وأظهرهما: أن المتبع اختياره؛ لأن الواجب عليه يَكْفِيهَا الخدمة دون أن تكفي تلك المعينة، وهذا كما أنه لا يجوز تطليقه توفير النفقة من طعام معين، ولأنه قد تدخله ريبة وتهمة تختارها هذا في الابتداء.

(١) قال النووي: الذي أثبت الزاز من الطبخ والغسل ونحوهما هو فيما يختص بالمخدومة والذي نفاه البغوي منهما هو فيما يختص بالزوج كغسل ثيابه، والطبخ لأكله ونحوه، والطرفان متفق عليهما، فلا خلاف بين الجميع في ذلك.



فأما إذا توافقا على خادمة، وألّفثها أو كانت قد حملت خادمة مع نفسها، فأراد إبدالها، لم يجز؛ لأن قطع النفس عن المألوف شديد، إلا إذا ظهرت ريبة أو خيانة، فله الإبدال.

ولو أرادت استخدام ثانية وثالثة من مالها، فللزواج أن لا يرضى بدخولهن داره، وكذا لو حملت معها أكثر من واحدة، فله أن يقتصر على واحدة، ويخرج الأخريات من داره، وهذا كما أن له أن يكلفها إخراج مالها من داره، وأن يمنع أبويها من الدخول عليها، وأن يُخْرِجَ ولدَهَا من غيره إذا استصحبته معها.

الخامسة: إذا كانت المنكوحة رقيقة، لكنها ذات جمال تُخَدَّمُ في العادة، فهل يجب إخدامها فيه وجهان: أحدهما: نَعَمْ<sup>(١)</sup>؛ للعادة.

وأظهرهما: واقتصر الأكثرون على إيراد[ه]: المنع؛ لأنها ناقصة بالرقِّ وحقُّها أن تُخَدَّمُ دون أن تُسْتَخْدِمَ.

وقوله في الكتاب: «نَفَقَةُ الْخَادِمَةِ» المراد منها مؤنة الإخدام، والنفقة في الحقيقة مخصوصة ببعض الأحوال على ما تبين، واعلم بالواو؛ لقول من أثبت خلافاً في وجوب الإخدام.

وقوله: «ومنعها من الخروج للزيارة» صحيح في نفسه، إلا أنه لا يلائم المقصود ها هنا، فإن المقصود أن الدار ملكه، فله منع الغير من شغلها وسكانها، والمنع من الخروج ليس من هذه الجهة.

وقوله: «والرقيقة المنكوحة» هذا هو الصحيح، وقد يوجد في النسخ «والرقيقة المملوكة» وهو غلط.

الصنف الثاني: من النساء اللواتي يَخْدِمْنَ أَنْفُسَهُنَّ في العادة، فإذا كانت الزوجة منهن، نُظِرَ؛ إن احتاجت إلى الخدمة؛ لِرِمَانَةِ أو مرض، فعلى الزوج إقامة مَنْ يَخْدِمُهَا وَيُمْرُضُهَا، وإذا لم تحصل الكفاية بواحدة، فيزداد بحسب الحاجة، ولا فرق ها هنا بين أن تكون المنكوحة حُرَّةً أو أمةً، وهذا ما أطلقه الشافعي - رضي الله عنه - وأكثر الأصحاب في المرَضِ.

ومنهم: مَنْ فَضَّلَ أمر المرَضِ، وقال: إن كان المرض دائماً، وجب الإخدام؛ لأن العذر الدائم لا ينقص عن مراعاة الحشمة، وإن لم يكن دائماً، لم يجب كأسباب

(١) لم يصرح الرافعي بحكاية طريقتين. بل قال فيه وجهان: أحدهما: نعم للعادة وأظهرهما لا، واقتصر الأكثرون على إيراد المنع. انتهى ولا يلزم من الإيراد القطع.

المعَالِجَة، وعلى هذا جرى المتلقون عن الإمام - رحمهم الله - وإن لم يكن بها عذر محوج إلى الخِدْمَة، فليس عليه الإخدام، ولو أرادت أن تتخذ خادمة بما لها، فله منعها من دخول داره، قال في «التتمة»: وعلى الزوج أن يَكْفِيَهَا حمل الطعام إِلَيْهَا، وحمل الماء إلى المنزل، وما أشبه ذلك.

فَرْعٌ: المبتوتة الحامل، هل تَسْتَحِقُّ نفقة الخادمة؟ فيه وجهان، بناهما ابن المرزبان على أن النفقة للحمل أو للحامل؟ إن قُلْنَا بالأول، لم تجب، وإن قلنا بالثاني، وَجِبَتْ.

قَالَ الْفَرَّالِيُّ: الْوَاجِبُ الرَّابِعُ الْكُسُوءُ وَهِيَ فِي الصَّيْفِ خِمَارٌ وَقَمِيصٌ وَسَرَاوِيلٌ وَمَكْعَبٌ، وَفِي الشَّتَاءِ يَزِيدُ الْجُبَّةَ، وَكُلُّ ذَلِكَ مِنْ لَبِنِ الْبَصْرَةِ لِلْمُوسِرِ أَغْنِي الْكِرْبَاسَ، وَمِنْ عَلِيظِهِ لِلْمُعْسِرِ، وَمَا بَيْنَهُمَا لِلْمُتَوَسِّطِ، وَإِنْ كَانَ مِنْ عَادَتِهَا الْحَرِيرُ وَالْكَتَّانُ لَمْ يَلْزَمْ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ فَإِنَّهُ رُحُونَةٌ، وَلَا بُدَّ مَعَ ذَلِكَ مِنْ مِلْحَقَةٍ وَشِعَارٍ وَمُضْرِبَةٍ وَثِيْرَةٍ وَمِخْدَةٌ وَلَبْدٍ تَحْتَهُ أَوْ حَصِيرٍ، وَهَلْ لَهَا طَلَبٌ زَلِيَّةٌ تُفْرَشُ، نَهَارًا؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَا بُدَّ مِنَ آلَةِ الطَّبْنِخِ وَآلَةِ الشَّرْبِ مِنْ كُوزٍ وَجِرَّةٍ وَقَدِيرٍ وَمِغْرَفَةٍ، وَيَكْفِي أَنْ يَكُونَ مِنَ الْخَرْفِ وَالْحَجَرِ وَالْخَشَبِ، وَكُسُوءُ الْخَادِمَةِ أَحْشَنُ جِنْسًا، وَطَعَامُهَا مِثْلُ طَعَامِ الْمَخْدُومَةِ، وَفِي جِنْسِ إِدَامِهَا تَرَدُّدٌ، وَتَسْتَحِقُّ الْخَادِمَةُ الْخُفَّ دُونَ الْمَخْدُومَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يَجِبُ عَلَى الزَّوْجِ كُسُوءَ زَوْجَتِهِ عَلَى مَا قَالَ تَعَالَى: ﴿وَكُسُوْتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة - ٢٣٣] وَيُرْوَى أَنَّهُ سَتَلَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَنْ حَقِّ الزَّوْجَةِ عَلَى الزَّوْجِ، فَقَالَ: «أَنْ تُطْعَمَهَا إِذَا طَعِمْتَ وَتَكْسُوَهَا إِذَا أَكْتَسَيْتَ»<sup>(١)</sup> وَلِأَنَّ الْكُسُوءَ كَالْقَوْتِ فِي أَنْ الْبَدَنَ لَا يَقُومُ إِلَّا بِهِمَا، وَلَا تَقَاسُ الْكُسُوءَةُ هَا هُنَا بِالْكُسُوءَةِ فِي الْكُفَّارَةِ؛ لِأَنَّ هُنَاكَ يَكْفِي مَا يَقَعُ عَلَيْهِ الْاسْمُ، وَهَا هُنَا لَا يَكْفِي بِالْإِجْمَاعِ، وَيَجِبُ عَلَى قَدْرِ كِفَايَةِ الْمَرْأَةِ، فَيَخْتَلِفُ بِطُولِهَا وَقِصْرِهَا وَهَزْلِهَا وَسَمْنِهَا، وَاخْتِلَافِ الْبِلَادِ فِي الْحَرِّ وَالْبَرْدِ، وَلَا يَخْتَلِفُ عَدَدُ الْكُسُوءَةِ، بِاخْتِلَافِ يَسَارِ الزَّوْجِ وَإِعْسَارِهِ، لَكِنُهُمَا يُؤَثِّرَانِ فِي الْجُودَةِ وَالرِّدَاءَةِ [وَأَفِي كَلَامِ أَبِي الْفَرَجِ وَإِبْرَاهِيمِ الْمُرُوزِيِّ: أَنَّهُ يُنْظَرُ فِي الْكُسُوءَةِ إِلَى حَالِ الزَّوْجَيْنِ جَمِيعًا، فَيَجِبُ عَلَيْهِ مَا يُلْبَسُ مِثْلُهُ مِثْلَهَا فِي الْعَادَةِ، ثُمَّ لَا بَدَّ مِنْ بَيَانِ عَدَدِ الْكُسُوءَةِ وَجِنْسِهَا.

أَمَّا الْعَدَدُ، فَيَجِبُ فِي الصَّيْفِ قَمِيصٌ وَسَرَاوِيلٌ وَخِمَارٌ، وَمَا تَلْبَسُهُ فِي الرَّجُلِ مِنْ

(١) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ وَالنَّسَائِيُّ وَابْنُ مَاجَةَ [١٨٥٠] وَالْحَاكِمُ [١٨٨/٢]، مِنْ حَدِيثِ مَعَاوِيَةَ بْنِ حَيْدَةَ، وَزَادُوا فِي آخِرِهِ: وَلَا تَقْبَحُ وَلَا تَهْجُرُ إِلَّا فِي الْبَيْتِ، وَقَدْ عَلِقَ الْبُخَارِيُّ هَذِهِ الزِّيَادَةَ حَسْبَ، وَصَحَّحَهُ الدَّارِقُطْنِيُّ فِي الْعُلَلِ.

مكعب أو نعل وفي الشتاء يزداد جبةً مخشوةً تدفع البرد، وقد يقام الإزار مقام السراويل، والفرو مقام الجبة، إذا كانت العادة لبسها، ذكره في «التتمة» وعن «المنهاج» للجويني: أن السراويل لا تلزم في الصيف، وإنما تلزم في الشتاء، لدفع البرد، وفي «الحاوي» أن نساء أهل القرى إذا جرت عاداتهن بأن لا يلبسن في أرجلهن شيئاً في البيوت لم يلزم لأرجلهن شيء، ويجوز أن يُعلم لذلك في الكتاب لفظ «السراويل» و«المكعب» بالواو، وأما الجنس فقد ذكر الشافعي - رضي الله عنه - أن الموسر يُعطي جميع ذلك من لبن البصرة، أو الكوفة أو وسط بغداد<sup>(١)</sup>، والمُعسر من غليظها، والمتوسط ما بينهما، وأراد المتخذ من القطن، فإن جرت عادة البلد بالكثان، [أو الخزأ أو الحرير، فوجهان أحدهما: ويحكى عن الشيخ أبي محمد - رحمه الله -: أنه لا يلزم ذلك [بل له الاقتصار] على القطن.

وأصحهما: اللزوم على عادة البلد.

ويفارق بين الموسر والمعسر في مراتب ذلك الجنس.

قال الأصحاب: وإنما ذكر الشافعي - رضي الله عنه - ما ذكر على عادة ذلك الوقت<sup>(٢)</sup>.

نعم، ولو كانت العادة لبس الثياب الرقيقة، كالقصب الذي لا يصلح ساتراً، ولا تصح فيه الصلاة، فلا يعطيها منه، ولكن من الصفيق الذي يقرب منه في الجودة، كالديقي والكثان المرتفع.

فرع: قال أبو الفرج السرخسي: إذا لم تستغن بالثياب في البلاد الباردة عن الوقود، فيجب من الحطب أو الفحم بقدر الحاجة. هذا هو الكلام في ملبوس البدن. وأما ما يُفرش، فعلى الزوج أن يُغطيها ما تفرشه على الأرض للقعود عليه، ويختلف ذلك باختلاف حال الزوج.

قال في «التتمة»: فعلى الغني الطنفسة في الشتاء ونطع في الصيف، [وعلى المتوسط زليّة، وعلى الفقير وحصير في الصيف] ولبد في الشتاء، ويُشبه أن تكون الطنفسة والنطع بعد بسط زليّة أو حصير، فإن الطنفسة والنطع لا يُسَطَّان وخدمهما<sup>(٣)</sup>، وهل عليه فراش لتنام عليه؟ فيه وجهان.

(١) الظاهر أنه لم يرد توسط المكان الذي هو جوفها بل نوعاً من القطن اسمه وسط ولهذا قال الشافعي في المختصر: وسط البغدادين، وعلى هذا فهو معطوف على لين البصرة لا على الكوفة.

(٢) وهذا التأويل فيه نظر بل لم يقل الحرير ونحوه موجوداً ملبوساً للنساء من أهل اليسار في كل قطر فالظاهر إجراء نص الشافعي على ظاهره. وإن خالفه جمهور الأصحاب.

(٣) الطنفسة بفتح الطاء والفاء وكسرهما وفتح الفاء ثلاث لغات حكاهما صاحب الانتصار في لغة الطاء وهي بساط صرف.

أحدهما: لا، وتنام على ما يفرشه نهاراً.

وأصحهما: نعم، على العادة<sup>(١)</sup> الغالبة، وعلى هذا، فيلزمه مَضْرَبَةٌ وَثِيرَةٌ أو قَطِيفَةٌ، ولم يذكروا خلافاً في أنه تجب مِخْدَةٌ وَلِحَافٌ؛ لدفع البرد في الشتاء وفي البلاد الباردة أو كساءً هكذا قيد الأئمة - رحمهم الله - بالشتاء، وإن أطلق ذكر الملحفة في الكتاب، ويكون كل ذلك لامرأة الموسر من المرتفع، ولأمرأة المعسر من النازل، ولامرأة المتوسط مما بينهما، وحكى صاحب الكتاب عن العراقيين وجهين في أنه هل يَجِبُ لها زَلِيَّةٌ تفرش نهاراً أو ربما أفهم إيرادَهُ كَوْنُ الزَّلِيَّةِ غير اللبد أو الحصرير تحت المَضْرَبَةِ، والمفهوم من كلام الجُمهور أن المَفْرُوشَ على الأرض من الزَّلِيَّةِ، إما اللبد أو الحصرير واحدٌ ليلاً ونهاراً، والذي يوجَدُ الخلافُ فيه من كتب العراقيين الفراش دون الزَّلِيَّةِ، ويجوز أن يُعْلَمَ؛ لِمَا حكيناه لَفْظُ «المضربة» بالواو، أما «الشعار» الذي ذكره في هذه الجملة فالأكثر سكتوا عنه، ويمكن أن يُخَصَّصَ الشَّعَارُ بالصيف، كما يَخَصُّصُ اللِحَافُ بالشتاء، ويمكن أن يقال: في الشتاء يجب الشَّعَارُ مع اللِّحَافِ، كما يجب القَمِيصُ مع الجُبَّةِ، والحُكْمُ في جميع ذلك مَبْنِيٌّ على العادة نَوْعاً وَكَيْفِيَّةً، حتى قال القاضي الروياني في «البحر»: لو كانوا لا يعتادون في الصَّيْفِ لنومهم غطاءً غير لباسهم، لم يلزمه شيءٌ آخر، ثم في الفُضْلِ مسألتان:

إحدهما: على الزوج للزوجة: آلات الطبخ والأكل والشرب كالكوز والجرة والقدر والمغرفة والقُصْعَةُ ونحوها، ويكفي أن يكون من الخشب أو الحجر أو الخَزْفِ، [٢] وذكر الإمام وغيره: أنه يُحْتَمَلُ ألا يُزَادَ في الجنس على ذلك، ويقال: إن الزيادات من رُعُونَاتِ الأنفس، ويحتمل أن يجب للشريفة الظروف النحاسية للعادة، واعلم أنه لا اختصاص لهذا النوع بفصل الكسوة، والأوَّلَى أن يجعل كحالة للطعام والإدام، أو يجعل جنساً برأسه.

= والزلية بكسر الزاي وتشديد اللام جمعها الزلاي. قاله في التحرير تبعاً للجوهري وفي شرح الجمل لعبد الدايم القيرواني الصواب زَلٌ وهو وجه مطرح غير مبطن وأصله بالفارسية زيلوة فعرّب فقيل زل وهو مستعمل في العراق في دخول الحمام وفي الأسفار. انتهى.

واللبد بكسر اللام وإسكان الباء، والنطع بكسر النون وفتح الطاء بوزن عنب في أفصح لغاته السبع. والنطع بفتح الطاء وكسرهما لغتان بساط من الأديم والجمع أنطاع ونطوع.

(١) قال الشيخ البلقيني: هذا عكس ما يوجد في التصانيف، فإن الموجود في التصانيف من الطريقتين الجزم بوجود فراش النوم، ثم منهم من يذكر الخلاف في إيجاب شيء يفرشه بالنهار، ومنهم من يجزم بأن ذلك الذي للنوم يفرشه بالنهار، ومنهم من يجزم بوجودها، ولم أر أحداً أوجب ما يجلس عليه نهاراً جزماً وذكر الخلاف في فراش النوم.

(٢) سقط من: ز.

الثانية: يجب للخادمة الكُسوة كالنفقة، فلا بُدَّ من القميص، وفي السراويل وجّهان:

أصحهما: عند صاحب «التهذيب» والقاضي الروياني: الوجوب.

والثاني: لا يجب؛ لأن المقصود من السراويل الزينة وكمال الستر، والخادمة لا تحتاج إلى الزينة، ولا إلى كمال الستر، إذا كانت أمة، فإن ساقها ليست من العورة، وكلام أكثرهم إلى هذا أميل، وأطلق مُطْلِقُونَ وجوب المقنعة وفي «التتمة»: أنها تجب في الشتاء لدفع البرد، وفي الصيف: تجب إن كانت حرّة وإن كانت أمة فلا تجب، إذا كانت عادة الإماء في البلد كُشِفَ<sup>(١)</sup> الرأس، وتجب في الشتاء جُبّة أو فروة ويَجِبُ الخف للخادمة<sup>(٢)</sup>، ولا يجب للمخدومة، لأن الخادمة تحتاج إلى الخروج، والثقل في الحوائج، ويجب لها ما تَلْتَجِفُ به عند الخروج أيضاً، وأما ما يُفْرَشُ ويَتَامُ فيه، فقد قال المتولي: لا بد من شيء تجلس عليه كبارية في الصيف، وقطعة لبد في الشتاء، ولا بد من مِخْدَة وشيء تَتَغَطَّى به في الليل من كساء ونحوه، قال في «البحر»: ولا يجب لها الفراش، بل يَكْفِي بالوسادة والكساء<sup>(٣)</sup>، ما يجب يجب مما يليق بالخادمة جنساً ونوعاً، ويكون أخشن من كُسوة المخدومة، وإن كان الطعام لا يختلفون وفي الإدام خلاف ذكرناه من قبل، وأورده صاحب الكتاب ها هنا، وقوله في الكتاب: «وكل ذلك من لئِن البصرة يعني الكرباس المذكور على التمثيل، يعني من لئِن البصرة أو الكوفة، أو ما في معناهما، والبَلْدَانِ المذكوران في لَفْظِ الشافعي - رضي الله عنه - واسم «الكرباس» قد يختص بالنوع الغليظ الذي يختص بالخادمة، ويستعمل مقابلة اللين، وكذلك وقع في لفظ الشافعي - رضي الله عنه -.

وقوله قبل ذلك «خمار و قميص وسراويل» أراد بالخمار المقنعة، وقد يختص اسم «الخمار» بما يجعل فوق المقنعة؛ ولذلك ذكر بعضهم أنه يجب في الشتاء الخمار مع المقنعة، إذا وقعت الحاجة إليه، وقياس مسائل الباب أن تَجِبُ الزيادة على الجُبّة الواحدة، حيث يشتد البرد، ولا تكفي الواحدة<sup>(٤)</sup>.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: الْوَاجِبُ الْخَامِسُ أَلَّةُ التَّنْظِيفِ وَهُوَ الْمُسْطُ وَالذُّهْنُ، وَلَا يَجِبُ

(١) قال النووي: الصحيح القطع بالوجوب مطلقاً.

(٢) أي بخلاف الزوجة كما قاله الماوردي. قال: لأن له منعها من الخروج.

(٣) وما قاله في البحر تابعه فيه ابن الصباغ لكن الأصح ما قاله المتولي، وبه جزم الماوردي.

(٤) وهذا الذي أبداه تفقهاً صرح به صاحب الكافي فقال: وفي الشتاء جبة أو جبتان على قدر شدة البرد، وقد حكى الرافعي عن السرخسي ما هو أبلغ من ذلك، وهو أننا إذا قلنا لم يستغن في البلاد الباردة عن الوقود يجب لها من الحطب والفحم بقدر الحاجة.

الْكُحْلُ وَالطَّيْبُ، وَيَجِبُ الْمَرْتَكُ لِلصَّنَانِ، وَلِلزَّوْجِ مَنْعُهَا مِنْ تَعَاطِي الثُّومِ وَمَا لَهُ رَائِحَةٌ مُؤْذِيَةٌ وَمِنْ تَنَاوُلِ السُّمِّ، وَهَلْ لَهُ الْمَنْعُ مِنَ الْأَطْعِمَةِ الْمُمْرَضَةِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَا تَسْتَحِقُّ الدَّوَاءَ لِلْمَرَضِ، وَلَا أَجْرَةَ الْحِجَامَةِ، وَلَا أَجْرَةَ الْحَمَامِ إِلَّا إِذَا أَشْتَدَّ الْبَزْدُ، وَالْحَادِمَةُ لَا تَسْتَحِقُّ آلَةَ التَّنْظِيفِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: وَعَلَى الزَّوْجِ أَنْ يَعْطِيَ الزَّوْجَةَ مَا تَتَنَظَّفُ بِهِ وَتَزِيلُ الْأَوْسَاحَ الَّتِي تُؤْذِيهَا أَوْ تُؤْذِي بِهَا؛ كَالْمُشْطِ وَالذَّهْنِ<sup>(١)</sup> وَمَا تَغْسَلُ بِهِ الرَّأْسَ مِنَ السُّدْرِ أَوْ الْخَطْمِيِّ أَوْ الطَّيْنِ، عَلَى عَادَةِ الْبَقْعَةِ، وَالرَّجُوعِ فِي قَدْرِهَا إِلَى الْعَادَةِ، وَيَجِبُ مِنَ الذَّهْنِ مَا يَعْتَادُ اسْتِعْمَالَهُ غَالِباً، كَالزَّيْتِ وَالشَّيْرِجِ وَغَيْرِهِمَا، وَإِنْ كَانُوا يَعْتَادُونَ التَّنْظِيفَ بِالْوَرْدِ أَوْ الْبَنْفَسِجِ، وَجِبَ الْمَطْيَبِ وَأَبْدَى الْإِمَامِ وَغَيْرِهِ اِحْتِمَالاً فِي الذَّهْنِ، إِذَا قَالَ الزَّوْجُ: هُوَ لِلتَّحْمُلِ وَالتَّزْيِينِ، وَأَنَا لَا أُرِيدُهُ، وَالْمَشْهُورُ الْأَوَّلُ، وَمَا يُقْصَدُ لِلتَّلَذُّذِ وَالِاسْتِمْتَاعِ، كَالْكُحْلِ وَالْخِضَابِ<sup>(٢)</sup> فَلَا يَجِبُ عَلَى الزَّوْجِ بَلْ ذَلِكَ إِلَى اخْتِيَارِهِ، فَإِنْ شَاءَ هَيَّأَ لَهَا وَإِذَا هَيَّأَ لَهَا سَبَابَ الْخِضَابِ، لَزِمَهَا الْاِخْتِضَابُ، وَمِنْ هَذَا الْقَبِيلِ الطَّيْبُ، وَلَا يَجِبُ إِلَّا مَا يَقْصَدُ بِهِ قَطْعُ السَّهْوَةِ، وَيَجِبُ الْمَرْتَكُ، وَمَا فِي مَعْنَاهُ لِدَفْعِ الصَّنَانِ، إِذَا لَمْ يَنْقَطِعْ بِالمَاءِ وَالدَّرَابِ، وَحَكَى فِيهِ بَعْضُ أَصْحَابِ الْإِمَامِ وَجْهًا آخَرَ.

وَأَمَّا قَوْلُهُ: «وَاللِّزَّوْجِ مَنْعُهَا مِنْ تَعَاطِي الثُّومِ [وَأَكْلِهِ] مَا لَهُ رَائِحَةٌ مُؤْذِيَةٌ» فَهَذَا فِيهِ قَوْلَانِ، ذَكَرْنَاهُمَا فِي أَوَّلِ الْجِنْسِ الرَّابِعِ مِنْ مَوَانِعِ النِّكَاحِ، وَالْأَصْحَحُ مَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ وَلِيُعْلَمَ لِلْقَوْلِ الْآخَرِ، وَأَمَّا قَوْلُهُ: «وَمِنْ تَنَاوُلِ السُّمِّ» فَهَذَا لَا خِلَافَ فِيهِ؛ فَإِنَّهُ إِهْلَاكٌ لِلنَّفْسِ، وَهُوَ مُحَرَّمٌ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ أَنْ يَمْنَعَ مِنْهُ، وَهَلْ لَهُ الْمَنْعُ مِنْ تَنَاوُلِ الْأَطْعِمَةِ الَّتِي يَخَافُ مِنْهَا حَدُوثَ الْمَرَضِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَحَقَّقُ، وَالْأَصْحَحُ عَلَى مَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي الرَّوْيَانِيُّ وَغَيْرِهِ أَنْ لَهُ الْمَنْعُ.

وَلَا تَسْتَحِقُّ الزَّوْجَةَ الدَّوَاءَ لِلْمَرَضِ، وَلَا أَجْرَةَ الطَّيْبِ وَالْفِصَادِ وَالْحِجَامِ وَالخِتَانِ، بِخِلَافِ الْمُشْطِ وَالذَّهْنِ، وَوُجَّهَ ذَلِكَ بِأَنَّ الزَّوْجَ بِمِثَابَةِ الْمُكْتَرِي وَالْمَرْأَةَ بِمِثَابَةِ الْمُكْرِي،

(١) أَطْلَقَ الْمَصْنِفُ ذَلِكَ فَشَمَلَ الذَّهْنَ لِلرَّأْسِ وَالبَدْنَ وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ الْمَاورِدِي. وَقَالَ الشَّيْخُ فِي التَّنْبِيهِ: الذَّهْنَ لِلرَّأْسِ نَعَمْ.

قِيدَ الْمَاورِدِي ذَلِكَ حَيْثُ يَعْتَادُ فِي الْبِلَادِ الْحَارَةِ، وَسَكَتَ الْمَصْنِفُ رَحِمَهُ اللهُ عَنِ الصَّابُونِ وَعَنِ الْبَغْوِيِّ أَنَّهُ يَجِبُ لَهَا الْأَشْتَانُ وَالصَّابُونُ لَغَسْلِ الثِّيَابِ وَتَبَعَهُ فِي الْكَافِي وَزَادَ فِي كُلِّ أُسْبُوعٍ أَوْ غَيْرِهِ. نَقَلَهُ فِي الْخَادِمِ. ثُمَّ قَالَ: وَالْأَشْبَهُ ضَبَطَهُ بِالْعَادَةِ وَهِيَ تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْأَقْوَالِ.

(٢) قَالَ ابْنُ الرَّفْعَةِ: كَذَا قَرْنَ الْكُحْلَ بِالْخِضَابِ، وَفِي الْحَاوِي أَنْ مَا يَرَادُ مِنْهُ لِلزَّيْنَةِ كَالْإِثْمِدِ يَجِبُ عَلَى الزَّوْجِ الْإِثْمَانَ بِهِ وَعِبَارَةُ الْحَاوِي: وَأَمَّا الْكُحْلُ فَمَا كَانَ مِنْهُ لِلزَّيْنَةِ كَالْإِثْمِدِ فَهُوَ عَلَى الزَّوْجِ لِأَنَّهُ مِنْ حَقْقِ الْاسْتِمْتَاعِ وَمَا كَانَ لِلدَّوَاءِ فَعَلَيْهَا كَسَاتِرُ الْأَدْوِيَةِ.

والدواء وما في معناه لحفظ البدن، ومؤنث حفظ الأضل على المُكْرِي كعمارة الدار، والمُشْطُ والدُهْنُ للتنظيف، ومؤنة التنظيف على المُكْتَرِي كغسل الدار وكنسها.  
نعم، يلزمه الطعام والأدم في أيام المرض، ولها صرف ما تأخذ إلى الدواء ونحوه، إن شاءت.

وأما أجرَةُ الحَمَّام، فقد أشار بغض أصحاب الإمام إلى خِلافٍ في وجوبها، والذي أورده في الكتاب أنه لا يجب إلا إذا اشتد البَرْدُ وَعَسُرَ الغسل إلا في الحَمَّام، والظاهر، وهو الذي أورده صاحب «التهذيب» والقاضي الروياني وغيرهما: أن أجرَةَ الحَمَّام تَجِبُ إلا إذا كانت المرأة مِمَّن لا يعتادون دُخُولَ الحَمَّام؛ كأهل بعض الرساتيق، وإذا وَجِبَتْ، فعند [صاحب] «الحاوي» - رحمه الله - أنها تَجِبُ في كلِّ شهرٍ مرَّةً، ولا يجب على الزوج<sup>(١)</sup> ثمن ماء الاغتسال، إذا احتيج إلى الشراء إن كانت تغتسل من الاختِلام، وكذا لو كانت تغتسل من الحَيْض في أصح الوجهين، ويجب إن كانت تغتسل من الجماع أو من النفاس في أصحهما؛ لأن الحاجة إليه جاءت من قَبْلِهِ، ويُنظَر على هذا القياس في ماء الوضوء إلى أن السَّبَب من جهته؛ كاللمس أو ليس من جهته.

ولا يجب عليه أن يُضَحِّي عن زوجته، نذرت التضحية أو لم تنذر، ولا يجب للخادمة آلات التنظيف لأنها لا تَنظِفُ له، بخلاف المَخْدُومَة، بل اللاتق بحال الخادمة أن تكون شعته؛ لثلاث تمتد إليها الأَغْيُنُ، لكن لو كثر الوسخ، وتأذت من الهوام، فعليه أن يعطيها ما ترفقه به، استدركه القفال، واستحسَّوه، وأطلق صاحب العدة وجهين؛ في أنه هل يعطي الخادمة المُشْطُ والدُهْنُ ولهذا يجوز إعلام قوله في الكتاب: «والخادمة لا تستحق آله التنظيف» بالواو.

وفي وجوب تجهيز الزوجة، إذا ماتت وجهان مذكوران في الجنائز، ويَجْرِيان في تجهيز الخادمة ورأى في «التتمة» وترتيبهما على الوجهين في المخدومة؛ لأن عُلُقَةَ النكاح تَبْقَى بعد الموت في التوارث والغسل، فكذلك [في] التجهيز.  
قَالَ الْعَزَّائِي: الْوَاجِبُ السَّادِسُ: السُّكْنَى وَعَلَيْهِ أَنْ يُسْكِنَهَا دَارًا تَلِيْقُ بِهَا إِمَّا بِعَارِيَّةٍ أَوْ بِإِجَارَةٍ أَوْ مِلْكٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: ومما يجب على الزوج تهيئة المسكن للزوجة؛ فإنه لا بد منه، وقد سبق أن المعتدة تستحقه؛ فالمنكوحه أولى، ويجب أن يُسْكِنَهَا المَوْضِعَ الذي يليق بحالها في العادة، فالتالي لا يليق بحالها [في العادة] الخَانُ، لا بد من إسكانها في دار أو حُجْرَة، ويُنظَر أيضاً إلى سَعَتِهَا وَضِيْقِهَا، وذكر في الفرق بينه وبين القوت حيث نُظِرْنَا

(١) في ز: المرأة.

فيه إلى جانب الزوج أن الواجب في القوت التملك، فراعنا فيه جانبه، وفي المسكن  
المعتبر الإمتاع دون التملك، وطُردَ هذا الافتراق فيما يجب فيه التملك وما لا يجب .

وفي «التتمة» أنا إذا اعتبرنا المَسْكَن الذي يليق بها فيفاوت بين الغني والفقير كما  
في النفقة وهذا يتضمن النَّظْرَ إلى الجانبين معاً، ولا يُشترط أن يكون المَسْكَن ملكاً له،  
بل يجوز إسكانها في المنزل المستعار والمستأجر بالاتفاق .

قَالَ الْعَرَالِيُّ: الْفَضْلُ الثَّانِي فِي كَيْفِيَةِ الْإِنْفَاقِ أَمَّا الطَّعَامُ فَيَجِبُ فِيهِ تَمْلِكُ الْحَبِّ  
وَمُؤْنَةُ الطَّخِنِ وَالْحَبْزِ وَإِصْلَاحِ اللَّحْمِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَكْلِفَهَا الْأَكْلَ مَعَهُ، فَإِنْ كَانَتْ تَأْكُلُ  
سَقَطَ نَفَقَتُهَا عَلَى أَحْسَنِ الْوَجْهَيْنِ، وَيَجُوزُ أَنْ تَعْتَاضَ الدَّرَاهِمَ عَنِ النَّفَقَةِ قَبْلَ الْقَبْضِ عَلَى  
أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، فَإِنْ أَخَذَتِ الْحَبْزَ فَهِيَ أَوْلَى بِالْمَنْعِ لِمَا فِيهِ مِنَ الرِّبَا، وَلَهَا طَلَبُ النَّفَقَةِ  
صَبِيحَةَ كُلِّ يَوْمٍ، وَلَيْسَ عَلَيْهَا الصَّبْرُ إِلَى اللَّيْلِ، وَلَوْ مَاتَتْ فِي أَثْنَاءِ النَّهَارِ لَا يُسْتَرَدُّ، وَلَوْ  
نَشَرَتْ يُسْتَرَدُّ، وَلَوْ سَلِمَ إِلَيْهَا نَفَقَةٌ أَيَّامٍ مَلَكَتْ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ثُمَّ يُسْتَرَدُّ بِالنَّشُورِ،  
وَهَلْ يُسْتَرَدُّ بِالْمَوْتِ فِيهِ وَجْهَانِ، أَمَّا الْكِسْوَةُ فَيَكْفِي فِيهَا الْإِمْتَاعُ دُونَ التَّمْلِكِ عَلَى أَحَدِ  
الْوَجْهَيْنِ كَالْمَسْكَنِ وَالْأَثَانِ، وَلَوْ سَلِمَ إِلَيْهَا كِسْوَةُ الصَّيْفِ فَتَلَفَتْ فِي يَدِهَا أَوْ أَتَلَفَتْ  
فَعَلَيْهِ الْإِبْدَالُ إِنْ قُلْنَا إِنَّهُ إِمْتَاعٌ وَلَكِنْ عَلَيْهَا قِيمَةُ الْمُتَلَفِ، وَإِنْ مَاتَتْ فِي أَثْنَاءِ الصَّيْفِ  
يُسْتَرَدُّ إِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ إِمْتَاعٌ، وَإِنْ قُلْنَا: تَمْلِكُ فَوَجْهَانِ .

قَالَ الرَّافِعِيُّ: غَرَضُ الْفَضْلِ بَيَانُ كَيْفِيَةِ الْإِنْفَاقِ وَتَوْفِيَةِ الْوَاجِبَاتِ الْمَذْكُورَةِ، وَهِيَ صِنْفَانِ:

أحدهما: ما يتنفع به باستهلاكه؛ كالطعام، وفيه مسائل:

إحداها: يجب التملك في الطعام، كما في الكفارة، وكذا حُكْمُ الْإِدَامِ، وَمَا  
يُسْتَهْلِكُ مِنْ آلَةِ التَّنْظِيفِ، كَالدَّهْنِ وَالطَّيْبِ<sup>(١)</sup>، وَإِذَا أَخَذَتِ الْمَرْأَةُ نَفَقَتَهَا فَلَهَا إِبْدَالُ  
الْمَأخُودِ، وَالتَّصَرُّفُ فِيهِ بِالْبَيْعِ وَالهَبَةِ وَغَيْرِهِمَا، لَكِنْ لَوْ قَتَرَتْ عَلَى نَفْسِهَا بِمَا يَضُرُّ بِهَا  
فَلَهُ الْمَنْعُ، وَنَفَقَةُ الْخَادِمَةِ يَجِبُ فِيهَا التَّمْلِكُ أَيْضاً، وَذَكَرَ صَاحِبُ الْكِتَابِ أَنْ فِي تَصَوُّرِهِ  
عُسْرًا؛ لِأَنَّ الرِّقِيقَةَ لَا تَمْلِكُ، وَالْحَرَّةُ الْمَسْتَأْجِرَةُ بِأَجْرَةٍ لَا تَسْتَحِقُّ إِلَّا الْأَجْرَةَ، وَإِنَّمَا  
يُتَصَوَّرُ ذَلِكَ فِي حَرَّةٍ وَعُدَّتْ بِأَنْ تَخْدُمَ بِالنَّفَقَةِ، فَتَطَالِبُ كُلَّ يَوْمٍ بِالنَّفَقَةِ كَالْمَرْأَةِ،  
وَتَسْتَحِقُّ التَّمْلِكَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ عَقْدًا لَازِمًا، وَكَانَ لَهَا أَنْ تَرُدَّ النَّفَقَةَ إِذَا بَدَأَ لَهَا،

(١) قضيته اشتراط الإيجاب والقبول فيه، وفي البيان قبيل باب الإعسار بالنفقة أن أصحابنا البغداديين  
قالوا: إن الذي يستحق عليه دفع النفقة والكسوة ولم يذكر أحد فيهم أنه يجب عليه أن يملكها ذلك .  
وأما المسعودي فقال: يجب عليه أن يملكها الحب . انتهى وكلام الشيخين يوافق كلام المسعودي  
وهو الظاهر .



وهذا مأخوذ من الإمام في غالب الظن، ولك أن تقول: قد تقدم أن موضع نفقة الخادمة ما إذا أخذتها بخادمتها المملوكة أو الحرّة، غير المستأجرة فإن كانت مملوكة لها فيملكها نفقتها، كما يملكها نفقة نفسها، وإن كانت حرّة، فيجوز أن يقال: يملكها نفقتها، كما يملك الزوجة نفقتها، وتستحق المرأة المطالبة بذلك، لتوفّر حقّ الخدمة، ويجوز أن يقال: يملك الزوجة؛ لتدفعها إلى الخادمة؛ وعلى هذا، فلها أن تتصرّف في المأخوذ، وتكفي مؤنة الخادمة من مالها.

ولو أخذت الزوجة النفقة فتلفت في يدها أو سرقت، لم تلزم الزوجة مرة أخرى.

الثانية: الذي يجب تملكه من الطعام الحب، كما في الكفارات لا الخبز والدقيق، فإنهما لا يصلحان لكل ما يصلح له الحب فلو طلبت غير الحب، لم تلزمه الإجابة، ولو بذل غيره من خبز ودقيق ودرهم وثوب، عوضاً، لم يلزمها القبول، وهل عليه مع [الحب مؤنة] (١) الطحن والخبز؟ فيحصل ما قيل فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو الذي أورده القاضي ابن كج: أنها لا تلزم كما في الكفارات.

والثاني: عن الحاوي: أن المرأة إن كانت من أهل السواد الذين عادتهم الطحن والخبز بأنفسهم، لم تجب المؤنة على الزوج، وإن كانت من غيرهم، وجبت.

وأظهرها، وهو الذي أورده في الكتاب: أنها تجب؛ لأنها في حبسه، فعليه أن يكفي مؤنتها بخلاف ما في الكفارات؛ وعلى هذا، فيلزم مؤنة طبخ اللحم، وما يطبخ به، ولو باعت الحب المأخوذ أو أكلته حباً، ففي استحقاق مؤنة الإصلاح احتمالان للإمام:

أحدهما: الاستحقاق؛ لأنه بعض ما وجب عليه.

وثانيهما: المنع؛ لأنها تجب تبعاً للحب؛ فلا تُقرّد بالإيجاب وقد يؤيد ذلك بأنهم ذكروا أن الزوج يُخير بين أن يبذل المؤنة مع الحب، وبين أن يكفيها مؤنة الطحن والخبز بنفسه، أو بأن يقيم لذلك من يتولاه، ولو مكناها من التصرف في المأخوذ وطلب المؤنة، بطلت خيرته.

وليس له أن يكلفها الأكل معه لا مع التملك ولا دونه؛ لأنها حينئذ لا تتمكن من التصرف فيه كما تريد، ولو كانت تأكل معه على العادة، ففي سقوط نفقتها وجهان:

أقيسهما: وهو الذي ذكره الرُوياني في «البحر»: أنها لا تسقط، وإن جرى على ذلك سنيين؛ لأنه لم يؤدّ الواجب، وتطوّع بما ليس بواجب.

والثاني: تسقط؛ فإنه اللائق بالباب، وسماه أحسن الوجهين؛ لجريان الناس عليه

(١) في ز: الخصومة.

في الأعمال، واكتفاء الزوجات به، وقال في «الوسيط»: لو طلبت المرأة النفقة للزمان الماضي، والصورة هذه، لا تُستنكر، و[بنى] بعضهم هذا الخلاف على الخلاف في المعاطاة، هل تَجْعَلُ بيعاً؟ وقال: إن جعلناه بيعاً برئت ذمته عن النفقة، وإلا لم تبرأ، وعليها غرامة ما أكلت، وليكن هذا مُفْرَعاً على جواز اعتياض الخُبْز عن النفقة؛ ليجعل ما جرى قائماً مقام الاشتراط، وفي جواز الاعتياض خلاف سيأتي - إن شاء الله تعالى - ثم الوجهان فيما إذا كانت المرأة بالغة أو صغيرة، وكانت تأكل معه بإذن القيم، فأما إذا لم يأذن القيم، فالزَّوْج متطوِّع، ولا تسقط [نفقتها] <sup>(١)</sup> بلا خلاف <sup>(٢)</sup>.

ولو اعتاضت عن النفقة دراهم أو دنانير أو ثياباً ففي جوازه وجهان: وجه المنع: أنه طعام يثبت في الذمة عوضاً، فلم يجز الاعتياض عنه قبل القبض، كالمُسْلَم فيه، وأيضاً، فهو يَبِيعُ طعام في الذمة فأشبهه ببيع طعام الكفارة. ووجه الجواز وهو اختيار أبي إسحاق، والأصح <sup>(٣)</sup> أنه طعام مستقر في الذمة لمعيّن، فأشبهه المعاوضة مع الطعام المغصوب المثلف، ويُخْرَجُ عليه المُسْلَم، فيه، فإنه غير مستقر، وطعام الكفارة فإنه لا يستقر لمعيّن، ولو اعتاضت عنه الخُبْز أو الدقيق أو السويق، فوجهان أيضاً: ووجّه الجَوَاز بأنها تستحق الحَبَّ والإصلاح، فإذا أخذت الطعام المصلح، فقد أخذت حقّها لا عوضه، وأيضاً قد يَشُقُّ عليها تكلف الإصلاح والمعالجة، وعليه بَدَلُ المؤنة.

(١) في ز: بعضها.

(٢) قال الشيخ البلقيني: كلامه يشمل الحرة والأمة والرشيده والسفيهة. أما الأمة فقد ذكرها في فرع في الظرف الرابع فيمن له حق الفسخ وصحح ما اقتضاه كلامه هنا خلافاً للمتولي. وأما السفيهة فينبغي أن يكون حكمها حكم الأمة كما جعل قبض السفيه والعبد في عوض ما خالعا عليه واحداً. وإن اعتبر هناك الإذن. وإن كانت السفيهة كالأمة لا يحسن قول المنهاج إلا أن تكون غير رشيده ولم يأذن وليها في النفقة. انتهى كلام الشيخ في حاشيته. وقال في التدريب: ولو أكلت السفيهة مع زوجها على العادة سقطت نفقتها وإن لم يأذن الولي خلافاً لما في المنهاج فتزويجه في ذلك إذن كالأمة لا إن كان المتزوج غير ولي المال. انتهى.

(٣) محل الخلاف ما إذا اجتاضت عن النفقة الماضية، أما إذا اعتاضت عن النفقة المستقبلية فلا يصح التعويض قطعاً لأن النفقة الماضية دين فيصح التعويض عنه بخلاف المستقبلية فإنه يبيع ما لم يجب، وموضع صحة الاعتياض عن النفقة الماضية إذا كانت دراهم أو دنانير مثلاً إذا كانت معينة أو في الذمة أو قبضها في المجلس فأما إذا تفرقا قبل قبض ما في الذمة فإنه يبطل ما جرى من الاعتياض، ولو عين في المجلس ما في الذمة ويفترقا قبل قبضه.

قال في الخادم: فقضية ما سبق في الاستبدال الجواز واختار بعض فقهاء العصر المنع، لأنه لم يخرج بذلك أنه لو أقر لزوجه كذا من الدراهم عوضاً عن نفقتها لا يصح هذا الإقرار وكذلك في الكسوة.

قال الزركشي: ينبغي أن يصح تخريجاً من تعقيب الإقرار بما يرفعه انتهى.

والمنع بما سبق، وأيضاً، فإن بَيْعَ الحِنْطَةِ بالخبز والدقيق رِباً، ورتب في الكتاب لهذا المعنى الخلاف في اعتياض الخُبْزِ على الخلاف في اعتياض الدَّرَاهِمِ، وجعلهُ أوَّلِي بالمنع، وإلى ترجيح المنع ذهب أصحابنا العراقيون، وتابعهم القاضي الرُّويانِيُّ وغيره، وأجاب صاحب «التهذيب» بالجواز، ولم يذكر فيه خلافاً مع حكاية الخلاف في اعتياض الدراهم والدينار، والأوَّل أقوم.

ولا يجوز الاعتياض عن النفقة للزمان المستقبل، ولا أن تباع النفقة [الحالة] من غير الزوج [قبل قبضها] بحال.

**الثالثة:** النفقة تستحق يوماً فيوماً، ولها المطالبة بها صبيحة كل يوم، إذا طلع الفجر، هكذا ذكره الأصحاب، وفي «المهذب»: إذا طلعت الشمس<sup>(١)</sup>، ولا يلزمها الصبر إلى الليل؛ لأنها تحتاج إلى الطخن والخبز، فلو لم تُسَلِّمَ إليها في أوَّل النَّهَارِ، لم تنله عند الحاجة.

ولو ماتت في أثناء النَّهَارِ، أو طَلَّقَهَا، لم يكن له الاسترداد، ويكون المدفوع من تركتها لوجوبه بأول النهار، ولو ماتت أو طَلَّقَهَا في أثناء النهار، ولم يَدْفَعْ إليها نفقة اليوم، كانت دَيْناً عليه، هذا هو ظاهر المذهب المشهور وفي كتاب القاضي ابن كج حكاية وجه: أن له الاستِزْدَادَ وإن نشزت في أثناء النهار، فله الاسترداد<sup>(٢)</sup>، وكان ذلك لِمَنْعِهَا من النشوز، ولو سَلِّمَ إليها نفقة شَهْرٍ أو أيام، فهل تَمَلِّكُ الزيادة على نفقة اليوم؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن سبب الاستحقاق غَيْرُ مَتَيَّنٍ، فقد يموت أو تموت.

وأشبههما: وهو ظاهر ما قاله ابن الحدَّاد: أنها تملكها كالأجرة والزكوات المَعَجَّلَةَ؛ وعلى هذا، فلو نشزت، ليسترد نفقة المدة الباقية، ولو ماتت [أو] طلقها، فوجهان؛ تفريعاً على ظاهر المذهب [في] نفقة اليوم الواحد:

أحدهما: وبه قال أبو حنيفة: أنه لا يسترد؛ لأنها صلة اتصل بها القبض.

وأصحهما: الاسترداد، وبه قال أحمد - رحمه الله - لأنه دفع عما يلزمه، ويستقرُّ عليه في المستقبل، فإذا تبين خلافه، استرد كالزكاة المعجلة، وإذا قلنا: لا تملك ما زاد على نفقة يوم واحد، فكلما دخل يوم، مَلَكْتُ مقدار نفقته ونفقة الخادمة في وقتٍ

(١) قال في الخادم: يستثنى من إطلاقهم يوماً فيوماً ما لو أراد سرفاً طويلاً فإن البغوي قال في فتاويه: إن لامرأته مطالبته بنفقتها لمدة ذهابه ورجوعه كما لا يخرج إلى الحج حتى يترك لها هذا القدر، واستشكله في الخادم واستبعده ونقل عن الأصطخري حكاية قولين وأنه رجح المنع.

(٢) محل القطع بالاسترداد أن يسترد ما بعد النشوز أما استرداد ما قبل النشوز ففيه خلاف والأصح نعم.

وجوب التسليم، وفي استرداد المُسَلَّم إليها كنفقة المخدومة بلا فرق.

القسم الثاني: من الواجبات: ما ينتفع به مع بقاء عَيْنِهِ، كالكسوة، وفي وجوب تملكها وجهان:

أحدهما: لا يجب، وبه قال ابن الحدّاد؛ لأن عين الكسوة لا تُملِك في الانتفاع، فيُعْطَى امتاعاً لا تملكاً كالمسكن والخدم.

ويقال: إن هذا قضية نصه في «الإملاء»، وهو اختيار القائل.

وأصحهما: على ما ذكر صاحب «المهذب» والتهذيب والقاضي الروياني، ويُنسب إلى النص: أنه يجب لها كما في النفقة، والإدام، وكما في كسوة الكفارة، وليست الكسوة كالمسكن، فإن الكسوة تُدْفَع إليها، والمسكن لا يدفع إليها وإنما يسكنها الزوج معه، ويجري الخلاف في كسوة الخادمة وطرده صاحب «التهذيب» في كل ما يُنتَفَعُ به مع بقاء عينه؛ كالفُرْشِ وظروف الطعام والشراب والمشط من آلات التنظيف، وألحق صاحب الكتاب في «البيسط» الفُرْشَ والظروف بالمسكن، وأخرجهما عن حيز الخلاف، وهو قضية قوله ها هنا «كالمسكن والأثاث»، ويتفرّع على الخلاف المذكور صُوْرُ تَقَدُّمِ عليها: أن الكسوة تُدْفَعُ إليها في كل ستة أشهر<sup>(١)</sup>، ثم تُجَدِّدُ كسوة الصيف للصيف، وكسوة الشتاء للشتاء، وأما ما يبقى سنة وأكثر؛ كالفرش والبسط والمشط، فإنما تُجَدِّدُ في وقت تجديده، وكذلك جِيَّةُ الخَزْ والإبريسم، لا يجدد في كل شتوة، وعليه تطريتها على العادة.

وأما الصور، فمنها:

لو سلّم إليها كسوة الصيف، فتَلِفَتْ في يدها قَبْلَ مُضِيِّ الصيفِ مِنْ غيرِ تَقْصِيرٍ، فعليها الإبدال، إن قلنا: الواجب في الكسوة الإمتاع، وإن أوجبنا التملك، لم يَلْزَمَهُ<sup>(٢)</sup>

(١) التقدير بستة أشهر لم أجد له دليلاً وغاية ما ذكره العراقيون في توجيهه أن العادة أن الثياب تبلى في هذا القدر من الزمان.

وقضية هذا التعليل عدم الوقوف مع التحديد وتعليل الحكم بما يغلب عرفاً ولا شك أن الأقطار تختلف بل النسوة يختلف حالهن في إيلاء الثياب وبقائها لأجل كثرة الامتهان أو قلته وضعف البدن وقوته وخفة اللبس وكثرته، والبلاد تختلف لفرط الحر أو البرد فلو كان كذلك فالواجب التجديد عند البلاء والحاجة بحسب عاداتهم من غير تجديد بزمن معين.

(٢) قال الشيخ البلقيني: لا اختصاص لذلك بالزوجة بل المطلقة طلاقاً باتناً إذا كانت حاملاً ودفع لها كسوة فصل ثم وضعت الولد بعد شهر ونحوه لم يسترجع منها ما دفعه إليها على الأصح كما لو مات وصرح بذلك النووي في فتاويه.

ثم قال الشيخ: لكن إذا طلقها في أثناء الفصل قبل أن يدفع لها الكسوة أو مات أحدهما فهل يقال =

البدل؛ لأنه قد وَفَّى ما عليه، فأشبهه ما إذا مَلَكَها النفقة فتلفت في يَدِها، ودُكِرَ وجهه ضعيفٌ: أنه يلزمه البدل؛ لأن المقصود الكفاية.

فلو أَتَلَفْتَ هي بِنَفْسِها، لم يلزم الإبدال، إن قلنا بالتمليك وإن قلنا بالإمتاع، فعليها قيمة ما أَتَلَفْتَ، وعليه الإبدال، وأورد في «البيسط» احتمالاً فيه أخذاً من وجوب التجديد، إذا طَلَّقَ الأبُ بعد الإعفاف، قال: ولكن هذا إنما يَتَّجِه في أنها، هل تُطالِبُ قَبْلَ أن تُضَمَّنَ القيمة؟ ولا يَتَّجِه في الأضل، فإنها إذا ضَمِنَتْ ما أَتَلَفْتَ، فكأنها لم تُتَلَفْ بخلاف الأب، ولو تَخَرَّجَتْ الكُسوة قبل مَجِيء وقت التخرق؛ لكثرة ترددها فيها، وتحاملها عليها، فهو كما لو أَتَلَفْتُها.

ومنها: لو سَلَّمَ إليها كُسوة الصَّيْف، فماتت في أثنائه أو مات الزوج، أو طَلَّقَها، [فيسترد]، إن قلنا: إنَّ الواجب الإمتاع، وإن قلنا: الواجب التملك، فلا يسترد، والصيف بالنسبة إلى كُسوة الصيف، كاليوم بالنسبة إلى النفقة، هذا هو الظاهر.

وفيه وجه: أنها تُسترد؛ لأنه أعطائها للمدة المستقبلية، فأشبهه ما إذا أعطائها نفقة أيام، ويمكن تنزيل وجه الاسترداد على الوجه القريب الذي ذكره القاضي ابن كج في نفقة اليوم الواحد مع تسليم أن كُسوة الصيف كنفقة اليوم.

ومنها: إذا لم يَكْسُها مَدَّة، صارت الكُسوة دَيْناً عليه، إن أوجبنا التملك، وإن قلنا: إن الواجب الإمتاع، لم تَصِرْ دَيْناً.

ومنها: لا يجوز الاعتياض عن الكسوة على وجه الإمتاع، كما لا يجوز للقريب أن يعتاض عن النفقة، وعلى وجه التملك في جواز الاعتياض الخلاف المذكور في الاعتياض النفقة، قاله في «التتمة».

ومنها: لو أعطائها كُسوة الصَّيْف، فمضى الصيف، وهي باقية لرفقها بها، فعليه كُسوة الشتاء، إن قلنا بوجوب التملك.

= يجب الكسوة كلها لنفقة اليوم أم ينضبط فيه احتمال، والقياس إيجاب الكل ولا يهول بأن يحصل ذلك بعد مضي لحظة من الفصل لأن ذلك جعل وقتاً للإنجاب لا فرق بين أن يمضي بعده كثير من الزمان أو قليل أو لم يمض شيء والقول بالتقسيم وإن كان يظهر في مبادئ الرأي إلا أنه يلزم عليه الفرق بينه وبين النفقة، والفرق بينه وبين ما إذا دفع، ثم حصل فراق وأيضاً فالتقسيم في النفقة لم يعهد إلا على وجه في الأمة والحررة لو سلمت نفسها ليلاً ونهاراً وأما تقسيم الكسوة فليس بمنقول فيرجع بمقتضى ذلك إيجاب الكل والله أعلم.

وعليه لو نشزت في أثناء الفصل استرد وعلى التقسيط يسقط من النشوز لا قبله وإطلاق الحاري إليه يقتضي سقوط الكل في النفقة والكسوة فيدل لإيجاب الكل في مسألة الموت والطلاق.

وعلى الوجه الآخر: لا يلزمه إلا ما يزداد للشتاء، حتى يَبْلَى ما عندها.

ومنها: أن له أن يأخذ المدفوع إليها ويعطيها غيره على وجه الإمتاع، ولا يجوز على وجه التملك إلا برضاها ما لو ألبسها ثياباً مستعارة أو مستأجرة، لم يَجُزْ على وجه التملك، ولها أن لا تَرْضَى بها، ويجوز على وجه الإمتاع، فلو تَلَفَ المستعارُ، فالضمان على الزوج.

ومنها: لا يَصِحُّ منها بيعُ المأخوذ على وجه الإمتاع، ويصحُّ على وجه التملك كما في القوت والأدم؛ وعلى هذا، فعن أبي إسحاق: أن لها أن تلبس ما دون المأخوذ، كما في النفقة، والظاهر المنع؛ لما للزوج من غرض التزوين<sup>(١)</sup> والتجمل، والله أعلم.

قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ:

### البَابُ الثَّانِي فِي مُسْقَطَاتِ النَّفَقَةِ

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَتَجِبُ النَّفَقَةُ بِالْعَقْدِ بِشَرْطِ عَدَمِ النُّشُورِ، وَعَلَى قَوْلِ تَجِبُ بِالتَّمْكِينِ، فَعَلَى هَذَا لَوْ تَنَازَعَا فِي النُّشُورِ فَعَلَيْهَا بَيِّنَةُ التَّمْكِينِ، وَعَلَى الْقَوْلِ الْأَوَّلِ عَلَيْهِ بَيِّنَةُ النُّشُورِ، وَتَسْتَحِقُّ الَّتِي لَمْ تُزَفَّ عَلَى الْقَوْلِ الْأَوَّلِ إِذَا كَانَتْ سَاكِنَةً إِذْ لَا نُشُورَ، وَلَا تَسْتَحِقُّ عَلَى الثَّانِي إِذْ لَا تَمْكِينَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَقْدَمَةُ الْبَابِ أَنَّ النَّفَقَةَ تَجِبُ بِالْعَقْدِ أَوْ بِالتَّمْكِينِ.

اعلم أن الشيء قد يثبت في الذمة ويتأخر وجوب تسليمه كالدين المؤجل، ولا خلاف في أن وقت وجوب التسليم في النفقة صبيحة كل يوم، وفي الكسوة أول كل صيف وشتاء على ما مرَّ، وذلك بعد حصول التمكن.

وأما وقت ثبوتها في الذمة فلا شك أن للنفقة تعلقاً بالعقد والتمكن جميعاً، فإنها لا تجب قبل العقد، ولو نشزت بعد العقد، لم تُطالَبْ بالنفقة، واختلف القول في أنها بم تجب؟ فالقديم أنها تجب بالعقد، كالمهر، ولا تجب بالتمكن؛ بدليل وجوبها للمريضة والرتقاء، لكن لو نشزت، سقطت النفقة، فالعقد مُثَبَّتٌ، والنشورُ مُسْقَطٌ، فإذا حصل التمكن، استقر الواجب يوماً فيوماً، كالأجرة المعجلة، إلا أن الأجرة يَجِبُ

(١) نقل الشيخ في المهذب عن الماوردي تفصيلاً في المسألة فقال: إن أرادت بيعها بما دونها في الحال لم يجز لأن للزوج حقاً في جمالها وعليه ضرر في نقصانه ونازعه صاحب الوافي بأن صاحب الحاوي لم يضفه إلى نفسه.

تسليمها بالعقد جملة؛ للعلم بها، وجملة النفقة غير معلومة؛ لأن نهاية النكاح غير معلومة.

والجديد: أنها لا تجب بالعقد؛ لأن المهر يجب به، والعقد لا يوجب عوضين مختلفين، ولأن النفقة مجهولة الجملة، والعقد لا يوجب مالاً مجهولاً وإذا لم تجب بالعقد فتجب بالتمكين يوماً فيوماً<sup>(١)</sup>.

وما حال القولين؟ قال أبو الفرج السرخسي: هما المذكوران في «الإملاء».

وقال قائلون: هما مستخرجان من معاني كلام الشافعي - رضي الله عنه - غير منصوص عليه، ويدل عليه شيثان:

أحدهما: أن أبا نصر بن الصَّبَّاح في آخرين: ذكروا أن القديم مأخوذ من تجويزه في القديم ضمان نفقة المدة المستقبلية، فإن الشافعي - رضي الله عنه - لا يجوز ضمان ما لم يجب، لكن قد مر في «كتاب الضمان» نقل قول عن القديم: أنه يجوز ضمان ما لم يجب.

والثاني: عن صاحب «الحاوي»، ونقل اختلاف الأصحاب في تجويزه عن سبب النفقة، فالبغداديون علّقوها بالتمكين، وجعلوا سبق العقد شرطاً، فقالوا: تجب بالتمكين المستند إلى العقد، والبصريون قالوا: تجب بالعقد؛ بشرط التمكين، فردّ الأمر إلى كلام الأصحاب، وتصرفهم، ثم ذكر في الكتاب من فوائد القولين صورتين:

إحدهما: لو اختلفا في التمكين، فقالت المرأة: مكنت نفسي إليك [من] وقت كذا، وأنكر ولا بينة، فإن قلنا: إن النفقة تجب بالتمكين، فالقول قول الزوج، وعليها البيّنة؛ لأن الأصل عدم التمكين، وهو الأصح، وإن قلنا: تجب بالعقد، فالقول قولها؛ لأن الأصل استمرار ما وجب بالعقد، وهو يدعي السقوط، فعليه بيّنة النشوز المُسقط. هذا هو المشهور، وأشار الروائي إلى طريقة قاطعة بأن القول قول الزوج.

ولو توافقا على تسليمها نفسها، وقال الزوج: قد أدّيت نفقة المدة الماضية، وأنكرت الزوجة، فالقول قولها، سواء كان الزوج حاضراً عندها أو غائباً، وعن مالك - رحمه الله -: أنه إذا كان حاضراً عندها، فالقول قوله؛ لأن معاشرتها إياه تدلّ على أخذها النفقة.

(١) مقابل الجديد ليس قديماً محضاً فيه قول في الجديد نص عليه في البويطي وأنه أحب القول للشافعي وقال الشيخ البلقيني: البائن الحامل من الزوج لو عقد عليها فهل يقول يستمر وجوب النفقة من غير احتياج إلى التمكين على مقتضى الجديد لأنها كانت واجبة قبل العقد أم يقول لا بد من تمكين جديد لإيجاب نفقة الزوجة سئلت عن هذه واستقر جوابي والظاهر الوجوب.

**الثانية:** إذا لم يطالبها الزوج بالزفاف، ولم تمتنع هي منه، ولا عَرَضَتْ نفسها عليه، وَمَضَتْ على ذلك مدة، فتجب نفقة تلك المدة، إن أوجبت النفقة بالعقد لوجود المُوَجِّبِ وَعَدَمِ المُسْقِطِ، وهو النشوز، وإن أوجبت بالتمكين، لم تجب؛ إذ لا تَمَكِّينَ.

وقوله في الكتاب: «تجب النفقة بالعقد بشرط عدم النشوز» ليس المراد أن عدم النشوز شرط الوجوب، وإلا، لم يكن العقد موجباً بمجرده، ولم يَسْتَمِرَّ قَوْلُنَا في الصورة الأولى: «إن الأصل استمرار ما أوجب بالعقد»، وإنما المعنى أنها تَبَقَى بشرط عدم النشوز، فالعقد على هذا القول مُوجِبٌ، والنشوز مُسْقِطٌ.

وقوله: «فعلى هذا، لو تنازعا في النشوز» كذلك ذَكَرَهَا هنا، وفي «الوسيط»، ولفظ الأكثرين: «لو تنازعا في التمكين» كما ذكرنا، وكذلك هو في «السيط»، ويُشبهه أن يكون الذي ذَكَرَهُ ها هنا مَحْمُولاً عليه، فأما إذا توافَقَا على حُصُولِ التمكين، واختلفا في أنها هل نَشَزَتْ، وَخَرَجَتْ عن طاعته؟ فينبغي أن يُقَطَّعَ بتصديقها؛ فإن الأصل عدم النشوز واستمرار الواجب، وهكذا ذكره القاضي ابن كج - رحمه الله - بعدما أجاب فيما إذا اختلفا في أصل التمكين بأن القول قوله. وحكي مع ذلك وجهاً ضعيفاً: أن القول قولها؛ لأن الأصل براءة الذمَّة.

وقوله في الكتاب: «إذا كانت ساكنة» يجوز أن تقرأ بالتاء أي «سَاكِنَةٌ» عن العرض، وطلب الزفاف، ويجوز أن تقرأ «سَاكِنَةٌ» بالنون أي لم يكن منها امتناع وعصيان، قال الأصحاب: وإذا سلَّمت المرأة نفسها إلى الزوج، فعليه النفقة من وقت التسليم، ولو بعثت إليه؛ أُنِّي مسلَّمةً نفسي إليك، فعليه النفقة من وقت ما بَلَغَهُ الخبر فإن كان غائباً، فترفع الأمر إلى الحاكم، وتُظْهَر له التسليم والطاعة، ليكتب إلى حاكم بَلَدِ الزوج؛ ليحضره ويُعَلِّمَهُ الحال، فإن شاء، سار إليها كما أعلمه، وتسلَّمها، أو بعث وكيلاً فتسلَّمها، وجبت النفقة من وقت التسليم<sup>(١)</sup>، فإن لم يفعل، ومضى زمان، إمكان الوصول إليها فرض القاضي نفقتها في ماله وجعل كالتسلُّم لها؛ لأن الامتناع<sup>(٢)</sup> منه. قال في «التتمة»: ولو لم يعرف موضعه، فالحاكم يَكْتُبُ إلى حكام البلاد الذي تَتَوَجَّه

(١) ما جزم به فيما لو بعث وكيلاً يتسلمها أن النفقة تجب من التسليم. قال في المطلب: لا نزاع فيه، وفي الكافي: أنها لو أرسلت إليه رسولاً على أن يسلم نفقتها إليه لزمه النفقة من حين وصول الخبر إليه، ولعله محمول على ما إذا كان في البلد كما يدل عليه كلام التهذيب.

(٢) وما جزم به من فرض القاضي النفقة من حين إمكان وصوله هو المشهور وعليه نص في الأم في كتاب القسمة والنشوز، ونسبه الماوردي للبغداديين. وقضية كلام الكافي وجوبها بالعرض على القاضي، وفي الحاوي أنه على قول البصريين تجب نفقتها من حين الشروع في التسليم أي وهو من وقت الرفع إلى القاضي.



إليها القوافل من تلك البلدة في العادة؛ لِيُطَلَّبَ، وينادى باسمه، فإن لم يظهر، فَرَضَ الحاكمُ نفقتها من ماله الحاضر وأخذ منها كفيلاً<sup>(١)</sup> بما يُضَرَفُ إليها؛ لأنه لا يؤمن أن تظهر وفاته أو طلاقه، ومن الأصحاب من لم يتعرَّض للرفع إلى القاضي، ولا لكتابه، وقال: تجب النفقة من حين يصل الخبر إليه، ويمضي زمان إمكان القدوم عليها وهكذا أوردته صاحب «التهذيب»، ولو لم تعرِّض المرأة نفسها على الزوج الحاضر أو الغائب، ولا بعثت إليه فلا نفقة لها، وإن طالت المدة، إذا فرغنا على أن النفقة تجب بالتمكين.

وعَيَّبَةُ الزوج بعد التسليم، لا تُؤثِّر ما دامت مقيمة على طاعته وإن طالت المدة، [وهذا] كله فيما إذا كانت المرأة عاقلةً بالغةً، فأما المراهقة والمجنونة، فلا اعتبار بعرضها وبذلها الطاعة، وإنما الاعتبار في حقهما بعرض الولي وبذله ولو سلَّمت المراهقة نفسها، وتسَلَّمها الزوج، ونَقَلها إلى داره، وجَبَتِ النِّفْقَةُ وكذا لو سلَّمت المرأة نفسها إلى الزوج المراهق بغير إذن الولي وجبت النفقة بخلاف تسليم المبيع إلى المراهق؛ لأن المقصود هناك أن تصير اليد للمشتري، واليد في عقد المراهق للولي لا له، والله أعلم.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَمَوَانِعُ النَّفْقَةِ أَرْبَعَةٌ: الْمَانِعُ الْأَوَّلُ: النُّشُورُ وَمَنْعُ الْوَطْءِ وَالْأَسْتِخْتِاعِ نُشُورٌ، وَالْخُرُوجُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ نُشُورٌ، وَالْخُرُوجُ فِي بَعْضِ الْيَوْمِ يَسْقِطُ بَعْضَ النَّفْقَةِ عَلَى وَجْهِهِ، وَجَمِيعَهَا عَلَى وَجْهِهِ، وَتَجِبُ النَّفْقَةُ لِلرِّتْقَاءِ وَالْمَرِيضَةِ وَالْمَجْنُونَةِ فَإِنَّ هَذِهِ أَعْدَارٌ دَائِمَةٌ، وَتَسْقِطُ بِنُشُورِ الْمَجْنُونَةِ، وَلَوْ خَرَجَتْ فِي حَاجَةِ الزَّوْجِ بِإِذْنِهِ فَلَهَا النَّفْقَةُ، وَإِنْ خَرَجَتْ فِي حَاجَةِ نَفْسِهَا فَقَوْلَانِ، وَإِذَا أَمْتَنَتْ عَنِ الرِّفَافِ بِغَيْرِ عُدْرِ فَنَاشِرَةٌ، فَإِنْ كَانَتْ مَرِيضَةً يَضُرُّ بِهَا الْوَطْءُ فَمَعْدُورَةٌ، وَلَا يُؤْتَمَنُ الرَّجُلُ فِي قَوْلِهِ: لَا أَطُوعُهَا، وَإِنْ أَنْكَرَ كَوْنَ الْوَطْءِ مُضِرًّا ثَبَتَ بِقَوْلِ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ، وَهَلْ يَثْبُتُ بِقَوْلِ وَاحِدَةٍ؟ فِيهِ خِلَافٌ، وَلَوْ نَشَرَتْ بِالْخُرُوجِ عَنِ الْمَسْكَنِ فَعَابَ الزَّوْجُ فَعَادَتْ لَمْ تَعُدْ النَّفْقَةُ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ حَتَّى يَفْضِيَ الْقَاضِي بِطَاعَتِهَا أَوْ يَرْجِعَ الزَّوْجُ أَوْ تَنْقَضِيَ مُدَّةُ إِمْكَانِ الرَّجُوعِ، وَإِذَا سَقَطَ نَفْقَتُهَا بِرِدَّتِهَا عَادَتْ بِمُجَرَّدِ إِسْلَامِهَا دُونَ قَضَاءِ الْقَاضِي عَلَى أَفْقِهِ الطَّرِيقَيْنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لَا نَفْقَةَ لِلزَّوْجَةِ النَّاشِزِ لِأَنَّ النِّفْقَةَ وَجِبَتْ لَكُونِهَا مَعْطَلَةٌ الْمَنَافِعِ؛

(١) استشكل أخذ الحاكم الكفيل فإن المذكور في باب القضاء على الغائب أنه لا يؤخذ من المدعي كفيل، وأجاب الشيخ جلال الدين البلقيني فقال: هذا لا يخالف المذكور في القضاء على الغائب من أن الأصح أنه لا يأخذ من صاحب الدين كفيلاً لأن الدين هناك ثابت، وإنما يحتمل الدافع، وأما هنا فالدين معرض للسقوط، وقضيته أن يجري في كل دين يكون كذلك كتمن مبيع ادعى به على غائب في زمن خيار شرط ونحو ذلك.

بسبب الزَّوْجِ مَحْبُوسَةً عِنْدَهُ وَلِهَذَا لَوْ امْتَنَعَ مِنَ الْإِنْفَاقِ، كَانَ لَهَا أَنْ تَمْتَنَعَ مِنَ التَّمَكِينِ، فَإِذَا تَشَرَّتْ عَلَيْهِ، سَقَطَ مَا يُقَابِلُ التَّمَكِينِ، وَلَوْ نَشَزَتْ فِي بَعْضِ النَّهَارِ، فَهَلْ لَهَا بَعْضُ النَّفَقَةِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ يُقْرَبَانِ مِنَ الْخِلَافِ، فِيمَا إِذَا سَلَّمَ السَّيِّدُ الْأُمَّةَ لَيْلًا لَا نَهَارًا:

أحدهما: أنه لا شيء لها؛ فإن نفقة اليوم لا تتبع بعض؛ ألا ترى أنها تُسَلَّمُ دَفْعَةً وَاحِدَةً، وَلَا تَفْرَقُ غَدَاءً وَعِشَاءً.

والثاني: أنها توزع بحسب زمان الطاعة والنشوز، واستثنى عن التوزيع هكذا ما إذا أطاعت نهاراً ونشزت ليلاً أو بالعكس، وحكم بشرط النفقة، كما مر في مسألة الأمة، ولم يُنظر في الليل والنهار إلى الطول والقصر، وبالوجه الثاني أجاب أبو الفرج السرخسي.

ومنهم: من رجح الأول، وهو أوفق لما سبق من مسألة الأمة.

ونشوز المجنونة والمراهقة كنشوز العاقلة البالغة؛ لاستواء الفعلين في التفويت على الزوج.

ثم فيه مسائل:

إحداها: الامتناع عن الوطء والاستمتاع وعن الزفاف من غير عذر نشوز، فلو قالت: سلم المهر لأسلم نفسي، فإن جرى الدخول أو كان الصداق مؤجلاً، فهي ناشزة؛ إذ ليس لها حبس نفسها، والحالة هذه، وإذا لم يجر دخول، والصداق حال، فلها النفقة من حينئذ. هذا هو الأظهر، وفيه خلافٌ مذكورٌ في الصداق، والمؤجل إذا حلَّ كالحال أو كالمؤجل، فيه خلافٌ، وبالثاني أجاب في «التهذيب» لأن العقد لم يثبت هذا الجنس، ولو كانت مريضة أو كان بها قرح يضرها الوطء، فهي معذورة في الامتناع عن الوطء وعليه النفقة إذا كانت عنده، وكذا لو كان الرجل عبلاً لا يحتمله، فإن أنكر القرح المانع من الوطء، فلها إثباته بقول النسوة، وتكفي امرأة واحدة سلوكاً بها مسلك الأخبار، أم لا بد من أربع نسوة؛ لأنها شهادة مُسْقِطَةٌ لحق الزوج؟ فيه وجهان:

وبالأول، قال<sup>(١)</sup> أبو إسحاق، والأظهر: الثاني، وكذا لو أنكر الضرر من جهة العباله وكبير الآلة يُزجَع فيه إلى النسوة، ولا بأس أن ينظرن إليها عند اجتماعهما؛ ليَشْهَدْنَ، وليس لها الامتناع من الزفاف بعذر عباله الزوج على ما مر في أول الصداق، ولكن لها الامتناع بعذر المرض، فإنه متوقَّع الزوال.

فإن قال الزوج: لا أطؤها حتى تبرأ الألم، لم يؤتمن فيه. هكذا أطلقه في الكتاب، وقد سبق هناك في الكتاب ما يقتضي إعلامه بالواو.

(١) في ز: أجاب.

ولو قالت المرأة، لا أُمَكِّنُ إلا في بَيْتِي أو في بيت كذا أو بلد كذا، فهي ناشزة؛ لأن التمكين التام لم يُوجَد، وهكذا لو سَلِمَ البائع المَبِيع، وشَرَطَ أن لا ينقله إلا إلى موضع كذا.

وهَرَبَتِ المرأةُ وخروجُها من بيت الزَّوج والسفر بغير إذنه<sup>(١)</sup> نُشُوزٌ أيضاً، ويستثنى عن الخروج ما إذا أشرف المنزل على الانهدام، أو كان المنزل لِغَيْرِ الزوج، فأزْعَجَت.

ولو سافرت بإذنه، فإن كان الزوج معها، أو لم يكن، وكان السفر في حاجته؛ بأن بعثها لِبَعْضِ أشغاله، وجبت النفقة، وإن كانت في حاجتها، فظاهر نصّه - رضي الله عنه - ها هنا أنه تَجِبُ النفقة، وفي غير هذا الباب أنها لا تجب، وللأصحاب طريقتان:

أحدهما: ويُخَكِّي عن أبي إسحاق: القطع بِعَدَمِ الوجوب؛ لخروجها عن قبضته، وإقبالها على شأنها، وحمل النص الأول الدال على الوجوب على ما إذا كان الزوج مَعَهَا.

وأظهرهما: أن المسألة على قولين:

أحدهما، أنها تَجِبُ؛ لأنها سافَرت بإذنه، فصار كما لو سافرت في حاجته.

وأظهرهما: وبه قال أبو حنيفة وأحمد: المنع؛ لأنها غير ممكّنة، وقد بينان على أن النفقة تَجِبُ بالعقد أو التَّمَكِينِ، إن قلنا بالعقد بشرط عدم النشوز، وَجِبَتْ؛ لأنه لا نُشُوز، وإن قلنا بالتمكين، لم تَجِبْ؛ إذ لا تمكين.

الثانية: تَجِبُ النُّفْقَةُ للمريضة والمجنونة والرتقاء والمُضْنَاة التي لا تَحْتَمِلُ الجماع، سواء حَدَثَتْ هذه الأحوال بَعْدَ ما سَلَمَتْ نفسها، وما إذا سَلَمَتْ كذلك؛ لأنّ هذه الأعدار دائمة وهي معذورة فيها، وقد سَلَمَتْ التسليم المُمَكِّن، وَتَمَكَّنَ من الاستمتاع بها من بعض الوجوه، وكذا الحُكْمُ في أيام الحَيْضِ والثَّفَاسِ، وألحق في «التهذيب» ما إذا غُصِبَتِ المرأة بما إذا هربت لا بما إذا مَرَضَتْ، وإن كانت معذورة؛ لخروجها من قبضته فوات الاستمتاع بالكلية.

الثالثة: لو نَشَزَتِ المرأةُ، فغاب الزوج، فعادت إلى الطاعة، كما إذا خرجت عن مَسْكِنِهِ بغير إذنه، ثم عادت، وهو غائب، فهل يعود الاستحقاق للنفقة؟ فيه وجهان، وفي «التتمة» قولان:

(١) قال الشيخ البلقيني: هذا إذا لم يكن مع زوجها والتحقيق فيه أنه إنما منعها من الخروج فخرجت ولم يقدر على ردها سقطت نفقتها وإلا فلا. انتهى.

وأشار في الخادم إلى ما ذكره الشيخ من التحقيق فقال: وقال بعض المتأخرين هو محمول على ما إذا لم يمنعها الزوج من السفر بل سكت وصارت معه متمكناً من الاستمتاع بها غير أمر بها بالرجوع مع تمكّنه من رجوعها إلى آخر ما ذكره.

أحدهما: نَعَمْ؛ لأن الاستحقاق زال بِعَارِضٍ من الخروج، فإذا زال العارض، عاد الاستحقاق.

وأظهرهما<sup>(١)</sup>: لأنها خرَجَتْ عن قبضته، فلا بد من تسليم وتسليم مستأنفين، وهما لا يَخْضَلان بمجرد عَوْدِهَا إلى مسكنه؛ فعلى هذا يرفع الأمر إلى القاضي؛ ليقضي بطاعتها، ويُخَيِّر الزوج بذلك، فإذا عاد إليها أو بَعَثَ إليها وكيله، واستأنف تسليمها، عادت النفقة، وإن مضى زمانٌ إمكَّانِ العَوْدِ، ولم تَعُدْ، ولا بَعَثَ وكيله، تعود النفقة، وهذا كما ذكرنا في ابتداء التسليم في غيبة الزوج، ولو عاد الزَّوْجُ إليها أو بَعَثَ وكيله، واستأنف التَّسْلِيمَ، حَصَلَ الاستغناء عن الرَّفْعِ إلى القاضي وحكمه، ولو ارتدَّت المرأة، وسقطت نفقتها على ما بيَّنا في آخر باب «نكاح المشركات»، فغاب الزوج، وعادت في العدة إلى الإسلام، وهو غائب، فتعود النفقة بمجرد الإسلام، وإن فُرِضَ، فيه خلاف، والفرق أن نفقة المرتدة قد سقطت لردتها، فإذا عادت إلى الإسلام، ارتفع المُسْقَطُ، فعمل الموجب عمله، والناشئة سَقَطَتْ نفقتها؛ لخروجها عن يد الزوج وطاعته، فإنما تُعَوْدُ، إذا عادت إلى قبضته، وذلك لا يَحْضَلُ في غيبته، ولو خرَجَتْ المرأة: في غيبة الزوج إلى بيت أبيها؛ لزيارة أو عيادة، لا على وجه النشوز، لم تَسْقُطْ نفقتها، قاله في «التهذيب»<sup>(٢)</sup>.

وقوله: «ولو خرَجَتْ في حاجة الزوج» إلى قوله: «فقولان» يشمل من جهة اللفظ ما إذا كان الزَّوْجُ معها، وإذا لم يَكُنْ وقضيته إجراء القولين فيما إذا خرَجَتْ في حاجة نَفْسِهَا، وإن كان الزَّوْجُ مَعَهَا، وكذلك رواه القاضي ابن كج عن أبي حَفْصِ بْنِ الْوَكِيلِ، والأكثرون قد فَصَّلُوا كما سَبَقَ، وخصَّصوا القولين بما إذا لم يكن الزَّوْجُ معها، والله أعلم.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: الْمَانِعُ الثَّانِي: الصَّغَرُ وَإِذَا زُوِّجَتْ صَغِيرَةً مِنْ بَالِغٍ فَلَهَا النَّفْقَةُ إِنْ قُلْنَا: تَجِبُ بِالْمَقْدَرِ، وَإِنْ قُلْنَا: تَجِبُ بِالثَّمَكِينِ فَلَا، وَإِنْ تَزَوَّجَتْ بِالِغَةِ مِنْ صَغِيرٍ فَقَوْلَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوْلَى بِالْوَجُوبِ لِأَنَّ الْمَانِعَ مِنْ جَانِبِهِ، وَقِيلَ: إِنْ كَانَتْ جَاهِلَةً بِصِغَرِهِ اسْتَحَقَّتْ

(١) قال في الخادم: ما عزاه للتمتة من حكاية قولين فيه نظر، والذي رأيته في التمتة حكاية وجهين كما قال غيره ولم يفرض المسألة فيما إذا نشزت فغاب الزوج بل فرضها فيما إذا خرجت من المسكن بغير إذنه من غير حاجة ولعل مراده إذا انتقلت لحاجتها وقلنا تسقط نفقتها بذلك.

(٢) عبارة المنهاج: ولو خرجت في غيبته لزيارة ونحوها لم يسقط فظاهاها أن الأم وغيرها من المحارم كذلك، وعن تعليق البغوي التعبير بالأبوين قال في الخادم: الظاهر أن بيت الأب مثال.

قال الأذري وصاحب الخادم أيضاً: إن الشيخ إبراهيم المروزي قيد ذلك بما إذا رجعت إلى بيت الزوج ليلاً وهو يقتضي أنها لو باتت خارجه سقطت وإطلاق الشيخ تبعاً لأصله يتناول ما إذا علمت عدم رضی الزوج.

قال في الخادم، والظاهر السقوط.

وَالْأَفْلَا، وَإِنْ زُوِّجَتْ صَغِيرَةً مِنْ صَغِيرٍ فَقَوْلَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوْلَى بِأَنْ لَا تَجِبَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ ثَلَاثُ صُورٍ:

الأولى: إِذَا كَانَتِ الْمَرْأَةُ صَغِيرَةً، فَسُلِّمَتْ إِلَى الزَّوْجِ الْبَالِغِ، أَوْ عُرِضَتْ عَلَيْهِ،

فَقَوْلَانِ:

أحدهما: أَنَّهَا تَسْتَحِقُّ النِّفْقَةَ؛ لِأَنَّهَا مَحْبُوسَةٌ عَلَيْهِ، وَفَوَاتِ الْاِسْتِمْتَاعِ بِسَبَبِ هِيَ

مَعْدُورَةٌ فِيهِ، فَأَشْبَهَتْ الْمَرِيضَةَ وَالرَّتْقَاءَ.

وأصحُّهما: الْمَنْعُ، وَهُوَ الْمَنْصُوصُ عَلَيْهِ فِي الْأَمِّ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَمَالِكٌ

وَأَحْمَدُ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ -؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ الْاِسْتِمْتَاعُ بِهَا؛ لِمَعْنَى فِيهَا، فَأَشْبَهَتْ مَا إِذَا نَشَرْتِ،

وَلَيْسَتْ كَالْمَرِيضَةِ، فَإِنَّ الْمَرَضَ يَطْرَأُ وَيَزُولُ، وَلَا يَفُوتُ الْأَنْسَ وَجَمِيعَ الْاِسْتِمْتَاعَاتِ،

وَلَا كَالرَّتْقَاءِ؛ فَإِنَّ الرَّتْقَ مَانِعٌ دَائِمٌ، وَلَا يُمْكِنُ إِدَامَةُ الْحَبْسِ عَلَيْهَا مَعَ نَفْيِ النِّفْقَةِ، وَقَدْ

بَيَّنَّا الْقَوْلَيْنِ عَلَى أَنَّ النِّفْقَةَ تَجِبُ بِالْعَقْدِ أَوْ بِالْتَّمَكِينِ، فَعَلَى الْأَوَّلِ: تَجِبُ، وَعَلَى

الثَّانِي: لَا؛ وَعَلَى هَذَا جَرَى فِي الْكِتَابِ.

الثانية: لَوْ كَانَتِ الْمَرْأَةُ بِالْغَةِ، وَالزَّوْجُ صَغِيرًا، فَقَوْلَانِ فِي النِّفْقَةِ أَيْضًا:

أحدهما: لَا تَجِبُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَمْتَعُ بِهَا؛ بِسَبَبِ هُوَ مَعْدُورٌ فِيهِ، فَلَا يُلْزَمُ غُرْمًا.

وأصحُّهما: وَهُوَ الْمَنْصُوصُ فِي «الْأَمِّ»: أَنَّهَا تَجِبُ وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ؛ لِأَنَّهُ لَا

مَنْعٌ مِنْ جِهَتِهَا، وَالتَّعَذُّرُ جَاءَ مِنْ جِهَتِهِ، فَصَارَ كَمَا لَوْ سُلِّمَتْ نَفْسُهَا إِلَى الزَّوْجِ، فَهَرَبَ،

وَقَدْ تَرْتَّبَ الْقَوْلَانِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِي الْأَوَّلِيِّ، وَيُقَالُ: هِيَ أَوْلَى

بِالْوَجُوبِ، وَكَذَلِكَ فَعَلَ فِي الْكِتَابِ، وَيَتَوَلَّدُ مِنَ التَّرْتِيبِ طَرِيقَانِ.

أحدهما: طَرِذُ الْقَوْلَيْنِ. وَالثَّانِي: الْقَطْعُ بِالْوَجُوبِ، وَقَدْ حَكَى الْقَطْعَ هَكَذَا

الْقَاضِي ابْنُ كَيْجٍ عَنِ أَبِي إِسْحَاقَ وَغَيْرِهِ، وَلَكِ أَنْ تَقُولَ: إِنَّهُ قَضِيَةُ الْقَوْلَيْنِ فِي أَنَّهُ تَجِبُ

النِّفْقَةُ بِالْعَقْدِ أَوْ بِالْتَّمَكِينِ مَعًا، وَفِي الصُّورَةِ طَرِيقَةٌ ثَالِثَةٌ؛ وَهِيَ الْقَطْعُ بِالْوَجُوبِ، إِذَا

كَانَتِ الْمَرْأَةُ جَاهِلَةً بِصَغَرِهِ وَتَخْصِيصِ الْقَوْلَيْنِ، بِمَا إِذَا كَانَتِ عَالِمَةً، وَعَنْ أَحْمَدَ - رَحِمَهُ

اللَّهُ - فِي الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ: [رَوَايَتَانِ كَالْقَوْلَيْنِ] <sup>(١)</sup>.

الثالثة: إِذَا كَانَا مَعًا صَغِيرَيْنِ، فَفِي النِّفْقَةِ قَوْلَانِ أَيْضًا، وَقَدْ يَتَرْتَبَانِ عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِي

الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ، وَهَذِهِ أَوْلَى بِعَدَمِ الْوَجُوبِ؛ لِوُجُودِ الْمَانِعِ مِنَ الطَّرِيقَيْنِ، وَاِخْتِصَاصِهِ بِطَرْفِ

الزَّوْجِ هُنَاكَ، وَهُوَ الْأَصْحَحُ الْمَنْصُوصُ، وَقِيَامُ الْمَانِعِ فِيهَا يَكْفِي لِمَنْعِ النِّفْقَةِ، وَعَنِ الْقَفَّالِ:

أَنَّهُ جَمَعَ بَيْنَ الصُّورِ الثَّلَاثِ، وَقَالَ: هَلْ يَمْنَعُ صِغَرُ الزَّوْجَيْنِ النِّفْقَةَ؟ فِيهِ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ:

(١) فِي أ: قَوْلَانِ.

أحدها: أن صغر كل واحد منهما يَمْنَعُ .  
 والثاني: لا يَمْنَعُ صِغَرُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا .  
 والثالث: يَمْنَعُ صِغَرُهَا، ولا يمنع صِغَرُهُ .

واعلم: أن التصوير فيما إذا سُلِّمَتْ إلى الزوج، أو عَرَضَتْ نفسها عليه، كما بيَّنا في الصورة الأولى، ما يبيِّنُه على أنه إذا لم يُوجَد تسليمٌ ولا عَرَضٌ، كان الحُكْمُ كما في حقِّ الكبيرة، وفي «البسيط» و«الوسيط» ما يقتضي خلافةً، والظاهرُ الأوَّل، وإذا كان الزوجُ صغيراً، فيكون العَرَضُ على وليِّه لا عليه، وليس المراد من الصَّغَرِ والبُلُوغِ في الصور ما يتعلَّق به التكليف وعدمه، بل يُعْنَى بالصغير من يتأتى منه الجماع، ولا يَلْتَدُّ به وبالبالغ من يتأتى [منه]، ويدخل فيه المَرَاهِقُ .

قَالَ الْعَزَلِيُّ: الْمَانِعُ الثَّلَاثُ: الْعِبَادَاتُ: وَإِذَا أَحْرَمَتْ بِإِذْنِهِ فَقَدْ سَافَرَتْ فِي عَرَضٍ نَفْسِهَا، وَهَلْ تَسْقُطُ نَفَقَتُهَا قَبْلَ الْخُرُوجِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنْ أَحْرَمَتْ بِغَيْرِ إِذْنِهِ وَقُلْنَا: لَهُ تَحْلِيلُهَا فَلَهَا النَّفَقَةُ مَا دَامَتْ مُقِيمَةً عَلَى أَشْهُرِ الْوَجْهَيْنِ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يُحْلَلُهَا فِيهَا نَاشِئَةً مِنْ وَقْتِ الْإِحْرَامِ، وَلَا تَسْقُطُ نَفَقَتُهَا بِصَوْمِ رَمَضَانَ، وَلَهُ مَنَعُهَا عَنِ نَوَافِلِ الصَّوْمِ وَالصَّلَاةِ، وَفِي الرُّوَاتِبِ وَجْهَانِ، وَصَوْمُ عَاشُورَاءَ وَعَرَفَةَ كَالرُّوَاتِبِ لَا كَصَوْمِ الْأَثْنَيْنِ وَالْحَمِيْسِ، وَكَذَا الْخِلَافُ فِي مَنَعِهَا مِنَ الْفَرَضِ فِي أَوَّلِ الْوَقْتِ، وَفِي الْبِدَارِ إِلَى الْقَضَاءِ الَّذِي هُوَ عَلَى التَّرَاجِي، وَلَوْ مَنَعَهَا مِنْ صَوْمِ نَذْرِ بَعْدِ التَّكَاحِ فَإِنْ لَمْ يُحْلَلْهَا فِي النَّفَقَةِ وَجْهَانِ كَمَا فِي الْإِحْرَامِ .

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مِنَ الْعِبَادَاتِ مَا يُقَوِّتُ الْإِسْتِغَالَ بِهِ اسْتِمْتَاعَ الرَّوْجِ، فَيَسْقُطُ النَّفَقَةُ، وَفِي تَفْصِيلِهِ مَسَائِلُ:

إحداها: إذا أحرمت بحجٍّ أو عمرة، فلها حالتان:

إحدهما: أن تُحْرِمَ بإذنه، فإذا أحرمت، فقد سافرت في عرض نفسها، فإن كان الزوج معها، لم تَسْقُطْ نفقتها، وإلا، فقولان قدَّمناهما، ولا فرق بين أن تخرج بإذنه أو لا تخرج بإذنه [إذا كان الإحرام بإذنه]<sup>(١)</sup> فلا أثر لنفيه عن الخروج، وعن القائل: أنه إذا نهاها، فَخَرَجَتْ، سَقَطَتِ النَّفَقَةُ قَطْعاً، وأما قبل الخروج، فوجهان:

أحدهما: أنه لا نفقة لها؛ لفوات الاستمتاع .

وأظهرهما: وقطع به قاطعون: أنها تَجِبُ؛ لأنها في قبضته، والنفقات جاء من سبب مأذون فيه، ومن قال بالأول، فلا بد من أن يطرده فيما إذا خرج معها.

الحالة الثانية: إذا أحرمت بغير إذنه، فبيني على أنه هل للزوج تحليلها؟ وقد ذكرنا في الحج أن له أن يحللها في حج التطوع، وكذا في حج الفرض على أصح القولين، فإن جوزنا [له] التحليل، فلم يحللها، فلها النفقة ما لم تخرج؛ لأنها تحت يده، وهو قادر على التحليل والاستمتاع، وإذا لم يفعل، فهو المفوت على نفسه، وفيه وجه: أنها لا تستحق؛ لأنها ناشئة بالإحرام، والناشئة لا تستحق النفقة، وإن قدر الزوج على ردها إلى الطاعة قهراً، والظاهر الأول، فإذا خرجت بغير إذنه، فلا نفقة لها، فإن خرج معها، فعلى ما تقدم، وإن أذن لها في الخروج، فليكن كما لو أنشأت سافراً بإذنه، وإن قلنا: ليس له التحليل، فهي ناشئة من وقت الإحرام، مانعة من الاستمتاع، وفيه وجه: أن لها النفقة ما دامت مقيمة؛ لأنها في قبضته، وقد خرج الأمر من يدها بعد الإحرام، بخلاف النشوز الذي تقدر على تركه، وشبه ذلك بالخلاف فيما إذا رمى نفسه من شاطئ، وتعدر عليه القيام، هل يلزمه القضاء؟ وحكى وجه آخر أو قول مطلق: أن الإحرام لا يؤثر في النفقة؛ لأنها تسقط، فرضاً عن نفسها.

الثانية: الصوم أنواع منها صوم رمضان، فلا تمنع منه، ولا تسقط به النفقة بحال؛ لوجوبه [على الفور شرعاً]<sup>(١)</sup> وقد يراودها [الزوج]، إذا كان قد أفطر لمرض أو قديم من سفر [ه] مفطراً. ومنها قضاء رمضان، فإن تعجل لتعديدها بالإفطار في رمضان، فلا تمنع منه، وفي النفقة وجهان: المذكور منهما في «التهديب»: أنها لا تسقط ورجحه غيره أيضاً.

وفي «التتمة»: أنها تسقط؛ لأن فوات حق الزوج جاء من تعديدها، وشبه الخلاف بالخلاف فيما إذا سلم السيد الأمة إلى الزوج ليلاً لا نهاراً، وإن فات الأداء بعذر وتضييق وقت القضاء، بأن لم يبق من شعبان إلا قدر أيام القضاء، فهو كالأداء، وإن كان الوقت واسعاً، فقد حكى صاحب الكتاب وغيره وجهين في أنه: هل يجوز للزوج مثنها من المبادرة إليه؟ وجواب الأكثرين منهم جواز المنع وتنزله منزلة صوم التطوع، ويقرب من الوجهين وجهان مرويان عن «الحاوي» في أنه هل يمكن من إلزامها الإفطار، إذا شرعت إليه أو هما وذكر صاحبه أنهما مخرجان من القولين في جواز التحليل من الحج، وأنه إذا لم يتمكن منه، ففي سقوط النفقة وجهان:

أحدهما: تسقط، كما في الحج.

(١) في ز: شرعاً على الفور.

**والثاني:** لا؛ لقصر زمان الصوم وقدرته على الاستمتاع<sup>(١)</sup> بالليل. ومنها صوم التطوع، فإذا كان بإذن الزوج، لم يُؤثّر في النفقة، ولا ينبغي أن تستغل به بغير إذن<sup>(٢)</sup> الزوج، فإن شرعت فيه، فله قطعها، وأمرها بالإفطار، فإن أطرزت، فالنفقة واجبة، وإن أبت، سقطت النفقة في أصح الوجهين؛ لامتناعها من التمكين وإعراضها عنه بما ليس بواجب عليها.

**والثاني:** لا تسقط؛ لأنها في داره وقبضته، ولها الخروج عما شرعت فيه، متى شاءت وحاصل هذا الوجه أن صوم التطوع لا يؤثّر في النفقة، وفي العدة وجه فارق بين أن يدعوا إلى الأكل فتأبى، فلا تسقط النفقة؛ لأنه لا ضرر عليه في ذلك، وبين أن يدعوا إلى الوطء، فتأبى فتسقط النفقة لامتناعها من توفية حقه، وإذا قلنا: بسقوط النفقة بإبائها، فعن «الحاوي» أن ذلك فيما إذا أمرها بالإفطار في صدر النهار، أما إذا أفق في آخره فلا تسقط ولفوت زمان التمكين ومشابهة تلك البقية لزمان الأكل والطهارة، واستحسنه القاضي الروياني، والأكثرون سكتوا عن هذا التفصيل، ولو نكحها، وهي صائمة، ففي تعليق إبراهيم المرورودي: أنه لا يجبرها على الإفطار، وأن في نفقتها وجهين.

ومنها: صوم النذر، فإن كان النذر مطلقاً، فللزوج منعه منه؛ لأنه لا يتضيق وقته وإن نذرت صوم أيام معينة، فينظر؛ إن نذرت قبل النكاح، لم يكن له<sup>(٣)</sup> المنع لتعين الوقت، وتقدم وجوبه على حق الزوج، وإن نذرت بعده فإن أذن الزوج، لم يكن له المنع، وإن لم يأذن، فله ذلك؛ لأنها بالنذر منعت حقه السابق، وحيث قلنا: له المنع، فلو شرعت فيه وأبت أن تفيطر، فعلى ما ذكرنا في صوم التطوع.

ومنها: صوم الكفارة، وهو على التراخي، فللزوج المنع، وعن أقصى القضاة المأوردي: أنه إذا لم يمنعها حتى شرعت فيه، فهل له إجبارها على الخروج منه؟ فيه وجهان، وحيث قلنا بسقوط النفقة بالصوم، يسقط جميعها أو نصفها؛ للتمكن من الاستمتاع بالليل؟ فيه وجهان المذكوران في «التهذيب»<sup>(٤)</sup>.

(١) قال النووي: الأصح السقوط.

(٢) ظاهره التحريم، وبه صرح الشيخ في آخر صوم التطوع نقلاً عن الأصحاب قال في المهمات: نعم لو كان الزوج حاضراً ولكن حرم عليه الجماع لتلبسه بواجب من صوم أو إحرام أو اعتكاف ففي التحريم نظر والمتجه الإباحة. قال في الخادم: صرح النووي في شرع المهذب هناك بأن يوضع التحريم إذا كان حاضراً مهياً للوطء وأشار إليه الإمام أيضاً إلى آخر ما ذكره.

(٣) كذا قطع به الأصحاب وظاهر إطلاقهم أنه لا فرق بين طول المدة وقصرها وهو مشكل فيما إذا استغرق العمر لما في ذلك من الضرر عليه.

(٤) قال النووي: أرجحهما سقوط الجميع وقد سبق قريباً نظيره فيمن سلمت ليلاً فقط، أو عكسه.



الثالثة: فرائض الصلوات الخمس لا منع منها ولا تتأثر النفقة بالقيام بها بحال وهل للزوج المنع من المبادرة إليها في أول الوقت؟ فيه وجهان:

الأصح: عدم المنع، ويحكى عن نص الشافعي - رحمه الله - لتجاوز فضيلته أول الوقت، ويخالف الحجّ، حيث جوزنا له المنع من المبادرة إليه؛ لأن زمان الصلاة لا يمتد، ولأن الصلاة في أول الوقت مخصوصة بزيادة الفضيلة، والحج في السنة التي تبادر إليها، كالحج في غيرها في الفضيلة.

والتطوّعات المطلقة كصوم التطوّع، وفي السنن الرواتب وجهان:

أصحهما: أنه ليس للزوج منعهما؛ لتأكدها وتقررهما بخلاف النوافل المطلقة، وله منعها من تطويلها، وصوم يوم عرفة وعاشوراء في الصيام كرواتب الصلاة، وصوم يوم الاثنين والخميس كالتطوّعات المطلقة، فله المنع بلا خلاف، وله منعهما من الخروج لصلاة العيدين والخسوفين، وليس له المنع من فعلها في المنزل، وقضاء الصلوات والصلاة المنذورة كمثلها في الصوم.

الرابعة: الاعتكاف والخروج له إلى المسجد، إن كان بإذنه، وهو معها، لم تسقط النفقة، وإن لم يكن معها، فعلى الخلاف المذكور للخروج في الحج، وفي كتاب القاضي ابن كج - رحمه الله - وجه: أنه إن قصرت مدته، بأن لم يزد على يوم، لم يؤثر، ولم يجعل ذلك على الخلاف وإن لم يكن بإذنه، فإن كان عن تطوّع أو نذراً مطلقاً في الذمة سقطت نفقتها وإن كان عن نذر معين من صوم نذر فإن تأخر عن النكاح، فكذلك الجواب، وإن تقدّم عليه، فلا منع منه، ولا تسقط النفقة به.

وقوله في الكتاب: «ولو منعها من صوم نذر بعد النكاح» التقييد بما بعد النكاح يبين أنه لا منع فيما نذرته قبل النكاح، وهذا الفرق فيما إذا نذرت أياماً معينة على ما بيّننا، فأما عند الإطلاق، فله المنع في الحالتين، هذا هو الظاهر المشهور، ونقل إبراهيم المرورودي فيه وجهين، سواء نذرت قبل النكاح أو بعده.

وقوله: «فإن لم يحللها، ففي النفقة وجهان، كما في الإحرام» يعني في الصوم المعين المنذور بعد النكاح، وكذلك الحكم في صوم التطوّع، وفي «البيسط» وغيره: أن الوجهين في الصوم مرتبان على الوجهين في الإحرام، وأن صورة الصوم أولى بالاستحقاق؛ لأن الاستمتاع ها هنا جائز من غير أن يُقدّم تحليلاً، ويكون الجماع تحليلاً، وفي الإحرام لا بد، وأن يحللها أولاً ثم يجامع.

فروع: قال في «التسمة»: لو كانت قد أجزت نفسها قبل النكاح إجارة عين، لم يكن للزوج منعهما من العمل، ولا تستحق النفقة عليه، وعن «الحاوي»: أن له الخيار إن كان

جاهلاً بالحال؛ لفوات الاستمتاع عليه بالنهار، وأنه لا يَسْقُطُ خِيَارُهُ، بأن يرضى المستأجر بالاستمتاع نهاراً، فإنه متبرع بذلك، وقد يرجع فيه، والله أعلم.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: الْمَانِعُ الرَّابِعُ: الْعِدَّةُ، وَالْمُعْتَدَةُ الْمُطْلَقَةُ إِنْ كَانَتْ رَجْعِيَّةً فَلَهَا النَّفَقَةُ إِلَّا إِذَا أُخْبِلَتْ مِنَ الشُّبْهَةِ وَتَأَخَّرَتْ عِدَّةُ الزَّوْجِ وَقُلْنَا: لَا رَجْعَةَ لَهُ فِي الْحَالِ فَلَا نَفَقَةَ، وَإِنْ قُلْنَا: لَهُ الرَّجْعَةُ فَبِئْسَ النَّفَقَةُ وَجِهَانٍ وَقِيلَ بِعَكْسِ ذَلِكَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْمُعْتَدَةُ الرَّجْعِيَّةُ تَسْتَحِقُّ النَّفَقَةَ وَالْكُسُوفَ وَسَائِرَ الْمُؤَنَاتِ؛ لِإِقْبَاءِ حُبْسِ الزَّوْجِ وَسُلْطَنَتِهِ، وَيَسْتَتْنِي مِنَ الْمُؤَنَاتِ أَلَّةُ التَّنْظِيفِ، فَإِنَّ الزَّوْجَ مُمْتَنِعٌ عَنْهَا، ذَكَرَهُ فِي «الْبَسِيطِ» وَغَيْرِهِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ تَكُونَ الرَّجْعِيَّةُ حُرَّةً أَوْ أَمَةً، حَائِلًا أَوْ حَامِلًا، وَلَا تَسْقُطُ نَفَقَتُهَا إِلَّا بِمَا تَسْقُطُ بِهِ نَفَقَةُ الزَّوْجَاتِ<sup>(١)</sup> وَتَسْتَمِرُّ إِلَى انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ بِوَضْعِ الْحَمْلِ أَوْ غَيْرِهِ، وَلَوْ ظَهَرَ [بِهَا أَمَارَاتُ الْحَمْلِ بَعْدَ الطَّلَاقِ، فَعَلَى الزَّوْجِ الْإِنْفَاقَ عَلَيْهَا، وَإِذَا أَنْفَقَ، ثُمَّ بَانَ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ حَمَلًا، فَلَهُ اسْتِرْدَادُ مَا دَفَعَ إِلَيْهَا بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ، وَتُسْأَلُ عَنْ قَدْرِ الْأَقْرَاءِ، فَإِنَّ عَيَّنَتْ قَدْرَهَا، صَدَّقْنَاهَا بِالْيَمِينِ، إِنْ كَذَّبَهَا الزَّوْجُ، وَلَا يَمِينُ إِنْ صَدَّقَهَا، وَإِنْ قَالَتْ: لَا أَعْلَمُ مَتَى انْقَضَتْ عِدَّتِي، سَأَلْنَاهَا عَنْ عَادَةِ حَيْضِهَا وَطُحْرِهَا، فَإِنْ ذَكَرَتْ عَادَةَ مُضْبُوطَةً، بَنِينَا الْأَمْرَ عَلَى قَوْلِهَا، وَإِنْ قَالَتْ: عَادَتِي مُخْتَلِفَةٌ، أَخَذْنَا بِأَقْلٍ عَادَاتِهَا، وَرَجَعَ الزَّوْجُ فِيهَا زَادَ فَإِنَّهُ الْمُسْتَيْقِنُ، وَهِيَ لَا تَدْعِي زِيَادَةَ عَلَيْهِ، وَإِنْ قَالَتْ: نَسِيتُ عَادَتِي، فَعَنْ نَصِّ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: أَنَّهُ يَرْجِعُ فِي نَفَقَةٍ مَا زَادَ عَلَى نَفَقَةِ ثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ، وَيَأْخُذُ بِغَالِبِ الْعَادَاتِ، وَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ: يُبَيِّنُ الْأَمْرَ عَلَى أَقْلٍ مَا يُمْكِنُ انْقِضَاءُ الْعِدَّةِ فِيهِ، وَهَذَا مَا أوردَهُ أَبُو الْفَرَجِ السَّرْحَسِيُّ، وَالْخِلَافُ قَرِيبٌ مِنَ الْخِلَافِ فِي مَرَدِّ الْمَبْتَدَأَةِ، وَإِنْ انْقَطَعَ الْوَلَدُ الَّذِي أَتَتْ بِهِ عَنْهُ، بَانَ وَلَدَتْ لِأَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ، إِمَّا مِنْ وَقْتِ الطَّلَاقِ أَوْ مِنْ وَقْتِ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ عَلَى اخْتِلَافِ سَبْقٍ، سُبِّحَتْ عَنْ حَالِ الْوَلَدِ، فَإِنْ قَالَتْ: هَذَا الْوَلَدُ مِنْ زَوْجِ نِكَحَتِهِ، أَوْ مِنْ وَطْءِ شَبْهَةٍ، وَقَعَ بَعْدَ انْقِضَاءِ ثَلَاثَةِ أَقْرَاءِ، فَعَلَيْهَا رَدُّ الْمَأْخُودِ بَعْدَ الثَّلَاثِ؛ لِاعْتِرَافِهَا بِانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ بِهَا، وَإِنْ قَالَتْ: وَقَعَ ذَلِكَ فِي أَثْنَاءِ الْأَقْرَاءِ فَقَدْ انْقَطَعَتْ عِدَّتُهَا بِوَطْءِ، الثَّانِي وَإِحْبَالِهِ، فَتَعُودُ بَعْدَ الْوَضْعِ إِلَى مَا بَقِيَ مِنْهَا، وَعَلَيْهِ النَّفَقَةُ فِي الْبَقِيَّةِ، وَأَمَّا فِي مَدَّةِ الْحَمْلِ، فَيُبَيِّنُ عَلَى أَنَّهُ هَلْ لِلزَّوْجِ الرَّجْعَةُ فِيهَا؟ وَفِيهِ وَجِهَانٌ قَدْ سَبَقَ ذَكَرَهُمَا فِي «كِتَابِ الرَّجْعَةِ» وَ«الْعِدَّةِ» وَفِي كَيْفِيَّةِ الْبِنَاءِ طَرِيقَانِ:

(١) وَفِي الْإِطْلَاقِ نَظَرٌ، وَقَدْ قَالَ الْإِمَامُ فِي بَابِ الْحِضَانَةِ إِذَا حَضُنْتَ يَعْنِي الرَّجْعِيَّةَ وَلِدَهَا مِنْ غَيْرِهِ مِنْ غَيْرِ رِضَاهِ وَكَانَ الْمَسْكَنُ لَهَا فَالْمَذْهَبُ أَنْ نَفَقَتُهَا لَا تَسْقُطُ إِذْ لَيْسَتْ نَاشِئَةً، فَإِنَّ النَّاشِئَةَ الْمَانِعَةَ حَقَّ زَوْجِهَا. وَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ: الظَّاهِرُ عِنْدَنَا السَّقُوطُ كَمَا لَوْ كَانَتْ فِي صِلْبِ النِّكَاحِ، فَإِنَّ الرَّجْعِيَّةَ تَسْتَحِقُّ نَفَقَةَ الزَّوْجَةِ فَتَسْقُطُ نَفَقَتُهَا بِمَا يَسْقُطُ نَفَقَةُ الزَّوْجَاتِ.

أظهرهما: أننا إن قلنا: لا رجعة في الحال، فلا نفقة، وإن أثبتنا الرجعة، ففي النفقة وجهان:

وجه المنع: أنها صارت في حَسْبِ الغير.

والثاني: أنا إن قلنا: لا رجعة، ففي النفقة وجهان، وإن قلنا: له الرجعة، فعليه النفقة، والظاهر من ذلك الذي أجاب به أكثرهم: أنه لا نفقة ولها [في مدة الحمل، فيستزجِع ما أخذت لها، ولو قالت: واطأني الزوج، وأنكر، فهو المصدَّق بيمينه، وتَسأل<sup>(١)</sup> عَن وَقْتِ وطئه، فإن قالت بَعْد انقضاء الأقرء، رَدَّتْ ما زاد، وإن قالت: عقيب الطلاق، فقد بان أنها ما قضت عدته، فترد ما أخذت، وتعتد بعد الوضع بثلاثة أقرء ولها النفقة فيها. هكذا ذكره صاحب «الشامل» وغيره، وإنما يستمر ذلك على قولنا إن العدتين الْمُخْتَلِفَتَيْنِ الجِنْسِ من شخص واحد لا تتداخلان.

فَرَعٌ: لو ادعت الرجعية تباعد الحَيْضِ وامتداد الطهر، فظاهر المذهب: أنها تُصدَّق في وجوب النفقة، كما تُصدَّق في بقاء العدة، وثبوت الرجعة، وتستمر النفقة إلى أن تعترف بمُضِيِّها، وعن بَعْضِ الأصحاب فيما حكاه القاضيان ابن كج وأبو الطيب: أنها لا تُصدَّق في النفقة، فإنه حقُّ لها بخلاف العدة والرجعة، فهما عليها، وهذا ما توهمه المُزْنِي من لفظ الشافعي - رضي الله عنه - واعترض عليه.

فَرَعٌ: لابن الحداد: وضعت امرأة حَمَلاً وطلَّقها، واختلف الزُوجان، فقال الزوج: طَلَّقْتِك قبل الوضع، وانقضت عدتك بالوضع، فلا نفقة لك الآن، وقالت: بل طَلَّقْتِنِي بعد الوضع، وطلبت النفقة، فعليها العدة من الوقت الذي يزعم أنه طَلَّقها فيه، ولها النفقة؛ لأن الأصل بقاء النكاح إلى الوَقْتِ الذي يَقُولُهُ وبقاء العدة والثَّفَقَةِ، وليس له الرجعة؛ لأنها قد بانت بزعمه، ومَنْ أقرَّ بِشَيْءٍ قَبْلَ فيما يَضُرُّه ولم يَقْبَل فيما يَضُرُّ غيره؛ ألا ترى أنه لو أقرَّ بِبَيْعِ عبده، ممن يُعْتَقُ العَبْدُ عليه يُحَكِّم عليه بِعَتَقِ العبد، ولم يَقْبَل قوله في لزوم الثَّمَنِ على زعم أنه اشترى، ولو كان الزُوج قد أصابها قَبْلَ الوضع في الوَقْتِ الذي زَعَمَ أَنَّها مُطَلَّقة فيه، لم يلزمه مهر المثل؛ لأنها تقول: إنما طَلَّقْتِنِي بَعْد الولادة، فتكون الإصابة في النكاح، ولو اختلفا على العكس، فقال الزوج: طَلَّقْتِك بعد الولادة، وأنت في العدة، والرجعة لي، وقالت: بل قَبَلها، وقد انقضت عدتي، فالقول قول الزوج في بقاء العدة وثبوت الرجعة، ولا نفقة لها<sup>(٢)</sup> في العدة.

(١) سقط من: ز.

(٢) قال ابن الرفعة: ولتعرف أن مقتضى القاعدة من ما ذكره ابن الحداد وغيره أنها لا تستحق النفقة وإن راجعها وكذا لو كان الاختلاف قد وقع بينهما في أصل الطلاق المبين فادعت أنه طلقها ثلاثاً

وقوله في الكتاب: «والمعتدة المُطَلَّقة إن كانت رجعية» لفظ المُطَلَّقة مستغنى عنه؛ فإن المُعتدة لا تكون رجعية إلا إذا كانت مُطَلَّقة.

وقوله: «فلها النفقة، إذا إذا أُخْبِلَتْ من الشبهة» لا شك أن المراد: فلها النفقة في العدة، لا على الدوام، وحينئذ، ففي ظاهر الاستثناء نظراً؛ لأنها إذا أُخْبِلَتْ من الشبهة، وتأخرت عدة الزوج، فلا تكون في عدة، حتى تستثنى من الحكم؛ بأن لها النفقة في عدته.

وقوله: «وقيل بعكس ذلك» المراد منه الطريقة الثانية، وقد بيَّناها.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَأَمَّا الْبَائِنَةُ فَلَهَا السُّكْنَى وَلَيْسَ لَهَا النَّفَقَةُ (ح) إِلَّا أَنْ تَكُونَ حَامِلاً، وَالْفَسْخُ كَالطَّلَاقِ إِنْ حَصَلَ بِرَدِّهِ، وَإِنْ أَسْتَنَّدَ إِلَى اخْتِيَارِهَا أَوْ إِلَى عَيْبِهَا سَقَطَ جَمِيعُ الْمَهْرِ وَسَقَطَتِ النَّفَقَةُ إِلَّا إِذَا قُلْنَا: النَّفَقَةُ لِلْحَمَلِ، وَفِرَاقُ اللَّعَانِ يَضَافُ إِلَيْهَا كَالْفَسْخِ، أَوْ يَحَالُ عَلَى فِعْلِ الزَّوْجِ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ أَنْفَقَتْ عَلَى الْوَالِدِ الْمَنْفِيِّ بِاللَّعَانِ ثُمَّ كَذَبَ نَفْسَهُ فَلَهَا الرُّجُوعُ بِالنَّفَقَةِ لِأَنَّ لِلزَّوْجَةِ وَلايَةَ الْأَسْتِقْرَاضِ بِدَلِيلِ قِصَّةِ هِنْدَ، وَأَمَّا الْمُعْتَدَةُ عَنْ شُبْهَةِ إِنْ كَانَ فِي نِكَاحٍ فَلَا نَفَقَةَ لَهَا عَلَى أَفْقِهِ الْوَجْهَيْنِ، وَإِنْ كَانَتْ خَلِيَّةً عَنِ النِّكَاحِ فَلَا نَفَقَةَ لَهَا عَلَى الْوَاطِئِ إِلَّا إِذَا كَانَتْ حَامِلاً فَفِيهِ قَوْلَانِ يَنْبَغِيَانِ عَلَى أَنَّ النَّفَقَةَ لِلْحَمَلِ أَوْ لِلْحَامِلِ، فَإِنْ قُلْنَا لِلْحَمَلِ أَصْخَرِ كِفَايَتُهُ وَلَمْ تَتَقَدَّرْ عَلَى أَقْبَسِ الْوَجْهَيْنِ، وَإِنْ مَاتَ قَبْلَ الْوَضْعِ سَقَطَتْ إِذْ لَا نَفَقَةَ لِلْقَرِيبِ بَعْدَ الْمَوْتِ، وَإِنْ قُلْنَا لِلْحَامِلِ فَهِيَ فِي التَّقْدِيرِ كَنَفَقَةِ الزَّوْجَةِ وَلَا تَسْقُطُ بِالْمَوْتِ عَلَى أَقْبَسِ الْوَجْهَيْنِ لِأَنَّ عُلُقَةَ الْحَبْسِ دَائِمَةٌ وَكَأَنَّ الطَّلَاقَ أَوْجَبَهَا دَفْعَةً.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْبَائِنَةُ بِالْخُلْعِ أَوْ بِالطَّلَاقِ الثَّلَاثِ لَا نَفَقَةَ لَهَا، وَلَا كَسُوءَ إِنْ كَانَتْ حَائِلاً وَإِنْ كَانَتْ حَامِلاً، فعلى الزوج النفقة والكسوة، وبهذا قال مالك وأحمد.

وعن أبي حنيفة: تستحق النفقة كلها، حائلاً كانت أو حاملاً، لنا: ما رُوِيَ فِي خَيْرِ فَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لَهَا: «لَا نَفَقَةَ لَكَ عَلَيْهِ»<sup>(١)</sup> وكانت ميتة حائلاً، والتقيد في قوله تعالى: «إِنْ كُنَّ أَوْلَادٌ حَمَلٌ فَاتَّفَقُوا عَلَيْهِنَّ» [الطلاق - ٦] بعد الإطلاق من قَبْلِ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: «أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ» إشعار بأن الحائل لا يُنْفَقُ عَلَيْهِنَّ، وَالنَّفَقَةُ الْوَاجِبَةُ إِذَا كَانَتْ حَامِلاً لِلْحَمَلِ أَوْ لِلْحَامِلِ فِيهِ قَوْلَانِ:

وأنكرت حلف، وهو ما أورده الرافي في كتاب القسم والنشوز حيث جعل ذلك أصلاً مقيساً عليه أي فيما إذا ادعت عليه الطلاق فإنه لا قسم لها كما لا نفقة.

(١) رواه مسلم [١٤٨٠] عنها وقد تقدم.

أحدهما: أنها للحمل، والحامل طريق وصول إليه، وربما يُنسب هذا إلى القديم و«الإملاء»، ووُجّه بأنها لا تجب لولا الحمل، وتسقط إذا وضعت، وذلك يُشعر بأنها للحمل، وبأن الحمل يستحق النفقة والتربية بعد الانفصال، فكذلك قبله، بل هو قبل الانفصال أضعف، وأصحهما: أنها للحامل بسبب الحمل، ووُجّه بأنها لو كانت للحمل، لتقدرت بقدر كفايته، وبأنها تجب على المؤبر والمُعبر، ولو كانت للحمل، لَمَا وجبت على المُعبر، وبأنها مختلفة القدر بيسار الزوج وإعساره، كما هو شأن نفقات الزوجات، وبأن الولد بعد الانفصال، إذا احتاج إلى حاضنة، تجب النفقة للحاضنة، والحامل لا تتفاعد عن الحاضنة، وهذا التوجيه الآخر ذكره الإمام وغيره.

ثم الكلام في مسائل تتعلق أكثرها بهذين القولين.

إحداها: المعتدة عن فراق الفسوخ، هل تستحق النفقة إذا كانت حاملاً؟ الذي حكاها الإمام وصاحب الكتاب: أنه، إن حصل الانفاسخ بما لا مدخل لها فيه، كردة الزوج فهو كالطلاق في استحقاق النفقة، كما أنه كالطلاق في تشطير المهر، وإن كان لها فيه مدخل، كما إذا فسخت بخيار العتق أو بعيب فيه أو فسخ الزوج بعيب فيها؟ ففي النفقة قولان، والقولان عند أكثرهم مبنيان على أن النفقة للحمل أو للحامل؟ إن قلنا: للحمل، وجبت، وإلا، لم تجب، كما يسقط المهر بهذه الفسوخ قبل الدخول، ولم يرتض الإمام هذا البناء، وقال: إنما تُوجب النفقة للحامل؛ لأنها كالحاضنة ومؤنة الحاضنة على الأب، ولا فرق في ذلك بين المطلقة والمفسوخ نكاحها، فلنوجه أحد القولين بالقياس على المطلقة.

والثاني: بأن القياس أن لا نفقة بعد البيونة، والخروج عن مظنة الاستمتاع، وإنما خالفنا في المطلقة؛ للنص، ووراء هذه الطريقة طريقتان، حكاها الشيخ أبو علي.

إحداها: طرد القولين في المعتدات عن جميع الفسوخ، بناء على أنها للحمل أو للحامل؟ إن قلنا للحامل، لم تجب؛ لأنها معتدة لأغن طلاق، فأشبهت المعتدة عن الشبهة، وهذا ما أورده صاحب «الشامل».

والثانية: وهي التي أوردها في «التهذيب» ونسبها الشيخ أبو علي إلى عامة الأصحاب؛ بأنه إن كان الفراق بسبب عارض، كالرضاع والرودة، فهو كالطلاق؛ لأنه قاطع للنكاح، وإن استند إلى سبب قارن العقد؛ كالعيب والغرور، ففيه قولان؛ لأن مثل ذلك يزفع العقد من أصله، ولذلك لا يجب المهر، إذا لم يكن دخول، وفي «التتمة» أن المفسوخ نكاحها تستحق النفقة، حيث قلنا: إنها تستحق السكنى، وحيث قلنا: إنها لا تستحق السكنى، فتكون كالمعتدة عن وطء الشبهة، ففي نفقتها قولان، والكلام في السكنى قد تقدم.

وأما المفارقة باللعان، إذا كانت حاملاً، ولم ينف حملها، فهل تستحق النفقة، أما على الطريقة المذكورة في الكتاب [فقد اختلفوا:]<sup>(١)</sup> قال بعضهم: اللعان من الفراق الذي لها مدخل فيه؛ لأنها أوجته إليه على ما يزعمه.

والأصح أنه كالطلاق، وهي منكراً لما يزعمه، فتستحق النفقة، وتجرى فيه الطريقتان الأخريان، ولا يخفى على الطريقة المرجحة أن اللعان من قبيل العوارض، والفراق به ليس مستنداً إلى حال العقد، وإن نفى حملها باللعان، لم تجب النفقة سواء جعلناها للحمل أو للحاميل؛ لأنه قد انقطع الحمل عنه، وصارت في حق الزوج كالحائل، وحكى القاضي أبو الطيب وجهين في أنها هل تستحق السكنى والحالة هذه، والأظهر الاستحقاق، وهو الذي ذكره الشيخ أبو حامد.

ولو أبان امرأته بالطلاق، ثم ظهر بها حمل، وقلنا: له أن يلاعن لِنَفْيِهِ، فلاعن، سقطت النفقة، وعن القاضي أبي الطيب: أنا إن أثبتنا للملاعة السكنى فهنا أولى لأنها معتدة عن الطلاق وإلا فيحمل على وجهين، وإذا لاعن عنها، وهي حامل، ونفى الحمل، ثم عاد وكذب نفسه، واستلحق الولد، طولب بنفقة ما مضى، نص عليه واختلف الأصحاب:

فَعَنَ بعضهم: أن هذا الجواب على أن النفقة للحاميل، أما إذا جعلناها للحمل، فلا مطالبة؛ لأن نفقة القريب تسقط بِمُضِيِّ المدة، ولا تصير ديناً في الذمة.

وقال الأكثرون: تثبت المطالبة على القولين؛ لأنها، وإن كانت للحمل، فهي مصروفة إلى الحامل، وهي صاحبة حق فيها، فتصير ديناً، كنفقة الزوجة، ولو أكذب نفسه بغد ما ولدت، وأرضعت الولد، رجعت عليه بأجرة الرضاع، نص عليه في «الأم». وحكى أبو علي - رحمه الله - وجهاً أنها لا ترجع.

ولو أنفقت عليه مدة، ثم رجع، رجعت عليه بما أنفقت، في الظاهر، الوجه الآخر، ووجه المذهب الظاهر أنها أنفقت عليه وفيه على ظن أنه واجب عليها، لا على سبيل التبئع، فإذا بان خلافه، ثبت الرجوع، وشبه ذلك بما إذا ظن أن عليه ديناً، ففضاه، ثم تبين خلافه، يرجع به، بخلاف ما إذا تبئع على غيره بمال، وبما إذا أنفق على أبيه على ظن إعساره، فبان يساره، يرجع بما أنفق ولو تبئع عالماً بإيساره، لا يرجع.

المسألة الثانية: في وجوب نفقة المعتدة عن النكاح الفاسد، وعن وطء الشبهة، إذا كانت حاملاً وجهان، بناهما الجمهور على أن النفقة للحمل أو للحاميل، وقالوا: إن

(١) سقط في: ز.

قلنا: إنها للحمل، وجبت النفقة على الواطيء كما لزمه نفقته بعد الانفصال، وإن قلنا: للحامل، لم تجب، فإن النكاح الفاسد، لا يوجب النفقة، فعدته أولئى بأن لا توجب، والإمام ما رضي بهذا البناء، وقال إنما توجب النفقة للحامل من جهة قيامها بتربية الولد، فنزلناها منزلة مؤنة الحاضنة، وهذا المعنى يقتضي الوجوب على الواطيء أيضاً، ولكن مأخذ الخلاف أن الولد إذا كان مجتئناً هل تجب مؤنته؟ فعلى قول: تجب كالمفصل، وعلى قول: لا؛ لأن الولد جزء من الأم، ما دام مجتئناً لا استقلال له، واعلم أن تنزيل نفقة الحامل منزلة مؤنة الحاضنة بعد الانفصال، لا اتجاه له، وإن رده الإمام مراراً لأن الواجب هناك كفاية أمر من يحضنه إما تبرعاً، وإما بأجرة من غير تقدير، وهذه النفقة مقدرة كنفقة الزوجات.

هذا إذا كانت الموطوءة بالشبهة غير منكوحة، فإن كانت منكوحة وحملت من الوطاء بالشبهة، فإن أوجبت النفقة على الواطيء بالشبهة، سقطت عن الزوج، ولم تجمع بين نفقتين، وإن لم نوجبها على الواطيء، ففي سقوطها عن الزوج وجهان:

أفقههما: السقوط؛ لفوات الاستمتاع عليه.

والثاني: لا يسقط؛ لأنها معدورة فيه، وهذا ما أورده في «البيسط» واستحسن في «الوسيط» توسطاً، وهو أنها إن كانت نائمة: أو مكرهة، فلها النفقة، وإن مكنت على ظن أنه زوجها، فلا نفقة؛ لأن الظن لا يؤثر في الغرامات<sup>(١)</sup>.

الثالثة: المعتدة عن الوفاة، لا نفقة لها حائلاً كانت أو حاملاً أما إذا كانت حائلاً؛ فلأن البائنة الحائلة لا نفقة لها على الزوج في حياته، فبعد الموت أولئى، وأما إذا كانت حاملاً، فلأن النفقة للحمل أو للحامل، إن كانت للحمل، فنفقة الأقارب تسقط بالموت، وإن كانت للحامل فيسبب استحقاقها الحمل، فإذا كانت نفقته في نفسه بعد الانفصال، لا تجب بعد الموت<sup>(٢)</sup>، فكذلك النفقة الواجبة بسببه.

الرابعة: تتقدر النفقة الواجبة كنفقة الزوجة في صلب النكاح، أو تعتبر كفايتها ويزاد وينقص بحسب الحاجة؟ فيه طريقتان نقلهما الإمام ومن تابعه.

أحدهما: وهو المذكور في الكتاب: أنا إن قلنا: إن النفقة للحمل؟ ففيه وجهان: وجه اعتبار الكفاية النظر للحمل؛ حتى لا يتأثر إذا لم يكفها المقدور، وعدّه أقيس

(١) قال في المطلب: إن وطئت في حال نومها أو كرهاً فالوجه القاطع بثبوت نفقتها، وإن مكنت على ظن أن الواطيء زوجها ففيه التردد.

(٢) ما جزم به من عدم الوجوب على القولين سواء قلنا إنها للحمل أو للحامل تابع فيه الإمام والقياس البناء على القولين وقولها في المنع على أنها للحمل أن نفقة القريب تسقط بالموت.

الوجهين، وإن قلنا: للحامل، فلا زيادة كما في صلب النكاح، والثاني أنا إذا قلنا: إنها للحمل فتعتبر الكفاية، وإن قلنا: للحامل، فوجهان احتياطاً للحمل، ولا بد للتفريع على كل واحد من القولين من النظر إلى معنى القول الآخر، لتعلق الواجب بالعمل والعمل جميعاً. والذي أورده أكثرهم: أن هذه النفقة مقدرة كما في صلب النكاح، ولا زيادة ولا نقصان، وقد يرويه مذهباً عليه.

الخامسة: إذا مات الزوج قبل أن تضع الحمل، فإن قلنا: إن النفقة للحمل، سقطت؛ لأن نفقة القريب تسقط بالموت، وإن قلنا: إنها للحامل، فوجهان: عن ابن الحداد: أنها تسقط أيضاً لأنها كالحاضنة للولد، ولا تجب نفقة الحاضنة للولد بعد الموت.

وعن الشيخ أبي علي: أنها لا تسقط؛ لأنها لا تنتقل إلى عدة الوفاة بخلاف الرجعية بل تعتد عن الطلاق، والطلاق كأنه<sup>(١)</sup> يوجب هذه النفقة دفعة واحدة فتكون كدين عليه؛ ولهذا يبقى لها حق السكنى، ولا يجيء فيه القولان في أن المتوفى عنها زوجها، هل تستحق السكنى، ورأى صاحب الكتاب هذا أقيس، [وقال] كأن الشرع جعل علقه الحمل كعلقه الرجعة في إيجاب النفقة، وعلقه الحمل باقية، والأصح عند الإمام ما نقل عن ابن الحداد وقال: النفقة تجب يوماً فيوماً، ولا تصير الجملة ديناً كما في صلب النكاح، وأما لفظ الكتاب فقوله: «فلها السكنى» لا حاجة إلى ذكره في هذا الموضع، وقد سبق ذكره في باب السكنى في العدة.

وقوله: «والفسخ كالطلاق إن حصل برده» يجوز أن يُعلم بالواو، كسائر الطرق المذكورة.

وقوله: «سقط جميع المهر» مذكور في موضعه وليس إلى ذكره ها هنا كبير حاجة إلا أنه أشار، به إلى أنه كما يسقط المهر، تسقط الثقة.

وقوله: «لأن للزوجة ولاية الاستقراض» يشتمل على مسألة مقصودة، نذكرها مع أخوات لها في الباب الأول من «نفقات الأقارب»، وليُعلم بالواو؛ لما نبينه هناك، ووجه وجه الرجوع بما إذا أنفقت على الولد المنفي باللعان، أنه إذا كانت متمكنة من الاستدانة، لم تجعل متبرعة بالإنفاق ولا شك أنها إنما ترجع إذا قصدت الرجوع، ولا ترجع إذا قصدت التبرع.

قال الغزالي: (فرغ): الصحيح أنه يجب تعجيل الثقة قبل الوضع بنفس الحمل

(١) قال في الخادم: والمتجه السقوط لأننا قلنا للحامل فهي تسبب الحمل ولا يمكن أن يستحق على ميت مؤنة. وقد قال الإمام: إن كان ما قاله أبو علي في كلامه فهو بعيد من الصواب، والصواب ما قاله ابن الحداد وإن نقله عن الأصحاب فالأوجه ما ذكره ابن الحداد إلى آخر ما ذكره.



لِظَاهِرِ الْآيَةِ، فَإِنْ بَانَ أَنْ لَا حَمْلَ اسْتَرَدَّ، وَإِنْ تَأَخَّرَ وَظَهَرَ الْحَمْلُ وَجِبَ التَّسْلِيمُ إِلَّا إِذَا قُلْنَا: إِنَّهُ لِلْحَمْلِ فَإِنَّهُ يُسْقَطُ بِمُضِيِّ الزَّمَانِ، وَلَا يَجِبُ عَلَى الزَّوْجِ الرَّقِيقِ وَلَا عَلَى الْحُرِّ فِي الْمَوْلُودِ الرَّقِيقِ، وَإِنْ قُلْنَا لِلْحَامِلِ وَجِبَ عَلَيْهِمَا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: وَلَا يَجِبُ تَسْلِيمُ النِّفْقَةِ قَبْلَ أَنْ يَظْهَرَ الْحَمْلُ سِوَاءَ جَعَلْنَاهَا لِلْحَمْلِ أَوْ لِلْحَامِلِ، وَإِذَا ظَهَرَ، فَيَجِبُ التَّسْلِيمُ يَوْمَآ يَوْمٍ أَوْ تُؤَخَّرُ إِلَى أَنْ تَضَعَ، فَيُسَلِّمُ الْكُلُّ دَفْعَةً، وَاحِدَةً؟ فِيهِ قَوْلَانِ:

أحدهما: تُؤَخَّرُ؛ لِأَنَّ السُّنُونَةَ مُسْقِطَةٌ لِلنِّفْقَةِ، وَالْحَمْلُ غَيْرُ مُسْتَقِينٍ، وَقَدْ يُظَنُّ، فَيَتَّبِعُ خِلَافَ الْمُظَنُّونَ، فَلَا يُوْجِبُ التَّسْلِيمَ إِلَّا بَيِّقِينَ، وَأَصْحُهُمَا، وَهُوَ اخْتِيَارُ الْمُزْنِيِّ أَنَّهُ يَعَجَلُ التَّسْلِيمَ، لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أَوْلَاتٍ حَمْلٌ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطَّلَاق - ٦]، وَالْقَوْلَانِ بَيْنِيَانٍ عَلَى الْخِلَافِ الْمَعْرُوفِ فِي أَنَّ الْحَمْلَ هَلْ يُعْرَفُ، وَالْأَصْحُ أَنَّهُ يَعْرِفُ، وَلِذَلِكَ نَقُولُ: لَوْ خَرَجَتِ الْجَارِيَةُ الْمُشْتَرَاءَ حَامِلًا يَرُدُّهَا، وَلَا تُؤَخَّرُ الْحَامِلُ فِي الزَّكَاةِ، وَتَجِبُ الْخَلْفَاتُ فِي الدِّيَةِ وَقَالَ ﷺ: «أَلَا لَا تُوطَأُ حَامِلٌ حَتَّى تَضَعَ»<sup>(١)</sup>.

التفريع: إن قلنا: يُؤَخَّرُ التَّسْلِيمُ، فَلَوْ قَالَتْ: وَضَعْتُ الْحَمْلَ، وَأَنْكَرَ الزَّوْجُ فَعَلِيهَا الْبَيِّنَةُ عَلَى الْوَضْعِ، وَإِنْ قُلْنَا: يَعَجَلُ، وَادْعَتْ ظُهُورَ الْحَمْلِ، وَأَنْكَرَ، فَكَذَلِكَ، وَتُقْبَلُ فِيهِمَا شَهَادَةُ النِّسَاءِ، وَذَكَرَ الْقَاضِي ابْنَ كَيْجٍ أَنَّ أَبَا الْحُسَيْنِ حَكَى عَنْ بَعْضِ الْأَصْحَابِ أَنَّهُ لَا يُعْتَمَدُ قَوْلُهُنَّ، إِلَّا بَعْدَ مَضِيِّ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، وَأَنَّ الْجَمْهُورَ لَمْ يَشْتَرِطُوا ذَلِكَ، وَلَوْ كَانَ يَنْفَقُ عَلَى ظَنِّ الْحَمْلِ، ثُمَّ بَانَ أَنَّهُ لَا حَمْلَ، فَإِنْ أَوْجَبْنَا التَّعَجِيلَ قَبْلَ الْوَضْعِ، فَلَهُ الْاسْتِرْدَادُ؛ لِأَنَّهُ سَلَّمَ عَنْ جِهَةِ الْوَاجِبِ، وَقَدْ تَبَيَّنَ خِلَافُهُ، فَأَشْبَهَ مَا إِذَا ظَنَّ أَنَّ عَلَيْهِ دَيْنًا، فَأَدَاهُ، ثُمَّ بَانَ خِلَافُهُ، وَمَا إِذَا أَنْفَقَ عَلَى أَبِيهِ عَلَى ظَنِّ إِعْسَارِهِ، وَبَانَ يَسَارُهُ، وَعَنْ الْقَاضِي الْحُسَيْنِ أَنَّهُ احْتَجَّ لِذَلِكَ بِمَا رَوَى أَنَّ أَبِيَّ بْنَ كَعْبٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - عَلَّمَ رَجُلًا الْقُرْآنَ أَوْ شَيْئًا مِنْهُ، فَأَهْدَى لَهُ قَوْسًا، فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ: «إِنْ أَخَذْتَهَا، أَخَذْتَ قَوْسًا مِنَ النَّارِ»<sup>(٢)</sup> وَيُقَالُ: إِنَّ ذَلِكَ الرَّجُلَ ظَنَّ وَجُوبَ الْأَجْرَةِ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ، وَكَانَ يُعْطِي

(١) تقدم في الاستبراء.

(٢) رواه ابن ماجه [٢١٥٨] والرواياني في مسنده، والبيهقي كلهم من رواية عبد الرحمن بن سلم، عن عطية الكلاعي، عن أبي بن كعب، قال البيهقي وابن عبد البر: هو منقطع، يعني بين عطية وأبي، وقال المزني: أرسل عن أبي، وكانه تبع في ذلك البيهقي، وإلا فقد قال أبو مسهر: إن عطية ولد في زمن النبي ﷺ، فكيف لا يلحق أبيًا، وأعله ابن القطان وابن الجوزي بالجهل بحال عبد الرحمن، وله طرق عن أبي، قال ابن القطان: لا يثبت منها شيء، وفيما قال نظر، وذكر المزني في الأطراف له طرقًا، منها ما بين أن الذي أقره أبي، هو الطفيل بن عمرو، وفي الباب عن عبادة =

القوس على ظن أنه يعطي عن الواجب عليه، فمَنع النبي ﷺ مِنْ أخذه، وإن قلنا: لا يجب التسليم قَبْلَ الوضع، فإن أمر الحاكم به، فيسترد أيضاً، وإلا فإن لم يذُكر أن المدفوع نفقةً معجَّلةً، لم يسترد، وجُعِلَ متطوعاً، وإن ذُكرَ أنه نفقة معجَّلة، فإن شرط مع ذلك الرجوع، رَجَعَ، وإلا فوجهان:

أصحهما: أنه يرجع، وقد يُرتبان على الخلاف في مثل هذه الصُورة في تعجيل الزكاة، وهذه أوْلَى بالرجوع؛ لأنه تَبَيَّن بالأجرة حُصول الوجوب عند التسليم، وفي الزكاة بخلافه، وخَرَجَ القفال مما نحن فيه أن الدَّلال إذا باع متاعاً لرجل، فأعطاه المشتري شيئاً، وقال: وهبته منك، أو قال له الدلال وهبته مني، فقال: نَعَمْ، هل يحلُّ له قَبُوله وأخذه؟ قال: إن علم المشتري أَنَّهُ لَيْسَ عَلَيْهِ أن يعطيه شيئاً، فله قَبُوله، وإن ظنَّ أنه يجب عليه أن يعطيه، ويهب منه، فلا، وللمشتري الرجوع فيه، وأجرة الدَّلال على البائع الذي أمره بالتبَّيع<sup>(١)</sup>.

فَرَعٌ: لو أنفق على التي نَكَحَهَا نكاحاً فاسداً مدَّةً، ثم بان فسادُ النكاح، وفرق بينهما، قال الأصحاب لم يسترد ما أنفق بل يجعل ذلك في مقابلة استمتاعه بها وإتلافه منافعتها فإن كانت حاملاً أوجبنا النفقة بناء على أن النفقة للحمل، فعدم الاسترداد أظهر ثم في الفضل صَوَّرَ تعلق الخلاف في أن النفقة للحمل أو للحامل.

إحداهما: لو لم يُنفق عليها، حتى وضعت الحمل، أو لم ينفق في بَعْض مدة

= ابن الصامت، رواه أحمد وأبو داود وابن ماجة من حديث مغيرة بن زياد، عن عبادة بن نسي عن الأسود بن ثعلبة عنه، قال: علمت أناساً من أهل الصفة الكتابة والقرآن، فأهدى إلى رجل منهم قوساً، الحديث، ومغيرة مختلف فيه، واستكر أحمد حديثه، وناقض الحاكم فصح حديثه في المستدرك. واتهمه به في موضع آخر، فقال: يقال إنه حدث عن عبادة بن نسي بحديث موضوع، والأسود بن ثعلبة قال ابن المدني في كلامه على هذا الحديث: إسناده معروف إلا الأسود فإنه لا يحفظ عنه إلا هذا الحديث، كذا قال مع أن له حديث آخر من روايته عن عبادة بن الصامت أيضاً، رواه أبو الشيخ في كتاب ثواب الأعمال، وثالث أخرجه الحاكم في النساء تطهر، ورابع أخرجه البزار في الفتن، كلاهما من حديث معاذ بن جبل، ولم ينفرد به عن عبادة، بل تابعه جنادة بن أبي أمية، رواه أبو داود والحاكم والبيهقي، لكن قال البيهقي: اختلف فيه على عبادة، فقليل عنه عن الأسود بن ثعلبة، وقيل عنه عن جنادة، ورواه الدارمي بسند على شرط مسلم من حديث أبي الدرداء، لكن شيخه عبد الرحمن بن يحيى بن إسماعيل لم يخرج له مسلم، وقال فيه أبو حاتم: ما به بأس، قال دحيم: حديث أبي الدرداء في هذا ليس له أصل.

(١) وحكى الإمام كلام القفال ثم قال: وفيه نظر لأن الهبة عقد تملك، والظنون لا تغير مقتضيات العقود. نعم يمكن تخريج هذا على أن النظر في العقود إلى المقصود أو إلى مقتضيات الألفاظ من العقود. فإن نظرنا إلى الأول صح ما قاله القفال، وإن نظرنا إلى الثاني فلا رجوع إذ لا يغلب بالقبض.

الحَمْل، فإن قلنا: لا يجب التعجيل، بل يُؤخَّر إلى الوضع، لم تسقط نفقة المدة الماضية، وإلا، فلا يكون الإيجاب مفيداً وإن أوجبنا التعجيل، فمنهم من قال: يُبْنَى سقوط نفقة المدة الماضية على أن النفقة للحَمْل أو للحامل؟ إن قلنا: للحامل، لا تسقط، وتصير ديناً في الذمة، كنفقة الزوجة، وإن قلنا: للحمل، يسقط؛ لأن نفقة القريب تسقط بمضي الزمان، وهذا ما أورده المتولّي وصاحب الكتاب، ومنهم من قال: لا تسقط، وإن قلنا: إنها للحَمْل؛ لأن المرأة مستحقة لها، وانتفاعها بها أكبر من انتفاع الحمل، فكانت نفقة الزوجة؛ ولذلك قلنا بأنها تتقدَّر، وهذا ما أورده صاحب «التهذيب» وغيره.

وقد حكى الطريقتين الشيخ أبو علي وقال: ظاهر المذهب ما عليه الجمهور: أنها لا تسقط على القولين، ويجوز أن يُعلم لذلك قوله في الكتاب: «فإنه تسقط بمضي الزمان» بالواو.

[و]الثانية: نفقة البائنة الحامل، هل تجب على الزوج الرقيق قال الأصحاب: يُبْنَى ذلك على القولين في أن النفقة للحَمْل أو للحامل؟ إن قلنا: للحمل، لم تجب عليه؛ لأن الرقيق لا يلزمه مؤنة القريب ونفقته، وإن قلنا: للحامل، وجب، وكان شغل مائه الرِّحْم كرابطة الزوجية.

الثالثة: لو كان الحمل رقيقاً لكون الأم رقيقةً، ففي وجوب النفقة على الزوج حرّاً كان أو رقيقاً قولان: إن قلنا: إن النفقة للحَمْل، لم تجب عليه، بل هي على المالك، وإن قلنا: للحامل، وجبت، ومن فروع القولين صور أخرى:

منها: ذكر القاضي ابن كج أنه إذا كان الحمل موسراً، وقلنا: إن النفقة للحَمْل، وإنها تُؤخَّر إلى الوضع، فإذا وضعت، سلمت النفقة من ماله إلى الأم، كما تنفق عليه من ماله في المستقبل، قال: ويُحتمل عندي أن يكون ذلك على الأب، وإن قلنا: يجب التعجيل، فلا تُؤخَذ من مال الحمل، كما لا يوجب فيه الزكاة والمؤنات، ولكن ينفق الأب عليها، فإذا وضعت، ففي رجوعه في مال الصبي وجهان.

ومنها: قال ابن الحداد: لو اختلف المبتوتة والزوج في وقت الوضع، فقالت: وضعت اليوم وطالبته بنفقة شهر قبله، وقال: بل وضعت منذ شهر، فالقول قول المرأة، وعليه البينة؛ وذلك لأن الأضل عدم الولادة، واستمرار النفقة، ولأنها أعرف بالولادة، وهذا ظاهر على قولنا: إن النفقة للحامل، أما إذا جعلناها للحمل، فهو مبني على أن هذه النفقة لا تسقط بمضي الزمان، وإلا فلا يمكنها المطالبة بنفقة ما مضى، ولو كانت المبتوتة رقيقةً، وفرض هذا الاختلاف، فإن قلنا: إن النفقة للحَمْل، فلا معنى لهذا الاختلاف، ولا شيء عليه لا قبل الوضع ولا بعده، وإن قلنا: للحامل، فالحكم كما في الحرّة، ولو وقع هذا الاختلاف بين الموطوءة بالشبهة أو المنكوحه نكاحاً فاسداً وبين

الواطىء، فإن أوجبنا لها النفقة بناءً على أن النفقة للحمل، فالقول قولها مع اليمين، وإن لم تُوجب، فلا معنى لهذا الاختلاف، لكن لو اختلفا على العكس؛ لنفقة الولد، فقالت: ولدت منذ شهر، فعليك نفقة الولد لمدة شهر، وقال: بل وضعت أمس، فهذا بينى على أن الأم إذا أنفقت على الولد أو استدانته لنفقتها، هل ترجع على الأب وسيأتي ذلك إن شاء الله تعالى.

ومنها: ذكر أبو سعيد المتولي أنها لو أبرأت الزوج عن النفقة، فإن قلنا: إنها للحامل، سقطت، وإن قلنا: للحمل، لم تسقط، ولها المطالبة بعد الإبراء، ولك أن تقول: إن كان الإبراء عن نفقة الزمان المستقبل، فقد مرَّ حكمه، وإن كان عمًا مضى، فالنفقة مصروفة إليها على القولين، وقد مر أن الظاهر أنها تصير ديناً لها حتى تصرف إليها بعد الوضع أيضاً، فينبغي أن يصح إبراؤها على القولين.

وذكر أنه لو أعتق أم ولده، وهي حاملٌ منه، لزمته نفقتها، إن قلنا: إن النفقة للحمل، ولا يلزم إن قلنا: إنها للحامل، وأنه لو مات وترك أباه وامرأته حُبلى، لها مطالبة الجد بالنفقة، إن قلنا: إن النفقة للحمل، وإن قلنا: إنها للحامل، فلا مطالبة، وقطع في «التهذيب» بأنها لا تطالب الجد؛ لأنها نفقة مصروفة إلى الزوجة؛ فلا يجب على غير الزوج، ويقرب منه كلام الشيخ أبي علي.

ومنها: لو نشزت المرأة، وهي حامل، حكى القاضي ابن كج تخريج سقوط النفقة على أنها للحامل أو للحمل؟ والصحيح سقوطها، والتردد في البائنة لا في الزوجة، والله أعلم.

### الباب الثالث في الإعسار بالنفقة

قال الغزالي: وهو موجب (ح) للفسخ في أظهر القولين، والنظر في أطراف (الطرف الأول في العجز) وتغني به أن يعجز عن القوت بالفقر، فإن تعدد بالمنع مع الغنى فقد قيل بطرد القولين، وقيل: لا فسخ لأنه ظلم، والقادر بالكسب كالقادر بالمال، والعجز عن الأدم لا يؤثر على الأصح، وفي العجز عن الكسوة أو المسكن أو نفقة الخادم وجهان، ولا يؤثر العجز عن المهر على الصحيح، ولا يؤثر العجز عن نفقة الزمان الماضي بل ذلك دين مستقر في ذمته فرضه القاضي أو لم يفرضه (ح)، ولو قدر كل يوم على ثلث المد فلها الفسخ، وإن قدر على النصف فوجهان إذ في العجز أن طعام الواحد يكفي الاثنين.

قال الرافعي: مقصود الباب الكلام فيما إذا أعسر الزوج، وعجز عن القيام بمؤنات

الزوجة الموظفات عليه والذي نصّ عليه الشافعي - رضي الله عنه - في كتبه قديماً وحديثاً: أنه إذا أعسرَ بالنفقة، كانت المرأة بالخيار، إن شاءت، صَبِرَتْ وأنفقت من مالها، أو استقرضت ونفقتها في ذمته إلى أن يُوسرَ، وإن شاءت، طلبتْ فسْخَ النكاح.

وقال في بعض الكتب بعد ذكر ذلك: وقد قيل: إنه لا خيار لها، واختلف الأضحابُ علىَ طريقين:

أظهرهما: أن في المسألة، قولين:

أصحُّهما: أن لها خيارَ الفسخ، وبه قال مالك وأحمد؛ لِمَا رُوِيَ عن أبي هريرة - رضي الله عنهما -: أن النبي ﷺ قال: في الرجل لا يجد ما يُنفقُ على امرأته: «يُفْرَقُ بَيْنَهُمَا»<sup>(١)</sup>: ويروى مَنْ أَعْسَرَ بِنَفَقَةِ أَمْرَأَتِهِ، يُفْرَقُ بَيْنَهُمَا، وسئل سعيد بن المسيّب - رضي الله عنه - عن رَجُلٍ لا يجد ما ينفق على أهله قال: يُفْرَقُ بَيْنَهُمَا، فقيل له: سُنَّةٌ؟ قال: نَعَمْ، سُنَّةٌ<sup>(٢)</sup> قال الشافعي - رضي الله عنه -: الذي يشبه أن يكون قول ابن المسيّب - رضي الله عنه - أنه سُنَّةٌ رسول الله ﷺ، وأيضاً فالعجز عن الوطاء بالجِبِّ والعُتَّة يُثَبِّتُ حق الفسخ، فالعجز عن النفقة [أولى؛ لأنَّ الصبر عن الاستمتاع أسهلُّ من الصبر عن النفقة] وعبر عن ذلك بأن النفقة أمرٌ مقصودٌ بكل نكاح، فَيُثَبِّتُ الخِيَارُ بِفَقْدِهِ، كالاستمتاع، وقَصَدَ بالقيّد المذكور الاحترازَ عن الزيادة على نَفَقَةِ المُعْسِرِينَ، وعن نفقة الخادمة.

والثاني: وبه قال أبو حنيفة: أنه لا فسْخ لها؛ لأنَّ المُعْسِرَ مُنْظَرٌ، ولأنَّ الفسخ يُفَوِّتُ حقه، وترك الفسخ يُؤخِّرُ حقها، والتفويت أشدُّ من التأخير، ولأنها نفقةٌ واجبةٌ، فلا يثبت بها حقُّ الفسخ، كالنفقة الماضية.

قال القاضي الروياني: قال جدي: وبهذا أفتى.

والطريق الثاني: القطعُ بالقَوْلِ الأوَّلِ، وحملُ الآخر على حكاية مذهب الغَيْرِ، وهذا أظهر عند القاضيين ابن كج والرويانِي، وإذا قلنا بالأصح، احتجنا إلى معرفة ما يثبت طلبَ التفريق، ومعرفة حقيقة هذا التفريق، ووقته ومَنْ له طلبه، فجعل صاحب الكتاب الكلامَ في أربعة أطراف:

أما الأول، ففيه مسائل:

(١) أما حديث أبي هريرة فرواه الدارقطني والبيهقي من طريق عاصم عن أبي صالح عن أبي هريرة، وأعله أبو حاتم.

(٢) قول سعيد بن المسيّب فرواه الشافعي [١٧٢٣] عن سفيان عن أبي الزناد.

إحداها: المُثْبِت لِحَقِّ الفَسْخِ العَجْزُ والإعسارُ، أما إذا امتنع عن تسليم النفقة، مع وجدانها، ففيه وجهان:

أحدهما: أن لها حقَّ الفسخ؛ لأنها لا تصل إلى حقِّها وتَتَضَرَّرُ، فيجعل الامتناع كالعجز.

وأظهرهُما: المَنعُ؛ لأنها تَتَمَكَّنُ من تَحْصِيلِ حَقِّها بالسلطان؛ بأن يلزم بالحبس وغيره، وإن كان له مال ظاهرٌ، أنفق السلطانُ منه، وليس ذلك مَوْضِعَ الخلاف، وكذا لو قَدَّرَتِ المرأةُ على شيءٍ من ماله<sup>(١)</sup>، ولو غاب، وهو مُوسِرٌ في غيبته، ولا يوفيهما حقُّها، جرى الوجهان، فعلى الأظهر: لا فسخ، وكان المؤثر، تعيينه بخراب الذمة وهو من الموسرين، ولكن يبعث الحاكم إلى حاكم بلديهِ ليطالبه، إن كان موضعه معلوماً، وعلى الوجه الآخر: يجوز الفسخُ إذا تعذَّرَ تَحْصِيلُها، ولا تكلف أن تصبر وتتحمل الضرر، وهو اختيار القاضي الطبري، وإليه مال ابن الصبَّاح، وذكر القاضي الروياني وابن أخته صاحب العُدَّة: أن المصلحة الفتوى به، وإذا لم نُجَوِّزِ الفسخَ، والغائبُ موسِرٌ، فلو لم نَعْلَمْ أنه موسر أو مُعْسير، فكذلك الحُكْمُ؛ لأن السبب لم يَتَحَقَّقْ، ومهما ثبت إعسار الغائب عند حاكم بلديها، فيجوز الفسخُ أو لا يَفْسَخُ حتى يبعث إليه، فإن لم يَحْضُرْ، ولم يبعث النفقة فحينئذ يَفْسَخُ؟ ذَكَرَ فيه وجهان:

أصحُّهُما: الأول، وهو الذي أورده في «التتمة»، ولو كان الرجل حاضراً، وماله غائب، فإن كان على ما دون مسافة القصر فلا خيار، ويؤمر بتعجيل الإحضار، وإن كان على مسافة القصر فلها الخيار، ولا يلزمها الصبر، وقد يحتج بهذا لأحد الوجهين، فيما إذا غاب، وهو موسر في الغيبة، وفرق صاحب «التهذيب» بينهما بما لا يَقَعُ، فقال: إذا كان المال غائباً، فالعجز عن جهة الزوج، وإذا كان الزوج غائباً، وهو موسر، فقَدَّرْتَهُ حاصلةً، والتعذُّرُ مِنْ جَهْتِها.

ولو كان له دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ على إنسانٍ، فلها الخيار، إلا أن يَكُونَ الأجلُ قريباً، ويُشبهه أن يضبط القرب بمدَّةِ إحضار المال الغائب إلى ما دون مسافة القصر<sup>(٢)</sup>، ولو كان حالاً، فإن كان على المُعْسير، فلها الخيار، وإن كان على مُوسِرٍ، حاضر، فلا خيار، وإن كان غائباً، فعن «الحاوي»: أنه على وجهين، كما لو كان الزَّوْجُ غائباً، وهو موسر، ولو كان له على زوجته دَيْنٌ، فأمرها بالإنفاق منه، فإن كانت موسرةً، فلا

(١) ما ذكره من تقييد موضع الخلاف تابع فيه الإمام فإنه قال: عندي أن محل الخلاف إذا لم يقدر على خلاص الحق بالسلطان ولا يأخذها طائفة من ماله فإن قدرت على ذلك لم يثبت لها الفسخ قطعاً.

(٢) ويؤيده قول الماوردي والروياني في الصانع كالبحار والجمال إذا مرض فإن كان يرجو الزوال بعد يوم أو يومين فلا خيار وإن كان بعيد الزوال ثبت الخيار. انتهى.

خيار، وإن كانت مغسرة، فلها الخيار؛ لأنها لا تصل إلى حقها من ماله، والمغسِر مُنظَرٌ، وعلى قياس هذه الصور، لو كان له عقار ونحوه، لا يُرغب في شرائه، ينبغي أن يكون لها الخيار، ومن عليه دُيُونٌ تستغرق ماله، لا خيار لزوجته، حتى يُصرف ماله إلى الدُيُون، ولو تبرّع متبرّع بأداء النفقة عن المغسِر، لم يلزمها القبول، ولها الخيار، كما لو كان له دينٌ على إنسانٍ، فتبرّع غيره بقضائه، لا يلزمه قبوله؛ وهذا لأن فيه تحمُلٌ مِنَّةٍ من المتبرّع، وحكى القاضي ابن كج: أنه لا خيار لها والظاهر الأوّل، ويجوز أن يوجّه الخلاف؛ بأن الفسخ لثُفْصان الزوج وتعيبه بخراب ذمته أو لتضرُّرها بتعذر النفقة، كما وُجّه بالمعنيين الخلاف فيما إذا كان الزوج غائباً، وهو موسر وفي «التنمة»: أنه لو كان بالنفقة ضامِن، ولم نُصحح ضمان النفقة فالضامن كالمُتبرّع، وإن صحَّحناه، فإن ضَمِنَ بإذن الزوج، فلا خيار لها، والضامن في أداء النفقة ينزل منزلة الزوج، وإن ضَمِنَ بغير إذنه، فوجهان؛ لأنه كالمُتبرّع، لكن الحق ثابت، والمطالبة متوجهة.

ولو أن المُوسِر كان لا يعطيها إلا نفقة المُغسِر، فلا خيار لها؛ لأنه يكفي قواماً، والباقي يصير دُيْناً في ذمته.

**الثانية:** القُدرة بالكسب كالقُدرة بالمال، فلو كان يكسب كل يوم قدر النفقة، فلا خيار؛ لأن النفقة هكذا تجب، وليس عليه أن يدخر للمستقبل، ولو كان يكسب في يوم ما يكفي ثلاثة أيام، ثم لا يكسب يومين أو ثلاثاً، ثم يكتسب في يوم ما يكفي للأيام الماضية، فلا خيار؛ لأنه ليس بمعسر، ولا تشق الاستدانة؛ لما ينفق من التأخير السير، وكذلك الحُكْم في النساج الذي ينسج في الأسبوع ثوباً تفي أجرته بنفقة الأسبوع، حكاها صاحب «الحاوي» عن أبي إسحاق، وأورده كذلك صاحب «المهذب» و«التهذيب» لكن ذكرنا في المال الغائب على مسافة القُصر: أن لها الخيار، وقد يمكن إخضاره فيما دون أسبوع، والوجه التَّسوية<sup>(١)</sup>.

(١) فيه أمران:

أحدهما: مراده بالاستدانة في الصورة الأولى أنها هي تستدين للإمام الثلاثة كما صرح به البغوي فإنه قال في التهذيب: أما إفسار التأخير لا يثبت الفسخ مثل أن يكتسب في يوم ما يكسبه لثلاثة أيام بعده ثم يبقى يومين أو ثلاثة لا يكتسب ثم يكتسب للأيام الماضية أو كان نَساجاً ينسج في كل أسبوع يوماً يكفيه أجرته للأسبوع فلا خيار لها لأنه ليس بإعسار بل هو تأخير للحق من وقت ويستدين يوم التأخير.

الثاني: أن النووي رحمه الله نازع الرافي في التسوية وقال في زوائده: المختار أنه لا خيار كما ذكره هؤلاء الأئمة. واعلم أن الرافي عسر عليه الفرق بين المسألين فسوى بينهما مع اعترافه بأنه خلاف المنقول والنووي صحح التعاكس وفق النقل ولم يبد فارقاً. فنقول: الموجب لاعتقاد الرافي التسوية ظنه أن المراد بالاستدانة والاستقراض للمرأة. وهذا شيء تابع فيه البغوي.

وإذا عَجَزَ العامل عن العمل لمرض، فلا فسخ، إن كان يُزَجَى زواله يومين أو ثلاثة، وإن كان تَطَوَّلَ مدته، فلها الخيار، وحكي في «التتمة» وجهين فيما إذا كان يكسب في بعض الأسبوع ما يكفي لجميعه، فتعذر عليه العمل في بعض الأسابيع، لعَارِضٍ، وقال: الصحيح ثبوت الخيار، وإذا لم يستعمل البتاء والتجار أحد، وتعذرت النفقة كذلك، فعن الماوردي: أنه لا خيار، إن كان ذلك يقع نادراً، وإن كان يقع غالباً، فلها الخيار.

والقادر على الكسب إذا لم يكتسب، كالموسر الممتنع، إن أوجبنا عليه الاكتساب، لنفقة الزوجة، وفيه خلافٌ سنذكره.

الثانية: النفقة التي تثبت الفسخ بالعجز عنها نفقة المعسرين دون نفقة المتوسطين والموسرين، وهذا شخص قد عاد من حد اليسار إلى حد الإعسار، ولو قدر كل يوم على دون نصف المد، فلها الفسخ؛ لأنه لا يكفي، ولو قدر على النصف، فوجهان: أصحهما: الجواز كذلك.

والثاني: المنع؛ لأنه يصلح بلاغاً، وقد ورد في الخبر أن طعام الواحد يكفي الاثنين<sup>(١)</sup> ويجريان فيما لو كان يجد يوماً مداً، ويوماً نصف مد، وأجريا أيضاً فيما إذا كان يجد يوماً مداً، ويوماً لا يجد شيئاً، ولو كان يجد بالغداة ما يُعديها، وبالعشي ما يُعشيها، فوجهان:

أحدهما: أن لها الخيار؛ لأن نفقة اليوم لا تبعض، وأصحهما على ما قال في «التهذيب»<sup>(٢)</sup>: لا خيار لها؛ لوصول وظيفة اليوم إليها، وهل يثبت الخيار بالإعسار [بالأدم]<sup>(٣)</sup> فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لعسر الصبر على الخبز البحت دائماً، وبه قال الداركي، ورجحه الروياني.

والثاني: لا؛ لأنه تابع، والنفس تقوم بدونه، وهذا أصح عند الإمامين أبي حامد والقائل وغيرهما - رحمهم الله - وتابعهم الإمام وصاحب الكتاب والقرءاء - رحمهم الله - وعن «الحاوي» توسط وهو أن القوت إن كان بحيث ينساع للفقراء بلا أدم، فلا خيار لفقد الأدم، وإلا، فيثبت الخيار.

(١) رواه مسلم (٢٠٥٩) والترمذي وابن ماجه عن جابر أتم منه، وله طرق.

(٢) سكت عما إذا قدر على زيادة على نصف مد لكنه ذكر في كتاب الأيمان ما يقتضي أنها لا تنفسخ.

(٣) في ز: بالمد.



ويثبت الخيار بالإعسار بالكسوة؛ لأنه لا بُدُّ منها، ولا تَبَقَى النفس بدونها، وفيها وجهُ آخَرُ: لأنها ليست من ضرورات الخُلْفَةِ، ويقال: إن من الناس صنفاً لا يلبسون الثياب، والظاهر: الأول. ومنهم مَنْ قطع به، وفي الإعسار بالمسكن وجهان:

وجه المنع: أن النفس تقوم بدونه، فإنها لا تَعْدَمُ مسجداً أو موضعاً مباحاً، وبهذا قال الشيخ أبو حامد فيما حكاه عن الشيخ أبي عليّ سماعاً، ورجّحه صاحب «التهذيب»، والأصح: ثبوت الخيار؛ لأن الإنسان لا بُدُّ له من مسكن يأويه من الحرِّ والبردِ يقيه، والحوالة على المسجد كالحوالة في النفقة على السؤال والتقاطِ السبل، وهذا أوجه، واختاره الشيخ أبو عليّ وابن الصبّاغ والرؤياني، والإعسار بنفقة الخادمة لا يثبت الخيار؛ على الظاهر المنصوص؛ لسهولة الصبر عنها، وأكثر الناس يقومون بأمرهم بلا خادم وذكر وجه: أنه يثبت الخيار؛ لأنها نفقة مستحقة بالنكاح، فأشبهت نفقة المخدومة.

الرابعة: في الإعسار بالمهر طرُق:

أحدها: وبه قال أبو عليّ وابن أبي هُرَيْرَةَ والطبري وأبو حفص ابن الوكيل والقاضي أبو حامد: أنه إن كان قبل الدخول، ففي ثبوت الخيار به قولان: أحدهما: المنع؛ لأن النفس تقوم بدون الصداق، فأشبهه نفقة الخادمة.

والثاني: يثبت؛ لأنه عَجَزَ عن تسليم العوض، والمُعَوَّضُ باقٍ بحاله، فأشبهه ما إذا أفلَسَ المشتري بالثمن، وإن كان بعد الدخول، فلا فسخ بلا خلاف؛ لأنه تلف المُعَوَّضِ، وصار العوض ديناً في ذمته، ولأن تسليمها يُشعِرُ برضاها بذمته، وإذا منَعَتَها من الامتناع بعدما سلّمت نفسها، فلأن لا تُسلَطَها على الفسخ كان أولى، وأظهرهما عند الشيخ أبي حامد والقاضي الرؤياني وغيرهما: أنه يثبت الخيار قبل الدخول بلا خلاف، وفيما بعده قولان:

أحدهما: لا يثبت؛ لما ذكرنا.

والثاني، ويحكى عن نَصِّه - رضي الله عنه - في «الإملاء» أنه يثبت؛ لأن البُضْعَ لا يتألف حقيقةً بوطأة واحدة، وقد أشير إلى بناء القولين على تردّد في أن المقابل بالمهر الوطأة الأولى فيكون المُعَوَّضُ تالفاً، ويمتنع الفسخ أو في مقابلة جميع الوطآت، فيكون بعض المُعَوَّضِ تالفاً، فيشبه بقاء بعض المبيع في يد المُفْلِسِ.

والثالث: طرد القولين في الحالين.

والرابع: القَطْعُ بثبوته قبل الدخول، وبالنفي بعده وبه قال أبو إسحاق.

والخامس: القَطْعُ بأنه لا يثبت في الحاليتين، وهو الأصحُّ عند الإمام وصاحب الكتاب - رحمهما الله -؛ لأنه ليس في فوات المهر وتأخيرهِ مثلُ صَرَرِ فوات النفقة، وليس هو على قياسِ الأَعْوَاضِ، حتى ينفسخ العَقْدُ بتعذُّره، ورتب مُرتَبُونَ المهر على

النفقة، ثم اختلفوا، فقال قائلون: إن لم يثبت الخيار بالإعسار في النفقة، فالإعسار بالمهر أولى، فإن أثبتناه ففي المهر قولان، وعكس آخرون، فقالوا: إن أثبتنا الخيار في النفقة، ففي المهر أولى، وإلا فقولان، والفرق على هذا أن النفقة في مقابلة التمكين والاستمتاع، فإذا أعسر بها، فحقها أن تقطع التمكين والطاعة؛ لأن الفسخ والمهر في مقابلة ملك البضع، فإذا أعسر به، كان لها أن تقطع الملك، وتخرج من هذا الترتيب الثاني: طريقة قاطعة بثبوت الخيار بالإعسار وبالمهر، فإذا أخذت حاصل الطرق ورمت الاختصار، قلت: في المسألة ثلاثة أقوال ذكره في التهذيب.

أحدها: ثبوت الخيار قبل الدخول أو بعده.

والثاني: المنع في الحالين.

والثالث: الفرق بين ما قبل الدخول وبعده، والأصح منها الأول عند صاحب

«التهذيب» وغيره.

والرابعة: الفارق عند أكثرهم، ولا خيار للمفوضة بعجزه عن المهر؛ لأنها لم تستحق المهر بالعقد على الصحيح، ولكن لها المطالبة بالفرض، فإذا فرض، كان كالمسمى في العقد.

الخامسة: إذا لم ينفق على زوجته مدة، وعجز عن أدائها، لم يكن لها الفسخ بسبب ما مضى حتى لو لم تفسخ في اليوم الذي يجوز لها الفسخ ثم وجد النفقة فيما بعده من الأيام لم يكن لها الفسخ بنفقة الأمس وما قبله، وينزل ذلك منزلة دين آخر لها عليه، وفي «التممة» ذكر وجه أن الإعسار بنفقة الزمان الماضي كالإعسار بالصدقات بعد الدخول، والمشهور الأول، ثم نفقة الزمان الماضي لا تسقط، بل تصير ديناً في الذمة، إذا كانت مقيمة على طاعته، سواء ترك الإنفاق متعمداً أو لعجزه وسواء قضى القاضي بنفقتها، وفرض، أو لم يفرض، وبه قال مالك وعند أبي حنيفة: لا تصير ديناً إلا بفرض القاضي وعن أحمد - رحمه الله - روايتان كالمذهبتين.

لنا: أن النفقة عوض عن الطاعة والتمكين، فإذا بذلت ما عليها، وجب أن ما يستقر لها، وليست كنفقة القريب؛ لأنها تجب على سبيل المواساة؛ صيانة له على الهلاك، ونفقة الزوجة تجب عوضاً، ولذلك تجب على الموسر والمعسر بخلاف نفقة القريب، والإدام ونفقة الخادمة يثبتان في الذمة كنفقة<sup>(١)</sup> الزوجة: وثبوت الكسوة في

(١) وما جزم به في الأدم هو أحد الوجهين، والثاني: لا يثبت لأنه تابع ولم يذكر الجرجاني في الشافعي غيره.

الدِّمَّةُ يبني على أن الواجب فيها التملك أو الإمتاع، إن أوجبنا التملك، تثبت في الدمة، وإلا، لم تثبت كمؤنة السكنى وخُرَجَ من النفقة في [مؤنة] السكنى أنها تثبت أيضاً وفي كتاب القاضي ابن كحج: أن أبا الحسين حكى عن القديم قولاً أن نفقة الخادم لا تصير ديناً، وهذا ما أورده في «التتمة» ويعود إلى لفظة الكتاب قوله: «وهو موجب للفسخ» مُعَلِّمٌ بالحاء، ويجوز أن يعلم قوله: «في أظهر القولين» بالواو؛ للطريقة القاطعة.

وقوله: «فإن تعدر بالمنع مع الغنى، فقد قيل بطرد القولين، وقيل: لا فسخ» إطلاق الطريقتين في سياق الكتاب غير مُستحسن؛ لأن قوله: «والنظر في أطراف» إلى آخرها مفرغ على أظهر القولين، وهو ثبوت الفسخ بالإعسار؛ ألا تراه يقول في آخر الباب «وإن قلنا: إن الإعسار لا يوجب الفسخ أصلاً»، وإذا كان التفريع عليه لم يحسن التعرض فيه للقول الآخر. بل الحسن الاقتصار على ذكر الوجهين أعني فيما إذا امتنع مع الغنى.

وقوله: «لأنه ظلم» يعني أن العجز هو المحوج إلى الفسخ، فأما الظلم، فأما الظلم، فيدفعه السلطان وقوله: «وفي العجز عن الكسوة أو المسكن أو نفقة الخادم وجهان: يجوز أن يُعَلِّمَ لفظ «الوجهان» منه بالواو؛ لما حكينا من القطع في نفقتها، وقوله: «ولا يؤثر العجز عن المهر على الصحيح» الذي أورده صاحب الكتاب في «الوسيط» طريقان: أحدهما: القطع بأنه لا خيار بالإعسار بالمهر.

والثاني: أن فيه قولين كما في النفقة، ويشبه أن يريد بقوله: «على الصحيح» الأول من هذين الطريقتين، والراجح عند الأكثرين خلافه، كما عرفته، وقوله: «ولا يؤثر العجز عن الزمان الماضي» ليعلم بالواو وقوله «أو لم يفرضه» بالحاء والألف؛ لما مر.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: الطَّرْفُ الثَّانِي فِي حَقِيقَةِ هَذَا الرَّفْعِ فَالرَّفْعُ بِالْحَبِّ فَسَخٌ، وَبِالإِيلَاءِ طَلَاقٌ، وَهُوَ دَائِرٌ بَيْنَهُمَا فَبِهِ خِلَافٌ، فَإِنْ قُلْنَا: طَلَاقٌ رَفَعَتْ الأَمْرَ إِلَى القَاضِي حَتَّى يَحْبِسَهُ لِيَنْفِقَ أَوْ يُطَلِّقَ، فَإِنْ أبَى طَلَّقَ القَاضِي طَلَاقاً رَجْعِيّاً، فَإِنْ رَاجَعَ طَلَّقَ ثَانِيّاً وَثَالِثاً، وَإِنْ قُلْنَا: فَسَخٌ فَلَا بُدَّ مِنَ الرَّفْعِ لِإِبْتِاتِ الإِعْسَارِ، ثُمَّ لَهَا الفَسْخُ إِذَا أَقَامَتِ البَيْتَةَ أَوْ أَقَرَّ الزَّوْجَ، فَإِنْ فَسَخَتْ قَبْلَ الرَّفْعِ عِنْدَ عِلْمِهَا بِالعَجْزِ فَبِهِ الأَنْفِسَاخُ بِأَطْنَاءِ تَرَدُّدٍ وَلَا يَنْفَسَخُ ظَاهِراً.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا ثَبَتَ حَقُّ التَّفْرِيقِ [بِسبَبِ] الإِعْسَارِ، فَقَدْ حَكَى أَبُو سَعِيدٍ المَتَوَلَّى وغيره [وجهين] أن لِلْمَرَأَةِ أن تَتَوَلَّى الفَسْخَ بِنَفْسِهَا، وَأَنَّ هَذَا الخِيَارَ يُشَبِّهُ خِيَارَ الرَّدِّ بِالعَيْبِ، وَالمَشْتَرِي يَسْتَقِلُّ بِالفَسْخِ هُنَاكَ، فَكَذَلِكَ المَرَأَةُ هَا هُنَا، وَالصَّحِيحُ المَشْهُورُ أَنهَا لَا تَسْتَقِلُّ بِهِ، بَلْ لَا بُدَّ مِنَ الرَّفْعِ إِلَى القَاضِي، كَمَا فِي العِنَّةِ، فَإِنَّهُ فِي مَحَلِّ النُّظَرِ وَالجِتْهَادِ، وَعَلَى هَذَا، فَمَا حَقِيقَةُ هَذِهِ الفُرْقَةِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ:

أحدهما: وهو مُخْرَجٌ: أَنَّهَا فُرْقَةٌ طَلَاقٍ، كَمَا فِي «الإملاء» واستدل له أبو يعقوب

الأبيوردي بما روي أن عُمَر بن الخطاب - رضي الله عنه - كَتَبَ إِلَى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم، وأمرهم أن يأمرهم، إمَّا أن يُنْفِقُوا وإمَّا أن يُطَلِّقُوا، فإن طَلَّقُوا، بَعَثُوا بِنَفَقَةٍ مَا حَبَسُوا<sup>(١)</sup>، فعلى هذا، إذا ثبت الإعسار عند الحاكم، أمره أن يتحمل وينفق، فإن أبي، فيطلق الحاكم بنفسه أو يَحْبِسُهُ لِيُطَلِّقَ؟ فيه الخلاف المذكور في الإيلاء، والظاهر أن القاضي يُطَلِّقُ، وإذا طَلَّقَ طَلِّقَ طَلِّقَةً رَجْعِيَّةً، فإن راجع، طَلَّقَ ثَانِيَةً وَثَالِثَةً.

وأصْحُهُمَا: وهو المنصوص: أن هذه الفُرْقَةُ فَرْقَةٌ فَسَخَ لا يَنْقُصُ بها عدد الطلاق، كالفسخ بالجبِّ والعنة، ويخالف الإيلاء لأن المولي لا عُيْبُ فيه، وإنما قَصِدَ الإضرار بها، فمُنِعَ منه، وأمره بأن يفِيء أو يطلق، والعجز عن الإنفاق عيب فالحق بالعجز عن الوطاء فعلى هذا إذا [شكت الإعسار، تولَّى القاضي الفسخ بنفسه، أو أذن لها بالفسخ، ومنهم من قال: إنَّهَا تَسْتَقِلُّ بِالْفَسْخِ بَعْدَ<sup>(٢)</sup> ثبوت الإعسار عنده وإذا قُلْنَا بظَاهِرِ الْمَذْهَبِ، وهو أنه لا بُدَّ من رفع الأمر إلى الْقَاضِي فلو لم يرفع وَفَسَّخَتْ بِنَفْسِهَا بَعْلَمِهَا بِعَجْزِهِ، لم ينفذ في الظاهر، وهل ينفذ باطناً، حتى إذا ثبت إعساره متقدماً على الفسخ إما باعتراف الزوج أو البينة، يكتفي به، ويحتسب العدة منه؟ فيه تردُّدٌ وَجِهٌ، قال في «البيسط»: ولعل هذا فيما إذا قَدَّرَتْ على الرفع إلى القاضي، فإن لم يكن في الصقع حاكمٌ ولا مُحَكِّمٌ، فالوجه إثبات الاستقلال بالفسخ.

وقوله في الكتاب: «في حقيقة هذا الرفع» يعني رفع النكاح بسبب الإعسار، وذكر صورتي الجب والإيلاء أولاً ثم ذَكَرَ الْخِلَافَ إشارة إلى أن هَذَا الرَّفْعَ يلحق على رأي بهذا، وعلى رأي بهذا، وقد ذكر في «التتمة» أن الخلاف في أنه فسَخُ أو طلاقٌ مَبْنِيٌّ على الْقَوْلَيْنِ في أن الْقَاضِيَّ يُطَلِّقُ على المولي أو يَحْبِسُهُ؛ ليطلق أو يفِيء إن قُلْنَا: فيطلقها هنا أيضاً، لأنها لا تصل إلى حَقِّهَا، وإن قُلْنَا بالثاني: فهذا هنا لا يمكن الْحَبْسُ؛ لأنه عاجزٌ، فلا يبقى للخلاص طريق إلا الفسخ، ولك أن تَقُولَ: العاجزُ عن الإنفاق لا يجوز حَبْسُهُ؛ لينفق، ولكن لا يَبْعُدُ أن يُحْبَسَ ليكَلِّفَ الإنفاق أو يُطَلِّقَ على ما ذكر في الكتاب حتى يحسبه؛ لينفق أو يطلق.

وقوله: «طلق القاضي طلاقاً رجعيّاً» يجوز أن يُعْلَمَ بالواو؛ للقول الآخر في أن

(١) رواه الشافعي [١٧٢٢] عن مسلم بن خالد عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر به، ورواه ابن المنذر من طريق عبد الرزاق عن عبيد الله بن عمر به وأتم سياقاً، وهو في مصنف عبد الرزاق، وذكره أبو حاتم في العلل عن حماد بن سلمة عن عبيد الله به، وقال: وبه نأخذ، وقال ابن حزم: صح عن عمر إسقاط طلب المرأة للنفقة إذا أعسر بها الزوج.

(٢) سقط من: ز.

القاضي لا يطلِّق على المُولي، بل يحبس، ليُطلِّق وقد ذكرهما جميعاً أبو الفرج السرخسي تفریباً على أن هذه الفُرقة طلاقٌ.

وقوله: «وان قلنا: فسُخ، فلا بُدَّ من الرفع؛ لإثبات الإعسار» هذا لا يَخْتَصُّ بقولنا: «إنه فسُخ، بل الرفع وإثبات الإعسار لا بُدَّ منه، سواء جعلنا هذه الفُرقة فسخاً أو طلاقاً، لكن لما ذكر من بعد أن لها أن تُفسخ بعد ما ثبت الإعسار، أشار إلى أن الرفع على هذا القول؛ لإثبات الإعسار والطلاق [أما الفسُخ بعد ذلك، فهو بيدها، وأما على قول الطلاق، فيرفع الأمر لإثبات الإعسار]؛ فإنها لا تُمكن من التطبيق.

وقوله: «ثم لها الفسُخ، إذا أقامت البينة أو أقر الزوج» يشبه أن يكون جواباً على الوجه الذي قيل: إنها تستقلُّ بالفسُخ بعد ثبوت الإعسار، وبه يُشعر إيراد «البيسط» و«الوسيط»، والأشهر أن القاضي يفسخ أو يأذن لها في الفسخ على ما بيَّناه، والله أعلم بالصواب.

قال العزالي: الطرف الثالث في وقت الفسُخ ولها المطالبة صبيحة كل يوم بالثقة، ولكن المغسر هل يمهل ثلاثة أيام ليتحقق عجزه؟ فيه قولان أحدهما: لا يمهل ولكن لا يفسخ في أول النهار بل آخر النهار، أو بعد انقضاء يوم وليلة يستقر الحق، نعم لو كان يفتاد الإثنين بالطعام لئلا فلها الفسُخ، ولو قال صبيحة النهار: أنا اليوم عاجز فيختمل أن يقال: لا يفسخ في الحال إلى انقضاء اليوم والقول الثاني: أنه يمهل ثلاثة أيام، وهو الأحسن، ولها الفسُخ صبيحة الرابع إن لم يسلم الثقة، فإن سلم للزابع لم يكن لها الفسُخ للماضي، وإن سلم للثالث صبيحة الثالث وعاد إلى العجز في الرابع يستأنف المدة على وجه، ويبنى على المدة السابقة على وجه فيصير يوماً آخر، وإن رضيت بعد انقضاء المدة فلها الفسُخ بعد ذلك كزوجة المولي لا كزوجة العنين، وقولها: «رضيت بإعساره أبداً» وعد لا يجب الوفاء به.

قال الرافعي: قد تقدم أن النفقة تجب صبيحة كل يوم، وإنما تسلم كلما طلع الفجر، فإذا عجز عن تسليمها، فينجز الفسخ أو تمهل ثلاثة أيام فيه قولان:

أحدهما: أنها لا تمهل؛ لأن السبب الإعسار، وقد حصل، ولأنه فسُخ؛ لتعذر الوصول إلى العرض، فأشبهه فسُخ البيع بإفلاس المشتري بالثمن، ويُنسب هذا إلى القديم.

وأصحهما: أنه تمهل ثلاثة أيام؛ ليتحقق عجزه، فإن الإنسان قد يتعسر عليه وجه الإنفاق؛ لعوارض ثم نزول، وهذه مدة قريبة لا يضر تزجيتها باستقراض وغيره، وقيد بعضهم التصوير بما إذا استمهل الزوج، والظاهر أنه لا حاجة إليه، والقولان كالقولين في أن المولي والمرتد يمهلان هذه المدة، وفي المسألة طريقة قاطعة بالإمهال، وادعى

القاضي ابن كَجَّح: أن جمهور الأصحاب عليها، والمشهور طريقة القولين.

التفريع: إن قلنا: لا يمهل ثلاثاً، فمتى يفسخ؟ فيه وجهان:

أحدهما: أن لها المبادرة إلى الفسخ من أول النهار بعجزه عن توفية الواجب وقت وجوبه وأقر بهما، وهو المذكور في الكتاب: المنع؛ ليرتفع النهار، ويتردد ويكتسب وكثير من الناس يكتسبون نفقة اليوم في اليوم، والتسليم في أول النهار إنما يجب على الواجد، وعلى هذا فقد ذكرت احتمالات: أحدهما أنها تؤخر الفسخ إلى شطر النهار؛ فإنه لا يؤخر الأكل عنه غالباً.

والثاني: إلى آخره، وهو وقت إفتار الصائمين.

والثالث: إلى انقضاء اليوم والليلة بعده؛ لأن النفقة لها وبمضيها يستقر العجز عن الحق يتحقق بعد استقراره، وفي هذا التوجيه توقف؛ لأن الاستقرار غير موقوف على مضيها؛ ألا ترى أنه لو سلم النفقة، فماتت في أثناء النهار، لا يسترد ورأى صاحب الكتاب مع ذلك الاحتمال الثالث أوجه، وذكر في «الوسيط» أن حاصله الإمهال يوماً وليلة واعلم أنه قد نقل عن «الإملاء» أنه يمهل المعسر بالنفقة يوماً، وجعله أبو الفرج السرخسي قولاً ثالثاً، والأكثر امتنعوا منه، وقالوا: المراد منه أنه لو أمهله يوماً، جاز؛ لأنه لا يزيد عليه.

ثم هذا إذا لم يتخذ عادة، فأما إذا كان يعتاد الإتيان بالطعام ليلاً، لم يحتمل وكان لها الفسخ؛ لأن فيه تكليف صيام الدهر، وهو شاق، وليس ما يحتمل نادراً يحتمل، إذا تكرّر ويقرب من هذه الصورة ما ذكر في «العدة» أنه لو لم يجد النفقة في أول النهار، وكان يجدها في آخر النهار، فلها حق الفسخ في أصح الوجهين، أو هي؟ وإذا قلنا: لا فسخ في أول النهار، فلو قال صبيحة اليوم: أنا عاجز لا أتوقع شيئاً، فقد ذكر فيه احتمالان:

أحدهما: أن لها الفسخ في الحال؛ لتصريحه بالعجز وعدم التوقع.

وأقربهما: التأخير فقد يرزق الإنسان من حيث لا يحتسب، وأما إذا فرعنا على الأصح، وقلنا: إنه يمهل ثلاثة أيام، ففيه مسائل:

أحدها: إذا مضت الأيام الثلاثة، فلها الفسخ صبيحة اليوم الرابع، إن لم يسلم النفقة<sup>(١)</sup>، وإن سلمها، لم يجز الفسخ لما مضى وليس لها أن تقول: آخذ هذا عن نفقة

(١) أحدهما: تقيده الوجوب بصبيحة اليوم الرابع يشعر بأن حق الفسخ على هذا القول إنما يثبت عند كمال الأيام والليالي.

الثاني: ظاهره تمكنها من الفسخ بطلوع فجر الرابع بلا مهلة وبه صرح الغزالي والإمام.

بغض الأيام الثلاثة، وأفسح بعجزه اليوم؛ لأن الاعتبار في الأداء بقصد المؤدي، فلو توافقا على جعلها عما مضى، فيمكن أن يقال: لها الفسخ، ويمكن أن تجعل القدرة عليها مُبْتَطَلةً للمُهْمَلة، ولو مضى يومان بلا نفقة، ووجد نفقة اليوم الثالث، وسلمها، وعجز في اليوم الرابع، فيستأنف المدة أو يبني؟ فيه وجهان:

أحدهما: يستأنف؛ لأن العجز الأول قد زال، وأظهرهما البناء؛ لأنها تتضرر بطول المدة للاستئناف، فعلى هذا تصبر يوماً آخر، لينضم إلى اليومين، وتفسخ في اليوم الذي يليه ولو لم يجد نفقة يوم، ثم وجد في اليوم الثاني، ولم يجد في الثالث، ووجد في الرابع فينفق أيام العجز فإذا تمت مدة المهلة، كان لها الفسخ، ولو قضت ثلاثة أيام على العجز، ووجد نفقة اليوم الرابع، وعجز في الخامس، فالأظهر، وبه قال الداركي: أن لها الفسخ، ويكتفي بالإمهال السابق، وذكر القاضي الروياني وجهاً أنه يُمهَل مرة أخرى.

قال: وهذا إذا لم يتكرر، فإن تكرّر، لم يُمهَل إمهالاً بعد إمهال.

الثانية: يجوز لها في مدة الإمهال أن تخرج لتحصل النفقة بالكسب والتجارة، أو بالسؤال، وليس له منعها، وإن قدرت على الإنفاق من مالها أو كانت تكتسب بما لا يخرجها إلى الخروج؛ كالغزل والخياطة، ففي هذه الحالة وجه: أن له المنع، وذكر وجه مطلق أنه يُدَامُ حق الحبس في المدة، والظاهر المنصوص<sup>(١)</sup> الأول، فإن التمكين والطاعة عليهما في مقابلة النفقة، فإذا لم يوف ما عليه، لم يستحق الحجر.

قال القاضي الروياني في «البحر»: عليها أن ترجع بالليل إلى منزل الزوج؛ لأنه وقت الدعة، ولو أراد الاستمتاع بها، لم يُمنع، وقضية التوجيه المذكور أن لها المنع، وكذلك ذكره صاحب «التهذيب» ولا كلام أنها إذا منعت نفسها منه لم تستحق النفقة لمدة الامتناع ولم يصر ذلك ديناً عليه.

الثالثة: إذا قلنا بالإمهال، فمضت المدة فرضيت المرأة بإعساره، والمقام معه، أو لم نقل بالإمهال، فرضيت ثم بدأ لها أن تفسخ، فتمكّن منه، لأن النفقة يوماً فيوماً تجب والضرر يتجدد وقد تقدر له يساراً وسعة، فالمال غادٍ ورائح، ولا أثر لقولها: رضيت بإعساره أبداً فإنه وعد لا يلزم الوفاء به، وليس كما إذا أبرأته عن نفقة سنة مثلاً، حيث يصح على رأي؛ لأن فيه تصريحاً بالإسقاط، وهذا وعد بترك الفسخ، ولو نكحته عالمة بإعساره ثم طلبت الفسخ، مكنت منه، أيضاً وإذا عادت إلى طلب الفسخ بعد الرضا،

(١) وهذا الوجه المفصل جزم به البيهقي وهو قضية كلام الرافعي في المحرر وأفهم إطلاقه على

الصحيح أنه لا فرق بين أن تكون معسرة أو موسرة. كما في الصداق.

فيتجدد الإمهال على قولنا: إنه يُمهَّل ولا يعتد بما<sup>(١)</sup> مضى، وفيه احتمال للإمام والقاضي الروياني، والظاهر الأول، بخلاف امرأة المولي، إذا رَضِيَتْ، ثم عَادَتْ إلى المطالبة لا تستأنف مدة الإيلاء، وفرق بأن المدة هناك منصوص عليها غير موقوفة على طلبها، وها هنا مدة الإمهال يَقَع بعد طلبها، وإذا تَعَلَّقَتْ بطلبها، سَقَطَ أثرها برضاها، وإذا اختارت المَقَام معه، لم يَلْزَمها التمكين من الاستمتاع، وكان لها الخروج من المنزل، ذكره صاحب «التهديب» وغيره، وإذا لم تمنع نفسها [منه]، ثبت في ذمته ما يجب على المُعْسِر من الطعام والإدام وغيرهما، وخروجها بالنهار للاكتساب لا يوجب نقصاناً، فيما يثبت ذنباً في ذمته، بخلاف ما إذا سَلِمَت الأمة ليلاً، وَمَتَعَتْ نهاراً؛ لأنَّ المُخَوِّج إلى الخروج المُتَقَصِّص للاستمتاع ها هنا إعساره حُكِيَ هذا عن «الحاوي» وهذا في النفقة، أما إذا أَعْسَرَ بالصدِّاق، وترافَعَا إلى الحاكم، فَمَكَّنْهَا من الفسخ، فرضيت بإعساره، ثم بدا لها أن تفسخ، لم تُمَكِّنْ؛ لأنَّ الضَّرَرَ فيه لا يتجدد، والحاصل مُرَضِيٌّ به، هذا ما أطلقه الجمهور.

وعن أَقْضَى القضاة: المَاوَزِدِي: أن ذلك فيما إذا كانت المحاکمتان معاً قبل الدُّخُول أو بَعْدَهُ، فأما إذا كانتِ المحاکمَةُ الأُولَى قبل الدخول، والأخرى بَعْدَهُ، فوجهان:

وجهٌ تجويز الفسخ أن بالدخول يستقر ما لم يكن مستقراً قبله، فالإعسار به يجوز أن يُجَدِّد خياراً، ولو نكحته وهي تَعْلَم إعساره بالصدِّاق، فهل لها الفسخ؟ فيه وجهان نقلهما القاضي الروياني<sup>(٢)</sup>.

أشهرهما: المنع كما لو رضيت به في النِّكاح، ثم بدا لها بِخِلَافِ النفقة، وليس لها الامتناع بعد الدخول إذا مَكَّنْهَا من الفسخ، واختارت المَقَام معه، ولا بد في الإعسار بالصدِّاق مِنَ المرافعة إلى القاضي كما في النفقة، والخيار فيه بعد المرافعة على الفور، فلو أَخْرَت الفسخ، سَقَطَ، ولو علمت إعساره، وأمسكت عن المرافعة والمحكمة، نُظِرَ؛ إن كان ذلك بَعْدَ ما طالَبَتْهُ بالصدِّاق، كان الإمساك عن المحكمة والمرافعة رضاً بالإعسار، وسَقَطَ خيارها، وإن كان قبل المطالبة، لم يَسْقُطْ، وقد تَوَخَّرَ المطالبة على توفُّع اليسار، ذكر ذلك القاضي الروياني.

(١) قضيته أنه لا بد من الإمهال أيضاً فيما إذا كانت عالمة بإعساره وهو ظاهر ولكن صرح ابن عسرون في فوائد المذهب بخلافه.

(٢) جعل المتولي موضع الخلاف ما إذا لم يشترط في الصدِّاق أجلاً، وقضيته أنه لو كان مؤجلاً ثم حل وأعسر به قبل الدخول أنها تختار بلا خلاف.



وقوله في الكتاب: «فيه قولان» يجوز إعلامه بالواو؛ للطريقة القاطعة، وكذا قوله: «لا يُفسَخ في أول النهار».

وقوله: «بل آخر النهار، أو بعد انقضاء يوم وليّلة» لا يخفى أنه ليس على التخيير، بل هو إشارة إلى احتمالين من الاحتمالات المذكورة، وقوله: «فيحتمل أن يقال لا يفسخ في الحال إلى انقضاء اليوم» فيه تنبيه على الاحتمال الآخر، وإن لم يُصرح به، وقوله: «وإن رضيت بعد انقضاء المدة، فلها الفسخ» يجوز أن يعلم بالواو؛ لما حكيناه عن الماوردي.

وقوله: «كزوجة المولي لا كزوجة العنين» قد ذكر حُكم العنة في بابها، مع ذكر مخالفة الإيلاء لها، وذكرهما مع حكم الرضى بالإعسار في الإيلاء مرة أخرى، وأعاد الصور الثلاث ها هنا مرة ثالثة، فكان من شرط الإيجاز أن يذكر كل صورة في بابها، أو يقتصر على إيرادها مجموعة مرة واحدة.

قال الغزالي: الطرف الرابع فيمن له حق الفسخ وذلك للزوجة خاصة، وليس لولي المجنونة والصغيرة طلب الفسخ بل الفسخ كالطلاق لا يقبل النيابة، وفي سيد الأمة الصغيرة والمجنونة المزوجة وجهان، وإن كانت الأمة بالغة فحق الفسخ لها، وليس للسيد الفسخ على الأصح لكن لا نفقة عليه فإما أن تضبر الأمة على الجوع أو تفسخ، والنفقة تدخل في ملك السيد ولكن لها حق الوثيقة حتى لا يجوز للسيد أخذها إلا ببدل، ولا يصح بيعها قبل الإبدال.

قال الرافعي: إذا ثبت حق الفسخ بإعسار [الزوج] بالنفقة، تخيرت الزوجة بين أن تفسخ وبين أن تضبر على الإعسار، ولا اعتراض للولي عليها، وليس له الفسخ نيابة عنها، كما لا ينوب في الطلاق، وذلك، لأن الأمر فيهما يتعلق بالطبع والشهوة، فلا يفوض إلى غير صاحب الحق، وهذه مقدمة تدرج منها إلى مسألتين:

إحدهما: ولي الصغيرة والمجنونة ليس لهما الفسخ بإعسار الزوج بالهفنة، وإن كانت المصلحة [تقتضيه، كما لا يطلق على الصغير والمجنون، وإن كانت المصلحة]<sup>(١)</sup> فيه، وينفق على الصغيرة والمجنونة من مالهما، فإن لم يكن لهما مال، فنفتقتهما على من عليه نفقتها، لو كانتا خليتين، وتصير نفقة الزوجة ديناً عليه يطالب به إن أيسر، وكذلك لا يفسخ الولي بالإعسار بالمهر، إن جعلناه مثباً للخيار، وأشار في «التتمة» إلى أنه لا مصلحة لهما فيه؛ لأنه إن فسح قبل للدخول، يسقط نصف المهر، وإن فسح

بعده، فالمهر في ذمته، كما كان، وبطل رفق النفقة.

الثانية: إذا أعسر زوج الأمة بالنفقة، ثَبَّتَ لها حقَّ الفسخ، كما أنها تفسخ بِحَبِّ الزوج وَعَنْتِهِ، وهذا؛ لأنها صاحبة حق في تناول النفقة، فإن أرادت الفسخ، لم يكن للسيد منعها، فإن ضمن النفقة، فهو كالأجنبي<sup>(١)</sup> يضمنها، وللإمام احتمال أن للسيد منعها؛ لأن المِلْك في النفقة له، وإن رَضِيَتْ، فهل للسيد الفسخ؟ فيه وجهان: أحدهما: نَعَمْ؛ لأن المِلْك في النفقة له، وضرر فواتها يعود إليه.

والثاني: لا؛ لأنها تستحق النفقة، فَهِيَ في الأصل لها، ثم يتلقاها السيد؛ لأنها لا تَمْلِك، فيكون الفسخ إليها، كما أنه إذا أوصى للعبد أو وهب منه يكون القَبُول إليه، وإن كان يَحْضِل المِلْك للسيد، وعلى هذا لا يجب على السيد نفقتها، بل يقول لها: أفسخي أو أضبري على الجوع، وهذه طريق يلجئها السيد بها إلى الفسخ، فإذا فسخت أنفق عليها، واستمتع بها أو زوجه من غيره، وكفى نفسه مؤنتها، ويجري الوجهان في أن السيد، هل يفسخ إذا كانت الأمة صغيرة أو مجنونة؟ وقد يرتبان على الوجهين فيما إذا كانت مستقلة، ويقال: هذه الصورة أولى بجواز الفسخ؛ لأن النفقة تلزمه، ولا يمكن الجاؤها إلى الفسخ، فإنه لا اعتبار بقولها، ومع هذا الترتيب، فالأظهر عند أكثرهم: أنه لا فسخ له، وبه أجاب ابن الحداد، ولم يورد صاحب «التهذيب» وجماعة غيره، وأما إذا أعسر زوجها بالمهر، وأثبتنا به الخيار، فيكون الفسخ للسيد؛ لأنه محض حقه، لا تعلق للأمة به، ولا ضرر عليها في فواته، ولأنه في مقابلة البضع، فكان المِلْك فيه للسيد وشبهه، ذلك بما إذا باع عبداً، وأفلس المشتري بالثمن، يكون حق الفسخ للبائع لا للعبد، وأشار صاحب «التتمة» إلى وجه آخر: أن السيد لا يفسخ بالإعسار بالمهر، ولا وجه له، ثم ها هنا مسألة نشأت من توجيه الخلاف، في أن السيد هل يفسخ؟ وهي النظر في حال النفقة، قال الإمام، وحكاه صاحب الكتاب: هي متعلق حق السيد والأمة جميعاً، أما السيد؛ فلأنها تدخل في ملكه؛ لأن الأمة لا تملك، لكنّها بحكم النكاح مأذونة في الأخذ والقبول، وبحكم العرف في تناول المأخوذ، وأما الأمة، فلها أن تطالب الزوج، كما كانت تطالب السيد، وإذا أخذت، فلها أن تتعلق بالمأخوذ، ولا تسلمه إلى السيد، حتى تأخذ بدله وله الإبدال بحق الملك، والحاصل أن له حق الملك، ولها حق التوثق، كما أن نفقة زوجة العبد تتعلق باكتسابه، والملك فيها للسيد ويبنى على هذا أنه لا يجوز للسيد الإبراء عن نفقتها ولا بيع المأخوذ قبل تسليم البذل

(١) ما ذكره في الضمان عجيب إذ كيف يضمن رب الدين دينه، فإن ضمان نفقة اليوم بعد طلوع فجره صححه من الأجنبي بشرطه، وما مضى واستقر دين السيد وما لا يستقر ضمانه باطل من كل أحد على المذهب.

إليها وفي «التتمة»: ما يخالف بَعْض هذه الجملة، فإنه قال: حَقُّ الاستيفاء للسيد حتى لو صَرَفَ الزَوْجُ النفقة إليها، بدون إذن السيد، لم يبرأ عن العهدة، ولهذا لو استوفى النفقة، وأنفق عليها من ماله جاز، والأشبه الأول، ودَكَرَ في «التهديب»: أنها لو أبرأت الزوج عن نفقة اليَوْمِ، جاز، وما صار من النفقة ذَيْنًا في الذمة، ليس لها الإبراء عنه كما في الصداق وقد تنازع قياس الملك في الإبراء عن نفقة اليوم إلا أن نفقة اليوم للحاجة الناجزة وكأننا لا نثبت المِلْكَ للسيد إلا بَعْدَ الأَخْذِ، وقبله تمحض الحقُّ لها، ولذلك نقول: ليس له الفسخُ على الأظهر، ولو اختلفت الأمة وزوجها في تسليم نفقة اليوم أو نفقة أيام مستقبله، فالقول قولها مع يمينها، ولا أثر لتصديق السيد الزوج ولو اختلفا في النفقة الماضية فقد حكى القاضي الروياني فيه وجهين:

أحدهما: أن السَّيِّدَ يكون شاهداً له، ولا يثبت المُدْعَى بتصديقه.

وأصحهما: أنه يثبت للمُدْعَى بتصديقه، والخصومة في النفقة الماضية للسيد لا لها كالصداق، وحقها فيما يتعلّق بالمستقبل، وهذا ما أوردها في التتمة<sup>(١)</sup>، وشبه بما إذا أقر السيد على عبده بأنه جَنَى خَطَأً، وأنكر العبدُ، لا يُلْتَقَتُ إلى إنكاره، قال: ولو أقرت الأمة بالقبض، وأنكر السيد، فالمنصوص في كتاب «عشرة النساء» وذكره المزني - رحمه الله - في «الجامع الكبير»: أن القول قولها؛ لأن القبض إليها، إما بحكم النكاح، أو بتصريحه بالإذن، وفيه صُورُ المسألة، وحكى أبو يعقوب الأبيوردي عن بعضهم أن القول قول السيد؛ لأن المِلْكَ له.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: وَإِنْ قُلْنَا: إِنَّ الْإِعْسَارَ لَا يُوجِبُ الْفَسْخَ أَضْلًا فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يُبْطِلُ حَقَّ الْحَبْسِ فِي الْمَثَرِ، وَلَهَا مَنَعُهُ مِنَ الْوَطْءِ إِنْ لَمْ تَكُنْ قَدْ أَبْطَلَتْ حَقَّهَا بِالتَّمْكِينِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: جميع ما ذكرنا مفرغ على أن الإعسار بالنفقة يثبت حق الفسخ، أما إذا قلنا: إنه لا يُثَبِّتُه، فلها الخروج من المسكن؛ لطلب النفقة، إن كانت تحتاج إلى الخروج لتحصيلها، وإن أمكن أن تُنفَقَ من مالها، أو أن تكتسب بعزله ونحوه في المسكن، فوجهان:

أحدهما: أنها لا تخرج إلا بإذنه، لأنها قادرة على توفية حقه وإن كان هو عاجزاً عن توفية حقه.

(١) ما رجحه جعله ابن الصباغ احتمالاً له فقال بعد أن حكى الأول عن الأصحاب: ولهذا قال في البيان لو صدقه السيد أنه قد سلمها نفقة مدة ماضية. قال أكثر أصحابنا: لا يقبل إقرار السيد عليها، وإنما يكون شاهداً للزوج لأنه مقر في حقها فلم يقبل كما لو أقر عليها بما يوجب القود. وقال ابن الصباغ: يقبل لأن النفقة للمدة الماضية حتى له للأمة. انتهى والصواب ما قاله ابن الصباغ.

وأظهرهما: أن لها الخُرُوجَ، وليس له الحَبْسُ، إلا إذا كَفَى مؤنتها وقوله في الكتاب: «ولها منعه من الوطء إن لم تكن قد أبطلت حقها بالتمكين» هذا اللفظ إنما يَحْسُنُ موقعه حيث نقول: إن لها الامتناع لتقبض الصداق، فإذا مكنت مرةً، بطل حقها من الامتناع، وأراد أن لها المَنعَ، إن لم تكن قد مكَّنت مِن قَبْل، وهذا لفظه في «الوَسِيطة»، وأطلق مُطَلِّقُونَ في جواز الامتناع لَهَا، ولم يشترطوا هذا الشَّرْطَ، ويجيء فيه ما حَكَيْتَاهُ عن القاضي الرُّويَانِي في مدَّة الإمهال على القول الأصحَّ، والله أعلم.

### فُرُوعٌ [من باب الإعسار وغيره]<sup>(١)</sup>:

إذا عجز عن نفقة أم الولد، فعن الشيخ أبي زيد: أنه يُجَبَّرُ على عتقها أو تزويجها، إن وُجِدَ رَاغِبٌ فيها، وقال غيره: لا يُجَبَّرُ عليه، كما لا يرفع ملك اليمين بالعجز عن الاستمتاع، ولكن يخليها لتكتسب، وتنفق على نفسها<sup>(٢)</sup>.

وقد سبق أن نفقة زوجة العبد من أين تكون، وإذا لم يَكُن العبد مأذوناً له في التجارة، ولا كسوباً، فقد حكينا قولاً قديماً أنه يكون المَهْرُ على السيد، ويكون بالإذن في النكاح ضامناً.

قال الشيخ الخضري وغيره: وذلك القول يجيء في النفقة بطريق الأولي، إذ الحاجة إليها أمس من الحاجة إلى المهر، فلو كان العبد ينفق من كسبه، فعجز لزمانة وغيرها فعلى القديم: لزوجته مطالبة السيد، وعلى الأظهر: إما أن تفسخ أو تصبر، وتصير نفقتها ديناً في ذمته.

وليس للزوج أن يدفع ثَمَنَ الكسوة إلى الزوجة بل يجب تسليم الثياب، وعليه مؤنة الخياطة.

وإذا مضت مدَّة، لم يُنْفَقَ فيها على زوجته، واختلفا فقالت المرأة: كُنتُ مُوسراً في تلك المدة، وقال الزوج: كُنتُ مُعْسِراً، فإن عرف له مالٌ، فالقول قولها؛ لأن الأضل بقاءه، وإلا، فالقول قوله؛ لأن الأضل عدمه.

وضمن النفقة قد ذكرناه في باب الضمان.

(١) سقط من: ز.

(٢) قال النووي: هذا الثاني أصح، فإن تعذرت نفقتها بالكسب فهي في بيت المال.

## السَّبَبُ الثَّانِي لِلتَّفَقَّةِ الْقَرَابَةِ، وَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَبْوَابٍ

## البَابُ الْأَوَّلُ فِي أَضْلِ التَّفَقَّةِ

وَتَجِبُ بِقَرَابَةِ الْبَعْضِيَّةِ دُونَ الْمَخْرَمِيَّةِ، وَإِنَّمَا تَجِبُ عَلَى الْمُوسِرِ، وَهُوَ الَّذِي فَضَّلَ مِنْ قُوْتِ يَوْمِهِ شَيْئًا، وَيُبَاعُ عِنْدَهُ وَعَقَارُهُ (ح) فِيهِ، وَهَلْ يَلْزَمُهُ الْكَسْبُ لِأَجْلِ نَفَقَةِ الْقَرِيبِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنَّمَا تَجِبُ لِلَّذِي لَا شَيْءَ لَهُ، وَإِنْ كَانَ قَادِرًا عَلَى الْكَسْبِ اسْتَحَقَّ عَلَى قَوْلٍ، وَلَمْ يَسْتَحِقَّ عَلَى قَوْلٍ، وَيَسْتَحِقُّ الْأَبُ وَالْأَصُولُ دُونَ الْفُرُوعِ عَلَى قَوْلٍ، أَمَّا الطِّفْلُ الْكَسُوبُ فَيَسْتَحِقُّ لَا مَحَالَةَ إِذَا لَمْ يَكْتَسِبْ، فَإِنْ شَرَطَ الْعَجْزَ عَنِ الْكَسْبِ فَهَلْ تُشْتَرَطُ الزَّمَانَةُ حَتَّى لَا يَقْدِرَ عَلَى كَسْبٍ لَا يَلِيْقُ بِهِ أَيْضًا؟ فِيهِ خِلَافٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قَدْ سَبَقَ أَنَّ أَحَدَ أَسْبَابِ وَجوبِ النَفَقَةِ وَالْقِيَامِ بِالْمُؤْنِ الْقَرَابَةِ، وَاحْتَجَّ لَهُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطَّلَاق - ٦] أَوْ جِبِ أُجْرَةَ إِرْضَاعِ الْوَالِدِ كَغَايَةِ لِمُؤْنَتِهِ، وَلِقِصَّةِ هُنْدَ، حَيْثُ قَالَ: «[خِذِي مَا يَكْفِيكِ] وَوَلَدِكَ بِالْمَعْرُوفِ»<sup>(١)</sup> وَالْكَلَامُ فِيهِ بِوَجْهِ صَاحِبِ الْكِتَابِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَبْوَابٍ:

أحدها: فِي مَنَاطِ هَذِهِ النَفَقَةِ، وَشَرَائِطُ وَجُوبِهَا وَكَيْفِيَّتُهَا.

والثاني: فِي تَرْتِيبِ الْأَقَارِبِ الْمُتَّفَقِينَ وَالْمُنْتَقِي عَلَيْهِمُ.

والثالث: فِي حَضَانَةِ الصَّغِيرِ.

أما الأول: فِي الْفِصْلِ مَسَائِلُ:

إحداها: أَنَّهَا تَجِبُ بِقَرَابَةِ الْبَعْضِيَّةِ فَتَجِبُ لِلْوَالِدِ عَلَى الْوَالِدِ وَبِالْعَكْسِ، أَمَّا لِلْوَالِدِ عَلَى الْوَالِدِ فَلِقِصَّةِ هُنْدَ، وَأَمَّا بِالْعَكْسِ، فَبِالْقِيَاسِ عَلَيْهِ يَجَامِعُ الْبَعْضِيَّةَ وَبِلِأَوْلَى لِأَنَّ حَرَمَةَ الْوَالِدِ أَعْظَمُ، وَالْوَالِدُ بِالتَّعَهُدِ وَالخِدْمَةِ أَحَقُّ وَالْيَقِ، وَيُرْوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ، قَالَ: «إِنَّ أَطْيَبَ مَا أَكَلَ الرَّجُلُ مِنْ كَسْبِهِ وَوَلَدَهُ مِنْ كَسْبِهِ فَكُلُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ»<sup>(٢)</sup>، وَكَمَا تَجِبُ نَفَقَةُ

(١) تقدم.

(٢) رواه أحمد - ٦ - ٣١ - ٤١ - ٤٢ - ١٢٦ - ١٢٧ - ١٧٣ - ١٨٢ - ١٩٣ - ٢٠١ - ٢٠٢ - ٢٠٣ - ٢١٠ [وأصحاب السنن أبو داود [٣٥٢٩] الترمذي [١٣٥٨] النسائي [٢٤٠/٧] وابن حبان [١٠٩١] موارد] والحاكم [٤٥/٢ - ٤٦ - ٢٨٤] من حديث عائشة، واللفظ لابن ماجة سوى قوله: فكلوا من أموالهم، وفي رواية أبي داود وغيره: أطيب ما أكلتم من كسبكم، وإن أولادكم من كسبكم، وفي رواية له وللحاكم: ولد الرجل من كسبه، فكلوا من أموالهم، وفي رواية للحاكم مثل سياق المصنف، إلا قوله: فكلوا من أموالهم، وصححه أبو حاتم وأبو زرعة فيما نقله ابن أبي حاتم في العلل، وأعله ابن القطان بأنه عن عمارة عن عمته، وتارة عن أمه، = العزيز شرح الوجيز ج ١٠/م ٥

الولد على الوالد تجب نفقته على الوالدة في الجملة؛ لشمول معنى البعضية ورد الشهادة، والعتق بالملك، وعند مالك: لا نفقة على الأم بحال، وأغرب القاضي ابن كج، فنقل أن أبا الحسين حكى وجهاً مثله، وكما تجب نفقة الأولاد، تجب نفقة الأحفاد، وعند مالك: لا نفقة على الجد بحال، وكما تجب نفقة الوالدين على الولد تجب عليه نفقة الأجداد والجندات خلافاً لمالك أيضاً، ولم يوجب نفقة الأم على الولد أيضاً، ويستوي في أصل الاستحقاق الذكر والأنثى والوارث وغير الوارث، والقريب من الأحفاد والأجداد والبعيد، ولا يُشترط اتفاق الدين<sup>(١)</sup>، كما لا يُشترط اتفاق ذلك في العتق بالملك، وفي كتاب القاضي ابن كج وجه أنه لا يجب على المسلم نفقة الكافر، ولا يُلحق بالأصول والفروع سائر الأقارب؛ كالأخ والأخت والعم والخال والخالة وأولادهم، ويختص وجوب النفقة بقرابة البعضية، وعند أبي حنيفة: تجب نفقة كل ذي رجم محرم، لكنّه شرط اتفاق الدين، فقال الأصحاب: ولو كانت هذه القرابة موجبة للنفقة، شرط اتفاق الدين، كما في قرابة البعضية، وعن أحمد اعتبار العصوبة، ويروى عنه اعتبار الإزث، حتى تجب على ابن العم نفقة ابن العم، ولك أن تُعلم بعد الوقوف على هذه المذاهب قوله: «بقرابة البعضية» بالميم والألف والواو.

وقوله: «دون المخروية» بالحاء.

الثانية: لا تجب النفقة إلا على الموبس، وهو الذي يفضّل عن قوت يومه وليلته وقوت عياله ما يضرّفه إلى القريب<sup>(٢)</sup>، فإن لم يفضّل شيئاً، فلا شيء عليه؛ لأنه ليس

= وكلتاها لا يعرفان، وزعم الحاكم في موضع آخر من مستدركه بعد أن أخرجه من طريق حماد ابن أبي سليمان، عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة بلفظ: وأمواهم لكم إذا احتجتم إليها، إن الشيخين أخرجاه باللفظ الأول، ووهم في ذلك وهماً لا ينفك عنه، لأنه قد استدركه فيما قيل، وقال أبو داود في هذه الزيادة وهي: إذا احتجتم إليها، إنها منكورة، ونقل عن ابن المبارك عن سفيان قال: حدثني به حماد ووهم فيه، وفي الباب عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: أن أعرابياً أتى النبي ﷺ فقال: إن لي مالاً وولداً ووالدي يريد أن يجتاح مالي، قال: أنت ومالك لأبيك إن أولادكم من أطيب كسبكم، فكلوا من كسب أولادكم، أخرجه أحمد وأبو داود وابن خزيمة وابن الجارود.

(١) قال في القوت: يشبه أن يكون محل الوجوب في المعصوم أما المرتد والحربي فلا نفقة له بحال، وأفتى ابن الصلاح بأنه لا يلزم الولد نفقة أب قصر على الجادة. قال: ولم أجد لها مسطورة، ولكنها ظاهرة الحجة فإننا نوجب نفقة القريب صيانة له من العطب، وهذا يستحق الإهلاك كما لا يبذل الماء إلى المرتد العطشان. انتهى.

ولا خفاء أن كلام الشيخ في الأحرار أما الأرقاء فلا نفقة عليهم ولا لهم أصل أو فرع.

(٢) قال في الخادم: اقتصاره على القوت ناقص كما قاله في المطلب فقد قال القاضي الحسين: لا يلزم نفقته أحد من الأقرباء حتى يفضل عن مؤنته عن طعامه ومسكنه وملبسه وما يقام عليه =

من أهل المواساة، وهذه النفقة مشروعة على وجه المواساة، وفي «التهذيب» وغيره وجه أنه لا يُشترَطُ يَسَارُ الوالد في نفقة الولد الصغير، لأنه من تمتة مؤنة الاستمتاع، كنفقة الزوجة، فعلى هذا يستقرض عليه، ويؤمر بقضائه إذا أيسر، والأظهر الأول، وبيع في نفقة القريب ما يباع في الدين من العقار وغيره؛ لأن النفقة حقٌ ماليٌّ لا بدَلَّ له، فأشبهه، الدين، وعند أبي حنيفة - رحمه الله - : لا يباع العقار.

وكيف يباع العقار؟ حكى القاضي ابن كج فيه وجهين:

أحدهما: أنه يباع كل يوم جزءً بقدر الحاجة.

والثاني: أن ذلك يشق، فيستقرض عليه إلى أن يجمع ما يسهل بيع العقار له.

وإن لم يكن له مال، ولكنه كان كسوباً يمكنه أن يكتسب ما يفضل عنه، فهل يؤمر بالاكْتِسَابِ لنفقة القريب؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، كما لا يُكَلَّفُ الاكْتِسَابَ لقضاء الدين.

وأصحهما: وهو الذي أورده أكثرهم، نعم؛ لأنه يلزمه إحياء نفسه بالكسب فكذلك، إحياء بغضه، وليست النفقة كالدين، فإن قدرها يسير، والدين لا ينضب قطره، وذكر في «التتمة» الخلاف في أنه هل يجب الاكْتِسَابُ لنفقة الوالد مع القطع بوجوبه لنفقة الولد، وفرق بأن نفقة الوالد سببها المواساة، فلا [يكلف] (١) أن يكتسب ليصير من أهل المواساة، وأما الولد فسبب حصولها الاستمتاع فألحقت نفقته بالنفقة الواجبة للاستمتاع وهي نفقة الزوجة، وهذا ذهاب إلى أنه يجب الاكْتِسَابُ لنفقة الزوجة، وهو الظاهر، لكن في كلام الإمام وغيره: أن في وجوب الاكْتِسَابِ لنفقتها وجهين مرتبين على وجوب الاكْتِسَابِ لنفقة القريب، وهي أولى بالمنع، لالتحاق نفقتها بالديون، وليعلم قوله في الكتاب: «وإنما تجب على الموسر» بالواو؛ للوجه المذكور في أن اليسار لا يشترط لنفقة الولد، ويجوز أن يعلم قوله: «ويباع عبده وعقاره» مع الحاء بالواو؛ لأنه قد سبق في الدين ذكر خلاف في بيع المسكن والخادم، وذلك الخلاف عائد في النفقة.

الثالثة: من له مالٌ يكفيه لنفقته، لم تجب نفقته على القريب مجنوناً كان أو

= ويستعمله في وضوئه وأكله وشربه ما لا غناء لمثله عنه، فإن وقع له خلل في شيء من هذا كله فلا يكلف نفقة الابن ولا أب. انتهى.

قال في القوت: وفسروا العيال بالزوجة، والظاهر أن أم الولد، وخادم الزوجة في حكمها، وجرى عليه في الخادم.

(١) في ز: يجب.

عاقلاً، صغيراً أو كبيراً، زَمناً أو صحيحَ البدنِ، ومن يكتسب ويغنيه كسبه، فكذلك، ومن لا مال له ولا كَسْب، يُنظَرُ في حاله؛ إن كان به نقصان حُكماً؛ بأن كان صغيراً أو مجنوناً أو خِلقةً؛ بأن كان زَمناً، فيجب على القريب نفقته؛ لِعَجْزِهِ عن [كفاية]<sup>(١)</sup> نفسه، وألحق صاحب «التهذيب» بالزَمين ما إذا عجز لمرض أو عمى، فإذا بلغ الصغير [والمجنون] حدّاً يمكن أن يعلّم حرفة أو يحمل على الاكتساب، فللولي أن يَحْمِلَهُ عليه، وينفق عليه من كسبه، لكن لو هَرَبَ عن الحرفة، وترك الاكتساب في بعض الأيام، فعلى الأب الإنفاقَ عَلَيْهِ وبمثله أُجِيبَ إذا كان لا يليق بحاله العَجْزَةُ، فإن لم يكن به نقصان لا في الحُكْم، ولا في الخِلقة، لكنه لا يكتسب، فإن كان الفرع بهذه المثابة، ففي وجوب نفقته على الأصل طريقان:

أظهرهما: أن فيه قولين:

أحدهما: وبه قال أحمد: أنها تجب، لأنه يقبح أن يكلف قريبه الكسب مع اتساع

ماله.

والثاني: المنع؛ لأنه قادر على الاكتساب، مستغن عن أن يحمل غيره كله، وهذا أصح عند الأصحاب، [قال في «العدة»]<sup>(٢)</sup>: لكن الفتوى اليوم على الوجوب، والثاني: القطع بالقول الثاني، ولا فرق على القولين بين الابن والبنت.

وقال أبو حنيفة ومالك: لا تجب للابن، وتجب للبنت إلى أن تتزوج؛ لعجزها عن الاكتساب، ثم لا يعود استحقاق النفقة بالطلاق عند أبي حنيفة، وقال مالك: إن كان الطلاق قبل الدخول، عاد، وإن كان بعده، فلا، ومنع الأصحاب عجزها، وقالوا: هي تُقدِر على الاكتساب بالغرزل والخدمة وغيرهما.

وإن كان الأصل بالمثابة المذكورة، ففي وجوب نفقته على الفرع القولان ومالها هنا جماعة إلى ترجيح الوجوب، قالوا: إن الولد مأمور بأن يصاحب والديه بالمعروف على ما قال تعالى: ﴿وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [لقمان - ١٥] وليس من الصحبة بالمعروف تكليفهما الكسب على كبر السن، وامتنعوا من طرد طريقة القطع في هذا الطرف؛ لِعِظَمِ حرمة الوالدين، ولذلك اختصا بسقوط القصاص، ووجب إعفاف الأب، وإذا جمعت بين الطرفين، حصلت ثلاثة أقوال: قولان مُطلقان، وقول مفضل بين الفروع والأصول. هذه هي الطريقة المشهورة للأصحاب، ولم يفرقوا بين اكتساب واكتساب، ومنهم من وضع الخلاف أولاً في اشتراط العجز عن الكسب اللائق به، ثم قالوا: إن شرط ذلك، ففي اشتراط العجز عن كل

(١) سقط من: ز.

(٢) سقط من: ز.



كسب [يليق به] بالزمانة وجهان، ورأوا الأعدل والأقرب الاكتفاء بعجزه عما يليق به من الأكساب، وأوجبوا النفقة مع القدرة على الكسب وحمل القاذورات وسائر ما لا يليق به وهذا حسنٌ، وهذه الطريقة هي [الطريقة] التي أوردها في الكتاب.

وقوله: «استحق على قول» يجوز أن يُعلم بالحاء؛ لفرقه بين الأصول والفروع، بين الابن والبت على ما ذكرنا.

وقوله: «ولم يستحق» بالألف، وقوله: «أما الطفل الكسوب فيستحق لا محالة إذا لم يكتسب» يعني أنه، وإن كان قادراً على الكسب، فإذا لم يكتسب، لم تسقط نفقته؛ بخلاف البالغ المُكَلَّف.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: ثُمَّ نَفَقَةُ الْقَرِيبِ عَلَى الْكِفَايَةِ وَهُوَ مَا يَسْتَقِيلُ بِهِ دُونَ مَا يُشْبِعُ، وَلَا يَسْتَقِرُّ فِي الدِّمَةِ إِلَّا بِفَرْضِ الْقَاضِي، وَيَسْتَحِقُّ الْأَبُ الْإِعْقَابَ وَنَفَقَةَ زَوْجَةٍ وَاحِدَةٍ، وَإِذَا مَنَعَ الْأَبُ النَّفَقَةَ فَلِلْأُمِّ الْأَخْذُ مِنْ مَالِهِ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَفِي اسْتِفْرَاضِهَا عَلَيْهِ وَجْهَانِ مُرْتَبَانِ وَأَوْلَى بِالْمَنَعِ، وَفِي إِنْفَاقِهَا عَلَى الطِّفْلِ مِنْ مَالِهِ دُونَ إِذْنِ الْأَبِ وَجْهَانِ وَأَوْلَى بِالْجَوَازِ، وَالْقَرِيبُ إِذَا عَجَزَ عَنِ الْقَاضِي فَاسْتَفْرَضَ فِيهِ لِرُومِ قَضَاءِ قَرْضِهِ وَجْهَانِ، وَكَذَا الْخِلَافُ فِي الْجَدِّ الْحَاضِرِ إِذَا اسْتَفْرَضَ عَلَى الْأَبِ الْغَائِبِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ صُورٌ:

إحداها: نفقة القريب لا تُقدَّر بل هي على الكفاية، وعن ابن خيران فيما حكى القاضي ابنُ كج وغيره: إنها تتقدَّر بما تتقدَّر به نفقة الزوجة، والظاهر المشهور الأول؛ لأنها تجب على سبيل المواساة؛ لتزجية الوقت ودفع حاجته الناجزة فيعتبر أضل الحاجة وقدرها، حتى لو استغنى في بعض الأيام بضيافة وغيرها، لم تجب، ويعتبر حاله في سنه وزهادته ورغبته فالرضيع، تكفي حاجته بمؤنة الإرضاع في الحولتين والقطيم والشيخ على ما يليق بهما، ولا يُشترط انتهاء حال المنفق عليه إلى حد الضرورة، ولا يكفي ما يسد الرمق، بل يعطيه ما يستقل به، ويتمكَّن معه من التردد والتصرف<sup>(١)</sup>، ويجب الأدم

(١) وهذا كله من تصرف الإمام. قال ابن الرفعة: وهو لا يجتمع مع قولهم في المطلقة الحامل إذا احتاجت إلى أكثر من النفقة المقدرة إن قلنا للحامل لم تجب الزيادة، وإن قلنا لحمل وجب لأنها مقدرة بالكفاية، وهذا يدل على أنهم لا يقتصرون في الكفاية على ما يجب على أقل الزوج وهو ما ثقل البطن، ولا يمنع من التردد إلا أن يقال نحن لا نتحقق عدم الفرد والحمل الذي يتغذى بغذائها إلا بإشباعها فيجب اعتباره والأقرب اعتبار المد وعدم الزيادة عليه وعليه ينزل كلام ابن خيران السابق انتهى.

كما يجب القوت، كي لا تختل القوى بالخبز البخت، وفي «التهذيب» ما ينازع في وجوب الإدام، وتجب الكسوة والسكنى على ما يليق بالحال، وإذا احتاج إلى الخدمة، وجب مؤنة الخادم أيضاً.

وتسقط نفقة القريب بمضي الزمان، ولا يصير ديناً في الذمة، وإن تعدى بالامتناع من الإنفاق، وفي نفقة الصغير وجه أنها تثبت في الذمة تبعاً لنفقة الزوجة، لاعتنائها به كاعتنائها بنفسها، والظاهر الأول؛ لأنها ليست عوضاً، وإنما هي معونة ومواساة، ولذلك قال الأئمة: لا يجب فيها التمليك، وإنما الواجب الإمتناع، ولو سلم نفقة القريب إليه، فتلفت في يده، فعليه الإبدال، وكذا لو أتلفه المسلم إليه بنفسه لكن يؤخذ منه الضمان، إذا أيسر، ويستثنى ما إذا فرض القاضي، وأذن في الاستقراض؛ لغيبه أو امتناع، فيصير ذلك ديناً في الذمة<sup>(١)</sup>.

الثانية: سبق في النكاح حكاية قولين: في أنه هل يجب على الابن إعفاف الأب، وإذا أوجبناه، فأحد الطرُق أن سبيله سبيل النفقة في مواضع الوفاق، وهو المُعسر الزمين، والخلاف وهو المُعسر الصحيح.

والثاني: أن النفقة أولى بالوجوب.

والثالث: أن الإعفاف أولى به، وإليه ذهب أبو إسحاق والإصطخري، وأنه إذا أعفّه بزوجة أو ملكه جارية، لذمته نفقتها، والقيام بمؤناتها، وأعاد مسألة الإعفاف مقتصراً على الأصح، وهو وجوبه [للأب]، فإذا كانت للأب زوجة، فعلى الابن الإنفاق عليها، حيث ينفق على الأب، لأنه إذا وجب عليه أن يعفّه ابتداءً، فعليه أن ينفق على

(١) قال في القوت: أما صيرورتها ديناً بمجرد فرض القاضي ذكره في الوسيط والوجيز فقط وتبعه الرافعي والمصنف، وهو منتقد، ووهم ابن أبي الدم فزعم أنه لا خلاف فيه، وهذه المسألة تعم بها البلوى وحكام العصر يحكمون بذلك ظانين أنه المذهب فيجب التنبيه لها وتحريرها.

قال بعض أهل العلم: لم أر استقرارها بفرض القاضي إلا في الوسيط والوجيز والشرح وما أخذ منه.

قال: ويرده المعقول والمنقول، وقد كشفت كتباً كثيرة كالحاوي والشامل والنهاية والبسيط والمهذب وغيرها وليس فيها إلا القول بالسقوط دون استثناء فرض. وقاله المتولي لا يستثنى إلا مسألة الاستقراض وما عداها السقوط فيه نظر، وكذا قال في التهذيب والبحر لكنهما عزيا الاستثناء إلى صاحب التلخيص وهو لفظي، والحال في رد كلام الغزالي.

ثم قال: وممن صرح بأنها لا تستقر عليه بفرض القاضي الشيخ نصر في تهذيبه والمحاملي في «عدة المناظر»، ومحمد بن يحيى تلميذ الغزالي في تمهيدته قال: ونقله ثقة عن معتمد البندنجي. انتهى. وروايته في معتمد أبي نصر البندنجي في كلامه على نفقة الزوجة لا تسقط بمضي الزمان، ورايته في المعتمد في إتيان مسائل المذهب المجرد عن الشافعي لبعض المتقدمين، ثم الحال في ذلك، وأخذ في الخادم كلام الأذرعي كاملاً وزاد عليه بعض زيادة.

زوجته استدامةً للنكاح، ولذلك، لو كَانَتْ له أمٌ وُلِدَ.

ولو كانت تحتة زوجتان أو أكثر لم تلزمه إلا نفقة زوجة واحدة، كما لا يعفه في الابتداء إلا بواحدة، ويدفع تلك النفقة إلى الأب، وهو يوزعها عليهما، ويكون لكل واحدة منهما حق الفسخ، لعدم وصولها إلى تمام حقها، وإن فسخت واحدة تحت النفقة للأخرى، وحكى الشيخ أبو علي وجهاً ضعيفاً. أنه إذا كَانَتْ تحتة زوجتان أو أكثر، لم تُلْزَمَ النفقة؛ لأن المستحق لا يتعين، ولو كان للأب أولاد، ففي «التتمة»: أنه يجب على الابن الإنفاق عليهم من جهة أن نفقتهم واجبة على الأب، فيتحمل الابن عنه كنفقة الزوجة، والظاهر، وهو الذي أورده الشيخ أبو علي: أنها لا تجب و فرقت بينهما وبين نفقة الزوجة من وجهين:

أحدهما: أنه إذا لم ينفق عليها، فسخت النكاح، فيتضرر الأب.

والثاني: أن نفقتها تجب على الأب وإن كان معسراً، فيتحمل عنه الابن، ونفقة الأولاد لا تجب على الأب، وهو مُعْسِرٌ، فلا معنى لتحمل الابن عنه وإذا كان الابن في نفقة أبيه، وله زوجة، فهل على الأب الإنفاق عليها؟ عن القاضي أبي حامد وغيره: أنه على وجهين، والأظهر: المنع؛ لأنه لا يجب على الأب إعفاف الابن، والذي أورده صاحب «المهذب»: أنه يجب عليه الإنفاق عليها، وأنه يجب الإنفاق على زوجة كل قريب، وجبت نفقته؛ لأنه من تمام كفايته، وقد حكاه القاضي الروياني عنه واستغربه، وأما إذا كان لابن أولاد، فعلى الأب الإنفاق عليهم بحكم الجدودة وإعسار الأب.

وكما يجب على الابن نفقة زوجة الأب<sup>(١)</sup>، يجب عليه كسوتها. قال في «التهذيب»: لا يجب الإدام، ولا نفقة الخادم؛ لأن فقدهما لا يثبت الخيار، ولكن قياس ما ذكرنا أن الابن يتحمل ما وجب على الأب وجوبهما؛ لأنهما واجبان على الأب مع إعساره.

الثالثة: إذا امتنع الأب من الإنفاق على الولد الصغير أو كان غائباً، أذن القاضي لأمه في الأخذ من ماله أو الاستقراض عليه، والإنفاق على الصغير بشرط أهليتهما لذلك، وهل تستقل بالأخذ من ماله؟ فيه وجهان:

أظهرهما: عند صاحب الكتاب وغيره: نعم؛ لقصة هند.

والثاني: لا؛ لأنها لا تلي التصرف في ماله، فلا تلي التصرف في مال أبيه، ومن

(١) قال الشيخ البلقيني: النفقة التي تجب على الابن هل هي نفقة معسر نظراً إلى حال الأب أم ينظر إلى حال الابن أم تعتبر الكفاية لأنها وجبت تبعاً لنفقة من نفقته على الكفاية الظاهر الأول.

قال به، حمل ما ذكره ﷺ لهند على أنه كان قضاء أو إذناً لها، لا إفتاءً وحكماً عاماً<sup>(١)</sup> وفي استقلالها بالاستقراض عليه، إذا لم تجد له مالاً وجهان بالترتيب، وهو أولى<sup>(٢)</sup> بالمنع؛ لخروجه عن صورة الحديث ومخالفته القياس، ويحكى عن القفال تجويزه، فإن أثبتنا لها الاستقلال أو لم يكن في البلد قاض، وأشهدت، فعليه قضاء ما استقرضته، وإن لم تُشهد، فعلى وجهين، وإن أنفقت على الطفل المُوسر من ماله من غير إذن الأب ولا القاضي، فوجهان وجعلت هذه الصورة أولى بالجواز؛ لأنها لا تتعدى مصلحة الطفل، ولا تتصرف في مال غيره، ولو أنفقت عليه من مال نفسها على قصد الرجوع، وأشهدت، رجعت، وإلا، فوجهان:

وإذا امتنع القريب من نفقة القريب، فللمستحق أخذ الواجب من ماله إن وجد جنسه وفي غير جنسه خلافٌ مذكورٌ في موضعه، وإن كان غائباً ولا مال له هناك، راجع القاضي، ليستقرض عليه فإن لم يكن هناك قاض، واستقرض بنفسه، فيُنظر، أشهد أو لم يُشهد على ما ذكرناه [في اقتراض الأم للطفل].

ولو كان الأب الذي عليه الإنفاق غائباً، والجد حاضراً، فإن تبرع بالإنفاق، فذاك، وإلا استقرض القاضي عليه، أو أذن للجد في الإنفاق؛ ليرجع على الأب، وفي «البحر» حكاية وجه أنه لا يرجع عليه، وإن استقل الجد بالاستقراض، فإن أمكنه مراجعة القاضي، فليس على الأب قضاؤه، وفيه شيءٌ ضعيفٌ هنا، وإلا، فينظر في الإشهاد وعدمه كما سبق، وهذه الصورة: تقرب من مسألة هرب الجمال ونظائرها.

وإن وجبت نفقة الأب أو الجد على الصغير أو المجنون، أخذها من ماله بحكم الولاية، ولهما أن يؤجراه لما يطيقه من الأعمال، ويأخذها من أجرته نفقةً نفسيهما، والأم لا تأخذ إلا بإذن الحاكم، وكذا الابن إذا وجبت نفقته على الأب المجنون، فلو كان

(١) قال ابن الرفعة: ومن العجيب تردد الأصحاب في ذلك بناء على المأخذ المذكور، والشافعي يقول في الأم حيث ذكر قصة هند، وإن كانت هند زوجة لأبي سفيان وكانت القيمة على أولادها لصغرهم بأمر زوجها قال لها رسول الله ﷺ أن تأخذ من مال أبي سفيان ما يكفيها وولدها بالمعروف، فكذا الرجل يكون له على الرجل الحق بأي وجه كان يمنعه إياه وله أن يأخذ من ماله سراً وعلانية وكذلك حق ولده الصغار، وحق من هو قيم ما له ممن يوكله انتهى.

وإذا كانت هند مأذونة في الإنفاق على ولدها من جهة أبي سفيان لم يكن في قصتها ما يدل على أن للإمام ذلك من غير إذن لها في الإنفاق فيما يعطيها والقدر الزائد لم يأذن فيه.

(٢) وجزم الهروي في الأشراف بالمنع. قال: بخلاف الاستقراض عليه في نفقتها لأنها تصير ديناً في ذمته بخلاف نفقة الولد. وحكى الرافعي في باب زكاة الفطر عن الشيخ أبي محمد ترجيح المنع أيضاً إلا بإذن السلطان وهو يخالف ما نقله هنا عن القفال من تجويز إقراض الأم ويؤيد القول بالجواز مسألة الظفر ورجحه في المطلب.

يصلح لصنعة، فللحاكم أن يُؤلِّي ابنه إجازته، وأخذ نفقة نفسه من أجرته.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَيَجِبُ عَلَى الْأُمِّ أَنْ تُرْضِعَ وَلَدَهُ اللَّبَأَ الَّذِي لَا يَعِيشُ إِلَّا بِهِ، ثُمَّ لَهَا الْأَجْرَةُ عَلَى الْأَبِ، وَلَا يَجِبُ (م) عَلَيْهَا الْإِرْضَاعُ إِلَّا إِذَا فَقِدَ غَيْرَهَا، فَإِنْ رَغِبَتْ بِأَجْرَةِ وَرَغِبَتْ أَجْنَبِيَّةٌ مَجَانًا وَجِبَ الْأَجْرُ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ نَظْرًا لِلطُّفْلِ، وَلِلزَّوْجِ مَنَعُهَا مِنَ الْإِرْضَاعِ لِحَقِّ الْأَسْتِمْتَاعِ إِذَا وَجَدَ مُرْضِعَةً أُخْرَى.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يَجِبُ عَلَى الْأُمِّ أَنْ تُرْضِعَ وَلَدَهَا اللَّبَأَ<sup>(١)</sup> لِأَنَّهُ لَا يَعِيشُ إِلَّا بِهِ هَكَذَا أَطْلَقُوهُ، وَالْمُرَادُ الْغَالِبُ أَوْ أَنَّهُ لَا يَقْوَى وَلَا تَشْتَدُّ بَيْنَتَهُ إِلَّا بِهِ وَإِلَّا فَتَشَاهَدُ هَلْ يَعِيشُ بِلَا لَبَأٍ ثُمَّ لَهَا أَنْ تَأْخُذَ الْأَجْرَةَ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ لِمِثْلِهِ أَجْرَةٌ، وَلَا يُلْزِمُهَا التَّبْرُجُ بِإِرْضَاعِهِ كَمَا أَنَّ مَالِكَ الطَّعَامَ يُلْزِمُهُ بِذَلِكَ الطَّعَامَ لِلْمُضْطَّرِّ وَلَكِنْ بِالْبَدْلِ، وَفِيهِ وَجْهٌ مَنْقُولٌ عَنِ الْحَاوِي أَنَّهُ لَا أَجْرَةَ لَهَا لِأَنَّهُ حَقٌّ تَعَيَّنَ عَلَيْهَا، وَالْأَبُ عَاجِزٌ عَنْهُ فَهُوَ كَمَا إِذَا أَيْسَرَتْ بِالنَّفَقَةِ وَالْأَبُ مَعْسَرٌ، ثُمَّ إِذَا لَمْ يَوْجَدْ بَعْدَ سَقْيِ اللَّبَأِ مُرْضِعَةً أُخْرَى وَجِبَ عَلَيْهَا الْإِرْضَاعُ إِقْبَاءً لِلْوَلَدِ، وَكَذَلِكَ لَوْ لَمْ يَوْجَدْ إِلَّا أَجْنَبِيَّةً فَإِنْ وَجَدَ غَيْرَهَا وَامْتَنَعَتْ مِنَ الْإِرْضَاعِ لَمْ تَجِبْ<sup>(٢)</sup> عَلَيْهِ سِوَاءَ كَانَتْ فِي نِكَاحِ الْأَبِ أَوْ بَائِنَةً، وَسِوَاءَ كَانَتْ مِمَّنْ يَرْضَعُ مِثْلَهَا الْوَلَدُ فِي الْعَادَةِ أَوْ مِمَّنْ لَا يَرْضَعُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسْتَزْضِعْ لَهُ أُخْرَى﴾ [الطَّلَاق - ٦] وَإِذَا امْتَنَعَتْ فَقَدْ حَصَلَ التَّعَاسَرُ، وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَحْمَدُ وَعَنْ مَالِكٍ رَوَايَتَانِ: إِحْدَاهُمَا: أَنَّهُ لَا يُلْزِمُهَا الْإِرْضَاعَ.

وأشهرهما: أنه يلزمها الإرضاع إن كان مثلها يرضع الولد في العادة.

وإن رغبت الأم في الإرضاع فيما أن تكون في نكاح أب الرضيع أو مفارقة.

الحالة الأولى: إذا كانت في نكاحه فهل للزوج منعها؟ فيه وجهان:

أحدهما: وهو اختيار القاضي الطبري لا لأنها أشفق على الولد من الأجنبية، ولبنها له أصلح وأوفق.

وأقواهما: وهو اختيار الشيخ أبي حامد له المنع لأنه يستحق الاستمتاع في

(١) قال الأذرعى: قيل لم يتعرضوا لمدة إرضاعه اللبن الواجب عليها إرضاعها إياه منها، وظهرها الاكتفاء بمرة واحدة. وقال الرافعي في القصاص: مدة إرضاعه اللبن مدة سيرة، ولم يزد على هذا، ويشبه أن يرجع في مدته التي لا يستغني الولد عنها إلى أهل الخبرة، فإن قالوا: يكفي مرة بلا ضرر يلحقه كفت ولا عمل بقوله.

(٢) ومراده أنه يجب على الأجنبية إذا لم يوجد غيرها كما يجب على الأم إذا لم يوجد غيرها، وليس المراد أنه يجب على الأم مع وجود الأجنبية وإن كانت واحدة.

الأوقات المصروفة إلى الإرضاع فهذا ما أورده صاحب الكتاب والشيخ أبو إسحاق في المهذب، وقال: يكره<sup>(١)</sup> له المنع. فإن قلنا: ليس له المنع أو توافقاً عليه فإن كانت متبرعة فذاك، وهل تزداد نفقتها للإرضاع فيه وجهان.

أحدهما: وبه قال أبو إسحاق والإصطخري نعم لأنها تحتاج في زمان الإرضاع إلى زيادة الغذاء ويجتهد الحاكم في تقدير الزيادة.

وأصحهما: المنع لأن قدر النفقة لا يختلف بحالة المرأة وحاجتها، ولذلك تستوي الزهيدة والرغبية والأولى أن يقال هذه الزيادة تحتاج إليها لتربية الولد وعلى أبيه القيام بكفايته.

فإن طلبت أجرة بنى على أن الزوج هل يجوز له أن يستأجر زوجته لإرضاع ولده وفيه وجهان قد ذكرناهما في الإجارة قال العراقيون: لا يجوز لأنه يستحق الاستمتاع بها في تلك الحالة فلا يجوز أن يعقد عليها عقداً آخر يمنع استيفاء الحق كما إذا استأجر إنساناً للخدمة شهراً لا يجوز أن يستأجره تلك المدة لخياطة ثوب أو عمل آخر، وربما طردوا ذلك فيما إذا استأجر زوجته للخدمة وغيرها، وبه قال أبو حنيفة، والأصح أنه يجوز استئجارها عليه، ويكون الاستئجار رضاً بترك الاستمتاع، واحتج له بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق - ٦] ولو لم يجز استئجارها لم يكن لها أجر فإن جوزنا استئجارها فليكن الحكم فيما إذا طلبت الأجرة كالحكم فيما إذا طلبت البائنة الإرضاع بالأجرة وسنذكره إن شاء الله تعالى وإذا أرضعت بالأجرة فإن كان الإرضاع لا يمنع من الاستمتاع ولا ينقصه فلها مع الأجرة النفقة، وإن كان يمنع أو ينقص فلا نفقة لها كما ذكره صاحب التهذيب وغيره ويشبه أن يجيء فيه الخلاف فيما إذا سافرت لغرض نفسها بإذنه، وإن قلنا لا يجوز الاستئجار، وأرضعت على طمع الأجرة ففي استحقاقها أجرة المثل وجهان، قال ابن خيران تستحق لأنها لم تبذل منفعتها مجاناً، وقال أكثرهم لا تستحق<sup>(٢)</sup>، ولو استحققت لجاز استئجارها.

(١) قال النووي: الأول أصح، وممن صححه البيهقي والرويانى في «الحلية» وقطع به الدارمي والقاضي أبو الطيب في «المجرد» والمحاملي والفوراني وصاحب «التنبيه» والجرجاني. والله أعلم.

وممن أشار إلى ترجيحه الماوردي فإنه صدر به كلامه ثم حكى مقابله عن أبي حامد ثم اختار توسطاً وأشار إلى ترجيحه أيضاً أبو الفرج الزاز في تعليقه وجزم به الخوارزمي في الكافي.

(٢) قال الرويانى في التجربة: ولم يتابع ابن خيران أحد يعني من الأصحاب واعلم أن الرافعي ذكر في كتاب الحج أن الأجير إذا صرف الإحرام إلى نفسه استحق الأجرة على الأصح لصحة العقد في الابتلاء وحصول عرض المستأجر.

**الحالة الثانية:** إذا كانت مفارقة، وتبرعت بالإرضاع لم يكن للأب المنع وانتزاع الولد منها، فإن طلبت أجره نظر إن كانت أكبر من أجره المثل لم يجب عليه الإجابة، وكان له استرضاع أجنبية بأجرة المثل، وإن طلبت أجره المثل فهي أولى من سائر المراضع بأجرة المثل، وإن وجد أجنبية تتبرع أو ترضى بما دون أجره المثل فطريقان أشهرهما وبه قال ابن الوكيل وابن سلمة وصاحب الإيضاح<sup>(١)</sup> أن في المسألة قولين:

أحدهما: وهو اختيار المزي أن لا ينزع الولد منها، ويجب نظراً لها وللطفل، فإنها أشفق عليه ولبنها له أوفق، وأيضاً فلظاهر قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾.

وأصحهما: أن له الانتزاع ولا يلزمه بذل الزيادة كما لو طلبت أكثر من أجره المثل، وهناك من يرضى بها.

**والثاني:** القطع بالقول الثاني، وبه قال: أبو إسحاق والإصطخري، وحكاه ابن كج عن ابن سريج وابن أبي هريرة أيضاً وعلى الصحيح لو اختلفا فقال الأب أجد متبرعة وأنكرت فهو المصدق بيمينه، ووجهه بأنها تدعي استحقاق الأجرة عليه، والأصل عدمه ولأنه يعسر إقامة البينة على ما يقوله، فيصدق بيمينه كما لو ادعت المطلقة ثلاثاً أنها نكحت غيره وأنه أصابها تصدق لعسر إقامة البينة على الإصابة.

وقوله في الكتاب في أنه يجب على الأم «إرضاع اللبأ» ثم لها الأجرة يجوز إعلامه بالواو للوجه الذي حكيناه، ويخرج أيضاً إذا كانت الأم زوجته على الوجه الذي قلنا إنه لا يجوز له استئجار زوجته.

وقوله: «على الأب» مفروض فيما إذا كان المولود معسراً وهو الغالب، فإن كان يملك مالاً فيؤدي الأجرة منه، ولا تلزم على الأب.

وقوله: «ولا يجب عليها الإرضاع» يجوز إعلامه بالميم.

وقوله: «فإن رغبت بأجرة...» إلى آخره مطلق من جهة اللفظ لكنه أراد ما إذا لم تكن الأم في نكاحه على ما هو مبين في الوسيط والبسيط، ويجوز أن يعلم «القولين» بالواو للطريقة القاطعة.

وقوله: «بأجرة» يعني بأجرة المثل.

وقوله: «وللزوج منعها» معلم بالواو، والله أعلم بالصواب.

(١) في أ: الإيضاح.

## البَابُ الثَّانِي فِي تَرْتِيبِ الْأَقْرَابِ

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَالنَّظْرُ فِي أَطْرَافِ: الْأَوَّلُ أَجْتِمَاعُ الْأَوْلَادِ وَفِيهِ طَرِيقَانِ: إِخْدَاهُمَا: أَنْ التَّقْدِيمَ بِالْقُرْبِ، فَإِنْ تَسَاوَيَا فَهَلْ يُقَدَّمُ الْوَارِثُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، فَإِنْ أَعْتَبَرْنَا الْإِرْثَ فَهَلْ تَتَفَاوَتُ بِتَفَاوُتِ مِقْدَارِ الْإِرْثِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَقْصُودُ الْبَابِ الْكَلَامُ فِيمَا إِذَا كَانَ لِلْمُحْتَاكِجِ أَقْرَابٌ، يَجِبُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ نَفَقَتَهُ لَوْ انْفَرَدَ، عَلَى مَنْ تَكُونُ نَفَقَتُهُ عِنْدَ الْاجْتِمَاعِ؛ وَفِي أَنَّهُ إِذَا اجْتَمَعَ لِلشَّخْصِ أَقْرَابٌ مُحْتَاكُونَ، كَيْفَ يَنْفَقُ عَلَيْهِمْ؟ وَالْأَقْرَابُ فِي الْمَقْصِدِ الْأَوَّلِ، إِمَّا أَنْ يَكُونُوا مِنَ الْأَصُولِ أَوْ مِنَ الْفُرُوعِ أَوْ مِنْهُمَا جَمِيعاً، فَرْتَبَ الْكَلَامُ فِي الْبَابِ عَلَى أَرْبَعَةِ أَطْرَافٍ، وَالثَّلَاثَةِ الْأَوَّلِ فِي أَقْسَامِ الْمَقْصِدِ الْأَوَّلِ، وَالرَّابِعِ فِي الْمَقْصِدِ الثَّانِي.

وَقَوْلُهُ فِي تَرْجُمَةِ الطَّرْفِ الْأَوَّلِ: «اجْتِمَاعُ الْأَوْلَادِ» يَعْنِي الْفُرُوعَ الَّذِينَ يُلْزَمُهُمُ النِّفْقَةُ لِلْأَضْلَلِ الْمُحْتَاكِجِ، وَإِذَا اجْتَمَعَ اثْنَانِ مِنْهُمْ، نُظِرَ؛ إِنْ اسْتَوَيَا فِي الْقُرْبِ وَالْوَرَاثَةِ أَوْ عَدَمِهَا، وَالذَّكُورَةِ وَالْأُنْثَوِيَّةِ، فَالنِّفْقَةُ عَلَيْهِمَا بِالسُّوِيَّةِ، سِوَاءَ اسْتَوَيَا فِي السَّيَّارِ أَوْ تَفَاوَتَا، وَسِوَاءَ كَانَا قَادِرَيْنِ بِالْمَالِ أَوْ بِالْكَسْبِ أَوْ أَحَدُهُمَا بِالْمَالِ وَالْآخَرُ بِالْكَسْبِ، فَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا غَائِباً، أَخَذَ قِسْمَهُ مِنْ مَالِهِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ، اسْتَقْرَضَ<sup>(١)</sup> عَلَيْهِ.

مِثَالُهُ ابْنَانِ أَوْ ابْنَتَانِ، أَوْ ابْنٌ ابْنٌ أَوْ بِنْتَانِ ابْنِ، وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ، فَفِيهِ طَرِيقَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: النَّظْرُ إِلَى الْقُرْبِ، فَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا أَقْرَبَ، فَالنِّفْقَةُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ أَوْلَى بِالْإِعْتِبَارِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْأَقْرَبُ وَارِثاً أَوْ غَيْرَ وَارِثٍ، وَلَا بَيْنَ أَنْ يَكُونَ ذَكَراً أَوْ أُنْثَى، فَإِنْ اسْتَوَيَا فِي الْقُرْبِ، فَفِي التَّقْدِيمِ بِالْإِرْثِ وَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا: أَنْ [النِّفْقَةَ] عَلَى الْوَارِثِ؛ لِقُوَّةِ قَرَابَتِهِ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ لَا أَثَرَ لِلْإِرْثِ؛ لِأَنَّ الْقَرَابَةَ [الْمَجْرُودَةَ] عَنِ الْإِرْثِ مُوجِبَةٌ لِلنِّفْقَةِ، فَالْإِرْثُ غَيْرُ مَرْغَبٍ فِي الْبَابِ.

فَإِنْ قَدَّمْنَا بِالْإِرْثِ، فَلَوْ اسْتَوَيَا فِي أَصْلِ الْإِرْثِ، فَيَسْتَوِيَانِ أَوْ تَتَوَزَعُ النِّفْقَةُ بِحَسَبِ

(١) سَكَتَ عَمَّا إِذَا لَمْ يَوْجَدْ مَقْرَضٌ. وَقَالَ ابْنُ الصَّبَّاحِ: يَنْبَغِي أَنْ يُلْزَمَ الْحَاضِرُ بِالنِّفْقَةِ لِلزُّومِ نَفَقَتَهُ لَوْ انْفَرَدَ. انْتَهَى.

وَقَدْ أَبْدَاهُ الْقَاضِي الْحُسَيْنِيُّ فِي التَّعْلِيقِ احْتِمَالاً لَهُ أَيْضاً، وَجَزَمَ بِهِ صَاحِبُ التَّمْتَةِ مُورِداً لَهُ إِيرَادَ الْمَذْهَبِ فَقَالَ: فَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ حَاضِرٌ اسْتَوْفَى الْحَاكِمُ مَا يَخْصُهُ مِنْهُ وَإِلَّا اسْتَقْرَضَ عَلَيْهِ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ مِنْ يَسْتَقْرَضُ مِنْهُ أَمْرَ الْحَاضِرِ بِالْإِنْتِفَاقِ، فِإِذَا رَجَعَ الْغَائِبُ طَالِبَهُ بِحَصَّتِهِ وَصَرَفَهُ إِلَى الْأُمُورِ.



الإرث؟ فيه وجهان<sup>(١)</sup>:

وجه الثاني: إشعار زيادة الإرث بزيادة قُوَّة القرابة.

**والطريقة الثانية:** أن النَّظْرَ أَوْلَى: إلى الإرث، فإن كان أحدهما وارثاً دون الآخر، فالنفقة على الوارث وإن كان غير الوارث أقرب، فإن تساويا [في الإرث، وأحدهما أقرب، فالنفقة على الأقرب، فإن تساويا]<sup>(٢)</sup> في القرب أيضاً، فالنفقة عليهما ثم تستوي أو يراعى قدر الإرث؟ فيه الوجهان، وإذا تساويا في المنظور إليَّه على اختلاف الطريقتين، وأحدهما ذكر، والآخر أنثى، هل يختص الذكرُ بوجوب النفقة عليه؟ فيه وجهان:

وجهُ الاختصاص: أنه أقوى وأقْدَرُ على الكسب، وأيضاً، فإنه إذا اجتمع الأب والأم، تكون النفقة على الأب دون الأم، هكذا قيده في «السيط»، وجّه اعتبار الذكورة بما إذا استويا في سائر الأسباب عن رواية الشَّيْخِ أَبِي عَلِيٍّ، وكأنه لذلك لم يجعله ها هنا طريقةً قاطعةً تقابل الطريقتين السابقتين، بل جعله وجهاً بين الطريقتين، ومنهم مَنْ حكاها طريقة يرأسها، فقال إن كان أحدهما ذكراً، فالنفقة عليه قريباً كان أو بعيداً، وارثاً كان أو غير وارث، وإن كانا ذكْرَيْنِ أو أنثيَيْنِ، فالنفقة على المدلي بالذَّكْر، فإن استويا في الإدلاء فهي على الأقرب، والأظهر عند صاحب الكتاب والإمام وصاحب «التهذيب» وغيرهم الطريقة الأولى: دون اعتبار الإرث والذكورة، واحتجوا بأن الإرث والذكورة لا يُشْتَرَطَانِ في وجوبِ النَّفْقَةِ، والمنفرد منهم تلزمه النفقة، وإن لم يكن حائزاً ولا وارثاً، ويدل على قوة القرب أن مَنْ اعتبر الإرث والذكورة، قَطَعَ عند استوائهما في الإرث والذكورة بالاعتماد على القرب، والمُعْتَبِرُونَ لِلْقُرْبِ تردُّوا عند استوائهما في الدَّرَجَةِ في أنه، هل يُعْتَبَرُ الإرث والذكورة؟ واختيار العراقيين يخالف اختيار هؤلاء في بغض المَنَازِلِ، كما نبينه في الأمثلة.

أمثلة:

ابن وبنت، النفقة عليهما بالسوية إن اعتبرنا القُرْبَ، وبه قال أبو حنيفة، وكذا على اعتبار الإرث، إن اكتفينا بأصله، وإن اعتبرنا مقدار الإرث فيكون عليهما أثلاثاً، وبه قال أحمد، وهي على الابن، إن اعتبرنا الذُّكُورَةَ، وهذا ما اختاره العراقيون، وربما لم [يوردوا] غيره.

(١) سكت المصنف عن الترجيح، وكذا في المنهاج والمحرر، قال الأذرعى: من بعد في اجتماع الأصول إذا قلنا: الأم تنفق مع الأب رجح منهما الثاني، والترجيح لا يختلف بالنسبة إلى مسألتنا وإن كان الصحيح هنا انفراد الأب.

(٢) سقط من: ز.

بنت وابن ابن، هي على البنت، إن اعتبرنا القُربَ وبه قال أبو حنيفة، وعليهما بالسوية، إن اعتبرنا الإرث، وعلى ابن الابن إن اعتبرنا الذكورة، وهذا ما اختاره العراقيون، وعن أحمد: أن النفقة عليهما أثلاثاً؛ لأن الذكر والأُنثى يرثان أثلاثاً، فينفقان كذلك.

بنتُ وبنْتُ ابنٍ، هي على البنتِ، إن اعتبرنا القرب، وعليهما إن اعتبرنا الإرث<sup>(١)</sup>.

[بنت وابن بنت هي على البنت إن اعتبرنا القرب أو الإرث وعلى ابن البنت إن اعتبرنا الذكورة].

ابن ابن وابن بنت عليهما إن اكتفينا بالقرب وعلى الأول إن رجحنا الإرث بنت ابن، وابن بنت هي على بنت الابن، إن اعتبرنا الإرث، وعلى ابن البنت، إن اعتبرنا الذكورة، وعليهما، إن اكتفينا بالاستواء في الدرجة<sup>(٢)</sup> وتحكى الأوجه الثلاثة على الثاني [بنت بنت وبنْتُ ابن ابن هي على الأولى إن اعتبرنا القرب وعلى الثانية إن اعتبرنا الإرث].

بنت ابن وبنْتُ بنت، عليهما، إن اكتفينا بالاستواء في القُرب وإن اكتفينا بالإرث، فعلى الثانية.

ابنٌ وولدٌ خُنثى، إن قلنا في اجتماع الابن والبنت: تكون النفقة عليهما كذلك ها هنا، وإن قلنا: تكون على الابن، فوجهان:

أحدهما: أن على الابن نصفها؛ لأنه المستيقن، والنصف الآخر يستقرضه الحاكم فإن بان ذكراً، فالرجوع عليه، وإلا، فالرجوع على الابن، وهذا كما أنه إذا كان أحدهما غائباً يُؤخذ النصف من الحاضر، ويستقرض على الغائب.

وأظهرهما: أنه يُؤخذ الجميع من الابن؛ لأنه يصدد أن يكون الكل عليه، فهو

(١) هذا الكلام منتقد؛ لأنه عند الاستواء في الإرث عند من نظر إليه يرجح بالقرب على الأصح والبنت أقرب من بنت الابن، وحينئذ فإذا اعتبرنا الإرث كان على البنت وحدها أيضاً. وقد صرح الإمام بذلك فقال: بنت وبنْتُ ابن النفقة على البنت على الطرق فإن من راعى القرب قدمها ومن يراعي الإرث رجحها على الاختصاص بالقرب. انتهى. نعم إيجاب النفقة تفرعاً على الإرث وجه حكاة المتولي فقال: بنت وبنْتُ ابن، المذهب أن النفقة على البنت وفيه وجه أنه عليهما لاشتراكهما في الميراث. انتهى.

(٢) وكان المراد إذا اكتفينا بالاستواء ولم يرجح بالإرث أما إذا رجحنا به فعلى بنت الابن وحكى القاضي وغيره من العراقيين المعبرين الذكورة فيه أوجهاً: أحدها: بنت الابن أولى. والثاني: أن ابن البنت أولى لذكورته. والثالث: هما سواء لاستواء قرابتهما مع عدم التعصب.

أولئى بالمطالبة من غيره، فإن بان الخشى ذكراً، رجع عليه بالنصف.

بنتٌ وولَدٌ خثنى، إن قلنا: لو اجتمع الابن والبنت، تكون النفقة عليهما، فكذلك  
ها هنا، وإن خصصناها بالابن، فوجهان:

أحدهما: الإنفاق على الخثنى؛ لاحتمال كونه ذكراً فإن بانت أنوثته، رجعت على  
أختها بالنصف.

[والثاني]: لا تؤخذ منه إلا النصف؛ لأنه المستيقن، ويُؤخذ من البنتِ النصف،  
فإن بانت ذكوره، رجعت أخته<sup>(١)</sup> عليه بما أنفقت.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: الثَّانِيَةُ: أَنَّ الْإِزْثَ مُقَدَّمٌ فَإِنْ تَسَاوَيْنَا فَلَا قُرْبَ، فَإِنْ تَسَاوَيْنَا وَزُعَ  
عَلَيْهِمَا، وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ أَنَّهُ يُقَدَّمُ بِالذُّكُورَةِ فَالْتَّفَقَةُ عَلَى الْإِنِّ لَا عَلَى الْبِنْتِ الطَّرْفِ الثَّانِي:  
أَجْتِمَاعُ الْأَصُولِ فَالْأَبُ مُقَدَّمٌ عَلَى الْأُمِّ فِي الصَّغَرِ، وَبَعْدَ الْبُلُوغِ وَجْهَانِ، فَإِنْ وَجِبَ  
عَلَيْهِمَا فَهَلْ يَتَفَاوَتَانِ بِمِقْدَارِ الْإِزْثِ؟ وَجْهَانِ، أَمَا الْأَجْدَادُ وَالْجَدَّاتُ فَالْقَرِيبُ مُقَدَّمٌ عَلَى  
الْبَعِيدِ الْمُذَلِّي بِهِ، فَإِنْ اخْتَلَفَتِ الْجِهَةُ خُرَجَ عَلَى الطَّرِيقَيْنِ، وَطَرِيقَةٌ ثَالِثَةٌ أَنَّ الْوَلِيَّ أَوْلَى،  
فَإِنْ أَسْتَوَيْنَا فَالْمُذَلِّي بِالْوَلِيِّ أَوْلَى، فَإِنْ أَسْتَوَيْنَا فَلَا قُرْبَ، وَطَرِيقَةٌ رَابِعَةٌ أَنَّ الذَّكَرَ أَوْلَى،  
وَالْأُمَّةَ بِالْمُذَلِّي بِالذَّكَرِ، وَالْأُمَّةَ بِالْقُرْبِ، وَقِيلَ: الذُّكُورَةُ وَالْوَرَاثَةُ تُجْبِرُ إِحْدَاهُمَا بِالْآخَرَى  
فَيَتَسَاوَيَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا اجْتَمَعَ لِلْمُخْتِاجِ قَرِيبَانِ مِنْ أَصُولِهِ، لَوْ انْفَرَدَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا،  
لَوَجِبَتِ النِّفْقَةُ عَلَيْهِ، نَظَرًا: إِنْ اجْتَمَعَ أَبُوهُ وَأُمُّهُ، فَإِنْ كَانَ الْمَحْتِاجُ صَغِيرًا، فَالنِّفْقَةُ عَلَى  
الْأَبِ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنِ لَكُمْ فَاتَّوَهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾ [الطَّلَاق - ٦] أَوْجِبَ أَجْرَةَ  
الْإِرْضَاعِ عَلَى الْأَبِ، وَلِقِصَّةِ هِنْدَ، وَإِنْ كَانَ بِالغَا، فَوْجْهَانِ:

أصحهما: أن الجواب كذلك ويستصح ما كان في الصغر، وبه قال أبو حنيفة:  
والثاني، ويُنسب إلى القفال: أنها توزع عليهما؛ لاستوائهما في القرب والولادة،  
والإيجاب عليه قبل البلوغ كان من أثر الولاية على الصغير؛ وعلى هذا، فيسوى بينهما،  
أو يجعل بينهما أثلاثاً بحسب الإزث؟ فيه وجهان، رجح منهما الثاني، وإن اجتمع واحدٌ  
من آباء الأب مع الأم، فالظاهر تنزيله منزلة الأب؛ لأنه يشاركه في الولاية والعصوبة،  
وقد يقع عليه اسم الأب، وفيه وجهان آخران:

أحدهما: أن النفقة على الأم لقربها.

(١) قال النووي: كان ينبغي أن يجيء وجه الافتراض ولا يؤخذ من البنت شيئاً.

والثاني: يُوزَع عليهما؛ لتعارض القرب والعصوبة، وإذا وزعت عليهما، فيسوى أو يثلث؟ فيه الوجهان، ويحكى التثليث عن أبي حنيفة وأحمد - رحمهما الله - وإن اجتمع اثنان من الأجداد والجَدات، نُظِرَ؛ إن كان أحدهما يُذلي بالآخر، فالنفقة على القرب دون البعيد، وإلا، ففيه طرق:

أحدها: اعتبار القُربِ.

والثاني: اعتبار الإرث على ما ذكّرنا في طَرَفِ الفُرُوعِ.

والثالث: وهو اختيار المسعودي: أن الاعتبار بولاية المَالِ، فإنها تُشعِر بتفويض التربية إليه، وقد يحتج له أيضاً بأن النفقة عند اجتماع الأم والأب على الأب، فإن لم يكن لِوَاحِدٍ منهما ولايةٌ وأحدهما يُذلي بالولي أو هو أقرب إِدلاء بالولي، فالنفقة عليه، فإن استويا في الإِدلاء به وجوداً وعدمًا واعتبر فيه القرب والمراد في هذه الطريقة من الولاية الجهة التي تُفِيدها، لا نفس الولاية التي قد يمنع منها مانع مع قيام الجهة.

والرابع: أن الاعتبار بالذكورة، فالنفقة على الذكر فإن كانا ذكْرين أو أنثيين، فالنفقة على المُذلي بالذَّكر، فإن استويا، اعتبر<sup>(١)</sup> القرب.

والخامس: أنه يُعْتَبَر الإرث والذكورة معاً، فإن اختص أحدهما بالمعنيين، فالنفقة عليه، وإن وُجِدَا فيهما، أو لم يُوجَدَا أو وُجِدَ أحدهما في أحدهما، والثاني في الثاني، فيعتبر القرب، ويُجَبَر على هذه الطريقة فِقْدَانُ كُلِّ واحدٍ من المعنيين بالآخر.

#### الأمثلة:

اجتمع أب الأب وأب الأم، إن اكتفينا بالقرب سوينا بينهما، وإن اعتبرنا الإرث أو الولاية فالنفقة على أب الأب.

أم الأب وأم الأم، إن اعتبرنا القُرب أو الإرث، سوينا بينهما، وإن اعتبرنا الإِدلاء بالولي أو بالذَّكر، فهي على أم الأب أب الأم وأم الأب، إن اعتبرنا القرب، فهما سواء، وإن اعتبرنا الإرث أو الإِدلاء بالولي، فهي على أم الأب، وعلى الطريقة الخامسة يُجَبَرُ فِقْدَانُ الإرث في أب الأم بالذكورة، وفِقْدَانُ الذكورة في أم الأب بالوراثة، فيستويان، وخرَجَ بعضهم الخلاف في اجتماع الجَدِّ والأم على هذه الطرق، وقال: إن اعتبرنا القُرب، فالنفقة على الأم، وإن اعتبرنا الإرث، فهي عليهما، وإن اعتبرنا الولاية

(١) قال في الوسيط: والرابع يعتبر الذكورة، فالذكر أولى، فإن استويا فالأقرب. قال الشيخ شهاب الدين أبو شامة المقدسي في حواشي البسيط: وهذا ينبغي أن يكون في الطريقة الثالثة لا الرابعة لأن التعليل يدل عليه.

أو الذكورة، فعليه، إلا أن ما رجح في الصورتين لا يلائم ما رجح من الطرق، وهو اعتبار القرب.

وقوله في الكتاب: «وقيل: الذكورة والوراثة إلى آخره، هو الطريق الخامس مختصراً، وليُحتمل قوله تجبر إحداهما بالأخرى» على أنه يجبر فُقْدَانُ إحداهما بالأخرى، وإلا، فهما صفتا كمال، ولا يجبر الكمال بالكمال، وإنما يُجبر النقصان بالكمال.

قَالَ الْعَزَائِي: الطَّرْفُ الثَّالِثُ: أَجْتِمَاعُ الْفُرُوعِ وَالْأَصُولِ ابْنٍ وَأَبٍ قِيلَ: الْأَبُ أَوْلَى لِلوَلَايَةِ، وَقِيلَ: الْأَبْنُ لِلْخِدْمَةِ، وَقِيلَ: يَتَسَاوَيْنِ، وَالْأُمُّ كَالْأَبِ، وَقِيلَ: الْأَبْنُ أَوْلَى مِنْهُمَا قَطْعاً، وَكَذَا الْخِلَافُ فِي الْجَدِّ وَالْأَبْنِ أَعْنِي أَبَ الْأَبِ، ثُمَّ تَعْمُدُ تِلْكَ الطَّرِيقُ الْخَمْسُ، وَإِنَّمَا يَزِيدُ النَّظْرُ إِلَى وِلَايَةِ التَّرْبِيَةِ وَإِلَى الْخِدْمَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا اجْتَمَعَ لِلْمُحْتَاجِ وَاحِدٌ مِنَ الْأَصُولِ وَوَاحِدٌ مِنَ الْفُرُوعِ، قَالَ الْأُئِمَّةُ: تَجِيءُ فِيهِ الطَّرِيقُ، فَيَقْدَمُ الْأَقْرَبُ فِي طَرِيقٍ، وَالْوَارِثُ فِي طَرِيقٍ، وَالْوَلِيُّ فِي طَرِيقٍ، وَالذَّكَرُ فِي طَرِيقٍ، وَيُسَوَّى بَيْنَ الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى فِي طَرِيقٍ، وَإِذَا وَجِبَتِ النِّفَقَةُ عَلَى وَارِثَيْنِ، فَيَجِيءُ الْخِلَافُ فِي أَنْ التَّوْزِيعُ يَكُونُ بِالسُّوْيَةِ، أَوْ بِحَسَبِ الْإِرْثِ، وَيَزِيدُ هَا هُنَا النَّظْرُ إِلَى أَنْ الْإِنْفَاقَ فِيهِ مَعْنَى التَّرْبِيَةِ، وَالتَّرْبِيَةُ بِالْأَصُولِ أَلْيَقُ، وَمَعْنَى الْخِدْمَةِ، وَالْخِدْمَةُ بِالْفُرُوعِ أَلْيَقُ، وَتَفْصِيلُ هَذِهِ الْجُمْلَةِ بِذِكْرِ صُورٍ:

أَبٌ وَابْنٌ، فِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجِهَ:

أحدها: أن الثَّفَقَةَ عَلَى الْأَبِ اسْتِصْحَاباً لِمَا كَانَ فِي الصُّعْرِ، وَأَيْضاً، فَنَفَقَةُ الْوَالِدِ عَلَى الْأَبِ مَنْصُوصٌ عَلَيْهَا فِي قِصَّةِ هِنْدَ وَغَيْرِهَا بِخِلَافِ نَفَقَةِ الْأَبِ عَلَى الْوَالِدِ، وَأَيْضاً، فَإِنَّهُ مَخْصُوصٌ بِالْوَلَايَةِ، وَيُحْكَمُ هَذَا عَنْ اخْتِيَارِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ الْحُسَيْنِ.

وأصحهما: على ما ذكر صاحب «التهذيب» والقاضي الروياني وغيرهما، وهو اختيار صاحب «التلخيص»: أنها على الابن؛ لأن عصوبته أقوى، ولأنه أولى بالقيام بشأن أبيه، لِعِظَمِ حَرَمَتِهِ.

وثالثها: أنها عليهما لاستوائهما في القُرب، ولتعارض المعاني، وعلى هذه الوجوه، ما إذا اجتمع أبٌ وبنٌ، ويتوجه الوجوب على الأب بأنه ذَكَرٌ أَيْضاً، وما إذا اجتمع جدٌ وابنٌ ابن.

وفي أمٌ وبنٌ طريقان:

أظهرهما: مَجِيءُ الْأَوْجِهَ.

والثاني: القطع بأنها على البنت، ويُحكى هذا عن القاضي أبي حامد وغيره، وكانهم اعتمدوا في الإيجاب على الأب معنى الولاية واستصحاب ما كان في الصغر والذكورة، وهذه المعاني لا تُوجد في الأم. أم وابن، فيه طريقان:

أحدهما: طَرُدُ الأوجه الثلاثة.

والثاني: القطع بتقديم الابن؛ لضعف الإناث، ويُعد حالهن عن تحمّل المؤنات عن الغير، ويجري الطريقان في جدّ وابن، وفي أب وابن ابن أقوى<sup>(١)</sup>.

قال في «التهذيب»: والأصح أنه لا نفقة على الأصول ما دام يوجد واحد من الفروع قريباً كان أو بعيداً، ذكراً كان أو أنثى.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: الطَّرْفُ الرَّابِعُ فِي أَرْذَحَامِ الْأَخْدِينِ فَإِذَا لَمْ يَفْضَلْ مِنْهُ إِلَّا قُوْتٌ وَاحِدٌ فَالزَّوْجَةُ أَوْلَى، وَفِي الْأَبْعَاضِ تَعُوذُ الطَّرُقُ، وَلَكِنْ الْأَنْوَةُ هَهُنَا تَرْجَحُ لِلْأَخِيذِ - لِلْأَخِيذِ حَيْثُ رَجَحْنَا، ثُمَّ الذُّكُورَةُ فِي الْأَلْتِيَامِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ هَهُنَا لَا يُؤَثِّرُ تَفَاوُتُ الْإِزْتِ، ثُمَّ إِنْ أَسْتَوُوا وَرَعَ عَلَيْهِمْ، فَإِنْ كَانَ قَلِيلاً أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا اجْتَمَعَ عَلَى الشَّخْصِ الْوَاحِدِ مُحْتَاجُونَ، يَلْزِمُهُ نَفَقَةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ، نُظِرَ إِنْ وَفَى مَالَهُ أَوْ كَسَبَهُ بِنَفَقَتِهِمْ، فَعَلَيْهِ نَفَقَةُ الْجَمِيعِ الْقَرِيبِ مِنْهُمْ وَالْبَعِيدِ، وَإِنْ لَمْ يَفِ بِالْكُلِّ، وَلَمْ يَكْفِ مَا يَفْضَلُ عَنْهُ إِلَّا نَفَقَةُ وَاحِدٍ، فَيُقَدَّمُ نَفَقَةُ الزَّوْجَةِ، عَلَى نَفَقَةِ الْأَقْرَابِ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهَا أَثْبَتُ وَأَقْوَى؛ أَلَا تَرَى أَنَّهَا لَا تَسْقُطُ بِغَنَاهَا، [وَلَا بِإِعْسَارِهِ] وَلَا بِمُضِيِّ الزَّمَانِ، وَبِأَنَّهَا وَجِبَتْ عَوَضاً، وَالنَّفَقَةُ عَلَى الْقَرِيبِ مَوَاسَاةً وَالْعَوَاضُ أَوْلَى بِالرَّعَايَةِ مِنَ الْمَوَاسَاةِ، وَاعْتَرَضَ الْإِمَامُ بِأَنَّهَا إِذَا كَانَتْ كَذَلِكَ، كَانَتْ [كَالِدْيُونِ]<sup>(٢)</sup>، وَنَفَقَةُ الْقَرِيبِ مِنْ مَالِ الْمُفْلِسِ، تُقَدَّمُ عَلَى الدْيُونِ، وَخَرَجَ لِذَلِكَ احْتِمَالاً فِي الْمَسْأَلَةِ، وَأَيْدُهُ بِمَا رُوِيَ أَنَّ رَجُلًا جَاءَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَقَالَ: «مَعِيَ دِينَارٌ، فَقَالَ: أَنْفَقْهُ عَلَى نَفْسِكَ، فَقَالَ: مَعِيَ آخَرُ، فَقَالَ: أَنْفَقْهُ عَلَى وَلَدِكَ، قَالَ مَعِيَ آخَرُ، فَقَالَ: أَنْفَقْهُ عَلَى أَهْلِكَ»<sup>(٣)</sup> فَقَدَّمَ نَفَقَةَ

(١) في أ: أقرب.

(٢) في ز: نفقتها كالذكور.

(٣) رواه الشافعي [١٧٢١] وأحمد [٢٥١/٢ - ٤٧١]، والنسائي [٦٢/٥] وأبو داود [١٦٩١] وابن حبان [٨٢٨ موارد] والحاكم [٤١٥/١] من حديث أبي هريرة، قال ابن حزم: اختلف يحيى القطان والثوري، فقدم يحيى الزوجة على الولد، وقدم سفيان الولد على الزوجة، فينبغي أن لا يقدم أحدهما على الآخر بل يكونا سواء، لأنه قد صح أن النبي ﷺ كان إذا تكلم تكلم ثلاثاً، فيمكن أن يكون في إعادته إياه قدم الولد مرة، ومرة قدم الزوجة، فصارا سواء.

قال الحافظ: وفي صحيح مسلم من رواية جابر تقديم الأهل على الولد من غير تردد، فيمكن أن ترجع به إحدى الروايتين.

الوليد على نفقة الأهل، كما قدم نفقة النفس على نفقة الولد.

وروى صاحب «التتمة» وجهاً: أن نفقة الولد الطفل تُقدّم على نفقة الزوجة، وأما الدّين ينفق عليهم بالقرابة، فتعود فيهم الطّرق، فيُضرف الفاضل إلى الأقرب، أو الوارث، أو الوليّ، وفي الطريق الذي قلنا: إنها تجب على الذّكر، يُضرف الفاضل ها هنا إلى الأنثى؛ لِعَجْزِها، وزيادة ضعفها، ويسوّى في الطريق الآخر بين الذكر والأنثى، وإذا ضُرف إلى واريثين، فيوزع بالسوية أو بحسب الإرث، يعود فيه الوجهان، وعن الأكثرين: أنه لا يُنظر ها هنا إلى مقادير الإزث، وتوردُ للتفصيل والتمثيل صوراً:

ابنان أو ابنتان يُضرف الموجود إليهما، فإن اختص أحدهما بمزيد عجز؛ بأن كان مريضاً أو رضيعاً، فهو أوّلَى قاله في «البحر».

ابن و بنت، فالصحيح أنّهما كالابنين أو كالبنتين، وفيه وجه أن البنت أوّلَى؛ لِضَعْفِها. ابن بنت و بنت ابن، حكى الروياني أن بنت الابن أوّلَى؛ لضعفها، وعصوية أبيها، ويشبه أن يُجعلاً كالبنّت والابن.

أبٌ و جدٌ أو ابنٌ و ابنٌ ابن، في وجه: هما سواء؛ لتساويهما في القرابة، والأصح: تقديم الأب والابن؛ لزيادة القرب، فإن كان الأبعد زَمناً، ففي «التهذيب» أنه أوّلَى وذكر أنه لو اجتمع جدان في درجّة واحدة، وأحدهما وعصبة، كأب الأب مع أب الأم، فالعصبة أوّلَى، وأنه لو اختلفت الدرجة، واستويا في العصوبة أو عدمها فالأقرب أوّلَى، وإن كان الأبعد عصبية، تُعارضُ القرب والعصوبة، واستويا.

ابنٌ و أبٌ إن كان الابن صغيراً، فهو أوّلَى وإلا، فتلاثة أوجه.

أحدها: أن الابن أوّلَى أيضاً، كما في الصغير.

والثاني: الأب أوّلَى؛ لعظم حرمة.

والثالث: أنّهما سواء، ويُحكى عن اختيار القفّال، وتجري الأوجه في الابن والأم، وفي الأب والبنت، ويشبه أن تجيء طريقة قاطعة بتقديم الأب وتجري الأوجه في الجد وابن الابن.

أبٌ و أمٌ، فيه ثلاثة أوجه:

أصحهما: تقديم الأم؛ لزيادة عجزها، ولأنها انفردت بجملة إرضاعه وحضانه، فكان حثّها أكّد، ويروى أن رجلاً أتى رسول الله ﷺ فقال: «مَنْ أْبْرُ فَقَالَ: أُمُّكَ قَالَ: ثُمَّ مَنْ؟ قَالَ أُمُّكَ قَالَ: ثُمَّ مَنْ قَالَ: أُمُّكَ قَالَ: ثُمَّ مَنْ قَالَ: أَبَاكَ»<sup>(١)</sup>.

(١) متفق عليه البخاري [٥٩٧١]، من حديث مسلم [٢٥٤٨] من حديث أبي هريرة نحوه، ورواه باللفظ المذكور هنا، أبو داود [٥١٣٩] والترمذي [١٨٩٨] والحاكم [٤/١٥٠] من حديث بهز بن

والثاني: يُقدّم الأب مكافأة لانفاقه عليه في الصغر.

والثالث: التسوية بينهما؛ لاستوائهما في القرب.

جدُّ وابن، فيه طريقان أحدهما: طرُدُ الوجوه.

والثاني: القَطْعُ بتقديم الابن، وعن «الجامع» للقاضي أبي حامد: أنه لو اجتمعت جدتان لإحدهما ولادتان، وللأخرى ولادةً واحدةً، فإن كانتا في دَرَجَةٍ واحدةٍ، [فذات] الولادتين أولى، وإن كانت هي أبعد، فالأخرى أولى وأنه لو اجتمعت بنتٌ بنتٌ بنتٌ، أبوها ابنٌ ابنٌ بنتٌ مع بنتٍ بنتٍ بنتٍ، ليس أبوها من أولاده، فإن كانتا في دَرَجَةٍ واحدةٍ، فصاحبه القربتين أولى، وإن كانت هي أبعد، فالأخرى أولى، ومهما استوى اثنان، وُزِعَ المقدور عليه بينهما، وإن كثروا بحيث لو وُزِعَا، لا يسد قسطن كل واحد منهما مسداً، فالطريق الرجوع إلى القرعة، وكان يجوز أن لا يُصار إلى التوزيع أصلاً؛ لأن كل واحدٍ منهم لا يكفيه ما يخصه؛ ولذلك قلنا: لو قدر الزوج على نصف المد، كان لها حق الفسخ على الأظهر.

وقوله في الكتاب: «في ازدحام الآخذين» أشار بلفظ «الازدحام» إلى أن الكلام في الكتاب فيما إذا لم يتيسر له الإنفاق على جميعهم، وفضل عنه شيء وازدحموا عليه.

وقوله: «فالزوجة أولى» يجوز أن يُعلم بالواو.

وقوله: «ترجح للأخذ» يجوز أن يُقرأ الآخذ على موافقة لفظ الآخذين، ويجوز أن يقرأ «الأخذ»، وهو أولى؛ لقوله في مقابلته: «الالتزام».

فُرُوعٌ: إذا أوجبنا النفقة على أقرب القربتين، فمات أو أعسر، وجب على الأبعد، ثم إن أسر الأقرب بعد ذلك، لم يرجع الأبعد عليه بما أنفق.

وفي «البحر»: أنه لو كان له ولدان، ولم يُقدِر إلا على نفقة أحدهما، وله أب موسر، وجب على الأب نفقة الآخر فإن اتفقا على الإنفاق بالشركة، أو على أن يختص كل واحدٍ بواحدٍ، فذاك، وإن اختلفا، عُملَ بقول من يدعو إلى الاشتراك.

وذكر أنه لو كان للأبوين المحتاجين ابنٌ، لا يُقدِر إلا على نفقة أحدهما، وللابن ابنٌ موسرٌ، فعلى ابن الابن باقي نفقتهما، فإن اتفقا على أن ينفق عليهما بالشركة أو على أن يختص كل واحدٍ منهما بواحدٍ، فذاك، وإن اختلفا رجعنا إلى اختيار الأبوين، إن

= حكيم عن أبيه عن جده معاوية بن حيدة، ورواه أبو داود من طريق كليب بن منفعة عن جده نحوه، وعن المقدم بن معدي كرب سمعت النبي ﷺ يقول: إن الله يوصيكم بأمهاتكم، ثم يوصيكم بأبائكم، ثم بالأقرب فالأقرب، أخرجه البيهقي بإسناد حسن.



استوت نفقتهما، وإن اختلفت، اختصَّ أكثرهما نفقة، بمن هو أكثر [هما] يساراً وجواباً الصورتين متفاوتان كما ترى والقياس أن يُسَوَّى بينهما بل ينبغي في الصورة الثانية أن يقال: تختص الأم بالابن تفريراً على الأصح، وهو تقديم الأم على الأب، وإذا اختصَّت به، تعيَّن الأب لإنفاق ابن الابن.

ولا يجب على العبد نفقة ولديه، ولكن، إن كانت الأم حرة، فالولد حرٌّ، وعليها نفقته، وإن كانت رقيقة: فهو رقيق أيضاً، والنفقة على المالك، وإن كان الولد حرّاً، والأبوان رقيقين، فنفقته في بيت المال، إلا أن يكون في فروعه من تلزمه نفقته، ولا يجب على المكاتب أيضاً نفقة ولديه من زوجته، سواء كانت زوجته أمة أو حرة أو مكاتبته، أما إذا كانت حرة، فلائ ولدها يكون حرّاً، والمكاتب لا يُنفق على أقاربه الأحرار، ولأنه ليس من أهل المواساة، وأما إذا كانت أمة، فلائ ولدها يكون لِمَالِكِهَا، ونفقته عليه لِحَقِّ الْمَلِكِ، وأما إذا كانت مكاتبته، فولدُها ملك للسيد، أو يتكاتب عليها حتى يَغْتَقَ بعثتها، ويرقُّ برقها؟ فيه قولان، فإن قلنا: إنه ملكٌ لسيدها، فنفقته عليه، وإن قلنا: يتكاتب عليها، فنفقته على المكاتب، أو على سيدها؟ فيه قولان بناءً على أنه لو قتل لمن تكون القيمة؟ وفيه قولان:

أحدهما: للسيد، فعلى هذا تكون النفقة.

والثاني: أنها للمكاتب، تستعين بها على أداء الشُّجُوم، فعلى هذا تنفق هي على الولد من كسبها.

قال القاضي الرُّوماني: هذا أصح ويتبين بما ذكرنا: أن ولدَ المكاتب لا تجبُ نفقته على أبيه بحال، حرّاً كان أو عبداً، أو مكاتباً، وكما لا يجب على المكاتب أن يُنفق على ولديه من زوجته الأمة أو المكاتب، لا يجوز له عَجَز أن ينفق عليه؛ صيانةً لحق السيد، فإن كانت الأمة أو المكاتب لسيدته أيضاً، فيجوز أن يُنفق على الولد، وإن لم يجب، أما في ولديه من الأمة، فعلى الإطلاق، فإنه ملكٌ للسيد فإن عَجَز المكاتب، فقد أنفق من مال السيد على ملكه، وإن رَقَّ، فقد أنفق من مال نفسه على ملك السيد، وأما في ولديه من المكاتب، فكذلك، إن جعلناه ملكاً للسيد، وإن قلنا: يتكاتب عليها، فلا يجوز له أن يُنفق عليه، لجواز أن تُعْتَق وتُعتق الولد، ويعجز المكاتب، فيكون قد فوّت مال سيده؛ هكذا أطلقوه، ولا يصح القول بتجويز الإنفاق من ماله على ملكه بغير إذنه، ولو استولد المكاتب جارية نفسه، فإن قلنا: لا يجوز له ذلك، فيتكاتب الولد عليه، وينفق المكاتب عليه من اكتسابه؛ لأنه لو أُعْتِق، فقد أنفق من ماله على ولديه، وإن رَقَّ الولد أيضاً، فيكون قد أنفق مال السيد على عبده.

وهل تجب نفقة المكاتب على ولده الحرِّ؟

عن «الحاوي»: أنه يحتمل وجهين:  
أحدهما: لا، لبقاء حكم الرِّقِّ عليه.

والثاني: نعم؛ لانقطاع نفقته عن السيد<sup>(١)</sup>، ومَنْ نَصَفَهُ حُرًّا ونَصَفَهُ رَقِيْقًا، قال في «البيسط»: الظاهر أنه يلزمه نفقة القريب؛ لأنها كالغرامات، وهل يلزمه نفقة تامة أو نصف النفقة، فقد حكى القاضي ابن كجّ فيه وجهين<sup>(٢)</sup> وذكر وجهين<sup>(٣)</sup> أيضاً فيمن نصفه، حرًّا ونصّفه رَقِيْقًا، هل يجب على قريبه الحرّ نفقته بقدر ما فيه من الحرية، والله أعلم.

### البَابُ الثَّالِثُ فِي الْحَضَانَةِ، وَفِيهِ فَضْلَانِ

قَالَ الْعَزَلِيُّ: الْأَوَّلُ فِي صِفَاتِ الْحَاضِنَةِ فنقول: الْحَضَانَةُ وِلَايَةٌ وَسُلْطَنَةٌ لِكِنْتَهَا بِالْإِنَاثِ أَلِيْقًا، وَالْأُمُّ أَوْلَى مِنَ الْأَبِ وَإِنْ كَانَتْ الْمُؤَنَّةُ عَلَى الْأَبِ لَكِنْ بِشَرْطِ أَنْ تَكُونَ الْأُمُّ مُسَلِّمَةً (ح) إِذَا كَانَ الْوَالِدُ مُسْلِمًا، وَعَاقِلَةً وَحُرَّةً إِذْ لَا فَرَاغَ لِلرَّبِيقَةِ وَلَا وِلَايَةَ لَهَا وَإِنْ أَدَنَ السَّيِّدُ، وَأَمِيْنَةً إِذْ لَا يُوثِقُ بِالْفَاسِقَةِ، وَفَارِعَةً فَإِذَا نَكَحَتْ بَطْلَ حَقِّهَا إِلَّا إِذَا نَكَحَتْ عَمَّ الطِّفْلِ أَوْ مَحَارِمَهُ، وَلَا يُؤْتَرُ رِضَا الرُّوْحِ، وَيَزْجَعُ حَقِّهَا إِنْ طَلَّقَتْ (م) وَإِنْ كَانَتْ رَجْعِيَّةً لِأَنَّهَا فَارِعَةٌ، وَفِيهِ قَوْلٌ إِنْ كَانَتْ فِي مَسْكَنِ الرُّوْحِ فَلِلرُّوْحِ أَنْ لَا يَرْضَى بِدُخُولِ الطِّفْلِ دَارَهُ، وَمَهْمَا أَمْتَنَعَ الْأَوَّلُ أَوْ غَابَ انْتَقَلَ حَقُّ الْحَضَانَةِ إِلَى الْبَعِيدِ (و) لَا إِلَى السُّلْطَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْحَضَانَةُ الْقِيَامُ بِحِفْظِ مَنْ لَا يَمِيْزُ، وَلَا يَسْتَقْبَلُ بِأَمْرِهِ، وَتَرْبِيَّتَهُ بِمَا يُضْلِحُّهُ، وَوَقَايَتَهُ عَمَّا يَهْلِكُهُ، فَهِيَ نَوْعٌ وَوِلَايَةٌ وَسُلْطَنَةٌ، لَكِنهَا بِالْإِنَاثِ أَلِيْقًا؛ لِأَنَّهُنَّ أَشْفَقُ وَأَهْدَى إِلَى التَّرْبِيَةِ، وَأَصْبَرَ عَلَى الْقِيَامِ بِهَا، وَأَشَدُّ مَلَاذِمَةً لِلْأَطْفَالِ، وَقَدْ رُوِيَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا -: أَنَّ أَمْرَأَةً قَالَتْ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ ابْنِي هَذَا كَانَ بَطْنِي لَهُ وَعَاءٌ، وَتُدْيِي لَهُ سِقَاءٌ، وَحَجْرِي لَهُ حَوَاءٌ، وَإِنَّ أَبَاهُ طَلَّقَنِي، وَأَرَادَ أَنْ يَنْزِعَهُ مِنِّي،

(١) ويؤيده ظاهر النص في الأم حيث قال في باب من يجوز كتابته من المماليك وإذا كاتب العبد بالغاً صحيحاً ثم غلب العبد على غفلة لم يكن للسيد أن يعجزه حتى يحل نجم من نجومه، فإذا حل لم يكن له تعجيزه لأنه لا يعرف عن نفسه بحال حتى يأتي الحاكم ولا ينبغي للحاكم أن يعجزه حتى يسأل عن ماله، فإن وجد له مال يؤدي إلى سيده منه الكفاية أداها وأنفق عليه من فضله.

(٢) قال النووي: الأصح نفقة كاملة، لأنه الحر كما في الكفارة. والله أعلم.  
تشبيهه بالحر يفهم أنه ينفق على الزوجة نفقة الموسر وهو خلاف المرجح أنه في الكفارات ليس كالحر مطلقاً بل إلا في الإعتاق، وكان ينبغي أن يقول وكالزكاة فإنه إذا ملك ببعضه الحر نصاباً زكاة في الأصح، والجامع بين الكل أنها غرامة تتعلق بالمال فكان فيه كالحر.

(٣) قال النووي الراجح الوجوب، ويمكن بناؤهما على أنه هل يورث؟ والأظهر أنه يورث كالأحرار.

فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي»<sup>(١)</sup> ومؤنة الحضانة على الأب؛ لأنها من أسباب الكفاية كالنفقة، وفي «أمالي أبي الفرج» - رحمه الله - وجّه: أنه ليس للأُم طلب الأجرة بغد الفطام<sup>(٢)</sup>، وأما أجرة مدة الرضاع، فقد سبق الكلام فيها، وفي الباب فصلان:

أحدهما: في صفات مَنْ تَحْضُنُ وَيُحْضَنُ، والحضانة لا تختص بالإناث، لكنهن الأضل فيه؛ ولذلك أتت في ترجمة الفضل، فقال: «في صفات الحاضنة».

والثاني: في بيان المستحقين للحضانة وتربيتهم:

أما الفضل الأول: فقوله في الكتاب: «فالأم أولى من الأب» معاذ من بعد، وليس الغرض الآن الكلام في الترتيب، لكن الأم أولى الأقارب بالحضانة، فتكلم في الصفات المعتبرة فيها، ويقاس بما يعتبر فيها ما يعتبر في غيرها، واعلم أن أبوي الطفل، إن كانا مجتمعين على النكاح، فيكون الطفل معهما، يقومان بكفايته الأب بالإنفاق، والأم بالحضانة والتربية، وإن وقع بينهما فراق بفسخ أو طلاق، فالحضانة للأم، إن رغبت فيها كما نطق به الخبر، لكن استحقاقها بشروط:

أحدها: أن تكون مسلمة، إذا كان الولد مسلماً، فالكافرة لا حضانة لها على الولد المسلم، بإسلام أبيه، لأنه لا حظ له في تربية الكافرة؛ لأنها تفتته، وهو ينشأ على ما يألفه منها؛ ولأنه لا ولاية للكافر على المسلم، وعن أبي سعيد الإصطخري: أنه يثبت للكافرة حق الحضانة، احتجاجاً بما روي أن النبي ﷺ «خَيْرَ غَلَامًا بَيْنَ أَبِيهِ الْمُسْلِمِ وَأُمِّهِ الْمُشْرِكَةِ، فَمَالَ إِلَى الْأُمِّ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: اللَّهُمَّ، أَهْدِهِ، فَمَالَ إِلَى الْأَبِ»<sup>(٣)</sup>، وعن

(١) رواه أحمد (١٨٢/٢) وأبو داود [٢٢٧٦] والبيهقي (٤/٨) والحاكم (٢٠٧/٢) من حديث عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده.

(٢) وظاهره أن الأم في دوام الزوجية تقدم على الأب في الحضانة وإن طلبت أجزتها. وقال الشيخ برهان الدين في تعليقه أنه يجري فيه خلاف كما في مسألة امتناعها من الإرضاع وكما في مسألة طلب أجرة المثل للرضاع مع وجود تبرعه. انتهى.

وذكر الإمام المسألة فقال: لو طلبت الأم الحضانة والأجرة فهي بمثابة طلبها الأجرة للرضاع، ولكن لو كان يتأتى من الوالد أن يتولى الحضانة بنفسه ولا حاجة إلى الإرضاع فيمكنه من تولي الحضانة هل ينزل منزلة وجدان متبرعة بالإرضاع والأم بطلب الأجرة عليه. فيه تردد بين الأصحاب يجوز أن يقال إنما يجري القولين في تقديمها مع طلب الأجرة في الإرضاع.

(٣) أخرجه أحمد [٤٤٦/٥] والنسائي [١٨٥/٦] وأبو داود [٢٢٤٤] وابن ماجه والحاكم [٢٠٦/٢] والدارقطني [٤٣/٤] من حديث رافع بن سنان، قال الحافظ في التلخيص: وفي سنده اختلاف كثير وألفاظ مختلفة، ورجح ابن القطان رواية عبد الحميد بن جعفر، وقال ابن المنذر: لا يثبت أهل النقل قال الحافظ في التلخيص وفي إسناده مقال.

بعض الأصحاب فيما حُكِيَ عن القاضي الروياني: أن الأم الذميمة أحقُّ بالحضانة من الأب المسلم، إلى أن يبلغ المولودُ سَبْعَ سنين، ثم الأبُّ بعد ذلك أوَّلَى قال الأصحاب: والمذهبُ الأولُ، والخبرُ منسوخٌ، أو محمولٌ على أنه ﷺ عَرَفَ أنه يُستجابُ دعاؤه، وأنه يختار الأب المسلم، وقصد بالتخيير استمالة قلبِ الأم، وعلى المذهبين تكون الحضانة لأقاربه المسلمين على ما يقتضيه الترتيب، فإن لم يوجد حد، فحضانته على المسلمين، والمؤنة في ماله، فإن لم يكن له مالٌ، فعلى أمه، إن كانت موسرةً، وإلا، فهو من معاويج المسلمين، وولَدُ الذميين في الحضانة كولد المسلمين، فالأم أحقُّ بها، ولو وصف صبيٌّ منهم الإسلامَ، نُزِعَ من أهل الذمة، ولم يمكنوا من كفالته<sup>(١)</sup> صحَّحنا إسلامه أو لم نُصحِّحه احتياطاً للإسلام، والطفل الكافر هل يثبت لقربيه المسلم حقُّ حضانته؟ قال في «التممة»: الصحيح<sup>(٢)</sup> من المذهب ثبوته، وفيه نظرٌ له، فقد تصير تربية المسلم سبباً لإسلامه، وفيه وجهٌ آخرٌ بناءً على أن القريب الذي ليس بوارث لا حضانة له.

قال: ويجري هذا الخلاف فيما إذا جُنَّ الذميُّ، وله قريبٌ مسلمٌ، هل يثبت له حقُّ الحضانة؟

والثاني: أن تكون عاقلةً، فالمجنونة لا حضانة لها؛ لأن المجنون لا يتأتى منه الحفظُ والتعهُّدُ، بل هو في نفسه محتاجٌ إلى مَنْ يحضنه، ولا فَرْقَ بين أن يكون الجنونُ مطبقاً أو منقطعاً، إلا إذا كان لا يقع إلا نادراً، ولا تطول مدته، كيوم في سنين مثلاً، فلا يبطل الحقُّ، بل هو كمرضٍ يطرأ<sup>(٣)</sup> ويزول، والمرضُ الذي لا يرجئُ زواله، كالسل والفالج، إن كان بحيث يُؤلمه ويشغله الألم عن كفالته وقد بين أمره، يسقط حقُّ الحضانة، وإن كان تأثيره في تعسر الحركة والتصرف، وكذلك في حقِّ مَنْ يباشر الكفالة بنفسه دونَ مَنْ يدبِّرُ الأمور ويباشرها غيره<sup>(٤)</sup>.

(١) قضيته وجوب الانتزاع وصحح النووي في باب اللقيط عدم وجوب الانتزاع وقال في الخادم: إن المذكور هنا هو الصواب واختاره الأذري وقال إنه ظاهر النص.

(٢) قال الشيخ البلقيني: قد يستشكل هذا بأنه لا يثبت للمسلم ولاية النكاح على قريبته الكافرة، ولعل الجواب أن القصد بالولي في النكاح طلب الكفوء وعدم دخول العار وكفرها قاطع لذلك، وها هنا المقصود به الشفعة على الصغيرة وفيه نظر.

(٣) تعبيره بسنين بصيغة الجمع يقتضي تأثير وقوعه في سنة أو سنتين لكن عبارة الشرح الصغير كيوماً في سنة، وبين العبارتين تفاوت.

(٤) قال في الخادم: وهو صريح في أن للمرأة أن تستنيب عنها من يقوم بأمر ولدها، ومن ذلك استنبط القاضي شرف الدين البارزي أن للعمياء الحضانة. قال: لأن الشرط أن يكون الحاضن قائماً بمصالح المحضون إما بنفسه أو بمن يستعين به سواء كان أعمى أو بصيراً. وقال ابن الرفعة =

**والثالث:** أن تكون حرّة، فلا حضانة للرقيقة؛ لأن منفعتها للسيد، وهي مشغولة به، غير مُتَفَرِّغَةٌ للحضّانة، ولأنها نوع ولاية واحتكام بالحفظ والتربية، والرقيق لا ولاية له، وإن أذن السيد.

ثم يُنظَرُ؛ إن كان الولدُ حرّاً فحضّانته لِمَن له الحضّانة بعد الأم من الأب وغيره، وإن كان رقيقاً، فحضّانته على السيد، وهل له نزع من الأب وتسليمه إلى غيره؟ فيه وجهان بناءً على القولين في جواز التفريق، ولو كانت الأمُ حرّة، والولدُ رقيقاً، كما لو سبي، الولد ثم أسلمت الأم أو قبلت: الذمة، فكذلك حضّانته للسيد وفي الانتزاع منها الخلاف، والمدبرة والمكاتبَة والمُعْتَقُ بعضها لا حضّانة لهنّ كالقنة.

نعم، ولّد المكاتبَة، إذا قلنا: هو إنها تستعين به في الكتابة، فَيُسَلَّم إليها؛ [لا] لأن لها ولاية الحضّانة، [لكن الحق لها]<sup>(١)</sup> وولّد أم الولد من الزوج أو الزنا حكمه حكم الأم يُعْتَق بموت السيد، وحضّانته للسيد مدة حياته، وهل لها حق الحضّانة في ولدها من السيد؟ فيه وجهان:

الصحيح المشهور، وهو الذي أورده الشيخ أبو عليّ - رحمه الله -: المنع؛ لنقصانها بالرق، وعن الشيخ أبي حامد: أن لها الحضّانة إلى سبع سنين، ثم السيد أولى بالولد بعد السبع، قال القاضي الروياني: والمصلحة الفتوى بما ذكره، وإن كان الصحيح الأول، ولا حضّانة لِمَن بعضها رقيقاً أيضاً؛ لنقصانها، ولو كان نصف الولد حرّاً، ونصفه رقيقاً، فنصف حضّانته للسيد، ونصفها لِمَن يلي حضّانته من أقاربه الأحرار، فإن اتفقا على المهايأة، أو على استئجار من تحضنه، أو رضي أحدهما بالآخر، فذاك، وإن تمانعا، لم يضيع واستأجر الحاكم من تحضنه، وأوجب المؤنة على السيد وعلى من تقتضي الحال الإيجاب عليه.

**والرابع:** أن تكون أمينة، فلا حضّانة<sup>(٢)</sup> للفاسقة، لأن الفاسق لا يلي، ولأنها لا يؤمن أن تخون في حفظه، ولأنه لا حظ له في حضّانتها؛ لأنه ينشأ على طريقتها.

= في الكفاية: إن حفظ الأم للولد الذي لا يستقل ليس مما يقبل العشرات، فإن المولود في حركاته وسكناته لو لم يكن ملحوظاً من مراقب لا يسهو ولا يغفل لأوشك أن يهلك، ومقتضى هذا أن العماء يمنع فإن الملاحظة معه كما وصف لا يتأتى. وقد يقال في ما قيل في الفالج إذا كان لا يلهي عن الحضّانة بل يمنع الحركة. انتهى. وهو مصرح بجواز الاستتابة.

(١) سقط من: ز.

(٢) قال الشيخ البلقيني: لو ادعى أحد الأبوين فسق صاحبه لينفرد بالكفاية إما بعد التخيير أو ادعاء الأب قبله ليأخذ الولد ففي الحاوي للماوردي في الحالة الأولى أنه لا يقبل قول مدعي ذلك ولا إخلاف غريمه، وهذا جار في الثانية، وفي فتاوى المصنف أن القول قول الأب، وعليها بيان أهليتها.

والخامس: أن تكون فارغةً خليةً، فلو نكحت أجنبيًّا، سقط حقُّها من الحضانة؛ لما سبق من الخبر، وروِيَ أَنَّهُ ﷺ قَالَ: «الأم أَحَقُّ بِوَلَدِهَا مَا لَمْ تَنْزَوِجْ» ولأن النكاح يشغَلُها، بِحَقِّ الزوج، ويمنعها من الكفالة، ولا أثر لرضا الزوج، كما لا أثر لرضا السيد، [بحضانة الأمة] وقد يرجعان، فيشوش أحد المولود، ولو نكحت عمَّ الطفل، ففيه وجهان:

أشهرهما: أنه لا يَبْطُلُ حقُّها؛ لأن العمَّ أيضاً صاحبُ حقٍّ في الحضانة، وشفقته تحمله على رعاية الطفل، فيتعاونان على كفالته، بخلاف الأجنبي، وهذا هو المذكور في الكتاب وفي «التتمة» وبه قال الفقهاء، ويقال: إن صاحب «التلخيص» خرَّجه من قول الشافعي - رضي الله عنه - فيما إذا نكحت الجدَّة جدَّ الطفل: أنه لا يَبْطُلُ حقُّها من الحضانة<sup>(١)</sup>، وكذا لو كانت [في نكاحه، يثبت لها حقُّ الحضانة، بخلاف ما لو كانت]<sup>(٢)</sup> في نكاح أجنبي.

والثاني: أنه يَبْطُلُ حقُّها؛ لإطلاق الخبر، وليس العمُّ كالجدِّ؛ لأن الجد ولي تام الشفقة، قائم مقام الأب بخلاف العم.

وقوله في الكتاب: «عم الطفل أو محارمه» من محارمه عمُّ أبيه، وابنُ أخيه، وابن أخته لكن لفظ «المحارم» إنَّما كان يحسن أن لو كان المحارم هم الملحقين بالعم، وليس كذلك، بل الخلاف في الأمِّ والعمُّ مُطْرَدٌ في نكاح التي لها الحضانة قريباً للطفل له حقُّ في الحضانة، كما أنه إذا نكحت أمه ابن عم الطفل، أو خالته، إذا صارت الحضانة لها أو عم الطفل أو عمته إذا صارت الحضانة لها خالة، هكذا ذكره الشيخ أبو علي وغيره، ثم إنَّما يبقى الحقُّ، إذا نكحت الجدَّة جدَّ الطفل أو الأم عمه على أصح الوجهين؛ إذا رضي الذي نكحته بحضانتها، فإن أبي، فله المنع، وعليها الامتناع ثم إذا اجتمعت هذه الشروط، فإنما تُبْطِلُ لها الحضانة، إذا كان الأبوان مقيمين في بلد واحد، فأما إذا سافر أحدهما، فسيأتي حكمه من بعد، وهل يُشْتَرَطُ؛ لاستحقاقها الحضانة، أن تُرْضِعَ الوَلَدَ إن كان رضيعاً؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، ولها الحضانة، وإن لم يكن لها لبنٌ أو امتنعت من الإرضاع، وعلى الأب أن يستأجر مرضعةً تُرْضِعُهُ عند الأم.

والثاني: نعم؛ لعسر استئجار مرضعة تخلي بيتها وتنتقل إلى مسكن الأم؛ وعلى

(١) المراد بجد الطفل جده لأبيه لا جده هذا هو الصحيح، وجرى عليه الشيخ ابن الرفعة.

(٢) سقط من: ز.

هذا، فلا تُمنَع الأم من زيارته<sup>(١)</sup>، والأوّل أصحُّ عند صاحب «التهذيب» وأجاب الأكثرون بالثاني، وتَسَبُّوا الأوّل إلى مذهب أبي حنيفة، [ثم] في الفصل مسألتان، نذكرهما مع ما يناسبهما: إحداهما: لو أسلمت الكافرة أو أفاقت المجنونة أو عتقت الأمة أو حَسُن حال الفاسقة، تثبت لها الحضانة؛ لارتفاع المانع، ولو طُلقت التي سَقَطَ حقُّها بالنكاح، عاد حقُّها خلافاً لمالك.

لنا القياس على الصورة المذكورة، ولا فَرْق بين أن يكون الطلاق بائناً أو رجعيّاً؛ لحصول الفراغ في الحالتين، هذا هو الظاهر المنصوص.

وقال أبو حنيفة والمزني لا يعودُ حقُّها بالطلاق الرجعي، حتى تنقضي العدة، وعن ابن سُرَيْج: تخريج قول مثله لمضاهاة الرجعية المنكّوحة في الأحكام، واحتج له الشيخ أبو علي؛ بأن الرجعية تستحق النفقة عليه، ولو كان لها أن تحصن ولدها من غيره وترضعه، لسقطت نفقتها، كما قال الشافعي - رضي الله عنه -: في امرأة المفقود، إذا اعتدت بأمر الحاكم، ونكّحت ثم عاد الزوج الأول، وقد ولدت من الثاني: أنه لا نفقة عليه في إرضاعها ولَد غيره، وعلى الأول: فإنما يعود حقُّها في [الحضانة] إذا كانت تعتد في بنت الزوج، إذا رضي أن يَدْخُلَ الولد بيته، فإن لم يَرْضَ، لم يَكُنْ لها أن تُدْخِلَه بيته، وكذا في البائنة، وإذا رَضِيَ، لم يكن رضاه كالرَضَا في صُلْب النكاح؛ لأن المنع هناك؛ لاستحقاقه الاستمتاع، واستهلاك منافعها فيه، والمنع ها هنا يَرْجِع إلى المسكّن، فإذا أذن كان كالمعير.

والثانية: إذا امتنعت الأم من الحضانة، أو غابت، فهل ينتقل حقُّ الحضانة إلى الجدة؟ فيه وجهان:

(١) قال الأزرعي: أصل الخلاف قول التهذيب فلو جف لبن المرأة أو امتنعت من الإرضاع لا يبطل حقها من الحضانة، وعلى الأب أن يستأجر امرأة ترضعه عند الأم. وقيل: إذا امتنعت من الإرضاع بطل حقها من الحضانة، والأول أصح.

وقال في الكافي: إنه المذهب فخصصا نزع الولد بما إذا امتنعت مع وجود اللبن كما اقتضاه كلام المحرر. وقضية ذلك أنه لو لم يكن لها لبن أو كانت ذات لبن وأبت إرضاعه أنه يسقط حقها على الصحيح، وبه صرح ابن الرفعة تبعاً لهما فعد من الموانع فقد الرضاع منها إما بامتناعها أو بعدم اللبن منها، وقد تبعت المسألة في كتب الطريقتين على كثرتها فلم أرها إلا في التهذيب والكافي على النمط الذي ذكرته عنهما وكلام الطريقتين يقتضي الجزم بعدم اشتراط كونها ذات لبن إلى آخر ما ذكره. وقال الشيخ البلقيني: ما ذكره تبعاً لأصله من وجه الاشتراط لا يعتقد أنه محمول على صورتين المذكورتين في عدم الاشتراط بل المراد على الأصح إذا كانت ذات لبن كما صرح به في المحرر وحاصله أنه إن لم يكن لها لبن فلا خلاف في استحقاقها وإن كان لها لبن وامتنعت فالأول يفي استحقاقها والأصح لا. انتهى.

وبالغ الزركشي في الرد على الراعي بعبارة خشنة، قاله البكري في حاشيته على الروضة.

أصحهما: نعم، كما لو ماتت أو جُنت.

والثاني: وبه قال ابن الحدّاد: لا، لأن أصليتها باقية، وإنما تركت حقها، بخلاف ما إذا ماتت أو جُنت، فصار كولاية التزويج، إذا مات الأقرب أو جُنَّ، يُزوّج الأبعد، وإذا غاب أو عضل ينوب عنه السلطان، [ولا يزوج الأبعد، وذكروا على هذا: أن الحضانة تُكوّن للأب ونزوله منزلة السلطان،<sup>(١)</sup> وهو بعيد، وحق التشبيه بولاية النكاح أن تُكوّن الحضانة للسلطان؛ ولذلك حكاه في «التتمة» عن ابن الحدّاد.

والصحيح: [أنه] مهما امتنع الأقرب عن الحضانة، تكون الحضانة لمن يليه، لا للسلطان؛ لأنّ الحضانة لحظ الطفل، فتفويضها إلى القريب الذي هو أشفق وأشدّ اهتماماً به وأكرمُ إعالته أولى، بخلاف ولاية النكاح؛ لأن الغائب يمكنه التزويج في الغيبة، فإذا لم يفعل، ناب عنه السلطان، ولا يمكنه الحضانة في الغيبة، فصار كما إذا نكحت مستحقة الحضانة لم يمكنها القيام بها، سقط حقها، وانتقل إلى من بعدها، والله أعلم.

وليُعْلَمَ قوله في الكتاب: «أن تُكوّن الأمُ مُسَلِّمةً بالواو وبالحاء؛ لأن عن أبي هريرة وغيره من الأصحاب أنّ عند أبي حنيفة [لا] ينظر حق الحضانة بالكفر، وأعلم بالواو قوله: «إلا إذا نكحت عمّ الطفل أو مَحَارِمَهُ» واحتج في «التتمة» لبقاء حق الحضانة، إذا نكحت مستحقة الحضانة من له حقّ [في] الحضانة، أو إذا كانت في نكاح مثله؛ لما روي أن علياً وجعفرأ وزيد بن حارثة - رضي الله عنهم - تنازعوا في حضانة بنت حمزة - رضي الله عنه - بعدما استشهد، فقال علي - كرم الله وجهه -: بنت عمّي وعندي بنت رسول الله ﷺ وقال زيد - رضي الله عنه -: بنت أخي، وكان رسول الله ﷺ قد آخى بين زيد وحمزة، وقال جعفر - رضي الله عنه -: الحضانة لي في بنت عمّي وعندي خالتها<sup>(٢)</sup>، فقال رسول الله ﷺ الخالّة أمّ وسلّمها إلى جعفر وجعل لها الحضانة، وهي ذات زوج<sup>(٣)</sup>.

وقوله: «وإن كانت رجعية» مُعْلَم بالحاء والزاي.

(١) سقط من: أ.

(٢) قال الحافظ في التلخيص الخالّة المذكورة هي أسماء بنت عميس، وفي الباب عن ابن مسعود مرفوعاً: الخالّة والدة، أخرجه الطبراني، وعن أبي هريرة مرفوعاً مثله أخرجه العقيلي، وعن الزهري قال: بلغنا أن رسول الله ﷺ قال: العم أب إذا لم يكن دونه أب، والخالّة والدة إذا لم يكن دونها أم، أخرجه ابن المبارك في البر والصلة.

(٣) أخرجه البخاري [٣٧٠٤ - ٣٦٢٩ - ٣٧٤ - ٧١٠٩] في صحيحه من حديث البراء بغير لفظه، ورواه أبو داود [٢٢٧٨ - ٢٢٧٩] والحاكم والبيهقي من حديث علي بلفظ: إنما الخالّة أم.



وقوله: «إلى البعيد لا إلى السلطان» بالواو.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: (أَمَّا صِفَةُ الْمَحْضُونِ) فَهِيَ أَنْ لَا يَسْتَقِيلَ كَالصَّغِيرِ وَالْمَجْنُونِ وَالْمَعْتُوهِ، وَالْبِكْرُ الْبَالِغَةُ عَلَيْهَا وَلَايَةُ الْإِسْكَانِ لِلأَبِ وَالْجَدِّ، وَالثَّيْبُ فَلَا، إِلَّا عِنْدَ تَهْمَةٍ فَيَثْبُتُ حَقُّ الْإِسْكَانِ لِأَوْلِيَائِهَا أَغْنِي الْعَصَبَاتِ، ثُمَّ الأُمُّ أَوْلَى بِالصَّغِيرِ، أَمَا إِذَا بَلَغَ سِنَّ التَّمْيِيزِ خَيْرٌ بَيْنَهُمَا (ح م)، فَإِنْ اخْتَارَ أَحَدُهُمَا سَلَّمَ إِلَيْهِ، فَإِنْ رَجَعَ اسْتَرَدَّ، وَيَسْتَوِي (ح) فِيهِ الْغُلَامُ وَالْجَارِيَةُ، وَهَلْ يَجْرِي التَّخْيِيرُ بَيْنَ الأُمِّ وَمَنْ عَلَى حَاشِيَةِ النَّسَبِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَيَجْرِي هَذَا الْخِلَافُ فِي التَّخْيِيرِ بَيْنَ الأَبِ وَالْأُخْتِ وَالْحَالَةِ، وَإِذَا اخْتَارَ الأَبُ لَمْ يَمْنَعِ الأُمُّ مِنَ الزَّيَارَةِ، وَإِذَا اخْتَارَ الأُمُّ فَعَلَى الأَبِ مُرَاعَاتُهُ بِالتَّسْلِيمِ إِلَى الْمَكْتَبِ وَالْحِرَاقَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ مَسْأَلَتَانِ:

إحدهما: المحضون من لا يستقل بمراعاة نفسه، ولا يهتدي إلى مصالحه، إما الصغير أو جنون أو خبل قلة تمييز أو فقده، ومهما بلغ الغلام رشيداً ولي أمر نفسه، واستغنى عن تخصصه، ولا يجبر على أن يكون عند الأبوين أو أحدهما، إن افترقا، ولكن الأولى أن لا يفارقهما ليخدمهما، ويصل إليهما بره، وإن بلغ عاقلاً غير رشيد، فقد أطلق مطلقون: أنه كالصبي لا يفارق الأبوين وتُدَام حضانتهم، وقال القاضي ابن كج: إن لم يكن مصلحاً لماله، ولم يحسن تدبير نفسه، فالحكم كذلك، وأما إذا كان اختلال الرشيد لعدم الصلاح في الدين، فالمذهب: أنه يسكن حيث يشاء، ولا يجبر على أن يكون عند الأبوين أو أحدهما، وعن أبي الحسين: أن بغض الأصحاب قال: تُدَام حضانتهم إلى ارتفاع الحجر عنه، وهذا التفصيل حسن وأما الأنثى إذا بلغت، وكانت ذات زوج، فتكون عند زوجها، وإلا فإن كانت بكراً فتكون عند أبويها أو مع أحدهما، إن افترقا، وتختار من تشاء منهما، وهل تجبر على ذلك؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، وليس لها الاستقلال؛ لأنها في معرض الآفات، وإذا كان للأب والجد إيجاباً على النكاح، وهو أعظم حسناً، فلأن يجوز لهما الحبس في البيت كان أولى.

والثاني: لا، ولها أن تسكن حيث شاءت، ولكن نُكِرَ لها مفارقتهم؛ لما يخاف من الآفات، وهذا ما يوجد في كتب الأصحاب العراقيين، ورأى الإمام وصاحب الكتاب الأول<sup>(١)</sup> أظهر، وكذلك ذكر القاضي ابن كج: أنه ظاهر المذهب.

(١) ليس في كلامه تصريح بترجيح، والفتوى على الإيجاب، فإنه المنصوص للشافعي.

وقوله في الكتاب: «عليها ولاية الإسكان للأب والجد» يعني إسكانها عندهما وضمها إليهما، وقد أشار إلى تخصيص هذه الولاية بالأب والجد، كولاية الإخبار على النكاح، وصرح به في «الوسيط» و«البسيط» لكن في «التهذيب»: أن للأب أن يضمها إلى نفسه إلى أن تزوج، وتزف، وكذا الجد عند عدمه، وفي الأخ والعم وخهان<sup>(١)</sup>، وإن كانت ثيباً، فالأولى أن تكون عند الأبوين أو أحدهما، ولا تجبر عليه باتفاق الأصحاب - رحمهم الله -؛ لأنها صاحبة اختيار، وممارسة وبعيدة عن الخديعة، وهذا إذا لم تكن تهمة، ولم تزن بريبة فإن كان هناك شيء من ذلك، فللأب والجد ومن يلي من العصبات تزويجها منعها من الانفراد، ثم المخرم منهم يضمها إلى نفسه، إن رأى ذلك، وغير المخرم يسكنها موضعاً يليق بها، ويلاحظها صيانة لها، ودفعاً للعار عن النسب، وهذا كما أنهم يعترضون على النكاح، إذا فقدت الكفاءة، وعبر في الكتاب عن هذه الجملة بقوله: «فيثبت حق الإسكان لأوليائها يعني، العصبات» وقد يفهم [من] هذا تخصيص هذه الولاية بالعصبات الذين [يعترضون] على النكاح؛ لفوات الكفاءة، ولكن ذكر في «التهذيب»: أن في موضع التهمة يضمها إلى نفسه أحد الأبوين، وأي الأولياء كان من جد أو أخ أو عم، فأثبت ذلك للأب، كما أثبتته للعصبات، ولو فرضت التهمة في حق البكر، فهي أولى بالاحتياط، فتمنع من الانفراد بلا خلاف، وحكي في «العدة» عن الأصحاب: أنهم ذكروا في الأمر إذا خيف من انفراده فتنه، وانقدحت تهمة: أنه يمنع من مفارقة الأبوين<sup>(٢)</sup>.

إذا ادعى الولي ريبة، وأنكرت هي، فقد ذكروا احتمالين:

أحدهما: لا يقبل لأن الحكم على العاقلة الحرة؛ لمجرد الدغوى بعيد.

والثاني: وهو الأقرب: أنه يؤخذ بقوله، ويحتاط بلا بينة، فإن إسكانها في موضع البراءة أهون من الافتضاح، ولو أقام بينة.

الثانية: إنما يحكم بأن الأم أولى بالحضانة من الأب في حق من لا تمييز له أصلاً، وهو الصغير في مبدأ الأمر، والمجنون، فأما إذا حصل للصغير التمييز، فيختار بين الأبوين عند افتراقهما، ويكون عند من اختار منهما؛ لما روي عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ حبر غلاماً بين أبيه وأمه وعنه - رضي الله عنه - أنه اختصم رجل وامرأة في ولد [ه] منهما إلى رسول الله ﷺ فقالت المرأة: يا رسول الله، إن ابني

(١) قال النووي: أرجحهما ثبوتها.

(٢) قال النووي: الجد كالأبوين في حق الأمرد، وكذا ينبغي أن يكون الأخ والعم ونحوهما لاشترار الجميع في المعنى.

هَذَا قَدْ نَفَعَنِي، وَسَقَانِي مِنْ بَثْرِ أَبِي عَنبَةَ وَإِنْ أَبَاهُ يُرِيدُ أَنْ يَأْخُذَهُ مِنِّي، فَقَالَ الْآبُ: أَحَدٌ يُحَاقِنِي فِي ابْنِي؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: يَا غُلَامُ، هَذِهِ أُمَّكَ، وَهَذَا أَبُوكَ، فَاتَّبِعْ أَيُّهُمَا شِئْتَ، فَاتَّبَعَ أُمَّهُ<sup>(١)</sup>.

وقولها: «نفعني وسقاني» أي بلغ حداً أنتفع به؛ بحمل ماءٍ أو متاع، وروى أن رجلاً وامراًً أتيا أبا هريرة - رضي الله عنه يختصمان في ابنٍ لهما فقال أبو هريرة: لأقضيَنَّ بَيْنَكُمَا بِمَا شَهِدْتُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَقْضِي بِهِ؛ يَا غُلَامُ، هَذَا أَبُوكَ وَهَذِهِ أُمَّكَ، فَاخْتَرِ أَيُّهُمَا شِئْتَ<sup>(٢)</sup>.

وعن عمرو - رضي الله عنه - أنه خيّر غلاماً بين أبويه<sup>(٣)</sup>، ويستوي في التخيير الغلام والجارية، كما يستويان في الانتساب، وقال أبو حنيفة ومالك - رضي الله عنهما -: لا يُخيّر، ثم عند أبي حنيفة: يكون الغلام مع الأم حتى يستقل؛ بأن يأكل ويلبس ويستنجي بنفسه، ثم يُسلم إلى الأب، والجارية تكون معها حتى تزوج، أو تحيض، وعند مالك - رحمه الله -: يكون الغلام مع الأم حتى يشغر ويروى حتى يبلغ، وتكون الجارية معها حتى تزوج، ويدخل بها الزوج.

وقال أحمد: يُخيّر الغلام، ولا تُخيّر الجارية، بل الأم أحقُّ بها.

وسنّ التمييز في الغالب سَنَعٌ أو ثمانٍ على التقريب، قال الأصحاب - رحمهم الله -: وقد يتقدم التمييز على سَنَعٍ، وقد يتأخر عن ثمانٍ، والحكم يُدار على نفس التمييز، لا على سنّه، وإنما يُخيّر بين الأبوين، إذا اجتمع فيهما شرائطُ الحضانة؛ بأن يكونا مسلمين حُرَّين عاقلين عدلّين مقيمين في وطنٍ واحدٍ، على ما سيأتي الكلام [فيه] في هذا الشرط - إن شاء الله - وأن تكون الأم خليةً عن النكاح، فإن اختل في أحدهما بعضُ الشروط، فلا تخيير، والحضانة للآخر، فإن زال الخلل أنشئ التخيير، ولو وجدت الشروط فيهما، واختصَّ أحدهما بزيادة في الدين أو المال أو محبة الولد، ففيه وجهان عن «الحاوي»:

(١) رواه أحمد [٢٤٦/٢] وأبو داود [٢٢٧٧] وابن ماجه [٢٣٥١] والترمذي [١٣٥٧] من حديث هلال ابن أبي ميمونة عن أبيه عن أبي هريرة، وقال: حسن، ورواه ابن حبان في صحيحه باللفظ الثاني، ورواه هو أيضاً والنسائي [١٥٨/٦] بنحو مختصراً ومطولاً، ورواه بالقصة ابن حبان أيضاً وغيره، ورواه أبو بكر بن أبي شيبة عن وكيع عن علي بن المبارك، عن يحيى بن أبي كثير عن أبي ميمونة، عن أبي هريرة قال: جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ فقال: استهما فيه، وصححه ابن القطان.

(٢) تقدم.

(٣) رواه الشافعي في القديم، ومن طريقه البيهقي [٤/٨]، قال أخبرنا ابن عيينة عن يزيد بن يزيد بن جابر عن إسماعيل بن عبد الله بن أبي المهاجر، عن عبد الرحمن بن غنم أن عمر بن الخطاب خير غلاماً بين أبيه وأمه.

أحدهما: أنه يرجع من اختص بتلك الزيادة، وأظهرهما التخيير ويجري التخيير بين الأم والجد عند عدم الأب كالتخيير بين الأبوين وهل يجري التخيير بين الأم وبين من على حاشية النسب؛ كالأخ والعم تفريراً على ثبوت الحضانة لهم، وهو الظاهر؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، بل الأم أحق لقربها وولادتها، كما قبل التمييز.

وأظهرهما: نعم، ويدل عليه ما رُوِيَ عن عِمارة الجرمي - رضي الله عنه - قال: خَيْرَنِي عَلِيٌّ - كرم الله وجهه - بَيْنَ [أمي وعمي وأنا ابن سبع سنين أو ثمان، وفي ابن العم مثل هذا الخلاف، ولكن في الولد الذكر، أما الأنثى، فلا تخير، بل تكون مع الأم؛ لأنه ليس بمحرم، قاله في «التهديب» ويجري الخلاف في التخيير بين الأب وبين الأخت والخالة، إذا قَدَّمناه عليهما قَبْلَ التَّمْيِيزِ [على] ما سنيته - إن شاء الله تعالى -.

وإذا اختار أَحَدَ الأبوينِ ثم اختار الآخرَ، حوّلناه إليه، فإن عاد، واختار الأول، أعدناه إلى الأول، وذلك لأنه قد يبدو له الأمر على خلاف ما ظنه، ولأن المتبع شهوته، وقد انتهى المقام عند أحدهما في وقت، وعند الآخر في وقت آخر [كما يشتهي طعماً في وقت، ويميل عنه في وقت آخر]، ولأنه قد يقصد مراقبةَ الجانِبينِ، فإن أكثر التردّد بحيث غلب على الظن أن سببه نقصانه وقلة تمييزه، فيُجْعَلُ عند الأم، كما قبل وقت التمييز، وكذا لو بلغ، وهو على نقصانه وخَبَله، ويتعلّق بالتخيير مسألتان أخريان:

إحدهما: إذا اختار الأب، وسَلِمَ إليه، فإن كان ذكراً، لم يمنعه الأب من زيارة الأم، ولا يحوجها إلى الخروج لزيارته، وإن زارته، لم يَمْنَعُها من الدخول<sup>(١)</sup> عَلَيْهِ وله منع الأنثى من زيارة الأم، والأم إذا شاءت خَرَجَتْ إِلَيْهَا للزيارة، فهي أولى بالخروج من البنت؛ لسنها وتجربتها، والزيارة تكون في الأيام مرة على العادة لا في كل يوم، وإذا دَخَلَتْ، لم تُطَلِّ المكث، وإذا مرض الولد ذكراً كان أو أنثى، فالأم أولى بتمريضه، لأنها أشفق وأهدى إِلَيْهِ، فأشبه الحضانة في مبدأ الصَّغَر، فإن رَضِيَ بأن تُمَرِّضَ في بيته، فذاك، وإلا، فينتقل الولد إلى بَيْتِ الأم، ويجب الاحتراز عن الخَلْوَة، إذا كَانَتْ تُمَرِّضُ في بيته، وكذا إذا زَارَتْ الولدَ، فإن لم يَكُنْ هناك ثالثاً، فيخرج حتى تدخل، وإذا مات، لم تمنع من الحضور للغسل والتجهيز، إلى أن يدفن وإذا مرضت الأم، لم يَمْنَعِ الأبُ الولدَ مِن عيادتها ذكراً كان أو أنثى، ولا يَمَرِّضُها.

(١) عدم المنع هل هو على سبيل الوجوب أو الندب؟

قال ابن الرفعة: الذي صرح به البندنجي ودل عليه الماوردي الوجوب قال في الخادم: وبه صرح الإمام ثم نقل عن الجرجاني الاستحباب فحصل وجهان.

قال الروياني: إلا إذا أَحَسَّتِ الأثني التمريض.

وإذا اختار الأمّ فإن كان الولد ذكراً، فيأوي إليها ليلاً، ويكون نهاراً عند الأب يودبه ويعلمه أمور الدين والمعاش، ويسلمه إلى المكتب والحرفة<sup>(١)</sup>، والأثني تكون عند الأم ليلاً ونهاراً، والأب يَزُورُها على العادة، ولا يطلب إحضارها عنده، وهكذا الحُكْمُ فيما إذا كان الولدُ عند الأم قبل أن يبلغ سن التمييز.

وقوله في الكتاب: «فعلى الأب مراعاته بالتسليم إلى المكتب والحرفة» إشارة إلى أنه ليس للأب إهمالُه باختياره للأم بل عليه القيام بتأديبه وتعليمه، إما بنفسه أو بتحمل مؤناته، وكذا المجنون الذي لا يستقل الأم بضمه يجب على الأب رعايته، وإنما تُقدّم الأم فيما يتأتى منها ويكون من شأنها<sup>(٢)</sup>.

والثانية: لو خيّرناه فاخترهما جميعاً، أُفْرِغَ بينهما، وإن لم يختَر واحداً منهما، ففيه وجهان، حكاهما القاضي الروياني - رحمه الله.

أحدهما: أنه يُفْرَعُ بينهما؛ لأنه لا بد من كفالته إلى البلوغ، وهذا ما أورده في «التهذيب».

وأشبههما: أن الأم أحقُّ بحضانتها؛ لأنه لم يختَر غيرها، وكانت الحضانة لهما، فيستصحب ما كان، وهذا ما أورده في «السيط»، وذكر الروياني أيضاً أنه لو أسلم أحد الأبوين في وقت التخيير، كفالته للآخر، كان الآخر أحقُّ به، ولا اعتراض للولد، فإن عاد، وطلب الكفالة عُذْنَا إلى التخيير، [وأنه] لو تدافع الأبوان كفالته وامتنعاً منها فإن كان بعدهما مَنْ يستحقُّ الحضانة كالجَدِّ والجَدَّة، فيُخَيَّرُ بينهما، وإلا، فوجهان:

أحدهما: أنه يُخَيَّرُ الولد، ويُجَبَّرُ مِنْ اختاره على كفالته نَظراً له.

والثاني: يُجَبَّرُ عليها مَنْ تلزمه نفقته<sup>(٣)</sup>.

(١) أي بحسب الحال على ما يليق بالولد، ولهذا قال الماوردي ويكون في النهار مع أبيه إن كان من أهل الصناعة أو في الكتاب إن كان من أهل التعليم وعبارة الشافعي في المختصر والأم بالكتاب، ونازع فيها ابن داود وقال: الأنصح المكتب لأن الكتاب جمع الكاتب فيكون على حذف مضاف أي موضع فيه الكتاب. انتهى وما قاله مردود ففي الصحاح للجوهري: للكاتب والكتبة، أيضاً واحد المكاتب. انتهى وقال المبرد: المكتب موضع التعليم.

(٢) قال النووي: تأديبه وتعليمه واجب على وليه أباً كان أو جداً أو وصياً أو قيمياً، وتكون أجرة ذلك في مال الصبي، فإن لم يكن له مال، فعلى من تلزمه نفقته، وقيل: إن أجرة ما لا يلزمه تعلمه بعد البلوغ تكون في مال الولي مع يسار الولد، والأول أصح، وقد سبق بعض هذا في أول كتاب الصلاة.

(٣) قال النووي: أصحابهما الثاني.

وإن [كان] على الوجه الأول، لو امتنعا من الحضانة قبل سن التخيير، أفرع بينهما، ويُجَبَّر مَنْ خَرَجَتْ قَرَعَتُهُ عَلَى حَضَانَتِهِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَإِذَا سَافَرَ الْأَبُ سَفَرَ نُقْلَةً سَقَطَ حَقُّ الْأُمِّ فَلَهُ أَخْذُ الصَّغِيرِ مِنْهَا، إِلَّا إِذَا رَافَقَتْهُ فِي الطَّرِيقِ، وَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ فِي سَفَرِ الثُّزَمَةِ، وَلَا فِي الثَّجَارَةِ وَإِنْ طَالَتِ الْمُدَّةُ، وَهَلْ لَهُ ذَلِكَ فِي الثَّقَلَةِ إِلَى مَا دُونَ مَرَحَلَتَيْنِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَا ذَكَرْنَا [فِي] أَنَّ الْأُمَّ أَوْلَى مِنَ الْأَبِ قَبْلَ أَنْ يَمِيزَ الْوَلَدَ، وَأَنَّهُ يُخَيَّرُ بَيْنَهُمَا بَعْدَ تَمْيِيزِهِ، هُوَ فِيمَا إِذَا كَانَ الْأَبْوَانُ مَقِيمَيْنِ فِي بَلَدٍ وَاحِدٍ، فَأَمَّا إِذَا أَرَادَ أَحَدُهُمَا أَنْ يُسَافِرَ، [أَوْ أَرَادَا سَفَرًا]، وَكَانَ يَخْتَلِفُ بِلَدُهُمَا، نُظِرَ؛ إِنْ كَانَ السَّفَرُ لِحَاجَةٍ؛ كَحَجِّ [وَعَزْوٍ] وَتِجَارَةٍ، فَلَا يَسَافِرُ بِالْوَالِدِ؛ لِمَا فِي السَّفَرِ مِنَ الْخَطَرِ وَالضَّرَرِ، بَلْ يَكُونُ مَعَ الْمَقِيمِ إِلَى أَنْ يَمُودَ الْمَسَافِرُ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ تَطُولَ مَدَّةُ السَّفَرِ أَوْ تَقْصُرَ، وَعَنْ الشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ وَجْهٌ: أَنَّ لِلْأَبِ أَنْ يَسَافِرَ بِهِ، إِذَا كَانَ تَطُولُ مَدَّةَ سَفَرِهِ<sup>(١)</sup>، وَإِنْ كَانَ السَّفَرُ سَفَرُ نُقْلَةٍ، فَيَنْظُرُ؛ إِنْ كَانَ يَنْتَقِلُ إِلَى مَسَافَةِ الْقَصْرِ، فَلِلْأَبِ أَنْ يَنْتَزِعَهُ مِنَ الْأُمِّ، وَيَسْتَصْحِبَهُ مَعَ نَفْسِهِ، سِوَاءً كَانَ الْمُنْتَقِلُ الْأَبُ أَوْ الْأُمُّ أَوْ يَنْتَقِلُ أَحَدُهُمَا إِلَى بَلَدٍ، وَالْآخَرُ إِلَى بَلَدٍ آخَرَ، وَالْمَعْنَى فِيهِ الْإِحْتِيَاطُ لِنَسَبِهِ؛ فَإِنَّ النَّسَبَ يَتَحَفَظُ بِالْآبَاءِ دُونَ الْأُمَّهَاتِ وَإِذَا طَالَتِ الْمَفَارِقَةُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْوَلَدِ، لَمْ يُؤْمَرْ بِإِنْدِرَاسِ نَسَبِهِ وَخَفَاؤِهِ، فَيَتَضَرَّرُ بِهِ الْوَالِدُ، وَأَيْضًا، فَإِنَّ مَضْلِحَةَ التَّادِيبِ وَالتَّعْلِيمِ وَسَهُولَةَ الْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ وَالْقِيَامَ بِمُؤَنَاتِهِ، تَقْتَضِي ذَلِكَ.

نعم، لو رافقته الأم في الطريق والمقصد، دام حقها، ولو عاد من سفر النقلة إلى بلدها، عاد حقها، وإن كان الطريق الذي يسلكه مخوفاً، والبلد الذي يقصده غير مأمون؛ لغارة ونحوها، لم يكن له انتزاع الولد واستصحابه، وساعدنا مالك وأحمد [على] أن للاب أن ينتزع الولد وينقله، ولا فرق بين أن يكون قد نكحها في بلدها، أو في بلد الغربية، وعن أبي حنيفة: أنه إن [كان] نكحها في بلد الغربية، وكذلك، وإن نكحها في بلدها، فالأم أحق به، ويروى عنه أنه إذا كانت الأم تنتقل، والاب مقيماً، فهو أحق به، إلا إذا كانت تنتقل من بلدة إلى قرية، وإن كان الانتقال إلى ما دون مسافة القصر، فوجهان:

أحدهما: أنه لا يؤثر، ويكونان كالمقيمين في محلتين من بلدة واحدة، وهذا ما اختاره الشيخ أبو حامد، والقاضي الماوردي، وهو الذي أورده في «التهذيب».

(١) ما أطلقه من الحكاية عن الشيخ أبي محمد في طول السير تابع فيه الغزالي لكن الصواب في حكايته عنه تقييد الطول بما إذا طال على حد يظهر أثره ولا ضرورة لمطلق الطول. هذا حكاة عنه الإمام في النهاية.

وأشبههما: وهو الأصح عند ابن الصَّبَّاح والقاضي الرُّوياني: أنه كالاتقال إلى مسافة القَصْرِ؛ لانقطاع مصلحة التعليم والتأديب وكأن الخلاف مبني على أن المرعي في الانتقال إلى مسافة القصر حفظ النسب، [أ] أو أن يتأدب الولد ويتعلم، فَمَنْ قال بالأول، فارق بين الانتقالين، فإن القوافل والأخبار فيما دُونَ مسافة القصر تتواصل، ولا يخشى اندراس النسب ومن قال بالثاني مسو بين الانتقالين في فوات التأديب، ولو اختلفا، فقال الأب: أريد النقلة، وقالت الأم: بل تريد التجارة، فهو أعرف بنيته، فيُصدَّق، ولكن يمين أو بغير يمين؟ فيه وجهان:

أحدهما: بغير يمين. ويحكى عن القفال.

وأصحهما: يمين؛ لأنه يُبْطَلُ حَقُّها من الحضانة، فإن نكَل، حَلَفَتْ وأمسكت الولد، وسائر العصابات من المحارم، إذا لم يكن أب كالجدِّ، والأخ والعَمُّ بمثابة الأب في انتزاع الولد ونقله، إذا أرادوا الانتقال احتياطاً للنسب، وكذا من ليس بمَحْرَم كابن العم، إذا كان الولد ذكراً، وأما الأنثى فلا تسلم إليه، قال في «التتمة»: إذا لم تَبْلُغْ حَدًّا يُشْتَهَى مثلها، وفي «الشامل»: أنه إن كانت له بنتٌ ترافقه، فُتَسَلَّمْ إلى بنته، والمَحْرَم الذي لا عُصُوبَة له، كالأخ، والعَمُّ للأُم، ليس له نقلُ الولد، إذا كان ينتقل؛ لأنه لا حق له في النسب.

وإنما يثبت حقُّ النقل للأب وغيره، إذا استجمع الصفات المعبرة في الحضانة، وذكر في «التتمة»: أنه لو كان للولد جدُّ مقيمٌ، فأراد الأب الانتقال، كان له أن ينقل الولد، ولم تُمنع إقامة الحدِّ منه، وكذا حكم الجدِّ عند عَدَم الأب، ولا تمنعه منه إقامة الأخ والعَمُّ، لكن، لو لم يكن أب ولا جدُّ، وأراد الأخ الانتقال، وهناك ابن أخ أو عم مقيمان فليس له انتزاع الولد من الأم ونقله، وفُرِّقَ بأن كلَّ واحدٍ من الأب والجدِّ أصلٌ في النسب، فلا يعتني به كعنايتهما والحواشي يقرب بعضهم من بعض، فالمقيم منهم يعتني بحفظه والله أعلم.

فَرَع: يشبه أن [يدام]<sup>(١)</sup> حق الأم إذا كان كل واحد من الأبوين يُسَافِرُ سَفَرًا حاجَةً، واختلف بهما المَقْصِد والطريق، ويجوز أن يقال: يكون مع الذي مَقْصِدُه أَقْرَبُ أو مُدَّةُ سَفَرِه أَقْصَرُ<sup>(٢)</sup>، والله أعلم.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: الْفَضْلُ الثَّانِي فِي اجْتِمَاعِ الْحَوَاضِنِ فَإِنْ تَدَافَعُوا، فَالْحَضَانَةُ عَلَى مَنْ عَلَيْهِ الثَّقَلَةُ، وَإِنْ تَرَاحَمُوا، فَالْتَّظَرُّ فِي أَطْرَافِ الْأَوَّلِ: فِي الْكُسُوفَةِ وَالْجَدِيدِ أَنَّ الْأُمَّ أَوْلَى،

(١) في أ: يقام.

(٢) قال النووي: المختار أنه يدام مع الأم، وهو مقتضى كلام الأصحاب.

ثُمَّ أُمَّهَاتُهَا الْمُذْلِيَّاتُ بِالْإِنَاثِ، ثُمَّ أُمُّ الْأَبِ وَجَدَّاتُهُ الْمُذْلِيَّاتُ بِالْإِنَاثِ، ثُمَّ أُمُّ الْجَدِّ وَجَدَّاتُهُ كَمَا سَبَقَ، ثُمَّ أُمُّ أَبِي الْجَدِّ وَجَدَّاتُهُ كَمَا سَبَقَ، ثُمَّ الْأَخَوَاتُ ثُمَّ الْخَالَاتُ، ثُمَّ بَنَاتُ الْإِخْوَةِ، ثُمَّ الْعَمَّاتُ، وَفِي الْقَدِيمِ قَدَّمَ الْأَخَوَاتُ لِلْأُمِّ وَالْخَالَاتِ عَلَى أُمَّهَاتِ الْأَبِ لِإِذْلَالِيهِنَّ بِالْأُمِّ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: معظم الغرض الآن بيان ترتيب المستحقين للحضانة، ومن يستحقها من الأقارب، ومن لا يستحقها، والكلام في الغرض الثاني مخلوط بالكلام [في] الأول، فنوردها كذلك، ونقول: مهما اجتمع اثنان فصاعداً من مستحقي الحضانة نُظِرَ؛ إن تراضوا بواحد فذاك، وإن تدافعا، فقد أُطْلِقَ في الكتاب أَنَّهَا تَجِبُ عَلَى مَنْ عَلَيْهِ النِّفْقَةُ؛ لأن الحضانة من الكفاية، ولا شك أنه الصحيح، لكن يجوز إغلامه بالواو؛ لما ذكرناه عن حكاية الروياني في أنه إذا امتنع الأبوان من الحضانة يُقْرَعُ بينهما، ويُجْبَرُ عليها من خرجت قرعته، وإن طلبها كل واحد منهم، وتزاحموا، وهم جميعاً بالصفات المشروطة في الحضانة، فهم إما محض الإناث أو محض الذكور أو مختلطون من الصنفين، فهذه ثلاثة أطراف:

أحدها: الإناث المَحْضُ، فأولاهن الأم؛ لقربها ووفور شفقها، ثم أُمَّهَاتُهَا الْمُذْلِيَّاتُ بِالْإِنَاثِ؛ لأنهن يشاركنها في الإرث والولادة، ويُقَدَّمُ منهن الأقرب فالأقرب، ويُقَدَّمُ عَلَى أُمَّهَاتِ الْأَبِ وَالْجَدِّ، وَإِنْ بَعْدُنَّ، وَقَرِبتُ أُمُّ الْأَبِ لاختصاصهن بالولادة المحققة، وولادة [أم] الأب والجد ظاهرة، ولأنهن أقوى في الإرث لا يَسْقُطَنَّ بِالْأَبِ، بخلاف أمهات الأب، ثم بعد أمهات الأم قولان:

الجديد: أنه تُقَدَّمُ أُمُّ الْأَبِ ثم أمهاتها الْمُذْلِيَّاتُ بِالْإِنَاثِ، ثم أم [أب الأب، ثم أمهاتها الْمُذْلِيَّاتُ بِالْإِنَاثِ، ثم أم أبي الجد، ثم أمهاتها كذلك، وتتقدم منهن الأقرب فالأقرب، وتتأخر عنهن الأخوات والخالات، وبهذا قال أبو حنيفة، ووجه بأنهن جدات وارثات، فيتقدمن على الأخت والخالة، كأمهات الأم وبأنهن أكثر شفقة وأقوى قرابة، ولذلك يعتن على الوَلَدِ.

والقديم: أنه تُقَدَّمُ الأخوات والخالات، على هؤلاء الجدات، أما الأخوات؛ فلأنهن رَقْدَنَ مع المولود في رِجْمٍ واحد[ة]، وصلب واحد، وأما الخالات؛ فلما رُوِيَ فِي قِصَّةِ بِنْتِ حِمْرَةَ - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ قال: الخالة بمنزلة الأم، ولأنهن يُذْلِيْنَ بِالْأُمِّ، وهؤلاء للجدات يُذْلِيْنَ بِالْأَبِ، والأم تُقَدَّمُ عَلَى الْأَبِ فِي الْحِضَانَةِ، فَكَذَلِكَ مَنْ يَدْلِي بِهَا عَلَى مَنْ يَدْلِي بِهِ، والقولان متفقان على تقديم جنس الأخوات على الخالات؛ لِقُرْبِ الْأَخَوَاتِ، وعلى أن الخالات يُقَدَّمْنَ عَلَى بَنَاتِ الْأَخَوَاتِ وَبَنَاتِ



الأخوة والعمات؛ لأنهن يشاركونهن في المَحْرَمِيَّة والدرجَة وعدم الإرث، وتختصن بالإدلاء بقرابة الأم التي هي أقوى في الحضانة من قرابة الأب، ثم الحضانة بَعْد الخالات لبنات الأخوات وبنات الإخوة يَتَقَدَّم على العمات، كما يَتَقَدَّم ابن الأخ في الميراث على العم، كذلك رَتَّب الإمام وصاحب الكتاب وصاحب «التهديب» وحكي الروياني هذا وجهاً لبغض الأصحاب، وأدعى أن الصَّحِيح تقديم العمات على بنات الأخوات وبنات الإخوة، ثم حَكَى وجهين فيمن يَتَقَدَّم بعد العمات.

أحدهما: أنه تُقَدَّم بنات الأخوات والإخوة، ثم بنات سائر العصابات بَعْد الإخوة، ثم بنات الخالات، ثم بنات العمات، ثم خالات الأم، ثم خالات الأب، ثم عماته.

[والثاني: تقدم بعد العمات خالات الأم ثم خالات الأب ثم عماته] ولا حضانة لعمات الأم؛ لإدلائهن بِذِكْرِ غير وارث، ثم لخالات الجد، ثم لعماته، وهكذا، فإن فُقِدَ جميعاً، فالحضانة لبنات الأخوات والإخوة، وفي آيَة رُتِّبَتْ وَقَعْنَ، فيتقدَّم بنات الأخوات على بنات الإخوة، كما تُقَدَّم الأخت على الأخ، والذي وَقَعَ في الترتيب من ذكر بنات الخالات والعمات [يتفرَّع على استحقاقهن الحضانة، وفي أصل استحقاقهن خلاف سيأتي - إن شاء الله تعالى.

وقوله في الكتاب: «ثم أم الأب وجداته» لا يخفى أن المراد ترتيبُ الجدات على الأم، وأن مَعْنَى «ثم جداته» على ما ذكر في أمر المحضون، وكذلك الخلاف في قوله: «ثم أم الجد وجداته». وقوله: «كما سبق» يمكن أن يجعل إشارة إلى اشتراط الإدلاء بالإناث إزالتها جميعاً.

وقوله: «وفي القديم قَدَّم الأخوات» إلى آخره، فيه بيان أن مخالفة القديم للجديد في تقديم الصُّنْفَيْنِ على أمهات الأب، فلا خلاف في الترتيب، قبلهن ولا بعدهن.

وقوله: «قدم الأخوات للأم» قد يُوهِمُ تخصُّصَ الأخوات للأم بالتقديم، وليس كذلك، بل في القديم يتقدمن، وإن كُنَّ من جهة الأب وحده، على أمهات الأب، فإذا وقع اللفظ هكذا، فليُخَمَلْ على أنهنَّ والخالات يتقدمن على القديم؛ لمعنى إدلائهن بالأم، وأما الأخوات للأب، فإنهنَّ، وإن تَقَدَّمن على القديم، فليس ذلك لإدلائهن بالأم، ولو حذف لفظ الأم، لم يَضُرَّ، وهو محذوف في «البيسط» وفي «الوسيط».

قَالَ الْعَزَالِيُّ: فُرُوعٌ: لِأَوَّلِ الْأَخْتِ لِلأَبِ مُقَدِّمَةٌ (ح و ز) عَلَى الْأَخْتِ لِلأُمِّ فِي الْجَدِيدِ لِقُوَّتِهَا، وَفِي الْقَدِيمِ وَجْهٌ أَنَّ الْأَخْتِ لِلأُمِّ أَوْلَى، وَالْحَالَةَ لِلأَبِ هَلْ تَقَدَّمُ فِي الْجَدِيدِ عَلَى الْحَالَةِ لِلأُمِّ؟ فِيهِ وَجْهَانِ. الثَّانِي: النَّصُّ أَنَّ لَمْ يَدْخُلْ لِكُلِّ جَدَّةٍ سَاقِطَةٌ فِي الْمِيرَاثِ وَهِيَ الَّتِي تُدَلِّي بِذِكْرِ بَيْنَ اثْنَيْنِ، وَفِي وَجْهِ آخَرَ أَنَّ لَهَا الْحَضَانَةَ وَلَكِنَّهَا

مَوْخِرَاتٍ عَنِ الْكُلِّ، وَفِيهِ وَجْهٌ أَنَّهُنَّ مُقَدَّمَاتٌ عَلَى الْأَخَوَاتِ وَالْحَالَاتِ. الثَّالِثُ: الْأُنثَى الَّتِي لَا مَحْرَمِيَّةَ لَهَا كَبِنْتِ الْخَالَةِ وَيَنْتِ الْعَمَّةُ لَا حَضَانَةَ لهُمَا عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ، فَإِنَّ أُثْبِتْنَا لَهَا فَبَنَاتِ الْحَالَاتِ مُقَدَّمَاتٌ عَلَى بَنَاتِ الْعَمَّاتِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: آخر الفروع أَنَّ الْأَخْتِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ مُقَدَّمَةٌ عَلَى الْأَخْتِ لِلأَبِ، وَعَلَى الْأَخْتِ لِلأُمِّ؛ لزيادة قرابتهما، وهل تُقَدَّمُ الْأَخْتُ لِلأَبِ عَلَى الْأَخْتِ لِلأُمِّ؟ الظاهر، وهو الحكاية عن نَصِّه - رضي الله عنه - في الجديد والقديم معاً: أنها تتقدم لأنهما يستويان فِي الشَّفَقَةِ وَالقُرْبِ، واختصت هي بقوة الإرث، وبأنها قد تصير عصبية، فتترجح، وأيضاً أختان من أهل الحضانة فيتقدم أقواهما ميراثاً، على الأخرى، كالأخت من الأبوين مع الأخت من الأب، وبهذا قال أحمد، وقال المزني وابن سريج يتقدم الأخت من الأم على الأخت من الأب، وهو مذهب أبي حنيفة؛ لأن من تُذلي بالأم تتقدم على من تدلي بالأب، كما تتقدم الجدة أم الأم على الجدة أم الأب، وحكى القاضي ابن كج: أن أبا إسحاق كان يقول به برهه من الدهر، ثم رجع عنه، ورجح ابن سريج للمعنى الذي ذكره تقديم الخالة على الأخت من الأب أيضاً، وعن أبي حنيفة فيه روايتان، وذكر الأئمة بناءً على ظاهر المذهب أن الشافعي - رضي الله عنه - يُقَدَّمُ فِي الجديد بالولادة المحققة ثم بالولادة الظاهرة، ثم بقوة الإرث، وأراد بالولادة المحققة بالأم وأمهاتها، وبالولادة الظاهرة [آباء الأمهات] (١)، وأشاروا بقوة الأب إلى تقديم الأخت على الخالة والأخت للأب على الأخت للأم، وبقوة الإدلاء: إلى تقديم الخالة على العمّة.

وأما الخالة للأب مع الخالة للأم والعمّة، فإن قُدِّمَتِ الْأَخْتُ لِلأُمِّ عَلَى الْأَخْتِ لِلأَبِ، فكَذَلِكَ هَا هُنَا، وَإِنْ قَدِمَتِ الْأَخْتُ لِلأَبِ، فَهِيَ هُنَا وَجْهَانِ:

أحدهما: أنها تتقدم الخالة للأم والعمّة للأم أيضاً؛ لأن التقديم هناك كان لِقَوَّتِهَا فِي الإرث، وها هنا، لا إرث لواحدةٍ منهما، وأظهرهما تقديم التي هي للأب لقوة الجهة، واستدللنا هناك بالإرث على قوة الحجة ولا يراعى غير الإرث.

وفي الخالة للأب وجه: أنها لا تستحق الحضانة أصلاً؛ لأنها تُذلي بِأَبِ الأُمِّ، فأشبهت أم الأب.

وقوله في الكتاب: «الأخت للأب مقدّمة على الأخت للأم في الجديد» ويجوز أن يُعْلَمَ مع الحاء والزاي بالواو، لأنهنَّ خصصن في الذكر وجه تقديم الأخت بالقديم،

(١) في ز: أما الأمهات.

حيث قال: «وفي القديم وجةٌ وذلك الوجه مطرد على الجديد والقديم، ويجوز أن يكون تخصيصه بالذكر؛ لأنه على القديم أظهر وأشار بعضهم إلى أنه منصوص عليه، ويجوز أن يُعلم قوله: «أولى» بالألف، وأن يُعلم قوله في الفصل السابق: «ثم الأخوات ثم الخالات» بالواو، لتقديم ابن سُرَيْجِ الخالة على الأختِ للأب.

**الفرع الثاني:** النصُّ أنه لا مدخل في الحضانة لكل جدّة ساقطة في الميراث، وهي التي تُذلي بذكرِ بَيْنِ أنثيين؛ كأمِّ أبِ الأمِّ، وهو ظاهر المذهب، ووَجْهٌ بأنها تُذلي بمن لا حقَّ له في الحضانة بحالٍ، فأشبهتِ الأجانب، وتخرج عليه أم الأم إذا كانت الأم فاسقة أو مزوجة، لأن لها حقاً في الحضانة [في الجملة والتوجيه، مبني على أن أب الأم لا حق له في الحضانة بحال]<sup>(١)</sup>، وفيه خلافٌ سيأتي - إن شاء الله تعالى - وفي الجدّات الساقطات وجهان آخران:

أحدهما: أن لهنَّ الحضانة؛ لقربتهن، وشمول أحكام البغضية لهن؛ من رد الشهادة والعِتق ولزوم النفقة، وغيرها؛ لكنهن يتأخزن عن جميع المذكورات من قَبْلِ لضعفهنَّ.

**والثاني،** عن رواية الشيخ أبي علي: أنهم «يَسْتَحِقُّنَ» الحضانة، ويتقدمن على الأخوات والخالات؛ لأنهن أصول ويتأخزن عن الجدّات الوارثات، وفي معنى الجدّة الساقطة كلٌّ مَحْرَمٌ تُذلي بذكر لا يرث، كبنت ابن البنت وبنت العم [للأم].

**الفرع الثالث:** الأثني التي لَيْسَتْ بِمَحْرَمٍ؛ كبنت الخالة وبنتِ العمّة وبنتِ الخال وبنت العم، في استحقاقهنَّ الحضانة وجهان مذكوران في الكتاب:

أحدهما: أنه لا تستحقها؛ لأن الحضانة تُخَوِّجُ إلى معرفة بواطن الأمور، ويقع فيها الاختلاط التام، فالأولى تخصيصها بالمحارم.

وجه الثاني: شفقتهم بالقربة، وهدايتهم بالأنوثة، والأول أظهر عند صاحب الكتاب، والأشبه بكلام غيره ترجيح الثاني، وعليه ينطبق إيراد الفوراني وصاحب «التهديب» والقاضي الروياني ويُفَرِّقُ بينهن وبين الجدّة الساقطة بأنها تُذلي بغير وارث بخلاف هؤلاء، وإذا قلنا بالوجه الثاني، فإذا كان المولود ذكراً، فإنما يكون لهنَّ حضائته، إذا لم يبلغ حدّاً يُسْتَهَيُّ مثله، وتُقدِّمُ بنات الخالات على بنات الأخوال، وبنات الأعمام على بنات العمات، وبنات الخوّلة على بنات العمومة.

**فرعان:** لبنت المجنون حضائته، إذا لم يكن له أبوان، ذكره القاضي ابن كنج، وذكر الروياني أنه لو كان للمحزون زوجةً كبيرةً، وكان له استمتاعٌ بها، أو لها استمتاعٌ

به، فهي أولى بكفالتة من جميع الأقارب، وإن لم يُفرض استمتاع، فالأقارب أولى، وكذا لو كان للمحضونة زوج كبير، وفرض استمتاع، فهو أولى، وإلا، فالأقارب، فإن كان لها قرابة أيضاً، فهل يرجع بالزوجية؟ فيه وجهان<sup>(١)</sup>، والله أعلم بالصواب.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: الطَّرْفُ الثَّانِي فِي اجْتِمَاعِ الذُّكُورِ وَهُمْ أَرْبَعَةُ أَقْسَامٍ: الْأَوَّلُ مَحْرَمٌ وَارِثٌ فَيَتَرْتَّبُونَ تَرْتِيبَ الْعَصَبَاتِ فِي الْوِلَايَةِ إِلَّا الْأَخَ لِلْأُمِّ فَإِنَّهُ يُؤَخَّرُ عَنِ الْأَصُولِ وَعَنْ إِخْوَةِ الْأَبِ (و)، وَهَلْ يُؤَخَّرُ عَنِ الْعَمِّ لِلْوِلَايَةِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ الثَّانِي وَارِثٌ لَيْسَ بِمَحْرَمٍ كَأَبْنِ الْعَمِّ (و) لَهُ الْحِضَانَةُ فِي الصَّغِيرِ وَفِي الصَّغِيرَةِ الَّتِي لَا تُشْتَهَى دُونَ الصَّغِيرَةِ الَّتِي تُشْتَهَى الثَّلَاثُ: الْمَحْرَمُ الَّذِي لَيْسَ بِوَارِثٍ كَالْخَالِ وَأَبِ الْأُمِّ وَالْعَمِّ لِلْأُمِّ وَأَبْنِ الْأَخْتِ فَهُمْ مُؤَخَّرُونَ عَنِ الْوَرِثَةِ، وَهَلْ لَهُمْ حَقٌّ عِنْدَ فَقْدِهِمْ؟ فِيهِ وَجْهَانِ الرَّابِعُ قَرِيبٌ لَيْسَ بِمَحْرَمٍ وَلَا وَارِثٌ كَأَبْنِ الْخَالِ وَالْخَالَةِ فَالصَّحِيحُ أَنْ لَا حَقَّ لَهُمْ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: هَذَا الطَّرْفُ لِبَيَانِ مَنْ يَسْتَحِقُّ الْحِضَانَةَ مِنَ الذُّكُورِ، وَمَنْ لَا يَسْتَحِقُّ، وَأَنَّهُ إِذَا اجْتَمَعَ مِنْهُمْ مُسْتَحِقُّونَ، كَيْفَ يَرْتَبُونَ، وَالذَّكْرُ، إِمَّا أَنْ يَكُونَ مَحْرَمًا، أَوْ وَارِثًا لَيْسَ بِمَحْرَمٍ، أَوْ بِالْعَكْسِ، أَوْ لَا مَحْرَمًا وَلَا وَارِثًا، فَهَذِهِ أَرْبَعَةُ أَقْسَامٍ:

الأول: المَحْرَمُ الْوَارِثُ كَالْأَبِ وَالْجَدُّ وَالْأَخُ وَابْنُ الْأَخِ وَالْعَمُّ، فَهَؤُلَاءِ يَثْبِتُ لَهُمُ الْحِضَانَةُ لَوْفُورِ شَفَقَتِهِمْ، وَقُوَّةِ قَرَابَتِهِمْ بِالْإِزْثِ وَالْوِلَايَةِ وَالْمَحْرَمِيَّةِ، وَفِي «التَهْذِيبِ» وَغَيْرِهِ: حِكَايَةُ وَجْهِ: أَنَّهُ لَا حِضَانَةَ إِلَّا لِلْأَبِ وَالْجَدِّ؛ لِتَكَامُلِ شَفَقَتِهِمَا وَاعْتِنَائِهِمَا بِأَمْرِ الْوَالِدِ، وَإِلَّا، فَالذُّكُورُ بَعِيدُونَ عَنِ الْحِضَانَةِ وَفِي الْأَخِ مِنَ الْأُمِّ خَاصَّةً وَجْهٌ أَنَّهُ حِضَانَةٌ لَهُ لِأَنَّهُ لَا عَصُوبَةَ لَهُ، وَلَا وِلَايَةَ، وَظَاهِرُ الْمَذْهَبِ: الْأَوَّلُ، ثُمَّ يُقَدِّمُ [مِنْهُمْ] الْأَبَ ثُمَّ الْجَدُّ، وَإِنْ عَلَا، وَيَتَقَدَّمُ مِنَ الْأَجْدَادِ الْأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ، ثُمَّ الْحَقُّ بَعْدَهُمْ لِلْإِخْوَةِ، وَيَتَقَدَّمُ مِنْهُمْ الْأَخُ لِلْأَبَوَيْنِ، ثُمَّ الْأَخُ لِلْأَبِ، ثُمَّ الْأَخُ لِلْأُمِّ<sup>(٢)</sup>. وَعَلَى مَا ذَكَرَهُ ابْنُ سُرَيْجٍ - رَحِمَهُ اللَّهُ - يُقَدَّمُ الْأَخُ مِنَ الْأُمِّ فِي هَذَا الْقِسْمِ؛ لِأَنَّهُمْ لَا يَرْتَبُونَ.

ثُمَّ الْحَقُّ بَعْدَهُمْ لِلْعَمِّ مِنَ الْأَبَوَيْنِ ثُمَّ لِلْعَمِّ مِنَ الْأَبِ، ثُمَّ لِعَمِّ الْأَبِ، ثُمَّ لِعَمِّ الْجَدِّ. هَذَا هُوَ الظَّاهِرُ.

(١) وحكاية الوجهين هكذا عن الروياني فيه نظر، فإن الظاهر فإنما أخذها من الحاوي، والذي في الحاوي حكايتها فيما كان للزوج قرابة، وهل يترجح بها كالزوجية. ثم هذا التفصيل المذكور هنا فيه مخالفة لبعض ما ذكروه في كتاب الصداق في تسليم الصغيرة.

(٢) قال في القوت: ابن الأخ للام ليس من هذا القسم لأنه غير وارث ولا حضانة له على الأصح فضلاً عن تقدمه.

وحكى القاضي الروياني وجهاً آخر: أن الأعمام يتقدمون على بني الإخوة<sup>(١)</sup>، وفي الأخ من الأم وجه: أنه يتأخر عن الأعمام؛ لاختصاص العمّ بالعصوية والولادة، والظاهر تقديمه عليهم لاختصاصه بمزيد القرب والشفقة، وعلى ذلك يُبنى أمر الحضانة، بخلاف ولاية النكاح؛ فإنها منوطة بمن يدفع العار عن النسب، والوجهان فيمن يُقدم ويؤخر من الأخ للأم والعمّ مذكوران في الكتاب، ويجوز أن يُعلم قوله: «فَيَتَرْتَّبُونَ ترتيب العصبات» بالواو؛ لأن ترتيبهم مبني على ثبوت الحضانة لجميعهم، وقد ذكرنا وجهاً: أنه لا حضانة إلا للأب والجَد، وأيضاً، للوجه المروي بتقديم الأعمام على بني الإخوة، فإنهم على ذلك الوجه لا يترتبون ترتيب العصبات، وقوله: «إلا الأخ للأم» ليس الغرض استثناء الأخ من العصبات؛ فإنه لا يدخل فيهم، بل المعنى إلا أن الأخ من الأم يدخل فيهم، ولا مدخل له في ترتيب العصبات، ولفظ «الوسيط» يترتبون ترتيب العصبات في الولاية فإنهم بأجمعهم أولياء يترتبون ترتيبهم في الولاية؛ إلا الأخ من الأم ثم ذكر حكمه وقوله «وعن إخوة الأب» مُعَلِّم بالواو ولوجه ابن سُرَيْج - رحمه الله - .

القسم الثاني: الوارث الذي ليس بمَحْرَم كابن العمّ وابنه وابن عم الأب والجَد، والوجه المذكور في غير الأب والجَد من المحارم الوارثين يجيء فيهم بطريق الأولي، والظاهر ثبوت الحضانة، فإن كان الولد ذكراً أو صغيرة لا تُشْتَهَى مثلها سلمت إليه وإن بلغت حداً يشتهى مثلها لم تسلم إليه، ولكن له أن يطالب بتسليمها إلى امرأة ثقة، وتُعْطَى أجرتها، فلو كانت له بنتٌ، سُلِّمَتْ إليه، وإذا أثبتنا الحضانة لهؤلاء، ففي ثبوتها للمعتق وجهان:

أحدهما: ثبت؛ لأن حقّ الولاء يَلْحَقُ بالقرابة في الإرث، وتحمل العقل وولاية النكاح، فكذا في الحضانة.

وأظهرهما: المنع؛ لعدم القرابة التي هي مظنة الشفقة؛ وعلى هذا، فلو كانت له قرابة، وهناك مَنْ هو أقرب منه، فهل يترجّح لانضمام عصوبة الولاء إلى عصوبة القرابة فيه وجهان نقلهما القاضي الروياني.

ومثاله: عم أب مُعْتَق<sup>(٢)</sup>، وعمّ [القسم] الثالث المَحْرَم، والذي ليس بوارث

(١) عبارة الروضة: يتقدم الأعمام على بني الإخوة من الأم قال الأذري في القوت: قوله «من الأم» تبع فيه بعض نسخ الشرح وهو سبق قلم من ناقل. والصواب حذف قوله «من الأم» كما هو نسخ الشرح الصغير والنسخ المعتمدة من الكبير وغيرهما. وقد قال الرافعي قبل نقل هذا الوجه أنه لا مدخل لبني الإخوة من الأم، في هذا القسم لأنهم لا يرثون.

(٢) قال النووي: الأصح لا يرجع. والله أعلم.

هذا الذي صححه جزم به الماوردي لكنه مخالف لمسائل ذكرها في كتاب النكاح منها: ابنا عم =

كالخال وأب الأم والعم [للأم] وابن الأخت وابن الأخ للأم، ففي استحقاقهم الحضانة وجهان:

وجه الاستحقاق: أن لهم قرابة تدعو إلى الشفقة والتربية، وأيضاً، فالخالة ملحقَةٌ بالأم، فكذلك الخال ملحقٌ بالأب، والأظهر المنع؛ لضعف القرابة؛ ألا ترى أنها تقاعدت عن إفادة الولاية والإرث وتحمل العقل، فكذلك تتقاعد عن إفادة هذا الحق، وإنما تثبت الحضانة للخالة؛ لانضمام الأثوة إلى القرابة، ولها أثر في الحضانة على ما سبق، وإذا أثبتنا لهم الحضانة، فيتأخرون عن المحارم الوارثين، وعن [الوارثين] الذين لا محرمية لهم.

القسم الرابع: من ليس بمخرم ولا وارث من الأقارب؛ كابن الخال والخالة وابن العمّة، لا حضانة لهم، وفيه وجهٌ ضعيفٌ؛ لقيام أصل القرابة، والصحيح الأول، ومنهم من قطع به، وإذا أثبتنا الحضانة لجميع المذكورين في الأقسام الأربعة تفريعاً على الأصح في بعضهم، والأضعف في بعضهم، وتركنا التقسيم قلنا: الأولي الأب، ثم أب الأب [وإن علائقهم] الإخوة، ثم بنوهم، ثم الأعمام، قال في «التتمة»: ثم بنوهم، ثم أعمام الأب، ثم بنوهم، ثم أعمام الجد، ثم بنوهم، ثم الجد أب الأم وكلُّ جدٍ يدلي بذكر بين اثنتين يقدم الأقرب منهم فالأقرب، ثم الخال، ثم العم للأم، ثم ابن الخال ثم ابن العم للأم ثم المعتق، ثم عصباته ومنهم من يقتضي كلامه بني العم عن أعمام الأب والجد؛ لأن لهم محرمية مع الوراثة.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الطَّرْفُ الثَّلَاثُ فِي اجْتِمَاعِ الذُّكُورِ وَالْإِنَاثِ، وَأَوْلَاهُمْ الْأُمُّ وَأُمَّهَاتُهَا الْمُدْبِلِيَّاتُ مِنْ جِهَةِ الْإِنَاثِ، ثُمَّ بَعْدَهُنَّ الْأَبُ أَوْلَى مِنَ الْجَدَّاتِ عَلَى أَصَحِّ الْقَوْلَيْنِ، وَكَذَلِكَ الصَّحِيحُ أَنَّهُ يُقَدَّمُ عَلَى الْأَخْوَاتِ لِلأَبِ لِأَنَّهُنَّ فُرُوعُهُ، وَفِي تَقْدِيمِ الْأُخْتِ لِلأُمِّ وَالْخَالَاتِ عَلَى الْأَبِ خِلَافٌ، وَكُلُّ جَدَّةٍ لَيْسَتْ فَاسِدَةً فِيهِ أَوْلَى مِنْ كُلِّ ذَكَرٍ عَلَى حَاشِيَةِ النَّسَبِ، وَأَمَّا الَّذِينَ عَلَى الْحَوَاشِي إِذَا اسْتَوَوْا فِي الْقُرْبِ وَالْإِزْثِ فَلَا تُنْتَى أَوْلَى مِنَ الذَّكَرِ، وَالْأُخْتُ أَوْلَى مِنَ الْأَخِ، وَالْخَالَةُ مِنَ الْخَالِ، وَالْأُنْتَى الْبَعِيدَةُ هَلْ تُقَدَّمُ عَلَى الذَّكَرِ الْقَرِيبِ؟ وَجِهَانِ.

= أحدهما أخ لأم أو ابناً أبناء عم أحدهما ابنها أو ابناً عم أحدهما الأبوين والآخر لأب لكنه يدلي بأخوة الأم وإذا كان الراجح بهذا الأكثرين تقديم الأخ للام في الأولى وتقديم الابن في الثانية وتقديم الذي يدلي بأخوة الأم في الثالثة لزم أن يكون الأصح هنا التقديم وبأن الحضانة ترجح فيه بكثرة الأسباب، ولا يرد شيء من المسائل المذكورة على ما رجحه هنا لأن المعتق بعدت رتبته عن القريب الآخر فلم يترجح على الأصح.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا اجتمع الذكور والإناث من أهل الحضانة، فإن كان فيهم أم، فهي أولى من الأب وغيره، على ما وَرَدَ فِي الْحَبْرِ «أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي»<sup>(١)</sup> والمعنى فيه أنها تساوي الأب في القرب والشفقة وتختص بالولادة المحققة ولصلاحيّة الحضانة بسبب الأنوثة، وأيضاً، فالأب لا يَسْتَغْنِي فِي الْحَضَانَةِ عَنِ النِّسَاءِ، ولا يكاد يباشرها وهي تباشرها، ثم أم الأم، وإن علّت كالأم؛ لأنها تشاركها في الشفقة [والأنوثة] والولادة المحققة، ولو نكحت الأم، ورضي أب المولود بأن يكون عندها، ورضي زوجها أيضاً، فيسقط حق الجدة أو يقال: لها الحضانة، ولا يتأثر حقها بتراضيهما؟ ذَكَرَ فِي «التَّهْذِيبِ» فِيهِ وَجْهَيْنِ، وَجَعَلَ أَصْحَهُمَا<sup>(٢)</sup> أَوْلَهُمَا، وَأَمَّا الْجَدَاتُ مِنْ قِبَلِ الْأَبِ، إِذَا اجْتَمَعْنَ مَعَ الْأَبِ [قدم عليهن]؛ لأنهن يُدْلِلْنَ بِهِ، فيبعد أن يتقدّمن عليه، هذا هو الصحيح المشهور، وفيه وجه، ويقال: قول: مخرج أنهن يتقدّمن عليه لولادتهن وزيادة صلاحيتهن<sup>(٣)</sup>؛ للحضانة.

قوله في الكتاب: «على أصح القولين» يعني المنصوص، والمُخْرَجُ عَلَى أَنْ أَكْثَرَهُمْ سَكَنُوا عَنِ الْخِلَافِ فِي الْمَسْأَلَةِ، وَأَجْرَى الْخِلَافِ مَثْبُوتِهِ فِي الْأَخْتِ مِنَ الْأَبِ، مَعَ الْأَبِ وَإِنْ كَانَتْ فَرْعاً لَهُ وَمُدْلِيَّةً بِهِ، [لصلاحيتها] وأما الأخت من الأبوين أو من الأم والخالة، فإن قلنا: بالقديم وقدمناهن على أمهات الأب فكذلك يتقدّمن على الأب، لا سيّما إذا قدّمتنا أمهات الأب على الأب، وإن قلنا بالجديد، وقدّمتنا أمهات الأب على الأخت والخالة، ففي الأخت المدلية بالأم والخالة مع الأب وجهان:

أحدهما: أنهما يتقدّمان عليه، وبه قال أبو حنيفة وابن سُرَيْجٍ وَأَبُو إِسْحَاقَ وَالْإِصْطَخْرِيُّ؛ لأنوثتهما وإدلائهما بالأم، فأشبهها أمهات الأم.

وأظهِرَهُمَا، وبه قال صاحب «الإفصاح»: أن الأب يتقدّم عليهما؛ لقربه وولادته وعصوبته، وهو ظاهر رواية المزني، ونص رواية الربيع واختيار الأكثرين، وإذا قدّمتناهما على الأب، فلو اجتمعت مع الأب أو الأخت للأم، والخالة أم الأب فوجهان: قال

(١) تقدم.

(٢) عبارة المصنف «ذكر في التهذيب وجهين وجعل أصحهما أولهما» انتهى وقد يستشكل هذا التصحيح بما ذكره فيما إذا نكحت الأم أجنبيّاً ورضي بالولد فإنهما جزماً بأنه لا أثر لذلك لجواز الرجوع فيتضرر الولد، وقد يعرف تأكيد الرضى هنا بوجوده من الأبوين، وقد استغرب في المطلب ما ذكره البغوي والمراد بالجدة أم الولد وإن أطلقها البغوي.

(٣) تعليقه الوجه في تقديم الأب بالولادة والصلاحية لا معنى له، لأنه إما أن يعني بها ولادة المحضون فالأب يشاركها في ذلك بل هو أولى بهذا الوصف، وإما أن يعني به ولادة الأب التي هي محققة، فهذا الوصف لا يتعلق بالمحضون.

الإصطخري: تكون الحضانة للأب؛ لأن الأخت تسقط بأم الأب، وهي تسقط بالأب ويجوز أن يسقط الشخص، ثم لا يحصل له ما كان يأخذه المحجوب، كما أن الأخوين مع الأبوين يزدان الأم من الثلث إلى السدس، ولا يحصل لهما ما حجباها عنه، وقال أكثرهم: تكون الحضانة للأخت من الأم؛ لأنها مقدمة على الأب على الوجه الذي عليه يفرع وتسقط أم الأب بالأب، وإذا اجتمعت الأخت من الأب والأخت من الأم مع الأب وقلنا بالظاهر، وهو تقديم [الأخت للأم على] الأخت من الأب، تكون الحضانة للأب أو الأخت من الأم؟ فيه هذان الوجهان، وإذا فرعنا على الصحيح، وهو تقديم الأب على الجدات من قبله، وعلى الظاهر في تقديمه على الأخوات للأم والخالات، فالمقدم بعد أمهات الأم الأب ثم أمهاته المذليات بالإناث، ثم الجد أبو للأب، وفيه مع أمهاته ما ذكرنا في الأب مع أمهاته ثم أبو الجد وأمهاته كذلك، ويتقدمون جميعاً على الأقارب الواقعيين على حواشي النسب، ويؤدّي بعض هذا المعنى قوله في الكتاب: «وكل جدّة ليست فاسدة، فهي أولى من كل ذكر على حاشية النسب».

وأما الجدات الساقطات، فقد سبق الكلام في استحقاقهن وفي ترتيبهن، إن استحققن، وإذا لم يوجد أحد من مستحقي الحضانة من الأجداد والجدات فثلاثة أوجه:

أحدها: أن نساء القرابة، وإن بعدن أولى بالحضانة من الذكور، وإن كانوا عصباء؛ لأنهن أصلح للحضانة على ما تكرر، فعلى هذا تقدم الأخوات والعمات والخالات وبناتهن على الإخوة والأعمام وبنينهم.

والثاني: العصباء أولى منهن؛ لقوة نسبهم وقيامهم بالتأديب والتعليم.

والثالث: وهو الأصح؛ على ما ذكر القاضي الروياني: أنه لا يرجح واحد من الفريقين على الآخر، ولكن يقدم منهم الأقرب فالأقرب كما يقدم في الإرث الأقرب فالأقرب من العصباء، فإن استوى اثنان في القرب، قدمنا بالأنوثة، فعلى هذا الحق بعد الآباء والأمهات للإخوة والأخوات وتقدم الأخوات على الإخوة، [ويقدم بعد الأخوات والإخوة]<sup>(١)</sup> بنات الأخوات ثم بنوا الأخوة، وتقدم بنت الأخ على ابن الأخت؛ اعتباراً بمن يحضن لا بمن يؤدي به فإن فقدوا جميعاً، فالحضانة لمن في درجة الأم، وهم الختولة، ومن في درجة الأب، وهم العمومة، وتقدم الختولة على العمومة، والخالات على الأخوال، والعمات على الأعمام، فإن فقدوا، فالحضانة لأولادهم وترتيب الأولاد وتقديم الإناث على الذكور كما في الأصول ثم يرتقي إلى من في درجة الجد والجدّة، وهم ختولة الأبوين وعمومتها، فيراعى فيهم هذا الترتيب، وإذا استوى

(١) سقط من: أ.



اثنانٍ مِنْ كل واحدٍ كأخوين أو خاليتين، وتنازعا، قَطَعْنَا النزاعَ بالقرعة، وكان يجوز أن يُقَدِّمَ بما يقدم به المتزاخمان على اللقيط، فإن لم يوجد أحد من نساء القرابة، ولا من العصابات، وهناك رجال مِنْ ذوي الأرحام، فحكمهم ما ذكّرنا في الطرف<sup>(١)</sup> الثاني.

وقوله في الكتاب: «والأنثى البعيدة هلى تُقَدِّمُ على الذكّر القريب؟ وجهان» يشير إلى الخلاف الذي نقلنا في الأقارب الواقعيين على الحواشي، فإن قلنا بالتقديم بالأنوثة، قَدِّمناها على الذكّر القريب. مثاله: ابن الأخ مع بنت بنت الأخ، وإن لم نُقَدِّمها بالأنوثة، فيُقدِّم الذكر القريب ترجيحاً بالعصوبة أو بالقرب.

فُرُوعٌ: الأختُ مع الجدِّ، كهي مع الأب، قال المتولي: ويخالف الميراث، فإنه يقبل التبويض، والحضانة لا تقبله.

ولو كان في أهل الحضانة حَنْثِيٌّ [مُشْكِلٌ]، فهل يتقدّم على الذكر في موضع لو كان أنثى لاحتمال الأنوثة، أو لا يتقدم، لَعَدَمَ الحُكْمِ بها؟ فيه وجهان<sup>(٢)</sup> وإذا أخير عن

(١) قال في الخادم: هذا مخالف لما قدمه في الكلام على محض الإناث وهو قوله والقولان متفقان على تقديم صنف الأخوات على الخالات، وعلى أن الخالات يتقدمن على بنات الإخوة والأخوات، وهذا صريح في تقديم الخالة على بنت الأخت وبنت الأخ بلا خلاف، وقضية كلامه هنا أن الأصح تقديم بنت الأخ وبنت الأخت على الخالة فكيف يمكن جعله أصح مع مخالفة الجديد والقديم أيضاً، ووقع الموضوعان أيضاً في الحاوي للماوردي والبحر للرواني، وقد نقل للرافعي فيما سبق عن الرواني أنه صحح عند انفراد النسوة تقديم الخالات والعمات على بنات الأخوات، وبنات الإخوة وصحح هنا هذا الوجه وهو مناقض لذلك وممن نبه على هذا التناقض العلامة نجم الدين بن الرفعة، ثم ذكر جواب شيخه البلقيني ولم يصرح به، وبعبارة شيخه البلقيني وعندني له جواب وهو أن يكون محل هذا الخلاف فيما إذا اجتمع ابن الأخ وبنت الأخت مع الخالة، فإن لنا وجهاً من الثلاثة المذكورة في الكتب المذكورة أن العصابات مقدمون على من عد الأصول وحينئذ فإذا اجتمع من ابن الأخ الخالة وبنت الأخ كان ابن الأخ مسقطاً للخالة وأخته تحجبه من الحضانة فقدمت على الخالة حيثئذ على الأصح كما في النوعين المذكورين في الكتاب في التفريع على الوجه الضعيف، والكلام الذي ذكرتموه لا يتم عليه لأن ابن الأخ وابن الأخت مقدمان على بنت الأخ وبنت الأخت على هذا الوجه، ولا يصح أن يقال الأنثى مرجحة حينئذ لأننا نقول إنما فرعنا على الثالث المرجح لرجحان الأنثى على المشار في الحالة فصح بمقتضى ذلك إثبات الخلاف في تقديم بنت الأخت وبنت الأخ على الخالة واجتمع مع نفي الخلاف عند تمحض الإناث، وأيضاً فإننا إذا فرعنا على المرجح الثالث لم يقطع النظر عن قوة العصوبة من على وجه بل الذكر حينئذ يساويها، وأخته مقدمة عليه، والمقدم على أحد المتساويين يقدم على الآخر على أن الذي اعتقده تقديم الخالة على بنت الأخ وهو الذي جرى عليه صاحب الحاوي الصغير انتهى ومما قدره الشيخ يدفع الاعتراض على الشرح وكذا الروضة.

(٢) قال النووي: الأصح: الثاني.

ذكورته أو أنوثته، عمل بقوله في سقوط الحضانة، وهل يُعْمَلُ به في استحقاقها أم لا يعمل للتهمة؟ نقل القاضي الروياني فيه وجهين<sup>(١)</sup>.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: السَّبَبُ الثَّلَاثُ فِي النُّفَقَةِ عَلَى مَلِكِ الْيَمِينِ وَيَجِبُ عَلَى السَّيِّدِ نَفَقَةُ الرَّقِيقِ بِقَدْرِ الْكِفَايَةِ عَلَى مَا يَلِيقُ بِالْعَادَةِ، وَيَقْتَصِرُ فِي الْكُسُوفَةِ عَلَى الْخَشِينِ، وَلَا يَقْتَصِرُ عَلَى سَنَنِ الْعَوْرَةِ، وَلَا يَجِبُ تَفْضِيلُ النَّفِيسِ عَلَى الْخَسِيسِ فِي جِنْسِ الْكُسُوفَةِ عَلَى الْأَصْحَحِ، وَقِيلَ: يَجِبُ تَفْضِيلُ السَّرِيَّةِ عَلَى الْخَادِمَةِ، وَيَسْتَحَبُّ أَنْ يُجْلِسَ الرَّقِيقَ مَعَهُ فِي الْأَكْلِ أَوْ يُوزِعَ لَهُ لُقْمَةً، وَيَجِبُ ذَلِكَ فِي وَجْهِهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فَرَعْنَا بِمَعُونَةِ اللَّهِ - تَعَالَى - مِنَ الْقَوْلِ فِي نَفَقَةِ الزَّوْجَاتِ وَالْأَقَارِبِ، وَالسَّبَبُ الثَّلَاثُ لَوْجُوبِ النُّفَقَةِ عَلَى مَلِكِ الْيَمِينِ، فَيَجِبُ عَلَى السَّيِّدِ نَفَقَةَ رَقِيقَةٍ قُوتًا وَأَدْمًا وَكُسُوفَةً وَسَائِرَ مَوْنَاتِهِ، قَتًا كَانَ أَوْ مُدْبِرًا أَوْ أُمَّ وَوَلَدًا، يَسْتَوِي فِيهِ الصَّغِيرُ وَالْكَبِيرُ وَالزَّيْمُنُ وَالْأَعْمَى وَالسَّلِيمُ وَالْمَسْتَأْجِرُ وَالْمَرْهُونُ وَغَيْرِهِ.

رُوِيَ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «لِلْمَمْلُوكِ طَعَامُهُ وَكُسُوفَتُهُ بِالْمَعْرُوفِ، وَلَا يُكَلَّفُ مِنَ الْعَمَلِ إِلَّا مَا يُطِيقُ»<sup>(٢)</sup> وَإِذَا كَانَ كَسُوبًا، فَكَسْبُهُ لِلْسَّيِّدِ، إِنْ شَاءَ أَخَذَ كَسْبَهُ، وَأَنْفَقَ عَلَيْهِ مِنْ سَائِرِ أَمْوَالِهِ، وَإِنْ شَاءَ أَنْفَقَ عَلَيْهِ مِنْ كَسْبِهِ، فَإِنْ لَمْ يَفِ وَالشَّرَكَاءِ، فَالْبَاقِي عَلَيْهِ وَإِنْ زَادَ فَالزِّيَادَةُ لَهُ فِي الْمَلِكِ عَلَيْهِمُ النُّفَقَةُ بِحَسَبِ الْمَلِكِ، وَلَا تَجِبُ النُّفَقَةُ لِلْمَكَاتِبِ عَلَى<sup>(٣)</sup> السَّيِّدِ؛ لِاسْتِقْلَالِهِ، وَلِذَلِكَ تَوْجِبُ نَفَقَةَ عَبْدِهِ عَلَيْهِ.

وَلَا تَقْدَّرُ نَفَقَتُهُ كِنْفَقَةِ الْقَرِيبِ، وَلَكِنْ تُعْتَبَرُ فِيهِ الْكِفَايَةُ، وَذَكَرُوا فِيهَا تَعْتَبِرُ كِفَايَتَهُ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: تَعْتَبِرُ بِمَا يَكْفِي مِثْلَهُ فِي الْغَالِبِ، وَلَا تُعْتَبِرُ حَالَهُ فِي نَفْسِهِ.

وَالثَّانِي: تُعْتَبَرُ حَالُهُ فِي نَفْسِهِ، وَيُرَاعَى رَغْبَتُهُ وَزَهَادَتُهُ، فَإِنْ لَمْ يَكْفِهِ مَا يَكْفِي مِثْلَهُ غَالِبًا، فَعَلَى السَّيِّدِ الزِّيَادَةُ، وَهَذَا مَا اخْتَارَهُ صَاحِبُ «الشَّامِلِ» وَهُوَ الْمَفْهُومُ مِنْ إِطْلَاقِ لَفْظِ الْكِتَابِ، وَعَنْ صَاحِبِ «الْحَاوِي» أَنَّهُ إِنْ كَانَ يُؤَثَّرُ فَقَدْ الزِّيَادَةُ فِي قُوَّتِهِ وَبَدَنِهِ، لَزِمَتْ عَلَى السَّيِّدِ، وَإِلَّا فَلَا، وَيَنْبَغِي أَنْ تَجِيءَ هَذِهِ الْوُجُوهُ قُوَّتِهَا وَضَعْفُهَا فِي نَفَقَةِ الْقَرِيبِ.

وَأَمَّا الْجِنْسُ، فَيُعْتَبَرُ غَالِبُ الْقُوَّةِ الَّذِي يَطْعَمُ مِنْهُ الْمَمَالِكُ فِي الْبَلَدِ؛ مِنَ الْحِنَطَةِ

(١) قَالَ النَّوَوِيُّ: أَصْحَبُهُمَا: يَعْمَلُ وَهُوَ الْجَارِي عَلَى قَوَاعِدِ الْمَذْهَبِ فِي نِظَائِرِهِ.

(٢) رَوَاهُ الشَّافِعِيُّ [١١٩٣] وَمُسْلِمٌ [١٦٦٢] مِنْ هَذَا الْوَجْهِ فِيهِ مُحَمَّدُ بْنُ عَجَلَانَ.

(٣) قَالَ النَّوَوِيُّ: وَهَلْ يَلْزَمُ السَّيِّدُ شِرَاءَ الْمَاءِ لَطَهَارَةِ رَقِيقَةٍ؟ وَجِهَانُ، أَصْحَبُهُمَا: نَعَمْ، كَفَطَرْتَهُ،

وَالثَّانِي: لَا، لِأَنَّ لَهُ بَدَلًا وَهُوَ التَّيْمَمُ، كَمَا لَا يَلْزَمُهُ دَمٌ بِتَمَتُّعِهِ بِلِ يَصُومُ.

والشعير وغيرهما وكذا الأذم الغالب والكُسوة الغالبة؛ من القطن والكتان والصوف، ويراعى حال السيد في اليسار والإعسار، فيجب ما يليق بحاله من رفيع الجنس الغالب وخسيسه ولا يجوز الاقتصار في الكُسوة على ستر العورة، وإن لا يتأذى بحرّ ولا يبرّد، لأن ذلك يُعدُّ تحقيراً وإذلالاً، ولو كان السيد يتنعم في الطّعام والإدام والكُسوة، فيستحب أن يدفع إليه مثله، ولا يجب بل يجوز الاقتصار على ما دونه، إذا كان هو الغالب، وما روي أنه ﷺ قال: «إِخْوَانُكُمْ حَوْلُكُمْ جَعَلَهُمُ اللَّهُ تَحْتَ أَيْدِيكُمْ فَمَنْ كَانَ أَخُوهُ تَحْتَ يَدِهِ فَلْيُطْعِمْهُ مِمَّا يَأْكُلُ وَيَلْبَسْهُ مِمَّا يَلْبَسُ»<sup>(١)</sup> حمله الشافعي - رضي الله عنه - على الاستحباب، أو على أن الخطاب للعرب الذين مطاعهم وملابسهم متقاربة، أو على أنه جواب سائل، علم حاله، فأجاب على ما اقتضاه الحال؛ وإن كان السيد يطعم ويلبس دون المعتاد غالباً، إما بخلاً أو رياضةً، فيلزمه رعاية الغالب للرفيق، أو له الاقتصار على ما اقتصر عليه لنفسه؟ ذكر في «التهذيب» فيه وجهين، المشهور منهما الأول، وإذا كان له عبيدٌ، فالأولى التسوية بينهم في الطعام والكُسوة<sup>(٢)</sup>، وفيه وجه أنه يفضل ذات الجمال والفراحة للعادة، وإذا ولى رقيقه معالجة طعاميه، وجاءه به فينبغي أن يجلسه معه؛ ليتناول منه، فإن لم يفعل أو امتنع الرقيق منه توقيراً للسيد، فينبغي أن يروغ له لقمة أو لقمتين ويناوله، روي أنه ﷺ قال: «إِذَا جَاءَ أَحَدَكُمْ خَادِمُهُ بِطَعَامِهِ قَدْ ولى حَرَّهُ وَدَخَانَهُ، فَلْيُقْعِدْهُ يَأْكُلْ مَعَهُ، وَإِلَّا فَلْيَنَاولْهُ أَكْلَةً مِنْ طَعَامِهِ»<sup>(٣)</sup>، ويروى أنه قال: «إِذَا كَفَيْ أَحَدَكُمْ خَادِمُهُ طَعَامَهُ حَرَّهُ وَدَخَانَهُ فَلْيُجْلِسْهُ مَعَهُ، فَإِنْ أَبَى فَلْيُرَوِّغْ لَهُ لُقْمَةً»<sup>(٤)</sup> والأكلة بالضم: اللقمة وروغها: إذا رَوَّاهَا دَسْماً، وأشار الشافعي - رضي الله عنه - في ذلك إلى احتمالات ثلاثة:

أحدها: أنه يجب الترويع والمناولة، فإن أجلسه معه، فهو أفضل.

وثانيها: أن الواجب أحدهما، لا بعينه وأصحهما: أنه لا يجب واحد منهما، والأمر بهما على سبيل الاستحباب نذياً إلى التواضع ومكارم الأخلاق، ومنهم من نفى الخلاف في الوجوب، وذكر قولين في أن الإجلال أفضل أم هما متساويان؟ والظاهر

(١) متفق عليه البخاري [٣٠ - ٢٥٤٥ - ٦٠٥٠] ومسلم [١٦٦١] من حديث المغرور بن سويد عن أبي ذر نحوه، وفيه قصة.

(٢) وهذا الوجه هو قضية العرف وبه أجاب الصيمري فقال: ويختلف حالهم باختلاف أقدارهم ومنازلهم وجزم به الماوردي وغيره فليس كسوة الراعي والسايس ككسوة من قام بالتجارة وغيرها.

(٣) متفق عليه البخاري [٢٥٥٧ - ٥٤٦٠] ومسلم [١٦٦٣] من حديث أبي هريرة، وأخرجه الشافعي ثم البيهقي باللفظ الثاني، وإسناده صحيح.

(٤) ينظر تخريج الحديث السابق.

الأول؛ ليتناول القدر الذي يشتهي، وهذا الاستحباب فيمن يعالج الطعام أكد، وأصل الاستحباب في مناولة الطعام اللذيذ يَشْمَلُ المعالج وغيره ورعاية هذا الخلق في حق الحاضرين أهم، وليكن ما يناوله من اللقمة كبيرة تُسُدُّ مسدأً دون الصغيرة التي تهيج الشهوة، ولا تقضي النهمة، ونفقة الرقيق كنفقة القريب؛ في أنها لا تصير ذيناً في الذمة وتسقط بِمُضِيِّ<sup>(١)</sup> الزمان، ولو دفع إليه الطعام، ثم أراد إبداله، ذكر القاضي الروياني: أنه ليس له ذلك عند الأكل ويجوز قبله، وعن الماوردي أنه إن تضمن الإبدال تأخر الأكل، لم يجز.

وقوله في الكتاب: «ولا يجب تفضيل النفيس على الخسيس في جنس الكسوة» لفظ الوجوب لم يستعمله أكثر الأئمة في هذا الموضوع في أولوية التَّسْوِيَةِ وكرهية التفضيل وعدمها ثم التفضيل لا يختص بالكسوة [بل] الطعام كالكسوة، وقوله: «على الأصح» يعني من ثلاثة أوجه تحصل إذا أخذ مطلق الرقيق.

وقوله: «وقيل يجب تفضيل السرية على الخادمة» وهو الثالث الفارق بين التفضيل في العبيد والتفضيل في الجواري، وهذا هو الأصح عند عامة الأصحاب، وهو المنصوص عليه، ولفظ التسوية يُشعر بتخصيص التفضيل بها، لكن لفظ الشافعي - رضي الله عنه - وعامة الأصحاب أن ذات الجمال [والفراهة] تُفَضَّلُ، ولم يُفَرِّقوا بين السرية وغيرها، بل صرح صاحب «التهذيب» بتفي الفرق.

وقوله: «ويستحب أن يُجْلِسَ الرقيق مَعَهُ» محمول على الرقيق الذي عالج الطعام، وإن أطلق إطلاقاً على ما هو مبين في «الوسيط»، وكان يمكن حمله على الاستحباب الشامل إلا أنه ذكّر بعده الوجه الذاهب إلى الوجوب والخلاف، والاحتمالات المذكورة في الوجوب مخصوصة بالرقيق الذي عالج الطعام، ولا مجال لها في غيره.

وقوله: «ويجب ذلك» يمكن أن يريد به أحدهما، ويجوز أن يريد شيئاً من ذلك، والله عز وجل أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَيَجِبُ إِزْصَاعُ الْوَالِدِ عَلَى الْمُسْتَوْلِدَةِ، وَلَا يُفَرَّقُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ وَلَدِهَا بِالتَّسْلِيمِ إِلَى مُرْضِعَةٍ أُخْرَى، وَلَا تَكْلُفُ أَنْ تُرْضِعَ مَعَهُ غَيْرَهُ، وَلَيْسَ لَهَا فِطَامٌ وَلَدِهَا قَبْلَ الْحَوْلَيْنِ، وَلَا الزِّيَادَةُ عَلَى الْحَوْلَيْنِ إِلَّا بِرِضَا السَّيِّدِ، وَأَمَّا الْحُرَّةُ فَلَهَا حَقٌّ فِي الْفِطَامِ فَلَا فِطَامَ إِلَّا بِتَوَافُقِهِمَا، فَإِنْ أَبَتِ الْفِطَامَ قَبْلَ الْحَوْلَيْنِ فَعَلَيْهِ الْأَجْرَةُ.

(١) قال في الخادم: ينبغي أن يستثنى من ذلك ما إذا أذن له القاضي في الاستقراض وقد صرح به في البحر فقال: لو قال الحاكم لعبد رجل غائب استدن وأنفق على نفسك فذلك دين على السيد ويجوز ذلك.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا وَلَدَتْ أُمُّهُ أَوْ أُمُّ وَلَدِهِ مِنْهُ فَلَهُ أَنْ يُجْبِرَهَا عَلَى إِرْضَاعِهِ؛ لِأَنَّ لَبَنَهَا وَمَنَافِعَهَا لَهُ، وَلَوْ أَرَادَ أَنْ يُسَلِّمَ الْوَلَدَ إِلَى غَيْرِهَا، وَأَرَادَتْ هِيَ أَنْ تَرْضِعَهُ، فَفِي «التَّمَةِ»: حِكَايَةٌ وَجْهَيْنِ فِي أَنَّهُ هَلْ يَتِمَّكَنُّ مِنْهُ؟ أَحَدُهُمَا.

نَعَمْ؛ لِأَنَّهَا مَلَكَه، وَقَدْ يَرِيدُ اسْتِخْدَامَهَا وَالِاسْتِمْتَاعَ بِهَا.

وَأَظْهَرُهُمَا، وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ: الْمَنْعُ لِمَا فِيهِ مِنَ التَّفْرِيقِ بَيْنَ الْوَالِدَةِ وَوَلَدِهَا، نَعَمْ لَهُ أَنْ يَضْمَهُ فِي أَوْقَاتِ الْاسْتِمْتَاعِ إِلَى غَيْرِهَا، وَلَا يَكْلِفُهَا أَنْ تَرْضِعَ وَلَدًا آخَرَ مَعَ وَلَدِهَا بِأَجْرَةٍ أَوْ بغيرِ أَجْرَةٍ، إِلَّا أَنْ يَفْضَلَ لَبَنُهَا عَنْ رِيٍّ وَلَدِهَا إِمَّا لِقَلَّةِ شُرْبِهِ، أَوْ لِكثْرَةِ اللَّبَنِ، أَوْ لِاجْتِزَائِهِ بِغَيْرِ اللَّبَنِ فِي أَكْثَرِ الْأَوْقَاتِ، وَلَوْ مَاتَ، مَاتَ وَلَدُهَا أَوْ اسْتَغْنَى عَنِ اللَّبَنِ، فَلَهُ ذَلِكَ، وَلَهُ إِجْبَارُهَا عَلَى الْفِطَامِ قَبْلَ الْحَوْلَيْنِ، إِذَا اجْتَزَأَ الْوَلَدُ بِغَيْرِ اللَّبَنِ، وَعَلَى الْإِرْضَاعِ بَعْدَ الْحَوْلَيْنِ، وَإِنْ كَانَ يَجْتَزِيءُ بِغَيْرِ اللَّبَنِ، إِلَّا إِذَا تَضَرَّرَتْ [بِهِ]، وَلَيْسَ لَهَا الْاسْتِقْلَالُ بِالْفِطَامِ وَلَا الرِّضَاعِ، وَأَمَّا الْحُرَّةُ، فَهِيَ صَاحِبَةٌ حَقٌّ فِي تَرْبِيَةِ الْوَلَدِ، فَلَيْسَ لِوَاحِدٍ مِنَ الْأَبْوِينِ الْاسْتِقْلَالُ بِالْفِطَامِ قَبْلَ تَمَامِ الْحَوْلَيْنِ، وَعَلَى الْأَبِ الْأَجْرَةَ، إِذَا امْتَنَعَتْ مِنْهُ الْأُمُّ إِمَّا لَهَا أَوْ لِغَيْرِهَا، وَذَكَرَ فِيهِ احْتِمَالٌ: إِذَا لَمْ يَتَضَرَّرْ بِهِ الْوَلَدُ، وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَيْهِ جَازَ إِذَا لَمْ يَتَضَرَّرْ بِهِ الْوَلَدُ وَبَعْدَ الْحَوْلَيْنِ يَجُوزُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْفِطَامُ، إِذَا كَانَ يَجْتَزِيءُ بِالطَّعَامِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَزَادَ فِي الْإِرْضَاعِ بِالْإِنْفَاقِ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ وَلَدُ الْأُمِّ مِنَ السَّيِّدِ، بَلْ مَمْلُوكًا لَهُ، وَكَانَ مِنْ زَوْجٍ أَوْ زَنًا، فَحُضَانَتُهُ عَلَى السَّيِّدِ، وَحُكْمُ الْإِرْضَاعِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا، وَإِنْ كَانَ حُرًّا، فَلَهُ طَلْبُ الْأَجْرَةِ عَلَى إِرْضَاعِهِ، وَلَا يَلْزَمُهُ التَّبْرُءُ كَمَا لَا يَجِبُ عَلَى الْحُرَّةِ التَّبْرُءُ<sup>(١)</sup> بِالْإِرْضَاعِ، وَلَوْ رَضِيَ بِأَنْ تَرْضِعَهُ مَجَانًا، لَمْ يَكُنْ لَهَا الْامْتِنَاعُ.

وقوله في الكتاب: «فلا فطام إلا بتوافقهما» يعني قبل الحولين كما قال عقيبة «فإن أبى الفطام قبل الحولين» أما بعد تمام الحولين، فلا حاجة إلى التوافق، ولكل واحد منهما ذلك؛ على ما ذكرنا، كذلك أورده صاحب «التهذيب» وغيره.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَلَا يَتَعَيَّنُ مَا يُضْرَبُ عَلَى الْعَبْدِ مِنْ خَرَاجِ مُعَيَّنٍ بَلْ عَلَيْهِ بِذَلِكَ الْمَجْهُودُ، وَلَا يَكْلَفُهُ السَّيِّدُ إِلَّا مَا يَطِيقُ، فَإِنْ لَمْ يَنْفَقْ عَلَى عَبْدِهِ بِنِعِّ عَلَيْهِ، فَإِنْ لَمْ يُزْعَبْ فِي شِرَائِهِ فَهُوَ مِنْ مَحَاوِجِ الْمُسْلِمِينَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ مَسْأَلَتَانِ:

(١) يستثنى منه اللبأ الذي لا يعيش الولد إلا به فليس للسيد المنع منه، وقد ذكر الرافي في زوجة المفقود إذا حضر بعد أن تزوجت وأتت بولد من الثاني وحكمنا ببقاء نكاح الأول أن له منها من إرضاع الولد إلا اللبأ الذي لا يعيش إلا به.

إحدهما: تجوز المُخَارَجَة وهو ضرب خراج معلوم على الرقيق يؤديه كل يوم أو كل أسبوع ممّا يكتسبه، وليس للعبد أن يجبر السيد عليها، ولا للسيد إجبار العبد كعقد الكتابة، وعن القاضي أبي حامدٍ تخريج قول: أن للسيد إجبار العبد عليها، كما ينقل منافعه على كرهٍ منه إلى غيره، والمذهب الأول، وإذا تراضيا، فليكن له كسب دائم [يفي] بذلك الخراج فاضلاً عن نفقته وكسوته إن جعلهما في كسبه، وإذا وُفّي وزاد ما يكفيه، فالزيادة مبرة من السيد إلى عبده وتوسيع للنفقة عليه، وإن ضرب عليه خراجاً أكثر مما يليق بحاله، وألزمه أداءه، منعه السلطان منه.

روي أن عثمان - رضي الله عنه - قال: «لَا تُكَلَّفُوا الصَّغِيرَ الكَسْبَ؛ فَيَسْرِقَ، وَلَا الأُمَّةَ غَيْرَ ذَاتِ الصَّنْعَةِ فَتُكْتَسَبَ بِفِرْجِهَا» ويجبر النقصان في بعض الأيام بالزيادة في بعضها، ولا يخفى أن المُخَارَجَة لا تلزم وقوله في الكتاب: «ولا يتعين ما يضرب على العبد من خراج معين» أي لا يلزم العبد ذلك، ولا يجبر عليه، ويجوز أن يُعلم بالواو؛ للتخريج المذكور.

ولا يجوز للسيد أن يُكلف رقيقه من العمل إلا ما يطيقه، ولا يكلفه الأعمال الشاقة إلا في بعض الأوقات، ولا ما إذا [ما] قام به يوماً أو يومين، عجز وضُفَّ شهراً أو شهرين، وإذا عمل بالنهار، أراحه بالليل، وكذا العكس، ويريد في أيام الصيف في وقت القيلولة ويستعمله في الشتاء النهار مع طرفي الليل، ويتبع في جميع ذلك العادة الغالبة، وعلى العبد ترك الكسل، وبذل المجهود.

الثانية: إذا امتنع من الإنفاق على مملوكه، باع الحاكم ماله في نفقته، وكيف يبيع؟ أيستدين عليه، فإذا اجتمع عليه شيء صالح باعه فيه أو يبيع شيئاً فشيئاً؟ حكى القاضي الروياني فيه وجهين<sup>(١)</sup>، فإن لم يظهر له مال، أمره بأن يبيعه أو يؤجره أو يعتقه، فإن لم يفعل، باعه الحاكم أو أجره، فإن لم يرغب فيه، أنفق عليه من بيت المال، فإن لم يكن فيه مال، فهو من محاويع المسلمين يقومون بكفايته<sup>(٢)</sup>، والله أعلم.

قَالَ العَرَالِيُّ: وَيَجِبُ عَلْفُ الدَّوَابِّ لِحُزْمَةِ الرُّوحِ، وَإِنْ لَمْ تَجِبْ عِمَارَةُ العَقَارِ وَالدَّارِ، وَيَجُوزُ غَضَبُ العَلْفِ وَالحَيْطِ لِجِرَاحِ الدَّابَّةِ عِنْدَ العَجْزِ، وَلَا يَجُوزُ نَرْفُ لَبْنَتِهَا

(١) قال النووي: الثاني أصح.

(٢) وإذا قلنا ينفق عليه من بيت المال فهل يكون قرضاً على سيده من حديث إن بيت المال لا حق فيه لرقيق ولا لكافر أو يكون تبرع من بيت المال من غير رجوع. فيه نظر. وهذا إذا كان الرقيق مسلماً، فإن كان كافراً فهل ينفق عليه من بيت المال يشبه أن يكون كالححر الذمي. وفيه كلام سبق في اللقيط. وقال الجوزي: لا يلزم المسلمين القيام بنفقة الكافر.

بِحَيْثُ يَضُرُّ بِنِتَاجِهَا، وَإِذَا أَجْدَبَتِ الْأَرْضُ وَجَبَ عَلْفُ السَّائِمَةِ، فَإِنْ لَمْ يَغْلِفْ بِيَعْتِ عَلَيْهِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: من ملك دَابَّةً لزمه علفها وسقيها؛ لحرمة الرُّوح، ويقوم مقام السَّقْيِ والْعَلْفِ تخليتها؛ لترعى، وترد الماء، إن كانت مما يَزْعَى ويجتزىء به لخصيب الأرض، ولم يكن مانعٌ ثلج وغيره، فإن أجذبت الأرض، وكانت لا تجتزىء بما ترعى، فعليه أن يُضَيِّفَ إِلَيْهِ مِنَ الْعَلْفِ ما يكفيها، ويتردد ذلك في كل حيوانٍ محترم، وقد ثبت عن رسول الله ﷺ أنه قال: «عُدْبَتِ أَمْرَأَةٌ فِي هِرَّةٍ مَسَكْتَهَا حَتَّى مَاتَتْ مِنَ الْجُوعِ، فَلَمْ تَكُنْ تُطْعِمُهَا وَلَا تُزِيلُهَا فَتَأْكُلُ مِنْ خَشَاشِ الْأَرْضِ»<sup>(١)</sup> وَخَشَاشِ الْأَرْضِ هَوَاهُ بِفَتْحِ الْخَاءِ وَكسره، فإن امتنع المالك من ذلك أَجْبَرَهُ السُّلْطَانُ فِي الْمَأْكُولِ عَلَى بَيْعِهَا أَوْ صِيَانَتِهَا عَنِ الْهَلَاكِ بِالْعَلْفِ أَوْ التَّخْلِيَةِ أَوْ ذَبْحِهَا، وَفِي غَيْرِ الْمَأْكُولِ عَلَى الْبَيْعِ أَوْ الصِّيَانَةِ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ، نَابَ الْحَاكِمُ عَنْهُ فِي ذَلِكَ عَلَى مَا يَرَاهُ وَيَقْتَضِيهِ الْحَالُ، وَعَنْ أَبِي الْحُسَيْنِ: أَنَّهُ لَا يَخْلِيهَا لِحَظَرِ الذَّنْبِ وَغَيْرِهِ، فَإِنْ لَمْ يُعْرِفْ لَهُ مَالًا، بَاعَ الدَّابَّةَ أَوْ جِزَاءً مِنْهَا، أَوْ إِكْرَاهًا، فَإِنْ لَمْ يَرْغَبْ فِيهَا لَعَمَى أَوْ زَمَانَةً، أَفْطَقَ عَلَيْهَا مِنْ بَيْتِ الْمَالِ، وَلَا تُضَيِّعُ كَالرَّقِيقِ، وَبِهَذَا كَلَّهُ قَالَ أَحْمَدُ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَا يَجْبِرُهُ السُّلْطَانُ عَلَى الْعَلْفِ وَلَا يَبِيعُ مَالَهُ فِيهِ، وَلَكِنْ يَأْمُرُهُ بِهِ عَلَى سَبِيلِ الْأَمْرِ بِالْمَعْرُوفِ.

وَلَا يَكْلِفُ الدَّابَّةَ مَا لَا تَطِيقُهُ مِنْ تَثْقِيلِ الْحَمْلِ وَإِدَامَةِ السَّيْرِ وَغَيْرِهِمَا، وَيَجُوزُ غَضَبُ الْعَلْفِ لِإِبْقَاءِ الدَّابَّةِ، إِذَا لَمْ يَوْجَدْ غَيْرَهُ، وَلَمْ يَبِعْهُ الْمَالِكُ، وَكَذَا غَضَبُ الْخَيْطِ؛ لِجِرَاحَتِهَا، وَذَكَرَ فِيهَا وَجْهَ، وَالظَّاهِرَ الْأَوَّلَ، وَهُوَ كَالْعَدُولِ إِلَى التِّيمَمِ، وَسَقْيِهَا الْمَاءَ وَمَسْأَلَةَ الْخَيْطِ مَذْكُورَةٌ مَرَّةً فِي «الْغَضَبِ» وَلَا يَجُوزُ نَزْفُ لَبَنِ الدَّابَّةِ بِحَيْثُ يَضُرُّ بِنِتَاجِهَا، وَإِنَّمَا يَحْلَبُ مَا يَفْضَلُ عَنْ رِيٍّ وَلِدْهَا.

قَالَ الْقَاضِي الرَّوْيَانِيُّ: وَيَعْنِي بِالرِّيِّ مَا يَبْقِيهِ حَتَّى لَا يَمُوتَ، وَقَدْ يَتَوَقَّفُ فِي الْاِكْتِفَاءِ بِهَذَا، وَذَكَرَ فِي «التَّئِمَّةِ» أَنَّهُ لَا يَجُوزُ الْحَلْبُ، إِذَا كَانَ يَضُرُّ بِالْبَهِيمَةِ؛ لِقَلَّةِ الْعَلْفِ، وَأَنَّهُ يَكْرَهُ تَرْكَ الْحَلْبِ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي الْحَلْبِ إِضْرَارٌ بِهَا؛ لِمَا فِيهِ مِنْ تَضْيِيعِ الْمَالِ وَالْإِضْرَارِ بِالْبَهِيمَةِ وَأَنَّ الْمَسْتَحَبَّ أَلَّا يَسْتَقْصَى فِي الْحَلْبِ، وَيُبْقَى فِي الضَّرْعِ شَيْءٌ، وَأَنْ يَقْصُ الْحَالِبُ أَظْفَارَهُ، كَيْلَا يُوْذِيهَا بِالْقَرَصِ.

وَيَبْقَى لِلنَّحْلِ شَيْئًا مِنَ الْعَسَلِ فِي الْكُوَارَةِ، فَإِنْ كَانَ الْاِسْتِيَارُ فِي الشِّتَاءِ، وَتَعَذَّرَ

(١) متفق عليه البخاري [٣٣١٨ - ٣٤٨٢]، مسلم [٢٢٤٢] وله طرق من حديث أبي هريرة، ورواه مسلم من حديث جابر، وفي الباب عن عقبه بن عامر وعبد الله بن عمرو، رواهما ابن حبان في صحيحه.

الخروج، فينبغي أن يكون المتبقي لها أكثر، وإن قام شيء مقام العسل لغذائها، لم يتعين إبقاء العسل، وقد قيل: يشوي دجاجة، وتعلق بباب الكوارة، فتأكل منها.

وديدان القَرِّ تعيش بورق الفرصاد، فعلى مالِكها تخليتها؛ لتأكل منها، فإن عز الورق، ولم يعتن المالك بها، بيع ماله في الورق؛ كي لا يهلك من غير فائدة.

نعم، إذا جاء الوقت، جاز تجفيفها بالشمس، وإن كانت تَهْلِكُ لتحصيل<sup>(١)</sup> فائدتها، وأما ما لا روح فيه كالعقار والقنى والزرع والشمار، فلا يجب القيام بعمارتها، ولا يكره ترك زراعة الأرض، لكن يكره ترك سقي الزرع والأشجار عند الإمكان؛ لما فيه من إضاعة المال، وفي «التتمة»: أنه يكره أيضاً ترك عمارة الدار إلى أن تخرب<sup>(٢)</sup>، ولا يكره عمارات الدور وسائر العقارات؛ للحاجة، والأولى ترك الزيادة، وربما قيل تَكَرُّهُ الزيادة.

وقوله في الكتاب: «وإن لم تجب عمارة العقار والدار» الدار داخلَةٌ في العقار، ولو قال «كالدار» أو قدم الدار على العقار، لكان أحسن وقوله: «يجوز غَضْبُ العَلْفِ» أعلم بالواو. وقوله: «وإذا أجديت الأرض، وجب علف السائمة» وقد يشير إلى أن المراد من علف الدواب في قوله أو لا تجب علف الدواب القيام بكفائها بإسامتها أو تهيئة علفها من البيت، وبيِّنَ ها هنا أنه إذا تعدرت الإسامة، تعين العلف من البيت.

وقوله: «فإن لم يعلف بيعت عليه» لا اختصاص له بهذه الصورة؛ على ما بيَّنَّا [وبالله سبحانه التوفيق والإعانة، هذا آخر ربيع النكاح].

قَالَ العَزَالِيُّ: تَمَّ رُبْعُ النِّكَاحِ يَتْلُوهُ رُبْعُ الجِرَاحِ وَالْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ العَالَمِينَ وَالصَّلَاةُ عَلَى سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ وَآلِهِ أَجْمَعِينَ.

(١) وفي مناقب أحمد لابن الجوزي أنه سئل عن تشميس دود القز ليموت في ذلك المنسوج لكيلا يعود فيعرض ما عليه من القز. قال: إذا لم يجدوا منه بدأ ولم يريدوا بذلك أن يعذبوه بالشمس فلا بأس به.

قال ابن الجوزي: وهذا من فقهه حيث اعتبر في جواز التعذيب عدم قصد نفس التعذيب.

(٢) قال في الخادم: التعليل بإضاعة المال يقتضي التحريم، وقد قطع الرافي بذلك في مسألة إلقاء المتاع في البحر إلى آخر ما ذكره ثم قال أيضاً، ينبغي أن يختص هذا بالمطلق التصرف، أما المحجور عليه فيجب على وليه عمارة داره وحفظ ثمره وزروعه بالسقي بل في البحر في باب ترجيح الوجوب، وقد حكى الرافي آخر الوديعه عن فتاوى القفال أنه لو ترك ورق الفرصاد حتى فات وقته ضمن ولم يحك فيه خلافاً ثم قال أيضاً هذا في المطلق. أما الوقف فكلام الرافي في باب الوقف يقتضي أن الحكم كذلك وحكى فيه الاتفاق، والصواب ما قاله في الذخائر هناك أنه يجب عمارة المشرف على الهلاك كما يتفق على الحيوان قال: وبه قطع العراقيون. قال صاحب الخادم: وهو ظاهر إذا كانت له غلة أو شرط عمارته من جهة أخرى حاصلة فإنها تجب حفظاً للموقوف عليه على البطون وعملاً بما يقتضيه الوقف من الإنفاق.



## كِتَابُ الْجِرَاحِ

قَالَ الْعَزَلِيُّ: الْقَتْلُ كَبِيرَةٌ تَتَعَلَّقُ بِهَا الْكُفَّارَةُ وَالْقِصَاصُ أَوْ الدِّيَّةُ، وَالنُّظْرُ فِي الْقِصَاصِ فِي النَّفْسِ وَالطَّرْفِ، وَمِنْ النَّفْسِ فِي الْمَوْجِبِ وَالْوَاجِبِ، وَالْمَوْجِبُ لِلْقِصَاصِ لَهُ ثَلَاثَةٌ أَرْكَانٍ: الرُّكْنُ الْأَوَّلُ: الْقَتْلُ وَهُوَ كُلُّ فِعْلٍ فَعَلَ عَمْدًا مَخْصِي عُدْوَانٍ مِنْ حَيْثُ كَوْنُهُ مُزْهِقًا لِلرُّوحِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: هَذَا الْكِتَابُ يُتْرَجَمُ تَارَةً بِكِتَابِ «الْجِرَاحِ» وَأُخْرَى بِكِتَابِ «الْجِنَايَاتِ» وَالْعَرَضُ لَفْظٌ يَشْمَلُ الْقَتْلَ وَالْقَطْعَ وَالْجُرُوحَ الَّتِي تُزْهِقُ، وَلَا تُبَيِّنُ، فَإِنَّ الْقِصَاصَ وَالِدِيَّةَ مَدْخَلًا فِيهَا جَمِيعًا وَلَا شَبْهَةَ فِي شَمُولِ لَفْظِ الْجِنَايَاتِ لِجَمِيعِهَا، وَأَمَّا الْجِرَاحُ، فَهِيَ جَمْعُ جِرَاحَةٍ بِالْكَسْرِ، فَتَتَنَاوَلُ الْجِرَاحَةُ الْمَزْهِقَةَ، وَالْمَيْبِئَةَ وَالَّتِي لَا تُزْهِقُ وَلَا تُبَيِّنُ، وَالْقَتْلَ، وَإِنْ كَانَ لَا يَنْحَصِرُ طَرِيقُهُ فِي الْجِرَاحَةِ، لَكِنِهَا أَغْلِبَ طَرِيقُهُ، فَحَسُنَتْ التَّرْجُمَةُ بِذَلِكَ، وَيُقَالُ جَرَحَهُ جَرَحًا، وَالْجُرْحُ بِالضَّمِّ الْأَسْمُ، وَالْجَمْعُ جُرُوحٌ، وَقَتْلُ النَّفْسِ مِنْ غَيْرِ جَرِيحَةٍ مُحَرَّمٌ، بَلْ هُوَ مِنْ أَعْظَمِ الْكِبَائِرِ<sup>(١)</sup>. قَالَ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾ [الأنعام - ١٥١] وَسُئِلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَيُّ الذَّنْبِ أَكْبَرُ عِنْدَ اللَّهِ - عَزَّ وَجَلَّ - فَقَالَ: أَنْ تَجْعَلَ لِلَّهِ نِدَاءً، وَهُوَ خَلَقَكَ قِيلًا: ثُمَّ أَيُّ؟ قَالَ: أَنْ

(١) قَالَ النَّوَوِيُّ: قَالَ الْبَغَوِيُّ: هُوَ أَكْبَرُ الْكِبَائِرِ بَعْدَ الْكُفْرِ، وَكَذَا نَصَّ عَلَيْهِ الشَّافِعِيُّ فِي كِتَابِ الشَّهَادَاتِ فِي «الْمَخْتَصَرِ» وَتَقْبَلُ التَّوْبَةُ مِنْهُ. وَلَوْ قَتَلَ مُسْلِمٌ، ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ التَّوْبَةِ، لَا يَتَحْتَمُّ دَخُولُهُ النَّارِ، بَلْ هُوَ فِي خَطَرِ الْمَشِيئَةِ كَسَائِرِ أَصْحَابِ الْكِبَائِرِ، فَإِنْ دَخَلَهَا، لَمْ يَخْلُدْ فِيهَا خِلَافًا لِلْمَعْتَزِلَةِ وَالْخَوَارِجِ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ فِي الْخَادِمِ: تَعْبِيرُهُ بِقَوْلِهِ قَتَلَ النَّفْسَ بِغَيْرِ حَقٍّ جَاءَ مُصْرَحًا بِهِ فِي الْحَدِيثِ الصَّحِيحِ وَهُوَ صَرِيحٌ فِي شَمُولِ الذَّمِّ وَالْمَعَاهِدِ لَكِنْ جَاءَ فِي رِوَايَةٍ أُخْرَى. قَتَلَ النَّفْسَ الْمُسْلِمَ فَيَحْتَمَلُ أَنْ يَحْمَلَ ذَلِكَ عَلَى التَّخْصِيصِ وَعَلَى هَذَا لَيْسَ مِنْ أَكْبَرِ الْكِبَائِرِ إِلَّا قَتَلَ الْمُسْلِمَ بِغَيْرِ حَقٍّ، وَإِنْ كَانَ قَتَلَ الذَّمِّ وَالْمَعَاهِدِ حَرَامًا، وَيَحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مِنْ بَابِ إِفْرَادِ بَعْضِ الْعَامِّ بِالذِّكْرِ وَهُوَ لَا يَدُلُّ عَلَى التَّخْصِيصِ. هَذَا هُوَ الظَّاهِرُ إِلَى آخِرِ مَا ذَكَرَهُ وَاحْتِمَالُهُ الْأَوَّلُ هُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ الْأَذْرَعِيُّ تَفْقَهُهُ وَهُوَ الظَّاهِرُ.

تَقْتُلَ وَلَدَكَ خَسِيَّةً أَنْ يَأْكُلَ مَعَكَ»<sup>(١)</sup>.

وعن عثمان - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «لَا يَجِلُّ قَتْلُ أَمْرِيءِ مُسْلِمٍ إِلَّا بِإِخْدَاتِي ثَلَاثٍ: كُفْرٍ بَعْدَ إِيمَانٍ، وَزِنَاءً بَعْدَ إِحْصَانٍ، وَقَتْلَ نَفْسٍ بِغَيْرِ حَقٍّ»<sup>(٢)</sup>.

وفي الخبر: «لَقَتُلُ مُؤْمِنٌ أَعْظَمَ عِنْدَ اللَّهِ تَعَالَى مِنْ زَوَالِ الدُّنْيَا»<sup>(٣)</sup> أيضاً «مَنْ أَعَانَ عَلَى قَتْلِ مُسْلِمٍ، وَلَوْ بِشَطْرِ كَلِمَةٍ، لَقِيَ اللَّهَ - تَعَالَى - وَهُوَ مَكْتُوبٌ بَيْنَ عَيْنَيْهِ آيسٌ مِنْ رَحْمَةِ اللَّهِ» والإجماع منعقد عليه، ويتعلق بالقتل المحرم وراء العقوبة الأخرية مؤاخذات في الدنيا.

إخداها: القصاص؛ قال الله تعالى: «وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ» [البقرة - ١٧٩] وقال عز اسمه: «كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ» [البقرة - ١٧٨] وقال - عز وجل -: «وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ» [المائدة - ٤٥] قال الأصحاب - رحمهم الله -: هذا، وإن كان خبراً عما في التوراة، لكن شرع من قبلنا شرع لنا، إذا لم يرَدْ ناسخ له، على رأي الأصوليين، ويتقدير أن لا يكون كذلك، فإن ورد ما يقرره، فهو شرع لنا، لا محالة وقد روي أن: الربيع بنت النضر عمّة أنس بن مالك - رضي الله عنهما - كسرت نية جارية فأمر النبي ﷺ بالقصاص، فقال: «أخوها أنس بن النضر: أنكسر نية الربيع، لا، والله، فقال رسول الله ﷺ: «كِتَابَ اللَّهِ الْقِصَاصُ» وليس في كتاب الله تعالى ذكر قصاص إلا في هذه الآية.

### والثانية: الدية.

والثالثة: الكفارة ولهما بابان مفردان سيأتيان في موضعهما - إن شاء الله تعالى - والمقصود الآن الكلام في القصاص، وأشار بقوله في الكتاب: «والقصاص أو الدية» إلى أنهما لا يجتمعان لا وجوباً ولا استيفاء، وقد يوجد في النسخ «والقصاص والدية» هو صحيح أيضاً أي يتعلقان بالقتل في الجملة، وقدم الكفارة عليهما في الذكر؛ لأنهما أعم مجالاً، وتجامع كلاً منهما [وقد تفرد عنهما]<sup>(٤)</sup>.

(١) رواه الشافعي من حديث ابن مسعود وهو متفق عليه البخاري [٤٧٦١] ومسلم [٨٦].

(٢) رواه الشافعي [١٤٢٢] وأحمد والترمذي [٢١٥٩] وابن ماجه [٢٥٣٣] والحاكم [٣٥٠/٤] من حديث أبي أمامة بن سهل عنه، وفي الباب عن ابن مسعود متفق عليه البخاري [٦٧٧٨]، مسلم [١٦٧٦] وعن عائشة عند مسلم وأبي داود وغيرهما.

(٣) أخرجه النسائي من حديث بريدة بلفظ: قتل المؤمن أعظم عند الله من زوال الدنيا، وابن ماجه من حديث البراء بلفظ: لزوال الدنيا أهون عند الله من قتل مؤمن بغير حق، والنسائي من حديث عبد الله ابن عمرو، مثله، لكن قال: من قتل رجل مسلم، ورواه الترمذي وقال: روي مرفوعاً وموقوفاً.

(٤) قال الشيخ البلقيني: يستثنى منه ما إذا قتل مرتد مرتداً فإنه يجب القصاص، وإذا اقتضى الحال =

ثم القصاص لا يختص بالنفس، بل يجري في غير النفس من الأطراف وغيرها، والكلام فيه فئان:

أحدهما: في الموجب للقصاص.

والثاني: في حكم القصاص الواجب استيفاء تارة وعتواً أخرى. أما القرن الأول: فهو مرتب على نوعين: قصاص النفس، وقصاص الأطراف والجراحات.

أما النوع الأول: فللموجب فيه ثلاثة أركان، وهي: القتل والقَتِيلُ، والقَاتِلُ، وإذا كانت هذه الأركان بالصفات المفصلة من بعد، تعلق بها القصاص، هذا هو الترتيب المسبوق في الكتاب، وكان من حقه أن يقول: «والنظر في القصاص في الموجب والواجب، ومن الموجب في النفس والطرف»، وكذلك فعل في «الوسيط».

وقوله ها هنا: «والنظر في القصاص في النفس والطرف، ومن النفس في الموجب والواجب» لا يلائم موضع التفصيل.

الركن الأول: القتل قال: «وهو كل فعل عمد مخض عدوان من حيث كونه مزهقاً للروح» ومعناه أن القتل الذي هو ركن وجوب القصاص ومتعلقه هذا لا أن كل قتل هذا، وإنما قال فعل ليشمل الجرح وغيره، واحتراز بقوله: «عمد مخض» عما ليس بعمد أصلاً، وعما هو عمد من وجه دون وجه، ويسمى شبه العمد، وبقوله: «عدوان» عن أنواع القتل الجائز.

وقوله: «من حيث كونه مزهقاً للروح» يبين أن هذا الفعل لا بُد وأن يكون مزهقاً،

والتقدير: فعل مزهق عدوان، من حيث هو مزهق، وفي هذا القيد الآخر احتراز عما إذا غرر فيه إبرة، ومات في الحال من غير استعقاب ألم وورم، فإنه لا يتعلق به القصاص؛ لأنه ليس بعدوان من حيث هو مزهق؛ لأنه ليس بمزهق، أو لا يدري هل هو مزهق أم لا، وعما إذا استحق حز رقبته قصاصاً، فقدّه بنصفين، فإنه لا يتعلق به القصاص، وإن كان ذلك عدواناً؛ لأنه ليس بعدوان من حيث إنه مزهق، وإنما هو عدوان من حيث إنه عدل عن الطريق المستحق إلى غيره، ولما كانت الحاجة تمس في الضبط المذكور إلى تمييز العمد عن غيره، وإلى معرفة الفعل المزهق الذي يتعلق به القصاص مباشرةً وتسبباً، فإن اسم المزهق يقع على الطريقتين جميعاً، وإلى معرفة الحكم، فيما إذا اجتمع الطريقتان المباشرة والسبب، وما إذا اجتمعت مباشرتان، وعقد الكلام في هذه المقاصد أربعة أطراف:

= المال ثم يجب ولا تجب الكفارة بقتل المرتد بحال، وقس على هذا ما إذا قتل الزاني المحصن مثله ونحوه فإنه لا تجب الكفارة وإن وجب القصاص.

أحدها: في العَمْدِ به .

والثاني: في بَيَانِ الْمُزْهَقِ، وتعلّق القصاص بالمباشرة والسبب .

والثالث: في اجتماع السبب والمباشرة .

والرابع: في اجتماع المباشرتين وأما إذا اجتمع سببان، فالقول فيما يُرَجَّحُ منهما

مذكورٌ في «كتاب الدِّيَاتِ» .

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَالنُّظْرُ فِي أَطْرَافِ الطَّرْفِ الْأَوَّلِ فِي الْعَمْدِ الْمَخْضِ وَالْمَخْطَأِ مَا لَا قَصْدَ فِيهِ إِلَى الْفِعْلِ كَمَا لَوْ تَزَلَّقَ رِجْلُهُ فَسَقَطَ عَلَى غَيْرِهِ، أَوْ مَا لَا قَصْدَ فِيهِ إِلَى الشَّخْصِ كَمَا لَوْ رَمَى إِلَى صَنِيدٍ فَأَصَابَ إِنْسَانًا، وَالْعَمْدُ الَّذِي قُصِدَ بِهِ الشَّخْصُ وَكَانَ مَا قُصِدَ بِهِ مِمَّا يَقْتُلُ غَالِبًا وَإِنْ كَانَ بِمُثْقَلٍ لَا يَجْرَحُ (ح) أَوْ مَا يَقْتُلُ كَثِيرًا وَإِنْ لَمْ يَكُنْ غَالِبًا إِنْ كَانَ بِجَارِحٍ، أَمَّا مَا لَا يَقْتُلُ غَالِبًا وَإِنْ قَتَلَ كَثِيرًا كَالسُّوْطِ وَالْعَصَا، أَوْ يَقْتُلُ نَادِرًا كَعَزْرَةِ الْإِبْرَةِ الَّتِي لَا تُغَقَّبُ أَلْمًا ظَاهِرًا فَلَا قِصَاصَ فِيهِ، وَإِنْ أَعْقَبَ وَرَمًا وَأَلْمًا حَتَّى مَاتَ عَقِيبُهُ وَجَبَ الْقِصَاصُ، وَإِنْ لَمْ يُغَقَّبْ وَرَمًا وَمَاتَ عَقِيبُهُ فَوَجْهَانِ، وَلَوْ سَقَى غَيْرَهُ دَوَاءً يَقْتُلُ كَثِيرًا لَا غَالِبًا فَالظَّاهِرُ (و) أَنَّهُ كَعَزْرَةِ الْإِبْرَةِ لِأَنَّ أَغْشِيَةَ الْبَاطِنِ دَقِيقَةٌ فَتَنْقَطِعُ بِالْذَّوَاءِ .

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا صَدَرَ مِنْهُ فَعَلٌ قَتَلَ غَيْرَهُ، وَإِنْ شِئْتَ قُلْتَ أَهْلَكَهُ، نُظِرَ؛ إِنْ لَمْ يَقْصِدْ أَصْلَ الْفِعْلِ، كَمَا لَوْ تَزَلَّقَ رِجْلُهُ، فَسَقَطَ عَلَى غَيْرِهِ، فَمَاتَ أَوْ لَمْ يَقْصِدِ الشَّخْصَ الْمَتَأَثِّرَ، وَإِنْ قَصَدَ الْفِعْلَ، كَمَا إِذَا رَمَى إِلَى صَنِيدٍ، فَأَصَابَ إِنْسَانًا، أَوْ قَصَدَ إِنْسَانًا فَأَصَابَ غَيْرَهُ، فَهَذَا خَطَأٌ مَخْضٌ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ قِصَاصٌ، وَإِنْ قَصَدَ الْفِعْلَ وَالشَّخْصَ مَعًا، فَقَدْ يَكُونُ ذَلِكَ عَمْدًا مَحْضًا، وَقَدْ يَكُونُ شَبْهَ عَمْدٍ، وَفِي التَّمْيِيزِ بَيْنَهُمَا عِبَارَاتٌ وَطُرُقٌ لِلْأَصْحَابِ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - .

أحدها: أنه إذا وجد القصدان معاً، وعلمنا أن الموت حصل بفعله، فهو عمد موجب للقصاص، سواء قصد الإهلاك أو لم يقصده، وسواء كان الفعل مهلكاً غالباً أو نادراً؛ كقطع الأنملة، وإن ترددنا في أن الموت هل حصل به، فهو شبه عمد .

والثاني: أنه إن ضربه بجراح، فالحكم كما ذكرنا، وإن ضربه بمثقل، فيعتبر مع ذلك أن يكون مهلكاً غالباً، فإن لم يكن مهلكاً غالباً، ومات به، فهو شبه عمد، واعترض في «الوسيط» على الطريقة الأولى؛ بأنه لو ضرب كوعه بعصاً، فتورم الموضع، ودام الألم، حتى مات فإننا نعلم حصول الموت به، ولا يجب القصاص، وإنما الواجب فيه الدية على ما قال رسول الله ﷺ: «قَتِيلُ السُّوْطِ وَالْعَصَا فِيهِ مِائَةٌ مِنْ الْإِبِلِ» .

وعلى الثاني: بأن العمديّة قضية حسية لا تختلف بالجراح والمثقل، وكما يؤثّر الجراح في الظاهر بالشقّ والتخريب، يؤثّر المثقل في الباطن بالهدّ والترضيض، وفي كلام الإمام - رحمه الله - نحو من ذلك، واختار في «الوسيط» بعد الاعتراض طريقةً ثالثة، وهي التي أوردها [ها] هنا، وهي مشتملة على الفارق بين الجراح والمثقل بالمُعترَضِ عليه، وشَرَحُها أن إفضاء الفعل إلى الهلاك على ثلاث مراتبٍ غَالِبٍ وكثيرٍ ونادرٍ، والكثيرُ مرتبةٌ متوسطةٌ بين الغالبِ والنادرِ، ومثّل ذلك بالصحة والمرض والجذام مثلاً، فالصحة هي الغالبة في الناس، والجذام نادرٌ ومطلق المَرَضِ ليس غالباً ولا نادراً، فهو الذي نسميه كثيراً، فإن ضَرَبَهُ بما يُهْلِكُ غالباً، جارحاً كان أو مثقلاً، فهو عمْدٌ يتعلّق به القصاص، وإن كان يهلك كثيراً، فكذلك الحُكْمُ، إن كان جارحاً كالسُّكِّين الصغير، وإن كان مثقلاً، كالسوط والعَصَا، لم يتعلّق به القصاص، وإن كان يهلك نادراً، فكذلك لا يتعلّق به القصاص، وإن كان جارحاً كغرز الإبرة التي تعقب ألماً، ولا ورماً، وفرق بين الجراح وغيره؛ بأن الجراحات لها نكاية في الباطن، وتأثيرات خفية يَغْسُرُ الوقوف عليها، وقد تهلك الجراحة الصغيرة، ولا تهلك الكبيرة الواسعة، فنعتبر نفس الجراحة وصلاحتها، وبأن الجرح هو الطريق الذي يسلكه مَنْ يَقْصِدُ الإهلاك غالباً، فينط به القصاص، وإن لم يَكُنْ قدر ذلك الجرح مهلكاً غالباً وما لا يجرح، ليس طريقاً غالباً، فيعتبر فيه كونه مهلكاً لمثل هذا الشخص غالباً، فيحتاج فيه إلى النُّظَرِ والاجتهاد؛ لاختلافه باختلاف الأشخاص والأحوال، والعبارة الدائرة في كلام أكثر الأصحابِ أنه إن ضَرَبَهُ عمداً، بما يموت منه غالباً، فمات منه، فقد قتله عمداً، وإن ضربه عمداً بما لا يموت منه غالباً، فمات منه فهو شبه<sup>(١)</sup> عمْدٍ؛ ويمكن ردُّ هذا وما أورده في الكتاب، واختاره إلى شيءٍ واحدٍ.

إذا تفرّر ذلك، فلو جَرَحَهُ بمحدّد من حديد أو خشب أو حجر أو قصب أو زجاج أو نحاس وغيرها، فمات في الحال أو بعد مدّةٍ يسريّةٍ تلك الجراحة، وجب القصاص، والطَّعْنُ بالسُّنَّانِ وَعَزْرُ الْمَسَلَّةِ كالضرب بالسيف، وهذا في الجراحات التي لها وقع وتأثير، فأما إبانة فُلْقَةٍ خفيفة من اللحم، فهو كغرز الإبرة كذلك، ذكره الإمام - رحمه الله -، ولو غرز فيه إبرة، فمات، نُظِرَ؛ إن غرزها في مَقْتَلٍ، وجب القصاص؛ لِخَطَرِ الموضوع، وشدة تأثره، ومما عدّ من المقتل الدماغ والعينان، وأصول الأذنين، والحلق،

(١) يشترط مع كونه يقتل غالباً أن يعرف إنه إنسان حتى يخرج ما لو رمى إلى شخص اعتقد أنه نخلة فكان إنساناً لا يكون عمداً على الصحيح بل هو خطأ على الصحيح وبه قطع الشيخ أبو محمد. ذكره الشيخ البلقيني في تصحيح المنهاج واعتبار الشيخ قصد الفعل، والشخص يخرج ما لو رمى إلى شخصين أو جماعة وقصد إصابة أي واحد كان فاته لا يكون عمداً موجباً للقصاص.

وَتُغْرَةُ النَّخْرِ، وَالْأَخْدَعُ، وَهُوَ عَرَقٌ فِي الْعُنُقِ، وَالْخَاصِرَةُ، وَالْإِحْلِيلُ، وَالْأَنْثِيَانِ وَالْمِثَانَةُ، وَالْعِمَاجُ<sup>(١)</sup>، وَإِنْ غَرَزَهَا فِي غَيْرِ الْمَقْتَلِ، نُظِرَ؛ إِنْ ظَهَرَ أَثَرُ الْغَرَزِ؛ بَأَن تَوَرَّمَ الْمَوْضِعَ لِلْإِمْعَانِ فِي الْغَرَزِ، وَالتَّوْغَلُ فِي اللَّحْمِ، وَيَقِي مَتَأَلِّمًا ضَمْنًا إِلَى أَنْ مَاتَ، وَجِبَ الْقِصَاصُ بِظُهُورِ أَثَرِ الْجَنَائَةِ وَسَرَايَتِهَا إِلَى الْهَلَاكِ، وَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ لَهُ أَثَرٌ وَتَوَرَّمَ، وَمَاتَ فِي الْحَالِ، فَفِيهِ وَجْهَانُ:

أحدهما، وبه قال أبو إسحاق وأبو الطَّيِّبِ بن سلمة: يَجِبُ الْقِصَاصُ كَالْجَرَاحَاتِ الصَّغِيرَةِ بِغَيْرِ الْإِبْرَةِ؛ وَهَذَا لِأَنَّ الْجَرَاحَاتِ لَا يُضْبَطُ مَوْرَهَا وَنَكَايَتَهَا فِي الْبَاطِنِ؛ فَيُدَارُ عَلَى ظَاهِرِ الْجَرَحِ، وَلِأَنَّ فِي الْبَدَنِ مَقَاتِلَ خَفِيَّةَ سِوَى الْمَقَاتِلِ الظَّاهِرَةِ، فَالْمَوْتُ بِغَدِّ الْغَرَزِ يَشْعُرُ بِإِصَابَةِ الْجِرَاحَةِ بِغَضِّ تِلْكَ الْمَقَاتِلِ، وَيُزَوَّى هَذَا عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، وَذَكَرَ الْقَفَّالُ أَنَّهُ الْأَصَحُّ.

والثاني: وبه قال ابن سُرَيْجٍ وَالْإِصْطَخْرِيُّ، وَأَبُو عَلِيٍّ بن خَيْرَانَ، وَالطَّبْرِيُّ: أَنَّهُ لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ؛ لِأَنَّهُ لَا يُقْضَى إِلَى الْهَلَاكِ غَالِبًا مِنْ غَيْرِ سَرَايَةٍ وَتَوَرُّمٍ، فَأَشْبَهَ السُّوْطَ الْخَفِيْفَ، وَهَذَا مَا اخْتَارَهُ الْقَاضِيَانِ الطَّبْرِيُّ وَالرُّوْيَانِيُّ، وَذَكَرَ فِي «الْعُدَّة»: أَنَّهُ الْمَذْهَبُ، وَطَرِدَ طَارِدُونَ؛ مِنْهُمْ الْقَاضِي ابْنُ كَجِّ وَابْنُ الصَّبَاغِ الْوَجْهَيْنِ فِيمَا إِذَا تَوَرَّمَ الْمَوْضِعَ، وَدَامَ الْأَلَمُ إِلَى الْمَوْتِ، وَقَالُوا: الْفَعْلُ فِي نَفْسِهِ لَيْسَ مِمَّا يَقْصَدُ بِهِ الْهَلَاكِ، فَإِنَّهُ دُونَ الْقُضْدِ وَالْحِجَامَةِ اللَّذَيْنِ يُقَدِّمُ عَلَيْهِمَا النَّاسُ بِالِاخْتِيَارِ، وَلَا يُعَدُّونَهُمَا قِتْلًا، وَالْوَجْهَانِ فِي وَجُوبِ الْقِصَاصِ جَارِيَانِ فِي الدِّيَةِ أَيْضًا فِيمَا ذَكَرَ صَاحِبُ «الْعُدَّة» وَغَيْرُهُ، وَذَكَرَ فِي «التَّهْذِيبِ» عَلَى الْوَجْهِ الذَّاهِبِ إِلَى نَفْيِ الْقِصَاصِ: أَنَّهُ شَبَّهُ عَمْدًا وَهُوَ أَوْلَى وَفِي «الرَّقْمِ» لِلْعَبَادِيِّ: أَنَّ الْغَرَزَ فِي بَدَنِ الصَّغِيرِ وَالشَّيْخِ الْهَمَّ وَنَضْوِ الْخَلْقَةِ، يَوْجِبُ الْقِصَاصَ بِكُلِّ حَالٍ، وَأَنَّ الْفَرْقَ بَيْنَ الْمَقْتَلِ وَغَيْرِ الْمَقْتَلِ فِي حَقِّ الْكَامِلِ الْمَعْتَدِلِ الْحَالِ وَالْأَعْضَاءِ، وَلَوْ غَرَزَ الْإِبْرَةَ فِي جِلْدَةِ الْعَقَبِ وَنَحْوِهَا، وَلَمْ يَتَأَلَّمْ بِهِ، فَلَا قِصَاصَ<sup>(٢)</sup> وَلَا دِيَةَ، لِلْعِلْمِ بِأَنَّهُ لَمْ يَمِتْ مِنْهُ، وَالْمَوْتُ عَقِيْبَهُ مُوَافِقَةٌ قَدْرٌ، فَهُوَ كَمَا لَوْ ضَرَبَهُ بِقَلَمٍ أَوْ أَلْقَى عَلَيْهِ خَرْقَةً، فَمَاتَ، وَلَوْ ضَرَبَ إِنْسَانًا بِمِثْقَلِ كَبِيرٍ يَهْلِكُ غَالِبًا؛ كَالْحَجَرِ وَالِدَبُوسِ الْكَبِيرَيْنِ، أَوْ حَرْقَهُ أَوْ صَلَبَهُ أَوْ هَدَمَ عَلَيْهِ جِدَارًا أَوْ سَقْفًا أَوْ أَوْطَأَهُ دَابَّةً أَوْ دَفَنَهُ حَيًّا أَوْ عَصَرَ خَصِيَّتِيهِ عَضْرًا شَدِيدًا، فَمَاتَ، فَعَلِيهِ الْقِصَاصُ، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ وَأَحْمَدُ، وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: لَا قِصَاصَ، إِلَّا إِذَا جَرَحَهُ بِمَحْدَدٍ أَوْ حَرْقَهُ.

(١) وهو ما بين الخصية والدبر.

(٢) وما جزم به من عدم الضمان تبع فيه صاحب التهذيب والإمام والغزالي لكن القاضي الحسين أحق به بغير القتل فقال فيه ما سبق فيها، وحمله في المطلب على ما إذا أدخلها في اللحم فلا منافاة حيثئذ بين الثقلين، لكن قضية إطلاق العراقيين ما قاله القاضي.

لنا: ما روي أن يهودياً رضَّ رأسه جارية بين حجرين، ففَتَلَهَا فَأَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ برض رأسه بَيْنَ حَجْرَيْنِ وأيضاً، فقد تعمد إهلاكه بما يهلك غالباً، فأشبهه القتل بالمحدّد، وأيضاً، فلو أسقطنا القصاص لاتخذته أولو العرامة والفساد ذريعةً إلى إهلاك [الناس]، وإن ضربه بسوطٍ أو عصاً خفيفةٍ أو رماه بحجرٍ صغير، فإن وآلى الضربات، حتى مات أو اشتد الألم وضعف، وبقي ضمناً إلى أن مات، وجب القصاص<sup>(١)</sup>، وإن لم يوال واقتصر على سوطٍ أو سوطين، فإن ضربه في المقتل، أو في شدة الحرّ أو البرد المعينين على الهلاك، أو كان المضروب صغيراً أو ضعيفاً بأصل الخلقة، أو بعارض علّة، فكذلك؛ لأنه يهلك غالباً في هذه الأحوال، ولهؤلاء الأشخاص، وإن لم يكن شيئاً من ذلك ومات، فهو شبه عمد، ولو حنّقه أو وضع يده على فيه أو مخدة ونحوها، حتّى مات بانقطاع النفس، فعليه القصاص، وإن خلاه وهو حي، فكذلك، إن انتهى إلى حالة حركة المذبوح أو ضعف، وبقي متألماً إلى أن مات، فإن زال ما أصابه من الضعف والألم، ثم مات فقد انقطع أثر ذلك الفعل، وإن كانت مدة الإمساك [على الفم] قصيرة، لا يموت مثله في مثلها غالباً، فهو شبه عمد، وألحق الضرب بجمع الكف بالضرب بالعصا الخفيفة.

وقوله في الكتاب: «كما لو تزلّق رجله» في بعض النسخ زلق وهما واحد، وفي معناه ما إذا تولّد من اضطراب يد المرتعش هلاك.

وقوله: «وإن كان بمثقل لا يجرح» أعلم بالحاء؛ لأن المقصود ضبط العمد الذي يتعلّق به القصاص، ونفى أبو حنيفة تعلقه بالمثقل.

وقوله: «أما ما لا يقتل غالباً وإن قتل كثيراً» يعني من غير الجراح.

وقوله: «أو يقتل نادراً» أي من الجراح.

وقوله: «كعزّة الإبرة التي لا تُعقب ألماً ظاهراً» أي التي لا يعقب عززها، ولو قال: «الذي لا يعقب» لرجع إلى الغرز المتلفظ به، كان أولى وأشار بقوله: «لا تعقب ألماً ظاهراً» إلى الغرز في الجلد الخشن الذي لا يؤلم، والمراد من الظاهر الشديّد، ولا عبرة بالألم الخفيف الذي لا وقع له ولا تأثير.

(١) ما جزم به من القصاص في الثانية يخالف كلام الشافعي في الأم فإنه قال: ولو ضربه بالسياط على خاصرته أو بطنه أو على بدنه ضرباً متتابعاً أو على ظهره المائة والمائتين أو على آليته فإذا فعل هذا فلم يقلع عنه إلا ميتاً أو مغمى عليه ثم مات ففيه القود. انتهى وهو يفهم أنه إذا أفلح عنه قبل أن يموت وقبل أن يغمى عليه ثم بقي متألماً إلى أن مات لا قصاص فيه.

وقوله: «وإن أعقبَ ورماً وألماً حتى مات عَقِيْبَهُ وجب القصاص» يجوز إعلامه بالواو؛ لطريقة مَنْ طَرَدَ القَوْلَيْنِ مع ظهور أثر الغرز بالتورم، ولو لم يتعرَّض للألم، لم يَضُرْ؛ لأن الورم لا يَخْلُو عن الألم بخلاف عكسه.

وقوله: «وإن لم يعقب ورماً ومات عقيبه» هكذا صور في المسألة، ويُشبه أن لا يفترق الحال بين أن يتألم، ويموت في الحال، وبين أن يستمر التألم، ويموت بعد مدة، بل وجوب القصاص، إذا توالى الآلام أُولَى؛ لتأثيرها في الضعف والسراية، وكان سبب التصوير فيما إذا مات في الحال؛ أنه إذا لم يمُتْ، والألم دائم، فالغالب حدوث التورم وتبيين الألم على البَسْرَةِ، فتكون عين الصورة السابقة، وأما قوله: «وإن سَقَى غَيْرَهُ دواءً يقتل كثيراً لا غالباً» إلى آخره فالمقصود منه أن الأئمة تكلموا في أنه لو سقاه دواءً أو سُمّاً لا يُوَحِّي ولا يقتل غالباً، لكنه يقتل كثيراً، فيكون ذلك كالضرب بالمثل، أو كالجراح.

قال الإمام: والذي حصَّلتَه من قول الأصحاب: أنه كغرز الإبرة في غير المقتل؛ لأنه يلقي في الباطن أغشية رقيقة يجرحها، وتقطع هي به، فيشبه تأثيره تأثير الجراح في ظاهر البدن، ووجه إلحاقه بالمثلات سلامة الظاهر عن الخراب.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ حَبَسَهُ وَجُوعَهُ حَتَّى مَاتَ وَجَبَ الْقِصَاصُ، وَكَذَا لَوْ قَتَلَهُ بِالسَّخْرِ (ح و) وَأَعْتَرَفَ بِأَنَّهُ سَخَرَهُ يَقْتُلُ غَالِباً، وَإِنْ قَالَ: يَقْتُلُ نَادِراً فَلَا قِصَاصَ، وَالكَثِيرُ غَيْرُ النَّادِرِ وَالغَالِبُ إِذِ الْمَرَضُ كَثِيرٌ وَلَيْسَ بِغَالِبٍ وَلَا نَادِرٍ، وَلَوْ كَانَ بِهِ بَعْضُ الْجُوعِ وَحَبَسَهُ حَتَّى مَاتَ جُوعاً فَإِنَّ عِلْمَ جُوعِهِ لَزِمَهُ الْقِصَاصُ كَمَا لَوْ ضَرَبَ مَرِيضاً ضَرْباً يَقْتُلُ الْمَرِيضَ دُونَ الصَّحِيحِ، وَإِنْ كَانَ جَاهِلاً بِجُوعِهِ وَجَبَ الْقِصَاصُ فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ (و)، فَإِنْ لَمْ يُوجِبِ الْقِصَاصُ وَجَبَ كُلُّ الدِّيَةِ فِي قَوْلٍ، وَنَضَفَهَا فِي قَوْلٍ إِحَالَةً لِلْهَلَاكِ عَلَى الْجُوعَيْنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ مَسْأَلَتَانِ:

إحداهما: إذا حبسه في بيت، فمات جوعاً أو عطشاً، نُظِرَ؛ إن كان عنده الطعام والشراب، لكنه لم يتناولهُ خوفاً أو حزناً، أو أمكنه طلبه، ولو بالسؤال؛ فلم يفعل، لم يجب على مَنْ حبسه قِصاصٌ ولا ضمانٌ، والمحبوس هو الذي قَتَلَ نَفْسَهُ، وإن منعه من الطعام والشراب ومنعه من الطلب، حتى مات، نظر؛ إن مضت مدة يموت مثله فيها غالباً من الجوع أو العطش، فعليه القصاص، وتختلف المدة باختلاف حال المحبوس قوة وضعفاً، والزمان حرّاً ويزداد، [فإن] فقد الماء في الحرِّ ليس كهو في البرد، وإن لم تَمُضِ هذه المدَّةُ، ومات، فإن لم يكن به جوعٌ وعطشٌ سابقٌ، فهو شبه عمد، وإن كان به بعضُ الجوع أو العطش، ففيه طريقان:



أظهرهما: وهو المذكور في الكتاب: أنه إن علم الحابس جوعه السابق، لزمه القصاص؛ لظهور قصد الإهلاك، وإن لم يعلمه، فقولان: أحدهما: أنه يجب أيضاً كما لو ضرب مريضاً ضرباً يهلكه، ولا يهلك الصحيح، وهو جاهل بمرضه.

وأصحهما: على ما ذكر صاحب «التهذيب» [وغيره]: المنع؛ لأنه لم يقصد إهلاكه، ولا أتى بما هو مهلك وشبه ذلك بما إذا دَفَع إنساناً دفعاً خفيفاً، فسقط على سيكين وراءه، وهو جاهل، لا يلزمه القصاص، وفي مسألة ضرب المريض: وجه يأتي من بُعد، وبتقدير التسليم، وهو الصحيح، فقد فُرِّقَ بينهما بأن الضرب ليس من جنس المرض، فيمكن إحالة الهلاك عليه، والجوع من جنس الجوع، والقدر الذي يتعلّق منه بصنعه، لا يمكن إحالة الهلاك عليه، حتى لو ضعّف من الجوع، فضره ضرباً يقتل مثله، وجب القصاص.

والطريق الثاني: أنه إن كان جاهلاً، فلا قصاص قطعاً، وإن كان عالماً، ففيه قولان، فإن أوجبنا القصاص، فتجب الدية بتمامها، دية العمد إن كان عالماً ودية شبه العمد، إن كان جاهلاً، وإن لم نوجب القصاص، فقد حكى صاحب الكتاب وغيره في الدية قولين:

أحدهما: أنها تجب بتمامها، وإنما أسقطنا القصاص للشبهة.

والثاني: تجب نصف دية العمد أو شبه العمد؛ لحصول الهلاك بالجوعين معاً، وخروج أحدهما عن صنعه، وهذا ما أورده أكثرهم؛ تفرّيعاً على أنه لا يجب القصاص، وشبه الخلاف بالخلاف فيما إذا وُضِعَ في السفينة المُشْرِفَةَ على الغرق لثقلها متاعاً زائداً فغرقت، يجب عليه كل الضمان أو بعضه.

ولو منعه الشراب دون الطعام، فلم يأكل المحبوس خوفاً من العطش، فمات، فلا قصاص، وحكى أبو الحسن العبادي عن القفال: أنه يجب الضمان، وعن غيره: المنع؛ لأنه المهلك لنفسه، وهذا ما أورده صاحب «التهذيب» ولو راعى المحبوس بالطعام والشراب؛ لكنه مات في الحبس، فإن كان عبداً ضمّته باليد، وإن كان حراً، فلا ضمان، سواء مات حتف أنفه أو بانهدام سقف أو جدار عليه أو بلسع حية أو عقرب.

وعن أبي حنيفة: أنه يجب الضمان، إن كان صغيراً أو كان الموت بسبب؛ كانهدام أو لسع، ولو حبس إنساناً وعراه حتى مات بزداً، فهو كما لو حبسه ومنعه الطعام والشراب، ذكره القاضي الحسين<sup>(١)</sup> - رحمه الله - ولو أخذ زاده أو ماء أو ثيابه في

(١) وعجيب في اقتضاره على القاضي والمسألة منصوطة في الأم.

مفازة، فمات جوعاً أو عطشاً أو بزدأ، فلا ضمان؛ لأنه لم يُحدِث فيه صنْعاً.

**المسألة الثانية:** إذا سحر الساحر إنساناً، فمات، سئل عن سخره، فإن قال: قَتَلْتُهُ بِسُخْرِي، وَسُخْرِي يَقْتُلُ غَالِباً، لزمه القصاص<sup>(١)</sup>، وإن قال: قد يقتل، لكن الغالب أنه لا يُقتل، فهذا إقرارٌ منه بشبه العمد، وإن قال: قصدت غيره، فتأثر به؛ لموافقة الاسم، فهذا إقرارٌ منه بالخطأ، وفي الحالتين ديةٌ شبه العمد أو الخطأ تكون في ماله، لا على العاقلة، إلا أن يُصدِّقوه، فإن إقراره لا يلزمهم، وسنعود إلى الكلام في القتل بالسُّخر في «كتاب الديات» ثم في «كتاب دعوى الدم» إن شاء الله تعالى، وفي «المختصر» باب مفرّد به هنالك.

وقوله في الكتاب: «وكذا لو قتله بالسحر» يجوز أن يعلم بالحاء؛ لأن عنده لا قصاص في القتل بالسحر؛ بناء على أصله في القتل بغير الجراح، ويجوز أن يُعلم بالواو، لوجه مذكور في الموضع المُحال عليه ذاهب إلى أن السُّخر لا حقيقة له، [فلا قصاص فيه] وإنما قال واعترف بأن سخره يقتل غالباً؛ لأن القتل بالسحر لا يثبت إلا بالإقرار، ولا مدخل فيه للشهادة على ما سيأتي - إن شاء الله تعالى -.

وقوله: «والكثير غير النادر والغالب» إلى آخره، قد ذكرناه في الفصل السابق، وكان إيراده هناك أولى من تأخيره إلى هذا الموضع.

وقوله: «فإن علم جوعه لزمه القصاص» وقوله: «في أحد القولين» فيما إذا كان جاهلاً، يجوز أن يُعلم بالواو؛ للطريقة المثبتة للخلاف في حالة العلم القاطعة بتفي القصاص في حالة الجهل.

وقوله: «كما لو ضرب مريضاً ضرباً يقتل المريض دون الصحيح» فليس عليه حالة العلم ولا خلاف في وجوب القصاص، إذا علم الضارب أنه مريض، فأما إذا جهل مرضه، فقد ذكره في الكتاب من بعد، ومسألة التجويع أورد بعضها قبل مسألة السُّخر، وبعضها بعدها، ولو لفق بينهما ولم يُخلِّهما بمسألة السُّخر، لكان أحسن.

**فَرْع:** لو ضربه اليوم ضربةً وغداً ضربةً أخرى وهكذا؛ فَرَّق عليه الضربات، حتى مات، فقد حكى القاضي ابن كج فيه وجهين؛ لأن الغالب السلامة عند تفريق الضربات، وعن المسعودي: أنه إذا ضربه ضربةً واحدةً، ولم يكن على قصد أن يزيد عليها، فشتمه فضربه ضربةً أخرى، ثم شتمه فضربه ضربةً أخرى، حتى قتله، فلا ضمان؛ لعدم الموالة، وينبغي ألا ينظر في الباب إلى صورة الموالة، ولا تُقدَّر مدة

(١) في حاشية الأصل: في مسألة الاستيفاء من الجاهل ذكر أنه لو اقتص منها قبل استغناء الولد بلبن غيرها فمات الجنين أنه يجب الضمان وأنه أورد على ابن أبي هريرة مسألة المفازة فليوقف في الفرق.

التفريق، ولكن يُنظر إلى بقاء أثر الضربة السابقة والآلام الحاصلة بها، فإن بقيت، وضربت ضربة أخرى، فهو كما لو وآلى، والله أعلم.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: الطَّرْفُ الثَّانِي فِي بَيَانِ الْمُزْهِقِ وَهُوَ إِذَا شَرِطَ مَخْضَرٌ كَحَفْرِ الْبَثْرِ بِالنَّسْبَةِ إِلَى التَّرْدِي إِذِ التَّرْدِي عِلَّتُهُ التَّخْطِي وَلَكِنَّهُ عِنْدَ الْحَفْرِ لَا بِالْحَفْرِ، وَإِنَّمَا عِلَّةُ كَالْجِرَاحَاتِ الْقَاتِلَةِ فَإِنَّهَا تَوْلَدُ السَّرَايَةَ وَالسَّرَايَةَ سَبَبُ الْمَوْتِ، وَإِنَّمَا سَبَبٌ فَلَا يَتَعَلَّقُ الْقِصَاصُ بِالشَّرْطِ وَيَتَعَلَّقُ بِالْعِلَّةِ، وَالسَّبَبُ هُوَ الَّذِي لَهُ أَثَرٌ مَا فِي التَّوْلِيدِ كَمَا لِلْعِلَّةِ وَلَكِنَّهُ يُشْبِهُ الشَّرْطَ مِنْ وَجْهِ فَهَذَا عَلَى ثَلَاثِ مَرَاتِبٍ. الْأُولَى الْإِكْرَاهُ فَإِنَّهُ يُوَلَّدُ فِي الْمَكْرَهِ دَاعِيَةً الْقَتْلَ غَالِبًا فَيَتَعَلَّقُ بِهِ الْقِصَاصُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الفعل الذي له مدخل في الزهوق إما أن لا يؤثر في حصول الزهوق، ولا في حصول ما يؤثر في الزهوق ويحصله، وإما أن يؤثر في الزهوق، ويحصله، وإما أن يؤثر في حصول ما يؤثر في الزهوق ويحصله أما الأول، فكحفر البثر، مع الردى، أو التردية أو كالإمساك مع القتل، فإن الحفر له مدخل في الهلاك، ولولاه، لما حصل الهلاك بهذا الطريق، لكنه لا يحصل الزهوق ولا ما يحصل الزهوق، فإن المحصل للزهوق التردى في البثر ومصادفتها، والحفر لا يؤثر فيه، إنما المؤثر فيه التخطي والحركة في ذلك الصوب.

وأما الثاني: وهو الذي يؤثر في الزهوق ويحصله؛ كالقُدِّ والحَزِّ والجراحات

السارية.

وأما الثالث: فالإكراه المؤثر في القُدِّ والحَزِّ وعبر صاحب الكتاب عن القسم الأول بـ«الشرط» وعن الثاني بـ«العلة»، وعن الثالث بـ«السبب»، ولا يتعلق القصاص بالشَّرْطِ ويتعلق بالْعِلَّةِ، وكذا بالسبب على تفصيل واختلاف سيظهر، وها هنا كلامان:

أحدهما: ذكرنا في «باب الغصب» أن صاحب الكتاب لم يف برعاية هذا الإصطلاح في الشرط والسبب، وسمي الحفر سبباً في غير هذا الموضوع من الكتاب.

والثاني: قال في «الوسيط» ما يحصل الموت عقيب ينقسم إلى علة وشَرْطٍ وسبب، ويحمل على ما يحصل الموت عقيب من الأفعال التي لها مدخل في الزهوق، وله تعلق بها وإلا، فالقسمة غير حاضرة، ثم قال: العلة ما تولد الموت، إما بغير واسطة، كحز الرقبة، وإما بوسائط؛ كالرمي؛ فإنه يولد الجرح، والجرح يولد السراية، والسراية تولد الموت، ولك أن تقول: الروح غير متناول باليد ولا بالسيف والسهم، والجراحة الحاصلة بسهم الرامي كالجراحة الحاصلة بسيف المجيل والمحرك، [له] فإن صدق القول بأن الرمي يولد الجرح، والجرح السراية، والسراية الموت، وكان ذلك

مولدًا للموت بوسائط صدق القول بأن تحريك السيف في جهة الشخص، وإصابته تولد الجراحة، والجراحة السراية والسراية الموت، حتى يكون ذلك مولدًا للموت بوسائط. ولا فرق بينهما إلا أن الجراحة بالحز أوحى، ثم إذا كانت العلة ما تولد الموت بوسائط أو بغير واسطة، دخل في تفسيرها ما عدّه سبباً، لا علة، كالإكراه؛ فإنه يولد الضرب بالسيف أو الرمي من المكروه، وهو مولد للموت.

وقوله في الكتاب: «في بيان المزهق» ليحمل لفظ المزهق على ما له مدخل في الزهوق إلا على حقيقته، وهو الفعل المفيد للزهوق، وإلا لم يدخل الحفر فيه.

وقوله: «والسبب هو الذي له أثر ما في التوليد كما للعلة ولكنه يشبه الشزط من وجه» معناه أن السبب يُشارك العلة في مُطلق توليد الموت، إلا أن توليد السبب بوسائط، وتوليد العلة بلا واسطة ويُشبه الشزط من حيث إنه لا يولد الموت نفسه، وقد يوجد ويتخلف عنه الموت، ويمكن أن يفرق بين السبب والمباشرة؛ بأن المتسبب إلى القتل هو الذي يصدق أن يقال فيه إنه ما قتل، لكنه أمر به أو حمل عليه أو سلك الطريق المفضي إليه، وما أشبه ذلك، والمباشر هو الذي لا يصدق فيه هذا الكلام، ثم إنه جعل السبب على ثلاث مراتب.

إحداها: الإكراه، فإذا أكره إنساناً على قتل آخر بغير حق، فقتله، وجب القصاص على المُكروه؛ ووجهه بأنه أهلكه بما يقصد به الهلاك غالباً، فأشبه ما إذا رمى إلى إنسان فقتله؛ وهذا، لأن الإكراه يولد داعية القتل في المُكروه غالباً؛ ليدفع الهلاك عن نفسه، فيتعلق به القصاص.

وحكى الشيخ أبو عاصم العبادي، عن شيخه الأستاذ أبي طاهر عن شيخه الأستاذ أبي الوليد عن شيخه ابن سريج - رحمه الله عليهم -: أنه لا قصاص عليه؛ لأنه متسبب، والمُكروه مباشر ما ثوم بفعله، والمباشرة تتقدم على السبب، وقد يوقف هذا على أبي الوليد، والمذهب المشهور الأول، والكلام فيما يكون إكراهاً قد قدمناه في الطلاق وأوردنا فيه طرفاً، والذي مال إليه المعتبرون ها هنا ورجحوه أن الإكراه في القتل لا يخلص إلا بالتخريف بالقتل أو ما يخاف منه التلّف؛ كالقطع والجرح والضرب الشديد، بخلاف الطلاق، فإن الإكراه فيه لا يتحصّر في ذلك، على الأظهر، وحكم الإكراه الصادر من الإمام أو نائبه، والصادر من المتغلب واحد فيما ذكرناه.

وعن أبي حنيفة أن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان.

قال العزالي: الثانية: شهادة الزور فإنها تولد في القاضي داعية القتل غالباً من حيث الشزط فينأط (ح) بها القصاص عندنا إلا إذا اعترف الولي بكونه عالماً بتزويرهم. فلا يجب القصاص إلا عليه.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا شَهِدُوا عَلَى إِنْسَانٍ بِمَا يُوجِبُ الْقَتْلَ إِمَّا قِصَاصاً أَوْ بِالرَّدِّ أَوْ بِالزَّنَا، وَهُوَ مُخَصَّنٌ، فَحَكَّمَ الْقَاضِي بِشَهَادَتِهِمْ، وَقَتَلَ بِمُوجِبِهَا، ثُمَّ رَجَعُوا، وَقَالُوا: تَعَمَّدْنَا، وَعَلِمْنَا أَنَّهُ يُقْتَلُ بِشَهَادَتِنَا، لَزِمَهُمُ الْقِصَاصُ<sup>(١)</sup> خِلَافاً لِأَبِي حَنِيفَةَ.

لَنَا: أَنَّهُمْ تَسَبَّبُوا إِلَى قَتْلِهِ بِمَا يَفْضَى إِلَيْهِ غَالِباً، فَيَلْزِمُهُمُ الْقِصَاصُ كَالْمُكْرَهِ؛ وَهَذَا لِأَنَّ الشَّهَادَةَ تُؤَلِّدُ فِي الْقَاضِي دَاعِيَةَ الْقَتْلِ شَرْعاً كَمَا أَنَّ الْإِكْرَاهَ تُؤَلِّدُ الدَّاعِيَةَ حِسَاباً.

قَالَ الْإِمَامُ: بَلِ الشَّهَادَةُ أَبْلَغُ مِنَ الْإِكْرَاهِ؛ لِأَنَّ الْمُكْرَهَ قَدْ يَتَحَرَّزُ وَيُؤَثِّرُ هَلَاكَ نَفْسِهِ عَلَى سَفْكَ دَمٍ مُحَرَّمٍ، وَالْقَاضِي لَا مَحِيصَ لَهُ عَنِ الْحُكْمِ بِشَهَادَةِ الْعُدُولِ، وَلَوْ شَهِدُوا بِمَا يُوَجِّبُ الْقَطْعَ قِصَاصاً أَوْ سَرَقَةً، فَقَطَّعَ، ثُمَّ رَجَعُوا، فَعَلِيهِمُ الْقَطْعُ، فَإِنْ سَرَى، فَعَلِيهِمُ الْقِصَاصُ فِي النَّفْسِ.

وَقَدْ رُوِيَ أَنَّ رَجُلَيْنِ شَهِدَا عِنْدَ عَلِيٍّ - كَرَّمَ اللَّهُ وَجْهَهُ - عَلَى رَجُلٍ بِسَرَقَةٍ، فَقَطَّعَهُ ثُمَّ رَجَعَا عَنْ شَهَادَتَيْهِمَا، فَقَالَ: لَوْ أَعْلَمُ أَنَّكُمْ تَعَمَّدْتُمَا، لَقَطَّعْتُ أَيْدِيكُمْ<sup>(٢)</sup>.

وَإِنْ رَجَعَ الشُّهُودُ، وَقَالُوا: لَمْ نَعْلَمْ أَنَّهُ يُقْتَلُ بِقَوْلِنَا، أَوْ رَجَعَ الْمَزْكِي أَوْ رَجَعَ الْقَاضِي، إِمَّا مَعَ الشُّهُودِ أَوْ دُونِهِمْ أَوْ رَجَعَ الْوَلِيُّ إِمَّا وَحْدَهُ أَوْ مَعَهُمْ، فَكُلُّ ذَلِكَ سِيَئَاتِي فِي «كِتَابِ الشَّهَادَاتِ» إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

وَإِنَّمَا يَجِبُ الْقِصَاصُ عَلَى الشُّهُودِ، إِذَا أَخْرَجَتْ شَهَادَتُهُمْ مِبَاشَرَةً [الْوَلِيِّ] الْقَتْلِ عَنِ أَنْ يَكُونَ عَدَوَاناً، أَمَا إِذَا اعْتَرَفَ الْوَلِيُّ بِكَوْنِهِ عَالِماً بِكَذِبِهِمْ، فَلَا قِصَاصَ<sup>(٣)</sup> عَلَيْهِمْ.

(١) اسْتَشْكَلَ التَّصْوِيرُ فِي مَسْأَلَةِ الرَّدِّ لِأَنَّ الْحَاكِمَ يَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يَأْمُرَهُ بِالتَّوْبَةِ عَلَى أَظْهَرِ الْقَوْلَيْنِ إِذَا اسْتَبَاهَهُ فَلَمْ يَتَبَّ وَأَصْرَ عَلَى الْاِمْتِنَاعِ عَنِ كَلِمَةِ الشَّهَادَةِ فَهَذَا الْآنَ قَدْ ظَهَرَتْ رَدَّتُهُ بِامْتِنَاعِهِ مِنَ الْإِسْلَامِ وَالنُّطْقِ بِكَلِمَتِي الشَّهَادَتَيْنِ فَقَدْ قَطَعَ إِصْرَارَهُ الشَّهَادَةَ عَلَى رَدَّتِهِ قَتْلَ نَفْسِ الْاِصْرَارِ فَيَنْبَغِي أَنْ لَا يَجِبُ عَلَى الشُّهُودِ قِصَاصٌ إِذَا كَانَ لَهُ طَرِيقٌ فِي دَفْعِ الْقَتْلِ بِتَكْذِيبِ الشُّهُودِ، وَأَجَابَ الشَّيْخُ الْبَلْقِينِيُّ مَا نَصَّهُ: وَلَعَلَّ صُورَةَ الْمَسْأَلَةِ أَنْ يَصْرَ عَلَى تَكْذِيبِ الشُّهُودِ وَذَلِكَ لَا يَخْلُصُهُ فِي دَفْعِ شَهَادَتِهِمْ وَلَا يَقْتَضِي أَنَّهُ كَفَرٌ لِأَنَّ بَخْلَافَ مِنْ اسْتِثْنَائِهِ قَاصِرٌ، وَقَوْلُ الْمَصْنُفِ «وَعَلِمْنَا أَنَّهُ يُقْتَلُ بِشَهَادَتِنَا» مِثَالٌ لَا قَيْدَ فَلَوْ قَالَ أَحَدُهُمَا تَعَمَّدَتْ وَلَمْ أَعْلَمْ حَالِ صَاحِبِي وَقَالَ صَاحِبِي مِثْلَهُ أَوْ اقْتَصَرَ كُلُّ مَنَّهُمَا عَلَى قَوْلِهِ تَعَمَّدَتْ فَإِنَّهُ يَلْزِمُهُ الْقِصَاصُ كَمَا ذَكَرَهُ الْمَصْنُفُ فِي رَجُوعِ الشُّهُودِ عَنِ الْبَغْوِيِّ وَأَقْرَهُ. (قَالَ فِي الْخَادِمِ).

(٢) رَوَاهُ الشَّافِعِيُّ وَمِنْ طَرِيقَةِ الْبِيهَقِيِّ [٢٥١/١٠] أَنَا سَفِيَانُ، عَنِ مَطْرَفٍ عَنِ الشَّعْبِيِّ بِهَذَا، وَإِسْنَادُهُ صَحِيحٌ، وَقَدْ عَلَّقَهُ الْبِخَارِيُّ بِالْجُزْمِ، فَقَالَ: وَقَالَ مَطْرَفٌ وَرَوَاهُ الطَّبْرِيُّ عَنِ بَنْدَارٍ عَنِ غَنْدَرٍ عَنِ شُعْبَةَ عَنِ مَطْرَفٍ نَحْوَهُ.

(٣) قَالَ الشَّيْخُ الْبَلْقِينِيُّ فِي تَصْحِيحِ الْمَنَهَاجِ: اعْتِرَافُ الْوَلِيِّ بِعِلْمِهِ بِكَذِبِهِمْ قَدْ يَكُونُ بَعْدَ الْقَتْلِ فَهَذَا هُنَا يَجِبُ عَلَيْهِمُ الْقِصَاصُ وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْمَصْنُفِ فَإِنَّهُ عَبَّرَ بِقَوْلِهِ: «إِذَا اعْتَرَفَ الْوَلِيُّ بِكَوْنِهِ عَالِماً بِكَذِبِهِمْ» أَيَّ حَالِ الْقَتْلِ وَالْمَرَادُ بِالْوَلِيِّ وَلِيِّ الْمَقْتُولِ أَمَا لَوْ اعْتَرَفَ وَلِيُّ الْقَاتِلِ بِأَنَّ مَوْرَثِي قَتَلَ =

قال في «الوسيط»: لأنهم لم يلجئوه حساً، ولا شرعاً، فصار قولهم شرطاً محضاً، كالإمساك.

وقوله في الكتاب: «شهادة الزور» المراد ما إذا شهدوا ورَجَعُوا، والقصاص يُنَاط بِرَجُوعِهِمْ واعترافهم بالتعمد لا يكذبهم، حتى لو تَيَقَّنَّا كذبهم؛ بأن شاهدنا المشهود بقتله حَيًّا فلا يظهر وجوب القصاص عليهم؛ لجواز أنهم لم يتعمدوا.

وقوله: «فيناط به القصاص عندنا» كلمة «عندنا» على خلاف عادة الكتاب، ثم هي غير مغنية عن الإعلام بالحاء؛ لأنه لا يعرف من المملفوظ أنه عند من لا يُنَاطُ بها القصاص؟

وقوله: «إلا إذا اعترف الولي بكونه عالماً بتزويرهم» ها هنا يكفي الاعتراف بكذبهم، ويقتضي ذلك وجوب القصاص عليه، رجَعُوا أو لم يَرَجِعُوا.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّالِثَةُ: مَا يُؤَلَّدُ الْمُبَاشَرَةَ تَوْلِيداً حَرْفِيًّا لَا حِسِيًّا وَلَا شَرْعِيًّا كَتَقْدِيمِ الطَّعَامِ الْمَسْمُومِ إِلَى الضَّيْفِ وَحَفْرِ بَثْرِ فِي الدَّهْلِيْزِ وَتَغْطِيَةِ رَأْسِهِ عِنْدَ دَعْوَةِ الضَّيْفِ، وَفِي أَرْتِبَاتِ الْقِصَاصِ بِهِ قَوْلَانِ لِأَنَّ الضَّيْفَ مُخْتَارٌ لَيْسَ مُلْجَأً حِسًّا وَشَرْعًا، فَإِنْ قُلْنَا: لَا قِصَاصَ وَجِبَتِ الدِّيَّةُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لَمَّا كَانَ التَّوْلِيدُ فِي الْمَرْتَبَةِ الْأُولَى، وَهِيَ الْإِكْرَاهُ حِسِيًّا، وَفِي الْمَرْتَبَةِ الثَّانِيَةِ، وَهِيَ الشَّهَادَةُ شَرْعِيًّا، أَشَارَ إِلَى ذَلِكَ بِقَوْلِهِ فِي هَذِهِ الْمَرْتَبَةِ. «تَوْلِيداً عَرَفِيًّا لَا حِسِيًّا وَلَا شَرْعِيًّا» وَالْمَقْصُودُ أَنَّهُ إِذَا أُوْجِرَ غَيْرُهُ سَمًّا صِرْفًا أَوْ مَخْلُوطًا، وَهُوَ مِمَّا يَقْتُلُ غَالِبًا مُوجِبًا أَوْ غَيْرَ مَوْجٍ، فَمَاتَ، لَزِمَهُ الْقِصَاصُ، وَإِنْ كَانَ لَا يَقْتُلُ غَالِبًا، وَقَدْ يَقْتُلُ، فَهُوَ شَبْهُ عَمْدٍ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ الْقِصَاصُ، لَكِنْ لَوْ كَانَ الْمَوْجِرُ ضَعِيفًا لِمَرَضٍ أَوْ غَيْرِهِ وَمِثْلُهُ يَقْتُلُ مِثْلَهُ غَالِبًا، وَجِبَ الْقِصَاصُ؛ هَذَا هُوَ الظَّاهِرُ الْمَعْرُوفُ.

وفي كتاب القاضي ابن كج قولٌ أن السمَّ، وإن كان مما لا يقتل غالباً، فإذا مات الموجرُ به، وجب القصاص، لأن السموم لها نكايات في الباطن؛ كالجراحات، فالموت به كالموت بالجراحة الخفيفة التي لا تقتل غالباً.

ولو قال الموجر: الذي أوجرته كان ممَّا لا يقتل غالباً، ونازعه الولي، فالقول

= وكذب الشهود في رجوعهم.

قال الشيخ البليغي: فلا قصاص على الشهود قال: ولم يذكر الأصحاب هذه الصورة وإنما ذكروا اعتراف ولي القتل. الخ.

وهو ظاهر لاعتراف مستحق القصاص بإسقاطه بل بعدم وجوبه.

قول الموجر مع يمينه، فإن ساعدته بينة على ما يقوله، حُكِمَ بها، ولا يمين عليه، وإن أقام الوليُّ بينة على ما يقوله، وجب القصاص، ولو اتفقا على أنه كان من هذا السم الحاضر، وشهد عدلان بأن هذا يقتل غالباً، تَمَّتِ البينة، ولو قال: لم أعلم كونه سُمّاً أو كونه قاتلاً غالباً، ونازعه الوليُّ، فقولان:

أحدهما: أنه لا يُلتفت إلى قوله، ويلزمه القصاص، كما لو جرحه، وقال لم أعلم أنه يموت من هذه الجراحة.

والثاني: المنع؛ لأنه مما يشتهى ويخفى بخلاف الجراحة ورأى القاضي الروياني الأول أظهر فيما إذا قال: لم أعلم كونه قاتلاً غالباً.

ولو لم يُوجر السم القاتل ولكن أكرهه عليه حتى شرب بنفسه، فعن الداركي وغيره: أن في وجوب القصاص عليه قولين، قال في «العدة»: أصحهما: وجوب القصاص والوجه أن يكون هذا كما لو أكرهه، على أن يقتل نفسه، وسيأتي - إن شاء الله تعالى - .

ولو ناوله الطعام المسموم، وقال: كُلْه، أو قدّمه إليه وأضافه به، فأكله ومات، فإن كان صبيّاً أو مجنوناً، لزمه القصاص، سواء قال لهما: إنه مسموم قاتل، أو لم يقل، وبمثله أجابوا في الأعجمي الذي يعتقد أنه لا بُدَّ من الطاعة في كل ما يشار عليه به، ولم يفرقوا بين الصبيِّ المميز وغيره، ولا نظروا إلى الخلاف في أن عمد الصبيِّ عمد أو خطأ، وللنظرين مجالاً وإن كان بالغاً عاقلاً، فإن بيّن له حال الطعام، فلا شيء على المناول والمقدم، والأكل هو الذي أهلك نفسه، وإن لم يبيّن، ففي القصاص قولان مرويان عن «الأم» وهما جاريان فيما إذا غطى رأس البئر في دهليزه، ودعا إلى داره ضيفاً، وكان الغالب أنه يمرُّ على ذلك الموضع، إذا أتاه، فاتاه، وهلك به.

أحد القولين: أنه يلزمه القصاص؛ لأنه تغرير يفضي إلى الهلاك غالباً في شخص معين، فأشبهه الإكراه.

والثاني: المنع؛ لأنه فعل ما هلك به باختياره من غير إجماع حسي ولا شرعي، ورجح القاضي الروياني وغيره الأول من القولين، ومال الإمام وغيره إلى ترجيح الثاني، وهو قياس ما سبق في مسائل التغرير والمباشرة في «كتاب الغصب» وغيره وطرده في «التهديب» القولين فيما إذا قال: كُلْ، وفيه شيء من السم، لكنه لا يضر، وفيما إذا جعل السم في داء ماء على الطريق، فشرب منه إنساناً، ومات، وليكن الفرض فيما إذا كان طريق شخص معين إما مطلقاً أو في ذلك الوقت، وإلا لم تتحقق العمدية به، وإذا قلنا: لا يجب القصاص، ففي الدية قولان، حكاهما الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والإمام عن رواية شيخه:

أحدهما: لا يجب أيضاً تغليياً للمباشرة على السبب.

والثاني: يجب لأن تقديم الطعام المسموم يُعدُّ قتلاً في مستقر العادة، وهو على كل حال أقوى من حفر البئر، فلا يمكن إحباطه، والقصاص إنما اندفع للشبهة، والأول هو الذي أورده في «التهذيب».

والثاني: أظهر عند الإمام، وهو المذكور في الكتاب، ويقال إن القاضي الحسين قطع به، وقد يعبر عن الغرض؛ بأن في الدية طريقتين:

أحدهما: أنها على قولِي القصاص.

والثاني: القطع بوجوبها، ولو دَسَّ السُّمَّ في طعام إنسان، فأكله صاحبه جاهلاً بالحوال ومات، فطريقان.

أظهرهما: أنه على القولين في تقديم الطعام، إذا كان الغالبُ أنه يأكل منه، والثاني: القطع بالمنع؛ لأنه لم يوجد منه تغرير، وحمل على الأكل وإنما الذي وجد منه إتلاف طعامه، فعليه ضمانه، ولو دسه في طعام نفسه، فدخل عليه إنسان داره بغير إذنه فأكله، فلا ضمان عليه، فإن كان الرجل ممن يدخل داره، ويأكل انبساطاً، فيجري القولان في القصاص، أو يُقَطَّع بنفيه حكى الإمام فيه طريقتين.

وليعلم قوله في الكتاب: «فإن قلنا: لا قِصاص، وجبت الدية» بالواو؛ للخلاف الذي بيَّناه، وقد ذُكر الخلاف في الضمان صاحب الكتاب في مسألة الدهليز في «الديات»، وإن لم يورده ها هنا، وفي «الشامل» وغيره نقل طريقة قاطعة في مسألة الدهليز تمنع القصاص؛ لأنه تيسر معرفة البئر بخلاف السُّم، ويجوز أن يعلم قوله: «وفي ارتباط القصاص به قولان» بالواو لذلك.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَلَوْ جَرَى سَبَبٌ وَقَدَرَ الْمَقْصُودُ عَلَى دَفْعِهِ فَإِنْ كَانَ السَّبَبُ مُهْلِكاً وَالذَّفْعُ غَيْرَ مَوْثُوقٍ بِهِ كَتَرَكَ مُعَالَجَةَ الْجُرْحِ وَجَبَ الْقِصَاصُ عَلَى الْجَارِحِ، وَإِنْ فُقِدَ الْمَعْتَبَانِ كَمَا لَوْ قَتَحَ عِرْقَهُ فَلَمْ يَغْصِبْ حَتَّى تَرَفَ الدَّمُ، أَوْ تَرَكَهُ فِي مَاءٍ قَلِيلٍ فَبَقِيَ مُسْتَلْقِياً حَتَّى عَرِقَ فَلَا قِصَاصَ، وَإِنْ كَانَ السَّبَبُ مُهْلِكاً لَكِنَّ الدَّفْعَ سَهْلاً كَمَا لَوْ أَلْقَى مَنْ يُخْسِنُ السَّبَاحَةَ فِي مَاءٍ مُغْرِقٍ فَلَمْ يَسْخِجْ فَوْجَهَانَ لِأَنَّهُ رُبَّمَا يَذْهَبُ عَنِ السَّبَاحَةِ، وَلَوْ أَلْقَاهُ فِي نَارٍ فَوَقَّفَ فَالظَّاهِرُ وَجُوبُ الْقِصَاصِ لِأَنَّ الْأَعْصَابَ قَدْ تَتَشَجَّجُ بِإِلْقَائِهِ فِي النَّارِ فَتَغْسُرُ الْحَرَكَةَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْفَضْلُ ثَلَاثُ مَسَائِلَ نَذَرْنَاهَا ثُمَّ نَعُودُ إِلَى مَا يَتَعَلَّقُ بِتَرْتِيبِهَا وَتَنْزِيلِهَا مِنْهَا.



**الأولى:** إذا جَرَحَهُ جِرَاحَةٌ مُهْلِكَةٌ، فلم يعالجها المجروح، حتى مات، وجَبَ القصاص على الجراح؛ لأن البُرء غَيْرُ موثوق به ولو عالج، والجناية في نفسها مهلكة، وليس كما إذا حَبَسَهُ في بيت، والطعام حاضر، فلم يأكله حتى مات؛ لأن الحبس بمجرده ليس بمُهْلِك.

**الثانية:** لو غَرَقَهُ في ماء فإن أمسكه فيه، حتى مات أو خلاه، وفيه حياة، ولكن تألم به وبقي ضمناً إلى أن مات، وجَبَ القصاص، وإن ألقاه في الماء، فمات به نظر؛ إن كان الماء بحيث لا يتوَقَّع الخلاص منه كَلَجَّةِ البَحْرِ التي لا يمكن الخروج منها، ولا تنفع فيها السباحة، وجَبَ القصاص سواء، كان المُلْقَى مِمَّنْ يُحْسِنُ السباحة أو لا يُحْسِنُها، وإن كان بحيث يتوَقَّع الخلاص منه، فإن كان قليلاً، لا يعد مثله مغرقاً، كما لو كان واقفاً في موضع منبسط، فمكث المُلْقَى فيه مضطجعاً أو مستلقياً حتى هَلَكَ<sup>(١)</sup>، فلا قصاص ولا دية؛ فإنه الذي أهْلَكَ نَفْسَهُ، والإلقاء في مثله يجري على سبيل المداعبة<sup>(٢)</sup>، فلا يعد إهلاكاً.

نعم، لو كَتَّمَهُ، وألقاه على هيئة لا يمكنه الخلاص، فعليه القصاص، وإن كان يعد مغرقاً؛ كالأنهار الكبيرة التي لا يتخلَّص منها إلا بالسباحة، فإن كان المُلْقَى مكتوفاً أو صيباً أو زَمِناً أو ضعيفاً، وجب عليه القصاص؛ لأنه مُهْلِكٌ لمثله، وكذا إن كان قوياً لكن لا يحسن السباحة، وإن كان يحسنها، فَمَنَعَهُ من ذلك عارضٌ موج أو ريح، فلا قصاص، والحاصلُ شُبُه عَمْدٍ، وإن امتنع من السباحة، ولا مانع حزنأ أو لجاجأ، ففي وجوب الدية وجهان أو قولان:

أحدهما: يجب؛ لأنه قد يمنعه من السباحة دهشةٌ وعارضٌ باطن وأيضاً، فالإلقاء في الماء المُغْرَقِ مهْلِكٌ، والسباحة حيلةٌ دافعةٌ له، فأشبه ما إذا امتنع من معالجة الجُرح.

وأصحهما: على ما ذكر صاحب «التهذيب» وغيره: المنع؛ لأنه بتزك السباحة مُغْرَضٌ عما ينتجيه يقيناً، متلف نفسه، فصار كإعراض المحبوس عن أكل الطعام، وفيه طريقتان أخريان:

إحدهما: حكى الشيخ أبو محمد وآخرون، القطع بَعْدَ الوجوب.

والثانية: نقلها القاضي الروياني عن القفال: القطع بالوجوب، وتنزيل ترك السباحة منزلة ترك المعالجة، وهذا في الضمان، أما القصاص، فالمشهور منعه، وحكى

(١) لم يفرق الشيخ في هذا القسم بين المميز وغيره ولا بين القادر على الحركة وغيره قال في القوت: والظاهر أن المراد والمميز والقادر على الخروج منه.

(٢) في ز: الملاعة.

الإمام وجهاً: أنه يجب على القول بوجوب الضمان؛ لأننا إذا أوجبنا الضمان، ألقينا تارك السباحة الذي يُحسِنها بمن لا يحسن السباحة في الضمان، فكذلك في القصاص.

الثالثة: لو ألقاه في نار لا يمكنه التخلُّص منها إما لعظمتها أو لكونها في بئر أو وهدة، أو لكونه مكتوفاً أو زميماً أو صغيراً، فمات فيها أو خرج منها متأثراً متألماً، وبقي ضمناً إلى أن مات، فعليه القصاص، وإن أمكنه التخلُّص والخروج منها، فلم يفعل حتى هلك، ففي الدية قولان منسوبان إلى رواية الربيع، والأصحُّ منهما على ما ذكره القاضيان الطبريُّ والرويانِي وصاحب «التهذيب» وغيرهم - رحمهم الله - المنع، كما سبق في مسألة الماء، وإذا لم نوجب الدية بتمامها، وجب ضمان ما يتأثر بالنار بأول الملاقاة إلى تقصيره وتفاعله عن الخروج من أرض عضو أو حكومة لا محالة، وأما القصاص، فالمشهور أنه<sup>(١)</sup> لا يجبُ كما ذكرنا في الماء، وفيه وجهٌ حكاه القاضي ابن كج عن أبي الحسين وجماعة عن القفال، ومن تابعه: أنه يجب، وإن لم يجب في مسألة الماء، وفرَّقوا بأن النار تؤثر، وتقرح بأول المس، والفروح الحاصلة بها جراحات قاتلة، بخلاف ملاقاته الماء، ولذلك يُرَدُّ الإنسان الماء اختياراً، ولا يرد النار، وبأن لفح النار يورث دهشة وحيرة تمنع من الخروج، بخلاف الوقوع في الماء القليل، وهذا ما أجاب به أبو الحسن العباديُّ في «الرقم» وادعى أن بعض البغدادية من الأضحاب، نقل هذا الجواب إلى «مسألة الماء»، فأوجب فيه القصاص، والجواب المعروف في «مسألة الماء» إلى هذه فمنعه وجعلهما على قولين، والجمهور على التسوية بين الصورتين، وإليه ذهب القاضي الحسين ومنع الإمام قال: ولو كانت النار بحيث تؤثر بأول المس، ويمنع من الخروج، فليست الصورة كالصورة التي يتكلم فيها، وقد يتصور الإلقاء في النار؛ بحيث لا يتأثر البدن في أول الأمر؛ لكثافة الملابس وغيرها والله أعلم، وأما لفظ الكتاب وترتيب المسائل فاعلم أنه أدرج المسائل الثلاث في جملة واحدة، فقال: «إذا تسبب إلى ما أفضى إلى هلاك الغير، وتمكَّن المقصود من الإتيان بما يتوَّع [منه] دفعه، فلم يفعل» فله ثلاث مراتب:

إحداها: أن يكون السبب ما يُفصد به الهلاك غالباً، ولم يكن طريق الدفع موثوقاً به كترك معالجة الجرح، فيجب القصاص.

(١) قال الشيخ البلقيني: جمع في هذا الكلام بين أمرين لا يجتمعان على اصطلاحه فإنه قال: لا تجب الدية على الأظهر، وإذا انتفت الدية على الأظهر انتفى القصاص فكيف جعل الخلاف في القصاص وجهين وقد نص الشافعي على انتفاء الدية، ونص على انتفاء القود فكان المستقيم في العبارة أن يقول: فلا قصاص على المنصوص المعروف أو على المشهور إن ثبت عنده قولان في القصاص ولا دية على الأظهر.

والثانية: أن يُفقدَ المعنيان؛ بأن لا يكون السبب مهلكاً، ويكون الدفع موثقاً به، كما إذا تركَ المحبوس تناولَ الطعامِ الحاضرِ أو قَصَدَه فلم يَغْصِبِ العرق، حتى مات أو ألقاه في ماء قليل، فلم يَخْرُجْ، فلا قصاص.

والثالثة: أن يكون السبب مهلكاً، والدفع سهلاً موثقاً به، كما إذا ألقاه في ماءٍ مُغْرِقٍ، أو نارٍ، فلم يخرج مع سهولته، ففيه الخلاف.

وقوله: «حتى نزع الدم» يجوز نَزَفَ، ونُزِفَ، ويقال: الدم نَزَفَ الدم يَنْزِفُ، إذا خرج منه دمٌ كثيرٌ، حتى ضَعُفَ، ونزع دمه وعقله، ويقال نَزَفَتِ البِثْرُ، إذا أخرجت ماءها كُلَّهُ، ونزفت تتعدى ولا يتعدى.

وقوله: «رُبَّمَا يُدْهَشُ» أو يدهش يقال دَهَشَ دَهْشاً، إذا تحيرَ ودُهَشَ يُدْهَشُ على ما لم يُسَمِّ فاعله.

وقوله: «فلم يسبح، فوجهان» يعني في القصاص، وإن كان الخلاف جَارِياً في الدية، على ما بيناه؛ لأن المذكور في الصورة السابقة القِصَاصُ، حيث قال: «فَلَا قِصَاصٌ» ولأنه أورد الخلاف في «الوسيط» في الدية، ثم رتَّبَ عليه الخِلافَ في القصاص.

وقوله: «فالظاهر وجوب القصاص» اختيارٌ للوجه المحكي عن القفال - رحمه الله -، والراجح عند أكثرهم المنع على ما بين.

فَنَزَعُ: قال الملقى: كان يمكنه الخروج مما ألقته فيه من الماء أو النار، فقصر، وقال الولي: لم يمكنه، فالمصدق بيمينه الملقى؛ لأن الأصل براءة ذمته أو الولي؛ لأن الظاهر أنه لو أمكنه الخروج لخرج فيه وجهان<sup>(١)</sup>، ويقال قولان:

أخرُ كَثَمَهَ وطَرَحَهَ على الساحل، فزاد الماء وهلك، إن كان في موضع يُعَلِّمُ بزيادة الماء فيه، كالمد بالبصرة، وجب القود، وإن كان قد يزيد وقد لا يزيد، فهو شبه عمد، وإن كان بحيث لا يتوقع الزيادة، فاتفق سيلٌ نادرٌ، فهو خطأ مخض<sup>(٢)</sup>.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: الطَّرْفُ الثَّالِثُ فِي اجْتِمَاعِ السَّبَبِ وَالْمُبَاشَرَةِ أَمَّا الشَّرْطُ فَلَا يَبْقَى لَهُ حُكْمٌ مَعَ الْمُبَاشَرَةِ كَالْمُمْسِكِ مَعَ الْقَاتِلِ وَالْحَافِرِ مَعَ الْمُزْدِي، وَأَمَّا الْمُبَاشَرَةُ وَالسَّبَبُ فَعَلَى مَرَاتِبٍ: الْأُولَى أَنْ يَغْلِبَ السَّبَبُ الْمُبَاشَرَةَ وَهُوَ إِذَا لَمْ تَكُنِ الْمُبَاشَرَةُ عُدْوَانًا كَقَتْلِ الْقَاضِي وَالْجَلَادِ مَعَ شَهَادَةِ الزُّورِ فَالْقِصَاصُ عَلَى الشُّهُودِ.

(١) قال النووي: الراجح تصديق الولي.

(٢) قال في الخادم: كان التصوير أي في قوله وجب القصاص في ما إذا طرحه في زمن الزيادة، فإن كان في غيرها فاتفق زيادة في غير وقتها المعتاد فالظاهر أنه لا قود فيه.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَقْضُودُ الطَّرْفِ الكَلَامُ فِيمَا إِذَا اجْتَمَعَ سَبَبٌ وَمَبَاشِرَةٌ، وَقَدَّمَ عَلَيْهِ أَنْ الشَّرْطَ وَالْمَبَاشِرَةَ إِذَا اجْتَمَعَا، فَالْمُؤَاخَذَةُ بِالْقِصَاصِ، وَالضَّمَانُ يَكُونُ عَلَى الْمَبَاشِرِ، لَا عَلَى صَاحِبِ الشَّرْطِ، حَتَّى إِذَا حَفَرَ بَشْرًا فِي مَحَلِّ عَدُوَانٍ أَوْ غَيْرِهِ، فَرَدِي غَيْرِهِ فِيهَا إِنْسَانًا، فَالْقِصَاصُ أَوْ الضَّمَانُ عَلَى الْمُزْدِي دُونَ الْحَافِرِ، وَلَوْ أَمْسَكَ إِنْسَانًا، فَقَتَلَهُ آخَرَ، فَالْقِصَاصُ أَوْ الضَّمَانُ عَلَى الْقَاتِلِ، وَلَا شَيْءَ عَلَى الْمُنْسِكِ إِلَّا أَنَّهُ يَأْتِمُ، إِنْ أَمْسَكَهُ؛ لِيَقْتُلَهُ الْآخَرَ، وَيُعَزَّرَ عَلَيْهِ، وَاحْتَجَّ لَهُ بِمَا رُوِيَ أَنَّهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: «يُقْتَلُ الْقَاتِلُ، وَيُصْبِرُ<sup>(١)</sup> الصَّابِرُ» قِيلَ مَعْنَاهُ: أَنَّهُ يُخَيَّرُ تَعْزِيرًا، أَوْ بِأَنَّهُ لَوْ أَمْسَكَ امْرَأَةً حَتَّى زَنَى بِهَا غَيْرِهِ، يَكُونُ الْحَدُّ عَلَى الزَّانِي دُونَ الْمُنْسِكِ، قَالَ مَالِكٌ: إِنْ أَمْسَكَهُ لِلْقَتْلِ، فَهَمَّا شَرِيكَانِ، وَعَلَيْهِمَا الْقِصَاصُ.

وَهَذَا الَّذِي ذَكَرْنَاهُ فِي الْحُرِّ، أَمَا إِذَا كَانَ الْمَقْتُولُ عَبْدًا، فَيَطَالِبُ الْمُنْسِكُ بِالضَّمَانِ لِلْيَدِّ وَالْقِرَاؤِ عَلَى الْقَاتِلِ، وَلَوْ أَمْسَكَ مُحْرَمًا صَيِّدًا، فَقَتَلَهُ مُحْرَمًا آخَرَ، فَقَرَارَ الضَّمَانِ عَلَى الْقَاتِلِ وَتَوَجَّهَ الْمَطَالِبَةُ عَلَى الْمُنْسِكِ، وَيُنَزَّلُ إِسْمَاكَ الصَّيِّدِ مَنْزِلَةَ إِسْمَاكَ الْعَبْدِ.

قَالَ الْإِمَامُ وَغَيْرُهُ: هَذَا هُوَ الظَّاهِرُ، وَقَدْ ذَكَرْنَا الْمَسْأَلَةَ وَالْخِلَافَ فِي «الْحَجِّ».

وَلَوْ قَدَّمَ صَبِيًّا إِلَى هَدَفٍ، فَأَصَابَهُ سَهْمٌ [كَانَ أَرْسَلَهُ الرَّامِي قَبْلَ تَقْدِيمِ الصَّبِيِّ]، فَقَتَلَهُ، فَالرَّامِي كَالْحَافِرِ، وَالْمَقْدَمُ كَالْمُزْدِي، فَالْقِصَاصُ عَلَيْهِ، فَأَمَّا إِذَا اجْتَمَعَ السَّبَبُ وَالْمَبَاشِرَةُ، فَقَدَرْتَهُ عَلَى ثَلَاثَةِ مَرَاتِبٍ؛ لِأَنَّهُ إِمَّا أَنْ يَغْلِبَ السَّبَبُ الْمَبَاشِرَةَ أَوْ الْمَبَاشِرَةُ السَّبَبَ أَوْ يَتَدَلَّانِ.

الْمَرْتَبَةُ الْأُولَى: إِذَا غَلَبَ السَّبَبُ الْمَبَاشِرَةَ؛ بِأَنَّهُ أَخْرَجَهَا عَنْ كَوْنِهَا عَدُوَانًا، مَعَ تَوَلِيدِهِ لَهَا، كَمَا إِذَا شَهِدُوا عَلَى إِنْسَانٍ بِمَا يُوجِبُ الْحَدَّ، فَقَتَلَهُ الْقَاضِي، أَوْ جَلَدَهُ أَوْ بِمَا يُوْجِبُ الْقِصَاصَ، فَقَتَلَهُ الْوَلِيُّ أَوْ وَكَيْلُهُ، فَالْقِصَاصُ عَلَى الشُّهُودِ دُونَ الْقَاضِي وَالْوَلِيِّ، لِأَنَّ شَهَادَتَهُمْ وَوَلَدَتْ الْمَبَاشِرَةَ، كَمَا سَبَقَ، وَأَخْرَجَتْهَا عَنْ أَنْ تَكُونَ عَدُوَانًا.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّانِيَةُ أَنْ يَصِيرَ السَّبَبُ مَغْلُوبًا كَمَا إِذَا أَلْقَاهُ مِنْ سَطْحٍ فَتَلَقَّاهُ إِنْسَانٌ بِسَيْفِهِ فَقَتَلَهُ بِنِصْفَيْنِ فَلَا قِصَاصَ عَلَى الْمَلْقِي عَرَفَ ذَلِكَ أَوْ لَمْ يَعْرِفْ، وَلَوْ أَلْقَاهُ فِي مَاءٍ مَغْرَقٍ فَالْتَقَمَهُ الْحَوْثُ وَجَبَ الْقِصَاصُ عَلَى الْمَنْصُوبِ لِأَنَّ فِعْلَ الْحَوْثِ لَا يَمْتَبَّرُ فَهُوَ كَنْصَلٍ مَنْصُوبٍ فِي عُمُقِ الْبِشْرِ إِذْ حُضِرَ الْجُرْحُ بِهِ لَا يَمْنَعُ وَجُوبَ الْقِصَاصِ عَلَى

(١) أَخْرَجَهُ الدَّارِقُطْنِيُّ وَابِيهَيْقِي [٥٠/٨] مِنْ حَدِيثِ الثَّوْرِيِّ عَنْ إِسْمَاعِيلِ بْنِ أُمِيَّةَ عَنْ نَافِعٍ عَنْ ابْنِ عَمْرٍو، وَرَوَاهُ مَعْمَرٌ وَغَيْرُهُ عَنْ إِسْمَاعِيلِ مَرْسَلًا، قَالَ الدَّارِقُطْنِيُّ: وَالْإِرْسَالُ فِيهِ أَكْثَرُ، وَقَالَ الْبِيهَيْقِيُّ: إِنَّهُ مُوَصُولٌ غَيْرُ مَحْفُوظٍ، وَصَحَّحَهُ ابْنُ الْقَطَّانِ.

المُرَدِّي، وَخَرَجَ الرَّبِيعُ قَوْلًا أَنَّهُ لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ وَتَجِبُ الدِّيَّةُ لِأَنَّ اخْتِيَارَ الْحَيَوَانَ شِبْهَةً.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: المرتبة مسألتان:

إحدهما: لو رَمَاهُ إِنْسَانٌ مِنْ شَاهِقِ جَبَلٍ، فَتَلَقَّاهُ إِنْسَانٌ بِسَيْفِهِ، فَقَدَهُ بِنِصْفَيْنِ، أَوْ ضَرَبَ رَقَبَتَهُ - قَبْلَ أَنْ يَصِيبَ الْأَرْضَ، فَالْقِصَاصُ عَلَى الْمُتَلَقِّي دُونَ الْمُلْقِي، سِوَاهُ عَرَفَ الْمُلْقِي الْحَالَ أَوْ لَمْ يَعْرِفْهُ، وَوَجْهٌ بِأَنَّ الْإِلْقَاءَ إِذَا طَرَأَتْ عَلَيْهِ مَبَاشَرَةً مُسْتَقَلَّةً، صَارَ شَرْطًا مَخْضًا، وَكَمَا لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ عَلَى الْمُلْقِي، لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الضَّمَانُ أَيْضًا، وَعَنِ الشَّيْخِ أَبِي حَامِدٍ حِكَايَةٌ وَجْهٌ: أَنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ الضَّمَانُ، وَالظَّاهِرُ الْأَوَّلُ.

الثانية: لو أَلْقَاهُ فِي مَاءٍ مَغْرِقٍ؛ كَلِجَةِ الْبَحْرِ، فَالْتَقَمَهُ الْحَوْثُ، فَفِيهِ قَوْلَانِ مَنْصُوصٌ وَمُخْرَجٌ لِلرَّبِيعِ.

المنصوص، وهو الأصح: أَنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ عَلَى الْمُلْقِي؛ لِأَنَّهُ أَلْقَاهُ فِي مَهْلَكَةٍ، وَقَدْ هَلَكَ بِسَبَبِ إِلْقَائِهِ، فَلَا يُنْظَرُ إِلَى الْجِهَةِ الَّتِي بِهَا هَلَكَ، وَوَجْهٌ أَيْضًا بِأَنَّ لُجَّةَ الْبَحْرِ مَعْدِنُ الْحَوْثِ، فَالْإِلْقَاءُ فِيهَا إِلْقَاءٌ إِلَى الْحَوْثِ، فَصَارَ كَمَا لَوْ كَتَفَهُ وَعَرَضَهُ لِلسَّبْعِ.

وتخريج الربيع أَنَّهُ لَا قِصَاصَ، كَمَا فِي «مَسْأَلَةِ الْإِلْقَاءِ مِنَ الشَّاهِقِ»؛ لِأَنَّ الْهَلَاكَ حَصَلَ بِغَيْرِ مَا قَصِدُ بِهِ الْمُلْقِي الْإِهْلَاكَ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ بِسَبَبِ الْهَلَاكَ مَتَعَلِّقَ قَضِيئِهِ، صَارَ ذَلِكَ شِبْهَةً دَائِرَةً لِلْقِصَاصِ، إِلَّا أَنَّهُ تَلْزِمُهُ الدِّيَّةُ الْمَغْلُظَةُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ تَسَبَّبَ إِلَى الْإِهْلَاكَ، وَمَا جَرَى مِنَ الْهَلَاكَ مَنْسُوبٌ إِلَى إِلْقَائِهِ، وَالنَّاصِرُونَ لِلنَّصِّ أَجَابُوا بِأَنَّهُ إِذَا قَصِدَ الْإِهْلَاكَ، وَأَتَى بِالْفِعْلِ الْمَهْلِكِ، لَمْ يَكُنْ حُصُولُ الْهَلَاكَ بِغَيْرِ ذَلِكَ السَّبَبِ دَافِعًا لِلْقِصَاصِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ جَرَّحَهُ بِسَكِّينٍ مَسْمُومٍ، فَمَاتَ، وَتَبَيَّنَ أَنَّ مَوْتَهُ كَانَ بِالسُّمِّ، وَلَمْ يَعْلَمْ الْجَارِحُ حَالَ السَّكِينِ، يَلْزِمُهُ الْقِصَاصُ؛ لِقَضِيئِهِ الْإِهْلَاكَ وَإِتْيَانَهُ بِالْجُرْحِ الْمَهْلِكِ، وَفَرَّقُوا بَيْنَ مَسْأَلَةِ تَلْقِي الْقَادِّ وَالتَّقَامِ الْحَوْثِ؛ بِأَنَّ الدِّيَّةَ لَا تَجِبُ عَلَى الْمُلْقِي هُنَاكَ، وَقَدْ سَلَّمَ الرَّبِيعُ وَجُوبَهَا فِي «مَسْأَلَةِ الْحَوْثِ»، وَذَكَرُوا مِنْ حَيْثُ الْمَعْنَى وَجُوهًا:

أحدها: أَنَّ الْإِلْقَاءَ مِنَ الشَّاهِقِ، غَيْرُ مَهْلِكٍ مَا لَمْ يَنْصُدِمِ الْمُلْقِي بِالْأَرْضِ، وَفَعَلَ الْقَادُّ طَرًّا قَبْلَ الْانْصِدَامِ، وَإِصَابَةُ الْجَنَائِيَّةِ بَدَنَهُ وَقَضِيَّةُ هَذَا الْفَرْقِ أَنَّ يُقَالُ لَوْ رَفَعَ الْحَوْثُ رَأْسَهُ، وَالتَّقَمَهُ قَبْلَ أَنْ يَصِلَ إِلَى الْمَاءِ، لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ [عَلَى الْمُلْقِي]، وَأَنْ يَخْصُصَ النَّصُّ بِالْإِتْقَامِ بَعْدَ الْوَصُولِ<sup>(١)</sup>، وَكَذَلِكَ ذَكَرَ بَعْضُهُمْ، وَحَكَاهُ أَبُو الْحَسَنِ الْعَبَّادِيُّ عَنِ الْقَفَّالِ، لَكِنْ فِي «التَّهْذِيبِ» وَغَيْرِهِ: أَنَّ الصَّحِيحَ أَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ الْحَالَتَيْنِ.

(١) سقط في: ز.

والثاني: أن الإلقاء من الشاهق قد لا يَهْلِكُ، فإن الريح ربما رفعت الملقى إلى الماء، وعظمته فيصيب الأرض لا بشدة ولا صدمة، فيَسَلِّمُ، فإذا طرأ عليه القُدُّ أبطل أثره، والإلقاء في الماء المُغْرِقِ مهلكٌ، لا محالة، فلا يُنْظَرُ إلى ما يَحْدُثُ بعده، وقد يُفْهَمُ هذا الفرق تخصيص القولين؛ بما إذا كان الالتقام قبل وصوله إلى الماء، والقطع بوجود القصاص، إذا كان بعده، وفي إيراد الشيخ أبي حامد وغيره من أئمة العراقيين ما يُشْعِرُ به.

والثالث: قال الإمام: القُدُّ قَتَلَ صَدْرَ مَنْ فاعِلٍ مختارٍ يفعل برأي ورؤية، فيقطع أثر السبب الأول، والحوث يلتقم بطبعه، كالسبع الضاري، فجاز أن لا يَقْطَعَ أثر السبب الأول، ولذلك نقول: لو أمسك إنساناً، حتى قَتَلَهُ غَيْرُهُ، فالقصاص على القاتل دون المُسْهِكِ، ولو أمسكه وهدَّقه لوثة سبع ضارٍ، فافترسه، فالقصاص على المُسْهِكِ المُهْدَفِ، وهذا لأن الحيوان الضارِّيَّ بطبعه يفعل فعله عند التمكُّن، فكانه آلة لصاحب السبب الأول، نازل منزلة ما لو ألقاه في بئر، وكان في عمقها نصول منصوبة، فأصابته، ومات، يجب القصاص على المُلْقِي، ولم يَمْنَعْ حصول الهلاك بها، وإن لم يَقْصِدْ وجوب القصاص، بخلاف ما إذا كان الطارئ فعلاً صادراً عن رأي ومشية، فإنه يبعد تنزيله منزلة الآلات، ويُنْتَبِئُ على هذا أنه إذا كان في أسفل البئر حية عادية بطبعها، أو نمرٌ ضارٍ، فأهلكه، يجب الضمان على المُزْدِي، ولو كان هناك منجنونٌ ضار على طباع السباع، فكذلك، وإن لم يكن ضارياً، كان كالعاقل في إسقاط الضمان عن الملقى، ولم يُجْعَل الهلاك الحاصل بالسبع الضاري بمثابة التلقِّي بالسيف والقدر بنصفين، وأطلق في «التهذيب» نفْيَ الضمان، إذا افترسه سَبْعٌ قبل أن يصيب الأرض، ولا فَرْقٌ في مسألة القَادِّ بين أن يكون القَادُّ مَمَّنْ يضمن أو مَمَّنْ لا يضمن، كالحريِّ، ولو رفع الحوث رأسه، فألقمه قاءً، فعليه القصاص بلا خلاف، ولو ألقاه في ماء غير مُغْرِقٍ، فالتقمة حوثٌ، فلا قصاص؛ لأنه لم يقصد إهلاكه، ولم يشعر بسبب الهلاك<sup>(١)</sup> الذي حَصَلَ، فأشبه ما إذا دَفَعَ رجلاً دفْعاً خفيفاً، وألقاه، فَجَرَّحَهُ سَكِينٌ كان هناك، ولم يَشْعُرْ به الدافع، لا يلزمه القصاص، ولكن يجب الضمان في الصورتين، وتكون الدية الواجبة دية شِبْهِ العمد، كذلك ذكره صاحب «التهذيب» وابن الصباغ وغيرهما، وحكاها القاضي ابن كج<sup>(٢)</sup> عن الأصحاب واستنكره، وقال: ينبغي أن لا يتعلَّق به ضمان، كما لا يتعلَّق به قصاص.

(١) قضيته تصوير المسألة بما إذا لم يشعر الملقى أن هناك حوتاً، فإن عرفت حضور الحوث لزمه القصاص، وبه صرح الغزالي في الوسيط ووجهه ابن الرفعة.

(٢) وهذا الذي قاله ابن كج استبعده ابن الرفعة؛ لأن التلف حصل بفعله. ويشهد لابن كج قول الوسيط في كتاب الغصب: لو ألقى صبيّاً في مهلكة فافترسه سبع لا ضمان فيه لأنه لا يقصد من ذلك والصبي كالرجل المكتوف ويخرج من كلامهم أيضاً حكاية وجهه بوجود دية مخففة، وبه صرح البغوي في تعليقه على المختصر.

وقوله في الكتاب: «أن يصير السبب مغلوباً» إلى آخره يتضمّن جعل الإلقاء من الشاهد سبباً، وتلقّي المتلقّي وقده مباشرة، وليس ذلك بواضح كلّ الوضوح على ما ذكرنا في تمييز المباشرة والسبب.

وقوله: «لأن فعل الحوت لا يعتبر فهو كنصل منصوب» المراد به ما حكيناه عن الإمام: أن الحوت يلتقم بطبعه، فينزل فعله منزلة النصل الخارج ونحوه.

وقوله في تخريج الربيع: «لأن اختيار الحيوان شبهة» إشارة إلى الفرق بين التقام الحوت والجراحة الحاصلة بالنصل، فإن النصل لا اختيار له ولا شعور، وللحيوان قصد واختيار، وإن كان عادياً ضارباً، فكان ما يفعله الحيوان بالطبع متردداً بين الأثر الحاصل من غير الحيوان، ويبن فعل الحيوان بالاختيار والمشية، فاختلف القول في أنه بم يلحق؟

قَالَ الْعَزَلِيُّ: الثَّالِثَةُ: أَنْ يَغْتَدِلَ السَّبَبُ وَالْمُبَاشَرَةُ كَالِإِكْرَاهِ عَلَى الْقَتْلِ، وَالْقِصَاصُ عَلَيْهِمَا (ح) فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ، وَفِي قَوْلٍ يَخْتَصُّ بِالْمُكْرِهِ، وَعَلَى هَذَا فَمِنِ الدِّيَةِ قَوْلَانِ، فَإِنْ أَسْقَطْنَا الدِّيَةَ إِحَالَةً عَلَى الْمُكْرِهِ فَمِنِ الْكَفَّارَةِ وَجْهَانِ لِأَنَّ الْإِثْمَ بَاقٍ، فَإِنْ أَسْقَطْنَا الْكَفَّارَةَ فَمِنِ حِزْمَانِ الْمِيزَاتِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْمُكْرِهِ عَلَى الْقَتْلِ يَلْزِمُهُ الْقِصَاصُ عَلَى مَا مَرَّ، وَفِي الْمُكْرِهِ قَوْلَانِ:

أحدهما: وبه قال أبو حنيفة: «أنه لا يلزمه القصاص؛ لأنه قتله دفعاً عن نفسه، فأشبه قتل الصائل وأيضاً، فإن المُكْرَةَ آله للمُكْرِهِ؛ ولذلك وجب القصاص على المُكْرِهِ، فصار كما لو ضرب به المُكْرِهِ على قتلِهِ، فقتله، وأصحهما: الوجوب، وبه قال مالك وأحمد؛ لأنه قتله عُذْوَاناً لاستبقاء نفسه، فصار كما لو قتل المُضْطَرُّ إنساناً، فأكله، يلزمه القصاص، ولا يشبه قتل الصائل، لأنه بالصيال متعدُّ مَمَكَّنٌ من دفعه، ولهذا لا يَأْتُمُّ بقتل الصائل، والمُكْرَةُ يَأْتُمُّ كما المختار، وبهذا يبطل كونه آله، وفي موضع القولين طريقتان:

أظهرهما: أنهما يَطْرُدَانِ فَيَمَنُّ أكرهه السلطان، ومن أكرهه المتغلب.

والثاني: تخصيصهما بمن أكرهه السلطان، والقطع بوجوب القصاص على من أكرهه المتغلب، والفرق أن السلطان واجب الطاعة في الجملة، فأمره وإكراهه يُورث شبهة تدرأ القصاص.

التفريع: إن أوجبنا القصاص، فإذا آل الأمر بالعفو إلى الدية، فهي موزعة

عَلَيْهِمَا، وهما كالشريكين، وللولي أن يقتص من أحدهما، ويأخذ نصفَ الدية من الآخر، وإن لم نوجب القصاص على المُكْرَه في الدية وجهان: أحدهما: أنها لا تجب أيضاً؛ تنزيلاً له منزلة الآلة.

والثاني: تجب نصفُ الدية، والقصاصُ إنما يسقط لشبهة الإكراه، والدية لا تَسْقُطُ بالشبهة.

والأول: أصحُّ عند صاحب «التهذيب» والثاني، وهو المنصوص، وهو الذي أورده الأكثرون، وقد يُقال: في الدية قولان مرتبان على القولين في القصاص؛ وهي أولى بالوجوب.

التفريع: إن أوجبنا على المُكْرَه نصفَ الدية، فعليه الكفارة، ويتعلّق بقتله حرمان الميراث. ونصفُ الدية الواجبة يكونُ على عاقلته أو في ماله قال الإمام: فيه (١) تردّد عندي، يجوز أن يقال: في ماله؛ لأنه قاصِدٌ للقتل آثِمٌ، ويجوز أن يجعل على عاقلته ويُجعل الإكراه مبطلاً لاختياره وتعمده.

وإن قلنا: لا دية عليه، ففي الكفارة وجهان:

أحدهما: المَنع؛ لمعنى الآلة.

وأصحُّهما: الوجوب؛ لحصول الإثم المُنحوج إلى التكفير، فإن أوجبنا الكفارة، تَعَلَّقَ به حرمان الميراث، وإلا، ففي الحرمان وجهان:

أظهرهما: ثبوته على ما يقدّم بيان الخلاف فيه في «الفرائض»، وهو قضية ما أورده هنالك، وعند أبي حنيفة: لا دية ولا كفارة على المُكْرَه، كما لا قِصاصَ.

وقوله في الكتاب: «أن يعتدل السبب والمباشرة كالإكراه» إنما يجعل الإكراه على القتل مع مباشرة القتل في مرتبة الاعتدال؛ لأنه لا يخرج المباشرة عن كونها عدواناً، فلا يصير غالباً عليها، وهو المولّد للمباشرة، والمؤثّر فيهما، فلا يصير مغلوباً.

وقوله: «فإن أسقطنا الدية إحالةً على المُكْرَه» أي إحالةً للقتل عليه، وتنزيلاً للمُكْرَه منزلة الآلة.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَإِنْ أَوْجَبْنَا عَلَيْهِمَا وَلَمْ يَكُنْ أَحَدُهُمَا وَجِبَ عَلَى الثَّانِي لِأَنَّ شَرِيكَ غَيْرَ الْمُكَافِيَةِ يَفْتَلُّ وَهُمَا كَالشَّرِيكَيْنِ كَفْتًا، وَلَوْ أَكْرَهَ إِنْسَانًا عَلَى أَنْ يَزِمِي إِلَى ظَلَلِ عَرَفَةَ الْمُكْرَهَ إِنْسَانًا فَظَنُّهُ الرَّامِي جُرْثُومَةً فَهُوَ شَرِيكَ الْخَاطِيَةِ وَلَكِنْ فِي وُجُوبِ الْقِصَاصِ

(١) قال النووي: الأرجح أنه من ماله.



وَجَهَانٍ لِأَنَّ هَذَا خَطَأً هُوَ نَتِيجَةُ تَلْبِيسِهِ وَإِكْرَاهِهِ فِيهِ حَقُّهُ عَمْدًا، وَعَلَيْهِ يُخْرَجُ إِذَا كَانَ الْمُكْرَهُ الْمَحْمُولُ صَبِيًّا وَقُلْنَا إِنَّ فِعْلَهُ خَطَأً، وَلَوْ أَكْرَهُهُ عَلَى صُغُودِ شَجَرَةٍ فَتَزَلَّقَ رِجْلُهُ وَمَاتَ وَجِبَ (و) الْقِصَاصُ وَلَمْ يُجْعَلْ شَرِيكَ خَطَأً، وَلَوْ أَكْرَهُهُ عَلَى قَتْلِ نَفْسِهِ فَقَتَلَ فَلَا قِصَاصَ عَلَى الْمُكْرِهِ إِذْ لَا مَعْنَى لِهَذَا الْإِكْرَاهِ، وَلَوْ قَالَ: أَقْتُلْنِي وَإِلَّا قَتَلْتُكَ فَلَا قِصَاصَ لِلْإِذْنِ وَالْإِكْرَاهِ، وَقِيلَ: تَجِبُ الْقِصَاصُ وَإِذْنُهُ لَا يُغْتَبَرُ لِأَنَّ الْقِصَاصَ لِوَارِثِهِ لَا لَهُ، وَلَوْ قَالَ: أَقْتُلْ زَيْدًا أَوْ عَمْرًا وَإِلَّا قَتَلْتُكَ فَقَتَلَ أَحَدَهُمَا فَلَا إِكْرَاهَ لِأَنَّهُ مُخْتَارٌ فِي التَّعْيِينِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِي الْفَضْلِ صَوْرًا:

إِحْدَاهَا: إِذَا أُوجِبْنَا الْقِصَاصَ عَلَى الْمُكْرِهِ وَالْمُكْرَهُ جَمِيعًا، وَكَانَ أَحَدُهُمَا مَكَافَأًا لِلْمَكْرِهِ عَلَى قَتْلِهِ دُونَ الْآخَرِ وَجِبَ الْقِصَاصُ عَلَى الْمَكَافِئِ دُونَ الْآخَرِ؛ لَمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُمَا كَالشَّرِيكَيْنِ، وَشَرِيكَ غَيْرِ الْمَكَافِئِ يَلْزَمُهُ الْقِصَاصُ؛ بِدَلِيلِ شَرِيكَ الْأَبِ، فَإِذَا أَكْرَهُ عَبْدٌ حُرًّا عَلَى قَتْلِ عَبْدٍ أَوْ ذِمِّيٍّ مُسْلِمًا عَلَى قَتْلِ ذِمِّيٍّ، وَجِبَ الْقِصَاصُ عَلَى الْمَكْرِهِ دُونَ الْمَكْرِهِ، وَلَوْ أَكْرَهُ حُرٌّ عَبْدًا عَلَى قَتْلِ عَبْدٍ أَوْ مُسْلِمًا ذِمِّيًّا عَلَى قَتْلِ ذِمِّيٍّ، انْعَكَسَ الْحُكْمُ، وَفِي «الرِّقْمِ» لِلْعَبَادِيِّ أَنَّ بَعْضَ النُّظَّارِ ضَاقِقٌ فِي تَصْوِيرِ إِكْرَاهِ الذِمِّيِّ الْمُسْلِمِ، وَقَالَ: إِنَّهُ إِذَا أَكْرَهُهُ، انْتَقَضَ عَهْدُهُ، وَصَارَ حَرَبِيًّا، وَلَوْ أَكْرَهُ الْأَبُ الْأَجْنَبِيَّ عَلَى قَتْلِ وَلَدِهِ أَوْ الْأَجْنَبِيُّ الْأَبَ، فَالْقِصَاصُ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ دُونَ الْأَبِ.

الثَّانِيَةُ: لَوْ أَكْرَهُ بَالِغٌ صَبِيًّا مَرَاهِقًا عَلَى قَتْلِ إِنْسَانٍ، فَقَتَلَهُ فَلَا قِصَاصَ عَلَى الْمُكْرِهِ، وَأَمَّا الْمُكْرَهُ، فَوَجِبَ الْقِصَاصُ عَلَيْهِ يُبْتَنَى عَلَى أَنَّ عَمْدَ الصَّبِيِّ عَمْدٌ أَوْ خَطَأٌ؟ إِنْ قُلْنَا إِنَّهُ عَمْدٌ، وَهُوَ الْأَصَحُّ فَعَلِيهِ الْقِصَاصُ<sup>(١)</sup>، وَإِنْ قُلْنَا: خَطَأً، فَلَا قِصَاصَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ شَرِيكَ خَاطِئَةٍ.

قَالَ الْإِمَامُ - رَحِمَهُ اللَّهُ -: هَذَا إِذَا فَرَعْنَا عَلَى أَنَّهُ يَجِبُ الْقِصَاصُ عَلَى الْمَكْرِهِ وَالْمُكْرِهِ، وَتَنْزِيلِ الْمَكْرِهِ وَالْمَكْرَهُ مَنزَلَةَ الشَّرِيكَيْنِ.

أَمَّا إِذَا قُلْنَا: لَا قِصَاصَ عَلَى الْمُكْرِهِ، فَفِي وَجُوبِ الْقِصَاصِ عَلَى الْمُكْرِهِ مَعَ الْحُكْمِ بِأَنَّ عَمْدَ الصَّبِيِّ خَطَأٌ وَجَهَانٌ [اثنان]، أَشَارَ إِلَيْهِمَا الْقَاضِي الْحُسَيْنُ.

وَجِهَ الْوَجُوبِ: أَنَّ إِكْرَاهَهُ هُوَ الَّذِي وَلَدَ هَذَا الْخَطَأَ وَأَتَجَهَ، وَهَذَا الْوَجْهَ هُوَ الَّذِي رَأَى صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» الْجَوَابَ بِهِ، إِذَا لَمْ تُوجِبِ الدِّيَةَ عَلَى الْمُكْرِهِ، وَنَزَّلْنَاهُ مَنزَلَةَ الْآلَةِ وَأَمَّا الدِّيَةُ فَجَمِيعُهَا عَلَى الْمُكْرِهِ، إِنْ لَمْ نُوَجِبِ الدِّيَةَ عَلَى الْمُكْرِهِ وَإِنْ أُوجِبْنَا عَلَيْهِ نَصْفَهَا، فَنُصْفُ الدِّيَةِ عَلَى الْمُكْرِهِ، وَنُصْفُهَا فِي مَالِ الصَّبِيِّ، إِنْ جَعَلْنَا عَمْدَهُ عَمْدًا وَعَلَى عَاقِلَتِهِ، إِذَا جَعَلْنَاهُ خَطَأً، وَلَوْ أَكْرَهُ صَبِيًّا مَرَاهِقًا بِالْغَا، فَلَا قِصَاصَ عَلَى الْمُكْرِهِ، وَفِي

(١) وما أطلقه هنا من أن عمد الصبي عمد ظاهر تصويره أنه خاص بالذي له تمييز لا مطلق الصبي.

المكره القولان، إن جعلنا عمدَ الصبيِّ عمدًا وإن جعلناه خطأً، فلا قصاص، عليه أيضاً؛ لأنه شريك خاطيء.

ولو أكره إنسانٌ إنساناً على أن يَرميَ إلى طَلَلٍ عرفه المُكْرَهُ إنساناً، وظنه المُكْرَهُ جرثومةً أو صيداً أو أن يَرميَ إلى سِترٍ وراءه إنسانٌ وعرفه المُكْرَهُ دون المُكْرَهُ، فقد ذكر الإمام وصاحب الكتاب: أن في وجوب القصاصِ على المُكْرِهِ وجهين كالوجهين المذكورين، فيما إذا أكره صبيّاً على القتل، وجعلنا عمدَ الصبيِّ خطأً.

وجه الوجوب أن هذا الخطأ نتيجة تلبسه وإكراهه، فيجعل عمداً في حقه ومال صاحب «التهذيب» إلى القطع به توجيهاً بأن المُكْرَةَ جاهلٌ بالحال ظانٌّ حل الفعل، فكان كالألة للمُكْرِهِ، فاشبه ما إذا أمر صبيّاً لا يَعْقِل، أو عبداً أعجمياً بقتل إنسانٍ، فقتله، يجب القصاص على الأمر، وإذا آل الأمرُ إلى الدية، فرَوَى صاحب «التهذيب» أنا إذا أوجِبنا الضمان على المُكْرِهِ، فنصفُ الدية على عاقلة المُكْرِهِ، ونصفها في مال المُكْرِهِ، وإن لم تُوجِب عليه الضمان، فكلُّ الدية على المُكْرِهِ، ورأى أن يقطع به، وأن لا يجب شيء على المُكْرَهُ بحال؛ لما ذكرنا في القصاص، ولو أكرهه على أن يَرميَ إلى صيدٍ، فرَمَى وأصاب إنساناً، فقتله، فلا قِصاصَ على واحدٍ منهما؛ لأنهما لم يتعمدا قتله، وأما الدية، فجميعُها على عاقلة المُكْرِهِ، إن لم نوجب الضمان على المُكْرِهِ وإن أوجبناه عليه، فنصفُها على عاقلة هذا، ونصفُها على عاقلة ذاك، وإن أكرهه على صعود شجرة أو على أن ينزل في بئرٍ أو مُنْحَدِرٍ، ففعل، وزَلَقَتْ رجله، وهلك، فالجواب في الكتاب: أنه يجب على المُكْرِهِ القصاصُ، ولا يُجْعَلُ شريكَ خاطيء.

قال في «الوسيط»: ولا يجيء في الوجهان المذكوران في الصبيِّ المُكْرِهِ وجْهله، والأظهر ما ذكره الفوراني وصاحب «التهذيب» وحكاه القاضي الروياني واستقر به أنه عمدٌ خطأً لا يتعلّق به القصاص؛ لأن الفعل ليس مما يُقصد به الهلاك.

وقوله في الكتاب: «وهما كالشريكين» وقوله: «فهو شريكٌ لخاطيء» مبني على أن المُكْرَهُ والمكروه، كالشريكين على ما قدّمنا، لكن ذكر الإمام - رحمه الله - أن حقيقة الخلاف المذكور، فيما إذا أكره صبيّاً على القتل، وجعلنا عمدَه خطأً أنه هل يجب القصاص على المُكْرِهِ، يرجع إلى أننا ننقل فعل المُكْرِهِ إلى المُكْرِهِ على صفته، أم نجعل المُكْرَهُ كالمباشر للقتل، ولا يُنظر إلى صفة فعل المُكْرِهِ، فهذا قد يُقدّح في معنى الشَّرْكة. وقوله: «وعليه يُخرَجُ» أي على الخلاف، أو على التوجيه المذكور.

وقوله: «وقلنا: إن فعله خطأً» لفظ «الفعل» يشمل العمد والخطأ، والمراد فعله العمد، والمشهور في الاستعمال أن عمده عمدٌ أو خطأً، أي يُعطى حكم هذا أو ذاك وإن كان عمداً في الحقيقة.

الثالثة: لو أكرهه، على قتل نفسه؛ بأن قال: أَقْتُلُ نَفْسَكَ، وإلا قَتَلْتُكَ، فَقَتَلَ نَفْسَهُ، ففي وجوب القصاص على الْمُكْرَهِ قولان مشهوران منقولان في «التهذيب»: أحدهما: يجب؛ لأنه بالإكراه على القتل والإلجاء إليه قاتل له.

وأظهرهما: وهو المذكور في الكتاب، وبه أجاب القفال: المنع، وما جرى ليس بإكراه حقيقة؛ لأن المُكْرَهَ من يتخلص بما أمر به عما هو أشد عليه، وهو الذي خوفه لمكره به وها هنا المأمور به القتل والمخوف به القتل، ولا يتخلص بقتل نفسه عن القتل، فلا معنى لإقدامه عليه، فإن قلنا: يجب القصاص عليه، فلو فرض العفو، وجب كمال الدية، وإن قلنا: لا تجب، فعليه نصف الدية، إن أوجبنا الضمان على المُكْرَهِ، وجميعه، إن لم نوجب<sup>(١)</sup>، ويجري القولان فيما لو أكرهه على شرب سُمٍّ [قاتل] فشربه، وهو عالم به، وإن كان جاهلاً، فعلى المُكْرَهِ القصاص ولو قال: لَتَقَطَعَنَّ يَدَكَ أَوْ أَضْبِعَكَ وَإِلَّا قَتَلْتُكَ، كان ذلك إكراهاً، بخلاف ما إذا قال لثقتلن نفسك، أو لأقتلنك ذكره أبو الحسن العبادي - رحمه الله -.

الرابعة: إذا قال: اقتلني، وإلا قتلنك، فهذا إذن منه في القتل، وإكراه، ولو تجرد الإذن، فقتله المأذون له ففي وجوب الدية قولان مبنيان على أن الدية، تجب للورثة ابتداءً عقيب هلاك المقتول، أو تجب للمقتول في آخر جزء من حياته، ثم تنتقل إليهم، إن قلنا بالأول، وجبت ولم يؤثر إذنه وإن قلنا بالثاني، لم تجب، وهذا الثاني أصح على ما ذكره صاحب «التهذيب» وصاحب الكتاب في «الوسيط» وغيرهما، واحتجوا عليه بأنه ينفذ منه وصاياه، وتقضى ديونه، ولو ثبتت للورثة ابتداءً، لَمَا كان كذلك، وفي

(١) قال الشيخ البلقيني: وفي شرح الرافعي هنا خلل ووهم، أما الخلل فإننا إذا فرعنا على وجوب القصاص فعلى عنه على مال فقد جزم المصنف بأن جميع الدية على المكره وهذا إنما يجب على المكره، والمكره والمكره ليسا شريكين والصحيح أنهما شريكان فليس على المكره إلا نصف الدية عند حصول العفو.

وأما الوهم فقولهما: «وإن لم نوجب القصاص» فعلى المكره نصف الدية إن أوجبنا الضمان على المكره وجميعها إن لم نوجهه. ووجه الوهم فيه أنا إذا لم نوجب القصاص فلعدم تحقق الإكراه فيصير المقتول قتلاً لنفسه فلا قصاص حينئذ على الأمر ولا شيء من الدية بل ولا كفارة، وقد صرح بعدم لزوم شيء من الدية البغوي وغيره وبسطنا القول فيه في الفوائد والمختصر المجيز في شرح المحرر. انتهى وأخذ ذلك في الخادم بمعناه ولم يعزه لشيخه وزاد على شيخه فقال: محله إذا كان المكره فيما إذا أمره بقتل غيره، وهذا مثله وقد صرح به ابن القطان في فروعه لكن ذكره ابن الرفعة وغيره أنه لو أطمع صبيلاً لا يميز أو مجنوناً بالغاً أو أعجمياً يعتقد وجوب الطاعة أن عليه القود وأنه لو أمر الأعجمي بقتل نفسه فقتلها أنه لا قود جزماً لأن كل أحد لا يخفى عليه أن قتل نفسه لا يجوز. وكذا ذكر صاحب البيان والشامل وغيرهما.

القصاص طريقان، المشهورُ منهما القطعُ بنفيه، وجعل الإذن شبهةً دائرةً.

والثاني: تخريجُ الخلافِ فيه، وقد نُسبَ التخريجُ إلى الإمام سهل الصعلوكي، وتوجيه الوجوب بأن القصاص أيضاً يثبت للورثة ابتداءً وبأن القتل لا يباح بالإذن، فأشبهه إذن المرأة في الزنا، ومطاوعتها لا تُسقط الحدَّ ولو قال: أقطع يدي، فقطعها، فلا قصاص ولا دية؛ لأنه إتلافٌ مأذونٌ فيه، فصار كما أو أثلفَ ماله بإذنه، وقد يقتضي المعنى الثاني في توجيه وجوب القصاص على الطريق الثاني تخريجُ خلافٍ فيه، وعن أبي حنيفة أن الإذن في القتل لا يُسقط الدية، وسلم في الإذن في القطع السقوط، ولو أذن عبدٌ في القتل أو القطع، لم يسقط الضمان؛ لأنه حق للسيد، وفي القصاص إذا كان المأذونُ له عبداً وجهان<sup>(١)</sup>:

وجه المنع: أن القصاص يسقط بالشبهة، وقول العبد فيه مقبول، إذا أقرَّ على نفيه، فكَذلك يُؤثر رضاه في سقوطه، ومسألة الإذن في القتل معادةٌ في الكتاب «في باب العفو»، فأما إذا انضمَّ الإكراهُ إلى الإذن، فسقوطُ القصاصِ أوجهٌ وأولى.

وقوله: «للإذن والإكراه» إن قُدِّرَ الإكراهُ ضميمةً مقويةً لشبهة الإذن، فذلك والمُسقطُ معنى واحدٌ، وإن قدر الإكراه مسقطاً برأسه، فذلك يتفرعُ على القول بأن المُكرهَ لا قصاص عليه، وأما الدية، فإن لم نوجبها عند تجرُّد الإذن، فمع الإكراه أولى، وإن أوجبتاها، فبينتني على أن المُكرهَ هل عليه نصفُ الدية، إن قلنا: نعم، فعليه نصفُها، وإلا، فلا.

وها هنا كلام، وذلك أن الأئمة - رحمهم الله - نقلوا أن المُكرهَ على قتلِهِ يجوز له دفعُ المُكرهِ والمُكرهِ جميعاً، وأنه لا شيء عليه إذا قتلَهُما، وأن للمُكرهِ أيضاً دفعُ المُكرهِ ولا شيء عليه، إذا أتى الدَّفْعُ على نفسه، وعلى هذا، فإذا قتله دفعا، فينبغي أن يُحكَمَ بأنه لا قصاص، ولا ديةٌ عليه بلا تفصيل ولا خلاف، وقد أشار إلى هذا الشيخ أبو الحسين العبادي، فقال: إذا قال: اقتلني، وإلا قتلتك، فإن لم يقتله، فهو استسلام، وإن قتله، فهو دَفْعٌ، ويمكن أن يقال: موضعُ التفصيل والخلاف ما إذا أمكنه الدَّفْعُ بغير القتل، والدافعُ بالقتل إنما لا يلزمه شيء، إذا لم يمكنه الدَّفْعُ بغيره، ولو قال أقذفني وإلا قتلتك، فقدفه، ففي وجه: لا حدَّ عليه، كما لو قال: أقطع يدي، فقطعها.

قال في «التهذيب»: والصحيح وجوبه، بخلاف القصاص؛ لأنه يستعين بغيره في

(١) سكت الشيخ عن الترجيح. قال في الخادم: والمذكور ما في تعليق القاضي الحسين عدم الوجوب؛ لأن القصاص يسقط بالشبهة.

قَتَلَ نَفْسِهِ وَقَطَعَهُ، وَلَا يَسْتَعَانُ بِالْغَيْرِ فِي الْقَذْفِ، فَيُجْعَلُ الْقَاذِفُ مَبْتَدَأً<sup>(١)</sup>.

الخامسة: لو قال: أقتل عمراً أو زيدا، وإلا قتلتك، فهذا تخيير لا إكراه، ومن أقدم على قتله منهما، كان مختاراً في تعيينه، والمكروه هو المخمول على قتل معين، لا يجذ عنه محيصاً، وهذا أظهر فيما إذا قال: أقتل واحداً من أهل البلد، وإلا قتلتك، وقد سبق نظيره فيما إذا قال: طلق إحدى زوجاتك وإلا قتلتك، وفي «الرقم» نقل وجه أنه يكون إكراهاً؛ لأنه لا يتخلص إلا بقتل إحدهما، وهو ملجأ إليه، وفي «التتمة» نسبته إلى اختيار القاضي الحسين، وليجيء مثله في الطلاق، وإذا قلنا بالمشهور، فمن قتله منهما، لزمه القصاص، ولا شيء على المكروه سوى الإثم، ولو أكره إنساناً على أن يكره ثالثاً على قتل رابع فأكره الثاني، وقتل الرابع، وجب القصاص على الأول، وفي الثاني والثالث قولان؛ لأنهما مكروهان.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ أَمَرَهُ مَغْلَبٌ عُلِمَ مِنْ عَادَتِهِ السُّطُو. عِنْدَ الْمُخَالَفَةِ فَهُوَ كَالْإِكْرَاهِ عَلَى أَقْبَسِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ أَمَرَهُ سُلْطَانٌ وَاجِبُ الطَّاعَةِ عَلَى الْجُمْلَةِ فَقَتَلَ مَنْ عِلْمُهُ الْمَأْمُورُ ظُلْمًا فِيهِ الْإِكْرَاهُ وَجِهَانٍ مِنْ حَيْثُ إِنَّ الْقَتْلَ فَسَادٌ وَالْخُرُوجَ عَنْ طَاعَةِ السُّلْطَانِ أَيْضًا مَهَيِّجٌ لِلْفَسَادِ وَالْفِتْنَةِ فَلَا يَنْبَغُ أَنْ يَكُونَ شُبْهَةً، بِخِلَافِ الْعَبْدِ إِذَا قَتَلَ بِأَمْرِ سَيِّدِهِ فَالْقِصَاصُ عَلَى الْعَبْدِ إِذْ لَيْسَ فِي مُخَالَفَتِهِ عَلَى وَفْقِ الشَّرْعِ مَا يَفْتَحُ بَابَ الْفِتْنَةِ، وَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ أَعْجَمِيًّا ضَارِيًّا بِطَبِيعِهِ فَالسَّيِّدُ بِأَمْرِهِ كَالْمَغْرِبِيِّ لِلْسَّبِيحِ فَعَلَيْهِ الْقِصَاصُ، وَفِي تَعَلُّقِ الدِّيَةِ بِرَقَبَتِهِ وَجِهَانٍ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ شَدِيدُ الشُّبْهِ بِالْبَهِيمَةِ، وَكَذَا الْمَجْنُونُ الْحُرُّ إِذَا كَانَ هَذَا طَبَعُهُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَقْصُودُ الْفَضْلِ: الْكَلَامُ فِيْمَا إِذَا أَمَرَ بِقَتْلِ إِنْسَانٍ بِلَا إِكْرَاهٍ، وَفِيهِ مَسْأَلَتَانِ:

إحدهما: إذا أمر السلطان أو نائبه الجلاذ أو غيره بقتل إنسان ظلماً، فقتله المأمور، نظراً؛ إن ظن المأمور أنه يقتله بحق، فلا شيء على المأمور؛ لأن الظاهر أنه لا يأمر بالقتل إلا بالحق، ولأن الطاعة للسلطان واجبة فيما لا يعلمه معصية، واستحب الشافعي - رضي الله عنه - له أن يكفر لمباشرته القتل، وأما الأمر، فعليه القصاص أو الدية والكفارة، وإن علم المأمور أنه يقتله ظلماً، فهل ينزل أمره منزلة الإكراه؟ فيه وجهان، ويقال قولان:

(١) قال النووي: هذا الذي قاله البيهقي عجب، والصواب: أنه لا حد.

أحدهما: لا وإنما يَحْضَلُ الإكراه بالتخويف والتهديد صريحاً كما في غير السُّلْطَانِ، فعلى هذا لا شيء على الأمر سوى الإثم، والقصاص أو الدية والكفارة على المأمور.

والثاني: أنه ينزل منزلة الإكراه، ووُجِّهَ ذلك بمعنيين:

أحدهما: أن الغالب من حالة السطوة عند المخالفة، وحال الخوف عند التصريح بالوعيد أشدُّ ولك أن تقول: السلطان قد يَعْفُو كما يسطو وقد يترجَّح عفوهُ على سطوته، ثم المكروه المخوف قد يكون مما يَحْضَلُ به الإكراه على القتل، وقد يكون مما لا يحصل كالحبس، فحقُّ هذا المعنى ألا يحصل الأمر كالإكراه، إلا في حقَّ السلطان الذي تَغْلِبُ منه السطوة بما يكون إكراهاً في القتل، ولا يُعَمَّم.

والمعنى الثاني: أن طاعة السُّلْطَانِ واجبة في الجُمْلَةِ، وفي مخالفته إثارة الفتنة، وتجريئة الناس عليه، وفيه فساد عظيم، ولدفع هذا المحذور، قلنا: إنه لا ينعزل بالفسق، إذا خيف من الاستبدال به الفتنة، فكأنه ازدحم على القتل موجب ومحرّم، فانتفض شبهة دأرتة للقصاص، وإذا نزلناه منزلة الإكراه، فعلى الأمر القصاص، وفي المأمور القولان في المكروه، واعلم أن المنقول عن نصِّ الشافعي - رضي الله عنه -: في «الأم»: أن المأمور بالقتل لو كان يَعْلَمُ أن الإمام أمر بقتله ظلماً، كان عليه، وعلى الإمام القود، واختلفوا في هذا النص، فمن جعل أمر السلطان إكراهاً، يجيء على قوله إجراؤه على ظاهره، وجعله في المأمور جواباً على أصح القولين في المكروه ويقرب من هذا حكاية القاضي ابن كج عن القيصري والقاضي أبي حامد - رحمهما الله - والذين لم يجعلوا أمر السلطان إكراهاً اختلفوا، فعن أبي إسحاق وغيره: حملة على ما إذا أكره مع الأمر وضَعَفَ ذلك؛ لأنه نص على صورة الإكراه عقيب هذه الصورة، وعن رواية أبي علي الطبري - رحمه الله -: حملة على ما إذا قال المأمور: عَلِمْتُ أَنَّهُ ظَلَمَ، لكنني جَوَّزْتُ أن يكون ذلك على قول بعض الفقهاء، وأن الإمام أدى اجتهاده إليه، فيجب القصاص، والحالة هذه، عليهما، أما الإمام، فلأنه ألجأ إليه لوجوب طاعته في الظاهر، وأما المأمور، فلأنه أقدم على قتل محرّم عن اعتقاد التحريم.

وصاحب الشوكة من أهل البغي أمره كأمر إمام أهل العدل<sup>(١)</sup>؛ لأن أحكامه نافذة، وأما إذا أمر غير السلطان بالقتل بغير حق، كالزعيم والمتغلب، وقتل المأمور، نُظِرَ إن لم يخف من مخالفته المحذور، فعلى المأمور القصاص والدية والكفارة، وليس على الأمر إلا الإثم ولا فرق بين أن يعتقده حقاً أن يعرف كونه ظلماً؛ لأنه ليس بواجب

(١) قال في المطلب: وهذا الإطلاق فيه نظر إذا لم نجعل إكراهه كإكراهه وكيف لا يكون كذلك إذا كان المأمور ممن لا يعتقد أمانته بأن الموجب لطاعته موقوف.

الطاعة، ولا في مخالفته إثارة فتنة، بخلاف الإمام، وإن كان يخاف من مخالفته المحذور، بأن اعتيد منه ذلك، ففيه الخلاف المذكور في حق الإمام: لأن المعلوم هل يُجْعَل كالمفوض المصرح به، والقياس جعله كالمفوض، وإلى تزجيحه مالٌ صاحب الكتاب وغيره.

وفي أمر السلطان، قضية ما أورده الجمهور تصريحاً ودلالةً: أنه لا ينزل منزلة الإكراه، فيخرج من هذا أن أمر السلطان من حيث إنه سلطان لا أثر له، وإنما النظر إلى خوف المحذور.

الثانية: لو أمر السيد عبده بقتل إنسان ظلماً، فقتله، فإن كان العبد مميزاً، لا يرى طاعة السيد لازمة في كل ما يأمره به، فالقصاص على العبد، وليس على السيد إلا الإثم، فإن عفا أو كان مزاهقاً، تعلق الضمان بربقته، وكذا لو أمره بإتلاف مال، فأتلفه، وإن كان صغيراً لا يُمَيِّز أو مجنوناً ضارياً أو أعجمياً يرى طاعة السيد لازمة في كل ما يأمره به، ويبادر إلى الامتثال، فهو كالآلة، والقصاص أو الدية على السيد، وفي تعلق المال بريقة مثل هذا العبد وجهان.

أحدهما: التعلق؛ لأنه عبْدٌ صدر منه الإتلاف.

وأصْحُهُما: المنع؛ لأنه كالآلة<sup>(١)</sup> المستعملة، فأشبه ما إذا أغرى بهيمة صائلة على إنسان، فقتلته، لا يتعلق بها الضمان، ولو أمر عبد غيره، فكذلك الحكم، إن كان العبد لا يفرق بين أمر السيد وأمر غيره، ويسارع إلى ما يؤمر به، ثم إن قلنا: يتعلق الضمان بربقته فبيع فيه، فعلى الأمر قيمته للسيد، وإذا لم تفِ قيمته بالواجب، فعلى الأمر الباقي، وكذا لو كان الأمر السيد وليس هذا التعلق كتعلق الأزش بريقة سائر العبد، ولو أمر الأجنبي مثل هذا العبد بقتل نفسه، ففعل، فعلى الأمر الضمان، إن كان صغيراً أو مجنوناً، ولا يجب إن كان أعجمياً؛ لأنه لا يعتد لزوم الطاعة في قتل نفسه بحال.

نعم، لو أمره ببط جراحة أو فتح عزق على مقتل، وجب الضمان؛ لأنه لا يظنه قاتلاً فيجوز أن يعتد لزوم الطاعة فيه، هكذا حكى عن النص، فإن كان الأجنبي الأمر عبداً، فليكن القصاص على هذا التفصيل، كما سيأتي، نظيره<sup>(٢)</sup> - إن شاء الله تعالى -.

ولو أمر صبيّاً حرّاً أو مجنوناً حرّاً بقتل إنسان، فقتلاً، قال في «التهذيب»: إن كان لهما تمييز، فلا شيء على الأمر سوى الإثم، وتجب الدية مغلظةً، أو مخففة؛ بناء على

(١) قضيته أنه لا فرق بين أن يكون الأمر موسراً بالمال أو معسراً لكن الماوردي وابن الصباغ وغيرهما من العراقيين قالوا فيما إذا أمر السيد عبده الذي لا يميز بالجناية وكان مرهوناً أن الجناية لا تعلق بربقته.

(٢) في ز: نظائره.

الخلاف في أن عمدهما عمدٌ أو خطأ؟ وإن لم يكن لهما تمييز، وكانا يسارعان إلى ما أُغْرِيَا به أو كان المجنون ضارياً، فالقصاص أو كمالُ الدية على الأمير، ولياً كان أو أجنبيّاً، ولو أمر أحدهما بقتل نفسه، فعلى الأمر القصاصُ، ولو قَتَلَ مثلَ هذا الصبيِّ أو المجنونِ أو أتلفا مالاً من غير حَتٍّ من أحدٍ، فهل يتعلَّق الضمان بما لهما؟

عن الشيخ أبي محمد تخريجه على الخلاف المذكور في التعلق برقبة العبد؛ لأنه يشبه إتلاف البهيمة<sup>(١)</sup> العادية، وإذا وَقَفَتْ على ما أودرناه لم يَخَفْ عليك أن قوله في الكتاب: «ولو أمره متغلب، علم من عاداته السُّطُورُ عند المخالفة» المراد منه السطوة بما يخضَلُ به الإكراه، وأنَّ الحكم لا يختص بالمتغلب بل السلطان، إذا عُرِفَ ذلك من عادته، كان كالمغلب بطريق الأولى.

وقوله: «بخلاف العبد إذا قتل سيِّده» المراد من الإذن الأَمْرُ لا مجرد الترخيص؛ ألا تَرَاهُ يقول: «إذ ليس في مخالفته» وليس للترخيص المجرد مخالفة.

وقوله: «على وفق الشرع» لا يتعلَّق بذكره كبيرُ حاجة، فإنَّ مخالفة السيد على أي وجهٍ كانت، لا تفتح باب الفتنة التي تعرض مثلها في مخالفة السلطان.

وقوله: «فالسيد يأمره كالمُغْرِي للَسْبُع» المراد الصورة التي يتعلَّق القصاص فيها بإغراء السبع، ولا يتعلَّق بالقصاص بمُطَلَّقِ إغرائه على ما سيأتي، إن شاء الله تعالى.

وقوله: «وكذا المجنون الحرُّ إذا كان هذا طبعه» يعني أنه يجري الخلاف في تعلُّم الدية والضمان بِمَالِهِ إذا قتل من غير حَتٍّ وإغراء.

فَرِغَ: العبد الصغير المميز، ولو أُكْرِه على القتل، فقتل، هل تتعلَّق الدية برقبته؟ قال الإمام: بينى على أن المُكْرِه الحرُّ هل تلزمه الدية، إن قلنا: نعم، فنعم، وإن قلنا: لا، ففي التعلُّق برقبته الخلافُ المذكورُ في التعليق برقبة العبد الأعجمي؛ لنزوله منزلة الآلة. آخر: أمره الإمام بصُعود شجرة أو النزول في بئر، فامتثل، وهلك به، فإن لم نجعل أمره إكراهاً، فلا ضمان، كما لو أمره واحدٌ من الرعية، وإن جعلناه إكراهاً، فإن كان يتعلَّق بمصلحة المسلمين، فالضمان على عاقلة الإمام أو في بيت المال فيه قولان، نذكرهما في نظائرهما، وإن كان يتعلَّق به خاصةً، فالضمان على عاقلته، قاله في التهذيب، والله أعلم.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: وَلَا يَبَاحُ بِالْإِكْرَاهِ الرُّنَا وَالْقَتْلُ، وَيَبَاحُ بِهِ شَرْبُ الْخَمْرِ وَالْإِنْفَازُ

(١) قال النووي في زوائده: قال أصحابنا: لو أمر صبياً لا يميز بصعود شجرة، أو نزول بئر، ففعل، فسقط فهلك، فعلى عاقلة الأمر الدية. والله أعلم.  
وقد جزم القاضي الحسين في فتاويه بأنها على الأمر.



وإِتْلَافَ مَالِ الْغَيْرِ بَلْ يَجِبُ، وَيَبَاحُ بِهِ كَلِمَةُ الرِّدَّةِ، وَهَلْ يَجِبُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الإِكْرَاهُ عَلَى الْقَتْلِ الْمَحْرَمِ لَا يَبِيحُهُ بَلْ يَبْقَى مَأْثُومًا بِهِ، كَمَا كَانَ (١) بِالِاتِّفَاقِ، وَكَذَا لِلِإِكْرَاهِ عَلَى الزَّانَا (٢) وَهَذَا فِي الزَّانَا يَتَفَرَّعُ عَلَى الصَّحِيحِ، وَهُوَ أَنَّهُ يَتَصَوَّرُ الإِكْرَاهُ فِي الزَّانَا، وَمِنَ الْأَصْحَابِ مِنْ أَحَالَهُ، وَقَالَ: الْإِنْتِشَارُ لَا يَتَحَقَّقُ إِلَّا مَعَ نَشَاطِ النَّفْسِ وَانْبِسَاطِ الشَّهْوَةِ، وَذَلِكَ لَا يَحْصُلُ مَعَ الإِكْرَاهِ، وَقِيلَ فِي الْجَوَابِ عَنْهُ: هَبْ أَنَّهُ كَذَلِكَ، لَكِنِ الْإِنْتِشَارُ لَيْسَ بِشَرْطٍ فِي الزَّانَا، وَإِنَّمَا يَعْتَمِدُ فِي الزَّانَا الْإِيْلَاجُ، وَالِإِكْرَاهُ لَا يَنَافِيهِ.

وَأَمَّا أَنَّ الإِكْرَاهَ هَلْ يُسْقِطُ الْحَدَّ، فَسَيَأْتِي - إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى - «فِي بَابِ حَدِّ الزَّانَا» بِحَسَنِ تَيْسِيرِهِ.

وَيَبَاحُ بِالِإِكْرَاهِ شَرْبُ الْخَمْرِ اسْتِيقَاءً لِلْمَهْجَةِ، كَمَا إِذَا غَصَّ بَلْقَمَةً، وَلَمْ يَجِدْ مَا يَسِيغُهَا، سِوَى الْخَمْرِ، [كَانَ] لَهُ أَنْ يَسِيغُهَا بِالْخَمْرِ، وَكَذَلِكَ الْإِفْطَارُ فِي نَهَارِ رَمَضَانَ وَإِتْلَافَ مَالِ (٣) الْغَيْرِ يَبَاحُ بِالِإِكْرَاهِ، وَفِي مَعْنَى الْإِفْطَارِ الْخُرُوجُ مِنْ صَلَاةِ الْفَرَضِ، وَيَبَاحُ بِالِإِكْرَاهِ أَيْضًا كَلِمَةُ الرِّدَّةِ عَلَى مَا قَالَ تَعَالَى: ﴿إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ﴾ [النَّحْلُ - ١٠٦] وَهَلْ يَجِبُ التَّلَفُّظُ بِهَا فِيهِ؟ وَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا: نَعَمْ حَفْظًا لِنَفْسِهِ كَمَا يَجِبُ دَفْعُ الْهَلَاكِ بَتَنَاوُلِ الْمِيْتَةِ.

وَأَصْحُهُمَا: الْمَنْعُ مَصَابِرَةً وَثَبَاتًا عَلَى الدِّينِ، كَمَا يَعْرُضُ النَّفْسَ لِلْقَتْلِ جِهَادًا أَوْ ذَبًّا عَنِ الدِّينِ، وَعَلَى هَذَا فَالْأَفْضَلُ أَنْ يَثْبِتَ وَلَا يَتَكَلَّمَ بِكَلِمَةِ الرِّدَّةِ، رُوِيَ أَنَّهُ ﷺ قَالَ: «كَانَ الرَّجُلُ مِمَّنْ كَانَ قَبْلَكُمْ يُحْفَرُ لَهُ فِي الْأَرْضِ فَيُجْعَلُ فِيهِ فَيُجَاءُ بِالْمِنْشَارِ، فَيُوضَعُ عَلَى رَأْسِهِ، فَيَشَقُّ نِصْفَيْنِ وَمَا يَصُدُّهُ عَنِ دِينِهِ، وَيُمَسِّطُ بِأَمْشَاطِ الْحَدِيدِ مَا دُونَ لَحْمِهِ مِنْ عَظْمٍ وَعَصَبٍ، وَمَا يَصُدُّهُ ذَلِكَ عَنِ دِينِهِ» (٤).

وَمِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ قَالَ: إِنْ كَانَ مِمَّنْ يَتَوَقَّعُ مِنْهُ النِّكَايَةُ فِي الْعَدُوِّ أَوْ الْقِيَامُ بِأَحْكَامِ الشَّرْعِ، فَالْأَفْضَلُ أَنْ يَتَكَلَّمَ بِهَا، وَيُدْفَعُ الْقَتْلَ عَنْ نَفْسِهِ؛ لِمَا فِي بَقَائِهِ مِنَ الصَّلَاحِ،

(١) قَالَ فِي الْخَادِمِ: مَا أَطْلَقَهُ مَحَلَّهُ فِي الْقَتْلِ الْمَحْرَمِ لِأَجْلِ الذَّاتِ دُونَ مَا حَرَّمَ لِأَجْلِ الْمَالِيَةِ كَقَتْلِ ذُرَارِيِّ الْكُفَّارِ أَوْ الْحَرَبِيِّينَ وَنَسَائِهِمْ فَإِنْ يَبَاحُ بِالِإِكْرَاهِ كَمَا قَالَ فِي الْمَطْلَبِ لِأَنَّهُمْ قَالُوا، وَلِهَذَا قُلْنَا يَجُوزُ قَتْلُهُمْ إِذَا تَرَسَ بِهِمْ أَهْلُهُمْ فِي الْقِتَالِ.

(٢) قَالَ فِي الْمَهْمَاتِ: مَقْتَضَاهُ اسْتِواءُ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ وَهُوَ كَذَلِكَ كَمَا صَرَّحَ بِهِ الْمَصْنَفُ فِي كِتَابِ الْجِهَادِ، وَجَزَمَ الرَّافِعِيُّ فِي بَابِ الْقَضَاءِ بِمَا يَخَالِفُهُ.

(٣) اِقْتِصَارُ الشَّيْخِ عَلَى الْإِبَاحَةِ يَشْعُرُ بِعَدَمِ الْوَجُوبِ، وَذَكَرَ الْوَسِيطُ الْوَجُوبَ. وَقَالَ فِي الْمَطْلَبِ: إِنَّهُ مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ لِأَنَّ الْمَالَ مِمَّا تَدْخُلُهُ الْإِبَاحَةُ وَإِتْلَافُ مَالِ نَفْسِهِ كِإِتْلَافِ مَالِ غَيْرِهِ.

قِيلَ: وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ إِذَا أَكْرَهَ عَلَى إِتْلَافِ مَالِ نَفْسِهِ لَا ضَمَانَ عَلَى الْمَكْرَهِ تَقْدِيمًا لِلْمَبَاشِرَةِ عَلَى السَّبَبِ. رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ وَأَبُو دَاوُدَ مِنْ حَدِيثِ خُبَابِ بْنِ الْأَرْتِ وَاللَّفْظُ لِأَبِي دَاوُدَ.

وإلا، فالأفضل أن يمتنع، وهل يجب شرب الخمر عند الإكراه؟ في «الوسيط»: أنه على وجهين مرتين على الوجهين في كلمة الردة، وهو أولى بمنع الوجوب<sup>(١)</sup>، ويمكن أن يجيء مثله في الإفطار في نهار رمضان، ولا يكاد يجيء في الإكراه على إتلاف المال.

وقوله في الكتاب: «بل يجب» يجوز أن يعلم بالواو، إن رجع إلى شرب الخمر وما بعده، ولم يختص بالإتلاف وعن الأودي في ضبط هذه الصور: إن ما يسقط بالتوبة، يسقط حكمه بالإكراه، وما لا يسقط بالتوبة، لا يسقط حكمه بالإكراه.

وإذا أتلف مال الغير مكرهاً، كان للمالك مطالبة المكره بالضمان؛ لأن الإكراه تسبب إلى الإتلاف، وهذا القدر المذكور في الكتاب في أول «الغصب» حيث قال: «فيجب الضمان على المكره على إتلاف المال» وفي مطالبة المكره وجهان:

أحدهما: لا يُطالب؛ لأن الإتلاف مباح له عند الإكراه.

وأصحهما: المطالبة، لكنه يرجع بما يُعزَم على المكره؛ لعدوانه، ويعبر عن هذا الغرض بأن القرار على المكره لا محالة وفي مطالبة المكره وجهان، هذا هو الطريق الظاهر، ووراءه وجهان:

أحدهما: أن الضمان على المكره المتلف وإنما تعلق الضمان والقصاص بالإكراه على القتل؛ لعظم خطر النفس.

والثاني: عن القاضي أبي الطيب: أن الضمان يتقرر عليهما بالسوية، ويُجعلان كالشريكين، كما في الإكراه على القتل، ويجوز أن يُعلم لهذا قوله في الغصب: «فيجب الضمان على المكره» بالواو، والقول في جزاء الصيد إذا قتله المخرم مكرهاً، كالقول في ضمان المال.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: فَرَعٌ لَوْ أَنَّهُشَهُ حَيَّةٌ يَقْتُلُ مِثْلَهَا غَالِيًا فَالْحَيَّةُ كَالسُّكِينِ، وَإِنْ قَتَلَ نَادِرًا فَكَالِإِبْرَةِ، وَإِنْ أَلْقَى عَلَيْهِ الْحَيَّةَ وَكَانَ مِنْ طَبْعِهَا التَّفَارُّ فَلَا قِصَاصَ، وَكَذَا لَوْ جَمَعَ بَيْنَهُمَا فِي بَيْتٍ، وَلَوْ جَمَعَهُ فِي بَيْتٍ مَعَ سَبْعٍ فَأَفْتَرَسَهُ وَجَبَ الْقِصَاصُ إِذِ السَّبْعُ فِي الْمَضِيقِ يَفْصِدُ، وَإِنْ أَغْرَى بِهِ فِي الصَّخْرَاءِ فَلَا إِلَّا إِذَا كَانَ السَّبْعُ ضَارِيًا وَالْهَرَبُ غَيْرَ مُمَكِّنٍ، وَالْمَجْنُونُ الضَّارِي كَالسَّبْعِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا أَنَّهُشَهُ حَيَّةٌ أَوْ الدَّغَةَ عَقْرِيًّا؛ بَأَن ضَبَطَهَا وَأَدْنَى ذَنْبَهَا مِنْهُ مَعَ ضَغْطٍ، أَوْ كَرِهَ فقتلته، نُظِرَ؛ إِنْ كَانَتْ تَقْتُلُ غَالِبًا كَأَفَاعِي مَكَّةَ وَثَعَابِينَ مِصْرَ، وَعِقَارِبَ

(١) قال في المهمات: إن هذا سهو، والذي في الوسيط وأولى بالوجوب.

نَصِيْبَيْنِ، وجب القصاص، وإن كانت مما لا تقتل غالباً، فقولان.

أحدهما: أنه شبه عمد؛ لأنه لم يظهر منه قصد القتل.

والثاني: أنه يتعلّق به القصاص؛ لأن نهشها يشق الجلد، فيرتقب منه الغور والنكايه والجراحة، وإن صغرت، يتعلّق بها القصاص، كما تقدّم في غرز الإبرة، وهذا ما أورده الإمام وصاحب الكتاب، والأول أصحّ عند صاحب «التهذيب» والقاضي الروياني، وعنهما: إن لم يُنْهَشْهُ، ولكن ألقى الحية عليه، أو ألقاه عليها أو قيده وطرحه في موضع فيه حيات وعقارب، فقتله، فلا قصاص ولا ضمان، سواء كان الموضع ضيقاً أو واسعاً؛ لأنه لم يُلْجِئْهَا إِلَى الْقَتْلِ<sup>(١)</sup>، وإنما قتلتها هي باختيارها، ففعلهُ مع قتلها كالإمساك مع مباشرة القتل، ولو عرضه لافتراس السبع الذي يقتل غالباً، كالأسد والذئب، هدفه له، حتى صار السبع كالمضطرّ إليه، لزمه القصاص<sup>(٢)</sup>، كما في انتهاش الحية، حكاه القاضي ابن كج عن النصّ، فإن كان السبع مما لا يقتل غالباً، فليكن كالحية التي لا تقتل غالباً، وإن أرسل إليه السبع أو أغرّى عليه كلباً عقوراً في موضع واسع؛ كالصحراء، فقتله، لا يجب القصاص، وكذا لو طرحه في مسبعة أو بين يدي السبع في الصحراء مكتوفاً أو غير مكتوف؛ لأنه لم يُلْجِئْهُ إِلَى الْقَتْلِ، والذي وجد منه ليس بمهلك كما لا قصاص لا ضمان، كما في المُنْسِك مع القاتل، ولا فرق بين أن يكون المطرّوح صغيراً أو كبيراً، وفي الصبي وجه: أنه يجب الضمان، وبه قال أبو حنيفة، وقد ذكر صاحب الكتاب الخلاف فيه في الغضب، ولو أغراه به في موضع ضيق أو حبسه معه في بئر أو بيت، فقتله، وجب القصاص مكتوفاً كان أو لم يكن؛ لأنّه ألجأ السبع إلى عقره وقتله، وليس السبع كالحية حيث لم يفرق فيها بين الموضع الواسع والضيق؛ لأن الحية، تنفر من الآدمي، والسبع يقصده في المضيق، ويتوثب عليه، وفي الموضع الواسع لا يقصده قصده في المضيق، إنما يقصد قصد الدافعين، ويمكن التحرز والقرار منه، فهذا هو المشهور والمنقول عن النصّ، وعن القاضي الحسين وغيره: أن الحية، إن كانت تقصده ولا تنفر، كانت كالسبع، وأنها أنواعٌ مختلفة الطباع، وأن السبع، إذا كان ضارياً شديداً العدو، وكان لا يتأتى الهرب منه في الصحراء، وجب القصاص، وهذا جعله الإمام كالبيان والاستدراك لما أطلقه الأصحاب، وأرسلوه وصاحب «التهذيب» وغيره من أصحاب القاضي جعلوا المسألة مختلفاً فيها، وأقاموا هذا وجهاً آخر، وعليه جرى صاحب الكتاب كيفما قدر، ففيد صورة الحية بما إذا كان من

(١) ما جزم به في هذه المسألة نص عليه الشافعي في الأم، وفيه إشكال إذا كانت الحية تعرف بالإهلاك وقصد من يمر بها فضلاً عن يلقى عليها أو صار مقيداً في موضعها.

(٢) حكاه ابن كج عن النص وقال في المطلب: ولا خلاف فيه بين الأصحاب.

طَبِعَهَا النِّفَارَ، وَاسْتَثْنَى مِنْ صُورَةِ السَّبْعِ مَا إِذَا كَانَ ضَارِيًا، وَالْهَرَبُ غَيْرَ مُنَكِّنٍ، وَقَدْ وَجَّهَ ذَلِكَ بِأَنَّ عَقْرَ السَّبْعِ الْمُعْزَى يُضَافُ إِلَى فِعْلِ الْمُعْزِي، وَإِنْ كَانَ فِي الصَّحْرَاءِ، وَلِذَلِكَ يَحِلُّ بِهِ الصَّيْدَ، وَأَجِيبَ عَنْهُ: بِأَنَّ الْحَيَوَانَ عُلِّمَ الْإِصْطِيَادَ، وَالْحَاجَةُ إِلَى الصَّيْدِ حَمَلَتْ عَلَى الْإِضَافَةِ إِلَى الْمُعْزِي، وَهَذَا بِخِلَافِهِ، وَحَيْثُ قَلْنَا: بِوُجُوبِ الْقِصَاصِ فِي الْحَيَةِ وَالسَّبْعِ، فَذَلِكَ، إِذَا قُتِلَ فِي الْحَالِ أَوْ جَرِحَ جِرَاحَةً تَقْتُلُ فِي الْغَالِبِ، أَمَا إِذَا جَرِحَهُ جِرَاحَةً لَا يَقْتُلُ مِثْلَهَا غَالِبًا، فَالْحَاصِلُ شُبُهَةُ عَمْدٍ، فَكَأَنَّهُ صَدَّرَتْ تِلْكَ الْجِرَاحَةَ مِنَ الْمُعْزَى، وَإِذَا تَمَكَّنَ الْمُعْزَى عَلَيْهِ مِنَ الْفِرَارِ، فَلَمْ يَفْعَلْ؟

قال الإمام: هو كترك السباحة، والمجنون الضاري في ذلك كالسبع<sup>(١)</sup>، هكذا أطلق، ومقتضاه الفرق بين أن يُعْزَى وَيُبْعَثَ فِي الْمَضِيقِ أَوْ الصَّحْرَاءِ، لَكِنْ إِنْ أَمَكَّنَ أَنْ يَقَالُ: إِنْ طَبِعَ السَّبْعُ أَنْ يَنْفِرَ مِنَ الْآدَمِيِّ فِي الصَّحْرَاءِ، وَلَا يَقْصِدُهُ، فَلَا يَتَضَحَّ أَنْ يُدْعَى مِثْلَهُ فِي الْمَجْنُونِ؛ فَالْمَجْنُونُ فَنُونَ، وَلَوْ رَبَطَ فِي دِهْلِيزِ دَارِهِ كَلْبًا عَقُورًا، وَدَعَا إِلَيْهِ غَيْرَهُ، فَافْتَرَسَهُ الْكَلْبُ، فَلَا قِصَاصَ وَلَا ضَمَانَ، وَلَمْ يُجْعَلْ عَلَى الْخِلَافِ الَّذِي سَبَقَ فِي حَفْرِ الْبِئْرِ فِي الدِهْلِيزِ وَتَغْطِيَةِ رَأْسِهَا؛ لِأَنَّ الْكَلْبَ يَفْتَرَسُ بِاخْتِيَارِهِ، وَلِأَنَّهُ ظَاهِرٌ يُمْكِنُ دَفْعُهُ بِالْعَصَا<sup>(٢)</sup> وَالسَّلَاحِ.

ويجوز أن يُعْلَمَ قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «وَكَذَا لَوْ جَمَعَ بَيْنَهُمَا فِي بَيْتٍ» وَاحِدًا بِالْوَاوِ؛ لِأَنَّ الْقَاضِيَ ابْنَ كَجٍّ حَكَى قَوْلَانَ: الْجَمْعُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْحَيَةِ فِي الْبَيْتِ، كَالْجَمْعِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ السَّبْعِ، وَكَذَا قَوْلُهُ: «فَافْتَرَسَهُ وَجِبَ الْقِصَاصُ» لِأَنَّهُ حَكَى قَوْلًا: أَنَّهُ لَا يَجِبُ، وَبِحَالِ الْهَلَالِ عَلَى اخْتِيَارِ الْحَيَوَانَ، وَأَشَارَ فِيهِمَا إِلَى النُّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ، وَإِذَا جَعَلَ مَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي وَجْهًا وَاثْبَتَ الْخِلَافَ، فَلَا بَأْسَ لَوْ أَعْلَمَ قَوْلُهُ: «إِلَّا إِذَا كَانَ السَّبْعُ ضَارِيًا» بِالْوَاوِ أَيْضًا.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الطَّرْفُ الرَّابِعُ فِي طَرَيَانِ الْمُبَاشَرَةِ عَلَى الْمُبَاشَرَةِ وَحُكْمُهُ تَقْدِيمُ الْأَقْوَى فَلَوْ جَرِحَ الْأَوَّلُ وَحَزَّ الثَّانِي فَالْقَوْدُ عَلَى الثَّانِي، وَلَوْ أَنْتَهَى الْأَوَّلُ إِلَى حَرَكَةِ الْمَذْبُوحِ وَقَدَّ الثَّانِي بِنِصْفَيْنِ فَالْقَوْدُ عَلَى الْأَوَّلِ، وَلَوْ قَطَعَ أَحَدُهُمَا مِنَ الْكُوعِ وَالثَّانِي مِنَ الْمِرْزَقِ فَمَاتَ بِالسَّرَايَةِ فَالْقَوْدُ (ح) عَلَيْهِمَا، وَلَوْ قَتَلَ مَرِيضًا مُشْرِفًا وَجَبَ الْقَوْدُ، وَلَوْ قَتَلَ

(١) أي فلا قصاص ولا ضمان وهذا يخالف لما نقله قبل ذلك عن البغوي وأقره من أنه لو أمر مجنوناً حراً بقتل شخص فقتله إن كان له تمييز فلا شيء على الأمر وإن لم يكن له تمييز وكان مجنوناً ضارياً فالقصاص أو كمال الدية على الأمر.

(٢) قال الشيخ البلقيني: كأنهما لم يستحضرا الخلاف في الضمان، والخلاف في ذلك مشهور ومنهم من خص الخلاف بمن كان أعمى أو في ظلمة وقطع بالضمان فيما إذا كان بصيراً. انتهى وقد صحح النووي رحمه الله في تصحيح التنبيه وجوب الضمان في صورة الكلب وهو الأرجح.

مَنْ نَزَعَ أَحْسَاؤَهُ وَهُوَ يَمُوتُ بَعْدَ يَوْمَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةٍ لَا مَحَالَةَ وَجَبَ الْقَوْدُ لِأَنَّهُ أَزْهَقَ حَيَاةَ مُسْتَقِرَّةٍ بِخِلَافِ حَرَكَةِ الْمَذْبُوحِ .

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا صَدَرَ فِعْلَانِ مُزْهِقَانِ مِنْ شَخْصَيْنِ، نُظِرَ؛ إِنْ وَجَدَا مَعًا، فَهَمَا قَاتِلَانِ سِوَا مَا كَانَا مُدْفَقَيْنِ كَمَا إِذَا حَزَّ أَحَدُهُمَا رَقْبَتَهُ، وَقَدَّهُ الْآخَرُ نَصْفَيْنِ، أَوْ لَمْ يَكُنَا مُدْفَقَيْنِ، كَمَا إِذَا أَجَافَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا جَائِفَةً أَوْ قَطَعَ عَضْوًا، وَمَاتَ مِنْهُمَا، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُدْفَقًا دُونَ الْآخَرِ، فَمِيقَاسُ مَا سَنَذَكُرُ أَنْ يَكُونَ الْقَاتِلُ صَاحِبَ الْفِعْلِ الْمُدْفَقِ، وَإِنْ طَرَأَ فِعْلٌ أَحَدَهُمَا عَلَى فِعْلِ الْآخَرِ، فَلَهُ حَالَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: أَنْ يَوْجَدَ فِعْلُ الثَّانِي انْتِهَاءَ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ إِلَى أَنْ صَارَتْ حَرَكَتُهُ حَرَكَةَ الْمَذْبُوحِينَ، إِمَّا عَقِيبَ الْفِعْلِ الْأَوَّلِ؛ لِكُونِهِ مُدْفَقًا أَوْ لِسَرَايَتِهِ وَتَأْثِيرِهِ مَدَّةً، فَيَكُونُ الْقَاتِلُ الْأَوَّلُ وَلَا شَيْءٌ عَلَى الثَّانِي إِلَّا التَّعْزِيرُ؛ لِأَنَّ الْمُنْتَهِيَّ إِلَى الْحَالَةِ الثَّانِيَةِ مَقْتُولٌ وَالثَّانِي: هَاتِكَ حَرَمَةَ مَيِّتٍ، فَيُعْذَرُ، كَمَا لَوْ قَطَعَ عَضْوًا مِنْ مَيِّتٍ أَوْ حَزَّ رَقْبَتَهُ، وَالْمُرَادُ مِنْ حَرَكَةِ الْمَذْبُوحِ الَّذِي لَا يَبْقَى مَعَهَا الْإِنْبِصَارُ وَالْإِدْرَاكُ وَالنُّطْقُ وَالْحَرَكَةُ، وَالِاخْتِيَارِيَانِ وَقَدْ يَقْدُ الشَّخْصَ وَتَتْرَكَ أَحْسَاؤَهُ فِي النُّصْفِ الْأَعْلَى، فَيَطْرَفُ وَيَتَكَلَّمُ بِكَلِمَاتٍ لَكِنِهَا لَا تَنْتَظِمُ، وَإِنْ انْتَضَمَتْ، فَلَيْسَتْ صَادِرَةً عَنْ رُؤْيَةٍ وَاخْتِيَارٍ، وَالْحَالَةُ الْمَذْكُورَةُ هِيَ الَّتِي تُسَمَّى حَالَةَ الْيَأْسِ لَا يَصِحُّ فِيهَا الْإِسْلَامُ وَلَا شَيْءٌ مِنَ التَّصَرُّفَاتِ، وَتَصِيرُ فِيهَا الْمَالُ لِلْوَرِثَةِ، وَلَوْ مَاتَ قَرِيبٌ لِمَنْ انْتَهَى إِلَيْهَا، لَمْ يُورَثْ مِنْهُ، وَلَوْ أَسْلَمَ لَهُ ابْنُ كَافِرٍ، أَوْ أَعْتَقَ رَقِيقًا، لَمْ يُزَاحَمِ سَائِرُ وَرَثَتِهِ، وَكَمَا لَا يَصِحُّ الْإِسْلَامُ فِي تِلْكَ الْحَالَةِ، لَا تَصِحُّ الرَّدَّةُ، هَذَا هُوَ الْمَشْهُورُ.

وَفِي كِتَابِ الْقَاضِي ابْنِ كَعْبٍ: أَنَّهَا تَصِحُّ؛ لِأَنَّ الْكَافِرَ يُؤْمِنُ وَيُوقِنُ حَيْثُ نَزِدُ، فِإِعْرَاضِ الْمُؤْمِنِ جُحُودًا<sup>(١)</sup> قَبِيحًا، وَاعْلَمْ أَنَّ مَنْ قَطَعَ حُلُقُومَهُ وَمَرِيئَهُ أَوْ قَلَعَتْ حَشْوَتَهُ وَأَبْيَنَتْ مِنْ جَوْفِهِ، فَقَدْ انْتَهَى إِلَى حَرَكَةِ الْمَذْبُوحِ<sup>(٢)</sup>، وَفِي بَعْضِ نَسَخِ «الْمَخْتَصِرِ»: وَلَوْ قَطَعَ حُلُقُومَهُ أَوْ مَرِيئَهُ، ثُمَّ ضَرَبَ عُنُقَهُ آخَرَ فَالْقَاتِلُ الْأَوَّلُ دُونَ الثَّانِي، وَنَسَبَ الْقُقَالَ وَغَيْرَهُ الْمُرْتَبِيَّ إِلَى الْإِخْلَالِ، وَقَالُوا: إِنَّمَا قَالَ الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - حُلُقُومَهُ وَمَرِيئَهُ بِالْوَاوِ وَقَطَعَ أَحَدَهُمَا قَدْ لَا يَنْتَهِي إِلَى حَرَكَةِ الْمَذْبُوحِ فِي الْحَالِ. قَالَ الْقَاضِي الرَّوْيَانِيُّ: وَرَأَيْتَهُ فِي كَثِيرٍ مِنَ النُّسَخِ بِالْوَاوِ عَلَى الصَّحَّةِ، وَيُمْكِنُ أَنْ يُطْلَقَ أَوْ بِمَعْنَى الْوَاوِ.

(١) قَالَ فِي الْمَطْلَبِ: وَلَا وَجْهَ لِذَلِكَ لِأَنَّ مَنَاطَ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ صَدَرَ عَنْ غَيْرِ رُؤْيَةٍ وَإِخْبَارٍ وَالْقَبِيحُ إِنَّمَا يَكُونُ إِذَا صَدَرَ مِمَّنْ لَهُ نَظَرٌ وَفَكْرٌ.

(٢) الْحَشْوَةُ: بِضَمِّ الْحَاءِ وَكَسْرِهَا الْأَمْعَاءُ قَالَ فِي الصَّحَاحِ. وَزَعَمَ ابْنُ بَرِيٍّ فِي تَضْعِيفِ الْفُقَهَاءِ أَنَّ الصَّوَابَ فَتْحَ الْحَاءِ، وَغَلَطَ مَنْ كَسَرَهَا. قَالَ فِي الْخَادِمِ: وَهُوَ عَجِيبٌ وَلَمْ يَنْفَرِدِ الْجَوْهَرِيُّ بِالْوَجْهِينِ فَقَدْ حَكَاهَا صَاحِبُ دِيْوَانِ الْأَدَبِ أَيْضًا وَفِي الْمَجْمَلِ بِالْكَسْرِ أَيْضًا.

**والحالة الثانية:** أن يوجد فعل الثاني قبل انتهائه إلى حركة المذبوحين، فيُنظر؛ إن كان الثاني مُدْفَعاً كما لو جرحه واحد، ثم جاء آخر وحَزُّ رقبته، أو قَدَّهُ بِنِصْفَيْنِ، فالقاتل الثاني؛ لأن الجراحة كانت تؤثر بالسراية والحَزُّ أبطل أثرها ومرابتها، وإنما يجب على الأول القصاص في العضو المقطوع أو المال على ما يقتضيه الحال، ولا فَرْقَ بين أن يَتَوَقَّع البرء من الجراحة السابقة لو لم يَطْرَأ الحَزُّ، وبين أن لا يَتَوَقَّع، ويستَيَقِن الهلاك بعد يومين أو أيام؛ لأن له في الحال حياة مُسْتَقَرَّة، والتصرفات فيها نافذة، وقد عهد عمر - رضي الله عنه - وأوصى في هذه الحالة، فعمل بعهد ووصايه.

وعن مالك: أنه إذا تَيَقَّن هلاكاً بالجراحة السابقة، فالقاتل الأوَّل دون الثاني، وإن لم يكن الثاني مَدْفَعاً أيضاً، ومات بسرابتها جميعاً كما لو أجاف الأول ثم أجاف الثاني، أو قطع الأوَّل يده من الكوع، ثم قطع الثاني الساعد من المرفق، فمات، فهما قاتلان لأنَّ القطع الأوَّل قد انتشرت سرايته وألمه، وتأثرت به الأعضاء الرئيسية، وانضم إليها آلام الثاني، فأشبه ما إذا أجاف واحد منهما جائفةً، وجاء آخر، ووسَّعها، فمات، يحب القصاص عليهما، وعند أبي حنيفة القصاص في الصورة الثانية على الذي قَطَعَ من المرفق دون الأوَّل، وإذا شك في الانتهاء إلى حركة المذبوحين، روجع فيه أهل الخبرة، وعُمِل بقولهم.

والمریضُ المُشْرِفُ على الوفاة إذا قُتِلَ، وجب القصاص على قاتله، قال القاضي الروياني وغيره: سواء انتهى إلى حالة التَّزَع، وصار عيشه عَيْشَ المذبوحين، أم لا ولفظ الإمام: أن المريض لو انتهى إلى سَكَرَاتِ المَوْتِ، وبَدَّتْ مخائله، وتغيَّرت الأنفاس في السُّراسيف، فلا يُحَكَّم له بالمَوْتِ، بل يلزم قاتله القصاص وإن كان يُظَنُّ أنه في مثل حالة المقدود، وفرَّقوا بأن انتهاء المريض إلى تلك الحالة أن موته غير مقطوع به، وقد يُظَنُّ به ذلك، ثم يُشْفَى بخلاف المقدود، ومَن في معناه، وأيضاً بأن في المريض لم يَسْبِقْ فَعْلُ يحال القتل وأحكامه عليه، حتى يهدر الفغل الثاني، وها هنا بخلافه.

وقوله في الكتاب: «ولو جَرَحَ الأوَّلُ وحَزُّ الثاني» وقوله على الأثر: «فَقَدَّ الثاني بِنِصْفَيْنِ» ليس لتخصيص الحَزُّ بالصورة الأولى، والقَدُّ بالثانية، بل حكمهما واحد في صورتين، وقوله: «ولو قَتَلَ مَنْ نُزِعَ أحشاؤه» ظاهره يفهم التصوير فيمن أبيت حشوته، وأخرجت من جوفه، لكن مَنْ فَعَلَ به ذلك مقبول منته إلى حركة المذبوح لا محالة.

نعم، لو أصاب الحشو خرق وقطع، وكان يتيقن موته بغد يوم أو يومين، فهو الذي يجب القصاص بقتله، وكان عمر - رضي الله عنه - كذلك على ما رُوِيَ أن الطبيب سقاه لبناً، فخرج من جوفه لما أصاب أمعاؤه من الحَزُّ، فقال الطبيب: اعهد يا أمير

المؤمنين، والصورتان [الإبانة والخرق بلا إبانة]<sup>(١)</sup> منصوبتان مثبتتان في «المختصر» وكتب الأصحاب فليؤول لفظ النزع على التخریق، والنزع عن الموضوع الأصلي، وما أشبهه، وموضع الإعلام بالحاء والميم؛ في الفصل لما ذكرنا من مذهب أبي حنيفة ومالك ظاهر.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: فَإِنْ قِيلَ: ظَنُّ الْإِبَاحَةِ هَلْ يَكُونُ شُبْهَةً؟ قُلْنَا: مَنْ قَتَلَ رَجُلًا فِي دَارِ الْحَزْبِ عَلَى زِيِّ أَهْلِ الشُّرْكِ فَإِذَا هُوَ مُسْلِمٌ فَلَا قِصَاصَ وَتَجِبُ الْكَفَّارَةُ، وَفِي الدِّيَةِ قَوْلَانِ، وَلَوْ قَتَلَ مَنْ عَهْدَهُ مُرْتَدًّا فَظَنَّ أَنَّهُ لَمْ يُسْلِمْ فَإِذَا هُوَ عَادَ إِلَى الْإِسْلَامِ فَقَوْلَانِ إِذْ لَيْسَ لَهُ قَتْلُ الْمُرْتَدِّ بَلْ هُوَ إِلَى الْإِمَامِ، وَلَوْ ظَنَّهُ قَاتِلَ أَبِيهِ فَقَوْلَانِ، وَلَوْ قَالَ: تَبَيَّنْتُ أَنَّ أَبِي كَانَ حَيًّا وَجَبَ الْقَوْدُ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَعْدُورٍ، وَلَوْ ضَرَبَ مَرِيضًا ظَنَّهُ صَاحِبًا ضَرْبًا يَهْلِكُ الْمَرِيضَ وَجَبَ الْقَوْدُ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَعْدُورٍ إِذْ ظَنَّ الْمَرِيضَ لَا يُبِيحُ الضَّرْبَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: غَرَضُ الْفَضْلِ: الْبَحْثُ عَمَّا إِذَا قَتَلَ إِنْسَانًا قُضِدَا عَلَى ظَنٍّ فِي حَالَةِ الْمَقْتُولِ، ثُمَّ تَبَيَّنَ خِلَافَهُ، وَفِيهِ صَوْرَتَانِ.

إحدهما: إِذَا قَتَلَ شَخْصًا عَلَى ظَنٍّ أَنَّهُ كَافِرٌ، فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ زِيُّ الْكُفَّارِ، قَالَ فِي «التَّهْذِيبِ». أَوْ رَأَاهُ يَعْظُمُ آلِهَتَهُمْ، فَبَانَ أَنَّهُ كَانَ مُسْلِمًا، فَيُنْتَظَرُ؛ إِنْ اتَّفَقَ ذَلِكَ فِي دَارِ الْحَزْبِ، فَلَا قِصَاصَ، وَعَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ وَفِي الدِّيَةِ قَوْلَانِ:  
أحدهما: تَجِبُ؛ لِأَنَّهَا تَثْبُتُ مَعَ الشُّبْهَةِ.

وَأَصْحُهُمَا: الْمَنْعُ؛ لِلْجَعْلِ وَوَضَحِ الْعُذْرِ فِيمَا فَعَلَ هُنَاكَ، وَإِنْ اتَّفَقَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ، وَجِبَتِ الدِّيَةُ وَالْكَفَّارَةُ، وَفِي الْقِصَاصِ قَوْلَانِ:

أحدهما: لَا تَجِبُ، كَمَا فِي دَارِ الْحَزْبِ، وَعَلَى هَذَا؛ فَتَكُونُ الدِّيَةُ مَغْلُظَةً أَوْ مَخْفُفَةً عَلَى الْعَاقِلَةِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ، وَالثَّانِي، وَهُوَ الَّذِي رُجِّحَ مِنْهُمَا أَنَّهُ يَجِبُ [عَلَيْهِ] الْقِصَاصُ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ مِنْ حَالِ مَنْ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ الْعِصْمَةُ.

الثَّانِيَةُ: قَتَلَ مَنْ ظَنَّهُ مُرْتَدًّا أَوْ حَرِيْبًا فَلَمْ يَكُنْ، لَزِمَهُ الْقِصَاصُ؛ فَإِنْ عَهْدَهُ مُرْتَدًّا، فَظَنَّ أَنَّهُ لَمْ يُسْلِمْ، وَكَانَ قَدْ أَسْلَمَ، فَالْتُّصُّ وَجُوبُ الْقِصَاصِ، وَنَصٌ فِيهَا إِذَا عَهْدَهُ ذِمِّيًّا أَوْ عَبْدًا وَقَتَلَهُ عَلَى ظَنٍّ أَنَّهُ لَمْ يُسْلِمْ، وَلَمْ يَعْتَقْ، فَبَانَ خِلَافُهُ: أَنَّهُ لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ، وَلِلْأَصْحَابِ طَرِيقَانِ:

أحدهما: طَرُدُ الْقَوْلَيْنِ فِي الصُّورِ.

(١) فِي ز: الْقَطْعُ وَالْحَرْقُ بِلَا إِبَانَةٍ.

وجه الوجوب: أنه قتل عمداً شخصاً مضموناً بالقصاص، ووجه المنع شبهة ظنه المعتضد باستصحاب ما عهد.

**والثاني:** القطع بالوجوب في المرتد، وفرق بينه وبين الصورتين الأخرتين بأن المرتد يُحبس في دار الإسلام، ولا يُخلّى فقاتله وهو مخلّى مقصّر، بخلاف الذمي والعبد، وفي كلام بعضهم ما يُشير إلى طريقة قاطعة بوجوب القصاص في قتلها؛ لأنه ظن لا يُنتج القتل، ولا يقتضي إلا هذراً، والظاهر في الصور وجوب القصاص، وإن أثبت الخلاف، وقد يُوجه بأنه ظن لا يقتضي الإباحة، أما في العبد والذمي، فظاهر، وأما في المرتد، فلأن قتله إلى الإمام لا إلى آحاد الناس، فأشبهه ما إذا زنى عالماً بالتحريم، جاهلاً بوجوب الحد، حيث يلزمه الحد، وإن عهده حريياً، فظن أنه لم يُسلم، فمنهم من جعله كالمُرتد، ومنهم من قطع بأنه لا قصاص، وفرق بأن المرتد لا يُخلّى، والحربي قد يُخلّى بالمهادنة وفرق بينه وبين الذمي والعبد بأن الظن هناك لا يقتضي الحل والإهدار، وها هنا بخلافه، ولو ظنه قاتل أبيه، فقتله، فبان خلافة، فقد حكى صاحب الكتاب وغيره فيه قولين:

أحدهما: أنه لا يجب القصاص؛ لأنه ظن إباحة القتل له.

وأظهرهما: الوجوب؛ لأنه كان من حقه التثبيت، ولم يعهده قاتلاً حتى يستضجه والمفهوم مما أورده إذا ظنه مرتداً أو حريياً من غير أن يعهده كذلك، ولم يكن كما ظنه القطع بوجوب القصاص، والوجه التسوية بينهما، وبين ما إذا ظنه قاتل أبيه، إما في القطع أو في إثبات القولين، وقد يرجح القطع بأن من أثبت القولين سلم القطع بالوجوب فيما إذا قال: تبيئت أن أبي كان حياً حين قتلته مع أن أضل الظن والشبهة قائم، وحيث قلنا: إنه لا قصاص في هذه الصور، فلو قال الولي، عرفت إسلامه وحرية، وقال القاتل: ظننته كافراً أو رقيقاً، فالقول قوله؛ لأنه أعرف بحاله، ونقل صاحب الكتاب في «الوسيط» طريقين في موضع القولين، فيما إذا ظنه قاتل أبيه.

أحدهما: أن موضع القولين ما إذا تنازعا أما إذا صدقه ولي الدم، فلا قصاص بلا خلاف.

**والثاني:** طرد القولين؛ لأنه ظن من غير مُستند شرعي.

**الثالث -:** إذا ضرب المريض ضرباً يقتل المريض دون الصحيح، فمات منه، نُظر؛ إن علم أنه مريض، فلا خلاف في وجوب القصاص، وقد سبق ذكره في الكتاب استشهاداً في مسألة «التجويع»، وإن كان جاهلاً بمرضه، فالصحيح وجوب القصاص أيضاً؛ لوجود القتل بصفة التعدي، فإن ظن الصحة لا يبيح الضرب، وفيه وجه: أنه لا يجب؛ لأن ما أتى به ليس بمهلك غيره، فلم يتحقق قصد الإهلاك، وذكر أن هذا الوجه مأخوذ من



الخلاف فيما إذا شهدوا على إنسان بما يوجب القتل، ثم رجعوا، وقالوا: تعمّدنا، ولم نعلم أنه يُقتل بقولنا، وأقرب منه أخذه من الخلاف في الصورة السابقة، ويجوز أن يُعلم قوله في الكتاب: «فقولان» في مسألة المرتد بالواو، وكذا قوله: «فقولان» فيما لو ظن أنه قاتل أبيه؛ لما بيئنا من اختلاف الطرق، وكذا قوله: «وجب القود» في مسألة المريض للوجه الآخر، وقد أعاد المسألة في «باب الرجوع عن الشهادة» من «كتاب الشهادات» وذكر فيها الخلاف هناك واقتصر ها هنا على إيراد الصحيح.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الرُّكْنُ الثَّانِي: الْقَتِيلُ وَشَرَطُ كَوْنِهِ مَضْمُونًا بِالْقِصَاصِ أَنْ يَكُونَ مَعْصُومًا، وَالْعِصْمَةُ بِالْإِسْلَامِ وَالْحُرِّيَّةِ وَالْأَمَانِ، وَالْحَرْبِيُّ مُهْدَرُ الدَّمِ، وَكَذَلِكَ الْمُرْتَدُّ لَكِنْ فِي حَقِّ الْمُسْلِمِ، وَفِي حَقِّ الدَّمِيِّ وَالْمُرْتَدُّ خِلَافًا، وَمَنْ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ مَعْصُومٌ فِي حَقِّ غَيْرِ الْمُسْتَحِقِّ، وَالزَّانِي الْمُحْصَنُ يَجِبُ الْقِصَاصُ عَلَى قَاتِلِهِ الدَّمِيِّ، وَفِي الْمُسْلِمِ وَجِهَانٍ لِيُتَرَدِّدَهُ بَيْنَ الْمُرْتَدِّ وَمَنْ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يُشْتَرَطُ لَوْجُوبِ الْقِصَاصِ كَوْنُ الْقَتِيلِ مَحْقُونِ الدَّمِ مَعْصُومًا، إِمَّا بِالْإِسْلَامِ أَوْ بِعَقْدِ الْحُرِّيَّةِ أَوْ بِالْعَهْدِ وَالْأَمَانِ<sup>(١)</sup>، فَالْحَرْبِيُّ مُهْدَرٌ؛ لِأَنَّهُ لَا إِيمَانَ لَهُ، وَلَا أَمَانَ، وَكَذَلِكَ الْمُرْتَدُّ مُهْدَرٌ، إِنْ قَتَلَهُ مُسْلِمٌ، وَإِنْ قَتَلَهُ ذِمِّي أَوْ مُرْتَدًّا، فَفِيهِ خِلَافٌ سَبْعُونَ عَنْ قَرِيبٍ وَهَنَّاكَ نَشْرَحُهُ - إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى - فَإِنْ قِيلَ بِوَجُوبِ الْقِصَاصِ عَلَيْهِمَا، فَإِمَّا أَنْ يُقَالَ: هَذَا مُسْتَثْنَى عَنْ قَوْلِنَا: إِنْ شَرَطُ وَجُوبِ الْقِصَاصِ عِصْمَةُ الْمَقْتُولِ بِأَحَدِ الْوَجُوهِ الثَّلَاثِ، وَإِمَّا أَنْ يُقَالَ: [إِنْ] الْمُرْتَدُّ: مَعْصُومٌ عَنِ الدَّمِيِّ وَالْمُرْتَدُّ بِمَا لَهُ مِنْ عُلُقَةٍ بِالْإِسْلَامِ، عَلَى مَا سَيَأْتِي - إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى - وَمَنْ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ، لَوْ قَتَلَهُ غَيْرُ الْمُسْتَحِقِّ يَلْزَمُهُ الْقِصَاصُ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَبَاحِ الدَّمِ، وَإِنَّمَا ثَبِتَ عَلَيْهِ حَقٌّ قَدْ يُتْرَكُ، وَقَدْ يُسْتَوْفَى، وَالزَّانِي الْمُحْصَنُ لَوْ قَتَلَهُ ذِمِّيًّا يَلْزَمُهُ الْقِصَاصُ؛ لِأَنَّهُ لَا تَسَلُّطَ لَهُ عَلَى الْمُسْلِمِ، وَلَا حَقَّ لَهُ فِي الْوَاجِبِ عَلَيْهِ، وَلَوْ قَتَلَهُ مُسْلِمٌ، فَوَجِهَانٌ:

أحدهما: يجب القصاص؛ لأن الرجم إلى الإمام، وأيدي الآحاد مصروفة عنه، فأشبه ما إذا قتل من عليه قصاص غير مستحقه.

(١) اقتصر في المحرر والمنهاج على الإسلام والأمان ورأى دخول الجزية في الأمان، وقد اعترض في المطلب على الحصر في الثلاثة فقال: وقد بقي من أسباب العصمة ضرب الرق على كتابي بلا خلاف وعلى وثني ونحوه على المذهب وكذا الترهيب على قول ولا يحتمل دخول الأول في لفظ الأمان نعم يدخل فيه زوجة المسلم بل يستحيل لأنه بالضرب صار مالا مستحقا للمسلمين ومال المسلمين في أمان ومثله نساء أهل الحرب وصبيانهم إذا وقعوا في الأسر.

والثاني: المنع؛ لأنه مباح الدم، فصار كالمرتد، وربما يُنَيِّ الخِلافُ على أن الحدَّ لله تعالى، أو للمسلمين، والإمامُ نائب عنهم في الاستيفاء.

إن قلنا: لله تعالى، فإذا قتله غير المستحقِّ ونائيهِ، لزمه القصاصُ، كما لو قُتِلَ مَنْ عليه القصاصُ غيرُ المستحقِّ ونائيهِ، وإن قلنا: للمسلمين، فقد قتله أحد المستحقِّين، فلا قصاص، والظاهر من الوجهين على ما اختاره الإمام، ورواه عن المراوزة ورواه صاحب «التهديب»: أنه لا يجب القصاصُ، ويُعزَى ذلك<sup>(١)</sup> إلى النص، وفي فتاوى القفال: أن مَنْ ترك الصلاة عمداً حتى خرج وقتها، وكان يُؤمر بفعلها، فلا يفعلها، فلو قتله إنسان فلا قصاص عليه، وليكن هذا جواباً على وجه المنع في الزاني المُخَصَّن.

قال: فلو جُنَّ قبل فعلها، لا يُقتل في حال الجنون، فلو قتله قاتل حينئذ، وجب عليه القصاص، وكذا لو سَكَرَ، ولو جُنَّ المرتدُّ أو سَكَرَ، فقتله قاتل، فلا قصاص لقيام الكُفْرِ.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: الرُّكْنُ الثَّالِثُ: الْقَاتِلُ وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ مُتَّزِماً لِلْأَحْكَامِ فَلَا قِصَاصَ عَلَى الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ وَالْحَزْبِيِّ، وَيَجِبُ عَلَى الذَّمِّيِّ، وَفِي السُّكْرَانِ خِلَافٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لا يجب القصاصُ على الصبيِّ والمجنون؛ لأنَّ القلمَ مرفوعٌ عنهما، كما لا قصاص على النائم، إذا انقلب على إنسان؛ فقتله، ولأنهما لا يُكَلَّفان بالعبادات الدينية، فأولَى أن لا يؤاخذا بالعقوبات البدنيَّة، والمنقطع جنونه كالعاقل في وقت إفاقته، وكالمُطَبَّق جنونه في وقت جنونه، ومَنْ وجب عليه القصاص، ثم جُنَّ، استوفى منه القصاص، سواء ثبت موجب القصاص بإقراره أو بالبيِّنة، بخلاف ما إذا أقرَّ بما يُوجب الحدَّ ثم جُنَّ حيث لا يُستوفى منه الحدُّ في جنونه؛ لأن الإقرار هناك يقبل الرجوع.

وعن أبي حنيفة: أنه لا يقتص، منه في الجنون، وعن بعض أصحابه: أنه إن جُنَّ حين قَدِمَ للقصاص، اقتص منه، وإن جُنَّ قبله، لم يقتص منه، وفي وجوب القصاص على السكران طُرُقٌ مختلفة، على ما مرت في «الطلاق»، والظاهرُ وجوبه وألحق به المتعدِّي بتناول الأدوية المزيلة للعقل.

ولو قال القاتل: كنت يوم القتل صغيراً، وقال الوارث: كنت بالغاً، فالمصدق باليمين القاتل؛ لأن الأصل بقاء الصَّغَر، ولا يخفى أن هذا بشرط الإمكان، ولو قال: أنا صغير، فلا قصاص، ولا يُمكن تحليفه؛ لأن التحليف لإثبات المحلوف عليه، ولو ثبت صباه، لبطلت يمينه، ولو قال: كنت مجنوناً عند القتل، وكان قد عهد له جنوناً،

(١) قال النووي: قال القاضي أبو الطيب في تعليقه: الخلاف إذا قتل قبل أن يأمر الإمام بقتله، فإن قتل بعد أمر الإمام بقتله، فلا قصاص قطعاً. والله أعلم.

فكذلك هو المصدِّق. وحكى القاضي الروياني وجهاً: أن المصدِّق الوارث، إن كان الجنون الذي عُهد له منقطعاً، وفي «الشامل» وجه مُطلَق: أنه المصدِّق لأن الأصل السلامة، ولو اتفقا على أنه كان زائلاً العَقْل، وقال القاتل: كنتُ مجنوناً، وقال الوارث: بل سكران، فالمصدِّق القاتل، ولو أقام الوارث بينة على أن القاتل كان عاقلاً يومئذ، وأقام القاتل بينة على أنه كان مجنوناً، تعارضتا ولا قصاص على الحربي؛ لأنه غير ملتزم للأحكام، ويجب على المرتد الذمي لالتزامه الأحكام والالتقياد لها، هذا ما قاله الجمهور.

وحكى الشيخ أبو الحسن العبادي، أن أبا إسحاق الإسفراييني ذهب إلى أنه يجب على الحربي ضمان النفس والمال تخريباً من أن الكفار يُخاطَبون بالشرائح، قال: ويُعزَى هذا إلى المزني في «المشور» فيمكن أن يُعلم لذلك قوله في الكتاب: «والحوي» بالواو.

وقوله: «أن يكون ملتزماً للأحكام» جعل الالتزام قيداً يخرج به الصبي والمجنون والحربي جميعاً، أما الحربي، فإنه لم يلتزم، وأما هما، فليس لهما أهلية الالتزام.

قَالَ الْعَزَائِي: وَقَدْ يَتَّصِدَى النَّظْرُ فِي سِتِّ خِصَالٍ يُفْضَلُ بِهِ الْقَاتِلُ الْقَتِيلَ الْخِصْلَةُ الْأُولَى الدِّينُ فَلَا يُقْتَلُ مُسْلِمٌ بِكَافِرٍ، وَيُقْتَلُ الْيَهُودِيُّ بِالنَّصْرَانِيِّ، وَلَوْ قَتَلَ ذِمِّي ذِمِّيًّا ثُمَّ أَسْلَمَ الْقَاتِلُ أَسْتَوْفَى الْقَوْدَ، وَلَوْ أَسْلَمَ بَيْنَ الْجُرْحِ وَالْمَوْتِ فَوَجَّهَانَ، وَلَوْ قَتَلَ عَبْدٌ مُسْلِمًا عَبْدًا مُسْلِمًا لِكَافِرٍ لَمْ يَجِبِ الْقَوْدُ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ لِأَنَّ الْمُسْتَحَقَّ كَافِرٌ عِنْدَ الْقَتْلِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لَمَّا تَكَلَّمَ فِيمَا يُشْتَرَطُ فِي الْقَاتِلِ وَالْقَتِيلِ، تَدْرَجُ مِنْهُ إِلَى الْكَلَامِ، فِيمَا فَضَّلَ الْقَاتِلُ الْقَتِيلَ، وَهَذِهِ نَسْبَةٌ تَقُومُ بِالطَّرْفَيْنِ، لَا تَخْتَصُّ بِأَحَدِهِمَا، وَمِنْ الْمَعْلُومِ: أَنَّ الْخِصَالَ الَّتِي قَدْ يُفْضَلُ بِهَا الْقَاتِلُ الْقَتِيلَ كَثِيرَةٌ، وَأَنَّهَا بِأَسْرِهَا لَا تُؤَثِّرُ فِي [مَنْعِ] الْقِصَاصِ، فَتَكَلَّمَ فِي سِتِّ خِصَالٍ، فَالثَّلَاثُ الْأُولَى مِنْهَا تُؤَثِّرُ فِي مَنْعِ الْقِصَاصِ عِنْدَنَا، وَالثَّلَاثُ الْآخِرَةُ قَدْ جَعَلَ بَعْضُ الْعُلَمَاءِ لَهَا أَثْرًا فَيَمَسُّ الْحَاجَةَ إِلَى النَّظْرِ فِيهَا، وَذَكَرَ الْأَصْحَابُ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - لَضَبَطَ الثَّلَاثَ:

الأولى: أنه تعتبر الكفاءة من القاتل والمقتول في الإسلام، أو في الكفر، إذا كان الكافران محقونى الدم، وفي الحرية أو الرق، وفي انتفاء ولادة<sup>(١)</sup> أحدهما للآخر، فإن لم يكن الشخصان متكافئين في ذلك، قتل المفضول بالفاضل، ولم ينعكس، ولو قيل: الشرط أن لا يفضل القاتل القاتل القاتل بالإنسان والحرية والولادة، لكان مؤدياً للغرض، وذكر

(١) قال الشيخ البلقيني: يزداد على الثلاث خصلتان:

إحدهما: الذمة مع الردة فالذمي لا يقتل بالمرتد.

والثانية: السلامة مع الإسلام من إباحة الدم لحق الله تعالى. فإنه يؤثر في منع القصاص كما تقدم.

بعض الأصحاب للضبط: إن من يُحْدُ بِقَذْفِ الْغَيْرِ، يُقْتَلُ بِقَتْلِهِ، ومن لا، فلا.

إذا تَقَرَّرَ ذَلِكَ، فالخضلة الأولى الدين، فلا يقتل المسلم<sup>(١)</sup> بالكافر، حربياً كان، أو معاهداً، أو ذمياً.

وبه قال مالك وأحمد، خلافاً لأبي حنيفة في الذمي، وعنه في المعاهد أيضاً رواية غير مشهورة.

لنا ما روي أنه ﷺ قال: «لا يُقْتَلُ مُؤْمِنٌ بِكَافِرٍ» والقياس على المعاهد بجامع أن المقتول ناقص بالكفر ويُقْتَلُ الذمي والمعاهد بالمسلم، والذمي بالذمي، وإن اختلفت الملل كاليهودي والنصراني؛ لأن الكفر كله كالملة الواحدة، ولو قُتِلَ ذِمِّيٌّ ذِمِّيًّا، ثم أسلم القاتل، فَيُسْتَوْفَى مِنْهُ الْقَوْدُ؛ لأنهما كانا متكافئتين حال الجنائية، والاعتبار في العقوبات بحال الجنائيات، ولا يُنظَرُ إلى ما يَحْدُثُ بعدها؛ ألا تَرَى أن العبد إذا رَزَى أو قَذَفَ، ثم أعتق، يقام عليه حدُّ العبد.

ولو جَرَحَ ذِمِّيٌّ ذِمِّيًّا أو معاهداً، وأسلم الجارحُ ثم مات المجروح بالسرية، ففي وجوب القصاص وجهان.

أحدهما: يجب؛ لأنه وَجِدَ التكافؤ حالة الجرح، والاعتبار بتلك الحالة، فإنه [وقت] الفعل الداخل تحت الاختيار، ولذلك نقول: لو جُنَّ الجارح ثم مات المجروح يجب القصاص.

والثاني: المنع؛ اعتباراً بحالة الزهوق؛ فإن القصاص إنما يجب بسبب الزهوق؛ ولذلك نقول: لو جَرَحَ مُسْلِمٌ مُسْلِمًا، فارتدَّ المجروح، ومات لا يوجب القصاص، وهذا أصح عند الإمام وجماعة، والأكثر رجحوا الأول ورتبوا له ما يذكر غيره، وهذا الخلاف في قِصَاصِ النَّفْسِ، أما إذا كانت الجراحة بحيث يجب فيها القصاص، كما إذا قطع ذمي يد ذمي، وأسلم القاطع ثم سرى القطع، وجب القصاص في الطرف لا محالة، ثم القصاص فيما إذا طرأ إسلام القاتل بعد القتل وفيما إذا طرأ الإسلام بين الجرح والموت، وإن أوجبناه يستوفيه الإمام بطلب الوارث، ولا يفرضه إليه تحرزاً من

(١) وهو مذهب عمر بن عبد العزيز والأوزاعي وابن شبرمة والشافعي ومالك وأحمد وأبو ثور واحتج هؤلاء بما أخرجه البخاري في كتاب الديات/ باب العاقلة (٢٥٦/١٢) عن أبي جحيفة أنه قال سألت علياً هل عندكم شيء ليس في القرآن فقال: والذي فلق الحبة وبرأ النسمة ما عندنا إلا ما في القرآن إلا فهماً يعطي الرجل في كتابه وما في الصحيفة. قلت: وما في الصحيفة؟ قال: العقل وفكاك الأسير وأن لا يقتل مسلم بكافر. (عمدة القاري ٣٤٩/١٩)، (فتح الباري ٢٧٢/١٢).

تسليط الكافر على المسلم إلا أن يُسَلِّم، فيفوضه إليه، ولو قُتِلَ مسلماً ذمياً، ثم ارتدَّ أو جرَّحَه وارتدَّ، ثم مات المجروح، فلا قصاص؛ لعدم التكافؤ حالة الجنائية، ويمكن أن يُقدَّر في الصورة الثانية خلاف، ولو قُتِلَ ذمياً مسلماً، ثم أسلم، لم يسقط عنه القصاص، ولو قتل عبدٌ مسلماً عبداً مسلماً لكافر، ففي وجوب القصاص وجهان:

أحدهما: المنع؛ لأن فيه إثبات ابتداء القصاص لكافر على مسلم.

وأظهرهما: يجب؛ لأن العبدَيْن متكافئان متساويان في سبب العِصْمَةِ، والسَّيِّد كالوارث، ولو مات وليُّ القَتيلِ الذمِّي وقد طرأ إسلام القاتل بعد القتل ثبت القصاص لوارثه، وهذا ما أورده صاحب «التهذيب» والعبَّادِي في «الرقم» وللخلاف نَظَرٌ إلى أن القصاص يثبت للوارث ابتداءً أو تَلَفِيّاً، ولا فرق بين أن يكون العبد القاتل لمسلم أو لكافر، وإذا قلنا: بالوجوب، فيستوفيه الإمام بطَلَبِ السَّيِّدِ المَسْتَحِقِّ، كما سبق، ولو قُتِلَ عَبْدٌ كَافِرٌ عَبْدًا كَافِرًا لِمُسْلِمٍ، فعن القاضي الحُسَيْنِ فيه احتمالان:

وقوله في الكتاب: «عند القتل» من الكافر في الفضل الذي بلغته الدَّعْوَةُ وفي الذي لم تَبْلُغْهُ الدَّعْوَةُ وَجْهٌ أن المسلم يُقتل به، وسيأتي ذلك في «الديات» إن شاء الله تعالى.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: وَلَوْ قُتِلَ مُسْلِمٌ مُرْتَدًّا فَلَا قِصَاصَ، وَلَوْ قَتَلَهُ مُرْتَدًّا فَلِظَاهِرِ الْوَجُوبِ لِلتَّسَاوِيِ وَإِنْ كَانَ الْحَزْبِيُّ لَا يُقْتَلُ بِالْحَزْبِيِّ، وَلَوْ قَتَلَهُ ذِمِّيٌّ وَجَبَ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ أَوْ الدِّيَّةُ فِي قَوْلٍ، وَلَمْ يَجِبْ شَيْءٌ فِي قَوْلٍ لِأَنَّهُ مُهْدَرٌ، وَيَجِبُ الْقَتْلُ فِي قَوْلٍ دُونَ الدِّيَّةِ لِأَنَّهُ مُهْدَرٌ لِكَيْتَهُ مَعْصُومٌ عَنِ الذَّمِّ، وَفِي قَتْلِ الْمُرْتَدِّ بِالذَّمِّ قَوْلَانِ، وَجْهُ الْمَنْعِ أَنَّ فِيهِ عُلُقَةَ الْإِسْلَامِ وَيَجِبُ الْقِصَاصُ سِيَاسَةً.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ مَسْأَلَتَانِ:

إحدهما: وهي موجزة في الكتاب: لو قتل مرتدٌ ذمياً، ففي وجوب القصاص عليه قولان:

أصحهما: وهو اختيار المزني: يجب؛ لتساويهما في الدين، ولأن المرتد أسوأ حالاً في الذم؛ لأنه لا تحل ذبيحته، ولا يُقَرُّ بِالْجِزْيَةِ، فأولَى أن يُقتل بالذمِّيِّ.

والثاني: المنع، ويحكى ذلك عن اختيار ابن سُرَيْج - رحمه الله - لأن عُلُقَةَ الْإِسْلَامِ باقية في المرتد؛ ألا ترى أنه يجب عليه قضاء الصلوات، ويحرم استرقاقه، ولا يُمَكَّنُ الذَّمِّيُّ مِنْ نِكَاحِ الْمُرْتَدَّةِ، وإذا قلنا: بوجوب القصاص، فلو جرَّحَ مرتدٌ ذمياً، وأسلم الجارح، ثم مات المجروح، فعلى ما ذكرنا فيما إذا جرَّحَ ذمياً، وأسلم الجارح، ثم مات المجروح، ويُقدَّم القتل بالقصاص على القتل بالردَّة، فإن عفا

المستحق، قُتِلَ بالردة، وتُقَضَى الدية من ماله وكذا الحكمُ إذا قلنا: لا يجب القصاص.  
الثانية: لا قصاص على المسلم بقتل المرتد، ولو قتل مرتدًا مرتدًا، ففي وجوب القصاص عليه وجهان:

الصحيح منهما: الوجوب، كما لو قتل ذميًّا ذميًّا.

والثاني: المنع؛ لأن المقبول مباح الدم، وأجرى الخلاف فيما لو قتل الزاني المحصن مثله، أو قتل المرتد زانياً محصناً، ولا خلاف في أنه لا يجب القصاص على الزاني المحصن، إذا قتل ذميًّا أو مرتدًا، وإن كان يستحق القتل لاختصاصه بفضيلة الإسلام، ولو قتل ذميًّا مرتدًا، ففي وجوب القصاص قولان أو وجهان:  
أصحهما: المنع؛ لأنه مباح الدم، ولا يجب القصاص بقتله، كالحربي، وكما لو قتله مسلم.

والثاني: يجب؛ لأن استحقاق قتله للمسلمين، فإذا قتله غيرهم، كان كما قتل من عليه القصاص غير المستحق، وعن القفال وغيره: بناء هذا الخلاف على القولين في المسألة الأولى، فإن قلنا يقتل المرتد بالذمي؛ لأنه أسوأ حالاً منه، فلا يُقتل الذمي بالمرتد؛ لأنه معصوم، وإن قلنا: لا يُقتل المرتد بالذمي؛ لبقاء علفة الإسلام فيه، فيقتل الذمي به، وفي «التهذيب» طريقة أخرى قاطعة بمنع القصاص.

تفريع: إن قلنا بوجوب القصاص، فقد ذكر الإمام: أن الشيخ أبا علي - رحمه الله - قال: يستوفيه الإمام أو من يثوب عنه، وأنه حكى قولاً غريباً: إن حق الاستيفاء لقريبه المسلم الذي كان لو كان مسلماً، وإذا عفا المستحق واختار الدية، أو كان القتل خطأ، ففي وجوب الدية وجهان:

أحدهما: تجب الدية كما يجب القصاص.

والثاني: المنع؛ لأنه لا قيمة لدمه، وإنما أوجبنا القصاص؛ لأن الذمي يقتله عناداً لا تديناً؛ فإنه يعتقد محقون الدم، بخلاف المسلم، فقتلناه به زجراً وسياسة، وقد يقال: هذا المعنى إن كان يقتضي الفرق بين الذمي، والمسلم في القصاص فكذلك يقتضي الفرق بينهما في الدية، حتى يقال: لا قيمة لدمه في حق المسلم دون الذمي، كما لا يقال: لا قصاص بقتله في حق المسلم دون الذمي، وليس في التوجيه المذكور ما يوجب الفرق بين القصاص والدية، وإذا جمعنا بين القصاص والدية، واختصرنا، حصلت ثلاثة أوجه أو أقوال، كما في الكتاب.

أحدهما: يجب القصاص في العمد والدية في الخطأ، وبه قال ابن أبي هريرة.

وأصحهما: لا يجب واحد منهما، وبه قال أبو إسحاق.

والثالث: الفرق بين القصاص والدية وبه قال أبو الطيب بن سلمة، وحكاه صاحب «التهديب» والإمام عن الإصطخري.

وإذا فرعنا على وجوب القصاص فيما إذا قتل مرتد مرتدًا، فيجزي في وجوب الدية مثل هذا الخلاف، وفي الدية الواجبة يُقتل المرتد تفرعاً على قول من أوجبها؟ وجهان حكاهما القاضي الروياني أحدهما: دية المسلمين؛ لبقاء علقة الإسلام.

والثاني: أحسن الديات، وهي دية المجوسي؛ لأنه لا دين له، وهذا ما أورده صاحب «التهديب».

وقوله في الكتاب: «والظاهر وجوبه للتساوي وإن كان الحربى لا يقتل بالحربى» يعني أنهما متساويان في الدين، متكافئان فليقتل أحدهما بالآخر، بخلاف الحوي مع المرتد، فإن الحربى لم يلتزم أحكام الإسلام، والمرتد التزمه فأديم حكمه عليه. وقوله: «فيما إذا قتله الذمي «في قول» «وفي قول» يجوز أن يُعلم بالواو؛ للطريقة القاطعة بمنع القصاص.

وقوله: «ويجب القصاص سياسة» أبدل في بعض النسخ لفظ «القصاص» بالقتل إشارة إلى أنه يقتل به زجراً، وليس سبباً سبيل القصاص الذي تخلّفه الدية، لكن قضية هذا إلحاقه بالحدود وإخراجه عن أن يكون حق الولي وأن لا<sup>(١)</sup> يؤثر عفو فيه، وليس الأمر كذلك عند من يقتله به، فيجوز إبقاء لفظ «القصاص» بحاله وكذلك هو في «الوسيط».

وقوله: «لأنه مهدر» و«لكنه معصوم عن الذمي» ليحتل على ما قدمنا أن إهداره بالإضافة إلى المسلم دون الذمي على ما فيه من الإشكال. والله أعلم.

قال العزالي: الخصلة الثانية: الحرّية فلا يُقتل حرٌّ برقيقٍ كما لا يُقطع يده بيده، ويُقتل الرقيق بالرقيق وبالحرّ، ويُقتل المستولدة والمكاتب بالقرن، ومن نصفه حرٌّ ونصفه عبدٌ لا يُقتل بمن هو في مثل حاله على أحد الوجهين لأن تخصيص جزء الحرّية بمثلها غير ممكن، والإشاعة تُؤدّي إلى استيفاء الحرّ بالرقيق، ولا قصاص بين العبد المسلم والحرّ الذمي إذ الفضيلة لا تُجبر بالتفصيصة، ولو اشترى المكاتب أباه ثم قتله ففي القصاص وجهان، ولو قتل غير أبيه من عبده فلا قصاص.

قال الرافعي: لا يُقتل حرٌّ برقيق ولا قين ولا مدبر ولا مكاتب ولا أم ولد ولا من بعضه رقيق، سواء كان هؤلاء له أو لغيره، وبه قال مالك وأحمد، وقال أبو حنيفة: يُقتل الحرُّ بعبد الغير، واحتج الأصحاب بما روي عن ابن عباس - رضي الله عنه - أن

النبي ﷺ قال: «لا يُقتلُ حرٌّ بَعَبِدٍ»<sup>(١)</sup> وبأن حرمة النفس أعظم من حرمة الطَّرَفِ، وبالاتفاق لا يُقطع طَرَفُ الحرِّ بطَرَفِ العبدِ، فأولَى أن لا يُقتلَ به، ويقتل القِنُّ والمكاتبُ والمُدَبَّرُ وأمُّ الولدِ بعضهم ببعض، وعن أبي حنيفة: أنه لا يُقتلُ القِنُّ بالمُكاتبِ إذا خَلَفَ وفاء ووارثاً، ولو قُتِلَ عبدٌ عبداً، ثم عَتَقَ القاتِلُ، أو جَرَحَ وَعَتَقَ، ثم مات المَجْرُوحُ، فعلى ما ذكرنا فيما إذا قُتِلَ ذميٌّ ذمياً أو جَرَحَهُ، ثم طرأ الإسلام، ولو عَتَقَ بَعْدَ إرسالِ الحرِّ السَّهْمُ وقبل الإصَابَةِ، فلا قصاص، وكذا في إسلام الذميِّ عقيب إرسال المسلم السَّهْمِ، ذكره القاضي الروياني وغيره، ولو قُتِلَ مُسْلِمٌ حُرٌّ مَنْ لا يَعْلَمُ أنه مُسْلِمٌ أو كافرٌ أو مَنْ لا يَعْرِفُ أنه حُرٌّ أو عَبْدٌ، فلا قصاص للشبهة قاله في «البحر» وحكى القاضي ابن كج: أنه لو حَكَمَ حاكمٌ بقتل حُرٍّ بعبدي، لم يُنْقَضْ حكمه، وأنه لو حكم بقتل مسلمٍ بدميٍّ، نقض حكمه قال: ويحتمل أن لا ينقض أيضاً وهو الوجه.

ثم في الفصل الثالث صور:

إحداها: مَنْ بعضه حرٌّ وبعضه رقيقٌ؛ إذا قُتِلَ مَنْ بعضه حرٌّ وبعضه رقيقٌ، نُظِرَ؛ إن كان القَدْرُ الحرُّ من القاتِلِ أَكْبَرَ، فلا قصاص، وإن تساوى القَدْرانِ، أو كان ما هو حُرٌّ من المقتول أَكْبَرَ، ففيه وجهان:

أشهرهما: عند المتقدمين وبه قال الشيخ أبو حامد والقاضي الماوردي: أنه يجب القصاص، أما في الصورة الأولى؛ فلتساويهما في الرِّقِّ والحرية. وأما في الثانية: فلأن المفضل يُقتلُ بالفاضل.

وأظهرهما: عند المتأخرين، وهو اختيار القاضي أبي الطيب والفقهاء، المنع؛ لأنه لا يُقتلُ ببعضه الحرُّ البَعْضُ الحرُّ وبالرقيق الرقيق، بل يُقتلُ جميعه بجميعه<sup>(٢)</sup>؛ ولهذا لو كان القتل خطأً أو آل الأمرُ إلى المال، تفريراً على أنه يجب القصاص، أوجبنا نصف الدية ونصف القيمة مثلاً، فلا نقول: نصف الدية في مال القاتل، ونصف القيمة يتعلّق

(١) رواه الدارقطني [١٣٣/٣] والبيهقي [٣٥/٨] من حديث ابن عباس، وفيه جوبير وغيره من المتروكين، وروياً أيضاً عن علي قال: من السنة أن لا يقتل حر بعبداً، وفي إسناده جابر الجعفي، وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: أن أبا بكر وعمر كانا لا يقتلان الحر بقتل العبد، ورواه أحمد أيضاً، وروى الدارقطني من هذا الوجه مرفوعاً بلفظ: إن رجلاً قتل عبده متعمداً، فجلده النبي ﷺ ونفاه سنة، ومحا سهمه من المسلمين، ولم يقده به، وفي طريقه إسماعيل بن عياش، لكن رواه عن الأوزاعي، وروايته عن الشاميين قوية، لكن من دونه محمد بن عبد العزيز الشامي قال فيه أبو حاتم: لم يكن عندهم بالمحمود، وعنده غرائب، ورواه ابن عدي من حديث عمر مرفوعاً قال الحافظ في التلخيص: وفيه عمر بن عيسى الأسلمي وهو منكر الحديث.

(٢) رجح الشيخ في المنهاج تبعاً للمحرر الثاني.



برقبته بفدية السيد، إن شاء، بل يجب رُبْعُ الديةِ وَرُبْعُ القيمةِ في ماله، ويتعلّق ربع الدية وربع القيمة برقبته، وإذا وقع الاستيفاء شائعاً، لزم قتل البعض الحرّ بالبعض الحرّ والرقيق معاً، وشبّه هذا بما إذا باعَ شِقْصاً وسيفاً قيمة كل واحد عَشْرَةَ بَعْدَ، وثوب قيمة كل واحد عَشْرَةَ، فإنه لا يجعل الشَّقْصَ مثلاً في مقابلة العبد أو الثوب بل المقابل له النصف من هذا والنصف من ذلك.

الثانية: إذا قَتَلَ عَبْدٌ مسلماً حرّاً ذمياً، فلا قصاص؛ لأن المسلم لا يُقْتَلُ بالذميّ وإذا قتل حرّاً ذميّ عبداً مسلماً، فلا قال الإمام: قصاص؛ لأن الحرّ لا يُقْتَلُ بالعبْد، القول في كفاءة النكاح: إن الفضيلة تجبر بالتَّقِيصَة، فلا يجيء مثلها ها هنا، وكذلك لو قَتَلَ الكافرُ ابْنَهُ المُسْلِمَ أو الابنُ المُسْلِمُ قَتَلَ أباهُ الكافرَ فلا قصاص؛ لاختصاص القاتل بما يَمْنَعُ القصاص.

الثالثة: لو قتل المكاتبُ أباه، وهو في مِلْكِهِ ففي القصاص وجهان:

أشبههما: المنع؛ لأنه مملوكه، والسيد لا يُقْتَلُ بعبد.

والثاني: وَيُخَكِّي عن إشارة النص: أنه يجب؛ لأن أباه إذا دخل في مِلْكِهِ تَكَاتَب عليه، ويثبت له حق الحرية، كما يثبت للمكاتب، فأشبه ما إذا قَتَلَ الحرُّ أباه، ولو قتل المكاتبُ سائرَ عبيده، فلا قصاص، كما قول قَتَلَ الحرُّ عبْدَهُ، هذا هو المذهب المشهور وفي «البحر» حكاية وجه آخر بناءً على أن المكاتبَ عبد ما بَقِيَ عليه ذرهم<sup>(١)</sup>.

وقوله في الكتاب: «وَيُقْتَلُ المستولدةُ والمكاتبُ بالقِن» خصهما بالذِّكْر بعد قوله: «ويقتل الرقيق» لِيُعْرَف أن توفُّع الحرية واستحقاقها في المستقبل لا يَمْنَعُ القصاص، وإنما المؤثر الحرية النَّاجِزَة عند القتل، حتى لو قتلت مستولدةً قِتْناً، ولم يُقْتَصَّ منها، حتى عَتَقَتْ، لم يَسْفُطِ القصاص، ولو قتل ذميّ عبداً ثم التحق بدار الحرب فسبِّي وأرقَّ لم يُقْتَصَّ منه؛ لأنه كان حرّاً يَوْمَ القتل.

وقوله: «ولو اشترى المكاتبُ أباه» التصوير في الشراء إنما يصحّ فيما إذا اشترى بإذن السيد على أحد القولين فأما بغير إذنه فلا يصحّ بلا خلاف.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: الْحَصْلَةُ الثَّالِثَةُ: الْأَبْوَةُ وَلَا يُقْتَلُ وَالِدٌ بِوَلَدِهِ، وَكَذَا الْأَجْدَادُ

(١) قال النووي: إذا أوجبنا القصاص، استوفاه سيد المكاتب، لأنهما عبدان للسيد، قتل أحدهما الآخر، فهو كما لو قتله أجنبي. والله أعلم.

قد اعترض عليه في الحكم والتوجيه. أما الحكم فإن سيد المكاتب لا حق له في عبد المكاتب فكيف يقتصر ما لا يستحقه، وأما التعليل فلأن المكاتب وإن كان عبد مكاتبه فعبد المكاتب ليس كذلك وأعجب من ذلك.

وَالْجَدَّاتُ، إِذْ لَا يَخْسُنُ أَنْ يَكُونَ مُغْدِماً لِسَبَبِ وُجُودِهِ وَكَذَلِكَ لَا يَقْتُلُ الْجَلَادُ أَبَاهُ وَلَا الْغَازِي، وَلَوْ قَتَلَ زَوْجَةَ ابْنِهِ فَلَا قِصَاصَ إِذْ ابْنُهُ وَارِثٌ فَيَسْقُطُ نَصِيبُهُ، فَلَوْ تَدَاعَى رَجُلَانِ مَوْلُوداً فَقَتَلَهُ أَحَدُهُمَا تَوَقُّفاً فَإِنَّ الْحَقَّ الْقَائِفَ بِهِ فَلَا قِصَاصَ، وَإِنَّ الْحَقَّ بِالثَّانِي أَقْتَصَّ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لَا قِصَاصَ عَلَى الْوَالِدِ بِقَتْلِ الْوَلَدِ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَحْمَدُ، وَعَنْ مَالِكٍ: أَنَّهُ إِنْ تَعَمَّدَ قَتْلَهُ، فَعَلِيهِ الْقِصَاصُ، وَيُرْوَى أَنَّهُ إِنْ أَضَجَّعَهُ وَذَبَحَهُ، فَعَلِيهِ الْقِصَاصُ، وَإِنْ حَذَفَهُ بِالسَّيْفِ، فَلَا؛ لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ قَصَدَ التَّأْدِيبَ.

لَنَا: مَا رُوِيَ أَنَّهُ ﷺ قَالَ: «لَا يَقَادُ الْوَالِدُ بِالْوَلَدِ»<sup>(١)</sup> وَلِأَنَّ الْوَالِدَ سَبَبٌ لَوْجُودِ الْوَلَدِ، فَلَا يَخْسُنُ أَنْ يَصِيرَ الْوَلَدُ [سَبباً مَعْدِماً لَهُ، وَلَا يَلِيقُ ذَلِكَ بِحَرَمَةِ الْأَبَوَةِ، وَلِرِعَايَةِ حَرَمَتِهِ، قَلْنَا: إِنَّهُ لَا يُحَدُّ بِقَذْفِ ابْنِهِ، وَكَرِهْنَا لِلْجَلَادِ أَنْ يَقْتُلَ أَبَاهُ حَدّاً وَقِصَاصاً، وَلِلْغَازِي أَنْ يَقْتُلَ أَبَاهُ الْكَافِرَ، وَسَتَعُودُ صُورَةُ الْغَازِي فِي «كِتَابِ السَّيْرِ».

وَالْأُمُّ كَالْأَبِ، وَكَذَا الْجَدَّاتُ وَالْأَجْدَادُ لَا يُقْتَلُونَ بِالْأَحْفَادِ، سِوَاءَ قَرُبُوا أَوْ بَعُدُوا، وَسِوَاءَ كَانُوا مِنْ قَبْلِ الْأَبِ أَوْ مِنْ قَبْلِ الْأُمِّ.

وَعَنْ صَاحِبِ «التَّلْخِصِ» وَأَبِي الطَّيِّبِ بْنِ سَلْمَةَ رِوَايَةٌ قَوْلُ فِي الْأَجْدَادِ وَالْجَدَّاتِ، قَالَ الْإِمَامُ: وَهَذَا لَا يَقْبَلُهُ الْأَصْحَابُ مَنْصُوصاً وَلَا مُخْرَجاً، وَلَعَلَّهُ أَخَذَ مِنْ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فِي أَنَّ الرَّجُوعَ فِي الْهَبَةِ تَخْتَصُّ بِالْأَبْوَيْنِ، وَلَيْسَ هَذَا عَلَى وَجْهِهِ، فَإِنَّ اللَّائِقَ بِالْهَبَةِ مَنَعُ الرَّجُوعِ وَالْإِقْتِصَارِ عَلَى مُورِدِ الْخَبْرِ، وَاللَّائِقُ بِالْقِصَاصِ إِذَا عَهَدَ مَا يَذَرُّ الْعُقُوبَةَ أَلَّا يَخْصَصَ وَحَكَمَى خِلَافاً ذَكَرَ فِي أَنَّ الْقِصَاصَ لَا يَجِبُ عَلَى الْأَبِ أَوْ يَجِبُ ثُمَّ يَسْقُطُ؛ لِتَعُدُّرِ الْاسْتِيفَاءِ؟

قَالَ: وَهَذَا مِنْ حَشْوِ الْكَلَامِ، وَالْمَانِعُ مِنَ الْاسْتِيفَاءِ مَانِعٌ مِنَ الْوُجُوبِ، وَلَوْ قَضَى قَاضٍ بِقَتْلِ الْوَالِدِ بَوْلَدِهِ قَالَ الْقَاضِي ابْنُ كَيْجٍ: يُنْقَضُ حُكْمُهُ، وَلِيَكُنْ هَذَا فِي الْمَوْضِعِ

(١) [أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ [١٤٠٠] عَنْ عَمْرٍو، وَفِي إِسْنَادِهِ الْحُجَّاجُ بْنُ أَرْطَاةَ، وَهُوَ طَرِيقٌ أُخْرَى عِنْدَ أَحْمَدَ [١٤٨]، وَأُخْرَى عِنْدَ الدَّارِقُطْنِيِّ وَالْبَيْهَقِيِّ أَصْحَحَ مِنْهَا، وَفِيهِ قِصَّةٌ، وَصَحَّحَ الْبَيْهَقِيُّ سَنَدَهُ لِأَنَّ رِوَايَتَهُ ثِقَاتٌ، وَرَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ أَيْضاً مِنْ حَدِيثِ سَرَّاقَةَ وَإِسْنَادُهُ ضَعِيفٌ، وَفِيهِ اضْطِرَابٌ وَاخْتِلَافٌ عَلَى عَمْرٍو بْنِ شَعِيبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنِ جَدِّهِ، فَقِيلَ عَنْ عَمْرٍو، وَقِيلَ عَنْ سَرَّاقَةَ، قِيلَ بِلَا وَسْطَةٍ وَهِيَ عِنْدَ أَحْمَدَ، وَفِيهَا ابْنُ لَهَيْعَةَ، وَرَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ أَيْضاً وَابْنُ مَاجَةَ [٢٦٦١] مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ، وَفِي إِسْنَادِهِ إِسْمَاعِيلُ بْنُ مُسْلِمٍ الْمَكِّيُّ وَهُوَ ضَعِيفٌ، وَلَكِنْ تَابِعَهُ الْحَسَنُ بْنُ عُبَيْدِ اللَّهِ الْعَنْبَرِيُّ، عَنْ عَمْرٍو بْنِ دِينَارٍ قَالَهُ الْبَيْهَقِيُّ رَوَاهُ الْحَاكِمُ [٢١٦/٢] وَقَالَ عَبْدُ الْحَقِّ: هَذِهِ الْأَحَادِيثُ كُلُّهَا مَعْلُولَةٌ لَا يَصِحُّ مِنْهَا شَيْءٌ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: حَفِظْتُ عَنْ عَدَدٍ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ لَقِيْتَهُمْ أَنْ لَا يَقْتُلَ الْوَالِدَ بِالْوَلَدِ، وَبِذَلِكَ أَقُولُ: قَالَ الْبَيْهَقِيُّ: طَرُقَ هَذَا الْحَدِيثُ مَنْقُوعَةً، وَأَكَّدَهُ الشَّافِعِيُّ بِأَنَّ عَدَدًا مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ يَقُولُونَ بِهِ].

الذي يساعدنا فيه مالك، ويُقتل الولد بالوالد، وكذا سائر المحارم يُقتل بعضهم ببعض، ولو قتل الأب الرقيق عبد ابنه، فلا قصاص؛ لأن قصاص العبد لسيدته والابن لا يقتص من أبيه، [ولو قتل الابن الرقيق عبد الأب فله أن يقتص] (١).

ثم في الفضل مسألتان:

إحدهما: لو قتل من يرثه ولد القاتل، لم يجب القصاص، كما لو قتل زوجة ابنه، أو زوجته ولها منه ولد أو قتلت أم الولد سيدها، وورثه ولدها منه، ولو ثبت القصاص لغير ولد القاتل، ثم انتقل أو بغضه إليه، كما إذا قتل أبا زوجته، ثم ماتت الزوجة، ولها منه ولد، أو قتل ابن معتق ابنه، ثم مات المعتق، وورثه ابنه، فلا قصاص، وكذلك الحكم، لو ورث القاتل مستحق القصاص الواجب عليه، كما إذا قتل أباه، وثبت القصاص لأخيه، ثم مات الأخ، ولم يخلف إلا القاتل أو خلف معه بنتاً.

قال الإمام - رحمه الله -: والوجه ها هنا أن يقال: ورث ولده القصاص ثم قتل أو ورث القصاص الواجب عليه، ثم سقط لأنه لو لم يرث القصاص، لورثه غيره، ولما سقط، وقد يتعلق بهذا من يقول: يجب القصاص على الأب يقتل الابن، ثم يسقط، لكن سبب السقوط ها هنا استحقاق الولد واستحقاقه قصاص نفسه، مما لم يثبت الاستحقاق، لا يتوجه السقوط، فهو كما لو اشترى قريبه الذي يعتق عليه، لما لم يتصور العتق، إلا في الملك، ثبت الملك ثم زال، وإذا اشترى نفسه من سيده، ملك نفسه، ثم ترتب العتق عليه.

المسألة الثانية: إذا تداعى رجلان مولوداً مجهولاً ثم قتله أحدهما أو قتلاه، فلا قصاص في الحال؛ لأن أحدهما أبوه ثم إن الحقه القائف بأحدهما، فإن كانا قد اشتركا في قتله، فلا قصاص على الذي ألحق به، ويُقتص من الآخر فإنه شريك الأب، وحقن القاضي ابن كج وجهاً: أنه لا يقتص من الآخر أيضاً، ووجهه بأن إلحاق القائف، مبني على الأمارات وهو ضعيف، فلا يُنَاط به القصاص الذي يسقط بالشبهات، بخلاف الإلحاق بالفراش، وإن كان قد قتله أحدهما، فإن الحقه بالقاتل، فلا قصاص، وإن ألحقه بالآخر، اقتص من القاتل، وكذا لو ألحقه بغيرهما، وينبغي أن يعود الوجه الذي حكاه القاضي (٢) [ابن كج].

وإن رجعا عن الدعوة، لم يُقبَل رجوعهما؛ لأنه صار ابناً لأحدهما، وفي قبول

(١) سقط من: أ.

(٢) وما بحثه من جريان الوجه هنا هو المجزوم به في الحاوي للماوردي في كل من الصورتين. وكذا جعل محل الوجوب إذا ألحقه القائف بغير قاتله قبل القتل.

الرجوع إبطال حقه من النسب، وإن رجع أحدهما، وأصر الآخر، فهو ابن الآخر، فيقتص من الراجع، إن اشتركا في قتله، أو كان هو القاتل هذا إذا لحق المولود أحدهما بالدعوة، أما إذا لحق بالفراش، كما إذا نكح معتدة، فأتت بولد يتصور أن يكون من الزوج الأول، وأن يكون من الثاني، أو فرض وطء شبهة، فإنما يتعين أحدهما بالحق القائف أو بانتساب المولود بعد البلوغ فلو نفاه أحدهما، فيتعين للثاني، أو يبقى الإبهام حتى يُعرض على القائف أو ينتسب؟ فيه قولان المذكوران في باب القائف، والأصح الثاني، وإذا ألحقه القائف بأحدهما، [وقد قتلاه، فيقتص من الآخر، وإن قتله أحدهما، لم يخف الحكم، وإن ألحقه بأحدهما،] (١) أو انتسب بعد البلوغ إلى أحدهما، ثم قتله الذي لحقه، لم يقتص منه، فإن أقام الآخر بينة على نسبة لحقه، واقتص من الأول وحيث فرضنا إلحاق القائف بعد القتل، فذاك مُقرَّع على جواز عرض المولود بعد موته على القائف وهو الصحيح، وفيه وجه آخر يذكر في موضعه ويمكن أن يُعرض العرض في حياته، وتأخير الإلحاق إلى ما بعد الموت.

وقوله في الكتاب: «ولا يُقتل والدٌ بولده» مُعلَّم بالميم.

وقوله: «وكذا الأجداد والجدات» ويجوز أن يقرأ وكذلك باللام وقوله: «ولذلك لا يُقتل الجلاد أباه» يجوز أن يقرأ «لذلك» ويجوز أن يقرأ «ولذلك» بالواو وقوله: «وإن ألحقه بالثاني اقتص» قياس ما حكاه القاضي ابن كج إعلامه بالواو، والله أعلم.

قَالَ الْعَرَلِيُّ: وَلَوْ قَتَلَ أَخَوَانِ أَبَوَيْهِمَا مَعًا أَحَدُهُمَا الْأَبَ وَالْآخَرَ الْأُمَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَسْتَحِقُّ قِصَاصَ صَاحِبِهِ فَإِنْ سَبَقَ أَحَدُهُمَا إِلَى الْاِئْتِصَاصِ سَقَطَ قِصَاصُهُ لِأَنَّهُ وَرِثَ مِنْ أُخِيهِ قِصَاصَ نَفْسِهِ إِذَا قُتِلَا: الْقَاتِلُ بِالْحَقِّ لَا يُخْرَمُ الْمِيرَاثَ، وَلَوْ قَتَلَ أَحَدُهُمَا الْأَبَ أَوَّلًا ثُمَّ قَتَلَ الثَّانِي الْأُمَّ سَقَطَ الْقِصَاصُ عَنِ قَاتِلِ الْأَبِ لِأَنَّهُ وَرِثَ مِنَ الْأُمِّ حِصَّةَ قِصَاصِ نَفْسِهِ وَلَمْ يَرِثَ قَاتِلُ الْأُمِّ مِنَ الْأُمِّ لِأَنَّ الْقَاتِلَ مَخْرُومَ هَذَا إِنْ كَانَتِ الْأُمُّ زَوْجَةَ الْأَبِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَسْتَحِقُّ قِصَاصَ صَاحِبِهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: أَخَوَانِ لِأَبٍ وَالْأُمِّ، قَتَلَ أَحَدُهُمَا الْأَبَ، وَالْآخَرَ الْأُمَّ، فِيمَا أَنْ يَقْتُلَاهُمَا مَعًا أَوْ عَلَى التَّعَاقُبِ، وَالاعْتِبَارُ فِي الْمَعِيَّةِ، وَالتَّعَاقُبُ بِزَهْوِقِ الرُّوحِ لَا بِالْجُرْحِ.

الْحَالَةُ الْأُولَى: إِذَا قَتَلَاهُمَا مَعًا، فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَسْتَحِقُّ الْقِصَاصَ عَلَى الْآخَرِ، فَإِنْ عَفَا أَحَدُهُمَا، فَللمعفو عنه أَنْ يَقْتَصَّ مِنَ الْعَافِي يُقَدِّمُ لِاسْتِيفَاءِ الْقِصَاصِ مَنْ خَرَجَتْ

(١) سقط من: أ.

قرعته، وإذا استوفى أحدهما القصاص بالقرعة، أو بادر إليه من غير قرعة، فإن قلنا: القاتل بالحق لا يُحرَم الميراث، ولم يكن للمقتص منه من يحجبه سَقَطَ القصاص عن المُبَادِر؛ لأنه ورث القصاص المستحق على نفسه أو شيئاً منه، وإن قلنا يحرم الميراث، وهو الأظهر أو كان هناك من يحجبه، فللوارث المقتص منه أن يقتص من المُبَادِر.

**الحالة الثانية:** إذا وَقَعَ القَتْلان على التعاقب، فإن كانت الزوجية قائمة بين الأبوين، فلا قصاص على مَنْ قَتَلَ أولاً؛ ويجب على مَنْ قَتَلَ آخراً؛ وذلك لأنه إذا سَبَق أحدهما إلى قتل الأب، لم يرث من الأب، وكان حق القصاص للابن الآخر، وللأم بالزوجية، فإذا قَتَلَ الآخر الأم، كان الأول هو الذي يرثها، فينتقل إليه القصاص المستحق عليه، ويسقط، ولو تقدّم قتل الأم وتأخر قتل الأب، سَقَطَ القصاص عن قاتل الأم، وَبَتَّ على قاتل الأب، وإذا اقتص القاتل الأول من الآخر، وقلنا: القاتل بالحق يحرم عن الميراث، أو كان للمقتص منه من يحجبه، فلورثة المقتص منه نصيب من دية القاتل الأول، يُطالِبُون به القاتِل [الأول]، وإن لم تُكُن الزوجية قائمة بين الأبوين، فلكل واحدٍ منهما حق القصاص على الآخر، ويكون التقديم بالقرعة أو يقدم للقصاص من ابتداء بالقتل؟ فيه وجهان: ميل الإمام والقاضي الحُسَيْن إلى الأول منهما، وبالثاني أجاب القاضي الروياني وغيره<sup>(١)</sup>، ولو بادر الذي أرذنا الاقتصاص منه، إما بالقرعة أو لابنته بالقتل، عاد النَّظَر في أن القاتل بالحق، هل يُحرَم الميراث، وأنه هل خَلَفَ المقتول من يحجبه على ما بيّنا وحكى القاضي الروياني عن الأصحاب فيما إذا وَقَعَ القتلان معاً، وأقرغنا للبداية فخرجت القرعة لأحدهما؛ أنه لو وَكَل مَنْ خَرَجَتْ له القرعة جاز؛ لأنه يقتص له في حياته، ولو وَكَل الآخر، لم يَجُز؛ لأنه يقتص له بعد قتله ولا تبقى الوكالة حينئذ، قال: وعندي أن توكيله صحيح أيضاً؛ ألا ترى أنه لو بادر وكيله، فقتل، لم يلزمه شيء، لكن إذا قتل الموكل، بطلت الوكالة<sup>(٢)</sup>.

وقوله في الكتاب: «كُلُّ واحدٍ منهما يستحق قصاص صاحبه» يجوز أن يُعَلَّم بالواو؛ لأن القاضي أبا القاسم ابن كج حكى وجهاً عن أبي علي بن أبي هريرة وأبي الحُسَيْن بن القَطَّان فيما إذا قتل زيد ابناً لعمرو وعمرو ابناً لزيد، وكل واحد من الأبوين متفرد بالإرث أنه يَقَعُ التقاص، ولا قصاص بينهما وفي «الرقم» للعبادي مثله ذلك الوجه

(١) قال النووي: لم يعبر عن ترجيح الوجهين بما ينبغي، فقد قطع بالإقراع الشيخ أبو حامد والمحاملي وابن الصباغ وغيرهم، وقطع بالثاني القاضي أبو الطيب والبغوي وغيرهم، ونقله الإمام عن الأصحاب، مع أنه رجح الإقراع، والأرجح ما نقله عن الأصحاب.

(٢) قال النووي: ولو وكل كل واحد من الأخوين وكياً قبل الإقراع، صح، ثم يقرع بين الوكيلين، فإذا اقتص أحدهما، انعزل الآخر.

لا بد وأن يجيء فيما نحن فيه . وقوله : «لأنه ورث من أخيه قصاص نفسه، إذا قلنا: القاتل بالحق لا يُخرم الميراث» التفرغ على هذا القول لا يكفي لميراثه أنه قصاص نفسه بل له شرط آخر، وهو أنه لا يخلف المقتص منه من يحجبه على ما تبين .

وقوله : «هذا إن كانت الأم زوجة الأب» يرجع إلى صورة تعاقب القتلين، فأما في الحالة الأولى، وهو وقوع القتلين معاً، فلا فرق بين أن تكون زوجته أو لا تكون؛ لأنهما إذا ماتا معاً، لم يرث واحد منهما من الآخر وقد يؤدي مقصود الفضل في إيراد آخر، فيقال: إن لم تكن الأم زوجة الأب، فلكل واحد منهما القصاص على الآخر، وإن كانت زوجته، فيُنظر، أوقع القتلان معاً أو على التعاقب، والمعنى لا يختلف .

فرغ: أربعة إخوة، قتل الثاني أكبرهم ثم الثالث أصغرهم، ولم يخلف القتيلان غير القاتلين، فللثاني أن يقتص من الثالث، ويسقط عن الثاني القصاص؛ لأنه لما قتل الأكبر، كان القصاص للثالث وللصغير، فإذا قتل الثالث الصغير، ورث الثاني حق الصغير من قصاصه .

آخر عن ابن أبي هريرة: شهادة الابن على الأب بما يوجب القتل لا تقبل؛ لأنه لا يقتل بقتله، فلا يقتل بقوله؛ كيلاً يصير سبباً لهلاك الأب، نقله عنه القاضي ابن كج، والظاهر خلافه . والله أعلم .

قال الغزالي: الخصلة الرابعة التفاوت في تأييد العزيمة وذلك لا يعتبر فيقتل الذمي بالمعاهد .

قال الرافعي: يقتل الذمي بالمعاهد، وبالعكس، كما يقتل الذمي بالذمي والمعاهد بالمعاهد لحصول العزيمة في الحال، ولا أثر للتفاوت في تأييدها وتأقيتها، ويشهد له تساوي الذمي والمعاهد في الدية .

وعند أبي حنيفة: لا يقتل الذمي بالمعاهد، وعنه في قتل المعاهد بالمعاهد روايتان، وأبدي الإمام تردداً في قتل الذمي بالمعاهد، وإن أطلقه الأصحاب، قال: لأنني رأيت نصوصاً ثقلت في أن المعاهد إذا سرق، هل يُقطع، ويترتب عليه تردد في أنه لو سرق ماله، هل يجب القطع، وينشأ منه تردد في القصاص، فإن أقيم ما ذكره وجهاً، فليعلم قوله في الكتاب: «فيقتل الذمي بالمعاهد» مع الحاء بالواو، وبه يشعر نظم «الوسيط» .

فرغ: إذا أسر الإمام بالغاً من أهل الحرب، فقتله ذمي قبل أن يرى الإمام فيه رأيه من الإرقاق وغيره، فلا قصاص عليه؛ لأنه باق على حكمه الذي كان [حتى] يرقه الإمام .

قال الغزالي: الخصلة الخامسة فضيلة الذكورة لا يعتبر فيقتل الرجل بالمرأة .

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قَالَ: وَيُقْتَلُ الرَّجُلُ بِالْمَرْأَةِ، وبالعكس، والخُتْنِيُّ بهما، وبالعكس، كما يُقْتَلُ الْعَالِمُ بِالْجَاهِلِ، والشَّرِيفُ بِالْخَسِيسِ، والشُّنَيْخُ بِالشَّابِّ، وبالعكس، وَيُرْوَى عَنْ عَمْرٍو بْنِ حَزْمٍ: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَتَبَ فِي كِتَابِهِ إِلَى أَهْلِ الْيَمَنِ أَنَّ الذَّكَرَ يُقْتَلُ بِالْأُنْثَى»<sup>(١)</sup> وكما لا يؤثر اختصاص القاتِلِ بفضيلة الذكورة في منع القصاص لا يؤثر

(١) رواه مالك والشافعي عنه، عن عبد الله بن بكر بن أبي محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه: أن في الكتاب الذي كتبه رسول الله ﷺ لعمر بن حزم في العقول، ووصله نعيم بن حماد عن ابن المبارك عن معمر بن عبد الله بن أبي بكر بن حزم عن أبيه عن جده، وجده محمد بن عمرو بن حزم ولد في عهد النبي ﷺ ولكن لم يسمع منه، وكذا أخرجه عبد الرزاق عن معمر، ومن طريقه الدارقطني، ورواه أبو داود والنسائي [٥٧/٨ - ٥٨] من طريق ابن وهب عن يونس عن الزهري مرسلًا، ورواه أبو داود في المراسيل عن ابن شهاب قال: قرأت في كتاب رسول الله ﷺ لعمر بن حزم حين بعثه إلى نجران، وكان الكتاب عند أبي بكر بن حزم، ورواه النسائي وابن حبان [٧٩٣ موارد] والحاكم [٣٩٥/١] والبيهقي موصولاً مطولاً، من حديث الحكم بن موسى عن يحيى بن حمزة عن سليمان بن داود حدثني الزهري عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده، وفرقه الدارمي في مسنده عن الحكم مقطوعاً، وقد اختلف أهل الحديث في صحة هذا الحديث، فقال أبو داود في المراسيل: قد أسند هذا الحديث ولا يصح، والذي في إسناده سليمان بن داود وهم، إنما هو سليمان بن أرقم، وقال في موضع آخر: لا أحدث به، وقد وهم الحكم بن موسى في قوله سليمان بن داود، وقد حدثني محمد بن الوليد الدمشقي أنه قرأه في أصل يحيى بن حمزة: سليمان بن أرقم، وهكذا قال أبو زرعة الدمشقي: أنه الصواب، وتبعه صالح بن محمد جزرة، وأبو الحسن الهروي وغيرهما، وقال جزرة ناد حيم قال قرأت في كتاب يحيى بن حمزة حديث عمرو بن حزم، فإذا هو عن سليمان بن أرقم، قال صالح: كتب هذه الحكاية عني مسلم بن الحجاج: قلت: ويؤكد هذا ما رواه النسائي عن الهيثم بن مروان عن محمد بن بكار، عن يحيى بن حمزة عن سليمان بن أرقم عن الزهري، وقال: هذا أشبه بالصواب، وقال ابن حزم: صحيفة عمرو بن حزم منقطعة لا تقوم بها حجة، وسليمان بن داود متفق على تركه، وقال عبد الحق: سليمان بن داود هذا الذي يروي هذه النسخة عن الزهري ضعيف ويقال: إنه سليمان بن أرقم، وتعقبه ابن عدي فقال: هذا خطأ إنما هو سليمان بن داود، وقد جوده الحكم بن موسى، انتهى. وقال أبو زرعة: عرضته على أحمد، فقال: سليمان بن داود هذا ليس بشيء، وقال ابن حبان: سليمان بن داود اليمامي ضعيف، وسليمان بن داود الخولاني ثقة، وكلاهما يروي عن الزهري، والذي روى حديث الصدقات هو الخولاني، فمن ضعفه فإنما ظن أن الراوي له هو اليمامي، قلت: ولولا ما تقدم من أن الحكم بن موسى وهم في قوله سليمان بن داود، وإنما هو سليمان بن أرقم لكان لكلام ابن حبان وجه، وصححه الحاكم وابن حبان كما تقدم والبيهقي، ونقل عن أحمد بن حنبل أنه قال: أرجو أن يكون صحيحاً، قال: وقد أثنى على سليمان بن داود الخولاني هذا أبو زرعة وأبو حاتم وعثمان بن سعيد وجماعة من الحفاظ، قال الحاكم: وحدثني أبو أحمد الحسين بن علي عن ابن أبي حاتم عن أبيه أنه سئل عن حديث عمرو بن حزم، فقال: سليمان بن داود عندنا ممن لا بأس به، وقد صحح الحديث بالكتاب المذكور جماعة من الأئمة، لا من حيث الإسناد، بل من حيث الشهرة، فقال الشافعي =

اختصاص القتل بهذه الفضيلة في ضمّ شيء من الماء إلى القصاص، وعن عطاءٍ والحسن البصري: أنه إن قتل الرجل المرأة يُخَيَّر الولي بين أن يأخذ ديتها، وبين أن يقتلها ويبدل نصف ديتة، وإن قتلت المرأة الرجل يُخَيَّر الولي بين أن يأخذ جميع ديتة من مالها، وبين أن يقتلها، ويأخذ نصف الدية، ويؤزى مثله عن عليّ - كرم الله وجهه - رواية وإنما ذكرنا مذهبهم في المسألة؛ لما بينا أنه تكلم في الصفات التي لها أثر في القصاص عند بعض العلماء.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: فَرَعَ إِذَا قَطَعَ رَجُلٌ ذَكَرَ خُنْثَى مُشْكِلاً وَشَفْرِيَهٗ فَلَا قِصَاصَ لِأَخْتِمَالِ أَنْ الْمَقْطُوعَ أَمْرًا، وَلَوْ عَفَا عَنِ الْقِصَاصِ سَلِمَ إِلَيْهِ دِيَةُ الشُّفْرَيْنِ وَحُكُومَةٌ أَخَذًا بِأَحْسَنِ التَّقْدِيرَيْنِ فَإِنَّهُ الْمُسْتَيْقِنُ، فَإِنْ لَمْ يَغْفُ فَلَا تُقَدَّرُ دِيَةُ الذَّكَرِ؛ لِأَنَّ الْقِصَاصَ فِيهِ مُتَوَقَّعٌ بَلْ يُضْرَفُ إِلَيْهِ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ حُكُومَةِ الشُّفْرَيْنِ بِإِعْتِبَارِ الذُّكُورَةِ، أَوْ دِيَةُ الشُّفْرَيْنِ وَحُكُومَةُ الذَّكَرِ وَالْأُنْثَيْنِ عَلَى تَقْدِيرِ الْأُنْثَى، وَإِنْ كَانَ الْقَاطِعُ أَمْرًا فَلَا تُقَدَّرُ دِيَةُ الشُّفْرَيْنِ بَلْ تُضْرَفُ حُكُومَةُ الذَّكَرِ وَالْأُنْثَيْنِ عَلَى تَقْدِيرِ الْأُنْثَى فَإِنَّهُ أَقْلٌ مِنَ تَقْدِيرِ حُكُومَةِ الشُّفْرَيْنِ مَعَ دِيَةِ الذَّكَرِ، وَإِنْ كَانَ الْقَاطِعُ خُنْثَى لَمْ يُضْرَفْ إِلَيْهِ قَبْلَ الْعَفْوِ شَيْئًا إِذْ يُحْتَمَلُ أَنْ يُخْرَجَا مُتَوَافِيَيْنِ فَتُجْرِي الْقِصَاصَ فِي الْعَضْوِ الرَّائِدِ مَعَ الْأَصْلِيِّ، وَقِيلَ: إِذَا لَمْ يَغْفُ عَنِ الْقِصَاصِ لَمْ يُضْرَفْ إِلَيْهِ شَيْءٌ لِأَنَّهُ لَيْسَ يَدْرِي أَنَّ الْمَأْخُودَ دِيَةٌ أَوْ حُكُومَةٌ، وَلَوْ كَانَ الْقَاطِعُ رَجُلًا فَقَالَ: أَفْرَزْتُ بِأَنَّكَ أَمْرًا فَلَا قِصَاصَ فِي الذَّكَرِ وَقَالَ الْمَقْطُوعُ: بَلْ أَفْرَزْتُ بِأَنِّي رَجُلٌ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْجَانِي فِي قَوْلِ لَأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمَ الْقِصَاصِ، وَقَوْلُ الْخُنْثَى فِي قَوْلِ لَأَنَّا نَحْكُمُ لَهُ بِالذُّكُورَةِ بِقَوْلِهِ مَهْمَا قَالَ إِنِّي رَجُلٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْفَرْعُ يَنْظُرُ إِلَى أَصْلَيْنِ:

في رسالته: لم يقبلوا هذا الحديث حتى ثبت عندهم أنه كتاب رسول الله ﷺ، وقال ابن عبد البر: هذا كتاب مشهور عند أهل السير، معروف ما فيه عند أهل العلم معرفة يستغنى بشهرتها عن الإسناد، لأنه أشبه التواتر في مجيئه، لتلقي الناس له بالقبول والمعرفة، قال: ويدل على شهرته ما روى ابن وهب عن مالك عن الليث بن سعد عن يحيى بن سعيد، عن سعيد بن المسيب قال: وجد الكتاب عند آل حزم يذكرون أنه كتاب رسول الله ﷺ، وقال العقيلي: هذا حديث ثابت محفوظ، إلا أنا نرى أنه كتاب غير مسموع عن فوق الزهري وقال يعقوب بن سفيان: لا أعلم في جميع الكتب المنقولة كتاباً أصح من كتاب عمرو بن حزم هذا، فإن أصحاب رسول الله ﷺ والتابعين يرجعون إليه ويدعون رأيهم، وقال الحاكم: فشهد عمر بن عبد العزيز، وإمام عصره والزهري، لهذا الكتاب بالصحة، ثم ساق ذلك بسنده إليهما.



أحدهما: أنه هل يجب القصاص في سُفْرِي المرأة، وفيه خلاف.

وجواب الكتاب: أنه يجب.

والثاني: أن العضو الأصلي لا يُقَطَّع بالزائد، ويُقَطَّع الزائد بالزائد بشرط اتحاد المحل، وهل يشترط أن يكون ما للجاني أكبر أو لا يُنظر إلى الصغر والكبر فيه وجهان، وسيأتي شرح الأصلين في موضعهما - إن شاء الله تعالى - إذا عُرِفَ ذلك.

فلو قطع رجلٌ ذَكَرَ خُنْثَى مشكِل وأنثييه، وسُفْرِيه، فلا قصاص في الحال؛ لاحتمال أن المقطوع امرأة، وأن الذكر الأنثيين منه زائدة، ثم يُنظر؛ إن صبر المقطوع إلى أن ينكشف حاله في الذكورة والأنوثة، فذاك، فإن بان ذَكَرًا، اقتصر من القاطع في الذكّر والأنثيين، وأخذت حكومة السُفْرَيْن، وإن بان أنثى، فلا قصاص وتؤخذ دية السفريين، وحكومة الذكر والأنثيين، وإن لم يصبر إلى انكشاف الحال، فإن قال عَفَوْتُ عن القصاص، إن كان لي قصاص، وطالب بحقه من المال، فالذي يستحقه بتقدير الذكورة مائة من الإبل للذَكَر، ومائة للأنثيين، وحكومة السُفْرَيْن معتبرة بهذه الدية ويتقدير الأنوثة خمسون من الإبل للسفريين وحكومة الذكر معتبرة بهذه الدية، وحكومة الأنثيين كذلك فإن حكومة كل عضو بتقدير الأنوثة تعتبر بدية الإناث، والمبْلُغ الثاني أقل من الأول بكثير، فيُدْفَع إليه هذا المبلغ المستيقن، ثم إن بان بعد ذلك أنثى، فقد أخذ حقه، وإن بان ذَكَرًا، سُلِّم إليه تنمة المبلغ الأول.

وحكى الإمام عن بعض الأصحاب أننا نوجب في كل عضو الحكومة؛ لأنه يُحْتَمَل أن تكون واجبة الحكومة، فلا نوجب الدية بالشك.

قال: وهذا ضعيف؛ لأن استحقاق القدر المذكور مستيقن، وإن لم تتحقق جهته، وإنما يتجه ذلك إذا تعدد الجاني، فقطع قاطع ذكره وأنثييه، والآخر سفريه، وعفا المقطوع عن القصاص، لا نوجب على كل واحد إلا حكومة ما قطعه، وإن لم يعف عن القصاص، وقال القصاص غير متوقع في جميع ما قَطَعَ مني، وطالب بما يجب له مع القصاص، فهل يُعْطَى شيئاً؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، وبه قال ابن أبي هريرة، ويُحْكِي عن القفال أيضاً، لأننا لا ندري أن الواجب دية أو حكومة، وأنه إن وجبت الحكومة، فهي حكومة الذَكَر والأنثيين أو حكومة السُفْرَيْن وأيضاً، فإن حكومة الذكر مشكوك فيها لجواز كونه رجلاً، وكذا حكومة السُفْرَيْن؛ لجواز كونه امرأة، نوجب شيئاً بالشك.

وأصحهما: نعم؛ لأننا نستيقن وجوب شيء من المال، وإن اتفق القصاص، فليعط المستيقن، وعلى هذا، ففيما يُعْطَى أوجه:

أحدهما: أقل الحكومتين من حكومة الشفرين على تقدير الذكورة، وحكومة الذكر والأنثيين على تقدير الأنوثة، حكاة الإمام وغيره.

والثاني: حكومة العضو المقطوع آخرأ، لأنه قَطَعَهُ، والدم سائلٌ مِنَ الأول، فتكون حكومته أقل.

والثالث: حكومة الشفرين؛ لأن القصاص متوقَّع في الذَّكَرِ والأنثيين، فلا يقدر لهما ما لا فتردد الشفرين بين أن يجب فيهما الدية أو الحكومة، فتجب الحكومة التي هي أقل، وهذا أصحُّ عند العراقيين وغيرهم، وذكر الإمام في تهذيب هذا الوجه أن حكومة الشفرين [بتقدير الذكورة قد تزيد على حكومة الذَّكَرِ والأنثيين بتقدير الأنوثة؛ لأن حكومة الشفرين] بتقدير الذكورة تُعْتَبَرُ بديَةِ الرَّجُلِ، وقد تزيد على دية المرأة هي الواجبة على تقدير الذكورة، وعلى تقدير الأنوثة تجب دية الشفرين، وحكومة الذكر والأنثيين والمسلك المهذب أن يقال: يُعْطَى أَوَّلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ حُكُومَةِ الشَّفْرَيْنِ بتقدير الذكورة وحكومة الذكر والأنثيين مضمومة إليها دية الشفرين، وهذا حسنٌ سواء قدر تلخيصاً للوجه الثالث أو رابعاً، وهو الذي أورده صاحب الكتاب تفريراً على القول بأنه يُعْطَى شيئاً هذا إذا كان القاطع رجلاً.

ولو قَطَعَتِ امرأة ذَكَرَهُ وَأُنثِيَهُ وشفرته، فإن صبر إلى انكشاف الحال، توفقنا كما يُفْعَلُ في الرَّجُلِ، فإن بان ذكراً، فله ديتان للذَّكَرِ والأنثيين وحكومة الشفرين، وإن بان أنثى، فلها حكومة الذَّكَرِ والأنثيين، ولها القصاص في الشفرين، إن أجرينا فيهما القصاص، وإلا، فلها ديتهما، وإن لم يصبر إلى انكشاف الحال، فيبنى على أن القصاص هل يجري في الشفرين، إن قلنا: نعم، قيست الصورة بما ذكّرنا فيما إذا كان القاطع رجلاً، فإن عفا عن القصاص، سلّم إليه دية الشفرين، وحكومة الذَّكَرِ والأنثيين، وإن لم يعف، ففي وجه: لا يُعْطَى شيئاً أصلاً، وفي وجه: يُعْطَى أقل الحكومتين، وفي وجه: حكومة المقطوع آخرأ وفي وجه: حكومة الذكر والأنثيين؛ لِيُوقَعَ القصاص في الشفرين وذلك على تلخيص الإمام؛ لأن حكومة الذكر والأنثيين التي تجب بتقدير الأنوثة أقل لا محالة من ديتي الذَّكَرِ والأنثيين، وحكومة الشفرين الواجبة بتقدير الذكورة، فإن قلنا: لا يجري القصاص فيهما، فالحكم كما لو أجريناه، فعفا.

ولو قَطَعَ رَجُلٌ ذَكَرَهُ وَأُنثِيَهُ وامرأة شفرته، ولم يعف، فلا يطالب واحد منهما بمال؛ لأن توقُّع القصاص ثابت في حقهما جميعاً، كذلك ذكره الإمام وغيره؛ بناء على أن القصاص يجري في الشفرين، فإن منع، فلا يوقع في حق المرأة فعليها حكومة الشفرين، ولو قَطَعَ رَجُلٌ شَفْرَتَهُ وامرأة ذَكَرَهُ وَأُنثِيَهُ، فلا مجال للقصاص، ويُطالَبُ كُلُّ واحد منهما بحكومة ما قَطَعَ، ولو قَطَعَ مُشْكِلاً جميع ذلك من مُشْكِلاً، فلا قصاص في

الحال، فإن باناً ذكرين أو أنثيين، قطع الأصلي [بالأصلي] والزائد بالزائدة إن تساويا على ما أشرنا إليه، وإلا، ففي الزائد الحكومة، وإن بان أحدهما ذكراً والآخر أنثى، فقد تبين الحكم، ولو عفا المجني عليه قبل تبين الحال، دُفِعَ إليه من المستيقن وهو دية الشفريين، وحكومة الذكر والأنثيين، وإذا لم يغف، فقد نقل الإمام وأبو الحسن العبادي: أنه يدفع إليه أقل الحكومتين، والصحيح أنه لا يدفع إليه شيء في الحال، إذ كان القصاص متوقفاً في الكل، واعلم أن انكشاف حال الخنثى قد يكون بشيء من الإمارات الخلفية، كالبول والمني، فالحكم على ما بيننا، وقد يكون بالرجوع إلى قوله؛ ليخبر عن ميله إلى الرجال، فيكون امرأة أو إلى النساء فيكون رجلاً، فإن أخبر عن حاله، ثم جرت الجنابة، اعتمد قوله حتى إذا كان القاطع رجلاً، وكان قد قال: أنا رجل، استوفى القصاص، وإن جرت الجنابة، ثم قال: أنا رجل، فهل يقبل قوله، لإيجاب القصاص، وإيجاب دية الذكر والأنثيين؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم كما يقبل قبل الجنابة؛ ولأنه أعرف بحاله وأظهرهما؛ على ما ذكره القفال والإمام: المنع؛ لأنه متهم فيه وشبه ذلك بما إذا شهد بروية هلال شوال فلم يقبل القاضي شهادته، ثم رآه يأكل، لا يعزره، ولو رآه يأكل، فقال: رأيت الهلال، يعزره؛ لأنه متهم بالدفع، ولو ثبت الغضب عليه بشهادة رجل وامرأتين، ثم قال: إن كنت غصبت، فامرأتي طالق، يقع الطلاق، ولو قال أولاً: إن كنت غصبت، فامرأتي طالق، فأقامت رجلاً وامرأتين على أنه غصب، لا يقع الطلاق على الأظهر، ولو اختلف الجاني والمقطوع، فقال الجاني قد أقررت بأنك امرأة، فلا قصاص لك، وقال: بل قلت: إنني رجل، فقولان في أن القول قول من الحكاية عن نصح - رضي الله عنه - في مواضع، وهو الذي رجح أن القول قول الجاني، لأن الأصل أنه لا قصاص والمقطوع متهم في قوله.

والثاني: ويُنسب إلى رواية ابن سريج: أن القول قول المقتوع؛ لأنه أعرف بحاله، واختلاف الجاني والمقتوع يجوز أن يفرض في إخباره عن الذكورة والأنوثة قبل الجنابة، ويجوز أن يفرض في إخباره بعد الجنابة، إذا قلنا: إن قوله بعد الجنابة مقبول معمول به.

وقوله في الكتاب: «إذا قطع رجل ذكر خنثى مشكِل وشفريه» يريد قطع الذكر مع الأنثيين وإن لم يتلفظ بالأنثيين؛ ألا تراه كرر ذكرهما في الفرع غير مرة.

وقوله: «سُلم إليه دية الشفرين» يجوز إعلامه بالواو؛ للوجه الذي نقل الإمام أن الواجب في كل واحد منهما الحكومة.

وقوله: «بل يصرف إليه أقل الأمرين» إلى آخره ينازع فيه الوجه الذاهب إلى أن الواجب أقل الحكومتين والوجه الآخر: إن الواجب حكومة المقتوع آخراً وللإعلام فيه

مجال، وكذا يجوز أن يُعَلَمَ لفظ «الحكومة» من قوله: «وحكومة الذَّكَرِ والأُنثيين» فيما إذا كان القاطع امرأةً لوجه ذكرناه أن الواجب أقلُّ الحكومتين، ووجهُ أن الواجب حكومةُ المقطوعِ آخرًا.

وقوله: «عقيب الكلام فيما إذا كان القاطع خنثى» وقيل: «إذا لم يُعْفَ عن القصاص» إلى آخره يرجع إلى الصورتين السابقتين في قطع الرَّجُلِ وقطع المرأة، ويجوز أن يُعَلَمَ قوله فيما إذا كان القاطع خنثى: «لم تُصْرَفْ إليه قبل العفو شيئاً» بالواو.

وقوله: «لأننا نحكم له بالذكورة، مهما قال: إني رجلٌ» هذا لا يسلمه مَنْ يقول: لا يُقْبَلُ قوله بعد الجنائية.

فَرَعٌ: لو قُطِعَتْ يد الخنثى، وجب القصاص، قَطَعَهَا رَجُلٌ أو امرأة، لكن لو آل الأمر إلى المال، لم يؤخذ إلا المستيقن وهو نصفُ دية المرأة، وكذا لو قتل، لا يؤخذ لديته إلا المتيقن. وهو دية المرأة.

آخر: لو قَطَعَ المُشْكِلَ ذَكَرَ رَجُلٍ وَأُنثِيَّه، وقف، فإن بان أنه ذَكَرٌ اقتص منه، وإن بَانَ أُنْثَى، فعليه ديتان، ولا قصاص، وقبل التبين، لو طلب المجني عليه مالا، ولم يغف، لا يُجَاب؛ لأن القصاص متوقِّع.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: الْخَصْلَةُ السَّادِسَةُ التَّفَاوُثُ فِي الْعَدَدِ لَا يُؤَثِّرُ بِرُ يُقْتَلُ الْجَمَاعَةُ بِالْوَاحِدِ، وَالْوَاحِدُ إِذَا قَتَلَ جَمَاعَةً قُتِلَ بِوَاحِدٍ وَلِلْبَاقِينَ الرُّجُوعُ إِلَى الدِّيَاتِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ مَسْأَلَتَانِ:

إحدهما: إذا قَتَلَ الْجَمَاعَةَ وَاحِدًا، قُتِلُوا بِهِ سِوَاءَ قَتْلِهِ بِمُحَدَّدٍ أَوْ مُتَقَلِّ، أَوْ أَلْقَوْهُ مِنْ شَاهِقٍ أَوْ فِي بَحْرٍ أَوْ جَرَّحُوهُ جِرَاحَاتٍ مَجْتَمِعَةً أَوْ مَتَفَرِّقَةً، وَهَكَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَحْمَدُ، وَيُخْتَجُّ لَهُ بِأَنَّ الْقِصَاصَ عَقُوبَةٌ تَجِبُ لِلْوَاحِدِ عَلَى الْوَاحِدِ، فَتَجِبُ لِلْوَاحِدِ عَلَى الْجَمَاعَةِ، كَحَدِّ الْقَذْفِ، وَبِأَنَّ الْقِصَاصَ شُرْعٌ لِحَقِّنِ الدَّمَاءِ، فَلَوْ لَمْ يَجِبْ عِنْدَ الْإِسْتِرَاكِ، لِاتِّخَاذِ ذَرِيعَةٍ إِلَى سَفِكِهَا، رُوِيَ أَنَّ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - «قَتَلَ خَمْسَةَ أَوْ سَبْعَةَ بِرَجُلٍ قَتَلُوهُ غِيلَةً، وَقَالَ: «لَوْ تَمَالَا عَلَيْهِ أَهْلُ صَنْعَاءَ، لَقَتَلْتُهُمْ جَمِيعًا»<sup>(١)</sup> وكيف التقدير في قتل الجماعة بالواحد، قال الجمهور: دَمُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مُسْتَحَقٌّ لِلْوَلِيِّ، وَعَنِ الْحَلِيمِيِّ: أَنَّ

(١) أخرجه مالك في الموطأ عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب بهذا، ورواه البخاري من وجه آخر، ورواه البيهقي من حديث جرير بن حازم عن المغيرة بن حكيم الصنعاني عن أبيه مطولاً، وقال البخاري قال لي ابن بشار نا يحيى عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر: أن غلاماً قتل غيلة فقال عمر: لو اشترك فيه أهل صنعاء لقتلتهم به.

القصاص مفروض عليهم، فإذا قُتِلَ عشرةً واحداً، فالمستحقُّ لوليِّ العشرِ مِنْ دم كل واحد، إلا أنه لا يمكن استيفاؤه، إلا باستيفاء الباقي وقد يستوفى من المتعدّي غير المستحقِّ، [إذا لم يمكن استيفاء المستحقِّ]<sup>(١)</sup> إلا به، كما إذا أدخل العاصِبُ المغصوب في بيت ضيق، واحتاج في رده إلى قلع الباب أو هدم الجدار، قال الإمام: وهذا بعيد، فإنه لو قطع يد غيره من نصف الساعد، لا يجري القصاص فيه خوفاً من استيفاء الزيادة على الجنابة بجزء يسير، فكيف يُريقُ تسعة أعشار الدَّم من غير استحقاقٍ لاستيفاء عشرٍ واحد، ولا يمكن اعتبار القصاص بالدية حينئذ لا يجب على كلِّ واحد إلا العشر، كما أن الرجل يُقتلُ بالمرأة، وإذا آل الأمر إلى المال، لم يلزمه إلا نصف دية نفسه، فهذا هو المشهور في قتل الجماعة بالواحد، ووراءه شيان:

أحدهما: عن أبي حفص وعن ابن الوكيل إثبات قول: إن الجماعة لا يُقتلون بالواحد؛ أخذاً مما قال الشافعي - رضي الله عنه - في «الأم» «لو قُتِلَ عشرةً رجلاً، فقتل ولي المقتول أحدهم وعفا عن الباقيين كان له تسعة أعشار الدية في قول من يقتل الجماعة بالواحد» فأشعر بأن له قولاً آخر.

والثاني: نقل الماسرجسي والقفال قولاً عن القديم: أن الوليَّ يقتل واحداً من الجماعة، أيهم شاء، ويأخذ حصّة الآخرين من الدية، ولا يقتل الجميع، ويكفي للزجر كؤن كلِّ واحدٍ منهم على وجَلٍ من القتل، ويروى هذا عن مالك، ويروى عنه مثل مذهبنا المشهور، والأشهر الرواية الثانية.

وقال الروياني: الأصح الرواية الأولى، وليعلم؛ لما بينا قوله في الكتاب: «ويقتل الجماعة بالواحد» بالميم والواو، وإذا قلنا بظاهر المذهب، فللولي أن يقتل جميعهم، وله أن يقتل بعضهم، ويأخذ حصّة الباقيين من الدية، وإن اقتصر على الدية، فتكون الدية موزعة على عدد رؤوسهم سواء كانت جراحة بعضهم أفتحش أو عدد الجراحات من بعضهم أكثر، أو لم يكن كذلك؛ لأن تأثير الجراحات لا تضبط، وقد تزيد نكابة الجراحة الواحدة على نكابات جراحات كثيرة، فلا نظر إلى أعدادها، وكذلك لا فرق بين أن يكون لجراحة بعضهم أزش مقدراً أو لا يكون.

الثانية: إذا قُتِلَ الواحدُ جماعةً، قُتِلَ بواحدٍ منهم، ووجبت دية الباقيين في ماله، والقول في أنه من يقتل منهم؟ مذكور في «الفن الثاني»، ولو قطع واحدٌ أيدي جماعة، فكذلك، يُقطع بواحد، وللباقيين الدية.

وعند أبي حنيفة ومالك: يُقتل الواحدُ بالجماعة، ولا يجب شيء من الدية، وإذا

(١) سقط من: ز.

بَادَرَ وَاحِدًا مِنَ الْأَوْلِيَاءِ، فَقَتَلَهُ، سَقَطَ حَقُّ الْبَاقِينَ، وَقَالَ فِي الطَّرْفِ: إِذَا قَطَعَ وَاحِدٌ يَدَيْ رَجُلَيْنِ، يُقَطَّعُ بِهِمَا، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَضْفُ دِيَةَ الْيَدِ، فَمَاسَ الْأَصْحَابَ النَّفْسَ عَلَى الطَّرْفِ فِي أَنَّهُ لَا يَتَأَدَّى بِالشَّيْءِ الْوَاحِدِ حَقَّوُ الْجَمَاعَةِ الَّتِي يَتَأَدَّى بِهَا الْوَاحِدُ مِنْهُمَا عِنْدَ الْإِنْفِرَادِ، وَالطَّرْفَ عَلَى النَّفْسِ فِي أَنَّهُ لَا يُجْمَعُ فِي حَقِّ الْوَاحِدِ بَيْنَ الْقِصَاصِ وَالِدِيَّةِ.

وقال أحمد: إن اجتمع أولياء القتيل على طلب القصاص، قُتِلَ بِالْكَلِّ، وَإِنْ طَلَبَ بَعْضُهُمُ الْقِصَاصَ، وَالْبَعْضُ الدِّيَةَ، قُتِلَ بِمَنْ طَلَبَ وَلِيَّهُ الْقِصَاصَ، وَلِلْبَاقِينَ الدِّيَةُ فَقَالَ الْأَصْحَابُ: إِذَا كَانَ لِوَاحِدٍ مِنْهُمْ أَنْ يَقْتَصَّ عِنْدَ انْفِرَادِهِ بِالْمَطَالِبَةِ، فَإِذَا أزدَحَمُوا عَلَى الْمَطَالِبَةِ، لَمْ تَتَدَاخَلَ حَقُوقُهُمْ كَمَا فِي سَائِرِ الْحَقُوقِ، وَلِيُعْلَمَ لِمَذَاهِبِهِمْ.

قوله في الكتاب: «قُتِلَ بِوَاحِدٍ وَلِلْبَاقِينَ الرَّجُوعُ إِلَى الدِّيَاتِ بِعَلَامَاتِهِمْ، وَيَجُوزُ أَنْ يُعْلَمَ بِالرَّوَا، أَيْضًا؛ لِأَنَّ الْقَاضِيَ الرَّوْيَانِيَّ حَكَى فِي «جَمْعِ الْجَوَامِعِ» أَنَّهُ إِذَا وَقَعَتِ الْجَنَايَاتُ دَفْعَةً وَاحِدَةً يُقْتَلُ أَوْ يُقَطَّعُ بِهِمْ جَمِيعًا، وَيَرْجِعُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُسْتَحِقِّينَ إِلَى حَصَّتِهِ مِنَ الدِّيَةِ، وَاعْلَمْنَا أَنَّ مَا ذَكَرْنَاهُ فِيهَا إِذَا كَانَ الْقَاتِلُ حَرًّا، وَقَتَلَ جَمَاعَةً لَا فِي الْمَحَارَبَةِ، فَأَمَّا إِذَا كَانَ الْقَاتِلُ عَبْدًا أَوْ قَتَلَ الْحُرَّ جَمَاعَةً فِي الْمَحَارَبَةِ، فَسَيَأْتِي - إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَلَا قِصَاصَ عَلَى شَرِيكِ الْخَاطِئِ، وَيَجِبُ عَلَى شَرِيكِ الْأَبِ، وَشَرِيكِ كُلِّ عَامِدٍ ضَامِنٍ، وَفِي شَرِيكِ الْحَزْبِيِّ وَشَرِيكِ الْجَلَادِ وَمُسْتَوْفِي الْقِصَاصِ وَالْجَارِحِ فِي حَالَةِ الرَّدَّةِ وَكُلِّ عَامِدٍ لَيْسَ بِضَامِنٍ قَوْلَانِ، وَالسَّبْعُ مُلْحَقٌ بِالْخَاطِئِ فِي أَصْحَ الْوَجْهَيْنِ لَا بِالْحَزْبِيِّ، وَشَرِيكَ السَّيِّدِ كَشَرِيكِ الْأَبِ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّهُ ضَمِنَ الْكُفَّارَةَ وَإِنْ لَمْ يَضْمِنْ الدِّيَةَ، وَشَرِيكَ مَنْ جَرَحَ بِنَفْسِهِ كَشَرِيكِ السَّيِّدِ إِنْ قُلْنَا: تَتَعَلَّقُ الْكُفَّارَةُ بِقَتْلِ النَّفْسِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْجَنَايَاتُ الصَّادِرَةُ مِنَ الْجَمَاعَةِ الْوَارِدَةُ عَلَى الْوَاحِدِ الْمُسْتَعْقَبَةِ لِلْمَوْتِ، إِنْ كَانَ بَحِيثٌ يَجِبُ الْقِصَاصُ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا، لَوْ انْفَرَدَتْ، فَيَجِبُ الْقِصَاصُ عَلَى الشَّرَكَاءِ؛ كَمَا ذَكَرْنَا، وَإِلَّا فَمَا أَنْ لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ بِوَاحِدٍ مِنْهَا، إِمَّا لِتَقَاعُدِ الْفِعْلِ عَنِ إِجْبَابِ الْقِصَاصِ، كَمَا إِذَا قَتَلَ اثْنَانِ أَوْ جَمَاعَةً وَاحِدًا خَطَأً، أَوْ لَعَدَمِ الْكِفَاءَةِ إِذَا قَتَلَ حِرَانًا عَبْدًا وَمُسْلِمَانًا ذَمِيًّا، فَلَا قِصَاصَ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمْ، وَإِمَّا أَنْ يَجِبَ الْقِصَاصُ بِيَعْضِهَا دُونَ بَعْضِهَا، وَلَعَدَمِ الْوَجُوبِ فِي حَقِّ الْبَعْضِ سَبَابًا.

أحدهما: أَنْ تَكُونَ جَنَابَةً بَعْضُهُمْ ضَعِيفَةٌ لَا تُؤَثِّرُ فِي الزُّهُقِ؛ كَالْخَدِشَةِ الْخَفِيفَةِ، فَلَا اعْتِبَارَ بِهَا وَكَأَنَّهُ لَمْ تَوْجَدْ سِوَى الْجَنَايَاتِ الْبَاقِيَّةِ.

والثاني: أَنْ يُعْلَبَ بَعْضُهَا؛ لِقُوَّتِهِ بَحِيثٌ يَقْطَعُ نِسْبَةَ الزُّهُقِ إِلَى سَائِرِ الْجَنَايَاتِ، كَمَا إِذَا جَرَحَ اثْنَانِ أَوْ جَمَاعَةً ثُمَّ جَاءَ آخَرُ، وَحَزَّ الرِّقْبَةَ، فَقِصَاصُ النَّفْسِ عَلَى الْحَازِّ،

والأولون جارحون يتعلّق بفعلهم مقتضاه من قصاص أو دية مغلّظة أو مخفّفة وقد سبق ذكر ذلك في الطّرفِ الرابع من الركن الأول، وعدّ من نظائره أن يضعّد به على كرسيّ ويربط في عنقه حبلاً ويشده إلى فوق، فيجيء الآخر فيُنحّي ما تحتّ قدميه عنه، فالقاتل الثاني.

والثالث: أن تندمل بعضُ الجراحات، ثم يوجد سائرُ الجراحات، فعلى من اندملت جراحته ما تقتضيه الجراحة، ولا يلزمه قصاصُ النفس والقتل، وهو الجراحة السارية، وإذا جرح اثنان على التعاقب، وأدعى الأولُ الاندمال، وأنكر الوليُّ، فلا قصاص على الأول بقول الوليِّ، وإذا عفا عن الثاني، لم يأخذ منه إلا نصفَ الدية، ولا يُقبل قوله عليه، وإنما يأخذ كمالَ الدية، إذا قامت بيّنة: على الاندمال.

والرابع: أن يكون امتناعُ القصاصِ على بعضهم لكون فعله خطأ، كما إذا جرحه أحدهما عمدًا، والآخرُ خطأ، فلا قصاص على واحدٍ منهما، وعلى عاقلة الخاطيء نصف دية الخطأ، وفي مال العامدِ نصفُ دية العمد، إن كانت جراحته لا توجب قصاصاً، أو آل الأمر إلى الدية، وعليه قصاصُ الطّرف، إن كان قد قطعَ طرفاً، وكذا لو جرح أحدهما عمدًا، والآخر شبه عمد، لا قصاص على واحدٍ منهما، ويجب نصف دية شبه العمد على عاقلة صاحبه وقال مالك: يجب القصاص على شريك الخاطيء وشريك الجراح شبه العمد، وبه قال أحمد في رواياته واختاره المزنيّ ويجوز أن يُعلم قوله: «ولا قصاص على شريك الخاطيء» مع الميم والألف والزاي بالواو؛ لأن القاضي أبا المحاسين الرويانيّ ذكر في «جمع الجوامع» مع أنه قد قيل: إنه قول للشافعيّ - رضي الله عنه - وذكره المزنيّ في «العقارب»، وهذا لم ينقله الإمام، ولكن تمناه فقال: ودِدْتُ أن يكون هذا قولاً معدوداً في المذهب، وقد يوجّه ذلك بأن العامد لو انفرد بقتله، قُتِلَ فإذا شارك غيره، قُتِلَ، كالأجنبي، إذا شارك الأب، واحتج لظاهر المذهب بأن الزهوق حصل بجراحتين عمد وخطأ، فلا يجب القصاص، كما لو جرحه واحدٌ جراحتين إحداهما عمدٌ والأخرى خطأ.

الخامس: أن يكون امتناعُ القصاصِ على بعضهم لمعنى في نفسه، فله حالتان:

إحدهما: أن يكون فعل من لا قصاص عليه مضموناً، كما إذا شارك الأبُ أجنبيّاً في قتل الابن، فعلى الأب نصفُ الدية المغلّظة، وعلى الأجنبيّ القصاص، وبه قال مالك وأحمد. وقال أبو حنيفة: لا قصاص عليه.

لنا: أنه لو انفرد بقتله، وجب عليه القصاص، فإذا شارك من لا يقتص منه لا لمعنى في فعله، وجب أيضاً كما لو كانا عامدين، فعفا الولي عن أحدهما، وأيضاً، فإن الزهوق حصل بجنايتين عمدتين مضمونتين، فامتناع وجوب القصاص على أحدهما، لا يمنع الوجوب على الآخر، كما لو رمى اثنان سهماً إلى واحد، ومات أحد الراميين قبل

الإصابة، يجب القصاصُ على الآخر، وليس شريك الأب كشريك الخاطيء، فإن الخطأ شبهة في فعل الخاطيء، والفعالان مصادقان لمحل واحد فأورث الخطأ في أحدهما شبهة في القصاص، كما لو جرح واحدٌ جرحتين إحداهما<sup>(١)</sup> عمدًا والأخرى خطأً، وشبهة الأبوة في نفس الأب لا في الفعل، وذات الأب يتميز عند ذات الأجنبي، ولا تؤثر شبهة في حقه وعلى هذا القياس، لو شارك حر عبدًا في قتل عبد أو مسلم ذميًا في قتل ذمي، لا قصاص على الحرّ والمسلم، ويجب على الذمي والعبد.

وأبو حنيفة: يوجب القصاص عليهما جميعاً. ولو جرح ذمي ذميًا ثم أسلم المجروح، فجرحه مسلم، أو عبد عبدًا، ثم عتق المجروح، فجرّحه حرّ ومات منهما، فيجب القصاص عليهما جميعاً؛ لأن القصاص يجب على كل واحدٍ منهما بتقدير الأتفراد.

والثانية: ألا يكون مضموناً، كما إذا جرح حرّياً مسلماً، وجرحه مسلم أيضاً، ومات منهما أو قُطعت يدُ إنسان في سرقة أو قصاص ثم جرّحه جارح متعدياً أو جرح مسلم مرتدّاً أو حرّياً، فأسلم فجرّحه غيره أو ذمي حرّياً، ثم عقدت الذمة للمجروح، فجرّحه ذمي آخر أو جرّح الصائل عليه ثم جرحه آخر، ففي وجوب القصاص على الشريك في الصور قولان:

أصحهما: على ما ذكر الروياني وغيره: أنه يجب؛ لحصول الزهوق بفعلين عمدين، وامتناع القصاص على الآخر؛ لمعنى يخصه، فصار كشريك الأب.

والثاني: لا يجب، بل عليه نصفُ الدية؛ لأن من لا يضمّن أخفّ حالاً من الخاطيء الذي فعله مضمون بالدية، فإذا لم يجب على الشريك الخاطيء، فأولى أن لا يجب على الشريك في هذه الصورة وفي شريك الجلاد ومستوفي القصاص طريقة قاطعة بالوجوب؛ لأن فعلهما في مقابلة ما سبق من جنابة المقطوع، فهو كالمضمون به.

ولو جرحه سبّع أو لدغته حيّة أو عقرب، وجرّحه مع ذلك آدمي، ففي وجوب القصاص عليه طريقان: أشهرهما: طرد القولين.

والثاني: القطع بأنه لا قصاص<sup>(٢)</sup> عليه؛ لأنه لا تكليف على السبّع، فكان شريكه

(١) سقط من: ز.

(٢) وذكر في المهمات أن النووي خالف في تصحيح التنبيه فصحح المنع ولم يبين المعتمد وقد رأيت في تذكرة العالم لابن سريج تصحيح المنع.

وقال الشيخ أبو خلف الطبري في شرح المفتاح: إنه أظهر، واختاره الصيدلاني في شرح المختصر. قال: لأن فعل السبّع لا يوصف بالعمد بل هو أبعد من العمد من فعل الخاطيء والصواب الوجوب فقد نص عليه في الأم.



كشريك الخاطيء، ولأنَّ فعل السَّبْع لا يَصْدُر عن فِكْر وَرَوِيَّة، فلا يوصف بالعمدية، وهذا الأصحُّ عند القاضي الحُسَيْن والإمام وصاحب الكتاب، وهذان الطريقتان على ما يقتضيه كلامُ الإمام فيما إذا قصد السَّبْع الجُرْح، ففي طريق يجيء في شريكه الخلاف المذكور، فيمن شارك عامداً غيرَ ضامن، وفي طريق لا يُنظَر إلى صفة فعله، ويُجَعَل عمدُه كالخطأ، وأما إذا وَقَعَ السَّبْع عليه من غير قصد، فليس ذلك مَوْضِعَ الخلاف [فلا قصاص قطعاً].

وفي «التهذيب» أننا إذا أوجبنا القصاصَ على شريك السَّبْع، فلا فرق بين أن يقصده السَّبْع بالجرح، أو لا يقصده، وهذا ذَهَابٌ إلى تنزيل خطئه منزلة العمد على خلاف ما حَكَاه الإمام وعلى كلِّ حالٍ، فالخلاف فيما إذا كان جُرْح السَّبْع بحيث يَحْضَل منه الموت غالباً فإن كان لا يُفْضِي إلى الموت غالباً، فشريكه كشريك الجراح شبهه، العمد ولو جرح رجلَ عبده، وجرحه عبد أيضاً وعتق فجرحه عبداً أو حرّاً، ومات من الجرحين ففي وجوب القصاص على الجراح الآخر طريقتان.

أشهرهما: طرد القولين.

والثاني: القطع بالوجوب؛ لأن فعل السيد مضمونٌ بالكفارة، فشريكه شريك عامدٍ ضامن، كشريك الأب، والخلاف راجعٌ إلى أن المُعْتَبَر مُطْلَقُ العُزْم أو كون الفعل مضموناً بالدية، فإنها التي تتعلّق بحق القتل، والكفارة تجبُ لحقِّ الله تعالى ولو جَرَح نفسه وجرحه غيره، فوجوب القصاص على الشريك ينبي عنى أن قاتل نفسه هل تلمزه الكفارة إن قلنا: نعم، فهو كشريك السيد، وإن قلنا: لا، فكشريك الحربي، وكيفما كان، فالظاهر الوجوب، ولو رمى اثنان سهمين إلى صفِّ الكفار، وأصابا مسلماً في الصفِّ وقد علم أحدهما أن هناك مسلماً، ولم يَعْلَم الآخر، فوجوب القصاص على الذي عَلِمَ يبنى على الخلاف في شريك السيد؛ لأن فعلَ الجاهل مضمونٌ بالكفارة.

وقوله في الكتاب: «وشريك الجلاد» [وشريك] مستوفي القصاص يجوز إعلامهما بالواو إشارة إلى الطريقة القاطعة بوجوب القصاص على الشريك في صورتين.

وقوله: «والسبع ملحق بالخطيء في أصح الوجهين» الوجهان محمولان على الطريقتين الذين بيناهما.

وفي قوله: «لا بالحربي» بيان أن المقابل للأصح أنه كالحربي، فيكون في شريك القولان المذكور أن في شريك الحربي، وكذا الحال في قوله: «وشريك السيد كشريك الأب على أحد الوجهين»، والوجه والطريق قد يقام أحدهما مقام الآخر.

فَرَع: وجوب القصاص على شريك الصبي والمجنون العامدين يُبْتَى على الخلاف في أن عمدَهُما عمدٌ أو خطأ، إن قلنا: عمد، وجب، وهو الأصح، وإن قلنا خطأ،

فلا، كشريك الخاطيء، وبه قال أبو حنيفة، هكذا أطلق مُطْلِقُونَ، وعن القفال وغيره: أن الخلاف في الصبي الذي يعقل عقل مثله، وفي المجنون الذي له نوع تمييز فأما من لا تمييز له بحال، فعنده خطأ، وشريكه خاطيء، لا محالة، وهذا ما جرى عليه الأئمة منهم صاحب التهذيب رحمه الله وإيانا والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: فَرَعَ: إِذَا صَدَرَتْ جِرَاحَتَانِ مِنْ وَاحِدٍ وَإِحْدَاهُمَا غَيْرُ مُوجِبَةٍ فَلَا قِصَاصَ كَمَا لَوْ جَرَحَ عَمْدًا وَخَطَأً، أَوْ جَرَحَ حَرْبِيًّا ثُمَّ أَسْلَمَ فَجَرَحَهُ ثَانِيًا، أَوْ جَرَحَ مُسْتَوْفِي الْقِصَاصِ وَالْحَدِّ بَعْدَ اسْتِيفَائِهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: أَحَدُ الْفُرُوعِ، إِذَا صَدَرَتْ جِرَاحَتَانِ مِنْ شَخْصٍ، إِحْدَاهُمَا عَمْدٌ، وَالْأُخْرَى خَطَأً، وَمَاتَ الْمَجْرُوحُ مِنْهُمَا، لَمْ يَلْزِمْهُ قِصَاصُ النَّفْسِ؛ لِأَنَّ الزُّهْرِيَّ لَمْ يَخْضُلْ بِالْعَمْدِ الْمُحْضِ، وَلَكِنْ يَجِبُ نِصْفُ الدِّيَةِ الْمَخْفُفَةِ عَلَى الْعَاقِلَةِ، وَنِصْفُ الدِّيَةِ الْمَغْلُظَةِ فِي مَالِهِ، وَقَدْ يَتَعَلَّقُ الْقِصَاصُ بِجِرَاحَةِ الْعَمْدِ، كَمَا إِذَا قَطَعَ طَرْفًا، وَكَذَلِكَ لَوْ جَرَحَ حَرْبِيًّا أَوْ مُرْتَدًّا، فَأَسْلَمَ وَجَرَحَهُ ثَانِيًا أَوْ قَطَعَ يَدَ إِنْسَانٍ قِصَاصًا أَوْ فِي سُرْقَةٍ، ثُمَّ جَرَحَهُ، أَوْ قَطَعَ يَدَهُ الْآخَرَى، ظُلْمًا أَوْ قَطَعَ يَدَ الصَّائِلِ عَلَيْهِ دَفْعًا، فَلَمَّا وَلَّى، جَرَحَهُ أَوْ قَطَعَ يَدَهُ الْآخَرَى ظُلْمًا، لَا يَجِبُ قِصَاصُ النَّفْسِ وَيُثَبِتُ مُوجِبَ الْجِرَاحَةِ الْوَاقِعَةِ فِي حَالِ الْعِصْمَةِ مِنَ الْقِصَاصِ أَوْ الدِّيَةِ الْمَغْلُظَةِ وَكَذَا لَوْ جَرَحَ الْعَادِلُ الْبَاغِيَّ فِي الْقِتَالِ ثُمَّ جَرَحَهُ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْقِتَالِ أَوْ السَّيْدُ عِنْدَهُ ثُمَّ جَرَحَهُ بَعْدَ مَا عَتَقَ، أَوْ جَرَحَ حَرْبِيًّا مُسْلِمًا ثُمَّ أَسْلَمَ الْقَاطِعِ، فَجَرَحَهُ ثَانِيًا، وَلَوْ قَطَعَ مُسْلِمٌ يَدَ ذِمِّيٍّ، فَأَسْلَمَ، فَقَطَعَ يَدَهُ الْآخَرَى، أَوْ حَزَّ يَدَ عَبْدٍ، فَعَتَقَ، فَقَطَعَ يَدَهُ الْآخَرَى، وَمَاتَ بِالسَّرِيَّةِ، لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ قِصَاصُ النَّفْسِ، وَيَجِبُ قِصَاصُ الطَّرْفِ الْمَقْطُوعِ بَعْدَ الْإِسْلَامِ وَالْحَرِيَّةِ، فَإِنْ اقْتَصَّ الْمُسْتَحِقُّ فِي الطَّرْفِ، أَخَذَ نِصْفَ الدِّيَةِ، وَإِنْ عَفَا أَخَذَ دِيَةَ حُرٍّ مُسْلِمٍ، وَلَوْ قَطَعَ ذِمِّيٌّ يَدَ ذِمِّيٍّ، فَأَسْلَمَ الْجَارِحُ، ثُمَّ قَطَعَ يَدَهُ الْآخَرَى، وَمَاتَ بِالسَّرِيَّةِ، لَمْ يَجِبْ الْقِصَاصُ فِي النَّفْسِ، وَيَجِبُ قِصَاصُ الطَّرْفِ الْمَقْطُوعِ أَوْ لَا فَإِنْ عَفَا الْمُسْتَحِقُّ، أَخَذَ دِيَةَ ذِمِّيٍّ.

قال الإمام: «وقد انتظم من هذه المسائل أن الجراحتين من شخص واحد، إذا أفضيا إلى الزهوق وأحدهما مما لا يتعلّق به القصاص لا يجب القصاص قولاً واحداً، يستوي فيه ما إذا كان أحدهما عمداً، والآخر خطأ، وما إذا كان العمد الذي لا يتعلّق به القصاص موجباً للضمان، أو لم يكن وإذا كان الجرحان من شخصين، فرّقنا بين ما إذا كان أحدهما عمداً، والآخر خطأ فنفي القصاص عنهما، وبين ما إذا كانا عمدين فقلنا: إذا كان الذي لا يتعلّق به القصاص موجباً للضمان، وجب القصاص على الشريك، وإذا لم يكن موجباً للضمان، ففي القصاص على الشريك قولان، ولم يجعلوا الإنسان بأحد فعليّه شريكاً لنفسه في الفعل الآخر.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ دَاوَى الْمَجْرُوحَ بِنَفْسِهِ بِسْمٍ مُدَقَّفٍ يَسْقُطُ الْقِصَاصُ عَنِ الْجَارِحِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُدَقَّفًا صَارَ الْجَارِحُ شَرِيكَ النَّفْسِ، وَكَذَا إِذَا خَاطَ الْمَجْرُوحُ جُرْحَهُ فِي لَحْمٍ حَيٍّ، وَقِيلَ: إِنَّ الْمَتَدَاوِيَّ مُخْطِئٌ فَهُوَ شَرِيكَ الْخَاطِئِ وَلَوْ كَانَ عَلَيْهِ قُرُوحٌ أَوْ بِهِ مَرَضٌ وَالْجَارِحُ لَا يَصِيرُ بِهِ شَرِيكًا لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يُضَافُ إِلَى الْأَخْتِيَارِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: هَذَا الْفَرْعُ الثَّانِي فِيهِ صَوْرَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: إِذَا دَاوَى الْمَجْرُوحُ نَفْسَهُ بِسْمٍ قَاتِلٍ، إِمَّا بِأَنْ شَرِبَهُ أَوْ وَضَعَهُ عَلَى الْجِرَاحَةِ، فِيمَا أَنْ يَكُونَ مُدَقَّفًا أَوْ لَا يَكُونَ، وَحَيْثُذَ فِيمَا أَنْ لَا يَقْتُلَ غَالِبًا أَوْ يَقْتُلَ غَالِبًا، فَهَذِهِ أَحْوَالٌ ثَلَاثَةٌ.

إِحْدَاهُمَا: إِذَا كَانَ مُدَقَّفًا، فَالْمَجْرُوحُ قَاتِلٌ نَفْسَهُ، كَمَا لَوْ جَرَحَهُ إِنْسَانٌ، فَذَبَحَ الْمَجْرُوحُ نَفْسَهُ، وَلَا يَجِبُ عَلَى الْجَارِحِ، قِصَاصُ النَّفْسِ، وَإِنَّمَا الَّذِي عَلَيْهِ أَزْشُ الْجِرَاحَةِ أَوْ الْقِصَاصِ، إِنْ تَعَلَّقَ بِهَا قِصَاصٌ كَمَا لَوْ قَطَعَ طَرْفًا.

وَالثَّانِيَةُ: إِذَا لَمْ يَقْتُلْ غَالِبًا، فَهُوَ شَبهُ عَمْدٍ، وَالْجَارِحُ شَرِيكٌ لِصَاحِبِ شَبهِ الْعَمْدِ، فَلَا قِصَاصَ عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا الَّذِي يَلْزِمُهُ نِصْفُ الدِّيَةِ الْمَغْلُظَةِ أَوْ الْقِصَاصِ إِنْ كَانَتِ الْجِرَاحَةُ مِمَّا يَجِبُ فِيهَا الْقِصَاصُ.

الثَّلَاثَةُ: إِذَا كَانَ السَّمُّ قَاتِلًا غَالِبًا، فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ الْمَجْرُوحُ أَنَّهُ كَذَلِكَ، فَكَمَا فِي الْحَالَةِ الثَّانِيَةِ، وَإِنْ عَلِمَهُ، فَفِي وَجُوبِ الْقِصَاصِ عَلَى الْجَارِحِ طَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ كَشَرِيكَ مَنْ جَرَحَ نَفْسَهُ، وَقَدْ مَرَّ حُكْمُهُ، وَهَذَا أَظْهَرَ عِنْدَ ابْنِ الصَّبَّاحِ، وَهُوَ قِضِيَّةُ إِيْرَادِ الْكِتَابِ.

وَالثَّانِي: الْقَطْعُ بِنَفْسِ الْقِصَاصِ؛ لِأَنَّهُ قَصْدُ التَّدَاوِيِّ وَالْإِصْلَاحِ دُونَ الْهَلَاكِ وَالْإِفْسَادِ، فَشَرِيكُهُ شَرِيكَ خَاطِئٍ.

الثَّانِيَةُ: إِذَا خَاطَ جُرْحَهُ فِي لَحْمٍ مَيِّتٍ، لَمْ يُؤَثِّرْ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُؤْلَمْ وَعَلَى الْجَارِحِ الْقِصَاصُ أَوْ كِمَالُ الدِّيَةِ، وَإِنْ خَاطَهُ فِي لَحْمٍ حَيٍّ تَدَاوِيًّا، وَكَانَ ذَلِكَ مِمَّا يُهْلِكُ غَالِبًا، فَفِي وَجُوبِ الْقِصَاصِ عَلَى الْجَارِحِ الطَّرِيقَانِ الْمَذْكُورَانِ فِي التَّدَاوِيِّ بِالسَّمِّ الَّذِي يَقْتُلُ<sup>(١)</sup> غَالِبًا، وَفِي الصَّوْرَتَيْنِ لَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَفْعَلَ الْمَجْرُوحُ ذَلِكَ بِأَمْرٍ نَفْسِهِ أَوْ بِأَمْرٍ بِهِ غَيْرِهِ، وَلَا شَيْءَ عَلَى الْمَأْمُورِ، وَلَوْ اسْتَقْلَ بِهِ الْغَيْرُ، فَهُوَ وَالْأَوَّلُ جَارِحَانِ مُتَعَدِّيَانِ وَلَوْ تَوَلَّاهُ الْإِمَامُ فِي مَجْرُوحٍ، فَإِنْ كَانَ بِالْغَا رَشِيدًا، فَكَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لِلْإِمَامِ عَلَيْهِ وَإِنْ كَانَ

(١) قِضِيَّتُهُ تَرْجِيحُ وَجُوبِ الْقِصَاصِ هُنَا، وَهِيَ مَا حَكَاهُ الْمَاوَرِدِيُّ عَنِ جَمْهُورِ أَصْحَابِنَا. ثُمَّ قَالَ: وَعِنْدِي أَنَّهُ يَجْرِي عَلَيْهِ حُكْمُ عَمْدِ الْخَطَا لِأَنَّهُ قَصْدٌ بِهِ حِفْظُ الْحَيَاةِ فَأَفْضَى بِهِ إِلَى التَّلْفِ.

صغيراً أو مجنوناً، ورأى المصلحة فيه، فمات، ففي وجوب القصاص قولان، كما لو قَطَعَ سلعةً مِنْ صغيرٍ أو مجنونٍ، فمات منه، فإن قلنا: لا قصاص، وجب نصفُ دية مغلظة، ويكون على عاقلة الإمام أو في بيت المال؟ فيه قولان يُذكران في موضعهما، وحُكْم الجَّارِحِ يُبْتَنَى على الخلافِ فيما إذا تولاهُ المَجْرُوحُ بنفسه، إن جعلنا وجوبَ القصاصِ عليه على الخلاف، فيما إذا شاركَ عامداً غيرَ ضامِنٍ، فهذا هنا يجب القصاص عليه؛ لأنه شاركَ مَنْ فَعَلَهُ مضمونٌ بالقصاص أو الدية، فإن نزلنا المَجْرُوحَ منزلة الخاطيء لقصده التداوي، ولم يوجب القصاص على شريكه فلذلك ها هنا، لأن الإمام أيضاً قصد الإصلاح والتداوي، ولو قصد [الخيطة]<sup>(١)</sup> في لحم ميت، فغلط، وخاط في لحم حي، فالجراح شريك الخاطيء لا محالة، قال القفال: وكذلك، لو قَصَدَ الخيطةَ في الجلد، فغلط، وأصابَت الإبرة اللحم، والكي كالخيطة، فيُنظَرُ أَكْوَى لَحْمًا ميتاً أو حياً يُؤَلِّم، ويَكُونُ له سريةٌ ونكايةٌ ولا اعتبار بالمداواة بما لا يضرُّ ولا يخشى منه الهلاك، وكذلك لا اعتبار بما على المَجْرُوحِ من القروح، وبما به من المرض والضنى، فإن ذلك لا يضاف إلى أحد، ولا يَدْخُلُ تحت الاختيار.

ولو قطع أصبع رَجُلٍ فتآكل موضع القطع فقطعَ المقطوعُ كَفَّةً خوفاً من السراية، نُظِرَ؛ إن لم يتآكل إلا موضعُ القَطْعِ، فليس على الجَّارِحِ، إلا القصاص في الأصبع أو أرشها، إن لم يَسِرْ إلى النفس، وإن سَرَى، ففي وجوبِ القصاصِ على الجاني في النفس الخلافُ المذكورُ في الخيطة، فإن سَرَتِ الجراحةُ إلى الكفِّ ثم قطعها، فيُنظَرُ أقطع من لحم حيٍّ أو من لحم ميت، ويكون الحُكْمُ كما ذكرنا في الخيطة ولو جَرَحَ عضواً فداواه المَجْرُوحُ فتآكل العَضْوُ، وسقط فإن كان ما داواه به مما لا يورث التآكل، فعَلَى الجراحِ ضمانُ العَضْوِ، وإن كان ممَّا يورث التآكل، فليس عليه إلا أرش الجراحة، ولو قال الجاني: داوَيْتُهُ بما حدث منه التآكل، وأنكر المجني عليه، فهو المصدِّق بيمينه؛ لأنَّ الجناية معلومةُ الأسبابِ وعَظِيمُها من الأسبابِ غير معلوم.

قال صاحب «التهذيب»: ويُحْتَمَلُ أن يقال: القول قول الجاني بيمينه لأن الأضل براءة ذمِّه عمَّا سوى أرش الجراحة، كما لو قَطَعَ يد إنسانٍ، فمات، وقال الجاني: إنَّه قتل نفسه، فليس عليَّ إلا نصفُ الدِّيةِ، وقال الوارث: بل مات بالسراية، فمَنْ المصدِّق منهما فيه وجهان:

أحدهما: يُصدِّق الوارث، وهو الحكاية عن نصِّه في «الأم» فيما إذا قال الجراح: داوي نفسه بما يهلك، وقال الوارث: بل بما لا يضرُّ ولا يَهْلِكُ.

(١) في ز: الإصلاح.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ تَمَالَا جَمَعَ عَلِيٌّ وَاحِدٌ وَضَرَبَ كُلُّ وَاحِدٍ سَوْطًا سَقَطَ الْقِصَاصُ فِي وَجْهِهِ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ خَاطِئٌ، وَوَجِبَ فِي وَجْهِهِ حَسْمًا لِلدَّرِيْعَةِ، وَوَجِبَ فِي الثَّالِثِ إِنْ كَانَ عَنْ تَوَاطُؤٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الثَّالِثُ: إِذَا ضَرَبَ جَمَاعَةٌ وَاحِدًا بِسُيُوطٍ أَوْ عَصِيٍّ خَفِيفَةً حَتَّى قَتَلُوهُ نُظِرَ؛ إِنْ كَانَتْ ضَرْبَاتُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ قَاتِلَةً، لَوْ انْفَرَدَ، فَعَلِيهِ الْقِصَاصُ، وَإِذَا آَلَ الْأَمْرَ إِلَى الدِّيَةِ، فَتَوَزَّعَ عَلَيْهِمْ جَمِيعًا. وَيَكُونُ التَّوْزِيعُ عَلَى عَدَدِ الرَّؤُوسِ أَوْ عَلَى عَدَدِ الضَّرْبَاتِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ:

أحدهما: على عدد الرؤوس كما في الجراحات، لو جرحه واحدٌ جراحةً، والآخِرُ جراحاتٍ توزع الدية على عدد الجارحين دون الجراحات.

والثاني: على عدد الضربات؛ لأن الضربات تُتَلَاقِي الظاهر، ولا يَغْظُمُ فِيهَا التَّفَاوُثُ، وَالْجِرَاحَاتُ تُؤَثِّرُ فِي الْبَاطِنِ، وَنَكَايَاتُ الْبَاطِنِ كَبِيرَةٌ التَّفَاوُثُ لَا يُمْكِنُ ضَبْطُهَا، فَحَصَرْنَا لِذَلِكَ النَّظَرَ عَلَى الْجَارِحِينَ، وَهَذَا الْخِلَافُ كَالْخِلَافِ فِيْمَا إِذَا زَادَ الْجِلَادُ عَلَى الْمِائَةِ، أَوْ عَلَى الثَّمَانِينَ فِي الْحَدِّ يَكُونُ عَلَيْهِ نِصْفُ الدِّيَةِ أَوْ يُوزَعُ عَلَى عَدَدِ الْجِلْدَاتِ، وَكَالْخِلَافِ فِيْمَا لَوْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِحَمَلِ مِائَةٍ مِنْ مِثْلًا، فزاد على المائة، وهو غير منفرد باليد، فتلفت الدابَّةُ؛ أَنْ الضَّمَانُ يَتَنَصَّفُ أَوْ يَتَوَزَّعُ عَلَى مِقْدَارِ الْمَحْمُولِ، وَقَدْ سَبَقَ فِي الْإِجَارَةِ ذِكْرُ الْمَسْأَلَتَيْنِ، وَأَنَّ الشَّيْخَ أَبَا مُحَمَّدٍ رَجَّحَ قَوْلَ التَّنْصِيفِ، وَأَنَّ الْأَقْرَبَ مَقَابِلُهُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ضَرْبُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ قَاتِلًا، كَمَا لَوْ اجْتَمَعَ عَدَدٌ كَبِيرٌ وَضَرَبَهُ كُلُّ وَاحِدٍ ضَرْبَةً، فَمَاتَ فَقَدْ أَطْلَقَ الْإِمَامُ وَصَاحِبُ الْكِتَابِ فِيهِ ثَلَاثَةَ أَوْجِهٍ:

أحدهما: أَنَّهُ لَا قِصَاصَ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمْ؛ لِأَنَّ فِعْلَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ لَيْسَ عَمْدًا مَقْتَضِيًّا لِلْقِصَاصِ، وَمَنْ عَدَاهُ شَرِكَاؤُهُ، وَلَا قِصَاصَ عَلَى شَرِكَاءِ الْخَاطِئِ، وَلَا شَرِكَاءَ صَاحِبِ شِبْهِ الْعَمْدِ.

والثاني: يَجِبُ؛ لِثَلَاثِ يَصِيرُ ذَلِكَ ذَرِيعَةً إِلَى سَفْكِ الدَّمَاءِ.

والثالث: أَنَّهُمْ إِنْ تَوَاطَؤُوا عَلَى أَنْ يَضْرِبُوا تِلْكَ الضَّرْبَاتِ، لَزِمَهُمُ الْقِصَاصُ، وَإِنْ وَقَعَتْ اتَّفَاقًا، لَمْ يَلْزَمْ، وَتَخَالَفَ الْجِرَاحَاتِ لَا يُشْتَرَطُ فِيهَا التَّوَاطُؤُ لِأَنَّ نَفْسَ الْجُرْحِ قَصْدٌ إِلَى الْإِهْلَاقِ وَالضَّرْبُ بِالسُّوْطِ الْخَفِيفِ لَا يَظْهَرُ فِيهِ قِصْدُ الْإِهْلَاقِ إِلَّا بِالْمُوَالَاةِ مِنْ وَاحِدٍ أَوْ الْمُوَالَاةِ مِنْ جَمَاعَةٍ، وَهَذَا مَا اخْتَارَهُ الْقَاضِي الْحُسَيْنُ، وَأَوْرَدَهُ أَصْحَابُهُ، مِنْهُمْ صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» ثُمَّ رَأَى الْإِمَامُ طَرْحَ الْوَجْهِ الذَّاهِبِ إِلَى وَجُوبِ الْقِصَاصِ عَلَى الْإِطْلَاقِ، وَقَالَ: الْوَجْهُ الْقَطْعُ بِنَفْسِهِ، إِنْ لَمْ يَكُنْ تَوَاطُؤًا، وَإِنْ كَانَ، فَوَجْهَانِ، وَأَيْدٍ وَجْهِ الْوَجُوبِ؛ بِأَنَّ هَذِهِ الضَّرْبَاتِ إِذَا وَالَى عَلَيْهَا الْوَاحِدُ، لَزِمَهُ الْقِصَاصُ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ وَاحِدَةً مِنْهُمَا عَمْدًا مَقْتَضِيًّا لِلْقِصَاصِ وَكَمَا لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ عَلَى شَرِيكِ غَيْرِ الْعَامِدِ، لَا

يجب القصاص على مَنْ قَتَلَ بفعلين عَمْدٍ وغيرِ عَمْدٍ، وكما جُعِلَ الواحدُ عامداً بمولاته عليها، جُعِلَتِ الجماعةُ عامدينَ بمولاتهم.

قال: وإذا لم يجبِ القصاصُ، فيجب الضمان لا محالة، وإن كان فعلٌ كلٌّ واحدٍ لا يقتضي ضماناً لو انفرد، وذكر في «التهذيب»: أنه لو ضَرَبَ واحدٌ سوطين أو ثلاثةً، وجاء آخر وضربَ خمسين أو مائة قبل أن يزولَ ألمُ الضَّرْبِ الأوَّلِ ولا تواطؤ، فلا قصاص على كلِّ واحدٍ منهما؛ لأن ضرب الأول شبه عَمْدٍ، والثاني شريك له، ويجب بضربِ الأوَّلِ نصفُ ديةِ شبه العمد، وبضربِ الثاني نصفُ ديةِ العمد، وأنه لو ضَرَبَ واحدٌ أولاً خمسين، ثم ضرب آخرَ سوطين أو ثلاثةً قبل أن يزولَ ألمُ الأوَّلِ، فإن كان الثاني عالماً بضربِ الأوَّلِ، فعليهما القصاصُ؛ لظهور قصد الإهلاك<sup>(١)</sup> منهما، وإن كان جاهلاً، فلا قصاص على واحدٍ منهما؛ لأنه لم يَظْهَرْ قصد الإهلاك من الثاني، والأوَّلُ شريكه، ويجب بضربِ الأوَّلِ نصفُ ديةِ العَمْدِ، وبضربِ الثاني نصفُ ديةِ شبه العمد. وفرق بينه وبين ما إذا ضَرَبَ مريضاً سوطين أو ثلاثةً، وهو جاهل بمرضه؛ حيث يوجبُ القصاصُ؛ بأنَّ هناك لم يَجِدْ من يُحْيِلُ القتل عليه سوى الضارب، وليكن القولُ بتنصيفِ الديةِ في صورتين جواباً على أن التوزيع على عَدَدِ الضارِبِينَ دون الضَّرْبَاتِ.

وقوله في الكتاب: «ولو تمالاً جمعٌ على واحدٍ وضربٌ كلٌّ واحدٍ سوطاً، سَقَطَ القصاصُ» التماثلُ التعاون، وقد يُظَنُّ اختصاصُ «لفظِ التعاون» بما إذا كان هناك تواطؤ، فإن كان كذلك، كان التصويرُ فيما إذا تواطأ، وحيثُذ، فلا يحسنُ إيرادُ الوجوه الثلاثة فيه.

وقوله: «وسقط القصاص» لا يخفى أن المراد أنه لم يَجِبْ؛ لأن ما هناك سَقُوطٌ بعد ثبوت، ويجوز أن يَعْلَمَ [الثاني]<sup>(٢)</sup> من الوجوه الثلاثة بالواو، لقطع الإمام بنفيه، وأن يُعْلَمَ قوله: «ووجب» في الوجهين الآخرين بالحاء؛ بناء على أصله في القتل بالمُتَمَلِّ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ جَرَّحَهُ وَنَهَشْتَهُ حَيَّةً فَعَلَيْهِ نِصْفُ الدِّيَةِ، وَلَوْ جَرَّحَهُ مَعَ ذَلِكَ سَبْعَ فَعَلَيْهِ ثُلُثُ الدِّيَةِ، وَقِيلَ: النَّصْفُ وَلَا يُنْظَرُ إِلَى عَدَدِ الْحَيَوَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لو جرحه إنسان ونهشته حية، ومات المجروح منهما، فالجراح شريك الحية، وقد سبق حُكْمُ القصاص، وإذا آل الأمر إلى المال، فعليه نصف الدية، ولو جَرَّحَهُ مَعَ ذَلِكَ سَبْعَ، ففيه وجهان:

أحدهما: أن عليه ثُلُثُ الدية؛ لأنه شارك حيوانين مختارين؛ فأشبهه ما إذا جَرَّحَهُ

(١) وهذا ذكر في المطلب أن البغوي تفرد به عن شيخه القاضي ثم قال وفيه نظر متلقى مما إذا ضرب الشخص مريضاً يقتل المريض دون الصحيح.

(٢) في أ: الأول.

ثلاثة أشخاص، وهذا أصح عند صاحب «التهذيب»، وبترجيحه يُشعرُ إيرادُ الكتابِ .  
والثاني: أن عليه النصفَ ويُجعل غير الآدمي جنساً واحداً، فيصير كما لو جرحه رجلٌ، وجرحه سبعٌ جراحتين .

قَالَ الْعَزَلِيُّ: فَضَّلَ فِي تَغْيِيرِ الْحَالِ بَيْنَ الْجُرْحِ وَالْمَوْتِ وَلَهُ أَرْبَعَةُ أَحْوَالٍ: الْحَالَةُ الْأُولَى فِي طَرَبَانِ الْعِضْمَةِ فَلَوْ جَرَحَ مُرْتَدًّا أَوْ حَزْبِيًّا فَأَسْلَمَ ثُمَّ مَاتَ فَبِي وَجُوبِ الضَّمَانِ وَجِهَانِ، وَالْأَصْحُ السُّقُوطُ، وَلَوْ جَرَحَ عَبْدٌ نَفْسِهِ وَأَعْتَقَ ثُمَّ مَاتَ فَوَجِهَانِ مُرْتَبَانٍ وَأُولَى بِالْوُجُوبِ، فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَجِبُ فَلَوْ رَمَى إِلَى مُرْتَدٍّ أَوْ عَبْدٍ ثُمَّ طَرَأَتْ هَذِهِ الْأَحْوَالُ فَبِي الْوُجُوبِ وَجِهَانِ لِأَنَّ الْعِضْمَةَ قَارَنْتَ أَوَّلَ الْإِصَابَةِ وَإِنْ لَمْ تُقَارِنْ الرَّمِي، فَإِنْ حَفَرَ بِنْرًا فَتَرَدَّى فِيهِ مَنْ كَانَ مُرْتَدًّا عِنْدَ الْحَفْرِ وَجَبَ الضَّمَانُ، وَإِذَا أَوْجَبْنَا فِي جُرْحِ الْحَزْبِيِّ إِذَا أَسْلَمَ قَبْلَ الْمَوْتِ فَهُوَ عَلَى الْعَاقِلَةِ لِأَنَّهُ خَطَأً بِالْإِضَافَةِ إِلَى عِضْمَةِ الْإِسْلَامِ .

قَالَ الرَّافِعِيُّ: هَذَا الْفَضْلُ مَعْقُودٌ لِلْكَلامِ فِيمَا إِذَا تَغَيَّرَ حَالُ الْمَجْرُوحِ مِنْ وَقْتِ الْجُرْحِ إِلَى الْمَوْتِ إِمَّا بِالْعِضْمَةِ أَوْ الْإِهْدَارِ، وَإِمَّا فِي الْقَدْرِ الْمَضْمُونِ بِهِ، وَعَلِمَ أَنَّ الْمَجْرُوحَ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مُهْدَرًا فِي حَالَةِ الْجُرْحِ وَالْمَوْتِ أَوْ مُهْدَرًا فِي حَالَةِ الْجُرْحِ [وَأَنَّ] أَنْ يَتَخَلَّلَ الْمُهْدَرُ بَيْنَهُمَا أَوْ لَا يَتَخَلَّلُ وَحَيْثُذُ فِيمَا دُونَ الْمَوْتِ . أَوْ بِالْعَكْسِ أَوْ مَعْصُومًا فِيهِمَا، وَحَيْثُذُ، فِيمَا أَنْ تَخْتَلَفَ قَدْرُ الضَّمَانِ فِي الْحَالَتَيْنِ أَوْ لَا يَخْتَلِفُ، فَهَذِهِ أَحْوَالٌ سِتٌّ، وَالْأُولَى وَالسَّادِسَةُ ظَاهِرَتَا الْحُكْمِ، فَطَرَحَهُمَا لَوْضُوحَهُمَا، وَبَقِيَتِ الْأَرْبَعَةُ الْمَذْكُورَةُ فِي الْكِتَابِ .

أما الحالة الأولى: فيها صور:

إحداها: إِذَا جَرَحَ مُرْتَدًّا أَوْ حَرْبِيًّا بَقِطَعَ يَدَ أَوْ غَيْرَهُ، ثُمَّ أَسْلَمَ، أَوْ عُقِدَتِ الذَّمَّةُ لِلْحَرْبِيِّ، ثُمَّ مَاتَ مِنْ تِلْكَ الْجِرَاحَةِ، فَلَا قِصَاصَ، لِأَنَّ قِطْعَ الْمُرْتَدِّ غَيْرُ مَضْمُونٍ بِالْقِصَاصِ، فَسِرَايَتُهُ لَا تَكُونُ مَضْمُونَةً كَقِطْعِ يَدِ السَّارِقِ، وَلِأَنَّ الْجِرَاحَةَ إِذَا وَقَعَتْ فِي حَالَةٍ لَا تَوْجِبُ الْقِصَاصَ، لَمْ يَجِبِ الْقِصَاصُ بِمَا يَخْدُثُ بَعْدَهَا أَلَّا تَرَى أَنَّهُ لَوْ جَرَحَ صَبِيًّا إِنْسَانًا ثُمَّ بَلَغَ الصَّبِيَّ، وَمَاتَ الْمَجْرُوحُ، لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ، وَلِأَنَّ الْكِفَاءَةَ تَعْتَبَرُ حَالَةَ الْجِرَاحَةِ دُونَ الْمَوْتِ؛ وَلِذَلِكَ نَقُولُ: لَوْ قَطَعَ عَبْدٌ يَدَ عَبْدٍ، فَأَعْتَقَ الْقَاطِعُ، ثُمَّ مَاتَ الْمُقْطُوعُ فَيَقْتُلُ بِهِ اِكْتِفَاءً بِالْكَفَاءَةِ عِنْدَ الْجِرَاحَةِ، وَهَلْ تَجِبُ الدِّيَةُ فِيهِ وَجِهَانِ .

أحدهما: لَا؛ لِأَنَّهُ قَطَعَ غَيْرَ مَضْمُونٍ، فَسِرَايَتُهُ لَا تَكُونُ مَضْمُونَةً كَسِرَايَةِ الْقِطْعِ قِصَاصًا أَوْ بِالسَّرْقَةِ، وَكَمَا لَوْ جَرَحَ الصَّائِلَ عَلَيْهِ، دَفْعًا، ثُمَّ أَعْرَضَ، فَسَرَتِ الْجِرَاحَةُ .

والثاني: وَيُنَسَبُ إِلَى أَبِي إِسْحَاقَ، وَحِكَاةِ الْقَاضِي ابْنِ كَجَّ عَنْ أَبِي مُحَمَّدٍ الْفَارِسِيِّ: أَنَّهُ تَجِبُ الدِّيَةُ اِعْتِبَارًا بِحَالَةِ اسْتِقْرَارِ الْجَنَايَةِ، وَرَبِمَا وَجَّهَ فِي الْمُرْتَدِّ بِأَنَّهُ جُرْحُ

ممنوع منه، فإن المرتد، وإن كان تضرب رقبته فإنما يجوز ذلك للإمام لا للأحاد، وإذا كان ممنوعاً منه، جاز أن تكون سرايته مضمونة، والأول هو الصحيح المنصوص، وهو الذي أورده كثيرٌ من الأصحاب، وحكى الإمام القطع به عن الشيخ أبي علي وغيره المرازمة، ولحكاية القطع يجوز أن يُعلم قوله في الكتاب: «وجهان» بالواو.

ولو جرح حربياً مسلماً ثم أسلم الجارحُ أو عُقدت له الذمّة، ثم مات المجروح، فالجواب في «التهذيب» أنه لا شيء على الجارح، ونقل بغضهم أنه يلزمه الضمان؛ لأن المجنّي عليه مضمونٌ في<sup>(١)</sup> الحاليتين.

**الثاني:** إذا جرحَ عبدٌ نفسه ثم أعتقه فمات بالسراية، فظاهر المذهب، وهو الحكاية عن النص: أنه لا ضمان على السيد أيضاً، وعن نصّه في «عيون المسائل» أن الجارية الحامل بولّد رقيقٍ من نكاح أو زنا إذا كانت مشتركةً بين اثنين، فضرَب أحدهما بطئها، ثم أعتق نصيبه، وسرّى العتق، ثم أجهضت جنيناً ميتاً، يجب للجنين غرّة كاملة، وقياس النصّ الأول، أن لا يجب إلا نصفُ غرّة، وقياس النص الثاني وجوب الضمان على السيد؛ اعتباراً بحالة الجراحة، وللشيخ أبي علي روايةً طريقين في النصين:

أحدهما: إثبات قولين بالنقل والتخريج، أحدهما: أنه لا تجب الدية، ولا يجب إلا نصفُ الغرّة؛ اعتباراً بحالة الجراحة.

**والثاني:** تجب الدية وكمالُ الغرّة اعتباراً بحالة استقرار الجناية، والجراحة في نفسها محظورةٌ لورودها على معصومٍ بخلافِ جراحةِ الحربيِّ والمرتدِّ المهدرين.

**والثاني:** تقرير النصين، وفرق بأن الجراحة صادقت مملوكةً حقيقةً، ثم طرأ العتق، وفي الضرب إنما تتحقق إضافة الجناية الولد عند الانفصال فجعلت حالة الانفصال كحالة إصابة السهم، وما قبلها كالرمي على ما سنذكر في صورة الرقي والولد عند الانفصال حرّاً، وإنما قال في الكتاب في هذه الصورة: «وأولى بالوجوب» لأنه، وإن لم يجب عليه في عبده قصاصٌ ولا ديةٌ، فهو معصومٌ مضمونٌ بالكفارة، بخلاف المرتد والحربي، وكذلك تصرّف القاطعون بنفي الوجوب في المرتد والحربي هذا التصرّف المذكور ها هنا وأثبتوا الطرفين.

**الصورة الثالثة:** إذا رمى إلى حربيٍّ أو مرتدٍّ، فأسلم، ثم أصابه، فلا قصاص؛ لأنه لم توجد الكفاءة في أول أجزاء الجناية، وأما الضمان، فإن قلنا: يجب الضمان، إذا أسلم بعد الجرح، ثم مات، فما هنا أولى وإن قلنا: لا تجب هناك، فما هنا ثلاثة أوجه:

(١) قال النووي: الصحيح: لا ضمان. والله أعلم. وبه جزم الإمام في النهاية.



أصحهما: وهو المنصوص، أنه تجب؛ اعتباراً بحال الإصابة؛ لأنها حالة اتصال الجناية والرُمِّي كالمقدمة التي يتسبب بها إلى الجنايه.

والثاني: وبه قال أبو حنيفة، لا تجب اعتباراً بحالة الرمي، فإنه الداخِلُ تحت الاختيار.

والثالث: عن رواية القفال: أنه يجب في المرتدّ دون الحربيّ، والفرقُ أنه يجوز لكل أحد قتل الحربيّ والرُمِّي إليه، وقتل المرتدّ إلى الإمام، فيفوّض إليه حتى لو كان الرامي إلى المرتدّ هو الإمام فعن القاضي الحسين: أنه لا شيء عليه، وهكذا أورده صاحب «التهذيب»<sup>(١)</sup>.

وقال الإمام: المرتدّ يُقتل بالسيف صبراً، ولا يُزسَقُ بالنشاب، فالرُمِّي إليه ضرب من المثلة غير سائغ، وقضية هذا الكلام أن لا تُفرّق بين الإمام وغيره ونسب أبو الفرج الزاز هذا الوجه الثالث إلى ابن سُرَيْج وفي «الشامل» نسبه إلى أبي جعفر الترمذيّ، والأشهر عن الترمذيّ الوجه الثاني، وكذلك روي عن الدارقي عن أبي محمد الفارسي عنه، وقد يعبر عما ذكرنا من كيفية الخلاف؛ بأن يقال: الوجهان في صورة الرمي مرتبان على الوجهين فيما إذا جرح حزيباً أو مرتدّاً، ثم أسلم، وهي أولى بوجوب الضمان؛ لأن الجرح الذي هو سبب الهلاك وجد في حالة الإهدار، والرُمِّي إنما يتم بالإصابة، وقد حصلت في حال العصمة، وقد ترتب الوجهان في الرمي إلى المرتدّ على الوجهين في الرمي إلى الحربيّ ويقال: المرتدّ أولى بالوجوب، وقد يعكس، ويُجعل الحربيّ أولى بعدم الوجوب، ويجري الوجهان فيما إذا رمى إلى قاتل أبيه، ثم عفا عنه قبل الإصابة، وهو أولى بوجوب الضمان من صورة المرتدّ، لأن إهدار المرتدّ أعظم من إهدار من عليه القصاص، وفيما إذا رمى إلى عبد نفسه، ثم أعتقه قبل الإصابة، وهذا أولى الصور بوجوب الضمان؛ لأن العبد معصوم مضمون بالكفارة.

ولو حفر بئراً في محلّ عدوان، فتردّى فيها مسلم، كان مرتدّاً وقت الحفر أو حُرّ كان رقيقاً يومئذ، وجبت الدية، بلا خلاف، لأن الحفر ليس سبباً ظاهراً للإفضاء إلى الهلاك، ولا يتّجه نحو شخص بعينه ولا يؤثر وقوعه في حالة الإهدار، بخلاف الرمي.

قال في «التهذيب» ولو تغيّر حال الرميّ بأن رمى حربيّ إلى مسلم، ثم أسلم قبل الإصابة، ففي وجوب الضمان<sup>(٢)</sup> وجهان.

(١) وقضية هذه العلة أنه لو كان الرامي إلى المرتدّ هو الإمام أنه لا شيء عليه، ونسبه في الشرح الصغير للتهذيب وغيره.

(٢) لم يرجح - أي الرافعي والنووي - رحمهما الله - شيئاً وقياس ما سبق في صورة الجرح الذي صححه من زوائده أنه لا ضمان.

وقوله في الكتاب: «فلو رمى إلى مرتدِّ كان الأوَّلِي أن يقول: «إلى عَبْدِهِ» فإنه المقصود كما ذكر في صورة الجرح، «وَلَوْ جَرَحَ عَبْدٌ نَفْسِهِ» فأما إذا جرح عبد الغَيْر أو رمى إليه ثم عتق، فليس ذلك من صُورِ هذه الحالة.

وقوله: «ثم طرأت هذه الأحوال ذكر لفظ «الأحوال» بالجمع، والمذكور من قبل ما إذا طرأ الإسلام أو العتق لا غير، فلو قال: «ثم طرأ ما ذكرنا أو طرأت الحالتان» لكان أوضح على أن الأمر فيه هيِّن.

الرابعة: إذا قلنا بوجود الضمان فيما إذا جرح حريياً فأسلم، ثم مات، وفيما إذا جرح عبد نفسه، ثم أعتقه، فمات، فالواجب دية حُرِّ مسلم، وكذلك في مثلهما من صورة الرمي ثم الذي رأى الإمام القطع به، وجرى عليه صاحب الكتاب: أن الدية فيما إذا طرأ الإسلام أو العتق بعد الجرح تكون مخففة مضرورية على العاقلة، وتكون الجنائية ملحقة فالخطأ المخض منزلة منزلة ما إذا رمى إلى صيِّد، فأصاب إنساناً، ويكون عروض عصمة الإسلام، كاعتراض الأدمي في مورد السهم إلى الصيِّد، فأما إذا طرأ الإسلام أو العتق بعد الرمي، ففي كيفية الدية الواجبة الخلاف المذكور في «كتاب الديات»<sup>(١)</sup>.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: الْحَالَةُ الثَّانِيَةُ أَنْ يَطْرَأَ الْمُهْدِرُ كَمَا لَوْ جَرَحَ مُسْلِمًا فَأَرْتَدَّ وَمَاتَ فَلَيْسَ عَلَيْهِ إِلَّا أَرْضُ الْجَنَابَةِ لِأَنَّ السَّرَايَةَ مُهْدَرَةٌ، وَلَوْلِيهِ الْمُسْلِمِ الْقِصَاصُ؛ لِأَنَّهُ أَوْلَى بِالشُّفِيِّ مِنَ الْإِمَامِ، وَقِيلَ: الْإِمَامُ أَوْلَى بِهِ لِأَنَّ الْمُرْتَدَّ لَا يُورَثُ، وَلَوْ قَطَعَ يَدَيْهِ وَرِجْلَيْهِ فَأَرْتَدَّ وَمَاتَ فِدْيَةٌ وَاحِدَةٌ كَمَا لَوْ مَاتَ مُسْلِمًا، وَقِيلَ: دِيَّتَانِ لِأَنَّا لَوْ أَدْرَجْنَا لِأَهْدَرْنَا، وَقِيلَ: لَا شَيْءَ لِأَنَّ الْقَطْعَ صَارَ قِتْلًا وَصَارَ مُهْدِرًا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا جَرَحَ مُسْلِمًا، فَارْتَدَّ، ثُمَّ مَاتَ بِالسَّرَايَةِ أَوْ ذِمِّيًّا، فَنَقُضَ الْعَهْدُ، ثُمَّ مَاتَ، لَمْ يَجِبْ قِصَاصُ النَّفْسِ وَلَا دِيَّتُهَا وَلَا الْكِفَارَةُ؛ لِأَنَّهَا تَلَفَتْ وَهِيَ مُهْدَرَةٌ، وَأَمَّا مَا يَتَعَلَّقُ بِالْجِرَاحَةِ فَفِيهِ مَسْأَلَتَانِ:

إحدهما: إِذَا كَانَتِ الْجِرَاحَةُ مِنْ جِنْسٍ مَا يُوْجِبُ الْقِصَاصَ كَالْمَوْضُوحَةِ وَقَطَعَ الْيَدَ، فَالنَّصُّ فِي «الْمَخْتَصَرِ» أَنَّهُ يَجِبُ فِيهِ الْقِصَاصُ، وَعَنْ نَصِّهِ فِي «الْأَمِّ» أَنَّهُ لَا يَجِبُ فَمِنْهُمْ مَنْ نَقَلَهُ فِي عَيْنِ هَذِهِ الصُّورَةِ، وَمِنْهُمْ مَنْ رَوَى أَنَّ ذَلِكَ النَّصُّ فِيهَا إِذَا قَطَعَ ذِمِّيٌّ يَدَ مُسْتَأْمِنٍ، ثُمَّ لِحِقَ الْمُسْتَأْمِنُ بِدَارِ الْحَرْبِ، وَمَاتَ، قَالَ: لَا قِصَاصَ عَلَيْهِ فِي الْقَطْعِ؛

(١) قال الشيخ البلقيني: الذي رجحه في كتاب الديات أن الدية على العاقلة، ورجح ابن كج خلافه والأصح عندي ما رجحه ابن كج وهو المنصوص في الأم.

وجعل الصورتين على قولين بالنقل والتخريج، ووجه المنع كيفما فرض القولان؛ بأن الطَّرَفَ يَنْتَجِ النفس، إذا صارت الجناية قتلاً، وإذا لم يَجِبْ قصاصُ النفس، لا يجب قصاصُ الطَّرَفِ، وكذلك، لو قطع طَّرَفَ إنسان، فمات منه، فعفا وليه عن قصاص النفس، لم يكن له أن يقتصَّ في الطرف، ويُحَكِّى هذا عن اختيار ابن سُرَيْج.

ووجه الوجوب، وهو الأصحُّ عند الجمهور: بأن القصاص في الطَّرَفِ ينفرد عن القصاص في النفس ويستقر، فلا يتغير بما يَحْدُثُ بعده؛ ألا تَرَى أنه لو قَطَعَ طَرَفَهُ، وجاء آخَرُ، وَحَزَّ رَقَبَتَهُ يجب على الأولِ قِصاصُ الطَّرَفِ، ولو جاء آخر، وقطع طرفاً آخر خطأ، ومات منهما، يجب على الأولِ قِصاصُ الطَّرَفِ، وإن لم يجب عليهما قصاصُ النَّفْسِ، وإذا قُلْنَا بالأصح، فلفظ «المختصر»: أن لوليه المسلم أن يقتص، واعترض المزنئيُّ بأن قريبه المسلم لا يأخذُ ماله، وأن المرتدَّ لا يورث، فكيف يقتص عنه بل الوجه أن يستوفيه الإمام، واختلف الأصحاب في المُستَوْفِي، فقال قائلون: مستوفيه الإمام كما قاله المزنئيُّ، وصوبوه في الحكم والتوجيه، وغلطوه في فهم كلام الشافعي - رضي الله عنه - في الاعتراض، وقالوا: أراد الشافعي - رضي الله عنه - بالوليِّ الإمام، ودَكَرَ على هذا أن القول بأن السلطانَ يستوفيه مبنياً على أصحِّ القولين في أن مَنْ قُتِلَ ولا وارث له يَسْتَوْفِي قِصاصَهُ السلطان، كما مر في «اللقيط»؛ فإن المرتدَّ لا وارث له [يستوفي قِصاصه السلطان] قال آخرون يستوفيه قريبه الذي كان يرثه لولا الردة؛ لأن القصاص للتشفي ودرك الغَيْظِ، وذلك يتعلَّقُ بالقريب دون الإمام، وأجابوا عن فَضْلِ المالِ بأنه يجوز أن يَسْتَوْفِي القصاصَ غَيْرَ مَنْ يأخذُ المال، إذا آل الأمر إلى المال، ألا تَرَى أنه إذا قُتِلَ مديون يقتص وارثه وإذا عفا، أَحَدَ الغرماءِ المال، وعن تأويل النصِّ بأنه لو أراد الإمام، لم يَخْتَجِ إلى لَفْظِ المُغْلِمِ، ولم يَحْسُنْ مَوْقِعَهُ، وبأنه قال في «الأم»: «يقتص منه أولياؤه» بلفظ الجمع والإمام واحد، وربما حَكَّى «ورثته» صريحاً، وهذا أظهر في المذهب والآخذون به أكثر، لكن الإمام استَبَعَدَهُ مِنْ جِهَةِ المَعْنَى، ولم يتهياً له، ما انفصلوا به عن قِصْدِ المال، وادعى القاضي ابن كج أن الأكثرين على أنه يستوفيه الإمام كما قال المزنئيُّ، وأبو سعيد الإصطخريُّ وحده ذهب إلى أنه يستوفيه القريب، ثم إذا قُلْنَا: يستوفيه القريب، فلو كان صغيراً أو مجنوناً، يُوَقَّفُ إلى أن يَبْلُغَ أو يُفِيقَ فيستوفي.

**المسألة الثانية:** لو كانت الجراحة مِنْ جنس ما يُوجِبُ المالَ دون القصاص كالجائفة والهاشمة أو من جنس ما يُوجِبُ القِصاصَ، وقُلْنَا: لا يجب القصاصُ أو عفا عنه، فهل يَجِبُ لها المال؟ فيه وجهان، ويقال قولان:

أحدهما: لا، وبه قال أبو الطَّيِّبِ بن سلمة؛ لأن الجراحة إذا سَرَتْ، صارت

قتلاً، وصارت الأطراف تابعة للنفس، والنفس مهذرة، فكذلك ما يتبعها.

وأصحهما: نعم؛ لأنه وجب بالجنابة أَرَشُ، والرَّذَةُ تمنع وجوب شَيْءٍ بعدها، ولا يسقط ما وَجِبَ قبلها، وهذا كما لو قَطَعَ طَرْفَ رَجُلٍ، وقتل الرجل نَفْسَهُ، فإنه لا يَسْقُطُ ضمان الطرف، وإذا قلنا بالأصح، ف فيما يجب وجهان.

أصحهما: ويحكى عن النص: أنه يجب أقلُّ الأمرين من الأَرَشِ الذي تقتضيه الجراحة ودية النفس، فإن كان الأَرَشُ أقلَّ كالجائفة وقطع اليد الواحدة، لم يزد بالسراية في الردة، وإن كانت دية النفس أقلَّ، كما إذا قَطَعَ يَدَيْهِ وَرِجْلَيْهِ، فارتدَّ، ومات، فلو مات بالسراية مُسْلِماً، لم يجب أكثر منها، فإذا مات مرتداً، فأولئى أن لا يجب أكثر منها.

والثاني: وبه قال الإصطخري: أن الواجب أَرَشُ الجراحات بالغاً ما بلغ، فيجب فيما إذا قطع يَدَيْهِ وَرِجْلَيْهِ وديتان؛ لأن الأَرُوشَ إنما تَنَدْرَجُ في الدية، إذا وَجِبَ ضمانُ النَّفْسِ بتلك الجراحة، والنفسُ ها هنا تَلَفَتْ مهذرة، فلو أدرجنا لأَهْدَرْنَا فَجَعَلَتِ الردة قاطعةً للإدراج، قائمةً مَقَامَ الاندمالِ، وعلى كل حال، فالواجبُ فَيءٌ لا يأخذ القريب منه شيئاً. هذا، إذا طرأت الردة بَعْدَ الجَرْحِ، فلو طرأت بَعْدَ الرمي، وقبل الإصابة، لم يجب شَيْءٌ؛ لأنه مرتدٌ حين تأثر بالجنابة وعند أبي حنيفة: يجب الضمان اعتباراً بحالة الرمي، واحتج الأصحاب بأن اعتبار وقتِ الإصابة أولئى؛ لأنها وقت اتصال الجنابة بالمجنى عليه ولذا لو رمى صحيح، فَسَلَّتْ يَدُهُ قبل الإصابة، تجب قيمته حال الإصابة، وقد ذكّرنا فيما إذا رمى إلى مرتد، فأسَلِمَ قبل الإصابة وجهاً: أنه يعتبر وقت الرمي، فيمكن أن يُقَدَّرَ مثله ها هنا، كما قال أبو حنيفة، ولم يذكروه.

وقوله في الكتاب: «فليس عليه إلا أَرَشُ الجنابة؛ لأن السراية مهذرة» العَرَضُ مِنْ تمهيده أن السراية لا شَيْءٌ فيها بحال، ولو وجب فيها شَيْءٌ، لكان الواجب ما يختصُّ بالجراحة، ثم الكلام في واجبها قصاصاً وأرشاً يفصل ويُمكن أن يُعْلَمَ قوله: «إلا أَرَشُ الجنابة» بالواو؛ للوجه الذي ذكّرنا؛ أنه لا يجب شَيْءٌ من المال أصلاً، وهذا الوجه هو الذي تعرّض له في الكتاب آخرأ، لكنّه من جهة التُّنْظِمِ مخصوصٌ بما إذا قَطَعَ يَدَيْهِ وَرِجْلَيْهِ.

وقوله: «ولوليه المُسْلِمِ القصاص» أي في الطَّرْفِ المقطوع، وأردنا بالولئى المُسْلِمِ القريب على ما هو الأظهر ممّا فُسِّرَ به لفظ الشافعي - رضي الله عنه - ويجوز أن تغلّم هذه اللفظة بالواو؛ لأننا إذا قلنا: لا قصاص، لا يكون للقريب القصاص، ولا يكون الإمام أولئى به، والوجهان في الكتاب مُفْرَعان على وجوب القصاص.

فَرَعٌ: قَطَعَ يَدَهُ ثم ارتدَّ المَقْطُوعُ، واندمَلَ الجَرْحُ، فله قصاص اليد، فإن مات قبل أن يقتص، واقتص عليه، ومن الولئى؟ فيه الاختلاف المذكور، فإن كانت الجنابة ممّا توجب المال، قال في «التهذيب» إن قلنا إن ملكه باقٍ أَخَذَهُ، وإن قلنا: إنه زائل،

وقف، فإن عاد إلى الإسلام أَخَذَهُ، وإلا أخذه الإمام.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: الْحَالَةُ الثَّلَاثَةُ لَوْ تَخَلَّلَ الْمُهْدِرُ بَيْنَ الْجَرْحِ وَالْمَوْتِ كَمَا لَوْ أَرْتَدَّ ثُمَّ أَسْلَمَ فَبِئْسَ الْقِصَاصِ قَوْلَانِ إِنْ قَرَّبَ الزَّمَانَ لِمُقَارَنَةِ الْإِهْدَارِ بَعْضَ أَجْزَاءِ السَّبَبِ، وَإِنْ طَالَ الزَّمَانَ فَالصَّحِيحُ السُّقُوطُ كَمَا لَوْ جَرَحَهُ فِي حَالَةِ الرَّدَّةِ فِي حَالَةِ الْإِسْلَامِ إِذِ الْجِرَاحَةُ تَسْرِي فِي الرَّدَّةِ، وَإِذَا أَوْجَبْنَا الْقِصَاصَ وَجَبَ كَمَالُ الدِّيَةِ إِنْ كَانَ خَطَأً، وَقِيلَ: تِلْكَ الدِّيَةُ تُوْزِعُ عَلَى الْأَخْوَالِ الثَّلَاثِ، وَقِيلَ: يَصْفُ الدِّيَةَ تُوْزِعُ عَلَى الْعِصْمَةِ وَالْإِهْدَارِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لَوْ تَخَلَّلَ الْمُهْدِرُ، إِذَا جَرَحَ مُسْلِمًا مُسْلِمًا، فَارْتَدَّ الْمَجْرُوحُ، ثُمَّ عَادَ إِلَى الْإِسْلَامِ، وَمَاتَ بِالسَّرِيَةِ، وَجَبَّتِ الْكُفَّارَةُ، وَالنَّصُّ فِي «الْمَخْتَصِرِ» وَ«الْأَمِّ» أَنَّهُ لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ، وَفِيمَا إِذَا جَرَحَ ذِمِّيًّا أَوْ مُسْتَأْمِنًا، فَنَقَضَ الْمَجْرُوحُ الْعَهْدَ، وَالتَّحَقُّ بِدَارِ الْحَرْبِ، ثُمَّ جَدَّدَ الْعَهْدَ، وَمَاتَ بِالسَّرِيَةِ عَنْ رِوَايَةِ الصَّيْدِلَانِيِّ وَغَيْرِهِ: أَنَّ النَّصَّ أَنَّهُ يَجِبُ الْقِصَاصُ، وَحَكَى الْقَاضِي ابْنَ كَعْبٍ وَالْإِمَامُ فِيهِمَا طَرِيقَيْنِ عَنِ الْأَصْحَابِ.

أَصْحُهُمَا: أَنَّ فِي الصُّورَتَيْنِ قَوْلَيْنِ، وَكَذَلِكَ نَقَلَ الْأَكْثَرُونَ عَنْ «الْأَمِّ» النَّصَّ عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِي صُورَةِ نَقْضِ الْعَهْدِ:

أحدهما: يجب القصاص؛ لأنه مضمون بالقصاص في حالتي الجرح والموت، ولا نَظَرُ إِلَى مَا يَتَخَلَّلُهَا.

والثاني: لا يجب؛ لأنه انتهى إلى حالة لو مات فيها، لم يجب القصاص، فصار ذلك شبهةً دائرةً للقصاص.

والطريق الثاني: تنزيل النصين على حالتي؛ حيث قال: «لا يجب القصاص» فذلك إذا طالت مدة الإهدار، بحيث يظهر أثر السراية، ويُجْعَلُ لَهُ وَقْعٌ وَعَتَبَارٌ، وَحَيْثُ قَالَ: «يجب» فذاك إذا قصرت المدة بحيث لا تجعل للسراية فيها اعتبارًا، وَوَقْعٌ، وَإِذَا قَلْنَا بِطَرِيقَةِ الْقَوْلَيْنِ، فَبِئْسَ مَوْضِعُهَا طَرِيقَانِ:

أحدهما: تخصيصهما ما إذا قصرت المدة، فإن طالت، لم يجب القصاص بلا خلاف؛ لأن القصاص يتعلق بالسراية والجنائية معاً، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ جَرَحَ مُسْلِمًا، فَارْتَدَّ أَوْ مَرْتَدًّا فَأَسْلَمَ، لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ، وَإِذَا حَصَلَتِ السَّرَايَةُ الْمُؤَثِّرَةُ فِي زَمَانِ الْإِهْدَارِ، كَانَ كَمَا لَوْ جَرَحَ جِرَاحَةً فِي الْإِسْلَامِ، وَأُخْرِي فِي الرَّدَّةِ، وَصُورَةُ الْقَوْلَيْنِ فِي نَقْضِ الْعَهْدِ عِنْدَ هَوْلَاءَ مَا إِذَا كَانَ فِي جَوَارِ، دَارِ الْحَرْبِ فَالتَّحَقُّ بِهَا، وَعَادَ، وَجَدَّدَ الْعَهْدَ فِي زَمَانٍ خَفِيفٍ.

والثاني: طرد القولين في الحالتين، حكاه القاضي ابن كعب عن ابن سريج وابن العزيز شرح الوجيز ج ١٠/١٣

سلمة وابن الوكيل، والأصح من الطريقتين عند المُعْظَمِ تَخْصِيسُ القَوْلَيْنِ، بما إذا قَصُرَتِ المَدَّةُ، والراجح من القولين عند صاحب «المهذب» قول الوجوب، وعند الشيخ أبي حامد والإمام وغيرهما قول المنع، هذا حكم القصاص، وأما الدية ففيها قولان وثالث مخرج عن ابن سُرَيْجٍ، وقد يعبر عنها بالوجه.

أصحها عند أكثرهم: أنه يجب كمال الدية؛ لوقوع الجرح والموت في حال العصمة؛ ولأن في الدية يُنْظَرُ إلى آخر الأمر.

وأصحهما: عند صاحب «التهذيب»، وجوب النصف توزيعاً على العصمة والإهدار، ويجعل حالة العصمة حالة واحدة، كما لو جرح مسلماً فارتدَّ وجرح آخر في الردة، ثم عاد إلى الإسلام، ومات يَجِبُ على الأول نصفُ الدية، وهذان القولان كقولين نُقِلَا عن الإمام<sup>(١)</sup> فيما إذا قَطَعَ مُسْلِمٌ يَدَ مُسْلِمٍ خَطَأً، وارتدَّ القاطع، ثم عاد إلى الإسلام، ومات المَقْطُوعُ بالسراية، أن العاقلة تَحْمِلُ كُلَّ الدية أو نَصْفَهَا، والنَّصْفُ في مال القاطع.

والثالث: منسوبٌ إلى ابن سُرَيْجٍ أنه يجب ثلثا الدية توزيعاً على الأحوال الثلاثِ حالتي العصمة وحالة الإهدار، وعن القاضي الطبري قول محوِّج: أن الواجب أَرَشُ الجراحة لا غير؛ لأن الردة تقطع تأثير السراية، فتقرر الأرش كالبرء.

نعم، لو زاد الأرش على قدر الدية، لم يجب إلا قدر الدية، وحاصله إيجاب أقلَّ الأمرين منهما، ثم الكلام في موضع هذا الخلاف من وجهين:

أحدهما: قال أكثرهم: موضع الخلاف ما إذا طالت مدة الإهدار، أما إذا قَصُرَتْ، فلا خلاف في وجوب كمال دية، وحكى الإمام طريقةً طاردةً للخلاف في الحالتين.

والثاني: قال الإمام [إن أوجبنا القصاص،] <sup>(٢)</sup> فلو آل الأمر إلى المال، ففيه الوجه، وهذا يُشْعِرُ بما إذا عفا عن القصاص، وقد يشير به إلى ما إذا كان الجرح خطأً أيضاً، وكذا صور صاحب الكتاب الخلاف فيما إذا كان خطأً، تفريعاً على وجوب القصاص، وفي «التهذيب» أنا إذا أوجبنا القصاص، فعفا، وجب كمال الدية بلا خلاف، وإنما يجيء التفصيل والخلاف في الدية إذا لم تُوجِبِ القصاص، وهذا أوجه، ولتكن كذلك صورة الخطأ، إذا قلنا بوجوب القصاص في العمد، وليُعْلَمَ قوله في الكتاب: «ففي القصاص قولان» للطريقة المتزلة للنصين على الحالتين، فإنها لا تثبت الخلاف.

وقوله: «لمقارئة الإهدار بعض أجزاء السبب» يعني أن سبب الهلاك الجراحة

(٢) سقط من: ز.

(١) في ب: «الأم».

والسرابة شيئاً فشيئاً، فإذا قارن الإهدارُ بغضِ أجزاء السَّبَبِ وأورث الشبهة، وليُخْمَلْ قوله: «فالصحيح السقوط» على الصحيح من الطريقتين على ما بيَّناه، ويقابله الطريق الطارد للقولين في الحالتين.

فَرَعُ: لو رمى إلى مسلم، فارتدَّ، وعاد إلى الإسلام، ثم أصابه السهم، فالمشهور أنه لا قِصاص، وإنما يجبُ القصاص إذا وُجِدَ الإسلامُ في طرفي الرمي والإصابة، وفي المُدَّة المتوسطة بينهما، قال الإمام: ويجيء فيه قول آخر؛ لأمرين:

أحدهما: أن الشيخ أبا عليٍّ حكى قولاً فيما إذا رمى سهماً إلى صنيْدٍ وارتدَّ، وعاد إلى الإسلام، ثم أصاب السهم إنساناً؛ بأن الدية تُضْرَبُ على عاقلة المسلمين، ويكفي بإسلامه في الطرفين، والحكم يتحمَّل العقل والقصاص يجريان مجرى واحداً؛ لأنه معدول عن القصاص، فيحتاط فيه كما في القصاص.

والثاني: أنا ذكرناهما، إذا تخلَّل المُهدِر بين الجرحِ والموتِ قولاً إنه يجب القصاص مع أن الجراحة تؤثر وتؤلِّم في حالة الإهدار، فصورة الرمي أولى بإثبات الخلاف.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: الحالة الرابعة: طَرَيَانُ مَا يَغْيَرُ مِقْدَارَ الدِّيَةِ كَمَا لَوْ جَرَحَ ذُمِيًّا فَأَسْلَمَ أَوْ عَبْدًا فَأَعْتَقَ ثُمَّ مَاتَ وَالتَّظَرُّ فِي القَدْرِ إِلَى حَالَةِ (ح) المَوْتِ، وَلَوْ فَقَا عَيْنِي عَبْدٍ قِيمَتُهُ مِائَتَانِ مِنَ الإِبِلِ فَعَتَقَ فَمَاتَ فَعَلَيْهِ مِائَةٌ مِنَ الإِبِلِ وَيُضْرَفُ إِلَى السَّيِّدِ كَيْلًا تَضِيغُ الجِنَايَةِ عَلَيْهِ، وَلَوْ قَطَعَ إِحْدَى يَدَيْ عَبْدٍ فَعَتَقَ فَمَاتَ فَالمَضْرُوفُ إِلَى السَّيِّدِ فِي قَوْلِ أَقْلٍ (ح) الأَمْرَيْنِ مِنْ كُلِّ الدِّيَةِ أَوْ كُلِّ القِيَمَةِ، وَعِبَارَتُهُ أَنَّ الوَاجِبَ أَقْلُ الأَمْرَيْنِ مِمَّا لَزِمَهُ آخِرًا بِالجِنَايَةِ عَلَى المَلِكِ أَوْلاً أَوْ مِثْلَ نِسْبَتِهِ مِنَ القِيَمَةِ، وَفِي القَوْلِ الثَّانِي يُضْرَفُ إِلَيْهِ أَقْلُ (ح) الأَمْرَيْنِ مِنْ كُلِّ الدِّيَةِ أَوْ نِصْفَ القِيَمَةِ، وَعِبَارَتُهُ أَنَّ المَضْرُوفَ إِلَيْهِ أَقْلُ الأَمْرَيْنِ مِمَّا لَزِمَهُ آخِرًا بِالجِنَايَةِ عَلَى المَلِكِ أَوْلاً أَوْ مُجْرَدُ أَرْضِ الجِنَايَةِ عَلَى المَلِكِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا طرأ ما يغير مقدار الدية، فالواجب القدر، الذي يقتضيه يوم الموت؛ لأن الضمان بدل التالف فينظر فيه إلى حال التالف، وقد يكون التغيير من الأكثر إلى الأقل، وقد يكون بالعكس، أما الأول فكما لو جنى على نصراني، فتمجس، ثم مات، فإن قلنا: يُقَرُّ النصراني إذا تمجس على التمجس، فعلى الجاني دية مجوسية؛ اعتباراً بالآخر، فإن قلنا: لا يُقَرُّ عليه، فهو كما لو ارتدَّ المجروح، ومات، فعلى أصح الوجهين يجبُ الأقل من أرض الجناية على النصراني أو دية نفسه وعلى ما ذكره الإصطخري: يجب الأرض بالغاً ما بلغ، ولو جرح نصراني نصرانياً، ونقض المجروح العهد، والتحق بدار الحزب، ثم سبي واسترق، ومات بالسرابة، فلا قِصاص في النفس؛ لتخلَّل حالة الإهدار؛ ولأن الحرَّ لا يُقتل بالعبد، ويجب قصاص الطرف، إن

كَانَتْ الْجِرَاحَةُ بِقَطْعِ طَرْفٍ، وَإِنْ أَرَادَ الْمُسْتَحِقُّ الْمَالَ، ففِيمَا يَجِبُ عَلَى الْجَانِي قَوْلَانِ:

أحدهما: أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ أَزْشِ جَنَائِيهِ حَرًّا، وَكَمَالُ قِيَمَتِهِ عَبْدًا؛ لِأَنَّهُ بِالِاتِّحَاقِ بَدَارِ الْحَرْبِ صَارَ مَهْدَرًا، فَأَشْبَهَ مَا إِذَا ارْتَدَّ الْمُسْلِمُ؛ وَعَلَى هَذَا، فَهُوَ لَوْرَثَتِهِ النَّصَارَى سِوَاءَ كَانُوا عِنْدَنَا أَوْ فِي دَارِ الْحَرْبِ، كَذَلِكَ حَكَاهُ الْقَاضِيَانِ ابْنُ كَعْبٍ وَالرُّوْيَانِيُّ، وَفِيهِ قَوْلٌ آخَرٌ: أَنَّهُ يَكُونُ لَبِيَّتِ<sup>(١)</sup> الْمَالِ.

وَأَصْحُهُمَا: عَلَى مَا قَالَ فِي «التَّهْذِيبِ»: أَنَّ الْوَاجِبَ قِيَمَتَهُ بِالغَةِ مَا بَلَغَتْ؛ اعْتِبَارًا بِالْمَالِ بَعْدَ كَوْنِهِ مَضمونًا وَقَتِ الْجَنَائِيَّةِ، فَعَلَى هَذَا إِنْ كَانَتْ الْقِيَمَةُ وَالْأَرْضُ سِوَاءَ أَوْ كَانَتْ الْقِيَمَةُ أَقْلًا، فَالْوَجِبُ لِلْوَارِثِ، وَإِنْ كَانَتْ الْقِيَمَةُ أَكْبَرَ فَقَدَّرَ الْأَرْضَ لِلْوَارِثِ، وَالبَاقِي لِلسَّيِّدِ، وَلَوْ أَنَّ الَّذِي مَلَكَهُ أَعْتَقَهُ وَمَاتَ حَرًّا، فَقَوْلَانِ فِي أَنَّ الْوَاجِبَ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنَ الْأَرْضِ وَدِيَّةَ حُرِّ ذِمِّيٍّ أَوْ دِيَّةَ حُرِّ ذِمِّيٍّ، وَعَلَى الْقَوْلَيْنِ فَالْوَجِبُ لَوْرَثَتِهِ، وَلَوْ أَسْلَمَ، وَعَتَّقَ، وَمَاتَ، فَفِي الْقِصَاصِ قَوْلَانِ، وَفِي الْمَالِ الْوَاجِبِ قَوْلَانِ، أَهُوَ دِيَّةُ حُرِّ مُسْلِمٍ أَوْ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنَ الْأَرْضِ وَدِيَّةَ حُرِّ مُسْلِمٍ، وَعَلَى الْقَوْلَيْنِ فَهُوَ لَوْرَثَتِهِ الْمُسْلِمِينَ.

وَأَمَّا بِالْعَكْسِ مَا إِذَا جَرَّحَ ذِمِّيًّا فَأَسْلَمَ أَوْ عَبْدًا لِغَيْرِهِ فَعَتَّقَ، ثُمَّ مَاتَ، نُظِرَ؛ إِنْ مَاتَ بَعْدَ الْإِنْدِمَالِ، وَجَبَّ أَزْشُ الْجَنَائِيَّةِ، وَيَكُونُ الْوَاجِبُ فِي الْعَبْدِ لِلسَّيِّدِ، فَلَوْ كَانَ قَدْ قَطَعَ يَدَيْهِ، أَوْ فَقَأَ عَيْنَيْهِ، وَجَبَّ كَمَالُ قِيَمَتِهِ، وَلَا فَرْقُ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْعَتَقُ قَبْلَ الْإِنْدِمَالِ أَوْ بَعْدَهُ؛ لِأَنَّ الْجِرَاحَةَ إِذَا أَنْدَمَلَتْ، اسْتَقَرَّتْ وَخَرَجَتْ عَنْ أَنْ تَكُونَ جَنَائِيَّةً عَلَى النَّفْسِ، فَيُنْظَرُ إِلَى حَالِ الْجَنَائِيَّةِ عَلَى الطَّرْفِ، وَكَانَ مَمْلُوكًا حِينَئِذٍ، فَيَجِبُ أَرْضُهَا لِلسَّيِّدِ، وَهُوَ كَمَالُ الْقِيَمَةِ، وَهَذَا بِنَاءً عَلَى الصَّحِيحِ، وَهُوَ أَنَّ جِرَاحَةَ الْعَبْدِ مَقْدَرَةٌ، وَفِي كِتَابِ الْقَاضِي ابْنِ كَعْبٍ حِكَايَةٌ وَجِهٌ فِيمَا إِذَا كَانَ الْإِنْدِمَالُ بَعْدَ الْعَتَقِ: أَنَّ الْوَاجِبَ فِيهِ دِيَّةُ حُرِّ اعْتِبَارًا بِحَالِ الْإِسْتِقْرَارِ، وَالْمَشْهُورِ الْأَوَّلِ، وَإِنْ مَاتَ بِالسَّرِيَّةِ، لَمْ يَجِبْ قِصَاصُ النَّفْسِ، إِذَا كَانَ جَارِحُ الذَّمِّيِّ مُسْلِمًا، وَجَارِحُ الْعَبْدِ حَرًّا؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْصِدْ بِالْجَنَائِيَّةِ مِنْ يَكَافَتِهِ، وَيَجِبُ فِيهِ دِيَّةُ حُرِّ مُسْلِمٍ؛ لِأَنَّهُ كَانَ مَضمونًا فِي الْإِبْتِدَاءِ، وَهُوَ فِي الْإِنْتِهَاءِ حُرٌّ مُسْلِمٌ فَوْجِبَ

(١) قَالَ النَّوَوِيُّ: قَدْ جَزَمَ الْبَغْوِيُّ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ بِأَنَّهُ لِسَيِّدِهِ، لِأَنَّهُ بَدَلَ رُوحِهِ وَكَانَ مَلَكَهُ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَقَدْ نَوَّزَعَ الْمَصْنُفُ فِي سَكُوتِهِ عَلَى مَقَالَةِ الْبَغْوِيِّ فَإِنَّهَا أضعفُ مِنَ الْقَوْلِ الَّذِي اسْتغْرَبَهُ، وَالْعَجِيبُ كَيْفَ يَجْزَمُ بِهِ الْبَغْوِيُّ تَفْرِيعًا عَلَى هَذَا الْقَوْلِ وَهُوَ الْعَامِلُ مَعَ الْأَصْحَابِ تَفْرِيعًا عَلَى الصَّحِيحِ أَنَّهُ إِنْ كَانَتْ الْقِيَمَةُ وَالْأَرْضُ سِوَاءَ أَوْ الْقِيَمَةُ الْأَقْلُ وَالْكَلُّ لِلْوَارِثِ. وَإِذَا كَانَتْ الْقِيَمَةُ أَكْثَرَ فَقَدَّرَ الْأَرْضَ لِلْوَارِثِ وَالبَاقِي لِلسَّيِّدِ. هَذَا كَلَامُهُ فِي التَّهْذِيبِ.

فَإِذَا كَانَ مَعَ الْقَوْلِ بِوُجُوبِ الْقِيَمَةِ عَيْنًا لَا يَجِبُ لِلسَّيِّدِ إِلَّا الزَّائِدُ عَلَى الْأَرْضِ فَكَيْفَ إِذَا أَوْجَبْنَا أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ نَوْجِبَ الْكَلَّ لِلسَّيِّدِ وَنَحْرَمَ الْوَارِثَ مَعَ مَلاحظتِنَا لِلْأَرْضِ. (قَالَ الْبَكْرِيُّ عَنْ صَاحِبِ الْخَادِمِ).



بدله وعن أبي حنيفة أن العتق يقطع السراية حتى لو قطع يد عبدي فعتق، ثم سرى القُطْع لم تجب إلا دية اليد، واحتج الأصحاب بأنها جنائية مضمونة فتكون سرايتها مضمونة، كما إذا جئني على ذمي فأسلم، ثم مات، ولا فرق بين أن تكون القيمة أقل من الدية أو أكثر حتى لو فقأ عين عبد تساوي قيمته مائتين من الإبل أو قُطِع يدي، لم يجب إلا قدر مائة، ثم إن كانت الدية مثل القيمة، أو أقل فالكل للسيد؛ لأنه قد استحق هذا القدر بالجنائية الواقعة في ملكه، وإن كانت أكثر فالزيادة على القيمة للورثة؛ لأنها وجبت بسبب الحرية، وذهب المزني إلى أنه إذا كانت القيمة أكثر وجبت بكاملها، وصرفت إلى السيد؛ قال الإمام بأنه يقول: لا سبيل إلى صرف دية الحر إلى السيد، ولا سبيل إلى حرمانه، فالوجه أن يقطع أثر الحرية، ويصرف إليه أرش ما جرى في الرق، وهذا كالوجه الذي ذكره الإصطخري فيما إذا قُطِع يدي مسلم ورجليه، فارتد ومات بالسراية أنه تجب ديتان، ولا يُنظر إلى السراية بعد الردة، وعن الشيخ أبي محمد أن من سلك مسلك الإصطخري هنالك، لا يبعد أن يوافق المزني ها هنا، وإذا قطع إحدى يدي عبدي أو فقأ إحدى عينيه، فعتق، ومات بالسراية، وأوجبنا كمال الدية ففيما للسيد قولان:

أحدهما: أنه يُصرف إليه أقل الأمرين من كل الدية، أو كل القيمة؛ لأن السراية حصلت بجنائية مضمونة للسيد، وقد اعتبرنا السراية حيث أوجبنا دية النفس، فلا بُد من النظر إليها في حق السيد، فيقدر موته رقيقاً أو موته حراً، ويوجب للسيد أقل العوضين، فإن كانت الدية أقل، فليس على الجاني غيرها، ومن إعتاق السيد جاء النقصان؛ فإن كانت القيمة أقل، فالزيادة وجبت بسبب الحرية، فليس للسيد إلا قدر القيمة الذي كان يأخذه لو مات رقيقاً.

وأصحهما: أن المصروف إليه أقل الأمرين من كل الدية، ونصف القيمة، وهو أرش الطرف المقطوع في ملكه لو اندمجت الجراحة؛ لأن السراية لم تحصل في الرق حتى تُعتبر في حق السيد، فإن كان كل الدية أقل، فلا واجب غيره، وإن كانت نصف القيمة أقل، فهو أرش الجنائية الواقعة في ملكه، وهذا القول الثاني هو المنصوص في المسألة، وعن صاحب التقريب، وأبي يعقوب الأبيوردي والقفال: أن الأول مخرج من صورة نوردها في الفصل الثاني لهذا الفصل قد نص فيها على القولين وفي تعليق بغض المرورذين نسبة القول الأول إلى القديم، والثاني: الأصح إلى الجديد وعبروا عن القولين بعبارتين تُخرَج عليهما الصورة المذكورة من بعد، فقالوا: للسيد على القول الأول الأقل مما يلزم الجاني آخراً بالجنائية على الملك أولاً، ومن مثل نسبه من القيمة، وعلى الثاني الأصح الأقل مما يلزم الجاني آخر بالجنائية على الملك أولاً، ومن أرش الجنائية، لو وقعت، فلو قطع أضيغ عبدي، فعتقه، ثم سرى فعلى الأول: للسيد الأقل من كمال الدية الذي يلزم آخراً، ومن كمال القيمة، وهو مثل نسبه من الدية، وعلى الأصح

الأقل من كمال الدية، وعشر القيمة وهو أرش الجنائية.

وقوله في الكتاب: «والنظر في القدر<sup>(١)</sup> إلى حالة الموت» ليعلم بالحاء؛ لما ذكرنا أن عبده لا ينظر إذا عتق إلى حالة الموت، وإنما الواجب أرش الجنائية.

وقوله: «ولو فقاً عيني عبد قيمته مائتان من الإبل» هذا لفظ الشافعي - رضي الله عنه -، وتصويره ولا يخفى أن عين الإبل لا تقويم بها وإنما التقويم بالنقد، وإنما المراد أن قيمته قدر ما يساوي مائتين من الإبل، وكذا قوله: «فعليه مائة من الإبل» أي قدرها، وأما أن المأخوذ منه عين الإبل أو تؤخذ الدراهم، فسيأتي، وليعلمم بالزاي؛ لما بينا.

وقوله: «أقل الأمرين» في القولين يمكن أن يُعلم بالحاء؛ لأن عند أبي حنيفة المصروف إلى السيد أرش الجنائية في ملكه لا الأقل من هذين، ولا من هذين.

وقوله: «من كل الدية أو كل القيمة» الأغلب في لسان أهل الفقه في مثل هذا الموضع كلمة «أو» ولو قلت: من كل الدية، وكل القيمة بالواو: صحح وكان أوضح، وكذا الخلاف الحال في قوله: «أن نصف القيمة»، وكذا قوله في العبارتين المترجمتين حيث قال أو «مثل نسبه من القيمة أو مجرد أرش الجنائية».

وقوله في العبارة الأولى «الواجب أقل الأمرين» أي للسيد، وهو معنى قوله في الأخرى «المصروف إلى السيد» فقد يختصر، فيقال «المصروف إلى السيد في القول الأول الأقل من الواجب على الجاني، وما يناسبه من القيمة، وفي الثاني الأقل من الواجب وأرش الجنائية».

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ قَطَعَ إِحْدَى يَدَيْ عَبْدٍ فَعَتَقَ ثُمَّ جَرَحَهُ رَجُلَانِ آخِرَانِ فَعَلَى جَمِيعِهِمْ دِيَّةٌ وَاحِدَةٌ وَعَلَى الْجَانِي فِي الرِّقِّ الثُّلُثُ، وَلِلسَّيِّدِ فِي قَوْلِ أَقْلٍ (ح) الْأَمْرَيْنِ مِنْ ثُلُثِ الدِّيَّةِ أَوْ مِثْلَ نِسْبَتِهِ مِنَ الْقِيَمَةِ وَهُوَ ثُلُثُ الْقِيَمَةِ، وَفِي قَوْلِ أَقْلٍ الْأَمْرَيْنِ مِنْ ثُلُثِ الدِّيَّةِ أَوْ نِصْفِ الْقِيَمَةِ وَهُوَ أَرَشُ جِنَايَةِ الْمَلِكِ، الْمَسْأَلَةُ بِحَالِهَا عَادَ وَهُوَ فِي الْعِتْقِ وَجَرَحَ جُرْحاً ثَانِياً فَالْوَجِبُ عَلَيْهِ ثُلُثُ الدِّيَّةِ وَلَكِنْ بِجِرَاحَتَيْنِ حِصَّةُ جِنَايَةِ الرِّقِّ نِصْفُهُ وَهُوَ السُّدُسُ فَالْمَصْرُوفُ إِلَى السَّيِّدِ الْأَقْلُ مِنْ سُدُسِ الدِّيَّةِ أَوْ سُدُسِ الْقِيَمَةِ عَلَى قَوْلٍ، وَعَلَى قَوْلٍ هُوَ الْأَقْلُ مِنْ سُدُسِ الدِّيَّةِ أَوْ نِصْفِ الْقِيَمَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ صَوْرَتَانِ تُقَدَّمُ عَلَيْهِمَا أَنَّهُ لَوْ قَطَعَ يَدَ عَبْدٍ، فَعَتَقَ، [ثم] جَاءَ

آخر، وقطع يده الأخرى أو رجله، فيُنظَر؛ إن اندملت الجراحتان، فلا قصاص على الأول، إن كان حرّاً، وعليه نصفُ القيمة للسيد، وعلى الثاني القصاصُ أو نصفُ الدية للمقطوع، وإن مات منهما، فلا قصاص على الأول، لا في النفس، ولا في الطَّرَف إذا كان حرّاً وأما الثاني، فللوارث أن يقتص في الطرف النَّفس؛ لأن سقوطه عن الأوّل كان لِمَعْنَى يختصُّ به، وهو عَدَم الكفاءة.

والثاني: كُفء هو أشبه شريك الأب، وفيه طريقان آخران:

أحدهما: أنه على القولين في شريك السَّبُع.

والثاني: أنه لا قصاص عليه؛ لأنه مات مِنْ جُرح صَادَفَ رَقاً وحرية، فأشبه ما إذا جرح مَنْ نَصَفَهُ حرّاً ونَصَفَهُ رقيقاً، ونسب القاضي ابن كج إلى أبي الطَّيِّب بن سَلَمَةَ طريقة القولين، والأكثرون نسبوا إليه الثاني، وإذا أوجبنا القصاص، فلو عفا المستحق، فعليه كمال الدية، وللسيد الأقلُ من نصفِ الدية، ونصف القيمة على القولين جميعاً؛ لأنه مات بجنايتين حصّة كلِّ واحدةٍ مع سرايتها نصفُ الدية، فيكون حقه فيما وجب على الأول، ولا حَقٌّ له فيما يجب على الثاني؛ لأن جنايته لم تكن في ملكه، وإن اقتص الوارث مِنَ الثاني، بقي على الأول نصفُ الدية، فإن كان قَدَرَ نصفِ القيمة أو أقلّ، أخذَه السيد، وإن كان أكثر، فالزيادة للوارث، ولو قطع حُرّاً يدَ عَبْدٍ، فعَتَق، ثم عاد، وقطع يده الأخرى، فمات منهما، فللوارث القصاص في الطرف الثاني دون الأول، ولا يجب عليه قصاص النفس؛ لأنه مات بجراحتين إحداهما موجبةً للقصاص، والأخرى غير موجبة، وقد ذكرنا أنه لا قصاص في مثل ذلك، وحكى القاضي ابن كج وجهاً ضعيفاً: أنه يجب، إذا عفا المستحق عن قصاص الطَّرَف، فعليهما الدية، وإن استوفاه، بقي على الجاني نصفُ الدية، وحُكِّم ما للسيد في الحالتين على ما ذكرنا فيما إذا كان القاطع غيره، ولو قطع أصبعَ عَبْدٍ فعَتَق، ثم جاء آخر ففَطَع يده، ومات منهما، فعليهما الدية للسيد على أحد القولين؛ الأقلُ من نصفِ الدية، ونصف القيمة، وعلى الأصحَّ الأقلُ من نصفِ الدية وعُشْر القيمة، فهذا ما نُقدِّمه.

أما صورتنا الكتاب، فأحدهما.

قَطَع إحدى يَدَيْ عَبْدٍ فعَتَق، ثم جرحه رجلانِ آخران بأن قطع أحدهما يده الأخرى، والآخر رجله، ومات منهما، فلا قصاص على الأوّل لا في النفس ولا في الطَّرَف، إذا كان حرّاً، وعلى الآخرين القصاصُ في الطَّرَف، وكذلك في النفس، وفيه خلاف ابن سلمة.

وأما الدية، فيجب مورّعة على الجناة الثلاثة على كل واحدٍ ثلثها، ولا حَقٌّ للسيد فيما يجب على الآخرين، وإنما يتعلّق حَقُّه بما يجب على الجاني في الرُّق، وفيما

يستحقه القولان، وهما منصوَّصٌ عليهما في هذه الصورة في «المختصر» فعلى القول الأول: للسيد أقلُّ الأمرين من ثلثِ الدية، وثلثُ القيمة، وهو مثل نسبته من القيمة، وعلى الثاني الأقلُّ من ثلثِ الدية، وأزْشُ الجناية في مَلِكِهِ وهو نصفُ القيمة. والثانية: الصورة بحالها، وعاد الجنائي في الرُّقِّ، وجرح بعد العتق جراحةً أُخْرَى، ومات بسرّاية الكَل، فالدية موزَّعة عليهم [أثلاثاً لما مرَّ أنا ننظر إلى عَدَدِ الجارجين دون الجراحات، والثلث الواجب على الذي جَنَى في الرُّقِّ واجبٌ بجنائيتين؛ إحداهما: في الرق، والأخرى: في العتق، فتقابل الجناية الواقعة في الرقِّ سدُّسِ الدية، فللسيد على القول الأول الأقلُّ من سدُّسِ الدية الواجب بالجناية في ملكه ومثل نسبته من القيمة، وهو سدُّسُها، وعلى الثاني: الأقلُّ من سدُّسِ الدية ونصفُ القيمة، وهو أزشُ الجناية الواقعة في الملك، ولو قَطَعَ يد عبد فعَتَّق، فجرحه آخر جراحةً، وعاد الأولُ وجرَّحَه جراحةً أُخْرَى، فعليهما الديةُ بالسوية، والنصف الواجب على الأول وجب بجنائيتي [الرق] <sup>(١)</sup> والحرية، فحصة الجناية الأولى رُبْعِ الدية، فللسيد في القول الأول الأقلُّ من ربعِ الدية، وربع القيمة وعلى الثاني: الأقلُّ من رُبْعِ الدية [ونصف القيمة] <sup>(٢)</sup> وبه أجاب ابن الحداد في هذه الصورة، وذكر القاضي أبو الطيب: أنه الصحيح، ولو جنى اثنان على عبد، فعَتَّق، ثم جَنَى عليه ثالثٌ، ومات بسرّاية، فعليهما الدية أثلاثاً، وللسيد في القول الأول الأقلُّ من ثلثي الدية، وثلثي القيمة، وفي الثاني: الأقلُّ من ثلثي الدية، وأزْشُ جنائيتي الرقِّ، ولو جنى ثلاثة في الرقِّ، وعتق فَجَنَى رابعٌ ومات منهما، فعليهما الدية أرباعاً وللسيد في القول الأول الأقلُّ من ثلاثة أرباعِ الدية، وثلاثة أرباعِ القيمة، وفي الثاني الأقلُّ من ثلاثة أرباعِ الدية، وأزْشُ الجنائيات، ولو جَنَى اثنان في الرقِّ، وثلاثة بعد ما عَتَّق، فالدية عليهم أخماساً، وللسيد في القول الأول الأقلُّ من خمسي الدية وخمسي القيمة.

وفي الثاني: الأقلُّ من خمسي الدية، وأزْشُ جنائيتي الرق، ولو أوضَحَ عبداً، فعَتَّق، ثم قَطَعَ قاطعٌ يده، ومات منهما، فعليهما الدية، وللسيد على الأول أقلُّ الأمرين من نصفِ الدية، ونصف القيمة، وعلى الثاني: الأقلُّ من نصفِ الدية، ونصف القيمة، وهو أرشُ جناية الملك، ولو أوضَحَهُ فعَتَّق فجاء تسعة، فجرحوه، ومات من الجراحات كلها، فتوزَّع الدية عليهم أعشاراً، وللسيد على القول الأول: الأقلُّ من عشرِ الدية وعشر القيمة، وعلى الثاني، الأقلُّ من عشرِ الدية ونصفِ عشرِ القيمة، وهو أرشُ الموضَّحة، ولو جرَّحهُ الأول جزحاً ثانياً مع التسعة، فالدية موزَّعة عليهم كذلك، وللسيد الأقلُّ من نصفِ عشرِ الدية، ونصف عشرِ القيمة على القولين؛ لأنه لم يجب

(١) في ز: العتق.

(٢) في ز: وربع القيمة.

بالجناية واقفة وسارية إلا نضف عشر الضمان، وهكذا يتفق القولان إذا اتفقَ قَدْر الضمان على التقديرين كما إذا جئنا خمسةً في الرقِّ وأرشد جنائياتهم نضف القيمة، وخمسة بعد العتق، فللسيد على القولين، الأقل من نضف الدية ونضف القيمة.

ولو جئنا تسعة في الرقِّ وواحد بعد العتق، ومات منهما، فللسيد على القول الأول: الأقل من تسعة أعشار الدية، وتسعة أعشار القيمة، وعلى الثاني: الأقل من تسعة أعشار الدية، وأرشد الجنائيات، وإن كان أرشد الجنائيات تسعة أعشار القيمة اتفقَ القولان، ولو قطع يدي عبدي، فعتق، وجرحه رجلان آخراين، ومات من الجراحات، فعليه الدية أثلاثاً وللسيد على القول الأول الأقل من ثلث الدية، وثلث القيمة، وعلى الثاني: الأقل من ثلث الدية وكل القيمة، وهو أرشد الجناية في الملك، ولو كان قد قطع يديه ورجليه، فكذلك الجواب في «التهذيب»، ووجهه أن الأطراف إذا صارت نفساً، لا تُضمَّن بأكثر من القيمة ولك أن تقول: كما أن الأطراف لا تُضمَّن بأكثر من القيمة إذا صارت نفساً، فاليد الواحدة لا تُضمَّن بنصف القيمة، إذا صارت نفساً فكما أن نضف القيمة يجعل أرشد اليد الواحدة يجوز أن يُجعل أرشد اليدين والرجلين قيمتين أخذاً بتقديم عدم السرية.

ولو قطع حرٌّ يد عبدي فعتق، فجاء آخر وحز رقبته، فقد أبطل الحز السرية، وعلى الأول نضف القيمة للسيد، وعلى الثاني القصاص أو كمال الدية للوارث، ولو قطع حرٌّ يد عبدي فعتق، فقطع آخر يده الأخرى، ثم قُتل حرّاً فإما أن يقتله ثالث أو الأول أو الثاني، فإن قتله ثالث، فقد بطلت سرية القطعين، وكأنهما اندملاً، فعلى الأول نضف القيمة للسيد، وعلى الثاني القصاص في الطرف أو نضف الدية للوارث، وعلى الثالث القصاص في النفس أو كمال الدية، وإن قتله الأول، نُظر؛ إن قتله بعد اندمال قطعه، فعليه نصف القيمة للسيد، والقصاص في النفس أو كمال الدية للوارث، وعلى الثاني: نصف الدية، وإن قتله قبل الاندمال، فعليه القصاص في النفس، ثم إن قلنا بظاهر المذهب، وهو أن بدل الطرف يدخل في النفس، فإن اقتص الوارث، سقط حق السيد، وإن عفا، وجب كمال الدية، وللسيد منها أقل الأمرين من نضف الدية ونصف القيمة، على أحد القولين، كما سبق، هذا هو الظاهر.

وقال القاضي الطبري: عندي يسقط حق السيد، وإن عفا مستحق القصاص، لأنه إذا سقط حكم الطرف، وصار الحكم للنفس، كان المأخوذ بدل النفس المفوتة بعد زوال ملك السيد، وعلى قول ابن سريج والإصطخري: أن بدل الطرف لا يدخل في النفس، ويكون للسيد عليه نصف القيمة، وللوارث القصاص في النفس أو كمال الدية، كما لو قُتل بعد الاندمال، وإن قتله الثاني، بطلت سرية الأول، فعلى الأول نضف القيمة للسيد.

والثاني: قَطَعَ طَرْفَ حُرٍّ ثُمَّ قَتَلَهُ، فَإِنْ قَتَلَهُ بَعْدَ الْإِنْدِمَالِ، فَلِلْوَارِثِ أَنْ يَقْتَصَّ مِنْهُ فِي الطَّرْفِ وَالنَّفْسِ، وَلَهُ نِصْفُ الدِّيَةِ لِلْيَدِ، وَكَمَالُ الدِّيَةِ لِلنَّفْسِ، فَإِنْ شَاءَ اسْتَوْفَى الْقِصَاصَ فِيهِمَا وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ بَدْلَهُمَا، وَإِنْ شَاءَ اسْتَوْفَى فِي أَحَدِهِمَا وَبَدَلَ الثَّانِي، وَإِنْ قَتَلَهُ قَبْلَ الْإِنْدِمَالِ، فَلِلْوَارِثِ الْقِصَاصَ فِي النَّفْسِ، بِقَطْعِ الْيَدِ، وَلَهُ دِيَةٌ لِلنَّفْسِ فَقَطَّ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: ثُمَّ حَقَّ السَّيِّدُ فِي الدَّرَاهِمِ، وَالْوَاجِبُ عَلَى الْجَانِي الْإِبْلُ وَالْخَيْرَةُ إِلَى الْجَانِي، فَإِنْ سَلَّمَ الْإِبْلَ فَهِيَ وَاجِبَةٌ، وَإِنْ سَلَّمَ الدَّرَاهِمَ فَلَيْسَ لِلْسَّيِّدِ الْأَمْتِنَاعُ لِأَنَّهُ حَقُّهُ، وَقِيلَ: الْإِبْلُ هُوَ الْوَاجِبُ لِأَنَّهُ الْمُتَعَيَّنُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: عَرَفْتُ أَنَّ الْوَاجِبَ فِيمَا إِذَا جَنَى عَلَى عَبْدٍ فَعَتَّقَ، وَسَرَتْ الْجَنَاحَةُ إِلَى نَفْسِهِ، إِنَّمَا هُوَ الدِّيَةُ، وَالدِّيَةُ الْإِبْلُ، فَقَالَ الْأَصْحَابُ: تُوْخِذُ الْإِبْلَ، وَتَتَصَرَّفُ إِلَى السَّيِّدِ حِصَّتُهُ عَلَى التَّفْصِيلِ الَّذِي سَبَقَ مِنَ الْإِبْلِ، وَلَيْسَ لِلْوَارِثِ أَنْ يَقُولَ: اسْتَوْفِي الْإِبْلَ، وَأَدْفَعْ إِلَيْهِ مَا يَسْتَحِقُّهُ مِنَ الدَّرَاهِمِ أَوْ الدَّنَانِيرِ، فَإِنَّهُ إِنَّمَا يَسْتَحِقُّ الْقِيَمَةَ بِحَقِّ الْمَلِكِ، وَالْقِيَمَةَ الدَّرَاهِمِ أَوْ الدَّنَانِيرِ؛ لِأَنَّ مَا يَسْتَحِقُّهُ يَسْتَحِقُّهُ مِنْ عَيْنِ الدِّيَةِ الَّتِي هِيَ الْوَاجِبَةُ فِي الْوَاقِعَةِ، وَلَيْسَتْ هِيَ مَرْهُونَةٌ بِحَقِّهِ بِخِلَافِ الدَّيْنِ مَعَ التَّرَكَةِ، حَيْثُ يَتِمَكَّنُ الْوَارِثُ مِنْ إِمْسَاكِ التَّرَكَةِ؛ لِأَنَّ صَاحِبَ الدَّيْنِ لَا يَسْتَحِقُّ عَيْنَهَا، وَلَيْسَ لِلْسَّيِّدِ أَنْ يَكْلِفَ الْجَانِي تَسْلِيمَ الدَّرَاهِمِ، وَلَوْ أَتَى الْجَانِي بِالدَّرَاهِمِ، فَفِي إِجْبَارِ السَّيِّدِ عَلَى الْقَبُولِ وَجِهَانِ، ذَكَرَهُمَا الْإِمَامُ:

أَحَدُهُمَا: الْمَنْعُ؛ لِأَنَّ الْوَاجِبَ الْمُتَعَيَّنَ الْإِبْلَ، فَلَهُ أَنْ يَقُولَ [لَهُ]: سَلِّمْ حَقِّي إِلَيَّ.

وَالثَّانِي: يُجْبَرُ؛ لِأَنَّ مَا يَجِبُ لَهُ يَجِبُ بِحَقِّ الْمَلِكِ، وَالْوَاجِبُ بِحَقِّ الْمَلِكِ النَّقْدُ، فَإِذَا أَتَى بِهِ، فَقَدْ أَتَى بِأَضْلَ حَقِّهِ وَحَاصِلُ هَذَا الْوَجْهِ تَخْيِيرُ الْجَانِي بَيْنَ تَسْلِيمِ الْإِبْلِ وَتَسْلِيمِ الدَّرَاهِمِ، وَهُوَ أَفْقَهُ وَأَعْوَصُ عِنْدَ الْإِمَامِ، وَإِبْرَادُ الْكِتَابِ يُشْعِرُ بِتَرْجِيحِهِ أَيْضاً، وَلَوْ أَبْرَأَ السَّيِّدُ الْجَانِي عَمَّا يَسْتَحِقُّهُ مِنَ الدِّيَةِ بَرِيءٌ، وَلَيْسَ لِلْوَارِثَةِ الْمَطَالِبَةُ بِهِ.

فَرَعَ: رَمَى إِلَى ذِمِّيٍّ، فَأَسْلَمَ أَوْ عَبْدٌ، فَعَتَّقَ قَبْلَ الْإِصَابَةِ فَيَجِبُ دِيَةٌ حُرٍّ مُسْلِمٍ، وَلَا قِصَاصَ إِذَا كَانَ الرَّامِي حُرّاً مُسْلِماً، وَكَذَا لَوْ رَمَى ذِمِّيٍّ إِلَى ذِمِّيٍّ أَوْ عَبْدٌ إِلَى عَبْدٍ، ثُمَّ أَسْلَمَ الذِّمِّيُّ أَوْ عَتَّقَ قَبْلَ الْإِصَابَةِ، لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ؛ لِأَنَّهُ لَا كِفَاءَةَ عِنْدَ الْإِصَابَةِ.

وَقَدْ يُقَالُ، عَلَى سَبِيلِ التَّرْجِمَةِ عَنْ مَسَائِلِ الْفَضْلِ الْمَذْكُورِ فِي تَغْيِيرِ الْحَالِ بَيْنَ الْجَرْحِ وَالْمَوْتِ وَبَيْنَ الرَّمِي وَالْإِصَابَةِ: كُلُّ جُرْحٍ ابْتِدَاؤُهُ غَيْرُ مَضْمُونٍ، لَا يَنْقَلِبُ مَضْمُوناً بِتَغْيِيرِ الْحَالِ فِي الْإِنْتِهَاءِ، وَذَلِكَ كَمَا إِذَا جَرِحَ مُرْتَدّاً، فَأَسْلَمَ، وَكُلُّ جَرِحٍ ابْتِدَاؤُهُ مَضْمُونٌ، وَانْتَقَلَ الْمَجْرُوحُ إِلَى حَالَةِ الْإِهْدَارِ، لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ إِلَّا ضَمَانُ ذَلِكَ الْجُرْحِ، وَذَلِكَ كَمَا إِذَا جَرِحَ مُسْلِماً، فَارْتَدَّ، وَإِنْ كَانَ مَضْمُوناً فِي الْحَالَتَيْنِ، اعْتَبِرَ فِي قَدْرِ

الضمان الانتهاء، وفي القصاص تعتبر الكفاءة في الطرفين والواسطة، وكذلك إذا تبدل الحال بين الرمي والإصابة، اعتبر في القصاص الكفاءة في الطرفين والواسطة، وكذلك يعتبر الطرفان والواسطة في تحمّل العقل، على ما سيأتي بيانه في باب إن شاء الله تعالى.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: النَّوْعُ الثَّانِي: الْقِصَاصُ فِي الطَّرْفِ وَهُوَ فِي شَرْطِ الْقَطْعِ وَالْقَاطِعِ وَالْمَقْطُوعِ كَمَا ذَكَرْنَا فِي شَرْطِ الْقَطْعِ وَالْقَاتِلِ وَالْمَقْتُولِ لَا يَفَارِقُهُ (ح) فِي التَّفَاوُتِ فِي الْبَدَلِ، وَتُقَطَّعُ (ح) يَدُ الرَّجُلِ بِالْمَرْأَةِ وَالْعَبْدُ بِالْحُرِّ، وَلَا تُقَطَّعُ السَّلِيمَةُ بِالسَّلَاءِ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ نِصْفًا مِنْ صَاحِبِهَا، وَالْأَيْدِي تُقَطَّعُ (ح) بِالْيَدِ الْوَاحِدَةِ عِنْدَ الْأَشْتِرَاكِ فِي جَمِيعِ أَجْزَاءِ الْقَطْعِ، وَإِنَّمَا تَفَارِقُ النَّفْسَ فِي أَمْرَيْنِ (أَحَدُهُمَا): أَنَّ الْأَجْسَامَ لَا تُضْمَنُ بِالسَّرَايَةِ نَصًّا بِخِلَافِ الرُّوحِ، وَفِيهِ تَخْرِيجٌ أَنَّهُ كَالرُّوحِ. (الثَّانِي): أَنَّ الْجَنَائَةَ يَنْبَغِي أَنْ تَكُونَ قَابِلَةً لِلضُّبْطِ حَتَّى يُسْتَوْفَى مِنْهَا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قَدْ تَبَيَّنَ فِي أَوَّلِ الْكِتَابِ أَنَّ الْقَوْلَ فِي الْقِصَاصِ يَتَعَلَّقُ بِطَرَفَيْنِ؛ الْوَجُوبِ وَالِاسْتِيفَاءِ، وَأَنَّ الْقَوْلَ فِي الْوَجُوبِ فِي قِصَاصِ النَّفْسِ وَقِصَاصِ الطَّرْفِ، وَقَدْ حَصَلَ الْفِرَاقُ مِنَ النَّوْعِ الْأَوَّلِ، وَأَمَّا النَّوْعُ الثَّانِي، وَهُوَ قِصَاصِ الطَّرْفِ، فَالْوَجُوبُ فِيهِ يَتَعَلَّقُ أَيْضًا بِثَلَاثَةِ أَرْكَانٍ، كَمَا فِي الْأَوَّلِ، وَهِيَ الْقَطْعُ وَالْقَاطِعُ وَالْمَقْطُوعُ، وَكَمَا يَتَعَبَّرُ فِي الْقَتْلِ أَنْ يَكُونَ عَمْدًا مُحَضًّا عَدْوَانًا، يَتَعَبَّرُ فِي الطَّرْفِ حَتَّى لَا يَتَعَلَّقَ الْقِصَاصُ بِالْجَرَاحَاتِ، وَإِبَانَةُ الْأَطْرَافِ، إِذَا وَقَعَتْ خَطَأً أَوْ عَلَى سَبِيلِ شُبُهَةِ الْعَمْدِ، وَمِنْ صُورِ الْخَطَأِ أَنْ يَقْصِدَ بِالْحَجَرِ جِدَارًا، فَيَصِيبُ رَأْسَ إِنْسَانٍ، فَيُوضِحُهُ وَمِنْ صُورِ شُبُهَةِ الْعَمْدِ: أَنْ يَضْرِبَ رَأْسَهُ بِلِطْمَةٍ أَوْ بِحَجَرٍ لَا يَشِجُّ غَالِبًا لِغَايَةِ صِغَرِهِ، فَيَتَوَرَّمُ الْمَوْضِعَ وَيَتَضَحَّ الْعَظْمُ، وَقَدْ يَكُونُ الضَّرْبُ بِالْعَصَا الْخَفِيفَةِ، وَالْحَجَرِ الْمَحْدَّدِ عَمْدًا فِي الشَّجَاجِ؛ لِأَنَّهُ يُوَضِّحُ غَالِبًا، وَيَكُونُ شُبُهَةَ عَمْدٍ فِي النَّفْسِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَقْتُلُ<sup>(١)</sup> غَالِبًا ذَكَرَهُ صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» وَغَيْرِهِ، وَلَوْ أَوْضِحَهُ بِمَا يُوَضِّحُ غَالِبًا، وَلَا يَقْتُلُ غَالِبًا، فَمَاتَ مِنْ تِلْكَ الْمَوْضِحَةِ، فَعَنَ الشَّيْخُ أَبِي حَامِدٍ: أَنَّهُ يَجِبُ الْقِصَاصُ فِي الْمَوْضِحَةِ، وَلَوْ مَاتَ مِنْهَا، لَمْ يَجِبِ الْقِصَاصُ، وَاسْتَبْعَدَهُ ابْنُ الصَّبَّاحِ وَغَيْرُهُ، لِأَنَّهُ إِذَا كَانَتْ هَذِهِ الْأَلَّةُ، تُوَضِّحُ فِي الْغَالِبِ كَانَتْ كَالْحَدِيدَةِ<sup>(٢)</sup>، وَقَفَا الْعَيْنَ بِالْأَصْبَعِ عَمْدًا؛ لِأَنَّهَا فِي الْعَيْنِ تَعْمَلُ عَمَلَ السَّلَاحِ.

(١) قال في الخادم: أنه في المطلب حكاة عن الأصحاب لكن المارودي قيده بما إذا مات بغير سراية فلو مات بها وجب القول في النفس أيضاً لحدوث القتل عن جرح يوجب القصاص فوجب أن تكون سرايته موجبة للقصاص أيضاً اعتباراً بموجبه.

(٢) أي والحديدة يجب فيها القود إذا مات قطعاً.

قال في الخادم: ما نقله عن أبي حامد تبع فيه ابن الصبّاح وصاحب البحر لكن في تعليق الشيخ =

وَيُغْتَبَرُ فِي الْقَاطِعِ أَنْ يَكُونَ مَكْلَفًا مَلْتَمِزًا لِلْأَحْكَامِ، وَفِي الْمَقْطُوعِ أَنْ يَكُونَ مَعْصُومًا، كَمَا ذَكَرْنَا فِي النَّفْسِ، وَمَنْ لَا يَقْتُلُ بِهِ الشَّخْصَ، لَا يَقْطَعُ طَرَفَهُ بِطَرَفِهِ، وَمَنْ يَقْتُلُ بِهِ الشَّخْصَ يَقْطَعُ طَرَفَهُ بِطَرَفِهِ، وَلَا يُشْتَرَطُ فِي قِصَاصِ الطَّرْفِ التَّسَاوِي فِي الْبَدَلِ، كَمَا لَا يَشْتَرَطُ فِي قِصَاصِ النَّفْسِ حَتَّى تُقَطَّعَ يَدُ الْعَبْدِ بِالْعَبْدِ، وَالرَّجُلُ بِالْمَرْأَةِ، وَبِالْعَكْسِ وَيَدُ الذَّمِيِّ بِالْمَسْلُومِ دُونَ الْعَكْسِ، وَالْعَبْدُ بِالْحُرِّ دُونَ الْعَكْسِ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: إِنَّمَا يَجْرِي قِصَاصُ الطَّرْفِ بَيْنَ حُرِّينَ أَوْ حُرَّتَيْنِ، وَلَا يَجْرِي بَيْنَ الْعَبْدِ وَالْحُرِّ وَلَا بَيْنَ الْعَبْدَيْنِ، وَلَا بَيْنَ الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى.

لَنَا: أَنْ مَنْ قُتِلَ بغيره، وَجِبَ أَنْ يَقْطَعَ طَرَفَهُ بِطَرَفِهِ عِنْدَ السَّلَامَةِ، كَالْحَرِينِ، وَلَا يَرُدُّ عَلَى اللَّفْظِ مَا إِذَا قَطَعَ صَاحِبُ الْيَدِ السَّلِيمَةِ يَدًا سُلاءً أَوْ نَاقِصَةً بِأَصْبَعٍ، حَيْثُ لَا تَقْطَعُ بِهِ، وَإِنْ كَانَ لَوْ قَتَلَهُ يُقْتَلُ بِهِ، وَالْمَعْنَى فِيهِ أَنَّ قِصَاصَ النَّفْسِ لَصِيَانَةِ الرُّوحِ، وَقَدْ اسْتَوِيَا فِي الرُّوحِ، وَالشَّلْلُ وَالنَّقْصَانُ لَا يَخْلَآنُ فِيهَا، وَقِصَاصُ الطَّرْفِ لَصِيَانَةِ الْأَطْرَافِ، وَقَدْ تَفَاوَتَا فِي الطَّرْفِ، وَفَرَقَ فَارِقُونَ بِأَنَّ الْيَدَ السُّلاءَ مَيْتَةً، وَالْحَيَّ لَا يُؤْخَذُ بِالْمَيْتِ، كَمَا لَا يُقْتَلُ الْحَيُّ بِحَزْرَةِ رِقْبَةِ الْمَيْتِ، وَذُكِرَ عَلَى هَذَا وَجْهَانِ فِي أَنَّ الْيَدَ السُّلاءَ مِنْ الْمَذْكُوتَةِ، هَلْ تُؤْكَلُ، وَضَعَّفَ الْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ وَجْمَاعَةً هَذَا الْفَرْقَ، وَمَنْعُوا كَوْنَ الْيَدِ السُّلاءَ مَيْتَةً، وَقَالُوا لَوْ كَانَ كَذَلِكَ، لَتَغَيَّرَتْ، وَلَكَانَتْ نَجِسَةً.

وَكَمَا يَقْتُلُ الْجَمَاعَةُ بِالْوَاحِدِ، تَقْطَعُ الْأَيْدِي بِالْيَدِ الْوَاحِدَةِ، إِذَا اشْتَرَكُوا فِي الْقَطْعِ؛ بِأَنَّ وَضْعُوا السُّكَيْنَ عَلَى الْيَدِ، وَتَحَامَلُوا عَلَيْهَا دَفْعَةً وَاحِدَةً حَتَّى أَبَانُوهَا، أَوْ أَبَانُوا بِضَرْبَةٍ وَاحِدَةٍ، اجْتَمَعُوا عَلَيْهَا، وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ وَأَحْمَدُ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَا تُقْطَعُ الْأَطْرَافُ بِطَّرْفٍ وَاحِدٍ.

لَنَا: الْقِيَاسُ عَلَى النَّفْسِ، وَيُخَالَفُ مَا لَوْ سَرَقَ رَجُلَانِ نِصَابًا وَاحِدًا، لَا يَجِبُ الْقَطْعُ؛ لِأَنَّ الْقَطْعَ فِي السَّرْقَةِ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى، وَالْحُدُودُ مَجَالُ الْمَسَاهَلَاتِ بِخِلَافِ الْقِصَاصِ الَّذِي هُوَ حَقُّ الْآدَمِيِّ وَلِذَلِكَ لَوْ سَرَقَ نِصْفَ نِصَابٍ، ثُمَّ عَادَ، فَكَمَّلَ لَا يُقْطَعُ، وَهَذَا هُنَا لَوْ أَبَانَ الْيَدَ بِدَفْعَتَيْنِ، يَقْطَعُ.

لَوْ تَمَيَّزَ فَعَلُ الشَّرْكَاءِ؛ بِأَنَّ كَانَ يَقْطَعُ هَذَا مِنْ جَانِبٍ، وَهَذَا مِنْ جَانِبٍ، حَتَّى التَّقَّتِ الْحَدِيدَتَانِ، أَوْ قَطَعَ أَحَدُهُمَا بَغْضِ الْيَدِ، وَجَاءَ الْآخِرُ فَقَطَعَ الْبَاقِي وَأَبَانَ، فَلَا

= أَبِي حَامِدٍ فِي أَوَّلِ بَابِ الْجَنَائِيَاتِ يَقْتَضِي مُوَافَقَةَ بَحْثِ ابْنِ الصَّبَاغِ لَا نَقْلَهُ عَنْهُ، وَذَكَرَ بَعْضُ الْمَتَأَخِّرِينَ أَنَّهُ لَيْسَ فِي كَلَامِ أَبِي حَامِدٍ مَا نَقْلَهُ عَنْهُ وَأَنَّ الْمَاورِدِي صَرَحَ بِخِلَافِهِ وَقَالَ هَذَا إِذَا مَاتَ فِي الْحَالِ مِنْ غَيْرِ سَرَايَةٍ كَمَا فِي غُرُزِ الْإِبْرَةِ فَإِنَّ مَاتَ بِالسَّرَايَةِ وَجِبَ الْقَوْدُ وَقَدْ وَضَحَ أَنَّ الْفَتَوَى عَلَى وَفْقِ بَحْثِ ابْنِ الصَّبَاغِ.



قصاص على واحدٍ منهما، ويجب على كلِّ واحدٍ منهما الحكومةُ على ما يليقُ بجنابته، وينبغي أن يبلغ مجموع الحكومتين ديةَ اليد، وعن صاحب «التقريب» حكاية قول إنه يقطع من كل واحد منهما بقدر ما قطع إن أمكن<sup>(١)</sup> ضنبطه، وذكر الإمام: أن هذا مأخوذٌ من اختلاف يأتي - إن شاء الله تعالى - في أن القصاص هل يجري في المتلاحمة، ووجه الشبه أن الموضحة يجري القصاص فيها كالإبانة، وقطع بغض اليد بغض الإبانة كما أن المتلاحمة بغض الموضحة، فليكن حكمه حكم المتلاحمة، ثم فرق بينهما بأن جلدة الرأس وما عليه من اللحم، لا اختلاف في أجزائها، وليس فيها أعصابٌ وعروق، فهي جداولُ الدم والعروق الرقيقة لا اعتبارها، فيتأتى رعاية القصاص ومعظم اليد تشمل على أعصاب ملتفة وعروق ساكنة وضارية، ويختلف وضعها في الأيدي، فلا يتأتى رعاية التماثل ولو جرا طرفي الحديدية جر المنشاد، فهذا عدّه أكثرهم من صور تمييز الفعلين، ومثّل به القاضي ابن كج صورة الاشتراك الموجب للقصاص، ومحل الإشكال ما ذكر الإمام أن الإمرار هكذا يَصوّر على وجهين.

أحدهما: أن يتعاونوا في كل جذبة وإرسالة، فتكون من صور الاشتراك.

والثاني: أن يجذب كل واحد إلى جهة نفسه، ويفتر عن الإرسال في جهة صاحبه، فيكون البعض مقطوعاً هذا، والبعض مقطوعاً ذاك، ويكون الجواب على ما قاله الأكثرون، ولا يكاد يجيء فيه ما حكاه صاحب «التقريب» لتعدّر الضنبط.

وقوله في الكتاب: «لا يفارقه في التفاوت في البدل» وقوله: «إذ يقطع» مُعلّمان بالحاء؛ لما بيّنّا، وقوله: «ولا تُقطع السليمة بالسّلاء» المقصد بذكر المسألة في هذا الموضع ما سيأتي، إن شاء الله تعالى، وإنما جرى ذكره هنا؛ لأنها قد تورّد على قولنا: إن من يقتل به الشخص يقطع طرفه على ما بين، وأراد بقوله: «لأنها ليست نصفاً من صاحبها» أنا وإن لم نراع التساوي في البدل قدرأ ولكن نراعي نسبة تساوي الطرفين إلى الجمليتين، ويعتبر أن يكون طرفُ المقطوع نصف جملة، إذا كان طرفُ القاطع نصف

(١) وما ذكره عن صاحب التقريب أنه حكاه قولاً تبع فيه البغوي، وقد نازعه ابن الرفعة في الكفاية بأن القاضي الحسين والفوراني حكيا ذلك عن صاحب التقريب - يعني في قوله. وقال الإمام أنه أخذه من قول الشافعي في أن القصاص هل يجزىء في المتلاحمة، ثم أخذ يحكي عن الإمام الفرق في الموضوعين.

قلت: وليس كما قالوا: قد نص الشافعي في الأم فقال في باب الاجتماع على القطع وإنما يقطع أيديهما معاً إذا حملا شيئاً فضرباه معاً ضربة واحدة أو جزاً معاً جزاً فإما أن يقطع هذا يده من أعلاها وهذا يده من أسفلها إلى أعلاها فلا يقطع أيديهما ويجز من هذا بقدر ما جز من يده ومن هذا بقدر ما جزه من يده إن كان هذا يستطيع. (قاله في الخادم).

جملته، واليد الشلاء ليست نصفاً من صاحبها بخلاف اليد السليمة، فلذلك لم نقطع السليمة بها. وقوله: «وإنما تفارق النفس في أمرين» لما تبين أن قصاص النفس والطرف لا يفترقان في اشتراط التساوي في البدل، ولا في استيفاء العدد بالواحد، أراد أن يبين ما يفترقان فيه، فذكر أنهما يفترقان في أمرين.

أحدهما: أن قصاص النفس يجب بسراية الجراحات، وفي الأجسام خلاف، وهذا معاد على القرب، ونشره هناك، ويجوز أن يعلم قوله: «وفيه تخريج» بالواو؛ لما سيأتي وقوله: «كالروح» بالحاء؛ لأن عند أبي حنيفة: لا يجب القصاص بالسراية في الأجسام، كما هو النص.

والثاني: أن الجناية على ما دون النفس ينبغي أن تكون قابلة للضبط؛ ليمكن استيفاء مثله بلا زيادة ولا نقصان، فإن الروح مستبقة، فلا بد من الاحتياط، ولك أن تقول، قصاص النفس والطرف لا يفترقان في اشتراط ضبط الجناية، لكن الجناية على النفس مضبوطة في نفسها، والجناية على الأعضاء والأطراف قد ينضبط، وقد لا تنضبط<sup>(١)</sup> [ذكر في «التهذيب» بدل الأمر الثاني شيئاً آخر؛ وهو أن محل الجناية لا يراعى في النفس حتى لو قطع طرف إنسان، فمات، كان للولي أن يحز رقبتة، وفي الطرف يراعى المحل.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَالْجِنَايَاتُ ثَلَاثٌ: جُرْحٌ وَإِبَانَةٌ طَرْفٌ وَإِزَالَةٌ مَنْفَعَةٌ أَمَا الْجُرْحُ فَنَفِي الْمَوْضِحَةِ الَّتِي تَوْضِعُ الْعَظْمَ مِنَ الرَّأْسِ أَوْ الْجَبْهَةِ أَوْ الْخَدِّ أَوْ قَصَبَةِ الْأَنْفِ الْقِصَاصُ، وَلَا قِصَاصَ فِيهَا بَعْدَهَا مِنَ الْهَائِصَةِ لِلْعَظْمِ، أَوْ الْمُتَقَلِّةَ لَهُ، أَوْ الْأَمَّةَ الْبَالِغَةَ إِلَى أُمِّ الرَّأْسِ، أَوْ الدَّامِغَةَ الْخَارِقَةَ لِخَرِيطَةِ الدِّمَاجِ، وَلَا فِيهَا قَبْلَ الْمَوْضِحَةِ مِنَ الْحَارِصَةِ الَّتِي تَشُقُّ الْجِلْدَ، أَوْ الدَّامِغَةَ الَّتِي تُسِيلُ الدَّمَ، وَأَمَّا الْبَاضِعَةُ الَّتِي يَخْرُقُ يَبْضَعُ اللَّحْمَ أَوْ الْمُتَلَاخِمَةَ الَّتِي تَفُوضُ فِي اللَّحْمِ عَرْضاً بَالِغاً فَقَوْلَانِ لِأَنَّ الضُّبْطَ مُمَكِّنٌ عَلَى عَسْرِ وَذَلِكَ بِالنِّسْبَةِ، فَإِذَا قَطَعَ نِصْفَ لَحْمِهِ إِلَى الْعَظْمِ قَطَعْنَا نِصْفَ اللَّحْمِ إِلَى الْعَظْمِ، فَإِنْ شَقَّ مَارِنَهُ أَوْ أَذَنَّهُ فَقَوْلَانِ مُرْتَبَانِ وَأَوْلَى بِالْوُجُوبِ لِأَنَّ ضَبْطَهُ أَيْسَرُ، وَلَوْ قَطَعَ بَعْضُ كَوْعِهِ فَقَوْلَانِ مُرْتَبَانِ وَأَوْلَى بِأَنْ لَا يَجِبَ لِأَنَّ الْعُرُوقَ وَالْأَعْصَابَ مُخْتَلِفَةَ الْوَضْعِ فِيهِ، وَأَمَّا الْمَوْضِحَةُ عَلَى الصُّدْرِ وَسَائِرِ الْبَدَنِ فَلَا تَتَقَدَّرُ دِيْنَتُهَا وَلَكِنْ يَجْرِي الْقِصَاصُ فِيهَا عَلَى أَفْيَسِ الْوَجْهَيْنِ لِإِمْكَانِ الضُّبْطِ.

(١) سقط في: ز.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الجَنَائِيَاتُ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ ثَلَاثَةٌ أَنْوَاعٍ، جَزْحٌ يَشْقُ، وَقَطْعٌ يُبَيِّنُ وَإِزَالَةٌ مُنْفَعَةٌ بِلَا شَقٍّ وَلَا إِبَانَةٍ.

النوع الأول: الجراحات ويتعلق بها القصاص في الجملة قال الله تعالى: ﴿وَالجُرُوحُ قِصَاصٌ﴾ [المائدة - ٤٥] ثم هي تنقسم إلى واقعة في الرأس والوجه وإلى غيرها، والتي تقع في الرأس والوجه تسمى الشجاج، والمشهور منها عشرة.

أحدها: الحارصة، فهي التي تشق الجلد قليلاً نحو الخدش، وتسمى الحارصة أيضاً، يقال حَرَصَ حَرَصَ القِصَاصِ الثُوبَ، إِذَا خَدَشَهُ، وَشَقَّهُ بِالمُدْقِ وَعَنِ الأزهري: إِذَا قَصَرَهُ، وَنَحَى عَنْهُ الدَّرْنَ، كَأَنَّهُ قَشَرَهُ عَنْهُ، وَقَدْ يَوْجَدُ فِي تَفْسِيرِ الحارِصَةِ أَنَّ لَا يَدْمِي المَوْضِعَ، وَالثانية: الدامية، وهي التي تدمي موضعها من الشق والخدش، وذكر الإمام وصاحب الكتاب في تفسيرها سَيْلَانِ الدَّمِ، وَهُوَ خِلافُ مَا حَكِيَ عَنِ لَفْظِ الشافعي - رضي الله عنه - وَأَشْتَهَرَ فِي اللُّغَةِ، أَمَا لَفْظُ الشافعي - رضي الله عنه - فَقَدْ حَكَى القاضِي الروياني أَنَّهُ قَالَ: الدامية هي التي تدمي، وَلَا يَقْطُرُ مِنْهَا شَيْءٌ، وَأَمَا أَهْلُ اللُّغَةِ، فَقَدْ ذَكَرُوا أَنَّ الدامية الَّتِي يَظْهَرُ دَمُهَا وَلَا يَسِيلُ، فَإِنْ سَالَ، فَهِيَ الدامعة بالعين المهملة من قولهم دمعت العين تدمع دمعاً.

والثالثة: الباضعة، وهي التي تبضع اللحم بعد الجلد، أي تَقْطَعُهُ، يُقَالُ: بَضَعَ اللَّحْمَ وَيَبْضَعُهُ وَمِنْهُ البُضْعُ وَالبُضْعَةُ القِطْعَةُ.

والرابعة: المتلاجمة، وهي التي تغوص في اللحم وتغور، وَلَا تَبْلُغُ الجِلْدَةَ بَيْنَ اللِّحْمِ وَالعَظْمِ، وَقَدْ تُسَمَّى الأَلْجِمَةُ.

والخامسة: السُمْحَاقُ، وهي التي تَبْلُغُ تلكَ الجِلْدَةَ، وَيُقَالُ لِتِلْكَ الجِلْدَةِ السُمْحَاقُ، وَكُلُّ جِلْدَةٍ رَقيقَةٍ فِيهَا سُمْحَاقٌ، وَقَدْ تُسَمَّى هَذِهِ الشُّجَّةُ ثُمَّ المَلْطِي وَالمَلْطَاةُ وَالمَلْطَانَةُ.

والسادسة: المَوْضِحَةُ، وهي التي تخرق السُمْحَاقَ وَتَوْضِحُ العَظْمَ وَتُبْدِي وَضْحَةَ، وَالمَوْضِحُ الضَّوءُ وَالبِياضُ.

والسابعة: الهاشمة، وهي التي تهشم العظم، أي تكسره، وَيُقَالُ لِلنَّبَاتِ المَتَكْسِرِ: هَشِيمٌ.

الثامنة: المُنْقَلَةُ، وهي التي تُنْقَلُ العَظْمَ مِنْ مَوْضِعٍ إِلَى مَوْضِعٍ، وَيُقَالُ: هي التي تُكْسَرُ وَتُنْقَلُ، وَيُقَالُ: هي التي تكسر العظم، حتى يُخْرَجَ مِنْهَا فَرَّاشُ العَظْمِ، وَالفَرَّاشَةُ كُلُّ عَظْمٍ رَقيقٍ وَفَرَّاشُ الرِّأْسِ عَظَامٌ رَفاقٌ تَلِي القَحفَ.

والتاسعة: المأمومة، وهي التي تبلغ أم الرأس، وهي خريطة الدماغ المحيطة به،

ويقال لها: الأمة أيضاً<sup>(١)</sup>.

العاشرة: الدائمة، وهي التي تخرق الخريطة، وتصل إلى الدماغ، وهي مذقفة، فهذه العشرة هي المشهورة. وفي الكتاب ذُكر جميعها سوى السُمحاق، وتترتب هي على الترتيب المذكور، وعن «الأم» تقديم المتلاحمة على الباضعة، وتفسير كل ولد بما سبق في تفسير الآخر، والمعنى لا يختلف، ويذكر في الشجاج الجالفة، وعن إبراهيم الحرابي: أنها الأولى من الشجاج، والحارصة تليها، والأكثر من عكسوا، وقالوا: إنها تلي الحارصة، وهي التي تقشر الجلد مع اللحم من قولهم: «جلفه الدهر» أي أتى على ماله واستأصله، وعلى هذا، فلا تخرج هي عن الشجاج المذكورة؛ لأنها إن قطعت قليلاً من اللحم، كانت باضعة وإن غاصت، كانت متلاحمة، وإن استوعبته قطعاً، فهي السُمحاق، أو ما بعدها، ويُذكر فيه الشجاج المفرشة هي التي تصدع العظم، أي تشقه ولا تكسره، وقد يقال: المفرشة بالقاف، والقاشرة، وهي الحارصة بعينها، والدامعة على ما قدمناه، ويجوز أن يُضاف إلى العشر الجالفة وتجعل بين الحارصة والدامية؛ لأنها أخفى من الحارصة، ولكن لا تدمى الموضع منها، والدامعة، وهي بين الدامية والباضعة، والمفرشة وهي بين الموضحة والهاشمة ولذلك فعل صاحب «المجلد» في جزء صنفه في الشجاج، وجميع هذه الشجاج تُفرض في الجبهة، كما تفرض في الرأس، وكذلك يتصور ما سوى المأمومة والدامعة في الخد وقصبة الأنف، واللحي، والأسفل، إذا عرفت ذلك، فيجب القصاص منها في الموضحة لتيسير ضبطها واستيفاء مثلها، ولا قصاص فيما بعد الموضحة: من الهاشمة والمنقلة والمأمومة؛ لأنه لا يؤمن الزيادة والثقصان في طول الجراحة وعرضها، ولا يوثق باستيفاء المثل؛ ولذلك لا نوجب القصاص في كسر العظام على ما سيأتي - إن شاء الله تعالى - وأما ما قبلها، فظاهر لفظ «المختصر» وجوب القصاص في الباضعة والمتلاحمة، والنص في رواية الربيع وحزملة منعه، واختلف الأصحاب فيهما على طريقين أقربهما إثبات قولين في المسألة.

وجه المنع: أنه لا يمكن رعاية المماثلة، فإنا لو ذهبنا نقطع من الشاج بقدر ما قطع من المشجوج لم تأمن أن نوضح من مقابلة المتلاحمة؛ لغلظ جلد المشجوج، وكثرة لحمه، ورقة جلد الشاج وقلة لحمه، ولو راعينا نسبة المقطوع إلى جملة سُمك الجلد واللحم حاولنا أن نعرف أنه النصف أو الثلث، ولم نتمكن من معرفته، واللحم باقٍ بعضه والعظم مستتر به.

(١) أي بالمد وتشديد الميم كذا ضبطه في التحرير وما ذكره من أن الأمة والمأمومة واحد خلاف ما نص عليه الشافعي في الأم فإنه ذكر المأمومة وواجبها ثم قال: والأمة التي تخرق عظم الرأس حتى تصل إلى الدماغ.

ووجه الوجوب: إمكان الوقوف على نسبة المقطوع إلى الجملة، وصور الشئخ أبو حامد ذلك فيما إذا كان على رأس كل واحد من الشاج والمشجوج موضحة قريبة من موضع الشجة، فيُنظر في موضحة المشجوج ونقيس بها الشجة التي نريد القصاص فيها، أهى نصفها أو ثلثها، فإذا عرّفنا ذلك نَظَرنا في موضحة الشاج، واستوفينا مثل نصفها أو ثلثها.

قال الإمام: ويمكن ذلك إذا كانت الموضحتان طريقتين أما إذا عتقتا وأخذنا في الالتام، لم يتأت الضبط، ثم اختلف المبتون للقولين؛ فخصص أكثرهم قول الوجوب بالتصوير الذي صوره أبو حامد، ولم يذكرها فيما إذا لم يمكن الضبط؛ أنه يقتصر في القدر المستيقن، كما قالوا: إنه يعتبر أزش ما دون الموضحة من الشجاج بالموضحة، ويُقدّر بها إذا كانت هناك موضحة، وعند الشك، يجب القدر المستيقن وذكر الإمام في القصاص مثل ذلك، فقال: إذا لم يمكن معرفة النسبة أجرنا القصاص في القدر المستيقن، وكفّفنا عن محل الإشكال، وهذا ذهاب إلى تعميم القولين، وقد حكاه أبو بكر الطوسي عن بعض الأصحاب، ثم الأظهر من القولين عند الأكثرين أنه لا قصاص، وعن اختيار القفال والشيخ أبي محمد وجوبه عند الإمكان.

والطريق الثاني: امتنع كثير من الأصحاب من إثبات القولين ثم تحزّبوا، فقطع قاطعون بأنه لا يجب القصاص ونسبوا المزني إلى السهو، وعن الماسرجسي أنه كان الشافعي - رضي الله عنه - يعلّق القول في المسألة، ويقول بوجوب القصاص، إن أمكن، ثم بان له أنه لا إمكان، فقطع القول بالمنع، وفيما علّق عن أبي بكر الطوسي أن بعض الأصحاب ترك النصين على حالتني الإمكان وعدمه والخلاف المذكور في الباضعة والمتلاحمة جار في السّمحاق، وكذلك ذكره الإمام والقاضي الروياني وغيرهما، ولجأزم أن يجزم بالوجوب، إن كانت الجلد بين اللحم والعظم المسماة بالسّمحاق متميزة، يقف أهل الخبرة عليها، ويمكن إنهاء القطع إليها بلا مجاوزة كما في الموضحة، وحكى الإمام في الحارصة القطع<sup>(١)</sup> بأنه لا قصاص؛ لأنه لا وقع لها، ولا يفوت بها شيء، وأن الشيخ أبا محمد تردّد في الدامية، وأن ميل القفال إلى تنزيلها منزلة الحارصة، وفي وجوب القصاص يُقطع بعض المارن والأذن من غير إبانة، اختلافه قول رتب على الخلاف في الباضعة والمتلاحمة، والظاهر الوجوب، لإحاطة الهواء بهما وإمكان الاطلاع عليهما من الجانبين، ويُقدّر المقطوع بالجزئية كالثلث والنصف، ويستوفى من الجاني مثله، ولا يُنظر إلى مساحة المقطوع، وقد تختلف الأذنان صغراً وكبيراً، ولو قطع بغض الكوع أو مفضل الساق والقدم، ولم يبين، فقد حكي فيه قولان

(١) وكذلك صرح في دقائق المنهاج فقال: لا قصاص فيها قطعاً وإنما الخلاف في غيرها. وهذا شيء حكاه الرافعي عن جزم الإمام وجرى عليه في الشرح الصغير لكن الخلاف ثابت.

مرتبان، وهو أولئى بعدم وجوب القصاص، وهو الظاهر؛ لأنها مجمع العروق والأعصاب وهي مختلفة الوضع، تسفلاً وتصعداً، وقد يؤثر في أوضاعها العبالة والنحافة، فلا يوثق باستيفاء المثل بخلاف المارن والأذن، فإنهما من جنس واحد.

هذا حكم القصاص في الشجاج. والقول فيما يجب فيها من أرش أو حكومة سيأتي - إن شاء الله تعالى - في «الديات»، وأما الجراحات على سائر البدن، فما لا قصاص فيه، إذا كان على الرأس والوجه، لا قصاص فيه إذا كان على غيرهما، وأما الموضحة التي فيها القصاص، إذا وقع مثلها في سائر البدن، كما إذا أوضحت الجراحة عظم الصدر أو العنق أو الساعد أو الأصابع، ففي وجوب القصاص وجهان:

أحدهما: لا يجب، كما لا يجب فيه أرش مقدّر وهذا؛ لأن الخطر في الجراحة على الرأس والوجه أعظم والشين الحاصل بهما أقيح.

وأصحهما: الوجوب لتيسر استيفاء المثل، وهذا ظاهر النص، ولا يعتبر القصاص بالأرش؛ ألا ترى أن الإصبع الزائدة تقتص بمثلها، وليس لها أرش مقدّر، وكذلك الساعد بلا كف وعلى عكسه الجائفة لها أرش مقدّر، ولا قصاص فيها، وإذا اختصرت، وأجيب في الجراحات بما هو الظاهر، قلت: يجب القصاص في الجراحة على أي موضع كانت بشرط أن تنتهي إلى العظم ولا تكسره، وأما لفظ الكتاب، فقوله: «ففي الموضحة التي توضح العظم إلى آخره ليس الغرض من قوله: «التي توضح العظم تقييد الموضحة أو وصفها وهي التي كذا وكذا، الحال فيما ذكر في الآمة والدامعة وفي الحارصة والدامية. وقوله: «من الهاشمة للعظم أو المنقلة أو الآمة» لو أدخل فيها «الواو» بدل «أو» لحصل الغرض.

وقوله: «أو الدامعة الحارقة لخريطة الدماغ» يعني لا قصاص في عينها، ويتعلق بها قصاص النفس أو كمال الدية؛ لما ذكرنا أنها منفعة ويجوز أن يعلم قوله: «أو الدامية» بالواو لما حكينا من تردد الشيخ أبي محمد.

وقوله: «التي تسيل الدم» أيضاً لما مر أنهم شرتوا في الدامية ألا يسيل الدم، وقوله في الباضعة والمتلاحمة «فقولان»، يجوز أن يعلم بالواو؛ للطريقة القاطعة بالمنع، والمنزلة للنص على الحاليتين.

وقوله: «فإذا قطع نصف لحمه إلى العظم، قطعنا نصف اللحم إلى العظم» يعني إذا كان [على رأس] (١) كل واحد من الشاج والمشجوج موضحة يتيسر معرفة النسبة

(١) في أ: برأس.

بهما، إن خصصنا القولين بتلك الصورة، وإن عممنا هتا، وهو قضية لفظ الكتاب، فيمكن أن يقال: يُرَاجَع أهل الخبرة، لِيَنْظُرُوا فِي الْمَقْطُوعِ، والباقي وَيَحْكُمُوا بِأَنَّهُ نَضْفُ أَوْ ثَلثُ بِالاجْتِهَادِ بَعْدَ غَمْرِ رَأْسِ الشَّاجِ وَالْمَشْجُوجِ، ويحكمون عند القصاص أيضاً، وَيَعْمَلُ بِمَوْجِبِ اجْتِهَادِهِمْ، فإن شكوا في أن المقطوع نضفٌ أو ثلثٌ أخذنا باليقين، وهذا شيء كان يعرض في الخاطر مدةً ثم رأيتُه منطُوراً في «أمالي» الشيخ أبي الفرج الزاز.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَأَمَّا الْأَطْرَافُ فَيَجِبُ الْقَصَاصُ فِي جَمِيعِ الْمَفَاصِلِ إِلَّا فِي أَصْلِ الْمَنْكِبِ وَالْفَخْذِ إِذَا لَمْ يُمَكِّنْ إِلَّا بِالْإِجَافَةِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ لَا يَجِبُ لِأَنَّ أَصْلَ الْإِجَافَةِ غَيْرُ مَقْصُودَةٍ، وَفِي مَعْنَى الْمَفَاصِلِ أَبْعَاضُ الْمَارِنِ وَالْأَدْنِ وَالْأَثْنَيْنِ وَالذَّكْرِ وَالْأَجْفَانَ وَالشَّفْتَيْنِ وَالشَّفْرَيْنِ لِأَنَّهُ يَقْبَلُ التَّقْدِيرَ، وَلَا قِصَاصَ فِي فَلَقَةٍ مِنَ الْفَخْذِ لِأَنَّ سُنْمَكُهُ لَا يَنْضَبُطُ، وَالْعَجْزُ بَيْنَ أَنْبَاطِ الْفَخْذِ وَتَوَهُؤِ الذَّكْرِ فِيهِ تَرَدُّدٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: وَأَمَّا الْأَطْرَافُ فَيَجِبُ الْقَصَاصُ فِي الْأَطْرَافِ عَلَى مَا قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ﴾ [المائدة - ٤٥] الآية، وقال رسول الله ﷺ في خبر الربيع بنت النضر المذكورة في أول الكتاب: «كِتَابُ اللَّهِ الْقَصَاصُ» والشرط أن يمكن رعاية المماثلة، ويؤمن استيفاء الزيادة، وذلك بطريقتين.

أحدهما: أن يكون للعضو مفصلٌ موضِعُ الحديدِ عليه، ويَبَيَّنُ والمفصل موضِعُ اتصالِ عَضْوٍ بَعْضُو<sup>(١)</sup> عَلَى مَنْقَطَعِ عَظْمَيْنِ بِرِبَاطَاتٍ وَاصِلَةٍ، وقد يكون ذلك على سبيل المُجَاوِرَةِ الْمُخَصَّصَةِ، وقد يكون مَعَ دَخُولِ عَضْوٍ فِي عَضْوٍ كَمَا فِي الْمَرْفِقِ وَالرُّكْبَةِ، فَمِنَ الْمَفَاصِلِ الْأَنَامِلِ وَالْكَوَعِ وَالْمَرْفِقِ وَمَفْصَلِ الْقَدَمِ وَالرُّكْبَةِ، وَإِذَا وَقَعَ الْقَطْعُ عَلَى بَعْضِهَا اقْتَصَّ مِنَ الْجَانِي.

قال الإمام: وفي بعض التعاليق عن شينخي وجهٌ بعيدٌ في المرفق والرُّكْبَةِ، وكان سببه أنه لا يؤمن من الزيادة؛ لدخول عظم في عظم، قال: وهذا أحسبه غلطاً من المُعْلَقِ، ومن المفاصل أصلُ الفخذِ والمَنْكِبِ، فإذا لم يجف الجاني، وأمکن القصاص من غير إجماعٍ اقتص، وإذا لم يمكن القصاص إلا بالإجماع، لم يقتص؛ لأن الجوائف لا تنضبط<sup>(٢)</sup> ضيقاً وسعةً وتأثيراً ونكايَةً؛ ولذلك لم يَجْرِ الْقَصَاصُ فِيهَا هَذَا هُوَ الْمَشْهُورُ،

(١) بفتح الميم وكسر الصاد. قال ابن الصلاح: ومن قاله بكسر الميم وفتح الصاد فقد أحال المعنى فإنه هكذا عبارة عن اللسان.

(٢) قضيته أنه لا خلاف فيما إذا لم يجف لكن وقع في بعض نسخ الوجيز إجراء الخلاف وإن لم يكن الجاني قد أجاف فإنه قال: يجب القصاص في جميع المفاصل إلا في أصل المنكب والفخذ إذ لا يمكن إلا بالإجماع وقيل إنه يجب لأن الإجماع غير مقصود. انتهى قاله الزركشي في خادمه.

ولم يُفَرِّقوا فيما إذا لم يُمكنِ القصاصُ إلا بالإجافة، بين أن يكون الجاني قد أجاف أو لم يُجَفِّ.

وحكى الإمام وجهاً أنه يجري القصاصُ إذا كان الجاني قد أجاف، وقال أهل البصر: يمكن أن يقطع العَضُو، ويجاف مثل تلك الجائفة، ووجهه بأن الجائفة ها هنا تابعة غير مقصودة، وبأنه إذا كان المقصود إبانة اليد، لم يكن للحديدة عوضٌ في الباطن، ولا يختلف التأثير والنكايه ونسب هذا الوجه إلى رواية الصيدلاني وغيره، والمشهور إلى الشيخ أبي محمَّد والتفصيل بين أن يمكن القصاص من غير إجافة، وبين أن لا يمكن بالإجافة منهم مَنْ أطلقه في القطع من أضل المنكب أو الفخذ ومنهم من أطلق جَرَيَانَ القِصاص، فيما إذا قطع من أضل الفخذ أو المنكب، وخصَّص التفصيل بما إذا قلع مع قطع اليد عَظَمَ المنكب الذي يقال له «المشط» وهكذا فعل ابن الصَّبَّاح.

والثاني: أن يكون للعضو حدٌ مضبوطٌ ينقاد لآلة القطع والإبانة كالعين يَجِبُ في قَفْئِها القصاص، ويجري القِصاص في الأذن والجفن والمارن والشفة واللسان والدُّكْر والألتئين، لأن لها نهاياتٍ مضبوطةً، وإن لم يكن مفصلٌ منقطع عظم وفي اللسان وجه عن أبي إسحاق أنه لا قصاص، ونقل مثله عن أصحاب أبي حنيفة؛ لأنه لا يمكن استيفاؤه إلا بقطع غيره، وفي الشفة وجه عن الشيخ أبي حامد، وفي الشفرتين والألتئين وجهاً من الخلاف المذكور في الشفة واللسان، لكن الخلاف فيهما أشهر وأظهر، والعراقيون كالشيخ أبي حامد ومن تابعه جَزَمُوا بأنه لا قصاص في الشفرتين، وعن المزني المَنع في الألتئين وادعى الإمام اتفاق الأصحابِ عَلَيْهِ في الدِّيَات، لكن الظاهر فيهما جميعاً على ما ذكره صاحب «التهذيب» والأئمة وجوب القصاص، وحكى ذلك عن نصه في «الأم» في الشفتين والشفرتين وبه قال القفال، ولا يجب القِصاص في إطار الشفة [وهو المحيط بها] لأنه ليس له حَدٌّ مقدَّرٌ<sup>(١)</sup> والكلام في قدر الشفتين والشفرتين والألتئين سيأتي في الديات - إن شاء الله تعالى -.

ولو قطع فلقاً من الأذن أو المارن أو الشفة واللسان أو الحشفة، [وأبائها] وَجِبَ القصاص، ويكون الضبط بالجزئية، لا بالمساحة والمقدار، وعن أبي إسحاق المروزي فيما حكاه صاحب «التهذيب» وغيره: أنه لا يجب؛ لأنه لا تؤمَّنُ الزيادة والنقصان، ولا يتحقَّقُ النسبة بخلاف ما إذا استوعب العَضُو وهذا قريب من الخلاف فيما إذا قطع بغض الأذن أو المارن ولم يبينه ولو قطع فلقاً من الفخذ، فالجواب في الكتاب: أنه لا يجب

(١) قال في القوت: الصواب إطار استه وهو الدبر كذا قاله الإمام إثر قوله ويجب في السفين ونقل الرافعي الفصل عنه.



القصاص؛ لأن سُمكته لا ينضب ويشبه أن يجيء فيه الخلاف المذكور في الباضعة والمتلاحمة، إذا أوجبتا القصاص في إيضاح العظم على سائر البدن.

وقوله في الكتاب: «إلا في أضل المنكب والفخذ؛ إذ لا يُمكن إلا بإجافة» كذلك هو في بعض النسخ، وفي بعضها «إذ لم يمكن إلا بإجافة»، وهو أحسن وأوفق؛ لما قدمناه.

وقوله: «وفي معنى المفاصل أبعاض المارن والأذن [إلى آخرها يجوز أن يكون معناه الأبعاض والأجزاء التي هي المارن والأذن، وكذا]»<sup>(١)</sup> يجوز أن يُريد ما إذا قطع البعض من عضو من هذه الأعضاء وترتبط كل واحدة من الصورتين بالأخرى، فإن ما يجري القصاص فيه من هذه الأعضاء يجري في بغضه على الظاهر؛ لإمكان تقديره بالكل والمحمل الأول أولي وألحق بسياق الكلام، والثاني أقرب إلى لفظه في «الوسيط» فإنه قال على الأثر: ولا قصاص في فلقة من الفخذ، وإذا حمل على الثاني، فيجوز أن يُعلم قوله: «وفي معنى المفاصل أبعاض المارن والأذن» للخلاف المنقول المذكور عن أبي إسحاق، وإن حمل على الأول فيعلم «الشفتان والشفران» لا غير.

وقوله: «والعجز بين انبساط الفخذ وتثو الذكر» يعني أن العجز من حيث إنه منبسط يشبه الفخذ، فلا يكون فيه قصاص، ومن حيث إنه ناتٍ بعض التثو يشبه الذكر، فيجري فيه القصاص، فكان على وجهين، وهذا حكاية الخلاف الذي سبق في الألية، ويُمكن أن يريد ما إذا قطع فلقة من العجز، وعلى التقديرين فتخصيصه بذكر الخلاف فيه كان سببه ما قدمناه أن الخلاف في الألية أظهر؛ ولذلك ذكر الإمام الخلاف في الألية، ولم يذكُر في المارن وغيره.

فَرَعٌ: إذا قطع يد إنسان أو عضواً آخر، وبقي المقطوع متعلقاً بجلده، وجب القصاص أو كمال الدية؛ لأنه قد بطل العضو وفائدته، وأمكن استيفاء مثل الجنابة من الجاني، ولا يجيء فيه الخلاف الذي سبق فيما إذا قطع بعض الكوع دون بعض، ثم إذا قطعنا يد الجاني حتى انتهى القطع إلى تلك الجلدة فقد حصل الاقتصاص ويُراجع [الجاني] أهل الخبرة في تلك الجلدة، ويفعل ما فيه النظر له من القطع والتترك.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَا قِصَاصَ فِي كَسْرِ الْعِظَامِ لَكِنْ يُقَطَّعُ (ح) أَقْرَبَ الْمَفْصَلِ إِلَيْهِ مَعَ حُكُومَةِ الْبَقِيَّةِ، وَلَوْ أَوْضَحَ رَأْسَهُ مَعَ الْهَشْمِ فَالْقِصَاصُ (ح) فِي الْمَوْضِعِ، وَالْأَرْضُ فِي الْهَشْمِ، وَلَوْ قَطَعَ مِنَ الْمِرْفَقِ لَمْ يَجْزُ لَهُ (و) الْقَطْعُ مِنَ الْكُوعِ، وَلَوْ كَسَرَ عَظْمَ الْعَضِدِ فِي الْقَطْعِ مِنَ الْكُوعِ مَعَ تَرَكَ أَرْضِ السَّاعِدِ وَجِهَانِ، وَإِذَا سَقَطَ أَرْضُ السَّاعِدِ فِي أَرْضِ

(١) سقط من: ز.

بَقِيَّةِ الْعَضِدِ عِنْدَ عُدُولِهِ إِلَى الْكُوعِ عُدْوَانًا وَجِهَانٍ، وَلَوْ عَدَلَ إِلَى لَقَطِ الْأَصَابِعِ مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى الْكُوعِ لَمْ يَجْزُ لَتَعَدُّدِ الْجِرَاحَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لا يجري القصاصُ في كسر العظام؛ لأنه لا وثوق فيه باستيفاء<sup>(١)</sup> المثل، ولكن للمجنِّي عليه أن يقطع أقرب مفصلٍ إلى موضع الكسر، ويأخذ الحكومة للباقي، وله أن يعفو ويعدل إلى المال، وعند أبي حنيفة لا يُجمَع بين القطع والمال، فيسقط القصاص ويوجب المال.

ولو أوضَحَ رأسَهُ مع الهشم، فله أن يقتص في الموضحة، ويأخذ للهشم ما بين أرش الموضحة والهاشمة، وهو خَمْسٌ من الإبل ولو أوضَحَ ونقل فللمجنِّي عليه أن يقتص في الموضحة، ويأخذ ما بين أرش الموضحة والمُتَقَلَّة، وهو عَشْرٌ من الإبل، ولو أوضَحَ وأم، فله أن يوضَح، ويأخذ ما بين أرش الموضحة والمأمومة، وهو ثمانية وعشرون [بعيراً] وثلث [بعير]، فإن في المأمون ثلث الدية، وخلاف أبي حنيفة عائد في هذه الصور، ثم في الفصل صور:

إخذاها: لو قطع يده من الكوع، فأراد المجنِّي عليه أن يلقط أصابعه، لم يمكن؛ لأنه قَدَرَ على وضع الحديد على محلّ الجناية، ومهما أمكن رعاية المماثلة، لا يعدل عنها، فلو بادَرَ إليه، عزز ولا عُزِمَ عليه، [لأنه يستحق]<sup>(٢)</sup> إتلاف الجملة، فلا يلزمه بإتلاف البغض عُزْمٌ، كما أن مستحقَّ القصاص في النفس، لو قطع طرفاً من الجاني لا يلزمه عُزْمٌ، قال صاحب «التهذيب»: وهل له أن يعود، ويقطع الكف؟ فيه وجهان:

أصحهما: نعم، كما أن مستحقَّ النفس لو قطع يد الجاني له أن يعود ويحزُّ رقبته، ولو ترك قطع الكف، وطلب حكومتها لم يجب؛ لأن حكومة الكف تدخل في دية الأصابع، وقد استوفى الأصابع المقابلة للدية، فأشبه ما إذا قطع مستحقَّ القصاص في النفس يَدِي الجاني له أن يعود فيحز رقبته، ولو عفا، وطلب الدية لا يُجَاب؛ لأنه قد استوفى [ها] هنا ما يقابل الدية، وهذه قواعدُ ستتكلم فيها فيما بعد، ولو قطع يده من المرفق، فأراد أن يقطع من الكوع، ويأخذ أرش الساعد، أو لا يأخذ، لم يُمكن لَمَّا فيه من العدول عن محلّ الجناية، مع القدرة عليه، بل لو أراد أن يقطع منه أصبعاً واحدة، وقنع بها قصاصاً ومالاً لا يُمكن منه، وفي «أمالي» أبي الفرج الزاز: أن له أن ينزل من مفصلٍ إلى مفصلٍ دونه، فإنه كالمسامحة وترك بعض الحق، والظاهر الأول،

(١) وهو في هذا الإطلاق متبع للجمهور، وقضية هذا التعليل أنه إذا وثق بإمكانه كما لو نشر العظم وجوفه وعليه يدل قول الشافعي في الأم.

(٢) في أ: لا يستحق.

ولو خالفنا، وقطع من الكوع فيعزر، ولا عُزْم عليه؛ لما تقدّم، ولو أراد بغد ذلك أن يقطع من المرفق، وقال: كنت أستحق ذلك، فمكثوني منه، قال الإمام: لا نسعفه بذلك أصلاً، وجعله صاحب «التهديب» على وجهين، ولا بد من التسوية بين الصورتين، ولو طلب حكومة الساعد، فالذي نقله الإمام عن الأصحاب: أنا لا نثبتها له ونقول: إنك بقطعك من الكوع، تزكّت بغض حقه، وقنعت بيعضه، وكذلك نقل صاحب «التهديب» ثم قال: وعندني له حكومة الساعد؛ لأن الساعد تُفرد بالحكومة، بخلاف الكف تدخل حكومتها في الأصابع.

الثانية: لو كسر عظم العضد، وأبان اليد منه، فللمجني عليه أن يقطع من المرفق، ويأخذ حكومة لما بقي من العضد، وإن عفا فله الدية للكف وحكومة الساعد، وأخرى لما بقي من العضد، ولو أراد أن يترك المرفق، ويقطع من الكوع، فهل يمكن؟ حكى الإمام وصاحب «التهديب» فيه وجهين:

أحدهما: لا؛ لأنه أمكنه وضع الحديد على الموضع الذي هو أقرب إلى محل الجناية، فلا ينزل عنه، كما لو أمكن وضع الحديد على محل الجناية لا ينزل عنه.

والثاني: يجوز؛ لأنه عاجز عن القطع في محل الجناية، وهو بالعدول إلى الكوع تارك بغض حقه، فلا يمنع منه وفي «التهديب» ترجيح هذا الوجه، وإيراد الروياني وغيره يشعر بترجيح<sup>(١)</sup> الأول، ولو أراد لفظ الأصابع، لم يمكن، ووجهه بأن فيه تعديد الجراحة، وذلك عظيم الموقع فإن اقتصر على أصبع واحدة، فالقياس أنه على الوجهين في قطع الكوع، فإذا قلنا: إنه ليس له أن يقطع من الكوع، فلو قطع، ثم أراد القطع من المرفق، لم يمكن، ولم يجيء فيه الوجهان المذكوران فيما إذا كان الجاني قد قطع من المرفق، واستوفى المجني عليه من الكوع، وفرق بأن هناك أمكنه وضع السكين على محل الجناية، وها هنا لا يمكن وجوزنا قطع ما دونه للضرورة، فإذا قطعنا مرة، لم نكرّزه، وليس له حكومة الساعد أيضاً؛ لأنه كان يمكنه استيفاؤه، وقد منغناه ممّا فعل فخالقنا، وإن جوزنا له القطع من الكوع، فقطع، هل له حكومة الساعد؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن القطع من الكوع مع القدرة على القطع من المرفق اكتفاء به وإقامة له مقام القطع من المرفق، وعن القفال: أنه استشهد لذلك بما إذا التمسث الثيب الجديدة أن يقيم عندها سبباً، فأجابها، فإنه يقضي جميع السبب للباقيات، ووجه الشبه أن البعد عن الحد المستحق، وهو الثلاث أوجب بطلان الحق هناك، وكذلك ها هنا

(١) وقضية حكاية الخلاف في الأصبع أنه لا خلاف فيما ذكره أولاً من أنه ليس له قطع الأصابع وهو ظاهر لما فيه من تعذر محل الجراحة.

وأشبهَهُمَا أَنَّ له حكومة الساعد؛ لأنه ترك حَقَّهُ في الساعد بلا تَعَدُّ، فكان كما لو عَفَا عن القصاص يثبت له المطالبة بالمَالِ، ولأنَّ حكومة الساعِدِ لا تدخل في دية اليَدِ مع الكوع، فأوَّلِي أن لا يَدْخُل في قطعها من الكوع، وأما حكومة بقية العَضد، فقد ذكرها ها هنا، وفي «الوسيط» في سقوطها وجهين، إذا قلنا بسقوط حكومة الساعد، وقد يُستشهدُ للسُّقُوطِ بمسألة القسم، فيقال: البعد عن القَدْرِ المستحقُّ أسقط المستحقَّ هناك، فكذلك ها هنا، ولم أجد لغيره حكاية الوجهين في حكومة بقية العَضد، وإنما الذي يوجَدُ أنها تجبُّ؛ لأن استيفاء تلك البقية متعذِّرُ شرعاً، ولم يوجَد، فيها من المجنيِّ عليه تقصيرٌ وعدولٌ.

الثالثة: لو قطع من نصف الساعد، قطع من الكوع، وأخذت حكومة نصف الساعد، ولو عفا، فله دية الكف وحكومة لنصف الساعد، ولو أراد أن يلقط أصابعه، قال الإمام: لا يمكن؛ لِمَا سبق من تعدد الجراحة، ولو فعل، ثم أراد القطع من الكوع، لم يمكن، قال في «التهذيب»: وليس له حكومة الكَفِّ، وله حكومة نصف الساعد، ويجيء في حكومة نصف الساعد الخلاف.

ولو قطع يده من نصف الكف، لم يقتصر منه، وله التقاط الأصابع، وإن تعددت الجراحة؛ لأنه لا سبيل إلى الإهمال، وليس بغد موضع الجراحة إلا مفاصل متعددة، وهل يجب مع قطعها حكومة نصف الكف، أم تدخل الحكومة في قطعها دخولها في استيفاء الدية؟ فيه وجهان يعودان من بعد، والأصح: الوجوب؛ فليعلم لما بيئنا قوله في الكتاب: «ولكن يُطْعَمُ أَقْرَبُ مَفْصِلٍ» بالحاء، وكذا قوله: «والقصاص في الموضحة».

وقوله: «لم يجوز له القطع من الكوع» بالواو، وقوله: «ففي القطع من الكوع مع ترك أرش الساعد وجهان» لا يخفى أن المراد من «أرش الساعد» حكومتها، وكذا قوله: «ففي أرش بقية العَضد» وظاهر اللفظ يقتضي تقييد الوجهين بما إذا قطع من الكوع تاركاً حكومة الساعد ولم يتعرض لذلك الإمام ولا غيره، ولكن أطلقوا الوجهين، ثم فرعوا عليهما حكومة الساعد، كما ذكرنا، ويجوز أن يقال: المراد نفي القطع من الكوع، وإن ترك أرش الساعد وجهان.

وقوله: «وإذا سقط أرش الساعد» إلى آخره، فيه تقديم وتأخير المعنى، وإذا أسقط أرش الساعد عند عدوله إلى الكوع عدواناً، ففي أرش بقية العَضد وجهان أي إذا لم تجوز القطع من الكوع فقطع، وسقطت حكومة الساعد، كما مر، ففي حكومة الباقي من العَضد وجهان، وفي اللفظ إشارة إلى تخصيص الوجهين بما إذا لم تجوز القطع من الكوع، ولفظ «الوسيط» يقتضي طردهما فيما إذا جوزنا القطع، وقلنا بسقوط حكومة الساعِدِ على أحد الوجهين.

فَرَزَعُ عَنْ: «الأم»: أنه لو شَقَّ كَفَّهُ حَتَّى انْتَهَى إِلَى الْمَفْصِلِ، ثُمَّ قَطَعَ مِنَ الْمَفْصِلِ أَوْ لَمْ يَقْطَعْ اقْتَصَصَ مِنْهُ، إِنْ قَالَ أَهْلُ الْخَبْرَةِ يُمَكِّنُ أَنْ يَفْعَلَ بِهِ مِثْلَهُ.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَأَمَّا الْمَعَانِي فَالسَّمْعُ وَالْبَصَرُ يَجِبُ الْقِصَاصُ فِيهِمَا بِالسَّرَايَةِ عِنْدَ إِضْحَاحِ الرَّأْسِ، وَلَوْ قَطَعَ بَعْضُ الْأَصَابِعِ فَتَأَكَّلَ الْبَاقِي بِالسَّرَايَةِ لَمْ يَضْمَنْ الْأَجْسَامَ بِالسَّرَايَةِ لِأَنَّهَا لَا تَقْصِدُ، هَذَا نَصُّهُ، وَقِيلَ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ قَوْلَانِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ، وَفِي إِحْقَاقِ الْمَعْقِلِ وَالبَطْشِ بِالْبَصَرِ تَرَدُّدٌ لِيُبْغِدِيَهُمَا عَنِ التَّنَاوُلِ بِالسَّرَايَةِ، وَلَوْ قَطَعَ مُسْتَحِقُّ الْيَدِ بَعْضَ الْأَصَابِعِ فَتَأَكَّلَ الْبَاقِي فَقِي تَأْدِي الْقِصَاصِ بِهِ قَوْلَانِ، وَكَذَا الْخِلَافُ فِيمَا لَوْ قَتَلَ مَنْ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ خَطَأً أَوْ كَانَ الْمُسْتَحِقُّ مَجْنُونًا، وَلَوْ أَوْضَحَ رَأْسَهُ فَتَمَعَطَ شَعْرَهُ فَأَوْضَحْنَا رَأْسَهُ فَتَمَعَطَ شَعْرَهُ فِيهِ وَقُوعِ الشَّعْرِ قِصَاصًا خِلَافًا وَأَوْلَى بِأَنْ لَا يَقَعَ لِأَنَّ نَفْسَ الشَّعْرِ لَا قِصَاصَ فِيهِ، وَوَجْهٌ وَقُوعُهُ أَنَّهُ تَابِعٌ لِلْإِضْحَاحِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: كَمَا يَضْمَنُ أَجْرَامَ الْأَطْرَافِ وَالْأَعْضَاءِ بِالْقِصَاصِ يَضْمَنُ قِيَمَةَ مَنَافِعِهَا فِي الْجُمْلَةِ، وَكَيْفَ لَا وَهِيَ الْمَقْصُودَةُ، وَفِيهَا الْفَائِدَةُ، وَقَدْ يَكُونُ الْجُزْمُ الْمَعْقَلُ كَلًّا عَلَى صَاحِبِهِ، ثُمَّ الْمَعَانِي لَا تَبَاشِرُ بِالتَّفْوِيتِ، وَإِنَّمَا تَفُوتُ تَبَعًا لِمَحَالِّهَا، وَقَدْ تَرَدُّدُ الْجَنَايَةِ عَلَى غَيْرِ مَحَلِّهَا، وَتَفُوتُ هِيَ بِالسَّرَايَةِ لِأَرْبَابِاطِ بَيْنَهُمَا، وَبَيْنَ مُورِدِ الْجَنَايَةِ، وَتَتَدَرَّجُ بِهَذِهِ الْمَقْدَمَةُ إِلَى الْكَلَامِ فِي مَسْأَلَتَيْنِ.

إِحْدَاهُمَا: لَوْ أَوْضَحَ رَأْسَهُ، فَذَهَبَ ضَوْءُ عَيْنَيْهِ فَالنَّصُّ أَنَّهُ يَجِبُ الْقِصَاصُ فِي الضُّوءِ، كَمَا يَجِبُ فِي الْمَوْضُوحَةِ، وَنَصُّ فِيمَا إِذَا قَطَعَ أَصْبَعَهُ، فَسَرَى إِلَى الْكَفِّ إِلَى إِلَى أَصْبَعٍ أُخْرَى بِتَأَكُّلِ، أَوْ بِشَلْلِ؛ أَنَّهُ لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ فِي مَحَلِّ السَّرَايَةِ، وَالْفَرْقُ أَنَّ الْأَجْسَامَ تُنَالُ بِالْجَنَايَةِ، وَالْجَنَايَةُ عَلَى غَيْرِهَا لَا تُعَدُّ قِصْدًا إِلَى تَفْوِيتِهَا وَضَوْءِ الْبَصَرِ وَنَحْوِهِ مِنَ اللَّطَائِفِ لَا يَبَاشِرُ بِالْجَنَايَةِ، فَطَرِيقُ تَفْوِيتِهِ بِالْجَنَايَةِ عَلَى مَحَلِّهِ أَوْ عَلَى مَا يَجَاوِرُهُ، وَيَتَعَلَّقُ بِهِ، وَيَضْمَنُ الْقِصَاصُ، كَالنَّفْسِ، فَهَذِهِ الطَّرِيقَةُ هِيَ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ، وَوَرَاءَهَا طَرِيقَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: عَنِ رِوَايَةِ الشَّيْخِ أَبِي عَلِيٍّ وَغَيْرِهِ: أَنَّ فِيهِمَا قَوْلَيْنِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ.

أَحْدَهُمَا: أَنَّهُ لَا قِصَاصَ فِيهِمَا بِالسَّرَايَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَقْصِدُ تَفْوِيتَ جِسْمٍ بِالْجَنَايَةِ عَلَى غَيْرِهِ، وَلَا تَفْوِيتَ الضُّوءِ بِالْجَنَايَةِ عَلَى غَيْرِ الْحَدِّقَةِ، فَإِذَا حَصَلَ بِفَعْلِهِ، كَانَ الشَّخْصُ كَالْمُخْطِئِ فِيهِ.

وَالثَّانِي: يَجِبُ لِتَوَلُّدِ الْفَوَاتِ مِنْ جَنَايَةِ تَعَمُّدِهَا، وَلِذَلِكَ لَوْ تَوَلَّدَ الزُّهُوقُ مِنْ قَطْعِ الْأَنْمَلَةِ، وَجِبَ الْقِصَاصُ، وَإِنْ كَانَ لَا يَقْصِدُ بِهِ الزُّهُوقُ غَالِبًا؛ لِأَنَّهُ لَا يُقْضَى إِلَيْهِ غَالِبًا،

ويقال: إن المزنِّي قال بطريقة القولين، وأن اختياره القول الثاني.

والثانية: حكى أصحابنا العراقيون عن أبي إسحاق تخريج قول من نصه على أن سرية الأجسام لا تُضمَّن بالقصاص في الضوء، والامتناع من التخريج في الأجسام من الضوء، وإذا أوجبنا القصاص في ضوء البصر بالسرية، فالذي صححه الإمام رواية ونقلًا؛ أن السمع كالبصر<sup>(١)</sup>، وحكى فيما إذا بطل بطش عضو بالسرية تردداً عن الأصحاب، منهم من أحقه بلطيفتي السمع والبصر، وبه قال صاحب «التقريب» ومنهم من رأى البطش عسر الإزالة كالأجسام، وإليه ميل الشيخ أبي محمد، وفي العقل أيضاً؛ لبغده عن التناول بالسرية، وإن كان من اللطائف.

[قال:] ولا يُتعد أن يلحق الكلام بالبصر ورتبها فجعل البصر والسمع في درجة، ويليهما الكلام، ويليه البطش، وتليه العقل، وذكر صاحب «المهذب» في أنه لو جئنا على رأيه، فذهب عقله، أو على آفته، فذهب شمه أو على أذنيه، فذهب سمعه، لم يجب القصاص في العقل والسمع والشم؛ لأن هذه المعاني في غير محل الجنابة، فلا يمكن القصاص فيها، وهذا القدر من التوجيه يُشكل بمسألة الضوء على أن الأقرب في العقل منع القصاص؛ لأنه لا يوثق بالمعالجة بما يزيله، ويشبه أن يُرجح في البطش والشم الوجوب، وفي معناها الذوق<sup>(٢)</sup>؛ لأن لها محالاً مضبوطة وعند أهل الخبرة طرق في إبطالها، فإذا ذهب ضوء العين بالموضحة، واقتضنا في الموضحة، فلم يذهب ضوء عين الجاني، أذهب بأخف ما يمكن من تقريب حديدة محمّاة من حدقه أو طرح كافور ونحوه فيها، وإن ذهب ضوء الجاني، حصل القصاص، وفيه شيء سيأتي - إن شاء الله تعالى - في المسألة الثانية الآتي ذكرها، ولو هشم رأسه، فذهب ضوء عينه، عولج بما يزيل الضوء، ولا يقابل الهشم بالهشم، كما تقدّم، ولو لطمه، فذهب ضوء عينه، واللطمة بحيث تذهب الضوء غالباً فالحكاية عن نصه في «الأم» أنه يُلطم مثل

(١) ما نسبته الإمام حكاها عن الأصحاب ولم يحك سواه، وجزم به الرافعي في المجرد وهو خلاف مذهب الشافعي فقد نص في الأم على أنه لا قود في ذهاب السمع لأنه لا يوصل إلى القود فيه.

ودعوى الإمام عن الأصحاب على أنه كالبصر مردود فقد جزم العراقيون وغيرهم أنه لا قود فيه، ومن جزم بأنه لا قود فيه الماوردي في باب الديات والشيخ في المهذب وصاحب البيان وكذلك البندنجي وقال في كل جنابة سرت إلى ما دون النفس لا قصاص في السرية إلا في مسألة العين كذا صرح به الصيدلاني في شرح المختصر والقاضي الحسين في التعليق.

(٢) اقتصر من الحواس على السمع والبصر والشم والذوق وسكت عن المس وهو حس لأن زوال اللمس إن كان بزوال البطش فالواجب فيه دية البطش، وقد ذكر البطش وإن لم يزل البطش لم يتحقق بزوال اللمس، فإن فرض بحذر وجب فيه الحكومة لا القصاص وقال القاضي الماوردي الظاهر أنه في معنى باقي الحواس، ولهذا أطلقه في الحاوي. (قاله الزركشي في خادمه).

تلك اللطمة، فإن ذهب الضوء فعلى ما ذكرنا في الموضحة وإلا أزيل بالمعالجة وإن ابيضت الحدقة، أو شخصت، فعل به ما يقضي إليه إن أمكن، ونسب الشيخ أبو إسحاق الشيرازي هذا المنقول عن النص إلى بغض الأصحاب، قال: ويَحْتَمِلُ عِنْدِي أَنْ لَا يَقْتَصِرَ بِاللَطْمَةِ، كَمَا لَا يَقْتَصِرُ بِالْهَاشِمَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا قِصَاصَ فِي اللَطْمَةِ، لَوْ انْفَرَدَتْ كَالْهَاشِمَةِ، وَاحْتِجَ لَهُ بِأَثَرٍ عَنِ عَلِيِّ - كَرَّمَ اللَّهُ وَجْهَهُ - أَيْضاً، وَهَذَا حَسَنٌ وَقَدْ أَقَامَهُ صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» وَجْهًا وَحَكَمَ بِأَنَّهُ الْأَصْحُ.

**المسألة الثانية:** إذا قلنا: لا يجبُ القصاص في الأجسام بالسراية، فلو قطع أصبعه، فسرى القطع إلى الكف وسقطت، ولم تجبِ القصاص إلا في تلك الأصبع، وعن أبي حنيفة أنه يسقط قصاصُ الأصبع بالسراية إلى الكف، واحتج الأصحاب بأنها جنابة مضمونة بالقصاص [ولو لم تميز، فلا يسقط القصاص]<sup>(١)</sup> فيها بالسراية، كما لو قطع حامل، فسرى إلى جبينها، فسقط ميتاً، وإذا اقتصر في الأصبع، فسرى إلى الكف، فالنص أن السراية لا تقع قصاصاً، حتى يجب على المقتصر منه ديةً باقي اليد، والنص في «المختصر» فيما إذا أوضّحه، فذهب ضوء عينه، وشعرُ رأسه، فاقصر المجني عليه في الموضحة، فذهب ضوء الجاني، وشعرُ رأسه أيضاً؛ أنه يكون مستوفياً حقه، ولو لم يذهب ضوء الجاني، وثبت شعره، فعليه ديةُ البصر، وحكومةُ الشَّعر، وفي هذا النص إيقاعُ الشَّعر في مقابلة الشَّعر، وهو من الأجسام فأشعر بأن السراية إلى الجسم تقع قصاصاً، واختلف الأصحاب على طريقتين، فمنهم من قال: هذان قولان في أن السراية إلى الكف هل تقع قصاصاً؟

أحدهما: يقع لتشابه الفعلين، وتولد السرايتين من الفعلين، وهذا كما أن السراية إلى النفس تقع قصاصاً بالسراية.

**والثاني:** المنع، لأننا نفرع على أن السراية إلى الجسم لا تُضمَّن بالقصاص، وإذا لم يكن في السراية إليه قصاص، لم تكن سرايته قصاصاً بخلاف النفس.

ومنهم من قطع بالقول الثاني، ثم هؤلاء القاطعون قالوا في النص الثاني: إن السراية إلى الضوء تقع قصاصاً بناءً على أن السراية إليه توجب القصاص على الظاهر، كما سبق وحكى القاضي ابن كجب التصرف في النصين وإثبات قولين في أن السراية إلى الضوء هل يقع قصاصاً أيضاً حتى يجب على الجاني في قول دية البصر، إن سرت الموضحة إلى بصره.

وأما الشَّعر، فمنهم من قال: لم يتكلم الشافعي - رضي الله عنه - فيه، وإنما هو

(١) سقط من: ز.

من زيادة المزنني ومنهم من قال: المراد شَعْر موضِع الموضحة، فإنه يتبع الموضحة، كالشعر على اليد والرجل يتبعها قصاصاً ومالاً، وأما إذا تَمَعَطَ الشَّعْر حول الموضحة، فتجب فيه الحكومة، وإن تَمَعَطَ من الجاني أيضاً، لا تقع السراية قصاصاً، وأما المثبتون للقوليين في سراية الكف، فقد تحزبوا في الشعر، منهم من قطع بأن السراية فيه لا تقع قصاصاً، لأنه لا قصاص في نفس الشعر، ففي السراية أولى ومنهم من أجرى الخلاف، وقال: تقع سرايته قصاصاً على رأي بتبعية الإيضاح الذي فيه القصاص، وعلى هذا، فلا يُنظَر إلى مقدار الحكومتين، بل يحصل القصاص مع تفاوتهما، كما يجري القصاص في الأطراف مع تفاوت البدل، وسواء ثبت الخلاف أم لم يثبت، فالظاهر على ما ذكره العراقيون وصاحب «التهذيب» والقاضي الروياني وغيرهم: أن السراية لا تقع قصاصاً لا في الكف، ولا في الشَّعْر، ولو عفا المجني عليه عن قصاص الأصبع، فله أخذ دية اليد، وإن اقتصر، فلم يسر القطع إلى غير تلك الأصبع أو سرى، وقلنا: إنه لا يقع قصاصاً؛ فله أربعة أخماس الدية للأصابع الأربع الذاهبة بالسراية، ولا يجب لمنابتها من الكف حكومة، بل تدخل في ديتها، وفي دخول حكومة خمس الكف في قصاص الأصابع وجهان، يعود ذكرهما، وما يجب من الدية، يجب مغلظاً في مال الجاني؛ لأنه وجب بجناية عند موجبة للقود وفي «العدة» ذكر وجه أنه على العاقلة؛ لأنه لا يقصد تفويت الجسم بالجناية على غيره كما ذكرنا من قبل، فهو كالخطأ، والمشهور الأول، وله المطالبة به عقيب قطع الأصبع تفرعاً على الظاهر؛ لأنه وإن سرى القطع إلى الكف، لم يسقط باقي الدية، فلا معنى لانتظار السراية، وفي صورة الموضحة المذهبة للبصر، لو أوضحه، فلم يذهب ضوءه في الحال، لا يطالب بالدية، بل ينتظر فلعله يسري إلى البصر، فيحصل الاقتصاص وكذا في النفس، لو قطع أصبعه، فسرى إلى نفسه، فقطع الوليُّ أُصْبِعَ الجاني، ينتظر السراية، ولا يطالب بالدية في الحال.

وقوله في الكتاب: «وأما المعاني فالسمع والبصر» إلى قوله: «هذا نصه» يُشعر سياقه بأن النص في السمع والبصر وجوب القصاص بالسراية، وفي الأجسام المنع، وليس في السمع نقل وحكاية نص، وإنما النص في البصر على ما ذكرنا، والسمع مُلْحَق به على ما فيه من الخلاف.

وقوله: «ولو قطع مستحق اليد بغض الأصابع» هذا اللفظ لا ينطبق على الصورة التي ذكرناها، وحكينا فيها اختلاف الطرُق، وهي ما إذا قطع أصبعاً فتأكل، فاقتصر المجني عليه من الأصبع، فتأكل الباقي، فإن اليد ليست مستحقة الاستيفاء في هذه الصورة؛ إنما الأصبغ هي المستحقة، والذي عليه ينطبق اللفظ ما إذا استحقَّ القصاص في اليد بالقطع من الكوع، فقطع أصبعاً من أصابعه، فتأكل الباقي، ويشبه أن يكون القولان في هذه الصورة مبنيين على أن السراية هل توجب القصاص، ورجح الإمام



المصير إلى وقوعه قصاصاً؛ لأن السراية منسوبة إلى فعل الجراح، فكانت الجراحة كالسراية، وقرب من هذا الخلاف الخلاف فيما لو قتل مستحق القصاص الجاني خطأ أو ضربه بسوط خفيف، فمات؛ لأنه لم يقصد قتله، لكن الحق متعين، وقد استوفاه؛ ولذلك لو وثب الصبي أو المجنون على من قتل مورثه فقتله، هل يكون مستوفياً لحقه؟ فيه وجهان.

أحدهما: نعم، كما لو كانت له ودیعة عند غيره، فأتلفها.

وأصحهما: على ما ذكر صاحب «التهذيب» وغيره: لا، لأنه ليس من أهل استيفاء الحقوق، ويخالف الودیعة، فإنها لو تلفت من غير فعل أحد يبرأ المودع، وها هنا لو مات الجاني لا يبرأ، فعلى هذا ينتقل حقه إلى الودیة، ووجب الودیة بقتل الجاني، وتكون عليه أو على العاقلة، يبني على الخلاف في أن عمدتهما عمد خطأ، ويجري الخلاف فيما إذا ثبتت قصاص الطرف لصبي أو مجنون، فوثبت على القاطع، فقطع طرفه، هل يكون مستوفياً لحقه؟ وموضع الخلاف ما إذا لم يوجد منه تمكين، فأما إذا أخرج يده إلى الصبي أو المجنون، حتى قطعه، لم يكن مستوفياً لحقه بلا خلاف ويكون قطعه هدراً.

قال العزالي: الفصل الثاني في المماثلة، والتفاوت في ثلاثة التفاوت الأول تفاوت المحل والقدر فلا تقطع اليمنى باليسرى، ولا السبابة بالوسطى، ولا أضبع رائدة بأخرى عند تفاوت المحل، وإن تساوت الرائدتان في الحكومة وأختلفتا في الحجم ففيه وجهان، إذ ليس لهما اسم أصلي بخلاف يد الصغير مع الكبير.

قال الزافعي: هجمها هنا وفي «الوسيط» على ذكر الفصل الثاني من غير أن يذكر فصلاً أولاً، وكأنه قصد ترتيب مسائل قصاص الطرف بإدعائها في فصلين.

أحدهما: فيما يوجب القصاص من الجنایات على ما دون النفس.

والثاني: في المماثلة المعتبرة فيه، ثم غفل عن التنصيص على الأول، وإن أتى بمقصوده، والوجه أن يزداد قبل قوله: «والجنایات ثلاثة» وفيه فصلان:

أحدهما: فيما يوجب قصاص الطرف أو لا يزداد هناك شيء ويجعل مكان الفصل الثاني: «فصل في المماثلة» وقد يقال: قد عقد في فن الاستيفاء من بعد فصلاً في المماثلة، وهذا الفصل مترجم بالمماثلة أيضاً، فهلا جمع بين مسائل الفصلين، فاعلم أن غرض الفصلين مختلف؛ فالغرض هناك بيان أن المماثلة في طريق الإزهاق مرعية في الاستيفاء والغرضها هنا الكلام في المماثلة التي هي معتبرة في وجوب القصاص وهي في الطرف بمثابة الكفاءة التي تطلق في قصاص النفس، إذا تقرر ذلك، فالذي تقدمه

على وضوحه أنه لا يُقَابَلُ طَرْفَ بَطْرَفٍ من غَيْرِ جنسه، كاليد والرَّجُل والعين والأنف، فإذا اتحد الجنسُ، لم يُوَثِّرُ التفاوتُ في الصَّعْر والكبر والطول والقصر والقوَّة والضعف والضحامة والثَّحَافَة، كما لا تعتبر مماثلةُ النفسين في هذه<sup>(١)</sup> الأمور، والسبب فيه أن مماثلة النفوس والأطراف فيها وفي نحوها، لا يكاد تَتَّفِقُ، وفي اشتراطها إبطالُ مقصودِ القصاصِ، ولذلك تُقَطَّع يد الصانع بيد الأخرق، كما يقتل العالمُ بالجاهل، وإنما يُوَثِّرُ التفاوت في أمور.

أحدهما: تفاوتُ المحلِّ والقدر.

أما المحلُّ، فلا تقطع اليد اليمنى باليسرى، وبالعكس، وكذلك في الرَّجُل والعين والأذن، ولا يقطع الجفن الأعلى بالأسفل، وبالعكس، وكذلك في الشَّفَّة، وذلك لاختلاف المنافع، واختلاف تأثير المحالِّ بالجراحات، وكذلك لا تُقَطَّع أصبعٌ بأصبع، كالسبابة والوسطى، ولا أنملةٌ أصبعٌ بأنملةٍ أُخْرَى من تلك الأصبع ولا أصبعٌ زائدةٌ بزائدةٍ أُخْرَى، إذا اختلف محلُّهما بأن كانت زائدةً الجاني أو المجني عليه في جانب الخنصر، وزائدةً الآخر بجنب الإبهام، بل تؤخذ الحكومة، وأما القدر فالتفاوت في الحجم صغراً وكبراً وطولاً وقصراً لا يُوَثِّرُ في الأعضاء الأصلية وأما في الأعضاء الزائدة، كالأصبع والسِّنَّ الزائدين، فقد أطلق مُطْلِقُونَ، منهم صاحب «التهذيب» فيه وجهين.

أحدهما: وبه قال صاحب «التقريب»: أنه لا يُوَثِّرُ أيضاً كما في الأصلية.

والثاني: يُوَثِّرُ؛ لأنه ليس لها اسمٌ مخصوصٌ حتى يُكْتَفَى بالاتفاق في الاسم، كما يكتفى في اليمين واليسار وفي السبابة والوسطى، فيُنظر إلى القدر، وتراعى الصورة، وهذا ما حكاه القاضي ابن كجج عن أبي الطيب بن سلمة في السِّنَّ، ونسب الأوَّل إلى أبي إسحاق، وغيره ينسب إليه الثاني فإذا جعل التفاوت في الحجم مؤثراً فإن كانت زائدةً الجاني أكبر، لم يقتصر منه، وإن كانت زائدةً المجني عليه أكبر اقتصر، وأخذت حكومةً تقدر النقصان، ومنهم مَنْ خَصَّصَ ذَكَرَ الخلاف بالسِّنَّ وسَكَتَ عنه في الأصبع، ثم الوجهان فيما رأى الإمام مخصوصان بما إذا لم يُوَثِّرُ تفاوتُ الحجم في الحكومة، فإن أثار، اختلفت نسبتُهما إلى الجملة، وذلك ممَّا يمنع القصاص، ولذلك لم تُقَطَّع الصحيحةُ بالشَّلَاء؛ لأن الصحيحة نضفُ الجملة، والشَّلَاء ليست نصفاً على ما سبق، قال: والاختلاف في اللوز وسائر الصفات، لا يُوَثِّرُ بعد التساوي في الحكومة، بخلاف التفاوت في الحجم، وتقطع الزائدة بالأصلية، إذا لم يختلف المحلُّ ولا شيء له

(١) وقد ذكر في التفاوت الثالث ما يخالف هذا الإطلاق وهو ما لو كانت أصابع إحدى يديه وكفيها أقصر من الآخر. ففي التهذيب لا قود في القصرى لأنها ناقصة وفيها دية ناقصة محكمة.

لنقصان الزائدة، كما إذا رَضِيَ بالشلاء عن الصحيحة.

قوله في الكتاب: «وإن تساوت الزائدتان في الحُكُومة واختلفتا في الحَجْم، ففيه وجهان إشارة إلى ما ذكره الإمام، والمعنى ولا أصعب زائدة بأخرى عند تفاوت المحل أو تفاوت الحكومة وإن تساويا فيهما جميعاً واختلفا في الحجم، فوجهان، وحيث جرى الوجهان، فالأظهر أنه لا أثر للتفاوت وفي الحجم؛ كذلك ذكره القاضي الروياني وصاحب «العدة» وغيرهما، ونقلوا عن النص، أنه لو كانت زائدة الجاني أتم بأن كانت لأصبعه الزائدة ثلاث مفاصل، ولزائدة المجني عليه مفصل واحد أو مفصلان، لا يُقَطَّع بها؛ فإن هذا التفاوت أعظم من تفاوت المحل.

قَالَ الْعَرَلِيُّ: وَالتَّفَاوُتُ فِي الْمَوْضِحَةِ يُؤَثِّرُ أَغْنِي فِي بَيْعَتِهَا لَا فِي عَوْضِهَا، وَلَوْ كَانَ رَأْسُ الشَّاجِ أَضْعَفَ أَسْتَوْعَبْنَا رَأْسَهُ وَلَمْ يَكْمَلْ بِالْقَفَا بَلْ صَمَمْنَا إِلَيْهِ الْأَرْشَ، وَلَوْ كَانَتْ نَاصِيَةُ الْجَانِي أَضْعَفَ وَقَدْ أَوْضَحَ نَاصِيَةَ غَيْرِهِ كَمَلْنَا بِمَا حَوَالِيهِ لِشُمُولِ أَسْمِ الْمَوْضِحَةِ، وَلَوْ زَادَ عَلَى مَا أَسْتَحَقَّهُ قِصَاصاً فَعَلَيْهِ أَرْشٌ كَامِلٌ لِئَلَّا تَزِيدَ؛ لِأَنَّهُ فَارَقَ الْبَقِيَّةَ فِي الْحُكْمِ فَأَثَرَدَ بِحُكْمِهِ، وَقِيلَ: عَلَيْهِ قِسْطٌ لِأَنَّ الْكُلَّ مَوْضِحَةٌ وَاحِدَةٌ، وَلَوْ أَشْتَرَكُوا فِي إِنْضَاحِ أَخْتِمِلَ (و) أَنْ يُوزَعَ الْمِقْدَارُ عَلَيْهِمْ، وَأَخْتِمِلَ أَنْ يُوضَعَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِثْلُهُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْكَلَامُ فِي قِصَاصِ الْمَوْضِحَةِ فِي الْمَسَاحَةِ وَالْمَحَلِّ؛ أَمَا الْمَسَاحَةُ، فَمَرَعِيَّةٌ فِي قِصَاصِ الْمَوْضِحَةِ طَوَّلاً وَعَرْضاً، فَلَا تَقَابِلُ ضَيْقَةً بِوَاسِعَةٍ، وَلَا يَقْنَعُ بِضَيْقَةٍ عَنِ وَاسِعَةٍ، وَتَذَرُ مَوْضِحَةَ الْمَشْجُوحِ بِخَشَبَةٍ أَوْ خَيْطٍ، وَيُحَلِّقُ ذَلِكَ الْمَوْضِعَ مِنْ رَأْسِ الشَّاجِ، إِنْ كَانَ عَلَيْهِ شَعْرٌ، وَخَيْطٌ عَلَيْهِ سَوَادٌ، أَوْ حَمْرَةٌ، وَيَضْبِطُ الشَّاجَ حَتَّى لَا يَضْطَرِبَ<sup>(١)</sup>، وَيُوضَعُ بِحَدِيدَةٍ حَادَّةٍ كَالْمُوسَى، وَلَا يُوضَعُ بِالسَّيْفِ، وَإِنْ كَانَ قَدْ أَوْضَحَ بِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا تُؤْمَنُ الزِّيَادَةُ، وَكَذَلِكَ لَوْ أَوْضَحَ بِحَجَرٍ أَوْ خَشَبٍ يُوضَعُ بِالْحَدِيدَةِ، ذَكَرَهُ الْقَفَالُ وَغَيْرُهُ وَتَرَدَّدَ فِيهِ الْقَاضِي<sup>(٢)</sup> الرَّوْيَانِيُّ، ثُمَّ يَفْعَلُ مَا هُوَ أَسْهَلُ عَلَيْهِ مِنَ الشَّقِّ دَفْعَةً

(١) قضية كلام التمة أن الضبط واجب فإنه قال: فعليه أن يضبط لكن البغوي شبهه بضبط الصبي عند الختان كيلا يضطرب قال في الخادم: وقضيته الاستحباب وفيما قاله نظر.

(٢) يفهم أن الروياني لم يجزم بشيء وليس كذلك، فإنه نقل عن القفال إيجاب الحديد سواء أوضحه بها أو بغيرها لأنه لم تحصل المماثلة إلا بها. ثم قال: وفيه نظر عندي، وقياس المذهب أنه يقتصر بمثل ما فعل إن أمكن ولعله أراد إذا لم يمكن.

وما ذكره الروياني أنه القياس هو الذي نقله البغوي فقال في تعليقه على المختصر ولو أوضح بحجر أو خشبة قال القاضي الحسين: إن أمكن أن يوضح بمثله من غير هشم فعل. انتهى ولم يذكر غيره وهو الظاهر لكن ما قاله القفال جرى عليه المتولي وهو قضية كلام التهذيب.

واحدة، والشق شيئاً فشيئاً، ويرفق في موضع العلامة، ولا عبرة بتفاوت الشاج والمشجوج من غلظ الجلد واللحم؛ لأن اسم الموضحة يتعلّق بإنهاء الجراحة إلى العظم والتساوي في قَدْر الغوص قليلاً ما يتّفق، فينقطع النّظر عنه، كما ينقطع النّظر عن الصّعر والكبر في الأطراف، وعن أبي إسحاق أنّه يعتبر التساوي في العمق، ولا يغوص شعيرتين في مقابلة شعيرة، وهذا حملة الأئمة على السهو منه أو يَمُنّ رواه عنه.

وأما محلّ الموضحة، فإن أوضَح من إنسان جميع رأسه، ورأس الشاج والمشجوج متساويان في المساحة، أوضَح جميع رأسه، فإن كان رأس الشاج أضغر، استوعبنا رأسه أيضاً ولا نكتفي به، بخلاف اليد الصغيرة، فإنه يكتفي بها في مقابلة الكبيرة، وفرق بأن ما به التفاوت بين اليدين على تجرّده ليس يبيد، وما به التفاوت بين الموضحتين على تجرّده موضحة، فلا يجعل تابعاً وأيضاً، فالمرعيّ هناك اسم اليد، وها هنا المعتبر المساحة؛ ألا ترى أن يد القاطع، لو كانت أكبر قُطعت، ورأس الشاج لو كان أكبر، لا يستوعب ولا ينزل الإتمام المساحة إلى الوجه، ولا إلى القفا، فإنهما عضوان وراء الرأس، فلا تقابل موضحة عضو بموضحة عضو، كما لا يقابل عضو عضو، ولكن يُؤخذ قسماً ما بقي من الأرض، إذا وُزِع على جميع الموضحة فلو كان المستوفى في إيضاح جميع رأسه قَدْر الثلثين، أخذ ثلث الأرض، وشبه ذلك بما إذا قطع ناقص الأصابع يداً كاملة الأصابع، فإنه تقطع يده الناقصة، وتؤخذ أرض الأصبع الناقصة، وعند أبي حنيفة: لا يأخذ شيئاً من الأرض مع القصاص، ويتخير في الابتداء بين أن يقع بإيضاح رأسه، وبين أن يدع القصاص، ويأخذ أرض الموضحة. وإن كان رأس الشاج أكبر، لم يوضّح جميع رأسه، بل يُقدّر ما أوضّح بالمساحة، والظاهر الذي أورده أكثرهم أن الاختيار في موضعه إليه؛ لأن جميع رأسه محلّ الجناية، ووراءه وجهان:

أحدهما: أنه يبتدىء من حيث ابتداء الجنائي، ويذهب في الصوب الذي ذهب إليه إلى أن يتم القدر، ويقال: إن هذا اختيار القاضي حُسن - رحمه الله - .  
والثاني: أن الاختيار إلى المجني عليه، فإن كان في رأس الشاج موضحة، والباقي يُقدّر ما نريد القصاص فيه تعيّن وصار كأنه كلُّ الرأس، ولو أراد أن يستوفي في بغض حقه من مقدّم الرأس، والبغض من مؤخره، فقد حكى صاحب «التهذيب» في تمكينه منه وجهين:

أحدهما: يُمكن؛ لأن الموضعين محلّ الجناية من رأسه.

وأظهرهما: المنع؛ لأنه مقابلة موضحتين بموضحة، ومن استحق القصاص في موضحة وتمكّن من استيفائها، فأراد أن يستوفي البغض ويأخذ للباقي قسطه من الأرض، هل له ذلك؟ فيه وجهان في «النهاية»:

أحدهما: نعم؛ لأن الذي أفرده بالقصاص قائلٌ للقصاص، فأشبهه ما إذا قطع أصبعين، فإن للمجني عليه أن يقتصر في إحداهما، ويأخذ أرش الأخرى. وأصْحُهُمَا: وهو الجواب في «التهديب»: المنع؛ لأنه متمكن من استيفاء الكل، والبعض الذي يستوفيه يقابل الأرش التام فليس له أن يأخذ شيئاً آخر، بخلاف ما لو أوضَح في موضعين له القصاص في أحدهما، وأخذ الأرش من الآخر؛ لأنهما جنائتان منفصلتان.

ولو أن الجاني لم يُوضَع جميع الرأس، ولكن أوضَح طرفاً منه، كالقَدَالِ والناصية، فيُوضَح في ذلك الموضع، فإن أوضَح ناصيةً فأوضحنا ناصية فلم يبلغ مساحة الموضحة التي جنى بها؛ لصغر ناصيته فيكتمل من باقي الرأس؛ لأن الرأس كله عضو واحد، فلا فرق بين مقدمة ومؤخرة، وعن صاحب «الإفصاح» واختاره القاضي الحسين: أنه لا يجوز مجاوزة ذلك الموضع، كما لا يجوز النزول إلى الوجه والقفا؛ لتكميل موضحة الرأس، والمشهور الأول، وهو المحكي عن نصه في «الأم» ولو أوضَح جبهته، وجبَّه الجاني أضيئ، فلا يرتقي إلى الرأس، وليجيء في مجاوزة موضع من الوجه إلى موضع يلاصقه الخلاف.

وإذا أوجبنا القصاص في الموضحة على سائر البدن فلو أوضَح ساعده، وساعد الجاني أصغر، لا يسع لموضحة الجناية، لم يجز النزول إلى الكف، ولا الصعود إلى العَضُد كما في الوجه والرأس، ثم في الفضل مسألتان: إحداهما: لو زاد المقتص على القدر المستحق، نُظِر؛ إن زاد باضطراب الجاني، فلا عُزْم، وإن زاد عمداً اقتص منه في الزيادة، ولكن بعد اندمال الموضحة التي جنى علينا الجاني بها، وإن آل الأمر إلى المال أو أخطأ باضطراب يده، وجب الضمان وفي قدره وجهان:

أحدهما: وينسب إلى القفال: أنه يوزع الأرش عليهما، فيجب قسط الزيادة؛ لأن الجراحة والجراح متحدان، وهذا كما ذكرنا أنه يجب القسط فيما إذا كان رأس الشاج أصغر.

وأصْحُهُمَا: أنه يجب أرش كامل؛ لأن حكم الزيادة يخالف حكم الأصل، فالأصل عمد مستحق والزيادة خطأ وغير مُستَحَقَّه وتغايير الحكم لتعدد الجاني على ما سيأتي، ولو قال المقتص: أخطأت بالزيادة، وقال المقتص منه بل تعمدت، فالمصدق المقتص بيمينه، ولو قال: تولدت الزيادة باضطرابه فأنكر، ففي المصدق منهما وجهان؛ لأن الأصل براءة الدمة، والأصل عدم الاضطراب<sup>(١)</sup>.

(١) لم يصرح المصنف رحمه الله بترجيح.

قال في الخادم: الظاهر أن المصدق الجاني. وكلام الحاوي يقتضي أنه المذهب ولأنه منكر العمد به. صاحب الخادم. ينبغي أن يكون الوجهان في الغرم فلا يجب قطعاً.

الثانية: إذا اشترك جماعة في موضحة؛ بأن تحاملوا على الآلة وأجزواها معاً، ففيه احتمالان للإمام:

أحدهما: أنه يوزع عليهم القصاص، ويوضح كل واحد منهم قدر حصته؛ لأن الموضحة قابلة للتجزئة، والقصاص جاز في أجزائها فصار كما لو أتلفوا مالاً، يوزع عليهم الغرم، وعلى هذا، فتعيين الموضح إلى اختيار المقتص أو المقتص منه وجهان:

والثاني: أنه يوضح من كل واحد منهم مثل تلك الموضحة؛ لأنه لا جزء إلا وكل واحد منهم جان عليه، فأشبه ما إذا اشتركوا في قطع يد، وهذا ما أجاب به صاحب<sup>(١)</sup> «التهذيب» ويجري الاحتمالان فيما إذا آل الأمر إلى المال؛ أنه يجب الأزش موزعاً عليهم أو يجب على كل واحد منهم أزش كامل، قال الإمام: والثاني أقرب، والأول هو المذكور في «التهذيب» وقوله في الكتاب: «لا في عوضها» مُعْلَم بالواو وقوله «بل ضمنا إليه الأرش» بالحاء.

وقوله: «كَمَلْنَا بِمَا حَوَالِيهِ» بالواو، لما بيّنا، وليس المراد من قوله: «ضمنا إليه الأرش» الكامل بل قسماً من الأرش على ما قدّمنا، وقد يُفهم ظاهر اللفظ خلافه.

وقوله: «لشمول اسم الرأس» يعني أن اسم الرأس يقع على الناصية وغيرها، فالكل عضو واحد، وفي بعض النسخ «لشمول اسم الموضحة في الرأس» وقد يوجد في النسخ اسم الموضحة ولا وجه له.

واعلم أن ما ذكرنا أنه يُخْلَقُ شجر رأس الشاج، إذا أريد الاقتصاص مفروض فيما إذا كان على رأس كل واحد منهما شجر، أما إذا لم يكن على رأس الشاج شجر فلا خلق، وإن لم يكن على رأس المشجوج شجر، فلا يُمكن القصاص؛ لما فيه من إتلاف الشجر الذي لم يتلفه، وحكي ذلك عن نصه - رضي الله عنه - في «الأم» ولا يؤثر التفاوت في خفة الشجر وكثافته.

وأنه إذا شك في أنه هل أوضح بالشجة أم لا، لم يقتصر بالشك، ويتفحص عن الحال بالمسمار حتى يعرف، فيشهد به شاهدان أو يعترف به الجاني، فإن حكم الإيضاح يتعلّق بالإنهاء إلى العظم حتى لو غرز إبرة حتى انتهت إلى العظم، كان ما أتى به موضحة، وإن كان لا يظهر العظم للتأخير.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: التَّمَاوُتُ الثَّانِي فِي الصَّفَاتِ وَلَا تَقْطَعُ الْيَدَ الصَّحِيحَةَ بِالسَّلَاءِ، وَتَقْطَعُ

(١) فيه إشعار بترجيح الثاني وجرى عليه في المحرر فقال: إنه أورد الوجهين وهو المنقول عن الماوردي والغزالي وصاحب البيان.

(و) الشَّلَاءُ بِالصَّحِيحَةِ إِنْ قَبِعَ بِهَا وَلَا يُضْمُ إِلَيْهَا أَرْشٌ، وَكَذَا ذَكَرَ الْأَشْلُ، وَشَلَّلَ الذَّكْرَ  
 أَلَّا يَتَّقَلَّصَ فِي بَرْدٍ وَلَا يَسْتَزِيلَ فِي حَرٍّ، وَيُقَطَّعُ ذَكَرُ (ح م) الصَّحِيحِ بِذَكَرِ الْعَيْنِ  
 وَالْخَصِيِّ وَالصَّبِيِّ إِذْ لَا خَلَلَ فِي نَفْسِ الْعُضْوِ، كَمَا تُقَطَّعُ أُذُنُ السَّمِيعِ بِالْأَصَمِّ، وَأَنْفُ  
 السَّلِيمِ بِالْأَخْشَمِ وَأَنْفُ الصَّحِيحِ بِالْمَجْذُومِ إِلَّا إِذَا أَخَذَ الْجَذَامُ فِي التَّفْتَتِ، وَحَدَقَةُ الْعَمْيَاءِ  
 وَلِسَانُ الْأَبْكَمِ كَالشَّلَاءِ، وَتُقَطَّعُ الْأُذُنُ الصَّحِيحَةُ بِالْمَثْقُوبَةِ مِنْ أُذُنِ النِّسَاءِ إِذَا لَمْ يَكُنْ  
 شَيْنٌ، وَلَا تُسْتَوْفَى كَامِلَةً بِأُذُنِ مَجْذُومَةٍ قُطِعَ بَعْضُهَا، وَلَوْ كَانَ أَظْفَارُ الْمَجْنِيِّ مُتَقَرَّعَةً أَوْ  
 مُخَصَّرَةً أَوْ مَقْلُوعَةً قُطِعَ بِهَا الصَّحِيحَةُ نَظَرًا إِلَى كَمَالِ أَرْشِ الْأَثْمَلَةِ مِنْ غَيْرِ ظَفْرِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لَا يَخْفَى أَنْ مُطْلَقَ تَفَاوُتِ الطَّرْقَيْنِ فِي الصِّفَاتِ لَا يُوَثِّرُ، بَلْ تَقَطَّعَ  
 الْيَدَ الْبَيْضَاءَ بِالسُّودَاءِ أَوْ السَّلِيمَةَ بِالْبُرْصَاءِ، وَيَدُ الصَّانِعِ بِيَدِ الْأَخْرَقِ، وَإِنْ أُطْلِقَ التَّرْجِمَةُ  
 إِطْلَاقًا، فَالْمُرَادُ الصِّفَاتُ الَّتِي يُوَثِّرُ التَّفَاوُتُ فِيهَا أَوْ يَتَخَيَّلُ تَأْثِيرَهُ، وَفِيهِ صُورٌ:

إِحْدَاهَا: الْيَدُ وَالرُّجْلُ الصَّحِيحَتَانِ لَا تُقَطَّعَانِ بِالشَّلَاءِ وَالشَّلَاوَيْنِ، وَإِنْ رَضِيَ بِهِ <sup>(١)</sup> الْجَانِي،  
 وَإِنَّمَا الْوَاجِبُ فِي الطَّرْفِ الْأَشْلُ الْحُكُومَةُ، وَهَذَا كَمَا أَنَّهُ لَا يَقْتُلُ الْحُرُّ بِالْعَبْدِ، وَالْمُسْلِمُ  
 بِالذَّمِيِّ وَإِنْ رَضِيَ الْحُرُّ وَالْمُسْلِمُ، وَلَوْ خَالَفَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ، وَقَطَّعَ الْيَدَ الصَّحِيحَةَ، لَمْ  
 يَقَعْ قِصَاصًا، بَلْ عَلَيْهِ نِصْفُ الدِّيَةِ، فَلَوْ سَرَى، فَعَلَيْهِ قِصَاصُ النَّفْسِ، فَإِنْ قُطِعَ بِرِضَا  
 الْجَانِي، فَلَا قِصَاصَ عِنْدَ السَّرَايَةِ؛ لِأَنَّهُ قُطِعَ بِالْإِذْنِ، ثُمَّ يُنْظَرُ، إِنْ كَانَ الْجَانِي قَالًا:  
 اقْطَعْ يَدِي، وَأُطْلِقَ، جَعَلَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ مُسْتَوْفِيًا لِحَقِّهِ وَلَمْ يَلْزِمَهُ شَيْءٌ وَإِنْ قَالًا:  
 اقْطَعْهَا؛ عِوَضًا عَنِ يَدِكَ أَوْ قِصَاصًا، فَفِيهِ وَجْهَانُ:

أَحَدُهُمَا: إِنْ عَلِيَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ نِصْفُ الدِّيَةِ، وَعَلَى الْجَانِي الْحُكُومَةُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ  
 يَبْذُلْ يَدَهُ مَجَانًا، وَهَذَا مَا أَجَابَ بِهِ فِي «التَّهْذِيبِ».

وَالثَّانِي: أَنَّهُ لَا شَيْءَ عَلَى الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ وَكَانَ الْجَانِي أَدَى الْجَيِّدِ عَنِ الرَّدِيِّ،  
 وَأَخَذَهُ الْمُسْتَحِقُّ، وَقَدْ يَتَوَقَّفُ فِي كَوْنِهِ مُسْتَوْفِيًا لِحَقِّهِ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ فَلَا يَبْعُدُ تَنْزِيلُ الْإِذْنِ  
 الْمَطْلُوقِ عَلَى الْإِذْنِ عَنِ جِهَةِ الْقِصَاصِ.

وَأَمَّا الْيَدُ الشَّلَاءِ وَالرُّجْلُ الشَّلَاءِ، فَهَلْ يُقَطَّعَانِ بِالصَّحِيحَتَيْنِ، فِي شَرْحِ «الْمَخْتَصَرِ»

(١) قَالَ الزَّرْكَشِيُّ: هَكَذَا أُطْلِقُوهُ هُنَا وَهُوَ مُقَيَّدُ بَقِيَّةِ الْحَيَاةِ، أَمَا لَوْ مَاتَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ بِالْقَطْعِ فَقَدْ قَالَ  
 الرَّافِعِيُّ فِي كِتَابِ الْاِسْتِيفَاءِ: أَنَّهُ لَوْ سَرَتْ الْجَائِفَةُ وَقَطَّعَ الْيَدَ مِنْ نِصْفِ السَّاعِدِ جَازَ الْاِقْتِصَاصُ  
 بِهَذَا الطَّرِيقِ تَحْقِيقًا لِلْمِثَالَةِ عَلَى الْأَطْهَرِ عِنْدَ الْأَكْثَرِينَ. ثُمَّ قَالَ وَالْقَوْلَانِ يَجْرِيَانِ فِيمَا لَوْ قُطِعَ يَدًا  
 شَلَاءً وَيَدَا الْقَاطِعِ صَحِيحَةً وَسَاعِدٍ مِنْ لَا كَفَّ لَهُ وَالْقَاطِعِ سَلِيمٍ هَلْ يَسْتَوْفَى الْقِصَاصَ لِلْيَدِ  
 وَالسَّاعِدِ.

للجويني: نقل وجهه عن أبي إسحاق أن الشلاء لا تُقَطَّع بالصحيحة مطلقاً؛ لأن الشروع لم يَرِدْ بالقصاص فيها، والمشهور أنه يراجع أهل البصر، فإن قالوا: إنها لو قُطِعت، لم ينسد فم العروق بالحسْم، ولم يَنْقَطع الدَّم، فلا يُقَطَّع بها؛ لِمَا فيه من استيفاء النفس بالطرف، وللمجنِّي عليه الدية وإن قالوا: ينقطع، فله قطعها، ويقع قصاصاً، كقتل الذمي بالمسلم، والعبد بالحر، وليس له أن يَطْلُب بسبب الشلل أَرْشاً، وَوَجَّه ذلك بأن الصحيحة والشلاء متساويتان في الحرمة، والاختلاف بينهما في الصفة والصفة المجردة لا تقابل بالمال، ولذلك إذا قُتِل الذمي بالمسلم، والعبد بالحر، لم يجب لفضيلة الإسلام والحرية شيء، وشبهه أيضاً بما إذا تعيب العبد في يد البائع، فإن للمشتري إما أن يردّه ويسترد الثمن، أو يرضى به بجميع الثمن، وليس له أن يُمَسِكَ، ويسترد بعض الثمن.

وهل تُقَطَّع الشلاء بالشلاء في «المهذب» وجّهه عن أبي إسحاق أنها لا تُقَطَّع بها لأن الشلل علّة والعِلل تختلف مقاديرها وتأثيرها في البدن، فلا تتحقّق المماثلة ويحكى مثله عن أبي حنيفة، والمشهور أنّهما إن استويا في الشلل، أو كان الشلل في يد القاطع أكثر، فتقطع بها، والشرط أن لا يخاف نزف الدم، على ما ذكرنا وإن كان الشلل في يد المقطوع أكثر، فلا يُقَطَّع بها، قال الإمام: لأن تفاوتهما في الشلل يوجب التفاوت في البدل، فلا تتحقق المقابلة، ويحكى مثله عن أبي حنيفة، والمشهور أنه إذا اختلفت نسبة الطرفين إلى الجُمَّلَتَيْن، لم يجب القصاص، وما المراد من الشلل في اليد والرجل؟ عن الشيخ أبي محمّد: أن الشلل زوال الحس والحركة، ولذلك تُسمّى اليد الشلاء ميتة، وقال الإمام: لا يُشترط زوال الحس بالكلية، وليست الشلاء ميتة؛ ألا ترى أنها لا تنتن، وإنما الشلل بطلان العمل حتى تصير اليد بحيث لو أعملها صاحبها كان كإعمال آلة من الآلات.

ولا أثر للتفاوت في البطش بل تُقَطَّع يد الأيد بيد الشيخ الذي ضَعَفَ بطشه، لكن لو كان النقصان بجناية؛ بأن ضرب إنسان على يده، فنقص بطشه، وألزمناه الحكومة، ثم قَطَّع تلك اليد رجل كامل البطش، فقد حكى الإمام أنه لا يُقَطَّع يده بها؛ وأنه لا تجب عليه دية كاملة على الأصح، وهذا كما مرّ أن من صار إلى حالة المحتضرين وحزاً حاز رقبتة، يلزمه القصاص، بخلاف ما لو انتهت إلى تلك الحالة بجناية جان [فلا قصاص على حازه].

وتقطع يد السليم ورجله بيد الأعسم، ورجل الأعرج؛ لأنه لا خلل في اليد والرجل، والعسم تشنج في المرفق، أو قصر في الساعد أو العضد، وقيس به العرج.

ولا اعتبار باخضرار الأظفار، واسودادها، وزوال نضارتها، فإن هذه الأحوال علّة ومرض في الظفر، والطرف السليم يستوفى بالعليل، وأما التي لا أظفار لها، فالذي ذكره أصحابنا العراقيون وغيرهم: أنه لا تُقَطَّع بها السليمة الأظفار وأنها تُقَطَّع بالسليمة،



وكذلك حكاها الإمام عنهم منسوباً إلى النص، وهو موافق للنص الذي حكيناه فيما إذا اختص رأس الشاج بالشعر على موضع الموضحة، لكن الشيخ أبي حامد وغيره: أنه يكمل فيها الدية، فقال الإمام، على سبيل الاحتمال: القياس جرياناً القصاص، وإن عدت الأظفار؛ لأنها زوائد ولو لم يَجْزُ القصاص، لَمَا تَمَّتْ دية اليد، ولا الأصبع الساقطة الظفر، وجرى صاحب الكتاب على ما أبداه الإمام احتمالاً وترك المنقول الظاهر، ووفى صاحب «التهذيب» بقياس المنقول عن القصاص، فقال: ينقص عن الدية شيءٌ وكما لا تُقَطَعُ اليد الصحيحة بالشلاء، لا تُقَطَعُ بالتي فيها أصبع شلاء، ولا يجير الشَّلَلُ في أصبع بالصحة في أخرى، فلا يجري القصاص في الكوع بين اليد التي مَسَبَّحَتْهَا شلاء، والتي وسطاها شلاء، فإن استويا في الشلل، فهما كالشلاوين.

فزع: سليم اليد إذا قَطَعَ يداً شلاء، ثم سَلَّتْ يَدُهُ، ذكر الإمام أن شَيْخَهُ قال: خَرَجَ الْقَطْعُ قَوْلَيْنِ فِي الْاِقْتِصَاصِ مِنْهُ، ثُمَّ رَجَعَ، وَقَطَعَ بِالْمَنْعِ وَهُوَ الَّذِي رَأَى الْإِمَامُ مَذْهَباً وَالْجَوَابُ فِي «التَّهْذِيبِ»: أَنَّهُ يَقْتَصُّ مِنْهُ، وَكَذَا لَوْ قَطَعَ يَدًا نَاقِصَةً بِأَصْبَعٍ، ثُمَّ سَقَطَتْ تِلْكَ الْأَصْبَعُ مِنَ الْقَاطِعِ، بِخِلَافِ مَا لَوْ قَطَعَ ذِمِّيَّ حُرِّ يَدٍ عَبْدٍ، ثُمَّ نَقَضَ الْعَهْدَ فَسَبَى، وَاسْتَرَقَ، لَا تَقَطَعُ، وَلَوْ قَتَلَهُ، لَا يَقْتُلُ، وَفَرَقَ بَأَنَّ الْقِصَاصَ هُنَاكَ امْتَنَعَ لَعَدَمِ الْكِفَاءَةِ، وَالْكَفَاءَةُ تَرَاعِي حَالَ الْجَنَائِيَةِ؛ الْأَثَرُ أَنَّهُ لَوْ قَتَلَ ذِمِّيٌّ ذِمِّيًّا أَوْ عَبْدٌ عَبْدًا، ثُمَّ أَسْلَمَ الْقَاتِلُ، أَوْ عَتَقَ، يَقْتَصُّ مِنْهُ، وَالْاِمْتِنَاعُ هَا هُنَا لَزِيَادَةِ مُحَسُّوسَةٍ فِي يَدِ الْقَاطِعِ وَالْاِعْتِبَارُ فِيهَا بِحَالَةِ الْاِسْتِيفَاءِ، فَإِذَا زَالَتْ، قَطَعَ وَلِذَلِكَ لَوْ قَطَعَ الْأَشْلُ يَدًا شَلَاءً، ثُمَّ صَحَّتْ يَدُ الْقَاطِعِ، لَا يَقْتَصُّ مِنْهُ؛ لَوْجُودِ الزِّيَادَةِ عِنْدَ الْاِسْتِيفَاءِ، قَالَ: وَكَذَلِكَ الْيَدُ بِأَظْفَارِهَا لَا تُقَطَعُ بِالَّتِي لَا أَظْفَارَ لَهَا، فَلَوْ سَقَطَتْ الْأَظْفَارُ الْقَاطِعِ، قُطِعَتْ بِهَا، وَالْيَدُ الَّتِي لَا أَظْفَارَ لَهَا تُقَطَعُ بِمِثْلِهَا، فَلَوْ نَبَتْ أَظْفَارُ الْقَاطِعِ لَمْ تَقَطَعْ لِحُدُوثِ الزِّيَادَةِ.

الثانية: يجب في قطع الذكر، وفي قطع الأنثيين أو في شلِّهما القصاص، ولو دق خصيته، ففي «التهذيب» أنه يقتص بمثله، إن أمكن، وإلا وجبت الدية ويشبه أن يكون الرق ككسر العظام، ولو قطع أو أشل إحدئ الأنثيين<sup>(١)</sup>، وقال أهل البصر: يمكن القصاص من غير إتلاف الأخرى اقتص، وذكر القاضي الروياني: أن الماسرجسي قال: إنه ممكن، وأنه وقع في عهده لرجل من أهل فراوه وفي قطع الذكر والأنثيين جميعاً القصاص سواء قطع العضوين معاً أو على الترتيب.

وعند أبي حنيفة إن قطعها معاً أو الذكَّرَ أولاً، ففيهما القصاص، وإن قطع

(١) وهذا تحريف غير متعلل إذ الأثنيان لا يمكن إشللها، ولو تصور فلا قصاص في الإشلال إذ لا يمكن التماثل فيه على المذهب.

الأنثيين أولاً، فلا قصاص في الذَّكر بناءً على أن عنده لا تُقطع ذَكَرُ الفحل بذَكَرِ الخصي.

والقول في قطع ذَكَرِ الصحيح بالأشْلُ وبالعكس، والأشْلُ بالأشْلُ على ما ذَكَرنا في اليد والرَّجْل، وشَلْلُ الذَّكر بأن يكون منقبضاً لا ينبسط، أو منبسطاً لا ينقبض، هذه العبارة هي المتداوِّلة في الأكثر، ويقال: الذَّكرُ الأشْلُ الذي لا يتقلَّص في البرد، ولا يسترسل في الحرِّ، وهما راجعان إلى المَعْنَى الأولى، أي لا يتأثر بالبرِّد والحرِّ تقلُّصاً واسترسالاً، بل [يبقى] <sup>(١)</sup> على هيئة واحدة ولا اعتبار بالانتشار وعدمه، ولا بالتفاوت [في] القوة والضعف، بل يقطع ذَكَرُ الفحل الشابِّ بذكر الخصي والعين والشيخ، لأنه لا خلل في نفس العضو، وتعذر الانتشار لضعف في القلب أو الدماغ.

وعند أبي حنيفة ومالك وأحمد: لا يُقطع ذكر الفحل بذَكَرِ الخصي والعين، ولا فرق بين الأَقْلِبِ والمَخْتُونِ، والجلدة الزائدة حقها أن تكون زائدة زائلة.

الثالثة: تقطع أذن السميع بأذن الأصمِّ، وبالعكس؛ لأن السمع لا يحل حرم الأذن، وإنما هو سبيل السمع وآلته، وفي «جمع الجوامع» للروائي: أن مالكا ذهب إلى أنه لا تقطع أذن السميع بأذن الأصمِّ، وفي قطع الأذن الصحيحة بالمستحشفة قولان:

أحدهما: لا تقطع، كما لا تقطع اليد الصحيحة بالشلاء.

والثاني: تُقطع، البقاء الجمال فيها وبقاء المنفعة من جمع الصوت، وردَّ الهوام، بخلاف إليه الشلاء <sup>(٢)</sup>، قال في «العدة»: وهذا أصحُّ، والقول في الاستحسان يعود في الديات، ولا فرق بين المثقوبة وغيرها، إذا كان الثُّقب للزينة، ولم يورث شيئاً ونقصاناً، فإن أورث نقصاناً، فلتكن المنقولة كالمخرومة، فلا تُقطع الصحيحة بالمخرومة، وهي التي قطع بعضها، ولكن يُقطع منها بقدر ما كان قد بقي من المخرومة وهذا إذا قلنا: يجب القصاص في بعض الأذن، على ما سبق، وإن سُقَّت من غير أن يبان منها شيء، فقد نقل الإمام عن العراقيين؛ أنه لا تُقطع الصحيحة بها أيضاً، لفوات الجمال فيها،

(١) في ز: يكون.

(٢) قال الشيخ البلقيني: فيه اعتراض بأمر:

الأول: إن البغوي والرافعي وغيرهما صححوا أن الواجب على من جنى على أذن فاستحشفت الدية لا الحكومة وأن الواجب على من قطع المستحشفة الحكومة فكيف يحسن تصحيح قطع الصحيحة بها.

الثاني: إن في جملة العلة هنا، رد الهوام، وهذا مخالف لما ذكره الرافعي في كتاب الديات من أن منع الهوام يسقط بالاستحشاف.

قال: ولست أرى الأمر كذلك؛ لبقاء الجرم بصفة<sup>(١)</sup> الصحة، وتقطع المخرومة بالصحيحة، ويؤخذ من الدية بقدر ما كان قد ذهب من المخرومة.

الرابعة: تُقَطَّع أنف الصحيح بأنف الأخشم؛ لأن الشم ليس في جرم الأنف وهل يقطع أنف السليم بأنف المجذوم قال في «التهذيب»: إن كان في حال الاحمرار قُطِعَ به، وإن اسودَّ، فلا قصاص لأنه دخل في حد البلى وإنما الواجب فيه الحكومة، ولم يفرق وقالوا: عامة الأصحاب بين الاحمرار والاسوداد وقالوا: يجب القصاص ما لم يسقط منه شيء، ولا يجعل استحكام العلة واليأس من زوالها منزلة السُّلَل في اليد؛ لأن منفعة اليد تبطل بالسُّلَل، وأصل الجمال والمنفعة في الأنف باقٍ ما بقي جرمه، أما إذا سقط منه شيء، فلا يقطع به الصحيح، ولكن يقطع منه بقدر ما كان قد بقي من المجني عليه إن أمكن، وإن كان بأنف القاطع نقصانٌ مثل نقصان أنف المجذوم جَرَى القصاص.

قال الإمام: وظن بعض الأصحاب أن الشافعي - رضي الله عنه - أسقط القصاص فيه، إذا سقط منه شيء بالجذام، وإن كان نقصان أنف القاطع مثل نقصانه وهو غلَط.

الخامسة: لا تؤخذ العينُ الصحيحة بالحدقة العمياء، والصورة القائمة من الحدقة كاليد الشلاء وتؤخذ القائمة بالصحيحة، إذا رضي المجني عليه به، ويقطع جفن البصير بجفن الأعمى؛ لتساوي العضوين في الجرم والصحة، وفقد البصر ليس في الجفن.

السادسة: لسان الناطق لا يُقَطَّع بلسان الأخرس؛ لأن النطق في جرم اللسان، واللسان العاطل كاليد الشلاء، والحدقة القائمة كأذن الأصم، وأنف الأخشم، ويقطع لسان الأخرس بلسان الناطق، إذا رضي به المجني عليه ويقطع لسان المتكلم بلسان الرضيع، إن ظهر فيه أثر التُّنُق بالتحرّك عند البكاء وغيره، وإلا لم يُقَطَّع.

وعند أبي حنيفة: أنه لا يُقَطَّع به حال، وإن بلغ، أو آن المتكلم ولم يتكلم، لم يقطع به لسان المتكلم، وقد وقع في ترتيب صور الكتاب بعض التقديم والتأخير للحاجة، وليعلم قوله: «وتقطع الشلاء بالصحيحة» للوجه المُعْرَى إلى أبي إسحاق.

وقوله: «ولا يضم إليها أرش» مغم عن قوله: «إن قنع بها»، والشرط أن لا يخاف نزع الدم، كما بيئنا، ولم يتعرّض له.

وقوله: «ويقطع ذكر الصحيح» مُعَلَّم بالحاء والميم والألف.

وقوله: «كما تقطع أذن السميع» بالميم.

وقوله: «إلا إذا أخذ الجذام في التفتت» أي فلا يقطع به الصحيح كله، وإنما

(١) قال النووي: هذا الذي قاله الإمام ضعيف.

يقطع قِسْطُ الصحيح بما بقي من المجذوم عند الإمكان، وقوله: «وحدة العمياء» الأقوم بهذه اللفظة «والحدقة العمياء» لا حدقة العمياء وكلُّ يوجد في النسخ.

وقوله: «كالشلاء» يعني اليد الشلاء. قوله: «من أذن النساء» لا اختصاص لمسألة الأذن المثقوبة بالنساء، لكنه فيهن أغلبُ، فلذلك ذكر «أن النساء».

وقوله: «إذا لم يكن شين» أي لم يحدث به شين ولفظ «الوسيط» إذا لم يورث الثقب شيناً، كأذن النساء. وقوله: «قُطِعَ بعضها» كال تفسير للمجذومة.

وقوله: «ولو كانت أظفار المجني عليه متقرعة» قد تقرأ الزاي، يقال: تَقَرَّعَ القوم أي تفرقوا، وهي التي لم تنبُ ملامستها واستواؤها، وصارت كالقِطْع المتفرقة، وقد تقرأ بالراء ويجعل «مُتَفَرِّعاً» من القَرع، وهو الإصابة، كأنه أصابها شيءٌ بعد شيءٍ في الأعمال الشاقة، حتى تفرعت وتفرجت، والجواب المذكور في المقموعة خلاف ظاهر المذهب، كما عرفت، ويجوز أن يُعَلَّم لفظ «الكمال» من قوله: «إلى كمال أرش الأنملة من غير ظفر» بالواو.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَلَوْ قُطِعَ أَذُنُهُ ثُمَّ أَلْتَصَقَ فِي حَرَارَةِ الدَّمِ لَمْ يَسْقُطِ الْقِصَاصُ، وَوَجَبَ قَطْعُهُ إِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ نَجِسٌ، وَلَا يَقْلَعُ سِنَّ الْبَالِغِ سِنَّ الصَّبِيِّ الَّذِي لَمْ يَنْغُزْ، وَكَذَا إِذَا فَسَدَ مَنِبْتُ الصَّبِيِّ لَكِنْ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ، لِأَنَّ سِنَّ الصَّبِيِّ فَضْلَةٌ فِي الْأَصْلِ وَسِنَّ الْبَالِغِ أَضْلِيٌّ، وَإِنْ أَعَادَ سِنَّ الْبَالِغِ فِي سُقُوطِ الْقِصَاصِ قَوْلَانِ، وَلَوْ عَادَتِ الْمَوْضِعُ مُنْتِمَةً لَمْ يَسْقُطِ الْقِصَاصُ، وَلَوْ قُطِعَ فَلَغَةً مِنْ طُولِ لِسَانِهِ فَعَادَ فَهُوَ مُتَرَدِّدٌ بَيْنَ الْمَوْضِعِ وَالسِّنِّ، فَإِنْ حَكَمْنَا بِسُقُوطِ الْقِصَاصِ وَكَانَ قَدْ اسْتَوْفَاهُ لَزِمَهُ الدِّيَةُ، وَإِنْ كَانَ الْعَائِدُ سِنَّ الْجَانِي فَهَلْ يَقْلَعُهُ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ ثَانِيًا وَثَالِثًا إِلَى إِفْسَادِ الْمَنِبَتِ فِيهِ وَجِهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ مَسْأَلَتَانِ:

إحدهما: إذا قطع أذن إنسان، فالصقها المجني عليه في حرارة الدم، فالتصقت، لم يسقط القصاص، ولا الدية عن الجاني؛ لأن الحكم يتعلق بالإبانة، وقد وجدت ثم ذكر الشافعي - رضي الله عنه - والأصحاب: أنه لا بد من قطع المُلصق؛ لتصح صلته، وسببه نجاسة الأذن المبانة في نفسها، إن قلنا: إن ما يبان من الأدمي نجس، وإن لم نقل به، فالسبب أن الدم قد ظهر في محل القطع، وثبت له حكم النجاسة، فلا يزول بالاستبطن، ويجيء فيه ما مر في «كتاب الصلاة» في وضل العظم النجس بالعظم، والتفصيل بين أن ينبت اللحم على موضع النجاسة أو لا ينبت، وبين أن يخاف المتلف من القطع أو لا يخاف، ولو قطعها قاطع، فلا قصاص عليه، إذا كانت مستحقة الإزالة، وإن لم نوجب إزالتها لخوف التلف مثلاً، فسرى قطع القاطع إلى النفس، فقد حكى

الإمام عن المحققين أن عليه قصاص النفس، ولم يستبعد خلافه؛ لأن اختلاف العلماء في وجوب القصاص بجوز أن يصير شبهة دائرة للقصاص، ثم هي، وإن كانت مستحقة القطع، فليس للجاني أن يقول: آيينوا أذنه ثم آيينوا أذني، فإن من قبل الأمر بالمعروف، لا اختصاص له به، والنظر في مثله إلى الإمام، ولو اقتصر المجني عليه، فألصق الجاني أذنه، فالقصاص حاصل بالإبانة، وقطع ما ألصق بعد الإبانة، لا يختص به المجني عليه، ولو قطع بغض إذنه، ولم يُبين، ففي القصاص في ذلك القدر خلاف سبق، وذلك إذا بقي غير ملتصق، أما لو ألصقه المجني عليه، فالتصق، سقط القصاص والدية عن الجاني، ورجع الأمر إلى الحكومة كالإفشاء، إذا اندمل، تسقط الدية، ولذلك نقول: لو جاء آخر، وقطع الأذن بعد الالتصاق، يلزمه القصاص أو الدية الكاملة، هذا أصح الوجهين والمحكي عن النص.

والثاني: عن صاحب «التقريب» أنه لا يسقط القصاص في القدر المقطوع، كما لا يسقط قصاص الموضحة بالاندمال، ولو وإن كان قد أوضح آخر، يلزمه القصاص، ولا يجب قطع الملتصق قبل تمام الإبانة، هكذا أطلقوه، وهو ظاهر إن بنينا وجوب القطع على نجاسة المبان بالإبانة، وغير ظاهر، إن بنينا على ظهور الموضع والدم النجس عليه ولو استأصل أذنه، ويقيت متعلقة بجلدة، فلا خلاف في وجوب القصاص؛ لإمكان رعاية المماثلة، وقد ذكرنا نحوه، لكن لو ألصقها المجني عليه، فالتصقت، لم يجب قطعها، وفي سقوط القصاص عن الجاني هذا الخلاف، ولو أبان أذنه، فقطع المجني عليه بغض أذنه مقتضاً، فألصقه الجاني، فللمجني عليه أن يعود، فيقطع؛ لاستحقاقه الإبانة.

وربط السن المقلوعة في مكانها وثبوتها كإصاق الأذن المقطوعة والتصاقها.

المسألة الثانية: في السن القصاص، وإنما يجب عند القلع، فأما إذا كسر سن غيره، فلا قصاص؛ بناء على الأضل الذي تقدم: أنه لا قصاص في كسر العظام؛ لأنه لا يمكن حفظ المماثلة فيه؛ ذكره صاحب «التهذيب» وغيره، وحكى القاضي ابن كج عن نصح - رضي الله عنه - في «الأم»: أنه إذا كسر بعض سنه، يراجع أهل الخبرة، فإن قالوا: يمكن استيفاء مثله بلا زيادة، ولا صدق في الباقي، اقتصر منه، وهذا ما أورده الشيخ أبو إسحاق في «المهذب»<sup>(١)</sup> وقد يوجه ذلك بأن السن عظم مشاهد من أكثر

(١) قال في الخادم: ليس فيه تصريح بترجيح لكن جزم في المحرر بما قاله البغوي وتبعه في المنهاج والصواب ما حكاه ابن كج لأنه قول صاحب المذهب وبه جزم الماوردي والمتولي في التتمة وصور بعضهم الإمكان بأن يكون قد كسر نصفها بالطول. انتهى ما أورده منه، وما ذكر أنه قول صاحب المذهب نقله شيخه البلقيني عن نص الأم وساق النص.

الجوانب، ولأهل الصنعة آلات قَطَاعَة يُعْتَمَدُ عَلَيْهَا فِي الضَّبْطِ، فلم تكن كسائر العظام، ولا تُؤَخَذُ السِّنُّ الصَّحِيحَةُ بِالمَكْسُورَةِ، وتُؤَخَذُ المَكْسُورَةُ بِالصَّحِيحَةِ، مع قِنِطِ الذَّاهِبِ مِنَ الأَرْشِ، وتُؤَخَذُ الزَّائِدَةُ بِالزَّائِدَةِ بِالشَّرْطِ الَّذِي سَبَقَ، ولو قَلَعُ سِنَّ رَجُلٍ، وليس لِلجَانِيِ تِلْكَ السِّنُّ، فلا قِصَاصَ، وتُؤَخَذُ الدِّيَةُ، فلو نبتت بعد ذلك، فلا قِصَاصَ أَيضاً؛ لأنها لم تكن موجودة يوم الجناية، ونظيره مَنْ أَوْضَحَ، واقتصر، واندملت جراحته، ولم تَنْدَمِلْ جِرَاحَةُ الشَّاجِ، وأوضح في ذلك الموضع ثانياً، ثم اندملت جراحة الشاج، قال الروياني في «التجربة»: والذي يجنيء على المذهب؛ أنه لا يقتض منه؛ لأن محل القصاص لم يكن موجوداً يومئذ، ثم إذا قلع سن غيره، فذلك يفرض على وجوه:

أحدها: إذا قلع مشغور سنَّ صبي، لم يشغر، فلا يوجد في الحال قصاص ولا دية لأنها تنبت وتعود غالباً، فإن نبتت، فلا قصاص ولا دية، ولكن عليه الحكومة إن نبتت سوداءً أو معوجةً أو خارجة عن سمت الأسنان، أو بقي شيناً آخر بعد النبات، وإن نبتت أطول مما كانت أو نبتت معها ساغية<sup>(١)</sup>، فكذلك في أشبه الوجهين، وإن نبتت أقصر مما كانت، وجب بقدر النقصان من الأرش، فإن جاء وقت نباتها بأن سقطت سائر الأسنان، وعادت، ولم تنبت المقلوعة، أرى لأهل البصير، فإن قالوا: يتوقع نباتها إلى وقت كذا، توقفت تلك المدة، فإن مضت، ولم تنبت، أو قالوا: قد فسد المنبت، ولا يتوقع النبات، فقد حكى صاحب الكتاب فيه قولين.

أحدهما: لا يجب القصاص؛ لأن سنَّ الصبي فضلة في الأصل نازلة منزلة الشجر الذي ينبت مرة بعد أخرى، وسن البالغ أصلية.

والثاني: يجب؛ لأنه قلع السنَّ الحاصلة في الحال، وأفسد المنبت، فيقابل بمثله، وهذا الثاني هو الذي أورده الجمهور مقتصرين عليه، وليس لهم ذكر القولين، حتى لم أره في كتاب الإمام، إلا أنه يُعَدُّ ما نقل إطلاق الأصحاب من القول بوجوب القصاص.

قال: وفي القلب منه شيء، لأن غير السنَّ من المشغور عُضْوُ قِصَاصٍ، ومن غير المشغور ليس عُضْوُ قِصَاصٍ، فلا يتجه فيهما المقابلة، ثم إذا أوجبنا القصاص، فالاستيفاء إنما يكون بعد البلوغ، فإن مات الصبي قبل البلوغ، اقتصر وارثه أو أخذ الأرش، وإن مات قبل حصول البأس وتبين الحال، فلا قصاص، وفي الأرش وجهان، وهذه الصورة مذكورة في الكتاب في «الديات».

والثاني: إذا قلع مشغور سنَّ مشغور، فلا كلام في تعلق القصاص به، لكن لو نبتت

(١) السن الساغية: هي الزائدة على الأسنان والمخالفة لنبته غيرها.

سنُّ المجنِّي عليه، ففي سُقُوطِ القصاص قولان:

أحدهما: وبه قال أبو حنيفة وأحمد: أنه يسقط القصاص؛ لأن ما عاد قائم مُقَامَ الأول، فكأنه لم يَفُتْ، فصار كما لو عادَ سن غير المشغور.

والثاني: لا يسقط، وهو اختيار المزني؛ لأنه لم تجر العادة بنبات سنٍّ من المشغور، وما اتفق نعمة وهبة جديدة من الله تعالى، فلا يسقط به حقه على الجاني، وكلام الأئمة إلى تزجيح هذا القول أميل، وقد صرح به صاحب «العُدَّة» وسواء قلنا: يسقط أو لا يسقط فلا ينتظر العود بل للمجنِّي عليه أن يفتص أو يأخذ الدية في الحال؛ لأن انتظار ما هو في غاية الندرة مستبعد، ومنهم من يقول: إن قلنا بالسقوط، فيراجع أهل الخبرة، [فإن] قالوا: قد تعود إلى مدة كذا ينتظر تلك المدة، ويكون الحكم كما ذكرنا في غير المشغور، ولو التأمت الموضحة، والتحمت، لم يسقط القصاص ولا الدية؛ لأن العادة المستمرة فيها الالتحام والغذاء يستحيل لحمًا، فلو جعلنا الالتحام مغيراً لموجبها قصاصاً ودية؛ لأختصت المواخذة بما إذا بقي العظم بارزاً، وصارت معظم المواضع هدرًا، وكذلك الحكم في الجائفة.

وعن صاحب «التقريب» وجه أنها إذا التحمت، زال حكمها، ورأى الإمام تخصيص هذا الوجه على ضعفه بما إذا نفذت الحديدية في الجوف، وحصل الخرق من غير زوال لحم من البدن دون ما إذا زال شيء، ونبت لحم جديد، ورأى طرزه في مثلها في الموضحة أيضاً، ولو قطع لسان إنسان، فنبت، ففي سُقُوطِ القصاص طريقان.

أحدهما: أنه على القولين في عود السن.

وأصحهما: القطع بالمنع؛ لأن عوده بعيد بمره، فإن اتفق، فهو محض نعمة من الله جديدة، وجنس السن يعتاد فيه العود، فلا يبعد أن يلحق نوع منه بنوع.

التفريع على القولين في عود السن.

إذا اقتص المجنِّي عليه أو أخذ الأرش، ثم نبت سنه، فليس للجاني قلعه، وهل يسترد الأرش، إن أخذ المجنِّي عليه الأرش؟ فيه وجهان أو قولان، إن أقمنا العائد مُقَامَ الأول، فنعم، وإن جعلناه هبةً محددةً فلا، وهذه الصورة مذكورة في الكتاب في «الديات» وإن كان المجنِّي عليه قد اقتص، فهل يطالبه الجاني بأرش السن بينى على هذا الخلاف، وعن رواية صاحب «التقريب» عن أبي الطيب بن سلمة: أنه لا يطالب في صورة الاقتصاص بشيء؛ لأن استرداد الأرش المدفوع ممكن بخلاف القصاص المستوفى، وهو ضعيف، ولو تعدى الجاني، فقلع السن العائدة، وقد اقتص منه، فإن أقمنا العائد مُقَامَ الأول، فعليه الأرش بهذا القلع؛ لتعدر القصاص، وقد وجب له على

المجني عليه الأرش بالعود، ففيه الكلام في التقاص، وإن جعلناه هبةً مجددةً، فعليه الأرش للقلع في الثاني، وقد استوفى موجب الأول بالقصاص، وعلى هذا القول؛ لو لم يقتص منه أولاً أو أخذ الأرش، فللمجني عليه أن يقتص، للقلع الثاني، ولو لم يقتص، ولا أخذ الأرش، فعليه قصاص وأرش أو أرشان، وإذا اقتصصنا من الجاني، فعاد سنّه دون سنّ المجني عليه، فإن أقمنا العائد مقام الأول، فهل للمجني عليه القلع ثانياً؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، لأنه قابل قلعاً بقلع، فلا تُثنى عليه العقوبة، لكن له الأرش، لخروج القلع الأول عن أن يقع قصاصاً، وكأنه تعدّر القصاص بسبب من الأسباب.

والثاني: نعم؛ لأن الجاني أفسد منبته فيكرّر عليه القلع إلى أن يفسد منبته، وإن جعلناه هبةً مجددةً، فلا شيء للمجني عليه، وقد استوفى حقه بما سبق، وهذا هو الأظهر، ولو اقتصصنا، وعاد سن الجاني والمجني عليه معاً، فلا شيء لواحد منهما على الآخر باتفاق القولين، أما إذا أقمنا العائد مقام الأول، فكأنه لا جناية ولا قصاص، وأما إذا جعلناه هبةً مجددةً، فقد وقّينا بموجب الجناية بالاقصاص، ثم إن الله تعالى أنعم عليهما بنعمتين جديدتين.

قال الإمام: ومن بديع التفريع إفضاء قولين مختلفين إلى مقصود واحد.

والثالث: إذا قلع غير مشغور سنّ مشغور، ذكر القاضي ابن كج؛ أن المجني عليه يأخذ الأرش، إن شاء، ويقتص [إن شاء، وليس له مع القصاص شيء آخر، كما في أخذ الشلاء بالصحيحة]<sup>(١)</sup> وهذا، إذا كان غير المشغور قد بلغ، وإلا فلا قصاص وفي «أمالي» أبي الفرج: أنه يقال له: إن قلعته سنّه الآن، فالظاهر منها العود، فاضبر إلى أن يصير مشغوراً، فإن استعجل، أجيب، وشرط عليه أنه لا حق له [عليه] فيما يعود.

والرابع: إذا قلع غير مشغور سنّ من غير مشغور، فلا قصاص في الحال؛ لأن الغالب في السن المقلوعة النبات، فإن نبتت، فلا قصاص ولا دية، على ما ذكرنا في قلع المشغور سنّ غير المشغور، وإن لم تنبت، وقد دخل وقته، فللمجني عليه أن يأخذ الأرش، ويقتص، فإن اقتص، ولم يعد سن الجاني، فذاك، وإن عادت، فهل يقلع ثانياً؟ فيه وجهان:

أظهرهما: على ما ذكر الإمام: نعم.

وقوله في الكتاب: «ولا يقلع سن البالغ بسن الصبي الذي لم يتغر» ولا يخفى أن



المراد المَثْغُور وغير المَثْغُور، وأن التعرُّض للبالغ والصبي جَرَى على العادة الغالبة في الحالتين، ويقال: نَغَرَ الصبي إذا سقطت روضه فهو مَثْغُور، فإذا نَبَتْ قيل بالتاء على الإدغام بعد قلب الشاء تاء «وأنغر» إظهاراً للحرف الأصلي وقوله: «ولو قطع فلقة من طول لسانه». المسألة لا تختص بالفلقة بل الحُكْم في جميع اللسان كذلك، إلا أن عودَ جميع اللسان أبعَد عن التصوُّر، ففرض في الفلقة، وأتبع فيه الإمام.

وقوله: «وكان قد استفاه، لزمه الدية» يجوز إعلامه بالواو.

فَرُوعٌ: وإن نبتت، قلت: أصل المستحب في قصاص الجروح والأطراف التأخير إلى الاندمال واستقرار الجناية، وظاهر المذهب أن المستحب، لو طلب القصاص في الحال، يجاب ولا يؤخر إلى الاندمال، والظاهر على ما ذكر صاحب «التهديب» وغيره: أنه لو طالب بالمال، لا يجيبه ويُنظر إلى الاندمال، قال: والفرق أن القصاص في تلك الجراحة، وفي ذلك الطرف ثابت للمجنِّي عليه، وإن سرت الجراحة إلى النفس أو شاركه غيره في الجرح، والمال لا يتقدَّر، فقد تعود الديتان فيما إذا قطع يديه ورجليه إلى دية واحدة بالسراية، وقد يشاركه واحد أو جمع، فيقل واجبه، وإذا لم يتيقن قدر الواجب، لم يؤخذ، وفي كل واحد من القصاص والمال خلاف، وفي كيفية الخلاف طرق.

أحدهما: أن فيهما جميعاً قولين بالنقل والتخريج، ونصه في القصاص أنه يعجله وفي المال أن لا يعجل.

أحدهما: أن يستوفى ما يطلبه المجنِّي عليه منهما؛ لوجود الجناية الموجبة.

والثاني: المنع إلى أن تستقر الجناية بالاندمال.

والثاني: قطع بعضهم في القصاص بأنه يعجل قالوا: والنص في المال أنه لا يؤخذ قبل الاندمال، ونص فيما إذا جنى السيد على مكاتبه على أنه يعجل الأرش، ليصرفه إلى النجوم، فحصل من النصين قولان في تعجيل المال.

والثالث: قطع آخرون بأنه يعجل القصاص، ولا يعجل الماء إلا في مسألة المكاتب، والفرق أن المكاتب يخاف سقوط المال؛ بأن يموت رقيقاً أو ينجز، والحر لا يخاف سقوطه، وأيضاً فالكاتب موضوعاً على تعجيل العتق ما أمكن، وكذلك لو عجل المكاتب النجم قبل المحل، يُجبر السيد على القبول، وفي سائر الديون المؤجلة تفصيل وخلاف، وإذا قلنا: يعجل المال قبل الاندمال، ففي قدره وجهان:

أحدهما: وبه قال أبو إسحاق لا يعجل إلا دية نفس؛ لأن احتمال السراية قريب ليس بنادر، فبتقدير السراية لا يجب إلا دية نفس.

والثاني: تجب أروش الجراحات وديات الأطراف، كما كانت؛ لأن أسبابها

حاصلةً ونقصانها بالسراية غير محقق، فإن اتفقت السراية استرددنا الزيادة، وحكى الإمام وجهين عن الصائرين إلى التعجيل في «مسألة المكاتب» في أنه هل يخص الحكم بما إذا كان المال المأخوذاً وفاقياً بالنجوم أو بما بقي منها أو يعمم قال: ولو كانت الجراحة جراحةً حكومية، فلا بد من التوقف إلى تبين العاقبة، وعن بعض الأصحاب فيما رواه الشيخ أبو محمد: أنه يؤخذ أقل ما يفرض حكومة لتلك الجراحة، وعند أبي حنيفة [ومالك وأحمد]: لا يستوفى قصاص الطرف قبل الاندمال، بناءً على أصلهم؛ أنه إذا صارت الجناية نفساً، سقط قصاص الطرف.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: التَّفَاوُتُ الثَّلَاثُ فِي الْعَدَدِ فَإِنْ كَانَ يَدُ الْجَانِي نَاقِصَةً بِأَصْبَعٍ قُطِعَتْ (ح) وَطُولِبَ بِالْأَرْشِ، وَإِنْ كَانَ النَّاقِصُ يَدُ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ كَانَ (ح) لَهُ لَقْطُ الْأَصَابِعِ الْأَرْبَعِ، وَلَوْ كَانَ عَلَى يَدِ الْجَانِي أَصْبَعَانِ شَلَاوَانٍ فَلَهُ لَقْطُ الْأَصَابِعِ الثَّلَاثِ وَلَهُ دِيَةٌ الْأَصْبَعَيْنِ، وَحُكُومَةُ الْكَفِّ تَنْدَرُجُ تَحْتَ جَمِيعِ الْأَصَابِعِ قَوْلًا وَاحِدًا، وَهَلْ يَنْدَرُجُ تَحْتَ قِصَاصِ الْأَصَابِعِ، وَهَلْ يَنْدَرُجُ بَعْضُهُ تَحْتَ دِيَةِ بَعْضِ الْأَصَابِعِ فِيهِ وَجْهَانِ، وَالصَّحِيحُ (و) أَنَّهُ لَا يَنْدَرُجُ تَحْتَ حُكُومَةِ الْأَصْبَعِ الشَّلَاءِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: تَفَاوُتُ الْعَضْوَيْنِ فِي الْعَدَدِ قَدْ يَكُونُ بِالنَّقْصَانِ فِي طَرَفِ الْجَانِي ۖ وَقَدْ يَكُونُ بِالنَّقْصَانِ فِي طَرَفِ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ، وَفِيهِمَا صَوْرٌ:

إحداها: لو كانت يد الجاني ناقصةً بأصبع، وقد قطع يداً كاملةً، فالمجني عليه يأخذ دية اليدان إن شاء، وإن شاء قطع يده الناقصة وأخذ الأرش للأصبع، ولو كانت ناقصة بأصبعين فله قطع يده وأرش أصبعين، وقال أبو حنيفة: لا أرش له مع قطع اليد.

لنا: أن الجاني قد قطع منه أصبعاً، لم يستوفِ قصاصها، فيكون له أرشها لقوله ﷺ: «فِي كُلِّ أَصْبَعٍ عَشْرٌ مِنَ الْإِبِلِ»<sup>(١)</sup> وَأَيْضاً، فَإِنَّ تِلْكَ الْأَصْبَعِ، لَوْ كَانَتْ، لَكَانَ لَهُ اسْتِيفَاؤُهَا، فَإِذَا لَمْ تَوْجَدْ، اسْتَوْفَى بِذَلِكَ، كَمَا لَوْ قَطَعَ أَصْبَعَيْنِ، وَليست له إلا واحدة [ويخالف] ما إذا كانت يد الجاني شلاء، وأراد المجني عليه قطعها، فإنه لا يأخذ معها شيئاً؛ لأن النقصان هناك نقصان صفة، وجرم الأصابع باقي، والنقصان ها هنا نقصان جزء، وحكم النقصانين مختلف؛ ألا ترى أنه لو أتلّف إنسان عليه صاعٍ حنطة، ووجد للمتلف صاعاً، كان له أن يأخذه، ويطلب بدل الباقي، ولو أتلّف عليه جيداً، ووجد له رديئاً من جنس المتلف، فأراد أن يأخذه ويطلب أرشاً، لم يكن له ذلك، وكذا لو قطع

(١) رواه أبو داود من حديث أبي موسى، ومن حديث ابن عباس أيضاً، وأخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه، من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

أصبغين من غيره، وله أصبع واحدة، فللمجنّي عليه أن يقتصر في الموجودة، ويطلب بدل المعدومة، ولو قطع أصبعاً صحيحةً وتلك الأصبع منه شلاء، فأراد المجنّي عليه قطع الشلاء وأخذ شيء للشل لم يمكن التائية لو كان النقصان في يد المجنّي عليه كما إذا قطع السليم يداً ناقصةً بأصبع، فليس للمجنّي عليه قطع اليد الكاملة من الكوع لما فيه من استيفاء الزيادة، لكنه يلقط الأصابع الأربع إن شاء، ويأخذ ديتها إن شاء، قال الإمام أبو حنيفة: يأبى هذا النوع من القصاص، ولا يجوز أن تلقى حديدة القصاص غير الموضوع الذي لقيته حديدة الجاني، وقد تقدّم مثله، فإن لقط الأربع، فقد استبقى كفّ الجاني مع استيفائه كفه فهل له حكومتها أما حكومة خمسة الذي تقابل منبت أصبعه الباقية، فيجب، وأما حكومة أربع أخماسها، فوجهان.

أحدهما: لا يجب، وتدخل تحت قصاص الأصابع، كما تدخل تحت ديتها، فإنه أحد موجبي الجناية.

وأصحهما: الوجوب، وبه قال أبو إسحاق، ووجهه بأن الحكومة من جنس الدية، فلا يبعد دخولها فيها، والقصاص ليس من جنسها، وبأن الدية بذل حكمي، فجاز أن يجعل بدلاً عن الكل، والقصاص استيفاء المثل حساً، فلا يمكن أن يجعل الأصابع وخداها في مقابلة الأصابع ومنابتها، مع التفاوت المحسوس بين الجملتين، ويجري الوجهان فيما إذا كانت على يد الجاني أصبع زائدة، ويد المقطوع بصفة الاعتدال، فلقط الخمس؛ لتعذر القطع من الكوع بسبب الزائدة هل تدخل حكومة الكفّ تحت قصاص الخمس؟ وهذه الصورة هي التي ينطبق عليها قوله في الكتاب: «لكن هل يندرج تحت قصاص الأصابع؟ فأما إذا لقط الأربع في الصورة التي قبل هذه، فليس الجاري قصاص الأصابع، بل قصاص بعضها، ولو أخذ في تلك الصورة دية الأربع، ولم يلقطها، دخلت حكومة منابتها فيها، وعلى ظاهر المذهب، كما أن حكومة جميع الكفّ تدرج تحت دية الأصابع، فإن الواجب في لقط الأصابع خمسون من الإبل، وفي القطع من الكوع، ولا يجب إلا ذلك، وإذا اندرجت حكومة الكفّ تحت ديات الأصابع، اندرج بعضها تحت البعض؛ لأن البعض من البعض كالكل من الكل، وحكى الإمام وغيره وجهاً أنه لا تدرج، وتختص قوة الاستتباع بالكل وأما حكومة الخمس الباقي من الكفّ، فيجب على الصحيح، وحكى وجهاً أن كل أصبع تستتبع الكفّ كما تستتبعها كل الأصابع، ورتب الإمام الخلاف في أن دية بعض الأصابع، هل تستتبع قسطاً من حكومة الكفّ على الخلاف في أن قصاص بعضها<sup>(١)</sup> هل يستتبع؟ إن قلنا بالاستتباع في

(١) سقط من: ب.

القصاص، ففي الدية أولئى، وإلا ففي الدية وجهان، وإذا وفيت حق التأمل فيما ذكرنا، ظهر لك أن الخلاف في أن القصاص في بعض الأصابع، هل يستتبع حكومة منابتها من الكف؟ يحصل من وجهين: أحدهما: أن القصاص هل يستتبع الحكومة.

والثاني: أن البعض هل يستتبع البغض. ولو قطع كفاً لا أصابع عليها، فلا قصاص إلا أن يكون كف القاطع مثلها، ولو قطع صاحب هذه الكف يداً سليمة، فله قطع كفه ودية الأصابع، حكاه القاضي ابن كج عن الثص.

الثالثة: إذا كانت في يد الجاني أصبعان شلاوان، ويد المجني عليه سليمة فإن شاء قطع يده، وعليه أن يقنع بها، فإننا ذكرنا فيما إذا عم الشلل اليد، أنه إذا قطعها، يقنع بها، وإذا كان الشلل في بغضها، فالقناعة أولئى وإن شاء، لقط الثلاث السليمة، وأخذ دية أصبعين، ويعود في استتباع القصاص في الثلاث حكومة منابتها، وفي استتباع حكومة دية الأصبعين حكومة منبتهما الخلافان السابقان، ولو كانت في يد المجني عليه أصبعان شلاوان، ويد الجاني سليمة، لم يجز القصاص من الكوع، ولكن للمجني عليه أخذ الثلاث السليمة، وحكومة الأصبعين الشلاوين، ويعود الخلاف في استتباع القصاص في الثلاث حكومة منابتها، وفي استتباع حكومة الشلاوين حكومة منبتهما وجهان:

أحدهما: وهو الذي أورده أصحابنا العراقيون: أنها تستتبعها؛ لأن حكومتها هي المال الواجب فيها فأشبهت دية الصحيحة.

وأصحهما: عند صاحب الكتاب والإمام والحسين الفراء: المنع؛ لأن الحكومة ضعيفة غير مقدرة، فلا يليق بها الاستتباع، بخلاف الدية، وفي لفظ «المختصر» ما يوافق هذا الوجه ويؤيده، والوجهان يجيئان على قولنا: إن دية بغض الأصابع تستتبع قسطاً من حكومة الكف.

أما إذا قلنا: إن دية بغضها لا تستتبع بغض الحكومة، فحكومة بعضها أولئى.

فرع: لو قطع كفاً ليست لها إلا أصبع واحد خطأ، وجبت دية تلك الأصبع، والظاهر أنه تدخل حكومة منبتها فيها، وأنه يجب حكومة باقي الكف، وعلى الوجه الذي قلنا: إن كل أصبع يستتبع كل الكف؛ لا يجب شيء من الحكومة.

آخر في «التهذيب»: أنه لو كانت أصابع إحدى يديه وكفها أقصر من الأخرى، فلا قصاص في القصرى؛ لأنها ناقصة<sup>(١)</sup> وفيها دية ناقصة بحكومة.

(١) قال في الخادم: سكتنا عليه وليس كذلك بل قضية كلام الشافعي والأصحاب أنها إن كانت تامة الأنامل والبطش فإنه يجب فيها القصاص.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَإِنْ كَانَ عَلَى يَدِ الْجَانِبِي سِتُّ أَصَابِعَ مُتَسَاوِيَةٍ لَيْسَ فِيهَا زَائِدٌ فَلِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ أَنْ يَلْقَطَ خَمْسًا وَيَطَالِبَ بِسُدُسِ دِيَةِ الْيَدِ وَيَحْطُ شَيْئًا بِالْأَجْتِهَادِ لِأَنَّ كُلَّ سُدُسٍ أَسْتَوْفَاهُ كَانَ فِي صُورَةِ خُمُسٍ، فَإِنْ كَانَ فِيهَا زِيَادَةٌ بِالْفِطْرَةِ التَّبَسُّ عَلَى أَهْلِ الصَّنَعَةِ فَلَا قِصَاصَ خِيفَةً مِنْ أَخَذِ الزِّيَادَةِ بِالْأَصْلِيَّةِ، فَإِنْ بَادَرَ وَلَقَطَ خَمْسًا فَهُوَ تَمَامُ حَقِّهِ وَلَا أَرْشَ لَهُ بَعْدَهُ وَإِنْ أَحْتَمِلَ أَنْ تَكُونَ الزَّائِدَةُ هِيَ الْمُسْتَوْفَاةُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قَدْ سَبَقَ أَنْ الزَّائِدُ مِنَ الْأَعْضَاءِ يُقْتَعُ بِالزَّائِدِ، إِذَا اتَّحَدَ الْمَحَلُّ، وَذَكَرْنَا خِلَافًا فِي اشْتِرَاطِ التَّسَاوِي فِي الْحَجْمِ، فَلَوْ فُرِضَ شَخْصَانِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَصْبَعٌ زَائِدَةٌ، فَقَطَعَ أَحَدُهُمَا زَائِدَةً الْآخَرَ، اقْتَصَصَ مِنْهُ، إِذَا حَصَلَ شَرْطُهُ، وَكَذَا لَوْ قَطَعَ أَحَدُهُمَا يَدَ الْآخَرَ، وَلَوْ قَطَعَ شَخْصٌ مَعْتَدِلٌ الْخَلْقَةَ يَدًا عَلَيْهَا أَصْبَعٌ زَائِدَةٌ تُقْتَعُ يَدَهُ بِهَا، وَتُؤَخَذُ الْحُكُومَةُ لِلزَّائِدَةِ، سِوَاءَ كَانَتْ مَعْلُومَةً بَعِينَهَا أَوْ لَمْ تَكُنْ، وَإِنْ شَاءَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ، أَخَذَ دِيَةَ الْيَدِ وَحُكُومَةَ الْأَصْبَعِ الزَّائِدَةِ، وَلَوْ قَطَعَ صَاحِبُ الْأَصَابِعِ السُّتَّ يَدَ مَعْتَدِلِ الْخَلْقَةِ، لَمْ تُقْتَعْ يَدُهُ مِنَ الْكُوعِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ الْأَصْبَعُ الزَّائِدَةُ نَابِتَةً مِنَ الذَّرَاعِ، [فَلَا يُمْكِنُ الْقَطْعُ مِنَ الْكُوعِ]، وَإِذَا تَعَدَّرَ الْقِصَاصُ مِنَ الْكُوعِ، فَلِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ لَقَطُ الْخَمْسِ الْأَصْلِيَّاتِ، وَتَعُودُ الْوُجْهَانِ فِي اسْتِتْبَاعِ قِصَاصِهَا حُكُومَةَ الْكُفِّ فَإِنْ كَانَتِ الزَّائِدَةُ بِنَجْبِ أَصْلِيَّةٍ؛ بِحَيْثُ لَوْ قُطِعَتِ الْأَصْلِيَّةُ، لَسَقَطَتِ الزَّائِدَةُ، فَلَا تَقْتَعُ، بَلْ يَقْتَصِرُ عَلَى قَطْعِ الْأَرْبَعِ، وَيَأْخُذُ دِيَةَ أَصْبَعٍ، وَلَوْ كَانَتِ نَابِتَةً عَلَى أَصْبَعٍ، وَأَمْكِنُ قَطْعَ بَعْضِهَا مِنَ الْأَرْبَعِ، فَعَلَّ كَمَا إِذَا كَانَتِ نَابِتَةً عَلَى الْأَنْمَلَةِ الْوَسْطَى أَصْبَعٍ، فَيُقْتَعُ الْأَنْمَلَةُ الْعُلْيَا مَعَ الْأَرْبَعِ، وَيُؤَخَذُ ثَلَاثًا دِيَةَ أَصْبَعٍ، هَذَا إِذَا كَانَتْ فِي السِّتِّ الزَّائِدَةَ مَعْلُومَةً بَعِينَهَا، وَوَرَاءَهُ صَوْرَتَانِ، هُمَا الْمَذْكُورَتَانِ فِي الْكِتَابِ.

إِحْدَاهُمَا: لَوْ كَانَتِ السِّتُّ كُلُّهَا أَصْلِيَّةً؛ بِأَنَّ قِسْمَتِ الطَّبِيعَةِ مَادَّةَ الْأَصَابِعِ بِتَقْدِيرِ الْعَزِيزِ الْحَكِيمِ بِسِتَّةِ أَجْزَاءٍ مُتَسَاوِيَةٍ فِي الْقُوَّةِ وَالْعَمَلِ بَدَلًا عَنِ الْقِسْمَةِ إِلَى خَمْسَةِ أَقْسَامٍ، هَذَا لَفْظُ الْإِمَامِ، وَكَلِمَتَا «الطَّبِيعَةُ وَالْمَادَّةُ» مِنْ اصْطِلَاحَاتِ الْقَوْمِ، وَإِنْ أَسْنَدَ إِلَى تَقْدِيرِ الْحَكِيمِ الْخَبِيرِ، وَمِنْ الْأَصْحَابِ مَنْ عَبَّرَ عَنِ الْغُرُضِ بِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى نَقَصَ مِنْ جَرَمِ كُلِّ أَصْبَعٍ مِنَ الْخَمْسِ وَقُوَّتِهَا شَيْئًا، وَخَلَقَ مِنْهَا أَصْبَعًا تُسَاوِيهَا فِي الصُّورَةِ وَالْقُوَّةِ، وَبِالْجُمْلَةِ، فَإِذَا قَالَ أَهْلُ الْبَصِيرِ: إِنَّهَا جَمِيعًا أَصْلِيَّةٌ، لَيْسَتْ فِيهَا زَائِدَةٌ، فَلِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ أَنْ يَلْقَطَ خَمْسًا مِنْهَا عَلَى الْوَلَاءِ مِنْ أَيِّ جَانِبٍ شَاءَ هَكَذَا أَطْلُقُ، وَلَكِ أَنْ تَقُولَ: إِنْ لَمْ تَكُنِ السُّتُّ الْمَفْرُوضَةُ عَلَى تَقْطِيعِ الْخَمْسِ الْمَعْهُودَةِ وَهَيْئَاتِهَا، فَهَذَا قَرِيبٌ، وَإِنْ كَانَتْ عَلَى تَقْطِيعِهَا، فَمَعْلُومٌ أَنَّ صُورَةَ الْإِبْهَامِ مِنَ الْخَمْسِ تَبَايِنُ صُورَةَ سَائِرِهَا، وَإِنْ كَانَتِ الَّتِي تُشَبِّهُ الْإِبْهَامَ عَلَى الطَّرَفِ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَلْقَطَ الْخَمْسَ مِنْ ذَلِكَ الْجَانِبِ، وَإِنْ وَقَعَتْ ثَانِيَةً، وَكَانَتِ الَّتِي عَلَى الطَّرَفِ كَالْمَلْحَقَةِ بِهَا، فَيَنْبَغِي أَنْ يَلْقَطَ الْخَمْسَ مِنَ الْجَانِبِ الْآخَرِ.

قال الإمام: ويختلج في النفس أن يُقال: ليس له لقط الخمس؛ لوقوع الست على نَظْمٍ يخالف نظم الخمس المعتدلة، وغموض القطع منها ثم حَقُّه لا يتوفر بقطع الخمس منها؛ لأنها خمسة أسداس اليد، ويده مقطوعةً [بكمالها]<sup>(١)</sup>، فله مع ذلك سدسُ الدية، لكن يُحطُّ من السدس شيءٌ لأن الخمس الملقوطة، وإن كانت خمسة أسداس، فهي في صورة الخمس المعتدلة، والأمرُ في قدر المحطوط مفروضٌ إلى رأي المجتهد ونظيره، ولو بادر المجني عليه، وقَطَعَ الست، قال صاحب «التهذيب»: يعزُر، ولا شيء عليه، ولو قلت: يلزمه شيء؛ لزيادة الصورة، لم يَبْعُدْ، وهو القدر المحطوط من سدس الدية لواحدة مع قطع الخمس، ولو قطع صاحب الأصابع الست أصبعاً من معتدل، تقطع أصبعه، ويؤخذ ما يفضل به خمس دية اليد على سدسها، وهو بعيرٌ وثلاثا بعير، لأن خمسها عشرة، وسدسها ثمانية وثلاث، وقياس ما سبق أن يُقال: يحط من قدر التفاوت شيء؛ لأن المستوفى سدسٌ في صورة خمس، ولو قطع معتدل اليد التي وصفنا أصابعها، قطعت يده ويؤخذ منه شيءٌ للزيادة المشاهدة، كذلك حكاها الإمام وغيره ولو قطع أصبعاً منها، لم يقتصر؛ لما فيه من استيفاء الخمس بالسدس، ولكن يؤخذ منه سدس دية يدٍ ولو قطع أصبعين، قُطعت منه أصبعٌ ويؤخذ فضل ثلث الدية على خمسها، وهي ستة أبعرة وثلاثان، ولو قطع ثلاثاً منها قُطعت منه أصبعان، ويؤخذ من دية اليد فضل النصف على الخمسين، وهو خمسة أبعرة، ذكره الشيخ إبراهيم المرورودي وغيره، ولو بادر المجني عليه، وقطع بأصبعه المقطوعة أصبعاً منها، قال الإمام: هو عندنا كمن قطع يداً شلاً، فابتدر المجني عليه، وقطع بها الصحيحة.

الثانية: إذا قال أهل البصر: نعلم أن واحدةً منها زائدة، فإن القوة لم تقسم اليد إلى أجزاء متساوية، ولكن الزائدة ملتبسةً علينا، لم يكن للمجني عليه قطع الخمس؛ لأن الزائدة لا تُقطع بالأصلية مع اختلاف المحل، ولا يؤمن أن تكون الزائدة إحدى المستوفيات، ولو بادر، وقطع خمساً، عَزُر، ولا شيء عليه [لاحتمال أن]<sup>(٢)</sup> المقطوعات أصليات، ولا شيء له وإن احتمل أن تكون الزائدة فيما استوفى؛ لأنه تعدى بما فعل، والاحتمالان قائمان، فلا نجعل له شيئاً كما لا نجعل عليه شيئاً، ولو بادر، وقطع الكل، فعليه الحكومة للزائدة، وإن قال أهل البصر: لا ندرى أهي كلها أصليات، أم خمسٌ منها أصلية، وواحدة زائدة، فلا قصاص أيضاً، ولو قطع جميعها أو خمساً منه، يعزُر، ولا شيء له، ولا عليه، لأنه إن قطع الجميع، فيحتمل أنها أصليات، وإن قطع خمساً منها، فيحتمل أن تكون الأصليات والباقيّة الزائدة [وقوله في الكتاب: «فلا

(٢) في ز: لأن.

(١) في ز: مما فيها.

قصاص خيفة من أخذ الزائدة بالأصلية<sup>(١)</sup> أي مع اختلاف المحل، فأما إذا لم يختلف المحل، فلا يمتنع أخذ الزائدة بالأصلية، على ما مرّ، وذلك كما إذا كانت له أربع أصابع أصلية وخامسة زائدة، فقطع يد من أصابعه أصلية، يجوز للمجني عليه أن يقطع يده، ويرضى بالزيادة عن الأصلية.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَلَوْ قَسَمَتِ الْقُوَّةُ الْمُدْبِرَةَ بِإِذْنِ اللَّهِ - تَعَالَى - أَضْبَعًا وَاحِدَةً بِأَرْبَعِ أُنَامِلٍ مُتَسَاوِيَةٍ فَقَطَعَ صَاحِبُهَا أُنْمَلَةً مِنْ مُعْتَدِلَةٍ قَطَعْنَا وَاحِدَةً وَطَالِبْنَا بِمَا بَيْنَ الرَّبْعِ وَالثُّلُثِ، وَإِنْ قَطَعَ ثِنْتَيْنِ قَطَعْنَا ثِنْتَيْنِ وَطَالِبْنَا بِمَا بَيْنَ النُّصْفِ وَالثُّلُثَيْنِ، وَإِنْ قَطَعَ ثَلَاثَةً قَطَعْنَا ثَلَاثَةً وَطَالِبْنَا بِمَا بَيْنَ الْكُلِّ وَثَلَاثَةِ أَرْبَاعٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قَوْلُهُ: «لَوْ قَسَمَتِ الْقُوَّةُ الْمُدْبِرَةَ بِإِذْنِ اللَّهِ تَعَالَى» عبارة اتبع فيها الإمام حيث قال في تصوير المسألة: «صَادَقَتِ الْقُوَّةُ الْمُدْبِرَةَ بِإِذْنِ اللَّهِ تَعَالَى مَزِيدَ مَادَّةٍ، فَزَادَتْ فِي الْأَصْبَعِ قِسْمًا»، وهو كما حكيناه عنه في تصوير الأصابع الست، والمقصود أن كل أصبع سوى الإبهام منقسمة فيما أجرى الله تعالى العادة به ثلاث أقسام، وهي الأنامل الثلاث، فلو انقسمت على خلاف العادة أصبع بأربع أنامل، فلها حالتان.

إحدهما: وهي المذكورة في الكتاب أن تكون الأربع أصلية عند أهل النظر، وقد يستدل عليه بأن تكون غير مُفْرَطَةِ الطُّول بل قريبة من الاعتدال، وتناسب سائر [الأصابع]، فإذا قطع صاحبها أنملة من معتدل، فيقطع منه أنملة، لكن حق المجني عليه لا تتأذى بها على التمام؛ لأن أنملته رُبُع الأصبع، وأنملة المجني عليه ثُلُث، فيطالب بما بين الربع والثُلُث من دية أصبع، وهو خمسة أسداسٍ بغير؛ لأن [ثلثا] دية الأصبع ثلاثة وثلث، وربُعها اثنان ونصف، ويقال: إن القفال حكى هذه الصورة عن نص الشافعي - رضي الله عنه - وإن قطع أنملتين، قطعنا منه أنملتين، وأنملتا نصف أصبعه، وأنملتا المجني عليه ثلثا أصبعه، فيطالب بما بين نصف دية أصبع وثلثها، وهو بغير وثلثا بغير، وإن قطع أصبع معتدل بتمامها، فهل يقطع أصبعه بها؟ نقل صاحب «التهذيب» فيه وجهين:

أحدهما: نعم، وهو الذي أورده القاضي الروياني، وصاحب الكتاب في «الوسيط» [وهو الذي] صححه الإمام، لأنه لا تفاوت في أصل الخلق، وإنما التفاوت في كيفية الانقسام وعدد الأقسام، ويدل على المقابلة بين الأصبعين جعل كل أنملة منها مقابلة برقع ما يقابل به أصبع المعتدل.

وأصْحُهُمَا: عند صاحب «التهذيب»: المنع؛ للزيادة في عدد الأنامل، كما لا تقطع اليد التي [فيها] ستُّ أصابع بيد المعتدل؛ للزيادة في عدد الأصابع، وقد يُؤَيَّد ذلك بنصِّ تقدّم في الأصبع الزائدة، أنه إذا كانت لها ثلاثة مفاصل، لا تقطع بالتي لها مَفْصِلَان، وعلى هذا يقطع منه ثلاث أنامل، هي ثلاثة أرباع حَقَّة، ويطلب بالتفاوت بين جميع الدية، وثلاث أرباعها، وهو بعيران ونصف، ولو بادر المجني عليه، وقطع أصبعه عُرْز، ولا شيء عليه.

وقوله في الكتاب: «إن قطع ثلاثاً قطعنا ثلاثة» جواب على ما رجَّحه صاحب «التهذيب» لأن قطع الثلاث من المعتدل هو قطع الأصبع كلها، وليُعْلَم بالواو؛ للوجه الآخر على أن الأشبه أنه لم يقصِد الجواب بما ذكره؛ لأنه لم يذكره في «الوسيط» ولا اختاره الإمام وإنما وقع عن غفلة.

ولو قطع معتدلاً أنملة من له هذه الأصبع، لم تقطع أنملته، ولكن تُؤَخَذ منه رُبْع دية أصبع، ولو قطع أنملتين، فللمجني عليه أن يقطع منه أنملة، ويأخذ ما بين ثلث الدية ونصفها، وهو بعيرٌ وثلثان، ولو قطع ثلاث أنامل، فله أن يقطع أنملتين، ويأخذ ما بين الثلثين، وثلاثة أرباع، وهو خمسة أسداس بعير، ولم يذكرها هنا أنه يُحَطُّ من المضموم إلى الأنملة المقطوعة شيء؛ لأنها ربع في صورة ثلث، كما [فعلوا] في مسألة الأصابع السَّت، ولو قطع الأصبع بتمامه، قُطعت أصبعه ولم يلزمه شيء آخر، ذكره الإمام والقاضي الروياني.

والحالة الثانية: أن تكون الأنملة العُلْيَا زائدةً خارجة عن أصل الخلقة فلو قطع صاحبها أصْبَع معتدل، لم تقطع أصبعه؛ لما فيها من الزيادة<sup>(١)</sup>، وأخِذت منه الدية ولو قَطَعها معتدل، قُطعت أصبعه، وأخِذت منه حكومة للزائدة، وتختلِف الحكومة بأن تكون الزائدة ساقطة العمل أو منقادة له، ولو قطع المعتدل أنملة منها، فلا قصاص، لأن الأصلية لا تُؤَخَذ بالزائدة، وتجب الحكومة، ولو قطع منه أنملتين، قطعت منه أنملة، وأخذت الحكومة [للزائدة]<sup>(٢)</sup>، ولو قطع ثلاثاً، قطعت منه أنملتان، وأخذ الحكومة.

فُرُوع: إذا كان لأنملته طرفان؛ أحدهما أصليٌّ عامل، والآخر زائدٌ غير عامل، ففي الأصلي القصاص والأرش الكامل، وفي الزائد الحكومة، ولو قطع صاحبها أنملة معتدلة، قُطع منه الطرف الأصلي، إن أمكن إفراده بالقطع، وإن كانا عاملين مشتدين قال الإمام: الأمر فيهما قريب من القول في الأصابع الستة الأصلية، وإن قطع معتدلاً أحد

(١) وهذا حكاة في البحر عن حكاية أبي بكر الصيدلاني.

(٢) في ز: للزيادة.



الطرفين، لم تُقطع أناملته، وإن قطعَهما جميعاً، قُطعت أناملته، ولزمه لزيادة الخَلْقة شيءٌ وإن قطع صاحبها أنملةً معتدلةً، لم يقطع طرفاً أناملته، ويقطع أحدهما، ويتخير فيه المقتصر، ويؤخذ منه نصف الأرض محطوطاً منه شيءٌ، لأن المقطوع نصف في صورة الكلِّ، وجميع هذا فيما إذا نبت طرفاً تلك الأنملة على رأس الأنملة الوسطى، فلو لقي رأسها عَظْم، ثم انشعب الطرفان من ذلك العَظْم، فإن لم يكن مفصّل بين العَظْم، وبينهما فليس ذلك موضع القصاص، وإن كان لكل طرفٍ مفصّل هناك، فالعَظْم الحائل بين الشعبتين، والأنملة الوسطى أنملة أخرى، فهي أصبعٌ لها أربع أنامل، والعليا منها ذات طرفين، هكذا رتب الإمام الفرع، وهو أحسن ترتيب فيه، وأصل الفرع منصوّص في «المختصر» وإذا كان على الساعد كَفّان، أو على الساق قَدَمَانِ، فالحكم كما في أناملتين على رأس الأصبع، وسنعود إلى ذلك «في الديات» إن شاء الله تعالى.

ولو [صادفنا] أصبعاً، ليست لها سوى أنملتان، وهي تناسب سائر الأصابع في الطول، فللإمام فيه احتمالان.

أحدهما: أنها ليست أصبعاً تامّةً، وإنما هي أنملتان؛ لأن طول الأنامل لا يقتضي مزيداً؛ ألا ترى أن ذات الأنامل لو طالت أناملها لو لم تزد لها حكومة بالطول، ولم يكن الطول كأنملة زائدة.

وأظهرهما: أنها أصبع تامّة، لكنها ذات قسمين، كما أنه إذا كانت فيها أربع أنامل كانت أصبعاً ذات أربعة أقسام، ولو فرضت أصبع لا مفصّل لها، قال الإمام: الأظهر عندي نقصان شيء من الدية؛ لأن الانثناء، إذا زال بالكلية، سقط مُعْظَم منافع الأصبع، وقد ينجر هذا الكلام إلى أن يقتصر أصبع السليم بها، والله أعلم.

قَالَ الْعَرَّابِيُّ: وَلَوْ قَطَعَ الْأَنْمَلَةُ الْوَسْطَى مِمَّنْ لَا عَلِيَا لَهُ وَجَبَ الْقِصَاصُ وَتَعَدَّرَ الْأَسْتِيفَاءُ، فَإِنْ سَقَطَتْ عَلَيَا الْجَانِي بَاقَةَ أَوْ جِنَايَةَ أَسْتَوْفِيَتِ الْوَسْطَى، وَهَلْ يُطَالَبُ فِي الْحَالِ بِأَرْشٍ؟ يُنْتَهَى عَلَى أَنَّ الْمَجْنُونِ إِذَا ثَبَتَ لَهُ الْقِصَاصُ هَلْ يُطَالَبُ لَهُ بِأَرْشٍ لِلْحَيْلُولَةِ، وَالنَّصُّ أَنَّهُ يُطَالَبُ، وَفِي الصَّبِيِّ لَا يُطَالَبُ فِقِيلَ بِالتَّسْوِيَةِ بَيْنَهُمَا نَفِيًّا وَإِثْبَاتًا تَخْرِيجًا، وَفِي طَلَبِ الْأَرْشِ لِأَجْلِ الْحَيْلُولَةِ بِعَدْرِ الْحَمَلِ خِلَافَ مُرْتَبِّ عَلَى الصَّبِيِّ وَأَوْلَى بِأَنْ لَا يُطَالَبَ لِأَنَّ أَمَدَ الْحَمَلِ قَرِيبٌ فَتَوَقُّعُ سُقُوطِ الْعُلْيَا بِأَقْبَعِ كَتَوَقُّعِ الْمَجْنُونِ الْإِنْفَاقَةَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: رَجُلٌ سَلِيمٌ الْيَدِ، قَطَعَ الْأَنْمَلَةَ الْوَسْطَى مِمَّنْ هُوَ فَاقِدُ الْأَنْمَلَةِ الْعُلْيَا، فَلَا سَبِيلَ إِلَى الْقِصَاصِ مَعَ بَقَاءِ الْأَنْمَلَةِ الْعُلْيَا، فَإِنْ سَقَطَتْ هِيَ بِأَقْبَعِ أَوْ جِنَايَةٍ، حَصَلَتْ الْقُدْرَةُ عَلَى الْقِصَاصِ مِنَ الْوَسْطَى، فَيَقْتَصِرُ وَفِي «الشامل»: أَنْ أَبَا حَنِيفَةَ قَالَ: لَا قِصَاصَ فِي الْوَسْطَى إِذَا تَعَدَّرَ الْأَسْتِيفَاءُ فِي حَالِ الْجِنَايَةِ.

لنا: أن امتناع القصاص كان لاتصال محلّ الجناية بغيره، فإذا زال الاتصال، استوفِيَ القصاصُ، كالحامل إذا وضعتِ الحَمْلَ.

فإن صبر المجنني عليه إلى أن يمكن الاقتصاص أو عفا وطلب الأرش، فذاك وقد حُكِيَ عن نصِّ الشافعي - رضي الله عنه - ما يناظره، قال: لو قطع كَفًّا لا أصابع لها، وليدِ القاطعِ أصابع، قلنا للمجنني عليه: لا يمكنكُ القصاص في الكفِّ، لأجل الأصابع، فإن اخترت، فاعف، وإلا فاصبر، فلعل أصابع الجاني تذهب، فتأخذ كفه بكفك، ولو بادر المجنني عليه، ففَطَعَ الوسطى مع العليا، فقد تَعَدَّى، وعليه أرش العليا، وإن أراد طَلَبَ الأرش في الحال للحيلولة، فهل له ذلك؟ فيه وجهان، وقد يُعَبَّر عن الخلاف بأن أخذ المال هل يكون عَفْواً عن القصاص، وقد يقال إذا أخذ المال، ثم سقطتِ العليا، هل يرده ويستوفِيَ القصاص؟ قال الإمام: وكلُّ ذلك راجعٌ إلى أن الحيلولة في القصاص، هل يثبت الرجوع إلى المال؟ وشبه الوجهين بالوجهين في أن من أتلف حنطة، وغَرَمَ القيمة لإعواز المِثْل، ثم وجد المِثْل، هل يرد القيمة، ويطالب بالمثل؟ وبالوجهين في أن من أخذ أرش الغيب القديم؛ امتنع الرد بالغيب الحادث، ثم زال العيب الحادث، هل له أن يرد المبيع والأرَش، ويسترد الثَمَن؟ وبنى الإمام وصاحب الكتاب الخلاف في أنه هل يطالب بأرش الوسطى في الحال، على أنه إذا ثبت القصاص لصبيٍّ أو مجنونٍ، هل لوليِّهما طَلَبُ المال في الحال؟ وإذا ثبت القصاص على حاملٍ، هل تُطالَب في الحال بالمال؟ فعن نصِّ الشافعي - رضي الله عنه - أنه لو قُتِلَ إنسانٌ، ووارثه مجنونٌ، يجوز لوليِّه أخذ الدية، وعن نصه - رضي الله عنه - فيما إذا ثبت القصاص لصبيٍّ: أن وليِّه لا يأخذ المال، فجرى جَارُونَ على الثَّصين، والفَرْق أن الجنون ليست له غايةٌ منتظرةٌ، فلو لم تُجَوَزْ أَخْذُ المال، ولا سبيل إلى استيفاء القصاص، كان ذلك قريباً من التعطيل، والصبيُّ له غايةٌ منتظرةٌ، وهو البلوغ، وعن بعضهم: التصرف فيهما، والتخريج من كل واحدٍ منهما في الآخر، ولو ثَبِتَ القصاص على حاملٍ، فعن الصيدلاني: أن في طلب المستحق الدية في الحال مثلَ الخلاف المذكور في أن وليِّ الصبيِّ هل يَطْلُبُ؛ لأن لوضع الحمل أمداً يَنْتَظَرُ، كما لزوال الصبَا.

فإذا عُرِفَ ذلك، فزوال العليا في مسألة الأثْمَلَةِ يشبه بمسألة الجنون؛ لأنه ليس له غايةٌ منتظرةٌ كإفاقة المجنون، والظاهر عند الأئمة أنه ليس له أخذُ المال، إذا لم يغف وقالوا: إن أخذه الدية عَفْوٌ عن القصاص، والظاهر في المجنون أن لوليِّه أخذُ المال، ولكن لا على الإطلاق، وإن حكى الإمام النص في المجنون مطلقاً، وكذا ذكره القاضي الروباني عن رواية أبي إسحاق الخراط، بل يشترط أن يكون فقيراً، فإن كان غنياً، فالظاهر أنه لا تُؤخَذُ، وفي الصبيِّ الفقير الظاهر أنه لا يأخذ، وقطعوا به فيما إذا كان غنياً، أو كان له قريبٌ يُنْفِقُ عليه، وقد سبق هذا كله في اللقيط، إذا ثبت له القصاص

في الطَّرْف وفي الحامل أيضاً الظاهرُ أنها لا تُطالَبُ بالدية، ولو كانت العلياً مستَحَقَّةَ القَطْعِ بالقصاص فتوقع القصاص في الوسطى بين التوقع في صورة المجنون والتوقع في صورة الصبي والحمل؛ لأن استيفاء القصاص يُرْتَقَبُ ويُنتظر بخلاف الإفاقة من المجنون، لكن ليس له أمدٌ معلومٌ بخلاف زوال الصبا ووضع الحمل، والذي رجَّحوه، وإن كانت العلياً مستَحَقَّةً بالقصاص؛ أنه لا يطالبه بأرش الوسطى من غير عفو، ومن صور استحقاق العلياً بالقصاص ما نصَّ عليه في «المختصر» وهو أن تقطع الأنملة العلياً من إنسان، والوسطى من آخر، وهو فاقدٌ للعليا، فلصاحب العلياً القصاص فيها أولاً، وإن كان قطعه لاحقاً، فإن جاء طالباً للقصاص، اقتصر ويُمكنُ مُستَحِقُّ القصاص من الوسطى استيفائه، قال أبو بكر الطوسي: ولو اتفقا على وضع الحديدية على مفصل الوسطى، واستوفيا الأنملتين بقطعة واحدة، جاز وقد هَوَّنَا الأمر عليه، وإن لم يطلب صاحب العلياً القصاص، صبر صاحب الوسطى، أو عفا كما ذكرناه.

وقوله في الكتاب: «فإن سقطت علياً الجاني بأفة أو جناية استوفيت الوسطى» ليرقم بالحاء؛ لما سبق، وبالواو؛ ولأن الشيخ أبا محمد في آخرين حكوا أن القفال تردّد في استيفاء<sup>(١)</sup> الوسطى، وأن أكثر مبلِّه إلى أنها لا تستوفى؛ لأن الجناية جرت، والقصاص غير ممكن حالة جريانها، وأنه لو كانت العلياً مستَحَقَّةً بالقصاص عند الجناية على الوسطى، فليس ذلك موضع ذلك التردّد، ولأن المستَحَقَّةَ كالملقوطة.

وقوله: «هل يُطالَبُ له بأرش للحيلولة» أي هل يُطالَبُ الجاني، وكذلك هو في بعض النسخ.

وقوله: «لأن أمد الحمل قريب» هذا يختلف؛ فقد يكون الباقي من مدة الحمل أكبر من الباقي من مدة الصبي إلا أن يريد أن مدة الحمل أقصر من مدة الصبا.

فزع: قطع الأنملة العلياً من أضبع إنسان، والعليا والوسطى من تلك الأضبع من آخر، نظراً إن سبق قطع الأنملتين، فلمقطع الأنملتين أن يقتصر، ويأخذ الآخر أرش العلياً، وإن سبق قطع الأنملة، فلصاحبها أن يقتصر، ثم الآخر يتخير بين أن يقطع الوسطى، ويأخذ دية العلياً، وبين أن يعفو، ويأخذ دية الأنملتين ولو باذَر صاحب الأنملتين، فقطعهما، كان مستوفياً لحقه، ويأخذ الآخر دية العلياً من الجاني، والله أعلم.

قال العزالي: فزع: لو قد ملقوفاً في ثوب ينصفين فادعى موته فالأصل عدم القصاص من جانبيه وأستمرأز الحياة من جانب الملقوف فيخرج التصديق على تقابل

(١) قال في الخادم: محل احتمال القفال فيها إذا لم تكن العلياً مستحقة حالة الجناية فلو كانت مستحقة فالقصاص عند الجناية على الوسطى وقد ذكره الرافعي فيما بعد ولا وجه للإسقاط.

الأضلين، ولو ادعى نقصان يد المجني عليه بأضبع فالقول قوله في قول إذ الأضل عدم القصاص، وقول المجني في قول إذ الأضل السلامة، وفي الثالث يفرق بين العضو الظاهر والباطن فيصدق المجني في العضو الباطن لعسر البيئة، والباطن ما يجب ستره شرعاً على رأي، ومروءة على رأي، وفي الرابع يفرق بين أن يدعي نفي السلامة أضلاً، أو زوالها طارئاً، ولو قطع يديه ورجليه فمات فقال ولي الدم: مات بعد الأندمال وعليك ديتان وقال الجاني: بل قبل الأندمال فإن كان الظاهر يصدق أحدهما صدق وإلا فهو خارج (و) على تقابل الأضلين إذ الأضل براءة الذمة من جانب وعدم التداخل من جانب، ولو أوضح رأسه موضحتين فقال الجاني: رفعت الحاجز قبل الأندمال وعلني أزش واحد وقال المجني عليه: بل بغيره وعليك ثلاثة أروش وأقتضى الحال تخليف المجني فحلف ببت الأرشان، وفي الثالث وجهان، وجه قولنا لا يثبت أن اليمين إنما يضلح لتفي التداخل لا لإثبات مال على غيره.

قال الرافعي: هذه مسائل في الاختلاف الواقعة، بين الجاني والمجني عليه أو وليه منها لو قد ملفوفاً في ثوب بنصقين، وقال: إنه كان ميتاً، وادعى الولي أنه كان حياً، فمن المصدق منهما باليمين؟ فيه قولان:

أحدهما: أن المصدق الجاني؛ لأن الأصل براءة ذمته عن القصاص.

وأظهرهما: ويحكي عن رواية الربيع: أن المصدق [ولي] (١) المجني عليه؛ لأن الأصل استمرار الحياة، وأيضاً، فإنه كان مضموناً، والأصل استمرار تلك الحالة فأشبهه إذا قتل من عهد مسلماً، وادعى رده، وعن بعض الأصحاب: أن يفرق بين أن يكون ملفوفاً على صورة الكفن، وبين أن يكون ملفوفاً في ثياب الأحياء، قال الإمام: وهذا لا أصل له، ويجري القولان فيما لو هدم عليه بيتاً، وادعى أنه كان ميتاً، وأنكر الولي.

وسواء قلنا: إن القول قول الجاني أو الولي، فلو أقام الولي بيئة على حياته [عمل] بها، ويجوز أن يصدق الشخص تارة بالبيئة، وتارة باليمين، كالمودع في دعوى الرد، وللشهود أن يشهدوا على الحياة، إذا كان قد رأوه يتلف في الثوب، ويدخل

(١) قال الشيخ البلقيني: ينبغي أن يكون محل القولين في ملفوف تحققت جناية قبل ذلك إما بالبيئة أو باعتراف الجاني أو غير ذلك أما لو كان الملفوف سقطاً مثلاً لم تتحقق حياته بطريق من الطرق فالذي ينبغي القطع به أن القول قول الجاني لأن الأصل براءة الذمة ولم يعارضه أصل آخر. انتهى.

ولا خفاء أنه حيث قلنا بصديق الولي أي مع يمينه، والواجب خمسون يميناً على الصحيح واختار ابن الصباغ وجوب يمين واحدة.

البيت وإن لم يتيقنوا حياته حالة القد والانهدام استصحاباً لما كان، ولكن لا يجوز أن يَفْتَصِرُوا على أنهم أو يدخل البيت، ويتلف في الثوب قاله صاحب «التهذيب»<sup>(١)</sup> وغيره. ولو قتل إنساناً، وادعى رَقُّهُ، وأنه ليس عليه إلا القيمة، وقال قريبه: بل كان حرّاً فعن النص أن القول قول القريب، وأنه لو قَدَّفَ امرأة، وادعى رَقُّها، وأنكرت، فالقول قول القاذِفِ، وفيهما طريقان:

أحدهما: تقرير النصين، وفرق بأننا إذا لم نوجِبِ الحدَّ، نوجب التعزير، والتعزير زاجر أيضاً، وأما في القتل فإذا لم نُوجِبِ القصاصَ، لم نوجب ما يصلح زاجراً. وأظهرهما: أن فيهما قولين:

أحدهما: يُصدَّقُ الجاني؛ لأن الأصل عدمُ القصاص.

والأظهر: تصديق القريب؛ لأن الغالب والظاهر الحرية ولذلك يُحكَم بحرية اللَّقِيطِ المجهول الحال.

ومنها قطع طَرَفِ إنسانٍ، واختلفا في سلامته، فادَّعَى الجاني نقصاناً، كالشلل في الذِّكْر واليد والرُّجْل أو نقصان الأصبع فيهما أو الخَرَس في اللسان أو العَمَى في الحدقة، وأنكر المجني عليه، فالقول قول المجني عليه، والتصويرُ فيما إذا اختلفا في أن الأثيين كانتا مرضوضتين أم لا، ونصَّ في «الديات» إذا اختلفا في سلامة الذِّكْر؛ أن القول قول الجاني، وكذلك إذا اختلفا في شَلْل اليد، وللأصحاب طرق:

أظهرها: ويُحكى عن أبي إسحاق وأبوي علي بن أبي هريرة والطبري، والقاضي أبي حامد وابن القطان: أنه إن كان العضو ظاهراً؛ كاليد والرُّجْل واللسان والعين، فالمصدق الجاني، إن أنكر أصل السلامة؛ لأن الأصل أنه لا قصاص؛ ولأنه لم يفوت ما يدعيه المجني عليه والمجني عليه متمكن من إقامة البينة على السلامة التي تدعيها؛ لظهور العضو، وإن اتفقا على أنه كان سليماً، وادَّعَى الجاني حدوثَ النقصانِ والشَّلْلِ، فقولان:

أحدهما: أن الجواب كذلك لأن الأصل البراءة عن القصاص.

وأظهرهما: أن المصدق المجني عليه؛ لأن الأصل استمرار السلامة التي كانت، وإن كان العضو باطناً، كالذِّكْر والأثيين، فقولان، سواءً أنكر الجاني أصل السلامة أو سلَّمه وادعى زوالها:

أصحهما: تصديق المجني عليه؛ لأن الأعضاء الباطنة لا يُطلَع عليها، فيعسر إقامة البينة على سلامتها.

(١) قال النووي: وإذا صدقنا الولي بلا بينة، فالواجب الدية دون القصاص، ذكره المحاملي والبغوي، وقال المتولي: هو على الخلاف في استحقاق القود بالقسامة. والله أعلم.

والثاني: طرّد القولين في الأعضاء الظاهرة والباطنة، ويحكى هذا عن ابن الوكيل، وطرّدهما في إنكار أصل السلامة، وفي تسليمه ودعوى الزوال، ووجه تصديق المجني عليه مع إنكار الجاني أصل السلامة، بأن الغالب السلامة؛ ولذلك [أثبتنا] الرد بالعيب في البيع.

والثالث: القطع في الأعضاء الظاهرة بتصديق الجاني، وفي الباطنة بتصديق المجني عليه، والفرق أن الظاهر يُطَّلَع عليه وتعرف سلامته، فيمكن إقامة البينة عليها، بخلاف الباطن؛ ولذلك قلنا: إنه لو علّق طلاق امرأته على الدخول وسائر الأفعال الظاهرة وادعت حصولها لا تصدق فيه، ولو علّق على الحيض، فادعته صدقت.

والرابع: عن أبي الطيب بن سلمة: أنه إن أنكر الجاني أصل السلامة، فهو المصدّق بلا خلاف، وإن سلّم السلامة وأدعى حدوث النقصان، فالمصدّق المجني عليه بلا خلاف، ويخرج من الطرق عند الاختصار أقوالاً، كما في الكتاب جمعها صاحب «التهذيب».

أحدها: تصديق الجاني على الإطلاق وبه قال أبو حنيفة.

والثاني: تصديق المجني عليه على الإطلاق، وبه قال أحمد.

والثالث: الفرق بين العضو الباطن والظاهر.

والرابع: الفرق بين أن يُنكر السلامة أصلاً، وبين أن يعترف بها، ويدعي زوالها، فإن اقتصر على الجواب الظاهر، ولم تتعرض للخلاف، قلت: المصدّق المجني عليه، إلا في العضو الظاهر عند إنكار أصل السلامة.

وليعرف بعد هذا أمور:

أحدهما: ما المعني بالظاهر والباطن اللذين أطلقناهما؟ قال الإمام: تلقيت من كلام الأصحاب فيه وجهين:

أحدهما: أن الباطن ما يجب ستره عن الأعين، وهو العورة والظاهر ما عدا ذلك، وألّيتهما وبفقه الفضل: أن الباطن ما يُعتاد ستره إقامة للمروءة، والظاهر ما لا يُستر غالباً؛ وذلك لأن الفرق بين النوعين مبني على عسر إقامة الشهادة وسهولتها، وما يستر غالباً لا يُطَّلَع على حاله، فيعسر إقامة الشهادة فيه، وعن بعض التعاليق أن الوجهين متولدان من لفظ الشافعي - رضي الله عنه - حيث قال فيما إذا اختلفا في سلامة الأنثيين: إن القول قول المجني عليه؛ لأن هذا مغيب عن أنظار الناس، ولا يجوز كشفه لهم، فاعتبر بعضهم المعنى الأول، وآخرون الثاني.

والثاني: إذا صدقنا الجاني، فيحتاج المجني عليه إلى إقامة البينة على السلامة،

وكيف يقيهما؟ قال ابن الصَّبَّاح وغيره: يُبنى ذلك على القولين فيما إذا اعترفا بأصل السلامة، وادعى الجاني زوالها فإن صدَّقنا الجاني، فيحتاج المجني عليه إلى أن يقيم البينة على السلامة عند الجنابة، ويستغنى عن اليمين، فإن أقامها على أنه كان سليماً فسمع أيضاً، ولكن يخلف مع هذه البينة لجواز حدوث الخلل والشلل.

والأصح عند القاضي الروياني وغيره: أنه يكفي قول الشهود؛ إنه كان صحيحاً، ولا يشترط التعرض لوقت الجنابة، ويجوز الشهادة على سلامة العين، إذا رآه يتبع بصره الشيء زماناً طويلاً ويتوقى المهالك، ولا يجوز بأن يراه ويتبع بصره الشيء الزمان اليسير؛ لأن ذلك قد يوجد من الأعمى، وكذلك تجوز الشهادة على سلامة اليد والذكر برؤية الانقباض والانبساط.

والثالث: في تعليق الشيخ أبي حامد وغيره: أن القولين فيما إذا ادَّعى الجاني زوال السلامة التي كانت منصوصان في «الأم» وذهب جماعة إلى أنهما مخرجان من القولين في «مسألة الملفوف»، وأنهما متفقان على أصل الحياة هناك، وعكس الإمام القضية؛ فجعل الخلاف في «مسألة الملفوف» مبنياً على الخلاف في هذه الصورة.

والرابع: إذا اختلفا في أصل العضو، فعن بعضهم إطلاق الخلاف في أن المصدق أيهما؟ واستدرك الإمام وقال: مَنْ أنكر أصل العضو أنكر الجنابة، فيقطع بتصديقه وإنما موضع الخلاف ما إذا اتفقا على أصل العضو والجنابة عليه، واختلفا في حال العضو صحةً وشللاً وعمى وإبصاراً، ومن هذا القبيل ما إذا قطع الكف، واختلفا في نقصان أصبع، وليس منه ما إذا ادَّعى المجني عليه أنه قطع الذكر والأنثيين، وقال الجاني: لم أقطع إلا أحدهما؛ لأن الأصبع جزء من العضو الذي وردت الجنابة عليه، وقطع الكف قطع الأصبع، بخلاف الذكر والأنثيين.

ومنها: لو قطع يديه ورجليه، فمات، واختلف الجاني والولي، فقال الجاني: مات بالسراية، فعلى دية، وقال الولي: بل مات بعد الاندمال، فعليك ديتان فينظر؛ إن لم يمكن الاندمال في مثل تلك المدة؛ لقصر الزمان؛ كيوم ويومين، فالقول قول الجاني بلا يمين، وفي تعليق الشيخ أبي حامد: أنه يخلف؛ لجواز أن يكون الموت بسبب حادث؛ كلسع حية، وشرب سُم مذقّف، ولم يستحسن ما ذكره؛ لأن تنازعهما في الاندمال والسبب الآخر لم يجز له ذكر، حتى ينفي، وإنما يجري التحليف بحسب الدغوى والإنكار، وإن أمكن الاندمال في تلك المدة، فقد فصل فيه تفصيلاً:

أحدهما: ذكر جماعة، منهم ابن الصَّبَّاح والقاضي الروياني: أنه، إن مضت مدةً طويلة لا يمكن أن تبقى الجراحة فيها غير مندملة، فالقول قول الولي بلا يمين، وإن أمكن الاندمال وعدمه في تلك المدة، فالقول قوله مع اليمين، ويشبه أن يقال: ليس

لمدة الاندمال ضبطاً، وقد تبقى الجراحة سنين كثيرة، والشخص ضمن بسببها إلى أن يموت منها، فينبغي ألا يكون التصديق عند إمكان الاندمال، إلا باليمين، وهكذا ذكره صاحب «التهذيب» وغيره.

**والثاني:** قال الإمام: إن أمكن الاندمال، لكنه كان بعيداً، وكان الظاهر خلافه، فالقول قول الجاني؛ بناء على ظاهر الحال، وادعى وفاق الأصحاب فيه، والذي يوجد للأكثرين أن المصدق الولي، وربما قطعوا به وعن أبي الطيب بن سلمة تخريج قول من «مسألة الملفوف» أو من الصورة المذكورة من بعد: أنه يصدق الجاني؛ لأن ما يقوله محتمل، والأصل براءة الذمة، وعلى هذا ينطبق قوله في الكتاب، فهو خارج على تقابل الأصلين إلى آخره، ويجوز إعلامه بالواو؛ لقطع من قطع بتصديق الولي.

ولو اختلفا في مضي زمان الاندمال، فالمصدق الجاني؛ لأن الأصل أنه لم يمرض، ولو قال الجاني مات بالسراية، أو قتلته قبل الاندمال، وادعى الولي أنه مات بسبب آخر؛ بأن قال: قتل نفسه أو قتله آخر أو شرب سماً موجياً، فوجهان:

**أحدهما:** أن المصدق الجاني؛ لأن ما يقوله محتمل والأصل براءة الذمة، ويحكى هذا عن أبي إسحاق.

**وأظهرهما:** وبه قال أبو علي الطبري، أنه يصدق الولي؛ لأن الأصل بقاء الدياتين الواجبتين بالجنايتين، والأصل عدم السبب الآخر، ولو اقتصر الولي على أنه مات بسبب آخر، ولم يعينه، فعن الصيدلاني: أنه لا يلتفت إلى قوله إن قصر الزمان، ولم يمكن فيه الاندمال؛ لأن ترك التعيين يشعر بأنه لا سبب، وأن مراده دعوى الاندمال، وإن أمكن الاندمال، فإن صدقناه بيمينه، ولم نخرجنا إلى البينة قبل قوله، وحلف على أنه مات بسبب غير الجنائية، وإن لم نصدق وأحوجناه إلى البينة، فلا بد من التعيين؛ لتصور إقامة البينة، قال الإمام: ولا يبعد التخريج على الوجهين، وإن لم يمكن الاندمال، فلو اتفقا على أن الجاني قتله، ولكن قال: قتلته قبل الاندمال، فعلي دية وقال الولي: بل بعده، فعليك ثلاث ديات، والزمان يحتمل الاندمال، فيصدق الولي في بقاء الدياتين، والجاني في نفي الثالثة، ويجيء وجه أنه يصدق الجاني على الإطلاق.

ولو قطع إحدئ يديه ومات، فقال الجاني: مات بسبب آخر من قتل أو شرب موح، وليس علي إلا نصف دية.

وقال الولي: مات بالسراية، وعليك دية تامة، فوجهان قال في «التهذيب»: أصحهما: أن القول قول الولي؛ لأن الأصل أنه لم يوجد سبب آخر.

**والثاني:** يصدق الجاني؛ لأن الأصل براءة ذمته، ولو قال الجاني: مات بعد



الاندمال، وليس عليّ إلا نصفُ الدية، وقال الوليُّ: مات بالسراية، والزمان زمانٌ محتملٌ للاندمال، فالظاهر أن المصدّق الجاني؛ لأن الأصل براءة الذمّة، ولم يُثبت ما يوجب الدية، بخلاف قطع اليدين والرجلين الموجبٌ لديتين، وفيه وجه أنه يصدّق الوليُّ؛ لأن الأصل بقاء الجناية وسرايتها، ولو اختلفا في مضيّ زمان الإمكان، فالمصدّق الوليُّ، إذ الأصل أنه لم يمض، ولو قتله الجاني بعد القطع، وقال: قتله قبل الاندمال، فعليّ ديةٌ، وقال الولي: بل بعده، وعليك دية ونصفٌ، فالمصدّق الجاني.

ولو جرحه بقطع يد أو غيره، فمات، فقال الجاني: جاء آخر، فحز رقبته، ليس عليّ قصاص النفس، وقال الوليُّ: بل مات بسراية جراحتك، ففي المصدّق منهما وجهان.

أظهرهما: أن المصدّق الوليُّ، وعن الداركي: القطعُ، وبه لو قال الجاني: مات بعد الاندمال، وقال الولي: بل بالسراية، قال الإمام: إن طالبت المدّة، وكان الظاهرُ الاندمال، صدّق الجاني بيمينه؛ لأن الأصل أن لا قصاص، ولم يظهر ما يوجبهُ، وهو الجرح الساري بخلاف ما إذا تنازعا بعد قطع اليدين والرجلين، فإنّ موجب الديتين قد وجد هناك، وإن قُصر الزمان وبعد احتمال الاندمال، فالمصدّق الوليُّ، وعن القاضي أبي الطيّب نقل قولين مطلقين، مهما كانت [المدّة] محتملة الاندمال، في قولٍ يُصدّق الوليُّ لأن الأصل بقاء أثر الجناية وفي قول: الجاني؛ لأن الأصل براءة الذمة<sup>(١)</sup>، وإن لم تحتمل المدّة الاندمال، قال فيصدّق الوليُّ بلا يمين، وإن لم تحتمل بقاء الجرح، فيُصدّق الجاني بلا يمين، وحيث صدّقنا من يدعي الاندمال، فلو أقام الآخرُ بينة على أن المنجرح لم يزل، ضمناً متألماً من الجراحة، حتى مات، قوّي جانبهُ ورجعنا إلى تصديقه كذلك حكاها الإمام وغيره.

ومنها: أوضّح رأسه موضحتين، ثم رفع الحاجز بينهما، واختلفا، فقال الجاني: رفعته قبل الاندمال، فليس عليّ إلا أرشٌ واحدٌ وقال المجنيُّ عليه: بل بعده، وعليك أرشٌ ثلاثٍ موضحاتٍ، قال الأئمة: إن قُصر الزمان، صدّق الجاني بيمينه، وإن طال، صدّق المجنيُّ عليه بيمينه، كما سبق نظيره، وإذا حلّف المجنيُّ عليه، ثبت الأرشان، وهل يثبت الثالث؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنه ثبت رفع الحاجز باعترافه، وتبّت الاندمال بيمين المجنيُّ عليه فقد حصلتْ مَوْضِحَةٌ ثالثةٌ.

(١) في الأصل: يصدق الولي لأن الأصل براءة الذمة وفي قول يصدق الجاني لأن الأصل بقاء أثر الجناية.

وأصحهما: أنه<sup>(١)</sup> لا يثبُت، وتصدَّق فيه الجاني؛ لأنه يقول: رفعت الحاجز، حتى لا يلزمني أرشان، بل يعود الأولان إلى واحد، فإن لم يُقبل قوله في الاتحاد، وجب أن لا يُقبل في الثالث الذي لم يَنْصتَ موجهه، ولو وجدنا الحاجز بينهما مرتفعاً، وقال الجاني: رفعته أنا أو ارتفع بالسراية، وقال المجني عليه: بل رفعه آخر أو رفعته أنا، فالظاهر تصديق المجني عليه؛ لأن الموضَّحتين توجبان أرشين، والظاهر بشبوتيهما واستمرارهما، ولو كان الموجود موضحة واحدة، وقال الجاني: هكذا أوضحتُ، وقال المجني عليه: أوضحتُ موضحتين، وأنا رفعتُ الحاجز بينهما، فالقول قول الجاني؛ لأن الأصل براءة الذمة، ولم يوجد ما يقتضي وجوب<sup>(٢)</sup> الزيادة.

وقوله في الكتاب: «فيُخْرَجُ التصديق على تَقَابُلِ الأَصْلَيْنِ» يعني «فيه قولان» ونحوه قوله: «فهو خارج على تقابل الأصلين». وهذا تمام الكلام في الفن الأول.

## الفن الثاني في حكم القصاص الواجب

وفيه بابان:

### الباب الأول في الاستيفاء

وفيه ثلاثة فصول:

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الْفَضْلُ الْأَوَّلُ فِيمَنْ لَهُ وِلَايَةُ الْأَسْتِيفَاءِ فَإِنْ كَانَ الْقَبِيلُ وَاحِدًا فَهُوَ لِكُلِّ الْوَرَثَةِ عَلَى فَرَايِضِ اللَّهِ تَعَالَى فَإِنْ كَانَ فِيهِمْ مَجْتُونَ أَوْ صَغِيرٌ أَنْتَظَرَ (ح م) تَكْلِيفُهُ، وَإِنْ كَانَ فِيهِمْ غَائِبٌ أَنْتَظَرَ حُضُورَهُ، فَإِنْ تَزَاحَمُوا أَفْرَعٌ بَيْنَهُمْ فَمَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ فَلْيَغْيِرْهُ مِنْهُ مِنْ أَضَلِّ الْأَسْتِيفَاءِ، وَيَدْخُلُ فِي الْقُرْعَةِ الْمَرْأَةُ وَالْعَاجِزُ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ لَيْسَتْ يَبِ إِذْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ.

(١) صورة المسألة أن يوضح الجميع عمداً، أما لو أوضح موضحتين عمداً ورفع الحاجز بينهما خطأ قلنا بالصحيح أنه لو رفعه عمداً تداخل الأرشان فهل يلزمه أرش ثالث أم لا يلزمه إلا أرش واحد وجهان قال الشيخ في زيادته أرجحهما أرش فقط ذكره في الباب الثاني في دية ما دون النفس في السبب الرابع في اختلاف الحكم.

(٢) قال النووي: باب الاختلاف واسع، وإنما أشار هنا إلى مسائل منه، وبقائها مفرق في مواضعه، ومنها: لو قطع أصبعه، فداوى جرحه وسقطت الكف، فقال الجاني: تأكل بالدواء، وقال المجني عليه: بل تأكل بسبب القطع، قال المتولي: نسأل أهل الخبرة، فإن قالوا: هذا الدواء يأكل اللحم الحي والميت، صدق الجاني، وإن قالوا: لا يأكل الحي، صدق المجني عليه، وإن اشتبه الحال، صدق المجني عليه، لأنه أعرف به، ولا يتداوى في العادة بما يأكل.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: عرفت في أول الجِراحِ وَقَوْعَ الكلامِ في قَتْنَيْنِ:  
أحدهما: في موجبِ القِصاصِ.

والثاني: في حُكْمِهِ بَعْدَ الوجوبِ، وهو الذي نَحْوُضُ فيه، وإذا وجب القصاصُ،  
فإما أن يُستَوْفَى أو يُتْرَكَ ويُعْفَى عنه، ففي [الطرفين] بابان: أما الأولُ، ففيه ثلاثة  
فصول:

أحدها: فيمن يلي الاستيفاء.

والثاني: في كيفية الاستيفاء تعجيلاً وتأخيراً.

والثالث: في طريق الاستيفاء، وحفظِ المماثلة فيه ما أمكن.

أما الفصل الأول، فولاية الاستيفاء للمستحقين، والقصاصُ يستحقُّه جميع الورثة  
على فرائض الله تعالى، وحكى ابن الصبَّاحِ وجهين آخرين للأصحاب:

أحدهما: أنه للعصباتِ خاصَّةً؛ لأن القصاص [لرفع] العارِ، فيختص بهم كولاية  
النكاح.

والثاني: أنه للوارثين بالنسب دون الوارثين بالسبب؛ لأن السبب ينقطع بالموت،  
والقصاص للتشفي فإذا انقطع السببُ، فلا حاجة إلى التشفي، والمذهبُ المشهورُ  
الأول، وبه قال أبو حنيفة وأحمد، ووجهُ بأن القصاصَ أحدُ بدلي النفس، فيستحقه  
جميعُ الورثة، كالدية، ويروى؛ أن رجلاً قَتَلَ آخَرَ في عهدِ عمر - رضي الله عنه -  
فطالب أولياؤه بالقرود، ثم قالت أخت القتيل، وكانت زوجة القاتل: قد عفوتُ عن حقي  
فقال عمر - رضي الله عنه: عتق<sup>(١)</sup> الرجلُ، والأشهر عن مالك أن القصاص لا يثبت إلا  
لِعصبات النسب، وعنه رواية أخرى: أنه يثبت لرجال القرابة، حتى يستحقه الأخ للأُم  
أيضاً ورواية ثالثة: أنه يثبت لرجال القرابة، والأُم من جملة النساء، وإذا قُتِلَ من [ليس]  
له وارثٌ خاصٌّ، فهل للسلطان أن يقتص من قاتله أو يتعين أخذُ الدية فيه قولان  
مذكوران في كتاب «اللقيط» وإن خلف بنتاً واحدةً أو جدةً أو أختاً لأم، فإن قلنا:  
للسلطان استيفاء القصاص، إذا لم يكن وارثٌ، استفاه مع صاحب الفرض، وإلا  
فالرجوع إلى الدية، ثم فيه صورتان:

إحدهما: إذا كان بغضُ الورثة غائباً أو كان فيهم صبيٌّ أو مجنونٌ انتظر حضورُ  
الغائب أو مراجعته، وبلوغُ الصبيِّ أو إفاقةُ المجنون، ولم يكن للحاضرين والبالغين  
العقلاء الانفرادُ بالاستيفاءِ خلافاً لأبي حنيفة ومالك في الصبيِّ والمجنون؛ حيث قال:

(١) رواه البيهقي من حديث زيد بن وهب وزاد: فأمر عمر لسائرهم بالدية، وساقه من وجه آخر نحوه.

لا يُنظر بلوغُ هذا، وإفاقة ذلك. وعن أحمد روايتان، [لنا] أن للصبي والمجنون حقاً في القصاص؛ ألا ترى أنهما يستحقانه بتقدير الانفراد، وإذا ثبت لهما حق القصاص وجب أن لا يفوت عليهما بالاستيفاء، كما في حق الغائب، وهذا لأن القصاص للتشفي ودرك الثأر، فحقه التفويض إلى خيرة المستحق.

وإذا انفرد صبي أو مجنون باستحقاق القصاص، لم يستوفه الولي، والقيّم يستوي فيه قصاص النفس والطرف<sup>(١)</sup> وعند أبي حنيفة: للولي استيفاء [القصاصين] وللوصي استيفاء قصاص الطرف، وسلم أن القيّم لا يستوفي واحداً منهما، وقد سبق في: «باب الحجر» أن الولي لا يستوفي قصاص الصبي، ولا يغفو عنه، ولكن لم يذكر مذهب أبي حنيفة هناك ويجوز أن يُعلم قوله في الكتاب هناك: «ولا يستوفي قصاصه» بالحاء.

وأما أن الولي هل يأخذ المال، وهل للمستحق عند كمال الحال، أن يرد المال ويقتص، فقد ذكرناه في باب «الحجر»، وفي «باب اللقيط» ويحبس القاتل إلى أن يبلغ الصبي ويفيق المجنون، ولا يُخلى بالكفيل، فقد يهرب، فيفوت الحق، وكذلك يُحبس إلى أن يقدم الغائب ضبطاً لحق القتل، كما لو وجد الحاكم مال ميّت مغصوباً، والوارث غائب، فإنه يأخذه حفظاً لحق الميت، وذكر ابن الصباغ أنّ في قصاص الطرف لا يُحبس الجاني إلى قدوم الغائب؛ لأن الحاكم لا ولاية له على الغائب المكلف، كما لا يأخذ ماله المغصوب، وفي كلام الإمام وغيره ما يُتّزع فيه، ويُشعر بأنه يأخذ مال الغائب ويحفظه له، وأن الحاكم يحبس الجاني [في قصاص الطرف] أيضاً، وفي «أمالي» أبي الفرج السرخسي أنّ الشيخ أبا علي قال: لا يُحبس القاتل، بل يطلب منه كفيلاً، لأن الحبس ضم عقوبة إلى القصاص المستحق عليه، وحمل الحبس في كلام الشافعي - رضي الله عنه - على التوقّف والانتظار، والمشهور الأوّل، قال الأصحاب: وإحيائه محبوساً أهون عليه من استعجال القتل، ولا طريق إلى حفظ الحقّ سواه.

**الثانية:** إذا كان القصاص لجماعة، وهم حضور كاملو الحال، فليس لهم أن يجتمعوا على مباشرة قتله؛ لأن فيه تعدياً وإهانة، ولكن يتفقون على واحد يستوفيه أو يوكلون أجنبياً، وإن تزاحموا ورام كل واحد منهم أن يستوفي بنفسه، أقرع بينهم، فمن خرجت القرعة له، تولاه، ولكن بأن الباقيين، فلو أخروا، لم يكن له أن يستوفيه، ويخالف ما إذا تزاحم الأولياء على التزويج، فأقرع بينهم، لا يحتاج من خرجت له

(١) قال في الخادم: قال في الذخائر: هذا إذا ثبت القصاص للطفل بإرث عن غيره فلو كانت الجنابة على الطفل في طرفه ثبت له القصاص وكان للولي استيفاؤه وكذلك في المجنون، وقال القفال: للسلطان استيفاؤه.

القرعة إلى إذن الآخرين؛ لأن القصاص مبني على [الإبراء]<sup>(١)</sup> والإسقاط ولبعضهم تأخيرهم كإسقاطه، والنكاح لا يجوز تأخيرهُ حتى أنهم لو امتنعوا جميعاً من التزويج، وعَضَلُوا، يزوج القاضي، هذا هو الأظهر، ويحكى عن القفال بناءً عليه: أنه لا يُفْرَع بينهم في الابتداء، إلا بإذنه، بخلاف القرعة في القسمة، والفُرعة بين الأولياء.

وروى الإمام وغيره وجهاً: أنه لا حاجة بعد خروج القرعة إلى إذن الباقيين؛ لتظهر فائدة القرعة وإلا فاتفقهم على واجدٍ مغن عن القرعة، ولا شك في أنه لو منع أحدهم من خرجت له القرعة من الاستيفاء، لم يكن له الاستيفاء، وهل يدخل في الفُرعة مَنْ يغجز عن الاستيفاء؛ كالشيوخ والصبيان والنسوة؟ فيه وجهان، وقال القاضي ابن كج وأبو الفرج الزاز: أيضاً قولان:

أحدهما: نعم؛ لأنه صاحبٌ حقٌّ، فإن خرجت له القرعة استتاب من يقدر عليه. والثاني: لا لأنه ليس أهلاً للاستيفاء والقرعة إنما تجري بين المستوين في الأهلية، والأرجح الأول عند صاحب «التهديب».

والثاني: عند القاضي ابن كج وأبي الفرج، والإمام وغيرهم وعن بعض الأصحاب: طريقة قاطعة به، وإذا قلنا: لا يدخل العاجز في الفُرعة، فلو خرجت لقادر، فعجز، أعيدت القرعة بين الباقيين، وإن قلنا: يدخل، فلا يعاد ولكن يستيب.

وقوله في الكتاب: «فإن كان القتل واحداً» بين به أن الذي نذكره الآن فيما إذا لم يزدج على القاتل أولياء قتيلين أو قتلين، فأما إذا قتل اثنين فصاعداً وأراد ولي كل قتل قتله به، فسيأتي إن شاء الله تعالى من بعد.

وقوله: «فهو لكل الورثة» معلم بالميم والواو.

وقوله: «انتظر تكليفه» بالحاء والميم والألف.

وقوله: «فإن تراحموا أفرغ بينهم» أي تراحموا على الاستيفاء، والمقصود ما إذا استحقوا القصاص في النفس بضرب الرقبة، وأما في قصاص الطرف، وقصاص النفس المستحق بقطع الطرف ونحوه، فسيأتي إن شاء الله تعالى.

وقوله: «فلغيره منعه من أضل الاستيفاء» أشار بهذه اللفظة إلى أنه ليس له أن يقول لا تستوفي ولكن نقول: لا تستوف، وأنا لا أستوفي أيضاً.

وقوله: «ويدخل في القرعة» إلى آخره [يصح] إغلامه بالواو؛ بطريقة من قال: «لا يدخل بلا خلاف».

(١) في ز: «الولاء».

قَالَ الْعَرَالِيُّ: وَلَوْ بَادَرَ وَاحِدٌ فَقَتَلَ فِيهِ وَجُوبَ الْقِصَاصِ قَوْلَانِ، فَإِنْ كَانَ بَعْدَ الْعَفْوِ مِنَ الْبَعْضِ فَقَوْلَانِ مُرْتَبَانِ وَأَوْلَى بِالْوَجُوبِ، وَوَجْهُ الْإِسْقَاطِ شُبْهَةُ خِلَافِ عُلَمَاءِ الْمَدِينَةِ فِي إِبْتِاتِ الْأَسْتِنَادِ لِكُلِّ وَاحِدٍ، فَإِنْ قُلْنَا: لَا قِصَاصَ فَقَدْ اسْتَوْفَى حَقَّهُ وَتَعَرَّمَ نَصِيبَ الْبَاقِينَ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ لِأَنَّ لَهُ حَقًّا فِي الْمُسْتَوْفَى بِخِلَافِ الْأَجْنَبِيِّ إِذَا قُتِلَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ تَوْصَفُ بِالِإِشْكَالِ وَالِاعْتِبَاصِ، حَتَّى حَكَى عَنِ الْمَاسْرُجِسِيِّ: أَنَّهُ قَالَ: سَمِعْتُ أَبَا بَكْرَ الصَّرِفِيِّ يَقُولُ: كَرَّرْتُهَا عَلَيَّ نَفْسِي أَلْفَ مَرَّةٍ حَتَّى تَحَقَّقْتُهَا، وَأَوَّلُ مَا يَذْكُرُهُ أَنَّ مَنْ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ، إِذَا قَتَلَهُ أَجْنَبِيٌّ عَنِ الْقِصَاصِ، يَلْزِمُهُ الْقِصَاصُ، عَلَى مَا سَبَقَ وَيَكُونُ ذَلِكَ الْقِصَاصُ لَوْرَثَتِهِ لَا لِلَّذِينَ كَانُوا يَسْتَحِقُّونَ الْقِصَاصَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْقِصَاصَ لِلتَّشْفِيِّ وَدِرْكِ الثَّارِ، وَوَارِثِهِ هُوَ الَّذِي يَخْتِاجُ إِلَيْهِ. قَالَ فِي «التَّهْذِيبِ»: وَلَوْ عَفَا وَرَثَتُهُ عَنِ الْقِصَاصِ عَلَى الدِّيَّةِ، فَالِدِيَّةُ لِلْوَارِثِ عَلَى الصَّحِيحِ مِنَ الْمَذْهَبِ، وَفِيهِ وَجْهٌ أَنَّهُا لِمَنْ لَهُ الْقِصَاصُ، كَمَا إِذَا قُتِلَ الْعَبْدُ الْمَرْهُونُ، تَكُونُ قِيَمَتُهُ مَرْهُونَةً.

وَأَمَّا الْمُسْتَحِقُّونَ لِلْقِصَاصِ، فَلَيْسَ لِبَعْضِهِمُ الْإِنْفِرَادُ بِقَتْلِهِ، كَمَا لَا يَنْفَرِدُ بِاسْتِيفَاءِ تَمَامِ الدِّيَّةِ، وَلَوْ بَادَرَ أَحَدُ ابْنَيْ الْمَقْتُولِ الْحَائِزِينَ، وَقَتَلَ الْجَانِبِيَّ بغيرِ إِذْنِ الْآخَرِ، فَيُنْظَرُ؛ أَوْ قَعِ ذَلِكَ قَبْلَ عَفْوِ أَخِيهِ أَوْ بَعْدَهُ؟

الحالة الأولى: إذا قتله قبل العفو، ففي وجوب القصاص عليه قولان:

أصحهما: وبه قال أبو حنيفة وأحمد، واختاره المزني؛ أنه لا يجب؛ لأحد معيَّنين.

أظهرهما: أنه صاحب حق في المستوفى، وذلك شبهة دائرة للعقوبة؛ ولذلك لا يجب الحد إذا وطئ الجارية المشتركة بينه وبين غيره.

وثانیهما: أن من علماء المدينة من ذهب إلى أنه يجوز لكل واحد من الورثة الانفراد باستيفاء القصاص، حتى لو عفا بعضهم، كان لمن لم يغف أن يستوفيه، ويقال: إنه رواية عن مالك، واختلاف العلماء في إباحة الفعل شبهة دائرة للعقوبة، ولذلك لا نوجب الحد بالوطء في الأنكحة المختلَف فيها.

والثاني: يجب القصاص؛ لأنه استوفى أكثر من حقه، فيلزمه القصاص فيه، كما لو استحق الطرف، فاستوفى للنفس، وأيضاً، فإن القصاص لهما، فإذا قتله أحدهما، فكأنه أتلَف نصف النفس متعدياً، وأنه سبب يوجب القصاص بدليل ما إذا قتل اثنان واحداً، والقولان فيما إذا كان القاتل عالماً بتحريم القتل، فإن جهل، فلا قصاص، بلا خلاف، كذلك ذكر في «التَّهْذِيبِ».

الحالة الثانية: إذا قتله بعد عفو الأخ، فإما أن يكون عالماً بالعفو أو لا يكون، إن

كان عالماً، فَيُنظَرُ؛ إن لم يَحْكَمْ الحاكمُ بسقوطِ القصاصِ عن الجاني، ترتب وجوب القصاص على ما إذا قتله قَبْلَ العَفْوِ، إن أوجبنا القصاصَ هناك، فها هنا أَوْلَى، وإن لم نُوجِب، فوجهان، ويقال: قولان مبنيان على المعنيتين المذكورتين هناك إن عللنا بأنه صاحب حق، فقد سقط الحق ها هنا بالعفو، وقتل من لا قصاص عليه [فيلزمه] القصاص، وهو الأصح، وإن عللنا بشبهة اختلاف العلماء، فالاختلاف قائم ها هنا أيضاً، فلا يجب، وإن حَكَمَ الحاكمُ بسقوطِ القصاصِ عن الجاني، فعليه القصاصُ قولاً واحداً؛ لارتفاع الشبهة، وامتناع المخالف من المخالفة بعد حُكْمِ الحاكم، هكذا أطلقوه، وإن كان جاهلاً بالعفو، ترتب على ما إذا كان عالماً، فإن لم نوجب القصاص عند العلم فعند الجهل أَوْلَى، وإن أوجبناه عند العلم، فها هنا وجهان أو قولان بناءً على الخلاف فيما إذا قَتَلَ مَنْ عرفه مرتداً وظن أنه لم يُسَلِّم، فبان خلافه، وقد مرَّ أن الأظهر الوجوب، ووجه الشبه بين صورتين أن المقتول معصومٌ والقاتل جاهلٌ بحاله، غير معذور في الإقدام عليه، ولو قتله العافي أو عَفَوْا ثم قَتَلَهُ أحدهما، وجب القصاص بلا خلاف.

التفريع: إن أوجبنا القصاصَ على الابنِ القاتِلِ، وجبت ديةُ الأبِ في تركة الجاني؛ لأنه إذا وجب القصاصُ، لم يقع قَتْلُ الجاني قصاصاً، كما لو قتله أجنبي، وإذا فات القصاص، وجبت الدية، فإن اقتصر وارثُ الجاني مِنَ الابنِ القاتِلِ، أخذ وارثُ المقتصر، والابنُ الآخرُ الديةَ من تركة الجاني، وكانت بينهما نصفين، وإن عفا مَجَاناً أو أطلقَ العفو، وقلنا: العفو المطلق لا يوجب الدية، أخذها الأخوان، وإن عفا على الدية أو أطلق، وجعلنا العفو المطلق موجباً للدية، فلأخ الذي لم يَقْتُلْ نصف الدية في تركة الجاني، وللأخ القاتِلِ النصفُ وعليه ديةُ الجاني بتمامها، ويقع الكلام في التقاص، وقد يصير النصف بالنصف قصاصاً، ويأخذ وارثُ الجاني النصفَ الأخير، وقد يختلف القدر بأن يكون المقتول أولاً رجلاً والجاني امرأةً أو مُسَلِّماً، والجاني ذمياً، فَتَحْكُمُ في كل صورة بما يقتضيه الحال، وإذا قلنا بالأصح، ولم نوجب القصاصَ على الابنِ القاتِلِ، فلأخيه نصفُ الدية؛ لفوات القصاصِ بغير اختياره، وممن يأخذ أخُ القاتِلِ النصفَ الذي وجب له؟ فيه قولان:

أحدهما: من أخيه القاتِلِ؛ لأنه صاحبُ حقٍّ في القصاص، فإذا بادر إلى القتل، فكأنه استوفى حقَّ أخيه مع حقِّ نفسه، فصار كما إذا أودَعَ إنسانٌ وديعةً، ومات عن اثنين، فأخذها أحدهما، وأتلفها، يرجع الآخرُ بضمان نصيبه عليه، لا على المودع.

وأصحهما: وهو اختيار المزي: أنه يأخذ من تركة الجاني؛ لأن القاتل فيما وراء حقه كالأجنبي، ولو قتله أجنبي، يأخذ الورثة الدية من تركة الجاني، لا من الأجنبي، فكذلك ها هنا، ويخالف «مسألة الوديعة»؛ لأن الوديعة غير مضمونة على المودع بحال

حتى لو تَلَفَتْ بآفة، فلا ضمان عليه، ولو أتلَفَهَا أجنبيٌّ غرمها للمالك، ونفسُ الجاني مضمونةٌ، حتى لو مات أو قتله أجنبيٌّ، تؤخذ الدية مِنْ تركته، واحتج أبو نصر بن الصَّبَّاحُ، لهذا القول؛ بأنه لو كان المقتول أولاً أقلَّ دية من الجاني؛ بأن كل مسلماً، والجاني ذميٌّ، فقتله أحدُ ابني المسلم، فالواجب على الابن القاتِلِ نصفُ ديةِ الذميِّ، وهو سدُّسُ ديةِ المُسْلِمِ، والثابت لأخي القاتِلِ نصفُ ديةِ المُسْلِمِ، فلو قلنا: إنه يأخذُ حقَّه من أخيه القاتِلِ، لم يمكن أن يأخذها هنا نصفَ ديةِ المُسْلِمِ، ولا يمكن أن يأخذُ منه ومن ورثةِ الجاني؛ لأن أخاه هو الذي أتلَف جميعَ حقِّه، وعلى هذا القول، فلا رجوع له على غيره، وعن ابن سُرَيْجٍ فيما حكاه القاضي ابن كج سماعاً عن أبي الحسين ابن القَطَّانِ عنه قولُ ثالثٍ مخرُجٌ: إن الذي لم يَقْتُلْ من الابنين يتخَيَّرُ بَيْنَ أن يأخذَ حقَّه من أخيه، وبين أن يأخذَه من تركَةِ الجاني، وينزلان منزلةَ الغاصِبِ والمُتَلَفِ مِنْ يدِ الغاصِبِ، وإذا قلنا: إن حقَّ الذي لم يَقْتُلْ على أخيه، فلو أبرأ أخاه، برىء، ولو أبرأ وارثُ الجاني، لم يصحَّ؛ لأنه لا حقَّ له عليه، ولو أبرأ وارثُ الجاني القاتِلِ عن الدية، لم يسقط النصف الذي يُثَبِّت عليه لأخيه، وأما النصف الثابت للوارث، فَيَبْتَنِي على أن التقاصَّ في الدينين<sup>(١)</sup> هل يَحْصُلُ بنفسِ الوجوب، إن قلنا: نعم، فالعفو لغوٌ، وكما وَجَبَا سَقَطًا، وإن قلنا: لا يَحْصُلُ حتى يتراضيا، فيصح الإبراء، ويسقط ما ثَبَّت للوارثِ على الابنِ القاتِلِ، ويبقى للابنِ القاتِلِ النصفُ في تَرَكَةِ الجاني، فإن قلنا: إنَّ حقَّ الذي لم يَقْتُلْ في تركَةِ الجاني لا على أخيه، وهو الأصحُّ، فلوارثُ الجاني على الابنِ القاتِلِ ديةٌ تامةٌ، وله في تركَةِ الجاني نصفُ الدية، فيقع النصف في التقاصِّ، ويأخذ وارثُ الجاني منه النصفَ.

وإبراء الذي لم يقتل أخاه لاغ؛ لأنه لا شيء له عليه، ولو أبرأ وارثُ الجاني، صحَّ، ولو أسقط وارثُ الجاني الديةَ عن الابنِ القاتِلِ، فإن قلنا: يقع التقاصُّ بنفسِ الوجوب، فقد سقط النصفُ بالنصف، كما وَجَبَا، ويؤثِّرُ الإسقاط في النصفِ الآخِرِ، فلا يبقى لأحدهما على الآخر شيءٌ، وإن قلنا: لا يقع التقاصُّ إلا بالتراضي، سقط حقُّ الوارثِ بإسقاطه، وبقي للابنِ القاتِلِ نصفُ الديةِ في تركَةِ الجاني، وإذا كان الابنِ القاتِلُ جاهلاً بالتحريم، وجبت الديةُ بقتله، ويكون في ماله لَقُضْدُهُ القَتْلُ أو على عاقلته؛ لأنَّ الجهل بالحال كالخطأ؟ فيه قولان؛ فإن قلنا: في ماله، فالابن الذي لم يَقْتُلْ يأخذ نصفَ الدية من أخيه أو من تركَةِ الجاني فيه القولان وتفريعهما.

وإن قلنا على العاقلة يأخذ الابن الدية من تركَةِ الجاني في الحال ووارث الجاني

(١) في الروضة الدينين.



أخذ ديته من عاقلة الابن القاتل، كما تؤخذ الدية من العواقل، هذا تفریح القولین في الحالة الأولى، وهو أن یبادر أحد الابنین إلى قتل الجاني قبل عفو الآخر، فأما إذا قتل بعد عفو، فإن أوجبنا القصاص واقتصر وارث الجاني، فلورثة المقتص منه نصف الدية في تركة الجاني، والعافي لا شيء له إن عفا مجاناً، وإن عفا على نصف الدية، فيعود الخلاف في أنه ممن يأخذه، وإن لم يقتص منه الوارث، بل عفا، فيُنظر في حال العفوین وما یفتضیانیه من وجوب المال وعدمیه، وإن لم تُوجب القصاص، فإن كان الآخر قد عفا عن الدية أو عفا مطلقاً، وقلنا بوجوب الدية في العفو المطلق، فلآخرین دية أبيهما وعلى الأخ القاتل دية الجاني، فيقع ماله، وما عليه في التقاص، والآخر يأخذ النصف منه أو من تركة الجاني؟ فيه الخلاف، وإن عفا مجاناً أو أطلق، وقلنا إنه لا یوجب المال، فلا شيء له، وللأخ القاتل نصف دية أبيه من تركة الجاني، وعليه تمام دية الجاني، على ما تبين.

واعلم أن ما ذكرنا في المسألة من صور الوقوع في خلاف التقاص كذلك أطلقه الأئمة، لكنه لا یصفو عن التوقف والتردد من جهة أن موضع الخلاف في التقاص ما إذا تساوى الדיتان. في الجنس والصفة، حتى لا یجری فيما إذا كان أحدهما حالاً، والآخر مؤجلاً أو كانا مختلفین في قدر الأجل، وما هنا أحد الדיتين تثبت في ذمة الابن القاتل لوارث الجاني، والآخر يتعلق بتركة الجاني، ولا یثبت في ذمة الوارث، وهذا الاختلاف أشد من الاختلاف في قدر الأجل<sup>(١)</sup>.

قال الغزالي: وأما إذا قتل واحد جماعة قتل بأولهم (ح م) وللباقين الديات، وإن قتلهم معاً خصص بالقصاص من خرّجت الفرعة له، وهل یکتفی بالعبد في مقابلة الجماعة فيه خلاف لأن حق الآخرين یضیع في التخصيص، فإن تمالاً أولياء القتلى وزع عليهم على الأصح، وزج كل واحد منهم حصّة من الدية، وقيل: یكفي عن جميعهم، وقيل: یخصص بالفرعة، فإن كان فيهم مجنون أو غائب ففي تسليط الحاضر والعاقل من غیر فرعة خلاف، ولو اجتمع مستحق النفس والطرف قدم مستحق الطرف، ولو اجتمع مستحق اليمين ومستحق الأضبع من اليمين أقرع بينهما.

قال الرافعي: الواحد، إذا قتل جماعة، قتل بواحد، وللباقين الديات، وكذلك لو

(١) صحح المصنف في باب الكتابة أن التقاص لا یجری في غیر الذهب والفضة، وعلى هذا فلا فرق بين تساوي محل الدية وغيره، ولا یجیء أيضاً ما ذكره الأئمة هنا على ما نقل عن النص من جواز التقاص من المثلات لأن الإبل منقوصة.

قَطَعَ الواحدُ أَطْرَافَ جماعةٍ، لأنها جنایاتٌ، ولو كانت خطأً، لم تتداخل، فعند التعمُّدِ أولئى وهذا القَدْرُ من المسألة مذكورٌ في الصفات التي يُفْضَلُ بها القاتلُ القَتِيلِ، وحقَّينا هناك خلافَ مَنْ خالف فيه، ولو رَضِيَ الأولياءُ بأن يُقتلَ بهم جميعاً، وَيَزْجَعُوا إلى ما يبقى لكلِّ واحدٍ من الدية عند [فَض] القصاص عليهم، قال الإمام: لا يُجَابُونَ إِلَيْهِ، لا يختلف المذهب فيه، ثم يُنظَرُ؛ إن قتلهم على الترتيب، فيقتل بالاول، وللباقين الديات، فإن عفا وليُّ الاول، قُتِلَ بالثاني، وهكذا يُرَاعَى الترتيب، وإن لم يَغْفُ وليُّ الاول، ولا اقتص، فلا اعتراض عليه، وليس لوليِّ الثاني أن يَبْتَدِرَ إلى قتله، ولو فعل، عَزُرَ، ولا عَزُمَ عليه، بل يقع قتله قصاصاً عن القصاص المستحقَّ له، ويتقل حقُّ الاول إلى الدية، وعنه رواية القاضي الحُسَيْنِ وَجِهَ ضعيفٌ: أنه يُغْرَمُ للاول ديةً قتيله، ويأخذ من تركه الجاني ديةً قَتِيلِ نفسه، وإن كان وليُّ القَتِيلِ الاولِ غائباً أو صبيّاً أو مجنوناً، حُسِبَ القاتلُ إلى أن يَخْضُرَ وليُّ الاول، أو يكمل حاله، وفي «أبانة الفوراني» قولٌ عن رواية حرملة: أن للثاني أن يقتص، ويصير الحضورُ والكمالُ مرجحاً.

وإن كان قد قتلهم معاً؛ بأن هَدَمَ عليهم جداراً أو جرحهم وماتوا معاً، فيُفْرَعُ بينهم فَمَنْ خَرَجَتْ له القرعة، قُتِلَ به، ولو خَرَجَتْ لواحد، فعفا وليُّه أعيدت القرعة بين الباقين، وكذا لو عفا ثان، خرجت القرعة له، والمفهوم من إطلاق أكثرهم؛ أن الإقراع واجبٌ، وعن رواية أبي الفياض وغيره أنه مُسْتَحَبٌّ وللإمام أن يقتله بَمَنْ شاء منهم؛ لثبوت الاستحقاق لكلِّ على التساوي؛ قال القاضي الروياني: وهو الأصح، وعليه جرى القاضي ابن كج وغيره، وحقَّوا عن نص الشافعي - رضي الله عنه - أنه قال: أحببت أن يقرع بينهم، ولو رضوا بتقديم واحدٍ بلا قرعة، جاز إذ الحقُّ لا يَغْدُوهم، فإن بدا لهم، رُدُّوا إلى القرعة، ذكره الإمام، ولو كان وليُّ بعض القتلَى غائباً [أو صبيّاً أو مجنوناً]، فالقياس الظاهر الانتظار، إذا قلنا: لا بد من الإقراع، وفي «الوسيط» عن رواية حرملة: أن للحاضر والكمال أن يقتص ويكون الحضورُ أو الكمالُ مرجحاً للقرعة، فإن أشكل الحال، فلم نَدِرْ أَقْتَلَهُمْ دفعةً واحدةً أو على الترتيب، جُعِلَ كما لو قتلهم معاً، وأقرع بينهم، فإن أقرَّ بسبق قتلهم بغضهم، اقتص منه [وليه]؛ لأنه أقر على نفسه بحقِّ له.

قال أبو الفرج السرخسي: ولوليِّ غيره تحليفه، إن كذبه<sup>(١)</sup>.

(١) ما جزم به من الأقرع في هذه الحالة جزم به الأصحاب وهو مشكل من جهة أنه قد يكون قتلهم على الترتيب فتخرج القرعة لغير الأول فيؤدي إلى قتل غير المستحق فإن قتل هو مستحق للقصاص أيضاً دون التقديم قلنا: فالقرعة لا تقتضي استحقاقه للتقديم والأقرب في هذه الحالة أحد أمرين إما أن يقال يتعذر القصاص ولللكل الديات. وإما أن يقال يقتل بالمجموع وليهم ما بقي من الديات.

وإذا وقع القتل على الترتيب، وجاء وليُّ الثاني يَطْلُبُ القصاص، ولم يجيء وليُّ الأول، فعن نص الشافعي - رضي الله عنه - أنه قال: أَحْبَبْتُ أَنْ يَبْعَثَ الإمامُ إلى وليِّ الأول؛ ليعرف أهو طالبٌ أم عافٍ، فإن لم يبعث، وقتله الثاني، كرهته، ولا شيءَ عليه؛ لأن لكلِّهم عليه حقُّ القَوْد، ويشبهه أن تكون الكراهةُ كراهةُ التحريم، وإلا فليس القتل بالأول، بمسْتَحَقٍّ وَيَدُلُّ عليه ما رُوِيَ عن «الأم» فقد أساء بدل لفظه في «الكراهة».

ولو قتل جماعةً جماعةً، فالقاتلون كالشخص الواحد، إن قتلوهم على الترتيب، قُتِلُوا بالأول، وإن قَتَلُوهم معاً، أفرغ بينهم، فمن خرجت القرعة له قُتِلُوا به، وللباقين الديات في تركابِ القاتلين، ثم الكلام في فروع.

أحدهما: العبد إذا قتل جماعةً أحراراً أو عبيداً، هل يُقْتَلُ بجمعهم؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن في تخصيصه ببعضهم تضييع حقِّ الآخرين، ولأن العبد، لو قَتَلَ جماعةً خطأً، يتضاربون في رقبته، فكذلك في القصاص بخلاف الحرِّ، فإن جنائياته لا تتداخل، إذا كانت خطأً، فكذلك في القصاص وهذا ما أورده القاضي ابن كج.

وأصحهما: عند الإمام والقاضي الروياني وغيرهما: أنه لا يُقْتَلُ بهم<sup>(١)</sup> جميعاً، ويكون بمنزلة الحرِّ المُعْسِرِ يُقْتَلُ بواحد، وللباقين الديات في ذمته تلقى الله تعالى بها، فعلى هذا لو قَتَلَهُم على الترتيب، يُقْتَلُ بالأول، وإن قَتَلَهُم معاً، يفرغ بينهم، ويُقْتَلُ بمن خرجت القرعة له، ولو عفا وليُّ القتل الأول، أو وليُّ مَنْ خرجت القرعة له على مال، تعلق المال برقبته، وللثاني قَتْلُهُ، وإن بطل حقُّ الأول؛ لأن تعلق المال لا يَمْنَعُ القصاص، كما لو جنى العبد المرهون، فإن عفا الثاني أيضاً على المال، تعلق المالان بالرقبة، ولا يُنظَرُ فيه إلى التقدُّم والتأخُّر كما لو أتلف مالاً على جماعة في أزمنة مختلفة، وإيراد صاحب «التهذيب» يُشعر بالقطع بأنه لا يقتل بهم جميعاً، إذا قتل واحداً بعد واحد، وتخصيص الوجهين بما إذا قَتَلَهُم معاً.

والثاني: إذا تَمَّالاً عليه أولياء القتل، وقتلوه جميعاً، ففيه ثلاثة أوجه:

أصحهما: أن القتل يقع عن جميعهم موزعاً عليهم، ويرجع كلُّ واحدٍ منهم إلى ما يقتضيه التوزيع من الدية، فإن كانوا ثلاثة، فقد أخذ كلُّ واحدٍ ثلث حقه، ولو ثلثا الدية، ووجهه أن القصاص ثابت لكلِّ واحدٍ منهم، وأبهم انفرد به، كان مستوفياً حقه كما ذكرنا، فإذا اشتركوا، وقع عنهم جميعاً.

(١) قضية كلام النووي ترجيح الوجه الثاني لأن القاتلين به أكثر، وصرح به الرافعي في الشرح الصغير ولهذا نقله المصنف عن تصحيح الأكثرين وهو قضية إيراد البغوي وصححه القاضي الحسين وقال عن مقابله إنه غلط وقال في المطلب وصححه الإمام ووافقه جلُّ الأصحاب على تصحيحه إلا ابن كج والماوردي فإنهما اقتصرنا على إيراد مقابله.

والثاني: أنه يُقرع بينهم، ويجعل القتل واقعاً عمّن خرجت له القرعة، وللآخرين الدية.

والثالث: حكاه الشيخ أبو محمد عن الحلبي: أنه يكتفي به عن جميعهم، ولا رجوع إلى الدية [ووجه] بأنه لو قُتل جماعةً واحداً متعدّين، جعلنا كل واحد منهم كالمفرد بالقتل، فكما جعلنا كل واحد كالمفرد في الاعتداء، كذلك نجعله كالمفرد في الاستيفاء.

الثالث: إذا قُتل رجلاً، وقطع طرف آخر، وحضر المستحقان، فيقطع طرفه أولاً ثم يقتل سواء تقدّم القتل أو تأخر؛ لأن في القتل على إثر القطع جمعاً بين الحقيقتين، ولو قدّمنا قصاص النفس عند تقدّم القتل، لفات قصاص الطرف، ولا معنى لإسقاط قصاص مقصود لمجرد تقديم وتأخير، وعن مالك: أنه يكتفي بالقتل عن القطع، فإنه يُفوت الطرف ومنافعه، كما تفوت النفس.

وإن قطع يمين إنسان، ثم قطع أصبعاً من يمين آخر، وحضر المستحقان، فيقطع يمينه للأول، وللآخر دية الأصبع، فإن عفا الأول، فُطعت أصبعه للآخر، وإن قطع الأصبع أولاً، فُطعت أصبعه للأول، والثاني يأخذ دية اليد إن شاء، وإن شاء، قطع ما بقي من يد الجاني، وأخذ دية الأصبع، وإنما يراعى التقديم والتأخير هنا، بخلاف القطع مع القتل؛ لأن نقصان الطرف لا يوجب نقصان النفس؛ ألا ترى أن بدلها لا يختلف، ونقصان الأصبع يوجب نقصان اليد؛ ولذلك يختلف البدل، هذا ما ذكره الأئمة، والذي أطلقه صاحب الكتاب في هذه الصورة: أنه يُقرع بينهما ولتحمل على ما إذا وقع القطعان معاً لا على الترتيب وحينئذ، فإن خرجت القرعة لصاحب اليمين، فهو كما لو تقدّم قطع اليمين، وإن خرجت لصاحب الأصبع، فهو كما لو تقدّم قطع الأصبع.

وقوله في الكتاب: «قُتِلَ بأولهم، وللباقيين الديات» ليعلم، بالحاء والميم والألف؛ لما مرّ من مذاهيمهم في نصّ الموضع المحال عليه، وبالواو؛ لوجه نسبته إلى رواية الروياني؛ أنه يُقتل بجمعهم، ولكل واحد قسط من الدية، وهذا الوجه قد نقله الفوراني، وأيضاً، ففي البيان أن بعض أصحابنا الخراسانيين، قال: يُكتفى بقتل الواحد عن الجماعة، كما هو مذهب أبي حنيفة ومالك، ويجوز إعادة العلامات على قوله: «خُصصَ بالقصاص من خرجت القرعة له».

وقوله: «وُرِعَ عليهم على الأصح» يعني من الأوجه.

وقوله: «وقيل يكتفي عن جميعهم، وقيل: يُخصص بالقرعة» هما الوجهان الآخران.

وقوله: «فإن كان فيهم مجنون» إلى آخره، ظاهر في التصوير فيما إذا قتلهم معاً؛

فإن القرعة حينئذ تُستعمل، ولكنه لا يختص به، بل يجري فيما إذا جرى القتل على الترتيب، وفيه صورُ الفوراني كما سبق.

وقوله: «ولو اجتمع مستحقُّ النفس والطَّرْفِ» أي مستحقُّ القصاص في النفس والطرف ويجوز أن يُعْلَم قوله: «قُدِّم مُسْتَحِقُّ الطَّرْفِ» بالميم؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ أَكْتِفَائِهِ بِالْقَتْلِ.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: ثُمَّ لَا يَنْبَغِي لِلْمُسْتَحِقِّ أَنْ يَسْتَقِلَّ دُونَ الرَّفْعِ إِلَى السُّلْطَانِ، فَإِنْ فَعَلَ عَزَزَ وَوَقَعَ الْمَوْقِعَ، وَلِلسُّلْطَانِ أَنْ يَفُوضَ إِلَيْهِ الْقَتْلَ دُونَ الْجَلْدِ فِي الْقَذْفِ فَإِنَّهُ مُتَّفَاوِتٌ وَيُتَّهَمُ فِيهِ، وَفِي الْقَطْعِ تَرَدَّدٌ لِأَنَّهُ قَدْ يَرُدُّ الْحَدِيدَةَ، وَمَهْمَا أُذِنَ لِلْوَلِيِّ فِي ضَرْبِ الرَّقَبَةِ فَأَصَابَ غَيْرَهُ عَمْدًا عَزَزَ وَلَمْ يَعْزَلْ، وَإِنْ أَخْطَأَ أَمِيرًا بِالْإِسْتِنَابَةِ لِعَجْرِهِ، وَلَوْ قَتَلَهُ بِسَيْفٍ مَسْمُومٍ يُفْتَنُّهُ قَبْلَ الدَّفْنِ لَمْ يُمْكَنْ، وَإِنْ كَانَ يُفْتَنُّ بَعْدَ الدَّفْنِ فَوَجْهَانِ، وَأَجْرَةُ الْجَلْدِ عَلَى الْمَقْطُوعِ، وَفِي الْحَدِّ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ نَصٌّ عَلَيْهِ، وَقِيلَ قَوْلَانِ بِالثَّقَلِ وَالتَّخْرِيجِ مَشْهُوهُمَا أَنَّهُ يَخْرُجُ عَنِ الْمُهْدَةِ بِالتَّمْكِينِ أَوْ التَّمْيِيزِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لَيْسَ لِمُسْتَحِقِّ الْقِصَاصِ اسْتِيفَاؤُهُ دُونَ إِذْنِ الْإِمَامِ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ فِي إِثْبَاتِ الْقِصَاصِ، وَاسْتِيفَائِهِ إِلَى النَّظَرِ وَالْاجْتِهَادِ؛ لِاخْتِلَافِ النَّاسِ فِي شُرَائِطِ الْوُجُوبِ، وَفِي كَيْفِيَةِ الْاسْتِيفَاءِ، وَأَيْضًا، فَإِنَّ أَمْرَ الدِّمِ خَطِيرٌ، فَلَا وَجْهَ لِتَسْلِيْطِ الْآحَادِ عَلَيْهِ، وَأَيْضًا فَإِنَّهُ عَقُوبَةٌ تَتَعَلَّقُ بِبَيْدِنِ الْآدَمِيِّ، فَلَا بَدَّ مِنْ مِرَاجَعَةِ الْحَاكِمِ، كَحَدِّ الْقَذْفِ، وَعَنْ أَبِي إِسْحَاقَ وَمَنْصُورِ التَّمِيمِيِّ: أَنَّ الْمُسْتَحِقَّ يَسْتَقِلُّ بِالْاسْتِيفَاءِ، كَالْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ وَسَائِرِ الْحَقُوقِ، وَظَاهِرُ الْمَذْهَبِ الْأَوَّلِ يَسْتَوِي فِيهِ قِصَاصُ النَّفْسِ وَالطَّرْفِ، وَإِذَا اسْتَقِلَّ بِهِ عَزَزَ، لَكِنْ لَا غَرَمَ عَلَيْهِ، وَيَعْتَدُّ بِهِ عَنِ الْقِصَاصِ، وَلَوْ اسْتَقِلَّ الْمَقْدُوفُ بِاسْتِيفَاءِ صُورِ الْحَدِّ، إِمَّا بِإِذْنِ الْقَازِفِ أَوْ دُونِهِ، فَفِي الْاِحْتِسَابِ بِهِ وَجْهَانٌ<sup>(١)</sup>، يُقَاسُ فِي أَحَدِهِمَا عَلَى الْقِصَاصِ وَيُفْرَقُ فِي الْآخَرِ بِأَنَّهُ لَا يَتَعَلَّقُ بِمَوْضِعٍ مُعَيَّنٍ، وَلَا يَهْتَدِي إِلَيْهِ كُلُّ أَحَدٍ، وَإِذَا لَمْ يَحْتَسِبْ بِهِ تَرْكٌ حَتَّى يَبْرَأَ ثُمَّ يُحَدُّ، وَلَوْ مَاتَ مِنْهُ، وَجَبَّ الْقِصَاصُ، إِنْ جَلَدَهُ دُونَ إِذْنِهِ، وَإِنْ كَانَ بِإِذْنِهِ، فَلَا قِصَاصَ، وَفِي الدِّيَةِ خِلَافٌ، كَمَا لَوْ قَتَلَهُ بِإِذْنِهِ.

فَإِذَا طَلِبَ الْمُسْتَحِقُّ أَنْ يَسْتَوِفِيَ الْقِصَاصَ بِنَفْسِهِ، فَإِنْ لَمْ يَرَهُ أَهْلًا لَهُ؛ كَالشَّيْخِ وَالزَّمَنِ وَالْمَرْأَةِ، لَمْ يَجِبْهُ أَنَّهُ يَسْتَنْبِغُ وَإِنْ رَأَاهُ أَهْلًا لَهُ، فَإِنْ كَانَ الْمَطْلُوبُ قِصَاصَ النَّفْسِ، وَالطَّالِبُ الْوَلِيُّ، فَيَفُوضُهُ إِلَيْهِ، بِخِلَافِ الْجَلْدِ فِي الْقَذْفِ، لَا يُفُوضُ إِلَى الْمَقْدُوفِ، لِأَنَّ تَفْوِيتَ النَّفْسِ مَضْبُوطٌ وَالْجَلْدَاتُ تَخْتَلِفُ مَوَاقِعُهَا، وَيَتَفَاوَتُ تَأْثِيرُهَا فِي

(١) قال في الخادم: الأصح عدم الاعتداد.

النفس، وقد يزيد المقدوف في الإيلام للتشفي والانتقام، والتعزير كحد القذف، وإن كان المطلوب قصاص الطرف، والطالب المجني عليه، فوجهان:

أحدهما: يفوضه إليه، كقصاص النفس؛ لأن إبانة الطرف مضبوطة أيضاً.

وأظهرهما: المنع؛ لأنه لا يؤمن أن يردد الحديد، ويزيد في الإيلام، فيسري.

ويستحب للإمام أن يخضِر عدلين<sup>(١)</sup> متيقظين، ليشهدا، إن أنكر المقتص الاستيفاء، ولا يحتاج إلى القضاء بعلمه بتقدير أن يكون [الترافع] إليه، ويتفحص عن حال السيف، ليكون الاقتصاص بالصارم لا بالكال المعذب، وقد روي أنه ﷺ قال: «إِذَا قَتَلْتُمْ فَأَخْسِنُوا الْقَتْلَةَ، وَإِذَا دَبَّحْتُمْ فَأَخْسِنُوا الذَّبْحَةَ»<sup>(٢)</sup> وإذا قتل الجاني بسيف كال، فيقتل بالكال أو بالصارم؟ فيه وجهان، أشبههما على ما ذكر القاضي الروياني وغيره: الأول<sup>(٣)</sup>، ويحكى الثاني عن «المنهاج» للشيخ أبي محمد، وإذا لم تجوز بالكل فإذا بان بعد الاستيفاء بأن السيف كان كالأ، عَزَّر المستوفي.

ويُضَبَط الجاني في قصاص الطرف؛ لثلا يضطرب، فيؤدي إلى استيفاء زيادة، ثم في بقية الفصل صور.

إحداها: إذا أذِنَ لِلوَلِيِّ في ضرب الرقبة، فأصاب غيرها، واعترف المُستوفِي بأنه تعمَّد، عَزَّر، وكذا لو ادَّعَى الخَطَأَ فيما لا يَقَعُ الخَطَأَ بمثله، كما إذا ضَرَبَ على رجله أو وَسَطَهُ لظهور كذبه، ولكن لا يمنع من الاستيفاء، ولا يعزل لأنه أهل له، وإن تعدى بما فَعَلَ وهذا كما أنه لو جرحه قبل الارتفاع إلى مجلس الحُكْم، لا يُمْنَع من الاستيفاء، ومنهم مَنْ يحكي وجهاً أو قولاً آخر: أنه يعزل، ويُؤمَر بالإبانة؛ لأنه لا يؤمن أن يتعدى

(١) وما ذكره من الاستحباب هو المشهور، وقال في الحاوي: إذا تعين لواحد استيفاء القصاص اعتبر في استيفائه عشرة أشياء حضور الحاكم الذي حكم له بالقود أو ناشب عنه، وأن يحضره شاهدان وأن يحضر معه من الأعوان من إذا احتاج إليهم أعانوه فربما احتاج إلى كف وردع وأن يؤمر المقتص منه بما يعين عليه من صلاة يومه وبالوصية فيما له وعليه، وبالتوبة، وأن يساق إلى موضع القصاص سوقاً رقيقاً بلا شتم ويستر عورته وتشد عيناه، ويكون ضارباً بغير مسموم قال: وإنما اعتبرنا هذه الشرائط والأوصاف إحساناً في الاستيفاء ومنعاً من التعذيب. انتهى.

وما ذكره من اشتراط حضور الإمام جزم به صاحب المقنع والشيخ في التنبيه وصاحب البيان والذخائر. قال ابن الرفعة: ويدل عليه كلام الشافعي في الأم، وجزم به الشيخ عز الدين في أواخر القواعد.

(٢) رواه مسلم وأحمد وأبو داود والنسائي وابن ماجه، من حديث شداد بن أوس، وسيأتي في الضحايا.

(٣) وقال في الشرح الصغير أنه الأشبه وبه جزم الماوردي في الحاوي والمتولي في التمهة.

ثانياً، ويريد تعذيبه، فلا يسلط عليه، ويُنسب هذا إلى أبي الحُسَيْن بن القَطَّان، وإن ادَّعى الخطأ فيما يُمكن أن يقرع في مثله الخطأ، كما لو ضَرَب على الكتف أو الرأس ممَّا يلي الرقبة، فيحلف ولا يُعزَّر إذا حلف، لكن يعزل، لأن الحال يُشعر بعجزه وخرقه، ويُرَوَّى وجْهٌ أو قولٌ: أنه يُعَدَّر بالخطأ، ولا يعزل، وذكر الإمام مستدرِكاً أن هذا الوجه ينبغي أن يكون مخصوصاً بما إذا لم يتكرَّر منه الخطأ، ولم يظهر خرقه، وإن ظَهَرَ، فليمنع بلا خلاف، [ينبغي] أن يكون الوجه الأظهر، وهو أن يعزل مخصوصاً بمن لم تُعرَف مهارته في ضَرْب الرقاب، أمَّا الماهرُ فيه، فينبغي ألاَّ يعزل بخطأ اتَّفَقَ له، بلا خلاف.

الثانية: أطلق مطلقون وجهين في المنع من استيفاء القصاص بالسيف المسموم، وقالوا، في وجه: لا يُمنع؛ لأنه ليس فيه زيادة عقوبة وتقويت.

والأصحُّ أنه يُمنع؛ لأنه يُفسد البدن، وقد يفضي إلى التقطع وعسر الغسل والدفن، والوجهان عند الإمام فيما إذا كان تأثيرُ السُّمِّ في التقطع والتفتت يتأخر عن الدفن، فإن كان يُؤثِّر قبل الدفن، فيمنع منه بلا خلاف لما فيه من هتك الحرمة، وعلى هذا جرى صاحب الكتاب، وحيث يمنع، فلو بان بعد القتل أنَّ الآلة كانت مسمومة، عُزِّر، وفي قصاص الطَّرْف؛ يمنع من المسموم لا محالة، فلو استوفاه بالمسموم، فمات المقتص منه، فلا قصاص؛ لأنه مات مِن مستحقٍّ وغير مستحقٍّ، ويجب نصف الدية، ويكون على المستوفي أو على عاقلته فيه وجهان:

أشبههما الأوَّل: وفي كتاب القاضي ابن كج ذكر وجه أنه يجب القصاص.

قال: ولو كان السُّمُّ مُوجِباً<sup>(١)</sup> وجب وجهاً واحداً.

الثالثة: لينصب الإمام من يقيم الحدَّ ويستوفي القصاص<sup>(٢)</sup> بإذن المستحقين ويرزقه من خمس خمس الفَيء والغنيمة المُرصد للمصالح، فإن لم يكن عنده مِن سهم المصالح شيءٌ أو احتاج إليه لما هو أهم منه، فظاهر المذهب أن الأجرة في الاقتصاص على المقتص منه؛ لأنه مؤنة حق، يلزمه توفيته فتلزمه تلك المؤنة، كما تلزم أجرة الكيِّال على البائع، وأجرة وزان الثمن على المشتري، وعن صاحب «التقريب» روايةٌ وجه أنها على المقتص، كما أن أجرة نقل الطعام المشتري على المشتري المستوفي، وبهذا قال أبو حنيفة، وروي عن مالك أيضاً، وذكر أن مأخذ الخلاف، وهو أن التسليم يُخصل بالإبانة وتميز العضو عن الجملة أو يكفي فيه التخلية وقرب صاحب التقريب

(١) الموحى بضم الميم وفتح الواو وتشديد الحاء المهملة الذي يقتل في الحال. قاله في الخادم.

(٢) من المهم ذكر شرطه وشرطه الإسلام فلا يجوز للإمام أن يتخذ جلاًداً كافراً لإقامة الحد على المسلمين.

الخلاف في المسألة من الخلاف في أن تسليم الثمار المبيعة على رؤوس الأشجار، هل تحصل بالتخلية، وفرق الإمام بين البائين فقال: اليد جزء من الإنسان، والتسليم فيها لا يَحْصُلُ إلا بالفضل، وليست الثمار كذلك؛ ألا ترى أن الجاني لو فاتت يدهُ بعد التمكين يستقر عليه ضمانُ الجناية بلا خلاف، وإذا اجتاحت الثمار بعد التخلية، فمن ضمان من يكون فيه الخلاف المشهور، والخلاف الذي يشبهه هذا الخلاف وجهان ذكراً في أن مؤنة الجَدَّاذ على البائع أو المشتري تفرعاً على أن الجوائح من ضمان البائع، وأما أجرة الجَلَّاد في الحدود، والقاطع في السرقة، فيحصل من المنقول فيها وجهان أيضاً أرجحهما فيما يقتضيه إيرادُ الأكثرين تصريحاً وتعريضاً؛ أنها تَجِبُ على المجلِّود والسارقِ المقطوع أيضاً؛ لأنها من تمتة الحدِّ الواجبِ عليه، وبهذا قال الماسرجسي.

**والثاني:** أنها في بيت المال؛ لأن الحد ليس حقاً يستقر في الذمة استقرار القصاص، وإنما الحدود سياساتٌ يقوم بها السائس؛ للمصلحة العامة، فعليه القيام بتوابعها ومؤناتها، ومنهم من خصَّص الإيجاب على بيت المال، بما إذا لم يكن للجاني مالٌ، وفي كلام الأئمة ما يُفهِم ويُزِيدُ إلى ترتيب الخلاف في أجرة الجَلَّاد في الحدِّ على الخلاف في القصاص، فإن قلنا: يجب على بيت المال، فأجرة الجلادين في الحدِّ على بيت المال، بطريق الأولي، فإن قلنا: إنها على المقتصر منه، ففي الحدود تجب على المحدود أو في بيت المال؟ فيه وجهان، والفرق أن المقتصر منه مأمورٌ بالإقرار بالجناية؛ ليستوفى منه موجبها فمؤنة الإيفاء عليه، وفي الجرائم المُوَجَّبة للحدود، هو مأمورٌ بالستر على نفسه، ونقل جماعة من الأئمة منهم المسعودي والفوراني تولد الخلاف في صورتين من ذمتين نقلوهما عن الشافعي - رضي الله عنه - قالوا: نص في القصاص على أن الأجرة على المقطوع والمقتول، وفي الحدود على أن الأجرة على بيت المال، فقررهما مقررون وتصرف فيهما آخرون بالنقل والتخريج، وأثبتوا فيهما قولين.

**أحدهما:** الوجوب على الجاني.

**والثاني:** أنه تجب في القصاص على المستحق، وفي الحدود في بيت المال، وهذه الطريقة هي التي أوردتها صاحب الكتاب، وأجرة الجَلَّاد في حدِّ القذف كأجرة الاقتصاص، وإذا قلنا بالوجوب في بيت المال، والتصوير فيها إذا لم يكن في بيت المال ما يُمكن صرفه إليه، فيستقرض الإمام على بيت المال إلى أن يَجِدَ سَعَةً.

قال القاضي الروياني: أو يستأجر بأجرة مؤجلة أو يستسخّر مَنْ يقوم به على ما يراه، والاستجار قريب، والتسخير بعيد، ويتقدير أن يجوز ذلك فيجوز أن يأخذ الأجرة ممن يراه من الأغنياء، ويستأجر بها، ولو قال الجاني: اقتص من نفسي، ولا أؤدي الأجرة، فهل يُمكن؟ فيه وجهان:



أحدهما: وبه قطع الداركي<sup>(١)</sup>: نعم؛ لحصول النفوت.

وأظهرهما: المنع؛ لأن المقصود التشفي، وذلك لا يتم بفعل الجاني، وأيضاً، فإنه إذا مسته الحديد فترت يدها، ولم يخصل الزهوق، إلا بأن يعذب نفسه تعديباً شديداً، وهو ممنوع منه، وعلى هذا، فلو قتل نفسه أو قطع طرفاً بإذن المستحق، ففي الاعتداد به عن القصاص وجهان:

أحدهما: لا يعتد به، كما لو جلد نفسه في الزنا بإذن الإمام أو في القذف بإذن المقدوف، فإنه لا يسقط الحد عنه، وكما أنه لو قبض المبيع من نفسه بإذن المشتري، لا يعتد به.

والثاني: يعتد لحصول الزهوق، وإبانة العضو، ويخالف الجلد؛ فإنه قد لا يؤلم نفسه، ويرى الإيلام فلا يتحقق حصول المطلوب، وفي البيع، المقصود إزالة يد البائع، ولم تزل قال في «التهذيب»: ولو قطع السارق نفسه بإذن الإمام، اعتد به عن الحد، وهل يمكنه إذا قال: أقطع نفسي؟ فيه وجهان، يحسن ترتيبهما على الخلاف في أنه هل يمكن من الاقتصاص من نفسه، والتمكين ها هنا أولى؛ لأن الغرض ها هنا التنكيل، ويخصل ذلك بفعل السارق أو هو أشد، وهناك الغرض التشفي على ما مر.

قال الغزالي: الفضل الثاني في أن القصاص على الفور فلا يؤخر (ح) باللياذ إلى الحرم بل يقتل فيه ويخرج عن المسجد الحرم فيقتل، وقيل يقتل: في المسجد الحرم وينسط الأنطاغ تمجلاً، ولو قطع طرفه فمات فللولي قطع طرفه وحز رقبته حقيقته إن شاء، وله التأخير، ولا يؤخر قصاص الطرف لحر مفريط ولا لمرضى الجاني، ولا يمنع من الموالاة في قطع الأطراف قصاصاً وإن كان قد قطع أطرافه بالجناية متفرقاً.

قال الرافعي: لمستحق القصاص استيفاؤه على الفور، إذا أمكن؛ لأن القصاص موجب الإتلاف، فيتعجل، كقيم المتلفات، ويتعلق بهذه القاعدة صوراً.

إحداها: من وجب عليه القصاص، إذا التجأ إلى الحرم، جاز استيفاؤه منه في الحرم، سواء كان الواجب قصاص النفس أو قصاص الطرف، ومثله يزوي عن مالك، وعند أبي حنيفة: لا يستوفى قصاص النفس في الحرم، إلا أن ينشئ القتل فيه، ولكن يضيق الأمر عليه، فلا يكلم ولا يطعم، ولا يعامل حتى يخرج، فيقتل وسلم أنه يستوفى قصاص الطرف في الحرم، سواء أنشأ الجناية فيه أو أنشأها خارج الحرم، والتجأ إليه،

(١) وما أطلقه عن الداركي من الجواز محله إذا فعله برضى المستحق فإنه فعل بغير رضاه قال الداركي: ففيه وجهان كذا حكاه صاحب الوافي عن شيخه عنه.

وعن أحمد: أنه لا يُستوفى من الملتجئ قصاص النفس، ولا قصاص الطرف، واحتجّ الأصحاب على أبي حنيفة بالقياس على ما سلم، وأيضاً بأنه قتل، ولو وقع في الحرم، لم يوجب ضماناً، فلا يمنع منه، كقتل الحية والعقرب، ولو التجأ إلى المسجد الحرام أو غيره من المساجد، فيُخرج منه، ويُقتل؛ لأن هذا تأخيرٌ يسيرٌ، وفيه صيانة للمسجد، وفيه وجه أنه تُبسط الأنطاع، ويُقتل في المسجد تعجيلاً لتوفية الحق وإقامة الهيئة<sup>(١)</sup>.

الثانية: لو قطع طرفه، فمات بالسراية، فسيأتي أن القصاص يُستوفى بمثله، فإذا قطع المجني عليه طرفه، فله أن يحزر رقبته في الحال، وله أن يؤخر، فإن مات بالسراية، فذاك، وإن لم يمت، حَزَّ رقبته، وذلك؛ لأن المستحقَّ إزهاق الروح، فإن شاء، عَجَّل، وإن شاء، أحرَّ، ويجوز أن يُعلم بالحاء قوله: «فللولي قطع طرفه» لما سيأتي إن شاء الله تعالى.

الثالثة: لا يُؤخر قصاص الطرف لشدة الحرِّ والبرد، ولا يُعذر الممرض، وإن كان مخطراً، وكذلك الجلد في القذف، بخلاف قطع السرقة، والجلد في حدود الله تعالى؛ لأن حقوق الله تعالى مبنية على المساهلة، وحقوق العباد على المضايقة، هكذا أورده صاحب الكتاب، وهو المذكور في «التهذيب» وغيره؛ وفي «جمع الجوامع» للروائي: أنه نص في «الأم» على أنه يُؤخر قصاص الطرف بهذه<sup>(٢)</sup> الأسباب، ولو قطع من غيره أطرافاً، ووجب فيها القصاص فللمجني عليه أن يقتص على التوالي، سواء قطعها الجاني متفرقة أو متوالية؛ لأنها حقوق اجتمعت عليه، وفيه وجه أنه إذا قطعها متفرقة، يقتص منها كذلك لما في الموالة من زيادة الخطر، ووجه أنه لا يوالي بينهما، وإن قطعها متوالية، والظاهر الأول؛ [لأنها حقوق واجبة في الحال].

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَا يُؤَخَّرُ إِلَّا بِعَذْرِ الْحَمَلِ عِنْدَ ظُهُورِ مَحَايِلِهِ، وَلَا يَكْفِي مُبَجَّرُ دَعْوَاهَا عَلَى أَصْحَ الْوَجْهَيْنِ، ثُمَّ يُؤَخَّرُ إِلَى الْوَضْعِ، فَإِنْ لَمْ يُوَجَدْ سِوَاهَا مُرْضِعَةً فَلِأَنَّ يُوَجَّدُ، وَفِي الْحَدِّ يُؤَخَّرُ بَعْدَ الْفِطَامِ إِلَى أَنْ يَكْفُلَهُ غَيْرُهَا، وَلَا يُخْبَسُ فِي الْحَدِّ، وَلَا يَتَّبِعُ الْهَارِبُ، وَيُخْبَسُ فِي الْقِصَاصِ الْحَامِلُ.

(١) قال النووي: ولو التجأ إلى الكعبة، أو إلى ملك إنسان، أخرج قطعاً. والله أعلم.

اعترضه في المهمات بأن في التتمة حكاية وجه ورد بأن الذي في التتمة موافق لكلام الشيخ وأن في البحر حكاية وجه أنه يبسط له الإقطاع.

(٢) هذا الخلاف محله إذا لم تقع الجنابة في مثله بأن وقعت الجنابة في حال اعتدال الهواء فأخر المطالبة إلى الحر والبرد، أما إذا جنى عليه في زمان شدة الحر والبرد ويستوفي في ذلك الزمان بلا خلاف قطع به في التتمة وهو ظاهر.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: المرأة الحامل لا يقام عليها قصاصُ النفس، ولا قِصاصُ الطَّرْفِ، ولا حَدُّ القذف ولا حدودُ الله تعالى قَبْلَ الوضع؛ لما في إقامتها من هلاك الجنين أو الخَوْفُ عليه، والجنين بريءٌ لا يُهْلِكُ بجريرة غيره، ولا فَرْقُ بين أن يكون الولدُ من حلالٍ أو حرام، ولا بين أن يحدث بعد وجوب العقوبة أو قَبْلَهُ، حتى أن المرتدَّة إذا حبلت من الزنا، لا تقتل حتى تَضَع، وإذا وضعت، فلا تستوفي العقوبة أيضاً، حتى ترضع الولد اللبأ، لأنَّ الولد لا يعيش إلا به، هكذا أطلقَ المُعْظَمُ حكماً، وتوجيهاً، والقاضي أبو الطَّيِّبِ منع ما ذكره، وقال: قد تموت المرأة في الطَّلُقِ ويعيش الولدُ بلبن غيرها، ومال إلى أنها لا تُمَهَّلُ لإرضاع اللبأ، وعلَّقَ الإمام القول فيه، وقال: إن تُحَقِّقَ أن الولد لا يعيش دون اللبأ، فيُنهَلُ إلى أن ترضعه، واعلم أن ما ذكره القاض من أن الولد قد يعيش دونهُ صحيحٌ معلومٌ بالمشاهدة، ولكن يشبه أن المُطَلِّقِينَ أرادوا الغالب أو أنه لا يَقْوَى ولا تشتد بنيته إلا به، على ما بيَّناه في «النفقات»، وحينئذ، فلا يَنبَغُ أن يقال: مدة إرضاع اللبأ مدة يسيرة، فيحتمل تأخير الاستيفاء فيها؛ لنزول الخطر عن المولود، يَكْمُلُ عيشه، ثم إذا أرضعته اللبأ، فإن لم يَكُنْ هناك مَنْ تُرْضِعُ، ولا ما يعيش المولودُ به من لبَنٍ بهيمةٍ أو غيره، فعن ابن خيران: أنه يُسْتَوْفَى فيها القصاص، ولا يبالي بذلك، كما لو كان للقاتل عيالٌ يضيعون ظاهراً لو اقتص منه، والصحيح المشهور: أنه لا بد من التأخير إلى أن توجد مرضعة، أو ما يعيش به أو ترضعه هي حولين، وتفطمه؛ لأنه إذا وجب تأخير العقوبة احتياطاً للحمل؛ فَلَأَن يَجِبُ، وقد تيقنا بالوضع وجوده وحياته، كان أوَّلَى ولو بادر مستحقُّ القصاص، والحالة هذه، فقتلها، فمات، ففي تعليق الشيخ أبي حامد: أنه قاتلٌ عَمْدٍ يلزمه القَوْدُ إلحاقاً بما إذا حَبَسَ رجلاً في بيت، ومَنَعَهُ الطعام والشراب، وكذلك حكاه القاضي ابن كج عن النصِّ عن الماسرجسي، قال: سمعتُ ابن أبي هريرة، يقول: عليه دية الولد، فقلت له: أليس لو غصب طعام رَجُلٍ في البادية أو كُسوته، فمات جوعاً أو برداً، لا ضمان عليه، فما الفرق؟ فتوقف، فلما عادَ إلى الدرس، قال: لا ضمان فيهما جميعاً، وهذا مصيرٌ إلى نفي القصاص بطريق الأوَّلَى.

فهذا إذا لم يكن هناك ما يعيش به المولود أصلاً، ووراءه حالتان:

إحدهما: إذا أمكن تربية المولود بمراضع يتناولن عليه، أو بلبنِ شاةٍ ونحوه، ولم يوجد مرضعة راتبة، فيُستحبُّ للولي أن يَصْبِرَ لترضعه هي لئلا يفسد خلقه ولا يسوء نشوءه بالألبان المختلفة ولبن البهيمة، ولو لم يصبر وطلب القصاص، أُجِيب، وفي المقدور عليه مما تخصل به التربية بلاغٌ.

والثانية: إذا وجد مرضعة راتبة، وطلب المستحقُّ القصاص، استوفى، وإذا كان

هناك أمراض، وامتنعن، فيجبر الحاكم من يرى منهن بالأجرة<sup>(١)</sup>، والجلد في القذف كالقصاص. وأما الرجم وسائر حدود الله تعالى، فلا تستوفى وإن وجدت مرضعة، بل ترضعه هي، وإذا انقضت مدة الإرضاع، فلا يستوفى أيضاً حتى يوجد للطفل كافلاً، روي أن الغامدية أتت رسول الله ﷺ فقالت: «زُتيت فطهرني، واللّه، إني لحبلى، قال: أذهبي، حتى تلدي، فلما ولدت أتت بالصبي في خرقه، فقالت: هذا قد ولدته قال: أذهبي فأرضعيه، فلما فطمته، أتته بالصبي، وفي يده كسرة خبز، فقالت: قد فطمته، فدفع الصبي إلى رجل من المسلمين، وأمر برجمها»<sup>(٢)</sup> قال الإمام: والفرق بين القصاص وبين الحد ما تحقق أن [حدود] الله تعالى تُبنى على المساهلة؛ ولذلك يُقبل الرجوع عن الإقرار فيها، وحقوق الآدميين تُبنى على التضييق.

وتُحبس الحامل في القصاص، إلى أن يُمكن الاستيفاء، على ما ذكرنا فيما إذا كان في المستحقين صبي أو غائب وفيما إذا كان عليها الرجم أو غيره من حدود الله تعالى، الظاهر، وهو المذكور في الكتاب: أنها لا تُحبس؛ بدليل قصة الغامدية، وحكى الإمام وجهاً أنها تُحبس كما في القصاص، قال الإمام: وإطلاق هذا بعيداً، والأقرب أن يُقيد فيقال: إن ثبت بالبيّنة، فتُحبس، أما إذا ثبت بالإقرار، فلا معنى للحبس، مع أنه يعرض للسقوط بالرجوع عن الإقرار، ومما يحقّق الفرق بين الحد والقصاص أن الهارب في الحد لا يُتبع على رأي، كما سيأتي إن شاء الله تعالى في «الحدود» والهارب عن القصاص بخلافه.

وجميع ما ذكرنا فيما إذا ظهرت مخايل الحمل ودلالاته بالإقرار، أو بشهادة النسوة، ولو ادعت المرأة أنها حاملة، فهل يُمتنع عنها بمجرد دعاها؟ فيه وجهان:

قال الإصطخري: لا؛ لأن الأصل عدم الحمل، فلا تترك إقامة [الحد] الواجب إلا بيّنة تقوم على ظهور مخايله، وقال الأكثرون، نعم؛ لأن للحمل أمارات تظهر وأمارات تخفى، وهي عوارض تجدها الحامل من نفسها، وتختص بمعرفتها، وهذا النوع يتعدّر إقامة البيّنة عليه، فينبغي أن يُقبل قولها، كالحيض، ولأن ما تدّعيه محتمل احتمالاً لا بعد فيه، فلا وجه للهجوم على ما يهلك الجنين، إن كانت صادقة.

والأول أصح عند صاحب الكتاب، ورجح المعظم<sup>(٣)</sup> الثاني، قال الإمام: ولا

(١) أطلق الإجماع. وقال الروياني في البحر: هذا الإجماع لا يجوز ما دامت الأم موجودة باقية لأن حياة الولد بحياة الأم.

(٢) رواه مسلم [١٦٩٥] من حديث بريدة وسيعاد في الحدود.

(٣) قال الشيخ البلقيني: محل تصديقها حيث أمكن أن تكون حاملاً عادة فلو كانت آيسة لم تصدق واكتفى بدلالة الإياس، وهو معنى قول الشافعي أو يعلم أنه لا حمل.

أدري أن الذين اعتمدوا قولها، يأمرّون بالصبر إلى انقضاء مدة الحمل أو إلى ظهور المخايل، والأظهر الثاني، فإن التأخير أربع سنين غير ثبت بعيداً، وذكر في «الوسيط» أنّ على الوجه الأوّل لا يمكن استيفاء القصاص من منكوحة يخالطها زوجها، وهذا إن كان المراد ما إذا ادعت الحمل، فكذلك، وإن أراد أنه يمنع الاستيفاء لمجرد المخالطة والوطء من غير دعواها الحمل، فهو ممنوع؛ لأن الأصل عدم الحمل، وجاز أن يقال: إنما يُعدّل عن الأصل بشهادة تستند إلى الأمارات الظاهرة، أو بقولها المستند إلى الأمارات الخفية.

وقوله في الكتاب: «ولا يُتَّبَعُ الهاربُ» يجوز أن يُعلّم بالواو؛ لما سيأتي إن شاء الله تعالى في «الحدود».

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ بَادَرَ الْوَلِيُّ فَقَتَلَ الْحَامِلَ فَعُرَّةُ الْجَنِينِ عَلَى عَاقِلَتِهِ إِذْ لَا يَتَبَيَّنُ حَيَاةُ الْجَنِينِ فَهُوَ شِبْهُ عَمْدٍ، وَلَوْ قَتَلَهَا بِتَسْلِيْبِ الْإِمَامِ فَيَحَالُ بِالْعُرَّةِ عَلَى الْإِمَامِ فِي وَجْهِ لِقْصِيْرِهِ فِي التَّسْلِيْبِ أَوْ تَرْكِ الْبَحْثِ، وَعَلَى الْوَلِيِّ فِي وَجْهِ لِمُبَاشَرَتِهِ، وَعَلَيْهِمَا بِالشَّرْكَةِ فِي وَجْهِ، وَفِي وَجْهِ رَابِعٍ يَحَالُ عَلَى الْإِمَامِ إِنْ كَانَ عَالِمًا، فَإِنْ كَانَ جَاهِلًا فَلَا، أَمَّا الْجَلَادُ فَلَا عَهْدَةَ عَلَيْهِ عِنْدَ جَهْلِهِ بِحَالٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا قُتِلَتِ الْحَامِلُ عَلَى خِلافِ مَا أَمَرْنَا بِهِ، نُظِرَ؛ إِنْ بَادَرَ إِلَيْهِ الْوَلِيُّ مُسْتَقْلًا، أَيْمًا، وَوَجِبَتْ عُرَّةُ الْجَنِينِ، إِنْ انفصل ميتاً، ويكون على العاقلة علي ما هو شأن الغرة؛ لأن الجنين لا يباشّر بالجناية، ولا تتبيّن حياته؛ فيكون إهلاكه خطأ أو شبه عمد، وإن انفصل متألماً، ومات، وجبت الدية، وإن مكّنه الإمام وأذن له في قتلها، فقتلها، فقد رتب الأصحاب<sup>(١)</sup> الكلام في ثلاثة فصول:

أحدها: الإثم، وهو تبعّ للعلم، فإن علم الإمام والولي أنها حامل، أيّما جميعاً، وإن علم أحدهما دون الآخر، اختص الإثم بمن علّم وإن جهلا، فلا إثم.

والثاني: الضمان؛ فإن لم ينفصل الجنين، فلا ضمان، وإن انفصل ميتاً، ففيه العرّة والكفارة، وإن انفصل حياً متألماً، ومات كذلك، فعليه دية وكفارة؛ لأن الظاهر أن تألمه وموته من موتها، وإن انفصل سليماً، ثم مات، لم يجب فيه شيء؛ لأنه لا يُعلّم أنه مات بالجناية أم لا.

والثالث: فيمن يضمن، ولا يخلو إما أن يكون الإمام والولي عالّمين بالحال، أو جاهلّين أو كان الإمام عالماً دون الولي وبالعكس، وهي أربع أحوال:

(١) في ز: الإمام.

أحدهما: إذا كانا عالمَيْن، فظاهر المذهب، وهو المنصوص: أن الضمان يتعلّق بالإمام؛ لأن الاجتهاد والنظر إليه والبحث والاحتياط عليه، وفعل الولي صادر عن رأيه واجتهاده، وهو كآلة ووراء وجهان:

أحدهما: وهو اختيار المزنّي: أن الضمان على الولي؛ لأنه المباشر، والمباشرة أقوى وأولى بإحالة الهلاك عليها، وهذا أرجح عند الإمام وصاحب الكتاب.

والثاني: وعن رواية أبي علي الطبري وصاحب «التقريب»: أن الضمان عليهما بالسوية؛ لأن الولي مباشر، وأمر الإمام كالمباشرة؛ فيشتركان في الضمان.

والثانية: إذا كانا جاهلَيْن، فيمين عليه الضمان الوجوه الثلاثة المذكورة في الحالة الأولى وفي تعليق الشيخ أبي حامد القطع بالأول منها.

والثالثة: إذا كان الإمام عالماً والولي جاهلاً، فإن أوجبنا الضمان على الإمام إذا كانا عالمين فما هنا أولى وإن أوجبناه هناك على الولي، فما هنا وجهان يقرّبان من الخلاف فيما إذا أضاف الغاصب بالطعام المغصوب غيره، على من يستقر الضمان؟

والرابعة: إذا كان الولي عالماً، والإمام جاهلاً، فالمشهور الصحيح أن الضمان على الولي؛ لاجتماع العلم وقوة المباشرة، وعن صاحب «التقريب» وجه أنه على الإمام لتقصيره في البحث، ويخرج مما سقناه أربعة أوجه، وجوب الضمان على الإمام مطلقاً، ووجوبه على الولي مطلقاً، والشركة مطلقاً، ووجوبه على الإمام، إذا كان عالماً أو كانا معاً جاهلَيْن، وعلى الولي، إذا اختص الجهل، وهذه الوجوه الجارية هي التي ذكرها في الكتاب، إلا أن لفظ الرابع غير واف بالمقصود والوافي ما ذكرناه.

التفريع: حيث أوجبنا الضمان على الولي، فالغرة على عاقلته، والكفارة في ماله وحيث أوجبناه على الإمام، فإن كان عالماً، كذلك وإن كان جاهلاً، فعلى القولين في أن ما يلزم بخطأ الإمام في الاجتهاد؛ يكون على عاقلته أم في بيت المال، وسيأتي ذكرهما:

أظهرهما: وهو المنصوص ها هنا أنه على عاقلته، وعن أبي الطيب بن سلمة، وأبي علي الطبري: القطع به، وإذا قلنا: إن الغرة أو الدية تكون في بيت المال، ففي الكفارة وجهان<sup>(١)</sup> لقربهما من القربات ويُغدها عن التحمّل، ولو باشر القتل نائب الإمام أو جلاّذه دون الولي، فإن كان جاهلاً، فلا ضمان عليه بحال؛ لأنه سيف الإمام، وليس عليه البحث عما يأمره [الإمام] به وإن كان عالماً ففيه خلاف مرتّب على الخلاف في الولي، إذا كان عالماً وأذن له الإمام، والجلاد أولى بأن لا يضمن؛ لأنه لا يستوفي

(١) وحكاة البندنجي والقاضي أبو الطيب قولين.

لنفسه شيئاً، وإنما يمثل مأموراً لمنصب الإمام؛ ولذلك قيل إنه آلة سياسة الإمام، وأنه لا كفارة عليه، إذا جرى على يده قتلٌ بغير حق، ونقل أبو الفرج السرخسي وجهين في أنه هل يعتبر علمُ الوليِّ والإمام والمباشرِ الجلاد، وقال: أصحُّهما: أنه يعتبر حتى إذا كان عالماً، وهما عالمان يكون الضمان عليهما أثلاثاً، وهذا كلامنا في ضمان الجنين.

وأما الأم، فلا يجب ضمانها؛ لأنها تَلَفَتْ في حدِّ أو عقوبة، وجَبَتْ عليها.

قال في «التهذيب»: هذا إذا ماتت من ألم الضرب، فإن ماتت من ألم الولادة تجب ديتها، وإن ماتت منهما يجب نصف ديتها، وكان المراد ما إذا ضربها في الحدِّ فأفضى إلى الإجهاض والولادة، فماتت من الألمين أو من أحدهما.

فَرَعٌ: إذا لم يعلم الإمام بالحمل، فأذن للوليِّ في القتل، ثم علم، فرجع عن الإذن ولم يعلم الوليُّ رجوعه، فقتل، فعلى من الضمان؟ يُبْقَى ذلك على ما إذا عفا الموكل عن القصاص، ولم يعلم الوكيل، وسيأتي، ذكره القاضي ابن كج.

واعلم أنه ليس المراد فيما أطلقنا من العلم بالحمل، وعدم العلم حقيقة العلم، وإنما المراد الظنُّ المؤكَّد؛ لظهور مخايله، وعبر عنه الإمام بأن قال: إن كان عالماً بالحمل علم مثله.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: الْفَضْلُ الثَّلَاثُ فِي كَيْفِيَةِ الْمَمَاتِلَةِ وَهِيَ مَرْعِيَّةٌ (ح) فَمَنْ قَتَلَ بِالْقَطْعِ أَوْ بِالْإِخْرَاقِ أَوْ بِالتَّغْرِيقِ أَوْ بِالتَّخْنِيقِ قَتَلَ بِمِثْلِهِ إِلَّا إِذَا قَتَلَ بِاللُّوَاطِ وَإِبْجَارِ الْحَمْرِ فَيُقْتَلُ بِالسِّنْفِ مِنْ غَيْرِ إِبْجَارٍ، وَقِيلَ: يُوجَرُ خَلًا وَيُدَسُّ خَشْبَةً، وَمَهْمَا عَدَلَ الْمُسْتَحِقُّ إِلَى السِّنْفِ مِنْ غَيْرِهِ مَكَّنَ لِأَنَّهُ أَسْهَلُ، فَلَوْ جَوَّعَ الْجَانِي أَوْ أَلْقَاهُ فِي النَّارِ بِمِثْلِ تِلْكَ الْمُدَّةِ أَوْ ضَرَبَهُ بِالسِّيَاطِ مِثْلَ تِلْكَ الضَّرْبَاتِ فَلَمْ يَمُتْ فَيَزِيدُ فِي الضَّرْبِ وَالتَّجْوِيعِ أَمْ يَغْدِلُ إِلَى السِّنْفِ فِيهِ وَجَهَانٍ، وَلَوْ لَمْ يَمُتِ الْجَانِي بِقَطْعِ مِثْلِ الْأَطْرَافِ الْمَقْطُوعِ جَنَائَةً فَلَا يُقَطِّعُ طَرَفَ آخَرَ، وَلَوْ لَمْ يَمُتْ بِمِثْلِ تِلْكَ الْجَوَائِفِ فَهَلْ يُوَالِي بِالْجَوَائِفِ فِيهِ تَرَدُّدٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْمَمَاتِلَةُ مَرْعِيَّةٌ فِي اسْتِيفَاءِ الْقِصَاصِ؛ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة - 1٩٤] وعن رسول الله ﷺ قال: «مَنْ حَرَّقَ حَرَّقَانَهُ، وَمَنْ عَرَّقَ عَرَّقَانَهُ»<sup>(١)</sup> ويروى: «أَنْ يَهُودِيًّا رَضَخَ رَأْسَ جَارِيَةٍ بِالْحِجَارَةِ، فَأَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ بِرَضَخِ رَأْسِهِ بِالْحِجَارَةِ»<sup>(٢)</sup> فإذا قتل إنساناً قتلاً موجِباً إما

(١) رواه البيهقي في المعرفة من حديث عمران بن نوفل بن يزيد بن البراء عن أبيه عن جده، وقال: في الإسناد بعض من يجهل وإنما قاله زياد في خطبته.

(٢) تقدم.

بمحدد من سيف أو غيره، أو بمثقل أو خنقه أو عرقه في ماء أو ألقاه في نار، أو جوعه حتى مات أو ألقاه من شاهق، فللولي أن يقتله بمثل ما قتل به، وبه قال مالك، وخالف أبو حنيفة فيه، وقال: يتعين القتل بالسيف، واحتج الأصحاب بما سبق، وأيضاً، فإن المقصود من القصاص أو من مقاصده التشفية، وإنما يكمل التشفية إذا قُتِلَ القاتِلُ بمثل ما قُتِلَ، ويُستثنى عن القاعدة ثلاث صور:

أحدها: إذا قُتِلَ بالسُّخْر، يقتض منه بالسيف؛ لأن عمل السحر مُحَرَّمٌ على أن ذلك مما لا ينضبط، وتختلف تأثيراته.

والثانية: إذا قُتِلَ باللُّواط، ففيه وجه أنه لا يجب القصاص؛ لأنه لا يقصد به الإهلاك، وإنما يبغى اللذة وقضاء الشهوة فإذا أفضى إلى الهلاك، كان خطأً أو عمدًا خطأً، والصحيح وجوبه إذا كان يقتل غالباً بأن لا ط بصغير وعلى هذا؛ ففي كيفية استيفاء القصاص وجهان:

أحدهما: ويحكى عن أبي إسحاق والإصطخري: أنه تدس خشبة في دبره قريبة من آلته<sup>(١)</sup>، ويقتل بها تحقيقاً للمماثلة بقدر الإمكان.

وأصحهما: أنه يقتل بالسيف؛ لأنه قُتِلَ بفعل محرم في نفسه، فيقتل بالسيف، كما لو قتل بالسُّخْر، قال في «التتمة»: وموضع الوجهين ما إذا كان مؤثماً متوقعاً من المقابلة بمثل ما فعله، أما إذا كان لم يتوقع، وكان موت المجني عليه لطفولية ونحوها، فلا معنى للمقابلة.

الثالثة: إذا أوجره خمرأ، حتى مات، فقد حكى أبو الفرج السرخسي فيه وجهين: أنه لا يتعلق به القصاص؛ لأنه لا يقصد به الإهلاك، والصحيح خلافه، وفي كيفية استيفاء القصاص وجهان:

أحدهما: أنه يوجر مائعاً آخر من خل أو ماء أو شيء مر، والأصح: أنه يُقتل بالسيف، ولو سقاه البول، حتى مات، فعن القاضي حسين وجهان في أنه يُسقى مثله أو يكون كالخمر، وفرق بين البول والخمر بأن البول يُباح للضرورة بخلاف الخمر، ولو

(١) نازعه ابن الرفعة في هذا القيد وقال: ولم يقيد غيره بهذا وهو الأقرب كما هو ظاهر إطلاق الجمهور، وينبغي أن يعمل قدر ما يقتل مثل القاتل لأن به يقرب المماثلة.

قلت: وعبارة الشاشي في الحلية ويتخذ له مثل تلك الآلة. ومثله عبارة القاضي الحسين في التعليقة وكذا الإمام والمتولي، وقد استشكل في المهمات منع الاقتصاص بالمحرم إلى آخره. فقد أجاب القاضي الحسين عن هذا بأن اللواط كره ومعصية لا من حيث الجنابة وليس في القطع معصية لا من حيث كونه جنابة فيباح قصاصاً لوجود الجنابة.



أوجره ماءً نجساً، قال صاحب «التهذيب»: يُوجر ماءً ظاهراً.

وكما تراعى المماثلة في طريق القتل، تُراعَى في الكيفيات والمقادير، ففي التجويع؛ يُحَبَسُ مثل تلك المدة، ويُمْنَع الطعام والشراب، وفي الإلقاء في الماء والنار، يلقي في ماء ونار مثلهما، ويترك تلك المدة، وتشد قوائمه عند الإلقاء في الماء، إن كان يُحَسِّن السباحة، وفي التخنيق يُخْتَق بمثل ما خنق مثل تلك المدة، وفي الإلقاء من الشاهق يُلْقَى من مثله، وتُراعَى صلابة الموضوع أيضاً، وفي الضرب بالمثل يراعَى الحجم وعدد الضربات، وإذا تعدد الوقوف على قدر الحجر أو قدر النار أو عدد الضربات، فعن القفال أنه يُقْتَل بالسيف، وذكر بعضهم أنه يؤخذ باليقين<sup>(١)</sup>.

ومهما عدل المستحق من غير السيف إلى السيف، مُكِّن منه؛ لأنه أوحى وأسهل، قال في «التهذيب»: وهو الأولي وفي «النهاية»: أنه لو قتل بالتخنيق، فأراد الولي أن يقتله بالسيف، فقد قطع الشيخ أبو محمد بأن له ذلك [وَأَفِي الطَّرُق رمزاً إلى خلافه؛ لأن الخنق قد يُظَنُّ أنه أقرب إلى إزالة الحسّ المذكور للألم، والضرب بالسيف يختلف باختلاف الضاربين، والمشهور الأول، وإذا جُوعَ الجاني مدة تجويعه، أو أُلْقِيَ في النار مثل تلك المدة التي أُلْقِيَ فيها، فلم يمت، ففيه قولان:

أحدهما: أنه يُزَاد في التجويع، ويدام في النار، حتى يموت؛ ليكون قتله بالطريق الذي قتل به، ولا يبالي بزيادة الإيلام والتعذيب، كما لو ضرب رقبة إنسان بضربة واحدة، ولم تُحَزَّ رَقَبَتُهُ إلا بضربتين فصاعداً.

والثاني: يعدل إلى السيف؛ لأنه فعل به مثل ما فعل، وبقي الإزهاق، فيخضل بأسهل الطَّرُق، ولا يزداد عليه [العذاب]<sup>(٢)</sup>، هكذا أطلق مطلقون الخلاف، وعلى ذلك جرى صاحب الكتاب، إلا أنه أبدل القولين بالوجهين، وقد فعله غيره أيضاً؛ لأنه قد قيل: إن قول العدول إلى السيف مخرَّج على ما سيأتي، والأصح عند صاحب «التهذيب» القول الأول، وفصل الإمام وغيره فقالوا: إن كان القتل بالسيف أسهل من زيادة التجويع والإلقاء في النار، فيقتل بالسيف، فإن تراضياً على الإبقاء في النار، ففيه تردّد عن الشيخ أبي محمد، والأظهر: أنه لا أثر لتراضيهما، ولا يبقى فيها، وإن كان الإبقاء في النار أهونَ فوجهان:

أحدهما: يبقى فيها؛ لأنه أسهل، ولتتحدّ جهة العقوبة، فإن النفس تستشعرُ مزيد العذاب في الانتقال من جنس إلى جنس.

(٢) في ز: بالضربات.

(١) قال النووي: هذا الثاني أصح.

**والثاني:** يعدل إلى السيف؛ لأنه أوحى لما فيه من العمل بظاهر ما ورد أنه لا قود إلا بالسيف، وعن الشيخ أبي محمد مضايقة في تصوير القسم الثاني، وهو أن يكون الإبقاء في النار ونحوه أهون من السيف، [وهذا] ذهاباً إلى أن القتل بالسيف أهون بكل حال، وصورة الإمام فيما إذا لم يتأت قتله بالسيف في النار، وكان يعظم الشقاء في إخراجها منها، ويخرج من التفصيل والإطلاق المذكورين ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يزداد في ذلك الجنس.

**والثاني:** يُعدّل إلى السيف.

**والثالث:** يراعى الأهون منهما، وترجيح هذا الثالث قريب، فلو قتله بالضرب بالسوط والحجر، ففعل به مثله، فلم يمت، فهل هو على الخلاف المذكور في التجويع، والإلقاء في النار؟ فيه طريقتان:

**أظهرهما:** نعم، ووجه الزيادة في الضرب أنه ضرب إلى الموت، فيضرب إلى الموت.

**والثاني:** القطع بالعدول إلى السيف؛ لأن السيف أوحى وأسهل منه بكل حال، ولأن كل ضربة منقطة عما قبلها، فصار كقطع طرف بعد طرف، قال الإمام: ولو قتل نحيفاً بضربات تقتل مثله غالباً، وتيقناً أو ظناً ظناً مؤكداً أن الجاني في جثته وقوته لا يهلك بتلك الضربات، فالوجه القطع أنه لا يضرب تلك الضربات؛ لأنها لا تقتله، وإنما تراعى المماثلة، إذا توقعنا حصول الاقتصاص بذلك الطريق ثم بدا له بالآخر<sup>(١)</sup> احتمال آخر، هذا هو الكلام في استيفاء القصاص [في] المقتل الموحى. وأما غير الموحى من القتل؛ كالجروح وقطع الأطراف، إذا سرّت إلى النفس، فله حالتان.

**إحدهما:** أن تكون الجراحة بحيث يقتص فيها، لو وقعت كالموضحة، وقطع اليد من الكوع، فللمجني عليه أن يحز رقبتة، وأن يوضّحه أو يقطع يده، ثم إن شاء حز رقبتة في الحال، وليس للجاني أن يقول: أمهلوني مدة بقاء المجني عليه بغد جنائتي؛ لثبوت حق القصاص ناجزاً، عن أبي الحسين بن القطان أن له أن يقول: افعلوا بي مثل ما فعلت؛ لأنه قد يخطر لبعضهم العفو في مدة التأخير، والمشهور الأول، وإن شاء، أمهله إلى السراية؛ على ما تقدّم، وليس للجاني أن يقول أريحوني بالقتل أو العفو بل الخيرة إلى المستحق، وعند أبي حنيفة: يقتصر على حز الرقبة، ولا يقتص في الجراحة والعضو، وسلّم أنه لو قطع الجاني يده ثم حز رقبتة، كان للولي أن يقطع يده

(١) لم يفصح ورجح في المحرر والمنهاج أنه يزداد في تجويعه وصححه الشيخ في تصحيح التنبيه.

ثم يَحْزُرُ رقبته، وإذا اقتصر من مُوضِحَةِ الجناية أو من الطَّرْفِ المقطوع، لم يكن له أن يُوضِعَ موضعاً آخر، أو يقطع عضواً آخر، بل ليس له إلا حَزُّ الرقبة؛ لأن الإيضاح في موضع آخر وقطع عضو آخر عدولٌ إلى غير محلِّ الجناية، فليس له زيادةٌ في إيراد العقوبة على محلِّ الجناية بخلاف ما ذكرنا في التجويع والإبقاء في النار.

والحالة الثانية: أن تكون الجراحة بحيث لا يقتصر منها، لو وقفت كالجائفة وقطع اليد من نصف الساعد، فهل يجوز استيفاء القصاص بهذا الطريق أم يُعَدَّل إلى السيف؟ فيه قولان:

أحدهما: أنه يستوفى بهذا الطريق تحقيقاً للمماثلة في طريق الإزهاق كما في الحالة الأولى وما قبلها.

والثاني: يُعَدَّل إلى السيف؛ لأن ما لا قصاص فيه لا ينضب، ولا يوثق فيه بالمماثلة؛ ولذلك لم يَجْزِ القصاص فيه إذا وقفت، ومن قال بالأول، قال: يجوز أن لا يجب القصاص في الجناية لو وقفت، ويجري القصاص عند السراية؛ ألا ترى أنه لو ضربه بمثقل، فلم يُمُتْ، لم يجب فيه القصاص، ولو مات منه وجب القصاص، وضُربَ بمثله، وأظهر القولين عند صاحب «التهذيب»: العدول إلى السيف، وعند الشيخ أبي حامد وغيره من العراقيين والروائيين أيضاً: أنه يستوفى بذلك الطريق، وإذا قلنا به، فلو كان قد أجافه، فمات، وأجيفَ مثل جائفته، فلم يُمُتْ، فهل يُزَاد في الجوائف؟ فيه وجهان:

أصحهما: لا، لاختلاف تأثير الجوائف باختلاف محالِّها، وهو كَقَطْع الأطراف المختلفة. والثاني: نعم؛ ليكون إزهاق الروح قصاصاً بطريق إزهاقه، عدواناً، وفي «التهذيب»: أن هذا مخرج من مسألة التجويع والإلقاء في النار ونحوهما، وأن العدول إلى السيف مخرج من هذه المسألة، وأن الصحيح الفرْق؛ لأن القتل هناك مُوح، فالزيادة من الجنس الذي بدى به، لا تطول عليه العذاب والقتل والجراحات ها هنا ليست مُوحية، وقد يخنقه، ولا يموت، ويدع الولي قتله، فيكون قد عذبه بما لا قصاص فيه، وأنا إذا قلنا: يستوفى القصاص بطريق الجائفة، فإن قال: أجيفه وأعفو عنه، إن لم يمُت، لم يُمَكَّن منه، وإنما يُمَكَّن، إذا قال: أجيفه ثم أحز، وكذا لو قال: أرميه من الشاهق، ثم أعفو عنه؛ فإنه لو أجافه ثم عفا عنه، عَزَّر على ما فَعَلَ، ولم يُجَبِّر على قتله، فإن مات، بان بطلان العفو، والقولان في أنه، هل يُستوفى القصاص بالجائفة ونحوها؟ يجريان فيما إذا قطع يداً شلاً فسرى، ويد القاطع صحيحة أو ساعداً ممن لا كف له والقاطع سليم، هل يستوفى القصاص بقطع اليد والساعد؟ واعلم أن المماثلة مرعية في قصاص الطرف كما هي مرعية في قصاص النفس، ولكن إذا أمكن

رعايتها، فلو أبان طرفاً من أطرافه بمثقل أو أوضح رأسه بحجر، لم يستوف القصاص إلا بالسيف، ولو أوضح رأسه بالسيف، لم يوضح رأسه بالسيف، بل بحديدة خفيفة، وإن كان الطريق موثقاً به مضبوطاً، قوبل بمثله، كقوء العين بالأصبع.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَلَوْ قَطَعَ يَدَهُ مِنَ الْكُوعِ وَآخَرَ مِنَ الْمِرْقِ فَمَاتَ فَهَلْ يُقْتَلُ قَاطِعُ الْمِرْقِ بِقَطْعِ مِرْفَقِهِ فِيهِ وَجْهَانِ، وَوَجْهُ الْمَنْعِ أَنَّهُ قَطَعَ سَاعِدًا بِلَا كَفٍّ فَلَا يَقْطَعُ سَاعِدًا مَعَ الْكَفِّ، فَإِذَا مَاتَ الْجَانِي بِسَرَايَةِ الْقَطْعِ أَوْلَا ثُمَّ مَاتَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ فِيهِ وَوَعِهِ قِصَاصًا وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِحْدَاهُمَا: قَطَعَ يَدَ إِنْسَانٍ مِنَ الْكُوعِ، فَجَاءَ آخِرُ، وَقَطَعَ السَّاعِدَ مِنَ الْمِرْقِ قَبْلَ انْدِمَالِ الْأُولِ، وَمَاتَ الْمَقْطُوعُ بِالسَّرَايَةِ، فَقَدْ مَرَّ أَنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِمَا الْقِصَاصُ، وَأَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ ذَهَبَ إِلَى أَنَّ الْقِصَاصَ عَلَى الثَّانِي دُونَ الْأُولِ، ثُمَّ طَرِيقُ الْإِسْتِيفَاءِ مِنَ الْأُولِ أَنْ تُقَطَعَ يَدُهُ مِنَ الْكُوعِ، فَإِنْ لَمْ يَمُتْ تُحْزَرُ رَقَبَتُهُ.

وَأَمَّا الثَّانِي: فَإِنْ كَانَ لَهُ سَاعِدٌ بِلَا كَفٍّ، اقْتَصَرَ مِنْهُ بِقَطْعِ مِرْفَقِهِ، ثُمَّ يُقْتَلُ، وَإِنْ كَانَتْ يَدُهُ سَلِيمَةً، فَتَقَطَعَ مِنَ الْمِرْقِ، ثُمَّ يُقْتَلُ بِالْحِزِّ أَوْ يُقْتَصَرُ عَلَى الْحِزِّ؟ فِيهِ قَوْلَانِ، وَيُقَالُ: وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يُقْتَصَرُ عَلَى الْحِزِّ، وَلَا يَقْطَعُ مِرْفَقَهُ؛ لِأَنَّهُ لَوْ قَطَعَ مِنَ الْمِرْقِ، فَقَدْ يَعْفُو الْوَلِيُّ عَنِ الْقَتْلِ بَعْدَ الْقَطْعِ، فَيَكُونُ قَدْ اسْتَوْفَى سَاعِدًا مِنَ الْكَفِّ بِسَاعِدٍ مِنْ غَيْرِ الْكَفِّ.

وَأُظْهِرَهُمَا: عَلَى مَا ذَكَرَ الْإِمَامُ، وَهُوَ الْمَنْصُوصُ فِي «الْمَخْتَصَرِ» أَنَّهُ يَقْطَعُ ثُمَّ يُقْتَلُ؛ لِتَرْدِ الْحَدِيدَةِ عَلَى مَوْرَدِهَا فِي الْجِنَايَةِ، وَلَا عِبْرَةَ بِزِيَادَةِ الْكَفِّ الْهَالِكَةِ بِهَلَاكِ النَّفْسِ وَالنَّفْسِ مَسْتَحَقَّةٌ وَبَنَى أَصْحَابُنَا الْعِرَاقِيُّونَ وَغَيْرُهُمُ الْخِلَافَ عَلَى الْخِلَافِ فِي أَنَّ مَنْ أَجَافَ غَيْرَهُ، وَمَاتَ، فَلْيَقْتَصِرْ مِنْهُ بِالْجَائِفَةِ؛ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ لَا تُقَطَعُ الْيَدُ السَّلِيمَةُ بِسَاعِدٍ لَا كَفٍّ لَهَا، كَمَا لَا يَقْتَصِرُ مِنَ [الْجَائِفَةِ، وَلَوْ وَقَعَتْ] <sup>(١)</sup> وَلَمْ يَرْتَضِ الْإِمَامُ هَذَا الْبِنَاءَ؛ لِأَنَّ سَبَبَ الْخِلَافِ فِي الْجَائِفَةِ؛ أَنَّهَا لَا تَنْضَبُطُ، وَيَخْتَلِفُ أَثَرُهَا وَنَكَائِبُهَا بِاخْتِلَافِ غَوْصِ الْحَدِيدَةِ وَتَرْدِيدِهَا؛ وَلِذَلِكَ لَا يَجْرِي فِيهَا الْقِصَاصُ بِحَالٍ، وَأَمَّا قَطْعُ الْمِرْقِ، فَهُوَ مَضْبُوطٌ وَالْمِرْقُ مَحَلُّ الْقِصَاصِ فِي الْجُمْلَةِ، وَعَنِ الْقِفَالِ نَحْوُ مِنْ هَذَا، وَإِذَا أَرَادَ الْوَلِيُّ الْعَفْوَ عَنِ الْأُولِ بَعْدَمَا قَطَعَ يَدَهُ مِنَ الْكُوعِ، قَالَ الْأَصْحَابُ: لَا يَجُوزُ أَنْ يَعْفُو عَلَى الْمَالِ؛ لِأَنَّ الْوَاجِبَ عَلَيْهِ نَضْفُ الدِّيَةِ، فَإِنَّهُ أَحَدُ شَرِيكِي الْقَتْلِ، وَقَدْ اسْتَوْفَى

(١) فِي ز: الْجِنَايَةِ لَوْ وَقَعَتْ.

النصف باليد التي قطعها، وإن أراد أن يعفوَ عن الثاني على المال، فله نصف الدية إلا قَدَّر أَرَشَ الساعد؛ فإنه لم يُسْتَوْفَ إلا الساعد.

الثانية: إذا اقتصر من قاطع اليد، ثم مات المجني عليه بالسراية، فللولي أن يحز رقبة، أنفه، أو قَتَلَ وله أن يعفو، ويأخذ نصف الدية، واليدُ المستوفاةُ مقابلةً بالنصف، وإن مات الجاني حتف أنفه أو قَتَلَ ظملاً، أو في قصاص آخر، وجب عليه أخذُ نصف الدية من تركته، ولو قطع يد إنسان فقطعت يدها قصاصاً، ثم مات المجني عليه بالسراية، فللولي أن يحز رقبة الجاني، ولو عفا، فلا دية له؛ لأنه قد استوفى ما يقابل الدية، وهو اليدان، وهذه صورةٌ يجب فيها القصاصُ، ولا يجوز العفو عن الدية، ولو اقتصر من قاطع اليد، فمات بالسراية، فلا شيء على المقتص، وبه قال مالك وأحمد، وقال أبو حنيفة: تلزمه الدية.

لنا: أن القطع قصاصاً، قطع بحق، فلا تكون سرايته مضمونة كقطع السرقة، وقد روي عن عمر وعلي - رضي الله عنهما - أنهما قالاً: مَنْ مَاتَ مِنْ حَدِّ أَوْ قِصَاصٍ، فَلَا دِيَّةَ لَهُ فَإِنَّ الْحَقَّ قَتْلُهُ<sup>(١)</sup> ولو ماتاً جميعاً بالسراية بعد الاقتصاص في اليد، نُظِرَ؛ إن مات المجني عليه أولاً أو ماتاً فالمشهور أن اليَدَ باليدِ قصاصٌ، والسراية بالسراية قصاصٌ، ولا شيء على الجاني، وهذا نسبه القاضي ابن كج إلى ابن علي الطبري وحكى عن عامة الأصحاب أو لولي المجني عليه نصف الدية في تركة الجاني؛ لأن سراية الجاني مهدرة، وسراية المجني عليه مضمونة، وإن مات الجاني أولاً، ففيه وجهان مشهوران:

أحدهما: ويروى عن أبي إسحاق: أنه يَحْصُلُ القصاص بما جرى؛ لأن الجاني مات من سراية بفعل المجني عليه، وحصلت المقابلة.

والثاني: ويروى عن ابن خيران: المنع؛ لأن القصاص لا يسبق الجنابة، وهذا ما رجَّحه أكثرهم، وادعى القاضي الروياني: أن الصحيح الأول، وإذا قلنا: إنه لا يَحْصُلُ القصاص، فلولي المجني عليه نصف الدية في تركة الجاني، ولو اتفق ذلك القصاص في الموضحة، فتؤخذ من تركة الجاني تسعة أعشار الدية، ونصف عُشرها، وقد أخذ بقصاص الموضحة نصف العُشر.

فروع: قَطَعَ يد إنسان، فحز المقطوعُ يده رقبة الجاني، فإن مات المقطوع بالسراية، صار قصاصاً، وإن اندمل قتل قصاصاً، وفي تركة الجاني نصف الدية؛ لقطعه

(١) أخرجه البيهقي [٦٨/٨] من حديث عبيد بن عمير عن عمر وعلي أنهما قالاً: الذي يموت في القصاص لا دية له، قال ابن المنذر: ورويناه عن أبي بكر أيضاً، وفي الصحيحين عن علي قال: ما كنت لأقيم على أحد حداً فيموت، فأجد في نفسي إلا صاحب الخمر، فإنه لو مات وديته.

اليد، ذكره في التهذيب. ولو قطع يد إنسان، وَقَتَلَ آخَرَ، ثم مات المَقْطُوعُ بالسراية، فقد قتل شخصين وحكاية صاحب «الشامل» عن الأصحاب: أنه يُقْتَلُ بالمقتول دون المَقْطُوعِ؛ لأن قصاص النفس للمَقْطُوعِ وجب بالسراية، وهي متأخرة عن وجوبه للمقتول، لكن لولي المَقْطُوعِ أن يقتص في الطَّرْفِ، فإذا قُتِلَ بالآخر، أخذ نصف الدية من تركته، وتوقف فيما إنه يقتل بالمقتول دون المَقْطُوعِ.

ولو أنه بعد ما قطع واحداً، وقتل آخر، قُطِعَت يده قصاصاً، ومات من القطع، فلولي المقتول الدية في تركته، وإن قُطِعَ قصاصاً، ثم قُتِلَ قصاصاً، ثم مات المَقْطُوعُ الأول، فلوليّه في مال الجاني نصف الدية.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: وَلَوْ اسْتَحَقَّ الْقِصَاصَ فِي الْيَمِينِ وَأَخْرَجَ الْجَانِي يَسَارَهُ فَقَطَعَهُ فَأَمَّا الْقِصَاصُ فِي الْيَسَارِ فَيَسْقُطُ (و) إِنْ قَصَدَ بِإِخْرَاجِهِ الْإِبَاحَةَ لِأَنَّهُ فِعْلٌ مَعَ الْقَصْدِ، وَلَوْ قَطَعَ يَدَ سَاكِتٍ فَهَلْ يَكُونُ سُكُوتُهُ إِهْدَارًا؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَأَمَّا حَقُّ الْقَاطِعِ فِي الْيَمِينِ لَا يَسْقُطُ إِلَّا إِذَا قَالَ: قَصَدْتُ بِقَطْعِ الْيَسَارِ أَنْ أَخْذَهُ عِوَضًا عَنِ الْيَمِينِ فَبِي سُقُوطِهِ وَجْهَانِ لِأَنَّهُ بَنِي عَلَى ظَنٍّ خَطِئًا، فَإِنْ أَسْقَطْنَا بَقِي لَهُ الدِّيَةُ، وَلَوْ قَالَ الْمُخْرَجُ: قَصَدْتُ بِإِخْرَاجِ الْيَسَارِ إِيقَاعَهُ عَنِ الْيَمِينِ فَقَالَ الْقَاطِعُ: ظَنَنْتُ بِالْإِخْرَاجِ إِبَاحَةً فَلَا قِصَاصَ فِي الْيَسَارِ لِتَأْكِدِ الظَّنِّ بِالْإِخْرَاجِ، وَكَذَلِكَ فِي كُلِّ حَالَةٍ لِأَنَّ بَدْلَهُ عِوَضًا عَنِ الْيَمِينِ تَسْلِيطًا، وَأَمَّا حَقُّهُ عَنِ الْيَمِينِ لَا يَسْقُطُ إِلَّا إِذَا قَالَ: أَخَذْتُهُ عِوَضًا عَنِ الْيَمِينِ فَيَكُونُ تَطَابُقُ الْقَصْدَيْنِ مُعَاوَضَةً فَاسِدَةً، وَلَوْ قَالَ: ظَنَنْتُ أَنَّ الْمُخْرَجَ يَمِينٌ فَهُوَ كَقَوْلِهِ: ظَنَنْتُهُ قَاتِلٌ أَبِي، وَلَوْ قَالَ: ظَنَنْتُهُ يُجْزِيءُ عَنِ الْيَمِينِ فَبِي هَذِهِ الصُّورَةُ لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ لِأَنَّهُ أَنْضَمَ إِلَيْهِ قَرِينَةُ الْإِخْرَاجِ، وَإِنْ جَرَى ذَلِكَ فِي السَّرِقَةِ وَفُرِضَ دَهْشَتُهُ أَوْ ظَنٌّ وَقَعَ عَنِ جِهَةِ الْحَدِّ لِأَنَّ الْحَدَّ مَبْتَأُهُ عَلَى الْمُسَاهَلَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: هَذِهِ مَسْأَلَةٌ كَثِيرَةُ التَّشْعُبِ، وَحَقُّ مِثْلِهَا التَّثْبِتُ وَإِخْضَارُ الدَّهْنِ، فَيَقْدَمُ عَلَيْهَا أَنْ الْيَمِينِ لَا تُقْطَعُ بِالْيَسَارِ، وَالْعَكْسُ عَلَى مَا مَرَّ، وَإِذَا وَجِبَ الْقِصَاصُ فِي الْيَمِينِ وَأْتَفَقَا عَلَى قَطْعِ الْيَسَارِ بَدَلًا عَنِ الْيَمِينِ، لَمْ يَكُنْ بَدَلًا، كَمَا لَوْ قَتَلَ فِي قِصَاصِ النَّفْسِ غَيْرَ الْقَاتِلِ بَرِضًا [لَمْ يَقَعْ بَدَلًا] وَلَكِنْ لَا قِصَاصَ فِي الْيَسَارِ؛ لِشَبْهِهِ الْبَدَلِ مِنْ صَاحِبِهَا وَرِضَاهُ بِقَطْعِهَا، وَتَجِبُ دِيَّتُهَا، وَمَنْ عَلِمَ مِنْهُمَا أَنَّ هَذِهِ الْمِصَالِحَةُ فَاسِدَةٌ، لِحَقِّهِ الْإِثْمُ بِحَقِّ الْيَسَارِ، وَهَلْ يَسْقُطُ قِصَاصُ الْيَمِينِ بِمَا جَرَى؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أحدهما: لا؛ لأنه، إنما رَضِيَ بِإِسْقَاطِ حَقِّهِ فِي الْيَمِينِ؛ لِتَكُونِ الْيَسَارُ بَدَلًا عَنْهُ، فَإِذَا لَمْ تَكُنْ بَدَلًا، وَجِبَ أَنْ يَبْقَى حَقُّهُ فِي الْيَمِينِ، كَمَا لَوْ صَالِحَ عَلَى الْإِنْكَارِ، لَمْ يَسْقُطْ حَقُّهُ، حَيْثُ لَمْ يَثْبُتِ الْمَعْوِضُ لَهُ.

والثاني: يسقط؛ لأن الرضا بأخذ اليسار عوضاً عن اليمين عفوٌ عن اليمين، قال ابن الصبّاغ: وهذا أصح؛ لأن ما جعله عوضاً، وهو قطع اليسار قد حصل، وإن لم يقع بدلاً حكماً، بخلاف عوض الصلح، إذا عرفت ذلك، فلو أن مستحقّ القصاص في اليمين طالبَ الجاني بإخراج اليمين، فأخرج الجاني يساره، فقطعها المستحقّ فللمخرج أحوال:

أحدها: أن يعلم أن اليسار لا تُجزى عن اليمين، وأنه يخرج اليسار، ويقصد بإخراجها الإباحة للمقتصر، فلا قصاص في اليسار ولا دية نص الشافعي - رضي الله عنه - عليه، واتفق عليه الأصحاب، وقالوا: إن صاحبها قد بذلها مجاناً، وإن يتلفظ بالإباحة، ووجهه بطريقتين:

أحدهما: أنه وجد فعل الإخراج مقروناً بقصد الإباحة، وقد يقام الفعل مقام النطق؛ ألا ترى أن تقديم الطعام إلى الضيف نازل منزلة الإذن لفظاً.

والثاني: أن الفعل بعد السؤال والطلب نازل منزلة الإذن في المسؤول حتى لو قال: أخرج يدك أقطعها أو ملكني قطعها، فأخرج، كان ذلك إباحة، ولو قال: ناولني متاعك، لألقيه في البحر، فناوله، كان كما لو نطق بالإذن فيه، حتى لا يجب عليه الضمان، إذا ألقاه في البحر، ولو قدم الطعام إلى من استدعاه، كان كما لو قال له: كُلْ، ولك أن تقول، على الأول: إنما يُقام الفعل مقام النطق، إذا انضمت إليه قرينة، كالعادة الغالبة في تقديم الطعام إلى الضيف، وليس الإخراج، والحالة هذه، قرينة دالة على قصد الإباحة، وعلى الثاني: أن الفعل بعد السؤال، إنما يكون كالإذن في المسؤول، إذا لم يختلف المفعول والمسؤول، كما في الأمثلة المذكورة، وها هنا المسؤول إخراج اليمين، والموجود إخراج اليسار، قال الإمام: وقد ذكّر وجه ضعيف: أن الضيفان لا يستبيحون الطعام ما لم يتلفظ المقدم بالإباحة، ولا نأمن أن يطرُد صاحب ذلك الوجه مذهبه ها هنا، ولم يعتقد طرد ذلك الوجه ها هنا، بل قال: ينبغي أن يستدل بمواضع الوفاق على فساد الوجوه الضعيفة، ولا يُعترض بالوجوه الضعيفة على مواضع الوفاق، لكن القاضي ابن كج ذكر أن أبا الحسين بن القطان حكى وجهاً: أنه يجب الضمان، إذا لم يأذن المُخرج في القطع لفظاً، وحمل نص الشافعي - رضي الله عنه - على ما إذا أذن فيه صريحاً، والظاهر المشهور ما سبق، ولا فرق بين أن يكون القاطع عالماً بأن ما يقطعه اليسار، وأن اليسار لا تجزى عن اليمين، وبين ألا يكون عالماً بذلك، لكن إذا كان عالماً يُعزّر وعن أبي الطيب ابن سلمة: أنه يُحتمل أن يجب القصاص عند العلم؛ لأنه قطع عضواً لا حق له فيه عن علم بالحال، ومن قصد قطع يد الغير ظمناً، فلم يدفعه المقصود، وسكت حتى قطع فهل، يكون سكوته إهداراً؟ فيه وجهان:

أصحهما: لا؛ لأنه لم يؤخذ منه لفظ ولا فعل، فصار كما إذا سكت عن إتلاف ماله.

والثاني: نعم؛ لأنه سكت في محلّ يحرم فيه السكوت، فدل على الرضا.

والوجهان؛ على ما ذكر الإمام، مفرعان على أنه لا يجوز الاستسلام ومأخوذان من تردّد الأصحاب في أن الزانية لم لا تستحق المهر، فمن قائل إنها لا تستحق؛ لأن الوطاء محرّم، ومن معلل بأن التمكين رضاً في العرف؛ وعلى هذا، فالتمكين من القطع إباحة، ولو سرى قطع اليسار إلى النفس، ففي وجوب الدية الخلاف المذكور، فيما إذا قال: اقتلني، فقَتَلَهُ، وبنى وجوب الكفارة المقطوع يساره على الخلاف في أن قاتل النفس، هل يلزمه الكفارة؟

هذا هو الكلام في قطع اليسار في هذه الحالة، وأما قصاص اليمين، فإنه يبقى كما كان.

نعم، إذا سرى قطع اليسار إلى النفس، فات محلّ القصاص، فيعدل المستحق إلى الدية، ولو قال: قطعْتُ اليسار على ظنّ أنها تجزىء عن اليمين، ففيه وجهان: أحدهما: أنه لا يسقط قصاص اليمين؛ لأنه لم يسقطه ولا اعتاض عنه.

وأظهرهما: وهو المذكور في «التهذيب» واختيار الشيخ أبي حامد والقاضي الحسين، على ما حكى الإمام: أنه يسقط؛ لأنه رضي بسقوطه اكتفاءً باليسار، وإذا كُتِيَ نجعل الإخراج مع قصد الإباحة كالتهذيب بالإباحة، لم يبعد أن يجعل قطع اليسار على قصد الاكتفاء بها كالتهذيب بإسقاط القصاص في اليمين، وعلى هذا فيعدل مستحق اليمين إلى الدية، واليسار هدر بالإباحة، ويجري الوجهان فيما إذا جاء الجاني بالدية، وطلب من مستحق القصاص متضرعاً إليه أن يأخذها وينزل القصاص، فأخذها، هل يجعل الأخذ عفواً، ولو قال: علمت أن اليسار لا تجزىء عن اليمين شرعاً، لكن جعلتها عوضاً عن اليمين من عندي، أطرد الخلاف، وجعل الإمام هذه الصورة أولى بالسقوط؛ لأن ما صدر منه، والحالة هذه، يظهر حمله على معاوضة فاسدة، وهناك ظنّ حكمها وهو مخطيء فيه، فإسقاط حقّه بذلك الظنّ كالمستبعد.

وقوله في الكتاب: «فأما القصاص في اليسار فيسقط» يجوز أن يُعلم بالواو؛ للاحتمال الذي أبداه ابن سلمة.

وقوله: «وأما حق القاطع في اليمين» يعني قاطع اليسار.

وقوله: «قصدت بقطع اليسار أن أخذه عوضاً عن اليمين يشمل الصورة المرتبة والمرتب عليها؛ لأن أخذه عوضاً عن اليمين يجوز أن يكون لظنه جواز الإبدال شرعاً، ويجوز أن يكون لجعله اليسار عوضاً من عنده مع العلم بأنه لا يجوز.

الحالة الثانية: إذا قال قصدت بإخراج اليسار إيقاعها عن اليمين، لظني أن اليسار



تقوم مقامَ اليمين، فنسألُ المقتص، لِمَ قَطَعَ اليسار، ويفرض جوابه من عدة وجوه.

**أحدها:** أن يقول: ظننتُ أنه أباها بالإخراج، فلا قصاصَ عَلَيْهِ في اليسار؛ لأن ما يقوله محتملٌ، وفي إخراج اليسار، والمطلوبُ اليمين، ما يوهمه، هكذا يُحكى عن القفال وغيره، قال الإمام: وفيه احتمالٌ؛ لأن اللاتق بالجال الدهشة، أو جعلها بدلاً عن اليمين، أما الإباحة، فهي بعيدة، والظنونُ البعيدة لا تدرأُ القصاصَ، وتحقيقُ الإباحة مع اعتراف المُخرج بأنه [قصد بإخراجها الإباحة]، فيه تكلف، كما سبق، فكيف، والحالة هذه، ويحسنُ أن يقام ما ذكره وجهاً، ويُعلم له قوله في الكتاب: «فلا قصاص في اليسار» وأما قصاص اليمين فإنه يبقى كما كان.

**والثاني:** وهو غيرُ مذكورٍ في الكتاب: أن يقول: علمتُ أن المخرجَ اليسارَ، وأنها لا تجزى عن اليمين، ولا تُجعلُ بدلاً عنها، ففي وجوب القصاص وجهان، قال ابن الوكيل: يجب؛ لأنه قَطَعَ بلا استحقاق عن علم بالحال، والأصح: المنع؛ لتسليط المُخرج عليه؛ بجعله عوضاً وإخراجه على هذا القصد، ولكن تجبُ الديةُ وعلى الوجهين؛ يبقى قصاصُ اليمين، كذلك ذكره صاحب «التهذيب» وغيره.

**والثالث:** أن يقول: قطعها عوضاً عن اليمين، وظننتُ أنها تجزى عنها، كما ظنَّ المخرجُ، فقد ذكر الإمام وصاحب الكتاب في «الوسيط»: أنه لا قصاص في اليسار؛ لما سبق من شبهة تسليط المخرج بقصد الإيقاع عن اليمين، وأن العراقيين حكوا عن ابن الوكيل: وجوبُ القصاص، وأن سقوط القصاص في اليمين يُخرج على الخلاف المذكور في الحالة الأولى والظاهر سقوطه تنزيلاً للفعل مع توافق القصدَيْن على اعتياض فاسدٍ، وكُتِبَ العراقيين ساكتةً عن رواية الوجوب عن ابن الوكيل في هذه الصورة، إنما رُوِيَ، إذا قَطَعَ، وقال: علمتُ أن اليسار لا تجزى عن اليمين، على ما قدّمنا، والذي أورده صاحب «التهذيب» وغيره في اليمين: سقوطُ [القصاص، وإذا سقط] <sup>(١)</sup> عن كل واحدٍ منهما، وجبتِ الديةُ لكل واحدٍ منهما على الآخر.

**والرابع:** أن يقول: ظننتُ أن التي أخرجها اليمين، فلا قصاص في اليسار؛ لما ذكرنا عن معنى التسليط، وقد نقل الإمام عن العراقيين القَطَعَ به، وصوبهم فيه، وفي «التهذيب» وجه آخر: أنه يجبُ القصاص، كما لو قتل إنساناً، وقال: ظننته قاتلَ أبي، فلم يكن، وإذا قلنا: يجب، وهو الظاهر، ففي وجوب الدية وجهان:

أحدهما: المنع؛ لأن المخرجَ قَصَّرَ حيث لم يثبت، وسلط على القَطَعَ.

(١) سقط من: ز.

وأصْحُهُمَا: الوجوب؛ لأنه ما بذلها مجاناً وإنما قصد إيقاعها عوضاً، فإذا لم يقع عوضاً، وجب بذلها، كما لو باع سلعةً بيعاً فاسداً، وسلمها إلى المشتري، وتلفت أو دَفَع المُسَلِّم إليه الشعيرَ بدلاً عن الحنطة، وتلف عند المُسَلِّم، يجب ضمان التالف، وأما قصاص اليمين، فإنه يبقى بحاله ويجزيء فيه الخلاف السابق.

الحالة الثانية: إذا قال: دهشتُ، فأخرجت اليسار، وظنيتُ أنني أخرج اليمين، فيُسأل المقتصد عن قصده في قطع اليسار ونفرض جوابه من وجوه:

أحدها: أن يقول: ظننتُ أن المُخْرِجَ قصد الإباحة، فقياسُ مثله في الحالة الثانية؛ ألا يجب القصاصُ في اليسار والذي قاله في «التهذيب»: أنه يجب كمن قتل إنساناً، وقال: ظننتُ أنه أذن لي في القتل، وهذا يوافق الاحتمال المذكور هناك، وهو المتوجه في الموضوعين.

وثانيها: أن يقول: علمتُ أن المُخْرِجَ اليسارُ، وأن اليسار لا تجزيء عن اليمين، فقد نقل العراقيون فيه الوجهين المذكورين في مثله من الحالة الثانية، وجه ابن الوكيل، ووجه سائر الأصحاب، واقتصر الإمام وصاحب «التهذيب» وغيرهما على الحكم بوجود القصاص، وسبب ترجيح الوجوبِ ها هنا؛ أنه لم يوجد من المُخْرِجِ بذلٍ وتسليط.

وثالثها: أن يقول: ظننتُ أن اليسار تجزيء عن اليمين، قال الإمام: الذي رأيته في الكتب: أنه لا يجب القصاصُ، وينهض ظنه عذراً ويحتمل أنه يجب، ولا يبالي بهذا الحُشبان، كما إذا قتل مَنْ أمسك أباه، حتى قُتِل، وقال: ظننتُ أن القصاص يجب على المُمسك، فإن الرأي الظاهر أن القصاص لا يندفع بمثل ذلك.

ورابعها: أن يقول: ظننتُ أن المُخْرِجَ يميني، فلا قصاص في اليسار، لأن هذا الاشتباه قريب وفيه الوجه المذكور في مثله من الحالة الثانية، وحكى الإمام ها هنا أنه على الخلاف المذكور فيما إذا قتل إنساناً، وقال: ظننته قاتل أبي، وفي جميع هذه الصور يبقى القصاصُ في اليمين، إلا إذا قال: ظننتُ أن اليسار تجزيء عن اليمين، فيه الخلاف السابق، والظاهر سقوطه، وإذا سقط القصاص من الطرفين فلكل واحدٍ منهما الدية على الآخر، ولو قال القاطع: دهشتُ، فلم أدر ما صنعتُ، قال الإمام: لا يُقبل منه ويُلزَمه القصاصُ في اليسار؛ لأن الدهشة [السالبة] للاختيار لا تليق بحالة القاطع، وفي كُتُب الأصحاب لا سيمَا العراقيين: أن المُخْرِجَ لو قال: لم أسمع من المقتصد: أخرج يمينك، وإنما وقع في سَمْعِي؛ أخرج يسارك، فأخرجتها، فالحكم فيه كالحكم فيما لو قال: دهشتُ، فأخرجت اليسار، وأنا أظن أنني أخرج اليمين، لكن قضية ما مرَّ أن الفعل المطابق للسؤال نازل منزلة الإذن لفظاً أن نُلحق ذلك بصورة الإباحة.

وقوله في الكتاب: «لتأكد الظن بالإخراج، وكذا في كل حالة؛ لأن بذله عوضاً عن اليمين تسليط» كذا في أكثر النسخ، وفي بعضها لتأكيد الظن بالإخراج، ولأن بذله عوضاً وطرح قوله: «وكذا في كل حال» فإن طرح، فذاك، وإن أثبت، فالأحوال التي يمكن تنزيل اللفظ عليها هي [الفصول التي فصلناها و]<sup>(١)</sup> التاويلات التي فصلناها من قوله: «تعمدت القطع مع العلم بأنها يسارٌ وأنها لا تجزىء عن اليمين» ومن قوله: «قطعتها عوضاً عن اليمين».

وقوله: «ظننت أن المُخْرَجَ اليمين» أعلمت الكلمة بالواو؛ لما ذكرنا من الخلاف في الفصل الثاني والرابع من الترتيب الذي ذكرناه، لكنه ذكر على الأثر ما إذا قال: «ظننت أن المُخْرَجَ يمينٌ، وما إذا قال: «ظننت أنها تُجْزىء عن اليمين» فلا يبقى لقوله: «وكذا في كل حال» كبيرُ فائدة.

وقوله: «ولو قال: ظننت أن المُخْرَجَ يمينٌ، فهو كما لو قال: ظننته قاتل أبي» هذا صحيح في الحقيقة؛ لما ذكرنا في الصورة من الخلاف، لكنه لم يذكر في «الوسيط» الخلاف في هذه الصورة في الحالة الثانية، وكذا الإمام، وإنما ذكره في الحالة الثالثة المغفلة في الكتاب، وهي أن يقول المُخْرَجُ: دُهِشْتُ، وهو في الغالب يَنْحُو نحو الإمام، ونحو ما ذكره في سائر كتبه، وإذا كثرت الشعب والأقسام، لم يُؤْمَنَ مِنْ أن يدخل حُكْمُ بعضها في بعض، ثم يجوز أن يُعْلَمَ قوله: «وهو كما لو قال ظننته قاتل أبي» بالواو؛ للقطع الذي حكاه الإمام وصوبه، وكذلك قوله: «ففي هذه الصورة، لا يجب القصاص» ليعلم بالواو.

وجميع ما ذكرناه في القصاص، فأما إذا وجب قطع اليمين في السرقة، فقال الجلاذ للشارق: أخرج يمينك، فأخرج يساره، فقطعها، فعن القفال وغيره حكاية قول أن الحُكْمَ على ما ذكرنا في القصاص، وهذا القول يُنسب إلى القديم، ويقال أيضاً: إنه مُخْرَجٌ.

وظاهر المذهب أنه يُكْتَفَى للحدِّ بما جَرَى، ويسقط قطع اليمين، والفرق أن المقصود من الحدِّ التنكيل وتقيص الآلة الباطشة، وقد حصل ذلك، والقصاصُ مبنيٌّ على المماثلة، وأيضاً، فالحدود مبنية على المساهلة، وليسار مدخل في قطع السرقة في الجملة، فجاز أن يُكْتَفَى بها، وحقوق الأدميين مبنية على المضايقة، فلا يقطع اليسار باليمين بحالٍ، وأيضاً، فقطع القصاصُ أخصُّ بالطرف من قطع السرقة؛ ألا ترى أن مَنْ قَطَعَ يمين غيره، ولا يمين له، لا تُقَطَّع يساره بحالٍ، ولو سرق مَنْ لا يمين له، فقد تُقَطَّع يساره واستدرك القاضي حُسَيْنٌ؛ فحمل ما أطلقه الأصحاب على الحاليتين

(١) في ز: المقصود من.

الأخيرتين من الأحوال الثلاث، وقال في الحالة الأولى: وهي أن يُخرج يساره على قُصد الإباحة أو البدل، وجب أن لا يسقط القطع في اليمين، كما لو قطع السارق يسار نفسه أو قطعها غيره بعد ما وجب قطع اليمين بالسرقة.

ثم في المسألة فروغ:

أحدها: لو كان المقتص من مجنوناً، فهو كما لو أخرج اليسار مدهوشاً، ولا يتحقق منه البدل والتسليط ولو كان المقتص منه عاقلاً، والمستحق مجنوناً، فقطع يمين المقتص منه مكرهاً له فهل يكون مستوفياً لحقه؟ فيه خلاف قد تقدم، وإذا قلنا: لا يصير مستوفياً، وهو الصحيح، فينتقل حقه إلى الدية، ويجب للجاني ديةً بيده، فإن جعلنا عمده عمداً، فالدية في ماله، والصورة من صور التقاص، وإن جعلناه خطأً، فدية اليسار على عاقلته ولا<sup>(١)</sup> تقاص، ولو قال لمن عليه القصاص: أخرج يمينك، فأخرجها، فقطعها المجنون، قال الأئمة: لا يصح استيفاؤه، وينتقل حقه إلى الدية، ولا ضمان عليه؛ لأنه أتلفها ببذله وتسليطه، وإن أخرج يساره، فقطعها، فهي مهدرة، ويبقى القصاص في اليمين.

الثاني: حيث أوجبنا دية اليسار فهي في مال القاطع، لأنه قطع متعمداً، وعن نصه في «الأم»: أنها تجب على العاقلة.

وحيث يبقى القصاص في اليمين فلا يستوفى حتى يندمل قطع اليسار؛ لما في توالي القطعين من خطر الهلاك، نص عليه، ولو قطع طرفي إنسان معاً، فيقتصر فيهما معاً، ولا يفرق، فعن بعض الأصحاب فيما حكى الفوراني وغيره: أنهما على القولين بالنقل والتخريج، والصحيح الفرق؛ لأن الخطر هنا لو والينا لا ينشأ من القطع المستحق، بل منه ومن غيره، فيؤخر إلى أن يزول ما ينشأ من غير المستحق، وبخالف ما إذا قطع يمين واحد ويسار آخر، حيث لا توالي بين القصاصين؛ لأنه يجتمع خطر [عليه، ولم يوجد منه ذلك، وإذا قطعهما من واحد، فقد جمعت جنايته خطر القطعتين]<sup>(٢)</sup> على واحد فيقابل بمثله، ويُخرج من النقل والتخريج وجه أنه لا يوالى في قصاص الأطراف، وإن والى الجاني في قطعها وقد ذكرناه من قبل.

(١) قال الشيخ جلال الدين البلقيني: أي إذا قلنا بجريانه في غير التقدين أملاً إذا قلنا بالمذهب فلا تقاص إذا كان الواجب إبلاً على ما عرف في موضعه. وقال الشيخ جلال الدين أيضاً، قوله فدية اليسار على عاقلته كذا هو في الرافعي وهو وهم سبق إليه القلم وإنما الصواب فدية اليمين على عاقلته لأن صورة المسألة أن المقتص المجنون قطع يمين العاقل مكرهاً.

(٢) سقط من: ز.

الثالث: قال المُخْرِجُ: قصدت بالإخراج إيقاعها عن جهة اليمين، وقال القاطع: أخرجتها على قصد الإباحة، فالمصدق المخرج يمينه؛ لأنه أعرف بقضده.

فزع: نبت له قصاص في أنملة، فقطع من الجاني أنملتين، سئل فإن اعترف بالتعمد، قطعت منه الأنملة الثانية، وإن قال: أخطأت، وتوهمت أني أقطع أنملة واحدة، صدق يمينه، ووجب أزش الأنملة الزائدة، ويكون في ماله أو على العاقلة؟ فيه قولان أو وجهان، قال الروياني: والأصح الأول:

### الباب الثاني العفو

قال الغزالي: والنظر في طرفين: الأول في حكم العفو وهو مبني على أن موجب العمد القود المحض والدية خلف عند سقوطه، أو هو القود أو الدية أحدهما لا بعينه، وفيه قولان، فإن قلنا: الواجب أحدهما فلو عفا عنهما صح، وإن عفا عن الدية فله القصاص، وهل له مزج إلى الدية فيه ثلاثة أوجه، وجه الرجوع أنه ينعذ بقاء قصاص محض بلا دية يزعب بها في العفو، والثالث: أن تأييد العفو يلحق تفريع هذا القول بالقول الآخر، فإن قلنا: لا مزج إلى المال ففي جواز التراضي وجهان، فإن جرى مع غير من عليه القصاص فوجهان مرتبان وأولى بالمنع وهو جار في كل قصاص يثبت بلا دية، ولو قال: عفوت عنك نزل على القصاص في وجهه، ورجع إلى يمينه في وجهه، ولو قال: أخترت الدية سقط القصاص، ولو قال: أخترت القود لم يسقط الدية على الأظهر لأنه تهديد ووعيد.

قال الرافعي: مقصود الباب الكلام في العفو، وهو مندوب إليه وإذا عفا بغض المستحقين، سقط القصاص، وإن لم يرض الآخرون، واحتج بأنه روي ذلك عن عمر وابن مسعود - رضي الله عنهما - ولا مخالف لهما في الصحابة - رضي الله عنهم - فكان كالإجماع، وبأن القصاص لا يتجزأ فيغلب جانب السقوط لحقن الدماغ، وكذلك نقول: لو عفا عن عضو من أعضاء الجاني، سقط القصاص كله، كما أن تطبيق بغض المرأة تطبيقاً كلياً، وكذا لو أقت العفو، تأيد<sup>(١)</sup>، ثم القول في العفو، يقع في طرفين:

(١) قال في الخادم: الظاهر أن هذا في المعين أما لو قال عفوت عن بعض دمك فقال في البحر في باب الشهادات: إن قلنا البراءة تجوز عنه فهذا أجوز، وإن قلنا بالمنع فيحتمل أن يقال يجوز لأن العفو عن فيه كالعفو عن الكل. وقال في هذا الباب: لو قال الولي عفوت عن نصف قصاص النفس هل يصح العفو؟ فيه وجهان والأصح عندي أنه يكون عفواً عن الكل. وقال في التهمة: إذا أضاف العفو إلى العضو فقال: عفوت عن بعضك أو أضافه لعضو من أعضائه أو إلى بعض = العزيز شرح الوجيز ج ١٠/م ١٩

أحدهما: في حكم العفو وأثره.

والثاني: في ألفاظه وفي الصحيح منها والفاسد.

أما الأول: فهو مبني على أن موجب العمد في النفس والطرف ماذا؟ وفيه قولان:

أحدهما: أن موجب القود المخض، والدية خلف، يُعَدَّل إليه عند<sup>(١)</sup> سقوطه؛ لقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ﴾ [البقرة - ١٧٨]، وعن رسول الله ﷺ أنه قال: «العمد قود»<sup>(٢)</sup> ولأنه بدل متلف، فيتعين جنسه كسائر المتلفات.

والثاني: أن موجب أحد الأمرين، إما القصاص أو الدية؛ لما روي عن ابن سريج الكعبي - رضي الله عنه - «أن النبي ﷺ قال: ثُمَّ أَنْتُمْ يَا خِرَاعَةَ قَتَلْتُمْ هَذَا الْقَتِيلَ مِنْ هَذِيلٍ، وَأَنَا وَاللَّهِ، عَاقِلُهُ، فَمَنْ قَتَلَ بَعْدَهُ قَتِيلًا، فَأَهْلُهُ بَيْنَ خَيْرَتَيْنِ، إِنْ أَحْبَبُوا، قَتَلُوا، وَإِنْ أَحْبَبُوا أَخَذُوا الْعَقْلَ» وهذا القول أرجح عند الشيخ أبي حامد، والأظهر عند القاضي أبي الطيب والروائي وصاحب «التهذيب» وغيرهم: الأول، وعلى القولين جميعاً؛ للولي أن تعفو على الدية، ولا يحتاج إلى رضا الجاني؛ لحديث ابن سريج، ولو مات أو سقط الطرف الذي استحق قصاصه، وجبت الدية، كما لو سقط القصاص بعفو بغض الورثة وبه قال أحمد، وقال أبو حنيفة: لا يُعَدَّل إلى المال إلا برضا الجاني، وإذا مات الجاني، سقطت الدية، وفي شرح «مختصر الجويني» أن صاحب «الجامع» حكى عن القديم قولاً مثله، وعن مالك روايتان؛ أشهرهما مساعدة أبي حنيفة والثانية: تخيير الولي، قال الإمام: إذا كنا نخير على القولين الولي، ونرجع إلى الدية عند الموت، ففي العبارة المشهورة لترجمة القولين تكلف، والصيغة التامة على الغرض، أن يقال: العمد

= الزمان كقوله عفوت عنك شهراً فالعفو صحيح والحكم فيه كالطلاق وقضيته أن يأتي فيه الخلاف أنه من باب السراية أو من باب التعبير بالبعض عن الكل.

(١) قال في الخادم: لا حاجة إلى قوله عند سقوطه فإن الولي على القولين متمكن من مطالبته المال وإن لم يعف عن القصاص بعد وليس يمكنه موثوقاً على سقوط القصاص كما تقتضيه هذه العبارة، وقد نبه على ذلك العماد ابن يونس في شرح الوجيز. وقال في الخادم أيضاً: إن هذا ذكره الشيخ واضح فيما إذا أمكن القصاص أما حيث لا يمكن كما لو قتل الوالد ولده أو المسلم ذمياً فهل نقول الواجب الدية عيناً عكس القاعدة أو كغيره فيجب القود عيناً ويعدل إلى الدية لأن الأبوة وشرف الإسلام مسقط لم يتعرضوا له وهو محتمل.

(٢) أخرجه الشافعي وأبو داود [٤٥٤٠ - ٤٥٩١] والنسائي [٣٩/٨ - ٤٠] وابن ماجه، من حديث ابن عباس في حديث طويل، واختلف في وصله وإرساله، وصحح الدارقطني في العلل والإرسال، ورواه الطبراني من طريق عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده مرفوعاً: العمد قود، والخطأ دية، قال الحافظ في التلخيص: وفي إسناده ضعف.

يقتضي ثبوت المال لا محالة، ولكنه يَثْبُتُ معارضاً وموازناً للقصاص، أو يثبت تبعاً وبدلاً لا أصلاً ومعارضاً؟ فيه قولان:

**التفريع:** إن قلنا: الواجب أحدهما لا بعينه، فلو عفا عن القصاص والدية جميعاً، فلا مطالبة بواحد منهما، ولو قال: عفوتُ عمّاً وجبَ لي عليك بهذه الجناية أو عن حَقِّي الثابت عليك، وما أشبهه، فكذلك حكاه القاضي ابن كج عن نصّه - رضي الله عنه - ولو قال: «عفوتُ على أن لا مالَ لي»، فوجهان:

أحدهما: أنه كما لو عفا عنهما.

**والثاني:** لا تسقط به المطالبة بالمال؛ لأنه لم يُسْقِطْهُ، وإنما شرط انتفائه، وإلى هذا مال الصيدلاني، ولو عفا عن القصاص، تعينت الدية، ولو عفا عن الدية، فله أن يقتصر، فإن مات الجاني، فللمستحقّ الدية؛ لفوات القصاص بغير اختياره، ونقل القاضي ابن كج قولاً آخر أنه لا رجوع إلى المال بعد إسقاطه، والظاهر الأول، وهل له أن يرجع إلى الدية؛ بأن يَغْفُوَ عن القصاص على الدية؟ فيه ثلاثة أوجه؛ الذي رجح منها، ونُسِبَ إلى النص، وأورده صاحب «التهذيب»: المنع، كما أنه إذا عفا عن القصاص، لا يرجع إليه؛ وعلى هذا، لو عفا مطلقاً، لم يجب شيء من المال.

**والثاني:** أن له أن يَغْفُوَ عن القصاص على الدية؛ لأن في تمكين مستحقّ القصاص من الرجوع إلى الدية ما يدعوه إلى العفو، ففيه رفق للجاني والمجني عليه، وحاصل هذا الوجه أن العفو عن الدية لغوٌ والولي على خِيَرَتِهِ، كما كان.

**والثالث:** واختاره الشيخ أبو محمد: أنه إذا عفا عن الدية، كان الحكم على هذا القول كالحكم على القول الآخر، وهو أن الواجب القود المخصّ يجوز العفو عن الدية، وإذا عفا مطلقاً، فيجزي في وجوب الدية الخلاف المذكور من بعد، فإن قلنا: لا رجوع له إلى الدية استقلالاً، فلو رضي الجاني وتصالحاً، على مال، إما من جنس الدية أو من غير جنسها بقدرها أو أقلّ منها أو أكثر، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز، كما لا تجوز المصالحة عن حدّ القذف على مال.

**وأصحهما:** الجواز؛ لأن الدمّ متقومٌ شرعاً، كالْبُضْعِ بخلاف العرض، ولو جرى الصلح مع أجنبي، فقد رُتِبَ الخلاف فيه على الخلاف في الصلح مع الجاني، وجعل الصلح مع الجاني أولى بالجواز؛ لحاجته إلى الفداء، ومع الترتيب، فالأقوى في الأجنبي الجواز أيضاً؛ لأن اختلاع الأجنبي جائز، وإذا جاز أن يبذل بدل البضع، فلأنّ يجوز أن يبذل الدمّ مع أن الشرع قد رغب في إسقاطه، كأنّ أولى، ولو عفا أو صالح عن القود على مال قبل أن يعفو عن الدية، فإن كان المصلح عليه من غير جنس الدم،

جاز، سواء كانت قيمته بقدر الدية أو أقل من قدر الدية أو أكثر، ذكره في «التهذيب» وإن كان من جنسه، فسيأتي، ويجري هذا الخلاف فيما إذا ثبت القصاص بلا دية، وصورته ما إذا قطع يدي إنسان، فسرى القطع إلى نفسه، فقطعت يد الجاني قصاصاً أو قطعت يده قصاصاً؛ ثم سرت الجناية إلى نفس المجني عليه، فإنه يجوز حز رقبتة، ولا يجوز العفو على الدية؛ لاستيفاء اليدين الموازيتين للدية، وقد قدمنا الصورة ولو قال: عفوتُ عنك، ولم يذكر القصاص، ولا الدية، ففيه وجهان عن صاحب «التقريب» وألحق به أبو الفرج السرخسي ما إذا قال: عفوتُ عن أحدهما، ولم يعين، أحد الوجهين؛ أنه ينزل على القصاص، ويحكم بسقوطه؛ لأن العفو أليق به، وهو السابق إلى الفهم منه.

**وأظهرهما:** وبه قطع الشيخ أبو علي: أنه يرجع إليه؛ لأن اللفظ يحتملها جميعاً، فإذا بين ما نواه منهما رتب حكمه عليه، وعلى هذا، فلو قال: لم تكن نية حيتيذ، فوجهان:

**أحدهما:** أنه ينزل على القصاص.

**وأقربهما:** أنه يقال له: اصرف الآن إلى ما شئت منهما، ويخرج عند الاختصار ثلاثة أوجه:

**أحدها:** الحمل على القصاص.

**والثاني:** أتباع نيته في الماضي أو الحال.

**والثالث:** إن نوى الدية، حمل عليها، وإلا حمل على القصاص، ولو قال: اخترت الدية، سقط القصاص، وثبت المال، وكان ذلك كقوله: عفوتُ عن القصاص، وهذا هو المشهور المذكور في الكتاب، وعن القفال فيما حكى أبو الفرج السرخسي في «أماليه»: أن اختيار أحدهما لا يسقط حقه من الثاني، ويبقى خياره، كما كان، وشبهه بما إذا أتلف كُر حنطة جيدة على إنسان، ولم يوجد هناك إلا كر حنطة رديئة، فإنه يتخير المتلف عليه بين أن يأخذه، وبين أن يعدل إلى القيمة، فلو قال: اخترت أحدهما، لم ينطَل بذلك خياره، ولو قال: اخترت القصاص، فعن المنقول عن «القفال»: لا يخفى الحال، وعلى المشهور، هل له الرجوع إلى الدية؟ فيه وجهان:

**أحدهما:** لا، لأنه تركها باختياره، فأشبهه ما إذا اختار الدية لا يرجع إلى القصاص، وهذا أصح عند صاحب «التهذيب».

**والثاني:** نعم؛ لأنه لا يرجع من الأغلظ الأعلى إلى الأخص، بخلاف العكس، وقد يقصد بقوله: «اخترت القصاص» تهديد الجاني، وشبهه الخلاف بالخلاف فيما إذا نكل عن اليمين مع الشاهد، فعرضت اليمين على المدعى عليه، فنكَل، هل تُردُّ اليمين



على المُدَّعي، قال الإمام: وينبغي أن يفرَّع ذلك على أن التصريح بإسقاط الدية، هل يمنع الرجوع إلى المال أو يقع لغواً؟ فإن جعلناه لغواً، فلا معنى لقوله: «اخترت الدية» وإن اعتبرناها، فهل يفيد قوله: «اخترت القصاص» ما يفيدده قوله: «فوت عن الدية»؟ فيه الخلاف. قوله في الكتاب: «تأثير العفو تعجيل القود المحض» لفظ «التعجيل» محمولٌ على تعجيل تعيينه أو تعيينه للاستيفاء، أو نحو ذلك، ولفظ «الوسيط» تأثيره في أن يجعل القود المحض واجباً، ولو قال: «تأثير العفو أن يحلِّق تفرُّيع هذا القول» لحصل الغرض، وقد يوجب قريب منه في بعض النسخ.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَإِنْ قُلْنَا: الْوَاجِبُ الْقَوْدُ الْمَخْضُ فَلَوْ عَفَا عَلَى مَالٍ ثَبَتَ الْمَالُ، وَلَوْ مَاتَ قَبْلَ الْأَقْتِصَاصِ ثَبَتَ الْمَالُ، وَإِنْ عَفَا مُطْلَقاً فَقَوْلَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فَرَعْنَا عَنْ تَفْرِيعِ أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ، وَهُوَ أَنَّ مَوْجِبَ الْعَمْدِ أَحَدُ الْأَمْرَيْنِ، أَمَا إِذَا قُلْنَا: إِنَّ مَوْجِبَهُ الْقَصَاصُ بَعَيْنَهُ، فَلَوْ عَفَا عَنْهُ عَلَى الدِّيَةِ، وَجَبَتِ الدِّيَةُ، وَلَوْ عَفَا عَنْهُ عَلَى مَالٍ آخَرَ، فَإِنْ كَانَ مِنْ جِنْسِ الدِّيَةِ، فَيَسْأَلُنِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَإِنْ عَفَا أَوْ صَالَحَ عَلَى غَيْرِ جِنْسِهَا، وَقَبْلَ الْجَانِي، ثَبَتَ الْمَالُ [وَسَقَطَ] الْقَوْدُ، وَإِنْ لَمْ يَقْبَلِ الْجَانِي، لَمْ يَثْبِتِ الْمَالُ، وَفِي سَقُوطِ الْقَوْدِ وَجْهَانِ مَذْكُورَيْنِ فِي «التَّهْذِيبِ» وَغَيْرِهِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يَسْقُطُ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِهِ، حَيْثُ أَقْدَمَ عَلَى الصُّلْحِ وَطَلَبَ الْعَوْضَ.

وأظهرهما: المنع؛ لأنه رضي به على عوض، ولم يخصل العرض، وليس هذا كالصلح على الأعراض الفاسدة، فإنَّ الجاني هناك قد قبل، والتزم، فرجعنا إلى بذل الدم وإذا قلنا بسقوط القود، فهل تثبت الدية، قال في «التهذيب»: هو كما لو عفا مطلقاً، والخلاف في أنه، هل يسقط القصاص، إذا عفا على مال، ولم يقبل الجاني، يجري مثله فيما إذا عفا عن الدية على القول الأول، وبقي القصاص، فعفا عنه على الدية، وقلنا: لا يجوز ذلك، ففي وجه: يسقط لرضاه بالسقوط، وفي وجه: لا، لأنه أسقطه على بدل، ولم يسلم، وشبه الخلاف بالخلاف فيما إذا عفا عن الشفعة على مال، هل تسقط الشفعة، ولو عفا عن القود على نصف الدية، فعن القاضي الحسين: أنه قال: هذه مَعْضَلَةٌ أَسْهَرَتِ الْأَجَلَةَ، وعن غيره أنه بمنزلة ما لو عفا عن القود وعن نصف الدية، فيسقط القود ونصف<sup>(١)</sup> ولو عفا عن القود مطلقاً، ولم يتعرض للدية ولا إثبات، فهل يجب بالعفو المطلِّق الدية؟ فيه طريقان:

أحدهما: أن فيه قولين أو وجهين:

(١) نبه في المهمات على أن الذي نقله الرافي عن غير القاضي الحسين هو الذي ذكره القاضي الحسين في تعليقه وقال: لا خلاف فيه وواقفه الأذرع على ذلك.

أحدهما: وَيُحَكِّي عن اختيار المزني: أنه يجب؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ حُفِيَ لَه مِنْ أَحْيِهِ شَيْءٌ فَأَتْبَاعُ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة - ١٧٨] أي اتباع للمال، وذلك يُشعر بوجود المال بالعمو، ولأنه سقط القصاص بالعمو، فيُعدَّل إلى بدله، كما لو مات الجاني.

وأصحهما: المنع؛ لأن القتل لم يوجب الدية على هَذَا القَوْل، والعمو إسقاط ثابت لا إسقاط ما لَيْسَ بِثَابِتٍ، والآية محمولة على ما إذا عفا على الدية، فإذا قلنا: لا تثبت الدية بنفس العمو، فلو اختار الدية بعد العمو، قال القاضي ابن كج: تثبت الدية، ويكون اختيارها بعد العمو كالعمو عليهما، وحكي عن النص أن هذا الاختيار ينبغي أن يكون عقيب العمو، عن بعض الأصحاب أنه يجوز فيه التراخي، ولو عفا عن الدية، فهو لغو، وعلى قولنا: إن الواجب القود المنحصر، فله بعد ذلك العمو عن القود على الدية، ولو عفا مطلقاً، عاد الخلاف في وجوب الدية.

وقوله في الكتاب: «فلو عفا على مال، ثبت المال» يمكن حملُه على الدية وغيرها، ولكن يُشترط في غيرها قبولُ الجاني.

وقوله: «ولو مات قبل الاقتصاص ثبت المال» محمولٌ على الدية.

وقوله: «فقولان» مُعَلِّمٌ بالواو؛ للطريقة القاطعة.

قَالَ العَرَالِيُّ: وَإِنْ كَانَ مُفْلِساً فَلَهُ العَفْوُ عَنِ القِصَاصِ، وَلَهُ العَفْوُ عَنِ الدِّيَةِ عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ لِأَنَّهُ دَفَعَ لِلوُجُوبِ لَا إِسْقَاطَ لِلوَجِيبِ، أَوْ سَبَبُ الوُجُوبِ عَفْوٌ مُطْلَقٌ وَلَمْ يَجْرِ، وَالمُبْدَرُ كَالْبَالِغِ فِي اسْتِيفَاءِ القِصَاصِ وَعَفْوِهِ، وَفِي إِسْقَاطِهِ الدِّيَةَ مَعَ القِصَاصِ كَالصَّغِيرِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ كَالْمُفْلِسِ، وَلَوْ صَالَحَ عَلَى مَائَتَيْنِ مِنَ الإِبِلِ بَطَلَ عَلَى قَوْلِنَا: الوَاجِبُ أَحَدُهُمَا، وَعَلَى قَوْلِ الأَخْرِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ مَسْأَلَتَانِ:

إحدهما: إذا كان مستحقَّ القصاص مَحْجُوراً عليه، نُظِرَ؛ إن كان مسلوبَ العبارة؛ كالصبي والمجنون، فعفوه لغو، وإلا، فإن كان الحَجْرُ عليه لحقَّ غيره، كالمحجور عليه بالفلس، فله أن يقتصر، ولو عفا عن القصاص، سقطت وأما الدية فإن قلنا: موجب العمد أحد الأمرين، فليس له العفو عن المال، وإذا تعيَّن المال بالعمو عن القصاص صُرفَ إلى غرمائه، ولا نكلفه تعجيل القصاص، أو العفو؛ يصرف المال إليهم، وإن قلنا: موجب العمد القود، فإن عفا على المال، ثبت المال، وإن عفا مطلقاً، فكذلك تثبت الدية، إن قلنا بأن العمو المطلق يوجب الدية، وإن قلنا: لا يوجبها، لم يثبت، وإن قال: عفوت على أن لا مال لي، فإن لم يوجب مطلق العمو

المال، فالمقيد بالنفي أولى، وإن قلنا: مطلقه يوجب المال، ففي المقيد بالنفي من المحجور وجهان:

أحدهما: يجب؛ لأنه لو أطلق العفو، لوجب المال، فالتنفي كالإسقاط لِمَا لَهُ حُكْمُ الوجوب.

وأصحهما: المنع؛ لأن العفو مع نفي المال لا يقتضي مالا، فلو كلفنا المفلس أن يطلق ليثبت المال، كان ذلك تكليفاً بتكسب، وليس على المفلس التكسب لِمَا عَلَيْهِ من الديون، قال الإمام: ويعبر عن الوجهين بأن العفو مع نفي المال إسقاط للواجب أو منع ودفع للوجوب، وإلى هذا أشار في الكتاب بقوله: «أَوْ سَبَبُ الوجوبِ عَفْوٌ مطلقٌ، ولم يجز» أي سبب وجوب الدية العفو المطلق عن القصاص، ولم يوجد، وإنما الموجود العفو المقيد بالنفي، وهو مبني على أن الواجب القود على ما بيّناه، واقتصر على ذكر وجهين مخرجان من التفريع على أن الواجب بالعمد ماذا؟ وعلى أن العفو المطلق، هل يوجب الدية، وليس المراد من قوله: «وله العفو عن الدية على أحد الوجهين» ما إذا خصص الدية بالعفو بعد ثبوتها، فإن عفو لا ينفذ حينئذ بلا خلاف، وإنما المراد ما إذا نفي المال مع العفو عن القصاص، كما قال في المبذر وفي إسقاط الدية مع العفو عن القصاص، وعفو المريض مرض الموت، وعفو الورثة عن القصاص مع نفي المال، وفي التركة ديوناً أو للقتيل وصايا - كعفو المفلس، كذلك حكاه الروائي وغيره.

وأما المحجور عليه لسفه وهو المبذر فيصح منه إسقاط القصاص واستيفاؤه، وفيما يرجع إلى الدية حُكْمُهُ حُكْمُ المفلس على أحد الوجهين، وهذا الذي أجاب به أكثرهم.

والثاني: أنه لا يصح عفو عن المال بحال؛ كالصبي، ونظم الكتاب يقتضي ترجيحه، ويحكى عن القفال أنه قطع به، وعُلِّلَ بأننا، وإن قلنا: مطلق العفو لا يوجب المال، وإذا تصدى له مال، لم يجز له تركه، كما لو وهب له شيء أو وُضِيَ له بشيء، فلم يقبل، فوليه يقبل عليه، بخلاف المفلس، لا يقبل الغرماء عليه ولا الحاكم، وحكى الإمام أنه لو رد، لم يصح رده، وأن الولي يقبل عليه، ويوقف فيه، وعفو المكاتب عن الدية تبرع لا ينفذ من غير إذن السيد، فإن أذن، فعلى الخلاف في صحة تبرعاته بإذن السيد.

الثانية: لو جرى الصلح عن القصاص على أكثر من الدية من جنسها، كما لو صالحه على مائتين من الإبل، يُفْرَعُ ذلك على أن الواجب أخذ الأمرين أو القود بعينه، فإن قلنا: الواجب أحد الأمرين، لم يصح الصلح؛ لأنه زيادة على الواجب نازل منزلة الصلح من ألف على ألفين، وإن قلنا: الواجب القصاص، فوجهان:

أحدهما: أن الجواب كذلك؛ لأن الدية هي التي تخلف القصاص عند سقوطه، فلا يزداد عليها.

وأصحهما: الصحة وثبوت المصالح عليه، فإنه مالٌ يتعلّق باختيار المستحقّ والتزام الجاني، فلا معنى لتقديره، وصار كبدل الخلع.

فزع: إذا سقط القصاص بعفو بغض المستحقين، فللاخرين الدية بالحصة؛ لفوات القصاص بغير اختيارهم والعافي، إن عفا على حصته من الدية، تثبت، وإن نفي المال، لم تثبت، وإن أطلق، فعلى الخلاف في أن الواجب بالعمد ماذا؟ إن قلنا: أحد الأمرين تثبت حصته، وإن قلنا: القود بعينه، فعلى الخلاف في أن مُطلق العفو، هل يوجب الدية؟

فائدة: قد تكرر في الباب الكلام فيما إذا عفا عن القصاص أو عفا عن الدية أو عفا عنهما جميعاً مع التفريع على أن الواجب أحدهما، وقد يقال: نحن في هذا القول نصرح بأن الواجب أحدهما، لا بعينه وحينئذ فالعفو عن القصاص بعينه أو عن الدية بعينها أو عنهما جميعاً عفو على غير الواجب فكيف تصور ذلك؟ وقد يجاب بأننا مع القول بأن الواجب أحدهما لا بعينه نقول بالعفو عن القصاص إسقاط المطالبة به، وحينئذ يتنظم إسقاط المطالبة بأحدهما على التعيين، وبهما جميعاً.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الطَّرْفُ الثَّانِي فِي الْعَفْوِ الصَّحِيحِ وَالْفَاسِدِ وَأَحْوَالِ الْعَفْوِ خَمْسَةٌ الْأُولَى إِذَا أُذِنَ فِي الْقَطْعِ وَالْقَتْلِ فَلَا دِيَّةَ، وَفِيهِ قَوْلٌ أَنَّهُ يَجِبُ الدِّيَّةُ إِذَا قُلْنَا: يَثْبُتُ الدِّيَّةُ لِلْوَارِثِ ابْتِدَاءً لَا تَلْقِيًا، وَفِي سُقُوطِ الْكُفَّارَةِ وَجِهَانِ مُرْتَبَانٍ وَأُولَى بِاللُّزُومِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الرضا بالجناية وترك المواخذة بها قد يتقدّم على الجناية، ويسمى إذناً وإباحةً، وقد يتأخّر عن أولها أو نهايتها، ويسمى عفواً وإسقاطاً وإبراءً وعده الإذن من جملة أحوال العفو، حيث قال: «وأحوال العفو خمسة» فيه توسع.

وفقه الفضل أنه لو قال لغيره: اقطع يدي، والقائل مالك لأمره، فقطع المأذون يده، لم يجب عليه قصاص ولا دية؛ لأن الإذن في الإتلاف من مستحق البدل يتضمّن الإهدار، ألا ترى أنه لو أُذِنَ في إتلاف ماله، لم يجب الضمان بإتلافه، وإن لم يقف القطع بل سرى، أو قال: اقتلني، فقتله، ففي وجوب الدية قولان بناءً على أن الدية تثبت للورثة ابتداءً أو تلقياً عن القتل، وفي وجوب القصاص طريقتان، وقد سبق ذكر القولين والطريقتين في «فصل الإكراه على القتل»، وقد ذكر في الكتاب الخلاف في القصاص هناك، وفي الدية ها هنا، واعترض على قول التلقّي بأن الدية إذا ثبتت له، وهي عرصة الانتقال إلى الورثة، وجب ألا ينفذ الإسقاط والإباحة، إلا في ثلثها، وأجيب بأنه لا يسقط ثانياً في الحال، وإنما يبيح ما يتضمّن إتلافه مالا، لولا الإباحة واعترض على القول الآخر؛ بأنها ثبت للورثة ابتداءً، لَمَا قد قضي منها ديون القتل،

ولا نفذت وصاياه وأجيب بأن الورثة ملكوا الدية من جهته وبدلاً عن نفسه، فقدّم حقّه على حقوقهم، ونظّم الكتاب يقتضي ترجيح القولِ الذاهبِ إلى نفي الدية<sup>(١)</sup>، وتلقّي الورثة من القتل، وقد سبق أن صاحب «التهذيب» وغيره رجّحوه، والقاضي الروياني رجّح القول المقابل له وأشار ابن الصبّاغ إلى القطع بنفي الدية، فيمكن أن يُعلّم لذلك قوله: «وفيه قول» بالواو، وإذا قلنا بوجود الدية، [فتجب الكفارة لا محالة، وإن قلنا: لا تجب الدية،] <sup>(٢)</sup> ففي الكفارة وجهان:

وأصحهما: الوجوب؛ لأنها تجب بالجنائية على حقّ الله تعالى، والإباحة لا تؤثر.

والثاني: ويحكى عن تخريج ابن سُرّنج: أنه لا تجب، وحقّ الله تعالى يتبع في الوجوب والسقوط حقّ آدمي [فإذا] صار الشخصُ مهذراً فلا كفارة بقتله.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: الثَّانِيَةُ: الْعَفْوُ بَعْدَ الْقَطْعِ وَقَبْلَ السَّرَايَةِ صَحِيحٌ عَمَّا مَضَى، وَيَسْقُطُ الْقِصَاصُ عَنِ السَّرَايَةِ فِي الْمُسْتَقْبَلِ عَلَى الصَّحِيحِ لِأَنَّهُ تَوَلَّدَ عَنِ مَغْفُوِّ عَنَّهُ، وَلَا يَسْقُطُ الدِّيَةُ عَنِ السَّرَايَةِ لِأَنَّهُ تَوَلَّدَ عَنِ مَضْمُونٍ وَلَمْ يَغْفُ عَنِ الْمُسْتَقْبَلِ، وَفِيهِ وَجْهٌ أَنَّهُ تَسْقُطُ كَالِإِذْنِ الْمُقَارِنِ، وَلَوْ قَالَ: عَفْوَتْ عَمَّا سَيَجِبُ فَهَوَ عَفْوٌ قَبْلَ الْوُجُوبِ وَبَعْدَ سَبَبِهِ فَفِيهِ قَوْلَانِ، فَإِنْ سَرَى إِلَى النَّفْسِ فَعَفْوُهُ وَصِيَّةٌ لِلْقَاتِلِ فَلَا يَصِحُّ إِنْ لَمْ يَصْحَحِ الْوَصِيَّةَ لِلْقَاتِلِ، فَإِنْ كَانَ الْجَانِي عَبْدًا صَحَّ الْعَفْوُ لِأَنَّ فَائِدَتَهُ لِلسَّيِّدِ لِلقَاتِلِ، وَإِنْ كَانَ مُخْطِئًا صَحَّ لِأَنَّهُ لِلْعَاقِلَةِ، وَإِنْ كَانَتْ الْعَاقِلَةُ مُنْكَرًا أَوْ مُخَالِفًا فِي الدِّينِ فَلَا لِأَنَّهُ عَفْوٌ عَنِ الْقَاتِلِ، وَلَوْ عَفَا عَنِ الطَّرْفِ عَلَى مَالٍ ثُمَّ حَزَّ رَقَبَتَهُ لَمْ يَجِبِ الْقِصَاصُ عَلَى أضعفِ الْوَجْهَيْنِ لِأَنَّ الْحَزْلَةَ حُكْمُ السَّرَايَةِ فِي اتِّحَادِ الدِّيَةِ وَلَوْ سَرَى الْقَطْعُ لَمَا وَجَبَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا قَطَعَ عَضْوًا مِنْ غَيْرِهِ كَيْدٌ وَأَصْبَحَ، فَعَفَا الْمَجْنُونُ عَلَيْهِ عَنْ مَوْجِبِ الْجَنَايَةِ عَلَيْهِ قَوْدًا أَوْ أَرْشًا، فَلِلْجَنَايَةِ أَحْوَالٌ.

أحدها: أن تقف ولا يتعدى محلّها، وتندمل، فلا قصاص ولا أزش، لأن المستحقّ أسقط الحقّ بعد ثبوته؛ فيسقط، وبه قال أبو حنيفة.

(١) هكذا قطعوا به، وكان يحتمل أن يقال بالضمان فإن المحرم لو حلق شخص شعره وهو ساكت فإنه يضمن لأن الشعر في يده كالعارية أو كالوديعة ولا شك أن النفس أولى بذلك، والجواب أن المحكم في الموضوعين سواء فإن الكفارة تجب على مبيح قتل نفسه وهي حقّ الله تعالى وهي نظير وجوب الفدية على المحرم هناك لأنها حقّ الله، وإنما سقط القصاص والدية لأنه حقّ آدمي فسقط بإسقاطه وقد أسقطه.

(٢) سقط من: ز.

وقال المزني: تجب الدية؛ لأن استقرار الجنابة باندمالها، فلا يعتبر العفو قبل الاستقرار، ولا فرق في هذه الحالة بين أن يقتصر على قوله عَفَوْتُ عن موجبها، وبين أن يزيد فيقول: «وعما يحدث منها»، فإنه لم يحدث منها شيء ولو قال: عَفَوْتُ عن هذه الجنابة، ولم يزد فعن نصح - رضي الله عنه - في «الأم»: أنه عفو عن القَوْدِ، وعن الأصحاب: أنه مفرع على قولنا: إن موجب العمد القَوْدُ، أما إذا قلنا: إن وجبه أخذ الأمرين، ففي بقاء الدية احتمالان للقاضي الروياني.

الثانية: إذا سَرَى القَطْع إلى النفس، فلا قصاص في النفس، كما لا قصاص في الطَّرَف؛ لأن السراية تولدت عن معفو عنه، فصارت شبهة دافعة، وأيضاً، فقد عفا عن الطَّرَف، فلا يمكن استيفاء النفس إلا باستيفاء الطَّرَف، وعن أبي الطَّيْب بن سلمة: أنه يجب القصاص في النفس؛ لأن المعفو عنه قصاص الطَّرَف دون النفس، وسقوط القصاص في الطَّرَف لا يوجب سقوطه في النفس؛ ألا ترى أنه لو استوفى قصاص الطَّرَف، ثم مات المجني عليه بالسراية، وجب قصاص النفس، فليكن السقوط بالعفو كالسقوط بالاستيفاء، ويحكى هذا عن تخريج ابن سريج، وعلى هذا قال القاضي ابن كج: لو عفا عن القصاص، لم يكن له إلا نصف الدية؛ لسقوط النصف بالعفو عن أَرَش اليد، والصحيح الأول، وأما المال؛ فأما أَرَش اليد، فيُنظَر؛ إن جرى لفظ الوصية؛ بأن قال: أوصيتُ له بأرَش هذه الجنابة، فإذا مات من الجنابة، فقد صارت الوصية وصية للقاتل، وقد سبق الخلاف فيها، فإن لم نصحبها فعليه أَرَش العضو المقطوع، وإن صححناها، فإن خرج الأَرَش من الثلث، سقط، وإلا، نفذت الوصية في قدر الثلث، وإن جرى لفظ العفو أو الإبراء أو الإسقاط؛ بأن قال: عَفَوْتُ عن أَرَش هذه الجنابة أو أبرأته أو أسقطته، فحكمها حكم الوصية أم لا؟ فيه طريقتان:

أحدهما: نعم؛ بدليل الاعتبار من الثلث؛ فعلى هذا يعود الخلاف في الوصية للقاتل.

وأصحهما: لا؛ لأنه إسقاط حق ناجز، والوصية هي التي تتعلّق بحال الموت؛ فعلى هذا يسقط، ولا يجيء فيه القولان، وأما الزيادة على أَرَش اليد إلى تمام الدية، فهي واجبة، إن اقتصر على العفو عن موجب الدية، ولم يتعرّض لِمَا يتولّد منها، وإن تعرّض لِمَا يتولّد منها أيضاً، نُظِر إن تعرّض بلفظ الوصية؛ بأن قال: أوصيتُ له بأرَش هذه الجنابة وضمن ما يحدث منها أو يتولّد أو يسري إليه، فينتى على أن الوصية للقاتل هل تصح، ويجيء في جميع الدية ما ذكرنا في دية العضو المقطوع، وإن قال: عفو عن، أو أبرأته عن ضمان ما يحدث أو أسقطته، ففي اعتبارها فيما يحدث قولان نقلهما ابن الصباغ وغيره.

وأصحهما: أن هذه الألفاظ لاغية، ويلزمه ضمان ما يَخُدُّثُ [فإن إسقاط الشيء قبل ثبوته غير منتظم.

**والثاني:** أنها تُعْتَبَرُ، ولا يلزم ضمان ما يَخُدُّثُ؛<sup>(١)</sup> لأن الجناية على الطَّرْفِ سبب لفوات النفس، فإنَّ النفس لا تباشر بالجناية، وهذا هو الخلاف الذي سَبَقَ في الإبراء عما لم يَجِبْ، وجرى سبب وجوبه، فإن قلنا باعتبارها، سقط الكلُّ وفي طريق حُكْمِ هذه الألفاظ حُكْمُ الوصية، يبني على القولين في الوصية للقاتل، قال الإمام: ويُخَرِّجُ مما ذكرنا في أَرَشِ العَضْوِ وضمان السراية إلى الروح تفريراً على الأصلين، وهو الاختلاف في الوصية للقاتل، والاختلاف في الإبراء عما لم يَجِبْ، وجرى سبب وجوبه ثلاثة أقوال، فإن لم نصحَّ الوصية للقاتل، فتجب الدية بكمالها، وإن صحَّحناها، وصحَّحنا الإبراء عما لم يَجِبْ، سقطت بكمالها، إذا وقى بها الثلث، وإن صحَّحناها، ولم نصحَّح الإبراء، سقط الأرش، ووجب ضمان السراية، هذا إذا كان قدر الأرش دون الدية فأما إذا قطع يَدَيِ إنسان، فعفا المقطوع عن أَرَشِ الجناية، وما يَخُدُّثُ منها، فإن لم نصحَّح الوصية، وجبت الدية بكمالها، وإن صحَّحناها سقطت بكمالها، إذا وقى بها الثلث، سواء صحَّحنا الإبراء عما لم يَجِبْ أو لم نصحَّحه؛ لأن أَرَشِ اليدين دية كاملة فلا يزيد بالسراية شيئاً.

**الثالثة:** إذا سَرَى القَطْعُ إلى عَضْوِ آخر، كما إذا قطع الأصبع، فتأكل باقي اليد، ثم اندمل، فالمنقول: أنه لا قصاص [بناءً على أنه لا قصاص]<sup>(٢)</sup> في الأجسام بالسراية، وقد ذكرنا فيه تخريجاً، ويمكن أن يجيء على ذلك التخريج الخلاف المذكور في قصاص النَّفْسِ في الحالة الثانية، وأما الدية، فلا يخفى سقوط دية العَضْوِ المقطوع بالعفو<sup>(٣)</sup>، وفي ضمان السراية وجهان:

أصحهما: أنه يجب؛ لأنه عفا عن موجب الجناية الحاصلة في الحال، فيقتصر أثره عليه.

**والثاني:** المنع؛ لأنه إذا سقط الضمان بالعفو، صارت الجناية غير مضمونة، وإذا لم تكن الجناية مضمونة، فلا تكون سرايتها مضمونة، كما إذا قال لغيره: اقطع يدي، فقطعها، وسرى القَطْعُ إلى عَضْوِ آخر، وكما إذا قطع يد مرتد، فأسلم، ثم سَرَى، هذا إذا اقتصر على العفو عن موجب الجناية، فأما إذا قال: عفوت عن هذه الجناية، وما

(١) سقط من: ز.

(٢) سقط من: ز.

(٣) وقضيته أنه لا خلاف لكن في الحاوي للماوردي إن محصنا القود. واعتبر للدية اختيارها لم يسقط بطله.

يحدث منها، فسرى قطع الأصبع إلى الكف، فإن لم نوجب ضمان السراية عند الاقتصار، فهذا هنا أولى، وإن أوجبناه، فيخرجها هنا على الإبراء عما لم يجب، وجرى سبب وجوبه، ثم في الفضل صور:

إحداها: إذا جنى عبد جناية توجب المال؛ إما لكونها خطأ أو لسبب آخر، وعفا المجني عليه عن أرش الجناية، ثم مات بالسراية أو اندمل الجرح، ثم عفا في مرض الموت، فإما أن يطلق العفو أو يضيفه إلى السيد أو العبد، فإن أطلق العفو؛ فصحته تتبني على أن أرش جناية العبد يتعلق برقبته فحسب أم بها وبذمته، حتى يطالب بما فضل بعد العتق؟ وفيه قولان المذكوران في «الديات» فإن قلنا: يتعلق بالرقبة فحسب، فيصح العفو؛ لأنه تبرع على غير القاتل، وهو السيد، وإن قلنا: يتعلق بالذمة أيضاً، ففائدة العفو ترجع إلى العبد، فيبني على الوصية للقاتل، إن صححناها، صح العفو من الثلث، وإلا، لم يصح، وحكى الإمام اختلافاً للأصحاب، إذا قلنا: إنه يتعلق بالذمة في أن المجني عليه، هل يملك فك الرقبة عن التعلق ورد الحق إلى الذمة خاصة كما يملك فك المرهون.

قال: وعلى الوجهين يبقي تعلق الأرض بالرقبة، إذا أبطلنا العفو؛ لكون العبد قاتلاً، أما إذا قلنا: لا يمكن قطعه، فظاهر، وأما إذا قلنا: يمكن، فلأن ذلك إذا جرّد مستحق الأرش القصد إلى قطعه، وهذا هنا لم يجرّد القصد إليه، وإن أضاف العفو إلى السيد، فقال: «عفوت عنك، صح إن قلنا: يتعلق الأرش برقبة العبد فحسب، وإن قلنا: يتعلق بذمة العبد أيضاً، لم يصح العفو؛ لأنه عفو من غير من عليه الحق، وإن أضافه إلى العبد، فإن قلنا: يتعلق بالرقبة دون ذمة العبد، لم يصح، وإن قلنا: يتعلق بالذمة، ففيه القولان في «الوصية للقاتل»، وإن كانت الجناية موجبة للقصاص، فالعفو عن العبد صحيح، فإنه عليه بكل حال.

الثانية: إذا جنى الحر خطأ على إنسان فعفا المجني عليه، ثم سرت الجناية إلى النفس، فقد خرجت المسألة عن أصل، سيأتي إن شاء الله تعالى في أن الخاطيء يلاقيه وجوب الدية، والعاقلة يتحملون عنه، أو الوجوب على العاقلة ابتداءً، فإن قال: عفوت عن العاقلة أو أسقطت الدية عنهم، فهذا تبرع على غير [القاتل]، فينفذ، إذا وقى الثلث به ويبرؤون، سواء قدروا متأصلين أو غير متأصلين وكذا لو قال: عفوت عن الدية، ولم يضيف إلى الجاني ولا العاقلة، وإن قال للجاني: عفوت عنك، فإن قلنا: إن الوجوب لا تلاقيه، فهو لغو، وإن قلنا: تلاقيه، وتحمل العاقلة، فوجهان:

أظهرهما: وهو المذكور في «التهذيب»: أن الجواب كذلك، لأنه لا شيء عليه عند العفو، فإن الدية كما وجبت عليه، انتقلت عنه.



والثاني: أنه ينفذ بتقديره أصيلاً وتقدير العاقلة كفيلاً، ثم إذا برىء الأصيل، برىء الكفيل، ومن قال بالأول، قال: هذا الانتقال يُشبه الحوالة لا الضمان، هذا إذا ثبتت الجناية بالبينة أو باعتراف العواقل. فأما إذا اعترف الجاني وأنكرت العوامل فالدية تجب على الجاني، ويكون العفو تبرعاً على القاتل، ففيه الخلاف في الوصية للقاتل، ولو عفا الوارث بعد موت المجني عليه عن العاقلة أو مطلقاً، صحَّ، ولو عفا عن الجاني، لم يصحَّ لأنه لا شيء عليه، فإن ثبتت الدية بإقراره، صحَّ.

الثالثة: لو كان الجاني ذمياً، وعاقلته مسلمون، أو من أهل الحزب، فتكون الدية في ماله، فإن عفا عنها، فهي وصية للقاتل، وفيه الخلاف.

واعلم، أن الصور الثلاث أوردتها المزنئي، وحكى فيها عن النص ما استشهد به لاختياره القول الذاهب إلى إبطال الوصية للقاتل، فقال قائلون من الأصحاب: أجاب الشافعي - رضي الله عنه - فيها على أحد القولين، وليس من شرط القولين أن يُذكرَا في جميع المواضع.

وقال القاضي الطبري وغيره: الاقتصار في بعض المسائل على أحد القولين اختيار منه لذلك القول، كما ذهب إليه المزنئي.

الرابعة: إذا جنى جنايةً توجب القصاص، لو اندملت كقطع اليد والأصبع، فعفا المجني عليه على الدية، ثم سرت إلى النفس، لم يجب قصاص النفس، وفيه الوجه المنسوب إلى أبي الطيب بن سلمة على ما مرَّ ولو جنى بما لا قصاص فيه كالجائفة، وكسر الذراع، فأخذ المجني عليه الأرش، ثم سرت الجناية إلى النفس، فقد قال الإمام: يحتمل أن يقال: لا يجب القصاص؛ لأن الجائفة، وإن لم يكن فيها قصاص، فهي سبيل القصاص، وأخذ بالعفو الأرش يُشعر فيما يوجب القصاص، والمنقول المشهور أنه يجب القصاص؛ لأن الجناية لم تتولد عن معفو عنه، فإن عفا الولي، أخذ الباقي من الدية، ولو كان المجني، قد قال - والصورة هذه -: عفو عن القصاص، فهو لغو؛ لأن هذه الجناية لا قصاص فيها، ولو عفا المجني عليه عن قطع اليد ونحوه؛ على الدية، ثم عاد الجاني، فحز رقبته<sup>(١)</sup>، نُظر؛ إن حز بعد الاندمال، فعليه القصاص

(١) فهم منه أن التصوير فيما إذا وقع الحز بعد جناية توجب القصاص فأما إذا جرح جرحاً لا قصاص فيه كالجائفة وأخذ الأرش ثم حز الرقبة بعده. قال في البسيط: سقط القصاص قطعاً لأن أخذه لم يكن عفواً عن قصاص بل كان لامتناع القصاص أصلاً. قال: وهذا سلمه العراقيون أيضاً لا ينفك عن أدنى احتمال على مساق كلامهم لا سيما إذا كان الموت بسراية الجائفة التي أخذ الأرش عنها. قال صاحب الوافي: وكأنه يشير إلى أنه وإن لم يكن صريح العفو عن القصاص في أخذ أرش الجائفة إلا أنه ينزل منزلة العفو من حيث إنه لم يبق الجرح مضموناً بعد إحداث فأشبه العفو عنه.

في النَّفْسِ، ودية اليد، فإن عفا الولي عن القصاص، أخذ دية النفس ودية اليد، وإن حَزَّ قبل الاندمال، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لا قصاص عليه؛ لأنه عفا عن بغض النَّفْسِ، وإذا سقط القصاص في البغض، سقط في الكلِّ، ولأن حَزَّ الرقبة بعد قطع اليد كسراية الجراحة؛ ألا ترى أن دية اليد تدخل في النَّفْسِ على التقديرين، ولو سَرَى القطع، لَمَا وَجِبَ القصاص على الصَّحِيحِ، فكذلك إذا حَزَّ، وعلى هذا، فله الباقي من الدِّية.

وأصحُّهما: أنه يجب القصاص؛ لأن الزهوق حصل بجناية مستحقَّة، ولم يتولَّد عن الجناية المعفو عنها؛ وعلى هذا، فلو عفا عن القصاص، فوجهان:

أصحُّهما: أنه يأخذ الباقي من الدِّية، والأطراف تدخل في النفس في الدِّية، وإن لم تدخل في القصاص.

والثاني: وبه قال ابن سُرَيْجٍ والإصطخري: أنه يأخذ دية كاملة، بنيه على أصلهما في أن مَنْ قَطَعَ يد رجل، ثم عاد، وقتله، وعفا، يلزمه دية النَّفْسِ ودية اليد، ولا تتداخل، ولو قطع يديه ورجليه، ثم عاد، فقتله، تلزمه ديتان مع القصاص وقوله في الكتاب: «ويسقط القصاص عن السراية في المستقبل» حمل على السراية إلى النفس وقوله: «ولا تسقط الدية عن السراية» على ما إذا سَرَى إلى بعض الأعضاء، فاندمل.

وقوله: «فإن سرى إلى النفس» عود إلى الصورة الأولى، وهي السراية إلى النفس. ذكر حكمهما قصاصاً، ثم عاد إليها؛ ليذكر حكم الدية، فهذه التنزيلات توافق كلامه في «الوسيط».

وقوله: «ولو سرى القطع، لَمَا وَجِبَ» توجيه أضعف القولين، والمعنى أن الحَزَّ كالسراية، ولو سرى القطع، لم يجب القصاص، فكذلك لا يجب عند الحَزَّ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّانِيَةُ: عَفْوُ الْوَارِثِ صَحِيحٌ، وَإِنْ أَسْتَحَقَّ الطَّرْفَ وَالنَّفْسَ فَعَفُوهُ عَنْ أَحَدِهِمَا لَا يُسْقِطُ الْآخَرَ، وَلَوْ قَطَعَ طَرْفَهُ فَمَاتَ فَالْوَلِيُّ يَسْتَحِقُّ قَطْعَ طَرْفِهِ وَحَزَّ رَقَبَتِهِ، فَإِنْ عَفَا عَنِ الطَّرْفِ فَقِي سَقُوطُ حَزِّ الرَّقَبَةِ وَجِهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: كانت الحالة الثانية في عفو المجني عليه نفسه قبل السراية، وهذه في عفو الوارث بعد موت المجني عليه، واستقرار الجناية، ولا تخفى صحته، وإذا استحق على الجاني قصاص النَّفْسِ وقصاص الطَّرْفِ، نُظِرَ؛ إن كان مستحقاً هنا غير مستحق ذلك، فلا شك في أن عفو أحدهما لا يسقط حق الآخر، ومن صورِهِ أن يقطع عبداً يد عبداً، فيعتق المجني عليه، ثم يسري القطع إلى نفسه، فالقصاص في الطَّرْفِ للسيد، وفي النفس لورثته الأحرار، وإن استحقهما واحداً، فلو عفا عن النفس، وأراد

القصاص في الطَّرْف، فله ذلك؛ لأنهما حَقَّانِ ثبُتَا له، فالعفو عن أحدهما لا يُسْقِطُ الآخر، كما لو كان الاستحقاق لشخصين. وفي «الوسيط» حكاية وجه: أنه إذا عفا عن النَّفْس، فقد التزم بقاء الأطراف، فيسقط فصاحب الطَّرْف، ولم ينقل الإمام في هذه الصورة خلافاً، وإنما حَكَّى في عكسه، وهو ما إذا عفا عن قصاص الطَّرْف وجهين عن رواية صَاحِبِ «التقريب».

أحدهما: وهو المذكور في الكتاب: أنه لا يَسْقُطُ فصاحب قصاص النفس؛ لِمَا مرَّ.

والثاني: يسقط، لأن العفو عن الطَّرْف ضامنٌ لسلامته، وفي قصاص النفس إتلافُ الطَّرْف. قال: ولم يُحَكِّ صاحبُ «التقريب» خلافاً في أن العفو عن قصاص النفس يُسْقِطُ قصاص الطَّرْف، وإن كان القَطْع قد يَسْرِي، والله أعلمُ بسبب اضطراب روايتهما.

ولو استحقَّ قصاص النَّفْس بقطع الطَّرْف؛ بأن كان الجاني قد قطع يد المجني عليه، ومات بالسراية، ثم عفا الولي عن قصاص النفس، فليس له قطع الطَّرْف؛ لأنَّ المستحقَّ هو القتلُ، والقطع طريقه، وقد عفا عن المستحقِّ، وإن عفا عن القَطْع، فهل له حَزُّ رقبته فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه استحقَّ القتل بالطريق السَّاري، وقد تركه.

وأقواهما: نعم؛ لأنه يتمكَّن من العدول إلى حَزِّ الرقبة على ما سَبَق، فلعلَّه قصد ذلك، وأيضاً، فله أن يقطع يده، ثم يحزُّ رقبته، ففي العفو عن القَطْع تسهيلُ الأمر عليه، وترك لإيلام القَطْع، ولو قطع يده ثم حَزَّ رقبته قبل الاندمال، فعفو الولي عن القَطْع لا يُسْقِطُ حَزَّ الرقبة، وكذا عفوُه عن قصاص النفس لا يسقط القَطْع، لأن الزهوق حصلَ بجناية مستحقَّة، وهما حَقَّانِ مقصودانِ في نفسيهما، ليس الأول طريقاً للثاني.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الرَّابِعَةُ الْعَفْوُ بَعْدَ الْمُبَاشَرَةِ سَبَبُ الْأَسْتِيفَاءِ كَمَا إِذَا قَطَعَ يَدٌ مِنْ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ ثُمَّ عَفَا عَنِ النَّفْسِ فَإِنَّ الْأَنْدَمَلَ صَحَّ الْعَفْوُ وَلَمْ يُضْمَنْ الطَّرْفُ، وَإِنْ سَرَى بَانَ أَنَّ الْعَفْوَ بَاطِلٌ، وَكَذَا إِذَا عَفَا بَعْدَ الرَّمْيِ وَقَبِلَ الْإِصَابَةَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا قَتَلَ رَجُلًا بِالْقَطْعِ السَّارِي، فَقَطَعَهُ الْوَلِيُّ، ثُمَّ عَفَا عَنِ النَّفْسِ مَجَانًا، فَإِنْ سَرَى الْقَطْعُ، بَانَ بطلان العفو، وإن وَقَفَ، صَحَّ العفو، ولم يلزمه بقطع اليد [شيء] وكذلك، لو كان قد قَتَلَهُ بغير القَطْع، وقطع الولي يده متعدياً، ثم عفا عنه، لا ضمان عليه.

وقال أبو حنيفة: إذا عفا؛ فعليه دية اليد.

وقال أحمد: عليه ديته، عفا أو لم يَغْفُ.

وقال مالك: يلزمه القصاص في اليد.

لنا: أنه قطع يد مَنْ يباح له دمه، فلا يلزمه القصاص، وإلا الضمان كما لو قَطَعَ يد مرتد، والعفو إنما يؤثر فيما بقي لا فيما أَسْتَوْفِي، ولو رمى الوليُّ إلى الجاني، ثم عفا عنه قبل الإصابة، ففي نفوذه وجهان نقلها الإمام:

أحدهما: أنه لا يَنْقُذُ لخروج الأمر عن اختياره.

وأظهرهما: وهو المذكور في الكتاب: أنه كقطع اليد، فإن لم يُصَبْه السهم، فالعفو صحيحٌ مقيد، وإن أصابه، وقتله، بان أن العفو باطلٌ، وفي وجوب الدية على العافي وجهان سبق ذكرهما في فضل تغيير الحال بين الجرح والموت.

والأصح، عند صاحب التهذيب، ويُحَكَّى عن القفال: أنه يلزمه الدية؛ لأنه محقون الدم عند الإصابة، وليُعلم؛ لما حكينا قوله في الكتاب: «ولم [يُضْمَن]»<sup>(١)</sup> الطرف بالحاء والميم والألف.

وقوله: «وكذلك إذا عفا بعد الرمي وقبل الإصابة» بالواو.

فَرَع: إذا قطع ذمي يد مُسْلِمٍ فاقتص منه أو يد ذمي، فاقتص منه، وأسلم، ثم مات المجرؤُح بالسراية فللولي القصاص في النفس، فإن عفا على المال، فوجهان:

أحدهما: أن له نصف الدية؛ لأن اليد نصف الجملة، وقد استوفاه، فإذا استوفيت يد الذمي بيد المسلم، لم يجب شيء آخر.

وأظهرهما: أن له خمسة أسداس دية مسلم، وَيَسْقُطُ سدسها باليد التي استوفاه، لأنها نصف جملة الذمي التي هي ثلث جملة المسلم فيما يرجع إلى الدية، ولو قَطَعَ الذمي يد المسلم، فاقتص منه، ومات المسلم بالسراية، فعفا الولي، فعلى الوجه الأول لا شيء له، لأنه استوفى يد الجاني، واليدان مساويتان للنفس، وإذا قوبلت نفس الذمي بيد المسلم، لم يجب شيء آخر، وعلى الأظهر: له ثلثا الدية؛ لأنه استوفى ما يقابل ثلث دية المسلم، ولو قَطَعَت امرأة يد رجل، فاقتص منها، ثم مات الرجل بالسراية، وعفا الولي فعلى الوجه الأول: له نصف الدية؛ لأن يدها تُقَابِل يد الرجل عند الاقتصاص، وعلى الأظهر: له ثلاثة أرباع الدية؛ لأنه استوفى ما يقابل ربع دية الرجل، ولو قَطَعَت المرأة يد الرجل، فاقتص معها، ثم مات المجني عليه بالسراية وعفا الولي، فلا شيء له على الوجه الأول، ويجب نصف الدية على الوجه الثاني، ولو قَطَعَ عبداً يد

(١) في ز: يعتمد.

حرّ، فاقتص منه، ثم عَتَقَ العَبْدُ، ومات المجنّي عليه بالسراية، ففي وجه يسقط نصف الدية، وعلى السيد الأقل من نصف دية الحرّ وكمال قيمة العبد؛ لأنه صار مختاراً للقداء، وفي وجه يسقط من دية الحرّ بقدر نصف قيمة العبد، وعلى السيد الأقل من باقي الدية، وكمال قيمة العبد.

قَالَ الْعَرَّالِيُّ: الْخَامِسَةُ: إِذَا عَفَا الْمُوَكَّلُ فَحَرُّ الْوَكِيلِ الرَّقَبَةَ غَافِلًا فَلَا قِصَاصَ، وَفِي الدِّيَةِ وَالْكَفَّارَةِ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ تَحِبُّ الْكَفَّارَةَ فِي الثَّلَاثِ دُونَ الدِّيَةِ، فَإِنْ أَوْجَبْنَا فَعَلَى الْوَكِيلِ أَوْ عَلَى عَاقِلَتِهِ فِيهِ قَوْلَانِ، وَمَنْ أَلْتَزَمَهُ فَهَلْ يَزِجُ عَلَى الْعَافِي رُجُوعَ الْمَغْرُورِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ لِلْعَافِي الرُّجُوعَ إِلَى دِيَةِ قَبِيلِهِ، وَقِيلَ إِنْ أَهْدَرْنَا دَمَ الْمَغْفُورِ عَنْهُ وَكَانَ الْعَفْوُ لَمْ يُفِدْ فَلَا دِيَةَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: سَبَقَ فِي «كِتَابِ الْوَكَالَةِ» أَنَّ [التوكيل] باستيفاء القصاص في حضرة المُوَكَّلِ جائزٌ، وكذا في غيبته على الأصحّ، وحدّ القذف كالقصاص، وسواء جوزنا التوكيل به أو لم نجوز، فإذا وكّل، واستوفى الوكيل، صار حقّ المُوَكَّلِ مستوفى، كما إذا بيع سلعةٌ توكيلاً فاسداً، فباع الوكيل، يصح البيع.

إِذَا عُرِفَ ذَلِكَ، فَلَوْ وَكَّلَ بِالِاسْتِيفَاءِ، وَغَابَ أَوْ تَنَحَّسَ الْوَكِيلُ بِالْجَانِي، لِيَقْتَصَ مِنْهُ، فَعَفَا الْمُوَكَّلُ، نُظِرَ؛ إِنْ لَمْ يُدْرَ، أَكَانَ الْعَفْوُ قَبْلَ الْقَتْلِ أَوْ بَعْدَهُ، فَلَا شَيْءَ عَلَى الْوَكِيلِ، وَإِنْ عَفَا بَعْدَ مَا قَتَلَ الْوَكِيلَ، فَهُوَ لَغَوٌ، وَإِنْ عَفَا، ثُمَّ قَتَلَ الْوَكِيلَ، فَإِنْ كَانَ عَالِماً بِالْعَفْوِ، فَعَلَيْهِ الْقِصَاصُ، كَمَا لَوْ قَتَلَهُ غَيْرُهُ، وَإِنْ كَانَ جَاهِلاً، فَلَا قِصَاصَ، وَفَرَقَ بَيْنَ مَا إِذَا قَتَلَ مَنْ عَهْدُهُ مُرْتَدّاً أَوْ حَرْبِيّاً، فَبَانَ أَنَّهُ قَدْ أَسْلَمَ حَيْثُ يَجِبُ الْقِصَاصُ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ؛ بِأَنَّ الْقَاتِلَ هُنَاكَ مَقْصُرٌ؛ لِأَنَّ الْمُرْتَدَّ لَا يُخْلَى بَقِي عَلَى الرَّدَّةِ، وَالْحَرْبِيُّ لَا يَجْتَرِءُ عَلَى دُخُولِ دَارِ الْإِسْلَامِ بِلَا أَمَانٍ، فَكَانَ مِنْ حَقِّهِ التَّثْبِيتُ، وَالْوَكِيلُ مَعْدُورٌ هَا هُنَا بَانَ عَلَى مَا يَجُوزُ الْبِنَاءُ عَلَيْهِ، وَفِي «السَّلْسَلَةِ» لِلشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ: أَنَّ فِي وَجُوبِ الْقِصَاصِ هَا هُنَا قَوْلًا مُخْرَجًا مِنْ «مَسْأَلَةِ الْمُرْتَدِّ» وَالصَّحِيحِ الْأَوَّلِ، فَإِنْ ادَّعَى عَلَى الْوَكِيلِ الْعِلْمَ بِالْعَفْوِ، وَأَنْكَرَ، صُدِّقَ بِيَمِينِهِ، فَإِنْ نَكَلَ حَلْفَ الْوَارِثِ، وَاسْتَحَقَّ الْقِصَاصَ، وَأَمَّا الدِّيَةُ، فَفِي وَجُوبِهَا قَوْلَانِ:

أحدهما: لا يجب؛ لأنه عفا بغد خروج الأمر من يده، فوقع لغواً؛ ولأن القتل يباح له في الظاهر، فلا يتّجه التضمين به.

وأصحهما: وهو اختيار المزني؛ أنها تجب؛ لأنه بان أنه قتله بغير حق؛ ولأنه لو علم العفو، وقتله، وجب عليه القصاص، فإذا جهله، تجب الدية، كما لو قتل مَنْ ظنّه مرتدّاً، فبان رجوعه إلى الإسلام، واختلفوا في حال هذين القولين، فقال قائلون: هما العزيز شرح الوجيز ج ١٠/٢٠

مبنيان على أن الوكيل، هل ينعزل قبل بلوغ خبر العزل إليه، فإن قلنا: لا ينعزل، فالوكيل ها هنا قتل بحق، فلا تجب دية، وإن قلنا: ينعزل، فقد قتل بغير حق، فتجب الدية، وهذا ما أورده ابن الصبّاغ والصيدلاني وغيرهما، وأنكر الشيخ أبو محمد هذا البناء، وساعده الإمام، وقال الوكيل: وإن قلنا: [إنه] لا ينعزل قبل بلوغ الخبر إليه، فينعزل إذا تصرف الموكل بما يتضمن انعزاله، ألا ترى أنه إذا وكل إنساناً ببيع عبده، ثم أعتقه، ينفذ العتق، وينعزل الوكيل، ويكون بيعه بعد إعتاق الموكل مردوداً لا محالة، وبناهما آخرون على الخلاف فيما إذا قتل في صفّ المشركين من حسبه كافراً، فبان أنه كان مسلماً أسيراً، ووجه المشابهة أن الوكيل ها هنا قتل على ظن بقاء القصاص، وهو ظاهر الحال، كما أن القتل هناك مبني على ظن ظاهر، وهو كون الواقف في صفّ الكفار كافراً، وعن الشيخ أبي محمد وغيره أن القولين متأصلان غير مبنيين على شيء، ولو عزّله، ولم يغلم الوكيل بالعزل، وقُتله، ففي الدية القولان أيضاً، وإذا قلنا بوجوب الدية، فلا يخفى وجوب الكفارة، وإن لم نوجب الدية، ففي الكفارة وجهان.

أصحهما: على ما ذكر جماعة من المعتمدين: الوجوب، وبه قال المزني، ويُنسب المنع إلى ظاهر النص، وهو مستمر على قولنا: إنه لا ينعزل قبل بلوغ الخبر، وإذا جمع بين الكفارة والدية، حصلت ثلاثة أوجه أو أقوال، كما ذكر في الكتاب.

ثالثها: وجوب الكفارة دون الدية.

التفريع: إن أوجبنا الدية، فهي مغلظة؛ لأن القتل عمد أو شبه عمد، وعن رواية أبي الحسين بن القطان قولاً أنها تجب مخففة، وعلى هذا، فهي على العاقلة، وعلى الصحيح؛ تكون على الوكيل أو على عاقلته؟ فيه وجهان:

أحدهما: وبه قال ابن أبي هريرة: أنها على العاقلة؛ لأنه قتل جاهلاً بالحال، فكان كالمخطيء.

وأصحهما: وبه قال أبو إسحاق: أنها على الوكيل؛ لأنه متعمد وإنما سقط القصاص للشبهة، وحكى الإمام وجهين على قولنا: إنها على الجاني؛ أنها تكون حالة أو موجلة<sup>(١)</sup>، ثم الدية الواجبة بقتل الوكيل، لورثة الجاني لا تعلق بها، للموكل بخلاف ما إذا ثبت القصاص لا تبين، ويادر أحدهما، وقُتله، يجب عليه نصف الدية للآخر في أحد القولين، وفرق بينهما بأن القاتل هناك أتلف حق أخيه، فتعلق [الأخ] ببده، والوكيل ها هنا قتل بعد سقوط حق الموكل، ونقل القاضي ابن كج أن بعض الأصحاب جعله على الخلاف في الابنين، وإذا غرم الوكيل أو عاقلته الدية، فهل يرجع من غرم على العافي؟ فيه طريقان:

(١) قال النووي: أصحهما: حالة.

أحدهما: ويُحكى عن ابن سُرَيْج: إن فيه قولين كما إذا قَدَّمَ الغاصبُ الطعامَ المغصوبَ إلى غيره، فأكله في قرارِ الضَّمانِ عليه قولان.

والثاني: القطع بأن لا رجوع عليه<sup>(١)</sup> لأنه محسنٌ بالعفو غير ملبس بخلاف التصرف في الطعام المغصوب.

والظاهرُ المنع، وإن ثبت الخلافُ، وخَصَّص بعضهم الخلافَ في الرجوع بالدية، إذا غَرَمناها للوكيل، وقَطَعَ فيما إذا غَرَمناها العاقلة؛ أنهم لا يرجعون بها، وإذا قلنا بالرجوع بها، فهل لوليِّ الجاني أن يأخذ الدية ابتداءً من العافي؟ حكى الشيخ أبو محمَّد [فيه] وجهين، [وفي الرجوع بالكفارة وجهان]<sup>(٢)</sup> والأصح المنع، كما لا تُضرب الكفارة على العاقلة، بخلاف الدية، وهل للموكل العافي دية قتيله، يُنظر؛ إن عفا مجاناً أو عفا مطلقاً، وقلنا: مُطلق العفو لا يوجب الدية، فلا شيء له، وإن عفا على المال أو مطلقاً، وقلنا: إنه يوجب الدية، فله الدية في تركة الجاني مغلظة، إن أوجبنا بقتل الوكيل الدية، وإن لم نوجب، وأهدرنا دمَّ الجاني، فلا دية للموكل بخروج العفو على هذا التقدير عن الإفادة، ووقوعه لغواً، هكذا رتب جماعة.

وقال الإمام: الوجه أن يُقال: إن قلنا: يقع القتل قصاصاً، ولا ينفذ العفو من غير علم الوكيل، فلا دية للموكل، وإن نفذنا العفو، ونزلنا ما وجد من الوكيل منزلة قتل الأسير في صفِّ الكفار، فله الدية، وكان الجاني مات حتف أنفه، وفي سياق [الكتاب]<sup>(٣)</sup> ما يشير إلى ما ذكره الإمام، ونختم الكتاب فروع يتبع بعضها بعضاً بلا ترتيب ولا تبويب.

إذا جنى عبد على حرٍّ جنائيةً، تعلق الأرشُ برقبته، فاشتري المجني عليه العبد من سيده بالأرش، فإن جهلاً أو أحدهما عدد الإبل الواجبة أرشاً أو أسنانها، لم يصحَّ الشراء، وإن عَلِمَا العددَ والسنَّ، ولم يبق إلا الجهل بأوصافها، ففي صحة الشراء الوجهان أو القولان في أنه هل يجوز أن يُصالحَ المجني عليه عن إبل الدية على مالٍ، وقد ذكرناهما في «كتاب الصُّلح»، وإن كانت الجناية موجبةً للقصاص، فاشتره بالأرش، فهو اختيار للمال وإسقاط للقصاص<sup>(٤)</sup>، وإذا اطلع المجني عليه بعد الشراء، حيث صحَّحناه على عيب بالعبد، فله الرد، وقد يقال: إذا لم يكن للمجني عليه إلا

(٢) سقط من: أ.

(١) سقط في: ز.

(٣) في ز: الكلام.

(٤) أطلق صحة الشراء والقياس أن يكون كالحالة قبلها إن كانا جاهلين أو أحدهما بعدد الإبل وأسنانها لم يصح وإلا فالقولان، وبه صرح صاحب البيان.

الرقبة، فأَيُّ فائدة في الردِّ؟ ويُجاب بأنه إذا ردَّ، فله مطالبة العبد، إن عتق بما يُفْضَل عن قيمته على قَوْل، وأيضاً، فحق الردِّ ولاية شرعية، لا يبيِن على مثل هذه الأعراف<sup>(١)</sup>، ثم إذا ردَّ، يبقى الأرش متعلقاً بالرقبة، ولا يكون السيد مختاراً للفداء، فإنه يستبقه لنفسه، وله الخيارُ بين أن يفديه وبين أن يسلمه للبيع، ولو اشتراه بمال غير الأرش، صحَّ، ولم يسقط القصاص، ولو صالحَ عن القود على مال، جاز، وإن كانت الدية مجهولة، فإن تلف عين المال المصالح عليه أو استحقت أو ردَّها بعيب، فلا رجوع إلى القصاص، ويرجع بقيمة العين أو بضمان الجناية؟ فيه قولان؛ بناءً على أن بدل الصلح عن الدم مضمون ضمان العقد أو ضمان اليد، وقد ذكرنا ذلك في البيع، وإذا قلنا: يرجع بضمان الجناية، فهو على السيد؛ لاختياره الفداء، ببذل المال، ويجبُ عليه أرش الجناية بالغاً ما بلغ أو الأقل من قيمة العبد، وأرش الجناية فيه قولان مذكوران في موضعهما، ولو كانت الجناية موجبةً للمال الأقل وصالح عن الإبل على مال، ففي صحته الخلاف، فإن صحَّناه، فلو هلك المصالح عليه، قبل القبض أو خرج مستحقاً، أو ردَّه بعيب، فالرجوع إلى الأرش، بلا خلاف؛ لأن الصلح ها هنا عن المال، ويكون السيد مختاراً للفداء، ويلزمه الأرش أم الأقل؟ فيه القولان.

ولو جئنا حُرَّ على حُرِّ جناية تُوجب القصاص، فصالحه المجني عليه على عين عبد أو ثوب، جاز، وإن لم تكن الدية معلومةً لهما، فإن تلفت العين قبل القبض، أو ردَّها بعيب أو خرَّجت مستحقةً، فلا رجوع إلى القصاص، وبم يرجع؟ بقيمة العين أو بأرش الجناية؟ يبيِّن على أن بدل الصلح عن الدم مضمون ضمان العقد أو ضمان اليد، وإن كانت الجناية موجبةً للدية، فصالح عنها على عين أو اشترى بها عيناً إما من العاقلة في الخطأ أو من الجاني في العمد، فيُنظر، أعلماً عدَدَ الدية وأسنانها، أم لم يعلمها، ويكون الحُكْم على ما بيئنا، وإذا صحَّ، فلو تلف المصالح عليه، أو ردَّه بالعيب، فالرجوع إلى الأرش قولاً واحداً؛ لأنه يمكن الرجوع إلى المصالح عنه، [لأنه مال، وفي الصلح عن القصاص لا يمكن الرجوع إلى المصالح عنه]<sup>(٢)</sup> ولو جئت امرأة على إنسان، فتزوجها المجني عليه على القصاص الثابت عليها أو قتلت إنساناً فتزوجها وارثه على القصاص، جاز، وسقط القصاص، وإن طلقها قبل الدخول، فيرجع بنصف أرش الجناية أو بنصف مهر المثل؟ فيه قولان:

أصحهما: على ما ذكر صاحب «التهذيب»: الأول، وإن كانت الجناية موجبةً للمال، فتكحها على الأرش، صحَّ النكاح، وفي صحَّة الصَّدَاق ما سبق في جواز

(٢) سقط من: أ.

(١) في ز: الأعراف.



الاعتياض عن إبل الدية . [إذا أوجبت الجناية مالا معلوم القدر والوصف، كما إذا أتلف مالا أو قتل عبداً أو وجبت القيمة] فإذا زَجَرَتْ مُصَالِحَةً المجنِّي عليه على عين، وهما يعلمان الواجب، صحَّ الصلح بلا خلاف، وإذا فرض تَلَفٌ قبل القبض أو رَدَّتْ بالعيب، فالرجوع إلى الأرش بلا خلاف، وإن كان الجاني، والحالة هذه، عبداً فيكون السيد مختاراً للدفاء، فإن صالح على رقبته، ثم وجد به عيباً، فردّه فلا يكون مختاراً بل الأرش في رقبته، كما كان، حتّى لو مات سقط حقّ المجنِّي عليه .

إذا قطع يديّ إنسانٍ ورجليّه، فمات، فقطع الوليُّ يد الجاني، وعفا عن الباقي على الدية، لم يكن له الدية لأنه استوفى ما يقابلها، ولو عفا على غير جنسها، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجب، كما لا تجب الدية .

والثاني: يجب، ويكون عَوْضاً عن القصاص الذي تركه، ولو قطع إحدى يديه، وعفا عن الباقي على الدية، لم يكن له إلا نصف الدية؛ لأنه استوفى ما يقابل نصف الدية، وقد مرّت هذه الصورة أو نحوها .

نقل القاضي الروياني . عن والده: أنه قال: لو قتل مسلمٌ ذميّاً، فقتل وليُّ الذميّ القاتلَ بغير حكم الحاكم، فعليه القصاصُ بخلاف الوطاء في النكاح لا يوجب الحدّ؛ لأن القصاص لا يُستوفى إلا بإذن الحاكم، وإن كان متفقاً على وجوبه، ومن يبيع الوطاء في النكاح لا يعتبر فيه إذناً .

وأنه لو أكره غيره على أن يَرمِي إلى صيدٍ، فرمى، [فأصاب] آدمياً، وقتله فهما قاتلان خطأ، فعلى كل واحد منهما كفارة، وعلى عاقلة كل واحد منهما نصف الدية، وهل على العاقلة المكره الرجوع بما يغرّمون على المكره؟ يحتمل أن يقال: لا يرجعون، وإن كان متعدياً، وهو الذي أوقعهم فيه، كما لا يرجعون على القاتل في شبه العمد، قال: ويحتمل أن يقال: لا شيء، على المكره وعاقلته، لأن الذي فعله المكره غير ما حمّله المكره عليه .

قطع يديّ رجلٍ عمدًا، فمات منهما، فقطع الوارثُ إحدى يديّ الجاني، فمات قبل أن يقطع الأخرى، لم يكن للوليّ أن يأخذ دية الأخرى؛ لأن كل واحد من قطع الجاني وقطع الولي، قد صار قتلاً، وإذا سَرَت [الجراحة] <sup>(١)</sup> إلى النفس، سقط حكم الأطراف، وقد صارت النفس مستوفاةً بالنفس [وقد قتله فصار كحز الرقبة]، ولو لم

(١) في أ: الجناية .

يمت المجني عليه، واندمل قطع يده، فقطع المجني عليه إحدى يدي الجاني، فمات،  
فله أن يأخذ دية اليد الأخرى؛ لأنه استحق قصاصها، وقد فات القصاص بما لا ضمان  
عليه فيه؛ فأشبه ما إذا سقطت بأفة.

لو قطع إحدى يدي الجاني، وعفا عن الأخرى على ديتها، وقبضها، ثم انتقضت  
جراحة المجني عليه، ومات بها، فلا قصاص لورثته؛ لأنه مات من جراحتين؛ إحداهما  
مغفوة عنها، ولا شيء لهم من الدية، لأنه قد استوفى نصف الدية، واليد المقابلة بالنصف.

عن ابن اللبان: رجل تحته امرأة، ولهما ابنان، زيد وعمرو، قتل أحدهما الأب  
والآخر الأم، ولم يدر قاتل الأب أيهما، وقاتل الأم أيهما، فإن قُتِلَتِ الأم أولاً، فعلى  
تقدير أن يكون زيد قاتلها فللزوجة ربع المال، وباقيا لعمرو، فإذا قتل عمرو الأب،  
ورث زيد جميع مال الأب، وورث ربع القصاص، وربع مال اللذين استحقهما  
الأب، فيسقط عنه القصاص، ويثبت له على عمرو قصاص الأب أو جميع ديته؟ وعلى  
تقدير أن يكون عمرو قاتل الأم ينعكس الأمر، ويسقط القصاص عن عمرو، وله على  
زيد القصاص أو جميع الدية، فيُدْفَعُ إلى كل واحد منهما ربع مال الأم؛ لأنه يستحقه  
بئقنين، ويوقف نصف مالها حتى يُعْلَمَ قاتل الأب منهما، فيُدْفَعُ إليه، ويوقف جميع مال  
[الأب]<sup>(١)</sup> حتى يُعْرَفَ قاتل الأم، فيُدْفَعُ إليه، ثم يكون لقاتل الأب على قاتل الأم [ثلاثة  
أرباع دية الأم، ولقاتل الأم على قاتل الأب]<sup>(٢)</sup> القصاص على دية الأب؟ فإن تقاصاً،  
بقي لقاتل الأم خمسة أثمان دية الأب، وإن قُتِلَ الأب أولاً، فيُضْرَفُ إلى كل واحد  
منهما ثمن مال الأب، ويوقف الباقي حتى يُعْلَمَ قاتل الأم منهما، فيُدْفَعُ إليه، ويوقف  
جميع مال الأم، حتى يُعْرَفَ قاتل الأب، فيُدْفَعُ إليه، ولو قُتِلَ أحدهما الأب، والآخر  
الأم كما صورنا، وللأبوين ابن ثالث، فيُضْرَفُ إلى كل واحد من القاتلين نصف ثمن  
مال الأب، وإلى الثالث نصف مال، ويوقف ثلاثة أثمانه؛ ليظهر قاتل الأم، فيُضْرَفُ  
إليه، [ويصرف إلى الثالث أيضاً نصف مال الأم، ويوقف نصفه؛ ليظهر قاتل الأب،  
فيُضْرَفُ إليه]<sup>(٣)</sup> وللثالث على قاتل الأب نصف دية الأب، ويجوز أن يدفَعُ إليه ذلك  
من نصف مال الأم الموقوف له، وله على قاتل الأم، إن عفا عن القصاص نصف دية  
الأم، ويجوز أن يدفَعُ إليه ثلاثة أثمان مال الأب الموقوف له، ووُجِهَ بأن الحاكم يعلم  
ثبوت حق الثالث على صاحب المال الموقوف، وإن لم يعرّفه بعينه، [فهو] كغائب  
وجِبَ عليه حق بيع ماله فيه.

(٢) سقط من: ز.

(١) في أ: الأم.

(٣) سقط من: ز.

يجوز للمكروه على إتلاف المال إتلافه وله ولصاحب المال دفع المكروه [بما أمكنهما، وليس لصاحب المال دفع المكروه]<sup>(١)</sup> بل عليه أن يقي رُوْحَهُ بِمَالِهِ، كما يناول المضطرُّ طعامه.

عن فتاوى صاحب «التهذيب»: أن الموكل باستيفاء القصاص إذا قال: قتلته بشهوة نفسي لا عن جهة الموكل، يلزمه القصاص، ويتقل حق الوارث إلى التركة.

وأنه إذا قتل أحد عبدي الرجل العبد الآخر، فللسيد أن يقتصر، وأن يغفوَ، ولا يثبت له مال على عبده، فإن أعتقه، لم يسقط القصاص، ولو عفا بعد العتق مطلقاً، لم يثبت المال؛ لأن القتل لم يثبت، ولا يخرج على أن العفو المطلق، هل يوجب المال، وإن عفا بعد العتق على المال ثبت المال، وأنه لو قطع يدي إنسان إحداها عمداً، والأخرى خطأ، فمات منهما، لا يجب القصاص في النفس، ويجب نصف [ديتها] في مال الجاني، ونصفها على العاقلة، فإن استوفى الولي قصاص اليد المقطوعة عمداً، فمات الجاني منه، يكون مستوفياً لحقه، ولا يبقى له الدية على العاقلة، كما لو قتل من له عليه القصاص خطأ يكون مستوفياً لحقه وأنه إذا وجب القصاص على مرتد، فقتله الولي عن جهة الردة، نُظِرَ؛ إن كان ولي القصاص هو الإمام، فله الدية في تركة المرتد؛ لأن للإمام قتله عن الجهتين، وإن كان الولي غير الإمام، وقع قتله عن القصاص ولا دية له؛ لأن غير الإمام لا يملك قتله عن جهة الردة.

[قال: وكذلك لو اشترى عبداً مرتداً، وقتله المشتري قبل القبض عن الردة، ينفسخ العقد، إن كان المشتري الإمام، وإن كان المشتري غيره، صار قابضاً، كما لو قتله ظلماً محضاً.

وأنه لو ضرب زوجته بالسوط عشر ضربات فصاعداً على التوالي، فماتت، نُظِرَ؛ إن قصد في الابتداء العدة المهلك، وجب القصاص، وإن قصد تأديبها بسوطين أو ثلاثة ثم بدا له فجاوز لم يجب لأنه اختلط العمد بشبه العمد فإن اقتصر على سوطين أو ثلاثة فماتت لا يجب القصاص، ويكون شبه عمد وأنه لو ضرب سنه فزلزلها ثم سقطت بعد ذلك، يجب القصاص، وكذا لو ضرب على يده، فاضطربت أو تورمت، ثم سقطت بعد أيام، وأنه لو أشكلت الحادثة على الحاكم، وكان متوقفاً فروى إنسان خبراً عن النبي ﷺ وقتل الحاكم به رجلاً، ثم رجّع الراوي، وقال كذبت وتعمدت، ينبغي أن يجب القصاص كالشاهد إذا رجّع، والذي ذكره الإمام والقفال في الفتاوى: أنه لا يتعلق به القصاص بخلاف الشهادة والرجوع عنهما، فإنها تتعلق بالواقعة، والخبر لا يتعلق بها

خاصة وفي فتاوى صاحب الكتاب: أنه لو اقتصد فمَنَعَه رجل من أن يعصب العرق حتى مات، فعليه القصاص، وإن عصب، فجاء إنسان وحلّه ومَنَعَه من إعادة العصابة، فوجوب القصاص أظهر، وإذا قال المجزّوح خطأً لجارحه: عَفَوْتُ عنك، هل يكون هذا العفو عفواً عن العاقلة؟ قال الشيخ أبو محمّد: فيه وجهان مبيّان على كيفية وجوب الدية، إن قلنا تَجِبُ على العاقلة ابتداءً، فهو باطلٌ، وإن قلنا: تجب على الجاني، والعاقلة يتحملون، فهو صحيحٌ وفي «التتمة»: أنه لو قتله بالدُّخَانِ بأن حبسه في البيت، وسدّ الباب والكوات حتى اجتمع الدخان، وضاق به النَّفْسُ، وجب عليه القصاص، وأنه لو رَمَى إلى شخصين أو جماعة، وقصد إصابة واحد منهم أي واحد كان، [فأصاب] واحداً، ففي وجوب القصاص وجهان؛ لأنه لم يَقْصِدْ عينه وأن [حلمة] الرَّجُلِ تقطع بحلمة الرجل، وكذا حلمة المَرْأَةِ بِحَلْمَةِ المَرْأَةِ، والثديُّ بالثدي، وفيما إذا لم يتدلَّ وجهه، لأنه لا يتميز عن لحم الصدر، وأن في قَطْعِ حلمة المرأة بحلمة الرجل وجهين؛ بناءً على الخلاف في أن حلمة الرجل هل تكمل فيها الدية؟ وأن حَلْمَةَ الرَّجُلِ تُقَطَّعُ بحلمة المرأة بلا خلاف، أما إذا كَمَلْنَا فيها الدية، فكسائر الأطراف، وأما إذا لم تَكْمَلْ، فلأن الناقص من الجنس يُسْتَوْفَى بالكامل، كما تُسْتَوْفَى الشَّلَاءُ بالصحيحة.

## كِتَابُ الدِّيَاتِ (١)

قال الغزالي: وَالنَّظَرُ فِي أَرْبَعَةِ أَقْسَامٍ، الْأَوَّلُ فِي الْوَجِبِ، وَفِيهِ بَابَانِ

### البَابُ الْأَوَّلُ فِي النَّفْسِ

وَدِيَّةُ النَّفْسِ الْكَامِلَةُ عِنْدَ الْخَطَا مِائَةٌ مِنَ الْإِبِلِ مُحَمَّسَةٌ، عِشْرُونَ بِنْتِ مَخَاضٍ وَعِشْرُونَ بِنْتِ لُبُونٍ وَعِشْرُونَ ابْنُ لُبُونٍ وَحِقَّةٌ وَعِشْرُونَ جَدْعَةٌ، ثُمَّ تَعْتَرِيهِ أَرْبَعُ مَغَلَّظَاتٍ، وَهِيَ الْوُقُوعُ فِي حَرَمِ مَكَّةَ أَمَا حَرَمُ الْمَدِينَةِ فَبِهِ خِلَافٌ، أَوْ الْوُقُوعُ فِي الْأَشْهُرِ الْحُرْمِ وَهِيَ ذُو الْقَعْدَةِ وَذُو الْحِجَّةِ وَالْمُحَرَّمِ وَرَجَبٌ، وَمَصَادِفَتُهُ ذَا رَحِمٍ مُحَرَّمٌ، أَوْ كَوْنُهُ عَمْدًا أَوْ شِبْهَ عَمْدٍ، وَلَوْ رَمَى مِنَ الْحَرَمِ إِلَى الْجِلِّ أَوْ مِنَ الْجِلِّ إِلَى الْحَرَمِ تَغَلَّظَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الدِّيةُ بَدَلُ نَفْسِ الْحَرِّ أَوْ أَطْرَافِهِ، وَالْجَمْعُ: دِيَّاتٌ، وَيُقَالُ: وَدَيْتُ الْقَتِيلَ، أَدِيَهُ دِيَةً [إِذَا أَدَيْتَ] (٢) دِيَتَهُ، فَالدِّيةُ اسْمٌ لِلْمَالِ، وَمَصْدَرٌ.

والإجماع منعقدٌ على تعلق الدية بالقتل؛ قال الله تعالى: ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا خَطَاً

(١) مفردها دية: وهي المال الواجب بجناية على الحر في نفس أو فيما دونها وأصلها ودية بوزن فعله والهاء بدل من فاء الكلمة التي هي واو إذ أصلها ودية مشتقة من الودي وهو دفع الدية كالعدة من الوعد، تقول أوديت القاتل أدية ودياً ودية: أي أديت ديته.

والأصل فيها كتاب الله عز وجل وستة رسوله ﷺ. فأما الكتاب فقولته تعالى: ﴿وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأً ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله﴾ فدللت هذه الآية على إيجاب الدية في موضعين، وعلى إيجاب الكفارة في ثلاثة مواضع.

ومن السنة ما رواه الشافعي رحمه الله عن مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه أنه قال: كان في الكتاب الذي كتبه النبي ﷺ لعمر بن حزم إلى أهل اليمن. وفي النفس مائة من الإبل.

فقد دل الكتاب والسنة على ذلك، والقتل على ثلاثة أضرب: عمد محض وخطأ محض وشبه عمد. قال البندنجي: وربما قيل عمد الخطأ وكلاهما واحد.

(٢) في أ: أديته.

فَنَحْرِيْرُ رَقِيْبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ» [النساء: ٩٢]. وعن رسول الله ﷺ أنه كتب لعمرو [بن حزم] <sup>(١)</sup> كتاباً إلى أهل اليمن فيه ذكر الفرائض والدييات <sup>(٢)</sup>، والكتاب يشتمل على ذكر دية الشخص المستقل <sup>(٣)</sup>، ودية [الجنين] <sup>(٤)</sup> ويحتاج في كل واحد من النوعين إلى معرفة الواجب، والموجب، والواجب عليه؛ إلا أن النظر فيها لا يطول في النوع الثاني، فجعل النوع الثاني بأطرافه قسماً عديلاً للأطراف الثلاثة من النوع الأول، وجعل نظم الكتاب في أربعة أقسام:

الأول: في الواجب، يعني من النوع الأول، وفيه بابان:

الباب الأول: في بدل النفس، ويتعلق بقتل الحر المسلم <sup>(٥)</sup> مائة من الإبل، فعن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ: «كُتِبَ إِلَى أَهْلِ «الْيَمَنِ» أَنَّ فِي النَّفْسِ الْمُؤْمِنَةِ مِائَةَ مِنَ الْإِبِلِ»، وهذه المائة تجب إذا كان القتل خطأ مَخْمَسَةً؛ عشرون منها بنت مَخَاضٍ، وعشرون بنت لَبُونٍ، وعشرون ابنُ لَبُونٍ، وعشرون حِقَّةً، وعشرون جَذْعَةً، وبه قال مالك، وأبدل <sup>(٦)</sup> أبو حنيفة ابني اللَّبُونِ بابي المَخَاضِ، وبه قال أحمد.

وعن ابن المنذر مثله، واحتج الأصحاب بما روي عن ابن مسعود - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قضى في دية الخطأ بمائة من الإبل، وفصلها على ما ذكرنا، ويروى ذلك موقوفاً عن ابن مسعود، وعن سليمان بن يسار: أنهم كانوا يقولون: دية الخطأ مائة من

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: المستعمل.

(٣) سقط في ز.

(٤) قال الأذري: كان ينبغي للشيخ المصنف أن يقول المضمون ليخرج ما سبق في قتل الزاني المحض وتارك الصلاة والصائل وقال الشيخ البلقيني في تصحيح المنهاج: محل إيجاب المائة في قتل الحر المسلم المضمون إذا لم يكن في قاتله رق، فإن كان رقيقاً أو مبعوضاً لم يكن في قتل الحر المسلم حينئذ مائة من الإبل بل الواجب إذا قتله رقيق لغيره أقل الأمرين من قيمة الرقيق والدية على أظهر القولين، وكذا مكاتب غيره ومكاتب نفسه فإذا كانت القيمة أقل من الدية لم تجب الدية.

وأما المبعوض المملوك باقيه لغير القتل فإنه يجب على المبعوض لجهة الحرية القدر الذي يناسب الحرية من نصف أو ثلث.

وأما القدر الرقيق فيتعلق بقدره أقل الأمرين من الحصنة من الدية والحصنة من القيمة، فإذا كانت الحصنة من القيمة أقل فهو الواجب، وأما إذا كان القاتل عبد القتل فلا يجب عليه شيء من المال ولا يتعلق به، ولو كان مرهوناً على المهر ولا ترد هذه على النصف لأن الكلام حيث كان القتل مضموناً على القاتل بالمال وهنأ لا ضمان لأن السيد لا يثبت له على سيده شيء.

(٦) في ز: وبذل.

الإبل<sup>(١)</sup>، وقَصَلْ ذلك، وقد يطرأ ما تُعَلِّظُ به المائة الواجبة، وهي أربعة أسباب:

أحدها: أن يقع القَتْلُ في حرم «مكة»، فيتغلَّظُ به الديَّةُ، وإن كان القَتْلُ خطأً، وسيأتي - إن شاء الله تعالى - كيفية التغلِظ، ولا فَرْقَ بين أن يكون القاتلُ والمقتولُ معاً في الحَرَمِ، وبين أن يكون أحدهما فيه، كما في جزاء الصَّيْدِ<sup>(٢)</sup>. وفي حرم «المدينة» وجهان:

أظهرهما: أن وَقُوعَ القَتْلِ فيه لا يقتضي التغلِظ، وهما مبنيان على الخِلافِ في صِنْدِها. ومنهم من لا يُطَلِّقُ الخِلافَ، وخصَّصَ التردد بما إذا قلنا: إنَّ قاتلَ الصَّيْدِ فيها تُسَلَّبُ ثيابه، وهل تتغلَّظُ الديَّةُ بوقوع القَتْلِ في الإحرام فيه قولان:

أحدهما، وبه قال أحمد: نعم؛ لأنه سَبَبٌ يجب به جزاء الصَّيْدِ، فيتغلَّظُ به كالحَرَمِ، وحِكْيَى هذا عن ابن القاصِّ.

وأصحُّهما: لا؛ لأن حرمة الإحرام عارضةٌ غَيْرُ دائمةٍ، ولم يَرِدْ فيه من التغلِظ ما وَرَدَ في القَتْلِ في الحَرَمِ، وَرُويَ أنه - عليه السَّلامُ - قال: إنَّ أَعْتَى النَّاسِ عَلَى اللَّهِ - تَعَالَى - ثلاثة<sup>(٣)</sup> رَجُلٌ قَتَلَ في الحَرَمِ، وَرَجُلٌ قَتَلَ غَيْرَ قَاتِلِهِ، وَرَجُلٌ قَتَلَ بِذِخْلِ الجَاهِلِيَّةِ.

(١) أخرجه أحمد وأصحاب السنن والبخاري والدارقطني والبيهقي، من حديث ابن مسعود مرفوعاً، لكن فيه: بني مخاض، بدل: ابن لبون، ويسمى الدارقطني القول في السنن في هذا الحديث، ورواه من طريق أبي عبيدة عن أبيه موقوفاً، وفيه: عشرون بني لبون، وقال: هذا إسناده حسن، وضعف الأول من أوجه عديدة، وقوى رواية أبي عبيدة بما رواه عن إبراهيم النخعي عن ابن مسعود على وفقه، وتعقبه البيهقي بأن الدارقطني وهم فيه، والجواد قد يعثر، قال، وقد رأيت في جامع سفيان الثوري عن منصور عن إبراهيم عن عبد الله، وعن أبي إسحاق عن علقمة عن عبد الله، وعن عبد الرحمن بن مهدي عن يزيد بن هارون عن سليمان التيمي عن أبي مجلز عن أبي عبيدة عن عبد الله، وعند الجميع: بني مخاض، قلت: وقد رد على نفسه بنفسه، فقال: وقد رأيت في كتاب ابن خزيمة وهو إمام من رواية وكيع عن سفيان، فقال: بني لبون كما قال الدارقطني، قلت: فانتفى أن يكون الدارقطني غيره فلعل الخلاف فيه من فوق. قاله الحافظ في التلخيص.

(٢) قال الشيخ البلقيني في التصحيح: يلتحق بذلك ما إذا جرحه وهما في الحرم فخرج المجروح إلى الحل ومات. ذكره في المطلب. ولا يلتحق به ما إذا جرحه وهما في الحل ثم مات المجروح في الحرم قال الشيخ أيضاً: الإلحاق بالصيد أنه لو رمى من الحل فأصاب إنساناً في الحل وقطع السهم في مروره هواء الحرم أنه يغلظ على الأصح كما صححوا في نظيره في صيد الحرم، ولو قتل إنساناً خطأً بعضه في الحرم أنه يغلظ الديَّة. ثم قال الشيخ بعد ذلك: وعندي أن إلحاق التغلِظ في قتل الخطأ بالصيد بعيد، وأن الاعتبار بأن يكون القتل أو الجرح في الحرم سواء كان القاتل أو الجرح في الحرم أو لم يكن في الحرم ولا أثبت التغلِظ في ذلك إلى أن قال: وهكذا إلى أن رمى وهو في الحل بسهم إلى شاخص في الحل فمر السهم في هواء الحرم وأصاب في الحل إنساناً، فإن الواجب دية مخففة بالتخميس قطعاً.

(٣) أخرجه أحمد وابن حبان من حديث عبد الله بن عمرو، ورواه الدارقطني والطبراني والحاكم من =

والثاني: أن يقع في الأشهر الحُرُم، وهي ذُو القَعْدَةِ، وذو الحِجَّةِ، والمُحَرَّمِ، ورَجَبِ، ثلاثة سرداً وواحد فرداً؛ وذلك لِعَظَمِ حُرْمَتِهَا، ولا يُلْحَقُ بِهَا شَهْرُ رَمَضَانَ.

والثالث: أن يصادف القَتْلَ قَريباً مُحَرِّمًا، وهل تَغْلُظُ الدية بالقَرَابَةِ دون المحرمة؟ فيه وجهان عن القَفَّالِ، واختاره الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ، والقاضي الرُّوَيْنِيُّ: أنها تَغْلُظُ؛ لما فيه من قَطِيعَةِ الرِّحْمِ، وتأكيد الحُرْمَةِ. وقال الأكثرون: لا تَغْلُظُ؛ لِمَجْرَدِ القَرَابَةِ، ويعتبر معها المحرمة، وقد رُوِيَ عن عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - ما يدلُّ عليه، ويُشْعِرُ به، ولا تُلْحَقُ حرمة الرُّضَاعِ، والمُصَاهَرَةِ بِحُرْمَةِ النَّسَبِ في هذا الباب.

وعند أبي حنيفة ومالك: هذه الأسباب الثلاثة لا تقتضي التَّغْلِيظَ، ويميل الأصحاب للمذهب بالآثار عن عمر، وعثمان، وابن عباس - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - وأدعوا فيها الاشتهار، وحصول الاتفاق.

والرابع: إذا كان القتل عمداً أو شبه عمداً، تَغْلُظُ الدية، ويسمى شبه العمد عمداً خطأً أيضاً، وقد رُوِيَ عن ابن عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قال: «أَلَا إِنَّ فِي قَتْلِ العَمْدِ الخَطَأِ بالسُّوْطِ، والعَصَا مائة مِنَ الإِبِلِ مُغْلَظَةٌ، مِنْهَا أَرْبَعُونَ خَلِيفَةٌ فِي بَطُونِهَا أَوْلَادُهَا»<sup>(١)</sup>. ويجوز أن يُعْلَمَ قوله في الكتاب: «أو شبه عمد» بـ«الميم»؛ لأن المشهور عن مالك: أن القتل إما عمدٌ مُحَضَّرٌ، أو خطأً مُحَضَّرٌ، ونفي شبه العمد.

وقوله: «وعِشْرُونَ ابن لُبُونٍ معلَّم بـ«الحاء» والألف والواو»، وقوله: «الوقوع في حرم مكة معلم بالحاء والميم». وقوله: «والوقوع في الأشهر الحرم».

وقوله: «أو مُصَادَفَتُهُ ذَا رَحِمٍ مُحَرَّمٍ» بالواو وقد بيَّنا وجوهاً.

قال العَرَّالِيُّ: وَلَوْ قَتَلَ مُسْلِمًا فِي دَارِ الحَزْبِ عَلَى زِيِّ الكُفَّارِ وَلَمْ يَغْلَمْ إِسْلَامَهُ فَيَجِبُ فِيهِ الدِّيَةُ عَلَى قَوْلِ وَلَكِنْ دِيَةُ العَمْدِ أَوْ دِيَةُ شِبْهِ العَمْدِ أَوْ دِيَةُ الخَطَأِ المَحْضِ فِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهٍ، وَكَذَا إِذَا رَمَى إِلَى مُرْتَدٍّ فَأَسْلَمَ قَبْلَ الإِصَابَةِ، وَيَجْرِي هَذَا الخِلَافُ فِي كُلِّ قَتْلِ عَمْدٍ مُحَضَّرٍ صَدَرَ عَن ظَنِّ فِي حَالِ القَتِيلِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: سيظهر في الفصل التالي<sup>(٢)</sup> لهذا الفصل أن شبه العمد في التغلظ

= حديث أبي شريح، ورواه الحاكم والبيهقي من حديث عائشة بمعناه، وروى البخاري في صحيحه عن ابن عباس مرفوعاً: أبغض الناس إلى الله ثلاثة: ملحد في الحرم، ومبتغ في الإسلام سنة الجاهلية، ومطلب دم امرئ بغير حق ليهريق دمه. قاله الحافظ في التلخيص.

(١) أخرجه أبو داود والنسائي، وقد تقدم في باب ما يجب فيه القصاص. قاله الحافظ في التلخيص.

(٢) في ز: الثاني.



والتخفيف على مرتبة<sup>(١)</sup> متوسطة بين العمد والخطأ.

وفي الفصل صورتان، [و] قد سبق أصلهما، والغرض الآن الكلام في أن الدية إن وجبت فيهما<sup>(٢)</sup>، فمن أي قبيل هي؟

إحداها: إذا قُتل في دار الحرب مسلماً وجدوه على زِيِّ الكُفَّار، وظنَّه كافراً، فقد سبق أن في وجوب الدية فيه قولين:

أصحهما: المنع، وإذا قيل: بوجوبها، فمحصول المنقول في كيفيتها ثلاثة أوجه:

أحدها: أن الدية الواجبة دية العمد؛ لأنه قتله متعمداً.

والثاني: دية شبه العمد؛ لأنه، وإن تعمد القتل، لم يقصد قتل المسلم، فأشبهه ما إذا ضربه بما لا يقتل غالباً.

والثالث: دية الخطأ المخض؛ لأنه معذور في القتل، جاهل بالحال.

والثانية: إذا رمى إلى مرتد أو حربي، فأسلم، ثم أصابه السهم ومات، ففي وجوب الدية خلاف قَدَمناه، والأصح وجوبها، وفي كيفيتها الوجوه الثلاثة، وهذه الصورة أولى بأن تلحق بالخطأ؛ لأنه لم يكن معصوماً عند الرمي، ويشبه أن يكون هو الأظهر لما ذكرنا أن الإمام رأى القطع به فيما إذا جرح مرتداً أو حربياً فأسلم ثم مات، لكن في كتاب القاضي ابن كج أنه إذا أصاب سهمه من أسلم وكان مرتداً عند الرمي، لم يكن قصد إلى رميه تكون الدية في ماله لا على عاقلته؛ لأنهم يقولون: إنك لما أرسلت السهم كان المرمي مُهدراً، لا يلزمنا في قتله شيء، ومن نُوجب الدية في ماله، إذا لم يقصد الرمي إليه، فأولى أن نوجبها في ماله إذا قصد، ولو رمى إلى شخص<sup>(٣)</sup> ظنه شجراً أو ظبية، وكان إنساناً، فالظاهر، وبه قطع الشيخ أبو محمد: أنه خطأ مخض، كما لو رمى إلى صيد، فعرض في الطريق إنسان، أو مرق<sup>(٤)</sup> منه فأصاب إنساناً، وقربه الإمام من مسألة الرمي إلى من ظنه كافراً في دار الحرب [فكان]<sup>(٥)</sup> مسلماً، تنزيلاً لظن كونه شجراً منزلة ظن كون الرجل حربياً، ويوافق هذا لفظ الكتاب حيث قال: «ويجري هذا الخلاف في كل قتل عمد مخض صدر عن ظن في حال القتل».

قال الغزالي: **وَالدِّيةُ يَتَغَلَّظُ فِي العَمْدِ مِنْ ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ: التَّخْصِصُ بِالْجَانِي وَالتَّعْجِيلُ وَالتَّثْلِيثُ، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ ثَلَاثُونَ حِقَّةً وَثَلَاثُونَ جَدَّةً وَأَرْبَعُونَ خَلِيفَةً فِي بَطُونِهَا**

(٢) في ز: فيها.

(١) في ز: مؤنة.

(٤) في ز: فوق.

(٣) في أ: شاخص.

(٥) سقط في ز.

أَوْلَادَهَا، وَفِي الْخَطَا يَتَخَفَّفُ مِنْ ثَلَاثَةِ أَوْجِهٍ إِذْ تَجِبُ عَلَى الْعَاقِلَةِ مُؤَجَّلَةٌ إِلَى ثَلَاثِ سِنِينَ مُخَمَّسَةٍ، وَفِي شِبْهِ الْعَمْدِ تَجِبُ عَلَى الْعَاقِلَةِ مُؤَجَّلَةٌ مُثَلَّثَةٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الدية في القتل العمد تتغلظ من ثلاثة أوجه:

أحدها: أنها تجب على الجاني، ولا تتحملها العاقلة.

والثاني: أنها تجب حالة معجلة، والوجهان قياس إبدال المتلفات<sup>(١)</sup>.

والثالث: أنها تجب مثلثة ثلاثون منها حقة، وثلاثون جذعة، وأربعون خلفه، والخلفة: الحامل<sup>(٢)</sup>، ويسمى هذا الوجه الثالث تغليظاً بالسن.

واحتج بأن النبي ﷺ أوجب في الخير الذي مر<sup>(٣)</sup> من الخلفات في شبه العمد، فإذا وجبت في شبه العمد تغليظاً، فلأن تجب في العمد كان أولى.

وأيضاً ففي بعض الشروح أنه روي عن عبد الله بن عمر - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «مَنْ قَتَلَ مُتَعَمِّدًا سَلَّمَ إِلَى أَوْلِيَاءِ الْقَتِيلِ فَإِنْ أَحْبَبُوا قَتَلُوا، وَإِنْ أَحْبَبُوا أَخَذُوا الْعَقْلَ، [وَالْعَقْلُ]: ثَلَاثُونَ حِقَّةً وَثَلَاثُونَ جَذَعَةً وَأَرْبَعُونَ خَلْفَةً فِي بَطُونِهَا أَوْلَادَهَا»<sup>(٤)</sup>.

ولا فرق في ذلك بين أن يكون العمد موجباً للقصاص، فيعفى عنه، ويعدل إلى الدية، وبين ألا يكون موجباً للقصاص كقتل الوالد ولده، وفي الخطأ تتحقق الدية من ثلاثة أوجه:

أحدها: أنها تكون عن العاقلة.

والثاني: أنها تكون مؤجلة في ثلاث سنين، وسيأتي الكلام فيها إن شاء الله - تعالى - في القسم الثالث من الكتاب.

والثالث: أنها تجب مخمسة على التفصيل الذي سبق، وفي شبه العمد بتخفيف من وجهين الوجوب على العاقلة، وكونها مؤجلة، ولكن تتغلظ من حيث إنها تجب

(١) في ز: التلفات.

(٢) ولم يجزم الرافعي بذلك بل جاء في الحديث أربعون خلفه في بطونها أولادها فقتل هو باليد محض وليست الخلفة إلا التي في بطونها أولادها وقيل اسم الخلفة يقع على الحامل التي ولدت معها ولدها. انتهى.

(٣) في ز: الحد الذي.

(٤) أخرجه الترمذي وابن ماجه من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده في حديث. (تنبيه) وقع في الأصل ابن عمر، والصواب عبد الله بن عمرو، وهو ابن العاص. قاله الحافظ في التلخيص.

مُثَلَّة لما قدمنا من الخبر. هذا ظاهر المذهب.

وحكى القاضي ابن كَيْج، وأبو الفرج السرخسي وجهاً أن بدل شبه العمد لا تحمله العاقلة؛ لأنها دية مغلظة بإيجاب الخلفات، فأشبهت دية العمد المخفض.

وروى بعضهم هذا قولاً مخرجاً عن ابن القاص، ووجه المذهب بما روي أن امرأتين<sup>(١)</sup> اقتلتا، فضربت إحداهما الأخرى بعمود فسُطِط، فماتت، فقضى رسول الله ﷺ بالدية على عاقلتها<sup>(٢)</sup>. وعند أبي حنيفة: أنها إذا أوجبت الدية في العمد قتل الوالد ولده تكون مؤجلة على القاتل في ثلاث سنين. وعند مالك: الدية في العمد، وشبه العمد تجب أربعاً بخمسة وعشرون بنت مخاض، وخمسة وعشرون بنت لبون، وخمسة وعشرون حقة، وخمسة وعشرون جذعة، ولا يجب الخلفات بحال.

لنا: حديث العمد والخطأ على ما تقدم، وأيضاً فعن عبادة بن الصامت - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «أَلَا إِنَّ فِي الدِّيَةِ الْعُظْمَى مَائَةَ مِنَ الْإِبِلِ أَرْبَعُونَ خَلْفَةً فِي بَطُونِهَا أَوْلَادُهَا». وعن أحمد رواية كقوله<sup>(٣)</sup>، ورواية كقولنا.

والقتل الخطأ في الحرم، وفي الأشهر الحرم والمصادف للمحرم دية كدية شبه العمد تكون على العاقلة مؤجلة<sup>(٤)</sup>، لكن مثلثة، وإنما تجتمع التخفيفات<sup>(٥)</sup> من الوجوه الثلاثة في الخطأ إذا وقع في غير<sup>(٦)</sup> هذه الأحوال.

واعلم أن الدية المخمسة يرجع تفاوت أقسامها إلى السن إلا في بنات اللبون فإن تفاوتها يرجع إلى الذكورة والأنوثة، والتخسيس في هذه الدية حاصل بأقسام متعادلة، والتثلث في الدية المثلثة غير حاصل على التعديل.

وأما النسبة المخففة فيها بالاعتبار بثلاثة أعشارها حَقاق، وثلاثة أعشارها جِذَاع، وأربعة أعشارها خَلْفَات، وهذا ظاهر عند التأمل، وقد قال الإمام: ويراعي القسمة المذكورة في الدية المغلظة والمخففة في دية المرأة [ودية الأطراف والجراحات فتجب في دية المرأة]<sup>(٧)</sup> إذا كان القتل خطأ عشر بنات مخاض، وعشر بنات لبون، وهكذا إلى آخر الأقسام وإذا كان عمداً، أو شبه عمد وجبت خَمْسَةَ عَشَرَ حَقَةً، وخمسة عشر جِدَّةً، وعشرون خلفه، وكذا حكم دية اليد.

(١) في أ: ضرتين.

(٢) متفق عليه مطولاً من حديث أبي هريرة، والمغيرة بن شعبة.

(٣) في ز: كقولهما.

(٤) في ز: منوطة.

(٥) في ز: التحقيقات.

(٦) في ز: عند.

(٧) سقط في ز.

وفي المَوْضحة إذا كانت خطأ بنت مخاض، وبنت لبون، وابن لبون، وحقّة، وجذعة. وإذا كانت عمداً، أو شبه عمْد حقّة ونصف، وجذعة ونصف، وخَلْفَتان.

وفي قطع الأصبع إذا كان خطأ ابنتا مَخَاض، وابنتا لبون، وابنا لبون، وجَقْتان، وجذعتان. وإذا كان عمداً، أو شبه عمْد ثلاث حِقَاق، وثلاث جِدَاع، وأربع خَلْفَات، وعلى هذا القياس. بدل العبد<sup>(١)</sup> الدراهم والدنانير فلا مَدْخَل فيها للتغليظ، كما في سائر الأموال.

وليعلم لما بينا قوله في الكتاب في دية العمْد والتعجيل بـ«الحاء» والتثليث بـ«الحاء» و«الميم» و«الألف». وقوله في شبه العمْد «على العاقلة» بـ«الواو». وقوله: «لكن مثلثة»<sup>(٢)</sup> بـ«الحاء» و«الميم» و«الألف».

وقوله: «أربعون خلفه في بطونها أولادها» مجرى على مُوافقة الخبر المشهور في الباب، واختلفوا في قوله: «في بطونها أولادها».

ف قيل: هو تأكيد مَخْض، وليست الخَلِفة إلا التي في بطونها أولادها.

وقيل: اسم الخَلِفة يقع على الحامل، وعلى التي ولدت، وولدها يتبعها، وأراد تبين أن الواجب<sup>(٣)</sup> الحامل، ويجوز أن يقال: هو تفسير الخلفة.

قال العزالي: وَلَا يُؤْخَذُ مَعِيْبٌ، وَالْخَلْفَةُ تُعْرَفُ بِقَوْلِ أَهْلِ الْبَصِيْرَةِ، فَإِنْ أَخْطَوْا اسْتَدْرَكُوا، وَأَمَّا الصَّنْفُ فَيُرَاعَى إِبِلُ الْبَلَدِ أَوْ أَقْرَبُ الْبُلْدَانِ إِلَيْهِ، فَإِنْ كَانَ إِبِلٌ مِنْ عَلَيْهِ الدِّيَّةُ يُخَالِفُ إِبِلَ أَهْلِ الْبَلَدِ فِي تَغْيِيْنِهَا وَجِهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَتَعَيَّنُ فَإِنْ كَانَتْ مَعِيْبَةً فَهِيَ كَالْمَعْدُومَةِ، وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ فِي الْفَطْرِ رَجَعَ إِلَى قِيْمَةِ الْإِبِلِ، وَفِي الْقَدِيْمِ يُرْجَعُ إِلَى أَلْفِ دِيْنَارٍ أَوْ اثْنِي عَشَرَ أَلْفَ دِرْهَمٍ، وَإِذَا تَكَرَّرَ أَسْبَابُ التَّغْلِيْظِ لَمْ يَتَكَرَّرِ التَّغْلِيْظُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيْهِ مَسَائِلُ:

إحداها: لا يؤخذ في الدية معيب، ولا مريض إلا أن يرضى المستحق، ولا فرق بين أن يكون إبل من عليه معيبة أو مريضة، أو لا تكون كذلك، بخلاف الزكاة حيث يؤخذ من المراض المريضة؛ لأن الزكاة تتعلق بعين المال، والدية في الذمة، فيعتبر المؤدي السلامة كالمسلم فيه، والرّقية في الكفارة، لكن الدية عوض، فيعتبر فيها السلامة عن العيوب التي تؤثر في المالية، ويثبت الرد في المبيع<sup>(٤)</sup>، والمقصود في

(٢) سقط من ز.

(٤) في ز: البيع.

(١) في ز: العقد.

(٣) في ز: الواجد.

الكفارة التخليص عن الرق ليستقل<sup>(١)</sup> المعتقد، فيعتبر السلامة عن العيوب التي تؤثر في العمل، والاستقلال.

الثانية: في الغالب أن الثقة لا تحمل حتى يكون لها خمس سنين، وهي الثانية ولو حملت قبل ذلك، فهل تؤخذ، فيه قولان:

أحدهما: لا؛ لأن الأربعين أحد أقسام الدية، فيختص بالسّن كالقسمين الآخرين، ولأن الحمل قبل<sup>(٢)</sup> ذلك مما يندر، ولا يوثق<sup>(٣)</sup> به.

وأصحهما: القبول؛ لأنه ليس في الخبر إلا اعتبار<sup>(٤)</sup> الخلفة، وإذا جاء من عليه الدية بناقة ليسلمها، أو قال: هي خلفة، وأنكر المستحق، فيرجع فيه إلى عدلين من أهل الخبرة، ويعمل بقولهما، وإذا أخذت بقول [أهل]<sup>(٥)</sup> الخبرة، أو بتصديق الجاني، فماتت عند الولي، وتنازعا في الحمل شق بطنها ليعرف<sup>(٦)</sup> الحال، فإن تبين أنها لم تكن حاملاً غرمها الولي، وأخذ مكانها خلفة. وعن القاضي ابن كنج وجه آخر أنه يأخذ أرش النقصان، ويكتفي به.

والظاهر: الأول كما لو خرج المسلم فيه على غير الصفة المشروطة، ولو صادفتا الثقة المأخوذة حائلاً، وقال الولي: لم يكن بها حمل، وقال المؤدي: أسقطت عندك<sup>(٧)</sup>، فإن لم يحتمل الزمان الإسقاط ردت وطُوب بخلفة بدلها، وإن احتمل فينظر إن أخذ<sup>(٨)</sup> بقول الجاني، ولم يراجع أهل الخبرة، فالقول قول الولي مع يمينه؛ لأن الأصل عدم الحمل، وإن أخذ بقول أهل الخبرة بعد مراجعتهم ففيه وجهان:

أحدهما: أن الجواب كذلك.

وأصحهما: وبه قال الربيع أن القول قول المؤدي لتأييد قوله بقول أهل الخبرة، واجتهادهم، فكأنهم<sup>(٩)</sup> شهدوا، وحكمنا بشهادتهم.

وعن أبي الحسين بن القطان القطع بهذا الوجه الثاني.

الثالثة: من لزمه الدية من الجاني والعاقلة فيما ألا يملك إبلاً أو يملك.

الحالة الأولى: إذا لم يكن له إبل، فعليه تحصيل الواجب من غالب إبل البلدة،

(١) في ز: استقل.

(٢) في ز: فصل.

(٣) في ز: يؤثر.

(٤) في ز: اختيار.

(٥) سقط في ز.

(٦) في ز: سبق بطنها ليعلم.

(٧) في ز: عنك.

(٨) في ز: أخذت.

(٩) في ز: وكانوا.

أو القبيلة إن كان من أهل البادية الذين ينتقلون بإبلهم ولا يقيمون في بلدة، ولا ناحية، ودفعه إلى المستحق، فإن تفرقت العاقلة في البلدان، أو القبائل أخذت حصة<sup>(١)</sup> كل واحد منهم من غالب إبل بلدته، أو قبيلته.

قال أبو الفرج الزاز: وهذا لا يتحقق تصويره في تفرق الآحاد، فإن الواجب على واحد منهم لا يبلغ ما يؤخذ به الإبل، وإنما يظهر التصوير إذا كان بطن<sup>(٢)</sup> في بلدة أو قبيلة، وبطن في أخرى وإن لم يكن في البلدة أو القبيلة إبل، أو كانت بعيدة اعتبر إبل<sup>(٣)</sup> أقرب البلاد، وعليه النقل إن قربت المسافة، وإن بعدت وعظمت المؤنة والمسقة لم يلزم، وسقطت المطالبة بالإبل، وبم يضبط القرب والبعد؟

أشار بعضهم إلى رعاية مسافة القصر، فجعلها وما فوقها في حد البعد.

وقال الإمام: لو زادت مؤنة إحضارها على قيمتها في موضع الغرة لم يلزمه [تحصيلها]<sup>(٤)</sup> وإلا لزمه.

الحالة الثانية: إذا كانت له إبل ينظر إن كانت إبله من غالب البلدة أو القبيلة فذاك، وإن كانت من صنف آخر فوجهان:

الذي أورده الأكثر من العراقيين وغيرهم أن الدية تؤخذ من لغة الصنف الذي يملكه<sup>(٥)</sup> مهريّة كانت أو أرحبيّة عراباً أو بخاتي، ووجه ذلك في العاقلة بأنهم [كانوا] يؤدّون ذلك على سبيل المواساة، فيعطون ما عندهم كما في الزكاة، وهذا ظاهر نصّه في «المختصر»، فإنه قال: ولا أكلف أحداً من العاقلة غير إبله.

والثاني حكاه الإمام عن محققي المرأوزة، ورجحه<sup>(٦)</sup> أن الاعتبار بغالب إبل البلد<sup>(٧)</sup>؛ لأن الدية عوض متلف، واعتباره بملك المتلف بعيد، ومن قال أراد بقوله: «غير إبله إبل بلدته أو قبيلته» وقد يضاف ما يتعلّق بالبلد، أو القبيلة [إلى]<sup>(٨)</sup> الواحد من أهلها، ولذلك قال عقيب هذه اللفظة: وإن لم يكن ببلده إبل كُلف إبل أقرب البلدان إليه، ولو أراد بإبله ما يملكه لأشبه أن يقول: ولو لم يكن له، أو في ملكه إبل، ومهما تعين نوع، فلا عدول إلى ما دونه، أو فوقه إلا بالتراضي.

(١) في ز: أحدث.

(٢) في ز: يظن.

(٣) في ز: أنك.

(٤) سقط في ز.

(٥) حاصله أنه إذا كانت له إبل أجزاء الأداء منها ولا يتعين غالب البلد وإلا تعين غالب البلد، فعلى هذا ملكه الإبل شرط لإجزاء نوعها لا لتعيينه. وقوله أخذت أيضاً يدل على قبول إبل البلد أيضاً.

(٦) في ز: وحققه.

(٧) في ز: الغالب إبل الدية.

(٨) سقط في ز.

وإذا كان الاعتبار بإبل الدية، أو القبيلة، فلو كانت إبل الموضع من نوعين أو أكثر ولا غالب فيها، فالخيرة إلى المُعْطِي. كذلك حكاها الإمام وإن اعتبرنا<sup>(١)</sup> إبل مَنْ عليه، فلو تنوّعت إبله فوجهان:

أحدهما: يؤخذ من الأكثر، فإن استويا<sup>(٢)</sup> أعطي ما شاء.

والثاني: يؤخذ من كل<sup>(٣)</sup> يقسطه إلا أن يتبرع فيعطي الكلّ من الأشرف<sup>(٤)</sup>، وإن أراد أن يعطي من شيء آخر سوى ما في بلده أجبر<sup>(٥)</sup> المستحق على القبول إذا كان من غالب إبل البلدة، أو القبيلة. قاله في «التهذيب»، والوجهان مَبْنِيَّان على القولين في الزكاة، إذا تنوع النَّصَاب نوعين فصاعداً، وإذا كانت الإبل تُباع بأكثر من ثَمَنِ المِثْلِ لم يجب تحصيلها، وكانت كالمعدومة<sup>(٦)</sup>.

الرابعة: إذا كانت الإبل موجودة، وعدل من عليه ومستحقها إلى القيمة أو غيرها بالتراضي جاز كما لو أتلّف مثلياً، وتراضياً على أخذ القيمة مع وجود المثل<sup>(٧)</sup>، وقال<sup>(٨)</sup> صاحب البيان: هكذا أطلقوه، وليكن ذلك مبنياً على أنه يجوز الصُّلح عن إبل الدية، وإن أراد أحدهما العدول عن الإبل لم يُجْبَر الآخر عليه. وعن أبي حنيفة إذا عدل الجاني إلى الدراهم أو الدينار المقدر على ما سيأتي إن شاء الله - تعالى - وجب على المستحق القبول. والدية أحد ثلاثة أشياء: الإبل والدراهم والدينار.

وعن أبي الطيب بن سلمة وغيره أن على القول القديم، وهو الرجوع إلى المقدّر عند إعواز الإبل على ما سنذكر على الاثر إن شاء الله تعالى يتخير الجاني بين الثلاثة، كما قال أبو حنيفة.

(١) في ز: اعتدنا.

(٢) في ز: استوت.

(٣) في ز: يوجد موكل.

(٤) سكت الشيخ عن الترجيح.

قال في الخادم: قضية ما ذكره آخراً من البناء على ترك الزكاة ترجيح الثاني وهو ما قاله الروياني في البحر أنه الأقيس. وقال ابن أبي عصرون في الانتصار: إنه الأصح لكن جزم في التتمة بأنه لا يكلف ذلك بخلاف الزكاة لأنها واجب للمال.

(٥) في ز: أخذ.

(٦) في ز: كالمعدومة.

(٧) الأصح عدم صحة الصلح عن إبل الدية، فعلى هذا فالمذكور على وجه مرجوح.

قال الأزرعي في القوت: صرح إبراهيم المروذي في باب الصلح بالبناء الذي أبداه العمراني تفقهاً وحمل صاحب المطلب المذكور هنا على أن يكون في حال العلم مع العلم بأسنانها ومقاديرها، فإن الغزالي في كتاب الصلح قال في هذه الحالة أنه يصح جزماً، وحكى الخلاف في حالة الجهل بالصفة، ولم يرتض الشيخ البلقيني ما ذكره في المطلب.

(٨) في ز: وأن.

وفي «الشامل» حكاية مثله عن أحمد، وزاد فقال: الدية ستة أصول الإبل والدرهم والدنانير، وسيأتي إن شاء الله - تعالى - تقديرهما ومائتا بقرة ومائتا حلة وألفا شاة، والمراد من الحلة غالب لباس العرب إزار ورداء<sup>(١)</sup>، وبه قال أبو يوسف ومحمد ويروى عن أحمد طَرَحَ الحِلل، واحتجّ الأصحاب لتعيين الإبل بظاهر قوله ﷺ: «في النفس<sup>(٢)</sup> مائة من الإبل»، وقوله - عليه السلام - في قتل السوط والعصا: «مائة من الإبل».

أما إذا لم توجد الإبل في الموضوع الذي يجب تحصيل الإبل منه، أو كانت توجد بأكثر من ثمن المِثْل، فالرجوع إلى ماذا؟ فيه قولان:

القديم: وبه قال مالك أنا نرجع إلى بَدَلٍ مقدر، وهو ألف دينار، أو اثنا عشر ألف درهم<sup>(٣)</sup> لما روي عن مكحول وعطاء قالا: أدركنا الناس على أن دية الحزّ المسلم على عهد رسول الله ﷺ مائة من الإبل، فقومها عمر - رضي الله عنه - بألف دينار أو اثني عشر ألف درهم<sup>(٤)</sup>. وروي أنه - عليه السلام - قضى في الدية بألف مِثْقَالٍ، أو اثني عشر ألف درهم<sup>(٥)</sup>. وعند أبي حنيفة: الدرّاهم مقدّرة عشرة آلاف.

وذكر القاضي ابن كَجّ أن أبا الحسن حكاه وجّها لبعض الأصحاب، ويدل على

(١) في ز: أن أوردوا.

(٢) في ز: البقر.

(٣) مع القدرة على الإبل وليس كذلك كما ذكره في الخادم، وذكره في الخادم وذكره أيضاً غيره بل عند التقديم لا يترتب إيجاب النقد على عدم الإبل لم يجب ابتداء مع وجودها.

(٤) أخرجه الشافعي عن مسلم عن عبيد الله بن عمر عن أيوب بن موسى عن ابن شهاب، وعن مكحول وعطاء به، والواقدي، ورواه البيهقي وروي أيضاً من طريق الشافعي عن مسلم عن ابن جريج قال قلت لعطاء: الدية الماشية أو الذهب؟ قال: كانت الإبل حتى كان عمر، فقوم الإبل عشرين ومائة، كل بعير، فإن شاء القروي أعطاه مائة مائة، ولم يعطه ذهباً، كذلك الأمر الأول، وفي المراسيل لأبي داود من طريق ابن إسحاق عن عطاء أن رسول الله ﷺ قضى في الدية على أهل الإبل مائة من الإبل، وعلى أهل البقر مائتي بقرة، وعلى أهل الشاة ألفي شاة، وعلى أهل الحلل مائتي حلة، ثم أسنده من طريق أخرى عن ابن إسحاق عن عطاء عن جابر مرفوعاً. قاله الحافظ في التلخيص.

(٥) أما قضاؤه في الدية بألف دينار فهو في حديث عمرو بن دينار الطويل وأما قضاؤه في الدية باثني عشر ألفاً، فهو حديث ابن عباس بعينه وقد رواه أصحاب السنن من حديث عكرمة، واختلف فيه على عمرو بن دينار، فقال محمد بن مسلم الطائفي عنه عن عكرمة هكذا، وقال ابن عيينة عن عمرو بن دينار مرسلأ، قال ابن أبي حاتم عن أبيه: المرسل أصح، وتبعه عبد الحق، وقد رواه الدارقطني من حديث محمد بن ميمون عن ابن عيينة موصولاً، قال محمد بن ميمون، وإنما قال لنافيه ابن عباس مرة واحدة، وأكثر ذلك كان يقول عن عكرمة، ورواه عبد الرزاق في مصنفه عن ابن عيينة عن عمرو عن عكرمة مرسلأ، قال ابن حزم: وهكذا رواه مشاهير أصحاب ابن عيينة. قاله الحافظ في التلخيص.



التقدير الأول ما روي عن ابن عباس - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أن رجلاً قتل على عهد رسول الله ﷺ فَجَعَلَ دَيْتَهُ اثْنَيْ عَشَرَ أَلْفَ دِرْهَمٍ .

والجديد: أن الرجوع إلى قيمة الإبل بالغة ما بلغت لما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - أن النبي ﷺ كان يُقَوِّمُ الإبلَ على أهل القرى، فإذا غلت رَفَعَ في قيمتها، وإذا هانت نقص من قيمتها<sup>(١)</sup>، وهذا ما اختاره الْمُزْنِي، وادعى أن القديم مرجوع عنه .

### «التفريع»

إن قلنا بالقديم، فالاعتبار بالدرهم والدنانير المضروبة<sup>(٢)</sup> الخالصة دون التبر والمغشوش. وذكر الإمام أن المعطي يتخير بين الدراهم والدنانير، والذي أورده الجمهور أن على أهل الذهب الذهب، وعلى أهل الورق الورق، وإذا كان الواجب دية مغلظة، بأن قتل في الحرم، أو قتل عمداً أو شبه عمد، فهل يزداد للتغليظ شيء؟ فيه وجهان:

أصحهما: لا؛ لأن التغليظ في الإبل إنما ورد بالسُّنِّ والصفة، لا بزيادة العَدَدِ، وذلك لا يوجد في الدراهم والدنانير، وهذا أحد ما احتج به على فسَادِ القول القديم .

وقيل: المصير إليه يسقط أثر التغليظ .

والثاني: أنه يزداد ثلث المقدر تغليظاً، فيجب ستة عشر ألف درهم، أو ألف دينار، أو ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون ديناراً وثلث دينار، وبه قال أحمد لما روي عن عمر - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أنه قضى فيمن قتل في الحرم، أو في الأشهر الحرم أو محرماً بديّة وثلث<sup>(٣)</sup> .

وعن عثمان<sup>(٤)</sup> - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أنه قضى في امرأة وطئت بالأقدام ب«مكة» بديّة

(١) أخرجه الشافعي عن مسلم عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب، ورواه أبو داود والنسائي من حديث محمد بن راشد عن عمرو بن شعيب أتم منه، وعن محمد بن راشد عن سليمان بن موسى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بطوله. قاله الحافظ في التلخيص .

(٢) في ز: المصروفة .

(٣) رواه البيهقي من حديث مجاهد عن عمر أنه قضى فيمن قتل في الحرم، أو في الشهر الحرام. أو وهو محرّم، بالدية وثلث الدية، وهو منقطع، ورواه ليث بن أبي سليم ضعيف، قال البيهقي: وروى عكرمة عن عمر ما دل على التغليظ في الشهر الحرام، وكذا قال ابن المنذر: روي عن عمر بن الخطاب أنه من قتل في الحرم أو قتل محرماً، أو قتل في الشهر الحرام، فعليه الدية وثلث الدية .

(٤) قال الحافظ في التلخيص: وأما أثر عثمان فرواه الشافعي والبيهقي من حديث ابن أبي نجيح عن أبيه: أن رجلاً أوطأ امرأة بمكة، فقتلها، فقضى فيها عثمان بشمانية آلاف درهم، دية وثلثاً، لفظ الشافعي، وأما أثر ابن عباس فرواه البيهقي وابن حزم من طريق نافع بن جبير عنه .

وثلث، وهي ثمانية آلاف درهم، وعلى هذا فلو تعدد سبب التغليظ بأن قتل محرماً في الحرم فوجهان:

أصحهما: أنه لا يزداد على الثلث شيء، ولا يتكرر التغليظ، كما لو قتل المحرم صيداً في الحرم لا يلزمه إلا جزاء واحد.

والثاني: أنه يزداد لكل سبب ثلث الدية، فيجب في قتل المحرم في الحرم عشرون ألفاً، ويروى ذلك عن ابن عباس - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا<sup>(١)</sup> - وإن انضم إليه الوقوع في الأشهر الحرم، وجب أربعة وعشرون ألفاً، فإن كان القتل شبه عمد وجب ثمانية وعشرون ألفاً ويحكى هذا عن أحمد. وإن قلنا بالجديد، فتقوم الإبل بغالب نَقْدِ البلد، ويراعى صِفَتُهَا في التغليظ، إن كانت مغلظة.

قال الإمام: فإن غلب الثَّقْدَان في البلد تخير للجاني، وتقوم الإبل التي لو كانت موجودة وجب تسليمها، وإن كانت له إبل معيبة وجبت قيمة الصَّحاح من ذلك الصنف، وإن لم يكن هناك إبل، فيقوم من صنف أقرب البلاد إليهم.

وحكى صاحب «التهذيب» وجهين في أنه يعتبر قيمة مواضع الموجود، أو قيمة بلدة الإِعْوِاز لو كانت الإبل موجودة فيها، والأشبه الثاني، ووقع في لفظ الشَّافعي - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أنه يعتبر قيمة يوم الوُجُوب، والمراد على ما يفهمه كلام الأصحاب يوم وجوب التسليم ألا تراهم قالوا: إن الدية المؤجلة على العاقلة يقوم كل نجم منها عند محله.

وقال القاضي الروياني: إن وجبت الدية، والإبل مفقودة فيعتبر قيمتها يوم الوجوب. أما إذا وجبت وهي موجودة، فلم يتمكن<sup>(٢)</sup> من الأداء وحتى أعوزت يجب قيمته يوم الإِعْوِاز؛ لأن الحق يومئذ يحول إلى القيمة، وإن وجد بعض الإبل الواجبة أخذ الموجود، وقيمة الباقي.

وقوله في الكفار: «فيراعي غالب إبل البلد، وأقرب البلدان إليه» لا يخفى أنه ليس على التَّخْيِير، بل المعنى إلى<sup>(٣)</sup> أقرب البلدان إليه، إن لم يكن في البلد إبل، وفي السياق ما يبيِّن أن المرعى الغالب إن لم يكن لمن عليه الدية إبل، وإن كانت وهي مُخَالَفة للغالب، فهل يتعين؟ فيه وجهان وعلى الوجه الذي لا يتعين بتعين الغالب.

(١) قال الحافظ في التلخيص: قوله: يروى عن ابن عباس فيما إذا تعدد سبب التغليظ، فإنه يزداد لكل سبب ثلث الدية. قلت: هو ظاهر رواية البيهقي السالفة، لكن روى ابن حزم عنه من ذلك الوجه أن رجلاً قتل في البلد الحرام في الشهر الحرام، فقال ابن عباس: ديته اثنا عشر ألفاً، وللشهر الحرام، والبلد الحرام، أربعة آلاف، فظاهر هذا عدم التعدد.

(٢) في أ: يتفق الأداء. (٣) في ز: إذا.

وقوله: «وإن لم يوجد في القَطْر...» إلى آخره فيه إشارة إلى أنه إذا وجدت الإبل، فلا معدل<sup>(١)</sup> عَنهَا، وإنما الرجوع إلى غيرها عند ضرورة الإِعواز، وفي لفظ «القَطْر» إشارة إلى ضبط القُرْب والبُعْد بما ذكره الإمام دون مسافة القصر.

وقوله: «يرجع إلى قيمة الإبل» ليعلم بـ«الحاء» و«الميم»، فإن الرجوع عندهما إلى المقدر كما بيّناه. وقوله: «ألف دينار أو اثني عشر ألف درهم» للتخيير على ما ذكره الإمام، وللتنويح على ما ذكره الجمهور ولفظ «اثني عشر» معلّم بـ«الحاء» و«الواو».

وقوله: «لم يتكرر» بـ«الألف» و«الواو».

### «فَرَعٌ»

قال الإمام: لو قال المستحق عند إعواز الإبل: لا أطالب الآن بشيء، وأصبر إلى أن توجد، فالأظهر أن الأمر إليه؛ لأن الأصل هو الإبل، ويحتمل أن يقال لمن عليه الدية أن يكلفه قبض ما عليه [تبراً ذمته]<sup>(٢)</sup>، ولم يصر أحد من الأصحاب إلى أنه لو أخذ الدراهم، ثم وجدت الإبل تردّ الدراهم، ويرجع إلى الإبل، بخلاف ما إذا غرم قيمة المثل<sup>(٣)</sup> لإِعواز<sup>(٤)</sup> المثل، ثم وجد ففي الرجوع إلى المثل خلاف، والله أعلم.

قال العَرَالِيُّ: وَأَمَّا الْمُتَقَصَّاتُ لِلدِّيَةِ عَمَّا ذَكَرْنَاهُ فَارْبَعَةٌ، الْأَوَّلُ الْأَنْثُوَّةُ فَإِنَّهَا تُرَدُّ إِلَى الشُّطْرِ، وَالْأَجْتِنَانُ فَإِنَّهُ يُرَدُّ إِلَى غُرَّةِ عَبْدٍ أَوْ أَمَةٍ، وَالرَّقُّ فَإِنَّهُ يُرَدُّ إِلَى الْقِيَمَةِ بِالْعَمَّةِ مَا بَلَغَتْ وَإِنْ زَادَتْ عَلَى دِيَةِ الْحَرِّ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لما مهد أصل الدية، وعقبه بما يعتبر بها من الأسباب المغلظة التي تزيد صفة، أو قدراً أراد أن يبين ما يعتبر بها من الأسباب المنقصة التي تنقص صفة، أو قدراً، فهي كما عدّها أربعة:

أحدها: الأنثوة فديّة المرأة على النصف من دية الرجل، لما روي عن عمرو بن حزم - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «دِيَةُ الْمَرْأَةِ نِصْفُ دِيَةِ الرَّجُلِ»<sup>(٥)</sup>.

(١) في ز: يعدل.

(٢) في ز: المثلى.

(٣) في ز: لأعوان.

(٤) أخرجه البيهقي من حديث معاذ بن جبل، وقال: إسناده لا يثبت مثله.

قوله: وروي ذلك عن عمر، وعثمان وعلي، والعبادة: ابن مسعود وابن عمر وابن عباس، أما أثر عمر فتقدم في أثر عطاء ومكحول، ويأتي مع علي، وأما أثر عثمان فلم أره، وما أثر علي فرواه البيهقي من طريق إبراهيم النخعي عنه. فيه انقطاع، لكن أخرجه ابن أبي شيبة من طريق الشعبي عن علي، وأخرجه أيضاً من وجه آخر عن إبراهيم عن عمر وعلي، وأما ابن مسعود=

ويروى ذلك عن عمر، وعثمان، وعلي، والعبادلة: ابن مسعود، وابن عمر، وابن عباس - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - .

قال الأصحاب: قد اشتهر ذلك، ولم يُخالفوا، فصار إجماعاً، ويجب في الخُثَى المُشكَل دِيَةَ المَرَأَةِ، لأن الزيادة مشكوك فيها. ذكره صاحب «البيان» وغيره.

وكما أن دية المرأة على النصف، فدية أطرافها وجراحاتها على النصف من دية أطراف الرجل وجراحاته على الجديد، وبه قال أبو حنيفة اعتباراً بالأجزاء بالجملة.

وفي القديم قول أن المرأة تُعاقَلُ الرَّجُلِ إلى ثلث الدية أي: تساويه في العقل<sup>(١)</sup>، فإذا زاد الواجب على الثلث صارت على النصف لما روي أنه ﷺ قال: «عَقَلُ المَرَأَةُ كَعَقَلِ الرَّجُلِ إِلَى ثُلُثِ الدِّيَةِ»<sup>(٢)</sup>.

وعلى هذا فيجب في أضبع من أصابعها عشر من الإبل، وفي أضبعين عشرون من الإبل، وفي ثلاث ثلاثون، وفي أربع عشرون [على النصف]<sup>(٣)</sup> مما يجب في الرجل؛ لأن الواجب في الأربع يزيد على الثلث، ويروى هذا عن مالك وأحمد، ويروى عنهما أنها تعاقله فيما دون الثلث، وفي الثلث فما فوقه تكون على النصف، وذكر أن القول القديم مرجوع عنه.

= فأخرجه البيهقي من طريق الحكم عن الشعبي عن زيد بن ثابت أنه قال: في جراحات الرجال والنساء سواء إلى الثلث، فما زاد فعلى النصف، وقال ابن مسعود: إلا السن والموضحة فإنهما سواء، وما زاد فعلى النصف، وقال علي: على النصف في الكل، قال: وأعجبها إلى الشعبي قول علي، وأما ابن عمر وابن عباس فلم أره عنهما.

مراده بقوله العبادلة، جميع الثلاثة، لأن الذين اشتهروا بهذا اللقب هم هؤلاء الثلاثة، ولا معنى لاعتراض من اعترض عليه بذلك، ووقع في المبهمات للنووي أن الجوهرى قال في مادة عبد في ذكر العبادلة، أنه عد فيهم ابن مسعود، وحذف ابن عمر، وليس كما قال: فالذي في الصحاح حذف ابن الزبير، والاقْتِصَارُ على ثلاثة، ولم يذكر ابن مسعود انتهى. والذي في الصحاح في مادة عبد بإثبات ابن مسعود، وحذف ابن الزبير، فهم عنده أربعة، لكن في آخر الكتاب في مادة هاء، قال: وهم ابن عباس وابن عمر وابن الزبير، فاقْتِصَرَ على ثلاثة فيه، ووقع في شرح الكافية لابن مالك العبادلة خمسة، فذكر الأربعة وابن مسعود فيهم، وعد الزمخشري في الكشف ابن مسعود فيهم أيضاً، وحذف ابن عمرو، وتعقب، قاله الحافظ في التلخيص.

(١) في ز: القصد.

(٢) أخرجه النسائي من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وهو من رواية إسماعيل بن عياش عن ابن جريج، قال الشافعي: وكان مالك يذكر أنه السنة، وكنت أتابعه عليه وفي نفسي منه شيء، ثم علمت أنه يريد سنة أهل المدينة، فرجعت عنه. قاله الحافظ في التلخيص.

(٣) سقط في ز.

وأن الشافعي - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: قال كان مالك يذكر أنه السنة، وكنت أتابعه عليه، وفي نفسي شيء منه حَتَّى علمت أنه يريد سُنَّة أهل «المدينة»، فرجعت عنه.

والثاني: الاختيار، فإنه يرد الواجب إلى الغرة، والقول فيه مؤخر إلى القسم الرابع من الكتاب.

الثالث: الرِّق، فيجب في قتل العبد قيمته، سواء كان القتل عمداً أو خطأً، وسواء نقصت القيمة عن قدر الدية، أو زادت مسلوفاً به مَسْلُوكاً به مَسْلُوكِ الأموال، ولذلك لو تَلَفَ في يد الغاصب ضمنه بتمام قيمته، وبهذا قال مالك وأحمد.

وعند أبي حنيفة: لا يزداد الواجب على دِيَّةِ الْحُرِّ، بل ينقص منه عشرة دراهم.

وفي رواية ينقص في حَقِّ الأَمَةِ خمسة.

وأما أطراف العَبْدِ وَجِرَاحَاتِهِ، فالذي يجب فيها مذكور في آخر القسم الأول من الكتاب، وقد يعترض في لفظ الكتاب من وجهين أحدهما<sup>(١)</sup> أنه الآن يتكلم في مُنْقِصَاتِ الدية، فكيف يليق به أن يقول: وإن زادت على دية الحر، فإن الرِّقَّ حينئذ يكون موجِباً للزيادة دون التُّقْصَانِ.

والثاني: أنه قال: يرد إلى قدر القيمة، والرد إلى الشيء في هذا المعرض يقتضي كون المردود إليه أنقص، فكيف ينتظم أن يقول معه: وإن زادت على دية الحر.

والجواب على الأول أن قَدْرَ القيمة في الغالب دون قَدْرِ الدية، والرق يقتضي القيمة، فيكون منقِصاً في الغالب، فلذلك عدُّهُ من المنقصات، ويمكن أن يقال: القيمة ناقصة، وما يرد إليها فهو منقص، وإن زاد قدرها على قدر الدية لما فيه من العرض على المقومين والإلحاق بالبهائم، وسائر الأموال، ويخرج به الجواب عن الثاني.

قال العزالي: وَالْكَفْرُ فَإِنَّ دِيَّةَ الْيَهُودِيِّ وَالنُّصْرَانِيِّ تُلْكَ دِيَّةَ الْمُسْلِمِ، وَدِيَّةَ الْمَجُوسِيِّ ثَمَانِمِائَةَ دِرْهَمٍ، وَالْمَعَاهِدُ كَالذَّمِيِّ، وَأَمَّا عَبْدَةُ الْأَوْثَانِ وَالرَّنَادِقَةُ وَالْمُرْتَدُونَ فَلَا عِصْمَةَ لَهُمْ، فَلَوْ دَخَلَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ بِأَمَانٍ كَفَفْنَا عَنْ قَتْلِهِ، فَإِنْ قَتِلَ وَجَبَ أَحْسَنُ الدِّيَاتِ فِي الْوَتَنِ، وَلَمْ يَجِبْ شَيْءٌ فِي الْمُرْتَدِّ، وَفِي الرَّنَادِقِيِّ تَرَدُّدٌ، وَأَمَّا الَّذِينَ لَمْ يَنْلُغْهُمْ دَعْوَتُنَا فَقَدْ قِيلَ: يُقْتَلُ الْمُسْلِمُ وَيَقْتُلُهُ، وَقِيلَ: لَا قِصَاصَ وَيَجِبُ دِيَّةُ الْمُسْلِمِ، وَقِيلَ: يَجِبُ دِيَّةُ ذَلِكَ الدِّينِ، وَأَمَّا الْمُسْلِمُ فِي دَارِ الْحَرْبِ إِذَا لَمْ يَهَاجِرْ فَهُوَ كَالْمُسْلِمِ الْمُهَاجِرِ فِي الْعِصْمَةِ، وَالصَّابِئُونَ مِنَ النَّصَارَى، وَالسَّامِرَةُ مِنَ الْيَهُودِ، فَإِنْ كَانُوا مُعْطَلَةً فِي دِينِهِمْ فَلَا دِيَّةَ لَهُمْ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الرَّابِعُ: الْكُفْرُ: وَالْكَفَّارُ أَصْنَافٌ:

أحدها: الْيَهُودِيُّ وَالنَّصْرَانِيُّ، فديتهما ثَلَاثُ دِيَةِ الْمُسْلِمِ، وَهُوَ مِنَ الْإِبِلِ ثَلَاثَةٌ وَثَلَاثُونَ وَثَلَاثٌ، وَإِنْ أَثْبَتْنَا الْإِبِلَ بَدَلًا مَقْدَرًا، فَهُوَ مِنَ الذَّهَبِ ثَلَاثُمِائَةٍ وَثَلَاثَةٌ وَثَلَاثُونَ دِينَارًا وَثَلَاثُ دِينَارٍ، وَمِنَ الْوَرِقِ أَرْبَعَةُ آلَافِ دَرَاهِمٍ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: دِيَتُهُمَا مِثْلُ دِيَةِ الْمُسْلِمِ.

وَقَالَ مَالِكٌ: نِصْفُ دِيَةِ الْمُسْلِمِ.

وَقَالَ أَحْمَدٌ: إِنْ كَانَ الْقَتْلُ عَمْدًا، فَدِيَةُ الْمُسْلِمِ، وَإِنْ كَانَ خَطَأً فَنِصْفُ دِيَةِ

الْمُسْلِمِ.

وَاحْتَجَّ الْأَصْحَابُ بِمَا رَوَى عَنْ عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «دِيَةُ الْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ أَرْبَعَةُ آلَافِ دِرْهَمٍ»<sup>(١)</sup>.

وَبِأَنَّهُمَا<sup>(٢)</sup> مَكْلَفَانِ لَا سَهْمَ لِهَمَا مِنَ الْغَنِيمَةِ، فَلَا تَكْمَلُ دِيَتُهُمَا كَالْمَرْأَةِ، وَالسَّامِرَةِ مِنَ الْيَهُودِ، وَالصَّابِئُونَ مِنَ النَّصْرَانِيِّ إِنْ كَانُوا مَعْطَلَةً لَدِينِهِمْ<sup>(٣)</sup> كَفْرَةً عِنْدَهُمْ لَمْ يَجِبْ بِقَتْلِهِمْ دِيَةُ الْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ، بَلْ يَكُونُ حُكْمُهُمْ حُكْمَ مَنْ لَا كِتَابَ لَهُ مِنَ الْكُفَّارِ، وَإِنْ كَانُوا [لَا يَكْفُرُونَهُمْ] وَ[<sup>(٤)</sup> لَا يَخْرُجُونَهُمْ مِنْ جُمْلَتِهِمْ، فَهُمْ كَسَائِرِ فِرْقِهِمْ، وَقَدْ سَبَقَ فِي النِّكَاحِ أَنَّ بَعْضَهُمْ أَطْلَقَ قَوْلَيْنِ فِي جَوَازِ مُتَاكِحَةِ السَّامِرَةِ وَالصَّابِئِينَ، وَسَيَأْتِي مِثْلُهُ فِي جَوَازِ تَقْرِيرِهِمْ<sup>(٥)</sup> بِالْجَزْيَةِ، وَلَا بَدَّ مِنْ مَجِيءِ هَذِهِ الطَّرِيقَةِ هَاهُنَا.

وَالثَّانِي: الْمَجُوسِيُّ، وَدِيَتُهُ ثَلَاثَا عَشَرَ دِيَةَ الْمُسْلِمِ، وَإِنْ شَتَّتْ قَلْتِ: خَمْسَهَا<sup>(٦)</sup>

وَخَمْسَ ثَلَاثَةٍ، وَبِهَذَا الْاِعْتِبَارِ يُقَالُ: إِنْ دِيَتُهُ خَمْسَ دِيَةِ الْيَهُودِيِّ، وَذَلِكَ مِنَ الْإِبِلِ سِتَّةٌ

(١) قَالَ الْحَافِظُ فِي التَّلْخِصِ: لَمْ أَجِدْهُ مِنْ حَدِيثِ عِبَادَةَ، إِلَّا فِي مَا ذَكَرَ أَبُو إِسْحَاقَ الْإِسْفَرَايِينِي فِي كِتَابِ «أَدَبِ الْجَدَلِ» لَهُ، فَإِنَّهُ قَالَ: رَوَاهُ مُوسَى بْنُ عَقِبَةَ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ يَحْيَى بْنِ عِبَادَةَ بِهِ، وَرَوَاهُ الشَّافِعِيُّ عَنْ فَضِيلِ بْنِ عِيَاضٍ عَنْ مَنْصُورِ بْنِ الْمُعْتَمِرِ، عَنْ ثَابِتِ الْحَدَّادِ عَنْ ابْنِ الْمُسَيْبِ: أَنَّ عَمْرَ قَضَى فِي دِيَةِ الْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ بِأَرْبَعَةِ آلَافٍ، وَفِي دِيَةِ الْمَجُوسِيِّ ثَمَانِمِائَةَ دَرَاهِمٍ، وَرَوَى الْبِيهَقِيُّ مِنْ طَرِيقِ الشَّافِعِيِّ عَنْ سَفْيَانَ بْنِ صَدْقَةَ بْنِ يَسَارٍ قَالَ: أَرْسَلْنَا إِلَى سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيْبِ أَسْأَلُهُ عَنْ دِيَةِ الْمُعَاهَدِ، فَقَالَ: قَضَى فِيهِ عُثْمَانُ بِأَرْبَعَةِ آلَافٍ، وَرَوَى عَبْدُ الرَّزَّاقِ فِي مُصَنَّفِهِ عَنْ رَبِيعِ بْنِ عُبَيْدِ اللَّهِ عَنْ حَمِيدِ بْنِ أَنَسٍ: أَنَّ يَهُودِيًّا قَتَلَ غِيلَةَ، فَقَضَى فِيهِ عَمْرُ بَاثِنِي عَشَرَ آلَافِ دَرَاهِمٍ، وَرَبِيعُ بْنُ زَيْدٍ، وَرَوَى الطَّحَاوِيُّ وَالْحَاكِمُ مِنْ حَدِيثِ جَعْفَرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْحَكَمِ: أَنَّ رِفَاعَةَ بْنَ السَّمُؤَالَ الْيَهُودِيَّ قَتَلَ بِالشَّامِ، فَجَعَلَ عَمْرُ دِيَتَهُ آلْفَ دِينَارٍ، وَهَذَا مُعْضَلٌ.

(٢) فِي ز: تَانِيَهُمَا. (٣) فِي الرَّوْضَةِ: مَلَا حَلَّةٌ فِي دِينِهِمْ.

(٤) سَقَطَ فِي ز. (٥) فِي ز: تَقْدِيمُهُمْ.

(٦) فِي.

وثلاثان، وإذا أثبتنا البدل، فهو من الذهب ستة وستون ديناراً [وثلاثا ديناراً]<sup>(١)</sup>، ومن الورق ثمانمائة درهم. وقال أبو حنيفة: ديتة كدية المسلم.

واحتج الأصحاب بأن ما ذكرناه قد روي عن عمر، وعثمان، وابن مسعود - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - قالوا: ولا مخالفة لهم من الصحابة - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - فصار ذلك إجماعاً، واستأنس الشَّارِحُ لـ«مختصر الجويني» الاعتبار خمس دية اليهودي والنصراني بأن قال: لليهود والنصارى كتاب ودين كان حقاً بالإجماع<sup>(٢)</sup> وتحلّ مناكحتهم، وذبايحهم، ويقرون بالجزية، وليس للمجوس من هذه الأمور الخمسة إلاّ التقرير بالجزية، فكانت ديتهم خمس ديتهم، ولا يخفى أن الدية في الصنفين إنما تجب إذا كان القتل<sup>(٣)</sup> معصوماً إما بعقد الذمة، أو بعهد جرى معهم مؤقتاً، أو بأمان مثل أن دخل رسولاً، أو تاجر<sup>(٤)</sup>، ودية نساءهم على النصف من دية الرجال، وفي شرح «مختصر الجويني» وجه أن دية نساء المَجُوسِ كدية رجالهم؛ لأن ديتهم أقل الدييات، والأقل يحطّ منه شيء، كما أن [أقل]<sup>(٥)</sup> النفقات تستوي فيه الخادمة والمخدومة.

وفي «أمالي أبي الفرج» ذكر هذا الوجه في المَجُوسِ، وسائر الكفار الذين يجب فيهم مثل دية المجوسي، وشبه أقل الدية بغرة الجنين لا يختلف بالذكورة والأنوثة، والظاهر المشهور الأول، فتكون دية اليهودية والنصرانية بالدرهم [أربعة آلاف] درهم، ودية المجوسية أربعمائة درهم.

وعلى هذا قياس الأطراف ففي أصبع اليهودي والنصراني أربعمائة درهم وفي موضحته مائتا درهم، وفي أصبع المجوسي ثمانون درهماً، وفي موضحته أربعون، ويراعى في ديات هؤلاء التغليظ والتخفيف، وإذا قتل اليهودي عمداً أو شبه عمد وجبت عشر حِقَاقٍ، وعشر جِذَاعٍ، وثلاث عشر خَلِيفَةً وثلاث، وإذا لم يوجد ما يقتضي التغليظ وجب من بنتِ المَخَاضِ ستة وثلاثان، وكذلك من بنات اللُّبُونِ، وسائر الأخماس، وفي المجوسي عند التغليظ يجب حِقَّتَانِ وَجِدْعَتَانِ وَخَلْفَتَانِ وثلاثا خَلْفَةً، وعند التخفيف بنت مَخَاضٍ وثلاث، وبنت لبون وثلاث، وكذلك من سائر الأخماس.

الصنف الثالث: الكافر الذي ليس له كتاب، ولا شبهة كتاب كَعَبْدَةِ الأوثان والشمس والقمر، والزُّنَادِقَةِ، وفي معناهم المرتدون، فهؤلاء لا يفرض لهم عقد ذمة، ولكن لو فرض أمان بأن دخل بعضهم رسولاً كفيينا وبذلك عن قتله، فلو قتله قاتل

(٢) في ز: بالاجتماع.

(٤) في ز: بأجر.

(١) سقط في ز.

(٣) في ز: القتل.

(٥) سقط في ز.

وجبت أحْسُ الديات، وهي دية المَجُوسِي والوثني، وعابد الشمس والقمر، ولا يجب في المرتد شيء، فإنه مقتول بكل حال، وليس من أهل الأمان.

قال الإمام: ولو تحزبت طائفة من المرتدين، ومست الحاجة إلى سماع رسالتهم، فإذا جاءنا رسول منهم فقيل: لا يتعرض له، لكن لو قتل لم يتعلّق بقتله ضمان، وفي الزنديق للشيخ أبي محمد تردّد أنه يلحق بالمرتد، أو الوثني.

والأصح إلحاقه بالوثني؛ لأنه لم يسبق منه التزام الإسلام، وكان إلحاقه بالمرتدين من جهة أنه يظهر الإسلام، وإن كان يستسر بالكُفْر، فإظهاره للإسلام يجعل كإسلام المرتد من قبل، ومن لا عهد له ولا<sup>(١)</sup> ذمة ولا أمان من الكفار لا ضمان في قتله على أي دين كان المرتد<sup>(٢)</sup> وجميع ما ذكرناه في الكافر الذي بلغته دعوتنا، وخبر نبينا ﷺ.

أما من لا يبلغه دعوتنا، فلا يجوز قتله قبل الإعلام، والدعاء إلى الإسلام، ولو قتل، كان مضموناً خلافاً لأبي حنيفة، وبني الخلاف على أنه مخجوج عليه بالعقد عنده، وعندنا من لا تثبت لم تبلغه الدعوة الحجة، ولا تتوجه المؤاخذة، قال تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا﴾ [الإسراء: ١٥] وبم يضمن؟ أما الكفارة<sup>(٣)</sup> فتجب بلا تفصيل، ثم له أحوال ثلاث:

إحداها: إذا لم تبلغه دعوة نبي أصلاً، فعن القفال أنه يجب القصاص بقتله، فإنه لم يوجد منه عناد وإنكار، وهو على الفطرة الأصلية بأسرها لم يجب إلاّ أزش والظاهر أنه لا قصاص لعدم التكافؤ ونقل نصاب في أنه تجب الدية الكاملة أحس الديات فأقامهما بعض الأصحاب قولين يوجه أحدهما بأنه معذور والآخر بأنه لا دين له وقطع آخرون بوجود الأخص وحمل النص الآخر على الحالة الثانية.

الثانية: إذا كان متمسك بدين لم يبدل ولم يبلغ ما يخالف فيه الوجه الذهاب إلى وجوب القصاص وهو أقرب ها هنا لأن الدين الذي لم يُبدل حق وهو في التمسك به محسن والحالة هذه، وإذا قلنا لا يجب القصاص وهو الظاهر ففي الدية الواجبة وجهان أحدهما: الدية الكاملة والثاني: دية أهل ذلك الدين فإن منصب ذلك الدين لا يقتضي الزيادة عليها.

الثالثة: إذا كان متمسك بدين لحقه التبديل لكنه لم يبلغه ما يخالفه فلا يجب

(١) سقط في ز.

(٢) قال النووي: قد سبق خلاف في الذمي والمرتد إذا قتل مرتداً هل تجب الدية؟ فإن أوجبناها فهي دية مجوسي، ذكره البغوي.

(٣) في ز: الكفار.



القصاص بقتله لتعلقه بالدين المغير وكذلك الدية الكاملة وفيما يجب ثلاثة أوجه أحدها دية أهل ذلك الدين والثاني أخس الديات والثالث ذكره الإمام أنه لا يجب شيء لأنه ليس على دين حق ولا عهد له ولا ذمة وامتناعنا عن قتله كالامتناع عن قتل النساء والذراري والأشبه بالترجيح في الحالة الأولى والثالثة وجوب أخس الديات، وفي الثانية دية أهل ذلك الدين ومن أسلم في دار الحرب ولم يهاجر مع التمكن من المهاجرة أو دونه فقتله مسلم تعلق بقتله القصاص أو الدية، والعصمة بالإسلام على ما قاله ﷺ: «فإذا قالوها عصموا مني دمايتهم وأموالهم إلا بحقها» وعند أبي حنيفة لا يتعلق العصمة بالدار وقوله في الكتاب: ثلث دية المسلم معلم بالحاء والميم والألف وقوله ثمانمائة درهم بالحاء ويجوز أن يعلم بالواو لأن وجوب هذا المقدار تتفرع على أن للإبل بدلاً مقدراً من التقدير، وقوله: «كالمسلم المهاجر في العصمة» معلم بـ«الحاء» وقوله: «فلا دية لهم» بـ«الواو».

### البَابُ الثَّانِي فِي مَا دُونَ النَّفْسِ

قال الغزالي: وَهَذِهِ الْجِنَايَةُ إِمَّا جُرْحٌ أَوْ إِبَانَةٌ أَوْ إِبْطَالٌ مُنْفَعَةٌ (النُّوعُ الْأَوَّلُ الْجُرْحُ) وَفِي جَمِيعِهِ الْحُكُومَةُ إِلَّا فِي الْمَوْضِحَةِ فَبِهَا خَمْسٌ مِنَ الْإِبِلِ، فَإِنْ صَارَتْ هَاشِمَةً فَعَشْرٌ (م و)، وَإِنْ صَارَتْ مُثْقَلَةً فَخَمْسٌ عَشْرٌ، وَإِنْ صَارَتْ مَأْمُومَةً فَثَلَاثُ الدِّيَةِ، وَكَذَا الثُّلُثُ فِي كُلِّ جَائِفَةٍ، وَالْجَوْفُ مَا فِيهِ قُوَّةٌ مُجِيلَةٌ كَالْبَطْنِ وَالِدَّمَاعِ وَالْمِثَانَةِ وَدَاخِلِ الشَّرْجِ، وَأَمَّا بَاطِنُ الْإِخْلِيلِ وَالْقَمِّ وَدَاخِلُ الْأَجْفَانِ فَبِهَا وَجْهَانِ، وَهَذِهِ الْمَقْدَرَاتُ تَخْتَصُّ بِعَظْمِ الرَّأْسِ وَالْوَجْهِ سِوَى الْجَائِفَةِ فَإِنَّهَا تَقْدَرُ عَلَى سَائِرِ الْبَدَنِ، وَأَمَّا الْمُثْقَلَةُ وَالْهَاشِمَةُ فِي سَائِرِ الْبَدَنِ فَبِهَا الْحُكُومَةُ، وَتَغْنِي بِخَمْسٍ مِنَ الْإِبِلِ فِي الْمَوْضِحَةِ نِصْفَ عَشْرِ الدِّيَةِ فَيَجِبُ بِمِثْلِ نِسْبَتِهِ فِي الدَّمِيِّ وَالْمَرْأَةِ.

قال الرافعي: قد بان في الباب الأول قدر الدية الواجبة بقتل النفس وحققتها، والمقصود من هذا الباب بيان ما يجب من الدية فيما دون النفس، والجنابة على ما دون النفس كما سبق في باب الجراح ثلاثة أنواع: جرح، وإبانة طرف، وإزالة منفعة وإبطالها:

التنوع الأول: الجراحات وهي قسمان:

الأول: غير الجائفة ولنتكلم في جراحات الرأس والوجه من هذا القسم، ثم في الجراحات الواقعة في سائر البدن، أما الواقعة في الرأس والوجه ففي الموضحة خمس من الإبل لما روي عن عمرو بن حزم - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال في الكتاب

الذي كتبه إلى أهل اليمن: «وفي المَوْضِحَةِ خَمْسٌ مِنَ الْإِبِلِ»<sup>(١)</sup>.

وعن عمر - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - عن النبي ﷺ مثله<sup>(٢)</sup>، ولا فرق بين أن تكون الموضحة على الهامة، أو النَّاصِيَةِ، أو القذال<sup>(٣)</sup> أو الخُشَاء وهي العظمة التي تنطبق عليها صدفة الأذن، أو منحدر<sup>(٤)</sup> القَمْحُدَّة إلى الرقبة.

وذكر في العظمة الواصلة بين عمود الرقبة، وكرة الرأس وجه أنها ليست في محلّ الموضحة كالرقبة، ويشبه أن تكون هي المُنحدر المذكور، أو تكون هي منه، والجهة من الوجه والجينان والخذ وقصبة الأنف واللّخيان كلها محلّ الإيضاح، ولا فرق في ذلك بين المقبل بين اللّحين الذي تقع به المواجهة، وبين ما تحت المقبل وإن كان ما تحت خارجاً عن حدّ المغسول<sup>(٥)</sup> في الوضوء، وذلك لأن اسم الموضحة شامل لجميعها.

وقال مالك: الموضحة على الأنف واللّحي الأسفل لا توجب إلا الحكومة لبعدها عن الدّمَاغ، والذي ورد أن في الموضحة خمساً من الإبل في حق من تجب الدية الكاملة بقتله، وهو الحر المسلم الذكر، وهذا المبلغ نصف عشر ديته فتراعى هذه النسبة في حق غيره حتى يجب في موضحة اليهودي نصف عشر ديته، وهو بعير وثلاثان، وفي موضحة المرأة نصف عشر ديتها، وهو بعيران ونصف، وفي موضحة المجوسي ثلاثا بعير، وقد ذكرنا تقدير إبدالها بالدرهم من قبل إن جعلنا للإبل بدلاً مقدراً، هذا الذي ذكرناه ظاهر المذهب المشهور في الموضحة. وفي شرح «مختصر الجويني» أن الإيضَاطَ حَرِي قال: يجب في موضحة الوجه أكثر الأمرين من خمس من الإبل، وقدر الشّين يعني الحكومة، وأن ابن القطان حكى مثله عن أبي محمد الفارسي، ولا تفريع في هذا.

وإذا هشم العظّم مع الإيضاح وجب عشر من الإبل، وإن نفذ مع ذلك وجب خمسة عشر. وأما أرش المُنْقَلَة، فهو مروى في خبر عمرو بن حزم - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - منصوص عليه.

وأما وجوب العشر في الهاشمة، فقد حكى الإمام عن الأصحاب خلافاً في مأخذه، وذكر أن بعضهم روى عن زيد بن ثابت - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أن النبي ﷺ أوجب

(١) تقدم.

(٢) أخرجه البزار، وفي الباب عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده في السنن الأربعة، ورواه عبد الرزاق عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب مرسلًا.

(٣) القذال بفتح القاف، والخشاء بضم الخاء المعجمة وفتح الشين المعجمة بعدها همزة مدودة.

(٤) في ز: متحد. (٥) في ز: المقبول.

في الهاشمة عشرًا من الإبل<sup>(١)</sup>، وأن منهم من قال: لم يرد فيه خبر، وإنما قدر الواجب فيه بالاجتهاد، وذلك لأنها متوسطة بين شجتين لكل واحد منهما أرش مقدر، فيكون لهما أرش مقدر كالمُنْقَلَة، وهذا ما يوجد لعامة الأصحاب، ورواية عن زيد - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - موقوف عليه وقال مالك: يجب في الهاشمة أرش موضحة، وحكومة.

وفي أمالي أبي الفرج السرخسي نقل قول عن القديم كمذهب مالك، وإذا وصلت الجِرَاحَةُ إلى الخَرِيطةِ المُحِيطةِ بالدَّمَاعِ، وهي المأمومة، ففيها ثلث الدية، روي ذلك عن النبي ﷺ برواية عمر<sup>(٢)</sup> - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وفي كتاب عمرو بن حزم<sup>(٣)</sup> - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - لأن المأمومة جراحة وصلت إلى الجَوْفِ، وفي الجَائِفَة ثلث الدية على ما سيأتي إن شاء الله تعالى.

وأما الدَائِمَةُ الخَارِقَةُ للخريطة<sup>(٤)</sup>، ففيها طريقان ذكر الشيخ أبو حامد، ومن تابعه أن فيها ثلث الدية كالمأمومة، وأنه لا فرق بين أن تُخْرَقَ الخريطة، أو لا تخرقها، وحكى ذلك عن نص الشافعي - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فيما رواه القاضي الرُّوَيَانِي عن القاضي الطَّبْرِي، وأشار إلى القطع به، وفي «المهذب» أن أفضى [القضاة]<sup>(٥)</sup> الماوردي أوجب فيها مع ثلث الدية حكومة لخرق الخريطة.

والطريقة الثانية: حكى الفوراني وجماعة أن في الدَائِمَةُ تمام الدية؛ لأنها [تذفت]<sup>(٦)</sup> وعلى هذا جرى الإمام، وقال: ليست الدائمة من الجراح، وإنما توحى وتذفف تَذْفِيفَ حَزِّ الذقنة، والأولون كأنهم يمنعون كونها مذففة، ولو هشم العظم ولم يوضح، فوجهان:

أحدهما: وبه قال ابن أبي هريرة أن الواجب فيه الحكومة؛ لأنه كسر عظم بلا إيضاح، فأشبهه كسر سائر العظام.

وأصحهما: وبه قال أبو إسحاق، ويقال: إن القفال قطع به أنه يجب، فيه خمس من الإبل؛ لأنه لو أوضح، وهشم وجب عشر من الإبل<sup>(٧)</sup>، ولو تجرّد الإيضاح لم

(١) أخرجه الدارقطني موقوفًا، وكذا أخرجه عبد الرزاق والبيهقي. قاله الحافظ في التلخيص.

(٢) أخرجه البيهقي وسنده ضعيف، لكنه في سنن أبي داود من رواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وقال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على القول به إلا مكحولًا، فإنه فرق بين العمد، والخطأ، فقال: الثلث في الخطأ، وفي العمد ثلثا الدية. قاله الحافظ في التلخيص.

(٣) تقدم.

(٤) في هامش أ: الخريطة: الدماغ.

(٥) سقط في ز.

(٦) سقط في ز.

(٧) وتوجيهه أن جنابته هي النسبة في الإيضاح، لكن أسقطه في المحرر والمنهاج لأن البط والشق من فعل المجروح فلا يكون مضمونًا على الجاني.

يجب إلا خمس، فيكون الخمس في مقابلة الهشم، فيجب عند تجرّد الهشم. وفي «منهاج الجويني» أن الشافعي - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - نصّ على الوجه الثاني، ولو نقل العظم من غير إيضاح، فالواجب الحكومة، أو عشر من الإبل، فيه مثل هذين الوجهين.

وفي «الرّم» وغيره أن موضع الوجهين ما إذا لم يحوج الهشم إلى البَطّ والشَّقّ لإخراج العظم وتقويمه فإن أحوج إليه، فالذي أتى به هاشمة يجب فيه ما يجب في الهاشمة.

وإذا أوضح واحد، وهشم آخر، ونقل ثالث، وأمّ رابع، فعلى الأول القصاص، أو خمس من الإبل، وعلى الثاني خمس [من الإبل]، وعلى الثالث خمس [من الإبل]، وعلى الرابع فضل أرش المأمومة وعلى أرش المُتَقَلَّة، وهي ثمانية عشر وثلث، بعير هذا هو الصحيح وفي كتاب القاضي ابن كَجّ وغيره وجه آخر أنهم يجعلون شركاء [في] (١) المأمومة، فيكون ثلث الدية (٢) عليهم أرباعاً، ولو جاء خامس وخرق خريطة الدماغ، ففي «التهذيب» أن عليه دية النفس كمن خز رقبة إنسان بعد ما قطعت أطرافه، وهذا على طريقة من قال: إن الدماغ مذففة، وأما ما قبل الموضحة من الشجاج كالدائمة (٣) والخارصة والباضعة والمتلاحمة فليس فيها أرش مقدر، لأن التقدير يعتمد التوقيف، ولم يرد فيه توقيف، وقد روي عن مكحول - رحمه الله - رسلاً أن النبي ﷺ جعل في الموضحة خمساً من الإبل (٤)، ولم يوقف فيما دون ذلك شيئاً، ثم منهم من أطلق بأن الواجب فيها الحكومة.

وقال الأكثرون (٥): إن لم يمكن معرفة قدرها من الموضحة، فكذلك، ولا تبلغ حكومتها أرش موضحة، وإن أمكن أن يعرف قدرها بأن كان على رأسه موضحة إذا قيس بها الباضعة أو المتلاحمة عرف أن المقطوع نصف، أو ثلث في عمق اللحم، فيجب قسطه من أرش الموضحة، وإن شككنا في قدرها من الموضحة أوجبنا التعيين. قال الأصحاب: وتعتبر مع ذلك الحكومة، ويجب أكثر الأمرين من الحكومة، وما

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: الثلث.

(٣) في أ: الدماغ.

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة والبيهقي من طريق ابن إسحاق عنه به وأتم منه، وروى عبد الرزاق عن شيخ له عن الحسن: أن رسول الله ﷺ لم يقض فيما دون الموضحة بشيء، ورواه البيهقي عن ابن شهاب وربيعة وأبي الزناد وإسحاق بن أبي طلحة رسلاً. قاله الحافظ في التلخيص.

(٥) ما نقله عن الأكثرين قد نوزع فيه فإن الذي نسبه الماوردي لجمهور الأصحاب إنما هو وجه الحكومة وهو ظاهر نص الشافعي وكأنه يشير إلى قوله في الأم ولم أعلم أن رسول الله ﷺ قضى فيما دون الموضحة من الشجاج بشيء.

يقتضيه التقييط؛ لأنه وجد بسبب كل واحد منهما فيعتبر الأكثر كما سيأتي في قَطْع بعض اللسان، وذهاب بعض الكلام.

وعن الشيخ أبي محمد أن الخلاف في أن الواجب في المُتَلَاخِمَةِ الحكومة، أو يقدر أَرَشُهَا بالنسبة إلى العُمُقِ مبني على الخلاف الذي تقدّم في أنه هل يجب في المُتَلَاخِمَةِ القصاص؟ هذا الكلام في الجراحات على الوجه والرأس.

وأما الجراحات على سائر البدن فليس في إيضاح عظامه، ولا هشمها ولا في الثقل أرش مقدر، ووجهه أن الأخبار الواردة كالموضحة والهاشمة والمُنْقَلَة لا يتناولها من جهة اللَّفْظِ لاختصاص هذه الأشياء بجراحات الرأس والوجه، كاختصاص اسم الشَّجَاجِ، وليست هي في معانيها<sup>(١)</sup>؛ لأن الخوف والخَطَرِ في جراحات الرأس والوجه أعظم والشُّين فيها أشد تأثيراً لوقوع النظر عليهما، وتعلّق الجَمَالِ بهما، وأيضاً فأرش نفس العضو لا ينبغي أن ينقص عن أرش الجناية على العضو، وليس في الأثْمَلَةِ الواحدة إلا ثلاثة أُبْعِرَة وثلاث، فكيف نوجب في إيضاح عظمها خمساً من الإبل؟

القسم الثاني: من الجراحات الجائفة، ففيها ثلث الدية لما روي في كتاب عمرو بن حزم - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - عن النبي ﷺ: «أَنَّ فِي الْجَائِفَةِ ثَلَاثُ الدِّيَةِ». وعن رواية عمر - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - مثله، والجائفة الجِرَاحَةُ الوَاصِلَةُ إِلَى الجَوْفِ كالمأمومة الواصلة إلى أم الدَّمَاعِ، وكذا الجراحة الواصلة إلى الجوف من البَطْنِ، أو الصدر، أو ثغرة النحر، أو الجنين، أو الحَاصِرَةِ أو الورك أو من العجان إلى داخل الشرج والعجان هو ما بين الخصية والفَتْحَةِ، وكذا الجراحة النَّافِذَةُ إِلَى الحَلْقِ مِنَ القَفَا أو الجانب المَقْبَلِ<sup>(٢)</sup> من الرُّقْبَةِ، والنَّافِذَةُ إِلَى<sup>(٣)</sup> المَثَانَةِ<sup>(٤)</sup> من العانة، وفي النَّافِذَةُ إِلَى مَمَرِ البَوْلِ مِنَ الذَّكَرِ وجهان:

أحدهما: أنها جائفة لحصولها من الظاهر والباطن.

وأظهرهما: المنع؛ لأنه لا يعدّ من الأجواف، وليس فيه قوة تحييل الغذاء والدواء، وإنما يقدر الأرش في الجِرَاحَةِ الوَاصِلَةِ إِلَى الجوف الذي فيه هذه القوة لزيادة الخَطَرِ فيها، ولو نفذت الجراحة إلى داخل الفم بهشم الخَدِّ أو اللَّحْيِ، أو بخرق الشَّفَةِ، أو الشَّدْقِ، أو إلى داخل الأنف بهشم القُصْبَةِ، أو بخرق المَارِنِ، فهل هي جائفة؟ فيه قولان، ويقال: وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنها جراحة وصلت إلى الباطن من الظاهر، فأشبهت الجراحة الواصلة إلى جوف الرأس والبطن.

(٢) في ز: المقل.

(٤) في ز: إلى.

(١) في أ: معناها.

(٣) في ز: من.

وأظهرهما: المنع؛ لأنهما ليسا من الأجواف الباطنة، ألا ترى أنه لا يحصل الفطر بما يصل إليهما، ولا يعظم فيهما الخطر، بخلاف ما يصل إلى جوف الرأس والبطن.

ومنهم من خصص الخلاف بما إذا نفذت الجراحة إلى الفم والأنف بهشم العظم، وقطع فيما إذا نفذت بحرق الشفة والمآرن أنها لا تكون جائفة، فإن جعلنا الجراحة النافذة إلى الفم والأنف جائفة، فكذلك وإلا ففي<sup>(١)</sup> صورة هشم<sup>(٢)</sup> العظم يجب أرش هاشمة<sup>(٣)</sup>، أو منقلة وزيادة حكومة للنفوذ إلى الفم والأنف، ولا تدخل حكومة الخرق في أرش الهاشمة أو المنقلة؛ لأنها جناية أخرى، ويجري مثل الخلاف المذكور في الجراحة الواصلة إلى الفم والأنف في الجراحة الخارقة للجفن إلى بيضة العين، ففي وجه هي جائفة.

وفي وجه ليس فيها إلا الحكومة وهو الأظهر، ولو وضع السكين على الكتيف وحزّه حتى بلغ البطن، أو على الفخذ وحزّه<sup>(٤)</sup> حتى بلغ البطن، وأجاف فعليه مع أرش الجائفة حكومة بجراحة الكتف والفخذ فإنها في غير محل الجائفة، وبخلاف ما لو وضعه على صدره وحزّه حتى أجاف في البطن، أو في ثغرة النحر حيث لا تجب الحكومة مع أرش الجائفة، لأن جميعه على الجائفة، ولو أجاف في جميعه لم يلزم إلا أرش الجائفة، فلأن لا يلزم الجائفة في البعض كان أولى.

ولا فرق بين أن يجيف بحديدة، أو بخشبة محددة<sup>(٥)</sup> الرأس<sup>(٦)</sup> ولا [فرق] بين أن تكون الجائفة واسعة أو ضيقة حتى لو غرّز فيه إيبرة، فوصلت إلى الجوف، فقد أجافه.

وعن ابن القطان أن من الأصحاب من قال: إنما يعطى له حكم الجائفة إذا قال أهل الخبرة: إنه يخاف منه الهلاك.

وقوله في الكتاب: «ففيها خمس من الإبل» معلم ب«الواو».

وقوله: «في الهاشمة» معلم بالميم والواو.

وقوله: «والجوف ما فيه قوة محيلة ليس المقصود منه حصر الجوف، والجائفة فيما فيه قوة محيلة للخلاف المذكور على الأثر في باطن الإخليل، وباقي المسائل فإن من يقول: إن الجراحة الواصلة إليها جائفة لا يقول بالحصر، ولكن الغرض أن نبين أن الواصل إلى ما فيه تلك القوة جائفة بالاتفاق، وفي الواصلة إلى سائر الأجواف خلاف.

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: جائفة.

(٤) في ز: مخففة.

(٥) في ز: وجزه.

(٦) قضيته اشتراط التحديد سواء كان تحديداً أو بغيره من المحدود.

وقوله: «فأما المُتَقَلَّةُ والهاشمة في سائرِ البَدَنِ، ففيها الحكومة» مستغنى عنه؛ لأنه قد ذكر من قبل أن في الجُرُوح جميعها الحكومة إلا في الموضحة والهاشمة والمُنَقَلَّة والمأمومة والجائفة، وبين أن التقدير فيما سوى الجائفة تخصيص بالرأس والوجه، والمقدمتان معرفان أن الهاشمة والمنقلة في سائر البدن لا ينفذ الواجب فيها.

وقوله: «ونعني بخمس من الإبل في الموضحة...» إلى آخره المراد به: أن الخمس بعينها لا تجب أرساً في كل موضحة، وإنما تجب في موضحة الرجل الكامل، وهو نصف عشر ديته، فتقاس به موضحة غيره كما بيئنا.

قال الغزالي: وَمَهْمَا اتَّحَدَتِ الْمُوضِحَةُ فَأَرَشَ وَاحِدٌ وَلَوْ اسْتَوْعَبَ الرَّأْسَ، وَتَعَدَّدَهَا إِمَّا بِاخْتِلَافِ الصُّورَةِ أَوْ الْمَحَلِّ أَوْ الْحُكْمِ أَوْ الْفَاعِلِ (أَمَّا الصُّورَةُ) فَمُوضِحَتَانِ فِي مَوْضِعَيْنِ فِيهِمَا أَرَشَانِ، فَإِنْ رَفَعَ الْجَانِي الْحَاجِزَ تَدَاخَلَ الْكُلُّ إِلَى وَاحِدٍ، وَإِنْ رَفَعَ غَيْرَهُ لَمْ يَتَدَاخَلَ، فَإِنْ لَمْ يَبْقَ بَيْنَ الْمُوضِحَتَيْنِ حَاجِزٌ سِوَى الْجِلْدِ أَوْ اللَّحْمِ اتَّحَدَ عَلَى وَجْهِهِ، وَتَعَدَّدَ عَلَى وَجْهِهِ، وَيَتَّحَدُ بِنَقَاءِ اللَّحْمِ دُونَ الْجِلْدِ عَلَى وَجْهِهِ (وَتَعَدَّدُ الْمَحَلُّ) بِأَنْ يُخْرِجَ الْمُوضِحَةُ الْوَاحِدَةَ مِنَ الرَّأْسِ إِلَى الْجَنْبَةِ، وَفِي تَعَدُّ الْأَرَشِ وَجْهَانِ (وَتَعَدَّدُ الْفَاعِلُ) بِأَنْ يُوسِّعَ إِنْسَانٌ مَوْضِحَةً غَيْرَهُ فَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ أَرَشٌ، وَإِنْ كَانَ هُوَ الْمُوسِّعَ لَمْ يَزِدْ إِلَى الْأَرَشِ (وَتَعَدَّدُ الْحُكْمُ) بِأَنْ يَكُونَ بَعْضُ الْمُوضِحَةِ عَمْدًا وَبَعْضُهَا خَطَأً أَوْ بَعْضُهَا قِصَاصًا وَبَعْضُهَا عُدْوَانًا، وَفِي نُزُولِهِ مَثَلَةٌ تَعَدُّ الصُّورَةَ وَجْهَانِ.

قال الرافعي: لا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ تَكُونَ الْمُوضِحَةُ صَغِيرَةً أَوْ كَبِيرَةً وَاسِعَةً، وَلَا يَجِبُ فِيهَا إِلَّا خَمْسٌ مِنَ الْإِبِلِ، وَيَتَّبِعُ اسْمَ الْمُوضِحَةِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْبَارِزَةِ وَالْمَسْتُورَةِ بِالشَّعْرِ، وَلَا بَيْنَ الَّتِي يَتَوَلَّدُ مِنْهَا شَيْنٌ قَبِيحٌ، وَبَيْنَ الَّتِي لَا يَتَوَلَّدُ، وَإِذَا تَعَدَّدَتِ الْمُوضِحَةُ تَعَدَّدَ الْأَرَشُ، وَتَعَدَّدَهَا يَفْرَضُ بِأَسْبَابٍ:

أحدها: اختلاف الصورة بأن أوضح رأسه في موضعين، وبقي الجلد واللحم بينهما كما كانا فيجب أَرَشَانِ، ولا فرق بين أن يرفع الحديدية عن موضحة ثم يضعها على موضع آخر، فيوضحه، وبين أن يجرها على الرأس موضع الإيضاح إلى أن يتحامل عليها في موضع آخر، فيوضحه والجلد واللحم بينهما سليمان.

وحكى الإمام في الحالة الثانية وجهاً ضعيفاً أن الحاصل موضحة واحدة لاتحاد الفعل، وتواصل الحركات، ولو كثرت المواضع، تعدد الأرش بحسبها، فلا ضبط.

وفيه وجه أنها إذا كثرت، وصارت بحيث لو أوجبتا لكل واحد خمساً من الإبل لزيد المبلغ على دية النفس، فلا نوجب أكثر من دية النفس، كما أنا على قول لا نوجب

[في] <sup>(١)</sup> قَلَع الأسنان كلها إلا دية النفس، والصحيح الأول، وقطع به القاضي ابن كَجَّ، وفرق بين الموضّحات، والأسنان بأن الأسنان معلومة مَضْبُوطَةٌ كالأصابع، فجاز ألا يزداد بَدَلُهَا على دية النفس كالأصابع والموضّحات ليست مضبوطة قدرأ ولا عدداً، فيجب <sup>(٢)</sup> أرشها بحسب وجودها، ولو لم يَتَّقِ الحاجز من موضعي الإيضاح بكماله، ولكن بقي الجلد دون اللحم، أو بالعكس ففيه وجوه جمعها الإمام وصاحب الكتاب.

وأصحها: أن الحاصل موضحة واحدة، وإنما يثبت التعدد إذا اتفقا جميعاً؛ لأنه إذا زال أحدهما، فقد أثبت الجناية على الموضع كله، وهي فيما بين موضعي الإيضاح متلاحمة، أو نحوها، ولو استوعب الإيضاح الموضع كله لما وجب إلا أرش واحد، فهانها أولى.

والثاني: أن الحاصل موضّحتان، ويكتفي بما بقي منهما حاجزاً اتباعاً لصورة الوضوح <sup>(٣)</sup>.

والثالث: أن اللحم وحده يصلح حاجزاً دون الجلد، فإن بقي الجلد وحده <sup>(٤)</sup> فهي موضحة واحدة وإن بقي اللحم وحده، فهما موضّحتان؛ لأن اللحم هو الساتر للعظم المنطبق عليه، فيكون الاعتبار به.

والرابع: أن الجلد يصلح حاجزاً دون اللحم، فإذا بقي الجلد، فهما موضّحتان؛ لأن الجلد هو الذي يظهر للناظرين، فإذا بقي على اتصاله لم يكن العظم واضحاً، ومنهم من قطع بأن اللحم وحده لا يصلح حاجزاً، ونفى الوجه الثالث.

وإذا قلنا: لا يثبت التعدد إلا إذا بقيا جميعاً، فلو أوضح في موضعين. ثم أوغل الحديدية ونفذهما من الموضحة إلى الموضحة في الداخل، ثم سلّهما، فهل يقال بأنهما اتّحدتا؟ حكى الإمام فيه وجهين، ولو عاد الجاني [ورفع الحاجز] <sup>(٥)</sup> بين الموضّحتين قبل الاندِمَالِ عاد الأرشان إلى واحد، وكان كما لو أوضح في الابتداء موضحة واسعة.

قال الإمام: وهذا مستمرّ على النَّصِّ في تداخل الدييات إذا قطع يديه ورجليه، ثم حَزَّرَ رقبته.

وخرج ابنُ سريج أنها لا تتداخل على ما سيأتي إن شاء الله - تعالى - فعلى قضية تخريجه يلزم ها هنا برفع الحاجز أرش ثالث، ونقل القاضي ابن كَجَّ وجهاً أنه لا يجب عليه لدفع الحاجز شيء، لكن لا يسقط <sup>(٦)</sup> به شيء من الأرش؛ لأن زيادة الجنائية تبعد

(٢) في ز: فجاز.

(٤) سقط في ز.

(٦) في ز: الإسقاط.

(١) سقط في ز.

(٣) في ز: الموضوح.

(٥) سقط في ز.



أن تكون مسقطه لما وجب ظاهر المذهب الأول، ولو تأكل<sup>(١)</sup> الحاجز بينهما كان كما لو رفعه الجاني؛ لأن الحاصل بسراية فعله منسوب إليه<sup>(٢)</sup> كالحاصل بفعله، ولو رفع الجلد أو<sup>(٣)</sup> اللحم أو تأكل أحدهما دون الآخر، ففيه الخلاف المذكور، ولو رفع الحاجز غير<sup>(٤)</sup> الجاني، فعليه أرش موضحة، وعلى الأول أرشان، ولا يبنى فعل الثاني على فعل الأول، بخلاف ما إذا كان الجاني واحداً، ولو رفعه المجني عليه، ففعله هدر، ولا يسقط به شيء مما وجب على الجاني، ولو أوضح رأسه اثنان كل واحد منهما<sup>(٥)</sup> موضحة، فتأكل الحاجز بينهما عادتا إلى واحدة، وعلى كل واحد منهما نصف الأرش، ولو اشتركا في موضحتين، ثم رفع أحدهما الحاجز بينهما، فعلى الذي رفع نصف أرش موضحة، وعلى الآخر أرش موضحة، لأنهما عادتا إلى موضحة واحدة في حق رافع الحاجز، دون الآخر ذكره في «البيان» ولو شجّه شجّة منها متلأحمة أو سُمحاق، ومنها موضحة، فالواجب فيهما أرش موضحة وتدخل فيه حكومة المتلأحمة والسُمحاق؛ لأنها لو كانت موضحة بأسرها لم يجب إلا أرش موضحة، فهنا أولى، وإذا اقتصر فيها من الموضحة، فهل له أخذ الحكومة لما حولها من المتلأحمة والسُمحاق؟

قال صاحب «التهذيب» يحتمل أن يكون على وجهين كما لو قطع يده من نصف الكف فاقتصر المجني عليه من الأصابع، هل له حكومة نصف الكف؟ فيه وجهان:

والسبب الثاني: اختلاف المحل، فلو نزل في الإيضاح من الرأس إلى الجبهة، إما لشمول [اسم]<sup>(٦)</sup> الإيضاح، أو بأن أوضح شيئاً من الرأس، وشيئاً من الوجه وجرح<sup>(٧)</sup> بينهما جراحة، دون الموضحة، ففيه وجهان:

(١) في ز: تأكد.

(٢) وهذا نص عليه الشافعي في الأم وجرى عليه الأصحاب وقال القاضي أبو الطيب في تعليقه أنه لا خلاف فيه، وحاول ابن الرفعة تخريج وجه فيه موضعين أحدهما: أن السراية إلى الأجسام في جنابة العمد هل يكون أرشها في مال الجاني حالاً أو على العاقلة إلحاقاً له بالخطأ وفيه وجهان تفریباً على الأصح له لا قصاص فيها. ثانيها: أن يتفرع الإيضاح الواحد إلى عمد وخطأ هل يكون كاختلاف الجاني أم لا وفيه خلاف وحينئذ فيقال إن كان جرح كل موضحة عمداً وقلنا، إن العمد كالخطأ وإن اختلاف الموضحة الواحدة إلى عمد وخطأ كموضحتين من شخصين لم يتحد الأرش بل يجب ثلاث أرش واحد على العاقلة واثنان على الجاني والأوجب أرش واحد على الجاني في وجه، وعليه وعلى عاقلته في آخر. وإن كان جرح كل من الموضحة خطأ بأرش ما سرى إليه الجري على العاقلة، ولو كان جرح كل موضحة خطأ اتخذ الأرش عند السريان جزءاً.

(٣) سقط في ز.

(٤) في ز: عند.

(٥) في ز: وخرج.

(٦) سقط في ز.

أحدهما: أن الحاصل موضحة واحدة، والواجب أرش واحد؛ لأن الجبهة<sup>(١)</sup> والرأس كليهما محلّ الإيضاح، فأشبه ما إذا أوضح رأسه في موضعين، وجرح ما بينهما.

وأصحهما: أن الحاصل موضحتان؛ لأن الرأس والوجه عُضْوَان مختلفان، ولهذا قلنا: لو أوضح رأس غيره، ورأس الشَّخِّ أصغر من رأسه لا يجوز النزول في القصاص إلى الجَبْهَةِ، وذلك لاختلاف المحلّين<sup>(٢)</sup>، ولو شملت الموضحة الجبهة، والوَجْهَةَ.

قال الإمام: في الاتحاد تردد، والأظهر الاتحاد تنزيلاً لأجزاء الوجه منزلة أجزاء الرأس، وقد سبق في القصاص حكاية وجه أنه إذا كانت ناصية الجاني أصغر لا يعدل إلى غير الناصية، ففضية ذلك الوجه إذا وقعت الموضحة على متصل الناصية وغيرها من أجزاء الرأس، ولو حَزَّ السكين من موضحة الرأس إلى القفاً وجرح<sup>(٣)</sup> مع الإيضاح، أو دونه فعليه مع أرش الموضحة حكومة لجراحة القفاً؟ لأن القفا ليس محلّ الموضحة، ولو حَزَّ السكين من موضع الرأس إلى الجبهة، وجرحها جراحة متلاحمة.

فإن قلنا: لو أوضح في الجبهة أيضاً كان الحاصل موضحة واحدة دخلت حكومة جراحة الجبهة في أرش موضحة الرأس. وإن قلنا: الحاصل جراحة وجب حكومة جراحة الجبهة مع أرش الموضحة، كما ذكرنا في جراحة القفاً.

والثالث: تعدّد الفاعل، وذلك بأن أوضح رأس إنسان، فجاء آخر ووسّع تلك الموضحة، وزاد في الإيضاح أو أوضح قطعة متصلة بطرف موضحة الأول، فيجب على الثاني أرش كامل أيضاً، وإن كانت الموضحة واحدة في الصورة، وإن وسع الأول الموضحة والصحيح وهو المذكور في الكتاب أنه لا يلزمه إلا أرش واحد، كما لو أوضح أولاً<sup>(٤)</sup> كذلك. وفيه وجه آخر<sup>(٥)</sup> أنه كما لو وسع غيره، وهذا الخلاف كالاختلاف المذكور فيما إذا رفع الحاجز بين موضحتيه.

والرابع: اختلاف الحكم بأن أوضح موضحة واحدة هو في بعضها مخطيء، وفي بعضها متعمد، أو أوضح موضحة هو في بعضها مقتص، وفي بعضها متعدّ ففيه وجهان:

أحدهما: أن الحاصل موضحة واحدة لاتحاد الصورة، والجاني، والمحلّ.

وأظهرهما: موضحتان؛ لأن اختلاف البعضين في الحكم كاختلاف الجاني والمحلّ، أو أعظم منه.

(٢) في ز: المجلس.

(٤) في ز: ولا.

(١) في ز: الجبهة.

(٣) سقط في ز.

(٥) سقط في ز.

وإن قلنا بالأول ورزق الأرض على البعضين<sup>(١)</sup>.

وإن قلنا بالثاني، فيجب أرش كامل لما تعدى به، والصورة الثانية وهي أن يكون تبعيضها قصاصاً، أو بعضها عُذواناً مذكور في الكتاب في باب «الجراح» مرة.

ولو أوضح موضحتين عمداً، أو رفع الحاجز بينهما خطأ، وقلنا: بالصحيح أنه لو رفع عمداً تداخل الأرشان، ففيه وجهان لاختلاف الحكم، فإن جعلناه مؤثراً، فعليه أرش ثالث، وإلا لم يلزم إلا واحد<sup>(٢)</sup>.

وقوله في الكتاب: «فأرش واحد وإن استوعب الرأس» قد حكينا تردداً في أن اختلاف أطراف الوجه، هل توجب تعدد الموضحة الواقعة عليها؟ وبينا في أطراف الرأس وأجزائه ما يقتضي طرد هذا التردد فيها<sup>(٣)</sup>.

وقضية ذلك أن يعلم قوله: «وإن استوعب الرأس» به «الواو».

وقوله: «تداخل الكل إلى واحد» معلم به «الواو»، ويجوز أن يعلم بهذا الوجه الثالث في مسألة الجلد واللحم<sup>(٤)</sup> لما ذكرنا أن منهم من نفاه، وقوله: «لم يزد الأرش» كذلك.

قال الغزالي: وَأَمَّا الْمُتَلَاخِمَةُ فَوَاجِبُهَا حُكُومَةٌ، وَقِيلَ: يَتَقَدَّرُ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْمُوضَّحَةِ، وَتَعَدُّ الْجَائِفَةَ وَاتِّحَادَهَا بِأَرْتِفَاعِ الْحَاجِزِ كَتَعَدُّ الْمُوضَّحَةِ، وَلَوْ ضَرَبَهُ بِمَشْقَصٍ فِي بَطْنِهِ فَجَائِفَتَانِ فَيَجِبُ عَلَيْهِ أَرْشَانِ، وَإِنْ نَقَدَ سَنَانَ وَاحِدٍ مِنَ الْبَطْنِ إِلَى الظَّهِيرِ فَهُوَ أَيْضاً جَائِفَتَانِ عَلَى الصَّحِيحِ، وَالتَّحَامُ الْمُوضَّحَةِ وَالْجَائِفَةِ لَا يُوجِبُ سُقُوطَ الأَرشِ بِخِلَافِ عَوْدِ السَّنِّ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ مَسَائِلُ:

إحداها: ذكرنا في الفصل الأول من الباب أن المتلاحمة ليس لها أرش مقدر، وأن منهم من أطلق القول بأن فيها الحكومة.

ومنهم من قال: ينسب إلى الموضحة إن أمكن معرفة النسبة، وفرض الإمكان فيها إذا كان على رأسه موضحة قريبة من المتلاحمة، فيقاس بها المقطوع من المتلاحمة،

(١) في ز: التبعيض.

(٢) قال النووي في زوائده أرجحهما: أرش فقط. والله أعلم. وتعمقه الزركشي فقال: هذا ترجيح عجيب، فإن كلام الشافعي مصرح بترجيح ثالث فإنه قال: فيه وجهان لاختلاف الحكم فإن جعلناه مؤثراً فعليه أرش ثالث في مسألتنا.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

وقد ذكرنا في القصاص أن بعضهم اعتمد غمر الرأس والضبط بالنجمين، وإذا جاز اعتماد ذلك في القصاص فأولى أن يجوز في الدية.

**الثانية:** يتعدد أرش الجائفة بتعددّها، فلو أجاف جائفتين، ثم رفع الحاجز بينهما، أو تأكل ما بينهما، ورفع غير الجاني، فعلى ما ذكرنا في الموضحة، وتتعدد الجائفة بتعدد الصورة بأن يجرحه جراحتين نافذتين إلى الجوف، فإن بقي بينهما الجلدة الظاهرة، وانخرق ما تحتهها أو بالعكس، فيشبه أن يكون الحكم كما ذكرنا في الموضحة، ويتعدد المحل بأن ينفذ جراحتين إلى جوفين، ويتعدد الفاعل بأن يوسع جائفة غيره، وفصله الأصحاب فقالوا: إن أدخل السكين في جائفة غيره، ولم يقطع شيئاً، فلا ضمان عليه ويعزر، وإن قطع شيئاً من الظاهر دون الباطن، أو بالعكس، فعليه حكومة، وإن قطع من جانب بعض الظاهر، ومن جانب بعض الباطن.

قال في «التتمة»: ينظر في ثخانة الجلد واللحم، ويقسط أرش الجائفة على المقطوع من الجانبين، وقد يقتضي التقييد تمام الأرش بأن قطع نصف الظاهر من جانب، ونصف الباطن من جانب، ولو لم يقطع من أطراف الجائفة شيئاً، ولكن زاد في غورها<sup>(١)</sup>، أو كان قد ظهر عضو باطن كالكبِد والطحال، فغرز السكين فيه، فعليه الحكومة، ولو عاد الجاني، ووسع الجائفة، أو زاد في غورها لم يزد الواجب، وكان كما لو أجاف ابتداء كذلك، ويمكن أن يعود فيه الوجه في توسعة الموضحة، ويجيء في اختلاف حكم الجائفة، وانقسامها إلى عمد<sup>(٢)</sup> وخطأ ما سبق في الموضحة، ولو ضربه بسنان أو مشقّص له رأسان، فنفذ إلى جوفه<sup>(٣)</sup> والحاجز بينهما سليم، فهما جائفتان كما لو نفذهما بآلتين وبضربتين ولو طعنه ونفذ السنان من البطن حتى خرج من الظهر، أو من أحد الجنين إلى الآخر، ففيه وجهان ويقال: قولان:

**أصحهما:** ويحكى عن مالك أن الحاصل جائفتان لما روي عن أبي بكر - رضي الله عنه - أنه قضى فيه بثلثي الدية، ولم يخالف، وأيضاً فإنه جرحه جراحتين نافذتين إلى الجوف.

**والثاني:** أن الحاصل جائفة واحدة، ولأن الثانية نفذت<sup>(٤)</sup> إلى الظاهر من الباطن، والجائفة: هي التي تنفذ إلى الجوف من الظاهر.

وفي «الشامل» نسبة هذا إلى أبي حنيفة.

وفي «التهذيب» وغيره أن مذهبه كالأول.

(٢) سقط في ز.

(١) في ز: عددها.

(٤) سقط في ز.

(٣) في ز: الوجه.

وإذا قلنا بالوجه الثاني فقد قيل: لا يجب إلا أرش واحد، والأظهر وهو رواية ابن القَطَّان وغيره أنه يجب حكومة أيضاً للجراحة الحاصلة في الظهر.

الثالثة: إذا أوضع رأسه فاندمل أطراف الجِرَاحَةِ وبقي شيء من العَظْم بارز لم يسقط شيء من الأرش، وإن التحم الموضع، ولم يبق شيء بارز من العَظْم، فكذلك على ظاهر المذهب.

وفي «التتمة» أنه إن لم يبق شيء ولا أثر، فقد خرج وجهه من مسألة عود السن أنه يسقط الأرش.

وإن بقي شئين بارز فيعود الواجب إلى الحكومة أخذاً من وجه مثله نذكره في الجَائِفَةِ، وفرق على المذهب بأن السن لا يعود في العادة، والواجب فيه واجب للخلل<sup>(١)</sup> الحاصل بِقَدِّ السن، وإذا عاد فلا<sup>(٢)</sup> خَلَل والموضحة تَنَدِمِلُ إذا لم يَسِرْ، فلو كان الواجب فيها يسقط بالاندمال لكانت الموضحة كسنّ الصبي الذي لم يثغر، ولما وجب فيها شيء في الحَالِ، ولما وجب علم أنه وجب في مقابلة الجزء<sup>(٣)</sup> الذي ذهب، والألام التي لحقت<sup>(٤)</sup> المجني عليه، والمذهب في الجائفة أيضاً أنها إذا اندملت لم يسقط الأرش، ولا شيء فيه.

وعن صاحب «الإفصاح» وجه أنه يعود الواجب إلى الحكومة تخريجاً عن نصّ الشافعي - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فيما إذا أفضى امرأة فالتحم الموضع أن عليه الحكومة.

وفي «التهذيب» أن بعضهم خرج على القولين في سقوط الأرش عنه عَوْدَ الشَّيْنِ.

قال الإمام: ولا يتصور عند<sup>(٥)</sup> من قال بسقوط الأرش ثبوت أرش الجنابة مستقراً<sup>(٦)</sup> إلا أن يفرض إجافة جان<sup>(٧)</sup> وحَزَّ الرقبة من آخر، وإلا فالجائفة إذا لم تَسِرْ يكون أندمالها كالتحامها، وفرق بين الجائفة والإفضاء بمثل ما سبق وهو أن الواجب هناك واجب لزوال الحاجز، فإذا التحم عرف أنه لم يزل وفي الجائفة ما وجب، وإنما وجب لنفوذ الجراحة، فإذا التحمت الموضحة، أو الجائفة فجاء جان إما الأول أو غيره وأوضح في ذلك الموضع أو أجاف، فعليه أرش آخر إن كان الالتحام قد تَمَّ، سواء نبت عليه الشعر، أو لم ينبت، وسواء كان متغير اللون مشيناً، أو لم يكن، وإن لم يتم الالتحام، فعليه الحكومة دون تمام الأرش، ولو نزع الخَيْط الذي خيطت الجائفة به قبل

(١) في ز: للحل.

(٢) في ز: فإذا أعاد بلا.

(٣) في ز: الحُرّ.

(٤) في ز: تحققت.

(٥) في ز: عنه.

(٦) في ز: مستنداً.

(٧) في ز: جاز.

أن يلتحم، فعليه التعزير وأجرة مثل الخِيَاطة، أو ضمان الخيط إن تَلَف، ولا أرش ولا حكومة، وإن التحتت ظاهراً وباطناً، فانفتحت فهي جَائِفَةٌ جديدة، وكذا لو انفتح جانب منها بعد تمام التَحَامِيهِ، فإن التحم ظاهرها دون باطنها أو بالعكس، فعليه الحكومة دون الأرش التام، ولا يجب مع الأرش أو الحكومة أجرة الخِيَاط، لكن يجب ضمان الخيط إن تلف.

وقوله في الكتاب: وقيل إنه «يتقدر بالنسبة إلى الموضحة» صور أكثرهم التقدير<sup>(١)</sup> فيما إذا كان بقربها موضحة يقاس بها سُمْكُ المقطوع على مَا مَرَّ، ويمكن حمل اللفظ على التقدير بالاجتهاد والتخمين، وإن لم يكن هناك مَوْضِحَةٌ وقد يَبَيَّنُ ذلك أيضاً.

وقوله: «وتعدد الجائفة واتحادها...» إلى آخره مقصوده: أن ننظر في سَبَبِ الارتفاع إن ارتفع بفعل الجاني اتحدت الجناية، وإن ارتفع بفعل غيره لم يَتَّحِدْ.

وقوله: «ولو ضربه بِمِشْقَصٍ في بطنه» يعني: فأجافه في موضعين<sup>(٢)</sup> والمِشْقَصُ ما طال من النَّصَالِ، وعرض وقد يتشعب شُعْبَتَيْنِ، وهو المقصود هاهنا.

وقوله: «لا يوجب سقوط الأرش» معلم بـ«الواو» لما نقلنا وقد تخصص العلامة في التُّسُخِجِ بالجائفة؛ لأن صاحب الكتاب في «الوسيط» خصص وجه السقوط بالجائفة، ولم يشته في الموضحة. فروع وصور تتعلّق بما نحن فيه.

غرز إبرة في رأس إنسان حتى انتهت إلى العَظْمِ وسَلَّها، هل هي موضحة؟ خرجه الإمام على وجهين<sup>(٣)</sup>.

وقال: يرجع التردّد إلى أن الاعتبار بما يشقّ إلى العظم، أو بما يسمى موضحة، والظاهر المشهور أنها موضحة، والموضحة التي حصل الهشم<sup>(٤)</sup> في بعضها دون البعض ليس فيها إلا أرش هاشمة كما مر أن الشجة التي حصل الإيضاح<sup>(٥)</sup> في بعضها دون بعض ليس فيها إلا أرش موضحة.

أوضح وهشم في موضعين وأتصل الهشم بينهما في الباطن فوجهان:

أحدهما: أن الحاصل هَشْمُهُ واحدة لاتصال الكسر، وإن بقي اللحم والجلد حاجزاً بين الموضحتين.

(١) سقط في ز.

(٢) ويشهد لتخريج الإمام قول ابن القطان في فروعه أنه إذا غرز إبرة برأسه فليس ذلك بموضحة لأنه لم يفعل فعلاً بان منه العظم والموضحة ما وضع منها العظم. هذا كلامه.

(٣) في ز: يحصل الهشم.

(٤) سقط في ز.

والثاني: أنهما هاشمتان، وهذا ما اقتصر على إيراد جماعة منهم صاحب «الشامل»، ووجهه بأن الهاشمة تتبع الموضحة، وقد وجدت الموضحتان فيتعدد، الهشم بتعددتهما. أوضح في مواضع متفرقة، وهشم في كل واحد منهما، فهي هاشمتان متعددة وحكى القاضي ابن كنج عن ابن القطان وجهاً غير موجه أنها تجعل موضحات وهاشمة واحدة.

وفي «المهذب» أنه لو أدخل حديدة أو خشبة في دُبر إنسان، وخرق حاجزاً في الباطن<sup>(١)</sup> هل عليه أرش جائفة. فيه وجهان<sup>(٢)</sup> بناء على الوجهين في أن خرق الحاجز بين الموضحتين في الباطن، هل يكون كخرق الظاهر حتى لا يلزم إلا أرش موضحة واحدة.

شجة متلاحمة وجاء آخر<sup>(٣)</sup> وأوضح في ذلك الموضوع بقطع ما بقي من اللحم، فعلى كل واحد منهما الحكومة، ولينظر فيه إلى ما مر من تقدير السمك عند الإمكان.

أجافه وتكافى بعض الأعضاء الباطنة كالأمعاء، فعليه مع أرش الجائفة حكومة.

قال العزالي: فإن قيل: ما معنى الحكومة قلنا أن يقدر المجني عليه عبداً فيقال: قيمته دون الجنابة عشرة ومع الجنابة تسعة فالتفاوت عشر فيجب مثل نسبه من الدية بشرط أن لا يزيد على مقدار الطرف المخروح فلا يزداد حكومة جراحة الأصبع على دية الأصبع ولا حكومة الكف والساعد وعظم العضد على دية الأصابع الخمس، ولا بأس بزيادة حكومة كف على دية أصبع واحد، واليد الشلاء يزداد حكومتها على أصبع، وينقص عن اليد الصحيحة.

قال الرافعي: تكلم هاهنا في الحكومات، تدرج إليه بسؤال افتتحه<sup>(٤)</sup> وليس للقول في الحكومات كثير اختصاص بهذا الموضوع وكان تأخيره إلى آخر الباب أحسن ل يتم الكلام في دية ما دون النفس التي عقد لها<sup>(٥)</sup> الباب على الانتظام، وليتأخر ذكر الحكومة المتأخرة في الدية عن ذكر اليد المتقدمة في الدية، والمقصود أن الحكومة جزء من الدية نسبتها إليها نسبة ما تقتضيه<sup>(٦)</sup> الجنابة من قيمة المجني عليه بتقدير<sup>(٧)</sup> التقويم وذلك بأن

(١) في ز: البطن.

(٢) وقال في الخادم: إنه يستفاد من كلام الرافعي تصحيح أرش جائفة.

(٣) سقط في ز.

(٤) في ز: مبيحه.

(٥) سقط في ز.

(٦) في ز: يشبه الهاشمة ما تنقصه.

(٧) وهذا الضابط غير شامل فإنه قد تؤخذ الحكومة من غير اعتبار نسبتها إلى الدية وذلك فيما إذا قطع ذكر العبد ولم تنقص قيمته وفرعنا على القول المخرج أن الواجب قدر النقصان فإنهم قالوا: =

يقوم المجني عليه بصفاته<sup>(١)</sup> التي هو عليها لو كان عبداً<sup>(٢)</sup>، وينظر كم ينقص الجناية من قيمته فإن قوم بعشرة دون الجناية، وبتسعة بعد الجناية، والتفاوت عشر فيجب عشر<sup>(٣)</sup> الدية ووجه ذلك بأن الجملة مضمونة باليد، فيضمن الأجزاء<sup>(٤)</sup> بجزء الدية، فإذا قدر الشرع جزءاً من الدية اتبعناه، وإذا لم يقدر اجتهد في معرفته، ونظرنا في النقصان، لأن الأصل أنه يجب بالجناية قدر النقصان، وتقدر تقومية ليعرف قدر النقصان، ثم نعود إلى الدية لتكون الجملة مضمونة بها، وهذا كما أننا ننظر في نقصان القيمة إذا أردنا أن نعرف<sup>(٥)</sup> أرش العيب<sup>(٦)</sup>، ثم نعود إلى الثمن؛ لأن المبيع مضمون بالثمن، ولوقوع الحاجة في معرفة الحكومة إلى تقدير الرق.

قال الأئمة: العبد أصل الحر<sup>(٧)</sup> في الجنایات التي لا يتقدر أرشها كما أن الحر<sup>(٨)</sup> أصل العبد في الجنایات التي يتقدر أرشها حيث يجعل<sup>(٩)</sup> جراح العبد من قيمته كجراح الحر من ديته، فليعرف هاهنا شيان:

أحدهما: في التوجيه المذكور ما يبين أن الدية التي توجب جزءها<sup>(١٠)</sup> هي دية النفس.

وحكى الشيخ أبو إسحاق الشيرازي وجهاً أن قدر النقصان يعتبر من دية<sup>(١١)</sup> العضو الذي وردت الجناية عليه لا من دية النفس حتى لو نقص عشر القيمة بالجناية على اليد، فالواجب عشر دية اليد، ولو نقص بالجناية على الرأس، فالواجب عشر دية الموضحة، وعلى هذا القياس، ثم ضعفه بأننا إنما نقوم النفس أولاً فوجب أن يعتبر النقصان من ديتها، وبأننا لو اعتبرنا دية العضو فقد يتباعد واجب<sup>(١٢)</sup> الجنائيتين مع تقاربهما<sup>(١٣)</sup>، وذلك بأن ينقص بالسّمحاق عشر القيمة، فإذا أوجبتنا عشر أرش الموضحة بعد واجب إحدى الشجّتين عن الأخرى مع تقارب<sup>(١٤)</sup> الشجّتين وذلك مما<sup>(١٥)</sup> لا يجوز.

= يجب حكومة على وجه يقدرها الحاكم بالاجتهاد ويعتبر بما قبل الاندمال وهكذا ذكروا في الجراحة إذا اندملت ولم يبق شين ولا أثر أنه يجب حكومة يقدرها القاضي باجتهاده على أحد الوجهين.

- |                      |                       |
|----------------------|-----------------------|
| (١) في ز: بضمائه.    | (٢) في ز: عندنا.      |
| (٣) سقط في ز.        | (٤) في ز: نفرق.       |
| (٤) في ز: الآخر.     | (٥) في ز: الأصل الحر. |
| (٥) في ز: العبد.     | (٦) في ز: جعل.        |
| (٦) في ز: الحد.      | (٧) في ز: بغير مؤدية. |
| (٧) في ز: حدها.      | (٨) في ز: تفاوتهما.   |
| (٨) في ز: سقط في ز.  | (٩) في ز: سقط في ز.   |
| (٩) في ز: تفاوت.     | (١٠) في ز: سقط في ز.  |
| (١٠) في ز: سقط في ز. | (١١) في ز: سقط في ز.  |
| (١١) في ز: سقط في ز. | (١٢) في ز: سقط في ز.  |
| (١٢) في ز: سقط في ز. | (١٣) في ز: سقط في ز.  |
| (١٣) في ز: سقط في ز. | (١٤) في ز: سقط في ز.  |
| (١٤) في ز: سقط في ز. | (١٥) في ز: سقط في ز.  |



والثاني: قد تقدم أن<sup>(١)</sup> الأصل في الدية الإبل، وأطلقوا القول بوجوب جزء من<sup>(٢)</sup> الدية إذا عرفنا قدر نُقْصَانِ القيمة، فأفهم ذلك أن الحكومة الواجبة تكون من جنس الإبل، ورأيته مصرحاً به لبعضهم، ثم الجراحة إما أن ترد على عضو له أرش مقدر أو على ما ليس له أرش مقدر فإن وردت على ماله أرش مقدر نظر إن لم يبلغ الحكومة أرش ذلك العضو وجبت، وإن بلغت أرشه نقص الحاكم منه شيئاً بالاجتهاد، ولأن بعضه مضمون بالأرش لو فات، فلا يجوز أن تكون الجناية عليه مضمونة بما يضمن به العضو نفسه<sup>(٣)</sup> مع بقائه، فالجراحة على الأنملة العليا، وقلع الظفر، تنقص حكومتها عن أرش الأنملة، قال أبو الفرج السرخسي: والجراحة على الأنملة السفلى لا تبلغ دية الأصبع، وعلى الوسطى لا تبلغ ثلثي<sup>(٤)</sup> دية الأصبع، ويشبه أن يريد بالجراحة على السفلى ما إذا عمّت الأنامل، حتى انتهت إلى السفلى، وبالجراحة على الوسطى التي انتهت من العليا إلى الوسطى، دون أن تكون مخصوصة بالأنملة الواحدة، ولفظ الإمام أن الجناية على الأصبع، إذا أتت على طولها، فحكومتها لا تبلغ دية الأصبع، والجراحة على الرأس لا تبلغ حكومتها أرش الموضحة، وعلى البطن أرش الجائفة، وحكومة الجراحة على الكف<sup>(٥)</sup> لا تبلغ دية الأصابع الخمس، وكذا حكومة قطع الكف التي لا أصبع عليها، وكذا حكم القدم؛ فإنهما يتبعان الأصابع، وهل يجوز أن تبلغ حكومة الكف دية أصبع، واحدة، فيه وجهان:

أظهرهما، عند الإمام: المنع.

وأشبههما، وهو المذكور في الكتاب<sup>(٦)</sup> نعم؛ لأن غناها ومنفعتها؛ دفعا واحتواء<sup>(٧)</sup> تزيد على منفعة الأصبع الواحدة، وهذا كما أن حكومة اليد الشلاء لا تبلغ دية اليد<sup>(٨)</sup> الصحيحة، ويجوز أن تبلغ دية الأصبع الواحدة، وأن تزداد عليها.

وإن كانت الجراحة على عضو، ليس له أرش مقدر؛ كالظفر، والكتف، والفخذ:

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: تعيينه.

(٣) سقط في ز.

(٤) في أ: جراحة الكف.

(٦) قال الشيخ البلقيني: هذا مخالف لنص الشافعي رضي الله عنه في الأم في ترجمة تفريع الفصاح فيما دون النفس من الأطراف. ولفظه: ولو كان أقطع أصبع فقطعت كفه اقتصر من أربعة أصابع وأخذت له حكومة في كفه. قال: ولا أبلغ بحكومة كف دية أصبع لأنها تبع في الأصابع كلها وكلها مستوية فلا يكون أرشها كأرش واحدة منها. والمعتمد في ذلك نص صاحب المذهب. انتهى.

(٨) سقط في ز.

(٧) سقط في ز.

يجوز أن تبلغ حكومتها دية عضو مقدر؛ كاليد، والرَّجُل، وأن تزداد عليها، وإنما تنقص عن دية النفس، وعَدَّ صاحباً «التهذيب»، و«التتمة» من هذا القبيل الساعِدَ والعَضْدَ؛ حتى يجوز أن تبلغ حكومة الجراحةِ عليها دية الأصابع الخمس، وأن يزداد عليها وسوى بينهما في الكتاب، وبين الكفِّ، والأول أصحُّ؛ فإن الكف [هي التي] تتبع الأصابع دون الساعد، والعُضد حتى لو قطع من الكوع، وجب عليه ما يجب في لفظ الأصابع، ولو قطع من المرفق، أو من أضلِّ العُضد، وجبت مع الدية حكومة الساعد، أو العُضد.

وقوله في الكتاب في جواب السائل عن معنى الحكومة: «أن يقدر المجني عليه عبداً... إلى آخره، لفظ يحتاج إلى التأويل إذ ليست الحكومة عبارة عن تقديره عبداً<sup>(١)</sup>، وإنما هي جزء من الدية يعرف قدره بالتقدير المذكور.

وقوله: «بشَرط ألا يزيد على مقدار الطرف المجروح»، أي: إذا كان الطرف المجروح له بدل مقدر، ثم لفظ «عدم الزيادة» هاهنا، وفي قوله: «فلا تزداد حكومة جراحة الأضبع» غير وافٍ بالعرض؛ إذ لا يكفي ألا يزداد، بل يجب أن ينقص؛ كما ينقص التعزير عن الحد، والرضخ عن سهم الغنيمة.

قال الإمام: ولا يجوز أن يقال: يكتفى في الحط بأقل القليل، فإن أمر الجنایات وأحكام الدماء لا يجري إلا على محقق، ولو قال قائل: نضبط نسبة النقصان الحاصل بالجنایة على العضو، مع بقاء العضو، ثم يقدر النقصان بقوات العضو، ويحط مثل<sup>(٢)</sup> النسبة الواقعة بين النقصانين، كان ذلك وجهاً<sup>(٣)</sup> من الرأي جيداً.

مثاله: القيمة مائة، والنقصان بسبب الجراحة على الأصبع عشرة، والنقصان لو فات الأضبع عشرون، فيحط من عشر الدية نصفه، وليعلم بالواو لفظ «الساعد وعظم العُضد»؛ لما بيَّناه.

قال الغزالي: وهذه الحكومة تُقدَّر بعدَ أئدمالِ الجرح، فلو لم يبقَ شينٌ ونقصانٌ لم يجب إلا التعزير على أحد الوجهين، وقيل: تُقدَّر الجراحةُ داميةً حتى يظهر تفاوته، ولو قطع أضبعاً رائدةً أو سناً شاعيةً أو أفسد المنبت من لحيية امرأةٍ وزادت القيمة فالتقياس التميز فقط، وقيل يُقدَّر ذلك لحيية عبدي، ويظهر به تفاوت، ولو بقي حوالي جرح شين وكان أرض الجرح مقدراً فالشين تابع، وإن لم يكن مقدراً ففي إتباعه وجهان بضاهي التردد في أن الكف هل يندرج تحت أضبع الأشل؛ لأنه إذراج حكومة تحت حكومة:

(٢) في ز: ويحط قبل.

(١) في ز: تقدير.

(٣) في ز: واجها.

النَّوعُ الثَّانِي الْقَطْعُ الْمُبِينُ لِلْأَعْضَاءِ وَالْمُقَدَّرُ مِنَ الْأَعْضَاءِ سِتَّةَ عَشَرَ عُضْوًا: الْأَوَّلُ: الْأَذْنَانِ وَفِي كُلِّ وَاحِدَةٍ نِصْفُ الدِّيَةِ، وَإِنْ كَانَ مِنَ الْأَصَمِّ فَبِهِ مَنَفَعَةٌ جَمَعَ الصَّوْتِ وَمَنَعَ دَبِيبِ الْهَوَامِّ، وَالدِّيَةُ فِي مُقَابَلَةِ أَيِّ الْمَنَفَعَتَيْنِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَقِيلَ: إِنَّ الْأَذْنَ لَيْسَ فِيهِ أَضْلًا إِلَّا الْحُكُومَةُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ مَسْأَلَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: أَنَّهَا تَقْوَمُ، وَيَقْدَرُ الرِّقَ لِمَعْرِفَةِ الْحُكُومَةِ، بَعْدَ انْدِمَالِ الْجِرَاحَةِ، وَنَقْصَانِ الْقِيَمَةِ حَيْثُ قَدْ يَكُونُ لَضَعْفٍ وَنَقْصَانٍ فِي الْمَنَفَعَةِ، وَقَدْ يَكُونُ لِنَقْصَانِ الْجَمَالِ؛ بِاعْوِجَاجٍ<sup>(١)</sup>، أَوْ أَثَرِ قَبِيحٍ، أَوْ شَيْنٍ مِنْ سَوَادٍ أَوْ غَيْرِهِ، وَلَوْ<sup>(٢)</sup> انْدَمَلَتِ الْجِرَاحَةُ، وَلَمْ يَبْقَ نَقْصَانٌ فِي الْمَنَفَعَةِ، وَلَا فِي الْجَمَالِ، وَلَمْ تَتَأَثَّرْ بِهِ<sup>(٣)</sup> الْقِيَمَةُ، فَوَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا، وَيَحْكِي عَنْ ابْنِ سُرَيْجٍ: أَنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ شَيْءٌ سِوَى التَّعْزِيرِ؛ كَمَا لَوْ لَطَمَهُ أَوْ ضَرَبَهُ بِمَثَقَلٍ، فَزَالَ الْأَلَمُ، وَلَمْ تَنْقُصْ مَنَفَعَةٌ، وَلَا جَمَالٌ.

وَالثَّانِي، وَبِهِ قَالَ أَبُو إِسْحَاقَ، وَهُوَ ظَاهِرُ النَّصِّ، أَنَّهُ لَا بَدَّ مِنْ وَجُوبِ أَرْشٍ، لِأَنَّ جَمَلَةَ الْأَدْمِيِّ مَضْمُونَةٌ، فَوَجِبَ أَنْ تَكُونَ أَجْزَاؤُهُ مَضْمُونَةً؛ كَسَائِرِ الْمَضْمُونَاتِ، وَلِأَنَّهَا<sup>(٤)</sup> جَنَائِيَّةٌ عَلَى مَعْصُومٍ، فَلَا يَعْتَبَرُ لَوْجُوبُ الْمَالِ بِهَا بَقَاءَ شَيْنٍ<sup>(٥)</sup> وَأَثَرٍ، كَالْمَوْضُحَةِ، وَالْجِرَاحَاتِ الْمَقْدَّرَةِ، وَلِأَنَّ الْجِرَاحَةَ عَظِيمَةَ الْمَوْقِعِ؛ فَلَا وَجْهَ فِيهَا لِلْإِحْبَاطِ<sup>(٦)</sup> وَالْإِهْدَارِ، وَعَلَى هَذَا فَوَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ الْحَاكِمَ يَقْدَرُ شَيْئًا بِاجْتِهَادِهِ.

وَأُظْهِرَهُمَا: أَنَّهُ يَنْظُرُ إِلَى مَا قَبْلَ الْانْدِمَالِ مِنَ الْحَالَاتِ الَّتِي تَوَثَّرُ فِي نَقْصَانِ الْقِيَمَةِ<sup>(٧)</sup>، وَيَعْتَبِرُ أَقْرَبَهَا إِلَى الْانْدِمَالِ، وَإِنْ لَمْ يَظْهَرِ نَقْصَانٌ إِلَّا فِي حَالَةِ سِيلَانِ الدَّمِّ تَرْقِينَا، وَاعْتَبَرْنَا الْقِيَمَةَ، وَالْجِرَاحَةَ دَامِيَةً، وَحَيْثُ فَالظَّاهِرُ تَأْثِيرُ الْقِيَمَةِ لَمَّا فِيهَا مِنَ الْخَطَرِ، وَخَوْفِ السَّرَايَةِ، وَبَقَاءِ الشَّيْنِ، فَإِنْ فَرضتِ الْجَنَائِيَّةُ خَفِيفَةً، لَا تَوَثَّرُ فِي تِلْكَ الْحَالَةِ أَيْضًا فَبِهِ<sup>(٨)</sup> «الْوَسِيطُ»: أَنَا نَلْحَقُهَا بِاللِّطْمِ وَالضَّرْبِ؛ لِلضَّرْرِ<sup>(٩)</sup>، وَفِي «التَّمَةِ» أَنَّ الْحَاكِمَ يَوْجِبُ شَيْئًا بِالْاجْتِهَادِ، وَالَّذِي رَجَّحَهُ الْأَكْثَرُونَ مِنَ الْوَجْهَيْنِ فِي أَضَلِّ الْمَسْأَلَةِ؛

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: وأن.

(٣) في ز: ولأنه.

(٤) في ز: للاحتياط.

(٥) في ز: هي.

(٦) سقط في ز.

(٧) في ز: شيء.

(٨) في أ: القيم.

(٩) سقط في ز.

أنه لا بد من إيجاب شيء، ورجح الإمام المنع، وقال: هو القياس على الحق، واعترض على تفويض الأمر إلى اجتهاد الحاكم؛ بأن الحاكم إن قيل: إنه يوجب ما شاء، فهو في غاية البُعد، وإن كان يستند نظره إلى رأي، فهو المبحوث<sup>(١)</sup> عنه، وعلى الثاني؛ بأننا إذا اعتبرنا<sup>(٢)</sup> ما قبل الاندمال، كحالة<sup>(٣)</sup> الجنابة، فإما أن نقول ما قيمته لو كان عبداً، والآلام لا تزول، أو نقول: ما قيمته، والتقدير أن الآلام تزول، والأول ظلم، وإن قلنا؛ بالثاني، فسيقول المقومون: إذا كانت الآلام تزول، والشين لا، يبقى، فالقيمة بحالها، وإذا بطل الوجهان<sup>(٤)</sup>؛ تعين المصير إلى أنه لا يوجب شيء، ولناصري الوجه الآخر أن يقولوا: يستد الحاكم اجتهاده إلى كيفية الجنابة خفةً وفحشاً<sup>(٥)</sup>، وإلى قبحها في المنظر سعةً أو غوصاً، وإلى قدر الآلام المتولدة منها المختلفة بسُرعة البرء وبطئه، وأن يجيبوا عن الثاني، بأن ها هنا قسماً آخر، وهو أن يقول: ما قيمته وبه هذه الجنابة التي لا نذري، أيحصل الاندمال منها، وتزول آلامها أو يسري ولا نذري على التقدير الأول، أيبقى شين وأثر أم لا؟ ولا شك أن الجراحة التي حالها ما ذكرنا توجب نقصان القيمة، وقد يعرض الإمام في خلال الفضل لهذا الجواب إلا أن نفسه لم تسكن إليه، وتقارب المسألة، ما إذا قطع أصبعاً زائدة أو سنّاً شاغيةً، أو أتلف لحية امرأة، وأفسد منبتّها، ولم تنقص القيمة بذلك، وربما زادت؛ لزوال الشين مثل أن يكون خلف السن الشاغية سنٌ أصلية على استواء الأسنان، وكان سبب الشين وجود تلك الشاغية، فهل يوجب شيء؟ فيه الخلاف المنسوب إلى ابن سريج، وأبي إسحاق، وإذا قلنا؛ بالوجوب، وهو الأصح، فعلى وجه يجتهد فيه الحاكم، وعلى الأظهر يعتبر في قطع الأصبع أقرب أحوال النقصان من الاندمال على ما مر، وفي السن الشاغية التي وصفناها تقوم<sup>(٦)</sup>، وله السن الزائدة، ولا أصلية خلفها، ثم يقوم<sup>(٧)</sup> مقطوع تلك الزائدة، ويظهر التفاوت بذلك؛ لأن الزائدة تشدّ الفُرجة، ويحصل بها ضرر جمال، وفي لحية المرأة يقدر كونها لحية عبد كبير يتزين باللحية، فيقال: لو كان للعبد الكبير مثل هذه اللحية، كم قيمته، وينظر كم ينقص من القيمة، لو لم يبق له لحية في ذلك الوقت، فيعرف قدر النقصان ويؤخذ<sup>(٨)</sup> بتلك النسبة من<sup>(٩)</sup> دية المرأة.

(٢) في ز: اعتدنا.

(٤) سقط في ز.

(٦) في ز: يقول.

(٨) في ز: وتوجد.

(١) في ز: المتجاوز.

(٣) سقط في ز.

(٥) في ز: ومجتا.

(٧) في ز: ويقوم.

(٩) في ز: في.

ولو قطع أنملة لها شعبتان؛ أصلية وزائدة، وقالوا: لا يمكن اعتبار الزائدة بشيء، فيقدر الحاكم لها<sup>(١)</sup> شيئاً بالاجتهاد، ولا يبلغ به أرش أصلية<sup>(٢)</sup>، وكان يجوز أن يقوم، وله الزائدة بلا أصلية، ثم يقوم دونها؛ كما فعل في السن الشاغية، أو يعتبر بأصلية؛ كما اعتبرت لحيّة المرأة بلحية الرجل، ولحيّتها كالأعضاء الزائدة، ولحيّته كالأعضاء الأصلية.

ولو ضرب إنساناً بالسوط أو غيره، أو لطمه، ولم يظهر له أثر، لم<sup>(٣)</sup> يتعلّق به ضمان، فإن اسودّ أو اخضرّ، وبقي الأثر<sup>(٤)</sup> بعد الاندمال، وجبت الحكومة، فإن زال الأثر بعد أخذ الحكومة، زدّت وضبطت هذه الصور؛ بأن قيل: إذا بقي أثر الجناية من ضعيف أو شين، وجبت الحكومة، وإذا لم يبق أثر، فإن لم تكن الجناية جرحاً، بل ضرباً<sup>(٥)</sup> ونحوه، لم يجب شيء، وإن كان جرحاً، فوجهان:

فريح: لو كسر عظماً في غير الرأس والوجه، وعادَ بعد الجبر مستقيماً، فإن بقي فيه ضعف وخلل؛ وهو الغالب، فيجب الحكومة، وإلا فعلى الوجهين، وإذا كان مع الضعف اعوجاج، كانت الحكومة أكثر، وليس الجاني أن يقول أكسره ثانياً؛ لينجبر مستقيماً، ولو فعل، لم تسقط الحكومة الأولى، ويجب للكسر الثاني حكومة ثانية؛ لأنها جناية جديدة.

وقوله في الكتاب: «وقيل: تقدّر<sup>(٦)</sup> الجراحة دامية؛ حتى يظهر تفاوت»، هذا هو الوجه الثاني من قوله على أحد الوجهين، والأمر فيه على التدرّج كما بيّنا، وإنما يترقى إلى حالة سيلان<sup>(٧)</sup> الدم، إذا لم يظهر النقصان في<sup>(٨)</sup> الأحوال التي هي<sup>(٩)</sup> أقرب<sup>(١٠)</sup> إلى الاندمال. وقوله: «أو أفسد المنبت من لحيّة امرأة»، إنما ذكر بهذه اللفظة؛ لأن إزالة الشعور بحلق ونحوه؛ من غير إفساد المنبت، لا يجب به حكومة أصلاً؛ لأن الشعور تعود مرة بعد أخرى، ولا تفوت.

المسألة الثانية: إن كان للجراحة أرش مقدّر كالموضحة، فالشين حواليتها يتبعها<sup>(١١)</sup>، ولا يفرد بحكومة؛ لأنه لو استوعب بالإيضاح جميع موضع الشين، لم يكن

(٢) في ز: ولا يبلغه أصل أصله.

(٤) في ز: الأم.

(٦) في ز: بعذر.

(٨) في ز: و.

(١٠) في ز: أقدمت.

(١) في ز: بها.

(٣) سقط في ز.

(٥) في ز: ضربها.

(٧) في ز: سلاف.

(٩) سقط في ز.

(١١) في ز: يتفيها.

فيه إلا أرش موضحة، وقد سبق هذا، أو نحو منه، وهذا إذا كان الشين في محل الإيضاح، فأما إذا أوضح رأسه، واتسع الشين؛ حتى انتهى إلى القفا، فقد حكى الإمام فيه تردداً عن الأصحاب لتعدية محل الإيضاح<sup>(١)</sup>، وهل المتلاحمة كالמושحة في استتباع الشين، إذا قدرنا أرشها بالنسبة إلى الموضحة، ففيه وجهان:

أشبههما: نعم، وإن لم يكن للجراحة أرش مقدر، فقد مر أن ما دون الموضحة من جراحات الرأس، إذا أمكن تقديرها<sup>(٢)</sup> بموضحة على الرأس، يجب فيها أكثر الأمرين من قسط أرش الموضحة، ومن الحكومة؛ على ما قاله الأكثرون، والجراحات على البدن، إن أمكن تقديرها بالجائفة؛ بأن كان بقربها جائفة، هل تقدر بها كالتقدير بالמושحة، أم الواجب فيها الحكومة لا غير؟ ذكر القاضي الروياني في «جمع الجوامع»: أنه على وجهين، وفي إيراده ما يشعر بترجيح الأول، وإذا عرفت ذلك، فإن قدرت الجراحة بالنسبة إلى جراحة مقدرة الأرش، وأوجبت ما يقتضيه<sup>(٣)</sup> التقسيط لكونه أكثر من الحكومة، فالشين تابع<sup>(٤)</sup> له؛ لا يفرد بحكومة؛ كالמושحة، وما يتقدر<sup>(٥)</sup> أرشه من الجراحات، وإن كانت الحكومة أكثر، وأوجبتاها، فقد وفينا حق الشين، وأوجبتا ما هو قضية.

هذا ما يتلخص من كلام الأصحاب، وعلى ذلك يحمل قوله في المختصر: «ولو جرحه فشان رأسه ووجهه شيناً يبقى، فإن كان الشين أكثر من الجرح، أخذ بالشين، وإن كان الجرح أكثر من الشين أخذ بالجرح، ولم يزد للشين»، وقال الإمام حاكياً عن النص، ومعبراً عنه: «إذا اندملت الجراحة، فإن كان الجرح أكثر من الشين، فالواجب حكومة الجرح، وإن كان الشين أكثر، فالواجب حكومة الشين، ولم يطب<sup>(٦)</sup> له الفرق بين الشين والجرح أصلاً؛ من حيث إن الجراحات إذا اندملت، وبقي لها أثر في محلها، فاسم الشين يقع عليه، وعلى محله؛ لأن الشين هو الأثر المنكر<sup>(٧)</sup>؛ من تغير لون وتحول، واستحشاف، وتغيره يبقى ولحمه يزيد، ثم أشار إلى أن المقصود أنه ينظر إلى أثر محل الجراحة، وإلى ما حوالية، فيحمل وجوب أكثرهما حكومة، ويتبعها

(١) سكت الشيخ عن الترجيح.

قال في الخادم: قضية تعليل ترجيح زيادة الحكومة على أرش الموضحة لأن الإيضاح لو نزل إلى القفا لتعدد الأرش فأثبت علة عدم الأفراد.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: بعد حقيقة.

(٤) في ز: مانع.

(٥) في ز: ما يتعذر.

(٦) في ز: يطلب.

(٧) في ز: المتكون.

حكومة أقلهما حكومة، وحكى عن الأصحاب فيه وجهين:

أحدُهما: الأخذُ به، قال: وهو الذي ذكره الشيخان الصيدلانيُّ وأبو مُحَمَّد.

وثانيهما: وجوب الحكومتين جميعاً، فإن كان ذلك متولداً من جنابة، وحكاه عن اختيار القاضي واختاره، وقرب الخلاف من الخلاف في أن الأصبع الشَّلَاء، إذا قطعت مع ما يقابلها من الكف، هل يندرج تحت حكومتها حكومة ذلك الجزء<sup>(١)</sup> من الكف، فإن موضع الجراحة بمثابة<sup>(٢)</sup> الأصبع الشَّلَاء، والشين المتصلُّ به بمثابة جرم<sup>(٣)</sup> الكف، فعلى رأي تتبع حكومة الكف وحكومة الأصبع؛ كما تتبع ديتها، وعلى رأي: يقال: الحكومة ضعيفة لا تقوى على الاستتباع؛ بخلاف الدية، وذكره تفريعاً على أنه يجب أكثرُ الحكومتين ويتبعها الأقل<sup>(٤)</sup> وجهين فيما لو استويا:

أحدهما: أنهما تجبان، إذ ليست إحداهما بالإتباع أولى من الأخرى.

وأظهرهما: أنه لا يجبُ الأخذُ بهما.

والأشبهُ نسبتها إلى الجراحة؛ فإنها الأصل، والشين حادث منها، ولا يخفى أن ما أورده صاحب الكتاب متزعج<sup>(٥)</sup> من طريقة الإمام ومختصر منه.

## «فَرَعٌ»

لو أوضح جبينه، وأزال حاجبه، فعليه أغلظ الأمرين من أرش الموضحة، وحكومة الشين، وإزالة الحاجب، قاله في التمه<sup>(٦)</sup>.

النوع الثاني في القطع المُبين للأعضاء. فرغنا عن الكلام في «الجراحات».

والنوع الثاني من الجنائيات: إبانة الأطراف والأعضاء، فمنها الأذنان، فظاهر المذهب، وبه قال أبو حنيفة وأحمد: أن في استئصالهما قطعاً أو قلعاً كمال الدية، وحكي قولٌ أو وجعٌ مخرَّج؛ أن فيهما الحكومة؛ لأن السمع لا يحلها، وليس فيهما منفعة ظاهرة<sup>(٧)</sup>، وإنما فيهما جمالٌ وزينة، فأشبهتها الشعور؛ قال الإمام<sup>(٨)</sup> والذي

(١) في ز: الحد.

(٢) في ز: جرى.

(٣) في ز: تفرع.

(٤) وأخذه المتولي من الشامل كعادته وذكر في المطلب أن الماوردي نقله عن النص. قال: الشافعي في موضع آخر على خلافه.

(٥) في هامش أ: تقع ظاهر.

(٦) في ز: يهون.

(٧) سقط في ز.

(٨) سقط في ز.

(٩) في ز: يحد.

يقوي<sup>(١)</sup> هذا الوجه: أنه لم يُجْزِ (٢) رسول الله ﷺ للأذنين ذكراً في كتاب عمرو بن حزم - رضي الله عنه - مع سائر الأعضاء التي أوجب فيها الدية، وذلك يشعر بإخراجها عن الأعضاء التي لها بدل مقدر، ولكن الموجهين<sup>(٣)</sup> لظاهر المذهب رَوَوْا<sup>(٤)</sup> عن كتاب عمرو بن حزم - رضي الله عنه - أن في الأذنين<sup>(٥)</sup> خمسين من الإبل<sup>(٦)</sup>، وعن عمر وعلي - رضي الله عنهما -؛ أنهما قالا: في الأذنين الدية<sup>(٧)</sup>.

واحتجوا أيضاً؛ بأن الأذن جنس مثنى<sup>(٨)</sup> من الأعضاء، مضمون، فيضمن بكمال الدية؛ كاليدين، والعينين، وبأن فيهما مع الجمال منفعة من وجهين:

أحدهما: أنها تجمع الصوت وتؤديه إلى الصماخ ومحل السماع.

والثاني: أنها تمنع الماء والهوام؛ فإنه يحس بسبب معاطفها وتعاريجاتها بدبيب الهوام، فيطردها.

وإذا قلنا؛ بالظاهر، ففي إحدى الأذنين نصف الدية، وفي بعضها بقسط، وتقدر بالمساحة، ولا فرق<sup>(٩)</sup> بين الأعلى والأسفل، وإن اختلفا في الجمال والمنفعة؛ كما لا فرق بين الأسنان والأصابع، وإن اختلفت في المنافع، ولا فرق في الدية بين أذن السميع والأصم؛ لاستوائهما في السلامة، وليس السمع في نفس الأذن، ولو ضرب<sup>(١٠)</sup> على أذنه، فاستحشفت، والاستحشاف في الأذن كالشلل<sup>(١١)</sup> في اليد، يقال: استحشفت الأذن، إذا يبست، وصارت كحشفت التمر، وفيما يجب على الجاني قولان منقولان عن «الأم»:

أصحهما، على ما ذكر في «التهذيب»: أنه يجب كمال الدية، كما لو ضرب على يده، فشلت.

والثاني، ويحكى عن أبي حنيفة: أنه لا يجب إلا الحكومة؛ لأن منفعتها لا تبطل بالاستحشاف؛ بخلاف شلل اليد؛ فإنه تبطل منفعتها، وأشار في الكتاب إلى بناء الخلاف على أن الدية في الأذن تجب، لما فيها من جمع الصوت، أو لما فيها من منع

- |   |                         |
|---|-------------------------|
| (١) في ز: الوجهين.  | (٢) في ز: وروى.         |
| (٣) في أ: الأذن.  | (٤) تقدم.               |
| (٥) رواه البيهقي عنهما، وفي الطريق عن عمر انقطاع. قاله الحافظ في التلخيص. | (٦) سقط في ز.           |
| (٦) في ز: مبني.   | (٧) سقط في ز.           |
| (٨) سقط في ز.   | (٩) في ز: كالشلاء.      |
| (١٠) في ز: وان اعتدنا.  | (١١) في ز: بالجمع وحيث. |
| (١٢) في ز: اعتدنا.  | (١٣) في ز: لم يجب.      |



الهوام، فإن اعتبرنا<sup>(١)</sup> الجمع، لم<sup>(٢)</sup> تجبِ الدية؛ لبقائه بعد الاستحشاف، وإن اعتبرنا<sup>(٣)</sup> المنع وجب<sup>(٤)</sup> لسقوط الحسن بالاستحشاف، وبطلان الشعور بالديب.

ولو قطع أذنين مستحشفتين، يبنى على هذا الخلاف، إن قلنا: هناك تجبِ الدية، فهنا تجبِ الحكومة؛ كما لو قطع يداً شلاء، وإن قلنا: تجبِ الحكومة، فالواجب ههنا الدية؛ لأن المنفعة المرعية<sup>(٥)</sup> إنما بطلت<sup>(٦)</sup> بالقطع.

وعن الشيخ أبي حامد: القطع بوجوب الحكومة؛ كما في العين القائمة، واليد الشلاء، وإذا أوجبنا بقطع المستحشفتين الحكومة، فهل يشترط ألا تنقص هذه الحكومة مع الحكومة الواجبة بالجناية التي حصل بها الاستحشاف عن كمال الدية؟ حكى القاضي ابن كَجَّ فيه وجهين. وقوله في الكتاب: «والمقدر من الأعضاء» يعني المقدر بذله<sup>(٧)</sup>.

ولفظ «الأذنين» مُعْلَم بالوار، وكذلك قوله: «نصف الدية»، وقوله: «لأن فيه منفعة جمع الصوت» لا يختص بالأصم، بل الغرض بيان منفعة العضو، والرد على من لم يوجب فيه إلا الحكومة.

### «فَرْعٌ»

لو لم يقتصر على استئصال الشاخص، بل أوضح معه العظم، لم يجعل أرش الموضحة تبعاً لدية الأذن؛ لأنه لا يتبع مقدر مقدر<sup>(٨)</sup>.

قال العزالي: الثاني: العيتان وفي إحداهما إذا فقتت النصف، وفي عين الأعور النصف (م) وفي عيني الأخص كمال الدية.

قال الرافعي: يجب في فقاء العيتين<sup>(٩)</sup> كمال الدية، وفي إحداهما نصفها؛ لما روي عن<sup>(١٠)</sup> النبي ﷺ أنه قال: «في العينين الدية»<sup>(١١)</sup>، وفي كتاب عمرو بن حزم - رضي الله عنه - الذي كتبه رسول الله ﷺ: «في العين خمسون من الإبل»<sup>(١٢)</sup>، وعين الأعور المبصرة غيرها؛ لا يجب فيها إلا نصف الدية؛ كما أن يد الأقطع لا يجب فيها إلا نصف الدية، وقال مالك وأحمد: في عين الأعور كمال الدية.

ولو فقاء الأعور مثل عينه المبصرة من إنسان، فله القصاص خلافاً لأحمد، فإن

(٢) في ز: يطلب.

(٤) سقط في ز.

(٦) تقدم.

(٨) في ز: دية.

(١) في ز: المدعية.

(٣) سقط في ز.

(٥) في ز: أن.

(٧) تقدم، وهو لفظ مالك أبي داود.

(٩) ينظر الصحاح ١٠١٢/٣ (عمش).

عفا المجنئي عليه عن القصاص، فله نصف الدية، وعن مالك أن له جميع الدية، وتكمل الدية<sup>(١)</sup> في عيئي الأحوال والأعمش، قال في الصحاح<sup>(٢)</sup>: والعَمَشُ ضَعْفُ الرؤية، مع سَيْلَانِ الدمع في أكثر الأوقات، ويقال: إنَّ خَلَلَ الأعمش في الأَجْفَانِ، والأَعَشَى: هو الذي لا يبصر بالليل، ويبصر بالنهار، والأَخْفَشُ والخَفْشُ: صَعْرُ العَيْنِ، وضَعْفُ البَصَرِ خَلَقَةٌ، ويقال: الأَخْفَشُ الذي يُبْصِرُ بالليل، دون النهار، وهذا لأن المنفعة باقية في أعين هؤلاء، ومقادير المنفعة غير منظور إليها؛ ألا ترى أنه لا ينظر إلى قوة البطش، والمشي وضعفهما، وإذا كان في العين بياض لا ينقص الضوء، لم يمنع القصاص، ولا كمال الدية، وكان كالتأليل في اليد والرَّجْلِ، ولا فرق بين أن يكون على بياض الخدقة، أو سوادها، وكذا لو كان على الناظر<sup>(٣)</sup> إلا أنه رقيق لا يمنع الإبصار، ولا ينقص الضوء، فإن كان ينقص الضوء نُظِرَ: إن أمكن ضبط النقصان بالاعتبار بالصحيحة التي لا بياض فيها سقط<sup>(٤)</sup> من الدية قسماً ما انتقص وإن لم يمكن الضبط، فالواجب الحكومة<sup>(٥)</sup>، وفرق بينه وبين عين الأعمش؛ بأن البياض نقص الضوء الذي كان في أصل الخلقَة، وعين الأعمش لم ينقص ضوءها عما كان في الأصل.

قال الغزالي: الثالث: الأَجْفَانُ وَفِي كُلِّ وَاحِدٍ رُبْعُ الدِّيَةِ (م) وَفِي بَعْضِ الوَاحِدِ

(١) في ز: الباطن.

(٢) في ز: يسقط.

(٣) فَصَّلَ الماوردي في الحاوي هذه المسألة؛ فقال: لو كان في عينه قبل الجنابة عليها بياض، لم يخل حاله من ثلاثة أقسام:

أحدها: ألا يؤثر في البصر، ويرى مع البياض ما كان يراه قبله، ففي بصره إذا ذهب بالجنابة الدية تامة، ولا يكون للبياض تأثير في الدية، كما لم يكن له تأثير في البصر. وسواء كان يشق عليه النظر أو لا يشق، لأنه يدرك مع المشقة ما كان يدركه بغير مشقة.

والقسم الثاني: أن يكون البياض قد منعه من النظر حتى صار لا يبصر من قرب ولا بُعْدَ، فيكون بالجنابة عليه كالبصر الذاهب لا تجب فيه إلا حكومة. وإن كان بصره باقياً تحت البياض، لأنه لا يبصر به، كما لا يبصر بالذاهب من أصله، وليس ما يرجى من زوال البياض بالعلاج، فيعود البصر بمانع من أن يجري عليه في الحال حكم الذاهب البصر. وإنما يفترقان في قدر الحكومة فتكون حكومة ذات البياض أكثر لبقاء البصر تحته.

والقسم الثالث: أن يكون البياض قد أذهب بعض بصره وبقي بعضه، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون قد غشي جميع الناظر، وهو رقيق فصار مبصراً أقل من بصره قبل البياض، فيتعذر في هذا معرفة منه بالبياض، إلا أن يكون قد عرف مدى بصره قبل البياض، فيعرف ما بقي منه بعده. أو يكون ذلك في إحدى عينيه، وقد اعتبر ذلك بالعين الصحيحة، فيلزمه من الدية بقسطه، وإن لم يعرف، ففيه حكومة.

والضرب الثاني: أن يكون البياض قد غشي بعض الناظر، فلا يبصر بما غشاه، ويبصر بما عداه، فيلزم الجنابي عليها إذا ذهب بصرها ما كان باقياً منها من نصف، أو ثلث، أو ربع، إذا عرف ذلك، وخير من أهل العلم بالبصر. ينظر الحاوي ٢٥٤/١٢ بتحقيقنا.

يَقْدَرُ نَسْبَتَهُ مِنَ الرَّبِيعِ، وَلَيْسَ فِي إِفْسَادِ مَنَابِتِ الْأَهْدَابِ وَسَائِرِ الشُّعُورِ إِلَّا الْحُكُومَةُ خِلَافًا  
لِأَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وَفِي أَنْدِرَاجِ حُكُومَةِ الْأَهْدَابِ تَحْتَ دِيَةِ الْأَجْفَانِ وَجِهَانٍ .

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ مَسْأَلَتَانِ:

إحداهما: في الأجفان كمالُ الدية؛ لأن فيها جمالاً ومنفعة، أم الجمال، فظاهر،  
وأما المنفعة؛ فلأنها تقي الحَدَقَةَ عن الحرِّ والبَرْدِ، والقَدَى والآفات، وعن مالك: أن  
فيها الحكومة، وفي جَفْتِي إحدى العينين نصفُ الدية، وفي كلِّ واحدة منهما الربيع؛  
وذلك لأن كل متعدد من أعضاء البدن يجبُ في جنسه الدية، وتوزع الدية على عدد  
ذلك الجنس، ألا تَرَى أن الدية توزَعُ على اليدين والرُّجْلين؛ حتى يجب في اليد الواحدة  
النصفُ، وعلى الأصابع العُشُرُ؛ حتى يجب في إحداها العشر؛ قال الإمام: هذا مطرد  
إلا أن يقدرُ الشرع بدلَ الواحدٍ من ذلك الجنس؛ كما فعل في السن، وفي بعض الجفْنِ  
الواحدِ قسطه من الربيع، وإنما يجب كمالُ الدية في الأجفان، إذا استؤصلت، وقد يقطع  
معظم الجفْنِ، فيتقلص الباقي، ويوهم الاستئصال فليحقق، ولا فرق بين الجفْنِ الأعلى  
والأسفل، وجفْنِ الأعمى كجفْنِ البصير، وكذلك جفن الأعمش، والعمش بمنزلة  
المَرَضِ فيه، ولا دية في جفْنِ المستحشف، وإنما يجب فيه الحكومة، ولو ضرب على  
الجفن، فاستحشف، فعليه الدية، ولا يجيء فيه الخلافُ المذكورُ في استحشاف الأذن؛  
لبقاء المنفعة هناك، مع الاستحشاف، وإذا قلع الأجفان مع العينين، وجب دية  
للأجفان<sup>(١)</sup>، وأخرى للعينين.

الثانية: إزالة الأهداب وسائر الشعور؛ كشعر الرأس واللحية؛ بالحلوق وغيره من  
غير إفساد المَنَابِتِ: لا يوجب إلا التعزير<sup>(٢)</sup>، فإن أفسد منبتها، فعليه الحكومة؛ لأن  
الفائت<sup>(٣)</sup> بتلفها الزينة والجمال، دون المقاصد الأصلية، وبهذا قال مالك وأحمد.

وقال أبو حنيفة: تجب الدية بكمالها في أربعة من الشُّعُور، وهي: الأهداب،  
والحاجبان وشعرُ الرأس واللحية، فإن لم يكن على الأجفان أهدابٌ، فالواجب بقطعها  
الدية؛ على ما تبين، وإن قطعت وعليها الأهدابُ فهل يجب مع الدية حكومة الأهداب  
في دية الأجفان؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه تجب الحكومة مع الدية؛ لأن فيها جمالاً وفائدة زائدة، وهي أنها

(١) في ز: الأجفان.

(٢) ما جزم به من إيجاب التعزير فقط محله إذا كان فيما لا يؤلم كالقص يؤلم كالتنف فوجهان في  
الحاوي.

(٤) في ز: اشتبكت.

(٣) في ز: الغالب.

يحتد بها النظر، وإذا أسبلت<sup>(١)</sup> دارت الغبار مع نفوذ البصر.

وأظهرهما؛ على ما ذهب إليه القاضي الطبري والشيخ أبو محمد وغيرهما: أن حكومة الأهداب تدخل في دية الأجنان؛ كما تدخل حكومة الكف في الأصابع، وكما أن الشعر على الساعد والساق لا يفرد بالحكومة؛ واستشهد لهذا الوجه أيضاً بأن الشعر على محل الموضحة لا يفرد بالحكومة، بل يدخل في أرش، وهذا يشعر بالقطع به، وكذلك ذكره الإمام وغيره، لكن في كتاب القاضي ابن كج حكاية وجهين في دخول حكومة الشعر تحت أرش الموضحة، والظاهر الأول، وإن ثبت الخلاف، وأجاب صاحب «التمة» بما يوافق الوجه الآخر، فقال فيما إذا أوضح على الرأس أو الجبين<sup>(٢)</sup>، وأزال الشعر، إنه يجب عليه أغلظ الأمرين من الأرش أو الحكومة؛ كما حكينا عنه فيما إذا أوضح جبينه، وأزال الحاجب، ويمكن أن يعود الخلاف هناك أيضاً، وقوله في الكتاب: «خلفاً لأبي حنيفة» بخلاف رسم الكتاب، ويجوز أن يعلم لفظ «الأجنان» وربيع الدية» بالميم.

قال الغزالي: الرابغ: الأنف وفي قطع جميع ما لأن من المارن كمال الدية، وفي بغضه البغض بالنسبة، وهو مع الحاجز بين المنخرين ثلاث طبقات، ففي كل طبقة ثلث الدية، وقيل الحاجز فيه حكومة، وفي ظاهر كل واحد من المنخرين نصف الدية.

قال الرافعي: يجب في قطع المارن، وهو ما لان من الأنف، وخلا من العظم - كمال دية النفس؛ لما روي في كتاب عمرو بن حزم الذي كتبه رسول الله ﷺ: «وفي الأنف إذا أوعب جدعاً - الدية»<sup>(٣)</sup> أي: استوعب وحمل ذلك على المارن، دون جميع الأنف؛ لما روي عن طاوس - رضي الله عنه - أنه قال: «عندي كتاب النبي ﷺ وفيه: «وفي الأنف، إذا قطع مارئه مائة من الإبل»<sup>(٤)</sup>، ويروى: «وفي الأنف، إذا استؤصل المارن الدية الكاملة»<sup>(٥)</sup> ولأن الأنف عضو فيه جمال، وفيه منفعة جمع الروائح، ومنع الغبار، وسائر ما يؤدي الدماغ عنه، وهو فرد في جنسه، فكمال فيه الدية؛ كاللسان والذكر، والمارن ثلاث طبقات؛ الطرفان، والوتر، والحاجزة بينهما، وكيف توزع عليها الدية؟ فيه وجهان:

(١) في ز: واللحين.

(٢) تقدم.

(٣) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه عن ابن جريح عن ابن طاوس عن أبيه به، وذكره الشافعي تعليقا، ورواه البيهقي من طريق عكرمة بن خالد عن رجل من آل عمر، نحوه.

(٤) أخرجه البيهقي من حديث أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم قال: كان في كتاب عمرو بن حزم حين بعث رسول الله ﷺ إلى نجران: وفي الأنف إذا استؤصل المارن، الدية كاملة.

أحدهما؛ وبه قال أبو علي الطبري: أنها تتوزع عليها جميعاً؛ لتعلق الجمال والمنفعة بها، فلو رفع الحاجز وحده، فعليه ثلث الدية، ولو قطع إحدى الطرفين، وكذلك، ولو قطعهما دون الحاجز أو أحدهما، مع الحاجز، فعليه ثلثا الدية، ولو قطع أحدهما، ونصف الحاجز، فعليه نصف الدية.

والثاني، ويحكى عن ابن سريج وأبي إسحاق: أن الدية تتعلق بالطرفين، وليس في الحاجز إلا الحكومة؛ لأن الجمال وكمال المنفعة فيهما دون الحاجز، وعلى هذا ففي الحاجز وحده الحكومة، وفي قطع أحد الطرفين نصف الدية، وفي قطعهما دون الحاجز تمام الدية، وفي قطع أحدهما مع الحاجز أو بعض الحاجز نصف الدية وحكومة، وفي «التهذيب»: أن هذا الوجه الثاني أصح، ونقل أبو إسحاق الشيرازي؛ أنه المنصوص، لكن إيراد الكتاب يقتضي ترجيح الأول، وإليه ذهب القاضيان الطبري والرويان، وقد يؤيد بأنه إذا قطع جميع المارن لا يجب إلا دية واحدة، ولو كانت<sup>(١)</sup> الدية في مقابلة الطرفين، وكان واجب الحاجز الحكومة، لأشبه ألا تدخل<sup>(٢)</sup> حكومته في الدية، كما لو قطع مع المارن شيئاً مما يتصل بالشفة أو من الخد، فإنه يجب لذلك حكومة مع الدية، ويخرج مما ذكره الإمام نقلاً وتلخيصاً؛ أنه لا يجب في أحد الطرفين النصف، ولا الثلث، ولكن ينسب ما أبين إلى ما بقي، ويوزع الواجب عليهما، فيجب ما يقتضيه التقسيط، وأقام هذا وجهاً آخر، لكنه لا يستغنى عن النظر في أن الدية يجب في مقابلة الطرفين، أو الطبقات الثلاث، ثم إن جعلنا الدية في مقابلة الطرفين، فلا يكاد يُفرض تفاوت بينهما، ولا يكون الواجب إلا النصف، وإن جعلنا في مقابلة الطبقات الثلاث، فيظهر تفاوت الطرفين على الوتر، ويكون الواجب فوق الثلاث، ودون النصف، وأنف المجذوم إذا سقط بعضه، وقطع الباقي، يجب فيه قسط الباقي من الدية، وأنف الأخشم<sup>(٣)</sup> كأنف السليم؛ فإن الشم لا يحل الأنف، ولو ضرب على أنفه فاستحشف أو قطع أنفاً مستحشفاً، فعلى الخلاف المذكور في الأذن.

وقوله في الكتاب: «وفي قطع جميع ما لان من المارن كل الدية»، في هذه اللفظة نظر، فإن المارن هو الذي لأن، ويجب بقطعه الدية؛ لأنه من المارن، فكان ينبغي أن يقول: وفي قطع جميع ما لأن من الأنف، وهو المارن، وقد يتكلف، فيحمل «من» على بيان الجنس، ويقال: المعنى في جميع ما لان من هذا الذي يقال له المارن.

(١) في ز: كان.

(٢) في ز: أن لا يدخل.

(٣) خشم الأنف: تغيير رائحته من داء فيه، والخشام داء يأخذ الخيشوم فيفقد حاسة الشم. ينظر المعجم الوسيط ٢٣٦/١.

وقوله: «وفي بغضه البغض بالنسبة»، يعني إذا قطع بغض المارن، اعتبر [الباقى] بالمساحة، وأخذ قسط المقطوع من الدية، ثم الاعتبار بالجملة التي يقابلها الدية، وفيه الخلاف الذي بيّناه.

### «فَرْعٌ»

لو شق مارنه، فذهب منه شيء، ولم يلتثم، فعليه من الدية قسطُ الذهاب، وإن لم يذهب منه شيء التام أو لم يلتثم، فعليه الحكومة، ولو انجبرت القصةُ بعد الكسر، فعليه الحكومة، فإن بقي معوجاً، كانت الحكومة أكثر.

قال العزالي: **العَامِسُ الشَّفَتَانِ وَفِي كُلِّ وَاحِدَةٍ نِصْفُ الدِّيَةِ (م)**، وَحَدُّهُ فِي عُرْضِ الْوَجْهِ إِلَى الشُّدْقَيْنِ، وَفِي طُولِهِ إِلَى مَحَلِّ الْأَرْتِقَاقِ عَلَى وَجْهِهِ، وَإِلَى مَا يَسْتُرُ عُمُودَ الْأَسْنَانَ عَلَى وَجْهِهِ، وَإِلَى مَا يَنْتَوِ عِنْدَ الْأَنْطِاقِ عَلَى وَجْهِهِ وَهُوَ الْأَقْلُ، وَقِيلَ: إِذَا قَطَعَ مِنَ الْأَعْلَى مَا لَا يَنْطَبِقُ عَلَى الْأَسْفَلِ، فَقَدْ اسْتَوْفَى الْكُلَّ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِي قِطْعِ الشَّفَتَيْنِ، إِذَا اسْتَوْعَبْنَا كَمَالَ الدِّيَةِ؛ لِمَا رُوِيَ فِي كِتَابِ عَمْرُو بْنِ حَزْمٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - الَّذِي تَكَرَّرَ ذِكْرُهُ، وَفِي الشَّفَتَيْنِ الدِّيَةِ، وَلِأَنَّ فِيهِمَا جَمَالًا وَمَنْفَعَةً ظَاهِرَةً لِمَا يَتَلَقَّى بِهِمَا مِنْ تَمَامِ الْكَلَامِ، وَإِمْسَاكِ الرِّيقِ وَالطَّعَامِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَا غَلِيظَتَيْنِ أَوْ رَقِيقَتَيْنِ، كَبِيرَتَيْنِ أَوْ صَغِيرَتَيْنِ، وَفِي إِحْدَاهَا نِصْفُ الدِّيَةِ، وَتَسْتَوِي فِي ذَلِكَ الْعُلْيَا وَالسُّفْلَى، وَإِنْ فَرَضَ تَفَاوُتٌ فِي الْمَنْفَعَةِ، كَمَا فِي الْيَدَيْنِ وَالْأَصَابِعِ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ مَالِكٍ، وَيُرْوَى عَنْهُ أَنَّ فِي الْعُلْيَا ثُلُثَ الدِّيَةِ، وَفِي السُّفْلَى الثَّلَاثِينَ؛ لِأَنَّهَا الَّتِي تَمْسِكُ الرِّيقَ وَالطَّعَامَ، وَتَتَحَرَّكُ عِنْدَ الْمَضْغِ وَالْكَلامِ، وَقَدْ تَعَكَّسَ الرِّوَايَةُ، وَيُقَالُ: يَجِبُ فِي الْعُلْيَا الثَّلَاثَانِ، وَفِي السُّفْلَى الثَّلَاثُ؛ لِأَنَّ الْجَمَالَ فِي الْعُلْيَا أَكْثَرَ، وَيَجِبُ بِقِطْعِ بَعْضِ الشَّفَةِ بَعْضُ الدِّيَةِ عَلَى مَا يَقْتَضِيهِ التَّقْسِيطُ، وَحَدُّ الشَّفَةِ فِي عُرْضِ الْوَجْهِ إِلَى الشُّدْقَيْنِ، وَقَدْ يُقَالُ: حَدُّ الشَّفَةِ فِي الطُّولِ فَتْحَةُ الْفَمِ مِنَ الْجَانِبِ إِلَى الْجَانِبِ الْآخَرَ، وَهَذِهِ الْعِبَارَةُ مَعْنَاهَا مَعْنَى الْأَوَّلِ، وَالْمُرَادُ بِالطُّولِ طُولُ الْفَمِ، وَأَمَّا فِي عَرْضِ الْفَمِ<sup>(١)</sup> فَقَدْ جُمِعَ الْإِمَامُ فِي حَدِّهَا أَوْجَهًا: أَحَدُهَا: أَنَّهُ مِنَ الْمُتَجَافِي إِلَى مَحَلِّ الْارْتِقَاقِ؛ لَوْ قُوعَ الْأَسْمِ عَلَى جَمِيعِ ذَلِكَ، وَمَوْضِعَ الْارْتِقَاقِ مِنَ الْأَعْلَى يَقْرَبُ مِنَ الْوَتْرَةِ، وَمِنَ الْجَانِبِ الْأَسْفَلِ يَقَعُ فِي مُحَاذَاةِ نَهَايَةِ الْعَنْقَقَةِ.

والثاني: أن الشفة من حرف الفم إلى الموضع الذي يستر اللثة، وعمود الأسنان، ولا يكاد هذا القائل يُسَلِّمُ تناول الاسم ما وراء ذلك.

(١) في ز: طول الوجه.

والثالث، عن الشيخ أبي محمد: أنه القدر الذي يتتو عند إطباق الفم؛ كما أنه يراعى هذا القدر في الشُّفْرَيْنِ.

والرابع: أن القدر الذي لو قطع لم تنطبق الشفة الأخرى على الباقي هو كلُّ الشفة، حكاها الإمام عن مرامز كلام الأئمة.

والوجه الثالث: أقلُّ المقادير، والأول أكثرها، والثاني معتدلٌ متوسِّطٌ، وروي ذلك عن نصح - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - في «الأم»، وهو الذي أورده أكثر المتكلمين في حد الشفة. وقوله في الكتاب: «وفي كل واحدة نصفُ الدية» معلَّم بالميم؛ لما روينا.

وقوله: «إلى ما يستر عُمُورَ الأَسنانِ»، وقد يقال بدلُه: «إلى ما يستر اللثة»، وقد يجمع بينهما، والعُمُورُ جمعُ: عَمِرَ، وهو: اللحم بين الأَسنانِ، واللثة: اللحمُ حَوْلَ السِّنخِ، وهو وراء العُمُورِ، فيجوز أن يقدر فيه اختلاف، ويجوز أن يبيني الأمرُ على التقريب<sup>(١)</sup>، وذكر اللثة يغني عن ذكر العُمُورِ، فإنها وراء العمور، ولا ينعكس، وذكر في «الوَسِيطِ» بعد حكاية هذه الوجوه أن تقدر كل الشفة بأن يقدر قوساً طرفاه عند الشَّدَقَتَيْنِ، ومُحَدِّبُهُ<sup>(٢)</sup> عند الارتاق، أو ما دونه، على أحد الوجوه، فما يحويه مقعر هذا القوس، هو كلُّ الشفة، وفي «النهاية» نحو من هذا، لكن على الوجه الأول خاصَّةً، ويشبه أن يقال: لا معنى لتقدير القوسِ واعوجاج الحَظِّ، ولكن موضع الارتاق مما يحاذي وتره الأنف من الأعلى، إلى موضع الارتاق مما يحاذي الشَّدَقَ من الأسفل يقرب من المسامطة، فليعتبر خط مستقيم من<sup>(٣)</sup> محاذاة الوترِ إلى محاذاة الشَّدَقِ، وكذلك في الشفة السفلى ويكون حدُّ الشفتين معاً شكلاً مربع مستطيل أو غير مستطيل، ولا يبعد عن العُزْفِ، وإطلاق الاسم أخذ شيء من الشَّدَقِ في حد الشفة، لكن قال الإمام: لم يصِرْ إليه أحدٌ من الأصحاب.

«فَرْعٌ»<sup>(٤)</sup>

لو ضرب على شفته، فأشَلَّها، فصارت منقبضة لا تسترسل، أو مسترسلة لا تنقبض، فعليه الدية<sup>(٥)</sup>، ولو قطع شفةً شلاءً، فعليه الحكومة، ولو شق

(١) في ز: القريب.

(٢) في ز: عن.

(٣) في أ: فروع.

(٤) قال في البحر: ولا يختلف المذهب فيه لبطلان المنفعة كاليدن إذا شلتا. وقال في الحاوي: إذا استرختا حتى لم ينفصلا عن الأَسنانِ إذا كشر أو ضحك لا يلزم كمال الدية عندي لبقاء منفعتهما بحفظ الأَسنانِ وما يدخل في الفم من المأكول فينبغي أن تجيء حكومة بخلاف ما لو تقلص حتى ذهب جميع منافعتها.

شفتيه<sup>(١)</sup>، ولم يبين<sup>(٢)</sup> منها شيء لم يلزمه إلا الحكومة<sup>(٣)</sup>، ولو قطع شفة مشقوقة، ففي «التهذيب» و«التتمة»؛ أن فيها دية ناقصة بقدر حكومة الشق، ولو قطع بعض الشفة، وتقلص الباقي حتى بقي المقطوع كالذي قطع جميعها منه، ففيه وجهان:

أحدهما: أن الدية تتوزع على ما قطع، وعلى ما بقي<sup>(٤)</sup>.

والثاني: يجب كمال الدية؛ لأن منفعة الباقي قد بطلت بالجناية، فصار كما لو قُطع بعض الأصابع، وأشل بعضها، وهل يتبع حكومة الشارب دية الشفة، نقل [القاضي] ابن كج فيه وجهين.

قال الغزالي: السَّادِسُ فِي لِسَانِ النَّاطِقِ كَمَالُ (ح) الدِّيةِ، وَفِي الْأَخْرَسِ الْحُكُومَةُ، وَفِي الصَّبِيِّ كَمَالُ الدِّيةِ إِلَّا إِذَا قُطِعَ عَقِيبَ الْوِلَادَةِ وَلَمْ يَظْهَرْ أَثَرُ الْقُدْرَةِ بِالتَّحْرِيكِ وَالبُّكَاءِ فَإِنَّ السَّلَامَةَ لَمْ تَسْتَيْقِنْ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِي اللِّسَانِ كَمَالُ دِيَةِ النَّفْسِ؛ لَمَا رَوَى عَنْ كِتَابِ عَمْرٍو بْنِ حَزْمٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: «فِي اللِّسَانِ الدِّيةُ»، وَأَيْضاً: فِيهِ جَمَالٌ وَمَنَافِعٌ ظَاهِرَةٌ، كَمَنْفَعَةُ النُّطْقِ الَّتِي تَتَمَيَّزُ بِهَا الْإِنْسَانُ عَنِ الْبَهِيمَةِ، وَكَمَنْفَعَةُ الذُّوقِ، وَكَالإِعَانَةِ عَلَى الْمَضْغِ بَرْدُ اللَّقْمَةِ إِلَى الْأَضْرَاسِ، وَقَدْ رَوَى أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ سُئِلَ عَنِ الْجَمَالِ، فَقَالَ: «هُوَ فِي اللِّسَانِ»<sup>(٥)</sup>، وَلِسَانُ الْأَلْكَنِ، وَالمُبْرَسَمِ الَّذِي ثَقُلَ كَلَامُهُ كغَيْرِهِ، وَكَذَلِكَ لِسَانُ الْأَرْتُ وَالْأَلْتُغِ، وَيَجْعَلُ مَا فِيهِ مِنَ الضَّعْفِ كَضَعْفِ الْبَطْشِ فِي الْيَدِ، قَالَ الْقَاضِي الرَّوْيَانِيُّ: وَيَحْتَمَلُ أَنْ يُقَالَ خِلَافَهُ، وَفِي لِسَانِ الْأَخْرَسِ حُكُومَةٌ، كَمَا فِي الْيَدِ الشَّلَاءِ، سِوَاءَ مَا كَانَ

(١) في ز: شفته.

(٢) في ز: يكن.

(٣) في ز: لزمته الحكومة.

(٤) سكت الشيخ عن الترجيح. قال في الخادم: يتأيد الأول بقوله في الأم «ولو قطع من الشفة شيء كان فيها بحساب ما بقي».

(٥) أخرجه الحاكم في المستدرک طریق أبي جعفر بن علي بن الحسين عن أبيه قال: أقبل العباس إلى رسول الله ﷺ وعليه حلتان، وله ظفيران، وهو أبيض، فلما رآه تبسم، فقال: يا رسول الله ما أضحكك؟ أضحكك الله سنك، فقال: أعجبني جمال عم النبي، فقال العباس: ما الجمال؟ قال: اللسان، وهو مرسل، وقال ابن طاهر: إسناده مجهول، ورواه العسكري في أمثاله من حديث آل بيت العباس عن العباس، وفي إسناده محمد بن زكريا الغلابي، وهو ضعيف جداً، ورواه أيضاً عن ابن عائشة عن أبيه معضلاً، ورواه الخطيب وابن طاهر من حديث ابن المنكدر عن جابر بلفظ: جمال الرجل فصاحة لسانه، وفي إسناده أحمد بن الجارود الرقي وهو كذاب، وأخرجه العسكري في الأمثال من وجه آخر بلفظ: إن جمال، فذكره، وفي إسناده عبد الله بن إبراهيم الغفاري، وهو ضعيف.



الخرس أصلياً أو خرس بمرض، وعن أبي الطيب بن سلمة؛ أنه يمكن تخريج قول؛ أن الواجب فيه الدية، والمذهب الأول؛ وذلك إذا لم يذهب الذوق بقطع لسان الأخرس، أو كان قد بطل ذوقه من قبل، فأما إذا قطع لسانه، فذهب ذوقه، وجبت الدية؛ لذهاب الذوق، ولو تعذر النطق، لا لخلل في اللسان، ولكنه ولد أصم، فلم يحسن الكلام؛ لأنه لم يسمع شيئاً، فالواجب فيه الدية أو الحكومة، فيه وجهان يجيء ذكرهما<sup>(١)</sup>، وإذا قطع لسان الطفل، نُظِرَ إن نطق بـ«بابا» و«دآدا» ونحوهما، أو كان يحركه عند البكاء، والضجك، والامتصاص تحريكاً صحيحاً، وجبت الدية؛ لظهور آثار الكلام فيه، وعن أبي حنيفة؛ خلافه، وإن لم يوجد نطقٌ وتحريكٌ في أن بلغ وقت النطق والتحريك، فالواجب فيه الحكومة؛ لإشعار الحال بالعجز، وإن لم يبلغ بأن قطع لسانه عقيب الولادة، فالذي أوردته في الكتاب أنه لا يجب الدية؛ لأن سلامته غير مستقيمة، والأصل براءة الذمة عن الدية، وحكى الإمام قطع الأصحاب به، ووقفه لشيخه أبي محمد فيه، والذي يوجد في كتب عامة الأصحاب وجوب الدية؛ أخذاً بظاهر السلامة، كما تجب الدية في يده ورجله، وإن لم يكن بطش في الحال، وهذا ما حكاه القاضي ابن كنج عن أبي إسحاق، وذكر أن أبا الحسين نقل في المسألة قولين، وليعلم لما ذكرنا قوله: «إلا إذا قطع عقيب الولادة، ولم يظهر أثر القدرة»، وقوله: «وفي الأخرس حكومة» يجوز أن يُعلم بالألف؛ لأن عنده في لسان الأخرس ثلث الدية في أظهر الروايتين.

ولو قطع بعض لسان الصبي، واقتضى الحال إيجاب الحكومة، فأخذناها، ثم إنّه نطق ببعض الحروف، وعرفنا سلامة لسانه بلغنا بالحكومة القدر الذي يقتضيه القطع من الدية، ولو كان لسانه طرفان، نُظِرَ: إن استويا في الخلقة، فهو لسان مشقوق، فيجب بقطعهما الدية، ويقطع أحدهما قسطه من الدية، وإن كان أحدهما تاماً الخلقة أصلياً، والآخر ناقص الخلقة زائداً، ففي قطعهما ديةً وحكومةً، وفي الأصلي الدية، وفي الزائد الحكومة، ولا يبلغ بحكومته ديةً قدره من اللسان من ثلث وربع وغيرهما، وفي قطع اللهاة الحكومة.

قال العزالي: السابع: الأسنان وفي كل سنّ تامةً أصليةً مثفورة غير متقلبة بالهرم خمس من الإبل من غير تفاضل، وفي الشاغية حكومة، وفي سنّ من الذهب تشبّت بها

(١) قال في الخادم: لم يجيء لهما ذكر فيما بعد والراجح الثاني فقد سبق منه أنه لا فرق في إيجاب الحكومة في الأخرس بين الأصلي والعارض قد تزيد الأسنان على ثنتين وثلاثين فإن زادت فهل يجب لكل سن خمس أم لا تجب في الزائد على ذلك إلا الحكومة كالأصبع الزائدة وجهان لم يرجح الشيخ منهما شيئاً وقال الشيخ البلقيني في تصحيح المنهاج أن الأرجح الثاني وقال في الخادم: أن القمولي قال: إن الأصح الأول.

اللَّحْمُ وَأَسْتَعَدَّتْ لِلْمَضْغِ حُكُومَةً عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ، وَفِي قَطْعِ نِصْفِ السِّنِّ نِصْفُ الْأَزْشِ، وَفِي إِدْخَالِ السُّنْخِ فِي حِسَابِ السُّنَّةِ وَجْهَانِ، وَبَقِيَّةُ الذَّكَرِ مِنَ الْحَشْفَةِ، وَحَلْمَةُ الثَّدْيَيْنِ مِنَ الْجُمْلَةِ، وَقَصَبَةُ الْأَنْفِ مِنَ الْمَارِنِ كَالسِّنِّ مِنَ السُّنْخِ فِي أَنَّ حُكُومَتَهَا هَلْ تَنْدَرُجُ عِنْدَ الْأَسْتِصَالِ؟ وَفِيهِ وَجْهٌ أَنَّهُ يَجِبُ بِجَمِيعِهَا حُكُومَةٌ إِذَا اسْتَوْصِلَتْ مَعَ دِيَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يَجِبُ فِي كُلِّ سَنٍّ مِنَ الذَّكَرِ الْحُرِّ الْمُسْلِمِ خُمْسٌ مِنَ الْإِبِلِ، لَمَا رَوَى فِي كِتَابِ عَمْرُو بْنِ حَزْمٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - الَّذِي كَتَبَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «فِي السِّنِّ خُمْسٌ مِنَ الْإِبِلِ»<sup>(١)</sup>، وَعَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرُو بْنِ الْعَاصِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -؛ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «فِي كُلِّ سِنٍّ خُمْسٌ مِنَ الْإِبِلِ»<sup>(٢)</sup>، وَلَا فَرْقَ فِي وَجُوبِ الدِّيَةِ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ تَفْوِثُ السِّنِّ بِالْقَلْعِ، أَوْ الْقَطْعِ، أَوْ الْكَسْرِ، وَلَوْ قَلَعَ سَنَّهُ، فَبَقِيَتْ مَتَعَلِّقَةٌ بِعُرُوقِ، ثُمَّ عَادَتْ إِلَى مَا كَانَتْ، ذَكَرَ الرَّوْيَانِيُّ فِي «جَمْعِ الْجَوَامِعِ»؛ أَنَّهُ لَا دِيَةَ؛ لِأَنَّ الدِّيَةَ إِنَّمَا تَجِبُ بِالْإِبَانَةِ، وَلَمْ تَوْجِدْ، وَعَلَيْهِ حُكُومَةُ الْجَنَائِيَةِ، وَتَسْتَوِي الْأَسْنَانَ فِي الدِّيَةِ، وَإِنْ اخْتَلَفَتْ مَنَافِعُهَا؛ لَمَا رَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - قَالَ: «جَعَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَصَابِعَ الْيَدِ وَالرَّجْلِ سَوَاءً»<sup>(٣)</sup>، وَقَالَ: الْأَسْنَانُ سَوَاءً، الثَّنِيَّةُ وَالضَّرْسُ سَوَاءً، وَهَذِهِ [وَهَذِهِ]<sup>(٤)</sup> سَوَاءً، وَاخْتِصَاصُ بَعْضِهَا بِزِيَادَةِ طَوْلٍ لَا يُوْجِبُ الْاِخْتِصَاصَ بِمَزِيدٍ بَدَلًا؛ كَمَا فِي الْأَصَابِعِ، وَضَبَطَ صَاحِبُ الْكِتَابِ الْقِيُودَ الَّتِي تَعْتَبَرُ فِي السِّنِّ لِتَكْمِيلِ الدِّيَةِ؛ فَقَالَ: «فِي كُلِّ سِنٍّ تَامَّةٍ أَصْلِيَّةٌ... إِلَى آخِرِهِ، وَهِيَ أَرْبَعَةٌ:

الأول: أن تكون أصلية؛ ففي السن الشاغية الحكومة دون الدية<sup>(٥)</sup>، ولو سقطت سِنَّةٌ، فَاتَّخَذَ سَنًّا مِنْ ذَهَبٍ، أَوْ حَدِيدٍ، أَوْ عَظْمٍ ظَاهِرٍ، لَمْ يَلْزَمُ بِقَلْعِهَا الدِّيَةَ، وَأَمَّا الْحُكُومَةُ، فَإِنَّ قَلَعْتَ قَبْلَ الْاِتِّحَامِ، لَمْ يَلْزَمُ أَيْضًا، وَلَكِنْ يَعْزُرُ الْقَالِعَ، وَإِنْ قَلَعْتَ بَعْدَ تَشْبِثِ اللَّحْمِ بِهَا، وَاسْتَعْدَادِهَا لِلْمَضْغِ وَالْقَطْعِ، فَقَوْلَانِ:

(١) تقدم.

(٢) أخرجه الشافعي وأبو داود وغيرهما، وقد تقدم في حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

(٣) أخرجه أبو داود والبخاري، وابن ماجه مختصر، وابن حبان، وهو في صحيح البخاري مختصر بلفظ: هذه وهذه سواء، يعني الخنصر والإبهام، ولأبي داود والنسائي وابن ماجه من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ: الأصابع والأسنان سواء، في كل إصبع عشر من الإبل، وفي كل سن، خمس من الإبل. ولهم من حديث أبي موسى: إن الأصابع سواء، عشرًا عشرًا من الإبل، وأخرجه ابن حبان وهو في كتاب عمرو بن حزم أيضًا.

(٤) سقط في ز.

(٥) وما ذكره من أن الشاغية المراد بها الزائدة تابع فيه الجوهري فإنه قال في الصحاح: السن الشاغية هي الزائدة على الأسنان التي تخالف نبتتها غيره.

أحدهما: أنه يجب الحكومة؛ لما فيها من المنفعة والجمال.

وأظهرهما: المنع؛ لأنها مُلْحَقَةٌ، وليست جزءاً من الشخص، قال الإمام: ولا يتصور أن يلتحم على اللحم ذهب، والله أعلم.

القيد الثاني: أن تكون تامة، وتكمل الدية بكسر ما ظهر من السن، وإن بقي السنخ<sup>(١)</sup> بحاله؛ لأن السن اسم للظاهر، والمستتر باللحم يسمى سنخاً، ولأن الجمال والمنفعة من العَضِّ، والقطع<sup>(٢)</sup>، والمضغ، وجمع الريق، كل ذلك يتعلّق بالظاهر، ومنفعة المستتر حمل الظاهر وحفظه، وهو مع الظاهر كالكَفِّ مع الأصابع، ولو قلع السن من<sup>(٣)</sup> السنخ لم يجب زيادة على أرش السن، بل تدخل حكومة السنخ في دية السن؛ كما تدخل حكومة الكف في دية الأصابع، هذا ما أطلقه الجمهور، وحكى الإمام في ذلك طرقاتاً:

إِخْدَاها: أن فيه وجهين:

أظهرهما: ما أجاب به الجمهور، واحتج له بأن النبي ﷺ قال: «في كل سنّ خَمْسٌ مِنَ الْإِبِلِ»، والأولئى حمل كلامه على ما يجري مثله في العُزْفِ، وقلع السن من الأضل هو الذي يتفق، فأما قطع الظاهر، فلا يتفق إلا باعتمادٍ وتكليفٍ.

والثاني: أنه يجب حكومة للسنخ، مع أرش السن؛ لزيادة الجناية بقلع السنخ.

والثانية: القطع بالوجه الأول.

والثالثة: القطع بالثاني؛ تعليلاً بأن السنخ باطن؛ فيفرد بالحكومة<sup>(٤)</sup>.

ولو كسر الظاهر واحد، وجاء آخر، وقلع السنخ، فعليه الحكومة، وعلى الأول الدية؛ بلا خلاف، ولو عاد الأول، وقلعه بعد الاندمال، فعليه الحكومة مع الدية، وإن قلعه قبل الاندمال، فوجهان عن القاضي الحسين، والذي يوافق إطلاق أكثرهم؛ أن الجواب كذلك.

والثاني: أن حكومة السنخ تدرج تحت دية السن؛ كما لو قلعهما معاً، ويجوز أن يفرق بين قلع الأول وغيره، كما في رفع الحاجز بين الموضوعتين، وطرده مثل هذا في قطع الكف بعد قطع الأصابع؛ إما من قاطع الأصابع أو غيره، ولو قطع بعض الظاهر،

(١) في ز: السبح.

والسنخ من الأسنان: مفازها في الفك. ينظر المعجم الوسيط ١/٤٥٣.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: مع.

(٤) في ز: بالحكم.

وأَبْقَى<sup>(١)</sup> بعضه فعليه قسط ما قطع من الأرش، وكيف يقسَط، أينسب المقطوع إلى الظاهر وحده<sup>(٢)</sup>؛ حتى يكون نصفاً مثلاً، أو اللثة مع السنخ؛ حتى يكون ربعاً؟ الوجه أن يقال: إن أوجبنا في قلع الظاهر مع السنخ أرشاً وحكومة، فالتوزيع على الظاهر وحده، وإن أدرجنا الحكومة تحت الأرش، فوجهان حكاهما المتولي، والإمام، وصاحبُ الكتاب:

أصْحُهُمَا؛ وهو جواب المُعْظَم: أن التوزيع على الظاهر وحده؛ لأننا نوجب فيه تمام الأرش، وإذا وجب جميع الأرش في جميعه، وَجِبَ بعضه في بعضه، وهذا كما أن دية اليد، إذا وجبت بقطع الأصابع، وَجِبَ في بعضها قسطه، ولا ينظر إلى الكف، وأيضاً: فالسنخ مستتر، وغوصه مختلفٌ يتعذَّر الوقوف عليه، والنسبة إليه.

والثاني: أن التوزيع على الظاهر، والسنخ جميعاً؛ لأن السنخ مع الظاهر كالشيء الملتحم؛ بخلاف الأصابع مع الكف، فإنها منفصلة عنها، مربوطَةٌ بها بالأعصاب والرباطات، ومن ذهب إلى هذا الوجه، قال: قضيته ألا يجب تمام الأرش عند قطع جميع الظاهر، لكن إذا قطع الجميع، لم يبق للسنخ منفعةٌ بها مُبالأةً، فإن منفعتَه المقصودة حمل الظاهر، وحفظه؛ فلذلك أتممنا الأرش فيه، وإذا بقي من الظاهر بعضه، ففي السنخ منفعة حملَه، فوزعنا الأرش على ما ذهب، وعلى جميع ما بقي متفَعاً به، وفي معنى ما نُخِنُ فيه صُورٌ:

منها: أن الدية تكمل في قطع الحشفة، ولو استؤصل الذكْر، فيفرد بقية الذكر بحكومة، أو تدرج حكومتها تحت دية الحشفة؟ حكى الإمام فيه طريقين:

أحدهما: أن فيه وجهين.

والثاني: القطع بالاندرج.

ومنها: حَلَمَةُ الثُدِي فِيهَا كَمَالُ الدية، ولو استؤصل الثُدِي، ففيه الطريقتان، والأصحُ فيهما الاندرج.

ومنها: في المارنُ كَمَالُ الدية؛ على ما سبق، ولو قطعه مع القَصْبَة، فهل يجب حكومة القصبَة، أو لا يجب إلا الدية؟ ذكر الإمام أن فيه وجهين، وأن المذهب الظاهرُ فيهما الاندرج<sup>(٣)</sup>، وههنا كلام، وهو أنا قَدَمْنَا أن قصبَة الأنف محلُّ الموضحة في

(١) في ز: وبغى. (٢) في ز: ظاهر واجده.

(٣) والرافعي عزا هذا التصحيح للإمام بل كاد يرجح أنه يقلع بالحكومة أرش المنقلة فإنه قال بحثاً: قَدَمْنَا أن قصبَة الأنف محلُّ الموضحة وكذا محلُّ الهاشمة والمنقلة وذكرنا وجهين أن الجراحة الواصلة إلى داخل الأنف هل تكون جائفة وإذا كان كذلك فقطع قصبَة الأنف وإبانتها أعظم من =

الوجه، وكذا محلُّ الهاشمة والمنقلة، وذكرنا وجهين في أن الجراحة الواصلة إلى داخل الأنف، هل تكون جائفة، وإذا كان كذلك، فقطع قصبه الأنف وإبانتهَا أعظمُ من المُثَقَّلَة، فيجب أن يجب فيه مع أرش المارنِ أرشُ المُثَقَّلَة، وهكذا حكى القاضي ابن كجَّ الجواب فيه عن نصِّه - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - في «الأم»، ولم أجد تغييره تعرضاً لذلك، وإذا قلنا؛ بالاندراج في هذه الصورة، فلو قطع بعض الحشفة، أو الحلمة، أو المارن، فالمقطوعُ يُنسب إلى الحشفة، أو جميع الذكر وإلى الحلمة، أو جميع الثدي؟ وإلى المارن أو إلى المارن مع القصبه؟ فيه الوجهان المذكوران في قطع بعض الظاهر من السنِّ، والأصحُّ التوزيع على الحشفة، والحلمة، والمارن، وحدها كما ذكرنا في السنِّ والسنخ، وإذا اختلف الجاني في القدر المكسور من الظاهر، والمجني عليه، فالمصدق الجاني؛ لأن الأصل براءة ذمته.

### «فروع»

لو كسر واحد بعض ما ظهر، ثم جاء آخر، وكسر الباقي من الظاهر، فعلى كلِّ واحد قسطُ ما كسره من الأرش، ولو قطع الثاني الباقي مع السنخ، فعن نصِّه - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - في «الأم» أن عليه قسطُ الباقي من الأرش، وحكومة للسنخ، وللأصحاب فيه طريقتان:

أحدهما: أن فيه وجهين:

أحدهما: الأخذ بظاهر هذا النصِّ، وإيجاب حكومة للسنخ؛ لأن الباقي بعض السنخ، وإنما يجعل السنخ تابعاً لجميع السن.

والثاني: أنه كما يتبع الجميع يتبع البعض؛ لأنه لا فائدة للسنخ إلا حمل ما عليه من كل السن أو بعضها.

وأظهرهما؛ وبه قال الشيخ أبو حامد، وعليه جرى ابن الصَّبَّاح، وصاحب «التهذيب» وغيرهما: أنه ينظر في جنابة الأول؛ فإن كسر بعض السن في العرض، وبقي الأسفل بحاله، فليس على الثاني حكومة للسنخ، بل يدخل في أرش الباقي من السن، كما لو قطعت أنامل رجل، ثم جاء آخر، وقطع يده من الكوع، لا يلزمه حكومة الكف، بل تدخل في دية ما بقي من الأنامل، وإن كسر بعضها في الطول، فحكومة للسنخ بقدر ما يجب الباقي من السن تدخل في أرشه، وما لا شيء فوقه من السنخ

= المتقلة فيجب أن يجب فيه أرش المارن أرش المتقلة وهكذا حكى القاضي ابن كجَّ الجواز فيه عن نصه في الأم ولم أجد لغيره تعرضاً لذلك. انتهى.

تجبُ حكومته؛ كما ذكرنا، فيما إذا قطع كَفَأً عليها بعض الأصابع دون بعض، ولو ظهر بعض السنخ؛ كخلل أصاب اللثة، لم يلحق ذلك بالظاهر، بل كمال الدية فيما كان ظاهراً في الأصل.

ولو تنافر بعض السنن أو تأكل، ففي قلعتها قسماً ما بقي من الدية، فإن اختلفا في قَدْر المتناثر أو المتأكل، فالقولُ قولُ المجني عليه مع يمينه.

ولو كانت أسنانه من الأعلى طويلةً ومن الأسفل قصيرة، أو بالعكس، لم يؤثر ذلك، ووجب لكل واحدة كمال الأرش، والغالب أن الثنايا من الأسنان تكون أطول من الرِّبَاعِيَّاتِ بقليل، فإن كانت ثنايا إنسان مثل الرباعيات، أو أقصر منها، ففيما يجب فيها اختلافٌ للأصحاب:

حكى الإمام عن الأكثرين؛ أنه لا يجب فيها تمام الأرش، ولكن ينقص منه بحسب نقصانها، وهذا ما أورده الروياني، قال: ويخالف هذا ما إذا كانت أسنانُ الصف الواحد بأسرها قصيرة، فإن الغالب أن مثل ذلك لمعنى في الخلقة، وتفاوت الأسنان في الصف الواحد يُشعر بأنه قد أصاب المنبت خللٌ، وأن النقصان [كان] لذلك، وقال قائلون: يكمل فيها الأرش؛ لوقوع الاسم عليها، ودخولها تحت قوله ﷺ<sup>(١)</sup>: «في كُلِّ سِنٍّ خَمْسٌ مِنَ الْإِبِلِ» وهو ما أورده في «التهديب»، وسوى بين [أن تكون الرِّبَاعِيَّاتُ أطول من الثنايا، وبين أن تكون الثنايا أطول، إذا تفاحش]<sup>(٢)</sup> التفاوت بينهما.

ولو كانت إحدى السنين من الأعلى أو الأسفل أقصر من أختها، فقلعت القصيرة ينقص من ديتها بقدر نقصانها؛ لأن العادة الغالبة أنهما لا يختلفان، وإذا اختلفا، كانت القصيرة ناقصة، فإن انتهى صغر السن إلى أن بطلت منفعتها، ولم تصلح للمضغ، ففي قلعتها الحكومة دون الدية، كاليد الشلاء.

وقوله في الكتاب: «كالسِّنُّ من السُّنخِ في أن حكومتها تدرج عند الاستئصال» وحقُّ النظم أن يقال: كالسُّنخِ من السنن.

وقوله: «وفيه وجه أنه يجب لجميعها حكومة، إذا استؤصلت مع دية»، في اللفظ تقديمٌ وتأخير، والمعنى: يجب لجميعها، إذا استؤصلت حكومة، مع دية أو حكومة مع دية<sup>(٣)</sup>، إذا استؤصلت.

قال الغزالي: وَسِنَّ الصَّبِيِّ فَضْلَةٌ كَشَعْرِهِ فَلَيْسَ فِيهِ أَرْشٌ وَلَا قِصَاصٌ إِلَّا إِذَا بَانَ

(٢) سقط في ز.

(١) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

بِالْأَجْرَةِ فَسَادُ الْمَنْبِتِ، فَإِذَا مَاتَ قَبْلَ التَّبْيِينِ فِي الْأَرْضِ وَجَهَانَ لِقَابِلِ الْأَضْلَاجِ، وَالْمُثْفُورِ إِذَا عَادَ نَادِرًا فِي أَنْتَرْدَادِ الْأَرْضِ قَوْلَانِ، وَالْمَوْضُحَةُ إِذَا التَّحَمَّتْ بِلَحْمٍ جَدِيدٍ لَا يُسْتَرَدُّ أَرْضُهَا لِأَنَّهُ جَدِيدٌ، وَالْبَطْشُ وَالْبَصْرُ إِذَا عَادَ يُسْتَرَدُّ لِأَنَّهُ الْأَوَّلُ، وَقَدْ عَادَ، وَالسُّنُّ دَائِرٌ بَيْنَهُمَا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: القيد الثالث: أن تكونَ مثغورة، فلو قلع سن صبي، لم يشغر، فقد سبق في «كتاب الجراح» أنه لا يستوفى<sup>(١)</sup> في الحال قصاص ولا دية؛ لأن الغالب أنها تعود، فهي كالشَّعْر يُخْلَقُ، ولكن ينتظر عودها، فإن عادت، فلا قصاص ولا دية، وتجب الحكومة، إن بقي شين، وإلا فعلى ما ذكرنا في الحكومات؛ أنه لا يجب شيء، أو يعتبر حال الجنابة، وقيام الألم، وإن لم تعد، وفسد المنبت، استوفى القصاص أو الدية<sup>(٢)</sup>، فإن مات الصبي قبل أن يتقين<sup>(٣)</sup> الحال، ففي وجوب الأرض وجهان، وقيل قولان<sup>(٤)</sup>:

أحدهما: يجب؛ لأن الجنابة قد تحققت، والأصل عدم العود<sup>(٥)</sup>.

والثاني: المنع؛ لأن الأصل براءة الذمة، والظاهر أنه لو عاش لعادت، وهذا أقوى<sup>(٦)</sup>؛ على ما قاله القاضي ابن كَجُّ وغيره؛ وعلى هذا فتجب الحكومة، قال في «التممة»: وذلك على طريقة من يعتبر حالة الجنابة، وتواصل الألم.

ولو قلع قالع سن الصغير، وجاء آخر وجئى على منبته جنابةً أبطلت النبات، قال الإمام: لا وجه لإيجاب الأرض على الثاني ولا عليهما؛ أما الأول، فيجوز أن يقال بوجوبه عليه، ويجوز أن يقتصر على الحكومة، ولو سقطت سنة بنفسها، ثم جنى جان، وأفسد المنبت، فيجوز أن يقال بوجوب الأرض على الثاني؛ لأنه أفسد المنبت، ولم يسبق جنابة يُحَالُ الفساد عليها.

ولو قلع سنّ مثغور، فأخذ منه الأرض، فعادت السنُّ على ندره عودها، فهل يسترد الأرض؟ فيه قولان؛ بناءً على أن ما يعود يقام مقام الأول، ويجعل كأنه لا فوات،

(١) في ز: لا يسير.

(٢) يعني يجب القصاص في صورة العمد والدية بالعفو أو في صورة الخطأ، وما جزم به من القصاص هو المعروف ونقل الغزالي فيه قولاً.

(٣) في ز: يتبين.

(٤) ما رجحه من أن الخلاف وجهان مستبعد والصواب الثاني فقد نص عليهما الشافعي في الأم. وممن نقلهما قولين الماوردي وغيره، وقال في الذخائر: حكاهما العراقيون قولين والخراسانيون وجهين.

(٥) في ز: القود. (٦) في أ: أوفق.

أو يجعل العائدُ نعمةً جديدةً خَوَّلها الله تعالى بلا توقُّع وانتظار، وقد ذكرنا في «الجراح» قولين، والحالة هذه، في سقوط القصاص؛ بناءً على المعنيين، والظاهر أنه لا يسقط، وأن الأرش لا يسترد، والموضحة إذا التحمت والتأمت بعد ما أخذ أرشها، لم يسترد؛ كما ذكرنا أنه لا يؤثر في سقوط القصاص، وحكينا عن صاحب «التقريب» وجهاً في الجائفة؛ أنها إذا التحمت، زال حكمها، وأن الإمام رأى طرده في الموضحة، ورأى تخصيصه بما إذا كان الحاصلُ مجرد خرق والتام<sup>(١)</sup> من غير أن يزول لحمٌ، ويحدث بدله.

ولو جنئى على إنسان جنابةً أذهبت بطش يده في الحال، وأخذت الدية؛ لظن الزوال، وحصول الشلل، ثم قويت اليد، وصارت تبطش، أو جنئى على عينه، فصار لا يبصر، وأخذت الدية لظن زوال البصر، ثم إنه أبصر<sup>(٢)</sup>، فالدية مستردة<sup>(٣)</sup>؛ لأن الشلل والعَمى المحققين لا يزولان، وقد تبين لنا بما جرى أنه لا زوال، وأن ذلك الظن كان خطأً، وكذا القول في السمع وسائر المعاني<sup>(٤)</sup>.

وقوله في الكتاب: «فَلَيْسَ فِيهِ أَرْشٌ وَلَا قِصَاصٌ إِلَّا إِذَا بَانَ فَسَادُ الْمَنْبِتِ» يعني: إذا مضت المدة التي يتوقَّع فيها العَوْد، فلم يعد يحكم بوجوب الأرش أو القصاص، وهذا هو الظاهر، ولكن ذكر صاحب الكتاب في القصاص قولين، وإن<sup>(٥)</sup> بان فساد المنبت، فيجوز أن يعلم لذلك الاستثناء هاهنا بالواو، وقوله: «والموضحة إذا التحمت بلحم جديد لا يستردُّ أرشها؛ لأنه جديد» ذكر اللحم الجديد في التصوير، ثم التعليل بأنه جديد لا يحسن موقعه، ولو قال: إذا التحمت، لا يستردُّ أرشها؛ لأنه جديد، لكان أحسن، والمعنى الذي التحم، حدث من الغد إلا أنه الأول بخلاف البطش والبصر.

وقوله: «والسنُّ دائرٌ بينهما» أعاد ذكر السنِّ بعد ذكر القولين وفي عَوْدها؛ إشارة إلى أن السنُّ تلحق في أحد القولين بالموضحة، إذا التحمت، وفي الثاني بالبطش، إذا عاد.

واعلم أن الوجه المثقوب في التحام الجائفة المجرى في الموضحة، إن اختصت بما إذا كان الحاصلُ مجرد الخرق والالتئام، وكما ذكره الإمام، فلا يجوز أن يعلم له قوله: «لا يستردُّ أرشها»؛ لأنه صَوَّر فيما إذا كان الالتحام بلحم جديد؛ لكن، يجوز أن يُعَلِّمَ له قوله في الجراح: «وَلَوْ عَادَتِ الْمَوْضِحَةُ مِلْتَمَةً، لَمْ يَسْقُطِ الْقِصَاصُ».

(١) في ز: القيام.

(٢) سقط في ز.

(٣) ما قطع به من الاسترداد في البصر تبع فيه الإمام وهو عجيب لكن في الحاوي للماوردي والبحر للرويانى حكاية.

(٤) سقط في ز.

(٥) في ز: المعالي.



## «فَرْعٌ»

لو قلع سنّ صغير، فطلع بعضها، ومات الصغير قبل أن يتمّ نباتها، فعليه من الدية قسطنّ ما لم ينبت، إن قلنا بوجود الدية فيما إذا مات قبل النبات، والحكومة إن قلنا لا تجب هناك الدية، حكّي هذا التصوير والتفريع عن نصّ الشافعي - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -<sup>(١)</sup>؛ وذلك يقوي رواية من روى الخلاف في المسألة قولين، وقد حكاهما القاضي ابن كَجّ عن «الأم»، ولو قلعها قبل تمام الطلوع آخر، فعن نصه - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أنه ينتظر بها، إن لم تنبت، فعليه الدية، وإن نبتت، لزمته حكومة أكثر من حكومة القلع في المرة الأولى.

قال الغزالي: وَسِنَّ الشَّيْخِ الهَرَمِ إِذَا تَقَلَّقَتْ فِيهَا الأَرَشُ إِذَا كَانَ الظَّاهِرُ ثِبَاتَهَا، وَإِنْ كَانَ الظَّاهِرُ سُقُوطَهَا فَقَوْلَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: القيد الرابع: كونها ثابتة غير متقلقلة، فإن كانت متحركة، نظر: إن كانت الحركة يسيرة؛ لا تنقص المنافع، لم يؤثر تحريكها في القصاص، ولا في الأرش، وإن كان بها اضطراب شديد، وتحرك قوي بسبب مرض أو هَرَم، فينظر؛ إن بطلت منفعتها، ففي قلعها الحكومة دون الأرش، وإن انتقصت منافعها، فقد أطلق مطلقون قولين في وجوب الأرش، وقال الإمام: إن كان الظاهر الغالب على الظن نباتها، وجب الأرش بلا خلاف، وكان نقصانها كالأضرار الحاصلة في الأعضاء، وإن كان الغالب على الظن سقوطها، فهذا موضع القولين:

أحدهما: أن الواجب الحكومة دون الأرش، لِتُقْضَى المنفعة؛ كما في اليد الشلاء.

وأصحهما: وجوب الأرش؛ لتعلق الجمال، وأصل المنفعة بها في المَضغ، وحفظ الطعام، وردّ الريق، ولا أثر لضعفها؛ كضعف البطش والمشّي، ولو ضرب سن إنسان، فتزلزلت وتحركت، نُظِرَ؛ إن سقطت بعد ذلك، وجب الأرش، وإن عادت كما كانت، فمنهم من يقول: تجب الحكومة، ومنهم من يقول: لا يجب شيء، ويشبه أن يكون هذا الخلاف هو الخلاف المذكور فيما إذا اندملت الجراحة، ولا نقص ولا شين، وإن بقيت كذلك ناقصة المنفعة، فالواجب عليه الأرش أو الحكومة؟ فيه القولان السابقان، فإن قلعها آخر، فعليه الأرش، أن أوجبنا على الأول الحكومة، والحكومة إن

(١) وممن حكاه القاضي أبو الطيب في تعليقه والروائي في البحر فإن قيل كان ينبغي الجزم بعدم الوجوب لأن مناط الإيجاب المنبت وقد تبين أنه لم يفسد ولذلك قلنا لو قطع بعض أسنان الصغير الذي لم ينطق فتكلم بعد ذلك ببعض الحروف وجب في المقطوع بالقسط لا باعتبار أنه كان ناطقاً.

أوجبنا على الأولِ الأرشَ، ثم عن الشيخ أبي حامد؛ أنا إذا أوجبنا الحكومةَ هاهنا، فتكون الحكومة أقل من الحكومة في السن المتحركة بالهَرَم، أو المرض؛ لأن النقصان الحاصل ههنا قد غرمه الجاني الأول؛ بخلاف نقصان المرض والهَرَم، وفي «التتمة»؛ أنه ليس على الجاني الثاني إلا الحكومة؛ بخلاف ما إذا كان الاضطرابُ لمرض وكِبَر، والاختلال الحاصلُ بالجناية يخالف الاختلالَ الحاصلَ من غير جناية؛ بدليل أنه لو قتل مريضاً انتهى إلى آخرِ رمقٍ، يلزمه القصاص، ولو انتهى إلى تلك الحالة بجناية جانٍ، لا يجب القصاص على الثاني، وإذا جئى على سنٍّ، فاضطربت، وانتقصت منفعتها، وقلنا: إن الواجبَ عليه الحكومة، فعاد وقلعها قبل أن يضمن الحكومة، فعليه الأرش بكماله، ولو قلع ستاً سوداء كاملة المنفعة، نُظِرَ؛ إن كانت سوداء قبل أن يثغر، وبعده، فعليه كمالُ الأرش، وإن كانت في الأصل بيضاء، فلما ثغر، نبتت سوداء أو نبتت [بيضاء]، [ثم اسودت]، فعن نصِّ الشافعي - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - أنه يراجع أهل الخبرة، فإن قالوا: إن ذلك لا يكون إلا لعلّة حادثة، ففي قلعها الحكومة، وإن قالوا: لم يحدث ذلك لعلّة، أو قالوا: مثل هذا قد يكون لمرضٍ وعلّة، وقد يكون لغير ذلك، وجب كمال الأرش، والردُّ إلى الحكومة للمرض، مع كمال المنفعة خلاف القياس، وإن ضرب على سنّة، فاسودت، فالواجب فيه الأرش أو الحكومة؟ نقل المزني اختلاف نصِّ فيه، وذكر الأصحاب طريقتين:

أحدهما؛ وبه قال المزني، وابن سلمة، وابن الوكيل: أن فيه قولين:

أحدهما: يجبُ الأرش؛ لأنه أذهب رُوحَ العضو وطراوته، فصار كما إذا أشلَّ<sup>(١)</sup> اليد، ويحكى هذا عن أبي حنيفة، ومالك.

وثانيهما: تجب الحكومة؛ لأن الفاتت الجمالُ دون المنفعة، فأشبه ما إذا جئى على يده، فاسودت.

وأصحُّهما، وبه قال أبو إسحاق، وابن أبي هريرة، وعامة الأصحاب: تنزيلُ النصِّين على حالين، إن فاتت المنفعة مع الاسوداد، وجب تمام الأرش، وإلا فالواجبُ الحكومة، ولو اخضرت السنُّ بجناية<sup>(٢)</sup>، أو اصفرَّت، وجبت الحكومة<sup>(٣)</sup>، وحكومةُ الاخضرار أقلُّ، وحكومةُ الاصفرار أقلُّ. واعلم أن قوله في أول الضبط: «غير متقلقلة»

(١) في ز: أرسل.

(٢) في ز: بجنائه.

(٣) قضيته أنه لا نظر فيها خلاف الاسوداد وبه صرح في الذخائر فقال: وإن جنى عليها فاحمرت واصفرت قال أصحابنا، يجب فيها الحكومة قولاً واحداً لأن منافعتها باقية وإنما يقتص جمالها. نعم كلام القاضي الحسين في التعليقة يقتضي طرد الخلاف.

بالهَرَم» إشارة إلى هذا القيد الرابع، لكن الحكم لا يختص بالهَرَم، بل التقلقل بالمرض في معناه، ولو لم يتعرَّض للهَرَم، أو قال بالهَرَم ونحوه، لكان أحسن.

قال الغزالي: **وَلَوْ قَلَعَ جَمِيعَ الْأَسْنَانِ فَكَانَتْ اثْنَتَيْنِ وَثَلَاثِينَ لَمْ يَحِبْ إِلَّا مِائَةً مِنَ الْإِبِلِ فِي قَوْلِ كَيْلَا يَزِيدَ عَلَى الدِّيَةِ، وَفِي قَوْلِ مَائَةٍ وَسِتُّونَ لِكُلِّ سِنَّ خُمْسٍ، فَإِنْ قُلْنَا بِالمِائَةِ فَذَلِكَ عِنْدَ اتِّحَادِ الْجَانِي وَالْجَنَائِيَةِ، فَلَوْ أَتَنَلَمَهَا مُتَّفَرِّقًا مَعَ تَخَلُّلِ الْأَنْدِمَالِ فَبِي كُلِّ سِنَّ خُمْسٍ مِنَ الْإِبِلِ، وَإِنْ كَانَ عَلَى التَّعَاقُبِ فَبِيهِ تَرَدُّدٌ، وَالْجَنَائِيَةُ الْمُتَّحِدَةُ أَنْ يَسْقُطَ الْكُلُّ بِضَرْبَةٍ وَاحِدَةٍ.**

**قَالَ الرَّافِعِيُّ:** الْأَسْنَانُ فِي غَالِبِ الْفِطْرَةِ اثْنَتَانِ وَثَلَاثُونَ، أَرْبَعٌ مِنْهَا ثَنَائِيَا، وَهِيَ الْوَاقِعَةُ فِي مُقَدِّمِ الْفَمِ اثْنَتَانِ مِنَ الْأَعْلَى، وَاثْنَتَانِ مِنَ الْأَسْفَلِ، وَيَلِيهَا أَرْبَعٌ مِنَ الْأَعْلَى، وَالْأَسْفَلِ يُقَالُ لَهَا الرَّبَاعِيَّاتِ، ثُمَّ أَرْبَعٌ ضَوَاحِكُ، وَأَرْبَعَةٌ أَيْبَابُ، وَأَرْبَعَةٌ نَوَاجِزُ، وَاثْنَا عَشْرَةَ أَضْرَاسٌ، وَيُقَالُ: لَهَا الطَّوَاخِنُ، وَفِي قَلْعِ الْوَاحِدَةِ مِنْهَا خُمْسٌ مِنَ الْإِبِلِ؛ عَلَى مَا سَبَقَ، وَلَوْ قَلَعَ عِدَدًا، وَجِبَ مَا يَقْتَضِيهِ الْحِسَابُ مَا لَمْ يَجَاوِزْ عِشْرِينَ، فَإِنْ جَاوِزَ عِشْرِينَ، فَقَوْلَانِ:

أحدهما: لا يجب عليه إلا مائة من الإبل؛ لأن الأسنان [من] جنس متعدّد من الأجزاء والأطراف؛ فلا يضمن بأكثر من دية النفس؛ كالأصابع وسائر الأعضاء.

وأصحهما: أنه يجب لكل واحدة خمس من الإبل؛ حتى إذا كانت اثنتين وثلاثين، فيجب مائة وستون من الإبل؛ لما روي أنه ﷺ قال: «فِي كُلِّ سِنَّ خُمْسٌ مِنَ الْإِبِلِ»، وعن أبي حفص بن الوكيل، وغيره القطع بالقول الثاني، فيجوز أن يُعْلَمَ لذلك قوله في الكتاب: «لَمْ يَحِبْ إِلَّا مِائَةً مِنَ الْإِبِلِ» فِي قَوْلِ بِالْوَاوِ، وَهَذَا الْخِلَافُ فِيمَا إِذَا اتَّحَدَ الْجَانِي وَالْجَنَائِيَةُ، فَأَمَّا إِذَا تَعَدَّدَ الْجَانِي؛ كَمَا إِذَا قَلَعَ وَاحِدًا عِشْرِينَ سَنًا، وَقَلَعَ آخَرَ مَا بَقِيَ، فَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ أَرْشٌ مَا قَلَعَهُ. وَلَوْ اتَّحَدَ الْجَانِي، وَتَعَدَّدَتِ الْجَنَائِيَةُ، نَظَرًا؛ إِنْ تَخَلَّلَ الْأَنْدِمَالُ بِأَنْ قَلَعَ سَنًا، وَتَرَكَهُ حَتَّى بَرَأَتِ اللَّثَّةُ، وَزَالَ الْأَلَمُ، ثُمَّ قَلَعَ سَنًا أُخْرَى، وَهَكَذَا إِلَى اسْتِعَابِ الْأَسْنَانِ، فَعَلِيهِ أَرْشٌ كَامِلٌ لِكُلِّ سِنَّ، وَإِنْ لَمْ يَتَخَلَّلِ الْأَنْدِمَالُ، فَبِيهِ طَرِيقَانِ:

أحدهما: القطع بوجوب أرشٍ لكل سن؛ لتعدد الأفعال.

وأظهرهما: أنه على قولين؛ لأن الجنائيتين قبل الاندمال بمثابة الجناية الواحدة، وصورة الجناية الواحدة أن يسقطها جميعاً بضربة واحدة أو يسقيه دواءً يسقطها، وقوله في الكتاب: «وَلَوْ قَلَعَ جَمِيعَ الْأَسْنَانِ، وَكَانَتْ اثْنَتَيْنِ وَثَلَاثِينَ» فِيهِ إِشَارَةٌ إِلَى أَنَّهَا قَدْ تَزِيدُ عَلَى هَذَا الْعَدَدِ، وَقَدْ تَنْقُصُ، وَإِذَا زَادَتْ، فَفِي كِتَابِ الْقَاضِي ابْنِ كَعْبٍ مَا يَخْرُجُ مِنْهُ وَجْهَانِ:

أحدهما: أنه يجب لكل سنٍّ مما زاد أروشاً أيضاً لظاهر الخبر.

والثاني، عن رواية أبي الحُسَيْن: أن الواجب لما زاد الحكومة؛ لأن الغالب في الأسنان هذا العدد، فالزائد عليه كالأصبع الزائدة.

قال العزالي: الثامن اللُخَيانِ وَفِيهِمَا كَمالُ الدِّيَةِ، وَإِنْ كَانَ عَلَيهِمَا الأَسنانُ لَمْ يَنْدَرِجْ دِيَةَ الأَسنانِ عَلَى الأَظْهَرِ.

قال الرافعي: في اللُخَيَيْنِ الدية؛ لما فيها من كمال المنفعة والجمال، وفي أحدهما، إن ثبت الآخر، ونصف الدية، واللُخَيانِ هما العَظَمان اللذان عليهما تنبت الأسنان السفلى، وملتقاهما الذَّقَن، وقال أبو سعد المتولّي: وفي إيجاب الدية في اللُخَيَيْنِ إشكال؛ لأنه لم يرد فيه خبر، والقياس لا يقتضيه بل اللُخِي من العظام الداخلة، فيشبه الترفوة والضلع، وأيضاً: فإنه لا دية في الساعد، والعُضد، والساق، والفخذ، وهي أيضاً عظام فيها جمال ومنفعة، ثم إن لم يكن على اللُخَيَيْنِ أسنان، فذاك، وهو كَلُخِيَتِي الطفل قبل نيات الأسنان، ولُخِيَتِي الشيخ بعد تناثرها، ولُخِيَتِي من سقطت أسنانه باقية أو جنائية، وإن كانت<sup>(١)</sup> عليها أسنان<sup>(٢)</sup>، فوجهان:

أحدهما: أنه لا يجب إلا دية اللُخَيَيْنِ، ويدخل فيها أروشُ الأسنان إتباعاً للأقل الأكثر؛ كما تدخل حكومة الكف في دية الأصابع.

وأصحهما: أنه يجب دية اللُخَيَيْنِ، وأروشُ الأسنان عليه، والمبَلِّغ إذا كانت الأسنان ستَّ عَشْرَةَ على الغالب - مائة وثمانون من الإبل؛ وذلك لأن كل واحد من العضوين مستقل برأسه، ولكل واحد منهما بدلٌ مقدّر، فلا يدخل أحدهما في الآخر؛ بخلاف اليد وجميع الأصابع، وأما الأسنان العليا، فمبنيها عظم الرأس، فلو قلع منها شيئاً من العظم، فعليه الحكومة مع الأروش.

قال العزالي: التاسع: اليَدانِ وَفِيهِمَا مَعَ الكَفِّ كَمالُ الدِّيَةِ وَتَكَمِلُ الدِّيَةَ بِلِقْطِ الأَصابعِ ففِي كُلِّ أَصْبُعٍ عَشْرٌ، وَلَوْ قَطَعَ مَعَ السَّاعِدِ أَوْ المِرْقِيِّ أَوْ العَضدِ فَيَجِبُ حُكُومَةُ السَّاعِدِ وَالعَضدِ وَلَا يَنْدَرِجُ بِخِلافِ الكَفِّ، وَفِي كُلِّ أُنْمَلَةٍ ثَلَاثُ العُشْرِ إِلا فِي الإِبْهَامِ فَهِيَ أُنْمَلَتانِ وَفِي إِحْداهِما نِصْفُ الأَرشِ، فَإِنْ كَانَ عَلَى العَظْمِ كَفانِ باطِشانِ ففِي الرَّايدةِ حُكُومَةٌ، فَإِنْ كَانَتْ إِحْداهِما مُنْحَرَفَةً عَنِ السَّاعِدِ أَوْ ناقِصَةً بِأَصْبُعٍ أَوْ ضَعِيفَةً البَطْشِ فَهِيَ الرَّايدةُ، فَإِنْ كَانَتْ المُنْحَرَفَةً أَقْوى بَطْشاً فَهِيَ الأَصْلِيَّةُ وَالتّي عَلَيها أَصْبُعٌ زائِدَةٌ تُجَمَلُ

(٢) في ز: الأسنان.

(١) في ز: كان.

رَائِدَةً فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، فَإِنْ تَسَاوَيْنَا فِي كِلْتَابِيهِمَا دِيَّةٌ وَحُكُومَةٌ، وَلَا قِصَاصَ فِي إِحْدَاهُمَا، وَفِيهَا نِصْفُ دِيَّةِ الْيَدِ وَزِيَادَةٌ حُكُومَةٌ لِأَنَّهُ نِصْفٌ فِي صُورَةِ الْكُلِّ، وَلَوْ قُطِعَتِ الْيَدُ الْبَاطِشَةُ فَأَشَدَّتِ الْيَدُ الْأُخْرَى بِالْقَطْعِ وَبَطَّشَتْ فِيهِ اسْتِزَادَ الْأَرْضِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يجب بقطع اليدين الدية بالإجماع، وعن معاذ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -؛ عن النبي ﷺ: «وَفِي الْيَدَيْنِ الدِّيَّةُ، وَفِي الرَّجْلَيْنِ الدِّيَّةُ وَفِي إِحْدَاهُمَا نِصْفُهَا»<sup>(١)</sup>؛ روي في كتاب عمرو بن حزم - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: «فِي الْيَدَيْنِ مِائَةٌ مِنَ الْإِبِلِ، وَفِي الْيَدِ خَمْسُونَ»<sup>(٢)</sup> وتكمل الدية بِلِقْطِ الْأَصَابِعِ؛ لما روي: «فِي كُلِّ أَصْبَعٍ مِنْ أَصَابِعِ الْيَدِ وَالرَّجْلِ عَشْرٌ مِنَ الْإِبِلِ»، ولو قطع من الكوع، فالواجب هو الواجب في لِقْطِ الْأَصَابِعِ، وحكومة الكف تدخل في ديتها، ولا يزداد بسبب الكف شيء<sup>(٣)</sup> ولو قطع<sup>(٤)</sup> بعض الساعد، أو المرفق، أو المنكب، وجب حكومتها مع الدية، بخلاف الكف؛ لأن الكف مع الأصابع كالعضو الواحد؛ ألا تَرَى أن أصل الكف يأخذ في الانشعاب والانقسام الظاهر في الأصابع، وبهما جميعاً يتم البطش، وعليهما يقع اسم اليد والساعد والعضد، وخلقتهما<sup>(٥)</sup> تخالف خلقة الكف والأصابع، هذا هو المذهب، وعن أبي عبيد بن حربويه، أن نهاية اليد التي يجب فيها الدية، الإبط والمنكب، ويجب فيما دون ذلك قسطه من الدية؛ واحتج أصحاب لوقوع اسم اليد على الأصابع والكف؛ بقوله تعالى في حد السرقة: «فَاقْطِعُوا أَيْدِيَهُمَا» [المائدة: ٣٨] فقطع رسول الله ﷺ السارق من الكوع<sup>(٦)</sup>، ويجوز أن يُعْلَمَ للوجه المذكور من لفظ الكتاب قوله: «وَتَكْمُلُ الدِّيَّةُ بِلِقْطِ

(١) قال الحافظ في التلخيص: لم أجده من حديث معاذ، وهو في حديث عمرو بن حزم، وعمرو بن شعيب عن أبيه عن جده.

(٢) قال الأذرعي: وتنبه هنا لصورة ذكرها الشافعي رضي الله عنه في باب صول الفحل وهو أنه لو أتى الدفع على قطع يمين الصائل فولى فتيبه فقطع يساره لزمه قودها فلو عاد الصائل بعد قطع يديه فدفعه الموصول عليه عن نفسه ثانياً فأتى ذلك الدفع على قطع إحدى رجله ثم مات لزمه ثلث الدية ليده اليسرى وإن أتى الدفع على قطع يديه ثم قطع إحدى رجله بعد أن ولى لزمه نصف الدية. هذا لفظ المتعمد وذكرها الأصحاب بمعناه ووجهه ظاهر فهذه صورة قطعت فيها اليد عمداً عدواناً ولا يلزم القاطع وهو الموصول عليه في مسألتنا إلا ثلاث الدية فقس بذلك ما يضاويه وهو واضح وقد يغفل عنه.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٥) سقط في ز.

(٦) أخرجه الدارقطني من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ: أمر بقطع السارق من المفصل، ورواه البيهقي بمثله من حديث جابر وغيره، ومن حديث عبد الله بن عمر، وفي إسناده عبد الرحمن بن سلمة مجهول.

الأصابع». وقوله: «فَيَجِبُ حِكْمَةُ السَاعِدِ وَالْعَضِدِ»، «وَأَرْشُ كُلِّ أَصْبَعٍ» وخذها عَشْرٌ من الإِبِلِ يستوي في ذلك جميعُ الأصابع، روي في كتابِ عَمْرُو بنِ حَزْمٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: «وَفِي كُلِّ أَصْبَعٍ مِمَّا هُنَالِكَ عَشْرٌ مِنَ الإِبِلِ»، وفي كل أنملة ثلثُ أَرْشِ الأصبع، لأن كل أصبع ثلاثُ أناملٍ، إلا الإبهام، فهي أنملتان، ففي كل واحدة نصف الأرش، وعن أبي حنيفة ومالك؛ أن في كل واحدة ثلثُ الأرش، وهي ثلاثُ أناملٍ أيضاً، إلا أن إحداهما غائصةٌ، ولو انقسم أصبع بأربع أناملٍ متساوية، ففي كل واحدة ربع الأرش.

والذي ذكرناه من اندراج حِكْمَةِ الكَفِّ، موضعه ما إذا قطع من الكوعِ وَأَبَانَ الأصابعِ والكَفِّ بجناية واحدة<sup>(١)</sup>، فأما إذا قطع واحدَ الأصابعِ، وآخر الكَفِّ أو قطع الأصابعِ، ثم قطع الكف بعد الاندماج، أو قبله، فعلى ما ذكرنا في فصل الأسنان.

وقوله في الكتاب: «وَفِي كُلِّ أَنْمَلَةٍ ثَلَاثُ العَشْرِ» الأحسن أن يقرأ ثلث العَشْرِ بفتح العين؛ لأنه تقدم قوله: «عَشْرٌ مِنَ الإِبِلِ»، ويمكن أن تضم العين، ويراد عُشْرُ الدية.

إذا كان على مِعْصَمِ إنسانٍ كَفَّانٍ مع الأصابع، أو على العَضِدِ ذراعانٍ وكفان، أو على المنكبِ عَضِدَانِ وذراعانٍ وكفان مع الأصابع، نُظِرَ؛ إن لم يبطش بواحدةٍ منهما، فليس فيهما قصاصٌ ولا ديةٌ، وإنما الواجبُ فيهما الحِكْمَةُ؛ كَالْيَدِ الشَّلَاءِ، وإن كان فيهما بطشٌ، فإن كانت إحداهما أصلية، والأخرى زائدة، ففي الأصلية القصاصُ أو الديةُ، وفي الزائدة الحِكْمَةُ، وطريقُ تمييزِ الزائدة عن الأصلية بأن<sup>(٢)</sup> ينظر، إن اختصت إحداهما بالبطشِ أو بقوةِ البطشِ، فهي الأصلية، ولا فرق بين أن تكونَ الباطشة، أو التي هي أقوى بطشاً على استواء الذراع أو منحرفة عنه؛ لأن اليد خلقت للبطش، وهي أقوى دليل على كونها أصليةً، وإن استويا في أصل البطش، وكيفية، فإن كانت إحداهما مستوية، والأخرى منحرفة فالمستوية الأصلية، وإن كانت إحداهما كاملة الأصابع، والأخرى زائدة، ففيه وجهان عن القاضي الحَسِينِ؛ أن المعتدلة هي الأصلية؛ لأن الزيادة على الكمال نقصانٌ، وقال الأَكْثَرُونَ: لا يؤثر ذلك في التمييز<sup>(٣)</sup>، فإن اليد

(١) وصورته أن يضع آلة لها طرفان قاطعان أحدهما على آخر الأصابع والآخر على الكوع.

(٢) سقط في ز.

(٣) وما نقله عن القاضي صرح به في تعليقه لكنه لم يخصه بحالة استوائهما وعبارته: وإذا كانت على إحداهما ستة أصابع وعلى الأخرى خمسة فالأصلية التي عليها خمسة والزائدة التي عليها ستة إذا استويا في البطش أو كان بطشه بالذي عليها خمسة أقوى، فإن كان يبطش بالتي عليها ستة أو بهما غير أن بطشه بها أقوى فهي الأصلية والتي عليها خمسة زائدة. هذا كلامه واستفدنا منه أن الناقصة بأصبع إذا كانت أقوى بطشاً أصلية وهو ظاهر كالمنحرفة إذا كانت أقوى بطشاً.

الأصلية كثيراً ما تشتمل على الأصبع الزائدة، والزيادة على القوة أدل منها على الضغيف، ولو كانت إحداهما ناقصةً بأصبع، لكنها مستوية، والأخرى كاملة الأصابع، لكنها منحرفة، فأيتهما الأصلية، فيه احتمال عند الإمام، وإن لم تتميز<sup>(١)</sup> الزائدة عن الأصلية بوجه من الوجوه، فهما كيدي واحدة؛ حتى يجب في قطعهما القصاص أو كمال الدية، ويجب مع القصاص أو الدية حكومةً لزيادة الصورة، وعن المزني؛ أنه لا قصاص بقطعهما؛ لنقصانهما وتشوه خلقهما، ولو قطعت إحداهما، لم يجب القصاص، ويجب فيها نصف دية يد وزيادة حكومة؛ لأنها نصف في صورة الكل، قال في «الوسيط»: هذا ما قيل، وجعلها نصفاً مع احتمال كونها زائدة مشكلاً، وهذا يشير إلى أن يقال إحداهما أصلية، والأخرى زائدة، ويؤخذ في الأحكام باليقين، وفي كتاب القاضي ابن كج عن أبي الحسين رواية وجه؛ أنه لا يجب الحكومة مع نصف الدية، فيجوز أن يُعلم لذلك قوله في الكتاب «وَزِيَادَةُ حُكُومَةٍ» بالواو، والظاهر الأول، وإذا قيل به، فلو قطع أصبع منها، ففيه نصف دية أصبع وزيادة حكومة، ولو قطعت أنملة، فنصف دية أنملة، وزيادة حكومة، ولو عاد الجاني بعد قطع إحدى اليدين، وأخذ الأرض، والحكومة منه، وأراد المجني عليه القصاص، ورد ما أخذه إلى قدر الحكومة، هل له ذلك؟ فيه وجهان متقولان في «النهاية»:

**أحدهما:** لا؛ لأن القصاص يتعلّق بقطع اليدين جميعاً، وقد سبق منه أخذ الأرض عن إحداهما، وأخذ الأرض يتضمّن إسقاط القصاص، ولا عود إلى القصاص بعد إسقاطه.

**والثاني:** نعم؛ لأن القصاص لم يكن ممكناً حينئذ، وإنما أخذ الأرض؛ لتعدّر استيفاء القصاص، لا لإسقاطه<sup>(٢)</sup>، فإذا قطع الثانية، حصل الإمكان، ولو قطع صاحب اليدين الباطشتين يد معتدل، لم تقطع يده للزيادة، وللمجني عليه أن يقطع إحداهما، ويأخذ نصف دية اليد ناقصاً بشيء، وإن بادر وقطعهما، عُرر، وأخذت منه الحكومة للزيادة، وإن كانت إحدى يدي القاطع زائدة، وأمكن أفراد الأصلية بالقطع، قطعت، ولم يلزمه شيء آخر، وإن عرف أن إحداهما زائدة، ولم يعرف عينيها<sup>(٣)</sup>، لم تقطع واحدة منهما كذلك، حكاها القاضي الروياني، ولو كانت إحدى يدي الشخص باطشة دون الأخرى، فقطعت الباطشة، واستوفينا ديتها، فصارت الأخرى باطشة أو كانت

(١) سقط في ز.

(٢) لم يرجح شيئاً وذكر الإمام ما يؤخذ منه الترجيح فإنه قال حكاها صاحب التقريب وقد سبق نظرهما في القصاص في الأنملة الوسطى والعليا ويؤخذ منه التشطير. قاله في الخادم.

(٣) في ز: عنها.

ناقصة البطش، فقوي بطشها؛ فقد تبين أن الباقية هي الأصلية، حتى لو قطعها قاطع، يلزمه القصاص، أو كمال الدية، وهل يسترد من المجني عليه الأرش، فيرد إلى مقدار الحكومة؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، وإلا فقد قدرنا الأولى أصلية، والثانية أصلية، ولا تجتمع أصليتان على مغمصم واحد.

وأظهرهما: أنه لا يتبع ما مضى، وهذه نعمة من الله تعالى، وقرب بعضهم الخلاف من الخلاف في عود السن، وفرق بينهما فأرقون، وقالوا: السن تعود في محل الجنابة، والبطش ههنا حصل في غير محل الجنابة، ولو كانت اليدان باطشتين على السواء، فقطعت إحدهما، وغرمتا القاطع نصف دية اليد، وزيادة حكومة، فإن زادت قوة الأولى، واشتد بطشها، فهل يسترد من أرش الأولى ما يردده إلى قدر الحكومة؟ فيه مثل هذا الخلاف، وإن ضعفت الثانية، لما قطعت الأولى، وبطل بطشها، عرفنا أن الأصلية هي المقطوعة، فعلى قاطعها القصاص أو كمال الدية؟ قال القاضي ابن كج: ويحتمل أن يقال: لا يجب القصاص؛ لأن الضعف الذي حدث يحتمل أن يكون لسرية ألم أو علة حادثة، لا لكونها زائدة.

قال الغزالي: العائز الترقوة والضلع ففي كسر كل ضلع جمل تقليداً لعمر رضي الله عنه، وحكومة على قول آخر قياساً.

قال الزافعي: لا تكمل الدية في كسر الضلع والترقوة، إذ لم يرد فيهما توقيف، ولا هما في معنى ما ورد التوقيف فيه، بل هما شبيهان بسائر العظام الباطنة؛ كعظم الساق والفخذ، والترقوة: العظم المتصل بين المنكب وثغرة النحر، ولكل واحد ترقوتان، وما الذي يجب في كسرهما؛ عن نص الشافعي - رضي الله عنه - في «اختلاف الحديث» وغيره؛ أن فيه جملاً وفي «الأم» وغيره؛ أن فيه حكومة، وفيهما طريقتان للأصحاب:

أحدهما، وبه قال المرزبي، وصاحب «الإفصاح»: أن فيه قولين:

القديم، وبه قال أحمد: أنه يجب فيهما<sup>(١)</sup> جمل؛ لما روي عن عمر - رضي الله عنه -؛ أنه قضى بذلك<sup>(٢)</sup>.

(١) في ز: فيه.

(٢) أخرجه رواه مالك في الموطأ عن زيد بن أسلم عن مسلم بن جندب عن أسلم مولى عمر: أن عمر قضى في الضرس بجمل، وفي الترقوة بجمل وفي الضلع بجمل، ورواه الشافعي عن مالك وقال: وبه أقول، لأنني لا أعلم له مخالفاً من الصحابة. قاله الحافظ في التلخيص.



والجديد: أن واجبه الحكومة؛ كما في سائر العظام، فإن انجبر ولا شين، ولا اعوجاج، فقد مرَّ حكمه.

والثاني، وبه قال أكثرهم: القَطْع بأن الواجب فيه الحكومة، وحملوا ما رُوِيَ عن قضاء عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - على أن الحكومة في الواقعة كانت قدر جَمَلٍ.

ويجوز أن يعلم لفظ «الجَمَل» في الكتاب بالحاء والميم، ولفظ «الحُكُومَة» بالألف، وقد يوهم نظم الكتاب ترجيح قول الجمل، والظاهر عند عامة الأصحاب القول الآخر.

قال العزالي: الحادي عشر الحَلَمَتَانِ مِنَ الْمَرْأَةِ فِيهِمَا دِيَةٌ كَامِلَةٌ، وَفِي حَلْمَتِي الرَّجُلِ قَوْلَانِ إِذْ لَا مَنَفَعَةَ لَهُمَا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِي حَلْمَتِي الْمَرْأَةُ تَمَامٌ دَيْتِهَا؛ لِمَا فِيهِمَا مِنَ الْجَمَالِ، وَمَنَفَعَةُ الْإِرْضَاعِ، وَفِي إِحْدَاهُمَا نَضْفُهَا، وَالْحَلْمَةُ هِيَ رَأْسُ الثَّدْيِ الَّذِي يَلْتَقِمُهُ الْمَرْتَضِعُ، وَيُقَالُ: الْمَجْتَمِعُ نَاتئًا عَلَى رَأْسِ الثَّدْيِ، وَهَذِهِ الْعِبَارَةُ أَحْسَنُ؛ لِتَنَاوُلِهَا حَلْمَةُ الرَّجُلِ، قَالَ الْإِمَامُ: وَلَوْ أَنَّ الْحَلْمَةَ فِي الْغَالِبِ يَخَالِفُ لَوْنُ الثَّدْيِ، وَحَوَالِيهَا دَائِرَةٌ عَلَى لَوْنِهَا، وَهِيَ مِنَ الثَّدْيِ، لَا مِنَ الْحَلْمَةِ، وَلَوْ قَطَعَ الثَّدْيُ (١) مَعَ الْحَلْمَةِ، لَمْ يَجِبْ إِلَّا الدِّيَةُ، وَيَدْخُلُ فِيهَا حَكُومَةُ الثَّدْيِ، وَفِيهِ وَجْهٌ قَدَّمَاهُ، وَعَنِ الْمَاسْرُجِسِيِّ نَقْلَهُ قَوْلًا (٢)، وَلَوْ قَطَعَ مَعَ الثَّدْيِ جِلْدَةَ الصَّدْرِ، وَجِبَتْ حَكُومَةُ الْجِلْدَةِ، مَعَ الدِّيَةِ، بِلَا خِلَافٍ، وَإِنْ وَصَلَتْ الْجِرَاحَةُ إِلَى الْبَاطِنِ، وَجِبَ مَعَ دِيَةِ الثَّدْيِ أَرْشُ الْجَائِفَةِ، وَفِي حَلْمَتِي الرَّجُلِ طَرِيقَانِ: أَظْهَرُهُمَا: أَنْ فِيهِمَا قَوْلَيْنِ:

أحدهما: أنه يجبُ الدية؛ كما في المرأة؛ إلحاقاً باليد والرجل، وغيرهما. وأصحهما: أنه لا يجب إلا الحكومة؛ لأنه ليس في حَلْمَةِ الرَّجُلِ منفعةٌ مقصودةٌ، وإنما فيها جمالٌ مجردٌ، ويقال: هذا منصوصٌ، والأول مخرُجٌ. والثاني: القَطْعُ بالقول الثاني.

ولو قَطَعَ مَعَ حَلْمَةِ (٣) الرَّجُلِ الثَّنْدُوءَةَ، فَفِي «التَّهْدِيبِ»؛ أَنَا إِنْ أَوْجِبْنَا الدِّيَةَ فِي حَلْمَتِهِ (٤)، دَخَلَتْ فِيهَا حَكُومَةُ الثَّنْدُوءَةِ، وَإِلَّا وَجِبَتْ حَكُومَتُهُمَا مَعًا، وَقَالَ الْإِمَامُ: تَحْتَ

(١) سقط في ز.

(٢) صورة المسألة كما قاله في الخادم أن يتحد القاطع، فلو قطع واحد حلمتها من آخر، وقطع يديها لزم الثاني الحكومة. صرح به القاضي حسين.

(٣) في أ: حلمتي. (٤) في ز: حلمتها.

حلمة الرجل، إن لم يكن هزِيلاً، لحمَةٌ تسمى التُّدُوَّة، وليست هي من الحَلَمَةِ بمنزلة تُذِي المرأة من حلمتها، فإنهما من المرأة كالعضو الواحد، وليست تلك اللحمَةُ مع الحلمة كذلك، فتفرد التندوة بالحكومة؛ بلا خلاف، وفي «جمع الجوامع» للرويانِي نحو من هذا الكلام، يقال ذكره الصيدلاني من عنده، وهو صحيح، إن شاء الله تعالى.

### «فَرَعَان»

أحدهما: تقطع حلمة المرأة بحلمة المرأة، وفي «التتمة» وجه؛ أنه إن لم يتدلَّ الثدي، لا يجب القصاص؛ لاتصالها بلحم الصدر، وتعدُّر التمييز، والمشهورُ الأول، قال في «التهذيب»: ولا يجري القصاص في الثدي، لأنه لا يمكن رعاية المماثلة فيه، وللمجنِّي عليها أن تَقْطَع الحلمة، وتأخذ حكومة الثدي، ولك أن تمنع القول بأنه لا يمكن رعاية المماثلة فيه، وتقول: الثدي هذا الشاخص، وهو أقرب إلى الضبط من الشفتين والأليتين ونحوهما:

وتقطع حلمة الرجل بحلمة الرجل إن أوجبنا فيهما الدية أو الحكومة، وتقطع حَلَمَةَ المرأة بحَلَمَةَ الرَّجُل، وبالعكس إن أوجبنا في حلمة الرجل الدية، وإن أوجبنا فيها الحكومة لم تقطع حَلَمَةَ المرأة بحَلَمَةَ الرَّجُل، وإن رضيت؛ كما لا تقطع الصحيحة بالشَّلَاء، وتقطع حَلَمَةَ الرجل بحلمة المرأة، إن رضيت؛ كما تقطع الشَّلَاء بالصحيحة، إذا قنع المستحقُّ بها.

الثاني: سبق في الطهارات ذكر وجهين في أنه هل يستدلُّ بنهود الثدي، وتدليه<sup>(١)</sup> على أنوثة الخنثى:

أحدهما، ويحكى عن أبي علي الطَّبْرِي: نعم، وبه قال الأكثرون: لا، فإن قطعهما قاطع، قال في «البيان»: إن قلنا بقول أبي عَلِي، فعليه دية امرأة، وإن قلنا بقول الأكثرين، فإن قلنا: يجب في تُذِي الرجل الدية، فتجب دية امرأة؛ أخذاً باليقين، وإن قلنا: تجب الحكومة، فالواجب عليه الحكومة.

فرع ثالث: لو ضرب تُذِي المرأة، فَشَلَّتْ، فعليه الدية، ولو كان ناهداً، فاسترسل ثديها، لم يجب إلا الحكومة؛ لأن الفاتت مجرد الجمال، ولو استرسل بالضرب تُذِي الخنثى، ولم يجعل نهود<sup>(٢)</sup> الثدي أمانة الأنوثة، ففي «البيان» أن القاضي أبا الفتوح قَالَ: لا تجب الحكومة؛ لجواز أن يكون رجلاً، فلا يلحقه نقص بالاسترسال، ولا يفوت جمال؛ فإن بان امرأة، وجبت الحكومة.

(٢) سقط في ز.

(١) في ز: وتدليها.

وقوله في الكتاب: «كمال الدية» يعني دية المرأة، فليعلم لفظ القولين بالواو؛ لطريقة القطع [والله أعلم].

قال الغزالي: الثاني عشر الذكْرُ وَالْأُنْثِيَانِ وَفِيهِمَا دِيْتَانِ، وَفِي ذَكَرِ الْخَصِيِّ وَالْمَعْنِيَنِ دِيَةٌ، وَفِي ذَكَرِ الْأَسْلُ حُكُومَةٌ، وَتَكْمَلُ بِقَطْعِ الْحَشْفَةِ وَلَا يَزِيدُ بِالْأَسْتِثْصَالِ، وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ أَنَّهُ يَزِيدُ حُكُومَةً.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِي الذَّكَرِ كَمَالُ الدِّيَةِ، وَكَذَلِكَ فِي الْأُنْثِيَيْنِ؛ لَمَا رُوِيَ أَنَّهُ ﷺ قَالَ فِي كِتَابِ عَمْرُو بْنِ حَزْمٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: «وَفِي الذَّكَرِ الدِّيَةُ، وَفِي الْأُنْثِيَيْنِ الدِّيَةُ»، وَيُرْوَى «وَفِي الْبَيْضَتَيْنِ»، وَفِي إِحْدَى الْأُنْثِيَيْنِ نِصْفُ الدِّيَةِ يَسْتَوِي الْيَمْنَى <sup>(١)</sup> وَالْيَسْرَى، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ ذَكَرِ الصَّغِيرِ وَالْكَبِيرِ، وَالشَّيْخِ وَالشَّابِّ، وَالْمَعْنِيَنِ وَالْخَصِيِّ، وَغَيْرِهِمْ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ؛ أَنَّ ذَكَرَ الْخَصِيِّ لَا يَجِبُ فِيهِ إِلَّا الْحُكُومَةُ، وَبَنَى عَلَى ذَلِكَ؛ أَنَّهُ لَوْ قَطَعَ قَاطِعٌ أَنْثِيَيْنَهُ، ثُمَّ ذَكَرَهُ، فَعَلِيهِ دِيَةٌ وَحُكُومَةٌ؛ لِأَنَّهُ حِينَ قَطَعَ الذَّكَرَ خَصِيًّا، وَإِنْ قَطَعَهُمَا مَعًا أَوْ قَطَعَ الذَّكَرَ قَبْلَ الْأُنْثِيَيْنِ، فَعَلِيهِ دِيْتَانِ، وَرَوَى الْقَاضِي الرَّوْيَانِيُّ مِثْلَهُ عَنِ مَالِكٍ؛ وَاحْتِجَّ الْأَصْحَابُ بِإِطْلَاقِ الْخَبْرِ، وَبِأَنَّ ذَكَرَ الْخَصِيِّ سَلِيمٌ، وَهُوَ قَادِرٌ عَلَى الْإِيْلَاجِ، وَإِنَّمَا الْفَائِثُ الْإِيْلَادُ، وَبِأَنَّهُمَا عَضْوَانِ يَضْمَنُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْدِّيَةِ، فَفَوَاتُ أَحَدَهُمَا لَا يَوْجِبُ نَقْصَانَ بَدَلِ الْآخَرِ؛ كَالشَّفَتَيْنِ وَاللِّسَانَ، وَفِي الذَّكَرِ الْأَسْلُ حُكُومَةٌ؛ كَمَا فِي الْيَدِ الشَّلَاءِ، وَلَوْ ضَرَبَ ذَكَرَهُ حَتَّى شَلَّ، فَعَلِيهِ الدِّيَةُ، وَلَوْ خَرَجَ عَنْ أَنْ يُمْكِنَهُ الْجَمَاعُ بِهِ مِنْ غَيْرِ شَلِّ، وَتَعَدَّرَ انْقِبَاضٌ وَانْبِسَاطٌ، فَفِي «الشَّامِلِ»، وَ«التَّهْذِيبِ» وَغَيْرِهِمَا؛ أَنَّ عَلَيْهِ الْحُكُومَةَ؛ لِأَنَّ الْعَضْوَةَ وَمَنْفَعَتَهُ بَاقِيَانِ، وَالخَلْلُ فِي غَيْرِهِمَا، وَعَلَى هَذَا، فَلَوْ قَطَعَهُ قَاطِعٌ بَعْدَ ذَلِكَ، فَعَلِيهِ الْقِصَاصُ، أَوْ كَمَالُ الدِّيَةِ، وَالْمَسْأَلَةُ غَيْرُ صَافِيَةٍ عَنِ الْإِشْكَالِ، وَرَبَّمَا نَعُودُ إِلَيْهَا، وَتَكْمَلُ الدِّيَةُ بِقَطْعِ الْحَشْفَةِ؛ لِأَنَّ مَعْظَمَ مَنَافِعِ الذَّكَرِ، وَهُوَ لَذَّةُ الْمُبَاشَرَةِ، يَتَعَلَّقُ بِهَا، وَأَحْكَامُ الْوَطْءِ تَدُورُ عَلَيْهَا، فَهِيَ كَالْأَصَابِعِ مَعَ الْكَفِّ، وَفِي قَطْعِ بَعْضِ الْحَشْفَةِ قَسْطُهُ مِنَ الدِّيَةِ، فَالْتَقْسِيطُ يَكُونُ عَلَى الْحَشْفَةِ خَاصَّةً، أَوْ عَلَى جُمْلَةِ الذَّكَرِ؟ فِيهِ خِلَافٌ، وَقَدْ تَقَدَّمَ، وَذَكَرَ فِي «التَّئِمَّةِ»؛ أَنَّ هَذَا إِذَا لَمْ يَخْتَلْ مَجْرَى الْبَوْلِ؛ بِأَنَّ قَطْعَ بَعْضِ الذَّكَرِ طَوْلًا، أَمَا إِذَا اخْتَلَّ، فَعَلِيهِ أَكْثَرُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ قَسْطِهِ مِنَ الدِّيَةِ، وَحُكُومَةُ فِسَادِ الْمَجْرَى، وَأَنَّهُ لَوْ قَطَعَ جِزَاءً مِنَ الذَّكَرِ مِمَّا تَحْتَ الْحَشْفَةِ، فَإِنْ انْتَهَتْ الْجِرَاحَةُ إِلَى مَجْرَى الْبَوْلِ، فَقَدْ مَرَّ الْخِلَافُ فِي أَنَّهَا هَلْ تَكُونُ جَائِفَةً، وَإِنْ لَمْ تَنْتَهَ، فَإِنْ قَلْنَا فِي قَطْعِ بَعْضِ الْحَشْفَةِ: إِنَّ التَّقْسِيطَ عَلَى الْحَشْفَةِ وَخَدَّهَا، فَعَلِيهِ الْحُكُومَةُ هَهُنَا، وَإِنْ قَلْنَا: التَّقْسِيطَ عَلَى جَمِيعِ الذَّكَرِ، فَعَلِيهِ قَسْطُ الْمَقْطُوعِ مِنَ الدِّيَةِ، وَأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَبَيِّنْ شَيْئًا مِنْ

(١) فِي ز: الْيَمِينِ.

الذَكَرِ، ولكن شقّه طولاً، زالت منفعتُهُ بذلك، وجبتِ الدية، كما في الشَّلَلِ، ويجب في بقية الذَكَرِ وحدها الحكومة، وفي استئصالِ الكلِّ الدية، وتدخلُ حكومةُ البقية في دية الحَشْفَةِ، وفيه وجه أنه يجبُ ديةً وحكومةً، والمسألةُ مكرّرةٌ مذكورةٌ مرّةً في فصل الأسنان.

قال الغزاليُّ: الثالثُ عشرُ: الأليتانِ وفي قطعِ ما أشرفَ مِنْهُمَا على البدنِ كَمَالِ الديةِ وإن لم يُفْرغِ العظمُ.

قال الرافعيُّ: في الأليتينِ الديةُ؛ لما فيهما من الجمال، والمنفعة الظاهرة في القُعود والركوب وغيرهما، وفي إحداهما نصفُها، والأليّةُ هي القدرُ الناتئ المشرف على استواء الظهر والفخذ، فيجب بقطعه الدية، ولا يشترط قرع العظم وإيصال الحديدية إليه، ولو قطع بعض إحداهما، وجب قسط المقطوع، إن عرف قدره، وأمكن الضبط، وإلا فالواجب الحكومة، ولا فرق في ذلك بين الرجل والمرأة، ولا نظر إلى اختلاف القدر الناتئ، واختلاف الناس فيه كاختلافهم في سائر الأعضاء.

ولو قطع أليتهُ، فنبتت والتحم الموضع، قال في «التهذيب»: لا تسقط الدية على ظاهر المذهب، كالموضحة، إذا التحمت.

قال الغزاليُّ: الرابعُ عشرُ: الشفرانِ وفيما أشرفَ مِنْهُمَا على المنفذِ ديةُ المرأةِ وهو القدرُ الناتئ عند الأنطباقي.

قال الرافعيُّ: في شفري المرأةِ الديةُ؛ لأن فيهما جمالاً ومنفعةً؛ فإن بهما يقع الالتذاذ بالجماع، وفي إحداهما نصفُ الدية، ويستوي في ذلك السمينة والهزيلة، والبكر والثيب، والرتقاء والقزناء، فإن النقصان والحلل في حقهما في داخل الفرج، لا في الشفرين، وكذلك لا فرق بين المختونة وغيرها، فإن الختان لا يرد على الشفرين، والشفران: هما اللحمان المشرفان على المنفذ، ويقال: هما اللحمان المحيطان بالفرج إحاطة الشفتين بالدم، وعبر الشافعي - رضي الله عنه - عن الشفرين بالأسكتين، قال أبو النصر بن الصباغ وغيره: أهل اللغة يقولون الإسكتان حاشيتا الفرج، والشفران<sup>(١)</sup> هما الطرفان المشرفان، ويقال: الشفران هما القدر الناتئ عند الانطباقي من اللحمين المحيطين بالفرج، والعبارات كلها ترجع إلى شيء واحد، ولا خلاف في الحقيقة، قال الإمام: ولو ظن ظان أن قطع الشفرين هو الذي يزيل انطباقي أحدهما على الآخر، فهذا لا يتأتى تصويره<sup>(٢)</sup> إلا مع قطع لحم كثير في الباطن، ولا ريب أن العلماء لم يريدوا

(٢) في أ: تصوره.

(١) في ز: الشفران حاشيتا الاسكتين والحاشيتان.

بالشُّفْرَيْنِ ذَلِكَ، وَلَوْ جَنَى عَلَى شُفْرَيْهَا، فَسَلَّتَا؛ فَعَلِيهِ كَمَالُ الدِّيةِ، وَلَوْ قَطَعَ مَعَ الشُّفْرَيْنِ الرَّكْبَ، وَهُوَ عَانَةُ الْمَرْأَةِ، فَعَلِيهِ حَكُومَةٌ مَعَ الدِّيةِ، وَكَذَا لَوْ قَطَعَ شَيْئاً مِنْ عَانَةِ الرَّجُلِ مَعَ الذَّكَرِ، وَلَوْ قَطَعَ شُفْرِي [المرأة] <sup>(١)</sup> الْبَكْرِ، وَأَزَالَ بِالْجَنَائِيَةِ جِلْدَةَ الْبِكَارَةِ، فَعَلِيهِ مَعَ دِيَةِ الشُّفْرَيْنِ أَزْشُ الْبِكَارَةِ، وَلَوْ قُطِعَ شُفْرَا الْمَرْأَةِ، ثُمَّ جَرِحَ جَارِحٌ مَوْضِعَهُمَا بِقُطْعٍ لَحْمٍ وَغَيْرِهِ، لَمْ يَلْزِمَهُ إِلَّا الْحَكُومَةُ.

قال العزالي: الحاميس عشر: الرجلان وهما كاليدين، ورجل الأعرج كرجل الصحيح، ورجل من أمتنع مشيه بكسر الفجار كالصحيح على الأظهر، وفي التقاط أصابع الرجلين كمال الدية.

قال الرافعي: في الرجلين الدية، وفي إحداهما نصفها؛ لما سبق من الخبر، ومنفعتهما ظاهرة، ورجل الأعرج كرجل الصحيح، كما أن يد الأعسر <sup>(٢)</sup> كيد الصحيح؛ وذلك لأنه لا خلل في العضو، وقد بيئنا ذلك في الجراح، وفي الرجل التي تعطل مشيها بكسر الفجار وجهان:

أحدهما: أن الواجب فيها الحكومة؛ كما في اليد الشلاء؛ لأن تعطل المنفعة كزوالها في تعذر الانتفاع.

وأظهرهما: وجوب الدية؛ لأن الرجل صحيحة، لا آفة بها، وخلل غيرها لا يوجب نقصان بدلها، وتكمل دية الرجلين بالتقاط أصابعهما، والقدم كالكف، والساق كالساعد، والفخذ كالعضد، وأنامل أصابع الرجل كأنامل أصابع اليد، وقدمان على ساق وساقان على ركبة؛ ككفّين على مغمصم، وساعدتين على عضد، وقد بينا الحكم في جميع هذه الصور، وكذلك يقاس بما تقدم حكم الرجل الشلاء، وحصول الشلل بالجناية عليها، قال الإمام: وبين أصابع اليدين وأصابع الرجلين تفاوت عظيم <sup>(٣)</sup>، ومنفعة الرجل العظمى وهي <sup>(٤)</sup> المشي تبقى ما بقي القدمان، وإنما تفاوت بفوات الأصابع سرعة المشي، وإن منع <sup>(٥)</sup> ذلك من الاحتباء والقبض والبسط وتعاطي الأعمال، والآلات المتعلقة بأصابع اليدين، لكن حسم الشرع النظر إلى أقدار المنافع، وأجرى أجناس الأعضاء مجزئاً واحداً في تكميل دياتها.

قال العزالي: السادس عشر: الجلد وفي سلخ جميعه دية واحدة.

(٢) في ز: الأغشم.

(٤) في أ: وهو.

(١) سقط في أ.

(٣) في ز: عظم.

(٥) في ز: يقع.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْجِلْدُ كَالْجِنْسِ الْوَاحِدِ مِنَ الْأَعْضَاءِ؛ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ مَعْدٌ لِمَعْرُوفٍ وَاحِدٍ، فَيَجِبُ فِي سَلْخِهِ الدِّيَةُ، قَالَ الْأَثَمَةُ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ -: وَسَلَخُ جَمِيعِهِ قَاتِلٌ، لَكِنْ (١) قَدْ يَفْرَضُ حَيَاةً مُسْتَقَرَّةً بَعْدَهُ، فَيُظْهِرُ إِجْبَابَ الدِّيَةِ فِيهِ، لَوْ حَزَّ غَيْرُهُ رَقَبَتَهُ (٢)، وَحَكَى الْإِمَامُ عَنِ الشَّيْخِ أَبِي عَلِيٍّ؛ أَنَّهُ لَوْ قَطَعَتْ يَدَاهُ (٣) بَعْدَ سَلَخِ الْجِلْدِ، تَوَزَّعَ مَسَاحَةُ الْجِلْدِ عَلَى جَمِيعِ الْبَدَنِ، فَمَا يَخْصُ الْيَدَيْنِ يَحْطُ مِنْ دِيَةِ الْيَدَيْنِ، وَيَجِبُ الْبَاقِي، وَعَلَى هَذَا الْقِيَاسِ، لَوْ قَطَعَ يَدَ إِنْسَانٍ، ثُمَّ جَاءَ آخَرٌ، وَسَلَخَ جِلْدَهُ، فَيَجِبُ عَلَى مَنْ سَلَخَ دِيَةَ الْجِلْدِ مَحْطُوطاً عَنْهَا قِسْطُ الْيَدَيْنِ مِنَ الْجِلْدِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: النَّوْعُ الثَّلَاثُ مِنَ الْجِنَايَاتِ مَا يُفَوِّتُ الْمَنَافِعَ وَهِيَ عَشْرَةٌ: الْأَوَّلَى الْعَقْلُ فَإِذَا أَرَاهُ بِالضَّرْبِ دِيَّةً كَامِلَةً، وَلَوْ زَالَ بِقَطْعِ يَدَيْهِ فَالْتَّصُّ أَنَّهُ دِيَّةٌ وَاحِدَةٌ لِأَنَّ الْعَقْلَ لَيْسَ لَهُ مَحَلٌّ مَخْصُوصٌ فَيَنْدَرِجُ تَحْتَ كُلِّ عَضْوٍ تَكْمُلُ فِيهِ الدِّيَّةُ، فَلَوْ قَطَعَ يَدَيْهِ وَرِجْلَيْهِ قَرَأَ عَقْلُهُ فِدْيَتَانِ، وَقِيلَ: لَا يَنْدَرِجُ الْعَقْلُ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي الْبَدَنِ وَهُوَ الْقِيَاسُ، وَإِذَا شَكَّكْنَا فِي زَوَالِ الْعَقْلِ رَاقِبَتَاهُ فِي الْخَلَوَاتِ ثُمَّ لَمْ نُحْلِفْهُ لِأَنَّهُ يَتَجَانَّنُ فِي الْجَوَابِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: هَذَا النَّوْعُ الثَّلَاثُ فِي الْجِنَايَاتِ الْمَفْوُوتَةِ لِلْمَنَافِعِ:

فمنها: الْعَقْلُ، وَيَجِبُ بِإِزَالَتِهِ الدِّيَةُ، رَوَى فِي كِتَابِ عَمْرٍو بْنِ حَزْمٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: «وَفِي الْعَقْلِ الدِّيَةُ» (٤) وَيَذَكُرُ أَنَّهُ مَذْهَبُ عَمْرٍو وَزَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - وَلَمْ يَخَالَفَا فِيهِ، وَأَيْضاً: فَالْعَقْلُ أَشْرَفُ الْمَعَانِي، وَبِهِ يَتَمَيَّزُ الْإِنْسَانُ عَنِ الْبَهِيمَةِ، وَلَا يَنْتَفِعُ بِشَيْءٍ انْتِفَاعُهُ بِالْعَقْلِ، وَلَا يَجِبُ فِيهِ الْقِصَاصُ؛ لِعَدَمِ الْإِمْكَانِ، وَلَوْ انْتَقَصَ عَقْلُهُ، وَلَمْ تَسْتَقِمْ أَحْوَالُهُ، نُظِرَ، إِنْ أَمَكْنَ الضَّبْطُ، وَجِبَ قِسْطُ الزَّائِلِ، وَالضَّبْطُ قَدْ يَتَأْتَى بِالزَّمَانِ بِأَنْ كَانَ يُجْرَى يَوْمًا، وَيَفِيقُ يَوْمًا، فَيَجِبُ نِصْفُ الدِّيَةِ، أَوْ يَوْمًا وَيَوْمِينَ، فَيَجِبُ الثَّلَاثُ، وَقَدْ يَحْصُلُ بِغَيْرِ الزَّمَانِ، وَذَلِكَ بِأَنْ يَقَابِلَ صَوَابَ قَوْلِهِ، وَمَنْظُومَ فَعْلِهِ بِالْخَطَأِ الْمَصْرُوحِ مِنْهُمَا، وَتَعَرَّفَ النَّسْبَةُ بَيْنَهُمَا، فَيَجِبُ قِسْطُ الزَّائِلِ، وَإِنْ لَمْ يُمْكِنِ الضَّبْطُ بِأَنْ كَانَ يَفْرَعُ أحيانًا مِمَّا لَا يَفْرَعُ مِنْهُ، أَوْ يَسْتَوْحِشُ إِذَا خَلَا، فَيَجِبُ فِيهِ حُكُومَةٌ يَقْدَرُهَا الْحَاكِمُ بِاجْتِهَادِهِ، وَذَكَرَ صَاحِبُ «التَّمَتَةِ» أَنَّ الدِّيَةَ إِنَّمَا تَجِبُ عِنْدَ تَحَقُّقِ الزَّوَالِ بِأَنْ قَالَ

(١) فِي أ: لَكِنَّهُ.

(٢) قِيلَ يَتَصَوَّرُ أَيْضاً فِي السَّالِحِ بِأَنْ تَكُونَ إِحْدَى الْجِنَايَاتِ عَمْدًا وَالْأُخْرَى خَطَأً فَالْأَصَحُّ أَنَّهُمَا لَا يَتَدَاخِلَانِ، وَكَلَامُ الشَّيْخِ يُوهِمُ اتِّفَاقَ الْأَثَمَةِ عَلَى مَا ذَكَرَهُ وَجَزَمَ الْمَآوِرِدِيُّ فِي الْحَاوِي بِأَنَّهُ يَجِبُ فِي سَلَخِ الْجِلْدِ حُكُومَةٌ لَا تَبْلُغُ دِيَةَ النَّفْسِ وَنَقَلَ ذَلِكَ أَيْضاً عَنِ الصِّمِيرِيِّ فِي شَرْحِ الْكِفَايَةِ.

(٣) فِي ز: يَدِهِ.

(٤) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ مِنْ حَدِيثِ مَعَاذٍ، وَسَنَدُهُ ضَعِيفٌ، قَالَ: وَرَوَيْنَا عَنْ عَمْرٍو وَزَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ مِثْلَهُ.

أهلُ الخَبْرَةِ: إن العارضِ الذي حَدَثَ لا يزول، أما إذا توقَّعوا الزوال، [أو قال أهلُ الخَبْرَةِ: إنَّ العارضِ الذي حَدَثَ يزولُ، فيتوقَّف] (١) في الدية، فإن مات قبل الاستقامة، ففي الدية وجهان؛ كما إذا قلع سنٌّ مثنور، فمات قبل أن تعود (٢).

ثم في الفصل مسألتان:

إحدهما: يُنظَر في الجناية التي ذهب بها العَقْل، إن لم يكن لها أرش، كما لو ضرب رأسه، أو لطمه، فزال عقله، فعليه ديةُ العَقْل، وإن كان لها أرشٌ؛ إما مقدَّر كالמושحة، وقطع اليد، والرَّجْل، وإما غير مقدَّر؛ كالجراحات الموجبة للحكومات، ففيه قولان:

القديم (٣)، وبه قال أبو حنيفة: أنه يدخل الأقل في الأكثر، فإن كانت ديةُ العَقْل أكثر؛ كما لو أوضح رأسه، فزال عقله، دَخَلَ فيها أرشُ الموشحة، وإن كان أرشُ الجناية أكثر؛ كما إذا قطع يديه مع بعض الذراع، أو يديه ورجليه، فزال عقله - يدخل فيه ديةُ العَقْل؛ ووجهُ بأن العقل يشبه الروح؛ من حيث إنَّ زواله يشبهُ زوال الروح في زوال التكليف، ويشبه فوات منفعة البَصَر؛ من حيث إنه يبقى الجمال في صورة الأعضاء مع زواله؛ كما يبقى الجمال (٤) في الحَذَقَة بَعْد [زوال الضوء، فلشبهة بالروح يدخل أرش الجناية في دِيَّتِهِ، إذا كان الأرش أقل، ولشبهه بالضوء] (٥) لا يجمع بين بدله وبين أرش الجناية على الجرم، كما لا يجمع بين دية الضوء وأرش العين القائمة، وإن كان تفويتُ العين القائمة لا (٦) يوجبُ حكومةً، بل يدخل الأقل في الأكثر، والجديد الأصح، وبه قال مالك وأحمد: أنه لا يدخل واحدٌ منهما في الآخر، بل يجب أرش الجناية ودية العقل جميعاً، لأنها جنائيةٌ، أبطلت منفعةً غير حالة في محل الجناية؛ فصار كما لو أوضَّحه، فذهب سمعه أو بصره، لا يدخل أرش الموشحة في دية السمع والبصر، ولا بالعكس، فعلى هذا لو قطع يديه ورجليه، فزال عقله، وجبت ثلاث ديات، وعلى الأول لا يلزم إلا ديتان، هذا هو المشهور من كيفية الخلاف في المسألة، ووراءه شيان:

أحدهما: في المهذب وغيره؛ أنه إن كان أرشُ الجناية مثلَ الدية، أو أكثر،

(١) سقط في ز.

(٢) الصواب سن غير مثنور، وعبارة التتمة: سن من لم يثغر وكمل ما وقع الشيخ تبعاً لأصله على سبق القلم.

(٣) ليس قديماً محضاً فله في الجديد قول يوافقه وعزي لنص الأم.

(٤) في أ: جمال.

(٥) سقط في ز.

(٦) سقط في ز.

وجبت دية العقل معه، ولا تداخل قولاً واحداً، وإنما الخلاف فيما إذا كان أرشها دون الدية، هل تدخل الدية في العقل.

والثاني: نقل الإمام عن القاضي الحُسَيْن؛ أن أرش الجناية، إن لم يكن مقدراً، لم يدخل في دية العقل قولاً واحداً، وإنما الخلاف في الجناية التي لها أرش مقدراً، وأما ما أورده في الكتاب، فالسابق إلى الفهم منه وضع الخلاف في أن دية العقل، هل تندرج تحت أرش الجناية؛ ووجه الاندراج بأن العقل لا يختص ببعض معين يحل فيه؛ حتى يجتنب موقعه فأُيِّ عضو مضمون بالدية، أفضى قطعه إلى زواله، جعل كأن العقل كان حالاً فيه حلول الضوء في الحديقة، لكن هذا يخالف ما حكينا عن الكيفية المشهورة، ويخالف أيضاً ما ذكره الإمام فيما لو قطع يدي رجل، وزال عقله، وقلنا: يجب دية واحدة، فإن لفظ الشافعي - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - يشير إلى أن الدية الواجبة دية العقل، ودية اليد تندرج تحتها، ويخالف أيضاً قضية تشبيه العقل بالروح، فإن دية الروح لا تندرج تحت أروش الأطراف، وإنما تندرج الأروش<sup>(١)</sup> تحتها، ثم سيق الكتاب يُشعر بأن النص الاندراج، وأن مقابلة وجه واحتمالاً، وبأن الظاهر الأول، وإن كان القياس الثاني، لكن الخلاف في المسألة مشهوراً بالقولين، والظاهر الثاني عند الجمهور.

الثانية: لو أنكر الجاني زوال العقل، ونسبه إلى التجانن، راقبناه في الخلوات، وأوقات الغفلات، فإن لم تنتظم أفعاله وأقواله، أوجبنا الدية، ولا نحلفه؛ لأنه يتجانن في الجواب، ويعدل إلى كلام آخر؛ ولأن تحليفه يثبت جنونه، والمجنون لا يخلف، وإن وجدناها منظومة، فالقول قول الجاني مع يمينه، وإنما حلف؛ لجواز أنها صدرت منه اتفاقاً أو جرياً على ما اعتاده<sup>(٢)</sup>.

قال العزالي: الثانية: أسمع وفيه كمال الدية وفي إحداهما نصف الدية، وقيل: حكومة لأن محل السمع واحد، ولو قيل: السمع باقي وقد وقع في الطريق أرتاق فتعطل المنفعة كزوالها على أحد الوجهين، ويجري فيما إذا ذهب سماع الصبي فتعطل نطقه أو ضرب صلب إنسان فتعطل رجله ففي تعدد الدية خلاف، وإذا شك في السمع جرب

(١) في ز: الأرش.

(٢) صورة المسألة أن يدعي ولي المجنون زوال العقل لأن دعوى المجنون لا تسمع لعدم التكليف. نعم إن كان جنونه منقطعاً وادعى حال إفاقته فدعواه صحيحة واستشكل هذا الحكم لما فيه من مخالفة قواعد الشرع من إعطاء الشخص بدعواه وإن الصواب أنا نقول للولي إذا ادعى القول قول الجاني بيمينه، فإن حلف فلا شيء لك عنده وإن نكل لم يحلف للولي في الأصح، فإن قال الولي عندي بيعة تشهد بأنه مجنون فشهد أهل الخبرة بذلك قبلت شهادتهم على مقتضى الظاهر كما تشهد له البيعة بالمرض المخوف ونحوه وحيث يثبت جنون المجني عليه ويأخذ الولي الدية.



بِصَوْتٍ مُنْكَرٍ بَغْتَةً، وَإِنْ نَقَصَ السَّمْعُ جَرَّبَ بِالنَّسْبَةِ إِلَى مَنْ هُوَ فِي مِثْلِ سِنِّهِ بِقُرْبِ الْمَسَافَةِ وَيُعْدِمُهَا، فَإِنْ كَذَّبَهُ الْجَانِي حُلْفَ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِي إِبْطَالِ السَّمْعِ كَمَالُ الدِّيَةِ؛ لَمَا رُوِيَ عَنْ مَعَاذٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -؛ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «وَفِي السَّمْعِ الدِّيَةُ»<sup>(١)</sup> وَلَوْ أَبْطَلَ السَّمْعُ مِنْ إِحْدَى الْأُذُنَيْنِ، فَفِي وَجْهِ عَنِ الشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ؛ أَنَّهُ يَعْتَبَرُ مَا نَقَصَ مِنَ السَّمْعِ، وَيَجِبُ قَسْطُهُ مِنَ الدِّيَةِ، وَقَدْ يُقَالُ: يَجِبُ فِيهِ الْحُكُومَةُ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ السَّمْعَ وَاحِدٌ، وَإِنَّمَا التَّعَدُّدُ فِي الْمَنْفَعِ، بِخِلَافِ ضَوْءِ الْبَصَرِ، فَإِنَّ تِلْكَ اللَّطِيفَةَ مُتَعَدِّدَةٌ، وَمَحَلُّهَا الْحَدَقَةُ، وَالْمَشْهُورُ أَنَّهُ يَجِبُ نَصْفُ الدِّيَةِ، لَا لِتَعَدُّدِ السَّمْعِ، وَلَكِنْ<sup>(٢)</sup> ضَبَطَ النَّقِصَانَ بِالْمَنْفَعِ أَوْلَى وَأَقْرَبُ مِنْ ضَبَطِهِ بِغَيْرِهِ، وَلَوْ قَطَعَ الْأُذُنَ، وَيَطَّلَ السَّمْعَ، وَجِبَتْ دِيَتَانِ؛ لِأَنَّ السَّمْعَ لَيْسَ فِي الْأُذُنِ.

وَلَوْ جَنَى عَلَيْهِ، فَكَانَ لَا يَسْمَعُ فِي الْحَالِ، لَكِنْ قَالَ أَهْلُ الْبَصَرِ: إِنَّهُ يَتَوَقَّعُ عَوْدَهُ، نَظَرٌ؛ إِنْ قَدَّرُوا مَدَّةً، أَنْتَرْنَا تِلْكَ الْمَدَّةَ، فَإِنْ لَمْ يَعُدْ، أَخَذَتْ الدِّيَةُ، وَاسْتَنَى الْإِمَامُ مَا إِذَا قَدَّرُوا مَدَّةً يَغْلِبُ عَلَى الظَّنِّ انْقِرَاضُ الْعَمْرِ، قَبْلَ انْقِضَائِهَا، وَقَالَ: الْوَجْهُ أَنَّ تَوْخُّدَ الدِّيَةِ، وَلَا يَنْتَظَرُ هَذِهِ الْمَدَّةَ كَمَا لَوْ لَمْ يَقْدُرُوا، وَإِنْ لَمْ يَقْدُرُوا مَدَّةً، فَتَوْخُّدَ الدِّيَةِ فِي الْحَالِ؛ لِأَنَّ الْإِنْتِظَارَ وَالتَّأخِيرَ لَا إِلَى غَايَةٍ؛ كَالْتَفْوِيتِ، فَإِنْ عَادَ<sup>(٣)</sup>، رَدَّتْ الدِّيَةُ، إِذَا بَانَ أَنَّهُ لَمْ يَزَلْ، وَإِنْ قَالَ أَهْلُ الْبَصَرِ: لَطِيفَةُ السَّمْعِ بَاقِيَةٌ فِي مَقْرَاهَا، وَلَكِنْ ارْتَبَقَ دَاخِلَ الْأُذُنِ بِالْجِنَائِيَّةِ، وَامْتَنَعَ نَفُوزَ الصَّوْتِ، وَلَمْ يَتَوَقَّعُوا زَوَالَ الْإِرْتِاقِ، فَهَلْ يَكُونُ تَعْطُلُ الْمَنْفَعَةِ كِزْوَالِهَا؛ حَتَّى تَجِبَ الدِّيَةُ بِكَمَالِهَا؟ ذَكَرُوا فِيهِ وَجْهَيْنِ، وَالْحَقُّوهُمَا بِالْوَجْهَيْنِ فِيمَا إِذَا أَذْهَبَ سَمْعَ الصَّبِيِّ، وَتَعْطُلُ لِذَلِكَ نَطْقَهُ، فَإِنَّ الْوَجْهَ يَتَدَرَّجُ إِلَى التُّنْقِ تَلْقِيًا مِمَّا يَسْمَعُ، فَهَلْ يَجِبُ لِتَعْطِيلِ النَّطْقِ دِيَّةً مَضْمُومَةً إِلَى دِيَةِ السَّمْعِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَمَالَ الْإِمَامِ - رَحِمَهُ اللَّهُ - فِي مَسْأَلَةِ الْإِرْتِاقِ إِلَى وَجُوبِ الدِّيَةِ، وَقَالَ: بَقَاءُ السَّمْعِ وَسَلَامَتُهُ لَيْسَ مَوْثُوقًا بِهِ، وَالْأَظْهَرُ، وَهُوَ الْجَوَابُ فِي «التَّمَةِ» وَجُوبِ الْحُكُومَةِ؛ فَإِنَّ التَّعْطِيلَ لَا يَنْزِلُ مَنزِلَةَ الزَّوَالِ.

وَأَمَّا قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «أَوْ كَسَرَ صُلْبَ إِنْسَانٍ، فَتَعْطُلَ رِجْلَهُ، فَفِي تَعَدُّدِ الدِّيَةِ خِلَافٌ»، فَهَذَا يُشِيرُ بِأَنَّ كَسَرَ الصُّلْبِ يَوْجِبُ الدِّيَةَ بِنَفْسِهِ، وَأَنَّهُ إِذَا تَعْطُلَتِ الرَّجْلُ، كَانَ تَعْطِيلُهَا كَتَعْطِيلِ<sup>(٤)</sup> النَّطْقِ؛ حَتَّى تَجِبَ دِيَّةٌ أُخْرَى عَلَى رَأْيِي، وَفِي كَلَامِ الْإِمَامِ أَيْضًا مَا يَقْتَضِي تَعْلُقَ الدِّيَةِ بِمَجْرَدِ كَسْرِ الصُّلْبِ، لَكِنَّ الظَّاهِرَ خِلَافَهُ عَلَى مَا سَيَأْتِي، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

(١) رواه البيهقي من طريق قتادة عن ابن المسيب عن علي.

(٢) في ز: وإن.

(٣) في ز: عادت.

(٤) في ز: كتعطيل.

ثم الكلام في صورتين:

إحدهما: لو أنكر الجاني زوالَ السمع، امتحن المجني عليه؛ بأن يصاح به في نومه وغفلته صباح مُنكر، وبأن يتأمل حاله عند صَوْت الرغْد الشديد، فإن ظهر منه انزعاج واضطراب، ظهر<sup>(١)</sup> كذبه، ومع ذلك يحلف الجاني؛ لاحتمال أن الانزعاج بسبب آخر اتفاقي<sup>(٢)</sup>، وإن لم يظهر عليه أثر، بأن صدقه، ومع ذلك يحلف لاحتمال أنه يتجلد ويتكلف، وإن ادعى بطلان السمع من إحدى الأذنين، وأنكر الجاني حُشِيَتِ السليمة، وامتحن في الأخرى على ما ذكرنا.

الثانية: إذا انتقص سمعه من الأذنين، فإن عرف قدر ما نقص؛ بأن عرف أنه كان من أي موضع يسمع، وهو الآن يسمع ممّا دون تلك المسافة، فيضبط ما انتقص، ويُؤخذ قسْطُه من الدية، وإن لم يعرف، ولكن ساءَ سَمْعُه، وثقل أذنه، فالذي أورده أكثرهم، وعليه جرى صاحب «التّهذيب» وغيره: أنه لا سبيل إلى تقديره، ويجب حكومة يقدرها الحاكم باحتجاده، وذكر الإمام وغيره أنه تقدّر بالاعتبار بسمع رجل سليم السمع في مثل سنّه وصحّته؛ بأن يجلس بجنب المجني عليه ويُؤمّر من يرفع الصوت ويناديهما من مسافة بعيدة لا يسمع فيها<sup>(٣)</sup> واحد منهما، ثم يقرب المنادي شيئاً فشيئاً إلى أن يقول السليم: سَمِعْتُ، فيُعَلّم على الموضع، ثم يديم المنادي ذلك الحدّ من رفع الصوت، ويقرب إلى أن يقول المجني عليه سمعتُ، فيضبط ما بينهما من التفاوت، وإن انتقص السمع من إحدى الأذنين، فيقدر النقصان بأن تصمّم<sup>(٤)</sup> العليّة، ويضبط منتهى سماع الصحيحة، ثم تصمّم الصحيحة، ويضبط منتهى<sup>(٥)</sup> سماع العليّة، ويضبط ما بينهما من التفاوت، ويؤخذ قسْطُه من الدية، ويمكن أن يكون الفرق بين انتقاص السمع من إحدى الأذنين؛ حيث انفقوا على الاعتبار بالأخرى، ولم يعدلوا إلى الحكومة وبين أن يكون الانتقاص في الأذنين جميعاً، حيث اختلفوا في أنّ الواجب الحكومة، أو يعتبر المجني عليه بغيره، والأشخاص يتفاوتون في السمع حدّةً وكلاًلاً؛ بحسب الأمزجة، فاستبعد اعتبار شخص بشخص، ولم يستبعد اعتبار أذن شخص بأذنه الأخرى، وإن كذبه الجاني فيما يدعيه؛ من انتقاص السمع، فالجواب في «التّهذيب» وغيره: أن القول قول المجني عليه مع يمينه، سواء ادعى الانتقاص في الأذنين، أو

(١) في ز: بان.

(٢) كذا جزم بالتحليف وهو فيه منابع للشيخ أبي حامد والماوردي والشيخ في المهذب وصاحب الشامل والتّهذيب والتتمة، لكن الدارمي حكاه وجهاً وقال: عندي لا يحلف وهو المختار. قاله في الخادم.

(٣) سقط في ز.

(٤) في ز: يضم.

(٥) سقط في ز.

إحداهما؛ لأنه لا يعرف إلا من جهته، وهذا قوله في الكتاب في آخر الفصل: «فإن كذب الجاني حَلَفَ المجني عليه»، قال في «الوسيط»: فلو قال الجاني: «حَلَفُونِي» فإن الأصل بقاء السمع، قلنا: لو فتح هذا الباب، لم يعجز من يستخير<sup>(١)</sup> الجناية عن الحلف، وجريان الجناية سبب مظهر لجانب المجني عليه، فتصديقه أولى.

وقوله: «في إحداهما نصفُ الدية» قضية هذا اللفظ تعدد السمع، والسمع واحد؛ على ما مر، وإنما التعدد في طريقه، والمراد بطلان السمع من إحدَى الأذنين.

وقوله: «وإذا شك في السمع» أي ادعى المجني عليه ذهاب السمع ونازعه الجاني، وشككنا في أن الصادق أيهما، فيمتحن بالطريق المذكور؛ لتظهر الأمانة الدالة على صدق الصادق منهما، وكذب الكاذب.

وقوله: «وإن نقص السَّمْعُ، جرب» كلمة «جُرب» ههنا غير واقعة موقعها؛ بخلاف ما في الصورة السابقة؛ فإن المقصود ههنا تقدير بدل ما نقص بالنسبة المذكورة لا الامتحان.

قال الغزالي: **الثالثة: البصر وفي إنطالها مع بقاء الحدقة كمال الدية، ويستوي فيه الأعمش والأخفش، ومن في حدقته بياض لا يمنع أضل البصر كمال الدية، وفي إحداهما النصف، ويمتحن بتقريب حديدة من حدقته مغافصة.**

قال الرافعي: في ضوء العينين<sup>(٢)</sup> تمام الدية؛ روي عن معاذ - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ؛ أنه قال: «في البصر الدية»<sup>(٣)</sup> ولأن إتلاف المنفعة المقصودة<sup>(٤)</sup> من العضو تقتضي وجوب الدية؛ كإبطال منفعة البطش من اليد، وفي إذهاب ضوء إحداهما نصف الدية، ولا فرق بين ضعيف البصر، بالعمش وغيره، ولا بين الأحوال والأخفش وغيرهما، ولو فقأ عينه، لم تجب إلا دية كاملة، كما لو قطع يديه؛ بخلاف ما لو قطع أذنيه، وبطل سمعه؛ لما مر أنه ليس السمع في الأذنين، ولو قال عدلان: إن البصر، وإن اختل، يعود إلى ما كان فيفرق بين أن يقدروا مدة أو لا يقدرُوا، ويكون الحكم على ما مر في الأذنين، ولو مات المجني عليه قبل مضي تلك المدة، فلا قصاص للشبهة<sup>(٥)</sup>، وفي الدية طريقان.

(١) في ز: مستجنى.

(٢) في ز: العين.

(٣) قال فيه الحافظ في التلخيص: لم أجده. (٤) سقط في ز.

(٥) وما جزم به من عدم القصاص تبع فيه البغوي وصاحب المذهب لكن جزم الماوردي والبنديجي والرويان وغيرهم بوجوب القود وهو الصواب، فإن الشافعي نص عليه في الأم فقال وإذا شهد من أقبل شهادته أن بصره قد ذهب وآخر إلى المدة التي وصفوا أنه إذا بلغها قال أهل البصر: =

أحدهما: أنها على الوجهين فيما إذا قَلَع سنٌّ غيرٍ مثنور، ومات قبل أو انِ البيان. وأصحبهما: القطعُ بوجوبها؛ لأن الظاهر في السنِّ العَوْدُ، ولو عاش<sup>(١)</sup> لاستمرار العادة، وههنا بخلافه، ولو قال الجاني: مات بعد عَوْد السنِّ أو البصرِ، وقال الوارثُ: بل قبله، فالمصدِّق الوارثُ؛ لأنَّ الأصل عدم العود.

وإذا ادعى المجنيُّ عليه زوالَ البصرِ، وأنكر الجاني، فالذي أوردته جماعةٌ من الأئمة، وهو المنقول عن «الأم» أنه يراجع أهل الخبرة، فإنهم إذا وقفوا الشخص في مقابلة عين الشمس، ونظروا في عينيه، عرفوا<sup>(٢)</sup> أن الضوء ذاهبٌ أم<sup>(٣)</sup> قائمٌ بخلاف ما في السمع لا يراجعون فيه؛ لأنه لا طريق لهم إلى معرفته، وقال آخرون، وعليه جرى صاحب الكتاب: إنَّه يمتحن بتقريب حَيَّة، أو عقرب منه، أو حديدة من حدقته مغافصة، فإن انزعج واضطرب، فالقول قول الجاني مع يمينه؛ وإلا، فالقول قوله مع يمينه، ويمكن أن يقدر في هذا اختلافٌ قولٍ أو وجهٍ، ورد في «التتمة» الأمر إلى خيرة الحاكم إن أراد أن يراجعهم، فعل، وإن أراد أن يمتحنه، فَعَل، وإذا رجع أهل الخبرة، فشهدوا بذهاب البصر، فلا حاجة إلى التحليف، ويؤخذ الدية بخلاف الامتحان، فإنه لا بد من التحليف بَعْدَه، ولا يقبل في ذهاب البَصَر، إن كانت الجناية عمداً إلا شهادة رجلين، وإن كان خطأً، قبلت شهادة رجلٍ وامرأتين، وإن ادعى ذهاب البصر من إحدى العيَّتين، فيراجع أهل الخبرة، أو يمتحن، كما ذكرنا في العيين.

وإن انتقص<sup>(٤)</sup> ضوء العيين، ولم يزل، فإن عرف مقداره؛ بأن كان يرى الشخص من مسافة مضبوطة، فصار لا يراه إلا من بعضها، فيجب من الدية قِسْطُ الذاهب، وإن لم يعرف، فعلى الطريقتين المذكورين في السَّمْع، فمنهم من اعتبره بمثله في السنِّ والصحة، وقال الأكثرون: يجب حكومة يقدرها الحاكم، ولا يعتبر بغيره؛ لاختلاف الناس في الإدراك<sup>(٥)</sup>، ويروى عن الماسرجسي أنه قال: رأيتُ صيَّاداً [كان] يرى الصيِّد

= لا يعود بصره فمات قبلها أو أصاب عينه شيء يجيها فذاهبها من الجاني الأول حتى نستيقن أن ذاهبها من وجع أو جناية وليس على الجاني الآخر إلا حكومة وكان على الجاني الأول القود إن كان عمداً أو العقل إن كانت الجناية خطأً. انتهى.

(١) في ز: عاد. (٢) في أ: علموا.

(٣) في أ: أو. (٤) في ز: ينتقص.

(٥) وقد حكى في الذخائر الوجهين واستبعدهما.

وأما الاعتبار بالغير من أن النظر في الناس لا يتماثل فزُب صحيح النظر يرى الشيء من مسافة بعيدة ويراه غيره مع صحة نظره من مسافة أبعد منها، وأما اعتبار قوله وإيجاب حكومة فبعيد لأن الأصل عدم نقصان الضوء فكيف يقبل قوله بل ينبغي أن يكون القول قول الجاني مع يمينه وعلى المجني عليه البينة.

على فرسخين، وإن انتقص من إحدى العينين، فتعصّب العليلة، وتُطلق الصحيحة، ويوقف شخص في موضع يراه ويؤمر بأن يتباعد عنه إلى أن يقول لا أراه، فيُعَلَم [على] المسافة، ثم يُعصّب الصحيحة، وتُطلق العليلة، ويؤمر الشخص بأن يقترب راجعاً إلى أن يراه، فيضبط ما بين المسافتين، ويجب قسطة من الدية، وهذا الضبط مبني على نهاية إبطاره في الصحيحة والعليلة، وهو متهم في الصحيحة بالزيادة، وفي العليلة بالنقصان؛ فلا يؤمن أن يكذب متدرجاً به إلى زيادة الواجب، فيمتحن في قوله: «أبصر»<sup>(١)</sup> بالصحيحة» بأن تغيّر ثياب الشخص الذي يبعده منه<sup>(٢)</sup>، ويقرب، ويسأل عنها، فينظر أيصيب أم لا؟ وفي قوله: «لا أبصر بالعليلة» قال بعضهم: يحلف على أنه لا يبصر فوق تلك الغاية، وقال أكثرهم: يمتحن بأن يضبط تلك الغاية، ويؤمر الشخص بأن ينتقل إلى سائر الجهات، والمجني عليه بأن يدور، فإن توافقت الغاية من الجهات، فقد بان صدقه، وإلا بان كذبه، لأن اختلاف الجهات لا يؤثر فيه، ويجري مثل هذا الامتحان في نقصان السمع من إحدى الأذنين، فيمتحن في قوله: «أسمع بالصحيحة»؛ بأن يغيّر المنادي نداءه وكلامه، وينظر؛ هل يقف عليه المجني عليه، وفي قوله: «لا أسمع بالعليلة» بأن ينتقل المنادي إلى سائر الجهات، وإذا انضبط<sup>(٣)</sup> تفاوت مسافتي الإبصار، فالواجب القسطة، فإن أبصر بالصحيحة من مائتي ذراع، وبالعليلة من مائة ذراع، فموجه التصيف<sup>(٤)</sup>، ولكن لو قال أهل البصر: إن المائة الثانية تحتاج إلى مثل ما يحتاج إليه المائة الأولى؛ لقرب الأولى وبعده الثانية، فيجب ثلثا دية العليلة؛ قال الشافعي - رضي الله عنه - وما أرى أن ذلك يضبط.

وقوله في الكتاب: «البصر يستوي»<sup>(٥)</sup> فيه من الأعمش والأخفش... إلى آخره، هذا ساكت<sup>(٦)</sup> من جهة اللفظ عن بيان وجوب الدية في بصر السليم، وكان الأحسن أن يقول: «البصر، وفيه كمال الدية، وإن كان من الأعمش والأخفش... إلى آخره؛ ليتناول اللفظ السليم وغيره، وهو الذي قصده، فيعتبر، وقد ذكرنا في النوع الثاني معنى الأعمش والأخفش، وسألت بعضهم، ففسر الأخفش بالذي يبصر بالليل دون النهار، والقول بكمال الدية إلى إنطال بصره يقتضي وجوب كمالها في بصر الأعشى أيضاً، وهو الذي يبصر بالنهار دون الليل، لكن في «التهديب»: أنه لو جنى عليه، فصار أعشى، فعليه نصف الدية وأنه لو عشيّت بالجناية إحدى عينيه، فعليه ربع الدية، وقضية إيجاب النصف، إذا جعله بالجناية أعشى - إيجاب النصف، إذا جنى على الأعشى، فأذهب

(١) في ز: اقتصر.

(٢) في ز: انضبطت.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٥) في أ: النصف.

(٦) في ز: ساكن.

بَصْرَهُ؛ وكذلك الأُخْفَشُ. وقوله: «وَمَنْ فِي حَدَقَتِهِ بِيَاضٌ لَا يَمْتَعُ أَصْلُ الْبَصْرِ» ظاهره وجوبُ الدية، ما دام يبصر شيئاً، وإن ضعف بصره، ونقص ضوءه، لكن ذكرنا في فَوْءِ العين التي فيها بياضٌ؛ أنه إن لم ينقص الضوء، يجب فيه الدية، وإن نقص، فلا تكمل الدية، فليكن في إذهاب ضوء العين، وفيها بياضٌ، مثلُ هذا التفصيل.

### «فَرْعٌ»

لَوْ شَخَّصَتْ عَيْنَهُ بِالْجَنَايَةِ أَوْ صَارَ أَعْمَشَ أَوْ أَحُولَ، فَالْوَاجِبُ عَلَى الْجَانِيِ الْحُكْمَةُ.

آخِرُ: إِذَا أَذْهَبَ ضَوْءَ عَيْنِهِ، وَجَاءَ آخِرُ، وَقَلَعَ الْحَدَقَةَ، ثُمَّ قَالَ الْأَوَّلُ: قُلِعَتْ بَعْدَ عَوْدِ الضَّوِّءِ، وَقَالَ الثَّانِي: بَلْ قَبْلَهُ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الثَّانِي<sup>(١)</sup> وَلَوْ صَدَّقَ الْمَجْنِيَّ عَلَيْهِ الْأَوَّلُ، تَرْتَّبَ فِي ذِمَّةِ الْأَوَّلِ عَنِ الدِّيَةِ، وَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ عَلَى الثَّانِي، بَلْ يَحْلِفُ، وَعَلَيْهِ الْحُكْمَةُ.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: الرَّابِعَةُ: الشَّمُّ وَفِيهِ كَمَالُ الدِّيَةِ وَتَمْتَحُنُ بِالرَّوَاتِحِ الْكَرِيهَةِ الْحَادَّةِ، وَعِنْدَ الثَّقَفَانِ يُحْلَفُ لِعُسْرِ الْأَمْتِحَانِ، وَقِيلَ فِي الشَّمِّ حُكْمَةٌ لِأَنَّهُ ضَعِيفُ النَّفْعِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِي إِزَالَةِ الشَّمِّ بِالْجَنَايَةِ عَلَى الرَّأْسِ وَغَيْرِهِ وَجِهَانِ، عَنْ رِوَايَةِ صَاحِبِ «التَّقْرِيبِ»، وَقَوْلَانِ فِيمَا رَوَاهُ مَنْصُورُ التَّمِيمِيِّ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ الْوَاجِبَ فِيهِ الْحُكْمَةُ، دُونَ الدِّيَةِ، لِأَنَّ الشَّمَّ ضَعِيفُ النَّفْعِ؛ فَإِنْ مَنَعَتْهُ إِدْرَاكُ الرَّوَاتِحِ، وَالْأَتَانِ أَكْثَرَ مِنَ الطَّيْبَاتِ، فَيَكُونُ التَّأْدِي أَكْثَرَ مِنَ التَّلَذُّدِ.

وَأَصْحُهُمَا: وَجُوبُ الدِّيَةِ؛ لِمَا رَوِيَ فِي كِتَابِ عَمْرٍو بْنِ حَزْمٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: «وَفِي الشَّمِّ الدِّيَةُ» وَلِأَنَّ الشَّمَّ حَاسَةً مِنَ الْحَوَاسِّ الَّتِي هِيَ طَلَاتُحُ الْبَدَنِ، فَأَشْبَهَتْ سَائِرَهَا، وَلَوْ أَذْهَبَ الشَّمُّ مِنْ أَحَدِ الْمُنْخَرَيْنِ، فَعَلَيْهِ نِصْفُ الدِّيَةِ، وَيَشْبَهُ أَنْ يَجِيءَ فِيهِ الْوَجْهَ الْمَذْكُورَ فِي إِبْطَالِ السَّمْعِ مِنْ إِحْدَى الْأُذُنَيْنِ.

لَوْ ارْتَقَى الْمَنْفَذُ، فَلَمْ يَدْرِكِ الرَّوَاتِحَ، وَقَالَ أَهْلُ الْبَصْرِ: الْقُوَّةُ بَاقِيَةٌ؛ فَلْيَكُنْ كَمَا مَرَّ فِي السَّمْعِ وَلَوْ قَطَعَ أَنْفُهُ، فَأَذْهَبَ شَمُّهُ، وَجَبَتْ دِيَتَانِ؛ كَمَا فِي السَّمْعِ؛ لِأَنَّ الشَّمَّ لَا يَحِلُّ الْأَنْفَ، وَإِذَا أَنْكَرَ الْجَانِيُ زَوَالَ الشَّمِّ، امْتَحَنَ الْمَجْنِيَّ عَلَيْهِ بِتَقْرِيبِ مَالِهِ رَائِحَةً حَادَّةً مِنْهُ طَيِّبَةً وَخَبِيثَةً، فَإِنْ هَسَّ لِلطَّيْبِ، وَتَعَبَسَ لِلتَّنِّ، صَدَّقَ الْجَانِيُ بِيَمِينِهِ، وَإِنْ لَمْ يَظْهَرِ عَلَيْهِ أَثَرٌ، صَدَّقَ الْمَجْنِيَّ عَلَيْهِ بِيَمِينِهِ<sup>(٢)</sup>، وَإِنْ انْتَقَصَ الشَّمُّ، نُظِرَ؛ إِنْ عَلِمَ قَدْرُ الدَّاهِبِ،

(٢) سقط في ز.

(١) سقط في ز.

وجب قسطه من الدية وروي أن<sup>(١)</sup> الشافعي - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - قال: «وَلَا أَحْسِبُهُ يُعْلَمُ»، وإن لم يُعْلَم، فيجب حكومة يقدرها الحاكم بالاجتهاد، ولم يذكروا ههنا الامتحان بمن هو في مثل شمه، ولا بُعِدَ في طرده ههنا، فإن انتقص الشم من أحد المُنْخَرِزِينَ، فيمكن أن يعتبر بالجانب الآخر، ولم يذكروه ولعلمهم<sup>(٢)</sup> اكتفوا بالمذكور في السمع والبصر، وإذا ادعى النقصان، وأنكر الجاني، فيحلف المجني عليه، إذ لا يعرف ذلك إلا من جهته، وشبه ذلك بما إذا ادعت المرأة انقضاء الأقرء، وقالت: حَضْتُ، وقد عُلق الطلاق بحيضها، قَالَ الإمام: وينبغي أن يعين المجني عليه قَدْرًا يطالب به وإلا فهو كمن يدعي شيئاً مجهولاً، وسبيله في نفسه<sup>(٣)</sup> أن يأخذ الأقل المستيقن، ولو عاد الشم بعد ما طُنَّ زواله، وأخذت الدية، وجب ردها، ولو وضع المجني عليه يده على أنفه عند رائحة منكّرة، فقال الجاني: فعلت ذلك لعود شمك، وأنكر المجني عليه، فهو المصدّق باليمين؛ لأنه قد يقع ذلك اتفاقاً، ولرعا ف وامتخاط، وعند تفكّر ونحوه.

قال الغزالي: الحامسة: التطق وفي إنطاله كمال الدية وإن بقي في اللسان فائدة الذوق والحروف الشفوية والحلقية، وفي بغض الكلام بغض الدية، ويوزع على ثمانية وعشرين حرفاً، وتدخل الشفوية والحلقية في التوزيع.

قال الرافعي: إذا جنى على لسانه، فأبطل كلامه، فعليه كمال الدية؛ لما روي عن زيد بن أسلم - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أنه قال: «مَضَّتِ السُّنَّةُ بِإِيجَابِ الدِّيَةِ»<sup>(٤)</sup> ولأن اللسان عضو مضمون بالدية، فتضمن منفعة العظمى بها؛ كاليد والرّجل، وإنما تؤخذ الدية، إذا حكم أهل البصر بأن نطقه لا يعود، فإن أخذت، فعاد، استردت، وإذا ادعى زوال النطق، وأنكر الجاني، ففي «التتمة» أنه يفزع في أوقات الخلوة، وينظر هل يبدر منه ما يُعَرَفُ به كذبه، فإن لم يظهر شيء، حلف كما يحلف الأخرس، وأخذت الدية، ولو بطل بالجناية بعض الحروف، وزعت<sup>(٥)</sup> الدية عليها، فإن الكلام يتركب منها، ولا فرق بين ما يخف على اللسان منها، وما يثقل، قال في «التهذيب»: والحروف مختلفة في اللغات، وكل من تكلم<sup>(٦)</sup> بلغة، فالنظر عند التوزيع إلى حروف تلك اللغة<sup>(٧)</sup>، وذكر

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: وليعلم.

(٣) في أ: تعينه.

(٤) رواه البيهقي، كما في التلخيص.

(٥) في أ: وزع.

(٦) في أ: يتكلم.

(٧) كذا قطعوا به وحاول صاحب الروافي تخريجه على الخلاف فيمن ولد أصم لم يسمع الكلام ولم يتكلم هل يجب فيه الحكومة أو الدية وجهان ووجه التخريج أن اللسان من حيث هو له صلاحية الكلام لجميع الحروف إذا لم يكن به عارض يمنعه لكونه ما أشكل لسانه في هذا الحرف لا ينبغي أن يعطى حكم تعطيله.

القاضي ابن كُجِّ مثله، وحكى<sup>(١)</sup> عن رواية أبي الحُسَيْن بن القَطَّان وجهين فيمن يتكلم بلغتين، ويطل بالجنانية حُرُوفَ من هذه، وأخرى من هذه، أن الدية توزع على حروف أكثرهما حروفاً أو على أقلهما.

ثم في الحروف الموزع عليها وجهان<sup>(٢)</sup>، قال أكثرهم، وهو ظاهر النص: إن التوزيع يكون على جميعها، وهي<sup>(٣)</sup> ثمانية وعشرون في اللغة العربية، فإن ذهب نصفها، وجب نصف الدية، وإن ذهب واحد منها، وجب جزء من ثمانية وعشرين جزءاً من الدية، وعلى هذا القياس؛ وذلك لأن الكلام يتركب من جميعها، وقال الإصطخري: لا يدخل في التوزيع الحروف<sup>(٤)</sup> الشفوية، وهي الباء والميم والفاء والواو، ولا الحلقية، وهي الهاء والعين والغين والحاء والخاء والهمزة، وإنما التوزيع على الحروف الخارجة من اللسان، وهي ما عداها، وحكى أبو الفرج السرخسي هذا المذهب عن مالك، وقد توجه ذلك؛ بأن منفعة اللسان هي النطق بها، فيكون التوزيع عليها، وتكمل الدية فيها، ومن نصر الظاهر، قال: الحروف، وإن كانت مختلفة المخارج، إلا أن الاعتماد في جميعها على اللسان، وبه يستقيم النطق ويكمل، هذا إذا ذهب بعض الحروف، وله فيما بقي كلام مفهوم.

أما إذا ذهب بعض الحروف، ولم يكن له فيما بقي كلام مفهوم، ففي «التهذيب» أنه يجب كمال الدية؛ لأن منفعة الكلام [قد] فاتت، ويحكى هذا عن أبي إسحاق، وعن القفال، وفيما رواه الروياني أنه المذهب، ومنهم من قال: لا يلزمه إلا قسط الحروف الفائتة؛ لأنه لم يفت ما سواها من الحروف، وإنما تعطلت منافعتها، فصار كما إذا كسر صلبه، فتعطل مشيه، والرجل سليمة؛ فإنه لا يلزمه بتعطيل المشي دية أخرى، وفي «التممة» أن هذا هو المشهور في المذهب، والمنصوص في «الأم»، ويمكن أن يكون السبب فيما ذكره أن الأئمة نقلوا في طرقهم عن «الأم»؛ أنه لو ذهب حرف، وتعطل عليه بسببه الكلمة المشتملة على ذلك الحرف؛ كما إذا ذهب حرف الميم، فلم يمكنه أن يأتي باسم محمد، لم يلزمه إلا قسط الحرف الفائت من الدية، ويجوز أن يقال: صورة النص ما إذا لم يمكنه أن يأتي بالكلمة التي فيها الحرف الذاهب، ولكن بقي له كلام مفهوم، والذي صححه القفال، صورته ما إذا لم يبق له كلام مفهوم، [والله أعلم].

(١) سقط في ز.

(٢) لم يرجح المصنف رحمه الله شيئاً منهما. قال في الخادم: الأقرب التوزيع على الأكثر لأن الأصل براءة ذمة الجاني فلا يلزمه إلا اليقين فعلى هذا يوزع على غير الحروف المذكورة للعربي.

(٤) سقط في ز.

(٣) في ز: وهو.



وذكر المتوليّ تفرّيعاً على الخلاف في أنّ الحروف الشفويّة، هل تدخل في التوزيع؛ أنّه لو ضرب شَفْتِيهِ، فأذهب الحروف الشفوية، أو رقبته، فأذهب الحروف الحلقية، فإن وزّعنا على جميع الحروف، وجب قسَطُ الذاهب، وعلى ما ذكره الإصطخري لا يجب إلاّ الحكومة، وفي كتاب القاضي ابن كَجّ، أنه لو قطع شفّتيه، فأذهب الباء والميم، فعن أبي سعيد الإصطخري؛ أنه يجب مع دية الشفتين أرشُ الحرفين، وأن ابن الوكيل، سئِلَ عنه، فقال: لا يجب إلاّ الدية؛ كما أنه لو قطع لسانه، وذهب كلامه، لا يجب إلاّ الدية.

ولو جئنا على لسانه، فصار يبدلُ حرفاً بحرف، وجب قسط الحرف الذي أبطله، ولا يصير الآخر بدلاً، فإنه أيضاً أحد الحروف المقصودة، ولو ثقل لسانه بالجناية، أو حدثت في كلامه عَجَلَةٌ أو تمتمة أو فأفة، وجبت الحكومة دون الدية؛ لبقاء المنفعة، وكذا لو كان ألثَغَ، وزادت لثغته.

وقوله في الكتاب: «وإن بقي في اللسان فائدة الذوق والحروف الشفوية والحلقية» فيه تصريح بأن الذوق في اللسان، وهو المشهور، وفي «التتمة» أنّ الذوق في طرف الحلق، ثم وجوب الدية بإبطال النطق، وإن بقي الذوق لا شبهة فيه، فأما وجوبها بكمالها، وإن بقيت الحروف الشفوية والحلقية، فقد ذكره ههنا، وفي «الوسيط»، وعلل هناك بأن الذي بطل جزء مقصود برأسه، وهذا لم أجذله تعرضاً لسائر الأصحاب، وهو مناقض لما ذكره من بعد، وهو أنه يجب في بعض الكلام بعض الدية، ويوزع على جميع الحروف من الشفوية وغيرها، وإنما يستمر ذلك على طريقة الإصطخري على ما تبين.

وقوله: «وتدخل الشفوية والحلقية في التوزيع» مُعَلِّمٌ بالواو، ويجوز إعلامه بالميم؛ لما سبق.

قال الغزالي: وَلَوْ كَانَ لَا يُحْسِنُ بَعْضَ الْحُرُوفِ فَهَلْ يَنْقُصُ الدِّيَةَ أَوْ هُوَ كَضَعْفِ الْقَوِي فِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنْ كَانَ بِجِنَايَةٍ فَوْجْهَانِ مُرْتَبَانِ وَأَوْلَى بِالتَّنْقِيسِ، وَضَعْفُ سَائِرِ الْمَنَافِعِ الَّتِي لَا تَقْدَرُ مِثْلَ الْحُرُوفِ، وَإِنْ كَانَ بِأَقَةِ لَمْ تَنْقُصْ، وَإِنْ كَانَ بِجِنَايَةٍ فَوْجْهَانِ.

قال الرافعي: إذا لم يُحْسِنِ الرَّجُلُ بَعْضَ الْحُرُوفِ؛ كَالْأَرْتِ وَالْأَلْغِ الَّذِي لَا يَتَكَلَّمُ إِلَّا بِعَشْرِينَ حَرْفًا مِثْلًا، هَلْ يَجِبُ فِي إِبْطَالِ كَلَامِهِ كُلِّ<sup>(١)</sup> الدية؟ فيه وجهان<sup>(٢)</sup>:

أصحهما: نعم، وهذا ما أورده صاحب «التهذيب»، ووجهه أنّ هذا الشخص ناطق، وله كلام مفهوم إلاّ أنّ في منطقه ضعفاً، وضعف منفعة العضو لا يقدر في

(٢) سقط في ز.

(١) سقط في ز.

كمال<sup>(١)</sup> الدية، كضعف البطش، والبصر، وسائر القوى، وعلى هذا، فلو أبطل بعض حروفه، فالتوزيع على ما يحسنه، لا على جميع الحروف.

والثاني: أنه لا يجب إلا قسطها من جميع الحروف؛ لأن النطق مقدر بالحروف بخلاف البطش، وما لا يقدر بمثل ذلك، وعلى هذا، فالتوزيع على جميع الحروف، لا على ما يحسنها خاصة، وهذا ما أورده صاحب «التتمة»، وإذا قلنا بهذا الوجه الثاني، فلو كان الشخص ممن يقدر على التعبير عن جميع مقاصده، لفطنته واستمداده من اللغة وتهديه إلى مناظير الكلام، فهل تكمل الدية؟ فيه وجهان:

أظهرهما: لا؛ لأن اقتداره للحدق ومعرفة اللغة، لا لمعنى في الكلام، هذا إذا كان ما به من النقصان خلقياً أو حادثاً بأفة سماوية، فأما إذا حدث بجناية جان، ففيه خلاف مرتب، والظاهر أنه لا تكمل<sup>(٢)</sup> الدية، كيلا تتضاعف الغرامة في القدر الذي أبطله الجاني الأول، وهذا ما أورده الإمام، وتكلم ههنا في نقصان سائر المنافع وفي نقصان الأجزاء أيضاً، أما سائر المنافع<sup>(٣)</sup>، التي لا تتقدر تقدر النطق بالحروف؛ كالبطش والبصر، فإن كان النقصان فيها بأفة، فلا اعتبار به، ويجب على من أبطلها الدية الكاملة، وكذلك من قطع العضو الذي هو محل تلك المنفعة؛ وذلك لأنه لا ينضب لضعفها وقوتها، ويختلفان بالأعراض والأمراض، وتتبع مقاديرها يغسر أو يتعدر، وإن كان النقصان بجناية، فإن فيه احتمالات متلقاة من كلام المشايخ، ولا بأس، لو نقلنا وجوهاً<sup>(٤)</sup>:

أحدها: أن الجواب كذلك، والثاني، وهو الذي رجح أنه لا تكمل الدية، بل يحط<sup>(٥)</sup> قدر الحكومة التي غرمها الأول عن مبطل المنفعة، وقاطع العضو جميعاً تحرزاً عن تضعيف الغرامة.

وثالثها: أنه لا يحط عن قاطع الجرم، ويحط عن مبطل المنفعة الناقصة؛ لتناسب جنائته مع جناية الأول، وأما الأجرام، فإما أن يكون لما نقص أرش مقدر أو لا يكون، إن كان له أرش مقدر، فالواجب على الثاني الدية مخطوطاً عنها أرش ما نقص، سواء حصل النقصان بأفة أو جنائية<sup>(٦)</sup>؛ حتى لو سقطت أنملة من أنامله بأفة، ثم قطع اليد

(١) سقط في ز.

(٢) وهو يقتضي حكاية طريقين ولم يصرح به المصنف لكنهما تخريج من كلامه فإنه قال فيه خلاف مرتب والظاهر أنه لا يكمل. انتهى.

فيخرج من الترتيب طريقة قاطعة بعدم التكميل.

(٤) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٦) في أ: بجناية.

(٥) في ز: يحيط.

قاطع يحط عن دية اليد أرش الأصبع أو الأنملة، ولو جرح رأسه متلاحمة، وجاء آخر، وجعلها موضحة، فعلى من أوضح أرش موضحة مخطوطاً عنه واجب المتلاحمة، سواء قدرنا واجبها، أو أوجبنا الحكومة، ولو التأم المتلاحمة، واكتسى موضعها بالجلد، لكن بقي غائراً، وجاء آخر، وأوضح فيه، فالصحيح أن حكم ذلك الجرح قد سقط، وعلى من أوضح أرش كامل، وإن لم يكن لما نقص أرش مقدراً؛ كفلقة ينفصل من لحمه الأنملة، فإن لم يؤثر في المنفعة، لم تنتقص به الدية، وإن قدر وجوب حكومة فيه للشئين، ولا فرق بين أن يحصل ذلك بأفة أو جناية وإن أثر في المنفعة، فكذلك لا تنتقص به الدية، إن حصل بأفة، وإن حصل بجناية، قال الإمام: يجوز أن يجعل كالتقصان بأفة، ويجوز أن يحط<sup>(١)</sup> عن الثاني مقدار الحكومة الواجبة على الأول، وهو الأقرب.

قال الغزالي: ولو قطع بعض لسانه فأبطل بعض كلامه وتساوت نسبة الجرم والحروف فذاك، وإن تفاوتنا أخذنا بأكثر الشهادتين، ولو قطع ربع اللسان فزال نصف الكلام فنصف الدية، ولو قطع نصف اللسان فزال ربع الكلام فنصف الدية، ولو استأصل الباقي وقد بقي ثلاثة أرباع الكلام أو ثلاثة أرباع اللسان فيجب ثلاثة أرباع الدية أخذاً بالأكثر، وقيل: النظر إلى الجرم في حق الباقي ولكن لو بقي ثلاثة أرباع اللسان وفيه نصف الكلام فنصف الدية وحكومة وكان ربع اللسان أشل.

قال الرافعي: نزل العلماء النطق في اللسان منزلة البطش في اليد، والمشي في الرجل، وقالوا: إذا استأصل لسان إنسان قطعاً، وأبطل كلامه، لم يلزمه إلا دية واحدة، ولو قطع عذبة اللسان، وبطل الكلام، فكذلك الحكم، وهو كما لو قطع أصبعاً، من اليد، فشلت اليد، وقد يشكل ما ذكره، بأننا نرى المقطوع اللسان يتكلم، ويأتي بالحروف كلها مفهومة أو معظمها، وذلك يشعر بأن النطق في اللسان، ليس كالبطش في اليد، ثم قالوا: إذا قطع بعض اللسان، وذهب بعض الكلام، فينظر؛ إن تساوت نسبة جرم اللسان والكلام؛ كما إذا قطع نصف لسانه؛ فذهب نصف كلامه، فالواجب نصف الدية، وإن تفاوتت<sup>(٢)</sup> النسبة، كما إذا قطع ربع لسانه، فزال نصف كلامه، أو نصف لسانه، فزال ربع كلامه، فعليه نصف الدية، واختلفوا في تعليقه، فقال أكثر الأصحاب: اللسان مضمون بالدية، وإبطال منفعتها أيضاً مضمون بها، فيعتبر الأغلظ من موجبيها<sup>(٣)</sup>، ويجب الأكثر، وهذا كما أنه<sup>(٤)</sup> إذا بطل البطش بقطع بعض الأصابع، يجب الدية، ولو

(٢) في ز: تفاوت.

(١) في ز: يحيط.

(٤) سقط في ز.

(٣) في ز: موجبيها.

قطع الخنصر والبنصر، مثلاً، يلزمه حُمساً الدية، وإن كان الفائت من المنفعة دون الحُمسَيْن، وقال أبو إسحاق: الاعتبارُ بالجرم لأنه الأصل الذي ينال بالجناية، فيجب في قطع نصفِ اللسان، وذهاب ربع الكلام نصفُ الدية، اعتباراً بالجُرم، وإذا قطع ربعه، وزال نصفُ الكلام، فعليه أيضاً نصفُ الدية<sup>(١)</sup>، فإنما يجب النصف لأنه قطع ربعاً صحيحاً، وأشلُّ ربعاً آخر، وتظهر فائدة الاختلاف في صورتين:

إحدهما: إذا قطع نصفَ لسانه، وذهب ربع الكلام، ثم جاء آخر، واستأصل الباقي، فعلى ما قاله الأكثرون: يجبُ عليه ثلاثة أرباع الدية لأنه أبطل ثلاثة أرباع الكلام، وعلى ما قاله أبو إسحاق: نصف الدية كما على الأول اعتباراً بالجرم.

والثانية: لو قطع ربع لسانه، فذهب نصف الكلام، ثم جاء آخر، واستأصل الباقي، فعلى عبارة الأكثرين؛ عليه ثلاثة أرباع الدية، لأنه قطع ثلاثة أرباع اللسان، وفيها نصف<sup>(٢)</sup> الكلام، وعلى ما ذكره أبو إسحاق، عليه نصفُ دية وحكومة؛ لأنه قطع نصفاً صحيحاً، وربعاً أشلُّ.

ولو أذهب نصفَ الكلام بجناية على اللسان من غير قطع، ثم جاء آخر، وقطعه، فعلى طريقة الأكثرين؛ عليه دية كاملة؛ لقطعه جميع اللسان، مع بقاء المنفعة فيه، وعلى ما ذكره أبو إسحاق؛ يلزمه نصفُ دية وحكومة؛ لأن الجرم لذهاب نصف الكلام، نصفه صحيح، ونصفه أشلُّ، فيجب للنصف الصحيح نصفُ الدية، وللأشلُّ الحكومة.

وقوله في الكتاب: «وإن تَفَاوَتَا أَخَذْنَا بِأَكْثَرِ الشَّهَادَتَيْنِ»، أراد به ما ذكر في «الوسيط»؛ أن نقصان كل واحد من الجرم، والحروف مبيِّن مقدار الزائل من القوة النطقية التي لا يتقدَّر تحقيقاً، وشاهد عليه؛ فتأخذ بأكثر الشهاداتتين، وقوله: «وقيل: النظرُ إلى الجُرم في حقِّ الثاني»، المرادُ منه الوجهُ المنسوبُ إلى أبي إسحاق، وإنما قال: «في حقِّ الثاني»<sup>(٣)</sup>؛ لأن الخلافَ يظهرُ في حقه، لا في حق القاطع الأول، وإلّا فالنظر إلى الجرم لا يختصُّ بالثاني على ما تبين.

### «فُرُوعٌ»

رجلانِ قطع من أحدهما نصفَ لسانه، فذهب ربع كلامه، ومن الآخر نصفُ لسانه، وذهب نصف كلامه، فقطع الأوَّل النصف الباقي من لسانِ الثاني، لم يقتصر منه، وإن أجرينا القصاصَ في بعض اللسان؛ لنقصان المجني عليه.

(٢) في ز: قوة.

(١) سقط في ز.

(٣) في ز: الباقي.

قطع نصف لسانه، وذهب نصف الكلام، فاقتصر من القاطع، ولم يذهب منه إلا ربع الكلام، يأخذ المجني عليه ربع الدية؛ ليتم حقه، وإن ذهب من المقتصر منه ثلاثة أرباع الكلام، فلا شيء على المجني عليه؛ لأن سراية القود مهذرة.

عود الكلام بعد ما ظنَّ زواله، وأخذت الدية كعود السمع<sup>(١)</sup> والبصر.

من لا يتكلم بحرفٍ من الحروف، إذا ضرب لسانه، فانطلق ذلك الحرف، وفات حرف آخر، وجب قسط الحرفِ الفاتٍ من الدية، ولم ينجر الفاتُّ بما انطلق، وذلك مثل أن كان لا ينطق<sup>(٢)</sup> لسانه بالتاء، وكان ينطق بالسين، فانطلق لسانه بعد الجناية بالتاء، وذهب مكنة النطق بالسين، قال الإمام: والتوزيع يقع على الحروف، وفيها التاء<sup>(٣)</sup> المستفادة، أم على الحروف التي كانت في اللسان قبل الجناية، هذا موضع النظر.

ولك أن تقول: ليين هذا على أن من يحسن بعض الحروف، وله كلام مفهوم، إذا أبطل بالجناية بعض ما يحسنه يكون التوزيع على ما يحسنه، أو على جميع الحروف، فإن قلنا بالأول، فالتاء المستفادة لا تدخل في التوزيع، وإن قلنا بالثاني، فهما داخلان جميعاً فيه.

ومن في كلامه عجلة واضطراب<sup>(٤)</sup> إذا ضرب ضارب لسانه، فانطلق واستقام لسانه، لم يلزم الضارب شيء، لأنه لم يتقص<sup>(٥)</sup> جرم ولا منفعة.

قطع فلقة من لسانه، ولم يبطل به شيء من الكلام، قال الإمام: من<sup>(٦)</sup> راعى الكلام، لم يوجب على القاطع إلا الحكومة، ومن راعى الجرم، أوجب قسطاً بالنسبة إلى اللسان، لكن في هذا إيجاب المقدر من غير تفويت الكلام، ولو صح ذلك، لزم إيجاب الدية الكاملة في لسان الأخرس، وبوجوب الحكومة، أجاب في «الوسيط».

قال الغزالي: السادسة: الصوت وفي إنطاله كل الدية فإن بطل معه حركة اللسان فديتان، وقيل: دية واحدة لأن الصوت يقصد للنطق.

قال الرافعي: لو جنى على إنسان، فأبطل صوته، واللسان على اعتداله، ويمكنه

(١) وقضيته القطع به كما سبق في الكلام على السن وصرح به في البحر فقال: وإذا ذهب الكلام ثم عاد بعد أخذ الأرض لزمه رده قولاً واحداً لأنه لما رجع تبيناً أنه لم يكن ذهب وإنما لم ينطق لعارض بخلاف عود اللسان فقيه قولان لأنه قطع بالمشاهد فلا يقال تبيناً أنه لم يقطع.

(٢) في أ: ينطلق. (٣) في ز: التاء.

(٤) سقط في ز. (٥) في ز: ينقص.

(٦) في ز: في.

من التقطيع والترديد، فعليه لإبطال الصوت الدية؛ لأنه من المنافع المقصودة في غرض الإعلام والزجر، وغيرهما، وإن أبطل مع ذلك حركة اللسان؛ حتى عجز عن الترديد والتقطيع، فوجهان:

أرجحهما، على ما يقتضيه نَظْم الكتاب: أنه يلزمه ديتان<sup>(١)</sup>، لأنهما منفعتان مختلفتان، وفي كل واحدة منهما إذا أفردت بالتفويت كمال الدية، فإذا فوتتا، وجب ديتان.

والثاني: لا يلزم إلا دية واحدة؛ لأن المقصود الكلام، لكنه يفوت بطريقتين: انقطاع الصوت، وعجز اللسان عن الحركة، وقد يجتمع الطريقتان، وقد يوجد أحدهما خاصة، وإذا قلنا: يجب ديتان، وكانت<sup>(٢)</sup> حركة اللسان باقية، فقد تعطل النطق بسبب فوات الصوت، فيجيء الخلاف المذكور في أن تعطل المنفعة، هل هو كزوالها، فإن جعلناه كزوالها، وجبت ديتان أيضاً، وإلا لم يلزم إلا دية<sup>(٣)</sup>، ومثل هذا الخلاف الخلاف في أن من أزال سمع الصبي قبل أن يبلغ مظنة النطق، وتعطل لذلك نطقه لم<sup>(٤)</sup> يلزمه لذلك<sup>(٥)</sup> دية أو ديتان؟ وهو مبني على الخلاف الذي مر في أنه، هل يجب على قاطع لسانه الدية أم لا؟ إن قلنا: يجب، فليس على مزيل السمع إلا دية واحدة، وإن قلنا: لا يجب، فعليه ديتان، وكذلك في كاسر الفقار، مع قاطع الرجل المعطلة بكسر الفقار، [والله أعلم].

قال الغزالي: السابعة: الذوق: وفيه كمال الدية، ويجرب بالأشياء المرة.

قال الرافعي: في إبطال الذوق الدية؛ كما في إبطال السمع والبصر وسائر الحواس، وقد يفرض ذلك بالجناية على اللسان، وعلى الرقبة وغيرهما، واختلفت كلام الأئمة؛ أن إيجاب الدية في الذوق منصوص عليه للشافعي - رضي الله عنه - أو مقيس بما نص عليه. والمذكر بالذوق خمسة أشياء: الحلاوة، والحموضة، والمرارة، والملوحة، والعذوبة.

(١) قيل قضيته أن المسألة شهيرة بالوجهين وإنما هذا من كلام الإمام وتصرفه وقد سبق أن الصواب وجوب دية الكلام خاصة بالإمام لم يجزم بأن الوجهين فيه وإن أشار إلى ذلك لكن الغزالي فهم من كلامه الوجهين وصرح بهما وتابعه الرافعي وليس ذلك بوجود في كلام الأصحاب. قاله في الخادم.

(٢) في ز: وفاتت.

(٣) تسويته بين صورتين في الخلاف فيه نظر لأن الكلام صوت مخصوص ومتى زال الصوت زال الكلام فليس عدم الكلام تعطل حينئذ بل زوال ولا اعتبار بحركة اللسان لأن الكلام ليس فيه حقيقة وإنما هو متصرف في الصوت ويخرجه على صفة مخصوصة فلا ينبغي أن يجب إلا دية واحدة.

(٤) سقط في ز.

(٥) سقط في ز.

والدية تتوزع عليها<sup>(١)</sup>، فإن أبطل إدراك واحدٍ منها، فعليه حُسنُ الدية.

ولو انتقص الإحساس، فلم يدرك الطعمَ على كمالها، فالواجبُ الحكومة، ولو اختلفا في ذهاب الذوق، جرب بالأشياء المرّة المقرّة<sup>(٢)</sup>، أو الحامضة الحادّة، فإن ظهر منه تعبُّس وكراهةٌ، صدقنا الجاني بيمينه، وإلا فنصدقه باليمين، قال في «التتمة»: ولو ضربه ضربةً، أزال بها نطقه وذوقه، فعليه ديتان، لأنهما منفعتان مقصودتان، فلا تتبع إحداهما الأخرى؛ لأن محلّهما مختلفٌ، فالنطق في اللسان، والذوق في طرف الحلق، والذي ذكر في «التهذيب»: أنه لو قطع لسانه، وذهب ذوقه، فعليه ديتان، والمراد منه هذه الصورة، [والله أعلم].

قال العزاليُّ: الثامنة: المَضغُ فإذا صَلَبَ مَغْرَسَ لَحْيَيْهِ فَعَلَيْهِ كَمَالُ الدِّيَةِ، وَلَوْ جَنَى عَلَى سِنِّهِ فَتَعَدَّرَ المَضغُ فَكَمَالُ الأَرَشِ، فَإِنْ أَسْوَدَ وَأَمَكَنَّ المَضغُ فَحُكُومَةٌ لِإِزَالَةِ الجِمَالِ. قَالَ الرَّافِعِيُّ: في إبطال المَضغِ الديةُ، وقد يحتجُّ له بأنَّ المنفعة العظمى للأسنان المَضغ، والأسنان مضمونةٌ بالدية، فكذلك منافعتها، كالْبَصْرَ مع العين، والبَطْشُ مع اليد، وذكر في الكتاب لتفويتِ المَضغِ طريقين:

أحدهما: أن تصلب مغرس اللّحيتين؛ حتى تمتنع حركتهما مجيئاً وذهاباً.

والثاني: أن يجني على الأسنان، فيصيبها خَدَرٌ، وتبطل صلاحيتها للمضغ<sup>(٣)</sup>، وحكم بوجودِ الديةِ بالطريقين، والوجوبُ بالجناية على السنِّ شائعٌ في كلام الأصحاب، وبتصليب مغرس اللّحيتين، ذكره الفُورَانِيُّ، وعلى ذلك جرى الإمام وصاحب الكتاب وغيرهما - رحمهم الله - وأعلم أن تعدُّر المَضغِ بالخلل الذي يصيب الأسنان؛ كتعدُّر البَطْشِ لشللِ اليد، والتعدُّر لتصليب المغرسِ شبه بتعدُّر المشي بكسر<sup>(٤)</sup> الصلب، ويشبه أن يجيء في تكميلِ الديةِ في السنِّ المعطلة بتصليب المغرسِ الخلافُ المذكورُ في تكميلِ الديةِ في الرُّجُلِ المعطلة بكسر الصلْبِ، ولو جنى على أسنانه، فأسودَّت، ولم تبطل منفعةُ المَضغِ، فلا يجب إلا الحكومة، وقد مرَّ ذلك، ويجوز أن يُعَلِّمَ؛ لما مرَّ قوله في الكتاب: «فحكومة» بالحاء والميم، [والله أعلم].

قال العزاليُّ: التاسعةُ قُوَّةُ الإِمْتَاءِ وَالإِخْبَالِ فِيهَا كَمَالُ الدِّيَةِ، وَفِي قُوَّةِ الإِرْضَاعِ

(١) قضيته أنه لا خلاف في الدية وإنما اختلفوا في مأخذه وبه صرح في المطلب فقال: لا خلاف في إكمال الدية وإنما اختلفوا هل نص عليه الشافعي أو هو مقيس بما نص عليه فقال القاضي أبو الطيب نص عليه وقال الماوردي: ليس للشافعي فيه نص والذي يقتضيه مذهبه إكمال الدية فيه. انتهى.

(٢) في ز: المقرّة. (٣) في ز: صلاحيتها المَضغ.

(٤) سقط في ز. (٥) سقط في ز.

حُكُومَةٌ لِأَنَّهَا عَارِضَةٌ، وَإِبْطَالُ الْإِتِّدَاذِ بِالْجِمَاعِ أَوْ بِالطَّعَامِ إِنْ أَمَكَّنَ فِيهِ كَمَالَ الدِّيَةِ، وَكَذَا لَوْ أَرْتَقَى مَنَفَعُ الطَّعَامِ بِجِنَايَةٍ عَلَى عُنُقِهِ وَبَقِيَ مَعَهُ حَيَاةٌ مُسْتَقِرَّةٌ فَحَزَّ غَيْرِهِ رَقَبَتَهُ فَكَمَالَ الدِّيَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا جَنَى عَلَى إِنْسَانٍ، فَكَسَرَ صُلْبَهُ، وَأَبْطَلَ قُوَّةَ إِمْنَانِهِ، وَجَبَ عَلَيْهِ الدِّيَةُ؛ لِأَنَّ الْمَاءَ مَقْصُودٌ لِلنَّسْلِ، وَلَوْ قَطَعَ أَثْنِيهِ، فَذَهَبَ مَأْوُهُ، لَزِمَهُ دِيَةُ الْأَثْنَيْنِ، وَدِيَةُ لَذَهَابِ الْمَاءِ، وَكَذَا لَوْ أَبْطَلَ مِنَ الْمَرْأَةِ فَوْقَ الْإِخْبَالِ، وَجَبَ عَلَيْهِ دِيَتُهَا، وَلَوْ جَنَى عَلَى تَذْيِهَا، فَانْقَطَعَ لِبْنُهَا، فَعَلِيهِ الْحُكُومَةُ، فَإِنْ انْتَقَصَ، أَخَذَتْ حُكُومَةٌ مَا يَلِيقُ بِهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا لِبْنٌ عِنْدَ الْجِنَايَةِ، ثُمَّ وَلَدَتْ، وَلَمْ يَدْرُ لَهَا لِبْنٌ، وَامْتَنَعَ لِذَلِكَ الْإِرْضَاعِ، وَجَبَتْ الْحُكُومَةُ، إِذَا قَالَ أَهْلُ الْبَصَرِ: إِنْ الْإِنْقِطَاعُ بِسَبَبِ الْجِنَايَةِ، أَوْ جَوَّزُوا أَنْ يَكُونَ بِسَبَبِهَا، وَفُرِّقَ بَيْنَ إِبْطَالِ الْإِرْضَاعِ وَإِبْطَالِ الْإِمْنَانِ؛ حَيْثُ أَوْجِبَ الدِّيَةُ؛ بِأَنَّ اسْتِعْدَادَ الطَّبِيعَةِ لِلْمَنِيِّ صِفَةٌ لَازِمَةٌ لِلْفُحُولِ، وَالْإِرْضَاعُ شَيْءٌ يَطْرَأُ وَيَزُولُ، هَذَا هُوَ الْمَشْهُورُ، وَعَنْ الْإِمَامِ احْتِمَالُ أَنَّهُ يَجِبُ الدِّيَةُ بِإِبْطَالِ مَنْفَعَةِ الْإِرْضَاعِ، وَلَوْ جَنَى عَلَى صُلْبِهِ، فَذَهَبَ جِمَاعُهُ، لَزِمَهُ الدِّيَةُ؛ لِأَنَّ الْمَجَامِعَةَ مِنْ أَصُولِ الْمَنَافِعِ، وَوَرَدَ الْأَثَرُ فِيهِ عَنْ أَبِي بَكْرٍ وَعَمْرٍ وَعَلِيٍّ<sup>(١)</sup> - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أَجْمَعِينَ<sup>(٢)</sup> -.

وَلَوْ ادَّعَى الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ ذَهَابَهُ، وَأَنْكَرَ الْجَانِي، صُدِّقَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ بِبَيْمِنِهِ، لِأَنَّهُ لَا يُعْرَفُ إِلَّا مِنْهُ، كَمَا إِذَا قَالَتِ الْمَرْأَةُ: حِضَّتْ، إِلَّا أَنْ يَقُولَ أَهْلُ الْبَصَرِ: إِنَّهُ لَا يُمْكِنُ أَنْ يَذْهَبَ الْجِمَاعُ مِنْ هَذِهِ الْجِنَايَةِ.

وَاعْلَمَ أَنَّهُمْ صَوَّرُوا صُورَةَ ذَهَابِ الْجِمَاعِ بِهَذِهِ فِيمَا إِذَا لَمْ يَنْقَطِعْ مَأْوُهُ، وَبَقِيَ ذَكَرُهُ<sup>(٣)</sup> سَلِيمًا، وَذَكَرُوا أَنَّهُ لَوْ كَسَرَ صُلْبَهُ، وَأَشْلَى ذَكَرَهُ، فَعَلِيهِ دِيَةُ الذَّكَرِ، وَحُكُومَةُ لِكَسْرِ الصُّلْبِ، وَإِنْ كَانَ الذَّكَرُ سَلِيمًا، كَانَ الشَّخْصُ قَادِرًا عَلَى الْجِمَاعِ حَسًّا؛ فَأَشْعَرَ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ أَرَادُوا بِذَهَابِ الْجِمَاعِ بَطْلَانَ الْإِتِّدَاذِ بِهِ وَالرَّغْبَةَ فِيهِ، وَكَذَلِكَ صَوَّرَ الْإِمَامُ وَصَاحِبُ الْكِتَابِ فِي إِبْطَالِ شَهْوَةِ الْجِمَاعِ عَلَى أَنَّ الْإِمَامَ اسْتَبَعَدَ ذَهَابَ الشَّهْوَةِ مَعَ بَقَاءِ الْمَنِيِّ، ثُمَّ قَالَ: «إِنْ أَمَكَّنَ ذَلِكَ، فَيَجِبُ أَنْ يُقَالَ: إِذَا ذَهَبَ بِالْجِنَايَةِ شَهْوَتُهُ لِلطَّعَامِ، تَجِبَ الدِّيَةُ بِطَرِيقِ الْأَوَّلِيِّ، إِنْ صَحَّ تَصْوَرُهُ<sup>(٤)</sup> وَأُذِرِكَ تَأْثِيرَ الْجِنَايَةِ فِيهِ.

وَلَوْ جَنَى عَلَى عُنُقِهِ، فَلَمْ يُمْكِنَهُ ابْتِلَاعُ الطَّعَامِ إِلَّا بِمَشَقَّةٍ لِالتَّوَاءِ الْعُنُقِ، أَوْ غَيْرِهِ، فَعَلِيهِ الْحُكُومَةُ، وَلَوْ لَمْ يَنْفِذِ الطَّعَامَ وَالشَّرَابَ أَصْلًا، لِارْتِقَاكِ الْمَنْفِذِ، فَلَا يَعِيشُ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ، وَالْحَالَةَ هَذِهِ، وَلَمْ تَزِدْ طَائِفَةً مِنَ الثَّقَلَةِ عَلَى أَنَّهُ سَاغَ الطَّعَامَ وَالشَّرَابَ، فَذَلِكَ،

(٢) فِي ز: عَنْهُمَا.

(١) سَقَطَ فِي ز.

(٤) فِي ز: تَصْوِيرُهُ.

(٣) فِي ز: ذَلِكَ.



وعليه حكومة، وإن مات فعليه الدية، ونقل الإمام وتابعه صاحب الكتاب؛ أن نفس الجنابة المفضية إلى الارتاق توجب الدية، حتى لو حُرَّ غيرُه رقبته، وفيه حياة مستقرة، تجب الدية على الأول، ولو مات بامتناع نفوذ الطعام والشراب، قال الإمام: إن قلنا: إن من قطع يدي إنسان أو رجله، ثم حُرَّ رقبته، لا يجب عليه إلا دية واحدة، فذلك ههنا، وإن قلنا هناك: يجب ديتان، ولا تداخل، فيجوز أن يقال ههنا: الموت بسبب الجوع والعطش، كسراية الجراحات؛ حتى لا يجب إلا دية واحدة، ويجوز ألا يعد من قبيل السرايات، بل يجعل كالحز، فيجب بإبطال هذه المنفعة أو كسر الرقبة دية، وبإزهاق الروح أخرى<sup>(١)</sup>، [والله أعلم].

قال الغزالي: وفي الإفضاء كمال الدية على الزوج والزاني جميعاً وهو أن يتحد مسلك الجماع والغائط، ولا يندرج تحته المهر، ولا يندرج أرض البكارة تحت المهر، ولو أزال الزوج بكارة زوجته بأضبع ففي أرض البكارة خلاف، ومهما كانت الزوجة لا تختل الوطء إلا بالإفضاء فالوطء غير مستحق، فإن كان سببه ضيق المنقذ فهو كالزنتي، وإن كان كبير الآلة فهو كالجب في إثبات الخيار.

قال الرافعي: فيه ثلاث مسائل:

إحداها: نص الشافعي - رضي الله عنه - على أن في إفضاء المرأة ديتها، وذلك لما فيه من فوات منفعة الاستمتاع أو اختلاله: وقد روي عن زيد بن ثابت - رضي الله عنه - أن في الإفضاء الدية.

واختلفوا في حقيقته، فقال قائلون: الإفضاء أن يرفع الحاجز بين مدخل الذكر، وهو في أسفل الفرج، ومنه يخرج الولد، وبين مخرج البول، وهو ثقبه في أعلاه، وقال آخرون: هو رفع الحاجز بين مسلك الجماع ومخرج<sup>(٢)</sup> الدبر.

واحتج لأول؛ بأنهم صوروا الإفضاء بالوطء، ومدخل الذكر ومخرج البول متقاربان، فقد يفضي الوطء إلى رفع الحاجز بينهما، والقبل والدبر متباعدان، وبينهما حاجز قوي من الأعضاء<sup>(٣)</sup> الغليظة فلا يكاد يزول بالوطء، وبأنهم تكلموا في استمسك البول واسترساله، إذا حصل الإفضاء على ما سيأتي، إن شاء الله تعالى، وذلك يشعر بانخراق ثقب البول، إذا وجد الإفضاء، وبهذا قال الشيخ أبو حامد، وتابعوه، وهو الذي رجحه صاحب «التهذيب» وغيره.

(٢) سقط في ز.

(١) سقط في ز.

(٣) في أ: أعصاب.

وللوجه الثاني؛ بأن الدية لا تجب إلا بتفويت المنفعة، وذلك برفع الحاجز بين السبيلين، فأما رفع الحاجز بين ثقبه البول ومدخل الذكر، فإنه لا يفوت المنفعة، وإنما ينقُضُهَا، ويحكى هذا الثاني عن ابن أبي هريرة، والقاضي أبي الطيب، والشيخ أبي محمد، والشريف ناصر، وهو الذي أورده الروياني في «الحلية».

وصاحب «التهذيب» في الكتاب<sup>(١)</sup>.

قال الشيخ المتولي: والصحيح أن كل واحد منهما إفضاء موجب للدية، لأن الاستمتاع يختل بكل واحد منهما؛ ولأن كل واحد منهما يفوت إمساك الخارج من أحد<sup>(٢)</sup> السيلين وعلى هذا، فلو أزال الحاجزين، فعليه ديتان، والدية الواجبة بالإفضاء تختلف غلظاً وخفة باختلاف حال الإفضاء، فقد يكون عمداً محضاً؛ بأن تكون المرأة ضعيفة<sup>(٣)</sup> أو نحيفة، والغالب إفضاء وطئها إلى الإفضاء، وقد يكون عمداً خطأ؛ بالأ يتضمن وطئها الإفضاء غالباً وقد<sup>(٤)</sup> يكون خطأ محضاً؛ بأن يجد امرأة على فراشه، فيظنها امرأته التي عهدتها، فيطأها فيفضيها، وهذا إذا حصل الإفضاء بالوطء، ولا فرق في الدية بينه وبين أن يحصل بأصبع أو خشبة، أو شيء محدد، وإذا أفضاها، وكان يسترسل بولها، ولا يتمسك، فعليه مع الدية حكومة للشئين الحاصل باسترسال البول، وفيه وجه أنه لا يجب إلا الدية لأن زوال الحاجز يتضمن الاسترسال غالباً، فلا يفرّد بحكومة، ولا فرق في وجوب الدية في الإفضاء الحاصل بالوطء بين أن يوجد من الزوج أو الواطئ بالشبهة أو الزاني، ويستقر المهر على الزوج بالوطء المتضمن للإفضاء، ويجب به مهر المثل على الواطئ بالشبهة، وكذلك على الزاني، إن كانت مكروهة، وعليه الحد، وقال أبو حنيفة: لا يجب على الزوج ضمان الإفضاء، ويجب على الواطئ بالشبهة المهر، وثلث الدية، إن كان البول مستمسكاً، وإن كان مسترسلاً، وجبت الدية دون المهر، قال: ولا مهر على الزاني المكروه؛ بناء على أن الحد والمهر لا يجتمعان، وتجب الدية إن كان البول لا يتمسك، وإن كان يتمسك، فعليه ثلث الدية، وإن كانت مطاوعة؛ قال: لا يجب على الزاني ضمان الإفضاء لتولده من الوطء المأذون فيه، ووافق أحمد أباً حنيفة في جميع ذلك، واحتج الأصحاب بأن المهر ودية الإفضاء بدلاً منفعتين مختلفتين، فلا يدخل أحدهما في الآخر، وقالوا: إنها وإن طاعت، وإنما رضيت بالوطء، لا بالإفضاء، وقوله في الكتاب: «على الزوج» معلّم بالحاء والألف؛ لما تبين، ويجوز أن يُعَلِّم لفظ «الزاني» بالعلامتين أيضاً؛ لأنهما لا يوجبان الضمان عليه، إن كانت المرأة مطاوعة، وأيضاً فلو كانت مكروهة، والبول

(١) سقط في أ.

(٢) في أ: إحدى.

(٣) في ز: صغيرة.

(٤) في ز: فقد.

مستمك، فإنهما لا يوجبان عليه كمال الدية، وإنما يوجبان الثلث.

وقوله: «وهو أن يتحد مسلك الجماع والغائط» معلّم بالواو.

وقوله: «ولا يندرج تحته المهر»، أي تحت كمال الدية.

المسألة الثانية: أن إزالة بكاره المرأة توجد تارة ممن لا يستحق الاقتضاض<sup>(١)</sup>، وأخرى من يستحقه، وهو الزوج.

القسم الأول: إذا كان مزيل البكاره ممن لا يستحق الاقتضاض، فينظر؛ إن أزالها بغير آلة الجماع: كالأصبع والخشبة، فعليه أرش البكاره، والمراد منه الحكومه المأخوذة من تقدير الرق على ما بيننا في فصل الحكومات، وذكر في «التهديب» وجهين في أن جنس الواجب يكون من الإبل، أو من نقد البلد، والأصح الأول؛ على ما هو قاعدة الجناية على الأحرار، ولو أزالته بكاره أخرى، اقتصر منها، وإن أزالها بألة الجماع، فإن طاعته المرأة، فلا أرش؛ كما لا مهر، وإن كانت مكرهه، أو هناك شبهة نكاح فاسد أو غيره، فوجهان:

أظهرهما، وهو الذي أورده في الكتاب، وينسب إلى النص: أنه يجب مهر مثلها ثيباً، وأرش البكاره<sup>(٢)</sup>، ولا يندرج أرش البكاره في المهر؛ لأن المهر يجب للاستمتاع، واستيفاء منفعة البضع، والأرش يجب لإزالة تلك الجلدة، والجهتان<sup>(٣)</sup> مختلفتان، فيفرد موجب كل واحدة عن موجب الأخرى.

والثاني: يجب مهر مثلها بكاراً؛ لأن القصد من هذا الفعل الاستمتاع، وإزالة تلك الجلدة يحصل في ضمن الاستمتاع، وإذا أوجبت مهر مثلها بكاراً، فقد وقينا حق البكاره؛ لأن مهر مثل المرأة بكاراً يزيد على مهر مثلها ثيباً، وإذا قلنا يفرد بالأرش، فيعود الوجهان في أن جنسه الإبل أو النقد؟

القسم الثاني: إذا كان المزيل مستحق الاقتضاض<sup>(٤)</sup>، وهو الزوج، فإن أزالها بألة الجماع، فقد استوفى حقه، وإن أزالها بغيرها، فوجهان:

أصحهما: لا شيء عليه، لأن المستوفى حقه، وإن اخطأ في طريق الاستيفاء.

(١) في ز: الاقتضاض.

(٢) عبارة المصنف تنسب إلى النص وهي أخف في الخروج عن المهدة، فإن ابن الصباغ والمتولي والرويانى وغيرهم لما حكوا النص وردده بلفظ يجب المهر وأرش البكاره وهو محتمل لإرادة مهر بكر أو مهر ثيب فلا يجوز الجزم بأحدهما عن النص.

(٣) في ز: والختان. (٤) في ز: مستحق القصاص.

والثاني: أنه يلزمه الأرش؛ لعدوله عن الطريق المستحق له.

ومن افتض، وألزمناه أرش البكارة، فلو أفضى المرأة مع الافتضاض، ففي دخول أرش البكارة في دية الإفضاء<sup>(١)</sup> وجهان:

أحدهما: لا يدخل، كما لا يدخل المهر في الدية.

وأصحهما: الدخول<sup>(٢)</sup>؛ لأن الدية والأرش يجبان للإتلاف، فيدخل أقلهما في أكثرهما، والمهر<sup>(٣)</sup> إنما يجب بسبب الاستمتاع، فلا يدخل في بدل الإتلاف، كما لو تحامل على الموطوءة، حتى كسر رجلها لا يدخل المهر في دية الرجل.

الثالثة: إذا كانت الزوجة لا تحتمل الوطء، إلا بالإفضاء، لم يجز للزوج وطؤها، ولم يكن عليها<sup>(٤)</sup> [التمكين، ثم الذي أورده صاحب الكتاب ههنا، وفي «الوسيط» أنه إن كان سببه ضيق المنفذ؛ بحيث يخالف العادة، فللزوجة خيار الفسخ، كالرثق، وإن كان سببه كبر الآلة؛ بحيث يخالف العادة، فلها الخيار؛ كما في الجب، والمشهور من كلام الأصحاب، وقد تقدم ذكره في «كتاب الصداق»؛ أنه فسح بمثل ذلك، بخلاف الرثق والجب؛ فإنهما يمنعان الوطء على الإطلاق، والضيق والكبر لا يمنعان على الإطلاق، وليسا من جملة العيوب ويشبه، أن يفصل، فيقال: إن كانت المرأة نحيفة، لو وطئها الزوج، لأفضاها لكنها تحتمل وطء نحيف مثلها، فلا فسح، وإن كان ضيق المنفذ، بحيث يفضي وطؤها من أي شخص فرض إلى الإفضاء، فهذا كالرثق، وينزل ما قاله الأصحاب على الحالة الأولى، وما في الكتاب على الثانية، والله أعلم.

## «فَرَعٌ»

إذا التأم الجرح بعد الإفضاء، سقطت الدية، وعليه حكومة، إن بقي أثر، كما لو عاد ضوء البصر بعد ما ظن زواله، وعن رواية الماسرجسي وغيره وجه أنها تسقط، كما إذا التحمت الجائفة.

آخر: لو أفضى الخنثى المشكّل، ففي «البيان»؛ أننا إن قلنا: إن الإفضاء رفع الحاجز بين منفذ البول ومدخل الذكر، لم تجب الدية؛ لأنه لا يعلم، هل هو فرج

(١) في أ: الافتضاض.

(٢) ما صححه نص عليه الشافعي في الأم في كتاب جراح العمد.

(٣) سقط في ز.

(٤) من قوله: التمكين، ثم الذي أورده صاحب الكتاب... إلى قوله: «ويسقط بدل الأطراف، ولو عاد فرج» سقط في أ.

أصلي أم لا، وإن قلنا: إنه رفع الحاجز بين القبل والدبر، ففيه اختلاف، ولو أزيلت البكارة من فرج المشكل، فيجب حكومة الجراحة، من حيث هو جراحة، ولا تعتبر البكارة؛ لأنه لا يتحقق كونه فرجاً.

قال العزالي: العاشرة في منفعة المشي والبطن كمال الدية، ولو ضرب ضلبه فبطل مشيه وجب كمال الدية، وفي تكميل الدية في الرجل المعطلة بخلل في غير الرجل خلاف سبق، ولو ضرب ضلبه فبطل مشيه ومثيه ففي الأندراج خلاف إذ الضلْبُ كأنه محل لكل واحد منهما.

قال الرافعي: في البطن الدية بكمالها، وكذلك في المشي؛ لأنهما من المنافع الخطيرة، فإذا ضرب يديه، فسلت، فعلية الدية، وإذا ضرب على أصبع، فسلت، فعلية دية الأصبع، ولو كسر صلبه، ففات مشيه، والرجل سليمة، وجبت الدية، ويحتج له بما روي عن النبي ﷺ في كتاب عمرو بن حزم - رضي الله عنه -: «وفي الضلْبِ الدية» ولا تؤخذ الدية؛ حتى تندمل، فإن انجبر، وعاد مشيه، كما كان، فلا دية، وعليه الحكومة، إن بقي له أثر، وكذا لو انتقص مشيه، بأن كان يحتاج إلى عصا، أو يمسي مُخدوياً<sup>(١)</sup>، ولو كسر ضلْبه، وسلت رجله، قال في «التتمة»: يلزمه الدية؛ لفوات منفعة المشي، وحكومة؛ لكسر الظهر، ويخالف ما إذا كانت الرجل سليمة؛ حيث لا يجب مع الدية حكومة؛ لأن المشي منفعة في الرجل، وإذا سلَّت الرجل، ففواتها لشلل الرجل، فأفرد كسر الصلب بالحكومة، وإذا كانت سليمة، ففوات المشي لخلل الضلْب، ولا يفرد بحكومة، ويوافق هذا ما ذكره ابن الصبَّاغ<sup>(٢)</sup> أنه لو كسر صلبه، فسلَّ ذكره، يجب حكومة للكسر، ودية لشلل الذكر، وفي هذا تصريح بأن مجرد الكسر لا يوجب الدية، وإنما يجب الدية، إذا فات به المشي، أو الماء، أو الجماع على ما سبق، وإذا ادَّعى المجني عليه ذهاب المشي، وكذبه الجاني، امتحن؛ بأن يقصد بالسيف في غفلة منه، فإن تحرك، ومشى، ظهر كذبه، وإلا حلف وأخذ الدية، ولو ذهب بكسر الضلْب مشيه ومثيه<sup>(٣)</sup>، أو مشيه وجماعه، ففيه وجهان:

(١) في ز: محدوياً.

(٢) ما أيد به كلام المتولي بكلام ابن الصبَّاغ في شلل الذكر عجيب، فإن ابن الصبَّاغ جزم بما نقله عن المتولي وقال: إنما وجبت الحكومة لأن الدية وجبت لذهاب منفعة غير خالية في الظهر فلا يدخل فيها أرش الكسر أي ولم تجب الدية في نفس الصلب لأنه مجرد عن إفساد منفعة فيه. ولو فقد ذلك لم يجب إلا الحكومة فكذا إذا ذهبت منفعة من غيره، وأوجبتا ديتها، وعلى ذلك جرى البندنجي في تعليقه وسليم في المجرّد.

(٣) في ز: منه.

أصحهما: أنه يلزمه ديتان؛ لأن كل واحد منهما مضمون بالدية عند الانفراد، فكذلك عند الاجتماع.

والثاني: لا يجب إلا دية واحدة؛ لأن الصلْب محل المني، ومنه يبتدىء المني، واتحاد المحل يقتضي اتحاد الدية، ومن قال بالأول، قال: المشي في الرجل لا في الصلْب، ومنع كون الماء مستقرّاً في الصلْب، وقال: ليس له محلٌ مخصوص، إذا أخذ منها البدن، وإنما يتولد من الأغذية الصحيحة، إذا أخذ منها البدن.

وقوله في الكتاب: «في منفعة البطش والمشي كمال الدية» أي: في كل واحد منهما.

وقوله: «وفي تكميل الدية في الرجل المعطلة بخلل في غير الرجل خلاف سبق»، وقد بيناه من قبل، ولا حاجة إلى إعادته في هذا الموضوع.

قال العزالي: هذا حكم الأطراف فيتصور أن يجب في شخص واحد قريب من عشرين دية جمعاً، فلو مات بالسراية تداخل، فلو حرّ الجاني رقبتة تداخل أيضاً، وعلى القول المخرج لا يتداخل، ولو كان القطع خطأ والحرّ عنداً أو بالعكس ففي التداخل قولان لأنّ تعابير الحكم يضاهي تعابير الجاني، وعلى التداخل لو قطع يده خطأ وقتل عنداً فالواجب دية نصفها مغلظة على الجاني ونصفها مخففة على العاقلة، وقيل: يجب الكل مغلظة إذ الحرّ أبطل ما سبق.

قال الرافعي: لما فرغ من الكلام فيما يقابل بالدية فيما دون النفس من الأجزاء واللطائف، بين أنه يجوز أن يجتمع على الشخص الواحد كثير من أسباب الدية؛ بأن بيان منه أجزام، وتزال منافع، ولا تسري إلى النفس، بل تندمل، ثم بين الحكم، إذا سرّت إلى النفس، أو قتله الجاني قبل الاندمال، أما الدييات المجتمعة، فقد ذكر أنه يتصور في شخص واحد قريب من عشرين دية جمعاً، وإذا تأملت ما سبق، وجدتها أكثر من ذلك، وهي هذه الأذنان، أو إبطال حسهما، والعينان، أو البصر، والأجفان، والمّارن، والشفتان، واللسان، أو التنطق، والأسنان، واللّحيان، واليدان، والرجلان<sup>(١)</sup>، والذّكر، أو الأئتيان، والحلمتان، والشفران، والأليان، والعقل، والسّمع، والشّم، والصّوت، والدّوق، والمضغ، والإمناء، والإخبال، وإبطال لدّة الطّعام، أو لدّة الجماع، والإفضاء في المرأة، والبطش، والمشي، وقد يضاف إليها موجبات الحكومات، والمواضع، وسائر الشّجّات، والجوائف، ويجتمع مال كثير لا ينحصر.

(١) سقط في ز.

وأما إذا سَرَت الجراحاتُ، وقُطِع الأطرافُ، ومات فيها، فقد صارتْ نَفْساً، فالواجبُ ديةُ النَّفْسِ، ويسقطُ بدلُ الأطرافِ، ولو عاد، فحزُّ رقبته، أو قدَّه نصفين، نُظِر؛ إن كان ذلك بعد الاندمالِ، فله ديةُ الأطرافِ، وديةُ النفسِ؛ لاستقرارِ دياتِ الأطرافِ بالاندمالِ، وإن كانَ قبل الاندمالِ، فقولان: [أحدهما، وهو] <sup>(١)</sup> ظاهرُ المذهبِ، وهو المنسوبُ إلى النصِّ: أنه لا يجبُ إلا ديةُ النفسِ؛ لأنها وجبت قبل استقرارِ الأطرافِ، فيدخل فيها بدلُ الأطرافِ، كما لو سَرَت، وأيضاً فإن السراية، إذا لم تنقطع بالاندمالِ، كانت الجنایاتُ كلها قتلاً واحداً.

والثاني، خرجه ابنُ سُرَيج، وبه قال الإصطخريُّ، واختاره الإمام: أنه يجب دياتُ الأطرافِ مع دية النَّفْسِ، ولا تداخل؛ كما لو حَزَّ بَعْدَ الاندمالِ، وكما لو كان الجاني <sup>(٢)</sup> غيره، وهذا إذا اتفقتِ الجنایةُ على الأطرافِ، والجنایةُ على النفسِ في العمدية، أو الخَطِيئَةِ <sup>(٣)</sup>.

أما إذا كانت إحداهما عمداً، والأخرى خَطأً، وقلنا؛ بالتداخل عند اتفاقِ الصفةِ، فوجهان، ويقال: قولان:

أحدهما: أن الحكمَ كما لو كانا عمدتين، أو خطأين.

وأشبههما: المنع؛ لأن التداخل يليق بحالة الاتفاقِ دون الاختلافِ، ولأن المستحقَّ عليه يختلفُ عند اختلافِ الصفةِ، فلو قطع يد رجلٍ خطأً، ثم حز رقبته قبل الاندمالِ عمداً، فللولي قتله قصاصاً، وليس له قطع يده، فإن قتله قصاصاً، فإن قلنا؛ بالتداخلِ، وجعلنا الحكمَ للنفسِ، فلا شيء له من الدية، وإن قلنا، بعدم التداخلِ، فيأخذ نصف الدية من العاقلة للبد، وإن عفا عن القصاص، فإن قلنا بالتداخلِ، فوجهان:

أحدهما: أنه يجبُ ديةُ نصفها مخففةً على العاقلة، ونصفها مغلظةً على الجاني، ويراعى الصفتان، وينسبُ هذا إلى النصِّ.

وأظهرهما، وهو الذي أورده في «التهذيب»: أنه يجب دية مغلظةً على الجاني؛ لأننا إذا قلنا بالتداخلِ، فمعناه إسقاطُ بدلِ الطرفِ، والاقْتِصَارُ على بدلِ النفسِ لصيرورة الجنایة نفساً، ولو لم يسبق قطعُ اليد، لكان يلزمه دية مغلظة، فكذلك ههنا، وإن قلنا لا تداخل، فيجب نصف دية مخففةً على العاقلة للبد، وديةً مغلظةً عليه للنفس.

وإن قطع يديه عمداً، ثم حز رقبته قبل الاندمالِ خطأً، فللولي قطع يده، وإذا <sup>(٤)</sup>

(٢) في ز: الحاز.

(٤) في ز: وإن.

(١) سقط في ز.

(٣) في ز: الخطاية.

قطعها، فإن قلنا بالتداخل، فله نصف الدية المخففة؛ لأنه أخذ بالقطع نصف بدل النفس، وإن قلنا: لا تداخل، فيأخذ كمال الدية المخففة، وإن عفا عن قطع اليد، وإن قلنا بالتداخل، فعلى الوجهين على المنسوب إلى النضر؛ يجب نصف دية مخففة، ونصف دية مغلفة لليد، وعلى الآخر دية مخففة للنفس، قال الإمام: ولو قطع يديه، أو يديه ورجليه، أو أصبعا من أصابعه عمداً، ثم قبل الأندمال حُرَّ رقبته خطأ أو بالعكس، وقلنا: يراعى صفة الجنائيتين على القول بالتداخل فيتصّف تغليظاً وتخفيفاً، ولا ينظر إلى أقدار أروش الأطراف؛ لتوزّع الدية عليها تغليظاً وتخفيفاً؛ لأن الحكم بالتداخل مبني على أن الحُرَّ بعد قطع الأطراف كسراية تلك الأطراف؛ فكان الحُرُّ مع الجنائيات السابقة، كجراحات مؤثرة في الزهوق، انقسمت عمداً وخطأً، فحينئذٍ فتتصّف الدية تغليظاً وتخفيفاً، ولا نظر إلى أقدار الأروش، والله أعلم.

قال العزالي: **وَجَرَّاحِ الْعَبْدِ مِنْ قِيَمَتِهِ كَجَرَّاحِ الْحُرِّ مِنْ دِيَّتِهِ عَلَى النَّصِّ، وَفِيهِ قَوْلٌ مُخَرَّجٌ أَنَّ الْوَاجِبَ بِقَدْرِ الثَّقُفَانِ، فَلَوْ قَطَعَ ذَكَرَ الْعَبْدِ وَجَبَ كَمَا لَقِيَمَتِهِ عَلَى النَّصِّ، وَعَلَى التَّخْرِيجِ لَمْ يَجِبْ شَيْءٌ إِذَا لَمْ يَنْقُصِ الْقِيَمَةَ كَالْبَهِيمَةِ.**

**قَالَ الرَّافِعِيُّ:** مقصود الفصل الكلام في الجناية على الرقيق، وقد مر أن الواجب بقتل الرقيق قيمته بالغة ما بلغت يستوي في ذلك القن، والمدبر، والمكاتب، وأم الولد، وأما الجناية عليه فيما دون النفس، فينظر؛ إن كانت الجناية مما توجب مقداراً في الحر؛ كالشجاج، وقطع الأطراف، ففيه قولان:

**أصحهما:** أن الواجب فيها جزء من القيمة، نسبتها إليها نسبة الواجب في الحر إلى الدية؛ لما روي عن عمر وعلي - رضي الله عنهما -؛ أن جراح العبد من ثمنه كجراح الحر من دية<sup>(١)</sup>، والمراد من الثمن القيمة، وعن سعيد بن المسيب - رضي الله عنه -؛ أن جراح العبد من قيمته، كجراح الحر من دية، ولأن العبد شخص مضمون بالقصاص، فيتقدر بدل أطرافه؛ كالحُرِّ، وبهذا قال أبو حنيفة في رواية، ويروى عنه أن ما فيه منفعة مقصودة<sup>(٢)</sup> يضمّن بالمقدر من قيمته، وما ليس فيه منفعة

(١) قال الحافظ في التلخيص: أما الأثر عن عمر وعلي فروى البيهقي عنهما أنهما قالا: في الحر يقتل العبد ثمنه بالغا ما بلغ، وروى عبد الرزاق عن ابن جريج عن عبد العزيز بن عمر بن عبد العزيز: أن عمر جعل في العبد ثمنه كجراح الحر في دية، فيه انقطاع إلا أن أراد عمر بن عبد العزيز، وروى ابن أبي شيبة عن حفص عن حجاج عن حصين الحارثي عن الشعبي عن الحارث عن علي قال: ما جنى العبد ففي رقبته، ويخير مولاه إن شاء فداه، وإن شاء دفعه.

(٢) أخرجه الشافعي بإسناد صحيح إلى الزهري عنه، وفي رواية قال الزهري وكان رجال سواه يقولون: تقوم سلعة.



مقصودة<sup>(١)</sup>؛ كالأذنين، والحاجبين، واللحية، ففيه من العبد ما نقص من قيمته، وهذا على أضله في تقدير بغض الشعور من الحر.

والثاني، ويحكى عن المزي، وابن سريج: أن الواجب قدر ما نقص من القيمة؛ لأنه مملوك؛ كالبهيمة، وقال مالك: الواجب قدر النقصان إلا في الموضحة، والمنقلة، والمأمومة، والجائفة، ففيها المقدّر، ومن الأصحاب من قطع بالقول الأول<sup>(٢)</sup>؛ ولم يثبت الثاني، والمشهور إثباتهما، ثم منهم من يقول: الأوّل هو المنصوص، والثاني خرجه ابن سريج من أحد القولين في أن بدل العبد يتحمّله<sup>(٣)</sup> العاقلة، فإنه ألحقه بالبهيمة على هذا القول، وقال قائلون: الأول الجديد، والثاني القديم، وهما جميعاً منصوصان.

وإن كانت الجناية لا توجب مقداراً في حق الحر، فالواجب فيها في العبد ما ينقص من القيمة بلا خلاف.

إذا تقرّر ذلك، فعلى الأصح في إحدى يدي العبد نصف قيمته، وفي يديه قيمته<sup>(٤)</sup>، وفي الأصبع الواحدة عشرها وفي الأئمة الواحدة ثلث عشرها، وفي الموضحة نصف عشرها، وعلى هذا القياس.

ولو قطع قاطع ذكره، وأنثيه، فعليه قيمتان؛ كما يجب فيها من الحرّ ديتان، وعلى القول الآخر، الواجب فيهما جميعاً قدر النقصان، وإذا لم تنقص القيمة بقطع الذكر والأنثيين، أو زادت، فوجهان:

أظهرهما، وبه قال أبو حنيفة، وهو المذكور في الكتاب: أنه لا يجب شيء.

والثاني: تجب حكومة يقدرها الحاكم بالاجتهاد، أو يعتبر بما قبل الاندمال، وجعل هذا الخلاف كالخلاف فيما إذا اندمكت الجراحة، ولم يبق شين، ولا أثر<sup>(٥)</sup>، ومنهم من قطع بالوجه الأول، وإذا قطع يد عبد، قيمته ألف، فعادت قيمته إلى مائتين، فعلى الأصح لا يجب إلا خمسمائة، وعلى الآخر ثمانمائة، ولو عادت إلى<sup>(٦)</sup> ثمانمائة،

(١) سقط في ز.

(٢) في أ: الأول.

(٣) في ز: يتحملها.

(٤) قال في القوت: لو قطع الغاصب ونحوه يده مثلاً ونقص ذلك ثلثي القيمة فقد قالوا في كتاب الغصب أنه يلزمه أكثر الأمرين من نصف القيمة والأرش وقدمناه هناك وبيننا أن الزائد على الأرش بسبب اليد العادية وهو واضح وقد يعتد عنه.

(٥) قضية هذا التشبيه ترجيح إقامة الحكومة هنا فإنه الراجح فيما إذا لم يبق شين لكنه رجح خلافه فيحتاج للفرق مكانه لأن الاعتبار هنا بالقيمة وهي غير ناقصة وهناك الحكومة ليست للقيمة.

(٦) سقط في ز.

فعلى الأصح يجب خُمُسَاتَهُ، وعلى الآخر لا يجب إلا مائتان.

ولو جئنا على العبد اثنان؛ بأن قطع أحدهما إحدى يديه، والآخر اليد الأخرى، نُظِرَ، إن وقعت الجنائتان معاً، فعليهما قيمته، وإن تعاقبتا، وكانت القيمة عند القطع الثاني ناقصة؛ بسبب القطع الأول، فإن مات منهما، ففي الواجب عليهما اختلاف أوجه مذكورة في كتاب الصيد والذبائح، وإن وقف القطعان، نُظِرَ؛ إن وقع القطع الثاني بعد اندمال الأول، فعلى كل واحد منهما نصف<sup>(١)</sup> قيمته قبل جنائته، فإن كانت<sup>(٢)</sup> قيمته ألفاً، فعادت بالقطع الأول إلى ثمانمائة، وبالثاني إلى ستمائة، فعلى الأول خمسمائة، وعلى الثاني أربعمائة، وإن قطع<sup>(٣)</sup> الثاني قبل اندمال الأول، فقد نقل صاحب «التهذيب» وغيره؛ أن على الثاني نصف ما أوجبنا على الأول، وهو مائتان وخمسون؛ لأن الجناية الأولى ما استقرت بعد حتى يضبط النقصان، وقد أوجبنا فيها نصف القيمة، فكأنه انتقص نصف القيمة، والحكم فيما إذا قطع الواحد يدي العبد، ولم يسر، كالحكم<sup>(٤)</sup> فيما لو قطع اثنان، وهذا كله على القول الأصح، وعلى القول الآخر يجب على كل قاطع ما يتقص بجنائته، وإذا قطعت أطراف العبد، ثم حَزَّ حَازَ رقبته، فالواجب عليه قيمة العبد، فقيد الأطراف ويفارق الحر حيث لا يؤثر فقدان الأطراف في بدله، لأن الرجوع في بدل العبد إلى الأسواق، وقول المقومين، وبدل الحر مقدر بالشرع لا يختلف، وفقد بعض أطراف العبد يؤثر في بدل سائر أطرافه، لتأثيره في نقصان بدل النفس، والحر بخلافه.

وقوله في الكتاب: «كجراح الحر من ديته» معلّم بالميم.

وقوله: «الواجب بقدر النقصان» بالحاء.

وقوله: «وفيه قول مخرّج» بالواو.

وكذا قوله: «لم يجب شيء»، ويجوز أن يُعلّم الحكم في القولين جميعاً بالألف،

لأن عن أحمد روايتين كالقولين، والله أعلم.

قال العزالي: القِسْمُ الثَّانِي مِنَ الْكِتَابِ فِي الْمَوْجِبِ، وَالنُّظْرُ فِي أَرْبَعَةِ أَطْرَافِ، الطَّرْفِ الْأَوَّلِ: السَّبَبُ وَهُوَ كُلُّ مَا يَخْضُلُ الْهَلَاكُ عِنْدَهُ بِعِلَّةٍ سِوَاهُ وَلَكِنْ لَوْلَاهُ لَمَا أَثَرَتْ الْعِلَّةُ كَالْحَفْرِ مَعَ التَّرْدِيَةِ، فَأَمَّا مَا يَخْضُلُ الْهَلَاكُ لَوْلَاهُ كَمَا لَوْ مَاتَ عِنْدَ صَعْقَةٍ خَفِيفَةٍ فَهَذَا لَا يَجِبُ بِهِ الضَّمَانُ، وَلَوْ صَاحَ عَلَيَّ صَغِيرٍ فَأَزْتَعَدَ وَسَقَطَ مِنْ سَطْحِ ضَمِينٍ، وَفِي

(٢) في ز: كان.

(٤) سقط في ز.

(١) سقط في ز.

(٣) في ز: وقع.

القصاص قولان، ولَوْ كَانَ بِالْعَا فَلَائِه أَوْجِه يُفْرَقُ فِي الثَّالِثِ بَيْنَ أَنْ يُعَاقِصَهُ مِنْ وَرَائِهِ أَوْ مِنْ وَجْهِهِ، وَلَوْ صَاحَ عَلَى صَبِيٍّ عَلَى الْأَرْضِ فَمَاتَ أَوْ عَلَى بَالِغٍ فَرَأَى عَقْلَهُ فَوَجَّهَانَ، وَلَوْ خَوْفَ حَامِلًا فَأَجْهَضَتْ جَنِينًا وَجَبَتْ الْعُرَّةُ لِأَنَّهُ سَبَبٌ ظَاهِرٌ، وَالضَّابِطُ أَنْ مَا يَظْهَرُ كَوْنُهُ سَبَبًا وَلَكِنْ أَحْتَمَلُ حُصُولَ الْهَلَاكِ بِغَيْرِهِ فَهُوَ كَشِبِهِ الْعَمْدِ إِذَا قَصَدَ، وَمَا يُشَكُّ فِي كَوْنِهِ سَبَبًا أَحْتَمَلُ أَنْ يَقَالَ: الْأَضْلُ بَرَاءَةٌ الذَّمَّةِ أَوْ الْأَضْلُ الْحَوَالَةُ عَلَى السَّبَبِ الظَّاهِرِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: غرض القسم بيان أن الواجب في إهلاك النفس وما دون النفس، كما يجب بمباشرة الإهلاك يجب بالتسبب إليه، وقد مر أن مراتب الشيء الذي له أثر في الهلاك ثلاث، وهي: العلة، والسبب، والشرط، وذكرنا في الغضب وغيره؛ أن صاحب الكتاب لم يجر في الحفر على طريقة واحدة، بل سمأه تارة سبباً، وأخرى شرطاً، والتقسيم الذي ينطبق عليه المسائل ههنا أن يقال: ما يحصل الهلاك عنده أو عقبيه؛ إما أن يكون هو المؤثر في الهلاك، أو لا يكون، إن كان، فهو علة الهلاك، ويتعلق به الدية لا محالة، وإن لم يكن، هو المؤثر، فإما أن يتوقف تأثير المؤثر في الهلاك عليه أو لا يتوقف، إن توقف؛ كالحفر مع التردّي، فيتعلق به الدية أيضاً على ما سيأتي، إن شاء الله تعالى، وإن لم يتوقف، لم يتعلق به الدية، والموت عنده اتفاقي، ثم في الفصل صوراً:

إحداها: لو صَفَعَهُ صَفْعَةً خَفِيفَةً، فمات، فلا ضمان؛ للعلم بأنه لا أثر لها في الهلاك، وبأنه وافق قَدْرًا، كما لو كَلَّمَهُ أو صَافَحَهُ، فمات، وفي بعض النسخ «صعقة» وهو صحيح أيضاً.

الثانية: إذا صاح على صبي غير مميز على طرف سطح أو بشر، أو نهر، فارتعد، وسقط منه، ومات، وجب ضمانه؛ لأن الصبي الضعيف كثيراً ما يتأثر، ويضطرب بالصيحة الشديدة، وهل عليه القصاص؟ فيه وجهان، ويقال قولان:

أصحهما: المنع، ومن يوجهه كأنه يدعي أن التأثير بها غالب، ورتب الخلاف على الخلاف فيما إذا حفر بشراً في الدهليز، ودعا غيره عليه، وجعلت هذه الصور أولى بوجود القصاص<sup>(١)</sup>؛ لأن تأثير الصيحة في الارتعاد والاضطراب أشد من تأثير الدعوة في التخطي والتردّي، ولو كان الصبي على وجه الأرض، ومات من الصيحة، ففيه وجهان، حكى الإمام عن بعضهم؛ أنه أجراه مجرى الارتعاد، والسقوط من حَرَفِ الجدار، والأظهر خلافه؛ لأن الموت على استواء الأرض بمجرد الصيحة في غاية البعد، وتأثيرها في الارتعاد والسقوط قريب، ولو صاح على بالغ على طرف سطح

(١) في ز: الضمان.

ونحوه، فسقط، ومات، فلا قصاص، وفي الضمان أوجه:

أحدها: أن الحكم كما في الصغر.

وأصحها: المنع؛ لأن الغالب من حال البالغ العاقل التماسك وعدم التأثير<sup>(١)</sup> بالصياح، والسقوط والموت يحملان<sup>(٢)</sup> على موافقة القدر.

وثالثها: عن ابن أبي هريرة؛ أنه إن غافسه من ورائه، وجب الضمان؛ لأنه يتأثر به لغفلته، وإن صاح به من وجهه، فلا، ولو صاح على الصغير، فزال عقله، وجب الضمان، وإن كان بالغاً، فعلى الوجوه الثلاثة، والمجنون والمعنوه والذي يعتريه الوسواس والتائم، والمرأة الضعيفة، كالصبي الذي لا يميز<sup>(٣)</sup>، والمراهق المتيقظ كالبالغ، وشهر السلاح والتهديد الشديد كالصياح، ولو صاح على صيد، فاضطرب به الصبي على طرف السطح، وسقط، وجب الضمان أيضاً، لكن الدية، والحالة هذه، تكون مخففة على العاقلة، وفيما إذا قصد الصبي نفسه تكون مغلطة على العاقلة، وقياس من يقول بوجود القصاص؛ أن تجب مغلطة على الجاني، وعن صاحب «التلخيص» أن الصائح على الصيد، إن كان محرماً أو في الحرم تعلق بصيحه الضمان لتعديه، وإلا فلا ضمان، وقد ذكر على قياسه؛ أنه لو صاح بصبي في ملكه، لم يجب الضمان تشبيهاً بما لو حفر بئراً في ملكه، فتردى فيها غيره، والظاهر أنه لا فرق كما لو رمى من ملكه إلى إنسان، فأهلكه.

الثالثة: إذا بعث الإمام إلى امرأة ذكرت عنده بسوء، وأمر بإحضارها، فأجهضت جنينها قرعاً، وجب ضمان الجنين؛ خلافاً لأبي حنيفة.

لنا: ما زوي أن عمر - رضي الله عنه - أرسل إلى امرأة، ذكرت عنده، فأجهضت ما في بطنها، فقال عمر للصحابة - رضي الله عنهم - ما تزون، فقال عبد الرحمن بن عوف - رضي الله عنه -: «إنما أنت مؤدب لا شيء عليك، فقال لعلي - رضي الله عنه -: ماذا تقول»، فقال: إن لم يجتهد، فقد عشتك، وإن اجتهد، فقد أخطأ، أرى عليك الدية، فقال عمر - رضي الله عنه -: أقسمت عليك لتفرقنها في قومك<sup>(٤)</sup>. قيل: أراد به قومه، لكن

(١) في ز: التأثير.

(٢) في ز: يحملان.

(٣) قال في الخادم: قضيته جريان الخلاف السابق لكن المجزوم به في الشامل وتعليق القاضي الحسين والتمة وغيرهم في البالغ المجنون عدم الضمان وكلام ابن الرفعة يقتضي تفرد ابن الرفعة بحكاية الخلاف فيه.

(٤) قال الحافظ في التلخيص: رواه البيهقي من حديث سلام عن الحسن البصري قال: أرسل عمر إلى امرأة مغبية كان يدخل عليها، فأنكر ذلك، فقيل لها: أجيبني عمر قالت: ويلها ما لها ولعمر، فبينما هي الطريق ضربها الطلق فدخلت داراً فألقت ولدها، فصاح صيحتين ومات، فاستشار عمر =

أضافهم<sup>(١)</sup> إلى عليّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - إكراماً وإظهاراً للاتحاد.

ولو أتاها رجلٌ، وأمرها على لسان الإمام بأن تحضّر، فأجهضت جنينها، وجب الضمان على عاقلة الرجل، ولو هدّد غير الإمام حاملاً، وأجهضت فزَعاً، فليكن الحكم كما في الإمام، وهذا كما أن إكراه غير الإمام كإكراهه.

ولو ماتت الحاملُ المبعوثُ إليها، أو بعث الإمام إلى رجلٍ ذُكِرَ بسوء<sup>(٢)</sup>، وهدده، فمات، فلا ضمان لأن هذا السبب لا يُقضي إلى الموت بخلاف الإجهاض، هذا هو المشهور، وفي «النهاية»؛ أنه يجب الضمان وأن ذلك من الأسباب المؤدية إلى الهلاك، [والله أعلم].

ولو فرّع إنساناً، فأحدث في ثوبه، فلا ضمان<sup>(٣)</sup>؛ لأنه لم ينتقص<sup>(٤)</sup> جمالاً، ولا منفعةً، وليتعلّم من لفظ الكتاب قوله: «وَجَبَّتِ الْغُرَّةُ بِالْحَاءِ؛ لَمَا ذَكَرْنَا.

وكذا قوله: «مَنْ سَطَّحَ، ضَمَّنَ»؛ لأن الحكاية عن أبي حنيفة؛ أنه لا ضمان فيما إذا مات بالصياح.

وقوله: «والضابط...» إلى آخره، قصد به ضبط<sup>(٥)</sup> مواضع الوفاق والخلاف في الصورة المذكورة وغيرها، والمقصود أنه إن كان السبب مما يفضي إلى الهلاك غالباً، فهو موجب للقصاص، وإن كان قد يفضي إليه، والغالب خلافه، لكن غلب على

= الصحابة، فأشار عليه بعضهم أن ليس عليك شيء، إنما أنت وال ومؤدب، فقال عمر: ما تقول يا عليّ؟ فقال: إن كانوا قالوا برأيهم فقد أخطؤوا، وإن كانوا قالوا في هواك فلم ينصحوا لك، أرى أن ديتك عليك، لأنك أنت أفزعتها، فألقت ولدها من سبيك، فأمر علياً أن يقيم عقله على قریش، وهذا منقطع بين الحسن وعمر، ورواه عبد الرزاق عن معمر عن مطر الوراق عن الحسن به، وقال: إنه طلبها في أمر، فذكر نحوه، وذكره الشافعي بلاغاً عن عمر مختصراً.

(١) في ز: إضافة.

(٢) ذكر السوء ليس بقيد من الضمان. قال الأذري: يؤخذ ذلك من النص في الأم وساق لفظ النص قيل قال: ولا شك أن بعثه لإحضارها لما يخاف منه أو تهديده لها أو لولدها أو زوجها وكل من ترغبها تهديده ممن عندها في معنى ذكرنا بالسوء عنده ولا سيما الأمير الجائر. وقال الشيخ: فليكن كالإمام إلى آخره. قال الأذري: يعضده قول الماوردي لو قذف امرأة بالزنا فماتت لم يضمنها ولو أجهضت ضمنه لأنها تسقط من ذاعر القذف ولا تموت منه.

(٣) قال الزركشي في خادمه: وهكذا ذكره الشيخ في المهذب واستدركه شارحه في كتابه المسمى بالتواقي فقال: إن كان المفزع عبداً فينبغي أن يجب شيء لأن فيه تنقيصاً إذا سمع بأنه أحدثه في ثيابه وأن تفريره له أورث في باطنه ما أوجب حدثه فيكون ذلك عيباً يجب فيه ما نقص من قيمته وهذا محتمل.

(٤) سقط في ز.

(٥) في ز: ينقص.

الظن؛ أن الهلاك الحاصل في الواقعة، حصل به، فهو شبه عمد، إذا كان بقصد الشخص، وهو كالصياح بالصغير، وتهديد الحامل، وإن كان يتردد في حصول الهلاك به في الواقعة، مع كونه محتملاً، ففيه وجهان، منهم من ينفي الضمان فيه، ويتمسك بأن الأصل براءة الذمة، ومنهم من يوجب الضمان، ويقول: هذا محتمل وغيره غير معلوم الوجود، ولا بد من سبب، فيحال على هذا المحتمل.

وقوله: «ما يظهر كونه سبباً» أي: يظن أن الهلاك حصل به.

وقوله: «وما يشك في كونه سبباً»، أي: يتردد في أن الهلاك في الواقعة، هل حصل به.

وقوله: «على السبب الظاهر» ليس المراد الذي ظهر؛ أنه سبب الهلاك في الواقعة؛ فإن ذلك يناقض التردد فيه، وإنما المراد السبب المعلوم وجوده، هذا ما يدل عليه لفظه ههنا، وفي «الوسيط» هذا تمام الكلام في الطرف الأول.

واعلم أنه رتب القول في القسم الثاني على أربعة أطراف:

أحدها: في السبب وتمييزه عما ليس بسبب، وقد يتخيل أنه سبب، وقد فرغنا

منه.

والثاني: فيما إذا اجتمع العلة والذي نسميه سبباً أو شرطاً، ثم يناط الضمان.

والثالث: فيما إذا اجتمع سببان، وأحدهما راجع، يحال الضمان عليه.

والرابع: فيما إذا اجتمعا معاً، وهما متقاربان<sup>(١)</sup> فيحكم بالشركة، [والله أعلم].

قال الغزالي: الطرف الثاني في اجتماع العلة والشرط فإن كان العلة عدواناً كالتزديدة والحفر سقط أثر الحفر، وإن لم يكن كالتزدي مع الحفر نظر إلى الحفر فإن كان عدواناً ضمن وإلا فلا، ولو وضع صبياً في منبعة فأفترسه سبغ وجب الضمان على أصح الوجهين، ولو أتبع إنساناً بسيفه فولى هارباً وألقى نفسه في نار أو ماء أو بئر أو أفترسه سبغ في منبع أو أنخسف به سفف ألقى نفسه عليه فهو قاتل نفسه إلا إذا كانت البئر مغطاة فالضمان على المتبع، ولو سلم صبياً إلى سباح فغرق بتقصيره ضمن، وإن كان بالغاً لم يضمن.

قال الرافعي: حفر البئر الذي هو شرط أو سبب، مع التزدي الذي هو علة الهلاك، إذا اجتمعا، نُظِر؛ إن كانت العلة عدواناً؛ بأن حفر بئراً، فَرِدِي فيها غيره

(١) في ز: مقاومان.

إنساناً، فالقصاص والضمان يتعلّقان بالتردية، ولا اعتبار للحفر معها؛ كما ذكرنا في الإمساك مع القتل، وإن لم تكن العلة عدواناً؛ بأن كان يتخطى شخص<sup>(١)</sup> الموضع جاهلاً، فتردّى فيها وهلك، فإن كان الحفر عدواناً، تعلّق الضمان به، لتولّد الهلاك منه، وتقصيره به، وإلاً فلا ضمان فيه. ثم في الفصل صوّر:

إحداها: إذا وضع صبيّاً في مسبعة، فافترسه السبع، نُظِر؛ إن كان يُقَدِرُ على الحركة والانتقال عن موضع الهلاك، فلم يفعل، فلا ضمان على الواضع، كما لو فتح عرقه، ولم يعصب حتى مات، وأيضاً؛ فإن الموجود تضييع، وليس بإهلاك، والحرّ لا يدخل تحت اليد حتّى يضمن اليد، فانتفت أسباب الضمان، وإن كان لا يُقَدِرُ على الانتقال، ففي الضمان وجهان، حكاهما الإمام:

أصحهما، عند صاحب الكتاب، وبه قال أبو حنيفة: أنه يجب الضمان؛ لأن ذلك يعد إهلاكاً في العرف، ولا يبعد أن يقال: إنّه أشدّ وأبلغ تأثيراً من حفر البئر.

والثاني، وبه أجاب أكثرهم: أنه لا يجب؛ لأن الوضع ليس بإهلاك، ولم يوجد منه ما يلجىء السبع إليه، بل الغالب أن السبع يفر من إنسانٍ على ما تقرّر في القصاص، وقد ذكر صاحب الكتاب الخلاف في المسألة مرّةً في باب الغضب، وهي مكررة<sup>(٢)</sup> ههنا، وفي التقييد بالصبي ههنا وفي الغضب ما يفهم أنه لو كان الموضوع بالعالم يجب الضمان لا محالة، والخلاف مخصوص بالصبي، وذكرنا في القصاص نحواً من هذا، ويشبه أن يقال: الحكم منوط بالقوة والضعف، لا بالكبير والصغير.

الثانية: إذا اتبع إنساناً بسيفه، فولّى المطلوب هارباً، وألقى نفسه في نار، أو ماء، أو من شاهق جبلٍ عالٍ، أو في بئر، فهلك، فلا ضمان؛ لأنّه باشر إهلاك نفسه [قصدًا]، والمباشرة تتقدّم على السبب، فصار كما لو حفر بئراً، فجاء آخر وردي نفسه فيها، ولأنه أوقع نفسه فيما كان يحاذره من المتّبع، فأشبه ما إذا<sup>(٣)</sup> أكره إنساناً على أن يقتل نفسه، فقتل نفسه لا يجب الضمان على المُكْرِه، ولو لم يشعز بالمهلك، ووقع من غير قصده في النار، أو الماء، أو من السطح؛ بأن كان أعمى، أو في ظلمة الليل<sup>(٤)</sup>، أو في موضع مظلم، أو في بئر مغطّاة، فيجب على المتّبع الضمان؛ لأنه لم يقصد إهلاك نفسه، وقد ألجأه المتّبع إلى الهرب المفضي إلى المعنى المهلك، وقد ذكرنا أنه لو حفر بئر عدواناً، فتردّى فيها إنسان، يتعلّق الضمان بالحفر، ومعلوم أن هذا الإلجاء أقوى وأشدّ تأثيراً من الحفر المجرد، وأبدي الإمام احتمالاً في وجوب الضمان، وإن

(١) في أ: فتخطى.

(٢) في ز: وهو مكرر.

(٣) في ز: ذا.

(٤) في ز: بالليل.

كانت<sup>(١)</sup> البئرُ مكشوفةً، إذا كان المطلوبُ لا يتفرَّغ إلى تأمل التخطي، ويجعل الحالة التي أرهقته ممهَّدة لعُدَّه؛ ويؤيده أنا<sup>(٢)</sup> نعلَقُ الضمان بالَحْفَر، ولا فَرْق بين أن يكون التردِّي فيها بالليل أو بالنهار<sup>(٣)</sup>، ولا بين أن يكون متحفظاً أو لا يكون فهنا أولى.

ولو استقبله سَبُعٌ في طريقه، فافترسه، أو لَصَّ فقتله، فلا ضمان على المتبع، بصيراً كان المطلوب أو أعمى؛ لأنه لم يوجد من المتَّبِع فعلٌ مهلكٌ، ومباشرة السبع التي عرضت كعروض القتل على إمساك الممسِك، نعم، لو ألجأه، إليه في مضيق، وجب الضمان [على المتَّبِع]<sup>(٤)</sup>، ولو انخسف به سَقَفٌ في هربه، ففي وجوب الضمان على المتَّبِع وجهان، حكاهما الشيخ أبو إسحاق في «المهذَّب»:

أحدهما: المنع؛ لأن المعنى المَهْلِك لم يشعر به الطالبُ، ولا المطلوب؛ فأشبه ما إذا عرض سبُعٌ، فافترسه، وهذا ما أجاب به صاحب «التهذيب»، والقاضي الرُّوياني.

والثاني: يجب؛ لأنَّ حَمَلَهُ على الهرب، وألجأه إليه، وأنه أفضى إلى المعنى المَهْلِك من غير شعور المطلوب منه، فأشبه ما إذا وقع في بئر مغطَّاة، وهذا ما أورده العراقيون وحكَّوه، عن نصِّه - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - في «الأم»، ورجَّحه المتولِّي، وإليه مال الإمام، وما ذكرناه من سقوط الضمان على المتَّبِع، إذا ألقي المطلوب نفسه في ماءٍ، أو نارٍ، أو من سطحٍ قَصْداً أَرَدْنَا به العاقل البالغ، فأما إذا كان المطلوب صبيّاً أو مجنوناً، فينبني على أن عَمَدَهُما عَمْدٌ أو خطأً، إن قلنا: عمدٌ، لم يضمن المتبع، وإلا ضمن؛ كما لو تردَّى متردِّي في البئر جاهلاً.

وقوله في الكتاب: «إذا افترسه سَبُعٌ في مَسْبَعٍ» في بعض النسخ في «مُسَبَّعٍ»، وقد يشير ذلك إلى أنه لو كان ملجئاً<sup>(٥)</sup> إليه في مضيقٍ، كم يسقط الضمان عن المتَّبِع.

وقوله في الكتاب<sup>(٦)</sup>: «أو أنخسف به سَقَفٌ، ألقى نفسه عليه» هذا اللفظ يشعر بالتصوير فيما إذا ألقى نفسه عليه من علوٍ، فانخسف لثقله، وإذا كان كذلك، كان الحكم كما لو ألقى نفسه من ماءٍ أو بئرٍ، وإن كان سبب الانخسافِ، ضعفه، ولم يشعر به المطلوب، ففيه الوجهان المذكوران من قبل. وقوله: «إلا إذا كنت البئرُ مغطَّاةً» قد عرفت أن الاستثناء لا يَنْحَصِر في هذه الصورة، بل يستثنى الأعمى، ومن يُلقِي نفسه في البئر<sup>(٧)</sup> في ظُلْمَةِ الليل أيضاً، والضبط ألا يشعر بأنه يأتي المَهْلِك.

(٢) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٦) سقط في ز.

(١) في ز: كان.

(٣) في ز: والنهار.

(٥) في ز: ملجأ.

(٧) سقط في ز.



الثالثة: لو سلم صبيّاً إلى سباح؛ ليعلمه السباحة، فغرق، وجبت ديبته؛ لأنه لا يغرق إلا بإهمال السباح، وقلة تحفظه، وتكون الدية الواجبة ديةً شبه العمد، كما لو ضرب المعلم الصبي للتأديب، فهلك، وفي «التتمة» وجه؛ أنه لا يجب الضمان، كما لو نقله إلى مسبحة، وبل أولى؛ لأن الخطر هناك أكثر، ولأن ذلك تضييع، وهذا قد تدعو الحاجة إليه، وأبدى الإمام هذا الوجه احتمالاً، وقال: الحر لا يدخل تحت اليد، ولم يوجد من السباح فعل، إذا خاض الصبي في الماء بنفسه نعم، لو ألقاه السباح في الماء؛ ليعلمه، فقد يجعل الإلقاء موجباً للضمان على تفصيل مذكور في باب القصاص، ويجري الخلاف فيما إذا كان الولي يعلمه السباحة بنفسه، فغرق ولو أدخله الماء ليغير به، فالحكم كما لو خنته، أو قطع يده من أكلة، فمات منه، قاله في «التتمة».

وتبين من التصوير الذي ذكرنا؛ أن قوله في الكتاب: «فغرق بتقصير» ليس للتقيد، بل من أوجب الضمان قال: إذا غرق، وقد حصل في الماء للسباحة، فقد قصر السباح، ولذلك غرق، وكان المعنى؛ فغرق ضمن<sup>(١)</sup> بتقصيره، فأما إذا سلم البالغ نفسه، ليعلمه، ففي «الوسيط» أنه إن خاض معه؛ اعتماداً على يده، فأهمله، فيحتمل أن يجب الضمان، والمنقول عن العراقيين، والمذكور في «التهذيب»؛ أنه لا ضمان؛ لأنه مستقل، وعليه أن يحتاط لنفسه، ولا يغتر بقول السباح.

قال الغزالي: وحفر البئر لا يكون عدواناً في ملكه وفي الموات إلا إذا حفر بئراً في دهليز نفسه ودعا إليه غيره ففي الضمان قولان لتعارض المباشرة والغرور، أما في الشارع بحيث يضر بالمجتازين فعدوان، وإن كان لمصلحة الطريق وبإذن الوالي فلا ضمان، وإن استقل فهو جائز ولكن بشرط سلامة العاقبة على أحد القولين، وإن حفر لغرض نفسه ولم يضر بالناس فهو جائز بشرط سلامة العاقبة.

قال الرافعي: والحفر يُفرض في مواضع:

أحدها: إذا حفر في ملك نفسه، فلا عدوان؛ حتى لو دخل فيه [داخل] بإذنه، وتردى فيه، لم يجب ضمانه، إذا عرفه المالك أن هناك بئراً، أو كانت مكشوفة، والداخل يتمكن من التحرز، فأما إذا لم يعرفه، والداخل أعمى، أو الموضع مظلم، ففي «التتمة» أنه كما لو دعا غيره إلى طعام مسموم، فأكله<sup>(٢)</sup>، ولو حفر بئراً في دهليز

(١) سقط في ز.

(٢) وما نقله عن التتمة جزم به الإمام والغزالي لكن الماوردي في الحاوي قال إن هذا قول مخرج من أحد قوليه فيمن سم طعاماً وأذن في أكله وأن الأظهر المنصوص عليه أنه لا ضمان. قال: وهذا إن دخل بإذنه فإن أكره على الدخول ضمن قطعاً.

داره، ودعا إليها غيره، فتردّى فيها، ففي الضمان قولان؛ لأنه غرر، ولكن المدعو غير ملجأ، فهو المباشر لإهلاك نفسه باختياره، وهذه الصورة مذكورة مرة في أول الجراح، لكنه لم يذكر الخلاف هناك، واقتصر على إيجاب الضمان، وهو الأشبه على ما تقرّر هناك، ومنهم من يرتّب، ويقول: إن كان الطريق واسعاً، وعن البئر<sup>(١)</sup> معدّل، فقولان، وإن كان ضيقاً، فقولان مرتّبان، وأولّى بالوجوب، وعلى هذا قياس تقديم الطعام المسموم، وأطعمة فيها طعام مسموم.

**والثاني:** إذا حفر في موات، إما للتملك أو للارتفاق بالاستقاء منه<sup>(٢)</sup>، فلا ضمان أيضاً؛ لأنه جائز؛ كالحفر في الملك، وعلى هذا يحمل قوله ﷺ: «البئر جبار»<sup>(٣)</sup>.

**والثالث:** إذا حفر في ملك غيره، نُظِر؛ إن حفر بإذن المالك، فهو كما لو حفر في ملك نفسه، وإن حفر بغير إذن المالك يتعلّق به الضمان؛ لكونه عدواناً<sup>(٤)</sup>، وذلك إذا علم أن هناك بئراً، ولم يمكنه التحرّز، وتكون الدية على العاقلة، ولو هلكت بها دابة أو مال آخر، وجب الضمان في ماله، وهل يجعل رضى المالك باستبقاء البئر بعد الحفر، كرضاه عند الحفر؟ فيه وجهان مذکوران في العُصْب:

**الأظهر:** نَعَمْ، ولو كان الحافر عبداً، فالضمان يتعلّق برقبته، فلو أعتقه السيد، فضمان من يتردّى في البئر بعد الاعتاق يتعلّق بالعتق، وعند أبي حنيفة؛ أنه يتعلّق بالمعتق، ولو حفر في ملكٍ مشتركٍ بينه وبين غيره بغير إذن الشريك، تعلّق الضمان به أيضاً؛ لأنه لا يجوز الحفر في الملك المشترك، وعند أبي حنيفة؛ أنه إن كانت الشركة مع واحدٍ تعلّق به نصف الضمان، وإن كان مع اثنين، تعلّق به ثلث الضمان لتعدّيه في حق اثنين، وإذا حفر في ملك الغير متعدياً، ودخل داخل ملكه بغير إذنه، فتردّى فيها، فيتعلّق الضمان بالحافر<sup>(٥)</sup>؛ للتعدّي به، أو لا [يلحق؛ لتعدّي]<sup>(٦)</sup> المتردّي بالدخول؟ حكى صاحب «التتمة» فيه وجهين<sup>(٧)</sup>، وحكى في «البيان»؛ أن المالك لو قال: حَفَرَ بإذني، لم يصدّق؛ خلافاً لأبي حنيفة.

**والرابع:** إذا حفر في شارع، فينظر؛ إن كان ضيقاً يتضرّر الناس بالبئر، وجب ضمان ما هلك بها، سواء أذن الإمام أو لم يأذن، وليس للإمام أن يأذن فيما يضر، وإن كان لا يتضرّر بها الناس لسعة الشارع، أو انعطاف موضع البئر، فيُنظر، إن كان الحفر

(١) في ز: وعين البئر معدّل.

(٢) سقط في ز.

(٣) أخرجه البخاري ومسلم من حديث أبي هريرة.

(٤) هكذا أطلقوه ولم يفرقوا بين الليل والنهار.

(٥) في ز: بالحفر.

(٦) في ز: يتعلّق التعدي بتعدي.

(٧) سكت الشيخ عن الترجيح. قال في الخادم: الأقرب أنه لا ضمان لتعدي الداخل بالدخول.

للمصلحة العامة؛ كالحفر للاستقاء<sup>(١)</sup>، والحفر لماء المطر، فإن أذن فيه الوالي، فلا ضمان، وإن استقل به، فممنهم من قال: فيه قولان:

الجديد: أنه لا ضمان، وأشار في القديم إلى وجوبه، وقال آخرون. وجهان:

أصحهما: أنه لا ضمان؛ لما فيه من المصلحة العامة، وقد يغسر مراجعة الإمام في مثله.

والثاني: يجب، والجواز مشروط بسلامة العاقبة؛ بخلاف ما إذا أذن الإمام فيه؛ فإنه النائب عن عامة المسلمين، والناظر لهم وإن حفر لغرض نفسه، فقد ذكر جماعة منهم صاحب «التهذيب»؛ أنه يجب الضمان<sup>(٢)</sup>، أذن الإمام فيه أم لم يأذن لأنه وإن كان جائزاً، فهو مشروط بسلامة العاقبة؛ لأنه لا يختص الأحاد بشيء من طريق المسلمين، وعلى هذا جرى الإمام وصاحب الكتاب، والذي أورده أصحابنا العراقيون، وتابعهم القاضي الروياني، وصاحب «التممة»؛ أنه إن حفر بإذن الإمام، لم يلزم الضمان، وجوزوا أن يخصص الإمام قطعة من الشارع ببعض الناس، والترتيب عند هؤلاء أن الحفر في الشارع، إذا لم يكن مضرراً، فإن كان بإذن الإمام، فلا ضمان بسببه، سواء حفر لنفسه، أو لمصلحة عامة، وإن كان بغير إذنه، فإن حفر لنفسه وجب الضمان، وإن حفر لمصلحة عامة، ففيه الوجهان، أو القولان، والخلاف راجع إلى ما تقدم في إحياء الموات؛ أن إقطاع الإمام، هل له مدخل في الشوارع، وبيئنا أن الأكثرين قالوا: نعم، وجوزوا للمقطع أن يبنى فيه، ويتملكه، والحفر في المسجد كالحفر في الشارع، ولو بنى مسجداً في شارع لا يتضرر به المارة، فيجوز<sup>(٣)</sup> ثم لم تعثر به إنساناً أو بهيمة، أو سقط جداره على إنسان، أو مال، فأهلكه، فلا ضمان، إن كان البناء بإذن الإمام، وإن كان بغير إذنه، ففيه الخلاف.

ولو بنى سقفاً في مسجد، أو نصب عموداً، أو طين جداراً، أو علق قنديلاً، فسقط على إنسان، أو مال، فأهلكه، أو فرش حصيراً، أو حشيشاً، فتزلق به إنسان، أو قذفت عينه بشوكة، أذهب ضوء البصر، فكذلك ينظر أجرى ذلك بإذن الإمام، أو من يتولى أمر المسجد، أو بدون الإذن، فيكون الحكم على ما بيئنا، وعن أبي حنيفة؛ أنه إن صدر ذلك من غير إذن أهل المحلة، وجب الضمان، قال في «التهذيب»: وهو قول

(١) في ز: الاستبقاء.

(٢) وعليه جرى الإمام والغزالي والذي أورده العراقيون وغيرهم أنه إن حفر بإذن الإمام لم يضمن. انتهى.

(٣) وفيه إشكال لا يخفى، وعلى قياسه يجوز للإمام أن يأذن في فتح الباب في جدار المسجد لبعض الرعية ووضع الجدوع على حائطه الذي لا يضر وضع الجدوع عليه وهو بعيد.

أبي إسحاق<sup>(١)</sup> وليعلم قوله في الكتاب: «بشُرط سلامة العاقبة»؛ لما بيّنا من الخلاف فيه.

قال الغزالي: وَكَذَا إِشْرَاعُ الْأَجْنَحَةِ جَائِزٌ بِشُرْطِ السَّلَامَةِ بِخِلَافِ مَا لَوْ حَفَرَ فِي مَلِكِهِ فَسَقَطَ جِدَارُ دَارِهِ فَلَا ضَمَانَ لِأَنَّ فِي ذَلِكَ حَرَجًا عَلَى الْمَلِكِ إِلَّا أَنْ يُقَصِّرَ بِمُخَالَفَةِ الْعَادَةِ فِي سَعَةِ الْبَيْتِ فَيُضْمَنُ، وَلَوْ أَوْقَدَ نَارًا عَلَى السُّطْحِ فِي يَوْمِ رِيحٍ عَاصِفٍ ضَمِنَ عَهْدَةَ الشَّرَارِ، وَلَوْ عَصَفَهُ الرِّيحُ بَغْتَةً فَلَا، وَلَوْ سَقَطَ مِيزَابُهُ عَلَى رَأْسِ إِنْسَانٍ فَإِنْ كَانَ السَّاقِطُ الْقَدْرَ الْبَارِزَ ضَمِنَ (و) كَالجَنَاحِ، وَإِنْ سَقَطَ الْكُلُّ لَمْ يَضْمَنْ عَلَى وَجْهِ لِأَنَّهُ مِنْ حَاجَةِ الْمَلِكِ بِخِلَافِ الْجَنَاحِ، وَضَمِنَ النُّصْفَ بِإِزَاءِ الْبَارِزِ عَلَى وَجْهِ، وَضَمِنَ مَا يَفْتَضِيهِ وَزُنُ الْبَارِزِ عَلَى وَجْهِ إِذَا قِيسَ بِوَزْنِ الدَّخْلِ، وَإِذَا مَالَ الْجِدَارُ إِلَى الشَّارِعِ بِأَنْ بَنَاهُ مَائِلًا فَهُوَ كَالْقَابُولِ، وَإِنْ مَالَ فِي الدَّوَامِ فَلَمْ يَتَدَارَكَ مَعَ الْإِمْكَانِ فِي الضَّمَانِ وَجْهَانِ، وَأَمَّا قِمَامَاتُ الْبُيُوتِ وَقُشُورُ الْبَطِيخِ إِذَا تَعَثَّرَ بِهَا إِنْسَانٌ فَبِهَا ضَمَانٌ عَلَى الْمُلْقِي وَجْهَانِ كَمَا فِي الْمِيزَابِ لِأَنَّ طَرْحَ الْقِمَامَاتِ لِمَرَافِقِ الْأَمْلَاقِ، وَرَشَّ الْمَاءِ إِذَا لَمْ يَكُنْ لِمُصْلِحَةٍ عَامَّةٍ فَهُوَ سَبَبُ ضَمَانٍ فِي حَقِّ مَنْ تَرَلَّقَ وَلَمْ يَرِ مَوْضِعَ الرَّشِّ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ مَسَائِلٌ تَتَعَلَّقُ بِالتَّصَرُّفِ بِالشُّوَارِعِ وَتَصَرُّفِ الْإِنْسَانِ فِي مَلِكِ نَفْسِهِ، وَبَيَانِ أَحْكَامِهَا وَأَثَارِهَا، وَالْقَوْلُ فِي التَّصَرُّفِ فِي الشَّارِعِ مِنْهُ مَا مَرَّ فِي الصَّلْحِ، وَفِي بَابِ<sup>(٢)</sup> إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ، وَمِنْهُ مَا جَرَتْ الْعَادَةُ بِذِكْرِهِ ههنا:

المسألة الأولى: لا يجوز إشراع الأجنحة التي تضر بالمارة إلى الشارع، ولو فعل، منع، وما يتولد منه من هلاك، فهو مضمون، وإن كان الجناح عاليًا غير مضر، فلا منع من إشراعه، وكذا بناء الساباط العالي، لكن لو تولد منه هلاك إنسان، فهو مضمون بالدية على العاقلة، وإن هلك به مال، وجب الضمان في ماله، ووجهوا ذلك بأن الارتفاق بالشارع إنما يجوز بشرط سلامة العاقبة، ولم يفرقوا ههنا بين أن يأذن الإمام، أو لا يأذن؛ كما فعلوا فيما إذا حفر البئر؛ لغرض نفسه، واتفقوا على وجوب الضمان، إن لم يأذن الإمام، واختلفوا فيه إذا أذن، فيجوز أن يكون الحكم في إشراع

(١) قال النووي في زوائده: قال البيهقي: ومثل هذا لو وضع دناً على بابه ليشرب الناس منه، فإن وضعه بإذن الإمام، لم يضمن ما تلف به، وإلا فوجهان، يعني أحدهما لا ضمان بخلاف ما لو بنى دكة على باب داره فهلك بها شيء، فإنه يضمن، لأنه فعله لمصلحة نفسه. والله أعلم.

وهذا صرح به الشيخ إبراهيم المروذي في تعليقه أيضاً.

(٢) سقط في ز.

الجناح كذلك، ويجوزُ أن يقال: يجب الضمانُ ههنا على الإطلاق، ويفرَّق بأن الحاجة إلى الجناح أغلبُ وأكثرُ، والحفرُ في الطريق مما تقلُّ الحاجة إليه، وإذا كثر الجناح، كثر تولُّد الهلاك منه، فلا يحتمل إهداره، ولو أشرع جناحاً إلى سَكَّة منسدةً بغير إذن أهلها، ضمن ما يتولَّد منه، ويأذن أهلها لا يقتضي الضمان؛ كالحفر في دار الغير بإذنه.

الثانية: يتصرَّف كلُّ واحد في ملكه بالمعروف، ولا ضمانٌ فيما يتولَّد منه؛ بخلاف إشراع الجناح؛ حيث كان ما<sup>(١)</sup> يتولَّد منه مضموناً؛ لأن إشراع الجناح<sup>(٢)</sup> لا ضرورة إليه، ولا يزَعْبُ فيه كلُّ أحد، والتصرف في نفس الملك، لو قُيِّد بشرط السلامة، لأورث حرجاً عظيماً، ولا يجرُّ ذلك إلى إبطال فائدة الملك، فلم يقَيِّده به، ولكن بشرط جريانه على الاعتياد، والتحرُّز عما يعد إسرافاً وإهلاكاً، فلو وضع حجراً في ملكه، أو نصب شبكة، أو سَكِيناً، وتعثَّر به إنسان، فهلك، أو وقف<sup>(٣)</sup> على طرف سطحه، فوقع على إنسان، أو مال أو وضع عليه جرَّة ماء، فألقتهما الريحُ أو ابتلَّ موضعها، فسقطت، فلا ضمان<sup>(٤)</sup>، وكذا لو أوقف دابةً في ملكه، فرمحت إنساناً، أو بالت<sup>(٥)</sup> وأفسدت بالرَّشاش ثوباً أو غيره خارج الملك، أو كان يكسر الحطب في ملكه، فأصاب شيء منه عينَ إنسان، فأبطل ضوءها، وكذا لو حفر بئراً في ملكه، فتندَّى جدارُ الجارِ وأنهدم، أو غار ماء بئره، أو حفر بالوعة، فتغيَّر ماء بئرِ الجار - لا شيء عليه<sup>(٦)</sup>؛ لأن الملاك لا يستغنون عن مثل ذلك، نَعَمْ، لو قصَّر، فخالف العادة في سعة البئر، ضمن، فإنه إهلاك، وليكن كذلك إذا قرب الحفر من الجدار على خلاف العادة، ويمنع من طرح السُّزَّيِّين في أضلِّ الحائِط، ولو أوقد ناراً في ملكه، أو على سطحه، فطار الشرر إلى ملك الغير، فلا ضمان إلا أن يخالف العادة في قدر النار الموقدة، أو يوقد في يوم ريح عاصفة، فيكون ذلك كطرح النار في دار الغير، فإن عصفت [الريح] بغتة، بغد ما أوقد، فهو معذور، ولو سقى أرضه، فخرج الماء من جُحْر فأرة، أو شق إلى أرض غيره، وأفسد زرعه، فلا ضمان إلا أن يجاوز العادة<sup>(٧)</sup> في قدر الماء، أو كان

(٢) سقط في أ.

(١) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) هكذا أطلق، وفي الحاوي والبحر: لو نام على طرف السطح فانتقل إلى الطريق على رجل فقتله فإن كان لعيب في الحائط انهار من تحته فلا يضمن وإن كان لتقلته في نومه يضمن لأنه سقط بفعله ويكون خطأ على عاقلته وقياسه في مسألتنا التفصيل.

(٥) سقط في ز.

(٦) قال الشيخ البلقيني: هذا مقيد بما إذا كان ذلك مع الإحكام والاحتياط بالذي لا يحصل ما ذكر إلا على ندور.

(٧) سكت عما إذا شككتنا في أنه هل جاوز العادة أم لا.

عالماً بالجُخر أو الشَّقِّ، ولم يحتطِّ، وإذا حفر البئرَ في أرض خَوَّارة، ولم يَطْوِها، ومثلها يَنهَار إذا لم يُطَو، كان مقصراً، كما ذكرنا في سَعَةِ البئر، ولا بدُّ من هذا الاحتياط؛ حيث جَوَزنا حفرَ البئر في الشارع.

وقوله في الكتاب: «في يوم ريح» يجوز أن يقرأ على إضافة اليَوْم إلى الريح، ويجوز أن يقرأ «في يَوْمِ ريح»، ويجعل أَلريح نعتاً لليوم.

الثالثة: يجوز إخراج الميازيب إلى الشوارع؛ لما فيه من الحاجة الظاهرة، ويروى أن عمر - رضي الله عنه - مرَّ تحت مِيزَابِ العَبَّاسِ بْنِ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ - رضي الله عنه - فَطَطَّرَتْ عَلَيْهِ قَطْرَاتٌ، فَأَمَرَ بِقَلْعِهِ، فَخَرَجَ العَبَّاسُ - رضي الله عنه - وَقَالَ: أَتَقْلَعُ مِيزَاباً نَصَبَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِيَدِهِ؟ فَقَالَ عُمَرُ - رضي الله عنه -: وَاللَّهِ، لَا يَنْصِبُهُ إِلَّا مَنْ يَرْقَى عَلَى ظَهْرِي، وَأَنْحَنِي لِلْعَبَّاسِ، حَتَّى رَقِيَ عَلَيْهِ، فَأَعَادَهُ إِلَى مَوْضِعِهِ<sup>(١)</sup>.

وليكن الميزابُ عالياً كالجَنَاحِ، فإذا سقط منه شيء، فهلك به إنسان، أو مَالٌ، ففي وجوب الضمان قولان:

القديمُ، وبه قال مالكٌ: أنه لا ضمان؛ لأنه من ضرورة البناء، فأشبه ما لو تولد الهلاك من بنائه، بخلاف الجناح.

والجديدُ: أنه يجب، وبه قال أبو حنيفة؛ لأنه ارتفاق بالشارع، فيكون جوازه بشرط السلامة؛ كما في إشراع الجناح؛ وكما إذا طرح تراباً في الطريق ليطيئن به سطحه، فزلت به إنسانٌ وهلك، يلزمه الضمان، ودعوى الضرورة ممنوعة؛ فإنه يمكنه أن يتخذ لماء السطح بئراً في داره أو يحدر الماء في أخدودٍ في الجدار من غير إخراج شيء، وعلى هذا؛ فلو كان الميزابُ خارجاً كلُّه بأن سُمِرَ على خشبة من السقف، فانقطع، وجب جميعُ الضمان<sup>(٢)</sup> وإن كان بعضُه في الجدارِ وبعضُه<sup>(٣)</sup> خارجاً منه<sup>(٤)</sup>، فإن انكسر وسقط الخارج أو بعضه، وحصل الهلاك به، فكذلك، وإن انقلع من أصله،

= وقال الجاجرمي في الإيضاح: الأصل براءة الذمة، وإن غلب على الظن مجاوزة الحل بالغيرة بالسبب الظاهر لا بالبراءة الأصلية على الأصح.

(١) ورواه أبو داود في المراسيل من حديث أبي هارون المدني، قال: كان في دار العباس مِيزَابٌ، ورواه الحاكم في ترجمة العباس من طريق عبد الرحمن بن زيد بن أسلم بسنده، عن عمر أنه دخل المسجد فإذا مِيزَابٌ فذكر نحوه، وقال: لم يحتج الشيخان بعبد الرحمن، وقد وجدت له شاهداً من حديث أهل الشام. قاله الحافظ في التلخيص.

(٢) وقضيته تعليقه أنه لا فرق بين أن يسقط كله أو بعضه.

(٣) في ز: والبعض. (٤) سقط في ز.

لم يجب إلا بعض الضمان؛ لأن التلّف حصل من مباح مطلق، ومباح بشرط سلامة العاقبة، وفي القدر الواجب قولان، أو وجهان:

أشهرهما: أن الواجب نصفه توزيعاً على النوعين.

**والثاني:** أنه يوزع على ما في الداخل والخارج، فيجب قسط الخارج، ثم الذي ذكره صاحب الكتاب، وجماعة؛ أن التوزيع يكون باعتبار الوزن، وفي «التتمة» وغيرها أن التوزيع يكون باعتبار مساحة الداخل والخارج، ويمتحن فيقال: رجل قتل إنساناً بخشبة يجب بقتله بعض دينه، ولو قتله ببعضها يجب تمام دينه، ولا فرق بين أن يصيبه الطرف الداخل أو الخارج؛ لأنّ الهلاك يحصل بثقل الجميع، وعن أبي حنيفة أنه إن أصابه الخارج، وجب جميع الضمان، وإن أصابه الداخل، لم يجب شيء، والحكم في كيفية التضمين، إذا حصل الهلاك بالجنح المشرع، إما بالخارج منه أو بالخارج والداخل معاً، على ما ذكرنا في الميزاب؛ بلا فرق وقد يختصر الخلاف في الميزاب، فيقال: في ضمان ما يهلك به ثلاثة أقوال، أو أوجه:

أحدها: لا ضمان.

والثاني: يجب نصفه.

**والثالث:** يوزع على الداخل والخارج، وهكذا أورد صاحب الكتاب، إلا أنه خصّص الوجوه بما إذا سقط الداخل والخارج جميعاً، وأشعر سياقه بالقطع بالوجوب، إذا سقط الخارج البارز وحده، كما في الجنح، والذي يوجد لعامة الأصحاب طردّ الخلاف في الحالين، وهو الذي يستند على التوجيه، ويجوز أن يعلم لما بيننا قوله: «ضمن كالجنح» بالواو.

### «فرع»

في «التهذيب»: أنه لو رش الماء من الميزاب على ثوب إنسان، ضمنه، يعني: ما ينقص منه.

**الرابعة:** الجدار الملاصق للشارع، إن بناه صاحبه مستوياً، فسقط من غير ميل، ولا استهدام، وتولّد منه هلاك، فلا ضمان؛ لأنه تصرف في ملكه، ولم يوجد منه تقصير، ولو بناه مائلاً<sup>(١)</sup> إلى ملكه، أو مال إليه بعد البناء، وسقط، فلا ضمان أيضاً؛ لأن له أن يبني في ملكه كيف يشاء، وإن بناه مائلاً إلى الشارع، وجب ضمان ما يتولّد من سقوطه؛ كالمسبات والجنح، وهو المراد من لفظ «القابول» الذي ذكره في الكتاب،

(١) في ز: حائلاً.

وإن بناه مستوياً، ثم مال إلى الشارع، وسقط، فإن لم يتمكن من الهدم والإصلاح، فلا ضمان، وإن تمكن فلم يفعل، فوجهان:

أظهرهما، عند الشيخ أبي حامد، وصاحب «التهذيب» وأكثرهم: أن الجواب كذلك، وبه قال المزني والإصطخري؛ لأنه بنى في ملكه، والميل لم يحصل بفعله، فأشبه ما إذا سقط بلا ميل.

والثاني، وبه قال أبو إسحاق، وابن أبي هريرة، ورجحه القاضي الرؤياني: أنه يضمن؛ لتقصيره بترك النقض<sup>(١)</sup> والإصلاح، ويحكى هذا عن أصحاب مالك، ويجري الوجهان فيما لو سقط إلى الطريق، فلم يرفعه، حتى تعثر به إنسان أو هلك مال، ولا فرق بين أن ينازعه الولي أو غيره، ويطالب بالنقض، وبين ألا يوجد ذلك، وقال أبو حنيفة: إن نوزع وأشهد عليه، فلم ينقض ضمن، وإن لم يشهد عليه، لم يضمن، وإذا وجب الضمان في البناء المائل إلى الشارع ابتداءً أو دواماً، فلو مال بعضه دون بعض، نُظِرَ، أحصل التلف برأسه المائل، أو بما بقي على الاستواء، أو بالكل، ويكون الحكم على ما ذكرنا في الميزاب، والجناب<sup>(٢)</sup> وإذا باع ناصب الميزاب أو باني الجدار المائل الدار<sup>(٣)</sup>، لم يبرأ من الضمان؛ حتى إذا سقط على إنسان، فهلك - يكون الضمان على عاقلة البائع؛ قاله في «التهذيب»<sup>(٤)</sup>.

ولو أراد الجار أن يبني جداره الخالص، أو المشترك مائلاً إلى ملك الجار، فله المنع منه، وإن مال، فله المطالبة بالنقض، كما أنه إذا انتشرت أغصان شجرته إلى هواء ملك الغير - قلَّ أن يطالب بإزالتها، ولو تولد منه هلاك، فالضمان على ما ذكرنا فيما إذا مال إلى الشارع<sup>(٥)</sup> وعن أبي حنيفة؛ أنه إن نازعه الجار، وأشهد، تعلق به الضمان، وإلا فلا.

ولو استهدم الجدار، ولم يميل فعن الإصطخري؛ أنه قال في «أدب القضاء»: لا يطالب بنقضه؛ لأنه لم يجاوز ملكه، وفي «التتمة» وجه آخر؛ أن للجار وللمازاة في الشارع المطالبة به؛ لما يخاف منه من الضرر؛ كما أنه لا يفعل في ملكه ما يتضرر به الجار على ما مر، وهذا ما أورده ابن الصباغ احتمالاً، فعلى الأول لا ضمان فيما يتولد

(١) في ز: ينزل النقص.

(٢) في ز: والخارج.

(٣) سقط في ز.

(٤) هذا ظاهر فيما إذا مال إلى الشارع أو إلى ملك الغير وباعه لغيره أما لو تعدى بيناته مائلاً إلى ملك الغير ثم باعه منه ويسلمه فالظاهر براءته من الضمان، وقد سبق في حفر البئر في ملك الغير إن رضاه.

(٥) توهم أن الحكم كذلك في الشجرة أيضاً وليس الأمر كذلك فقد حكى البغوي في تعليقه عن الأصحاب أنه لا ضمان لما يتلف من غصن الشجرة لأنه لم يكن يصنعه بخلاف الميزاب لأنه أخرجه إلى هواء الطريق.



منه، وعلى الثاني، وهو كما لو مال، فلم ينقضه.

الخامسة: قَمَامَاتُ الْبَيْتِ وَقُشُورُ الْبِطِّيخِ، وَالرُّمَّانُ وَالْبَاقِلَاءُ، إِذَا طَرَحَهَا فِي مَلَكِهِ، أَوْ فِي مَوَاتٍ، فزَلِقَتْ بِهَا إِنْسَانٌ، وَهَلَكَ، أَوْ تَلَفَ بِهَا مَالٌ - لم يجب الضمان، وإن طرحتها في الطريق، وأفضى إلى التلف، فقد حكى الإمام وصاحب الكتاب والمتولي - رحمهم الله - فيه وجهين:

أحدهما: لا يجب الضمان؛ لأنه لا يعدُّ مقصراً بذلك، وقد جرت العادة على مرِّ الأعصار به من غير إنكار.

وأصحُّهما، وهو الذي أورده أكثرُهُمْ: أنه يجب الضمان، ووجوب الضمان لا ينحصر في التقصير<sup>(١)</sup> والتعدي، بل الارتفاق بالطريق مشروطٌ بسلامة العاقبة، كما قدَّمناه، وربما وجه بأن طرح القمامات إلى الشارع معدودٌ من مرافق الأملاك، وفي المنع منه مشقة؛ فأشبهه نصب الميزاب.

وذكر وجه ثالث؛ أنه يفرق بين أن يلقيها على متن الطريق، فيتعلق به الضمان، وبين أن يلقي في طرف ومنعطف لا ينتهي إليه المارَّة غالباً، قال الإمام: والوجه عندنا القطع بوجوب الضمان، إذا ألقاها على متن الطريق، وتخصيص الخلاف بالإلقاء على الطرف.

ولك أن تقول: قد يوجد بين العمارات مواضع معدة لإلقاء القمامات فيها، تسمى تلك المواضع السُّبَّاطَاتِ وَالْمَزَابِلِ، وتعدُّ من المرافق المشتركة بين سُكَّانِ البقعة، فيشبه أن يقطع بنفي الضمان، إذا كان الإلقاء فيها، فإنه استيفاء<sup>(٢)</sup> منفعة مستحقة، وتخصيص الخلاف بالإلقاء في غيرها، وإذا أوجبنا الضمان، فذلك إذا كان المتعثر بها جاهلاً، أما إذا مشى عليها قصداً، فلا ضمان؛ كما لو نزل البئر، فسقط، ولو رش الماء في الطريق، فزلق به إنسان أو بهيمة، نُظِرَ؛ إن كان الرش لمصلحة عامة؛ كدفع الغبار عن المارَّة، فليكن كحفر البئر للمصلحة العامة، وإن كان لمصلحة نفسه، وجب الضمان، ويمكن أن يجيء فيه الوجه الآخر المذكور في طرح القشور، ولو جاوز القدر المعتاد في الرش، ففي «التتمة» القطع بوجوب الضمان<sup>(٣)</sup>، وهو كما ذكرنا فيما إذا بلَّ الطين في الطريق.

(٢) في ز: استثناء.

(١) سقط في ز.

(٣) قال في الخادم: ما ذكره في الرش للمصلحة العامة من تنزيه منزلة الحفر يقتضي أنه لا يجب الضمان فيه سواء أذن الإمام أم لا وهو في هذا التنزيل تابع للإمام والغزالي لكن الذي صرح به الأصحاب وجوب الضمان منهم الصيمري والماوردي والشيخ أبو حامد والمحاملي وابن الصباغ وحكاة في الذخائر عن إطلاق العراقيين. وقال في التتمة: إنه الصحيح، وأخذ في الخادم كلام الأذري وحكى الأذري عن ابن الرفعة أن محل ما ذكرناه من الضمان إذا لم يبرأ التالف بما =

ولو بَنَى على باب داره ذَكَّةً، فَتَلَفَ بها إنساناً أو دابَّةً، وجب الضمان<sup>(١)</sup>، وكذا الطَّوْفُ، إذا وضع متاعُهُ في الطريق، فحصل به تَلَفٌ، بخلاف ما لو وضع على طرف حانوته.

ولو بالَّت دابته، أو رائث، فَزَلِقَ به رجلٌ إنسانٍ، أو دابَّةً، أو تطاير شيءٌ منه إلى طعام إنسان، فنَجَسه، نُظِرَ؛ إن كانت في ملكه، فلا ضمان، وإن كانت في الطريق، فالْحَكْمُ على ما سيأتي، إن شاء الله تعالى، في آخر كتاب موجبات الضمان، ولو رَبَطَهَا في الطريق، فقد ذَكَرَهُ هناك، ولو مشى قصداً على موضع الرش أو البول، لم يجب الضمان.

### «فَرَعَانٍ»

الأول: أسند خشبةً إلى جدار، فسقط الجدارُ على شيء، فأتلفه؛ إن كان الجدارُ لغير المُسْنِدِ، ولم يأذن المالك، فعليه ضمان الجدار، وما يسقط عليه الجدارُ، ولا فرق بين أن يسقط الجدارُ عَقِيبَ الإسناد، أو يتأخر عنه؛ بخلاف ما لو فتح قَفَصاً عن طائر، وطار؛ حيث يفرق بين أن يطير في الحال، أو بعد مدة؛ لأنَّ الطائر مختارٌ، والجماد لا اختيار له، وإن كان الجدارُ للمُسْنِدِ أو لغيره وقد أذن فيه، لم يجب ضمان الجدار، ففي ضمان ما يسقط عليه وجهان عن صاحب «التلخيص»، وبه قال أبو زَيْدٍ: إنه إن سقط في الحال، وجب الضمان؛ كما لو أسقط جداره على مالٍ الغَيْرِ، وإن سقط بعد زمان، لم يجب كما لو حفر بئراً في ملكه، لا يضمن ما يسقط فيها، وعن القفال؛ أنه لا يضمن في الحالتين؛ كما أن في حفر البئر إذا كان في ملكه، لا يجب ضمان ما يسقط فيها سواء كان عَقِيبَ الحفر أو بعد مدة، فإن قلنا: يضمن، إذا سقط في الحال، فلو لم يسقط، لكن مالٌ في الحال إلى الشارع، ثم سقط بعد مدة، يجب الضمان، كما لو بنى الجدار مائلاً؛ لأنه مالٌ بفعله؛ بخلاف ما لو مال في الدوام بنفسه.

الثاني: إذا نَحَسَ دابَّةً، أو ضربها مَعَاقِصَةً، فقفزت، ورمت راکبها، فمات، أو أتلفت مالاً - وجب الضمان، قال في «التهذيب»: فإن كان النَحْسُ بإذن المالك،

= حصل به التلف أما إذا رآه وتعمد وضع رجله عليه حتى هلك فلا ضمان جزماً في جميع الصور. وكذا ذكره المصنف نحوه إذا قصد المشي على الرش أو البول، وفي تعليق البيهقي وإنما يضمن في الرش وقشور البطيخ وأمثالها إذا لم يتعمد المشي المشي عليه حتى لو تعمده فلا ضمان لأنه أتلف نفسه.

(١) وهذا ظاهر إن منعناه البناء، فإن جوزناه ففي الضمان نظر لتولده من مباح لا سيما إذا كان أذن الإمام، وقد حكى الماوردي قولين فيما لو حفر بئراً في طريق واسع بفناء داره فتلف به إنسان هل يضمنه، ولا شك أن الدابة في ذلك كالبئر.

فالضمان<sup>(١)</sup> عليه، ولو غلبته دابته، فاستقبلها إنساناً، وردها، فأتلفت في انصرافها، فالضمان على الراذ، ولو كان رجلٌ يحمل رجلاً، فجاء آخر وقرص الحامل، أو ضربه، فتحرّك، فسقط المحمول من ظهره، قال في «التتمة»: هو كما لو أكره الحامل<sup>(٢)</sup> على إلقاء المحمول عن ظهره [والله أعلم].

قال الغزالي: الطرف الثالث في تزجيج سبب على سبب ومهما اجتمع سببان مختلفان قدم الأول، ولو حفر بئراً ونصب آخر حجراً فتعثر بالحجر ووقع في البئر فالضمان على واضع الحجر، وكذا لو سقط الحجر بسبب السيل على طرف البئر سقط الضمان عن الحافر، ولو سقط في بئر على سكين منصوب فالضمان على الحافر لا على ناصب السكين، ولو حفر بئر قريب العمق فعمقها غيره فالضمان على الأول في وجهه، وقيل: إنهما يشتركان لئتناسب الحناتين.

قال الرافعي: إذا اجتمع سببان هلاك، يقدم الأول منهما؛ لأنه المهلك؛ إما بنفسه، أو بواسطة الثاني، فيشبه التردية مع الحفر، فلو حفر بئراً في محل عدوان أو نصب سكيناً، ووضع آخر حجراً، فتعثر بالحجر، ثم وقع في البئر، أو على السكين، فمات، فالضمان يتعلق بواضع الحجر، وفي «البيان»: أن أبا الفياض البصري قال: يتعلق الضمان بناصب السكين، إذا كان قاطعاً موحياً، فإنه أقوى، والمشهور الأول؛ لأن التعثر بالحجر هو الذي ألجأه إلى الوقوع في البئر أو على السكين، فكأنه أخذه<sup>(٣)</sup> فرداه في البئر، أو ألقاه على السكين، وهذا كما أنه لو كان في يده سكين، فألقى عليه رجل إنساناً، يجب الضمان والقصاص على الملقى، ولو أهوى إليه من يده السكين، ووجهه نحوه، لما ألقاه الملقى، كان القصاص على صاحب السكين، هذا إذا كانا متعدّين، ولو حفر بئراً، أو نصب سكيناً في ملكه، ووضع متعدّيه حجراً، فتعثر بالحجر، ووقع في البئر، أو على السكين، فكذلك يكون الضمان على واضع الحجر، ولو وضع حجراً في ملكه، وحفر متعدّ هناك بئراً، أو نصب سكيناً، فتعثر بالحجر، أو وقع في البئر، أو على السكين فالمنقول أنه يجب الضمان على الحافر، وناصب السكين، فإنه المتعدّي، وإنما يجعل الضمان على واضع الحجر، إذا كان متعدّياً، وينبغي أن يقال: لا يجب الضمان على الحافر، وناصب السكين؛ كما يذكر في مسألة السبيل على الأثر، ويدل عليه أن أبا سغيد المتولي قال في «التتمة»: لو حفر بئراً في

(١) ما ذكره الشيخ هو المعتمد وليس مخالفاً لما ذكره في ضمان البهائم وذكر في الخادم كلاماً غير محرر والموجود في الروضة في البائن سواء سوى أنه عبر هنا بإذن المالك وهناك بإذن الراكب.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: الحاصل.

ملكه، وجاء آخر، فنصب فيها حديدة، فوق إنسان في البئر، وجرحته الحديدة، فمات، فلا ضمان على واحد منهما؛ أما الحافر، فظاهر، وأما الآخر؛ فلأن الوقوع في البئر هو الذي أفضى إلى الوقوع على الحديدة، فكان حافر البئر كالمباشر، والآخر كالمتسبب.

ولو حفر بئراً في محلّ عدوان، وسقط الحجر على طرف البئر بمجيء السيل به، أو وضعه هناك حربياً، أو سبع، فتعثر بالحجر، ووقع في البئر، أو على السكين، فلا ضمان على أحد، كما لو ألقاه السبع، أو الحربي في البئر، وفي «التتمة» وجه آخر؛ أنه يجب الضمان على عاقلة الحافر؛ لأنه لا وجه للإهدار، والحافر هو المتعدي.

ولو حفر بئر عدوان، ونصب آخر في أسفلها سكيناً، فالضمان على عاقلة الحافر، دون ناصب السكين؛ لأن الحفر هو الذي ألجأه إلى الوقوع على السكين، هذا هو المشهور، ويحكى عن أبي حنيفة، وفي «البيان» وجه أن الضمان على ناصب السكين؛ لأن التلف حصل بوقوعه على السكين قبل الانصدام بقعر البئر، ولو حفر بئراً قريبة العمق، فعمقها غيره، فضمان من تردى فيها على من يكون؟ فيه وجهان:

أحدهما: يختص بالأول لما مرّ.

وأظهرهما: أنه يتعلّق بهما جميعاً؛ لتناسب الجنائتين وتأثره بالانصدام، فعليهما جميعاً، فصار كما لو تعاونوا على الحفر، وعلى هذا، ففي كيفية شركتهما في الضمان وجهان، حكاهما الشيخ أبو علي:

أحدهما: التنصيف؛ كما لو مات بجراحاتٍ صدرت من شخصين.

والثاني: يورّع على القدر الذي حفره كل واحدٍ منهما، حتّى لو حفر أحدهما عشرين ذراعاً، والآخر ثلاثين ذراعاً، يكون الضمان بينهما أخماساً.

ولو حفر بئراً متعدياً، ثم طمّها، وجاء آخر، وأخرج ما طمّت به، وتردّى فيها إنسان، فالضمان يتعلّق<sup>(١)</sup> بالأول، لأنه المبتدئ بالتعدي، أو بالثاني؛ لانقطاع أثر الحفر الأول بالطمّ؟ فيه وجهان، نقلهما في «البيان»<sup>(٢)</sup>.

ولو وضع رجل حجراً في الطريق، وأخران حجراً بجنبه، وتعثر بهما إنسان،

(١) في أ: متعلق.

(٢) قال النووي في زوائده: أصحهما الثاني. والله أعلم.

ما صححه جزم به البغوي في فتاويه فقال: لو حفر بئراً عدواناً ثم سد رأسها ثم جاء آخر فتحها ثم وقع فيها إنسان فالضمان على من فتح رأسها.

ومات - فالوجه الأظهر: أن الضمان يتعلّق بهم أثلاثاً، وإن تفاوت فعلُهُم؛ كما لو مات بجراحةٍ ثلاثة، واختلقت الجراحات، وفي «التهديب» وجه؛ أنه يتعلّق نصف الضمان بالمتفرد، ونصفه بالآخرين.

قال الغزالي: وَلَوْ تَعَثَّرَ بِحَجَرٍ فِي الطَّرِيقِ فَالضَّمَانُ عَلَيَّ وَاضِعِهِ، وَلَوْ تَعَثَّرَ بِقَاعِدٍ فَالضَّمَانُ عَلَيَّ القَاعِدِ، وَلَوْ تَعَثَّرَ بِوَاقِفٍ فَالْمَاشِي مُهَدَّرٌ وَضَمَانُ الوَاقِفِ عَلَيَّ المَاشِي لِأَنَّ الوُقُوفَ مِنْ مَرَافِقِ المَشي دُونَ القُعُودِ، وَقِيلَ فِي المَسْأَلَتَيْنِ قَوْلَانِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ صَوْرَتَانِ:

إحدهما: وَضِعُ الحَجَرِ كَحَفْرِ البئرِ؛ يتعلّق الضمان به، إذا تعثر به من لم يره؛ على ما مرّ، ولو وضع حجراً في الطريق، فتعثر به إنسانٌ ودخرجة، ثم تعثر به آخر وهلك، فضمن الثاني يتعلّق بالمُدخِرِج؛ لأن الحجر في ذلك الموضع، إنما حصل بفعله.

الثانية: من قعد في موضع، أو نام، أو وقف، فتعثر به ماشٍ، وماتا، أو أحدهما، نُظِرَ؛ إن كان ذلك في ملكه، ودخله الماشي من غير إذن، فهو مُهدَّر، لأنه قتل نفسه، وعلى عاقلته دية القاعد، أو الواقف، وكذا الحكم لو قعد أو وقف في مَوَاتٍ، أو طريقٍ واسع لا يتضرر به المارة، ولا فرق بين أن يكون القاعد أو الواقف بصيراً أو أعمى، كما لو قصد قتل من يمكنه الاحتراز<sup>(١)</sup> منه، فلم يحترز حتى قتله، وإن قعد أو وقف في طريقٍ ضيقٍ يتضرر به المارة، واتفق ما صورناه، فالأصحاب فريقان، قال أكثرهم، وتابعهم صاحب الكتاب: النَّصُّ فيما إذا تعثر الماشي بالقاعد أو النائم؛ أن دم القاعد والنائم مُهدَّر، وعلى عاقلتهما دية الماشي، والنص فيما إذا كان التعثر بالواقف، وماتا؛ أنه يُهدَّر دم الماشي<sup>(٢)</sup>، ويجب دية الواقف على عاقلته، وفيهما طريقان:

أحدهما: التصرف في النصين، وجعل الصورتين على قولين بالنقل والتخريج:

أحدهما: أنه يُهدَّر دم الواقف، والقاعد، والنائم، ويجب دية الماشي على عاقلة هؤلاء؛ لأن الطريق للطروق، وهم بالوقوف والعود والنوم مقصرون، فينزل فعلهم منزلةً وضع الحجر في مثل هذا الطريق.

(١) في ز: الأخيران.

(٢) ما جزم به من أن الماشي مهدر وعلى عاقلته دية القاعد والواقف لأن الماشي بحركته هو الذي يلي نفسه ويلى غيره وعلى هذا فالنائم حكمه حكم القاعد ليس كذلك فيه خلاف ذكره القاضي الحسين. فإنه نقل التضمين وذكر فيها الطريقين.

**والثاني:** يُهدَر ديةَ الماشي، ويجب على عاقلته ديةَ الواقفِ أو القاعدِ أو النائم؛ لأن القتل حصل بحركته، والمشي ارتفاقٌ بالطريق، فيباح بشرط السّلامة، فصار كما إذا تردّد الأعمى في الطريق بلا قائد، فأتلف، فلزمه الضمان.

**والثاني:** تقريرُ النصّين، والفرق أن الماشي قد يحتاجُ إلى الوُقوف؛ لانتظار رفيقٍ أو كلالٍ أو سماعِ كلام، أو إسماعِهِ، فالوقوف من مرافقِ الطريق؛ كالمشي، لكن الهلاك حصل بحركة الماشي، فيختص بالضمان، والقعود والنوم ليسا من مرافقِ الطريق، فمن قعد أو نام، فقد تعدّى، وعرض نفسه للهلاك، وهذا ما اختاره القاضي الحسين، وفي «التهذيب» أنه الأصح، وقال أصحابنا العراقيون: يجبُ على عاقلة كلِّ واحدٍ من الماشي والواقفِ ديةَ الآخر، أما الماشي، فلائنه قتل الواقف، وأما الواقف، فلائنه تسببُ إلى قتل الماشي بالوقوف في الطريق، وينسب هذا إلى نصّه في القديم، ونقلوا وجهاً آخر؛ أنه لا ضمانَ على عاقلة الواقف؛ لأنه لا حركةَ منه، والقعودُ على هذه الطريقة كالوقوف، ويخرجُ من الطريقين في الواقفِ والماشي ثلاثةُ أوجه، أو أقوال:

أحدها: وجوبُ دية كلِّ واحدٍ منهما على عاقلة الآخر.

**والثاني:** وجوبُ دية الواقفِ على عاقلة الماشي، دون العكس.

**والثالث:** وجوبُ دية الماشي على عاقلة الواقفِ، دون العكس، والأقربُ الثاني، وبه أجاب صاحب «التتمة» ورّجحه أبو الحسن العبادي، ويليهِ الأول، وهذا كله فيما إذا لم يوجد من الواقف فعل، فإن وجد كما إذا انحرف إلى الماشي، لما قرب منه وأصابه في انحرافه، وماتا، فهما كماشيّين اضطدّما، وسنذكر حكمه، ولو انحرف عنه، فأصابه في انحرافه، أو انحرف إليه، وأصابه بعد تمام الانحراف، فالحكم كما لو كان واقفاً لا يتحرك.

ولو جلس في مسجد، فتعثر به إنسانٌ وماتا، فعلى عاقلة الماشي دية الواقف، ولا ضمان للماشي؛ كما لو جلس في ملكه، فتعثر به ماش، ولو<sup>(١)</sup> نام في المسجد معتكفاً، فكذلك، ولو جلس لأمرٍ يُنزّه عنه المسجد، أو نام غير معتكف، فهو كما لو نام في الطريق، ذكره في «التهذيب»<sup>(٢)</sup>، وعن أبي حنيفة وأصحابه، أن الجالس يضمن دية الماشي، إذا جلس لغير الصلاة، ولا يخفى أن ما أطلقه صاحب الكتاب في هذا الفصل، والذي قبله من أن الضمان على الحافر، وعلى واضع الحجر، وعلى القاعد،

(١) سقط في ز.

(٢) ما نقله عن البغوي في النوم لغير المعتكف لم يصرح به بل ذكر الاستيطان وعبارته لو جلس لأمر تنزه عنه المسجد إذا استوطن المسجد إلا لقربه فهو الجاني لا الصادم فإن مات الصادم يجب الضمان على عاقلته. انتهى وكذا ذكره الخوارزمي في الكافي إلا أنه فرضه في الجلوس.

أراد به تعلق الضمان بهم بوجوبه على عواقبهم، لا وجوب الضمان عليهم في أنفسهم، وقد وقع في لفظ الشافعي - رضي الله عنه - في مسألة وضع الحجر، وإذا قلنا: إن العاقلة يتحملون الدية فالجواب يلاقي الجاني أخذاً بظاهر اللفظ، [والله أعلم].

قال الغزالي: وَلَوْ تَرَدَّى فِي بئرٍ فَسَقَطَ عَلَيْهِ آخَرُ فَضَمَّانُهُمَا عَلَى عَاقِلَةِ الْحَافِرِ، وَهَلْ لَوْرَثَةِ الْأَوَّلِ مُطَابِقَةٌ عَاقِلَةَ الثَّانِي بِنِصْفِ الدِّيَةِ حَتَّى يَزْجِعُوا بِهِ عَلَى عَاقِلَةِ الْحَافِرِ؟ فِيهِ تَرَدُّدٌ، مَنْشُؤُهُ أَنَّ الْمُكْرَهُ هَلْ يَتَعَلَّقُ بِهِ عُهْدَةٌ؟، وَلَوْ تَرَلَّقَ عَلَى طَرَفِ البئرِ فَتَعَلَّقَ بِآخَرَ وَجَذَبَهُ وَتَعَلَّقَ الْآخَرَ بِثَالِثٍ وَجَذَبَهُ وَوَقَعَ بَعْضُهُمْ عَلَى الْبَعْضِ فَالْأَوَّلُ مَاتَ مِنْ ثَلَاثَةِ أَسْبَابٍ بِصَدْمَةِ البئرِ وَثِقَلِ الثَّانِي وَالثَّالِثِ وَهُوَ مُتَسَبِّبٌ إِلَى وَاحِدٍ فَيَهْدَرُ ثُلُثُ دِيَّتِهِ وَثُلُثُهُ عَلَى الْحَافِرِ وَثُلُثُهُ عَلَى الثَّانِي فَإِنَّهُ جَذَبَ الثَّالِثِ وَأَمَّا الثَّانِي هَلِكَ بِسَبَبَيْنِ وَهُوَ مُتَسَبِّبٌ إِلَى أَحَدِهِمَا فَيَهْدَرُ نِصْفُهُ وَنِصْفُ دِيَّتِهِ عَلَى الْأَوَّلِ لِأَنَّهُ جَذَبَهُ وَأَمَّا الثَّالِثُ فَكُلُّ دِيَّتِهِ عَلَى الثَّانِي.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا وَقَعَ فِي البئرِ وَاحِدٌ [خَلْفَ وَاحِدٍ]، وَهَلَكُوا أَوْ بَعْضُهُمْ، فِيمَا أَنْ يَكُونَ وَقُوعَ الثَّانِي بِجَذَبِ الْأَوَّلِ، أَوْ مِنْ غَيْرِ جَذَبِهِ:

الحالة الأولى: إذا وقع الثاني من غير أن يجذبه الأول، فإن مات الأول، فالثاني ضامن، لأنه أتلفه بثقله ووقوعه عليه، فكان كما لو رماه بحجر، فقتله، وما الذي يلزمه ينظر؛ إن تعمد إلقاء نفسه عليه، ومثله يقتل مثله غالباً؛ لضخامته، وعمق البئر، وضيقها فعليه القصاص، وإن تعمد، لكنه لا يقتل بمثله غالباً، فهو شبه عمد، وإن لم يتعمد وتردّى في البئر بغير اختياره، أو لم يعلم وقوع الأول في البئر، فهو خطأ محض، ثم الذي أطلقه المطلقون، إذا آل الأمر إلى المال؛ أنه تجب الدية بتمامها، وقد يحتج له بما روي أن بصيراً كان يقود أعمى، فوقع البصير في بئر، ووقع الأعمى فوقه، فقتله، ففَضَى عَمْرٌ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - بِعَقْلِ البصيرِ عَلَى الأعمى، فذكر أَنَّ الأعمى كان ينشد في المَوْسِمِ: [الرجز]:

يَا أَيُّهَا النَّاسُ، رَأَيْتُ مُنْكَرًا!!  
هَلْ يَغْفِلُ الأعمى الصَّحِيحَ المُبْصِرًا؟  
خَرًّا مَعًا كِلَاهُمَا تَكْسُرًا

واستدرك مستدركون؛ فقالوا: كما أن وقوع الغير على الإنسان مهلك، فوقوعه في البئر وتأثره بما يصادمه<sup>(١)</sup> مهلك أيضاً، فالأول مات بوقوع الثاني عليه، وبوقوعه في البئر، فعلى الثاني نصف الدية، ويكون النصف على الحافر، إن كان الحفر<sup>(٢)</sup> عدواناً،

(٢) سقط في ز.

(١) في ز: يعتاد به.

وإلا فهو مُهَدَّرٌ، وهذا أصحُّ عند صاحب «التتمة» وغيره، نَعَمَ، لو نزل الأولُ في البئر، ولم ينصدم<sup>(١)</sup>، ثم وقع عليه الثاني، تعلقُ بوقوعه كلُّ الدية، وإن مات الثاني، فإن تعمَّد إلقاء النَّفس فيها، أو لم يكن الحفْر عدواناً، فهو هَدْرٌ، وإلا تعلق الضمان بالحافر، وإن ماتاً معاً، فالحكم في حق كل واحد منهما<sup>(٢)</sup> على ما بيَّنا، وإن تردَّى في البئر ثلاثة، واحدٌ بعد واحدٍ، فمن قال في الصورة السابقة: إن دية الأول على عاقلة الثاني، قال ههنا دية الأول على عاقلة الثاني، والثالث؛ لأنه مات بوقوعهما عليه، ويحكى هذا عن الشيخ أبي حامد، ومَنْ قال هناك: ليس على الثاني إلا النصفُ، قال ههنا: ليس على الثاني والثالث إلا ثلثا الضمان، والثلث الباقي<sup>(٣)</sup> على الحافر إن كان متعمداً، وإلا فهو هَدْرٌ، وينسبُ هذا إلى القاضي أبي الطَّيِّب<sup>(٤)</sup>، واختاره ابن الصَّبَّاح وقوله في الكتاب: «ولو تردَّى في بئر، وسقط عليه آخر، فضمائهُما على عاقلة الحافر»، يعني: إذا ماتا، وكان الحفْر عدواناً، فيثبت لورثة كل واحد منهما مطالبةً عاقلة الحافر بالدية.

وقوله: «وهل لورثة الأول...» إلى آخره، أراد به أن الثاني، وإن أهلك<sup>(٥)</sup> الأول بوقوعه عليه، فإنه غير مختار فيه، بل ألجأه الحفْر إليه، فهو كالمكْرَه على الإِتلاف، وليس للإِتلاف<sup>(٦)</sup> في صورة التردِّي موجب سوى المال، فكان كالمكْرَه على إتلاف المال، وقد سبق ذكرُ وجهين في أن المكْرَه على إتلاف المال، هل يُطالب بالضمان، وأن القرار على المكْرَه، وإن طوَلب به المكْرَه، وإذا كان كذلك، استقرَّ ضمان الثاني على عاقلة الحافر؛ لأنه كالمكْرَه، وفي مطالبة عاقلة الثاني به الخلاف في مطالبة المكْرَه، والظاهر المطالبة.

(١) في ز: يصطدم.

(٢) في أ: الثاني.

(٤) وهذا الخلاف من الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب إنما هو بالنسبة إلى الثاني لا الأول. وعبارة الشامل: فإن وقع ثالث عليهما فمات الثلاثة كان ضمان الأول على الآخرين. وأما الثاني فذكر الشيخ أبو حامد أن ضمانه على الثالث لأنه أتلفه بوقوعه عليه. وذكر القاضي أبو الطيب أن نصف دية هدر ويجب ضمان النصف على الثاني ويجب ضمان النصف على الثالث لأنه تلف بوقوعه على الأول ووقع الثاني على الثالث وهذا أقيس لأن وقوعه على غير سبب في تلفه كوقوع غيره عليه. وهكذا ذكر الشيخ أبو حامد الأول إذا رمى نفسه فألقى آخر نفسه عليه فمات الأول أن ضمانه على الثاني، وعلى ما ذكره القاضي يجب أن يكون نصفه هدر إذا مات الثالث فديته صدر لأنه تلف برمي نفسه. انتهى. وهكذا أورده الروياني في البحر على عادته في الأخذ من الشامل وأورده في البيان أيضاً وجزم الماوردي في الحاوي وسليم في المجرد وغيرها بمقالة الشيخ أبي حامد وقال الشاشي: إنه المذهب وجزم الكل بأن دية الأول على عاقلة الثاني والثالث نصفين ولم يحكوا في ذلك خلافاً.

(٥) في أ: هلك.

(٦) في ز: الإِتلاف.



وقوله: «فضمائهما على عاقلة الحافر»، يجوز أن يُعَلِّم بالواو؛ لأن الحافر، وإن قدر أنه كالمكروه، فقد قدمنا وجهاً؛ أن ضمان المال على المكروه، دون المكروه.

وكذا قوله: «حتي يرجعوا به على عاقلة الحافر» لوجه آخر، أن الضمان يتقرر عليهما بالسوية، فلا يرجع المكروه، إذا غرم النصف.

وقوله: «بنصف الدية» يوافق قول من قال: إن الضمان الذي يتعلق بالثاني نصف الدية لا جميعها، [والله أعلم].

الحالة الثانية: أن يقع الثاني في البئر بجذب الأول، فإذا تزلق على طرف البئر، فجذب غيره، ووقع في البئر، ووقع المجدوب فوقه، فماتا، فالثاني هلك بجذب الأول، فكأنه أخذه، وألقاه في البئر إلا أنه قصد الاستمسك والتحرز عن الوقوع، فكان مخطئاً؛ ووجب ضمان الثاني على عاقلته، وأما الأول، فإن كان الحفر عدواناً، ففيه وجهان:

أحدهما، ويحكى عن الخُصري: أنه مُهَدَّر لا يتعلَّق شيء من ضمانه بحافر البئر؛ لأن الحفر سبب، والذي وجد منه، وهو جذب الثاني مباشرة، فصار كما إذا حفر بئراً عدواناً، وطرح آخر فيها نفسه لا يجب على الحافر شيء من ضمانه.

والثاني: أنه يجب نصف دية على عاقلة الحافر، ويُهَدَّر النصف؛ لأنه مات بسببين؛ صدمة البئر، وثقل الثاني، والثاني: فعله، فيهدر النصف، ويجب النصف، وهذا أصح على ما ذكره الشيخ أبو علي وغيره، وأجاب الشيخ عن الأول؛ بأن ابتداء السقوط والتردي لم يكن بفعله واختياره، والجذب وجد بعد ذلك، كأنه زلقت رجله، أو انهار طرف من أطراف البئر، فتعلقت بغيره مستمسكاً، فانقلع الغير معه، وبخالف ما إذا طرح نفسه في البئر قسداً؛ فإنه أحدث سبب الهلاك باختياره، وإن لم يكن الحفر عدواناً، فالأول مُهَدَّر بلا خلاف، وليحمل على هذه الحالة إطلاقاً من أطلق القول بإهدار الأول، وقد أطلقه كثيرون<sup>(١)</sup>، ولو كان التصوير كما ذكرنا، وجذب الثاني ثالثاً، وماتوا جميعاً، فأما الأول، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يُهَدَّر نصف دية لجذبه الثاني، ويجب نصفها على عاقلة الثاني؛ لجذبه الثالث، فإنه مات بثقلهما، وهذا ما أورده جماعة، منهم صاحب «التهذيب» والقاضي الروياني، وهو مبني على أن الحفر لا أثر له مع الجذب.

(١) منهم الماوردي والرويانى وابن الصباغ وصاحب البيان وغيرهم وعلى هذا فيرتفع الخلاف في المسألة لكن الطبري في العدة حكى عن الحصري التصوير في التعدي.

وَأَظْهَرُهُمَا، وهو المذكور في الكتاب: أنه مات بثلاثة أسباب، صدمة البئر، وثقل الثاني والثالث، فيهدر لما حَصَلَ بفعله، وهو ثقل الثاني - ثلثُ الدية، وينظرُ بعد ذلك؛ إن كان الحفر عدواناً، فيجب ثلثُ الدية<sup>(١)</sup> على عاقلة الحافر، وثلثُها على عاقلة الثاني؛ لجذبه الثالث، وإن لم يكن الحفر عدواناً، فيهدر ثلث آخر، ويجب الثلث على عاقلة الثاني، وذكر ابن الحداد؛ أنه مات بالوقوع في البئر، ويجذبه الثاني، فيهدرُ نصف ديته، ونصفُها على عاقلة الحافر، وأغرض عن النظر إلى تأثيره بثقل الثالث، وهو غيرُ مرضي عند الأصحاب.

وأما الثاني: فإنه مات بجذب الأول وإلقائه إياه في البئر، وبثقل الثالث، وثقل الثالث حَصَلَ بفعله، فيهدرُ نصف ديته، ويجب نصفها على الأول، ولا أثر للحفر في حقه؛ إذ جذب وألقى فيها.

وأما الثالث: فإنه لم يوجد منه ما يؤثر في هلاكه، فيجب تمام ديته، وعلى من تجب؟ فيه وجهان:

أصحهما: أنه على الثاني؛ لأنه الذي جذبَهُ، وأوقعه في البئر.

والثاني: على الأول والثاني جميعاً؛ لأنه لما جذب الثاني الثالث، والأول الثاني، صار الثالث مجذوباً بالقوتين جميعاً.

ويجوزُ أن يُعَلَمَ؛ [لما ذكرنا]<sup>(٢)</sup>، قوله في الكتاب في حق الأول: «فَيَهْدُرُ ثُلُثُ دِيَّتِهِ» بالواو.

وكذا قوله في آخر الفصل «على الثاني»؛ إشارة إلى الوجه الذاهب إلى أن دية الثالث على الأول، والثاني معه، لا على الثاني وحده.

[ولو كانت]<sup>(٣)</sup> الصورة بحالها وجذب الثالثُ رابعاً، وماتوا جميعاً، ففي الثلاثة الأولين وجوه:

أصحها: أن الأول مات بأربعة أسباب؛ صدمة البئر، وثقل الثلاثة؛ فيهدرُ ربع ديته؛ لجذبه.

الثاني، ويجبُ الربعُ على عاقلة الحافر، إن كان الحفر عدواناً، ويهدرُ أيضاً إن لم يكن عدواناً، ويجبُ الربعُ على عاقلة الثاني؛ لجذبه الثالث، والربعُ<sup>(٤)</sup> على عاقلة الثالث؛ لجذبه الرابع، وأما الثاني، فلا أثر للحفر في حقه، وقد مات بجذب الأول

(١) في: ثلثها.

(٢) سقط في أ.

(٣) سقط في ز.

(٤) في ز: والرابع.

إياه، وبثقل الثالث والرابع، فيُهَدَّرُ ثلث ديته، ويجب ثلثها على الأول، والثُلُثُ على الثالث، وأما الثالثُ، فقد مات بَجَذْبِ الثاني إياه، وبثقل الرابع، فيُهَدَّرُ نصفُ ديته، ويجب نصفُها على عاقلة الثاني.

**والوجه الثاني:** أنه لا يجبُ للأول شيءٌ؛ لأنه باشر قَتَلَ نفسه بجذب الثاني، وما تولد من جذبه، ودية الثاني يُهَدَّرُ نصفُها بَجَذْبِ الثالث، ويجبُ نصفُها على عاقلة الأول؛ لجذبه إياه، وديةُ الثالث يُهَدَّرُ نصفُها لجذبه الرابع، ويجبُ نصفُها على عاقلة الثاني؛ لجذبه إياه، وقضيةُ هذا الوجه: ألا يجبُ للأولِ في صورة الثلاثة شيءٌ أيضاً، وإن لم يذكروه هناك.

**والثالث:** أنه يجعلُ دية الأول أثلاثاً، فيهدرُ ثلثها، ويجبُ الثلث على عاقلة الثاني، والثُلُثُ على عاقلة الثالث؛ لأنه هَلَكَ بفعلِ نفسه وفعلِ الثاني والثالث؛ لأن أفعالهم مباشرة، فَيَقْدَمُ على الحَفْرِ الذي هو السبب، وكذلك، تجعلُ دية الثاني أثلاثاً، فيهدرُ ثلثها؛ لجذبه الثالث، ويجبُ الثلث على عاقلة الأول؛ لجذبه إياه<sup>(١)</sup>، والثُلُثُ على عاقلة الثالث، [وأما الثالثُ، فيُهَدَّرُ أيضاً] ثلثها؛ لجذبه الرابع، وكذلك تجعلُ ديةُ الثالثِ أثلاثاً، فيهدرُ ثلثها؛ لجذبه الرابع، ويجبُ ثلثها على عاقلة الأول، وثلثها على عاقلة الثاني؛ لأن الأول جَذَبَ الثاني، والثاني جَذَبَ الثالث؛ فكأنهما شاركاه في إهلاك نفسه.

**والرابع،** حكاه أبو سَعْدِ المتولي؛ أن للأول رُبْعَ الدية، إن كان الحفر عدواناً، وللثاني الثلثُ، وللثالثِ النصفُ، وللرابع كمالُ الدية؛ لما رُوِيَ أن ناساً باليمن حَفَرُوا رُبِيَّةً للأسد، فوقع الأسد فيها، فازدحم الناسُ عليها، فتردَّى فيها واحدٌ، فتعلَّقَ بواحدٍ، فجذبه، وجذب الثاني ثلثاً، والثالثُ رابعاً، فرفع ذلك إلى عَلِيٍّ (كرم الله وجهه)، فقال: للأولِ رُبْعُ الدية، وللثاني الثلثُ، وللثالثِ النصفُ، وللرابع الجميعُ، فرفع ذلك إلى النبي ﷺ فَأَمَضَى قَضَاءَهُ، والمعنى فيه؛ بأن الأول مات بالوقوع في البئر، ووقوع الثلاثة فوقه، ووقوعهم نتيجة فعله، ولم يتعلَّقَ به ضمان، وموت الثاني بَجَذْبِ الأول، ووقوع الاثنين فوقه، ووقوعهما من نتيجة فعله، فوجب ثلث الدية، وموت الثالث من جذب الثاني، ووقوع الرابع فوقه، وذلك من فعله؛ فوجب النصفُ، والناصرُونَ للأصح في المسألة لم يثبتوا قِصَّةَ عَلِيٍّ (كرم الله وجهه)، وربما تكلفوا تأويلها، واتفاق الوجوه تجبُ دية الرابع بكمالها، لكنها على من تجبُ؟ فيه وجهان:

أصحهما: على الثالث.

والثاني: على الجميع. وقد مرَّ نظيرُهُما، وجميع ما ذكرنا فيما إذا وقع الثلاثة أو الأربعة بعضهم فوق بعض.

أما إذا كانت البئرُ واسعةً، وجذب بعضهم بعضاً، لكن وقع كلُّ واحد منهم في ناحية من البئر، فدية كلِّ مجذوبٍ على عاقلة جاذبه، ودية الأولِ على عاقلة الحافرِ، إن كان متعدداً، ومن على عاقلة دية بعضهم أو بعضها في هذه الصورة، وجبت في ماله الكفارة، ويقع النظر في أنها هل تتجزأ، ومن أهدر دمه، أو شيء منه لفعله، ففي وجوب الكفارة عليه الخلافُ في أن قاتل النفس، هل يلزمه الكفارة؟

قال الغزاليُّ: الطرفُ الرابعُ فيما يُوجبُ الشَّرْكَهَ كما إذا أضطدمَ حُرَّانٍ وماتَا فكلُّ واحدٍ شريكٌ في قتلِ نفسه وقَتْلِ صاحبه ففي تَرْكَةِ كُلِّ واحدٍ كفارتانِ وعلى عاقلة كلِّ واحدٍ نصفُ ديةِ صاحبه إلا إذا كانا مُتعمدَينِ فهَي في تَرْكَيْهِمَا، فإن كانا رَاكِبَينِ زادَ في تَرْكَةِ كُلِّ واحدٍ نصفُ قيمةِ دَابَّةِ صاحبه، فإن عَلِبَهُمَا الدَّابَّتَانِ أهدِرَ الهلاكُ على أَحَدِ القَوْلَينِ إحالةً على الدَّوَابِّ، وفي الثاني يَحَالُ على رُكُوبِهِمَا، فإن كانا صَبِيَّينِ أَرْكَبَهُمَا أَجْنَبِيَّ مُتَعَدِّباً فحوالةُ الكلِّ على الأَجْنَبِيِّ، وإن أَرْكَبَهُمَا الوَلِيُّ فلا حَوَالَةَ عَلَيْهِ بَلْ هُوَ كَرُكُوبِ الصَّبِيِّينِ بِنَفْسِهِمَا، وإن أَرْكَبَ الوَلِيُّ لِأَجْلِ زِينَةٍ لَا حَاجَةَ فِيهِ تَقْيِيدِهِ بِشَرْطِ سَلَامَةِ العَاقِبَةِ في حَقِّ الوَلِيِّ وَجَهَانِ.

قال الزَّافِعِيُّ: غرضُ الطرفِ الكلامِ في الاصطدامِ وما يناسبه، وفيه مسائل:

الأولى: إذا اصطدم ماشيان، فوقعا، وماتا، فكلُّ واحدٍ منهما ماتَ بفعله وفعل صاحبه، فهو شريكٌ في القتلين، فيكون فعلُهُ هدرًا في حقِّ نفسه، ومضموناً في حقِّ صاحبه؛ كما لو جرح نفسه، وجرحه غيره، ومات من الجراحتين، يسقط نصف الدية، ويجبُ على ذلك الغير نصفها، وإذا تحقَّق ذلك، فعلى كلِّ واحدٍ منهما كفارةٌ لقتل الآخر، إن قلنا: إن الكفارة لا تتجزأ، ونصف كفارة، إن قلنا: إنها تتجزأ، ثم إن لم نوجب الكفارة على قاتل النفس، لم يلزم واحدٌ منهما بشركتته في قتل نفسه كفارةً، وإن أوجبنا، فيعود الخلافُ في التجزؤ، والصحيح: أن الكفارة لا تتجزأ، وأن قاتل النفس يلزمه الكفارة على ما سيأتي، إن شاء الله تعالى، والمسألَتان في باب الكفارة.

وقوله ههنا: «ففي تركة كلِّ واحدٍ كفارتان»؛ اقتصاراً على الصحيح في المسألَتين، ويجوز أن يُعلم بالواو.

وأما الدية، فيجب نصف دية كلِّ واحدٍ منهما، ويسقط نصف الدية بفعله؛ لِمَا ذكرنا، وبه قال مالك، وقال أبو حنيفة، وأحمد: يجبُ لكلِّ واحدٍ منهما كمالُ ديته.

ثم إن لم يقصد الاصطدام بأن اتفق ذلك في ظلمة، أو كانا أعميين، أو مدبرين، فاصطداما من خلف، أو كان كل واحد منهما غافلاً عن الآخر، فهو خطأ محض، فيجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر مخففة، وإن تعمد الاصطدام، فوجهان:

الذي نصره الأكثرون ونقل عن نَصِّهِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - في «الأم»: أن القتل الحاصل شبه عمد؛ لأن الغالب أن الاصطدام لا يفضي إلى الموت، فلا يتحقق فيه العمد المحض؛ ولذلك لا يتعلق به القصاص، إذا مات أحدهما دون الآخر، وعلى هذا فيجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر مغلطة، وعن أبي إسحاق؛ أن الحاصل عمد محض، ويجب في تركة كل واحد منهما نصف دية الآخر، وهذا ما أورده صاحب الكتاب، والإمام، وجعل وجوب القصاص على الخلاف في شريك النفس، وقال: إذا اصطدما مقبلين، وقصدا الصدمة، فالذي صدر عن كل واحد منهما عمد محض، وإذا كانا مقبلين، واتفق الاصطدام، لا عن قصد، فهذا يلتحق بشبه العمد، وهذا غير واضح.

وليغلم؛ لما ذكرنا، قوله في الكتاب: «فهو في تركتهما» بالواو، ولو تعمد أحدهما الصدمة دون الآخر، فلكل واحد منهما حكمه.

وقوله في أول الطرف: «كما إذا اصطدم خران» أشار به إلى أنه لو كان المصطدمان عبدين، كان الحكم بخلاف ما ذكرنا، وسيأتي من بعد.

الثانية: إذا كان المصطدمان راكبين، فحكم الدية والكفارة ما بيئناه، ولو تلفت الدابتان، ففي تركة كل واحد منهما نصف قيمة دابة الآخر؛ لاشتراكهما في إتلاف الدابتين، وعن أبي حنيفة، [أنه يجب] على كل واحد منهما تمام قيمة دابة الآخر، ولا مجال في القيمة لتحمل العاقلة، وقد تقع في القاص، ولا تقع الدية في القاص؛ لأنها تجب على العاقلة، ويستحقها الورثة، ولو غلبت الدابتان، وجرى الاصطدام، والراكبان مغلوبان، ففيه طريقان، نقلهما صاحب «التهذيب» وغيره:

أحدهما: أن هلاكهما وهلاك الدابتين، والحالة هذه، مهدران؛ لأنه لا صنع ولا اختيار للراكبين فيما جرى، فصار كالهلاك بالآفة السماوية.

والثاني: أن الحكم كما لو لم يكونا مغلوبين؛ لأن الركوب كان بالاختيار، والركوب لا يتقاعد في السبب عن حفر البشر، ولذلك كان الراكب في عهدة ما تتلفه الدابة، وهذا أظهر، إن أثبتنا الخلاف.

والثاني: القطع بأن المغلوب كغيره بخلاف السفينتين؛ لأن السفينة تجري بالريح،

وليسَتِ الرِيحُ تحتَ ضَبْطِهِ، والدَابَّةُ زمامُها وعنائُها بيده، فإذا غلبته، دَلَّ ذلكَ على سوءِ فروسيتهِ وتقصيره، ويخري الوجهانِ فيما إذا غَلَبَتِ الدَابَّةُ رَاكِبَهَا، أو ساقَتِهَا، وأتلفتَ مالاً، هل يسقط الضمانُ عنه؟

ويجوز أن يُعَلِّمَ لذلكَ قولُهُ في الكتاب: «على أَحَدِ القَوْلَيْنِ» بالواو، ولا فرق في اصطدامِ الرَّاكِبَيْنِ بين أن يَتَّفِقَ جنسُ المركوبَيْنِ، أو يَخْتَلِفَ الجنسُ والقُوَّةُ؛ بأن يكون أحدهما راكباً بغيراً، أو فرساً، والآخر راكباً بغلاً أو حماراً، ولا في الرَّاكِبَيْنِ بَيِّنَ أن يَتَّفِقَ سيرهما قُوَّةً وضعفاً، أو يَخْتَلِفَ، بأن كان أحدهما يَغْدُو، والآخر يَمْشِي، ولا بَيِّنَ أن يكونا مُقْبِلَيْنِ أو مُدْبِرَيْنِ؛ كما إذا جرت<sup>(١)</sup> الدابَّتانِ، فاصطدما من خَلْفِ، أو أحدهما مقبلاً، والآخر مدبراً؛ لأنَّ الاصطدامَ والحركةَ المؤثرة إذا وجدتَ منهما جميعاً، اكتفى به، ولم ينظر إلى مقادير المؤثر، وتفاوت التأثير كالجراحة الواحدة والجراحات، نَعَمَ، قال الإمامُ: لو كانت إحدى الدابَّتينِ ضعيفةً؛ بحيث يقطع بأنه لا أثر لحركتها، مع قوة الدابَّةِ الأخرى، فلا يناط بحركتها حُكْمٌ؛ كغرز الإبرة في جلد العَقَبِ مع الجراحات العظيمة<sup>(٢)</sup>، ولا فَرْقٌ بين أن يقع المُضْطَمِّدُمانِ مُنْكَبِّينِ أو مُسْتَلْقِيَيْنِ، أو أحدهما منكبّاً، والآخر مستلقياً، وقال أبو حنيفة: إنما يجبُ الضمانُ، إذا وقعا مُسْتَلْقِيَيْنِ، فأما إذا وقعا منكبَّينِ، فهما مُهْدِرانِ؛ لأنَّ الانكبابَ إنما يحصل بفعل المنكبِّ، لا بفعل الآخر، وإذا وَقَعَ أحدهما منكبّاً، والآخر مستلقياً، فالمنكبُّ هَدَرٌ، وضمان المستلقي على عاقلة المنكبِّ، وعن المُزَنِّيِّ؛ أنه ساعده في «المنثور» فيما إذا وقع أحدهما منكبّاً، والآخر مستلقياً، وعن صاحب «التلخيص» مثله؛ تخريجاً، ويقال: إنه وافق أبا حنيفة في المنكبَّينِ أيضاً، وإنَّ الأصحابَ مَنْ تابعه على تخريجه، وعامتهم قالوا: الانكبابُ أثرُ الصَّدْمَةِ، والصدمة بينهما، فأشبهه الاستلقاء، ولو اصطدم ماشٍ وراكبٌ لطول الماشي<sup>(٣)</sup>، وهَلْكَا، فالحكم على ما بيَّنَّا.

### «فَرْعٌ»

تجاذب اثنانِ حَبَلًا، فانقطع وسَقَطَا، وماتا، فيُهْدَرُ من دية كلِّ واحدٍ منهما النصفُ، ويجب النصفُ على عاقلة الآخر؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما هَلَكَ بفعل نفسه وفعل الآخر، ولا فرق بين أن يقعَا منكبَّينِ أو مُسْتَلْقِيَيْنِ، أو أحدهما هكذا، والآخر هكذا،

(١) في ز: خربت.

(٢) لم يبين الحكم على هذا والحكم أنه ينزل صاحب الدابة الضعيفة منزلة الواقف فيهدر صاحب الدابة القوية وعلى عاقلة دية الماشي.

(٣) في ز: بطول الماشي.

وقال أبو حنيفة: إن وقعا منكبتين، فعلى عاقلة كل واحد تمام دية الآخر، وإن وقعا مستلقين، فهما مُهدران؛ لأن انكباب كل واحد منهما ههنا يكون بفعل الآخر، والاستلقاء يكون بفعله، لا بفعل الآخر على نقيض ما سبق في الاصطدام، ولو وقع أحدهما مستلقياً، والآخر منكباً. قدّم المستلقي هدر، وعلى عاقلته جميع دية المنكب، وقياس ما حكينا عن المُزنيّ وصاحب «التلخيص» موافقته، وذكر صاحب «التهديب» فيما إذا انكب أحدهما، واستلقى الآخر؛ أنه يجب على عاقلة المستلقي نصف دية المنكب مغلظة، ويجب على عاقلة المنكب نصف دية المستلقي مخففة، وهذا إن صحَّ<sup>(١)</sup>، اقتضى أن يقال في صورة الاصطدام، إذا انكب أحدهما، واستلقى الآخر، يجب على عاقلة المستلقي نصف دية المنكب مخففة، وعلى عاقلة المنكب نصف دية المستلقي مغلظة، ثم الفرع مصور فيما إذا كان المتجاذبان مالكين للحبل أو غاصبتين، فأما إذا كان أحدهما مالكا، والآخر ظالماً<sup>(٢)</sup>، فدّم الظالم مُهدراً، وعلى عاقلته نصف دية الآخر، ولو أرخى أحد المتجاذبتين، فسقط الآخر، ومات، فنصف ديته على عاقلة المُرخي، ونصفها هدر؛ لأن سقوطه إنما يكون بالإرخاء بقوة جرّه، ولولا جرّه، لما سقط بالإرخاء، ولو قطع الحبل الذي يتجاذبانه قاطع، فسقطا، وماتا فديتهما جميعاً على عاقلة القاطع.

### «فَرَعٌ»

ما ذكرنا أنه يُهدر نصف قيمة الدابة، ويجب النصف الآخر؛ فيما إذا كانت الدابة ملكاً للراكب، فأما إذا كانت مستعارة أو مستأجرة، فلا يُهدر منها شيء؛ لأن العارية مضمونة، وكذا المستأجر إذا أتلف المستأجر.

**الثالثة:** بيّنّا حكم اصطدام البالغين العاقلين في حالتَي المشي والركوب، فأما إذا اصطدم صبيان أو مجنونان، نُظِر؛ إن كانا ماشيين، أو راكبتين، وقد ركبا بأنفسهما، فالحكم كذلك، إلا أنا إذا أوجبتا الدية، هناك مغلظة، فيبني ههنا على أن الصبي، هل له عمد، إن قلنا: نعم، فكذلك، وإلا، فتجب، مخففة وإن أركبهما من لا ولاية له عليهما، فلا يُهدر شيء من ديتهما، ولا قيمة للدابتين، ولا شيء على الصبيّين، ولا على عاقلتهما، ولكن إن كان المركب واحداً، فعليه قيمة الدابتين، وعلى عاقلته دية الصبيّين، وإن أركب هذا واحداً، وهذا آخر، فعلى كل واحد منهما نصف قيمة كل

(١) قوله «وهذا إن صح». إشارة للتوقف في إثباته وجهاً، وقد حكاها في البحر عن بعض الأصحاب ثم قال: وفيه نظر.

(٢) في ز: يطلبه.

واحد من الدابَّتين؛ لأن الذي أركبه متعدياً أتلفَ النصفين، فضمنه، وكذلك يضمن ما أتلفت الدابَّة بيدها أو رجلها، وعلى عاقلة كل واحد منهما نصف دية الصبي الذي أركبه، ودية الصبي الآخر لجنائه على نفسه، وجنائه على الآخر، هذا هو المشهور، ووراءه كلامان:

أحدهما، قال الشيخ أبو حامد: كان أبو القاسم الداركي، وأبو الحسن بن المَرْزبان يقولان: يجب على عاقلة كل واحد من المُركَّبين دية من أركبه، قال: وهذا ليس بشيء، والصواب الأول؛ لأن المُركَّب المتعدِّي يضمن الصبي الذي أركبه، وجنائه على غيره حتى لو وقع الصبي، ومات، يلزمه الضمان، ولو جئ على غيره، يضمن ذلك الغير، ولا يضمن جنابة الغير على الصبي الذي أركبه، فلا يصح القول بأنه يضمن من أركبه؛ لأن نصفه فاتَّ بجنابة الغير، والذي أطلقه من أنه لو وقع الصبي الذي أركبه، ومات، يضمنه - فيه تفصيل في «التتمة»، فإنه قال: إن كان مثله لا يستمسك على الدابَّة، ولم يسنده، وجب الضمان، وإن كان يستمسك، فإن كان ينقله من موضع إلى موضع، فلا ضمان؛ أركبه الولي أو غيره؛ لأنه لا يخاف منه الهلاك غالباً، وإن أركبه لتعلم الفروسية، فهو كما لو تلف في يد السباح، وفي كل واحد من الإطلاق والتفصيل توقف.

الثاني: قال في «الوسيط»: لو أركب الصبي متعدِّ، وتعمد الصبي، فيحتمل أن يحال الهلاك على الصبي، إذا جعلنا له عمداً؛ لأن المباشرة أولى من التسبب، لكن لما لم تكن مباشرته عدواناً؛ كصباه، أمكن أن يجعل كالتردِّي مع الحفر، والاحتمال حسن، والحكم إن قيل به كالحكم فيما لو ركبا بأنفسهما، والاعتذار عنه متكلف، ثم حقه أن يقال بمثله في الحفر، حتى لو ألقى الصبي نفسه في البئر عمداً يكون الضمان على عاقلة الحافر، والله أعلم. فهذا إذا أركبهما من لا ولاية له، وإن أركبهما وليهما لمصلحتهما، ففي الضمان وجهان:

أصحهما: المنع؛ كما لو ركبا بأنفسهما؛ إذ لا تقصير.

والثاني، ويحكى عن القائل: أنه يجب الضمان؛ لأن في الإركاب خطراً ظاهراً، فلا يرخص فيه إلا بشرط الضمان، إن لم تسلم العاقبة، هكذا أطلق حكاية الوجهين جماعةً، منهم صاحب «التهذيب»، وإبراهيم المروزي، وخصص الإمام وصاحب الكتاب الوجهين بما إذا كان الإركاب لزينة، أو لحاجة غير مهمة، فأما إذا مسَّت حاجة<sup>(١)</sup> أرهقت إلى إركابه للثقل من مكان إلى مكان، فلا خلاف في أنه لا يتعلَّق [به]

(١) في أ: الحاجة.



الضمان، ثم الوجهان في الزينة، ونحوها، على ما ذكر الإمام - مخصوصان بما إذا ظهر ظن السلامة، فأما إذا أركب الولي<sup>(١)</sup> الطفل دابة شرسة جموحة، فلا شك في أنه يتعرض لخطر الضمان. وقوله في الكتاب: «وإن أركب الولي؛ لأجل زينة لا لحاجة» فيه ما تبين أن قوله أولاً: «وإن أركبه الولي فلا حوالة عليه»، أراد به ما إذا أركبه لحاجة، وإن أطلق الكلام إطلاقاً.

قال الغزالي: فَإِنْ تَصَادَمَ حَامِلَتَانِ فِي تَرْكَةِ كُلِّ وَاحِدَةٍ أَرْبَعِ كَفَّارَاتٍ؛ لِأَنَّهُ أَهْلَكَ أَرْبَعَةَ أَنْفُسٍ وَالْكَفَّارَةَ لَا تَتَجَزَّأُ، وَقَاتِلَ نَفْسِهِ يَلْزَمُهُ الْكَفَّارَةُ عَلَى الْأَصَحِّ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ، وَعَلَى عَاقِلَةٍ كُلِّ وَاحِدَةٍ غُرَّةٌ نِصْفُهَا لِهَذَا الْجَنِينِ وَنِصْفُهَا لِآخَرِ، وَحُكْمُ الدِّيَةِ مَا سَبَقَ، فَإِنْ كَانَا عَبْدَيْنِ فَهُمَا مُهْدَرَانِ، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا عَبْدًا فَنِصْفُ قِيَمَةِ الْعَبْدِ فِي تَرْكَةِ الْحُرِّ وَنِصْفُ دِيَةِ الْحُرِّ تَتَعَلَّقُ بِتِلْكَ الْقِيَمَةِ فَإِنَّهَا بَدَلُ الرَّقْبَةِ، فَإِنْ كَانَتَا مُسْتَوْلِدَتَيْنِ وَتَسَاوَتِ الْقِيَمَتَانِ تَقَاصَّتَا، وَإِنْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا تُسَاوِي مَائَتَيْنِ وَالْأُخْرَى مِائَةً فَضَلَّ لِصَاحِبِ النَّفْسِ خَمْسُونَ بَعْدَ التَّقَاصُّ، وَإِنْ كَانَتَا حَامِلَتَيْنِ وَقِيَمَةُ كُلِّ غُرَّةٍ أَرْبَعِينَ فَصَاحِبُ النَّفْسَةِ يَسْتَحِقُّ مِائَةً وَعِشْرِينَ مِنْ جُمْلَةِ مَائَتَيْنِ وَأَرْبَعِينَ وَلَكِنْ قِيَمَةُ الْخَيْسَةِ مِائَةً، وَلَا يَجِبُ عَلَى سَيِّدِ الْمُسْتَوْلِدَةِ إِلَّا أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ فَعَلَيْهِ مِائَةٌ لَكِنَّهُ يَسْتَحِقُّ سَبْعِينَ مِنْ جُمْلَةِ مِائَةٍ وَأَرْبَعِينَ فَيُفْضَلُ عَلَيْهِ ثَلَاثُونَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: اصْطَدَامُ الْمَرَاتَيْنِ كَاصْطِدَامِ الرَّجُلَيْنِ، وَلَوْ اصْطَدَمَتْ حَامِلَانِ، فَمَاتَتَا، وَالْقِيَمَتَا الْجِنِينَتَيْنِ، فَيَجِبُ فِي تَرْكَةِ كُلِّ وَاحِدَةٍ أَرْبَعُ كَفَّارَاتٍ؛ كَفَّارَةٌ لِنَفْسِهَا، وَكَفَّارَةٌ لَجَنِينِهَا، وَثَالِثَةٌ لِصَاحِبَتِهَا، وَرَابِعَةٌ لَجَنِينِهَا؛ لِأَنَّهَا اشْتَرَكَا فِي إِهْلَاكِ أَرْبَعَةِ أَشْخَاصٍ، هَذَا إِذَا أَوْجَبْنَا الْكَفَّارَةَ عَلَى قَاتِلِ النَّفْسِ، وَقَلْنَا: الْكَفَّارَةُ لَا تَتَجَزَّأُ وَإِنْ لَمْ نَوْجِبِ الْكَفَّارَةَ عَلَى قَاتِلِ النَّفْسِ، عَادَتْ إِلَى ثَلَاثٍ، وَإِنْ قَلْنَا: بِالتَّجْزِئَةِ، عَادَتْ إِلَى ثَلَاثَةِ أَنْصَافٍ<sup>(٢)</sup>، وَيَجِبُ عَلَى عَاقِلَةٍ كُلِّ وَاحِدَةٍ نِصْفُ غُرَّةٍ لَجَنِينِهَا<sup>(٣)</sup>، وَنِصْفُ غُرَّةٍ لَجَنِينٍ لِلْأُخْرَى؛ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ، إِذَا جَنَّتْ عَلَى نَفْسِهَا، فَأَلْقَتْ جَنِينَهَا، وَجِبَتْ الْغُرَّةُ عَلَى

(١) لم يبينوا المراد بالولي بل ظاهر كلامهم أنه ولي المال، والذي يقتضيه كلام الشافعي أنه ولي الحضانة الذكر، ولهذا قال: إن حملها عليها أبوها أو وليها في النسب، ومنه يؤخذ أن المعنى لا يدخل في ذلك ولا كل الإناث ولا كل ذكر لا حق له في الحضانة. نعم ظاهر هذا السبب أن السلطان لا مدخل في ذلك فينبغي أن يحمل على أنه أراد به الولاية الخاصة وإلا فالسلطان له مدخل في الحضانة عند عدم الولي الخاص لأنه ولي من لا ولي له.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: أصناف.

عاقلتها، كما لو جَنَّتْ على حاملٍ أُخْرَى، فلا يهدر من العُرَّة شيء، وأما الدية، فتجب نصفها، ويهدر نصفها على ما مرَّ.

**الخامسة:** إذا اصطدم عَبْدَانِ، فمات أحدهما، وجب نصف قيمته متعلقاً برقبة الحي، وإن ماتا، فهما مهدران؛ لأن ضمان جناية العبد تتعلّق برقبته، فإذا فاتت الرقبة، فَاتَ محلُّ التعلّق، ولا فرق بين أن تختلف القيمتان، أو تتّفقا، وإن اصطدم حُرٌّ وَعَبْدٌ، ومات العبد، فنصفه هَدْرٌ، ويجب نصف قيمته، ويكون على الحر أو على عاقلته، فيه الخلافُ في أنّ قيمة العَبْدِ، هلْ تتحمّلها العاقلة، وإن مات الحرُّ، وجب نصف دية متعلقاً برقبة العبد، وإن ماتا معاً، فإن قلنا: قيمة العبد لا تتحمّلها العاقلة، وجب نصف قيمة العبد في تركة الحرِّ، ويتعلّق به نصف دية الحرِّ، فإنه كان يتعلّق برقبة العبد، فإذا فاتت، تعلّق ببديلها كما أن العبد الجاني الذي تعلّق الأرش برقبته إذا قيل: ينتقل التعلّق إلى قيمته، ثم إن تساوياً، قال الأئمة: يتقاصان، وليحمل ذلك على أنه يقع في صورة التقاض، ثم إنما يكون ذلك إذا اتّحد الجنس، بأن أعوزت الإبل، ورجع الواجب إلى نقد البلد، وإلا فالدية الإبل، وقيمة العبد نقد البلد، وإذا اختلف الجنس، لم تكن الصورة صورة التقاض، وإن كان نصف القيمة أكثر، فللسيد أخذ الزيادة من تركة الحرِّ، وإن كان نصف الدية أكثر، فالزيادة مهدرة؛ لأنه لا محلّ تتعلّق به، وإن قلنا: إن قيمة العبد، تتحمّلها العاقلة، فنصف قيمة العبد على عاقلة الحرِّ، ويتعلّق به نصف دية الحر، كما ذكرنا، فيأخذ السيد من العاقلة نصف القيمة، ويدفع نصف الدية إلى الورثة، إما من عين المأخوذ، أو غيره، ولا تقاص<sup>(١)</sup> ههنا؛ لأنّ المستحقّ عليه غير المستحقّ إلا أن يكون الورثة هم العاقلة، قال الإمام: والوجه أن يثبت لورثة الحرّ مطالبة العاقلة بنصف القيمة، وإن كان المَلِكُ فيه للسيد، ليتوثّقوا به، وكذلك إذا تعلّق الأرش برقبة عبْدٍ، فجاء أجنبيّ، وقتل العبد يثبت للمجنّي عليه مطالبة قاتل الجاني بالقيمة، ويثبت للمرتهن مطالبة قاتل العبد المرهون بالقيمة، ليتوثّق به، وليكن هذا مبنياً على أنه، هل للمرتهن أن يخاصم الجاني، وفيه خلاف ذكرناه في الرهن، وقلنا: إن الأصحّ أنه لا يخاصم، ويتقدير أن يخاصم، ويأخذ؛ فإما أن يصير المأخوذ ملكاً للراهن، أو لا يصير ملكاً له؛ فإن لم يصِرْ ملكاً له، فكيف يتوثّق بما ليس ملكاً للراهن، ولا أذن في التوثق المالك، وإن صار ملكاً له، ففيه جعل المرتهن نائباً عنه نيابة قهرية، وهو بعيد.

**السادسة:** إذا اصطدمت مستولدتان لشخصين<sup>(٢)</sup>، وماتتا، فنصف قيمة كلّ واحدة منهما هَدْرٌ لشركتها الأخرى في قتل نفسها، ويجب نصف قيمتها على سيّد الأخرى؛

(٢) في ز: لشخصين وماتا.

(١) في ز: يقاص.

لأن ضمان جناية المستولدة تكون على سيدها على ما سيأتي، إن شاء الله تعالى، وتبين هناك أن الذي يضمنه على الصحيح أقل الأمرين من أرش الجناية، أو قيمة المستولدة، فعلى كل واحد أقل الأمرين من قيمة مستولديته، ونصف قيمة مستولدة الآخر، فإن استوى ما يستحق كل واحد منهما، وعليه فهو من صور التقاص، ففيه أقوال التقاص، وإلا رجع مستحق الزيادة على الآخر بالزيادة.

**مثاله:** إحداهما تساوي مائتين، والأخرى مائة، فصاحب النفيسة يستحق مائة، وصاحب الخسيسة يستحق خمسين، فتذهب خمسون بخمسين، يفضل لصاحب النفيسة خمسون، ولو كانتا حاملتين، وماتتا، وأجهضتا الجنينين، فحكم القيمة ما ذكرنا، وأما ضمان الجنيتين، ففي «التممة»: أنهما إن كانتا حاملتين برقيقين فعلى سيد كل واحدة، مع نصف قيمة الأخرى نصف عشر قيمتها أيضاً، وذلك في مقابلة نصف الجنين؛ فإن الجنين الرقيق يضمن بعشر قيمة الأم، وإن كانتا حاملتين بولدين حزينين، فعلى كل واحد من السيدين مع نصف قيمة الأخرى غرة، ونصفها لجنين مستولديته، ونصفها لجنين الأخرى؛ لإهلاكهما الجنيتين؛ كما ذكرنا في الحررتين، وإن كانتا حاملتين بولدين حزينين من السيدين، وهو المراد مما أطلقه صاحب الكتاب، بل الجمهور، فنصف كل جنين هدر؛ لأن المستولدة إذا جئت على نفسها، وألقت الجنين، فهو هدر على كل واحد من السيدين نصف غرة جنين الأخرى، وتصير الصورة من صور التقاص، وإذا فضل لأحدهما شيء، أخذ تلك الزيادة.

**المثال فيهما:** قيمتهما مائتان، ومائة؛ كما مر، وقيمة الغرة أربعون، فصاحب النفيسة يستحق مائة وعشرين، لكن قيمة الخسيسة مائة، والصحيح أن سيد المستولدة، لا يضمن إلا أقل الأمرين؛ على ما أشرنا إليه، فإذا ليس له إلا مائة، وصاحب الخسيسة يستحق عليه سبعين، نصف مائة وأربعين، فسبعون من المائة تصير قصاصاً بالسبعين، يبقى على صاحب الخسيسة ثلاثون، يأخذها صاحب النفيسة منه، هذا إذا لم يكن لواحد من الجنيتين وارث سوى أبيه، وقد يفرض للجنين مع الأب وارث آخر، وهو جدة أم الأم لا غير، فإذا كان لكل واحد من الجنيتين جدة، فلكل واحد منهما سدس الغرة، نصفه على سيد بنتها، ونصفه على سيد الأخرى؛ وذلك لأن المستولدة إذا جئت على نفسها، ولها أم حرة، يعرّم السيد لها سدس الغرة؛ كما يعرّم جنابة المستولدة على الأجانب، ثم الباقي الذي يستحقه كل سيد على الآخر يقع فيه التقاص، فإن كان لأحد الجنيتين جدة دون الآخر، فعلى كل واحد من السيدين نصف سدس الغرة لها ثم سيد التي ليس لجنينها جدة يستحق نصف الغرة على الآخر، والآخر يستحق عليه نصف الغرة، إلا نصف سدسها، فيقع الربع والسدس في التقاص، ويأخذ سيد من ليس لجنينها جدة نصف سدس الغرة من الآخر.

وإن كانت إحدى المستولدتين حاملاً دون الأخرى، فألقت جنينها، فنصف العُرَّة على سيد الحامل، فإن كانت له جدَّة، فلها من ذلك النصف نصفُ سدس العُرَّة، والباقي لسيد الحامل، وعليه للجدَّة نصفُ سدس أيضاً؛ ليكمل لها سدس العُرَّة، [والله أعلم] <sup>(١)</sup>.

وقوله في الكتاب: «ففي تركة كلِّ واحدةٍ أربع كفارات» يجوز أن يُعَلِّم بالواو؛ لما بيَّنَّا من الخلاف، ويجوز ألا يُعَلِّم، ويكتفي بأنَّ وجوب الأربع بُيِّنَ على أن الكفارة لا تتجزأ، وأن قاتل النفس تلزمه كفارة، وقد تعرَّض لما فيه من الخلاف، فأشعر ذلك بالخلاف في وجوب الأربع، وأغنى عن الإعلام، وليرد قوله: «على الأصح» إلى المسألتين؛ قاتل النفس، وتجزؤ الكفارة.

وقوله: «وعلى عاقلة كلِّ واحدٍ عُرَّةٌ، نصفُها لهذا الجنين، ونصفُها للآخر» العُرَّة على ما سبَّيْن عبْدٌ أو أُمَّةٌ، وقد توهَّم اللفظة المذكورة وجوب رقيقٍ نصفه لهذا، ونصفه لذاك، ولا معنى لوجوب نصفَي رقيقٍ واحدٍ، بل له أن يسلم نصف رقيقٍ عن أحدهما، ونصف رقيقٍ عن الآخر، فكان الأولى أن يقول: نصفُ عُرَّة لهذا، ونصفُ عُرَّة لهذا.

وقوله: «في تركة الحرِّ» مُعَلِّم بالواو؛ للخلاف الذي ذكرناه في أن قيمة العبد، هل تضرب على العاقلة.

وكذا قوله: «تقاصاً»؛ للخلاف المشهور في التقاص.

وقوله: «ولا يجبُ على سيِّد المستولدة إلا أقلُّ الأمرين»؛ لخلافٍ قد أشرنا إليه، وسيأتي في موضعه، إن شاء الله تعالى.

وقوله: «ولكنه يستحقُّ سبعين»، يعني: صاحب الخسيصة، والمعنى أن السبعين تصير قصاصاً بالسبعين، فيفضل لصاحب النفيسة ثلاثون، وهذا ما أطلقه عامة الثقلَّة تفرعاً على قول التقاص، واستدرك أبو سعد المتولِّي، فقال: حصولُ التقاص في العُرَّة يبنى على أنه، هل يجوزُ الاعتياضُ عنها، والحكم في الاعتياض عنها كالحكم في الاعتياض عن إبل الدية، فإن جوزناه حصل التقاص، وإلا فما لا يجوز أن يجعل عوضاً بالتراضي، لا يصيرُ عوضاً بالشرع، والله أعلم.

قال العزالي: «وإن أضطدمت سفينتان فالملاح كالراكب والسفينة كالدابة، وعلبة الرياح كعلبة الدابة، ولو كان في كل سفينة عشرة أنفس وأموال فهما شريكان في قتل العشرين وإتلاف الأموال، وإذا قال الملاح: كان ذلك بالريح صدق مع يمينه.

(١) سقط في أ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: السابعة من مسائل الاضطدام؛ إذا اضطدَّت سفينتان، وغرقتا بما فيهما، فإما أن يحصل الاضطدام بفعلهما، أو لا يحصل<sup>(١)</sup> بفعلهما، فهما قسمان.

القسم الأول: أن يحصل الاضطدام بفعلهما، فيُنظَر؛ إن كانت السفينتان، وما فيهما مِلْك المَلَّاحِينَ المَجْرِيَيْنِ لهما، فنصفُ قيمة كل سفينة وما فيها مُهدَرٌ، ونصفُ قيمتها وقيمة ما فيها على صاحب السفينة الأخرى، لأنهما أتلفاهما، وما فيهما بالشركة، فإن هلك المَلَّاحان أيضاً، فهما كالفارسين يموتان بالاضطدام<sup>(٢)</sup>، وإن كانت السفينتان لهما، وحملا الأموال والأنفس؛ إمَّا تبرعاً، أو بأجرة، فينظر؛ إن تعمد الاضطدام بما يعده أهل الخبرة مُفضياً إلى الهلاك، تعلق بفعلهما القصاص؛ حتى إذا كان في كل سفينة عَشْرَةُ رجالٍ يُفْرَعُ بينهم لموتهم معاً، فمن خرجت له القُرْعَةُ قُتِلَ به المَلَّاحان، وفي مال كل واحد منهما نصف ديات الباقين، فيكون على كل واحد تسع ديات، ونصف، وعلى كل واحد منهما كفارات بعدد من في السفينتين من الأحرار والعبيد، وعلى كل واحد منهما نصف قيمة ما في السفينتين من الأموال لا يهدر منها شيء، ونصف قيمة السفينة الأخرى، ويهدر نصفها؛ كما تقدم، ويجري التقاص في القدر الذي يشتركان فيه، وإن تعمد الاضطدام، فكان ما تعمدانه مما لا يُفْضِي إلى الهلاك غالباً، وقد يفضي إليه، فهذا شبه عمد، والحكم كما بينا إلا أنه لا يتعلق به القصاص، وتكون الدية على العاقلة مغلظة.

وإن لم يتعمدا الاضطدام، ولكن ظناً أنهما يجريان على الريح، فأخطأ، أو لم يعلم واحد منهما أن سفينة بقرب سفينة أخرى، فتكون الدية على العاقلة مخففة.

وإن كانت السفينتان لغير المَلَّاحِينَ، وكانا أجيرين للمالكين، أو أمينين، لم يسقط شيء من ضمان السفينتين، بل على كل واحد منهما نصف قيمة كل سفينة، وكل واحد من المالكين بالخيار بين أن يأخذ جميع قيمة سفينة من أمينه، ثم هو يرجع بنصفها على أمين الآخر، وبين أن يأخذ نصفها منه، والنصف من أمين الآخر، ولو كان المُجْرِيانِ عبدَيْنِ، فالضمان الواجب يتعلق برقبتهما.

والقسم الثاني: أن يحصل الاضطدام لا بفعلهما؛ فإن وجد منهما تقصير؛ بأن توانيا في الضبط، ولم يغدلا بهما عن صوب الاضطدام، مع إمكانه، أو سيرا في ربح شديدة لا تبيير في مثلها السفن، أو لم يكملا عدتهما من الرجال والآلات، وجب

(١) سقط في ز.

(٢) لكن يتخالفان في أن الدية في الفارسين على عاقلتهما كما نص عليه في الأم وههنا تكون نصف دية كل واحد في تركة الآخر والفرق أن هذا عمد واضطدام الفارسين خطأ أو شبه عمد.

الضمان على ما ذكرنا، وإن لم يوجد منهما تقصير، وحصل الاصطدام بغلبة الرياح، وهَيَّجَانِ الْأَمْوَاجِ، فهل يجب الضمان؟ فيه قولان:

أحدهما: نعم، كالفارسيين، إذا غلبت دابَّتُهُمَا.

وأصحُّهُمَا: لا؛ لأنهما مغلوبان، لا اختيارَ لهما، فأشبه ما إذا حصل الهلاك بصاعقة من السماء، وليست غلبة الرياح كغلبة الدابة، فإن ضبط الدابة باللجام ممكن، والبحر المغتلم لا طاقة به، وفي محلِّ القولين طريقان، خصَّصهما مخصَّصون بما إذا لم يوجد من المجريين فعلٌ أصلاً؛ بأن كانت السفينة مربوطة على الشطِّ أو مرساة في موضع، وهاجت ريحٌ، وسيرتَهما، فأما إذا سيراهما، ثم غلبتِ الرياحُ، وعجزا، وجب الضمان؛ لأن ابتداء السير كان بفعلهما واختيارهما، وطردهما أبو إسحاق والإصطخري وآخرون في الحالتين، وهو الأظهر.

التفريع: إن قلنا: يجب الضمان، فهو كما لو فرطاً، ولكن لم يقصد الاصطدام، وإن قلنا بالأصح، فلا يجب ضمان الأحرار، ولا ضمان الودائع والأمانات فيهما، وكذا لا يجب ضمان الأموال المخمولة بالأجرة، إن كان مالِكُها معها، وكذا لو كان عبد المالك معها يحفظها، وإن استقل المجريان باليد، فعلى الخلاف في أن يد الأجير المشترك، هل هي يد ضمان، وإن كان فيهما عبيد، فإن كانوا أعواناً أو حفاظاً للمال، لم يجب ضمانهم، وإلا فهم كسائر الأموال، وعلى هذا القول، لو اختلف صاحب المال والملاحان؛ فقال صاحب المال: كان الاصطدام بفعلِكُما، وقال: بل بغلبة الرياح، فالقول قولُهما، مع يمينهما؛ لأن الأصل براءة ذمتَهما، ومهما كان أحد الملاحين عامداً دون الآخر، أو مفرطاً دون الآخر، خصَّ كل واحد منهما بالحكم الذي يقتضيه حاله على ما تبين، ولو صدمت السفينة المربوطة على الشطِّ سفينة، فكسرتها، فالضمان على مجرى السفينة الصادمة [والله أعلم].

وقوله في الكتاب: «فالملاح كالراكب...» إلى آخره<sup>(١)</sup>، ينطبق على ما إذا كانت السفينتان وما فيهما للملاحين، ويجوز أن يُعْلَمَ قوله: «وغلبة الرياح كغلبة الدابة» بالواو؛ لأن في غلبة الرياح قولين منصوصين، وفي غلبة الدابة طريقان:

أحدهما: أنها على قولين أيضاً.

والثاني: القطعُ بوجود الضمان، وعلى هذا فلا يكون غلبة الرياح كغلبة الدابة.

وقوله: «ولو كان في كل سفينة أنفُس...» إلى آخره، المراد ما إذا حملا في

سفينتهما الأثْنَس والأموال، وهما، والحالة هذه، شريكان إذا حَصَلَ الاصطدامُ بفعلهما، وهذا هو الذي قصدَه، وإن أطلق اللفظ، فإن حصل بغلبة الريح، ففيه الخلاف.

### «فَرَعٌ»

إذا خرق سفينة، فغرق ما فيها من نفس ومال، وجب ضمانه، ثم إن تعمَّد الخرق بما يفضي إلى الهلاك غالباً؛ كالخرق الواسع الذي لا مدْفَع له، تعلق به القصاصُ والدِّيَّة المغلظة في ماله، وإن تعمَّده بما لا يحصل به الهلاك غالباً، فهو شبه عمْد، وكذا لو قصد إصلاح السفينة، فنفذت الآلة في موضع الإصلاح، وحصل العَرَق، وإن أصابت الآلة غير موضع الإصلاح، أو سقط من يده حجر أو غيره، وانتقبت السفينة، فهو خطأ محض.

### «فَرَعٌ»

لو كانت السفينة مثقلة بتسعة أعدل، فجاء آخر، ووضع فيها عدلاً آخر متعدياً، فغرقت، فهل يضمن الأعدال التسعة؟ فيه وجهان:  
أحدهما: نعم؛ لأن الهلاك ترتب على فعله.

والثاني: لا يضمن كل الضمان؛ لأن العَرَق حصل بثقل الجميع، لا بما فعله.

والوجهان على ما حكى الإمام وغيره مبنيان على ما إذا رمى إلى صيد، فأبطل بعض امتناعه ولم يزمه، ثم رمى إليه آخر، فأزمه، ولولا رمي الأول، لما كان الثاني مزماً، فلمن الصيد؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه للثاني؛ لحصول الزمانة عقيب فعله، فعلى هذا يجب على واضع العدل كل الضمان.

والثاني: أنه لهما؛ لأن الزمانة حصلت بفعلهما معاً، قال الإمام: وهذا هو الأقيس، والأصح، وعلى هذا فلا يجب كل الضمان عليه، وكنم يجب؟ فيه وجهان<sup>(١)</sup>:  
أحدهما: نصف الضمان.

والثاني: يوزع الضمان على جميع الأعدال، ويجب حصّة ما وضعه عليه، وهذا كالخلاف فيما إذا زاد الجلاد على الحد المشروع، وهلك المحدود، ولذلك نظائر متقدمة ومتأخرة.

(١) لم يصرح الشيخ بترجيح شيء من الوجهين لكن يؤخذ الترجيح من قوله وهو كالخلاف في الجلاد إذا زاد على الحد المشروع والأصح في الجلاد التوزيع بالقسط.

قال العزالي: وَإِنْ أَشْرَفْتَ سَفِينَةً عَلَى الْغَرَقِ فَقَالَ الْخَائِفُ عَلَى نَفْسِهِ أَوْ عَلَى غَيْرِهِ: أَلْقِ مَتَاعَكَ وَعَلَيَّ ضَمَانَهُ لَزِمَهُ لِحَاجَةِ الْفِدَاءِ، وَإِنْ كَانَ مَلْقِي الْمَتَاعِ أَيْضاً مُخْتِاجاً لَزِمَهُ أَيْضاً، وَقِيلَ: يَسْقُطُ بِقَدْرِ حِصَّةِ الْمَالِكِ، وَلَوْ كَانُوا عَشْرَةَ سَقَطَ الْعُشْرُ، وَلَوْ كَانَ الْمُخْتِاجُ هُوَ الْمَالِكُ فَقَطْ فَأَلْقَى بِضَمَانِ غَيْرِهِ لَمْ يَحِلَّ لَهُ الْأَخْذُ، وَلَوْ قَالَ الْمُتَمَسِّسُ: أَلْقِ وَرُكْبَانُ السَّفِينَةِ ضَامِنُونَ ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ التَّوْزِيعَ يُصَدَّقُ مَعَ يَمِينِهِ وَلَزِمَهُ حِصَّتُهُ، وَالرَّاكِبُونَ إِنْ رَضُوا بِهِ لَزِمَهُمْ وَإِلَّا فَلَا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: صَوَّرَ الْفَصْلُ تَوَرَّدَ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ؛ لِتَعَلُّقِهَا بِحَالِ السَّفِينَةِ الَّتِي جَرَى الْكَلَامُ فِي اضْطِدَامِهَا، وَإِلَّا فَلَا اخْتِصَاصَ لَهَا بِالْبَابِ.

والمقصود أن السفينة، إذا أشرفت على الغرق، فيجوز إلقاء بغض أمتعتها في البحر، وقد يجب؛ رجاء نجاة الراكبين، إذا خفت<sup>(١)</sup>، ويجب إلقاء ما لا رُوح فيه؛ لتخليص<sup>(٢)</sup> ذي الروح، ولا يجوز إلقاء الدواب، إذا أمكن دفع الغرق بغير الحيوان، وإذا مسّت الحاجة إلى إلقاء الدواب، ألقى؛ لإبقاء الأدميين، والعبيد كالأحرار، وإذا قصر من لزمه الإلقاء، فلم يُلْقَ حَتَّى غَرَقَتِ السَّفِينَةُ، فعليه الإثم، ولا ضَمَانٌ؛ كما لو لم يُطْعَمْ صَاحِبُ الطَّعَامِ الْمَضْطَرُّ؛ [حتى هلك]، يعصي، ولا يجوز إلقاء المال في البحر من غير خوف؛ لأنه إضاعة للمال.

إذا تقرّر ذلك، فلو ألقى متاع نفسه، أو متاع غيره، بإذنه؛ رجاء السلامة، فلا ضمان على أحد.

ولو ألقى متاع غيره بغير إذنه، وجب الضمان؛ لأنه أتلف مال غيره بغير إذنه من

(١) أطلق الشيخ الجواز والوجوب.

قال في الخادم: وقضيته أنه لا يتوقف على إذن المالك والمتجه أن حالة الجواز تنقيد بإذن المالك المطلق التصرف وأن حالة الوجوب لا تنقيد بذلك، وعلى هذا لو كانت الأمتعة لصبي أو مجنون أو سفیه لم يجز إلقاؤها في محل الجواز ويجب إلقاؤها في محل الوجوب ويضمن الملقى في الحالين من ولي وأجنبي ولو خاف الولي في غير محل الوجوب على كل أمتعة محجورة ورأى أن إلقاء بعضها يسلم به باقياها فقد ذكر الرافي في باب الأوصياء عن العبادي أنه لو خاف الوصي أن يتولى غاصب على المال فله أن يؤدي شيئاً لخلاصه والله يعلم المفسد من المصلح ولو كانت الأمتعة مرهونة أو صاحبها محجوراً عليه بفلس أو لمكاتب ولم يأذن السيد فإنه لا يجوز إلقاؤها في محل الجواز ويجب في محل الوجوب ويضمن الملقى.

(٢) قال في الخادم: لا بد من تقييد ذي الروح بكونه محترماً فلو كان حربياً أو مرتدّاً أو زانياً محضاً أو من يجوز قتله في قطع الطريق لم يجز إلقاء المال المحترم لتجارته بل الكلب العقور والحربي لا يلقى من أجلهما ما لا روح فيه وأصله كلام الأذري.



غير أن يلجئه إلى الإلتلاف، فصار كما إذا أكل المضطر طعام الغير، وليس كما إذا صالَتْ عليه<sup>(١)</sup> بهيمة، فأتلفتها؛ دفعاً، وعن مالك: لا ضمان على المُلقِي، وذكر الإمام اعتراضاً فيما [إذا]<sup>(٢)</sup> خَلَصَ عن الغرق بإلقاء متاع نفسه، فقال: سيأتي ذكْرُ وجهين في أن صاحب الطعام، إذا أَطْعَمَ المضطرَّ قهراً، هل يرجع عليه بقيمة الطعام، فهلاً كان الحكم فيما إذا ألقى متاعه كذلك، وأجاب عنه بأن مُلْقِي المتاع، إن كان شمله الخَوْفُ؛ بأن كان من رُكَّاب السفينة المُشْرِفة على العَرَق، فهو سَاع في تَخْلِيص نفسه، مُؤدِّ واجباً عليه، فيبعد أن يرجع على غيره بخلاف صاحب الطَّعام مع المضطرَّ، وإن كان على الشُّطِّ، أو في زُرُوقٍ، ولا خَوْف عليه، فالفرق أن المُطْعِم مَخْلُصٌ لا محالة، دافع للثَّلَفِ الذي يفضي إليه الجوع، ومُلْقِي المتاع غَيْر دافعٍ لِخَطَرِ العَرَق، لا محالة. وعن «المنهاج» للجويني إجراء الوجهين فيما إذا ألقى المتاع، ولا خوف عليه، ولو قال لغيره: «ألقى متاعك في البحر، وَعَلَيَّ ضمانه، أو عَلَيَّ أَنِّي ضامنٌ، أو عَلَيَّ أَنِّي أَضْمَنُ قيمته»، فعلى الملتَمِسِ<sup>(٣)</sup> الضمان، وفي شرح «مختصر الجويني» عن بعض الأصحاب؛ أنه لا يلزمه شيء؛ لأنه ضمان ما لم يجب، وهذا يشتهر<sup>(٤)</sup> بأبي نُور، لكن الشارح لم يروه، فإنه قال: وقال أبو نُور وبعض أصحابنا: لا يضمن، ووجه ظاهر المذهب أنه التماس إلتلاف بعوض له فيه غرض صحيح؛ فصار كما لو قال: أعتق عبدك علي كذا، فأعتق، قال الأصحاب: وليس هذا على حقيقة الضمان، وإن سُمِّي به لكنه بذل مالٍ للتخليص عن الهلاك، فهو كما لو قال: أطلق هذا الأسير، ولك علي كذا، فأطلقه، يجب الضمان، وبنى القاضي الحسين عليه؛ أنه لو قال لمن له القصاص: أغف، ولك كذا، أو قال لغيره: أطعم هذا الجائع، ولك علي كذا، فأجاب؛ يستحق ما سمي، ولو اقتصر على قوله: ألقه في البحر، ولم يقل: وَعَلَيَّ ضمانه، فمنهم من جعل

(١) في ز: بهيمة.

(٢) سقط في ز.

(٣) قال في الخادم: كذا اقتصر على قوله أو على أنني ضامن ولا بد فيه من رابط بأن يقول ضامنه أو ضامن له ولا بد أيضاً من الإشارة إلى ما يلقيه كقوله هذا وأن يكون متاعه معلوماً للقاتل فإن لم يكن معلوماً للقاتل ولكن ألقاه بحضرتة ضمنه بخلاف ما لو كان في غيبته وقوله فألقاه أي هو أو ما دونه احتراز عما إذا ألقاه غيره بغير إذنه فلا ضمان على المستدعي وكذا لو دفعته الريح.

قال - أعني صاحب الخادم، وأطلق الضمان ولم يبين هل هو القيمة مطلقاً ولو كان مثلياً أو يفرق بين المثلى والمتقوم لكن تصريحه بقوله حكى إلى ضامن قيمته تقتضي أنه يضمن بالقيمة وكذلك ما حكاه عن البغوي من اعتبار قيمة الملقى لكن قال القاضي الحسين في باب السلم من تعليقه أنه يرجع عليه بمثله إن كان مثلياً وإن كان متقوماً فعلى وجهين.

أحدهما المثل والثاني القيمة كالوجهين فيما يجب على المعرض من رده من ذوات القيم.

(٤) في ز: يشهر.

وجوب الضمان على الخلاف؛ فيما إذا قال: أَدَّ دَيْنِي، فأذاه، هل يرجع عليه، وقطع الأكترون بالمنع، وفرقوا بينه وبين أداء الدين؛ بأن أداء الدين<sup>(١)</sup> منفعة لا محالة، وإلقاء المتاع قد يُفْضِي إلى النجاة، وقد لا يفضي إليها، قال في «التهذيب»: وتعتبر قيمة المُلقَى بما قبل هَيَجَانِ الأمواج؛ فإنه لا قيمة للمال في تلك الحالة، ولا يجعل قيمة المال في البحر، وهو على خطر الهلاك كقيمته في البر، ثم الضمان إنما يجب على الملتمس بشرطين:

أحدهما: أن يكون الالتماس عند خوف العرق، فأما في غير حال الخوف، فلا يقتضي الالتماس الضمان، سواء قال: عَلَيَّ أَنِّي ضَامِنٌ، أو لم يقل؛ كما لو قال: أَهْدِمِ دَارَكَ، ففعل.

والثاني: ألا يختص فائدة الإلقاء بصاحب المتاع<sup>(٢)</sup>.

واعلم أن فائدة التلخيص بإلقاء المتاع تفرض على وجوه:

أحدها: أن تختص بصاحب المتاع، فإذا كان في السفينة المشرفة<sup>(٣)</sup> راكب ومتاعه، فقال له غيره من الشط، أو من زورق بقربها: «أَلْقِ مَتَاعَكَ فِي الْبَحْرِ، وَعَلَيَّ ضَمَانَهُ» فألقى، لم يجب الضمان، ولم يحل له الأخذ؛ لأنه فعل ما هو واجب عليه؛ لغرض نفسه، فلا يستحق به عوضاً؛ كما لو قال للمضطر: «كُلْ طَعَامَكَ، وَأَنَا ضَامِنٌ» فأكل، فلا يرجع على الملتمس بشيء.

والثاني: أن يختص بالملتمس بأن أشرفت سفينة على العرق، وفيها متاع لغيره، وهو خارج منها، فقال له: أَلْقِ مَتَاعَكَ فِي الْبَحْرِ، وَعَلَيَّ ضَمَانَهُ، فيجب الضمان، إذا ألقى على ما ذكرنا، ولا فرق بين أن تحصل السلامة أو لا تحصل؛ حتى إذا هلك الملتمس، يكون الضمان في تركته.

والثالث: أن تختص بغيرهما؛ بأن كان الملتمس، وصاحب المتاع خارجين من السفينة، وفيهما جماعة مشرفون على العرق، فيجب الضمان على الملتمس أيضاً؛ لأن تخليص من فيها غرض صحيح، وإذا جاز بذل المال في خلع الأجنبي لدفع سلطنة الزوج، فلأن يجوز التخليص من الهلاك، كان أولى.

والرابع: إذا رجعت فائدة التخليص إلى مُلقِي المتاع وغيره، والملتمس خارج من السفينة، ففيما يجب الضمان وجهان:

(١) في أ: دينه ينفعه.

(٢) اعلم أن هذا الشرط ذكره المراوزة كالقفال والقاضي الحسين ومن تبعهما ولم يذكره العراقيون وليس متفقاً عليه أيضاً.

(٣) في ز: المترفه.

أصحهما: أنه يجبُ جميع الضمان؛ لأن فيه تخلص غير مالك المتاع، وهو يلقي بقصد الالتزام.

والثاني، وبه قال القاضي الحسين: أنه يقسط المال المُلقى على مالكة، وعلى سائر من فيها، فيسقط قسطُ المالك، ويجب الباقي، فلو كان معه واحد، وجب نصف الضمان، ولو كان معه اثنان، يجب ثلثاه، ولو كانوا عشرة، وجب تسعة أعشاره، وسقط العشر، وعلى هذا.

والخامس: إذا كان في الإلقاء تخلص الملتمس وغيره بأن التمس بعض<sup>(١)</sup> الركبان من بعض، فيجب الضمان على الملتمس؛ لأن له غرضاً<sup>(٢)</sup> في تخلصه، وتخلص غيره؛ قال الإمام: ويجيء الوجهان في أنه، هل تسقط حصّة المالك، ويجيان أيضاً فيما إذا كان الملتمس خارج السفينة؛ ومُلقي المتاع من الركبان.

ومن مسائل الفضل، لو قال: «ألقي متاعك في البحر، وأنا وركبان السفينة ضامنون، كل واحد منا على الكمال»، أو قال: «علّيّ أني ضامن» فكل واحد منهم ضامن، فعليه ضمان الجميع، ولو قال: «أنا وهم ضامنون؛ كل واحد منا ما يخصه»، لزمه بالحصّة، وبمثله أجيب فيما إذا قال: «أنا وهم ضامنون»، واقتصر عليه، ولو قال: «أنا ضامن وركبان السفينة، أو علّيّ أن أضمنه وركبان السفينة»، أو قال: «وأنا ضامن، وهم ضامنون» ففيه وجهان:

أظهرهما: أنه يلزمه جميع الضمان؛ لأنه قال أولاً: «أنا ضامن»؛ ولهذا لو اقتصر عليه، لزمه<sup>(٣)</sup> الجميع.

والثاني، وينسب إلى اختيار المزني: أنه لا يلزمه إلا ما يخصه؛ لاحتمال اللفظ، ثم قوله: «وهم ضامنون» إما للجميع أو للحصّة، إن قصد به الإخبار عن ضمان سبق منهم، واعترفوا به، توجهت المطالبة<sup>(٤)</sup> عليهم، وإن أنكروا، فهم المصدّقون، وإن قال: أردت إنشاء الضمان عنهم، فعن بعض الأصحاب؛ أنهم إن رضوا به، ثبت المال عليهم أيضاً، والظاهر خلافه؛ لأن العقود لا تُوقَف على أضل الشافعي - رضي الله عنه -، وهذا ما ارتضاه القاضي الحسين، والإمام، وقرب في «الوسيط» الأول، وقال: يلزمهم المال، وإن كئنا لا نقول بوقف العقود؛ فإن هذا مبني على المسامحة للحاجة، ولو قال: أنا وهم ضمّاء، وضمّنت عنهم؛ بإذنهم، فيطالب هو بالجميع؛ بقوله، وإذا أنكروا الإذن، فهم المصدّقون؛ حتى لا يرجع عليهم، ولو قال: أنا وهم ضمّنا، وأصححه من مالهم، فقد

(١) في ز: أخص.

(٢) في ز: غرض.

(٣) في ز: يلزمه.

(٤) في ز: الطلبة.

قال الأئمة، سَيِّمًا الْعِرَاقِيُّونَ: إِنَّهُ يَطَالِبُ بِالْجَمِيعِ أَيْضًا، وَكَذَا لَوْ قَالَ: وَأَنَا أَخْلَصُهُ مِنْ مَالِهِمْ؛ كَمَا لَوْ قَالَ: أَخْلَعُهَا عَلَى الْآلِفِ، أَصْحَحُهَا لَكَ مِنْ مَالِهَا، أَوْ أَضْمَنُهَا مِنْ مَالِهَا، تَلْزِمُهُ الْآلِفُ.

ولو قال أَلْتَقِ مَتَاعًا فِي الْبَحْرِ عَلَيَّ أَنِّي وَهُمْ ضَمَنَاءُ، وَأُذِنَ فِيهِ، فَالْقَاهُ، فَالْوَاجِبُ بِالْحِصَّةِ أَوْ بِالْجَمِيعِ؛ لِأَنَّهُ بَاشَرَ الْإِتْلَافَ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَيَحْكِي الثَّانِي عَنِ الْقَاضِي أَبِي حَامِدٍ.

ولو قال: أَلْتَقِ مَتَاعَكَ، وَعَلَيَّ نَصْفِ الضَّمَانِ، وَعَلَى فُلَانٍ الثَّلَاثُ، وَعَلَى فُلَانٍ السُّدُسُ، لَزِمَهُ النِّصْفُ.

ونختم هذه الصورة بكلامتين:

أحدهما: قال في «المختصر»: فَإِنْ قَالَ أَحَدُهُمْ لِصَاحِبِهِ: أَلْتَقِ مَتَاعَكَ فِي الْبَحْرِ، وَعَلَيَّ أَنْ أَضْمَنَ لَكَ رُكْبَانَ السَّفِينَةِ، ضَمَنَهُ دُونَهُمْ، إِلَّا أَنْ يَتَطَوَّعُوا، وَاعْتَرَضَ الْمُزْنِي عَلَيْهِ، وَقَالَ: يَنْبَغِي أَنْ يَضْمَنَ حِصَّتَهُ، وَتَكَلَّمُوا فِي أَنَّهُ أَرَادَ ضَمَانَ الْجَمِيعِ؛ كَمَا تَوَهَّمَهُ الْمُزْنِيُّ، أَوْ ضَمَانَ الْحِصَّةِ، وَأَنَّهُ إِنْ أَرَادَ ضَمَانَ الْجَمِيعِ، فَمَا الصُّورَةُ<sup>(١)</sup> الَّتِي أَرَادَهَا، وَالْفِقْهُ مَا بَيَّنَّاهُ.

وَالثَّانِي: إِنْ كَانَ الْمَالُ فِي الصُّورِ الْمَفْرُوضَةِ لغير الملتمس، فَالْحَكْمُ مَا ذَكَرْنَاهُ، وَإِنْ كَانَ لِبَعْضِهِمْ<sup>(٢)</sup>، وَالتَّمَسُّ مِنْهُ الْإِقَاوَةَ عَادَ النَّظَرُ فِي أَنَّ مُلْقِيَ الْمَتَاعِ، إِذَا كَانَ مُحْتَاجًا إِلَى الْإِلْقَاءِ، هَلْ يَسْقُطُ قَسْطُهُ مِنَ الضَّمَانِ؟

وقوله في الكتاب: «ولو قال الملتمس: أَلْتَقِ، وَأَنَا وَرُكْبَانُ السَّفِينَةِ ضَامِنُونَ، ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ التَّوْزِيعَ، صُدِّقَ مَعِ يَمِينِهِ، وَلَزِمَتْهُ حِصَّتُهُ» قَدْ يَشْعُرُ<sup>(٣)</sup> بِالْحَمْلِ عَلَى انْفِرَادِ كُلِّ وَاحِدٍ بِالضَّمَانِ، وَالصَّرْفُ عَنْهُ بِقَوْلِهِ: «أَرَدْتُ التَّوْزِيعَ»، وَلَفْظُ النِّهَايَةِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ؛ أَنَّ هَذَا لَا يَحْمَلُ عَلَى انْفِرَادِ هَذَا الشَّخْصِ بِالضَّمَانِ إِلَّا أَنْ يَقُولَ: أَرَدْتُ ذَلِكَ، فَيُؤَاخَذُ بِمَوْجِبِ إِرَادَتِهِ، وَهَذَا يَقْتَضِي الْحَمْلَ عَلَى التَّوْزِيعِ، وَإِنْ لَمْ يَقُلْ: أَرَدْتُه، فَإِنْ فَرض نِزَاعٌ، فَحَيْثُذُ يَحْلِفُ.

وقوله: «وَالرُّكْبَانُ إِنْ رَضُوا بِهِ، لَزِمَهُمْ، وَإِلَّا فَلَا»، إِنْ كَانَ الْمَرَادُ أَنَّهُمْ صَدَّقُوهُ فِي إِخْبَارِهِ عَنِ ضَمَانِ سَبَقَ مِنْهُمْ، فَهُوَ ظَاهِرٌ، وَيَشْبَهُ أَنْ يَكُونَ الْمَرَادُ مَا حَكَيْنَاهُ عَنِ «الْوَسِيطِ» وَحَيْثُذُ، فَلْيَعْلَمُ قَوْلُهُ: «لَزِمَهُمْ» بِالْوَاوِ.

(٢) في ز: بعضهم.

(١) في أ: الحصة.

(٣) في ز: شعر.

## «فُرُوعٌ»

لو قال لصاحب المتاع: «أَلْقِ مَتَاعَكَ، وَعَلَيَّ ضَمَانُهُ» فقال: نعم، فله أن يُلقِي، وعليه الضمان، إذا ألقى.

ولو قال الآخر: «أَلْقِ مَتَاعَ فُلَانٍ، وَعَلَيَّ ضَمَانُهُ، إِنْ طَالَكَ»، فآلقاه، فالضَّمَانُ عَلَى الْمُلقِي دون الأَمِير، وحكى الإمام أَنَّ المتاع المُلقَى لا يخرج عن ملك مالِكِهِ؛ حتى لو لفظه البحرُ على الساحل، وانفق الظَّفَرُ به، فهو لمالِكه، ويستردُّ الضامنُ المبدول، وهل للمالك أن يمسك ما أخذ ويردُّ بدله فيه خلافاً؛ كالاخلاف في أن العَيْن المستقرضة، إذا كانت باقيةً عند المقرض، هل له إمساكه، وغرامه مثله<sup>(١)</sup> أو قيمته.

قال الغزالي: وَلَوْ رَجَعَ حَجَرُ الْمَنَجْنِيقِ عَلَى الرُّمَاءِ وَكَانُوا عَشْرَةَ فَيَهْدُرُ مِنْ دَمِ كُلِّ وَاحِدٍ عَشْرَةَ، فَإِنْ أَصَابَ غَيْرَهُمْ فَالْدِيَّةُ عَلَى عَاقِلَتِهِمْ إِلَّا إِذَا قَصَدُوا شَخْصاً وَقَدَرُوا عَلَى إِصَابَتِهِ فَهُوَ عَمْدٌ، وَإِنْ قَدَرُوا عَلَى إِصَابَةِ وَاحِدٍ مِنَ الْجَمْعِ لَا بِعَيْنِهِ فَهُوَ خَطَأٌ فِي حَقِّ ذَلِكَ الْوَاحِدِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا عَادَ حَجَرُ الْمَنَجْنِيقِ عَلَى الرَّامِينَ، فَقَتَلَ وَاحِداً مِنْهُمْ، فَقَدِمَتِ ذَلِكَ الْوَاحِدُ بِفَعْلِهِ وَفَعَلَ شِرْكَائِهِ؛ كَمَا فِي صُورِ الْإِصْطِدَامِ، [فَإِنْ كَانُوا عَشْرَةَ]<sup>(٢)</sup> فَيَهْدُرُ عَشْرَ دِيَّتِهِ، [وَعَلَى عَاقِلَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْبَاقِينَ عَشْرُ دِيَّتِهِ]<sup>(٣)</sup>، وَلَوْ قَتَلَ اثْنَيْنِ فَصَاعِداً،

(١) فيه خلاف كالخلاف في العين المقترضة إذا كانت باقية هل للمقترض تملكها ويرد بدلها. قال الشيخ البليغيني، ما ذكره المصنف عن الإمام يخالفه قضية كلام الماوردي فإنه ذكر في كتاب الأيمان في الكلام على إعتاق العبد عن الأمر هل ملكه أو جرى عليه حكم الملك؟

قال الماوردي: ومثل هذين الوجهين في التكفير إذا قال ألقى متاعك في البحر وعلى قيمته هل يصير مالكا قبل إلقائه أم لا؟ على هذين الوجهين يعني في صورة الاعتاق بالإذن أحدهما أنا نعلم بعد إلقائه أنه قد كان مالكا قبل إلقائه. والوجه الثاني: أنه لا يصير مالكا وإنما يجري عليه حكم الملك لأنه قبل الإلقاء لم يملكه وبعد الإلقاء لا يصح أن يملكه هذا كلام الماوردي وظاهره أن الضامن لملك على وجه يجري عليه حكم المالك على وجه.

وقضية هذا أن الذي يلفظه البحر ملك على الوجهين وهذا غريب. انتهى قال في الخادم: الذي قاله الإمام قوي فإن صاحب المتاع إنما يجب عليه إزالة يده بالإلقاء لإخراجه عن ملكه والمال المبدول له في مقابلة ذلك فهو يشبه المخلع من جهة أن فيه إزالة يده ويفارقه من بقاء ملكه عليه، وفي وجوب الإلقاء فإن الزوج لا يجب عليه إلا إزالة الشقاق فقط دون إبانة المرأة إلى آخر ما ذكره وفي بعض ما ذكر نظر.

(٢) سقط في ز.

(٣) قال في القوت: قال في البيان: إنما تجب الدية على من مد منهم الحبال ورمى بالحجر فأما من أمسك خشبة المنجنيق إن احتاج إلى ذلك ووضع الحجر في أكلفه ثم تحامى فلا شيء عليه لأنه متسبب والمباشرة غيره فتعلق الحكم بالمباشرة وكذا ذكر نحوه البغوي وغيره.

فكذلك، ولو قتل العشرة، حين عاد، أهدر العشر من دم كل واحد، ووجب على عاقلة كل واحد من الباقيين عشر الدية، ولو أصاب الحَجْرَ غيرهم، نُظِرَ؛ إن لم يقصدوا واحداً، أو أصاب غَيْرَ مَنْ قصدوا، كما إذا عاد الحَجْرُ وقتل بعض النظار، فهذا خطأ يوجب الدية المخففة على العاقل، وإن قصدوا شخصاً أو جماعة بأعيانهم، فالذي أورده العراقيون؛ أنه شبه عمد، إذا أصاب الحَجْرَ من قصده؛ لأنه لا يمكن أن يُقصد بالمنجنيق شخص معين، أو جماعة معينون، فتجب الدية على عواقلهم مغلطة، وقال<sup>(١)</sup> آخرون: إن كان الغالب أنه يصيب مَنْ قصد، فهو عمد يتعلّق به القصاص أو الدية المغلطة في أموالهم، وهذا ما أورده الصيدلاني، والإمام، والمتولي، وصاحب الكتاب، ورجحه صاحب «التهذيب»، والقاضي الرؤياني، وأقاما الكلاّمين وجهين، ويشبه أن يقال: الخلاف راجع إلى أنه، هل يتصور تحقيق هذا القصد في المنجنيق، فإن تصور، فما ينبغي أن يفرّق بينه وبين سائر الآلات المهلكة.

وقوله في الكتاب: «وقدروا على إصابته» فيه إشارة إلى أن تحقيق القصد في هذه الآلة؛ كالمستبعد، لكن لو تأتّى لهم ذلك؛ لحَدَقِهِمْ، كانوا متعمدين، ويجوز أن يغلم قوله: «فهو عمد» بالواو؛ لما ذكرنا، وإن قصدوا واحداً أو جماعة، والغالب أنه لا يصيب من قصده، فهو شبه عمد، والعلم بأنه يصيب واحداً منهم، لا بعينه أو جماعة من القوم لا بأعيانهم لا يتحقّق العمد به، ولا يوجب القصاص؛ لأن العمد يعتمد قصد عين الشخص، ولهذا لو قال: اقتل أحد هؤلاء، ولأقتلتك، فقتل أحدهم لا يجب القصاص على المُكْرِه، لأنه لم يقصد عين أحدهم، ثم الذي أورده صاحب الكتاب؛ أنه يكون ما جرى خطأ في حق ذلك الواحد؛ لذلك ذكره ههنا، وفي «الوسيط»، وعده صاحب «التهذيب» شبه عمد يجب به الدية المغلطة على العاقلة، وهذا هو الوجه إذا قصدوا واحداً أو جماعة لا بأعيانهم، وكذا لو رمى سهماً<sup>(٢)</sup> إلى جماعة، ولم يعين واحداً<sup>(٣)</sup> منهم، ثم استدرك الإمام، فقال: الذي ذكرنا أنه لا يجب القصاص مفروض فيما إذا قصد الرامي إصابة واحد لا بعينه أو جماعة مخصوصين، فأصاب الحَجْرَ واحداً أو جماعة لا غير، فأما إذا كان القوم محصورين في موضع، وكان الحاذق على علم بأنه إذا سدّد الحَجْرَ عليهم أتى على جميعهم، وحقق قصده، وأتى عليهم، فالذي أراه

(١) في ز: فقال.

(٢) في ز: بهما.

(٣) قال الشيخ البلقيني وغيره: قد ذكر المصنف قبيل باب الديات أنه لو رمى إلى شخصين أو جماعة وقصد إصابة أي واحد منهم كان فأصاب واحداً ففي القصاص وجهان. قال النووي من زيادته: الأصح وجوبه وما زاده غير معتمد والأصح أنه لا يجب القصاص. انتهى.  
والحاصل أن ما ذكره الشيخ المصنف هو المعتمد، وقد قدمت التنبيه على ذلك في أول الجنايات.

وجوبُ القصاصِ، وهو كما لو قال المُكْرَهُ: «اقْتُلْ هَؤُلَاءِ» فقتلَهُمْ، يجبُ القصاصُ على المُكْرَهُ، ولا أثر لاختيار المُكْرَهُ في التقديم والتأخير، [والله أعلم].

قال العزالي: وَلَوْ جَرَحَ مُرْتَدًّا فَأَسْلَمَ ثُمَّ عَادَ الْجَارِحُ مَعَ ثَلَاثَةِ فَجْرَحُوهُ فَالْجَنَائَةُ أَرْبَعَةٌ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ رُبْعُ الدِّيَةِ وَالْجَانِي فِي الْحَالَتَيْنِ لَزِمَهُ الرُّبْعُ بِجِرَاحَتَيْنِ إِحْدَاهُمَا مُهْدَرَةٌ فَيَعُودُ حِصَّتُهُ إِلَى الثَّمَنِ، وَقِيلَ: يُورَعُ عَلَى الْجِرَاحَاتِ وَيُقَالُ: الْجِرَاحَاتُ خُمُسٌ فَيَسْقُطُ الخُمُسُ وَيَبْقَى عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الأَرْبَعَةِ خُمُسُ الدِّيَةِ، وَلَوْ قَطَعَ يَدَ العَبْدِ الجَانِي فَجَنَى بَعْدَهُ ثُمَّ مَاتَ فَأَرِشَ اليَدَ يَخْتَصُّ بِهِ المَجْنِي عَلَيْهِ أَوَّلًا وَالبَاقِي يُشَارِكُهُ فِيهِ المَجْنِي عَلَيْهِ ثَانِيًا لِأَنَّهُ مَاتَ بَعْدَ الجِنَايَتَيْنِ وَقَطَعَ بَعْدَ إِحْدَى الجِنَايَتَيْنِ وَإِنْ فَضَلَ مِنْ أَرِشِ الأَوَّلَى فَالْفَاضِلُ مِنْ أَرِشِ الطَّرْفِ لِلسَّيِّدِ وَقيَمَةُ النَّفْسِ لِلْمَجْنِي عَلَيْهِ ثَانِيًا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِي الفَضْلِ مَسْأَلَتَانِ مِنْ مَوْلِدَاتِ ابْنِ الحَدَّادِ:

إحداهما: لو جرح مرتدًا بقطع يده أو بجراحة أخرى، فأسلم المرتد، ثم عاد الجاني، وجرحه جراحة أخرى، وجرحه ثلاثة آخرون، فمات نُظِرَ؟ إن وقعت الجراحات الأربع بعد اندمال الأولى، فعليهم الدية أربعاً، وإن وقعت قبل اندمالها، ومات من الجراحات الخمس، ففيما يجب عليهم وجهان:

أظهرهما: وبه قال ابن الحداد: أنه ينظر إلى عدد الجارحين، وهم أربعة، فيخص<sup>(١)</sup> كل واحد منهم رُبْعِ الدية ولكن يعود ما على الجارح في الحالتين إلى الثمن؛ لأن الجراحة في حالة الردة مُهْدَرَةٌ.

والثاني: أنه ينظر في الجراحات، وهي خمس، فيسقط خمس الدية؛ لوقوع إحداهما<sup>(٢)</sup> في حال الإهدار، ويجب على كل واحد منهم الخُمُسُ، لأن الجراحتين من الواحد في حالتي العضة والإهدار؛ كالجراحتين من شخصين<sup>(٣)</sup>.

ولو جرحه خمسة، أحدهم في الردة، والباقون بعد الإسلام، سقط خُمُسُ الدية، وكان على كل واحد من الأربعة الخُمُسُ، فكذلك ههنا؛ ويدل عليه أنه إذا حصل الموت بالجراحة في الردة، والجراحة في الإسلام، نقصت جراحة الردة حصّة جراحة الإسلام، سواء صدرت الجراحتان من واحد، أو من اثنين؛ ألا ترى أنه لو جرح الشخص في رده، ثم جرح بعد الإسلام، ومات من الجراحتين، يكون حصّة جراحة الإسلام نصف الدية، سواء كان الجزع الثاني صادراً من الجارح الأول أو من غيره، فإذا

(٢) في ز: إحداهما.

(١) في ز: فيخص.

(٣) في ز: شخص.

كان كذلك، لم يجوز أن تؤثر جراحة الردة في حق الجراح في الحالتين دون غيره، ومن قال بالأول قال: الجرحان، إذا صدر من واحد، وله شريك آخر، كانا في حقه، كالجرح الواحد؛ حتى لو جرح اثنان، أحدهما جراحتين، والآخر جراحة واحدة، تكون الدية بينهما نصفين، كما لو جرح كل واحد منهما جراحة واحدة، وإذا كان كذلك، جاز أن يضم جرحه في الردة [مضمونا]<sup>(١)</sup> إلى جرحه في الإسلام، ولا يضم إلى جرح غيره.

ولو جنى عليه ثلاثة في الردة، وعادوا وجرحوه مع رابع بعد الإسلام، ومات من الجراحات، فعلى ما ذكره ابن الحداد توزع الدية على الجارحين الأربعة، وقد جرح ثلاثة منهم جراحتين؛ إحداهما<sup>(٢)</sup>: في الردة، فيعود ما على كل واحد منهم إلى الثمن، ويبقى على الرابع الربع، وعلى الوجه الآخر الجراحات سبع؛ ثلاث منها في حال الإهدار، فيسقط ثلاثة أسباع الدية، ويجب على كل واحد سبعا.

ولو جرحه في الردة أربعة، وعاد أحدهم، وجرحه مع ثلاثة بعد الإسلام، فعلى ما ذكره ابن الحداد؛ الجارحون سبعة حصّة كل واحد منهم السبع؛ فعلى كل واحد من الذين لم يجرحوا إلا في الإسلام السبع، ولا شيء على الذين لم يجرحوا إلا في الردة، وعلى الجراح في الحالتين نصف السبع، وعلى الوجه الثاني؛ مات من ثمان جراحات؛ أربع منها وقعت في حال الإهدار، وأربع في حال الضمان؛ فعلى كل واحد من الأربعة الجارحين في الإسلام ثمن الدية، ولو جرحه في الردة أربعة، ثم عاد أحدهم، وجرحه بعد الإسلام منفرداً، ومات منها؛ فعلى الأول الجارحون أربعة، ثلاثة منهم لم يجرحوا إلا في الردة، فلا شيء عليهم، وواحد جرح في الحالتين، وحصته ربع الدية، فيوزع على جراحته، ويجب نصفه، وهو الثمن، وعلى الوجه الآخر عليه خمس الدية، ويسقط أربعة أخماسها توزيعاً على الجراحات.

ولو جرحه ثلاثة في الردة، وجرحه بعد الإسلام أحدهم؛ فعلى الأول حصّة الجراح في الحالتين ثلث الدية؛ يتوزع على جراحته، فيلزمه سدس الدية، ولا شيء على الآخرين، وعلى الوجه الآخر؛ عليه [ربع]<sup>(٣)</sup> الدية توزيعاً على الجراحات الأربعة، وهذه الصور قد أوردتها ابن الحداد بأسرها، وعلى قياستها، قال الشيخ أبو علي: لو جرحه اثنان في الردة، وعاد بعد الإسلام أحدهما، وجرحه مع ثالث، فعلى ما قال ابن الحداد: الجارحون ثلاثة، وحصّة كل واحد منهم ثلث الدية، لكن أحدهم لم يجرح إلا في الردة، فلا يلزمه شيء، والثاني جرح في الحالتين، فيلزمه حصّة جراحة الإسلام،

(٢) في ز: إحداهما.

(١) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.



وهي السُدُس، والثالث لم يَجْرَحُ إلا في الإسلام؛ فيلزمه الثلث، وعلى الوجه الآخر يجب على كل واحد من الجارحين في الحاليتين والجراح في الإسلام رُبع الدية، ويُهدَر نصفها.

ولو عادَ الجارحانِ في الرُدَّة، وجَرَحَاهُ بَعْدَ الإِسْلَام، فعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا رُبْعُ الدية؛ باتِّفَاقِ الرَّجْهَيْنِ، وَعَلَى قِيَّاسِهَا، لَوْ جَرَحَ وَاحِدٌ فِي الرُدَّة، وَعَادَ مَعَ اثْنَيْنِ، فَجَرَحُوهُ بَعْدَ الإِسْلَام، فعَلَى مَا قَالَ ابْنُ الحَدَّادِ عَلَى الجَارِحِ فِي الحَالَتَيْنِ السُدُسُ، وَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الآخَرِينَ الثُلُثُ، وَعَلَى الوَجهِ الآخَرِ؛ الجَرَاحَاتُ أَرْبَعٌ، فيسَقُطُ رِيعُ الدية، وَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمُ الرِيعُ.

ولو جرحه ثلاثة في الرُدَّة، وعادوا، فجرحوه بعد الإسلام، فعلى كل واحد منهم سدس الدية؛ باتِّفَاقِ الرَّجْهَيْنِ، وهكذَا يَلْتَقِي الوَجهَانِ، إِذَا لَمْ يَخْتَلِفْ عَدَدُ الجَرَاحَاتِ فِي الإِسْلَامِ وَالرُدَّة، وَلَا عَدَدُ الجَارِحِينَ.

المسألة الثانية: إِذَا جَنَى العَبْدُ عَلَى حُرٍّ بِإِيضَاحٍ، أَوْ قَطَعَ يَدَهُ، أَوْ أَصْبَعَ، أَوْ غَيْرَهُمَا، ثُمَّ جَاءَ حُرٌّ، وَقَطَعَ يَدَ العَبْدِ، ثُمَّ جَنَى العَبْدُ عَلَى حُرٍّ آخَرَ، وَمَاتَ العَبْدُ مِنَ القَطْعِ، وَمَاتَ الحُرُّانِ مِنَ الجَنَائِطَيْنِ، أَوْ لَمْ يَمُوتَا، فَالوَاجِبُ عَلَى الَّذِي جَنَى عَلَى العَبْدِ كَمَالُ قِيَمَتِهِ، وَحِصَّةُ اليَدِ مِنْهَا يَخْتَصُّ بِهَا المَجْنِيُّ عَلَيْهِ الأَوَّلُ، وَيَتَضَارِبَانِ فِي البَاقِي؛ هُمَا أَوْ وَرَثَتُهُمَا، هَذَا بِمَا بَقِيَ مِنْ حَقِّهِ بَعْدَ أَخْذِ حِصَّةِ اليَدِ، وَهَذَا بِجَمِيعِ حَقِّهِ، وَإِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ جَنَى عَلَى الأَوَّلِ بِتَمَامِ بَدَنِهِ، وَجَنَى عَلَى الثَّانِي، وَلَا يَدُّ لَهُ، فَلَا حَقَّ لَهُ فِي بَدَلِهَا، وَمَا حِصَّةُ اليَدِ؟ الصَّحِيحُ: أَنَّ حِصَّتَهَا، يَنْقُصُ مِنَ القِيَمَةِ بِقَطْعِ اليَدِ، وَقَدْ حَكَى الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ؛ أَنَّ مِنَ الأَصْحَابِ مَنْ يَغْلُطُ؛ فيَعْتَبِرُ أَرْشَهَا، وَهُوَ نِصْفُ القِيَمَةِ، قَالَ: وَهُوَ فَاسِدٌ مِنَ وَجْهَيْنِ:

أحدهما: لو قطع الجاني يديه، يلزم أن يستبد المجني عليه الأول وورثته بجميع القيمة، ولا يجوز أن يجني العبد على اثنين، ثم يكون جميع قيمته لأحدهما.

والثاني: أن الجراحة، إذا صارت نفساً، سقط اعتبار بدل الطرف، فمن قطع يد عبداً، ومات العبد منه، لا يمكن أن يقال: نصف القيمة وجب في مقابلة اليد، والباقي في مقابلة جميع البدن، نعم، لو اندمل القطع، عاد الجاني، فقتله، فحينئذ يجب عليه نصف القيمة لليد<sup>(١)</sup>، ويستبد به المجني عليه الأول أو ورثته، وعليه للنفس قيمته مقطوع اليد، ويشتركان فيها، ويقاس بما ذكرنا ما إذا تكررت جناية العبد، والجناية عليه وبينه الشيخ أبو علي بالمثال؛ فقال: جنى عبداً قيمته عشرة آلاف درهم على حُرٍّ، ثم جنى عليه حُرٌّ فنقص<sup>(٢)</sup> من قيمته ألفان، ثم جنى العبد على حُرٍّ آخر، وجنى عليه

(١) في ز: للسيد.

(٢) في ز: يقتص.

الجاني الأول، فنقص من قيمته ألفان [أيضاً]<sup>(١)</sup>، ثم جنى العبد على حرّ ثالث، ومات العبد، والأحرار من الجنايات، فيؤخذ من الجاني عشرة آلاف، يستبد ورثة المجني عليه الأول منها بألفين، ثم يقسم ألفان، وهما حصة النقصان الثاني، بين ورثة المجني عليه الأول، وورثة المجني عليه الثاني، يتضاربون فيه، فيضرب ورثة الأول بما بقي لهم من الدية، وهو عشرة آلاف درهم أخذاً بأن الدية اثنا عشر ألف درهم، ويضرب ورثة الثاني بتمام الدية، فيقسم الألفان بينهم على أحد عشر سهماً، ثم يقسم باقي القيمة، وهو ستة آلاف درهم بين ورثة القتلى الثلاثة يُضرب ورثة الأولين<sup>(٢)</sup> بما بقي لهم من الدية، وورثة الثالث بجميع الدية.

### «فَرْعٌ»

إذا اختلفت الجراحات الصادرة من الشخص الواحد، وكان بعضها عمداً، وبعضها خطأ، وشاركه غيره؛ كما إذا جرح خطأ، ثم عاد مع آخر وجرح عمداً، فالتوزيع لمعرفة ما يؤخذ منه، وما يضرب على عاقلته، كما ذكرنا في المسألة الأولى، إذا وقع بعضها في حال الإهدار، وبعضها في العضة<sup>(٣)</sup>.

قال العزالي: وَالْقَاتِلُ بِالسُّخْرِ إِذَا أَقْرَبَ بِالتَّعَمُّدِ يَلْزَمُهُ الْقِصَاصُ، وَإِنْ أَقْرَبَ بِالْحَطَأِ أَوْ شِبْهِ الْعَمْدِ فَالْدِّيَّةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ لَوْ أَقْرَبُوا.

قال الرافعي: القول في القتل بالسُّخْرِ مُبَدَّدٌ في الكتاب، فمنه ما قدّمه في أول الجراح، ومنه ما أخره إلى كتاب دعوى الدّم، ومنه ما أورده ههنا، ولو كان مجموعاً في موضع واحد، لكان أقرب إلى الضُّبُط، وقد بيّنا من قبل؛ أنه إذا أقر بأنه مات من سخره

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: الأولى.

(٣) قال الشيخ البلقيني: ظاهره أنه يأتي الوجهان ولكن لم يبين المصنف كيفية الوجهين والذي يظهر مبدي الرأي على قياس وجه ابن الحداد أن الدية عليهما نصفين نصف مغلظ على من تمحضت جراحته عمداً ونصف موزع على الآخر منه نصفه وهو الربع وعلى عاقلته نصفه وهو الربع، وعلى الوجه الآخر يكون على جراح الحراحة الواحدة ثلث الدية وعلى جراح الاثنین ثلثا الدية ولكن يلزم عليه أن يختلف القدر بتعدد الجراحات وهو خارج عن قاعدة المذهب فعُدل الإمام عن ذلك فقال في النهاية: يجب على كل منهما النصف ولكن يكون على عاقلة كل واحد منهما السدس وعليه نفسه الثلث. ولو قال الإمام يجب على عاقلة الذي جنى مرتين السدس ويجب عليه نفس الثلث ويجب على الخارج عمداً النصف مغلظاً عليه لكان أولى مما قال، وفي البسيط وبيض الشيخ ثم قال: ويحتمل أن تكون المسألة مما يتفق فيه الوجهان لكنه بعيد لأن اتفاق الوجهين لا يختلف عدد الجراحات ولا الجارحين نبه على الاحتمالات الأربعة الولد أبو اليمن بارك الله فيه وفي أخيه. (قاله البكري في حاشيته).

الَّذِي تَعَمَّدَ بِهِ، وَأَنْ سِخْرَهُ يُقْتَلُ غَالِباً يَلْزِمُهُ الْقِصَاصُ، وَلَوْ قَالَ: قَدْ يَقْتُلُ، وَقَدْ لَا يَقْتُلُ، كَانَ إِقْرَاراً بِشِبْهِ الْعَمْدِ، وَإِنْ قَالَ: أَخْطَأْتُ، إِنَّمَا قَصَدْتُ غَيْرَهُ، فَهُوَ إِقْرَارٌ بِالْخَطَا.

وَيَجُوزُ أَنْ يُعْلَمَ قَوْلُهُ: «يَلْزِمُهُ الْقِصَاصُ» بِالْوَاوِ؛ لِوَجْهِ أَجْمَلْنَا ذَكَرَهُ هُنَاكَ، وَبِالْحَاءِ؛ لِمَا بَيَّنَّا أَنَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لَا يَلْزِمُهُ الْقِصَاصُ وَلَكِنْ لَوْ تَكَرَّرَ ذَلِكَ مِنْهُ [قَالَ]: يَقْتُلُ حَدَاً؛ لِأَنَّهُ مِنَ السَّاعِيْنَ فِي الْأَرْضِ بِالْفَسَادِ، ثُمَّ الَّذِي نَقَلَهُ الْأَثْمَةُ؛ أَنَّ دِيَةَ شِبْهِ الْعَمْدِ الْمَغْلُظَةِ، وَدِيَةَ الْخَطَا الْمَخْفُفَةِ، تَجِبُ فِي مَالِهِ، وَلَا تُطَالَبُ الْعَاقِلَةُ بِشَيْءٍ، لِأَنَّ إِقْرَارَهُ لَا يَلْزِمُهُمْ، نَعَمْ، لَوْ صَدَّقُوهُ، وَأَخَذْنَا بِإِقْرَارِهِمْ.

وقوله في الكتاب: «فالدية على العاقلة» يخالف نقلهم المشهور؛ فيشبه أن يكون ذلك من سبق القلم، ولم يذكر في «الوسيط» الضرب على العاقلة، لكن قال: «لو قال: قصدت غيره، فأصبنت اسمه، فهو خطأ مخض، وفي سائر جهات القتل، إذا أقر الإنسان بالقتل خطأ، ولا بينة، لا تطالب العاقلة بشيء، إن شاء الله تعالى، فلا يمكن أن يكون الحكم في السخر بخلاف ذلك، والله أعلم.

### القِسْمُ الثَّلَاثُ مِنَ الْكِتَابِ فِيمَنْ عَلَيْهِ الدِّيَةُ

قَالَ الْعَرَالِيُّ: وَهُوَ الْجَانِيُ إِنْ كَانَ عَمْدًا وَالْعَاقِلَةُ إِنْ لَمْ يَكُنْ عَمْدًا، وَالنَّظَرُ فِي أَرْكَانِ الرُّكْنِ الْأَوَّلِ فِي جِهَةِ الْعَقْلِ وَصِفَةِ الْعَاقِلَةِ أَمَّا الْجِهَةُ فَثَلَاثَةٌ الْعُصُوبَةُ وَالْوَلَاءُ وَبَيِّنَةُ الْمَالِ، أَمَّا الْمُخَالَفَةُ وَالْمُؤَالَاةُ فَلَا تُوجِبُ الْعَقْلَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: عَرَفْتُ أَنَّ الْقِسْمَ الثَّلَاثَ مِنْ كِتَابِ الدِّيَاتِ فِيمَنْ تَجِبُ عَلَيْهِ الدِّيَةُ، وَقَدْ مَرَّ فِي بَيَانِ جِهَاتِ التَّغْلِيظِ وَالتَّخْفِيفِ أَنَّ الدِّيَةَ فِي الْعَمْدِ عَلَى الْجَانِيِ، وَهُوَ قِيَاسُ غَرَامَةِ الْمُتَلَفَاتِ، وَفِي شِبْهِ الْعَمْدِ وَالْخَطَا عَلَى الْعَاقِلَةِ، وَلَا فَرْقَ فِي الْعَمْدِ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ مُوجِبًا لِلدِّيَةِ ابْتِدَاءً كَقَتْلِ الْأَبِ الْإِبْنِ، أَوْ يَكُونَ مُوجِبًا لِلْقِصَاصِ، فَيَعْفَى عَلَى الدِّيَةِ، وَكَمَا لَا تَحْمِلُ الْعَاقِلَةُ دِيَةَ النَّفْسِ لَا تَحْمِلُ أَيْضاً دِيَةَ الْأَطْرَافِ وَالْجَرَاحَاتِ إِذَا وَقَعَتْ عَمْدًا. وَعَنْ مَالِكٍ: أَنَّ مَا لَا يُوجِبُ الْقِصَاصَ كَالهَاشِمِيَّةِ وَالْمُنْقَلَةِ، فَأَرْشُهُ عَلَى الْعَاقِلَةِ، وَيَدُلُّ الْعَمْدُ يَجِبُ خَلَاً عَلَى قِيَاسِ إِبْدَالِ الْغَرَامَاتِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَجِبُ مُوجِباً فِي ثَلَاثِ سِنِينَ.

والأصل في وجوب دية شبه العمد والخطأ على العاقلة - ما روي أن امرأتين من «هذيل» اقتلتا، فرمت إحداهما الأخرى بحجر، ويروي: «بعمود فسطاط» فقتلتها، فأسقطت جيناً، ف قضى رسول الله ﷺ بالدية على عاقلة القاتلة، وفي الجنين بغيره عبد أو أمة.

وهذه صورة شبه العمد، وإذا جرى التحمل في بدل شبه العمد. ففي بدل الخطأ

أولى، قال العلماء<sup>(١)</sup>: «وتغريم غير الجاني خارج عن الأيسرة الظاهرة، إلا أن القبائل في الجاهلية كانوا يقومون بنصرة من جنى منهم، ويمنعون أولياء القتيل من أن يذركوا بتأريهم، ويأخذوا من الجاني حقه، فجعل الشرع بدل تلك النصرة بذل المال، وربما شبه إعانة الأقارب بتحمل الدية عنهم، بإعانة الأجانب الذين غرموا لإصلاح ذات البين بصرف سهم من الزكاة إليهم، وخصص الضرب على العاقلة بالخطأ، وشبه العمد، لأن ذلك مما يكثر سيما في حق الذين يتعاطون الأسليحة، ولا يتأتى الاختراز عنه، فحسن<sup>(٢)</sup> إعانة القاتل؛ لئلا يفتقر بالسبب الذي هو معذور فيه، وإنما أجلت الدية على العاقلة نظراً لهم؛ ليتحملوا ما تحمّلوا في مدة الأجل، ولا يشق عليهم أداؤه<sup>(٣)</sup>».

ويحتاج في الضرب على العاقلة إلى معرفة المضرور عليهم، وإلى معرفة كيفية الضرب، فلا بد من النظر من هذين الركنين، ولفظ الكتاب في النسخ [القديمة]<sup>(٤)</sup>: «والنظر في أركان»، وكذلك هو في «الوسيط»، وليس فيهما إلا بناء الكلام على الركنين المذكورين، فليبدل<sup>(٥)</sup> لفظ «الأركان» بـ«الركنين».

أما الركن الأول: ففيه فصلان: فصل في جهات التحمل. وفصل في صفات المتحمّلين. أما الجهات فهي ثلاث القرابة، والولاء، وبيت المال، على ما فصلها، وليست المخالفة والمؤالاة من جهة التحمل، فلا يتحمل الحليف الدية، ولا العديد<sup>(٦)</sup> الذي لا عشيرة له، فيدخل نفسه في القبيلة ليعدهم منهم؛ لأن الأصل عدم التحمل، فيقتصر على ما ورد فيه النص.

وعند أبي حنيفة يتحمل الحليف، وساعدنا في العديد<sup>(٧)</sup>.

ولا يتحمل أهل الديوان بعضهم من بعض، والمراد الذين ربتهم الإمام للجهاد، وأدّر لهم أزواقاً وجعلهم تحت راية أمير يصدرون عن رأيه.

وعند أبي حنيفة: يتحمل بعضهم عن بعض، وإن لم يكن بينهم قرابة، ويتقدمون على الأقارب اتباعاً لما ورد من قضاء عمر - رضي الله عنه -.

واحتج الأصحاب بأن النبي ﷺ قضى بالدية على العاقلة<sup>(٨)</sup>، ولم يكن في عهده

(١) في ز: العماء.

(٢) في ز: أداؤه.

(٣) سقط في ز.

(٤) في أ: الغريب.

(٥) في ز: فليبدل.

(٦) في أ: الغريب.

(٧) أما قضاء عمر: فرواه الشافعي، وروي من حديث جابر: أول من دون الدواوين، وعرف العرفاء،

عمر، وروى الحاكم من حديث ابن إسحاق حدثني عمر بن عثمان بن الأخنس بن شريق، قال: =

دِيَوَانٌ، ولا في عَهْدِ أَبِي بَكْرٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وإنما وَضَعَهُ عمر - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - حين كثر النَّاسُ، واحتاج إلى ضَبْطِ الْأَسْمَاءِ والأرزاق، فلا يترك ما اسْتَقَرَّ في عَهْدِ رسول الله ﷺ بما حَدَّثَ بعده.

وقَضَاءُ عمر - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - كان في الْأَقَارِبِ من أهل الدِّيَوَانِ. وقوله في الكتاب: «والعاقلة إن لم يكن عمداً» يجوز أن يُغْلَمَ بالواو؛ لَوَجْهِ قَدَمَتَاهُ أن دِيَةَ شَيْبِهِ الْعَمْدِ لا تضرب على العاقلة. وقوله: «في جهة العَقْلِ» يعني: جهة تَحْمُلِ الدية.

والعَقْلُ: مصدر عَقَلَ يَعْقِلُ، يقال: عَقَلْتُ فلاناً إذا أَدَيْتُ دِيَتَهُ، وَعَقَلْتُ عن فلانٍ إذا لزمته دِيَةً، فَأَدَيْتُهَا، والعَقْلُ أيضاً: الدِّيَةُ نفسها، سميت بذلك، لأن إِبْلَ الدِّيَةِ تعقل بِفَتَاءِ القِتِيلِ، أي: تُوضَعُ عليها عِقَالُهَا، وسميت الْعَاقِلَةُ عَاقِلَةً؛ لأنهم يَعْقِلُونَ الإِبْلَ بِفَتَائِهِ، ويقال: بل لأنهم يمنعون عن القَاتِلِ، والعَقْلُ: المَنَعُ، وبه سمي العَقْلُ؛ لأنه يمنع من الفَوَاحِشِ والمنكرات. وقوله: «العُصْبِيَّة» محمول على عُصْبِيَّةِ الْقَرَابَةِ، وإلا فهي تشمل الوَلَاءَ وبيت المال، ولو أطلق لفظ الْقَرَابَةِ كان أَحْسَنَ، كما قال: الجهة الأولى الْقَرَابَةُ. وقوله: «فلا يوجب العَقْلُ مُغْلَمَ بالحاء».

قال النَّزَّالِيُّ: (ح) الْجِهَةُ الْأُولَى الْقَرَابَةُ وَهُوَ كُلُّ عَصْبَةٍ سِوَى أَبْعَاضِ الْجَنَانِيِّ مِنْ آبَائِهِ وَبَنِيهِ فَإِنْ كَانَ ابْنُهَا أَبْنُ أَبْنٍ عَمَّهَا فَبِهَا الضَّرْبُ وَجَهَانٍ، وَفِي تَقْدِيمِ الْأَخِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ عَلَى الْأَخِ لِلْأَبِ قَوْلَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إحدى جهات التَّحْمُلِ الْقَرَابَةُ، فإنها أَقْرَى جهات الْعُصْبِيَّةِ، وإنما يَتَحْمَلُ الَّذِينَ هم على حَاشِيَةِ النَّسَبِ، وهم الإخْوَةُ وبنوهم، والأَعْمَامُ وبنوهم. فأما أب الجاني وأجدادُهُ وبنوه، وبنو بَنِيهِ، فإنهم لا يَتَحْمَلُونَ؛ لأنهم أَبْعَاضُهُ، فكما لا يتحمل الجاني، لا يتحمل أَبْعَاضُهُ.

= أخذت من آل عمر هذا الكتاب، كان مقروناً بكتاب الصدقة الذي كتب للعمال: بسم الله الرحمن الرحيم، هذا كتاب محمد رسول الله، بين المسلمين والمؤمنين من قريش والأنصار ومن تبعهم، ولحق بهم، وجاهد معهم، إنهم أمة واحدة، المهاجرين من قريش على ريعتهم، يتعاقلون بينهم، والأنصار على ريعتهم، يتعاقلون، الحديث. وفي صحيح مسلم من حديث أبي الزبير أنه سمع جابراً يقول: كتب رسول الله ﷺ على كل بطن عقوله.

حديث عمر: أنه قضى على عليّ أن يعقل عن ولي صفيّة بنت عبد المطلب، وقضى بالميراث لابنها الزبير، ولم يضرب الدية على الزبير، وضربها على عليّ، كان ابن أخيها، البيهقي من حديث سفيان عن حماد عن إبراهيم أن علياً والزبير اختصما في موالى لصفية إلى عمر، فقضى بالميراث للزبير، والعقل على عليّ، وهو منقطع. قاله الحافظ في التلخيص.

وقد روي عن أبي هريرة - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - امرأتين من «هذيل» اقتتلتا، فقتلت إحداهما الأخرى، ولكل واحدة منهما زوجٌ وولَدٌ، فقاضى رسول الله ﷺ بِدِيَةِ الْمَقْتُولِ على عاقلة القاتلة، وبِرَأْ الزوج والولد، ثم ماتت القاتلة، فجعل النبي ﷺ مِيرَاثَهَا لَبْنِيهَا، وَالْعَقْلَ عَلَى الْعَصَبَةِ<sup>(١)</sup>. وقال أبو حنيفة ومالك: يَتَحَمَّلُ الآبَاءُ وَالْبَنُونَ كَسَائِرِ الْعَصَبَاتِ.

ثم في الفصل صورتان:

إحداهما: إِذَا قَتَلَتْ امْرَأَةً، لَهَا ابْنٌ هُوَ ابْنُ عَمِّهَا، هَلْ يَتَحَمَّلُ الْعَقْلُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا - وَيَحْكِي عَنِ الشَّيْخِ أَبِي عَلِيٍّ -: نَعَمْ، وَلَا تَجْعَلُ الْبُنُوَّةَ مَانِعَةً، كَمَا لَا تَجْعَلُ مُوجِبَةً لِلتَّحَمُّلِ، وَهَذَا كَمَا أَنَّهُ يَلِي أَمْرَ نِكَاحِهَا.

وأظهرهما: لا، وَالْبَعْضِيَّةُ مَانِعَةٌ مِنَ التَّحَمُّلِ؛ لِأَنَّ مَالَ أَبْعَاضِهِ كَمَالِهِ، أَلَا تَرَى أَنَّ نَفَقَتَهُ تَجِبُ فِي مَالِ أَبْعَاضِهِ، كَمَا تَجِبُ فِي مَالِهِ، وَكَمَا لَا يُؤْخَذُ مِنْ مَالِهِ لَا يُؤْخَذُ مِنْ أَمْوَالِهِمْ. وَأَيْضًا فَقَدْ رَوَى أَنَّ رَجُلًا أَتَى النَّبِيَّ ﷺ وَمَعَهُ ابْنُهُ، فَقَالَ: «مَنْ هَذَا؟» قَالَ: ابْنِي، قَالَ: «أَمَا إِنَّهُ لَا يَجْنِي عَلَيْكَ، وَلَا تَجْنِي عَلَيْهِ»<sup>(٢)</sup>.

وليس المراد نَفْيُ الْجِنَايَةِ، وَإِنَّمَا الْمَعْنَى أَنَّهُ لَا يَلْزَمُكَ مُوجِبُ جِنَايَتِهِ، وَلَا يَلْزَمُهُ مُوجِبُ جِنَايَتِكَ، فَدَلَّ أَنَّ الْبُنُوَّةَ مَانِعَةٌ.

الثانية: يراعى الترتيب في العصبات، فيقدم الأقرب فالأقرب، خلافاً لأبي حنيفة، حيث قال يفض الواجب على القريب والبعيد بالسوية.

لنا أن تحمّل العقل حكم من أحكام العضوية، فتقدم دية الأقرب على الأبعد، كما في الميراث وولاية<sup>(٣)</sup> التزويج.

(١) رواه الشافعي والشيخان وغيرهما من حديث أبي هريرة دون الزيادة، ورواه أبو داود بلفظ: ثم إن المرأة التي قضى عليها بالغرّة توفيت، فقاضى رسول الله ﷺ بأن ميراثها لبنيها، وأن العقل على عصبتها، ورواه أبو داود وابن ماجه من حديث جابر وفيه: ولكل واحدة منهما زوج وولد، نحوه، وفي إسناده مجالد، وصححه النووي في الروضة بهذا اللفظ، وفيه ما فيه، لأن مجالداً ضعيف لا يحتج بما ينفرد به، وروى ابن أبي شيبة من طريق عبيد بن نضلة عن المغيرة قال: قضى رسول الله ﷺ على عاقلتها بالدية وغرّة في الحمل.

(٢) رواه أحمد وأبو داود والنسائي والحاكم من رواية أبي رمثة نحوه، وأحمد أيضاً وأبو داود والترمذي وابن ماجه، من حديث عمرو بن الأحوص أنه شهد حجة الوداع مع النبي ﷺ، فقال: لا يجني جان إلا على نفسه، لا يجني جان على ولده، وأحمد وابن ماجه وابن حبان من رواية الخشخاش العنبري نحو حديث أبي رمثة، ولأحمد والنسائي معناه من رواية ثعلبة بن زهدم، والنسائي وابن ماجه وابن حبان من رواية طارق المحاربي، وابن ماجه من رواية أسامة بن شريك.

(٣) في ز: وولائه.

ومعنى التقديم أن يَنْظَرَ في الواجب لِرَأْسِ الحَوْلِ، وفي الأقربين، فإن كان فيهم وَفَاءً إِذَا وَرَعَ الواجب عليهم إما لِقَلَّةِ الواجب، أو لكثرتهم، فَيُوزَعُ عليهم، ولا يُعَدَّلُ إلى من بعدهم، وإلا شاركهم في التَّحَمُّلِ من بعدهم، ثم الذين يَلُونَهُمْ. ويفارق الميراث؛ حيث لا يُشَارِكُ الأَبْعَدُ الأَقْرَبَ، لأن ما يجب على كل واحد من العاقلة مُقَدَّرٌ بمقداره مَضْبُوطٌ على ما سيأتي إن شاء الله تعالى لا يُزَادُ عليه. وما يرثه كُلُّ واحد من العَصَبَةِ غير مُقَدَّرٍ، فيجوز الأقراب الكل.

والمُقَدَّمُ من الذين يَتَحَمَّلُونَ العَقْلَ الإخوةُ ثم بنوهم وإن سفلوا، ثم الأعمام، ثم بنوهم، ثم أعمام الأب، ثم بنوهم، ثم أعمام الجدِّ على ما سَبَقَ في الميراث. وهل يَتَقَدَّمُ المُذَلِّي بالأبوين من هؤلاء على المُذَلِّي بالأب كالأخ من الأبوين مع الأخ من الأب أم يَسْتَوِيَانِ؟ فيه قولان:

القديم: أنهما يَسْتَوِيَانِ؛ لأن النساء لا يتحملن العَقْلَ بحال، فلا تؤثر قَرَابَتُهُنَّ فيه. والجديد: أنه يَتَقَدَّمُ المُذَلِّي بالأبوين؛ لأنهما يَتَحَمَّلَانِ من العَصَبَةِ<sup>(١)</sup>، فيتقدم من يتقدم في الميراث، كالأخ مع ابن الأخ، والقولان كالفولين في ولاية النكاح.

### «فَرَعٌ»

دَوُو الأَزْحَامِ لا يتحملون العَقْلَ.

قال في «التتمة»: إلا على طريقة من يَرَى تَوْرِيثَهُمْ، فيتحملون عند عَدَمِ العَصَبَاتِ، كما يرثون عند عَدَمِهِمْ، ولا تحمل بالزُّوجِيَّةِ بِحَالٍ.

وقوله في الكتاب: «وهو كل عَصَبَةٍ لا تَعُودُ إلى القَرَابَةِ، فإنها جهة التَّحَمُّلِ، والمقصود ههنا بَيَانُ المحتمل، فالمعنى: والمتحمل بهذه الجهة كل عَصَبَةٍ إلى آخره، فهو من قبيل الكِنَانَةِ عن غير المَذْكُورِ.

وقوله: «فإن كان ابْنُهَا ابْنُ ابْنِ عَمَّهَا»، قد يوجد في بعض النُّسخ: «فإن كان ابْنُهَا ابْنُ عَمَّهَا» بحذف أحد لفظي «الابن»، والمقصود الأول، وإن حذف، فلا يَتَّصِرُ أن يكون ابنا ابن عمها لَحَاً، وقد يسمى ابْنُ الابْنِ ابْنًا.

قال العَرَالِيُّ: الجهةُ الثَّانِيَةُ: الوَلَاءُ فَإِنَّ لَمْ يُصَادَفْ عَصَبَتَهُ فَعَلَى مُعْتَقِ الجَانِي، فَإِنَّ لَمْ يَكُنْ فَعَصَبَاتُ المُعْتَقِ، ثُمَّ مُعْتَقُ المُعْتَقِ، ثُمَّ عَصَبَاتُهُ، ثُمَّ مُعْتَقُ أَبِ المُعْتَقِ، ثُمَّ عَصَبَاتُهُ هَكَذَا عَلَى التَّرْتِيبِ كالميراثِ، وفي دُخُولِ ابْنِ المُعْتَقِ وَأَبِيهِ وَجَهَانِ.

(١) في أ: بالعصبة.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الجبهة الثانية الْوَلَاءُ، وهي متأخرة عن عُصْبِيَةِ النَّسَبِ، كما في الميراث، فإذا لم يكن للجاني عَصْبَةٌ من النسب أو كانوا، ولم يَفِ التَّوْزِيْعُ عليهم بالواجب، فيتحمل مُعْتَقُهُ إن كان الجاني عَتِيقًا، فإن لم يكن، أو فَضَّلَ عنه شيءٌ تَحْمَلُ عَصْبَاتُهُ من النَّسَبِ، فإن لم يكونوا، أو فَضَّلَ تحمل مُعْتَقِ الْمُعْتَقِ، ثم عَصْبَاتُهُ.

وهل يدخل في عَصْبَاتِ الْمُعْتَقِ ابْنُهُ وأبوه؟

فيه وجهان عن رواية الْقَفَّالِ وغيره:

أحدهما: نعم؛ لأنهما من الْعَصْبَةِ، وإنما لم يَدْخُلِ ابن الجاني وأبوه لِلْبَغْضِيَّةِ، ولا بَغْضِيَّةِ بين الجاني وبين ابن الْمُعْتَقِ وأبيه.

وأظهرهما: المنع، واعتمدوا فيه ما روي أن عمر - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - قضى على عَلِيٍّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - بأن يَعْقِلَ عن موالي صَفِيَّةَ بنت عبد الْمُطَّلِبِ، وقضى بالميراث لابنها الزُّبَيْرِ بن العَوَّامِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - ولم يضرب الدِّيَةَ على الزُّبَيْرِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -، وَضَرَبَهَا على عَلِيٍّ - كَرَّمَ اللهُ وَجْهَهُ -؛ لأنه كان ابْنَ أَخِيهَا<sup>(١)</sup>، واشتهر ذلك فيما بينهم.

ومنعها<sup>(٢)</sup> الإمام، وصاحب الكتاب في «الوسيط»، فَجَعَلَاهُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - ابْنَ عَمَّهَا، ويجري الوجهان في ابن مُعْتَقِ الْمُعْتَقِ وأبيه، إذا لم يُوجَدَ من له نِعْمَةُ الْوَلَاءِ على الجاني، ولا أحد من عصباته، فيتحمل معتق الأب، ثم عصباته، ثم مُعْتَقُ مَعْتَقِ الْأَبِ، ثم عَصْبَاتُهُ، كما ذكرنا في الجاني.

فإن لم يوجد من له نِعْمَةُ الْوَلَاءِ على الأب، فيتحمل مُعْتَقُ الْجَدِّ، ثم عَصْبَاتُهُ كذلك إلى حيث ينتهي.

وقوله في الكتاب: «فإن لم يُصَادِفْ عصبته» أي: من النَّسَبِ.

يقال: صَادَفَ الشَّيْءَ، أي: وَجَدَهُ، ويمكن أن يُشَارَ بهذه اللفظة إلى شيء، وهو أن النَّاسَ كلهم أولادٌ لآدم - عليه السلام - ولكل واحد منهم عَصْبَاتٌ من بني الأعمام أَقْرَبُ من غيرهم لا مَحَالَةَ، إلا أنهم لا يعرفون إذا لم يُضَبَطِ النَّسَبُ، فلم يقل: فإذا لم يكن له عَصْبَةٌ، ولكن قال: فإذا لم يوجدوا؛ لِيُبَيِّنَ أن الرجل إذا لم يُعْرِفْ نَسَبَهُ وَقَبِيلَتَهُ يعرض عن عَصْبَاتِهِ من جهة النسب، وينظر هل عليه وِلَاءٌ أم لا؟

وَاللَّقِيطُ الذي لا يُعْرِفُ نَسَبَهُ لو ادَّعَاهُ رجل، أو انْتَسَبَ إلى مَيْتٍ، واعترف به

(١) أخرجه البيهقي من حديث سفيان عن حماد عن إبراهيم أن علياً والزبير اختصما في موالي لصفية إلى عمر، فقضى بالميراث للزبير، والعقل على علي، وهو منقطع.

(٢) في أ: وسها.



وَرَثْتُهُ ثَبِتَ نَسَبُهُ، وَأَخَذْتُ<sup>(١)</sup> الدية إذا جنى خطأً على عصباته، فإن قامت البيئته على أنه من قبيلة أخرى، فالحكم للبيئته.

وقوله: «ثم مُعْتِقُ أَبِي المَعْتَقِ» ليس على معنى أن الذي يلي مُعْتِقِ المَعْتَقِ وَعَصَبَاتِهِ هو مُعْتَقُ أَبِي المَعْتَقِ، بل يَتَقَدَّمُ مَعْتَقُ مَعْتَقِ المَعْتَقِ على مُعْتَقِ أَبِي المَعْتَقِ، على ما هو مُبَيَّنُّ فِي بَابِ الوَلَاءِ.

قال العزالي: وَإِذَا أُعْتِقَتِ المَرْأَةُ لَمْ يُضْرَبْ عَلَيْهَا بَلْ عَلَى عَصَبَاتِهَا كَمَا يُزَوَّجُونَ عَتِيقَتَهَا، وَالشَّرَكَاءُ فِي عَتَقِ عَبْدٍ وَاحِدٍ كَشَخْصٍ وَاحِدٍ لَا يَلْزَمُهُمْ أَكْثَرُ مِنْ نِصْفِ دِينَارٍ، فَإِنْ مَاتَ وَاحِدٌ فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْ عَصَبَاتِهِ لَا يَحْمِلُ أَكْثَرَ مِنْ حِصَّةِ المَعْتِقِ لَوْ كَانَ حَيًّا، وَمَا دَامَ المَعْتِقُ حَيًّا فَلَا يَزُقَى إِلَى عَصَبَاتِهِ وَإِنْ فَضَلَ عَنْهُ شَيْءٌ إِذْ لَا وَلاَءَ لَهُمْ، فَإِنْ مَاتَ فَعَصَبَاتُهُ كَعَصَبَاتِ البَّانِي.

قال الزايعي: فِيهِ ثَلَاثُ صُورٍ:

إحداها: سنذكر أن شرطَ تَحْمُلِ العَقْلِ الذُّكُورَةُ، وَأَنَّ المَرْأَةَ لَا تَحْمِلُ الدِيَةَ بِحَالٍ. فإذا أُعْتِقَتِ المَرْأَةُ مَمْلُوكًا لَمْ تَحْمِلْ دِيَةَ جَنَائِبِهِ، وَإِنَّمَا يَتَحْمِلُهَا مَنْ يَتَحْمَلُ الدِيَةَ إِذَا جَنَّتِ المَعْتِقَةُ، كَمَا أَنَّهَا لَمَّا لَمْ تَكُنْ أَهْلًا لِلتَّزْوِيجِ يَزُوجُ عَتِيقَهَا مِنْ يَزُوجِهَا.

الثانية: إذا عتق الشركاء عبداً، فجنى خطأً تحمّلوا عنه تحمّل الشخص الواحد؛ لأن الولاء يثبت لجميعهم لا لكل واحد منهم.

فإن كانوا أغنياء، فالمضروب على جميعهم نصف دينار، وإن كانوا متوسطين، فربع دينار، وإن كان بعضهم أغنياء، وبعضهم متوسطين، فعلى الغني حصته في النصف لو كان الكل أغنياء، وعلى المتوسط حصته من الربع لو كان الكل متوسطين.

وإذا كان المُعْتَقُ وَاحِداً، وَقَدْ مَاتَ، وَلَهُ عَصَبَاتٌ كَالإِخْوَةِ مَثَلًا، فَيُضْرَبُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ حِصَّتُهُ تَامَةً عَلَى مَا تَقْتَضِيهِ حَالُهُ مِنَ الغِنَى وَالتَّوَسُّطِ، وَلَا يُقَالُ: يوزع عليهم ما كان يَحْمَلُهُ المَعْتَقُ فِي حَيَاتِهِ، كَتَوْزِينَا القَدْرُ<sup>(٢)</sup> المَتَحْمَلِ فِيمَا لَوْ أُعْتِقَ الشَّرَكَاءُ عَبْدًا؛ لِأَنَّ الوَلَاءَ لَا يَتَوَزَّعُ عَلَيْهِمْ تَوَزُّعُهُ عَلَى الشَّرَكَاءِ، وَلَا يَرِثُونَ الوَلَاءَ فِي المَعْتَقِ، إِنَّمَا يَرِثُونَ بِالْوَلَاءِ، وَالسَّبَبُ المَحْدَثُ لَهُمْ ائْتِسَابُهُمْ إِلَى مَنْ لَهُ الوَلَاءُ، فَالْوَلَاءُ فِي حَقِّهِمْ مُشَابِهَةٌ لِلنَّسَبِ، وَمَنْ يَتَحْمَلُ بِالنَّسَبِ نِصْفَ دِينَارٍ، يَتَحْمَلُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ المُنْتَسِبِينَ إِلَيْهِ مِثْلَ ذَلِكَ كالأخ مع بنيه، وَإِذَا مَاتَ وَاحِدٌ مِنَ الشَّرَكَاءِ المَعْتَقِينَ أَوْ جَمِيعِهِمْ تَحْمَلُ كُلُّ

(٢) فِي ز: العَدَدُ.

(١) فِي ز: وَأَحْدَثُ.

واحد من عَصَبَاتِهِ مِثْلَ ما كان يتحملة هو في حَيَاتِهِ، وهو حِصَّتُهُ من النصف والربع على ما يقتضيه حَالُ الْمُحْتَمَلِ مِنَ الْعِنَى التَّوَسُّطِ؛ لأن غايته نُزُولُهُ مَنْزِلَةَ ذلك الشريك المعتق.

الثالثة: ذكر في الكتاب أن المعتق ما دام حَيًّا لا يرقى إلى عَصَبَاتِهِ، ولا يضرب الباقي من الواجب عليهم، وهذا ما رواه الإمام ورآه، ووجهه بأن العَصَبَاتِ لا حَقَّ لهم في الولاء ما دام الْمُعْتَقُ حَيًّا، فإذا مات وَرَثُوا، وانتشر الحَقُّ إليهم، وصار الولاء لِحَمَّةِ كَلْحَمَةِ النَّسَبِ، وأبدى تَرَدُّدًا فيما إذا لم يَبْقَ المعتق، وضرينا على عَصَبَاتِهِ، هل يُخَصَّصُ بالأقربين؛ لأنهم المخصوصون بالولاء والإرث به، أو يَتَعَدَّى إلى الأبعدِ صنيعنا من عَصَبَاتِ الجاني؟

وجعل الاحتمال الثاني أظهر، وهو الذي جَرَى عليه صَاحِبُ الكتاب حيث قال: فإن مات، فَعَصَبَاتُهُ كَعَصَبَاتِ الجاني، ويجوز أن يُعْلَمَ بالواو، للاحتمال الآخر، هذا ما ذكره، وفي كَلَامٍ غيرهما ما يفهم جَوَازَ الازْتِقَاءِ مِنَ الْمُعْتِقِ، وهو حَيٌّ إلى عَصَبَاتِهِ<sup>(١)</sup>، وصرح به صاحب «الشامل» و«التتمة» وغيرهما، فقالوا: إن فضلت من المتناسبين فَضْلَةً قُسِّمَتْ على الموالى المعتقين، فإن بقي شيء قُسِّمَ على عَصَبَةِ المولى، فيجوز أن يُعْلَمَ لذلك قوله: «فلا يَرْقَى إلى عَصَبَاتِهِ» بالواو.

قال العَرَالِيُّ: وَفِي تَحْمُلِ الْعَتِيقِ عَنِ الْمُعْتِقِ قَوْلَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَتَحَمَّلُ فَأَجْتَمَعَ الْمَوْلَى الْأَعْلَى وَالْأَسْفَلُ فَالْأَعْلَى أَوْلَى، وَالْمُتَوَلَّدُ بَيْنَ الْعَتِيقِ وَالْعَتِيقَةِ يَجِبُ عَقْلُهُ عَلَى مَوْلَى الْأَبِ تَرْجِيحاً لِحِجَّةِ الْأُبُوَّةِ، فَإِنْ تَوَلَّدَ مِنْ عَتِيقَةٍ وَرَقِيقٍ فَالْوَلَاءُ لِمَوْلَى الْأُمِّ إِذْ لَا وِلَاءَ عَلَى الْأَبِ بَعْدُ، وَإِنْ أُعْتِقَ الْأَبُ أَنْجَرَ الْوَلَاءَ إِلَى مَوْلَى الْأَبِ، فَإِنْ جَنَى الْوَلَدُ قَبْلَ جَرِّ الْوَلَاءِ فَأَزْشُ الْجِنَايَةِ عَلَى مَوْلَى الْأُمِّ، وَمَا زَادَ بِسِرَايَةِ بَعْدَ الْجَرِّ عَلَى الْجَانِي؛ لِأَنَّهُ نَتِيجَةُ جِنَايَتِهِ قَبْلَ الْجَرِّ فَلَا يَحْمِلُهُ مَوْلَى الْأَبِ وَلِأَنَّهُ حَصَلَ بَعْدَ الْجَرِّ فَلَا يَحْمِلُهُ مَوْلَى الْأُمِّ وَلِأَنَّهُ لَمْ يَحِلَّ عَنِ الْمَوْلَى فَلَا يَحْمِلُهُ بَيْنَ الْمَالِ، وَلَوْ قَطَعَ يَدَيْنِ قَبْلَ الْجَرِّ فَسَرَى بَعْدَهُ فَعَلَى مَوْلَى الْأُمِّ دِيَّةً كَامِلَةً، وَكَذَا إِذَا قَطَعَ الْيَدَيْنِ وَالرُّجْلَيْنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ مَسْأَلَتَانِ:

(١) قال في الخادم: الذي عليه الأئمة الضرب في حياته كما نقله صاحب الشامل والتتمة وصرح به القاضي أبو الطيب والماوردي والبندنجي والصيدلاني والقاضي الحسين والفوراني في العمدة وغيرهم، وهو قضية كلام الجمهور بل نصوص الشافعي متضافرة بأن عصابة المعتق يتحملون مع وجوده ولفظه في المختصر، فإن عجز عن بعض تحمل الموالى المعتقون وهم عواقل عقله عواقلهم.

وقال في الأم: وإن كان له قرابة تحمل بعض العقل عقل القرابة، وإذا فقد عقل الموالى =

إحدهما: في تَحْمَلِ الْعَتِيقِ عن المعتق إذا جَنَى حَطَأً قولان:

أصحهما، وبه قال أبو حنيفة، ويُحْكِي عن أصحاب مالك أنه لا يتحمل<sup>(١)</sup> عنه؛ لأنه ليس بمناسب [له]<sup>(٢)</sup>، ولا له عليه ولأء، فأشبه الأجنبي؛ ولأنه حُكِمَ من أحكام الولاء، فَيَخْتَصُّ بالمعتق كالميراث.

والثاني: يحتمل؛ لأن التحمل للثُصْرَةِ<sup>(٣)</sup>، والعتيق أَوْلَى بِثُصْرَةِ المعتق؛ لِإِنْعَامِهِ عليه، ويخالف الميراث؛ لأن ذلك في مُقَابَلَةِ النُّعْمَةِ التي لِلْمُعْتِقِ بسبب الإغْتِقاقِ، ولا نِعْمَةٌ لِلْعَتِيقِ على الْمُعْتِقِ.

فإن قلنا بالقول الثاني، فهذه جهة أخرى من جهات التَّحْمَلِ، وراء الثلاث، وَيَتَأَخَّرُ الْعَتِيقُ في التحمل عن الْمُعْتِقِ، ولم يُوجَدَ شيء من عَصَبَاتِهِ بِحَالٍ؛ لأنه لا يَتَحْمَلُ الجاني عنهم، فكذلك لا يَتَحْمَلُونَ عنه.

قال في «البيان»: والذي يقتضيه المذهب أن يكون في عَتِيقِ الْعَتِيقِ القولان؛ لأن الجاني يَتَحْمَلُ عنه.

الثانية: سيأتي في باب العتق في فَضْلِ الْوَلَاءِ أن من لم يَمَسُّ الرَّقُّ أَضْلاً، لكنه مَسَّ أباه، أو جدّه، أو أمّه، فقد يثبت الولاء عليه لمعتقهم، وأنه إذا كانت الأم عَتِيقَةً، والأب رَقِيقًا يثبت الولاء على الولد الْمُعْتِقِ الْأُمِّ، فإن أعتق الأب الحرّ، ولأء الولد إلى مُعْتِقِ الْأَبِ، ويحمل العقل إذا جَنَى يتفرع على ثبوت الولاء، فمن له الولاء، فهو الذي يتحمّله فلو جنى المتولد من عتيق وعتيق، فالولاء لمولى الأب، وهم الذين يتحملون عنه ترجيحاً لجهة الأبوة، والمتولد من عَتِيقَةٍ وَرَقِيقٍ إن قتل إنساناً، فالدَّيَّةُ على موالي الأم، ولو جرح إنساناً، فأعتق أبوه، ثم مات المجني عليه، فقد أرش الجراحة على موالي الأم، والباقي يَجِبُ على الجاني؛ لأنه لا يمكن إيجابه على مُعْتِقِ الْأُمِّ؛ لأنه خرج بِإِغْتِقاقِ الْأَبِ عن اسْتِحْقاقِ الْوَلَاءِ، فلا يلزمه ما يَجِبُ بعد ذلك، ولا يمكن إيجابه على معتق الأب؛ لأنه وجب بِسَرِيَّةٍ جَنَائِيَّةٍ وَجَدَتْ قبل انجرار الولاء إليه، فلا يلزمه

= المعتقون، فإن عجزوا هم وعوائلهم عقل فأبقى جماعة المسلمين وهذا صرح في ثبوته لهم في حياته ونص في الأم أيضاً على عصبية المعتق الدين على دين العتيق يرثون العتيق وإن كان المعتق حياً فأثبت الشافعي لهم الولاء والميراث معه في حياة المعتق وهذا قد خالفه فيه القاضي الحسين وجعل المال لبيت المال انتهى. واستبعد الشيخ البلقيني ما قاله القاضي الحسين وتقدم في كتاب التنبيه على ذلك.

(١) وترجيح المنع خلاف نص الشافعي في كتبه فنص في الأم والمختصر والبيوطي على أنه يتحمل ولا يرث. ولما ذكر الشيخ أبو حامد نص المختصر قال: الذي نص عليه الشافعي ههنا أنهم يتحملون.

(٢) في ز: للفترة.

(٣) سقط في ز.

تحمله، ولا يمكن إيجابه من بيت المال؛ لأنه لم يَخُلْ عن المعتق، ووجد في الحالتين من هو أولى من بيت المال.

وأيضاً فالضربُ على العاقلةِ على خلاف القياس، فسقط بالشبهة كالفصاح. هذا ما أجاب به ابنُ الحدّاد، وساعده الأضحابُ والإمام، ولصاحب<sup>(١)</sup> الكتاب احتمالٌ في الضربِ على بيتِ المال؛ لأنه إذا تعدّر الضرب على المعتق كان كمن لا مُعْتَق له، إذا عرف ذلك، فلو أوضح خطأً، ثم أعتق أبوه، ثم سرتِ الموضحةُ إلى نفسِ المَجْنِي عليه، فأزّش الموضحةُ، وهو نصفُ عشرِ الديةِ على مُعْتِقِ الأم، وباقي الديةِ على معتق الأب.

ولو كانت الجراحةُ قطعَ أضبع، والتصوير كما ذكرنا، فالواجبُ على معتق الأم عشرُ الديةِ، ولو تأملت الجراحةُ فسقط الكفُ، ثم أعتق الأب، ثم مات المَجْنِي عليه، فنصفُ الديةِ على مُعْتِقِ الأم؛ لأن السرايةَ إلى اليدِ حصلت حين<sup>(٢)</sup> كان الولاءُ له، فكانت كأصل الجراحةِ، والباقي على مُعْتِقِ الأب.

ولو قطعَ يديه، أو يديه ورجليه، ثم أعتق الأب، ثم مات المَجْنِي عليه، فعلى معتق الأم ديةٌ كاملةٌ؛ لأن الجراحةَ حين كان الولاءُ يُوجبُ هذا القدر، والمعتبر ألا يزيد قدرَ الواجبِ على مُعْتِقِ الأم بالسرايةِ الحاصلة بعد الأنجارِ.

وقوله في الكتاب: «وما زاد بسرايةِ القطعِ بعد الجر على الجاني» [فيه بيان]<sup>(٣)</sup> أن السرايةَ قبل الجر على موالِي الأم.

وقوله: «لأنه نتيجة جنائية قبل الجر...» إلى آخره توجيهٌ للوجوب على الجاني، والمعنى: أن الديةَ لو لم تكن عليه، فإما أن تكون على موالِي الأم، أو موالِي الأب، أو في بيت المال، والأقسامُ باطلَةٌ، وقد مرَّ ما توجّه به بطلانُ كل قسم عند<sup>(٤)</sup> ذلك القسم، ويمكن أن يُعلمَ قوله: «وما زاد بسرايةِ بعد الجر على الجاني» بالواو، لما سُنِّيَتْهُ، ثم للمسألة نظائرٌ منها:

المُتَوْلَدُ بين عتيق ورفيق إذا حفرَ بئراً في محل عُذوان، أو أشرعَ جناحاً أو ميزاباً، ومات إنسان بهذه الأسبابِ تكون الديةُ على موالِي الأم، وإن أعتق أبوه، ثم حصل الهلاكُ ببعض<sup>(٥)</sup> الأسبابِ تكون الديةُ في ماله، ولو حفر العبدُ ثم عتق<sup>(٦)</sup>، ثم تردى فيها إنسان أو رمي إلى صيد، فعتق، ثم أصاب السهمُ إنساناً تجب الديةُ في ماله، ولو قطع يدَ إنسان خطأً، فأعتقه سيدهُ، ثم سرى إلى النفس، فالسيد بإعتاقه يصير مُختاراً للعداء،

(١) في ز: وصاحب.

(٢) سقط من ز.

(٣) في ز: بهذه.

(٤) في ز: حتى.

(٥) في ز: على.

(٦) في ز: أعتق.

فعليه الأقل من نصف الدية، وكمال قيمة العبد، ويجب في مال الجاني نصف الدية، وذلك لأن السراية حصلت بعد العتق بجناية كانت في الرق.

قال صاحب «التهذيب»: ويجيء وجه آخر أن السيد يفدي بالأقل من كمال الدية، وكمال القيمة؛ لأن الجناية وجدت في الرق.

ومنها: لو رمى ذمي إلى صيد، فأسلم، ثم أصاب إنساناً، فالدية في ماله لا تُضرب على عاقلة الذميين، ولا على عاقلة المسلمين.

أما الذميون؛ فلأنهم لم يكونوا عاقلته عند الإصابة، وأما المسلمون فلأنهم لم يكونوا عاقلته عند الرمي، وإنما يتحمل من يكون عاقلته في الحالين.

ولو رمى يهودي إلى صيد، ثم تنصّر أو تمجّس، ثم أصاب سهم إنساناً، قال الأئمة: إن قلنا: لا يقر عليه، فهو مُرتد لا عاقلة له، فتكون الدية في ماله.

وإن قلنا: يقر تكون الدية على عاقلته على أي دين كانوا؛ لأن الكفر كله ملّة واحدة، ولكن يخول بغضهم عن بعض على خلاف سنذكره.

ولو جرح ذمي إنساناً خطأ، وأسلم الجارح، ثم مات المجرّوح، فأزّش الجراحة على عاقلته الذميين، والباقي في ماله، فإن زاد أزّش الجراحة على دية النفس بأن قطع يديه ورجليه، فالواجب هو دية النفس على عاقلة الذميين، هكذا ذكره ابن الخداد، وساعده أكثرهم.

وفيه وجه آخر أن ما زاد بالسراية وأزّش الجراحة كله على عاقلته الذميين<sup>(١)</sup>؛ اعتباراً بحالة الجنابة وهذا ما أوردّه صاحب «المهذب»، وربما بنى الخلاف على الخلاف فيما إذا جرح ذمي ذميّاً، ثم أسلم الجارح، ومات المجرّوح، هل يقتص<sup>(٢)</sup> منه؟ إن قلنا: نعم؛ اعتباراً بحالة الجرح، فجميع الدية عليهم.

وإن قلنا: لا تقتص<sup>(٣)</sup> لم يلزمهم كمال الدية، والوجه مجيء الوجه المذكور ههنا في مسألة الكتاب.

ولو عاد بعد الإسلام، وجنى على المجني عليه جناية أخرى خطأ، ومات منهما، فنصف الدية على عاقلة المسلمين، وأما عاقلته الذميون فإن كان أزّش الجراحة نصف الدية أو أكثر، فعليهم النصف أيضاً، وإن كان أقل بأن كان قد أوضح رأسه، أو قطع أصبعاً من أصابعه، فأزّش الجراحة على عاقلته الذميين، وما زاد إلى تمام النصف على

(١) وأوضح منها أن يقال: وفيه وجه أنهم يتحملون الدية.

(٢) في ز: نقبض.

(٣) في ز: يقبض.

الجاني، فيجب في قَطْع الأَصْبُعِ عَشْرُ الدِّيَةِ على عاقلته الذميين، وَأَرْبَعَةٌ أَغْشَارِهَا، وهي تمام النصف في مال الجاني. وإن كانت الجِرَاحَةُ بعد الإسلام مُدَقَّفَةً، فقد ذكر الشيخ أبو علي وغيره أن أَرْشَ الجِرَاحَةِ الوَاقِعَةِ في الكُفْرِ يكون على عَاقِلَتِهِ الذميين، والباقي إلى تمام الدِّيَةِ على عاقلته المسلمين.

وفي «النهاية» و«البيان» أن هذا جواب على قول ابن سُرَيْجِ والإِصْطِخْرِيِّ فيما إذا جَرَحَ، ثم قَتَلَ أنه لا يدخل أَرْشُ الجِرَاحَةِ في الدِّيَةِ<sup>(١)</sup>.

أما إذا قلنا: يدخل، وهو الظاهرُ، فجميع الدِّيَةِ على عَاقِلَتِهِ المسلمين، ولو أنه عاد بعد الإسلام وجرحه مع آخر خطأ، فينبى على الخِلافِ الذي سَبَقَ في أن الدية تُورَعُ على الجارحين، أو على الجِرَاحَاتِ.

فإن قلنا: على الجَارِحِينَ، وهو الأَظْهَرُ، فعليه نِصْفُ الدِّيَةِ، والنصف يلزمه<sup>(٢)</sup> بالجِرَاحَتَيْنِ، مَحْصَةً جِرَاحَةِ الإسلام، وهي الرُّبْعُ على عَاقِلَتِهِ المسلمين، وينظر في جِرَاحَةِ الكُفْرِ، فإن كان أَرْشُهَا مِثْلَ رِيعِ الدِّيَةِ أو أَكْثَرَ، فعلى عاقلته الذميين الرُّبْعُ أيضاً، وإن كان دون الرُّبْعِ، فعليهم قَدْرُ الأَرْشِ، وهو الزِّيَادَةُ إلى تمام الرُّبْعِ في مال الجاني.

وإن وَرَعْنَا على الجِرَاحَاتِ، فَتُلْثُ الدِّيَةُ، وهو حِصَّةُ جِرَاحَةِ الإسلام على عاقلته المسلمين، فينظر في جِرَاحَةِ الكُفْرِ، فإن كان أَرْشُهَا مِثْلَ ثُلثِ الدية أو أكثر، فعلى عَاقِلَتِهِ الذميين التُّلْثُ أيضاً، وإن كان أَقَلَّ فعليهم الأَرْشُ، والباقي إلى تَمَامِ التُّلْثِ في مالِ الجاني.

ومنها: لو جَرَحَ إِنْسَانًا خَطَأً، ثم ازْتَدَّ، ثم مات المَجْرُوحُ بالسَّرَايَةِ، فأرْسَ الجِرَاحَةِ على عَاقِلَتِهِ المسلمين، والباقي إلى تَمَامِ الدِّيَةِ في مالِ الجاني، فإن كان أَرْشُ الجِرَاحَةِ مِثْلَ الدِّيَةِ أو أَكْثَرَ، كما إذا كان قد قَطَعَ يَدَيْهِ ورجليه، فَقَدْرُ الدِّيَةِ، وهو الواجب يَلْزَمُ العَاقِلَةَ، ولو جرح وهو مُرْتَدٌّ، فَاسْلَمَ، ثم مات المَجْرُوحُ، فالدِّيَةُ في مَالِهِ؛ إذ لا عاقلة لِلْمُرْتَدِّ، ولو جرحه وهو مُسْلِمٌ، فَازْتَدَّ الجَارِحُ، ثم عاد إلى الإسلام، ثم مات المَجْرُوحُ.

قال الشيخ أبو علي: في المسألة<sup>(٣)</sup> قولان:

(١) وهذا فيه منازعة لأننا وإن قلنا بالتداخل فلا يقطع النظر عن حكم تعلق بالجرح بالنسبة إلى العاقلة ونحوه، ولهذا لو قطع يد إنسان خطأ ثم حز رقبتة عمداً وعفى الولي عن القصاص وقلنا بالتداخل فإن النص أنه يجب نصف الدية مخففة على العاقلة والنصف مغلظة على الجاني وإن قلنا بالتداخل.

(٢) في ز: يلزم.

(٣) قال الشيخ البلقيني: الذي قاله الشيخ أبو علي موجود في الأم في ترجمة ردة المسلم قبل ما يجني وبعدما جنى وردة المجني عليه بعدما يجني عليه ثم ساق النص ثم قال: والقولان مطلقاً والأصح التحمل ولم يصرح في الكتاب بتصحيح.

أحدهما: أن جميع الدية على عاقليته؛ اعتباراً بالطرفين؛ ولا ينظر إلى الحالة المتخللة.

والثاني: أن على عاقلته<sup>(١)</sup> أرض الجراحة، وما زاد على الأرض إلى تمام الدية في مال الجاني؛ لأنه حصل بعض السراية في حالة الردة، فيصير شبهة دارئة للتحمل، وجرم جازمون بوجوب الجميع على العاقلة، إذا قصر زمان الردة المتخللة، وخصصوا القولين إذا طال زمانها.

قال في «التهذيب»: ويجيء وجه آخر أن على العاقلة ثلثي الدية لوجود الإسلام في الأول والآخر.

ولو رمى سهماً إلى صيد وارتد، فأصاب سهم إنساناً، أو رمى المرتد إلى صيد، فأصاب السهم، فالدية في ماله؛ لأنه تبدل حاله رمية وإصابة، وإنما يتحمل عنه إذا كان بصفة يتحمل عنه في الحالتين، ولو تخللت الردة بين الرمي والإصابة، فكذلك الجواب في «التهذيب» وفي شرح الشيخ أبي علي أنهم خرجوا المسألة على قولين:

أحدهما: أنه تجب الدية على عاقليته المسلمين، اعتباراً بحالتي الرمي والإصابة.

والثاني: أنها تجب في ماله لا يتحملون منها شيئاً؛ لأنها حدثت حالة خرجوا منها عن أن يكونوا من أهل التحمل، فصار شبهة دارئة، والله أعلم.

قال الغزالي: الجهة الثالثة: بيئت المال فإذا لم نجد المصوبة والولاء أخذنا من بيئت المال إن كان الجاني مسلماً، فإن كان ذمياً رجعنا إلى الجاني.

قال الرافعي: كما أن بيئت المال [مصّب] <sup>(٢)</sup> للتركة إذا لم يكن للميت عصبه بالنسب، ولا بالولاء، فكذلك يحتمل بيئت المال جناية من ليس له عصبه بالنسب ولا بالولاء، وكذلك لو كانت العصبه معسرين، أو كان لا يفي التوزيع عليهم بالواجب، فيكون الباقي على بيت المال، وهذا كله فيما إذا كان الجاني مسلماً، أما إذا كان ذمياً، فلا يتحمل عنه بيئت المال، بل تكون الدية على الجاني؛ لأنه إذا مات، ولا وارث له لا يوضع ماله في بيت المال إرثاً، وإنما هو فيء كالجزية، وسائر أنواع الفئ لا يوضع في بيت المال، ألا ترى أنه لا يُعتبر فيه موت من كان مالكاً لها، والمستأمن في ذلك كالذمي، وإذا أوجبنا الدية على الذمي لعدم العاقلة، فهل يتحمل أبوه وابنه؟ فيه وجهان كالوجهين فيما إذا لم يكن للجاني المسلم عاقلة، ولا في بيئت المال مال، وقلنا بوجوب الدية على الجاني، فهل يوجب على أبيه وابنه أيضاً، وسنذكرهما، والمرتد لا

(١) في ز: العاقلة.

(٢) في أ: ياض.

عَاقِلَةٌ لَهُ؛ لَأَنَّهُ لَا يورث منه، فإذا قتل إنساناً خطأً، تجب الديةُ في ماله مؤجَّلةً، فإن مات سَقَطَ الأَجَلُ، [والله أعلم].

ويجوز أن يُعَلَمَ. قوله في الكتاب: «وإن كان ذمياً رجعنا إلى الجاني» بالواو؛ لأنه ذكر في «البيان» أنه إذا لم يكن له عاقلةٌ، أو بقي شيء بعد التوزيع عليهم، ففي الوجوب في ماله الخلاف الذي سيأتي إن شاء الله - تعالى - في المسلم إذا لم يكن له عاقلةٌ خاصةً، ولا في بيت المال مألً.

قال الغزالي: **أما الصفات**، فلا يُضْرَبُ عَلَى مَجْنُونٍ وَصَبِيٍّ وَأَمْرَأَةٍ وَإِنْ كَانَتْ مُعْتَقَةً، وَلَا عَلَى مُخَالِفٍ فِي الدِّينِ فَلَا يَحْمِلُ مُسْلِمٌ مِنَ الذَّمِّ وَلَا الذَّمِيُّ مِنَ الْمُسْلِمِ، وَفِي تَحْمِيلِ الْيَهُودِيِّ مِنَ النَّصْرَانِيِّ قَوْلَانِ، وَالْحَرَبِيُّ لَا يَتَّحَمَلُ، وَالْمُعَاهِدُ كَالذَّمِيِّ إِذَا لَمْ يَنْصَرِمَ عِنْدَهُ قَبْلَ مُضِيِّ أَجَلِ الضَّرْبِ، وَلَا يُضْرَبُ عَلَى فَقِيرٍ وَإِنْ كَانَ مُعْتَمِلاً، وَيُضْرَبُ عَلَى الْعَبْدِ نِصْفَ (ح م) دِينَارٍ وَهُوَ الَّذِي مَلَكَ عَشْرِينَ دِينَاراً بَعْدَ الْمَسْكَنِ وَمَا يَخْتِاجُ إِلَيْهِ، وَعَلَى الْمُتَوَسِّطِ الرَّبْعَ وَهُوَ الَّذِي يَمْلِكُ أَقْلَ مِنْ ذَلِكَ وَلَكِنْ مَلَكَ مَا فَضَلَ عَنْ حَاجَتِهِ، وَيَنْظَرُ إِلَى الْيَسَارِ فِي آخِرِ السَّنَةِ فَلَوْ طَرَأَ الْيَسَارُ قَبْلَهَا أَوْ بَعْدَهَا فَلَا أَلْفَاتَ إِلَيْهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فرغنا من أحد الفصلين، وهو الكلام في جهات التحمل، والفصل الآخر من صفات المتحملين، وهي خمس:

إحداها: التكليف، فلا تُضْرَبُ الدِّيةُ عَلَى صَبِيٍّ، وَلَا مَجْنُونٍ، وَلَا مَعْتُوهُ، وَإِنْ كَانُوا مُوسِرِينَ.

والثانية: الذكورة، فلا تُضْرَبُ عَلَى امْرَأَةٍ؛ لَأَنَّهُ لَيْسَتْ<sup>(١)</sup> لَهَا أَهْلِيَّةُ النُّضْرَةِ وَالْمُعَاوَنَةِ، وَلَا تُضْرَبُ عَلَى حُنْثَى؛ لِاحْتِمَالِ الْأَثْوَةِ، فَإِنْ بَانَ ذَكَرًا، فَهَلْ يُعْرَمُ حِصَّتُهُ الَّتِي أَدَاهَا غَيْرُهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ مَرْوِيَانِ فِي «التَّهْذِيبِ»<sup>(٢)</sup>.

والثالثة: الموافقة في الدين، فلا يَتَّحَمَلُ الْمُسْلِمُ عَنْ قَرِيبِهِ الذَّمِّي<sup>(٣)</sup>، وَلَا بِالْعَكْسِ لِانْقِطَاعِ الْمُوَالَاةِ وَالْمُنَاصَرَةِ بَيْنَهُمَا، وَلِذَلِكَ لَمْ يَتَوَارَثَا.

وهل يتحمل اليهودي عن قريبه النصراني أو بالعكس؟ ذَكَرَ فِيهِ قَوْلَانِ:

أحدهما: نعم، كما أنه يَرِثُ بَعْضُهُمْ مِنْ بَعْضٍ، وَهَذَا لِأَنَّ الْكُفْرَ كُلَّهُ مِلَّةٌ وَاحِدَةٌ.

والثاني: لا لانقطاع الموالات بينهما، وَيُحْكَمُ<sup>(٤)</sup> هَذَا عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، هَذَا مِنْ

(٢) قال النووي: لعل أصحابهما: نعم.

(١) في ز: ليس لهؤلاء.

(٤) في ز: وعلى.

(٣) في ز: قرينة الرمي.



الذميين، ولو كان للذمي أقارب في دار الحرب، فلا يتأتى الضرب عليهم، وهم كالمعدومين. قال في «التتمة»: فإن قدر الإمام على الضرب عليهم، فينبني<sup>(١)</sup> على أن اختلاف الدار، هل يمنع التوارث؟ إن قلنا: نعم، فيمتنع الضرب أيضاً.

وإن قلنا: لا، ففيه وجهان، لانتقاع المناصرة باختلاف الدار، والمعاهد كالذمي، فيتحمل عنه الذمي، ويحتمل هو عن الذمي إذا زادت مدة العهد على أجل الدية، ولم ينصرم قبل مضي الأجل.

والرابعة: الحرية، فلا تضرب الدية على الرقيق، أما غير المكاتب فلأنه لا مال له، وأما المكاتب، فلأنه ليس من أهل المواساة، ومطلق المراض والكبير لا يمنعان ضرب الدية، لكن من الضرب على الزمن والهريم وجهان:

أحدهما: المنع؛ لضعف حالهما وعجزهما عن الثصرة<sup>(٢)</sup>.

وأظهرهما: الضرب لعصوبتيهما وأهليتيه نضرتيهما بالرأي والمال، ويحكي الأول عن ابن أبي هريرة، والقطع بالثاني عن الشيخ أبي حامد، وربما بني الخلاف على الخلاف في أن الزمن والشيخ من الكفار إذا أسرا هل يقتلان؟ ويجري الخلاف في الأعمى. وقوله في الكتاب: «وإن كانت مفتقة» مكرراً، فقد مر أن المرأة، إذا اعتقت لا<sup>(٣)</sup> يضرب عليها. وقوله: «والحزبي لا يتحمل» يجوز أن يعلم<sup>(٤)</sup> بالواو، لما ذكرنا.

الخامسة: ألا يكون فقيراً، بل متوسطاً أو موبساً؛ لأن تحمّل العقل مواساة، والفقير ليس أهلاً للمواساة، وكذلك لم يكلف بالزكاة، وتخالف الجزية؛ لأنها كالأجرة لسكنى الدار؛ ولأنها يحقن الدم.

وعن أبي حنيفة: أن الدية تضرب على الفقير أيضاً، ويروى عنه أنها تضرب عليه بشرط أن يكون معتماً قادراً على الكسب، وهذا ما قصد الإشارة إليه بقوله في الكتاب: «إن كان معتماً». ثم في الفصل مسألتان:

إحدهما: فيما يضرب على كل واحد من<sup>(٥)</sup> العاقلة، قال الأئمة: لا يجحف بهم، ولا يسق عليهم، بل يحملون ما يسهل عليهم، فيضرب على الغني نصف دينار، وعلى المتوسط ربع دينار، ووجه التقدير بالنصف بأنه أول درجة المواساة [في الزكاة، والتقدير بالربع أن المواساة<sup>(٦)</sup> لا تحصل بما دونه؛ لأنه تافه؛ بدليل أنه لا يقطع فيه السارق، ويروى عن عائشة - رضي الله عنها - أنها قالت: «ما كانت اليد تقطع على عهد

(١) في ز: فنبني.

(٢) في ز: لم.

(٣) في ز: في.

(٤) في ز: بالزاد.

(٥) في ز: يعلمها.

(٦) سقط في ز.

رسول الله ﷺ في الشيء الثأف<sup>(١)</sup>. وعند أبي حنيفة يُؤخذ من كل واحد ثلاثة ذراهم إلى أربعة، ويسوى<sup>(٢)</sup> بين الموسر وغيره، واحتج الأضحاب بأنه حق وجب على سبيل الموساة، فيختلف<sup>(٣)</sup> باليسار، والتوسط كالزكاة.

ويجوز أن يُعلم في الكتاب لفظ «النصف والربع» بالحاء لما حكيناه، وبالميم؛ لأن عند مالك لا يُقدّر الواجب، بل هو إلى اجتهاد الحاكم يحمل كل واحد ما يرى أنه يتحمّله، وبم يضبط اليسار والتوسط؟

ذكر في «التهديب» أن الاعتبار بالعادة، وأن ذلك يختلف بالبلدان والأزمان ورأى الإمام [أن]<sup>(٤)</sup> الأقرب اعتبار ذلك بالزكاة، كما اغتبر قدر الواجب بالزكاة، فقال: إذا كان يملك عشرين ديناراً في آخر الحول، فهو غني، لكن يفارق ما نحن فيه الزكاة وجّهين:

أحدهما: أنه لا يشترط أن يملك الثقد، أو شيئاً من الأموال الزكائية، بل إذا ملك ما يساوي هذا القدر من سائر الأموال، كان كما لو ملك هذه الأموال؛ لأن الزكاة حق المال، فينظر فيها إلى جنس المال، وتحمل العقل مخصّ موساة.

والثاني<sup>(٥)</sup>: يشترط أن يكون ما يملكه فاضلاً عن مسكبه وثيابه، وسائر ما لا يكلف في الكفارة بينه وصرفه إلى ثمن الرقبة، وهذا لا يشترط في الزكاة والمتوسط هو الذي يملك أقل من ذلك، لكنه يفضل عن حاجاته، ويشترط أن يكون فوق القدر المأخوذ، وهو ربع دينار؛ لثلا يؤدّه أخذه منه إلى حد الفقر، وهذا ما نحا صاحب الكتاب نحوه.

الثانية: الاعتبار فيما يؤخذ كل حول بأخر ذلك الحول في أمور:

أحدهما: إذا تم الحول، وهناك إنل جمعت العاقلة ما عليهم من نصف أو ربع، واشتروا به الإبل، وإن لم توجد الإبل، فعلى القولين في أن الواجب القيمة أو بدل مقدّر. وإذا تأخرت التوفية<sup>(٦)</sup> بعد الحول، ثم وجدت لهم الإبل، وإن وجد بعد أخذ البدل لم يؤثر.

الثاني: إذا لم يف التوزيع على العاقلة بواجب الحول أخذ الباقي من بيت المال، ولم ينتظر مضي الأحوال الثلاثة.

(٢) في ز: ويستوي.

(٤) سقط في ز.

(٦) في ز: تأخر التوفير.

(١) تقدم في اللقطة.

(٣) في ز: فيختلف.

(٥) في ز: والثاني.

الثالث: يعتبر اليَسَارُ والتَّوَسُّطُ في آخر الحَوْلِ، فلو كان مُعْسِراً<sup>(١)</sup> في آخر الحَوْلِ لم يلزمه<sup>(٢)</sup> شَيْءٌ من واجب ذلك الحَوْلِ، وإن كان مُوسِراً من قَبْلُ أو أَيْسَرَ من بَعْدُ، وإن كان مُوسِراً حَيْثُ دَلِمَهُ التَّنْصِفُ، فإن أُعْسِرَ بعد ذلك، فهو ذَيْنٌ عليه.

ولو كان بعضهم من أَوَّلِ الحَوْلِ كَافِراً أو رَقِيقاً أو صَبِيّاً أو مَجْنُوناً، وصار في آخِرِهِ نَصْفَةُ الكَمَالِ، فهل يُؤْخَذُ منه حِصَّتُهُ من واجب تلك السَّنَةِ؟

حكى صاحب «التهديب» فيه وجهين:

أحدهما: نعم، كما لو كان مُعْسِراً في أول الحَوْلِ، مُوسِراً في آخره.

وأصحهما: لا؛ لأن هؤلاء لَيْسُوا أَهْلًا لِلنُّصْرَةِ بِالْبَدَنِ في الابتداء، فلا يُكَلَّفُونَ النُّصْرَةَ بِالمال في الانْتِهَاءِ، والمعسر كان من<sup>(٣)</sup> أَهْلِ النُّصْرَةِ، وإنما يعتبر المَالُ ليتمكن<sup>(٤)</sup> من الأداء، فيعتبر وَقْتُ الأداء.

وقطع صاحب «التتمة» بأنه لا يلزمه من واجب ذلك الحَوْلِ شَيْءٌ<sup>(٥)</sup>، ورد الخلاف في أنه هل يُطَالَبُ، والحالة هذه بواجب الحَوْلِ الثاني والثالث؟

وَوَجْهُ المُطَالَبَةِ بأن وظيفة كل حَوْلٍ مستقلة بنفسها، ولذلك لو كان عَاقِلاً في الحَوْلِ الأول، ثم جُنَّ في الثاني يُؤْخَذُ منه وَاجِبُ الأَوَّلِ، ووجه المنع، وَعَدَّهُ الأَصَحُّ بأن الواجب في الأَحْوَالِ وَاحِدٌ؛ لأن سَبَبَهُ وَاحِدٌ إلا أنه مُنَجَّمٌ.

فإذا لم يكن الشَّخْصُ بصفة الكَمَالِ في الابتداء لم يدخل في التَّوْزِيعِ.

## «فَرَعٌ»

يشبه أن يكون المَرْعِيُّ في إِيْجَابِ الرُّبْعِ والنصف مِقْدَارَهُمَا، لا أنه يجب على العَاقِلَةِ بَدَلُ الدنانير بِأَعْيَانِهَا؛ لأن الإِبِلَ هي التي تجب في الدِّيَةِ، وما يُؤْخَذُ يصرف إلى الإِبِلِ، وللمستحق ألا يقبل غيرها، وَيُوضَّحُ أن أبا سعد المَتَوَلَّى قال على الغَنِيِّ نِصْفُ دِينَارٍ أو سِتَّةَ دَرَاهِمٍ؛ لأن الدنانير<sup>(٦)</sup> في الدِّيَةِ عندنا تقابل<sup>(٧)</sup> باثني عشر دِرْهَمًا، [والله أعلم].

قال الغَزَالِيُّ: الرُّكْنُ الثَّانِي فِي كَيْفِيَةِ التَّوْزِيعِ وَالبِدَايَةِ بِأَقْرَبِ (ح) العَصَبَاتِ، وَلَا

(١) في ز: معتبراً. (٢) في ز: يلزم.

(٣) في ز: كامل. (٤) في ز: ليتمكن.

(٥) وما دل عليه كلام المصنف من أن المسألة ليست منقولة عجيب فإن الشافعي وجماعة من الأصحاب ذكروه.

(٦) في ز: الدينار. (٧) في ز: مقابل.

يُضْرَبُ عَلَى وَاحِدٍ أَكْثَرُ مِنْ نِصْفٍ أَوْ رُبْعٍ، وَهُوَ حِصَّةُ كُلِّ سَنَةٍ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ حِصَّةُ جَمِيعِ السِّنِينَ، ثُمَّ إِنْ فَضِّلَ مِنَ الْأَقْرَبِينَ شَيْءٌ تَرَقُّبْنَا إِلَى مَنْ بَعْدَهُمْ ثُمَّ إِلَى الْمُغْنِيِّ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَصَبَةٌ أَخَذْنَا بِقِيَّةِ الْوَاجِبِ آخِرَ السَّنَةِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي بَيْتِ الْمَالِ أَخَذْنَا مِنَ الْجَانِي عَلَى أَقْبَسِ الْوَجْهَيْنِ حَذَاراً مِنَ التَّعْطِيلِ، وَقِيلَ: يُنْتَظَرُ يَسَارُ بَيْتِ الْمَالِ، وَأَمَّا الدُّمِيُّ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ عَاقِلَةٌ فَيُطَالَبُ بَعْدَ مُضِيِّ الْأَجَلِ إِذْ لَا يُنْتَظَرُ لَهُ بَيْتِ الْمَالِ، وَكَذَا إِذَا اعْتَرَفَ بِالْحَطَأِ وَأَنْكَرَ الْعَاقِلَةَ وَلَا بَيِّنَةَ إِذْ لَا يُنْتَظَرُ إِفْرَارُ الْعَاقِلَةِ، فَإِنْ أَقْرَأُوا عَلَى قُدُورٍ وَقَعَ الرُّجُوعُ عَلَيْهِمْ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قَوْلُهُ: «وَالْبِدَايَةُ بِأَقْرَبِ الْعَصَبَاتِ»، وَقَوْلُهُ بَعْدَ ذَلِكَ: «فَإِنْ فَضِّلَ مِنَ الْأَقْرَبِينَ شَيْءٌ...» إِلَى آخِرِهِ، الْمَقْصُودُ مِنْهُ<sup>(١)</sup> بَيَانُ تَرْتِيبِ الْعَصَبَاتِ، وَقَدْ ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلِ عِنْدَ قَوْلِهِ: «وَفِي تَفْدِيمِ الْأَخِ لِلأَبِ وَالأُمِّ عَلَى الْأَخِ لِلأَبِ قَوْلَانِ»، وَإِنَّمَا ذَكَرْنَا هُنَا؛ لِأَنَّ تِلْكَ الْمَسْأَلَةَ تَتَعَلَّقُ بِالتَّرْتِيبِ، وَكَانَ الْأَوَّلَى أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَهُمَا، وَبَيْنَ سَائِرِ مَسَائِلِ التَّرْتِيبِ. وَلْيُعْلَمَنَّ قَوْلُهُ: «وَالْبِدَايَةُ بِأَقْرَبِ الْعَصَبَاتِ» بِالْحَاءِ؛ لِمَا تَقَدَّمَ أَنْ عِنْدَهُ<sup>(٢)</sup> يَسُورُ بَيْنَ الْقَرِيبِ وَالْبَعِيدِ.

وقوله: «ولا يضرب على واحد أكثر من نصف أو ربع قد صار مفهوماً من قوله في الفضل السابق: «ويضرب على الغني نصف دينار...» إلى آخره ثم النصف أو الربع حصة كل سنة أو الواجب في السنين الثلاث النصف أو الربع؟ فيه وجهان:

أصحهما: الأول، فيكون جملة الواجب على الواحد [من] العاقلة ديناراً ونصفاً إذا كان غنياً، ونصفه إذا كان متوسطاً، ووجه ذلك بأنه حتى يتعلق بالحوال، ويجب على سبيل المواساة، فيتكرر بتكرار الحوال كالزكاة.

والثاني: ويحكى عن ابن سريج وابن القاص أن النصف أو الربع واجب السنين؛ لأن الأصل عدم الضرب، فلا يخالف إلا في هذا القدر، ولو ذكر هذه المسألة مع بيان القدر في الفصل السابق لكان أحسن، ثم في الفصل مسألتان:

إحدهما: إذا انتهى التحمل<sup>(٣)</sup> إلى بيت المال، فلم يوجد فيه مال، هل يؤخذ الواجب من الجاني؟

فيه وجهان بنوهما على أن الديّة تجب على العاقلة ابتداءً، أو تجب على الجاني،

(٢) في ز: غيره.

(١) في أ: منهما.

(٣) في ز: الحمل.

ويتحمل عنه العاقلة، [و] فيه وجهان، ويقال: قولان:

أحدهما: أنها تجب على العاقلة ابتداءً؛ لأن المطالبة عليهم دون الجاني، وقد يوجه بظاهر الأخبار، مثل ما روي أنه عليه السلام: «قضى على العاقلة»<sup>(١)</sup>.

والثاني: تجب على الجاني، والعاقلة يتحملون<sup>(٢)</sup>؛ لأن القياس وجوب الضمان على المثلف، فيجري على القياس، ونجعلهم متحملين كما يؤدي الدين عن تحمل لإصلاح ذات البين. ويدل عليه أنه لو لم يكن الجاني ممن يتحمل عنه بأن كان مرتدًا أو ذميًا، وعاقلة حربيون تؤخذ الدية من ماله.

قال الإمام: وليس تردّد القول مأخوذًا من نص صاحب المذهب، ولكنه متلقى من تصاريف كلامه في التفريعات.

فإن قلنا: تجب على العاقلة ابتداءً، لم يؤخذ من الجاني. وإن قلنا: بالتحمل، فإذا تعدّر التحمل أخذ الواجب من<sup>(٣)</sup> الأصل.

وعن القاضي الحسين: القطع بأنه لا يجب على العاقلة شيء، والظاهر إثبات الخلاف، وأخذ الواجب من القاتل.

وإذا قلنا: لا يؤخذ منه، ففي شرح «مختصر الجويني» وجه أنه تجب الدية على جماعة المسلمين كنفقة الفقراء، وهذا لم يذكره الأكترون، لكن لو حدث في بيت المال مال، هل يؤدي الواجب منه؟ فيه وجهان عن رواية القاضي الحسين وغيره:

أحدهما: لا، كما أن الفقير من العاقلة عند تمام الحول لا يطالب بالغنى الحادث بعده.

والثاني: نعم، وليس سبيل بيت المال سبيل العاقلة الخاصة؛ لأن مال المصالح لا يختص بمصلحة، فلا يختص الأداء منه بوقت، وهذا [معنى]<sup>(٤)</sup> قوله في الكتاب: «وقيل: ينتظر يسار بيت المال» وربما بنى على هذا الخلاف في أنه هل يؤخذ الواجب من الجاني، إذا لم يكن في بيت المال مال؟

إن قلنا: يؤدي من المال الحارث، فينتظر، ولا يطالب الجاني.

وإن قلنا: لا، فيطالب الجاني تحرزًا عن الإفذار.

وإن قلنا: إذا لم يكن في بيت المال مال، يعزم القاتل، فالدية تتأجل عليه تأجلها على

(١) هو مختصر من حديث المغيرة وأبي هريرة، وقد تقدم.

(٢) في ز: فتحملون.

(٣) في ز: في.

(٤) سقط في ز.

العاقلة الخَاصَّة، وعلى بيت المَالِ. وهل يجب على أبيه وابنه كما تَجِبُ عليه؟ فيه وجهان: أحدهما: وبه قال أبو علي الطَّبْرِيُّ: نعم، ويُنْدَأُ بهما قبل القَاتِلِ؛ لأننا إنما لا نَحْمِلُ الأب والابن؛ لأنهما بعضه، فإذا تَحَمَّلَ تَحْمُلًا.

وأقواهما: عند صاحبي «المهذب» و«التهذيب» المَنْعُ؛ لأن الإِجَابَ على القاتل من جِهَةِ أنه الأضَلُّ وغيره يتحمل<sup>(١)</sup> عنه، فإذا تَعَدَّرَ التحمل طُولِبَ بِحُكْمِ الأضَلِّ، وهذا المعنى لا يَتَحَقَّقُ في الأب والابن.

المسألة الثانية: إذا اعْتَرَفَ بِالْحَطَأِ، أو شَبِهَ العَمْدِ وصدَّقته العاقلة، فعليهم الدِّيَّةُ، وإن كَذَّبْتَهُ لم يقبل إفرأزه عليهم، ولا على بَيْتِ المَالِ ولكن يَخْلِفُونَ على نَفْيِ العلم، فإذا حَلَفُوا كانت الدِّيَّةُ على المُقِرِّ؛ لأنه لا سَبِيلَ إلى التَّعْطِيلِ، وقد تَعَدَّرَ التحمل، ويروى عن النبي ﷺ أنه قال: «لا تحمل العاقلة عَمْدًا، ولا اعْتِرَافًا»<sup>(٢)</sup>.

قال الإمام: ولم يُخْرِجِ الأَصْحَابُ [الوجوب]<sup>(٣)</sup> على<sup>(٤)</sup> المقر [على] الخِلافِ في أن الجَانِي يَلَايِيهِ الوجوب، ويتحمل العاقلة، أو تجب الدِّيَّةُ على العاقلة ائْتِدَاءً.

ولا يبعد عن القياس أن يُقَالَ: إذا لم يَلَاقِ الوجوب الجاني لا يَلْزِمُهُ شَيْءٌ، لأنه إنما أقرَّ عليهم لا على نَفْسِهِ؛ لأن الحَطَأَ يلزم الدِّيَّةَ عليهم، فإذا لم يقبل عليهم وَجِبَ ألا يقبل عليه، ويحكى<sup>(٥)</sup> هذا عن المَرْزِي، والمَذْهَبُ المنقول الأول<sup>(٦)</sup>.

(١) في ز: فتحمل.

(٢) قال الحافظ في التلخيص: قال إمام الحرمين في النهاية: روى الفقهاء فذكر هذا الحديث بلفظ: لا تحمل العاقلة عبداً ولا اعترافاً، قال: وغالب ظني أن الصحيح الذي أورده أئمة الحديث: لا تحمل العاقلة عمداً ولا اعترافاً، وقال الرافعي في أواخر الباب: هذا الحديث تكلموا في ثبوته، وقال ابن الصباغ: لم يثبت متصلاً، وإنما هو موقوف على ابن عباس، انتهى. وفي جميع هذا نظر، فقد روى الدارقطني، والطبراني في مسند الشاميين من حديث عبادة بن الصامت: أن رسول الله ﷺ قال: «لا تجعلوا على العاقلة من دية المعترف شيئاً»، وإسناده واه، فيه محمد بن سعيد المصلوب وهو كذاب، وفيه الحارث بن نبهان وهو منكر الحديث، وروى الدارقطني والبيهقي من حديث عمر مرفوعاً: العمدة والعبد والصلح والاعتراف لا تعقله العاقلة، وهو منقطع، وفي إسناده عبد الملك بن حسين وهو ضعيف. قال البيهقي: والمحموظ أنه عن عامر الشعبي من قوله، وروى أيضاً عن ابن عباس: لا تحمل العاقلة عمداً ولا صلحاً ولا اعترافاً ولا ما جنى المملوك، وفي الموطأ عن الزهري: مضت السنة أن العاقلة لا تحمل شيئاً من ذلك، وروى البيهقي عن أبي الزناد عن الفقهاء من أهل المدينة نحوه.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٥) في ز: وعلى.

(٦) ما نقله عن الإمام قطع به من عدم الترجيح عجيب فإنه حكى التخريج في باب القسامة عن =

وَتَتَأَجَّلُ الدية عليه تَأَجُّلَهَا على العاقلة، إلا أنه يُؤَخَذُ منه ثُلُثُ الدِّيَةِ عند انقِراضِ السَّنَةِ الأولى، وكل واحد من العاقلة لا يطالب إلا بنصف أو ربع، وهل يحلُّ الأجل عليه إذا مات؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن الأجل يُلَازِمُ دِيَةَ الخَطَأِ شَرْعاً.

وأظهرهما: نعم، كسائر الدِّيُونِ المُؤَجَّلَةِ، وليس كما لو مات وَاحِدٌ من العاقلة من خلال الحَوْلِ لا يؤخذ من تَرَكْتِهِ شَيْءٌ، لأن الوُجُوبَ على العاقلة سَبِيلُهُ سَبِيلُ المُوَاسَاةِ، والوجوب على الجاني ههنا لِصِيَانَةِ الحَقِّ عن التعطيل، فلا يمكن المَصِيرُ إلى السُّقُوطِ.

وإذا مات مُعْسِراً قال صاحب «التهذيب»: يحتمل أن تُؤَخَذَ الدِّيَةُ من بيت المَالِ، كمن لا عاقلة له، ويحتمل ألا تُؤَخَذَ كما لو كان مُعْسِراً، وهو حَيٌّ.

ولو غُرِّمَ الجاني، ثم اعترفت العاقلة، فإن قلنا: الوُجُوبُ يُلَاقِي الجاني، والعاقلة محتملة، فلا يَرُدُّ الوَلِيُّ ما أَخَذَ، ويرجع الجاني على العاقلة.

وإن قلنا: هي على العاقلة ابتداء، يَرُدُّ الوَلِيُّ ما أَخَذَ، وَيَبْتَدِئُ بِمُطَالَبَةِ العاقلة<sup>(١)</sup>.

وفي «التهذيب» أنه إذا ادَّعِيَ على رجل قَتْلَ خَطَأٍ أو شِبْهَ عَمْدٍ، ولا بَيِّنَةَ، وَتَكَلَّ المُدَّعَى عَلَيْهِ عن اليمين، فحلف المُدَّعَى فإن جعلنا اليمينَ المَزْدُودَةَ كإقرار المُدَّعَى عَلَيْهِ، وَجَبَتِ الدِّيَةُ على المدعى عليه، إن كذبت العاقلة المُدَّعَى.

وإن قلنا: إنه كالبَيِّنَةِ، فالدِّيَةُ على العاقلة، أو على المُدَّعَى عَلَيْهِ؛ ذهاباً إلى أنها وإن جُعِلَتْ كالبَيِّنَةِ، فإنما تجعل كالبَيِّنَةِ في حَقِّ المُتَدَاعِيَيْنِ دون غيرهما فيه وجهان<sup>(٢)</sup>.

وقوله في الكتاب: «فإن لم يكن عَصَبَةٌ أخذنا بِقِيَّةِ الوَاجِبِ» أي: لم يكن عَصَبَةٌ سوى المَذْكُورَيْنِ، وإن قدر أن المراد ما إذا لم يكن للجاني عَصَبَةٌ أصلاً، لم يكن للفظ البَقِيَّةِ مَعْنَى، فَإِنَّا حينئذ نَأْخُذُ جَمِيعَ الوَاجِبِ من بيت المَالِ.

= المتولي فيما إذا ادعى عليه قتل عمد فاعترف بخطأ أو حلف عليه أنه لا يطالب بشيء إذا قلنا الدية تلاقي العاقلة ابتداء وسكتنا عليه.

(١) قال في الخادم: وينبغي على كلا القولين رد المأخوذ ومطالبة العاقلة أما على القول بأنه لا يلاقي الجاني فظاهر وأما على القول الآخر فإما أن يكون ما أخذه من الجاني أخذه والوجوب باق، وإما أن يكون بعد انتقاله عنه إلى العاقلة والأول باطل لأننا وإن قلنا يلاقيه أولاً فلا يبقى بمجرد ملكها انتقل عنه وحينئذ يكون حقهم وقت الإقرار والأخذ من الجاني في ذمة العاقلة بما أخذه.

(٢) وهو يقتضي أن صاحب التهذيب لم يرجح شيئاً وليس كذلك بل رجح تحمله العاقلة، وعبارته: وإن ادعى المجني عليه فأنكر ولم يحلف فنكل فحلف المدعي وقلنا إن يمينه مع إنكار المدعي كالبينة تحملها العاقلة كما لو أقام بينة وقبل في ماله لأنه كالبينة في حق المتداعيين.

وقوله: «وأما الذمِّيُّ إذا لم يكن له عاقلة... إلى آخره، كالمُكْرَرِّ؛ لأنه قال في الجهة الثانية: وإن كان ذمياً رجعتنا إلى الجاني، وكأنه أعاده ليبيِّن أن ما قيل في حقِّ المسلم أنه يُنتظرُ يسارُ بيتِ المال، لا مجال له في حقِّ الذمِّيِّ؛ لأن بيت المال لا تحمل عنه. ويجوز أن يُعلم قوله: «فيطالب» بالواو؛ لما قدَّمناه عن «البيان».

وقوله: «بعد مُضِيَّ الأجل» لا ضرورة إلى ذكره في هذا الموضع، لِلعلمِ بأن الدية المتحملة مؤجلة، والمطالبة تكون بعد مُضِيَّ الأجل أبداً.

وقوله: «وكذا إذا اعترف [الجاني]»<sup>(١)</sup> بالخطأ، ليُعلم بالزاي.

وقوله: «إذ لا ينتظر إقرار العاقلة» أراد به أن الوجه المذكور في أنه يُنتظرُ يسارُ بيتِ المال لا يَجِيءُ في انتظار [إقرار]<sup>(٢)</sup> العاقلة، لأن توفُّع اليسار قريب، وتوقع إقرارهم بعد الإنكار بعيد.

وقوله: «وقع الرجوع عليهم» يعني رجوع الجاني على ما هو مبين في «الوسيط»، وذلك إذا قلنا: إن الوجوب يلاقيه، وليعلم بالواو للوجه الآخر، [والله أعلم].

قال العزالي: وما دون أرض الموضحة مضروب (ح م و) على العاقلة بل لو كان الأرش نصف دينار ورغناه على العاقلة، وإن كانوا مائة طولب جميعهم بنصف دينار مشترك على وجه، وعلى وجه يعين القاضي واحداً كني لا يغسر الطلب.

قال الرافعي: فيه صورتان:

أحدهما: كما أن دية النفس تُضرب على العاقلة، فكذلك بدل الأظراف، وأروش الجراحات والحكومات، قليلاً وكثيرها، تُضرب عليهم. هذا هو المذهب الجديد.

ويحكي عن القديم قولان آخران:

أحدهما: أنها لا تُضرب عليهم؛ لأن تحمل العاقلة خلاف القياس، لكن الشرع ورد به في دية النفس، ففتصر عليه.

وأيضا فإن ما دون النفس سبيله سبيل ضمان الأموال، ألا ترى أنه لا يتعلَّق به الكفارة، ولا تدخله القسامة؟!

والثاني: أن ما دون ثلث الدية لا يُضرب على العاقلة، بل يكون في مال الجاني؛ لأنه لا يعظم إجحافه به، فلا يحتاج فيه إلى التحمل والمواساة، وبهذا قال مالك وأحمد.

(٢) سقط في ز.

(١) سقط في ز.



وعند أبي حنيفة: ما دون أَرَشِ الْمُوضِحَةِ، وهو نِصْفُ عَشْرِ الدِّيَةِ لا يُضْرَبُ عليهم، واختَجَّ لظَاهِرِ المذهب بأن النبي ﷺ: «قضى بالعُرَّةِ على العاقلة، وهي دون الثلث»<sup>(١)</sup>، فإن العُرَّةَ تُقَابَلُ بخمس من الإبل.

وأيضاً، فإن العاقلة إنما تَحْمَلُ دِيَةَ النَّفْسِ كي لا يَجْحِفَ ذلك بِمَالِهِ، وهذا المعنى موجودٌ في الأَطْرَافِ والجَرَاحَاتِ.

قال الإمام: وما عندي أن من لا يَضْرِبُ أَرُوشَ الأَطْرَافِ على العاقلة [ينبغي أن يُتَبَّهًا]<sup>(٢)</sup> معجلة كَقِيَمِ المَثَلَفَاتِ. ولا يبعد عن قياس.

الثاني من قَوْلِي القديم: إذا زَادَ الرَّاجِبُ على ما دُونَ الثلث أن لا يحمل الكُلَّ على العاقلة، بل يُقالُ: ما دون الثلث على الجاني أبداً، والزائد عليه مَحْمُولٌ.

والثانية: وهي مُفْرَعَةٌ على الأولى: إذا كان الأَرُشُ نِصْفَ دِينَارٍ مَثَلًا، والعاقلة جَمَاعَةً فيهم<sup>(٣)</sup> كَثْرَةً، ففي كيفية تَحْصِيلِهِ وجهان:

أظهرهما: أنهم يُطَابَرُونَ بنصف دينار مُشْتَرَكٍ؛ لِشُمُولِ جِهَةِ التَّحْمِيلِ لهم.

والثاني: أن القاضي يُعَيِّنُ<sup>(٤)</sup>، واحداً أو جَمَاعَةً باجْتِهَادِهِ لكيلا<sup>(٥)</sup> يَغْسَرَ الطَّلَبُ والتَّوْزِيعُ، وقد ينتهي الأمرُ إلى أن يُخَصَّصَ كُلُّ واحدٍ منهم مَالاً يَتَمَوَّلُ، وهذا كَالخِلافِ فيما إذا كَثُرَتِ العاقلةُ في دَرَجَةِ وَاحِدَةٍ، بحيث لو وُزِعَ الرَّاجِبُ عليهم لَأَصَابَ كُلَّ عَنِيٍّ دون النصف، وكُلُّ مُتَوَسِّطٍ دون الربع<sup>(٦)</sup>، وفيه قولان:

أحدهما: أن للإمام أن يُخَصَّصَ جَمَاعَةً يَضْرِبُ على أغنيائهم النِّصْفَ، وعلى المتوسطين الربع كيلا يَغْسَرَ التَّوْزِيعُ، ولا يكثر التَّعَبُ والمُؤَنَةُ.

وأصحهما: المنع؛ لأن الحَقَّ وَجِبَّ على جَمِيعِهِمْ، فلا يُخَصَّصُ بَعْضُهُمْ بالمُطَابَةِ وإذا قلنا بالأول، فَبِأَيِّ طَرِيقٍ نُخَصِّصُهُمْ؟

حكى أبو الفَرَجِ السَّرْحَسِيُّ فيه وجهين، الذي أوردَهُ عَامَةً الناقليين أن الإمام يُخَصَّصُ من يراه باجْتِهَادِهِ.

والثاني: أنه يجعلهم فِرْقَتَيْنِ<sup>(٧)</sup>، أو ثلاثاً، كما يقتضيه الحال، ويُفْرَعُ بينهم<sup>(٨)</sup>

[والله أعلم].

(٢) يياض في أ.

(٤) في ز: يعني.

(٦) في أ: فيه.

(٨) في ز: مهم.

(١) تقدم.

(٣) في ز: منهم.

(٥) في ز: خلا.

(٧) في ز: مرتين.

قال الغزالي: وأما الأجل فهو في دية كاملة ثلاث سنين وهي مائة من الإبل يؤخذ ثلثها في آخر كل سنة، فلو وجب مائتان من الإبل في عبد وقتلنا: يحمل فهو مضروب في ثلاث سنين نظراً إلى أنه بدل نفس، وقيل: إنه في ست سنين نظراً إلى القدر، وعلى هذا يضرب دية اليهودي والنصراني في سنة، ودية المجوسي في سنة، وغرة الجنين أيضاً في سنة؛ لأن السنة لا تتجزأ، ودية المرأة في سنتين، ولو قتل واحد ثلاثة فيضرب ثلاثمائة من الإبل في تسع سنين على وجه نظراً إلى القتل أو إلى أن الثلاثة الأنفس لا يكونون كنفس واحدة، ويضرب في ثلاث سنين على الأصح لأن الأجال للديون المتفرقة تتساقط ولا تتعاقب، وإن قتل ثلاثة واحداً فالدية الواحدة مضروبة على العاقل في ثلاث سنين على كل واحد ثلث نظراً إلى اتحاد المستحق، وقيل: في سنة واحدة، ودية يدي الشخص كنفسه، ودية إحدى اليدين من الرجل يضرب في سنتين لعدم النفس ونقصان القدر، ولو قطع يدي إنسان ورجليه فهو كقتل نفسين.

قال الرافعي: لما تكلم في ترتيب العاقلة، وفي القدر المضروب على كل واحد منهم اشتغل ببيان الأجل المضروب فيه، فقال: أما الأجل، فهو في دية كاملة ثلاث سنين، وقد روي ذلك عن عمر وعلي، وابن عمر، وابن عباس - رضي الله عنهم - وقال الشافعي - رضي الله عنه - في «المختصر»: ولم أعلم مخالفاً أن رسول الله ﷺ قضى بالدية على العاقلة في ثلاث سنين<sup>(١)</sup>، وتكلموا في ورود الخبر به، فمنهم من قال

(١) قال الحافظ في التلخيص: قال الرافعي، تكلم أصحابنا في ورود الخبر بذلك، فمنهم من قال ورد، ونسب إلى رواية علي، ومنهم من قال: ورد أنه ﷺ قضى بالدية على العاقلة، وأما للتأجيل فلم يرد به الخبر، وإنما أخذ ذلك من إجماع الصحابة، وروي ذلك عن عمر وعلي وابن عباس: أنهم أجلوا الدية ثلاث سنين، أما الحديث فروى البيهقي من طريق الشافعي أنه قال وجدنا عاماً في أهل العلم أن رسول الله ﷺ قضى في جنابة الحر المسلم على الحر، خطأ، مائة من الإبل على عاقلة الجاني، وعماماً فيهم أيضاً أنها بمضي ثلاث سنين، في كل سنة ثلثها، وبأسنان معلومة، وقال ابن المنذر: ما ذكره الشافعي لا يعرف له أصل من كتاب ولا سنة، وسئل عنه أحمد بن حنبل فقال: لا أعرف فيه شيئاً، فقيل له: إن أبا عبد الله رواه عن النبي ﷺ فقال: لعله سمعه من ذلك المدني، فإنه كان حسن الظن به، يعني إبراهيم بن أبي يحيى، وتعقبه ابن الرفعة بأن من عرفه حجة على من لم يعرفه، وروى البيهقي من طريق ابن لهيعة عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب قال: من السنة أن تنجم الدية في ثلاثة سنين، وأما الإجماع فيستفاد مما حكيناه عن الشافعي، وكذلك نقله الترمذي في جامعه، وابن المنذر، وأما الرواية عن عمر في ذلك فرواها ابن أبي شيبة، وعبد الرزاق والبيهقي، من طريق الشعبي عن عمر وهو منقطع، وقال عبد الرزاق عن ابن جريج أخبرني عن أبي وائل: أن عمر بن الخطاب جعل الدية الكاملة في ثلاث =

وَرَدَّ، وَنَسَبَهُ إِلَى رِوَايَةِ عَلِيٍّ - كَرَّمَ اللَّهُ وَجْهَهُ -، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: أَرَادَ بِهِ أَنَّهُ ﷺ قَضَى بِالذُّبِّيَةِ عَلَى الْعَاقِلَةِ<sup>(١)</sup>. وَأَمَّا التَّنَجِيمُ فَلَمْ يَرِدْ وَرُودَ الْخَبَرِ بِهِ، وَأَخَذَ ذَلِكَ مِنْ إِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - أَوْ غَيْرِهِ.

إِذَا عَرَفَ ذَلِكَ، فَلَا خِلَافَ عَنْ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ - أَنْ مَا يُضْرَبُ عَلَى الْعَاقِلَةِ يُضْرَبُ مُؤَجَّلًا، وَأَنَّ الْأَجَلَ لَا يَنْقُصُ عَنْ سَنَةٍ، وَأَنَّ دِيَّةَ النَّفْسِ الْكَامِلَةِ تُؤَجَّلُ إِلَى ثَلَاثِ سِنِينَ، يُؤَخَّذُ فِي كُلِّ سَنَةٍ ثَلَاثُهَا، وَاخْتَلَفَ الْأَصْحَابُ فِي أَنَّ الْمَرْعِيَّ مَاذَا؟ وَأَنَّ الْحُكْمَ بِمِ يَنْطَاطُ؟ فِرَاعِي طَائِفَةٌ كَوْنَهَا [بَدَلُ]<sup>(٢)</sup> نَفْسٍ مُحْرَمَةٍ<sup>(٣)</sup>، وَأَدَارَاوُ الْحُكْمَ عَلَيْهَا.

وَنَظَرَ آخَرُونَ إِلَى قَدْرِ الْوَاجِبِ، وَاعْتَبَرُوا التَّأْجِيلَ بِهِ، وَهَذَا أَشْبَهُ بِالْتَّرْجِيحِ عَلَى مَا سَبَّيْنُ، وَتَظْهَرُ فَائِدَةُ الْخِلَافِ فِي صُورٍ: مِنْهَا: بَدَلُ الْعَبْدِ، وَأَطْرَافُهُ إِذَا قَتَلَ، أَوْ قَطَعَ<sup>(٤)</sup> خَطًّا أَوْ شَبَهَ عَمْدٍ، هَلْ تَتَحَمَّلُهَا الْعَاقِلَةُ؟ فِيهِ قَوْلَانِ:

أَحَدُهُمَا: وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ، وَأَحْمَدُ -: لَا، بَلْ هُوَ عَلَى الْجَانِبِ خَالًا؛ لِأَنَّهُ مَضْمُونٌ بِالْقِيَمَةِ، فَكَانَ بَدَلُهُ كِبَدَلِ الْبَيْهَمَةِ.

وَأَيْضًا، فَقَدْ رُوِيَ فِي الْخَبَرِ لَا تَحْمِلُ الْعَاقِلَةُ عَمْدًا، وَلَا عَبْدًا، وَلَا اعْتِرَافًا<sup>(٥)</sup>.

وَأَظْهَرُهُمَا - وَهُوَ الْجَدِيدُ -: نَعَمْ؛ لِأَنَّهُ بَدَلُ آدَمِيٍّ، فَأَشْبَهُ بَدَلِ الْحُرِّ، وَيُوضِحُهُ أَنَّ

= سِنِينَ، وَجَعَلَ نِصْفَ الدِّيَةِ فِي سِنَتَيْنِ، وَمَا دُونَ النِّصْفِ فِي سَنَةٍ، وَأَمَّا الرِّوَايَةُ بِذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ فِرَوَاهَا الْبِيهَقِيُّ أَيْضًا مِنْ رِوَايَةِ يَزِيدَ بْنِ أَبِي حَبِيبٍ عَنْ عَلِيٍّ، وَهُوَ مُنْقَطِعٌ، وَفِيهِ ابْنُ لَهِيْعَةَ، وَأَمَّا الرِّوَايَةُ بِذَلِكَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ فَلَمْ أَقِفْ عَلَيْهَا.

(١) تَقْدِمُ.

(٢) سَقَطَ فِي ز.

(٣) فِي ز: مُحْرَقَةٌ.

(٤) فِي ز: وَقَتْلُ.

(٥) قَالَ الْحَافِظُ فِي التَّلْخِيصِ: قَالَ إِمَامُ الْحَرَمِيِّ فِي النِّهَايَةِ: رَوَى الْفُقَهَاءُ فَذَكَرَ هَذَا الْحَدِيثَ بِلَفْظٍ: لَا تَحْمِلُ الْعَاقِلَةُ عَبْدًا وَلَا اعْتِرَافًا، قَالَ: وَغَالِبُ ظَنِّي أَنَّ الصَّحِيحَ الَّذِي أَوْرَدَهُ أَئِمَّةُ الْحَدِيثِ: لَا تَحْمِلُ الْعَاقِلَةُ عَمْدًا وَلَا اعْتِرَافًا، وَقَالَ الرَّافِعِيُّ فِي أَوَاخِرِ الْبَابِ: هَذَا الْحَدِيثُ تَكَلَّمُوا فِي ثَبُوتِهِ، وَقَالَ ابْنُ الصَّبَّاحِ: لَمْ يَثْبُتْ مُتَّصِلًا، وَإِنَّمَا هُوَ مَوْقُوفٌ عَلَى ابْنِ عَبَّاسٍ، انْتَهَى. وَفِي جَمِيعِ هَذَا نَظَرٌ، فَقَدْ رَوَى الدَّارِقُطْنِيُّ وَالطَّبْرَانِيُّ فِي مَسْنَدِ الشَّامِيِّينَ مِنْ حَدِيثِ عِبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَا تَجْعَلُوا عَلَى الْعَاقِلَةِ مِنْ دِيَةِ الْمُعْتَرَفِ شَيْئًا»، وَإِسْنَادُهُ وَاهٍ، فِيهِ مُحَمَّدُ بْنُ سَعِيدِ الْمَصْلُوبِ وَهُوَ كَذَّابٌ، وَفِيهِ الْحَارِثُ بْنُ نَبْهَانَ وَهُوَ مُنْكَرُ الْحَدِيثِ، وَرَوَى الدَّارِقُطْنِيُّ وَالْبِيهَقِيُّ مِنْ حَدِيثِ عَمْرِو مَرْفُوعًا: الْعَمْدُ وَالْعَبْدُ وَالصَّلْحُ وَالْاعْتِرَافُ لَا تَعْقِلُ الْعَاقِلَةُ، وَهُوَ مُنْقَطِعٌ، وَفِي إِسْنَادِهِ عَبْدُ الْمَلِكِ بْنُ حُسَيْنٍ وَهُوَ ضَعِيفٌ. قَالَ الْبِيهَقِيُّ: وَالْمَحْفُوظُ أَنَّهُ عَنْ عَامِرِ الشَّعْبِيِّ مِنْ قَوْلِهِ، وَرَوَى أَيْضًا عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ: لَا تَحْمِلُ الْعَاقِلَةُ عَمْدًا وَلَا صِلْحًا وَلَا اعْتِرَافًا، وَلَا مَا جَنَى الْمَمْلُوكُ. وَفِي الْمَوْطَأِ عَنِ الزُّهْرِيِّ: مَضَتْ السَّنَةُ أَنَّ الْعَاقِلَةَ لَا تَحْمِلُ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ. وَرَوَى الْبِيهَقِيُّ عَنْ أَبِي الزُّنَادِ عَنِ الْفُقَهَاءِ مِنْ أَهْلِ الْمَدِينَةِ نَحْوَهُ.

العَبْدَ كَالْحُرِّ فِي تَعَلُّقِ الْقِصَاصِ وَالْكَفَّارَةِ بِقَتْلِهِ، فَكَذَلِكَ فِي تَحْمَلِ الْعَاقِلَةَ بَدَلِ نَفْسِهِ دُونَ أَطْرَافِهِ. وَإِذَا قُلْنَا: إِنَّ الْعَاقِلَةَ تَحْمِلُهُ، فَلَوْ اخْتَلَفَ السَّيِّدُ وَالْعَاقِلَةُ فِي قِيَمَتِهِ، فَهَمَّ الْمُصَدِّقُونَ بِأَيْمَانِهِمْ، وَلَوْ صَدَقَهُ الْجَانِي لَمْ يَقْبَلِ إِفْرَازَهُ عَلَيْهِمْ، بَلِ الزِّيَادَةُ عَلَى مَا يُعْتَرَفُ بِهِ الْعَاقِلَةُ فِي مَالِهِ، وَعَلَى هَذَا الْقَوْلِ إِنْ كَانَتْ قِيَمَةُ الْعَبْدِ قَدْرَ دِيَّةِ الْحُرِّ، فَتُضْرَبُ<sup>(١)</sup> فِي ثَلَاثِ سِنِينَ بِاتِّفَاقٍ مِنْ رَاعِيِ بَدَلِ النَّفْسِ، وَمَنْ نَظَرَ إِلَى الْقَدْرِ.

وإن<sup>(٢)</sup> كانت أكثر من قدرِ الدية؛ كما إذا كانت قدرَ ديتين، فوجهان:

أحدهما: الضربُ في ثلاثِ سنين؛ نظراً إلى أنها بَدَلُ نَفْسٍ.

وأشبههما: بالرُّجْحَانِ: الضربُ في ستِ سنين، يُؤْخَذُ فِي كُلِّ سَنَةٍ قَدْرُ ثَلَاثِ الدية؛ نظراً إلى القَدْرِ.

ومنها في ديةِ النَّفْسِ الناقصةِ كَدِيَّةِ الْمَرْأَةِ، وَالذَّمِيِّ، وَعُرَّةِ الْجَنِينِ، وَجِهَان:

أحدهما: أنها تُضْرَبُ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ؛ لِأَنَّهَا بَدَلُ النَّفْسِ، وَيُقَالُ: إِنَّهُ اخْتِيَارُ الْمَاسْرَجِيِّ.

وأشبههما: أنه يُنْظَرُ إِلَى الْقَدْرِ، فَتُضْرَبُ دِيَّةُ الْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ فِي سَنَةٍ؛ فَإِنَّهَا قَدْرُ الثَّلَاثِ، وَدِيَّةُ الْمَجُوسِيِّ، وَعُرَّةُ الْجَنِينِ كَذَلِكَ، وَإِنْ كَانَتْ دُونَ الثَّلَاثِ؛ لِأَنَّ السَّنَةَ لَا تَتَّبَعُضُ، وَكَانَ الْمَعْنَى فِيهِ أَنَّ الزُّرُوعَ وَالشَّمَارَ وَسَائِرَ الْفَوَائِدِ تَتَكَرَّرُ كُلَّ سَنَةٍ، فَاعْتَبِرْ مُضِيئَهَا لِيَجْتَمِعَ عِنْدَهُمْ مَا يَنْتَظِرُونَهُ، وَيُوَاسُونَ عَنْ بَسْطِ وَتَمَكُّنِ.

ودية المرأة تُضْرَبُ فِي سِنَتَيْنِ، يُؤْخَذُ مِنْ آخِرِ السَّنَةِ الْأُولَى ثَلَاثَ دِيَّةِ الرَّجُلِ، وَالباقِي فِي آخِرِ السَّنَةِ الثَّانِيَةِ. وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - .

وعن أبي حنيفة فيما روى القاضي الروياني أن عُرَّةَ الْجَنِينِ تُضْرَبُ فِي سَنَةٍ، وَدِيَّةُ الْمَرْأَةِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ.

وعن أحمد: أن دِيَّةَ الذَّمِيِّ تُضْرَبُ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ، وَكَذَا دِيَّةُ الْمَرْأَةِ.

ومنها: لَوْ قَتَلَ اثْنَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةَ حَطَأً، فَيَلْزَمُ عَاقِلَتَهُ دِيَاتُهُمْ، وَكَيْفَ تُضْرَبُ عَلَيْهِمْ؟ فِيهِ طَرِيقَانِ:

أحدهما: أنه إِذَا قَتَلَ ثَلَاثَةَ، وَنَظَرْنَا إِلَى الْقَدْرِ ضَرَبْنَاهَا فِي تِسْعِ سِنِينَ، وَإِنْ نَظَرْنَا إِلَى بَدَلِ النَّفْسِ، فَجِهَان:

أحدهما: تُضْرَبُ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ وَالباقِي فِي تِسْعِ، لِأَنَّ بَدَلِ النَّفْسِ الْوَاحِدَةِ

(١) في ز: فنصرف.

(٢) في أ: فإن.

تُضْرِبُ فِي ثَلَاثِ سَنِينَ فَيَزَادُ<sup>(١)</sup> كُلُّ نَفْسٍ ثَلَاثَ سَنِينَ .

وأظهرهما: أنا إن نَظَرْنَا إِلَى بَدَلِ النَّفْسِ ضَرَبْنَا فِي ثَلَاثِ سَنِينَ، وَإِنْ نَظَرْنَا إِلَى الْقَدْرِ فَوْجَهَانَ:

أحدهما: في تسع .

وأصحهما: في ثلاث؛ لأن الواجب ديات مختلفة، ومستحقوها مختلفون، فلا يُؤَخَّرُ حَقُّ بَعْضِهِمْ بِاسْتِحْقَاقِ غَيْرِهِ .

وهذا كما أن الدُّيُونَ المختلفة إذا اتَّفَقَ انْقِضَاءُ آجَالِهَا يتساوون<sup>(٢)</sup>، [ولا]<sup>(٣)</sup> يلزم تَعَاقُبُهَا لِاجْتِمَاعِهَا، وَحَاصِلُ الطَّرِيقَيْنِ عِنْدَ الْاِخْتِصَارِ وَجْهَانِ، كما ذكر في الكتاب .

فإن ضَرَبْنَاهَا عَلَيْهِمْ فِي ثَلَاثِ سَنِينَ، فعليهم لِوَلِيِّ كُلِّ قَتِيلٍ فِي آخِرِ السَّنَةِ ثَلَاثُ دِيَّتِهِ، فيجتمع<sup>(٤)</sup> عليهم دِيَّةٌ كَامِلَةٌ .

وإن ضَرَبْنَاهَا فِي تِسْعِ [سَنِينَ]<sup>(٥)</sup>، فعليهم فِي آخِرِ كُلِّ سَنَةٍ ثَلَاثُ دِيَةِ يُوَزَّعُ عَلَى الْأَوْلِيَاءِ، فيكون الحَاصِلُ لِوَلِيِّ كُلِّ قَتِيلٍ فِي آخِرِ كُلِّ سَنَةٍ تِسْعَ دِيَّتِهِ . هذا إِذَا قَتَلَهُمْ مَعًا، فَإِنَّ قَتْلَ الثَّلَاثَةِ فِي ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، وَقَلْنَا: بِضَرْبِ الدِّيَاتِ فِي ثَلَاثِ سَنِينَ، فَتُوَجَّلُ دِيَّةُ كُلِّ وَاحِدٍ إِلَى ثَلَاثِ سَنِينَ، مِنْ يَوْمِ قَتْلِهِ، وَإِنْ قَلْنَا بِالضَّرْبِ فِي تِسْعِ، فَدِيَّةُ كُلِّ وَاحِدٍ تَكُونُ مُتَجَمَّةً فِي تِسْعِ سَنِينَ مِنْ يَوْمِ قَتْلِهِ يَأْخُذُ الْوَلِيُّ فِي آخِرِ كُلِّ سَنَةٍ تِسْعَهَا .

ومنها: لو قَتَلَ ثَلَاثَةً وَاحِدًا خَطَأً، فَالدِّيَةُ مُوزَّعَةٌ عَلَيْهِمْ، وَحِصَّةُ كُلِّ وَاحِدٍ، وَهِيَ ثَلَاثُ الدِّيَةِ تُضْرَبُ عَلَى عَاقِلِيَّتِهِ فِي ثَلَاثِ سَنِينَ، كَجَمِيعِ الدِّيَةِ عِنْدَ الْاِنْفِرَادِ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الدِّيَةَ وَاحِدَةٌ، وَمُسْتَحَقُّهَا وَاحِدٌ .

وفيه وجه أن الثُّلُثَ الَّذِي يَخُصُّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ يُضْرَبُ فِي سَنَةٍ؛ لِأَنَّهم أَشْخَاصٌ مُتَعَدِّدُونَ، وَقَدَرِ الثَّلَاثِ يُؤْخَذُ مِنَ الْعَاقِلَةِ فِي السَّنَةِ .

ومنها: دِيَّةُ الْأَطْرَافِ، وَأُرُوشُ الْجِرَاحِ، فِيهَا وَجْهٌ أَنَّهُ تُضْرَبُ فِي سَنَةٍ وَاحِدَةٍ، قَلَّتْ أَوْ كَثُرَتْ؛ تَفْرِيعًا عَلَى أَنَّ الْمَرْعَى فِي التَّأْجِيلِ ثَلَاثَ سَنِينَ كَوْنُ الْوَاجِبِ بَدَلَ نَفْسٍ، وَهَذَا مَا حَكَاهُ الْإِمَامُ عَنْ رِوَايَةِ شَيْخِهِ أَبِي مُحَمَّدٍ، قَالَ: وَلَسْتُ أَعْتَدُ بِهِ، وَإِنْ تَكَرَّرَ سَمَاعِي [له]<sup>(٦)</sup> مِنْهُ، وَالصَّحِيحُ: أَنَّهُ يُنْظَرُ إِنْ كَانَ الْوَاجِبُ قَدَرَ ثَلَاثِ الدِّيَةِ، أَوْ أَقَلِّ،

(١) في ز: فتزداد .

(٢) في ز: تتساوق .

(٣) سقط في ز .

(٤) في ز: فيجمع .

(٥) سقط في ز .

(٦) سقط في ز .

فتضرب في سنة، سواء فيه الحُكُومَاتُ والمُقَدَّرَاتُ. وإن كان الواجبُ أَكْثَرَ من الثلث، ولم يزد على الثلثين، كَقَطْعِ إحدى اليدين، فَتُضْرَبُ في سنتين، يُؤْخَذُ في آخر السنة الأولى ثلثُ الدية، وفي آخر السَّنَةِ الثانية الباقي.

وإن كان أَكْبَرَ من الثلثين، ولم يزد على دِيَةِ النفس كما في قَطْعِ اليَدَيْنِ، فَيُضْرَبُ الواجبُ في ثلاث سنين.

أما إذا اغْتَبَرْنَا المِقْدَارَ، فلأن الواجب في قَطْعِ اليدين قَدْرُ الواجبِ في النفس، أما إذا اغْتَبَرْنَا كَوْنَ الواجبِ بَدَلِ النَّفْسِ، فلأن الواجبِ في اليَدَيْنِ، وإن لم يكن بَدَلِ النفس، لكنه كَبَدَلِ النَّفْسِ في القَدْرِ والجَنَسِ، فكذلك في المُدَّة. وإن زاد على دِيَةِ النَّفْسِ، كما إذا قطع يَدَيْهِ ورجلَيْهِ، فإن اغْتَبَرْنَا المِقْدَارَ، ضَرَبْنَا الواجبِ في ست سنين. وإن اعتبرنا حُرْمَةَ النَّفْسِ فوجهان:

**أظهرهما:** أن الواجب كذلك؛ لأنه بَلَغَ الواجبُ دِيَتَيْنِ، فإذا ضَرَبْنَا مِقْدَارَ دِيَةِ (١) في ثلاث سنين، وجب أن تَضَعَفَ المُدَّةُ في مقدارِ دِيَتَيْنِ.

**والثاني:** لا تزداد المُدَّةُ على الثلاث؛ لأن الأَطْرَافَ تَابِعَةٌ لِلنَّفْسِ، فلا تزداد مُدَّةُ بَدَلِهَا، وَبَدَلُ يَدَيِ المَرَأَةِ كَبَدَلِ نَفْسِهَا، وبدل إحدى يديها يضرب في سنة واحدة بلا خلاف. وقوله في الكتاب: «وهي مائة من الإبل» مُسْتَعْتَى عنه في هذا المَوْضِعِ؛ لوضوحه، وَتَبَيَّنَ (٢) بما مرَّ.

وقوله: «فلو وجب مائتان من الإبل» أي: قَدْرُ مائتين بالقيمة.

وقوله: «وقلنا يحمل» إشارَةٌ إلى الخِلافِ في أن بَدَلَ العَبْدِ، هل تحمله العاقلة؟ وليعلم قوله: «تحمل» بالميم والألف لما يَبَيَّنُهُ.

وَنَظْمُ الكِتَابِ يَقْتَضِي تَرْجِيحَ الضَّرْبِ في ثلاث سنين، وَيُحَكِّى اختياره عن القاضي أبي حَامِدٍ. والأشبهُ بما قتل في سائر الصور تَرْجِيحُ الوَجْهِ الآخر.

وقوله: «وتضرب دِيَةَ اليَهُودِيِّ في سَنَةٍ مُعَلَّمٌ بالألف، ويجوز أن يُعَلَّمَ بالحاء؛ بناء على أن عنده ديته كدية المسلم.

وقوله: «وَدِيَةُ المَرَأَةِ في سَنَتَيْنِ» بالحاء والألف.

وقوله: «نظراً إلى القتل أو إلى أن الثلاثة الأتفُس»؛ أشارَ به إلى ما دَكَّرْنَا أنها مَضْرُوبَةٌ في تسع سنين، إن اعتبرنا القدر، وكذا إن لم نَعْتَبِرْهُ على وجه؛ لأن الأتفُسَ لا

(٢) في ز: وتبينه.

(١) في ز: ديتين.

تكون كَتَفْسٍ واحدة في المُدَّة، كما أنها ليست كَتَفْسٍ واحدة في البَدَلِ.

وقوله: «كَتَفْسِهِ» مُغْلَمٌ بالواو، وكذا قوله: «في سَتَيْنِ».

وقوله: «لعدم التَّفْسِ وَتُقْصَانِ القَدْرِ» معناه ما مرَّ أن التَّأجِيلَ في ثلاث سنين يراعى<sup>(١)</sup> فيه العَدَدُ، أو كَوْنُ الواجب بَدَلِ النفس، ويستمر على المَعْنَيْنِ بِالْأَيُّوجَلِ بَدَلُ اليد الواحدة ثلاث سنين. وقوله: «فهو كَقَتْلِ نَفْسٍ» أي: في مَجِيءِ الوجهين في أنه يضرب في ثلاث سنين، أو في سِتِّ.

قال الإمام: وهذه الصُّورَةُ تُشَبَّهُ من وَجْهِ قَتْلِ نَفْسَيْنِ لوجوب دِيَّتَيْنِ، ومن وجه تَفَارِقِهِ؛ لأن كل نفس مُمَيَّزَةٌ عن غيرها، وبَدَلُ اليَدَيْنِ والرجلين، وإن بلغ قَدْرَ دِيَّتَيْنِ، فهو مُتَعَلِّقٌ بشخص واحد.

قال العَزَالِيُّ: وَمَنْ مَاتَ فِي أَثْنَاءِ السَّنَةِ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَالنَّظَرُ إِلَى آخِرِ السَّنَةِ، وَالغَائِبُ هَلْ يَلْتَحِقُ بِالْمَعْدُومِ فِيهِ قَوْلَانِ وَنَعْنِي بِهِ غَيْبَةُ تَمْنَعُ التَّخْصِيلَ فِي سَنَةٍ، وَأَوَّلُ الحَوْلِ يُحَسَّبُ مِنْ وَقْتِ الرَّفْعِ إِلَى القَاضِي سَوَاءَ شَعَرَ بِهِ العَاقِلَةُ أَوْ لَمْ تَشْعُرْ، لَا مِنْ وَقْتِ الجِنَايَةِ، وَلَوْ سَرَتْ الجِنَايَةُ بَعْدَ الدَّفْعِ فَحَوْلٌ أَرِشُ السَّرَايَةِ مِنْ وَقْتِ السَّرَايَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ ثَلَاثُ مَسَائِلَ:

إحداها: إذا مات في أَثْنَاءِ السَّنَةِ بَعَضُ العَاقِلَةِ، لم يؤخذ من تَرِكَتِهِ شيء؛ اعتباراً بِآخِرِ الحَوْلِ كالزُّكَاةِ، بخلف ما إذا مات الذَّمِّيُّ في خلالِ الحَوْلِ، هل يجب قِسْطُ ما مَضَى من الجِزْيَةِ؟ فيه خلاف. والفرق أن الجِزْيَةَ كالأَجْرَةَ بدار الإسلام على ما سَنَبَيْنَ في مَوْضِعِهِ إن شاء الله تعالى.

وهنا مُبَاحَثَةٌ للإمام قال: لا يمكن أن يقال: حِصَّةُ الحَوْلِ من الدِّيَةِ لا تجب إلا من آخرِ الحَوْلِ؛ لأن مُوجِبَ الدِّيَةِ القَتْلُ، وأنه مُتَقَدِّمٌ، ولو كانت وَاجِبَةً على العَاقِلَةِ، وكان ضَرْبُ الأَجَلِ للتخفيف، وجب ألا يسقط بالموت، وأن يَجَلَّ الأَجَلُ، كما في سائرِ الدُّيُونِ، فيشبه أن يقال: الدِّيَةُ وَاجِبَةٌ في الحال، ولكن لا يُضَافُ وَجُوبُهَا إِلَى العَاقِلَةِ على التَّعْيِينِ، بل ينظر [إلى] آخرِ الحَوْلِ، فإن كانوا بِصِفَةِ التَّحْمَلِ تَبَيَّنَ أن الوجوب عليهم، وإلا تَبَيَّنَ تَعَلُّقُ الوجوب بِبَيْتِ المال، أو الجاني، إذا لم يكن في بيت المال مَالٌ، ولو مات بعض العَاقِلَةِ بعد تَمَامِ الحَوْلِ، مع كونه بصفة التَّحْمَلِ لم يسقط ما وَجِبَ عليه، واستوفى من تَرِكَتِهِ، كما في سائرِ الدُّيُونِ.

(١) في أ: يراعى.

وقال أبو حنيفة: يسقط .

المسألة الثانية: إن كانت العاقلة حاضرين في بلد الجنائية، ضربت الدية عليهم على ترتيبهم الذي سبق، وإن كانوا غائبين لم يستحضرُوا، ولا انتظر حضورهم .

لكن إن كان لهم هناك مال أخذ منه، وإلا فالقاضي يحكم عليهم بالدية على ترتيبهم، ويكتب بذلك إلى قاضي بلدهم؛ ليأخذها وإن شاء حكم بالقتل، وكتب إلى قاضي بلدهم ليحكم عليهم بالدية، ويأخذها منهم .

وإن كان بعضهم حاضراً، وبعضهم غائباً، نُظر إن كانوا مُستويين في الدرَجَة؛ فهل يُقدَّم من حضر؟

فيه قولان:

أحدهما - وبه قال مالك - : نعم؛ لاخصاصهم بقرب الدار، كما يقدم المختصون بقرب القرية .

وأيضاً فالنضرة إنما تتأتى للحاضرين، والتحمل نوع نضرة؛ وأيضاً ففي الضرب على الغائبين مشقة، وقد ينقطع الطريق، فيتأخر التحصيل أو يتعذر .

وأصحهما، وبه قال أبو حنيفة، وأحمد: لا، بل تُضرب على الكل لاستوائهم في العضوية والميراث، وعلى هذا فالحكم كما لو كانوا جميعاً حاضرين أو غائبين .

وإذا قلنا بتقديم الحاضرين، فإذا لم يكن منهم وفاء، فلا بُد من ضرب الباقي على الغائبين، والطريق كتاب القاضي كما سبق .

وإذا اختلف بلادهم قدم الأقرب داراً فالأقرب، هكذا أورد القولين أكثرهم .

وفي «التتمة» نضب الخلاف في أنه هل يجوز تخصيص الحاضرين؟ قال: والخلاف يتفرغ على أنه لو كانت العاقلة كلهم حاضرين لا يجوز تخصيص بعضهم بالضرب عليه، فإن جاوزنا، فيجوز تخصيص الحاضرين بلا خلاف .

وإن كانوا مختلفين في الدرَجَة، فإن كان الحاضرون الأقربين وزع عليهم، فإن لم يف بالواجب كتب الباقي، وإن كان الحاضرون الأقربين وزع عليهم، فإن لم يف بالواجب، كتب القاضي لما بقي، وإن كان الحاضرون الأبعدين، وفي تخصيص الحاضرين طريقتان:

أشبههما: طرد الخلاف؛ لأن الضرب عليهم أيسر، ووصول المستحق إلى حقه أقرب، ويروى هذا عن أبي علي الطبري والصيندياني، وهو الذي أوردته صاحب «المهذب» .



والثاني - وبه قال الشيخ أبو حامد والعراقيون - : الْقَطْعُ بِالضَّرْبِ عَلَى الْأَقْرَبِينَ، وَإِنْ بَعَدَتْ دَارُهُمْ؛ لِأَنَّهُمْ أَقْوَى عُضُوبَةً، وَأَوْلَى بِالتَّحْمُلِ وَالثُّصْرَةِ.  
وقوله في الكتاب: «والغائب هل يَلْتَحِقُ بِالْمَعْدُومِ؟ فيه قولان»: يقتضي طَرْدَ الخلاف فيما إذا اسْتَوَى الْحَاضِرُونَ وَالْغَائِبُونَ فِي الدَّرَجَةِ، وفيما إذا كان الغائبون الْأَقْرَبِينَ، وهو أَحَدُ الطَّرِيقَيْنِ عِنْدَ اخْتِلَافِ الدَّرَجَةِ عَلَى مَا حَكَيْتَاهُ، ثم ليس الْخِلَافُ فِي الْأَلْتِحَاقِ بِالْعَدَمِ عَلَى الْإِطْلَاقِ، بل في أن الحاضر<sup>(١)</sup> هل يَتَعَيَّنُ الضَّرْبُ عَلَيْهِ أَوْ لَا؟ كما لو كان الغائب مَعْدُومًا؛ لِأَنَّا وَإِنْ قَدَّمْنَا الْحَاضِرَ، فَإِذَا بَقِيَ شَيْءٌ مِنَ الْوَاجِبِ، نَأْخُذُهُ مِنَ الْغَائِبِ، فَلَا يَكُونُ كَالْمَعْدُومِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ.

وقوله: «ونعني به غيبة تمنع التَّخْصِيلَ فِي سَنَةِ»، يعني بِالْمُكَاتَبَةِ إِلَى الْقَاضِي وَالنَّظْمِ هَهُنَا، وَفِي «الْوَسِيطِ» يُشْعِرُ بِتَخْصِيسِ الْخِلَافِ بِمَا إِذَا كَانَتْ الْمَسَافَةُ بِحَيْثُ لَا يُمْكِنُ التَّخْصِيلُ مِنْهَا فِي سَنَةٍ، حَتَّى إِذَا كَانَتْ دُونَ ذَلِكَ لَا يَقْدَمُ الْحَاضِرُ بِلَا خِلَافٍ.  
وَكَلَامُ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَالْأَصْحَابِ لَا يُسَاعِدُ عَلَيْهِ؛ فَإِنَّهُمْ فَرضوا<sup>(٢)</sup> فيما إذا كان الْقَائِلُ بِ«مَكَّةَ»، وَالْعَاقِلَةُ بِ«الشَّامِ»، وَحَكُوا فِيهِ الْخِلَافَ.

الثالثة: ابتداء المدة في دِيَةِ النَّفْسِ مِنْ وَقْتِ الزُّهُوقِ، سِوَا قَتْلِ بَجْرَاحَةٍ مُدَقَّقَةٍ، أَوْ بَسْرَايَةٍ مِنْ قَطْعِ عَضْوٍ، أَوْ جِرَاحَةٍ أُخْرَى.

وقال أبو حنيفة: يعتبر ابتداء المدة من وقت حُكْمِ الْحَاكِمِ بِالْيَدِيَةِ عَلَى الْعَاقِلَةِ، حَتَّى لَوْ مَضَتْ ثَلَاثُ سِنِينَ، ثُمَّ تَرَفَعُوا [يَفْتَحُوا]<sup>(٣)</sup> الْحَاكِمُ ضَرْبَ الْمُدَّةِ.  
وَاحْتِجَ الْأَصْحَابُ بِأَنَّ الدِّيَةَ مَالٌ يَجَلُّ بِانْقِضَاءِ الْأَجْلِ، فَيَكُونُ ابْتِدَاءُ الْأَجْلِ وَقْتُ وَجُوبِهِ كَسَائِرِ الدِّيُونِ الْمُؤَجَّلَةِ. هَذَا مَا يُوجَدُ لِأَثْمَةِ الْأَصْحَابِ عَلَى اخْتِلَافِ طَبَقَاتِهِمْ.

وفي الكتاب أن ابْتِدَاءَ الْحَوْلِ مِنْ وَقْتِ الرُّفْعِ إِلَى الْقَاضِي، وَكَذَا ذَكَرَ فِي «الْوَسِيطِ»، وَعَلَّلَ بِأَنَّ هَذِهِ مُدَّةٌ تُنَاطُ بِالْإِجْتِهَادِ، وَصَاحِبُ الْكِتَابِ كَالْمُنْفَرِدِ بِتَقْلٍ مَا ذَكَرَهُ عَنِ الْمَذْهَبِ، حَتَّى إِنْ الْإِمَامَ سَاعَدَ الْجُمْهُورَ عَلَى رِوَايَاتِهِمْ، أَنَّ الْمُدَّةَ تُحْسَبُ مِنْ وَقْتِ الْمَوْتِ.

نعم قال في «البيان» بعد ما حَكَى الْمَذْهَبَ الظَّاهِرَ، وَنَسَبَهُ لِلْعِرَاقِيِّينَ<sup>(٤)</sup>، وَقَالَ أَصْحَابُنَا الْخُرَاسَانِيُّونَ: الْإِبْتِدَاءُ مِنْ حِينَ الرُّفْعِ إِلَى الْقَاضِي، وَيُمْكِنُ أَنْ يَعْنِيَ بِهِ صَاحِبُ الْكِتَابِ<sup>(٥)</sup>.

(١) في أ: الحاصل.

(٢) في أ: صوروا.

(٣) سقط من ز.

(٤) في ز: إلى العراقيين.

(٥) قال في الخادم: إنما أراد صاحب البيان به صاحب الإبانة، وقد ذكر ابن الرفعة أنه موجود في الإبانة ومنه أخذ الغزالي واعترضه في المهمات بأن الذي فيها موافقة الجمهور وحكاية هذا عن =

وقوله: «شعر به العاقلة أو لم يشعر» قد يفهم أن المراد من الرفع مجرد انتهاء الحال إلى القاضي، كما يفعله طالب الشفعة، والراد بالعيب.

فأما الحكم عليهم بالدية، فلا يكون دون إحصارهم، وشعورهم، إلا أن يفرض غيبتهم. فأما الواجب في الجناية على ما دون النفس، فإن لم تسر من عضو إلى عضو، واندملت، فابتداء المدة من وقت الجناية؛ لأن الوجوب يتعلق بها، وبالاندمال يتبين استفرارها.

قال الإمام: ولا يعتبر اندمال الجراحة، وإن كنا قد نقول: لا مطالبة<sup>(١)</sup> بالدية قبل الاندمال؛ لأن التوقف في المطالبة؛ ليتبين منتهى الجراحة<sup>(٢)</sup>، وابتداء المدة ليس وقت طلب، فلا<sup>(٣)</sup> يقاس صرف المدة بالمطالبة، فإن انقضت سنة، والجراحة لم تندمل بعد، ففي مطالبة العاقلة الخلاف في مطالبة الجاني، إذا كان عامداً.

وفي «جَمع الجوامع» للرويانى أن أبا الفياض ذهب إلى احتساب المدة من وقت الاندمال. وإن سرت من عضو إلى عضو، كما إذا قطع أصبعه، فسرت<sup>(٤)</sup> إلى الكف، ففيه أوجه:

أحدها: أن ابتداء المدة من وقت سقوط الكف، فإنه نهاية الجناية، وقطع الأصبع مع السراية كقطع الكف.

والثاني: أن الابتداء من وقت الاندمال لا من وقت قطع الأصبع، ولا من وقت سقوط الكف؛ لأن الجراحة لم تقف على محلها، بل سرت، فتعتبر المدة من نهاية أثرها.

والثالث: أن مدة أزش الأصبع من يوم القطع، كما لو لم يسر، ومدة أزش الكف من يوم سقوط الكف.

والمذكور في «التهديب» الأول، وفي تعليق الشيخ أبي حامد، وكُتِب أصحابه الثاني، ويحكي الثالث عن اختيار القفال.

= أبي حنيفة قال صاحب الخادم: رأيت في نسخة قديمة من الإبانة الجزم به من غير ذلك خلاف ثم ساق لفظ النسخة التي وقف عليها ثم قال. وهذه هي نظير النسخة التي وقف عليها صاحب البيان وابن الرفعة، ثم اعترض صاحب الخادم على الرافي فيما ادعاه الموجود للأصحاب القطع بالزهوق ويقتضي الاتفاق عليه وليس كذلك ففي تعليق القاضي الحسين أنه إذا حصل الموت بالسراية بأن أصبعه فسرى إلى نفسه ومات ففي ابتداء الأجل ثلاثة أوجه: أحدها: من وقت الجراحة لأن سبب الوجوب هو الجرح. والثاني: من وقت الزهوق. والثالث: إن ابتداء دية الأصبع من وقت قطعه والباقي من وقت الزهوق.

(١) في ز: يطالبه. (٢) في أ: الحاجة.

(٣) في أ: ولا. (٤) في ز: فسرى.

وَحُجَّةُ الإِمَامِ والقَاضِي الرُّوْيَانِيِّ<sup>(١)</sup>، وَهُوَ مَا أَوْرَدَهُ فِي الكِتَابِ بَعْدَ مَا جَرَى عَلَى تَفْرُدِهِ، فَقَالَ: «فَلَوْ سَرَتِ الجِرَاحَةُ بَعْدَ الرُّفْعِ تَحُولُ أَرْشُ السَّرَايَةِ مِنْ وَقتِ السَّرَايَةِ» وَاللهُ أَعْلَمُ. وَفِي الدِّيَاتِ وَرَاءَ مَا ذَكَرْنَاهُ صُورٌ وَمَسَائِلُ هَذَا مَوْضِعُ ذِكْرِهَا:

القَاتِلُ خَطَأً لَا يَحْمِلُ مِنَ الدِّيَةِ<sup>(٢)</sup> شَيْئاً. وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: يَكُونُ كَأَحَدِ العَاقِلَةِ.

لَنَا: مَا زُوِيَ أَنَّهُ ﷺ قَضَى بِالدِّيَةِ عَلَى عَاقِلَةِ الجَانِي، وَذَلِكَ يَقْتَضِي كَوْنَ الجَمِيعِ عَلَيْهِمْ.

مَنْ قَتَلَ نَفْسَهُ عَمْدًا أَوْ خَطَأً، فَهُوَ مُهْدَرٌ، وَكَذَا لَوْ قَطَعَ طَرْفَ نَفْسِهِ، وَقَالَ أَحْمَدُ: تَجِبُ الدِّيَةُ فِي الخَطَأِ عَلَى عَاقِلَتِهِ فِي النُّفْسِ لِوَرَثَتِهِ، وَفِي الطَّرْفِ لَهُ.

لَنَا: أَنَّ الدِّيَةَ تَجِبُ لِلْمَقْتُولِ أَوْ المَقْطُوعِ، بِدَلِيلِ قَضَاءِ دُيُونِهِ، وَتَنْفِيذِ وَصَايَاهُ مِنْهَا.

فَلَا تَجِبُ لِلإِنْسَانِ بِجَنَائِيَتِهِ فِي حَقِّ نَفْسِهِ شَيْءٌ، كَمَا لَوْ أَتْلَفَ مَالَهُ جُنَايَةُ الصَّبِيِّ وَالمَجْنُونِ مَحْمُولَةً إِذَا كَانَتْ<sup>(٣)</sup> خَطَأً أَوْ شِبْهَ عَمْدٍ، وَكَذَا إِذَا كَانَتْ عَمْدًا، إِذَا قُلْنَا: إِنَّ عَمْدَهُمَا خَطَأً.

وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَالأَصْحَحُ أَنَّهُ عَمْدٌ.

إِذَا حَلَّ نَجْمٌ مِنَ الدِّيَةِ، وَلَا يُبَلِّغُ فِي البَلَدِ، فَوُوتَ يَوْمَئِذٍ، وَأَخِذَتْ قِيمَتُهَا، وَلَا يُعْتَبَرُ بَعْضُ النُّجُومِ بِبَعْضٍ.

فِي فَتَاوَى صَاحِبِ «التَّهْدِيبِ» أَنَّهُ لَوْ حَفَرَ بَثْرًا فِي مَحَلِّ عَدْوَانٍ، ثُمَّ أَحْكَمَ رَأْسَهَا، ثُمَّ جَاءَ آخَرَ، وَفَتَحَهُ، فَوَقَعَ فِيهَا إِنْسَانٌ وَتَلَفَ، فَالضَّمَانُ عَلَى فَاتِحِ الرُّأْسِ.

وَلَوْ أَحْكَمَ رَأْسَهُ مُخْتَسِبًا، ثُمَّ جَاءَ ثَالِثٌ، وَفَتَحَهُ، فَالضَّمَانُ يَتَعَلَّقُ بِالثَّالِثِ كَمَا لَوْ طَمَّ<sup>(٤)</sup>، فَجَاءَ آخَرَ وَحَفَرَهَا ثَانِيًا.

وَأَنَّهُ لَوْ تَرَدَّتْ بِهِمَّةٌ فِي بَثْرِ عَدْوَانٍ، وَلَمْ تَتَأَثَّرْ بِالصُّدْمَةِ، وَبَقِيَتْ فِيهَا أَيَّامًا، فَمَاتَتْ جُوعًا وَعَطَشًا، فَلَا ضَمَانَ عَلَى الحَافِرِ لِحُدُوثِ سَبَبِ آخَرَ، كَمَا لَوْ جَاءَ سَبْعٌ، فَأَفْتَرَسَهَا فِي البَثْرِ.

(١) قَالَ الزَّرْكَشِيُّ: مِيلَ الرَّافِعِيِّ فِي الشَّرْحِ الصَّغِيرِ إِلَى الثَّالِثِ. ثُمَّ قَالَ إِنَّ الجَمْهُورَ عَلَى تَرْجِيحِ الثَّانِي وَهِيَ طَرِيقَةُ العِرَاقِيِّينَ وَنَقَلَهُ القَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ وَابْنُ الصَّبَّاحِ عَنِ الأَصْحَابِ. وَقَالَ فِي التَّمَةِ: إِنَّهُ المَذْهَبُ وَاخْتَارَ الغَزَالِيُّ فِي البَسِيطِ وَأَقْرَأَ المَصْنُفَ فِي تَصْحِيحِ التَّنْبِيهِ الشَّيْخِ عَلَيْهِ. انْتَهَى وَقَالَ الشَّيْخُ البَلْقِينِيُّ فِي تَصْحِيحِ المَنْهَاجِ إِنَّ الأَرَجَحَ الثَّالِثُ.

(٢) فِي ز: وَالدِّيَةِ.

(٤) فِي ز: حَطْمَةٌ.

(٣) فِي ز: كَانَ.

وأنه إذا كان يَتَقَاتُلُ رجلاً، فرمى أَحَدَهُمَا صَاحِبَهُ، فسقط بِصَوْلَتِهِ، وهَلَكَ لم يَجِبَ له ضَمَانٌ. وإن سقط بِصَوْلَتِهِ وَضَرَبَهُ صَاحِبُهُ، وَجَبَ نِصْفُ الضمان.

وأنه لو شَدَّ عُنُقَ أَحَدِ بَعِيرَيْهِ بِالْآخِرِ، وَتَرَكَهُمَا فِي الْمَسْرَحِ، فدخل بَعِيرٌ لِآخِرِ بَيْنَهُمَا، فَهَلَكَ من جَذْبَةِ الْحَبْلِ أَحَدُ البعيرين، فلا ضَمَانٌ، إلا أن يكون ذلك البَعِيرُ معروفاً بِالْعَضِّ وَالْإِفْسَادِ.

وإن من نصفه حُرٌّ، ونصفه رَقِيقٌ إذا قَتَلَ خَطَأً يَجِبُ نِصْفُ الدية على عَاقِلَتِهِ.

قال العَرَالِيُّ: وَلَوْ جَنَى الْعَبْدُ فَأَرَشَهُ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ، وَهَلْ يَتَعَلَّقُ بِدَمِيهِ حَتَّى يُطَالَبَ بِهِ بَعْدَ الْعِنَقِ فِيهِ قَوْلَانِ، فَإِنْ تَعَلَّقَ فَهَلْ يَصِحُّ ضَمَانُهُ فِيهِ وَجِهَانِ، وَإِنْ اخْتَارَ السَّيِّدُ الْفِدَاءَ فَلَهُ ذَلِكَ وَلَا يَلْزَمُهُ إِلَّا أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِيَمَةِ الْعَبْدِ أَوْ أَرْضِ الْجِنَايَةِ فِي أَصْحَحِ الْقَوْلَيْنِ، وَلَوْ قَالَ: اخْتَرْتُ الْفِدَاءَ لَمْ يَلْزَمَهُ مَا لَمْ يُسَلِّمْ فِي أَقْبَسِ الْوَجْهَيْنِ.

قال الرَّافِعِيُّ: لما كان هذا القسم مسوقاً لِيَبَيِّنَ من عَلَيْهِ الدِّيَّةُ، وقد بَانَ فِيهِ أَنَّ الْمَالَ الْوَاجِبَ بِجِنَايَةِ الْحُرِّ يَجِبُ عَلَيْهِ إِنْ كَانَتْ الْجِنَايَةُ عَمْدًا، وعلى عاقلة إن كانت خَطَأً أو شُبْهَ عَمْدٍ حَسَنٌ تَعْقِيبُهُ بَيِّنٌ أَنَّ الْمَالَ الْوَاجِبَ بِجِنَايَةِ الرَّقِيقِ بَمَنْ يَتَعَلَّقُ فَتَخِيْمُ الْقِسْمِ بِفَصْلَيْنِ:

أحدهما: فِي جِنَايَةِ الْقِنِّ.

والثاني: فِي جِنَايَةِ الْمُسْتَوْلَدَةِ.

أما الفصل الأول، فإذا جَنَى الْعَبْدُ جِنَايَةً تُوجِبُ الْمَالَ، أو توجب الْقِصَاصَ، ورجع الأمر بالعنق إلى المال تَعَلَّقَ الْمَالَ الْوَاجِبَ بِرَقَبَتِهِ، حتى تؤدي منها<sup>(١)</sup>؛ وذلك لأنه لا يُمكنُ إِلْزَامُ جِنَايَةِ السَّيِّدِ؛ لأنه إِضْرَارٌ به، والجاني العَبْدُ لا السَّيِّدُ، ولا يمكن أن يقال: إنه يكون في ذِمَّتِهِ إلى أن يعتق ويؤسِرَ؛ فإنه تَقْوِيَتٌ للضمان، أو تَأْخِيرٌ لا إلى غَايَةِ مَعْلُومَةٍ، وفيه ضَرَرٌ ظاهر، ويخالف ما إذا عَامَلَهُ إنسان بِإِقْرَاضٍ وغيره، فإنه رَضِيَ يكون الْحَقُّ فِي ذِمَّتِهِ، فجعل التَّعَلُّقَ بِالرَّقَبَةِ طَرِيقًا وَسَطًا فِي رِعَايَةِ<sup>(٢)</sup> الْجَانِبَيْنِ وَيُرْوَى عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - أَنَّهُ قَالَ: «إِنَّ الْعَبْدَ لَا يَغْرَمُ سَيِّدَهُ فَوْقَ نَفْسِهِ شَيْئًا»<sup>(٣)</sup>.

(١) محل ما ذكره الشيخ في العبد المميز فأما من لا تمييز له وأمره بذلك أمر ففعل فلا يتعلق الأرض برقبته.

(٢) في ز: غاية.

(٣) أخرجه البيهقي من حديث مجاهد عند هذا، وزاد: وإن كان المجروح أكثر من ثمن العبد فلا يزداد عليه.

وهل يتعلّق مع ذلك بِذِمَّتِهِ؟ فيه قولان:

أحدهما: نعم، كالمال الواجب في جنّاية الحر، وللعبد ذمّة، بدليل أنه لو استقرّض مالا، وأتلفه يثبت البدل في ذمّته.

وعلى هذا فالرّقبة مرهونة بالحقّ الثابت في الذمّة.

وأصحهما: وينسب إلى الجديد المنع؛ لأنه لو تعلّق بالذمّة كما تعلّق بالرّقبة كديون المعاملات التي تثبت في ذمّته.

وقد يقال في المسألة وجهان بدلا عن القولين. وسبب التردّد على ما أشار إليه الإمام أنهما ليسا منصوصين، لكنهما مستنبطان من أصول وقواعد للشافعي - رضي الله عنه -، فغير معبرون عنهما بقولين، وآخرون بوجهين.

وإذا حكمنا بالتعلّق بالذمّة، فإذا بقي شيء بعد صرف ثمنه إلى الأرش اتبع به بعد العتق، وكذا لو ضاع<sup>(١)</sup> الثمن قبل أن يصرف إلى المجني عليه يطالب بالكل، وهل يجوز أن يضمّنه أجنبي؟

قال الإمام: فيه تردّد عندي، مأخوذ من كلام الأئمة.

أحد الوجهين<sup>(٢)</sup> أنه لا يصحّ ضمانه؛ لأننا وإن أطلقنا ثبوته، فهو على تقدير التوقّف، ولا استقراء له في الحال.

وأظهرهما: الصّحة، كما يصحّ الضمان عن الميت المُعسرِ وبل أولى<sup>(٣)</sup>؛ لأن للعبد رجاء العتق واليسار، وأمال الميت منقطع، فضمان ما يلزم ذمّته من ديون المعاملات أولى بالصّحة، ولا خلاف في أنه يصحّ ضمان ما يتعلّق بكسبه كالمهر في النكاح الصحيح.

ولو قال السيد: ضمّنته، فقد رتبته الإمام على الخلاف فيما إذا ضمّن الأجنبي، وجعله أولى بالصّحة؛ لتعلقه بملكه.

إذا تقرّر ذلك، فالعبد الذي تعلّق المال برقبته لا يصير ملكا للمجني عليه، ولكن السيد بالخيار بين أن يبيعه بنفسه، أو يسلمه للبيع، وبين أن يستبقيه، ويقديه، ويكون المال المندول منه فداء، كالثمن الذي يبذله غيره.

وإذا سلّمه للبيع، فإن كان الأرش يستغرق قيمته بيع جميعه، وإلا فيباع بقدر الحاجة إلا أن يأذن السيد في بيع الجميع، فيؤدي الأرش، ويكون الباقي له، وكذا

(١) في ز: أضع.

(٢) في ز: القولين.

(٣) في ز: بالاولى.

يكون الحُكْمُ لو لم يوجد من يَزْعَبُ في شراء<sup>(١)</sup> البَعْضِ، وأراد السيد أن يَفْدِيَهُ بأقل الأُمْرَيْنِ من قيمته، وأزْشِ الْجِنَايَةِ؛ لأنه إن كانت قِيمَتُهُ أَقْلَ، فليس على السَّيِّدِ إلا تسليم رَقَبَتِهِ، فإذا لم يسلم لم تَتَوَجَّهْ الْمُطَالَبَةُ إلا بِالْقِيَمَةِ، وإن كان الأَرْشُ أَقْلَ، فليس للمجني عليه إلا ذلك. والقديم ويُرْوَى عن أبي حَنِيفَةَ أنه يَفْدِيهِ بِالْأَرْشِ بِالْغَا مَا بَلَغَ؛ لأنه لو سلم العَبْدُ، وعرض على البيع ربما اشترى بأكثر من قيمته، وربما بُنِيَ الْقَوْلَانِ عَلَى الْخِلَافِ فِي أَنَّ الْأَرْشَ هَلْ يَتَعَلَّقُ بِذِمَّتِهِ.

إن قلنا: لا، فالتعلق مُنْحَصِرٌ فِي الرُّقَبَةِ، فلا يلزم بمنعها إلا بَدَلَهَا.

وإن قلنا: نَعَمْ، فجميع الأَرْشِ وَاجِبٌ، والرقبة مَرْهُونَةٌ به، وإنما يَنْفَكُ الرَّهْنُ إِذَا قَضَى جَمِيعُ الدَّيْنِ.

ولم يَزْتَضِ الإمامُ هَذَا الْبِنَاءَ؛ لأنه رَأَى الْأَطْهَرَ تَعَلُّقَهُ بِالذِّمَّةِ.

وَالْأَصْحَحُ بِاتِّفَاقِ الْأَصْحَابِ أَنَّهُ إِنَّمَا يَلْزَمُ الْفِدَاءُ بِالْأَقْلِ، فلا ينتظم الْبِنَاءُ.

لكن الأصح عند أكثرهم أنه لا يَتَعَلَّقُ بِالذِّمَّةِ، وينتظم الْبِنَاءُ، ثم في «التهديب» أن النص أنه تُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ يَوْمَ الْجِنَايَةِ، وَأَنَّ الْقَفَالَ قَالَ: وَجِبَ أَنْ يَعتَبَرُ قِيمَتُهُ يَوْمَ الْفِدَاءِ<sup>(٢)</sup>؛ لأن ما نَقَصَ قَبْلَ ذَلِكَ لا يُؤْخَذُ بِهِ السَّيِّدُ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ مَاتَ قَبْلَ اخْتِمَالِ الْفِدَاءِ لَمْ يَلْزَمِ السَّيِّدُ شَيْئاً، وَحَمَلَ النَّصَّ عَلَى مَا إِذَا سَبَقَ مِنَ السَّيِّدِ الْمَنْعُ مِنْ بَيْعِهِ<sup>(٣)</sup> حَالَةَ الْجِنَايَةِ، ثم انتقصت القيمة.

ولو جنى العَبْدُ، فَفَدَاهُ السَّيِّدُ، ثُمَّ جَنَى مَرَّةً أُخْرَى، فَأَمَّا أَنْ يَسْلَمَهُ لِبَيْعٍ أَوْ يَفْدِيَهُ مَرَّةً أُخْرَى، وَإِنْ كَانَتِ الْجِنَايَةُ الثَّانِيَةَ قَبْلَ الْفِدَاءِ، فَإِنْ سَلَّمَهُ لِلْبَيْعِ بَيْعٍ، وَوُزِعَ الثَّمَنُ عَلَى أَرْشِ الْجِنَايَتَيْنِ<sup>(٤)</sup>، وَإِنْ اخْتَارَ الْفِدَاءَ فَدَاهُ عَلَى الْجَدِيدِ<sup>(٥)</sup> بِالْأَقْلِ مِنَ الْقِيَمَةِ وَمِنَ الْأَرْشَيْنِ، وَفِي الْقَدِيمِ<sup>(٦)</sup> بِالْأَرْشَيْنِ.

(١) في ز: شرى.

(٢) وهذا الذي قاله القفال متجه وقضيته أنه لو حصل من السيد بيع وزادت قيمته أن النظر إلى وقت الفداء لتعلق حق المجني عليه بالزيادة وفي صورة الجنائيتين إذا لم يتخللها فداء كيف يفديه؟ ينظر إن حصل منه بيع الأول من البيع وكانت قيمته يوم الجناية أكثر فداء ثم نقصت قيمته ضارب الأول بأقل الأمرين من قيمة يوم الجناية ومن الأرش ويشارك الثاني بقيمته يوم الجناية عليه والأرش ثم يصرف إليهما قيمته على هذه النسبة.

(٣) في ز: معه.

(٤) قال الشيخ البلقيني في تصحيح المنهاج، محل هذا إذا لم يمنع من بيعه مختاراً للفداء، فإن منع لزمه أن يفدي كلا منهما كما لو كان منفرداً صرح بذلك الراجعي جازماً به في الكلام على جنابة المستولدة.

(٥) في ز: السيد.

(٦) في ز: القديم.

وكذلك الحكم لو كان قد سَلَّمَهُ لِلْبَيْعِ، فجنى جِنَايَةً أُخْرَى قَبْلَ أَنْ يُبَاعَ، ولو قَتَلَ الْعَبْدَ الْجَانِيَّ أَوْ أَعْتَقَهُ أَوْ بَاعَهُ، وَقَلْنَا بِتُقُودِهِمَا، أَوْ اسْتَوْلَدَ الْجَارِيَةَ الْجَانِيَّةَ، فَعَلِيهِ الْفِدَاءُ، وَمَا الَّذِي يُلْزِمُهُ؟ فِيهِ<sup>(١)</sup> طَرِيقَانِ:

أحدهما: طرد القولين.

وأصحهما: أنه لا يُلْزِمُهُ إِلَّا الْأَقْلُ؛ لِتَعَدُّرِ الْبَيْعِ وَبُطْلَانِ تَوْفَعِ الزِّيَادَةِ.

ولو مات الْعَبْدُ الْجَانِيَّ، أَوْ هَرَبَ قَبْلَ أَنْ يَطَالِبَ السَّيِّدَ بِتَسْلِيمِهِ، فَلَا شَيْءَ عَلَى السَّيِّدِ، وَكَذَا لَوْ طُولِبَ، وَلَمْ يَمْنَعْهُ وَإِنْ طُولِبَ فَمَنْعَهُ، صَارَ مُخْتَاراً لِلْفِدَاءِ.

قال في «التهذيب»: ولو قتل الْعَبْدَ، فللسيد أن يَقْتَصَّ، وعليه الْفِدَاءُ للمجني عليه، ويجوز أن ينظر في وُجُوبِ الْفِدَاءِ عَلَيْهِ إِلَى أَنْ مُوجِبَ الْعَمْدِ الْقِصَاصُ، وَأَحَدُ الْأَمْرَيْنِ، وَإِنْ كَانَ الْقَتْلُ مُوجِباً لِلْمَالِ تَعَلَّقَ حَقُّ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ بِقِيَمَتِهِ، وَإِذَا أَخَذَتْ تَخَيَّرَ السَّيِّدُ فِي تَسْلِيمِ فِيهَا، وَتَسْلِيمِ بَدَلِهَا مِنْ سَائِرِ أَمْوَالِهِ تَخَيَّرَهُ فِي رَقَبَةِ الْعَبْدِ، وَإِذَا لَزِمَ الْفِدَاءُ بَعْدَ مَوْتِ الْعَبْدِ أَوْ قَبْلَهُ، ففِيمَا يَفْدِيهِ؟ الطَّرِيقَانِ الْمَذْكُورَانِ فِيمَا إِذَا قَتَلَ الْعَبْدَ، أَوْ أَعْتَقَهُ لِحَصُولِ الْيَأْسِ عَنْ بَيْعِهِ بِمَا يَزِيدُ<sup>(٢)</sup> عَلَى قِيَمَتِهِ.

ولو قال السَّيِّدُ: اخْتَرْتُ الْفِدَاءَ، فَهَلْ يُلْزِمُهُ الْفِدَاءُ، أَمْ يَجُوزُ لَهُ الرُّجُوعُ، وَيَسْلَمُ الْعَبْدَ، لِيُبَاعَ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

ظاهر المذهب، وهو المذكور في «التهذيب» أنه لا يلزمه الْفِدَاءُ<sup>(٣)</sup>، ويبقى الْخِيَارُ، وَأَجْرَى الْإِمَامُ الْخِلَافَ<sup>(٤)</sup> فِيمَا إِذَا قَالَ: أَنَا أَفْدِيهِ، وَهُوَ أَبْعَدُ لِاحْتِمَالِهِ الْوَعْدَ، وَمَوْضِعُ الْخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْعَبْدُ بَاقِيًا، أَمَا إِذَا مَاتَ فَلَا رُجُوعَ لَهُ بِحَالٍ.

قال الْعَزَالِيُّ: وَإِنْ جَنَّتِ الْمُسْتَوْلَدَةُ فَعَلَى السَّيِّدِ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ لِأَنَّهُ مَانِعٌ بِالْأَسْتِيلَادِ، فَلَوْ جَنَّتْ مِرَاراً وَلَمْ يَتَخَلَّلْ فِدَاءً فَهِيَ كَجِنَايَةِ وَاحِدَةٍ فَتُجْمَعُ وَيُلْزِمُهُ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ، وَلَوْ تَخَلَّلَ فِدَاءً لَزِمَهُ فِدَاءٌ جَدِيدٌ فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ، وَفِي الْقَوْلِ الثَّانِي يُسْتَرَدُّ الْأَوَّلُ وَيُوزَعُ عَلَيْهِمَا، وَوَطْءُ الْجَارِيَةِ الْجَانِيَّةِ لَيْسَ أَخْتِيَاراً لِلْفِدَاءِ عَلَى أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ.

(١) في ز: منه.

(٢) في ز: يرتد.

(٣) في ز: الرفاء.

(٤) قال الشيخ البلقيني في التصحيح: محل الخلاف ما إذا لم يتقص قيمته بعد اختيار الفداء فإن قبضت لم يكن من الرجوع والاعتصار على تسليم العبد قطعاً لأنه فوت باختياره ذلك القدر من قيمته وهذا يظهر مما سبق النص والفقهاء. فإن قال أنا أسلمه وأغرم النقص فليس هذا موضع ينزاع فيه لأنه لا يضع بشيء على المجني عليه. وقال الشيخ البلقيني أيضاً: لو كان يتأخر ببيعه تأخراً يصير بالمجني عليه وللسيد أموال غيره فليس له الرجوع قطعاً للضرر الحاصل للمجني عليه بالتأخير.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الفصل الثاني: إِذَا جَتَّ الْمُسْتَوْلِدَةُ عَلَى نَفْسِ، أَوْ مَالِ، وَجَبَ عَلَى السَّيِّدِ فِدَاؤُهَا؛ لِأَنَّهُ بِالِاسْتِيلَادِ مَانِعٌ مِنْ بَيْعِهَا مَعَ بَقَاءِ الرَّقِّ فِيهَا، فَأَشْبَهَ مَا إِذَا جَتَّى الْقِرْنُ، فَلَمْ يَسْلَمْهُ لِلْبَيْعِ.

وقال الإمام: السَّيِّدُ بِالِاسْتِيلَادِ مُسْتَمْتِعٌ بِحَقِّهِ مُتَصَرِّفٌ فِي مَلِكِهِ، فَجَعَلَهُ مُلْتَزِمًا لِلْفِدَاءِ بِجَنَائِيَةِ تَحَدُّثِ مَنْ بَعْدَ فِيهِ غُمُوضٌ، وَلَكِنَّهُ مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ مِنَ الْأَصْحَابِ، وَبِمِ يَفْدِيهَا؟ فِيهِ طَرِيقَانِ:

أحدهما: طَرَدُ الْقَوْلَيْنِ الْمَذْكُورَيْنِ فِي الْقِرْنِ.

وأصحهما: الْقَطْعُ بِأَنَّهُ يَفْدِيهَا بِالْأَقْلِ مِنْ قِيَمَتِهَا، وَأَرْشُ<sup>(١)</sup> الْجَنَائِيَةِ، وَالْفَرْقُ أَنْ الْقِرْنَ قَابِلٌ لِلْبَيْعِ، وَقَدْ يُوجَدُ رَاغِبٌ بِالزِّيَادَةِ، وَالْمُسْتَوْلِدَةُ غَيْرُ قَابِلَةٌ لِلْبَيْعِ.

وفي القيمة الْمُعْتَبِرَةَ وَجْهَانِ عَنِ الشَّيْخِ أَبِي عَلِيٍّ أَنْ الْاِعْتِبَارَ بِقِيَمَةِ يَوْمِ الْاِسْتِيلَادِ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ بِالِاسْتِيلَادِ صَارَ مَانِعًا، وَأَظْهَرَهُمَا، وَهُوَ الَّذِي أوردَهُ<sup>(٢)</sup> الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ: أَنَّ الْاِعْتِبَارَ بِقِيَمَةِ يَوْمِ الْاِئْتِلَافِ، وَلَا نَظَرَ إِلَى مَا قَبْلَهُ، وَلَا نَقُولُ: إِنَّهُ مَانِعٌ يَوْمَ الْاِسْتِيلَادِ، وَلَكِنَّهُ بِالِاسْتِيلَادِ يَصِيرُ مَانِعًا مِنَ الْبَيْعِ وَقَدْ حَاجَجَ إِلَيْهِ، وَهُوَ يَوْمُ الْاِئْتِلَافِ.

وَإِذَا جَنَّتْ<sup>(٣)</sup> الْمُسْتَوْلِدَةُ جِنَائِيَتَيْنِ فَصَاعِدًا، فَإِنَّ أَثْبَتَنَا الْقَوْلَ الْقَدِيمَ، وَقَلْنَا: إِنْ الْمُسْتَوْلِدَةُ تُفْدَى بِأَرْشِ الْجَنَائِيَةِ، فَعَلَى السَّيِّدِ أَنْ يَفْدِيَهَا بِأَرْوَشِ الْجِنَائِيَاتِ بِاللَّغَةِ مَا بَلَغَتْ.

وَإِنْ فَرَعْنَا عَلَى الصَّحِيحِ، وَقَلْنَا: إِنْ الْوَاجِبُ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ، فَإِنْ كَانَ أَرْشُ الْجَنَائِيَةِ

(١) قال الشيخ البلقيني: إنما يجيء الطريقان في مستولدة لا تباع فإن كانت تباع بأن استولد جارته المرهونة وكان يبيض الشيخ لكنه ذكر بقية هذا في تصحيح المنهاج فقال ما نصه: فأما أم ولد تباع لأنه استولدها وهي مرهونة الرهن اللازم وهو معسر إذا جنت جنابة توجب مالاً متعلقاً بالرقبة فإنه يقدم حق المجني عليه على حق المرتتهن فإذا قال الراهن أنا أفديها على صورة لا يكون بها موسراً يساراً ينفذ فيه الاستيلاد في حق المرتتهن فإنه إذ ذاك يأتي القولان قطعاً وإن لم يذكر ذلك لأنه حينئذ يكون بفدائها مانعاً للمجني عليه من بيعها فتصير كالعبد القن فإذا أفداها استمرت مرهونة ثم إن وفي الدين من غيرها فحينئذ ينفذ الاستيلاد على المذهب وإن بيعت في الدين استمر عليها حكم القن في حق من يشتريها ثم إن عادت للراهن فإنه ينفذ الاستيلاد على الأظهر، فإذا جنت أم الولد هذه في حال كونها مرهونة جنابة ثم جنابة أخرى وهي مرهونة فلا تقول جناباتها كواحدة لأنه يمكن بيعها بل هذه كالقن يجني جنابة ثم أخرى قبل الفداء فينقطع فيه بأن السيد إما أن يسلمها لتباع في الجنائيتين وإما أن يفديها بأقل الأمرين من قيمتها وأرش الجنائيتين على ما تقدم في القن.

ثم قال: ويجوز أن لا يفصل ويطلق في المسألة ثلاثة أقوال، واعلم أن الشافعي نص في الأم على القن في باب الجنابة على أم الولد بعد أبواب القسامة ونقل الربيع عن الشافعي ما يقتضي ترجيح لزوم الفداء لكل جنابة وهو الذي اختاره البغوي في تعليقه في تخلل الفداء.

(٢) في ز: وإذا.

(٣) في ز: رضيه.



الأولى دون القيمة، وفداها به، وكان الباقي من القيمة يفي بأزش الجناية.

الثانية، فيفديها للجناية الثانية بأزشها أيضاً، وإن كان أزش الجناية الأولى مثل القيمة، أو أكثر منها، أو دونها، إلا أن الباقي من القيمة لا يفي بأزش الجناية الثانية، فينظر أوقعت الجناية الثانية قبل أن يفديها السيد عن الأولى<sup>(١)</sup> أو بعد أن يفديها، فهما حالتان:

إحدهما: إذا وقعت قبل الفداء، ففيما يلزم السيد؟ قولان:

أحدهما: أن عليه أن يفديها لكل جناية بالأقل من قيمتها، وأزش تلك الجناية؛ لأن الاستيلاء السابق كالممنوع من البيع بعد الجناية، فإذا وجد الاستيلاء، وحصلت الجنایات كان الاستيلاء كمنع مجدد عقيب كل جناية.

ولو جنى القرن، فمنع السيد من بيعه، واختار الفداء، ثم جنى، ففعل السيد مثل ذلك، يلزمه لكل جناية الأقل من أزشها، ومن قيمته، فكذلك ههنا.

وأصحهما - وهو المذكور في الكتاب -: أن جميعها كجناية واحدة، وليس عليه إلا أقل الأمرين من أزشها، ومن قيمة المستولدة، والأقل القيمة في التصوير الذي نحن فيه، وذلك لأن الاستيلاء فعل واحد، فيجعل<sup>(٢)</sup> منعا واحداً، إلا أن الاستيلاء وإن تقدم على الجناية كالممنوع، والتفويت المتأخرين عن الجناية، فليكن بمثابة ما لو جنى القرن جنایات، ثم قتله السيد، أو أعتقه لا يلزمه إلا فداء واحد.

والحالة الثانية: [إذا وقعت الجناية الثانية]<sup>(٣)</sup> بعد ما فداها السيد عن الجناية الأولى، فهذه الحالة تترتب على الأولى، إن قلنا: يجب هناك لكل جناية الأقل من أزشها، ومن قيمة المستولدة، فهانها أولى؛ لأن المجنبي عليه الأول قد قبض، وملك المقبوض، ونقض ملكه بجناية تضدر من مملوك غيره بعيداً، وتقدير<sup>(٤)</sup> ألا يوجب لكل جناية فداء يحتاج إلى التقض، والاسترداد على ما سببته، وإن جعلنا الجنایات كجناية واحدة هناك، ولم نوجب الفداء إلا مرة واحدة، فهانها قولان:

أحدهما - وهو اختيار المزي والربيع -: أن كل جناية تفرد بفداء، وعليه أن يفدي للجناية الثانية بالأقل من أزشها، ومن قيمة المستولدة على نحو فدايه للأولى، كما لو جنى<sup>(٥)</sup> القرن، وفداه، ثم جنى ثانياً يفديه بفداء ثانٍ إذا لم يسلمه للبيع<sup>(٦)</sup>، وفي «أمالي»

(١) في ز: للأولى.

(٢) في ز: فجعل.

(٣) سقط في ز.

(٤) في ز: ويتقدم.

(٥) في ز: لو.

(٦) في هامش أ: يفديه بفداء ثانٍ أو يسلم للبيع.

أبي الفرج السرخسي أن هذا مذهب مالك<sup>(١)</sup>.

والقول الثاني: أنه لا يجب ههنا أيضاً إلا الأقل من القيمة، وموجب الجنائتين ولا يتكرر الفداء؛ لأنه إنما أوجبنا الفداء؛ تنزيلاً للاستيلاء منزلة الإثلاف، والمنع من البيع وإثلاف الشيء لا يوجب إلا قيمة واحدة.

وبهذا قال أبو حنيفة، ورجح صاحب «التهذيب» القول الأول، وهو وجوب الفداء للجناية الثانية، لكن ميل الأكثرين إلى تزجيج الثاني، وقد أفصح به الشيخ أبو إسحاق الشيرازي والقاضي الروباني وغيرهم.

وإذا قلنا به، فيشارك المجني عليه ثانياً المجني عليه الأول فيما أخذه، ويقسم حمله الواجب بينهما<sup>(٢)</sup> على ما يقتضيه الحال.

مثاله: قيمة المستولدة ألف، وأرش كل جناية ألف، وأخذ المجني عليه الأول القيمة، يرجع الثاني عليه بخمسائة، ولو كانت القيمة كذلك، وأرش الجناية الأولى ألف، وأرش الثانية خمسمائة، فيرجع المجني عليه ثانياً على الأولى بثلث الألف، ولو كانت القيمة كذلك، وأرش الثانية ألف، وأرش الأولى خمسمائة، وهو الذي أخذه الأول، فيأخذ الثاني من السيد بقيّة القيمة خمسمائة، ويرجع على الأول بثلث ما أخذ؛ لتصير القيمة بينهما أثلاثاً، وقد يعكس ترتيب الحاليتين، فيقال: إن تخلل الفداء، فهل يتجدد؟ فيه قولان، وإن لم يتخلل، فقولان مرتبان، وأولى بالأيتعدّد، والمقصود لا يتخلّف.

ويجوز ألا تفصل ونطلق في المسألة ثلاثة أقوال:

ثالثها: يفرق بين أن يتخلل الفداء، فيلزمه فداء آخر، أو لا يتخلل، فيكفي فداء واحداً. وفي شرح الجويني للموفق بن طاهر حكاية طريقتين في موضع الخلاف عند تخلل الفداء. فعن بعضهم أن الخلاف فيما إذا دفع الفداء بنفسه إلى المجني عليه الأول. أما إذا دفع بقضاء القاضي، فيقطع بأنه لا يلزمه شيء آخر.

وعن ابن أبي هريرة أنه لا فرق، ويجري الخلاف المذكور في الجناية الثالثة والرابعة، لا إلى نهاية.

ومهما زادت الجناية زاد الاستزداد، وشبه ذلك بما إذا فسّمت تركة إنسان على غرمايه وورثتيه، وكان قد حفر بئر عدوان، فهلك بهيمة أو إنسان بها، يزاحم المجني عليه الغرماء والورثة، ويسترد منهم حصته، فلو هلك آخر زاد الاستزداد.

(٢) في ز: منهما.

(١) في ز: أكثر من قيمة المستولدة.

## «فروع»

أحدهما: قد ذكر في الكتاب وطء الجارية الجانية، هل هو اختيَارٌ للفداء؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، كما أن وطء البائع في زَمَانِ الخِيَارِ<sup>(١)</sup> فسُخٌ للبيع، ووطء المشتري إجازة.

وأصحهما: المَنع؛ لأن الوطء لا دِلَالَةٌ له على الاختيَارِ بخلاف اللَّفْظِ، وبتقدير<sup>(٢)</sup> أن يَدُلُّ عليه، فقد دَكَّرْنَا أن الاختيَارَ لا يَلْزَمُ، ويخالف الوطء في زَمَانِ الخِيَارِ؛ لأن الخيار في البَيْعِ إنما يَثْبُتُ بالشرط، أو بالعقد المتعلق بالاختيار، فإذا ثَبَتَ بفعله، جاز أن يسقط بفعله، [والخيار للسيد يَثْبُتُ ابتداءً من جِهَةِ الشرع لا بفعله، فلا يَسْقُطُ بفعله]<sup>(٣)</sup>.

والثاني: قال في «التهذيب»: إذا جَنَتْ جَارِيَةٌ لها وَلَدٌ، لم يتعلق الأُرْشُ بِرَقَبَةِ الوَلَدِ، وإن وَلَدَتْ بعد الجناية، فكذلك سواء كان الحَمْلُ حَاصِلًا يومِ الجِنَايَةِ، أو لم يكن، ثم إذا لم نُجَوِّزِ التفريق فَيُبَاعُ الوَلَدُ معها، ويصرف ما يُقَابِلُ الأُمَّ إلى أُرْشِ الجِنَايَةِ، وما يُقَابِلُ الوَلَدَ للسيد.

وإن جَنَتْ وهي حَامِلٌ، أو حبلت بعد الجِنَايَةِ، هل تُبَاعُ حَامِلًا؟

إن قلنا: إن الحَمْلَ لا يعرف، فَيُبَاعُ، كما لو زادت زيادةً مُتَّصِلَةً.

وإن قلنا: يعرف، فلا تُبَاعُ حتى تَضَعَ؛ لأنه لا يمكن إجْبَارُ السيد على بَيْعِهَا مع الحمل، ولا يجوز<sup>(٤)</sup> استِثْنَاءُ<sup>(٥)</sup> الحَمْلِ، فإذا وضعت ببيعها.

الثالث: إذا لم يَفِدْ السَّيِّدُ الجَانِيَّ، ولا سَلَّمَهُ للبيع، باعه الحَاكِمُ، وصرف الثَّمَنَ إلى المجني عليه، وإن أَرَادَ بَيْعَهُ منه، جاز إن كان الأُرْشُ نَقْدًا، وإن كان الواجِبُ الإِبِلَ، قال في «التممة»: ينبي<sup>(٦)</sup> على أن الصُّلْحَ عن إِبِلِ الدية هل يجوز؟

## القِسْمُ الرَّابِعُ مِنَ الكِتَابِ فِي غُرَّةِ الجِنِينِ

قال العَرَالِيُّ: وَالنَّظَرُ فِي أَطْرَافِ الطَّرْفِ الأوَّلِ فِي المَوْجِبِ وَهِيَ جِنَايَةٌ تُوجِبُ أَنْفِصَالَ الجِنِينِ مَيْتًا، فَإِنَّ لَمْ يَنْفِصِلْ وَمَاتَتِ الأُمُّ فَلَا شَيْءَ، وَإِنْ أَنْفِصَلَ بَعْدَ مَوْتِ الأُمِّ

(١) في ز: ما تقدم.

(٢) في ز: يجبر.

(٣) في ز: يبي.

(٤) في أ: اختيار النسخ.

(٥) سقط في ز.

(٦) سقط من ز.

وَجَبَ (ح م)، وَإِنْ أَنْفَصَلَ حَيًّا وَلَوْ عَلَى حَرَكَةِ الْمَذْبُوحِينَ ثُمَّ مَاتَ فِدِيَةٌ كَامِلَةٌ وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ لِمَا دُونَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ وَتِلْكَ الْحَيَاةُ لَا تَدُومُ، بَلْ لَوْ لَمْ تَكُنْ جِنَايَةً فُقُتِلَ مِثْلُ هَذَا الْجِنِينِ وَجَبَ الْقِصَاصُ كَقَتْلِ مَرِيضٍ مُشْرِفٍ عَلَى الْمَوْتِ، وَلَوْ خَرَجَ رَأْسُ الْجِنِينِ وَمَاتَتِ الْأُمُّ وَجَبَتِ الْغُرَّةُ لِتَيَقُّنِ الْجِنِينِ، وَقِيلَ: لَا يَجِبُ لِعَدَمِ الْأَنْفِصَالِ، وَكَذَا الْوَجْهَانِ فِيمَا لَوْ قُدَّتْ بِنِصْفَيْنِ فَأَنْكَشَفَ الْجِنِينُ فِي بَطْنِهَا، وَكَذَا الْوَجْهَانِ فِيمَا لَوْ خَرَجَ رَأْسُ الْجِنِينِ فَصَاحَ فَحُرَّتْ رَقَبَتُهُ، فَمَنْ لَا لَا يَعْتَدُ بِهَذَا الْأَنْفِصَالِ لَا يُوجِبُ الْقِصَاصَ وَلَا كَمَالَ الدِّيَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مقصود<sup>(١)</sup> القسم الكَلَامُ فِي دِيَةِ الْجِنِينِ، وَالْأَصْلُ فِيهَا مَا رُوِيَ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّ امْرَأَتَيْنِ مِنْ «هُذَيْلٍ» رَمَتِ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى، فَطَرَحَتْ جَنِينَهَا، فَقَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِغُرَّةٍ عَبْدٍ أَوْ وَلِيدَةٍ، وَيُرْوَى: «فَضَرَبَتْ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى بِحَجَرٍ فَقَتَلَتْهَا وَمَا فِي جَوْفِهَا، فَقَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي الْجِنِينِ بِغُرَّةٍ عَبْدٍ أَوْ أَمَةٍ، وَيُرْوَى: «فَقَضَى بِدِيَةِ جَنِينِهَا غُرَّةً عَبْدٍ أَوْ أَمَةٍ»<sup>(٢)</sup>، فَقَالَ بَعْضُهُمْ: كَيْفَ يَدِي مِنْ لَا شَرْبَ وَلَا أَكْلَ وَلَا صَاحَ، وَلَا اسْتَهَلَ، وَمِثْلُ ذَلِكَ يُطْلَى - وَيُرْوَى: يُطْلَى بَدَلُ يُطْلَى -، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «إِنَّ هَذَا مِنْ إِخْوَانِ الْكُفَّانِ»، وَيُرْوَى: «أَسْجَعًا كَسَجْعِ الْجَاهِلِيَّةِ؟» يُقَالُ: غُرَّةٌ عَبْدٍ أَوْ أَمَةٍ عَلَى الْإِضَافَةِ، وَيُرْوَى: «غُرَّةٌ عَبْدٍ أَوْ أَمَةٍ عَلَى الْبَدَلِ، وَالْغُرَّةُ: الْخِيَارُ. وَيُقَالُ: طُلَّ دَمُهُ أَي: أَهْدَرَ»<sup>(٤)</sup>.

ورتب مسائل القِسْمِ عَلَى أَطْرَافِ: الْمُوجِبِ، وَمَا تَجِبُ فِيهِ، وَالْوَاجِبِ بِصِفَاتِهِ، وَأَمَّا مَنْ يَجِبُ عَلَيْهِ، فَلَمْ يُفْرَدْهُ بِتَرْجَمَةٍ، وَذَكَرَهُ فِي آخِرِ الْقِسْمِ.

أما الأول، فقد قال: الْمُوجِبُ، وَهُوَ جِنَايَةٌ تَوْجِبُ أَنْفِصَالَ الْجِنِينِ مِيتًا، وَقَدْ تَعَرَّضَ فِي الضَّابِطِ لِقِيُودِ:

أحدها: الْجِنَايَةُ، وَالْمَقْصُودُ مَا يُؤْتَرُ فِي الْجِنِينِ مِنْ ضَرْبٍ، وَإِيجَارِ دَوَاءٍ<sup>(٥)</sup> وَنَحْوِهَا، وَلَا أَثَرَ لِلطَّمَةِ الْخَفِيفَةِ، وَمَا فِي مَعْنَاهَا كَمَا لَا يُؤْتَرُ فِي الدِّيَةِ.

(١) فِي أ: الْفِصْل.

(٢) الْحَدِيثُ مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ مِنْ حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ أَيْضًا، فِي الْبُخَارِيِّ، فِي مَسَلَمٍ وَمِنْ حَدِيثِ الْمَغِيرَةَ بْنِ شُعْبَةَ، وَفِي الْبَابِ عَنْ أَبِي الْمَلِيحِ عَنْ أَبِيهِ رَوَاهُ الطَّبْرَانِيُّ، وَسَمَى فِي رِوَايَتِهِ الْمَرَاتَيْنِ.

(٣) فِي ز: وَرَوَى.

(٤) قَالَ الشُّنْفَرِيُّ:

إِنَّ بِالشَّعْبِ الَّذِي دُونَ سَلْعٍ لِقَتِيلًا دَمَهُ لَا يُطْلَى  
وَالْكَسَائِيُّ يَجِيزُ: طُلَّ دَمُهُ - بَفَتْحِ الطَّاءِ: أَي بَطَلَ. يَنْظُرُ: النِّظْمُ الْمُتَعَدَّبُ ٢/٢٤٨.

(٥) مَا أُطْلِقَهُ مِنْ إِيجَارِ الدَّوَاءِ يَنْبَغِي تَخْصِيصَهُ بِغَيْرِ الْمَعْدُورَةِ، فَلَوْ دَعَتْهَا ضَرُورَةٌ إِلَى شَرْبِ دَوَاءٍ فَالْقَتْلُ فَيَنْبَغِي أَلَّا يَضْمَنَ نَسْبَتَهُ.

والثاني: الانفصال، فلو ماتت الأم، فلم ينفصل جنين، لم يجب على الضارب شيء؛ لأننا لا نتيقن وجوب الجنين، فلا نوجب شيئاً بالشك.

وكذا لو كانت المرأة مُتَفَخَّخَةَ البطن، فضربها ضارب، فزال الانثفاخ أو كانت تجد حركه في بطنها، فانقطعت الحركة؛ لجواز أنه كان ريحاً، فانفشت<sup>(١)</sup>، ثم المعتبر<sup>(٢)</sup> انكشاف الجنين أو الانفصال التام ذكروا فيه وجهين:

أصحهما: أن المعتبر<sup>(٣)</sup> الانكشاف وظهور شيء منه؛ لأن المقصود أن يتحقق وجوده.

والثاني - وبه قال مالك، ويحكى عن القفال -: أن المعتبر الانفصال التام؛ ليستقل، وما لم ينفصل كان كالعضو من الأم، ويستشهد له بأن انقضاء العدة، ووقوع الطلاق بالولادة وسائر الأحكام لا يتعلّق بخروج بعض الولد، بل بالانفصال التام، فكذلك هنا.

ويتفرّع على الوجهين ما إذا ضرب بطنها، فخرج رأس الجنين مثلاً، وماتت الأم كذلك، ولم ينفصل أو خرج رأسه، ثم جنى عليها، فماتت، فعلى الأصح تجب العرة لتيقن وجوده، وعلى الثاني لا تجب لعدم الانفصال.

ولو قُذت نصفين<sup>(٤)</sup>، وشوهد الجنين في بطنها، ولم ينفصل، ففيه هذا الخلاف.

ولو خرج رأس الجنين، وصاح فخر حاز رقبتة، فإن اعتبرنا العلم بحصول الجنين، وجب القصاص، أو كمال الدية؛ لأننا نتيقن بخروج الرأس وجودة، وبالصياح حياته. وإن اعتبرنا الانفصال، لم نوجب القصاص ولا الدية.

ولو صاح ومات، فوجب الدية على الخلاف<sup>(٥)</sup>.

والثالث: كون المنفصل ميتاً، فلو انفصل حياً، نُظِرَ إن بقي زماناً سالماً غير متألّم، ثم مات، فلا ضمان على الضارب؛ لأن الظاهر أنه مات بسبب آخر.

وإن مات كما خرج، أو كان متألماً إلى أن مات، وجب فيه الدية الكاملة؛ لأننا نتيقن حياته، وقد هلك بالجنابة، فأشبهه سائر الأحياء، ولا فرق بين أن يستهل أو لا يستهل، ولكن وجده ما يدل على حياته كالتنفس وامتصاص اللبن، والحركة القوية

(١) في أ: فانفش.

(٢) في ز: المعيار.

(٣) في ز: المعيار.

(٤) في أم: النصفين.

(٥) صورته أن يضرب بطن الأم فيستهل الجنين فيصبح ثم يموت، ووجوب الدية هنا وثبوت الإرث له ظاهر.

كَقَبْضِ الْيَدِ وَيَسْطِهَا، وَلَا عِبْرَةَ بِمَجْرَدِ الْاِخْتِلَاجِ فَقَدْ يَكُونُ ذَلِكَ اِتِّشَاراً بِسَبَبِ الْخُرُوجِ مِنَ الْمَضِيقِ.

وعن «المنهاج» للجويني حكاية قول أنه يكتفي بالاختلاج، والمشهور الأول.

وعن مالك أن الاعتبار بالاستهلال لا غير، وإذا علمت الحياة فلا فرق بين أن يكون قد انتهى إلى حركة المذبوحين، أو لم ينته إليها، بل بقي يوماً ويومين، ثم مات؛ لأننا تيقناً الحياة في الحالتين<sup>(١)</sup> وقد وردن الجنائز عليه، والظاهر أنه هلك بالجنائز، [وكذا]<sup>(٢)</sup> ولا فرق بين أن يفصل لوقت يتوقع أن يعيش، أو لو فت لا يتوقع أن يعيش، بأن انفصل لدون ستة أشهر<sup>(٣)</sup>.

وقال المزني: إن لم يتوقع أن يعيش أو كان انتهى إلى حركة المذبوح، ففيه العرة دون الدية، ولم تكمل فيه الدية؛ لأن الجنائز - والصورة هذه - منع من الحياة لا قطع لها. وفي «التتمة» حكاية وجه مثله عنه فيما إذا كان قد انتهى إلى حركة المذبوحين، ولو قتل قاتل مثل هذا الجنين بعد ما انفصل، فإن انفصل لا بجنائز جان، فعلى القاتل القصاص، كما لو قتل مريضاً مشرفاً على الوفاة.

وإن انفصل بجنائز جان، فإن كانت فيه حياة مستقرة، فكذلك، وإلا فلا شيء على الثاني، والقاتل الأول، وقد قدمنا الفرق بين أن ينتهي إلى حركة المذبوحين<sup>(٤)</sup> بجنائز، وبين أن ينتهي لا بجنائز.

ولو انفصل منها بعد ما ماتت الأم من الضرب وجبت العرة، كما لو انفصل في حياتها؛ لأنه شخص مستقل، فلا يدخل ضمانه في ضمانها.

وعن أبي حنيفة ومالك: أنه لا تجب العرة إذا انفصل بعد موت الأم. ولا فرق في وجوب العرة بين أن يكون الجنين ذكراً أو أنثى، أو لا يعرف حاله؛ لأن الأخبار الواردة في العرة مطلقة، وأيضاً فإننا لا نعتبر الحياة في وجوب العرة، وإذا لم نعتبر الحياة، فأولئنا لا نعتبر الذكورة والأنوثة؛ لأن الذي يختلف بالحياة والموت أصل الوجوب، والذي يختلف بالذكورة والأنوثة مقدار الواجب، وكذا لا فرق بين ثابت النسب وغيره، وبين تمام الأعضاء وناقصها.

ولو اشترك اثنان في الضرب، فالعرة بينهما.

(١) في ز: وورود. (٢) سقط في ز.

(٣) وما ذكره من القود فيمن لم يبلغ ستة أشهر وإن انتهى إلى حركة المذبوح تبع فيه الإمام وغيره لكن نص الشافعي في الأم على المنع وجرى عليه صاحب التلخيص والماوردي في الحاوي.

(٤) في ز: المذبوح.

ولو أَجْهَضَتْ جَنِينَيْنِ وَجَبَتْ غُرَّتَانِ، ولو أَجْهَضَتْ حَيًّا وَمَيَّتًا، ومات الحَيُّ، وجبت دِيَّةٌ كَامِلَةٌ وَغُرَّةٌ.

ولو ضرب بَطْنَ امرأةٍ مَيِّتَةٍ، فانفصل منها جَنِينٌ ميت لم تَجِبِ الغُرَّةُ؛ لأن الظَّاهِرَ أن هَلَاكَهُ بِهَلَاكِ الأُمِّ. كذا قاله في «التهذيب».

وفي «جمع الجوامع» للرويانى أن القاضى الطَّبْرِيُّ قال: يجب صَمَانُ الجَنِينِ؛ لأن الجَنِينِ قد يبقى في جَوْفِ الأُمِّ حَيًّا، فالأَصْلُ بقاء<sup>(١)</sup> حَيَاتِهِ، ولا بَأْسَ بما يَتَّفِقُ أحيانًا من تَغْيِيرِ تَرْتِيبِ المسائلِ لِحَاجَةِ الشرحِ، وسيتهيئ الناظِرُ إلى مقدم متأخر، وَيُظَفَّرُ بمقصوده منه إذا لم يَقَعِ إِهْمَالٌ. وقوله: «بَعْدَ مَوْتِ الأُمِّ وَجَبَ» مُعْلَمٌ بالحاء والميم.

وقوله: «ولو على حَرَكَةِ المذبوحين» يجوز أن يُعْلَمَ بالزاي مع قوله: «وإن كان ذلك لما دُونَ ستة أشهرٍ».

وكذا قوله: «وَجَبَ القِصَاصُ»؛ لأن الحكاية عنه أنه لا يَجِبُ القِصَاصُ أَيضًا، وليعلم قوله: «وجبت الغُرَّةُ لِتَيَقُّنِ الجَنِينِ» بالميم؛ لما مرَّ.

واعلم أن الضَّبْطَ الذي ذَكَرَهُ صاحب الكتابِ لِلْمُوجِبِ يَشْتَمِلُ على لَفْظِ «الجَنِينِ»، فلو أدرَجَ فيه مَسَائِلَ الطرفِ الثاني، ولم يُفْرِدْها بترجمة لكان قَويماً.

قال العَرَبِيُّ: وَلَوْ أَجْهَضَتْ يَدًا وَمَاتَتْ وَجَبَتْ غُرَّةٌ إِذَا تَيَقَّنَّا وُجُودَ جَنِينِهَا، وَلَوْ أَلْقَتْ أَرْبَعَةَ أَيِّدٍ وَرَأْسَيْنِ لَمْ يَزِدْ عَلَى غُرَّةٍ قَرُبَ شَخْصٍ لَهُ رَأْسَانِ، وَلَوْ أَلْقَتْ بَدَنَيْنِ فِدَيْتَانِ إِذْ لَا يُمَكِّنُ البَدَنَانِ لِشَخْصٍ وَاحِدٍ، وَلَوْ أَلْقَتْ يَدَيْنِ ثُمَّ خَرَجَ جَنِينٌ حَيٌّ بِلا يَدَيْنِ فِدِيَّةٌ كَامِلَةٌ لِلْيَدَيْنِ، وَإِنْ كَانَ سَلِيمَ اليَدَيْنِ فَحُكُومَةٌ لَهُمَا.

قال الرَّافِعِيُّ: إِذَا أَلْقَتْ المَرَأَةُ بِالجِنَايَةِ عليها يَدًا أو رِجْلًا، وَمَاتَتْ، ولم يَنْفَصِلِ الجَنِينُ بِتِمَامِهِ، فقد نَصَّ في «المختصر» على وُجُوبِ الغُرَّةِ؛ لأن العِلْمَ قد حَصَلَ بوجود الجَنِينِ، والغالب على الظَّنِّ أن يَدَهُ بَأَثَ بِالجِنَايَةِ.

قال في «التتمة»: وعلى الوجه الذي مرَّ أنه يعتبر الانفصال التام لا تجب الغُرَّةُ، ولكن يجب نِصْفُهَا؛ لأن صَمَانَ الجِنَايَةِ على<sup>(٢)</sup> الجملة.

وفي إيراد غيره ما يُشْعِرُ بأن الخِلافَ لا يَجِيءُ في هذه الصُّورَةِ، وإنما الخِلافُ

(١) لم يرجح شيئاً، والراجح ما قاله البغوي فقد ذكره الماوردي وادعى فيه الإجماع وما قاله القاضي أبو الطيب جزم به الرويانى في البحر.

(٢) في ز: اليد نصف ضمان.

فيما<sup>(١)</sup> إذا ظَهَرَ شَيْءٌ مِنَ الْجَنِينِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُفَارِقَ الْأُمَّ، وَههنا وإن لم يَنْفَصِلِ الْجَنِينُ بِتَمَامِهِ، وَلَكِنْ وَجَدَ الْإِنْفِصَالَ التَّامُ فِي ذَلِكَ الْعَضْوِ، وَلَوْ أَلْقَتْ يَدَيْنِ أَوْ رِجْلَيْنِ، أَوْ رِجْلًا وَيَدًا، فَلَا خِلَافَ فِي وَجوبِ تَمَامِ الْعُرَّةِ، وَلَوْ أَلْقَتْ مِنَ الْأَيْدِي وَالرِّجْلِ ثَلَاثًا أَوْ أَرْبَعًا لَمْ يَجِبْ إِلَّا عُرَّةٌ وَاحِدَةٌ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَيَقَّنُ<sup>(٢)</sup> وَجودَ جَنِينَيْنِ<sup>(٣)</sup>، وَيَتَصَوَّرُ كَوْنَهَا لَجَنِينٍ وَاحِدٍ بَعْضُهَا أَصْلِيَّةٌ<sup>(٤)</sup>، وَبَعْضُهَا زَائِدَةٌ وَلَوْ أَلْقَتْ رَأْسَيْنِ فَكَذَلِكَ.

ويروى أن الشافعي - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَخْبَرَ بِامْرَأَةٍ وَلَدَتْ وَلَدًا لَهُ رَأْسَانِ، وَكَانَ إِذَا بَكَى بَكَى بِهِمَا، وَإِذَا سَكَنَ سَكَنَ بِهِمَا. وَفِي [شرح]<sup>(٥)</sup> مختصر الجويني وجه عن صاحب «التقريب» أَنَّهُ يَجِبُ فِي إِلقَاءِ الرَّأْسَيْنِ وَالْأَيْدِي غُرَّتَانِ اغْتِبَارًا بِالظَّاهِرِ، وَإِنْ أَلْقَتْ بَدَنَيْنِ وَجِبَتْ غُرَّتَانِ؛ لِأَنَّ الشَّخْصَ الْوَاحِدَ لَا يَكُونُ لَهُ بَدَنَانِ بِحَالٍ.

هكذا أورد صاحب الكتاب وشيخه، وصاحب «التهذيب» وغيرهم.

وحكى الروياني عن نص الشافعي - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - خِلَافَهُ، وَجوزَ أَنْ يَكُونَ لِرَأْسٍ بَدَنَانِ، كَمَا جُوزَ أَنْ يَكُونَ لِبَدَنِ رَأْسَانِ.

ولو أَلْقَتْ بِالْجَنَائَةِ عَضْوًا مِنْ يَدٍ أَوْ رِجْلِ، ثُمَّ أَلْقَتْ جَنِينًا، فَلَهُ حَالَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: أَنْ يَكُونَ الْجَنِينُ فَقْدًا<sup>(٦)</sup> ذَلِكَ الْعَضْوِ، فَيَنْظُرُ إِنْ أَلْقَتْهُ قَبْلَ الْإِنْدِمَالِ وَزَوَالِ أَلَمِ الضَّرْبِ، فَإِنْ كَانَ مَيِّتًا لَمْ يَجِبْ إِلَّا عُرَّةٌ وَاحِدَةٌ، وَيَقْدَرُ الْعَضْوُ مَيِّتًا مِنْهُ بِالْجَنَائَةِ. وَإِنْ أَنْفَصَلَ حَيًّا، ثُمَّ مَاتَ مِنَ الْجَنَائَةِ؛ وَجِبَتْ ذِيَّةٌ كَامِلَةٌ، وَيَدْخُلُ فِيهَا أَزْشُ الْيَدِ، وَإِنْ عَاشَ فَقَدْ أَطْلُقَ فِي «التهذيب» أَنَّهُ يَجِبُ نِصْفُ الدِّيَةِ عَلَى عَاقِلَةِ الضَّارِبِ.

ونقل ابن الصَّبَّاحِ وَغَيْرِهِ أَنَّهُ يَرِاجِعُ الْقَوَابِلَ، فَإِنْ قَلِنَ: إِنَّهَا يَدٌ مِنْ لَمْ تَخْلُقْ فِيهِ الْحَيَاةَ، فَالْوَاجِبُ نِصْفُ الْعُرَّةِ.

وإن قَلِنَ: إِنَّهَا يَدٌ مِنْ خُلِقَتْ فِيهِ الْحَيَاةَ، فَيَجِبُ نِصْفُ الدِّيَةِ.

وكذا إن عرفنا انفصال اليد منه بعد خلق الحياة فيه بأن أَلْقَتْ الْيَدَ، ثُمَّ أَنْفَصَلَ الْجَنِينُ عَقِيبَ الضَّرْبِ، وَإِنْ شَكَكْنَا فِي الْحَالِ أَقْتَصَرْنَا عَلَى نِصْفِ الْعُرَّةِ أَخْذًا بِالْيَقِينِ، وَلِيَكُنَّ الْمُطْلَقُ مَحْمُولًا عَلَى هَذَا الْمَفْصَلِ<sup>(٧)</sup>.

وفرق بين هذه الصُّورَةِ، وَبَيْنَ مَا إِذَا أَنْفَصَلَ الْجَنِينُ مَيِّتًا، لَا يَرِاجِعُ الْقَوَابِلَ، هَلْ كَانَ حَيًّا؛ لِأَنَّ هُنَاكَ لَمْ تَثْبِتْ لَهُ الْحَيَاةَ، بَعْدَ الْإِنْفِصَالِ، فَلَمْ يَعْتَبَرْ مَا كَانَ فِي الْبَطْنِ،

(١) في ز: فما.

(٢) في ز: يعين.

(٣) في أ: جنين.

(٤) في ز: أصلها.

(٥) سقط في ز.

(٦) في أ: فقيد.

(٧) في ز: الفصل.



وهنا انفصلَ حَيًّا، فينظر<sup>(١)</sup> في أن اليَدَ انفصلت وهو حَيٌّ أم لا، وإن أَلَقْتُهُ بعد الاندِمَالِ لم يضمن الجَنِينُ حَيًّا كان أو مَيِّتًا؛ لِزَوَالِ الأَلَمِ الحاصل بفعله. وأما اليَدُ، فإن خرج مَيِّتًا، فعليه نِصْفُ العُرَّةِ لليد، وإن خَرَجَ حَيًّا، ومات أو عاش، فمنهم من يُطَلِّقُ القَوْلَ بِوُجُوبِ نِصْفِ الدية، كما لو قطع يد إنسان، فأنذَمَل، ثم مات.

ومنهم من قال: يراجع القَوَابِلِ [على ما سبق]<sup>(٢)</sup><sup>(٣)</sup>، ولو ضرب بَطْنَهَا، فألقت يَدًا، ثم ضَرَبَهَا آخِرَ، فألقت جَنِينًا لا يَدَ له، فإن ضرب الثاني قبل الاندِمَالِ، وانفصل الجَنِينُ مَيِّتًا، فالعُرَّةُ عليهما معًا، وإن انفصلَ حَيًّا، فإن عاش، فعلى الأول نِصْفُ الدِّيَةِ، وليس على الثاني إلا التعزير.

وإن مات، فعليهما الدِّيَةُ، وإن ضرب الثاني بعد الاندِمَالِ، وإن<sup>(٤)</sup> انفصل مَيِّتًا، فعلى الأول نصف العُرَّةِ، وعلى الثاني غرة<sup>(٥)</sup> كاملة، كما لو قَطَعَ يد إنسان فاندمل، ثم قَتَلَهُ آخِرَ يجب على الأول نِصْفُ الدِّيَةِ، وعلى الثاني دِيَّةٌ كَامِلَةٌ.

وإن خرج حَيًّا، فعلى الأول نِصْفُ الدية، ثم إن عاش، فليس على الثاني إلا التَّعْزِيرُ، وإن مات، فعليه دِيَّةٌ كاملة.

**الحالة الثانية:** إذا انفصل الجنين كَامِلَ الأَطْرَافِ، نُظِرَ إن انفصل قبل الاندِمَالِ، فقضية ما ذكر فيما إذا أَلَقْتَ من الأيدي ثلاثًا، أو أربعًا بأن يقال: إن انفصلَ مَيِّتًا لم يَجِبْ إلا عُرَّةٌ واحدة؛ لاحتمال أن التي أَلَقْتُهُ كانت يَدًا زَائِدَةً لهذا الجنين، وأتمَحَقَّ أثرها، وإن انفصلَ حَيًّا ومات، فالواجب دية، وإن عاش لم يَجِبْ إلا حُكُومَةٌ، وعلى هذه القضية جَرَى صاحب الكتاب ههنا، وفي «الوسيط» والمذكور في «التهديب» و«التتمة» أنه إذا انفصل مَيِّتًا وَجَبَتْ عُرَّتَانِ:

إحدهما: لليد، والأخرى للجنين. وإن خرج حَيًّا، ومات، وَجَبَتْ دية وغرة.

ولو أَلَقْتَ أولاً جَنِينًا كاملاً ثم يَدًا، فالحُكْمُ كذلك، وإن انفصلَ الجنين بعد الاندِمَالِ، لم يلزم بسبب الجَنِينِ شَيْءٌ.

ولو ضربها ضَارِبٌ، فألقت اليَدَ، ثم ضربها آخِرَ، فأَلَقْتَ الجَنِينِ، ففي «التهديب» أن ضَمَانَ الجَنِينِ على الثاني، سَوَاءَ كان ضرب الثاني بعد اندِمَالِ الأول، أو قبله، فإن خرج مَيِّتًا وَجَبَتْ عُرَّةٌ، وإن خرج حَيًّا، فمات، فدية.

(١) في ز: منظر.

(٢) سقط في ز.

(٣) لم يذكر ترجيحاً وقضية ما فعل في الأول ترجيح القوابل فإن ابن الصباغ ومن ذكرنا جزم به وكذا الدارمي في الاستذكار.

(٤) في ز: دية.

(٥) في ز: فإن.

وقياس ما مرَّ أن يقال: إن ضرب الثاني قبل الأندمال، وانفصل مَيْتًا، وجبت العُرَّةُ عليهما، وإن انفصل حياً، وعاش، فعلى الأول حُكُومَةٌ، وليس على الثاني إلا التَّعْزِيرُ، وإن مات، فعليهما الدِّيَّةُ.

وقوله في الكتاب: «ولو أَلَّتْ يَدَيْنِ، ثم خرج جَنِينٌ حَيٌّ بلا يَدَيْنِ، فدية كاملة لليدين» يعني إذا عاش، فأما إذا خرج حَيًّا، ومات من الجَنَائِيَّةِ، فالواجب دِيَّةُ النفس، ويدخل فيها أَرَشُ اليَدَيْنِ، ثم القَوْلُ بوجوب الدِّيَّةِ إذا عاش يُوَافِقُ ما أَطْلَقَهُ في «التَّهْذِيبِ» فيما إذا أَلَّتْ يَدًا وَاحِدَةً.

وقياس ما ذَكَرَ ابْنُ الصَّبَّاحِ وغيره أن يُرَاجَعَ القَوَابِلُ، فإن قُلْنَ: إنهما يَدَا مَنْ لَمْ تُخَلِّقْ فِيهِ الحَيَاةُ، فالواجب العُرَّةُ دون الدِّيَّةِ.

وقوله: «وإن كان سَلِيمَ اليَدَيْنِ فَحُكُومَةٌ لهما» جَوَابٌ على الأَخْذِ بكون اليدين السَّاقِطَتَيْنِ يَدَيْنِ رَائِدَتَيْنِ لهذا الجَنِينِ.

وعلى قياس ما حَكَيْتَنَا في «التَّهْذِيبِ» و«التَّمَّةِ» ينبغي أن تجب عُرَّةُ اليَدَيْنِ.

قال الغَزَالِيُّ: الطَّرْفُ الثَّانِي فِي المَوْجِبِ فِيهِ وَهُوَ الجَنِينُ الَّذِي بَدَأ فِيهِ التَّخْطِيطُ وَلَوْ فِي طَرَفٍ مِنْ أَطْرَافِهِ وَإِذَا أَدْرَكَتِ القَوَابِلُ كَفَى ذَلِكَ، لَا شَيْءَ فِي إِجْهَاضِ المُضْغَةِ وَالعَلَقَةِ قَبْلَ التَّخْطِيطِ عَلَى الأَصْحَحِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَقْصُودُ الفَضْلِ الكَلَامُ فِي الجَنِينِ الَّذِي تَجِبُ فِيهِ العُرَّةُ، وَقَدْ مَرَّ فِي بَابِ العُدَّةِ أَنَّ العُرَّةَ تَجِبُ إِذَا أَسْقَطَتْ بِالجَنَائِيَّةِ مَا ظَهَرَ فِيهِ صُورَةُ الأَدَمِيِّ مِنْ عَيْنٍ، أَوْ يَدٍ، أَوْ أَصْبَعٍ أَوْ غَيْرِهَا، وَيَكْفِي الظُّهُورُ فِي طَرَفٍ مِنَ الأَطْرَافِ، وَلَا يَشْتَرِطُ أَنْ يَظْهَرَ جَمِيعُ الأَعْضَاءِ، وَلَوْ لَمْ يَظْهَرِ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ، وَلَكِنْ شَهِدَتْ القَوَابِلُ بِأَنَّ الصُّورَةَ فِيهِ خَفِيَّةٌ [يَخْتَصُّ أَهْلُ الخَبِيرَةِ بِمَعْرِفَتِهَا، فَكَذَلِكَ فِي العُرَّةِ. وَإِنْ قُلْنَا: لَيْسَ فِيهِ صُورَةُ خَفِيَّةٌ] <sup>(١)</sup> وَلَكِنَّهُ أَضَلُّ الأَدَمِيِّ، وَلَوْ بَقِيَ لِتَصَوُّرٍ، فَفِيهِ طُرُقٌ:

أَظْهَرُهَا: أَنَّهُ لَا يَجِبُ فِيهِ العُرَّةُ، وَإِنْ شَكَّكَ فِي أَنَّهُ أَضَلُّ الأَدَمِيِّ أَمْ لَا، لَمْ تَجِبْ بِلا خِلَافٍ. هَذِهِ أَحْكَامُ الأَحْوَالِ، وَالشَّرْحُ قَدْ تَقَدَّمَ.

وقوله: «الذي بدأ فيه التَّخْطِيطُ»، قَدْ يُفَسَّرُ <sup>(٢)</sup> التَّخْطِيطُ بِصورة الأَعْضَاءِ مِنَ اليَدِ والأَصْبَعِ وَغَيْرِهَا. وَقَدْ يُفَسَّرُ بِالشَّكْلِ وَالتَّقْطِيعِ الكُلِّيِّ قَبْلَ أَنْ تُمَيِّزَ أَحَادُ الأَعْضَاءِ وَهَيئَاتُهَا، وَهُوَ الأَكْثَرُ.

(٢) في أ: يتبين.

(١) سقط في ز.

وأراد بقوله: «بَدَأَ فِيهِ التَّخْطِيطُ» ما إذا ظَهَرَ ذَلِكَ لِكُلِّ أَحَدٍ، ويقوله: «وَإِذَا أذْرَكَتِ الْقَوَائِلُ» ما إذا ظَهَرَ لِأَهْلِ الْخَبْرَةِ دُونَ جَمِيعِ النَّاطِرِينَ وَقَوْلُهُ: «وَلَا شَيْءٌ فِي إِنْجِهَاصِ الْمُضْغَةِ وَالْعَلَقَةِ قَبْلَ التَّخْطِيطِ عَلَى الْأَصْحَحِ» أَي: قَبْلَ ظُهُورِ الصُّورَةِ لِأَهْلِ الْخَبْرَةِ وَغَيْرِهِمْ، وَلَفْظُ الْكِتَابِ يَفْتَضِي إِثْبَاتَ الْخِلَافِ فِي الْعَلَقَةِ، وَالْجُمْهُورُ سَكَنُوا عَنْهُ، وَقَالُوا: لَا يَجِبُ فِي إِقَاءِ الْمُضْغَةِ الْغُرَّةُ، وَلَا تَنْقِضِي بِهِ الْعِدَّةُ، وَإِنَّمَا اخْتِلَافُ الطَّرُقِ<sup>(١)</sup> فِي اللَّحْمِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: ثُمَّ فِي الْجَنِينِ الْحُرِّ الْمُسْلِمِ غُرَّةٌ، وَفِي الْجَنِينِ الْكَافِرِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهُ: (أَحَدُهَا): غُرَّةٌ وَلَا يُبَالِي بِالتَّسْوِيَةِ (وَالثَّانِي): ثَلَاثُ الْغُرَّةِ (وَالثَّلَاثُ): لَا يَجِبُ شَيْءٌ، فَإِن قُلْنَا بِالثَّلَاثِ فَالْمُتَوْلَّدُ مِنْ نَصْرَانِيٍّ وَمَجُوسِيٍّ قَبِيلٌ: إِنَّهُ يُؤْخَذُ بِالْأَخْفِ، وَقَبِيلٌ بِالْأَعْلَظِ، وَقَبِيلٌ: الْعِبْرَةُ بِجَانِبِ الْأَبِ، وَلَوْ جَنَى عَلَى ذِمِّيَةٍ فَاسْلَمَتْ ثُمَّ أَجْهَضَتْ فَغُرَّةٌ كَامِلَةٌ نَظَرًا إِلَى حَالِ الْإِنْفِصَالِ، وَلَوْ جَنَى عَلَى حَرْبِيَّةٍ فَاسْلَمَتْ ثُمَّ أَجْهَضَتْ فَفِي ضَمَانِ الْجَنِينِ وَجْهَانٍ كَمَا لَوْ رَمَى إِلَى حَرْبِيٍّ فَاسْلَمَ قَبْلَ الْإِصَابَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْغُرَّةُ الْكَامِلَةُ إِنَّمَا تَجِبُ فِي الْجَنِينِ الْمَخْكُومِ لَهُ بِالْإِسْلَامِ، إِذَا تَبَعًا لِأَبُوئِهِ أَوْ لِأَحَدِهِمَا، وَبِالْحُرِّيَّةِ إِذَا كَانَتْ الْأُمُّ حُرَّةً، وَقَدْ يَكُونُ الْوَلَدُ حُرًّا مَعَ رِقِّ الْأُمِّ فِي نِكَاحِ الْغُرُورِ وَغَيْرِهِ، أَمَا الْجَنِينُ الْمَخْكُومُ لَهُ بِالْيَهُودِيَّةِ أَوْ النَّصْرَانِيَّةِ تَبَعًا لِأَبُوئِهِ<sup>(٢)</sup>، فَقَدْ أُطْلِقَ فِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهُ:

أَحَدُهَا: أَنَّهُ تَجِبُ غُرَّةٌ، وَلَا يُبَالِي بِالتَّسْوِيَةِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْجَنِينِ الْمُسْلِمِ؛ لِأَنَّهُ لَا سَبِيلَ إِلَى الْإِهْدَارِ، وَلَا إِلَى تَجْزِئَةِ الْغُرَّةِ، وَقَدْ يَحْتَجُّ لَهُ بِظَاهِرِ مَا رَوَى أَنَّهُ ﷺ قَضَى فِي الْجَنِينِ بِالْغُرَّةِ<sup>(٣)</sup>.

وِثَانِيهَا: أَنَّهُ لَا يَجِبُ شَيْءٌ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ التَّسْوِيَةُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْجَنِينِ الْمُسْلِمِ، كَمَا لَا يُسَوَّى بَيْنَ الْمُسْلِمِ وَالْكَافِرِ فِي الدِّيَّةِ، وَالتَّجْزِئَةُ مُمْتَنِعَةٌ، وَامْتِنَاعُ التَّجْزِئَةِ فِي الْوَجْهَيْنِ مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ الْغُرَّةَ غَيْرُ مُقَدَّرَةٍ بِالْقِيَمَةِ.

وَأَصْحَاحُهَا: وَهُوَ مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ الْغُرَّةَ مُقَدَّرَةٌ أَنَّهُ يَجِبُ فِي الْجَنِينِ الْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ ثَلَاثُ مَا يَجِبُ فِي الْجَنِينِ الْمُسْلِمِ، كَمَا أَنَّ دِيَّةَ الْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ ثَلَاثُ دِيَّةِ الْمُسْلِمِ، وَهَذَا هُوَ الَّذِي أَوْرَدَهُ الْمُعْظَمُ، وَسَنَذَكُرُ أَنَّ الْغُرَّةَ الْوَاجِبَةَ فِي الْجَنِينِ الْمُسْلِمِ مُقَدَّرَةٌ بِنِصْفِ عَشْرِ دِيَّةِ الْأَبِ، أَوْ عَشْرِ دِيَّةِ الْأُمِّ، وَهُوَ خَمْسٌ مِنَ الْإِبِلِ أَوْ خَمْسُونَ دِينَارًا أَوْ

(٢) في ز: لأبيه.

(١) في ز: الاختلاف في الطرق.

(٣) تقدم.

ستمائة ذرهم، فيكون في جنين اليهودي والنصراني بغير وثلاثا بغير، أو ستة عشر ديناراً وثلثان، أو مائتا درهم.

وعلى هذا ففي الجنين المجوسي ثلث عشر الواجب في الجنين المسلم، وهو ثلث بغير أو ثلاثة دنانير وثلث، أو أربعون ذرهماً، ثم عن بعضهم أنه يؤخذ هذا القدر من الدية، ويدفع إلى المستحق من غير أن يصرف إلى الغرة، وحكاه في «البيان» عن المسعودي. وإيراد آخرين يشعر بأنه يدفع إليه هذا القدر، أو غرة بقيمة هذا القدر.

والأصح: أنه يشتري به الغرة، وتُدفع إليه إلا ألا توجد غرة بهذه القيمة، فيعدل حينئذ إلى الإبل، أو الدراهم، وهذا ما يحكى عن النص، ولو كان أحد أبوي الجنين يهودياً أو نصرانياً، والآخر مجوسياً، فالظاهر المنسوب إلى النص أنه يجب فيه ما يجب في الجنين اليهودي والنصراني؛ لأن الضمان يغلب فيه طرف التغليب، ألا ترى أنه إذا كان أحد أبوي الجنين<sup>(١)</sup> مسلماً تجب فيه ما يجب إذا كان الأبوان مسلمين، والمتولد الصيّد وغير الصيّد يضمّنه المخرم بالجزاء.

وفيه قول مخرّج أن الاغتياز بالأب. ووجه عن أبي الطيب بن سلمة أن الاعتبار بشر<sup>(٢)</sup> الأبوين؛ لأن الأصل براءة الذمة عن الزيادة. والقول والوجه مأخوذان من الخلاف في أن المسلم هل ينكح المتولدة من أبوين كتابي ومجوسي؟

ولو كان أحد الأبوين ذمياً، والآخر وثنيّاً لا أمان له، فعلى الأظهر يجب ما يجب في الذي أبواه ذمّيان، وعلى الثاني ينظر إلى جانب الأب، وعلى الثالث لا يجب شيء، والجنين المتولد من مستأمنين كجنين الذميين. ولو اشترك مسلم وذمي في وطء ذمّية بشبهة، فأحبلت وأجهضت الجنين بجنائية جان، يرى الجنين القائف، فإن ألحقه بالذمي، وجب ما يجب في جنين الذمي، وإن ألحقه بالمسلم، وجبت الغرة الكاملة، وإن أشكل الأمر أخذ الأقل، ووقف إلى أن ينكشف الأمر أو يضطلحوا.

قال في «البيان»: ولا يجوز أن يضطلح الذمي والذمية في قدر الثلث منه؛ لجواز أن يكون الجميع للمسلم لا حقّ لهما فيه، ولا يخرج استحقاقه من بينهما<sup>(٣)</sup>.

والمسألة مفرّعة على أن المولود يُعرض بعد الموت على القائف، وهو الصحيح، ولو جنّى على مرتدة حبلّى، فأجهضت، نظر إن ارتدت بعد الحبل، وجبت الغرة الكاملة؛ لأن الجنين محكوم له بالإسلام، لا يتبعها في الردّة.

(٢) في ز: بشراء.

(١) في ز: الأبوين.

(٣) في ز: شبههما.

وإن حَبِلَتْ بعد الازْتِدَادِ مُرْتَدًّا، فيبني على أن المَتَوَلَّدَ من المرتدين<sup>(١)</sup> مسلم أو كافر؟ إن قلنا: مُسْلِمٌ، وَجِبَتْ فيه العُرَّةُ.

وإن قلنا: كافر، فهو كجنين الحَزْبِيِّنَ، لا يجب فيه شيء على الجاني. هكذا ذكره الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ وغيره. وفي «التَهْذِيبِ» أن من لم يجعل المَوْلُودَ بين المرتدين مسلماً أوجب<sup>(٢)</sup> فيه ما يَجِبُ في جنين المَجُوسِيَّةِ كان من يذهب إليه يثبت له حرمة؛ لبقاء عُلُقَةِ الإِسْلَامِ، فيوجب فيه أَحْسَنُ<sup>(٣)</sup> ما يجب في الأَجْتَةِ. ثم في الفصل صورتان:

إحداهما: جَنَى على ذمية حُبْلَى تحت ذِمِّيٍّ، فأسلمت، أو أَسْلَمَ الذمي، ثم أَجْهَضَتْ وجبت عُرَّةٌ كاملة؛ لأن الاغْتِيَارَ في قَدْرِ الضَّمَانِ بالمال، ولذلك قلنا بوجوب الدِّيَّةِ الكاملة إذا جَرَحَ ذمياً، فأَسْلَمَ ثم مات، وكذا الحُكْمُ إذا جَنَى على أَمَةٍ حُبْلَى، فَعَتَقَتْ، ثم ماتت. وما الذي يَسْتَحِقُّه من ذلك؟ فيه وجهان أو قولان:

المشهور منهما: أن المستحق له الأَقْلُ من عَشْرِ قيمة الأَمَةِ، ومن العُرَّةِ؛ لأنه إن كانت الغرة أَقْلًا، فلا وَاجِبٌ غيرها، وإن كان العشر أَقْلًا<sup>(٤)</sup>، فهو المستحق للسيد، وما زاد بالْحُرِّيَّةِ.

والثاني - وبه قال أبو الطيب<sup>(٥)</sup>، وَيُحْكَمُ عن القَقَالِ أيضاً - أنه لا يستحق السيد بحكم المِلْكِ شيئاً؛ لأن الإِجْهَاضَ حَصَلَ في حال الحرية، وما يجب إنما يجب بالإِجْهَاضِ فَأَشْبَهَ ما إذا حَضَرَ بِثَرًا فَتَرَدَّى فيها حُرٌّ كان رقيقاً عند الحَفْرِ، لا يستحق السيد من الضمان شيئاً.

الثانية<sup>(٦)</sup>: إذا جَنَى على حَزْبِيَّةٍ، فأسلمت ثم أَجْهَضَتْ، هل يجب الضَّمَانُ فيه وجهان:

أحدهما - وبه قال ابن الحَدَّادِ -: لا يجب شيء؛ لأنه لم يكن مَغْضُوماً في الابتداء.

والثاني: يجب عُرَّةٌ كاملة؛ اغْتِيَاراً بحالة الإِجْهَاضِ، فإن الجِنَايَةَ حينئذ تَتَحَقَّقُ<sup>(٧)</sup>.

(١) في ز: المرتد من.

(٢) في ز: أحسن.

(٣) في ز: أوجد.

(٤) في ز: الأقل.

(٥) واعلم أن القاضي أبا الطيب نقل ذلك عن نص الشافعي فقال بعد أن حكى عن الأصحاب اعتبار الأقل: وهذا لا يصح عندي لأن الشافعي نص على أن المولى لا يستحق شيئاً من الغرة.

(٦) في ز: الثالثة.

(٧) قال النووي: قال البغوي: يجري الوجهان فيما لو جنى السيد على أمته الحامل من غيره، فعتقت، ثم ألفت الجنين.

وشبّه في الكتاب الوجهين بالوجهين فيما إذا رمى إلى حزبي، فأسلم قبل الإصابة، لكن الأصح هناك وجوب الضمان، ويشبه أن يكون الوجهان ههنا كالوجهين فيما لو جرح حزبيًا، فأسلم قبل الإصابة حتى يكون الأظهر نفى الضمان؛ لأن الجنائية قد تحققت ههنا، وأثرت فيها، وفي الجنين، كما أن الجراحة أثرت هناك، والرمي لا يؤثر في البدن، حتى يصيب السهم، فالتشبيه<sup>(١)</sup> بصورة الجراحة أفصح وأولى من التشبيه بصورة الرمي.

وقوله في الكتاب -: «ثم في الجنين الحر المسلم غرة».

لو قال: «ثم الغرة في الجنين الحر المسلم» كان أليق بمقصود الفضل؛ لأنه قد سبق ذكر الغرة، وما يوجبها.

والغرض الآن بيان أنها تجب في الحر المسلم، والتدرج منه إلى بيان ما يجب في الكافر والرقيق.

وقوله: «والثاني: ثلث الغرة».

الذي يتبادر إلى الفهم منه وجوب جزء من الغرة، وهذا لم يذكره أحد، وإنما هو محمول على إيجاب غرة، قيمتها ثلث الغرة الكاملة على ما بيّناه.

وقوله: «ففي ضمان الجنين وجهان» يعني: أضل الضمان.

قال العزالي: «أما الجنين الرقيق ففيه عشر قيمة الأم، ويعتبر القيمة على الصحيح يوم الجنائية، لا يوم الإجهاض أخذًا بالأغلظ، فلو كان الجنين سليمًا، والأم مقطوعة الأطراف فدرت سليمة الأطراف على أحد الوجهين، كما يقدر إسلامها وحرثتها إذا كان الجنين كذلك، ولو كان الجنين مقطوع الأطراف، فلا تقدر الأم مقطوعة على الصحيح، إذ ذلك في الجنين من أثر الجنائية».

قال الرفاعي: يجب في الجنين الرقيق عشر قيمة الأم، ذكرًا كان، أو أنثى، أو أشكل<sup>(٢)</sup> حاله في الذكورة والأنوثة، يستوي في ذلك ما إذا كانت [الأم]<sup>(٣)</sup> قنّة، أو مدبرة، أو مكاتبّة، أو مستولدة.

وعند أبي حنيفة: يعتبر ضمان الجنين بنفسه، فإن كان ذكرًا، ففيه نصف عشر قيمته لو كان حيًا، وإن كان أنثى، فعشر قيمتها لو كانت حيّة.

(١) في ز: أشكلت.

(٢) في ز: والتشبيه.

(٣) سقط في ز.

وَمَا خَذَ الْخِلَافِ الْخِلَافُ فِي أَنْ الْعُرَّةَ الْوَاجِبَةَ فِي الْجَنِينِ الْحُرِّ؛ ثُمَّ تَعْتَبِرُ؟ وَهِيَ مُقَدَّرَةٌ بِخَمْسٍ مِنَ الْإِبِلِ عِنْدَهُ؟

وعلى الأصح من أصلنا على ما سيأتي، فعندنا هي مُعْتَبَرَةٌ بِبَدَلِ الْأَبْوِينِ، وَهِيَ نِصْفُ عَشْرِ دِيَةِ الْأَبِ، وَعِشْرُ دِيَةِ الْأُمِّ، فَيَجِبُ فِي الرَّقِيقِ عَشْرُ قِيَمَةِ الْأُمِّ.

وعنده هي معتبرة بِبَدَلِ الْجَنِينِ فِي نَفْسِهِ بَعْدَ انْفِصَالِهِ، وَهِيَ نِصْفُ عَشْرِ دِيَتِهِ، إِنْ كَانَ ذَكَرًا، وَعَشْرُهَا إِنْ كَانَ أُنْثَى، فَيَجِبُ فِي الرَّقِيقِ نِصْفُ الْعَشْرِ، أَوْ الْعَشْرُ مِنَ الْقِيَمَةِ.

قال الأصحاب - رحمهم الله -: وَالِاغْتِيَارُ بِالْأَبْوِينِ أَوْلَى الْوَجْهَيْنِ:

أحدهما: أَنَّ الْجَنِينِ قَدْ يَخْرُجُ مُتَقَطَّعًا، وَلَا يُعْرَفُ حَالُهُ فِي الذَّكُورَةِ وَالْأُنُوثَةِ، وَأَيْضًا فَالْتَّقْوِيمُ مُبْنِيٌّ عَلَى الْهَيْئَاتِ، وَالصِّفَاتِ الْحَاصِلَةِ فِي الْحَيَاةِ، وَالْكَلَامِ فِي الْجَنِينِ الَّذِي انْفَصَلَ مَيِّتًا، فَكَيْفَ يُقَوَّمُ وَالْأُمُّ<sup>(١)</sup> يَنْظُرُ؟

والثاني: أَنَّ مَا يَعْتَبَرُ ضَمَانَهُ بِنَفْسِهِ، يَعْتَبَرُ كُلُّهُ لَا بَعْضُهُ.

وَاجْتَبَوْا أَيْضًا بِأَنَّ الْجَنِينَ الْحُرَّ يَسْتَوِي فِي ضَمَانِهِ الذَّكَرُ وَالْأُنْثَى، فَكَذَلِكَ الرَّقِيقُ.

وَاجْتَدَرُوا عَمَّا يُقَالُ: إِنْ مَا ذَكَرْتُمُوهُ قَدْ يُؤَدِّي إِلَى تَفْضِيلِ الْمَيِّتِ عَلَى الْحَيِّ، فَإِنَّهُ لَوْ انْفَصَلَ حَيًّا، وَمَاتَ، تَجِبُ قِيَمَتُهُ فِي نَفْسِهِ، بِلَا خِلَافٍ، وَقِيَمَتُهُ حِينَئِذٍ قَدْ لَا يَزِيدُ عَلَى دِينَارٍ، وَعَشْرُ قِيَمَةِ الْأُمِّ يَبْلُغُ مِائَةَ، فَكَيْفَ نَوْجِبُ دِينَارًا، لَوْ انْفَصَلَ حَيًّا وَمَاتَ، وَمِائَةَ [دِينَارًا]<sup>(٢)</sup> لَوْ انْفَصَلَ مَيِّتًا؟

فإنه إذا انفصل حياً ثبت استقلاله، فيعتبر بنفسه، وإذا انفصل ميتاً، لم يثبت له استقلال، فيسلك<sup>(٣)</sup> به مسلك الأعضاء.

ولو أَلْقَتْ جَنِينًا مَيِّتًا، فَعُتِقَتْ، ثُمَّ أَلْقَتْ آخَرَ [حَيًّا]، فَالْوَاجِبُ فِي الْأَوَّلِ عَشْرُ قِيَمَةِ الْأُمِّ، وَفِي الثَّانِي الْعُرَّةُ، وَالِاغْتِيَارُ بِقِيَمَةِ يَوْمِ الْجِنَايَةِ، أَوْ الْإِجْهَاضِ؟ فِيهِ وَجْهَانُ:

أصحهما - وهو المنصوص<sup>(٤)</sup> - أَنَّهُ يَعْتَبَرُ قِيَمَتُهُ يَوْمَ الْجِنَايَةِ، وَبِهِ قَالَ ابْنُ سُرَيْجٍ، وَأَبُو إِسْحَاقَ؛ لِأَنَّهُ وَقْتُ الْوَجُوبِ، وَلِأَنَّهُ الْأَعْلَى، فَاشْبَهَ مَا إِذَا قَطَعَ يَدَ عَبْدٍ، وَتَوَالَتْ<sup>(٥)</sup> الْأَلَامُ إِلَى أَنْ سَرَى الْقَطْعُ إِلَى النَّفْسِ، تَعْتَبَرُ قِيَمَتُهُ<sup>(٦)</sup> يَوْمَ الْقَطْعِ، وَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ يَوْمَ الْجِنَايَةِ؛ لِأَنَّ الْقِيَمَةَ يَوْمَئِذٍ أَكْمَلُ غَالِبًا، فَإِنْ فَارَضْتَ زِيَادَةَ الْقِيَمَةِ مَعَ تَوَاصُلِ الْأَلَامِ،

(١) في ز: والأم تنتظر.

(٢) في ز: فسلك.

(٣) شرح الشيخ في عزو ما صححه إلى النص والنص في الأم والمختصر اعتبار قيمة يوم الجناية.

(٤) في ز: وتوالى.

(٥) في ز: قيمة.

اعتبرنا تلك الزيادة. وَحَقِيقَةُ هَذَا الْوَجْهِ النَّظْرُ إِلَى أَقْصَى الْقِيَمِ.

والثاني - وبه قال الْمُزْنِيُّ وَالْإِضْطَخْرِيُّ -: أَنَّهُ تُعْتَبَرُ قِيَمَةُ يَوْمِ الْإِجْهَاضِ؛ لِأَنَّهُ وَقْتُ اسْتِقْرَارِ الْجِنَايَةِ، وَكَذَلِكَ نَقُولُ: لَوْ جَنَى عَلَى أُمَةٍ فَأَعْتَقْتُ<sup>(١)</sup> ثُمَّ أَجْهَضْتُ تَجِبُ الْغُرَّةُ، وَتَصْرَفُ إِلَى الْوَرْتَةِ.

وَإِذَا كَانَ الْجَنِينُ سَلِيمًا، وَالْأُمُّ مَقْطُوعَةَ الْأَطْرَافِ، فَبِهِ وَجْهَانِ:

أَصْحَهُمَا: أَنَّهُ يُقَدَّرُ فِيهَا السَّلَامَةُ، وَتُقَوَّمُ كَامِلَةَ الْأَطْرَافِ، كَمَا أَنَّهُ إِذَا كَانَتْ الْأُمُّ كَافِرَةً، وَالْجَنِينُ مُسْلِمًا يُقَدَّرُ فِيهَا الْإِسْلَامُ، وَتَقَوْمُ مُسْلِمَةً، وَإِذَا كَانَ الْجَنِينُ رَقِيقًا، وَهِيَ حُرَّةٌ مِثْلُ إِنْ كَانَتْ الْأُمُّ لَوَاحِدٍ، وَالْجَنِينُ لِآخَرَ، فَأَعْتَقَ صَاحِبُ الْأُمِّ الْأُمَّ، وَبَقِيَ الْجَنِينُ رَقِيقًا لِصَاحِبِهِ تُقَدَّرُ الْأُمُّ رَقِيقَةً، وَيَجِبُ فِي الْجَنِينِ عَشْرُ قِيَمَتِهَا.

والثاني: أَنَّهُ لَا يَقْدَرُ فِيهَا السَّلَامَةُ؛ لِأَنَّ نَقْصَانَ الْأَعْضَاءِ أَمْرٌ جَلْقِيٌّ، وَفِي تَقْدِيرِ خِلَافِهِ بَعْدَ، بِخِلَافِ صِفَةِ الْإِسْلَامِ وَغَيْرِهِ.

وَلَوْ كَانَ الْجَنِينُ مَقْطُوعَ الْأَطْرَافِ، وَالْأُمُّ سَلِيمَةً، فَهَلْ تُقَدَّرُ هِيَ مَقْطُوعَةً أَيْضًا؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: نَعَمْ، كَالْتَقْدِيرِ فِي سَائِرِ الْمَسَائِلِ الْمَذْكُورَةِ.

وَأَصْحُهُمَا: الْمَنْعُ؛ لِأَنَّ نَقْصَانَ الْجَنِينِ قَدْ يَكُونُ مِنْ أَثَرِ الْجِنَايَةِ، وَاللَّاتِقِ الْاِخْتِيَاطِ، وَالتَّغْلِيظِ عَلَى الْجَانِيِ دُونَ التَّخْفِيفِ.

وقوله في الكتاب: «كما يقدر إسلامها وحريتها، إذا كان الجنين كذلك تقدير الإسلام إذا كان الجنين مسلمًا، وهي كافرة<sup>(٢)</sup> قد ذكرناه فأما إذا كان الجنين حُرًّا، وهي رَقِيقَةً، كما إذا وَطِئَ أُمَّةً الْغَيْرِ بِالشُّبْهَةِ، فَأَوْلَدَهَا، فَالْوَجِبُ الْغُرَّةُ، وَالْغُرَّةُ مُسْتَعْنِيَةٌ عَنْ تَقْدِيرِ الْحَرِيَةِ فِيهَا، وَكَانَ الْمَقْصُودُ أَنَّ الْغُرَّةَ الَّتِي تَجِبُ تَتَقَدَّرُ بِخَمْسٍ مِنَ الْإِبْلِ الَّتِي هِيَ عَشْرُ دِيَمَتِهَا، لَوْ كَانَتْ حُرَّةً، [وَاللَّهُ أَعْلَمُ].»

## «فُرُوعٌ»

من مولدات ابن الحَدَّادِ وَغَيْرِهَا.

منها: الْجَارِيَةُ الْمَشْتَرَكَةُ بَيْنَ اثْنَيْنِ بِالسُّوِيَّةِ، إِذَا حَبِلَتْ مِنْ زَوْجٍ، أَوْ زِنَا، وَجَنَى عَلَيْهَا جَانٌ، فَالْقَتُّ الْجَنِينَ مَيْتًا، فَعَلِيهِ عَشْرُ قِيَمَةِ الْأُمِّ لِلْسَيِّدِينَ لِأَنَّ الْوَلَدَ مَشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا كَالْأُمِّ.

(٢) في أ: كاملة.

(١) في ز: فعتقت.



ولو جئى عليها أحد الشريكين، فَأَلْقَتْ جَنِينًا مَيِّتًا، فعليه نصفُ عشرِ قيمة الأم للأخر، ويُهْدَرُ نَصِيبُهُ، ولو أنه أَعْتَقَهَا بعد ما جئى، ثم أَلْقَتْ جَنِينًا، نظر: إن كان مُعْسِرًا، ووقف العتق على نصيبه من الأم والجنين، فعليه نصفُ عشرِ قيمة الأم لشريكه، وهل يَلْزَمُهُ نِصْفُ العُرَّةِ للنصف الحر؟

فيه وجهان:

قال ابنُ الحَدَّادِ: لا؛ لأن وَقَّتَ الجِنَايَةَ كان مِلْكَاً له، وَجِنَايَةُ الإنسان على مِلْكِه لا تُوجِبُ ضَمَانًا. وقال آخرون: نعم، وحكوه عن نَصِّهِ في «الأم»؛ لأن الجِنَايَةَ على الجنين إنما تَتَحَقَّقُ عند الإلْقَاءِ، وهو حُرٌّ حينئذ. والخِلافُ مَبْنِيٌّ على طريقتين ذَكَرْنَا في أن المَوْجِبَ لِلضَّمَانِ هو الضرب، أو الإِجْهَاضُ:

أحدهما: أن المَوْجِبَ الضَّرْبُ؛ لأنه يُؤَثِّرُ في الجنين، أَلَّا تَرَى أنه يُرَى أثرُهُ عليه عند الإِجْهَاضِ، والائْتِصَالُ هو نهاية الجِنَايَةِ؟ فكان الضَّرْبُ كَقَطْعِ اليَدِ نحوه، والإِجْهَاضُ كَالسَّرَايَةِ.

والثاني: أن المَوْجِبَ الإِجْهَاضُ؛ لأن الرِّحْمَ مَحِلُّ نَشْءِ الطِّفْلِ وَتَرْبِيَتِهِ، وسبب الهَلَاكِ مَفَارَقَتُهُ دون الضَّرْبِ، لكن الضرب لما فيه من الإيلام يفضي إلى المَفَارَقَةِ، فيكون الاعتبَارُ بوقت المَفَارَقَةِ، وهذا كَحَفْرِ البئر في الطريق مع التَّرْدِي، فإن الحَفَرَ سَبَبُ مَفَارَقَةِ موضع السَّلَامَةِ، والتَّرْدِي هو المَوْجِبُ لِلهَلَاكِ، فكان الاعتبَارُ بوقت التَّرْدِي. فإن قلنا: الموجب الضَّرْبُ، فهو مَمْلُوكٌ له حينئذ.

وإن قلنا: المَوْجِبُ الإِجْهَاضُ، فيجب. واعلم أن كَلَامَ أكثر الناقلين للمسألة يَمِيلُ إلى وجوب نِصْفِ العُرَّةِ، كما حكى عن النص، وهو النص الذي نَقَلْنَاهُ عن «عُيُونِ المسائل» في فصل تَغْيِيرِ الحال بين الجُزْحِ والمَوْتِ.

والأوَّلَى بالتَّرْجِيحِ ما رَجَّحَهُ الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ وَجَمَاعَةٌ<sup>(١)</sup>، وهو أنه لا يَجِبُ نِصْفُ العُرَّةِ، وأن المَوْجِبَ الضَّرْبُ، لِتَأْثِيرِهِ في الجنين، كتأثير القَطْعِ في البَدَنِ، بخلاف الحَفْرِ الذي لا يُؤَثِّرُ في البَدَنِ.

وإذا قيل بوجوب نِصْفِ العُرَّةِ، فلمن يكون ذلك؟

يبني على الخِلافِ في أن من بعضه حُرٌّ، وبعضه رَقِيقٌ، هل يورث؟<sup>(٢)</sup>

إن قلنا: نعم، فهو لَوَرَثَتِيهِ، ولا تَرِثُ الأم منه شيئاً؛ لأن بَعْضَهَا رَقِيقٌ، ولا السيد؛ لأنه قَاتِلٌ.

(٢) في ز: يورث.

(١) في ز: في سماعه.

وإن قلنا: لا، فهو لمالك النُصف، أو لبيت المال؟ فيه خلاف.

والى الثاني ذهب الإصطخري.

هذا إذا كان المُعتق مُعسراً، فإن كان مُوسراً، فإن قلنا: السَّرَايَةُ<sup>(١)</sup> تَحْصُلُ بِنَفْسِ الإِغْتِياقِ، أو قلنا: تَحْصُلُ بِأَدَاءِ القِيَمَةِ، وأداؤها<sup>(٢)</sup> قبل الإِجْهَاضِ، فعلى الجاني العُرَّةُ، وتصرف إلى وَرَثَتِهِ. وإن قلنا: تَحْصُلُ بِأَدَاءِ القِيَمَةِ، ولم يُؤدِّها حتى أَجْهَضَتْ، فالحكم كما ذَكَرْنَا فيما إذا كان مُعسراً.

فإن قلنا: إن العِتْقُ مَوْقُوفٌ، فإن أَدَى القِيَمَةَ تَبَيَّنَ حُصُولُ العِتْقِ من وقت اللفظ، فيكون الحُكْمُ على ما إذا فَرَّغْنَا على أن السَّرَايَةَ تحصل بنفس اللفظ، وإن لم يُؤدِّ، فكما ذَكَرْنَا فيما إذا كان المُعتقُ مُعسراً ولو كانت الصُّورَةُ بحالها لكن أعتق أحدهما نَصِيْبَهُ، ثم جَنَى عليها، فألقت جَنِيناً ميتاً.

فأما إن جَنَى عليها المُعتقُ، أو الشَّرِيكُ الآخَرُ، أو غيرهما، وإن جَنَى عليها المُعتقُ، نظر إن كان مُعسراً بَقِيَ نَصِيْبُ الشَّرِيكِ مِلْكَاً له، فعليه للشَّرِيكِ نِصْفُ عَشْرِ قِيَمَةِ الأُمِّ، وعليه النصف الذي عتق نِصْفُ العُرَّةِ بلا خلاف، ولمن يكون ذلك؟

ينبغي على الخِلافِ في أن من بَعْضُهُ حُرٌّ، وبعضه رقيق، هل يورث كما مرَّ؟ وإن كان مُوسراً، فإن قلنا: إن السَّرَايَةَ تَحْصُلُ بِأَدَاءِ القِيَمَةِ أو قلنا بالتوقف وأدَى القِيَمَةِ، فَيُعْرَمُ المُعتقُ لشريكه نِصْفَ قِيَمَةِ الأُمَةِ حَامِلاً، ولا يفرّد الجنين بالقيمة، بل يَتَّبِعُ الأُمُّ في التَّقْوِيمِ، كما يَتَّبَعُهَا في البَيْعِ، ويلزمه بالجناية العُرَّةُ، لأن الجَنِينَ حُرٌّ، وتورث الأُمُّ منها؛ لأنها حُرَّةٌ، والباقي بعد نَصِيْبِها لِلعَصْبَةِ، ولا شَيْءٌ للمعتق؛ لأنه قَاتِلٌ.

وإن جَنَى الشَّرِيكُ الآخَرُ، فإن كان المُعتقُ مُعسراً، فَنِصْفُ الجَنِينِ مَمْلُوكٌ للجاني، ونِصْفُهُ حُرٌّ، وإِثْلَافُهُ مِلْكَهُ مُهَدَّرٌ، ويجب نِصْفُ عُرَّةٍ للنصف الحر.

ويعود الخِلافُ في أنه لمن يَكُونُ؟

فإن قلنا: مَنْ بَعْضُهُ رَقِيقٌ يُورَثُ، فالعُرَّةُ لِعَصْبَتِهِ، ولا شَيْءٌ للأُمِّ؛ لأن بعضها رَقِيقٌ، فإن لم يكن له عَصْبَةٌ من الأَقَارِبِ، فهي لِلْمُعتقِ.

وإذا قلنا: لا يُورَثُ، فيكون لمالك البَعْضِ الآخَرِ، فلا يَجِبُ ههنا شَيْءٌ؛ لأنه لو ثَبَتَ لثَبَتَ له، فإنه إنما يَأْخُذُ بحق المِلْكِ بالميراث، فلا يصير القَتْلُ مانِعاً.

وإن كان المُعتقُ مُوسراً، فإن قلنا: لا تَحْصُلُ السَّرَايَةُ إلا بِأَدَاءِ القِيَمَةِ، أو قلنا: بالتَوْقُفِ، ولم تزد القِيَمَةَ، فالحكم كما إذا كان مُعسراً وإن قلنا: يُعتقُ باللفظ، أو قلنا:

(٢) في ز: وأداها.

(١) في ز: البراءة.

بالتَوْقُفُ وأداء<sup>(١)</sup> القيمة، فللجاني على الْمُعْتَقِ نِصْفُ قيمتها حَامِلًا، وعلى الجاني العُرَّةُ، وَتَرْتُهَا الأم والعَصْبَةُ. وإن كان الجاني أَجْنَبِيًّا، فإن كان الْمُعْتَقُ مُعْسِرًا، فقد أَتْلَفَ الأَجْنَبِيَّ جَنِينًا نِصْفَهُ حُرًّا، ونصفه رقيق، فعليه نِصْفُ غرَّة، ونصف عشر قيمة الأم.

وإن كان المعتق مُوسِرًا، وعتق كُله، فقد أَتْلَفَ الأَجْنَبِيَّ جَنِينًا حُرًّا، وَحُكْمُهُ بَيْنٌ.

ولو كانت الجارية كما وَصَفْنَا، وَجئى عليها الشَّرِيكَانِ معًا، فَأَجْهَضَتْ، فعلى كل واحدٍ منهما للآخر رُبْعُ عَشْرِ قيمة الأم.

لأن كل واحدٍ منهما جئى على مِلْكِهِ وَمِلْكِ صَاحِبِهِ، وَنَصِيبُ كُلِّ واحدٍ منهما تَلَفَ بفعليهما جميعًا، فَتَهْدَرُ جِنَائَتُهُ على مِلْكِهِ.

والْحَقَّانِ من جِنْسٍ وَاحِدٍ، فيكون على خِلَافِ التَّقَاصُ.

وإن أَعْتَقَهَا معاً بعد مَا جَنِيَا، أو وَكَلَا وَكَيْلَا، فَأَعْتَقَهَا بكلمة واحدة، ثم أَجْهَضَتْ، فقد عتق الجَينين مع الأم قبل الإِجْهَاضِ، فيضمن بالغرَّة، ولا تعتبر قِيمَةُ الأمِّ، وفيما يجب على كُلِّ واحدٍ منهما؟ وَجْهَانِ:

قال ابنُ الحَدَّادِ: يجب على كُلِّ واحدٍ منهما ربع العُرَّة، اغْتِبَارًا بحالِ الجِنَائَةِ، فكل واحدٍ منهما مَالِكٌ للنصف حينئذ.

وقال غيره: يجب على كُلِّ واحدٍ نِصْفَهَا؛ اغْتِبَارًا بحالِ الإِجْهَاضِ، وهو حُرٌّ حينئذ، وللأم ثُلُثُ الوَاجِبِ، والباقي لِلْعَصْبَةِ، ولا يَرِثُ السَّيْدَانِ منها شيئًا؛ لأنهما قَاتِلَانِ. ولو جئى عليها أحدهما، ثم أَعْتَقَهَا، ثم أَجْهَضَتْ، فعلى قول ابنِ الحَدَّادِ، على الجاني نِصْفُ العُرَّةِ؛ لأنه جئى، ونصفه له، وللشريك الأَقْلُ من نِصْفِ العُرَّةِ، ونصف عشر قيمة الأمِّ. وعلى قول غيره: عليه عُرَّةٌ كاملة؛ اغْتِبَارًا بيومِ الإِجْهَاضِ.

ومنها: إذا وَطِئَ الشَّرِيكَانِ الجاريةَ المشتركة، فَحَبِلَتْ، ثم جئى عليها جانٍ، فَأَلْقَتِ الجَينين مَيِّتًا، فإن كانا مُوسِرَيْنِ، فالجَين حُرًّا، وعلى الجاني العُرَّةُ، وهي لمن يُلْحِقُ القَائِفُ الجَينين به.

فإن كانا مُعْسِرَيْنِ، فكل الولد حُرًّا أو نِصْفُهُ؟ فيه قولان:

أصحهما: الثاني.

وإذا قيل به، فعلى الجاني نِصْفُ العُرَّةِ، ونِصْفُ عَشْرِ قيمة الأمِّ، ونِصْفُ العُرَّةِ لمن يُلْحِقُهُ القَائِفُ به، ونِصْفُ عَشْرِ القيمة للآخر.

(١) في ز: وأدنى.

ومنها: قال ابنُ الحَدَّادِ: المُسْتَوْلَدَةُ الحَامِلُ مِنَ السَّيِّدِ، إِذَا جَنَّتْ عَلَى نَفْسِهَا، فَأَلْقَتِ الجَيْنِ مَيْتاً، فَلَا ضَمَانَ، إِنْ لَمْ يَكُنْ لِالجَيْنِ وَارِثٌ سِوَى السَّيِّدِ؛ لِأَنَّ جِنَايَةَ المُسْتَوْلَدَةِ عَلَى سَيِّدِهَا، كَمَا سَبَقَ، وَبَدَلَ الجَيْنِ [له] <sup>(١)</sup>، فَلَوْ وَجَبَ الضَّمَانُ لَوَجِبَ عَلَيْهِ لِنَفْسِهِ، فَصَارَ كَمَا لَوْ جَنَّتْ <sup>(٢)</sup> عَلَى مَالِ السَّيِّدِ.

وَإِنْ كَانَ لَهُ وَارِثٌ آخَرَ بَانَ كَانَ لِلْمُسْتَوْلَدَةِ أَمْ حُرَّةً، فَعَلَى السَّيِّدِ أَنْ يُغَرِّمَ لَهَا الأَقْلَّ مِنْ قِيَمَةِ المُسْتَوْلَدَةِ، أَوْ سُدُسَ العُرَّةِ.

قال الشيخ أبو علي: ويحكي قول أن عليه سدس العرّة، إن زاد على قيمتها؛ بناء على أن أزش جناية المستولدة على السيد بالغاً ما بلغ.

ومنها: مات رجلٌ عن زَوْجَةٍ حَامِلٍ، وَأَخٍ مِنَ الأبوين، أَوْ مِنَ الأبِ، وَفِي التَّرَكَةِ عَبْدٌ، فَجَنَّى العَبْدُ عَلَى الزَّوْجَةِ، فَأَلْقَتِ الجَيْنِ مَيْتاً، فَفِيهِ العُرَّةُ مُتَعَلِّقَةٌ بِرَقَبَةِ العَبْدِ، وَيَكُونُ لِلأَمِّ ثُلُثُهَا، وَلِلْعَمِّ ثُلُثَاهَا، لَكِنِ العَبْدُ مَلَكَهُمَا بِالْأَرْبَاعِ، وَالجَيْنُ بِإِفْصَالِهِ مَيْتاً خَرَجَ عَنْ أَنْ يَكُونَ لَهُ إِزْثٌ، وَالمَالِكُ لا <sup>(٣)</sup> يَسْتَحِقُّ عَلَى مَلَكَهِ شَيْئاً، فَيُقَابِلُ مَا يَتَعَلَّقُ بِمِلْكِكَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمَا يَسْتَحِقُّهُ بِالْإِزْثِ، وَالأَخُ يَمْلِكُ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ العَبْدِ، فَيَتَعَلَّقُ بِهِ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ العُرَّةِ، وَيَسْتَحِقُّ ثَلْثِي العُرَّةِ، فَيَذْهَبُ الثُّلُثَانِ بِالثَّلْثِينَ، فَيَبْقَى نِصْفُ سُدُسِ العُرَّةِ مُتَعَلِّقاً بِمَا يَمْلِكُهُ مِنَ العَبْدِ، وَالزَّوْجَةُ تَمْتَلِكُ رُبْعَ العَبْدِ، وَيَتَعَلَّقُ بِهِ رُبْعُ العُرَّةِ، وَيَسْتَحِقُّ ثَلْثَ العُرَّةِ، فَيَذْهَبُ الرُّبْعُ بِالرُّبْعِ، يَبْقَى لَهَا نِصْفُ سُدُسِ مَا يَتَعَلَّقُ بِنَصِيبِ الأَخِ، فَيَفْدِي الأَخُ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ العَبْدِ بِنِصْفِ سُدُسِ العُرَّةِ، وَيَصْرَفُ ذَلِكَ إِلَى الزَّوْجَةِ وَالفِرْعِ لابنِ الحَدَّادِ <sup>(٤)</sup> أَيْضاً قَدْ يُورَدُ جَوَابُهُ بِغَيْرِ هَذَا الإِيرَادِ، وَلا يَكَادُ يَخْتَلِفُ المَقْصُودُ.

(١) سقط في ز. (٢) في ز: حنث. في ز: لم.

(٣) في ز: متعلقة.

(٤) قال الشيخ البلقيني: وقع الخلل في هذا الفرع في مواضع من الشرح والروضة:

أحدهما: قولهما فالأخ يملك ثلاثة أرباع العبد فيتعلق به ثلاثة أرباع العرة ووجه الخلل في هذا أن ثلاثة أرباع العرة المستحقة شيوعاً وإن تعلقت بثلاثة أرباع العبد شيوعاً لكن لا يذهب الثلثان بالثلثين ويلزم منه أن لا يبقى للأخ شيء يتعلق بنصيب الزوجة ولا يجوز أن يكون الضمير في به يعود لأن العرة كلها متعلقة بالعبد بثلاثة أرباعها متعلقة بثلاثة أرباعه.

الثاني: قولهما يبقى نصف سدس العرة متعلقاً بحصته هذا لا يمكن لأن السيد لا يثبت له على عبده دين.

الثالث: قوله والزوجة تملك ربع العبد فيتعلق به ربع العرة شيوعاً.

الرابع: قوله يبقى لها نصف سدس العرة هذا أوهم فالباقى لها ربع العرة متعلقاً بحصة الأخ.

الخامس: قوله فيفديه بأن يدفع نصف سدس العرة إلى الزوجة صوابه أن يدفع ربع العرة لكن إنما ذكر ذلك لقضية التقاص ولم ينبه عليه ثم قال الشيخ أيضاً: قوله تبعاً لأصله يبقى نصف سدس =

وقال الشيخ أبو علي - رحمه الله - : وعلى قِيَاسِهِ لو كانت الْمَسْأَلَةُ بِالْأَثْلَاثِ أَيْضاً، والعبد بينهما بالأثْمَانِ، فيملك الابن سَبْعَةَ أَثْمَانِ الْعَبْدِ، وَيَتَعَلَّقُ بِهِ سَبْعَةُ أَثْمَانِ الشُّرَّةِ، فيذهب الثُّلُثَانِ بِالثَّلَاثِينَ، ويبقى ما بين ثُلُثِي الْغُرَّةِ، وسبعة أَثْمَانِهَا، وَالتَّفَاوُثُ بِخَمْسَةِ أَسْهُمٍ مِنْ أَرْبَعَةِ وَعِشْرِينَ سَهْمًا، وَذَلِكَ بِأَنْ يُضْرَبَ مَخْرَجُ الثَّلَاثِينَ فِي مَخْرَجِ الثُّمْنِ، فيحصل أربعة وعشرة وثلثا أربعة وعشرين ستة عشر وسبعة أَثْمَانِ أَحَدٍ وَعِشْرُونَ، فَالتَّفَاوُثُ بَيْنَهُمَا بِخَمْسَةِ .

وَالزَّوْجَةُ تَمْلِكُ<sup>(١)</sup> ثَمَنَ الْعَبْدِ، وَيَتَعَلَّقُ بِهِ ثَمَنُ الْغُرَّةِ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَسْهُمٍ، وَيَسْتَحِقُّ ثَلَاثَهَا، وَهُوَ ثَمَانِيَّةُ أَسْهُمٍ، فيذهب ثَلَاثَةُ أَسْهُمٍ بِثَلَاثَةِ أَسْهُمٍ، يَبْقَى خَمْسَةُ أَسْهُمٍ، فَيُقَدِّي الْإِبْنُ سَبْعَةَ أَثْمَانِ الْعَبْدِ بِخَمْسَةِ أَسْهُمٍ مِنْ أَرْبَعَةِ وَعِشْرِينَ سَهْمًا مِنَ الْغُرَّةِ، وَيُضْرَفُ ذَلِكَ إِلَى الزَّوْجَةِ .

ومنها: قال ابن الصَّبَاغِ: إِذَا جَنَى حُرٌّ أُمَّهُ عَتِيقَةً، وَأَبُوهُ رَقِيقٌ عَلَى امْرَأَةٍ حَامِلٍ، ثُمَّ أُعْتِقَ أَبُوهُ، فَانْجَرَّ وَلَاؤُهُ مِنْ مُعْتِقِ الْأُمِّ إِلَى مُعْتِقِ الْأَبِ، ثُمَّ أَجْهَضَتِ الْحَامِلُ، فَعَلَى قِيَاسِ قَوْلِ ابْنِ الصَّبَاغِ<sup>(٢)</sup> يَتَحَمَّلُ بَدَلَ الْجَنِينِ مَوْلَى الْأُمِّ؛ اعْتِبَارًا بِحَالِ الْجِنَايَةِ، وَعَلَى قِيَاسِ قَوْلِ غَيْرِهِ: يَتَحَمَّلُ مَوْلَى الْأَبِ؛ اعْتِبَارًا بِحَالَةِ الْإِجْهَاضِ .

ومنها: إِذَا أَحْبَلَ الْمُكَاتَبُ أُمَّتَهُ، فَجَنَى عَلَيْهَا، فَأَجْهَضَتْ، وَجَبَ فِي الْجَنِينِ عَشْرُ قِيَمَةِ الْأُمِّ؛ لِأَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ بَعْدُ .

قال الْغَزَالِيُّ: الطَّرْفُ الثَّلَاثُ فِي صِفَةِ الْغُرَّةِ وَهُوَ رَقِيقٌ سَلِيمٌ مِنْ عَيْبٍ يَثْبُتُ الرَّدُّ فِي الْبَيْعِ سِتَّةَ فَوْقَ سَبْعٍ وَدُونَ خَمْسِ عَشْرَةَ إِنْ كَانَ غُلَامًا، وَدُونَ الْعِشْرِينَ إِنْ كَانَتْ أُنْثَى، وَقِيلَ: تُؤْخَذُ الْكَبِيرَةُ مَا لَمْ تَضْعَفْ بِالْهَرَمِ، وَفِي نَفَاسَةِ قِيَمَتِهَا وَجْهَانِ: (أَحَدُهُمَا): أَنَّهُ لَا تَقْدِيرَ فِيهِ بَعْدَ وُجُودِ السَّنِّ وَالسَّلَامَةِ (وَالثَّانِي): أَنَّهُ لَا يَنْبَغِي أَنْ يُنْقَصَ عَنْ قِيَمَةِ خَمْسِ مِنَ الْإِبِلِ لِأَنَّ عِنْدَ الْعَقْدِ نَزَجٌ إِلَى خَمْسِ مِنَ الْإِبِلِ فِي الْقَوْلِ الْجَدِيدِ، وَفِي الْقَدِيمِ نَزَجٌ إِلَى قِيَمَةِ الْغُرَّةِ مِنْ غَيْرِ تَقْدِيرٍ .

قال الرَّافِعِيُّ: لَا يَتَعَيَّنُ لِلْغُرَّةِ نَوْعٌ مِنَ الرَّقِيقِ، بَلْ يُجَبَّرُ الْمُسْتَحِقُّ عَلَى قَبُولِهِ مِنْ أَيِّ

= الغرة متعلقاً بحصته من العبد هذا ليس بمستقيم وإنما يبقى سدس الغرة ويتعلق ذلك بحصة الزوج من العبد، وقد قال في الزوجة: يبقى لها نصف سدس الغرة، وقد وقع الخلل في هذا الفرع في مواضع نبهت عليه في مواضعها والصواب أن يقال نصف سدس الغرة أو يبقى حصته من الغرة متعلقاً بنصيب الزوجة وكذا قال أبو الطيب: وقد بسطته في الفوائد. انتهى وأخذ في الخادم كلام شيخه وزاد عليه، واعتذر عن الشيخين بشيء فيه نظر.

(١) في ز: تملك. (٢) في ز: الحداد.

نوع كان، ويُجَبَّرُ على قُبُولِ الذَّكْرِ والأُنْثَى؛ لما رُوِيَ أَنَّهُ ﷺ: «قَضَى فِي الْجَنِينِ بَعْرَةَ عَبْدٍ أَوْ أُمَّةٍ»<sup>(١)</sup>.

والنظر في ثلاث صِفَاتٍ:

إحداها: تُعْتَبَرُ السَّلَامَةُ عن المَعْيُوبِ التي تُثَبِّتُ الرَّدَّ في البَيْعِ، بخلاف الإِغْتِاقِ<sup>(٢)</sup> في الكَفَّارَةِ، حيث يُجْزَى إِغْتِاقُ المَعْيُوبِ<sup>(٣)</sup> بِعَيْبٍ لا يَضُرُّ بِالْعَمَلِ؛ لأن الكَفَّارَةَ حَقُّ الله تعالى، والغُرَّةُ حَقُّ الأَدَمِيِّ، وحقوق الله تعالى [مِثَّةً]<sup>(٤)</sup> على المُسَاهَلَةِ.

وأيضاً، فإنه وَرَدَ لفظ «الغرة»، والغُرَّةُ الخِيَارُ، والمَعْيُوبُ ليس من الخِيَارِ.

ولا يُجَبَّرُ المُسْتَحِقُّ على قُبُولِ الحَصِيِّ والخُنْثَى والكَافِرِ.

ولو أوصى<sup>(٥)</sup> بِقُبُولِ المَعْيُوبِ، وسامح، جاز.

ويجوز أن يُعْلَمَ لفظ «السليم» في الكتاب بالحاء؛ لأن عند أبي حنيفة يُجَبَّرُ على قُبُولِ المَعْيُوبِ، إذا لم تَنْقُصْ قيمته عن خَمْسِ من الإِبِلِ، أو خمسين ديناراً.

الثانية: لا يُجَبَّرُ على قُبُولِ من لم تَبْلُغْ سنُّهُ سَبْعاً؛ لأن الغُرَّةُ الخِيَارُ، وأنه ليس من الخِيَارِ لِحَاجَتِهِ إلى من يَتَعَهَّدُهُ، وعدم استقلاله.

ويخالف الكَفَّارَةَ، حيث يُجْزَى فيها إِغْتِاقُ الصَّغِيرِ؛ لأن الوارد هناك لفظ «الرقبة»، والرقبة تشمل الصَّغِيرَ والكَبِيرَ.

واعلم أن لفظ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - في «المختصر» ولمن وَجِبَتْ له الغُرَّةُ ألا يَقْبَلَهَا دون سَبْعِ سنين أو ثمان، فمن الأصحاب من يَتَابِعُهُ في اللفظ، ومنهم من اقتَصَرَ على أنه لا يُجَبَّرُ على قُبُولِ من سنُّهُ دون سَبْعِ سنين، ولا يتعرض للثمان؛ لأن من هو دون سبع، فهو دون ثَمَانٍ وليست كلمة أو للترديد<sup>(٦)</sup> في أن الذي لا يقبل من نقص عن سبع، أو ثمان بالاتِّفَاقِ ويمكن أن يُقَالَ: المَقْضُودُ أنه لا يقبل من هو دون سن التَّمْيِيزِ، وسن التَّمْيِيزِ سبع أو ثمان، ويختلف باختلاف حَالِ الصَّبِيَّانِ، ولا يُجَبَّرُ على قبول من بَلَغَ سنَّ التَّمْيِيزِ، ولا تَمْيِيزَ له؛ لأنه مَعْيُوبٌ، وأما في طَرَفِ الكَبِيرِ، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يُؤْخَذُ العُلاَمُ بعد خَمْسِ عَشْرَةَ سَنَةً؛ لأنه لا يدخل على النِّسَاءِ بعد ذلك، ولا الجَارِيَةُ بعد عشرين سَنَةً؛ لأنها تَتَغَيَّرُ<sup>(٧)</sup> وتنقص قيمتها بذلك.

(١) تقدم.

(٢) في أ: الفئاق.

(٣) في أ: المعيوب.

(٤) سقط في ز.

(٥) في ز: رمني.

(٦) في ز: للتردد.

(٧) في ز: وتنقص.

ويروى هذا عن ابن أبي هُرَيْرَةَ. وفي «البيان»: أن بعض الأَصْحَابِ جعل الحَدَّ، العِشْرِينَ فِي الْعَلَامِ، وَالْجَارِيَةَ جَمِيعاً.

والثاني: أَنَّهُمَا يُؤَخِّدَانِ، وَأَنْ جَاوَزَ السُّتَيْنِ مَا لَمْ يَضْعُفَا، وَلَمْ يَخْرُجَا عَنِ الْإِسْتِقْلَالِ بِالْهَرَمِ؛ لِأَنَّ كَمَالَ الْمُنْفَعَةِ وَالْقُوَّةَ إِنَّمَا يَكُونُ بَعْدَ السُّتَيْنِ.

وَنَظْمُ الْكِتَابِ يُشْعِرُ بِتَرْجِيحِ<sup>(١)</sup> الْأَوَّلِ مِنَ الْوَجْهَيْنِ. وَإِلَيْهِ ذَهَبَ أَبُو الْفَرَجِ الرَّازِيُّ، وَالْقَاضِي الرَّوْيَانِيُّ، وَجَمَاعَةٌ، وَالْأَصْحَحُ عِنْدَ صَاحِبِ «التَّهْذِيبِ» الثَّانِي، وَبِهِ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ، وَالْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ وَغَيْرُهُمْ، وَحَكَوْا ذَلِكَ عَنِ النَّصِّ.

الثالثة<sup>(٢)</sup>: هَلْ يَتَّقَدَّرُ لِلْغُرَّةِ قِيَمَةٌ؟ فِيهِ وَجْهَانِ أَوْرَدَهُمَا فِي الْكِتَابِ:

أحدهما: لا، بل إذا وجدت السَّلَامَةَ وَالسَّنَّ، وَجَبَ الْقَبُولُ، قُلْتُ قِيَمَتَهَا أَوْ كَثُرَتْ؛ لِإِطْلَاقِ مِنْ لَفْظِ الْعَبْدِ وَالْأُمَّةِ فِي الْخَبَرِ.

وأصحهما: الَّذِي أَوْرَدَهُ الْمُعْظَمُ أَنَّهُ يَنْبَغِي أَنْ تَبْلُغَ قِيَمَتَهَا نِصْفَ عَشْرِ الدِّيَةِ، وَهِيَ خَمْسٌ مِنَ الْإِبِلِ. رَوَى ذَلِكَ عَنْ عَمْرٍو، وَزَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - وَذَكَرُوا أَنَّهُ لَا مُخَالَفَ لِهَئِمَّا.

وَوَجْهٌ أَيْضاً بِأَنَّهُ لَا سَبِيلَ إِلَى تَكْمِيلِ الدِّيَةِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ تَكْمُلْ لَهُ الْحَيَاةُ، وَلَا وَجْهٌ لِلْإِهْدَارِ، فَقَدَّرَ وَاجِبُهُ بِأَقْلٍ مَا وَرَدَ الشَّرْعُ بِإِجَابِهِ فِي الدِّيَاتِ وَالْأَرْوَشِ، وَهُوَ خَمْسٌ مِنَ الْإِبِلِ، أَوْجِبَهَا الشَّرْعُ فِي الْمَوْضِئَةِ، وَفِي السَّنِّ، وَاعْتَذَرُوا عَنِ الْأَنْمَلَةِ حَيْثُ يَجِبُ فِيهَا ثَلَاثَةٌ وَثَلَاثٌ بِأَنَّ الشَّرْعَ لَمْ يَرِدْ بِذَلِكَ فِي الْأَنْمَلَةِ بِرَأْسِهَا، وَلَكِنْ بَيْنَ مَا يَجِبُ فِي الْأَصْبَعِ، فَوَزَعُ الْوَاجِبِ عَلَى أَجْزَائِهَا.

ومهما وجدت الغُرَّةُ بِالصِّفَاتِ الْمَعْتَبَرَةِ لَمْ يُجْبِرِ الْمُسْتَحِقُّ عَلَى قَبُولِ غَيْرِهَا، كَمَا إِذَا وَجَدْتَ الْإِبِلَ فِي الدِّيَةِ [الْإِعْتِيَاضُ عَنْهَا بِالْتَّرَاضِي كَالْإِعْتِيَاضُ عَنِ الْإِبِلِ الدِّيَةِ]<sup>(٣)</sup>، وَإِذَا لَمْ تَوْجِدِ الْغُرَّةَ<sup>(٤)</sup>، فَطَرِيقَانِ:

أظهرهما: أَنْ فِيهِ قَوْلَيْنِ:

أصحهما: أَنَّهُ يَجِبُ خَمْسٌ مِنَ الْإِبِلِ؛ لِأَنَّهَا مُقَدَّرَةٌ بِخَمْسٍ مِنَ الْإِبِلِ، فَإِذَا فَقَدْتَ أَحَدَتْ مَا هِيَ مُقَدَّرَةٌ بِهِ.

ويروى ذلك عن زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ<sup>(٥)</sup> - ..

(١) في ز: ترجيح.

(٢) في ز: والثالث.

(٣) في ز: الإبل.

(٤) سقط في ز.

(٥) قال الحافظ في التلخيص: لم أجده.

ولأننا لو أوجبنا قيمة الغرّة، لم نأمن أن تبلغ دية كاملة، وتزيد عليها.

والثاني: أن المغدول إليه عند الفقد القيمة، كما لو غصب عبداً، فأبق أو تلف، ويقال: إن هذا مخرج من تقويم الإبل في الدية إذا فقدت، وكذلك حكي عن الشيخ أبي حامد وغيره أنه القول الجديد، وأن مقابله، وهو التقدير بخمس من الإبل القديم، وعن الفوراني عكسه.

والطريق الثاني: القطع بوجوب خمس من الإبل، وإذا قلنا به، وفقدت الإبل، فكان<sup>(١)</sup> كما لو فقدت الإبل في الدية، فعلى الجديد يجب قيمتها، وعلى القديم يجب خمسون ديناراً، أو ستمائة درهم<sup>(٢)</sup>.

وقوله في الكتاب: «ودون خمس عشرة» يجوز أن يُعلم لفظ «خمس عشرة» بالواو للوجه الذي ذكرناه<sup>(٣)</sup> في التّخديد بالعشرين في حق الغلام أيضاً.

وقوله: «لأننا عند الفقد نرجع إلى خمس من الإبل في القول الجديد» يشير إلى بناء الوجهين في أنه هل تُعتبر نفاسته بالقيمة؟ على القولين في أنه هل يُزجَع عند العقد<sup>(٤)</sup> إلى بدل<sup>(٥)</sup> مقدّر، وهو متوجه، وجعل الرجوع إلى خمس من الإبل القول الجديد يوافق ما ذكرناه<sup>(٦)</sup> عن الفوراني.

[وذكرنا]<sup>(٧)</sup> أن منهم من يقول: إنه القول القديم، كما أن الرجوع إلى المقدر عند فقدان الإبل هو القول القديم، وفي الجديد يرجع إلى القيمة من غير تقدير، وعلى هذا، فالمسألة مما يرجح فيه القديم؛ لأنهم جعلوا الأظهر الرجوع إلى خمس من الإبل [والله أعلم].

قال الغزالي: ثم تُصرف الغرّة إلى الجنين وهو الأم والعصبية، وتلزم عاقلة الجناني إذ لا يمكن أن يكون قتل الجنين عمداً إذ لا تتيقن حياته بحال، وأرش ألم الأم يندرج تحت الغرّة إن لم يبق شين، فإن بقي وجب حكومة الشين.

قال الرافعي: في هذه البقية مسألان:

- 
- (١) في أ: كان.  
 (٢) ما ذكره من خمسين ديناراً هو المذكور في «الشامل» و«التهذيب» وغيرهما، لكن في «اللباب» للمحاملي قدره العلماء بسبعين ديناراً.  
 (٣) في أ: ذكره.  
 (٤) في أ: العقد.  
 (٥) في ز: بدر.  
 (٦) في ز: نقلناه.  
 (٧) سقط في ز.



إحدهما: فيمن يصرف إليه الغرّة، وفيمن تُؤخَذ منه .

أما من تُصَرَفُ إليه فَوَرَثَةُ الْجَنِينِ، فتأخذ الأم نَصِيْبَهَا إن كانت حَيَّةً عند انْفِصَالِ الْجَنِينِ وحرّة، والباقي للأب، فإن لم يكن، فلسائر العَصَبَاتِ .

ولو كان قد مات مورث للجنين، وَوَقَفْنَا له شَيْئاً، فلا يجعل المَالُ المَوْثُوفُ لَوَرَثَةِ الجنين، بل يكون لَوَرَثَةِ ذَلِكَ المَوْثُوثِ بخلاف الغرّة، تقدر فيها حياته تَغْلِيظاً على الجاني .

ولو جَنَّتِ الحَامِلُ على نفسها بِشْرِبِ دَوَاءٍ وغيره، فلا شَيْءَ لها من الغرّة المَأخُوذَةِ من عاقلتها؛ لأنها قَاتِلَةٌ، وإنما هي لسائر وَرَثَةِ الجنين .

وأما من تُؤخَذُ منه، فالجِنَايَةُ على الجنين قد تكون خَطَأً مَخْضاً بأن يقصد غير الحامل فيصيبها، وقد يكون عَمْدَ خَطَأً، بأن يَقْصِدُ ضَرْبَهَا، ويضربها بما لا يُؤدِّي إلى الإِجْهَاضِ غالباً، فأدَّى إليه، ولا يكون عَمْداً مَخْضاً؛ لأنه لا يَتَيَقَّنُ وُجُودَهُ وَحَيَاتَهُ، حتى يقصد، هذا هو الظاهر المشهور .

وفي «المهذب» أنه قد يكون عَمْداً مَخْضاً إذا قصد الإِجْهَاضَ، ونحا<sup>(١)</sup> صاحب «التهذيب» نحوه .

وذكر ابن الصَّبَّاحِ أن أبا إِسْحَاقَ قال: إنه وإن قَصَدَهَا بالضرب يكون خَطَأً في حَقِّ الجنين؛ لأنه لا يباشر بالجناية .

وإذا قلنا بالظاهر، فسواء كانت الجِنَايَةُ خَطَأً أو عَمْدَ خَطَأً، فالغرة على العاقلة، كما وَرَدَ في الخَبَرِ .

قال في «الشامل»: والغرة بَدَلُ نَفْسِ، فلا يَجِيءُ فيها القَوْلُ القديم فيما دون النفس، لكن في «جمع الجوامع» للقاضي الروياني أن بَعْضَهُمْ أثبت فيها القَوْلَ<sup>(٢)</sup> القديم في أن ما دُونَ ثَلَاثِ الدِّيَةِ لا يُضْرَبُ على العاقلة . والمذهب الأول . وإذا فُقِدَتِ الغرّة، وقلنا بالائْتِقَالِ إلى خَمْسِ من الإِبِلِ، فيغلظ إذا كانت الجِنَايَةُ عَمْدَ خَطَأً بأن تُؤخَذُ حِقَّةً ونصف وَجَدَعَةً ونصف، وَخَلْفَتَانِ، حُكِي ذلك عن الأَسْتَاذِ أَبِي طَاهِرِ الرِّيَادِيِّ، وتابعه الأئمة، ولم يَتَكَلَّمُوا في التَغْلِيظِ عند وجود الغرّة، إلا أن الروياني قال: ينبغي أن يُقَالَ: تجب غرّة قيمتها نصف عشر الدِّيَةِ المَعْلُظَةِ، وهذا حَسَنٌ .

(١) في ز: ويحكي .

(٢) لم يتعرض لمجيء القول الآخر السابق هناك أن العاقلة لا تتحمل ما دون ثلث الدية وهذا لا بد من مجيئه .

ويجوز أن يُعَلِّمَ؛ لما بينا قوله في الكتاب: «ويلزم عاقلة الجناني» بالواو.  
وكذا قوله «إذ لا يُمكنُ أن يكون قَتْلُ الجنين عَمْدًا».

وذكر صاحب الكتاب في «الوسيط» أنه لو كان عدد العاقلة لا يفي إلا بالنُضْفِ، فعليهم نُضْفُ قِيَمَةِ العُرَّةِ، لا قيمة نصف الغرة، وبينهما فَرْقٌ، إذ العُرَّةُ ربما تُساوي أَلْفًا، والنصف يُوجَدُ بأربعمائة، فالوَاجِبُ عليهم نُضْفُ قيمة الكل، وهو خمسمائة.

ولك أن تقول: نعم بينهما فَرْقٌ، لكن هذا كلام قَلِيلُ التَّوَلُّ (١)؛ لأن الذي يحمله كُلُّ واحد منهم مَعْلُومٌ مَضْبُوطٌ، وجملة ما يحملونه تَخْتَلِفُ باختلاف عَدَدِهِمْ، فإن لم يَفِ عَدْدُهُمْ إلا بقيمة النُضْفِ، لم يحملوا أَكْثَرَ من قيمة النُضْفِ، وإن وُقِيَ بنصف القيمة أو أكثر، حملوا ذلك. هذا كُلُّه في العُرَّةِ.

أما بَدَلُ الجنين الرَّقِيقِ، فَيُضْرَفُ إلى السَّيِّدِ، وهل يَتَّحِمُهُ العاقلة؟ فيه القولان المذكوران في بَدَلِ العَبْدِ.

المسألة الثانية: إذا جَنَى على الحامل بقطع طَرْفٍ أو جِرَاحَةٍ أُخْرَى، فَأَلْقَتْ جَنِينًا مَيِّتًا، يجب مع ضَمَانِ الجنين ضَمَانُ الجِنَايَةِ حُكُومَةً كان أو أَرْشًا مقدراً، ويكون ضَمَانُ الجِنَايَةِ لها.

ولو تَأَلَّمَتْ [بالضرب] (٢) وألقت الجنين، فإن لم يَبْقَ شَيْئٌ لم يجب لِلأَلَمِ شَيْءٌ، وإن [بقي] (٣) شَيْئٌ، فوجهان:

أحدهما: أنه لا يَجِبُ مع العُرَّةِ شَيْءٌ، كما لا يجب لِلأَلَمِ.

وأصحهما - وهو المذكور في الكتاب -: أنه يجب حُكُومَةُ الشَّيْنِ مع الغرة، كما يجب ضَمَانُ الجِرَاحَةِ.

وقوله: «وأرْشُ أَلَمِ الأم يَنْدَرُجُ تحت العُرَّةِ»، وهذه اللفظة إنما تُنطَبِقُ على قولنا بوجوب الحكومة في الجِرَاحَةِ التي تعقب شَيْئًا، أو نُقْصَانًا.

والمَقْصُودُ أنه لا يَجِبُ مع العُرَّةِ شَيْءٌ على ما يَبَيَّنَّا.

«خَاتِمَةٌ»: إذا سقط «الجنين مَيِّتًا» وأدعى وارثه على إنسان أنه سَقَطَ بِجِنَايَتِهِ، فأنكر أهل الجناية، فهو المَصْدَقُ بِبَيِّنَتِهِ، وعلى المُدْعِي البَيِّنَةُ، ولا تُقْبَلُ فيه إلا شَهَادَةُ الرِّجَالِ.

(١) في ز: النزول.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

وإن أقرَّ بِالْجِنَايَةِ، وأنكر إسقاطها الْجَنِينَ وَحَمَلَهَا، وقال: إِنَّ السَّقْطَ مُلْتَقَطٌ، فكذلك وهو الْمُصَدِّقُ، وعلى المدعي الْبَيِّنَةُ، وتقبل فيه شَهَادَةُ النِّسَاءِ، فإن الإسْقَاطَ كَالْوِلَادَةِ لَا يَطَّلِعُ عَلَيْهِ غَالِبًا إِلَّا النِّسَاءُ.

وإن أقرَّ بِالْجِنَايَةِ وَالْإِسْقَاطِ، وأنكر كَوْنَ السَّقُوطِ بِسَبَبِ الْجِنَايَةِ، فينظر: إن أسقطت عَقِيبَ الْجِنَايَةِ، فهي الْمُصَدِّقَةُ بِالْيَمِينِ، سواء قال: إنها شَرِيَتْ دَوَاءً، أو ضرب بَطْنِهَا إِنْسَانًا آخَرَ، أو قال: حَانَ وَقْتُ وِلَادَتِهَا، ولذلك انفصل الْوَلَدُ؛ لأن الْجِنَايَةَ سَبَبٌ ظَاهِرٌ فِي الإسْقَاطِ، والأصل أنه لم يوجد سَبَبٌ آخَرَ، وَالْوِلَادَةُ قَدْ تَتَقَدَّمُ، وقد تَتَأَخَّرُ، فلا يصرف السَّقُوطُ عَنِ الْجِنَايَةِ الظاهرة بِأَمْرٍ محتمل.

وإن أسقطت بعد مُضِيِّ مدة من وَقْتِ الْجِنَايَةِ، فهو الْمُصَدِّقُ بِالْيَمِينِ، لأن الظاهر معه، إلا أن تُقِيمَ بَيِّنَةٌ عَلَى أنها لم تَزَلْ ضَمِينَةً مُتَأَلِّمَةً حَتَّى أُسْقِطَتْ. ولا تُقْبَلُ هذه الشَّهَادَةُ إِلَّا مِنْ رَجُلَيْنِ.

وضبط صاحب «التتمة» المدة الْمُتَخَلَّلَةَ بما يَزُولُ فِيهِ أَلَمُ الْجِنَايَةِ. وَأَثَرُهَا غَالِبًا.

وإن اتَّفَقَا عَلَى أن الْجَنِينَ سَقَطَ بِجِنَايَتِهِ، وقال الجاني: إنه سَقَطَ مَيِّتًا، وقال الْوَارِثُ: بل حَيًّا، ثم مات، فالواجب الدِّيَّةُ، فعلى الْوَارِثِ الْبَيِّنَةُ عَلَى ما يَدْعِيهِ مِنَ الْحَيَاةِ وَالْإِسْتِهْلَالِ وَغَيْرِهِ، ويقبل فيه شَهَادَةُ النِّسَاءِ؛ لأن الْإِسْتِهْلَالَ حِينَئِذٍ لَا يَطَّلِعُ عَلَيْهِ إِلَّا النِّسَاءُ غَالِبًا كَالْوِلَادَةِ.

وعن حكاية الرِّبِيعِ أنه لَا يُقْبَلُ إِلَّا مِنْ رَجُلَيْنِ، وإن أقام كُلُّ واحدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً عَلَى ما يَقُولُهُ، فَبَيِّنَةُ الْوَارِثِ أَوْلَى؛ لأنها تُخْتَصُّ بِزِيَادَةِ عِلْمِ، وهي الْحَيَاةُ.

ولو اتَّفَقَا عَلَى أنه انفصلَ حَيًّا بِجِنَايَتِهِ، وقال الْوَارِثُ: مات بِالْجِنَايَةِ، وقال الجاني: بل بِسَبَبٍ آخَرَ، فإن لم يَمْتَدِّ الزَّمَانُ، فالْمُصَدِّقُ الْوَارِثُ بِيَمِينِهِ؛ لأن الْجِنَايَةَ سَبَبٌ صَالِحٌ، ولم يظهر سَبَبٌ آخَرَ، فكان الْمَوْتُ مُحَالًا عَلَيْهِ.

وإن امتدَّ الزَّمَانُ، فالْمُصَدِّقُ الْجَانِي بِيَمِينِهِ، إلا أن يقيم الْوَارِثُ بَيِّنَةً عَلَى أنه لم يَزَلْ مُتَأَلِّمًا إِلَى أن مات.

ولو أَلْفَتْ جَنِيَّتَيْنِ، وادَّعَى الْوَارِثُ حَيَاتَهُمَا، وأنكر الجاني حَيَاتَهُمَا فأقام<sup>(١)</sup> الْوَارِثُ بَيِّنَةً<sup>(٢)</sup> عَلَى اسْتِهْلَالِ أَحَدِهِمَا.

قال في «التتمة»: الشَّهَادَةُ مَسْمُوعَةٌ، ثم إن كانا ذَكَرَيْنِ، فتجب دِيَّةُ رَجُلٍ وَغُرَّةٌ، وإن كانا أَنْثِيَيْنِ فِدِيَّةُ امْرَأَةٍ وَغُرَّةٌ، وإن كان أَحَدُهُمَا ذَكَرًا وَالْآخَرُ أَنْثَى، فيوجب

(٢) في ز: شاهدين.

(١) في أ: وأقام.

المتيقن<sup>(١)</sup>، وهو دِيَّةُ امرأةٍ وِغْرَةٌ. ولو سلم الوارث استِهْلَالَ أَحدهما، وكان أَحدهما ذَكَرًا، والآخر أنثى، فقال الوارث: إنما استَهْلَلْتُ الذَكَرَ، وقال الجاني: بل الأنثى، فالمُصَدِّقُ بيمينه الجاني<sup>(٢)</sup>، وَيُخْلِيفُ على نَفْيِ العلمِ باستِهْلَالِ الذَكَرِ، ويحكم بِدِيَّةِ امرأةٍ وِغْرَةً فإن صدق الجاني الوارث على استِهْلَالِ الذَكَرِ، وكذبت العاقلة، فعلى العاقلة دِيَّةُ أنثى، وحكومة<sup>(٣)</sup>، والباقي في مَالِ الجاني.

ولو أَلْقَتْ جنينين حَيِّينَ وَمَاتَا، وماتت الأمُ بينهما، ورثت الأمُ من الأول، وورث الثاني من الأم، فقال وارث الجنينين، ماتت الأمُ أولاً، فَوَرِثَهَا الجَنِينُ، ثم مات الجنين فورثته، وقال وارث الأم: مات الجنينُ أولاً، وورثت الأمُ الواجبَ بالجنانية، ثم ماتت، فَوَرِثَتْ منها، فإن كان لأحدهما بَيِّنَةٌ حُكِمَ بها، وإلا فإن حلف<sup>(٤)</sup> أحدهما وتكَلَّ الآخرُ حُكِمَ بيمين الحالف، وإن حَلَفَ أو تَكَلَّمَ لم نورث أَحدهما من الآخر؛ لأنه عَمِيَ مَوْتُهُمَا، وما تَرَكَ كُلُّ وَاحِدٍ منهما لَوَرِثَتِهِ الأَحْيَاءِ، والله أعلم.

## بَابُ كَفَّارَةِ الْقَتْلِ

قال العزالي: كُلُّ حَيٍّ مُلْتَزَمٌ إِذَا قَتَلَ قَتْلًا غَيْرَ مُبَاحٍ آدَمِيًّا مَغْضُومًا فَعَلَيْهِ تَخْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ فِصْيَامَ شَهْرَيْنِ مُتتَابِعَيْنِ، فَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ فَلَا إِطْعَامَ عَلَى المَذْهَبِ، نَعَمْ لَوْ مَاتَ فِيهِ كُلُّ يَوْمٍ مُدًّا كَمَا فِي رَمَضَانَ، فَيَجِبُ الكَفَّارَةُ بِالْخَطَأِ وَحَفْرِ البِئْرِ، وَعَلَى الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ، وَلَا يَجِبُ فِي قَتْلِ الصَّائِلِ وَمَنْ عَلَيْهِ القِصَاصُ وَالرَّجْمُ وَلَا عَلَى حَرْبِيٍّ، وَفِي وَجُوبِهِ عَلَى مَنْ قَتَلَ نَفْسَهُ أَوْ حَفَرَ بئراً فَتَرَدَّى فِيهِ غَيْرُهُ بَعْدَ مَوْتِهِ وَجَهَانَ، إِذْ يَبْعُدُ إِنشَاءَ عِبَادَةٍ عَلَى مَيِّتٍ بَعْدَ المَوْتِ، وَلَا كَفَّارَةٌ فِي قَتْلِ نِسَاءِ أَهْلِ الحَرْبِ وَذُرَارِيهِمْ، وَيَجِبُ فِي المُعَاهِدِ وَالْمَمْلُوكِ إِذَا قَتَلَهُ السَّيِّدُ لَوْجُودِ العِضْمَةِ، وَكَذَا فِي المُسْلِمِ وَإِنْ كَانَ فِي دَارِ الحَرْبِ، فَإِذَا رَمَى إِلَى صَفِّ الكُفَّارِ وَلَمْ يَدْرِ أَنَّ فِيهِمْ مُسْلِمًا فَأَصَابَ فَعَلَيْهِ الكَفَّارَةُ وَلَا دِيَّةٌ، وَإِنْ عَلِمَ أَنَّ فِيهِمْ مُسْلِمًا وَلَمْ يَقْصِدْ لِرَمِّهِ الدِّيَّةَ، وَقِيلَ قَوْلَانِ كَمَا لَوْ قَصَدَ شَخْصًا بِعَيْنِهِ وَكَانَ قَدْ أَسْلَمَ قَبْلَ الرَّمِي فِيهِ دِيَّتَهُ قَوْلَانِ إِذَا كَانَ فِي صَفِّ الكُفَّارِ، وَالشَّرِيكَ فِي القَتْلِ عَلَيْهِ كَفَّارَةٌ كَامِلَةٌ عَلَى الصَّحِيحِ إِذِ العِبَادَةُ لَا تَجْزَأُ.

قال الرافعي: سبق في أول الجراح أن كبيرة القتل يتعلقت بها مع القصاص، أو الدية الكفارة، وقد يسر الله - تعالى - الفراغ من الكلام في القصاص والدية.

(١) في أ: مدعي الأنثى.

(١) في ز: المستيقن.

(٤) في ز: وإلا وحلف.

(٣) في ز: محكومة.

وأما الكَفَّارَةُ<sup>(١)</sup> فالأصلُ فيها قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ﴾ [النساء: ٩٢] وعن وائِلَةَ بنِ الأَسَمِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - قال: أتينا النَّبِيَّ ﷺ في صَاحِبٍ لَنَا قَدْ اسْتَوْجَبَ النَّارَ بِالْقَتْلِ، فقال النَّبِيُّ ﷺ: «أَعْتَمُوا رَقَبَةً يَعْتِقُ اللهُ بِكُلِّ عُضْوٍ مِنْهَا عُضْوًا مِنْهُ مِنَ النَّارِ»<sup>(٢)</sup>.

واعلم أن مَسَائِلَ الباب في الكتاب يَزْتَبِطُ بعضها ببعض اِزْتِباطاً شَدِيداً، لا يَحْسُنُ حُلُّ رَوَابِطِهَا إِلَّا بَعْدَ الوُقُوفِ عَلَى فِقْهِهَا.

والباب خَفِيفُ الْمُؤْتَةِ في نفسه، فَرَأَيْتُ أَنْ آتَى بِمَسَائِلِهِ جَمَّةً<sup>(٣)</sup> في فصل، وأعوذ إلى ما يَتَعَلَّقُ بِنَظْمِ الكتاب، وحلّه في فصل آخر.

أما الفصل الأول، فالكَلَامُ على ما رَتَّبَ في «الوسيط» في الواجب والمُوجِبِ. أما الواجب فَكَفَّارَةُ القَتْلِ مرتبة، فعليه إِغْتِاقُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ، فإن لم يجد فصيام شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ بالنص، فإن<sup>(٤)</sup> لم يَسْتَطِعْ، فهل عليه إِطْعَامُ ستين مسكيناً؟ فيه قولان:

وقال القَفَّالُ في «شرح التلخيص»: وجهان، وأنكر على صاحب «التلخيص» رِوَايَةَ القولين:

أحدهما: أَنَّهُ يَجِبُ؛ لأنها كَفَّارَةٌ تُسْتَمِيلُ على الإِغْتِاقِ، وعلى صيام شهرين مُتَتَابِعَيْنِ، فأشبهت كَفَّارَةَ الظَّهَارِ والوِقَاعِ في [نهار]<sup>(٥)</sup> رمضان.

(١) يقول الله تعالى: ﴿وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا...﴾ إلى أن قال: ﴿فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله وكان الله عليماً حكيماً ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذاباً عظيماً﴾.

فبين سبحانه وتعالى أن القتل في ذاته جريمة منكرة ليس من شأن المؤمن أن يقوم عليها، ولا من طبعه الميل إليها، وأنه إن فعل ذلك إنما يفعل عن كُزْه منه، وعلى غير قصد، وأنه في هذه الحَالَةِ عليه أن يخرج رقة من دُلِّ العبودية تتمتع بنسيم الحرية، بدل تلك الرقة التي فارقت الحياة الدنيا، فإن كان معسراً عاجزاً عن تحرير تلك الرقة، فعليه أن يصوم شهرين متتابعين تهدياً لنفسه، وإشعاراً لها بما وقع منها من التقصير؛ لعل الله يغفر لها ما فرط من ذنب إنه غفور رحيم. وهذه الآيات بظواهرها تفيد أن الكفارة إنما تجب في قتل الخطأ دون العمد إذ القاتل عمدأ جعل الله جزاءه جهنم خالداً فيها، وغضب الله عليه، ولعنته، وأعد له عذاباً عظيماً. ومن هنا اتفقت كلمة الفقهاء على وجوب الكفارة في قتل الخطأ.

(٢) رواه أحمد وأبو داود والنسائي وابن حبان والحاكم من حديثه، ولفظهم: قد استوجب فقط، ولم يقولوا: النار بالقتل.

(٣) في ز: خمسة.

(٤) في ز: وإن.

(٥) سقط في ز.

وأيضاً فإن الإطعام مذكور في آية الظهار، فتحمل كفارة القتل عليها، كما أن الرقبة في آية القتل لما كانت مقيّدة بالإيمان حملنا الرقبة المطلقة في كفارة الظهار عليها. وأصحهما: المنع؛ لأن الآية لم تتعرض إلا للإعتاق والصيام، فلا يلحق بهما خضلة نالته، كما أن آية الظهار لما كان فيها ذكراً الخصال الثلاث لم ترد عليها خضلة رابعة.

وإنما اعتبرنا الإيمان في كفارة الظهار؛ لأن الرقبة المذكورة في الآيتين مطلقة في إحداها، ومقيّدة في الأخرى، فحملنا الإطلاق على التقييد، والإطعام مسكوناً<sup>(١)</sup> عن أضله في إحداها، والمسكوت<sup>(٢)</sup> لا يحمل على المذكور، كما أن الله - تعالى - نص في آية التيمم على عضوين، وسكت عن عضوين، ونص في آية الوضوء على أربعة أعضاء، فلم تُحمل آية التيمم على آية الوضوء، وعلى هذا فقد ذكرها هنا، وفي «الوسيط» أنه لو مات قبل أن يصوم يخرج من تركته لكل يوم مൂداً بطريق البدلية، بل كما تخرج الفدية إذا فات صوم رمضان.

والقول في صفة الرقبة، والصيام، وكيفية الإطعام إن أوجبناه<sup>(٣)</sup>، وما يجوز

(١) في ز: مسكون.

(٢) في ز: والمسكون.

(٣) للكفارة القتل نوعان:

أحدهما: تحرير رقبة مؤمنة.

وثانيهما: صيام شهرين متتابعين، ولا ثلث لهما في رأي جمهور الفقهاء؛ لأن الله ذكرهما فقط، ولم يذكر غيرهما، فكان ذلك مشعراً بأن الإطعام ليس مشروعاً فيها. وذهب الشافعي في قول له، وأحمد في رواية عنه إلى أن لها نوعاً ثالثاً هو: إطعام ستين مسكيناً قياساً على كفارة الظهار، والمعروف من مذهبيهما خلاف ذلك.

الأول: تحرير رقبة مؤمنة:

الكلام على تحرير الرقبة في كفارة القتل هو الكلام عليه في كفارة اليمين، إلا أن الفقهاء متفقون هنا على أن الواجب هو عتق رقبة مؤمنة، فلا يجزئ في كفارة القتل عتق الرقبة الكافرة؛ لأن الله تعالى اشترط في الرقبة الإيمان بقوله: «فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ» فعتق غيرها يتنافى مع هذا الشرط، فلا يحقق المطلوب.

ثانياً: صيام شهرين متتابعين:

دلت الآية الكريمة على أن المكفر إذا لم يجد الرقبة المؤمنة، أو وجدها، ولكن عجز عن تحصيلها، فالواجب عليه حينئذ صيام شهرين متتابعين، لقوله تعالى: «فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ» واشترط التابع في الصوم هنا، فذُرِّ مُتَّفَقٌ عليه بين العلماء ما يقطع التابع: بعد اتفاقهم على اشتراط التابع في هذه الكفارة اختلفوا فيما بينهم، فيما يقطع به هذا التابع، وسنبن ذلك بعد إن شاء الله.

لا خلاف بين العلماء في أن من أفطر لغير عذر أثناء الشهرين، فقد انقطع تتابعه للصوم، ووجب =

عليه أن يستأنف الشهرين، ويلغي ما صَامَهُ.

ولا خلاف بينهم أيضاً في أن التتابع لا ينقطع بالحيض متى باشرت المرأة الصوم عقب الطهر، ولم يفصل ذلك بفصل؛ لأن الحَيْض لا يمكن التحرز منه في أثناء الشهرين. إلا إذا أخرجت الصوم إلى سن اليأس، وفي تأخيره إلى هذا الوقت خطر، وعزر؛ لأنها ربما تموت قبل ذلك. واختلفوا في أمور منها:

أولاً: إذا تخلل صوم الكفارة شهر رمضان، فهل صوم رمضان يقطع التتابع، أو لا يقطعه، فيبني على ما صامه من الكفارة؟

فمذهب الشافعية، والحنفية، والظاهرية أن التتابع ينقطع بذلك، وعليه أن يستأنف؛ لأنه قد ترك التتابع لغير عذر إذ كان في استطاعته أن يصوم شهرين ليس بينهما رمضان خصوصاً وأن الكفارة لم تجب على الفور، ولا يصح أن يتوَيَّ بِرَمَضَانَ الكفارة؛ لأن الزمن متعين لغيرها، والمتعين لا يقبل غيره.

ومذهب الحنابلة: أن التتابع لا ينقطع بذلك علم بأن رمضان يتخلل صوم الكفارة، أم لم يعلم بذلك لأنه زمن منع الشرع من صومه عن الكفارة، فلا يقطع التتابع كزمن الحيض، وبالنفاس. وهذا ما لم يتوَيَّ بِرَمَضَانَ صَوْمَ الكفارة، وإلا انقطع التتابع، ولا يجزئيه عن رمضان، ولا عن الكفارة.

أما أنه لا يجزئيه عن الكفارة؛ فلأن الزمن متعين لغيرها، ولا يقبل غير ما عين له. وأما أنه لم يجزه عن رمضان؛ فلأنه لم يتوَيَّ، وإنما نوى غيره، والنبي ﷺ يَقُولُ: «إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ، وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى».

ومذهب المالكية إن جهل تخلل رمضان لصوم الكفارة لم ينقطع التتابع بذلك؛ لعذره بالجهل، وإن علم بذلك انقطع تتابعه؛ لأنه كان في وسعه أن يؤخر الصوم إلى زمن لا يعترضه رمضان، والكفارة ليست واجبة على الفور، حتى يعذر بذلك، ولا يجزئيه صوم رمضان عن الكفارة سواء نوى الكفارة وحدها، أو أشركها مع رمضان؛ لأن الزمن متعين لغيرها.

هذه أدلة العلماء ومذاهبهم. ونحن إذا نظرنا إلى قوله تعالى: «فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ» نجد أن الحق مع من قال: «إن رمضان يقطع التتابع ما لم يكن هناك جهل يعذر به» لأن التتابع معناه سرد الأيام بعضها تلو بعض، فلو فصل بينها فاصل انقطع التتابع. هذا هو الأصل، ولكن خولف هذا الأصل في الأشياء التي يعذر بها شرعاً ولا يمكن التحرز عنها.

ثانياً: تخلل المرض

إذا عرض للمكفر بالصوم مرض لا يستطيع معه الصوم فأفطر لذلك فهل ينقطع تتابعه ويلغي ما صامه ويستأنف صوم الشهرين من جديد أو لا ينقطع تتابعه ويبني على ما فات بعد مرضه؟ ذهب الحنفية والظاهرية والشافعية في الجديد من مذاهبهم إلى أن التتابع ينقطع بالمرض لأنه غير مناف للصوم. وقد أفطر باختياره فانقطع تتابعه كما لو أجهده الصوم فأفطر لذلك.

وذهبت الحنابلة إلى أن الفطر للمرض المبيح له سواء كان مخوفاً أم غير مخوف لا يقطع التتابع قولاً واحداً في المخوف وعلى الراجح في غيره. لأنه فطر بسبب لا صنع له فيه فلا يقطع التتابع كفطر المرأة بالحيض.

وفصل المالكية فقالوا إن أدخل المرض على نفسه بسبب من الأسباب الاختيارية فأفطر لذلك =

= انقطع تتابعه لأنه يشبه الفطر اختياراً من غير عذر وإن لم يدخله على نفسه، بل عرض له ذلك بقوة قاهرة لم ينقطع تتابعه بذلك. لأن فطره بسبب لا صنع له فيه فأشبهه الفطر لأجل الحيض. وبالنظر في وجهة كل نجد أن القول بالتفصيل هو الراجح لقوة مدركة. ولأن المرض قهري ولا يمكن التحرز عنه ولا دخل له فيه حتى يؤاخذ به. بخلاف ما إذا كان بسبب منه فإنه يجب أن يعامل بتقيض قصده.

ثالثاً: تخلل السفر:

إذا تخلل صوم الكفارة فطر لأجل السفر المبيح للفطر، فهل ينقطع التابع بذلك أو لا ينقطع؟ للشافعية طريقتان في ذلك: طريقة تحكي قولين عن الشافعي، وطريقة تحكي قولاً واحداً. فالطريقة التي تحكي قولين: قول بأن السفر يقطع التابع والقول الثاني أن السفر لا يقطعه. والطريقة التي تحكي قولاً واحداً: فهو القطع، وهو معتمد المذهب لأن الفطر لأجل السفر فطر بسبب اختياري فكان فطراً لغير عذر. وأظهر القولين من مذهب الحنابلة أنه لا يقطع التابع لأنه فطر بسبب مبيح للفطر، فكان كالفطر لأجل الحيض.

ومذهب الحنفية والمالكية أن التابع ينقطع بذلك لأن فطر بسبب جاء من جهته واختياره، فأشبهه الفطر لغير عذر.

هذه هي مذاهب القوم وأدلتهم، وبالنظر في وجهة كل نجد أن الحق مع من يقول بأن السفر يقطع التابع ولكن ليس على إطلاقه، بل ينبغي أن يفصل في سبب السفر هل هو اضطراري أو اختياري فإن كان اضطرارياً وجب ألا ينقطع التابع، وأما إذا كان اختيارياً وجب أن التابع ينقطع، لأن ذلك يحقق ما شرعت له الكفارة من الزجر والتشديد حتى يحتاط الناس في أمورهم، ولا يندفعوا في أعمالهم من غير تفكير وروية.

هل المعتبر في صيام الشهرين الهلال أو تكملة العدد ستين يوماً؟

لا نعلم خلافاً بين الفقهاء في أن من صيام شهرين متتابعين معتمداً في ذلك على رؤية الهلال فيهما كفاه ذلك عما وجب عليه من الصوم سواء كان الشهران ستين يوماً أم تسعة وخمسين أم ثمانية وخمسين. لأن بفعله هذا قد صام شهرين متتابعين والله يقول: ﴿فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين﴾ والشهر كما يكون ثلاثين يوماً يكون تسعة وعشرين لقوله ﷺ فيما رواه مسلم: «أن النبي ﷺ ذكر رمضان فضرب بيديه فقال: الشهر هكذا وهكذا وهكذا ثم عقد إبهامه في الثالثة. صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته، فإن غم عليكم فاقدروا ثلاثين».

ولكن الذي نعلمه أنهم مختلفون فيما إذا ابتدأ الصيام الواجب عليه بعد أن مضى من الشهر بعضه. فهل يصوم الشهر الثاني معتمداً في ذلك على رؤية الهلال ويكمل الشهر الأول ثلاثين يوماً من الشهر الثالث ويجزيه ذلك سواء كان الشهر الذي صامه بالهلال ثلاثين يوماً أم أقل من ذلك أو يكمل الأول من الثاني، والثاني من الثالث حتى يتم العدد ستين يوماً؟

فقال الشافعية والمالكية والحنابلة يكمل الأول من الثالث، ويصوم الشهر الثاني بالهلال كيفما اتفق لأن الأصل في اعتبار الشهور الشرعية الأهلة قال تعالى: ﴿يسألونك عن الأهلة قل هي مواقيت للناس والحج﴾ فإذا تعذر ذلك الأصل في الشهر الذي ابتدأ فيه الصوم لصومه في أثنائه ألغى اعتبار الهلال فيه، ورجعنا إلى ما يقوم مقامه وهو تكملة العدد ثلاثين بخلاف الشهر الثاني =



النُّزُولُ به من <sup>(١)</sup> دَرَجَةٍ إِلَى دَرَجَةٍ عَلَى مَا مَرَّ فِي الْكِتَابِ .

وَأَمَّا الْمَوْجِبُ فَيَتَعَلَّقُ النَّظَرُ فِيهِ بِثَلَاثَةِ أُمُورٍ :

أحدها : الْقَتْلُ ، وفيه مسائل :

إحداها : الْقَتْلُ الْعَمْدُ ، وَشِبْهُ الْعَمْدِ يُوجِبَانِ الْكُفَّارَةَ كَالْخَطَأِ .

وقال أبو حنيفة ومالك : لا كُفَّارَةَ فِي الْعَمْدِ ، واختاره ابن المُنْذِرِ .

وعن أحمد روايتان كَالْمَذْهَبَيْنِ <sup>(٢)</sup> .

= فَإِنَّ الْأَصْلَ مُتَحَقِّقٌ فِيهِ ، فَلَا يَعْدَلُ عَنْهُ إِلَى غَيْرِهِ .

وقالت الحنفية يكمل الأول من الثاني، والثاني من الثالث حتى يتم العدد ستين يوماً ولهم قول كالأول ووجهتهم أنه لما فات اعتبار الشهر الأول بالهلال لوجود الصم في أثنائه فات اعتبار الشهر الثاني كذلك، فيكمل الأول من الثاني فلم يبق إلا أن يرجح إلى التقدير بالعدد وذلك مقولة يوماً . وبالنظر في وجهة كل نجد أن الراجح مذهب غير الحنفية، لأن الشارع أمرنا بصيام شهرين . والشهور إذا أطلقت في لسان الشرع تنصرف إلى الهلالية فقط، فالواجب حينئذ في الكفارة صيام شهرين هلالين فإذا تعذر اعتبار الهلال في أحد الشهرين احتجنا لتكميله ثلاثين من الثالث . ولا يقتضي هذا إلغاء الهلال في الشهر الثاني لأنه خروج عما اعتبره الشارع بدون مقتض .

(١)

في ز : في .

(٢)

بعد اتفاق الفقهاء على وجوب الكفارة في قتل الخطأ اختلفوا في وجوبها في غيره، كالعمد، وشبه العمد عند من يقول به .

فالإمام مالك، وأهل الظاهر يرون أن الكفارة لا تجب في العمد، ولا في شبه العمد .

ويرى المالكية : أن على القاتل عمداً إذا عفى عنه أن يكفر بما يكفر به القاتل خطأ على سبيل الندب، لا على سبيل الوجوب، ويُجْلَدُ مائةً، ويغرب سنة ويرى الحنفية : أن الكفارة تجب في شبه العمد دون العمد .

ويرى الشافعية : أنها تجب في كل قتل سواء كان خطأ أم عمداً، أم شبه عمداً، وهو رواية عن الإمام أحمد .

استدل المالكية، ومن وافقهم بالآيتين السابقتين، ووجه الدلالة منهما أن الله سبحانه وتعالى قد ذكر فيهما ما يترتب على كل منهما، وما ذكره بجانب كل هو تمام ما وجب فيه، ولم يذكر بجانب قتل العمد كفارة، فعلم من ذلك أنها غير واجبة فيه، ولم يثبت من طريق صحيح ما يفيد وجوبها في غير الخطأ، فكان القول بالوجوب قولاً بلا دليل .

ونوقش هذا الدليل بأن الله - تعالى - لم يذكر بجانب قتل العمد جلد مائة للقاتل ولا تقريب سنة، ومع ذلك فالمستدل بالدليل السابق كالمالكية يوجبونها على القاتل عمداً إذا عفى عنه، فمن أين أخذوا ذلك؟

أليس ذلك ثابتاً عندهم بطريق القياس على الزاني، فكان الأجدر بهم أن يقيسوا القتل عمداً على القتل خطأ؛ لأن جنس القتل بجمعهما .

واستدل الحنفية على عدم وجوبها في العمد بالآية السابقة، وعلى وجوبها في شبه العمد بقوله =

وَاحْتَجَّ الْأَصْحَابُ بِخَبْرِ وَائِلَةَ، فَإِنْ اسْتِيْجَابَ النَّارَ إِنَّمَا يَكُونُ عِنْدَ التَّعَمُّدِ، وَبِأَنَّهُ قَتْلُ أَدَمِيِّ يُوْجِبُ الضَّمَانَ، فَيُوْجِبُ الْكُفَّارَةَ كَالْحَطِّ، وَبِأَنَّ الْكُفَّارَةَ لِلْجَبْرِ وَإِضْلَاحِ الْحَالِ، وَالْعَامِدُ أَحْوَجُ إِلَيْهِ، وَصَارَ كَمَا فِي جَزَاءِ الصَّيْدِ، يَسْتَوِي فِيهِ الْعَامِدُ وَالْمُحْطَىءٌ.

وَخِلَافُ أَبِي حَنِيفَةَ فِي الْعَمْدِ الَّذِي يُوْجِبُ الْقِصَاصَ، وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُهُ فِي مَا لَا يُوْجِبُ كَقَتْلِ الْوَالِدِ وَوَلَدِهِ، وَالسَّيِّدِ عَبْدَهُ، وَحَكَمَى الْقَاضِي الرَّوْيَانِي فِي مَا إِذَا اقْتَصَّ مِنْ الْمُتَعَمِّدِ، هَلْ تَجِبُ الْكُفَّارَةُ فِي مَالِهِ؟ وَجَهَيْنِ عَنْ رِوَايَةِ أَبِي عَلِيٍّ بْنِ أَبِي هُرَيْرَةَ، وَالطَّبْرِيِّ.

أصحهما: الوجوب؛ لأن حقوق الله - تعالى - الواجبة في المال لا تسقط بالموت.

= تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةً...﴾ الآية.

ووجه الاستدلال: أن شبه العمد فيه خطأ من وجه، فكان داخلًا في قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةً...﴾ الآية. فيجب فيه ما يجب في الخطأ.

ويرد هذا الاستدلال بأن شبه العمد مغاير للعمد كما هو مغاير للخطأ، والآية لم يذكر فيها إلا الخطأ، كما أن الآية الثانية لم يذكر فيها إلا العمد، فكان مقتضى الاستدلال على عدم وجوب الكفارة في القتل عمدًا بالآية السابقة عدم وجوبها أيضاً في شبه العمد، وإلا كان ذلك زيادة على النص، كما يقولون. وإثباتهم الكفارة في شبه العمد ظهر أنه بالقياس على الخطأ لوجود ما يجمعها، فيجب القول بثبوتها كذلك في القتل عمدًا بالقياس على القتل خطأً، لا اشتراكهما معاً في جنس القتل، ولا يفيدهم القول بأن الكفارات لا تثبت بالقياس بعد ما ثبتت من قولهم به ثبوت الكفارة في شبه العمد، وبعد ما ظهر أن ذلك بالقياس على الخطأ.

واستدل الشافعية على وجوبها في غير الخطأ بما رواه أحمد، وأبو داود، والنسائي عن وائلة بن الأسقع قال: أتينا رسول الله ﷺ في صاحب لنا أوجب بغني النار بالقتل، فقال: «أغفوا عنه يغتق الله بكل عضو منه عضواً منه من النار».

ووجه الدلالة أن النبي ﷺ أمر السائلين بأن يعتقوا رقبة عن من مات، وقد استحق النار بالقتل، ومعلوم أن الذي يستحق النار بالقتل هو من قتل قتلاً عمدًا، أو شبه عمد؛ لأن القاتل خطأ لا يستحق النار بالقتل اتفاقاً لعدوه بالخطأ مصداقاً لقوله عليه الصلاة والسلام: «رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأُ، وَالنَّسِيَانُ، وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيَّهِ» والأمر للوجوب، فكانت الكفارة في غير الخطأ واجبة، وبذلك يكون هذا الحديث مبيناً أن المذكور في الآية المتعلقة بالقتل العمد ليس هو كل جزء القاتل، بل يكون هذا جزاءه إن لم يخرج الكفارة، وإذا كانت الكفارة ثابتة في الخطأ مع أنه لا إثم فيه، فلا شك أن ثبوتها في القتل العمد من باب أولى، لأن الكفارة شأنها أن تكفر، وتستتر ما وقع من ذنب أو خطيئة، وذلك في العمد متحقق بأجل معانيه؛ لأن الإثم فيه عظيم، والجرم فيه كبير.

ومما تقدم يظهر لنا رجحان مذهب الشافعية؛ لأن دليلهم لم يرد عليه ما ورد على غيره من مناقشات تجعله غير صالح للاستدلال به، ولكن ينبغي أن يفصل بين من اقتصر منه، فلا تجب عليه كفارة؛ لأن القصاص نفسه كفارة، كما تقدم في مبحث «الأحدود كفارات» وبين من لم يقتصر منه فتجب عليه، ويؤيد هذا الحديث المذكور عن وائلة بن الأسقع.

والثاني: تَسْقُطُ؛ لأنه سلم نَفْسَهُ قِصَاصاً مِمَّا اسْتَوْفَاهُ، فيكتفي<sup>(١)</sup> بها، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «الْقَتْلُ كَفَّارَةٌ»<sup>(٢)</sup>.

فعلى هذا إنما يَجِبُ إِخْرَاجُ الْكَفَّارَةِ إِذَا لَمْ يُقْتَصَّ مِنْهُ، بَأَن مَاتَ، أَوْ عُفِيَ عَنْهُ.

الثانية<sup>(٣)</sup>: الْقَتْلُ بِالْمُبَاشَرَةِ، كَالْقَتْلِ بِالتَّسْبِيبِ يَسْتَوِيَانِ فِي تَغْلِيْقِ الْكَفَّارَةِ بِهِمَا، كَمَا يَسْتَوِيَانِ فِي وُجُوبِ الضَّمَانِ، حَتَّى تَجِبَ الْكَفَّارَةُ عَلَى حَافِرِ الْبِئْرِ فِي مَكَانِ التَّعْدِي وَعَلَى مَنْ نَصَبَ سَبْكَةً، فَهَلَكَ بِهَا إِنْسَانٌ، وَعَلَى الْمُكْرِهِ وَشَاهِدِ الزُّورِ.

وقال أبو حنيفة: لا تجب الكفارة بالقتل بالتسبب.

وقرب من هذا الخلاف الخلاف فيما إذا ضرب بطن<sup>(٤)</sup> حامِلٍ، فألقت جنيناً ميتاً، هل تلزمه الكفارة؟ فعنده لا تلزم.

واحتج الأصحاب عليه بما روي أن عمر - رضي الله عنه - صاح بامرأة، فأسقطت الجنين، فأعتق عمر - رضي الله عنه - غرة، وبأنه شخص يضمن بالجنائية للأدمي، فيضمن بالكفارة كالمولود.

الثالثة: القتل المباح لا يوجب الكفارة، وذلك كقتل مستحق القصاص الجاني، وكتل الصائل والباغي.

ويعني بالمباح ما رخص فيه، ومكّن منه. والخطأ لا يوصف بكونه مباحاً، كما لا يوصف بكونه حراماً، بل المخطيء غير مكلف فيما هو مخطيء فيه.

والثاني: القاتل، وفيه مسائل:

إحداها: تجب الكفارة على الذمي والعبد، كما يتعلّق بقتلهما القصاص والضمان، وفي مال الصبي والمجنون إذا قتلا<sup>(٥)</sup> أيضاً ولا تجب عليهما الكفارة بالوفاة

(١) في ز: فيكفي.

(٢) رواه أبو نعيم في المعرفة من حديث خزيمة بن ثابت، وفيه ابن لهيعة. لكنه من حديث ابن وهب عنه فيكون حسناً، ورواه الطبراني في الكبير عن الحسن بن علي موقوفاً عليه، والأصل فيه حديث عبادة بن الصامت في صحيح مسلم: من أتى منكم حداً فأقيم عليه، فهو كفارة، الحديث وهو في البخاري بلفظ: فهو كفارته. قاله الحافظ في التلخيص.

(٣) في أ: الثاني. (٤) في ز: على.

(٥) أي وكذا في مال السفه إذا قتل. كذا قاله الشيخ جلال الدين البلقيني قال: ولم يتعرضوا له ولا يلحق بالأيمان والظهار لأن كفارة القتل أجريت مجرى الاتلافات فيلزمه كالضمان أي ضمان المتلفات. وما ذكره الشيخ جلال الدين أحسن مما ذكره الزركشي في الخادم وفي كلام الشيخ جلال الدين البلقيني جواب ما ذكره الزركشي.

في نَهَارِ رَمَضَانَ؛ لأنه لا تَعْدِي منهما، والتَّعْدِي شَرْطٌ في وجوب تلك الكَفَّارَةِ.  
وإذا وجبت الكَفَّارَةُ على الصبي والمَجْنُونِ، أَعْتَقَ الْوَالِيُّ من مالهما، كما يُخْرِجُ  
الزَّكَاةَ وَالْفِطْرَةَ، ولا يصوم منهما بِحَالٍ.

ولو صام الصَّبِيُّ في صِغَرِهِ فهل يُعْتَدُّ به؟ فيه وجهان؛ بناء على ما لو قَضَى في  
الصَّغَرِ حَجَّتَهُ التي أفسدها<sup>(١)</sup>، هل يُعْتَدُّ به؟ فيه وجهان، أو قولان.

وإذا جعلنا الإِطْعَامَ في هذه الكَفَّارَةِ مَدْخَلًا، فيطعم الْوَالِيُّ إن كانا من أهل  
الإِطْعَامِ، وينبغي أن يقال: إذا اعتدنا بِصَوْمِ الصَّبِيِّ في الصَّغَرِ، فلا يجوز العُدُولُ إلى  
الإِطْعَامِ، وإلا فيجوز كما في المَجْنُونِ.

ولو أَعْتَقَ الْوَالِيُّ من مال نَفْسِهِ عنهما، أو أطعم، قال في «التَهْذِيبِ»: يجوز ذلك  
إن كان الْوَالِيُّ أَبًا أو جَدًّا فكأنه<sup>(٢)</sup> ملكهما، ثم نَابَ عنهما في الإِغْتِاقِ والإِطْعَامِ.

وإن كان وَصِيًّا أو قِيَمًا لم يَجْزُ حتى يَقْبَلَ الْقَاضِي التَّمْلِيكَ، ثم يعتق عنهما الْقِيَمَ  
أو يُطْعِمُ. وعند أبي حَنِيْفَةَ: لا تجب الكَفَّارَةُ على الصَّبِيِّ والمَجْنُونِ، ولا على الذَّمِّيِّ،  
ولا [على]<sup>(٣)</sup> الْعَبْدِ، ولا تجب الكَفَّارَةُ على الْحَرْبِيِّ؛ لأنه غير مُلْتَمِمْ.

الثانية: هل تجب الكَفَّارَةُ على من قَتَلَ نَفْسَهُ؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا [تجب]<sup>(٤)</sup>، كما لا يجب الضَّمَانُ.

وأصحهما: أنها تَجِبُ، وتخرج من تَرَكَّتِهِ؛ لأنه مَغْضُومٌ كغيره، ويحرم عليه قَتْلُ  
نفسه، كما يَحْرُمُ على<sup>(٥)</sup> غيره قَتْلُهُ.

وقَرَّبَ من هذا الْخِلَافِ الْخِلَافُ فيما إذا حَفَرَ بِثْرًا في مَحَلِّ عِدْوَانِ، فَتَرَدَّى فيها  
بعد مَوْتِهِ إنسانًا، هل تجب الكَفَّارَةُ؟ ووجه المنع في الصورتين بأن في الكَفَّارَةَ معنى  
الْعِبَادَةِ، ويبعد أن يَنْشَأَ إِيْجَابُ الْعِبَادَةِ على الْمَيِّتِ.

الثالثة: في الشَّرْكَاءِ في القَتْلِ وجهان:

أحدهما: أنه يجب على جميعهم كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ، كما أن الشَّرْكَاءَ في قَتْلِ الصَّيْدِ  
يَلْزَمُهُمْ جَزَاءٌ وَاحِدٌ، وقد يُعَدُّ هذا قولًا، وَيُنْسَبُ إلى رواية أَبِي عَلِيٍّ الطَّبْرِيِّ.

والأصح: أنه يجب على كُلِّ واحد كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ، وَوَجْهٌ بَأَنَّ الكَفَّارَةَ لا تَتَّبَعُصُ،

(١) قضية التشبيه الأجزاء فإن الأصح أن الصبي إذا فسد حجة بالجماع وقضى في صغره جزاءه.

(٢) في ز: وكأنه.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٥) في أ: عليه قتل غيره.

ألا ترى أنها لا تُنْقَسِمُ على الأَطْرَافِ، وما لا يَتَبَعَضُ إذا اشترك الجَمَاعَةُ في سببه، وَجَبَ على كُلِّ واحدٍ بِكَمَالِهِ كَالْقِصَاصِ، وبأن فيها معنى العِبَادَةِ، وَالْعِبَادَةُ الْوَاحِدَةُ لا تَتَوَزَّعُ على الجَمَاعَةِ. وأما المَقْتُولُ، فالشرط فيه أن يكون آدمياً مَغْضُوماً بِأَمَانٍ، أو إِيْمَانٍ، وفيه مسألتان:

إحدهما: تجب الكَفَّارَةُ بِقَتْلِ العَاقِلِ، والمَجْنُونِ، والصَّبِيِّ، والبَالِغِ، والمُسلِمِ، والدُّمِيِّ، والحُرِّ، والعَبْدِ، حتى يجب على السَّيِّدِ في قَتْلِ عَبْدِهِ لِحَقِّ اللَّهِ - تعالى - بخلاف القِصَاصِ<sup>(١)</sup>، فإنه إذا وَجَبَ وَجَبَ لِلسَّيِّدِ.

وعن مالك أنها لا تجب بقتل الذمي، ولا بقتل العَبْدِ، وَيُرَوَّى عنه أنها لا تجب على السيد في قَتْلِ عَبْدِهِ خَاصَّةً.

قال الرُّوْيَانِيُّ: ولا يَصِحُّ ذلك عنه، واحتجَّ الأَصْحَابُ بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ﴾ [النساء: ٩٢] وَبِإِطْلَاقِ قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَأً...﴾ [النساء: ٩٢] الآية.

فإنه يشمل الحرَّ والعَبْدَ، ولا تجب الكَفَّارَةُ بِقَتْلِ الحَرَبِيِّ، فإنما مَأْمُورُونَ بِقَتْلِهِ، ولا يقتل المُرْتَدُّ، فإنه مُهْدَرٌ مِرَاقِ الدِّمِّ، إلا أنه فُوضَ قَتْلُهُ إلى رَأْيِ مُعَيَّنٍ لِمَصْلَحَةِ اقْتِضَائِهِ. ويمثله أجابوا في قَاطِعِ الطريق.

والزاني<sup>(٢)</sup> المُخَصَّنُ، ولم يُورِدُوا فيه جِلافاً، لكن قد سَبَقَ ذِكْرُ خلاف في القِصَاصِ، ولا يَتَعَدُّ مَجِيئُهُ في الكَفَّارَةِ، ولا تجب بِقَتْلِ نساء أهل الحَرَبِ<sup>(٣)</sup> وَذُرَارِيهِمْ. إن كان قَتْلُهُمْ مُحَرِّماً؛ لأن المَنعَ من قتلهم ليس لِحُرْمَتِهِمْ ورِعَايَةِ مَصْلَحَتِهِمْ، ولذلك لا يَتَعَلَّقُ به ضَمَانٌ، وإنما هو لِمَصْلَحَةِ المُسلِمِينَ حتى لا يَفُوتَهُمُ الازْتِفَاقُ بِهِمْ.

والثانية: إذا قتل مُسْلِماً في دار الحَرَبِ، وجبت الكَفَّارَةُ بكل حالٍ، قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَخْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةً﴾ [النساء: ٩٢] المعنى على ما نَقَلَ الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وغيره: وإن كان في قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ، فأما القِصَاصِ والدية، فإن ظَنُّهُ القَاتِلُ كَافِراً؛ لكونه على زِيٍّ أهل الشُّرْكِ، فلا قِصَاصَ، وفي الدِّيَةِ قولان، قد سبق ذلك في الجِراحِ وإلا فأحسن ترتيب فيه ما أوردَهُ في «التَهْذِيبِ»، وهو أنه إن عَرَفَ مَكَانَهُ، فهو كما لو قَتَلَهُ في دارِ الإسلامِ، حتى إذا قَصَدَ قَتْلَهُ يجب القِصَاصُ أو الدية المُعْلَظَةُ في مالِهِ مع الكفارة.

(٢) في ز: والثاني.

(١) في ز: الضمان.

(٣) في أ: الذمة.

وإذا قَصَدَ غَيْرُهُ فَأَصَابَهُ، يجب الدِّيَةُ الْمُحَقَّقَةُ<sup>(١)</sup> على العَاقِلَةِ مع الكَفَّارَةِ، وإن لم يَعْرِفْ مكانه، وَرَمَى سَهْمًا إِلَى صَفِّ الكُفَّارِ فِي دَارِ الحَرْبِ، سواء عَرَفَ أن فِي الدَّارِ مُسْلِمًا، أو لم يَعْرِفْ، فَيُنْظَرُ إِنْ رَمَى وَلَمْ يُعَيِّنْ شَخْصًا، أو عَيَّنْ كَافِرًا فَأَخْطَأَ، وَأَصَابَ المُسْلِمَ، فلا قِصَاصَ ولا دِيَةَ.

وكذا لو قَتَلَهُ فِي بَيَانٍ أو عَارَةِ، ولم يَعْرِفْ وَإِنْ عَيَّنْ شَخْصًا، فَأَصَابَهُ، فإذا هو مُسْلِمٌ فلا قِصَاصَ، وَفِي الدِّيَةِ قولان: أحدهما: تجب؛ لأنه قَصَدَ قَتْلَهُ.

والثاني: المَنَعُ؛ لأنه جَاهِلٌ بِحالهِ<sup>(٢)</sup>، فَأَشْبَهَ ما لو لم يُعَيِّنْ شَخْصًا، ويشبه أن يَكُونُ هَذَانِ القَوْلَانِ هِما القَوْلَانِ المذكَورَانِ فيما إذا قَتَلَ مَنْ ظَنَّهُ كَافِرًا؛ لكونه على زِيٍّ أَهْلِ الشَّرْكِ؛ لأن كونه مع الكُفَّارِ فِي صَفِّ القِتالِ يُغَلِّبُ على الظن كَوْنُهُ كَافِرًا.

وقد سَبَقَ أن الأظْهَرَ مِنْهُما أنه لا تَجِبُ الدِّيَةُ، قال: ولو دَخَلَ الكُفَّارُ دارَ الإسلامِ، فَرَمَى إلى صَفِّهِمْ، فَأَصَابَ مُسْلِمًا، فهو كما لو رَمَى إلى صَفِّهِمْ فِي دارِ الحَرْبِ، فهذا ما سَأَلَهُ.

وأما صاحب الكتاب، فإنه نَقَلَ الحُكْمَ فِي الدِّيَةِ على وَجْهِ آخِرٍ، فقال: إن لم يَعْلَمْ أن فِيهِمْ مُسْلِمًا لم تَجِبِ الدِّيَةُ قَطْعًا.

وإن عَلِمَ أن فِيهِمْ مُسْلِمًا ولم يَقْصِدْهُ، ولكن قَصَدَ كَافِرًا، فَأَصَابَهُ، ففيه طَرِيقان:

أحدهما: القَطْعُ بوجوب الدِّيَةِ، ونَظْمُ الكِتابِ يَقْتَضِي تَرْجِيحَهُ.

والثاني: عن الشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ أَنَّهُ على قولين، كما إذا قَصَدَ شَخْصًا بِعَيْنِيهِ، ظَنَّهُ كَافِرًا؛ لكونه على زِيٍّ الكُفَّارِ، وكان قد أَسْلَمَ من قَبْلُ، وبقي على زِيِّهِمْ. والطريقة الأولى أَقْرَبُ.

وقد يقال: القَطْعُ بوجوب الدِّيَةِ فيما إذا قَصَدَ الشَّخْصَ بِعَيْنِيهِ، فَبَانَ مُسْلِمًا، أَوْلَى من القَطْعِ فيما إذا قَصَدَ غَيْرَهُ، فَأَصَابَهُ [والله أعلم].

الفصل الثاني: فيما يَتَعَلَّقُ بِنَظْمِ الكِتابِ وَحَلِّهِ.

قوله: «كل حَيٍّ» قَصَدَ بِهِ الاخْتِرَازَ عما إذا قَتَلَ نَفْسَهُ، وعما<sup>(٣)</sup> إذا حَفَرَ بِرَأْسِهِ، فَتَرَدَّى فِيها غَيْرُهُ بعد موته [إنسان]<sup>(٤)</sup>، وقد ذَكَرنا الخِلافَ فِيهِما.

(٢) في ز: بالحال.

(١) في ز: المحققة.

(٤) سقط في ز.

(٣) في ز: وما.

واختيَارُ الإِمَامِ أَنَّهُ لَا تَجِبُ الكُفَّارَةُ. وقوله: «ملتزم» اختَرَزَ به عن الحَرَبِيِّ.  
 وقوله: «غير مُباح»، يخرج عنه قَتْلُ الصَّائِلِ والبَاغِيِّ، وَقَتْلُ مُسْتَحِقِّ القِصَاصِ  
 الجَانِي. وقوله: «أَدَمِيًّا» يخرج عنه البَهَائِمُ، ويدخل فيه الجَبِينُ.  
 وقوله: «مَغضُومًا» يعني بالأَمَانِ، أو الإِيمَانِ على ما تَبَيَّنَ.  
 وقوله: «حفر البئر» مُعَلَّمٌ بالحاء.  
 وكذا قوله: «على الصَّبِيِّ والمَجْنُونِ».

وقوله: «ومن عليه القِصَاصُ»، يعني إذا قتلته المستحق [فأما إذا قتله غيرُه] <sup>(١)</sup>،  
 فتجب الكُفَّارَةُ عليه، ومن عليه الرُّجْمُ، وهو الزَّانِي المُنْحَصَنُ لَا كُفَّارَةَ على من قَتَلَهُ من  
 الناس على ما سَبَقَ، فكان الأوَّلَى أَنْ يُؤَخَّرَ الكَلَامُ في قَتْلِ الصَّائِلِ، ومن عليه القِصَاصُ  
 والرُّجْمُ عن قَتْلِ الحَرَبِيِّ وَقَتْلِ النَّفْسِ.

ومسألة <sup>(٢)</sup> التَّرَدِّي بعد مَوْتِ الحَافِرِ؛ لتكون المسائل المتعلقة بطرف القتال  
 مَجْمُوعَةً، والمُتَعَلِّقَةُ بطرف المَقْتُولِ مَجْمُوعَةً.

وقوله: «ويجب في المَعَاهِدِ والمَمْلُوكِ»، يجوز أن يُعَلَّمَ بالميم.

وقوله: «إذا قَتَلَهُ السَّيِّدُ»، كأنه يقول: وإن قَتَلَهُ السَّيِّدُ.

وإذا تَبَيَّنَ وُجُوبُ الكُفَّارَةِ على السَّيِّدِ بِقَتْلِ عَبْدِهِ، فغير السَّيِّدِ أَوْلَى بالوَجُوبِ.

وقوله: «وكذا في المُسْلِمِ، وإن كان في دَارِ الحَرْبِ»، يشير به إلى [أن] كونه في  
 دَارِ الحَرْبِ، وتركه الهَجْرَةَ لَا يَمْنَعُ وُجُوبَ الكُفَّارَةِ، وإن كان مُقْصِرًا به، وَلَا فَرْقٌ عندنا  
 بين من خَرَجَ من دَارِ الإِسْلَامِ إلى دَارِ الحَرْبِ، وبين من أَسْلَمَ ولم يَخْرُجْ إلى دار  
 الإِسْلَامِ.

وعند أبي حَنِيْفَةَ: إن أَسْلَمَ ولم يخرج إِلَيْنَا، فلا دِيَّةَ، وتجب الكُفَّارَةُ، وإن خَرَجَ  
 مُسْلِمًا إِلَيْهِم، فإن كان في صَفِّ المُشْرِكِينَ، فُقْتِلَ، فلا دِيَّةَ وَلَا كُفَّارَةَ، وإلَّا فيجبان.

وإن قُتِلَ أَسِيرٌ، فلا دِيَّةَ، وتجب الكُفَّارَةُ. وعند مالك: تجب الدية والكُفَّارَةُ بكل  
 حَالٍ، ويجوز أن يُعَلَّمَ لما ذكرنا. قوله: «وإن كان في دَارِ الحَرْبِ» بالحاء؛ لأنه قد لا  
 يوجب [الكُفَّارَةَ] <sup>(٣)</sup> إذا كان في دَارِ الحَرْبِ.

وقوله: «ولا دِيَّةَ» بالميم.

(٢) في ز: ومثله.

(١) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

وقوله: «إذا كان في صَفِّ الكُفَّارِ» صُورَةُ القولين، ما إذا ظَنَّ كَوْنَهُ كَافِرًا عَلَى مَا مَرَّ، وَكَوْنَهُ فِي صَفِّ الكُفَّارِ طَرِيقٌ فِي إِثَارَةِ الظَّنِّ بِكَوْنِهِ كَافِرًا، فَكَأَنَّهُ<sup>(١)</sup> وَضَعَ ذَلِكَ مَوْضِعَ قَوْلِهِ: «إِذَا ظَنَّ كَوْنَهُ كَافِرًا».

ومسألة الشُّرَيْكِ فِي القَتْلِ لَوْ ذَكَرَهَا مَعَ الصُّورَةِ المَتَعَلِّقَةِ بِطَرَفِ<sup>(٢)</sup> القَاتِلِ كَانَ أَحْسَنَ [وَأَوْلَى]، وَاللَّهُ أَعْلَمُ [بِالصَّوَابِ]<sup>(٣)</sup>.

تم الجزء العاشر، ويليه الجزء الحادي عشر

وأوله: «كتاب دعوى الدم»

(٢) فِي ز: بِطَرِيقِ.

(١) فِي ز: وَكَأَنَّهُ.

(٣) سَقَطَ فِي ز.



## الفهرس

### كتاب النفقات

- وأسبابها ثلاثة: النكاح والقرابة والمِلك  
السبب الأول النكاح وفيه ثلاثة أبواب:
- ٣ ..... الباب الأول: في قدر النفقة وكيفيةها وفيه فصلان
- ٣ ..... الفصل الأول: في واجبات النفقة
- ٢٠ ..... الفصل الثاني: في كيفية الإنفاق
- ٢٦ ..... الباب الثاني: في مسقطات النفقة
- ٤٨ ..... الباب الثالث: في الإعسار بالنفقة
- السبب الثاني القرابة وفيه ثلاثة أبواب:
- ٦٥ ..... الباب الأول: في أصل النفقة
- ٧٦ ..... الباب الثاني: في ترتيب الأقارب
- الباب الثالث: في الحضانة وفيه فصلان:
- ٨٦ ..... الفصل الأول: في صفات الحواضن
- ٩٩ ..... الفصل الثاني: في اجتماع الحواضن

### كتاب الجراح

- له ثلاثة أركان:
- ١١٧ ..... الركن الأول: القتل
- ١٥٧ ..... الركن الثاني: القتل
- ١٥٨ ..... الركن الثالث: القاتل
- فصل في تغيير الحال بين الجرح والموت وله أربعة أحوال:
- ١٨٧ ..... الحالة الأولى: في طريان العصمة

١٩٠	الحالة الثانية: أن يطرأ المهدر
١٩٣	الحالة الثالثة: لو تخلل المهدر بين الجرح والموت
١٩٥	الحالة الرابعة: طريان ما يغير مقدار الدية
	الفصل الثاني في المماثلة. التفاوت في ثلاثة:
٢٢١	التفاوت الأول: تفاوت في المَحَلِّ والقَدْر
٢٢٦	التفاوت الثاني: في الصفات
٢٣٨	التفاوت الثالث: في العدد
	الفن الثاني في حكم القصاص الواجب وفيه بابان:
	الباب الأول: في الاستيفاء وفيه ثلاثة فصول:
٢٥٤	الفصل الأول: فيمن له ولاية الاستيفاء
٢٦٩	الفصل الثاني: في أن القصاص على الفور
٢٧٥	الفصل الثالث: في كيفية المماثلة
	الباب الثاني: العفو والنظر في طرفين:
٢٨٩	الطرف الأول: في حكم العفو
٢٩٦	الطرف الثاني: في العفو الصحيح والفاسد

### كتاب الديات

والنظر في أربعة أقسام:

القسم الأول: في الواجب وفيه بابان:

٣١٣	الباب الأول: في النفس
٣٣٣	الباب الثاني: فيما دون النفس
	القسم الثاني: في الكتاب في الموجب. والنظر في أربعة أطراف:
٤١٤	الطرف الأول: السبب
٤١٨	الطرف الثاني: في اجتماع العلة والشرط
٤٣١	الطرف الثالث: في ترجيح سبب على سبب
٤٤٠	الطرف الرابع: فيما يوجب الشركة
	القسم الثالث من الكتاب فيمن عليه الدية:
٤٦٣	الركن الأول: من جهة العقل وصفة العاقلة
٤٧٩	الركن الثاني: في كيفية التوزيع والبداية بأقرب العصابات

القسم الرابع من الكتاب في غرة الجنين:

- ٥٠٤ ..... الطرف الأول: في الموجب
- ٥١٠ ..... الطرف الثاني: في الموجب فيه
- ٥٢١ ..... الطرف الثالث: في صفة الغرة
- ٥٢٨ ..... باب كفارة القتل

# العقود

شرح الوجيز  
المعروف بالشرح الكبير

تأليف

الإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الراجعي الفزويني الشافعي  
المؤلف سنة ٦٢٣ هـ

تحقيق وتعليق

أشيخ علي محمد معروض شيخ عادل أحمد عبد الموجود

الجزء الحادي عشر

يحتوي على الكتب التالية:

دعوى الدم - الجنائز - مؤهبات الضمان - الشتر

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

## جميع الحقوق محفوظة

جميع حقوق الملكية الادبية والفنية محفوظة لدار الكتب  
العلمية بيروت - لبنان ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة  
أو إعادة تنضيد الكتاب كاملاً أو مجزأً أو تسجيله على أشرطة  
كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو برمجته على اسطوانات  
ضوئية إلا بموافقة الناشر خطياً.

Copyright ©  
All rights reserved

Exclusive rights by DAR al-KOTOB al-ILMIYAH Beirut - Lebanon. No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

الطبعة الأولى

١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت  
تلفون وفاكس : ٣٦٤٢٩٨ - ٣٦٦١٢٥ - ٦٠٢١٣٣ (١ ٩٦١ ٠٠)  
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH

Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif, Bohory st., Melkart bldg., 1st Floore.  
Tel. & Fax : 00 (961 1) 60.21.33 - 36.61.35 - 36.43.98  
P.O.Box : 11-9424 Beirut - Lebanon

# بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## كِتَابُ دَعْوَى الدَّمِ

قال الغزالي: والنظر في ثلاثة أمور: الأول: الدعوى ولها خمسة شروط: الأول أن يتعلق بشخص معين أو بأشخاص معينين، فلو قال: قتل أبي واحد من هؤلاء العشرة، ولا أعرف عينه، وأريد يمين كل واحد، فالصحيح أنه يجاب إليه لأنه يتضرر بالمنع، وهؤلاء لا يتضررون باليمين، وكذا في دعوى الغضب والسرقه، بخلاف القبض والبيع في المعاملات، فإنه بالنسيان مقصر، وقيل: يسمع في المعاملات، وقيل: لا يسمع إلا في الدم.

قال الرافعي: لما تكلم الشافعي - رضي الله عنه - والأصحاب في القصاص والدية والكفارة التي هي من موجبات القتل، تكلموا فيما يرجع إليه عند التنازع بأن يدعي الولي القتل على إنسان، فينكر.

والذي يعتمد عليه عند الإنكار قول الشهود أو اليمين، إما من جهة المدعي، أو من جهة المدعى عليه، وذلك يخرج إلى النظر في الدعوى واليمين والشهادة، فلذلك قال: «والنظر في ثلاثة أمور».

ثم اليمين تنقسم إلى: يمين القسامة وغيرها.

ومعظم الغرض في الباب القول في يمين القسامة، فإنها [التي] (1) تختص بالدم، فأما القول في الدعوى، والبيّنة، وسائر الأيمان، فلا اختصاص لهما بما إذا كان المدعي دماً، ولهما أبواب مفردة في مواضعهما، ولهذا المعنى ترجم الشافعي - رضي الله عنه - وأكثر الأصحاب الباب بـ«كتاب القسامة»، لا بـ«دعوى الدم»، وترجم في «الوسيط» الكتاب بـ«كتاب دعوى الدم والقسامة والشهادة»؛ لاشتماله على الأمور الثلاثة، واقتصرها هنا على ذكر الدعوى؛ لأنها الأمر الأول، وعليه يرتب الأمران الآخران.

(1) سقط في ز.

ومن الأصحاب من يُؤخَّرُ البَابَ إلى كتاب الدَّعَاوَى<sup>(١)</sup>، وعليه جَرَى الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ الشَّيرَازِي - رحمه الله - فاعتبر فيه .

إذا عرف ذلك، فالأَمْرُ الأولُ: الدَّعْوَى، والمعتبر<sup>(٢)</sup> في الدعوى خمسة شروط: أحدها: تَعْيِينُ المُدْعَى عليه بَأَن ادَّعَى القَتْلَ على وَاحِدٍ، أو على جماعة مُعَيَّنِينَ، فهي مَسْمُوعَةٌ، وإذا طلبهم للقاضي، وطلب إحضارهم أَجَابَهُ، إلا إذا ذَكَرَ جَمَاعَةً لا يَتَّصِرُ اجْتِمَاعُهُمْ على القَتْلِ، فلا يحضرون، ولا يُبَالَى بقوله؛ فإنه دَعْوَى مُحَالٍ .  
وإن قال: قَتَلَ أَبِي أَحَدَ هَذَيْنِ أو وَاحِدًا من هؤلاء العشرة وطلب من القاضي أن يسألهم، وَيُحْلَفَ كُلُّ واحد منهم فهل يُجِيبُهُ؟ فيه وجهان:  
أحدهما: لا؛ لما في هذه الدَّعْوَى من الإِثْمَامِ، وصار كما لو ادَّعَى دَيْنًا على أَحَدِ الرَّجُلَيْنِ .

والثاني: نعم؛ لأنه طَرِيقٌ يَتَوَصَّلُ به إلى مَعْرِفَةِ القَاتِلِ واستيفاءِ الحَقِّ منه .  
ولأن القَاتِلَ يسعى في إِخْفَاءِ القَتْلِ كي لا يقصد، ولا يطالب، وتَعَسَّرَ مَعْرِفَتُهُ على الوَلِيِّ لذلك . فلو لم تُسْمَعْ دَعْوَاهُ هكذا لَتَضَرَّرَ، وهم لا يَتَضَرَّرُونَ باليمين الصادقة، والأصْحُحُّ من الوجهين على ما ذكر صاحب «التهذيب» الأول، ولم يُوردْ جماعة من الأصحاب غَيْرَهُ . وذكر في الكتاب أن الصَّحِيحُ أنه يُجَابُ إليه، ولم يذكر ذلك في «الوسيط»، بل سَكَتَ عن الترجيح .

ويجري الخِلافُ في دعوى الغَضَبِ، والإِنْتِلافِ، والسَّرِقَةِ، وأخذ الضَّالَّةِ على أحد الرجلين أو الثلاثة، ولا يَجْرِي في دعوى القَرْضِ، والبيع، وسائر المعاملات؛ لأنها تَنْشَأُ باختيار المُتَعَاقِدِينَ، وَحَقُّهَا أن يضبط كل واحد من المُتَعَاقِدِينَ صاحبه، هذا هو الأظْهَرُ، وفيه طريقتان آخران:

أحدهما: إجراء الخِلافِ في المُعَامَلَاتِ أيضاً؛ [لأن] الإنسان عُرْضَةٌ النِّسيانِ، وهم لا يَتَضَرَّرُونَ باليمين . والثاني: قَضْرُهُ على دَعْوَى الدِّمِّ لِعَظَمِ حَظَرِهِ .

وقوله: «قتل أبي أَحَدَ هؤلاء العشرة»، تَصْوِيرٌ فيما إذا كان القوم حَاضِرِينَ، فإن لم يكونوا حَاضِرِينَ، والتمس إحضارهم فهل يجاب؟ فيه الوجهان، ولو ذكر أنه قتله أحدهم، ولم يطلب إحضار جميعهم؛ ليسألوا، ويُعْرَضَ عليهم اليَمِينُ، فلا يحضرهم القاضي، ولا يُبَالَى بكلامه؛ لأن القاضي يعمل بِحَسَبِ طَلَبِ المُسْتَحِقِّ، ذكره في «التممة»، وذكر أن الوجهين فيما إذا تَعَلَّقَتِ الدَّعْوَى بِوَاحِدٍ من جماعة مَحْضُورِينَ .

(٢) في ز: واعتبر .

(١) في ز: الدعوى .

وأما إذا قال: قَتَلَهُ وَاحِدٌ مِنْ أَهْلِ الْقَرْيَةِ أَوْ الْمَجَلَّةِ، وَهَمْ لَا يَنْحَصِرُونَ، وَطَلَبَ إِخْضَارَهُمْ فَلَا يُجَابُ؛ لِأَنَّهُ يَطُولُ فِيهِ الْعَنَاءُ عَلَى الْقَاضِي، وَيَتَعَطَّلُ زَمَانُهُ فِي حُصُومَةٍ وَاحِدَةٍ، وَتَتَأَخَّرُ حُقُوقُ سَائِرِ النَّاسِ، وَلِأَنَّ فِي إِحْضَارِ الْجَمْعِ الْكَبِيرِ إِضْرَاراً بِهِمْ لِقَطْعِ مَعَايِشِهِمْ، وَتَغْطِيلِ زَمَانِهِمْ، وَقَدْ يَفْهَمُ هَذَا مِنَ التَّصْوِيرِ فِي الْعَشْرَةِ.

قال الغزالي: الثاني أن تكون مفضلة في كونه عنداً أو خطأ أو مشتركة، فإن أجمل استفضل القاضي، وقيل: يغرَضُ عنه لأن الاستفصال تلقين، ولو قال: قُتِلَ أَبِي خَطَأً مَعَ جَمَاعَةٍ وَلَمْ يَحْضُرْهُمْ لَمْ يَسْمَعْ إِذْ حِصَّتْهُ مِنَ الدِّيَةِ لَا تَتَبَيَّنُ، وَلَوْ ادَّعَى الْعَمْدَ وَقُلْنَا: مُوجِبُهُ الْقَوْدُ الْمَخْضُ سَمِعَ، وَإِنْ قُلْنَا: أَحَدٌ لَا بَعِيْنَهُ فَوْجَهَانِ.

قال الرافعي: لتكن الدعوى مفضلة<sup>(١)</sup>، أقتل عنداً، أو خطأ، أو عمد خطأ، منفرداً أو بشركة غيره، فإن الأحكام تختلف باختلاف هذه الأحوال، والواجب تارة يتوجه على القاتل، وأخرى على عاقليته، فلا يمكن فضل الأمر ما لم يعلم من يطالب؟ وبم يطالب؟ وفيه وجه سنذكر مأخذه: أنه يجوز أن تكون الدعوى مجهولة.

وإذا معنا - وهو المذهب المشهور - فلو أجمل الولي دعوى القتل، ففيه وجهان: أحدهما: أن القاضي يغرَضُ عنه، ولا يستفضل؛ لأن الاستفصال ضرب من التلقين.

وأصحهما: أنه يستفضل، والقول بأن الاستفصال تلقين ممنوع، بل التلقين أن يقول له: قُلْ: قَتَلَهُ عَمْدًا أَوْ خَطَأً، والاستفصال أن يقول: كيف قُتِلَ؟

وهذا الوجه الثاني هو الذي أوردته الجمهور، ونص عليه الشافعي - رضي الله عنه - في «المختصر»، حيث قال: ينبغي للحاكم أن يقول له: من قتل صاحبك؟، فإن قال: فلان، قال: وخده؟، فإن قال: نعم، قال: عمداً أو خطأ؟، فإن قال: عمداً، يسأله<sup>(٢)</sup>: ما العمد؟.

وربما يوجد في إيراد الأئمة ما يشعر بوجوب الاستفصال هكذا قال القاضي الروياني بعد ما نقل نص الشافعي - رضي الله عنه - أنه يستفضل في الأشياء الأربعة.

وقال الماسرجسي: لا يجب على الحاكم أن يصحح دعوته، ولا يلزمه أن يسمع

(١) قال في القوت: يستثنى من اشتراط التفصيل السحر فإنه مما يخفى فعله من الساحر وفعله من المسحور فلا يمكن الوصف في الدعوى على الساحر، فإذا ادعى على ساحر أنه قتل وليه بالسحر لم يستوصف بل يسأل الحاكم الساحر ويعمل ببيانه، ونقله عن الماوردي.

(٢) في ز: سأله.



إلا في دعوى مُحَرَّرَةٍ، وإنما ذَكَرَ الشافعي - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - هذا إذا أَرَادَ أَنْ يَسْتَنْبِئَهُ اخْتِيَاطًا، فأشعر هذا السِّيَاقُ بأن غيره يقول بوجود الاستِفْصَالِ الْمُصَحِّحِ للدعوى.

والأوجه ما نَسَبَهُ إِلَى الْمَاسْرَجِيِّ ثُمَّ إِذَا قَالَ: إنه قتله مُنْفَرِدًا عَمْدًا، ووصف العَمْدِيَّةَ، أو خَطَأً طَالِبِ الْمُدْعَى عَلَيْهِ بِالْجَوَابِ.

فإن قال: قتله بِشِرْكَةٍ، سئل عن شَارِكِهِ، فإن ذَكَرَ جَمَاعَةً لَا يُتَصَوَّرُ اجْتِمَاعَهُمْ عَلَى الْقَتْلِ، لُغِي قَوْلُهُ وَدَعَوَاهُ. وإن ذكر جَمَاعَةً يُتَصَوَّرُ اجْتِمَاعَهُمْ، ولم يحضرهم، أو قال: لا أعرف عَدَدَهُمْ، فإن ادَّعَى قَتْلًا يوجب الدِّيَةَ لم تُسْمَعْ دعواه؛ لأن حِصَّةَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ مِنَ الدِّيَةِ لَا تَتَبَيَّنُ إِلَّا بِحَضْرِ الشَّرْكَاءِ، وذلك مثل أن يَدَّعِيَ الْخَطَأَ أو شِبْهَ الْعَمْدِ، أو يقول: إنه تَعَمَّدَ، وفي شركائه مُخْطِئٌ.

نعم، لو قال: لا أعرف عَدَدَهُمْ عَلَى التَّحْقِيقِ، ولكن أعلم أنهم لا يزيدون على عشرة، فَتُسْمَعُ الدَّعْوَى، وَيَتَرْتَّبُ عَلَى تَحْقِيقِهَا الْمُطَالَبَةُ بِعُشْرِ الدِّيَةِ، فإن ادَّعَى ما يوجب الْقَوْدَ بأن قال: قَتَلَ عَمْدًا مع شركاء مُتَعَمِّدِينَ، ففيه وجهان:

أصحهما: أنه يسمع دَعَوَاهُ؛ لأنه إذا حَقَّقَهَا، تَمَكَّنَ مِنْ مُطَالَبَتِهِ بِالْقِصَاصِ، ولا يختلف ذلك بِعَدَدِ الشَّرْكَاءِ.

والثاني: المنع، ويحكى عن أبي إسحاق؛ لأنه قد يختار الدِّيَةَ، فلا يدري حَقُّهُ مِنْهَا، ومنهم من قال: إن قلنا: إن مُوجِبَ الْعَمْدِ الْقَوْدُ، فالمصير إلى سَمَاعِ الدَّعْوَى أَظْهَرُ، وربما أُشِيرَ إِلَى الْقَطْعِ [به] <sup>(١)</sup>. وإن قلنا: مُوجِبُ الْعَمْدِ أَحَدُهُمَا اتَّجَهَ الْوَجْهَانِ؛ لأن أَحَدَ الْمَوْجِبِينَ غير معلوم، وهذا ما أوردَهُ في الكتاب.

قال الغزالي: **الثالث أن يكون المدعي مكلفاً ملتزماً، ولا يضره كونه جينياً حالة القتل إذ يعرف ذلك بالتسامع.**

قال الرافعي: إنما تُسْمَعُ الدَّعْوَى مِنَ الْمُكَلَّفِ دُونَ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ، وَمِنَ الْمُلتَزِمِ، وهو المسلم، والدَّمِي <sup>(٢)</sup>.

فأما الحزبي فلا يستحق قِصَاصاً، ولا دِيَّةً، فليس له دَعْوَى الدَّمِ، ولا يَفْدُحُ كَوْنُ

(١) سقط في ز.

(٢) وقول الغزالي في الشرط الثالث: أن يكون المدعي مكلفاً... الخ متعقب، فقد قال الشيخ البلقيني: هذا الشرط متعقب، فإن المعاهد ليس بملتزم ولهذا لا يقطع بالسرقة على أظهر الأقوال ولا توقف في سماع دعواه بماله الذي استحقه على مسلم أو ذمي ولا في دعواه دم قريبه الذمي بحيث يرثه.

المُدَّعِي صَبِيًّا، أَوْ مَجْنُونًا، أَوْ جَنِينًا حَالَةَ الْقَتْلِ إِذَا كَانَ بِصِفَةِ الْكَمَالِ عِنْدَ الدَّعْوَى، فَإِنَّهُ قَدْ يَعْرِفُ الْحَالَ بِالسَّمَاعِ، وَيُمْكِنُهُ أَنْ يَحْلِفَ فِي مَطْنَةِ الْحَلْفِ إِذَا عَرَفَ مَا يَحْلِفُ عَلَيْهِ بِإِقْرَارِ الْجَانِي، أَوْ بِالسَّمَاعِ مِمَّنْ يَثِقُ بِهِ، وَلِذَلِكَ نَقُولُ: مِنْ مَلِكٍ عَبْدًا هُوَ أَكْبَرُ سِتًّا مِنْهُ، ثُمَّ بَاعَهُ فَجَاءَ<sup>(١)</sup> الْمُشْتَرِي يَزُدُّهُ بِعَيْبِ الْإِبَاقِ، لَهُ أَنْ يَخْلِفَ بِاللَّهِ تَعَالَى: مَا هُوَ أَبَقُ، وَإِنَّمَا يَعْرِفُ ذَلِكَ بِسَمَاعِ حَالِهِ<sup>(٢)</sup> مِنْ غَيْرِهِ.

وَكَذَلِكَ لَوْ اشْتَرَى عَيْنًا وَقَبَضَهَا، فَجَاءَ مِنْ يَدِّعِي أَنَّهَا مِلْكُهُ، وَيَطَالِبُ بِالتَّسْلِيمِ، لَهُ أَنْ يَحْلِفَ أَنَّهُ لَا يَلْزِمُهُ التَّسْلِيمَ؛ اعْتِمَادًا عَلَى قَوْلِ الْبَائِعِ.

وَالْمَخْجُورُ عَلَيْهِ بِالسَّفَهَةِ، تُسْمَعُ مِنْهُ دَعْوَى الدَّمِ، وَلَهُ أَنْ يَخْلِفَ وَيَحْلِفَ، وَأَنْ يَسْتَوْفِيَ الْقِصَاصَ.

وَإِذَا آلَ الْأَمْرُ إِلَى الْمَالِ، فَيَأْخُذُهُ الْوَلِيُّ، كَمَا فِي دَعْوَى الْمَالِ، يَدْعِي السَّفِيهَ، وَيَخْلِفُ وَيَحْلِفُ، وَالْوَلِيُّ يَأْخُذُ الْمَالَ.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: الرَّابِعُ أَنْ يَكُونَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ مُكَلَّفًا، فَإِنْ كَانَ سَفِيهًا صَحَّ فِيمَا يُقْبَلُ إِقْرَارُ السَّفِيهِ فِيهِ، وَإِنْ لَمْ يَقْبَلْ إِقْرَارُهُ صَحَّ لِأَجْلِ إِنْكَارِهِ حَتَّى يُسْمَعَ الْبَيِّنَةُ وَيُعْرَضَ الْيَمِينُ عَلَيْهِ عَلَى الصَّحِيحِ إِذْ يَنْقَطِعُ الْخُصُومَةُ بِحَلْفِهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مِنْ شَرْطِ صِحَّةِ الدَّعْوَى أَنْ يَكُونَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ مُكَلَّفًا، فَلَا يُدَّعَى عَلَى صَبِيٍّ وَلَا مَجْنُونٍ، ثُمَّ هَهُنَا مَسْأَلَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: إِذَا ادَّعَى الْقَتْلَ عَلَى الْمَخْجُورِ عَلَيْهِ بِالسَّفَهَةِ، نَظَرَ إِنْ كَانَ هُنَاكَ لَوْثٌ عَلَى مَا سَتَعْرِفُهُ، فَتُسْمَعُ الدَّعْوَى، سِوَاءِ ادَّعَى قَتْلًا عَمْدًا أَوْ خَطَأً، أَوْ شِبْهَ عَمْدٍ، وَيَقْسَمُ الْمُدَّعَى، وَيَكُونُ الْحُكْمُ كَمَا فِي غَيْرِ السَّفِيهِ، وَإِذَا كَانَ اللَّوْثُ قَوْلَ شَاهِدٍ وَاحِدٍ، فَيَحْلِفُ الْمُدَّعَى مَعَهُ، وَيَثْبِتُ الْمَالَ بِالشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَوْثٌ. فَإِنْ ادَّعَى قَتْلًا يَوْجِبُ الْقِصَاصَ تُسْمَعُ دَعْوَاهُ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ بِمَا يَوْجِبُ الْقِصَاصَ مَقْبُولٌ، فَإِنْ أَقْرَأَ أَمْضِي حُكْمَهُ عَلَيْهِ<sup>(٣)</sup>، وَإِنْ [أَنْكَرَ]<sup>(٤)</sup> حَلْفَ، فَإِنْ تَكَلَّفَ الْمُدَّعَى، وَكَانَ لَهُ أَنْ يَقْتَصَّ.

وَإِنْ ادَّعَى خَطَأً أَوْ شِبْهَ عَمْدٍ، فَهَذَا يَنْظَرُ [فِيهِ]<sup>(٥)</sup> إِلَى أَنْ إِقْرَارَ الْمَخْجُورِ بِالْإِتْلَافِ هَلْ يَقْبَلُ وَيُؤَاخَذُ [بِهَا]؟ وَفِيهِ وَجْهَانِ مَذْكَورَانِ فِي كِتَابِ الْحَجْرِ.

وَسِوَاءَ قَلْنَا: يُقْبَلُ أَوْ لَا يُقْبَلُ، فَيُسْمَعُ أَصْلُ الدَّعْوَى.

(١) فِي ز: فَجَاءَهُ.

(٢) فِي أ: نَالَ.

(٣) سَقَطَ فِي ز.

(٤) سَقَطَ فِي ز.

(٥) سَقَطَ فِي ز.

أما إذا قلنا إقراره، فليمض عليه الحُكْم وإن أقر، ولتقام عليه البينة إن أنكر. وأما إذا لم نقبله، وهو الصحيح، فلتقام عليه البيئة إن أنكر، ثم إذا أنكر، فهل تُعرضُ اليمين عليه؟ يبني ذلك على أن يكون المُدعى عليه، ويمين المدعي كبيئة يقيمها المدعي، أو كإقرار المدعى عليه، إن قلنا كالبيئة، فتعرض، فإنه قد ينكل، فيحلف المدعي، ويكون كما لو أقام البيئة.

ويحكى هذا عن أبي منصور بن مهران. وإن قلنا: بالإقرار، ففيه وجهان: أوقفهُمَا لكلام أكثرهم: أنها لا تعرض؛ لأن العَرَضُ للحمل على الصِّدْقِ بالإقرار، والإقرار غير مقبول على الصحيح.

وأصحهما عند صاحب الكتاب: العَرَضُ؛ لأنه قد يخلف، فتقطع الخصومة في الحال، هكذا، أوردَ الشيخ أبو حامد وغيره، وعليه يتطابق إيراد صاحب الكتاب ههنا، وفي «الوسيط»، إلا أنهم لم يذكروا أوجه عرض اليمين؛ تفرعاً على أن اليمين المرذودة بالإقرار. ومنهم من يطلق الخلاف في سماع الدعوى بالخطأ، وشبهه العمد من أصلها، ويبيئه على الخلاف في أن إقراره بالإتلاف، هل يقبل؟ إن قلنا: نعم سمعت، وإلا فيبني على أن اليمين المرذودة كالبيئة أو بالإقرار، فليحمل هذا على ما ذكره الأولون، فإنهم جميعاً متفقون على أنه لو أقام البيئة تسمع، وسماع البيئة مسبوق بسماع الدعوى.

المسألة الثانية: تُسمع دَعْوَى القَتْلِ على المَخْجُورِ عليه بالفلس، ثم إن قامت بيئة أو كان هناك لوث، وأقسم المدعي، فهو كغيره، ويُزاجم المُسْتَحَقُّ بالمال الغرماء، وإن لم تكن بيئة، ولا لوث، فيحلف المُفْلِسُ، فإن نكل حلف المدعي، واستحقَّ القصاص إن كان المدعى قتلًا يوجب القصاص.

قال القاضي الروياني: فإن عفا عن القصاص على مال، ثبت [المال]، وهل يشارك به الغرماء؟ يبني على أن اليمين المرذودة بعد التُّكُولِ كالبيئة فنعم، وإن قلنا بالإقرار، فقولان، كما لو أقر المُفْلِسُ بعين<sup>(١)</sup> في يده أو بدينٍ نسبه إلى ما قبل الحجر، وإن كان المدعى قتل خطأ أو شبه عمد، ثبت باليمين المرذودة الدية، وتكون على العاقلة، إن جعلناها كالبيئة، وإن جعلناها بالإقرار، فتكون على الجاني، وهل يزاجم المدعي بها الغرماء؟ فيه القولان، ومنهم من يطلق وجهين من غير بناء على الأضل المذكور ويوجه الوجوب [على العاقلة بأنها تثبت بيمين المدعي، فأشبه ما لو ثبت بالقسامة والوجوب في ماله]<sup>(٢)</sup>؛ بأن اليمين بالمرذودة نُقِلَتْ إلى المدعى، بنكول المُفْلِسِ فأشبه ما لو أقر.

(٢) سقط في ز.

(١) في ز: يعني.

ومسألة الثالثة: وهي دعوى القتل على العبد، قال في «التهذيب»: إن كان هناك لوث، فتُسمع، ويقسم المدعى، ويقصر إن ادعى قتل عمد، وأوجبنا القصاص بالقسامة، وإلا، إذا كان يدعى قتل خطأ، فتتعلق الدية برقية العبد، وإن لم يكن لوث، فدعوى القتل الموجب للقصاص تكون على العبد، ودعوى القتل الموجب للمال تكون على السيد، وتتمام المسألة يأتي في «باب الدعاوى والبيئات».

وقوله في الكتاب «صح» أي صحت الدعوى عليه.

وقوله: «على الصحيح» يمكن رده من جهة اللفظ إلى قوله «صح» لأجل إنكاره؛ ويوافق ذلك قول «من أطلق الخلاف في سماع الدعوى»، ويلزم منه [بيان<sup>(١)</sup>] إجراء الخلاف في سماع البيئته، والذي يوافق نظم «الوسيط» وما حكيناه عن الأصحاب أن يعلق قوله «على الصحيح» بقوله «وتعرض اليمين عليه»، لا بما قبله [والله أعلم].

قال العزالي: الخامس ألا تتناقض دعواه فإن ادعى على شخص أنه منفرد بالقتل ثم ادعى على غيره الشركة لم تُسمع الدعوى الثانية لأن الأولى تكذبه، فلو صدقه المدعى عليه ثانياً كان له المواخذة على الصحيح لأن الحق لا يعدوهما، ولو استفضل في العمد ففضله بما ليس بعمد لم تبطل دعواه أضل القتل على أصح الوجهين، ولو قال: ظلمته بأخذ المال وفُسر بأنه كذب في الدعوى استرد، ولو فُسر بأنه حنفي لا يرى القسامة وقد أخذ بها لم يسترد لأن النظر إلى رأي الحاكم لا إلى الخصمين.

قال الرافعي: ومن شروط الدعوى سلامتها عما يناقضها ويكذبها، فلو ادعى على شخص أنه منفرد بالقتل، ثم ادعى على آخر أنه شريك في القتل، أو منفرد به، لم تُسمع دعواه<sup>(٢)</sup> الثانية؛ لأن الأولى تكذبها، وتناقضها، ولو لم يقسم على الأولى، ولم يمض حكم، فلا يمكن من العود إليها أيضاً، لأن الثانية تكذبها، ولو أن الثاني صدقه في دعواه الثانية، فوجهان:

أحدهما: أنه ليس له أن يواخذَه بموجب تصديقه لأن في الدعوى الأولى اعترافاً ببراءة غير المدعى عليه.

وأصحهما: أن له المواخذة؛ لأن الحق لا يعدوهما، ويحتمل أن يكون كاذباً في الدعوى الأولى قضداً أو غلطاً، صادقاً في الثانية. ثم في الفضل صورتان:

إحدهما: لو ادعى قتلاً عمداً، فاستفضل، ففضله، ووصف ما ليس بعمد، نقل

(٢) في ز: الدعوى.

(١) سقط في ز.

المزني، أنه لا يقسم، ونقل الربيع أنه يقسم، وذكر الأصحاب طريقين:

أشهرهما: أن في بطلان أضل الدعوى قولين:

أحدهما: أنه يبطل، فلا يقسم، ولا يلتفت إلى قوله؛ لأن في دعوى العمد به اعترافاً ببراءة العاقلة، فلا يتمكن من مطالبتهم آخرأ، ولأن في دعوى العمد به اعترافاً بأنه ليس بمخطيء، فلا يمكنه الرجوع عنه

وأصحهما: المنع؛ لأنه قد يظن ما ليس بعمد عمداً، فيتبين بتفسيره أنه مخطيء في اعتقاده وأيضاً، فقد يكذب في الوصف، ويصدق في الأصل، وعلى هذا، فيعتمد على تفسيره، ويمضي حكمه.

والثاني: القطع بالقول الثاني، وتأويل ما نقله المزني على أنه لا يقسم على ما ذكره أولاً، ويجري الطريقتان فيما لو ادعى الخطأ، وفسره بما هو عمد، ولو ادعى شبه عمد، ثم فسره بما هو خطأ مخض، وقلنا: هناك بطريقة القولين، فمنهم من أجراهما ههنا، ومنهم من قطع بأنه لا يبطل الدعوى؛ لأن قوله الأول يقتضي زيادة على العاقلة، ومن ادعى زيادة، ثم رجع إلى قدر الحق لا تبطل دعواه فيه.

ويجوز أن يُعلم؛ للطريقة القاطعة قوله في الكتاب: «علَى أصح الوجهين» بالواو، والتعبير عن الخلاف بالوجهين خلاف المشهور.

الثانية: لو ادعى القتل، وأخذ المال، ثم قال: ظلمته بأخذ هذا المال أو أخذته باطلاً، أو ما أخذته حراماً لي، سُئِلَ عنه، فإن قال: كذبت في الدعوى وما هو بقاتل، استرد منه ما أخذ، وإن قال: أردت أني حنفي، لا أرى أخذ المال يمين المدعي على ما سنحكي مذهب أبي حنيفة لم يُسترد؛ لأن النظر إلى رأي الحاكم واجتهاده لا إلى مذهب الخصمين واعتقادهما وذكروا للصورة نظائر:

منها: ما إذا مات إنسان، فقال ابنه: لست أرتبه؛ لأنه كان كافراً، فاستفصل عن كفره، فقال: كان معتزلياً أو رافضياً، فيقال له: لك ميراثه وأنت مخطيء في ظنك، والاعتزال والرفض ليس بكفر، هكذا حكى القفال، وعليه جرى القاضي الروياني وصاحب «التهذيب» وغيرهما، قال الفوراني: من مشايخنا من يقول بتكفير أهل الأهواء، فعلى قول من قال به؛ يخرم الميراث<sup>(١)</sup>.

ومنها: إذا قضى الحنفي للشافعي بشفعة الجار، فأخذ الشفص، ثم قال: أخذته

(١) قال النووي في زيادته: هذا الوجه خطأ، والصواب المنصوص، والذي قطع به الجمهور: أنا لا نكفرهم.

باطلاً؛ لأنني [لا] (١) أرى الشُّفعة بالجوار؛ لا يُستردُّ منه.

ومنها: إذا مات عن جارية استولدها بالنكاح، فقال وارثه: لا أتملكها، فإنها صارت أمَّ ولِدٍ له، وعَتَقْتُ بالموت، فيقال: هي مملوكتك، فلا تصير أمَّ ولد باستيلادها بالنكاح.

واعلم أن جميع ما ذكرنا فيما يتعلّق بالحُكْم الظاهر، فأما الحل (٢) الباطن، إذا حكم الحاكم في مواضع الخلاف لشخص على خلاف ما يعتقده، كحكم الحنفِي للشافعي بشفعة الجوار، ففي ثبوته خلاف وكلام (٣) الأئمة ههنا يميل إلى ثبوته، وأجاب صاحب الكتاب في «أدب القاضي» بالَمَنع وسنذكره إن شاء الله تعالى.

ولو قال: أردتُ بقولي: حرام؛ أنه مغضوب، فإن عيّن المغضوب منه، وجب عليه تسليمه إليه، ولا رجوع له على المأخوذ منه؛ لأن قوله لا يقبل عليه، وإن لم يعين أحداً، فهو مالٌ ضائع؛ وفي مثله خلاف مشهور، والجواب في «الشامل»: أنه لا يلزمه رفع اليد عنه؛ ولو قال بعد ما أقسم ندمتُ على الأيمان، لم يلزمه بهذا شيء.

### «فزع»

ادّعى القتل على رجل، وأقسم، وأخذ المال، ثم جاء آخر، وقال: إن المحلوف عليه لم يقتل مؤزثك، وإنما أنا قتلته، فإن لم يصدقه الوارث، لم يؤثّر إقراره فيما (٤) جرى، وإن صدّقه، فعليه ردُّ ما أخذ، وهل له الدغوى على الثاني ومطالبتة؟ فيه قولان:

أحدهما: لا؛ لأن الدغوى على الأول اعتراف ببراءة غيره.

والثاني: نعم؛ لأنه ربما بنى الدعوى الأولى على ظنٍّ حصل له، وإقرار الثاني يفيد اليقين أو ظناً أقوى من الظنِّ الأول، فجاز أن يعدل إليه من الأول، وهذا كالخلاف المذكور فيما إذا ادعى الانفراد على واحد ثم الشركة على آخر، وصدّقه الثاني، والله أعلم.

قال العزالي: النَّظْرُ الثَّانِي فِي الْقَسَامَةِ وَفِيهَا أَرْبَعَةُ أَرْكَانٍ الرُّكْنُ الْأَوَّلُ فِي مَظَنَّتِهَا وَهِيَ قَتْلُ الْحَرِّ فِي مَحَلِّ اللَّوْثِ فَلَا قَسَامَةَ فِي الْمَالِ وَالْأَطْرَافِ، وَفِي الْعَبْدِ قَوْلَانِ، وَاللَّوْثُ قَرِيبَةٌ حَالٍ تَغْلُبُ الظَّنَّ كَقَيْلٍ فِي مَحَلَّةٍ بَيْنَهُمْ عِدَاوَةٌ أَوْ قَيْلٍ دَخَلَ صَفَاً وَتَفَرَّقَ عَنْهُ جَمَاعَةٌ مَحْضُورُونَ، أَوْ قَيْلٍ فِي صَفِّ الْحَضْمِ الْمُقَابِلِ، أَوْ قَيْلٍ فِي الصَّخْرَاءِ وَعَلَى

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: الحكم.

(٣) في ز: فكلام.

(٤) في ز: فما.

رَأْسِهِ رَجُلٌ مَعَهُ سَكِينٌ، وَقَوْلُ الْمَجْرُوحِ: قَتَلَنِي فَلَانَ لَيْسَ بِلَوْثٍ، وَقَوْلُ وَاحِدٍ مِمَّنْ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لَوْثٌ، وَقَوْلُ جَمْعٍ مِمَّنْ تُقْبَلُ رِوَايَتُهُمْ لَوْثٌ، وَالْقِيَاسُ أَنَّ قَوْلَ وَاحِدٍ لَوْثٌ، وَأَمَّا عَدَدٌ مِنَ الصُّبْيَةِ وَالْفَسَقَةِ فِيهِمْ خِلَافٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قَالَ الْأَئِمَّةُ: الْقَسَامَةُ فِي اللُّغَةِ: اسْمٌ لِلأَوْلِيَاءِ الَّذِينَ يَخْلِفُونَ عَلَى دَعْوَى الدَّمِ، وَفِي لِسَانِ الْفُقَهَاءِ هِيَ اسْمٌ لِلأَيْمَانِ.

وَقَالَ صَاحِبُ الصُّبْحَاحِ: الْقَسَامَةُ هِيَ الأَيْمَانُ تُقَسَّمُ عَلَى الأَوْلِيَاءِ فِي الدَّمِ، وَعَلَى التَّقْدِيرَيْنِ، فِيهِ (١) اسْمٌ أُقِيمَ (٢) مُقَامَ الْمَضْرَرِّ، يُقَالُ: أَقَسَمَ إِقْسَامًا وَقَسَامَةً، كَمَا يُقَالُ: أَكْرَمَ إِكْرَامًا وَكِرَامَةً. قَالَ الإِمَامُ: وَلَا اخْتِصَاصَ لَهَا بِأَيْمَانِ الدَّمَاءِ، إِلَّا أَنْ الْفُقَهَاءُ اسْتَعْمَلُوهَا فِيهَا، وَأَصْحَابُنَا اسْتَعْمَلُوهَا فِي (٣) الأَيْمَانِ الَّتِي تَقَعُ الْبَدَايَةُ فِيهَا بِالْمُدَّعِي.

وَصَوْرَتُهَا: أَنْ يَوْجَدَ قَتِيلٌ فِي مَوْضِعٍ لَا يُعْرَفُ مَنْ قَتَلَهُ، وَلَا يَقُومُ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ، وَيُدَّعِي الْوَلِيُّ قَتْلَهُ عَلَى وَاحِدٍ أَوْ جَمَاعَةٍ، وَيَقْتَرِنُ بِالْوَاقِعَةِ مَا يُشْعُرُ بِصَدْقِ الْوَلِيِّ فِي دَعْوَاهُ، وَيُقَالُ لَهُ اللَّوْثُ، فَيَحْلِفُ عَلَى مَا يَدَّعِيهِ، وَيُحْكَمُ بِمَا سَنَدَكَرَهُ، وَسَاعَدْنَا عَلَى ذَلِكَ مَالِكٌ وَأَحْمَدُ.

وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: لَا اعْتِبَارَ بِاللَّوْثِ، وَلَا يَبْدَأُ بِيَمِينِ الْمُدَّعِي، وَإِذَا وَجَدَ قَتِيلٌ فِي مَجْلَةٍ أَوْ قَرْيَةٍ، وَادَّعَى وَلِيَهُ قَتْلَهُ عَلَى رَجُلٍ أَوْ جَمَاعَةٍ بِأَعْيَانِهِمْ، فَيَخْتَارُ الإِمَامُ، وَيُقَالُ وَيَخْتَارُ الْوَلِيُّ خَمْسِينَ رَجُلًا مِنْ صِلْحَاءِ تِلْكَ الْبَقْعَةِ، فَيَخْلِفُونَ خَمْسِينَ يَمِينًا أَنَّهُمْ مَا قَتَلُوهُ، وَلَا عَرَفُوا قَاتِلَهُ، فَإِنْ نَقَضُوا عَنِ الْخَمْسِينَ، كَرَّرَ الأَيْمَانَ حَتَّى يَتِمَّ خَمْسِينَ، وَإِذَا حَلَفُوا وَجَبَتْ الدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَةٍ مِنْ بَنِي تِلْكَ الْخَطَةِ، فَإِنْ لَمْ يَعْرِفِ الثَّانِي، أَوْ لَمْ تَوْجَدْ عَاقِلَتَهُ، أُخِذَتِ الدِّيَةُ مِنْ سَكَانِ ذَلِكَ الْمَوْضِعِ، وَفِيهِمُ الْحَالِفُونَ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ، وَإِنْ لَمْ يَخْلِفُوا، حُسِبُوا حَتَّى يَحْلِفُوا أَوْ يَقْرُوا.

قَالَ: وَإِنْ وَجَدَ الْقَتِيلَ فِي مَسْجِدٍ أَوْ شَارِعٍ سَوِيٍّ، فَتَوَخَّذَ الدِّيَةَ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ.

وَإِنْ وُجِدَ فِي دَارٍ، أُخِذَتِ الدِّيَةُ مِنْ عَاقِلَةِ رَبِّ الدَّارِ، وَرَبِّمَا قَالُوا: مِنْ عَاقِلَةِ مَنْ فِي الدَّارِ. وَإِنْ وُجِدَ فِي دَارِ نَفْسِهِ، فَالِدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ، وَإِنْ وَجَدَ بَيْنَ (٤) قَرِيَّتَيْنِ، فَالْقَسَامَةُ عَلَى أَقْرَبِهِمَا مِنْهُ.

وَإِنْ وُجِدَ فِي مَفَازَةٍ بَعِيدَةٍ عَنِ الْعِمْرَانِ، فَهُوَ هَدْرٌ، هَذَا هُوَ مَعْنَى الْقَسَامَةِ عِنْدَهُ، وَفِيهِ إِثْبَاتُ الدَّعْوَى مِنْ غَيْرِ تَعْيِينِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِمْ، وَالْحَبْسُ لِلْيَمِينِ وَالتَّغْرِيمُ مَعَ أَنَّهُ لَمْ

(٢) فِي ز: أَقَسَمَ.

(١) فِي ز: فَنِي.

(٤) فِي ز: بَنِي.

(٣) فِي ز: مَعَ.

تتوجه عليهم حجة، ومع أنهم حلفوا على أنه لا شيء عليهم، والدليل على أنه يبدأ بيمين المدعي ما روي عن سهل بن أبي خثمة أن عبد الله بن سهل ومحبيصة بن مسعود - رضي الله عنهم - خرجا إلى خيبر ففترقا لحاجتهما، فقيل لعبد الله، فقال محبيصة لليهود: أنتم قتلتموه، فقالوا: ما قتلناه، فانطلق هو وأخوه حويصة وعبد الرحمن بن سهل أخو المقتول - رضي الله عنهم - إلى رسول الله ﷺ فذكروا له قتل عبد الله بن سهل، فقال: تَخْلِفُونَ خَمْسِينَ يَمِينًا، وَتَسْتَحْفُونَ دَمَ صَاحِبِكُمْ، فَقَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، لَمْ نَشْهَدْ، وَلَمْ نَحْضُرْ، فقال رسول الله ﷺ فَيَخْلِفُ<sup>(١)</sup> لَكُمْ الْيَهُودُ، فَقَالُوا: كَيْفَ نَقْتِيلُ أَيْمَانَ قَوْمٍ كُفَّارًا؟ فذكر أن النبي ﷺ فداه من عنده، فَبَعَثَ إِلَيْهِمْ بِمَاقَةٍ نَاقَةٍ، قَالَ سَهْلٌ: لَقَدْ رَكَضَنِي مِنْهَا نَاقَةٌ حَمْرَاءُ<sup>(٢)</sup> وروى [فَيُقْسِمُ مِنْكُمْ خَمْسُونَ عَلَى رَجُلٍ مِنْهُمْ فَيَنْفَعُ إِلَيْكُمْ بِرَمْتِهِ وَيُرْوَى]<sup>(٣)</sup> أن النبي ﷺ قال: «الْبَيْتَةُ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ إِلَّا فِي الْقَسَامَةِ»<sup>(٤)</sup> هذا هو القول الجملي في القسامة، وإذا طلبت التفصيل احتجت إلى معرفة محل القسامة، ومظنتها، ثم إلى معرفة كيفيتها، ثم إلى معرفة حكمها وفائدتها، ثم معرفة من يُقسم، فهذه أركان النظر في الباب، فلذلك قال في الكتاب: وفيها أربعة أركان، الركن الأول مظنتها وفيه ثلاثة قيود:

(١) في ز: يحلف.

(٢) الحديث بطوله متفق عليه، من حديث سهل: انطلق عبد الله بن سهل ومحبيصة بن مسعود إلى خيبر وهي يومئذ صلح، ففترقا، فأتى محبيصة إلى عبد الله بن سهل وهو يتشطح في دمه قتيلاً، فدفته، ثم قدم المدينة الحديث بطوله في القسامة، وأخرجاه أيضاً من حديث سهل بن أبي خثمة ورافع بن خديج، وفي رواية لمسلم: عن سهل عن رجل من كبراء قومه به، وله ألفاظ عندهما، وذكر البيهقي أن البخاري ومسلماً أخرجاه، من رواية الليث وحماد بن زيد وبشر بن المفضل كلهم، عن يحيى بن سعيد، وانفقوا كلهم على البداية بالأنصار، ورواه أبو داود من رواية ابن عيينة عن يحيى بلفظ: أفبئرتكم يهود بخمسين يميناً يحلفون أنهم لم يقتلوه، فبدأ بذكر اليهود، وقال إنه وهم من ابن عيينة، وأخرجه البيهقي من طريقه وقال: إن مسلماً أخرجه ولم يسق منته، وقد وافق وهيب بن خالد: ابن عيينة على روايته، أخرجه أبو يعلى (فائدة) استدلت الراعي بعد ذلك على وجوب القصاص بها، وهو القول القديم، بقوله في رواية: يحلف خمسون منكم على رجل منهم، فيدفع إليكم برمته، وهو متفق عليه، واستدل على المنع وهو الجديد بقوله في رواية لمسلم: إما أن تدوا صاحبكم، وإما أن تؤذنوا بحرب.

(٣) رواه الدارقطني والبيهقي وابن عبد البر من حديث مسلم بن خالد عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده به، قال أبو عمر: إسناده لين، وقد رواه عبد الرزاق عن ابن جريج عن عمرو مرسلاً، وعبد الرزاق أحفظ من مسلم بن خالد وأوثق، ورواه ابن عدي والدارقطني من حديث عثمان بن محمد عن مسلم، عن ابن جريج عن عطاء عن أبي هريرة، وهو ضعيف أيضاً، وقال البخاري: ابن جريج لم يسمع من عمرو بن شعيب، فهذه علة أخرى.

(٤) سقط في ز.



أحدها: القتل؛ فلا قسامة في إتلاف الأموال، ولا فيما دون النَّفس من الجراحات والأطراف بل القول فيها قولُ المُدعى عليه مع يمينه، سواء كان هناك لوثٌ أو لم يكن، لأن البداية بيمين المُدعى خلاف القياس والنص، وإنما وَرَدَ في النَّفس، وحرمة النَّفس أعظم من حرمة الأطراف، ولذلك افترقا في وجوب الكفارة، فلا تلحق غير النَّفس بالنفس، وفي «جمع الجوامع» للقاضي الروياني أن بعض أصحابنا ذَكَرَ في الخلافات وجهاً آخر في الأطراف، وغلط قائله، وبنى على المذهب أنه لو جرح مُسَلِّمٌ فآزنته، ثم مات بالسراية، لم تجز القسامة؛ لأن الواجب ضمان الجراحة، والنفس صارت مهجرة ولو عاد إلى الإسلام، ثم مات جرت القسامة، سواء أوجبنا كمال الدية أو لم نوجبها؛ لأن الواجب بدل النَّفس، وكذا الحكم فيما لو جرح ذمي فنقض العهد ثم مات أو جدد العهد، ثم مات.

الثاني: مصادفة القتل الحُرِّ، فلو قتل العبد، وهناك لوثٌ، فادعى السيد على حرٍّ أو عبْدٍ أنه قتله، فهل يُقسِم؟ فيه طريقتان:

أشهرهما: أنه على القولين في أن بدل العبد هل تحمله العاقلة، إن قلنا: لا، فقد أحقناه بالبهائم وسائر الأموال، فلا<sup>(١)</sup> يجري في قتله القسامة، وإن قلنا: نعم، وهو الأصح، فيُقسِم السيد، وهو المنصوص، وبه قال أبو حنيفة.

والثاني: القَطْعُ بأنه يُقسِم، ولا يُخرَجُ على الخلاف في التحمُّل، وبه قال القاضي أبو حامد؛ وذلك لأنَّ القسامة لحفظ الدماء وصيانتها، وهذه الحاجة تشمل العبيد والأحرار، فأشبهت القسامة القصاص ووجوب الكفارة، وتحمل العقل لقطع الفتنة، فإن أولياء القتل يقصدون الجاني وقومه، إذا لم تصل حقوقهم إليهم، وقد لا تستقل العاقلة بإيصال حقوقهم، فأمروا بالتحمل حسماً لمادة الفتنة، [ولا يخاف من السيد الفتنة]؛ فإن مقصود السادات من العبيد المالية وإذا قلنا بالأصح، فحكم المدبرة والمستولدة حكم القن، وكذا المكاتب؛ لأنَّ الكتابة تنسخ بالموت، وإذا أقسم السيد، فإن كانت الدعوى على حرٍّ، أخذت الدية من ماله في الحال، إن ادعى العمد المخض، وإن ادعى الخطأ أو شبه العمد، أخذها من عاقلة في ثلاث سنين، وإن كانت الدعوى على عبْدٍ، فإن ادعى العمد المخض، ففي القصاص الخلاف في ثبوت القصاص بالقسامة، وإذا قلنا بالمنع، وهو الصحيح، أو كان قد ادعى الخطأ أو شبه العمد، تعلقت القيمة برقبته.

وذكر الروياني أنَّ المُحاملي حكى في «المقنع» قولاً أنَّ العاقلة تتحمل من العمد جنايته الخطأ، وحمله على خطأ<sup>(٢)</sup> الكاتب.

(١) في ز: فلا يجزىء.

(٢) في ز: غلط.

الثالثة: كونه في محل اللوث؛ فإن لم يكن لوث، لم تبدأ بيمين المدعي، واللوث قرينة حال تبين الظن، وتوقع في القلب صدق المدعي، وله طرق:

منها: أن يوجد قتيل في قبيلة أو حضن أو قرية صغيرة أو محلة منفصلة عن البلد الكبير، وبين القاتل وبين أهلها عداوة ظاهرة، فهو لوث في حقهم، حتى إذا ادعى الولي القتل عليهم أو على بعضهم كان له أن يقسم وكذا<sup>(١)</sup> كان الحال في قصة عبد الله ابن سهل - رضي الله عنه - فإن أهل خيبر كانوا أعداء للأنصار - رضي الله عنهم - ويشترط ألا يساكنهم غيرهم؛ ليكون لوثاً في حقهم، وإلا، فربما قتله غيرهم، وإن كان القاتل عدواً لهم، ومنهم من يقول: الشرط أن لا يخالطهم غيرهم، حتى لو كانت القرية على قارعة الطريق، وكان يطرؤها غيرهم، فلا لوث، وعلى الأول، لا بأس بمخالطة المجتازين للحاجات؛ كالتجارة وغيرها، وهو الأوجه<sup>(٢)</sup> فإن خيبر، كانت يطرؤها الأنصار.

ومنها: تفرق جماعة عن قتيل في دار كان قد دخل عليهم حنيفاً أو دخلها معهم في حاجة أو في مسجد أو [في]<sup>(٣)</sup> بستان أو طريق أو في<sup>(٤)</sup> الصحراء، فهو لوث، وكذا لو ازدحم قوم على رأس بئر للاستقاء أو على باب الكعبة أو في الطواف أو في مضيق، ثم تفرقوا عن قتيل؛ لأنه يغلب على الظن أنهم قتلوه أو بعضهم قتله قسداً أو دوساً بالأقدام؛ ولا يشترط في هذا الطريق أن يكون بينه وبينهم عداوة.

ومنها: إذا تقابل صفان يتقاتلان، وانكشفوا عن قتيل من أحد الصفين، فإن التحموا، واختلط بعضهم ببعض أو كان يصل سلاح أحد الصفين إلى الآخر، إما رمياً أو طعناً أو ضرباً، فهو لوث في حق أهل الصف الآخر؛ لأن الظاهر أن أهل صفه لا يقتلونه، وإن لم يلتحموا، ولا كان يصل السلاح، فاللوث في حق [أهل]<sup>(٥)</sup> صفه.

ومنها: إذا وجد قتيل في الصحراء، وعنده رجل معه سلاح متلطخ بالدم أو على ثوبه أثر الدم، فهو لوث، وإن كان بقربه سبغ أو رجل آخر مولٍ ظهره أو وجد أثر قدم أو ترشيش دم في غير الجهة التي فيها صاحب السلاح، لم يوجب ذلك اللوث في حقه، ولو رأينا [شيئاً] من بعيد<sup>(٦)</sup> رجلاً يحرك يده، كما يفعل من يضرب بالسيف أو السكين، ثم وجدنا في الموضع قتيلاً، فهو لوث في حق ذلك الرجل.

(١) في ز: وهكذا.

(٢) في ز: الوجه.

(٣) سقط في ز.

(٤) في ز: وفي.

(٥) سقط في ز.

(٦) في ز: نجد.

ومنها: إذا شهد عدلٌ بأن فلاناً قتل فلاناً، فهذا لوثٌ، ولو شهد جماعة ممن تُقبَلُ روايتهم؛ كالعبيد والنسوة، فإن جاؤوا متفرقين، فكذلك؛ لأن الغالب أن اتفاق أقوالهم لا يصدر إلا عن حقيقة، وإن جاؤوا دفعةً واحدةً، فوجهان<sup>(١)</sup>:

أشهرهما: المنع؛ لاحتمال أنهم تواطؤوا أو لقنوا، وأقواهما أنه لوثٌ؛ لأنه يثير نوعَ الظنِّ، واحتمال التواطؤِ كاحتمال الكذبِ في شهادة العدلِ الواحدِ، وهذا ما يوافقهُ إطلاقُ صاحب الكتاب، وكذلك أطلق الشيخ أبو حامد، وفي «التهذيب» أن شهادة اثنتين من العبيد والنسوة كشهادة الجَمْعِ.

وقال في الكتاب: «والقياس أن قولَ واحدٍ منهم لوثٌ أيضاً»، ويشبه أن يُرتب هذا على الوجهين فيما إذا جاء جَمْعٌ منهم، وشهدوا مجتمعين، فإن لم نجعله لوثاً، لم نجعل قول الواحد منهم لوثاً، وأما الذين لا تُقبَلُ روايتهم؛ كالصُّبِيَّةِ والفَسَقَةِ وأهل الذمة، فهل يكون قولهم لوثاً؟ فيه وجهان:

أحدهما: وهو المذكور في «التهذيب»: المنع؛ لأنه لا اعتبار بقولهم في الشَّرْعِ.

وأرجحهما على ما قاله ابن الصَّبَّاح وغيره: نعم، لأن الغالب أن اتفاق الجماعة الكبيرة على الإخبار عن الشيء كيف كان لا يكون إلا عن حقيقة، واختلفت الرواية عن أبي إسحاق، فمنهم من روى عنه الوجه الأول، ومنهم من روى عنه الثاني وعن «المنهاج» للشيخ أبي محمد؛ أنه يحصل اللوث بقول الصُّبِيَّانِ والفَسَقَةِ دون الكفار وليس من موجبات اللوث قولُ المجرور: جَرَحَنِي أو قَتَلَنِي فلانٌ أو دَمِي عند فلان؛ لأنه منعٌ، فلا يعتمد قوله، وقد يكون بينه وبين غيره عداوةً فيقصدُ إهلاكه.

وقال مالك: هو لوثٌ.

وليعلم قوله في الكتاب: «والأطراف» بالواو [للوجه المذكور]<sup>(٢)</sup>.

وقوله «قولان» في مسألة العبد، بالواو؛ للطريقة القاطعة بجريان القَسَامَةِ في «شرح مختصر الجويني» أن ابن سريج وأبا إسحاق يذهبان إليها.

(١) قال في الخادم: حكاية الراعي الوجهين غريب بل الذي نص عليه الشافعي في الأم وأورده الأصحاب أنه لا يثبت اللوث وإنما المثبت له احتمال لابن الصَّبَّاح فإنه قال: وإن شهد عبيد أو نساء جماعة كان ذلك لوثاً وشرط أصحابنا أن يكونوا جاؤوا متفرقين بحيث لا يظن منهم التواطؤ لا يمنع الظن تجويز كذب الواحد المصدوق في الظاهر، وحكي في البحر عن الأصحاب المنع. وقال إنه ظاهر كلام الشافعي، ثم ذكر احتمال ابن الصَّبَّاح قال صاحب الخادم: وهو ضعيف فلا يكفي مجرد حصول الظن بل لا بد من ظن يؤكد.

(٢) سقط في ز.

وقوله «يغلب على الظن» أي صدق المدّعي.

وقوله «كقتيل في محلّة بينهم عداوة» يجوز أن يُعلّم بالميم.

كذا جميع طرق اللوث المذكورة في الكتاب، سوى شهادة العَدْل الواحد؛ لأن صاحب «البيان» نقل عن مالك أن شيئاً منها ليس بلوثٌ سوى شهادة العَدْل الواحد [وقوله «تَفَرَّقَ» عنه جماعةٌ محصورون] كان الإشارة بلفظ «المحصورين» إلى أن الجماعة لو كانوا بَحِيث لا يُتصوّر اجتماعهم على القتل، فلا تسمع الدعوَى عليهم، ولا يُمكن من القسامة عليهم على ما مرّ، ولو ازدحَمَ الجَمْعُ الذين لا يُتصوّر اجتماعهم على القتل في مضيق وتَفَرَّقوا عن قتيل، فادعى الولي القتل على عددٍ منهم يُتصوّر اجتماعهم على القتل، فينبغي أن يُقبَل<sup>(١)</sup> ويُمكن في القسامة، كما لو ثبت اللوث في حق جماعة محصورين، وادّعى الولي القتل على بعضهم.

وقوله: «أو قتيل في صفّ الخَضَمِ المقابل» قد يفهم منه أنه وجد في صفّ الخضم المقابلين لصفة، لكنه ليس بشرط، بل لا فرق بين أن يوجد في صفّ نفسه أو صفّ الخَضَمِ أو بين الصفيين فالمعنى: وقتل كان في صفّ الخضم المقابل.

وقوله: «وعلى رأسه رجلٌ معه سكينٌ» لم يتعرّض لتضمخه بالدم، وعرض له في الوسيط» ولذلك ذكر أكثرهم تَلَطُّخَ السكين أو يَلطُخُ الثوب، ولا يَبْنَعُدُ أن لا يشترط ذلك. وقوله «ليس بلوث» [مُعلّم]<sup>(٢)</sup> بالميم.

وقوله «وقولٌ واحد ممن تُقبَلُ شهادته لوثٌ» يمكن أن يُعلّم بالواو؛ لأن صاحب «التتمة» قال: إذا شهدتما بما يدعيه عدلٌ واحدٌ، فيبئني على اختلاف الأصحاب في الشاهد واليَمِين؛ في أن الحُكْمَ يقع بالشهادة واليَمِينُ مرّجحة، أو يقع باليَمِينِ أو بهما، إن قلنا: الحُكْمَ يقع باليَمِينِ، والشهادة مرّجحة، كان ذلك لوثاً، وإن قلنا: الحُكْمَ بالشهادة أو بهما، لم يكن لوثاً، ولكن يحلف المدّعي مع شاهده، إلا أنه لا يثبت القصاص، ثم إن شهد العَدْلُ الواحدُ بعد دعوى المدّعي، فاللوث حاصل، وإن تقدم قول العَدْلِ على الدعوَى، فينبغي أن يُكتَفَى به؛ لِحُصُولِ اللوث، ولا يُجْعَلُ السبيلُ فيه سبيلَ الشهادات المخصوصة بمَجْلِسِ الحُكْمِ المسبوقة بالدعوَى، وفي لفظ الكتاب إشعارٌ به؛ حيث قال: «وقول واحدٍ ممن تُقبَلُ شهادته لوثٌ»، وكذا الحال في قول العبيد والصبية؛ فلا ينبغي أن يفرق بين أن يتقدّم على الدعوَى أو يتأخّر.

وقوله «وقول جَمْعٍ ممن يُقبَلُ روايتهم لوثٌ» يجوز إعلامه بالواو؛ للوجه الفارق [والله أعلم].

(٢) سقط في ز.

(١) في ز: يقتل.

## «فُرُوعٌ»

ذكر في «التهذيب»: أنه لو وقع في ألسن الخاصِّ والعامِّ أنَّ فلاناً قَتَلَ فلاناً، فهو لوث عليه، ولا فزق في القسامة بين أن يدَّعي المُسَلِّم على المُسَلِّم، أو يكون أحدهما كافراً، وعن مالك: أنه لا يُقسِم الكافر على المُسَلِّم، قال الإمام: وإذا عاينَ القاضي ما هو لوث، فله الاعتماد عليه، ولا يخرج على الخلاف في قضائه بعلمه؛ لأنه يقضي بالأيمان، وفي «التتمة»: أن القتل إذا وُجد قريباً من قرية، وليس هناك عمارة أخرى، ولا من يقيم في الصحراء، ثَبَت اللوث في حقِّهم، يعني إذا وجدت العداوة [وكننا] نحكم باللوث [إذا] وجد القتل فيها، فكذلك إذا وجد قريباً منها، قال: ولو وجد قتيل بين قريتين أو قبيلتين، ولم يُعرف بينه وبين واحدة منها عداوة؛ فلا يجعل قُربه من إحداهما لوثاً؛ لأن العادة قد جرت بأن يُبعد القاتل القاتل عن فئائه؛ ويثقله إلى بقعة أخرى دُفعاً للثمة عن نفسه، وما روي في الخبر والأثر على خلاف ما ذكرنا، فإن الشافعي - رضي الله عنه - لم يثبت إسناده.

قال الغزالي: وأما مُسَقِطَات اللُوثِ فَخَمْسَةٌ: الأولى: أن يتعَدَّر إظهاره عند القاضي فلو ظهر عند القاضي على جمع فليُدَّعي أن يُعَيَّن، فلو قال: القاتل واحدٌ منهم فحلَّفوا إلا الواحد فله القسامة على ذلك الواحد لأنَّ نكولهُ لوث، فلو نكلوا جميعاً فقالَ ظهرَ لي الآن لوثٌ مُعَيَّن وقد سبقَ منه دعوى الجَهِلِ ففِي تَمَكِينِهِ مِنَ القَسَامَةِ وَجُهَانِ.

قال الزافعي: قد توجد الأمانة المشعرة بصدق المدعي، لكن يعارضها ما يسقط أثرها، ويُبطل الظنَّ الحاصل بها عند تجريد النظر [إليها]، فتكلم بعد الكلام في الأمارات في الأمور التي يسقطها، وعدّها خمسة:

أولها: أن يتعذر إثباته عند القاضي، ولا يخفى أن تسمية تعذر الإثبات مُسَقِطاً توسع وتساهل، وأنه إذا لم يثبت اللوث، لم يُمكن المدعي من القسامة، وإذا ظهر اللوث في حق جماعة، فللولي أن يعين بعضهم من واحد أو أكثر، ويدَّعي عليه؛ لأن اللوث كذلك يظهر؛ وقليلاً ما يتفق اختصاصه بالشخص الواحد، لكن لو قال الولي: القاتل أحدهم ولست أعرفه، لم يتمكّن من القسامة، وله أن يحلّفهم، فإن حلّفوا، إلا واحداً منهم، فنكلوه يُشعِرُ بأنه القاتل، ويكون لوثاً في حقه، فإذا طلب المدعي أن يُقسِم عليه، مُكِّن منه، ولو نكل الجميع ثم عيّن المدعي أحدهم وقال: قد بان لي أنه القاتل، وطلب أن يُقسِم عليه؟ فوجهان:

أحدهما: أنه لا يُمكن منه؛ لأنه قد اعترف بالجَهِلِ أولاً.

وأشبههما: التمكن؛ لأن اللوث حاصل في حقهم جميعاً، وقد يظهر له بعد

الاشتباه أن القاتل هو الذي عينه، ويقرب هذا الخلاف من الخلاف فيما إذا قال المدعي: لا بينة لي، ثم جاء بينة.

قال العزالي: الثاني: إذا ظهر اللوث في أصل القتل دون كونه خطأ أو عنداً يمنع من القسامة على أحد الوجهين إذ ليس يتعين للخطاب العاقلة ولا الجاني.

قال الرافعي: إذا ظهر اللوث في أصل القتل دون كونه خطأ أو عنداً، فهل يتمكن الولي من القسامة على أصل القتل؟ ذكروا فيه وجهين:

أحدهما: نعم؛ لأنه إذا ظهر القاتل، خرج الدم عن كونه باطلاً مهذراً.

وأظهرهما: المنع؛ لأن مطلق القتل لا يفيد مطالبة القاتل، بل لا بد من ثبوت العندية، ولا مطالبة العاقلة، بل لا بد وأن يثبت كونه خطأ أو شبه عندي، وههنا كلمات.

إحدهما: إن مكثه من القسامة على أصل القتل، فعدم ظهور اللوث في صفة القتل، ليس مانعاً من أصل القسامة، ولا مسقطاً أثر اللوث، وإن لم يمكنه، فاللوث المعتبر لم يحصل، ففي تسميته مسقطاً تساهل وتوسع.

والثانية: قدمنا أن الدعوى لا بد، وأن تكون مفصلة، وأشرنا إلى خلاف فيه، فإن ادعى الولي وفصل، وظهرت الأمانة المشعرة بما يدعيه، فذاك، وإن فصل، وظهرت أمانة أصل القتل دون الصفة، ففي القسامة على ما ظهرت أمارته، هذا الخلاف، وإن احتملنا كون الدعوى مجهولة، فإذا أطلق الدعوى، وظهر اللوث في مطلق القتل، فيجوز هذا الخلاف، وعلى هذا التصوير ينطبق ما ذكره صاحب «التهذيب»: أنه لو ادعى على رجل أنه قتل أباه، ولم يقل<sup>(١)</sup>: عمداً ولا خطأ، وشهد له شاهد، لم يكن ذلك لوثاً؛ لأنه لا يمكنه أن يخلف مع شاهده، ولو خلف لا يمكن الحكم به؛ لأنه لا يعلم صفة القتل، حتى يستوفي موجب، هذا لفظه.

والثالثة: ما ذكرناه في الفصل يدل على أن القسامة على القتل الموصوف تستدعي ظهور اللوث في القتل الموصوف، فقد يفهم ما أطلقه الأصحاب أن اللوث في أصل القتل، إذا ظهر، كفى؛ لتمكن الولي من القسامة على القتل الموصوف، وما هو بعيد؛ ألا ترى أننا ذكرنا أنه لو ثبت اللوث في حق جماعة وادعى الولي على بعضهم، جاز ويمكن من القسامة، فكما لا يعتبر ظهور اللوث فيما يرجع إلى الأفراد والاشترار، جاز ألا يعتبر ظهور<sup>(٢)</sup> اللوث فيما يرجع إلى صفتي العمد والخطأ.

(١) في ز: نقل.

(٢) في ز: ظهوره.

قال العزالي: الثالث أن يدعي الجاني كونه غائباً فإذا حلف سقط بيمينه أثر اللوث، فإن أقام على الغيبة بينة بغد الحكم بالقسامة نقض الحكم، ولو كان وقت القتل محبوساً أو مريضاً ولم يمكن كونه قاتلاً إلا على بغد ففي سقوط اللوث به وجهان.

قال الرافعي: إذا أنكر المدعى عليه اللوث في حقه بأن قال: لم أكن مع القوم الذين تفرقوا عن هذا القتيل، أو لست الرجل الذي وجد على رأسه، وفي يده السكين المتضمن بالدم أو لست الذي رُئي من بعيد يضربه فعلى المدعي البينة على قيام الأمانة التي يدعيها، فإن لم تكن بينة، حلف المدعى عليه على نفيها، وسقط اللوث، ويبقى مجرد الدعوى.

ولو قال: كنت غائباً يوم القتل أو ادعى على جمع، فقال أحدهم: كنت غائباً، فيصدق بيمينه؛ لأن الأصل براءة ذمته، وعلى المدعي البينة على حضوره يومئذ، أو على إقراره بالحضور، فإن أقام المدعي بينة على حضوره، والمدعى عليه بينة على الغيبة، ففي «الوسيط» أنهما يتساقطان، وقال في «التهذيب»: بينة الغيبة مقدمة؛ لأن معها زيادة علم، وهذا عند الاتفاق على أنه كان حاضراً من قبل، ويُعتبر في بينة الغيبة أن يقولوا: إنه كان غائباً إلى موضع كذا، أما لو اقتصروا على أنه لم يكن ههنا، فهذا نفي محض لا تسمع الشهادة به<sup>(١)</sup>.

ولو أقسم المدعي، وحكم الحاكم بموجب القسامة، ثم أقام المدعى عليه البينة على غيبته يوم القتل، أو أقر المدعي نقض الحكم، واسترد المال، وكذا لو قامت البينة على أن القاتل غيره، ولو قال الشهود: لم يقتله هذا، واقتصروا عليه، لم تقبل شهادتهم، ولو كان محبوساً<sup>(٢)</sup> أو مريضاً يوم القتل، فهل هما كالغيبة، حتى يسقط اللوث، إذا ثبت الحال بالبينة أو بإقرار المدعي؟ فيه وجهان، وموضع الوجهين ما إذا أمكن أن يكون قاتلاً، لكن بضرب حيلة وتصوير بعيد، وبالمعنيين يوجه الوجهان، والأشبه إلحاقهما بالغيبة لانخرام الظن بالقتل.

وقوله «أن يدعي الجاني» يعني المدعى عليه سماً جانياً؛ لأنه تدعى عليه الجنابة، ويجعل<sup>(٣)</sup> في محل الجناب<sup>(٤)</sup>.

قال العزالي: الرابع: لو شهد شاهد بأن فلاناً قتل أحد هذين القتيلين لم يكن لوثاً، ولو قال: قتل هذا القتيل أحد هذين الرجلين فهو لوث لأن تعيين القاتل يغسر، وقيل: لا لوث في الموضعين.

(١) في ز: عليه.

(٢) في أ: مريضاً أو محبوساً.

(٤) في ز: الجنابيين.

(٣) في ز: ويدعي.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا شَهِدَ شَاهِدٌ أَوْ شَاهِدَانِ؛ بِأَنَّ فُلَانًا قَتَلَ أَحَدَ هَذَيْنِ الْقَتِيلَيْنِ، لَمْ يَكُنْ لَوْثًا؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يُوَقَّعُ فِي الْقَلْبِ صَدْقَ وَلِيِّ أَحَدِهِمَا، إِذَا ادَّعَى الْقَتْلَ عَلَيْهِ، وَلَوْ شَهِدَ أَوْ شَهِدَا فِي الْقَتْلِ الْوَاحِدِ؛ بِأَنَّهُ قَتَلَهُ أَحَدُ هَذَيْنِ الرَّجُلَيْنِ، ثَبَّتَ اللَّوْثَ فِي حَقِّهِمَا، حَتَّى إِذَا عَيَّنَ الْوَلِيَّ أَحَدَهُمَا، وَادَّعَى عَلَيْهِ، كَانَ لَهُ أَنْ يُقْسِمَ كَمَا لَوْ تَفَرَّقَ اثْنَانِ أَوْ جَمَاعَةٌ عَنِ قَتْلِ عَلَى التَّصَوُّرَاتِ الَّتِي سَبَقَتْ، وَفِيهِ وَجْهٌ أَنَّهُ لَا لَوْثَ فِي الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ أَيْضًا، لِلِإِبْهَامِ<sup>(١)</sup> كَمَا فِي الْأَوَّلِيِّ، وَالظَّاهِرُ الْفَرْقُ، وَيُحْكِي ذَلِكَ عَنِ الْقَاضِي الْحُسَيْنِ.

وقوله «لأن تعيين القاتل يعسر»<sup>(٢)</sup> معناه أن القاتل يُخْفِي القتل ما أمكنه دفعاً للمخذور عن نفسه فيعسر تعيينه، وإن ظن القتل بأحد الشخصين أو الجماعة، والقتيل بخلافه، وعد المسألة من المسقطات ليس بواضح أيضاً؛ فإن الكلام في أنه هل هو لوث أم لا؟

قال العزالي: الحامس تكذيب أحد الورثة هل يعارض اللوث؟ فيه قولان، فإن قلنا: يبطل فلو قال أحدهما: قتل أبانا زيد ورجل آخر لا أعرفه وقال الآخر: قتله عمرو ورجل آخر لا أعرفه فلا يتكاذب فلعل ما جهله هذا علمه ذلك، ثم معين زيد مغترف بأن عليه نصف الدية وحصته منها الرُبُع فلا يطالب إلا بالرُبُع، وكذا مدعي عمرو.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا كَانَ لِلَّذِي هَلَكَ وَارِثَانِ كَابِتَيْنِ أَوْ أَحْوَيْنِ، فَقَالَ أَحَدُهُمَا: قَتَلَ مَوْرُثًا فُلَانًا، وَقَدْ ظَهَرَ عَلَيْهِ اللَّوْثُ، وَقَالَ الْآخَرُ: إِنَّهُ لَمْ يَقْتُلْهُ بَلْ كَانَ غَائِبًا يَوْمَ الْقَتْلِ، وَإِنَّمَا قَتَلَهُ فُلَانٌ أَوْ اقْتَصَرَ عَلَى نَفْيِ الْقَتْلِ عَنْهُ، أَوْ قَالَ: إِنَّهُ [بِرَأ] مِنَ الْجِرَاحَةِ، وَمَاتَ حَتْفَ أَنْفِهِ، فَهَلْ يَبْطُلُ تَكْذِيبُهُ اللَّوْثَ، وَيُتَمَنَعُ الْأَوَّلُ مِنَ الْقِسَامَةِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ مَنْصُوصَانِ فِي «الْمَخْتَصَرِ».

أحدهما، وهو اختيار المزني: لا، كما أن في سائر الدعاوى لا يسقط تكذيب أحد الوارثين حق الثاني، وأيضاً، فإن اللوث دلالة بنقل اليمين إلى جنب المدعي، فتكذيب أحد الوارثين لا يمنع الآخر من اليمين، كما لو ادعى أحد الوارثين ديناً للمورث، وأقام عليه شاهداً واحداً، وكذبه الثاني لا يمنعه التكذيب من أن يخلف مع شاهده، وأيضاً، فلو كان أحد الوارثين صغيراً أو غائباً، كان للبالغ الحاضر أن يقسم مع احتمال التكذيب من الثاني، إذا بلغ أو قديم.

والثاني: أنه يبطل اللوث؛ لأن إنكار الثاني يدل على أنه ليس بقاتل، فإن النفوس مجبولة على الانتقام من قاتل المورث، وإذا انخرم ظن القتل، بطلت القسامة، والأصح

(١) في ز: لإبهام.

(٢) في ز: يعتبر.



من القولين عند صاحب «التهذيب»: الأول، وكلام العراقيين وغيرهم يميل إلى ترجيح<sup>(١)</sup> الثاني، وفرّقوا بين الشاهد واليمين، وبين ما نخن فيه؛ بأن شهادة الشاهد محقّقة، وإن كذب الآخر، وهي حجّة في نفسها، واللوث ليس بحجّة، وإنما هو ظنّ مرجّح، وتكذيبه يبطل ذلك الظنّ، وفيما إذا كان أحدهما صغيراً أو غائباً، لم يوجد التكذيب الجازم للظنّ، كما إذا ادعى أحدهما، ولم يساعد الآخر، ولم يكذب، كان للمدعي أن يُقسّم، وفي موضع القولين طريقتان:

أحدهما: أن القولين فيما إذا كان المكذب عدلاً، أما إذا كان فاسقاً، فقوله غير معتبر في الشرع، فلا تتعطل<sup>(٢)</sup> به القسامة.

وأصحهما: أنه لا فرق، فإن قول الفاسق فيما يُسقط حقه مقبول؛ لانقضاء التهمة، ويُحكى هذا عن نصه - رضي الله عنه - في «الأم» فإن قلنا: لا يبطل اللوث، فللمدعي أن يُقسّم ويأخذ حقه من الدية، وهو النصف، ولا بد، وأن يحلف خمسين يمينا، فإن أيمان القسامة ما لم تيمّم لا يؤخذ بها شيء، ولا يخرج على الخلاف فيما إذا اتفق الورثة على الدعوى أن الأيمان توزّع أو يخلف كل واحد منهم خمسين، وإذا قال أحد الابنين: قتل أبانا زيد، وقال الآخر: بل عمرو، وقلنا: لا يبطل اللوث بالتكاذب، فيُقسّم كل واحد منهما على من عيّنه، ويأخذ نصف الدية، وإن قلنا: يبطل، فلا قسامة، وكل واحد منهما، يحلف من عيّنه، ولو قال أحد الابنين: قتل أبانا زيد ورجل آخر لا أعرفه، وقال الآخر: قتله عمرو ورجل آخر لا أعرفه، فلا تكاذب منهما؛ لاحتمال أن الذي أبهم هذا، ذكره هو، الذي عيّنه الآخر، وكذلك بالعكس، فلكل واحد أن يقسم على من عيّنه، ويأخذ منه ربع الدية؛ لاعترافه بأن الواجب على من عيّنه نصف الدية، وحصته منه نصفه، ثم إن عاد أو قال كل واحد منهما: قد تبين لي أن الذي أبهمت ذكره هو الذي عيّنه الآخر<sup>(٣)</sup>، فلكل واحد منهما أن يُقسّم على الآخر، ويأخذ منه ربع الدية، ويخلف خمسين يمينا أو خمسا وعشرين؟ فيه خلاف يأتي [في]<sup>(٤)</sup> نظائره، وإن قال كل واحد منهما: الذي أتهمت ذكره ليس الذي عيّنه أخي، حصل التكاذب، فإن قلنا: تبطل القسامة، ردّ كل واحد ما أخذ بها، وإلا، أقسم كل واحد منهما على من عيّنه ثانياً، وأخذ منه ربع الدية، ولو قال الذي عيّن زيدا تبين لي أن الذي أبهمت ذكره عمرو الذي عيّنه أخي، وقال الذي عين عمراً تبين لي أن الذي أبهمت ذكره رجل آخر لا زيد فالذي عيّن عمراً لم يكذب أخوه، فله أن يُقسّم على

(٢) في ز: يبطل.

(٤) سقط في ز.

(١) في ز: ترجح.

(٣) في ز: أخي.

عمرو، ويأخذ منه ربع الدية، والذي عيّن زيداً، كذّبه أخوه، فإن قلنا: تبطل القسامة بالتكذيب، ردّ ما أخذ، وحلف المدعى عليه، وإلا، أقسم على من عينه وأخذ منه ربع الدية، والذي عيّن زيداً كذّبه أخوه، فإن قلنا: تبطل القسامة بالتكذيب، ردّ ما أخذ، وحلف المدعى عليه، وإلا، أقسم على من عينه، وأخذ منه ربع الدية ولو قال أحد الابنين: قتل أبانا زيدٌ وحده، وقال الآخر: قتله زيدٌ وعمرو بالشركة، فإن قلنا: إن التكاذب لا يبطل القسامة، فيقسم الأول على زيد، ويأخذ منه نصف الدية، ويُقسم الثاني عليهما، ويأخذ من كل واحد ربع الدية، وإن قلنا: إنه يبطلها، فالتكاذب ههنا في النصف، قال أبو سعيد المتولي: وهل يؤثر في بطلان اللوث والقسامة في الكلّ ينبي على ما إذا شهد لشخصين، وردّت شهادته لأحدهما، هل تبطل في حق الآخر؟ إن قلنا: نعم، فكذلك القسامة، وإن بعضنا الشهادة، فكذلك نبعض القسامة، وهذا ما أورده غيره، وقالوا: يقسم الأول على زيد، ويأخذ منه ربع الدية، لأن ما بقي فيه اللوث من حصة النصف.

والثاني: يُقسم عليه ويأخذ ربع الدية<sup>(١)</sup>، ولا يقسم على عمرو؛ لأن أخاه كذّبه في الشركة، والأول يحلف زيداً، لما بطلت فيه القسامة، والثاني يحلف عمراً، ولو قال أحدهما: قتل أبانا زيدٌ وعمرو، وقال الآخر: لا بل قتله بكرٌ وخالد، فإن أبطلنا القسامة بالتكذيب، لم يُقسم واحد منهما، ويحلف كل واحد منهما اللذين عيّنهما، وإن لم يبطلها، أقسم كل واحد منهما على اللذين عيّنهما، وأخذ من كل واحد ربع الدية، [والله أعلم].

قال الغزالي: وليس من مبطلات اللوث ألا يكون على القليل أثر جرح وتخييق.

قال الرافعي: لا يشترط في القسامة ظهور الجراحة والدّم، ولا يبطل اللوث بالخلو<sup>(٢)</sup> عنهما؛ لأن [القتل]<sup>(٣)</sup> قد يحصل بالخنق وعصر الخضية والقنبض على مجرى النفس، فإذا ظهر أثر الخنق أو الضرب<sup>(٤)</sup> أو العصر الشديد؛ قام ذلك مقام الجراحة والدم.

وقال أبو حنيفة: إن لم تكن جراحة ولا دم، فلا قسامة، وإن وجدت الجراحة ثبتت القسامة، وإن وجد الدم دون الجراحة، فإن خرج من أنفه، فلا قسامة، وإن خرج من العين أو الأذن، ثبتت القسامة.

وأعلم؛ لمذهبه قوله في الكتاب: «وليس من مبطلات اللوث ألا يكون على

(٢) في ز: بالخلق.

(١) في ز: الربع.

(٤) في ز: أو الضرب الشديد.

(٣) في أ: القتل.

القتيل أثرٌ جُرح أو تخنيق» ولك<sup>(١)</sup> أن تمحو هذه العلامة؛ [لأنه]<sup>(٢)</sup>، وإن شرط ذلك في القسامة، فلا نجعله مبطلاً للوث، بل لا اعتبار باللوث عنده، والقسامة عنده على خلاف ما هي عندها، كما مرّ، ولو لم يوجد أثر أصلاً، قال الصيدلاني وصاحب التمتة: فلا قسامة، لاحتمال أنه مات فجأةً، والأصل أن غيره لم يتعرض له، وقال الإمام: إذا صودف ميت لا أثر [عليه] أصلاً، وقد قيل: الأخذ على الأنف إلى انخناق النفس يسود وجه الميت، ويشور الدم صعداً، فإذا لم يظهر أثر، فالحمل على الموت الوفاقي ممكن، فهذا فيه بغض النظر، وإذا فاضت النفس، فقد ينعكس الدم إلى مقره، والأمر محتمل، والعلم عند الله، وهذا السياق يُشعر بأن الظاهر أنه لا يعتبر ظهور الأثر أصلاً، وكذلك ذكر القاضي الروياني، والمتوجّه ما مرّ.

ولا بد أن يُعلم أنه قتل، ثم يبحث عن القاتل، وإذا وُجد بعض الشخص في المجلة، وتُحقّق موته، ثبتت القسامة، سواء وجد منه الرأس أو البدن، وسواء وجد الأقل [من البدن]<sup>(٣)</sup> أو الأكثر، فإذا وُجد بعضه في مجلة، والبعض في أخرى، فللولي أن يعين، ويقسم. وعند أبي حنيفة: إن وُجد الرأس أو معظم البدن، ثبتت القسامة، وإلا، فلا قسامة.

قال العزالي: الركن الثاني: كيفية القسامة وهو أن يخلف المدعي خمسين يمينا متواليّة في مجلس واحد بعد التخدير والتغليظ فلو كان في مجلسين فوجهان، فإن قلنا: تجب الموالاة فإن جن ثم أفاق يبنى للمعذر، ولو عزل القاضي استأنف، ولو مات في أثناءه استأنف الوارث، ولا قسامة في غيبة المدعي عليه على أحد الوجهين؛ لأنها ضعيفة بخلاف البيّنة.

قال الرافعي: أيما القسامة خمسون على ما روينا في الخبر، وكيفية اليمين كما في سائر الدعوى، ويذكر المدعي في اليمين؛ لقد قتل هذا، ويشير إليه أو يقول: لقد قتل فلان بن فلان، ويرفع [في] نسبه أو يعرفه بما يمتاز به من قبيلة أو صناعة أو لقب، ويعرفه كذلك منفرداً بقتله، وإن ادعى على اثنين، فإن قتلاه منفردين بقتله نصّ الشافعي - رضي الله عنه - على ذكر الأفراد، واختلف الأصحاب فيه، فمن قائل إنه تأكيد وإلا ففضية قولنا قتل فلان فلاناً انفراده به، ومن قائل؛ إنه شرط، لجواز الانفراد بالقتل في الصورة مع الاشتراك في حكم القتل، كالمكره مع المكره، ويتعرض لكونه عمداً أو خطأً، وذكر الشافعي - رضي الله عنه - أنه لو ادعى الجاني أنه برىء من الجراح، زاد

(٢) سقط في ز.

(١) في ز: ذلك.

(٣) سقط في ز.

في اليمين وما برىء<sup>(١)</sup> من جراحة فلان، حتى مات منها، واعترض عليه بوجهين: أحدهما: أنه إذا ادعى البرء<sup>(٢)</sup> من الجراحة، فقد اعترف بها، فكيف يخلف المدعي.

والثاني: [أنه]<sup>(٣)</sup> قد سبق أن الجاني والولي إذا اختلفا في الاندمال، وقد مضى زمانٌ يُمكن فيه الاندمال، فالقول قول الجاني على الظاهر، فلم يُجعل ههنا القول قول المجني عليه، ويحلف عليه.

وأجيب<sup>(٤)</sup> عن الأول: بأن دعوى البرء من الجراحة تقتضي الاعتراف بالجراحة في نفسها، لا الاعتراف بجراحة نفسه، ويجوز أن يريد أن الجراحة التي ينسبها إليّ كان قد برىء منها، ثم مات، ويكون غرضه من ذلك إبطال اللوث.

وعن الثاني بوجوه، فعن أبي إسحاق أن المسألة مفروضة فيما إذا كان للمدعي بينة على أنه لم يزل ضمناً متألماً، حتى مات أو اعترف المدعي عليه بذلك لكنه ادعى أنه مات بسبب حدث، فيحلف المدعي، ويصدق؛ لأن الظاهر معه، وقيل: إنها مفروضة فيما إذا اختلفا في أنه هل مضت مدة يُمكن فيها الاندمال، فالقول قول الولي؛ لأن الأصل أنها لم تمض، وقيل: إن صورة تصديق الجاني ما إذا لم يكن هناك لوث، فأما إذا وجد اللوث، فيصدق الولي كما يجعل اليمين في جانبه احتياطاً للدم. وفي الفضل مسائل:

أحداها: يُستحب للقاضي أن يحذر المدعي، إذا أراد أن يخلف، ويعظه، ويقول: أتق الله تعالى، ولا تخلف إلا عن تحقق، ويقرأ عليه: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ﴾ [آل عمران: ٧٧] الآية.

والقول في التغليظ في اليمين بالزمان والمكان واللفظ منه ما مرّ في اللعان، ومنه ما هو مؤخر إلى الدعاوى والبيّنات.

الثانية: هل يُشترط أن تكون متوالية؟<sup>(٥)</sup> فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن للموالة وقعاً في النفوس وأثراً في الزجر والردع.

وأظهرهما، وهو الذي أورده أكثرهم: أنها لا تُشترط؛ لأن الأيمان من جنس

(١) في ز: فما يرى.

(٢) في ز: أكبر.

(٣) سقط في ز.

(٤) في ز: وأجب.

(٥) وعلّة الوجه الثاني أن الموالة لها أثر في الزجر والردع وهذا هو الأشبه في اللعان وقرق الأول بينهما بأن اللعان أولى بالاحتياط لأنه تتعلق به العقوبة البدنية ويختل به النسب وتشيع الفاحشة.

الحُجَج، والتفريقُ مع الحجج لا يَقْدَح كما إذا شهد الشهودُ متفرِّقين، وعلى هذا فلو حلَّفه القاضي الخمسينَ في خمسين يوماً، جاز.

وعن نصّه - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - في «الأم»<sup>(١)</sup> أنه لو حلَّفَ بغضِ الأيمان، ثم استنظر القاضي، أنظَره، وإذا عَادَ أَعْتَدَ له بما مضى، والوجهان قريان من الوجهين في اشتراط الموالاتة في كلمات اللعان، لكن ذكرنا هناك أن الأشبه الاشتراط، ويُمكن أن يفرق بأن اللعان أولى بالاحتياط؛ من حيث إنَّه يتعلَّق به العقوبة البدنية، ومن حيث إنه يختلُّ به النسب وتشيع الفاحشة.

**الثالثة:** إذا جُنَّ المدعي في خلال الأيمان أو أُعْجِمِي عليه، ثم أفاق، فَيُنْتَى، ولا يجب الاستئناف، أما إذا لم نُشْطَرط الموالاتة، فظاهر، وأما إذا شرطناها، فلقيام العذر، ولو عُزِلَ القاضي، أو مات في أثنائها، وولَّى غيره، فالذي أورده في الكتاب، وهو الجواب في «التهذيب» وغيرهما: أن القاضي الثاني يستأنف: الأيمان، كما لو عُزِلَ القاضي أو مات بعد سماع البيّنة، وقبل الحُكْم، وكما إذا أقام شاهداً واحداً، وأراد أن يخلف معه، فعُزِلَ القاضي، وولَّى غيره<sup>(٢)</sup>، لا بُدَّ من استئناف الدعوى والشهادة، وحُكِّيَ قول عن نصّه - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - في «الأم»: أن القاضي الثاني يَعْتَدُ بما سبق من الأيمان، وذكر الروياني: أنه الصحيح، لكن «صاحب التتمة» حمل النصَّ على ما إذا حلَّفَ المدَّعَى عليه بغضِ الأيمان تفريعاً على التعدُّد ثم مات القاضي أو عُزِلَ، وولَّى غيره، فإنه يَعْتَدُ بالأيمان السابقة، وفَرَّقَ بأن يمين المدَّعَى عليه على النفي، فتقع نافذة بنفسها، ويمين المدَّعَى للإثبات فيتوقَّف على الحكم، والقاضي الثاني لا يَحْكُم بحجة أقيمت عند الأول كما في الشهادة، وذكر أن عُزِلَ القاضي وموَّته بعد تمام الأيمان كالعزل في أثنائها في الطَّرْفَيْن، وأنه لو عزل القاضي في أثناء الأيمان من جانب المدَّعَى أو المدَّعَى عليه، ثم وُلِّيَ ثانياً فيبني على أن الحاكم هل يحكم بعلم نفسه؟ إن قلنا: لا، فيستأنف، وإن قلنا: نعم، فيبني، ولو أن الولي المُقسِّم ومات في أثناء الأيمان، فقد نص في «المختصر»: أن وارثه يستأنف، ولا يبني؛ لأن الأيمان كالحُجَّة الواحدة، ولا يجوز أن يستحق أحد شيئاً بيمين غيره، [ليس كما إذا جُنَّ ثم أفاق؛ فإنَّ الحالف واحدٌ قال الروياني]<sup>(٣)</sup> وليس كما إذا أقام شطر البيّنة ثم مات حيث يَضُمُّ وارثه إليه الشطر الثاني، ولا يستأنف؛ لأن شهادة كلِّ شاهد بها مستقلة منفردة عن شهادة الآخر، ألا ترى أنه إذا انضمت اليمين إليها قد يحكم بها، وأيمان القسامة لا استقلال لبعضها، ألا ترى أنه لو انضم إليه شهادة شاهد، لا يحكم بهما، وعن الخضرى: أن الوارث يبني على

(١) في ز: الآخر.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: آخر.

إيمان الموروث<sup>(١)</sup>، وبنى الشيخ المتولي ذلك على أن إيمان القسامة توزع على أولياء الدم أو يخلف كل واحد منهم خمسين يمينا؟ فإن قلنا: يحلف كل واحد خمسين يمينا استأنف الوارث؛ لأن من يقسم لا ينقص على هذا القول عن خمسين، وإن قلنا بالتوزيع، فيبني الوارث؛ لأننا نقول: الحق على هذا القول يثبت للمقتول، والورثة يحلفون بحكم الخلافة عنه وإذا ضمنا يمين بعض الورثة إلى بعض لإثبات الحق للموروث<sup>(٢)</sup> فأولى أن يكمل يمين المورث في إثبات حقه بيمين الوارث، قال: ولو مات بعد تمام الأيمان، حُكِمَ لورثته، كما لو أقام البينة على الدغوى، ثم مات، ولو مات المدعى عليه في أثناء الأيمان، إذا كنا نحلفه في غير صورة اللوث، أو لثكول المدعى في صورة اللوث، فيبني وارثه على أيمانه.

الرابعة: هل تجوز القسامة في غيبة المدعى عليه؟ فيه وجهان:

أظهرهما: نعم، كما يجوز إقامة البينة.

والثاني: لا؛ لأن اللوث ضعيف لا يعول عليه، إلا إذا سلم عن قدح الخصم، ولا يمنع من القسامة كون المدعى غائبا عن موضع القتل، كما لا يمنع كونه صبيا أو مجنونا<sup>(٣)</sup> وذلك لأنه قد يعرف الحال من بعد بإقرار المدعى عليه أو بالسمع ممن يثق به، ويدل عليه أن النبي ﷺ عرض في قصة عبد الله بن سهل - رضي الله عنه - اليمين على الأنصار مع أن القتل كان بخبير وهم كانوا بالمدينة<sup>(٤)</sup>.

وقوله في الكتاب: «وهو أن يخلف المدعى خمسين يمينا»، ليعلم بالحاء، لما ذكرنا أن عنده لا يخلف المدعى.

وقوله: «متولية في مجلس واحد» الخلاف في الموالة قد عرفت، ولا يشترط مع الموالة كونها في مجلس واحد، وذكر المجلس والمجلسين يكتفى<sup>(٥)</sup> به عن الموالة وعدمها، وهذا<sup>(٦)</sup> الذي عناه بقوله: «فلو كان في مجلسين فوجهان على ما هو مبين في الوسيط» ولم يجمع هناك بين ذكر الموالة وإيجاد المجلس.

وقوله «استأنف في مسألة عزل القاضي» مُعَلَّم بالواو، وكذا<sup>(٧)</sup> في التي بعدها، والله أعلم.

(٢) في ز: للمورث.

(٤) تقدم.

(٧) في أ: ولذلك.

(١) في ز: المورث.

(٣) في ز: جنيا.

(٥) في ز: بكى.

(٦) في ز: وهو.

قال العزالي: **فَإِنْ كَانَ الْوَارِثُ جَمَاعَةً فَبِهِ تَوَزِيعَ الْخَمْسِينَ عَلَيْهِمْ وَجِهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: يُوزَعُ يَخْلِفُ كُلُّ وَاحِدٍ بِقَدْرِ سَهْمِهِ مِنَ الْمِيرَاثِ، فَالْثُمْنُ وَالسُّدُسُ يَنْكَسِرُ فَيَتَمُّمُ الْيَمِينَ الْمُنْكَسِرَةَ.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَا يُسْتَحَقُّ بِالْقِسَامَةِ<sup>(١)</sup> يُسْتَحَقُّ بِخَمْسِينَ يَمِينًا؛ عَلَى مَا قَالَ ﷺ «تَخْلِفُونَ خَمْسِينَ يَمِينًا، وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ صَاحِبِكُمْ أَوْ قَاتِلِكُمْ»، فَإِنْ كَانَ الْوَارِثُ وَاحِدًا، وَهُوَ جَائِزٌ [التَّصْرَفُ]<sup>(٢)</sup> حَلَفَ خَمْسِينَ [يَمِينًا]<sup>(٣)</sup> وَأَخَذَ الدِّيَةَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ جَائِزًا، فَكَذَلِكَ يَحْلِفُ خَمْسِينَ، لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ أَخْذُ شَيْءٍ مِنَ الدِّيَةِ، إِلَّا بَعْدَ تَمَامِ الْحُجَّةِ، فَإِذَا حَلَفَ أَخَذَ قَدْرَ حَقِّهِ، [وَالْبَاقِي لَا يَثْبِتُ بِيَمِينِهِ بَلْ يَكُونُ الْحُكْمُ فِيهِ حَكْمٌ مِنْ مَاتَ، وَلَا وَارِثَ لَهُ، وَسَيَأْتِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى] وَإِنْ كَانَ لِلْقَتِيلِ وَارِثَانِ فَصَاعِدًا فَقَوْلَانِ:

أحدهما: **أَنْ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ يَخْلِفُ خَمْسِينَ يَمِينًا؛** لِأَنَّ الْيَمِينَ إِذَا تَوَجَّهَتْ عَلَى جَمَاعَةٍ لَزِمَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مَا كَانَ يَلْزَمُ الْوَاحِدَ، لَوْ انْفَرَدَ بِالْيَمِينِ الْوَاحِدَةِ فِي سَائِرِ الدَّعَاوِي وَلِأَنَّ اسْتِحْقَاقَ مَعْلُوقٍ بِالْخَمْسِينَ، وَكُلَّ وَاحِدٍ يَأْخُذُ مَا يَأْخُذُ بِيَمِينِ نَفْسِهِ، فَعَلِيهِ إِتْمَامُ الْخَمْسِينَ، وَكَذَلِكَ، لَوْ نَكَلَ [كُلَّ]<sup>(٤)</sup> وَاحِدٍ كَانَ عَلَى الْآخَرِ أَنْ يَخْلِفَ تَمَامَ الْخَمْسِينَ، حَتَّى يَأْخُذَ شَيْئًا.

وَأَصْحَبُهُمَا، وَبِهِ أَجَابَ ابْنُ الْحَدَّادِ: أَنَّ الْإِيمَانَ تَوَزَّعَ عَلَيْهِمْ عَلَى قَدْرِ مَوَارِيثِهِمْ، لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «يَخْلِفُونَ خَمْسِينَ يَمِينًا لَمْ يَوْجِبْ عَلَى الْجَمَاعَةِ إِلَّا خَمْسِينَ، وَالْقَوْلَانِ فِيمَا ذَكَرَ أَبُو سَعْدٍ الْمَتَوَلَّى مَبْنِيَانِ عَلَى أَنَّهُ تَجِبُ الدِّيَةُ لِلْوَارِثِ ابْتِدَاءً، أَوْ تَجِبُ لِلْقَتِيلِ ثُمَّ يَتَلَقَّهَا الْوَارِثُ مِنْهُ إِنْ قُلْنَا بِالْأُولَى، حَلَفَ كُلُّ وَاحِدٍ خَمْسِينَ، وَلَمْ يَسْتَحِقْ بَعْضُهُمْ شَيْئًا بِيَمِينِ بَعْضٍ، وَإِنْ قُلْنَا بِالثَّانِي، فَيُوزَعُ عَلَيْهِمْ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَحِقَّ وَاحِدًا، وَهُمْ خَلَفَاءُ، فَيَخْلِفُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِقَدْرِ خِلَافَتِهِ.

وَعَنِ الْمَاسْرُجِسِيِّ أَنَّ النَّصَّ فِي الْمُدْعِينَ أَنَّهُمْ يَخْلِفُونَ عَلَى قَدْرِ مَوَارِيثِهِمْ، وَفِيمَا

(١) اختلف أهل العلم في وجوب القصاص بالقسامة فذهب قوم إلى وجوب القصاص فيها لقوله ﷺ: «تحلفون وتستحقون دم صاحبكم» روي ذلك عن ابن الزبير وهو قول عمر بن عبد العزيز وإليه ذهب مالك وأحمد وأبي ثور هذا كما لو لم يكن هناك لوث ونكل المدعى عليه عن اليمين يحلف المدعى ويستحق القود. وذهب جماعة إلى أنه لا يجب به القود بل تجب الدية مغلظة في ماله روي ذلك عن ابن عباس وبه قال الحسن البصري والنخعي وهو قول الثوري وقول الشافعي في الجديد وأصحاب الرأي وإسحاق وتألوا قوله: دم صاحبكم «أي ديته».

(٣) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

إذا ادَّعى على جماعة، نصَّ على قولين، فمنهم مَنْ قال: فيهما قولان على سبيل الثَّقَل، وبه قال القاضي أبو حامد، ومنهم مَنْ خَصَّصَ القولين بجانب المدعى عليهم، لما سيأتي من الفرق، وقَطَعَ في المدعين بالتوزيع، فَحَصَلَتْ طَرِيقَةٌ قاطعةٌ بالتوزيع.

ويجوزُ أن يُعَلِّمَ؛ لها قوله في الكتاب: «قولان» بالواو.

التفريعُ: إن قلنا: يحلف كلُّ واحد منهم خمسين، فذاك، ولا إشكال، وإن قلنا بالتوزيع فتوزعُ الأيمان عليهم على قدر أنصبتهم، سواء كانوا أصحاب فروض أو عصباتٍ أو اجتماع<sup>(١)</sup> الصنفان<sup>(٢)</sup>، وإذا وقع كَسْرٌ تَمَنَّا المنكسر، فإذا كان له ابنان، حَلَفَ كل واحد خمساً وعشرين، وإن كانوا ثلاثة، حلف كل واحد سبْعَ عَشْرَةَ، وإن كانوا أربعة، حَلَفَ كلُّ واحدٍ ثلاثَ عَشْرَةَ، وحصَّةُ كلِّ واحد عند التوزيع اثنتا عشرة ونصف.

وإذا خلف زوجة وابناً، فَحصَّةُ الزوجة من الخمسين ستَّةٌ وربعٌ، وحصَّةُ الابن ثلاثة وأربعون، وثلاثة أرباع، فَتَحَلِفُ هي سبعاً، والابنُ أربعاً وأربعين.

وإن خَلَفَ أمًّا وابناً، فَحصَّتْها ثمانيةٌ وثلاثٌ فَتَحَلِفُ تسعاً، والابنُ اثنين وأربعين أيضاً. وإن خلف زوجة وبنْتًا، جُعِلت الأيمان بينهما على خمسة، فَتَحَلِفُ الزوجة عشراً، والبنْتُ أربعين، لأن نصيب البنت كنصيب الزوجة أربع مرات.

وفي زوج وبنْتٍ، تجعل الأيمان بينهما أثلاثاً؛ لأنَّ نصيبهما ضعفُ نصيب الزوج.

وإذا خَلَفَ أكثر من خمسين ابناً أو أختاً، حَلَفَ كلُّ واحد يميناً واحدة، وإن كانوا تسعةً وأربعين، حَلَفَ كلُّ واحد منهم يمينتين؛ لأن الواحدة التي تبقى تُقسَّمُ بينهم، ويتمُّ. وفي صورة الجدِّ والإخوة تقسَّمُ الأيمان كما يُقسَّمُ المال، وفي المعادة لا يحلف ولد الأب، إن لم يأخذ شيئاً، وإن كان يأخذ شيئاً حَلَفَ بقدر حقه، ففي جدِّ وأخ من الأبوين أو من الأب، تُجعل الأيمان بينهما نصفين.

وفي جدِّ وأخ من الأبوين وآخر من الأب يخلف الجدُّ ثلث الأيمان، وهو مع جبر المنكسر سبعة عشر، ويأخذ ثلث الدية، ويخلف الأُخُّ أربعة أتساع الأيمان، وهو مع جبر المنكسر ثلاثة وعشرون يميناً ويحلف الأخ من الأبوين أربعةً وثلاثين، ولا يخلف الأُخُّ من الأب؛ لأنه لا يأخذ شيئاً فلا يخلف لغيره.

وفي جدِّ وأخ من الأبوين وأختٍ من الأب يخلف الجدُّ خمسَ الأيمان، ويأخذُ خمسَ الدية، ويحلفُ الأُخُّ ثلاثة أخماس الأيمان، ويأخذُ ثلاثة أخماس الدية.

(٢) في ز: الصفات.

(١) في ز: أجمع.



وفي جَدِّ وَأَخٍ وَأَخْتِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ وَأَخْتِ مِنَ الْأَبِ، يَخْلِفُ الْجَدُّ ثَلَاثَ الْإِيمَانِ، وهو مع جَبْرِ الْمُنْكَسِرِ سِنَةَ عَشْرٍ، وَيَأْخُذُ ثَلَاثَ الدِّيةِ، وَيَخْلِفُ الْأَخَ أَرْبَعَةَ أَسْعَاءِ الْإِيمَانِ، وهي مع جَبْرِ الْمُنْكَسِرِ ثَلَاثَةَ وَعِشْرُونَ، وَبِلا جَبْرِ اثْنَانِ وَعِشْرُونَ وَتُسْعَانِ، وَتَخْلِفُ الْأَخْتَ لِلأَبَوَيْنِ تِسْعًا الْإِيمَانِ، وهي اثْنَا عَشْرَةَ يَمِينًا وَتُسْعًا الْخَمْسِينَ أَحَدَ عَشَرَ وَتُسْعَ، وَلَا تَخْلِفُ الْأَخْتَ لِلأَبِ.

وفي جَدِّ وَأَخْتِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ، وَأَخٍ مِنَ الْأَبِ يَخْلِفُ الْجَدُّ خُمْسِي الْإِيمَانِ، وَيَأْخُذُ خُمْسِي الْمَالِ، وَتَخْلِفُ الْأَخْتَ نِصْفَ الْإِيمَانِ، وَتَأْخُذُ نِصْفَ الْمَالِ، وَيَخْلِفُ الْأَخَ عَشْرَ الْإِيمَانِ، وهو خُمْسٌ، وَيَأْخُذُ عَشْرَ الْمَالِ، وَعَلَى هَذَا الْقِيَاسِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قال العزالي: فَإِنْ نَكَلَ بَعْضُهُمْ أَوْ كَانُوا غِيَابًا فَلَا يَأْخُذُ الْحَاضِرُ حِصَّتَهُ مَا لَمْ يَتِمَّ خَمْسِينَ يَمِينًا، فَإِنْ كَانُوا ثَلَاثَةَ حَلَفَ الْأَوَّلُ خَمْسِينَ يَمِينًا وَأَخَذَ الثَّلَاثَ، وَإِذَا قَدَّمَ الثَّانِي حَلَفَ ثَلَاثَ الْإِيمَانِ وَأَخَذَ الثَّلَاثَ، وَإِذَا قَدَّمَ الثَّلَاثَ حَلَفَ نِصْفَ الْإِيمَانِ، وَلَوْ حَلَفَ وَلَدًا خُفْتَى وَأَخًا لِأَبٍ حَلَفَ الْخُفْتَى خَمْسِينَ لِإِحْتِمَالِ أَنَّهُ مُسْتَفْرِقٌ وَأَخَذَ نِصْفَ الدِّيةِ لِإِحْتِمَالِ أَنَّهُ أُتْنَى، فَإِنْ أَرَادَ الْأَخُ أَنْ يَخْلِفَ حَلَفَ خَمْسًا وَعِشْرِينَ يَمِينًا، وَقَائِدَتُهُ أَنْ يَنْتَزِعَ النِّصْفَ مِنْ يَدِ الْجَانِي وَيُوقِفَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْخُفْتَى فَإِذَا ظَهَرَ الْحَالُ سَلَّمَ بِحُكْمِ الْيَمِينِ السَّابِقَةِ.

قال الرافعي: في الفضل قاعدتان تفرعان على أصح القولين، وهو التوزيع.

إحدهما: إذا نَكَلَ أَحَدُ الْوَارِثِينَ، وَلَا فَرَقَ فِي نِكُولِ الثَّائِلِ بَيْنَ أَنْ يَنْكُلَ عَنْ جَمِيعِ حِصَّتِهِ مِنَ الْإِيمَانِ أَوْ عَنْ بَعْضِهَا، وَلَوْ كَانَ بَعْضُهُمْ غَائِبًا، فَالْحَاضِرُ يَتَخَيَّرُ بَيْنَ أَنْ يَصْبِرَ إِلَى أَنْ يَخْضُرَ الْغَائِبُ، فَيَخْلِفُ كُلَّ وَاحِدٍ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ، وَيَبِينُ أَنْ يَخْلِفَ فِي الْحَالِ خَمْسِينَ يَمِينًا، وَيَأْخُذُ قَدْرَ حَقِّهِ، فَلَوْ كَانَ الْوَرِثَةُ ثَلَاثَةَ بَيْنِينَ؛ أَحَدُهُمْ حَاضِرٌ، وَأَرَادَ أَنْ يَخْلِفَ حَلَفَ خَمْسِينَ يَمِينًا، وَيَأْخُذُ ثَلَاثَ الدِّيةِ، فَإِذَا قَدَّمَ ثَانٍ، حَلَفَ نِصْفَ الْإِيمَانِ خَمْسًا وَعِشْرِينَ، كَمَا لَوْ كَانَ حَاضِرَيْنِ فِي الْإِبْتِدَاءِ، وَيَأْخُذُ ثَلَاثَ الدِّيةِ، فَإِذَا قَدَّمَ الثَّلَاثَ، حَلَفَ ثَلَاثَ الْإِيمَانِ، وهو مع جَبْرِ مَا انْكَسَرَ سَبْعَ عَشْرَةَ، وَيَأْخُذُ الْبَاقِي مِنَ الدِّيةِ.

ولو كانوا أربعة؛ أحدهم حاضر، [فيحلف] (١) خمسين، ويأخذ ربع الدية، وإذا قَدَّمَ آخَرَ، حَلَفَ خَمْسًا وَعِشْرِينَ، وَإِذَا قَدَّمَ ثَلَاثَ، حَلَفَ سَبْعَ عَشْرَةَ، فَإِذَا قَدَّمَ الرَّابِعَ، حَلَفَ ثَلَاثَ عَشْرَةَ، وَإِنْ فُرِضَ خَامِسٌ، فَإِذَا قَدَّمَ، حَلَفَ عَشْرًا، وَلَوْ كَانَ اثْنَانِ مِنَ الْأَرْبَعَةِ حَاضِرَيْنِ، وَاثْنَانِ غَائِبَيْنِ، حَلَفَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْحَاضِرَيْنِ خَمْسًا وَعِشْرِينَ، وَإِذَا قَدَّمَ الثَّلَاثَ وَالرَّابِعَ فَالْحُكْمُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا، وَإِنْ قَدَّمَ الْغَائِبَانَ مَعًا، حَلَفَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا

(١) في أ: فليحلف.

ثلاث عشرة، ونظير<sup>(١)</sup> المسألة ما إذا حضر أحد الشركاء يأخذ جميع المبيع بالشفعة، فإذا قدم آخر شاركه، وجعل بينهما نصفين، وإذا حضر ثالث شاركهما وجعلت<sup>(٢)</sup> بينهم أثلاثاً، ولو قال الحاضر: لا أحلف إلا بقدر حصتي، لا يبطل حقه من القسامة، حتى إذا قدم الغائب، بحلف معه، بخلاف ما إذا قال الشفيع الحاضر، لا آخذ إلا قدر حصتي حيث يبطل حقه من الشفعة، والفرق أن الشفعة إذا تعرضت للأخذ، فالتأخير تقصير مفوت، واليمين في القسامة لا تبطل بالتأخير، ولو كان في الورثة صغيراً أو مجنون، فالبالغ العاقل كالحاضر، والصبي والمجنون كالغائب في جميع ما ذكرنا، ولو حلف الحاضر أو البالغ خمسين، ثم مات الغائب أو الصبي فورثه الحالف، لم يأخذ نصيبه إلا بعد أن يخلف [بقدر]<sup>(٣)</sup> حصته، ولا يختسب ما مضى؛ لأنه لم يكن مستحقاً له حينئذ.

الثانية: إذا كان في الورثة خنثى مشكلاً، أخذ بالاحتياط والبناء على اليقين في الأيمان وفي الميراث جميعاً، فلو خلف القليل ولدأ خنثى، حلف خمسين يمينا؛ لاحتمال أنه ذكر، ولأنه لا يؤخذ بل تمام الأيمان شيء، ولا يأخذ إلا النصف لاحتمال أنه أنثى، ثم إن لم يكن معه عصبه، لم يأخذ القاضي الباقي من المدعى عليه، بل يوقف الأمر إلى أن يتبين حال الخنثى، فإن بان ذكراً، أخذه، وإن بان أنثى، حلف القاضي المدعى عليه للباقي، وإن كان معه عصبه؛ كالأخ والعم، فيتخير بين أن يصبر إلى أن يبين حال الخنثى، وبين أن يخلف، فإن صبر، توقفنا، وإن أراد أن يخلف حلف خمساً وعشرين، وأخذ القاضي النصف الآخر، ووقفه بين الأخ والخنثى، فإذا تبين المستحق منهما، دفعه إليه باليمين السالفة<sup>(٤)</sup>، ولو خلف ولد ابن خنثيين، حلف كل واحد منهما ثلثي الأيمان أربعاً وثلاثين، مع الجبر؛ لاحتمال أنه ذكر، وأن الآخر أنثى، ولا يأخذان إلا الثلثين؛ لاحتمال أنهما أنثيان، ولو خلف ابناً وولدأ خنثى فيحلف الابن ثلثي الأيمان؛ لاحتمال أن الخنثى أنثى، ولا يأخذ إلا النصف من الدية؛ لاحتمال أنه ذكر. ويخلف الخنثى نصف الأيمان، لاحتمال أنه ذكر، ولا يأخذ إلا ثلث الدية، لاحتمال أنه أنثى، ويوقف السدس بينهما.

ولو خلف بنتاً وولدأ خنثى؛ حلفت البنت نصف الأيمان والخنثى ثلثيها، وبأخذان ثلثي الدية، ولا يؤخذ الباقي من المدعى عليه إلى أن يتبين حال الخنثى.

ولابن الحداد صوراً من هذه القاعدة:

منها: جدٌ وولدٌ أبٍ مشكلاً، فالحكم فيها كالحكم فيما إذا خلف ابناً وولدأ

(٢) في ز: وجعل.

(٤) في ز: السابقة.

(١) في ز: ونظر.

(٣) سقط في ز.

خَنَثَى، والطريق فيهما أن يقال: إن كان المشكِلُ ذكراً، فالمسألة من اثنين، وإن كان أنثى، فمن ثلاثة؛ يُضْرَبُ أحدهما في الآخر [يخْضَلُ] سَنَةً، منها تصح المسألة، فيجعل المشكِلُ أنثى في تحليف الجدِّ حَتَّى يَخْلِفَ ثَلَاثِي الأيمان، وذكراً في ميراثه، حتى لا يأخُذَ إلا نِصْفَ الدية، وَيُجْعَلُ ذكراً في تحليف نفسه، حتى يَخْلِفَ نِصْفَ الأيمان، وأنثى في الميراث حَتَّى لا يأخُذَ إلا الثُلُثَ.

ومنها: بَنَتْ وَجَدٌ وولِدُ أبٍ مشكِلٌ، فإن كان المشكِلُ ذكراً، فالمسألة من أربعة، سهمان للبنات، وسهمان للجدِّ والأخ، وإن كان أنثى، فهي من ستة؛ ثلاثة للبنات، والباقي بين الجد والأخت بالأثلاث، والمسألان متوافقتان بالنِّصْفِ، فيضْرَبُ أحد العددين في نصف الآخر، يخْضَلُ اثنا عشر، فتحليف البنات نصف الأيمان بكلِّ حال؛ لأن نصيبها لا يختلِفُ بذكورة المشكِلِ وأنوثته، وتأخُذُ نِصْفَ الدية، ويخْلِفُ الجدُّ ثلث الأيمان؛ لاحتمال أنوثة المشكِلِ، ولا يأخُذُ إلا رِبعَ الدية؛ لاحتمال ذكورته، ويخْلِفُ المشكِلُ ربع الأيمان؛ لاحتمال الذكورة، ولا يأخُذُ إلا سُدُسَ الدية؛ لاحتمال الأنوثة.

ومنها: جدٌ وأختٌ من الأبوين ومُشكِلٌ من الأب إما أخٌ أو أخت، إن كان المشكِلُ ذكراً، فالمسألة من خمسة، وتصحُّ من عشرة؛ لأن الأخ من الأب يَرُدُّ على الأخت من الأبوين ما يَتِمُّ لها به النِصْفُ، وهو سَهْمٌ ونِصْفٌ، فتضرب الخمسة في مخرج النِصْفِ، تصير عشرة، وإن كان أنثى، فالمسألة من أربعة، وتصح من اثنين؛ لأن الأخت من الأب تَرُدُّ ما معها إلى الأخت من الأبوين، فيصير المالُ بينهما وبين الجدِّ نصفين، فيحلف الجدُّ نصف الأيمان؛ لاحتمال أنوثة المشكِلِ، ولا يأخُذُ إلا خُمُسِي الدية؛ لاحتمال ذكورته، وتَخْلِفُ الأخت من الأبوين نِصْفَ الأيمان، وتأخُذُ نِصْفَ الدية؛ لأن نصيبها لا يتغيَّرُ بذكورة المشكِلِ وأنوثته، ويخْلِفُ المشكِلُ عُشْرَ الأيمان، ويوقَّفُ عُشْرَ الدية بينه وبين الجدِّ، إن بَانَ ذكراً، دُفِعَ إليه، وإن بَانَ أنثى، دُفِعَ إلى الجدِّ.

وعن بعض الأصحاب؛ أنه لا يَخْلِفُ المشكِلُ، لجواز أن يتبين [أنه] <sup>(١)</sup> أنثى، فلا يكون له شيء من الميراث، ولكن يوقَّفُ فإن بَانَ أنثى، فقد حلفَ الجدُّ والأخت المستحقَّان تمام الأيمان، وإن بَانَ ذكراً، حلف عُشْرَ الأيمان، ودُفِعَ العُشْرُ إليه قال الشيخ أبو علي: والصحيح عند الجمهور ما قال ابن الحدَّاد؛ لأننا حَلَفْنَا الجدِّ والأخت تمام الأيمان، فلا يتيقن أنهما مستحقَّان لجميع الدية، فكيف نأخذ من الجاني الديةَ بتمامها، ولم يوجَدْ تمام الأيمان ممَّنْ يتيقن أنه مستحقُّ تمام الدية، بل يَخْلِفُ المشكِلُ عُشْرَ الأيمان، وحيثنذ، فقد تَمَّتِ الأيمان ممَّنْ يُتَيَقَّنُ له الاستحقاق.

واعلم أن صاحب ذلك الوجه، إن كان يقول: لا يجوز أن يحلف المشكّل، لاحتمال أنه لا يرث شيئاً فحقه أن يقول فيما إذا خلف ولدأ خنتى وأخأ: لا يحلف الأخ، ليمثل هذا الاحتمال، وإن كان يقول: لا يكلف أن يحلف، ويؤخذ تسعة أعشار الدية، ويوقف العشر باقياً على من عليه الدية، فهذا قويم، وهو قياس ما تقدم هناك، ولو كان بدّل الأخت من الأبوين أخ من الأبوين، فيحلف الجد خمسي الأيمان؛ لاحتمال أنوثة المشكّل، ويأخذ ثلث الدية، لاحتمال ذكورته، ويحلف الأخ ثلثي الأيمان، ويأخذ ثلاثة أخماس الدية وبالعكس وتصح من خمسة عشر.

ومنها: جد وأخت من الأبوين ومشكّل من الأبوين أيضاً، فالمسألة على تقدير الذكورة من خمسة، وعلى تقدير الأنوثة من أربعة، فبضرب أحد العددين في الآخر، يبلغ عشرين، منها تصح فيحلف الجد نصف الأيمان؛ لاحتمال أنوثة الخنتى، ولا يأخذ إلا خمسي الدية؛ لاحتمال ذكورته، وتحلف الأخت ربع الأيمان، ولا تأخذ إلا خمسي الدية، ويحلف الخنتى [المشكّل]<sup>(١)</sup> خمسي الأيمان؛ لاحتمال الذكورة، ولا يأخذ إلا ربع الدية؛ لاحتمال الأنوثة، فمبلغ الأيمان ثمانية وخمسون، وما أخذوه سبعة عشر من عشرين من الدية، ويوقف ثلاثة أسهم، فإن بان الخنتى ذكراً، فهي له، ليطم له الخمسان، وإن بان أنثى، فسهمان من الثلاثة للجد؛ ليطم له النصف، وسهم للأخت؛ ليطم لها الربع.

قال القاضي أبو الطيب لو أراد الجد والخنتى أن يضطلحا في السهمين من الثلاثة الموقوفين سهماً قبل أن يتبين حال الخنتى، جاز أو يطلحا على التساوي أو التفاضل، ولكن بشرط أن يجعل السهم الثالث للأخت، ولا يوقف؛ لأن الوقف إنما يكون لحق الجميع، فلا يجوز أن يمكّننا من التصرف في السهمين، ويبقى الثالث على الوقف، وتوقف ابن الصباغ فيما ذكره، وقال: السهمان اللذان اصطلحا عليهما لا حق للأخت فيهما، فلا يلزم إسقاط حق الخنتى من السهم الذي يحتل أن يكون له، ويحتمل أن يكون للأخت.

صورة أخرى للشيخ أبي علي: جد ومشكّلان من الأبوين، إن كانا ذكّرين، فالمسألة من ثلاثة، وإن كانا أنثيين فمن أربعة، وإن كان أحدهما ذكراً، والآخر أنثى، فمن خمسة، فبضرب ثلاثة في أربعة تبلغ اثني عشر ثم نضربها في خمسة تبلغ ستين، منها تصح فيحلف الجد نصف الأيمان؛ لاحتمال أنوتهما، ولا يأخذ إلا ثلث الدية؛ لاحتمال ذكورتها، وكل واحد من المشكّلين يحلف خمسي الأيمان؛ لاحتمال ذكورته

(١) سقط في ز.

وأنثوة الآخر، ولا يأخذ إلا خمسي الدية لاحتمال العكس، فمجموع الأيمان خمسة وستون، ومجموع ما يأخذونه أربعة وأربعون من ستين من الدية، ويوقف ستة عشر، فإن باناً ذكراً، فُسم الموقوف بينهما بالسوية، ليتم لكل واحد منهما الثلث، كما أخذه الجد، وإن باناً أنثى، دفع من الموقوف عشرة إلى الجد؛ ليتم له النصف، وإلى كل واحدة منهما ثلاثة أرباع؛ ليتم لها الربع، وإن باناً أحدهما ذكراً، والآخر أنثى، دفع من الموقوف أربعة إلى الجد، واثنا عشر إلى الذي باناً ذكراً؛ ليتم لكل واحد منهما الخمسان، وعند الأنثى الخمس الكامل.

صورة أخرى: أوردتها يحيى اليميني في «البيان»: جد ومشكلان، أحدهما من الأبوين، والآخر من الأب، إن كانا ذكراً، فالمسألة من ثلاثة؛ سهم للجد، وسهمان للذي هو من الأبوين، وإن كانا أنثى، فمن أربعة سهمان للجد، وسهمان للتي هي من الأبوين، وإن كان أحدهما ذكراً والآخر أنثى، فمن خمسة سهمان للجد، ثم إن كان الذي هو من الأبوين ذكراً، فالسهم الثلاثة له، وعلى التقديرات الثلاثة، فلا شيء للذي هو من الأب، وإن كان الذكر الذي هو من الأب، فللذي هو من الأبوين سهمان ونصف، والذي هو من الأب سهم ونصف من عشرة، فيضرب المخارج بعضها في بعض تبلغ ستين، فيحلف الجد نصف الأيمان، ويأخذ ثلث الدية، وهو عشرون من ستين منها، ويحلف المشكل من الأبوين ثلثي الأيمان، ويدفع إليه نصف الدية، وهو ثلاثون من ستين، ويحلف الآخر الذي عساه يستحق عشر الدية، ولا يصرف إليه شيء، والأنصاء متوافقة بالنصف، فتردها، والستين إلى الأنصاف، ويدفع إلى الجد عشرة من ثلاثين من الدية، وإلى المشكل من الأبوين خمسة عشر، ويوقف خمسة، فإن باناً ذكراً، دُفعت إلى الذي هو من الأبوين، وإن باناً أنثى، دُفعت إلى الجد، وإن باناً الذي هو من الأبوين ذكراً والآخر أنثى، دفع سهمان من الخمسة إلى الجد، ليتم له الخمسان، وثلاثة أسهم إلى الذي هو من الأبوين؛ ليتم له ثلاثة أخماس، وإن باناً الذي هو من الأبوين<sup>(١)</sup> ذكراً، دفع إلى الجد سهمان، وإليه ثلاثة أسهم.

### «فَرَعٌ»

إذا مات أحد الورثة المدعين للذم، قام وارثه مقامه في الأيمان، فإن تعددوا عاد القولان، فإن قلنا: يحلف كل واحد من الورثة خمسين يمينا، فكذلك ورثة الورثة، وإن قلنا بالتوزيع، وزعت حصة ذلك الوارث على ورثته، فلو كان للقتيل ابنان، ومات

(١) في ز: أب.

أحدهما قبل أن يَخْلِفَ عن ابنين، حلف كل واحد منهما ثلاثة عشرة يميناً توزيعاً لحصته عليهما، وجبراً لما انكسر، فلو حَلَفَ أحدهما ثلاثة عشر يميناً، ومات أخوه قبل أن يَخْلِفَ، ولم يَحْلِفْ إلا هذا الحالف، حَلَفَ ثلاث عشرة يميناً، ولا يقال: يَكْمَلُ خمساً وعشرين، ولا يزيد، بل يَخْلِفُ بقدر ما كان يَخْلِفُ مورثه، ولو كان للقتيل ثلاثة بنين، فحصة كل واحد منهم مع جبر ما انكسر سبْعَ عشرة يميناً، فلو مات أحدهم عن ابنتين، وُرِّعَتْ حصته عليهما، وكُمِّلَ المنكسر، فيخلف كل واحد منهما تسعَ أيمان، فلو حلف أحدهما، ومات الآخر قبل أن يَخْلِفَ ووارثه الحالف [تسعاً] ولا يقال: يكمل سبع عشرة يميناً، ولا يزيد، ولو مات وارث القتل بعد ما أقسم، أخذ وارثه ما كان له من الدية، وإن مات بعد ما نكَل، لم يكن لوارثه أن يَخْلِفَ؛ لأنه بطل حق القسامة بالتكول، ولكن وارثه تحليف المدعى عليه.

### «فَرْعٌ»

إذا كان للقتيل ابنان، فحلف أحدهما، ومات الآخر، قبل أن يَخْلِفَ عن ابنتين. فحلف أحدهما حصته، وهي ثلاث عشرة يميناً، ونكَل الآخر، فيوزع الربع الذي نكَل عنه على أخيه وعمه على حساب ما يأخذان من الدية، فيخص الأخ أربعة وسدس يَضُمُّ ذلك إلى حصته في الأضل، وهي اثنتا عشرة ونصف، تبلغ ست عشرة وثلاثين، فتكُمِّل، وقد حلف ثلاث عشرة يميناً، فيحلف الآن أربعاً أخرى، ويخص العم ثمانية وثلاث، فيحلف تسعاً، ويكُمِّل له أربع وثلاثون.

قال الغزالي: هَذَا كُلُّهُ فِي يَمِينِ الْمُدْعَى، أَمَا سَائِرُ الْأَيْمَانِ فِي الدَّمِ كَيَمِينِ الْمُدْعَى عَلَيْهِ وَالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ فَفِي تَعَدُّهِ خَمْسِينَ قَوْلَانِ، وَيَجْرِيَانِ فِي الْأَطْرَافِ مَعَ أَنَّ الْقَسَامَةَ لَا تَجْرِي فِيهَا، فَإِنْ قُلْنَا: يَتَعَدُّ فِي الطَّرَفِ فَلَوْ نَقَصَ فِي التَّوْزِيعِ قَوْلَانِ، وَلَوْ ادَّعَى عَلَى اثْنَيْنِ أَنَّهُمَا قَتَلَا فِي التَّوْزِيعِ عَلَيْهِمَا قَوْلَانِ كَمَا فِي الْوَارِثَيْنِ، وَلَوْ كَانَ مَعَهُ شَاهِدٌ وَاحِدٌ وَقُلْنَا يَتَّحِدُ الْيَمِينُ مَعَ الشَّاهِدِ فَإِنْ شَهِدَ عَلَى اللُّوْثِ حَلَفَ مَعَهُ خَمْسِينَ يَمِيناً، وَإِنْ شَهِدَ عَلَى الْقَتْلِ حَلَفَ مَعَهُ وَاحِدَةً.

قال الرافعي: جميع ما ذكرناه في أيمان القسامة من جنبه المدعى، أما إذا ادعى القتل في غير محل اللوث، وتوجهت اليمين على المدعى عليه، فهل تغلظ عليه بالعدد؟ فيه قولان:

أحدهما، وبه قال أبو حنيفة: لا، لأنها يمين في جنبه المدعى عليه، فلا تغلظ بالعدد، كاليمين في سائر الدعاوى.

وأصْحُهُمَا: نعم؛ لأنها يمين في دعوى الدّم، فأشبهت يمين المدّعي، وقد بني الخلاف على أن التعدّد في يمين المدّعي سببه ماذا؟ قيل سببه أن تصديق المدّعي خلاف القياس الظاهر، فأكد<sup>(١)</sup> بالعدد في اليمين.

وقيل: سببه حرمة الدم وتفخيم شأنه، فعلى الأول: لا تعدد في يمين المدّعي عليه، وعلى الثاني: يتعدد، وإذا نكّل المدّعي عليه، فيرد على المدّعي ما توجه على المدّعي عليه، على اختلاف القولين.

ويجري الخلاف في يمين المدّعي مع الشاهد الواحد، وإذا كانت الدعوى في محلّ اللوث، ونكّل المدّعي عن أيمان القسامة، فهل تُغلّظ اليمين على المدّعي عليه بالعدد؟ فيه طريقتان:

أحدهما: أنه على القولين المذكورين فيما إذا لم يكن هناك لوث؛ لأن نكوله يُبطل اللوث، فكانه لا لوث.

وأصْحُهُمَا: القَطْع بالتغليظ؛ لِمَا رَوِيَ أَنَّهُ ﷺ قَالَ فِي قِصَّةِ قَتِيلِ خَبِيرٍ «فَتَبَّرْتُكُمْ الْيَهُودَ بِخَمْسِينَ يَمِينًا» جعل أيمان المدّعي عليهم بعدد أيمان المدّعين، وإذا قلنا بالتعدّد، فلو كانت الدعوى على جماعة، إما في محلّ اللوث أو من غير لوث فتَقَسَّطَ اليمين عليهم أو يَخْلِفُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ خَمْسِينَ يَمِينًا؟ فيه قولان:

أحدهما: [أنها] تَقَسَّطَ؛ لأن النبي ﷺ لم يجعل على اليهود إلا خَمْسِينَ يَمِينًا؛ وعلى هذا، فالتوزيع على عدد رؤوسهم؛ لأن الشركاء في القتل لا يتفاوتون في الدية، بخلاف ما في طَرَفِ المدّعين، حيث قلنا: بالتوزيع على مقادير الإرث؛ لأنهم يشبتون الحق للقتيل نيابة عنه، فيُنظر إلى قدر النيابة.

والثاني: أن كل واحد منهم يَخْلِفُ خَمْسِينَ يَمِينًا، كما كان يَحْلِفُ الواحدُ خَمْسِينَ؛ اعتباراً باليمين الواحدة، والقولان كالقولين، فيما إذا تعدّد ورثة القتل تُوزَعُ عليهم أيمان القسامة أم يَخْلِفُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ خَمْسِينَ، لكن أصحّ القولين ههنا على ما ذكره الأكثرون، منهم الشيخ أبو حامد وأصحابه «وصاحب المذهب» والقاضي الروياني: أنه يَحْلِفُ كل واحد منهم خَمْسِينَ يَمِينًا.

والأصحّ، فيما إذا تعدّد المدّعون: التوزيع عليهم، وقرقوا بأن كل واحد من المدّعي عليهم يبقى عن نفسه القتل، كما ينفيه الواحد، لو انفرد، وإذا تعدّد المدّعون،

(١) في ز: القياس فأكدوا.

لا يثبت كل واحد لنفسه ما يشته الواحد لو انفرد؛ لأن الواحد يُثبت كل الدية وكل واحد عند الاجتماع يُثبت بعضها، فيحلف بحسب ما يشته، وسوئى في «التهذيب» بين الطرفين، وجعل الأصح ههنا التوزيع أيضاً، وإذا قلنا بالتوزيع، فلو كانت الدعوى على اثنين؛ أحدهما حاضر، والآخر غائب، حلف الحاضر خمسين يمينا، فإذا حضر الغائب، وأنكر، حلفه خمسا وعشرين، وإن كانا حاضرين، فنكل أحدهما، حلف الآخر خمسين، لأن البراءة عن الدم لا تحصل بما دونها على قول التعدد، ويحلف المدعى على الناكّل خمسين، وإذا نكّل المدعى عليه عن اليمين، والمدعون جماعة، وقلنا بالتعدد، فتوزع الأيمان عليهم على قدر مواريتهم أو يخلف كل واحد خمسين؟ فيه القولان السابقان.

هذا حكم الأيمان في دعوى النفس، فأما إذا كانت الدعوى في الأطراف والجراحات، فقد مرّ أنه لا يجزى فيها القسامة، وأنه لا اعتبار فيها باللوث، ولكن يحلف المدعى عليه، وهل يتعدّد اليمين؟ ينبنى<sup>(١)</sup> ذلك على أن يمين المدعى عليه في دعوى النفس هل تتعدّد؟ إن قلنا: لا فههنا أولى، وإن قلنا: نعم، فقولان، ويُقال وجهان:

أحدهما: لا تتعدّد أيضاً، كما في سائر الدعاوى والتغليظ<sup>(٢)</sup> هناك من خاصية النفس؛ لِعِظَمِ خَطَرِهَا.

والثاني: يستويان في هذا التغليظ كما يستويان في القصاص، وفي تغليظ الدية، وهذا أشبه بأن يُرَجَّح.

وذكر ابن الصبّاغ: أن هذا الخلاف فيما إذا كانت الدعوى في العمد المحض، أما إذا كانت في الخطأ وشبه العمد، فتتحد اليمين بلا خلاف، لأن الواجب المأل لا غير، والأكثر لم يفرقوا بين العمد وغيره، كما في النفس، وإذا قلنا: بالتعدد فذلك فيما إذا كان الواجب فيما يدعيه مثل به بدل النفس، فأما إذا كان الواجب دون بدل النفس مقدراً كما كان<sup>(٣)</sup> في اليد الواحدة، أو حكومة؟ فقولان:

أصحهما: على ما ذكر المتولّي وغيره: أنه يحلف المدعى عليه خمسين يمينا أيضاً، كما أن في سائر الدعاوى لا يختلف الحال بكثرة المدعى وقتله.

والثاني: أنه يحلف بالقسط، وتوزع الأيمان على الأبدال، ففي اليد الواحدة

(٢) في ز: والغليظ.

(١) في ز: حفى.

(٣) في ز: كان كما.



يَخْلِفُ خَمْساً وَعَشْرِينَ، وفي الموضحة ثلاثة أيمان، توزع الأيمان على عدد الإبل، ويجبر ما انكسر منها، ولو زاد الواجب على بدل النفس فهل يزداد في مقدار الدية بزيادة مقدار الأروش، وطرد الإمام الخلاف فيه، وقربه من الخلاف في أن مدة الضرب على العاقلة، هل تزداد على ثلاث سنين، إذا زادت الأروش؟ قال: ولا يبعد إجراء الخلاف المذكور في أن دية النفوس الناقصة تُضرب في ثلاث سنين أو تنقص المدة، بحسب نقصان الدية، وفي أن يمين المدعى عليه، هل يُنقص عن خمسين في النفوس الناقصة، والأشبه تعظيم النفوس فيما يتعلّق بالأيمان، والتسوية بين الكاملة منها والناقصة، وإذا كانت الدعوى في الطّرف على جماعة، فيخلف كل واحد منهم بقدر ما يخلف الواحد لو انفرد، أو توزع عليهم على عدد رؤوسهم؟ فيه قولان، كما قدمنا، ويتولد من الخلاف في الأصول المذكورة فيما إذا ادّعى على رجل أنه قطع إحدى يديه أو إحدى يدي أبيه ثلاثة أقوال:

أحدها: أن المدعى عليه يخلف يميناً واحدة وهذا هو القول الذاهب إلى أنه لا تعدد في يمين الطّرف.

والثاني: يخلف خمسين يميناً، وهو القول الذاهب إلى التعدد، والقول بأن الأيمان لا تتوزع على الأبدال.

والثالث: يخلف خمساً وعشرين وهو مبني على التعدد [والتوزيع]<sup>(١)</sup>، وفيما إذا ادّعى على رجلين قطع يده أربعة أقوال:

يخلف كل واحد يميناً واحدة، بناء على أن يمين الطرف لا تعدد، ويخلف كل واحد خمسين، بناء على التعدد<sup>(٢)</sup> وعلى التوزيع على الأشخاص دون الأبدال، يخلف كل واحد خمساً وعشرين، وعلى التوزيع على الأشخاص والأبدال، يخلف كل واحد ثلاث عشرة يميناً؛ بناء على التعدد والتوزيع على الأشخاص والأبدال جميعاً، وفيما إذا ادّعى على ثلاثة قطع يديه خمسة أقوال؛ يخلف كل واحد [منهم]<sup>(٣)</sup> يميناً واحدة، يخلف كل واحد خمسين، يخلف كل واحد خمساً وعشرين؛ بناء على التوزيع على الأبدال دون الأشخاص، يخلف كل واحد سبع وعشرة؛ بناء على التوزيع على الأشخاص دون الأبدال، يخلف كل واحد تسعاً توزيعاً عليهما جميعاً، ومهما نكل المدعى عليه عن اليمين المفروضة عليه، ردّت على المدعى، ويخلف بقدر ما كان يخلف المدعى عليه، وإن تعدد المدعون، فيوزع أو يخلف كل واحد منهم مثل ما

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

يَخْلِفُ الْمُتَقَرِّدُ؟ فِيهِ الْقَوْلَانِ السَّابِقَانِ، وَالتَّوْزِيعُ عَلَيْهِمْ يَكُونُ بِقَدْرِ الْمَوَارِيثِ كَمَا مَرَّ.

بقيت مسألة في الفضل، وهي ما إذا كان مع المدعي شاهد واحد، وأراد أن يتحد بخلف معه، فإن قلنا: اليمين مع الشاهدتين في دعوى الدم، قال في الكتاب: «فإن شهد على اللوث، حلف معه خمسين يمينا، وإن شهد على القتل، حلف معه [يمينا]»<sup>(١)</sup> واحدة، «ولك أن تقول: قد يشعر الطرف الأول بالاكْتِفَاءِ فِي اللُّوْثِ بِشَاهِدٍ وَاحِدٍ، وَمَا يَنْبَغِي أَنْ يَكْتَفِيَ بِهِ الْقَاضِي، فَإِنَّ قَوْلَ الْوَاحِدِ لَا يَصْلُحُ مِثْبَتًا، وَمَا لَمْ يَثْبِتِ اللُّوْثَ عِنْدَ الْقَاضِي، لَا يُمْكِنُهُ الْبِدَايَةُ بِتَخْلِيفِ الْمُدْعِي، فَكَانَ الْمَعْنَى إِتْيَانَ الشَّاهِدِ بِمَا يَفِيدُ اللُّوْثَ بِأَنْ أَخْبَرَ عَنِ الْقَتْلِ، وَلَمْ يَأْتِ بِصِيغَةِ الشَّهَادَةِ، وَلَمْ يَحَافِظْ عَلَى شُرُوطِهَا، وَلَمْ يَأْتِ بِمَا هُوَ سَبِيلُ الشَّهَادَةِ، وَلَكِنْ لَفْظُهُ فِي «الْوَسِيطِ» تَعْبِيرًا عَنِ هَذَا الطَّرْفِ، وَإِنْ جَاءَ بِصِيغَةِ الْإِخْبَارِ أَوْ شَهِدَ عَلَى اللُّوْثِ، فَيَحْلِفُ مَعَهُ خَمْسِينَ يَمِينًا، وَهَذَا يُصَدُّ عَنِ التَّأْوِيلِ الْمَذْكُورِ.

وأما الطَّرْفُ الثَّانِي، فَإِذَا حَافِظَ الشَّاهِدُ عَلَى شُرُوطِ<sup>(٢)</sup> الشَّهَادَةِ، وَأَتَى بِصِيغَتِهَا، فَيَحْلِفُ الْمُدْعِي مَعَهُ يَمِينًا وَاحِدَةً.

قال الإمام: ويثبت المال، إن كان القتل خطأ، وإن كان المدعي قتلاً عمداً، فلا يثبت القصاص، وإن قلنا: يتعلق القصاص بأيمان القسامة، وفي ثبوت المال خلاف، سيأتي إن شاء الله تعالى نظيره، وأما إذا قلنا في دعوى الدم: تتعدّد اليمين مع الشاهد فلا بد من خمسين يمينا بكل حال، وقوله [في الكتاب]<sup>(٣)</sup> «ففي تعدده خمسين قولان» يجوز أن يُعْلَمَ لَفْظُ «الْقَوْلَيْنِ» بِالْوَاوِ؛ لِأَنَّ فِي «جَمْعِ الْجَوَامِعِ» لِلْقَاضِي الرُّوْيَانِي حِكَايَةَ طَرِيقَةٍ قَاطِعَةٍ؛ بِأَنَّ يَمِينَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ، إِذَا لَمْ يَكُنْ لُوْثٌ يَتَعَدَّدُ، وَكَذَا قَوْلُهُ «وَيَجْرِيَانِ فِي الْأَطْرَافِ»؛ لِأَنَّهُ يَخْرُجُ مِمَّا ذَكَرْنَا فِي تَرْتِيبِ الطَّرْفِ عَلَى النَّفْسِ طَرِيقَةً قَاطِعَةً بِأَنَّ أَيْمَانَ الْأَطْرَافِ لَا تَتَعَدَّدُ، وَكَذَا قَوْلُهُ «مَعَ أَنَّ الْقَسَامَةَ لَا تَجْرِي فِيهَا» لَوْجِهَ ذِكْرِنَاهُ مِنْ قَبْلِ.

وقوله «فلو نقص، ففي التوزيع قولان» أي نقص أزش الطَّرْفِ عَنِ قَدْرِ الدِّيَةِ [والله أعلم].

قال الغزالي: الرُّكْنُ الثَّلَاثُ فِي حُكْمِ الْقَسَامَةِ وَلَا يَنَاطُ بِهَا الْقِصَاصُ عَلَى الْجَدِيدِ، بَلِ الدِّيَةُ مِنَ الْجَانِيِ إِنْ حَلَفَ عَلَى الْعَمْدِ، وَمِنَ الْعَاقِلَةِ إِنْ حَلَفَ عَلَى الْخَطَا، وَإِنْ نَكَلَ عَنِ الْقَسَامَةِ وَنَكَلَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ عَنِ الْيَمِينِ فَبِي تَمْكِينِهِ مِنَ الْيَمِينِ الْمَرْذُودَةِ قَوْلَانِ، وَكَذَا إِذَا نَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ وَعَادَ إِلَى الْيَمِينِ الْمَرْذُودَةِ.

(٢) في ز: شرط.

(١) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِي الْفَضْلِ مَسْأَلَتَانِ:

إِحْدَاهَا: إِذَا أَقْسَمَ الْمُدْعَى فِي مَحَلِّ اللُّوْثِ نَظْرًا؛ إِنْ أَدْعَى قَتْلَ خَطَا أَوْ شَبَهَ عَمْدٍ، وَجَبَتْ الدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَةِ الْمُقْسِمِ عَلَيْهِ مَخْفَفَةً فِي الْخَطَا وَمَغْلُظَةً فِي شِبْهِ<sup>(١)</sup> الْعَمْدِ، وَلَوْ كَانَ [الْمُدْعَى]<sup>(٢)</sup> قَتْلًا عَمْدًا وَالْمُدْعَى عَلَيْهِ مَمَّنْ يَقْتُلُ بِذَلِكَ الْقَتِيلِ، فَهَلْ يُنَاطُ بِالقِسَامَةِ الْقِصَاصُ؟ فِيهِ قَوْلَانِ: رَوَايَةُ أَبِي نُزَيْرٍ عَنِ الْقَدِيمِ، [نَعَمْ]<sup>(٣)</sup> وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ وَأَحْمَدٌ، لَمَّا رُوِيَ أَنَّهُ ﷺ قَالَ: «تَخْلِفُونَ وَتَسْتَحِقُّونَ دَمَ قَاتِلِكُمْ».

وَرُوِيَ: «يُخْلِفُ خَمْسُونَ مِنْكُمْ عَلَى رَجُلٍ مِنْهُمْ، فَيُدْفَعُ إِلَيْكُمْ بِرُمْتِهِ».

وَأَيْضًا، فَإِنَّهَا يَمِينٌ مَشْرُوعَةٌ فِي جَنْبَةِ الْمُدْعَى، فَيَتَعَلَّقُ بِهَا الْقِصَاصُ كَالْيَمِينِ الْمَرْدُودَةِ. وَأَيْضًا، فَإِنَّهَا تَثْبِتُ الْعَمْدَ الْمُخْضَ، فَتَثْبِتُ الْقِصَاصَ كَالْيَمِينَةِ.

وَأَيْضًا، فَإِنَّا نَرَجِمُ الْمَرْأَةَ بِلِعَانِ الزَّوْجِ، فَلَا يَبْعَدُ أَنْ نَقْتَصَّ بِقِسَامَةِ الْمُدْعَى.

وَالْجَدِيدُ الصَّحِيحُ<sup>(٤)</sup>: الْمَنْعُ؛ لَمَّا رُوِيَ أَنَّهُ ﷺ قَالَ: «إِمَّا أَنْ تَدُوا صَاحِبِكُمْ، وَإِمَّا أَنْ تَأْذَنُوا بِحَرْبٍ [مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ]»<sup>(٥)</sup> وَلَمْ يَتَعَرَّضْ لِلْقِصَاصِ.

وَأَيْضًا، فَإِنَّ الْقِسَامَةَ حِجَّةٌ ضَعِيفَةٌ، لَا يَثْبِتُ بِهَا النِّكَاحُ، فَلَا تَثْبِتُ الْقِصَاصَ، كَالشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ، وَلَيْسَتِ الْقِسَامَةُ كَالْيَمِينِ الْمَرْدُودَةِ، وَلَا كَلِعَانِ الزَّوْجِ.

أَمَّا الْيَمِينُ الْمَرْدُودَةُ، فَلِأَنَّ نِكْوَالَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ يَقْوِي شَأْنَهَا، وَلِهَذَا جُعِلَتْ كَالْيَمِينَةِ أَوْ كَالْإِقْرَارِ وَأَمَّا اللَّعَانُ، فَلِأَنَّ الْمَرْأَةَ مَتَمَكِّنَةٌ مِنَ الدَّفْعِ بِلِعَانِهَا، وَلَوْ أَنْطَنَّا الْقِصَاصَ بِالقِسَامَةِ، لَمْ يَتِمَّكَّنْ الْمُدْعَى عَلَيْهِ مِنَ الدَّفْعِ بِيَمِينِهِ، فَإِنْ قُلْنَا بِالْجَدِيدِ، فَيَجِبُ بِهَا الدِّيَةُ حَالَةً فِي مَالِ الْقَاتِلِ، وَإِنْ أَدْعَى قَتْلًا خَطَاً أَوْ شَبَهَ عَمْدٍ، وَأَقْسَمَ، وَجَبَتْ الدِّيَةُ مَخْفَفَةً فِي الْخَطَا، وَمَغْلُظَةً فِي شِبْهِ الْعَمْدِ. وَإِنْ قُلْنَا بِالْقَدِيمِ، فَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ تَكُونَ الدَّعْوَى عَلَى وَاحِدٍ أَوْ عَلَى جَمَاعَةٍ، كَالْيَمِينَةِ.

وَعَنْ مَالِكٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّ الْوَلِيَّ يَخْتَارُ وَاحِدًا مِنْهُمْ فَيَقْتُلُهُ قِصَاصًا، وَلَا يَقْتُلُ الْجَمِيعَ. وَفِي «الشَّامِلِ»: أَنَّ ابْنَ سُرَيْجٍ خَرَجَ عَلَى الْقَدِيمِ قَوْلًا مِثْلَهُ. وَزَادَ «صَاحِبُ الْبَيَانِ» فِي حِكَايَةِ هَذَا التَّخْرِيجِ أَنَّهُ يَأْخُذُ مِنَ الْبَاقِينَ حَصَّتَهُمْ مِنَ الدِّيَةِ.

(١) لِقِيَامِ الْحِجَّةِ بِذَلِكَ كَمَا لَوْ قَامَتْ بِهِ بَيْنَةٌ.

(٢) سَقَطَ فِي ز.

(٣) سَقَطَ فِي ز.

(٤) لَخَبَرِ الْبُخَارِيِّ: «إِمَّا أَنْ تَدُوا صَاحِبِكُمْ أَوْ تَأْذَنُوا بِحَرْبٍ». وَأَطْلَقَ ﷺ إِجْبَابَ الدِّيَةِ، وَلَمْ يَفْصَلْ، وَلَوْ صَلَحَتِ الْإِيْمَانُ لِلْقِصَاصِ لَذَكَرَهُ؛ وَلِأَنَّ الْقِسَامَةَ حِجَّةٌ ضَعِيفَةٌ، فَلَا تَوْجِبُ الْقِصَاصَ احْتِيَاطًا لِأَمْرِ الدَّمَاءِ، كَالشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ.

(٥) سَقَطَ فِي ز.

وفي «المهذب» نسبة هذا القول إلى أبي إسحاق من غير زيادة أخذ الحصّة، وكيف ما قُدِّر، فهو ضعيفٌ، وإذا ادَّعى القتل على ثلاثة في محلّ اللوث، والحاضر منهم واحد، فإن قال: تعمّدوا جميعاً، أقسم على الحاضر خمسين يمينا، ويأخذ ثلث الدية من ماله على الجديد، وعلى القديم؛ له القصاص منه، ثم إذا قَدِم أحد الغائبين فإن أقرَّ اقتص منه، وإن أنكر أقسم عليه المُدعي، وكم يَخْلِف؟ فيه وجهان: ويقال قولان:

أحدهما: خمساً وعشرين يمينا؛ لأنهما لو كانا حاضرَيْن، لأقسم.

الثاني: خمسين عليهما جميعاً، فحصة الواحد من الخمسين النصف.

وأصحُّهما: أنه يَخْلِف خمسين أيضاً؛ لأن الأيمان السابقة لم تتناول الثاني، هكذا أطلقوه، وينبغي أن يكون هذا على الخلاف السابق في جواز القسامة في غيبة المدعي، فإن جوزناها، وذكره في الأيمان السابقة فينبغي أن يُكْتَفَى<sup>(١)</sup> بها، ثم إذا حَلَف عليه، عاد القولان الجديد والقديم [ثم]<sup>(٢)</sup> إذا قَدِم الثالث، فأنكر فكم يَخْلِف عليه؟ فيه الخلاف، وإن قال: تعمّد هذا الحاضر، وكان الغائبان مُخْطِئَيْن، فيُقْسِم على الحاضر، ولا يقتص منه قولاً واحداً، وإذا حَضَرَ الآخَران وأنكرا، فكم يَخْلِف عليهما، ففيه الخلاف، وإن أقرَّ وصدقتهما العاقلة، فالدية على العاقلة، وإن كذبتهما، ففي مالهما مخففة وإن قال: تعمّد الحاضر، ولا أذري أتعمّد الغائبان أم أخطأ أقسم على الحاضر خمسين، وأخذ منه ثلث الدية على الجديد، وعلى القديم يوقّف الأمر إلى أن يحضرا الغائبان، [فإن] حضرا، واعتزفا بالتعمّد، اقتصص منهما، ويقتص من الأول أيضاً على القديم، وإن قالاً قتلناه خطأ، وجبّت الدية المخففة عليهما، إن كذبتهما العاقلة، وعلى العاقلة، إن صدقتهما، وإن أنكرا أضلّ القتل، فهل يُقسِم المدعي؟ فيه الوجهان المذكوران فيما إذا ادَّعى القتل وظهر اللوث فيه، ولم يذكر أنه عمدأ وخطأ.

والأظهر: أنه لا يُقسِم وينسب الثاني إلى أبي إسحاق، قال: وإذا أقسم عليهما؛ فيُحَسِّبان حتى يصفى القتل وكم يُقسِم عليهما فيه الخلاف. ولو ادَّعى القتل على رجلين، وعلى أحدهما لوث دون الآخر، يقسم المدعي على الذي عليه اللوث خمسين، وفي الاقتصاص منه القولان، ويَخْلِف الذي لا لوث عليه.

المسألة الثانية: إذا أنكل المدعي عن القسامة في محلّ اللوث يَخْلِف المدعي عليه، كما مرّ؛ فإن نكّل، فهل تُردُّ اليمين على المدعي؟ نقل الأئمة، منهم صاحب «التهذيب» و«التتمة»: أنه إذا ادَّعى قتلاً يوجب القصاص، وقلنا: إن القسامة لا يناط بها القصاص، فتردُّ اليمين على المدعي بلا خلاف؛ لأنه يستفيد بها ما لا يستفيد بأيمان

(٢) سقط في ز.

(١) في ز: فيكتفي.

القسامة، وهو الاقتصاص، وإن كان المُدعي قَتلاً لا يوجب القصاص، أو قتلاً بوجهه، وقلنا: [لا] يناط القصاص بالقسامة، فقولان: أطلقهما الأكثرون:

أحدهما: أن اليمين لا ترد على المُدعي، لأنه قد نكل عن اليمين في هذه الخصومة مرةً.

وأصحهما: الرد؛ لأنه، إنما نكل عن يمين القسامة، وهذه يمين أُخْرِى، والسبب الممكن من تلك الأيمان اللوث، ومن يمين الرد نكول المُدعي عليه، فالنكول عن شيءٍ في مقام لا يبطل حقاً في مقام آخر، وعن الشيخ أبي محمّد: بناء القولين على أن اليمين المردودة في الدم، هل تتعدّد؟ إن قلنا: لا، فتردُّ عليه؛ لأنه قد يرضى بيمين واحدة، ولا يرغب في الأيمان المتعدّدة، وإن قلنا بالتعدّد، فلا تُردُّ، لاستوائهما في العدد والكيفية والفائدة، وحكى الإمام عن بعضهم؛ أنا إن قلنا بتعدّد اليمين المردودة، فلا ترد اليمين عليه قولاً واحداً، وإن قلنا بالاتحاد، فقولان، وقد يوجّه الردُّ بأن نكول المُدعي عليه علامة مشعرةً بصدور القتل منه، فتتنضم إلى اللوث، ويتأكد الظن الذي يستند إليه اليمين، ولو كانت الدعوى في غير صورة اللوث، ونكل المُدعي عليه عن اليمين، والمُدعي عن اليمين المردودة، ثم ظهر لوث، وأراد المدعي أن يُقسم، فقد أُجروا القولين في تمكينه منه، وقضية البناء المنقول عن الشيخ أبي محمّد: القَطْعُ بعدم التمكين، أما إذا عدّنا اليمين المردودة، فلتساوي اليمينتين، وأما إذا لم نعدّد، فلأنه إذا رغب عن اليمين الواحدة، فهو عن الخمسين أرغب.

ولو أقام المُدعي شاهداً واحداً في دَعْوَى مالٍ، ونكَل عن الحلف معه، ونكَل المُدعي عليه عن اليمين المَعْرُوضَة عليه، فأراد المُدعي أن يحلف اليمين المردودة، عاد القولان المذكوران؛ لنكوله عن اليمين مرةً، هكذا أطلقوه، وقضية ما حكينا في أول المسألة أن يقال: لو جرى ذلك في دَعْوَى القتل المُوجب للقصاص، يمكّن من اليمين المردودة، فلا خلاف؛ لأنه لا يستفيد باليمين مع الشاهد التَّمكّن من القصاص، ويستفده باليمين المردودة.

## «فَرْعٌ»

إذا حلف المُدعي عليه، تخلّص عن المطالبة، كما في سائر الدعاوى.

وقال أبو حنيفة - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: إن وُجِدَ القَتِيلُ في قرية أو محلة، يطالبُ باني الخُطّة، إن ظهرَ كَوْنُ القتل عمداً؛ بأن حُرَّت الرقبة، وعاقلة الباني إن كان يُتوهّم كونه خطأ، بأن كان الموتُ برمية، وإن وُجِدَ في مسجد، طُولِبَ باني المسجد أو عاقلته، فإن لم يُوجَد الباني أو لم يُعرَف، طولب بالدية جميع أهل المحلة الحالف وغيره.

آخِرُ: [إذا حَلَفَ المدَّعي عند نكول المدَّعى عليه]، فإن كان المدعي قتلاً عمداً، ثَبِتَ القصاص؛ لأن اليمين المردودة كالبينة أو الإقرار، والقصاصُ يثبت بكلِّ واحدٍ منهما، وإن كان المدَّعي خطأً أو شبهَ عمدٍ، ثبتت الدية، [ويكون] في مال المدَّعى عليه أو على عاقلته قيل: إن جعلنا اليمين المردودة كالبينة، فهي على العاقلة، وأن جعلناها كالإقرار، ففي ماله.

وقيل: هي في ماله بكل حال؛ لأنها إنما تكونُ كالبينة في حق المتداعيين، لا على الإطلاق.

قال الغزالي: الرُّكْنُ الرَّابِعُ فِيمَنْ يَخْلِفُ وَهُوَ كُلُّ مَنْ يَسْتَحِقُّ الدِّيَةَ فَالْمَكَاتِبُ يُقْسِمُ عَلَى عَبْدِهِ، فَإِنْ عَجَزَ قَبْلَ الْحَلْفِ وَالتُّكُولِ حَلَفَ السَّيِّدُ، فَإِنْ كَانَ بَعْدَ التُّكُولِ لَمْ يَخْلِفْ كَمَا لَا يَخْلِفُ الْوَارِثُ بَعْدَ تُّكُولِ الْمَوْرَثِ، فَلَوْ قَتَلَ عَبْدَهُ فَأَوْصَى بِقِيَمَتِهِ لِمُسْتَوْلَدَتِهِ وَمَاتَ فَلِلْمَوْرَثَةِ أَنْ يُقْسِمُوا، وَإِنْ كَانَتْ الْقِيَمَةُ لِلْمُسْتَوْلَدَةِ لِأَنَّ لَهُمْ حِطًّا فِي تَنْفِيذِ الْوَصِيَّةِ، فَإِنْ نَكَلُوا فَلِلْمُسْتَوْلَدَةِ الْقَسَامَةُ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ، وَكَذَا الْقَوْلَانِ فِي قَسَامَةِ الْغُرَمَاءِ إِذَا نَكَلَ الْوَارِثُ، فَإِنْ لَمْ يُقْسِمُوا فَلَهُمْ يَمِينُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الركن مسبق القول فيمن يَخْلِفُ أيمان القَسَامَةِ، قال في الكتاب: «وهو كُلُّ مَنْ يَسْتَحِقُّ الدِّيَةَ»، والأوَّلَى عبارة «الوسيط»، وهو «كُلُّ مَنْ يَسْتَحِقُّ بَدَلَ الدَّمِ»؛ ليشمل ما إذا كان القتل عمداً، فإنَّ الأصحَّ أن السَّيِّدُ يُقْسِمُ عَلَى مَا قَدَّمْنَا، وَفِي الْفَضْلِ مَسْأَلَتَانِ مَفْرَعَتَانِ عَلَى جَرِيَانِ الْقَسَامَةِ فِي الْعَبْدِ:

إحدهما: يُقْسِمُ الْمَكَاتِبُ، إِذَا قَتَلَ عَبْدَهُ، وَيَسْتَعِينُ بِالْقِيَمَةِ عَلَى آدَاءِ النُّجُومِ، وَلَا يَقْسِمُ السَّيِّدُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَتَلَ عَبْدَ الْمَأْذُونِ، فَإِنَّ السَّيِّدَ يُقْسِمُ دُونَ الْمَأْذُونِ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ فِيهِ، وَالْمَكَاتِبُ صَاحِبُ حَقِّ فِي عَبْدِهِ، فَإِنْ عَجَزَ قَبْلَ أَنْ يُقْسِمَ، وَيَعْرَضُ عَلَيْهِ الْيَمِينَ؛ فَيَقْسِمُ السَّيِّدُ، وَإِنْ عَجَزَ بَعْدَ مَا عَرَضَتْ عَلَيْهِ الْيَمِينَ، وَنَكَلَ، فَلَا يَقْسِمُ السَّيِّدُ؛ لِبَطْلَانِ الْحَقِّ بِنُكُولِهِ، كَمَا لَا يَقْسِمُ الْوَارِثُ إِذَا نَكَلَ الْمَوْرَثُ، وَلَكِنْ يَخْلِفُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، وَإِنْ عَجَزَ الْمَكَاتِبُ بَعْدَ مَا أَقْسَمَ، أَخَذَ السَّيِّدُ الْقِيَمَةَ، كَمَا لَوْ مَاتَ، وَكَمَا<sup>(١)</sup> إِذَا الْوَلِيُّ بَعْدَ مَا أَقْسَمَ وَقَوْلُهُ: «فَالْمَكَاتِبُ يُقْسِمُ» يَجُوزُ أَنْ يَعْلَمَ بِالْوَاوِ؛ لِأَنَّهُ مَفْرَعٌ عَلَى الْأَصْحَحِ، وَهُوَ جَرِيَانِ الْقَسَامَةِ فِي الْعَبْدِ.

الثانية: إِذَا مَلَكَ عَبْدُهُ عَبْدًا، فَقَتَلَ، وَهَنَّاكَ لَوْرَثُ، فَإِنْ قُلْنَا: الْعَبْدُ لَا يَمْلِكُ بِتَمْلِيكِ السَّيِّدِ، فَالسَّيِّدُ هُوَ الَّذِي يُقْسِمُ، فَإِنْ الْمَقْتُولُ عَبْدٌ مِنْ عَبِيدِهِ، وَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ يَمْلِكُ

(١) في أ: وكذا.

بالتملك، فقد قال الإمام: يُبْتَنَى ذلك على أن من ملك عبده عبداً أو عَرَضاً من العُرُوض، فأُتلف، فينقطع حق العبد، وتكون القيمة للسيّد أو ينتقل حقّ العبد إلى القيمة؟ وفيه وجهان:

أفقهما: الانقطاع، فإن ملك العبد عرضة للاسترداد والانقطاع بالتغيرات؛ ألا ترى أنه لو عتق العبد أو انتقل من ملك السيد إلى ملك غيره ينقلب ما ملكه إلى ملك السيد، فكذلك تغير العين بالتلف وتبدل الحقّ بالقيمة يوجب انقطاع ملك العبد.

والثاني: أن حقّ العبد ينتقل إلى القيمة كما في حقّ غيره، فإن قلنا بانقطاع حقه عن القيمة، فالسيد هو الذي يُقسّم؛ وإلا، فوجهان:

أحدهما: أن للعبد أن يُقسّم كما يُقسّم المكاتب في قتل عبده.

والثاني: المنع؛ لضعف ملكه، والقسامة تستدعي استقلالاً وملكاً مؤقتاً، فإن قلنا: لا يقسم العبد، فكذلك السيد؛ لأنه لا ملك له، وإن استرجع السيّد، وأعاد القيمة إلى ملكه، فكذلك لا يقسم السيّد لأن ما لم يثبت للعبد، كيف يخلفه السيد فيه؟ وإن قلنا: يُقسّم العبد، فقد قيل: لا يُقسّم السيّد؛ أيضاً؛ لأن العبد لم يكن له قتل، ولا صارت القيمة له حينئذٍ، وإنما يثبت الملك له بالاسترجاع؛ قال الإمام: ويجوز أن يُجعل السيد خلفاً عن العبد، كالوارث مع المورث<sup>(١)</sup>، وإذا قلنا بالصحيح، وهو أنه لا يملك العبد، فيقسم السيد، والقيمة له، ولو مات بغد ما أقسم فهي لورثته، وإذا ملك مستولده عبداً، كان كما لو ملك عبده القن في جميع ما ذكرنا، وإن عتقت بموت السيد، ولو أوصى لمستولده بعبد فقتل؛ وهناك لوث، فأقسم السيّد، فيأخذ القيمة، وتبطل الوصية، ذكره في «التهديب».

ولو أوصى لها بقيمة عبده فلان، لو قتل، صحّت الوصية؛ لأن القيمة له، فله أن يوصي بها، ولا يقدح ما فيها من الخطر من حيث إن القتل قد لا يثبت، ولا تخصل القيمة، فإن الوصية يحتمل الأخطار وليست الوصية للمستولدة كالوصية للعبد القن؛ فإنها تعتق عند الموت، وهو وقت استحقاق الوصية، والعبد ينتقل إلى الوارث، فلا يمكن تصحيح الوصية له، ولا للوارث.

قال القاضي الروياني: وعلى هذا لو أوصى لعبد نفسه، ثم أعتقه قبل أن يموت، تصحّ الوصية وعن القاضي أبي الطيّب: أنه لو باعه بعد الوصية، تصحّ الوصية، ويثبت الاستحقاق للمشتري، وإذا صحّت الوصية، فإن أقسم السيد، ثم مات، فالقيمة لها وإن

(١) في ز: الموروث.

لم يُقسِم حتى مات، ولم يؤخذ منه نكولٌ، فيقسم الورثة، وتكون القيمة لها بالوصية، وإنما يُقسِم الورثة، وإن كانت القيمة للمستولدة؛ لأن العبد يوم القتل كان للسيد، والقسامة من الحقوق المتعلقة بالقتل، فيرثونها كما يرثون سائر الحقوق وتثبت القيمة له، ثم يصرفونها إلى المستولدة بموجب وصيته، ولهم غرض ظاهرٌ في تنفيذ وصيته، وتحقيق مراده، وهذا كما أنهم يقضون ديونَهُ، وليس سبيلهم فيه سبيل سائر الورثة، حتى لو مات مَنْ عليه دينٌ ولا تركَهُ له، فقضاء الورثة مَنْ عندهم، كان على المستحق أن يقبلها بخلاف ما لو تبرع به أجنبي.

قال الإمام: وغالب ظنِّي أنني رأيتُ فيه خلافاً لبعض<sup>(١)</sup> الأصحاب، قال ومثله<sup>(٢)</sup> لو أوصى إنساناً بمال، ومات، فجاء مَنْ يدعي استحقاقه، هل يخلف الوارث لتنفيذ الوصية؟ فيه احتمالان<sup>(٣)</sup> يجوز أن يقال: نعم، كما في مسألة المستولدة، ويجوز أن يُفَرَّق بأن القسامة على خلاف القياس أثبتت احتياطاً وحقناً للدماء، فيتعلق بحالة القتل، وصاحب الحق عند القتل السيد، فإذا مات، قام وارثه مقامه، وأما دعوى الاستحقاق، فإنها تتعلق بمن له الملك ظاهراً في الحال، وهو الموصى له، ولا حاجة فيه إلى الإسناد والظن إلى ما تقدم، فإن نكل الورثة عن القسامة، فهل للمستولدة أن تقسم وتأخذ القيمة؟ فيه قولان:

أحدهما: نعم؛ لأن القيمة لها، فلا يفوت عليها بنكول الورثة.

وأصحهما: المنع؛ لأن القسامة لإثبات القيمة، والقيمة تثبت للسيد، ثم تنتقل منه بالوصية إلى المستولدة، وإذا مات السيد، لم يقم مقامه في الإثبات إلا ورثته، وليست المستولدة منهم، والقولان كالقولين فيما إذا أقام شاهداً بدين لأبيه المديون، ولم يخلف مع الشاهد، هل يحلف غرماء الأب؟ ويجريان في المديون، إذا لم يقسم ورثته، هل للغرماء أن يقسموا؟ ولا خلاف أن للورثة الدعوى وطلب اليمين من المدعى عليه، إذا

(١) قال في المهمات: هذا لا يعلم منه أن الخلاف راجع للأولى أو الثانية وقد بينه في النهاية وصرح بأنه في الوارث خاصة.

قال في الخادم: بل وهو في الأجنبي أيضاً ففي تعليق القاضي الحسين أوائل باب النفقات إذا تبرع الأجنبي بأداء الدين عن حي أو ميت لا يلزم رب الدين قبوله. وقال في الكرة الثانية: لو تبرع متبرع بقضاء دين عن الميت يجب على صاحب الدين قبوله أو يبرئه عن الدين خلاف الحياة لأن بالموت أيس من القضاء وفي حال الحياة لم يأس من القضاء قال: والوارث إذا تبرع بقضاء الدين يلزم قبوله لأنه تخلص التركة لنفسه إلى آخر ما ذكره.

(٢) في ز: ومثله.

(٣) قال في الخادم: الراجح الجواز وهو الذي أورده الماوردي والرويانى في كتاب الأفضية وعلى هذا إن امتنعوا فهل يحلف الموصى له قطعاً أو يأتي فيه القولان في الغرماء فيه طريقان.



لم يُقسِموا، وأما المستولدة، فهل لها الدعوى وطلب اليمين؟ فعن القاضي أبي الطيب، وغيره: بناءً ذلك على أنها هل تُقسِم؟ إن قلنا نعم، فنعم، وإن قلنا: لا، فليس لها طلب اليمين؛ لأن اليمين إنما يطلبها من تُرَدُّ عليه، لو نكل المدعى عليه ولا يمكن الردُّ عليها إذا قلنا: إنها لا تُقسِم، والظاهر المنصوص أن لها دَعْوَى القيمة وطلب اليمين، وإن قلنا: إنها لا تُقسِم؛ لأن القسامة لإثبات القتل، فتختصُّ بمن يخلف القتل، وأما القيمة، فهي صاحبة الملْك الناجز فيها ظاهراً، ولا تحتاج في طلبها إلى بيان جهة الاستحقاق، فلها أن تدعى، وتحلف، وإذا نكل الخضم، فترد اليمين عليها.

قال الإمام: وعلى هذا، فلا يتوقف طلبها [ودعواها] على إعراض الورثة عن الطلب، ومن بيني حقُّ طلبها على أنها، هل تُقسِم، يلزمه أن يقول: إنما يدعى هي إذا عرضوا عن الدعوى والطلب، كما أنها تُقسِم، إذا نكل الورثة.

وقوله في الكتاب: «فللورثة أن يُقسِموا» يجوز أن يقال: أشار بقوله «فللورثة» ولم يقل «فعلیهم أن یقسموا» إلى ما ذكره الإمام أن الورثة، وإن كان لهم القسامة، فإنها لا تختص عليهم، وإن كانوا على علم وبصيرة، فالإيمان لا تجب، قط.

وقوله «فإن لم يُقسِموا، فلهم يمين المدعى عليه» أي إن لم يقسم الورثة، فللغرماء التحليف، ويجوز أن يحمل قوله: «فلهم على الغرماء والورثة والمستولدة جميعاً» [والله أعلم].

قال الغزالي: فَإِذَا قُطِعَ يَدُ الْعَبْدِ وَعَتَقَ وَمَاتَ وَكَانَتِ الدِّيَةُ مِثْلَ أَرْضِ الْيَدِ وَقُلْنَا لَا قَسَامَةَ فِي الْعَبْدِ فَيُقْسِمُ هَهُنَا عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّ الْوَاجِبَ دِيَّةٌ حُرٌّ بِالنَّظَرِ إِلَى الْآخِرِ، وَلَوْ أَرْتَدَّ الْوَلِيُّ ثُمَّ أَقْسَمَ صَحَّ إِلَّا إِذَا قُلْنَا لَا مَلِكَ لَهُ، فَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ مَوْفُوفٌ فَقَتِلَ صُرِفَتْ الدِّيَةُ إِلَى الْفَنَاءِ بِيَمِينِهِ، فَإِنْ بَانَ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ مُسْتَحَقًّا؛ لِأَنَّهُ مِنَ الْاِسْتِحْقَاقِ تَسْبِبٌ، وَقَسَامَةٌ أَهْلِ الْفَنَاءِ غَيْرُ مُمَكِّنٍ هَذَا النَّصُّ، وَقِيلَ بِخِلَافِهِ، وَمَهْمَا قُتِلَ مَنْ لَا وَاِرثَ لَهُ فَلَا قَسَامَةَ إِذْ تَخْلِيفُ بَيْنَ الْمَالِ غَيْرُ مُمَكِّنٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ ثَلَاثُ مَسَائِلَ:

إحدهما: إذا قُطِعَت يَدُ الْعَبْدِ، فَعَتَقَ، ثُمَّ مَاتَ بِالسَّرَايَةِ، فَقَدْ سَبَقَ أَنْ الْوَاجِبَ فِيهِ الدِّيَةُ، وَذَكَرْنَا قَوْلَيْنِ فِي أَنَّ الْمُسْتَحَقَّ لِلسَّيِّدِ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ نِصْفِ قِيَمَةِ الْعَبْدِ وَكَمَالِ الدِّيَةِ، أَوْ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ كَمَالِ الْقِيَمَةِ وَكَمَالِ الدِّيَةِ؟ فَإِذَا وَقَعَتِ الْجَنَائِيَةُ، وَالصُّورَةُ هَذِهِ، فِي مَحَلِّ اللُّوْثِ، وَكَانَ الْوَاجِبُ قَدَرَ مَا يَأْخُذُهُ السَّيِّدُ وَلَا يُفْضَلُ شَيْءٌ لِلْوَرْتَةِ، فَهَلْ يُقْسَمُ؟ تَرْتَّبَ ذَلِكَ عَلَى أَنَّ السَّيِّدَ، هَلْ يُقْسَمُ، لَوْ مَاتَ الْعَبْدُ رَقِيقًا؟ إِنْ قُلْنَا: نَعَمْ، فَهِيَ أَوْلَى، وَإِنْ قُلْنَا: لَا، يُقْسَمُ هُنَاكَ، فَهِيَ وَجْهَانُ:

أظهرهما: أنه يقسم أيضاً؛ لأن القتل حرٌّ، والواجب فيه دية.

والثاني: لا يقسم؛ لأن السيد<sup>(١)</sup> إنما يستحق بجهة الرّق، ونحن نفرّع على أن بدل الرقيق لا قسامة فيه، وقد ينسب هذا الوجه إلى أبي إسحاق، ويعلّل بأن السيد، لو أقسم، لكان قد أقسم على أرش الطّرف [وهذا مشكل، فإنه يقتضي ألا يقسم، وإن قلنا: القسامة لها مدخل في العبد، ولم ينقل]، وإن كان يفضل عن الواجب شيء للورثة، فالورثة يُقسّمون لا محالة، وفي قسامة السيد الخلف، إن قلنا: لا يقسم، فالورثة يقسمون خمسين يمينا، وإن قلنا: يقسم، فالسيد مع الوارث كالوارثين، فيعود القولان في أن كلّ واحد منهما يحلف خمسين، أو تورّع الأيمان عليهما بحسب ما يأخذان.

وقوله في الكتاب: «وكانت الدية مثل أرش اليد» هذا القيد لا حاجة [إليه]<sup>(٢)</sup> في أن السيد، هل يقسم على ما تبين، ولكنه أراد التصوير في صورة انفراد السيد بالقسامة، والتنبيه على أن الواجب في هذا القتل الدية، وعلى أظهر القولين، وهو [أن]<sup>(٣)</sup> المستحقّ للسيد الأقل من نصف القيمة وتمام الدية، وإذا كانت الدية مثل أرش اليد أو أقل، انفرد السيد بالاستحقاق.

والثانية: إذا ارتد وليّ القتل بعد ما أقسم، فالدية ثابتة، وسبيلها سائر أمواله التي ارتد عليها، وإن ارتد قبل أن يقسم، [قال] الأئمة: الأولى ألا يغرّض الحاكم عليه القسامة؛ لأنه لا يتورّع عن الأيمان الفاجرة، فإذا عاد إلى الإسلام أقسم، وإن أقسم في محالّ الردة، فعن المزني: أنه لا تصح قسامته، ولا يثبت بها شيء.

وفي «جمع الجوامع» للقاضي الروياني: أن القاضي أبا حامد روى قولاً مخرّجاً؛ أنه لا يستحقّ بالقسامة في الردة شيء، ونقله ناقلون منصوصاً منسوباً إلى رواية الربيع، وهذا راجع أيضاً إلى أنه لا تصح القسامة في الردة، والظاهر المشهور أن لها صحة واعتباراً، أو وجه بأن يمين الكافر صحيحة، والقسامة التي يستحقّ بها المال نوع اكتساب، فلا تبطل بالردة كالاختطاب وسائر الاكتسابات، وهل هي صحيحة على الإطلاق أو القول بصحتها مخصوص ببعض الأقوال في ملك المرتد؟ فيه طريقتان:

أحدهما: أن ذلك مبنيّ على الأقوال في ملك المرتد، إن قلنا: يبقى ملكه، وإنما يزول إذا مات أو قتل مرتدّاً، فتصح قسامته، وتثبت الدية، وإذا [مات]<sup>(٤)</sup> فهي كسائر أمواله، وإن قلنا: يزول ملك المرتدّ بالردة، وإذا أسلم [حصل]<sup>(٥)</sup> ملك مجدد، فلا

(٢) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(١) في ز: العبد.

(٣) سقط في ز.

(٥) في أ: يحصل.

يقسم في الردة؛ لأنه لا استحقاق له، وإن قلنا بالتوقف، ففي صحّة القسمة وجهان، ومنهم من يقول؛ يقسم، ثم إذا مات أو قُتِلَ على الردة، ففي ثبوت الدية وجهان، والأول أحسن موقعاً:

أحدهما: أنه لا يُقسم؛ لأنه تبيّن على هذا القول زوال ملكه بالردة، وخروجه عن الاستحقاق.

وأظهرهما: وهو ظاهر النص: أنه يُقسم وتثبت الدية، ويكون لأهل الفيء؛ لأنه وإن ارتد، فهو الذي ورث أولاً، والقسامة تستند إلى حالة القتل، ولأنه يحتمل أن تكون الدية له بأن يعود إلى الإسلام، والقسامة، كما تجري عند تيقن الاستحقاق، تجري عند الاحتمال، كما ذكرنا فيما إذا كان في الورثة خنثى أو غائب وأيضاً، فالاستحقاق، إما أن يكون له أو لأهل الفيء وقسامة أهل الفيء لا تمكن والتعطيل بعيد، وهذه الطريقة هي التي أوردتها في الكتاب، ويروى نحو منها عن أبوي علي بن خيران، وابن أبي هريرة، وابن الوكيل.

وأظهرهما عند الأكثرين إطلاق القول بالصحّة، وتنزيل الدية منزلة ما يكتسبه بعد الردّة باحتطاب أو اصطياذ وغيرهما.

ولو ارتدّ الولي قبل موت المجروح ومات، وهو مرتدّ، فلا يقسم؛ لأنه ليس بوارث، بخلاف ما إذا قُتِلَ العبد، وارتد السيد، لا يُفرق بين أن يرتدّ قبل موت العبد أو بعده، بل يُقسم، إذا أجرينا القسامة على بدل العبد؛ لأن الاستحقاق السيد بالملك لا بالإرث. وقوله في الكتاب: «ولو ارتد الولي ثم أقسم، صح» يجوز أن يعلم قوله «صح» بالزاء والواو.

وقوله «إلا إذا قلنا [إنه]»<sup>(١)</sup> لا ملك له» بالواو، ولما ذكرنا من الطريقة المطلقة للصحّة، وإن قلنا: يزول ملكه، وهي التي رجّحوها.

وقوله «صرفت الدية إلى الفيء بيمينه...» إلى آخره هو الوجه الذاهب إلى أنه يُقسم ويثبت يمينه الدية تفرعاً على قول الوقف. وقوله «لأنه من الاستحقاق تسبّب» أي هو على الجملة بصفة قد يثبت له الاستحقاق، فلا ينزل منزلة الأجنبي.

وقوله «وقيل بخلافه» يعني به الوجه الآخر، وهو أنه لا يقسم أو لا يثبت بقسامته دية، وهو لا، قالوا: نصّ الشافعي - رضي الله عنه - محمول على قول بقاء الملك، وحملوا لفظ الوقف في كلامه على حجر السلطان على المرتد في أمواله.

(١) سقط في ز.

**المسألة الثالثة:** إذا قتل مَنْ لا وارث له بالجهات الخاصّة فلا قَسامة، وإن كان هناك لوثٌ؛ لأنه ليس للدية مستحقٌّ متعيّن، وإنما هي لعامة المسلمين، تحلّفهم غيرُ ممكن، ولكن ينصب القاضي مَنْ يدّعي عليه ويحلّفه، فإن نكّل، فهل يقضي عليه بالثكول؟ فيه خلاف مذكور في موضعه.

ونختم القول في القسامة بمسائل بقيت من الباب.

لا ينبغي أن يحلّف الحاكم السكران مدعيّاً كان أو مدعى عليه، حتى يغلم ما يقول، وما يقال له، وينزجر عن اليمين الفاجرة، فإن حلفه في السكر، فعلى الخلاف في أن السكران كالصاحي أو كالمجنون.

والأظهر الأول، وعن القاضي أبي حامد والماسر جسي [أن يقسم] ترجيح الثاني.

إذا قُتِلَ رجلٌ، وكان اللوث على عبده، فأراد الوارث أن يقسم عليه، فله ذلك، إن أثبتنا القصاص بالقسامة، لنقتص منه، وإلاّ، فلا يثبت له في رقبة عبده مالٌ فلا يقسم، إلاّ أن يكون مرهوناً، فيستفيد بالقسامة فك الرهن ويبيعه، وقسمه ثمنه على الغرماء.

ادعى على رجل، أنه قتل أباه عمداً، فقال المدعى عليه: قتلته، ولكن خطأ أو شبه عمد، ففي «التهذيب»: أن القول في نفي العمديّة قول المدعى عليه مع يمينه، سواء كان هناك لوث أو لم يكن.

والأقوى ما ذكره الإمام وصاحب «التتمة»، وهو أنه إن كان هناك لوث؛ كما إذا شهد عبيدٌ أو نسوة على إقرار المدعى عليه بالعمد، فيقسم المدعي، ودعوى المدعى عليه كون القتل خطأ لا تمنع المدعي في القسامة، ولا تُبطل اللوث، إن لم يؤكّده، وإن لم يكن لوثٌ، فحينئذ يصدّق المدعى عليه، ثم إذا حلف المدعى عليه، فلم يحلف، رتب ذلك على أنه لو أنكر أضل القتل، لم يحلف، إن قلنا: يحلف يميناً واحدة، فكذلك ههنا أو هو أولى، وإن قلنا: يحلف خمسين، فوجهان؛ لأن إنكار الصفة أخف من إنكار الأضل، والظاهر أنه لا فرق، وإذا حلف المدعى عليه، فهل للمدعي طلبُ الدية؟

قال المتولي: فيه قولان بناءً على أن الدية في الخطأ تجب على العاقلة ابتداءً أو تجب على الجاني، وهم يتحمّلون؟ إن قلنا بالأول، فليس له طلب الدية، لأنه ادعى حقاً على المدعى عليه، وهو اعترف بوجوبه على غيره، وإن قلنا بالثاني، فينتهي على أن الحلف في الصفة، هل هو كالحلف في الموصوف، وفيه قولان مذكوران في «مسائل النكاح» إن قلنا: نعم، فكانه ادعى مالاً واعترف بمال آخر لا يدعيه، وإن قلنا: لا، طالبٌ بالدية، وهو الأظهر، واقتصر على الجواب عليه أكثر من أورد المسألة، وتكون الدية في مال المدعى عليه مخففة صفةً وتأجيلاً إلاّ أن تصدقه العاقلة، فيكون عليهم،

وإن ادعى عليه أنه قتل أباه خطأ، فقال: بل قتله عمداً، فلا قصاص، وهل له أن يطالبه بدية مخففة. قال المتولي: فيه الوجهان، وإذا نكل المدعى عليه في الصورة الأولى، حلف المدعي على أنه كان متعمداً، ويكون عدد يمينه، بعدد أيمان المدعى عليه، ويثبت له بيمينه القصاص أو الدية المغلظة في ماله؟

قال في «المختصر» في «صفة يمين المدعى عليه»: إذا نكل المدعي عن القسامة أو لم يكن هناك لوثٌ يحلف بالله؛ إنه ما قتله، وما أعلن على قتله وما ناله من فعله، ولا بسبب فعله شيءٌ جرحه، ولا وصل إلى شيءٍ من بدنه، ولا أحدث شيئاً، مات منه فلان، وشرحه الأصحاب، فقالوا: قوله «ما قتله» لنفي انفراده بالقتل.

وقوله «وما أعان على قتله» لنفي الاشتراك.

وقوله «ولا ناله من فعله» أي لم يصبه سهمه وحجره الذي رماه.

وقوله «ولا بسبب فعله» لأنه قد يرمى بسبب أو حجر، فيصيب حجراً فيطير المصاب إلى الشخص، فيقتله، وقوله «ولا وصل إلى شيءٍ من بدنه» أي ما سقاه سماً يهلك به.

وقوله «ولا أحدث شيئاً مات منه» أي ما حفر بئراً، ولا نصب سيكناً وحجراً هلك به، ولا حاجة إلى ذكر صفة القتل، فإنه ينفي أضله، واحتج أبو إسحاق جماعةً بهذا النص على أنه يجوز أن تكون دعوى الدم مطلقة، فإنه إذا عيّن جهة يكفي نفي الجهة المدعاة، ومن منع منه، قال: المسألة مصورة فيما إذا أدى اجتهاد القاضي إلى سماع الدعوى المطلقة وادعى الولي حصول الهلاك على يده، ولم يرد، فيقضي القاضي في اليمين بنفي الجهات [أو هي] مصورة فيما إذا كان الوارث صبيّاً أو مجنوناً، فينصب القاضي من يدعي ويحتاط في التحليف.

إذا ادعى جراحة لا توجب القصاص؛ كالجائفة، وأقام على دغواه شاهداً واحداً، وحلف مع شاهده يميناً واحدةً ينبغي المال، ثم ما المجروح بالسراية.

قال ابن الحداد: لا يعطي الورثة شيئاً إلا بخمسين يميناً؛ لأنها صارت نفساً.

قال القاضي أبو الطيب: تصوير ابن الحداد أولاً مبني على أن دعوى الجراحة والبينة عليها تُسمعان قبل اندمالها وانتهائها بنهايته، وفيه خلاف، ثم جوابه مفرع على أن الأيمان لا تتعدّد [إلا] في الأطراف والجراحات.

وإن قلنا: تتعدّد وتكمل الأيمان فيها، فيحلف مع شاهده خمسين يميناً.

وإن قلنا بالتوزيع على قدر الدية، فتحلف للجائفة مع الشاهد ثلث الخمسين، ثم إذا مات المجروح، وصارت الجراحة نفساً، فيقسم الورثة، واللوث حاصل بشهادة

الشاهد الذي أقامه مورثهم، ولا تُحسب يمينه لهم؛ لأنه لا يأخذ أحدٌ بيمين غيره.  
وعن الخضرِي: أنها تحسب، حتى لو حلف خمسين على قولنا بالتكميل، فلا يمين على الورثة؛ لأنه قد حَلَفَ للجائفة يكفي لجميع النفس، والظاهرُ الأوَّل، [والله أعلم].

قال الغزالي: النَّظَرُ الثَّلَاثُ فِي إِبْتَاتِ الدَّمِ بِالشَّهَادَةِ وَلَا يَثْبُتُ القَتْلُ المَوْجِبُ لِلْقَصَاصِ بِرَجُلٍ وَأَمْرَاتَيْنِ، وَيَثْبُتُ مُوجِبُ الدِّيَةِ، وَلَوْ رَجَعَ بالعَفْوِ إِلَى المَالِ فِيهِ ثُبُوتُهُ بَعْدَ العَفْوِ وَجِهَانٍ، وَلَوْ شَهِدَتْ عَلَى هَاشِمَةَ مَسْبُوقَةً بِإِيضَاحٍ لَمْ يَثْبُتِ الهَشْمُ فِي حَقِّ الأَرْضِ كَمَا لَا يَثْبُتُ الإِيضَاحُ، وَلَوْ شَهِدَتْ عَلَى أَنَّهُ رَمَى إِلَى زَيْدٍ فَمَرَقَ فَأَصَابَ غَيْرَهُ خَطَأً ثَبَتَ الخَطَأُ فَيَقِيلُ قَوْلَانِ بِالثَّقَلِ وَالتَّخْرِيجِ، وَقِيلَ: الإِيضَاحُ سَبَبُ الهَشْمِ وَهَمَّا كَشَيْءٍ وَاحِدٍ بِخِلَافِ قَتْلِ الشَّخْصَيْنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الكلام في صفات الشُّهُودِ ونصيب الشهادات وشروطها يُسْتَوْفَى فِي «كتاب الشهادات»، لَكِنَّ الشَّافِعِيَّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - ذَكَرَ ههنا مسائلَ تتعلَّقُ بالشهادات على الجناية، وأودَّعَهَا باباً ترجمه بـ«الشهادة على الجناية» فراعَى مَعْظَمُ الأَصْحَابِ ترتيبه، وأورد تلك المسائل ههنا ومفضود الفصل أَنَّ كُلَّ قَتْلٍ أَوْ جَرْحٍ يوجب القصاصَ، فإنه لا يثبت بِرَجُلٍ وامرأتين، ولا بشاهد ويمين، بل لا بد فيه من رَجُلَيْنِ يشهدان على نفس القتل أو الجرح أو [على] <sup>(١)</sup> إقرار الجاني بهما، وما يوجبُ إلا الدية؛ كالخطأ وشبه العمد وجناية الصبي والمجنون وجناية المسلم على الذمي والحر على العبد والأب على الابن، تثبت <sup>(٢)</sup> بشهادة رجل وامرأتين، وبشاهد ويمين، لأن المقصود منه المال، وسيعود هذا في «كتاب الشهادات».

ولو كانت الجناية المدَّعاة بحيثُ توجب القصاص، وقال المدعي: عَفَوْتُ عن القصاص، فاقبلوا مِنِّي رجلاً وامرأتين أو شاهداً ويميناً لأخذَ المال، فهل يقتل ويثبت المال؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنه لا قصاص؛ والمقصد المال.

وأصحُّهما: ويُحَكِّى عن نصه في «الأم»: المنع، لأنها في نفسها موجبةٌ للقصاص، لو ثبتت <sup>(٣)</sup> ولأنه ينبغي أن يثبت القصاص حتى يكون للعفو اعتباراً، ومن القسم الأول المَوْضِحَةَ، إذا وقعت على وجه يوجب القصاص، ومن القسم الثاني

(٢) في ز: ثبت الشهادة.

(١) سقط في ز.

(٣) في ز: أو يثبت.

الهاشمة والمأمومة والجائفة، إذا تجردت عن الإيضاح، أما إذا وُجِدَتْ هاشمة مسبوقة بالإيضاح، فهل يثبت أزس الهاشمة برجلٍ وامرأتين؟ النصُّ أنه لا يثبت بل لا بدُّ من شهادة رجلين، ونص فيما إذا رمى إلى زيد، فمروقه السهم منه، وأصاب غيره خطأ؛ أنه يثبت الخطأ الوارد على الثاني برجلٍ وامرأتين وبشاهد ويمين، وفيهما طريقان:

أحدهما: أن فيهما قولين:

أحدهما: ثبوت الهشم والجناية على الثاني برجلٍ وامرأتين؛ وإن لم يثبت القطع [لأنه لا قصاص فيهما]<sup>(١)</sup>.

والثاني: المنع؛ لاشتغال الجناية على ما يوجبُ القصاص، وهو الموضحة في الصورة الأولى، قتل الأول في الثانية، والقصاص لا يثبت برجلٍ وامرأتين.

وأصحهما: تقرير النصين، والفرق أن الهشم المشتمل على الإيضاح جناية واحدة، وإذا اشتملت الجناية على ما يوجب القصاص احتيط لها، ولم تثبت إلا بحجة كاملة، وفي صورة مروقه السهم حصلت جنايتان لا تتعلق إحداها بالأخرى، وذكر الإمام أن المدعي لو قال: أصاب سهمه الرجل الذي قصده، ونفذ منه إلى أبي، فقتله، ولم تكن الجناية الأولى متعلق حق المدعي، فيجب القطع بثبوت الخطأ بالبينة الناقصة؛ ومحل التردد ما إذا كانت الجناية الأولى متعلق حق المدعي، قال: وفيه احتمال؛ لأن الجناية في الجملة عمدٌ مفض إلى خطأ، وذكر أنه لو ادعى أنه أوضح رأسه، ثم عاد وهشم، ينبغي أن يثبت موجب الهاشمة برجلٍ وامرأتين؛ لأنها لم تتصل بالموضحة، ولم تتحد الجناية، وأنه لو ادعى مع القصاص مالا من جهة لا تتعلق بالقصاص، وأقام على الدعوتين رجلاً وامرأتين، فالمذهب المشهور أن المال يثبت، وإن لم يثبت القصاص، وإذا اشتملت الشهادة على أمرين مختلفين، لم يقض الرد في أحدهما الرد في الآخر، وأبعد بعضهم، فخالف فيه، وفي «الوسيط» أنه لا خلاف أنه لو ادعى قتل عمرو خطأ، فشهدوا، وذكروا مروقه السهم إليه من زيد، لم يقدح في الشهادة، لأن زيدا ليس مقصوداً بها، وهذا قريب من الصورة التي نقلناها عن الإمام أولاً مع اختلاف التصوير فيهما فإذا قلنا بثبوت الهاشمة المسبوقة بالإيضاح، وأوجبنا أرشها، فعن صاحب «التقريب»: أن في ثبوت القصاص في الموضحة وجهين:

وجه الثبوت؛ التبعية كما أن الولادة على الفراش إذا ثبتت بشهادة النسوة يثبت النسب تبعاً، وإن لم يثبت النسب بشهادتين ابتداءً، واستضعف الشيخ أبو علي والأئمة ذلك، واستبعدوا اتباع الموضحة الهاشمة، وقالوا: الأقرب أن يُقال: لا يجب قصاص

الموضحة وفي أزشها وجهان وجه الوجوب أنا وجدنا متعلقاً لثبوت المال، فلا يبعد أن يستتبع مالاً مالا.

وقوله في الكتاب «فقليل» قولان بالنقل والتخريج» فقضية إثبات قولين في الصورتين وتولدهما من تصرف الأصحاب وكذلك ذكره جماعة من الأئمة، وفيه شيان: أحدهما: حكى بعضهم القولين في «مسألة الهشم» منصوصين لا حاصلين بالنقل والتخريج، فيمكن أن يُعلم لذلك قوله «بالنقل والتخريج» بالواو.

والثاني: أن عن الأصحاب مَنْ أثبت الخلاف في الهشم، وقطع بثبوت الخطأ في صورة [المروق] وقله قبل ذلك «ففي ثبوته بعد العفو وجهان» يجوز أن يُعلم لفظ «الوجهين» بالواو؛ لأن فيما عُلّق عن أبي بكر الطوسي حكاية طريقة أخرى قاطعة بأنه لا يثبت.

قال الخزالي: وَلَوْ شَهِدُوا أَنَّهُ مَا جَرَحَ وَأَنْهَرَ الدَّمَ لَمْ يَكْفِ مَا لَمْ يَشْهَدُوا عَلَى الْقَتْلِ، وَلَوْ قَالَ: أَوْضَحَ رَأْسَهُ لَمْ يَكْفِهِ مَا لَمْ يَتَعَرَّضَ لِلْجِرَاحَةِ وَوَضُوحِ الْعَظْمِ، فَإِنْ عَجَزُوا عَنْ تَعْيِينِ مَحَلِّ الْمَوْضِحَةِ سَقَطَ الْقِصَاصُ وَبَيَّتِ الْأَرْضُ عَلَى أَصْحَابِ الْوَجْهَيْنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الشهادة على الجناية مفسرة مصرحة بالعرض، وفيه صورتان:

إحدهما: الشاهد على القتل، لا بد، وأن يضيف الهلاك إلى فعل المشهود عليه، فلو قال: ضربه بالسيف، لم يكف، ولم يثبت به شيء؛ لأن السيف قد يصيب المضروب عرضاً، وقد ينبو ولا يؤثر، ولو قال: ضربه، وأنهر الدم، أو قال: جرحه، لم يثبت القتل؛ فإنه ليس في الشهادة تعرض له، ولو قال: ضربه بالسيف وأنهر الدم، ومات أو فمات، لم يثبت القتل أيضاً؛ لاحتمال أنه مات بسبب آخر، لا [بجراحته]<sup>(١)</sup> وإنهاره.

قال الإمام: وفي طريقة<sup>(٢)</sup> العراقيين ما يدل على أن القتل يثبت بهذه الشهادة، وعده غلطاً، إن لم يكن في النسخة اختلالاً، ويدل على الاختلال أنك لا تجد في طرق العراقيين ذكر هذا الوجه.

ولو قال: جرحه، فقتله أو فمات من جراحته أو أنهر دمه، فمات بسبب ذلك، يثبت القتل، وفي معناه ما إذا قال: جرحه أو ضربه بالسيف، فأنهر دمه، ومات مكانه، نصر عليه في «المختصر» وأقام قوله «ومات مكانه» مقام قوله، «ومات من جراحته أو بسبب جراحته» وفي لفظ الإمام، ما يُشعر بالتزاع فيه، فإنه قال «ولو قال: ضربه بالسيف [وأنهر]<sup>(٣)</sup> دمه، ومات مكانه بتلك الجراحة، يثبت بالقتل» فاعتبر أن يقول بتلك

(٢) في ز: طريق.

(١) في أ: بجراحة وإنهار.

(٣) في أ: فأنهر.



الجراحة، والشاهد يعرف حصول القتل بقرائن يشاهدها، وإن لم يرَ إلا الجراحة، وانتهاز الدّم، وحصول الموت، فلإمام تردّد في أنه هل يجوز تحمل الشهادة به؟ قال: والوجه المنع.

**الثانية:** إذا قال الشاهد: ضرب رأسه، فأدماه، أو أسال دمه، تثبت الدامية، ولو قال: فسال دمه، لم تثبت؛ لاحتمال أن السيلان حصل بسبب آخر، ولو قال: ضربه بالسيف، فأوضح رأسه أو أتضح من ضربه أو بجراحته، تثبت الموضحة، ولو قال: ضربه، فوجدنا رأسه موضحاً أو فأتضح، لم يثبت وحكى الإمام وصاحب الكتاب؛ أنه يشترط التعرّض لوضوح العظم، وإلا، فلفظ الإمام الموضحة من الإيضاح، وليست مخصوصة بإيضاح العظم، وتنزيل لفظ الشاهد على الألقاب التي اضطلح عليها الفقهاء لا وجه له.

نعم، لو كان الشاهد فقيهاً، وعلم القاضي أنه لا يُطلق لفظ «الموضحة» إلا على ما يوضح العظم؛ قال الإمام: هذا موضع التردّد يجوز أن يكتفي به لفهم المقصود، ويجوز أن يعتبر الكشف لفظاً، فإن للشرع تعبداً في ألفاظ الشهادات، وإن أفهم غيرها المقصود، ولا بد من تعيين محل الموضحة، وبيان مساحتها؛ ليجب القصاص، فلو كان على رأسه مواضع، وعجزوا عن تعيين موضحة المشهود عليه، فلا قصاص، ولم يكن على رأسه إلا موضحة واحدة، وشهد الشهود بأنه أوضّح رأسه، فلا قصاص أيضاً، لجواز أنه كانت عليه موضحة صغيرة، فوسّعها، وإنما يجب القصاص إذا قالوا: إنه أوضّح هذه الموضحة، وهل يجب الأرش إذا أطلقوا أنه أوضّح موضحة، وعجزوا عن تعيينها؟ فيه وجهان:

**أحدهما:** ويحكى عن اختيار القاضي الحسين: أنه لا يجب؛ لأن هذه الجراحة، لو ثبتت على صفتها، لوجب القصاص، وقد تعدّر إثبات القصاص، فلا تثبت الجنائية أصلاً، كما لو شهد رجل وامرأتان على موضحة عمداً لا يثبت الأرش كما لا يثبت القصاص.

**وأصحهما:** [الوجوب]<sup>(١)</sup> وبه قال الشيخ أبو محمّد يجب؛ لأن الأرش لا يختلف باختلاف محل الموضحة ومساحتها، وتعدّر القصاص إنما كان لتعدّر رعاية المماثلة لا لنقصان في البيّنة، بخلاف صورة الاستشهاد، ويدل عليه نصّه في «الأم»؛ أنه لو شهد الشاهدان على أن فلاناً قطع قيد فلان، ولم يُعيّن، والمشهود له مقطوع اليدين، لا يجب القصاص وتجب الدية، ولو كان مقطوع يد واحدة، والصورة هذه، فهل تنزل شهادتهم

(١) سقط في ز.

على ما نشاهدُها مقطوعةً أو يشترط تنصيصهم؟ يجوز أن يقدر فيه خلاف، ولو شهد الشهود بموضحة شهادة صريحة، وعائناً رأس المشجوج سليماً لا أثر عليه، والعهد قريب، فالشهادة مردودة. وقوله في الكتاب: [لم يكن<sup>(١)</sup>] ما لم يشهدوا على القتل أعلم بالواو، ولما نقله الإمام عن طريق العراقيين، وأقامه وجهاً في «الوسيط».

وقوله «ولو قال: أوضَح رأسه، لم يكفه ما لم يتعرَّض للجراحة»: وَجْهُ التَّعَرُّضِ لِلجَرَاخَةِ هو وَجْهُ التَّعَرُّضِ لوضوح العظم، فإنَّ الإيضاح من حيث اللَّفْظُ يَحْصُلُ برفع العمامة عن الرأس، وقضيته أن يقال: لا يكفي أيضاً.

وقوله «ضرب رأسه بالسيف»، فأوضحه؛ لأنه قد يضره فيلقي عمامته بلا جرح، ويكون الحاصل إيضاحاً. وقوله «فإن عجزوا» يعني الشهود.

وقوله «سقط القصاص» أي لم يثبت، [والله أعلم].

قال الغزالي: وَلَوْ شَهِدَ عَلَى أَنَّهُ قُتِلَ بِالسَّخْرِ لَمْ يُقْبَلْ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَشَاهَدُ، وَلَوْ أَقْرَأَ بِأَنَّهُ أَمْرَضَهُ بِالسَّخْرِ وَلَكِنْ مَاتَ بِسَبَبِ آخَرَ فَهَذَا لَوْثٌ نَصَّ عَلَيْهِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ لَا لَوْثَ فَإِنَّ اللَّوْثَ فِي تَعْيِينِ الْقَاتِلِ لَا فِي نَفْسِ الْقَتْلِ.

قال الرافعي: السَّخْرُ له حقيقة، وقد يأتي السَّاحِرُ بفعلٍ أو قولٍ يتغير به حال المسحور، فيمرض، ويموت منه، وقد يكون ذلك بوصول شيء إلى بدنه من دخان وغيره، وقد يكون دونه.

وعن أبي جعفر الأسترابادي من أصحابنا: أن السحر لا حقيقة له إنما هو تخيل.

وحكى «صاحب الشامل» عن أصحاب أبي حنيفة: أنه إن وصل بفعل الساحر شيء إلى بدن المسحور، جاز أن يحصل منه أثر، وإلا، فلا يجوز، والمشهور الأول، وعليه عامة العلماء؛ يدل عليه قوله تعالى: ﴿فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَرَوْجِهِ﴾ [البقرة: ١٠٢] وفي القصة المشهورة أن النبي ﷺ: «سَجَرَ حَتَّى يُخَيَّلَ إِلَيْهِ أَنَّهُ فَعَلَ الشَّيْءَ، وَلَمْ يَفْعَلْهُ»<sup>(٢)</sup>، وفيه نزلت المعوذتان.

ويخرم فعل السَّخْرِ بالإجماع، ومن اعتقد بإباحته، فهو كافر ويُرَوَى أن النبي ﷺ قال: «أَيْسَ مِثْلًا مَنْ سَجَرَ أَوْ سَجَرَ لَهُ، أَوْ تَكْهَنَ أَوْ تَكْهَنَ لَهُ»<sup>(٣)</sup>.

(١) سقط في ز. (٢) متفق عليه من حديث عائشة.

(٣) أخرجه الطبراني من حديث الحسن بن عمران بن حصين، وأبو نعيم من حديث علي بن أبي طالب، والطبراني في الأوسط من حديث ابن عباس، وفي الأول: إسحاق بن الربيع ضعفه الفلاس، والراوي عنه أيضاً لين، وفي حديث علي: مختار بن غسان وهو مجهول، وعبد الأعلى =

وإذا قال الرجل: تعلمتُ السحر أو أخسِنُ السُّحْر، اسْتُوصِفَ، فإنَّ وصْفَه بما هو كُفْرٌ، فهو كافر، ومثله ابن الصباغ بأن يعتقد التقرب إلى الكواكب السبعة، وأنها تجيب إلى ما يقترح منها. وعن القفال: أنه لو قال: أَفْعَلُ بالسحر بقُدْرَتِي دون قدرة الله تعالى، فهو كافر، وإن وصفه بما ليس بكُفْر، لم يكن كافراً.

وقال مالك: السُّحْرُ زندقة حتى أن الرجل، إذا قال: أنا أحسن السحر، ولا أعيل به، يُقْتَل، ولا تُقْبَل توبته، كما لا تُقْبَل توبة الزنديق، ويروى عن أبي حنيفة مثله.

وقال أحمد: يقتل الساجر، ولم يُؤثر عنه في كُفْره شيء.

واحتج الأصحاب بأنَّ مَنْ قال: أحسن الكفر أو الزنا، لا يُجْعَل كافراً وزانياً، ويُرْوَى أن مدبرة لعائشة - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - سَحَرَتْهَا استعجالاً للعتق، فباعتها عائشة - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - مَمَّنْ يَسِيءُ مَلِكُهَا من الأعراب، وكان ذلك بِمَخْضَرٍ من الصحابة - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - ولم يَقْتُلُهَا.

وأما تَعَلَّمَ السحر وتعليمه، فالذي ذكره الأكثرون منهم أصحابنا العراقيون «وصاحب التهذيب»: أنهما حرامان، لخوف الافتتان والإضرار بالناس، وفي «تعليق أبي بكر الطوسي حكاية وجهين فيه.

أحدهما: هذا.

والثاني: لا يخرم، كما لا يحرم تعلم مقالات الكفرة، وقد يبغى من يتعلم السحر دَفْعَ ضَرَرِهِ عن نفسه، وأيضاً، فإنَّ تَعْرِفَ حَقَائِقَ الأشياء لا يخرم، وهذا ما أورده في «الوسيط»، ورد الإمام الوجهين إلى أنه هل يُكْرَهُ تعلُّمه وفيه إشعار بأنه لا يحرم، وكلام القاضي الروياني قريب منه، ولا يخفى أن موضع الخلاف في التحريم؛ ما إذا لم يحتج في تعلمه إلى تقديم اعتقادٍ هو كُفْرٌ والله أعلم.

إذا عُرِفَ ذلك، ففي الفصل مسألتان:

إحدهما: القتل بالسحر لا يثبت بالبينة، لأن الشاهد لا يعلم قصد الساحر، ولا يشاهد تأثير السحر، وإنما يثبت ذلك بإقرار الساحر، وقد قدمنا أنه إذا قال: قتلته

= ابن عامر وهو ضعيف، وعيسى بن مسلم وهو لين، وفي حديث ابن عباس: زمعة بن صالح عن سلمة بن هرام، وهما ضعيفان، وفي الباب عن أبي هريرة رفعه: من عقد عقدة ثم نفث فيها فقد سحر، ومن سحر فقد أشرك، ومن تعلق بشيء وكل إليه، رواه النسائي وابن عدي في ترجمة عباد بن مسيرة، عن الحسن بن علي.

حديث: أن مدبرة لعائشة سحرتها استعجالاً لعتقها، فباعتها عائشة ممن يسيء ملكها من الأعراب، مالك والشافعي والحاكم والبيهقي من رواية عمرة عنها، وإسناده صحيح.

بسُخْرِي، وسُخْرِي يقتلُ غالباً، فقد أقرَّ بالقتل العمد، وإن قال: نادراً، فهو إقرار بشبه العمد، وإن قال: أخطأتُ من اسم غيره إلى اسمه، فهو إقرار بالخطأ.

وعن نَصِّه في «الأم»: أنه لو قال: أمرضُ بسُخْرِي، ولا أقتل، وقد سَحَرْتُ فلاناً، فأمرضته، عَزَّرَ وأنه لو قال: أسجِرُ ولا أمرضُ، ولكن أُوذِي، ينهي<sup>(١)</sup> عنه، فإن عاد، يعزَّر؛ لأن السُخْرَ كُلَّهُ حرام.

الثانية: إذا قال: أمرضته بسُخْرِي، لكنه لم يُمْتُ به، وإنما مات بسبب آخر، فقد نص - رَضِي اللّهُ عَنْهُ - في «المختصر» أنه لو تُتَّقَسِمُ به للولي، ويأخذ الدية.

قال الإمام: وفيه قول مخرّج أنه ليس بِلَوْثٍ ولا قسامة فيه، لأننا ذكّرنا فيما إذا جرح رجلاً، ومات المجروح، واختلف الجارحُ ووليُّ المجروح، فقال الجارح: مات بسبب آخر، وقال الولي: بل بالسراية تفصيلاً وخلافاً في أن المصدّق منهما مَنْ هو؟ ولم يخبر ذكرُ القسامة، وقد وجد في الصورتين الاعتراف بسبب القتل مع ادعاء وقوع الموت بسبب آخر، ووجه القول المخرّج أن القسامة لتعيين [القاتل]<sup>(٢)</sup> بعد الاتفاق على القتل، وههنا الاختلاف في نفس القتل، وأشار إلى أنّا إذا جعلنا اعتراف الساحر بأنه أمرض لوثاً، وجب أن يكون اعتراف الجارح بالجرح لوثاً، وحاصل هذا الباب إثبات قولين أو وجهين في الصورتين بالثقل والتخريج، والظاهر الذي عليه أكثرهم أنه إن بقي ضمناً متألماً إلى أن مات، فيحلف الولي، ويأخذ الدية، وذلك قد يثبت [بالبينة، وقد يثبت]<sup>(٣)</sup> باعتراف الساحر، وإن ادّعى الساحرُ البرء من ذلك المرَض، وقد مضت مدة تختمل البرء فالقول قوله مع يمينه، ويُحكى<sup>(٤)</sup> هذا عن نصه في «الأم» وقد سبق مثله في اختلاف الجارح والولي وعليه يُحمل نص «المختصر».

### «فَرَعٌ»

[لو]<sup>(٥)</sup> قال: قتلْتُ بسُخْرِي جماعةً، ولم يعيّن<sup>(٦)</sup> أحداً، فلا قصاص؛ لأن المستحقَّ غير متعيّن، وعند أبي حنيفة يُقتلُ حدّاً، لسغيه في الأرض بالفساد، ويمثله يقول إذا أقر بقتل اثنين فصاعداً على التعيين، وإن كان لا يوجب القصاص بالقتل بالسُخْر على ما حكينا من قبل.

آخر: إذا أصاب غيره بالعين، واعترف بأنه قتله بالعين، لم يجب القصاص، وإن

(٢) في أ: القاتل.

(٤) في ز: ويحل.

(٦) في ز: يعني.

(١) في ز: ينهي.

(٣) سقط في ز.

(٥) سقط في ز.

كان العين حقاً، ويقال: إن في الناس من يقصده، وقليلاً ما يخطئ؛ لأنه لا يقضي إلى القتل اختياراً، ولا يُعدُّ ذلك من أسباب الهلاك.

قال الغزالي: **وَمِنَ الشَّرْطِ أَلَّا تَتَضَمَّنَ الشَّهَادَةُ نَفْعًا وَلَا دَفْعًا، فَلَوْ شَهِدَ عَلَى جَرْحِ الْمَوْرَثِ لَمْ يُقْبَلْ، وَلَوْ شَهِدَ بِدَيْنٍ أَوْ عَيْنٍ لِمَوْرَثِهِ الْمَرِيضِ فَوَجَّهَانِ، وَلَوْ شَهِدَ عَلَى جَرْحِ وَهْمًا مَخْجُوبَانِ ثُمَّ مَاتَ الْحَاجِبُ أَوْ بِالْعَكْسِ فَالِنَظَرِ إِلَى حَالَةِ الشَّهَادَةِ لِلتُّهْمَةِ، وَقِيلَ قَوْلَانِ كَمَا فِي الْإِقْرَارِ لِلْوَارِثِ، وَلَوْ شَهِدَتْ الْعَاقِلَةُ عَلَى فِسْقِ بَيِّنَةِ الْخَطَا لَمْ يُقْبَلْ لِأَنَّهَا دَافِعَةٌ، وَكَذَا لَوْ كَانَ مِنْ فُقَرَاءِ الْعَاقِلَةِ، وَإِنْ كَانُوا مِنَ الْأَبَاعِدِ قَبْلَ لِأَنَّ تَوَقُّعَ مَوْتِ الْقَرِيبِ بَعِيدٌ بِخِلَافِ تَوَقُّعِ الْغَنِيِّ، وَقِيلَ فِي الْبَعِيدِ وَالْقَرِيبِ قَوْلَانِ بِالثَّقَلِ وَالْتَّخْرِيجِ.**

قال الرافعي: سيأتي في «كتاب الشهادات» بتيسير الله - تعالى - أن من شروط الشهود الانفكاك عن التهمة، وأن من أسباب التهمة أن يجزَّ بالشهادة نفعاً إلى نفسه أو يدفع ضرراً، وأن من صور الجز أن يشهد على جرح مورثه، وفيه مسائل:

إحداها: إذا ادعى على إنسان أنه جرحه، وشهد للمدعي وارثه، نُظِر؛ إن كان من الأصول أو الفروع، لم تقبل شهادته للبعضية، وإن كان من غيرهم، فإن شهد بعد الاندمال، قُبلت شهادته، وإن شهد قبله، لم تُقبَل؛ لأنه لو مات كان الأزس له، فكأنه شهد لنفسه، وإن شهد بمال آخر لمورثه المريض مرض الموت، فوجهان:

أحدهما، ويحكى عن أبي إسحاق: أنها لا تقبل أيضاً، ورجحها صاحب «الإفصاح» وابن الصبَّاح توجيهاً بأن المريض محجور [عليه] <sup>(١)</sup> المرض؛ ليحقَّ الورثة؛ ولذلك لو وهب غير ذلك المال، يعتبر من الثلث، وذلك يوجب التهمة في شهادة الوارث.

وأظهرهما؛ عند أكثرهم، وبه قال أبو الطيب بن سلمة: أنها تُقبَل، وبه أجاب صاحب الكتاب في «باب الشهادات»، ولم يذكر الخلاف الذي ذكره ههنا، والمسألة معادة هناك، وربما زدنا في شرحها.

الثانية: لو شهد اثنان على الجرح، وهما محجوبان، ثم صارَا وارثين، كأخوين يشهدان، وللمجروح ابن، ثم يموت الابن، فالشهادة في الأصل مقبولة، ثم إن صارَا وارثين قبل أن يقضي القاضي بشهادتهما، فلا يقضي، وإن كان بعد قضائه، لم ينقض القضاء، كما لو شهد الشاهد ثم فسق، وحكى الفوراني طريقة أخرى، وهي أن في المسألة قولين:

أحدهما: هذا.

والثاني: أن الاعتبار بحالة الشهادة، ولا أثر لما طرأ، وشبهه بالخلاف في «مسألة الإقرار للوارث» في أن الاعتبار بحالة الإقرار أعم بحالة الموت.

ومثاله: أن يقر لأخيه، وله ابن، فيموت أولاً ابن له، فيولد، ولو شهد، وهما وارثان في ظاهر الحال، ثم وُلِدَ له ابن، فالشهادة مردودة للثُمَّمة عند آدائها، وطردت الطريقة الأخرى حتى إذا اعتبرنا بالمال، فإذا خرَجَ عن كونه وارثاً، تبين كون الشهادة مقبولة، وكأنا نتوقف في الشهادة إلى أن يتبين آخر الأمر، ولو شهد وارثان على جرح الموروث<sup>(١)</sup>، فبريء المجرور، فظاهر المذهب أنه لا يثبت الجرح؛ لقيام التهمة حال أداء الشهادة.

وعن صاحب «الإفصاح» وغيره حكايةً وَجِهَ أنه يثبت بناءً على أن الشهادة موقوفة، كما أن عَطَايَاهُ في المرض موقوفة، ومما عُدَّ من صُورِ دفع الضرر؛ أن تقوم البينة على القتل الخطأ، فشهد اثنان من العاقلة الَّذِينَ يتحملون الدية على فسق بيعة القتل، فلا تقبل شهادتهما<sup>(٢)</sup>؛ لأنهما متهمان برفع التحمّل عن نفسيهما، وهذا أيضاً معادٌ في «الشهادات». ولو كان الشاهدان من فقراء العاقلة الذين لا يتحملون، فالنص أن شهادتهما لا تقبل أيضاً، وإن كانا من الأبعاد، وفي عدد الأقربين وفاء بالواجب، فالنص قبول شهادتهما، وفي الصورتين طريقان:

أحدهما: أن فيهما قولين نقلًا<sup>(٣)</sup> وتخريجاً.

وجه القبول: أنهما لا يتحملان في الصورتين شيئاً [فليس] وليس الموضع موضع التهمة.

وجه المنع: أن الفقير يتحمّل لو أيسر والبعيد يتحمل، لو مات القريب، فهما مُتَّهَمَانِ بدفع ضررٍ متوقّع.

والثاني: تقرير النصين، والفرق أن المال غادٍ ورائح، والغني غير مستبعد، بل كلُّ يحدث نفسه به، ويتمنى الأماني، وموت القريب الذي يُخرَجُ الأبعد إلى التحمّل كالمستبد في الاعتقادات، والتهمة لا تتحقّق بمثله، وقد سبق ما يُقرَّب من هذا المعنى في «الإيلاء»، ورجّح الإمام طريقة القولين معترضاً على الثانية بأن البعيد كما يلزمه التحمّل بموت الأقربين، يلزمه<sup>(٤)</sup> التحمّل بافتقارهم وحاجتهم، ولئن استبعد الموت،

(٢) في ز: بينهما ديتهما.

(١) في ز: المورث.

(٤) في ز: ملزم.

(٣) في أ: نصاً.

فاحتمال الفقر والحاجة غَيْرُ مستبعد، كما أن احتمال الغني [غير] <sup>(١)</sup> مستبعد، والأظهر عند الأكثرين طريقة التقرير، وبها: قال أبو إسحاق، ولهم أن يجيبوا عما ذكّره بأن الإنسان يطلب غنى نفسه وتدبير أسبابه، ويتحيل مساعدة القدر والظفر بالمقصود، ولا يطلب فقر <sup>(٢)</sup> غيره، ولا يسعى فيه، فتكون التهمة المبنية على تقدير غناه أظهر من التهمة المبنية على فقر الغير، وتقبل شهادة العاقلة على فسق بينة القتل، وبينة الإقرار بالقتل الخطأ؛ لأن الدية لا تلزمهم، وإن حكمنا بالبيتين، فلم يكونا دافعتين.

وقوله في الكتاب: «وقيل في القريب والبعيد [قولان]» <sup>(٣)</sup> يعني في القريب الفقير، وفي البعيد، والأحسن أن يقال: «وقيل في الفقير والبعيد» [والله أعلم].

قال العزالي: وَلَوْ شَهِدَ رَجُلَانِ عَلَى رَجُلَيْنِ بِالْقَتْلِ فَشَهِدَ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِمَا بِأَنَّهُمَا قَتَلَا هَذَا الْقَتِيلَ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُمَا لِأَنَّهُمَا دَافِعَانِ وَمُبَادِرَانِ قَبْلَ الْأَسْتِشْهَادِ، وَشَهَادَةُ الْحَسِبَةِ لَا تُقْبَلُ فِي حَقِّ الْأَدَمِيِّينَ عَلَى أَصْحَابِ الْوَجْهَيْنِ، فَإِنْ صَدَّقَهُمَا الْمُدْعِي بِطَلْحَقِهِ لِنَتَاقُضِ دَعْوَاهُ، وَلَوْ شَهِدَا عَلَى أَجْنَبِيٍّ بِالْقَتْلِ فَهُمَا دَافِعَانِ وَمُبَادِرَانِ، وَلَوْ شَهِدَ أَجْنَبِيَّانِ عَلَى الشَّاهِدَيْنِ بِالْقَتْلِ فَهُمَا مُبَادِرَانِ وَلَيْسَا دَافِعَيْنِ فَيُخْرَجُ عَلَى شَهَادَةِ الْحَسِبَةِ.

قال الرافعي: إذا شهد اثنان على رجلين؛ أنهما قتلا فلاناً، فشهد المشهود عليهما أن الأولين قتلاه، قال الشافعي - رضي الله عنه - والأصحاب: يُسأل الولي، فإن صدق الأولين دون الآخرين، ثبت القتل على الآخرين بشهادة الأولين، ولا تُقبل الشهادة <sup>(٤)</sup> على الأولين؛ لأن الولي يكذبهما، ولأنهما يدفعا بشهادتهما ضرر موجب القتل الذي شهد به الأولان، والدافع متهم في شهادته، ولأنهما [صارا] <sup>(٥)</sup> عدوين للأوليين بشهادتهما عليهما، وشهادة العدو على العدو لا تقبل، وإن صدق الآخرين دون الأولين، بطلت الشهادتان، أما شهادة الأولين، فإن تصديق الآخرين يتضمن تكذيبهما، وأما شهادة الآخرين، فللمعنيين الدفع والعداوة، وإن صدق الفريقين جميعاً، فكذلك تبطل الشهادتان؛ لأن في تصديق كل فريق تكذيباً للآخر، وإن كذبهما جميعاً، فهو أظهر، واعترض على تصوير المسألة أن الشهادة على القتل لا تُسمع إلا بعد تقديم الدعوى ولا بد في الدعوى من تعيين القاتل، فكيف يُسأل المدعي بعد شهادة الفريقين، وأجيب عنه بوجوه:

أحدها، عن أبي إسحاق: أن تقديم الدعوى على الشهادة إنما يُشترط إذا كان

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: ففي.

(٣) سقط في ز.

(٤) في ز: شهادة الآخرين.

(٥) سقط في ز.

المُدَّعي ممن يعبر عن نفسه، فأما مَنْ لا يعبر؛ كالصبي والمجنون، فتجوز الشهادة لهم قبل الدعوى والشهادة ههنا لمن لا يعبر عن نفسه، وهو القتل؛ ألا ترى أنه إذا ثبتت الدية، قضى منها ديونته، ونفذت وصاياه، وهذا ذهاب إلى أن شهادة الحسبة تُقبل في الدماء، وهو وجه سيأتي - إن شاء الله تعالى ذكره - في «الشهادات» مع وجه آخر، وهو قبولها في «الأموال» أيضاً، وظاهر المذهب أنها لا تقبل في حقوق الأدميين المخضّعة أصلاً.

**والثاني:** قال قائلون: المسألة مصوّرة فيما إذا لم يعلم الولي القاتل<sup>(١)</sup>، والشهادة قبل الدعوى مسموعة، والحالة هذه، ويحكى هذا عن الماسرجسي والأستاذ أبي طاهر، وهو وجه يذكر في «الشهادات» أن شهادة الحسبة لا تقبل، إن علم المستحق بالحق؛ وإن لم يعلم، فتقبل.

**والأصح:** المنع، ويخبر الشاهد المستحق حتى تُقدّم الدعوى، ثم يشهد الشاهد.

**والثالث:** قال الأصحاب تفرعاً على أن الشهادة لا تقبل إلا بعد تقديم الدعوى، وهو الصحيح: صورة المسألة أن يدعي القتل على اثنين، ويشهد بذلك شاهدين، فيبادر المشهود عليهما، ويشهدا على الشاهدين بأنهما القاتلان، وذلك يورث ريباً وشبهة للحاكم، فيراجع الولي، ويسأله احتياطاً، وحينئذ، إن استمر على تصديق الأولين، ثبت القتل على الآخرين، وإن صدق الآخرين أو صدقهم جميعاً، بطلت الدعوتان لتناقضهما، وبطلت الشهادات، ولو كان المدعي وكيل للولي، نُظر؛ إن كان قد عين الآخرين، وأمره بالدعوى عليهما، ففعل، وأقام عليه شاهدين، فشهد المشهود عليهما على الشاهدين، فإن استمر الوكيل على تصديق الأولين، ثبت القتل على الآخرين، وإن صدقهم جميعاً أو صدق الآخرين، انعزل عن الوكالة، ولا تبطل دعوى الموكل على الآخرين، وإن لم يعين للوكيل أحداً، ولكن قال: ثأري عند اثنين من هؤلاء الجماعة، فأدع عليهما، وأطلب ثأري منهما، ففي صحّة التوكيل هكذا وجهان المذكوران في «التهذيب». قال: وعلى تصحيحه يعمل الحكماء، والخلاف نازع إلى الخلاف المذكور فيما إذا قال: وكلتكم لمخاصمة خصمي أو هو هو، وعلى تصحيحه ينطبق ما حكى عن صاحب «التقريب» وأبي يعقوب الأبيوردي؛ أن المسألة في أصلها مصوّرة فيما إذا كان قد وكل وكيلين بطلب الدم، فأدعى أحدهما على اثنين والآخر على آخرين، وشهد كل اثنين على آخرين، وإذا عين الوكيل شخصين، والتوكيل منهم كما صورنا، وأقام عليهما شاهدين، وشهد المشهود عليهما على الشاهدين، والوكيل على تصديق الأولين، يثبت

(١) في ز: القاتل.



القتل على المشهود عليهما، وإن صدق الآخزين أو صدقهم جميعاً، انزل عن الوكالة، [ثم] <sup>(١)</sup> إن صدق الموكل الأولين، ثبت القتل على الآخزين، وإن صدق الآخزين، جاز، وله الدعوى على الأولين إذا لم يتقدم ما يناقض ذلك، لكن لا تُقبل شهادة الآخزين للتهمة بسبب الدفع والعداوة، والمبادرة قبل الدعوى والاستشهاد.

ثم ههنا فائدتان:

إحدهما: عن صاحب «التقريب» تفريعاً على قبول الشهادة قبل تقديم الدعوى: ذكر وجهين فيما إذا ابتدر أربعة إلى مجلس القاضي، وشهد آثنان منهم على الآخزين؛ أنهما قتلا فلاناً، وشهد الآخرا على الأولين أنهما القاتلان.

أحدهما: بطلان الشهادتين لتضادهما وتصادمهما.

والثاني: أنا نراجع الولي، فإن لم يصدقهم بطلت <sup>(٢)</sup> الشهادات، وإن صدق اثنين، تأيدت، شهادتهما بالتصديق، فتبطل شهادة الآخزين، وبه تصح شهادة المصدقين، فيقضي بها. وفيه وجه آخر أنه يعمل بشهادة الأولين، وترد شهادة الآخزين؛ لأنهما دافعان وعدوان، وإذا فرعنا على أنه لا تُقبل الشهادة قبل [تقديم] الدعوى، فلو ادعى المدعي، وأعاد المبادر الشهادة هل تقبل شهادته فيه خلاف يُذكر في «الشهادات».

الثانية: رد الشهادة في المسألة لا لتهمة دفع الضرر ظاهر، وقد نص الشافعي - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - على التعليل بها، وأما الرد للعداوة، فقد قال الإمام: العداوة التي تُردُّ بها الشهادة لا تثبت بهذا [القدر] <sup>(٣)</sup>، وموضع ضبط العداوة التي توجب رد الشهادة بابها.

وفي الفصل بعد هذا صورتان:

إحدهما: إذا شهد رجلان على رجلين بالقتل، فشهد المشهود عليهما على أجنبي بذلك القتل، أو على أجنبيين <sup>(٤)</sup> فصاعداً، فالنظر في كون الشهادة واقعة بعد [تقديم] الدعوى أو قبله، وفي تصديق الولي الصنفين أو أحدهما على ما مر، ولو كان المدعي وكيل الولي، ولم يكن الولي قد عين أحداً، ثم إنه صدق الآخزين، كان له أن يدعي على الأولين؛ لأنه لم يسبق منه ما يناقضه، ولا تُقبل شهادة الآخزين، لأنهما مُتَّهَمَان بالدفع عن أنفسهما.

وعن أبي بكر الصيدلاني - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: أنه يُحتمل ألا يكونا <sup>(٥)</sup> متهمين؛

(٢) في ز: لطلب.

(٤) في ز: أجنبي.

(١) سقط في ز.

(٣) في أ: المقدار.

(٥) في ز: يجعلها.

لأنهما رِيْمًا صَدَقَا؛ فلا ينبغي أن ترد قولهما بمبادرة غيرهما بالشهادة عليهما.

**الثالثة:** شهد رجلان على جَلَيْنِ على التصوير الذي تقدّم، فشهد أجنبيان على الشاهدين؛ بأنهما القاتلان، فيعود فيه التفصيل، إن كان الولي ادعى بنفسه، وكذب الأجنبيين بطلت شهادتهما، وإن صدقهما أو صدق الكل، بطلت الشهادات؛ لتناقض الدعوتين، وإن كان المدعي الوكيل، ولم يعين الموكل أحداً، فللموكل الدعوى على الأولين، والأجنبيان ليسا دافعين، ولكنهما مبادران إلى الشهادة قبل الاستشهاد، فلو ادعى عليهما، وجاء بالأجنبيين شاهدين، فعلى الخلاف في قبول الشهادة المُعَادَةَ من المبادرة.

والذي أورده في «التهذيب»: القبول، إن ادعى وأعاد الشهادة في مجلس آخر، وإن ادعى [فشهدا] في ذلك المجلس، قال: فيه وجهان.

ولو ادعى على اثنين ألفاً، وشهد له بذلك شاهدان، ثم شهد المشهود عليهما أو أجنبيان بأن للمدعي على الشاهدين ألفاً وصدق المدعي الآخرين أيضاً، لم تبطل دعواه الأولى، ولا شهادة الأولين على الآخرين، وله أن يدعي على الآخرين أيضاً، لجواز اجتماع الألفين، وشهادة الآخرين على الأولين شهادة قبل الدعوى والاستشهاد، قال في «التهذيب»: فلو ادعى وشهدا في مجلس آخر، قبِلت شهادتهما، ولو جرى في ذلك المجلس، ففيه وجهان.

قال العزالي: وَإِذَا شَهِدَ أَحَدُ الْوَرَثَةِ بَعْفُو بَعْضِهِمْ سَقَطَ الْقِصَاصُ بِإِقْرَارِهِ وَإِنْ كَانَ فَاسِقًا لَا بِشَهَادَتِهِ.

**قال الرافعي:** إذا أقر أحد الورثة بعفو بعضهم عن القصاص، وعينه أو لم يعينه، سقط القصاص؛ لأنه اعترف بسقوط حقه عن القصاص؛ إذ القصاص لا يتبعص، وإذا وجد منه ما يسقط حقه من القصاص، سقط حق الآخرين، كما لو قال: أسقطت حقي عن القصاص، وقرب ذلك بما إذا أقر أحد مالكي العبد بأن شريكه أعتقه، وهو موسر، يحكم بنقود العتق، إذا جعلنا السراية قضية لإقراره، وأما الدية، فإن لم يعين المقر العافي، فللورثة جميعاً الدية، وإن عينه، وأنكر فكذلك، والقول في أنه لم يعف عن الدية قوله مع يمينه، وإن أقر بالعفو عن القصاص، فلغير العافي حصتهم من الدية، والعافي إن عفا على الدية، فكذلك، وإن أطلق العفو، فعلى القولين في وجوب الدية في العفو المطلق، ولو شهد أحد الورثة بعفو بعضهم، نُظِرَ، إن كان فاسقاً، ولم يعين العافي، فحكم الشهادة حُكْمَ الإقرار، وإن كان عدلاً، وعين العافي وشهد بأنه عفا عن القصاص والدية جميعاً، فللجاني أن يخلف معه، ويسقط القصاص والدية.

أما القصاص فإنه يسقط بالإقرار الذي تتضمنه الشهادة، وأما الدية، فلأن العفو

عن المال يثبت بشاهد ويمين، وكذلك الحُكْم، لو شهد رجل وامرأتان من الوَرثَةِ؛ لأن العفو عن المال يثبت برجل وامرأتين، وكيف يخلف الجاني مع شهادة الوارث؟

قال في «المختصر»: حلف القاتل مع شهادته، لَقَدْ عفا عن القصاص والمال، وتَعَجَّبَ من ظاهره جمهورُ الأصحاب، وقالوا: القصاصُ يسقطُ بشهادة الوارث، فيكفي أن يذكر في يمينه، أنه عفا عن الدية، ولا حاجة إلى التعرُّض للقصاص، وتكلموا فيه من وجوه.

أحدها: أن قوله «لقد [عفا]»<sup>(١)</sup> عن القصاص والمال متعلق بشهادة الوارث لا بيمين الجاني، والمعنى يحلف القاتل أنه عفا عن الدية مع شهادة الوارث على أنه عفا عنهما جميعاً.

[والثاني: حمله حاملون على ما إذا ادعى المدعي العفو عنهما جميعاً]<sup>(٢)</sup>، وأجاب المدعى عليه بأنه ما عفا عن القصاص، ولا عن الدية، فيخلف بحسب الجواب، ولو اقتصر على أنه ما عفا عن الدية، كفاً ذلك.

والثالث: أنه ذكر ذلك احتياطاً؛ لتكون عبارته في اليمين مطابقةً لعبارة الشاهد في الشهادة.

وعن بعضهم: أنه أخذ بظاهر النص، وقال: إذا قلنا: إن موجب العمد القودُ المخض، وإنما تثبت الديةُ بالعفو عن القود، ولا يصح العفو عن الدية حتى يعفو عن القصاص والدية جميعاً، فإذا حلف على العفو عن الدية من غير ذكر العفو عن القصاص، لم يكن حالفاً على عفو صحيح، وإذا ادعى الجاني العفو عن القصاص على الورثة، من غير ذكر العفو حلف، وثبت العفو بيمين الرد.

وإن أقام بينة على العفو، لم تقبل إلا شهادة رجلين؛ لأن القصاص ليس بمال وما لا يثبت برجل وامرأتين، لا يُحكم بسقوطه برجل وامرأتين.

وإن ادعى على بعضهم العفو عن حصته من الدية، فقد آل النزاع إلى المال، فله إثباته بشاهد ويمين، وبرجل وامرأتين؛ لأن المال يثبت بهما فكذلك إسقاطه.

وقوله في الكتاب: «سقط القصاص بإقراره، وإن كان فاسقاً، لا بشهادته» يعني: أن القصاص يسقطُ بالإقرار الذي هو في ضمن الشهادة، لا بالشهادة حتى يسقط، إن كان فاسقاً لا شهادة له.

قال العزالي: وَلَوْ اختلف قولُ الشاهدين في زمانٍ أو مكانٍ أو آلةٍ فهما متكاذبان،

(٢) سقط في ز.

(١) سقط في ز.

ثُمَّ لَا يَثْبُتُ بِهِ لَوْثٌ عَلَى الصَّحِيحِ، وَلَوْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا عَلَى الْإِقْرَارِ بِالْقَتْلِ الْمُطْلَقِ وَالْآخَرَ عَلَى الْإِقْرَارِ بِالْقَتْلِ الْعَمْدِ ثَبَتَ أَصْلُ الْقَتْلِ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُدْعَى عَلَيْهِ فِي نَفْيِ الْعَمْدِيَّةِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَوْثٌ، وَإِنْ قَالَ: أَحَدُهُمَا قَتَلَهُ عَمْدًا وَقَالَ الْآخَرُ خَطَأً فَفِي ثُبُوتِ أَصْلِ الْقَتْلِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ مَسَائِلُ:

الأولى: إذا اختلف شاهدا القتل في زمان؛ بأن قال أحدهما: قتله يوم السبت أو غدوته، وقال الآخر: يوم الأحد أو عشيتته، أو في مكان؛ بأن قال أحدهما: قتله في البيت، فقال الآخر: في السوق وفي الآلة؛ بأن قال أحدهما: قتله بالسيف، وقال آخر: بالرمح أو بالعصا، أو في هيئة؛ بأن قال أحدهما: قتله بالحز، وقال الآخر: بالقُد، لم يَثْبُتِ الْقَتْلُ، بقولهما، وكذا الحال فيما يشهدان به، وَيَخْتَلِفَانِ فِيهِ مِنَ الْأَفْعَالِ وَالْأَلْفَاظِ الْمُنْشَأَةِ. وهل يكون ذلك لوثاً حتى يُقْسَمَ [فيه] المدعي؟

قال في «المختصر»: إنه يكون لوثاً، وذكر أن في بعض نُسَخِ «المختصر» أنه لا يكون لوثاً، وكذلك حكى عن رواية الربيع، وفيهما طرق ثلاثة، فعن أبي علي بن أبي هريرة وغيره: أن في المسألة قولين:

أحدهما: أنه لا يكون لوثاً؛ لأن كل واحد من القولين مُتَأَقِّصٌ لِلْآخِرِ، فكل واحد من القائلين يكذب للآخر، فيندفعان، ولا يتحرك به ظن.

والثاني: أنه يكون لوثاً؛ لأنهما متفقان على أصل القتل، وإن اختلفا في صفاته، وربما غَطَّ أَحَدُهُمَا أَوْ نَسِيَ، فَقَدْ لَا يَشْكُ فِي أَصْلِ الْوَأَقِعَةِ، وَيَشْكُ فِي وَقْتِهَا وَكَيْفِيَّتِهَا. وعن أبي إسحاق: القطع بأنه لوث، ويان إثبات كلمة «لا» حيث أثبت غلطاً، وعن أبي سلمة: وابن الوكيل القطع بأنه ليس بلوث، والمصيرُ إلى أن إسقاط كلمة «لا» حيث أسقطت غلطاً.

وقال القاضي أبو حامد: إنما أثبت الشافعي - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - اللُّوثُ فيما إذا شهد أحدهما بالقتل، والآخر على الإقرار بالقتل، فنقل المزني جوابه إلى هذه المسألة غلطاً، واختار الإمام طريقة القولين، وهي الأعدل. والأظهر من القولين على ما بيَّنه في الكتاب، وذكره صاحب «التهذيب» أنه ليس بلوث.

وقوله: «على الصحيح» يجوز أن يريد من القولين، ويجوز أن يريد من الطرق.

## «فَرْعٌ»

لو شهد أحد الشاهدين «على أنه أقر يوم» السبب بالقتل عمداً أو خطأ، والآخر على أنه أقر يوم الأحد بذلك، ثبت القتل؛ لأنه لا اِخْتِلَافَ فِي الْقَتْلِ، وصفته، وإنما

الاختلاف في الإقرار، ولو قال أحدهما: أقر بأنه قَتَلَهُ بـ«مكة» له يوم كذا وقال الآخر: أقر بأنه قتله بـ«مصر» في ذلك اليوم، سَقَطَ قولهما.

الثانية: إذا ادعى القَتْلَ، وأقام شاهدين، شهد أحدهما بأنه قَتَلَهُ، والآخر بأنه أقرَ بقتله، لا يثبت القتل؛ لأنهما لم يَتَّفِقا على شيء واحد، ولكنه لو ثبت به القَسَامَةُ؛ ولا يجيء فيه الخلاف المذكور في الصورة السابقة؛ لأن الشهادتين هناك مُتَكَادِبَتَانِ، وهنَا لا تكَادِبُ ولا تَنَافِي، ولأن واحد منهما، لو انفرد بالشهادة التي شهد بها، حَصَلَ اللُّوْثُ، فإذا اجتمعا، كان أولَى، ثم إن كان المدعي قَتَلَ عَمْدًا، وأقسم الولي ترتب على القَسَامَةِ حكمها، وإن كان المدعي قَتَلَ خطأ، حَلَفَ مع أي الشاهدين شاء، والكلَامُ في أن اليمين تتعدّد أو تتحدّد على ما سَبَقَ، فإن حَلَفَ مع شاهد القَتْلِ، وجبت الدِيَةُ على العاقلة، وإن حَلَفَ مع شاهد الإقرار، وجبَتْ في مال الجاني، فإن ادعى القتل العمد، وشهد أحد الشاهدين على إقراره بالقتل العمد، والآخر على إقراره بالقتل المطلق، أو شهدا على نفس القتل أو شهد أحدهما بأنه قتل عمداً؛ والآخر بالقتل [المطلق] ثبت أصل القتل؛ لاتفاقهما عليه، حتى لا يقبل من المدعي [عليه] <sup>(١)</sup> إنكاره، ويُسأل عن صفة القتل، فإن أصرَّ على إنكار الأضل، قال الحاكم: إن لم تبين صفة القتل، جعلتُك ناكلاً، ورددت اليمين على المدعي، أنك قتلت عمداً، وحكمتُ عليك بالقصاص.

وإن بين صفة القتل؛ بأن قال: قتلته، عمداً أجرى عليه حكمه، وإن قال قتلته خطأ، وكذبه [الولي]، فقد أطلق مُطْلِقُونَ أن القول قوله في نفي العمدية، فيحلف، وتكون دية الخطأ في ماله؛ لأنها ثبتت بإقراره، وإن نكل، حَلَفَ المدعي، واستحق القصاص.

واستدرك الإمام وصاحب الكتاب، فقالا: القول قوله في نفي العمدية، إن لم يكن هناك لوْثٌ، وإن كان، فيقسم المدعي، ويشبه أن يكون المراد اللوْثُ في العمدية <sup>(٢)</sup>، وإلا فاللوْثُ في أصل القتل حاصل لاتفاق الشاهدين عليه، وقد سبق ذَكَرَ خلاف في أنه لو ظَهَرَ اللُّوْثُ في أصل القتل دون كونه خطأً أو عمداً، هل يثبت القسامة؟ وهذا نازع إليه.

الثالثة: لو شهد أحد الشاهدين بأنه قتله عمداً، والآخر بأنه قتله خطأً، والدعوى بالقتل العمد، فهل يثبت أصل القتل؟

قال الإمام: اختلف فيه جَوَابُ الْقُقَالِ، فقال في أحد الجوابين: لا يثبت؛ لاختلاف الشهادتين على التَنَافِي، وإذا تكادبت الشهادتان، سَقَطَتَا، كما لو اختلفا في الزمان أو المكان أو الآلة، وهذا ما صححه الإمام.

(٢) في ز: المتعمدية.

(١) سقط في ز.

والثاني: يثبت؛ لاتفاقهما على أضل القتل، والاختلاف في العمدية والخطأ به ليس كالاختلاف في الصورة السابقة، لأن التكاذب هناك في أمر محسوس والعمدية والخطيئة في محل الاشتباه، فالفعل الواحد قد يعتقده أحدهما عمداً، والآخر خطأً، وهذا ما أورده ابن الصبّاغ وجماعة.

فإن قلنا بالأول، فالحكم على ما ذكرنا في «صورة التكاذب»، وإن قلنا بالثاني، فقد ذكر في «الشامل»: أنه يُسأل الجاني، فإن أقر بالعمد، ثبت، وإن أقر بالخطأ وصدقه الولي [فذلك] وإن كذبه، فللولي أن يُقسم؛ لأن له بما ادعاه شاهداً واحداً، وذلك لوث.

قال: ويخالف هذا ما إذا شهد أحدهما على إقراره بالقتل العمدي، والآخر على إقراره بمطلق القتل؛ لأن الشهادة هناك على الإقرار، واللوث إنما يتحقق في الفعل لا في الإقرار، وهذا العذر لا يجيء فيما إذا شهد أحدهما على القتل العمدي نفسه، والآخر على مطلق القتل، فليحكم بحصول اللوث فيه.

ثم ذكر أنه إن أقسم الولي، ترتب حكم القسامة عليها، وإلا فيحلف الجاني، فإن حلف، فالدية المخففة في ماله وإن نكل، فهل تُرد اليمين على المدعي لنكوله؟

فيه قولان قد سبق ذكرهما، فإن رُدّت، وحلف، ثبت موجب العمدي، وإن لم ترد أو قلنا بالرد، وامتنع من الحلف، ثبتت دية الخطأ في ماله.

أما أنه يثبت دية الخطأ دون العمدي، فلأنها أخف، وقد ثبت أصل القتل.

وأما أنها في ماله، فلأن العاقلة لا يضرب عليهم شيء ما لم يثبت الخطأ.

والذي أورده صاحب «التهذيب» في المسألة أنه إن كان المدعي القتل خطأً، فشهادة شاهد العمدي لغو، ويحلف المدعي مع شاهد الخطأ، وتجب الدية على العاقلة، وإن كان المدعي القتل عمداً، فشهادة شاهد الخطأ لغو، (ويحلف) المدعي خمسين يمينا، ويثبت موجب القسامة.

قال: ولو شهد أحدهما على أنه أقر بقتله عمداً، والآخر على أنه أقر بقتله خطأً، فالجواب كذلك إلا أنه إذا حلف على الخطأ، فتكون الدية في مال المدعي عليه، إلا أن يصدقه العاقلة.

### «فرع»

شهد اثنان على أنه ضرب مَلْفُوقاً «في ثوب» فقدّه بنصفين، ولم يتعرضاً لحياته وقت الضرب، لم يثبت القتل بشهادتهما، فلو اختلف الجاني والولي في حياته حينئذ،

ففي المصدّق منهما قولان، قد سبق ذكرهما في أواخر الفن الأول من القصاص:

أحدهما: وبه قال أبو حنيفة: أن المصدّق الجاني، وهو نصّه في هذا الكتاب<sup>(١)</sup> ورَجَّحه الشيخُ أبو حامد والقاضي الروياني وجماعة.

وأظهرهما؛ على ما ذكرنا هناك أن المصدّق الولي، واختلفوا في موضع القولين على ثلاثة طُرُق:

أظهرها: إطلاقهما.

والثاني: عن أبي إسحاق أنه يُنظر إلى الدّم السائل فإن قال أهل البصر: إنّه دم حيّ، فالمصدّق الولي، وإن قالوا: إنه دم ميّت، فالمصدّق الجاني، وإن اشتبه، ففيه القولان.

والثالث؛ عن أبي الحُسَيْن الطَّيْبِيّ: أنه إن كان ملفوفاً في ثياب الأحياء، فالمصدّق الولي، وإن كان في الكفن، فالمصدّق الجاني<sup>(٢)</sup>، وإن كان مشتبهاً، ففيه القولان، فإن صدّقنا الجاني، فحلف، برأ، وإن صدّقنا الولي، فحلف، فله الدية.

قال الشيخ أبو حامد: ولا يستحقّ القصاص للشبهة، وعن الماسرجسي وغيره: أنه يتعلّق به القصاص، كما تتعلّق به الدية؛ لأنّ الخلاف في العمد الموجب للقصاص، فإذا صدّقناه فيه، ربّنا عليه موجبه، وبهذا قال القاضي أبو الطَّيْب، وبالغ<sup>(٣)</sup> فيه [حين]<sup>(٤)</sup> سأله أبو بكر الدقاق وراجعه فيه.

آخر: شهد شاهدٌ على رجل أنه قتل زيدا، وآخر أنه قتلَ عمراً، حصل اللوث في حَقِّهما جميعاً حتى يُقسِم الوليان، نصّ عليه - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - في «الأم» والله أعلم بالصواب.

(١) في أ: الباب.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: فالبالغ.

(٤) في أ: حيث.

## كِتَابُ الْجَنَائِتِ الْمُوجِبَةِ لِلْعُقُوبَاتِ

قال العزالي: وهي سبغ: البغي والرذة والزنا والقذف والشرب والسرقة وقطع الطريق. الجنابة الأولى: البغي والنظر في صفاتهم وأحكامهم.

قال الرافعي: أراد بالعقوبات الحدود، وما يقرب منها، وإلا، فالقصاص عقوبة أيضاً، وأدرج في الكتاب الكلام في سبع [من] الجنائيات وأحكامها، وهي البغي، والرذة والزنا، والقذف [وشرب الخمر] والسرقة، وقطع الطريق، وعقوبات هذه الجنائيات قد يُسمّى حدوداً، وقد يخصّ باسم الحد ما سوى عقوبة البغي، والرذة.

الجنابة الأولى: البغي، وتقدم مقدّمين:

أحدهما: الباغي في اصطلاح الفقهاء؛ المخالف للإمام العادل<sup>(١)</sup>، الخارج عن طاعته بالامتناع عن أداء<sup>(٢)</sup> ما وجب عليه أو غيره بالشرايط التي تذكرها، ولم يسمّى باغياً؛ قيل: لأنه ظالم بذلك، والبغي: الظلم؛ قال تعالى: ﴿ثُمَّ بُغِيَ عَلَيْهِ﴾ [الحج: ٦٠] أي ظلم، وقيل: لمجاوزته<sup>(٣)</sup> الحد المرسوم له، والبغي مجاوزة الحد، وقيل: طلبه الاستعلاء على الإمام، من قولهم: بغى الشيء أي: طلبه، وافتتح الشافعي - رضي الله عنه - الباب بقوله - تعالى: ﴿وإن طائفتان من المؤمنين أقتلتا فأضلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى﴾ [الحجرات: ٩] ﴿فقاتلوا التي تبغي﴾<sup>(٤)</sup> الآية، ويقال: إنها وردت في طائفتين من الأنصار وقع بينهما قتال، فلما نزلت، قرأها عليهم رسول الله ﷺ فأقلعوا، وليس فيها تعرض للخروج، والبغي على الإمام، ولكن إذا أمرنا بقتال طائفة بغت على طائفة أخرى حتى تفيء إلى أمر الله، فلا نقاتل الذين بغوا على الإمام

(١) تقييده الإمام بالعدل هو الموجود في نص الشافعي في الأم والمختصر وجرى عليه الجمهور كما قاله جماعة من المتأخرين، وأطلق النووي في المنهاج فلم يقيد بالعدل وهو موافق لما نقله في البيان عن القفال أنه ألحق الجائر بالعدل في ذلك ويؤيده جزم الرافعي بوجوب طاعة الإمام في ما لم يخالف الشرع وإن كان جائراً.

(٢) في ز: إذا.

(٣) في ز: لمجارته.

(٤) سقط في ز.



إلى أن يفيتوا إلى أمر الله تعالى أولئ، ثم استفاد الأئمة بعد وجوب قتال أهل البغي، أنه لا يكفر<sup>(١)</sup> الباغي بالبغي، وأنه إذا رجع إلى الطاعة، تُقبل توبته، ويُترك قتاله<sup>(٢)</sup>، قالوا: وفي الأمر بالإصلاح أولاً وأخراً إشعار بأنه لا يغرم، ولا صمناً فيما يتلقون على ما سيأتي، وأجمعيت الصحابة - رضي الله عنهم - على قتال البغاة، فقاتل أبو بكر - رضي الله عنه - أولاً ما يعي الزكاة، وقاتل علي - رضي الله عنه - آخر أصحاب الجمل، وأهل الشام وأهل النهروان، ثم أطلق الأصحاب القول: بأن البغي ليس بأسم ذم، وبأن الباعين ليسوا بفسقة، كما أنهم ليسوا بكفرة، ولكنهم مخطئون فيما يفعلون ويذهبون إليه من التأويل، ومنهم من يسميهم عصاة، ولا يسميهم فسقة، ويقول: ما كل معصية توجب الفسق، وعلى هذا، فالتشديدات الواردة في الخروج عن طاعة الإمام ومخالفته، كما روي<sup>(٣)</sup> عن عبادة بن الصاحب - رضي الله عنه - قال: بايعنا رسول الله ﷺ: «على السمع، والطاعة، في المنشط، والمكروه، والأمر أئمة» وما روي أنه ﷺ قال: «من فارق الجماعة قيد شبر، فقد خلع ربة الإسلام من عنقه»<sup>(٤)</sup> وأنه قال: «من حمل علينا السلاح، فليس منا»<sup>(٥)</sup> وأنه قال: «من خرج من الطاعة، وفارق الجماعة، فميتته جاهلية»<sup>(٦)</sup> محمولة على من يخرج عن الطاعة، ويخالف الإمام بلا عذر ولا تأويل، وعلى هذا فتسمية البغي جنابة، حيث قال في الكتاب «الجنابة الأولى: البغي» كتسمية القتل الخطأ جنابة.

**المقدمة الثانية:** لما كان البغي عبارة عن الخروج على الإمام بشروط مخصوصة، فيحتاج في معرفة الباغي إلى معرفة الإمام، فاستحسن جماعة من الأصحاب أن يتكلموا في الإمامة ههنا، ورأينا أن نتأسى<sup>(٧)</sup> بهم، ونورد المقصود على الاختصار في فصول:

- (١) في ز: يكفي.
- (٢) في ز: ماله.
- (٣) رواه البخاري في مسلم وهو متفق عليه بهذا وأتم منه.
- (٤) رواه أحمد وأبو داود والحاكم من حديث أبي ذر بلفظ: شبراً، ولم يقل أبو داود: قدر شبر، وقال الحاكم في روايته: قيد شبر، ورواه الحاكم من حديث ابن عمر بلفظ: من خرج عن الجماعة قيد شبر، فقد خلع ربة الإسلام من عنقه، حتى يراجعه، ومن مات وليس عليه إمام جماعة، فإن موته موة جاهلية، ورواه أحمد والترمذي وابن خزيمة وابن حبان في صحيحه من حديث الحارث الأشعري، ورواه الحاكم من حديث معاوية أيضاً، والبخاري من حديث ابن عباس.
- (٥) أخرجه البخاري في الفتن/ باب قول النبي ﷺ: من حمل علينا... حديث (٧٠٧١) ومسلم في الأيمان/ باب: قول النبي ﷺ من حمل علينا السلاح حديث (١٠٠).
- (٦) أخرجه مسلم (١٤٧٦/٣) في كتاب الإمامة، باب: وجوب ملازمة جماعة المسلمين حديث (١٨٤٨/٥٣).
- (٧) في ز: يتماشى.

## فصل: في شروط الإمام:

وهي: أن يكون<sup>(١)</sup> مكلفاً، فالمؤلى عليه في خاصته كيف يلي أمر الأمة؟ وأن يكون<sup>(٢)</sup> مسلماً؛ ليراعي مصلحة الإسلام والمسلمين، وعدلاً؛ ليوثق به وحرأً، وذكر<sup>(٣)</sup>؛ ليكمل وبه، ويتفرغ ويتمكن من مخالطة الرجال، وعالماً<sup>(٤)</sup> مجتهداً؛ ليعرف الأحكام، ويعلم الناس؛ ولا يفوت الأمر عليه باستكثار المراجعة، وشجاعاً<sup>(٥)</sup> ليغزو بنفسه، ويعالج الجيوش، ويقوى على فتح البلاد، ويحمي البيضة، وذا رأي وكفاية، فالرأي قبل شجاعة الشجعان، وسميماً وبصيراً، وناطقاً؛ ليتأتى له فصل الأمور، قال في «التتمة» ولا يشترط سلامة سائر الأعضاء؛ كاليد والرجل والأذن، وفي «الأحكام السلطانية» لأقصى القضاة المأوردي: اشترط سلامة الأعضاء من نقص يمنع من استيفاء الحركة وسرعة النهوض، وهذا أولى، وأن يكون من قريش<sup>(٦)</sup>، وللإمام احتمال فيه، وربما نُسب إليه من شرطه، والمذهب الأول؛ لقوله ﷺ: «الأئمة من قريش»<sup>(٧)</sup> وقد احتج به أبو بكر - رضي الله عنه - [على الأنصار] يوم

- (١) يلي أمر الناس فلا تصح إمامة صبي ومجنون بإجماع المسلمين، ولأن المولى عليه في حضانة غيره فكيف يلي أمر الأمة.
- (٢) ليراعي مصلحة الإسلام والمسلمين فلا تصح تولية كافر ولو على كافر.
- (٣) ليفرغ ويتمكن من مخالطة الرجال فلا تصح ولاية امرأة كما في قوله ﷺ لما بلغه أن أهل فارس قد ملكوا عليهم بنت كسرى قال: لن يفلح قوم ولو أمرهم امرأة. (البخاري ١٢٦/٨ في المغازي باب/ كتاب النبي ﷺ حديث ٤٤٢٥).
- (٤) ليعرف الأحكام ويعلم الناس ولا يحتاج إلى استفتاء غيره في الحوادث لأنه بالمراجعة والسؤال يخرج عن رتبة الاستقلال، وإذا تعذر هذا قدم الأفضل.
- (٥) والشجاعة قوة القلب عند البأس لينفرد بنفسه ويدبر الممالك والجيوش ويقهر الأعداء ويفتح الحصون.
- (٦) لخبر النسائي «الأئمة من قريش» وخبر الصحيحين «الخليفة في قريش ما بقي في الناس اثنان». وبهذا أخذ الصحابة فمن بعدهم هذا إن تسر قرشي جامع للشروط.
- (٧) رواه النسائي عن أنس، ورواه الطبراني في الدعاء والبيهقي من طرق عن أنس، قلت: وقد جمعت طرقه في جزء مفرد عن نحو من أربعين صحابياً، ورواه الحاكم والطبراني والبيهقي من حديث علي، واختلف في وقفه ورفعته، ورجح الدارقطني في العلل الموقوف، ورواه أبو بكر بن أبي عاصم عن أبي بكر بن أبي شيبة من حديث أبي برزة الأسلمي، وإسناده حسن، وفي الباب عن أبي هريرة متفق عليه بلفظ: الناس تبع لقريش، وعن جابر لمسلم مثله، وعن ابن عمر متفق عليه بلفظ: لا يزال هذا الأمر في قريش ما بقي منهم اثنان، وعن معاوية بلفظ: إن هذا الأمر في قريش، رواه البخاري، وعن عمرو بن العاص بلفظ: قريش ولاه الناس في الخير والشر إلى يوم القيامة، رواه الترمذي والنسائي.

السَّقِيفَةَ، فَتَرَكَوْا مَا هُمُومَا بِهِ، وبذلك أَخَذَتِ الصَّحَابَةُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - فَمَنْ بَغَدَهُمْ، فَإِنْ لَمْ يَوْجَدْ فِي قَرِيشٍ مَنْ يَسْتَجْمَعُ الصِّفَاتِ الْمَعْتَبَرَةَ، وَوَلِيَّ كِفَانِيٍّ؛ فَإِنْ لَمْ يَوْجَدْ، فَرَجُلٌ مِنْ وَوَلَدِ إِسْمَاعِيلِ - عَلَيْهِ السَّلَامُ - وَلَكَ أَنْ تَقُولَ: قَرِيشٌ مِنْ وَوَلَدِ النَّضْرِ بْنِ كِنَانَةَ بْنِ حُزَيْمَةَ بْنِ مُدْرِكَةَ، فَكَمَا قَالُوا: إِذَا لَمْ يَوْجَدْ قَرَشِيٌّ، يَوْلَى كِنَانِيٌّ، فَهَلَا قَالُوا: إِذَا لَمْ يَوْجَدْ كِنَانِيٌّ، يَوْلَى حُزَيْمِيٌّ، وَهَكَذَا يَزْتَقِي إِلَى أَبِي بَغْدَأَبٍ، حَتَّى يَنْتَهِيَ إِلَى إِسْمَاعِيلِ - عَلَيْهِ السَّلَامُ -، فَإِنْ لَمْ يَوْجَدْ مِنْ وَوَلَدِ إِسْمَاعِيلِ مَنْ يَصْلِحُ لَذَلِكَ، فَفِي «التَّهْدِيبِ» أَنَّهُ يَوْلَى رَجُلٌ مِنَ الْعَجَمِ، وَفِي «التَّمَةِ»: إِنَّهُ يَوْلَى جُرْهُمِيٍّ، وَجُرْهُمٌ أَصْلُ الْعَرَبِ، وَمِنْهُمْ تَزَوَّجَ إِسْمَاعِيلُ - عَلَيْهِ السَّلَامُ - حِينَ أَنْزَلَهُ أَبُوهُ أَرْضَ مَكَّةَ، فَإِنْ لَمْ يَوْجَدْ جُرْهُمِيٍّ، فَرَجُلٌ مِنْ [نَسْلِ] (١) إِسْحَاقَ - عَلَيْهِ السَّلَامُ -، وَلَا يَشْتَرُطُ أَنْ يَكُونَ هَاشِمِيًّا (٢) وَلَا أَنْ يَكُونَ مَعْصُومًا، وَفِي جَوَازِ تَوْلِيَةِ (٣) الْمَفْضُولِ خِلَافَ مَذْكَورٍ فِي «أَدَبِ الْقَضَاءِ»، فَإِنْ لَمْ تَتَّقِ الْكَلِمَةَ، إِلَّا عَلَيْهِ، فَلَا خِلَافَ فِي الْجَوَازِ (٤)، لِيُنْحَسَمَ (٥) بَابِ (٦) الْفِتْنَةِ، وَلَوْ (٧) نَشَأَ مَنْ هُوَ أَفْضَلُ مِنَ الْإِمَامِ الْمَنْصُوبِ، لَمْ يُغْدَلْ، عَنِ الْمَنْصُوبِ إِلَيْهِ.

فَضْلٌ: لَا بَدَ لِلْأُمَّةِ مِنْ إِمَامٍ يُخَيِّبِ الدِّينَ، وَيُقِيمُ السَّنَةَ وَيُنْصِفُ الْمَظْلُومِينَ [مِنَ الظَّالِمِينَ] (٨)، وَيَسْتَوْفِي الْحَقُوقَ، وَيَضَعُهَا مَوَاضِعَهَا، [فَلَا] يَصْلِحُ النَّاسَ فَوْضَى، وَتَتَعَدُّ الْإِمَامَةَ بِطَرُقٍ:

أَحَدُهَا: الْبَيْعَةُ، كَمَا بَايَعَ الصَّحَابَةُ (٩) - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - أَبَا بَكْرٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَذَكَرَ فِي عَدَدِ الَّذِينَ تَتَعَدُّ الْإِمَامَةَ بِبَيْعَتِهِمْ وَجُوهٌ:

أَحَدُهَا: أَنَّهُ لَا بَدَ مِنْ أَرْبَعِينَ؛ لِأَنَّ عَقْدَ الْإِمَامَةِ أَعْظَمُ خَطَرًا مِنْ عَقْدِ الْجُمُعَةِ، وَهَذَا الْعَدَدُ مَعْتَبَرٌ فِي الْجُمُعَةِ، فَفِي الْبَيْعَةِ أَوْلَى.

وَالثَّانِي: [أَنَّهُ] يَكْفِي أَرْبَعَةً، وَهُوَ أَكْمَلُ نَصَابٍ (١٠) الشَّهَادَاتِ.

وَالثَّلَاثُ: ثَلَاثَةٌ؛ لِأَنَّ الثَّلَاثَةَ مَطْلُوقُ الْجَمْعِ، فَإِذَا أَنْفَقُوا لَمْ يَجْزُ مَخَالَفَةُ الْجَمَاعَةِ.

وَالرَّابِعُ: اثْنَانِ؛ لِأَنَّ أَقْلَ الْجَمْعِ اثْنَانِ.

وَالخَامِسُ: وَاحِدٌ، لِأَنَّ عَمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - بَايَعَ أَبَا بَكْرٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا -

(١) فَإِنَّ الصَّدِيقَ وَعَمَرَ وَعِثْمَانَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمْ لَمْ يَكُونُوا مِنْ بَنِي هَاشِمٍ.

(٢) سَقَطَ فِي ز. (٣) فِي ز: قَوْلُهُ.

(٤) فِي ز: الْحَيَوَانَ.

(٥) فِي ز: لِيَتَخْتَمَ.

(٦) فِي ز: بَادَةٌ.

(٧) سَقَطَ فِي ز.

(٨) فِي ز: نَصَبٌ.

أولاً ثم وافقه الصحابة - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - أجمعين، فعلى هذا يُشترط أن يكون ذلك الواحد مُجتهداً، وأن يكون في العَدَد المعتبر على الوجوه السابقة مُجتهداً؛ لينظر في الشروط المعتبرة، هل هي حاصلةً فيمن يولونه؟ ولا يُشترط أن يكون الكلُّ مُجتهدين.

والوجه السادس، وهو الأصح: أن المعتبر بيعة أهل الحل والعقد من العلماء والرؤساء، ووجوه الناس الذين يتيسر<sup>(١)</sup> حضورهم؛ لأنه ينتظم الأمر<sup>(٢)</sup> برأيهم واتفاقهم، ويتبعهم سائر الناس، ولا يُشترط اتفاق أهل الحل والعقد في سائر البلاد والأصقاع، بل إذا وصل الخبر إلى أهل البلاد البعيدة، فعليهم الموافقة والمتابعة<sup>(٣)</sup>؛ وعلى هذا، فلا يتعين للاعتبار عددٌ بل لا يُشترط العدد، فلو تعلق الحل والعقد بواحدٍ مطاع، كفت بيعته لانعقاد الإمامة، ولا بد أن يكون الذين يبايعون بصفات الشهود، وفي «البيان» ذكر وجهين «في أنه هل يُشترط أن تكون البيعة بحضور<sup>(٤)</sup> شاهدين يُشترط في انعقاد الإمامة أن يجيب<sup>(٥)</sup> الذين يبايعونه، فإن امتنع، لم تتعقد إمامته، ولم يُجبر عليها<sup>(٦)</sup>».

والثاني: استخلاف الإمام من قبل، وعهده إليه، كما عهد أبو بكر إلى عمر - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا<sup>(٧)</sup> - وانقعد الإجماع على جوازه، قال صاحب «التهذيب»: والاستخلاف أن يجعله<sup>(٨)</sup> خليفة في حياته، ثم يخلفه بعد موته، ولو أوصى له بالإمامة من بعد موته<sup>(٩)</sup>، ففيه وجهان؛ لأنه بالموت يخرج عن الولاية، فلا يصح منه توليه الغير، ولك أن تقول، أولاً: هذا التوجيه يُشكل بكل وصاية، ثم ما ذكره من جعله خليفة في حياته، إما أن يريد به استنابته، فلا يكون هذا عهداً<sup>(١٠)</sup> إليه بالإمامة، أو يريد

(١) كما بايعة الصحابة أبا بكر رضي الله عنهم. (الأحكام السلطانية ص ٦).

(٢) في ز: الأمور. (٣) في أ: والمبايعة.

(٤) قال النووي الأصح: لا يشترط إن كان العاقدون جمعاً، وإن كان واحداً، اشترط الإشهاد، وقد قال إمام الحرمين في كتاب «الإرشاد»: قال أصحابنا: يشترط حضور الشهود لثلا يدعي عقد سابق، ولأن الإمامة ليست دون النكاح، لكن اختيار الإمام انعقادها بواحد، وذكر الماوردي أنه يشترط في العاقدين: العدالة والعلم والرأي، وهو كما قال.

(٥) في ز: نجب.

(٦) قال النووي: إلا أن يكون من يصلح إلا واحد، فيجبر بلا خوف.

(٧) بقوله بسم الله الرحمن الرحيم أما عهد أبي بكر خليفة رسول الله ﷺ عند آخر عهده من الدنيا وأول عهده بالآخرة في الحالة التي يؤمن فيها الكافر ويبقى فيها الفاجر إني استعملت عليكم عمر ابن الخطاب، فإن بر وعدل فذاك علمي به وعلمي فيه وإن جار وبدل فلا علم لي بالغيب والخير أردت ولكل امرئ ما اكتسب وسيعلم الذين ظلموا أي منقلب ينقلبون.

(٨) في ز: يجعل. (٩) سقط في ز.

(١٠) في ز: عمداً.

به جعله إماماً في الحال، فهذا إما خلع النفس أو فيه اجتماع إمامين في وقت واحد أو يريد [به] (١) أن يقول: جعلته خليفة أو إماماً بعد موتي، فهذا هو معنى لفظ الوصية، ولا فرق بينهما، وإذا جعل الإمام الأمر شورى بين اثنين فصاعداً بعده، كان كالاستخلاف إلا أن المستخلف غير متعين فيشاورون، ويتفقون على أحد وكما جعل عمر - رضي الله عنه - الأمر شورى في ستة، فاتفقوا على عثمان - رضي الله عنه - وذكر أفضى القضاة الماوزدي: أنه تعتبر شروط الإمامة في المولى من وقت العهد إليه، حتى لو كان صغيراً أو فاسقاً، عند العهد، بالغاً عدلاً عند موت المولى، لم ينتصب إماماً إلا أن يبايعه أهل الحل والعقد، وقد يتوقف في هذا، وأنه إذا عهد إلى غائب مجهول الحياة، لم يصح، وإن كان معلوم الحياة، صح، فإن مات المستخلف وهو غائب بعد استقدمه أهل الاختيار، فإن بعدت غيبته واستفسر المسلمون بتأخير (٢) النظر في أمورهم، اختار أهل الحل والعقد نائباً له يبايعونه بالنيابة دون الخلافة، فإذا قدم، انعزل النائب، وأنه إذا خلع الخليفة نفسه، كان كما لو مات، فينتقل الخلافة إلى ولي العهد، ويجوز أن يفرق بين أن يقول: الخلافة بعد موتي لفلان أو بعد خلافتي، وأنه يجوز العهد إلى الوالد والولد، كما يجوز إلى غيرهما، وفيه مذهبان آخران.

أحدهما: المنع، كالتزكية والحكم لهما.

والثاني: الفرق بين الوالد والولد (٣)؛ لأن الميل إلى الولد أشد [فيجوز للوالد دون الولد]، وأن ولي العهد لو أراد أن ينقل ما إليه من ولاية العهد إلى غيره، لم يجز؛ لأنه، إنما يجوز له النظر، وتثبت الولاية بعد موت المولى.

وأنه إذا عهد إلى اثنين أو أكثر على الترتيب، فقال الخليفة: بعدي فلان، وبعد موته فلان جاز، وانتقلت الخلافة إليهم على ما رتب كما رتب رسول الله ﷺ أمراء جيش «مؤتة»، وأنه لو مات الأول في حياة الخليفة، فالخليفة بعده للثاني، ولو مات الأول والثاني في حياته، فهي للثالث، وقد يتوقف في هذا، ويقال: المفهوم من اللفظ جعل الثاني خليفة بعد خلافة الأول، وأنه لو مات الخليفة، والثلاثة أحياء، وأفضت (٤) الخلافة إلى الأول، فأراد أن يعهد بها إلى غير الآخرين، [فالظاهر] (٥) من مذهب الشافعي - رضي الله عنه - جوازها؛ لأنه إذا انتهت الخلافة إليه صار أملك بها وتفويضها إلى من يشاء، بخلاف ما إذا مات، ولم يعهد بها إلى أحد ليس لأهل البيعة أن يبايعوا

(٢) في أ: بتأخر.

(٤) في ز: نصب.

(١) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٥) في أ: وظاهر.

غير الثاني، ويُقدّم عهد الأول على اختيارهم، وأنه ليس لأهل الشورى أن يعينوا واحداً منهم في حياة الخليفة، إلا أن يأذن لهم في ذلك، فإن خافوا انتشار الأمر بعده استأذنوه، فإن أذن، فعلوه، وأنه يجوز للخليفة أن ينص على من يختار خليفة بعده، كما يجوز له أن يعهد إلى غيره، حتى لا يصحّ إلا اختيار من نص عليه، كما لا يصحّ إلا تقليد من عهد إليه؛ لأنهما من حقوق خلافته، وأنه إذا عهد بالخلافة إلى غيره، فالعهد موقوف على قبول المولى، واختلف في وقت قبوله، فقيل: بعد موت المولى؛ لأنه وقت نظره وقيامه بالأمر، والأصح أن وقته ما بين عهد المولى وموته؛ لتصير الإمامة مستقرة بالقبول، وفي «التممة»: أنه إذا امتنع المولى من القبول، فيباع غيره، وكأنه لا تولية، وكذا إذا جعل الأمر شورى، فترك القوم الاختيار، لا يُخبرون عليه، وكأنه ما جعل الأمر إليهم.

والثالث: القهر والاستيلاء؛ فإذا مات الإمام فتصدى للإمامة من يستجمع شرائطها من غير استخلاف وبيعة، وقهر الناس بشوكته وجنوده، انعقدت الخلافة لانقياد الناس وانتظام الشمل بما فعل، ولو لم يكن مستجعماً للشرائط، بل كان فاسقاً أو<sup>(١)</sup> جاهلاً، فوجهان: أظهرهما: أن الحكم كذلك، وإن كان عاصياً بما فعل.

ولا يصير الشخص إماماً بمجرد تفرّده بشروط الإمامة في وقته [بل لا بد من أحد الطرق].

فضل: يجب طاعة الإمام في أوامره ونواهيه؛ ما لم يخالف حكم الشرع، روي أنه ﷺ قال: «أسمعوا وأطيعوا، وإن أمر عليكم عبد حبشيّ مجذع الأطراف»<sup>(٢)</sup> وأنه ﷺ قال: «من نزع يده من طاعة إمامه، فإنه يأتي يوم القيامة ولا حجة له»<sup>(٣)</sup> ولا فرق بين أن يكون عادلاً أو جائراً، روي [أن النبي] ﷺ قال: «من وليّ عليه وإل فرأه يأتي شيئاً من معصية الله، فليكره ما [يأتي]»<sup>(٤)</sup> من معصية الله، ولا ينزع يده من طاعته»<sup>(٥)</sup> ولأن المقصود من نصب الإمام أن تتحد الكلمة، وتندفع الفتن، ولو لم توجب الطاعة، والتأبى غالب على الطباع، استبد كل برأيه وثار الفتن، ولا يجوز نصب إمامين في

(١) في ز. و.

(٢) أخرجه مسلم من حديث أم الحصين بهذا وأتم منه، ومن حديث أبي ذر: أوصاني خليلي ﷺ أن أسمع وأطيع ولو لعبد مجذع.

(٣) رواه مسلم من حديث ابن عمر. (٤) في أ: أتى.

(٥) رواه مسلم من حديث عوف بن مالك بهذا وأتم منه، وفي المتفق عليه من حديث ابن عباس بلفظ: «من كره من أميره شيئاً فليصبر؛ فإن من خرج من السلطان شبراً. مات ميتة جاهلية».

وقبّ واحد؛ لما فيه من اختلاف الرأي وتفرُّق الشمل، وحكى أبو القاسم<sup>(١)</sup> الأنصاري في «العُنية»<sup>(٢)</sup> عن الأستاذ أبي إسحاق: أنه يجوز نصب إمامين في إقليمين؛ لأنه قد يحدّث في أحد الإقليمين ما يحتاج إلى نظَر الإمام، ويفوت<sup>(٣)</sup> المقصود بسبب البُعد، ويُنسب هذا إلى اختيار الإمام، والمشهور الأوّل، فإن عُقدت البيعة لرجلين معاً، فالبيعتان باطلتان، وإن ترتبنا، فالثانية باطلة، ويُنظر؛ إن جهل الثاني ومن بايعه تقدّم بيعة، لم يعزّروا، وإلا فيعزّرون، وما روي أنه ﷺ قال: «إذا بويع لخليفتين، فأقتلوا الآخر منهما»<sup>(٤)</sup> فعن الخطابي: أن المعنى لا تُطيعوه، ولا تقبلوا له قولاً، فيكون كمن مات أو قتل، وقيل: المعنى أنه، إن أصر ولم يبايع الأول، فهو باغ، يُقاتل، ولو عرف سبق أحدهما، ولم يتعيّن أو لم يُعلم أوقعنا معاً أم على التعاقب، فليكن كما ذكرنا في الجمعتين والثكّاحين، ولو سبقت إحداهما على التعيين، وأشبهت السابقة، وقف الأمر إلى أن ينكشف الحال، فإن طالّت المدّة، ولم يُمكن الانتظار، فقد ذكر القاضي الماوردي أنه تبطل البيعتان، وتستانف بيعة لأحدهما؛ وفي جواز العُدول إلى غيرهما خلاف، وذكر أنه لو ادّعى كل واحد منهما أنه الأسبق، لم تسمع الدعوى، ولم يحلف الآخر<sup>(٥)</sup>؛ لأن الحقّ يتعلّق بجميع المسلمين، وأنه لو قطعاً التنازع، وسلم أحدهما الأمر للآخر، لم تستقر الإمامة له، بل لا بُدّ من بينة يشهد [بتقدم]<sup>(٦)</sup> بيعة، وأنه لو أقر أحدهما للآخر بتقدّم بيعة، خرج منها المقر، ولا بد من البيعة؛ ليستقر الأمر للآخر، فإن شهد له المقر مع آخر، قبلت شهادته، إن كان يدعي اشتباه الأمر قبل الإقرار، وإن كان يدعي التقدّم، لم يُسمع؛ لما في القولين من التكاذب.

وإذا ثبتت الإمامة بالقهر والغلبة، ثم جاء آخر فقهره، انعزل، وصار القاهر إماماً.

ولا يجوز خلع [الإمام]<sup>(٧)</sup> بلا سبب، ولو خلعه، لم ينفذ؛ لأن الآراء تتغير، ولو نفذناه، لم نأمن تكرر التولية والعزل، وفي ذلك سقوط الدفع<sup>(٨)</sup> والهيبة، ولو عزل الإمام نفسه، نُظر؛ إن عزل [نفسه]<sup>(٩)</sup> لعجزه عن القيام بأمر المسلمين من هَرَم أو

(١) في أ: الأقسام.

(٢) في ز: وتفرق.

(٣) في ز: للأمر.

(٤) سقط في ز.

(٥) سقط في ز.

(٦) في ز: العينة.

(٧) رواه مسلم عن أبي سعيد.

(٨) في أ: بتقديم.

(٩) في أ: الوقع.

مَرَضٍ، انعزل ثم إن وُلِّيَ غيره قَبْلَ أن يَغْزِلَ نفسه، انعقدت الإمامة لِمَنْ وِلاه، وإلا، بايع الناس غيره، وإن عزل نفسه من غير عُدْر، فقد أُطْلِقَ في «التتمة» وجهين: في انعزاله:

أحدهما: ينعزل، ولا يَكُفُّ أن يترك مصلحة نفسه محافظةً على مصلحة غيره، فقد يبغى قَلَّةَ الشغل في الدُّنْيَا والحساب في الآخرة، وصار كما لو لم يُجِبْ إلى المبايعة ابتداءً.

والثاني: المنع؛ لما رُوِيَ أن أبا بكر - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - قال: «أَقِيلُونِي»، ولو تَمَكَّنَ مِنْ عزل نفسه، لَمَا طَلَبَ منهم<sup>(١)</sup> الإقالة، وهذا الوجه الثاني هو الذي أورده صاحب «البيان» وغيره وفضل في «التهذيب»: فقال: إن لم يظهر عُدْر، فعزل<sup>(٢)</sup> نفسه، ولم يُؤَلَّ غيره، لم يَنْعَزِلْ، وكذا، لو وُلِّيَ مَنْ هو دونه، وإن وُلِّيَ مَنْ هو مثله أو أفضل، ففي الانعزال الوجهان، وفي «التتمة» أن للإمام أن يَغْزِلَ وليَّ العَهْد؛ لأن الخلافة لم تنتقل إليه، فلا يخشى من تبديله الفساد والفتنة، والذي ذكره الماوردي: أنه ليس له عزله ما لم يتغير حاله، وإن جاز له عزل مَنْ استتابه في أشغاله في الحال؛ لأنه يستنبيهم لنفسه، واستخلاف وليَّ العَهْد يتعلَّق بالمسلمين عامةً، فصار كأهل البيعة يبايعون ولا يَغْزِلُونَ مَنْ بايعوه.

وأما الانعزال، فقد سبق في «باب الوصاية»: أن الإمام لا ينعزل بالفسق على الأظهر، ولا ينعزل بالإغماء؛ لأنه متوقَّع الزوال، وينعزل بالمرض الذي يُنْسِيهِ العُلُوم، وبالجنون<sup>(٣)</sup>، لكن قال القاضي الماوردي: لو كان الجنون منقطعاً، وكان زمان الإفاقة أكثر، ويمكن فيه من القيام بالأمر فلا ينعزل، وينعزل بالعمى والصمم والخرس، ولا ينعزل بثقل السمع، وتمتمة اللسان، وذكر خلاف في أنهما هل يمتنعان ابتداءً التولية، وفي أن قطع إحدى اليدين أو الرجلين، هل يؤثر في الدوام، والأشبه المنع، والله أعلم.

وإذا<sup>(٤)</sup> تفرَّرت المقدمتان، ففي الباب نظران: نظر في صفات أهل البغي، ونظَر في أحكامهم فلنخص<sup>(٥)</sup> فيهما.

قال الغزالي: أَمَّا الصَّفَةُ فَكُلُّ فِرْقَةٍ خَالَفتِ الإِمَامَ بِتَأْوِيلٍ وَلَهَا شَوْكَةٌ يُمْكِنُهَا مَقَاوِمَةٌ

(٢) في أ: لعزل.

(١) في ز: منه.

(٣) في ز: والجنون.

(٥) في أ: فلنخص.

(٤) سقط في ز.



الإمام فِيهِ بَاغِيَةٌ، وَأَمَّا الْمُرْتَدُّ وَمَانِعُو الزَّكَاةِ وَسَائِرِ حُقُوقِ الشَّرْعِ فَلَا تَأْوِيلَ لَهُمْ، وَكُلُّ تَأْوِيلٍ يُغْلَمُ بُطْلَانُهُ بِالظَّنِّ فَهُوَ مُغْتَبَرٌ، وَإِنْ كَانَ بُطْلَانُهُ قَطْعِيًّا وَلَكِنَّهُمْ غَلَطُوا فِيهِ وَجْهَانِ، وَهَذَا تَرَدُّدٌ فِي أَنْ مُعَاوِيَةَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ كَانَ مُبْطِلًا ظَنًّا أَوْ قَطْعًا، وَأَمَّا الْخَوَارِجُ إِنْ لَمْ تُكْفَرْهُمْ لَمْ تَلْتَفِتْ إِلَى تَأْوِيلِهِمْ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ لِظُهُورِ فَسَادِهِ، وَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ فِيهِمْ وَاحِدٌ مُطَاعٌ إِذْ بِهِ الشُّوْكَةُ، وَهَلْ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ بِصِفَاتِهِ الْأَيْمَةِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الَّذِينَ يَخَالِفُونَ الْإِمَامَ بِالْخُرُوجِ عَلَيْهِ وَتَرَكَ الْإِنْقِيَادَ وَالْإِمْتِنَاعَ مِنْ تَوْفِيهِ مَا يَتَوَجَّهُ<sup>(١)</sup> عَلَيْهِمْ مِنَ الْحُقُوقِ، يَنْقَسِمُونَ إِلَى أَهْلِ الْبَغْيِ وَغَيْرِهِمْ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْفَرِيقَيْنِ أَحْكَامٌ خَاصَّةٌ، فَتُصِفُ أَهْلَ الْبَغْيِ بِمَا يَتَمَيَّزُونَ<sup>(٢)</sup> بِهِ عَنْ سَائِرِ الْمُخَالِفِينَ وَإِذَا خَضْنَا فِي أَحْكَامِ الْبَغَاةِ ذَكَرْنَا مَعَ أَحْكَامِهِمْ غَيْرَهُمْ مِنَ الْمُخَالِفِينَ...

أما أهل البغي فيعتبر فيهم صفتان:

إحدهما: أن يكون لهم تأويلٌ يعتقدون بسببه جوازَ الخروجِ على الإمام أو منع الحق المتوجّه عليهم، قال المتولي: وإنما<sup>(٣)</sup> اعتُبرت هذه الصفة؛ لأن مَنْ خالف من غير تأويل، كان معانداً، ومن تمسك<sup>(٤)</sup> بالتأويل؛ يُطلَبُ الحق على اعتقاده، فلا يكون معانداً، فثبت له نوع حرمة بسقوط الضمان وغيره، ومثَّلَ التأويلَ الحامل على مخالفة الإمام والخروج عليه بما وقع للذين خَرَجُوا عَلَى عَلِيٍّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وكرم الله وجهه حيث اعتقدوا أنه يُغْرِفُ قَتْلَةَ عُثْمَانَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - ويقدر عليهم، ولا يقتصر منهم لرضاه بقتله، ومواطنته إياهم، ومثَّلَ غيره التأويلَ الحامل على منع الحق بما وقع لبعض مانعي الزكاة من أبي بكرٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - حيث قالوا: أمرنا بدفع الزكاة إلى مَنْ صَلَاتُهُ سَكَنَ لَنَا، وَهُوَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَلَى مَا قَالَ تَعَالَى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا وَصَلِّ عَلَيْهِمْ إِنَّ صَلَاتَكَ سَكَنٌ لَهُمْ﴾<sup>(٥)</sup> [التوبة: ١٠٣] الآية. وصلاته غيره ليست<sup>(٦)</sup> سَكَنًا لَنَا، فَلَوْ خَرَجَ قَوْمٌ عَنْ طَاعَةِ الْإِمَامِ، وَمَنْعُوا<sup>(٧)</sup> حَقًّا تَوَجَّهَ بِهَا تَأْوِيلًا، سِوَاءَ مَا كَانَ حَدًّا أَوْ قِصَاصًا أَوْ حَقًّا مَالِيًّا لِلَّهِ تَعَالَى أَوْ لِلْأَدَمِيِّينَ عُنَادًا أَوْ مَكَابِرَةً، وَلَمْ يَتَعَلَّقُوا بِتَأْوِيلٍ، فَلَيْسَ لَهُمْ أَحْكَامُ الْبَغَاةِ، وَكَذَلِكَ<sup>(٨)</sup> الْمُرْتَدُونَ الْخَارِجُونَ عَنِ الدِّينِ،

(١) في ز: يحب.

(٢) في ز: وإذا.

(٣) في ز: يسقط في ز.

(٤) في ز: ومنعنا.

(٥) قال الشيخ جلال الدين البلقيني: قوله: «وكذا المرتدون» أنه أراد به بلا شوكة فهذا ظاهر وإن أراد مع الشوكة فسيأتي أن في ضمانهم للمتلفات القولين في البغاة. انتهى.

والتأويل المشروط في أهل البغي إذا كان بطلانه مظنوناً<sup>(١)</sup>، [فهو]<sup>(٢)</sup> معتبر، وإن كان [بطلانه] مقطوعاً به، ففيه وجهان:

أوفقهما، لما أطلقه الأكثرون: أنه لا يعتبر كتاويل أهل الردة وشبهتهم.

والثاني: يُعْتَبَر وَيُكْفَى تَغْلِيظُهُمْ فِيهِ، وَقَدْ يَغْلَطُ فِي الْقَطْعِيَّاتِ غَالِطُونَ، وَبَنِي عَلَى الْوَجْهِينِ أَنَّ الْعُلَمَاءَ أَطْلَقُوا الْقَوْلَ بِأَنَّ مَعَاوِيَةَ، وَمَنْ تَابَعَهُ كَانُوا بَاغِينَ، [ويدل عليه] الخبر المشهور أن عَمَّاراً - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - تَقْتُلُهُ الْفِتْنَةُ الْبَاغِيَّةُ فَإِنْ شَرَطْنَا فِي الْبَغِيِّ أَنْ يَكُونَ بَطْلَانُ التَّأْوِيلِ مَظْنُوناً، فَنَقُولُ إِنَّ مَعَاوِيَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - كَانَ مَبْطَلًا فِيمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ ظَنًّا، وَإِنْ لَمْ نَشْرُطْهُ وَأَبْتَنَّا اسْمَ الْبَغِيِّ وَحُكْمَهُ مَعَ الْقَطْعِ بِبَطْلَانِ التَّأْوِيلِ، فَقَدْ نَقُولُ: إِنَّ مَعَاوِيَةَ كَانَ مَبْطَلًا قَطْعًا، قَالَ الْإِمَامُ وَهَذَا مَخَاضٌ لَا نَحْوِضُ لِسْنَا لِلتَّشَاغُلِ بِهِ.

ثم تكلم صاحب الكتاب في الخوارج وأن تأويلهم، هل يُغْتَبَرُ، واعلم أن الخوارج صنف مشهور من المبتدعة يعتقدون أن من أتى بكبيرة، فقد كفر وأستحق الخلود في النار، ويطعنون؛ لذلك في الأئمة، ولا يجتمعون معهم في الجماعات والجماعات، والذي أورده الإمام وصاحب الكتاب فيهم يخالف طريقة الجمهور، ولا بد من ذكر الطريقتين، أما هما فقد قالوا في تكفيرهم الخلاف المشهور في تكفير أهل البغ والأهواء، وسيأتي قدر الحاجة منه في «كتاب الشهادات» إن شاء الله تعالى - فإن لم تكفرهم، ففيهم وجهان:

أحدهما: أن شبهتهم كتاويل البغاة، وحكمهم حكمهم.

وأصحهما: أنهم كأهل الردة؛ فلا نبالي بما يتمسكون به؛ لظهور فساده، وعلى هذا، فلا تنفذ أحكامهم بخلاف أحكام البغاة، ويمكن أن يرد هذا الخلاف إلى الخلاف في أنه، هل يثبت حكم البغي مع القطع ببطلان التأويل، وأما غيرهما، فقد ذكر الشافعي وعمامة الأصحاب - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - أنه، إن أظهر قوم رأي الخوارج وتجنّبوا الجماعات، وكفروا الإمام ومن معه<sup>(٣)</sup>، فإن لم يقاتلوا، وكانوا في قبضة الإمام، فلا يُقْتَلُونَ، وَلَا يِقَاتِلُونَ، رَوَى أَنَّ عَلِيًّا - كَرَّمَ اللَّهُ وَجْهَهُ - سَمِعَ رَجُلًا مِنَ الْخَوَارِجِ يَقُولُ لَا حُكْمَ إِلَّا لِلَّهِ وَلِرَسُولِهِ، وَتَعَرَّضَ بِتَخَطُّطِهِ فِي التَّحْكِيمِ؛ فَقَالَ عَلِيٌّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: «كَلِمَةٌ حَقٌّ أُرِيدَ بِهَا بَاطِلٌ، لَكُمْ عَلَيْهَا ثَلَاثٌ؛ لَا نَمْنَعُكُمْ مَسَاجِدَ اللَّهِ وَأَنْ تَذْكُرُوا فِيهَا أَسْمَ اللَّهِ، وَلَا نَمْنَعُكُمْ الْفِتْيَةَ مَا دَامَتْ أَيْدِيكُمْ مَعَنَا وَلَا نَبْدَأُ بِقَتَالِكُمْ»<sup>(٤)</sup> ثم إن صرحوا

(١) في ز: مضموناً.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: تبعه.

(٤) رواه الشافعي بلاغاً، وابن أبي شيبة والبيهقي موصولاً: أن علياً بينما هو يخاطب إذ سمع من ناحية المسجد قائلاً يقول: لا حكم إلا لله فذكره إلى آخره وفيه: ثم قاموا من نواحي المسجد يحكمون =

بسبب الإمام أو غيره من أهل العذل يُعزّرون، وإن عرّضوا، فوجهان؛ في وجه يعزّرون؛ كي لا يرتقوا إلى التضريح، وفي وجهه، لا؛ لما روي عن عليّ - رضي الله عنه - ولو بعث الإمام إليهم والياً، فقتلوه، فعلينهم القصاص، وهل يتحتم قتل قاتله كقاطع الطّريق، لأنه شهر السلاح أولاً، لأنه لم يقصد إخافة الطّريق، وأخذ الأموال؟ فيه وجهان، وأطلق صاحب التهذيب أنهم، إن قاتلوا، فهم فسقة، وأصحاب بهت، فحكّمهم<sup>(١)</sup> حكم قطع الطريق، وهذا كله جواب على أنهم لا يكفّرون، والنظر في الطريقة الأولى، إذا لم يجعلوا كاهل البغي إلى ضعف تأويلهم.

وفي الثانية، إلى أنهم في قبضة الإمام، لم يوجد منهم خروج ومخالفة [والله أعلم].

[والصفة]<sup>(٢)</sup> الثانية: أن يكون لهم شوكة وعدد؛ بحيث يحتاج الإمام في ردّهم إلى الطاعة إلى كلفة ببذل مال وإعداد رجال ونصب قتال، فإن كانوا أفراداً يسهل ضبطهم وتسخيرهم<sup>(٣)</sup>، فليُسوا بأهل بغي، واحتج له بأن ابن ملجم قتل عليّاً - رضي الله عنه - متولواً، فأقيد به على ما سيأتي، ولم يُعط حكم البغاة في سقوط القصاص.

وشرط جماعة من الأصحاب في الشوكة أن ينفردوا ببلدة أو قرية أو موضع من الصحراء، وربما قالوا: ينبغي أن يكونوا بحيث لا يُحيط بهم أجناد الإمام، بل يكونوا في طرف من أطراف ولايته، والمحققون قالوا: لا تعتبر هذه الصفة، وإنما الاعتبار استغصاؤهم وخروجهم عن قبضة الإمام، حتى لو تمكّنوا من المقاومة مع كونهم محفوفين بجند الإمام، فيجب الحكم بحصول الشوكة، ويرجع التفاوت إلى أن عدد المحفوفين ينبغي أن يكون أكثر من عدد الواقعين في الطرف.

ويتعلّق بالشوكة صور أوردّها<sup>(٤)</sup> الإمام:

إحداها: حكى في قوم قليلي العدد تقووا بحصن منيع وجهين، ورأى أن الأولى

= الله، فأشار إليهم بيده: اجلسوا، نعم لا حكم إلا لله، كلمة حق يبتغي بها باطل، حكم الله ينتظر فيكم، إلا أن لكم عندي ثلاث خلال: ما كنتم معنا أن منعكم مساجد الله، ولا نمنعكم شيئاً ما كانت أيديكم مع أيدينا، ولا تقاتلكم حتى تقاتلونا، وأصله في مسلم من حديث عبيد الله بن أبي رافع: أن الحرورية لما خرجت على عليّ وهو معه، فقالوا: لا حكم إلا لله فقال عليّ: كلمة حق أريد بها باطل.

إن رسول الله ﷺ وصف ناساً إنني لأعرف صفتهم في هؤلاء يمرقون من الدين، الحديث، بطوله.

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: قبضتهم وبسخرهم.

(٤) في ز: لعددها.

أن يُفْضَل، فيقال: إن كان الحصنُ على فوهة الطريق، وكانوا [يستولون] <sup>(١)</sup> بسببه <sup>(٢)</sup> على ناحية وراء الحصن، فالشوكة حاصلةٌ، وحكم أهل البغي ثابت لثلاث يتضرر أهل الناحية بتعطيل <sup>(٣)</sup> الأفضية والأحكام، وإلا فليسوا بأهل البغي، ولا نبالي بما يقع من التعطل في العدد القليل.

الثانية: قال الإخلاف أنه لو تحزب من رجال القتال المنعوتين [بالشجاعة] عددٌ يسير، وكانوا بفضل القوة ويقوون على مصادمة الجموع الكثيرة <sup>(٤)</sup> فهم على عدة تامة، ويحتمل أن ينازع فيه منازعٌ؛ لقلّة عددهم، وتجعل قواهم كالمكان الحصين.

الثالثة: قال: يجب القطع بأن الشوكة لا تخصل إذا لم يكن لهم متبوع مطاع؛ فإن رجال النجدة، وإن كثروا، فلا قوة لهم ولا شوكة، إذا لم يضدروا، ولم يجتمعوا على رأي [قطاع متبوع] <sup>(٥)</sup>، وهل يشترط أن يكون فيما بينهم إمام منصوبٌ أو منتصب؟ فيه وجهان مغروران، ويقال قولان: للجديد الاشتراط:

أحدهما: وإليه ميل صاحبي «التهذيب» و«التتمة»، وإلا، فلا يكون فيما بينهم قاض ووال، فإن الرعايا لا يتمكنون من [بيعتهم]، فيتعطل الأحكام.

وأظهرهما، عند أكثرهم، وهم أصحابنا العراقيون والإمام: لأنه ثبت لأهل الجمل، وأهل النهروان حكمُ البغاة، ولم يكن فيما بينهم إمامٌ، وعن «المنهاج» للشيخ أبي محمد: أنه يعتبر في أهل البغي وراء ما سبق ذكره شيان آخران: أن يمتنعوا من حكم الإمام، وأن يظهروا لأنفسهم حكماً، وقد جرى ذكرهما في وصف الشافعي - رضي الله عنه - أهل البغي ويشبه أن يقال: إن هذا طريقٌ مخالفٌ للإمام، ولا بد في القوم من المخالفة؛ ليكونوا باغين، ثم يعتبر فيهم [الصفتان] المذكورتان فليس ذلك مخالفاً لما سقناه [والله أعلم].

وقوله في الكتاب: «يمكنها مقاومة الإمام» قصد ضبط الشوكة، [وأشار] إلى أنه لا يعتبر أن يساوي عددهم عددٌ أجناد الإمام، بل يكفي أن يجسروا على المقابلة والمقاومة، ويتوقعوا الظفر، وقد تغلب الفئة القليلة الكثيرة.

وقوله «ومانعوا الزكاة وسائر حقوق [الشرع]» يدخل فيه التبعات والغرامات، والحدود، والمقصود ما إذا منعوها بلا شبهة ولا تأويل؛ لأن الذين منعوا بتأويل وشبهة باغون على ما قدمنا.

(٢) في ز: سبيه.  
(٤) في ز: الجمع الكثير.

(١) في أ: يشرفون.  
(٣) في ز: يتعطل.  
(٥) سقط في ز.

وقوله «فهو معتبر»<sup>(١)</sup> أي في ثبوت أحكام الباغين.

وقوله «ولا بد، وأن يكون فيهم»<sup>(٢)</sup> واحد مطاع [هو] الذي حكيناه عن الإمام [قوله] وقوله «وهل يجب أن يكون بصفات الأئمة»؟ ليُحْمَلُ على المسألة المشهورة بالخلاف.

قال العزالي: «أما أحكام البغاة فشهادتهم مقبولة لجهلهم بسبب التأويل، وقضاؤهم نافذ ويجب على قاضينا إمضاؤه، وما أخذوه من الحقوق يقع موقعه، فإن صرفوا سهم المرتزقة إلى جنديهم ففي وقوعه الموقع وجهان، وإن سمع قاضيهم البيئة والتمس منا الحكم حكمنا على أصح القولين نظراً للرعايا».

قال الرافعي: الفصل [يشتمل]<sup>(٣)</sup> على حكمين من أحكام أهل البغي.

أحدهما: شهادة أهل البغي مقبولة؛ بناء على أنهم ليسوا بفسقة على ما مر، ولفظ الشافعي - رضي الله عنه - : «ولو شهد منهم عدل، فبُلت شهادته، ما لم يكن يرى أن يشهد لموافقته؛ بتصديقه»، فأثبت العدالة مع البغي.

وقوله: «ما لم يكن يرى أن يشهد لموافقته» أراد الخطابية الذين يشهدون لمن يوافقهم في العقيدة تصديقاً لقولهم واعتماداً على أنهم لا يكذبون، لأن الكذب كفر عندهم، وسيأتي ذلك إن شاء الله تعالى في «كتاب الشهادات» وإن كان لهم قاضٍ في بلد، قال المعتبرون من الأصحاب: يُنظر؛ إن كان يستحل دماء أهل العدل، لم ينفذ حكمه؛ لأنه ليس بعدل ومن شرط القضاء العدالة، وبمثله يجيب هؤلاء فيما إذا كان الشاهد ممن يستحل ذلك، ومنهم من يطلق نفوذ قضاء أهل البغي رعاية لمصلحة الرعايا، وصرح مصرحون بأن من ولاه صاحب الشوكة، نفذ قضاؤه، وإن كان جاهلاً أو فاسقاً، لقضاء أهل البغي، وسيأتي ذكره في «أدب القضاء» إن شاء الله تعالى، وإن لم يكن قاضيهم ممن يستحل دماء أهل العدل وأموالهم، فينفذ حكمه بما ينفذ به حكم قاضي أهل العدل، فلو حكم بما يخالف النص أو الإجماع أو القياس الجلي، فهو مردود حتى لو وقع واحد من أهل العدل في أسرهم<sup>(٤)</sup>، ففضى عليه قاضيهم بضمان ما أتلّف في الحزب، لم ينفذ قضاؤه، وكذا لو حكم بسقوط ضمان ما أتلّفوه في غير القتال، وإن حكم بسقوط ضمان ما أتلّفوه في حال القتال، نفذ حكمه، ولا تجوز مطالبته بعد ذلك؛ لأنه في محل الاجتهاد.

(٢) في ز: منهم.

(٤) في ز: أمرهم.

(١) في ز: يعتبر.

(٣) في أ: مشتمل.

وعن أبي حنيفة؛ أنه إن كان قاضيهم على اعتقاد أهل العدل، نَفَذَ قضاؤه، وإن كان على اعتقادهم، لم ينفذ، وبنى ذلك على أن البغي هل هو فسق؟ فعنده هو فسق، وعندنا ليس بفسق على ما قدمنا، ومن الأصحاب من قسم البغي إلى: ما هو فسق، وإلى ما ليس بفسق، ويرد قضاء الباغي الذي بغيه فسق، وسنذكر ذلك في «أدب القضاء»، وكما لا تُقبل شهادة الباغي، إذا كان من الخطابية، لا ينفذ قضاء قاضيهم الذي يقضي لموافقيه<sup>(١)</sup> بتصديقهم، وإذا كتب قاضيهم<sup>(٢)</sup> وحيث ينفذ قضاؤه بما قضى به إلى قاضي أهل العدل، جاز قبوله<sup>(٣)</sup> وتنفيذه.

قال الأئمة: وَيُسْتَحَبُّ أَلَّا يَقْبَلَ اسْتِخْفَافًا بِهِمْ وَاسْتِهَانَةً.

وعن أبي حنيفة: أنه لا يجوز قبول كتابه، قال في «التتمة»: وإنما يتحقق الخلاف، إذا كان قاضيهم من أهل العدل، وإن كتب قاضيهم بسماع البيعة دون الحكم المُبرم، فهل يحكم قاضيها به؟ فيه قولان:

أحدهما: لا؛ لما فيه من معاونة أهل البغي وإقامة مناصبهم.

وأصحهما: نعم؛ لأن الكتاب الذي يرد له تعلق برعايانا، وإذا نفذ ما حكم قاضيهم لمصلحة رعاياهم؛ فلأن تُراعى مصلحة رعايانا، كان أولى، وحكى الإمام عن رواية صاحب «التقريب»، والشيخ أبي محمد طرد القولين فيما أبرموه، واستعانوا فيه بالاستيفاء، وقال: كنت أود لو فصل فاصلون<sup>(٤)</sup> بين الأحكام التي تتعلق بأصحاب النجدة والامتناع، وبين ما يتعلق بالرعايا.

## «فَرْعٌ»

حكى القاضي ابن كج قولين، فيما إذا ورد على قاضي أهل العدل كتاب من قاضي أهل البغي، وهو لا يدري أنه ممن يستحل دماء أهل العدل وأموالهم، أو ممن لا يستحل، وقال: اختيار الشافعي - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - منهما أنه لا يقبله، ولا يَعْمَلُ بِهِ.

[الحكم]<sup>(٥)</sup> الثاني: إذا أقام أهل البغي الحدود على جناة البلد الذي استولوا عليه، وأخذوا الزكاة من أهله أو خراج أرضه<sup>(٦)</sup> أو الجزية من أهل الذمة فيه، اعتد بما

(١) قال في الخادم: يستثنى ما إذا صرح الشاهد والقاضي بالسبب فإنه يقبل لأنه التهمة فقد زالت بالتصريح. حكاها في البحر وقال: نص الشافعي على أن القاضي إذا كان مذهبه الحكم لموافقيه ولم يبين السبب لا ينفذ حكمه.

(٢) بعد اعتبار صفات القاضي منه. (٣) لأن لهم تأويلاً يسوغ فيه الاجتهاد.

(٤) في ز: فاصل. (٥) سقط في ز.

(٦) في ز: أزمته.

فعلوه، وإذا عاد البلد إلى أهل العدل، لم يطالبوا أهله بشيء من ذلك، وفي الجزية وجه رواه الفوراني وغيره: أنه لا يُعتد بأخذها لهم؛ لأنها عوض السكنى والأعواض<sup>(١)</sup> بعيدة عن المسامحة، والظاهر الأول؛ واحتج له بأن علياً - كرم الله وجهه - قاتل أهل البصرة، ولم يتبع<sup>(٢)</sup> بعد الاستيلاء ما أخذه من الحقوق، وبأنهم فعلوا ذلك بناءً على تأويل محتمل؛ فأشبه ما إذا قضى القاضي بالاجتهاد، لا ينقضه قاضٍ آخر، وبأن في إعادة المطالبة إضراراً بأهل البلدة، وحكى الإمام وجهين في أنهم، إذا فرّقوا سهم المرتزقة من الفيء على جنودهم، هل يقع موقعه؟

أحدهما: لا يقع؛ لأننا لو حكمنا بوقوعه الموقع لهم<sup>(٣)</sup> يصير<sup>(٤)</sup> ذلك إعياءة على البغي وتمهيداً لأسباب الخروج على الإمام.

وأظهرهما: الوقوع؛ لأنهم من جنود الإسلام، والرعب قائم عنهم في نفوس الكفار، وقرب هذا الخلاف من الخلاف في أنهم هل يضمنون ما يتلفون على الإمام وجنوده في القتال؛ لأن في إسقاط الغزم تخفيفاً عليهم ورعاية لهم.

وإذا عاد البلد إلى قبضة الإمام، فادعى من كان عليه حق أن أهل البغي استوفوه، ولا علم للإمام بذلك، ولا قامت عليه بينة فهل يصدق بيمينه؟ أما في الزكاة فنعم؛ لأن المسلم أمين في أمور الدين؛ ولأن الزكاة مالٌ مواساة، واللائق به التساهل، وفي كون اليمين مستحبة أو مستحقة خلاف سبق نظيره [في الزكاة]، وأما الجزية، ففي كتاب القاضي ابن كح [وجه]<sup>(٥)</sup> أن الذمي [يصدق] في دفعها إليهم كالزكاة، والظاهر أنه لا يقبل [قوله]<sup>(٦)</sup> إلا ببينة، لأن الذمي غير مؤتمن فيما يدعيه على [المسلمين]<sup>(٧)</sup> للعداوة الظاهرة، ولأن الجزية أجرة دار الإسلام، والمستأجر، إذا ادعى تسليم الأجرة احتاج إلى البينة. وأما الخراج، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يصدق المسلم فيه، ويجعل أميناً كالزكاة.

وأصحهما: أنه يطالب بالبينة؛ لأن الخراج أجرة أو ثمن، وإن ادعى من كان عليه حدٌ أنه أقيم عليه، ففي «التتمة» أنه يصدق، إن كان أثره باقياً على بدنه، وإلا، فإن ثبت بالإقرار، فكذلك؛ لأن المَقْرَر بالحد، إذا رجع، يقبل رجوعه، وقد أنكر بما يدعيه بقاء الحد عليه، فيجعل كالرجوع، وإن ثبت بالبينة لم يصدق، فيما يدعيه.

وأعلم قوله في الكتاب: «وقضاؤهم نافذ» بالحاء لما قدمناه.

(٢) في ز: يتبع.

(٤) في ز: يضمن.

(٦) في أ: منه.

(١) في ز: والأعراض.

(٣) في ز: لمتوقع.

(٥) سقط في ز.

(٧) في أ: المسلم.

وقوله [و] (١) يجب على قاضينا إمضاؤه» إن كان المراد منه إن قاضينا لا ينقضه، وإذا استقام الأمر بفضيه، ولا نحكم بخلافه، فهذا لا خلاف فيه، وإن كان المراد أنه إذا كتب قاضيهما بما قضى به إلينا، نفذه ونعمل بكتابه، وهو قضية إيراد «الوسيط»، فيجوز أن يُعَلِّمَ بالحاء؛ لما روينا من مذهب أبي حنيفة، وبالواو؛ لما مر أن المستحب أن لا يُقبل كتابهم، وأيضاً، فللطريقة الطاردة للخلاف ويجوز أن يُعَلِّمَ قوله «يقع موقعه» بالواو للوجه المحكي في الجزية وقوله «حكمننا» بالحاء، وكان الأحسن في الترتيب أن يقدم قوله «وإن سمع قاضيهما البيئته» على الكلام في أخذ الحقوق.

قال العزالي: هَذَا إِنْ كَانَ لَهُمْ شَوْكَةٌ وَتَأْوِيلٌ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شَوْكَةٌ فَلَا يَنْفَعُ حُكْمُهُمْ، وَإِنْ وُجِدَتْ الشَّوْكَةُ دُونَ التَّأْوِيلِ لَمْ يَنْفَعْ قَضَاؤُهُمْ عَلَى الظَّاهِرِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لَمَّا تَكَلَّمَ فِي الْحَكَمِينَ فِي حَقِّ أَهْلِ الْبَغْيِ الْمُسْتَجْمَعِينَ لَصَفَتِي الشُّوكَةَ وَالتَّأْوِيلَ، أَرَادَ أَنْ يَبَيِّنَ مَا يَتَعَلَّقُ بِهِمَا فِي الْمَخَالَفِينَ الْفَاقِدِينَ لِاحْدَى الصَّفَتَيْنِ، [فَالذِّينَ] (٢) لَهُمْ تَأْوِيلٌ بِلَا شَوْكَةٍ سَمَةَ الطَّاعَةَ مُسْتَمِرَّةً عَلَيْهِمْ، وَلَيْسَ لَهُمْ تَصَدُّ لِلْقَضَاءِ، وَمَا يَبْدُونَهُ إِذَا خَلَوْا بِأَنْفُسِهِمْ كَمَحَاوِرَةٍ وَمَشَاوِرَةٍ تَجْرِي بَيْنَهُمْ وَالتَّحْكِيمِ بَيْنَهُمْ عَلَى الْخِلَافِ الْمَعْرُوفِ فِي غَيْرِهِمْ، وَلَيْسَ لَهُمْ قُوَّةٌ أَخَذَ الْحَقُّوَ وَإِقَامَةَ الْحُدُودِ، وَالذِّينَ لَهُمْ شَوْكَةٌ بِلَا تَأْوِيلٍ، الظَّاهِرُ الْمَعْرُوفُ عِنْدَ الْأَصْحَابِ أَنَّهُ لَا يَنْفَعُ حُكْمُهُمْ؛ [وَلَا يَعْتَدُ بِاسْتِيفَائِهِمْ الْحَقُّوقَ وَالْحُدُودَ]، لِأَنَّ عِمَادَ الْبَغْيِ التَّأْوِيلَ، وَكَأَنَّهُمْ إِلَى أَنْ يَنْكَشِفَ لَهُمُ الْحَقُّ مَعْدُورُونَ بِمَا يَتَمَسَّكُونَ بِهِ (٣) وَأَبْدَى الْإِمَامُ احْتِمَالاً فِي نَفْوَذِهِ؛ كَيْلَا يَتَفَاقَمَ الضَّرْرُ فِي النَّاحِيَةِ الَّتِي اسْتَوْلَوْا عَلَيْهَا؛ وَالْحَالُ فِي تِلْكَ النَّاحِيَةِ كَالْحَالِ فِيمَا إِذَا خَلَا الْعَصْرُ عَمَّنْ يَضْلُحُ لِلْإِمَامَةِ، وَأَحَالِ بِسَطِّهِ عَلَى كِتَابَةِ الْمَعْرُوفِ «بِالْفَيَائِي».

قال العزالي: أَمَا عَزَمَ الْمَالِ فَمَا أَتْلَفَ فِي غَيْرِ الْقِتَالِ مَضْمُونٌ عَلَى الْفَرِيقَيْنِ، وَمَا أَتْلَفَ فِي الْقِتَالِ غَيْرُ مَضْمُونٍ عَلَى الْعَادِلِ، وَفِي الْبَاغِي قَوْلَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَجِبُ فِئِي الْكُفَّارَةَ وَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَجِبُ فِئِي الْقِصَاصِ وَجْهَانِ، هَذَا عِنْدَ وُجُودِ الشَّوْكَةِ، فَإِنْ كَانَ تَأْوِيلٌ بِلَا شَوْكَةٍ وَجِبَ الضَّمَانُ، قَتَلَ ابْنُ مُلْجَمٍ عَلِيًّا رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ مُتَأَوِّلاً فَأُقِيدَ بِهِ، وَإِنْ وُجِدَتْ الشَّوْكَةُ دُونَ التَّأْوِيلِ فَطَرِيقَانِ، قِيلَ: يَجِبُ الضَّمَانُ، وَقِيلَ بِطَرْدِ الْقَوْلَيْنِ لِأَنَّ إِسْقَاطَ الضَّمَانِ لِلتَّرْغِيبِ فِي الطَّاعَةِ كَأَهْلِ الْحَرْبِ، وَالْقَوْلَانِ جَارِيَانِ فِي الْمُرْتَدِّينَ إِذَا أَتْلَفُوا فِي الْقِتَالِ.

(٢) في أ: فالذي.

(١) سقط في ز.

(٣) في ز: لما يتمسكون.



قَالَ الرَّافِعِيُّ: مقصودُ الفضلِ الكلامُ في ضمانِ النفسِ والمالِ، إذا أتلَفَ العادلُ على الباغي وبالعكس، ثم في الضمان إذا وجد الإِتلافُ من اللّٰدِينِ لم يستجمِعوا صفةَ الباغيين.

أما الأول: فما يتلفه العادل على الباغي، وبالعكس في غير القتال مضمونٌ جرياً على الأضل الممهّد في قصاص النفوس وغرامات الأموال.

وأما في القتال، فما يتلفه العادل على الباغي غير مضمون عليه، لأنه مأمور بالقتال، فلا يضمن ما يتولّد منه، وما يتلفه الباغي على العادل من مال ونفس هل يضمنه بالغرامة والدية؟ فيه قولان:

أحدهما، ويحكى عن مالك: نعم؛ لأن أبا بكر - رضي الله عنه - قال لِلَّذِينَ قَاتَلَهُمْ بَعْدَ مَا تَابُوا: «وَتَدُونَ قَتْلَانَا، وَلَا نَدِي قَتْلَاكُمْ»، وأيضاً، فهما فرقتان من المسلمين محقّة ومبطلّة، فلا يستويان في سقوط الغُرم، كقطع الطريق والرفقة.

وأصحهما، وبه قال أبو حنيفة: لا؛ لأن في الوقائع التي جرّث في عصر الصحابة والتابعين - رضي الله عنهم - كحروب الجمل وصيفين، لم يطالب بعضهم بعضاً بضمنان نفس ولا مال، وأيضاً؛ فلأنه لو وجبت الغرامة لم يؤمن أن ينفرهم ذلك عن العود إلى الطاعة، ويحملهم على التمادي<sup>(١)</sup> فيما هم فيه، ولمثل ذلك أسقط الشرخ التبعات عن أهل الحرب، إذا أسلموا، والقولان كما يحكى منصوصان في البويطي، ويذكر أن وجوب الضمان قوله القديم، وأن مقابله الجديد، ولم يصححه الروياني.

وإذا كان القتل عمداً، ففي وجوب القصاص طريقان:

أظهرهما: طرد القولين المذكورين في وجوب المال.

والثاني: القطع بالمنع؛ لأن القصاص يسقط بالشبهة، وتأويلهم يوجب الشبهة، فإن حكّمنا بوجوب القصاص، فلو آل الأمر إلى المال، فهو في مال الباغي، وإن لم نخكّم به؛ لشبهة التأويل، فسييل الدية دية العمد، حتى تجب في مال القاتل، ولا تتأجل أو دية شبه العمد حتى تكون على العاقلة وتتأجل، حكى الإمام فيه خلافاً؛ كما ذكرنا فيما إذا قتل مسلماً على زي أهل الشرك، وتجب الكفارة على الباغي، متى حكّمنا بوجوب القصاص أو الدية، وإلا، فوجهان:

أشبههما: المنع؛ طرداً للإهدار وقطع التبعات، وأيضاً، فإن الكفارة حق الله تعالى، وهو أولى بالتساهل.

والثاني: يجب، لأنه قتل معصوماً بغير حقّ، والكفارة أسرع ثبوتاً من القصاص و[من] (١) الدية بدليل ما إذا قُتل مسلماً في صفّ الكفار.

والأموال المأخوذة في القتال تُردُّ بعد انقضاء الحرب إلى أربابها يستوي فيه الفريقان، روي أن علياً (٢) - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - نادى: «مَنْ وَجَدَ مَالَهُ فَلْيَأْخُذْهُ»، قال الراوي: مرّ بنا رجلٌ فعرف قدراً يطبخ فيها، فسألناه أن يصبر حتى نطبخ، فلم يفعل، فإن أتلفت بعد انقضاء الحرب، وجب الضمان.

وقوله في الكتاب: «فما أتلف في غير القتال» و«ما أتلف في القتال» هذه اللفظة هي المشهورة في الاستعمال، ويبيّن الإمام معناها، فقال المراد ما يتلف بسبب القتال ويتولّد منه هلاكه، حتى لو فُرِضَ إتلافٌ في القتال ليس من ضرورة القتال، فهو ملحق بما يجري إتلافه قبل القتال.

وقوله: «فإن قلنا: لا يجب، ففي الكفارة وجهان» يعني: إن قلنا: لا يجب الضمان في النفس والمال، ففي الكفارة عند القتل وجهان، وفي الترتيب المذكور ما يَخْرُجُ منه طريقان، طريقة قاطعةٌ بوجوب الكفارة، وطريقة طارئة للخلاف، وكذا حال قوله: «فإن قلنا: يجب، ففي القصاص وجهان»، ويجوز أن يُعْلَمَ قوله «لا يجب» بالميم، وقوله «يجب» بالحاء إشارة إلى مذهبهما. وعن أحمد روايتان في الضمان. أظهرهما: السقوط، كما مرّ وهو الأظهر عندنا.

## «فَرْعٌ»

لو استولى باغ على أمةٍ أو مُستَوْلِدَةٍ لأهل العدل، فغشيها، فعليه الحدُّ، وإن أولدها، فالولد رقيقٌ غير نسيب، وهل يجب المهر، إذا كانت مكرهة؟ منهم مَنْ جعله على الخلاف في ضمان المال، وقال صاحب «التهذيب»: ينبغي أن يُقَطَّعَ بوجوبه، كما لو أتلف المال المأخوذ بعد الانهزام (٣)، ولو استولى الحربى على أمة مسلمة فأولدها (٤)، فالولد رقيقٌ غير نسيب، ولا حدٌ ولا مهر؛ لأنه لم يلتزم الأحكام.

وأما المقصد الثاني، فالذين يخالفون الإمام بتأويل يعتقدونه، وليس لهم شوكة

(١) سقط في ز.

(٢) رواه ابن أبي شيبة والبيهقي من حديث عرفة عن أبيه قال: لما جيء عليّ بما في عسكر أهل النهروان قال: من عرف شيئاً فليأخذه قال: فأخذوا إلا قدراً قال: ثم رأيتها بعد أخذت، وأخرجه البيهقي من طرق.

(٣) في ز: وأولدها.

(٤) في ز: الالتزام.

وامتناع؛ لقلّة عددهم، فلزمهم ضمان ما أتلّفوا من نفس، ومال، وإن كان على صورة القتال. أما إذا لم يكن في قتال، فكما ذكرنا في الباغين.

وأما إذا أتلّفوا في قتال، فحكمهم حكم قُطَاع الطريق، ولو أسقطنا الضمان، لم تعجز كل شِرْذِمَة تريد إتلاف نفس أو مالٍ أن تُبَدِي تَأْوِيلًا، وتَفْعَل من الفساد ما تشاء، وفي ذلك إبطال<sup>(١)</sup> السياسات، وهذا ظاهرٌ، سِيَمًا إذا لم يكن قتالٌ، لكن احتج الشافعيُّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - له بأن قال: قتل ابنِ مُلْجَم عَلِيًّا - كرم الله وجهه ورضي الله عنه - متأولًا، فأمر بحبسه، وقال: «إن قتلتم، فَلَا تُمَثِّلُوا بِهِ» ورأى عليه القتل، وقتله الحسنُ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - وفي الناس بقية من أصحاب النبي ﷺ فما أنكر قتله، ولا عاتبه<sup>(٢)</sup> أحد، وأراد بقوله «قتله متأولًا أنه قتله زاعماً أن له شبهة وتأويلًا، وحكي أن تأويله أن امرأة من الخوارج تسمى قَطَام، خطبها ابن مُلْجَم، وكان علي - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - قتل أباهَا في جُمْلَة الخوارج، فوكلته بالقصاص، وهما يزعمان أن عليه قصاصاً، وأن الواحد في الورثة ينفرد بالقصاص وشرطت عليه مع ذلك ثلاثة آلاف درهم وعبداً وقينة لتحبين في ذلك.

وفي ذلك قيل:

فَلَمْ أَرْ مَهْرًا سَاقَهُ ذُو سَمَاحَةٍ      كَمَهْرِ قَطَامٍ مِنْ فَصِيحٍ وَأَعْجَمٍ  
ثَلَاثَةَ آلَافٍ وَعَبْدٌ وَقِينَةٌ      وَقَتْلَ عَلِيٍّ بِالْحَسَامِ الْمَصْمُومِ  
وأما الذين لهم كثرة وشوكة ولا تأويل لهم، ففي ضمان ما أتلّفوا في القتال طريقان:

أحدهما: القطع بوجوبه؛ لأنهم ليسوا بأهل البغي، كالذين لهم التأويل دون الشوكة.

وأظهرهما: طرد القولين المذكورين في الباغين؛ لأن المعنى المعتمد هناك ترغيبهم في الطاعة ليجتمع الشمل وتندفع الفتن وهذا المعنى موجود في أصحاب الشوكة، وإن لم يكن لهم تأويل، والقولان المذكوران في أهل البغي، هل يضمنون جاريان في المرتدين، إذا كانت لهم شوكة، وأتلّفوا في القتال مالا أو نفساً، ثم تابوا، وأسلموا؟ والظاهر نفى الضمان عند بعضهم، وفي «التهذيب» أن الأصح الوجوب، وهو اختيار المزني؛ لأن المرتدين جنوا على الإسلام بتأويل غير معتبر<sup>(٣)</sup>، ولذلك لا ينفذ قضاء قاضيهم، وقد يرتب الخلاف في المرتدين على الخلاف في الباغين، وفي كيفية الترتيب افتراق رأي؛ فقائل يقول: إن أوجبنا الضمان على الباغي، فالمرتد أولى

(٢) في ز: عابه.

(١) في ز: بطلان.

(٣) سقط في ز.

بالوجوب<sup>(١)</sup>، وإلا، ففي المرتد قولان، والفرق أنه أولئ بالتغليظ، ويحكى هذا عن اختيار القفال، وآخر يقول: إن لم نوجب الضمان على الباغي، فالمرتد أولئ، وإن أوجبنا على الباغي، ففيه قولان، والفرق أن المرتدين منخلعون عن الإسلام وأحكامه<sup>(٢)</sup>؛ فهم بأهل الحرب أشبه، ويجوز أن يُعلم قوله في الكتاب «والقولان جاريان» بالواو؛ لطريقة القطع التي تخرج من الترتيب.

قال الغزالي: فَأَمَّا كَيْفِيَّةُ قِتَالِهِمْ فَلَا نَقَاتِلُهُمْ بَلْ نُقَدِّمُ التَّذْيِيرَ أَوْلَى، وَلَا نَتَّبِعُ الْمُذْبِرَ آخِرًا، فَلَوْ بَطَلَتْ شَوْكَتُهُمْ فِي الْحَالِ وَلَكِنْ لَمْ نُؤْمَرْ غَائِلَةً أَجْمَاعِهِمْ فِي الْمَالِ فِيهِ جَوَازٌ اتِّبَاعِهِمْ بِالْقَتْلِ وَجَهَانٍ، وَأَمَّا أَسِيرُهُمْ فَلَا يُطْلَقُ إِلَّا بَعْدَ الْأَمْنِ مِنْهُمْ، وَإِنْ أَمِنَ فِي الْحَالِ وَتَوَقَّعَ فِي ثَانِي الْحَالِ فِيهِ الْإِطْلَاقَ وَجَهَانٍ، وَفِي أَسْرِ نِسَائِهِمْ وَذُرَارِيهِمْ لِكَسْرِ قُلُوبِهِمْ تَرَدُّدًا، فَأَمَّا أَسْلِحَتُهُمْ وَخَيْولُهُمْ فَلَا يَحِلُّ اسْتِعْمَالُهَا فِي الْقِتَالِ وَتَرَدُّ عَلَيْهِمْ عِنْدَ الْأَمْنِ مِنْهُمْ وَلَا تَرَدُّ قَبْلَهُ، وَالصَّبِيُّ الْمَرَاهِقُ وَالْعَبْدُ كَالْحَيْلِ، وَالصَّغِيرُ كَالْمَرْأَةِ، وَلَا نَقَاتِلُهُمْ بِالْمَنْجَنِيْقِ وَالنَّيْرَانِ إِلَّا إِذَا خِفْنَا أَنْ نُضْطَلِمَ، وَإِنْ تَحَصَّنُوا بِقَلْعَةٍ وَكَانَ فِيهِمْ رَعَايَا لَمْ نَقَاتِلُهُمْ بِالنَّارِ وَالْمَنْجَنِيْقِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ إِلَّا الْمُقَاتَلَةُ فِيهِ تَرَدُّدٌ.

قال الرافعي: في الفصل صور، يتعلّق بكيفية القتال، والأصل فيها أن سبيل مقاتلة الباغيين سبيل دفع الصائل، والمقصود ردهم إلى الطاعة ودفع شرهم لا النفي والقتل، فإذا أمكن الأسر لا يُعدّل إلى القتل، وإذا أمكن الإتيان، لا يعدل إلى التذيف، فإن التحم القتال، واشتد الحرب، خرج الأمر عن الضبط، قال الإمام: وقد تتخيل من هذا أنا لا نسير إليهم، ولا نقاتلهم بالقتال، وأنهم إذا ساروا إلينا، فلا نبدأ بقتالهم، بل نصطف في مقابلتهم، فإذا قصدونا، فحينئذ ندفعهم، قال: وقد رأينا هذا، الطائفة من المعتبرين، وهو ذلك بل إذا أدّنه الإمام بالحرب، ولم يرجعوا إلى الطاعة، فيسير إليهم، ويمنعهم عن القُطر الذي استولوا عليه، فإن انكشفوا وكلمتهم واحدة، اتبعناهم إلى أن يتوبوا عن العصيان، ويستسلموا، وقد يفضي الاصطفاف والصبر إلى أن يبدؤنا بقتال إلى الاستئصال، [فليس] قتال الفريقين كصيال الرجل الواحد ودفعه، وربما كان تارك البداية معرضاً نفسه للهلاك.

إذا عرف ذلك فمن صور الفضل: أنهم لا يغتالون ولا يبدؤون بالقتال، حتى يُنذروا، وليبعث<sup>(٣)</sup> الإمام إليهم أميناً فطناً ناصحاً، فإذا جاءهم، سألهم ما ينقمون، فإن

(٢) في ز: وحكمه.

(١) سقط في ز.

(٣) في ز: وبعث.

أظهروا مظلمة، وعللوا امتناعهم بها، أزالها، وإن ذكروا شبهة كسّفها لهم، وإن لم يذكروا شيئاً، أو أصروا بعد إزالة<sup>(١)</sup> العلة، نصحهم، ووعظهم، وأمرهم بالعود إلى الطاعة، لتكون كلمة أهل الدين واحدة فإن أصروا، دعاهم إلى المناظرة، فإن لم يجيبوا إليها أو أجابوا، فغلبوا، وأصروا مكابرين، آذنتهم بالقتال.

بَعَثَ عَلِيٌّ - كَرَّمَ اللهُ وَجْهَهُ - ابْنَ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا<sup>(٢)</sup> - إِلَى أَهْلِ التَّهْرَوَانِ لِلْمُحَاجَّةِ وَالنَّصِيحَةِ، وَرَجَعَ بَعْضُهُمْ إِلَى الطَّاعَةِ بِذَلِكَ، وَإِذَا آذَنَهُم بِالْقِتَالِ، فَاسْتَنْظَرُوا، بَحَثَ الْإِمَامُ عَنْ حَالِهِمْ، وَاجْتَهَدَ، فَإِنْ كَانَ الظَّاهِرُ عِنْدَهُ أَنَّهُمْ عَازِمُونَ عَلَى الطَّاعَةِ، وَأَنَّهُمْ يَسْتَنْظَرُونَ<sup>(٣)</sup> لِكَشْفِ<sup>(٤)</sup> الشُّبْهَةِ أَوْ يَتَأَمَّلُوا وَيَتَشَاوَرُوا، أَنْظَرَهُمْ، وَإِنْ كَانَ الظَّاهِرُ عِنْدَهُ أَنَّهُمْ يَقْصِدُونَ الْاجْتِمَاعَ، أَوْ يَسْتَلْحِقُونَ<sup>(٥)</sup> مَدَدًا، لَمْ يُنْظَرَهُمْ، وَإِنْ سَأَلُوا تَرْكَ الْقِتَالِ أَبَدًا، لَمْ يَجِبْهُمْ، وَحَيْثُ لَا يَجُوزُ الْإِنْظَارُ، فَلَوْ بَدَلُوا مَا لَمْ أَوْ رَهِنُوا الْأَوْلَادَ أَوْ النِّسَاءَ، لَمْ يَقْبَلْهُ؛ لِأَنَّهُمْ قَدْ يَقْوُونَ فِي الْمُدَّةِ، فَيَغْلِبُونَ عَلَى أَهْلِ الْعَدْلِ، وَيَسْتَرُدُّونَ مَا بَدَلُوا، وَأَيْضًا، فَلَوْ قَاتَلُوا، لَمْ يَجُزْ قِتْلُ الْأَوْلَادِ وَالنِّسَاءِ، وَإِذَا كَانَ بِأَهْلِ الْعَدْلِ ضَعْفٌ، فَيُؤَخَّرُ الْإِمَامُ الْقِتَالِ، وَلَا يَخَاطَرُ<sup>(٦)</sup> بِالنَّاسِ، وَعَنْ نَصِّهِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - فِي «الْأَمِّ»: أَنَّهُ لَوْ كَانَ عِنْدَهُمْ أَسَارَى مِنْ أَهْلِ الْعَدْلِ، فَسَأَلُوا، وَالْحَرْبُ قَائِمَةٌ، أَنْ يُنْسِكَ لِيُطْلِقُوهُمْ، وَأَعْطَوْا بِذَلِكَ رَهَائِنَ، تَقْبِلُ الرِّهَائِنَ اسْتِثْقَابًا وَاسْتِنْقَادًا لِلْأَسَارَى، وَإِنْ أُطْلِقُوهُمْ، أُطْلِقْنَا الرِّهَائِنَ، وَإِنْ قَتَلُوهُمْ، لَمْ يَجُزْ قِتْلُ الرِّهَائِنِ بِهِمْ، وَلَا بَدُّ مِنَ الْإِطْلَاقِ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْحَرْبِ.

من صور الفضل: مَنْ أَدْبَرَ مِنْهُمْ وَانْهَزَمَ، لَمْ يُتَّبَعِ، وَكَذَا مَنْ أَلْقَى السِّلَاحَ، وَتَرَكَ الْقِتَالِ لَمْ يَقَاتَلْ؛ رَوَى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لِابْنِ مَسْعُودٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: «يَا بَنَ أُمَّ عَبْدِ، مَا حُكْمُ مَنْ بَغَى مِنْ أُمَّتِي؟» فَقَالَ: اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَعْلَمُ، فَقَالَ ﷺ: «لَا يُتَّبَعُ مُذْبِرُهُمْ، وَلَا يَجْهَرُ عَلَى جَرِيحِهِمْ، وَلَا يُقْتَلُ أَسِيرُهُمْ» وَرَوَى أَنَّهُ نَادَى مُنَادِي عَلِيٍّ - كَرَّمَ اللهُ وَجْهَهُ - يَوْمَ الْجَمَلِ: «أَلَا لَا يُتَّبَعُ مُذْبِرٌ، وَلَا يُدْفَعُ عَلَيَّ جَرِيحٌ» وَانْهَزَامُ الْجُنْدِ بِأَنْ يَتَبَدَّدُوا وَتَبَطَّلَ شَوْكَتُهُمْ وَاتِّفَاقُهُمْ، فَلَوْ وَلَّوْا ظَهْرَهُمْ، وَهَمَّ مَجْتَمِعُونَ تَحْتَ رَايَةِ زَعِيمِهِمْ، فَلَا يَنْكِفُ الْإِمَامُ عَنْهُمْ، بَلْ يَطْلُبُهُمْ إِلَى أَنْ يَرْجِعُوا إِلَى الطَّاعَةِ، وَالوَاحِدُ إِذَا بَطَلَتْ قُوَّتُهُ وَاعْتِضَادُهُ بِالْجَمْعِ؛ لِتَخْلُفِهِ عَنْهُمْ مَخْتَارًا أَوْ غَيْرَ مَخْتَارٍ، وَلَا يُتَّبَعِ، وَلَا يَقَاتَلُ مَنْ وَلَّى مَتَحَرِّفًا لِقِتَالِ، لَيْسَ بِمَنْهَزَمٍ بَلْ يُتَّبَعِ، وَيُقَاتَلُ، وَإِنْ وَلَّى مَتَحَرِّفًا إِلَى فِتْنَةٍ، قَالَ الْإِمَامُ: إِنْ كَانَتْ قَرِيبَةً، فَهُوَ كَالْمَدَامِ عَلَى الْقِتَالِ؛ وَإِنْ كَانَتْ بَعِيدَةً، فَوَجْهَانِ:

أحدهما: لَا تُتَّبَعُ؛ لِظَاهِرِ الْخَبْرِ، وَهَذَا أَظْهَرَ عِنْدَ أَصْحَابِنَا الْعِرَاقِيِّينَ، وَصَاحِبِ

(١) فِي ز: إِزَاحَةٌ.  
 (٢) فِي ز: يَسْتَنْظَرُونَ.  
 (٣) فِي ز: أَوْ سِيلِحِقُونَ.  
 (٤) فِي ز: لِيُنْكَشَفَ.  
 (٥) فِي ز: يَخْطُرُ.  
 (٦) فِي ز: عِنْدَهُ.

«التتمة» والرويانِيّ وغيرهم، وقالوا: الاعتبار بما يُتَوَقَّع، ويُخَاف، كما إذا خيف اجتماعهم وخروجهم ولم يفعلوا بعد، لا يجوز التعرُّض لهم.

والثاني: يتبع؛ ليندفع الشرُّ، وبهذا قال أبو حنيفة، واختاره أبو إسحاق، وإيراذ صاحب «التهذيب» يُشعر بترجيحه، وربما أُطلقَ الوجهان من غير فصل بين أن تكون الفتنة قريبةً أو بعيدةً، وأجرِيّ الوجهان فيما إذا بطلت شوكةُ الجند في الحال، ولم يؤمن من غائلة<sup>(١)</sup> اجتماعهم [في المال، وموضع وفاق الأَصحاب ما إذا لم يُتَوَقَّع اجتماعهم]<sup>(٢)</sup>.

ومنها: لا يُقتل المشخن منهم، ولا أسيرهم، وعن أبي حنيفة: أنه يجوز قتلها صبراً، ثم منهم من يطلق الرواية، ومنهم من يقيد بحالة قيام الحزب.  
لنا: ما سبق من الخبر.

وإذا قتل رجلٌ من أهل العدل أسيرهم عمداً، ففي وجوب القصاص وجهان المذكوران في «البيان»: في وجهٍ نعم؛ لأنه صار بالأمر محقون الدم، كما لو رجع إلى الطاعة، وفي وجه: لا، ويصير خلاف أبي حنيفة شبهةً، ولا يطلق الأسير قبل انقضاء الحزب، إلا أن يبايع الإمام، ويرجع إلى الطاعة باختياره، فيُخلى<sup>(٣)</sup> وإذا انقضت الحرب وجموعهم باقيةً، فكذلك الحُكْم لا يُطلق، إلا أن يبايع، وإن بدّلوا الطاعة أو تفرقت جموعهم، وأمن عودهم، أُطلق، وإن تَوَقَّع عودهم، ففي الإطلاق الوجهان السابقان، وينبغي أن يُعْرَض على أسراهم بيعةُ الإمام، هذا حكم الأسرى الذين هم من أهل القتال، وأما<sup>(٤)</sup> النساء والذُراري [والولدان]<sup>(٥)</sup>، إذا وقعوا في الأسر والضبط، فيحبسون إلى انقضاء القتال، ثم يخلئ سبيلهم؛ لأنه لا يؤخذ عليهم الطاعة والبيعة على الجهاد، هذا هو الظاهر ووراء وجهان:

أحدهما؛ عن أبي إسحاق: أن الإمام إذا رأى في إطلاقهم قوة أهل البغي، أو أن حبسهم يردهم إلى الطاعة ويدعوهم إلى الرجوع إلى الحق، فله أن يحبسهم إلى أن يرجعوا إلى الطاعة.

والثاني؛ عن بغض الأصحاب: أن له حبسهم مطلقاً، كسراً لقلوب أهل البغي، وعلى هذا، فوَقَّت تخليتهم وقت تخلية الرجال، نقل الوجهين هكذا الرويانِيّ في «جمع الجوامع» وأما العبد والمراهقون، فقد أُطلق مطلقون أن العبد والصبيان كالنساء، وذكر الإمام والمتولّي أنه إن كان يجيء منهم القتال، فهم كالرجال الأقوياء في الحبس والإطلاق، وهذا حسن، وكان يمكن [حمل]<sup>(٦)</sup> إطلاق من أُطلق على ما ذكرناه، إلا أن

(١) في ز: عاقلة.

(٢) في ز: فيحكى.

(٣) في ز: فأما الفساد.

(٤) سقط في ز.

(٥) سقط في ز.

(٦) سقط في ز.

منهم مَنْ صرَّحَ بأن المراهقين والعبيد، وإن كانوا يقاتلون كالنساء والأطفال، ولا شك أنهم، إذا قاتلوا، وكذا النسوان، فإن سبيلهم سبيلُ الرجال في أنَّهم يُقتلون مقبلين، ويتركون مُدبرين.

وإذا ظفرنا بخيولهم وأسلحتهم، لم نردّها حتى ينقضي القتال، ويحصل الأمن من غائلتهم بعودهم إلى الطاعة، أو تفرُّق شملهم، وهو وقتُ إطلاق الأسرى، ولا يجوز استعمالها في القتال، كما لا يجوز الانتفاع بسائر أموالهم.

نعم؛ لو وقعت ضرورةٌ بأن لم يجد أحدنا ما يدفَع به عن نفسه سوى سلاحهم أو ما يركبه، وقد وقعت الهزيمة إلا خيولهم، فيجوز الاستعمال والركوب، كما يجوز أكل مال الغير للضرورة. وعند أبي حنيفة: أنه يجوز استعمالها ما دامت الحزب قائمة.

وما ليس من آلات الحرب من أموالهم، فيرد عليهم، كما انقضت الحزب، وهي التي أردناها مما أطلقنا من قبل.

ومنها: لا يقاتلهم بما يعُم، ويعظم أثر الكرمي بالمنجنيق<sup>(١)</sup> والنيران، وإرسال السيول الجارفة، بخلاف ما في قتال الكفار، لكن لو قاتلونا بهذه الوجوه، واحتجنا إلى المقابلة بمثلها دفعاً أو أحاطوا بنا، واضطرونا إلى الرمي بالنار ونحوها، فعَلنا، للضرورة، وعلى ذلك حمل مَنْ أبْدَى الجَدُّ في قتال الباغين مِنْ عليّ - كرم الله وجهه - حتى إنه قتل بنفسه ليلة الهرير ألفاً وخمسمائة، وإن تحصَّنوا بقلعة أو بلدة ولم يتأت الاستيلاء عليها إلا بهذه الأسباب العظيمة الأثر، فإن كان فيها<sup>(٢)</sup> رعايا لا يكفي منهم، لم يجز توجيهُ هذه الأسباب عليها محافظةً عليهم، وإن لم يكن فيها إلا الباغون المقاتلون، فقد حكى في الكتاب تردُّد وجه فيه، وقال الإمام: الذي أراه المنع؛ لأن الإمام ينظر للمسلمين، وترك بلدة في أيدي طائفة من المسلمين، وربما قدر على احتيال في المحاصرة، والتضييق أقرب إلى الصلاح من اصطلام<sup>(٣)</sup> أمم.

وأما لفظ الكتاب فقوله «فلا نقاتلهم» يجوز أن يعلم بالحاء؛ لأن في «البيان» وغيره أن عند أبي حنيفة يجوز ابتداءهم بالقتال، ولا حاجة إلى تقديم النذير، وقوله «ولا يتبع المدبر آخراً» كذلك؛ لأن عند أبي حنيفة يجوز قتل المنهزم في حال قيام الحرب. وقوله «وفي سائر نساءهم وذرائعهم؛ لكسر قلوبهم تردُّد» إن حُمِلَ على حَسَبِ الواقعين في الأسر بعد انقضاء الحزب، فهو الخلاف الذي قدَّمناه، والظاهر أنهم لا يُحَسَّبون بعد انقضاء الحرب، والسابق إلى الفهم منه التصوير وإثبات الخلاف في أنه،

(١) في ز: بالمجانيق.

(٢) في ز: اصطلام.

(٣) في ز: منها.

هل يجوز أسرهم ابتداء؟ ولا يبعد أن يؤخذ ذلك من الخلاف المذكور في جواز الحبس بعد انقضاء الحرب، والذي يُشعر به إطلاق الأئمة تجويز الأسر ابتداءً، ويجوز أن يُعلم قوله «كالخيل» بالواو؛ لما ذكرنا أن منهم من ألحق المراهقين والعيبد بالنساء على الإطلاق [والله أعلم].

قال الغزالي: وَلَا نَسْتَعِينُ عَلَيْهِمْ بِأَهْلِ الْكُفْرِ وَلَا بِمَنْ يَرَى قَتْلَ مُدْبِرِهِمْ، وَإِنْ أَسْتَعَاثُوا عَلَيْنَا بِأَهْلِ الْحَرْبِ لَمْ يَنْفَعُوا أَمَانَهُمْ عَلَيْنَا بَلْ نَقْتُلُ مُدْبِرَ أَهْلِ الْحَرْبِ، وَفِي نَفْوِ الْأَمَانِ عَلَيْهِمْ وَجِهَانِ لَا يَتِنَانِيهِ عَلَى الْفَسَادِ، وَلَوْ قَالَ أَهْلُ الْحَرْبِ: ظَنَّنَا أَنَّهُمْ مُحَقَّقُونَ فَلْيَلْحَقْ مُدْبِرَهُمْ بِالْمَأْمَنِ لِأَجْلِ ظَنِّهِ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ أَسْتَعَاثُوا بِأَهْلِ الذِّمَّةِ بَطَلَ عَهْدُهُمْ وَكَانُوا كَأَهْلِ الْحَرْبِ، وَإِنْ كَانُوا مُكْرَهِينَ كَانُوا كَأَهْلِ الْبَغْيِ، وَإِنْ كَانُوا جَاهِلِينَ بِالْحَقِّ فَفِي انْتِقَاصِ عَهْدِهِمْ قَوْلَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَنْتَقِضُ وَجِبَ ضَمَانٌ مَا اتَّفَقُوا عَلَيْهِمْ عَلَى الظَّاهِرِ إِذْ سَقُوطُهُ عَنِ الْبَاغِي لِتَرْغِيْبِهِ فِي الطَّاعَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ ثَلَاثُ مَسَائِلَ:

إحداها: لا يجوز للإمام أن يستعين على قتال أهل البغي بأهل الحرب؛ لأنه لا يجوز تسليط الكافر على المسلم، ولذلك نقول: لا يجوز لمستحق القصاص أن يוכל كافراً بالاستيفاء، ولا للإمام أن يتخذ جلاًداً كافراً لإقامة الحدود على المسلمين، ولا يجوز أيضاً أن يستعين على أهل البغي بمن يرى قبلهم مذبرين، إما لعداوة تحملهم عليه، وإما لاعتقادهم جوازه؛ إبقاء عليهم، إلا أن يكون للإمام حاجة إلى الاستعانة بهم لجرأتهم وحسن إقدامهم، وكان متمكناً من منعهم، لو اتبعوا أهل البغي بعد الانهزام، ولا بد من اجتماع الشرطين؛ لتجويز<sup>(١)</sup> الاستعانة؛ هكذا حكاه ابن الصبغ والرويانى، وغيرهما عن وفاق الأصحاب، ولفظ «التهديب» يقتضي جواز الاستعانة إذا وجد أحد المعنيين.

الثانية: إذا استعان البغاة علينا بأهل الحرب، وعقدوا لهم ذمة وأماناً، ليقاتلونا<sup>(٢)</sup> معهم، لم تنعقد أمانهم علينا؛ لأن الأمان لتترك قتال المسلمين، فلا يتعقد على شرط القتال؛ فيجوز لنا أن نغنم<sup>(٣)</sup> أموالهم، وأن نسترقهم، أو نقتلهم إذا وقَعوا في الأسر، وأن نقتلهم مقيلين ومدبرين ونذفف على جريحهم، وحكى الإمام عن القاضي الحسين: أنا لا نتبع مدبرهم، ولا نذفف على جريحهم، والمشهور الأول، وهل يتعقد الأمان في حق أهل البغي؟ فيه وجهان:

(٢) في ز: لو قاتلوا.

(١) في ز: فيجوز.

(٣) في ز: يغنم.



أصْحُهُمَا: نعم؛ لأنهم أمئثوهم وأمئثوا منهم.

والثاني: المنع، كما في حق أهل العدل؛ لأنه أمان على قتال المسلمين، وعلى هذا ففي «التهذيب»: أنه يجوز لأهل البغي أن يكروا<sup>(١)</sup> عليهم بالقتل والاسترقاق، والذي ذكره الإمام: أنه أمان فاسد وليس لأهل البغي اغتيالهم، بل يبلغونهم المأمن، وإن قالوا: ظننا أنه يجوز لنا أن نعين<sup>(٢)</sup> بغض المسلمين على بغض أو قالوا: ظننا أنهم المحقون، وأن لنا معاونتهم، أو ظننا أنهم استعانوا بنا في قتال الكفار، فوجهان:

أحدهما: أنه لا اعتبار بظنهم الفاسد، ولنا قتلهم واسترقاقهم.

وأظهرهما: أنا نبغهم المأمن، ونقاتلهم مقاتلة أهل البغي، فلا نتعرض لهم، إذا أدبروا وما يتلفه أهل الحرب على أهل العدل غير مضمون عليهم، وما يتلفون على أهل البغي يضمنونه، إن نقذنا الأمان عليهم، وإلا فلا.

الثالثة: إذا استعان أهل البغي بأهل الذمة فأعانوهم في قتالنا، نظر؛ إن علموا أنه لا يجوز لهم قتالنا، ولم يكروهوا، انتقض عهدهم، كما لو انفردوا بالقتال، وحكمهم حكم أهل الحرب، فيقتلون مقبلين ومدبرين، ولو أتلفوا بعد القتال شيئاً، لم يضمنوه، وفي كتاب القاضي ابن كنج وغيره طريقة عن رواية القاضي أبي حامد وأبي الحسين بن القطان: أن في انتقاض عهدهم الخلاف المذكور من بعد، وإن قالوا: كنا مكروهين، لم ينتقض عهدهم، وقوتلوا مقاتلة أهل البغي، وعن أبي الطيب بن سلمة أنه على الخلاف المذكور من بعد، وإن قالوا: ظننا أنه يجوز لنا إعانة بغض المسلمين على بغض [أو] أنهم يستعينون بناءً على الكفار أو أنهم المحقون وأن لهم إعانة المحق، فمنهم من قال: في انتقاض العهد قولان، وكذا أورده صاحب «التهذيب»، ومنهم من جزم بالمنع؛ إلحاقاً لهذه الأعداء بالإكراه، وجعل موضع القولين ما إذا لم يذكروا عذراً، وكذا أورد صاحب «المهذب» والروائي أحد القولين؛ أنه ينتقض العهد، كما لو انفردوا بالقتال.

والثاني: المنع؛ لأنهم ما استقلوا بذلك، بل وافقوا طائفة من المسلمين، فلا ترتفع عنهم<sup>(٣)</sup> العصمة، ثم منهم من أطلق القولين، ومنهم من قال: إن شرط عليهم الإمام الكف عن القتال عند عقد الذمة، انتقض عهدهم بلا خلاف، وموضع القولين ما إذا لم يصرح بهذا الشرط، والظاهر من هذه الاختلافات انتقاض العهد، إذا لم يبدوا عذراً، والمنع إذا<sup>(٤)</sup> أبدوا، فإن قلنا: ينتقض<sup>(٥)</sup> عهدهم، فيبلغون المأمن أو يجوز قتلهم

(٢) في ز: يغير.

(٤) في ز: إن.

(١) في ز: يمكروا.

(٣) في ز: بهم.

(٥) في ز: يتقض.

واسترقاقهم؟ فيه خلاف مذكور في موضعه، فإن قلنا: يُبَلِّغُونَ المَأْمَنَ، فقد حَكَى الإمام وجهين؛ في أنا هل نقتلهم مُنْهَرِّسِينَ؟ فمن قال: نعم، جعل ذلك من بَقِيَّةِ العقوبة على القتال، وقال الإمام: ينبغي أن يُقَطَّعَ بأنهم يَضْمَنُونَ ما أتلَّفُوا؛ لأننا إذا قلنا: إنهم يُبَلِّغُونَ المَأْمَنَ، جعلناهم في بقية من الأمان، فكيف يجوز أن تُعْرَمَهم، والذي ذكره صاحب «التهذيب» وغيره: أنه كما ينتقض<sup>(١)</sup> في حق أهل العدل، يتبعض في حق أهل البغي، وفي «البيان» أنه ينبغي أن يكون في انتقاضه في حق أهل البغي الخلاف الذي مرَّ في المسألة الأولى، وإن قلنا: لا ينتقض عهدهم، فهم كأهل البغي، في أنه لا يُتَّبَعُ مُذْبِرُهُمْ، ولا يُدْفَقُ على جريحهم، [ولو]<sup>(٢)</sup> أتلَّفُوا مالا على أهل العدل، لزمهم الضمان بخلاف أهل البغي؛ فإنهم لا يَضْمَنُونَ على قول؛ لأننا إنما أسَقَطْنَا الضمان عنهم استمالة لقلوبهم، ورداً لهم إلى الطاعة؛ كيلا يتنفروا بسبب التبعات، ويستمروا على الخروج عن قبضة الإمام، [وبأهل الذمة في قبضته]<sup>(٣)</sup> وأمانهم باقي لأن الله - تعالى - أمر بالإصلاح بين المؤمنين في «آية [البغي]»<sup>(٤)</sup> ولم يذكر مؤاخذه بدم، ولا مال، فأشعر ذلك بالتخفيف في حقهم؛ هذا في ضمان المال، ولو أتلَّفُوا نفساً قال الإمام: إن قلنا: يجب القصاص على أهل البغي، [فأولئى أن يجب على أهل الذمة، وإن قلنا: لا قصاص على أهل البغي]<sup>(٥)</sup>، فوجهان:

أحدهما: يجب على أهل الذمة، كما يُقَطَّعُ بإيجاب ضمان المال.

والثاني: لا يجب؛ للشبهة المقترنة بأحوالهم.

### «فَرْعٌ»

إذا قاتل أهل الذمة أهل البغي، قال القاضي ابن كج: المذهب: أنه لا ينتقض عهدهم؛ لأنهم حاربوا مَنْ يجب على الإمام محاربتة، وعن رواية أبي الحسين وجه أنه ينتقض؛ لأنهم حاربوا المُسْلِمِينَ، وهذا أوفق لما تقدّم؛ أنه [ليس] للإمام أن يستعين بالكفار على قتال أهل البغي [والله أعلم].

وقوله في الكتاب: «بَلْ نَقْتُلُ مُذْبِرَ أَهْلِ الْحَرْبِ» ليعلم بالواو؛ لما حكيناه عن القاضي، وكذا قوله «بَطَّلَ عَهْدَهُمْ»؛ لأن المقصود من هذه الصورة؛ ما إذا كانوا عالمين بأنه لا يجوز لهم القتال، ولم يكن إكراه، وقد ذكرنا أن من الأصحاب مَنْ ذكر الخلاف في بطلان العهد، وكذا قوله «كانوا كأهل البغي» للرواية عن أبي سلمة.

(١) في ز: انتقض.

(٢) في أ: وإذا.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٥) سقط في ز.

وقوله «إن كانوا جاهلين بالحق» أي قالوا: ظننا أنهم الفئة المحققة، كما ذكرنا في حق أهل الحرب، وليكن التصويرُ فيما إذا ذكروا مع ذلك أنهم ظنوا جواز القتال [مع] المحققين، وإلا، فليس لهم قتال المحققة ولا المخطئة.

وليعلم قوله «قولان» بالواو؛ لأن من الأصحاب مَنْ نفى الخلاف، وقال: حيث قال: «ينتقض» أراد حالة العلم، وحيث قال «لا ينتقض» أراد ما إذا أظهروا عذراً.

وقوله «على الظاهر» يُشعر بإثبات خلاف في ضمان ما أتلفوا، وسكت عنه في «الوسيط»، وكذلك لم يتعرض له أكثرهم، لكنه صحيح من وجهين:

أحدهما: أن قوله «وجب ضمان ما أتلفوا عليهم» يشمل إتلاف النفس، والمال، وضمأن النفس القصاص، وقد ذكرنا عن الإمام روايةً وجهين في القصاص.

والثاني: أن القاضي ابن كج قال: إذا قلنا: لا ينتقض الأمان، فجاءنا ذمّي تائباً، ففي ضمان ما أتلفوا طريقان:

أحدهما: أنه على القولين في أن أهل البغي هل يضمنون؟.

والثاني: القطع بأنهم يضمنون.

وهذه مسائل أخر تدخل في الباب.

إذا استعان أهل البغي بمن لهم أمانٌ إلى مدة انتقض أمانهم، فإن قالوا: كنا مكرهين، وأقاموا بيئةً على الإكراه، فهم على العهد، وإلا، أنتقض أيضاً، لأن أمانهم ينتقض بخوف الخيانة، فبحقيقة القتال أولى بخلاف أهل الذمة.

وإذا اقتتلث فتتان باغيتان، فإن قدر الإمام على قهرهما وهزمهما، لم يُعز إحداهما على الأخرى، إلا إذا رجعت إحداهما إلى الطاعة، فبِعيئتها على الأخرى، وإن لم يقدر على قهرهما<sup>(١)</sup> جميعاً، ضم أقربهما إلى الحق إلى نفسه، واستعان بها على الأخرى، وإن استويا، اجتهد فيهما، ولا يقصد بضم التي يضمها إلى نفسه معاونتها، بل يقصد دفع الأخرى، فإذا اندفع شر الأخرى، لم يقاتل التي ضمها إلى نفسه إلا بعد أن يدعوها إلى الطاعة ويُنذرها؛ لأنها بالاستعانة بها صارت في أمانه، ولو أمن واحدٌ من أهل العدل<sup>(٢)</sup> واحداً من أهل البغي نفذ أمانه، سواء كان حرّاً أو عبداً [رجلاً] أو امرأة.

وحكم دار البغي حكم دار الإسلام، ولو جرى فيها ما يوجب الحد، أقام الإمام الحد، إذا استولى عليها، وقال أبو حنيفة: حكمها حكم دار الحرب، فلا يقيم الإمام الحد، إذا استولى عليها.

(٢) في ز: الحرب.

(١) في ز: دفعهما.

ويتحرزُّ العادلُ عن قتال قريبه من الباغين ما أمكنه، قال في «التتمة»، ويجب على الواحدٍ من أهل العدلِ مصابرةً اثنتينٍ من أهل البغي، كما في قتال الكفار، فلا يُولِّي عنهما إلا مُتحرِّفاً لقتال أو متحيزاً إلى فئة.

وعن نصِّه في «المبسوط» أنه إذا غزا أهل العدلِ وأهل البغي المشركين، فاجتمعوا في بلاد الشرك، فهم في الغنيمة<sup>(١)</sup> سواءً والقاتل منهم يستحقُّ السُّلب، وأما الخُمُسُ، فيتولى تفرقة الإمام، وأنه لو وادَعَ أهل الحرب قوماً من المشركين، لم يقصدهم<sup>(٢)</sup> أحد من المسلمين، ولو غزا أهل البغي قوماً من المشركين، وقد وادعهم الإمام، فسبوا منهم، فإذا ظهر<sup>(٣)</sup> الإمام عليهم، ردَّ السبِّي على المشركين، وأنه لو أمن أهل العدل رجلاً من أهل البغي، فقتله رجلاً جاهلاً بأمانه، وقال: عرفته بالبغي وقدزت أنه جاء لينال مئاً غيرَ حُلْف، وألزم الدية، وإن قتله عامداً، أُقيدَ به، وأنه لو قتل رجلاً من أهل العدل آخر منهم في القتال، وقال: ظننته من الباغين، حُلْف، وضمن الدية، وأنه لو سبى المشركون من أهل البغي، وقدر أهل العدل على استنفادهم، وجب الاستنفاد<sup>(٤)</sup>، والله أعلم.

قال الغزاليُّ: الجنایةُ الثانیةُ: الرِّدَّةُ وَهِيَ عِبَارَةٌ عَنِ قَطْعِ الْإِسْلَامِ مِنْ مُكَلَّفٍ إِمَّا بِفِعْلِ كَالسُّجُودِ لِلصَّمِّ وَعِبَادَةِ الشُّمُسِ وَالْقَاءِ الْمُضْحَفِ فِي الْقَادُورَاتِ وَكُلِّ فِعْلٍ صَرِيحٍ فِي الْأَسْتَهْرَاءِ، وَإِمَّا بِقَوْلٍ عِنَاداً أَوْ اسْتَهْرَاءً أَوْ اِعْتِقَاداً فَكُلُّ ذَلِكَ رِدَّةٌ مِنَ الْمُكَلَّفِ دُونَ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ، وَالسُّكْرَانِ كَالصَّاحِي فِي قَوْلٍ، وَكَالْمَجْنُونِ فِي قَوْلٍ، فَإِنْ صُحِّحَتْ رِدَّتُهُ فإِسْلَامُهُ فِي السُّكْرِ يَرْفَعُهُ إِلَّا إِذَا فَرَّقْنَا بَيْنَ مَا لَهُ وَمَا عَلَيْهِ فِي طَرِيقِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الرِّدَّةُ أَوْحَشَ أَنْوَاعِ الْكُفْرِ، وَأَغْلَظَهَا حِكْمًا، قَالَ اللَّهُ - تَعَالَى -: ﴿وَمَنْ يَرْتَدِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ، وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ﴾ [البقرة: ٢١٧] وقال تعالى: ﴿وَمَنْ يَبْتَغِ غَيْرَ الْإِسْلَامِ دِينًا فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ﴾ [آل عمران: ٨٥] وعن النبي ﷺ أنه قال: «لَا يَجِلُّ دَمٌ أَمْرِيءٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِإِخْدَى ثَلَاثٍ»<sup>(٥)</sup> الحديث، وعن ابن عباس - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَأَقْتُلُوهُ»<sup>(٦)</sup> والكلام في الردة في طرفين:

(١) في أ: العصمة.

(٢) في ز: يفصل هم.

(٣) في ز: فإن أظهر.

(٤) في ز: الاستيفاده.

(٥) تقدم.

(٦) رواه البخاري من حديث ابن عباس، ومن قصة لعلي بن أبي طالب، وفي الباب عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده في الطبراني الكبير، وعن عائشة في الأوسط.

أحدهما: في أن الردة ممن وبم تخصل.

والثاني: في حكمه إذا حصلت، أما الأول، ففيه فصلان:

أحدهما: في حقيقة الردة، وهي قطع الإسلام، ويحصل ذلك بالقول الذي هو كُفْرٌ تارة، وبالفعل أُخْرِئَ، والأفعال التي توجب الكفر هي التي تُصَدَّرُ عن تعمد<sup>(١)</sup> واستهزاء بالدين صريح؛ كالسجود للصنم والشمس وإلقاء المصحف في القاذورات، والسحر الذي فيه عبادة الشمس، ونحوها، قال الإمام: وفي بعض التعليقات عن شنيخي أن الفعل بمجردة لا يكون كُفْرًا، وهذا زلل<sup>(٢)</sup> من المعلق أوردته للتنبيه على العَلَط فيه، وتخصل الردة بالقول الذي هو كُفْرٌ، سواء صدر عن اعتقاد أو عناد أو استهزاء، هذا من القول الجملي.

وأما التفصيل ففي «التتمة»: أن من اعتقد قدم العالم، أو حدوث<sup>(٣)</sup> الصانع، أو نفى ما هو ثابت للقديم بالإجماع؛ لكونه عالماً أو قادراً أو أثبت ما هو منفي عنه بالإجماع، كالألوان، أو أثبت له [الاتصال والانفصال]<sup>(٤)</sup>، كان كافراً، وكذا من جحد جواز بعثة الرسل، أو أنكر نبوة نبي من الأنبياء - عليهم السلام - أو كذبه أو جحد آية من القرآن مُجمَعاً عليها، أو زاد في القرآن كلمة، واعتقد أنها منه أو سب نبياً من الأنبياء - عليهم السلام - أو استخف به أو استحل محرماً بالإجماع؛ كالخمر والزنا واللواط أو حرّم حلالاً بالإجماع، أو نفى وجوب مُجمَع على وجوبه؛ كالصلوات الخمس أو ركعة منها أو اعتقد وجوب ما ليس بواجب بالإجماع؛ كصلاة سادسة، وصوم شوال، أو نسب عائشة - رضي الله عنها - إلى الفاحشة، أو ادعى النبوة في زماننا أو صدق مدعياً للنبوة، أو عظم الصنم بالسجود له أو التقرب إليه؛ بالذبح باسمه، وأنه إذا قال لمسلم: يا كافر بلا تأويل، كفر؛ لأنه سمى الإسلام كُفْرًا وقد روي أنه ﷺ قال: «إِذَا قَالَ الرَّجُلُ لِأَخِيهِ، يَا كَافِرُ، فَقَدْ بَاءَ بِهَا أَحَدُهُمَا»<sup>(٥)</sup> والذي رماه به مُسلم، فيكون هو كافراً، وأن العزم على الكفر في المستقبل كفر في الحال، وكذا التردد في أنه يكفر أو لا يكفر، والتعليق بأمر في المستقبل، كما إذا قال: إن هلك مالي أو مات ولدي، تهودت أو تنصرت وأن الرضا بالكفر كفر، حتى لو سأله كافر يريد الإسلام أن يلقنه الكلمة، فلم يفعل أو أشار عليه بأن لا يسلم أو على مُسلم بأن يرتد، فهو كافر بخلاف ما إذا قال للكافر: لا رزقه الله الإيمان أو المُسلم سلبه

(٢) في ز: ذلك.

(١) في ز: تعهد.

(٤) في أ: الانفصال والاتصال.

(٣) في ز: هدور.

(٥) متفق عليه من حديث ابن عمر، ومن حديث أبي ذر، والبخاري من حديث أبي هريرة، وابن

حبان من حديث أبي سعيد.

الله الإيمان، [لأنه]<sup>(١)</sup> ليس رضا بالكفر، لكنه دعا عليه بتشديد الأمر والعقوبة عليه، ولو أكره مسلماً على الكُفر، كَفَرَ الْمُكْرَهُ، والإكراه على الإسلام والرضا به والعزم عليه في المستقبل ليس بإسلام، وَمَنْ دَخَلَ دار الحرب، فَشَرِبَ معهم الخَمْرَ، وأكل، لحم الخَنْزِيرِ، لم يُحْكَمْ بكفره، وارتكاب المحرّمات ليس بكُفر، ولا يستلب به اسم الإيمان، والفاسق، إذا مات، ولم يتب، لا<sup>(٢)</sup> يستحق الخلود في النار، وفي كُتُب أصحاب أبي حنيفة اعتناء تامّ بتفصيل [الأفعال والأقوال] التي تقتضي الكُفر، وأكثرها ما يقتضي إطلاق الأضحاب المساعدة عليه، ولنورد ما يخضرنّا ممّا في كتبهم منها: إذا سَجَرَ باسم من أسماء الله تعالى أو بأمره أو بوعده أو وعيده، كَفَرَ، وكذا لو قال: لو أمرني اللّهُ بكذا، لم أفعل، أو لو صارت القِبْلَةُ في هذه الجهة، ما صلّيتُ إليها أو لو أعطاني الجنة، لم أدخلها، [أو]<sup>(٣)</sup> قال: (خذا در حق من همه کرده است بدي ازمن است)<sup>(٤)</sup> وليكن في هذا تفصيل، والله تعالى يقول: «وَمَا أَصَابَكَ مِنْ سَيِّئَةٍ، فَمِنْ نَفْسِكَ» قالوا: ولو قال: (من خد اتم)<sup>(٥)</sup> على وجه المُزَاح، يعني (خدایم)<sup>(٦)</sup>، فقد كفر، ولو قال لزوجته: (تراحق همسایه نمی باید)<sup>(٧)</sup>، فقالت: لا، فقال: (تراحق شوی نمی باید)<sup>(٨)</sup> فقالت: لا، فقال: (تراحق خدای نمی باید)<sup>(٩)</sup> فقالت: لا، كَفَرَتْ، وكذا لو قال لغيره: لا تترك الصلاة، فإن الله يؤاخذك فقال: لو آخَذَنِي اللّهُ بها مع ما بي من المرَض والشدة، فقد ظَلَمَنِي، أو قال لغيره: (خدای باز بان تو بر نیامد بانیا ید)<sup>(١٠)</sup> أو قال الآخر إن الله يعذبك بمساوئك، فقال: (خدای راتو نشانده أي ناهمه آن كندكه تو كوبي)<sup>(١١)</sup> أو قال المظلوم، هذا بتقدير الله، فقال الظالم: أنا أفعل بغير تقدير الله، وكذا لو قال لامرأته: (مراسیم نسیت)<sup>(١٢)</sup> فقالت:

- (١) في أ: لكونه.
- (٢) في ز: لم.
- (٣) في أ: ولو.
- (٤) جملة فارسية بمعنى: لقد خلق الله كل الطيبات لي، ولكن السوء (الخطأ) مني أنا.
- (٥) جملة فارسية بمعنى: أنا الله.
- (٦) يعني: إلهي.
- (٧) جملة فارسية بمعنى: ليس لك حق الجوار.
- (٨) جملة فارسية معناها: لا يجب أن يكون لك حق المعاشرة.
- (٩) معناها: ليس لك حق الله (ليس لك عندي المعاشرة في حدود ما أحله الله).
- (١٠) جملة فارسية بمعنى: إن الله ليس كما تنطق به (ليس طوع لسانك).
- (١١) جملة فارسية بمعنى: وكأنك أصبحت دليلاً لما يفعله الله، وتدل على (يسخر من قوله، باعتبار أن أفعال الله طوع قوله وفكره).
- (١٢) جملة فارسية بمعنى: لا توجد أحكام.

امراته: إنك تكذب، فقال الرجل: لو شهد [الأنبياء والملائكة] عندك: (كه مرسمي اسيم نيست)<sup>(١)</sup> لا تُصدّقهم، فقالت: نعم، لا أصدّقهم، كَفَرْتَ أو قال لغيره: إنَّ آدم نسج، فقال ذلك الغير: (بس ما همه جولاه بحكان باشيم)<sup>(٢)</sup> كَفَر، ولو قال: كان رسول الله ﷺ إذا أكل لحس أصابعه الثلاث، فقال السامع: (اين بي أدبي أمست)<sup>(٣)</sup>، فهو كُفْرٌ، وكذا لو قال لغيره: [قلم أظفارك واحلق شعرك]<sup>(٤)</sup>، فهو سنّة رسول الله ﷺ فقال: لا أفعل، وإن كان سنّة، واختلفوا فيما إذا قال: فلان في عيني، كاليهودي والنصراني في عين الله تعالى، أو قال: (دست خدای درازاست)<sup>(٥)</sup> أو قال: بين يدي الله تعالى منهم، مَنْ قال: هو كفر، ومنهم من قال: إن عَنَى به الجارحة، فهو كفر، وإلا، فلا [وكذا إذا]<sup>(٦)</sup> اختلفوا فيما إذا قال: إن الله تعالى في السماء، أو قال: (خدای تعالی فرومی نکرد از آسمان أو از عرش)<sup>(٧)</sup> أو قال: (خدا برتوستم كناد جنانكر توبر من كردی)<sup>(٨)</sup> أو قال: إن الله تعالى جلس للإنصاف أو قام للإنصاف، أو قال بالفارسية: (خدا دادرا تشیسته است یا استاده است)<sup>(٩)</sup> قالوا: هو كُفْر، وكذا لو قال لغيره: إن شاء الله: (كه فلان كاریكنی)<sup>(١٠)</sup> فقال: (بي إن شاء الله تعالی نكم)<sup>(١١)</sup>، وليجزيء فيه الخلاف السابق وليكن الأظهر أنه لا يكفر، ولو قال: (من باتو بحكم خدا كار میكتم)<sup>(١٢)</sup>، فقال خصمه: (من حكم ندائم أو اینجاحكم نرود أو خدای حاکمی رانشاید أو اینجاد توسته حكم جه كنده)<sup>(١٣)</sup> فهو كفر، ولو قال: (اینجاحكم نيست)<sup>(١٤)</sup> قيل: هو كُفْر، وقيل: إن أراد الحكاية عن فسَاد الزمان، لم

(١) يعني: أنه لا توجد أحكام.

(٢) جملة فارسية معناها: فنحن جميعاً نمر بأطوار الطفولة (يعني آدم مثلنا).

(٣) يعني: هذا سلوك فيه سوء أدب.

(٤) في ز: أحلق رأسك أو قلم أظفارك.

(٥) جملة فارسية بمعنى: يد الله مبسوطة (أو طويلة).

(٦) في أ: و.

(٧) جملة فارسية بمعنى: إن الله لم ينزل من السماء أو من على العرش.

(٨) جملة فارسية معناها: فليتقم منك الله بقدر ما ظلمتني.

(٩) جملة فارسية معناها: لقد أوقف الإنصاف أو عطل العدل.

(١٠) جملة فارسية بمعنى: أن تنهي عمل فلان.

(١١) جملة فارسية معناها: لا أفعل دون إن شاء الله.

(١٢) جملة فارسية معناها: أنا أعمل معك وفق أحكام الله.

(١٣) جملة فارسية معناها: لا أعرف حكماً، أو لا يجري حكم هنا، أو إن الله لا يليق به الحكم أو

القرب من هذا فيه دنو وضعف، والحكم في هذا ماذا يفيد؟!.

(١٤) جملة فارسية معناها: هنا ليس فيه حكم.

یکفر، ولیجیء مثل هذا في قوله: (ابنجاحكم نرود)<sup>(۱)</sup> (وابتجاد نوسته)<sup>(۲)</sup> واختلفوا فيما إذا قال: (من برسم کار کنم نه بحکم)<sup>(۳)</sup> وفيما إذا قالت لابنها: لماذا أو لِمَ فَعَلْتِ كذا؟ فقال الابن: والله، ما فعلتُ، فقالت: غضباً: تونه، والله، وفيما إذا قال لغيره: أحسن كما أحسن الله إليك، فقال: (روبا خدای جنکر کن)<sup>(۴)</sup>، لماذا أعطيت فلاناً كذا، وفيما إذا قال لغيره: (اگر خدای جهان کردی سیم خویش از توبستانم)<sup>(۵)</sup> والأظهر أنه يَكْفُر<sup>(۶)</sup>، وفيما إذا قال الطالب ليمين خصمه، وقد أراد الخصم أن يخلف [بالله]<sup>(۷)</sup>، لا أريد الحلف بالله، إنما أريد الحلف بالطلاق والعِتَاق، والأظهر أنه لا يكفر، وفيما إذا قال لغيره: (خدا من داندکه ترا بیوسته بدعا یائمی دارم)<sup>(۸)</sup>، أو قال: (نعم، وشادی توهمجننا نم بغم وشادی خویش)<sup>(۹)</sup>، وفيما إذا قال: (أي شکیلخدای)<sup>(۱۰)</sup>، واللائق بأصولنا في هذه الصورة أنه لا يَكْفُر، واختلفوا فيما إذا نادى رجلاً اسمُهُ عَبْدُ اللَّهِ، وأدخل في آخره حَرْفَ الكاف الذي يدخل للتصغير<sup>(۱۱)</sup> بالعجمية، فقيل يَكْفُر، وقيل إن تعمد التصغير، يكفر، وقيل وإن كان جاهلاً لا يدري ما يقول، أو لم يكن له قُضْدٌ، لا يكفر، وفيما إذا روى لغيره أن رسولَ اللَّهِ ﷺ قال: «بَيْنَ قَبْرِي وَمَنْبَرِي رَوْضَةٌ مِنْ رِيَاضِ الْجَنَّةِ» فقال ذلك الغَيْرُ: (من منبر و حظيرة مي بیثم و جیزی دیگرنمی بثم)<sup>(۱۲)</sup>، وفيما إذا قال: رؤيتي إياك كرؤية ملك الموت، وأكثرهم على أنه لا يَكْفُر، وفيما إذا قال: (فلان، زاد شمن می دارم جون ملك الموت، را)<sup>(۱۳)</sup> أكثرهم على أنه يكفر.

ومنها: وإذا قيل له: لِمَ لا تقرأ القرآن، فقال: (سبرشدم از قرآن)<sup>(۱۴)</sup> قالوا:

- (۱) جملة فارسية بمعنى: هنا لا يسري عليه حكم.
- (۲) يعني: القرب منه هنا واه.
- (۳) جملة فارسية بمعنى: أنا أعمل وفق المألوف، وليس بناءً على حكم.
- (۴) جملة فارسية بمعنى: اذهب فحارب الله.
- (۵) جملة فارسية معناها: لو أصبحت إله الدنيا لأخذت منك مالي.
- (۶) في أ: كفر. (۷) سقط في ز.
- (۸) جملة فارسية معناها: الله يعلم أنني أتذكرك دائماً في دعائي.
- (۹) جملة فارسية معناها: أنا مشارك لأحزانك وأفراحك مثل أحزاني وأفراحي.
- (۱۰) جملة فارسية بمعنى: يا الله الصبور.
- (۱۱) حرف التصغير في اللغة الفارسية هو «ك»، ويضاف في آخر الكلمة، مثل: (بچه) بمعنى: طفل، وتصغيره: (بچك): طفل.
- (۱۲) جملة فارسية معناها: أنا أرى منبراً وحظيرة، ولا أرى شيئاً آخر.
- (۱۳) جملة فارسية معناها: فلان عدو لي مثل ملك الموت.
- (۱۴) جملة فارسية معناها: مللت من القرآن.



یکفر، وكذا لو قيل له: لِمَ لا تصلِّي؟ فقال: (سیر شدم آزنمار كردن)<sup>(١)</sup>، أو قال: (تاكي كنم ابن بيكارزا)<sup>(٢)</sup> أو قال للزكاة: (تاكي دهم اين تا)<sup>(٣)</sup> أو قرأ القرآن على ضرب الدَّف أو القَضيب، أو قال لغيره: ﴿قل هو الله أحد﴾ رابوست بردی<sup>(٤)</sup> أو: ﴿ألم تُشْرَح﴾ اگریبان گرفته أي<sup>(٥)</sup> أو قال لمن يقرأ عند المرض، (یس: دردهان مرده منه)<sup>(٦)</sup> أو قال لغيره: (أي كوتاه تراز ﴿إِنَّا أَعْطَيْنَاكَ﴾)<sup>(٧)</sup> واختلفوا فيما إذا قال: (خانه پاك کرده أي جون، ﴿والسَّماء والطَّارِق﴾)<sup>(٨)</sup> وفيمَن زَعَمَ أن المَعوَّذَتَيْنِ ليستا من القرآن، قيل: يكفر، وقيل: لا، وقيل: إن كان عالماً، لم يكفر، وإن كان عامياً كفر.

ومنها: قالت لزوجها: (توسرخداي هي داني)<sup>(٩)</sup> فقال: نعم، أو قالت: تَعَلَّم الغَيْب، قال: نعم، فهو كُفِّر، ولو قال: (من بوزه دنا بوزه بدانم)<sup>(١٠)</sup> كفر، واختلفوا فيما إذا خَرَجَ إلى السفر، فصاح، العقق، فرجع، هل يكفر.

ومنها: لو قال لو كان فلان نبياً، لم أومن به، كفر، وكذا لو قال: إن كان ما قاله الأنبياء صدقاً، نَجَوْنَا، أو قال: لا أذري أن النبي ﷺ كان إنسياً أو جنياً أو [قال] أنه جنى، أو قال: محمد: (دروی شك بود)<sup>(١١)</sup> أو صغر عضواً من أعضائه على طريق الإهانة واختلفوا فيما لو قال: [كان]<sup>(١٢)</sup> طويل الظُفُر، وفيما إذا سَمَّ رجلاً اسمه محمداً، وكنيته القاسم، فقال: يا بن الزانية، (وهركه خداي ارا يابن نام يايا اين كنيت، بنده است)<sup>(١٣)</sup> فقيل: يكفر إذا كان ذاكرًا للنبي ﷺ.

ومنها: إذا قيل له: صلِّ، فقال: (ديرست كه بيكار نكرده أم)<sup>(١٤)</sup>، أو قال:

- (١) جملة فارسية معناها: مللت من أداء الصلاة.
- (٢) جملة فارسية بمعنى: إلى متى أفعل هذا الذي لا جدوى معه؟!.
- (٣) جملة فارسية معناها: إلى متى أعطي هذا.
- (٤) جملة فارسية معناها: هل أخذت سورة ﴿قل هو الله أحد﴾ مكتوبة على جلد (رقيقة).
- (٥) جملة فارسية معناها: وأصبحت مشتغلاً (معلقاً) بسورة ﴿ألم نشرح﴾.
- (٦) جملة فارسية معناها: لا تضعه في فم المتوفى.
- (٧) جملة فارسية معناها: يا من أنت أعجز مني، ﴿إنا أعطيناك﴾.
- (٨) جملة فارسية بمعنى: لقد طهرت البيت (بمعنى نظفته وسخرته وأخليتته) مثل: ﴿والسَّماء والطَّارِق﴾.
- (٩) جملة فارسية معناها: أتعلم سر الله؟
- (١٠) جملة فارسية معناها: أعلم ما كان وما لم يكن.
- (١١) جملة فارسية بمعنى: كان فيه شك. (١٢) سقط في ز.
- (١٣) جملة فارسية معناها: وكل من سماه الله بهذه الكنية، أو بهذا الاسم.
- (١٤) جملة فارسية معناها: الأمر متأخر، فلست بلا عمل.

(خردمند درکاری ینایرکه بسرنتوا نیدیردن)<sup>(۱)</sup>، أو قال: (مردمان ازبهر ما هي كئند)<sup>(۲)</sup>، أو قال: (نماز کرده وناکرده بکیست)<sup>(۳)</sup> أو قال: (چندان نماز کردم که دلم بگرفت)<sup>(۴)</sup>، أو قال: (خوش کاریست بی نمازی)<sup>(۵)</sup> فهذا كله كفرٌ، وكذا لو قيل له: (نمازکن تاحلاوت نماز کردن یابی)<sup>(۶)</sup>، فقال: (تومکن تاحلاوت بی نمازی یابی)<sup>(۷)</sup> أو قيل لعبيد: صلّ، فقال: لا أصليّ، فإن التَّوَابَ يَكُونُ لِلْمَوْلَىٰ واختلفوا فيما إذا صلّى بغير وضوء متعمداً، أو مع ثوب نجسٍ أو إلى غير قبلة.

ومنها: إذا تشاجرَ رجلان، فقال أحدهما: لا حول ولا قوة إلا بالله، فقال الآخر: (لا حول مجاز نیست)<sup>(۸)</sup> أو قال: (لا حول راجه کنم)<sup>(۹)</sup> إذ بقي، أو قال: لا حول، لا تغني من جوع أو قال: (لا حول بجانہ درنتوانی شکست)<sup>(۱۰)</sup> فهو كُفْرٌ، وكذا لو قال أحدهما: سبحان الله، فقال الآخر: (سبحان الله، رابوست بازدردی)<sup>(۱۱)</sup> أو سمعَ أذانَ المؤذن، فقال: إنه يكذب، أو قال: (این بانك باسبانان است)<sup>(۱۲)</sup> أو قال وهو يتعاطى قدح الخمر، أو يُقدِّم على الزنا: بسم الله، استخفافاً باسم الله.

ومنها: إذا قال لظالم: (يا دشمن تامحشر)<sup>(۱۳)</sup>، فقال الظالم: (من المحشرجة كار)<sup>(۱۴)</sup> فهو كفر، وكذا لو قال لا أخافُ القيامةَ، واختلفوا فيما إذا قال لخصمه: آخذُ منك حقِّي في المحشر، فقال: (مرادرآن انبوهی كجاه یابی)<sup>(۱۵)</sup> وفيما إذا وضع متاعه في موضع، وقال: سلمته إلى الله تعالى، فقال له آخر: سلمته<sup>(۱۶)</sup> إلى من لا يتبّع

- (۱) جمله فارسیه معناها: العاقل لا يدخل في عمل لا يقتنع به العقل (لا يدخل في الرأس).
- (۲) جمله فارسیه معناها: الناس يعملون من أجلنا (ربما يعني: الناس تصلي لنا).
- (۳) جمله فارسیه معناها: أداء الصلاة وعدمه واحد.
- (۴) جمله فارسیه بمعنی: لقد صليت كثيراً إلى حد أن قلبي ضجر منها.
- (۵) جمله فارسیه بمعنی: ما أَحْسَنَ عَدَمَ الصلاة!
- (۶) جمله فارسیه معناها: صلّ حتى تتذوق حلاوة الصلاة.
- (۷) جمله فارسیه معناها: لا تصلّ حتى تذوق طعم وحلاوة عدم الصلاة.
- (۸) جمله فارسیه معناها: لا جواز له «لا حول».
- (۹) جمله فارسیه بمعنی: ماذا أصنع به «لا حول».
- (۱۰) جمله فارسیه معناها: لا يمكن وضع «لا حول» في الحساب. (لا قيمة لها).
- (۱۱) جمله فارسیه بمعنی: إن قول «سبحان الله» تسبب تفتقاً في الجلد.
- (۱۲) جمله فارسیه معناها: هذا صوت الحراس.
- (۱۳) جمله فارسیه بمعنی: يا عدوي حتى يوم القيامة.
- (۱۴) جمله فارسیه معناها: أي عمل في المحشر؟ (ما جدوى المحشر؟).
- (۱۵) جمله فارسیه معناها: أين تجدني وسط هذا الزحام!؟
- (۱۶) في ز: سلمتها.

السارِقَ إِذَا سَرَقَ. ومنها: إِذَا قَالَ لِأَخْر: (بفلان كسى روى ويروى أمر معروف كن)<sup>(١)</sup>، فقال: (مرا زوجه آزار ايست)<sup>(٢)</sup>، أو قال: (من عافيت گزیدم)<sup>(٣)</sup>، أو قال: (مرا با اين فصول چه كار)<sup>(٤)</sup> فهو كَفَرٌ، وكذا لو قيل لرجل: (حلال خور)<sup>(٥)</sup>، فقال: (مرا با اين فصول چه كار) أو قال: (درجهان بك حلال جوار بياد أو راسجده كنم)<sup>(٦)</sup>، أو قال: (مرا حرام شايد)<sup>(٧)</sup> وكذا لو رجع رجلٌ من مجلس العلم؛ فقالت له امرأته: (آز كنشت آمدی)<sup>(٨)</sup> أو قالت امرأة: (لعنت برشوی دانشمند باد)<sup>(٩)</sup>، تكفر، وكذا لو أمر غيره بِحُضُورِ مَجْلِسِ الْعِلْمِ: (مرا با مجلس علم چه كار)<sup>(١٠)</sup> أو قال: (علم دركاسه ثريد نتوان كردن)<sup>(١١)</sup> أو قال: (درم بايد علم بچه كارآيد)<sup>(١٢)</sup> أو قال لعالم: (شو علم رابكاسه شكند)<sup>(١٣)</sup> أو قال لفقير يذكر [شيئاً من]<sup>(١٤)</sup> عِلْمِ الشَّرْعِ أو يروي حديثاً صحيحاً: (اين هيچ نيست)<sup>(١٥)</sup> أو قال: (اين سخن چه بكارآيد)<sup>(١٦)</sup>، فهو كَفَرٌ، وكذا لو قال: (فساد كردن به ازدا نشمندی كردن)<sup>(١٧)</sup> أو كان الواحدُ من القومِ يَجْلِسُ عَلَى مَكَانٍ رَفِيعٍ تَشْبَهُهُ بِالْمَذْكُورِينَ<sup>(١٨)</sup>، فيسألون منه المسائل ويضْحَكُونَ، ثم يضربونه بِالْمِخْرَاقِ، وكذا لو تشبَّه بالمعلمين، فأخذ خشبةً، وجلس القوم حوله كالصبيان، وضحكوا واستهزؤوا، أو قال: قصعةٌ ثريد خَيْرٌ من العلم أو عَرَضَ خِصْمُهُ عَلَيْهِ فِتْنَى الْأُمَّةِ، فَأَلْقَاهُ عَلَى الْأَرْضِ، وقال: (اين چه شرع است)<sup>(١٩)</sup>، وذكروا أيضاً أن المريض

- (١) جملة فارسية معناها: اذهب إلى فلان، وأمره بالمعروف.
- (٢) جملة فارسية معناها: كم يحل بي الضرر والأذى منه؟ (إلى أي حد ينالني منه الأذى والضرر؟).
- (٣) جملة فارسية معناها: اخترت السلامة والعافية.
- (٤) جملة فارسية بمعنى: ما شأنني وهذا المتطفل؟!.
- (٥) جملة فارسية بمعنى: اطعم (أو كُلْ) حلالاً.
- (٦) جملة فارسية معناها: أسجد في الدنيا لحلال واحد في ذكرى جواره.
- (٧) جملة فارسية معناها: يناسبني الحرام.
- (٨) جملة فارسية معناها: جئت من مكان يليق بك (فساداً).
- (٩) جملة فارسية معناها: لئُصَبَّ اللعنات على زوج عالم.
- (١٠) جملة فارسية معناها: ما شأنني ومجلس العلم؟!.
- (١١) جملة فارسية معناها: لا يمكن وضع العلم في إناء الطعام (الخبز)، (يسخر من العلم).
- (١٢) جملة فارسية معناها: يجب توفر الدراهم، وبماذا يجدي العلم؟!.
- (١٣) جملة فارسية معناها: حطم العلم بكأس.
- (١٤) في ز: شامي.
- (١٥) جملة فارسية معناها: هذا ليس بشيء (لا قيمة له).
- (١٦) جملة فارسية معناها: ماذا يجدي هذا الكلام؟!.
- (١٧) جملة فارسية معناها: الفساد أفضل من العلم والتعلم.
- (١٨) في ز: بالمذكورين.
- (١٩) جملة فارسية معناها: ما هذا الشرع؟!.

إذا دام مرضه، واشتد، فقال: إن شئت توفني مسلماً، وإن شئت توفني كافراً، وكذا لو ابتلي<sup>(١)</sup> بمصائب، فقال: أخذت مالي، وأخذت ولدي، وكذا وكذا وماذا تفعل أيضاً أو ماذا بقي لم تفعله، وأنه إذا غَضِبَ على ولده أو عبده، وكان يضربه ضرباً شديداً، فقال له قائل: لست بمُسْلِمٍ، فقال: لا متعمداً، كفر، وأنه لو قال لزوجته: يا كافرة، أو يا يهودية، فقالت: (همجنين)<sup>(٢)</sup> أو قالت: (أگر همجنين نمى باتونيا شمی أو باتو صحبت ندارمی)<sup>(٣)</sup> تكفر، وكذا لو خاطبت الزوج أو خاطب أجنبيّاً بذلك، فأجاب بما ذكرنا، وأنه لو قال: يا يهودي أو يا مجوسي، فقال: لبيك يكفر، وكذا لو قال: لآري همجنين)<sup>(٤)</sup> كفر، وأنه لو تكلم بكلمة زعم قوم أنها كفر. وليست كذلك، فقيل له: كفرن كفر وبانت امرتك، فقال: (كافر شده گيروزن بطلاق گیر)<sup>(٥)</sup> يكفر، وبين امراته، وأنه لو وعظ فاسقاً، ناداه إلى التوبة، فقال: (بس ازمن كلاه مغان یرنهم)<sup>(٦)</sup> يكفر، وأنه لو قالت المرأة لزوجها: (كافر يودن بهترازیا تويودن)<sup>(٧)</sup> تكفر، وأنه إذا أسلم كافراً، وأعطاه الناس مالاً، فقال مسلم: ليته كان كافراً حتى يُسَلِمَ، فيعطى ففي بعض المشايخ أنه يكفر، وأنه لو تمئى رجل أن لا يحرم الله تعالى الخمر، لا يكفر، وكذا لو تمئى أن لا يحرم المناكحة بين الأخ والأخت، ولو تمئى أن لا يحرم الله الظلم والزنا وقتل النفس بغير حق، يكفر، والضابط أن ما كان حلالاً في زمان، فتمئى حله، لا يكفر.

ومنها: إذا شد الزنار على وسطه، كفر، واختلفوا فيما إذا وضع قلنسوة المجوس على رأسه، والصحيح أنه يكفر، وإذا شد على وسطه حبلأ، فسئل عنه، فقال: هذا زنار، فالأكثر على أنه يكفر، وإذا شد على وسطه الزنار، ودخل دار الحرب للتجارة، يكفر، وإن دخل لتخليص الأسارى، لا يكفر، وذكروا أنه لو قال معلم<sup>(٨)</sup> الصبيان: اليهود خير من المسلمين بكثير؛ لأنهم يقضون حقوق معلمي صبيانهم، يكفر، وأنه لو قال: النصرانية خير من المجوسية، يكفر، وأنه لو قال: المجوسية شر من النصرانية، لا يكفر، وأنه إذا عطس السلطان، فقال رجل: يرحمك الله، فقال آخر لهذا القائل: لا تقل للسلطان هذا، يكفر الآخر، وأنه إذا سقى الفاسق ولده، فجاء

(١) في ز: أعلى.

(٢) جملة فارسية معناها: لو كان كذلك ما كنت معك. (أو لو لم أكن معك).

(٣) جملة فارسية معناها: حقاً هو كذلك.

(٤) جملة فارسية معناها: أمسك بكافر، وطلق زوجته.

(٥) جملة فارسية معناها: يلغى شعار رجال الدين الزرادشتي إلا أنا.

(٦) جملة فارسية معناها: الكفر أفضل من البقاء معك.

(٧) في ز: متعلم.

(٨) جملة فارسية معناها: هكذا أنا.

أقرباؤه، ونشروا الدراهم، [والسكر] <sup>(١)</sup> كَفَرُوا وأنه إذا شرع في الفساد، وقال: (شاد مباد آنكس كه شادی ما شاد نیست) <sup>(٢)</sup> يكفر، وكذا لو اشتغل بالشرب، وقال: (مسلماني اينجارا می كنم) <sup>(٣)</sup> أو قال لجماعة من الصلحاء: (بیا بیدای كافران با مسلمانی بینید) <sup>(٤)</sup> وأنه إذا قيل لمن يرتكب الصغائر تُبُّ إلى الله تعالى، فقال: (من چه كردم تانویه كنم) <sup>(٥)</sup> أو قال: (من چه کرده ام کی توبه هي بايد كردن) <sup>(٦)</sup> يكفر وكذا لو قال لغيره: (مرا بحق باری بده) <sup>(٧)</sup> فقال: (بحق هر كسی باری وهو من بناحق باری دهم) <sup>(٨)</sup> وأنه لو ضرب رجلاً، فقال المضروب: (مرازن آخر مسلمانم) <sup>(٩)</sup> فقال: (لعنت برتوباد وبرمسلمانی تو) <sup>(١٠)</sup> يكفُر، وأنه لو قال: (فلان كافر: تراست از من) <sup>(١١)</sup> كان ذلك إقراراً بكفره، وأنه لو قال: (من از مسلمانی بيزارم) <sup>(١٢)</sup>، فقد قيل: هو كافر، وأنه لو قال كافر لمسلم: أَعْرِضْ عَلَيَّ الْإِسْلَامَ، فقال: حتى أرى، أو قال: اضْبِرْ إِلَى الْعَدِ أَوْ طَلَبْ عَرَضَ الْإِسْلَامِ [من مذكر]، فقال: اجلس إلى آخر المجلس، يكفر، وقد حكينا نظيره عن «التتمة» وأنه لو قال لآخر: (خدای عز وجل مسلمانی از توبستا ناد) <sup>(١٣)</sup> يكفُر، ولو قال غيره أمين يكفر المؤمن أيضاً، فقد حكينا عن «التتمة» خلافه وأنه لو قال لعدوه: لو كان هو نبياً، لم أؤمن به، أو قال: لم يكن أبو بكر - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - من الصحابة، كَفَرَ، ولو قال ذلك لغير أبي بكرٍ، لا يكفر، وأنه لو قيل لرجل: ما الإيمان؟ فقال: لا أدري، كان كافراً، وكذا لو قال لزوجته: أنتِ أحبُّ إلي من الله تعالى، وهذه صَوْرَةٌ تَبَّعُوا فِيهَا الْأَلْفَاظَ الْوَاقِعَةَ فِي كَلَامِ النَّاسِ، وَأَجَابُوا فِيهَا عَلَى اتِّفَاقٍ أَوْ اخْتِلَافٍ، وَالْمَذْهَبُ يَقْتَضِي مَسَاعِدَتَهُمْ فِي بَعْضِهَا، وَفِي بَعْضِهَا يُشْتَرَطُ وَقُوعُ اللَّفْظِ فِي مَعْرِضِ الْاسْتِهْزَاءِ، [والله أعلم].

- (١) سقط في ز.
- (٢) جملة فارسية معناها: فليكن بانساً (غير سعيد) ذلك الشخص الذي لا يسر بسرورنا.
- (٣) جملة فارسية معناها: ألوط مسلماً هذا.
- (٤) جملة فارسية معناها: تعالوا أيها الكفار؛ لتروني مع المسلم (ربما ماذا أفعل...).
- (٥) جملة فارسية معناها: ماذا فعلت حتى أتوب؟!.
- (٦) جملة فارسية معناها: ماذا قد صنعت (من ذنوب)، ومتى تجب التوبة؟!.
- (٧) جملة فارسية بمعنى: أعطني بحق الباريء.
- (٨) جملة فارسية معناها: الباريء حق لكل شخص، وهو يعني: أنا أعطي بغير «حق الباريء».
- (٩) جملة فارسية معناها: لا تضربني؛ فأنا في النهاية مسلم.
- (١٠) جملة فارسية معناها: اللعنة عليك وعلى إسلامك.
- (١١) جملة فارسية معناها: فلان أكثر كفرة مني.
- (١٢) جملة فارسية معناها: أنا نافر من الإسلام.
- (١٣) جملة فارسية معناها: فليترع الله عز وجل منك الإسلام.

**والفصل الثاني:** فيمن تصح منه الردة، ويشترط في صحة الردة: التكليف، فلا تصح ردة الصبي والمجنون؛ لأنه لا تكليف عليهما، ولا اعتداد بقولهما، وعقديهما، وعن أبي حنيفة: أنه تصح ردة الصبي المميز، ولكن لا يُقتل حتى يبلغ، ومن ارتد، ثم جُنَّ، لم يُقتل في جنونه؛ لأنه رُبما عاد إلى الإسلام، لو عَقَلَ، وكذا لو أقرَّ على نفسه بالزنا، ثم جُنَّ، لا يقام عليه الحد؛ لأنه قد يَرجع [عن] الإقرار، بخلاف ما لو أقرَّ على نفسه بقصاص أو حدٍّ قَذَف، ثم جُنَّ، يستوفى منه في جنونه؛ لأنه لا يسقط بالرجوع، وبخلاف ما لو قامت عليه بينة بالزنا ثم جُنَّ؛ لأنه لا يسقط الحدُّ بعد ثبوته بالبينّة إلا على قول مَنْ يقول: إنه يسقط بالتوبة، قال صاحب «التهذيب»: وهذا كله على سبيل الاحتياط، فلو قُتِل في حال الجنون، أو أقيم عليه الحدُّ، فمات، لم يجب شيء، وهل تصحُّ ردة السكران؟ فيه طريقتان؛ سبق نظيرهما في سائر تصرفاته.

أظهرهما: أن فيه قولين.

أصحهما: نعم.

**والثاني:** المنع، وبه قال أبو حنيفة.

**والثاني:** القطع بالصحة، فإن قلنا: تصح رده، وجب عليه القتل، إذا ارتد في سُكره، أو أقر بالردة، ولكن لا يُقتل حتى يفيق، فيُعرض عليه الإسلام، وفي صحة استتابته في السُّكر وجهان مقولان في «التهذيب».

أحدهما: أنها تصحُّ، كما تصح رده، لكن المستحبُّ أن تؤخَّر إلى الإفاقة.

**والثاني،** وهو المذكور في «الشامل»: المنع، لأن الشبهة لا تزول في تلك الحالة، ولو عاد إلى الإسلام في السُّكر، صحَّ إسلامه، وارتفع حكم الردة.

نعم، ذكرنا طريقاً في تصرفات السكران، أنه ينفذ ما عليه بلا خلاف، والقولان فيما له، فعلى هذا يجزي قولُ إنه لا يصحُّ إسلامه، وإن صحَّت رده، وحكى ابن كج طريقة قاطعة بأنه لا يصح عودُه إلى الإسلام، والظاهر الأول؛ وقد نقل عن نص الشافعي - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - أنه قال: إن رَجَعَ إلى الإسلام، لم أخل سبيله، حتى يفيق، فإن وصف الإسلام كان مسلماً من حين وصف الإسلام، وإن وصف الكفر، كان كافراً من الآن؛ لأن إسلامه صحَّ، وإنما أحبه استظهاراً، وإذا قلنا يصحُّ عودُه إلى الإسلام، فقتله قاتلٌ تعلق بقتله القصاص والضمان، ونقل الإمام أن بغض الأصحاب ذكر قولاً في إهداره أخذاً من الخلاف، فيما إذا أسلم أحد أبوي الطُفْل بغد علوقه على الكفر، ثم بلغ، وقُتِل قبل أن يُعرب عن نفسه الإسلام، هل يجب الضمان على قاتله؟ والتقريب أن الإسلام الصادر من السكران حُكْمِيٌّ؛ إذ ليس له عقدٌ صحيح، كما أن الإسلام الحاصل

بتبعية أحد الوالدين حكمي، والظاهر الأول، وإن قلنا: لا تصح ردة السكران، فلو قُتِل، تعلّق بقتله القصاص والضمان، وفي وجهه: لا يجب القصاص للشبهة، وتجب الدية، ويحكى هذا عن أبي الحسين بن القطان، ويجوز أن يُعلم؛ لما بيّننا قوله في الكتاب: «إما بفعل» لما نقله الإمام عن شيخه بالواو، ولفظ «الصبي» في قوله «دون الصبي» بالحاء، [وكذلك] قوله «كالصاحي» وقوله «في قول» بالواو للطريقة القاطعة.

### «فزع»

لو ارتد صاحياً، ثم سكر، فأسلم، حكى القاضي ابن كج: القُطْع [بأنه] (١) لا يكون ذلك إسلاماً، والقياس جعله على الخلاف السابق.

قال الغزالي: وَلَوْ شَهِدَ شَاهِدَانِ عَلَى رِدَّتِهِ فَقَالَ: كَذَبَا لَمْ يَسْمَعْ، وَلَوْ قَالَ: كُنْتُ مُكْرَهًا فَإِنْ ظَهَرَ مَخَابِلُ الْإِكْرَاهِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ كَالْأَسِيرِ، وَإِلَّا فَلَا يُقْبَلُ، وَلَوْ نَقَلَ الشَّاهِدُ لَفِظَهُ فَقَالَ: صَدَقَ لِكُنِّي كُنْتُ مُكْرَهًا قَبْلَ إِذْ لَيْسَ فِيهِ تَكْذِيبُ الصَّادِقِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا شَهِدَ بِالرُّدَّةِ فَإِنَّ الْإِكْرَاهَ يَنْفِي الرُّدَّةَ دُونَ اللَّفْظِ، وَلَا يَنْبَغِي أَنْ تُقْبَلَ الشَّهَادَةُ عَلَى الرُّدَّةِ مُطْلَقًا دُونَ التَّفْصِيلِ لِاخْتِلَافِ الْمَذَاهِبِ فِي التَّكْفِيرِ.

قال الرافعي: الفضل مفرّع على أن المؤمن إذا أكره على أن يتكلم بكلمة الكفر، فتكلم بها، لا يحكم برده، حتى لا تبين زوجته ويرهه ورثته إذا مات؛ قال تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أَكَرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْأَيْمَانِ﴾ [النحل: ١٠٦] وقد ذكرنا في أول الجنايات أنه يباح له التلّفُظ بكلمة الكفر بسبب الإكراه، وأن الأصح أنه لا يجب، وأن الأفضل أن يثبت، ولا يتكلم بها.

إذا عُرف ذلك، فهل تقبل الشهادة على الرُدّة مطلقاً، أم لا بُدّ من التفصيل ذكر (٢) الإمام تخريبه، على الخلاف في أن الشهادة على البّيع وسائر العقود، هل تُسمع مطلقاً، أم يجب التفصيل والتعرض للشرائط؟ فعلى قول: لا بد من التفصيل؛ لأن مذاهب العلماء فيما يوجب التكفير مختلفة، والحكم بالردة عظيم الوقع فيختاط له، والظاهر قبول الشهادة المطلقة والقضاء بها، وعلى هذا، فلو شهد شاهدان على رُدّته، فقال: كذّبا، أو ما ارتدّدت، قُبِلت شهادتهما، ولم يُعنه التّكذيب، بل عليه أن يأتي بما يصير به الكافر مسلماً، ولا ينفعه ذلك في بينونة زوجته، وكذا الحكم، لو اشترطنا التفصيل، ففضلاً، وكذبهما المشهود عليه، وليس ذلك كما لو شهد شهوداً على إقراره

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: نقل.

بالزنا، وأنكر، لا يُحَدُّ؛ لأن الإقرار بالزنا يُقبَلُ الرجوع، فيجعل إنكاره رجوعاً، ولا يَسْفُطُ القتل عن المرتد، بقوله رجعت ولا يقبل الإنكار والتكذيب، ولو قال: كنتُ مُكْرَهًا فيما أتيتُ به، نُظِرَ؛ إن كانت قرائن الأحوال تُشْهَدُ [وله] <sup>(١)</sup> بأن كان في أسر الكفار، أو كان محفوفاً بجماعة منهم، وهو مستشعر <sup>(٢)</sup>، صدقَ بيمينه، وإنما حَلَفَ؛ لاحتمال كونه مختاراً، قال صاحب «البيان» وغيره: وكذا الحكم، لو قامت بينة على إقراره بالبيع وغيره، وكان مقيداً أو محبوساً، فقال: كنت مكرهاً، وإن لم تشهد القرائن بصدقه؛ بأن كان في دار الإسلام، لم يُقبَلِ قوله، وأجْرِي عليه أحكام المرتدين، وكذا لو كان في دار الحزب، وهو مَخْلَى آمن، ولو لم يقل الشاهدان: إنه ارتدَّ، ولكن شَهِدَا أنه تَلَفَّظ بكلمة الردة، فقال: صدقاً، ولكنني كنت مكرهاً، فالذي حَكِي عن الشيخ أبي محمد، وتوبع عليه: أنه يُقبَلِ قوله؛ لأنه ليس فيه تكذيب الشاهد بخلاف ما إذا شَهِد بالردَّة، فإن الإكراه ينافي الردَّة، ولا ينافي التلَفُّظ بكلمة الردة، ثم قال الشيخ: الحزم أن يُجدد كلمة الإسلام، ولو قِيلَ قَبْلَ التجديد، فهل يكون قَتْلُهُ مضموناً لأن الردة لم تثبت والأصل استمرار حُكْم الإسلام أو لا يكون مضموناً؛ لأن لفظ الردَّة [قد] <sup>(٣)</sup> ثبت، والأصل في الناس الاختيار؟ فيه قولان، وموضع القولين على ما ذكر الإمام؛ ما إذا لم يدَّع الإكراه، أو لم يخلف عليه، أما إذا ادعاه، وحلَف عليه، فقد ثبت الإكراه بالحجة، فيقطع بأنه مضمون، واعلم أن فيما سقناه دلالة [بينية] على أنه إذا شهد الشهود بالردة على الأسير، ولم يدَّع أنه كان مكرهاً، يُحكَم برده، ويؤيده ما حَكِي عن القفال: أنه لو ارتد الأسير في أيدي <sup>(٤)</sup> الكفار، ثم حلَّ بهم خيل المسلمين، فاطَّلَع عليهم من الحضن، وقال: أنا مسلمٌ، وإنما تشبهتُ بهم فَرَقاً منهم يُقبَلِ قوله، ويُحكَم بإسلامه، وإن لم يدَّع ذلك، حتى مات، فالظاهر أنه ارتدَّ طائعاً؛ وإن مات أسيراً، وعن نصه: أنه لو شهد الشهود على أنه تَلَفَّظ بالكفر، وهو محبوسٌ أو مقيدٌ، لم يُحكَم بكفره، وإن لم يتعرَّض الشهود للإكراه، وفي «التهذيب»: أن من دخل دار الحزب، وكان يسجد للصنم، ويتكلم بكلمة الكفر، ثم قال: كنتُ مكرهاً، فإن فعله في مكانٍ خالٍ، لم يُقبَلِ قوله، كما لو فعله في دار الإسلام، وإن فعله بين أيديهم، فإن كان أسيراً قَبِلَ قوله، وإن دخل

(١) سقط في ز.

(٢) في هامش «ب» ما يلي:

لفظ المفعول من الشعور، وهو العِلْم، أي والجماعة المحفوف له بهم عالمون به أي بما يقوله، ويوضح ذلك بمفعول الزركشي في «التكملة» القول الثاني وهو عدم القولية بقوله بأركان في دار الإسلام أو في دار الحرب، في خلوة لا يُشعر به أحد. انتهى.

(٤) في أ: يد.

(٣) سقط في ز.



تاجراً لم يُقْبَل. وقوله في الكتاب: فقال: «كذّبا، لم يُسْمَع» أي لم يسمع تكذيبه، وحُكِمَ بموجب الشهادة.

وقوله «كالأسير» ليس مقيساً عليه، بل هو مثال ظهور مخايل الإكراه، والمعنى؛ فإن ظهرت مخايل الإكراه، كما في الأسير، فالقول قوله.

وقوله «ولو نقل الشاهد لفظه» إلى آخره هو الكلام المنسوب إلى الشيخ أبي محمد، وقد قال: إن شرطنا التفصيل والتعرض للشرائط، فمن الشرائط كونه مختاراً، وإذا تعرض الشاهد له، فقوله «كنت مكرهاً» تكذيب للشاهد، وإن لم يشترط التفصيل، فإنما لا يشترط إذا قال الشاهد: إنه ارتد، فيكتفي به لتضمينه حصول الشرائط، فأما إذا قال: إنه تكلم<sup>(١)</sup> بكذا، ولم يتعرض إلى الاختيار<sup>(٢)</sup> وسائر الشرائط، فيبعد أن يحكم برده، ونقح بأن الأصل الاختيار. وقوله «ولا ينبغي، أن تُقبَل الشهادة على الردة مطلقاً» مئلاً إلى اشتراط التفصيل، والظاهر خلافه.

قال العزالي: وَلَوْ خَلَفَ رَجُلٌ ابْنَيْنِ فَقَالَ أَحَدُهُمَا: مَاتَ أَبِي كَافِرًا صُرِفَ نَصِيبُهُ إِلَى الْفَرِيِّ عَلَى قَوْلٍ، وَعَلَى قَوْلٍ يُصْرَفُ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُفْضَلْ كَيْفِيَّةَ الْكُفْرِ وَالْمَذَاهِبِ تَخْتَلِفُ فِيهِ فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُسْتَفْسَرُ وَيُحْكَمُ بِمُوجِبِ تَفْسِيرِهِ، وَإِنْ لَمْ يُفَسَّرْ يُوقَفُ، وَالْأَسِيرُ إِذَا أَرْتَدَ مُكْرَهًا فَأَقْلَّتْ وَلَمْ يَجِدْهُ الْإِسْلَامَ حَيْثُ عُرِضَ عَلَيْهِ دَلَّ عَلَى أَنَّهُ كَانَ مُخْتَارًا، فَإِنْ أَرْتَدَ مُخْتَارًا فَصَلَّى صَلَاةَ الْمُسْلِمِينَ قِيلَ: يُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ بِخِلَافِ الْكَافِرِ الْأَصْلِيِّ، وَفِيهِ أَحْتِمَالٌ لِعُمُوضِ الْفَرْقِ.

قال الرافعي: في الفضل مسألان:

إحدهما: مات رجلٌ معروفٌ الإسلام عن ابنتين مسلمتين، فقال أحدهما: مات مسلماً، وقال الآخر: إنه كفر بعد إسلامه، ومات كافراً، فإن بين سببه، فقال: إنه سجد للصنم، أو تكلم بما يوجب الكفر، فلا إزت له، ونصيبه ينصرف إلى بيت<sup>(٣)</sup> المال، وإن أطلق، ولم يفضل، فقولان:

أحدهما؛ عن رواية الشيخ أبي محمد؛ أن نصيبه يُصرف إليه، ولا يعتبر الإقرار المُطلق؛ لأن المذاهب في التكفير مختلفة، وقد يكفر أهل البدع، ويعتقد ما ليس بالكفر كُفراً.

(٢) في ز: للاختيار.

(١) في ز: يحكم.

(٣) في ز: بنت.

وأظهرهما: المنع؛ لأنه أقر بكفره، فلا يُورث منه، وعلى هذا، فقولان:

أحدهما: أنه فيءٌ يُجعل في بيت المال بموجب إقراره.

وأظهرهما: أنه يوقفُ ويُستفصل، فإن فصلَ ودَكَرَ ما هو كُفْرٌ صُرِفَ إلى الفيء، وإن ذكر في التفسير ما ليس بكُفْرٍ صُرِفَ إليه، هكذا نقل<sup>(١)</sup> صاحب الكتاب، ولو قال أحدهما: مات كافراً؛ لأنه كان يشرب الخمر، ويأكل لحم الخنزير، فقد حكي في التهذيب، فيه قولين:

أحدهما: أنه لا يُورث [منه] لإقراره بكفره.

والثاني: يُورث؛ لأنه [فسره]<sup>(٢)</sup> بما يبين خطأ اعتقاده، وهذا أظهر.

الثانية: إذا تلفظ الأسير بكلمة الكفر مكرهاً، لم يُحكم بكفره؛ على ما مر، فإن مات هناك، مات مسلماً، وورثه ورثته المسلمون، وإن رجع إلى دار الإسلام، بإفلات وغيره، عرض عليه الدين وكلمة الإسلام؛ لاحتمال أنه كان مختاراً فيما أتى به، وإن جرت صورة الإكراه.

ثم<sup>(٣)</sup> فيه كلمات:

إحداها<sup>(٤)</sup>: أطلق أكثرهم العرض، وشرط له القاضي ابن كج [أنه<sup>(٥)</sup> لا يؤم] الجماعات، ولا يُقبل على الطاعات بعد العود إلينا، فإن فعل ذلك، استغنيا عن العرض.

الثانية: هذا العرض واجبٌ أو مستحبٌ؟ سكت عنه المعظم، وذهب ابن كج إلى أنه مستحبٌ، واحتج له بأنه لو أكره على الكفر في دار الإسلام، لا يُعرض عليه الكلمة بعد زوال الإكراه؛ باتفاق الأصحاب.

الثالثة: إذا امتنع بعد العرض، فالمنقول أنه يُحكم بكفره ويستدل بامتناعه على أنه كان مختاراً يوم التلفظ وقضية هذا أن يحكم بكفره من يومئذ، قال الإمام: وفي الحكم بكفره احتمال ظاهر؛ لأننا إذا حملنا الأمر في الابتداء على ظاهر الإكراه، وأدمننا الإسلام، فامتناعه عن تجديد الكلمة لا ينبغي أن يغير حكم الإسلام، وإذا مات قبل العرض والتلفظ بكلمة الإسلام، فهو كما لو مات قبل أن يعود إلينا، وعن رواية أبي الحسين بن القطان وجه أنه يموت كافراً، وكان من حقه إذا جاء [أن] يتكلم بكلمة الإسلام.

(١) في ز: فضل.

(٢) في أ: تفسير.

(٣) في ز: و.

(٤) في ز: إحداها.

(٥) في ز: أن يوم.

ولو ارتدَّ الأسير مختاراً ثم رأيناه يصلِّي صلاة المسلمين في دار الحزب، فالمشهور [المنسوب] <sup>(١)</sup> إلى النص أنه يُحكّم بإسلامه بخلاف ما إذا صلَّى في دار الإسلام، لا يُحكّم بإسلامه، وفرق بينهما بأن الصلاة في دار الإسلام تحتل <sup>(٢)</sup> التقيّة، والإرادة [والصلاة] <sup>(٣)</sup> في دار الحزب لا تكون إلا عن اعتقاد صحيح، ونسب الإمام جعل الصلاة إسلاماً إلى العراقيين، واستبغده، وقال: الوجه، في قياس المرازقة القطع بأنه لا يُحكّم بإسلامه كما لو رأينا الكافر الأصلي يصلِّي في دار الحرب، قال: ولو حكم [حاكم] <sup>(٤)</sup> بإسلامه، كان صائراً إلى مذهب أبي حنيفة، ورأيْتُ صاحب «البيان» سوى بين الكافر الأصلي والمرتد، [فقال] إذا صلَّى الكافر الأصلي في دار الحزب، حكم بإسلامه، ولو صلَّى في دار الإسلام، لا يُحكّم، فدفع الإلزام، ويمكن أن نُفرّق بينهما بأن المرتد كان مسلماً، وعلقة الإسلام باقية فيه، وهو محمول على العود إليه، والعود إلى ما كان أهون من افتتاح أمرٍ لم يكن، فجاز أن يُجعل الشيء عوداً إلى الإسلام، ولا يجعل افتتاحاً.

وقوله في الكتاب «وفيه احتمال؛ لغموض الفرق» يعني بين المرتد وبين الكافر [الأصلي]، ويجوز أن يُعلم قوله «بخلاف الكافر الأصلي» بالواو؛ لما حكينا عن البيان، [والله أعلم].

قال العزالي: (فأما حكم الردّة) في نفس المرتدّ وولديه وماله (فأما نفسه) فتهدر إن لم يتب، فإن تاب لم يقتل إلا إذا كان زنديقاً ففي قبول توبته خلاف، والظاهر القبول، ثم في إمهال المرتدّ ثلاثة أيام قولان، فإن قلنا: لا يجب فهو مستحب أو ممنوع وجهان، فإن قلنا: يمنع فقال حلوا شبهتي لم تناظره على أصح الوجهين بل عليه أن يسلم أولاً ثم يستكشف.

قال الرافعي: الطرف الثاني في حكم الردّة، وللردة أحكام كثيرة مذكورة في مواضع متفرقة، والمقصود هاهنا الكلام في نفسه وولديه وماله، أما نفسه، فهي <sup>(٥)</sup> مهذرة؛ فيجب قتله، إن <sup>(٦)</sup> لم يتب سواء انتقل إلى دين أهل الكتاب أو غيره، وسواء كان حرّاً أو عبداً رجلاً أو امرأة.

(١) في أ: للضرب.

(٢) في ز: فيحتمل.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٥) في ز: ففي.

(٦) لقوله ﷺ: لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث كفر بعد إيمان أو زنا بعد إحصان وقتل نفس بغير نفس، أخرجه أبو داود (٤/١٦٩) في الديات/باب: الإمام يأمر بالعمو في الدم حديث (٤٥٠٢) والترمذي (٤/٤٠٠) في الفتن/باب: ما جاء لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث =

وعند أبي (١) حنيفة: لا تقتل المرأة بالردة، ولكن تحبس، وتضرب إلى أن تموت، أو تسلم وقد يستثنى على مذهبه الملكة والساحرة، والتي كفرت بسب رسول الله ﷺ.

= حديث (٢١٥٨) وقال حديث حسن. وابن ماجه (٨٤٧/٢) في كتاب الحدود/ باب: لا يحل دم امرئ مسلم حديث (٢٥٣٣).

(١) اختلف في المرأة على ثلاثة مذاهب مذهبنا أنها تقتل كالرجل، وبه قال من أصحاب رسول الله ﷺ أبو بكر رضي الله عنه ومن التابعين الزهري والبصري ومن الفقهاء مالك والليث والأوزاعي وأحمد وإسحاق. وذهب علي رضي الله عنه إلى أن المرأة إذا ارتدت استرقت. وبه قال قتادة، وذهب الإمام أبو حنيفة رحمه الله إلى أنها إن ارتدت بدار الإسلام حبست حتى ترجع، وإن كانت بدار الشرك، فإن سببت استرقت وإن كانت أمة أجبرها سيدها على الإسلام. وقد استدل من نصر قوله بما يروى عن النبي ﷺ أنه نهى عن قتل النساء والولدان. أخرجه البخاري (١٧٢/٦) في الجهاد حديث (٣٠١٤). وهذا لم يخص مرتدة من غيرها فهو على العموم. قالوا: ولما روي عنه ﷺ أنه نهى عن قتل المرتدة، وهذا نص.

قالوا: ولما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: لا تقتل المرتدة. أخرجه الدارقطني في السنن (٣٣٨/٢) في الحدود من حديث عبد الله بن عيسى الجزري عن عفان عن شعبة عن عاصم عن أبي رزين عن ابن عباس. وقال الدارقطني: وعبد الله هذا كذاب يضع الحديث على عفان وغيره. كذا في نصب الراية (٤٥٦/٣) وقالوا: ولأنها كافرة لا تقا تل فوجب أن لا تقتل قال السهيلي: ولم يصب من قاس المرتدة على نساء الحرب فإن المرتدة لا تسترق ولا تسبى كما تسبى نساء الحرب. قال القاضي أبو علي رحمه الله: هذا مقتضى بما رواه عبد الله ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي ﷺ أنه قال: «من بدل دينه فاقتلوه». أخرجه البخاري (٢٦٧/١٢) حديث (٦٩٢٢).

ولفظ من وضع لجنس من يعقل فيدخل تحته رجال والنساء والعبيد يثبت أن كل من يعقل إذا بدل دينه قتل.

قالوا: هذه اللفظة إنما تناولت الذكور دون الإناث بدليل قوله: فاقتلوه لا يصلح للإناث فلمع أن المراد به الرجال. وقالوا: قد روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن قتل النساء والولدان كما تقدم ورويت أنه من بدل دينه فاقتلوه فتعارضوا. قال: قلنا هذا الخبر لا يعارض خبرنا وذلك أن خبركم لفظ عام خرج على سبب لأن المتقول أن النبي ﷺ مر بامرأة حربية قتلت فقال: ما بال هذه قتلت ليست ممن يقا تل فهى عن قتل النساء والولدان، ولأن اللفظ إذا ورد على سبب خاص كان التعليق باللفظ العام لا بسببه اللهم إلا أن يعارضه لفظ عام خرج ابتداء بالشرع لا على سبب فحينئذ يقتصر باللفظ العام الذي خرج على غير سبب على عمومه، وخبركم لفظ عام، وخبرنا لفظ عام خرج على سبب فالذي خرج على سبب أجريناه على عمومه واقتصرنا بالذي خرج على سببه فيكون النبي ﷺ نهى عن قتل النساء والولدان من أهل الحرب.

والثاني خبركم عام وخبرنا خاص ناقص وهو بعض ما يتناوله خبركم والخبر الخاص يقضي على العام بدليل ما روي أن امرأة يقال لها أم مروان ارتدت فأمر النبي ﷺ بأن تستتاب فإن تابت وإلا قتلت. أخرجه الدارقطني في السنن (٣٣٨/٢) في الحدود.

لنا ما روي [عن] ابن عباس - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا<sup>(١)</sup> - أن النبي ﷺ قال: «مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَأَقْتُلُوهُ»<sup>(٢)</sup> وعن جابر - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أن امرأة يقال لها أم رومان ارتدت فأمر رسول الله ﷺ «بأن يعرضَ عَلَيْهَا الإسلامَ، فَإِنْ تَابَتْ وَإِلَّا قُتِلَتْ»<sup>(٣)</sup>، وأيضاً فإن المرأة تُقتل بالزنا بعد الإحصان، فكذلك في الكفر بعد الإيمان، كالرجل [وأيضاً]<sup>(٤)</sup> فنقيس على ما سلّمه، فإن تاب المرتد، وعاد إلى الإسلام، قُبِلت توبته وإسلامه، سواء كان مسلماً أصلياً فارتد، أو كافراً فأسلم ثم ارتد؛ لقوله تعالى: ﴿قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا أَنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [الأنفال: ٣٨] وقوله ﷺ: «فَإِذَا قَالُواهَا، عَصَمُوا مِنِّي دِمَاءَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ»<sup>(٥)</sup> ونحوهما من العمومات، وهل يُفَرَّقُ بين أن يكون كفره الذي ارتد إليه كفراً ظاهراً أو غيره، ككفر الباطنية، فيه وجوه، وكذا الكافر الأصلي إذا أسلم [وتاب]<sup>(٦)</sup> [ثم مات]، هل يَفْتَرِقُ الحال بين أن يكون ظاهر الكفر وبين أن يكون زنديقاً؟ يظهر الإسلام ويُنْبِطِن الكفر، وذلك بأن تقوم البيئَةُ على كفره باطلاع الشهود على كلمة الكفر [منه] في خَلْوَةٍ.

أظهر الوجوه: أنه لا فَرْق، وتقبل توبة الزنديق وإسلامه، وهذا هو المنصوص في «المختصر» ولم يورد العراقيون غيره، واحتج له بإطلاق الآية والخبر، وبما روي<sup>(٧)</sup> أنه اشتد نكير رسول الله ﷺ على أسامة<sup>(٨)</sup> حين قَتَلَ من تكلم بكلمة الإسلام، وقال: إنَّما قَالَهَا فَرْقاً مِنِّي، فَقَالَ [عَلَيْهِ السَّلَامُ]<sup>(٩)</sup> «هَلَا شَقَقْتَ عَن قَلْبِهِ؟» وبأنه يمتنع<sup>(١٠)</sup> أن يظهر الحق لزنديق كما لا يمتنع<sup>(١١)</sup> أن يتزندق مُسْلِم، فكيف لا يُمَكَّن من الرجوع إلى الحق؟

**والثاني:** وبه قال مالك وأحمد: أنه لا تقبل توبته ورجوعه إلى الإسلام؛ لأن

= وإن كل سبب لو فعله رجل لوجب عليه القتل فوجب إذا فعلته المرأة أن يجب عليها القتل، وقد أنكر الإمام أحمد وشيوخ الحديث هذا الحديث، ولم يثبتوه ويؤكدوه أهل الصوامع والرهبان، إذا أسلموا ثم ارتدوا بعد الإسلام قتلوا، وإن كان النبي ﷺ منع قتلهم في حالة الشرك، فدل على ما قلناه.

(١) في أ: عنه. (٢) تقدم.

(٣) رواه الدارقطني والبيهقي من طريقين، وزاد في أحدهما: فأبت أن تسلم فقتلت، وإسنادهما ضعيفان.

(تنبيه) وقع في الأصل أم رومان، وهو تحريف، والصواب أم مروان، قال البيهقي: وروي من وجه آخر ضعيف عن الزهري عن عروة، عن عائشة أن امرأة ارتدت يوم أحد، فأمر النبي ﷺ أن تستاب، فإن تابت وإلا قتل، واحتج به ابن الجوزي في التحقيق. قاله ابن حجر في التلخيص.

(٤) سقط في ز. (٥) الحديث متفق عليه من حديث ابن عمر.

(٦) سقط في ز. (٧) متفق عليه من حديث أسامة بمعناه.

(٨) في ز: إسلامه. (٩) سقط في ز.

(١٠) في ز: يمنع. (١١) في ز: يمنع.

[التَّيَّة<sup>(١)</sup>] عند الخوف عَيْنُ الزندقة، فلا اعتماد على ما يظهره قال القاضي الروياني في «الحلية» والعمل على هذا، وعن أبي حنيفة روايتان كالوجهين.

والثالث: عن القفال الشاشي، أن المتناهين في الخبث<sup>(٢)</sup> كدعاة الباطنية، لا تقبل توبتهم ورجوعهم إلى الإسلام، ويقبل من عوامهم.

والرابع: عن الأستاذ أبي إسحاق الإسفراييني: [أنه،<sup>(٣)</sup>] إن أخذ ليقتل فتاب، لم تقبل توبته، وإن جاء تائباً ابتداءً، وظهرت مخايل الصدق، قبِلت، وقد ينسب إلى الأستاذ الوجه الثاني، ولا فرق بين من تكررت منه الردة، ومن لم يتكرر [منه الردة] ومتى أسلم يقبل إسلامه، وعن أبي إسحاق المرورودي أنه لا يقبل إسلام من تكررت [الردة<sup>(٤)</sup> منه]؛ لبطان الثقة به، والظاهر الأول، قال الأصحاب: ولا يبعد أن يخطيء الإنسان مرتين، ويصيب مراراً.

نعم، إذا تكررت منه الردة، ثم عاد إلى الإسلام، يُعزَّر لنهاونه بالدين.

ويقتل المرتد، [بضرب الرقبة دون التحريق بالنار وغيره]<sup>(٥)</sup> ويتولاه الإمام أو من ولأه<sup>(٦)</sup> الإمام، فمن فوّت عليهم، عُزِّر، ويستتاب المرتد قبل القتل؛ لما روي أن رسول الله ﷺ «استتاب رجلاً أرتدّ أربع مرّات»<sup>(٧)</sup> وأن أبا بكر - رضي الله عنه - استتاب امرأة من بني فزارة<sup>(٨)</sup> ارتدت، وأن عمراً - رضي الله عنه - أشار على أبي موسى الأشعري - رضي الله عنه - بالاستتابة في قصة، سنذكرها إن شاء الله تعالى، وهل الاستتابة واجبة أو مستحبة؟ فيه قولان، ويقال: وجهان:

أحدهما: أنها مستحبة، وبه قال أبو حنيفة، واحتج له بما روي أنه ﷺ قال: «من بدّل دينه فأقتلوه»<sup>(٩)</sup> أمر بالقتل، ولم يتعرّض للاستتابة، وبأن الكافر الأصلي الذي ظهر عناده لا يجب استتابته فكذلك المرتد، وهذا ما اختاره ابن أبي هريرة.

(١) في ز: البقية.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٥) في ز: يتولاه.

(٦) رواه أبو الشيخ في كتاب الحدود من طريق المعلى بن هلال وهو متروك، عن عبد الله بن محمد ابن عقيل عن جابر، ورواه البيهقي من وجه آخر من حديث عبد الله بن وهب عن الثوري عن رجل عن عبد الله بن عبيد بن عمير مرسلًا، وسمى الرجل نهبان.

(٧) رواه البيهقي من طريق ابن وهب عن الليث عن سعيد بن عبد العزيز: أن امرأة يقال لها أم قرفة، كفرت بعد إسلامها فاستتابها أبو بكر، فلم تنب فقتلها، قال الليث: هذا رأيي، قال ابن وهب وقال لي مالك مثل ذلك، قال البيهقي: ورويناه من وجهين مرسلين، ورواه الدارقطني أيضاً.

(٨) تقدم.

(٩) تقدم.

وأصحهما؛ على ما ذكر القاضيان الطبري والرويانئي وغيرهما، أنها واجبة؛ لأنه كان محترماً بالإسلام، [وربما]<sup>(١)</sup> عرضت له شبهة، فيسعى في إزالتها، وردّه إلى ما كان، وسواء قلنا: الاستتابة واجبة أو مستحبة، ففي مدتها قولان:

أحدهما: أنه يستتاب ثلاثاً؛ لما روي أن رجلاً وفد على عمر - رضي الله عنه - من قبيل أبي موسى الأشعري، فقال له عمر - رضي الله عنه - هل من [مغربة] [خبر] فأخبره أن رجلاً كفرَ بغد إسلامه؛ فقال: ما فعلتم به؟ قال: قربناه، فضررنا عنقه، فقال: هلا حبستموه ثلاثاً، وأطعمتموه كل يوم رغيفاً، وأسقيتموه، لعله يتوب، اللهم [إني]<sup>(٢)</sup> لم أخضر، ولم آمر، ولم أضرّ إذ بلغني.

وأصحهما: وهو اختيار المزنيّ أنه يُستتاب في الحال، فإن تاب، وإلا قُتل، ولم يمهل؛ لما سبق من حديث أم رومان.

ومذهب مالك وأحمد كالقول الأول وعن أبي حنيفة مثله، ويُزوى أنه يُستتاب ثلاث مراتٍ في كل جمعة مرّة، ولا خلاف<sup>(٣)</sup> في أنه لا [يُخلّى]<sup>(٤)</sup> في مدة الإمهال بل يُحبس. وفي أنه لو قتل قبل الاستتابة أو قبل مضي المدة<sup>(٥)</sup> للمهلة، لم يجب بقتله شيء، وإن كان القاتل مُسيئاً بما فعل.

وقوله في الكتاب «والظاهر القبول» يُعْلَم لفظ «القبول» بالحاء والميم والألف؛ لما حكينا. وقوله «ثم في إمهال المرتد ثلاثة أيام قولان» يعني في وجوبه؛ ألا تراه قال: «فإن قلنا: لا يجب» ويجوز أن يُعْلَم لفظ «القولين» بالواو؛ لأنه من الأصحاب من قال: لا خلاف في أنه لا يجب الإمهال ثلاثاً، إنما الخلاف في الاستحباب، وهذا ما اختاره الشيخ أبو محمد في «المنهاج».

وقوله «فإن قلنا: لا يجب، فهو مستحبٌ أو ممنوعٌ، وجهان» هكذا رتب الإمام فيما ذكر أنه جمعه من طرق الأصحاب، والمفهوم من كلام الأئمة ترجيح المنع من الإمهال وتشديد الأمر عليه.

وقوله «فإن قلنا: يمنع، فقال: حُلوا شبهتي». هذه المسألة لا تختص بالمنع من الإمهال، بل مهما<sup>(٦)</sup> حقّ قتله، إما عقيب الاستتابة، وإما بمضي مدة المهلة، فقال: [قد]<sup>(٧)</sup> عرضت لي شبهة، ولذلك تكلمت بكلمة الكفر، فأزيلوا شبهتي، لأعود إلى ما

(٢) سقط في ز.

(٤) في ز: يحكى.

(٦) في ز: منهما.

(١) في أ: وإنما.

(٣) في ز: إخلاف.

(٥) في ز: المهلة.

(٧) سقط في ز.

كنت عليه، فهل تُناظره لإزالة الشبهة وإيضاح الحق؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن الحُجَّةَ مقدَّمةً على السيف.

والثاني: لا؛ لأن، الشبهة لا تنحصر، وقد يورد بعضها إثر بغض، فتطول المدة، فحُقه أن يسلم، ثم يُستكشف ويبحث بمراجعة العلماء، وهذا أصحُّ عند صاحب الكتاب، وحكى القاضي الروياني الأول عن النص، واستبعد الخلاف فيه، وعن أبي إسحاق؛ أنه لو قال: أنا جائع فأطعموني، ثم ناظروني، وكان الإمام مشغولاً بما هو أهمُّ منه تأتينا به، والله أعلم.

ونختم الفضل بخاتمة فيما يَخُصُّل به توبة المرتد لاشتماله على ذكر توبته، وفي معناها إسلام الكافر الأصلي، وقد وصف الشافعي - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - توبته، فقال: أن يشهد أن لا إله إلا الله، وأن محمداً رسول الله، ويبرأ من كل دين [خالف] الإسلام، وذكر في موضع آخر؛ أنه إذا أتى بالشهادتين [حُكِمَ] <sup>(١)</sup> بإسلامه، وليس ذلك باختلاف قول عند جمهور الأصحاب، كما [بيننا] <sup>(٢)</sup> في [كتاب] «الكفارات»، ولكن يختلف الحال باختلاف أحوال الكفار وعقائدهم، قال في «التهذيب»: إن كان الكافر وثنيّاً أو ثنويّاً لا يُقرُّ بالوحدانية، فإذا قال: لا إله إلا الله، حكم بإسلامه ثم يجبر على قبول سائر الأحكام، وإن كان مُقرّاً بالوحدانية غير أنه ينكر رسالة رسول الله ﷺ فلا يُحكَمُ بإسلامه بمجرد كلمة التوحيد، حتى يقول: محمداً رسول الله، فإن كان من الذين يقولون: إن محمداً مبعوث إلى العرب خاصّة، أو يقول: إن النبي محمداً يبعث من بعد، لم يحكم بإسلامه، حتى يقول: محمداً رسول الله إلى كافة الخلق، أو يبرأ من كل دين خالف الإسلام، وإن كان كُفِّره بجحود فرض، أو استباحة محرّم، لم يصح إسلامه، حتى يأتي بالشهادتين ويرجع عمّا اعتقده، ويُستحب أن يمتحن كلُّ كافر أسلم بالإيمان وبالبعث، ولو قال الكافر: أنا وليُّ محمدٍ أو أحب محمداً لم يصح إسلامه، لأنه قد يحبه؛ لخصاله الحميدة، وكذا لو قال: أنا مثلكم أو مؤمن أو مُسلم أو آمنت أو أسلمت؛ لأنه قد يريد به في البشرية، ومؤمن بموسى، ومنقاد لكم، ولو قال: أنا من أمة محمداً أو دينكم حق، حكم بإسلامه، ولو أقر بركن من أركان الإسلام على خلاف عقيدته، كفرضية [الصلوات] الخمس أو إحداها أو أقر بتحريم الخمر والخنزير، حُكِمَ بإسلامه وما يصير به المسلم كافر إذا جحد، يصير به الكافر مسلماً، إذا أقر به، ويُجبر على قبول سائر الأحكام، فإن امتنع، قتل كالمترد، وإذا أقر اليهودي برسالة عيسى - عليه السلام - ففي قول: يُجبر على الإسلام؛ لأن المسلم، لو جحد نبوته لكفر، نقل هذا

(١) في ز: حكماها.

(٢) في أ: سيأتي في.



كله صاحب التهذيب، [وهو] طريقة ذكرنا في الكتاب<sup>(١)</sup> أن الإمام نسبها إلى المحققين، والمشهور غيرها.

وفي «المنهاج» للإمام الحلبي أنه لا خلاف أن الإيمان ينعقد بغير القول المغزوف، وهو كلمة «لا إله إلا الله» حتى لو قال: «لا إله سوى الله، أو غير الله أو ما عدا الله، فهو كقوله «لا إله إلا الله» [كذا]<sup>(٢)</sup> ولو قال «ما من إله إلا الله، أو لا إله إلا الرحمن أو لا رحمان إلا الله، أو لا إله إلا الباري، أو لا باري إلا الله» وإن قول القائل أحمد أو أبو القاسم<sup>(٣)</sup> رسول الله، كقوله محمد رسول الله، وأنه لو قال الكافر: آمنت بالله، يُنظر؛ إن لم يكن على دين من قبل، صار مؤمناً بالله، وإن كان يشرك بالله غيره، لم يكن مؤمناً حتى يقول: آمنت بالله وخذته وكفرت بما كنت أشرك به، وأن قوله «أسلمت لله»<sup>(٤)</sup>، أو أسلمت وجهي لله كقوله «آمنت بالله» وأنه لو قيل للكافر: أسلم لله أو آمن بالله، فقال أسلمت أو آمنت، فيحتمل أن يجعل مؤمناً، وأنه لو قال: أو من بالله أو أسلم لله، فهو إيمان كما أن قول القائل «أقسم بالله» يمين، ولا يحمل على الوعد، إلا أن يريد، وأنه لو قال: «الله ربي، أو الله خالقي»، فإن لم يكن له دين من قبل، فهو إيمان، وإن كان من الذين يقولون بقدم أشياء مع<sup>(٥)</sup> الله تعالى، لم يكن مؤمناً حتى يقر بأنه لا قديم إلا الله، وكذا الحكم، لو قال: «لا خالق إلا الله»؛ لأن القائلين به يقولون: الله تعالى خلق ما خلق، لكن من أصل قديم، وأنه لو قال اليهودي المشبه: لا إله إلا الله، لم يكن هذا إيماناً منه حتى يتبرأ من التشبيه، ويُقر بأنه ليس كمثله شيء، وإن قال مع ذلك: محمد رسول الله، فإن كان يعلم أن محمداً ﷺ جاء بإبطال التشبيه، كان مؤمناً، وإلا فلا بد وأن يتبرأ من التشبيه، وطرد هذا التفصيل، فيما إذا قال الذي يذهب إلى قدم أشياء مع الله تعالى: لا إله إلا الله، محمد رسول الله، حتى إذا كان يعلم أن محمداً جاء بإبطال ذلك، كان مؤمناً، وأن الثنوي، إذا قال: لا إله إلا الله<sup>(٦)</sup>، فإن كان يزعم أن الوثن شريك لله تعالى، صار مؤمناً، وإن كان يرى أن الله هو الخالق، ويعظم الوثن؛ لزعمه أنه يُقر به إلى الله تعالى، لم يكن مؤمناً، حتى يتبرأ من عبادة الوثن، وأنه لو قال البرهمي، وهو يوحد الله تعالى، وإنما يكفر بجحد الرسل: محمد رسول الله، صار مؤمناً، وإن أقر برسالة نبي قبله؛ كإبراهيم - عليه السلام - لم يكن مؤمناً [لأن

(١) ثبت في هامش «ب» ما يلي:

ينظر في: «كتاب الكفارات»، فإنه حكى عن الإمام هذه الطريقة، ونسبها إلى المحققين، ثم قال الرافعي، وهي خلاف ظاهر المذهب من أن الكافر لا يصير مسلماً إلا بالشهادتين.

(٢) في ز: القسم.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٥) في ز: بالله.

الإقرار<sup>(١)</sup> بنبوة محمد ﷺ إقراراً بنبوة مَنْ قبله؛ لأنه شهد لهم وصدقهم، ويجيء على القول الذي حكاه صاحب «التهديب» فيما إذا أقر اليهودي بنبوة عيسى - عليه السلام - أنه يُجبر على الإقرار بنبوة سائر الأنبياء - عليهم السلام - ويتوجه أن يقال كما أن محمداً ﷺ شهد للأنبياء قبله وصدقهم، فإنهم شهدوا له، وبشروا به؛ وأن المعطل، إذا قال: محمد رسول الله، فقد قيل: يكون مؤمناً؛ لأنه أثبت الرسول والمُرسل معاً، وأنه إذا قال الكافر: لا إله إلا [الله] الذي آمن<sup>(٢)</sup> به المسلمون، كان مؤمناً، ولو قال: آمنت بالذي لا إله غيره [أو بمن لا إله غيره] لم يكن مؤمناً، لأنه قد يريد الوثن وأنه، لو قال: آمنت بالله وبمحمد، كان مؤمناً بالله؛ لإثباته الإله، ولم يكن مؤمناً بنبوة محمد ﷺ حتى يقول: بمحمد النبي أو بمحمد رسول الله ﷺ وأن قوله: «آمنت بمحمد النبي» إيمان برسول الله ﷺ.

وقوله: «آمنت بمحمد الرسول» ليس كذلك؛ لأن النبي لا يكون إلا الله، والرسول قد يكون لغيره وأن الفلسفي إذا قال: أشهد أن الباري تعالى علّة الموجودات، مبدؤها أو سببها، لم يكن ذلك إيماناً، حتى يقر بأنه مخترع ما سواه ومُخَدِّثه بعد أن لم يكن، وأن الكافر إذا قال: لا إله إلا [الله] المخيي المميت، فإن لم يكن من الطبائعين كان مؤمناً، وإن كان منهم، فلا، لأنهم ينسبون الحياة والموت إلى الطبيعة، فينبغي أن يقول: لا إله إلا الله، أو إلا الباري أو يذكُر اسماً آخر لا تبقى معه الشبهة، وأنه لو قال: لا إله إلا الله المالك أو إلا [الرازق]، لم يكن مؤمناً، لأنه قد يريد به المَلِك الذي يقيم عطايا الجند، ويرتب أرزاقهم كما كان يذكُر قومُ فرعونَ له، وكانَ مَلِكُهُم، ولو قال: لا مالك إلا الله أو لا رازق إلا الله، كان مؤمناً وبمثله أجاب، فيما إذا قال: لا إله إلا الله العزيز [أو] العظيم أو الحكيم أو الكريم، وبالعكوس، وأنه لو قال: لا إله إلا الله المَلِك الذي في السماء، أو إلا مَلِك السماء، كان مؤمناً، قال الله تعالى: ﴿أَأَمَّنْتُمْ مَنْ فِي السَّمَاءِ﴾ [الملك: ١٦] وأراد نفسه تعالى وتقدس، ولو قال: لا إله إلا ساكن السماء، لم يكن مؤمناً، وكذا لو قال: إلا الله ساكن السماء؛ لأن السكون غيرُ جائز على الله سبحانه وتعالى، وأنه لو قال: آمنت بالله، إن شاء، أو إن كانَ شاء بنا، لم يكن مؤمناً، وأنه لو قال اليهودي: أنا بريء من اليهودية، أو النصراني أنا بريء من النصرانية، لم يكن مؤمناً؛ لأنه ليس ضدَّ الإسلام ما تَبَرَأ منه، فحسب، حتى يَدْخُل بالتبرؤ منه في الإسلام، وكذا لو قال: مِنْ كل ملة تخالف الإسلام؛ لأنه لا ينفي التعطيل الذي يخالف الإسلام، وليس بملة، فإن قال: كُلُّ ما يخالف الإسلام من دينٍ ورأيٍ وهوى، كان مسلماً، وأنه، إذا قال: الإسلام حق، لم يكن مسلماً، لأنه، قد يقر بالحق ولا ينقاد

(٢) في ز: أمر به.

(١) في أ: إلا بالإقرار.

له، وهذا يخالف ما حكينا عن «التهديب» فيما إذا قال: دينكم حق، وأنه إذا قال لملي: أسلم، فقال: أسلمت، أو أنا مسلم، لم يكن مقرراً بالإسلام؛ لأنه قد سمى دينه الذي هو عليه إسلاماً، ولو قال في الجواب: أنا مسلم مثلكم، كان مقرراً بالإسلام، ولو قيل لمعطل: أسلم، فقال: أنا مسلم أو من المسلمين، كان مقرراً بالإسلام؛ لأنه لا دين له حتى يسميه إسلاماً، وقد يتوقف في هذا.

قال الغزالي: (فأما ولد المرتد) فإن علق قبل الردة فمسلم، ويغد الردة ثلاثة أقوال: (أحدها) أنه مسلم لبقاء علقته الإسلام (والثاني) أنه كافر أصلي (والثالث): أنه مرتد، وأما ولد المعاهد إذا تركه عندنا فنقره بجزية، أو يلحق بالمؤمن مهما بلغ.

قال الرافعي: فيه مسألان:

إحدهما: ولد المرتد المنفصل أو المنعقد قبل الردة محكوم له بالإسلام، حتى لو ارتدت المرأة الحامل، لم يحكم بردة الولد؛ لأنه قد حكم بإسلامه تبعاً، والإسلام يعلو، فلا يحكم بكفره تبعاً، فإذا بلغ، وأغرب بالكفر، كان مرتداً بنفسه، وإن حدث الولد بعد الردة، فإن كان أحد الأبوين مسلماً، والآخر مرتداً، فالولد مسلم بلا خلاف، وإن كانا مرتدين، ففيه قولان، وفيما فيه القولان طريقان:

أحدهما: أن أحد القولين، أنه يحكم له بالإسلام أيضاً؛ لبقاء علقته الإسلام في الأبوين، لأن المرتد يجبر على الإسلام، ولا تؤخذ منه الجزية، ولا تعتد معه الهدنة، ويؤمر بقضاء الصلوات التي مر عليه أوقاتها في الكفر، ويغرم ما يتلفه، وكل ذلك من علائق الإسلام، وإذا بقيت فيهما علقته الإسلام، غلب في الولد حكمه.

والثاني: أنه كافر أصلي، أما كونه كافراً، فلتولده من كافرين، وأما كونه أصلياً؛ فلأنه يباشر الردة، حتى يجعل مرتداً، ويغلب عليه، وقطع أصحاب هذا الطريق بأنه ليس بمرتد.

والثاني: أن أحد القولين أنه كافر أصلي؛ لما ذكرنا.

والثاني: أنه مرتد تبعاً للأبوين، كما أن [ولد] (١) المسلم مسلم، وولد الكافرين الأصليين كافر، أصلي، وقطع أصحاب هذا الطريق بأنه لا يحكم [له] بالإسلام، ويخرج من الطريقين ثلاثة أقوال على ما ذكرها صاحب الكتاب.

(١) سقط في ز.

والأصحُّ على ما أورد في «التهذيب»: أنه محكوم له<sup>(١)</sup> بالإسلام، وبه قال صاحب «التلخيص» وإذا قلنا به، فلا يُسْتَرَقُّ بحال، ولو مات في الصَّغَر، جرى التوارث بينه وبين أقرابه المسلمين، ويجوز إعتاقه عن الكفارة، إن كان رقيقاً، وإذا بلغ وأعرّب بالكفر كان مرتدّاً، وإن قلنا: إنه كافر أصليّ فيجوز استرقاقه، قال الإمام: ويجوز عقد الجزية معه، إذا بلغ، وهو كالكفار الأصليين في كل معنًى، والذي أورده صاحب «التهذيب» وغيره، وحكاها القاضي الروياني عن «المجموع» أنه لا يجوز عقد الجزية معه؛ لأنه ليس له حرمة الكتاب، وإن قلنا: إنه مرتدٌ، فلا يسترقُّ بحال، ولا يُقتل حتى يبلغ، فيستتاب، فإن أصرَّ، فحينئذ يقتل، وعن أبي حنيفة: أنه إن لحق بدار الحرب، جاز أن يسترق، وإلا، فلا، وروى صاحب «الشامل» عنه: أنه إن وُلِدَ في دار الحرب، جاز استرقاقه، وإلا، لم يجوز، وأولاد أولاد المرتدين<sup>(٢)</sup> حكمهم حكم أولاد المرتدين، وعن أبي حنيفة، أن البطن الأول مرتدّون، والباقون كفار أصليّون.

والمرتد نفسه لا يُسْتَرَقُّ بحال يستوي فيه الرجل والمرأة.

وعند أبي حنيفة، المرتدة إذا لَحِقَتْ بدار الحرب، جاز استرقاقها واحتج بأن [أم]<sup>(٣)</sup> محمد ابن الحنفية - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - كانت مرتدة، فاسترقها علي - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - واستولدها، وقاس الأصحابُ المرأةَ على الرجل، وَرَوَوْا أن الحنفية كانت أمةً لبعضهم، فلما قُتِلَ على الرّدة، كانت من الفيء.

(١) قال النووي في زوائده: كذا صححه البيهقي، فتابعه الرافعي، والصحيح أنه كافر، وبه قطع جميع العراقيين، نقل القاضي أبو الطيب في كتابه «المجرد» أنه لا خلاف فيه في المذهب، وإنما الخلاف في أنه كافر أصلي أم مرتد، والأظهر: مرتد. والله أعلم.

قال الشيخ البلقيني: محل الخلاف في هذه التي ذكرها من زيادته عن البيهقي ما إذا لم يكن هناك أصل مسلم غير الأبوين المذكورين فإن كان هناك أصل مسلم كجد أو جدة فإنه يكون مسلماً بناء على ما صحح في كتاب اللقيط ولا يأتي هنا تصحيح أنه مرتد ولا كافر أصلي، أما كونه لا يكون كافراً أصلياً تفريعاً على الأصح فواضح لأنه لو كان بين كافرين أصليين. وهناك أصل مسلم غير الأبوين فإنه يتبعه على الأصح وكذلك فيما إذا كانا مرتدين بل أولى.

وأما كونه لا يأتي هنا إلا أن يكون مرتدّاً لأنه تابع في الإسلام لأصل مسلم غير أبويه فامتنع أن يكون مرتدّاً. انتهى.

وقول الشيخ النووي قطع به جميع العراقيين. قال الأذرعى: في الترجيح والنسبة وقفه فإن صاحب المعتمد في إتقان المذهب المجرد عن الشافعي من رؤوس العراقيين نقل في باب الغرة أن في هذا الجنين غرة، وعن القديم أنه لا شيء فيه، وهذا يشير إلى أن المذهب في الجديد أنه مسلم، وبه جزم الصيمري في شرح الكفاية إلى آخر ما ذكره.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: المهديين.

والثانية: الذمي أو المستأمن، إذا نقض العهد، ولحق<sup>(١)</sup> بدار الحرب، وترك ولده عندنا، فلا يجوز استرقاقه: لأن الآباء إذا عاهدوا، ثبت العهد في حق الأولاد، ثم لا ينتقض عهدهم بعد الآباء، فإذا بلغ الولد، فإن قبل الجزية، فذاك، وإلا، لم يُجبر عليه ويلحق بالمأمن، هذا ظاهر المذهب، وحكى القاضي ابن كج وجهاً: أنه يُسترق ولده بلُحوقه بدار الحرب، ووجهاً آخر، أنه إذا هلك هناك أو استرق، يُسترق ولده.

وعند أبي حنيفة: يُجبر على قبول الجزية، إذا بلغ.

وقوله في الكتاب «ثلاثة أقوال» يجوز أن يُعلم بالواو؛ لأن منهم من نفى القول الأول، ومنهم من نفى الثالث، والفريقان متفقان على أنه ليس في المسألة الأقوال الثلاثة، ويجوز أن يُعلم القول الأول والثاني بالحاء؛ لما حكينا عن أبي حنيفة في البطن الأول.

قال الغزالي: (وأما ملك المرتد) فيزول على قول، وينقى على قول، وهو مؤقوف على قول، فإن قلنا: يزول فيفضى ديونته وينفق عليه في مدة الردة، وما يلزمه بالإتلاف في حال الردة هل يفضى منه؟ فيه وجهان، وكذا نفقة القريب في دوام الردة وما يكتسبه في حال الردة بالأخطاب أو الشراء أو الاتهاب فجهة الفناء في حقه كالسيد في حق العبد في وقوع الملك له، وإن قلنا: لا يزول ملكه فلا بد من الحجر، وهل يحصل بمجرد الردة، أو بضرَب القاضي؟ وجهان، ثم حكمه حكم الفأس أو التبندير وجهان، وإن فرغنا على الوقف فكل تصرف لا يقبل الوقف فهو باطل.

قال الرافعي: هل يزول ملك المرتد عن أمواله بالردة؟ فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: نعم؛ لأن عصمة الدم والمال بالإسلام، وإذا ارتد، زالت عصمة الدم، فكذلك عصمة المال، وأيضاً [فإنه] أحد الملكين، فتؤثر الردة في قطعه كالنكاح.

والثاني، وهو اختيار المزني: أنه لا يزول؛ لأن الردة سبب يبيح الدم، فلا يزول<sup>(٢)</sup> الملك كزنا المخصن.

وأصحها، على ما ذكر صاحب التهذيب: أنا نتوقف، فإن هلك على الردة، بأن زوال ملكه بالردة، وإن عاد إلى الإسلام، بأن أنه لم يزَل، ووجه بأن بطلان أعماله، يتوقف على هلاكه على الردة، فكذلك زوال ملكه، وبأنه نوع ملك، فيصير موقوفاً بالردة، كالنكاح بعد الدخول، ومدة العمر هاهنا كمدة العدة في النكاح بعد الدخول، هذا هو الطريق المشهور، ووراءه طريقان:

(٢) في ز: يريد.

(١) في ز: التحق.

أحدهما: اقتصر طائفة من الأصحاب على القولين الآخرین، ولم يشبثوا قولَ زوال المَلِكِ.

والثاني: حكى الروياني؛ أن منهم من قطع باستمرار المَلِكِ، ورد الخلاف إلى أنه هل يصير بالردة محجوراً عن التصرف، على ما سيأتي، والخلاف في بقاء المَلِكِ وزواله يجري في ابتداء المَلِكِ، فإذا اصطاد، أو احتطب، فإن قلنا: يزول<sup>(١)</sup> المَلِكِ، فقد قال الإمام: ظاهر القياس أنه يثبت المَلِكُ لأهل الفية فيما احتطب واصطاد، كما يَحْصُلُ المَلِكُ للسيد فيما يَحْتَطَبُ العَبْدُ، ويصطاد، قال: وليكن شراؤه وأتباعه كسراء العبد واتباعه بغير إذن السيد، حتى يجيء فيه الخلاف، وعلى هذا جرى صاحب الكتاب، والذي أورده أبو سعد المتولي، أنه يبقى على الإباحة، كما إذا اصطاد المَحْرَمِ، لا يمكنه ويبقى الصيد على الإباحة، وإن قلنا: إن أملك المرتد يَبْقَى، فيما احتطب أو اصطاد ملكه كالحربي، وإن قلنا: إنه موقوف، فإن عاد إلى الإسلام، بان أنه ملكه من يوم الأخذ، وإن هلك على الردة، قال المتولي: نحكم بأن المأخوذ باقٍ على الإباحة، وعلى قياس ما ذكره الإمام، يبين أنه لأهل الفية، وعلى الأقوال كلها تقضى من ماله ديونته التي لزمته قبل الردة؛ لأننا، وإن حكمنا بزوال المَلِكِ، فإنه يَغْرَضُ أن يعود، وغاية ما في الباب تنزيل الردة منزلة الموت، والديون اللازمة في الحياة تُقْضَى من تركة الميت، وكذلك هاهنا، وقد تكون نفقة الزوجة من الديون اللازمة قبل الردة، ولا تكون نفقة القريب منها<sup>(٢)</sup>، لسقوطها بمضي الزمان، وعن الإصطخري، عن حكاية صاحب «التقريب» وجه، أنه ديونه لا تقضى على قول زوال المَلِكِ، ويُجْعَلُ كأن أمواله تَلَفَتْ، والمذْهَبُ الأول، وأما في مدة الردة، فينفق عليه من ماله، ويُجْعَلُ حاجته إلى النفقة كحاجة الميت إلى التجهيز بعد زوال الملك بالموت، وأغرب القاضي ابن كج؛ فَحَكَى عن أبي حفص بن الوكيل: أنه لا ينفق عليه على قول زوال الملك، ولكن يُنْفَقُ عليه في مدة الاستتابة من بيت المال، وهل يلزمه غرامة ما يُتْلَفُ في الردة، ونفقة زوجاته الموقوف نكاحهن، ونفقة أقاربه؟ فيه وجهان؛ على قول زوال الملك:

أحدهما: لا، لأنه لا مال له، ويُزَوَى هذا عن أبي الطيب بن سلمة، والإصطخري، واختاره صاحب «التتمة».

وأظهرهما؛ عند الأكثرين: نعم، كما أن من حفر بئر عدوان، ومات، وحصل بسببها تَلَفٌ، يُؤْخَذُ الضمان من تركته، وإن زال ملكه بالموت.

وتمام التفريع على الأقوال: أنا إذا قلنا بزوال المَلِكِ، فإذا عاد إلى الإسلام، يعود

(٢) في ز: ههنا.

(١) في ز: زوال.

المَلِكُ كالعصير يزول المَلِكُ عنه بانقلابه خَمْرًا، ويعود [بعوده] خلًّا، قال في «التتمة» وليس كالنكاح المُنْقَطِع بالردَّة، لا يعود بالعود إلى الإسلام، لأن الحكم بزوال المَلِكِ سبيلُ العقوبات، والعقوبة تسقط بالعود إلى الإسلام، وانقطاع النكاح ليس سبيلُ العقوبات؛ ألا ترى أن انقطاعه بردة المرأة كانقطاعه بردة الرجل، والنكاح حقُّ الزوج، فلا يجوز أن تجعل جنائتها سبباً لعقوبته، وإنما انقطاعه بالردة؛ لقوات الحل بما عرض، لا إلى غايةٍ تُنتظر؛ وعلى هذا القول، لا يصح تصرفه بالبيع والشرك والإعتاق والوصية وغيرها؛ لأنه لا مال له، وفي الشراء ما قدَّمناه عن الإمام، وإن قلنا: يبقى ملك المرتد، فيمنع من التصرف؛ نظراً لأهل الفقه، وهل يصير بنفس الردة محجوراً عليه، أم لا بُدُّ من ضرب القاضي؟ فيه وجهان، ويقال قولان، وهما مشبهان بالخلاف في أنه، إذا طرأ السفه بعد الرشد، يصير [الشخص] <sup>(١)</sup> محجوراً عليه بنفس [السفه] <sup>(٢)</sup> أم لا بُدُّ من ضرب القاضي، وإنما يجيء إذا فُرِعَ على قول الوقف.

ثم حَجَرَ المرتدَّ سواء حصل بنفس الردة أو بضرب القاضي كحجر السفهيه أو كحجر المُفْلِسِ؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه كحجر السفهيه؛ لأن تضييع الدين أشدَّ سفهاً من تضييع المال.

وأصحُّهما: أنه كحجر المُفْلِسِ؛ لأنه لصيانة حقَّ المسلمين الذي يتعلَّق بماله، كما أن حجر المُفْلِسِ لصيانة حقَّ الغرماء في ماله، فإن قلنا: لا بُدُّ من ضرب القاضي، ولم يضربه، فتصرفاته نافذة، وإن قلنا: يحصل الحجر بنفس الردة أو ضرب القاضي، فإن جعلناه كحجر السفهيه، لم تنفَّذ تصرفاته في المال، وإذا أقرَّ بدين، لم يقبل إقراره، وإن جعلناه كالمُفْلِسِ، فتصرفاته تُوقَف أو تُبْطَل؟ فيه قولان، كما ذكرنا في المُفْلِسِ، وإقراره بالدين أو العين، كإقرار المُفْلِسِ، وقد مرَّ، وإن قلنا بالوقف، فكل تصرف يُحتمل الوقف، كالتق والتدبير والوصية، فهو موقوف إن أسلم نفذ، وإن هلك على الردة، فهو باطل، وخلعه موقوف أيضاً على ما تقدَّم في الخلع، وأما [البيع والهبة والكتابة] ونحوها، فهي <sup>(٣)</sup> على قولين وقف العقود، فعلى الجديد، هي باطلة وعلى القديم تُوقف، إن أسلم، حُكِمَ بصحتها، وإلا فلا، ولا يصحُّ نكاح المرتد، وكذا إنكاحه؛ لسقوط ولايته، قال في «التهذيب»: وفي تزويج أمته وجهٌ غير قويٍّ: أنه يجوز، إذا قلنا: إن ملكه لا يزول، ولم يحجر عليه الحاكم، كسائر تصرفاته المالية، وهذا ما أورده صاحب «التتمة» وغيره، وقالوا: إنه كسائر التصرفات التي لا تقبل الوقف.

(٢) في ز: الردة.

(١) سقط في ز.

(٣) في ز: فهو.

وعند أبي حنيفة تصرف المرتد موقوف، إن أسلم، نَقَدَ، وإن التحق بدار الحرب أو قتل، فباطل.

وعلى الأقوال كلها، لا يُعْتَقُ بالردة مُدَبِّرُ المرتد، ولا أُمُّ ولده<sup>(١)</sup>، لأن المدبِّر [معلِّق]<sup>(٢)</sup> عتقه بالَمَوْت لفظاً، ولم يوجد، وعتق المستولدة يتعلَّق باليأس عن الاستفراش، ولم يَحْضَلْ، فَإِنْ هَلَكَ على الرِّدَّة، قال في «التَّمة»: تعتق المستولدة على الأقوال كلها؛ لأنها لا تُقْبَلُ التَّصَرُّفُ وَنَقْلُ الْمَلِكِ، وأما المُدَبِّرُ فسيأتي [ذكره]<sup>(٣)</sup> في «باب التدبير»<sup>(٤)</sup> فإن قلنا، يزول ملكه بالردة أو قلنا إنه موقوف، فلا يعتق ويسقط التدبير<sup>(٥)</sup>، وإن قلنا: لا يزول ملكه إلى الموت، فيعتق المدبِّر، ويكون كما [لو]<sup>(٦)</sup> دَبَّرَ ذَمِّيَّ عبداً ومات.

ولا فرق في جميع ما ذكرنا بين أن يلتحق المرتد بدار الحرب، وبين أن يكون في قبضة الإمام.

وعند أبي حنيفة: التحاقه بدار الحَرْبِ كموته، حتى يُورَثَ ماله على أضله، وفي توريث المرتد حتى يُعْتَقَ مدبِّره وأُمُّ ولده، قال: فإن عاد، رُدَّ ماله إليه، ولا يُزْفَعُ العتق.

وعلى الأقوال يُوقَفُ مالُ المرتدِّ بأن يوضَّع عند عدل، وتجعل أمته عند امرأة ثقة؛ لأننا وإن قلنا ببقاء ملكه فقد تعلَّق به حقُّ المسلمين، فيحتاط ويؤجَّر عقاره ورفيقه، ومدبِّره [ومستولده] ومكاتبه يؤدِّي النجوم إلى الحاكم، وإذا التحق بدار الحرب، ورأى الحاكم الحظَّ في بيع الحيوان، فَعَلَّ، وإذا ارتدَّ، وعليه دينٌ مؤجَّل، فإن قلنا: يزول ملكه، فيحلُّ الأجل كما لو مات، وإن قلنا: لا يزول، لم يحل، وإن قلنا بالوقف، فإن عاد إلى الإسلام، بان أنه لم يحلَّ، وإن<sup>(٧)</sup> استولد [جاريته]، نفذ الاستيلاء، إن أبقينا ملكه، وإن أزلناه، لم ينقُذ، فإن أسلم، فقولان، كما لو استولد المشتري الجارية المشتراة في [زمان]<sup>(٨)</sup> الخيار، وقلنا: الملك للبايع، فتم البيع، وليعلم من لفظ الكتاب قوله «على قول» أولاً وثالثاً بالواو؛ لما ذكرنا أن بعضهم نفى القول الأول، وأن بعضهم قَطَعَ بالقول الثاني.

وقوله «فيقضى ديونه وينفق عليه في مدة الردة» يجوز إعلامهما بالواو أيضاً، وقضاء الديون القديمة والإنفاق عليه لا يختصان بقول زوال الملك، وإن ذكرهما في

(٢) في أ: يتعلَّق.

(٤) في ز: التدبير.

(٦) سقط في ز.

(٨) في أ: زمن.

(١) في ز: الولد.

(٣) في ز: حكمه.

(٥) في ز: الديون.

(٧) في ز: ولو.



التفريع عليه، والمقصود أننا، وإن قلنا بزوال ملكه، فتقضى الديون من ماله، وينفق عليه.

وقوله «فكلُّ تصرف لا يقبلُ الوقفَ، فهو باطل» إنما تستمرُّ هذه العبارة على القول الجديد، وهو أن العقود لا تُوقف.

وهذه صور آخر<sup>(١)</sup> تتعلق بالباب:

إذا ارتد جماعة، وامتنعوا بحصن وغيره، وجب قتالهم، ويُقدَّم قتالهم على قتال غيرهم؛ لأن كفرهم أغلظ، ولأنهم أهدى إلى عورات المسلمين، ويتبع في القتال مذبرهم، ويذفَع على جريحهم، ومن ظفرنا به استتبنا، وهل عليهم ضمان ما أتلفوه في القتال من نفسٍ ومالٍ؟ فيه خلاف، قد سبق، ورؤي أن أبا بكر - رضي الله عنه - قال لقوم من أهل الردة، جاءوه تائبين «تدون قتلاتنا، ولا ندي قتلكم» فقال - رضي الله عنه -: «لا نأخذ لقتلاتنا دية» قال الأئمة: قول عمر - رضي الله عنه - يجوز أن يكون ذهاباً إلى أنهم لا يضمُّون، ويجوز أن يكون الغرض استمالتهم، أي لا نأخذ شيئاً، وإن وجب.

وإذا أتلف المرتد في غير القتال، فعليه الضمان والقصاص، ويقدم القصاص على القتل بالردة، فإن بادر الإمام بقتله عن الردة، أو عفا المستحق أو مات المرتد، أخذت الدية من ماله، وإذا قتل خطأ، ومات أو قتل على الردة، أخذت الدية من ماله عاجلاً؛ لأن الأجل يسقط بالموت.

وفي «التتمة» أنه لو وطئت مرتدةً بشبهة أو مكرهة، فإن قلنا: الردة لا تزيل الملك، فلها مهر المثل، كما لو وطئت زانيةً أو محصنةً بشبهة، ويخالف ما لو وطئت حريّةً بشبهة<sup>(٢)</sup> فلا مهر؛ لأن مالها غير مضمون بالإتلاف، فذلك منفعةً بضعها، ومال المرتدة مضمون، وإن قلنا: إنها تزيل الملك، لم يجب، كما لو وطىء ميتةً على ظن أنها حيّةً بشبهة، وإن قلنا: إن الملك موقوف، فالحكم في المهر موقوف، ولو أكره مرتدّاً على عمل، فالقول في أجرة المثل كما ذكرنا في المهر، ولو استأجره وسمى أجرة، فبني على صحة عقوده، وحكم المسمى، إن صححنا الإجارة أو أجرة المثل، وإن لم نصححها حكم مهر المثل، وإذا زنى في رده وشرب الخمر، فيكتفي بقتله أو يقام عليه الحد، ثم يقتل؟ حكى القاضي ابن كج فيه وجهين:

أصحهما: الثاني.

قال الغزالي: (الجنایة الثالثة: الزنا) وهو جريمة موجبة للعقوبة، والنظر في طرفین

(٢) في ز: بالشبهة.

(١) في ز: أخرى.

(الأول في الموجب والموجب) والضابط أن إيلاج الفرج في الفرج المحرم قطعاً المشتبه طبعاً إذا انتفت عنه الشبهة سبب لزجوب الرجم على المخصن ولزجوب الجلد والتغريب على غير المخصن.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الزنا<sup>(١)</sup> من المحرمات الكبائر؛ قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا الزَّوْجَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً﴾ [الإسراء: ٣٢] وعن عبد الله بن مسعود - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - قَالَ: قُلْتُ يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَيُّ الذَّنْبِ أَعْظَمُ عِنْدَ اللَّهِ؟ قَالَ: «أَنْ تَجْعَلَ لِلَّهِ نِدَاءً، وَهُوَ خَلَقَكَ قُلْتُ: ثُمَّ أَيُّ؟ قَالَ: أَنْ تَقْتُلَ وَلَدَكَ خَشِيَةَ أَنْ يَأْكُلَ مَعَكَ، قُلْتُ: ثُمَّ أَيُّ؟ قَالَ: أَنْ تَزْنِيَ بِحَلِيلَةِ جَارِكَ»<sup>(٢)</sup>، فأنزل الله تعالى تصديقها: ﴿وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا آخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ﴾ [الفرقان: ٦٨] وأجمع أهل الملل على تحريم الزنا، ويتعلق به الحد، وكان الواجب فيه في صدر الإسلام الحبس والإيذاء على ما قال تعالى ﴿وَاللَّاتِي يَأْتِيَنَّ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ﴾ إلى قوله ﴿وَاللَّذَانِ يَأْتِيَانَهَا مِنْكُمْ فَادَّوهُمَا﴾ [النساء: ١٥ - ١٦] ذهب عامة الأصحاب إلى أن الحبس كان في حق الثيب، والإيذاء كان في حق البكر، وحملوا الإيذاء على السب والتعزير بالكلام.

وعن أبي الطيب بن سلمة: أن المراد من الآيتين الأبقار، وأن الحبس كان في حق النساء، والإيذاء بالكلام في حق الرجال، ثم استقر الأمر على أن البكر يجلد ويغرب، والثيب يزجم، وهل نسخ ما كان؟ قيل: لا، بل بان بما استقر عليه الأمر آخر السب والإيذاء المطلقان في الآيتين على ما روي عن عبادة بن الصامت - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أن النبي ﷺ قَالَ: «خُذُوا عَنِّي، خُذُوا عَنِّي، قَدْ جَعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا، الْبِكْرُ بِالْبِكْرِ جَلْدُ مِائَةٍ وَتَغْرِيبُ عَامٍ، وَالثَّيْبُ بِالثَّيْبِ جَلْدُ مِائَةٍ وَالرَّجْمُ»<sup>(٣)</sup> وترك الجلد في حق الثيب لما سيأتي، وقيل: نسخ ما كان ثم على قول ابن سلمة: الحبس والإيذاء منسوخان بقوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢] وأما على قول الجمهور، فمن جوز نسخ الكتاب بالسنة، قال: نسخت عقوبة البكر بآية الجلد، وعقوبة الثيب

(١) بالقصر لغة أهل الحجاز، وبالمد لغة تميم وهو في اللغة مطلق الإيلاج، وفي الشرع: إيلاج حشفة أو قدرها في فرج محرم لعينه مشتبه طبعاً بلا شبهة. الجمل على المنهج (١٢٨/٥)، مغني المحتاج (١٤٣/٤).

وأجمع المسلمون على تحريمه لقوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢].

(٢) أخرجه مسلم من حديثه بهذا.

(٣) تقدم.

بالأخبار الواردة في الرجم، وَمَنْ مَنَعَ ذَلِكَ، قال: عقوبة الشيب نُسِخت بالقرآن أيضاً، إلا أنه لم يبق متلوّاً، رُوِيَ عن عُمَرَ<sup>(١)</sup> - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أنه قال في حُطْبَتِهِ: إن الله تعالى بعث محمداً ﷺ نبياً، وأنزل عليه كتاباً، وكان فيما أنزل الله فيه آية الرجم فتلوناها ووعيناها: «الشَّيْخُ وَالشَّيْخَةُ إِذَا زَنَيَا فَارْجُمُوهُمَا [الْبَيْتَةَ]<sup>(٢)</sup> نَكَالاً مِنْ اللَّهِ [و] اللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ»، وقد رجم رسول الله ﷺ وَرَجَمْنَا بعده، وإني أخشى بالناس أن يطول<sup>(٣)</sup> زمان، فيقول: لا رجم في كتاب الله، الرجم حقٌّ على كلِّ مَنْ رَزَى مِنْ رَجُلٍ وَأَمْرَأَةٍ، إذا أَحْصَيْنَا، ولولا أنني أخشى أن يقول الناسُ زاد عمرُ في كتاب الله تعالى، لأبيته على حاشية المصحف، وكان ذلك بمشهد من الصحابة - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فلم يُنْكَرْ عليه أحد، وقد حَكَى القاضي ابن كج، عن بعض الأصحاب وجهاً: أنه لو قرأ قارئ آية الرجم في صلاته لم تُفْسِدْ صلاته، ومنهم مَنْ قال: إنا لا ننسخ الكتاب بالسنة، إذا لم تتواتر، والرجم مما اشتهر عن رسول الله ﷺ في قصة ماعز، والغامدية واليهوديتين، وعلى ذلك جرى الخلفاء - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - بعده وبلغ حدَّ التواتر، وعن أبي هريرة [وزيد بن خالد الجهني]<sup>(٤)</sup> - رضي الله عنهما - أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ، فقال أحدهما: يا رسول الله، اقض بيننا اقض بيننا بكتاب الله، وقال الآخر، وكان أفقههما: أجل، يا رسول الله، اقض بيننا بكتاب الله، وأذن لي في أن أتكلّم، فقال: تكلم، فقال: إن أبنِي كَانَ عَسِيفاً لِهَذَا - أي أجيراً - فَرَزَنِي بِأَمْرَاتِهِ، فَأُخْبِرْتُ أَنَّ عَلِيَّ أبنِي الرَّجْمِ، فَأَقْتَدَيْتُ مِنْهُ بِمِائَةِ شَاةٍ وَجَارِيَةٍ ثُمَّ سَأَلْتُ أَهْلَ الْعِلْمِ، فَأُخْبِرُونِي أَنَّ عَلِيَّ أبنِي جَلِدَ مِائَةً وَتَغْرِبُ عام، وَإِنَّمَا الرَّجْمُ على [أمراته] فقال النَّبِيُّ ﷺ: «لأَقْضِيَنَّ بَيْنَكُمَا بِكِتَابِ اللَّهِ - تَعَالَى - أَمَا عَنَّمُكَ وَجَارِيَتُكَ، فَزِدْ عَلَيْنِكَ، وَجَلِدْ أَبْنَتَهُ مِائَةً وَعَزْبَةَ عَاماً، وَأَمْرَ أَنْبَسَا الْأَسْلَمِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنْ يَأْتِيَ أَمْرَأَةَ الْآخَرِ، فَإِنْ أَعْتَرَفَتْ رَجَمَهَا [فَأَتَاهَا]<sup>(٥)</sup>، فَأَعْتَرَفْتُ، فَارْجَمَهَا» وَرُوِيَ أَنَّ مَاعِزَ بْنَ مَالِكٍ

(١) متفق عليه من حديث ابن عباس عن عمر مطولاً، وليس فيه في حاشية المصحف، وقال آية الرجم، ولم يذكر الشيخ والشيخة، ورواه البيهقي بتمامه، وعزاه للشيخين، ومراده أصل الحديث، وفي رواية للترمذي: لولا أنني أكره أن أزيد في كتاب الله لكتبته في المصحف، فإنني قد خشيت أن يجيء قوم فلا يجدونه في كتاب الله، فيكفرون به، وفي الباب عن أبي أمامة بنت سهل عن خالته العجماء بلفظ: الشيخ والشيخة إذا زنيا، فارجموها البتة، لما قضيا من اللذة، رواه الحاكم والطبراني، وفي صحيح ابن حبان من حديث أبي بن كعب أنه قال لزر بن حبيش: كم تعدون سورة الأحزاب من آية؟ قال: قلت: ثلاثاً وسبعين، قال: والذي يحلف به كانت سورة الأحزاب توازي سورة البقرة، وكان فيها آية الرجم: الشيخ والشيخة، الحديث.

(٢) في ز: يأتي.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٥) سقط في ز.

الأسلمی - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - اعْتَرَفَ بِالزُّنَا عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَرَجَمَهُ، وَعَنْ بَرِيدَةَ أَنَّ امْرَأَةً مِنْ غَامِدٍ اعْتَرَفَتْ بِهِ فَأَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ بِرَجْمِهَا، وَعَنْ عِمْرَانَ بْنِ الْحُصَيْنِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - مَثَلُ ذَلِكَ فِي امْرَأَةٍ مِنْ جُهَيْنَةَ.

إذا عرفت أصول الباب، فلا بد فيه من معرفة ما يوجب الحد ومعرفة الحد الواجب، وأنه كيف يستوفى بحد ما وجب، فجعل صاحب الكتاب كلام الباب في طرفين.

أحدهما: في الوجوب.

والثاني: في الاستيفاء، ويبين في الأول الموجب والواجب مرتبطاً<sup>(١)</sup> أحدهما بالآخر، فقال: «والضابط أن إيلاج الفرج في الفرج المحرم قطعاً المشتبه طبعاً، إذا انتفت عنه الشبهة سبباً<sup>(٢)</sup> لوجوب الرجم على المحصن، ولوجوب الجلد والتغريب على غير المحصن» قوله: «وفي الرابطة قيود» أراد بالرابطة ما سماه ضابطاً أولاً، وإذا شرحنا القيود المذكورة تبين لك أن قوله «المحرم قطعاً» وقوله «إذا انتفت عنه الشبهة» أحدهما مغن عن الآخر، وأنه يجوز أن يُعلم قوله «إيلاج الفرج في الفرج» وقوله «المحرم قطعاً» وقوله «المشتبه طبعاً» وقوله «إذا انتفت عنه الشبهة» كلها بالواو، ولفظ التغريب بالحاء والميم، ولا يخفى أن الحكم منوط بإيلاج قدر الحشفة لا بجميع الفرج، واعلم أن لفظ البكر والثيب في الحديث الذي سبق بمغزل عن بقاء العذرة وزوالها اللذين باعتبارهما يُطلق اللفظان في غير هذا الباب، وإنما المراد من الثيب المحصن، ومن البكر غيره، فحد المحصن الرجم رجلاً كان أو امرأة، ولا يجلد مع الرجم، وقال أحمد: يجلد أولاً ثم يُرجم، وفي «الشامل» وغيره: أنه اختيار ابن المنذر من أصحابنا؛ لما سبق من حديث عبادة - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَيُزَوَّى أَنْ عَلِيًّا - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - جلد شراحة الهمدانية، ثم رجمها، وقال: جلدتها بكتاب الله، ورجمتها بسنة رسول الله ﷺ<sup>(٣)</sup> ووجه ظاهر المذهب [ما]

(١) في ز: مربوطاً.

(٢) المعتبر إيلاج الحشفة أو قدرها من فاقدها على الأصل كالغسل.

قال في القوت: لو خلق له ذكران يشتهيان فأولج أحدهما فيشبه أن لا حد للشك. وقال أيضاً: لو استدخلت ذكراً مباناً لا حد عليها بلا خلاف. قاله الدارمي. وقوله فرج أي فرج واضحة الأنوثة لا خنثى مشكل. وقوله محرم أي لغير الإيلاج لا لأمر آخر كوطء الحائض ونحوها.

قال في القوت: ذكر القاضي الحسين في كتاب السرقة أنه لو وطئ حربية بقصد الفهر والاستيلاء ملكها ولا حد عليه وإن لم يقصد ذلك فعليه الحد.

(٣) قال الحافظ في التلخيص: وروي عن جابر: أن النبي ﷺ رجم ماعزاً ولم يجلده، ورجم الغامدية =

رُوي عن جابر - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أن النبي ﷺ رَجَمَ مَاعِزًا، وَلَمْ يَجْلِدْهُ، وَرَجَمَ الْغَامِذِيَّةَ، وَلَمْ يرد أَنَّهُ جَلَدَهَا<sup>(١)</sup>. قال الأصحاب: وحديث عبادة - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - في الجلد منسوخٌ بفعل رسول الله ﷺ وما نقل عن علي، فعن عمر - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - [عَنْهُمَا] - خلفه، وأما غير المخصن، فالصبي والمجنون لا حدَّ عليهما، ويؤدان بما يزرَّهما، وإن كان عاقلاً بالغاً، نُظِر؛ إن كان عبداً، فسيأتي إن شاء الله تعالى، وإن كان حرّاً، فحده جلد مائة وتغريب عام؛ لما مر من الأحاديث، [و] يستوي في ذلك الرجل والمرأة، وعند أبي حنيفة: ليس التغريب من الحدِّ، وإنما هو تعزيرٌ يتعلّق برأي الإمام واجتهاده، وعند مالك: يُعَرَّبُ الرجلُ دون المرأة.

قال الغزالي: وفي الرابطة قيود، الأول الإحصان وهو التكليف والحريّة والإصابة في نكاح صحيح أما بالشبهة وفي النكاح الفاسد لا يخصن على أصح القولين، ولا يشترط وقوع الإصابة بعد الحريّة والتكليف على الأظهر، ولا يشترط الإحصان في الواطئين بل إن كان المخصن أحدهما رجم وجلد الآخر، وإن كان أحدهما صغيراً رجم البالغ على الأظهر إذا كان الصغير في محل الشهوة، وإن لم يكن ففيه تردد، والثيب إذا زنى بغير رجم وجلد، وانتفاء الإحصان يسقط الرجم، وانتفاء الحريّة يسقط شطر الجلد وشطر مدة التغريب على قول، وفي قول يُعَرَّبُ العبد سنة، وفي قول لا يُعَرَّبُ أصلاً نظراً للسيد.

= ولم يرد أنه جلدها، وحديث عبادة منسوخ بفعله هذا، وما نقل عن علي فعن عمر خلفه، انتهى فأما حديث عبادة فتقدم، وأما حديث الغامدية فتقدم قبله أيضاً، وأما حديث جابر فهو ابن سمرة، وقد رواه أحمد والبيهقي عنه بلفظ: أن رسول الله ﷺ رجم ماعز بن مالك، ولم يذكر جلداً، وأما قصة علي مع شراحة، فرواها أحمد والنسائي والحاكم من حديث الشعبي عن علي، وأصله في صحيح البخاري، ولم يسمها، وأما قوله: فعن عمر خلفه، يعني أن علياً فعل ذلك مجتهداً، وأن عمر تركه مجتهداً فتعارضاً، ولم أره عن عمر صريحاً، وقد يجوز أن يكون عنى به حديث عمر المتقدم، فإنه لم يذكر فيه إلا الرجم، وكذا ما أخرجه الطحاوي من رواية أبي واقد الليثي: أن عمر قال: فإن اعترفت فارجمها.

(١) قال ابن حجر في التلخيص: وأما حديث جابر فهو ابن سمرة، وقد رواه أحمد والبيهقي عنه بلفظ: أن رسول الله ﷺ رجم ماعز بن مالك، ولم يذكر جلداً، وأما قصة علي مع شراحة، فرواها أحمد والنسائي والحاكم من حديث الشعبي عن علي، وأصله في صحيح البخاري، ولم يسمها. وأما قوله: فعن عمر خلفه، يعني أن علياً فعل ذلك مجتهداً، وأن عمر تركه مجتهداً فتعارضاً، ولم أره عن عمر صريحاً، وقد يجوز أن يكون عنى به حديث عمر المتقدم، فإنه لم يذكر فيه إلا الرجم، وكذا ما أخرجه الطحاوي من رواية أبي واقد الليثي: أن عمر قال: فإن اعترفت فارجمها.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الإحصان والتحسينُ في اللغة: المنع، قال الله تعالى: ﴿لِتُحْصِنَكُمْ مِنْ بَأْسِكُمْ﴾ [الأنبياء: ۸۰] وقال عز وجل: ﴿فِي قُرَىٰ مُّحْصَنَةٍ﴾ [الحشر: ۱۴].

ورد في الشَّرْح بمعنى الإسلام، وبمعنى العقل والبلوغ، وكلُّ منهما قد قيل في تفسير قوله تعالى: ﴿فَإِذَا أُحْصِنَ فَإِنَّ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ﴾ [النساء: ۲۵]، وبمعنى الحرية، ومنه قوله تعالى: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾ [النساء: ۲۵] يعني الحرائر، وبمعنى التزويج، ومنه قوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: ۲۴] يعني المنكوحات، وبمعنى العفة عن الزنا، ومنه قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ﴾ [النور: ۴] وبمعنى الإصابة في النكاح. ومنه قوله تعالى: ﴿مُحْصِنِينَ غَيْرِ مُسَافِحِينَ﴾ [النساء: ۲۴] قيل مصيبين بالنكاح، ويقال: أَحْصَنَتِ الْمَرْأَةُ أَي عَفَّتْ وَأَحْصَنَهَا زَوْجُهَا، فَهِيَ مُحْصَنَةٌ، وَأَحْصَنَ الرَّجُلُ زَوْجًا، وَيَعْتَبَرُ فِي الإحصانِ الْمُعْتَبَرُ لَوْجُوبِ الرَّجْمِ بِالزَّانَا ثَلَاثَ صِفَاتٍ:

إحداها: التكليفُ، فالصبيُّ والمجنون ليسا بمُحْصَنَيْنِ، ولا حدٌّ عليهما، لأن فعلهما ليس بجنائية، حتى يناط به عقوبة.

والثانية: الحرِّيةُ، فالرقيقُ ليس بمُحْصَنٍ، فلا يَرجمُ بالزنا أصاب في نكاح صحيح أو لم يُصَبِّ، ويستوي في ذلك القنُّ والمدبِّر والمكاتبُ وأمُّ الولد، ومن بعضه رقيق، قال في «التتمة»: والمعنى في اعتبار الحرية أن العقوبة تتغلَّظ بتغلظ الجنائية، والحرِّيةُ تغلَّظ الجنائية من وجهين:

أحدهما: أنها تمنع من الفواحش؛ لأنها صفة كمال وشرف، والشريف يصون نفسه عما يدنس عرضه، والرقيق مبتذل مهان لا يتحاشى، عما يتحاشى منه الحرُّ، ولذلك قالت هند عند البيعة: أو تزني الحرَّة؟.

والثاني: أنها توسع طريق الحلال؛ ألا ترى أن الرقيق يحتاج في النكاح إلى إذن السيد، ولا ينكح إلا امرأتين بخلاف الحرِّ، ومن ارتكب الحرام مع اتساع طريق الحلال، كانت جنائته أغلظ.

والثالثة: الإصابة في نكاح صحيح، قال في «التتمة» والمعنى في اعتبارها أن الشهوة مركبة في النفوس، فإذا أصاب في النكاح، فقد نال اللذة، وقضى الشهوة فحقه أن يمتنع عن الحرام، وأيضاً، فإن الإصابة تكمل طريق الحلال؛ من حيث إن النكاح قبل الدخول يزول<sup>(١)</sup> بالطلقة الواحدة، وبمجرد اختلاف الدين وبعد الدخول بخلافه

(١) في ز: بائن.

وأيضاً، فإنه إذا أصاب امرأته، فقد أكد استفراشها، وحيثئذ، فلو لَطَخَ غيره فراشه، عَظَمَتْ وخشته وأذيته، فحَقُّهُ أن يمتنع عن تلطيخ فراش الغير، فإذا لم يمتنع، غَلِظَت الجناية، ويكفي في الإصابة تغيُّب الحَشَفَةِ، ولا يُشْتَرَطُ أن يكون الشخص ممن يُنْزَل، ولا يقدر وقوعها في حال الحيض والإحرام وعدة الوطء بالشبهة على ما ذكرنا في التحليل، ولا يَخْصُلُ الإحصان بالإصابة بِمَلِكِ اليمين، كما لا يحصل التحليل، وأيضاً، فملكُ اليمين لا يُقْصَدُ به اكتسابُ الحلِّ، ولذلك يصحُّ شراء مَنْ لا تحل له، فلا تكون الإصابة [فيه كالإصابة]<sup>(١)</sup> في النكاح، وفي الإصابة بالشبهة وفي النكاح الفاسد قولان:

أحدهما، ونسبه بعضهم إلى القديم: أنها تُفِيدُ الإحصان؛ لأن الفاسد كالصحيح في العِدَّة والنسب، وكذلك في الإحصان.

وأصحُّهما، وهو الذي أورده المَعْظَمُ: المنع؛ لأنه لا أثر لهذه الإصابة في إكمال طريق الحلال، والخلافُ كالخلافِ في أنه هل يَخْصُلُ التحليلُ بالوطء في النكاح الفاسد.

ثم في الفضل صور:

إحداها: هل يُشْتَرَطُ أن تكون الإصابة بالنكاح بغد التكليف والحرية؟ فيه وجهان:

أظهرهما؛ عند الإمام وصاحب الكتاب: لا حتى لو أصاب عبداً في نكاح صحيح أو مجنوناً أو صغيراً ثُمَّ كَمَلَ حاله، فزنى، يلزمه الرجم، لأنه وطء يَخْصُلُ به التحليل، وكذلك الإحصان، وأيضاً، فإن النكاح لا يُشْتَرَطُ وقوعه في حالة الكمال، فكذلك الإصابة فيه.

والثاني، وهو ظاهر النص والراجحُ عند مَعْظَمِ الأصحاب، ويُخَكِّي عن أبي حنيفة، ومالك: أنه يُشْتَرَطُ، حَتَّى لا يجب الرجم على مَنْ أصاب في حال النقصان، ثم زنى بغد كمال الحال، واحتج له بأنا شرطنا الإصابة بِأَكْمَلِ الجهات، وهو النكاح الصحيح، فيشترط حصولها من شخص كامل، وعن حكاية الشيخ أبي حامد وجه ثالث، وهو أنه لو أصاب، وهو رقيق، لم يحصل الإحصان، ولو أصاب، وهو صغير، حصل، والفرق أن الرقَّ يوجب نقصان النكاح بخلاف الصغير؛ ألا ترى أن الرقيق لا يَنْكَحُ أكثر من اثنتين، وللولي أن يزوج من الصغير أربعاً، ووجه رابع، وهو أنه لو أصاب، وهو رقيق، يحصل الإحصان، ولو أصاب، وهو صغير، لا يحصل، والفرق

(١) سقط في ز.

أن الصغر يمنع كمال اللذة، والرق لا يمنع، وادعى كثير من الأئمة أنا إذا شرطنا وقوع الإصابة بغد الحرية والتكليف، كان الوصفان شرطين في الإحصان نفسه، وإن لم نشط، فهما شرطان لوجوب الرجم، والإحصان حاصلٌ دونهما، وهذا ليس بلازم، لجواز أن يكون الإحصان عبارة عن الأوصاف الثلاثة من غير أن يعتبر فيها ترتيب، كما أنه لا يعتبر الترتيب بين وضفي الحرية والتكليف، وإذا قلنا: يشترط وقوع الإصابة في حال الكمال، فهل يشترط أن يكون الثاني من الواطئين في حال الكمال؟ حيثئذ أيضاً أطلق مطلقون، منهم القاضي أبو الطيب فيه قولين:

أحدهما، وينسب إلى «الإملاء» وبه قال أبو حنيفة: أنه يشترط، حتى لو كان أحدهما كاملاً دون الآخر، لم يصير الكامل محصناً أيضاً؛ لأنه وطاء لا يصير أحد الواطئين محصناً به، فكذلك الآخر كالوطء بالشبهة.

وأصحهما، ويؤزى عن الأم: أنه يصير الكامل محصناً؛ لأنه حر مكلف أصاب بنكاح صحيح، فأشبهه ما إذا كانا كاملين، وعن الشيخ أبي حامد وغيره: أنه، إن كان نقصان الناقص منهما بالرق، فيصير الكامل محصناً بلا خلاف، وإن كان نقصانه بالصغر أو الجنون، ففيه القولان، والفرق أن تأثير الرق في الحد دون تأثير الصغر والجنون، فإنهما يسقطان أصل الحد بخلاف الرق، وروى أنه سئل عبيد الله بن عبد الله بن عتبة عن الأمة، هل تُحصن الحر، قال: نعم، قيل: عمن تزوي؟ قال: أدركنا أصحاب رسول الله ﷺ<sup>(١)</sup> يقولون ذلك، ويقرب من هذا ما أورده الإمام، فإنه قال: الرق في أحدهما لا يمنع حصول الإحصان في الآخر، وحكى في الصغر وجهين عن صاحب «التقريب» ثم رأى تخصيص الخلاف بما إذا كانت الصغيرة بحيث لا يشتهى مثلها، والصغيرة بحيث لا يشتهيه النساء، والقطع بأنه لا أثر للصغر في حق المراهق، والمراهقة، ويخرج من هذا طريقة في الصغر مفصلة.

الصورة الثانية: إذا زنا الثيب ببكر رجم، وجلدت، وغربت، ولو زنا البكر بأمرأة ثيب جلد وغرب<sup>(٢)</sup> ورجمت ويدل عليه حديث العسيف.

(١) أخرجه البيهقي من طريق ابن وهب عن يونس عن ابن شهاب، أنه سمع عبد الملك يسأل عبيد الله ابن عبد الله بن عتبة، فذكر مثله، قال البيهقي: وبلغني عن محمد بن يحيى أنه قال: وجدت عن الأوزاعي مثل ما قال يونس، ورواه البيهقي من طريق عبد الرزاق عن معمر عن الزهري، عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة قال: سأل عبد الملك بن مروان، عبد الله بن عتبة عن الأمة، فذكره.

(٢) لقوله ﷺ: «خذوا عني خذوا عني قد جعل الله لهن سبباً البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة والرجم». وقد تقدم قريباً.

أخرجه مسلم (٣/١٣١٦) في الحدود/ باب: حد الزنا حديث (١٢/١٦٩٠).



الثالثة: الرقیقُ یُجلدُ خمسين، على ما قال تعالى ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥] والقیقُ وغيره سواء، وفيمن نضفه حرًا، ونصفه رقیقًا، وجهان على خلاف ظاهر المذهب.

أحدهما: أنه إذا زنا، حُدَّ ثلاثة أرباع حدِّ الأحرار؛ لأنه یحتمل التقيسط، وألزم على هذا أن ینكح ثلاثاً.

والثاني: أنه یفرق بین أن لا یكون بینة وبين السيد مهابة، فیحدُّ حدَّ الأرقاء، أو یكون، فإن زنا في نوبة السيد، فكذلك، وإن زنا في نوبة نفسه، فعليه حدُّ [الأحرار]<sup>(١)</sup> أورد الوجهين صاحب «التتمة».

وهل یغرَّب العبد؟ فيه قولان:

أصحهما، وهو القديم وأحد قولي الجديد: أنه یغرَّب؛ لظاهر قوله تعالى ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾ وروي أن أمةً لابن عمر رضي الله عنهما زنت، فجلدتها، وغرَّبها إلى فذك<sup>(٢)</sup>.

والثاني، وبه قال مالك وأحمد: لا یغرَّب، واختاره القاضي أبو حامد؛ لأنَّ التغريب للتشديد والإيحاء، والعبد جلیب، اعتاد الانتقال من يد إلى يد، ومن بلد إلى بلد؛ ولأن فيه إضراراً بالسيد وتقويتاً لمنفعته عليه، ومن قال بالأصح؛ قال: العبد أيضاً إذا أُلِفَ الموضع شق عليه الانتقال، وضرر السيد لا یبالئ به في عقوبات الجرائم؛ ألا ترى أنه یقتل<sup>(٣)</sup> إذا ارتدَّ، ويحدُّ إذا قذَّف، وإن تضرَّر السيد، ثم یمكنه إجارتة واستعماله هناك، وإذا قلنا بالأصح، ففي مدة تغريبه قولان:

أحدهما: سنة، لأن ما یعلق بالمدة والطَّبع یستوي فيه الحرُّ والعبد، كمدة العنة والإيلاء، ویروى هذا وجهاً مخزجاً عن أبي هريرة.

وأصحهما: نصف سنة؛ لظاهر الآية، وعن أبي إسحاق القطعُ بالنصف، وعند الاختصار یُخرَج ثلاثة أقوال كما في الكتاب.

وقوله في الكتاب «ولا یشرط وقوع الإصابة بعد الحرية والتكليف على الأظهر». بیئاً أن الظاهر عند المعظم خلاف ما رجَّحه.

وقوله: «ولا یشرط الإحصان في الواطئین...» إلى آخره أراد به ما إذا كان

(١) في ز: الأرقاء.

(٢) رواه ابن المنذر في الأوسط عن ابن عمر: أن حد مملوكة له في الزنا، ونفاها إلى فذك.

(٣) في ز: یقبل.

أحدهما بصفات الكمال عند الوطء، وهي الحرية، والعقل، والبلوغ، دون الآخر، لكن اللفظ بعيداً عن إفهام الغرض، والوجه القريب في تنزيهه أن يحمل الإحصان على الحرّية، كما في قوله تعالى: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾. وقد بيّنا أن الحرّية أحد معاني الإحصان<sup>(١)</sup>، فيصير كأنه قال، ولا يُشترط الحرية في الواطئتين، بل إن كان حرّاً عند الوطء.

أحدهما: رُجم، إذا زنا وجلد الآخر، إن زنا.

وقوله «وإن كان أحدهما صغيراً» أي عند الوطء رجم البالغ، إذا زنا، وقوله «على الأظهر» أي من الطريقتين، وهو الذي رأى الإمام القطع به، إذا كان الصغير في محل الشهوة، فإن لم يكن، فينقذ الخلاف، وجميع ذلك على التنزيل الذي بيّناه يوافق ما ذكره الإمام، وإن حمل قوله «ولا يشترط الإحصان في الواطئتين» على الواطئتين في زنا حتى كون المعنى أنه لو زنتي، ويُقدّر أن المقصود أنه لو كان أحد الزانيتين محصناً دون الآخر، رُجم المحصن، وُجلد الآخر، فهذا عين قوله من بعد «والثيب إذا زنتي ببيكر رُجم وُجلدت» بل أعم منه، فيغني عنه، وقوله «وانتفاء الإحصان يسقط الرجم» لا حاجة بعد ما قدّم ذكره في الضابط [إليه]، وقوله «[وشطر]<sup>(٢)</sup> مدة التغريب» يجوز أن يعلم بالميم والألف؛ لأن عندهما تسقط كلها، وكذا قوله «وفي قول يُعرب العبد سنة» يجوز أن يعلم لفظ «القول» فيه بالواو: لقطع أبي إسحاق.

قال الغزالي: ثم في أصل التغريب مسائل: (إحداها) أنها تُعرب مع مخزم وله الأجرة عليها على وجه، وعلى وجه على بيت المال، فإن امتنع فهل يجزئه السلطان على الخروج معها؟ فيه وجهان، وإن كان الطريق آمناً فهل يجوز تغريبها بغير مخزم؟ فيه وجهان.

قال الرافعي: إنما قال في أصل التغريب؛ لأنه وصل الكلام بتغريب العبد، فأشار إلى أن المسائل في مطلق التغريب، لا في تغريب العبد خاصة.

المسألة الأولى: هل تغرب المرأة وخذها؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنه سقرّ واجب فأشبهه الهجرة، فإنها، إذا كانت تخاف الفتنة [في] دينها، كان عليها أن تسافر وخذها.

وأصحهما: لما روي أنه ﷺ، قال: «لا تسافر المرأة إلا ومعه زوجها أو محرّم

(١) في ز: أنها أحد معانيه.

(٢) في ز: ويتنظر.

لها»<sup>(١)</sup> ولأن الزانية إذا غرّبت وخذها، لم يؤمن عليها من التهتك، هكذا أطلق مُطْلِقُونَ الوجهين، وخصّصهما الإمام، وصاحب الكتاب بما إذا كان الطريق آمناً، وأشار إلى القطع بالمنع، إذا لم يكن الطريق آمناً، وفيه قول بشرعية التغريب من غير أمن الطريق، وفي «البيان» وغيره ما يُشعر بخلافه، ويقوم مقام المَحْرَمِ الزَوْجِ وفي التَّنْوِة الثقات عند أمن الطريق وجهان:

أظهرهما: قيامهن مقام المَحْرَمِ، وربما اكتُفِيَ بالواحدة، إذا كانت ثقة وشرط شارطون أن يكون معها مَحْرَمٌ أو زَوْجٌ، وإذا قلنا بالأصح، فلو تطوَّع الزوج أو المَحْرَمُ بالخروج، أو وجدنا نسوة ثقات يُسَافِرْنَ، فذاك، وإن لم يخرج المَحْرَمُ أو الزوج، إلا بأجرة أعطِي الأجرة، وتكون في بيت المال أو في مالها؟ فيه وجهان مشبهان بالخلاف في أجرة الجَلَادِ، ورجح القاضي ابن كج، وصاحب «التهذيب» كونها في بيت المال، وقياس ما سبق في أجرة الجَلَادِ أن يرجح كونها في مال الزانية، وإليه ذهب ابن الصبَّاح والرويانِي، وإن لم يرغب المَحْرَمُ في الخُرُوجِ بالأجرة أيضاً، فهل يجبره السلطان على الخروج؟ فيه وجهان:

أحدهما، ويُحَكِّى عن ابن سُرَيْج: نعم، للحاجة إليه في إقامة الواجب، وعلى هذا، فلو اجتمع<sup>(٢)</sup> محرمان أو محرم وزوج، فمن، يقَدِّمُ منهما، لم يتعرَّضوا له.

وأظهرهما: أنه لا يجبر كما في الحج؛ ولأنه تعذيب من لم يذنب، وعلى هذا، فقياس مما ذكرنا أنها لا تُغْرَبُ إلا مع محرم أن يؤخَّر [التغريب]<sup>(٣)</sup> إلى أن يتيسر، وكما ذكر الرويانِي أنها تُغْرَبُ، ويَحْتَاطُ الإمام في ذلك، وقوله في الكتاب «إنها تُغْرَبُ» يعني المرأة وأعلم بالميم؛ لما سبق أن عنده لا تُغْرَبُ المرأة، ويجوز أن يُعْلَمَ قوله «مع محرم» بالواو؛ لإطلاق من أطلق وجهين في أنها هل [تغرب]<sup>(٤)</sup> وحدها؟

قال الغزالي: (الثانية) لا يَنْقُصُ فِي مَسَافَةِ الْغُرْبَةِ عَنْ مَرْحَلَتَيْنِ، وَإِلَيْهِ الْخِيَرَةُ فِي جِهَاتِ السَّفَرِ، وَالْغَرِيبُ يَخْرُجُ إِلَى غَيْرِ بَلَدِهِ، فَإِنْ رَجَعَ إِلَى الْبَلَدِ لَمْ يَتَعَرَّضْ لَهُ (الثالثة): لَوْ عَادَ الْمُغْرَبُ أَخْرَجْنَاهُ ثَانِيًا وَلَمْ تُحْسَبِ الْمُدَّةُ الْمَاضِيَةُ.

(١) رواه مسلم من حديث ابن عمر بلفظ: لا تسافر المرأة يومين من الدهر، إلا ومعها ذو محرم منها أو زوجها، وفي رواية له: لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر سفراً يكون ثلاثة أيام فصاعداً إلا ومعها أبوها، أو أخوها. أو ابنها، أو زوجها أو ذو محرم منها، وهو من المتفق عليه بألفاظ أخرى من حديث أبي سعيد وابن عمر أيضاً وأبي هريرة.

(٢) في ز: أجمع. (٣) في أ: التعزير.

(٤) في أ: تعزر.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الزاني يُعْرَبُ إلى مسافة القصر: لأن المقصود إيحاشه بالبعد عن الأهل والوطن، وفيما دون مسافة القصر تتواصل الأخبار ولا تتم الوحشة، وعن ابن أبي هريرة وجه أنه يجوز التغريب إلى ما دون مسافة القصر؛ لِمُطَلِّقِ قَوْلِهِ ﷺ «وَتَغْرِبُ عام»، وفي «التتمة» وجه: أنه يكفي<sup>(١)</sup> التغريب إلى موضع لو خرج المبكر إليه لم يرجع من يومه، والظاهر الأول، وإن رَأَى الإمامُ تغريبَهُ إلى ما فوق مسافة القصر، فعل؛ غَرَّبَ عمر - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - إلى الشام، وعثمان - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - إلى مصر، هذا هو المشهور والذي أورده المتولي؛ أنه إذا وجد على مسافة القصر موضع صالح، لم يجز التغريب إلى البلد البعيد، والبدويُّ يُعْرَبُ عن جِلْتِه وقومه، ولا يُمَكَّن من الإقامة فيما بينهم، وحكى إمام الحرمين وجهين في أنه لو عيَّن الإمام جهة للتغريب، فطلب الزاني أن يُعْرَبَ إلى جهة أخرى، هل يجاب أو لا [يعدل] عن تعيين الإمام؟ ورأي الأظهر، إجابته، وقال: المقصود إيحاشه بالإبعاد عن الموضع بقدر مرحلتين، فإذا حصل هذا الغرض، فليأخذ في أي صوب شاء، وهذا ما أورده في الكتاب والمذكور في غيره أنه لا عدول عما عينه الإمام، وهذا هو اللائق بالزجر والتغنيف، ويوافق ما ذكر صاحب «التهذيب» أن الإمام لا يرسله إرسالاً، بل يُعْرَبُهُ إلى بلد معين، وإنما غرَّبَ إلى موضع معين، فهل يمنع من الانتقال إلى [بلد]<sup>(٢)</sup> آخر؟ الذي أورده المتولي، واختاره الإمام: أنه لا يُمنَع، ومنهم من قال: يمنع.

وفي «التهذيب»: أنه لا يُمَكَّن المغرَّب من أن يحمل معه أهله وعشيرته؛ لأنه لا يستوحش حينئذ، وله أن يحمل جارية يتسرى بها، وما يحتاج إليه للنفقة، وقال وفي «التتمة»: لو خرج عشيرته معه، لم يُمنَعوا، والغريب إذا زنا يُعْرَبُ من بلد الزنا تنكيلاً وتبعيداً عن الموضع الذي ارتكب فيه الفاحشة، وربما ألقه، ولا يُعْرَبُ إلى بلده، ولا إلى موضع بينه وبين بلده، أقل من مسافة القصر، وإذا غرَّبَ إلى غير بلده، فرجع إلى بلده، ففي الكتاب: أنه لا يُتَعَرَّضُ له، وحكى غيره أنه يمنع منه، وهو الأشبه، ثم هذا في [الغريب]<sup>(٣)</sup> الذي له وَطَنٌ، فإن لم يكن كما إذا هاجر الحربى إلى دار الإسلام، ولم يتوطن بعد بلدة، قال في «التتمة»: يتوقف الإمام إلى أن يتوطن في بلده، ثم يُعْرَبُهُ، والمسافر إذا زنا في الطريق يُعْرَبُ إلى غير مقصده، وإذا رجع المغرَّب إلى البلد الذي غرَّبَ منه، رُدَّ إلى الموضع الذي غرَّبَ إليه، وهل يُحَسَّبُ ما مضى، أم تستأنف المدة الأشبه، وهو المذكور في الكتاب: أنها تستأنف لیتوالى الإيحاش، وفي «التتمة»: أنه يحسب ما مضى، والخلاف راجع إلى أنه هل يجوز تفريق سنة التغريب، وخرج

(٢) سقط في ز.

(١) في ز: يجوز.

(٣) في أ: المغرب.

بعضهم هذا الخلاف من الخلاف في أنه، هل يجوز في «اللُقْطَة» تفريق سنة التعريف؟ قال القاضي ابن كج: ولا يعتقل في الموضع الذي عُرب إليه؛ لثلا يرجع، بل يحفظ بالمراقبة والتوكيل به<sup>(١)</sup>، [فإن] احتج إلى الاعتقال، اغتقل، [ولو زنى] ثانياً في البلد الذي عُرب إليه، عُرب إلى موضع آخر، قال ابن كج: وتدخل بقية مدة الأزل في الثاني؛ لأن الحدّين من جنس واحد يتداخلان، وفي كتابه: أنه لو أراد الحاكم تغريبه فخرَج بنفسه، وغاب سنة، ثم عاد، فعن بعض الأصحاب: أنه يكتفي بذلك، والصحيح خلافه، لأن المقصود التنكيل، وإنما يخصل ذلك بنفي السلطان.

وأن نفقة المغرب ومؤنته في ماله يُقدَّر ما يشترك فيه السقر والحضر، وما زاد بسبب السقر، فهو في بيت المال، وهذا غريب<sup>(٢)</sup>.

ويجوز تقديم التغريب على الجلد، وفي «الحلية» للقاضي الروياني: أنه يلزم المغرب أن يقيم في الغزبة، حتى يكون كالحبس له في أصح الوجهين، ولا يُمكن من السير والضرب في الأرض، فيكون كالنزّه، ومما يناسب عقوبة التغريب النفي في قطع الطريق، وسيأتي، وورد الخير بنفي المختئين، وهو تعزير<sup>(٣)</sup>.

قال الغزالي: أما الإسلام فلنيس من شرائط الإحصان بل الذمي يزجم إذا رضي يحكمنا، ولا يجلد على الشرب وإن كان الحقي يجلد على التبيد على الأظهر.

قال الرافعي: الإسلام ليس [في] شرائط الإحصان، بل إذا زنى الذمي، وهو مكلف حر، أصاب في نكاح صحيح، فيرجم؛ خلافاً لأبي حنيفة ومالك.

لنا: ما روي [أن] رسول الله ﷺ<sup>(٤)</sup> رجم يهوديين زنياً، وكانا قد أحصنا، وإذا ارتد

(١) في أ: فلو.

(٢) قال النووي في زوائده: الصواب أن الجميع في ماله.

(٣) قال في الخادم: قد نص الشافعي في الأم على الثلاثة فقال: المنفون ثلاثة: المحارب وصفه بقيد أن يطلب فمتى علم أنه في بلد طلب، فإذا تغرب إلى موضع آخر طلب. والثاني: الزاني البكر. والثالث: المختون.

(٤) أخرجه أبو داود من حديث ابن إسحاق عن الزهري عن رجل من مزينة سمعه يحدث سعيد بن المسيب، عن أبي هريرة قال: زنا رجل وامرأة من اليهود، وقد أحصنا، حين قدم عليهم رسول الله ﷺ المدينة، وقد كان الرجم مكتوباً عليهم، فذكر باقي الحديث، ورواه الحاكم من حديث ابن عباس: أتى رسول الله ﷺ بيهودي ويهودية قد أحصنا، وسأله أن يحكم فيما بينهم، فحكم عليهما بالرجم، ورواه البيهقي من حديث عبد الله بن الحارث الزبيدي: أن اليهود أتوا رسول الله ﷺ بيهودي ويهودية زنياً قد أحصنا، فأمر بهما رسول الله ﷺ فرجما، قال عبد الله: فكننت فيمن رجمهما، وإسناده ضعيف، وأصل قصة اليهوديين في الزنا والرجم، دون ذكر الإحصان في =

المُحَصَّن، لم يبطل إحصانه، حتى لو زنى في الردة بعد ما رَجَعَ إلى الإسلام، فعليه الرجم، وقال أبو حنيفة، يبطل الإحصان بالردة، ولا، يعود إلا بإصابة جديدة بعد الإسلام.

وقوله في الكتاب «إذا رضي بحكمنا» يجوز أن يعلم بالواو؛ لما ذكرنا في «كتاب النكاح» أنا إذا قلنا «يجب الحكم بين الذميين، إذا تراءفوا إلينا، فإذا أقر الذمي بالزنا، يُقام عليه الحد جبراً، وإنما يعتبر الرضا، إذا قلنا: لا يجب الحكم بينهم وبيننا أن الأكثرين رجحوا قول الوجوب. وقوله «[ولا يُجلد] على الشرب» أي وإن رضي بحكمنا؛ لأنه لا يعتد تحريمه.

وقوله «على الأظهر» ليعتقد رده إلى الصورتين، وهما مكررتان من بعد مشروحتان إن شاء الله تعالى.

قال الغزالي: أما قولنا: إيلاج فرج في فرج فَيَتَنَاوَلُ اللُّوَاطَ وَهُوَ يَوْجِبُ قَتْلَ الفَاعِلِ وَالمَفْعُولِ عَلَى قَوْلِ (ح)، وَالرَّجْمَ بِكُلِّ حَالٍ عَلَى قَوْلِ، وَالتَّعْزِيرَ عَلَى قَوْلِ، وَهُوَ كَالزَّنَا عَلَى قَوْلِ، وَإِثْبَانُ الأَجْنَبِيَّةِ فِي ذُبْرِهَا لَوَاطٍ، وَالغَلَامُ المَمْلُوكُ كغَيْرِ المَمْلُوكِ عَلَى الأصْح، وَالمِلْكُ فِي البَجَارِيَّةِ وَالرَّوْجَةِ شُبْهَةٌ لِأَنَّهَا مَحَلُّ الأَسْتِمْتَاعِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: القيد الثاني: إيلاج الفرج في الفرج، فيدخل فيه اللواط، وهو من الفواحش؛ وقال الله تعالى: ﴿إِنَّكُمْ لَتَأْتُونَ الفَاحِشَةَ مَا سَبَقَكُمْ بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِنَ العَالَمِينَ﴾ [العنكبوت: ٢٨] وقال عز من قائل: ﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّي الفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ﴾ [الأعراف: ٣٣]. ثم إن لاط بذكر، ففي عقوبة الفاعل أقوال:

أحدها: أن عقوبته القتل محصناً كان أو لم يكن؛ لما روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ قال: «مَنْ وَجَدْتُمُوهُ يَعْمَلُ عَمَلُ قَوْمِ لُوطٍ، فَاقْتُلُوا الفَاعِلَ وَالمَفْعُولَ بِهِ»<sup>(١)</sup> وعلى هذا، ففي قتله وجوه:

= الصحيحين من حديث ابن عمر.

(فائدة) تمسك الحنفية في أن الإسلام شرط في الإحصان، بحديث روي عن ابن عمر مرفوعاً وموقوفاً: من أشرك بالله فليس بمحصن، ورجح الدارقطني وغيره الوقف، وأخرجه إسحاق بن راهويه في مسنده على الوجهين، ومنهم من أول الإحصان في هذا الحديث بإحصان القذف.

(١) رواه أحمد وأبو داود واللفظ له، والترمذي وابن ماجه، والحاكم والبيهقي من حديث عكرمة، عن ابن عباس، واستنكره النسائي، ورواه ابن ماجه والحاكم من حديث أبي هريرة، وإسناده أضعف من الأول بكثير، وقال ابن الطلاع في أحكامه: لم يثبت عن رسول الله ﷺ أنه رجم في اللواط، ولا أنه حكم فيه، وثبت عنه أنه قال: اقتلوا الفاعل والمفعول به، رواه عنه ابن عباس =

أحدها: أنه يُقتل بالسيف كالمترد؛ لأنه السابق إلى الفهم من لفظ القتل، ويحكى هذا عن أبي الحسين بن القطان.

والثاني، وبه قال مالك وأحمد: أنه يُرجم تغليظاً؛ لما روي عن علي - [كرم الله وجهه] رضي الله عنه - أنه قال: يُرجم اللوطي.

والثالث: يهدم عليه جدار، أو يرمى من شاهق حتى يموت أخذاً من عذاب قوم لوط، قال الله تعالى: ﴿فَجَعَلْنَا عَلَيْهَا<sup>(١)</sup> سَافِلَهَا وَأَمْطَرْنَا عَلَيْهَا حِجَابًا [مِنْ سِجِّيلٍ]<sup>(٢)</sup>﴾ [هود: ٨٢].

وأصحهما: أن حده حد الزنا، فيُرجم، إن كان محصناً، ويُجلد ويُعرب، إن لم<sup>(٣)</sup> يكن مُحصناً؛ لأنه حد يجب بالوطء، فيختلف بالبكر والثيب، كالإتيان في القبل، وقد يُحتج له بظاهر ما روي أنه ﷺ<sup>(٤)</sup> قال: «إِذَا أَتَى الرَّجُلُ الرَّجُلَ فَهُمَا زَانِيتَانِ».

والثالث: أن الواجب فيه التعزير، وبه قال أبو حنيفة، لأنه فرج لا يجب المهر بالإيلاج فيه، فلا يجب الحد كإتيان البهيمة، وهذا القول مخرّج منه، ومنهم من لا يثبت هذا القول، وأما المفعول، فإن كان صغيراً أو مجنوناً أو مكرهاً، فلا حد عليه، ولا

= وأبو هريرة، وفي حديث أبي هريرة أحصنا أم لم يحصنا، كذا قال، وحديث أبي هريرة لا يصح، وقد أخرجه البزار من طريق عاصم بن عمر العمري عن سهيل عن أبيه عنه، وعاصم متروك، وقد رواه ابن ماجه من طريقه بلفظ: فارجموا الأعلى والأسفل، وحديث ابن عباس مختلف في ثبوته كما تقدم.

(١) في ز: عليها.

(٢) سقط في ز.

(٣) اختلف أهل العلم في حد اللواط فذهب قوم إلى أن حد الفاعل حد الزنى إن كان محصناً يرجم وإن لم يكن محصناً يجلد مائة، وهو قول سعيد بن المسيب وعطاء بن أبي رباح والحسن وقتادة والنخعي وبه قال الثوري والأوزاعي، وهو أظهر قولي الشافعي، ويحكى أيضاً عن أبي يوسف ومحمد، وعلى المفعول به عند الشافعي على هذا القول جلد مائة وتغريب عام رجلاً كان أو امرأة محصناً كان أو غير محصن لأن التمكين من الدبر لا يحصنها فلا يلزمها به حد المحصنات، وذهب قوم إلى أن اللواط يُرجم محصناً كان أو غيره وممن ذهب إلى هذا سعيد بن جبير ومجاهد وابن عباس وروي ذلك عن الشعبي، وبه قال الزهري وهو قول مالك وأحمد وإسحاق، وروي حماد عن إبراهيم. قال: لو كان أحد يستقيم أن يرجم مرتين لرجم اللواط، والقول الآخر للشافعي أنه يقتل الفاعل والمفعول به كما جاء في الحديث وعند أبي حنيفة يعزر ولا يحد، وقد روي عن جابر وأبي هريرة عن النبي ﷺ في اللواط أنه يقتل الفاعل والمفعول. (شرح السنة ٣١٠/١٠).

(٤) أخرجه البيهقي من حديث أبي موسى وفيه محمد بن عبد الرحمن القشيري، كذبه أبو حاتم، ورواه أبو الفتح الأزدي في الضعفاء، والطبراني في الكبير من وجه آخر عن أبي موسى، وفيه بشر ابن الفضل البجلي وهو مجهول، وقد أخرجه أبو داود الطيالسي في مسنده عنه.

مهر؛ لأن منفعة بضع الرجل لا تتقوم، وإن كان مكلفاً طائعاً، فإن قلنا: إن الفاعل يُقتل، فيقتل المفعول بما يقتل به الفاعل، وإن قلنا: إن حدّ الزنا، فيُجلد المفعول ويغزّب محصناً كان أو لم يكن. وإن أتى امرأة في دبرها، ففيه طريقان:

أظهرهما: أنه لواط؛ لأنه إتيان في غير المأتى، فيجبيء في الفاعل الأقوال، وتكون عقوبة المرأة الجلد والتغزيب على قولنا: إن حدّ الزنا، وهذا ما أورده في الكتاب، ورجحه في «التهذيب» وبه قال الشيخ أبو حامد.

والثاني: أنه زنا؛ لأنه وطء صادف أنثى، فأشبهه وطئها في القبل؛ فعلى هذا [حدّه] حدّ الزنا، بلا خلاف، وتُرجم المرأة، إن كانت محصنة، وهذا ما اختاره القاضي ابن كج وأورده صاحب «المهذب» هذا كله [فيما] إذا لم يكن [هناك] ملكٌ يمين ولا نكاح.

وأما إذا لاطّ بعبده، ففيه طريقان:

أحدهما: أن في وجوب الحدّ قولين؛ لقيام الملك كما لو وطئ أخته المملوكة. وأصحهما: أنه كالأجنبي، ويخالف وطء الأخت المملوكة، فإن الملك يبيح الإتيان في القبل في الجملة، فإذا لم يبيح، انتهض شبهة، ولا يبيح هذا النوع بحال، ولو أتى امرأته أو جاريتها في دبرها، فطريقان:

أحدهما: أنه على الخلاف في وطء الأخت المملوكة.

وأصحهما: القطع بالمنع؛ لأنها مملوكة ومحلّ استمتاعه [والله أعلم].

وأما لفظ الكتاب فقوله «وهو يوجب قتل الفاعل والمفعول» أراد به القتل بالسيف، ويجوز أن يُعلم ما سوى قول التعزير بالحاء؛ وما سوى قول الرجم بالميم والألف، وأن يعلم قوله «على قول» من قوله «والتعزير على قول» لما ذكرنا أن بعضهم نفاه، ويخرج بالقيّد المذكور المفاحضة، ومقدمات الوطاء، فلا يجب الحدّ بشيء من ذلك، وإذا وجدنا بالمرأة الخليّة حبلاً، وأنكرت الزنا، لم تُحدّ خلافاً لملك، وإذا وجدنا امرأة ورجلاً أجنبيين تحت لحاف، ولم يعرف غير ذلك، لم نُحدّهما، وكذلك إذا أتت المرأة المرأة، لأنه لا إيلاج، والواجب في هذه الصورة التعزير.

قال الغزالي: وَقَوْلُنَا: نُشْتَهَى طَبْعاً يَبِينُ أَنَّهُ لَا يَجِبُ بِالْإِيْلَاجِ فِي الْمَيْتَةِ، وَفِي الْبَهِيمَةِ قَوْلَانِ: أَحْصَهُمَا أَنْ فِيهِ التَّعْزِيرُ، وَفِي قَوْلِ تَقْتُلُ الْبَهِيمَةَ أَيْضاً، ثُمَّ فِي وَجُوبِ قِيمَتِهَا إِنْ كَانَتْ غَيْرَ مَأْكُولَةٍ وَفِي حِلِّهَا إِنْ كَانَتْ مَأْكُولَةً خِلَافاً، وَإِنْ أَوْجَبْنَا الْحَدَّ فَلَا يَثْبُتُ إِلَّا بِأَرْبَعَةِ عُدُولٍ، وَإِنْ أَوْجَبْنَا التَّعْزِيرَ فَيَكْفِي عَدْلَانِ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ.

قال الرافعي: القيد الثالث: أن يكون الإيلاج يشتهى طبعاً، وقصد به التحرز عن



إحدهما: إذا أولج في فرج ميتة، ففيه وجهان منقولان في «التهذيب» وغيره: أحدهما: أنه يجب الحد، لأنه حصل إيلاج فرج في فرج [محرم]<sup>(١)</sup>، لا شبهة فيه.

وأصحهما، وهو المذكور في الكتاب: أنه لا يجب؛ لأنه مما ينفر الطبع عنه، وما ينفر الطبع عنه لا يُحتاج إلى الزجر عنه [بالحد]، كسرب الخمر والبؤل.

الثانية: إتيان البهيمة حرام، وفي عقوبته قولان:

أصحهما: التعزير؛ لأن الطبع السليمة تأباه، ولا يوجد ذلك إلا نادراً من الأراذل، ومثل ذلك لا يزجر عنه بالحد.

والثاني: أنه يجب فيه الحد؛ لأنه إيلاج فرج في فرج حرام، وعلى هذا فقولان:

أحدهما: أنه يقتل محصناً كان أو لم يكن، لما روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ قال: «مَنْ أَتَى بِهِيمَةً فَأَقْتَلُوهُ وَأَقْتَلُوا الْبَهِيمَةَ»<sup>(٢)</sup> قيل لابن عباس - رضي الله عنهما - فَمَا شَأْنُ الْبَهِيمَةِ؟ قال: ما أراه قال ذلك إلا أنه كره أن يؤكل لحمها، وقد عمل بها ذلك العمل، ويروى أنه قال في الجواب: إنها تُرَى، فيقال: هذه التي فُعلَ بها ما فُعلَ، وعن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «مَنْ وَقَعَ عَلَى بِهِيمَةٍ فَأَقْتَلُوهُ وَأَقْتَلُوا الْبَهِيمَةَ»<sup>(٣)</sup>.

والثاني: أن حده حد الزنا، فيُفرق بين المخصن وغيره؛ لأنه حدٌ يجب بالإيلاج، فأشبه الزنا، وفيه طريقتان آخران:

(١) سقط في ز.

(٢) وفي إسناد هذا الحديث كلام رواه أحمد وأصحاب السنن من حديث عمرو بن أبي عمرو وغيره عن عكرمة، عن ابن عباس باللفظ الأول، وأما الرواية الأخرى فهي عند البيهقي بلفظ: ملعون من وقع على بهيمة، وقال: اقتلوه واقتلوا ليلاً، يقال هذه التي فعل بها كذا وكذا، قال أبو داود: وفي رواية عاصم عن أبي رزين عن ابن عباس: ليس على الذي يأتي البهيمة حد، فهذا يضعف حديث عمرو بن أبي عمرو، وقال الترمذي: حديث عاصم أصح، ولما رواه الشافعي في كتاب اختلاف علي وعبد الله من جهة عمرو بن أبي عمرو، قال: إن صح قلت به، ومال البيهقي إلى تصحيحه لما عضد طريق عمرو بن أبي عمرو عنده، من رواية عباد بن منصور عن عكرمة، وكذا أخرجه عبد الرزاق عن إبراهيم بن محمد عن داود بن الحصين عن عكرمة، ويقال: إن أحاديث عباد بن منصور عن عكرمة إنما سمعها من إبراهيم بن أبي يحيى، عن داود عن عكرمة، فكان يدلها بإسقاط رجلين، وإبراهيم ضعيف عندهم، وإن كان الشافعي يقوي أمره، والله أعلم.

(٣) قال الحافظ في التلخيص: في إسناد كلام رواه أبو يعلى الموصلي. نا عبد الغفار بن عبد الله بن الزبير عن علي بن مسهر، عن محمد بن عمرو عن أبي سلمة عنه بهذا، ورواه ابن عدي عن أبي يعلى، ثم قال: قال لنا أبو يعلى بلغنا أن عبد الغفار رجع عنه، وقال ابن عدي: إنهم كانوا لقنوه.

أحدهما: القطع بأنه كاللواط؛ فعلى هذا ينجذب قول التعزير على رأي.

والثاني: القطع بأن الواجب فيه التعزير، حكاه صاحب «البيان» وغيره، وبه قال مالك وأبو حنيفة.

فيجوز أن يُغْلَمَ لهما قوله في الكتاب «وفي البهيمة قولان» بالواو.

التفريع: إن أوجبنا القتل، ففي كفيته الخلاف المذكور في اللواط، وهل تقتل البهيمة؟ ذكر الشيخ أبو حامد وجماعة أنها إن كانت مأكولة، تقتل، وإلا فوجهان:

أحدهما: أن الجواب كذلك؛ لظاهر الخبرين.

والثاني: المنع؛ لما روي أنه ﷺ نَهَى عن ذبح الحيوان، إلا لِمَا كَلَّةٌ<sup>(١)</sup>، وفي إسناد الخبر كلام، ومنهم من أطلق الوجهين في المأكول وغيره، ويخرج من الطريقتين ثلاثة أوجه؛ ثالثها الفرق بين المأكول وغيره.

التفريع: إن قلنا: [إنها] تقتل، فقد ذكروا فيه معاني:

أحدها: كراهية أكلها، لو أمسكت.

والثاني: أنه لئلا يذكر الفاحشة بها.

والثالث: [خوف أن] يأتي بخلق مشوه يشبه بغضه الآدمي، وبعضه البهيمة، المعنى الأول يختص بالمأكول، والثاني والثالث يشملان المأكول وغيره، فمن قال: يُقتل المأكول دون غيره، يجوز أن يذهب إلى المعنى الأول، ولو أتى البهيمة في ذبورها، فيقتل على المعنى الأول والثاني، ولا يُقتل على المعنى الثالث، وهل يحل أكلها، إذا كانت مأكولة، وذبحت؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنها مذكاةٌ كغيرها؛ وهذا ما رجحه الإمام وصاحب «التهذيب».

والثاني: لا؛ لما سبق في الرواية عن ابن عباس - رضي الله عنهما -، وأيضاً، فإنه، إذا وجب قتلها، التحقت بالمؤذيات، وهذا أصح عند الشيخ أبي حامد، فإن قلنا: لا يحل أكلها، أو كانت غير مأكولة، فهل يجب ضمانها، إذا كانت لغير الفاعل؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنها صارت مستحقة القتل شرعاً، كالعبد يُقتل حداً.

وأظهرهما: نعم، لأنه حيوانٌ أتلف، بلا جنائية، وعلى هذا، فعلى من يجب الضمان؟ فيه وجهان عن أبي علي الطبري وغيره.

(١) تقدم في كتاب الغصب.

أحدهما: على بيت المال؛ لأنها قُتِلَت للمصلحة.

وأصحهما: على الفاعل؛ لأن التلف جاء بسبب فعله، وشبه هذا الخلاف في أجرّة الجَلَاد، وإذا قلنا: يحل الأكل فيما إذا كانت البهيمة مأكولة، ففي قدر التفاوت بين قيمتها حيّة مذبوحة ما ذكرنا من الخلاف، ولو مكنت امرأة من نفسها قِزْدًا، كان الحُكْم، كما لو أتى بهيمة، حكاها صاحب «التهذيب» وغيره، ومما يتفرّع على الخلاف المذكور في اللواط وإتيان البهيمة، أنّا إذا أوجبنا الحدّ [فيهما]، فلا تثبتان إلا بأربعة شهود كالزنا، وإن قلنا بوجوب التعزير، فيكفي عدلان أو لا بد من أربعة؟ فيه وجهان:

أحدهما، وبه قال أبو حنيفة والمزني وابن خيران: [أنه] <sup>(١)</sup> يكفي عدلان، كما في سائر الجنایات وعقوباتها.

وأظهرهما، وينسب إلى النص: أنه لا بُدّ من أربعة؛ [لأنها] <sup>(٢)</sup> شهادة على إيلاج فرج في فرج، فأشبهت الشهادة على الزنا، ويجوز أن تختلف عقوبة الإيلاج، ولا يختلف عدد الشهود؛ كالجلد والرجم في الزنا، وليكن قوله في الكتاب «وإن أوجبنا الحدّ» مردود إلى إتيان البهيمة واللواط معاً، فالحكم فيهما واحد.

والمسألة في اللواط أعادها صاحب الكتاب في «الشهادات» وحكى الخلاف في اعتبار العدد على القول بوجوب التعزير قولين، والمشهور وجهان، كما ذكرنا هنا، وكذا قوله قبل ذلك، وفي قول، «تقتل البهيمة» المشهور فيه الوجه.

وقوله «بينهما» فيه «خلاف» يجوز إعلامه بالواو؛ لأن القاضي ابن كنج حكى القَطْع بحلّ الأكل.

قال العزالي: وَقَوْلُنَا مُحْرَمٌ قَطْعاً أَخْتَرْنَا بِهِ عَنِ الْوَطْءِ بِالشُّبْهَةِ وَفِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ وَفِي الْمُنْعَةِ فَإِنَّ الصَّحِيحَ أَنْ لَا حَدَّ فِيهِ، وَأَمَّا وَطْءُ الْحَائِضِ وَالْمُحْرِمَةِ وَالصَّائِمَةِ فَلَا حَدَّ فِيهِ قَطْعاً.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: القيد الرابع كون الإيلاج مُحْرَمًا قَطْعاً، فلا حد في الوطء بالشبهة؛ لأنه لا يوصف بالحرمة، والكلام فيه مبسوط من بعد، [وأردنا] <sup>(٣)</sup> بالإيلاج المحرّم ما يُحْرَمُ بعينه دون ما يحرم؛ لأمر من خارج، وإن لم يتلفظ به، فيخرج وطء الحائض والصائمة والمُحْرِمَةِ؛ لأن التحريم ليس لعين الوطء، وإنما يحرم وطء الحائض؛ للأذى ومخامرة تلك النجاسة، ووطء الصائمة والمُحْرِمَةِ لحرمة العبادة، فلا يتعلق به الحد،

(٢) في أ: لأنه.

(١) سقط في ز.

(٣) في ز: وأراد.

وكذلك وطء الجارية قبل الاستبراء، وكون التحريم مقطوعاً به يُخْرَجُ عنه الوطاء في الأنكحة المختلف في صحتها، ولا يجب الحد بالوطء في النكاح بلا وليٍّ على الأصح، وقد حكينا وجهاً عن الصيرفي في «باب النكاح»: أنه يجب الحدُّ على مَنْ يعتقد تحريمه. ويُحَكِّى عنه، وعن غيره الوجوب على مَنْ يعتقد إباحته أيضاً، كما يوجب الحدُّ على الحنفيِّ بشرب النِّبِّذ، وكذلك لا يجب الحدُّ بالوطء في نكاح المتعة، وفيه خلاف مذكور في النكاح، وقوله في الكتاب «وفي النكاح الفاسد وفي المتعة» نكاح المتعة أحد الأنكحة الفاسدة، فالنُّظْمُ كقوله تعالى: ﴿فِيهِمَا فَاكِهَةٌ وَتَخْلُ وَرُمَانٌ﴾ [الرحمن: ٦٨].

وقوله: «فإن الصحيح» يرجع إلى النكاح الفاسد دون الوطاء بالشبهة، فلا خلاف في أنه لا يجب الحد به.

واعلم أن هذا القيد يُسْتَعْتَى عنه بالذي بعده، وصورُهُ داخلَةٌ في الذي بعده، وقد كَرَّرَ أكثرها فيه.

قال الغزاليُّ: وَقَوْلُنَا: لَا شُبْهَةَ فِيهِ أَحْتَرَزْنَا بِهِ عَن شُبْهَةِ فِي الْمَحَلِّ وَالْفَاعِلِ وَالطَّرِيقِ، أَمَا شُبْهَةُ الْمَحَلِّ فَإِنَّ يَكُونُ مَمْلُوكاً وَإِنْ كَانَتْ مُحَرَّمَةً بِسَبَبِ رَضَاعٍ أَوْ نَسَبٍ أَوْ شَرِكَةٍ أَوْ تَزْوِيجٍ أَوْ عِدَّةٍ فَلَا حَدَّ عَلَى الْجَدِيدِ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ، وَأَمَا فِي الْفَاعِلِ فَإِنَّ يَظُنُّ أَنَّهَا مَمْلُوكَتُهُ أَوْ زَوْجَتُهُ، فَأَمَا فِي الطَّرِيقِ فَإِنَّ يَخْتَلِفُ الْعُلَمَاءُ فِي إِبَاحَتِهِ كَالنِّكَاحِ بِلَا وِلِيِّ وَبِلَا شُهُودٍ وَنِكَاحِ الْمُتَمَعَةِ فَالصَّحِيحُ أَنَّ جَمِيعَ ذَلِكَ يَدْرَأُ الْحَدَّ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: القيد الخامس: أن يكون خالياً عن الشبهة، رُوِيَ عَن رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «أَدْرَأُوا الْحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ»<sup>(١)</sup> وَأَتَّبَعَ صَاحِبُ الْكِتَابِ فِي ضَبْطِ

(١) رواه الترمذي والحاكم والبيهقي من طريق الزهري، عن عروة عن عائشة بلفظ: ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله، فإن الإمام أن يخطيء في العفو، خير من أن يخطيء في العقوبة، وفي إسناده يزيد بن زياد الدمشقي، وهو ضعيف قال فيه البخاري: منكر الحديث، وقال النسائي: متروك، ورواه وكيع عنه موقوفاً، وهو أصح قاله الترمذي، قال: وقد روي عن غير واحد من الصحابة أنهم قالوا ذلك، وقال البيهقي في السنن: رواية وكيع أقرب إلى الصواب، قال: ورواه رشدين عن عقيل عن الزهري، ورشدين ضعيف أيضاً، ورويناه عن علي مرفوعاً: ادروا الحدود، ولا ينبغي للإمام أن يعطل الحدود، وفيه المختار بن نافع، وهو منكر الحديث قاله البخاري، قال: وأصح ما فيه حديث سفيان الثوري عن عاصم عن أبي وائل عن عبد الله بن مسعود قال: ادروا الحدود بالشبهات، ادفعوا القتل عن المسلمين ما استطعتم، وروي عن عقبة بن عامر ومعاذ أيضاً موقوفاً، وروي منقطعاً وموقوفاً على =

«الشُّبُهَاتِ»<sup>(١)</sup> تقسيماً ذكر أن الشيخ أبا محمّد كان يرده في كلامه، وهو أن الشبهة ثلاثة أقسام، شبهة في المَحَلِّ، وأخرى في الفاعل، وأخرى في الجهة والطريق.

القسم الأول: الشبهة في المَحَلِّ؛ بأن يكون مملوكاً له، كما لو وطئ جاريتَه المحرّمة عليه؛ بمحرمة رضاع أو نسب؛ بأن كانت أخته من الرضاع أو النسب، أو كانت بنته أو أمّه من الرضاع، ففي وجوب الحد قولان:

أصحُّهما، وبه قال أبو حنيفة: لا يجب؛ لشبهة المِلْك المبيح<sup>(٢)</sup>.

والثاني: يجب، لأنه وطء لا يستباح بحال؛ فأشبهه اللواط، ويجري الخلاف فيما إذا كانت موطوءة أبيه أو ابنه، ولو وطئ جاريتَه مشتركةً بينه وبين غيره، أو جاريتَه المزوّجة أو المعتدة عن زوجها، ففيه طريقتان:

أحدهما: طرد القولين، وهذا ما ذكره في الكتاب.

وأقواهما: القطع بالمنع؛ لأن تحريمهن لا يتأبد، فأشبهه وطء الحائض والمُحرّمة، وفي معنى هؤلاء الجارية المَجوسية والوثنية، وما إذا أسلمت جارية ذمي، فوطئها قبل أن تباع عليه، وإذا قلنا: لا يجب الحد يثبت النسب وحرمة المصاهرة، وإذا قلنا: يجب، فلا يثبتان، وقيل: يثبت النصب، وتصير الجارية مستولدةً بلا خلاف، فيدخل في هذا القسم وطء الأب جارية الابن لشبهة حقّه في مال الابن، ويجوز أن يُعدّ منه وطء الحائض والمُحرّمة و[مَنْ] في معناهما.

والقسم الثاني: الشبهة في الفاعل؛ وذلك بأن يجد امرأة على فراشه فيطأها على ظنّ أنها زوجته أو أمّته، فلا حدّ عليه، وإذا ادعى أنه ظنّ ذلك، فعن النص أنه يخلف ويُدرأ عنه الحد، وقال أبو حنيفة: يجب الحد، ولا أثر لهذا الظن، إلا إذا زُفّت إليه امرأة، وقيل [له: (٣)] إنها التي نكّحتّها، وكانت غير [التي نكحها]<sup>(٤)</sup> لنا: القياس على ليلة الزفاف، وعلى ما إذا شرب شراباً على ظن أنه ليس بخمر، [فإذا هو خمر]<sup>(٥)</sup>، ولو ظن الموطوءة الجارية المشتركة بينه وبين غيره، فكأنّ غيرها، وفرّعنا على أنه لا يجب

= عمر، قلت: ورواه أبو محمد بن حزم في كتاب الإيصال من حديث عمر موقوفاً عليه بإسناد صحيح، وفي ابن أبي شيبة من طريق إبراهيم النخعي عن عمر: لأن أخطيء في الحدود بالشبهات، أحب إليّ من أن أقيهما بالشبهات، وفي مسند أبي حنيفة للحارثي من طريق مقسم عن ابن عباس بلفظ الأصل مرفوعاً.

(١) في ز: الشهادات.

(٢) في ز: المبيح.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٥) في ز: فكان خمرأ.

الحدُّ بوطء الجارية المشتركة، قال الإمام: فيه تردد، ويظهر أن يقال: لا حد؛ لأنه ظن ما لو تحقَّقه لأنذَقَ الحدُّ، ويجوز أن يقال: يجب؛ لأنه علم [التحريم] وظن أنه اقترن به ما يدفع الحدُّ، فلم يكن [فكان] من حقِّه، إذا علم التحريم، أن يمتنع.

القسم الثالث: الشبهة في الطريق والجهة، قال الأئمة: كلُّ جهة صحَّحها بعضُ العلماء، وحكم بحل الوطء بها، فالظاهر أنه لا حدُّ على الواطء بتلك الجهة، وإن كان لا يعتقد الحلُّ، وذلك كالوطء في النكاح بلا وليٍّ؛ كمذهب أبي حنيفة، وبلا شهودٍ؛ كمذهب مالك، وفي نكاح المتعة، وقد سبق الكلام في هذه الصور.

واعلم أنا ذكرنا في «كتاب الرهن» أن<sup>(١)</sup> ظاهر المذهب وجوبُ الحدِّ على المرتهن إذا وطئ الجارية المرهونة بإذن الرّاهن، وهو يعتقد التحريم، وقد حُكي عن عطاء بن أبي رباح، أنه يباح وطء الجارية بإذن مالِكها، وقياس ما نذكره الآن أن يكون الظاهر في تلك الصورة ألا يجب الحدُّ أيضاً؛ وأن يجعل مذهب شبهة دارنة، وكأنهم لم يصحِّحوا النقل عنه، ولم يتحقَّق عندهم أنه مذهبه، وإن قيل إن [ذلك مذهبه لكن]<sup>(٢)</sup> الإجماع انعقد [بعده]<sup>(٣)</sup> على التحريم، والإجماع اللاحق يرفع أثر الخلاف السابق، فهذا قد يُذكر مثله في نكاح المتعة، فيلزم أن يرجَّح فيه وجوبُ الحدِّ أيضاً [والله أعلم].

وقوله في الكتاب «فلا حد على الجديد في جميع ذلك» وصف الخلاف بالجديد والقديم تعرَّض له الإمام وتابعه صاحب الكتاب، وسكت أكثرهم عنه، وأرسلوا ذكر القولين، بل في «الشامل» أن قول وجوب الحدِّ منصوصٌ عليه في «الإملاء» ونسبهما معاً ناسبون إلى «الإملاء» [والإملاء]<sup>(٤)</sup> محسوبٌ من الكتب الجديدة، ثم يجوز أن يُعلم قوله «على الجديد» بالواو؛ لما حكينا من القطع بالمنع في بعض الصور المذكورة.

قال الغزاليُّ: وَلَوْ نَكَحَ أُمُّهُ وَوَطَّئَهَا حَدٌّ كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَ لِلزَّانَا أَوْ إِبَاحَةَ الوَطْءِ، وَلَوْ زَنَتْ خُرْسَاءُ بِنَاطِقٍ أَوْ بِالْعَكْسِ أَوْ مَكَثَتْ الْعَاقِلَةُ مَجْنُونًا أَوْ أَنْكَرَ أَحَدُ الوَاطِئِينَ أَوْ زَنَى بِأَمْرَأَةٍ يَسْتَحِقُّ عَلَيْهَا الْقِصَاصُ أَوْ فِي دَارِ الْحَرْبِ وَجَبَ الْحَدُّ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ.

قال الرافعيُّ: لَمَّا فَرَّغَ مِنَ الْكَلَامِ فِي الشُّبْهَةِ الدَّارِنَةِ، ذَكَرَ الصُّورَ الَّتِي عَدَّهَا بَعْضُهُمْ مِنَ الشُّبْهِ الْمُؤَثَّرَةِ، وَلَيْسَتْ كَذَلِكَ، فَمِنْهَا: لَوْ نَكَحَ أُمُّهُ أَوْ مَخْرَمًا غَيْرَهَا؛ [إمَّا]<sup>(٥)</sup> بنسب أو رضاع أو مصاهرة، ووطئها، يجب عليه الحدُّ، وعند أبي حنيفة، لا يجب، وتصير صورة العقد شبهةً.

(٢) سقط في ز.

(١) في ز: لو.

(٤) سقط في ز.

(٣) في ز: هذه.

(٥) سقط في ز.

لنا: أنه وطءٌ صادف محلاً، ليس له فيه ملك ولا شبهةٌ ملك، وهو مقطوع بتحريمه، فيتعلق به الحد، وهكذا لو نكح المطلقة ثلاثاً أو الملائكة أو نكح من تحته أربعاً خامسةً، أو نكح أختاً على أخت، ووطيء عالماً بالحال، يجب عليه الحد، وحكى القاضي ابن كج فيما إذا نكح أخته من الرضاع ووطئها، وأدعى الجهل بالتحريم قولين في أنه، هل تُقبل دعواه، ولا خلاف في أنه لا يُقبل في الأخت من النسب، ولو نكح [معتدة أو مرتدة]، أو ذات زوج أو نكح الكافر مسلمةً، ووطيء، وجب الحد، كما ذكرنا في نكاح المحارم، وبمثله أجاب في «التهذيب» إذا نكح وثيقة أو مجوسية، وقال الروياني في «جمع الجوامع»: في المجوسية لا يجب الحد؛ [لأن] في نكاحها خلافاً، وهذا هو القياس إذا تحقق الخلاف، ولو ادعى الجهل بكون المرأة معتدة، أو ذات زوج، حلف، إن كان ما يدعيه ممكناً، وذرىء عنه الحد، نص عليه، وعن القاضي أبي حامد: أنه قد نُقل أن اليمين استظهاراً<sup>(١)</sup>، ولو قالت المرأة: علمت أنني معتدة أو ذات زوج، حدثت، وإن لم يُحد الرجل.

ومنها: إذا استأجر امرأةً للزنا وزنا بها، لزمه الحد خلافاً لأبي حنيفة.

لنا: أنه عقدٌ باطلٌ، فلا يُورث شبهةً، كما لو اشترى حرّةً، فوطئها أو خمرأ [فشربها] وأيضاً، فلو كان شبهةً ثبت به النسب، ولا يثبت بالاتفاق.

ومنها: لو أباحت الوطء لرجل، فوطئها، [فعليهما]<sup>(٢)</sup> الحد، ولو أباح جاريتَهُ لغيره، فعلى ما ذكرنا في [كتاب]<sup>(٣)</sup> الرهن، ويشبه أن لا يجيء مذهب عطاء في إباحتها المرأة بضعها؛ لأن السيد يبيح ما أبيع له، والمرأة بخلافه، وذكر صاحب الكتاب في «الوسيط»: أن أبا حنيفة خالف في صورة الإباحتها، والمتبادر إلى الفهم من ذلك: أنه يسقط الحد بالإباحتها، والذي يوجد في كتب الأئمة، أن أبا حنيفة قال: إذا أباحت المرأة جاريتها لزوجها، فوطئها، [سقط]<sup>(٤)</sup> الحد، وسكتوا عن إباحتها الرجل جاريتها، وعن إباحتها المرأة بضعها وجاريتها لغير الزوج. ومنها: إذا زنت خرساءً بناطقي أو بالعكس، وجب الحد، وعن أبي حنيفة: أنه إذا أقر أنه زنا بخرساء، لا يُحد؛ لأن إقرار الأخرس بالزنا لا يصح؛ فيصير كما لو كانت، ناطقةً، فكذبته لا يحد، ونحن لا نوافق على هذا الأصل، كما سيأتي إن شاء الله تعالى، ويُقبل إقرار الأخرس بالزنا.

ومنها: إذا زنى العاقل البالغ بمجنونة أو مراهقة أو نائمة، لزمه الحد، وإن لم يلزمها، ولو مكنت [البالغة العاقلة] مجنوناً أو مراهقاً أو نائمةً، فعليها الحد خلافاً لأبي

(١) في الروضة: مستحبة.

(٢) في ز: فعليه.

(٣) سقط في ز.

(٤) في أ: يسقط.

حنيفة؛ حيث قال: لا يجب، لأن فعل الرجل، والحالة هذه، ليس بزنا. لنا: القياس على الطرف الآخر، ولا نسلم أنه ليس بزناً، ولكن لا يجب به الحد.

ومنها: لو قال: زنيْتُ بهذه المرأة، فحدثت، فعليه الحد؛ لأنه أقر بما يوجبُه، وقال أبو حنيفة: لا يجب الحد. ومنها: لو زنا بأمرأة، له عليها قصاص، يلزمه الحد، وقال أبو حنيفة: إذا زنا بأمة، له عليها قصاص، لم يجب الحد. ومنها: إذا زنا في دار الحرب، وجب عليه الحد خلافاً لأبي حنيفة، ثم الأصح أن للإمام أن يقيم الحد هناك، إذا لم يخف فتنة، وفيه قول: أنه لا يقيمه، لما فيه من انكسار قلوب [المسلمين] (١).

قال الغزالي: **وَفِي الْمَكْرَهِ عَلَى الزَّانَا قَوْلَانِ، وَالْمَكْرَهَةُ عَلَى التَّمَكِينِ لَا حَدَّ عَلَيْهَا.**

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الضَّبْطُ الَّذِي سَبَقَ لِبَيَانِ الْفِعْلِ الْمَوْجِبِ لِلْحَدِّ، وَيُشْتَرَطُ فِي الْفَاعِلِ أَنْ يَكُونَ مَخْتَاراً، فَلَوْ أَكْرَهَ [على الزنا] (٢) فِي وَجُوبِ الْحَدِّ وَجْهَانِ، وَقَالَ فِي الْكِتَابِ: قَوْلَانِ:

أصحهما: أنه لا يجب؛ لشبهة الإكراه، وعن رسول الله ﷺ أنه قال: «رُفِعَ عَن أُمَّتِي الْخَطَأُ وَالنَّسْيَانُ وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ» (٣).

والثاني: يجب؛ لأن انتشار الآلة لا يكون إلا عن شهوة واختيار.

وعند أبي حنيفة: إن أكرهه السلطان، لم يجب الحد، وإن أكرهه بعض الرعية، وجب، ولا يخفى أنه يشترط لوجوب الحد التكليف حتى لا يجب على الصبي والمجنون، ويجوز أن يقال: إن وطئها، يخرج عن الضابط المذكور بقيد التخريم، فإن فعلهما لا يوصف بالتخريم، ومن لا يعلم تحريم الزنا؛ لقرب عهده بالإسلام، أو لأنه نشأ في بادية بعيدة من المسلمين، لا حد عليه. روي أن رجلاً قال: زنيْتُ البارحة، فسئل، فقال: ما علمت أن الله حرمه، فكتب بذلك إلى عمر - رضي الله عنه - فكتب عمر - رضي الله عنه - «إِنْ كَانَ عَلِمَ أَنَّ اللَّهَ حَرَّمَهُ فَحُدُّهُ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ، فَأَعْلِمُوهُ، فَإِنْ عَادَ، فَأَزْجُمُوهُ» (٤).

(١) في أ: المؤمنين.

(٢) في أ: حتى زنى.

(٣) تقدم.

(٤) رواه البيهقي من رواية بكر بن عبد الله عن عمر: أنه كتب إليه في رجل قيل له: متى عهدك بالنساء؟ فقال: البارحة، قيل: بمن؟ قال: بأم مثنوي، يعني ربة منزلي، فقيل له: قد هلكت، قال: ما علمت أن الله حرم الزنا، فكتب عمر أن يستحلف، ثم يخلي سبيله، وروينا في فوائد عبد الوهاب بن عبد الرحيم الجويري قال أنا سفيان، عن عمرو بن دينار أنه سمع سعيد بن المسيب يقول: ذكر الزنا بالشام، فقال رجل: قد زنيْتُ البارحة، فقالوا: ما تقول؟ فقال: أو حرمه الله؟ ما علمت أن الله حرمه، فكتب إلى عمر، فقال: إن كان علم أن الله حرمه فحدوه، =



وإن كان قد نشأ بين المسلمين، وقال: لم أعلم التحريم، لم يُقْبَل قوله، [فإنه] خلاف الظاهر، ولو علم التحريم، ولم يعلم تعلق الحد به، فقد جعله الإمام على التردد الذي ذكره فيما إذا وطئ امرأة على ظن أنها [الجارية] المشتركة بينه وبين غيره، فكانت غيرَها، [والله أعلم].

قال الغزالي: هَذَا هُوَ مُوجِبُ الْحَدِّ وَلِيُظَهَرَ لِلْقَاضِي بِجَمِيعِ قُبُودِهِ إِمَّا بِالْإِقْرَارِ (ح) أَوْ الشَّهَادَةِ، وَيَكْفِي الْإِقْرَارَ (ح) مَرَّةً وَاحِدَةً، وَإِنْ رَجَعَ سَقَطَ الْحَدُّ، وَهَلْ يَنْزِلُ الْتِمَاسُهُ تَرَكَ الْحَدَّ أَوْ هَرَبَهُ أَوْ أَمْتِنَاعَهُ مِنَ التَّمَكُّينِ مَنْزِلَةَ الرُّجُوعِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، فَإِنْ ثَبِتَ بِالشَّهَادَةِ لَمْ يَسْقُطْ بِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ، وَفِي سُقُوطِهِ بِالتَّوْبَةِ قَوْلَانِ يَجْرِيَانِ فِي كُلِّ حَدٍّ لِلَّهِ تَعَالَى.

قال الرافعي: قد بان موجب الحد ومن يجب عليه، ولا بد من ثبوته عند القاضي؛ إما بالبينه أو بالإقرار [ليتمكن من إقامة الحد؛ أما البينة<sup>(١)</sup>]؛ فقد قال تعالى: ﴿وَاللَّاتِي يَأْتِيَنَّ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ﴾ [النساء: ١٥] وأما الإقرار، فعن أبي هريرة<sup>(٢)</sup> - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - قال: جاء معاذ بن مالك إلى رسول الله ﷺ فقال: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنِّي قَدْ زَنَيْتُ، فَأَعْرَضَ عَنْهُ، ثُمَّ جَاءَ مِنْ شِقِّهِ الْأَيْمَنِ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنِّي قَدْ زَنَيْتُ، فَأَعْرَضَ عَنْهُ، ثُمَّ جَاءَ مِنْ شِقِّهِ الْأَيْسَرِ، وَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنِّي قَدْ زَنَيْتُ، فَأَعْرَضَ عَنْهُ، ثُمَّ جَاءَ، فَقَالَ: إِنِّي قَدْ زَنَيْتُ، قَالَ ذَلِكَ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ، فَقَالَ أَبُكَ جُنُونٌ؟ قَالَ: لَا، يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَقَالَ: أَحْصِنْتِ، فَقَالَ: نَعَمْ، قَالَ: أَنْطَلِقُوا بِهِ، فَأَزْجُمُوهُ، فَأَنْطَلَقُوا بِهِ، فَلَمَّا مَسَّتْهُ الْحِجَارَةُ أَذْبَرَ يَسْتَدُّ، فَلَقِيَهُ رَجُلٌ فِي يَدِهِ لَخِي حَمَلٍ، فَضْرَبَهُ، فَضْرَعَهُ، فَذَكَرُوا لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ هَرَبَهُ جِئِن مَسَّتْهُ الْحِجَارَةُ، فَقَالَ: هَلَّا تَرَكَتُمُوهُ قَالَ الْأَصْحَابُ: لِمَ يَكُن تَرِيدُ النَّبِيَّ ﷺ مَاعِزاً لِيُقَرَّرَ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ، وَلَكِنَّهُ ارْتَابَ فِي أَمْرِهِ، فَاسْتَبْتَهُ؛ لِيَعْرِفَ أَبَهُ جُنُونٌ أَوْ شَرِبَ خَمْرًا أَمْ لَا؟ وَإِلَّا، فَيَكْفِي الْإِقْرَارَ

= وإن لم يكن علم فعلموه، فإن عاد فحدوه، وهكذا أخرجه عبد الرزاق عن ابن عيينة، وأخرجه أيضاً عن معمر بن عمرو بن دينار وزاد: إن الذي كتب إلى عمر بذلك، هو أبو عبيدة بن الجراح، وفي رواية له: أن عثمان هو الذي أشار بذلك على عمر رضي الله عنهما، وروى البيهقي من طريق يحيى بن عبد الرحمن بن حاطب، قصة لعمر وعثمان في جارية زنت وهي أعجمية، وأدعت أنها لم تعلم تحريمه.

(١) سقط في ز.

(٢) رواه الترمذي بتمامه دون قوله: فقال أحصنت، وهو في الصحيحين بغير تسمية، وفي رواية رجل من أسلم وفيها قوله: قال: هل أحصنت، إلا أنه ليس عندهما قوله: فانطلقوا، فلما مسته الحجارة أذبر يستد، نعم هذا اتفاقاً عليه من حديث جابر، وروى أحمد هذا الحديث بتمامه من حديث جابر.

مرةً واحدةً، وبهذا قال مالك، ويدل عليه ما رُوِيَ أنه ﷺ قَالَ لِأَنْبَسٍ: «أَعْدُ إِلَى أَمْرَاءَ هَذَا، فَإِنْ أَعْتَرَفْتَ فَأَرْجُمُهَا» علق الرجم بمُطْلَقِ الاعتراف، وقال أبو حنيفة: لا يحدُّ، ما لم يُعْرَ أربع مرّاتٍ في أربع مجالس، واعتبر أحمد المرات الأربع، ولم يشترط أن يكون في مجالس متفرقة.

وَيُسْتَحَبُّ لِمَنْ ارْتَكَبَ كَبِيرَةً تَوْجِبُ حُدَّ اللَّهِ تَعَالَى أَنْ يَسْتَرِ عَلَى نَفْسِهِ، رُوِيَ أَنَّهُ ﷺ<sup>(١)</sup> قَالَ: «مَنْ أَتَى مِنْ هَذِهِ الْقَادُورَاتِ شَيْئًا، فَلْيَسْتَتِرْ بِبِئْرِ اللَّهِ، فَإِنَّ مَنْ أَبْدَى لَنَا صَفْحَتَهُ، أَقْمْنَا عَلَيْهِ الْحُدَّ» قال في «التهديب»: ويخالف ما إذا قَتَلَ أَوْ قَذَفَ، يُسْتَحَبُّ لَهُ الْإِقْرَارُ؛ لَيْسَتْ وَفَى مِنْهُ الْقِصَاصُ أَوْ حُدُّ الْقَذْفِ؛ لِمَا فِي حَقِّقِ الْأَدْمِيينِ مِنَ التَّشْدِيدِ، وَيُشَبَّهُ أَنْ يُقَالَ: يَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يَعْتَرِفَ، وَلَا يَقْتَصِرُ عَلَى الْاسْتِحْبَابِ، وَقَدْ مَرَّ نَحْوَهُ فِي أَوَّلِ اللَّعَانِ، وَهَلْ يُسْتَحَبُّ لِلشُّهُودِ [كَتَمَانَ]<sup>(٢)</sup> الشَّهَادَةَ فِي حُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أصحهما: لا؛ لثلاث تعطل<sup>(٣)</sup>، وإذا ثبت الحدُّ، لم يجز العفو عنه، ولا الشفاعة،

(١) أخرجه مالك في الموطأ عن زيد بن أسلم: أن رجلاً اعترف على نفسه بالزنا على عهد رسول الله ﷺ، فدعا له رسول الله ﷺ بسوط، الحديث وفيه: ثم قال: أيها الناس قد آن لكم أن تنتهوا عن حدود الله، فمن أصاب من هذه القادورات، فذكره وفي آخره: نقم عليه كتاب الله، ورواه الشافعي عن مالك، وقال: هو منقطع، وقال ابن عبد البر: لا أعلم هذا الحديث أسند بوجه من الوجوه، انتهى، ومراده بذلك من حديث مالك، وإلا فقد روى الحاكم في المستدرک عن الأصم عن الربيع عن أسد بن موسى عن أنس بن عياض عن يحيى بن سعيد وعبد الله بن دينار، عن ابن عمر: أن النبي ﷺ قال بعد رجمه الأسلمي، فقال: «اجتنبوا هذه القادورات»، الحديث. ورويناه في جزء هلال الحفار عن الحسين بن يحيى القطان عن حفص بن عمرو الربالي عن عبد الوهاب الثقفي عن يحيى بن سعيد الأنصاري به إلى قوله: فليستتر بستر الله، وصححه ابن السكن، وذكره الدارقطني في العلل، وقال: روي عن عبد الله بن دينار مسنداً ومرسلاً، والمرسل أشبه.

(تنبيه) لما ذكر إمام الحرمين هذا الحديث في النهاية، قال: إنه صحيح متفق على صحته، وتعبه ابن الصلاح فقال: هذا مما يتعجب منه العارف بالحديث، وله أشباه بذلك كثيرة أوقعه فيها أطراحه صناعة الحديث التي يفتر إليها كل فقيه وعالم.

(٢) في ز: كمال.

(٣) قال في الخادم: حيث قلنا باستحباب الستر وهو ما صححه الرافعي فحله كما قاله الماوردي والروياتي فيما إذا لم يتعلق بتركها إيجاب حده على الغير، فإن تعلق به كما لو شهد ثلاثة بالزنا فإن الرابع يأتي بالتوقف ويلزمه الأداء ومثله لو قذف وثم بينة بالفعل أو الإقرار فعليهم الأداء لا محالة وكذا لو شتمه بما يوجب التعزير وطاله المشتوم وعلم عدلان بوقوع ذلك منه يلزمهما الأداء به لظهر الشاتم بل الظاهر أنه يلزمهما الإعلام إن كان جاهلاً بشهادتهما.

ولو أقر على نفسه بالزنا، ثم رجع عنه، سقط الحد، وبه قال أبو حنيفة وأحمد؛ لما روي أنه ﷺ قال في قصة ماعز: «لَعَلَّكَ قَبَّلْتَ، لَعَلَّكَ لَمَسْتَ»<sup>(١)</sup> وهذا كالتعرض بالرجوع، وعن مالك روايتان في قبول الرجوع، وهل يُستحب له الرجوع؟ فيه وجهان يُقاسُ أحدهما باستحباب السُّتر في الابتداء، ويُفَرَّقُ في الثاني بأن الهتك قد حصل هاهنا، فلا يقنع تكذيبه نفسه، ولو كان قد قال: زنيته بفلاتة، فهو مقرر بالزنا، قاذف لها، فإن أنكرت أو قالت: كان قد تزوجني، فعليه حد الزنا، وحد القذف، فإن رجع، لم يسقط حد القذف، ولو قال: زنيته بها [مكروهة] لم يجب حد القذف، ويجب مع حد الزنا المهر، ولا يسقط المهر بالرجوع، ولو رجع عن الإقرار بغد ما أقيم [عليه]<sup>(٢)</sup> بعض الحد ترك الباقي، ولو قتله قاتل بغد الرجوع، ففي وجوب القصاص وجهان، رواهما القاضي ابن كج، ورأى الأصح أنه لا يجب، ونسبه إلى أبي إسحاق، لاختلاف العلماء في أنه هل يسقط الحد بالرجوع؟ ولو رجع بغد ما جلد بغض الجلد، فاتم الإمام الجلد، ومات منه، والإمام ممن يرى سقوط الحد بالرجوع، فعن أبي الحسين رواية قولين في وجوب القصاص، فإن قلنا: لا يجب، فيجب نصف الدية، أو توزع على السياط؟ فيه قولان، قال القاضي ابن كج: وعندي لا قصاص قولاً واحداً؛ لأن الزهوق حصل من مباح ومحذور.

والرجوع عن الإقرار؛ بأن يقول: كذبت أو رجعت عما أقررت به أو ما زنيته أو كنتُ فاخذتُ أو لمستُ، فاعتقده زناً؛ ولو شهد الشهود على إقراره بالزنا، فقال: ما أقررتُ أو قال، بغد ما حكم الحاكم بإقراره، ما أقررتُ، فهذا تكذيب للشهود وللقاضي، فلا يلتفت إليه، وعن أبي إسحاق، والقاضي أبي الطيب: أنه كما لو قال: رجعتُ أو ما زنيته؛ لأنه غير معترف في الحال بوجوب الحد عليه، ولو قال: لا تقيموا الحد عليّ أو هرب، أو<sup>(٣)</sup> امتنع من الاستسلام، فهل يُقام ذلك مقام الرجوع؟ فيه وجهان عن صاحب «التقريب».

أحدهما: نعم؛ لإشعاره بالرجوع.

وأصحهما: لا؛ لأنه قد صرح بالإقرار، ولم يصرح بالرجوع، ولكن يُخلَى في الحال، ولا يتبع لقوله ﷺ<sup>(٤)</sup> في خبر ماعز: «فَهَلَّا تَرَكَنْمُوهُ» والمعنى فيه أنه ربما قصد

(١) رواه البخاري من حديث ابن عباس بلفظ: لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت، قال: لا، قال: أنكنتها؟ لا يكنى، قال: نعم، ورواه الحاكم من وجه آخر عن ابن عباس بلفظ: لعلك قبلتها، قال: لا، قال: لعلك مستتها، قال: لا، قال: ففعلت بها كذا وكذا. ولم يكن، قال: نعم.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: و.

(٤) تقدم.

الرجوع، فيعرض عنه احتياطاً، فإن رجع، فذاك، وإلا، أقيم عليه الحد، ولو أتبع الهارب، فزج، فلا ضمان؛ لأن النبي ﷺ لم يوجب عليهم في قصة ماعز شيئاً، والرجوع عن الإقرار بشرب الخمر كالرجوع عن الإقرار بالزنا، وفي الرجوع عن الإقرار بالسرقه وقطع الطريق خلاف سيأتي في «السرقه» إن شاء الله تعالى:

ولو تاب مَنْ ثبت زناه، فهل يسقط الحد عنه بالتوبة؟ فيه قولان:

أحدهما: نعم؛ لأنه زوي في بعض الروايات أنه ﷺ قال لماعز: «أزجع، فاستغفر الله وتب إليه».

وزوي أنه ﷺ قال: «هلاً زدتموه إلي لعله يتوب».

وأصحهما، وهو الجديد، وبه قال أبو حنيفة: أنه لا يسقط؛ كيلا يتخذ، ذلك ذريعة إلى إسقاط الحدود وإبطال الزواجر، ويدل عليه قوله ﷺ<sup>(١)</sup>: «من أبدى لنا صفحته، أقمنا عليه حد الله تعالى، ولفظ «التوبة» في قصة ماعز محمولة على الرجوع عن الإقرار، وفي موضع القولين طريقان:

أحدهما: أنهما جريان فيما إذا تاب قبل الرفع إلى القاضي وبغده.

والثاني: أن القولين مخصوصان بما إذا تاب قبل الرفع، أما بغده، فيقطع بأنه، لا يسقط الحد، وتام الكلام في مسألة التوبة يأتي في «قطع الطريق» إن شاء الله تعالى.

وقوله في الكتاب «ويكفي الإقرار مرة واحدة» معلم بالحاء والألف.

وقوله «سقط الحد» بالميم، ويؤى عن مالك أنه قال: إن ذكر [الإقراره] تأويلاً، بأن قال: حسب المفاخدة زناً، يُقبل، ولا يُقبل الرجوع المطلق.

وقوله «فإن ثبت بالشهادة، لم يسقط بشيء من ذلك» أي بالتماس ترك الحد والهرب وغيرهما، وفي «النهاية» حكاية خلاف فيه، وكان المقصود منه أننا إذا فرغنا على أنه يسقط الحد بالتوبة، فينزل ذلك منزلة التوبة على رأي، كما ينزل منزلة الرجوع عن الإقرار على رأي، وهذا يجوز إعلام قوله «لم يسقط بشيء من ذلك» بالواو، [والله أعلم].

«فرغ»: إذا أقر بالزنا، ثم شهد عليه بالزنا أربعة، ثم رجع عن الإقرار، هل يُحد؟ حكى القاضي ابن كج فيه وجهين عن أبي الحسين بن القطان؛ نعم؛ لأنه [بقيت]<sup>(٢)</sup> حجة البيئته، وإن بطلت حجة الإقرار، وشبهه بما إذا شهد عليه ثمانية، ثم رجع أربعة، وثبت أربعة، وعن أبي إسحاق لا، لأنه لا معنى للبيئته مع الإقرار،

(١) سقط في ز.

(٢) تقدم.

وكتنا<sup>(١)</sup> نحدّه بالإقرار، [وقد] بطل بالرجوع.

قال الغزالي: ولو شهد أربعة على زناها فشهد أربع نسوة على أنها عذراء سقط الحد (م)، ولو شهد أربعة على أنه زنى وعين كل واحد زاوية من البيت فلا حد إذ لم يتفقوا على فعل واحد، ولو شهد اثنان على أنه زنى بها مكرهة واثنان على أنه زنى بها مطوعة لم يجب عليها الحد، وفي وجوبه على الرجل خلاف.

قال الرافعي: الكلام في عدد شهود الزنا وفي رجوع بعضهم أو كلهم عن الشهادة مؤخر إلى «كتاب الشهادات»، وهناك يذكر كيفية الشهادة، أنه لا بد من تفسير الزنا بخلاف ما لو قذف إنساناً، فقال: زني، يجب الحد، وإن لم يفضل للحقوق العار، وهل يشترط في الإقرار بالزنا التفسير كما في الشهادة، أو لا يشترط كما في القذف؟ فيه وجهان. ولا فرق بين أن يشهد شهود الزنا في مجلس واحد، أو في مجالس متفرقة، وقال أبو حنيفة: إن شهدوا في مجالس متفرقة، لم تقبل، وعليهم حد القذف، والاعتبار بمجلس القاضي، طال أم قصر.

لنا: أن شهادتهم مقبولة عند الاجتماع، فكذا عند التفرق، كما في سائر الوقائع؛ على أنهم إذا جاءوا متفرقين، كانوا أبعد عن التهمة، فتكون شهادتهم أولى بالقبول، ولو شهد الشهود، ثم غابوا، أو ماتوا، فللحاكم أن يحكم بشهادتهم، ويقيم الحد خلافاً لأبي حنيفة، وتقبل الشهادة على الزنا بعد تطاول الزمن خلافاً لأبي حنيفة، ويؤوى عنه

(١) قال الأدرعي: قوة كلامه يفهم أنه لو تقدمت البينة أنه لا أثر للرجوع. وقال الدارمي: إذا شهدوا عليه بالزنا ثم أقر ورجع. قال المروزي: يقبل. وقال ابن القطان: قال غيره لا يقبل وكذا نقلهما الماوردي في الصورتين. ثم قال: الأصح عندي من إطلاق هذين الوجهين اعتبار أسبقهما سواء كان هو الإقرار أو البينة، وترتب على السابق حكمه دون اللاحق. انتهى وفي أشرف أبي سعيد الهروي وغيره أنه لو أقر المشهود عليه قبل الحكم فالقول مستند إلى الإقرار دون الشهادة. وحكى الفوراني وجهاً في المناظرة أنه مستند إليهما جميعاً وليس بمذهب.

قال - أعني صاحب القوت: وسيأتي في الدعاوى ما يقتضي إسناده إلى الشهادة فقط، وتفصيل الماوردي هو المختار وسقوط الحد بعد ثبوت الزنا بالبينة وبالرجوع عن الإقرار اللاحق من بعد بعيد مؤد إلى سد الباب ولا خفاء أن محل الوجهين فيما قبل الحكم بالبينة. ولم أره نصاً. انتهى.

وقال الشيخ جلال الدين البلقيني بعد ذكره كلام الروضة: لو انعكس التصوير فقامت البينة ثم قال: فهل يقبل رجوعه يعني على أن الحكم في هذه الصورة عند عدم الرجوع يستند إلى الشهادة والإقرار جميعاً أم إلى الإقرار دون الشهادة، وفيه وجهان حكاها النووي عن أبي سعيد الهروي. قال: والصحيح منهما الثاني والأول حكاها الفوراني في المناظرة، وقضيته أنا إذا قلنا: يستند إلى الإقرار وهو الصحيح صح رجوعه وإلا فلا، ولكن قد يتوقف في ذلك من جهة أن البينة لا رجوع فيها، وقد أقيمت في وقت إقامتها وهو الإنكار فلا سبيل إلى إبطالها.

تحديد التناول بسنة. إذا عُرف ذلك ففي الفضل صُور:

إحداها: إذا شهد أربعة على امرأة بالزنا، وشهد أربع نسوة على أنها عذراء، لا يجب عليها حد الزنا، لشبهة بقاء العذرة خلافاً لمالك، ولو قذفها قاذف، لم يلزمه الحد؛ لقيام الشهادة على الزنا، واحتمال أنه زالت العذرة، ثم عادت لترك المبالغة في الافتضاض، وكذلك لا يجب حد القذف على الشهود، ولو أقامت هي أربعة على أنه أكرهها<sup>(١)</sup> على الزنا، وطلبت المهر، وشهد أربع نسوة على أنها عذراء، فلا حد عليه للشبهة، وعليه المهر؛ لأنه يثبت مع الشبهة، ولا يجب عليها حد القذف بشهادة الشهود، ولو شهد اثنان على أنه وطئها بشبهة، [وشهد] أربع نسوة على أنها عذراء، فكذلك يجب المهر [ولا حد عليه للشبهة] قال القاضي ابن كج: ولو شهد على امرأة أربعة بالزنا، وشهد أربع نسوة على أنها رتقاء، فليس عليها حد الزنا، ولا عليهم حد القذف؛ لأنهم رموا بالزنا من لا يتأتى منه الزنا.

الثانية: لو شهد أربعة بالزنا، وعين كل واحد منهم زاوية من زوايا البيت، لم يجب الحد على المشهود عليه، لأنهم لم يتفقوا على زنيّة واحدة، فأشبه ما إذا قال بعضهم: زني بالغداة، وبعضهم: زني بالعشي، وقال أبو حنيفة «يجب الحد عليه»، وسلم أنه لو شهد اثنان على أنه زني بها بالبصرة، واثنان على أنه زنا بها بالكوفة، أو اثنان على أنه زني بها في هذا البيت، واثنان على أنه زني بها في بيت آخر، لا يجب الحد، وهل يجب حد القذف على الشهود؟ فيه خلاف سيأتي؛ لأنه لم يتم عدد الشهود على زنيّة واحدة، وعند أبي حنيفة: لا يُحدّ الشهود هاهنا مع مصيره إلى أن الشهود، إن نقص عددهم، يُحدّون.

الثالثة: إذا شهد اثنان على أن فلاناً أكره فلانة على الزنا، لم يثبت الزنا، وهل يثبت المهر؟ يُبني على أنه، إذا شهد على الزنا أقل من أربعة، هل عليهم حد القذف؟ وفيه خلاف سيأتي، فإن قلنا: لا يجب، يثبت المهر وإلا فلا، ولو شهد أربعة على رجل أنه زني بفلانة، وذكر اثنان منهم أنها كانت مكرهه واثنان أنها كانت مطاوعة، فلا حد على المرأة؛ لأنه لم يتم شهود زناها، وهل يجب على الرجل؟ يُبني على أن شاهدي الطواغية، هل عليهما حد القذف للمرأة؟ وفيه قولان؛ لنقصان العدد، فإن قلنا: يجب [الحد] عليهما، وهو الأظهر، لم يجب حد الزنا على الرجل، لخروج قولهما عن أن يكون شهادة، وإن قلنا: لا يجب عليهما حد القذف، ففي وجوب حد الزنا على الرجل وجهان، حكاها الإمام:

(١) في ز: أقر.

أحدهما: المنع لاختلاف الشهادة في صفة الفعل.

وأظهرهما: الرجوب، لاتفاقهم على زناه مكرهة كانت أو مطاوعة؛ ولذلك يجب عليه المهر، ولا خلاف أنه لا يجب حد القذف على شاهدي الإكراه، ولا يجب حد القذف للرجل، أما إذا حدذناه، فظاهر، وأما إذا لم نَحُدْهُ؛ فَلأنَّ عددَ الشهود على زناه قَد تَمَّ، وإنما ردذنا الشهادة؛ لأمرٍ مجتهدٍ، [والله أعلم].

هذا تمام الكلام في طرف الرجوب.

قال الغزالي: (الطَّرْفُ الثَّانِي فِي كَيْفِيَّةِ الْأَسْتِيْفَاءِ وَمَتَاعِطِيهِ) أَمَّا الْكَيْفِيَّةُ فَيُسْتَحَبُّ حُضُورُ الْوَالِي، وَإِنْ ثَبِتَ بِالشَّهَادَةِ فَحُضُورُ الشُّهُودِ وَيَدَايَتُهُم بِالرَّمْيِ وَلَا يَجِبُ (ح) ذَلِكَ، وَلَا يُقْتَلُ بِالسَّيْفِ بَلْ يُنْكَلُ بِالرَّجْمِ لَا بِصَخْرَةٍ تَذْفُفُ وَلَا بِحَصِيَّاتٍ تُعَذِّبُ بَلْ بِحِجَارَةٍ مُعْتَدِلَةٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْكَلَامُ فِي الْأَسْتِيْفَاءِ فِي فَضْلَيْنِ.

أحدهما: في كفيته.

والثاني: في مباشرته.

أما الأول: ففيه صور:

منها: إقامة الحد على الأحرار إلى الإمام أو مَنْ قُوِّضَ إِلَيْهِ الْإِمَامُ، وَإِذَا أَمَرَ بِاسْتِيْفَائِهِ، جاز للمفوض إليه استيفاءه، ولا يجب حضور الإمام في الرجم، سواء ثبت الزنا بالبينة أو بالإقرار، ولا حضور الشهود، إذا ثبت بالبينة، ولكن يستحب حضورهم ويدياتهم بالرمي.

وعند أبي حنيفة: يجب حضور الإمام، وَيَبْدَأُ هُوَ بِالرَّمْيِ إِلَيْهِ، وَيَجِبُ حُضُورُ الشُّهُودِ، إِنْ ثَبِتَ بِالْبَيِّنَةِ، وَيَبْدَءُونَ بِالرَّجْمِ، ثُمَّ الْإِمَامُ ثُمَّ النَّاسُ.

لنا: أن النبي ﷺ أمر برجم ماعز والغامدية، ولم يحضر، وأيضاً، فإنه لا يشترط حضورهم في إقامة الحد وقطع السرقة، فكذلك في الرجم.

ومنها: يستحب أن يستوفى الحد بمحضر جماعة، قال الله تعالى: ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور: ٢] وأقلهم أربعة، وهم عدد شهود الزنا.

وعن أحمد: أنه يكفي حضور اثنين.

ومنها: لا يقتل المحصن بالسيف، بل المقصود أن يمثَّلَ بِهِ وَيُنْكَلَ بِالرَّجْمِ، وليس لما يُزْمَى إِلَيْهِ تَقْدِيرٌ لَا جِنْسًا، وَلَا عَدَدًا وَقَدْ تَصِيبُ الْأَحْجَارُ مَقَاتِلَهُ، فَيَمُوتُ سَرِيعًا، وَقَدْ يَتَبَاطَأُ مَوْتَهُ، وَلَا يرمى بصخرة تَذْفُفُ، وَلَا يَطُولُ [تعذيبه]، بِالْحَصِيَّاتِ

الخفيفة، بل يحيط الناس به، فيرمونه من الجوانب بحجارة معتدلة ومدّر ونحوها إلى أن يموت، روي عن أبي سعيد الخدري - رضي الله عنه - في قصة معاذ قال: «أمرنا رسول الله ﷺ بـرجمه، فأنطلقنا به إلى بقيع العزق، فما أوثقناه، ولا حفرنا له، ورَميناه بالعظام، والمدّر، والحزف ثم أشتد وأشدذنا حتى أتى الحرّة، فانتصب لنا فرميناه بجلايد الحرّة حتى سكن»<sup>(١)</sup>.

ومنها: لا يحفر للرجل عند الرجم، سواء ثبت زناه بالبينة أو بالإقرار، وأما المرأة، ففيها وجوه:

أحدها: أنه يستحب أن يخفر لها إلى صدرها ليكون أستر لها، وهذا ما أطلقه الشيخ أبو إسحاق الشيرازي، والحسين الفراء.

والثاني: أن الأمر فيه إلى خيرة الإمام، إن شاء، حفر، وإلا، لم يخفر، ولا استحباب فيه؛ لما روي أنه حفر للغامدية، ولم يخفر للجهنية، وحكي هذا عن القاضي أبي الطيب.

وأشبهها، وهو المنسوب إلى الشيخ أبي حامد، والذي أورده الروياني في «جمع الجوامع» الفرق بين أن يثبت زناها بالبينة، فيستحب أن يخفر لها، لثلاث تنكشف، وبين أن يثبت بالإقرار، فلا يستحب ليمنها من الهرب، إن رجعت، وفي إقامة الجلد صور أخرى يؤخرها إلى جنابة «شرب الخمر»؛ لأن صاحب الكتاب ذكر بغضها هناك.

قال الغزالي: «وإن كان مريضاً رجم، وإن كان الواجب الجلد أخر إلى البرء، وإن كان محدجاً لا يَحْتَمِلُ السَّيَاطَ فَيُضْرَبُ بِعُكَّالٍ عَلَيْهِ مِائَةٌ شِمْرَاحٍ، فَإِنْ كَانَ خَمْسُونَ ضَرْبَ مَرَّتَيْنِ ضَرْباً مُؤَلِّماً بِحَيْثُ يَتَنَاقَلُ عَلَيْهِ جَمِيعُ الشَّمَارِيخِ، وَلَا تَفْرُقُ السَّيَاطُ عَلَى الْأَيَّامِ، وَإِنْ أَحْتَمَلَ سَيَاطاً خِفَافاً فَالْقِيَاسُ أَنَّهُ أَوْلَى مِنَ الشَّمَارِيخِ، فَإِنْ ضُرِبَ الشَّمَارِيخِ فَزَالَ مَرَضُهُ عَلَى الثُّدُورِ فَلَا يُعَادُ الْحَدُّ».

قال الرافعي: الظاهر المشهور أن الرجم لا يؤخر للمرض؛ لأن نفسه مستوفاة، فلا فرق بين المريض والصحيح، وفيه وجه مذكور في كتاب القاضي ابن كج «والتهديب» وغيرهما: أنه إن ثبت بالإقرار فيؤخر إلى أن يبرأ؛ لأنه بسبيل من الرجوع، وربما يزجج بعد ما رمى إليه، فيعين ما وجد من الرمي على قتله، وهذا الخلاف يعود مثله في أنه هل يُرْجَمُ في شدة الحر والبرد، وإن كان الواجب [الجلد]<sup>(٢)</sup>، فإن كان المرض مما يرجئ زواله، فيؤخر إلى أن يبرأ؛ كيلا يهلك بتعاون الجلد والمرض،

(١) رواه مسلم في حديث أبي سعيد. (٢) سقط في ز.



وكذلك المحدود والمقطوع في حد وغيره، لا يقام عليه حد آخر حتى يبرأ.

وعن رواية أبي الحسين بن القطان وجه: أنه لا يؤخر، ويضرب في المرض بحسب ما يحتمله من الضرب بالعُكَّال وغيره؛ على ما سنبين، كما أن الصلاة إذا وجبت، يؤديها المريض قاعداً، فلا ينتظر التمكّن من القيام، ولو ضرب كما يحتمله ثم برأ، فهل يُقام عليه حدُّ الأصحاء؟ حكى القاضي ابن كج فيه وجهين، وليكونا مبنيين على أنه يؤخر إقامة الجلد أو يستوفى بحسب الإمكان؟ إن قلنا بالأول، فالذي جرى، ليس بحد؛ فلا يسقط، كما لو جلد الزاني المخصن، لا يسقط عنه الرجم، وإن قلنا بالثاني، فلا يُعاد الحدُّ، وإن كان المرض مما لا يرجئ زواله؛ كالسُّلِّ، والزَّمانة أو كان مُخدجاً ضعيف الخلقه<sup>(١)</sup>، لا يَحْتَمِلُ السَّياط، فلا يؤخر الحدُّ؛ إذ لا غاية تُنتظر، ولا يُضرب بالسَّياط؛ لثلا يَهْلِك، ولكن يُضرب بعُكَّالٍ عليه مائة شمراخ، وهو الغصن ذو الفروع الخفيفة. وعند أبي حنيفة ومالك [أنه]<sup>(٢)</sup> يضرب بالسَّياط، ثم [عن] أبي حنيفة: أنه يجمع مائة سوط، ويضرب بها دفعةً واحدةً، وعن مالك: أنه يُضرب بالسَّياط [مفرقةً] على الأيام.

لنا ما روي<sup>(٣)</sup> عن أبي أمامة بن سهل بن حنيف: «أن رجلاً مُقعداً زنى بامرأة، فأمر النبي ﷺ أن يُجلدَ بِإِثْكَالِ النَّخْلِ وَالْإِثْكَالِ وَالْعُكَّالِ وَاحِدٌ وَزُورِي<sup>(٤)</sup>» أنه أمر أن يأخذوا مائة شمراخ، فيضربوه بها ضربةً واحدةً.

ولا يتعيّن الضرب بعُكَّالِ النَّخْلِ، بل يقوم [مقامه] الضرب بالنعال<sup>(٥)</sup> أطراف

(١) في أ: الجبله.

(٢) قال الحافظ في التلخيص: يروى أنه أمر أن يأخذوا مائة شمراخ، فيضربوه بها ضربة واحدة، الشافعي عن سفيان عن يحيى بن سعيد وأبي الزناد كلاهما عن أبي أمامة، ورواه البيهقي وقال: هذا هو المحفوظ عن أبي أمامة مرسلًا، ورواه أحمد وابن ماجه من حديث أبي الزناد عن أبي أمامة بن سهل بن حنيف، عن سعيد بن سعد بن عبادة قال: كان بين أبياتنا رجل مخدج ضعيف، فلم يرع إلا وهو على أمة من إماء الدار يخيث بها، فرفع شأنه سعد بن عبادة إلى رسول الله ﷺ، فقال: اجلدوه مائة سوط، فقال: يا نبي الله هو أضعف من ذلك، لو ضربناه مائة سوط لمات. قال: فخذوا له عككالا فيه مائة شمراخ، فاضربوه واحدة، واخلوا سبيله، ورواه الدارقطني من حديث فليح عن أبي حازم عن سهل بن سعد، وقال: وهم فيه فليح، والصواب عن أبي حازم عن أبي أمامة بن سهل، ورواه أبو داود من حديث الزهري عن أبي أمامة عن الرجل من الأنصار، ورواه النسائي من حديث أبي أمامة بن سهل بن حنيف عن أبيه، ورواه الطبراني من حديث أبي أمامة بن سهل عن أبي سعيد الخدري، فإن كانت الطرق كلها محفوظة، فيكون أبو أمامة قد حملة عن جماعة من الصحابة، وأرسله مرة.

(٤) في ز: وروي.

(٥) في أ: لعككال.

الثياب، كذلك حكاه ابن الصَّبَاغ والرويانِي وغيرهما، ثم فيه فروع:

**الأول:** إن كان على الغصن مائة فزَع، ضرب به دفعةً واحدةً، وإن كان عليه خمسون، ضُرِبَ به مرتين، وعلى هذا القياس.

**والثاني:** لا يكفي الوضع عليه، بل؛ لا بُدَّ مما يسمى ضرباً، وينبغي أن تَمَسَّهُ الشماريخ، أو [ينكس] بغضها على بغض [ليثقل الغصن] ويناله الألم، فإن لم يَمَسَّهُ، ولا انكَبَسَ<sup>(١)</sup> بعضُها على بعض، أو شَكَّ فيه، لم يَنسُقِ الحدُّ، وفي «النهاية» ذَكَرَ وجه ضعيف: أنه لا يُشترط الإيلام.

**والثالث:** لا تُفَرَّقُ السياطُ على الأيام، وإن احتمل التفريق، بل يقام عليه الحدُّ الممكن، ويُحَلَّى سبيله.

**والرابع:** سيأتي في «حد الشرب» الكلام في صفة السوط الذي يُجَلَدُ به، فإن كان لا يحتمل الضربَ بها، وأمكن ضربه بقضبان وسياط خفيفة، فقد تردَّد فيه الإمام، وقال: ظاهر كلام الأصحاب: أنه يُضرب بالشماريخ، والذي أراه أنه يُضرب بالأسواط الخفيفة، لأنه أقرب إلى صورة الحدِّ.

**والخامس:** لو برأ قبل أن يُضرب بالشماريخ، أقيم عليه حد الأصحاء، وإن برأ بعده، لا يعاد عليه الحدُّ بخلاف المعضوب، إذا حُجَّ عنه، ثم اتَّفَقَ برؤُه؛ لأن الحدود مبنية على الدرء، وفي إقامة الضرب بالشماريخ مَقَامُ الضرباتِ والجَلْدِ بالسياط مزيدُ كلام يُذكَرُ في «الأيمان»، ويجوز أن يُعَلِّمَ قوله في الكتاب «رجم» بالواو، وكذا قوله «أخر إلى البرء».

وقوله «فَيُضْرَبُ بعُثْكَال» بالحاء والميم، وقوله «ضرباً مؤلماً» يتعلق بقوله «فَيُضْرَبُ بعُثْكَال» لا بقوله «ضرب مرتين» خاصة، ويجوز أن يُعَلِّمَ قوله «مؤلماً» بالواو، وقوله «ولا تُفَرَّقُ» بالميم؛ لما قَدَّمنا.

وقوله «فالقياس أنه أولى من الشماريخ» أراد به الرأْيَ الذي [رآه]<sup>(٢)</sup> الإمام، وليس المعنى أنه يجوز الضربُ بها والضربُ بالشماريخ [والضرب بها] أولى، ولكن المعنى أنه أقربُ إلى صورة الحدِّ؛ فيتعيَّن.

**فُرُوعُ:** يؤخَّرُ القطعُ بالسرقة إلى البرء أيضاً، ومن لا يرجئ زوال مرضه، إذا سَرَقَ، هل يُقَطَّع؟ حكى صاحب «البيان» فيه وجهين:

المذهبُ منهما، وهو المذكور في «التهذيب»، أنه يُقَطَّعُ، وإلا، ففيه إهمال

(٢) في أ: يراه.

(١) في ز: انكسر.

الحدِّ، وإذا وجب حدُّ القذف على مريض، قال القاضي ابن كج: يقال للمستحق: إما أن تُضرب إلى البرء أو «يقتصر على الضرب بالعُثْكال»، وفي «التهذيب»: أنه يجلد بالسياط سواء كان المريض مما يرجئ زواله أو مما لا يرجئ؛ لأن حقوق العباد مبنية على التضييق<sup>(١)</sup>، وجلد الشَّرب كجلد الزنا.

قال العزالي: وَلَا يَقَامُ الْجَلْدُ فِي فَرْطِ الْحَرِّ وَالْبَرْدِ، وَكَذَا الرَّجْمُ (و) إِنْ كَانَ يُتَوَهَّمُ سُقُوطُهُ بِرُجُوعِهِ أَوْ تَوَيْتِهِ بَلْ يُؤَخَّرُ إِلَى اعْتِدَالِ الْهَوَاءِ، وَهَذَا التَّأخِيرُ مُسْتَحَبٌّ وَلَكِنْ إِنْ تَرَكَهُ فَهَلَكَ فَالْتَّمَسْ أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ، وَنَصَّ أَنَّهُ لَوْ خَتَنَ الْمُتَمَتِّعَ عَنِ الْخِتَانِ فِي الْحَرِّ فَسَرَى ضَمِنَ، وَقِيلَ قَوْلَانِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ، وَقِيلَ: إِنْ الْخِتَانُ فِي الْأَضَلِّ لَيْسَ إِلَى الْإِمَامِ فَلِذَلِكَ ضَمِنَ، فَإِنْ أَوْجَبْنَا الضَّمَانَ أَخْتَمِلَ أَنْ يُقَالَ التَّأخِيرُ وَاجِبٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: وكما لا يقام الجلد في المرض خشية الهلاك بتعاون الجلد والمرضى، لا يقام في الحرِّ والبرِّد المُفْرَطَيْنِ خشية الهلاك بتعاون الجلد والهواء، ولكن يؤخَّر إلى اعتدال الهواء، وكذلك القَطْع في السرقة بخلاف القصاص وَحدُّ القذف. وأما الرجم، فإن ثبت بالبينة، لم يؤخَّر؛ لأنه مقتول، وإن كان الزمان معتدلاً، وإن ثبت بالإقرار، فوجهان:

أحدهما: أن الحكم كذلك؛ لثبوت ما يوجب الهلاك.

والثاني: يؤخَّر؛ لأن الرجوع عن الإقرار مقبول، وقد يزجج بعد تأثير الرمي فيه، فيعين الهواء على إهلاكه، وقرق صاحب «التهذيب» بينه وبين ما إذا ثبت الرجم على امرأة بلعان الزوج، حيث لا يؤخَّر، وإن كان قد يسقط بلعانها؛ لأن الرجوع عن الإقرار مستحب، وإن كان صادقاً في الإقرار ولعان المرأة، بغد امتناعها عنه، وهي محقة في الامتناع، غير مستحب بل غير جائز، فصار كما لو ثبت بالبينة، لا يؤخَّر، وإن كان يُتَوَهَّم سُقُوطُهُ بِرُجُوعِ الشُّهُودِ؛ لأنهم إذا كانوا صادقين، لا يجوز لهم الرجوع، والذي يميل إليه كلام أكثرهم أنه لا يؤخَّر، وقد صرح به مصرحون، والذي أورده صاحب الكتاب: أنه يؤخَّر، وفي المريض قال: يُرْجَمُ فِي الْحَالِ مِنْ غَيْرِ فَرْقٍ بَيْنَ أَنْ يَثْبُتَ بِالْإِقْرَارِ أَوْ بِالْبَيِّنَةِ، وَالْخِلَافُ فِي الصُّورَتَيْنِ وَاحِدٌ فَلْيَكُنِ الْجَوَابُ فِيهِمَا وَاحِدًا.

وقوله «إن كان يُتَوَهَّم سُقُوطُهُ بِرُجُوعِهِ» يَغْنِي عَنِ الْإِقْرَارِ، إِذَا ثَبِتَ بِالْإِقْرَارِ، وَأَمَّا قَوْلُهُ «أَوْ بِثُوبَتِهِ» فَالْمَقْصُودُ مِنْهُ أَنَّا إِذَا قُلْنَا: إِنْ الْحَدَّ يَسْقُطُ بِالتُّوبَةِ، فَقِيَاسُ التَّأخِيرِ لِتَوْقُوعِ

(١) قال في المهمات: الصحيح ما قاله في «التهذيب» فقد جزم به المصنف في باب استيفاء القصاص.

الرجوع أن يُؤخَّر لتوَقُّع التوبة، وهذا ينساق إلى التأخير أبداً، وهو بعيدٌ، ولم يتعرَّض لذلك في «الوسيط»، ويجوز أن يُعَلِّم قوله «أو بثوبته» [بالواو؛<sup>(١)</sup>] للخلاف في أنه هل يَسْقُط بالتوبة؟ وقوله «بل يؤخَّر إلى اعتدال الهواء» أي كلَّ واحد من الجَلْدِ والرَّجْمِ؛ حيث يُتَوَهَّم سقوطه؟

وإذا جَلَد الإمام في المَرَض أو في شِدَّة الحرِّ أو البَرْد، ولم يؤخَّر، فهلك المجلُودُ بالسراية، فالنص أنه لا يَضْمَنُ، وعن نصه في موضع آخر أنه لو [خَتَنَ]<sup>(٢)</sup> الأَقْلَفَ<sup>(٣)</sup>، في شِدَّة الحرِّ أو البَرْد، فَسَرَى إلى نفس، أنه يَضْمَنُ، وفيها طريقتان:

أحدهما: [أن]<sup>(٤)</sup> في المسألتين قولين بالنقل والتخريج.

أحدهما، أنه لا ضمان فيهما، لأن التَلَفَ حَصَلَ مِنْ واجبٍ أقيم عليه.

والثاني: يجب، لتقصيره بترك التأخير.

والثاني: تقرير النصين، وفُرِّقَ بأن الحدَّ ثبت نصّاً، والختانُ بَتَّ بالاجتهاد، وبأن استيفاء الحدود إلى الإمام، فلا يؤاخذُ بما يتولَّد منها، ويقضي إليه عاقبتها، والختانُ لا يتولَّاهُ الإمامُ في الأضَل، بل يتولَّاهُ الإنسانُ مِنْ نَفْسِهِ، أو يقوم به وليُّه في صِغَرِهِ، فإذا تولَّاهُ الإمامُ بالنيابة، شَرَطَ عليه سلامة العاقبة، والظاهر في إقامة الجَلْد: أنه لا يَضْمَنُ، وإن أثبتنا الخلاف، ثم إذا قلنا: [بوجوب]<sup>(٥)</sup> الضمان، فيجب جميعه أو نصفه، وكان الهلاك حَصَلَ مِنْ مباحٍ ومحظورٍ؟ فيه<sup>(٦)</sup> وجهان، وهل الضمان على عاقلة الإمام، أو في بيت المال؟ فيه خلاف قد سَبَقَ في نظائره، وسيأتي أيضاً، وللإمام مباحة هاهنا، وهي<sup>(٧)</sup> أنّا، إن لم نوجب الضمان، فالتأخيرُ مستحبٌّ لا محالة، وإلا، لوجب الضمان بالتعدّي، وإن أوجبنا الضمان، فوجهان:

أحدهما: أن التأخير واجبٌ، وإنما ضَمَّنَاهُ لِتَعَدِّيهِ بترك الواجب.

والثاني: أنه يجوز التعجيل، ولكن بشرط سلامة العاقبة، كما في التعزيرات، وقد فُرِّقَ بأن التعزيرَ غير مقدَّر، فيمكنُ أن يقال: التعزير المأمور [به] هو الذي لا يُهْلِكُ، فإذا هَلَكَ، تبيَّن أنه لم يقتصر على المأمور به، والحدُّ مأمور به مع كونه مهلكاً، فإنه لو والى متعدِّ بضرَب مائة سَوْط، لوجب عليه القصاص، وقوله في الكتاب «فإن أوجبنا

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: إلا تلف.

(٣) في ز: يوجب.

(٤) قال في المهمات: الأصح في باب ضمان البهائم أنه يضمن النصف.

(٥) في ز: وهو.

الضمان، اِخْتُمِلَ أن یقال: التأخیر واجبٌ بَعْدَ ما ذَكَرَ أَوْلَاً أَنه مُسْتَحَبٌّ إشارَةً إلى هذه المباحثة، والنظْمُ يُشیرُ بأن الظاهر الاستحبابُ، وفي «المهذب» وغيره إطلاقُ القولِ بأنه لا یجوزُ التعجیلُ فی شدة الحرِّ والبردِ، ویجوزُ أن یقالَ بوجوب التأخیر مع الاختلاف فی وجوب الضمانِ، لو لم یؤخَّر، كما نقول: یوجب الآحاد تفویضَ إهلاك [الزاني] (١) المنخصن إلى الإمام مع الخلاف فی وجوب الضمان، لو قتله قاتلٌ، ولم یفوض إلى الإمام، وقوله «ولكن إن تَرَکَه» أي ترك الإمام التأخیر.

والخلافُ فی وجوب الضمان، إذا لم یؤخَّر إلى اعتدال الهواء یَجْرِي فیما إذا لم یؤخَّر جلدُ المريض إلى أن یَبْرَأَ، فهلك منه بلا فَرْق.

قال الغزالي: وَأَمَّا مُسْتَوْفِي الْحَدِّ فَهَوَّ الإِمَامُ فِي حَقِّ الأَخْرَارِ وَالسَّيِّدِ فِي حَقِّ الرِّقِيِّ الْقِنِّ دُونَ المُكَاتِبِ (و) وَمَنْ نَصَفَهُ حُرٌّ (و)، وَالْمُدَبَّرُ وَأُمُّ الْوَلَدِ قِنٌّ، ثُمَّ للإِمَامِ الأَسْتِيفَاءُ أَيْضاً، فَإِنِ اجْتَمَعَ السَّيِّدُ وَالسُّلْطَانُ فَأَيْهُمَا أَوْلَى فِيهِ إِحْتِمَالٌ، وَلِلسَّيِّدِ أَيْضاً التَّغْرِيبُ، وَهَلْ لِلْمَرْأَةِ وَالْفَاسِقِ وَالْمُكَاتِبِ الأَسْتِيفَاءُ الْحَدِّ مِنْ عِبِيدِهِمْ فِيهِ خِلَافٌ مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّهُ بِطَرِيقِ الْوِلَايَةِ وَأَسْتِضْلَاحِ الْمَلِكِ، وَإِنِ جَعَلْنَاهُ أَسْتِضْلَاحاً لَمْ يَكُنْ لِلْمَالِكِ الْقَتْلُ فِي الْحَدِّ، وَفِي الْقَطْعِ خِلَافٌ، ثُمَّ ذَلِكَ كُلُّهُ إِذَا شَاهَدَ السَّيِّدُ زِنَاهُ أَوْ أَقْرَأَ، فَإِنِ قَامَتْ عِنْدَهُ بَيِّنَةٌ عَادِلَةٌ فَفِي سَمَاعِ الْبَيِّنَةِ وَجْهَانِ، فَإِنِ قُلْنَا: يَسْتَقْبَلُ بِالْحُكْمِ فَلَا أَقْلَ مِنْ أَنْ يَكُونَ عَالِماً بِأَحْكَامِ الْحُدُودِ.

قال الرافعي: فَرَعْنَا مِنْ أَحَدِ الْفَضْلَيْنِ؛ وَهُوَ الْقَوْلُ فِي كَيْفِيَةِ الأَسْتِيفَاءِ، وَالْفَصْلُ الثَّانِي: فِي الْمُسْتَوْفِيِ وَالْمَحْدُودِ، إِمَّا حُرٌّ أَوْ غَيْرِهِ.

أما الحُرُّ، فقد قَدِمْنَا أن استيفاء حدِّه إلى الإمام أو مَنْ فوض إليه الإمام؛ وذلك، لأنه لم يُسْتَوْفَ حدٌّ في عهد رسول الله ﷺ إلا بإذنه، وفي عهد الخلفاء الراشدين - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ - أجمعين إلا بإذنه، وفي «تتممة التتمة» أن الشيخ أبا سعد المتولِّي حَكَمَ عن رواية القفال قولاً: إنه يجوز استيفاؤه [للآحاد] على سبيل الحسبة؛ كالأمر بالمعروف، وأيضاً فقد قال تعالى: ﴿فَأَجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ وهذا الخطاب عامٌّ، ويجوز أن يُعَلِّمَ؛ لهذا قوله في الكتاب «[فهو] الإمام في حقِّ الأحرار» [بالواو] (٢) وأما غيره، فللسيد أن يقيم الحدَّ على مملوكه، وأن يفوضه [إلى غيره]، ولا يحتاج فيه إلى مراجعة الإمام، ولا فَرْقُ في ذلك بين العبد والأمة، وقال ابن القاضي في «المفتاح»: في العبد قولان قلته تخريباً، وكأنه ألحق ذلك بالإيجاب على التُّكَاحِ، ولم

(٢) سقط في ز.

(١) سقط في ز.

يساعده الأصحاب على ذلك، وقطعوا بأن له إقامة الحد عليهما، وبه قال مالك وأحمد، إلا أن مالكا شرط في الأمة ألا تكون مزوجة، وقال أبو حنيفة: ليس للسيد ذلك بل هو إلى الإمام، كما في الأحرار.

لنا: ما زوي أنه ﷺ قال: «أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم»<sup>(١)</sup>.

وعن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «إِذَا زَنَّتْ أُمَّةٌ أَحَدَكُمْ، فَتَبَيَّنَ زَنَاهَا، فَلْيَجْلِدْهَا، وَلَا يُعْرَبْ عَلَيْهَا، ثُمَّ إِنْ زَنَّتْ، فَلْيَجْلِدْهَا الْحَدَّ، وَلَا يُعْرَبْ، ثُمَّ إِنْ زَنَّتِ الثَّلَاثَةَ، فَتَبَيَّنَ زَنَاهَا فَلْيُعْجِزْهَا، وَلَوْ بِحَبْلِ مِنْ شَعْرٍ»<sup>(٢)</sup>.

قوله: «وَلَا يُعْرَبْ عَلَيْهَا» قيل: لا يوبخها، ولا يُعْزِزُهَا، وقيل: لا يبالغ في جلدتها، بحيث يذمها، وكما يجوز للسيد إقامة الحدود على مملوكه، يجوز للإمام إقامته أيضاً، ومن ابتدر إليه منها، وقع الموضع، ونقل الشيخ أبو خلف الطبري وجهين، في أن الأولي للسيد أن يقيم الحد بنفسه، ليكون أستر، ولثلا ينقص قيمة العبد بظهور زناه أو الأولي أن يفوضه إلى الإمام ليخرج من الخلاف.

وإذا تنازع في إقامته الإمام والسيد، فمن الأولي منهما؟ فيه احتمالان للإمام:

أحدهما: أن السيد أولي؛ لغرض استصلاح الملك.

وأظهرهما: أن الإمام أولي، لولايته العامة، وإقامة الحدود من آثار الولاية، وهذا كما أنه أولي بالإمامة في الصلوات، وذكر احتمالاً ثالثاً، وهو، أن يُفَرَّقَ بين الجلد، فيجعل السيد أولي به، وبين القطع والقتل؛ فيجعل الإمام أولي بهما، لأن إعمال السلاح لصاحب الأمر أليق، والعبد المشترك، يقيم الحد عليه ملاًكه، وتوزع السياط على أقدار الملك، فإن وقع كسر، فوضوا المنكسر إلى أحدهم، وهل يُعْرَبُ السيد، كما يجلد تفرعاً على أن العبد يُعْرَبُ؟ فيه وجهان:

أحدهما: ويحكى عن ابن سريج: لا؛ لأنه ﷺ قال: «فَلْيَجْلِدْهَا الْحَدَّ» ولم يتعرض للتغريب.

وأصحهما: نعم؛ لأنه بعض الحد، وقد ورد «أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم».

[والمدبر وأم الولد]، والمعلق عتقه بصفة، كالقن لبقاء الرق وقيام ولاية السيد

(١) أخرجه أبو داود والنسائي والبيهقي، من حديث علي، وأصله في مسلم موقوف من لفظ علي في حديث، وغفل الحاكم فاستدركه.

(٢) الحديث متفق عليه.

عليهم، والمكاتب كالحُرِّ، لخروجه عن قبضة السيد، وعن ابن القَطَّانِ تخريج وجه: أنه كالقِرْنُ؛ لأن المكاتب عِنْدَ ما بقي عليه درهمٌ، وَمَنْ بَعْضُهُ حُرٌّ، لا يقيم [الحد عليه] إلا الإمام؛ لأنه لا ولاية للسيد على [الجزء]<sup>(١)</sup> منه، والحدُّ متعلِّقٌ بجملته، قال في «النهاية»: ورأيت في النسخة عن الصيدلاني إحقاقه بالمدبِّر، وأم الولد، وهو خطأ صريحٌ وأخسبُه من خلل النسخة، ثم ما سبيل إقامة السيد الحدَّ على مملوكه؟ فيه وجهان للأصحاب، فيُخْرَجُ عليهما أكثرُ صُورِ الفُضْلِ:

أحدهما: أنه يُقِيمُهُ بالولاية على المَلِكِ، كما يلي أمر تزويج المملوك.

والثاني: يُقِيمُهُ تأديباً واستصلاحاً للمَلِكِ، كما يعالج بالقصد والحِجَامَةِ، وفي الفضل بعد هذا مسائل:

إحداها، فيما يقيمه السيد على المَمْلُوكِ من العقوبات؛ أما التعزير، فله ذلك في حقوق الله تعالى، كما يؤدَّب المملوك، لَحَقَّ نفسه، وفيه وجه؛ لأن التعزير غير مضبوط، فيفتقر إلى نَظَرٍ واجتهادٍ، وأما الحدود، فله الجلدُ في الزنا، وألحق به الجلدُ في الشرب، وفي حدِّ القذف، ورَوَى أبو خَلْفٍ الطبريُّ عن رواية القفال وجهاً، أنه لا يقيم الجلدَ في الشرب، وفَرَّقَ بينه وبين الزنا؛ بأن للسيد في بُضْعِ الأمة حقاً، وكذلك في بُضْعِ العَبْدِ؛ ألا ترى أنه لا يتكح إلا بإذن السيد، فيمكن من جلد المملوك؛ لجنايته على محلِّ حقه، والشربُ بخلافه، وقياس هذا الفرزِ مجيءُ الوجهِ المذكور في جلد القذف. وفي قطع السرقة والمحاربة وجهان:

أحدهما، ويُحَكِّى عن ابن سريج: أنه لا يتمكَّن منه؛ لأن ما يقطع به السارق مختلفٌ فيه، فيحتاج إلى نَظَرٍ واجتهادٍ، وفَرَّقَ بينه وبين الجلدِ بأنَّه يملك جنس الجلدِ في التعزير بخلاف القطع، وبأن له في إقامة الحدِّ غَرَضاً، وهو أن يَخْفَى الحال، فلا ينتقص قيمته، والقطعُ يظهر لا محالة.

وأصحُّهما، وهو ينسب إلى نصِّه في البويطي، يتمكَّن لإطلاق الخبر، ورَوَى أن ابن عَمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - قَطَعَ عبداً لَهُ سَرَقَ، وَأَنَّ عَائِشَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - قَطَعَتْ أُمَّةً لَهَا سَرَقَتْ، والوجهانِ جاريانِ في القتلِ بالرَّدَّةِ واستدلالِ لجوازه، بأن حفصة - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - قَتَلَتْ أُمَّةً لَهَا سَحَرَتْهَا، وإنما يقتل الساحر [بكفره]، وبنى بعضهم الخلاف على أن إقامة الحدِّ بالولاية على المَلِكِ أو بطريق الاستصلاح، وقال: إن قلنا: إنه يقيم الحدَّ استصلاحاً، لم يكن له القطع بالقتل؛ لأن فيهما استهلاك المَحَلِّ دون الاستصلاح، وفَرَّقَ بعضهم بين القطع؛ لأنه قد ينتفع بالقطع ويرى القطع استصلاحاً،

وبين القتل؛ فإنه استهلاك محضٌ وهذا يشير إلى طريقة قاطعة بأنه [يتمكّن] (١) من القطع، وقد صرّح بنقلها القاضي الروياني وأجرى جماعةٌ منهم ابن الصباغ الخلاف المذكور في [القطع والقتل] هاهنا في القتل والقطع قصاصاً، وفي «التهذيب» أن الصحيح أن القطع والقتل إلى الإمام، وقد يخرج من هذا خلاف في حدّ القذف.

المسألة الثانية، في أحوال السيد، فإن كان مستجمعاً لصفات الولاية، أقام الحدّ، وفي المرأة وجهان:

أصحهما: لها إقامة الحدّ؛ بناءً على أن سبيلها سبيل الاستصلاح، ويدل عليه إطلاق الخبر، وأيضاً ما روينا عن عائشة وحفصة - رضي الله عنهما - وروي عن فاطمة - رضي الله عنها - [أنها] (٢) جلدت أمة لها زنت.

والثاني: المنع، وبه قال ابن أبي هريرة؛ لأن إقامة الحد، ولاية على الغير فلا يثبت للمرأة: كولاية التزويج، وعلى هذا فوجهان:

أحدهما: يقيمه وليها، كما يزوّج معتقها.

وأظهرهما: أنه يقيمه الإمام؛ لأنه الأصل في إقامة الحدّ، فإذا لم يكن المالك أهلاً، عاد الأمر إليه، والوجهان في المرأة يجريان في الفاسق والكافر والمكاتب في وجه، لا يقيمون الحدّ نظراً إلى معنى الولاية، ويحكى ذلك عن أبي إسحاق، والأظهر: أنهم [يقيمون الحدّ] (٣)، ويقال: إنه منصوص عليه في القديم في حق الفاسق، ورجّح صاحب «التهذيب» في المكاتب المنع، وفي كتاب القاضي ابن كج: أن السيد لا يقيم الحد على عبيد مكاتبه على المذهب، وإن قلنا: إنه يقيم الحد عليهم؛ لأنه لا يملك إعتاقهم، والتصرّف فيهم، وفيه أنه ليس للكافر إقامة الحدّ على عبده المسلم بحال، ورقيق المجنون والصبي ذكر فيه طريقان:

أحدهما: أن أباه وجدّه يقيمان الحدّ عليه، وفي الوصي والقيم وجهان.

والثاني: [أن] في الكلّ وجهين، وربما بينى (٤) على الخلاف في أن وليّ الطفل، هل يزوّج رقيقه؟ ويشبه أن يقال: إن جعلنا الحدّ استصلاحاً، فلهم إقامة، وإن قلنا: يقام بطريق الولاية، ففيه الخلاف، وفي «البيان» وغيره ذكر وجهين في أنه هل يجوز أن يكون السيد جاهلاً، بناءً على أنه استصلاح أو ولاية؟ وخرج على معنى الولاية أن الجهل يمتنع منها كولاية الحاكم، ولا بدّ وأن يكون عالماً بمقدار الحد وكيفيته.

(١) في ز: ممكن.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.



**المسألة الثالثة:** العقوبة التي يقيمها السيد على عبده يقيمها إذا أقرَّ عبده بموجبها، ولو شاهدَه السيدُ منه، فهل يقيم الحدَّ عليه؟ فيه وجهان بناء على القاضي هل يَفْضِي بعلمه في الحدود؟ والأظهر، نعم، وهو الذي ذكره في الكتاب، وإن كانت عليه بيعة، فهل يَسْمَعُ السيد؟ فيه وجهان.

**أصحهما:** نعم؛ لأنه يملك إقامة الحدِّ، فيملك سماع البيعة كالإمام، وعلى هذا، فيُنظر في تزكية الشهود، أيضاً، ولا بد وأن يكون عالماً بصفات الشهود وأحكام الحدود.

**والثاني:** لا تُسمع البيعة، فإنه من مناصب القضاة، فلا يزاخمهم فيه بخلاف الضرب في الحدِّ، فهو تأديب، فعلى هذا إذا سمع الحاكم البيعة، وأثبت الحدَّ، كان للسيد إقامته، وبنى بعضهم الخلاف في سماع البيعة على أن الحدَّ استصلاح أو ولاية؟ إن قلنا: استصلاح، لم يكن له سماعها، وإن قلنا: ولاية، فوجهان، ويجوز أن يُعَلِّم لما بيئاً قوله في الكتاب «والسيد في حق الرقيق» مع الحاء بالواو، ولا يبعد أن يضاف إليهما بالميم، وقوله «دون المكاتب» بالواو، وكذا قوله «وللسيد أيضاً التعزير».

وقوله «إذا شاهد السيد زناه» وقوله «وفي القطع خلاف» يجوز إعلامه بالواو أيضاً؛ للطريقة القاطعة التي تقدّمت.

**فروع عن «التهذيب»:** لو قذف المملوك زوجته المملوكة، هل يُلاعَنُ السيد بينهما، كما يقيم الحد؟ فيه وجهان، ولو قذف العبد سيده، فله إقامة الحدِّ عليه، ولو قذف السيد عبده فله رفع الأمر إلى القاضي؛ ليعزّره، وإذا زنى ذمي، ثم نقض العهد، فاسترق، لم يسقط عنه الحدُّ، ويقيمه الإمام لا السيد؛ لأنه لم يكن مملوكاً يومئذ، ولو زنى عبدٌ فباعه سيده، فإقامة الحدِّ إلى المشتري اعتباراً بحال الاستيفاء.

**قال العزالي:** وَكُلُّ مَنْ قُتِلَ حَدًّا أَوْ لَتَرَكَ صَلَاةَ غُسْلٍ وَكُفِّنَ وَصَلِّيَ عَلَيْهِ وَدُفِنَ فِي مَقَابِرِ الْمُسْلِمِينَ.

**قال الرافعي:** من قُتِلَ حَدًّا بِالرَّجْمِ وَغَيْرِهِ غُسْلٌ، [وَكُفِّنَ] <sup>(١)</sup> وَصَلِّيَ عَلَيْهِ، وَدُفِنَ فِي مَقَابِرِ الْمُسْلِمِينَ، وَكَذَلِكَ تَارَكَ الصَّلَاةَ، إِذَا قُتِلَ عَلَى مَا بَيْنَ فِي مَوْضِعِهِ، وَفِي «البيان» أن مالكا قال لا يُصَلَّى على المرجوم. لنا: أنه ﷺ أمر بالغامدية، فَرُجِمَتْ وَصَلِّيَ عَلَيْهَا، وَدُفِنَتْ، وَأَمَرَهُمْ أَنْ يُصَلُّوا عَلَى الْجُهَنِيَّةِ، وَيَجُوزُ أَنْ يُعَلِّمَ قَوْلَهُ فِي الْكِتَابِ «أَوْ لَتَرَكَ صَلَاةَ» بِالْأَلْفِ، وَقَوْلَهُ «غُسْلٌ، وَكُفِّنَ وَصَلِّيَ عَلَيْهِ» بِالْوَاوِ.

وقوله «وصلِّي عليه» بالحاء أيضاً؛ لما ذكرنا في قاطع الطريق في الجنائز، وفي

حقّ تارك الصلاة في «الجنائز» في «باب تارك الصلاة» وصورة تارك الصلاة مكرّرة.

قال العزالي: (الجنائبة الرابعة: القذف) وهو موجب ثمانين جلدة على الحرّ وأزيمين على الرقيق، فإن قذفه مرتين وقد تخلل الحد تعدد، وإن لم يتخلل ففي التداخل قولان، وقد ذكرنا ذلك مع صور القذف في اللعان.

قال الرافعي: القذف<sup>(١)</sup> من الكبائر، يزوي أنه ﷺ قال: «أجتنبوا السبع المنجيات، قيل: وما هن يا رسول الله؟ قال: الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس التي حرّم الله، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولي يوم الزحف، وقذف المحصنات»<sup>(٢)</sup> [و]<sup>(٣)</sup> روي أنه ﷺ<sup>(٤)</sup> قال: «من أقام الصلوات الخمس وأجتنب السبع الكبائر نودي يوم القيامة؛ ليدخل من أي أبواب الجنة شاء» وذكر منها قذف المحصنات ويتعلق بالقذف الحد بالإجماع، قال [الله]<sup>(٥)</sup> تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ﴾ [النور: ٤] الآية ويشترط

(١) لغة: الرمي، والمراد به هنا الرمي بالزنا في معرض التعبير. وهو من الكبائر لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدوهُم ثمانين جلدة﴾.

والحكمة في وجوب الحد بالقذف دون السباب بالكفر أن المسبوب بالكفر قادر على أن ينفي عنه ذلك بكلمة الشهادتين بخلاف الزاني فإنه لا يقدر على نفي الزنا عنه.

(٢) وفيه: وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات، متفق عليه من طريق أبي الغيث عنه.

(٣) في ز: قد

(٤) رواه الطبراني من حديث عبيد بن عمير الليثي عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ في حجة الوداع: إن أولياء الله المصلون، ومن يقيم الصلوات الخمس التي كتبهن الله على عباده، ويجتنب الكبائر التي نهى الله عنها، فقال رجل من أصحابه: وكم الكبائر يا رسول الله؟ قال: هي سبع: أعظمن الإشراك بالله، وقتل المؤمن بغير حق، والفرار من الزحف، وقذف المحصنات، والسحر، وأكل مال اليتيم، وأكل الربا، وعقوق الوالدين المسلمين، واستحلال البيت الحرام، لا يموت رجل لم يعمل هؤلاء الكبائر، ويقيم الصلاة، ويؤتي الزكاة، إلا رفق محمداً في بحبوحة جنة أبوابها مصاريع الذهب، وفي إسناد العباس بن الفضل الأزرق وهو ضعيف، وروى النسائي أصله من حديث أبي أيوب بلفظ: من جاء يعبد الله لا يشرك به شيئاً، ويقيم الصلاة، ويؤتي الزكاة، ويجتنب الكبائر، كان له الجنة، فسألوه عن الكبائر فقال: الإشراك بالله، وقتل النفس المسلمة، والفرار يوم الزحف، وله ولابن حبان والحاكم من طريق صهيب مولى العتارين أنه سمع أبا هريرة وأبا سعيد يقولان خطبنا رسول الله ﷺ فقال: «ما من عبد يصلي الصلوات الخمس، ويصوم رمضان ويخرج الزكاة، ويجتنب الكبائر السبع، إلا فتحت له أبواب الجنة»، وأخرجه ابن مردويه من طريق المطلب بن عبد الله بن حنطب، عن عبد الله بن عمرو قال: صعد النبي ﷺ المنبر، فقال: «من صلى الصلوات الخمس، واجتنب الكبائر السبع، نودي من أبواب الجنة»، الحديث.

(٥) سقط في ز.

لوجوب الحدِّ على القاذف أن يكون: مُكَلَّفًا، فلا حد على [صبي]، ولا مجنون، ولكن يعزَّر الصبي، وكذا المجنون، إن كان له نزْعٌ تَمَيِّزٌ كذلك حكاها صاحب «التهذيب» وأن يكون مختاراً، فلا حدُّ على<sup>(١)</sup> المَكْرَه على القَذْف، ولا فَرْقٌ بين المُسْلِمِ والذَمِّيِّ والمعاهد، ثم إن كان القاذف حرّاً فحدُّه ثمانون جلدةً بالأمة، وإن كان رقيقاً فأربعون، رُوِيَ عن عبد الله بن عامر بن ربيعة، قال: «أذْرَكْتُ أَبَا بَكْرٍ، وَعُمَرَ، وَعُثْمَانَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ -: وَمَنْ بَعْدَهُمْ مِنَ الْخُلَفَاءِ فَلَمْ أَرَهُمْ يَضْرِبُونَ الْمَمْلُوكَ إِذَا قَذَفَ إِلَّا أَرْبَعِينَ سَوْطًا»<sup>(٢)</sup> وأشار بذلك إلى أنه مُجْمَعٌ عليه، والمكاتبُ والمدبرُ والمستولدةُ، وَمَنْ بَعْضُهُ رقيقٌ كالرقيق في الحدِّ، ويُشْتَرَطُ لوجوب الحدِّ أن يكون المقذوفُ محصناً، والكلامُ فيما يخصُّ به إحصانُ المقذوف، قد بيَّناه في «اللعان» ولا يجبُ على الأب والجدُّ الحدُّ بقذف الولدِ وولدِ الولدِ، وعن ابن المنذر أنه يجبُ وهو مذهب مالك، قال [لكن] يكره له إقامته.

لنا: أنه عقوبةٌ لآدميٍّ، فلا يقيمه الولدُ على الوالدِ، كالقصاص، وعلى هذا فلو ورث حدُّ القذف على أبيه من أمه، سَقَطَ، ولو قَذَفَ إنساناً بزنية واحدة، أو بزنيتين، فقد سبقَ الحكمُ في «اللعان»، والظاهر أنه لا يجبُ إلا حدُّ واحدٍ، وقوله في الكتاب «فإن قذفه مرتين وقد تخلل الحدُّ تعدد، وإن لم يتخلل ففي التداخل قولان» وقد ذكرنا ذلك [مع صور القذف]<sup>(٣)</sup> في اللعان، وليس في الكتابِ ذَكَرٌ ذلك مفصلاً هكذا، إلا أنه أشار إليه بقوله<sup>(٤)</sup> «وإن قلنا بالتداخل» لأن قول الاتحاد إنما يجري عند الاستيفاء، ولو قال لرجل: يا زاني أو لامرأته: يا زانية، فقد مر في اللعان أنه قَذَفَ وكذا الحكمُ، لو خاطب الخنثى المُشْكِلَ بأحد اللَّفْظَيْنِ، ولو قال له: زَنَى ذَكَرُكَ أو فَرْجُكَ، قال في «أليان»: الذي يقتضيه المذهب أن فيه وجهين.

أحدهما: أنه قَذَفَ صريحاً.

والثاني: أنه [يكون] كناية كما لو أضاف الزنا إلى اليد أو الرجل من المرأة أو الرجل؛ لأن كل واحد منهما يَحْتَمِلُ أن يكون عضواً زائداً، فيصير كسائر أعضاء البدن ولو قال: زَنَى فَرْجُكَ وَذَكَرُكَ، فهو قَذَفَ صريحاً؛ لأن أحدهما أصليٌّ، والكلام في صرائح القذف وكناياته مذكور في «اللعان».

(١) بفتح الراء لرفع الحكم عنه ولأنه لم يقصد الأذى بذلك لإجباره عليه ولا على مكره بسكرها.

(٢) رواه مالك في الموطأ بهذا إلا أنه ليس فيه ذكر أبي بكر، ورواه البيهقي من وجه آخر كما قال المصنف.

(٤) في ز: يقول.

(٣) سقط في ز.

قال العزالي: وفيه مشابهة حقوق الله تعالى إذ لا يسقط بإباحة القذف ولا يقع موقعة إذا استوفاه المقدوف، ويتشطر بالرق، ولكن الغالب حق الأدمي إذ يسقط (ح) بعفوه ويورث (ح) عنه.

قال الرافعي: قال الأصحاب: حد القذف فيه مشابهة حقوق<sup>(١)</sup> الله تعالى لمسائل:

إحداها: إذا قال لعيره: أقدفني، فقدفه، ففي وجوب الحد وجهان، ذكرناهما في اللعان، وبيئنا أن أكثرهم، قالوا: لا يجب، وهذا ما نقله الإمام عن «المنهاج» للقاضي أبي الطيب، وقال: إنه رواه عن شيوخه أبي حامد ووجه الوجوب هو الذي أورده في الكتاب، وأشار الإمام إلى ترجيحه، وقد يوجه بأن العار يلحق العشيرة، فالإذن لا يؤثر في حقهم<sup>(٢)</sup>.

والثانية: إذا استوفى المقدوف حد القذف، لم يقع الموقع كحد الزنا، إذا أقامه واحداً من الرعايا؛ وهذا لأن مواقع الجلدات والإيلام بها تختلف، ولا يؤمن التخفيف فيها، بخلاف ما لو قتل الزاني، المخصن واحد من الرعايا يقع قتله حداً، وفي حد القذف وجه أنه يقع الموقع، كما لو استقل من له القصاص بالاعتصاص.

والثالثة: أنه ينشطر بالرق، كما سبق، وما يجب حقاً للأدمي لا يختلف بين أن يجب على الحر أو العبد. لكن المغلب فيه حق الأدمي لمسائل منها: أنه لا يستوفى إلا بمطالته بالاتفاق.

ومنها: أنه يورث، وخالف أبو حنيفة في المسألتين، وقد ذكرناهما في «اللعان»، ولم يرتض الإمام القول بأن الغالب في حد القذف حق الأدمي، وقال: إذا قلنا: إنه يستوفى بطلب المقدوف، ويسقط بعفوه، [فلم] يغادر من تمحيض حق الأدمي شيئاً.

نعم، يجوز أن يقال: إنه مشابه حدود الله تعالى [في] بعض الوجوه، والقصاص [أيضاً] كذلك، فإن الغرض الأظهر منه الزجر، لكنه يجعل حقاً مخصاً للأدمي، وقد

(١) في ز: حدود.

(٢) يستثنى منه صورتان:

إحداهما: لو قذف العبد سيده فله إقامة الحد عليه كما جزم به المصنف في الباب قبله.

الثانية: إذا بعد عن الإمام في بادية يابسة ويقدر على استيفاء الحد بنفسه من غير مجاوزة منه جاز. صرح به الماوردي في باب صول الفحل. قال: لأنه لا حق له فصار كالدين الذي يجوز له أن يتوصل إلى أخذه.

يقال: هذا مضايقة في العبارة والمعنى واحد. <sup>(١)</sup> فرع: لو عفا عن الحد على مال؛ فأحد الوجهين: أنه تُفدى المرأة بالمال في الخلع.

والثاني: المنع، ونظيره العفو عن الشفعة على مال.

فرع: من التعريض بالقذف أن يقول: ما أنا بآبن إسكاف، ولا خباز، ولو قال: يا قواد، فليس ذلك صريحاً في قذف زوجته، وإنما هو كناية، وكذا لو قال: يا مؤاجر، ليس بصريح في القذف؛ بأنه يؤتى، هذا هو المشهور، عن الشيخ إبراهيم المرورودي: أنه حكى عن أستاذه التيمي <sup>(٢)</sup> أنه قال: هو صريح؛ لاعتیاد الناس بالقذف به، ومنهم من يجعله صريحاً في العامي خاصة.

فرع: رماء رام بحجر، فقال: من رماني فأمة زانية، إن كان يعرف الذي رماه، فهو قاذف، وإلا، لم يكن قاذفاً؛ لعدم [التعين] <sup>(٣)</sup>.

قال العزالي: وإتماً يجب الحد بقذف ليس على صورة الشهادة، فإن شهد بالزنا أربعة فلا حد، وإن شهد ثلاثة فقولان، ولو شهد عبد أو ذمي وجب حد القذف، وإن شهد فاسق مغفل فقولان، وإن كان مكاتباً فقولان مرتبان وأولى بأن لا يجب، وإن رد القاضي شهادتهم لإدائه اجتهداه إلى فسقهم فلا حد عليهم، وإن شهد أربعة ثم رجع واحد حد الرجوع (و) دون المصّر، وقيل في المصّر قولان، والشهادة هي التي تؤدي في مجلس القضاء بلفظ الشهادة وما عداه قذف.

قال الرافعي: الرمي بالزنا لا في معرض الشهادة يوجب حد القذف، فأما في معرض الشهادة فينظر إن تم العدد وثبتوا، أقيم حد الزنا على المرمي، ولا شيء عليهم، وإن لم يتم العدد كما إذا شهد اثنان أو ثلاثة، فهل يجب الحد على من رماه بالزنا؟ فيه قولان:

أحدهما: لا، لأنهم جاءوا شاهدين؛ ليقام عليه حد الله تعالى، لا هاتكين،

(١) قال النووي: الصحيح أنه لا يستحق المال. والله أعلم قال الشيخ البلقيني: لم يتعرض لسقوط حد القذف بهذه المصاححة والصواب أنه لا يسقط وإن علم فسادها بخلاف الشفعة والرد لعب لأن تأخر الحق في مثل هذا لا يقتضي إبطالهما. انتهى.

(٢) كذا وقع في بعض نسخ الرافعي والصواب النيهي وهو والحسن بن عبد الرحمن النيهي نسبة إلى نيه بكسر النون وسكون الياء، وهو من تلاميذ القاضي الحسين وأستاذ إبراهيم المرورودي. قال ابن السمعاني: كان إماماً فاضلاً عارفاً بالمذهب، ورعاً، انتشر عنه الأصحاب، وكانت وفاته في حدود سنة ثمانين وأربعمائة (الأنساب ١٢/١١٨)، (طبقات الشافعية للإسنوي ٢/٢٦٥).

(٣) في ز: اليقين.

[فإن] (١) أوجبنا الحدَّ لم يأمن كلُّ واحدٍ أن لا يساعده الآخرون، فيمتنع الشهودُ من الشهادة، وتتعلَّط الحدود، ويقال: إنه أوماً إلى هذا في الجديد (٢).

وأظهرهما: وهو الذي نصَّ عليه قديماً وجديداً، وبه قال أبو حنيفة ومالك: أنهم يُحدُّون؛ لما روي أنه شهدَ عند عمر - رضي الله عنه - على المغيرة بن شعبة بالزنا أبو بكره ونافعٌ وثقيفٌ، ولم يصرح به زيادٌ، وكان رابعهم، فجلَّدَ عمرَ الثلاثة، وكان ذلك بمخضبرٍ من الصحابة - رضي الله عنه - ولم يُنكر عليه أحدٌ، ولأننا إذ لم نجد الشهودَ، إذا لم نكمل العدد، لم نأمن أن يتخذ صورة الشهادة ذريعةً إلى الوقعة في أعراض الناس، ولو شهد على زنا المرأة زوجها مع ثلاثة فالزوج قاذف؛ لأن شهادته عليها غير مقبولة، وفي الثلاثة القولان، ولو شهد أربع نسوة أو أربعة من أهل الذمة أو العبيد أو أربعة فيهم (٣) امرأةً أو ذميًّا أو عبداً، فطريقان:

أحدهما: أن في وجوب حد القذف عليهم قولين أيضاً، وينزل نقصان الصفة منزلة نقصان العدد، وهذا ما أورده ابن الصبَّاغ.

وأصحهما: أنهم قدَّفة يُحدُّون بلا خلاف؛ لأنهم ليسوا من أهل الشهادة في الزنا، فلم يقصدوا [إلا] (٤) إلحاق العار به، وصور الإمام المسألة فيما إذا كانوا في ظاهر الحال بصفة الشهود، ثم بانوا عبيداً أو كفاراً، والمعنى فيه أنه إذا عرَّف القاضي حالهم، لا يُضغِي إليهم، ولا يُلْتَفِت إلى كلامهم، ويخْرُج رميهم عن أن يكون في معرض الشهادة، ولو شهد أربعة من الفسقة أو أربعة فيهم فاسقٌ نُظِر إن كان سبب فسقهم مقطوعاً به؛ كالزنا وشرب الخمر، فقد أطلق مُطْلَقون فيه طريقين:

أحدهما: أن في وجوب الحدِّ عليهم قولين، كما ذكرنا في نقصان العدد، وقد يَبْنِي الخلاف على أن القاضي، إذا قضى بشهادة شاهدين، ثم تبين له فسقهما، هل ينقض الحكم؟ وفيه قولان، إن قلنا: نعم، فالفسقة كالعبيد، وإلا، فلا.

(١) في ز: ولو.

(٢) رواه الحاكم في المستدرک والبيهقي وأبو نعیم في المعرفة وأبو موسى في الذیل من طرق وعلق البخاري طرفاً منه، وجميع الروايات متفقة على أنهم أبو بكره ونافع وشبل بن معبد، وقول المصنف: نفع بدل شبل، وهم، فنفع اسم أبي بكره لم يختلف في ذلك أصحاب الحديث وأفاد الواقدي أن ذلك كان سنة سبع عشرة، وكان المغيرة أميراً يومئذ على البصرة، فعزله عمر وولى أبا موسى، وأفاد البلاذري: أن المرأة التي رمى بها: أم جميع بنت محجن بن الأرقم الهلالية، وقيل إن المغيرة كان تزوج بها سرأ، وكان عمر لا يجيز نكاح السر، ويوجب الحد على فاعله، فلهدنا سكت المغيرة، وهذا لم أره منقولاً بإسناد، وإن صح كان عذراً حسناً لهذا الصحابي.

(٤) سقط في ز.

(٣) في ز: منهم.

والطریق الثاني: القَطْع بأنهم لا يُحَدُّون، وبه قال أبو حنیفة، وهو الصحيح عند القاضي أبي حامد؛ لأن نقصان العَدَد مستیقَن، وكونهم فسقةً إنما يُعرَف بالظن والاجتهاد، والحُدُودُ تُذَرُّ بالشُّبهات، وزاد آخرون، ومنهم الإمام وصاحب الكتاب ترتيباً فقالوا: إن كانوا مُغلِّين بالفِسقِ، فقولان لابن سُرَیج:

أحدهما: أنهم قَدَفَةٌ، كالعیید.

والثاني: المنع؛ لأن من العلماء مَنْ يجعل الفاسق أهلاً للشهادة.

وإن كانوا یكتمون الفسق، ویستخفون به من الناس، فالخلاف مرتب؛ لأنهم معذورون في الكتمان، قال الإمام: وظاهر المذهب امتناع الحدِّ.

وإن كان سبب الفسق مجتهداً فيه، كشرب النبیذ، لم یلزمهم الحدُّ، وإن لم یثبت الزنا بشهادتهم؛ لأنه لا سبیل إلى إقامة الحدِّ لمظنون مجتهد فيه، مع أنهم جاءوا مجيء الشهود<sup>(١)</sup>، وفي معنى الفسق المجتهد فيه ما إذا بان أن في الشهود مَنْ یعادي المشهود عليه؛ لأن ردَّ الشهادة بالعداوة مجتهد فيه.

ولو حدِّدنا العیید الذين شهدوا، فعتقوا وأعادوا الشهادة، قُبِلَتْ شهادتهم، ولو لم يتم العَدَدُ، فحدِّدنا مَنْ شهد، ثم عاد مع مَنْ يتم به العَدَدُ، فشهدوا، لم تُقبَلْ شهادتهم؛ كالفاسق تُردُّ شهادته، یتوب، ویعیدها، [هكذا]<sup>(٢)</sup> ذكره صاحب «التهذیب» وغيره.

ولو شهد أربعةً بالصفات المعتبرة، ثم رجعوا، فعليهم حدُّ القذف؛ لأنهم ألحقوا العار به، سواء كانوا معتمدين أو مخطئين؛ لأنهم مفرطون في ترك التثبت، وفي «البيان»: أن من الأصحاب مَنْ جعل الحدَّ على القولين؛ لأنهم رمؤة شاهدين، ولو رجع بعضهم دون بغض، فعلى الراجع الحدُّ، وعن القاضي أبي الطیب<sup>(٣)</sup>: أن فيه القولين، وأما مَنْ أصرَّ على الشهادة، فلا حد عليه لأنه لا تقصير منه بخلاف ما إذا شهد بعضهم، ولم يتمَّ العدد، فإنه أمكن، أن یقال: كان ينبغي ألا یبادر حتى یعلم موافقة الآخرين، وعن الشيخ أبي حامد أن منهم مَنْ أثبت في المصر القولین، ونسبه القاضي ابن كج إلى الأنماطي، والظاهر الأول، ولا فزق بین مَنْ رجع بغد قضاء القاضي بالشهادة أو قبله، وعند أبي حنیفة: إن رجع بعضهم بغد قضاء القاضي، فالحدُّ على الراجع دون المصر، وإن رجع قبله، وجب الحد على الكل، وإن شهد أكثر من أربعة، ثم رجع بعضهم، فإن بقي أربعة، فلا حدُّ على الراجعين، وإلا، [فعلى الراجعين الحد] كما إذا شهد ثمانية، ورجع خمسة، فعلى الراجعين الحدُّ.

(٢) سقط في ز.

(١) في ز: اليهود.

(٣) في ز: إلى.

وقوله في الكتاب «ولو شهد عبدٌ أو ذميٌّ» أي كان في الشهود عبد أو ذمي، ويُقاس به ما إذا كان الكلُّ ذميين أو عبيداً، ولْيُعْلَمَ قوله «وجب حد القذف» بالواو لطريقة القولين، ويجوز أن يُعْلَمَ قوله «حُدُّ الرَّاجِعِ» بالواو أيضاً، وقوله «والشهادة هي التي تؤدِّي في مجلس القضاء» إلى آخره مقصوده بيان موضع الخلاف ما إذا لم يتمَّ العدُدُ، وكان الرمي على هذه الصورة، وأما الرمي في غير مجلس القاضي أولاً بلفظ الشهادة، فهو قذف بلا خلاف.

فرغ: شهد واحداً على إقراره بالزنا، ولم يتم العدد، حكى القاضي ابن كح فيه طريقتين:

أحدهما: أن في وجوب الحد عليه الخلاف المذكور، فيما إذا لم يتم الشهود على نفس الزنا.

وأظهرهما: الجزم بالمنع؛ لأنه لا حدٌ على من قال لغيره: أقررت بأنك زنيت، وإن [ذكره] في معرض القذف والتعبير.

فرغ: لو تقاذف شخصان لم يتقاصاً؛ لأن التقاص إنما يكون عند اتفاق الجنس والصفة، والحدان لا يتفقان في الصفة، إذ لا يُعْلَمُ التساوي؛ لاختلاف القاذف والمقدوف في الخلقة [وفي] القوة والضعف غالباً هكذا ذكره إبراهيم المروروزي. ومسائل الباب وفروعه قد سبق معظمها في «كتاب اللعان»، والله أعلم.

قال العزالي: (الجنائية الخامسة: السرقة) والنظر في ثلاثة أطراف: (الأول) في الموجب وهو السرقة، ولها ثلاثة أركان: (الأول: المسروق) وشروطه أن يكون نصاباً مملوكاً لغير السارق ملكاً مختتماً تاماً محرراً لا شبهة فيه فهذه ستة شروط (الشرط الأول: النصاب) وهو ربيع دينار (ح م) مسكوك وبه يقوم السلع، والربيع من الذهب الإبريز، وإذا لم يساو ربيعاً مضرورياً فلا حد فيه على أحد الوجهين، ويقطع في خاتم وزنه سدس وقيمته ربيع على أحد الوجهين، ولو سرق دنائير ظئها فلوساً لا تبلغ نصاباً قطع، ولو سرق جبة قيمتها دون النصاب لكن في جيبتها دينار وهو لا يعلم قطع على الصحيح، ولو أخرج نصاباً في دفعات فلا قطع وذلك بأن يتخلل أطلاع المالك وإعادة الجزر، فإن لم يتخلل فيه ثلاثة أوجه يفرق في الثالث بين طول الزمان المتخلل وقصره، وخروج البر من أسفل الكندوج شيئاً فشيئاً على التواصل أولى بأن يجعل في حكم دفعة من المفروق بل هو كما لو جر المنديل شيئاً فشيئاً فإنه يقطع، فلو أخرج نصف المنديل وترك النصف الآخر في الجزر فلا قطع وإن كان المخرج أكثر من نصاب، ولو جمع من البذر المبتوث في الأرض المحررة ما بلغ نصاباً قطع على الصحيح لأن الكل كجزر واحد ولم يكن



كَمَا لَوْ أَخْرَجَ نَصَابًا مِنْ حِزْزَيْنِ، وَلَوْ اشْتَرَكَ رَجُلَانِ فِي حَمَلٍ مَا دُونَ النَّصَابِ لَمْ يُقْطَعَا، وَلَوْ بَلَغَ نِصْفَ دِينَارٍ قِطْعًا، وَيَنْبَغِي أَنْ تَكُونَ الْقِيَمَةُ بِالْغَةِ نِصَابًا قِطْعًا لَا بِأَجْتِهَادِ الْمُقَوِّمِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: السَّرِقَةُ: أَخْذُ الْمَالِ عَلَى وَجْهِ الْخُفْيَةِ، وَيَتَعَلَّقُ بِهَا الْقِطْعُ فِي الْجُمْلَةِ بِالْإِجْمَاعِ وَالْكِتَابِ؛ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨] والكلام فيما يوجبُ القِطْعَ، وفيما يثبت الموجِبُ به، وفي القِطْعِ نَفْسِهِ، فهذه ثلاثة أطرافٍ لا بُدَّ من النظر فيها.

أما الموجِبُ، فهو السَّرِقَةُ، ولا شك أن السَّرِقَةَ فعلٌ متعدٍ يتعلَّقُ بمسروقٍ، ويصدر من سارقٍ، فهذه ثلاثة أركانٍ، ولا بد من معرفة ما يعتبر في المسروقِ، وفي نفس فعل السَّرِقَةَ، وفي السارقِ؛ ليتم الموجِبُ.

أما الركن الأول: وهو المسروقُ، فقد ضبط شروطُهُ في ستة.

أحدها: أن يكون نصاباً، وهو رُبُعُ دِينَارٍ من الذهب الخالص، فلا قطع فيما دون ذلك؛ لما رُوِيَ عن عائشة - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «يُقْطَعُ الْبِدُّ فِي رُبُعِ دِينَارٍ فَصَاعِدًا» وَيُرْوَى «لَا قِطْعَ إِلَّا فِي رُبُعِ دِينَارٍ»<sup>(١)</sup> ولو سرق ديناراً مغشوشاً، نُظِرَ؛ هل يبلغ خالصه ربعاً أم لا؟ ولو كان المسروق ما سوى<sup>(٢)</sup> الذهب، قُوِّمَ بالذهب، حتى لو سَرَقَ دراھمَ، قُوِّمَت بالذهب أيضاً.

(١) متفق عليه باللفظين معاً، وفي لفظ: لم يقطع السارق على عهد رسول الله ﷺ في أدنى من ثمن المجن، وفي لفظ لمسلم: لا تقطع اليد إلا في ربع دينار فما فوقه.

(٢) وقد اختلف الناس في القدر الذي يجب به القِطْعُ:

فقال البندنجي في تعليقه: ذهب الشافعي رحمه الله إلى أنه لا يجب القِطْعُ إلا في ربع دينار فصاعداً. وقال: وذهب قوم إلى أنه لا تحديد فيه، ومن سرق شيئاً له قيمة وإن كان قيراطاً أو دانقاً كان عليه القِطْعُ ذهب إليه داود. قال: وذهب عثمان البتي إلى أن القِطْعُ في درهم فصاعداً فهو موافق لما قبله.

والذي ثبت عن مذهب الشافعي رضي الله عنه أنه لم يوجب القِطْعُ إلا في ربع دينار ذهب خالص، وإن سرق غير الذهب مثل الدراهم والثياب وغيرها لم يقطع حتى يقوم ذهباً، فإن بلغ ربع دينار قطع. وبه قال من الصحابة أبو بكر وعمر وعلي وعائشة وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم وبه قال الليث بن سعد والأوزاعي وأحمد وإسحاق. قال: وذهب مالك رحمه الله إلى أن القِطْعُ في ربع دينار وإن سرق ثلاثة دراهم وجب عليه القِطْعُ وإن سرق غير الذهب والفضة قوم بالدراهم، فإن بلغ ثلاثة دراهم قطع.

قال: وذهب أبو هريرة وأبو سعيد الخدري رضي الله عنهما إلى أن القِطْعُ يجب في أربعة دراهم. قال: وذهب النخعي إلى أن القِطْعُ يجب في خمسة فصاعداً، وهو إحدى الروايتين عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

وعند أبي حنيفة: النصاب عشرة دراهم، ويقوم الذهب وغيره بالدراهم.

وعند مالك رُبع دينار أو ثلاثة دراهم، فهما أصلان، وما سواهما يُقوم بالدراهم، وفي تعليق الشيخ أبي حامد: أن مذهب أحمد كمذهبنا، وجعل أبو نصر بن الصباغ [أن<sup>(١)</sup>] مذهبه كمذهب مالك، وحكى أن ابن بنت الشافعي - رضي الله عنهما - اختار مذهب داود، وهو أنه لا يعتبر النصاب، ويجب القطع بسرقة القليل والكثير، فيمكن أن يُعلم؛ لهذا قوله في الكتاب «أن يكون نصاباً» بالواو، وكذا قوله «الشرط الأول النصاب» إذا عرف ذلك، ففي الفضل مسائل:

إحداها: إن كان المسروق ربعاً من الذهب المضروب، فذاك، ولا فرق بين الصحيح والقراضة [منه<sup>(٢)</sup>]، وبالمضروب يقع التثويم، إذا كان المسروق غيره، حتى لا يوجب القطع، إن كان المسروق يبلغ ربعاً من الذهب غير مضروب، ولا يبلغ ربعاً مضروباً، ولو سرق ربعاً من الذهب الخالص، كالسبيكة والحلي، وهو لا يبلغ ربعاً مضروباً بالقيمة، ففي وجوب القطع وجهان:

أحدهما: يجب؛ لبلوغ العين قدر النصاب، كما في نصاب الزكاة، وإلى ترجيحه

= قال: وذهب أبو حنيفة رحمه الله إلى أن القطع لا يجب إلا في عشرة دراهم روي ذلك عن ابن مسعود.

قال: ولست أعرف من جعل النصاب أكثر مما اعتبره أبو حنيفة رحمه الله قال: إلا أن أصحابنا يروون عن النخعي أنه لا يوجب القطع إلا في أربعين درهماً، وروي عن ابن الزبير أنه قال في نصف درهم ولست أعرفه.

وقد استدل داود بما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لعن الله السارق إن سرق بيضة قطعت يده وإن سرق جملاً قطعت يده».

والجواب عن هذا أن علياً رضي الله عنه إنما ذكره على وجه المثل والتحذير لا على وجه التحقيق بدليل ما روي عنه ﷺ أنه قال: «من بنى مسجداً ولو كمفحص قطاة بنى الله له بيتاً في الجنة». فأخرجه مخرج المبالغة في الترغيب أن مسجداً مثل مفحص قطاة لا يكون كذلك، وإن حملناه على بيضة حقيقة حملناه على بيضة النعام، والبيضة التي هي المغفر التي توضع على الرأس في الحرب من حديد فسقط هذا.

والجواب عما استدل به أبو حنيفة رحمه الله من أنه لا قطع إلا في عشرة دراهم. قلنا: يرد قول الصحابة المتقدم ذكره من أنه لا قطع إلا في ربع دينار.

وبدليل ما روته عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قطع في مجرّ قيمته ثلاثة دراهم. وهذان الحديثان متفقان لأن الدينار كان حينئذ اثني عشر درهماً.

قالوا: قد خالفهم ابن مسعود لأنه روي عنه أنه قال: لا قطع إلا في عشرة دراهم.

قال: قلنا: هذا ليس بثابت عنه، ولو ثبت عنه كان قول الأكثر أولى.

(٢) سقط في ز.

(١) سقط في ز.

میل کلام جماعة منهم صاحب «التهدیب» وذكر في «البيان» أنه المذهب .

والثاني: المنع، ويُحكى ذلك عن الإصطخري وأبو يَ علي بن أبي هريرة، والطبري، ووجه بأن المذكور في الخبر لفظ الدينار، وهذا الاسم يقع على المضروب، وهذا أظهر عند الإمام وغيره، وهو الذي أورده أبو الحسن العبادي، ويؤيده أنا نقوم بالمضروب دون غير المضروب، وأن غير المضروب مقوم؛ كالسُّع، ولو سرق خاتماً وزنه دون الربع، وقيمتُه تبْلُغ بالصنعة ربعاً، ففي القطع وجهان، إن اعتبرنا القيمة، وجب القطع، وإن اعتبرنا العين، فلا، وأراد بلفظ «الإبريز» في الكتاب الخالص دون الثبر الذي إذا خلص، نَقص، فلا قطع في سرقة الربع منه بلا خلاف.

الثانية: لو سرق فلوساً ظنَّها دنانير، فُقطع، إن بلغت قيمة الفلوس نصاباً، وإلا، لم يُقطع، ولو سرق دنانير ظنَّها فلوساً، لا تبْلغ قيمتها نصاباً، فُقطع وفي «جمع الجوامع» [للقاضي الروياني]<sup>(١)</sup> أن أبا حنيفة يوافق فيه، ومنهم مَنْ يُشعر نقله بأنه يخالف فيه، ولو سرق ثوباً خسيساً؛ كجبة رثة، وكان في جيبها دينارٌ أو ما يبْلُغ به قيمتها نصاباً، ولم يُشعر بالحال، فوجهان:

أحدهما، وبه قال أبو حنيفة: لا يجب [القطع]<sup>(٢)</sup> لأنه لم يقصد سرقة نصاب، ويخالف ما إذا سرق دنانير ظنَّها فلوساً، فإنه قصد سرقة عينها.

وأظهرهما: الوجوب؛ لأنه أخرج نصاباً من حرزِهِ على قصد السرقة، والجهل بجنس المسروق وقدرِهِ لا يؤثر، كالجهل بصفته.

الثالثة: إذا أخرج النصاب من الحرز بدفعتين، فصاعداً نُظر؛ إن تخلل أطلاع المالك وإعادة الحرز بإصلاح الثقب أو إغلاق الباب، فالإخراج الثاني سرقة أخرى، فإذا كان المُخرِج في كلِّ دفعة دون النصاب، لم يجب القطع، وإن لم يتخلل الإطلاع والإعادة، فقد أطلق العراقيون وتابعهم صاحب «التهدیب» والرويانِي وغيرهما [وفيه]<sup>(٣)</sup> ثلاثة أوجه:

أظهرهما، وبه قال ابن سُرَيْج والقاضي أبو حامد: أنه يجب القطع؛ لأنه أخرج نصاباً كاملاً من حرز هَتَكَه، فأشبهه ما إذا أخرج دفعةً واحدة، وما إذا طَرَّ جَيْبَ إنسان، وأخذ منه درهماً فدرهماً.

والثاني: لا يجب، وهو قول أبي إسحاق؛ لأنه أخذ [بقية]<sup>(٤)</sup> النصاب من حرز

(٢) سقط في ز.

(٤) في ز: قيمة.

(١) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

مهتوك، ولأنه أخرج النصابَ بفعلين، فأشبه ما إذا أخرج بَعْضَهُ واحدٌ وبعضه آخر.

والثالث: وهو قول ابن خيران، إن عاد، وسرق الباقي بعدما اشتهر هَتَكَ الحِرْزَ، وعلم الناس أو المالك، لم يُقَطَّع، وإن عاد قبل الاشتهار، قُطِع، قال صاحب «التهذيب»: ولا فرق بين أن يعود لأخذ الباقي في تلك الليلة أو في ليلة أُخْرَى، وفيه وجه أنه إن عاد في ليلة أُخْرَى، لم يجب القطع قولاً واحداً، ورأى الإمام وصاحب الكتاب القَطْعَ بعدَم وجوب القطع، إذا أَطْلَعَ المالك على انتهاك الحِرْزِ وأهمله؛ لأنه مَضِيعٌ، وَحَكِيًّا وَجِهَ التفصيل على نَسَقِ آخَرَ، وهو أنه إن طال الفصل بين الإخراجين، فهما سرقتان، ولا قَطْع في واحدة منهما، وإن لم يَطُل، وجب، وعن الشيخ أبي محمَّد: أنه لو ذهب بالمسروق إلى بيته، وأسرع الكَرَّةَ<sup>(١)</sup>، فهو كطول الفصل، وإن قُرِبَ الزمان، ولو كان يُخْرِجُ النصاب شيئاً فشيئاً، ويضعه خارج البيت أو خارج الباب، حتى تَمَّ النصاب، ولم يَفَارِقِ الحِرْزَ، قُطِع.

ويتعلَّق بالإخراج بدفعتين فصاعداً.

فرعان: أحدهما: انثيال البُرِّ، وسائر الحبوب عند نَقْب الكَنْدُوجِ أو فَتْحِ بابٍ مِنْ أَسْفَلِهِ، هل هو كإخراجه باليد؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، ويُنسب إلى رواية أبي إسحاق؛ لأنه خرج بتسبب لا بمباشرة الإخراج، والتسبب ضعيف لا ينبغي أن يتعلَّق به القطع.

وأصحُّهما: أنه كالإخراج باليد لأنه بما فَعَلَ هتَكَ الحِرْزَ وَقَوَّتَ المال، وعلى هذا فلو أخرج بِيَدِهِ أو انثال دفعةً واحدةً، ما يساوي النصاب، وجب القطع، وإن أخرجه شيئاً فشيئاً على التواصل أو انثال كذلك، بَنَى الحكم على ما لو أخرج النصاب في دفتين<sup>(٢)</sup> فصاعداً، هل يجب القطع؟ إن أوجبنا القطع، فهانئاً أولئ، وإلا، فهانئاً وجهان:

أحدهما: أن الجواب كذلك؛ لأنه ما أخرج النصاب بإخراجة واحدة.

وأصحُّهما: الوجوب، لأنه يُعَدُّ فعلاً واحداً بخلاف الإخراجين المنفصلين، وقد لا يتأتَّى إخراجه إلا كذلك، ولو أخذ طرف المنديل، وأخرجه من الحِرْزِ جِزْراً أو طرف الجذع، وأخرجه كذلك، وجب القطع؛ فإنه شيءٌ واحدٌ، ولو أخرج نصفه وتَرَكَ النصف الآخر في الحِرْزِ؛ لخوف وغيره، لم يجب القطع، وإن كان المُخْرِجُ قَدَّرَ نصاباً وأكثر؛ لأنه مالٌ واحدٌ، ولم يتمَّ إخراجه، وكذلك نقول: لو كان طرف عمامة المُصَلِّي

(١) في ز: الكثرة.

(٢) في ز: دفعة.

على نجاسة، لم تصح صلواته، وسقوط الدراهم شيئاً فشيئاً، إذا طُرَّ الجيبُ أو الكُمُّ كائتال الحبوب.

الثاني: لو جمع من البذر المبتوث في الأرض ما يبلغ نصاباً، نُظِر؛ إن لم تكن الأرض محرّزةً، لم يجب القطع، وإن كانت محرّزةً على ما سيأتي القول فيه، ففي وجوب القطع وجهان:

أحدهما: لا يجب لأن موضع كل حبة حرزٌ خاصٌ لها، فأشبهه ما إذا أخرج النصاب من حرزّين.

وأصحهما: الوجوب؛ لأن الأرض تُعدُّ بقعةً واحدةً، والبذور المتفرقة فيها كالأمّعة في زوايا البيت، وينبغي أن يقال، في وجوب القطع، وإن جعلنا الأرض حرزاً واحداً، الخلاف الذي سبق في إخراج النصاب شيئاً فشيئاً.

الرابعة: إذا أخرج اثنان من الحرز نصاباً واحداً أو أكثر، لكنه لم يبلغ نصابين، فلا قطع عليهما، وإن اشتركا في الإخراج ولم يتميّز فعل أحدهما عن الآخر بخلاف ما لو اشترك اثنان في القطع أو القتل، يجب القصاص عليهما، وفرق بين البابين بأن الشارع لم يوجب القطع فيما دون النصاب؛ لأن الشيء التافه قليلاً ما يحتمل [العاقل] الأخطار لأخذه؛ فلا يحتاج إلى الزجر عنه بالقطع، فإذا اشترك اثنان في أخذ نصاب، كان حصّة كل واحد منهما دون النصاب، فلا يشتركان في السرقة [لتحصيله]، وفي القطع والقتل، لو لم يوجب القصاص عند الشركة، لجعلت الشركة ذريعةً إلى الإفساد والإهلاك.

وعن مالك وأحمد: أنه يجب القطع عليهما، إذا كان ما سرقاه نصاباً، كذلك نقله ابن الصباغ وغيره، ومنهم من فصل الحكاية عن مالك؛ فقال: إن حملاً شيئاً ثقيلاً لا يحمله إلا اثنان، وجب القَطْع عليهما، وإن كان خفيفاً، ففيه روايتان.

وإن أخرج ما يبلغ نصابين قطعاً، وإن انفرد كل واحد منهما بإخراج مال، وجب القطع على من بلغ ما أخرج نصاباً، ولم يجب على من لم يبلغ ما أخرج نصاباً.

وقال أبو حنيفة: يُجمَع ما أخذه الجماعة، فإن بلغت حصّة كل واحد منهم نصاباً، وجب القطع عليهم جميعاً، ومنهم من قيّد الرواية بما إذا اشتركوا في النقب ثم أخرجوا.

الخامسة: قال الإمام: إذا كان المسروق عَرَضاً تبلغ قيمته بالاجتهاد رُبْع دينار، فقد يوجد للأصحاب أنه يجب الحد، والذي أرى القَطْع به؛ أنه لا يجب ما لم يقطع المقومون بأنها تبلغ نصاباً، وللمقومين قطع واجتهاد، فلا يكفي الاجتهاد والقطع من

جماعة لا يزلون معتبر لا محالة، ومن جماعة لا يبعد الزلل عليهم؟ فيه احتمالان:

أحدهما: أنه يكفي به، كما تُقبل الشهادة مع أن احتمال العَلَط قائم.

والثاني: المنع بخلاف الشهادة؛ فإنها [تستند] إلى المعاينة، ويجوز أن يُعلم قوله في الكتاب «لم يُقَطَّعاً» بالميم والألف؛ لما بيَّنَّا.

وفي كلام الإمام ما يُجَوِّزُ إعلام قوله «لا باجتهاد المقوم» بالواو، ويشهد له أن القاضي الروياني ذكر في «جمع الجوامع» أنه لو شهد شاهدان بالسرقة، فَقَوْمٌ أحدهما المسروق نصاباً، والآخر أقل منه، لا يلزم القطع، وفي المال [إن] رضي [المالك] بأقل القيمتين، فذاك، وله أن يخلف مع الذي شهد بالأكثر، ويأخذه، ولو شهد شاهدان؛ بأنه نصاب، وقومه آخران بما دون النصاب، لم يجب القطع، ويؤخذ في الغرم بالأقل، وعن أبي حنيفة أنه يؤخذ بالأكثر.

واعلم أن المسألة الثالثة من مسائل الفضل لا تتعلق بشرط النصاب، فإن النظر فيها إلى كيفية الإخراج، وإيرادها في غير هذا الموضع كان أولى به من جهة الترتيب.

فَرُغَ: القيمة تختلف بالبلاد والأزمان، فتتغير في كل مكانٍ وزمان قيمة ذلك المكان والزمان، ويبعد أن يقال: يعتبر قيمة الحجاز أو قيمة عهد النبي ﷺ.

قال الغزالي: (الشَّرْطُ الثَّانِي) أَنْ يَكُونَ مَمْلُوكًا لِغَيْرِ السَّارِقِ، وَلَوْ سَرَقَ مَلِكٌ نَفْسَهُ مِنَ الْمُرْتَهَنِ أَوْ الْمُسْتَأْجِرِ فَلَا قَطْعَ، وَلَوْ طَرَأَ الْمَلِكُ بِإِزْثٍ قَبْلَ الْخُرُوجِ مِنَ الْحِزْرِ فَلَا قَطْعَ، وَبَعْدَهُ لَا يُوْثِرُ، وَكَذَلِكَ نَقْصَانُ الْقِيَمَةِ بِالْأَكْلِ، وَالْإِنْتِلَافُ قَبْلَ الْإِخْرَاجِ يُؤَثِّرُ وَبَعْدَهُ لَا، وَلَوْ قَالَ السَّارِقُ: سَرَقْتُ مِلْكِي سَقَطَ الْقَطْعُ بِمَجْرَدِ دَعْوَاهُ عَلَى النَّصِّ لِأَنَّهُ صَارَ خَصْماً فِي الْمَالِ فَكَيْفَ يُقَطَّعُ بِحَلْفِ غَيْرِهِ، وَلَوْ قَالَ الْمَسْرُوقُ مِنْهُ: هُوَ لَكَ فَأَنْكَرَ شَرِيكَهُ فَلَا قَطْعَ، وَلَوْ قَالَ السَّارِقُ: هُوَ مِلْكُ شَرِيكِي فِي السَّرِقَةِ فَلَا قَطْعَ، وَلَوْ أَنْكَرَ شَرِيكَهُ لَمْ يُقَطَّعِ الْمُدَّعِي، وَفِي الْمُنْكَرِ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ الْعَبْدُ السَّارِقُ: هُوَ مِلْكُ سَيِّدِي فَلَا قَطْعَ وَإِنْ كَذَّبَهُ السَّيِّدُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ صَوْرَةٌ:

إحداها: لا قطع على من سرق ماله في يد غيره؛ كيد المرتهن والمودع والمستأجر والمستعير وعامل القراض والشريك والوكيل، ولو أخذ مع ماله نصاباً آخر، لزمه القطع؛ لأنه لا شبهة في النصاب الآخر.

وقال أبو حنيفة: لا يجب القطع.

ولو سرق ما اشتراه من يد البائع؛ إما في زمان الخيار أو بعد انقطاع الخيار، لم يُقَطَّع، ولو سرق معه مالاً آخر، فإن كان قبل توفير الثمن، وجب القطع، وإن كان بعد توفيره فوجهان:

أصحهما: المنع، كما سيذكر فيما إذا سَرَقَ من الدار المشترأة.

ولو وهب منه شيء، فرقه بعد القَبُول وقبل القبض، والأصح: أنه لا يُقَطَّع بخلاف ما إذا أوصى له بشيء، فسرقه قبل موت الموصي؛ لأن القبول لم يقترن بالوصية، وإن سرقه بعد موت الموصي، وقبل القَبُول، فينبني<sup>(١)</sup> على أن المَلِكُ في الوصية بم يحصل، إن قلنا: يملك الوصية بالموت لم يُقَطَّع، وإلا، قطع، ولو أوصى بمالٍ للفقراء، فسرقه فقيرٌ بعد موته، لم يُقَطَّع؛ كسرقة المال المشترك، وإن سرقه غنيٌ قطع.

الثانية: إذا طرأ المَلِكُ في المسروق قَبْلَ إخراجِه من الحِرْز؛ بأن ورثه السارق أو اشتراه أو انتهبه، وهو فيه، سقط القطع، وإن طرأ المَلِكُ بعد إخراجِه من الحِرْز، لم يسقط القطع؛ لكنه لو اتَّفَقَ ذلك قَبْلَ رفع الأمر إلى الحاكم، لم يمكن استيفاء القطع بناءً على أن استيفاء القطع يتوقَّف على دعوى المسروق منه ومطالبته بالمال على ما سيأتي، وبهذا قال مالك وأحمد، وقال أبو حنيفة: يسقط القَطْع.

واحتج الأصحاب بما رُوِيَ أن صفوان بن أمية نام في المسجد فتوسد رداءه، فجاء سارق، فأخذه من تحت رأسه، فأخذ صفوان السارق، وجاء به إلى رسول الله ﷺ فأمر بقطع يديه، فقال صفوان: إني لم أُرِدْ هذا، وهو عليه صدقة، فقال النبي ﷺ «هلاً كان قَبْلَ أن تأتيني به»، ولو كانت الهبة بعد السرقة تدفع القطع، لأمره بإتمامها، ودفع القطع، [وأيضاً، فالاعتبار] في العقوبات [بحالة] الجناية؛ ألا ترى أنه لو زنى بجارية، ثم ملكها، لم ينسقط الحد.

الثالثة: لو انتقصت قيمة المسروق في الحِرْز؛ بأن أكل بغيضه أو خرَّقه، وكان المُخْرَجُ دون النصاب، لم يجب القطع، وإن كان النقصان بعد الإخراج من الحِرْز لم يؤثر، واستوفى القطع؛ خلافاً لأبي حنيفة فيما إذا كان النقصان بأفة سماوية.

ولو شق الثوب في الحِرْز أو ذبح الشاة فيه، ثم أخرج، فعليه ضمان النقصان، ثم إن كان المُخْرَجُ نصاباً، فعليه القطع، وإلا فلا، وعند أبي حنيفة: لا قطع في الشاة إذا ذبحها ثم أخرجها بناءً على أنه لا قطع في اللحم والأشياء الرطبة؛ على ما سنذكره، وإن

(١) في ز: فيني.

شَوَاهَا فِي الْحِزْزِ، فَقَدْ مَلَكَهَا عِنْدَهُ، وَقَالَ فِي الثَّوْبِ الْمَشْقُوقِ: إِذَا كَانَ يَبْلُغُ نَصَابًا يَتَخَيَّرُ الْمَالِكُ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَهُ، وَلَا يَطَالِبُ بِالْأَرْضِ، وَبَيْنَ أَنْ يَتْرَكَهُ عَلَى السَّارِقِ، وَيَطَالِبُهُ بِكَمَالِ قِيَمَتِهِ، فَإِنْ أَخَذَهُ، وَلَمْ يَطَالِبْ بِالْأَرْضِ، قُطِعَ، وَإِلَّا لَمْ يَقْطَعْ؛ بِنَاءٍ عَلَى أَنْ الْقَطْعَ وَالْعُزْمَ لَا يَجْتَمِعَانِ، وَقَدْ يُفَرَّقُ بَيْنَ الشَّقِّ طَوِيلًا [وَبَيْنَ] (١) الشَّقِّ عَرْضًا، وَيُجْعَلُ الشَّقُّ طَوِيلًا مَهْلِكًا.

الرابعة: إِذَا ادَّعَى السَّارِقُ الْمَلِكَ فِيمَا أَخَذَهُ عَلَى صُورَةِ السَّرْقَةِ، فَقَالَ: كَانَ الْمَأْخُودُ مِنْهُ، غَصَبَةً مِنْي أَوْ مِنْ أَبِي، أَوْ كَانَ وَدِيعَةً عِنْدَهُ أَوْ عَارِيَةً، أَوْ كُنْتُ اشْتَرَيْتُهُ مِنْهُ، أَوْ وَهَبَهُ مِنِّي أَوْ أُذِنَ لِي فِي أَخْذِهِ، فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الْمَالِ، بَلْ يَصَدَّقُ الْمَأْخُودُ مِنْهُ بِبَيِّنَةٍ فِي نَفْيِ الْغَضَبِ وَالْبَيْعِ وَالْهَبَةِ، وَبِلا يَمِينٍ فِي قَوْلِهِ «أُذِنَ لِي فِي أَخْذِ مَالِهِ» فَإِنَّهُمَا مُتَّفَقَانِ عَلَى أَنَّ الْمَالَ لَهُ، فَيُرَدُّ عَلَيْهِ، وَهَلْ يَسْقُطُ الْقَطْعُ بِدَعْوَى الْمَلِكِ؟

المنصوص فيه قال أكثر الأصحاب: نعم؛ لأن ما يدعيه محتمل، والقَطْعُ يَسْقُطُ بِالشَّبْهِ، وَلأنَّهُ صَارَ خَصْمًا فِي الْمَالِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ نَكَلَ الْمَأْخُودُ مِنْهُ وَخَلَّفَ السَّارِقَ، اسْتَحَقَّ الْمَالِ، وَلَا قَطْعَ، فَكَيْفَ يُقْطَعُ فِي مَالٍ هُوَ خَصْمٌ فِيهِ؛ وَيُرَوَّى عَنِ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّهُ سَمِيَ هَذَا الْمُدَّعِي السَّارِقَ الظَّرِيفَ، وَفِيهِ وَجْهٌ أَوْ قَوْلٌ مُخْرَجٌ عَنِ رِوَايَةِ أَبِي إِسْحَاقَ الْمَرْوَزِيِّ أَوْ تَصْرُفِهِ: أَنَّهُ لَا يَسْقُطُ الْقَطْعُ بِمَجْرَدِ الدَّعْوَى، كَيْلَا يَتَّخِذَ ذَلِكَ [حِيلَةً] (٢) ذُرْبَةً إِلَى دَفْعِ الْحَدِّ، قَالَ الرُّوْيَانِيُّ فِي «الْحَلِيَّةِ»: وَلِهَذَا وَجَّهَ فِي زَمَانِ الْفَسَادِ، [وَاللَّهُ أَعْلَمُ].

وفي موضع الخلاف في دعوى السارق المَلِكُ كَلَامٌ يَذْكُرُهُ فِي آخِرِ النَّظَرِ الثَّانِي مِنْ «كِتَابِ السَّرْقَةِ»؛ لِأَنَّ صَاحِبَ الْكِتَابِ أَعَادَ الْمَسْأَلَةَ هُنَاكَ، وَتَكَلَّمَ فِي مَوْضِعِ الْخِلَافِ فِيهَا، وَيَجْرِي الْخِلَافُ فِيمَا إِذَا ادَّعَى السَّارِقُ أَنَّ الْمَسْرُوقَ مِنْهُ عَبْدُهُ، وَهُوَ مَجْهُولُ النَّسَبِ أَوْ أَنَّ الْحِزْزَ مَلَكَهُ غَصَبَهُ [مِنْهُ] الْمَسْرُوقُ مِنْهُ، وَفِيمَا إِذَا شَهِدَ عَلَيْهِ شَهْودٌ [بِالزَّانَا]، فَادَّعَى أَنَّ الْمَرْأَةَ زَوْجَتَهُ أَوْ كَانَتْ أُمَّةً، فَقَالَ: بَاعَهَا مَالِكُهَا مِنِّي، وَرَأَى الْإِمَامَ الظَّاهِرَ فِي حَدِّ الزَّانَا: أَنَّهُ لَا يَسْقُطُ بِهِذِهِ الدَّعْوَى، بِخِلَافِ الْقَطْعِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الظَّاهِرَ فِيمَا إِذَا قَامَتْ بَيْنَهُ عَلَى أَنَّ فَلَانًا زَنَى بِجَارِيَةِ فَلَانٍ الْغَائِبِ، وَلَا يَتَنظَرُ حُضُورَ الْغَائِبِ، بِخِلَافِ مِثْلِهِ فِي السَّرْقَةِ؛ عَلَى مَا سَيَأْتِي، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَلَا يَجْرِي الْخِلَافُ فِيمَا إِذَا قَطَعَ يَدَ إِنْسَانٍ وَادَّعَى أَنَّهُ أُذِنَ لِي فِي قَطْعِهَا بَلْ يَقْتَصِرُ مِنْهُ بِلَا خِلَافٍ؛ لِأَنَّ الْقَطْعَ حَقُّ الْآدَمِيِّ، وَهُوَ بِمِثَابَةِ الْمَالِ، هَاهُنَا، وَلَوْ أَقْرَ الْمَسْرُوقُ مِنْهُ بِأَنَّ الْمَالَ كَانَ مَلَكَاً لِلْسَّارِقِ، فَلَا قَطْعَ بِلَا خِلَافٍ؛ لِأَنَّ السَّارِقَ إِنَّمَا يُقْطَعُ عِنْدَ الْخِصْمَةِ، وَقَدْ سَقَطَتِ الْمَخَاصِمَةُ، وَإِذَا فَرَعْنَا عَلَى

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.



النص، فلو سرق اثنان وادعيا أن المسروق ملكهما، لم يُقَطَّعا، وإن ادعاه أحدهما لنفسه أو لهما، وأنكره الآخر، واعترف بالسرقة، فلا قطع على المدعي، وفي المنكر وجهان: أحدهما: وبه قال ابن القاصر: أن عليه القطع؛ لأنه مقر بأن سرق نصاباً بلا شبهة، وهذا أظهر عند الإمام، وصاحب الكتاب، وبه أجاب صاحب «الشامل».

والثاني: ويُنسب إلى القفال: أنه لا يجب؛ لأنه قد ادعى ما لو صدق فيه، لسقط القطع [فصار] كما لو قال المسروق منه: إنه<sup>(١)</sup> [ملكه]، يسقط القطع، وإن كان مقرراً بأنه سرق، بلا شبهة، ولو قال أحدهما: هذا ملك شريكي، وأخذت معه بإذنه، وأنكر الشريك، فالذي نقلوه أنه كالصورة [المتقدمة] لا قطع على من يدعي ملك الشريك، وفي المنكر وجهان، وقرب الوجهان من الوجهين فيما إذا شهد اثنان بالقصاص على إنسان، فاقتصر منه ثم رجعا، [فقال] أحدهما: أخطأنا، وقال الثاني: تعمدنا، لا قصاص على الأول، وفي الثاني وجهان، قال في «التهذيب» والأول أن يقال: يجب القطع على المنكر؛ لأنه يدعي شبهة وفي المدعي وجهان:

أحدهما: لا قطع عليه، لأن ما يدعيه لو ثبت، لم يجب القطع.

والثاني: يجب؛ لأنه لا يدعي لنفسه ملكاً إنما يدعيه للشريك، وهو منكر، ونظيره من شهود القصاص أن يقول:

أحدهما: تعمدنا جميعاً، ويقول الثاني: تعمدت أنا، وأخطأ صاحبي، يجب القصاص على من يقول: تعمدنا جميعاً، وفي الآخر وجهان، ويجوز أن يُعلم؛ لهذا قوله في الكتاب «لم يُقَطَّع المدعي» بالواو.

وقوله «ولو أنكروا شريكه» فيه ما تبين، أما قوله «ولو قال: السارق هو ملك شريكي في السرقة»، فلا قطع المقصود منه ما إذا صدقه الشريك، ويجوز أن يُعلم قوله «فلا قطع» بالواو؛ لأن المذكور جواب على النص، ويجيء فيه الوجه أو القول المخرج.

ولو سرق غيب وادعى أن المسروق ملك سيده، فإن صدقه السيد، سقط القطع تفرعاً على النص، وإن كذبه فوجهان:

أحدهما: لا يسقط، لأنه يدعي الملك لسَيِّده، وهو منكر، كما ذكرنا في الشريك.

والثاني: يسقط كالحزب يدعي الملك لنفسه، وهذا ما أورده في الكتاب مع حكاية

(١) في أ: مالكة.

الوجهين فيما إذا ادعى الملك للشريك، وأنكر الشريك، وإليه ذهب صاحب «التلخيص» وقد يُفترق بينهما بأن تعلق السيد بالعبد فوق تعلق الشريك بالشريك؛ ألا ترى أن يد العبد يد السيد، وتمليك العبد تمليك السيد، فجعلت دغوى ملك السيد كدغوى الحر ملك نفسه.

ولو ادعى السارق نقصان قيمة المسروق عن النصاب، لم يُقطع، فإن قامت البينة على أن قيمته تبلغ تمام النصاب، قطع؛ بخلاف ما لو ادعى أنه ملكه، لا يُقطع، قاله في «التهذيب»، واعلم أن ترجمة هذا الشرط كون المسروق ملكاً لغير السارق، والصورة الأولى، والثانية، والرابعة متعلقة بهذه الترجمة، وأما الثالثة، وهي انتقاص قيمة المسروق في الحرز، فهي أجنبية عنها، [وهي] بترجمة الشرط الأول، [وهو] أن يكون المخرج نصاباً اليق.

قال الغزالي: (الشرط الثالث: أن يكون مخترباً) فلا قطع على سارق الخمر والخنزير ولا على سارق الطنبور والملاهي والأواني الذهبية التي يجوز كسرها إن قصد السارق بإخراجها الكسر، وإن قصد السرقة ورضاضها نصاباً، فوجهان.

قال الزايعي: لمتأمل أن يقول: إذا شرطنا أن يبلغ المسروق نصاباً بالقيمة، فقد شرطنا أن يكون مالا محترماً؛ لأن ما لا قيمة له لا يكون نصاباً، فإذاً هذا داخل في الشرط الأول، ثم في الفقه مسألان:

إحدهما: من سرق خمراً أو خنزيراً أو كلباً<sup>(١)</sup> أو جلد ميتة غير مدبوغ، فلا قطع<sup>(٢)</sup> عليه، سواء سرقة من مسلم أو ذمي؛ لأنه لم يسرق مالا، فلو كان الإناء الذي فيه الخمر يتلغ [نصاباً]، فوجهان:

أحدهما: لا يجب القطع أيضاً؛ لأن ما فيه مستحق الإراقة، فيصير شبهة في دفعه، وبهذا يقول أبو حنيفة؛ لأن عنده إذا سرق ما يُقطع [فيه]، وما لا يُقطع لا [يقطع]<sup>(٣)</sup>.

وأصحهما، ويحكي عن نسه: أنه يجب؛ لأنه سرق نصاباً من جزره.

(١) ولو مقتنى.

(٢) لأن ما ذكر ليس بمال وخرج بقوله غير مدبوغ المدبوغ فيقطع به حتى لو دبغه السارق في الحرز ثم أخرجه وهو يساوي نصاب سرقة فإنه يقطع به إذا قلنا بأنه للمغضوب منه إذا دبغه الغاصب وهو الأصح ومثله كما قال البلقيني إذا صار الخمر خلا بعد وضع السارق يده عليه وقيل أخرجه من الحرز.

(٣) في أ: قطع.

وإن كان فيه بولٌ، فقد طرد في «البيان» فيه الوجهين، وقياس ما في «المهذب» و«التهذيب» القطع بالوجوب؛ لأنهما قاساه وجه الوجوب عليه، وحكى صاحب «البيان» وجهين في وجوب القطع بسرقة ما يستهان به كقشور الرمان، وهو بعيد [والصواب القطع بالوجوب].

الثانية: إذا سرق شيئاً من آلات الملاهي؛ كالطنبور والمزمار، وفي معناهما الأصنام، فينظر؛ إن كان لا يبلغ بعد الكسر والتغيير نصاباً فلا قطع<sup>(١)</sup>، ولا عبرة بما يذله الراغب فيه؛ للتأليف المحرم، وإن كان يبلغ بعد الكسر والتغيير نصاباً، فوجهان:

أحدهما: أنه لا قطع أيضاً؛ لأنه من آلات المغصية، فأشبهه الخمر، وأيضاً، فإنه غير محرز؛ لأن كل [أحد] مأمورٌ بإفساد آلات الملاهي، ويجوز الهجوم على الدور لكسرها وإبطالها، وأيضاً، فإنه لا يجوز إنساكها، فهي كالمغصوب، يُسرق من حرز الغاصب.

والثاني: يجب القطع، لأنه سرق ما يبلغ نصاباً من الحرز، ويجري الخلاف فيما إذا كان عليه من الذهب أو الفضة ما يبلغ نصاباً، والأظهر عند أبي الفرج الزاز، والإمام الوجه الأول، وعند الأكثرين منهم العراقيون، والقاضي الروياني الثاني، [و]<sup>(٢)</sup> قال الإمام: ويتجه أن يقال: يختلِف الحكم باختلاف القصد فإن قصد السرقة، ففيه الوجهان، وإن قصد بإخراجها أن يُشهر تغييرها وإفسادها، فمنقطع بأنه لا يُقطع، وهذا هو قضية كلام الأصحاب، فليجعل بياناً لما أرسلوه لا احتمالاً خارجاً عن المنقول، ولو كسر ما أخذه في الحرز، ثم أخرجه، وهو يبلغ نصاباً، فقد قطع قاطعون بوجوب القطع، وفي «المهذب» ما يقتضي إثبات الخلاف؛ لأنه حكى ثلاثة أوجه، ثالثها، وبه قال ابن أبي هريرة: أنه، إن أخرجه بعد الفصل والتغيير، قطع، وإن أخرجه قبله، لم يُقطع.

وأما الأواني الذهبية - والفضية<sup>(٣)</sup>، ففي «المهذب» و«التهذيب»: أنه يجب بسرقتها القطع؛ لأنها تتخذ للزينة لا للمغصية، والوجه وهو المذكور في «البيان» [أنه] بيني ذلك على أنه، هل يجوز اتخاذها؟ إن قلنا: يجوز، فيجب بسرقتها القطع، وإن قلنا: لا يجوز، فهي كآلات<sup>(٤)</sup> الملاهي، وهذا ما أورده الإمام، لكنه رأى نفي القطع بعيداً، ويُمكن أن يُعلم قوله في الكتاب «ولا على سارق الطنبور» بالحاء<sup>(٥)</sup>، لأن في «جمع

(١) والضابط أنه لا قطع فيما سلب الشرع على كسره.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: والفضة.

(٤) في ز: بالواو.

(٥) في ز: كالأب.

الجوامع» للقاضي الروياني: أن القفال رَوَى عن أبي حنيفة أنه يُفَطِّعُ في الطنبور، وإن لم يبلُغ قيمته نصاباً إلا بالصنعة<sup>(١)</sup> المحرمة، لكن الأثبُتُ عنه أنه لا قَطْعُ فيها، وإن بلغت بعد التغيير نصاباً.

وقوله «التي يَجُوزُ كَسْرُهَا» يعني إذا قلنا: بجواز كسرها، وقد تُقْرَأُ «التي يَجُوزُ كسرها» وقوله: «إن قصد السارق بإخراجها الكسر، وإن قصد السرقة» هو ما حَكَيْنَا عن الإمام أن الحُكْمَ يَخْتَلِفُ بِالْقَصْدِ، وقد يعترض على اللفظ؛ فيقال: إذا قصد بإخراجها الكسر، لم يصح تسميته سارقاً، وقد سَمَّاهُ سارقاً مرتين، حيث قال: «ولا على سارق الطنبور» وقال: «إن قصد السارق» وكان الأحسن أن يقول: «إن قصد المُخْرِجَ بإخراجها الكسر، وإن قصد السَّرِقَةَ» وإذ ذكر السارق، فهو محمولٌ على نحو منه.

قال العزالي: (الشَّرْطُ الرَّابِعُ) أَنْ يَكُونَ الْمَلِكُ تَاماً قَوِيماً وَلَوْ كَانَ لِلسَّارِقِ فِيهِ شَرِكَةٌ وَلَوْ بِجُزْءٍ يَسِيرٍ فَلَا يُقَطَّعُ كَمَا لَوْ سَرَقَ أَلْفَ دِينَارٍ وَلَهُ مِنْهُ وَزْنٌ دِينَارٍ شَائِعٍ، وَقِيلَ: يَجِبُ مَهْمَا أَخَذَ مِنْ مَالِ الشَّرِيكِ قَدْرٌ نَصَابٍ فَيَجِبُ عَلَى مَنْ سَرَقَ نِصْفَ دِينَارٍ مُشْتَرِكٍ، وَقِيلَ: إِنْ كَانَ الشَّيْءُ قَابِلاً لِلْقِسْمَةِ وَلَمْ يَزِدْ عَلَى مِقْدَارِ حَقِّهِ حِمْلٍ قِسْمَةً فَاسِدَةً وَلَمْ يُقَطَّعْ وَإِلَّا قُطِعَ، أَمَا مَا لِلسَّارِقِ فِيهِ حَقٌّ كَمَا لَبَّيْتُ الْمَالَ فِيهِ وَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا: لَا يُقَطَّعُ بِحَالٍ وَالثَّانِي لَا يُقَطَّعُ إِنْ كَانَ مُنْصِفاً بِصِفَةِ الْأَسْتِحْقَاقِ، وَأَمَّا الْأَبْنُ فَلَا يُقَطَّعُ بِسَرِقَةِ مَالِ أَبِيهِ وَكُلٌّ مَنْ يَسْتَحِقُّ عَلَيْهِ التَّفَقُّةَ وَإِنْ كَانَ عَنِيّاً، وَيُقَطَّعُ بِسَرِقَةِ بَابِ الْمَسْجِدِ وَأَجْدَاعِهِ، وَفِي فُرْشِهِ وَجْهَانِ، وَفِي قَنْدِيلِهِ وَجْهَانِ مُرْتَبَانِ وَأَوْلَى بِأَنْ يُقَطَّعَ، وَفِي سَرِقَةِ الْمَوْقُوفِ وَالْمُسْتَوْلِدَةِ وَجْهَانٍ لِيُضْعَفَ الْمَلِكُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فَهَذَا الْفَضْلُ مَسَائِلُ:

إحداها: إذا سرق أحد الشريكين من حِرْزِ الآخر مالا يشتركان فيه، فهل يتعلَّقُ القطع بهذه السرقة؟ فيه قولان:

أحدهما: نعم؛ لأنه لا حَقَّ له في نصيب الشريك.

وأصحُّهما: المنع؛ لأنه ما مِنْ قَدْرٍ يأخذه إلا وله فيه جزء، وإن قل، فينتهض شبهة دافعة للقطع، وهذا كما أن وطىء الجارية المشتركة، لا يوجب الحد، فعلى هذا، لو سرق ألف دينار، [وله] منه قدرُ دينارٍ على الشيوع، لم يجب القطع، وعلى الأول؛ إذا سرق من نصيب الشريك نصاباً، يجب القطع، وكيف تحصل سرقة نصابٍ من

(١) في ز: بالصيغة.

نصيب الشريك؟ الحكاية عن أكثرهم: أنه إن كان المال بينهما بالسوية، فإذا سرق نصف دينار فصاعداً، فقد سرق من الشريك نصاباً، وإن كان ثلثاه للسارق، فإذا سرق ثلاثة أرباع دينار فصاعداً، فقد سرق منه نصاباً [وقيل]: إنما يجعل سارق النصاب من الشريك، إذا زاد المأخوذ على قدر حقه [بنصاب]، فلو كان بينهما على المناصفة، فسرق نصف المال وزيادة ربع دينار، أو كان ثلثاه للسارق، فسرق [ثلثيه] وزيادة ربع، فقد سرق [منه] نصاباً، وإن اقتصر على أخذ حصته، فلا قطع؛ لإمكان أن يقع جميع المأخوذ في نصيبه عند القسمة، هكذا أطلق صاحب «التهذيب» نقله عن القفال، ومنهم من فصل، وقال: إن كان المال المشترك مما يجري فيه الإجماع على القسمة؛ كالحبوب في سائر الأموال المثلية، فإنما يجب القطع، إذا زاد المأخوذ على قدر حصته بنصاب، فإن لم يزد، فلا قطع، وحمل أخذه على أنه استقل بالقسمة، وهذه القسمة، وإن كانت فاسدة، فإنها تصير شبهة دارئة، وإن كان ممّا لا يجري فيه الإجماع؛ كالثياب، فإذا سرق نصف دينار ممّا يشتركان فيه على السوية أو ثلاثة أرباع مما ثلثاه للسارق، وجب القطع؛ لأنه لا يجري فيه الإجماع، والأخذ بغير إذن الشريك، وهذا ما أورده في الكتاب.

الثانية: هل يُقَطَّع من سرق [من] مال بيّت المال، يُنظر، إن سرق مما أُفرز لطائفة مخصوصين، ولم يكن السارق منهم، فتعم، وذلك كالمُفرز لذوي القرى واليتامى، قال الإمام: وكذا الفئء المعد للمرتزقة، تفرعاً على أنه ملكهم، وإن سرق، من غيره فقد دُكر فيه وجوه:

أحدها: أنه لا يجب القطع بحال، سواء سرق من مال الصدقات أو من مال المصالح؛ لأنه معدّ مُرصدّ لحاجات الناس، ولا فرق بين أن يكون السارق غنياً في الحال أو فقيراً، فإن الغني قد يفتقر، فأشبه ما إذا سرق الأب الموسر من مال الابن، لا يُقَطَّع، وإطلاق العراقيين يوافق هذا الوجه، واحتج له بما روي أن رجلاً سرق من بيت المال، فكتب بغض عمال عمر - رضي الله عنه - إليه بذلك، فقال: «لا قَطَّعَ عَلَيْهِ، مَا مِنْ أَحَدٍ إِلَّا وَلَهُ فِيهِ حَقٌّ».

وثانيها، نقله القاضي الروياني عن رواية القفال، أنه يجب، كما في سائر الأموال.

وأصحها: أنه يُفَصَّل؛ إن كان السارق صاحب حق في المسروق منه، فلا قطع، [كما] إذا سرق الفقير من مال الصدقات أو من مال المصالح، وإن لم يكن صاحب حق كالغني، فإن سرق من مال الصدقات، قُطِعَ بخلاف الأب، إذا سرق من مال الابن، وهو موسر، وفُرقَ بينهما بأن سقوط القطع هناك، إنما كان للبعضية والإجماع، وإن سرق من مال المصالح، فوجهان:

أحدهما: أنه يقطع أيضاً، كَمَالِ الصَدَقَةِ.

وأصحهما: المنع، لأنه قد يُضْرَفُ ذلك المال إلى عمارة المساجد، والرباطات والقناطر، فينتفع بها الغني والفقير، هذا إذا كان السارق مسلماً، أما إذا سرق ذمي من مال المصالح، فالمشهور، وبه قال صاحب «التقريب»: أنه يُقَطَّع؛ لأنه مخصوص بالمسلمين، ولا نَظَرُ إلى إنفاق الإمام عليهم عند حاجتهم؛ لأنه إنما ينفق للضرورة، وبشرط الضمان، وذلك لا يُسْقِطُ القطع، كما أنه ينفق على المضطر من بيت المال [بشرط الضمان]،<sup>(١)</sup> ولو سَرَقَ في غير حالة الاضطرار، وجب القطع، ولا نَظَرُ إلى انتفاعه بالقناطر والرباطات؛ لأنه ينتفع بها تبعاً من حيث إنه قاطنٌ في دار الإسلام، وفيه وجه: أنه لا قَطْعَ عليه، كما لا قَطْعَ على الغني المسلم، فإنه قد يُسَلِّم، وهذا ما ارتضاه صاحب «التهذيب» وقال: ينبغي ألا يكون إنفاق الإمام عليه بشرط الضمان، قال: وهذا في مال المصالح، أما لو سرق من مال مَنْ لم يخلف وارثاً من المسلمين، فعليه القطع؛ لأنه إزْتٌ للمسلمين خاصة، ولو كَفَنَ ميت من مال بيت المال، فَسَرَقَ ذلك الكفن نَبَاشٌ، تَعَلَّقَ به القطع؛ لأنه انقطعَت الشركة عنه لما صُرِفَ إلى تلك الجهة، كما لو صرف إلى حَيٍّ.

الثالثة؛ عن نصّه في القديم، ورواية الحارث بن سُرَيْج [النقال]: أنه يجب القطع بسرقة ستر الكعبة، إذا كان محرّزاً بالخياطة عليه.

وفي كتاب القاضي ابن كج، مَعَ ذلك أن قوله الجديد والأصح: أنه لا قطع بسرقة؛ لأن ليس له مالٌ مُعَيَّن، فأشبهه مال بيت المال، والذي أورده المُعْظَمُ الأول، وأخذوا به، ولم يذكروا فيه خلافاً، وقالوا: إنه مال محرّز، فأشبهه سائر الأموال، وَرَوُوا أن عثمان - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - سَرَقَ في عَهْدِهِ ثَوْبٌ من منبر رسول الله ﷺ فَقَطَّعَ السَّارِقَ، ولم يُنَكِّزْ عَلَيْهِ أَحَدٌ<sup>(٢)</sup> ثُمَّ أَلْحَقُوا بِسِتْرِ الكَعْبَةِ باب المسجد وجذعه وتأزيره وسواريه، وأوجبوا القطع بسرقتها ونفوه فيما يُفَرِّشُ في المسجد من حصير وغيره، وفي القناديل المُسْرَجَةِ، وَفَرَّقُوا بأن الفُرْشَ أَعَدَّتْ لينتفع بها الناس، والقناديل ليستضيئوا بها، والأبواب والسقوف لتخصين المسجد وعمارته، لا للانتفاع، والقناديل التي لا تُسْرَجُ ولا يقصد منها إلا الزينة، كالأبواب [والسقوف، و]<sup>(٣)</sup> هذا ما أجاب به أكثرهم، ورأى الإمام - رحمه الله - تخريب وجهه في الأبواب والسقوف؛ لأنها أجزاء المسجد، والمساجد يَشْتَرِكُ فيها المسلمون، ويتعلّق بها حقوقهم، فهي كمال بيت المال، وذكر في الحُصْرِ والقناديل ونحوها ثلاثة أوجه:

(٢) قال الحافظ في التلخيص: لم أجده عنه.

(١) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

المنع المطلق، وهو قضية ما أورده [القاضي]<sup>(١)</sup> ابن كج، والوجوب المطلق؛ كالأبواب، والفرق بين ما يقصد به الاستضاءة أو يقصد للزينة، وكل هذا في المسلم أما الذمي، لو سرق الباب أو الحضر أو غيرهما، فيقطع بلا خلاف، وذكر الفوراني في سرقة بكرة البئر المسبلة: أنه يجب القطع، وكذلك حكاه صاحب «التهذيب» وقال: الوجه عندي أن تكون كحضر المسجد؛ لأنها لمنفعة الناس، وعند أبي حنيفة: لا قطع في شيء من ذلك.

الرابعة: في سرقة المال الموقوف وجهان:

أحدهما: لا قطع، أما إذا قلنا: إن الملك فيه لله تعالى وخذ، فلأنه منفك عن ملك آدميين، كالمباحات، وأما على غير هذا القول؛ فلأن الملك فيه ضعيف.

وأصحهما: أنه يجب، كما في أستار الكعبة، لأنه مال محرر، والوجهان جاريان فيما إذا سرق مستولدة، وهي نائمة أو مجنونة، والأصح وجوب القطع؛ لأنها مملوكة مضمونة بالقيمة كالعبد القين، ويخالف المكاتب؛ لأنه في يد نفسه، وكذا من بعضه حر وبعضه رقيق، ولو سرق من غلة الدار الموقوفة أو ثمرة الشجرة الموقوفة، وجب القطع بلا خلاف، [فإذا] كان للشارق استحقاق فيما سرق، كما لو وقف على جماعة، فسرق [بعضهم أو]<sup>(٢)</sup> أحدهم، أو شبهة استحقاق، كما لو سرق أبو بعض الموقوف عليهم أو ابنه أو وقف على الفقراء، فسرق فقير، فلا قطع بلا خلاف.

وأما لفظ الكتاب فقوله: «أن يكون [الملك]<sup>(٣)</sup> تاماً» قصد [بقيد]<sup>(٤)</sup> «التمام» على ما بيئه في «الوسيط» الاحتراز عن شيئين:

أحدهما: أن يكون للشارق فيه شركة، فلك أن تقول: في الشرط الثاني، وهو أن يكون المال مملوكاً لغير السارق، غنية عن هذا التقييد؛ لخروج المشترك عنه؛ فإنه لا يصدق أن يقال في المشترك: إنه مملوك لغير السارق، فلو ذكر مسألة المال المشترك هناك كان أحسن.

والثاني: أن يكون للشارق فيه حق، كمال بيت المال، وما في معناه من الصور، ولك أن تقول: في الشرط الخامس، وهو كون المال خارجاً عن شبهة استحقاق السارق، غنية عن هذا التحرز، وكان الأحسن أن تؤخر هذه الصورة إليه.

وأما قيد «القوة» فإنه احتراز به عن الموقوف والمستولدة، وقد عرفت أن الظاهر

(٢) سقط في ز.

(١) سقط في ز.

(٤) في أ: لقصد.

(٣) سقط في ز.

وَجُوبِ الْقَطْعِ [بِسْرَقْتَهُمَا]<sup>(١)</sup>، وَأَنْ تَلِكَ الْقُوَّةَ غَيْرَ مَعْتَبَرَةٍ.

وقوله: «وقيل: يجب، مهما أخذ من مال الشريك قدر نصاب» معناه ظاهر، والمقصود ما إذا كانت الشركة على المناصفة، وقد يوجد في النسخ «من مال الشركة» ويحتاج إلى تأويل، وتقييد [المعنى]<sup>(٣)</sup> «مهما أخذه من مال الشركة قدر نصاب يخصُّ الشريك من المأخوذ».

وقوله «وأما الابن، فلا يُقَطَّعُ بسرقة مال أبيه وكلُّ مَنْ يَسْتَحِقُّ عليه النفقة، وإن كان غنياً» ليس الغرض منه الكلام في المسألة بعد ذكرها في الشرط الخامس، حيث قال: «ولا يُقَطَّعُ<sup>(٤)</sup> مَنْ يَسْتَحِقُّ النفقة على المسروق منه بالعضية» وإنما الغرض هاهنا الإشارة إلى الفرق بين الابن<sup>(٥)</sup>، حيث لا يُقَطَّعُ، وإن لم يكن بصفة الاستحقاق؛ بأن كان غنياً وبين مال بيت المال؛ حيث قال في الوجه الثاني: إنه، إنما [لا]<sup>(٦)</sup> يُقَطَّعُ سارقه بشرط أن يكون متصفاً بصفة الاستحقاق، ولكن يكفي في مثل هذا إشارة خفيفة<sup>(٧)</sup>، ولا حاجة بعد ذكر الابن إلى أن يقول: وكلُّ مَنْ يَسْتَحِقُّ عليه النفقة، وكذلك فعل في «الوسيط» وقوله «ويقطع بسرقة باب المسجد وأجداعه» مُعَلِّمٌ بالحاء والواو، وقوله «وفي فرشه وجهان» يعني الحُصْرَ والبوارِيَّ وغيرهما، ويجوز إعلام لفظ «الوجهين» بالواو؛ لأن القاضي الروياني قال في «جمع الجوامع»: لا خلاف بين الأصحاب في أنه لا قَطْعُ في سرقته.

وقوله «وفي قنديله وجهان مرتبان» لِيُحْمَلَ على قنديل الزينة، ليرتب الخلاف فيه على الخلاف في الفُرْشِ، وينزل منزلة الأبواب والجُدُوع التي يَضْعَفُ فيها الخلاف، فأما القنديل الذي يُسْرَجُ فيه، فقد سَوَّوْا بينه وبين الحُصْرِ، ويمكن أن يُحْمَلَ على القنديل الذي يُسْرَجُ فيه، ويُجْعَلُ جهة الترتيب أن منفعته الاستضاءة، وهي أضعف من منفعة الجُلُوسِ على الحُصْرِ.

— فرع: يجب الحدُّ على من زَنَى بجارية بيت المال، وإن قلنا: لا يجب القطع بسرقة ماله، وفيه وجهٌ ضعيفٌ.

قال الغزالي: (الشَّرْطُ الْخَامِسُ) كَوْنُ الْمَالِ خَارِجاً عَنِ شُبْهَةِ اسْتِحْقَاقِ السَّارِقِ فَلَا قَطْعَ عَلَى مُسْتَحِقِّ الدِّينِ إِذَا سَرَقَ مِنْ غَرِيمِهِ الْمُطَاطِلِ جِنْسَ حَقِّهِ، وَإِنْ سَرَقَ عَيْنَ جِنْسِ

(٢) في ز: ذلك.

(٤) في ز: قطع.

(٦) سقط في ز.

(١) في ز: ليس فيهما.

(٣) سقط في ز.

(٥) في ز: الأبوين.

(٧) في ز: خفيفة.



حَقَّهُ فَبِيهِ خِلَافٌ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُمَاطِلاً قُطِعَ، وَلَا يُقَطَّعُ مَنْ يَسْتَحِقُّ النِّفْقَةَ عَلَى الْمَسْرُوقِ مِنْهُ بِالْبَعْضِيَّةِ، وَفِي الرُّوْجَةِ خِلَافٌ، فَإِنْ قُلْنَا: تُقَطَّعُ الرُّوْجَةُ فَيُقَطَّعُ الرُّوْجُ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا فَبِي الرُّوْجِ خِلَافٌ لِمَا بَيْنَهُمَا مِنَ الْأَتْحَادِ الْمُزْفِي، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يُقَطَّعُ فَبِي عِبْدِ الرُّوْجِ وَجْهَانِ، وَلَا شَكٌّ فِي أَنْ وَلَدَ الرُّوْجِ يُقَطَّعُ إِذْ يُقَطَّعُ وَلَدَ الْأَبِ وَهُوَ الْأَخُّ، وَمِنَ الشُّبْهَةِ الْمُؤْتَرَةِ ظَنَّ السَّارِقِ مِلْكَ الْمَسْرُوقِ أَوْ مِلْكَ الْحِرْزِ أَوْ كَوْنَ الْمَسْرُوقِ مِلْكَ أَبِيهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِي الْفَضْلِ مَسَائِلُ:

إحداها: إذا سرق مستحقُّ الدِّينِ من مال المديون، فعن نصِّ الشافعي - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - [أنه] <sup>(١)</sup> لَا يُقَطَّعُ، وبإطلاقه أخذ بعضهم فيما حكاه القاضي ابن كج؛ لأن له شبهة فيه.

والأظهر: أن يَقْضَلَ؛ إن أخذه لا على قَصد استيفاءِ الحقِّ، فيَقْطَعُ، وكذا لو قصد استيفاءه، والمديون غيرُ جاحِدٍ، ولا مَاطِلٍ، وإن كان جاحداً أو مَاطِلاً، فلا يُقَطَّعُ؛ لأنه ممكن <sup>(٢)</sup> من أخذه، وهل يُفَرَّقُ بين أن يأخذ من جنس حقه أو من غير جنسه؟ حكى الإمام فيه طريقتين:

أظهرهما: أنه لا فَرْق.

والثاني: تخريجه <sup>(٣)</sup> على الخلاف في أنه، هل يحلُّ له أن يأخذ غير الجنس، إذا ظفر به، ولو أخذ زيادة على قَدْر حَقِّه، لم يجب القطع أيضاً على الصحيح؛ لأنه إذا تمكَّن من الدخول والأخذ، لم يكن المال محرَّزاً منه، وفيه وجهٌ أنه إذا بلغت الزيادة نصاباً؛ وكانت مستقلةً، وجب القطع، ويجوز أن يُعَلِّمَ لفظ «الخلاف» من قوله «ففيه خلاف» بالواو لأحد الطريقتين، وقوله، في غير المماطل «قُطِعَ» بالواو للوجه المطلق.

[المسألة] <sup>(٤)</sup> الثانية: من يستحقُّ النِّفْقَةَ بِالْبَعْضِيَّةِ عَلَى الْمَسْرُوقِ مِنْهُ، لَا يُقَطَّعُ بسرقة ماله، وذلك كالابن يسرق مال أحد الأبوين أو الأجداد والجدات، وبالعكس، لما بين الأصول والفروع من الاتحاد، وأنَّ مَالُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ النُّوعَيْنِ مَرصِدٌ لِحَاجَةِ الْآخَرِ، وَمِنْ حَاجَتِهِ أَنْ لَا يُقَطَّعَ يَدُهُ بِسُرْقَةِ ذَلِكَ الْمَالِ، وَلَيْسَ الْقَطْعُ كَحَدِّ الزَّانَا، حَيْثُ افْتَرَقَ الْحَالُ بَيْنَ أَنْ يَزْنِيَ الْإِبْنَ بِجَارِيَةِ الْأَبِ، وَبَيْنَ أَنْ يَزْنِيَ الْأَبُ بِجَارِيَةِ الْإِبْنِ، لَمَّا مَرَّ فِي النِّكَاحِ، وَفِي «شرح المستعمل» لأبي محمد الإصطخري من أصحابنا: أن عند مالك: يقطع الولد بسرقة مال الأبوين، بخلاف العكس، فيمكن أن يُعَلِّمَ لذلك قوله «وَلَا يُقَطَّعُ

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: متمكن.

(٣) في ز: تخرجه.

(٤) سقط في ز.

من يستحقُّ النفقة» بالميم، ويجب القطع، بسرقة مال الأخ والعَمِّ وسائر المحارم خلافاً لأبي حنيفة، وهو قياس مذهبه في النفقة، وإذا سَرَقَ أحد الزوجين [من] مال الآخر، فإن كان في مسكنها [و] (١) لم يكن محرّزاً عن الآخر، فلا قَطْع، وإن كان محرّزاً عنه، فالذي نقل المزنّي: أنه لا قَطْع أيضاً، وعن نصّه في اختلاف أبي حنيفة والأوزاعي، وقد يقال له سير الأوزاعي أنه يجب (٢) القطع، وعن رواية الحارث (٣) بن سُرَيْج: أنه يُقَطِّع الزوج بسرقة مال الزوجة، ولا تُقَطِّع هي بسرقة ماله، وفي هذه النصوص طُرُقٌ. أحدها: أن في المسألة قولين.

أحدهما: لا يجب القطع على واحدٍ منهما بسرقة مال الآخر، وبه قال أبو حنيفة: لأنهما يتحدان عرفاً، وينبسط كلُّ واحدٍ منهما في مال الآخر، فأشبهها الوالد والولد، وأيضاً فإن لكلِّ واحدٍ منهما شبهةً في مال الآخر، أما الزوجة، فإنها تستحق النفقة، وأما الزوج، فإنه يَمْلِكُ الحجر على الزوجة ومنعها من التصرف في مالها على قول بعض الفقهاء.

وأصحُّهما: أنه يجب، وبه قال مالك وأحمد، واختاره المزنّي، لعموم آية السرقة، وأخبارها، وأيضاً فالزوجة عقدٌ تَمْلِكُ به المنفعة [فلا] يؤثر في إسقاط الحد، كالإجارة، ولا يسقط بها الحدُّ عن الأجير، إذا سَرَقَ من المستأجر، وكذا بالعكس.

والثاني: أن فيها ثلاثة أقوال: هذان، والثالث: الفزق، فلا تقطع الزوجة بسرقة مال الزوج، ويقطع الزوج بسرقة مالها، وذلك لافتراقهما في استحقاق الثَّقَّة.

والثالث: القطع بوجوب القطع، وحمل نص المنع على ما إذا لم يكن، المال محرّزاً عن السارق، حكى الطريقة الأولى والثالثة الشيخ أبو حامد وجماعة، والثانية ذكرها القاضيان أبو حامد والطبري أبو الطيّب، وهي التي أوردها الإمام وصاحب «التهذيب» وصاحب الكتاب في «الوسيط» ويقرب منها الذي ذكره هاهنا من الترتيب، فحكى أولاً الخلاف في أن الزوجة، هل تُقَطِّع إن قلنا: إنها تُقَطِّع، فالزوج أولى، وإن قلنا: لا تُقَطِّع هي، ففي الزوج خلاف، ويجوز أن يُعَلِّمَ لفظ «الخلاف» بالواو؛ لقطع

(١) في ز: أو.

(٢) لعموم الآية والأخبار، ولأن النكاح عقد على منفعة فلا يؤثر في درء الحد كالإجارة لا يسقط بها الحد عن الأجير أو المستأجر إذا سرق أحدهما الآخر ومحل الخلاف في الزوجة إذا لم تستحق على الزوج شيئاً حين السرقة إما إذا كانت تستحق النفقة والكسوة في تلك الحالة. قال في المطلب: فالمتجه أنه لا قطع إذا أخذت بقصد الاستيفاء كما في حق رب الدين الحال إذا سرق نصاباً من المديون. (معني المحتاج ٤/١٦٣).

(٣) في ز: الحرث.

من قطع بالَمَنَع، وقوله «فيقطع الزوج» بالحاء ثم أطلق الأصحابُ أنَّ من لا يُقطع بالسرقة من مال إنسان، لا يُقطع عبده بالسرقة من ماله أيضاً، فكما لا يقطع الأب بسرقة مال الابن [وبالعكس]، لا يُقطع عبداً أحدهما، إذا سرق [من] مال الآخر، وإذا سرق عبداً أحد الزوجين من مال الآخر، فهو على الخلاف في سرقة أحدهما من مال الآخر، وعن الصيدلاني وجه: أنه يُقطع العبد، وإن لم يُقطع السيد؛ لأن للسيد شبهة استحقاق النفقة بخلاف العبد، وأيضاً؛ فلو لم يُقطع عبداً الوالد بسرقة مال الولد؛ لأن مال الولد كمال الوالد؛ لما قطع ابن الولد، وهو الأخ بسرقة مال الولد؛ لأنه ماله كمال الوالد، وهذا ما رجَّحه الإمام، والمشهور المنصوص: أنه لا يُقطع<sup>(١)</sup>، لأن يد العبد كيد السيد، فكان السيد هو الذي أخذه، ويدل عليه ما روي أن عمر - رضي الله عنه - أتى بعبد لرجل سرق امرأة لزوجته الرجل قيمتها ستون درهماً، فلم يقطعها، وقال: «خادمكم أخذ متاعكم»، وذكروا فيما إذا سرق مكاتب أحد الزوجين من مال الآخر وجهين، إذا قلنا: لا يجب القطع على العبد، كما لو سرق المكاتب مال سيده، ففيه خلاف سيأتي.

وعن القاضي الحسين: أنا إذا لم نقطع عبداً أحد الزوجين بسرقة مال الآخر [وجب ألا نقطع ولد أحدهما بسرقة مال الآخر]،<sup>(٢)</sup> وإن كان السارق ربيياً له، وغلب في ذلك؛ لأننا لو قلنا به لوجب ألا نقطع الأخ بسرقة مال الأخ، فإن ابن الأب أقرب من ابن الزوج أو الزوجة، وعن أبي الحسين بن القطان فيما حكاه القاضي ابن كج: أنه، لو كان للرجل امرأتان، فسرق إحداهما من مال الأخرى، فوجب القطع على الخلاف فيما إذا سرق أحد الزوجين من مال [الأخر]،<sup>(٣)</sup> وكذا إذا سرق الأب من مال زوجة الابن أو الابن من مال زوجة الأب، قال: ويحتمل أن يُقطع بوجود القطع على [إحدى]<sup>(٤)</sup> المرأتين بسرقة مال الأخرى؛ لأنه ليس بينهما اتحاد واختلاط، ولا لها في مالها شبهة، وليس يد المرأة كيد الزوج، بخلاف عبد الزوج أو الزوجة؛ فإن يده كيديهما، وقوله «ولا شك [في] أن ولد الزوج» يعني أنه لا خلاف فيه، ولم يعتد بما حكاه الإمام عن القاضي، كما فعله الإمام، وما يناسب مسائل الفضل: أن العبد لا يُقطع بسرقة مال سيده؛ لشبهة استحقاق النفقة، بخلاف ما لو زنى بجاريته والمستولدة والمدبرة، ومن بغضه رقيق في ذلك كالقن، وفي المكاتب وجهان:

أحدهما: يُقطع، لاستقلاله ملكاً وتصرفاً ويداً.

(٢) سقط في ز.

(٤) في أ: أحد.

(١) في ز: قطع.

(٣) في ز: زوجة.

والثاني: المَنع؛ لأنه قد يَعْجَز، فيصير كما كان؛ ولأنه عبْدٌ ما بَقِيَ عَلَيْهِ دزَهْمٌ، وبهذا قال صاحب «التلخيص»<sup>(١)</sup> وهو الذي أورده القاضي الروياني، ولا خلاف أن السيد لا يُقَطع بسرقة ما في يد المملوك، وإن قَدَرنا له ملكاً، ولو سرق من الذي بغضه مملوكٌ له، ما ملكه بِنِصفه الحرّ، فعن القفال: أنه لا يُقَطع؛ لأن المال في الحقيقة لجميع بدنه، وهو يملك بغضه، فيصير شبهةً، وعن الشيخ أبي عليّ، أنه يجب؛ لأنه مَلِكُهُ بِنِصفه الحرّ ملكاً تاماً، فهو كما لو قاسم شريكاً له، ثم سرق مما صار للشريك.

[الثالثة: (٢)] إذا أخذ المال على صورة السرقة على ظن أن المأخوذ ملكه أو ملك أبيه أو ابنه أو أُنّ الحرز ملكه حكى صاحب الكتاب وغيره؛ أنه لا قطع عليه؛ للشبهة، وهو قياس ما إذا وطىء امرأة على ظن أنها زوجته أو أمته، وفي «التهذيب» أنه لو سرق نصاباً من دار، وهو يظن أن الدار داره، والمال ماله، يُقَطع وألحقه بما إذا سرق دنائير ظئها فلوساً لا تبلغ نصاباً، والأقرب الأول.

قال الغزالي: وَلَيْسَ مِنَ الشُّبْهَةِ كَوْنُ الشَّيْءِ مُبَاحِ الْأَضَلِّ كَالْحَطَبِ وَلَا كَوْنُهُ رَطْباً كَالْفَوَاكِهِ وَلَا كَوْنُهُ مُتَعَرِّضاً لِلْفَسَادِ كَالْمَرَقَةِ وَالْجَمْدِ وَالشَّمْعِ الْمُشْتَعِلِ، وَمَنْ قَطَعَ فِي عَيْنِ مَرَّةٍ فَسَرَقَ مَرَّةً أُخْرَى قُطِعَ ثَانِياً، وَيُقَطَعُ بِسَرِقَةِ الْمَالِ مِنْ يَدِ الْمُودَعِ وَالْوَكِيلِ وَالْمُرْتَهِنِ، وَيُقَطَعُ بِسَرِقَةِ الْمَاءِ إِذَا قُلْنَا: إِنَّهُ مَمْلُوكٌ.

قال الرافعي: لما تكلم في الشبهة المؤثرة في دفع القطع أردفها بما لا يؤثر، وقد يظن تأثيره، وفيه صور:

منها: لا أثر لكون الشيء مباح الأضل؛ كالحطب والحشيش والصيود، وما يؤخذ من المعادن، وقال أبو حنيفة: لا قطع فيما كان مباحاً في الأصل، إلا في خشب الساج، وألحق [به ملحئون] الأبنوس والصنندل والعود، واستثنى على مذهبه الخشب المعمول كالسُرر والأبواب، ومن الصيود الدجاج، ولم يستثن الطين والزجاج المعمولين، واستثنى من المأخوذ من المغدِن الجواهر.

لنا: القياس على ما سلمه، وأيضاً، فإنه مالٌ محرّزٌ فيتعلق القطع بسرقة، وإن كان أصله على الإباحة؛ كالدرهم والدنانير.

ومنها: لا أثر لكون المسروق رطباً أو متعرضاً للفساد؛ كالرطب والتين والتفاح والبقول والرياحين والشواء والهريسة والفألودج، وكالجمد والشمع المشتعل، وبه قال مالك وأحمد.

(٢) سقط في ز.

(١) في ز: الحيض.

وعند أبي حنيفة: لا قطع في سرقتها، وربما يُزَوَّى مثله عن مالك.

لنا: إطلاق آية السرقة، وروي أنه ﷺ سُئِلَ عَنِ التَّمْرِ الْمُعْلَقِ، فَقَالَ: مَنْ سَرَقَ مِنْهُ شَيْئاً بَعْدَ أَنْ يَأْوِيَهُ<sup>(١)</sup> الْجَرِينُ، فَبَلَغَ ثَمَنَ الْمَجْنُ، فَعَلَيْهِ الْقَطْعُ<sup>(٢)</sup> وكان ثمن المجن عندهم رُبْعَ دِينَارٍ وَثَلَاثَةَ دِرَاهِمٍ، وَإِنَّمَا اعْتَبِرَ إِيْوَءَ الْجَرِينِ، لِيَصِيرَ مُحَرَّزاً، فَإِنْ بَسَاتِيهِمْ، لَمْ تَكُنْ مُحَوَّطَةً مُحَرَّزَةً، وَعَلَى ذَلِكَ، حُمِلَ قَوْلُهُ ﷺ<sup>(٣)</sup> «لَا قَطْعَ فِي تَمْرٍ، وَلَا كَثْرًا» [وَالكَثْرُ]<sup>(٤)</sup> جُمَارٌ<sup>(٥)</sup> النخل، وهو شحمه، وعن عثمان - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّهُ قَطَعَ سَارِقاً فِي أُنْزُجَةٍ قَوِّمَتْ بِثَلَاثَةِ دِرَاهِمٍ.

ومنها: إذا سرق عيناً، ففُطِعت يده، فسرقها مرةً أخرى من المالك الأول أو من غيره، قُطِعَ ثانياً، وقال أبو حنيفة: لا يُقَطَعُ إِلَّا أَنْ يَتَبَدَّلَ الْمَالِكُ أَوْ يَتَغَيَّرَ<sup>(٦)</sup> الْعَيْنُ بِصَنْعَةٍ فِيهَا كَالْفَرْزِ، يُنْسَجُ، وَالرُّطْبُ يُثْمِرُ.

لنا: أن القطع عقوبةً يتعلّق بفعل في عين، فيتكرّر بتكرّر ذلك الفعل، كما لو زَنَى بامرأة وحُدَّ ثم زَنَى بها ثانياً.

ومنها: لا يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ الْمَسْرُوقُ فِي يَدِ الْمَالِكِ، بَلِ السَّرْقَةُ مِنْ يَدِ الْمُودِعِ وَالْمَرْتَهِنِ وَالْوَكِيلِ وَعَامِلِ الْقَرَاضِ وَالْمُسْتَعِيرِ<sup>(٧)</sup> وَالْمُسْتَأْجِرِ يَوْجِبُ الْقَطْعَ؛ لِأَنَّ أَيْدِيَهُمْ ثَابِتَةٌ عَلَى الْمَالِ بِحَقِّ، كَيْدِ الْمَالِكِ، وَهَذَا لَا خِلَافَ فِيهِ، ثُمَّ الْخُصْمُ فِيهَا الْمَالِكُ، وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: لِمَنْ فِي يَدِهِ أَنْ يُخَاصِمَ.

ومنها: إِنْ قَلْنَا: لَا يُمْلِكُ الْمَاءُ، فَلَا قَطْعَ بِسَرَقَتِهِ، وَإِنْ قَلْنَا: إِنَّهُ يُمْلِكُ، ففِيهِ وَجْهَانِ:

(١) في ز: تأدية.

(٢) أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه والحاكم، من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: أن رسول الله ﷺ سئل عن التمر المعلق، فذكره أتم منه.

(٣) رواه مالك وأحمد وأصحاب السنن وابن حبان والحاكم والبيهقي، من حديث رافع بن خديج، واختلف في وصله وإرساله، وقال الطحاوي: هذا الحديث تلتقت العلماء متنه بالقبول، ورواه أحمد وابن ماجه من حديث أبي هريرة، وفيه سعد بن سعيد المقبري، وهو ضعيف. (تنبيه) الكثر بفتح الكاف والثاء المثلية الجمار، كما وقع في رواية النسائي.

حديث عبد الله بن عمرو: لا قطع في تمر معلق، الحديث تقدم قريباً، ولابن أبي شيبة وفي الموطأ عن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي حسين أن رسول الله قال: «لا قطع في تمر معلق، ولا في حريسة جبل»، وهو معضل.

(٤) سقط في ز.

(٥) في ز: جمال.

(٦) في ز: يتعين.

(٧) في ز: والمستعين.

أحدهما: أن الجواب كذلك؛ لأنه لا يُقصد سرقة، فهو كالشيء التافه الذي لا يُقصد بالسرقة، وبهذا يقول أبو حنيفة.

وأصحهما: أنه يُقطع؛ لأنه مال يباع ويبتاع، ويجري الوجهان في سرقة التراب؛ لأنه لا يُقصد سرقة؛ لكثرة وجوده.

ومنها: يجب القطع بسرقة المُصحف، وكتب التفسير، والحديث، والفقه، وكذا كتب الأشعار التي يحل الانتفاع بها، وما لا يحل الانتفاع به لا قطع في سرقة، إلا أن يبلغ الجلد والقرطاس نصاباً، وعند أبي حنيفة: لا قطع بسرقة المُصحف وسائر الكتب، [إن] كان عليها حلية تبلغ نصاباً، فكذاك؛ لأن عنده إذا سرق ما يُقطع فيه، وما لا يُقطع فيه<sup>(١)</sup> دفعة واحدة، لم يُقطع.

ومنها: يجب القطع بسرقة قُرُون الحَيوان، وقال أبو حنيفة: لا يجبُ معمولة كانت أو لم تكن.

قال العزالي: (الشُرطُ السَّادِسُ) كَوْنُهُ مُحَرَّرًا وَهُوَ مَا عَلَى سَارِقِهِ خَطَرٌ لِكَوْنِهِ مَلْحُوظًا غَيْرَ مُضَيِّعٍ إِمَّا بِلِحَاطِ دَائِمٍ إِنْ لَمْ يَكُنِ الْمَوْضِعُ حَصِينًا كَالْمَتَاعِ الْمَوْضُوعِ فِي صَخْرَاءٍ أَوْ بِلِحَاطِ مُغْتَادٍ إِنْ كَانَ فِي الْمَوْضِعِ حَصَانَةٌ كَالْحَوَائِثِ وَالذُّورِ، وَالْمُحَكَّمِ فِيهِ الْعُرْفُ، وَفِيهِ مَسَائِلٌ: (الأولى) الإِضْطِبَالُ حِرْزٌ لِلذُّوَابِ لَا لِلثِّيَابِ، وَعَرَصَةُ الدَّارِ حِرْزٌ لِلأَوَانِي وَثِيَابِ البَدَلَةِ لَا لِلنَّقُودِ وَالْحُلِيِّ، وَالْمَحْرُزُ مَا لَا يُعَدُّ صَاحِبَهُ مُضَيِّعًا.

قال الزَّافِعِيُّ: يشترط لوجوب القطع أن تكون السرقة من الجزر، فلا قطع في سرقة ما ليس بمحرز، واحتج له بما روي عن عبد الله بن عمرو بن العاص - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال: «لَا قَطْعَ فِي ثَمَرٍ مُعَلَّقٍ، وَلَا فِي حَرِيسَةِ جَبَلٍ، فَإِذَا أَوَاهُ المِرَاحُ أَوْ الجَرِينُ، فَالْقَطْعُ فِيمَا بَلَغَ ثَمَنُ المِجَنِّ»<sup>(٢)</sup> وحريسة الجبل ما سرق من الجبل من المواشي، ويقال: إن سارقها يُسمى حارساً، اشترط للقطع إيواء المراح والجرين، فدل على أنه لا قطع فيما لم يحرز، ويختلف الجزر باختلاف الأحوال والأموال؛ لأن الشرع اعتبر الجزر، ولم يبين له حداً، [فيرجع]<sup>(٣)</sup> فيه إلى العرف؛ كالقبض والتفرق عن مكان البيع وإحياء الموات.

وقوله «وهو ما على سارقه خطر» إلى آخره أشار به إلى فقه ذكره الإمام؛ تلخيصه أن السارق يأخذ المال في خفية باختزال واحتيال، لا اعتماداً على الشوكة والقوة،

(٢) تقدم.

(١) سقط في ز.

(٣) في ز: فرجع.

فحكم بالقطع زجراً؛ لثلا يضيع المال على المالك، وذلك إذا احتاط المالكُ بصيانة المال، فإن السارق حينئذ يكون على خطر، من أن يطلع عليه وتُعْظَم جنائته، إذا اختزل منتهزاً للفرصة، أما إذا ضيَع المالك فقد جَرَّأ السارق، ومكَّنه من أخذ المال بلا خطر، فلا تُعْظَم جنائته، والتعويلُ في صيانة المال وإحرازه على شيئين:

أحدهما: الملاحظة [والمراقبة]<sup>(١)</sup>.

الثاني: حصانة الموضع وثاقته، فإن لم يكن للموضع حصانة، كالمال الموضع في الصحراء أو المسجد أو الشارع اعتبر مداومة اللِّحَاط، وإن كان له حصانة، انضم إليها اللِّحَاط المعتاد، كفى ولم يعتبر مداومته، ويُحَكَّم في ذلك العرف، ثم فصل الغرض بالكلام في مسائل:

إحداها: الإصطبل حرزٌ للدواب على نفاستها وكثرة قيمتها، وليس حِرْزاً للثياب<sup>(٢)</sup> والنقود؛ لأن إخراج الدواب مما يظهر ويبعد الاجترار عليه، بخلاف ما يخف ويسهل حمله وإخراجه، والصفة في الدار وعرضتها [حِرْزان] للأواني وثياب البدلة دون الحلي والنقود، فإن العادة فيها الإحراز في المخازن، وكذا الثياب النفيسة تُحَرِّز في الدور، وفي بيوت الخانات والأسواق المنيعة، والمتين والمتبن حرز للتين دون الأواني والفُرُش، وقوله في الكتاب لا «الثياب». وقوله «لا للنقود» ليعلم بالحاء؛ لأن عند أبي حنيفة ما كان حرزاً لمال، كان حرزاً لكل مال، وقوله «والمحرز ما لا يُعدُّ صاحبُه مضيعاً» عبارة مختصرة ضابطة لكنها من قبيل تعريف الشيء بوضده.

فزع: الموضع الذي هو حِرْز لتنوع من المال يكون حرزاً لما دونه، وإن لم يكن حرزاً لما فوقه [والله أعلم].

قال الغزالي: (الثانية) الموضع في الشارع والمسجد محرزٌ يلحاط صاحبه بشرط الأيتام ولا يؤليه ظهرة، وهل يشترط ألا يكون زحاماً يشغل الحس عن حفظ المتاع؟ فيه

(١) سقط في ز.

(٢) قال في القوت: الظاهر أن الإصطبل حرز لأمتعة الدواب الخسيسة كجلالها ورحالها ونحوها مما جرى العرف بتركه هناك بخلاف النفيس من السروج واللجم المفضضة ونحوها، فإن العرف أن تحرز في مكان يفرد لها يقلت غالباً.

وقال الشيخ البلقيني في تصحيح المنهاج: يستثنى منه آنية الإصطبل كالسطل وثياب الغلام وآلات الدواب من سروج وبرادع ولجم ورحال جمال وقرية السقاء والراوية ونحو ذلك مما جرت العادة بوضعه في اصطبلات الدواب، ولعل مراد الشيخ بالسروج واللجم الخسيسة لا النفيسة كما قاله الأذري.

وَجِهَانٍ، وَالْمَلْحُوظُ بِعَيْنِ الضَّعِيفِ فِي الصَّخْرَاءِ لَيْسَ مُحَرَّزاً إِذَا كَانَ لَا يُبَالِي بِهِ، وَالْمَحْفُوظُ فِي قَلْعَةٍ مُحْكَمَةٍ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَلْحُوظاً لَيْسَ بِمُحَرَّزٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا نَامَ فِي الصَّخْرَاءِ أَوْ الْمَسْجِدِ أَوْ الشَّارِعِ عَلَى ثَوْبِهِ أَوْ تَوَسَّدَ عَيْتَهُ أَوْ مَتَاعَهُ أَوْ اتَّكَأَ عَلَيْهِ، فَجَاءَ سَارِقٌ، وَأَخَذَ الثَّوْبَ مِنْ تَحْتِهِ أَوْ الْعِيْبَةَ الَّتِي تَوَسَّدَهَا، وَجَبَ الْقَطْعُ؛ لِأَنَّهُ مُحَرَّزٌ بِهِ، وَيَدُلُّ عَلَيْهِ حَدِيثُ صَفْوَانَ، وَسَرَقَةَ رِدَائِهِ<sup>(١)</sup>، وَكَذَا لَوْ أَخَذَ الْمُنْدِيلَ مِنْ رَأْسِهِ أَوْ الْمَدَاسَ مِنْ رِجْلِهِ أَوْ الْحَاتَمَ مِنْ أَضْبَعِيهِ، وَلَوْ زَالَ رَأْسُهُ عَمَّا تَوَسَّدَهُ أَوْ انْقَلَبَ فِي الثَّوْبِ عَنِ الثَّوْبِ، وَخَلَّاهُ، فَلَا قَطْعَ<sup>(٢)</sup> بِسَرَقَتِهِ؛ لِأَنَّهُ مَا بَقِيَ مُحَرَّزاً، وَكَذَا لَوْ رَفَعَ السَّارِقُ النَّائِمَ عَنِ الثَّوْبِ أَوْلاً، ثُمَّ أَخَذَ<sup>(٣)</sup> الثَّوْبَ، وَلَوْ وَضَعَ مَتَاعَهُ أَوْ ثَوْبَهُ بِقَرْبِهِ فِي الصَّخْرَاءِ أَوْ الْمَسْجِدِ، فَإِنْ نَامَ أَوْ وَلَّاهُ ظَهْرَهُ، أَوْ ذَهَلَ عَنْهُ بِشَاغِلٍ، لَمْ يَكُنْ مُحَرَّزاً، وَإِنْ كَانَ مُسْتَيْقِظاً يَلَاحِظُهُ، فَتَفْغَلَهُ السَّارِقُ، وَأَخَذَ الْمَالَ، قُطِعَ، وَفِي كِتَابِ الْقَاضِي ابْنِ كَيْجٍ وَجْهٌ آخَرٌ أَنَّهُ لَا يُقَطَعُ؛ لِأَنَّهُ لَا بَدَ، وَأَنْ تَغْرِضَ لَهُ فِتْرَاتٍ، وَلَيْسَ هُنَاكَ مِنْ يَلَاحِظُهُ غَيْرُهُ، وَالظَّاهِرُ الْأَوَّلُ، وَهَلْ يُشْتَرَطُ أَلَّا يَكُونَ فِي الْمَوْضِعِ اِزْدِحَامُ الطَّارِقِينَ؟ فِيهِ وَجْهَانُ:

أحدهما: لا، ويكفي الملاحظة، ولكن لا بد بسبب الزحمة [من مزيد مراقبة وتحفظ،

وأصحُّهُمَا: نعم ويخرج المال بسبب الزحمة]<sup>(٤)</sup> عن أن يكون مُحَرَّزاً؛ لِأَنَّ الْمَلاحِظَةَ لَا تَبْقَى عَلَى التَّثَبُّتِ فِي أَشْخَاصٍ كَثِيرِينَ، وَأَجْرِي الْوَجْهَانِ فِي الْخُبَّازِ وَالْبَرَّازِ وَغَيْرِهِمَا، إِذَا كَثُرَ اِزْدِحَامُ النَّاسِ عَلَى بَابِ حَائِثِهِمْ.

قال الإمام: ولو فُرِضَ وَضِعَ الْمَتَاعِ فِي شَارِعٍ، وَكَانَ مَلْحُوظاً بِمَلاحِظَةِ جَمْعٍ، فَيَصِيرُ عِدَدُ اللَّاحِظِينَ فِي مَعَارِضَةِ عِدَدِ الطَّارِقِينَ، [كَلَاخِظًا]<sup>(٥)</sup> فِي الصَّخْرَاءِ فِي مَعَارِضَةِ طَارِقٍ، وَيُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ الْمَلاحِظُ بِحَيْثُ يَقْدِرُ عَلَى الْمَنْعِ، لَوْ اطَّلَعَ عَلَى أَخْذِ السَّارِقِ،

(١) قال الأذري: الكلام في متاع يعد التوسد حرزاً له أما لو توسد كيساً فيه نقد أو جوهر ونام فلا أي فلا قطع. قاله الماوردي والرويانى.

(٢) في ز: يقطع.

(٣) قال الأذري: فيه وقفة ويجوز أن يكون رفعه عن المتاع والفرش كفتح الباب والعضل ونحوهما ألا ترى إلى قول ابن القطن إذا سرق حملاً وعليه صاحبه نائم فإن ألقى صاحبه وهو نائم وأخذ الحمل قطع وتصير بمنزلة رداء صفوان الذي توسده فجاء اللص فأخذه انتهى. وقال الشيخ البلقيني: اتبع فيه الرافعي البغوي وهذا عندنا شاذ مردود على البغوي، والذي يعتقده القطع بإيجاب قطعه لأنه أزال الحوز، ثم أخذ النصاب فصار كما لو نقب الحائط أو كسر الباب أو فتحه ثم أخذ النصاب فإنه يقطع اتفاقاً وكذلك ههنا ولا وجه لما قاله البغوي في هذه الصورة.

(٤) سقط في ز. (٥) في أ: كملاحظ.



إما بنفسه أو [بالاستغاثة]<sup>(١)</sup> والاستنجاد، وأما إذا كان ضعيفاً لا يبالي به السارق، وكان الموضوع بعيداً عن العَوْتُ، [فليس بحرزاً] فالشخص ضائع<sup>(٢)</sup> مع ماله وينبغي ألا يفرق فيما ذكرنا في الصحراء بين أن تكون مواتاً أو ملكاً، وأما قوله «المحفوظ في قلعة محكمة، إذا لم يكن محلوظاً، ليس بمحرز» [فالمقصود] منه أن الركن الأعظم في كَوْن المال محرزاً الملاحظة، [فلا] يُعْتَبَرُ حِصَانَةُ الموضوع عن أصل الملاحظة حتى إن الدار [المنفردة]<sup>(٣)</sup> في طرف البلد أو في البرية لا تكون حرزاً، وإن تناهت في الحصانة، وكذا القلعة المحكمة [لأنه]<sup>(٤)</sup> إذا لم يكن الموضوع مرقوباً، [سهل]<sup>(٥)</sup> الوصول إلى ما فيه بالثقب [والتسلق]<sup>(٦)</sup> من غير حَظَر.

نعم، لا يحتاج عند حصانة الموضوع إلى دوام الملاحظة بخلاف ما ذكرنا في الصحراء، وتمام الكلام فيما يُعْتَبَرُ في الدار وسائر الأبنية ليَنخَصَلَ بها الإخراز يأتي في الفضل بعد هذا.

وَمَنْ أدخل يده في جيب إنسانٍ أو في كُمِّه [وأخذ] المال أو طَرَّ جيبه أو كُمِّه، وأخذ المال، قُطِعَ؛ لأنه محرز به، ولا فَرْقُ بين أن يربطه في الكُمِّ أو لا يربطه، ولا إذا رَبَطَ، بين أن يكون الرباط داخلياً أو خارجاً.

وعن أبي حنيفة: أنه لا قطع على من طَرَّ الجيبَ، وأخرج المال.

وإن أخذ من [رأس] منديل إنسان، وهو على رأسه قال في «التهذيب» إن كان قد شدّه عليه قُطِعَ، وإلا فلا.

قال العزالي: (الثالثة): الدار باللَّيْلِ مُحَرَّزٌ وَلَوْ نَامَ فِيهَا صَاحِبُهَا إِنْ كَانَ الْبَابُ مَغْلَقًا، وَإِنْ كَانَ مَفْتُوحًا فَضَائِعٌ، وَيَالْتِهَارٍ قَدْ يُعْتَمَدُ بِلِحَاطِ الْجِيرَانِ فِيهِ وَجْهَانِ، أَمَا أَطْرَافُ الْحَوَانِيَتِ مُحَرَّزَةٌ بِأَعْيُنِ الْجِيرَانِ وَالْمَارَةِ وَإِنْ غَابَ عَنْهَا صَاحِبُهَا أَوْ نَامَ، وَلَوْ تَغَفَّلَ السَّارِقُ صَاحِبَ الدَّارِ وَهُوَ مُتَبَقِّظٌ وَالْبَابُ مَفْتُوحٌ وَهُوَ يَتَرَدَّدُ فِي الدَّارِ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ ادَّعَى السَّارِقُ أَنَّهُ نَامَ وَضِيَعُ سَقَطَ الْقَطْعُ بِمَجْرَدِ دَعْوَاهُ كَمَا فِي دَعْوَى الْمَلِكِ.

قال الرافعي: الدار، إن كانت منفصلة عن العمارات؛ بأن كانت في بادية أو في [الطَّرَفِ] الحَرَابِ من البلد أو في بستان، فليست [هي] بحرز لما فيها، إن لم يكن فيها أحدٌ سواء كان الباب مفتوحاً أو مغلقاً، فإن كان فيها صاحبها أو حافظ آخر، نُظِرَ، إن

(٢) في الروضة: ضائع.

(٤) سقط في ز.

(٦) في أ: والتسليق.

(١) في أ: بالاستعانة.

(٣) في أ: المفردة.

(٥) في ز: سهل.

كان نائماً، والباب مفتوح، فليست هي بحرر لما فيها، وإن كان مغلقاً، فقد حكي صاحب «البيان» فيه وجهين عن رواية المسعودي الذي أجاب به الشيخ أبو حامد ومَن تابعه أنها تكون حرزاً، والموافق لما أطلقه الإمام وصاحب «التهديب» خلافة<sup>(١)</sup>.

وإن كان مَن فيها متيقظاً، فالأمتعة فيها محرزة سواء كان الباب مفتوحاً أو مغلقاً.

نعم، لو كان مَن لا يبالي به وهو بعيد عن العوث، فالحكم على ما ذكرنا في الملحوظ بعين الضعيف في الصحراء، وكذا لو كان النائم ضعيفاً على ما أجاب به الشيخ أبو حامد، وإن كانت الدار متصلة بالدور الآهلة، فينظر إن كان الباب مغلقاً، وفيها صاحبها أو حافظ آخر، فهي حرز لما فيها ليلاً ونهاراً متيقظاً كان الحافظ أو نائماً؛ لأن السارق على خطر من اطلاعه وتنبهه بحركاته واستغاثته بالجيران، وإن كان الباب مفتوحاً، فإن كان مَن فيها نائماً، لم تكن هي حرزاً بالليل، وأما بالنهار، ففيه وجهان:

أحدهما: أنها تكون حرزاً؛ لأنه قد يعتاد ذلك اعتماداً على نظر الجيران ومراقبتهم، وذلك إذا كانوا يطرقون هناك، فصار كالأمتعة على أطراف الحوانيت، فإنها تكون محرزة بنظر المارة والجيران.

وأصحهما: لا، كما لو لم يكن فيها أحد، والباب مفتوح، ويخالف الأمتعة على أطراف الحوانيت، فإن الأعين تقع عليها، ولا تقع على ما في داخل الدار، وأيضاً، فالجيران يتساهلون إذا علموا بأن صاحب الدار فيها.

والوجهان في أيام الأمن، فأما في زمان الخوف والنهب، فالأيام كالليالي، هذا قضية ما في «التهديب» وغيره، [وإن] كان مَن فيها متيقظاً، لكنه لم يتم الملاحظة؛ بأن كان يتردد في الدار، فتغفله السارق وسرق، فعن حكاية الشيخ أبي علي في وجهان، ويقال إن القفال جعلهما جوائين في درسين.

أشبههما، ويُحكى عن النص: أنه لا يجب القطع، ولا يُجعل ما في الدار، والحالة هذه، محرزاً للتقصير بإهمال المراقبة مع فتح الباب.

ولو كان يبالي في الملاحظة؛ بحيث يحصل الإحراز بمثله في الصحراء، وانتهز السارق الفرصة، فلا خلاف في وجوب القطع، ولو فتح صاحب الدار بابه، وأذن للناس في الدخول عليه، لشراء متاعهم، كما يفعله الذي يخبز في داره، فوجهان؛ لأن الزخمة تشغل الحس على ما سبق، وأما إذا لم يكن فيها أحد، فالظاهر، وهو الجواب في «التهديب» أنه إن كان الباب مغلقاً فهو حرز بالنهار في وقت الأمن، وليست حرزاً

(١) قال النووي: الذي قاله أبو حامد أقوى، وجزم الرافعي في «المحرر» بأنه غير محرر.

في وقت الخوف، ولا بالليالي، فإن كان مفتوحاً، لم يكن حرزاً أصلاً<sup>(١)</sup>، ومن جعل الدار المنفصلة عن العمارات حرزاً عند إغلاق الباب فأولئى أن يجعل المتصلة بها عند الإغلاق حرزاً، وإذا ادعى السارق أن صاحب الدار نام أو ضيَّع ما فيها أو أعرض عن اللِّحَظ، فالمذكور في الكتاب: أنه يَسْقُطُ القُطْعُ بمجرد دعواه كما في دَعْوَى المَلِكِ، ولا شك في أنه يجيء فيه الوجه المذكور هناك.

واعلم أن الأمر في جميع ذلك مبنيٌّ على العادة الغالبة في الإحراز، وعلى هذا الأصل قال الأصحاب: القُذْران والجواهرُ والثيابُ لا يكون محرزة إلا بإغلاق الباب عليها، وأمتعة العطارين والبقالين والصيادلة، إذا تَرَكَها صاحبُ الحانوت على باب الحانوت، ونام [فيه] أو غاب عنه، فإن ضَمَّ بَعْضُها إلى بعض وربطها بحبل أو علق عليها شبكة، أو وضع لَوْحَيْنِ على وجه الحانوت مخالفتين، كفى ذلك إحرازاً بالنهار، لأن الجيران والمارة، ينظرون، وفيما فعل ما ينبههم، لو قصد السارق، وإن تركها متفرقة، ولم يقيد بشيء مما ذكرنا، لم تكن محرزة. وأما بالليل، فلا تكون محرزة إلا بحارس، قال الروياني: والبثْلُ والفِجْلُ، قد يُضَمُّ بعضُه إلى بعض، ويُطْرَحُ عليه حصيرٌ ويُتْرَكُ على باب الحانوت، وفي السوق، وهناك حارسٌ ينام ساعة ويدور ساعة، فيكون محرزاً، وقد يزين العامي حانوته أيام العيد بالأمتعة النفيسة، وَيَشُقُّ عليه [حملها]<sup>(٢)</sup> رفعها بالليل، فيدعها [ويلقى] عليها قطعاً، وينصب حارساً، فيكفي ذلك إحرازاً بخلاف ما في سائر الأيام؛ لأن أهل السوق يعتادون ذلك فيتقوى بعضهم ببعض، والثياب على باب حانوت القَصَّارِ والصَّبَاغِ كَأَمْتَعَةِ البَقَّالين والعطارين، هذا فيما ينقل في العادة إلى داخل بناء، ويغلق عليه بابٌ، فأما الأمتعة الثقيلة التي يَشُقُّ نقلها كالحطَب، فهي محرزة بأن يُشَدُّ بعضُها إلى بعض، وكذلك الخُرْفُ والقُدُورُ تُحْرَزُ بالشرائح التي تنصب على وجه الحانوت، [وإن] تَرَكَتْ متفرقة، لم تكن محرزة، وفي وجه: لا يكفي الشدُّ بل لا بد أن يكون عليها بابٌ مغلقٌ أو يكون على سطحٍ محوطٍ، والظاهر الأول، حيث جرت العادة به، وكذا الطعام في الغرائر في مواضع البيع محرزاً إذا شدَّ بعضُها إلى بعض، بحيث لا يمكن أخذ شيء منه إلا بحلِّ الرِّباطِ أو فتقِ بعض الغرائر، نصَّ عليه الشافعي - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - وقد جرت العادة به بمِضْر، قال القاضي الروياني: ورأيت في بلدنا صبر الأرز<sup>(٣)</sup> يترك في موضع البيع، وتغطى بالأكسية والمُسُوح، فهي محرزة، والحطَب

(١) قال الشيخ البلقيني: هذا متعقب بأنه ليس بالمذهب وإنما هو شيء انفرد به البغوي ونص الشافعي في المختصر ظاهر في قطعه مطلقاً ليلاً كان أو نهاراً سواء كان في زمن أمن أم كان في زمن خوف، وعلى ذلك جرى الأصحاب في المختصر وغيره وشد صاحب التهذيب بهذا.

(٢) في ز: الأذن.

(٣) سقط في ز.

والقصيل على السطح المحوط<sup>(١)</sup> محرزان، والأجذاع الثقال على أبواب المساكين محرزة، وفي «التهذيب» أن متاع البقال في الحانوت بالليل محرز في وقت الأمن، إذا كان الباب مغلقاً، وفي غير وقت الأمن، لا بد من حارس، ومتاع البياع والبزاز لا يكون محرزاً إلا بالحارس وأن الكدس في الصحراء والرزق والقطن قصيلاً كانا أو اشتدا لحر، وخرج الجوز والبذر المستتر بالتراب، ليست محرزة إلا بحارس وفي جمع الجوامع للروائي: أن الزرع في المزارع محرز، وإن لم يكن حارس، وفي تعليقه الشيخ إبراهيم المرورودي: أن الزرع إذا كان قصيلاً، لا يحتاج إلى الحارس؛ لأنه لا يُحفظ مثله في العادة، وهذا يجري في البذر المستتر، ولو كانت هذه الأشياء في محوط، فهي كالثمار في البساتين، والثمار على الأشجار، إن كانت في البرية، لا تكون محرزة إلا بالحارس، وفي الكرم والبساتين المحوطة كذلك، إن كانت بعيدة عن الطريق والمسكن، [وإن] كانت متصلة بها، والجيران يراقبون في العادة، فيه محرزة، وإلا، احتيج إلى الحارس والأشجار في أفنية الدور محرزة وفي البرية يحتاج إلى الحارس، والحنطة في مطامير المفازة، والتبن في المتبن، والثلج في المثلجة، والجمد في المجددة في الصحراء غير محرزة إلا بحارس، وباب الدار والحانوت والمغلاق والحلقة على الباب محرزة بالتركيب والتسمير، وكذا [الأجر] إذا سرق من صحن الدار، أو استخرجه من الجدار داخلاً [أو] خارجاً ليلاً أو نهاراً، وجب القطع، والشرط في كونها محرزة أن تكون الدار بحيث تحرز ما فيها، ولو كان باب الدار مفتوحاً، فدخل داخل [وقلغ] باب بيت [وأخرجه]، فعن أبي إسحاق: أنه لا قطع، كما لو أخذ متاعاً آخر منها، وعن الأكثرين: أنه يجب القطع، والباب محرز بالتركيب والنصب كباب الدار، والفقل على الباب محرز كالباب والحلقة، وعن أبي الطيب بن سلمة فيما روى القاضي ابن كج أنه ليس بمحرز؛ لأن الأقفال للإحراز به لا لإخراجه.

قال العزالي: (الرابعة) الخيام ليست كالدور في الحصانة فيفتقر إلى زيادة لحاظ، ولكن لإحكام الربط وتضيض الأمتعة تأثير في الاستغناء عن دوام اللحاظ، والدواب محرزة بنظر الراعي في الصحراء إذا كان على نثر، والقطار محرز بالقائد في صحراء خال أو سكة مستوية وهو تسعة من الإبل فإن كان لا يلاحظ ما وراءه فالمحرز بالقائد الأول وبالراكب مركوبه وما أمامه وواحد من خلفه وبالسائق جميع ما أمامه.

قال الرافعي: الفصل يشتمل على مسألتين:

(١) في ز: السطوح المحوطة.

إحداهما: الخيامُ يَرْبُطُهَا وتنزید الأمتعة فيها يفيد نوعاً الإحراز، وتُغني عن دوام اللحاظ المعتر في الأمتعة الموضوعة في الصحراء، لكنّها ليست كالدور في الحصانة، فإنها في نفسها قابلة للسرقه، فإذا ضرب في الصحراء خيمة، وأوى إليها ومتاعاً، فسرق منها سارق، أو سرقها، نُظِر؛ إن لم يَشُدْ أطنايها، ولم يرسل أذيالها، فهي وما فيها كالمتاع الموضوع في الصحراء، وإن شدّها بالأوتاد وأرسل أذيالها، فإن لم يكن صاحبها فيها، فلا قَطْع؛ لأنها لا تُعدُّ محرّزة، إذا لم يكن فيها أحد، وفيه وجه: أن الخيمة في نفسها تكون محرّزة، ولا يكون ما فيها محرّزاً، وإن كان صاحبها فيها [مستيقظاً] أو نائماً أو تامّ بقربها، وجب القطع بسرقتها أو سرقه ما فيها؛ لحصول الإحراز في العادة، وقال أبو حنيفة: يجب القطع على مَنْ سرق منها، ولا يجب على مَنْ سرقها وأخذها أو مع المتاع.

قال الأئمة: والشرط هناك أن يكون هناك [من] يتقوى به، فأما إذا كان في مفازة بعيدة عن الغوث، وهو مِمَّن لا يبالي به، فلا إحراز، وكذا لو ضرب الخيمة بين العمارات، يكون الحُكْم كما في المتاع الموضوع بين يديه في السوق، وهل يُشترط إسبال باب الخيمة، إذا كان من فيها نائماً؟ حكى القاضي ابن كج فيه وجهين، ورأى الأظهر أنه لا يُشترط، ولو شدّها بالأوتاد، ولم يرسل أذيالها، وكان يمكن الدخول فيها من كل وجه، فهي محرّزة، وما فيها ليس بمحرّز، هكذا ذكروا، وقد يُفهم منه أن الأمتعة والأحمال، إذا شدَّ بعضها ببغض، يكون محرّزة ببغض الإحراز، وإن لم يكن هناك خيمة.

ولو أن السارق نحى النائم في الخيمة أولاً عنها، ثم سرق، فلا قَطْع؛ لأنها لم تكن جزأ حين سرق.

وقوله في الكتاب «لكن لإحكام الربط وتنزید الأمتعة» إلى آخره، يمكن أن يجعل معناه أن إحكام رُبُط الأمتعة وتنزید الأمتعة فيها له تأثير في الاستغناء عن دوام اللحاظ، ويمكن أن يقال: المعنى أن الإحكام والتنزید يؤثران في الجملة، فكذلك حال الخيمة المشدودة، والأمتعة المنضدة فيها [والله أعلم].

المسألة الثانية: المواشي والأبنية المغلقة الأبواب محرّزة، إذا كانت متصلة بالعمارات، سواء كان صاحبها فيها أو لم يكن، وسواء كان مستيقظاً أو نائماً؛ للعادة، وإن كانت في البرية، [فلا] تكون محرّزة إلا إذا كان صاحبها فيها، إمّا مستيقظاً أو نائماً، فإن كان الباب مفتوحاً، فيُشترط أن يكون مستيقظاً، ويكفي أن يكون المراح من حطب أو حشيش، وأما في غير الأبنية، فلها أحوال:

إحداها: إذا كانت الإبل ترعى في الصحراء، فهي محرّزة، إن كان معها حافظ

يراها جميعاً، ويبلغها صوته، إذا زجرها، وإن لم يرَ بَعْضَهَا؛ لكونه في وهدية أو خلفَ جَبَلٍ أو حائطٍ، فذلك البعض ليس بمحرّز، ولو نام عنها أو تشاغَلَ، لم تكن محرّزة، وإن لم يبلغ صوتهُ بَعْضَهَا، فكذلك؛ على ما أورده صاحب «المهذب» وغيره، وسكت ساكثون عن اعتبار بلوغ الصوت، وكأنهم اكتفوا بالنظر؛ اعتماداً على أنه، إذا قصد ما يراه أمكنه أن يعدو إليه فيدفع، والحكم في الخيل والبغال والحمير، وهي ترعى على ما ذكرنا في الإبل، وكذا الغنم إذا كان الراعي على نَشْرِ من الأرض يراها جميعاً، فهي محرّزة، وإن كانت متفرقة إذا بلغها صوته.

الثانية: أن تكون سائرة، أما الإبل، فإن كانت مُقَطَّرة، وكان يسوقها سائق، فهي محفوظة به، إن كان ينتهي النظر إليها، وإن كان يقودها قائد، يُشترط أن يلتفت إليها كل ساعة، وإلا، فهو مضيع، ويشترط أن ينتهي نظره إليها، إذا التفت، فإن كان لا يرى البعض لحائل جبل أو بناء، إذا كانت تسير في العمران، [فذلك] البعض ليس بمحرّز، وفي كتاب القاضي ابن كج وجه آخر: أنه لا يُعتبر انتهاء النظر إلى آخرها، ويكفي النظر إحرزاً، وليجىء هذا في سوقها أيضاً، وعند أبي حنيفة: المحرّز بالقائد البعير الذي يقوده لا غير.

[وكذا] لو ركب الحافظ الأول منها، فالحكم كما لو كان يقودها، ولو ركب غير الأول، فهو لما بين يديه، كالسائق، ولما خلفه كالقائد، وعن أبي حنيفة أن المحرّز بالراكب ما ركبته، وما أمامه واحداً مما خلفه.

وحيث يُعتبر انتهاء نظره إليها، ففي اعتبار بلوغ الصوت ما مرّ، وقد يستغني بنظر المارة عن نظره، إذا كان يسيرها في سوقٍ مثلاً، وإن لم تكن مقطّرة، بل كانت، [تساق أو تقاد]، فمنهم من أطلق القول بأنها غير محرّزة؛ لأن الإبل لا تسير هكذا في الغالب، وعلى هذا جرى صاحب «التهذيب» وعن «الإفصاح»: أنه لا فرق بين أن تكون مقطّرة أو لا تكون، وبهذا أخذ القاضي الروياني، وقال: المعتبر أن يقرب منه، ويقع نظره عليها، ولا تعتبر صورة التقطير، وإذا اعتبرنا التقطير، فينبغي ألا تريد القطار الواحد على تسعة؛ للعادة الغالبة، فإن زادت، فهي كغير المقطّرة، ومنهم من أطلق ذكر التقطير، ولم يعتدّ بعدد، والأحسن توسُّطُ أورده أبو الفرج السرخسي في «الأمالي» فقال: في الصحراء لا يتقيّد القطار بعدد، وفي العمران، يعتبر ما جرت العادة بأن يجعلها قطاراً واحداً، وهو ما بين سبعة إلى عشرة، فإن زاد، لم تكن الزيادة محرّزة، والخيل والبغال والحمير والغنم السائرة كالإبل السائرة، إذا لم تكن مقطّرة، ولم يعتبروا التقطير فيها، لكنه معتاد في البغال، وعدد الغنم المحرّزة بالواحد يختلف بالبلد والصحراء.

وقوله في الكتاب «والدواب محرّزة ينظر الراعي في الصحراء» يعني إذا كانت ترعى، وقوله «والقطار محرّز بالقائد» يعني إذا كانت الإبل تسير، وكان القائد يلاحظ ما وراءه، يبيّنه قوله من بعد «فإن كان لا يلاحظ ما وراءه» وقوله أو «سكة مستوية، وذلك ليقع بصره على الكل إذا لاحظ، واعتبر كون الصحراء خالية إشارة إلى أنه لو كان في المازة كثرة، حصل الإحراز بنظرهم.

وقوله «وهو تسعة من الإبل» في بعض النسخ «سبعة»، والأول [هو] <sup>(١)</sup> الموافق لما حكيناه عن السرخسي وغيره، وعلى التقديرين، فيجوز إعلامه بالواو، لما قدمناه.

وقوله «وبالراكب مركوبة وما أمامه» وقوله «وبالسائق جميع ما أمامه» فيشترط في «ما أمامها» أن يتهيّ البصر إليه؛ على ما سبق.

والثالثة: إذا كانت الإبل مناخة، فإذا لم يكن معها أحد، فليست بمحرّزة، وإن كان معها صاحبها، فإن كانت معقولة لم يضرّ نومه ولا اشتغاله عنها؛ لأن في حلّ المقولة ما يوقظ النائم، وبنبه المشتغل، وإن لم تكن معقولة، فيشترط أن ينظر إليها ويلاحظها.

فروع: المتاع على الدابة المحرّزة محرّز يجب على سارقه القطع، سواء سرق المتاع من الوعاء أو معه أو مع الدابة.

وعن أبي حنيفة: أنه لا يجب القطع، إلا إذا سرق من الوعاء، وإذا كان يسوق بقرّة، والعجل يتبعها خلفه، فإن العجل إنما يكون محرّزاً، إذا كان قريباً منه، بحيث يراه إذا التفت، وإذا كان يلتفت كل ساعة، كما ذكرنا في «قائد القطار»، وعن المسعودي: أن الغنم المرسلّة في سكة تشرع إليها أبواب الدور، لا تكون محرّزة حتى تأوي إلى موضع، وليكن هذا فيما إذا كثرت وتعذرت الملاحظة، ومن دخل المراح، وحلب من ألبان الغنم، أو جزّ من أصوافها ما يبلغ نصاباً وأخرجه، قطع، وعند أبي حنيفة: لا قطع في اللبن؛ بناء على ما نقلناه [عنه] <sup>(٢)</sup> في الأشياء الرطبة، [والله أعلم].

قال الغزالي: (الخامسة) لا قطع على النباش في تزيّة ضائعة، ويُقطع إذا سرق الكفن من قبر في بيت محرّز مخروس، ومن مقابر البلاد وجهان، وحينئذ يجب فني الثوب الموضوع مع الكفن والملفوف زيادة على العدد الشرعي وجهان، ثم الكفن للوارث فهو الخصم في السرقة، فإن كفته أجنبي فالتلب للأجنبي.

قال الرافعي: ظاهر المذهب، وجوب القطع على النباش بسرقة الكفن في

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

الجملة، وعن ابن خيران: أن فيه قولاً آخر: أنه لا يجب بحال؛ لأن الكفن موضوع للبلئ غير محرز، ويذكر أن أبا حفص بن الوكيل، نسب ذلك إلى القول القديم، وبه قال أبو حنيفة، ووجه الأول، وقطع أكثر الأصحاب به [بما] روي عن البراء بن عازب أن النبي ﷺ قال: «مَنْ نَبَشَ، قَطَعْنَا»<sup>(١)</sup>.

وعن عائشة - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - أَنَّهَا قَالَتْ: «سَارِقٌ مَوْتَانًا كَسَارِقِ أَحْيَانًا» ويتفرع على المذهب المشهور صور.

إحداها: إن كان القبر في بيت محرز، وجب القطع بسرقة الكفن منه، قال الإمام: ولو كانت المقبرة محفوفة بالعمارات ينذر تخلف الطارقين عنها في زمن يتأتى فيه النباش، أو كان عليها حراس مرتبون [فهي]<sup>(٢)</sup> بمثابة [البيت المحرز]، وإن كان القبر في مفازة ويقعة ضائعة، فوجهان:

أحدهما: أن الكفن، والحالة هذه، ليس بمحرز، وسرقته كسرقة المتاع من الدار البعيدة عن العمران؛ وهذا، لأن السارق يأخذ من غير خطر، ولا يحتاج إلى انتهاز فزصة، وبهذا الوجه، أجاب الشيخ أبو إسحاق الشيرازي، وصاحب الكتاب، وعزاه الإمام إلى جماهير الأصحاب.

والثاني، وَيُحَكَّى عن اختيار القفال، والقاضي الحسني، ورجحه أبو الحسن العبادي: أن القبر جزئاً للكفن، حيث كان؛ لأن النفوس تهاب الموتى، ولذلك لا يعد الدفن في مثل ذلك الموضع مضيقاً، وفرع صاحب «التهذيب» على الوجهين، فيما إذا كان القبر في بيت محرز فسرق الكفن منه حافظ البيت، فعلى الوجه الأول؛ لا يجب القطع، وعلى الثاني؛ يجب، وإن كان القبر في مقابر البلاد الواقعة على طرف العمارات، فإن كان لها حارس، وجب القطع، وإلا، فوجهان:

أصحهما؛ على ما [ذكره] القاضي الروياني، وغيره: أن الجواب كذلك؛ لأن القبر في المقابر حرز في العادة، كما أن البيت المغلق في العمران حرز، وإن لم يكن فيه أحد.

والثاني: المنع؛ لأنه ليس دونه باب مغلق، ولا عليه حارس، فصار كالمتاع الموضوع هناك.

(١) أخرجه البيهقي في المعرفة من حديث بشر بن حازم عن عمران بن يزيد بن البراء عن أبيه عن جده في حديث ذكره، فقال فيه: ومن نبش قطعناه، وقال: في هذا الإسناد بعض من يجهل حاله، وقال البخاري في التاريخ قال هشيم نا سهل شهدت ابن الزبير قطع نباشاً.

(٢) سقط في ز.



الثانية: إن وضع [في القبر شيء] سوى الكفن، هل يتعلق القطع بسرقة؟ قال الإمام: إن كان القبر في بيت قبلي، وإن كان في المقابر فوجهان: أحدهما: نعم، ويكون محرزاً بما يكون الكفن محرزاً به.

وأصحهما، وهو الذي أورده أكثرهم: المنع؛ للعادة، ويخالف الكفن؛ فإن الشرع قطع فيه النباش، وجعله محرزاً لضرورة الحاجة إلى التكفين والدفن، ليبقى مصوناً، وخصص الإمام الوجه الأول بما إذا كان من جنس الكفن؛ كتوب وضع فيه، وكما إذا كفن الميت في أكثر من خمسة أثواب، ففي الزيادة على الخمسة التي تلي الميت الخلاف، لكن ذلك الوجه لا يختص بهبة التكفين ولا بجنس الثياب، فإن القاضي الروياني حكى في «جمع الجوامع» إجراء الخلاف فيما لو وضع في القبر مضرية أو وسادة للميت، وعن بعضهم: أنه أجراه فيما لو دفن معه دراهم أو دنانير، بل في «الزقم» للعبادي: أن القاضي الحسين حكى عن القفال وجوب القطع فيما إذا دفن [معه] مالاً في بزية تبعد الهم والأوهام عن الدفن فيه، والتابوت الذي يدفن فيه الميت كالأكفان الزائدة، والزيادة في الطيب على ما يستحب تطيب الميت به كسائر الأموال، وعن الماسرجسي: تعلق القطع بالقدر المستحب منه، كالكفن، قال ابن الصباغ: إلا أنه لا يكاد يجتمع منه ما يبلغ نصاباً.

الثالثة: إذا كفن الميت من تركته، فلَمَن الكفن؟ فيه ثلاثة أوجه:

أصحها: أنه للورثة، كسائر مخلفاته، لكن يُقدّم حق الميت فيه كما يُقدّم قضاء ديونه، وإن كان المملك للورثة، وعلى هذا، فلو سرقه أحد الورثة أو ابنه، فلا قطع عليه.

والثاني، عن أبوي علي بن أبي هريرة والطبري: أنه يبقى على ملك الميت؛ لحاجته إليه وانصرافه إلى مصلحته، وإن كان لا يثبت له الملك ابتداءً، وهذا كما أنه يبقى الدين في ذمته، وإن لم يثبت عليه ابتداءً.

والثالث: أن المملك فيه لله تعالى؛ لأن الوارث لا يتمكن من التصرف فيه، والميت لا يملك شيئاً، [فإن] قلنا: إن المملك فيه للوارث، فالخضم في السرقة الوارث؛ على ما سيأتي؛ أن السارق يُقطع بمطالبة المسروق منه، ومخاصمته، فإن قلنا: إن المملك فيه للميت، فعن ابن أبي هريرة: أن الخضم فيه الوارث أيضاً، لأنه القائم مقامه في حقوقه، وقال غيره: الخضم فيه الحاكم والوارث لا ينوب عنه فيما لا يملكه، وإلى هذا يرجع ما حكى عن صاحب «الإفصاح» أن الإمام يقطع ولا حاجة إلى خضم، وإنما اعتبر خصومة الحي؛ لأنه ربما ملكه أو أباح له أخذه، فإذا اعترف به، سقط الحد، ومثل هذا لا مجال له في الكفن، وإذا قلنا: إنه لا مالك له، فالأمر فيه إلى

الحاكم، هذا ما ذكره الأصحاب، وزاده الإمام، فقال: إن كان مَنْ يذهبُ إلى أن المَلِكُ في الكفن للميت أو لله تعالى، يقول: يتعينُ رُدُّه بعدما أخذَه النباش إلى المَيِّتِ، ولا يجوز للوارث إبدالهُ بغيره [فالتفريع] والخلافُ في أن الخضم مَنْ هو صحيحٌ، لكن هذا قولٌ عَرِيٌّ عن التحصيل، والوجهُ عندي أن للوارث إبدالهُ بغيره ما انفصل عن المَيِّتِ، وحينئذٍ، فيجبُ القطعُ بأنه الخضم لا غير، وإذا أكل الميتَ سَبْعَ أو ذَهَبَ به السيل وبقي الكفنُ، فإن قلنا: إنه ملكٌ للورثة، اقتسموه، وإن قلنا: إنه ملكٌ للميتِ، فوجهان:

أحدهما: أنه يُصَرَّفُ إلى الورثة أيضاً؛ لأن ما كان للميت ينتقل إلى الورثة، [وإنما] قُدِّم الكفن لِحَاجَتِهِ إليه، وقد بَطَلت الحاجة.

والثاني: يُجْعَلُ في بيت المال؛ لأنه لم ينتقل بالموت إلى الوارث، فلا يختص به بعد ذلك، وهذا ما أورده ابن الصبَّاح وغيره، وإن قلنا: لا يملكه أحدٌ، فيُجْعَلُ في بيت المال بلا خلاف، هذا كله فيما إذا كُفِّنَ من تركته، فإن كُفِّنَ أجنبي، أو [كُفِّنَ] من بيت المال، فلمن هو؟ فيه طريقتان:

أحدهما: أنه على الخلاف المذكور فيما إذا كُفِّنَ من تركته.

والثاني: القطعُ بأنه يبقى على ملك الأجنبي أو حُكْمُ بيت المال؛ لأن نقل المَلِكِ إلى غير مالِكٍ لا يمكنُ، والميت لا يملك ابتداءً، وغير الميت لم يملك، فكان الأجنبي معبراً للكفن إعارَةً لا رجوع فيها كالإعارة للدَّفْنِ.

والقولُ في أن الخضم في السرقة مَنْ هو، وفي أنه، لو أكله سَبْعٌ إلى مَنْ يُرَدُّ الكفن، مبنياً على الخلاف في المَلِكِ.

«فروع»:

أحدها: إذا كُفِّنَ السيدُ عبده، فالمَلِكُ في الكفن للسيد أو لا يملكه أحدٌ؟ فيه وجهان، وذكر أنه لا يجيء فيه أن يملكه العبد؛ لأن العبد لا يملك إلا بتملك السيد على القول القديم، والسيد لم يملكه، ولمنازع أن ينازع فيه ويجعل التكفين تملكاً، كما يجعل تكفين الأجنبي تملكاً على رأي، وحُكْمُ بأن الكفن ملك للميت.

والثاني: إذا سُرِقَ الكفنُ، وضاع، كُفِّنَ ثانياً من التركة، فإن لم يوجد، فهو كمن مات، ولا كُفِّنَ له.

والثالث: إنما يُقَطَّعُ النباش، إذا أخرج الكفن من جميع القبر، أما إذا أخرج من اللُحْدِ إلى فضاء القبر وترَّكه هناك؛ لخوف أو غيره، لم يُقَطَّع، هذا هو المنصوص والمشهور، ويجوز أن يُخْرَجَ ذلك على الإخراج من البيت إلى صحن الدار.

وقوله في الكتاب « لا قَطْع على النَّبَاش » ليعلم بالواو، وقوله « في تربة [ضائعة] »<sup>(١)</sup> هذه الصورة تحتل « التربة » وتحتل « البرية » بالباء والراء<sup>(٢)</sup>، وتشديد الراء والياء.

وقوله « ويُقَطِّع، إذا سَرَقَ معلَّم بالحاء والواو، وقوله « في بيت محرَّز محروس » الجمع بين اللفظين لا ضرورة إليه، وإنما هو تأكيد، وقوله « ثم الكفن للوارث » وقوله « [فالطلب] للأجنبي » مُعْلَمَان بالواو.

قال العزالي: (السَّادِسَةُ) إِذَا كَانَ الْحِرْزُ مِلْكَاً لِلْسَّارِقِ وَلَكِنَّهُ فِي يَدِ الْمَسْرُوقِ مِنْهُ بِإِجَارَةٍ قُطِّعَ، وَإِنْ كَانَ بِغَضَبٍ لَمْ يُقَطِّعْ لِأَنَّهُ لَيْسَ حِزْزاً فِي حَقِّهِ، وَهَلْ تَكُونُ الدَّارُ الْمَغْضُوبَةُ حِزْزاً عَنِ غَيْرِ الْمَالِكِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنْ كَانَ عَارِيَةً فَثَلَاثَةٌ أَوْجُهٍ يَفْرُقُ فِي الثَّلَاثِ بَيْنَ أَنْ يَقْصِدَ الرَّجُوعَ بِالدُّخُولِ أَوْ لَا يَقْصِدَ كَمَا يَفْرُقُ فِيْمَنْ وَطِئَ حَزْبِيَّةً بَيْنَ أَنْ يَقْصِدَ الْأَسْتِيْلَاءَ أَوْ لَا يَقْصِدَ فِي نَسَبٍ وَلَدِيهِ، وَلَوْ كَانَ فِي الْحِرْزِ مَالٌ مَغْضُوبٌ لِلْسَّارِقِ فَأَخَذَ غَيْرَ الْمَغْضُوبِ فِيهِ الْقَطْعَ وَجْهَانِ لِشَبْهَةِ جَوَازِ الدُّخُولِ، وَإِنْ جَوَّزْنَا لِلْأَجْنَبِيِّ أَنْتَزَعَ الْمَغْضُوبَ لِلْحَسْبَةِ جَرَى فِيهَا الْوَجْهَانِ أَيْضاً.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِي الْمَسْأَلَةِ جَمَلَتَانِ:

إحدهما: إذا كان الحرز ملكاً للشارق، نُظِرَ؛ إن كان في يد المسروق منه بإجارة فسرق منه المؤجر، فعليه القطع؛ لأن المنافع بعقد الإجارة مستحقة للمستأجر، والإحراز من المنافع، وفي هذا التوجيه ما يبين أن التصوير فيما إذا استحقَّ المستأجرُ إيواءَ المَتَاعِ إليه بالإجارة، وإحرازه به دون مَنْ يَسْتَأْجِرُ محوطاً للزراعة، فأوى إليه ماشية مثلاً.

وقال أبو حنيفة: لا يجب القطع على المؤجر، وسلَّم أنه لو أجر عبده لحفظ متاع، ثم سرق المؤجر من المتاع الذي كان يحفظه العبد، أنه يجب القطع. وإن كان الحرز في يده بإعارة، وسرق المعير منه مال المستعير<sup>(٣)</sup>، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدهما: لا يجب القطع؛ لأن الإعارة لا تلزم، وله الرجوع، متى شاء، فلا يَحْصُلُ الإحراز عنه.

وأصحُّها، وهو المنصوص<sup>(٤)</sup>: أنه يجب؛ لأنه سرق النصاب من الحرز، وإنما يجوز له الدخول، إذا رجع، وعليه أن يمهل المعير بقدر ما ينقل فيه الأمتعة.

(١) في ز: متابعة.

(٢) في ز: المستعير.

(٣) يستثنى منه ما لو استعمله المستعير في غير المأذون فيه كأن استعار للزرع فغرس فسرق المقيِر من الغراس لم يقطع على الأصح.

(٢) في ز: بالباء والواو.

**والثالث:** الفرق بين أن يَدْخُلَ الحِزْزَ على قِصْدِ الرُّجُوعِ عن العارِيةِ، فلا يُقَطَّعُ، وبين أن يَدْخُلَ على قِصْدِ السَّرْقَةِ، ويأخذ المالَ، فيُقَطَّعُ، كما [أنه] إذا وطئ حربيةً يُفَرِّقُ بين أن يَقْصِدَ القَهْرَ والاستيلاءَ، فيملكها، ولا حدَّ عليه، ويثبت النسبُ، لو أولدَها، وبين أن لا يقصد ذلك، فعليه الحدُّ، ولا يثبت النسبُ، [ولو] أعار عبداً لحفظ مالٍ أو رَعي غنمٍ ثم سَرَقَ مِمَّا كان يَحْفَظُهُ عبده حَكَى الإمام فيه طريقين:

أحدهما: أن في القطع الخلاف المذكورَ فيما إذا كان الحِزْزُ مستعاراً.

**والثاني:** القطع بالوجوب؛ لأن الإحراز هاهنا بملاحظة العبد، لا بنفس العبد المملوك، ولو أعار قميصاً، فلبسه المستعيرُ، وطَرَّ المعيرُ جيبه، وأخذ دراهم، وجب عليه القطع، ولا يكاد يجيء الخلاف فيه، ولو كان الحِزْزُ في يده بغصب، فسرق مالكُ الحِزْزِ منه متاعه، فلا قطع؛ لأن له الدخول والهجوم عليه، فلا يكون محرّزاً عنه، وإن سرق منه أجنبيٌّ فوجهان:

أحدهما، ونسبه بغضهم إلى النص: أنه يلزمه القطع؛ لأنه لا حق له فيه، وليس له الدخول.

**وأصحهما:** المنع، ولا تكون الدائرُ المغصوبةُ حرزاً للغاصب؛ لأن [الإحراز] من المنافع، والغاصب لا يستحقها، قال الإمام: ويمكن أن يقرب هذا من التردد في أن الواحد من المسلمين، إذا رأى عيناً مغصوبةً في يد غاصبٍ، هل له إزالة يده عنها حسيّة؟ ولو اشترى الحِزْزَ، وسرق منه قبل القبض مالٌ البائع، فإن لم يوفّر الثمن بعد، وجب القطع؛ لأن له حقّ الحبس، فأشبهه المستأجرُ، وإن كان قد وفّر الثمن، فوجهان:

أصحهما: أنه لا يجب، ذكره صاحب «التهذيب» وغيره.

**الثانية:** إذا غصب مالاً أو سرقة وأخززه في حِزْزِهِ، فجاء [مالك<sup>(١)</sup>] الحال، وسرق من ذلك الحِزْزِ مالاً للسارق أو [الغاصب]<sup>(٢)</sup>، هل عليه القطع؟ فيه وجهان:

أظهرهما: لا؛ لأن له أن يَدْخُلَ الحِزْزَ وَيَهْتِكَهُ لأخذ ماله، فالذي يأخذه من الغاصب يأخذه، وهو غير محرّز عنه.

**والثاني:** يجب؛ لأنه إذا أخذ مالٌ الغاصبِ، [غير] عرفنا أنه هتك الحِزْزَ للسرقة، لا؛ لأخذ ماله، وخُصَّصَ المخصَّصون للوجهين بما إذا كان مالٌ الغاصبِ متميزاً عن ماله، [فأخذه] وخده أو مع مال نفسه، فأما إذا كان مخلوطاً به؛ بحيث لا يتميز أحدهما عن الآخر، فلا قطع بحال، وهذا تخريج على قولنا: إن المال المشترك لا يُقَطَّعُ واحدٌ

(١) في أ: ذلك.

(٢) في ز: للغاصبة.

من الشريكين بسرقة؛ وذلك لأن الاختلاط المانع من التميز موجب للشركة والشروع، ولو دخل، وأخذ مال نفسه، فلا قطع بحال، وإن سرق أجنبي المال المغصوب أو المسروق، فهل عليه القطع؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، وإلى ترجيحه مال صاحب «الشامل»؛ لأنه سرق نصاباً من حرز مثله بلا شبهة.

والثاني: لا؛ لأن المالك لم يرض بإحرازه فيه، فكأنه غير محرز، قال في «البيان»: وهذا هو الصحيح؛ ويؤيده ما أشار إليه الإمام وصاحب الكتاب في «الوسيط» وهو بناء الوجهين على الخلاف في أنه، هل يجوز للأجنبي أخذ المغصوب؛ حسبة؛ ليرده إلى مالكة؟ إن قلنا: نعم، فلا قطع عليه، كما لا قطع على المالك، وإن قلنا: لا، فيقطع، والذي أورده صاحب «التهذيب» أنه يُفطع [إذا] أخذ على قصد السرقة، وقال: لا فرق بين أن يكون عالماً بأنه مغصوب أو لا يكون، وإذا حكمنا بوجوب القطع بسرقة المغصوب والمسروق، فالخضم فيهما المالك، وعن أبي حنيفة: أن الخضم في السرقة المالك، وفي الغضب الغاصب.

وقوله في الكتاب «وإن جؤزنا للأجنبي انتزاع المغصوب للحسبة، جرى فيها الوجهان أيضاً» يقتضي تخصيص الوجهين بما إذا جؤزنا له الانتزاع، والجزم بالمنع<sup>(١)</sup> إذا لم نجؤزه، وذلك لا ينطبق على ما حكيناه عن الإمام، وعن «الوسيط» والوجه بناء الخلاف على الخلاف فيما لا يُشعر به لفظ الكتاب.

فرع: إذا سرق الطعام في عام الشحط والمجاعة، نُظر؛ إن كان يوجد، لكئنه عزيز<sup>(٢)</sup>، والثلث غال، وجب القطع، وإن كان لا يوجد، ولا يُقدر عليه، فلا قطع؛ لأنه كالمضطر؛ وعلى هذه الحالة، يُحمل ما يُزوَى عن عمر - رضي الله عنه - أنه لا قطع في عام المجاعة<sup>(٣)</sup>.

قال العزالي: (الرُكنُ الثاني: نفسُ السرقة وهي الإخراج) والنظر في ثلاثة أطراف: (الأول) في إنطال الجزر وهو بالنقب وفتح الباب، وإن نقب وعاد للإخراج ليلة أخرى

(١) في هامش أمله: بالقطع.

(٢) في ز: غرض.

(٣) من حديث إبراهيم بن يعقوب الجوزجاني في جامعه عن أحمد بن حنبل عن هارون بن إسماعيل عن علي بن المبارك عن يحيى بن أبي بكر كثير عن حسان بن أضر أن ابن جرير حدثه عن عمر قال: لا تقطع اليد في غدق ولا عام سنة.

قال: فسألت أحمد عنه فقال: الغدق النخلة و عام سنة عام المجاعة فقلت لأحمد: تقول به؟

قال: إي لعمرى. (تلخيص الحبير ٧٨/٤).

فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يَقْطَعُ إِلَّا إِذَا أَطْلَعَ الْمَالِكُ وَأَهْمَلَ، وَلَوْ أَخْرَجَ غَيْرَهُ فَلَا قَطْعَ عَلَيْهِمَا، وَإِنْ تَعَاوَنَا حَتَّى يَشْتَرِكَا فِي الثُّغْبِ وَالْإِخْرَاجِ قُطْعًا، وَإِنْ اشْتَرَكَا فِي الثُّغْبِ وَأَنْفَرَدَ وَاحِدٌ بِالْإِخْرَاجِ فَالْقَطْعُ عَلَيْهِ خَاصَّةً، وَلَوْ أَخَذَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ فِي الثُّغْبِ سُذْسًا وَالْآخَرُ ثُلْثًا فَلَا قَطْعَ إِلَّا عَلَى صَاحِبِ الثُّلُثِ، وَلَا يَشْتَرِطُ فِي الْأَشْتِرَاكِ فِي الثُّغْبِ التَّحَامُلُ عَلَى آلَةٍ وَاحِدَةٍ بِلِ التَّمَاقُبِ فِي الضَّرْبِ شَرِكَةً بِخِلَافِ قَطْعِ الْيَدِ فِي الْقِصَاصِ، وَلَوْ دَخَلَ أَحَدُهُمَا وَأَخْرَجَ الْمَالَ إِلَى بَابِ الْحِزْرِ فَأَدَخَلَ الْآخَرَ يَدَهُ وَأَخَذَهُ فَعَلَيْهِ الْقَطْعُ لَا عَلَى الْأَوَّلِ، وَإِنْ وَضَعَ الْأَوَّلُ خَارِجَ الْحِزْرِ فَعَلَيْهِ لَا عَلَى الْآخِذِ، وَإِنْ وَضَعَ عَلَى وَسَطِ الثُّغْبِ وَأَخَذَ الْآخَرُ فَقَوْلَانِ: (أَحَدُهُمَا): أَنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِمَا (وَالثَّانِي) أَنَّهُ لَا شَيْءَ عَلَيْهِمَا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: حَصَلَ الْفِرَاقُ مِنَ الرُّكْنِ الْأَوَّلِ، وَهُوَ الْمَسْرُوقُ وَتَبَيَّنَ مَا يُعْتَبَرُ فِيهِ؛ لَوْجُوبُ الْقَطْعِ، وَهَذَا الرُّكْنُ الثَّانِي كَلَامٌ فِي نَفْسِ السَّرْقَةِ، وَقَدْ مَرَّ فِي صَدْرِ الْبَابِ؛ أَنَّ السَّرْقَةَ أَخَذَ الْمَالَ عَلَى وَجْهِ الْخُفْيَةِ، فَمَنْ أَخَذَ عَيَانًا، كَالْمُخْتَلِسِ وَالْمُنْتَهَبِ، لَمْ يَلْزِمَهُ الْقَطْعُ، وَالْمُخْتَلِسُ الَّذِي يَعْتَمِدُ الْهَرَبَ، وَالْمُنْتَهَبُ الَّذِي يَعْتَمِدُ الْقُوَّةَ وَالْغَلْبَةَ، وَكَذَلِكَ لَا قَطْعَ عَلَى الْمُوَدَّعِ إِذَا جَحَدَ، وَعَنْ أَحْمَدَ: أَنَّ عَلَيْهِمُ الْقَطْعَ.

لَنَا: مَا رُوِيَ أَنَّهُ ﷺ قَالَ (١): «لَيْسَ عَلَى الْمُخْتَلِسِ وَالْمُنْتَهَبِ وَلَا عَلَى الْخَائِنِ قَطْعٌ، وَفُرِقَ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ السَّارِقِ مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى بِأَنَّ السَّارِقَ يَأْخُذُ الْمَالَ فِي خُفْيَةٍ، فَلَا يَتَأْتَى مِنْهُ، فَشَرَعَ الْقَطْعَ زَجْرًا، وَهُوَ لَا يَقْصِدُونَ الْمَالَ عَيَانًا، فَيُمْكِنُ دَفْعُهُمْ بِالسُّلْطَانِ

(١) رواه أحمد وأصحاب السنن والحاكم وابن حبان والبيهقي من حديث أبي الزبير عن جابر، وفي رواية لابن حبان عن ابن جريج عن عمرو بن دينار وأبي الزبير عن جابر، وليس فيه ذكر الخائن، ورواه ابن الجوزي في العلل من طريق مكِّي بن إبراهيم عن ابن جريج، وقال لم يذكر فيه الخائن غير مكِّي. قلت: قد رواه ابن حبان من غير طريقه، أخرجه من حديث سفيان عن أبي الزبير عن جابر بلفظ: ليس على المختلس ولا على الخائن قطع، وقال ابن أبي حاتم في العلل عن أبيه: لم يسمعه ابن جريج من أبي الزبير، إنما سمعه من ياسين الزيات وهو ضعيف، وكذا قال أبو داود، وزاد: وقد رواه المغيرة بن مسلم عن أبي الزبير عن جابر، وأسنده النسائي من حديث المغيرة، ورواه عن سويد بن نصر عن ابن المبارك عن ابن جريج أخبرني أبو الزبير، قال النسائي: رواه عيسى بن يونس والفضل بن موسى وابن وهب ومخلد بن يزيد وجماعة، فلم يقل واحد منهم عن ابن جريج. حدثني أبو الزبير، ولا أحسبه سمعه منه، وأعله ابن القطان بأنه من معنعن أبي الزبير عن جابر، وهو غير قادم، فقد أخرجه عبد الرزاق في مصنفه عن ابن جريج، وفيه التصريح بسماع أبي الزبير له من جابر، وله شاهد من حديث عبد الرحمن بن عوف، رواه ابن ماجه بإسناد صحيح، وآخر من رواية الزهري عن أنس أخرجه الطبراني في الأوسط، في ترجمة أحمد بن القاسم، ورواه ابن الجوزي في العلل من حديث ابن عباس وضعفه.

وغيره، وقوله «وهي الإخراج» لا يمكن [حمله] على الإخراج من البيت أو الدار؛ لما ذكرنا أنه، لو كان في مسجدٍ أو شارعٍ<sup>(١)</sup>، وعنده متاعٌ يلاحظه، فتغفله إنسانٌ، وأخذ متاعه، يكون سارقاً، ويلزمه القطع، وإن لم يُخرج من بيت ودار، ولكن أراد إخراجه عن أن يكون محرّزاً بنقله عن موضع إحرازه، ولفظه في «الوسيط»: وهي عبارة عن إبطال الحرز، ونقل المال، يعني أن الأخذ في السرقة هكذا يكون، ثم إنه أودع الغرض في ثلاثة أطراف؛ إبطال الحرز، وكيفية النقل، والمحل المنقول إليه.

أما الأول؛ فإبطال الحرز؛ وقد يكون بالنقب وفتح الباب، وقد يكون بتغييره عن نظر الملاحظ، وفيه صور:

أحدها: إذا نقب، ثم عاد، وأخرج النصاب في ليلة أخرى، حكى القاضي ابن كج عن النَّصِّ؛ أنه، إن علم صاحب الحرز بالنقب، أو كان ظاهراً يراه الطارقون، وبقي كذلك، فلا قطع؛ لانتهاك الحرز، وإلا، فعن ابن سُرَيْج وغيره: أنه يُقَطَّع، كما لو نقب في أول الليل، وأخرج المال من آخر، وعن غيره، أنه يُختمل ألا يُقَطَّع؛ لأنه عاد بغد انتهاك الحرز؛ فصار كما لو جاء غيره، وأخذ المال، فحصل وجهان، ويُضرف إليهما قوله في الكتاب، و[في] «الوسيط»: فالظاهر أنه يُقَطَّع والخلاف شبيه بالخلاف فيما إذا أخرج [نصاباً]<sup>(٢)</sup> على دفعات.

ولو نقب واحدٌ ودخل [آخر]<sup>(٣)</sup> الحرز، وأخرج المال، إما على الاتصال أو بغده، فلا قطع على واحدٍ منهما؛ أما الأول؛ فلأنه لم يأخذ شيئاً.

وأما الثاني؛ فلأنه أخذ من خرزٍ مهتوك، ويجب على الأول ضمان الجدار<sup>(٤)</sup>، وعلى الثاني ضمان ما أخذ، ومن الأصحاب من قال في وجوب القطع على الثاني الخلاف الذي سنذكر فيما إذا نقب اثنان، وأخذ أحدهما المسروق، ووضعه على النقب [فأخذه] الآخر، ووجه الوجوب ألا يتخذ ذلك ذريعة إلى إسقاط الحد، والظاهر الأول، وهو المذكور في الكتاب.

نعم، لو كان في الدار حافظٌ قريبٌ من النقب، وهو يلاحظ المتاع، فالمال محرّز به، فيجب الضمان على الآخر، وإن كان نائماً، فلا يكون المال محفوظاً به في أصح الوجهين، كما ذكرنا فيمن نام في الدار، وبأبى مفتوح، وليعلم قوله «فلا قطع عليهما» مع الواو بالحاء؛ لأن في النهاية أن أبا حنيفة يوجب القطع على النايب بعله أنه رذء وعون للسارق.

(٢) سقط في ز.

(٤) في ز: الحداد.

(١) في ز: تنازع.

(٣) سقط في ز.

الثانية: إن تعاون شريكان على النقب، وأخرجا [نصابين]<sup>(١)</sup>، إما بأن أخرج كل واحد نصاباً، أو حملاً متاعاً يساوي نصابين، [فعليهما]<sup>(٢)</sup> القطع، وإن تعاونوا على النقب، وانفرد أحدهما بالإخراج، فالقطع على المُخرج خاصّةً، والآخر ليس بسارق، قال الإمام: ورأيتُ في بعض التعاليق حكايةً وجهين في وجوب القطع على المُخرج، وهو ضعيفٌ، وفي «جمع الجوامع» للقاضي الروياني: أنه، لو نَقَبَ واحدٌ، ودخل مع آخر، وأخرجا المال معاً، فالقطع على من جمع بين النقب والإخراج دون الآخر، وأن عند أبي حنيفة: إذا اشترك جماعة في النقب، وحمل أحدهم المال، فإن خَرَجُوا قبله أو بعده، ولم يصحبوه، لم يُقَطَّعُوا، وإن صحبوه، قُطِعُوا؛ بناءً على أن رِذَّةَ قاطع الطريق كالقاطع.

ولو اشتركا في النقب، ولم يُخرجا إلا نصاباً واحداً، فقد مرَّ أنه لا قطع على واحدٍ منهما، وإن أخرج أحدهما بعد الاشتراك في النقب ثلثاً وآخر سدساً، فالقطع على صاحب الثلث خاصّةً، وقد مر هذا من قبل وبيئنا أن عن أبي حنيفة ما يقتضي إعلام قوله «فلا قطع إلا على صاحب الثلث» بالحاء، وفيه يخصل به الاشتراك في النقب؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يخصل حتى يأخذاً آلةً واحدةً، ويستعملها معاً، كما لا [تخصل الشركة] في قطع اليد إلا بأن يأخذاً حديدةً، ويتفقا على إمرارها.

وأظهرهما، وهو المذكور في الكتاب: أنه لا يُشترط ذلك، بل تثبت الشركة، وإن أخذ هذا لِبَنَاتٍ، وهذا لِبَنَاتٍ، لأنه قد حصل التعاون على النقب، والنقب ذريعة إلى المقصود؛ وليس هو سرقة في نفسه، فلا يُتَأَنَّق في تصويرها كما يُتَأَنَّق في تصوير القطع.

الثالثة: الشريكان في النقب، إذا دخل أحدهما، ووضع المتاع قريباً من النقب أو دَخَلَ أحدُ السارقين، ووضعه قريباً من باب الحزب وأدخل الآخر يده، وأخذه فالقطع على الثاني الذي أخرجه من الحزب، لا على الأول، وكذا لو وَقَفَ أحدهما على طَرَفِ السطح، ونزل الآخر، وجمع الثياب وربطها بحبل، فرقعها الواقف، فالقطع عليه، لا على الأول، وعليهما الضمان، ولو وضع الداخل المتاع خارج الحزب أو الباب، وأخذه الآخر، فالقطع على الذي أخرج دون الآخر، أو فأخذه الناقب فلا قطع على واحد منهما، ويجوز أن يُعَلَّم لفظ «القولين» في الكتاب بالواو؛ لما ذكر الإمام أن الصيدلاني قطع بنفي القطع عنهما، والمشهور إثبات القولين، وعن القاضي أبي حامد: أنهما منصوبان في القديم، وذكر القاضي الروياني: أنه لو ناول الداخل الخارج في فم النقب، لم يُقَطَّع

(٢) في أ: فعليهما.

(١) في ز: نصاباً.



واحد منهما؛ لأن الداخل لم يُخْرِج من تمام الحرز، والخارج لم يتناوله من الداخل، ذكر ذلك بعد حكاية القولين في التصوير السابق، ويُشبهه أن يكون هَذَا جواباً على الأصح، وإلا، فلا يتضح فرق بين أن يضعه فيأخذه الخارج، وبين أن يناوله من يده.

ولو نَقَب اثنانِ ودَخَلَا وأخَذَا أحدهما المَالَ وشَدَّهُ على وسط الآخر فخرَج به الآخر فلقَطع عليه، ولا قَطع على الأول، ولو أن الآخر حَمَلَ آخِذَ المَالَ، فأخرَجَه، والمتاع في يده، وجب القَطع على المَحْمُول، وفي الحامل وجهان:

أحدهما: يجب، لأن حمل مَنْ حَمَلَ المَالَ حَمَلٌ للمال.

والثاني: لا، وهو الذي أورده الروياني؛ لأنه لم يحمله بنفسه، ومن حَلَف الأَ يحمل طبقاً فحمل رجلاً حاملاً طبقاً لا يحنث في يمينه؛ وَعَلَى هَذَا لو نَقَب زَمِنٌ وأَعْمَى، وأدخَلَ الأَعْمَى الزَمِنَ، فأخذ الزَمِنُ المتاعَ، وخرَجَ به للأَعْمَى، [وحمله الأَعْمَى وأخرجه] يجب القَطع على الزَمِنِ، وفي الأَعْمَى الوجهان.

وفي «البيان» أن الأَعْمَى، إذا حمل الزَمِنَ، وأدخله الحرزَ، فدلَّ الزَمِنُ الأَعْمَى على المَالَ، وأخذه، وخرَجَ به، فيجب القَطع عليهما أو لا يجبُ إلا على الأَعْمَى؟ وفيه وجهان: أصحُّهما الثاني.

وقوله في الكتاب «فَعَلَيْهِ لا عَلَى الآخِذِ» يجوز أن يُعَلَمَ بالحاء، لأن الحكاية عن أبي حنيفة: أنه لا قَطع على واحد منهما؛ لأنه خرج، ولا شيء معه.

فرغ: لا فرق في هتك الحرز بين الثُّقب، وكسر الباب، وقَلْعِهِ، وفتح المغلاق والقفل، وتسوُّر الحائط، بل يجب القَطع بأخِذِ المَالَ في جميع هذه الأحوال.

قال الغزالي: (الطَّرْفُ الثَّانِي فِي وُجُوهِ الثَّقَلِ) فَلَوْ رَمَى المَالَ إِلَى خَارِجِ الحِرْزِ قُطِعَ أَخْذُهُ أَوْ تَرَكَهُ، وَلَوْ اسْتَخْرَجَ مِنَ الحِرْزِ بِمِخْبَنٍ قُطِعَ، وَلَوْ أَكَلَ فِي الحِرْزِ لَمْ يَقْطَعْ، وَلَوْ ابْتَلَعَ دُرَّةً فِي الحِرْزِ فَثَلَاثَةٌ أَوْجِهٍ يَفْرُقُ فِي الثَّالِثِ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَهَا بَعْدَ الْأَنْفِصَالِ عَنْهُ وَيَبِينُ أَلَّا يَقْصِدُ ذَلِكَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ صَوْرَتَانِ:

إحدهما: إذا رَمَى المَالَ إلى خارج الحرز من الثُّقب أو الباب أو من فوق الجدار، لزمه القَطع، ولا فرق على ظاهر المذهب بين أن يأخذه بعدما رماه، وبين أن يتركه حتى يضيع أو يأخذه غيره، وفيه وجهٌ أنه، إذا لَمْ يأخذه، فلا قَطع عليه؛ لأن الموجود حينئذٍ إتلافٌ لا سرقة؛ وعلى هذا، فلو أخذه مُعِينُهُ، فهل يكفي ذلك؛ لوجوب القَطع عليه؟ أبدى الإمام تردُّداً فيه، وحكى عن أبي حنيفة: أنه لا يجبُ القَطع

على الرامي إذا لم يأخذ ما رماه، ولا مُعِينُهُ، فيجوز أن يعلم لذلك قوله: «أو تركه» بالحاء مع الواو.

ولو أدخل يده في الثقب أو أدخل فيه مخجناً، وأخرج المتاع، قُطِعَ، وعند أبي حنيفة: لا يجب القطع، إلا أن يكون ضيقاً لا يمكن الدخول فيه، وسلم أنه لو أدخل اليد في الجوالقِ فَسَرَقَ منه، يُقَطِّعُ، ولو أرسل مخجناً أو حنبلاً في رأسه كلاب من السطح، وأخرج به ثوباً أو آنية، قُطِعَ، وقد لا يَنَازِعُ أبو حنيفة فيه، والمخجن السوط المعقف الرأس ونحوه.

الثانية: لو أتلف المال في الحزب بأكل أو إحراق، لم يلزمه القطع، وقد سبق لهذا ذكر، ولو ابتلع في الحزب جوهرة أو ديناراً، فعن الشيخ أبي حامد وابن الصبَّاح وغيرهما: أنه إن لم يَخْرُجْ منه، فلا قطع؛ لأنه استهلكها في الحزب، فأشبهه ما إذا أكل الطعام، وإن خَرَجَتْ منه، فوجهان:

أحدهما: يجب القطع؛ لأنها باقية بحالها غير فاسدة، فأشبهه ما إذا أخرجها في فيه، أو في وعاء.

والثاني: لا يجب؛ لأنه بالابتلاع صار في حُكْمِ المستهلك؛ ألا ترى أن للمالك أن يُطَالِبَ بالقيمة في الحال؟ وأيضاً، فإنه كالمُكْرَه في إخراجه؛ لأنه يلزمه الخروج، ولا يمكنه إخراجه من جوفه، وهذا أصح فيما ذكر المحاملي، ولو وضع المتاع على وسط الثقب، [فأخذه] الآخر، وأخرجه، وهو يساوي نصابتين، ففيه قولان:

أحدهما، ويُنسب إلى رواية الحارث<sup>(١)</sup> بن سُرَيْج البقال: أنه يجب القطع عليهما؛ لأنهما اشتركا في النقب، وتعاونوا على الإخراج؛ فأشبهه ما إذا أخرجاً معاً، وأيضاً، فلتلا<sup>(٢)</sup> يُجْعَلُ ذلك ذريعةً إلى إسقاط القطع.

وأصحهما، وهو رواية الربيع والمزني: أنه لا قطع على واحدٍ منهما؛ لأنهما تفرقا في الإخراج، ولم يوجد في واحدٍ منهما الإخراج من تمام الحزب، فصار كما لو نقب أحدهما، ودخل، ووضع المتاع على وسط النقب، [فأخذه] الآخر، أو دخل غير الناقب، ووضع عليه، قال الماوردي: وذكر أبو العيَّاض وجهاً: أنها إن خَرَجَتْ بدواءٍ وعلاج، لم يُقَطِّعْ، وإن خَرَجَتْ عفواً بغير دواءٍ وعلاج، قطع، فيصير وجهاً رابعاً، وطائفةً والأول أصح عند الإمام والروائيين.

وأطلق مطلقون الوجهين، ولم يقيدوا بما إذا خَرَجَتْ فنزل بعضهم المطلق على

(٢) في ز: قليلاً.

(١) في ز: الحرث.

المقيّد، ورأى الإمام إثبات وجه فارق بين أن تَخْرُجَ منه بغد خروجه من الحرز، فيُجعل سارقاً، وبين ألا يَخْرُجَ، فبيّن أنها فسدت، وانمحقت، فلا يجعل سارقاً، وأورد صاحب الكتاب الوجه الفارق على منوال آخر ههنا، وفي «الوسيط» فقال: إن أخذها بغد الانفصال عنه، كان سارقاً، وإلا، فلا، ولم أره لغيره، ولو أخذ الطيب، فتطيب به في الحرز، ثم خرج، فإن لم يمكن أن يجمع منه ما يبلغ نصاباً، فلا قطع، وإن أمكن فوجهان؛ عن رواية الماسرجسي؛ أشبههما أن الجواب كذلك؛ لأن استعماله يُعدّ استهلاكاً له؛ كأكل الطعام.

والثاني: يجب القطع؛ لبقاء عينه، وإمكان الانتفاع.

قال الغزالي: وَلَوْ وَضَعَ الْمَتَاعَ عَلَى الْمَاءِ حَتَّى جَرَى بِهِ إِلَى خَارِجِ الْحَرْزِ قُطِعَ، وَكَذَلِكَ لَوْ فَتَحَ أَسْفَلَ الْكَنْدُوجِ حَتَّى أَنْصَبَ، وَلَوْ وَضَعَ عَلَى ظَهْرِ دَائِبَةٍ فَخَرَجَتْ قِيلَ: لَا يَفْطَعُ لِاخْتِيَارِ الدَّائِبَةِ، وَقِيلَ: إِنْ سَارَتْ عَلَى الْفُورِ قُطِعَ وَإِلَّا فَوْجَهَانِ، وَقِيلَ بِالْعَكْسِ وَهُوَ تَرَدُّدٌ فِي أَنَّ التَّسَبُّبَ هَلْ يَكْفِي لِلْقَطْعِ؟ وَلَوْ أَخْرَجَ شَاءَ فَتَبِعَتْهَا سَخَلَتْهَا أَوْ غَيْرَهَا خُرَجَ عَلَى الْخِلَافِ لِاخْتِيَارِ الدَّائِبَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ صُورٌ:

إحداها: لو كان في الحرز ماء جارٍ، فَوَضَعَ المتاع عليه، حتى خَرَجَ، وَجَبَ القطع؛ فإنه المُخرج، كما لو جَذَبَهُ بِمِخْجَنٍ، وفي «البيان» أن الشيخ أبا حامد حَكَى وجهاً ضعيفاً، أنه لا يجب، ولايته في [تعليقه] إبراهيم المروروزي أيضاً، وقال الإمام: تخريجه من الوجه الذي سنذكر، إن شاء الله تعالى، في صورة الكندوج: وإن كان الماء راكداً، فحركه حتى خرج به، فهو كالجاري، وإن حَرَّكَهُ غيره، حتى خَرَجَ، فالقطع عليه، وإن زاد الماء بانفجار أو مجيء سيل، فخرج به، فوجهان:

أظهرهما: أنه لا يجبُ القطع، وإذا كان في البستان أترُجٌ، والماء يدخل من أحد طرفيه، ويخرج من الآخر فجمع النار والوقود في طَرَفٍ ووضع على الماء، حتى دخل، وعلا الدخان، فأسقط الأترُج في الماء، وخرج من الطَرَفِ الآخر، فأخذه، أو رَمَى بالأحجار [من خارج البستان] إلى الأشجار، حتى تناثرت الثمار في الماء، وخرجت من الجانب الآخر، ذكر إبراهيم المروروزي أن القاضي الحُسين قال في كَرَّةٍ: لا يجب القطع، وهو المذهب، وقال في كَرَّةٍ: يجب، كما لو أخذ الثوب من خارج الحرز بمحجن، ولو كانت الريح تهبُّ، فعرض المتاع لها، حتى خرجت به أو وَضَعَهُ على طَرَفِ النقب، [فطارت] به الريح، وجب القطع، ولا أثر لمعاونة الريح، كما أنها لا تمنع وجوب القصاص وحل الصيد، والحالة هذه، ولو كانت الريح راكدة، فوضعه

على طَرَفِ النَّقْبِ، فهبت، وأخرجته فوجهان، كما في صورة زيادة الماء، [والظاهر] أنه لا يجب.

الثانية: ذكرنا فيما سَبَقَ في انشغال الحنطة عند فتح أسفل الكندوج وجهاً: أنه يتعلّق به القَطْع، ولا يُنَزَلُ منزلة الإخراج باليد، وقد يُسَلَّمُ من قال به وجوب القَطْع فيما إذا وَضَعَ المتاع على الماء، [فخرج] به، ويُفَرَّقُ بأنَّ هناك وجد منه فَعْلٌ في المال، وهو الوضع على الماء، وههنا، لم يوجد منه إلا النَّقْب، وبيننا هناك أن الصحيح نزوله منزلة الإخراج باليد، وعلى هذا، فهل يُشترط أن يخرج قدر النصاب دفعةً واحدةً أو يجب القَطْع؟ وإن خرج بالتدرّج؟ فيه وجهان قد سَبَقَا.

الثالثة: إذا وضع المتاع في الحِزْزِ على ظَهْرِ دَابَّةٍ، وسيَّرها بسوق أو قَوْدٍ، حتى خَرَجَتْ أو عَقَدَ اللؤلؤة على جناح طائر، وطَيَّره، فقد أخرج المال عن الحِزْزِ بما فَعَلَ، فعليه القَطْع، وفي «البيان» عن رواية الشيخ أبي حامد حكايةً وجه ضعيف.

ولو كانت الدابّة في السير، فوضع المتاع عليها فخرَجَتْ به، فهو كما لو سيرها، ولو لم تكن سائرة ولا سيرها، بل كانت واقفة، فوضع عليها المتاع، فسارت [به]، وخرجت به ففيه طرق:

أظهرهما: أن في وجوب القَطْع<sup>(١)</sup> وجهين:

أحدهما: أنه يجب؛ لأن الخروج حَصَلَ بفعله، فإن الدابة، إذا أثقلت بالحَمْلِ سارت. [و]<sup>(٢)</sup> أصحهما: المنع؛ لأن للدابّة اختياراً في الذهاب والوقوف، وقد لا تسير بعد التحريك، فيصير اختيارها شبهةً دائرةً للقَطْع.

والثاني، ويحكى عن القاضي أبي الطَّيِّب: القَطْع بالوجه الثاني.

والثالث: أنها، إن سارت على القَوْرِ قُطِعَ؛ لإشعار الحال بأنها سارت بفعله، وإن وقفت زَمَاناً، ثم سارت، ففيه وجهان.

والرابع، وهو اختيار الشيخ أبي علي وغيره: أنها، إن وقفت، ثم سارت فلا قَطْع، وإن سارت في الحال، فوجهان؛ لشبهة اختيار الحيوان، ولو أخرج شاةً، فتبعتها آخرى أو سَخَلَتْها، ولم تكن الأولى وخدها نصاباً، ففيه هذا الخلاف، وعن الشيخ أبي علي: القَطْع بالوجوب ههنا؛ لأن [طبعها]<sup>(٣)</sup> الاتباع، والظاهر الأول، وبالمنع [أجاب]<sup>(٤)</sup> في «التهذيب» وفي دخول السخلة في ضمانه وجهان، وأشار الإمام إلى

(٢) سقط في ز.

(٤) في ز: أجاز.

(١) في ز: القول.

(٣) في ز: طبيعتها.

ترتيب ما نحن فيه على الخلاف المذكور في وجوب الضمان، إذا فتح القفص عن طائر، والقطع أولى بالمنع، قال: ولو فصل فاصل بين الحيوان المطمئن في الناس وبين الذي يغلب عليه التفار<sup>(١)</sup>، لكان وجهاً، وقوله في الكتاب «وهو تردّد في أن التّسبّب، هل يكفي للقطع؟ أراد به أن الخلاف في الصّور المذكورة قد يستند إلى مباشرة الإخراج، ولم يوجد في هذه الصور، لكنه تسبّب إلى الخروج بواسطة الغيّر؛ فعلى رأي يكتفى به كما يكتفى به لوجوب الغرم؛ وعلى رأي، يحتاط للقطع، فلا يناط إلا بالمباشرة، ولو نقب الحرز، ثم أمر صبيّاً لا يميز بإخراج المال، فأخرجه، فعن بعضهم: أنه، كما لو وضع المتاع على البهيمة، فخرجت به من غير تسيير، وعن أكثرهم: أنه يجب عليه القطع، وأمره كتسيير البهيمة، وإن كان مميّزاً، [وله] اختيار صحيح وروية؛ فلا يجعل آلة للأمر، [فلا قطع] والعبد الأعجمي كالصبي الذي لا يميز.

قال الغزالي: وَلَوْ حَمَلَ عَبْدًا صَغِيرًا مِنْ حَرِيمٍ دَارِ سَيِّدِهِ قُطِعَ لِأَنَّهُ حَرَزُهُ إِلَّا أَنْ يَبْعُدَ عَنْهُ فَلَوْ دَعَاهُ وَخَدَعَهُ فَهُوَ مُمَيِّزٌ فَلَا قَطْعَ، وَإِلَّا فَهُوَ كَالْبَهِيمَةِ، وَلَوْ أَكْرَهَ الْمُمَيِّزُ بِالسَّيْفِ عَلَى الْخُرُوجِ فَوَجْهَانِ، وَلَوْ حَمَلَ عَبْدًا قَوِيًّا فَلَمْ يَمْتَنِعْ فَلَا قَطْعَ إِذْ حَرَزَهُ قُوَّتُهُ وَهُوَ مَعَهُ، وَكَذَا إِنْ كَانَ نَائِمًا، وَلَوْ حَمَلَ حُرًّا وَمَعَهُ ثِيَابُهُ فَفِي دُخُولِ الثِّيَابِ تَحْتَ يَدِهِ نَظْرٌ، فَإِنْ كَانَ قَوِيًّا لَمْ تَدْخُلْ، وَإِنْ كَانَ ضَعِيفًا تَدْخُلُ وَهَلْ يَكُونُ سَارِقًا؟ وَجْهَانِ، وَلَوْ نَامَ عَلَى الْبَعِيرِ وَعَلَيْهِ أَمْتَعَةٌ وَأَخَذَ السَّارِقُ زِمَامَهُ حَتَّى أَخْرَجَهُ مِنَ الْقَافِلَةِ فَفِيهِ أَرْبَعَةٌ أَوْجِهٍ يَفْرَقُ فِي الثَّلَاثِ بَيْنَ الْقَوِيِّ وَالضَّعِيفِ، وَفِي الرَّابِعِ بَيْنَ الْحُرِّ وَالْعَبْدِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: وَفِيهِ مَسْأَلَتَانِ:

أحدهما: العبد الصغير الذي لا يميز، يجب القطع بسرقة، إذا كان محرّزاً، وإنما يكون محرّزاً، إذا كان في دار السيد أو بفناء داره، وسواء كان وخذّه أو كان يلعب مع الصبيان؛ لأنه لا يُعَدُّ مَضِيْعًا، إذا كان على باب الدار، [فإن] بُعد عنه، ودخل سكة أخرى، فهو مَضِيْعٌ، ولا فرق بين أن يحمله نائماً أو مستيقظاً مربوطاً، وبين أن يدعوه فيتبعه؛ لأنه لا تمييز<sup>(٢)</sup> له، فهو كالبهيمة تساق أو تقاد، ويحيى فيه الخلاف الذي ذكرناه في تسيير<sup>(٣)</sup> البهيمة والمجنون والأعجمي الذي لا تمييز له، كالصغير الذي لا يميز [له]، وإن كان الصغير مميّزاً، فسرقه نائماً أو سكران أو مربوطاً فعلى ما ذكرنا في غير المميّز، ولو دَعَاهُ وَخَدَعَهُ، فتبعه باختياره، فليس ذلك بسرقة، وإنما هو خيانه، ولو

(٢) في ز: تميز.

(١) في ز: الناس.

(٣) في ز: تستر.

أكرهه بالسيف حتى خرج من الحِزْر، فقد حكى الإمام وصاحبُ الكتاب فيه وجهين :  
أحدهما : لا يجب القطع ، لأنه فارق الحِزْر بفعله .

والثاني : يجب <sup>(١)</sup> كما لو ساق البهيمة بالضرب والتعنيف ، وهذا ما أورده صاحب «التهذيب» ولو حمل عبداً قوياً قادراً على الامتناع ، فلم يمتنع ، فلا قطع ؛ لأن حُرْزته قوته ، وهي معه ، [ولو] حملة ، وهو نائمٌ أو سكرانٌ ، قال الإمام : الوجه عندنا القطع بثبوت يده عليه ، وإن كانت عرضة للزوال ، حتى إذا فرض تلف قبل التيقظ يلزمه الضمان ؛ لأن المنقول لا يتوقف ثبوت اليد عليه على الاستيلاء والتمكن من المقاومة عند طلب الاسترداد ، قال : وفي تحقيق السرقة نَظَرٌ ؛ لأن مثل هذا العبد محرّز بيده وقوته ، واحتمال الضعف إياه لا ينهيه من صون إلى ضياع ، هكذا ذكره على التردد ، وتابعه صاحب الكتاب في «الوسيط» وههنا أطلق القول بنفي <sup>(٢)</sup> القطع ، ثم أنشأ <sup>(٣)</sup> الإمام من هذا المنتهى شيئاً آخر ، فقال : من جلس <sup>(٤)</sup> وحده ، حيث لا مستغاث <sup>(٥)</sup> يجار إليه ، وهو يلاحظ متاعه ، فتغفله ضعيفٌ ، [وأخذ] <sup>(٦)</sup> المال ، ولو شعر به صاحبُ [المال] <sup>(٧)</sup> ، لطرده ، فهل نقول : لا قطع عليه ، كما لو أخذه قويٌّ لا يبالي بصاحب المال ، أو نقول : يختلف <sup>(٨)</sup> الحكم بحسب اختلاف الآخذين ؟ الرأي الظاهر عندنا الاختلاف ، ولا يبعد اختلاف الحكم باختلاف حال الآخذين ، كما يختلف أصل الإحراز <sup>(٩)</sup> باختلاف أصناف الأموال ؛ وعلى هذا ، فقولُه في الكتاب فيما سبق والملحوظ يُعيّن الضعيف في الصحراء ليس [بمحرّز] ، إذا كان لا يبالي به محمولٌ على ما إذا كان الآخذ قوياً .

المسألة الثانية : الحرُّ لا يضمن باليد ، فلا قطع بسرقة ، وإن كان صغيراً ؛ لأنه ليس بمال ، وعن مالك : أنه يجب القطع بسرقة ، وإن كان في عنقه قلادة أو معه مالٌ يبلغ نصاباً من ثيابه أو غيرها ؟ فوجهان :

- (١) قال في الخادم : ولم يرجع - يعني الرافعي شيئاً . وقال في الشرح الصغير أن أولى الوجهين القطع ، وفي كلامه هنا إشعار به ، ولهذا جعله النووي في الروضة الأصح إلى آخر ما ذكره .  
(٢) قال في الخادم : لم يرجع شيئاً وتبع في الشرح الصغير الوجهين فقال : الظاهر نفي القطع لأنه لم ير لغيره ترجيحاً وهو عجيب فإن ذلك احتمال للإمام والمنقول خلافه فالذي أورده القاضيان أبو الطيب والحسين وابن الصباغ والشاشي وغيرهم أنه يقطع بسرقة العبد الكبير النائم وقاسه على الصغير . وكذا قال الشيخ أبو حامد في تعليقه ، فإن كان الكبير نائماً أو مجنوناً لا يعقل قطع به كالصغير سواء . هذه عبارته .

(٣) في ز : يشاء .

(٤) في ز : حبس .

(٥) في ز : مستعان .

(٦) في أ : مأخذ .

(٧) في أ : المتاع .

(٨) في ز : يخلف .

(٩) في ز : الآخران .

أحدهما: أنه يجبُ القطع، وبه قال ابن أبي هريرة؛ لأنه سرق نصاباً.

وأظهرهما: المنع؛ لأنه في يد الصبي ومحرز به<sup>(١)</sup>، فلم يُخرجه من حرزه، وهذا يوافق مذهب أبي حنيفة، هكذا أطلق الوجهين أكثرهم، وصور الإمام فيما إذا كان الصبي نائماً أو مربوطاً عند الحمل، وقال: يجري الوجهان في أن من حمل على غير صورة السرقة، هل تدخل الثياب التي عليه في ضمانه، ولو حمل حراً مستقلاً، [وأخرجه] من الجزز، وعليه ثيابه أو معه مال آخر، قال الإمام: تُقدّم عليه مسألة، وهي أنه لو نام إنسان على البعير، وعليه أمتعة، فجاء سارق، وأخذ بزمامه وأخرجه عن القافلة، وجعله في مضیعة، ومجموع ما [ذُكر]<sup>(٢)</sup> فيه أربعة أوجه:

أحدها: أنه يجب عليه القطع؛ لأنه أخرج نصاباً من الجزز والمأمن<sup>(٣)</sup> إلى المضیعة.

والثاني: لا يجب؛ لأن البعير وما عليه محرز بالراكب، ولم يُخرجه من يد الراكب.

والثالث: يُفرق بين أن يكون الراكب قوياً لا يقاومه السارق، ولو انتبه، فلا يجب القطع وبين أن يكون ضعيفاً لا يبالي به السارق، فعليه القطع، ولا اعتبار بيد الضعيف.

والرابع، وهو الصحيح، ولم يورد كثيرون سواه: أنه يُفرق بين أن يكون الراكب حراً؛ فلا يجب القطع، لأن المتاع والبعير في يده، وبين أن يكون عبداً، فيجب؛ لأن العبد في نفسه مسروق يتعلّق به القطع، ثم بنى الإمام على الخلاف في المسألة خلافاً حكاها في أن المستقل، إذا حمّله حامل هل يدخل ما عليه من الثياب تحت يد الحامل؟ قال: والقول بدخولها تحت يده بعيد، وهو في الحر القوي أبعد منه في الحر الضعيف، ثم رتب فقال: حيث لا تثبت يد الحامل على الثياب، فلا سرقة [و]<sup>(٤)</sup> إن أثبتنا اليد، والمحمول ضعيف، فقد تثبت السرقة، وإن أثبتناها، والمحمول قوي، ففي السرقة

(١) قال في الخادم: ما أطلقه من أنه في يد الصبي محرز به قد خالفه بعد ذلك بنحو صفحة فقال: ولو سرق حلياً من عنق صبي أو سرق ثيابه وجب القطع وإنما يكون محرزاً إذا كان العبد الصغير عن نفسه محرزاً وقد قلناه. قال - أعني صاحب الخادم -: والذي سبق هناك أنه إنما يكون محرزاً إذا كان في دار السيد أو بفناء داره ومثله هنا أن يكون في داره أو بفناء داره، وقد أشار في البحر إلى أن محل الخلاف فيما إذا كان الصبي في موضع لا ينسب إلى التضييع، فإن كان خارج ليحمله من موضع ينسب إلى الضياع لم يقطع قطعاً فإنه لما نقل عن ابن أبي هريرة القطع قيده بما لا ينسب إلى الضياع.

(٢) في ز: المامني.

(٣) في ز: ذكرنا.

(٤) سقط في ز.

وجهان، وإلى بعض هذه الجُمَل يشير قوله في الكتاب «ففي دخول الثياب تحت يده نَظَرٌ»<sup>(١)</sup> إلى آخره، ويجوز أن يُعَلِّمَ قوله «لم يدخل» وقوله «تدخل» كلاهما بالواو؛ لما حكيناه عن كلام الإمام، والظاهر أنه لا تثبت السرقة وأن ما مع الحرّ لا يدخل في يد الحامل؛ لأن يد المحمول ثابتة على ما معه، ولذلك نقول: ما يوجد مع اللقيط يُحْكَمُ بكونه في يده.

ولو سرق حلياً من عُنُقِ صَبِيٍّ أو سرق ثيابه، وجب القَطْع، وإنما يكون ما معه محرّزاً، إذا كان العبد الصغير في نفسه محرّزاً، وقد بيّناه، ولو سرق قلادةً من عنق كَلْبٍ أو سرقها مع الكلب، وجب القَطْع، وجِرْزُ الكلب لِحرز [الدواب]<sup>(٢)</sup>.

قال العَرَالِيُّ: (الطَّرْفُ الثَّالِثُ فِي مَحَلِّ الْمُنْقُولِ إِلَيْهِ) وَلَا يَقْطَعُ بِالنَّقْلِ مِنْ زَاوِيَةِ الْحِرْزِ إِلَى زَاوِيَةِ أُخْرَى، وَلَوْ نَقَلَ مِنَ الْبَيْتِ إِلَى صَحْنِ الدَّارِ وَهُوَ أَيْضاً مُحَرَّزٌ فَثَلَاثَةٌ أَوْجِبُهُ يَفْرُقُ فِي الثَّالِثِ بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ الْعَرَصَةُ حِرْزاً لَهُ وَمَا لَيْسَ حِرْزاً لَهُ، وَلَوْ أَخْرَجَ مِنْ حُجْرَةٍ الْحَاثِمَ إِلَى الْعَرَصَةِ فَهُوَ كَعَرَصَةِ الدَّارِ إِذَا كَانَ مُحَرَّزاً وَإِلَّا فَكَالشَّارِعِ إِنْ لَمْ يَكُنْ مُحَرَّزاً، وَالسُّكَّةُ الْمُنْسَدَةُ الْأَسْفَلُ كَالشَّارِعِ لَا كَعَرَصَةِ الْحَاثِمِ، وَعَرَصَةُ الْحَاثِمِ أَيْضاً حِرْزٌ لِيَبْغِضَ الْأَمْتِعَةَ أَيْضاً لَكِنْ فِي حَقِّ السُّكَّانِ لَيْسَ بِحِرْزٍ، وَلَا قَطْعٌ عَلَى الضَّيْفِ إِذَا سَرَقَ إِذْ لَيْسَ مُحَرَّزاً عَنْهُ، وَكَذَا الْجَارُ إِذَا سَرَقَ مِنْ طَرَفِ حَائُوثِ الْجَارِ حَيْثُ يُحَرَّزُ بِإِحْاطَةِ الْجَبْرِانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: نَقَلَ الْمَتَاعَ مِنْ بَعْضِ زَوَايَا الْحِرْزِ إِلَى بَعْضِهَا لَا يُوجِبُ الْقَطْعَ، وَلَوْ نَقَلَ مِنَ الْبَيْتِ إِلَى صَحْنِ الدَّارِ، وَلَمْ يَخْرُجْ مِنَ الدَّارِ، فَيُنْظَرُ؛ إِنْ كَانَ بَابُ الْبَيْتِ مَغْلَقاً، وَبَابُ الدَّارِ مَفْتُوحاً، وَجِبَ الْقَطْعُ؛ لِأَنَّهُ أَخْرَجَهُ مِنْ حِرْزِهِ، وَجَعَلَهُ فِي مَحَلِّ الضَّيَاعِ، وَإِنْ كَانَ بَابُ الْبَيْتِ مَفْتُوحاً وَبَابُ الدَّارِ مَغْلَقاً، فَلَا قَطْعَ، وَوَجَّهَ بِأَنِ احْتِرَازَ الْمَتَاعِ، وَالصُّورَةُ هَذِهِ، بِبَابِ الدَّارِ، وَهُوَ مَغْلَقٌ كَمَا كَانَ، فَالنَّقْلُ مِنَ الْبَيْتِ إِلَى الْعَرَصَةِ، كَهُوَ مِنْ زَاوِيَةِ إِلَى زَاوِيَةٍ، [وهذا] التَّوْجِيهُ عَلَى مَا هُوَ قَضِيَّةٌ كَلَامُ الْإِمَامِ، إِنَّمَا يَسْتَمِرُّ فِي الْمَتَاعِ الَّذِي تَكُونُ عَرَصَةُ الدَّارِ حِرْزاً لَهُ، فَإِنْ كَانَ مَا لَا يُحَرَّزُ بِالْعَرَصَةِ، فَإِنَّمَا لَا يَجِبُ الْقَطْعُ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مُحَرَّزاً فِي نَفْسِهِ، فَإِنَّ الْبَيْتَ الْمَفْتُوحَ بَابَهُ كَالْعَرَصَةِ، وَإِنْ كَانَ الْبَابَانِ مَغْلَقَيْنِ مَعاً، فَفِي وَجُوبِ الْقَطْعِ وَجِهَانٌ:

أحدهما: يجب؛ لأنه أخرجه من حِرْزِهِ.

وأظهرهما، ويروى عن نصه في رواية الربيع: المَنعُ؛ لأنه لم يَخْرُجْ مِنْ تَمَامِ

(٢) في أ: الدابة.

(١) في ز: يظن.



الحِرْز؛ فأشبهه ما إذا أخرج من الصندوق في البيت، ولم يخرج من البيت، قال الإمام: والوجهان فيما إذا كان المتاع محرّزاً بالعرضة، فإن لم يكن كذلك، ففي القطع وجهان مرتبان على الوجهين في الحالة الأولى، والفرق أن الدار مَضِيعة بالإضافة إلى هذا المتاع، وإنما جرى الخلاف؛ لأن العرضة، وإن لم تُحرّز ذلك المتاع، فإغلاق الباب عليها مزيداً استيثاق للمحرّز الذي هو حرّز له، ويُخرّج من هذا الترتيب ثلاثة أوجه عند الاختصار، كما ذكره في الكتاب.

**ثالثها:** الفرق بين ما إذا كان المتاع محرّزاً بالعرضة، وبين ما إذا لم يكن، ويُنسب هذا إلى ابن القَطّان، وإن كان باب البيت والدار معاً مفتوحين، [فالمال] ضائع، إذا لم يكن محرّزاً باللحاظ، فلا يجب القطع بما جرى، وهذه الأحوال الأربع وهو أن يكون باب البيت مغلقاً دون باب الدار، وبالعكس، [وأن يكونا مغلقين]<sup>(١)</sup> وأن يكونا مفتوحين، ظاهره التصوير، إذا لم يوجد من السارق تصرف في باب الدار؛ بأن تسلّق الجدار وتدلّى في الدار، وأخرج المتاع من البيت إلى العرضة، أما إذا فتح باب الدار المغلق، ثم أخرج المتاع من البيت إلى العرضة، فالحرّز الذي يهتكه السارق في حكم الحرّز الدائم، ولذلك يجب القطع على مَنْ نَقَب، ثم دَخَلَ، وأخرج المال، ولا يُقال: إنه بالنقب خرج عن كونه محرّزاً، وإذا كان كذلك، فيكون الحكم، كما لو نقل إلى العرضة، وباب الدار مغلق، وهذا ما رآه الإمام أظهر، فإن أغلق الباب بعد ما فتحه، فهو أظهر، وجميع ما ذكرناه فيما إذا كانت الدار وما فيها من البيوت لواحد، فأما الدار التي يسكنها جماعة، وينفرد كل واحد منهم بحجرة أو بيت فيها أكثره<sup>(٢)</sup> مثلاً، وفي مغناها الخانات والمدارس والرباطات، فهي في حق مَنْ لا يسكن الخان، كالدار المختصة بالشخص الواحد، حتى إذا سرق من حُجْرها أو من صَحْنِها وما يحرّزه الصحن، وأخرج من الخان<sup>(٣)</sup>، وجب القطع، وإن أخرج من البيوت، والحجر إلى صحن الخان، ففيه وجهان:

أحدهما: يجب القطع بكل حال؛ لأن صحن الخان ليس حرّزاً لصاحب البيت، بل هو مشترك بين السكّان، فهو كالسكّة المشتركة بين أهلها، وهذا ما أورده صاحب «المُهذّب» وجماعة.

والثاني، وهو المذكور في الكتاب «والتهذيب» وغيرهما: أنه كالإخراج من بيوت الدار إلى صحنها، [فيفرق] الحال بين أن يكون باب الخان مفتوحاً أو مغلقاً، ويقرّب

(٢) في ز: أكثرها.

(١) سقط في ز.

(٣) في ز: الحال.

من هذا ما حكى عن «المنهاج» للشيخ أبي محمد: أنه إن كان بالليل، لم يُقَطَّع؛ لأن الباب يكون مغلقاً بالليل، وإن كان بالنهار، فيُقَطَّع.

وأما إذا سرق واحدٌ من السُّكَّان، فإن سرق من العرصة، فلا قَطْع؛ لأنها مشتركة بينهم، وما فيها غير محرَّز عنهم، قال الإمام: وهذا، إذا كان فتح الباب حيناً على من يَخْرُجُ منها، [بأن] كان موثقاً بالسُّلاسل ونحوها، فأما إذا كان موثقاً بالمغاليق، وله مفتاح بيد حارس، وكان يحتاج مُخْرِجَ المتاع إلى معانة ما يحتاج إليه من يحاول الدخول من خارج، فهذا فيه تردُّد، وإن أُخْرِجَهُ من بغض البيوت إلى الصُّخْن، وكان باب البيت مغلقاً، فعليه القَطْع والصُّخْن في حقِّ السُّكَّان كالسُّكَّة المشددة بالإضافة إلى الدور، ولا فَرْق بين أن يكون الباب [مفتوحاً أو مغلقاً]، [كما إذا كان على السُّكَّة باب لا فَرْق بين أن يكون مفتوحاً أو مغلقاً]، وذكر الإمام احتمالاً أنه لا يجب القَطْع بالإخراج إلى السُّكَّة؛ لأنها مملوكة لأصحاب الدور، وهي مِنْ مرافقهم، فتشبه عَرَصَةَ الدار، وقد يُفَرَّق على الظاهر؛ بأن الأمتعة قد تُوضَع في العرصة اعتماداً على ملاحظة سُّكَّان الحُجْر والبيوت بخلاف السُّكَّة، وقوله في الكتاب «ولو أخرج من حُجْرَةِ الخان إلى العَرَصَةِ» فيه كلمات:

إحداها: أن المقصود ما إذا كان المُخْرِج من غير السكان، فإن كان منهم، فقد أطلقوا وجوب القَطْع بلا تفصيل ولا نقل خلاف.

والثانية: قوله «فهو كَعَرَصَةِ الدار» قد عرِّفَت الخلاف فيه، وأن هذا جوابٌ على أحد الوجهين، [ثم] قد عرِّفَت من قبل أن عرصة الدار قد تكون جزئاً بأن كان الباب مغلقاً، وقد لا تكون، فلو اقتصر على قوله «كالعرصة» ولم يذكر ما بعده، حَصَلَ غرض التفصيل، وإذا ذُكِر، فالمعنى كعرصة الدار التي هي جزز، إن كانت عرصة الخان جزئاً.

والثالثة: قوله «إن لم يكن مُحَرَّزاً» إما أن يكون تقييداً للشارع أو يكون راجعاً إلى صُخْن الخان، والأول غير متوجِّه؛ فإن الشارع ليس بحرز أصلاً، وإن فرضت ملاحظة، فالإحراز بها، لا بالشارع، وإن قُدِّر رجوعه إلى صُخْن الخان، ففي قوله «وإلا فكالشارع» [غنية عنه]؛ لأن معناه، وإن لم يكن محرَّزاً، وقوله «والعرصة أيضاً جزز لبعض الأمتعة» يعني كما أن الحجر<sup>(١)</sup>، يجب القَطْع على مَنْ سرق منها، [فأخرج] إلى العرصة وإلى خارج الخان، فكذلك ما تحرَّزه العرصة، يجب القَطْع بإخراجه، منها، إذا كان السارق من غير سُّكَّان الخان، فإن كان منهم، فلا قَطْع لأن المال غير محرَّز عنه، ويناسب هذه الصورة صُور:

(١) في ز: الحجر.

إحداها: إذا سرق الضيفُ من مال المُضيفِ، نُظِر؛ إن سَرَقَ من موضع هُوَ غير محرّز عنه، لم يُقَطَّع؛ لما روي عن جابر أنه رجلاً أنزل ضيفاً في مشربة له فوجد متاعاً له قد أخفاه<sup>(١)</sup>، فأتى به أبا بكر - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فقال: [خل]<sup>(٢)</sup> عنه فليَسَ بِسَارِقٍ، إنما هي أمانة، قد أخفاها؛ وأيضاً، فإنه غير محرّز عنه، فأشبهه الخيانة في الوديعة، وإن سَرَقَ مِنْ بَيْتٍ محرّز عنه، قُطِعَ، وعن أبي حنيفة: أنه لا يُقَطَّع.

لنا أنه سرق نصاباً من الحِرز فأشبهه غير الضيف، وعلى هذه الحالة حُمِلَ ما رُوِيَ أن رجلاً مقطوع اليد والرجل قَدِمَ المدينة، ونزل بأبي بكر - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَكَانَ يُكْثِر الصلاة في المَسْجِدِ، فقال أبو بكر - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: ما لي لك بِلَيْلٍ سارقٍ، فلبثوا ما شاء الله، ففقدوا حُلِيّاً لهم، فجعل ذلك الرجلُ يَدْعُو عَلَى مَنْ سَرَقَ مِنْ أَهْلِ هَذَا الْبَيْتِ الصالح، فمر<sup>(٣)</sup> رَجُلٌ بصائغ في المدينة، فرأى عنده حُلِيّاً، فقال: ما أشبه هذا بحلي آل أبي بكر، فقال للصائغ ممن اشتريته، فقال: من ضيف أبي بكر - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فأخذ ذلك الرجل، فأقر فبكي<sup>(٤)</sup> أبو بكر - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فقال أبكي لعزته بالله، ثم أمر فقطعت يده.

الثانية: الجَارِ، إذا سَرَقَ مِنْ طَرَفِ حَانُوتِ الجَارِ، [حيث يُحْرَزُ]<sup>(٥)</sup> بلحاظ الجيران، لم يلزمه القطع؛ لأنه محرّز به لا عنه.

الثالثة: مَنْ دَخَلَ الحَمَّامَ مستحماً، فسرق، لم يُقَطَّع، وإن دخل سارقاً، وهناك حافظ [من الحمامي] أو غيره، قُطِعَ، وإن كان نائماً أو مُغْرَضاً، أو لم يكن هناك أحد، فلا قُطِعَ، قال في «التهذيب» وغيره: إنما يجب القطع بسرقة ثوبٍ من داخل الحمام، إذا استحفظ الحمامي [بحفظه]، فإن لم يستحفظه، فلا ضمان على الحمامي بترك الحفظ، ولا قُطِعَ على مَنْ سرقه، وإن استحفظ، فترك الحفظ، فعليه الضمان، ولا قُطِعَ على السارق.

وإذا أذن صاحب الدكان في دخول الناس للشراء<sup>(٦)</sup>، من دخل مشترياً، وسرق، لم يُقَطَّع، ومن دخل سارقاً، قُطِعَ، وإن لم يأذن في الدخول، قُطِعَ مَنْ سَرَقَ مِنْهُ بكل حال.

قال الغزالي: (الرُّحْنُ الثَّالِثُ: السَّارِقُ) وَشَرْطُهُ التَّكْلِيفُ وَالْإِتْرَامُ فَلَا قُطْعَ عَلَى الصَّبِيِّ وَالْمَجْثُونِ، وَيَجِبُ عَلَى الذَّمِيِّ ثُمَّ يَسْتَوْفَى قَهْرًا لَوْ سَرَقَ مَالَ مُسْلِمٍ، وَإِنْ سَرَقَ مَالَ ذِمِّيٍّ فَإِذَا تَرَأَفُوا، وَإِذَا رَنَى بِمُسْلِمَةٍ رَجِمَ قَهْرًا وَإِنْ كَانَ الْحَدُّ لِلَّهِ تَعَالَى، أَمَا الْمَعَاهِدُ

(٢) سقط في ز.

(٤) في ز: قبلي.

(٦) في ز: للشري.

(١) في ز: اختانه.

(٣) في ز: فمن.

(٥) سقط في ز.

فثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ: (أَحَدُهَا): أَنَّهُ كَالذَّمِّيِّ (وَالثَّانِي): لَا يُقَطَّعُ أَضْلاً (وَالثَّالِثُ): أَنَّهُ يُقَطَّعُ إِنْ شَرِطَ عَلَيْهِ ذَلِكَ فِي الْعَهْدِ، وَلَوْ زَنَى بِمُسْلِمَةٍ فِيهِ الْحَدَّ طَرِيقَانِ قَبْلَ كَالسَّرِقَةِ، وَقِيلَ: لَا يُقَامُ قَطْعاً لِأَنَّهُ لَا خُصُومَةَ لِلذَّمِّيِّ فِيهِ، وَيَسْتَوِي فِي الْقَطْعِ الْمَرْأَةُ وَالرَّجُلُ وَالْعَبْدُ وَالْحُرُّ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: وَفِيهِ مَسْأَلَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: يُشْتَرَطُ لَوْجُوبِ الْقَطْعِ: أَنْ يَكُونَ السَّارِقُ مَكْلُفًا؛ فَلَا قَطْعَ عَلَى الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ، وَقَدْ رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ - أَمَّا بِيَّ بَجَارِيَةٍ سَرَقَتْ، فَوَجَدَهَا لَمْ تَحِضْ، فَلَمْ يَقَطِّعْهَا<sup>(١)</sup> وَيَجِيءُ فِي السَّكْرَانِ الْخِلَافُ الْمَذْكُورُ فِي غَيْرِ مَوْضِعٍ.

وَأَنْ يَكُونَ مُلْتَزِمًا لِلْأَحْكَامِ؛ فَيَجِبُ عَلَى الْمُسْلِمِ الْقَطْعُ بِسَرِقَةِ مَالِ الْمُسْلِمِ وَالذَّمِّيِّ، وَكَذَلِكَ عَلَى الذَّمِّيِّ لِاتِّزَامِهِ الْأَحْكَامِ، وَكَذَلِكَ يُحَدُّ الذَّمِّيُّ، إِذَا زَنَى ثُمَّ فِي «التَّهْذِيبِ» وَغَيْرِهِ: أَنَا، إِذَا قُلْنَا: يَجِبُ عَلَى حَاكِمِنَا أَنْ يَحْكُمَ بَيْنَهُمْ، أَقَامَ عَلَيْهِ الْحَدَّ وَالْقَطْعَ، وَإِنْ لَمْ يَرْضَ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَجِبُ، فَلَا يُحَدُّ وَلَا يُقَطَّعُ، إِلَّا بِرِضَاهُ سِوَاكَ كَانَ الْمَسْرُوقُ مِنْهُ مُسْلِمًا أَوْ ذَمِيًّا، وَإِنْ كَانَ يَجِبُ الْحُكْمُ بَيْنَ الْمُسْلِمِ وَالذَّمِّيِّ بِلَا خِلَافٍ؛ لِأَنَّ الْقَطْعَ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى لَا حَقَّ الْمَسْرُوقِ مِنْهُ، وَأَشَارَ الْإِمَامُ إِلَى الْقَطْعِ فِيمَا إِذَا سَرَقَ مَالُ مُسْلِمٍ؛ بِأَنَّهُ يُقَطَّعُ وَلَا يَتَوَقَّفُ الْأَمْرُ عَلَى رِضَاهُ، وَذَكَرَ أَنَّهُ إِذَا سَرَقَ مَالُ ذَمِّيٍّ، فَإِنَّمَا يُقَطَّعُ، إِذَا تَرَاغَبُوا إِلَيْنَا، وَيَجِيءُ الْقَوْلَانِ فِي إِجْبَارِ الْمَمْتَنِعِ، إِذَا جَاءَنَا الْخُصْمُ<sup>(٢)</sup>، وَأَنَّهُ إِذَا زَنَى بِذَمِيَّةٍ فَعَلَى الْقَوْلَيْنِ فِي أَنَّا نَحْكُمُ بَيْنَهُمْ قَهْرًا أَوْ اخْتِيَارًا، وَإِذَا زَنَى بِمُسْلِمَةٍ، فِيهِ كَلَامُ الْأَصْحَابِ أَنَّ الْحَدَّ عَلَى الْقَوْلَيْنِ أَيْضًا، قَالَ: وَهَذَا غَلَطٌ، وَالْوَجْهُ الْقَطْعُ بِإِقَامَةِ الْحَدِّ قَهْرًا، وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ اللَّهُ تَعَالَى؛ لِأَنَّا لَوْ فَوَّضْنَا الْأَمْرَ إِلَى رِضَاهُ لَجَرَّ ذَلِكَ فَضِيحَةً عَظِيمَةً، وَغَايَتُنَا أَنْ نَحْكُمَ بِتَقْضِ الْعَهْدِ.

وَإِذَا طَلَبَ تَجْدِيدًا، فَلَا بَدَّ مِنَ التَّجْدِيدِ، وَكَيْفَ مَا قَدَر، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يَعْتَبَرُ الرِّضَا عَلَى الْإِطْلَاقِ عَلَى مَا تَبَيَّنَ فِي «بَابِ الزُّنَا»، وَفِي «كِتَابِ النِّكَاحِ».

وَأَمَّا الْمُعَاهَدُ، وَمَنْ دَخَلَ بِأَمَانٍ، فَهَلْ يُقَطَّعُ إِذَا سَرَقَ؟

فِيهِ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ:

أَحَدُهَا - وَيَحْكِي عَنْ سَيِّرِ الْأَوْزَاعِيِّ - نَعَمْ، كَمَا يُقَامُ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ وَحَدُّ الْقَذْفِ، لِأَنَّهُ فِي عَهْدٍ، فَأَشْبَهَ الذَّمِّيَّ.

(١) قَالَ الْحَافِظُ فِي التَّلْخِيصِ: هَذَا الْحَدِيثُ تَبِعَ الْمُصَنِّفُ فِي إِيرَادِهِ صَاحِبَ الْمَهْذَبِ، فَإِنَّهُ ذَكَرَهُ وَعَزَاهُ إِلَى رِوَايَةِ ابْنِ مَسْعُودٍ، وَإِنَّمَا رَوَاهُ الْبَيْهَقِيُّ مِنْ حَدِيثِ ابْنِ مَسْعُودٍ مُوقُوفًا عَلَيْهِ.

(٢) قَالَ فِي الْخَادِمِ: وَلَيْسَ فِيهِ تَصْرِيحٌ بِتَرْجِيحِ، وَالرَّاجِحُ الْأَوَّلُ.

والثاني: لا، وهو المنصوص في أكثر كتبه؛ لأنه لم يلتزم الأحكام، فأشبهه الحزبي.

والثالث: إن شرط عليه في العهد القطع لو سرق قطع، وإلا لم يقطع؛ لأنه إذا عهد على هذا الشرط، فقد التزمه.

ومنهم من اكتفى في التفصيل بأن يشترط عليه ألا يسرق، ولم يذكر كثير من الأصحاب إلا القولين [الأولين]<sup>(١)</sup>، ورجحوا الثاني، والتفصيل حسن. هذا هو المشهور، ووراءه طريقتان:

أحدهما: في كتاب القاضي ابن كنج: أن أبا إسحاق، وأبا علي الطبري قطعاً بنفي القطع.

والثاني في «البيان»: أن منهم من قطع بقول التفصيل، ولا خلاف في استزاد المسروق إن كان باقياً، وفي التغير إن كان تالفاً.

ولو سرق مسلم مال المعاهد، قال الإمام: التفصيل فيه [لهو في المعاهد، إذا سرق مال المسلم، إذ يبعد أن يقطع المسلم بمال المعاهد، ولا يقطع المعاهد بمال المسلم]<sup>(٢)</sup>. ولو زنا معاهد بمسلمة فطريقتان:

أحدهما: أن في حد الزنا الخلاف المذكور في القطع.

والثاني: القطع بالمنع؛ لأنه مخض حق الله - تعالى - لا يتعلق بخصوصية الآدمي وطلبه.

وهذا ما يوافق إيراد العراقيين وصاحب<sup>(٣)</sup> «التهذيب»، ويجوز أن يعلم لما أوردناه قوله في الكتاب: «ثم يستوفى قهراً»<sup>(٤)</sup> بالواو. وكذا قوله: «رجم قهراً».

«فرع»: هل ينتقض «عهد المعاهد» بالسرقة؟

حكى القاضي ابن كنج عن أبي الحسين أن فيه وجهين، وعن أبي إسحاق وغيره أنه إن شرط عليه ألا يسرق انتقض عهده إذا سرق وإلا لم ينتقض.

المسألة الثانية: إذا حصل في السارق الشيطان: التكليف والالتزام، وجب القطع من غير فرق بين الرجل والمرأة، والحر والعبد، ولا فرق بين أن يكون العبد أبقاً أو غير آبق.

(٢) سقط في ز.

(٤) في ز: فهذا.

(١) سقط في ز.

(٣) في ز: في صلب.

وعن أبي حنيفة أنه لا يُقَطَعُ الأَبِيُّ؛ بِنَاءٍ عَلَى أَنْ الْقَضَاءَ عَلَى الْغَائِبِ لَا يَجُوزُ وَفِي الْقَطْعِ قَضَاءٌ عَلَى السَّيِّدِ الْغَائِبِ.

وقوله في الكتاب: «وشرطه التَّكْلِيفُ وَالْإِتِّزَامُ»، يُشْعِرُ بِحَضْرٍ [الشرط] (١) فِيهِمَا، لَكِنْ يَشْتَرُطُ لَوْجُوبِ الْقَطْعِ فِي السَّارِقِ شَرْطًا ثَالِثًا، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ مُخْتَارًا، فَالْمَكْرَهُ عَلَى السَّرِقَةِ لَا قَطْعَ عَلَيْهِ.

وقوله: «رَجِمَ قَهْرًا»، لِيَعْلَمَ بِالْوَاوِ.

وكذا قوله: «ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ لِطَرِيقَتِي الْقَطْعِ وَالْقَاطِعِ بِالتَّفْصِيلِ، قَدْ يَنْزِلُ النَّصِينُ (٢) عَلَى الْحَالَتَيْنِ.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: (النَّظَرُ الثَّانِي مِنَ الْكِتَابِ فِي إِثْبَاتِ السَّرِقَةِ وَحُجَّتِهَا) وَتَثْبُتُ بِالْيَمِينِ الْمَرْذُودَةِ، وَيَبْعُدُ إِيْجَابُ الرَّجْمِ بِالْيَمِينِ الْمَرْذُودَةِ فِي الزَّنَا بِالْجَارِيَةِ الْمَمْلُوكَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قَدْ مَرَّ فِي أَوَّلِ السَّرِقَةِ [أَنْ] (٣) مَقْضُودَ هَذَا الطَّرَفِ [بَيَانٌ] (٤) مَا تَثْبُتُ بِهِ السَّرِقَةُ وَحُكْمُ فِي الْكِتَابِ بِأَنَّهَا تَثْبُتُ بِثَلَاثِ حُجَجٍ:

إِحْدَاهَا: الْيَمِينُ الْمَرْذُودَةُ، فَإِذَا ادَّعَى عَلَى إِنْسَانٍ سَرِقَةً نَصَابٍ يَوْجِبُ الْقَطْعَ، وَأَنْكَرَ، فَإِنْ حَلَفَ فَلَا غَرْمَ، وَلَا قَطْعَ.

وَإِنْ نَكَلَ تَرُدُّ الْيَمِينُ عَلَى الْمُدْعَى، فَإِذَا حَلَفَ ثَبَتَ الْمَالُ، وَوَجِبَ الْقَطْعُ أَيْضًا، كَذَلِكَ أَوْرَدَهُ صَاحِبُ الْكِتَابِ، وَحَكَاهُ الْإِمَامُ عَنِ الْأَصْحَابِ وَكَذَا أَوْرَدَهُ إِبْرَاهِيمُ الْمَرْزُوقِيُّ فِي تَعْلِيْقِهِ، وَوُجِّهَ بِأَنَّ الْيَمِينَ الْمَرْذُودَةَ كَالْبَيِّنَةِ أَوْ كِلَاقَرَارِ الْمُدْعَى عَلَيْهِ، وَالْقَطْعُ يَثْبُتُ بِالْأَمْرَيْنِ، فَأَشْبَهَ الْقِصَاصَ يَثْبُتُ بِالْيَمِينِ الْمَرْذُودَةِ.

وَالَّذِي أَوْرَدَهُ [ابن] (٥) الصَّبَاغُ، وَصَاحِبُ «الْبَيَانِ»، وَغَيْرُهُمَا أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ بِهِ الْقَطْعُ؛ لِأَنَّ الْقَطْعَ فِي السَّرِقَةِ حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى، فَلَا يَثْبُتُ بِيَمِينِ الْمُدْعَى، كَمَا إِذَا قَالَ: اسْتَكْرَهُ فُلَانٌ جَارِيَتِي عَلَى الزَّنَا، فَأَنْكَرَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ، وَنَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ، فَحَلَفَ الْمُدْعَى الْيَمِينِ الْمَرْذُودَةَ، يَثْبُتُ الْمَهْرُ، وَلَا يَثْبُتُ حَدُّ الزَّنَا (٦).

(١) فِي ز: السَّرِقَةُ.

(٢) فِي ز: النَّص.

(٣) سَقَطَ فِي ز.

(٤) فِي ز: بَيَان.

(٥) سَقَطَ فِي ز.

(٦) قَالَ النَّوَوِيُّ فِي زَوَائِدِهِ: صَحَّحَ الرَّافِعِيُّ فِي «الْمَحْرَرِ» الْأَوَّلِ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ جَمَاعَةٌ مِنْهُمْ الْأَذْرَعِيُّ وَاللَّفْظُ لَهُ جَزَمُ فِي الْبَابِ الثَّلَاثِ فِي الْيَمِينِ فِي الدَّعَاوَى بِالثَّانِي. قَالَ: لِأَنَّ حُدُودَ اللَّهِ تَعَالَى لَا تَثْبُتُ بِالْيَمِينِ الْمَرْذُودَةِ. قَالَ - أَعْنِي الْأَذْرَعِيُّ -: وَهَذَا هُوَ الْمَذْهَبُ =

وهذا [أبداء] الإمام على سبيل الاختِمَالِ، وقد يؤيد ذلك بظَاهِرِ لفظه في «المختصر»، حيث قال: «لا يُقَامُ على سَارِقٍ حَدٌّ إِلَّا بَأَن يَثْبُتَ على إِفْرَارِهِ حتى يُقَامَ عليه الحدُّ، أو بِعَدْلَيْنِ يقولان: [إن] هذا بِعَيْنِهِ سَرَقَ مَتَاعاً لهذا»؛ فإنه حَصَرَ الإثبات في الإفْرارِ واليَبْتَةِ.

وليعلم لما بيّنا قوله في الكتاب: «ويثبت [العُزْمُ] باليمين المردودة» [بالواو]<sup>(١)</sup>.

قال العزالي: وَتَثْبُتُ أَيْضاً بِالإفْرَارِ مَعَ الإِضْرَارِ، فَإِنْ رَجَعَ لَمْ يَسْقُطِ العُزْمُ، وَفِي سُقُوطِ القَطْعِ قَوْلَانِ، وَقِيلَ: يَسْقُطُ القَطْعُ، وَفِي سُقُوطِ العُزْمِ بِالتَّبَعِيَّةِ قَوْلَانِ وَهُوَ ضَعِيفٌ، وَلَوْ أَقْرَ بِأَسْتِكْرَاهِ جَارِيَةٍ عَلَى الرِّزْنَا ثُمَّ رَجَعَ سَقَطَ الحدُّ، وَلَا يَسْقُطُ المَهْرُ، وَلَوْ أَقْرَ السَّارِقُ قَبْلَ الدَّغْوَى فَهَلْ يَقْطَعُ فِي الحَالِ أَوْ يَنْتَظِرُ طَلَبَ المَالِكِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَا يَنْتَظِرُ سَيِّدُ الجَارِيَةِ إِذَا أَقْرَ بِالرِّزْنَا بِهَا مَعَ الإِكْرَاهِ لِأَنَّ مَالِكَ الجَارِيَةِ لَوْ قَالَ: كُنْتُ مَلِكْتُكَ قَبْلَ هَذَا فَكَذَّبَ لَمْ يَسْقُطِ الحدُّ، وَبِمِثْلِهِ يَسْقُطُ الحدُّ فِي السَّرِقَةِ إِذْ يَقْطَعُ بِطَلَبِ المَالِكِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الحُجَّةُ الثَّانِيَةُ<sup>(٢)</sup>: الإِفْرَارُ، فَإِذَا أَقْرَ بِسَرِقَةٍ تَوْجِبُ القَطْعَ أَجْرَى عَلَيْهِ حَكْمَهَا، وَلَا يَشْتَرِطُ تَكَرُّرُ الإِفْرَارِ، كَمَا فِي سَائِرِ الحَقُوقِ.

وبه قال أبو حنيفة ومالك.

وقد يحتج له بما رُوِيَ أَنَّهُ ﷺ قَالَ: «مَنْ أَبْدَى لَنَا صَفْحَتَهُ أَقْمْنَا عَلَيْهِ حَدَّ اللَّهِ تَعَالَى»<sup>(٣)</sup>، ولم يفرق بين أن يكرّر أو لا يكرّر.

= والصواب الذي أورده العراقيون منهم المحاملي والجرجاني والماوردي وابن الصباغ وهو قضية كلام البغوي وغيره من المراوزة وصرح به البغوي في تعليقه وظاهر نصوص الشافعي قال في الأم: لا يقام على سارق حد إلا بواحد من وجهين: إما اعتراف يثبت عليه حتى يحد وإما شاهدان، وذكر في المختصر نحوه.

وقال الدارمي: لا قطع نصاً.

قال الماوردي: لأنه من حقوق الله المحضة التي لا يدخلها الإيمان في إثبات ولا إنكار فصارت اليمين مقصورة على العزم دون القطع وإنما أعجب من الإمام ونقله عن الأصحاب ومتابعة العزالي له وقد أشارا جميعاً إلى استشكاله وحسبه محل وفاق وإنما هو وجه شاذ لبعض المراوزة وأحسبه متفرغاً من وجه شاذ أن اليمين المردودة متعدية إلى ثالث على أن في انتزاعه منه نظراً وقد وافق الإمام والعزالي على المنع في الرزنا بأمة الغير وأنها كهذه المسألة وأخذ ذلك صاحب الخادم وزاد أدنى زيادة.

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: الثابتة.

(٣) تقدم.

وعن أحمد: أنه لا يُقَطَّعُ حتى يُقَرَّ مرتين.

ثم في الفصل مسألتان:

أحدهما: لا يُقَطَّعُ بالإقرارِ إلا إذا أصرَّ عليه، فإن رَجَعَ، ففيه طريقتان:

أظهرهما: أنه لا يقبل رُجوعُهُ عن الإقرارِ [في حق] (١) المال، وفي القَطْعِ وجهان، ويقال: قولان:

أحدهما: أنه لا يقبل أيضاً؛ لأن قَطْعَ السَّرِقَةِ مُرْتَبِطٌ بِحَقِّ الأَدَمِيِّ؛ لأنه أثبت عِصْمَةَ لِمَالِهِ، والرجوع عن الإقرارِ في حَقِّ الأَدَمِيِّ لا يُقْبَلُ.

وأصحهما: أنه يقبل، ويسقط القَطْعُ إذا رجع كما يَسْقُطُ حَدُّ الزنا بالرجوع.

ويروى أن النبي ﷺ أتى بِسَارِقٍ، فقال ﷺ: «مَا إِخَالُكَ سَرَقْتَ»، فقال: بَلَى سَرَقْتُ، فَأَمَرَ بِهِ فُقِطَّعَ (٢).

ولولا أن الرُّجُوعُ مَقْبُولٌ لما كان لِلْحَثِّ عليه مَعْنَى وفَائِدَةٌ.

والطريق الثاني: أنه يُقْبَلُ رُجُوعُهُ في القَطْعِ، وفي العُرْمِ قولان، أو وجهان:

أظهرهما: المَنَعُ، كما لو رجع عن الإقرارِ بِالْعَصَبِ.

والثاني: يقبل؛ لأنه إقرارٌ وَاحِدٌ، فإذا قبلنا الرُّجُوعَ في بَعْضِ أحكامه، فكذلك في

الباقي. فإذا قلنا (٣) [بِسُقُوطِ] القَطْعِ بالرجوع، وهو الأصح [فلو] (٤) رجع بعدما قُطِعَ [بعض اليد] (٥) تُرِكَ الباقي، فإن كان يُزَجَى أن يَبْرَأَ، فذاك، وإلا فللمقطوع أن يَقْطَعَ الباقي لثلاثِ يَتَأَدَّى به، ولا يلزم السُّلْطَانُ ذلك، فإنه [تَدَاوَى] (٦).

ولو أقرَّ اثنان بِسَرِقَةٍ نَصَابَيْنِ، ثم رجع أحدهما [سقط] القَطْعُ عن الرَّاجِعِ دون

الآخر.

(١) سقط في ز.

(٢) رواه أبو داود في المراسيل من حديث محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان بهذا نحوه، وزاد: فقطعوه وحسموه، ثم أتوه به، فقال: تب إلى الله، فقال: تبت إلى الله، فقال: اللهم تب عليه، ووصله الدارقطني والحاكم والبيهقي بذكر أبي هريرة فيه، ورجح ابن خزيمة وابن المديني وغير واحد إرساله، وصحح ابن القطان الموصول، ورواه أبو داود في السنن والنسائي وابن ماجه من طريق أبي أمية المخزومي: أن رسول الله ﷺ أتى بلص قد اعترف اعترافاً، ولم يوجد معه متاع، فقال له: ما إخالك سرقت، الحديث. قال الخطابي في إسناده مقال، قال: والحديث إذا رواه مجهول لم يكن حجة، ولم يجب الحكم به.

(٣) في أ: يسقط.

(٤) في أ: فإن.

(٥) سقط في ز.

(٦) سقط في ز.



والرجوع عن الإقرارِ بِقَطْعِ الطريقِ كالرجوع عن الإقرارِ بالسَّرِقَةِ .

ولو أقرَّ باستِكرَاهِ جَارِيَةٍ على الزَّنا، ولزمه المَهْرُ والحَدُّ جميعاً، ثم رَجَعَ، فقد قال الإمام: قد يطرد صاحب الطريقة الثانية في الرجوع عن الإقرارِ بالسَّرِقَةِ طريقته، ويقول: [يسقط] الحَدُّ، وفي المَهْرِ خِلافٌ .

وأما على الطريقة الأولى، فيسقط الحَدُّ، وفي المَهْرِ احتمالان عن القاضي الحُسَيْنِ، أنه على الخِلافِ في القَطْعِ .

والثاني: القَطْعُ بالسقوط .

والفَرْقُ أن اِزْتِبَاطَ القَطْعِ بِالمَالِ أشدُّ من اِرْتِبَاطِ الحَدِّ بِالمَهْرِ؛ لأنَّ القَطْعَ لا يَنْفَكُ عن المُطَالَبَةِ بِرَدِّ المَسْرُوقِ أو عن عَرَامَتِهِ، والحَدَّ يَنْفَكُ عن المَهْرِ في الأكثرِ .

ويجوز أن يُعْلَمَ [في] الكتابِ قوله: «قولان» في الطريقتين بالواو؛ لأن في «النهاية» عن الصَّيْدَلَانِيِّ وَطَوَائِفَ من المُحَقِّقِينَ طريقة ثالثة، وهي القَطْعُ بسقوط القَطْعِ، وبقاء العُزْمِ .

وقوله في الإقرارِ [بالاستِكرَاهِ]<sup>(١)</sup> على الزنا: «يسقط الحَدُّ»، مُعْلَمٌ بالواو، وكذلك قوله: «ولا يسقط المَهْرُ»؛ لما يَبَيَّنُهُ .

المسألة الثانية: إذا أقرَّ ابتداءً من غير تَقَدُّمِ دَعْوَى؛ بأنه سَرَقَ من فلان سَرِقَةً تُوجِبُ القَطْعَ، وفلان غَائِبٌ، فهل يُقَطِّعُ في الحال، أو ينتظر حُضُورَ الغائبِ ومُطَالَبَتَهُ؟ فيه وجهان:

أحدهما - وبه قال أبو إسحاق -: يُقَطِّعُ لِظُهُورِ المُوجِبِ بإقراره .

وأصحهما: المَنعُ؛ لأنه ربما أَبَاحَ له أَخَذَ المَالِ، وإذا حَضَرَ أقرَّ به، [فيسقط] الحَدُّ، وإن كَذَّبَهُ السَّارِقُ، والحَدُّ يَسْقُطُ بِالسُّبُهَةِ، فأولى أن [يُؤَخَّرَ بها]<sup>(٢)</sup> .

ولو أقرَّ باستِكرَاهِ جَارِيَةٍ غَائِبَةٍ على الزنا، فالأشهر والمذكور في الكتاب أنه يُقَامُ عليه حَدُّ الزنا، ولا يُنتَظَرُ حُضُورُ المالكِ؛ لأنَّ حَدَّ الزنا لا يتوقَّفُ على [طلبه] .

ولو حضر وقال: كنت أَبْحَثُهَا له لم يَسْقُطْ حَدُّ الزَّنا بِذلك، وقال ابن سُرَيْجٍ: يُنتَظَرُ حُضُورُ المالكِ؛ لجواز أن يقر بأنه كان قد وَقَفَ عليه تلك الجارية، فيصير سُبُهَةً في سقوط الحَدِّ . قال الإمام: وعلى الأول، لو قال مالك الجارية: كنت بَعَثْتُهَا منه أو وَهَبْتُهَا، وأنكر المُقِرُّ، يجب أن يقال: لا يَسْقُطُ الحَدُّ .

(١) في ز: والاستكرَاهِ .

(٢) في أ: يؤخرها .

وعلى هذا يُنطَبِقُ لفظ الكتاب، حيث قال: «لأن مَالِكَ الْجَارِيَةِ لو قال: [كنت]»<sup>(١)</sup> مَلَكُوكَ قبل هذا فَكَذَّبَ لم يسقط الحَدُّ.

وعلى قياسه ينبغي ألا يَسْقُطَ الحَدُّ إِذَا أَقْرَّ بِوَقْفِ الجارية، وكذب المقر<sup>(٢)</sup>.

وإذا قلنا: لا يقطع حتى يُحْضَرَ الغائب، [فهل] يُحْبَسُ؟ فيه وجوه:

أحدهما: نعم، كما لو أَقْرَّ الغائب أو صَبِيَّ بالقصاصِ يُحْبَسُ.

والثاني: إن قَصُرَتِ المسافة، وَتَوَقَّعَ قُدُومَهُ عن [قريب] حَبَسَ، وإلا لم يُحْبَسَ؛

لأن الحَدَّ مَبْنِيٌّ على المُسَاهَلَةِ، فلا يُطَالُ له الحَبْسُ.

والثالث: إن كانت العَيْنُ تَالِفَةً يُحْبَسُ؛ لما عليه من الغُرم، وإن كانت بَاقِيَةً،

فَيُؤَخَذُ منه، ثم يُفَرَّقُ بين طول المسافة وقصرها ومنهم من أَطْلَقَ في حكاية هذا الوجه أنه لا يُحْبَسُ إذا أخذت العَيْنُ منه.

ولو أَقْرَّ بِعَضْبِ مَالٍ من غَائِبٍ لا يحبسه الحَاكِمُ، وفرق بينهما بأن الحاكم لا

مُطَالَبَةٌ<sup>(٣)</sup> له بمَالِ الغَائِبِ، وليس موجب العَضْبِ إلا ذلك، والسَّرِقَةُ يَتَعَلَّقُ بِهَا القَطْعُ

الذي يملك الحَاكِمُ المُطَالَبَةَ به، حتى لو مات المقر له بالعَضْبِ، والوَرِثَةُ أَطْفَالٌ،

فللحاكم المُطَالَبَةُ والحَبْسُ.

قال العَرَالِيُّ: هَذَا فِي الحُرِّ، أَمَا العَبْدُ إِذَا أَقْرَّ بِسَرِقَةٍ تُوجِبُ القَطْعَ قُطِعَ، وَهَلْ يُقْبَلُ

فِي المَالِ؟ فِي أَرْبَعَةِ أَقْوَالٍ: (أَحَدُهَا): أَنَّهُ يُقْبَلُ لِإِتِفَاءِ التَّهْمَةِ (وَالثَّانِي): لَا (وَالثَّالِثُ):

أَنَّهُ يُقْبَلُ إِنْ كَانَ المَسْرُوقُ فِي يَدِهِ فَإِنْ تَلَفَ فَلَا (وَالرَّابِعُ): أَنَّهُ يُقْبَلُ عَلَى المُتَلَفِ إِذْ لَا

يَتَعَلَّقُ بِرَفْعِهِ إِلَّا قَدْرُ قِيَمَةِ العَبْدِ، وَأَمَّا الأَعْيَانُ فَقبُولُ قَوْلِهِ فِيهِ إِضْرَارٌ بِالسَّيِّدِ، وَلَوْ أَقْرَّ

بِسَرِقَةٍ مَا دُونَ النِّصَابِ لَمْ يُقْبَلْ فِي المَالِ عَلَى السَّيِّدِ قَطْعًا.

قال الرَّافِعِيُّ: إِقْرَارُ الحُرِّ حُجَّةٌ تُثَبِّتُ بِهَا السَّرِقَةُ، وَيَتَعَلَّقُ بِهَا القَطْعُ، وَعَرَامَةُ

المال. وأما العَبْدُ، فَإِنْ أَقْرَّ بِسَرِقَةٍ تُوجِبُ القَطْعَ، فيقبل إِقْرَارُهُ فِي القَطْعِ، خِلافًا لِأحمد

والمُزَنِّيَّ على ما ذكرنا في كتاب الإقْرَارِ.

وفي قَبُولِهِ فِي المَالِ أَقْوَالٌ:

(١) سقط في ز.

(٢) ليس الوقف كالبيع، فإنه يصح بلا قبول على المختار، والله أعلم ما رجحه النووي هنا من صحة

الوقف على معنى من غير قبول مخالف لما صححه في المنهاج من اشتراط القبول والمعتمد ما

ذكره الشيخ هنا كما تقدم التنبيه عليه في بابه.

(٣) في أ: يطالبه.

أحدها: يقبل لانتفاء التهمة، حيث أقرَّ على نفسه بما يُوجبُ القَطْعَ.

وأصحها: المنع؛ لأنه إقرارٌ على السيد من حيث إنه يتعلَّقُ الغُزْمُ بِرَقَبَتِهِ إِنْ كَانَ الْمَالُ الْمُقْرَرُ بِسِرْقَتِهِ تَالِفاً، وَتُنزَعُ مِنْهُ إِنْ كَانَ بَاقِياً.

والثالث: أنه إن كان المالُ باقياً في يد العَبْدِ قَبْلَ إِقْرَارِهِ؛ لَأَنَّ ظَاهِرَ الْيَدِ لَهُ، وَإِنْ كَانَ تَالِفاً لَمْ يُقْبَلْ؛ لِأَنَّهُ يَتَعَلَّقُ الْغُزْمُ حَيْثُذُ بِالرَّقَبَةِ، وَهِيَ فِي يَدِ السَّيِّدِ.

والرابع: أنه إن كان تالفاً يقبل إقراره؛ لأن غايته فوات رقبته في الضمان، والأعيان التي تُفَوِّتُ لو قبلنا الإقرارَ بسرقته لا تُتَحَصَّرُ.

ولو أقر بِسِرْقَةٍ ما دون النصاب لم يُقْبَلْ في المال، بلا خلافٍ إلا أن يصدقه السيد. واعلم أن الأقوال المذكورة مُخْتَصِرَةٌ من تفصيلٍ وطرق للأصحاب في أمثلة دَكرناها بتوجيهها في باب الإقرار.

وليعلم قوله: «قطع» بالألف والزاي؛ لما بيَّنا هناك.

وقوله: «يقبل إن كان المسروق في يده» أي: في يد العبد، فأما إذا كان في يد السيد، أو في يد أجنبي، فلم يذكرُوا خلافاً في أنه لا يُقْبَلُ، وقد ذكرناه في الإقرار.

قال العزالي: وَلِلْقَاضِي أَنْ يُشِيرَ عَلَى السَّارِقِ تَغْرِيفاً بِإِنْكَارِ السَّرِقَةِ، فَيَقُولُ: مَا إِخَالُكَ سَرَقْتَ، وَلَمْ يَصِحَّ قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: أَسْرَقْتَ قُلْ: لَا، وَبَعْدَ الْإِقْرَارِ لَا يَحْتَهُ عَلَى الرُّجُوعِ، وَإِنَّمَا السُّتْرُ قَبْلَ الظُّهُورِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَنْ رُفِعَ إِلَى مَجْلِسِ الْقَاضِي، وَأْتَهُمْ بِمَا يُوجِبُ عُقُوبَةَ اللَّهِ تَعَالَى، فَلِلْقَاضِي أَنْ يُعَرِّضَ لَهُ بِالْإِنْكَارِ، وَيَحْمِلُهُ عَلَيْهِ سِتْراً لِلْقَبِيحِ، وَقَدْ قَالَ ﷺ: «مَنْ سَتَرَ مُسْلِماً سَتَرَهُ اللَّهُ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ»<sup>(١)</sup>.

(١) أخرجه الترمذي عن أبي هريرة في حديث قوله: من نفس عن مسلم كربة من كرب الدنيا، نفس الله عنه كربة من كرب الآخرة، ومن ستر على مسلم، ستره الله في الدنيا والآخرة، الحديث، وقال: رواه غير واحد عن الأعمش قال: حدثت عن أبي صالح، وكان هذا أصح، ورواه الحاكم من طريقين غير طريق الأعمش وقال: هذا يصحح الموصول، ورواه الترمذي من حديث ابن عمر في حديث أوله: المسلم أخو المسلم، الحديث وفيه: ومن ستر مسلماً ستره الله يوم القيامة، ورواه أبو نعيم في معرفة الصحابة من حديث مسلم بن مخلد مرفوعاً: من ستر مسلماً في الدنيا، ستره الله في الدنيا والآخرة، وعن ابن عباس مرفوعاً: من ستر عورة أخيه المسلم، ستر الله عورته يوم القيامة، ومن كشف عورة أخيه المسلم كشف الله عورته حتى يفضحه في بيته، رواه ابن ماجه.

ومن أقرَّ عنده بما يُوجبُ العُقوبةَ إما ابتداءً، أو بعد تقدُّمِ دَعْوَى، فَهَلْ يُعْرَضُ له القاضي بالرجوع؟ نقل الإمام فيه أوجهاً:

أحدها: أنه لا يَفْعَلُ ذلك، واحتجَّ له بما رُوِيَ أنه ﷺ قال: «مَنْ ارْتَكَبَ شَيْئاً مِنْ هَذِهِ الْقَادُورَاتِ، فَلْيَسْتِزِرْ بِسِتْرِ اللَّهِ - تَعَالَى - فَإِنَّ مَنْ أَبَدَى لَنَا صَفْحَتَهُ أَقْمَنَا عَلَيْهِ حَدَّ اللَّهِ تَعَالَى»<sup>(١)</sup>. أشعرَ ذلك بالفَرْقِ بين ما قبل الظُّهورِ، وما بعده.

والثاني: أنه له ذلك سترًا، كما وأن له أن يُعْرَضَ بالأُيُورِ.

والثالث: الفَرْقُ بين أن يكونَ عَالِمًا بجواز الرُّجوعِ عن الإقرارِ بموجبِ الحدِّ، فلا يُعْرَضُ له، وبين أن يكونَ جَاهِلًا بالحال، فَيُعْرَضُ له، ثم نَسَبَ الإمامُ الوجْهَ الأولَ إلى الجُمهورِ، وبه أجاب صَاحِبُ الكِتَابِ هاهنا، وفي «الوسيط».

والذي يُوجَدُ لِعَامَّةِ الأصحابِ في كتبهم القَدِيمَةِ والجَدِيدَةِ أن للقاضي أن يُشِيرَ عليه بالرُّجوعِ تَعْرِيضًا، فيقول في الإقرارِ بالرُّنَا: لَعَلَّكَ فَاحَذَتْ، أو قَبَلَتْ، أو لَمَسَتْ، وفي شُرْبِ الخَمْرِ: لَعَلَّكَ لم تَعْلَمْ أن ما شَرِبْتَ مُسْكِرًا، وفي السرقة: لَعَلَّكَ غَصَبْتَ، أو أَحَذْتَ بِإِذْنِ المَالِكِ، أو من غيرِ الحِزْرِ؛ لما روي أنه ﷺ قال لِمَاعِزٍ بعدما أقرَّ بالرُّنَا<sup>(٢)</sup>: «لَعَلَّكَ قَبَلْتَ أو عَمَزْتَ أو نَظَرْتَ، وأنه قال لمن أقرَّ عنده بالسرقة: لا إِخَالِكَ سَرَقْتَ»<sup>(٣)</sup>. قالوا: وهذا إذا كان المقرَّ جَاهِلًا بِالْحَدِّ، إما لِقُرْبِ عَهْدِ الإسلامِ أو لأنه نَشَأَ في بَادِيَةِ بَعِيدَةٍ عن أَهْلِ العِلْمِ، وحكوا بعد الحُكْمِ بالجوازِ وجهين في أنه هل يُسْتَحَبُّ للقاضي ذلك؟ أحدُ الوجهين: أنه يُسْتَحَبُّ لما ذكرنا.

وأظهرهما: المَنعُ؛ لأن النبي ﷺ عَرَضَ وأشار إلى الرُّجوعِ في بعض الأحوالِ، وتَرَكَه في أكثرها، ولو كان مُسْتَحَبًّا لما تَرَكَه.

ولا يحمل القاضي على الرُّجوعِ والجحودِ صَرِيحًا بأن يقول: ازجِعْ عن الإقرارِ أو اجحِذْ، ولم يصححوا ما روي أنه ﷺ قال: «أَسْرَقْتَ؟ قُلْ: لا»<sup>(٤)</sup>.

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

(٣) تقدم.

(٤) قال الحافظ في التلخيص: هذا الحديث تبع فيه الغزالي في الوسيط، فإنه قال: وقوله قل: لا، لم يصححه الأئمة، وسبقهما الإمام في النهاية فقال: سمعت بعض أئمة الحديث لا يصحح هذا اللفظ، وهو قل: لا، فيبقى اللفظ المتفق على صحته وهو قوله: ما إخالك سرقت، وقال في موضع آخر: غالب ظني أن هذه الزيادة لم تصح عند أئمة الحديث، قال الرافعي: ورأيت في تعليق الشيخ أبي حامد وغيره: أن أبا بكر قاله لسارق أقر عنده، انتهى، والحديث قد رواه البيهقي موقوفاً على أبي الدرداء: أنه أتى بجارية سرقت، فقال لها: أسرقت؟ قولي: لا، فقالت: لا، =

ورأيت في تَغْلِيْقِ الشَّيْخِ أَبِي حَامِدٍ وَغَيْرِهِ أَنَّ أَبَا بَكْرٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - قَالَ لِسَارِقٍ أَقْرَّ عِنْدَهُ، وَإِذَا تُبِتَ الْحَدَّ بِالْبَيْتَةِ، فَلَا يَحْمَلُهُ عَلَى الْإِنْكَارِ. وَأَمَّا فِي حُقُوقِ الْعِبَادِ فَلَا يَعْضُ الرُّجُوعَ عَنِ الْإِقْرَارِ، حَتَّى لَا يَعْضُ فِي السَّرْقَةِ بِمَا يَسْقُطُ الْغَرَمَ، إِنَّمَا [يَسْعَى] (١) فِي رَفْعِ الْقَطْعِ، وَهَذَا [كَمَا أَنَّ] (٢) فِي حُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى يَسْتَحِبُّ السُّتْرَ، وَفِي حُقُوقِ الْعِبَادِ يَجِبُ الْإِظْهَارُ، [وَهَلْ] (٣) لِلْحَاكِمِ أَنْ يَعْضُ الشُّهُودَ بِالتَّوَقُّفِ فِي حُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى، فَفِيهِ وَجْهَانُ:

أحدهما: لا، لأن فيه قدحاً في الشهود.

والثاني: نعم؛ لأن عمر - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - عَرَضَ لَزِيَادَ بِالتَّوَقُّفِ فِي الشَّهَادَةِ عَلَى الْمَغِيرَةِ بْنِ شَعْبَةَ، فَقَالَ: أَرَى وَجْهَ رَجُلٍ وَسِيمٍ، لَا يَفْضَحُ رَجُلًا مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ (٤). وَتَكَلَّمُوا فِي أَنَّهُ كَيْفَ جَازَ لِعَمْرٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - ذَلِكَ التَّعْرِيفَ لِدَفْعِ الْحَدِّ عَنِ الْمَغِيرَةِ؟ وَفِيهِ إِثْبَاتُ الْحَدِّ عَلَى الثَّلَاثَةِ الَّذِينَ شَهِدُوا صَرِيحًا عَلَى الْمَغِيرَةِ. وَأَجَابُوا عَنْهُ بِوَجْهِهِ:

منها - الحد الذي تعرض له المغيرة الرجم، وحدهم حد القذف، وأنه أهون من الرجم. ومنها - أنهم كانوا مندوبين إلى الستر ألا ترى أن ما عزا لما ذكر لهزال أنه زنا، وقال له: بادر إلى النبي ﷺ قبل أن ينزل الله فيك قرآناً، فذكر ذلك للنبي ﷺ. فقال (٥):

= فخلى سبيلها، ولم أره عن النبي ﷺ، ولا عن أبي بكر، إلا أن في مصنف عبد الرزاق عن ابن جريج قال: سمعت عطاء يقول: كان من مضى يؤتى إليهم بالسارق، فيقول: أسرت؟ قل: لا، وسمى أبا بكر وعمر، وعن معمر عن ابن طاوس عن عكرمة بن خالد قال: أتى عمر بن الخطاب برجل فسأله أسرت؟ قل: لا، فقال: لا، فتركه، وروى ابن أبي شيبة من طريق أبي المتوكل: أن أبا هريرة أتى بسارق وهو يومئذ أمير، فقال: أسرت؟ قل: لا، مرتين أو ثلاثاً، وفي جامع سفيان عن حماد عن إبراهيم قال: أتى أبو مسعود الأنصاري بامرأة سرت جملاً، فقال: أسرت: قولي: لا.

(١) في أ: السعي.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: وهذا.

(٤) قال الحافظ في التلخيص: روي ذلك في هذه القصة من طرق بمعناه، منها رواية البلاذري عن وهب بن بقية عن يزيد بن هارون عن حماد بن سلمة عن علي بن زيد، ومنها رواية عبد الرزاق عن الثوري عن سليمان التيمي عن أبي عثمان النهدي قال: شهد أبو بكر وشبل بن مغبد ونافع على المغيرة أنهم نظروا إليه كما ينظرون إلى المرود في المكحلة، ونكل زياد، فقال عمر: هذا رجل لا يشهد إلا بحق، ثم جلداهم الحد، ومنها رواية أبي أسامة عن عوف عن قسامة بن زهير في هذه القصة فقال عمر: إني لأرى رجلاً لا يشهد إلا بحق، فقال زياد: أما الزنا فلا، أخرجه البيهقي.

(٥) قال الحافظ في التلخيص: حديث هزال رواه أحمد وأبو داود كما تقدم، وليس فيه قوله: قبل أن ينزل الله فيك قرآناً، لكن في الطبراني من طريق محمد بن المنكدر عن ابن هزال عن أبيه أنه قال لماعز: اذهب إلى رسول الله ﷺ فأخبره خبرك، فإنك إن لم تخبره أنزل الله على رسوله خبرك.

«هَلَّا سَتَرْتَهُ بِثَوْبِكَ يَا هَزْأُلُ». فلما تركوا المندوب، استحقوا التخليط. وقوله في الكتاب «وللقاضي أن يستر على السارق» وقد [يقرأ] «أن يشير» وله وجه. وقوله «بانكار السرقة» لِيُحْمَلَ على السرقة الموجبة للقطع، ولا [يحتثه] على إنكار ما يوجب المال على ما [تبين] (١). وقوله «[يحتثه]» (٢) على الرجوع لِيُعْلَمَ بالواو.

فرع: قال الإمام في قوله ﷺ: «فَلْيَسْتَرِ بِسِتْرِ اللَّهِ» دليل على أنه لا يجب على من قارف موجب حد، أن يظهره للإمام. وكان يقطع به شيخي وفيه احتمال إذا قلنا: إن الحد لا يسقط بالتوبة.

قال الغزالي: وَالْحُجَّةُ الثَّلَاثَةُ لِلسَّرِقَةِ الشَّهَادَةُ وَتَثْبُتُ بِرَجُلَيْنِ، وَلَوْ شَهِدَ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ ثَبَّتَ العُزْمُ دُونَ القَطْعِ، وَلَا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ عَلَى السَّرِقَةِ مُطْلَقًا بَلْ لَا بُدَّ مِنَ التَّفْصِيلِ، وَكَذَا شَهَادَةُ الزَّانَا أَمَّا القَذْفُ المُطْلَقُ فَمُوجِبٌ لِلحدِّ، وَالإِقْرَارُ بِالزَّانَا المُطْلَقِ فِيهِ خِلَافٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ مَسْأَلَتَانِ:

إحدهما: يثبت القطع بشهادة رجلين ثبوت سائر العقوبات وشهادة الزنا هي التي خصت بمزيد العدد، ولا يثبت برجل وامرأتين كسائر العقوبات، وإذا شهد بالسرقة رجل وامرأتان، أو شاهد واحد، وحلف المدعي معه يثبت المال، وإن لم يثبت القطع. كما لو علق الطلاق أو العتق على الغصب، و [على] (٣) السرقة، وشهد رجل وامرأتان على الغصب، أو السرقة ثبت المال. ولا يُحْكَمُ بوقوع الطلاق، ووقوع العتق. هذا هو الظاهر. ومنهم من قال: في ثبوت المال في السرقة قولان وجه المنع أنه لم يثبت أحد موجبي السرقة، فكذا الثاني. وربما ألحق بما إذا شهد على القتل العمد رجل وامرأتان، فإنه لا يثبت القصاص، ولا الدية. وفرق بينهما على المذهب بأن القتل لا يوجب القصاص والدية جميعاً. وإنما [يوجب أحدهما] (٤) فلا يتعين بالشهادة واحد منهما. والسرقة توجب القطع والغرم جميعاً، فما قامت حجته [بعينهما] (٥) ثبت.

المسألة الثانية: لا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ عَلَى السَّرِقَةِ مُطْلَقًا؛ لِاختلاف المذاهب فيها. وفي شروط تعلق القطع بها. فلا بد وأن يبين السارق بالإشارة إلى عينه إن كان حاضر، أو يذكر اسمه ونسبه بحيث يحصل [التمييز] إن كان غائباً (٦). ويكفي عند

(١) في ز: سبق.  
(٢) سقط في ز.  
(٣) في ز: يثبت إحدهما.  
(٤) في ز: لضرورة.  
(٥) في ز: منها.  
(٦) في ز: يجب.

[حضوره]<sup>(١)</sup> أن يقول: سرق هذا وفي كتاب القاضي ابن كنج وجه ضعيف، أنه يُشترط أن يقول: هذا بعينه.

ويجب أن [يبين] قدر المسروق [والمسروق]<sup>(٢)</sup> منه. وكون السرقة من الحرز بتعيين الحرز، أو صفته.

وعن القاضي أبي الطيب وغيره أن الشاهد يقول أيضاً: ولا أعلم له فيه شبهة. قال صاحب الشامل: [وليكن] هذا تأكيداً؛ لأن الأصل عدم الشبهة. ويُشترط أن تتفق شهادة الشاهدين، فلو شهد أحدهما أنه [سرق] منه بكرة، والآخر أنه سرق عشية. أو شهد أحدهما بسرقة كبش أبيض، والآخر بسرقة كبش أسود، فيهما شهادتان على سرتين مختلفتين، فلا قطع إذ لم تتم حجة أحدهما.

وللمشهود [له]<sup>(٣)</sup> أن يحلف مع أحدهما فيغرمه، والكبش مثال جرى به لفظ<sup>(٤)</sup> الشافعي - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وصفحهم بعضهم فقراه الكيس، والحكم لا يختلف. لكن حكي عن الإمام أنه قال: كبشاً أقرن. وعند أبي حنيفة - رحمه الله - أنه إذا شهد أحد الشاهدين أنه سرق ثوباً أبيض، والآخر أنه سرق ثوباً أسود، يُقطع. لاحتمال أنه كان فيه بياض وسواد، فرأى أحدهما السواد. والآخر البياض. وسلم أنه لو قال:

أحدهما: ثور، والآخر بكرة، لا يُقطع. ويُقال: يُحتمل أن المسروق كان خنثى، فرأى أحدهما ما للثور، [ورأى الآخر]<sup>(٥)</sup> ما للبكرة. ولو شهد اثنان أنه سرق كذا غدوة، وشهد آخران أنه سرق. [كذا] [عشية]<sup>(٦)</sup> فالبيتان متعارضتان، فلا يُحكّم بواحدة منهما. وفي الصورة السابقة تمت الحجة، حتى يقال تعارضاً، فلو لم تتوارد الشهادتان على معين، ولكن قال بعض الشهود: سرق ثوباً، أو كبشاً غدوة. وقال بعضهم: سرق ثوباً، أو كبشاً عشية ففي الواحد [والواحد]<sup>(٧)</sup> لا قطع. وللمشهود له أن يحلف مع أحدهما، ويأخذ الغرم، أو معها أو يأخذ غرم ما شهد به جميعاً. وفي الاثنین يجب القطع، وغرمهما جميعاً؛ لكمال الحججتين.

ولو شهد واحد بسرقة كبش أبيض والآخر بسرقة كبشين، ثبت الواحد، وتعلق به القطع، إذا بلغ نصاباً. ولو شهد واحد بسرقة ثوب قيمته ربع دينار، وشهد آخر بسرقة

(١) ظاهر عبارة الشيخ أنه إن كان السارق غائباً تسمع البينة عليه وهذا بالنسبة إلى المال ظاهر، وأما بالنسبة إلى ثبوت الحد فغير ظاهر.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) في ز: لقصاء.

(٥) سقط في ز.

(٦) في ز: أحدهما.

(٧) سقط في ز.

ذلك الثوب وقومه بثمان دينار، لم يجب القطع. وثبت غرم الثمن، وللمشهود له أن يحلف مع شاهد الربع، ويغرم.

ولو شهد اثنان بسرقة، وقالوا: قيمته ربع دينار [وآخران بسرقة] (١)، وقالوا قيمته ثمن دينار، لم يجب القطع. وللمشهود له الثمن.

وعن أبي حنيفة أنه يثبت الربع.

ولو شهد واحد بسرقة ثوب أبيض قيمته ربع، والآخر بسرقة ثوب أسود قيمته ثمن، فلا قطع.

ولا يثبت بها شيء؛ لأنهما شهادتان مختلفتان وله أن يحلف مع أحدهما، وإن شهد اثنان واثنان فقد تمت [الشهادتان] (٢)، فيجب القطع، وغرم الثمن والربع معاً.

وكما لا بد في الشهادة على السرقة من التفصيل، لا بد في الإقرار بها من التفصيل؛ فلا يقطع من أقر بالسرقة مطلقاً؛ لأنه قد يظن ما ليس بسرقة سرقة. وأيضاً فاسم السرقة يقع على ما يوجب القطع، وعلى ما لا يوجبه فيحتاط [للحد] (٣) وفي الشهادة على الزنا، لا بد من التفصيل أيضاً على ما نبين إن شاء الله تعالى في كتاب الشهادات.

وفي الإقرار به هل يُشترط التفصيل؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، بل يُؤاخذ بظاهر الإقرار، بخلاف الشهادة؛ لأن الشاهد قد يشاهد ويعتمد المخايل والإقرار، لا يصدر إلا عن تحقيق، ويخالف الإقرار السرقة، فإن السرقة تشمل ما يوجب القطع، وما لا يوجبه شمولاً ظاهراً. واسم الزنا لا يكاد يقع إلا [على] ما يتعلق به الحد، وأولاهما أنه يجب التفصيل احتياطاً للحد، وسعيماً في ستر الفاحشة ما أمكن.

قال الغزالي: وَإِذَا قَامَتْ شَهَادَةٌ حَسِبَةٌ عَلَى السَّرْقَةِ فِي غَيْبَةِ الْمَالِكِ سُمِعَتْ عَلَى الْأَصْحَحِ كَمَا فِي حُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى وَلَكِنَّ النَّصَّ أَنَّهُ لَا يُقْطَعُ حَتَّى يَحْضُرَ، وَلَوْ قَامَتْ فِي الزُّنَا بِجَارِيَةٍ حَدٌّ دُونَ حُضُورِ الْمَالِكِ، وَقِيلَ قَوْلَانِ بِالثَّقَلِ وَالتَّخْرِيجِ، وَإِذَا حَضَرَ الْمَسْرُوقُ مِنْهُ بَعْدَ شَهَادَةِ الْحَسِبَةِ وَطَلَبَ قُطِعَ، وَلَا تُسْتَأْنَفُ الشَّهَادَةُ لِأَجْلِ الْغُرْمِ بَلْ يَثْبُتُ تَابِعاً، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يُسْمَعُ فِي السَّرْقَةِ شَهَادَةُ الْحَسِبَةِ فَيُعَادُ لِأَجْلِ الْمَالِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يُعَادُ لِأَجْلِ

(٢) في ز: البيتان.

(١) سقط في ز.

(٣) في ز: للحدود.



الْقَطْعُ إِذَا سَمِعَ مَرَّةً، وَدَعَوَى السَّارِقِ الْمَلِكَ بَعْدَ الْبَيِّنَةِ يَدْفَعُ الْقَطْعَ إِنْ لَمْ يَكْذِبِ الشَّاهِدَ بِأَنْ قَالَ: كَانَ قَدْ وَهَبَ مِنِّي قَبْلَ السَّرْقَةِ وَالشَّاهِدُ اعْتَمَدَ الظَّاهِرَ، وَلَوْ نَفَى أَصْلَ مَلِكِ الْمَسْرُوقِ مِنْهُ وَقُلْنَا لَيْسَ لَهُ تَخْلِيفُ الْمُدْعِي بَعْدَ الْبَيِّنَةِ لَمْ يَنْدَفِعْ، فَإِنْ قُلْنَا: لَهُ تَخْلِيفُهُ أَخْتَمَلَ دَفْعَ الْقَطْعِ (النَّظَرُ الثَّلَاثُ فِي الْوَجِبِ) وَهُوَ الْقَطْعُ وَرَدُّ الْمَالِ أَوْ الْغُرْمُ إِنْ كَانَ تَالِفًا، ثُمَّ يَقْطَعُ الْيَمْنَى مِنَ الْكُوعِ، فَإِنْ عَادَ قَطَعَ رِجْلَهُ الْيَسْرَى، فَإِنْ عَادَ فَيَدُّ الْيَسْرَى، فَإِنْ عَادَ فَرِجْلَهُ الْيَمْنَى، فَإِنْ عَادَ عَزَّرَ وَلَمْ يَقْتُلْ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ مَسْأَلَتَانِ:

إحدهما: الشهادة على السرقة إن ترتبت على دعوى المسروق منه، أو وكيله فذاك<sup>(١)</sup>. وإن شهد الشهود على سبيل الحسبة، ففي سماع شهادتهم اختلاف، حكاه الإمام مأخوذ من أصل معروف في الشهادات، وهو أن ما يتمحض حقاً لله تعالى: كحد الزنا، يُقْبَلُ فِيهِ شَهَادَةُ الْحَسْبَةِ، وَمَا يَتَمَحُّضُ [فِيهِ] حَقّاً لِلْأَدْمِيِّ، فَالظَّاهِرُ أَنَّ شَهَادَةَ الْحَسْبَةِ مَرْدُودَةٌ فِيهِ، وَالسَّرْقَةُ يَتَعَلَّقُ بِهَا الْقَطْعُ، الَّذِي يَعْصَمُ حَقَّ الْأَدْمِيِّ، مَعَ كَوْنِهِ حَدّاً لِهَذَا تَعَالَى.

والغرم الذي يتمحض حقاً للأدومي ففي قبول شهادة الحسبة. فيها خلاف، والأصح القول لما سنذكر أن [ما]<sup>(٢)</sup> فيه حق مؤكّد لله تعالى، تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْحَسْبَةِ فِيهِ، وَإِنْ لَمْ يَتَمَحُّضْ حَقّاً لَهُ. وَعَلَى هَذَا فَإِذَا كَانَ الْمَسْرُوقُ مِنْهُ غَائِباً<sup>(٣)</sup>، فَالنَّصُّ أَنَّهُ لَا يَقْطَعُ حَتَّى يَحْضُرَ الْغَائِبُ، وَالنَّصُّ فِيْمَا إِذَا شَهِدَ أَرْبَعَةٌ عَلَى الزَّانَا بِجَارِيَةٍ غَائِبٍ، أَنَّهُ يُقَامُ الْحَدُّ عَلَى الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ، وَلَا يَنْتَظَرُ حُضُورَ الْغَائِبِ.

وفيها ثلاثة طرق للأصحاب:

أحدها: وبه قال ابن سريج: أَنَّهُ يُنْتَظَرُ حُضُورُ الْمَالِكِ فِي الصُّورَتَيْنِ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ رُبَّمَا انْتَقَلَ إِلَى الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ، أَوْ وَقَفَهَا الْمَالِكُ عَلَيْهِ. وَالشُّهُودُ اسْتَصْحَبُوا مَا عَرَفُوا، وَاعْتَمَدُوا ظَاهِرَ الْحَالِ. وَإِذَا حَضَرَ الْمَالِكُ اعْتَرَفَ بِالانتقال. وَالْحُدُودُ يُحْتَأَطُ لَهَا، وَيُسْعَى فِي دَفْعِهَا [وَمِنْ]<sup>(٤)</sup> ذَهَبَ إِلَى هَذِهِ الطَّرِيقَةِ، غَلَطَ مِنْ نَقْلِ نَصِّ الزَّانَا، وَرُبَّمَا أَوْلَهُ عَلَى أَنَّهُ لَا حَاجَةَ إِلَى حُضُورِهِ وَقَدْ إِقَامَةَ الْحَدِّ.

والثاني: أَنَّ الصُّورَتَيْنِ عَلَى قَوْلَيْنِ بِالنَّقْلِ<sup>(٥)</sup> وَالتَّخْرِيجِ.

(٢) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(١) في ز: فزال.

(٣) في ز: عاماً.

(٥) في ز: بالفعل.

أحدهما: لا يُقَطَّع، ولا يُقَامُ حد الزنا حتى يحضر المالك لما تبين.  
والثاني: يُقَطَّع، ويُقَامُ لظهور موجب العقوبة [بالبينة]<sup>(١)</sup>.

وأصحهما وبه قال ابن سلمة، وابن الوكيل والقاضي (أبو حامد) تقرير<sup>(٢)</sup> النصين. وذكر في الفرق وجوه منها، أن حد الزنا لا يسقط بإباحة الوطاء، والقطع يسقط بإباحة الأخذ. وربما أباح الغائب الأخذ. وإذا حضر اعترف وعُرف الحال. ومنها - أن السقوط إلى القطع أسرع منه إلى حد الزنا. ألا ترى أنه إن سرق مال أبيه لا يُقَطَّع، ولو زنا بجاريته يُحد؟ ومنها - أن [القطع]<sup>(٣)</sup> متعلق حق الأدمي، من حيث إنه [يثبت]<sup>(٤)</sup> لِعِصْمَةِ ماله، فاشتراط لذلك طلبه وحضوره والخلاف، قريب من الخلاف الذي سبق فيما إذا أقر بسرقة مال الغائب، أو أقر بالزنا بجارية الغائب، هل يُقَطَّع ويُحد في الحال، أو ينتظر المالك؟

وقد يرتب الخلاف على الخلاف، ويجعل صورة الإقرار أولى بعدم الانتظار، لبعد الإقرار عن التهمة. وإذا قلنا: لا يُقَطَّع، ولا يُحد، [في الحال]<sup>(٥)</sup> فهل يحبس؟ فيه الخلاف المتقدم فيما إذا أقر بسرقة مال الغائب، أو بالزنا بجاريته. وأشار الإمام إلى أن الظاهر عند الأصحاب أنه يُحْبَس؛ لما يتعلق بالسرقة من حق الله تعالى. ومهما<sup>(٦)</sup> لم يُقَطَّع بعد شهادة الشهود، إلى أن يَحْضُرَ المالك؟ فإذا حضر المالك فإن لم يطلب المال أو اعترف بما يسقط القطع، فلا قطع. وإن طلب، ولم تظهر شبهة، [فالمفهوم]<sup>(٧)</sup> مما ساقه صاحب الكتاب هاهنا.

وفي الوسيط: أنا إن قلنا: إن شهادة الحسبة في السرقة مسموعة، فيُقَطَّع. وهل يجب إعادة الشهادة لثبوت المال؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن شهادة الحسبة لا تُقْبَلُ في الأموال.

والثاني: لا، ويثبت الغرم تبعاً للقطع، وهذا ما أورده صاحب الكتاب، والأول أصح عند صاحب التهذيب، وغيره وإن قلنا: إنها غير مسموعة، فلا بد من إعادة البينة للمال. والظاهر أنها لا تُعاد للقطع، ورتب الإمام ترتيباً آخر فذكر وجهين في أنه، هل تُعاد البينة للمال؟ ثم قال: إن قلنا: إنها لا تُعاد، فيُقَطَّع. وإن قلنا: تُعاد. فالظاهر عند الأصحاب أنه يُقَطَّع أيضاً. ولا حاجة إلى إعادة البينة، وفيه احتمال ولك أن تقول:

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: يقوم.

(٣) في أ: سبب.

(٤) في ز: ومنها.

(٥) في ز: الحد.

(٦) سقط في ز.

(٧) في ز: فالمشهور.

العبارة المنطقية على اختيار الأئمة أصلاً وفرعاً في المسألة أن يقال<sup>(١)</sup> شهادة الحسبة مقبولة، فيما [يرجع]<sup>(٢)</sup> إلى القطع الذي هو حق الله تعالى. فيُقطع من غير إعادة البيعة؛ لأننا قد سمعناها أولاً.

وإنما انتظرنا لتوقع<sup>(٣)</sup> ظهور ما يسقط، فلم يظهر شيء. وفي قبولها فيما يتعلق بالمال الخلاف، في أن شهادة الحسبة؛ هل تُسمع في حقوق الأدميين؟ إن قلنا: نعم، فلا حاجة إلى إعادة البيعة، وإن قلنا: لا، فيحتاج إلى الإعادة. وليُعلم قوله في الكتاب: «ولا تُستأنف الشهادة لأجل<sup>(٤)</sup> الغرم» بالواو، وقوله: «إذا سمع مرة»، هذه اللفظة لا ذكر لها في الوسيط وهي مستكرهة؛ لأن التفریع على أن شهادة الحسبة لا تسمع، فكيف يقول مع ذلك: إنها سُمعت مرة. ويمكن أن يُقال: إنا أصغينا إليها، وسمعناها حقيقة، وكنا نتوقف في إمضاء حكمها، توقعاً لمسقط يظهر، فإذا لم يظهر، جرى عليها حكمها.

**المسألة الثانية:** قد سبق حكاية خلاف في أن السارق إذا ادعى [أن]<sup>(٥)</sup> المسروق ملكه، هل يسقط القطع بدعواه؟ وتبين أن الأظهر أنه يسقط، ثم إنه كرر المسألة هاهنا؛ ليبين موضع الخلاف. قال الإمام: ويجري الخلاف فيما إذا ظهرت صورة السرقة؛ بأن سرق من حرز هو بما فيه في يد إنسان، ولم تقم بيعة مفصله، فقال السارق هو ملكي، فعلى قولنا: نسقط القطع يبقى النزاع بينهما في المال، والمصدق فيه المأخوذ منه مع يمينه. وإن قلنا: لا يسقط القطع بالدعوى، فإن حلف المسروق منه ثبت القطع مع المال. ويرجع الخلاف في أنه هل يثبت القطع باليمين المردودة، ويجري أيضاً فيما لو قامت بيعة مفصلة يثبت بمثلها السرقة؟ وقال السارق: كان قد أباح لي<sup>(٦)</sup> أخذه، أو باعه، أو وهبه مني، والشهود اعتمدوا ظاهر الحال، أما إذا قال: إنه لم يزل ملكي، وكان قد غصبني، أو قال: ما سرت أصلاً، فهذا يناقض قول الشهود، ويكذبهم. فهل يسقط به الحد، تفریعاً على أن الدعوى التي لا تكذبهم مسقطة؟ قال الإمام فيه تردد مفهوم من كلام الأصحاب، وهذا التردد الذي ذكره، قد حكاه [القاضي]<sup>(٧)</sup> ابن كج [كذلك]<sup>(٨)</sup>. وقال المذهب أنه: لا يسقط [القطع وعندي أنه يسقط]<sup>(٩)</sup>، وإطلاق عامة الناقلين يوافق [ما] عنده. وقد بنى التردد على أن المدعى عليه بعد قيام البيعة عليه لو

(٢) في ز: إذا.

(٤) في ز: لا على.

(٦) في ز: إلى.

(٨) سقط في ز.

(١) في ز: تعاد.

(٣) في ز: بالتوقيع.

(٥) سقط في ز.

(٧) في ز: الإمام.

(٩) سقط في ز.

قال: اعتمد الشهود ظاهر اليد، والمدعي يعلم أنه ملكي، فحلفوه على نفيه. هل يُجَاب إليه وفيه خلاف.

فإن قلنا: ليس له تحليفه لم يندفع القطع، وإن قلنا: له تحليفه فيبعد أن يقطع يمين المدعي، ويتوجه دفعه. قال<sup>(١)</sup> القاضي ابن كج موضع الخلاف في أن القطع هل يسقط بدعوى السارق الملك ما إذا حلف المسروق له على نفي الملك الذي يدعيه؟ أما إذا نكل وحلف السارق فيستحق المال، ويسقط القطع بلا خلاف، ولو نكل السارق أيضاً، فيشبه أن يجيء الخلاف.

فزع: إذا سرق مال صبي، أو مجنون، قال القاضي ابن كج: إن انتظرنا حضور الغائب، واعتبرنا طلبه، فيتظر بلوغ الصبي، وإفاقة المجنون. وإلا قطعناه في الحال. آخر إذا قلنا: يسقط القطع بدعوى الملك. فهل يستفصله القاضي سعياً في سقوط الحد؟ فيه تردد<sup>(٢)</sup> للإمام.

النظر الثالث في الواجب. يتعلق بالسرقة حكمان:

أحدهما: الغرم فعلى السارق رد المال إن كان باقياً، والضمان إن تلف، يستوي في ذلك الغني والفقير: وبه قال أحمد، وقال أبو حنيفة: الغرم، والقطع لا يجتمعان. فإن قطع، سقط عنه الضمان. وإن غرم، سقط عنه القطع. وقال مالك: إن كان غنياً لزمه الضمان، وإلا، فلا.

لنا أن القطع يجب حقاً لله تعالى، والضمان يجب لحق آدمي، فلا يمنع أحدهما الآخر. وصار كرد العين<sup>(٣)</sup> مع القطع، يجمع بينهما بالاتفاق.

الثاني: القَطْعُ: فتقطع يمين السارق والسارقة؛ قال الله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨] وقرأ [ابن مسعود]<sup>(٤)</sup> - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - إيمانها والقراءة الشادة تنزل منزلة أخبار الأحاد. وروى أنه ﷺ «أتى بسارق فقطع يمينه»<sup>(٥)</sup>.

فإن سرق ثانياً، قُطِعَت رجله اليسرى، فإن سرق ثالثاً قُطِعَت يده اليسرى، وإن

(١) في ز: إلى.

(٢) قال النووي في زوائده: الأصح لا يستفصله؛ لأنه إغراء له بادعاء الباطل.

(٣) في ز: كون العتق.

(٤) في ز: ابن عباس.

(٥) أخرجه البغوي وأبو نعيم في معرفة الصحابة من حديث الحارث بن عبد الله بن أبي ربيعة، وفيه قصة، وفي إسناده عبد الكريم بن أبي المخارق.

سرق رابعاً قُطِعَتْ رجله اليمنى. وبهذا قال مالك لما روي عن أبي هريرة - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أن النبي ﷺ قال في السَّارِقِ «إِنْ سَرَقَ، فَاقْطَعُوا يَدَهُ، ثُمَّ إِنْ سَرَقَ فَاقْطَعُوا رِجْلَهُ، ثُمَّ إِنْ سَرَقَ فَاقْطَعُوا يَدَهُ، ثُمَّ إِنْ سَرَقَ فَاقْطَعُوا رِجْلَهُ»<sup>(١)</sup> وعند أبي حنيفة، لا تُقَطَّعُ في المرة الثالثة؛ وما بعدها.

وفي تعليقة الشيخ [أبي علي]، وغيره عن أحمد مثله. فإن سرق بعد استيفاء أطرافه الأربعة، ففي النهاية أنه قد نقل عن القديم قول: أنه يُقْتَلُ لما رُوِيَ عن جابر - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أن النبي ﷺ «أُتِيَ بِسَارِقٍ فَقَطَّعَ يَدَهُ ثُمَّ أُتِيَ بِهِ ثَانِيًا فَقَطَّعَ رِجْلَهُ، ثُمَّ ثَالِثًا فَقَطَّعَ يَدَهُ، ثُمَّ رَابِعًا فَقَطَّعَ رِجْلَهُ، ثُمَّ أُتِيَ بِهِ خَامِسًا فَقَتَلَهُ»<sup>(٢)</sup> والصحيح المشهور، أنه يُعْزَّرُ، ولا يقتل. والحديث منسوخ، أو محمول على أنه قتله [بزنًا]<sup>(٣)</sup> أو استحلال وتقطع اليد من الكوع، والرجل من المفصل، بين الساق والقدم.

يُزَوَّى عن أبي بكر وعمر - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - أنهما قالا: [إِذَا سَرَقَ السَّارِقُ فَاقْطَعُوا يَدَهُ مِنَ الْكُوعِ]<sup>(٤)</sup> وَيُمَدُّ الْعَضُو مَدًّا عَنِيفًا حَتَّى يَنْخَلَعَ<sup>(٥)</sup>، ثم يقطع بحديدة ماضية، وليكن السارق جالساً، ويضبط حتى لا يتحرك. وليعلم لما ذكرنا قوله في الكتاب، «أو الغرم إن كان تالفاً» بالحاء، وقوله: «فيده اليسرى ورجله اليمنى» بالحاء والألف، وقوله: «ولم يقتل» بالواو [والميم]<sup>(٦)</sup>.

(١) رواه الدارقطني وفي إسناده الواقدي، ورواه الشافعي عن بعض أصحابه عن ابن أبي ذئب عن الحارث بن عبد الرحمن عن أبي سلمة، عن أبي هريرة مرفوعاً: السارق إذا سرق فاقطعوا يده، ثم إن سرق فاقطعوا رجله، ثم إن سرق فاقطعوا يده، ثم إن سرق فاقطعوا رجله. وفي الباب عن عصمة بن مالك رواه الطبراني والدارقطني وإسناده ضعيف.

(٢) أخرجه الدارقطني بهذا، وفيه محمد بن يزيد بن سنان، قال الدارقطني: هو ضعيف، ورواه أبو داود والنسائي أيضاً بغير هذا السياق، بلفظ: جيء بسارق إلى رسول الله ﷺ فقال: اقتلوه، قالوا يا رسول الله إنما سرق، قال: اقطعه، فقطع، ثم جيء به الثانية فقال: اقتلوه. فقالوا: يا رسول الله إنما سرق، قال: اقطعه، فذكره كذلك، قال: فجيء به الخامسة فقال: اقتلوه، قال جابر: فانطلقنا إلى مرید النعم فاستلقى على ظهره، فقتلناه، ثم اجترناه، فآلقيناه في بئر، ورمينا عليه الحجارة، وفي إسناده مصعب بن ثابت وقد قال النسائي ليس بالقوي، وهذا الحديث منكر، ولا أعلم فيه حديثاً صحيحاً، وفي الباب عن الحارث بن حاطب الجمحي عند النسائي والحاكم، وعن عبد الله بن زيد الجهني عند أبي نعيم في الحلية، وقال ابن عبد البر: حديث القتل منكر لا أصل له، وقد قال الشافعي: هذا الحديث منسوخ لا خلاف فيه عند أهل العلم، قال ابن عبد البر: وهذا يدل على أن ما حكاه أبو مصعب، عن عثمان وعمر بن عبد العزيز أنه يقتل لا أصل له.

(٣) في ز: ندبا. (٤) سقط في ز.

(٥) في ز: يتبلغ. (٦) سقط في ز.

قال الغزالي: وَيُعْمَسُ مَحَلَّ الْقَطْعِ فِي الزَّيْتِ الْمَغْلِيِّ لِتُخَسَمَ السَّرَايَةُ، وَلَيْسَ ذَلِكَ مِنَ الْحَدِّ بَلْ نَظَرًا لِلْمَقْطُوعِ وَعَلَيْهِ مُؤَنَّتُهُ، وَإِنْ رَأَى الْإِمَامُ عَلَقَ يَدَهُ فِي رَقَبَتِهِ ثَلَاثًا لِلتَّكْيِيلِ، وَإِنْ كَانَ عَلَى يَدِهِ أَضْبَعٌ زَائِدَةٌ قَطَعْنَاهَا، وَإِنْ كَانَتْ نَاقِصَةً أَوْ شَلَاءً أَكْتَفَيْنَا بِهَا مَا بَقِيَ أَضْبَعٌ وَاحِدَةً، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ إِلَّا الْكَفُّ فَهَلْ يُقْتَعُ بِهِ أَمْ يُغْدَلُ إِلَى الرَّجْلِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَمَنْ لَا يَمِينُ لَهُ إِذَا سَرَقَ قُطِعَ رِجْلُهُ الْيُسْرَى، وَإِنْ سَرَقَ فَسَقَطَ يَمْنَاهُ بِآقَةٍ سَقَطَ الْحَدُّ، فَلَوْ بَادَرَ الْجَلَادُ فَقَطَعَ الْيَدَ الْيُسْرَى عَمْدًا فَعَلَيْهِ الْقِصَاصُ وَالْحَدُّ بَاقٍ، وَإِنْ غَلِطَ سَقَطَ بِهِ الْحَدُّ عَلَى قَوْلٍ، وَوَجِبَتْ الدِّيَةُ وَبَقِيَ الْحَدُّ عَلَى قَوْلٍ، وَلَوْ كَانَ عَلَى الْمَغْصَمِ كَفَانٍ قَطَعْنَا الْأَضْلِيَّةَ إِنْ أَمَكْنَا وَإِلَّا قَطَعْنَاهُمَا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِي هَذِهِ الْبَقِيَّةِ مَسَائِلُ:

أحدها: يُخَسَمُ مَوْضِعُ الْقَطْعِ مِنَ الْيَدِ، وَالرَّجْلِ، بَأَن يُعْمَسَ فِي الزَّيْتِ، أَوْ الدَّهْنِ الْمَغْلِيِّ؛ لَيْسَ دَفْوَاهُ الْعُرُوقِ، وَيَنْقَطِعُ الدَّمُ. وَهَلْ هُوَ مِنْ حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى [وَتَمَّة] (١) الْحَدِّ، أَوْ هُوَ حَقُّ الْمَقْطُوعِ. وَنَظَرَ لَهُ حِكْمَى الْإِمَامِ فِيهِ اخْتِلَافًا عَنِ الْأَصْحَابِ.

[أحَدُ الْوَجْهَيْنِ]: أَنَّهُ مِنْ [تَمَّة] (٢) حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى؛ لِأَنَّهُ فِيهِ مَزِيدٌ (٣) إِيْلَامٌ، وَمَا زَالَ الْوَلَاةُ يَفْعَلُونَ ذَلِكَ عَلَى كِرَاهَا مِنَ الْمَقْطُوعِينَ، وَلَمْ يَرَاعُوا ذَلِكَ فِي قَطْعِ الْأَطْرَافِ؛ قِصَاصًا.

وأصحهما: أَنَّهُ حَقُّ الْمَقْطُوعِ؛ لِأَنَّ الْغَرَضَ الْمَعَالِجَةَ، وَدَفْعَ الْهَلَاكِ عَنْهُ، يَنْزِفُ [الدَّم] (٤). فَإِنْ قَلْنَا بِالْأَوَّلِ، لَمْ يَتْرِكْهُ الْإِمَامُ.

وَمِنْ الدَّهْنِ، وَمَوْنَاتِ الْحَسْمِ، كَمَوْنَةِ [الْجَلَاد] (٥)، وَقَدْ سَبَقَ الْخِلَافُ فِيهَا. وَإِنْ قَلْنَا بِالْأَصْحَحِ، فَالْمَوْنَةُ عَلَى الْمَقْطُوعِ. وَلَوْ تَرَكَهُ (٦) السُّلْطَانُ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَحِينَئِذٍ [فَيَسْتَحِبُّ] لِلسَّارِقِ أَنْ يُخَسَمَ، وَلَا يَجِبُ؛ لِأَنَّ فِي الْحَسْمِ أَلْمًا شَدِيدًا. وَقَدْ يَهْلِكُ الضَّعِيفُ، وَالْمَدَاوَاةُ بِمِثْلِ ذَلِكَ لَا تَجِبُ بِحَالٍ، وَفِيهِ وَجْهٌ أَنَّ الْإِمَامَ يَجْبِرُهُ عَلَيْهِ، وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَأْمُرَ السُّلْطَانُ بِالْحَسْمِ عَقِيبَ الْقَطْعِ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ فِي سَارِقٍ سَرَقَ: «أَذْهَبُوا بِهِ، فَاقْطَعُوا، ثُمَّ اخْسِمُوهُ» (٧). وَإِنَّمَا يَفْعَلُهُ بِإِذْنِ السَّارِقِ، وَيَجِيءُ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي قِيلَ: [إِنَّهُ يَجْبِرُهُ السُّلْطَانُ] (٨) عَلَيْهِ إِذَا تَرَكَهُ أَنْ لَا يَحْتَاجَ إِلَى إِذْنِهِ.

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: مزيل.

(٣) في ز: الحداد.

(٤) في أ: يجبر السارق.

(٥) سقط في ز.

(٦) في ز: الدماء.

(٧) في ز: نزل.

(٨) في أ: يجبر السارق.

والسنة أن يعلق اليد المقطوعة في رقبته، لما رُوي عن فضالة بن عبيد - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أن النبي ﷺ [أَنِّي بِسَارِقٍ فَأَمَرَ بِهِ فُقِطِعَتْ يَدُهُ، ثُمَّ عُلِقَتْ فِي رَقَبَتِهِ] (١) وفيه تنكيل، وزجر له، ولغيره. ثم الذي يؤخذ في أكثر الكتب، إنما يعلق [في] يده ساعة، وأطلقوا القول باستحبابه، ولم يجعلوه مَفَوْضاً إلى رأي الإمام، واجتهاده. ونقل الإمام فيه ثلاثة أمور مستغربة:

أحدها: أن من الأصحاب من لم ير التعليق، ولم يصح الخبر (٢) فيه.

والثاني: أنها تُعَلَّقُ في رقبته ثلاثاً.

والثالث: أن الأمر فيه إلى رأي الإمام.

ويجوز أن يُعَلِّمَ لذلك قوله في الكتاب: «علق اليد» بالواو؛ وكذا قوله: «ثلاثاً».

المسألة الثانية: إذا كانت على يمينه إصبع (٣) زائدة، ففي قطعها عن السرقة وجهان:

أحدهما: المنع كما لا يُقَطَّعُ في القصاص ست أصابع بخمس، فعلى هذا هو كمن لا يمين له، فيُقَطَّعُ رجله اليسرى.

وأصحهما وهو المذكور في الكتاب، أنه تقطع بيمينه، ولا يبالي بالأصبع الزائدة لقوله تعالى: «فَأَقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا» ولا يشبه القصاص، لأنه مبني على المساواة.

والمقصود هاهنا الزجر، والتنكيل. ولو كانت اليمين شلاء، فيراجع أهل الخبرة. فإن قالوا: لو قُطِعَتْ لم يرقأ الدم، لم تُقَطَّعْ، وتكون كمن لا يمين له، وإن قالوا: يرقأ الدم، قُطِعَتْ. واكتفى بها قال الإمام. وفيه احتمال لأنه [قدرة فيها]؛ فأشبهت الكف الباقية بلا إصبع. كما سنذكر إن شاء الله تعالى، [وحده]، ولو كانت ناقصة بإصبع، أو أصابع، اكتفينا بها؛ لحصول [الإيلام]، والتنكيل. وإن لم يبق إلا الكف، فوجهان:

أحدهما: أن الجواب كذلك لحصول الإيلام.

والثاني: المنع، لأن اليد عبارة عما يبطش، ولم يبق من آلة البطش شيء.

(١) أخرجه أصحاب السنن من حديثه، وحسنه الترمذي، وقال: غريب لا نعرفه إلا من حديث عمر ابن علي المقدمي، عن حجاج بن أرطاة، قلت: وهما مدلسان، وقال النسائي: الحجاج ضعيف ولا يحتج بخبره، قال هذا بعد أن أخرجه من طريقه، قوله: وذكر الإمام أن من الأصحاب من لم ير التعليق، ولم يصح الخبر فيه، قلت: هو كما قال لا يبلغ درجة الصحيح ولا يقاربها. قاله الحافظ في التلخيص.

(٢) في ز: امتنع.

(٣) في ز: الحر.

ويجري الوجهان فيما إذا سقط بعض الكف أيضاً، وبقي محل القطع. وحكى القاضي أبو حامد الوجه الثاني عن الشافعي - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -، واختياره عن ابن سريج ونسبة الوجه الأولى إلى النص<sup>(١)</sup>، وهو الأظهر عند الشيخ أبي حامد صاحب الكتاب، وجماعة.

وعن القاضي أبي حامد: إثبات الوجهين جميعاً، فيما إذا كانت يميناه مقطوعة الإبهام، فيجوز أن يُعَلَّم لذلك قوله في الكتاب: «اكتفينا بها [ما بقي]»<sup>(٢)</sup> إصبع واحدة.

**المسألة الثالثة:** من لا يمين له إذا سرق، تقطع رجله اليسرى. كما ذكرنا فيما إذا سرق فُقَطِعَتْ يمينه، ثم سرق مرة أخرى، ولو كانت يمينه سليمة، وسقطت قبل أن يقطع بأفة، أو بجنابة، سقط عنه الحد. ولم يعدل إلى الرجل؛ لأن القطع تعلق بعينها، وقد زالت. وفيه وجه أنه يُعَدَّل إلى الرجل. كما لو فات محل القصاص، فَيُعَدَّل إلى بدله، وهو الدية. ولو سرق مراراً، ولم يقطع اكتفى بقطع يمينه عنهما كمن زنى مراراً أو شرب مراراً، لا يقام الحد إلا مرة واحدة.

**المسألة الرابعة:** إذا ابتدر مبتدر، فقطع يمين السارق من غير إذن الإمام، لا يلزمه القصاص؛ لأنها مستحقة القطع. وإن سرى إلى النفس، فلا ضمان؛ لتولد السراية عن مستحق. ولكن يعزر المبتدر، [لافتئاته]<sup>(٣)</sup> على الإمام. هكذا أُطْلِق. ويشبه أن يُجْعَلَ وجوب القصاص على الخلاف في قتل الزاني المحصن، ولو قطع يساره [جان]<sup>(٤)</sup> أو قطعها الجلاد عمداً، وجب القصاص على القاطع، ولا يسقط عنه قطع اليمين؛ خلافاً لأبي حنيفة حيث قال: يسقط كيلاً يُقَوِّت عليه جنس منفعة البطش. ولذلك قال: لو سرق [ولا يسار له]<sup>(٥)</sup> أو يساره ناقصة بإصبع، لا يُقَطَّع يمينه ولو قال القاطع: لم أعلم أنها يساره، حلف، ولزمته الدية.

ولو قال الجلاد<sup>(٦)</sup> للسارق: أخرج يمينك، فأخرج يساره، فقطعها، ففيه طريقان:

أحدهما: قال القاضي أبو الطيب وآخرون، إن<sup>(٧)</sup> قال المخرج: ظننت المخرج يميناً، أو أن اليسار تجزىء عن اليمين، ففي سقوط القطع عن اليمين، وقيام اليسار مقامها قولان:

أحدهما: المنع، كما لو استحق القصاص في اليمين، فأخرج اليسار، فقطعت.

(٢) في أ: ما بقيت.

(٤) في ز: جاز.

(٦) في ز: الجداد.

(١) في ز: البعض.

(٣) في ز: لتفويته.

(٥) سقط في ز.

(٧) في ز: أو.



لا يُسْقَطُ القصاص [في اليمين] <sup>(١)</sup>. ويُزَوَى هذا عن رواية الحارث <sup>(٢)</sup> بن سريح القفال.  
وأصحهما السقوط.

والحدود لا يُشدد [فيها ما] <sup>(٣)</sup> يشدد به القصاص، على ما مرت المسألة في الجراح، فإن قلنا بالأول، فقال القاطع: عرفت أن المخرج اليسار وأنها لا تجزىء عن اليمين، فعليه القصاص. وإن قال: ظننت أنه اليمين، وأن اليسار تجزىء عن اليمين، فعليه الدية.

والثاني: قال الشيخ أبو حامد: يُرَاجَعُ القاطع أو لا، [إن] <sup>(٤)</sup> قال: علمت أن المخرج اليسار، وأنها لا تجزىء عن اليمين، فعليه القصاص، وبقي القطع في اليمين.

وإن قال: ظننت [أن] المخرج يمينا أو أن اليسار تجزىء عن اليمين فعليه الدية، وفي سقوط القطع في اليمين القولان. وإيراد الإمام يوافق هذه الطريقة، إلا أن القصاص على القاطع. وإن كان عالماً بالحال إنما يجب إذا لم يوجد من المخرج قصد بذل وإباحة. فأما إذا أخرج على قصد البذل والإباحة، فلا يجب القصاص على القاطع؛ [كما تقرر] <sup>(٥)</sup> في الجنایات. ولو سقطت يسار السارق بأفة بعد وجوب القطع في اليمين، فعن أبي إسحاق: أنه يسقط القطع في اليمين على أحد القولين. كما في مسألة الجلال <sup>(٦)</sup>، وضعفه كل من نقله، وقالوا: في صورة الغلط يساره مقطوعة بعله السرقة. فلو أبقينا القطع في اليمين، لذهبت يده. بعله <sup>(٧)</sup> السرقة الواحدة، وهذا المعنى لم يُوجد فيما، إذا سقطت اليسار بأفة.

المسألة الخامسة: إذا كان على معصم السارق كفان، فقد نقل الإمام عن الأصحاب أنهما يُقَطَّعان، ولا يُبَيَّالي باستيفاء الزائدة [كالإصبع الزائدة] <sup>(٨)</sup>. واختار أن يفصل، فيقال: إن تميزت الأصلية، وأمكن الاقتصار على قطعها، لم تُقَطَّع الزائدة. وإن لم يمكن الاقتصار، فلا يُبَيَّالي بقطعها. وهذا ما أورده في الكتاب.

وإن أشكل [الحال] <sup>(٩)</sup> فلم [تعلم] <sup>(١٠)</sup> الزائدة عن الأصلية، قال الإمام: الذي رأته للأصحاب: أنهما يُقَطَّعان؛ ليصير المستحق قطعه مستوفى، ويوافقه ما في فتاوى القفال: أن الكفين الباطشتين يُقَطَّعان جميعاً؛ لأنهما معاً في حكم يد واحدة. ألا ترى

(١) سقط في ز.

(٢) في أ: بما.

(٣) في ز: لا يقوى.

(٤) في ز: فعليه.

(٥) سقط في ز.

(٦) في ز: الحرث.

(٧) سقط في ز.

(٨) في ز: الحداد.

(٩) سقط في ز.

(١٠) في ز: تمييز.

أنه لا تفرد كل واحدة بديّة؟ لكن في التهذيب: أنه تُقَطَّعُ أحدهما. فإن سرق ثانياً، تُقَطَّعُ الأخرى، ولا يُقَطَّعَانِ بسرقة واحدة، بخلاف الإصبع الزائدة: لأنه يقع<sup>(١)</sup> عليها اسم اليد، وهذا أحسن.

قال: وإن كان يبطش بأحدهما، قُطِعَتِ الباطشة دون الأخرى. فإن سرق ثانياً، قُطِعَتِ رجله، وإن صارت الثانية باطشة بقطع الأولى، فإذا سرق ثانياً، قُطِعَتِ هي؛ لا الرجل. فإن سرق ثالثاً، تُقَطَّعُ الرجل.

فروع: في فتاوى القفال؛ إذا كان ثوب الرجل موضوعاً بين يديه في المسجد، فقال للأخر: احفظ ثوبي. فقال: نعم، أحفظه، فرقد صاحب الثوب، وقام الآخر، وترك الثوب [فَسْرِقَ]، فعليه الضمان؛ لأنه ضيعه بالقيام. فهو كما لو ترك باب الدار مفتوحاً، وقال لغيره: احفظ الدار، فضيعها، يلزمه الضمان. ولو سرقه المُسْتَحْفَظُ، فلا قطع عليه، ولو أغلق باب داره، أو حانوته، وقال للحارس: انظر إليه، أو احفظه، فأهمله الحارس، فَسْرِقَ منه، فلا ضمان عليه؛ لأنه [محرز]<sup>(٢)</sup> في نفسه، ولم يدخل تحت يده. ولو سرقه الحارس، قُطِعَ.

وفي فتاوى صاحب الكتاب أن السارق إذا تغفل الحمامي<sup>(٣)</sup>، وأخذ الثياب يُعتبر في وجوب القطع، أن يخرج من الحمام. وأن الموضوع<sup>(٤)</sup> في الصحراء<sup>(٥)</sup> لا يكفي لوجوب<sup>(٦)</sup> القطع أخذه. ولا النقل<sup>(٧)</sup> بخطوة، ولا [نحوها].

والضبط [في]<sup>(٨)</sup> مثل ذلك أن يقال: الإحراز في مثله بالمعينة، فإذا [غيبه]<sup>(٩)</sup> [عن] عينه بحيث لو تنبه لما رآه بأن دفنه في تراب، أو وراه تحت ثوبه، أو حال بينهما جدار، فقد أخرج من الحرز. وأنه لو علم قرداً له النزول إلى الدار، وإخراج المتاع، فنقب، وأرسل [القرد]<sup>(١٠)</sup> فأخرج المتاع، فينبغي أن لا يجب الحد عليه، ولا يُجعل [ذلك]<sup>(١١)</sup> كالأخذ بالمحجن؛ لأن للحيوان اختياراً والحد يسقط بالشبهة.

وفي فتاوى الحسين الفراء: أنه لو وُضِعَ الميت على وجه الأرض، ونُضِدَتِ الحجارة عليه، كان ذلك كالدفن، حتى يجب القطع بسرقة الكفن. خصوصاً إذا كان

(١) في ز: يقطع.

(٢) في ز: تحرز.

(٣) في ز: المقطوع.

(٤) سقط في ز.

(٥) سقط في ز.

(٦) سقط في ز.

(٧) في ز: الحمام.

(٨) في ز: الحمام.

(٩) في ز: البعد.

(١٠) سقط في ز.

(١١) سقط في ز.

ذلك حيث لا يمكن الحفر، وأنهم لو كانوا في البحر، فَطَرَحَ الميت في الماء، فأخذ [أخذ] <sup>(١)</sup> كفته، فلا قطع عليه؛ لأنه ظاهر، فهو كما لو وُضِعَ الميت على شفير القبر، فأخذ سارق كفته. ولو غيبه الماء، فغاص سارق، وأخذ الكفن، لم يُقَطَّع أيضاً؛ لأن طرحة في الماء لا يعد إحرازاً. وهو كما لو وضعه على الأرض، فغيبته الريح بالتراب. وقد يتوقف في هذا والله أعلم.

قال العزالي: (الجنایة السادسة: قَطْعُ الطَّرِيقِ) وَالنَّظَرُ فِي ثَلَاثَةِ أَطْرَافٍ: (الأول: صِفَتُهُمْ) وَهِيَ الشُّوْكَةُ وَالْبَعْدُ مِنَ الْعَوِثِ، وَمَنْ لَا شُوْكَةَ لَهُ فَهُوَ مُخْتَلِسٌ فَيَعْرِزُ، وَمِنْ الشُّوْكَةِ أَنْ يَغْتَمِدَ الْقُوَّةَ فِي مَعَالِبَةِ الْمَسَافِرِ، وَلَا يَشْتَرِطُ فِيهِ الذُّكُورَةُ (ح) وَلَا شَهْرُ السَّلَاحِ (ح) وَلَا الْعَدَدُ، بَلِ الْمَرْأَةُ الْوَاحِدَةُ لَوْ غَالَبَتْ بِفَضْلِ قُوَّةٍ فَهِيَ قَاطِعَةُ طَّرِيقٍ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ شُوْكَةً وَلَكِنْ اسْتَسَلَّمَ الرَّفَاقَ فَلَا حَدَّ عَلَيْهِمْ، وَإِنْ تَقَاوَمَ الْفَرِيقَانِ وَتَقَاتَلَا فَأَخَذُوا الْمَالَ فَهُمْ قُطَّاعٌ، وَإِنْ لَمْ يَقْدِرُوا عَلَى أَخْذِ الْمَالِ بَعْدَ الْمُقَاطَعَةِ فَهُمْ قُطَّاعٌ عَلَى الْأَصَحِّ.

قال الرافعي: قال الله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ﴾ [المائدة: ٣٣] الآية. وعند أكثر العلماء، ومنهم حبر القرآن <sup>(٢)</sup> ابن عباس - رضي الله عنه - الآية واردة في حق قُطَّاعِ الطريق <sup>(٣)</sup> من المسلمين دون أهل الكفر والمرتدين. واحتجوا لذلك بقوله تعالى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ﴾ [المائدة: ٣٤] الآية.

وتوبة الكافر في أيهما تسقط العقوبة عنه؛ لا يختلف بين أن يوجد قبل القدرة عليه، أو بعدها. ولم يقيموا وزناً لقول من قال: إن المؤمن [من] لا يُحَارِبِ الله ورسوله، وقالوا: لفظ المحاربة ينتظم عند الجراءة بالمخالفة، والعصيان. ألا ترى أن الله تعالى يقول [للمرابين] <sup>(٤)</sup>: ﴿فَإِنْ لَمْ تَفْعَلُوا فَاذْنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ﴾ [البقرة: ٢٧٩]. ولا بد في الباب من معرفة قُطَّاعِ الطريق، وعقوبتهم وحكم تلك العقوبة، استيفاءً، وسقوطاً.

(١) سقط في ز. (٢) في ز: حيثئذ.

(٣) سمي بذلك لامتناع الناس من سلوك الطريق خوفاً منه. والأصل فيه قول الله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا﴾ الآية.

قال جمهور المفسرين: نزلت في قاطع الطريق لا في الكفار واحتجوا بقوله تعالى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ﴾ إن المراد التوبة عن قطع الطريق، ولو كان المراد الكفار لكانت توبتهم بالإسلام وهو دافع للعقوبة قبل القدرة وبعدها.

(٤) سقط في ز.

فرتب صاحب الكتاب مسائله في ثلاثة أطراف هذه ترجمتها وكذلك فعل الإمام.  
الطرف الأول في صفة قُطَاع الطريق.

واعتبر فيهم صفتين؛ الشوكة، والبعد عن الغوث. ولا بد مع ذلك من الإسلام.  
فالكفار ليس لهم حكم القُطَاع. وإن أخافوا السبيل، وتعرضوا للأنفس، [والأموال]<sup>(١)</sup>.  
ومن التكليف، فالمراهقون لا عقوبة عليهم، ويضمنون الأموال، والأنفس، كما  
يضمنون إذا أتلفوا في غير هذا المعرض.

أحد الصفتين الشوكة؛ فُقُطَاع الطريق طائفة يترصدون في المكامن للرفاق، فإذا  
وافوهم، برزوا قاصدين الأموال، غير مبالين للأنفس معتمدين في ذلك على [قوة  
وقدرة] يتغلبون بها. وفيهم شُرِعَت العقوبات الغليظة التي سنفلها إن شاء الله تعالى.

وأما الذين لا يعتمدون قوة، ولكن ينتهبون، ويختلسون، ويولون، معتمدين على  
[ركض]<sup>(٢)</sup> الخيل، أو العَدُو على الأقدام؛ كما يتعرض الواحد، والاثنان، [والنفر]  
اليسير [لأخذ]<sup>(٣)</sup> القافلة؛ فيسلبون شيئاً، فليسوا هم بقطاع، وحكمهم في القصاص  
والضمان حكم غيرهم.

ولو خرج واحد، أو شرذمة يسيرة، فقصدهم<sup>(٤)</sup> جماعة ويغلبونهم بقوتهم، فهم  
قُطَاعٌ. وإن لم يكثر عددهم؛ لاعتمادهم على الشوكة والنجدة، بالإضافة إلى الواحد  
والشرذمة. كذلك رواه الإمام عن القاضي حسين. وعن طرق<sup>(٥)</sup> الأصحاب ويقرب منه  
ما ذكر القاضي ابن كج أنه إذا قام خمسة، أو عشرة في كهف، أو شاهق جبل، فإن مر  
بهم قوم لهم شوكة [وعدة لم]<sup>(٦)</sup> يتعرضوا لهم، وإن مر [بهم]<sup>(٧)</sup> قوم قليلو العدد،  
قصدوهم بالقتل، وأخذ المال، فحكمهم حكم قطاع الطريق، في حق الطائفة اليسيرة.  
وإن تعرضوا [للأقوياء]<sup>(٨)</sup> وسلبوا شيئاً، فهم مُخْتَلِسُونَ. ورأى الإمام أن [يفصل] القول  
في الرفقة اليسيرة، وفي الواحد، والاثنين. فقال: إن كان خروجهم في مثل ذلك  
الطريق يُعد تضييعاً وتغريباً بالنفس، والمال، فالمتعرضون لهم لا يجعلون قطاعاً.  
وينزل خروجهم، والحالة هذه، كترك<sup>(٩)</sup> المال في موضع [لا]<sup>(١٠)</sup> يُعد حرزاً، في باب

(١) في أ: والمال.

(٢) في ز: ركوب.

(٣) في أ: لآخر.

(٤) في ز: طريق.

(٥) سقط في ز.

(٦) سقط في ز.

(٧) سقط في ز.

(٨) سقط في ز.

(٩) في ز: فصلهم.

(١٠) سقط في ز.

(١١) سقط في ز.

(١٢) سقط في ز.

(١٣) سقط في ز.

(١٤) سقط في ز.

السرقه. وأقام ما [رأه] وجهاً. فيجوز أن يُعلم لذلك قوله في الكتاب:

«ومن الشوكه أن يعتمد القوة في مطالبة المسافر» بالواو، ولو كانت الرفقة عدداً يتأتى منهم دفع القاصدين، ومقاومتهم، واستسلموا حتى قتلوا، وأخذت أموالهم، فالقاصدون ليسوا بقطاع؛ لأن ما فعلوه لم يصدر عن شوكتهم وقوتهم، بل الرفقة ضيعوا<sup>(١)</sup>. هكذا، أطلقوه. ويجوز أن يُقال: ليست الشوكه مجرد العدد، والعدة؟ بل يُحتاج مع ذلك إلى اتفاق كلمة، وواحد مطاع، وعزيمة على القتال، واستعمال السلاح. والقاصدون للرفقة هكذا يكونون في الغالب. والرفقة لا يجتمع لهم كلمة واحدة، ولا [يضبطهم]<sup>(٢)</sup> مطاع، ولا لهم عزم على قتال، وخلوهم عن هذه الأمور يجبرهم إلى التخاذل؛ لا عن قصد منهم [فلا] ينبغي أن يُجعلوا مضيعين ولا أن يخرج القاصدون لهم عن كونهم قُطاعاً. ولو أن الرفقة قاتلوهم، وثالث كل طائفة من الأخرى. فهل هم قطاع؟ فيه احتمالان؛ ذكرهما الإمام:

أحدهما: لا؛ لأنه لم يظهَر منهم غلبَةٌ واستيلاءٌ.

وأظهرهما: نعم، لأنهم<sup>(٣)</sup> في دَرَجَةِ الْمُقَاوِمِينَ الْمُقَاتِلِينَ، والحرب سِجَالٌ<sup>(٤)</sup> ولو أصابوا رُقَقَةً دون هَوْلَاءِ فِي الْعُدَّةِ لَعَلَّبُوهُمْ، [فالرأي]<sup>(٥)</sup> أن يُجعلوا قَاطِعِينَ، وهذا ما أجبَ به في الكتاب، ولا يُشترطُ في قَاطِعِ الطَّرِيقِ الدُّكُورَةَ، بل لو اجتمع نِسْوَةٌ لَهُنَّ قُوَّةٌ وَشَوْكَةٌ، كُنَّ قَاطِعَاتٍ طَّرِيقٍ.

وخالف أبو حنيفة فيه، حتى قال: لو كان [في] جَمَاعَةِ الْقُطَاعِ امْرَأَةٌ وَاحِدَةٌ سَقَطَ الْحَدُّ عَنْ جَمِيعِهِمْ. كذا القِيَّاسُ عَلَى سَائِرِ الْجَرَائِمِ، ولا يشترط أيضاً شَهْرُ السَّلَاحِ، بل الخَارِجُونَ بِالْعِصِيِّ<sup>(٦)</sup> أَوْ الْحِجَارَةِ قُطَاعٌ، لَأَنَّهُمَا آلَاتٌ تَأْتِي عَلَى النَّفْسِ كَالْمُحَدَّدِ.

وعن أبي حنيفة: أنه لا تكفي العَصَا وَالْحِجَارَةُ، ويشترط شَهْرُ السَّلَاحِ، وذكر الإمام أنه يَكْفِي الْقَهْرُ، وَأَخْذُ الْمَالِ بِاللُّكْزِ وَالضَّرْبِ<sup>(٧)</sup> بِجَمِيعِ الْكُفِّ وَفِي «التَّهْدِيبِ» نَحْوَ مَنْهُ، وَإِرَادُ جَمَاعَةٍ يُشْعِرُ بِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ آلَةٍ، ولا يشترط العَدَدُ أيضاً، بل الْوَاحِدُ إِذَا كَانَ لَهُ فَضْلٌ قُوَّةٌ يَغْلِبُ بِهَا الْوَاحِدَ وَالْاِثْنَيْنِ وَالثَّلَاثَةَ، وَتَعَرَّضَ لِلنَّفُوسِ وَالْأَمْوَالِ مُجَاهِراً<sup>(٨)</sup> فَهُوَ قَاطِعٌ.

وليُعلم لفظ «الدُّكُورَةَ» و«شَهْرُ السَّلَاحِ» في الكتاب بالحاء؛ لما ذكرنا، ويجوز

- |                   |                    |
|-------------------|--------------------|
| (١) في ز: صنعوه.  | (٢) سقط في ز.      |
| (٣) في ز: لأنهما. | (٤) في ز: سنحال.   |
| (٥) سقط في ز.     | (٦) في ز: بالعصا.  |
| (٧) في ز: والفر.  | (٨) في ز: مجاهداً. |

إِعَادَةُ الْعَلَامَةِ عَلَى قَوْلِهِ: «فَهِيَ قَاطِعَةٌ طَرِيقٍ». وَاعْلَمْ أَنَّ هَذِهِ الصِّفَاتِ الثَّلَاثَةَ الَّتِي لَا تُعْتَبَرُ فِي قَاطِعِ الطَّرِيقِ لَوْ تَكَلَّمَ فِيهَا قَبْلَ الصِّفَتَيْنِ الْمُعْتَبَرَتَيْنِ، أَوْ بَعْدَ الْفَرَاغِ مِنْهُمَا كَانَ أَحْسَنَ فِي التَّرْتِيبِ مِنْ إِدْخَالِهَا بَيْنَهُمَا.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: أَمَّا الْبُعْدُ عَنِ الْعَوْثِ فَيُعْتَبَرُ لِأَنَّهُ عَلَى قُرْبِ الْعُمَرَانِ يُعْتَمَدُ عَلَى الْهَرَبِ دُونَ الشُّوْكَةِ إِلَّا أَنْ تَضْعُفَ قُوَّةُ السُّلْطَانِ، فَمَنْ أَخَذَ فِي الْبَلَدِ مَالًا بِالمُغَالَبَةِ فَهُوَ قَاطِعُ طَرِيقٍ، وَلَوْ دَخَلَ دَارًا بِاللَّيْلِ وَأَخَذَ الْمَالَ بِالمُكَابَرَةِ وَمَنَعَ مِنَ الِاسْتِغَاثَةِ فِي وَفَتْ قُوَّةُ السُّلْطَانِ فَهُوَ سَارِقٌ أَوْ قَاطِعُ طَرِيقٍ فِيهِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ:

الصفة الثانية: البُعدُ عن العَوْثِ، وإنما اعتُبرَتْ ليحصل<sup>(١)</sup> التَّمَكُّنُ مِنَ الِاسْتِغَاثَةِ وَالْقَهْرِ مُجَاهَرَةً، وَذَلِكَ فِي الْأَغْلَبِ إِنَّمَا يَتَحَقَّقُ فِي الْبَوَادِي، وَالْمَوَاضِعِ الْبَعِيدَةِ عَنِ الْعُمَرَانِ.

فَلَوْ خَرَجَ جَمَاعَةٌ فِي الْمِضْرِ [فَحَارَبُوا]،<sup>(٢)</sup> أَوْ أَغَارَ عَسْكَرٌ عَلَى بَلَدَةٍ، أَوْ قَرْيَةٍ، أَوْ خَرَجَ أَحَدٌ طَرَفِي الْبَلَدِ عَلَى أَهْلِ الطَّرَفِ الْآخَرِ، وَكَانَ لَا يَلْحَقُ بِالْمَقْصُودِينَ عَوْثٌ لَوْ اسْتَعَاثُوا، فَهَمَّ قُطَاعُ الطَّرِيقِ، وَإِنْ كَانَ يَلْحَقُهُمُ الْعَوْثُ لَوْ اسْتَعَاثُوا، فَالْخَارِجُونَ عَلَيْهِمْ مُنْتَهَبُونَ، وَلَيْسُوا بِقُطَاعِ، وَامْتِنَاعٌ لِحُوقِ<sup>(٣)</sup> الْعَوْثِ تَارَةً، وَيَكُونُ لِيَضْعُفِ السُّلْطَانِ، [وَتَارَةً]<sup>(٤)</sup> لِيُعْجِزَهُ وَيُعْجِزَ أَعْوَانِهِ، وَقَدْ يَغْلِبُ الدُّعَاوُونَ فِي مِثْلِ هَذِهِ الْحَالَةِ فِي الْبَلَدِ، فَلَا يِقَاوِمُهُمْ أَهْلُ السُّرِّ وَالْعِقَّةِ، وَيَتَعَذَّرُ عَلَيْهِمُ الِاسْتِغَاثَةُ.

وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ [أَنْ] الْمُحَارَبَةُ إِنَّمَا تَتَحَقَّقُ فِي الْبَوَادِي، وَالْمَوَاضِعِ الْبَعِيدَةِ عَنِ الْعُمَرَانِ، وَلَا يَتَحَقَّقُ فِي مِضْرٍ، وَلَا قَرْيَةٍ، وَلَا بَيْنَ قَرْيَتَيْنِ<sup>(٥)</sup> قَرِيبَتَيْنِ.

وَعَنْ مَالِكٍ: أَنَّهُ لَا تُثَبِّتُ الْمُحَارَبَةُ حَتَّى يَكُونُوا عَلَى ثَلَاثَةِ أَمْيَالٍ مِنَ الْعُمَرَانِ.

وَعَنْ أَحْمَدَ: تَوَقَّفَ فِيهِ. وَاحْتَجَّ الْأَصْحَابُ بِعُمُومِ الْآيَةِ.

قَالَ الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: «إِنْ تَعَرَّضَهُمْ فِي الْبَلَدِ أَعْظَمُ جُرْأَةٍ، وَأَكْثَرُ فَسَادًا، فَكَانُوا بِالْمَقْبُورَةِ أَوْلَى». وَلَوْ دَخَلَ جَمَاعَةٌ دَارًا بِاللَّيْلِ، [وَتَكَاثَرُوا]<sup>(٦)</sup> وَكَابَرُوا<sup>(٧)</sup>، وَمَنَعُوا أَصْحَابَ الدَّارِ مِنَ الِاسْتِغَاثَةِ مَعَ قُوَّةِ السُّلْطَانِ وَحُضُورِهِ، فَوَجْهَانِ:

(٢) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٦) سقط في ز.

(١) في ز: لتجعل.

(٣) في ز: نخوف.

(٥) في ز: تقرير يقين.

(٧) في ز: وكابدوا.

أظهرهما: أنهم قُطَاعٌ - وبه قَالَ الْقَطَالُ - وهو المذكور في «التهديب»؛ لأن المَنَع من الاستِغَاةِ كَالْبُعْدِ عن محلِّ الْعَوْتِ في التَّغْلِبِ، واعتماد القوة.

والثاني: المنع؛ لأنهم يَتَبَادَرُونَ خَوْفًا من الشعور بهم، ثم يعتمدون [البزاري]<sup>(١)</sup>؛ لأن الطَّلَبَ يلحقهم.

وعلى هذا فَحِكَايَةُ الإمام عن بعض الأَصْحَابِ أنهم سُرِّاقٌ، وهذا ما أوردَهُ صاحب الكتاب مع الْوَجْهِ الذي [قدمنا<sup>(٢)</sup>]، قال: «ولا يبعد أن يُجْعَلُوا مُخْتَلِسِينَ لمجاهرتهم بفعلهم» [و] هذا ما يشعر به كلام الرُّوْيَانِيِّ وغيره إذا لم نجعلهم قُطَاعًا.

هذا هو الْفِقْهُ في الصفتين، وقد يقال: يمكن إدراج<sup>(٣)</sup> الصفة الثانية في الأولى، فإن الخروج والتَّعَرُّضُ إن كان في الْعُمَرَانِ، وَالْعَوْتُ مُتَوَقَّعٌ<sup>(٤)</sup> فلا شَوْكَةٌ، ولذلك قال في الكتاب: «لأنه على قرب الْعُمَرَانِ يعتمد [على] الْهَرَبِ دون الشُّوكَةِ.

وإن لم يكن الْعَوْتُ مُتَوَقَّعًا، والشوكة حَاصِلَةً، فهم قَاطِعُو طريق.

قال الْغَزَالِيُّ: (الطَّرْفُ الثَّانِي فِي الْمُقُوبَةِ) فَإِنْ أَقْتَصَرَ الْقَاطِعُ عَلَى أَخْذِ نِصَابٍ فَيَقْطَعُ يَدَهُ الْيَمْنَى وَرِجْلَهُ الْيُسْرَى، فَإِنْ عَادَ قَطَعَتِ الْيَدُ الْيُسْرَى وَالرِّجْلُ الْيَمْنَى، وَلَا يَقْطَعُ فِيمَا دُونَ النِّصَابِ، وَسَوَاءٌ كَانَ النِّصَابُ لِوَاحِدٍ أَوْ لِجَمَاعَةِ الرُّفْقَةِ، وَلَوْ أَقْتَصَرَ عَلَى الْقَتْلِ الْمُجَرَّدِ فَيَتَحْتَمُّ قَتْلُهُ، وَلَوْ أَقْتَصَرَ عَلَى الْإِزْعَابِ وَكَانَ رِذَاءً فَلَا يَجِبُ (ح) إِلَّا التَّغْزِيرُ، وَإِنْ جَمَعَ بَيْنَ الْأَخْذِ وَالْقَتْلِ لَمْ يَقْطَعْ لَكِنْ يُقْتَلُ وَيُغَسَّلُ وَيُصَلَّى (ح و م) عَلَيْهِ ثُمَّ يُضَلَّبُ وَيُتْرَكُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ عَلَى قَوْلٍ، وَعَلَى قَوْلٍ حَتَّى يَتَهَرَّى، وَفِيهِ وَجْهٌ أَنَّهُ يُضَلَّبُ ثُمَّ يُقْتَلُ بِتَرْكِهِ جَائِعًا عَلَى وَجْهِهِ، وَبِحِرَاحَةِ مُدْفَنَةٍ عَلَى وَجْهِهِ ثُمَّ يُغَسَّلُ وَيُصَلَّى عَلَيْهِ بَعْدَ اسْتِنْزَالِهِ، وَأَمَّا النَّفْيُ فَغَيْرُ مَقْصُودٍ، وَلَكِنْ إِنْ هَرَبُوا شَرَدْنَاهُمْ فِي الْبِلَادِ بِالْإِتْبَاعِ، وَقِيلَ: هِيَ عُقُوبَةٌ مَقْصُودَةٌ فِيمَنْ أَقْتَصَرَ عَلَى الْإِزْعَابِ فَيُنْفَى إِلَى بَلَدٍ ثُمَّ يَقْرُرُ بِهَا أَوْ يُحْبَسُ، وَقِيلَ: يَقْتَصِرُ عَلَى النَّفْيِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا عَلِمَ الْإِمَامُ مِنْ رَجُلٍ، أَوْ مِنْ جَمَاعَةٍ أَنَّهُمْ يَرْتَصِدُونَ<sup>(٥)</sup> الرُّفْقَةَ، وَيُخَيِّفُونَ السَّبِيلَ، وَلَمْ يَأْخُذُوا بَعْدَ مَا لَأَ، وَلَا قَتَلُوا نَفْسًا، فَيَنْبَغِي لِلْإِمَامِ أَنْ يَطْلُبَهُمْ، وَيُعَدِّرَهُمْ بِالْحَبْسِ وَغَيْرِهِ، وَهَذَا كَمَا أَنَّهُ يُعَزَّرُ عَلَى مُقَدَّمَاتِ [الزَّانَا وَالشَّرْبِ]<sup>(٦)</sup>.

(٢) في أ: تقدم.

(٤) في ز: يتوقع.

(٦) في ز: الزنا والنشوز والسرقة.

(١) في أ: البوادي.

(٣) في ز: إدخال.

(٥) في ز: يوصلون.

قال ابن سُرَيج: والحَبْسُ - والحالة هذه - في غير مَوَاضِعِهِمْ أَوْلَى؛ لأنه أَحْوَطُ، وأبلغ في الزُّجْرِ [والإِيحَاشِ] <sup>(١)</sup>.

وإن أخذ قَاطِعُ الطريق من المال قَدَرَ نَصَابِ السَّرْقَةِ، قُطِعَتْ يَدُهُ الِئْمَنَى، وَرِجْلُهُ الِئْسَرَى، فإن عاد مَرَّةً أُخْرَى، قُطِعَتْ يَدُهُ الِئْسَرَى وَرِجْلُهُ الِئْمَنَى، وإنما يُقَطَعُ مِنْ خِلَافِ لئلا يفوت جنس المَنْفَعَةِ.

ولا فَرْقُ بين أن يكون النُّصَابُ لواحد، أو لجماعة الرُّفْقَةِ، وكذلك لا يختلف الحُكْمُ في السَّرْقَةِ بين أن يكون المسروق لواحد، أو لجماعة مهما اتَّحَدَ الحِرْزُ <sup>(٢)</sup>، وإن كان المأخوذ دون النُّصَابِ، فلا قُطْعُ، كما في سرقة ما دون النُّصَابِ.

وقال ابن خَيْرَانَ <sup>(٣)</sup>: فيه قَوْلَانِ كَالْقَوْلَيْنِ فيما [إِذَا] <sup>(٤)</sup> قتل قاطع الطريق هل يُعْتَبَرُ في قَتْلِهِ الكَفَاءَةُ؟ على ما سيأتي إن شاء اللهُ تعالى.

ولأنه فَارَقَ السَّرْقَةَ في اعتبار الحِرْزِ <sup>(٥)</sup>، فَجَازَ أن يُقَارَفَهَا في اعتبار النُّصَابِ.

والمذهب المشهور الأول، واختُجَّ له بإطلاق قوله ﷺ: «[القطع] في رُبْعِ دِينَارٍ فَصَاعِدًا» <sup>(٦)</sup>.

وأما القولان في الكَفَاءَةِ، فقد فُرِّقَ بينهما بأن القَطْعَ المُسْتَحَقُّ في السرقة والمُحَارَبَةَ جَمِيعاً لله - تَعَالَى - فلا يَخْتَلِفُ المُسْتَحَقُّ به، وفي القَتْلِ المُسْتَحَقُّ في غير المُحَارَبَةِ الوَلِيِّ، وفي المُحَارَبَةِ المُسْتَحَقُّ لله تَعَالَى، فجاز أن يختلف [الحكم] <sup>(٧)</sup> كما اختلف المُسْتَحَقُّ، وما أَدْعَاهُ من أَنَّ الحِرْزَ لا يُعْتَبَرُ في قُطْعِ الطريق فممنوع.

بل الذي قاله الأَصْحَابُ أنه لو كان المَالُ ضائعاً <sup>(٨)</sup> تسير به <sup>(٩)</sup> الدَّوَابُّ بلا حَافِظٍ، فلا يَجِبُ به القُطْعُ، ولو كانت الجِمَالُ مقطورة، ولم تَتَّعِهُدْ، كما شرطنا فيها، لم يجب القُطْعُ.

وإن قتل قَاطِعِ الطريق قُتِلَ، وهو قَتْلُ مُخْتَمٍ، ليس سَبِيلَهُ سَبِيلَ القِصَاصِ، وإن جَمَعَ بين القَتْلِ، وأخذ المال، فيجمع عليه بين القَتْلِ والصَّلْبِ.

هكذا فَسَّرَ ابن عباس - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - فيما رَوَاهُ الشافعي - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - وغيره وَنَزَلَ العُقُوبَاتِ المذكورة في الآية على هذه المَرَاتِبِ، والمعنى «أن يُقْتَلُوا» إن قُتِلُوا أو

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: يجوز.

(٣) في ز: حيوان.

(٤) سقط في ز.

(٥) في ز: الحد.

(٦) تقدم.

(٧) في ز: ضابط.

(٨) في ز: ضابط.

(٩) في أ: المستحق به.

(١٠) في ز: لتسوية.



يُصَلَّبُوا [ويقتلوا] إِنْ أَخَذُوا الْمَالَ وَقَتَلُوا، أَوْ تَقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ إِنْ اقْتَصَرُوا عَلَى أَخْذِ الْمَالِ.

وكلمة «أو» للتنوع، لا للتخيير، كما يقال: الزاني يُجَلَّدُ أَوْ يُرْجَمُ.

ويعتبر في المال المأخوذ أن يكون نصاباً، ويكون فيه ما دُكِرَ من الخلاف.

هذا ظاهر المذهب فيمن جمع بين القتل، وأخذ المال، ووراءه شيان:

أحدهما: عن أبي الطيب سلمة تخريج قول أنه تُقَطَّعُ يَدُهُ وَرِجْلُهُ، وَيُقْتَلُ وَيُصَلَّبُ، الصَّلْبُ لِجَمْعِهِ بَيْنَ أَخْذِ الْمَالِ وَالْقَتْلِ، وَالْقَتْلُ لِلْقَتْلِ، وَقَطَعَ الْعُضْوَيْنِ لِأَخْذِ الْمَالِ.

والثاني: عن صاحب «التقريب» حكايته قول: أنه إِنْ قَتَلَ، وَأَخَذَ نِصَاباً قُطِعَ وَقَتِلَ وَلَمْ يُصَلَّبْ، وَإِنْ قَتَلَ وَأَخَذَ مَا دُونَ النِّصَابِ لَمْ يَقْطَعْ، وَلَكِنْ يُقْتَلُ لِلْقَتْلِ، وَيُصَلَّبُ تَنْكِيلًا لِأَخْذِ الْمَالِ الَّذِي لَا يُوجِبُ الْقَطْعَ.

وعند أبي حنيفة: يَتَخَيَّرُ الْإِمَامُ فِيمَنْ أَخَذَ الْمَالَ، وَقَتَلَ بَيْنَ أَنْ يَجْمَعَ عَلَيْهِ الْقَطْعَ وَالْقَتْلَ، أَوْ يَجْمَعَ بَيْنَ الْقَتْلِ وَالصَّلْبِ.

ويُرْوَى أَنْ تَقْتَصِرَ عَلَى الْقَتْلِ.

وعن مالك: أن الإمام يَنْظُرُ فِي الَّذِينَ شَهَرُوا السَّلَاحَ، وَأَخَافُوا السَّيْلَ، وَيَجْتَهِدُ فِيهِمْ فَمَنْ رَأَهُ ذَا رَأْيٍ قَتَلَهُ، وَمَنْ رَأَهُ قَوِيًّا لَا رَأْيَ لَهُ قَطَعَهُ، [ومن رأى] (١) أنه لا رَأْيَ لَهُ وَلَا قُوَّةَ، حَبَسَهُ. وفي كيفية القتل والصَّلْبِ إذا اجتمعا قولان:

أصحهما: أنه يقتل ثم يُصَلَّبُ، وَلَا يُقَدَّمُ الصَّلْبُ عَلَى الْقَتْلِ؛ لِأَنَّ (٢) فِيهِ تَعْذِيبٌ وَقَدْ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ تَعْذِيبِ الْحَيَوَانِ، وَالْمَقْصُودُ مِنْ صَلْبِهِ بَعْدَ الْقَتْلِ التَّنْكِيلُ وَرَجْرُ الْعَيْرِ، وَعَلَى هَذَا فَكَمْ يَتْرُكُ (٣) مَضْلُوبًا؟ فِيهِ وَجْهَان:

أظهرهما - وَيُنْسَبُ إِلَى النَّصْرِ: أنه يترك ثلاثاً لِيَسْتَهْزَهَ الْحَالُ، وَيَتِمَّ التَّنْكَالُ، وَعَلَى هَذَا فَإِذَا مَضَى الثَّلَاثُ نُظِرَ إِنْ [سَأَلَ صَلْبِيهِ] (٤) وَهُوَ الْوَدَّكَ أَنْزَلَ، وَإِلَّا فَوْجَهَانَ، وَيُقَالُ: قَوْلَان:

أحدهما: لَا يُتْرَلُ؛ لِأَنَّ الصَّلْبَ سُمِّيَ صَلْبًا؛ لِسَيْلَانِ صَلْبِ الْمَضْلُوبِ، فَيَتْرَكُ إِلَى أَنْ يَخْضَلَ السَّيْلَانُ.

(٢) في ز: ولكن فيه تعذيب.

(٤) سقط في ز.

(١) سقط في ز.

(٣) في ز: يتزل.

وأظهرهما: نعم، ويكتفي بما حصل من الثَّكَالِ.

وإن خِيفَ [التَّغْيِيرُ]<sup>(١)</sup> قبل الثلاث، فهل يُنْزَلُ؟ فيه وجهان:

أظهرهما: نعم، وبه قال المَاسَرَجِسِيُّ وغيره - وَحَمَلُوا قول الشافعي - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أنه يُضَلَّبُ ثلاثاً، على ما إذا كان الهَوَاءُ بارداً، أو مُعْتَدِلاً.

وقالوا: إذا خِيفَ التَّغْيِيرُ عند شِدَّةِ الحَرِّ يُنْزَلُ قبل تَمَامِ الثلاث.

والوجه الثاني لمن الأصل - وبه قال ابن أبي هُرَيْرَةَ: أنه يُتْرَكُ حتى يَتَهَرَأُ وَيَسِيلَ<sup>(٢)</sup> صَدِيدُهُ، ولا يُنْزَلُ بحال، والوجهان مُتَّفَقَانِ على أنه يُضَلَّبُ على خَشْبَةٍ أو نحوها. وفي «جمع الجوامع» للرويانِيّ عن المَاسَرَجِسِيِّ: أنه المذهب، وأن القاضي ابن أبي هُرَيْرَةَ قال: يُطْرَحُ على الأَرْضِ حتى يَسِيلَ صَدِيدُهُ.

قال الإمام: وذكر الصَّيْدَلَانِيُّ أنه يُتْرَكُ حتى يَتَسَاقَطَ.

وفي القَلْبِ منه شيء فإنني لم أره لغيره، والتَّسَاقُطُ يقع بعد سَيْلَانِ الصَّدِيدِ مُدَّةً طويلة.

وإذا قلنا: ينتظر سَيْلَانُ<sup>(٣)</sup> الصليب فلا نُبَالِي بِإِنْتَانِهِ، إذ لا بد منه ولفظ صاحب

«التهديب» في حكاية وَجْهِ ابن أبي هريرة: أنه يُتْرَكُ حتى يسيل صَدِيدُهُ، إلا أن يتأذى<sup>(٤)</sup> به الأحياء، وما ذكره الإمام أَقْرَبُ إلى سِيَّاقِ ذلك الوجه.

فهذا أَصَحُّ القولين، والطَّرُقُ من تفرعه.

والثاني: أنه يُضَلَّبُ أَوْلاً حَيًّا، ثم يُقْتَلُ - وبه قال أبو حَنِيفَةَ؛ لأن الصُّلْبَ شَرِيعٌ<sup>(٥)</sup>

عُقُوبَةٌ له، فَيَقَامُ عليه وهو حَيٌّ، وَيُنْسَبُ هذا القَوْلُ إلى رواية صاحب «التلخيص» وغيره.

وفي «النهاية»: أن الشافعي - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - حَكَى هذا المَذْهَبَ عن بعض

السلف حكايةً أَشْعَرَتْ بِإِرْتِضَاءِ، فصار صائرون من الأصحاب إلى أنه قَوْلٌ للشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - والصحيح أنه حِكَايَةُ مذهب الغير، فيخرج مما<sup>(٦)</sup> ذُكِرَ طريقة قاطعة بالقَوْلِ الأول.

وكيف يُقْتَلُ؟ إذا فرع على القول الثاني [مصبوراً]<sup>(٧)</sup> إلى إِبْتِاتِ القولين فيه وجوه:

(٢) في ز: ويصل.

(٤) في ز: يبدأ به الإمام.

(٦) في ز: فيما.

(١) سقط في ز.

(٣) في ز: الصلب.

(٥) في ز: يتزع.

(٧) في ز: قصيداً.

أحدهما: أنه يُتْرَكُ بلا طَعَامٍ، ولا شَرَابٍ إلى أن يَمُوتَ.

والثاني: ويُرْوَى عن أبي حَنِيفَةَ: أنه يُطَعَنُ، وَيُجْرَحُ حتى يَمُوتَ.

والثالث: أنه يُتْرَكُ مَضْلُوباً ثَلَاثاً، ثم يُنْزَلُ [ويقتل<sup>(١)</sup>] وتبين في هذا السياق أن الصَّلْبَ في القول الثاني، يُرَادُ به الصَّلْبُ الذي لا يَمُوتُ منه الشخص<sup>(٢)</sup>، والخلاف المذكور في أنه يُنْزَلُ عن الحَشَبَةِ بعد ثلاث، أو يترك حتى يَتَهَرَّى؛ تفریباً على القول الأول جَارٍ مع تفریبنا على أنه يُصَلَّبُ، ثم يُقْتَلُ، وقد ذكرنا ذلك في الجَنَائِزِ.

ومن فروع القولين وقد سَبَقَ في الجَنَائِزِ أننا إذا قلنا: إنه يُقْتَلُ أولاً، ثم يصلب، وهو الصحيح، فَيَعْسَلُ بعد القتل، وَيُكْفَنُ، وَيُصَلَّى عليه ثم يصلب مُكْفَناً.

وإن قلنا: إنه يُصَلَّبُ ثم يقتل، فإن قلنا: إنه ينزل فَيَعْسَلُ وَيُكْفَنُ، وَيُصَلَّى عليه [ويدفن]، وإن قلنا: إنه يترك حتى يتهراً فلا غُسْلَ ولا صلاة، ونقلنا هناك وَجْهاً مُطْلَقاً أنه لا يُصَلَّى على قاطع الطريق استِهَانَةً به، ولا يبعد أن يجري هذا الوجه فيما إذا اقتصَرَ المَحَارِبُ على القتل.

أما من لم يأخذ مَالاً، ولا قتل نفساً<sup>(٣)</sup>، ولكنه كَثَرَ جَمْعَ<sup>(٤)</sup> القاطعين وكان رِذْءاً لهم، وأرعب الرُّقَّةَ فلا حَدَّ عليهم، كما لا حَدَّ في مَقْدَمَاتِ الرِّزَا والشُّزْبِ.

ولو أخذ [بعضهم]<sup>(٥)</sup> أقلَّ من نِصَابٍ، فكَذَلِكَ الحُكْمُ إذا شرطنا النُّصَابَ، ولا يكمل نِصَابُهُ بما أخذ غيره.

ویم يُعَاقَبُ الرِّذْءُ؟ فيه وجهان:

أصحهما: أن الإمامَ يُعَزِّزُهُ باجتهاده بالحَبْسِ أو التَّغْرِيبِ<sup>(٦)</sup> أو سائر وُجُوهِ التَّأْدِيبِ، كما في سائر الجَرَائِمِ.

والثاني: أنه يُعَرَّبُهُ وَيُنْفِيه إلى حيث يَرَاهُ، وليختر جهة يحتف<sup>(٧)</sup> بها أهل النُّجْدَةِ والبَّاسِ من أصحابه، ليَأْمَنَ منه، وإذا عين<sup>(٨)</sup> صَوْباً منعه من أن يَغْدِلَ عنه ويسير حَيْثُ شاء، وعلى هذا فهل يعزر في البلدة المنفي إليها بِضَرْبٍ أو حَبْسٍ أو غيرهما، أو يُكْتَفَى بالنَّفْيِ؟ فيه وجهان واحتج من ذهب إلى أن الرِّذْءَ يُنْفَى بقوله تعالى: ﴿أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ﴾ [المائدة: ٣٣].

(٢) في ز: الصلب.

(٤) في ز: كيد جميع.

(٦) في ز: والتعذيب.

(٨) في ز: غير.

(١) سقط في ز.

(٣) في ز: نصيباً.

(٥) سقط في ز.

(٧) في ز: يخيف.

وقال: جعل الثَّغْيَ عُقُوبَةً مَقْصُودَةً مع سائر العقوبات المذكورة.

وأصحاب الوجه الأصح قالوا: معنى نَقِيهِمْ من الأرض أنهم إذا هَرَبُوا من حَبْسِ الإمام فَيَتَّبِعُوا لِيَسْتَرِدُّوا وَيُفَرِّقَ جمعهم<sup>(١)</sup> وَتَبَطَّلَ شَوْكُهُمْ، ومن ظَفَرْنَا بِهِ نَقِيمٌ عليه ما [تؤديه]<sup>(٢)</sup> جَنَائِئُهُ من الحدِّ أو التعزير، ويُرَوَّى هذا التنزيل عن ابن عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - .

وهذا ما أشار إليه بقوله في الكتاب: «وأما الثَّغْيُ فغير مقصود...» إلى آخره، ثم ذكر الِوَجْهَ الآخر، وهو أن الثَّغْيَ عُقُوبَةٌ مقصودةٌ «فيمن اقتصر على الإزْعَابِ»، والمذهب الظاهر، هو أنه لا يَلْزَمُهُ إلا التعزير، وقد قَدَّمَهُ من قَبْلُ، ولو ضَمَّ أَحَدَهُمَا إلى الآخر لكان أَحْسَنَ وَأَوْلَى.

وليعلم قوله «ولا يُقَطَّعُ فيما دون النَّصَابِ» بـ «الواو». وقوله: «فلا يجب إلا التَّعْزِيرُ» بـ «الحاء».

وقوله: «وإن جمع بين الأَخْذِ والقَتْلِ لم يُقَطَّعُ» بالواو؛ لما نُقِلَ عن أبي الطَّيِّبِ بن سلمة.

وقوله: «يُصَلَّى عليه» في الموضوعين بالحاء؛ لأن عنده لا يُصَلَّى على قَاطِعِ الطريق وبالواو<sup>(٣)</sup> أيضاً؛ لوجه مثله في الجَنَائِزِ.

وقوله: «ثم يُصَلَّبُ» بالحاء؛ لأن عنده يُصَلَّبُ ثم يُقَتَّلُ، وكلمة «يُصَلَّبُ» بالواو؛ لما حكاها صاحب «التقريب» أنه إذا قَتَلَ، وأخذ نِصَاباً يُقَطَّعُ ويُقَتَّلُ، ولا يُصَلَّبُ.

وقوله: «وفيه وجه أنه يُصَلَّبُ ثم يُقَتَّلُ» المشهور منه القول لا الِوَجْهَ، ويجوز أن يعلم بالواو؛ لما نقله الإمام من القطع<sup>(٤)</sup> بتقديم القَتْلِ على الصَّلْبِ.

وأن يعلم قوله: «بتركة جَائِعاً» بالواو؛ لما مرَّ وما ذكره في خلال<sup>(٥)</sup> الفصل من غُسْلِ قاطع الطريق والصَّلَاةِ عليه مُكْرَرٌ قد سَبَقَ ذِكْرُهُ في الجنائز، مع زِيَادَاتٍ، ولو اِكْتَفَى بما قَدَّمَهُ لكان جَائِزاً.

«فرع»

إذا اجتمع عليه القَتْلُ والصَّلْبُ لو مات قبل أن يُقَتَّلَ، هل يجب صلبيه؟ فيه وجهان:

(٢) في ز: توادونه.

(٤) في ز: القتل.

(١) في ز: جميعهم.

(٣) في ز: وقالوا.

(٥) في ز: خلاف.

أحدهما - وبه قال القاضي أبو الطيب -: نعم؛ لأن القتل والصلب مشرورانِ  
حدًا، وقد فات أحدهما، فيستوفى الآخر.

والثاني - وبه قال الشيخ أبو حامد: لا؛ لأن الصلْبَ صِفَةً تابعة للقتل، وقد سقط  
المتبوع، فيسقط التابع، وهذا ما يُنسبُ إلى رواية الحارث بن سُرَيْجِ القفال<sup>(١)</sup> عن  
النَّص. والله أعلم.

قال الغزالي: (الطرف الثالث في حكم هذه العقوبة) ولها حكمان: (أحدهما) أنه  
يسقط بالتوبة قبل الظفر، وأما بعده ففيه قولان يجريان في جميع الحدود، والصحيح أن  
من ظهر تقواه فلا يقام عليه الحدود الماضية ولكن قوله عند التعريض لإقامة الحد ثبت لا  
يؤتى به فينبغي أن يعتبر معه الاستبراء وصلاخ الحال بالعمل، والإنسقاط بمجرد قوله:  
ثبت بعيد، ثم إنما يسقط بالتوبة الحد دون القصاص والعزم، ويسقط قطع اليد (ح)  
والرجل جميعاً وإن أخذ نصاباً.

قال الرافعي: مقصود الطرف<sup>(٢)</sup> مذرَج في حكمين:

أحدهما: قد ذكرنا أن قاطع الطريق إذا هرب يئب، ويقام عليه ما يستوجب من  
حد<sup>(٣)</sup> أو تعزير، فإن مات قبل القذرة عليه، سقط عنه ما يختص بقطع الطريق من  
العقوبات؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ فَأَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ عَفُورٌ  
رَحِيمٌ﴾ [المائدة: ٣٤].

وفي كتاب القاضي ابن كج: أن أبا الحسن حكى عن القديم قولاً أنه لا يسقط،  
بناء على الخلاف في سقوط سائر الحدود بالتوبة، والمذهب المشهور الأول.

وإن تاب بعد القذرة عليه، ففي سقوط ما يختص بقطع الطريق بالتوبة طريقتان:

أحدهما: القطع بأنه لا يسقط، وهو الذي أوردته أصحابنا العراقيون وغيرهم.

والثاني: أن فيه قولين كالقولين في سقوط حد الزاني، والسارق، وشارب الخمر  
بالتوبة، وهذا ما حكاه القاضي الروياني عن الصنيدلاني وعليه جرى الإمام، وصاحب  
الكتاب، وسواء ثبت الخلاف، أو لم يثبت فالظاهر أنه لا يسقط [وبه يشعر<sup>(٤)</sup>] التقييد<sup>(٥)</sup>  
في قوله تعالى: ﴿مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ﴾ [المائدة: ٣٤]. وفرق بين الحالتين من

(٢) في أ: الفصل.

(١) في أ: البقال.

(٣) في ز: خلاف.

(٥) في ز: التنفيذ.

(٤) سقط في ز.

جهة المعنى بأنه [بعد]<sup>(١)</sup> القدرة عليه [متعرض]<sup>(٢)</sup> لِلْحَدِّ [مُتَّهَمٌ] بِقَصْدِ الدَّفْعِ فِي [نَفْسِهِ]<sup>(٣)</sup> بِالتَّوْبَةِ، وَأَمَّا قَبْلَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ فَهُوَ مَمْتَنِعٌ<sup>(٤)</sup> عَنِ طَاعَةِ الْإِمَامِ، وَتَوْبَتَهُ<sup>(٥)</sup> بَعِيدَةٌ عَنِ التُّهْمَةِ، قَرِيبَةٌ مِنَ الْحَقِيقَةِ.

وَهَلْ تُؤَثِّرُ التَّوْبَةُ فِي إِسْقَاطِ حَدِّ الزَّنَا، وَالسَّرْقَةِ، وَشُرْبِ الْخَمْرِ فِي حَقِّ غَيْرِ قَاطِعِ الطَّرِيقِ، وَفِي حَقِّ قَاطِعِ الطَّرِيقِ قَبْلَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ، وَبَعْدَهَا؟ فِيهِ قَوْلَانِ، سَبَقَ ذَكَرَهُمَا مَرَّةً فِي جَنَائَةِ الزَّنَا، وَالْأَصْحَحُ عَلَى مَا ذَكَرَهُ الْإِمَامُ، وَصَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» وَغَيْرُهُمَا، وَيُنْسَبُ إِلَى الْجَدِيدِ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: أَنَّهَا لَا تُؤَثِّرُ، وَاحْتِجَ لَهُ بِأَنْ قَوْلُهُ - تَعَالَى - فِي آيَةِ الزَّنَا: ﴿فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ [النور: ٢] مُطْلَقٌ وَكَذَا قَوْلُهُ - عَزَّ وَجَلَّ - فِي السَّرْقَةِ: ﴿فَأَقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨]. وَلَمْ يَفْرُقْ بَيْنَ مَا قَبْلَ التَّوْبَةِ وَبَيْنَ مَا بَعْدَهَا، [و] <sup>(٦)</sup> أَيْضاً فَإِنَّ الْكُفَّارَةَ لَا تَسْقُطُ بِالتَّوْبَةِ، فَكَذَلِكَ الْحُدُودُ الَّتِي هِيَ كَفَّارَاتٌ.

وَالثَّانِي - وَرَجَحَهُ جَمَاعَةٌ مِنَ الْعِرَاقِيِّينَ أَنَّهَا تُؤَثِّرُ فِي إِسْقَاطِهَا؛ لِأَنَّهَا حُدُودٌ خَالِصَةٌ لِلَّهِ تَعَالَى، فَأَشْبَهَتْ حَدَّ قَاطِعِ الطَّرِيقِ، وَيَتَّفَرَّغُ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ فِرْعَانَ:

أَحَدُهُمَا: مَا يَسْقُطُ بِالتَّوْبَةِ فِي حَقِّ قَاطِعِ الطَّرِيقِ قَبْلَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ يَسْقُطُ بِنَفْسِ التَّوْبَةِ، وَأَمَّا بَعْدَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ وَفِي حَقِّ الزَّانِي، وَالسَّارِقِ، وَشَارِبِ الْخَمْرِ، فَقَدْ حَكَى الْإِمَامُ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ الْجَوَابَ كَذَلِكَ، وَإِظْهَارُ التَّوْبَةِ كَافٍ<sup>(٧)</sup> كِإِظْهَارِ الْإِسْلَامِ تَحْتَ ظِلَالِ السُّيُوفِ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ لَا يَدْعَى التَّوْبَةَ مِنْ إِضْلَاحِ الْعَمَلِ لِيُظْهَرَ الصِّدْقُ فِيهَا، وَتَحْصُلَ الثِّقَةِ<sup>(٨)</sup>، وَنَسَبَ الْإِمَامُ هَذَا الرَّجْحَ إِلَى الْقَاضِي الْحُسَيْنِ، وَالْأَوَّلَ إِلَى سَائِرِ الْأَصْحَابِ، وَالَّذِي أَوْزَدَهُ جَمَاعَةٌ مِنَ الْعِرَاقِيِّينَ، وَتَابَعَهُمْ صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» وَالْقَاضِي الرَّوْيَانِيُّ مَا نَسَبَهُ إِلَى الْقَاضِي الْحُسَيْنِ، وَتَمَسَّكُوا لَهُ بِظَاهِرِ الْقُرْآنِ، فَإِنَّ اللَّهَ - تَعَالَى - قَالَ فِي قُطَاعِ الطَّرِيقِ: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ﴾ [المائدة: ٣٤] لَمْ يَتَّعَرَّضْ إِلَّا لِلتَّوْبَةِ، وَقَالَ فِي الزَّنَا: ﴿فَإِنْ تَابَا وَأَصْلَحَا فَأَعْرَضْنَا عَنْهُمَا﴾ [النساء: ١٦] وَفِي السَّرْقَةِ:

(١) فِي ز: قَصْدٌ.

(٢) فِي ز: فِي.

(٣) فِي ز: وَقَرِيْبَتُهُ.

(٤) فِي ز: كَانَ.

(٥) فِي ز: يَتَعَذَّرُ.

(٦) فِي ز: مَمْنُوعٌ.

(٧) فِي ز: نَسَبَ.

(٨) فِي ز: نَسَبَ.

﴿فَمَنْ تَابَ مِنْ بَعْدِ ظُلْمِهِ وَأَصْلَحَ فَإِنَّ اللَّهَ يَتُوبُ عَلَيْهِ﴾ [المائدة: ٣٦] فاعتبر الأصحاب مع التوبة [الإصلاح،] <sup>(١)</sup> ومن جهة المعنى بما سبق أن توبته قبل القُدرة لا يظهر فيها اِحْتِمَالُ الْحَوْفِ وَالتَّقِيَّةِ، وفي هذا الْمُتَنَهَى <sup>(٢)</sup> كلامان:

أحدهما: ذكر الإمام تفرعاً على اعتبار إصلاح العمل [أن يُمتَحَنَ] <sup>(٣)</sup> سِرّاً وَعَلَناً، فإن بَدَأَ الصَّلَاحُ، أسقطنا الحَدَّ عنه، وإلَّا حَكَمْنَا [بأنه لم يسقط] ورأى هذا مشكلاً؛ لأنه لا سَبِيلَ إلى حقيقته، وإن خلى فكيف يتبع، وكيف يُعْرِفُ صلاحه؟! وحُمِلَ ذِكْرُ الصَّلَاحِ في الآية على اعتباره في العفو والمغفرة، ويشبه أن يقال: في التفرع عليه: إذا أظهر التَّوْبَةَ اِمْتَنَعْنَا من إقامة الحَدِّ عليه، فإن ظَهَرَ الصَّلَاحُ من بعد، أو لم يظهر ما يخالف التَّوْبَةَ فذاك، وإن ظهر ما يخالفها أقمنا الحَدَّ عليه.

والثاني: حَكَيْتَا في باب الزَّنَا طريقين في مَوْضِعِ القَوْلين، في سُقُوطِ الحَدِّ بالتوبة:

أحدهما: تخصيص القَوْلين بما إذا تَابَ قبل الرُّفْعِ إلى القاضي، فإن تَابَ بعد الرُّفْعِ لم يَسْقُطْ بلا خلاف.

والثاني: طَرَدُ القَوْلين في الحَالَتَيْنِ، وقد يرجع هذا الخِلَافُ إلى الخِلَافِ في أن التوبة بمجردا تُسْقِطُ الحَدَّ، أو يعتبر صلاح العمل؟ إن اعتبرنا الصَّلَاحَ، فلا بد من مُضِيِّ زَمَانٍ يظهر به الصَّدْقُ والصلاح، ولا تكفي التَّوْبَةُ بعد الرُّفْعِ.

الفرع الثاني: إذا تَابَ قَاطِعُ الطريق قبل القُدرة عليه، فإن كان قد قتل سقط عنه اِنْجِتَامُ القَتْلِ، وللولي أن يَقْتَصَّ، وله أن يَغْفُو، هذا هو الظاهر، وفيه كلامان:

أحدهما: أنه مبنيٌّ على أن عُقُوبَةَ قاطع الطريق لا تَتَمَحَّضُ حَدّاً، بل يَتَعَلَّقُ بها القِصَاصُ، وهو الأظهر على ما سَيَأْتِي إن شاء الله تعالى.

أما إذا مَحَّضْنَاهَا حَدّاً فلا يَبْقَى عليه شيء.

والثاني: أنه حَكَى تَخْرِيجَ وَجْهِه في القِصَاصِ، وفي حَدِّ القَذْفِ أنهما يسقطان بالتوبة؛ لأنهما يَسْقُطَانِ بِالشُّبْهَةِ كحدود الله تعالى.

وفي كتاب القاضي ابن كَجَّجٍ أن أبا الحسين نَقَلَهُ قولاً عن القديم في حَقِّ القَذْفِ، وإن كان قد قَتَلَ، وَأَخَذَ المَالَ، سقط الصَّلْبُ، وَاِنْجِتَامُ القَتْلِ، وبقي القِصَاصُ، وضمنان

(٢) في ز: المسمى.

(١) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

المال، وفي القصاص ما ذكرناه. وإن كان قد أخذ المَالَ سَقَطَ عنه قَطْعُ الرَّجْلِ، وأما قَطْعُ اليد فقد دُكِرَ وجهان في أنه هل يُعَدُّ من خَوَاصِّ قطع الطريق؟

عن أبي إسحاق أنه ليس من خَوَاصِّه؛ لتعلقه بأخذ نِصَابٍ في السرقة.

وعن أبوي علي بن أبي هريرة والطبري - رحمهما الله - أنه من خَوَاصِّه؛ لأن قطع اليد في المَحَارَبَةِ جُزْءٌ من الحَدِّ الوَاجِبِ، والمُوجِبُ له أخذُ المالِ مُجَاهَرَةً، وقطع اليد في السَّرْقَةِ حَدٌّ برأسه، والمُوجِبُ له أخذُ المالِ خُفِيَةً، فقد اختلفَ المُوجِبُ والوَاجِبُ، فإن جَعَلْنَاهُ من خَوَاصِّ قَطْعِ الطريقِ، سَقَطَ، كقطع الرجل، وهو الأظهر، والجَوَابُ في «التهذيب» وفي الكتاب.

وإن لم نجعله من خَوَاصِّه، ففيه الخلافُ المذكورُ في سائر الحدود.

وقوله في الكتاب «يَسْقُطُ بالتَّوْبَةِ قبلَ الظَّفْرِ» يريد به ما يَخْتَصُّ من العقوبة بِقَطْعِ الطريقِ، ويجوز إعلَامُهُ بالواو لما قَدَّمْنَا، وكذا إعلَامُ قوله: «ففيه قولان» لما ذكرنا أن بَعْضَهُمْ قَطَعَ بأنه لا تسقط عُقُوبَةُ قاطعِ الطريقِ بعدَ الظَّفْرِ وقوله: «والصحيح أن من ظَهَرَ تَقْوَاهُ...» إلى آخره ترجيحُ للقولِ بالسُّقُوطِ بالتوبة على ما قاله جَمَاعَةٌ من الأصحاب مع اعتبار صَلَاحِ الحَالِ.

وأوضحه بأن قوله: «تُبْتُ» عند التَّعَرُّضِ لإقامة الحدِّ لا يُوثِقُ به، فيعتبر الاستبراء ليعلم صدقَهُ، وصلاحُ سِرِّيرَتِهِ، ويمكنُ إعلَامُ قوله: «فينبغي أن يُعْتَبَرَ معه الاستبراء بالواو»، إشارةً إلى الوجه المكتفي بإظهارِ التوبة. وليعلم قوله: «دون القصاص بالواو». وكذا لَفْظُ: «قطع اليد».

وقوله «وإن أخذ نِصَاباً» لفظ النِّصَابِ غير مُخْتِاجٍ إليه في هذا المَقَامِ، فقد عرفنا من قبل أن القَطْعَ إنما يَنَاطُ بالنِّصَابِ، ولو قال: إذا أخذ المَالَ بدلاً عن قوله: «وإن أخذ نِصَاباً» كان أَحْسَنَ [التَّيَاماً]<sup>(١)</sup>.

قال العزالي: (الْحُكْمُ الثَّانِي) أَنَّ الْقَتْلَ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى حَتَّى لَوْ عَفَا وَلِيُّ الدَّمِّ قُتِلَ حَدًّا، وَهَلْ يَثْبُتُ حَقُّ الْقِصَاصِ مَعَهُ؟ فِيهِ قَوْلَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَثْبُتُ لَمْ يُقْتَلْ بِمَنْ كَيْسَ بِكَفِّهِ، وَإِنْ مَاتَ بَقِيَتِ الدِّيَّةُ فِي تَرْكِتِهِ، وَإِنْ قَتَلَ جَمَاعَةً قُتِلَ بِوَاحِدٍ وَلِلْآخِرِينَ الدِّيَّةُ، وَإِنْ عَفِيَ عَلَى مَالٍ قُتِلَ حَدًّا وَلَهُ الدِّيَّةُ، فَلَوْ نَابَ قَبْلَ الظَّفْرِ لَمْ يَسْقُطِ الْقِصَاصُ، وَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ حَدٌّ مَحْضٌ فَلَا مَدْخَلَ لِلدِّيَّةِ فِيهِ وَلَا لِلْكَفَّارَةِ، وَلَا يَبْقَى قِصَاصٌ بَعْدَ التَّوْبَةِ.



قَالَ الرَّافِعِيُّ: قَاطِعُ الطَّرِيقِ إِذَا قَتَلَ فِي قَطْعِ الطَّرِيقِ حَطًّا، بَأَن رَمَى إِلَى شَخْصٍ، فَأَصَابَ غَيْرَهُ، أَوْ قَتَلَ شِبْهَ عَمَدٍ، لَمْ يَلْزِمَهُ الْقَتْلُ، وَتَكُونُ الدِّيَّةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ، وَإِن قَتَلَ عَمْدًا، فَقَدْ سَبَقَ أَنَّهُ يَنْحَتِمُ قَتْلَهُ.

وَمَا حَالَ هَذَا الْقَتْلِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ اخْتَلَفُوا فِي التَّعْبِيرِ <sup>(١)</sup> [عَنْهُمَا] <sup>(٢)</sup> [فَقَالَتْ] <sup>(٣)</sup> طَائِفَةٌ: وَهُوَ الْأَصْحَحُ، هَذَا الْقَتْلُ فِيهِ مَعْنَى [الْقِصَاصُ؛] <sup>(٤)</sup> [لَأَنَّهُ] <sup>(٥)</sup> قَتْلٌ فِي مُقَابَلَةِ قَتْلِ، وَفِيهِ مَعْنَى الْحُدُودِ؛ [لَأَنَّهُ لَا] <sup>(٦)</sup> يَصِحُّ الْعَفْوُ عَنْهُ، وَيَتَعَلَّقُ اسْتِيفَاؤُهُ بِالسُّلْطَانِ، لَا بِالرَّوْلِ، وَمَا [الْمُعْلَبُ مِنْ] <sup>(٧)</sup> [الْمَعْنِينِ؟] <sup>(٨)</sup> فِيهِ قَوْلَانِ.

وَقَالَ آخَرُونَ: هَلْ يَتَمَحَّضُ [هَذَا] <sup>(٩)</sup> الْقَتْلُ حَقًّا لِلَّهِ - تَعَالَى - أَوْ فِيهِ حَقُّ الْآدَمِيِّ أَيْضًا؟ فِيهِ قَوْلَانِ، وَهَذَا هُوَ إِيرَادُ الْكِتَابِ، وَهُوَ تَغْلِيْبُ حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى، أَوْ تَمْحِيزُهُ حَقًّا لِلَّهِ - تَعَالَى - لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ الْعَفْوُ عَنْهُ، وَيَتَعَلَّقُ اسْتِيفَاؤُهُ بِالْإِمَامِ، وَوَجْهُ رِعَايَةِ حَقِّ الْآدَمِيِّ، وَهُوَ الْأَصْحَحُ - أَنَّهُ لَوْ قَتَلَ فِي غَيْرِ الْمُحَارَبَةِ لَثَبِتِ الْقِصَاصِ لِلْآدَمِيِّ، فَيُعَدُّ أَنَّ [يَبْطُلُ] <sup>(١٠)</sup> حَقُّهُ بِوُقُوعِ الْقَتْلِ فِي الْمُحَارَبَةِ.

وَلَنَا اخْتِلَافٌ قَوْلٍ فِي أَنَّهُ إِذَا اجْتَمَعَ حَقُّ اللَّهِ - تَعَالَى - وَحَقُّ الْآدَمِيِّ تَغْلَبَ حَقُّ [الْآدَمِيِّ أَمْ] <sup>(١١)</sup> لَا؟ فَكَيْفَ يَنْتَظِمُ هُنَا إِبْطَالُهُ بِالْكَلِيَّةِ.

وَيَقَالُ [بِنَاءٍ عَلَى] <sup>(١٢)</sup> هَذَا الْقَوْلِ: إِن أَضَلَّ الْقَتْلُ فِي مُقَابَلَةِ الْقَتْلِ [وَالْتَحْتَمَ] <sup>(١٣)</sup> حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى، وَيَتَفَرَّغُ عَلَى الْخِلَافِ الْمَذْكُورِ [صُورًا:] <sup>(١٤)</sup> مِنْهَا إِذَا قَتَلَ قَاطِعُ الطَّرِيقِ مِنْ لَا يُكَافِئُهُ، كَالْأَبِ يَقْتُلُ الْإِبْنَ، وَالْمُسْلِمَ يَقْتُلُ الذَّمِيَّ، وَالْحُرَّ الْعَبْدَ، فَإِن لَمْ يُرَاعَ مَعْنَى <sup>(١٥)</sup> الْقِصَاصِ وَحَقُّ الْآدَمِيِّ قَتْلَانَهُ حَدًّا، وَلَمْ يُبَالِ بِعَدَمِ الْكِفَاءَةِ، وَإِن رَاعَيْتَاهُ لَمْ تَقْتُلْهُ بِهِ، وَأَوْجِبْنَا الدِّيَّةَ، أَوْ الْقِيَمَةَ.

وَلَوْ قَتَلَ قَاطِعُ الطَّرِيقِ عَبْدَ نَفْسِهِ فَعَن ابْنِ أَبِي هُرَيْرَةَ وَالْقَاضِي حَسِينٌ تَخْرِيْجُهُ عَلَى الْخِلَافِ. وَعَن أَبِي إِسْحَاقَ الْقَطَّعُ بِأَنَّهُ لَا يَقْتُلُ، كَمَا أَنَّهُ لَا يَقْطَعُ إِذَا أَخَذَ مَالَ نَفْسِهِ <sup>(١٦)</sup>، وَهَذَا مَا اخْتَارَهُ الصَّيْدَلَاوِيُّ.

- |                     |                   |
|---------------------|-------------------|
| (١) فِي ز: التقييد. | (٢) سقط في ز.     |
| (٣) سقط في ز.       | (٤) سقط في ز.     |
| (٥) سقط في ز.       | (٦) سقط في ز.     |
| (٧) سقط في ز.       | (٨) سقط في ز.     |
| (٩) سقط في ز.       | (١٠) في أ: يحبط.  |
| (١١) سقط في ز.      | (١٢) سقط في ز.    |
| (١٣) سقط في ز.      | (١٤) سقط في ز.    |
| (١٥) في ز: يعني.    | (١٦) في ز: يعينه. |

ومنها: لو مات قَاطِعُ الطریق، فإن رَاعَيْنَا معنى الْقِصَاصِ أَخَذْنَا الدِّيَةَ مِنَ التَّرِكَةِ، وإلا لم تُوجِبْ فِي التَّرِكَةِ شَيْئاً. ومنها: إِذَا قَتَلَ الْوَاحِدُ فِي قَطْعِ الطَّرِيقِ جَمَاعَةً، فإن رَاعَيْنَا معنى [الْقِصَاصِ] <sup>(١)</sup> قَتَلَ بواحد، وللباقين الدِّيَةَ، وإن قَتَلَهُمْ عَلَى [التَّرْتِيبِ قَتْلًا] <sup>(٢)</sup> بالأول، ولو عفا وَلِيُّ الْأَوَّلِ لم يَسْقُطْ قَالَهُ فِي «التَّهْدِيبِ»، وإن لم تُرَاعِ معنى الْقِصَاصِ قَتَلَ بِهِمْ، ولم تَجِبِ الدِّيَةُ.

[ومنها: لو عفا] <sup>(٣)</sup> الولي على مالٍ، فإن رَاعَيْنَا معنى الْقِصَاصِ، سَقَطَ الْقِصَاصُ، وَوَجِبَ الْمَالُ، وَقَتِلَ حَدًّا كَمَرْتَدٍ، اسْتَوْجِبَ الْقِصَاصُ [وَعُفِيَ عَنْهُ] <sup>(٤)</sup>، وإن لم تُرَاعِهِ، فَالْعَفْوُ لَعَوٌ. ومنها: لو تاب <sup>(٥)</sup> قبل [الظُّفْرِ بِهِ لَمْ] <sup>(٦)</sup> يَسْقُطِ الْقِصَاصُ إِنْ رَاعَيْنَا <sup>(٧)</sup> معنى الْقِصَاصِ، ويسقط الحدُّ، وإلا فلا شيء عليه وهذا قد مرَّ.

ومنها: لو قتل القاتل [- يعني: قاطع الطريق -] <sup>(٨)</sup> بِمُتَّقِلٍ أو قطع عُضْوٍ، فإن رَاعَيْنَا معنى الْقِصَاصِ [قتلناه] <sup>(٩)</sup> بمثل ما قَتَلَ، وإلا فيُقْتَلُ بِالسِّنِّبِ كَالْمُرْتَدِّ.

ومنها: لو قتله قَاتِلٌ بغيرِ إِذْنِ الإمام، فإن رَاعَيْنَا معنى الْقِصَاصِ فعليه الدِّيَةُ لورثته، [ولأ] <sup>(١٠)</sup> قِصَاصٌ؛ لأن قتله متحتم <sup>(١١)</sup>، وَيَجِيءُ فِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ، وإن لم نراعِهِ <sup>(١٢)</sup> فليس عليه إلا التَّغْزِيرُ لِأَفْتِيَاتِهِ <sup>(١٣)</sup> على الإمام.

قال العزالي: (فُرُوعٌ، الْأَوَّلُ) الْجُرْحُ السَّارِي يُوجِبُ قَتْلًا مُتَحْتَمًا، وَلَوْ قَطَعَ عُضْوًا فَهَلْ يَتَحْتَمُّ قَطْعُهُ؟ فِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهُ يَفْرَقُ فِي الثَّالِثِ بَيْنَ مَا عَهْدَ حَدًّا كَالْقَطْعِ وَبَيْنَ مَا لَمْ يَعْهَدْ كَالجِدْعِ وَقَوِّءِ الْعَيْنِ، (الثَّانِي): أَنَّهُ يُؤَالِي بَيْنَ قَطْعِ الْيَدِ وَالرَّجْلِ، وَمَنْ اسْتَحَقَّ يَسَارُهُ بِالْقِصَاصِ وَيَمِينُهُ بِالسَّرْقَةِ قُدِّمَ الْقِصَاصُ وَيُمَهَّلُ حَتَّى يَنْدَمَلَ ثُمَّ يَفْطَعُ الْيَسْرَى <sup>(١٤)</sup> لِلسَّرْقَةِ، وَلَوْ اسْتَحَقَّ يَمِينُهُ بِالْقِصَاصِ ثُمَّ قَطَعَ الطَّرِيقَ قَطَعَ يَمِينُهُ لِلْقِصَاصِ تَقْدِيمًا لِحَقِّ الْأَدْمِيِّ وَقَطَعَ رِجْلَهُ مِنْ غَيْرِ إِمْهَالٍ، لِأَنَّ الْمُوَالَاةَ مُسْتَحَقَّةٌ لَوْ قَدَرْنَا عَلَى قَطْعِ يَمِينِهِ حَدًّا.

قال الرافعي: قاطع الطريق إذا جرح جرحاً سارياً فقد قتل، وقد بان حكمه، وإن

- |                     |   |
|---------------------|---|
| (١) سقط في ز.       | (٢) سقط في ز.                               |
| (٣) سقط في ز.       | (٤) سقط في ز.                               |
| (٥) في ز: مات.      | (٦) سقط في ز.                               |
| (٧) في ز: يعني.     | (٨) سقط في ز.                               |
| (٩) سقط في ز.       | (١٠) سقط في ز.                              |
| (١١) في ز: يتحتم.   | (١٢) في ز: يرا.                             |
| (١٣) في ز: لتفويته. | (١٤) كذا في الأصل، والصواب «اليمنى» للسياق. |

جَرَحَ جُرْحًا واقفًا]، نظر إن<sup>(١)</sup> كان فيما لا قِصَاصَ فيه كالجَائِفَةِ، فلا يقابل<sup>(٢)</sup> بمثله كما في حَقِّ غير قَاطِعِ الطَّرِيقِ، والواجب فيه المَالُ، فلا يدخل التَّحْتَمُ فيه كَبَدَلِ النفس<sup>(٣)</sup> الواجب بِالْقَتْلِ الخَطِئًا، وإن كان يَجِبُ فيه القِصَاصُ كَقَطْعِ اليدِ أو الرَّجْلِ، فيقابل بمثله.

وعند أبي حَنِيفَةَ: لا يقتص منه، وَيُسَلِّكُ بالطَّرْفِ<sup>(٤)</sup> مَسَلِّكُ المَالِ، وعنه: لا يضمن قَاطِعُ الطريقِ إذا أَتَلَفَ المَالُ، ويكتفي بِحَدِّهِ، كما لا يجتمع القَطْعُ والعُزْمُ على السَّارِقِ واحتجَّ الأصْحَابُ بأن قَاطِعَ الطريقِ متعدِّ لا شُبْهَةٌ<sup>(٥)</sup> له في طرف الرُّفْقَةِ ولا في مالهم، فَلَزِمَهُ ضَمَانُهَا، وهل يَتَحَتَّمُ القِصَاصُ في الجِرَاحَةِ<sup>(٦)</sup>؟ فيه قولان: أحدهما: نعم - كما يَتَحَتَّمُ القَتْلُ [عند القَتْلِ]<sup>(٧)</sup>.

وأصحهما: المَنَعُ؛ لأن التَّحَتَّمُ تَغْلِيظٌ لحق الله - تعالى - فَيَحْتَصُّ بالنَّفْسِ كالكَفَّارَةِ. وعن أبي منصور [بن مَهْرَانَ]<sup>(٨)</sup> أن الفَرْقَ بين النَّفْسِ والطَّرْفِ - أن الغالب أن قَاطِعَ الطريقِ يَقْصِدُ المَالَ أو النَّفْسَ لِعِدَاوَةِ اشتدت بين قومٍ وقومٍ فَشَرَعَتْ<sup>(٩)</sup> في كل واحد منهما عُقُوبَةٌ مَتَحَتَّمَةٌ، وأما الجِرَاحَاتُ، فإنها لا تُقْصَدُ بِقَطْعِ الطريقِ في الغالب؛ فلم يُشْرَعْ فيها، التَّحَتَّمُ، وبقي الواجِبُ فيها على أصل التَّخْيِيرِ، وهذا القولانِ أَطْلَقَهُمَا مُطْلَقُونَ في كل عَضْوٍ، يجري فيه القِصَاصُ.

ومنهم من قَطَعَ بالتَّحْتَمِ في القَطْعِ الذي يُشْرَعُ حَدًّا، وهو قَطْعُ اليَدَيْنِ والرجلين، وَخَصُّوا<sup>(١٠)</sup> القولين بما لا يُشْرَعُ حَدًّا كَجَدْعِ الأَنْفِ والأُذُنِ، وَقَوِّءِ العَيْنِ، ويخرج من الطريق عند الاختصار ثلاثة أقوال أو أوجه، كما في الكتاب.

ويجوز أن يُعْلَمَ قوله في الكتاب «ثَلَاثَةٌ أَوْجُهٍ» بالواو لِقَطْعِ مَنْ قَطَعَ في اليدين والرجلين بالتَّحْتَمِ [وأيضاً]<sup>(١١)</sup> في «جمع الجوامع» للقاضي الرُّوْيَانِيُّ أن القاضي الطَّبْرِيُّ قال: لا يُعْرَفُ للشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - إلا أنه لا يَتَحَتَّمُ، وهذا كالقَطْعِ بِنَفْسِ التَّحْتَمِ.

وذكر ابن الصَّبَّاحِ تَفْرِيحاً على الخِلَافِ في أن الجِرَاحَاتِ هل تَتَحَتَّمُ أنه لو قطع يَدَهُ، ثم قَتَلَهُ في المَحَارَبَةِ، فإن قلنا: الجِرَاحَةُ لا تَتَحَتَّمُ، فالْحُكْمُ كما لو قَطَعَ في غير

- |                        |                    |
|------------------------|--------------------|
| (١) سقط في ز.          | (٢) في ز: يقتل.    |
| (٣) في ز: النصف.       | (٤) في ز: بالطرق.  |
| (٥) في ز: منعه لا سمة. | (٦) في ز: الخداجة. |
| (٧) سقط في ز.          | (٨) سقط في ز.      |
| (٩) في ز: شرعت.        | (١٠) في أ: وخصص.   |
| (١١) سقط في ز.         |                    |

المُحَارَبَةِ، ثم قتله في المُحَارَبَةِ، وسيأتي ذلك في الفَرْعِ الذي يلي هذا الفَرْعِ.

وإن قلنا: يَتَحَتَّمُ، فيقطع ثم يقتل، ولو قَطَعَ يَدَ إنسان في المُحَارَبَةِ، وَأَخَذَ المَالَ، نظر إن قطع يَمِينَهُ فإن قلنا: [لا] <sup>(١)</sup> يَتَحَتَّمُ، وَعَفَا أَخَذَ يَدَ اليَدِ، وقطعنا يَمِينِ المُحَارِبِ وَرِجْلَهُ اليسرى حَدًّا، وإن لم يَغْفُ أو قلنا بالتحتّم قُطِعَتْ يمينه بالقصاصِ، وتقطع رِجْلُهُ حَدًّا، كما لو قطع الطريق ولا يَمِينِ له.

وإن قطع يساره فإن قلنا: لا يتحتّم، وَعَفَا، أخذ الدِّية، وقطعت يده اليمنى، وَرِجْلَهُ اليسرى، وإن لم يَغْفُ أو قلنا بالتحتّم قُطِعَتْ يساره، ويؤخر قُطْعَ اليمين والرجل اليسرى إلى اندِمَالِ اليسارِ ولا نوالي بين عُقُوبَتَيْنِ.

وقوله: «والثاني أنه يوالي» في الفَرْعِ الثاني إلى آخر الفَرْعِ، يوالي على قاطع الطريق بين قُطْعِ اليد والرجل، فإن قُطِعَهُمَا جميعاً عُقُوبَةٌ واحدة كالجلدات <sup>(٢)</sup> في الحدِّ الواحد، وإن كَانَ مَقْطُوعَ اليمين، قُطِعَتْ رِجْلُهُ اليسرى، ولا تجعل اليَدَ اليسرى بَدَلًا عن اليمين كالسَّارِقِ [فإن] كانت يَدُهُ نَاقِصَةً بإصبع <sup>(٣)</sup> تُقَطَّعُ يَدُهُ النَّاقِصَةَ، ولا تُقَطَّعُ رِجْلُهُ، ويكتفي بما بقي من مَحَلِّ الحدِّ، وإن كَانَ مَفْقُودَ اليَدِ اليمنى، والرَّجْلِ اليسرى، فحيثُ تُقَطَّعُ يده اليسرى، وَرِجْلُهُ اليمنى.

ولو قطع يَسَارَ إنسان واستحقت يَسَارُهُ قِصَاصًا، وسرق تُقَطَّعُ يَسَارُهُ قِصَاصًا، وَيُنهَلُّ إلى الاندمال، ثم تُقَطَّعُ يمينه عن السَّرِقَةِ، ولا يوالي بينهما، فإنهما عُقُوبَتَانِ مختلفتان، وَيُقَدَّمُ القِصَاصُ؛ لأنه حَقُّ أَدَمِيٍّ، والعقوبة التي هي حَقُّ الأدمي أكد من العُقُوبَةِ التي هي حَقُّ الله - تعالى - لأنها تسقط بما لا تُسْقَطُ به عقوبة الأدميين، فقدم الأكّد وكذلك فَارَقَتِ العُقُوبَاتُ الحُقُوقَ المالية، حيث تَرَدَّدَتِ الأقْوَالُ في أنه يُقَدَّمُ حق الله - تعالى - أو حَقُّ الأدمي، أو يستويان؛ لأنهما استَوَيَا في التَّأَكُّدِ، وَعَدَمُ السَّقُوطِ بالشبهات <sup>(٤)</sup> وتعارض فيهما حاجة الأدمي، والتَّأَكُّدُ بالإضافة إلى الله - تعالى - ومصرفه الأدمي أيضًا، فَتَرَدَّدَ القَوْلُ فيها. هكذا ذكر الفرق الإمام وغيره.

ولو وجب قُطْعُ اليد اليمنى، والرجل اليسرى بقطع الطَّرِيقِ، وقطع اليد اليسرى بالقصاصِ، فكذلك يُقَدَّمُ قُطْعُ اليسرى قِصَاصًا، ثم تُنهَلُّ إلى الاندمال، ثم يقطع العضوان <sup>(٥)</sup> لِقُطْعِ الطريقِ.

ولو قُطِعَ يَمِينِ إنسانٍ، واستحقت يَمِينُهُ قِصَاصًا، وقطع الطريق فإن عَفَا مُسْتَحِقُّ

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: كالحدان.

(٣) في ز: صنع.

(٤) في ز: فالشهار.

(٥) في ز: العضو.

الْقِصَاصِ، قُطِعَتْ يَمِينُهُ، ورجله اليسرى حَدًّا، وَإِلَّا فَيَقْدَمُ الْقِصَاصُ، وتقطع الرجل اليسرى عن الحدِّ، وتقطع بعد الْقِصَاصِ عن اليمين في الحال، أو تُنْهَلُ إِلَى الانْدِمَالِ<sup>(١)</sup>؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أصحهما - وهو الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ: أَنَّهَا تُقَطَّعُ بِلَا إِنْهَالٍ؛ لِأَنَّ الْمُوَالَاةَ بَيْنَ الْعُضْوَيْنِ مُسْتَحَقَّةٌ لَوْلَا الْقِصَاصُ، وَمَا يَخَافُ مِنَ الْمُوَالَاةِ لَا يَخْتَلِفُ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ قَطَعَ الْيَمِينَ عَنِ الْحَدِّ أَيْضًا، أَوْ عَنِ الْقِصَاصِ.

وَالثَّانِي: يُنْهَلُ إِلَى الْإِنْتِقَالِ؛ لِأَنَّ الْيَمِينَ إِذَا لَمْ تُقَطَّعْ حَدًّا، فَالْمُسْتَحَقُّ عَنِ جِهَةِ الْحَدِّ، قَطَعَ الرَّجْلَ لَا غَيْرَ، فَأَشْبَهَ مَا إِذَا اسْتَحَقَّ طَرْفَانِ<sup>(٢)</sup> عَنِ جِهَتَيْنِ.

وَإِنْ اسْتَحَقَّتْ يَدُهُ الْيَمِينَى، وَالرَّجْلَ الْيَسْرَى بِالْقِصَاصِ، وَقَطَعَ الطَّرِيقَ، نَظَرَ إِنْ عَفَا الْمُسْتَحَقُّ عَنِ الْقِصَاصِ، قُطِعَ الْعُضْوَانِ عَنِ الْحَدِّ، وَإِنْ اقْتَصَصَ<sup>(٣)</sup> فِيهِمَا سَقَطَ الْحَدُّ لِقَوَاتِ مَجْلِهِ الَّذِي تَعَلَّقَ بِهِ، وَلَوْ قَطَعَ الْعُضْوَيْنِ فِي قَطْعِ الطَّرِيقِ، وَأَخَذَ الْمَالَ أَيْضًا، فَإِنْ قَلْنَا: الْجِرَاحَةُ فِي قَطْعِ الطَّرِيقِ لَا تَحْتَمُّ، فَالْحُكْمُ كَمَا لَوْ قَطَعَ الْعُضْوَيْنِ، لَا فِي قَطْعِ الطَّرِيقِ، وَقَطَعَ الطَّرِيقَ أَيْضًا.

وَإِنْ قَلْنَا بِالْتَّحْتَمِّ قَطْعِنَاهُمَا قِصَاصًا، وَسَقَطَ الْحَدُّ. كَذَلِكَ ذَكَرَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ، وَابْنُ الصَّبَّاحِ وَغَيْرُهُمَا، وَسَوَّوْا بَيْنَ أَنْ يَقَطَعَ الْعُضْوَانِ<sup>(٤)</sup> قَبْلَ أَخْذِ الْمَالِ أَوْ بَعْدَهُ.

وَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو [إِسْحَاقَ]<sup>(٥)</sup> الشَّيْرَازِيُّ: إِنْ قَلْنَا بِالْتَّحْتَمِّ، فَإِنْ تَقَدَّمَ أَخْذُ الْمَالِ، وَاقْتَصَصَ فِي الْعُضْوَيْنِ، سَقَطَ الْحَدُّ. وَإِنْ تَقَدَّمَ قَطْعُ الْعُضْوَيْنِ، ثُمَّ أَخْذُ الْمَالِ، فَلَا يَسْقُطُ بِالْقِصَاصِ حَدُّ قَطْعِ الطَّرِيقِ، بَلْ تُقَطَّعُ يَدُهُ الْيَسْرَى، وَرِجْلُهُ الْيَمِينَى؛ لِأَنَّ الْيَدَ الْيُمْنَى وَالرَّجْلَ الْيَسْرَى مُسْتَحَقَّانِ بِالْقِصَاصِ، وَكَأَنَّهُ قَطَعَ الطَّرِيقَ، وَلَيْسَ لَهُ يَمِينٌ وَلَا رِجْلٌ يُسْرَى.

وَلَوْ قَطَعَ الرَّجْلَ الْيَسْرَى، وَالْيَدَ الْيَمِينَى مِنْ إِنْسَانٍ، وَلَزِمَهُ الْقِصَاصُ فِيهِمَا، وَقَطَعَ الطَّرِيقَ بِمَا يَجِبُ قَطْعُ الْيَدِ الْيَمِينِ، وَالرَّجْلِ الْيَسْرَى، فَإِنْ عَفَا الْمُسْتَحَقُّ الْقِصَاصَ، قَطِعَتْ يَدُهُ الْيَمِينَى، وَرِجْلُهُ الْيَسْرَى حَدًّا، وَإِلَّا اقْتَصَصَ مِنْهُ، ثُمَّ أُنْهَلُ [إِلَى]<sup>(٦)</sup> الْإِنْدِمَالِ، ثُمَّ يَقَامُ عَلَيْهِ الْحَدُّ، وَإِنْ قَطَعَ الْيَدَ الْيَمِينَى، وَالرَّجْلَ الْيَسْرَى فِي قَطْعِ الطَّرِيقِ أَيْضًا، فَإِنْ قَلْنَا بِأَنَّ الْجِرَاحَاتِ لَا تَحْتَمُّ، وَعَفَا الْمُسْتَحَقُّ الْقِصَاصَ، أُقِيمَ عَلَيْهِ الْحَدُّ، وَإِنْ طَلَبَ الْقِصَاصَ وَقَلْنَا بِالْتَّحْتَمِّ، فَيَكُونُ الْحُكْمُ، كَمَا لَوْ قَطَعَ الْيَدَ الْيَسْرَى، وَالرَّجْلَ الْيَمِينَى لَا فِي قَطْعِ الطَّرِيقِ. وَقَدْ بَانَ.

(١) فِي ز: الْأَبْدُ قَالَ.

(٢) فِي ز: طَرْفَانِ مِنْ.

(٣) فِي ز: اقْتَصَصَ.

(٤) فِي ز: الْعُضْوُ قِتْلًا.

(٥) فِي ز: إِسْحَاقَ.

(٦) سَقَطَ فِي ز.

قال الغزالي: (الثالث): إذا اجتمعت عقوبات للآدميين كحد القذف والقتل وطلبوا جميعاً جلد ثم قطع ثم قتل، وإن كان مستحق القتل غائباً لم يبادر إلى القطع بعد الجلد خوفاً من الهلاك بالمؤالاة، وإن أصر مستحق الطرف حقه استوفى الجلد وتعدر القتل إذ فيه تقيوت القطع فعلى مستحق القتل الصبر أبداً إلى أن يقطع مستحق الطرف.

قال الرافعي: إذا اجتمعت على شخص عقوبات الآدميين؛ كحد القذف، والقطع قصاصاً [والقتل قصاصاً]<sup>(١)</sup> نظر [إن حضر]<sup>(٢)</sup> المستحقون، وطلبوا توفية حقوقهم جميعاً، جلد ثم قطع، ثم قتل، ويبادر إلى القتل بعد القطع، ولا يبادر إلى القطع بعد الجلد إن كان مستحق القتل غائباً؛ لأنه قد يهلك بالمؤالاة، فيفوت قصاص النفس، وتذهب النفس هدرأ، وإن كان حاضراً وقال: لا تؤخروا القطع لي فإني أبادر إلى القتل بعد القطع، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يبادر إليه؛ لأن التأخير كان لحقه<sup>(٣)</sup>، وقد رضي بالتقديم.

وأظهرهما: المنع؛ خوفاً من أن تهلك النفس بالمؤالاة.

ورأى الإمام تخصيص الوجهين بما إذا خيف موته بالمؤالاة بحيث يتعدر قصاص النفس لانتهايه إلى حركة المدبوح، ورأى أن يقطع بالمبادرة إذا أمكن استيفاء القصاص بعد القطع وإن لم يجتمعوا على الطلب، فإن أصر مستحق النفس حقه، جلد فإذا برىء قطع، وإن أصر مستحق الطرف حقه، جلد، ويتعدر القتل بحق مستحق الطرف، فعلى مستحق النفس الصبر إلى أن يستوفي مستحق الطرف حقه.

قال في «الوسيط»: ولو مكن مستحق النفس من القتل، وقيل لمستحق الطرف: بادر، وإلا ضاع حقه لفوات مجله، لم يكن بعيداً، ولو بادر مستحق النفس، وقتله كان مستوفياً لحقه، ويرجع مستحق الطرف إلى الدية.

واعلم أن تقديم القطع على القتل إذا حضر المستحقان قد سبق ذكره في الكتاب في الطرف الثاني في حكم القصاص الواجب، وروينا هناك عن مالك أنه يكفي بالقتل عن القطع.

ويجوز أن يُعلم لذلك قوله هاهنا: «ثم قطع» بالميم.

ولو أصر مستحق الجلد حقه، فقياس ما سبق أن يصبر الآخزان، وإذا اجتمع على واحد حدود قذف لجماعة، فيحد لكل واحد منهم حداً، ولا يوالي بينها، بل إذا حد

(٢) سقط في ز.

(١) سقط في ز.

(٣) في ز: بحقه.

لِوَاحِدٍ أَمْهَلَ حَتَّى يَبْرَأَ<sup>(١)</sup> جِلْدُهُ، ثُمَّ يُحَدُّ لِلْآخِرِ. هَكَذَا أَوْرَدَهُ صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» وَغَيْرُهُ، لَكِنْ قَدْ مَرَّ فِي الْقِصَاصِ أَنَّهُ يُوَالِي فِي قَطْعِ الطَّرْفِ قِصَاصاً، وَقِيَاسُهُ أَنْ يُوَالِيَ بَيْنَ الْحُدُودِ، وَذَكَرُوا تَفْرِيعاً عَلَى الْأَوَّلِ وَجَهَيْنِ فِي أَنَّهُ لَوْ وَجَبَ عَلَى الْعَبْدِ حَدَانِ [لِقَدْفِ]<sup>(٢)</sup> شَخْصَيْنِ، هَلْ يُوَالِي بَيْنَهُمَا؟

أصحهما: عند صاحب «التهذيب» المنع؛ لأنهما حدان.

والثاني: يوالي؛ لأنهما جميعاً كحد يُقام على الحر. وقال الروياني: هذا أقرب إلى المذهب، وأما ترتيب حُدُودِ الْقَدْفِ، فينبغي أن يُقال: إن قذفهم على الترتيب حدّ الأول فالأول، وإن قذفهم بكلمة واحدة وقتلنا بتعدّد الحد، وهو الأصح فيشرع بينهم.

قال الغزالي: (الرابع): إِذَا اجْتَمَعَ حُدُودٌ لِلَّهِ تَعَالَى كَحَدِّ الشَّرْبِ وَالْقَذْفِ وَالزَّوْنِ وَقَطْعِ السَّرِقَةِ وَالْقَتْلِ فَالْبِدَايَةُ بِالْأَخْفِ ثُمَّ يُمَهَّلُ إِلَى الْأَنْدِمَالِ، وَإِذَا لَمْ يَبْقَ إِلَّا الْقَتْلُ فَلَا إِمْهَالَ، وَلَوْ اجْتَمَعَ حَدُّ الْقَذْفِ وَحَدُّ الشَّرْبِ قُدِّمَ حَدُّ الْقَذْفِ لِأَنَّهُ حَقُّ الْأَدَمِيِّ، وَعَلَى وَجْهِهِ يُقَدِّمُ حَدُّ الشَّرْبِ لِأَنَّهُ أَخْفُ، وَمَنْ زَنَى وَهُوَ بِكَرٍّ ثُمَّ زَنَى وَهُوَ نَيْبٌ أُنْدَرَجَ جِلْدُهُ عَلَى الْأَصْحَحِ تَحْتَ الرَّجْمِ.

قال الرافعي: فيه مسألتان:

إحداهما: إذا اجتمع على واحد حُدُودُ اللَّهِ - تعالى - بأن شرب<sup>(٣)</sup> وزنا، وهو بكر وسرق، ولزمه القتل بالردة، فيقدم الأخف فالأخف، ويجب رعاية هذا الترتيب، والإمهال؛ سغياً في إقامة الجميع، وأخفها حدّ الشرب، فيقام [به] ثم يمهل حتى يبرأ<sup>(٤)</sup>، ثم يجلد للزنا، ويمهل، ثم يقطع، فإذا لم يبق إلا القتل قتل، ولم يؤخر.

وفيما علق عن أبي بكر الطوسيّ وجه أنه إذا كان في العقوبات [قتل]<sup>(٥)</sup> يوالي بينها، بلا إمهال، والمذهب المشهور الأول. وإن اجتمع معها أخذ المال في المحاربة، قطعت يده ورجله بعد جلد<sup>(٦)</sup> الزنا، وهل يوالي بين قطع اليد والرجل، أو يؤخر قطع الرجل إلى أن يتدمل قطع اليد؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن اليد مقطوعة عن السرقة، والرجل عن المحاربة، ولا مؤالاة

بين الحدّين.

(٢) سقط في ز.

(٤) في ز: يبدأ.

(٦) في ز: جد.

(١) في ز: يبدأ.

(٣) في ز: سرق.

(٥) في ز: هل.

وأصحهما - وهو المنصوص: نعم، كما لو لم يُوجَد إلا المُحَارَبَةُ، والقَطْعَانِ قد جعلنا عن المُحَارَبَةِ إِذْرَاجاً لِقَطْعِ السَّرْقَةِ في قِطْعِ المُحَارَبَةِ، وقد نقول هذا عن السَّرْقَةِ، وهذا عن المُحَارَبَةِ، لكن العُضْوَيْنِ مَقْطُوعَيْنِ، لو لم يوجد إلا المُحَارَبَةُ، فزيادة الجِنَايَةِ لا تمنع من المُوَالَاةِ.

وإن اجتمعت عقوبات الله - تعالى - وللأَدَمِيِّينَ، كما إذا انضَمَّ حد القَذْفِ إلى هذه العقوبات، فَحَدُّ القَذْفِ يُقَدَّمُ على حَدِّ الزنا. نصَّ عليه، واختلفوا في أنه لِمَ يُقَدَّمُ؟ فعن أبي إسحاق في جماعة أنه إنما يُقَدَّمُ؛ لأنه حَقُّ الأَدَمِيِّ، وحقوق الأَدَمِيِّينَ مَبْنِيَّةٌ على المُضَايَقَةِ، وهذا أصحُّ عند الأئمةِ.

وقال ابن أبي هريرة: إنما يُقَدَّمُ؛ لأنه أَحْفُ، وفيما يقدم في حَدِّ القَذْفِ [والشرب] <sup>(١)</sup> وجهان بناءً على المعنيين إن قلنا [إن التقديم] <sup>(٢)</sup> هناك؛ لأنه حَقُّ الأَدَمِيِّ، فيقدم حَدُّ القَذْفِ، وإن قلنا: لأنه أَحْفُ، فيقدم حَدُّ الشربِ، ويجريان في حَدِّ <sup>(٣)</sup> الزنا، وقطع الطَّرَفِ قِصَاصاً، والإمهالُ بعد كلِّ عُقُوبَةٍ إلى الأندمالِ على ما ذكرنا ولو كان القَتْلُ الواجِبُ بَدَلًا قتل الردة القَتْلُ قِصَاصاً، فالقول في الترتيب، والإمهالِ، كذلك، وإذا اجتمع الرَّجْمُ للزنا، والقَتْلُ قِصَاصاً، ففي كتاب القاضي ابن كَجُّ حِكَايَةٌ وجهين.

أحدهما: أنه يُقْتَلُ رَجْماً بإذن الوَلِيِّ لِيَتَأَدَّى الحَقَّانِ.

وأصحهما: أنه يسلم إلى الوَلِيِّ ليقته قِصَاصاً.

ولو كان القَتْلُ الواجب في المُحَارَبَةِ؛ فهل يجب التَّفْرِيقُ بين الحُدُودِ المُقَامَةِ قبل القَتْلِ؟ فيه وجهان:

أحدهما - ويُنسَبُ إلى أبي إسحاق - : أنه لا يجب؛ لأنه مُتَحَتَّمُ القتل والإهلاك، فلا معنى للإمهال <sup>(٤)</sup>، بخلاف قتل الرُدَّةِ، فإنه يُتَوَقَّعُ عَوْدُهُ إلى الإسلام، ويخالف القتل قِصَاصاً، فإنه يُتَوَقَّعُ العَفْوُ.

وأصحهما: أنه يجب؛ لأنه قد يَمُوتُ بالمُوَالَاةِ، فتفوت سَائِرُ الحُدُودِ، فإذا اجتمع قَتْلُ المُحَارَبَةِ مع <sup>(٥)</sup> قَتْلِ قِصَاصٍ لا في المُحَارَبَةِ، نظر في الأَسْبَقِ فإن كان القَتْلُ في المُحَارَبَةِ أَسْبَقَ، قتل حَدًّا، ويعدل للقَتْلِ الآخر إلى الدِّيَةِ، وإن كان القَتْلُ الآخر سَبَقَ تخير الوَلِيِّ فيه، فإن عَفَا عنه، قُتِلَ وَصَلِبَ لِلْمُحَارَبَةِ وإن اسْتَوَى القِصَاصُ فَيُعَدَّلُ لِقَتْلِ المُحَارَبَةِ إلى الدِّيَةِ. وهل يصلب؟.

(٢) في ز: القديم.

(٤) في ز: للإمهال.

(١) سقط في ز.

(٣) في أ: جلد.

(٥) في ز: منع.



فيه الخلاف المذكور فيما إذا مات المُحَارِبُ قبل أن يُقْتَلَ، ولو سَرَقَ، ثم قتل في المُحَارَبَةِ، فيقطع للسرقة، ويقتل للمُحَارَبَةِ، أو يقتصر على القتل والصُّلْبِ، ويدرج حد السرقة في حد المُحَارَبَةِ؟

حكي صاحب «الشامل» فيه وجهين .

وعند أبي حنيفة: إن لم يكن في العُقوبات قَتْلٌ، [فيبدأ]<sup>(١)</sup> بِحَدِّ الْقَذْفِ، ثم يَتَخَيَّرُ في الابتداء بِحَدِّ الزنا، والابتداء بِالْقَطْعِ، ثم يُحَدُّ لِلشرب، وإن كان معها قتل، قنع به، وسقطت سائرُ الحُدُودِ إلا حَدَّ الْقَذْفِ، فَيُحَدُّ لِلْقَذْفِ، ثم يُقْتَلُ. ويجوز أن يُعْلَمَ لمذهبه قوله في الكتاب<sup>(٢)</sup>: «بالأخف» بالحاء.

المسألة الثانية: من زَنَا وهو بِكْرٍ مِرَاراً، حُدَّ لَهَا حَدّاً وَاحِداً، وكذا لو سَرَقَ [أو شرب] مِرَاراً، وكيف يُقَدَّرُ أتجب حُدُودٌ، ثم تسقط، وتَعُودُ إلى وَاحِدٍ، ولا يجب إلا وَاحِدٌ وتجعل<sup>(٣)</sup> الزنيات كالحركات في الزُنْيَةِ<sup>(٤)</sup> الواحدة؟ ذكروا فيه احتمالين<sup>(٥)</sup>، وأيدوا الثاني بأن مَهَرَ المِثْلِ في مَقَابِلَةِ جميعِ الوَطْئَاتِ المبنيات<sup>(٦)</sup> على شِبْهِةٍ وَاحِدَةٍ، فالحدُّ أَوْلَى بذلك.

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: ويجب الدينار كالجراحات.

(٣) في ز: الرتبة.

(٤) قال في الخادم: لم يرجع منهما شيئاً، والظاهر أن قياس قول من أوجب ههنا حدوداً أن يقول في من أحدث مرات أن يجب عليه وضوءات وتداخلت وقد يسأل عن فائدة الخلاف في ذلك ويمكن تصويره بصور:

أحدها: لو قال إن حددت عن الزنية الفلانية فزوجتي طالق فحد وذلك نظير ما لو اجتمع على المرأة غسل جنابة لم تطلق.

الثانية: لو قال للإمام زينب يوم الجمعة فحده ثم قال: وكنت زנית قبله أيضاً إن قلنا الواجب حد واحد يكفي، وإن قلنا حدود فينبغي أن يحد أيضاً لأن الحد لم يوقعه الإمام إلا على المرة الأخيرة ولقصد الجلد أثر في حسابانه لو ضربه ظلماً ثم بان أن زنا لم يسقط الحد. انتهى ما أردته منه وفي حرمه بأنه لو ضربه أي الإمام أو نائبه ظلماً ثم بان أنه زنا لم يسقط الحد. هو المنقول عن المتولي عن القاضي الحسين خلافاً لشيخه القفال.

قال في القوت آخر باب حد الزنا ما نصه: فرع قال القاضي الحسين لا بد في إقامة الحدود من النية حتى لو ضربه لمصادرة أو لمعنى آخر وعليه حدود لا يحسب عنها، وفي فتاوى شيخه القفال أنه لا يحتاج الإمام في إقامة الحدود إلى النية حتى لو حده بنية الشرب فظهر أن حده الزنا فيجوز أي أن يكمل حد الزنا. قال: لأنه لو أخطأ يده اليمنى إلى اليسرى في السرقة أجزاء.

قال: وعلى هذا لو أن الإمام جلد رجلاً مائة ظلماً فبان أنه عليه حد الزنا سقط عنه حد الزنا كما لو قتل رجلاً فبان أنه قاتل أبيه. انتهى.

(٦) في أ: المبنية.

ولو زَنَا أَوْ شَرِبَ، فَأَقِيمَ عَلَيْهِ الْحَدَّ ثُمَّ زَنَا أَوْ شَرِبَ [ثَانِيًا] <sup>(١)</sup> أَقِيمَ عَلَيْهِ [حَدَّ آخَرَ] <sup>(٢)</sup>؛ فَإِنْ لَمْ يَبْرَأْ <sup>(٣)</sup> بَعْدَ مِنَ الْأَوَّلِ أَمْهَلَ حَتَّى يَبْرَأَ <sup>(٤)</sup>، وَلَوْ أَقِيمَ عَلَيْهِ بَعْضُ الْحَدِّ، ثُمَّ ارْتَكَبَ [الْجَرِيمَةَ] <sup>(٥)</sup> ثَانِيًا، دَخَلَ الْبَاقِيَ فِي الْحَدِّ الثَّانِي، وَإِذَا زَنَا فَجُلِدَ، ثُمَّ زَنَا قَبْلَ التَّغْرِيبِ، جُلِدَ ثَانِيًا، وَكَفَّاهُ تَغْرِيبٌ وَاحِدٌ، وَلَوْ جُلِدَ خَمْسِينَ، فَزَنَا ثَانِيًا جُلِدَ مِائَةً، وَغُرِّبَ، وَدَخَلَ فِي الْمِائَةِ الْخَمْسُونَ الْبَاقِيَةَ.

ولو زَنَا وَهُوَ بِكْرٌ، ثُمَّ زَنَا قَبْلَ إِقَامَتِهِ الْحَدَّ عَلَيْهِ، وَقَدْ أَحْصَنَ <sup>(٦)</sup>، فَهَلْ يَكْتَفِي بِالرَّجْمِ وَيَدْخُلُ الْجَلْدُ فِيهِ، أَوْ يَجْمَعُ <sup>(٧)</sup> بَيْنَهُمَا؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

وَجْهَ الْأَوَّلِ: أَنَّهَا عَقُوبَةٌ جَرِيمَةٌ وَاحِدَةٌ، فَاشْبَهَ مَا إِذَا كَانَ بِكْرًا عِنْدَ الزَّيْنَتَيْنِ، وَهَذَا أَصَحُّ عِنْدَ الْإِمَامِ، وَصَاحِبِ الْكِتَابِ.

وَوَجْهَ الثَّانِي: أَنَّهُمَا عَقُوبَتَانِ مُخْتَلِفَتَانِ، فَلَا تَدْخُلُ إِحْدَاهُمَا فِي الْأُخْرَى؛ كَحَدِّ الشَّرْبِ، وَقَطْعِ السَّرْقَةِ، وَهَذَا أَصَحُّ عِنْدَ صَاحِبِ «التَّهْذِيبِ» وَغَيْرِهِ، وَعَلَى هَذَا فَيُجْلَدُ مِائَةً، وَيُغْرَبُ عَامًا، ثُمَّ يُرْجَمُ، أَوْ يُجْلَدُ [وَيُرْجَمُ] <sup>(٨)</sup> وَيَكْتَفِي بِالرَّجْمِ عَنِ التَّغْرِيبِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ: أَظْهَرُهُمَا: الثَّانِي. وَلَوْ زَنَا الْعَبْدُ، وَعَتِقَ قَبْلَ إِقَامَةِ الْحَدِّ عَلَيْهِ، فَزَنَا ثَانِيًا، فَإِنْ كَانَ بِكْرًا، فَيُجْلَدُ مِائَةً، وَيُغْرَبُ عَامًا، وَيَدْخُلُ فِي حَدِّ الرَّقِّ <sup>(٩)</sup>، فَإِنْ كَانَ مُخَصَّنًا، فَيُجْلَدُ خَمْسِينَ، ثُمَّ يُرْجَمُ. هَكَذَا أُطْلِقَ فِي «التَّهْذِيبِ»، وَيَشْبَهُ أَنْ يَكُونَ عَلَى الْخِلَافِ الْمَذْكُورِ فِيمَا إِذَا زَنَا، وَهُوَ بِكْرٌ، ثُمَّ زَنَا وَهُوَ نَيْبٌ.

ولو زَنَا الذَّمِّيُّ الْمُخَصَّنُ، ثُمَّ نَقَضَ الْعَهْدَ، وَاسْتَرْقَى، [فَزَنَا ثَانِيًا] <sup>(١٠)</sup> فَفِي دُخُولِ الْجَلْدِ فِي الرَّجْمِ الْوَجْهَانِ الْمَذْكُورَانِ، فِيمَا إِذَا زَنَا [وَهُوَ بِكْرٌ ثُمَّ زَنَا] <sup>(١١)</sup> وَهُوَ نَيْبٌ.

قَالَ فِي «التَّهْذِيبِ»: الْأَصْحَحُ الْمَنْعُ، فَيُجْلَدُ أَوَّلًا خَمْسِينَ لِزِنَاهُ بَعْدَ الْاسْتِرْقَاقِ، ثُمَّ يُرْجَمُ. وَإِنْ قَلْنَا: إِنْ الْعَبْدُ يُغْرَبُ، فَيَكْتَفِي بِالرَّجْمِ عَنِ التَّغْرِيبِ، أَوْ يَغْرَبُ، ثُمَّ يُرْجَمُ فِيهِ الْخِلَافُ الَّذِي سَبَقَ [وَاللَّهُ أَعْلَمُ].

قَالَ الْعَزَالِيُّ: (الْحَامِسُ) أَنْ قَطَعَ الطَّرِيقَ يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ وَلَوْ مِنَ الرُّفْقَةِ إِذَا لَمْ يُضَيَّفُوا فِي الشَّهَادَةِ الْجِنَايَةَ إِلَى أَنْفُسِهِمْ بَأَن يَقُولُوا: أَخَذَ مَالَ رُقَقَاتِنَا وَمَالِنَا.

(٢) فِي ز: الْحَدَّ ثَانِيًا.

(٤) فِي ز: يَبْدَأُ.

(٦) فِي ز: أَحْصَرَ.

(٨) سَقَطَ فِي ز.

(١٠) سَقَطَ فِي ز.

(١) سَقَطَ فِي ز.

(٣) فِي ز: يَبْدَأُ.

(٥) سَقَطَ فِي ز.

(٧) فِي ز: الْجَمْعُ.

(٩) فِي ز: الْقَذْفُ.

(١١) سَقَطَ فِي ز.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قَطَعُ الطَّرِيقَ يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ، وَلَا يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ، وَلَا بِدَفْعِ الشَّهَادَةِ مِنَ التَّفْصِيلِ وَتَعْيِينِ<sup>(١)</sup> قَاطِعِ الطَّرِيقِ، وَمَنْ قَتَلَهُ أَوْ أَخَذَ مَالَهُ، وَتَقَاسَ صُورُهُ بِمَا مَرَّ<sup>(٢)</sup> فِي الشَّهَادَةِ عَلَى السَّرْقَةِ، وَلَوْ شَهِدَ اثْنَانِ مِنَ الرُّفْقَةِ، نَظَرَ إِنْ لَمْ يَتَعَرَّضَا [لِقَضْدِ]<sup>(٣)</sup> الْمَشْهُورِ عَلَيْهِ نَفْسًا وَمَالًا قَبِلَتْ شَهَادَتُهُمَا، وَلَيْسَ عَلَى الْقَاضِي أَنْ يَبْحَثَ عَنْ حَالِهِمَا أَمْهَمَا مِنَ الرُّفْقَةِ أَمْ لَا؟ فَإِنْ بَحِثَ<sup>(٤)</sup> فَلَهُمَا أَلَّا يَجِيئَا<sup>(٥)</sup>، وَأَنْ يَقِيمَا عَلَى الشَّهَادَةِ، وَإِنْ قَالَا: قَطَعَ هَذَا، أَوْ هُوَ لَنَا الطَّرِيقَ فَأَخَذُوا مَالَنَا، وَمَالَ رُفْقَانِنَا لَمْ تَقْبَلْ شَهَادَتُهُمَا [فِي حَقِّ أَنْفُسِهِمَا وَلَا فِي حَقِّ غَيْرِهِمَا] وَهَذَا هُوَ الْمَشْهُورُ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ.

وَفِي شَرْحِ الْقَاضِي ابْنِ كَيْجٍ أَنَّ أَبَا الْحُسَيْنِ حَكَى عَنِ بَعْضِ الْأَصْحَابِ أَنَّ فِي قَبُولِهَا فِي حَقِّ غَيْرِهِمَا قَوْلَيْنِ كَالْقَوْلَيْنِ فِيمَنْ شَهِدَ لِنَفْسِهِ وَشَرِيكِهِ تَرَدُّ شَهَادَتِهِ لِنَفْسِهِ، وَفِي الشَّرِيكِ قَوْلَانِ، وَكَذَا لَوْ قَالَ الشَّاهِدَانِ [إِنْ]<sup>(٦)</sup> فَلَانًا قَذَفَ أَمَّنَا فُلَانَةَ، لَا تَقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا فِي حَقِّ الْأُمِّ، وَفِي الْأَجْنِبِيَّةِ قَوْلَانِ، وَفَرَّقُوا عَلَى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ بِأَنَّهَا بِالشَّهَادَةِ عَلَى قَطْعِ الطَّرِيقِ اثْبَتَا<sup>(٧)</sup> أَنَّ الْعَدَاوَةَ بَيْنَهُمَا وَبَيَّنَ مَنْ شَهِدَ عَلَيْهِ بِشَهْرِ السَّلَاحِ عَلَيْهِمَا، وَقَضِيهِ نَقَسَهُمَا وَمَالَهُمَا، وَشَهَادَةَ الْعَدُوِّ عَلَى الْعَدُوِّ مَرْدُودَةٌ عَلَى الْإِطْلَاقِ. وَفِي صُورَتِي الْقَوْلَيْنِ شَهَادَتِهِ فِي حَقِّ نَفْسِهِ، وَفِي حَقِّ الْأُمِّ مَرْدُودَةٌ لِلتُّهْمَةِ، وَلَمْ تُوجَدْ التُّهْمَةُ بِالْإِضَافَةِ إِلَى الْأَجْنِبِيِّ، فَبَعْضُنَا الشَّهَادَةَ وَقَبَلْنَاهَا فِي حَقِّ الْأَجْنِبِيِّ عَلَى قَوْلٍ وَنَظِيرٍ مَا نَحْنُ فِيهِ مِنَ الْقَذْفِ أَنْ يَقُولَا: قَذَفْنَا وَفُلَانَةَ لَا تَقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا أَصْلًا. وَعَنِ الْمَاسَرَجِيِّ وَغَيْرِهِ أَنَّهُ لَوْ شَهِدَ اثْنَانِ بِوَصِيَّةٍ لَهَا فِيهَا نَصِيبٌ أَوْ إِشْرَافٍ لَمْ تَقْبَلْ شَهَادَتُهُمَا بِجَمِيعِهَا، وَإِنْ قَالَا: نَشْهَدُ بِهَا سِوَى مَا يَتَعَلَّقُ بِنَا مِنَ الْمَالِ وَالْإِشْرَافِ قَبِلَتْ شَهَادَتُهُمَا.

فَرَعٌ: يَحْسُمُ مَوْضِعَ الْقَطْعِ مِنْ يَدِ قَاطِعِ الطَّرِيقِ وَرِجْلَهُ، كَمَا مَرَّ فِي السَّارِقِ، وَيَجُوزُ أَنْ تُحْسَمَ الْيَدُ، ثُمَّ تَقَطَّعَ الرَّجْلُ، وَأَنْ يَقْطَعَا جَمِيعًا ثُمَّ [يَحْسُمَا]<sup>(٨)</sup> آخَرَ: فِي «الرَّقْمِ» لِلْعَبَادِيِّ بِنَاءٍ وَجُوبِ الْكِفَارَةِ عَلَى قَاطِعِ الطَّرِيقِ، عَلَى أَنْ قَتَلَهُ حَدًّا مَحْضًا<sup>(٩)</sup>، أَوْ يَرَاعَى فِيهِ مَعْنَى الْقِصَاصِ، إِنْ قَلْنَا بِالثَّانِي، فَعَلِيهِ الْكِفَارَةُ<sup>(١٠)</sup>. وَاللَّهُ أَعْلَمُ. [وَهَذَا تَمَامُ الْكَلَامِ فِي قَطْعِ الطَّرِيقِ]<sup>(١١)</sup>.

(١) فِي ز: وَيَعْتَبَرُ.

(٢) سَقَطَ فِي ز.

(٣) فِي ز: أَنْ يَجْنِبْنَاهُ.

(٤) فِي ز: يَظْهَرُ.

(٥) فِي ز: لِلْمَحْصَنِ.

(٦) قَالَ الشَّيْخُ الْبَلْقِينِيُّ: مَا قَالَهُ الْعَبَادِيُّ مَمْنُوعٌ فَإِنَّا وَإِنْ قَلْنَا حَدَّ فَقَدْ قَتَلَ نَفْسًا مُحْتَرَمَةً فَيَجِبُ عَلَيْهِ

الْكَفَارَةُ عَلَى الْقَوْلَيْنِ وَهُوَ مُقْتَضَى إِطْلَاقِ الشَّافِعِيِّ وَالْأَصْحَابِ.

(١١) سَقَطَ فِي ز.

قال الغزالي: (الجنائيات السابعة: الشرب) والنظر في الموجب والواجب (أما الموجب) فكل ملتزم شرب ما أسكر جنسه مختاراً من غير ضرورة وعذر لزمه الحد، فلا حد على الحزبي والمجنون والصبي، ولا يجب على الدمي أيضاً لأنه لا يعتقد تخريمه، ويجب على الحنفي إذا شرب النبيذ، وقيل: لا يجب عليهما، ويجب لشرب النبيذ المسكر جنسه وإن قل (ح)، ولا يجب على المكروه ولا على من اضطره العطش أو إساءة لقمه إلى شرب خمر إذ يجوز له ذلك، ولا يجوز التداوي بالخمر ولكن يسقط الحد به، ويجوز التداوي بالأعيان النجسة والمغجون الذي فيه خمر، ولا يجب على حديث العهد إذا لم يعلم التحريم، فإن علم ولم يعلم وجوب الحد حد، ومن شربه على ظن أنه شراب آخر فلا حد، ولو سكر فهو كالمغمى عليه، فلا يلزمه قضاء الصلاة.

قال الرافعي: شرب الخمر من كبائر المحرمات. قال الله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ...﴾ إلى آخر الآية [المائد: ٩٠]. واحتج له أيضاً بقوله تعالى: ﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّي الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ وَإِثْمًا﴾ [الأعراف: ٣٣]. وقيل الإثم: الخمر، واستشهد له بقول الشاعر: [الوافر]

شَرِبْتُ الْإِثْمَ حَتَّى ضَلَّ عَقْلِي      كَذَلِكَ الْإِثْمُ يَذْهَبُ بِالْعُقُولِ  
وهذا الاحتجاج مذکور في تعليق الشيخ أبي حامد وغيره.

وعن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ قال: «كُلُّ مُسْكِرٍ خَمْرٌ وَكُلُّ خَمْرٍ حَرَامٌ»<sup>(١)</sup> وعنه - أن النبي ﷺ قال: «لَعَنَ اللَّهُ الْخَمْرَ وَشَارِبَهَا وَسَاقِيَهَا، [وَبَائِعَهَا] وَمُبْتَاعَهَا، وَعَاصِرَهَا وَمُعْتَصِرَهَا، وَحَامِلَهَا وَالْمَحْمُولَةَ إِلَيْهِ»<sup>(٢)</sup>.

وعن جابر - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «مَا أَسْكَرَ كَثِيرُهُ، فَالْفَرْقُ مِنْهُ

(١) رواه مسلم بلفظ: كل مسكر خمر، وكل مسكر حرام، ورواه من وجه آخر بهذا، وفي رواية له بالتقديم والتأخير وفي رواية لأحمد كذلك.

(٢) رواه أبو داود بهذا، وفيه عبد الرحمن بن عبد الله العافقي، وصححه ابن السكن، ورواه ابن ماجه وزاد: وأكل ثمنها، وفي الباب عن أنس بن مالك به وزاد: وعاصرها، والمشتري لها، والمشتري له، رواه الترمذي وابن ماجه ورواه ثقات، وعن ابن عباس رواه أحمد وابن حبان والحاكم، وعن ابن مسعود ذكره ابن أبي حاتم في العلل، وعن أبي هريرة مرفوعاً: إن الله حرم الخمر، وثمرتها، وحرم الميتة وثمرتها، وحرم الخنزير وثمرته، ورواه أبو داود، وعن عبد الله بن عمرو بن العاص.

حَرَامٌ»<sup>(١)</sup> وَالْفَرْقُ بِفَتْحِ الرَّاءِ مِكْيَالٌ يَسَعُ سِتَّةَ عَشَرَ رَطْلًا.

وعن عمر - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّهُ قَالَ [فِي خُطْبَتِهِ]<sup>(٢)</sup>: نَزَلَ<sup>(٣)</sup> تَحْرِيمُ الْخَمْرِ وَهِيَ مِنْ خَمْسَةِ أَشْيَاءَ: الْعَنْبِ وَالْتَّمْرِ وَالْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالْعَسَلِ<sup>(٤)</sup>. ثُمَّ قَالَ الْأَصْحَابُ: عَصِيرُ الْعَنْبِ الَّذِي إِذَا اشْتَدَّ، وَقَدَفَ بِالزَّبْدِ، فَهُوَ حَرَامٌ بِالْإِجْمَاعِ، وَمَا يَرُورُ عَنْ قُدَامَةَ بْنِ مَطْعُونٍ، وَعَمْرُو بْنُ مَعْدٍ يَكْرِبُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - فِي تَحْلِيلِهِ، فَقَدْ ثَبَتَ رَجوعُهُمَا عَنْهُ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ قَلِيلِهِ وَكَثِيرِهِ [الْمُسْكِرِ]<sup>(٥)</sup> وَيَفْسُقُ شَارِبُهُ، وَيَجِبُ<sup>(٦)</sup> عَلَيْهِ الْحَدُّ، وَإِنْ اسْتَحَلَّهُ كَفَرَ، وَلَمْ يَسْتَحْسِنِ الْإِمَامُ إِطْلَاقَ الْقَوْلِ بِتَكْفِيرِ الْمُسْتَحَلِّ، وَقَالَ: كَيْفَ يَكْفُرُ مَنْ خَالَفَ الْإِجْمَاعَ، وَنَحْنُ لَا نُكْفِرُ مِنْ رَدِّ أَصْلِ الْإِجْمَاعِ، وَإِنَّمَا نَبْدَعُهُ<sup>(٧)</sup> وَنُضَلِّلُهُ<sup>(٨)</sup>، وَأَوَّلُ مَا ذَكَرَهُ الْأَصْحَابُ عَلَى مَا إِذَا صَدَقَ الْمَجْتَمِعِينَ عَلَى [أَنْ]<sup>(٩)</sup> التَّحْرِيمِ ثَابِتٌ<sup>(١٠)</sup> فِي الشَّرْعِ، ثُمَّ حَلَلَهُ، فَإِنَّهُ يَكُونُ رَادًّا لِلشَّرْعِ<sup>(١١)</sup>، وَهَذَا إِنْ صَحَّ، فَلِيَجْرُ مِثْلُهُ فِي سَائِرِ مَا حَصَلَ الْإِجْمَاعُ عَلَى أَفْتِرَاضِهِ، أَوْ تَحْرِيمِهِ فَتَفَاهُ.

وَعَصِيرُ الرُّطْبِ التِّيءِ كَعَصِيرِ<sup>(١٢)</sup> الْعَنْبِ التِّيءِ كَذَلِكَ ذَكَرَهُ صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» وَطَائِفَةٌ. وَحَكَى الرُّوْيَانِيُّ ذَلِكَ عَنْ بَعْضِهِمْ، وَاسْتَغْرَبَهُ<sup>(١٣)</sup> وَرَأَى كَوْنَهُ بِمِثَابَةِ سَائِرِ الْأَشْرِبَةِ، وَأَمَّا سَائِرُ الْأَشْرِبَةِ فَهِيَ فِي التَّحْرِيمِ، وَ[فِي] وَجُوبِ الْحَدِّ عِنْدَنَا كَعَصِيرِ الْعَنْبِ، لَكِنْ لَا يَكْفُرُ مُسْتَحَلُّهَا لِمَكَانِ الْخِلَافِ<sup>(١٤)</sup> وَسَاعَدَنَا مَالِكٌ وَأَحْمَدُ عَلَى مَذْهَبِنَا،

(١) رواه ابن ماجه من حديث سلمة بن دينار عن ابن عمر، وفي إسناده ضعف وانقطاع، ورواه أبو داود والترمذي وابن ماجه أيضاً من حديث جابر، لكن لفظه: ما أسكر كثيره، فقليله حرام، حسنه الترمذي، ورجاله ثقات، ورواه النسائي والبخاري وابن حبان من طريق عامر بن سعد بن أبي وقاص عن أبيه: أن رسول الله ﷺ نهى عن قليل ما أسكر كثيره، وفي الباب عن علي وعائشة وخوات ابن جبير وسعد، وعبد الله بن عمرو وابن عمر وزيد بن ثابت، فحديث علي: في الدارقطني، وحديث عائشة سيأتي بعده، وحديث خوات، في المستدرک، وحديث سعد: في النسائي، وحديث ابن عمرو: في ابن ماجه، والنسائي أيضاً، وحديث ابن عمر وزيد في الطبراني.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز. (٤) متفق عليه من حديث ابن عمر عن عمر، وفي آخره: والخمر ما خامر العقل، ورواه أحمد في مسنده عن ابن عمر عن النبي ﷺ قال: «من الحنطة خمر، ومن الشعير خمر، ومن التمر خمر، ومن الزبيب خمر، ومن العسل خمر».

(٥) سقط في ز.

(٦) سقط في ز.

(٧) سقط في ز.

(٨) سقط في ز.

(٩) سقط في ز.

(١٠) سقط في ز.

(١١) قال الشيخ البلقيني: هذا يقتضي أن من استحل السكر منها أنه يكفر لأنه لا اختلاف بين العلماء =

وَذَكَرَ الْأَصْحَابُ خِلَافًا فِي أَنْ اسْمَ الْخَمْرِ هَلْ يَتَنَاوَلُهَا، وَالْأَكْثَرُونَ عَلَى الْمَنْعِ <sup>(١)</sup>.

وقال أبو حنيفة: الْأَشْرِبَةُ أَرْبَعَةٌ أَضْرِبُ:

أحدها: النوع المجمع على تحريمه، وقد بان حكمه.

والثاني: المَطْبُوعُ من عَصِيرِ الْعِنْبِ، فإن ذهب أقل من ثلثه <sup>(٢)</sup>، فهو حَرَامٌ، لكن لا حدّ على شربه، إلا إذا سكر وإن ذهب ثلثاه، فهو حلالٌ إلا القدر المسكر، فيحرم ويتعلّق به الحد. وإن طبخ وهو عنب، فالمشهور أنه حلالٌ، وفي رواية: هو كطبخ <sup>(٣)</sup> عَصِيرِهِ.

والثالث: نَقِيعُ التَّمْرِ والزَّبِيبِ إذا اشتدّ، فهو حَرَامٌ، لكن لا حدّ فيه ما لم يسكر، فإن طبخ فهو حلالٌ إلا القدر المسكر فيحرم، ويتعلّق به الحد، ولا يُعْتَبَرُ في هذا النوع ذهابُ الثلثين.

والرابع: نَبِيدُ الْحِنْطَةِ والشُّعِيرِ والعَسَلِ وغيرهما، فهو حلالٌ نقيعاً كان، أو مطبوخاً، ولا تحريمٌ إلا في القدر المسكر [منه] <sup>(٤)</sup> ومن أصحابنا من يزوي عن مذهبهم أنه لا حدّ فيه بحال.

لنا: ما سبق من الأخبار <sup>(٥)</sup>، وأيضاً فإنها أشربةٌ توقع العداوة والبغضاء بين الناس، وتصدّ عن ذكر الله - تعالى - وعن الصلاة، فيكون حكمها حكم الخمر، ويتفرّع على التحريم التّجاسّة، وامتناع البيع، وكل شراب حكّمنا بتحريمه، نجسناه ومنعنا بيعه.

وعن أبي حنيفة: يجوز بيع ما سوى الخمر، وإن حكّم بالتحريم في بعض ذلك.

وما لا يسكر من الأنبذة لا يحرم، لكن يكره شرب المُنَصَّفِ، والخليطين لورود النهي عنهما في الحديث. والمُنَصَّفُ ما عمل من تمر ورطب، وشراب الخليطين [ما عمِلَ] من بسر ورطب وقيل <sup>(٦)</sup>: ما عمِلَ من التمر والزبيب، وسبب النهي أن الشدة <sup>(٧)</sup> والإسكار تتسارع إليه بسبب الخلط <sup>(٨)</sup> قبل أن يتغيّر الطعم، فيظن <sup>(٩)</sup> الشارب أنه ليس

= في تحريم السكر منها، وقد أفتيت بذلك وإلى بعض كتب الحنفية نقل الإجماع على أنه يكفر مستحلها. وظهره في الإسكار وما ادعاه من الإجماع ممنوع للإجماع على تحريم الإسكار وهو معلوم من الدين مشهور. انتهى.

(١) أي في أنها لا تسمى خمراً حقيقة وأما مجازاً فلا خلاف فيه نبه عليه في الخادم وهو واضح لا إشكال فيه.

(٢) في ز: تلفه.

(٣) في ز: يطبخ.

(٤) في ز: الإحياء.

(٥) في ز: إلى النيذة.

(٦) في ز: وهل.

(٧) في ز: الخط فعل.

(٨) في ز: فتنظر.

بِمُسْكِرٍ، وهو مُسْكِرٌ، وهذا كالنهي عن الظُّرُوفِ التي كانوا يَنْتَبِذُونَ<sup>(١)</sup> فيها كالدُّبَاءِ<sup>(٢)</sup>، وهو الْقَرْعُ، وَالْحَتَايِمِ وهي الْجِرَازُ الْخَضِرُ<sup>(٣)</sup>، وَالتَّقِيرُ وهو أصل الْجِدْعِ يُنْقَرُ وَيَتَّخَذُ منه الإِنَاءُ، وَالْمَرْقَتُ، وهو الْمَطْلِيُّ بِالرِّفْتِ وهو الْقَارُ، ويقال له: الْمُقَيْرُ أيضاً، فإن هذه الظُّرُوفُ لا تَعْلَقُ، ولا يضربها الْهَوَاءُ، فقد [يَشْتَدُّ]<sup>(٤)</sup> ما فيها ولا يطلع عليه؛ بِخِلَافِ الْأَسْقِيَّةِ<sup>(٥)</sup> التي يضربها الْهَوَاءُ [، وتَعْلَقُ]<sup>(٦)</sup>.

إذا عرفت ذلك، فَتَنْظُرُ الْبَابَ فِي طَرَفَيْنِ:

أحدهما: فِي الشُّرْبِ الْمَوْجِبِ لِلْحَدِّ<sup>(٧)</sup>.

والثاني: [في]<sup>(٨)</sup> نفسِ الْحَدِّ الْوَاجِبِ [أما]<sup>(٩)</sup> النَّظَرُ الْأَوَّلُ، فقد قال في الكتاب: «كلُّ مُلْتَزِمٍ شَرِبَ ما أَسْكَرَ جِنْسُهُ، مختاراً من غيرِ ضَرُورَةٍ وَعُدْرٍ لزمه الْحَدُّ» وفي هذا الضَّبْطِ قُيُودٌ:

أحدها: كونه مُلْتَزِمًا، وأراد به التِّزَامَ تَحْرِيمِ الْمَشْرُوبِ، وَاغْتِقَادَهُ، فلا حَدَّ على الْحَزْبِيِّ، ولا على الصَّبِيِّ والمجنون، والظاهر أنه الذَّمِّيُّ لا يَحْدُ لِشُرْبِ الْخَمْرِ، وأن الْحَنْفِيَّ يَحْدُ بِشْرَبِ التَّبِيدِ، وإن كان لا يعتقد تَحْرِيمَهُ، والقول في أَنَّ الذَّمِّيَّ لا يَحْدُ للشرب، والحنفي يحدُّ قد سَبَقَ مَرَّةً فِي بَابِ حَدِّ الزَّنا، وهو مُكْرَرٌ هَاهُنَا، وأعاد وجوب<sup>(١٠)</sup> الْحَدِّ على الْحَنْفِيِّ مَرَّةً أُخْرَى فِي «كتابِ الشَّهَادَاتِ» مع الكلام في أنه هل يَفْسُقُ بِذَلِكَ، وَتُرَدُّ شَهَادَتُهُ أم لا؟ ويجيء إيضاح شرحِ الْفَضْلِيِّنَ إقامة الحدود ورد الشهادة في «كتابِ الشَّهَادَاتِ» والله الْمُبَسِّرُ.

والثاني: أن يشرب ما يُسْكِرُ جِنْسُهُ، فيخرج بلفظِ الشُّرْبِ ما لو اخْتَقَنَ<sup>(١١)</sup> بِالْخَمْرِ، فلا يجب الْحَدُّ، لأنَّ الْحَدَّ لِلزُّجْرِ، ولا حَاجَةَ إِلَى الزُّجْرِ فِيهِ، وفي الاستيعاطِ<sup>(١٢)</sup> وجهان:

أشبههما - وهو المذكور في «الشامل» -: أنه الْجَوَابُ كَذَلِكَ.

- 
- (١) في ز: يتدرون.  
 (٢) في ز: كالديان.  
 (٣) في ز: الحصف.  
 (٤) سقط في ز.  
 (٥) قال النووي في زوائده: والنهي عن هذه الأوعية منسوخ، ثبت نسخه من كلام رسول الله ﷺ في صحيح مسلم.  
 (٦) سقط في ز.  
 (٧) في ز: للحدود.  
 (٨) سقط في ز.  
 (٩) سقط في ز.  
 (١٠) في ز: جواب.  
 (١١) في ز: اختص.  
 (١٢) في ز: الإسقاط.

والثاني: يجب الحدُّ، كما يحصل [بالإفطار،] <sup>(١)</sup> ويقال: إنه يطرب كالشُرْبِ.  
وفي كتاب القاضي ابن كَجِّ وغيره طَرُدُ الوجهين <sup>(٢)</sup> في [الإخفان،] <sup>(٣)</sup> وَيَتَعَلَّقُ  
بكون المَشْرُوبِ مُسْكِرًا في جنسِه صور:

فمنها: أنه يدخل فيه النيذُ فيجبُ الحدُّ بِشُرْبِ قليله وكثيره، وقد ذَكَرْنَاهُ مع  
خِلافِ أبي حنيفة - رحمه الله - وَيَتَعَلَّقُ [الحدُّ] <sup>(٤)</sup> بِذُرْدِي الخمر، والثمين منها إذا أَكَلَهُ <sup>(٥)</sup>  
بخبز <sup>(٦)</sup> وكذا لو تُرِدَ فيها، وأكل الثريد <sup>(٧)</sup>، وكذا لو طَبَخَ اللُّحْمَ بها، وأكل المَرَقَةَ، وإن  
أَكَلَ اللُّحْمَ، فلا حدُّ؛ لأن عين الخمر <sup>(٨)</sup> لم تَبَقَ فيه، وكذا لو عَجَنَ فيه الدَّقِيقَ، وخبز  
وأَكَلَ الخُبْزَ.

وروى ابن كَجِّ فيه وَجْهًا آخَرَ، وفي معنى هَذِهِ الصُّورِ المَعْجُونُ الذي فيه خَمْرٌ،  
والظاهر أنه لا حدَّ فيها لاسْتِهْلَاكِهَا، وعلى هذا قال الإمام: من شَرِبَ كُوزَ <sup>(٩)</sup> ماء وقعت  
فيه قَطْرَاتٌ من الخَمْرِ [،] والماء غالب لِصِفَاتِهِ لم يحدَّ لِاسْتِهْلَاكِ الخَمْرِ فيه.

والثالث: كون الشَّارِبِ مُخْتَارًا، فلو أَوْجَرَ الخَمْرَ قَهْرًا، فلا حدَّ عليه، وإن أُكْرِهَ  
حتى شرب، فكذلك الجَوَابِ على المشهور.  
وفي كتاب ابن كَجِّ حِكَايَةٌ وجهين فيه.

الرابع: ألا يكون في الشرب ضَرُورَةٌ وقصد به التَّعَرُّضُ لمسألتين:

إحدهما: هل يجوزُ شُرْبُ الخَمْرِ لِذَفْعِ العَطَشِ إذا لم يَجِدْ غيرها؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، كما يجوزُ شُرْبُ البَوْلِ والدَّمِ كذلك، ويروى هذا عن أبي حنيفة  
وهو المَذْكُورُ في الكتاب.

والثاني: وَيُنَسَّبُ إلى مَالِكٍ وأحمد -: لا يجوز [لعموم النهي و] لأن بعضها يَدْعُو  
إلى بعض، ولأن الخَمْرَ لا تدفع العَطَشَ، بل تُثِيرُ عَطَشًا عَظِيمًا، وإن فُرِضَ تَسْكِينٌ في  
الحال. وهذا هو المَنْصُوصُ، وبه قال ابن أبي هُرَيْرَةَ، وَرَجَّحَهُ أَكْثَرُهُمْ، ولم يُورِدْ  
صاحب «التَّهذِيبِ» وَجَمَاعَةٌ سِوَاهُ، والشرب لِذَفْعِ الجُوعِ، وَلِذَفْعِ العَطَشِ. وعن بعض  
الأصحاب أنه لا يجوز لِذَفْعِ الجُوعِ، وإن جاز لِذَفْعِ العَطَشِ؛ لأنها تحرق كَبِدَ الجَائِعِ،

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: القولين.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٥) في ز: أقله.

(٦) في ز: تخير.

(٧) في ز: النيذ.

(٨) في ز: اللحم.

(٩) في ز: كون ما.



ومن جَوَزَ الشُّرْبَ لِدْفَعِ الْعَطَشِ، قال بوجوبه كَتَنَؤُلِ الْمَيْتَةِ لِلْمُضْطَّرِّ، ونفي الحدِّ.

وإذا لم نَجُوزْهُ، فليكن الحدُّ على ما سنذكر فيما إذا شَرِبَهُ لِلتَّدَاوِي، ولم نجوزه.

الثانية: إذا غَصَّ بِلُقْمَةٍ، ولم يجد ما يسيغها سوى الخمر، فله بَلُّ عليه الإِسَاعَةَ بها، ولا حَدًّا<sup>(١)</sup>. وفيما علق عن الشيخ إبراهيم المَزَوْدِي حكاية وجهين فيه، وقد يُوَجَّه المَنعُ بِمُطَلَقِ قوله تعالى: ﴿فَاجْتَنِبُوهُ﴾ [المائدة: ٩٠]. وقوله ﷺ: «كُلُّ مُسْكِرٍ حَرَامٌ». وفي التداوي بالخمر وجهان:

أحدهما - وبه قال أبو حنيفة - : يجوز؛ لأنَّ المقصود رَفْعُ المَحْظُورِ، فأشبه ما إذا أُكِرَ على الشُّرْبِ، وما إذا شَرِبَ لإِسَاعَةِ اللُّقْمَةِ، ولأنه يجوز التَّدَاوِي بالأعيان النَّجِسَةَ كالحم الحية والسَّرَطَانَ والمَعْجُونَ الذي فيه خمر، وكذلك التداوي بالخمر.

والثاني - وبه قال مالك، وابن أبي هريرة - : لا يجوز؛ لأنَّ النَّبِيَّ - عليه السلام - سُئِلَ عن التَّدَاوِي بالخمر، فقال: «إِنَّ اللَّهَ لَمْ يَجْعَلْ شِفَاءَكُمْ فِيمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ»<sup>(٢)</sup> ويروى أنه قال: «ذَلِكَ دَاءٌ وَلَيْسَ بِشِفَاءٍ»<sup>(٣)</sup>.

وأيضاً فالخمر أُمُّ الخَبَائِثِ، وقليلها يذغو إلى كثيرها، ولا يؤمن أن يتولَّد منها ما هو شرٌّ من العِلَّةِ.

واختلفوا في حال الوجهين في الشُّرْبِ للتَّدَاوِي، مع الوجهين في الشرب للعطش، فجعل بعضهم التَّدَاوِي أَوْلَى بالجواز، وقال: النفع منه مُتَوَقَّعٌ، وأما العطش، فإنه لا يدفعه، بل يزيده، ولهذا أجاب في «التهذيب» في الشُّرْبِ للعطش بالمنع وأورد في التَّدَاوِي وجهين، وذكر الرُّوْيَانِيُّ أن الأظهر في العطش المَنعُ، وفي التداوي الجوازُ،

(١) اعترض بعضهم بأن الخلاف في الجواز لا في الوجوب وهو مردود فقد جزم الإمام هنا بالوجوب، وغص بفتح الغين.

(٢) قال الحافظ في التلخيص: ويروى أنه قال: وإنما ذلك داء، وليس بشفاء، ابن حبان والبيهقي من حديث أم سلمة: نبذت نبيذاً في كوز، فدخل النبي ﷺ وهو يغلي، فقال: ما هذا؟ قلت: اشتكت ابنة لي، فَصَنَعْتُ لها هذا، فقال: إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم، لفظ البيهقي: ولفظ ابن حبان: إن الله لم يجعل شفاءكم في حرام، وذكره البخاري تعليقاً عن ابن مسعود، وقد أوردته في تعليق التعليق من طرق إليه صحيحة، وأما اللفظ الثاني: فرواه مسلم وأحمد وأبو داود وابن ماجه وابن حبان، من حديث علقمة بن وائل عن وائل بن حجر: أن طارق بن سويد الجعفي سأل رسول الله ﷺ عن الخمر فنهاه عنها، وكره أن يصنعها، فقال: إنه ليس بدواء ولكنه داء، وفي رواية ابن حبان: إنما ذلك داء، وليس بشفاء، وقال بعضهم عن علقمة بن وائل عن طارق بن سويد، وصححه ابن عبد البر.

(٣) ينظر السابق.

وعكس بعضهم، فجعل التَّدَاوي أَوْلَى بالمنع، وأدعى أن تأثيره في إزالة العَطَشِ مَوْثُوقٌ به [في الحال]، وفي رفع العِلَّةِ غَيْرَ مَوْثُوقٍ به، فإن الطَّيِّبَ وإن تَبَحَّرَ لا يجزم بقضاء على مَرِيضٍ حتى قال بقراط: التجربة خَطَرٌ، والقضاء عَسِيرٌ، ولذلك قال الإمام: يجوز الشُّرْبُ لدفع العَطَشِ في قول الأصحاب أجمعين.

وقال في التَّدَاوي: قال الأصحاب: لا يجوز، وبلغنا عن آحاد من المتأخرين تشبيهاً بجوازه من غير تدوين في تصنيف، وإنما تَرَامَزُوا به تَرَامُزَ الكَاتِمِينَ، ويوافق صَنِيعَ صاحب الكتاب هذه الطريقة، فإنه أجاب بِجَوَازِ الشُّرْبِ لِذَفْعِ العَطَشِ، ويمنعه للتدوي.

ومن الأصحاب من لم يَتَعَرَّضَ للتَّزْيِيبِ، ورأى الأظهر فيها المنع، وعلى ذلك جَرَى الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ والمحاملي وابن كَجِّ وغيرهم، ثم الخِلافُ في التَّدَاوي مَخْصُوصٌ بِالْقَلِيلِ الذي لا يُسَكَّرُ، كذلك ذَكَرَهُ صاحب «التهذيب» والرُّوْيَانِيُّ، ولا بُدَّ من خبر طَيِّبٍ مُسْلِمٍ، ومن خَبَرْتُهُ في نفسه [أو معرفة المتدوي إن عرف] ويشترط ألا يجد ما يقوم مقامها، ويعتبر هَذَانِ الشُّرْطَانِ فِي تَنَاوُلِ سَائِرِ الْأَعْيَانِ النَّجِسَةِ. ولو قال الطبيب: يَتَعَجَّلُ بِأَكْلِهَا الشِّفَاءَ، فوجهان:

أولاهما: الجواز.

ثم ذكر في الكتاب أنه لا حَدَّ على المُتَدَاوي، وإن حكمنا بأنه لا يَجُوزُ الشُّرْبُ لِلتَّدَاوي، ويجعل قصد التدوي شُبُهَةً دَارِئَةً لِلْحَدِّ لِلخِلافِ فِي حَلِّ<sup>(١)</sup> الشرب. وَيُحَكِّى هذا عن القَاضِي حَسِينِ وَفِي «النهاية» أن الأئمةَ المُعْتَبَرِينَ أَطْلَقُوا أَقْوَالَهُمُ فِي الطَّرْفِ أن التدوي بالخمير حَرَامٌ، وأن المتدوي بها محدود<sup>(٢)</sup>.

والخامس: ألا يكون له في الشُّرْبِ عُذْرٌ، وفيه صورتان:

إحدهما: حديث العهد بالإسلام إذا ادعى أنه لم يَعْلَمْ تَحْرِيمَ الخمر لم يُحَدِّ، وإن قال: علمت التحريم، ولم أعلم أن فيه حَدًّا أُقِيمَ عليه الحدُّ، لأنه إذا علم التَّحْرِيمَ، فَحَقُّهُ أن يمنع.

والثانية: إذا شَرِبَ الخمرُ، وهو يَظُنُّ أنه شَرِبَ ما ليس بِمُسَكَّرٍ فِي جِنْسِهِ، فلا حَدَّ عليه، وإن سَكَّرَ وَقَاتَنَهُ صَلَوَاتٌ، لم يلزمه قَضَاؤُهَا، كالمغمى عليه، وإن عَلِمَ أنه من

(١) في ز: حد.

(٢) كلام الرافعي في الشرح الصغير يقتضي ترجيح الأول فإنه قال: لا حد على المتدوي وإن لم يجز الشرب تداوياً ويكون قصد التدوي شبهة دارئة لا حد، وقيل بخلافه. وقال الشيخ في تصحيح التنبيه: المختار لا حد وهو الذي أورده الماوردي إلى آخر ما ذكر في الخادم.

جُنْسٍ مَا يُسْكِرُ، وَلَكِنْ ظَنَّ أَنْ ذَلِكَ الْقَدْرَ لَا يُسْكِرُ، فَهَذَا لَيْسَ بِعُدْرٍ، وَيَلْزَمُهُ قَضَاءُ الصَّلَوَاتِ الْفَائِتَةِ فِي السُّكْرِ.

وأما لفظ الكتاب، فيجوز أن يُعْلَمَ قوله: «مُخْتَاراً» بالواو وقوله: «ولا يجب على الذَّمِّي» كذلك؛ لأن في وُجُوبِ الْحَدِّ عَلَى الذَّمِّي وَجْهًا لِلأَصْحَابِ عَلَى مَا هُوَ مُبَيَّنٌّ فِي الْمَوْضِعِ الْمُحَالِ عَلَيْهِ، وَلَا حَاجَةَ إِلَى إِعْلَامِ قَوْلِهِ: «ويجب على الحَنَفِيِّ» لِأَنَّ الْخِلَافَ فِيهِ قَدْ ذَكَرَ [حيث] <sup>(١)</sup> قَالَ: «وقيل: لا يجب عليهما».

وقوله: «وإن قل» ليعلم بالحاء. وقوله: «ولا [يجب] على المُكْرِه» بالواو، وكذا قوله: «ولا على من اضْطَرَّه الْعَطْشُ».

وقوله: «إِذْ يَجُوزُ» بِالْمِيمِ وَالْأَلْفِ وَالْوَاوِ.

وقوله: «ولا يجوز التَّدَاوِي» بِالْحَاءِ وَالْوَاوِ.

وقوله: «يسقط به الحد» بالواو، وكل ذلك لما سَبَقَ وَجْهَهُ [والله أعلم].

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَا يُحَدُّ مَا لَمْ يَظْهَرَ الْمَوْجِبُ لِلْقَاضِي بِشُرُوطِهِ بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ أَوْ إِقْرَارٍ، وَلَا يَمُوتُ عَلَى التُّكْهَةِ وَالرَّائِحَةِ، وَيَكْفِي أَنْ يَقُولَ الشَّاهِدُ: شَرِبْتُ مُسْكِرًا أَوْ شَرِبْتُ مَا شَرِبْتُ غَيْرُهُ فَسَكِرَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِنَّمَا يُقَامُ حَدُّ الشَّرْبِ إِذَا ظَهَرَ الشَّرْبُ بِأَحَدِ طَرَفَيْنِ إِمَّا [إِقْرَارِ الشَّارِبِ] <sup>(٢)</sup>، أَوْ شَهَادَةَ رَجُلَيْنِ فَصَاعِدًا، وَفِي تَعْلِيْقِ الشَّيْخِ أَبِي حَامِدٍ إِلْحَاقَ طَرِيقِ ثَالِثَةٍ بِهِمَا، وَهُوَ أَنْ يَعْلَمَ أَنَّهُ شَرِبَ الْمُسْكِرَ بِأَنْ رَأَى شَرْبَ مَنْ شَرِبَ فِي إِتَاءٍ شَرِبَ مِنْهُ غَيْرُهُ فَسَكِرَ، وَلِيَكُنْ هَذَا مُبَيَّنًّا عَلَى أَنَّ الْقَاضِي هَلْ يَقْضِي بِعِلْمِهِ، وَلَا يَعُولُ عَلَى [التُّكْهَةِ] <sup>(٣)</sup>، وَوَجْدَانَ [الرَّائِحَةِ مِنْهَا] <sup>(٤)</sup>، وَلَا عَلَى مُشَاهَدَةِ سُكْرِهِ، وَلَا عَلَى تَقْيُّؤِ الْخَمْرِ؛ لِاحْتِمَالِ كَوْنِهِ غَالِطًا، أَوْ مُكْرَهًا ثُمَّ صِيغَةً <sup>(٥)</sup> الْمَقْرُ فِي الْإِقْرَارِ وَالشَّاهِدِينَ فِي الشَّهَادَةِ إِنْ كَانَتْ مُفْصَلَةً بِأَنْ قَالَ: شَرِبْتُ الْخَمْرَ، أَوْ [شَرِبْتُ مَا] <sup>(٦)</sup> شَرِبَ مِنْهُ غَيْرِي، فَسَكِرَ [مِنْهُ] وَأَنَا عَالِمٌ بِهِ مُخْتَارًا، أَوْ فَصَّلَ <sup>(٧)</sup> الشَّاهِدُ كَذَلِكَ لَمْ يَخْفَ الْحُكْمُ.

وإن قال: شَرِبْتُ الْخَمْرَ، أَوْ مَا شَرِبَهُ غَيْرِي، فَسَكِرَ مِنْهُ، وَافْتَصَرَ عَلَيْهِ، أَوْ شَهِدَ [اثنان على] <sup>(٨)</sup> أَنَّهُ شَرِبَ الْخَمْرَ مِنْ غَيْرِ تَعَرُّضٍ لِلْعِلْمِ وَالِاخْتِيَارِ، فَعَنْ رِوَايَةِ أَبِي الْحُسَيْنِ ابْنِ الْقَطَّانِ أَنْ فِيهِ وَجْهَيْنِ:

(٢) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٦) سقط في ز.

(٨) سقط في ز.

(١) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٥) في ز: لو صيغه.

(٧) في ز: قصد.

أحدهما: أنه لا يكفي<sup>(١)</sup> لإقامة الحدّ لاحتمال أنه جهل كونه مُسكراً، أو أنه كان مُكرهاً عليه، وهذا كما أنه لا بُدّ من التّفصیل في شهادة الزّنا، وبهذا قال القاضي أبو حامد، واختاره إمامُ الحرّمين من غير أن ينقله عن الأصحاب.

وأشهرهما - وهو ظاهرُ النّص - : أنه يكتفي به، ولا حاجة إلى التّعريض للعلم والاختيار، ووجه بأن إضافة الشّرْب إليه قد حصلت، والأصل عدمُ الإكراه، والغالب من حال الآكل والشّارب العِلْمُ [بما]<sup>(٢)</sup> يأكل، ويشرب، وصار كما في الإقرار بالبيع والطلاق والشهادة عليهما لا يشترطُ فيهما التّعريض للاختيار والعلم، وفرّقوا بينه وبين شهادة الزّنا؛ بأن الزّنا يعبر به<sup>(٣)</sup> عن مقدّماته، كما ورد في الخبر: «العَيْنَانِ تَزَيَّانِ، وَالْيَدَانِ تَزَيَّانِ»<sup>(٤)</sup> فاحتيج فيهما إلى الاختياط.

ومنهم من لم يُثبت الوجّه الأوّل، وقطع بالثاني ولْيُعْلَمَ لما حكينا قوله في الكتاب: «ويكفي أن يقول الشّاهد» بالواو. وعن أبي حنيفة: أنه لا بد وأن يوجد مع الإقرار أو البيّنة رائحةُ الخمر منه.

وفي «أمالي» أبي الفرج<sup>(٥)</sup> السرخسي أن عنده يُقام عليه الحدّ إذا وُجدت منه الرائحةُ، وإن لم تقم بيّنة، ولا إقرار، فإن صحّ ذلك أعلم قوله: «ولا يعول»<sup>(٦)</sup> بالحاء.

«فروع»: ما يُزيل العقل من غير الأشربة كالبنج [حرام لكن] لا حدّ<sup>(٧)</sup> في تناوله؛ لأنه لا يلدّ ولا يطرب، ولا يدعو قليلاً إلى كثيره. ولو احتج في قطع اليد المتأكلة - نعوذ بالله منه - إلى أن يُزال عقله، هل يجوز ذلك؟ خرّج على الخلاف في التداوي بالخمير والثدّ المعجّون بالخمير نجس. قال في «الشامل»: ولا يجوز بيعه، وكان ينبغي أن يجعل كالنّوب النّجس لإمكان تطهيره بالنّقع بالماء، ومن تبخر به هل ينجس؟ ذكر فيه وجهين؛ بناءً على الخلاف في دُخان النّجاسات.

قال العزالي: (النّظرُ الثاني في الواجب) وهو أزيعون جلدّة، ولو ضرب قريباً من ذلك بالنّعالِ وأطراف الثياب كفي على الصّحّ الوجهين، ولو رأى الإمام أن يجلد ثمانين جازاً على الأظهر، ولا يجوز الزيادة على الثمانين أصلاً.

قال الرافعي: روى الشافعي - رضي الله عنه - بإسناده [عن عبد الرحمن بن

(٢) سقط في ز.

(١) في ز: يكفي.

(٤) تقدم.

(٣) في ز: عنه.

(٦) في ز: يقول.

(٥) في ز: الحسن.

(٧) في ز: حل.

أَزْهَرَ<sup>(١)</sup> [أنه] قال: أَتِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِشَارِبٍ، فقال<sup>(٢)</sup>: «اضْرِبُوهُ» فاضْرِبُوهُ بِالْأَيْدِي والنُّعَالِ، وَأَطْرَافِ الثِّيَابِ؛ وَحَثُّوا عَلَيْهِ التُّرَابَ حَتَّى قَالَ: «ارْفَعُوا<sup>(٣)</sup>» فَرَفَعُوا<sup>(٤)</sup> ثُمَّ أَرْسَلَهُ، فَلَمَّا كَانَ أَبُو بَكْرٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - سَأَلَ: مَنْ حَضَرَ ذَلِكَ الضَّرْبَ؟ فَقَوْمَهُ أَرْبَعِينَ وَيُرْوَى: «فَقَدَّرُوهُ».

فَضْرَبَ أَبُو بَكْرٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَرْبَعِينَ فِي الْخَمْرِ [حَيَاتَهُ]<sup>(٥)</sup> ثُمَّ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - ثُمَّ تَتَابَعَ النَّاسُ فِي الْخَمْرِ، فَاسْتَشَارَ<sup>(٦)</sup>، فَضْرَبَهُ ثَمَانِينَ<sup>(٧)</sup>.

وروي<sup>(٨)</sup> أن عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - اسْتَشَارَ، فَقَالَ عَلِيٌّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - [وَأَرْضَاهُ]<sup>(٩)</sup>: أَرَى أَنْ يُجْلَدَ ثَمَانِينَ؛ لِأَنَّهُ إِذَا شَرِبَ سَكِرَ، وَإِذَا سَكِرَ هَذِي، وَإِذَا هَذِي<sup>(١٠)</sup> [فَأَرَى عَلَيْهِ حَدَّ الْمُفْتَرِينَ] فَجْلَدَ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - ثَمَانِينَ إِذَا

(١) سقط في ز.

(٢) قال الحافظ في التلخيص: الحديث رواه الشافعي، هو كما قال، ورواه أيضاً أبو داود والنسائي من طرق، والحاكم، وقال ابن أبي حاتم في العلل: سألت أبي عنه وأبا زرعة، فقالا: لم يسمعه الزهري من عبد الرحمن بن أزره.

(٣) في أ: بكتوه. (٤) في أ: فبكتوه.

(٥) سقط في ز. (٦) في ز: واستشار.

(٧) في ز: لم بين.

(٨) رواه مالك في الموطأ (٢/٢١٨٤٢) والشافعي عنه عن ثور بن زيد الدبلي، أن عمر فذكره، وهو منقطع لأن ثوراً لم يلحق عمر بلا خلاف، لكن وصله النسائي في الكبرى، والحاكم من وجه آخر عن ثور عن عكرمة عن ابن عباس، ورواه عبد الرزاق عن معمر عن أيوب عن عكرمة لم يذكر ابن عباس، وفي صحبته نظر، لما ثبت في الصحيحين [البخاري (٦٧٧٣) حديث (٣٧)/١٧٠٦] ومسلم (٣/١٣٣١) عن أنس: أن النبي ﷺ جلد في الخمر بالجريد والنعال، وجلد أبو بكر أربعين، فلما كان عمر استشار الناس، فقال عبد الرحمن. أخف الحدود ثمانون، فأمر به عمر، ولا يقال يحتمل أن يكون عبد الرحمن وعلي أشارا بذلك جميعاً، لما ثبت في صحيح مسلم عن علي في جلد الوليد بن عقبة أنه جلده أربعين، وقال: جلد رسول الله أربعين، وأبو بكر أربعين، وعمر ثمانين، وكل سنة، وهذا أحب إليّ، فلو كان هو المشير بالثمانين ما أضافها إلى عمر، ولم يعمل بها، لكن يمكن أن يقال: إنه قال لعمر باجتهاد، ثم تغير اجتهاده.

(تنبيه) قال ابن دحية في كتاب وهج الجمر في تحريم الخمر، صح عن عمر أنه قال لقد هممت أن أكتب في المصحف: أن رسول الله ﷺ جلد في الخمر ثمانين، وهذا لم يسبق هذا الرجل إلى تصحيحه، نعم حكى ابن الطلاع أن في مصنف عبد الرزاق أنه عليه السلام جلد في الخمر ثمانين، قال ابن حزم في الإعراب: صح أنه ﷺ جلد في الخمر أربعين، وورد من طريق لا تصح أنه جلد ثمانين. قاله الحافظ في التلخيص.

(٩) سقط في ز. (١٠) في ز: هذا.

(١١) في ز: اقتدا.

عرف ذلك، فَحَدَّ الشَّرْبَ أَزْبَعُونَ عَلَى الْحَرِّ، وعشرون على الرَّقِيقِ.

وعند أبي حَنِيفَةَ ومالك: حَدُّ الشَّرْبِ ثَمَانُونَ، واختارَهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ.

لنا: ما سبق، وأيضاً فقد رُوِيَ أَنَّهُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أمر حتى جُلِدَ الشَّارِبُ أربعين. وهل يجوز أن يُضْرَبَ بالأيدي، والنعال، وأطراف الثياب أم<sup>(١)</sup> يتعين الجلد بالسوط؟ حكى الإمام وغيره فيه وجهين:

أحدهما: أَنَّهُ يَتَعَيَّنُ الْجُلْدُ بِالسِّيَاطِ؛ لأنه روي عن عُمَرَ وَعَلِيٍّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - الْجُلْدُ بِالسُّوْطِ، واستقرَّ الأمرُ عليه، فلا مَعْدَلٌ عنه.

وأصحهما: أَنَّهُ يجوز؛ لأنه المَثْبُوتُ عن عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ولم يَثْبُتْ فِيهِ نَسْخٌ، والذين عَدَلُوا إِلَى السِّيَاطِ أَخَذُوا بِالتَّغْيِيلِ وَالتَّقْوِيمِ. ويروي عن أَنَسٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنِ النَّبِيِّ ﷺ أُتِيَ بِشَارِبٍ فَأَمَرَ عَشْرِينَ رَجُلًا، فَضْرَبَهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مَرَّتَيْنِ بِالْجَرِيدِ وَالتَّنَالِ<sup>(٢)</sup>.

ومنهم من رَأَى الضَّرْبَ بِالأَيْدِي وَالتَّنَالِ جَائِزًا لِمَحَالَّةِ، وذكروا وجهين في أَنَّهُ هل يَتَعَيَّنُ، أم يجوز العُدُولُ إِلَى السِّيَاطِ؟ هكذا حكاها صاحب «البيان» وظاهر المَذْهَبِ أَن كِلَا مِنْهُمَا جَائِزٌ؛ أما الأول، فلأنه الأَصْلُ، وبه وَرَدَتِ الأَخْبَارُ.

وأما الثاني، فلفعل الصحابة - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - واستمرَّ أَرَاهِمُ عَلَيْهِ.

ولو رأى الإمام أَنَّهُ يزيد فيبلغ بها ثَمَانِينَ، ففيه وجهان:

أصحهما: الجَوَازُ؛ لما رَوَيْنَا فِي القِصَّةِ، وعلى هذا فلو ضَرَبَهُ بين الأربعين والثمانين، فيجوز.

والثاني: المَنْعُ؛ لما روي أَن عَلِيًّا - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - رَجَعَ عن ذلك، وكان يَجْلِدُ فِي خِلافَتِهِ أربعين، وإذا جَوَزْنَا للإمام أَن يبلغ الضَّرْبَاتُ ثَمَانِينَ، فالزيادة على الأربعين حَدٌّ أو تعزير؟ في «تعلق» إبراهيم المَرْوُذِيُّ حكاية وجهين [فيه]<sup>(٣)</sup> عن أبي إِسْحَاقَ المَرْوُذِيِّ:

(١) في ز: أو.

(٢) قال الحافظ في التلخيص: لم أَرَهُ هَكَذَا، بل في البيهقي من حديث قتادة عن أَنَسٍ: أَن رَجُلًا رَفَعَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ قَد سَكَرَ، فَأَمَرَ قَرِيبًا مِنْ عَشْرِينَ رَجُلًا، فَجَلَدُوهُ بِالْجَرِيدِ وَالتَّنَالِ، وَفِي رِوَايَةٍ لَهُ: أَن يَجْلِدَهُ كُلُّ رَجُلٍ جَلْدَتَيْنِ، بِالتَّنَالِ وَالجَرِيدِ، وَأَصْلُهُ عِنْدَ مُسْلِمٍ وَأَبِي دَاوُدَ مِنْ طَرِيقِ قَتَادَةَ أَيضًا عَنْ أَنَسٍ جَلَدَهُ بِجَرِيدَتَيْنِ، نَحْوًا مِنْ أَرْبَعِينَ، قَالَ أَبُو دَاوُدَ: وَرَوَاهُ شُعْبَةُ عَنْ قَتَادَةَ عَنْ أَنَسٍ: ضَرَبَهُ بِجَرِيدَتَيْنِ، نَحْوًا مِنْ أَرْبَعِينَ، قَالَ: وَرَوَاهُ ابْنُ أَبِي عَرُوبَةَ عَنْ قَتَادَةَ نَحْوَهُ مَرْسَلًا، وَفِي الْبُخَارِيِّ مِنْ طَرِيقِ هِشَامٍ عَنْ قَتَادَةَ عَنْ أَنَسٍ: أَن النَّبِيَّ ﷺ ضَرَبَ فِي الْخَمْرِ بِالْجَرِيدِ وَالتَّنَالِ، وَجَلَدَ أَبُو بَكْرٍ أَرْبَعِينَ.

(٣) سقط في ز.

أحدهما: أنه حَدٌّ، لكن أضعف من الأربعين الأولى، فهي ثابتة<sup>(١)</sup> بالسنة، وهذه باجتهاد الصحابة - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - [ورأيهم]<sup>(٢)</sup>.

وأظهرهما: عند أكثرهم أن الزيادة تعزير؛ لأنها لو كانت حَدًّا، لما جاز<sup>(٣)</sup> تركها، ويجوز أن يتركها، ويقتصر على الأربعين.

رَوِيَ عن عَلِيٍّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أنه قال: ضَرَبَ رسول الله ﷺ بالثَّعَالِ، وَأَطْرَافِ الثِّيَابِ، وضرب أبو بكرٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أربعين سَوْطًا.

[وعن] عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - ثَمَانِينَ، وَكُلُّ<sup>(٤)</sup> سَنَةٍ، واعترض على هذا الوجه بأن التَّعْزِيرَ لا يبلغ الحدَّ، فكيف يبلغ تَعْزِيرُ الشُّرْبِ مع حَدِّه أربعين.

وأجيب عنه بأن الواجب للشرب هو الجلد، والتعزير للجنایات المتولدة منه من الهذيان والافتراء، ويجوز أن يبلغ تَعْزِيرُ الجنایات المتعددة الحدَّ، وهذا ليس بِشَافٍ، فإن الجنایة التي يعزر عليها لا بُدَّ من تَحَقُّقِهَا، ولا معنى للتَّعْزِيرِ بالجنایة المُتَوَقَّعة، ثم تلك الجنایات والحَبَائِثُ التي<sup>(٥)</sup> تَتَوَلَّدُ من الخمر لا تَنَحْصِرُ، فلتجر الزيادة على الثمانين، وقد منعوا منه، وصرَّح به صاحب الكتاب.

وفي قصة مراجعة الصحابة - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - وتبليغهم الضربات ثمانين ألفاظ مُشْعِرَةٌ بأن الكُلَّ حَدٌّ، وعلى هذا فَحَدُّ الشُّرْبِ مَخْصُوصٌ من بين سائر الحدود، بأن يَتَحْتَمَ بعضه، [ويتعلَّق بعضه]<sup>(٦)</sup> باجتهاد الإمام، [والله أعلم].

قال الغزالي: وَكَيْفِيَّةُ الْجَلْدِ أَنْ يُضْرَبَ بِسَوْطٍ مُعْتَدِلٍ أَوْ خَشَبَةٍ بَيْنَ الْقَضِيبِ وَالْعَصَا بَيْنَ الرُّطُوبَةِ وَالتَّيْبُوسَةِ، وَلَا يَزْفَعُ يَدَهُ فَوْقَ الرَّأْسِ حَتَّى لَا يَشْتَدَّ الْأَلَمُ، وَيَفْرُقُهُ عَلَى جَمِيعِ بَدَنِهِ إِلَّا عَلَى الْوَجْهِ، وَلَا يَبْقَى الرَّأْسُ (ح)، وَلَا يَشُدُّ يَدَ الْمَجْلُودِ لِيَتَّقِيَ بِيَدِهِ، وَلَا يَتَلَّ لَوَجْهِهِ، وَلَا يَكُتَبُ بَلُّ يُجْلَدُ الرَّجُلُ قَائِمًا وَالْمَرْأَةُ جَالِسَةً وَثِيَابُهَا مَلْفُوفَةٌ عَلَيْهَا، وَيُؤَالِي بَيْنَ الضَّرْبِ، وَلَا يَفْرُقُ عَلَى الْأَيَّامِ تَفْرِيقًا يَقَعُ اللَّاحِقُ بَعْدَ زَوَالِ أَلَمِ السَّابِقِ.

قال الرَّافِعِيُّ: مَقْصُودُ الْفَصْلِ الْكَلَامُ فِي كَيْفِيَّةِ الْجَلْدِ، وَلَا يَخْتَصُّ ذَلِكَ بِحَدِّ الشُّرْبِ، بل الحكم في جلد<sup>(٧)</sup> الزنا والقذف [والشرب] واحد، وفيه صور:

(١) في ز: تماس بالنسبة.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: كان.

(٤) في ز: والكل سنة.

(٥) في أ: الذي.

(٦) سقط في ز.

(٧) في ز: حال.

إحداها: [ليسكن] <sup>(١)</sup> الجَلْدُ بالسُّوْطِ، والسُّوْطُ المعتاد مُتَعَدِّلٌ فِي الْحَجْمِ، وَاقَعَ بَيْنَ الْقَضِيبِ وَالْعَصَا، وَبِهِ تُعْتَبَرُ سَائِرُ الْحَشَبَاتِ، وَمَا يُعْتَبَرُ مِنَ التَّوَسُّطِ فِي الْحَجْمِ، يُعْتَبَرُ فِي الصِّفَاتِ، فَلَا يُتَّبَعِي أَنْ يَكُونَ [رَطْبًا] <sup>(٢)</sup> طَرِيًّا؛ لِأَنَّهُ يَثْقُلُهُ <sup>(٣)</sup> بِشَقِّ <sup>(٤)</sup> الْجِلْدِ، وَيُغْوِصُ فِي الْبَدَنِ <sup>(٥)</sup>، وَلَا أَنْ يَكُونَ فِي غَايَةِ الْيُبُوسَةِ <sup>(٦)</sup>، فَإِنَّهُ لَا يُؤْلَمُ [لِخَفَّتِهِ] <sup>(٧)</sup> وَأَيْضًا فَيَتَشَطَّى.

وَقَدْ رُوِيَ أَنَّهُ ﷺ أَرَادَ أَنْ يَجْلِدَ رَجُلًا، فَأَتَى بِسُوْطٍ خَلَقِي، فَقَالَ: «فَوْقَ هَذَا» فَأَتَى بِسُوْطٍ جَدِيدٍ. فَقَالَ: «بَيْنَ هَذَيْنِ» <sup>(٨)</sup> وَرُوِيَ مِثْلُ ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ وَعَلِيٍّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا -. وَكَذَلِكَ يَنْبَغِي أَنْ يُضْرَبَ ضَرْبًا بَيْنَ ضَرْبَيْنِ، فَلَا يَرْفَعُ الضَّارِبُ يَدَهُ فَوْقَ الرَّأْسِ؛ بِحَيْثُ تَبْدُو عَفْرَاءَ الْإِبْطِ، فَإِنَّهُ يَشْتَدُّ أَلْمُهُ، وَلَا يَضَعُ السُّوْطَ عَلَيْهِ وَضَعًا، فَإِنَّهُ لَا يُؤْلَمُ، وَلَكِنْ يَرْفَعُ ذِرَاعَهُ لِيَسْتَلْبِ السُّوْطَ ثِقَلًا.

رَوَى عَنْ عَلِيٍّ - كَرَّمَ اللَّهُ وَجْهَهُ - أَنَّهُ قَالَ: سَوْتُ بَيْنَ سَوْطَيْنِ، وَضْرَبُ بَيْنَ ضَرْبَيْنِ. وَعَنْ عُمَرَ وَعَلِيٍّ وَابْنِ مَسْعُودٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - [أَنَّهُمْ] <sup>(٩)</sup> قَالُوا لِلْجَلَادِ: لَا تَرْفَعْ يَدَكَ حَتَّى يَذْمَى بِيَاضُ إِبْطِكَ.

فَإِنْ كَانَ الْمَجْلُودُ رَقِيقَ الْجِلْدِ يَزِمِي بِالضَّرْبِ الْخَفِيفِ، فَلَا يُبَالَى بِهِ.

الثَّانِيَةُ: يُفَرَّقُ السِّيَاطُ عَلَى الْأَعْضَاءِ، وَلَا يَجْمَعُ فِي مَوْضِعٍ وَاحِدٍ، وَيَتَّقِي الْوَجْهَ وَالْمَقَاتِلَ <sup>(١٠)</sup> كَثْفَرَةَ النَّخْرِ وَالْفَرْجِ، وَنَحْوَهُمَا. رَوَى أَنَّهُ ﷺ قَالَ <sup>(١١)</sup>: «إِذَا ضَرَبَ أَحَدُكُمْ فَلْيَتَّقِ الْوَجْهَ» وَأَيْضًا فَالْوَجْهَ مَجْمَعُ الْمَحَاسِنِ، وَأَثَرُ الشَّيْنِ <sup>(١٢)</sup> فِيهِ يَعْظُمُ.

- (١) سقط في ز.  
(٢) سقط في ز.  
(٣) في ز: يفعله.  
(٤) في ز: لسبق.  
(٥) في ز: التذب.  
(٦) في ز: غلبة التسوية.  
(٧) سقط في ز.

(٨) قال الحافظ في التلخيص: لم أره هذا في الشارب، نعم هو بهذا اللفظ عن عمر، وسيأتي، ووقع نحوه مرفوعاً في قصة حد الزاني، رواه مالك في الموطأ عن زيد بن أسلم: أن رجلاً اعترف على نفسه بالزنا، فدعا له رسول الله بسوط، فأتي بسوط مكسور، فقال: فوق هذا، فأتي بسوط جديد، فقال: بين هذين، فأتي بسوط قد ركب به ولان، فأمر به، فجلد به وهذا مرسل، وله شاهد عند عبد الرزاق عن معمر بن يحيى بن أبي كثير نحوه، وآخر عند ابن وهب من طريق كريب مولى ابن عباس بمعناه، فهذه المراسيل الثلاثة، يشد بعضها بعضاً.

- (٩) سقط في ز.  
(١٠) في ز: المقابل.

(١١) أخرجه مسلم وأبو داود، واللفظ له، من حديث أبي هريرة، ورواه البخاري بلفظ آخر، ورواه أيضاً عن ابن عمر بلفظ: «نهى أن تضرب الصورة» ومسلم عن جابر بمعناه.

- (١٢) في ز: وأن السير.



ويروى أن عليّاً - رضي الله عنه - قال للجلاّد: «أعطِ كُلَّ عَضْوٍ حَقَّهُ، وَأَتَقِ الْوَجْهَ وَالْمَذَاكِيرَ». وفي الرّأس وجهان:

أحدهما: أنه يتقي<sup>(١)</sup> أيضاً، وبه قال أبو حنيفة، واختاره الماسزجسي، وابن الصّبّاح، والرويانى؛ لأنه [مقتل، و]<sup>(٢)</sup> يخاف منه العمى.

وأظهرهما: عند أكثرهم - وهو المذكور في الكتاب: المنع، لما روي عن أبي بكر - رضي الله عنه - أنه قال للجلاّد: «اضرب الرّأس، فإن الشيطان فيه. ويخالف الوجه فإنه مستور بالشعر، وغيره غالباً، فلا يخاف من ضربه ما يخاف من ضرب الوجه.

الثالثة: لا تُشد يد المجلود<sup>(٣)</sup>، بل تُترك يده مطلقتين حتى يتقي بهما، ولا يُخل الوجهين، ولا يُمد، ولا يُجرّد عن الثياب، بل يُترك عليه قميص أو قميصان، ولا يترك عليه ما يمنع الأكم من جبة مخشوة، أو فروة. ويجلد الرجل قائماً، والمرأة جالسة، فإنه أستر لها، وتلف، أو تُربط عليها ثيابها لئلا تنكشف عند الضرب، ويلى كف الثوب عليها امرأة، وأما الجلد فليس من شأن النساء [فتولاه رجل].

الرابعة: يُوالي بين الضربات، ولا يجوز أن يُفرّق على الأيام، فيضرب كل يوم سوطاً، أو سوطين؛ لأنه لا يحصل به تنكيل، ولا إيلام، ويخالف ما لو حلف ليضربن فلاناً كذا كذا سوطاً، ففرقه على الأيام، حيث يبر في يمينه؛ لأن المتبع<sup>(٤)</sup> هناك موجب اللفظ، وفي الحدود والتكليف يُراعى المقاصد، ولا شك أن<sup>(٥)</sup> المقصود من الحد الزجر والتنكيل. ولو جلد في حد الزنا في يوم خمسين ولأه، وفي يوم [بعده]<sup>(٦)</sup> خمسين كذلك، أجزأ عن الحد، وبم يضبط ما يجوز من<sup>(٧)</sup> التفريق، وما لا يجوز.

قال الإمام: إن كان التفريق بحيث لا يحصل من كل دفعة ألم له وقع كسوط، وسوطين في كل يوم، فهذا ليس بحد، وإن كان يؤلم ويؤثر بما له وقع، فإن لم يتخلل من الزمان ما يزول به الألم<sup>(٨)</sup> [الأول]<sup>(٩)</sup> اعتد به، وإن تخلل، ففيه تردّد؛ ظاهر كلام القاضي الاغيداد به والأوجه [وأظهر] المنع؛ لأن الموالاة لو عدلت بالأسواط لبلغ أثرها عدداً منها صالحاً، ففي ترك الموالاة إسقاط جزء من الحد، وهذا ما أراد بقوله في الكتاب: «تفريقاً يقع للأحق بعد زوال ألم السابق».

- |                    |                  |
|--------------------|------------------|
| (١) في ز: يتقيه.   | (٢) سقط في ز.    |
| (٣) في ز: المحدود. | (٤) في ز: المنع. |
| (٥) في ز: إشكال.   | (٦) سقط في ز.    |
| (٧) في ز: بين.     | (٨) في ز: الألف. |
| (٩) سقط في ز.      |                  |

«فرع»

لا يقام حدُّ الشرب في الشُّرْبِ، بل يُؤخَّرُ إلى أن يُبَيَّنَّ (١). «آخر»

قال: لا تقام الحدود في المساجد، وتروى هذه اللفظة عن رسول الله ﷺ في رواية ابن عباس - رضي الله عنهما - ولأنه يحتمل (٢) أن يتلوت المسجد من جراحة تخذت (٣)، ويسقط الفرض لو أقيمت، كما لو صلى في مكان مغضوب (٤)، وكما لا يجلد حداً في المسجد، لا يجلد تغزيراً (٥).

قال العزالي: هذه هي الجنائيات الموجبة للحد، وما عداها ومقدماتها فيوجب التغزير (والنظر في التغزير) في قدره وموجبه ومستوفيه (أما موجبه) فهو كل ما يفصي به العبد ربه من جنائيه على حق الله تعالى أو حق الأدمي (أما قدره) فلا يتقدر أقله وأكثره، وقيل: إنه يحط عن عشرين جلدة وهو أقل ما يجب في الحدود وهو حد شرب العبد، وقيل: بل تغزير الحر إنما يحط عن حده وهو الأربعون، وقيل: تغزير مقدمات الزنا إنما يحط عن حد الزنا لا عن حد الشرب والقذف، وقيل: لا يزداد على عشرة لورود خبر فيه صححه بفض الأئمة، ولا يجوز أن يقتل في التغزير والأستصلاح.

قال الرافعي: فرغنا بتيسير الله وعونه من الكلام في الحدود، والعرض الآن القول في التغزير (٦)، وهو مشروع في كل معصية ليس فيها حد، ولا كفارة، سواء كانت من

(١) قال ابن الرفعة: سكت العراقيون عما لو حد حال سكره هل يعتد به أم لا. وقال القاضي الحسين: فيه وجهان وأجرامهما فيما لو أفاق ثم جن وحد في حال جنونه ولم يرجع شيئاً والأظهر الاعتداد بذلك في حال السكر. وأما في الجنون ففيه نظر. وفي تعليق البغوي: وإنما يحد بعد الإفاقة ليحصل بذلك الزجر الكامل والردع التام فلو حد حال سكره أو حال جنونه وإغمائه قال يحتمل وجهين.

(٢) في ز: يحمل. (٣) في ز: جراحته بحدو.

(٤) قال الأذري: كلام الرافعي يفهم تحريمه حيث قال لا تقام الحدود في المساجد وفي تعليق البغوي هنا: ولا يجوز كذا للنهي عنه وأهمه كلام الماوردي لكن صرح غيرهما بأنه مكروه تنزيهاً وكذا قاله يعني الشيخين في أدب القضاء وابن الصباغ في كتاب الحدود.

(٥) سقط في ز.

(٦) وهو في اللغة: التأديب وأصله من العزر وهو المنع، ومنه قوله تعالى: «وتعزروه» أي وتدفعوا العدو عنه وتمنعوه. ويخالف الحد في ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يختلف باختلاف الناس فتغزير ذوي الهيئات أخف ويستونون في الحد.

والثاني: تجوز الشفعة فيه والعفو بل يستحبان.

مُقَدَّمَاتٍ ما فيه [حد] (١) كَمَبَاشِرَةَ الأَجْنِبِيَّةِ فيما دون (٢) الفَرْجِ، وَسَرْقَةَ ما دون النَّصَابِ،

= والثالث: التالف به مضمون في الأصح خلافاً لأبي حنيفة ومالك رضي الله عنهما وشرعاً: تأديب على ذنب لا حد فيه ولا كفارة كما نبه عليه المصنف - رحمه الله - وهو مشروع في كل معصية ليس فيها حد ولا كفارة.  
(١) سقط في ز.

(٢) يستثنى من إطلاق الشيخ مسائل:

منها: الوقاع في نهار رمضان فإنه يعزر مع التكفير. حكاها البغوي في شرح السنة عن إجماع الأمة.

قال في القوت: وفي شرح مسند الشافعي للرافعي ما يقتضيه ونازع الشيخ البلقيني فيما ادعاه وقال: إن الصحيح أنه لا يعزر وجزم به في الكفاية.

ومنها: اليمين الغموس فيها الكفارة والتعزير كما ذكره النووي في شرح المهذب وذكره أيضاً غيره.

ومنها: عن الشامل في أوائل الجراح كل موضع قلنا لا يجب القصاص يعني في العمد فإن القاتل يعزر ويلزمه البذل والكفارة. وقد نص في الأم في قتل الوالد ولده فقال: يعزر على معصية الله وعليه الدية والكفارة في ماله. وقال رضي الله عنه في باب من لا قصاص عليه لاختلاف الدينين: وإذا قتل المؤمن الكافر عزر وحبس ولا يبلغ في تعزيره في قتل ولا غيره حداً ولا يبلغ بحبسه سنة ولكن حبس يبتلى به وهو ضرب من التعزير.

قال في القوت: وخذ من هذا النص ومما قبله أن الحر لو قتل عبداً لغيره أنه يعزر مع الغرم والكفارة. وكذا لو قتل عبد نفسه عدواناً عزر مع الكفارة.

ومنها: ذكر الفوراني أن السارق إذا قطعت يده يعزر.

قال في الذخائر: إن أراد به تعليق يده في عنقه فحسن أو غيره فمفرد به.

ومنها: السارق بعد قطع أطرافه الأربعة يعزر.

ومنها: إذا أمر الإمام الجلال بقتل حر بعبد والجلاد لا يراه ففعل أنه يعزر والقول على الإمام.

قال الأذرعى: والظاهر وجوب الكفارة على الجلاد فيعزر كالوالد يقبل ولده.

ومنها: عن القاضي أبي حامد أنه من دخل من أهل القوة الحمى الذي حماه الإمام فرعى ماشيته فلا غرم عليه ولا يعزر مع عصيانه.

ومنها: عن ابن داود من أئمتنا أن قاتل المحصن الزاني إذا قتله على تلك الحالة لا يعزر ويعزر للغيظ والحمية ذلك الوقت، وإن افتأت على الإمام وهو حسن.

ومنها: في الحديث المشهور في سنن أبي داود وغيره: أقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا الحدود. قال الشافعي رضي الله عنه: هم الذين لا يعرفون بالشر فيزل أحدهم الزلة، ونقل الماوردي فيهم

وجهمين:

أحدهما: أنهم أصحاب الصغائر.

والثاني: هم الذين إذا ألموا بالذنب ندموا عليه وتابوا منه.

قال: وفي عثراتهم وجهان:

أحدهما: أنها الصغائر أول زلة يزل فيها مطيع.

والسرقة من غير [الجزز، والسب،<sup>(١)</sup>] والإيذاء بما ليس بقذف، أو لم يكن من مُقَدَّمَاتِهِ كَشَهَادَةِ الزُّورِ، وَالضَّرْبِ غَيْرِ حَقٍّ، وَالتَّزْوِيرِ، وَسَائِرِ الْمَعَاصِي.

روي التَّعْزِيرُ عَنِ فِعْلِ النَّبِيِّ ﷺ وَفِي خَبَرِ سَرِقَةِ التَّمْرِ إِذَا آوَاهُ «الْجَرِين»<sup>(٢)</sup> وَبَلَغَتْ قِيمَتُهُ ثَمَنَ الْمَخْجَنِ، فِيهِ الْقَطْعُ، وَإِنْ كَانَ دُونَ ذَلِكَ، فِيهِ عَزْرٌ مِثْلِهِ، وَجُلْدَاتٌ نَكَالًا. وَعَزْرٌ<sup>(٣)</sup> عَمْرٌ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - مِنْ زَوْرٍ كِتَابًا.

وعن علي - كَرَّمَ اللَّهُ وَجْهَهُ - أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ قَوْلِ الرَّجُلِ [لِرَجُلٍ]<sup>(٤)</sup> يَا [فَاسِقُ]<sup>(٥)</sup> يَا خَبِيثٌ؟ فَقَالَ: هِيَ فَوَاحِشٌ فِيهِنَّ تَعْزِيرٌ، وَلَيْسَ فِيهِنَّ حَدٌّ. وَشَرْعِيَّةُ التَّعْزِيرِ<sup>(٦)</sup> تَشْمَلُ الْمَعْصِيَةَ الَّتِي تَتَعَلَّقُ بِحَقِّ الْأَدْمِيِّ، وَالَّتِي تَتَمَحَّضُ حَقًّا لِلَّهِ - تَعَالَى - وَالنَّظَرُ بَعْدَ هَذَا فِي ثَلَاثَةِ فُصُولٍ:

أحدها: فِي نَفْسِ التَّعْزِيرِ، أَمَا جِنْسُهُ مِنْ<sup>(٧)</sup> الْحَبْسِ أَوْ الضَّرْبِ جُلْدًا أَوْ صَفْعًا، فَهُوَ إِلَى رَأْيِ الْإِمَامِ، فَيَجْتَهِدُ، وَيَعْمَلُ مَا يَرَاهُ مِنَ الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا وَالِاقتِصَارِ عَلَى أَحَدِهِمَا، وَلَهُ أَنْ<sup>(٨)</sup> يَفْتَعَّ بِالتَّبَكُّيْتِ<sup>(٩)</sup> وَالتَّوْبِيخِ بِاللِّسَانِ عَلَى تَفْصِيلِ يَأْتِي مِنْ بَعْدِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

وَفِي «النَّهْيَةِ» أَنَّ الْأَصْحَابَ قَالُوا: عَلَيْهِ أَنْ يُرَاعِيَ التَّزْيِيبَ وَالتَّدرِجَ كَمَا يُرَاعِيهِ وَالدَّافِعَ لِلصَّائِلِ فَلَا يَتَرَقَّى إِلَى مَرْتَبَةٍ<sup>(١٠)</sup>، وَهُوَ يَرَى مَا دُونَهَا كَافِيًا مُؤَثَّرًا.

وَأَمَا قَدْرُهُ، فَيَتَعَلَّقُ بِاجْتِهَادِهِ أَيْضًا إِنْ خَالَفَ جِنْسُهُ<sup>(١١)</sup> جِنْسَ الْحَدِّ، كَالْحَبْسِ، وَإِنْ

= وَقَالَ الْفَارَقِيُّ: هُمْ أَرْبَابُ الصِّيَانَةِ الظَّاهِرَةِ إِذَا بَدَتْ مِنْهُمْ صَغِيرَةٌ فَالْمُسْتَحَبُّ إِخْفَاؤُهَا عَلَيْهِمْ وَسِتْرُهَا لِأَنَّهَا أَوَّلُ مَرَّةٍ قَالَ ابْنُ عَبْدِ السَّلَامِ فِي قَوَاعِدِهِ: وَلَوْ رَفَعْتَ صَغَائِرَ الْأَوْلِيَاءِ إِلَى الْأُمَّةِ وَالحِكْمَ لَمْ يَجْزِ تَعْزِيرُهُمْ عَلَيْهَا بَلْ تَقَالُ عَشْرَتُهُمْ وَتَسْتَرُ زَلْتَهُمْ. انْتَهَى. وَمِنْهَا: لَوْ تَلَاعَنَّا ثُمَّ قَذَفْنَا بِالْأَوْلَى نَهَى فَإِنْ عَادَ عَزْرٌ. قَالَ الدَّارِمِيُّ. وَمِنْهَا: ذَكَرَ النَّوَوِيُّ فِي شَرْحِ مُسْلِمٍ فِي حَدِيثِ الْحَضْرَمِيِّ أَنَّ أَحَدَ الْخَصْمَيْنِ إِذَا قَالَ لِصَاحِبِهِ إِنَّهُ ظَالِمٌ أَوْ فَاجِرٌ أَوْ نَحْوَهُ فِي حَالِ الْمَخَاصِمَةِ يَتَحَمَّلُ ذَلِكَ مِنْهُ أَيُّ وَلَا يَعْزُرُ عَلَيْهِ. وَمِنْهَا: الْمُرْتَدُ إِذَا قَبِلْنَا تَوْبَتَهُ لَا يَعْزُرُ أَوَّلَ مَرَّةٍ، وَلِيَقْتَصِرَ عَلَى هَذِهِ النَّبْذَةِ وَإِنْ بَقِيَ صُورٌ.

(١) سقط في ز.

(٢) تقدم في السرقة.

(٣) قال الحافظ في التلخيص: لم أحده، لكن في الجعديات للبخاري قال نا علي بن الجعد. نا شريك عن عاصم بن عبيد الله عن عبد الله بن عامر قال: أتى عمر بشاهد زور، فوقفه للناس يوماً إلى الليل، يقول: هذا فلان شهد بزور، فاعرفوه، ثم حبسه، وعاصم فيه لين.

(٤) سقط في ز. (٥) في ز: ما سبق.

(٦) في أ: التعجيل.

(٧) في ز: يبيع.

(٨) في ز: من بينة.

(٩) في ز: سنة.

رَأَى الْجَلْدَ فَلَا بَدَّ وَأَنْ يَنْقُصَ عَنِ الْحَدِّ، كَمَا تَنْقُصُ الْحُكُومَةُ عَنِ الدِّيَّةِ، وَالرَّضْخُ عَنِ السَّهْمِ. ثُمَّ هَلْ يُفَرَّقُ بَيْنَ مَعْصِيَةٍ وَمَعْصِيَةٍ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أحدهما: نعم، وَتُقَاسُ كُلُّ مَعْصِيَةٍ بِمَا يُنَاسِبُهَا فِي الْجِنَايَةِ الْمَوْجِبَةِ لِلْحُدُودِ، فَتُعْزِرُ مُقَدَّمَاتِ الزُّنَا وَالْوَطْءِ الْحَرَامِ الَّذِي لَا يُوجِبُ الْحَدَّ يَنْقُصُ عَنِ حَدِّ الزُّنَا، لَا عَنِ حَدِّ الْقَذْفِ وَالشَّرْبِ، وَتُعْزِرُ الْإِيذَاءَ<sup>(١)</sup> وَالسَّبَّ بِمَا لَيْسَ بِقَذْفٍ يَنْقُصُ عَنِ حَدِّ الْقَذْفِ، لَا عَنِ حَدِّ الشَّرْبِ، وَتُعْزِرُ إِذَا رَءَى كَأْسَ الْمَاءِ عَلَى الشَّرْبِ، تُشْبِهُهَا بِشَارِبِي الْخَمْرِ يَنْقُصُ عَنِ حَدِّ الشَّرْبِ، اعْتِبَاراً لِكُلِّ [نَوْعٍ بِغَايَةِ الزَّاجِرِ]<sup>(٢)</sup> الْمَشْرُوعِ فِي جَنْسِهِ، وَقَرَبِ هَذَا مِنْ قَوْلِنَا: إِنْ حُكِمَ الْجِنَايَةِ الْوَارِدَةِ عَلَى عُضْوٍ تُعْتَبَرُ بِأَرْشِ ذَلِكَ الْعَضْوِ، وَبِهَذَا الْوَجْهِ قَالَ الْقَفَّالُ، وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي الرَّوْيَانِيُّ فِي «الْحَلِيَّةِ».

وَذَكَرَ الْإِمَامُ تَفْرِيعاً عَلَيْهِ أَنَّ تَعْزِيرَ مُقَدَّمَاتِ السَّرْقَةِ يُعْتَبَرُ بِأَغْلَظِ حُدُودِ الْجَلْدِ، وَهُوَ<sup>(٣)</sup> حَدُّ الزُّنَا؛ لِأَنَّ الْقَطْعَ أَبْلَغُ مِنْ مِائَةِ جَلْدَةٍ، وَأَنَّ تَعْزِيرَ الْحُرِّ يُعْتَبَرُ بِحَدِّهِ، وَتَعْزِيرَ الْعَبْدِ يُعْتَبَرُ بِحَدِّهِ؛ لِأَنَّ اعْتِبَارَ حَالِ الْمُعْزَرِّينَ أَوْلَى مِنْ اعْتِبَارِ تَنَاسُبِ الْجِنَايَتَيْنِ. هَذَا أَحَدُ الْوَجْهِينِ وَتَفْرِيعِهِ.

وَالثَّانِي: وَهُوَ الْأَظْهَرُ عِنْدَ أَكْثَرِهِمْ - أَنَّهُ لَا فَرْقَ بَيْنَ مَعْصِيَةٍ وَمَعْصِيَةٍ، [وَيَلْحَقُ]<sup>(٤)</sup> مَا هُوَ مِنْ مُقَدَّمَاتِ مُوجِبَاتِ الْحَدِّ، وَرَبِمَا لَيْسَ مِنْ مُقَدَّمَاتِهَا. وَعَلَى هَذَا وَجْهَانِ:

أحدهما - وَبِهِ قَالَ أَبُو عَلِيٍّ بَنُ أَبِي هُرَيْرَةَ وَالطَّبْرِيُّ: أَنَّهُ<sup>(٥)</sup> لَا يُزَادُ التَّعْزِيرُ عَلَى عَشْرِ جَلْدَاتٍ؛ لَمَّا رُوِيَ عَنِ أَبِي بُرْدَةَ بْنِ نِيَّارٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ<sup>(٦)</sup>: «لَا يُجْلَدُ فَوْقَ الْعَشْرِ إِلَّا فِي حَدِّ» وَبِهَذَا قَالَ صَاحِبُ «التَّقْرِيبِ». وَقَالَ: الْحَدِيثُ صَحِيحٌ. وَقَدْ اشْتَهَرَ عَنِ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّهُ قَالَ: مَذْهَبِي مَا صَحَّ بِهِ الْحَدِيثُ.

وَأَظْهَرُهُمَا: أَنَّهُ تَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَى الْعَشْرِ، وَإِنَّمَا الْمَرَعِيُّ التَّقْصَانُ عَنِ الْحَدِّ، وَالْخَبِيرُ عَلَى مَا ذَكَرَ بَعْضُهُمْ أَنَّهُ مَنْسُوخٌ، وَاحْتِجَّ بِعَمَلِ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - بِخِلَافِهِ مِنْ غَيْرِ إِنْكَارٍ.

(١) فِي ز: الْإِيْلَاءِ.

(٢) سَقَطَ فِي ز.

(٣) فِي ز: وَفِي.

(٤) سَقَطَ فِي ز.

(٥) فِي ز: إِذْ.

(٦) مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ، وَتَكَلَّمَ فِي إِسْنَادِهِ ابْنُ الْمُنْذَرِ وَالْأَصْبَلِيُّ مِنْ جِهَةِ الْإِخْتِلَافِ فِيهِ، وَقَالَ الْبَيْهَقِيُّ: قَدْ وَصَلَ عَمْرُو بْنُ الْحَارِثِ إِسْنَادَهُ، فَلَا يَضُرُّ تَقْصِيرَ مَنْ قَصَرَ فِيهِ، وَقَالَ الْغَزَالِيُّ: صَحَّحَهُ بَعْضُ الْأُئِمَّةِ، وَتَعَقَّبَهُ الرَّافِعِيُّ فِي التَّذْنِيبِ فَقَالَ: أَرَادَ بِقَوْلِهِ بَعْضُ الْأُئِمَّةِ صَاحِبَ التَّقْرِيبِ، وَلَكِنْ الْحَدِيثُ أَظْهَرَ أَنَّ تَضَافَ صَحَّتِهِ إِلَى فَرْدٍ مِنَ الْأُئِمَّةِ فَقَدْ صَحَّحَهُ الْبُخَارِيُّ وَمُسْلِمٌ.

وعن عَمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أنه كتب إلى أبي<sup>(١)</sup> موسى - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: ألا يَبْلُغُ بِنِكَالٍ [أَكْثَرَ]<sup>(٢)</sup> من عشرين سَوْطاً - ويروى ثَلَاثِينَ إلى الأربعين وعلى هذا فالمُعْتَبِرُ أولى الحُدُودِ في حَدِّ الْمُعْزَرِ، أو في الحدود على الإطلاق؟ فيه وجهان: ظاهر النِّصِّ - وهو الذي رَجَّحَهُ عَامَّةُ الْأَصْحَابِ: أنه يعتبر الأدنى في حق الْمُعْزَرِ، فلا يُزَادُ تَعْزِيرُ الحر على تسع وثلاثين جَلْدَةً ليكون دون حَدِّ الشُّرْبِ، وهو أربعون، ولا [يزيد] تَعْزِيرُ العبد على تسع عشرة وَيَتَّفَاوَتَانِ في غاية التَّعْزِيرِ، كما تَفَاوَتَا في غاية الحَدِّ.

والثاني: أنه يعتبر أدنى الحُدُودِ على الإطلاق، حتى لا يُزَادَ تَعْزِيرُ الحر على تسع عشرة أيضاً. وفي التهذيب وجه ثالث: وهو أن الاعتبار بحد الأَخْرَارِ، فلا يَبْلُغُ حَدَّ الحر، ولا العَبْدِ أربعين، وَيَجُوزُ ما دُونَ ذلك وعند مَالِكٍ: لا حَدَّ للتعزير، بل للإمام أن يَضْرِبَ كما شاء، وإن جاوز الحَدَّ، بل جَوَزَ الْقَتْلَ لِلتَّعْزِيرِ والاستِصْلَاحِ، ووجه المذهب ظاهر، وليكن التَّعْزِيرُ بِسَوْطٍ بين سَوْطَيْنِ، وضرب بين ضربين، كما في الحَدِّ.

وعن أبي حَنِيفَةَ: أنه يَجْعَلُ ضَرْبَ التَّعْزِيرِ أَشَدَّ، وفي الحُدُودِ ضرب الزنا أَشَدَّ، ثم حد الشرب، ثم حَدِّ الْقَذْفِ. وقوله في الكتاب: «فيوجب التَّعْزِيرُ» أي: يَفْتَضِيهِ، ويشبهه، ولا ينبغي أن يُحْمَلَ على الوجوب بمعنى اللزوم، ففي تَرْكِ أَصْلِ التَّعْزِيرِ كَلَامٌ سِيَّاتِي إن شاء الله تعالى. وعلى هذا يُحْمَلُ قوله: «أما موجه» بعد قوله: «والنظر في موجهه وقدره ومستوفيه» وقوله بعد ذلك: «وأما أصل الوجوب» يُشِيرُ إلى ما ذكر في «الوسيط»، وهو أن التَّنْظَرَ في المَوْجِبِ، والمستوفى، والقدر، وأصل الوجوب، فحذف بعض التَّرْجِمَةِ.

واعلم أن في قوله: «وما عداها ومقدماتها، فيوجب التَّعْزِيرَ» فيه غُنْيَةٌ عن قوله: «وأما موجه...» إلى آخره؛ لأن المقصود ما عدا الجنایات الموجبة للحد، وهي التي أَرَادَهَا بقوله: «فهو كُلُّ ما يعصي به العَبْدُ رَبَّهُ...» إلى آخره ويجوز أن يُعْلَمَ قوله: «يحط عن عشرين جَلْدَةً» بالميم، وكذلك الحُكْمُ في سائر الوجوه؛ لما ذكرنا أن عند مَالِكٍ - رحمه الله - لا حَدَّ لأكثره، وكذلك قوله: «ولا يَجُوزُ أن يقتل...».

قال العَزَالِيُّ: (وأما المُسْتَوْفَى) فَهُوَ الإِمَامُ وَالْأَبُ وَالسَّيِّدُ وَالرَّوْجُ لِكِنَّ الأبِ يُوَدَّبُ الصَّغِيرَ دُونَ الكَبِيرِ، وَمَعْلَمُهُ أَيْضاً يُوَدَّبُ بِإِذْنِهِ، وَالرَّوْجُ يُعْرَزُ عَلَى النُّشُوزِ، وَالسَّيِّدُ يُعْرَزُ فِي حَقِّ نَفْسِهِ وَفِي حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى وَالرَّوْجُ لَا يُعْرَزُ إِلَّا فِي النُّشُوزِ، وَالتَّعْزِيرُ جَائِزٌ بِشَرْطِ سَلَامَةِ الْعَاقِبَةِ، فَإِنْ سَرَى ضَمِنَ عَاقِلَةُ الْمُعْزَرِ بِخِلَافِ الحَدِّ، فَلَوْ كَانَتِ المَرْأَةُ لَا تَتْرَكَ النُّشُوزَ إِلَّا بِضَرْبٍ مَخُوفٍ لَمْ نَجْزُ تَعْزِيرَهَا أَصْلاً.

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: ابن.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ يُخَصِّصُ لَفْظَ التَّعْزِيرِ [بِضْرَبٍ] <sup>(١)</sup> الْإِمَامَ، أَوْ نَائِبِهِ لِلتَّأْدِيبِ فِي غَيْرِ الْحُدُودِ، وَيُسَمَّى ضَرْبَ الزَّوْجِ زَوْجَتَهُ، وَالْمُعَلِّمُ الصَّبِيَّ تَأْدِيباً لَا تَعْزِيراً. وَمَنْهُمْ مَنْ يُطَلِّقُ اسْمَ التَّعْزِيرِ عَلَى ضَرْبِهِمْ جَمِيعاً، وَهُوَ أَشْهُرُ الْأَصْطِلَاحِينَ، وَالْفَصْلُ يَشْتَمِلُ عَلَى مَسْأَلَتَيْنِ:

إحدهما: مُسْتَوْفِي التَّعْزِيرِ عَلَى الْأَصْطِلَاحِ.

وهو الإمام والأب والسيد والزوج.

أما الإمام فله بالولاية العامة إقامة العقوبات حداً وتعزيراً، والأب يُؤدِّبُ الصَّغِيرَ تَعْلِيماً وَرَجْراً عَنِ سَبِيٍّ الْأَخْلَاقِ، وَكَذَلِكَ يُؤدِّبُ الْمَعْتُوهُ <sup>(٢)</sup> بِمَا يَضْبِطُهُ، وَيُشْبِهُ أَنْ تَكُونَ الْأُمُّ وَمِنَ الصَّبِيِّ فِي كَفَالَتِهِ، كَذَلِكَ، كَمَا ذَكَرْنَا فِي تَعْلِيمِ أَحْكَامِ الطَّهَارَةِ وَالصَّلَاةِ، وَالْأَمْرَ بِهَا، وَالضَّرْبَ عَلَيْهَا أَنْ الْأُمَّهَاتِ كَالْآبَاءِ. وَالْمُعَلِّمُ يُؤدِّبُ الصَّبِيَّ بِإِذْنِ الْوَالِدِيِّ، وَنِيَابَتِهِ، وَالزَّوْجُ يُعْزِرُ زَوْجَتَهُ فِي الشُّشُوزِ، وَمَا يَتَعَلَّقُ بِحَقِّهِ قَالَ [اللَّهُ] تَعَالَى: ﴿فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ﴾ [النساء: ٣٤] وَلَا يُعْزَرُهَا فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِحَقِّ اللَّهِ - تَعَالَى -. وَالسَّيِّدُ يُعْزِرُ فِي حَقِّ نَفْسِهِ مَمْلُوكَهُ، فَإِنَّ مَلِكَهُ وَسُلْطَنَتَهُ فَوْقَ سُلْطَنَةِ الزَّوْجِ عَلَى زَوْجَتِهِ، وَهَلْ يُعْزِرُ فِي حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى؟ فِيهِ وَجْهَانِ، سَبَقَ ذِكْرُهُمَا فِي بَابِ الزَّانَا، وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ يُعْزِرُ، وَبِهِ أَجَابَ فِي الْكِتَابِ هَاهُنَا، وَفِي ذَلِكَ الْبَابِ.

الثانية: إِذَا أَفْضَى التَّعْزِيرُ إِلَى الْهَلَاكِ، وَجِبَ الضَّمَانُ عَلَى عَاقِلَةِ الْمُعْزَرِ؛ لِأَنَّ الْمُعْزَرَ مَأْمُورٌ أَنْ يُؤدِّبَ عَلَى شَرْطِ السَّلَامَةِ، فَإِنَّ الْمَقْصُودَ التَّأْدِيبَ، دُونَ الْهَلَاكِ، فَإِذَا ضَرَبَ وَعِنْدَهُ أَنَّهُ مُقْتَصِدٌ فَحَصَلَ الْهَلَاكُ بَانَ أَنَّهُ جَاوَزَ الْحَدَّ الْمَشْرُوعَ، وَكَانَ قَتْلُهُ شَبِيهَ عَمْدٍ، فَيَجِبُ الضَّمَانُ عَلَى عَاقِلَتِهِ، وَإِنْ كَانَ الْإِسْرَافُ ظَاهِراً، وَضَرَبَهُ بِمَا يَقْصُدُ بِهِ الْقَتْلَ غَالِباً، فَالَّذِي أَتَى بِهِ عَمْدٌ مَخْضٌ - هَكَذَا وَجَّهَ الْإِمَامُ.

وَحَكَى [عَنْ] <sup>(٣)</sup> الْمَحْقُقِينَ بِنَاءً عَلَى هَذِهِ الْقَاعِدَةِ أَنَّ الْمُعْزَرَ إِذَا عَلِمَ أَنَّ التَّأْدِيبَ لَا يَخْصُلُ إِلَّا بِالضَّرْبِ الْمُبْرَحِ، لَمْ يَكُنْ لَهُ الضَّرْبُ [لَا الْمُبْرَحُ] <sup>(٤)</sup> وَلَا غَيْرُهُ، أَمَا الْمُبْرَحُ، فَلِأَنَّهُ مُهْلِكٌ، وَلَيْسَ لَهُ الْإِهْلَاكُ.

وَأَمَّا غَيْرُهُ، فَلِأَنَّهُ غَيْرُ مُفِيدٍ، وَإِلَى هَذَا يَرْجِعُ قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «فَلَوْ كَانَتِ الْمَرْأَةُ لَا تَتْرَكَ الشُّشُوزَ...» إِلَى آخِرِهِ. وَالَّذِي أَطْلَقَهُ الْإِمَامُ يَقْتَضِي أَنْ يَكُونَ ذِكْرُ الزَّوْجِ جَارِياً عَلَى سَبِيلِ الْمِثَالِ، وَسَائِرُ الْمُعْزَرِينَ فِي مَعْنَاهُ، وَيُشْبِهُ أَنْ يُبْنَى الْأَمْرُ فِي حَقِّ الْإِمَامِ عَلَى أَنْ أَضَلَّ التَّعْزِيرُ هَلْ هُوَ وَاجِبٌ عَلَيْهِ؟

(٢) فِي ز: الْمَعْتَدَةُ.

(١) سَقَطَ فِي ز.

(٤) سَقَطَ فِي ز.

(٣) سَقَطَ فِي ز.

وسیأتی إن شاء الله - تعالی - إن أوجبتاه التَّحَقُّ بِالْحَدِّ، وحينئذ فیشیه أن یقال: یضربه ضرباً [غير] (١) مبرح إقامة لصورة الواجب، وإن لم یفد التَّأْدِيبَ.

ویجوز أن یُعَلِّمَ قوله في الكتاب: فإن سرى ضمن عاقلة المعزَّر بالحاء والميم والواو؛ لما سندر في أول كتاب موجبات الضمان، فإن المسألة معادة هناك.

قال العزالي: وأما أصل الوجوب فهو إلى رأي الإمام وقد يرى الصواب في العفو والافتصار على التوبيخ بالكلام فله ذلك في حق الله تعالى، أما في حق الأدمي فليس له الإهمال مع الطلب ولكن هل يجوز له الافتصار على التوبيخ باللسان دون الضرب؟ فيه وجهان، ولو عفا المستحق للمقوية فهل للإمام التعزيز لحق الله تعالى؟ فيه ثلاثة أوجه يفرق في الثالث بين العفو عن الحد والتعزيز، لأن أصل التعزيز منوط برأي الإمام فيجوز أن لا ينسقط بعفو غيره بخلاف الحد.

قال الرافعي: الجنایة المتعلقة بحق الله - تعالی - خاصة، یجتهد الإمام في تعزيرها بما يراه من الضرب، والحبس، والافتصار على التوبيخ بالكلام، فإن رأى الصلاح في العفو المطلق، فله ذلك. وعن أبي حنيفة: أن التعزير واجب كالحد.

ومنهم من یفَضِّلُ فيقول: إن غلب على ظن الإمام أنه لا یُضْلِحُهُ إلا التعزير، وجب التعزير. واحتج الأصحاب بما روي أنه ﷺ قال: «أقبلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا في الحدود» (٢)، وبأن النبي ﷺ أعرض عن جماعة استحقوا

(١) سقط في ز.

(٢) رواه أحمد وأبو داود والنسائي، وابن عدي، والعقيلي من حديث عمرة عن عائشة وقال العقيلي: له طرق، وليس فيها شيء يثبت، وذكره ابن طاهر من رواية عبد الله بن هارون بن موسى القروي، عن القعني عن ابن أبي ذئب عن الزهري عن أنس، وقال: هو بهذا الإسناد باطل، والعمل فيه على القروي، ورواه الشافعي وابن حبان في صحيحه، وابن عدي أيضاً والبيهقي من حديث عائشة، بلفظ: أقبلوا ذوي الهيئات زلاتهم، ولم يذكر ما بعده، قال الشافعي: وسمعت من أهل العلم من يعرف هذا الحديث، ويقول: يتجافى للرجل ذي الهيئة عن عثرته، ما لم يكن حداً، وقال عبد الحق: ذكره ابن عدي في باب واصل بن عبد الرحمن الرقاشي ولم يذكر له علة، قلت: وواصل هو أبو حرة ضعيف، وفي إسناد ابن حبان: أبو بكر بن نافع، وقد نص أبو زرعة على ضعفه في هذا الحديث، وفي الباب عن ابن عمر رواه الشيخ في كتاب الحدود، بإسناد ضعيف، وعن ابن مسعود رفعه: تجاوزوا عن ذنب السخي، فإن الله يأخذ بيده عند عثرته، رواه الطبراني في الأوسط بإسناد ضعيف، قال الشافعي: وذووا الهيئات الذين يقالون عثراتهم، هم الذين ليسوا يعرفون بالشر، فيزل أحدهم الزلة وقال الماوردي في عثراتهم وجهان: أحدهما الصغائر. والثاني أول معصية زل فيها مطيع. قاله الحافظ في التلخيص.



التعزير، كالذي [عَلَّ] (١) (٢) في الغَنِيمَةِ، والذي لَوَى شِدْقَهُ بيده حين حَكَمَ النبي ﷺ للزبير في شِرَاحِ الحَرَّةِ وَأَسَاءَ الأَدَبِ.

وإن تَعَلَّقَتِ الجِنَايَةُ بِحَقِّ الأَدَمِيِّ، فهل يجب التَّعْزِيرُ إذا طلب؟ فيه وجهان:

أحدهما - وهو قَضِيَّةٌ إِزَادَ صَاحِبِ «المهذب» أنه يجب كَالْقِصَاصِ (٣).

والثاني: لا يجب كما [لا] يجب التَّعْزِيرُ في حَقِّ الله - تعالى - وهذا ما أَطْلَقَهُ الشيخ أبو حَامِدٍ وغيره، وَقَضِيَّةٌ ما في «التهديب» تَرْجِيحُهُ.

قال الإمام: قَدَّرُ التَّعْزِيرَ، وما به التعزير - يَتَعَلَّقُ بِرَأْيِ الإمام، ولا يكاد يظهر منه جِنَايَةٌ عند الإمام إلا وهو يُورِثُهُ ويلومه (٤) عليه، وَيُغْلِظُ عليه القَوْلَ فيؤول الخِلافَ إلى أنه هل يجوز الأَفْتِصَارُ على المَلَامِ والتوبيخ بالكلام، وهذا قوله في الكتاب «ولكن هل يَجُوزُ له الأَفْتِصَارُ على التوبيخ باللسان...» إلى آخره. وقوله: «دون الضرب» تأكيد وإيضاح، وفيما سواه ما يُغني عنه. ولو عَفَا مُسْتَحِقُّ العُقُوبَةِ عن القِصَاصِ، أو الحد، أو التعزير فهل للإمام التَّعْزِيرُ؟ فيه وجوه:

أحدها: لا؛ لأن المُسْتَحِقَّ قد أَسْقَطَهَا.

والثاني: نعم؛ لأنه لا يَخْلُو عن حَقِّ الله - تعالى - ولأنه قد يَخْتِاجُ إلى زَجْرِ غَيْرِهِ، وإلى زَجْرِهِ عن مِثْلِ تلك الجناية.

وأشبههما: الفَرْقُ بين أن يكون العَفْوُ عن الحدِّ، فلا يعزر، وبين أن يكون عن التعزير، فيعزر؛ لأن الحدَّ لَأَزِمٌ مُقَدَّرٌ، ولا يَتَعَلَّقُ بِنَظَرِ الإمام، فلا سَبِيلٌ إلى العُدُولِ إلى غيره بغير سُقُوطِهِ، والتعزير يَتَعَلَّقُ أصله بِنَظَرِ الإمام، فَجَازَ أَلَا يُؤَثَّرُ فيه إسْقَاطُ غَيْرِهِ. [والله - عَزَّ وَجَلَّ - أعلم].

(١) قال الحافظ في التلخيص: فأما الغال: فروى أبو داود وابن حبان وأحمد والحاكم حديثه، من طريق عبد الله بن عمرو بن العاص قال: كان رسول الله ﷺ إذا أصاب غنيمة، أمر بلالاً فنادى في الناس، فيجيئون بغنائمهم، فيخمسه، ويقسمه، فجاء رجل يوماً بعد النداء بزمام من شعر، فقال هذا كان فيما أصبناه، فقال: سمعت بلالاً ينادي ثلاثاً؟ قال: نعم، قال فما منعك أن تجيء به؟ فاعتذر فقال: كلا كن أنت تجيء به يوم القيامة فلن أقبله منك.

(فائدة) يعكر على هذا ما رواه أبو داود من حديث عبد الله بن عمرو: أن النبي ﷺ حرق متاع الغال، لكن قال البخاري: إنه لا يصح، وأما حديث شراح الحرة فتقدم في باب إحياء الموات، ولا أعلم من الذي روي فيه أن الأنصاري لوى شدقه أو يده.

(٢) سقط في ز.

(٤) في ز: توبيخه ويلزم.

(٣) في ز: كالعصائر.

## (كِتَابُ مُوجِبَاتِ الضَّمَانِ)

قال الغزالي: وَالنَّظَرُ فِي ضَمَانِ الْوَلَاةِ وَالصَّائِلِ وَإِتْلَافِ الْبَهَائِمِ (النَّظَرُ الْأَوَّلُ فِي الْوَلَاةِ) وَإِلَى الْإِمَامِ تَعْزِيرٌ وَحَدٌّ وَأَسْتِضْلَاحٌ (أَمَّا التَّعْزِيرُ) إِذَا سَرَى فَيَجِبُ ضَمَانُهُ عَلَى كُلِّ مُعَزَّرٍ.

قال الرافعي: ترجمة الكتاب وإن كانت مُطْلَقَةً، فليس المراد جميع الأسباب، بل من مُوجِبَاتِ الضَّمَانِ ما يذكر في غير هذا الموضع، كالغضب والإتلاف، ولكن الشافعي - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - ذَكَرَ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ أَشْيَاءَ تَتَعَلَّقُ بِهَذَا الضَّمَانِ، فجمعها المصنَّف - رحمه الله - [في كتاب] <sup>(١)</sup> ترجمه بموجِبَاتِ الضَّمَانِ، وهي ثلاثة:

أحدها: ضَمَانٌ يَلْزَمُ الْوَلَاةَ <sup>(٢)</sup> بِتَصَرُّفَاتِهِمُ الْمُخْتَصِمَةِ بِهِمْ.

والثاني: ضَمَانُ الصَّائِلِ.

والثالث: ضَمَانٌ مَا تُتْلَفُ الْبَهَائِمُ.

أما الأول ففيه نظران:

أحدهما: فِي مُوجِبِ الضَّمَانِ.

والثاني: فِي مَحَلِّهِ.

أما الأول فما يُفْضِي إِلَى الْهَلَاكِ مِنَ التَّصَرُّفَاتِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِالْوَلَاةِ <sup>(٣)</sup> أَنْوَاعٌ مِنْهَا: التَّعْزِيرُ؛ فَإِنْ مَاتَ مِنْهُ الْمُعَزَّرُ <sup>(٤)</sup>، وَجِبَ ضَمَانُهُ؛ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ بِالْهَلَاكِ أَنَّهُ جَاوَزَ الْحَدَّ <sup>(٥)</sup>

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: بالولاية.

(٣) في ز: بالولاية.

(٤) في ز: المغرور.

(٥) استثنى الشيخ البلقيني في تصحيح المنهاج ما إذا اعترف بما يقتضي التعزير وطلب بنفسه من الوالي أن يعزره فعزره بطلبه لم يكن مضموناً لإذنه له في التعزير، وإذا عزر زوجته الأمة بإذن سيدها فلا ضمان، وهذه الأخيرة داخلة في قول المصنف بعد نعم لكن لو كان مملوكاً فضربه بإذن سيده قال في «التهذيب»: لا ضمان، وذكره أيضاً في كتاب الرهن عن نص الأم، وقد يدخل في إطلاق الشيخ التعزير بالتعزير بالحبس والتوبيخ والنفي، وهذا ليس بمضمون بلا خلاف.

المشروع [كما سبق] <sup>(١)</sup> واحتج له بأنهم حكموا في التي بعث إليها عمر - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - لِرَبِيبَةٍ <sup>(٢)</sup>؛ فَأَجْهَضَتْ ذَا بَطْنِهَا [بوجوب] <sup>(٣)</sup> دية الجنين. وعن عَلِيِّ - كَرَّمَ اللَّهُ وَجْهَهُ - أنه قال <sup>(٤)</sup>: ليس أحدٌ أقيم عليه حدًا، فيموت، فأجد في نفسي منه شيئاً أن الحق قتله إلا حدَّ الخمر، فإنه [شيء] <sup>(٥)</sup> رأيناه بعد رسول الله ﷺ فمن مات منه فدينته إما قال: في بيت المال، وإما قال: على عاقلة الإمام - شكَّ فيه الشافعي - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - قَدَّلَ على أن ما أقيم بالرأي والاجتهاد إذا أفضى إلى تلف، تعلق به الضمان.

وَذَكَرَ وَجْهٌ: أنه لا ضمان إذا عزَّرَ لِحَقِّ الأدمي؛ بناءً على أنه واجب إذا طلب المستحق، فصار كالحَدِّ.

وعند أبي حنيفة: لا ضمان في التعزير، وربما بنى ذلك على أنه يجب التعزير عنده. وعن مالك: أنه إذا عزَّره تعزير مثله، لم يجب الضمان.

وكما يجب الضمان فيما إذا أفضى تعزير الإمام إلى الهلاك، يجب في تعزير الزوج والمعلم، ولا فرق بين أن يضرب المعلم الصبي بإذن أبيه أو دون إذنه.

نعم لو كان مملوكاً، فضربه بإذن سيده، قال في «التهذيب»: لا ضمان؛ لأنه لو أمر بقتله فقتله، لم يجب الضمان.

وقوله في الكتاب: «على كل [مُعزَّر]» <sup>(٦)</sup> المراد: تعلق الضمان به، لا أنه يجب على المُعزَّر نفسه، وإنما تجب الدية على عاقلة الزوج، والمعلم، وفي حق الإمام يجب على العاقلة، أو بيت المال، كما سيأتي إن شاء الله تعالى. نعم من أسرف وظهر منه قُصْدُ القتل تعلق به القصاص، والدية [المغلظة في ماله].

قال الغزالي: (وَأَمَّا الْحُدُودُ الْمُقَدَّرَةُ) فَمَنْ مَاتَ بِهَا فَالْحَقُّ قَبْلَهُ فَلَا ضَمَانَ، وَمَنْ مَاتَ بِثَمَانِينَ جَلْدَةً فِي حَقِّ الشُّرْبِ فَمَضْمُونٌ نِصْفُهُ، وَإِنْ مَاتَ بِأَحَدٍ وَأَرْبَعِينَ فَعَلَى قَوْلِ

(٢) في ز: الزانية.

(١) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) قال الحافظ في التلخيص: هو كما قال، رواه الشافعي من حديث علي بن أبي طالب، وأخرجه البيهقي من طريقه، لكن في سنده ضعف، وأصله في الصحيحين من حديث عمير بن سعيد عن علي أنه سمعه يقول: ما كنت لأقيم على أحد حدًا فيموت، فأجد في نفسي منه شيئاً، إلا صاحب الخمر فإنه لو مات وديته، وذلك أن رسول الله ﷺ لم يسنه، ورواه أبو داود بلفظ: لم يسن فيه شيئاً، إنما قلناه نحن، قال البيهقي: أراد والله أعلم أنه لم يسنه بالسياط، وقد سنه بالنعال، وأطراف الثياب، وقال المجد بن تيمية في الأحكام: معناه لم يقدره. قلت: ورواية أبي داود ظاهرة في تأويل المجد رحمة الله عليه.

(٦) سقط في ز.

(٥) سقط في ز.

يُضْمَنُ نِصْفَهُ، وَعَلَى قَوْلِ جُزْءٍ مِنْ وَاحِدٍ وَأَرْبَعِينَ، وَلَوْ مَاتَ مِنْ أَرْبَعِينَ جَلْدَةً فَلَا ضَمَانَ عَلَى أَظْهَرِ الْقَوْلَيْنِ لِتَقْدِيرِ الصَّحَابَةِ بِهِ، وَلَوْ مَاتَ مِنَ الضَّرْبِ بِالنَّعَالِ وَأَطْرَافِ الثِّيَابِ قَرِيباً مِنْ أَرْبَعِينَ فَلَا ضَمَانَ عَلَى الصَّحِيحِ، وَلَوْ أَمَرَ الْجَلَادُ فِي الشَّرْبِ بِثَمَانِينَ فَضَرَبَ أَحَدًا وَثَمَانِينَ فَفِي قَوْلٍ يَجِبُ شَطْرُ الدِّيَةِ عَلَى الْإِمَامِ وَالْجَلَادِ بِالسَّوَاءِ، وَفِي قَوْلٍ: يَجِبُ الثَّلَاثَانِ عَلَيْهِمَا بِالسَّوَاءِ، وَفِي قَوْلٍ: يَجِبُ عَلَى الْجَلَادِ جُزْءٌ مِنْ وَاحِدٍ وَثَمَانِينَ، وَعَلَى الْإِمَامِ أَرْبَعُونَ مِنْ وَاحِدٍ وَثَمَانِينَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الحدود في غير الشَّرْبِ مُقَدَّرَةٌ مَنْصُوصٌ عَلَيْهَا، فَمَنْ مَاتَ مِنْهَا فَالْحَقُّ قَتْلُهُ فَلَا ضَمَانَ، نَعَمْ إِنْ أُقِيمَ الْحَدُّ فِي حَرِّ مُفْرِطٍ، أَوْ بَرْدٍ مُفْرِطٍ، فَفِيهِ خِلَافٌ تَقَدَّمَ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا ضَمَانَ [أَيْضًا] <sup>(١)</sup> وَأَمَّا حُدُّ الشَّرْبِ، فَإِنْ ضَرِبَ بِالنَّعَالِ، وَأَطْرَافِ الثِّيَابِ، فَمَاتَ مِنْهَا، فَفِي وُجُوبِ الضَّمَانِ وَجْهَانِ، بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ هَلْ يَجُوزُ أَنْ يَحْدُثَ كَذَا؟

إِنْ قُلْنَا: يجوز - وهو الأصح - فلا ضَمَانَ كما في سائر الحدود.

وَإِنْ قُلْنَا: لا يجوز، وَجَبَ الضَّمَانُ؛ لِأَنَّهُ عَدَلَ عَنِ الْجِنْسِ الْوَاجِبِ فِي الْحَدِّ إِلَى غَيْرِهِ. وَلَوْ ضَرَبَ أَرْبَعِينَ جَلْدَةً فَمَاتَ، فَفِي وَجُوبِ الضَّمَانِ قَوْلَانِ، وَيُقَالُ: وَجْهَانِ:

أحدهما: يجب؛ لأن التَّقْوِيمَ بأربعين جَلْدَةً كَانَ بِالْإِجْتِهَادِ، وَيَدُلُّ عَلَيْهِ حَدِيثُ عَلِيِّ - كَرَّمَ اللَّهُ وَجْهَهُ - أَنَّهُ شَيْءٌ أَخَذْتَاهُ بَعْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ.

وأصحهما: أنه لا يجب، كما في سائر الحدود، وذلك لأن الصَّحَابَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - أَجْمَعَتْ عَلَى أَنَّ الشَّارِبَ مَضْرُوبٌ أَرْبَعِينَ جَلْدَةً، وَعَدَلَتْ مَا كَانَ بِهَذَا الْقَدْرِ.

وروي أيضاً أن النبي ﷺ جَلَدَ الشَّارِبَ أَرْبَعِينَ، فَإِنْ قُلْنَا بِالْأَوَّلِ، فَلْأَظْهَرَ عَلَى مَا ذَكَرَهُ الْإِمَامُ وَغَيْرُهُ: أَنَّهُ يَجِبُ كُلُّ الضَّمَانِ، وَفِيهِ وَجْهَانِ آخِرَانِ:

أحدهما: أنه يُوزَعُ عَلَى التَّفَاوُتِ بَيْنَ أَلَمِ السِّيَاطِ، وَالضَّرْبِ بِالنَّعَالِ، وَأَطْرَافِ الثِّيَابِ، وَهَذَا شَيْءٌ لَا يَتَأْتَى ضَبْطُهُ.

والثاني: عن حكاية [ابن] <sup>(٢)</sup> المَرْزَبَانِ وَغَيْرِهِ وَجْهٌ: أَنَّهُ يَجِبُ نِصْفُهُ، لِأَنَّ الْهَلَاكَ حَصَلَ مِنْ إِيْلَامٍ مُسْتَحَقٍّ، وَإِيْلَامٍ غَيْرِ مُسْتَحَقٍّ.

فإن ضرب أكثر من أربعين، كإحدى وأربعين، فمات، بُنِيَ ذَلِكَ عَلَى أَنَّهُ هَلْ يَجِبُ الضَّمَانُ لَوْ مَاتَ مِنْ أَرْبَعِينَ؟

(٢) تقدم.

(١) سقط في ز.

(٣) في ز: غيره.

إن قلنا: نعم، فكذلك هاهنا، وفي كتاب القاضي ابن كنج أن أبا حفص بن الوكيل، وعبد الله بن محمد القزويني [أثبتنا]<sup>(١)</sup> للشافعي - رضي الله عنه - قولين في وجوب جميع الضمان في هذه الصورة.

فإن قلنا: يجب ضمان ما زاد على أربعين، لأنه مبني على الرأي والاجتهاد، كالتعزير ففي قدره قولان:

أحدهما: النصف، لأنه تلاف من مضمون، وغير مضمون، فصار كما إذا جرح نفسه جراحة، وجرحه غيره جراحات فمات منهما يجب نصف الدية.

والثاني: أن الضمان [يقسط]<sup>(٢)</sup> على عدد السياط، وكلام الأئمة إلى ترجيح هذا القول أميل، وفرقوا بين السياط والجراحات؛ بأن السياط تقع على ظاهر البدن، فتكون متقاربة، والجراحات تؤثر في الباطن، ومكانتها مختلفة لا تكاد تضبط، وعلى هذا، فتوزع الدية على أحد وأربعين جزءاً، فيسقط منها أربعون، ويجب جزء واحد، وإن ضرب اثنين وأربعين، فمات، فيوزع على اثنين وأربعين، وعلى هذا القياس، حتى إذا ضرب ثمانين، ومات منها التقى القولان، وكان الواجب نصف الدية.

ومن جلد في القذف إحدى وثمانين جلدة، فمات منها، فالضمان الواجب نصف الدية، أو جزء من إحدى وثمانين جزء منها؛ توزيعاً على السياط؟ فيه القولان:

ثم إن كانت الزيادة من الجلاد، ولم يأمر الإمام بذلك، فالضمان على اختلاف القولين على الجلاد. وإن أمر الإمام بذلك، فالضمان يتعلق بالإمام وكذا لو قال الإمام: اضرب وأنا أعد فغلط في العدد حتى زاد على الثمانين، ولو أن الإمام أمر بثمانين في الشرب، فزاد الجلاد جلدة واحدة، ومات المخدود، فيبنى على أن الضمان يوزع على نوعي الجلد المضمون وغير المضمون، أو على عدد السياط؟ فإن قلنا بالأول فوجهان:

أحدهما: أنه يسقط شطر الدية، ويجب الشطر على الجلاد والإمام بالسوية؛ لأنه مات من مضمون وغير مضمون، فسقط حصة غير المضمون، والمضمون وجد من شخصين، فتوزع حصته عليهما.

والثاني: أنه يسقط ثلث الدية، ويجب ثلثها عليهما بالسوية، لأنه مات من ثلاثة أنواع: من ضرب واجب، وجائز، ومحرم<sup>(٣)</sup>، فتسقط حصة الواجب، وتجب حصة الآخرين<sup>(٤)</sup>.

(٢) سقط في ز.

(١) سقط في ز.

(٤) في ز: الأخرى.

(٣) في ز: وغرم.

وإن قلنا: تُوزَعُ الدِّيةُ على عَدَدِ السَّيِّئِ، فيسقط أربعون جزءاً من إحدى وثمانين جزءاً من الدية، ويجب جزء منها على الجلاد، وأربعون على الإمام. فهذه ثلاثة أوجه.

وفي «النهاية» حكاية وجه رابع، وهو أنه يَسْقُطُ نِصْفُ الدية، وَيُوزَعُ نِصْفُهَا على أحد وأربعين جزءاً؛ منها واحد على الجلاد، وأربعون على الإمام.

قال الإمام: وهذا جَمْعٌ بين التَّنْصِيفِ، واعتبار عَدَدِ الْجَلْدَاتِ، وفيه اختلاط. وأما لفظ الكتاب فقد قَدَّمْنَا بعض صُورِهِ، وَأَخْرَجْنَا بَعْضاً؛ لحاجة الشرح إليه. ويجوز أن يُعْلَمَ قوله: «فَمَضْمُونٌ نِصْفُهُ» بالواو؛ لما علمت أن القول بِوُجُوبِ النِصْفِ مَبْنِيٌّ على أنه لو اقْتَصَرَ على أربعين جَلْدَةً فمات، لم يضمن.

أما إذا قلنا: إنه يضمن، وقلنا: الواجب كُلُّ الضَّمَانِ، ففي [الثمانين] (١) أَوْلَى أن يكون كذلك.

ويجوز أن يُعْلَمَ بالحاء والميم؛ لما سَبَقَ أن الحَدَّ عندهما ثَمَانُونَ، وحينئذ فالهَلَاكُ الْمُتَوَلَّدُ منه لا يكون مَضْمُوناً أَضْلاً.

وقوله: «فَمَضْمُونٌ نِصْفُهُ» معناه: أنه مضمون بِنِصْفِ الضَّمَانِ؛ لأنه نِصْفُهُ مضمون، ونِصْفُهُ مُهْدَرٌ.

ويجوز أن يُعَادَ إعلامه بالحاء والميم على قوله: «يضمن نِصْفُهُ» وقوله: «جزء من واحد وأربعين جزءاً» فيما إذا مات بإحدى وأربعين جَلْدَةً؛ لِمَا بَيَّنَّا.

وأن يعلم قوله: «على أظهر القولين» بالواو، ولأن القاضي ابن كَجَّ حكى طريقة قاطعة؛ بأنه لا ضَمَانٌ في الموت من الأربعين.

قال الغزالي: (وَأَمَّا الْأَسْتِضْلَاحُ) فَهُوَ بِقَطْعِ سِلْعَةٍ أَوْ خِتَانٍ، وَيَجُوزُ لِلْعَاقِلِ أَنْ يَقْطَعَ مِنْ نَفْسِهِ سِلْعَةً إِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا خَطَرٌ لِإِزَالَةِ شَيْنٍ، وَإِنْ كَانَ خَطَرٌ لَمْ يَجْزِ لِلشَّيْنِ، وَيَجُوزُ لِخَوْفِ الْهَلَاكِ إِنْ كَانَ الْقَطْعُ أَرْجَى لِلسَّلَامَةِ بِالظَّنِّ الْغَالِبِ، فَإِنْ تَسَاوَى خَطَرُ التَّرْكِ وَالْقَطْعِ فَوَجْهَانِ، وَمَنْ بِهِ أَلَمٌ لَا يُطِيقُهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَهْلِكَ نَفْسَهُ إِلَّا أَنْ يَقَعَ فِي نَارٍ يَعْلَمُ أَنَّهُ لَا يَنْجُو مِنْهُ إِلَّا بِإِغْرَاقِ نَفْسِهِ وَالغَرَقُ مُهْلِكٌ، فَلَهُ ذَلِكَ عَلَى الْأَصْحَحِ، وَلِلْأَبِ أَنْ يَقْطَعَ مِنَ الصَّغِيرِ مَا لِلْعَاقِلِ أَنْ يَفْعَلَ بِنَفْسِهِ، وَلَيْسَ لِلسُّلْطَانِ ذَلِكَ، كَمَا لَيْسَ لَهُ الْإِجْبَارُ فِي التَّكَاحِ، نَعَمْ لِلسُّلْطَانِ فَضْدُ الصَّغِيرِ وَحِجَامَتُهُ وَمَا لَا خَطَرَ فِيهِ، فَإِنْ سَرَى مَا لَمْ يَجْزُ فَعَلَيْهِ الدِّيةُ فِي خَاصِّ مَالِهِ لَا عَلَى الْعَاقِلَةِ، وَفِي الْقَوَدِ قَوْلَانِ، وَحَيْثُ يَجُوزُ الْقَطْعُ فَلَا

(١) سقط في ز.

يُضْمَنُ الْوَلِيُّ بِسَرَايَتِهِ كَالْفَضْدِ وَالْحَبَامَةِ وَالخِتَانِ وَقَطْعِ السَّلْعَةِ بِخِلَافِ التَّغْزِيرِ، وَالخِتَانِ وَاجِبٌ فِي الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ، وَهُوَ قَطْعُ الْقَلْفَةِ مِنَ الرَّجُلِ وَمِنَ الْمَرْأَةِ مَا يَنْطَلِقُ عَلَيْهِ الْأَسْمُ، وَإِنَّمَا يَجِبُ بَعْدَ الْبُلُوغِ، وَالْأَوْلَى تَقْدِيمُهُ لِلْسُّهُولَةِ، وَالْبَالِغُ إِذَا أَمْتَنَعَ فَلِلْمُسْلِمَانِ قَهْرُهُ بِالخِتَانِ هَذَا كُلُّهُ فِي الْمَوْجِبِ (أَمَّا مَحَلُّ) الضَّمَانِ فَالْإِمَامُ فِيهِ كَالْأَجَانِبِ فِيمَا يَتَعَدَّى بِهِ، أَمَّا مَا يَخْطِئُ بِهِ فِي الْحُكْمِ فَيَجِبُ عَلَى عَاقِلَتِهِ عَلَى قَوْلِ، وَعَلَى بَيْتِ مَالِهِ عَلَى قَوْلِ، وَفِي الْكِفَارَةِ قَوْلَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوْلَى بِأَنْ لَا يَجِبَ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ، وَيَجْرِي الْقَوْلَانِ فِيمَا لَوْ ضَرَبَ ثَمَانِينَ فِي الشَّرْبِ بِالْإِجْتِهَادِ، وَلَا يَجْرِي إِذَا أَقَامَ الْحَدَّ عَلَى حَامِلٍ فَأَجْهَضَتْ، بَلِ الْغُرَّةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ لِأَنَّهُ عُدْوَانٌ، وَلَوْ أَخْطَأَ بِالْقَضَاءِ بِشَهَادَةِ ذَمِيْنٍ أَوْ عَبْدَيْنِ أَوْ فَاسِقَيْنِ مُقْصِرًا فِي الْبَحْثِ فَالضَّمَانُ لَا يَكُونُ فِي بَيْتِ الْمَالِ، وَإِنْ لَمْ يَقْصُرْ جَرَى الْقَوْلَانِ، وَيُجْعَلُ الشَّاهِدُ كَالغَارِ عَلَى وَجْهِ حَتَّى يُخْرَجَ الرَّجُوعُ عَلَيْهِ بِالضَّمَانِ عَلَى قَوْلِي الْغُرُورِ، ثُمَّ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَةِ الْعَبْدَيْنِ أَوْ بِذِمَّتَيْهِمَا فِيهِ وَجْهَانِ، وَفِي الرَّجُوعِ عَلَى الْمُرَاهِقَيْنِ وَجْهَانِ، وَفِي الرَّجُوعِ عَلَى الْفَاسِقَيْنِ إِنْ رَأَيْنَا نَقْضَ الْحُكْمِ بِظُهُورِ الْفِسْقِ بَعْدَ الْقَضَاءِ ثَلَاثَةَ أَوْجُهٍ يُزْجَعُ فِي الثَّلَاثِ عَلَى الْمَجَاهِرِ دُونَ الْمَكَاتِمِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: وَمَا يَدْخُلُ فِي تَصْرِفِ الْوَلَاةِ وَالْأُئِمَّةِ الْاسْتِضْلَاحُ بِقَطْعِ سِلْعَةٍ تَظْهَرُ، وَبِالْخِتَانِ، وَفِيهِ مَسْأَلَتَانِ:

إحداها: فِي حَكْمِ قَطْعِ السَّلْعَةِ مِنَ الْعَاقِلِ الْمُسْتَقِلِّ بِأَمْرٍ نَفْسِيهِ.

فَالسَّلْعَةُ عُذَّةٌ تَخْرُجُ بَيْنَ اللَّحْمِ وَالْجِلْدِ تَكُونُ بِقَدْرِ الْحِمْصَةِ إِلَى الْجَوْزَةِ فَمَا فَوْقَهَا، وَقَدْ يَخَافُ مِنْهَا وَقَدْ لَا يَخَافُ، لَكِنَّهَا تَشِينُ، وَاللَّفْظُ بِكَسْرِ الشَّيْنِ، كَذَلِكَ ذَكَرَهُ صَاحِبُ «الصُّحَااحِ» وَغَيْرُهُ مِنْ أَهْلِ اللُّغَةِ، وَعَلَيْهِ جَرَى الْمُشْتَبُونَ مِنَ الْفُقَهَاءِ وَكَذَلِكَ الْمَتَاعُ سِلْعَةٌ. وَأَمَّا السَّلْعَةُ بِالْفَتْحِ فَهِيَ الشُّجَّةُ.

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي قِطْعِهَا خَطَرٌ، وَأَرَادَ الْعَاقِلُ الْمُسْتَقِلُّ (١) قِطْعَهَا لِإِزَالَةِ الشَّيْنِ، فَلَا حَرَجَ عَلَيْهِ وَلَهُ أَنْ يَقْطَعَهَا نَفْسَهُ، وَلِغَيْرِهِ قِطْعَهَا بِإِذْنِهِ، وَإِنْ كَانَ فِي قِطْعِهَا خَطَرٌ [نَظَرُ] إِنْ لَمْ يَكُنْ فِي إِبْقَائِهَا خَطَرٌ] لَمْ يَجُزْ لَهُ الْقِطْعُ [لِإِزَالَةِ الشَّيْنِ،] (٢) وَإِنْ كَانَ فِي إِبْقَائِهَا خَوْفٌ أَيْضًا فَإِنْ كَانَ الْخَطَرُ فِي الْقِطْعِ أَكْثَرَ لَمْ يَكُنْ لَهُ الْقِطْعُ، وَإِنْ كَانَ الْخَطَرُ فِي الْإِبْقَاءِ أَكْثَرَ،

(١) قَالَ فِي الْقَوْتِ: الْمُسْتَقِلُّ هُنَا هُوَ الْحَرُّ الْمَكْلُفُ كَمَا قَالَ الْمَوَارِدِيُّ وَالرُّوْيَانِيُّ وَغَيْرُهُمَا لَا الرَّشِيدَ الْمَطْلُوقَ التَّصْرِيفِ.

(٢) سَقَطَ فِي ز.

فله القَطْع؛ لزيادة رَجَاءِ السَّلَامَةِ فِيهِ. وفيه وجه لأنه استفتاح [أمر]<sup>(١)</sup> خطر؛ بخلاف التَّرْكِ والإبقاء، وإن تَعَادَلَ الاحتمالان، وتساوى حَظَرُ القَطْعِ والتَّرْكِ، فوجهان.

أحدهما - وبه قال الشيخ أبو مُحَمَّدٍ: أنه لا يجوز القَطْع؛ إذ لا فائِدة فِيهِ، والاحتمالان مُتَسَاوِيَانِ.

وأشبههما: الجَوَازُ - لأنه لَيْسَ فِيهِ مَزِيدُ خَوْفٍ وَحَظَرٍ، ولا معنى للمنع مما لا حَظَرَ فِيهِ، ومن عَظَمَتِ عَلَيْهِ الآلَامُ، ولم يُطْفِئَهَا، وأراد أن يُرِيحَ<sup>(٢)</sup> نَفْسَهُ بِمُهْلِكَ مُدَقِّفٍ، لم يَجُزْ له ذلك، لكن لو وقع في نَارٍ، وعلم أنه لا يَنْجُو منها، وأمَكَنَتْهُ أَنْ يُلْقِيَ نَفْسَهُ فِي بَحْرِ، ورأى ذلك أَهْوَنَ مِنَ الصَّبْرِ عَلَى لَفْحَاتِ النَّارِ، فهل له ذلك؟

حُكِيَ فِيهِ اخْتِلَافُ رَأْيِ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ، ثم وجهان لأصحابنا:

أحدهما: أنه لا يجوز؛ لأنه افْتِتَاحُ سَبَبِ مُهْلِكَ.

وأصحهما على ما ذكر صاحب الكتاب، ويُنسَبُ إِلَى الشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ: الجواز؛ لأنه أَهْوَنُ، وتَأْكُلُ بعض الأعضاء كَالسَّلْعَةِ التي يُخَافُ منها.

ولو قطع السَّلْعَةَ أو اليَدَ الْمُتَأَكِّلَةَ مِنَ العَاقِلِ المُسْتَقِلِ قَاطِعٌ بغير إذن، فمات فعليه القِصَاصُ، يستوي فِيهِ الإِمَامُ وغيره؛ لأنه مُتَعَدٌّ، والناس في هذه المَصَالِحِ [موكِّلون]<sup>(٣)</sup> إلى آرائهم.

الثانية: المولى عليه لِصِغَرٍ، أو جُنُونٍ، يجوز لِوَلِيِّهِ الخَاصِّ، وهو الأب و<sup>(٤)</sup> الجد أن يَقْطَعَ منه السَّلْعَةَ أو اليَدَ الْمُتَأَكِّلَةَ، وإن كان فِيهِ خَوْفٌ وَحَظَرٌ، إذا كان الخوف في التَّرْكِ أَكْثَرَ، وليس لِلسُّلْطَانِ ذلك؛ لأن القَطْعَ المَخْطَرُ يَحْتَاجُ إِلَى نَظَرٍ دَقِيقٍ، وَقَرَاغٍ تام، وَشَفَقَةٍ كَامِلَةٍ، وهذا كما أن الأب والجد لهما اسْتِضْلَاحُ [البِكْرِ الصَّغِيرَةِ]<sup>(٥)</sup> بالترويح، وليس لِلسُّلْطَانِ أن يَزُوجَهَا.

قال الإمام: وقد ذكرنا عند اسْتِوَاءِ الطرفين [في الخوف]<sup>(٦)</sup> خِلَافاً فِي أن العَاقِلَ هل له أن يَقْطَعَ من نَفْسِهِ، والأظهر - والحالة هذه - أنه لا يَقْطَعُ من طفله والعلم عند الله. وعلى هذا فقوله: «وللأب أن يَقْطَعَ من الصغير ما للعَاقِلِ أن يفعل بنفسه» غير مُجَرِّى عَلَى إِطْلَاقِهِ. وما لا حَظَرَ فِيهِ، ولا خَوْفٌ غَالِباً كَالفَضْدِ وَالحِجَامَةِ، وَقَطْعُ السَّلْعَةِ، إذا لم يكن فِيهِ حَظَرٌ، فيجوز الإِثْبَانُ به لِلوَلِيِّ الخَاصِّ وَالسُّلْطَانِ جَمِيعاً؛ لأنهما

(٢) في ز: يملك.

(٤) في ز: أو.

(٦) سقط في ز.

(١) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٥) سقط في ز.



يَلِيَان مَالَهُ، وَيُضَوِّنَانِيهِ عَنْ أَنْ يَضِيعَ، فَصِيَانَةٌ بَدَنِيهِ<sup>(١)</sup> وَأَبْدَانِ الْحَيَوَانِ<sup>(٢)</sup> فِي مَعْرِضِ الْعِلَلِ وَالتَّغَايُرِ بِالمُعَالَجَةِ أَوْلَى. قَالَ الإمام: وَمَنْ أَطْلَقَ مِنَ الْأَصْحَابِ أَنَّ السُّلْطَانَ لَا يَقْطَعُ سِلْعَةَ الصَّبِيِّ وَالمَجْنُونِ، أَرَادَ القَطْعَ الَّذِي فِيهِ حَظَرٌ. هَذَا مَا سَأَفَهُ الإمامُ وَصاحبَ الكِتَابِ، وَهُوَ الْأَقْرَبُ وَالأَحْسَنُ.

«وفي التهذيب» وجه: أن القَطْعَ المخطر لا يجوز لِلْوَلِيِّ الخاص أيضاً.

وفي «جمع الجوامع» لِلرُّوْيَانِيِّ - رحمه الله - أنه لا يَجُوزُ لِلسُّلْطَانِ الفُضْدُ وَالحِجَامَةُ، وَيَخْتَصُّ نَظْرَهُ وَتَصَرُّفَهُ بِالمالِ، فيجوز أن يُعْلَمَ لذلك قوله: «وللأب أن يقطع...» بالواو، وكذا قوله: «نعم لِلسُّلْطَانِ...».

وليس للأجنبي المُعَالَجَةُ، ولا القَطْعُ المخطر بحال، ولو فعل، فَسَرَى [ومات به] تعلق بفعله القِصَاصُ وَالضَّمَانُ.

وأما السُّلْطَانُ إِذَا فَعَلَ بِالصَّبِيِّ ما مَنَعَهُ [منه]،<sup>(٣)</sup> وَسَرَى إِلَى نَفْسِهِ، فَعَلِيهِ الدِّيَّةُ مُعَلَّظَةٌ فِي مَالِهِ لِتَعَدِّيهِ. وَفِي طَرِيقٍ يَخْرُجُ عَلَى الخِلافِ الَّذِي سَيَأْتِي فِي أَنْ ضَمَانَ ما يَخْطِئُ بِهِ مِنْ أَحْكامِهِ، وَتَصَرُّفَاتِهِ يَكُونُ عَلَى العَاقِلَةِ، أَوْ فِي بَيْتِ المَالِ؛ لِأَنَّهُ قَصْدُ الإِصْلاحِ، وَهَلْ يَجِبُ عَلَيْهِ القِصَاصُ؟ فِيهِ قولان:

أحدهما: نعم، لِأَنَّهُ جَرِحَ مُتَعَدِّياً جِرَاحَةً مُهْلِكَةً.

والثاني: لا، وَوَجْهُهُ بِأَنَّهُ قَصْدُ الإِصْلاحِ لا الإِهْلاكِ، وَبأن قَطَعَ السِّلْعَةَ ما تَقْتَضِيهِ وِلايَةُ الأبوةِ وَإِنْ لَمْ تَقْتَضِيهِ هَذِهِ الوِلايَةُ فَتَنْتَهِضُ شَبْهَةً، هَذَا ما يَحْكِي عَنْ اِخْتِيَارِ أَبِي إِسْحاقَ وَجماعَةٍ مِنَ الأئِمَّةِ وَاسْتَبَعَدُوا وَجوبَ القِصَاصِ عَلَيْهِ، وَعَنْ صاحِبِ الإِفْصاحِ أَنَّ القَوْلَيْنِ فِيمَا إِذَا كانَ لِلْمَقْطُوعِ أبٌ أَوْ جَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا فلا قودَ بلا خِلافٍ؛ لِأَنَّهُ لا يَجِدُ مِنْ يَقومُ بِشأنِهِ فلا بدَ أَنْ يَراعيهِ السُّلْطَانُ وَهَذَا راجِعٌ إِلى أَنَّ لِلسُّلْطَانِ قَطَعَ السِّلْعَةَ وَاللهُ أَعْلَمُ.

ولو قَطَعَ الأبُ أَوْ الجَدُ السِّلْعَةَ حَيْثُ لا يَجوزُ قَطْعُها فلا قِصَاصَ عَلَيْهِ لِلبَعْضِيَّةِ وَتَجِبُ الدِّيَّةُ فِي مَالِهِ، وَفِي التَّهْذِيبِ وَجْهٌ أَنَّهُ لا ضَمَانَ عَلَى الأبِ أَصْلاً لِأَنَّ وِلايَتَهُ أتمَّ فَإِنَّهُ يَعالِجُ الصَّبِيَّ بِالفِصْدِ وَالحِجَامَةِ وَإِنما قَطَعَ السِّلْعَةَ لِشَفَقَتِهِ عَلَيْهِ.

وقوله في الكتاب: «فإن سرى ما لم يجز فعله فعليه الدية في خاص ماله» مطلق يشمل قطع السلطان وقطع الأب والجدة ولو أخذ بإطلاقه لجاز إعلامه بالواو لهذا الوجه المذكور في التهذيب لكنه أراد السلطان خاصة على ما دل عليه نظم لفظ الوسيط. ولا

(٢) في أ: الحيوانات.

(١) في ز: يلزمه.

(٣) سقط في ز.

يه، نعم، يجوز أن يعلم قوله «في خاص ماله» بالواو للطريق الآخر أنها في بيت المال على قول، وما يجوز فعله للأب والجد والسلطان من فصد الصبي وحجامة ومن قطع السلعة للأب إذا أفضى إلى تلف هل يجب فيه الضمان فيه وجهان:

أحدهما: نعم كالتعزير إذا أفضى إلى التلف.

وأظهرهما وهو المذكور في الكتاب: أنه لا يجب؛ لأن التعرض للضمان يمنعه من المعالجة بالفصد والحجامة فيتضرر الصبي، وليس ما نحن فيه كالتعزير؛ فإن التعزير المشروع هو التأديب الذي لا يهلك فإذا أفضى إلى الهلاك علم أنه عدل عن المَجُوز وههنا جوزنا الجرح مع كونه مخطراً في نفسه فيمتنع تعلق الضمان به، ونسب الإمام الوجه الأول إلى القاضي الحسين والثاني إلى عامة الأصحاب، ويجري هذا الخلاف في الختان إذا أفضى إلى التلف وسنعيده على الأثر إن شاء الله تعالى.

**المسألة الثالثة:** ظاهر المذهب أن الختان واجب في حق الرجال والنساء، وبه قال أحمد، واحتج له بأن النبي ﷺ «أمر رجلاً أسلم بالاختتان»<sup>(١)</sup> وبأنه قطع عضو يخلف فلا يكون إلا واجباً كقطع اليد والرجل، وأيضاً فإنه جرح يخاف منه فلو لم يجب لم يجز وفيه وجهان آخران:

أحدهما وبه قال أبو حنيفة ومالك أنه سنة مؤكدة لما روي أنه ﷺ قال «الختان سنة في الرجال مكرمة في النساء»<sup>(٢)</sup>.

**والثاني:** أنه واجب في [حق] الرجال دون النساء، وحكى القاضي ابن كج في المسألة قولين ولم يذكر التفصيل.

وصفة ختان الرجل أن يقطع الجلد التي توارى الحشفة ويقال لها: القلفة، حتى يكشف جميع الحشفة، قال الإمام: ولو بقي مقدار لا ينسبط على وجه الحشفة وجب قطعه حتى لا يبقى جلد متجاف هذا هو المشهور، وقال القاضي ابن كج: عندي يكفي قطع شيء من القلفة وإن قل بشرط أن يستوعب القطع تدوير رأسها.

وأما من المرأة فيقع القطع على لحمة في أعلى الفرج فوق ثقبه البول، وتشبه تلك اللحمة عرف الديك فإذا قطعت بقي أصلها كالنواة، ويكفي أن يقطع ما يقع عليه الاسم. روي أنه ﷺ قال لأم طيبة وكانت تخفض «أشمي ولا تنهكي»<sup>(٣)</sup> أي اتركي الموضوع أشم وهو المرتفع ولا تبالغي في القطع.

(١) أخرجه أحمد (٤١٥/٣) وأبو داود (٣٥٦) والبيهقي (٣٢٣/٨ - ٣٢٤).

(٢) أخرجه أحمد (٧٥/٥) والبيهقي (٣٢٥/٨).

(٣) أخرجه أبو داود (٥٢٧١) والحاكم (٥٢٥/٣).

إذا عرفت ذلك ففيه مسألتان :

إحدهما: قال الأصحاب الختان إنما يجب بعد البلوغ لأن الصبي ليس أهلاً لوجوب العبادات المتعلقة بالأبدان فالجراحة المؤلمة أولى ويخالف العدة فإنها تتعلق بمجرد مضي الزمان. ويستحب أن يُعَجَّلَ فَيُخْتَنَ الطفل في اليوم السابع من ولادته، إن لم يكن ضَعِيفاً لا يحتمله.

رَوِيَ أَنَّهُ ﷺ «خَتَنَ الْحَسَنَ وَالْحُسَيْنَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - فِي الْيَوْمِ السَّابِعِ»<sup>(١)</sup> فَإِنْ كَانَ ضَعِيفاً أَخَّرَ إِلَى أَنْ يَحْتَمِلَهُ، [حَتَّى]<sup>(٢)</sup> قَالَ الْإِمَامُ: لَوْ كَانَ الرَّجُلُ عَلَى خِلْقَةٍ مِنَ الضَّعْفِ، بِحَيْثُ لَوْ خَتِنَ، خِيفَ عَلَيْهِ لَا يَجُوزُ أَنْ يَخْتَنَ، بَلْ يَنْتَظِرُ التَّمَكُّنَ بِأَنْ يَصِيرَ، بِحَيْثُ يَغْلِبُ عَلَى الظَّنِّ سَلَامَتَهُ لَوْ خَتِنَ.

وعن «تعليقة» القاضي حُسَيْنِ، وهو قَضِيَّةٌ ما في «التهديب»: أنه لا يجوز أن يُخْتَنَ الصَّبِيُّ حَتَّى يَصِيرَ ابْنُ عَشْرِ،<sup>(٣)</sup> لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ أَمَرَ بِالضَّرْبِ عَلَى تَرْكِ الصَّلَاةِ، وَالْمُ الْخِتَانِ فَوْقَ أَلْمِ الضَّرْبِ.

وقد ذكرنا ذلك في كتاب الصلاة.

وإذا بلغ الصَّبِيُّ غَيْرَ مَخْتُونٍ، أَمَرَهُ الْإِمَامُ بِالْخِتَانِ، فَإِنْ امْتَنَعَ<sup>(٤)</sup> أَجْبَرَهُ عَلَيْهِ.

(١) رواه الحاكم والبيهقي من حديث عائشة، والبيهقي من رواية جابر عن رسول الله ﷺ: عَقَّ عَنِ الْحَسَنِ وَالْحُسَيْنِ وَخَتَنَهُمَا لِسَبْعَةِ أَيَّامٍ.

(٢) سقط في ز.

(٣) قال النووي في زوائده: ولنا وجه في «البيان» وغيره أنه يجب على الولي ختان الصغير قبل بلوغه، لأنه أرفق، فعليه النظر له، والصحيح أنه لا يجب حتى يبلغ، وهل يحسب يوم الولادة من السبعة المستحبة؟ وجهان في «المستطهري» أحدهما: لا، وحكاه عن الأكثرين، وأما الخنثى، فلا يختن في صغره، فإذا بلغ فوجهان، أحدهما: يجب ختان فرجه ليتوصل إلى المستحق، وبهذا قطع في «البيان» وأصحهما: لا يجوز ختانه، لأن الجرح لا يجوز بالشك، وبه قطع البغوي، فعلى الأول: إن أحسن الختان، ختن نفسه، وإلا اشترى جارية تخرته، فإن لم يمكن تولاه الرجال والنساء للضرورة، كالتطبيب، ولو كان لرجل ذكران، إن كانا عاملين، ختنا، وإن كان أحدهما، ختن وحده، وهل يعرف العمل بالجماح أو البول؟ وجهان. والله أعلم.

قال في الكفاية: إن المشهور أنه يجب ختن فرجه جميعاً. وأيده في الخادم. بما ذكره الشيخ لو كان لرجل ذكران عاملان ختنا.

(٤) ذكر الشيخ البلقيني: لوجوب الختان مع البلوغ شرطاً آخر وهو العقل، فلو بلغ مجنوناً لم يجب ختانه إلا إذا فرغنا على الوجه الذي حكاه في البيان وغيره أنه يجب على الولي ختان الصغير قبل بلوغه لأنه أرفق به فعليه النظر له فيأتي هنا من طريق الأولى. قال: ولم أر من تعرض لهذا الشرط إلى آخر ما ذكره في تصحيح المنهاج.

الثانية: إذا ختن<sup>(١)</sup> الإمام المُمتنع فمات، فلا ضَمَانٌ؛ لأنه مات من وَاجِبٍ، نعم لو أَوْقَعَ خِتَانَهُ فِي حَرِّ شَدِيدٍ، أو فِي بَرْدٍ شَدِيدٍ، فِي الضَّمَانِ خِلَافٌ قَدْ تَقَدَّمَ فِي بَابِ الزَّنا، وَالظَّاهِرُ وَجُوبُهُ.

وَأَجْرَى الإِمَامَ هَذَا الخِلَافَ فِيمَا إِذَا وَقَعَ خِتَانُ الأب فِي الحَرِّ الشَّدِيدِ وَالبَرْدِ الشَّدِيدِ، وَجَعَلَ الأبَ أَوْلَى بِنَفْسِ الضَّمَانِ؛ لِأَنَّ الأبَ هُوَ الَّذِي يَتَوَلَّى الخِتَانَ<sup>(٢)</sup> فِي الغَالِبِ، فَهُوَ فِي حَقِّهِ كَالْحَدِّ فِي حَقِّ الإِمَامِ.

وَمَنْ خَتَنَ صَبِيًّا فِي سِنِّ لَا يَحْتَمِلُهُ، فَمَاتَ، فَعَلِيهِ القِصَاصُ، سِوَاهُ فِيهِ الوَلِيُّ وَغَيْرِهِ. نَعَمْ لَا قِصَاصَ عَلَى الأبِ وَالجَدِّ لِلْبَغْضِيَّةِ<sup>(٣)</sup>، وَيجب عليهما الدِّيَّةُ، وَإِنْ كَانَ فِي سِنِّ يَحْتَمِلُهُ، نَظَرُ إِنْ خَتَنَهُ [أَبُوهُ]<sup>(٤)</sup> أَوْ جَدُّهُ فَمَاتَ، ففِي [وَجُوبِ]<sup>(٥)</sup> الضَّمَانِ وَجِهَانِ:

أحدهما: يجب؛ لأن الخِتَانَ غير وَاجِبٍ فِي الحَالِ، فَأَشْبَهَ قَطَعَ السَّلْعَةَ.

وَأَظْهَرَهُمَا: المَنعُ؛ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْهُ، وَفِي التَّقْدِيمِ نَظَرٌ وَقَائِدَةٌ لِلصَّبِيِّ؛ لِأَنَّ القَطْعَ وَالبَدْنَ [عَضُّ رِخْصِ]<sup>(٦)</sup> وَالمَقْطُوعَ قَدْرٌ [يَسِيرٌ سَهْلٌ]<sup>(٧)</sup> أَسْهَلُ عَلَيْهِ، وَأَجْرَى [الإِمَامِ الوَجْهَيْنِ] فِيمَا إِذَا خَتَنَ الإِمَامُ الصَّبِيَّ الَّذِي لَا وَلِيَّ لَهُ، وَجَعَلَ الظَّاهِرَ نَفْيَ الضَّمَانِ إِحْقَاقًا لِلخِتَانِ وَالحَالَةَ هَذِهِ بِالمُعَالَجَاتِ.

وَإِنْ خَتَنَهُ أَجْتَبِيٌّ. قَالَ فِي «التَّهْذِيبِ»: يَحْتَمِلُ أَنْ يُبْنَى ذَلِكَ عَلَى أَنَّ الإِمَامَ إِذَا خَتَنَ فِي الحَرِّ وَالبَرْدِ، فَمَاتَ المَخْتُونُ - هَلْ يَضْمَنُ؟ إِنْ قَلْنَا: نَعَمْ، فَكَذَلِكَ هَاهُنَا، وَإِلَّا فَلَا ضَمَانٌ.

وَفِي «أَمَالِي» أَبِي الفَرَجِ السَّرْحَسِيِّ: أَنَّهُ يُبْنَى ذَلِكَ عَلَى أَنَّ الجُرْحَ اليَسِيرَ هَلْ يَتَعَلَّقُ بِهِ القِصَاصُ؟ وَفِيهِ وَجِهَانٌ:

إِنْ قَلْنَا: نَعَمْ، فَهُوَ عَمْدٌ، وَإِلَّا شَبِهَ عَمْدًا. وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

### فِرْع

إِذَا أُوجِبْنَا الضَّمَانُ بِالخِتَانِ فِي الحَرِّ المُفْرِطِ، أَوْ البَرْدِ المُفْرِطِ، فَالوَاجِبُ جَمِيعُ الضَّمَانِ لِلتَّعْدِي أَوْ نِصْفُهُ؛ لِأَنَّ أَضْلَ الخِتَانِ وَاجِبٌ، وَالهَلَاكُ حَصَلَ مِنْ مُسْتَحَقٍّ، وَغَيْرِ مُسْتَحَقٍّ فِيهِ وَجِهَانٌ:

(٢) فِي ز: الخِيَارِ.

(٤) سَقَطَ فِي ز.

(٦) سَقَطَ فِي ز.

(١) فِي ز: حَيْرِ.

(٣) فِي ز: كَلْعَصْبَةِ.

(٥) سَقَطَ فِي ز.

(٧) سَقَطَ فِي ز.

أظهرهما<sup>(١)</sup>: الثاني، وقد سبق مثلُهُمَا في إقامة الجَلْدِ في الحر، أو البرد المُفْرَطَيْنِ. «آخر» مُؤَنَّةُ الحِثَانِ في مالِ المَخْتُونِ، وفيه وجه: أنه الوَالِدُ إِذَا حَتَنَ وَلَدَهُ فِي الصَّغَرِ كَانَتِ الْمُؤَنَّةُ عَلَيْهِ. هذا تَمَامُ الكَلَامِ فيما يوجب الضَّمَانَ من تَصَرُّفَاتِ الإِمَامِ.

قال: هذا كُلُّهُ في الموجب أما ما يتعدى الإِمَامُ به من التَّصَرُّفَاتِ، ويقصر فيه، وما يخطيء فيه خطأ لا يَتَعَلَّقُ بالحُكْمِ بأن يَرْمِي إلى صيد<sup>(٢)</sup>، فَيُصِيبُ [إِنْسَانًا]<sup>(٣)</sup>، فَسَبِيلُ ضَمَانِهِ فِيهِ سَبِيلُ سَائِرِ النَّاسِ، حَتَّى يَجِبُ فِي مَالِهِ، أو يكون على عَاقِلَتِهِ.

وأما الضَّمَانَ الواجب بِخَطِيئِهِ في الأحكام، وإِقَامَةِ الحدود، فهو في بَيْتِ المَالِ، أو على عَاقِلَتِهِ؟ فيه قولان:

أصحهما على ما ذَكَرَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ، والقاضي الروياني [وغيرهما: أنه]<sup>(٤)</sup>: على عَاقِلَتِهِ أيضاً لِقِصَّةِ المَرْأَةِ التي بَعَثَ إليها عُمَرُ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - فَأَجْهَضَتْ ما فِي بَطْنِهَا<sup>(٥)</sup> وقد ذكرناها في الدِّيَاتِ. ولأنه ضَمَانَ لما وجب<sup>(٦)</sup> بالخطأ، فيكون على العَاقِلَةِ كَخَطِيئَةِ غيره، وكخطئه في غير الأحكام<sup>(٧)</sup>.

والثاني: أنه في بَيْتِ المَالِ؛ لأنه نَاطِرٌ للمسلمين، ويتصرف لهم، فيكون خطؤه في مَالِهِمْ، وأيضاً فإن الوَقَائِعَ والخطأ فيها مما يكثر، وفي إيجابِ ضَمَانِهَا على العَاقِلَةِ إجحافٌ بهم.

فإن قلنا: إن الضَّمَانَ يكون على عَاقِلَتِهِ، فالكَفَّارَةُ تكون في مَالِهِ، كما في خَطِيئَةِ سَائِرِ النَّاسِ. وإن قلنا: إن الضَّمَانَ في بيتِ المَالِ، ففي الكَفَّارَةِ وجهان:

أحدهما: أن الحُكْمَ كذلك لِشُمُولِ الاسم.

والثاني: المنع؛ لأن الكَفَّارَةَ عِبَادَةٌ يبعد فيها التحمُّلُ<sup>(٨)</sup>، وإلى هذا يرجع قوله في الكتاب «وفي الكَفَّارَةِ قولان مُرْتَبَانِ، وأوَّلُيْ بِالْأَجِبِ على بَيْتِ المَالِ» إذا عرفت ذلك، ففيه صور:

إحداها: إذا ضَرَبَ الإِمَامُ ثمانين في حَدِّ الشُّرْبِ بالاجتهاد، ومات المَجْلُودُ منه، ففي مَحَلِّ ما يجب من الضَّمَانَ القولان.

(١) في ز: أحدهما.

(٢) في ز: سد.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٥) تقدم.

(٦) في الأصل: ليس بواجب. والصحيح ما أثبت، وكذلك هو في الروضة.

(٧) في ز: الإحجام.

(٨) في ز: العقل.

الثانية: لو جَلَدَ الْحَامِلَ حَدًّا، فَأَجْهَضَتْ جَنِينًا مَيِّتًا، لَزِمَتِ الْعُرَّةُ<sup>(١)</sup> وَفِي مَحَلِّهَا الْقَوْلَانِ، إِنْ لَمْ يَعْلَمْ أَنَّهَا حَامِلٌ، وَإِنْ عَلِمَ، فَطَرِيقَانِ:

أحدهما: أنه على الْقَوْلَيْنِ أَيْضًا، لِأَنَّ<sup>(٢)</sup> إِنْثِلَافَ الْجَنِينِ [لَا]<sup>(٣)</sup> يَكُونُ عَمْدًا مَخْضًا، فَيَجْرِي مَجْرَى غَيْرِهِ مِنْ وُجُوهِ الْخَطِّ. وَهَذَا مَا رَجَّحَهُ ابْنُ الصَّبَّاحِ.

وأظهرهما - وهو المذكور في الكتاب: أنه على عَاقِلَتَيْهِ، وَلَا يَجِيءُ فِيهِ الْقَوْلَانِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ الْخِلَافَ فِيمَا يَخْطِئُ بِهِ الْإِمَامُ فِي الْحُكْمِ، وَهُوَ هَاهُنَا عَادِلٌ عَنِ الصَّوَابِ عَمْدًا، وَلَوْ انْفَصَلَ حَيًّا<sup>(٤)</sup>، وَمَاتَ وَجَبَتِ الدِّيَةُ بِتَمَامِهَا، وَمَحَلُّهَا عَلَى مَا ذَكَرْنَا.

وَإِنْ مَاتَ الْحَامِلُ، فَقَدْ أُطْلِقَ فِي «المختصر» أَنَّهُ لَا يَضْمَنُهَا، وَعَلَّلَ بِأَنَّهَا هَلَكَتْ مِنْ حَقِّ أَقِيمٍ عَلَيْهَا.

وَفَصَّلَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ وَغَيْرُهُ، فَقَالَ: إِنْ مَاتَ مِنَ الْجَلْدِ وَخَذَهُ بَأَنِّ مَاتَتْ قَبْلَ الْإِجْهَاضِ، فَلَا ضَمَانَ، وَهَذَا مَوْضِعُ النَّصِّ.

وَفِي «الشامل» أَنَّهُ فِيهِ - وَالْحَالَةُ هَذِهِ - الْخِلَافُ الْمَذْكُورُ فِيمَا إِذَا أَقَامَ الْحَدَّ فِي حَرْزٍ مُفْرَطٍ، أَوْ بَرْدٍ مُفْرَطٍ، فَمَاتَ الْمَخْدُودُ، وَإِنْ مَاتَتْ مِنَ الْإِجْهَاضِ وَحْدَهُ<sup>(٥)</sup> بِأَنَّ أَجْهَضَتْ، ثُمَّ مَاتَتْ، وَأُجِيلَ الْمَوْتُ عَلَى الْإِجْهَاضِ، وَجِبَ تَمَامُ دِيَّتِهَا، كَمَا وَجِبَ ضَمَانُ الْجَنِينِ.

وَإِنْ قِيلَ: مَاتَتْ بِالْحَدِّ وَالْإِجْهَاضِ جَمِيعًا، وَجِبَ نِصْفُ الدِّيَةِ؛ لِأَنَّهَا مَاتَتْ<sup>(٦)</sup> مِنْ مَضْمُونٍ وَغَيْرِ مَضْمُونٍ، وَهَذَا مَا حَكَاهُ فِي «التهذيب» فِي فَصْلِ الْقِصَاصِ مِنَ الْحَامِلِ.

الثالثة: سِيَّاتِي فِي «كِتَابِ الشَّهَادَاتِ» أَنَّ الْقَاضِي إِذَا حَكَمَ بِقَوْلِ اثْنَيْنِ، ثُمَّ بَانَ لَهُ أَنَّهُمَا ذَمِيَّانِ أَوْ عَبْدَانِ، يَنْقُضُ الْحُكْمَ، وَأَنْهُمَا لَوْ بَانَا فَاسِقَيْنِ، فَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي أَصْحَ الْوَجْهَيْنِ، فَلَوْ أَنَّهُ أَقَامَ الْحَدَّ بِشَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ، ثُمَّ بَانَا ذَمِيَّيْنِ، أَوْ عَبْدَيْنِ، أَوْ امْرَأَتَيْنِ، أَوْ مُرَاهِقَيْنِ، أَوْ فَاسِقَيْنِ، وَمَاتَ الْمَحْدُودُ، فَقَدْ بَانَ بَطْلَانُ الْحُكْمِ، فَيَنْظُرُ إِنْ قَصَرَ فِي الْبَحْثِ عَنْ حَالِهِمَا، فَالضَّمَانُ عَلَيْهِ لَا تَعْلُقُ لَهُ بَيِّنَاتُ الْمَالِ، وَلَا يَتَعَلَّقُ بِالْعَاقِلَةِ أَيْضًا إِنْ تَعَمَّدَ.

قَالَ الْإِمَامُ: وَإِنَّمَا يَتَرَدَّدُ نَظَرُ الْفَقِيهِ فِي وَجُوبِ الْقِصَاصِ<sup>(٧)</sup>، وَالْأَظْهَرُ الْوَجُوبُ، فَإِنَّ الْهُجُومَ<sup>(٨)</sup> عَلَى الْقَتْلِ<sup>(٩)</sup> مَمْنُوعٌ مِنْهُ بِالْإِجْمَاعِ، وَيَحْتَمَلُ أَنْ يُقَالَ: لَا يَجِبُ

(٢) فِي ز: أَنَّهُ الْآنَ.

(٤) فِي ز: عَمْدًا.

(٦) فِي ز: كَانَتْ.

(٨) فِي ز: الْوَجُوبُ.

(١) فِي ز: الْعُدَّة.

(٣) سَقَطَ فِي ز.

(٥) فِي ز: وَبَعْدَهُ.

(٧) فِي ز: الضَّمَانُ.

(٩) فِي ز: الْعَقْلُ.

[لإِسْنَادِ] <sup>(١)</sup> القتل <sup>(٢)</sup> إلى صورة قِيَامِ البَيْتَةِ، وقرب الصورة مما إذا قتل مُسْلِماً في دار الإسلام على زِيِّ المشركين، هل يجب عليه القِصَاصُ؟

وإن لم يقصر وبَدَلَ المَجْهُودِ في البحث، جَرَى القولان في أن الضَّمَانَ على عَاقِلَتِهِ، أو في بَيْتِ المَالِ، ثم إذا ضَمِنَتِ العَاقِلَةُ، أو ضمن بَيْتُ المَالِ فهل يثبت الرجُوعُ على الذميين أو العبدین؟ فيه وجهان.

وفي «أمالي» أبي الفَرَجِ تَخْصِيصُ الوجهين بما إذا عَرَمْنَا العَاقِلَةَ، والقَطْعُ بمنع الرجوع إذا عَرَمْنَا بيت المال، أحد الوجهين ثُبُوتُ الرجوع؛ لأن تَعَرُّضَهُمْ لِأَدَاءِ الشهادة، وقضدَهُمْ لهذا المَنْصِبِ وليسوا أهلاً له هو الذي جَرَّ التَّلْفَ، فجعل ما صدر منهم تَغْرِيراً للقاضي.

قال الإمام: وأشبهه أصل بما نحن فيه أن المَغْرُورَ يغرم <sup>(٣)</sup> قيمة الولد، ويرجع بها على [العَارِ، وبل] <sup>(٤)</sup> أقوى؛ لأن الشَّهَادَةَ تلجىء القاضي إلى الحُكْمِ، والمغرور متمكن من ألا يعيب.

والثَّانِي: المَنْعُ؛ لِزَعْمِ الشُّهُودِ أَنَّهُمْ صَادِقُونَ فيما شَهِدُوا، ولم يوجد منهم فيما اتَّوَا به تعدد، وليس هو كالتغريب، فإن المغرور لا يلزمه الشَّرْعُ [بخثاً] <sup>(٥)</sup> فقد يَتَّبَادَرُ إلى التَّضْدِيقِ [تَحْسِيناً لِلظَّنِّ بمن] <sup>(٦)</sup> أخبره، والقاضي مَأْمُورٌ بِالإِمْعَانِ في البحث، فإذا تبين الخَلَلُ في حال الشُّهُودِ تَبَيَّنَ أنه أَهْمَلُ بعض البَحْثِ الذي كان مَأْمُوراً به، وجعل الإمام الوجه الأول أظهر <sup>(٧)</sup>. وقال الروياني وغيره: الأصح الثاني، ورُبَّمَا لم يُورِدْ أصحابنا العراقيون غيره.

### «التفريع»

إذا أثبتنا الرجوعَ طَوْلِبَ الذَّمِّيَّانِ في الحَالِ.

وفي العَبْدَيْنِ [التَّعَلُّقُ بَرَقْبَتَهُمَا، أو بذمتَهُمَا؟] <sup>(٨)</sup> فيه وجهان:

أحدهما: بِالرَّقَبَةِ إِحْقَاقاً لِلتَّغْرِيرِ.

وأصحهما: بِالذِّمَّةِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَمَحَّضْ لِهَما جَنَايَةٌ <sup>(٩)</sup> وتفاوتت وفي الرجوع على

(٢) في ز: العبد.

(٤) سقط في ز.

(٦) سقط في ز.

(٨) سقط في ز.

(١) سقط في ز.

(٣) في ز: يقوم.

(٥) سقط في ز.

(٧) في ز: المهر.

(٩) في ز: صيانة.

المُراهِقِينَ وَجِهَانَ مَبْنِيَّانِ عَلَى الْخِلَافِ فِي أَنْ التَّغْلِيْقَ فِي الْعَبْدِينَ بِالرَّقَبَةِ أَوْ بِالذِّمَّةِ؟  
 إِنْ قَلْنَا بِالرَّقَبَةِ نَزَلْنَا مَا وَجَدَ مِنْهُمَا مَنْزِلَةً إِتْلَافٌ وَجِنَايَةٌ [جِنْسُهُ] (١) وَكَذَلِكَ فِي  
 الْمُرَاهِقِينَ، وَإِلَّا فَقَوْلُ الصَّبِيِّ لَا يَضْلُحُ لِلاتِّزَامِ [فَلَا رَجُوعَ] وَإِذَا بَانَا فَاسِقَيْنِ، فَإِنْ قَلْنَا:  
 لَا يُنْقَضُ الْحُكْمُ، فَلَا أَثَرُ لَهُ.

وَإِنْ قَلْنَا: يُنْقَضُ، وَهُوَ الْأَصْحَحُ فِي الرَّجُوعِ عَلَيْهِمَا وَجُودَهُ:

أَحَدُهُمَا: يَثْبِتُ كَالرُّجُوعِ عَلَى الْعَبْدَيْنِ وَالْكَافِرِينَ.

وَالثَّانِي: الْمَنْعُ؛ لِأَنَّ الْكَافِرَ وَالْعَبْدَ مَأْمُورَانَ بِإِظْهَارِ حَالِهِمَا، وَالْفَاسِقَ غَيْرَ مَأْمُورٍ  
 بِإِظْهَارِ الْفِسْقِ.

وَالثَّلَاثُ وَهُوَ الْأَظْهَرُ: الْفَرْقُ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ مُجَاهِرًا بِالْفِسْقِ، فَيَقَعُ الرَّجُوعُ عَلَيْهِ؛  
 لِأَنَّهُ كَانَ مِنْ حَقِّهِ أَنْ يَمْتَنِعَ عَنِ الشَّهَادَةِ، وَلِأَنَّ قَبُولَ شَهَادَتِهِ، وَهُوَ ظَاهِرُ الْفِسْقِ يَشْعُرُ (٢)  
 بِتَلْيِيسٍ مِنْ جِهَتِهِ، وَبَيْنَ أَنْ يَكُونَ مُكَاتَمًا، فَلَا رَجُوعَ عَلَيْهِ.

وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «وَيَجْعَلُ الشَّاهِدَ كَالْغَارِّ عَلَى وَجْهِ» أَشَارَ بِهِ إِلَى مَا ذَكَرَهُ الْإِمَامُ  
 مِنْ تَشْبِيهِ الشَّهَادَةِ بِالتَّغْرِيرِ، لَكِنَّهُ قَالَ: [«حَتَّى»] (٣) يَخْرُجُ الرَّجُوعُ عَلَيْهِ بِالضَّمَانِ عَلَى قَوْلِ  
 الْعُرُورِ كَأَنَّهُ يَعْنِي بِهِ الْقَوْلَيْنِ فِي الرَّجُوعِ عَلَى الْغَارِّ بِالْمَهْرِ، وَقَضِيَّتُهُ إِثْبَاتُ طَرِيقَيْنِ فِي  
 الْمَسْأَلَةِ:

أَحَدُهُمَا: التَّخْرِيجُ (٤) عَلَى الْقَوْلَيْنِ.

وَالثَّانِي: الْقَطْعُ بِالْمَنْعِ، وَالَّذِي أَجْرَاهُ الْإِمَامُ [و] ذَكَرَ قِيَمَةَ الْوَلَدِ، وَقَدْ ذَكَرَ صَاحِبُ  
 الْكِتَابِ فِي مَوْضِعِهِ أَنَّهُ يَرْجِعُ بِهَا قَوْلًا وَاحِدًا.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَا ضَمَانَ عَلَى الْجَلَادِ لِأَنَّهُ مَأْدُونُ الْإِمَامِ، وَلَا عَلَى الْحَجَّامِ إِذَا قَطَعَ  
 سِلْعَةً بِالْإِذْنِ أَوْ قَصَدَ، وَلَوْ قَطَعَ بِالْإِذْنِ يَدًا صَحِيحَةً فَبِئْسَ الضَّمَانِ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَتَلَ الْجَلَادُ  
 الشُّفْعَوِيَّ حُرًّا بِعَبْدٍ بِإِذْنِ الْإِمَامِ الْحَقِيقِيِّ، فَبِئْسَ الضَّمَانِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ مَسْأَلَتَانِ:

أَحَدُهُمَا: الْجَلَادُ وَضَرْبُهُ بِأَمْرِ الْإِمَامِ كَمُبَاشَرَةِ الْإِمَامِ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ ظَلْمَهُ وَخَطَأَهُ،  
 وَلِأَنَّ الْجَلَادَ سَيْفُ الْإِمَامِ، وَسَوْطُهُ، وَلَا بَدَنَهُ فِي الْإِنَائَةِ وَالسِّيَاسَةِ.

وَلَوْ تَعَلَّقَ بِفَعْلِهِ ضَمَانٌ لَمْ يَرْغَبْ فِيهِ أَحَدٌ، وَإِنْ عَلِمَ أَنَّ الْإِمَامَ ظَالِمًا، أَوْ مَخْطِئًا،

(٢) فِي ز: يَسْتَقِرُّ.

(٤) فِي ز: التَّعْزِيرُ.

(١) سَقَطَ فِي ز.

(٣) سَقَطَ فِي ز.



ولم يكرهه الإمام عليه، فالقصاص والضمان على الجَلَادِ دون الإمام؛ لأنه إذا علم الحال، وجب أن يَمْتَنِعَ، ويحيى على قولنا: إن أمر الإمام إكْرَاهُ أن يكون هذا، كما لو أكرهه، فإن أكرهه، فالضمان عليهما، وإن اقتضى الحال اقتصاصاً، وجب القصاص على الإمام. وفي الجَلَادِ قولان، ولو أمره بضربه، وقال: أنا ظالم [في ضربه،<sup>(١)</sup>] فضربه الجلاذ ومات.

قال في «التهذيب»: إن قلنا: أمر السلطان ليس بإكراه، فالضمان على الجَلَادِ.

وإن قلنا: إكْرَاهُ، فإن قلنا: لا ضمان على المُكْرِهِ، فالضمان على الإمام، وإن قال: افعَلْ إن شئت لم يكن إكْرَاهاً لَمْحَالَةً.

وإن قال: [اضرب]<sup>(٢)</sup> ما شئت، أو ما أخيتت، لم يكن له الزيادة على الحد، فإن زاد ضمن. ولو أمره بقتل في محل الاجتهاد كقتل المسلم بالذمي، والحر بالعبد، والإمام والجلاذ يعتقدان أنه غير جائز، فقتله.

قال في «التهذيب»: عليهما القود إن جعلنا أمر السلطان إكْرَاهاً، وأوجبنا القود على المُكْرِهِ، والمُكْرِهِ جميعاً. ولو كان الجَلَادُ يعتقد [منعه]<sup>(٣)</sup>، والإمام يُجَوِّزُه؛ كالجَلَادِ الشافعي يقتل الحر بالعبد بإذن الإمام الحنفي، أو ظن أن الإمام اختار ذلك المذهب، ورجع إليه، ففي وجوب القصاص، والضمان على الجلاذ وجهان:

أحدهما: المنع؛ اعتباراً باعتقاد الإمام.

وأزجحهما عند الإمام، ولم يُورد ابن الصبَّاح، وصاحب «التهذيب» غيره الوجوب؛ لأنه إذا لم يعتقد جوازَه، فحقه الامتناع، وإن فرض إكْرَاهُ لم يخف الحكم وذكر الإمام أنه إن كان لا يبعد أن يُذْرَأَ<sup>(٤)</sup> القصاص؛ لاعتقاد الإمام ويثبت المال والكفارة، فإن الذي ذكره ينتج كلاماً في أن الجَلَادُ هل له أن يخالف اعتقاد نفسه، ويتبع اعتقاد الإمام؟

وإن هذا الخلاف يُناظرُ الخلافَ في أن القاضي الحنفي إذا قضى للشافعي<sup>(٥)</sup> بشفعة الجار، وبالتوريث بالرجم، والرّد، هل يحل للمقضى له؟

قال: والوجه عندنا القطع بأنه لا يحل أن يأخذ ما يخالف معتقده، ورد الخلاف إلى أنه هل يمنع من ذلك ظاهراً؟

(٢) سقط في ز.

(٤) في ز: فدل.

(١) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٥) في ز: للحنفي.

ولو كان الإمام لا يَغْتَقِدُ وُجُوبَ الْقِصَاصِ عَلَى الْحُرِّ بِقَتْلِ الْعَبْدِ، وَأَمْرٌ بِهِ تَارِكًا لِلتَّمَحُّصِ، وَكَانَ الْجَلَادُ يَعْتَقِدُ أَنَّ الْحُرَّ مَقْتُولٌ بِالْعَبْدِ، فَإِذَا قَتَلَهُ عَلَى مَوْجِبِ اعْتِقَادِ نَفْسِهِ، فَقَدْ بَنَى ذَلِكَ عَلَى الْخِلَافِ فِي الْمَسْأَلَةِ السَّابِقَةِ، إِنْ اعْتَبَرْنَا رَأْيَ الْإِمَامِ [وَجِبَ الْقِصَاصُ] <sup>(١)</sup> وَإِنْ اعْتَبَرْنَا رَأْيَ الْجَلَادِ، لَمْ يَجِبْ.

قال الإمام: وهذا عندي ضعيف في هذه الصورة، فإن الجَلَادَ مُخْتَارٌ عَالِمٌ بِالْحَالِ، وَالْإِمَامُ لَمْ يُفَوِّضْ إِلَيْهِ النَّظَرَ وَالْاجْتِهَادَ، وَإِنَّمَا اسْتَعْمَلَهُ لِلْعَمَلِ فَحَسْبُ، وَالْإِمَامُ لَوْ تَثَبَّتْ وَعَرَفَ الْحَالَ، لَمَا أَمَرَ، وَلَا يَبْقَى لِأَمْرِهِ - وَالْحَالَةَ هَذِهِ - أَثَرُ الْاسْتِبَاعِ، وَيَصِيرُ الْجَلَادُ مُسْتَقِلًّا بِمَا فَعَلَ.

**المسألة الثالثة:** لَا ضَمَانَ عَلَى الْحَجَّامِ إِذَا حَجَّمَ، أَوْ فَصَدَ بِإِذْنٍ مَنْ يَعْتَبِرُ إِذْنَهُ، وَأَفْضَى فِعْلُهُ إِلَى تَلْفِ، وَكَذَا إِذَا قَطَعَ سِلْعَةً بِالْإِذْنِ لِلْمَعْنَى الَّذِي ذَكَرْنَا فِي الْجَلَادِ، وَيَخَالَفُ مَا لَوْ قَطَعَ يَدًا صَحِيحَةً بِإِذْنِ سَاحِبِهَا، فَأَفْضَى إِلَى تَلْفِ النَّفْسِ، حَيْثُ يَحْكُمُ بِوُجُوبِ الدِّيَةِ عَلَى قَوْلٍ؛ لِأَنَّ الْإِذْنَ هُنَاكَ لَا يُبِيحُ الْقَطْعَ وَإِذَا كَانَ الْقَطْعُ حَرَامًا عَلَيْهِ، جَازَ أَنْ يَجِبَ الْقِصَاصُ فِي سِرِّيَّتِهِ، وَهَاهُنَا أَتَى بِفِعْلِ جَائِزٍ لِعَرَضِ صَحِيحٍ، فَيَسْتَحِيلُ أَنْ يَتَعَلَّقَ بِهِ ضَمَانٌ عَلَى أَنْ الْأَظْهَرُ هُنَاكَ أَنَّهُ لَا يَجِبُ الضَّمَانُ.

واعلم أن [تأثير] <sup>(٢)</sup> الإِذْنِ فِي إِسْقَاطِ الْقِصَاصِ <sup>(٣)</sup> مذكور في الكتاب في فضل الإِكْرَاهِ مِنْ أَوَّلِ الْجَنَائِزَاتِ، [وتأثيره] <sup>(٤)</sup> فِي إِسْقَاطِ الدِّيَةِ عَلَى الْخِلَافِ فِيهِ مذكور في باب الْعَفْوِ مِنْ آخِرِهَا، وَمَقْصُودُ الْإِعَادَةِ هَاهُنَا الْإِشَارَةُ إِلَى الْفَرْقِ الْمَذْكُورِ.

وقوله: «[ولو قطع] <sup>(٥)</sup> بِالْإِذْنِ يَدًا صَحِيحَةً فِي الضَّمَانِ وَجِهَانٍ» قَدْ يَفْهَمُ مِنْهُ ضَمَانُ الْيَدِ الْمَقْطُوعَةِ، وَوَضَعَ الْخِلَافَ فِيهِ، لَكِنْ الْمَقْتُولُ [فيه] أَنَّهُ لَا يَجِبُ ضَمَانُ الْيَدِ الْمَقْطُوعَةِ إِذَا وَقَفَ الْقَطْعُ، وَلَمْ يَذْكُرُوا خِلَافًا فِيهِ، وَإِنَّمَا الْخِلَافُ فِي ضَمَانِ النَّفْسِ <sup>(٦)</sup> إِذَا سَرَى الْقَطْعُ إِلَيْهَا، فَإِذْنُ الْمَعْنَى: قَطَعَ يَدًا صَحِيحَةً <sup>(٧)</sup> فَسَرَى إِلَى النَّفْسِ، فَبَقِيَ ضَمَانُ النَّفْسِ وَجِهَانٍ.

ثم الخلاف قولان، وكذلك أورد في باب العفو [لا] <sup>(٨)</sup> وجهان، ويجوز أن يُعْلَمَ لَفْظُ الْخِلَافِ بِالْوَاوِ؛ لِمَا قَدَّمْنَا أَنَّ بَعْضَهُمْ قَطَعَ بِالنْفِي.

قال العزالي: (النَّظَرُ الثَّانِي فِي دَفْعِ الصَّائِلِ) فِي الْمَدْفُوعِ وَالْمَدْفُوعِ عَنْهُ وَالْدَّفْعُ (أَمَّا

(٢) سقط في ز.

(١) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٣) في ز: الإذن.

(٦) في ز: اليمين.

(٥) سقط في ز.

(٨) سقط في ز.

(٧) في ز: يمين.

الْمَدْفُوعُ) فَكُلُّ مَنْ يَخَافُ مِنْهُ الْهَلَاكُ فَدَفِعَ فَهُوَ هَدْرٌ حَتَّى الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ إِذَا صَلَا،  
وَكَذَا الْبَهِيمَةَ، وَفِي ضَمَانِ الْجَرَّةِ الْمُطْلَعَةِ عَلَى الرَّأْسِ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ إِذَا كُسِرَتْ بِالدَّفْعِ  
وَجَهَانٍ، وَكَذَا فِي دَفْعِ بَهِيمَةِ حَالٍ بَيْنَ الرَّجْلِ الْجَائِعِ وَيَبْنُ طَعَامِهِ فِي بَيْتٍ، وَالْجَائِعُ  
الْمُضْطَرُّ إِلَى طَعَامِ الْغَيْرِ يَأْكُلُ وَيَضْمَنُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: اسْتَوْسَسَ فِي الْبَابِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَمَنْ اخْتَدَى عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ  
بِمِثْلِ مَا اخْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤]. وبأن الصَّائِلَ ظالم، وَالظَّالِمَ يُنْتَعَمُ مِنَ الظلم؛  
لِقَوْلِهِ ﷺ: «انصُرْ أَخَاكَ ظَالِمًا أَوْ مَظْلُومًا»<sup>(١)</sup>.

وعن سعيد بن زَيْدٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أن النبي ﷺ قال: «مَنْ قُتِلَ دُونَ أَهْلِهِ  
وَمَالِهِ، فَهُوَ شَهِيدٌ»<sup>(٢)</sup> وروي<sup>(٣)</sup> أن جارية كانت تَحْتَطِبُ فَرَاوَدَهَا رَجُلٌ عَنْ نَفْسِهَا، فَرَمَتْهُ  
[بِفِئْرٍ]<sup>(٤)</sup> فقتلته، فرفع ذلك إلى عمر - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فقال: «قتل الله والله لا يودي  
أبداً» ونحتاج في الباب إلى مَعْرِفَةِ المدفوع، وهو الصَّائِلُ، والمدفوع عنه، وهو الذي  
يقصد الصَّائِلُ، وكيفية الدفع. فهذه ثلاثة فصول:

أما الأول: فلا فَرْقَ بين أن يكون الصَّائِلُ مسلماً، أو ذمياً، حراً أو عبداً،  
فيجوز<sup>(٥)</sup> للمَصُولِ عليه دَفْعُهُ، وإن أتى الدَّفْعُ على نفسه، فلا ضَمَانَ، ولا ذِيَّةَ، ولا  
كَفَّارَةَ، وإن صَلَّ عليه صَبِيٌّ أو مجنون، أو بهيمة، فكذلك يجوز الدَّفْعُ، ولا ضَمَانَ عن  
التَّلْفِ، وبه قال مالك وأحمد. وقال أبو حنيفة: يجب الضَمَانُ في البهيمة، وكذا في  
الصَّبِيِّ والمجنون، على أظهر الروايتين.

لنا: أنه هَلَاكٌ حَصَلَ فِي دَفْعِ جَائِرٍ، فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِ ضَمَانٌ، كما في سائر الصور،  
وأيضاً فَالْبَهِيمَةُ إِذَا صَلَّتْ صَارَتْ بِمَثَابَةِ الْكَلْبِ الْعَقُورِ وَالسَّبُعِ الضَّارِي.

(١) رواه البخاري من حديث أنس، ومسلم من حديث جابر، وفي الباب عن عائشة عند الطبراني في  
الأوسط.

(٢) تقدم.

(٣) رواه البيهقي من حديث عبيد بن عمير: أن رجلاً أضاف ناساً من هذيل، فذهبت جارية لهم  
تحتطب، فراودها رجل عن نفسها، الحديث، وأورده من وجه آخر عن عبد الله بن عبيد بن  
عمير، فذكره مطولاً، وفيه انقطاع، وسمى المقتول غفل، بضم المعجمة وسكون الفاء، فقال:  
هو كاسمه، وأبطل دمه.

(٤) سقط في ز.

(٥) قال في الخادم: أهمل من شروط الجواز كونه مختاراً، فلو كان الصائل مكرهاً عليه فليس لرب  
المال دفعه بل يلزمه إن بقي روحه بمال كما ذكره قبيل باب الديات.

ألا ترى أنه لو قتل المُحْرِمُ صيداً، صَالَ عَلَيْهِ، دَفَعَا، لَمْ يَلْزَمُهُ الْجَزَاءُ، وَلَوْ سَقَطَتْ جَرَّةٌ<sup>(١)</sup> أَوْ نَحْوَهَا مِنْ عُلُوِّ طَرَفِ سَطْحٍ، فَاسْتَوَتْ عَلَى رَأْسِ إِنْسَانٍ، وَكَانَ يَخَافُ عَلَيْهِ مِنْهَا، وَلَمْ يُمَكِّنْ دَفْعَهَا إِلَّا بِالْكَسْرِ وَالْإِتْلَافِ، فَهَلْ عَلَيْهِ الضَّمَانُ إِذَا كَسَرَهَا؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أحدهما: لا؛ تنزيلاً لها مَنزِلَةَ الْبَهِيمَةِ الصَّائِلَةِ.

وأظهرهما: نعم؛ لأنه لا قَضَدٌ وَلَا اخْتِيَارَ مِنْهَا؛ بخلاف البهيمة وللمجنون اخْتِيَارًا، وللأفعال إليه نِسْبَةً، وَلَوْ حَالَتْ بِهِيمَةً بَيْنَ الْجَائِعِ، وَبَيْنَ طَعَامِهِ فِي الْبَيْتِ، وَلَمْ يَصِلْ إِلَيْهِ إِلَّا بِإِتْلَافِهَا، فَهَلْ يَلْزَمُهُ الضَّمَانُ بِإِتْلَافِهَا؟ فِيهِ هَذَانِ الْوَجْهَانِ:

في وجه: لا يجب؛ لَأَنَّ وَفُوقَهَا وَحَيْلُوتَهَا<sup>(٢)</sup> كَالصَّيَالِ مِنْهَا.

وفي الثاني: يجب؛ لأنها لا تَقْصِدُهُ، وَإِتْلَافُهُ إِيَّاهَا لِدَفْعِ الْهَلَاكِ عَنْ نَفْسِهِ، كَأَكْلِ الْمُضْطَرِّ طَعَامَ الْغَيْرِ، فَإِنَّهُ مُوجِبٌ لِلضَّمَانِ، وَيُمْكِنُ أَنْ يُجْعَلَ الْأَظْهَرُ هَاهُنَا نَفْيَ الضَّمَانِ، كَمَا ذَكَرْنَا فِيمَا إِذَا عَمَّ الْجَزَاءُ الْمَسَالِكَ فَتَحْطَاها<sup>(٣)</sup> الْمُحْرِمُ<sup>(٤)</sup> وَقَتْلَ بَعْضِهَا.

وقوله في الكتاب: «فكل من يخاف منه الهلاك فدفعت فهو هدر» لا شك أن من يخاف منه الهلاك كذلك، لكنه لا يَضْلُحُ ضَابِطاً لِلْمَدْفُوعِ، وَلَا يُعْتَبَرُ خَوْفُ الْهَلَاكِ فِيهِ، بَلْ مِنْ [قصد]<sup>(٥)</sup> التَّعَرُّضِ لِنَفْسِ شَخْصٍ مَعْضُومٍ، أَوْ لِعُضْوٍ مِنْ أَعْضَائِهِ، أَوْ لِمَالٍ، أَوْ لِبُضْعٍ، فَيُدْفَعُ وَيُهْتَدَرُ إِذَا أَتَى الْهَلَاكَ عَلَيْهِ.

وقوله: «وفي ضمان الجرة المطلة» أي: المُشْرِفَةِ، يُقَالُ: أَطَّلَ عَلَى الشَّيْءِ، أَي: أَشْرَفَ.

وقوله: «والجائع المضطر إلى طعام الغير يأكل ويضمن» إنما ذكره في هذا الموضع لُمُشَاكَلَتِهِ [المسألة والتوجيه أحد الوجهين بها كما تقدم]<sup>(٦)</sup>.

قال العزالي: وَدَفْعُ الصَّائِلِ الْكَافِرِ أَوْ الْبَهِيمَةِ وَاجِبٌ، فَإِنْ كَانَ مُسْلِمًا فَفِي جَوَازِ

(١) قال الشيخ البلقيني في تصحيح المنهاج: لو سقطت جرة ولم يندفع إلا كسرها وكانت على روشن أو لم تكن على روشن ولكن وضعها واضعها مائلة أو على وجه يغلب على الظن سقوطها فلا ضمان على كاسرها حينئذ قطعاً وإن لم يكن كذلك فلا ضمان على كاسرها على الأصح. انتهى.

(٢) في ز: وحلولها. (٣) في ز: فيحاط.

(٤) ما ذكره الشيخ من أنه يمكن أن يجعل الأظهرها هنا نفي الضمان هو الذي نص عليه الشافعي كما نقله الإصطخري في أدب القضاء. قاله في الخادم.

(٥) سقط في ز. (٦) سقط في ز.

الْأَسْتِسْلَامِ قَوْلَانِ، وَفِي دَفْعِ الْمَجْنُونِ قَوْلَانِ مُرْتَبَانِ وَأَوْلَى بِوُجُوبِ الدَّفْعِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قَدْ بَانَ فِي خِلَالِ الْكَلَامِ أَنَّ دَفْعَ الصَّائِلِ جَائِزٌ، وَالْعَرَضُ الْآنَ الْقَوْلُ فِي أَنَّهُ هَلْ يَجِبُ، أَوْ يَجُوزُ الْأَسْتِسْلَامُ وَتَرَكَ الدَّفْعَ؟

واعلم أن هذا المَقْصُودَ لَا اخْتِصَاصَ لَهُ بِطَرَفِ الْمَدْفُوعِ، بَلْ نَسَبْتُهُ إِلَيْهِ نِسْبَةً إِلَى الْمَدْفُوعِ عَنْهُ، أَوْ كَيْفِيَةَ الدَّفْعِ. وَالْأَخْسَنُ مِنْ جِهَةِ التَّرْتِيبِ تَقْدِيمُهُ عَلَى جَمِيعِ الْأَطْرَافِ، أَوْ تَأْخِيرُهُ عَنْ جَمِيعِهَا. وَالْفَقْهُ أَنَّ الصَّائِلَ إِنْ قَصِدَ أَخْذَ الْمَالِ، أَوْ إِتْلَاقَهُ، وَلَمْ يَكُنْ ذَا رُوحٍ <sup>(١)</sup> لَا يَجِبُ الدَّفْعُ، لِأَنَّ إِبَاحَةَ الْمَالِ لِلغَيْرِ جَائِزَةٌ، وَإِنْ قَصِدَ أَهْلَهُ وَجِبَ عَلَيْهِ الدَّفْعُ بِمَا أَمَكْنَهُ؛ لِأَنَّهُ لَا مَجَالَ لِلإِبَاحَةِ فِيهِ.

وشرط في «التهذيب» للوجوب ألا يخاف على نفسه، وإن قصد الصائِلُ نَفْسَهُ نَظَرَ إِنْ كَانَ كَافِرًا، وَجِبَ عَلَيْهِ الْقِتَالُ وَالدَّفْعُ بِمَا أَمَكْنَهُ، أَمَّا الْحَرَبِيُّ وَالْمُرْتَدُ فَلَا حُرْمَةَ لَهُمَا، وَأَمَّا الذَّمِيُّ فَبِالصَّيَالِ تَبْطُلُ حُرْمَتُهُ وَالْأَسْتِسْلَامُ لِلْكَافِرِ ذُلٌّ فِي الدِّينِ.

وقال الروياني في «جمع الجوامع»: إِذَا كَانَ الصَّائِلُ كَافِرًا، فَالْأَوْلَى لَهُ أَنْ يِقَاتِلَ، وَيُكْرِهَ لَهُ تَرْكُ الْقِتَالِ، وَالدَّفْعُ عِنْدَ الْإِمْكَانِ، وَهَذَا يَشْعُرُ بِالتَّجْوِيزِ <sup>(٢)</sup>، وَالْمَشْهُورُ الْأَوَّلُ <sup>(٣)</sup>، وَإِنْ كَانَ الصَّيَالُ مِنْ بَهِيمَةٍ، فَكَذَلِكَ يَجِبُ الدَّفْعُ، لِأَنَّهَا مَذْبُوحَةٌ لِاسْتِيفَاءِ الْمُهْجَةِ، فَكَيْفَ يُوَثِّرُهَا، وَيَسْتَسَلِمُ لَهَا، وَإِنْ كَانَ الصَّائِلُ مُسْلِمًا، فَقَوْلَانِ، وَيُقَالُ: وَجْهَانِ:

أحدهما: أَنَّهُ يَجِبُ الدَّفْعُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة: ١٩٥]. وَلِأَنَّ الصَّائِلَ ظَالِمَ سَاقِطِ الْحُرْمَةِ، وَمَهْجَةُ الْمَصُولِ عَلَيْهِ مُحْتَرَمَةٌ، فَلَا تَبْذُلُ لِمَنْ سَقَطَتْ حُرْمَتُهُ.

وأظهرهما: أَنَّهُ لَا يَجِبُ <sup>(٤)</sup>، وَيَجُوزُ الْأَسْتِسْلَامُ؛ لِمَا رَوَى عَنْ حَذِيفَةَ - رَضِيَ اللَّهُ

(١) أي محترمة فإنه يجب الدفع عن إتلاف الحيوان المحترم، ولو كان الصائل عليه مالكة بأن رآه يشدخ رأس حماره، ويجب على الأجنبي دفعه على الأصح لحرمة الحيوان، وقول الشيخ: وإن قصد أهله وجب عليه الدفع بما أمكنه لا يختص ذلك بأهله بل الدفع عن حرم غيره كالدفع عن أهله كما يقتضيه كلام الشيخ فيما بعد ونقله في الخادم عن صاحب الكافي.

(٢) في ز: بالتحريم.

(٣) قال الشيخ البلقيني في التصحيح: هذا إذا كان الموصول عليه مسلماً، فإن كان كافراً فلا يجب عليه الدفع، لكن إذا قصده كافر يجوز.

(٤) قال الشيخ البلقيني: إلا أن يكون المسلم الصائل غير محقون الدم وقد صال على مسلم محقون الدم فيجب على المسلم الدفع عن نفسه المحقونة قطعاً.

عَنْهُ - أن النبي ﷺ قال في وَصْفِ الْفِتَنِ: «كُنْ عَبْدَ اللَّهِ الْمَقْتُولَ وَلَا تَكُنْ عَبْدَ اللَّهِ الْقَاتِلَ»<sup>(١)</sup>. وفي بعض الأخبار «كُنْ خَيْرَ ابْنِي آدَمَ»<sup>(٢)</sup> يعني قابيل وهابيل.

ومنع عثمان - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - عُيْبَةَ مِنَ الدَّفْعِ يَوْمَ الدَّارِ، وقال: من ألقى سِلَاحَهُ فَهُوَ حُرٌّ<sup>(٣)</sup>، واشتهر ذلك في الصحابة - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - ولم ينكر عليه أحد.

وعن القاضي الحسين: الفرق بين أن يمكنه دفعه من غير أن يقتله، فيجب ولا يجوز الاستِسْلَامُ للقتل، وبين ألا يمكنه دَفْعُهُ إلا بالقتل، فيجوز الاستِسْلَامُ.

والقائلون بجواز الاستِسْلَامِ منهم من يَزِيدُ عَلَيْهِ، ويصفه بالاستِحْبَابِ أيضاً، وهو ظاهر الأَخْبَارِ، وإن كان الصِّيَالُ من مَجْتُونٍ، أو مراهق فطريقان:

أحدهما: القطع بأنه لا يجوز الاستِسْلَامُ؛ لأنهما لو قتلا لم يَبُوءَا بالإثم، فأشبهها البهيمة.

وأشبههما: طَرُدُ القولين؛ إِتْقَانُ لِلأَدَمِيِّ المحترم، ورضا بالشهادة، وإلى الطريقتين يرجع قوله في الكتاب:

(١) قال الحافظ في التلخيص: هذا الحديث لا أصل له من حديث حذيفة، وإن زعم إمام الحرمين في النهاية أنه صحيح، فقد تعقبه ابن الصلاح، وقال: لم أجده في شيء من الكتب المعتمدة، وإمام الحرمين لا يعتمد عليه في هذا الشأن. انتهى، وقد أخرج مسلم من طريق أبي سلام عن حذيفة قال: قلت: يا رسول الله إنا كنا بشر، فجاءنا الله بخير فنحن فيه، فهل من وراء هذا الخير شر، قال: نعم، الحديث، وفيه: تسمع وتطعم وإن ضرب ظهرك، وأخذ مالك، فاسمع وأطع، وقد روى الطبراني من حديث شهر بن حوشب عن جندب بن سفيان في حديث قال في آخره: فكن عبد الله المقتول، ومن حديث خباب مثل هذا، وزاد: ولا تكن عبد الله القاتل، ورواه أحمد والحاكم والطبراني أيضاً وابن قانع من حديث حماد بن سلمة، عن علي بن زيد عن أبي عثمان عن خالد بن عرفطة بلفظ: ستكون فتنة بعدي، وأحداث واختلاف، فإن استطعت أن تكون عبد الله المقتول، لا القاتل، فافعل وعلي بن زيد هو ابن جدعان ضعيف، لكن اعتضد كما ترى.

(٢) رواه أحمد والترمذي من حديث سعد بن أبي وقاص أنه قال عند فتنة عثمان: أشهد أن رسول الله ﷺ قال: «إنها ستكون فتنة، القاعد فيها خير من القائم»، الحديث، وفيه: فإن دخل على بيتي، ويسط يده إلي ليقتلني، قال: كن كابن آدم، ورواه أحمد من حديث ابن عمر بلفظ: ما يمنع أحدكم إذا جاء أحد يريد قتله أن يكون مثل ابن آدم، القاتل في النار، والمقتول في الجنة، وروى أحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجه وابن حبان، من حديث أبي موسى الأشعري أن رسول الله ﷺ قال في الفتنة: «كسروا فيها قسيكم وأوتاركم، واضربوا سيوفكم بالحجارة، فإن دخل على أحدكم بيته، فليكن كخير ابني آدم»، القشيري في آخر الاقتراح على شرط الشيخين.

(٣) قال الحافظ في التلخيص: لم أجده، وفي ابن أبي شيبة من طريق عبد الله بن عامر سمعت عثمان يقول: إن أعظمكم عندي حقاً من كف سلاحه ويده.

وفي «دفع المجنون قولان مُرتَّبَان، وأولى بوجوب الدفع» وقد تعكس القضية، ويجعل المجنون أولى [بجواز] <sup>(١)</sup> الاستسلام؛ لأن فعله لا يوصف بالتعدي، وهو أولى بالمُرَاحمة.

قال العزالي: (أما المدفوع عنه) فكل مَغْضُومٍ مِنْ نَفْسٍ وَيُضَعُ وَمَالٍ وَإِنْ قَلَّ، وَإِنْ قَدَرَ عَلَى الدَّفْعِ عَنْ غَيْرِهِ قِيلَ فِي الْوُجُوبِ قَوْلَان، وَقِيلَ: يَجِبُ إِذْ لَا مَعْنَى لِلإِثَارِ مَهْنًا كَمَا فِي نَفْسِهِ، وَقِيلَ: يَحْرُمُ لِأَنَّ شَهْرَ السَّلَاحِ فِي الْحِسْبَةِ إِلَى السُّلْطَانِ، وَكَذَا الدَّفْعُ بِالسَّلَاحِ عَنِ شُرْبِ الْخَمْرِ وَالْمَعَاصِي قِيلَ: يَجِبُ، وَقِيلَ: يَحْرُمُ لِغَيْرِ السُّلْطَانِ خَوْفًا مِنَ الْفِتْنَةِ.

قال الرافعي: أما المدفوع عنه، فهو كل مَغْضُومٍ، فيجوز الدفع عن النفس، وعن الأَطْرَافِ، والبُضْعِ، والمال إذا كانت مَغْضُومَةً، ويجوز لغير المَصُولِ عليه الدفع لحقنه، كما يجوز له الدفع لحقن نفسه، ويجوز الدَّفْعُ عن الذمي يَصُولُ عليه المسلم، وعن الابن الذي <sup>(٢)</sup> صَالَ عليه أبوه، والتبني الذي صَالَ عليه سيده، فإنهم مَغْضُومُونَ مَظْلُومُونَ.

وفي «النهاية» حكاية قول عن القديم: أنه لا يجوز الدَّفْعُ عن المَالِ إذا كان لا يتأتى الدَّفْعُ إلا بالقتل، أو قطع بعض الأعضاء، والظاهر الأول، وحُرْمَةُ مال المسلم في ذلك كَحُرْمَةِ دمه وهل يجب الدفع عن الغير؟ فيه ثلاثة طرق <sup>(٣)</sup>:

أظهرهما: أن حُكْمَ الدفع عن الغير حُكْمُ الدفع عن النفس، يجب حيث يجب هناك، ولا يجب حيث لا يَجِبُ.

والثاني: القطع بالوُجُوبِ، لأن الإيثَارَ إنما يليق بِخَطِّ النفس، وأما سائر الناس، فلا يُؤَثَّرُ بعضهم على بعض.

والثالث: وينسبه الإمام إلى معظم الأصوليين: القَطْعُ بالمنع؛ لأن شَهْرَ السَّلَاحِ يُحْرِكُ الْفِتْنَ، وليس ذلك من شأن آحاد الناس، وإنما هو من وَطِيفَةِ السُّلْطَانِ، وعلى هذا فهل يحرم، أو يجوز من غير وجوب؟

حكى عنهم فيه اختلاف. والتحريم هو الذي أوردَهُ صاحب الكتاب.

وإذا قلنا بوجوب الدفع <sup>(٤)</sup> عن الغير، فذلك إذا لم يَخْفَ على نفسه.

(١) سقط في ز. (٢) في ز: إنها.

(٣) محل الخلاف في غير نبي أما لو كان الموصول عليه نبياً، فإنه يجب الدفع عنه بلا خلاف كما هو قضية كلامهم في الخصائص، وصرح به الفوراني في العمدة هناك. قاله في الخادم.

(٤) سقط في ز.

كذلك قَيَّدَ الشيخ إبراهيم المرورودي وغيره، ثم قال الإمام: الخِلافُ في أن الآحَادَ هل لهم شَهْرُ السِّلَاحِ حِسْبَةً لا يَخْتَصُّ بِالصِّيَالِ، بل من أقدم على مُحْرَمٍ من شرب خمر أو غيره، فهل لآحَادِ النَّاسِ مَنَعُهُ بما يجرح، ويأتي على النفس؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ نَهْيًا عن المنكر، ومَنَعًا عن المعصية.

والثاني: لا؛ خوفاً من الفِتَنِ، التي تَتَوَلَّدُ منه، وَيُنْسَبُ هذا الثاني إلى الأصوليين، والأول للفقهاء، وهو الذي يوجد للأصحاب في كتب المذهب<sup>(١)</sup>، حتى قال الفُوزَائِيُّ، وصاحب «التهذيب» والرويانى وغيرهم: من علم بِخَمْرِ في بيت رجل، أو طُنْبُورٍ، وعلم بشربه، أو ضربه، فله أن يهجم على صاحب<sup>(٢)</sup> البيت، وَيُرِيْقُ الخمر، ويفصل الطنْبُور، ويمنع أهل الدَّارِ من الشرب والضرب، وإن لم ينتهوا، فله أن يقاتلهم، فإن أتى القِتَالُ عليهم، فهو مَثَابٌ على ذلك وفي «تعليقه» إبراهيم المرورودي أن من رآه مُكَبِّبًا على معصية من زِنًا أو شَرِبَ خمر، أو رآه يَشْدُخُ شاة أو عبداً، فله دفعه فلو أتى<sup>(٣)</sup> الدفع على نفسه، فلا ضَمَانَ.

واعلم أن القول في وُجُوبِ الدَّفْعِ عن الغير، لا اِخْتِصَاصَ له بهذا الموضع، كما أنه لا اِخْتِصَاصَ للقول في وجوب الدَّفْعِ عن النفس، ولو أنه ضم أحدهما إلى الآخر، وذكرهما في موضع واحد لكان أَحْسَنَ.

وقوله: «وأما المدفوع عنه، فكل مَعْصُومٍ من نفس وبضع ومال» لفظ «المال» يجوز إعلامه بالواو، وليس ما ذكره جَامِعاً ضَابِطاً، فإنه لو قصد عُضْوَاً، أو مَنَفَعَةً عضو، ولم يقصد النفس، يُدْفَعُ أيضاً، ولو لم يقصد البضع، وقصد أن ينال مما دونه دفع أيضاً وإن أتى الدفع عليه كان مُهْتَدِراً. صرَّح به القاضي الرويانى وغيره، وقال: لو وجده يَنَالُ من جَارِيَتِهِ ما دون الفَرْجِ، فله دفعه، وإن أتى على نَفْسِهِ.

قال: ويجوز للأجانب أن يدفعوه كذلك حِسْبَةً، ويجوز أن يكون المدفوع عنه ملك القاصد، فمن رأى إنساناً يَتَلَفُ مال نفسه [مثل أن يحرق كدسه ويغرق متاعه جاز له دفعه]<sup>(٤)</sup> فإن كان حيواناً بأن رآه يَشْدُخُ رأس حِمَارِهِ، ففي وجوب الدفع لحرمة الحيوان وَجْهَان.

المذكور منهما في «التهذيب» أنه يجب وقوله: «وقيل: يحرم» لا يمكن حَمْلُهُ على مُطْلَقِ الدَّفْعِ، وإنما المراد الدفع قِتَالاً وَجُرْحاً.

(٢) في ز: عليه.

(٤) سقط في ز.

(١) في ز: المهذب.

(٣) في ز: فإن أبى.



وقوله: «لأن شهْر السلاح في الحِسْبَةِ إلى السلطان» - أي ينبغي أن يكون هكذا لأنه خطر محرك للفتن. وقوله: «قيل: يجب» كذلك ذكر هاهنا، وفي «الوسيط»، وصاحب «النهاية» لم يتعرض للوجوب، وإنما حكى اختلاف الأصوليين والفقهاء في الجواز وعَدَمِهِ. [والله أعلم].

قال العزالي: (أما كيفية الدفع) فأن يبدأ بالكلام ثم بالضرب ثم بالجرح، فإن لم يُقدِر فيدفع بما يُقدِر عليه، فإن رأى من يُزني بزوجه دفعه، فإن هرب فقتله فعليه القصاص إن لم يكن الزاني مُحَصَّنًا، ولو قدر المصُول عليه على الهرب لم يجز له الدفع بالجراح على الأظهر، ولو عض يده فسل اليد حتى ندرت أسنانه فلا ضمان، فإن لم يُقدِر فله أن يدفعه بما يُقدِر ولا يتعمّن قصد العضو الجاني.

قال الرافعي: يجب على المصُول عليه رعاية التدرج، والدفع بالأهون<sup>(١)</sup> فالأهون، فإن أمكنه الدفع بالكلام، أو الصيَّاح، أو الاستغاثة بالناس لم يكن له الضرب، وكذا لو اندفع شره بأن وقع في ماء أو نار، أو من شاق فانكسرت رجله، لم يضره، وكذا لو كان بينهما حائل من جدار، أو خندق، أو نهر عظيم، ولو كان النهر صغيراً، وغلب على ظنه أنه إن عبّر إليه غلبه، ففي «الشامل» أن له رميه، ومنعه من العبور.

وإذا لم يندفع إلا بالضرب فله الضرب، وراعى فيه الترتيب أيضاً فإن أمكن [باليد، لم يضره بسوط، وإن أمكن] بالسوط لم يجز العُدُولُ إلى العَصَا، وعلى هذا فلو أمكن دفعه بقطع عضو، لم يكن له إهلاكه، ولو اندفع بدرجة نازلة، فدفعه بما فوقها، ضمن، وكذا لو هرب فاتبعه وضربه، فمات، ولو ضربه ضربة، فوَلَّى هارباً أو سقط، وبطل صيَّالُه، فضره أخرى، فالثانية مضمونة بالقصاص وغيره، فإن مات منهما لم يجب قِصاصُ النفس، ووجب نصفُ الدية؛ لأن الهلاك حصل من مضمون وغير مضمون، ولو عاد بعد الجرحتين إلى الصيَّال فضره، ضربة ثالثة، فمات منها، فعليه ثلثا الدية، ومهما غلب على ظنه أن الذي أقبل عليه بالسيف يقصده، فله دفعه بما يمكنه، وإن لم يضره المقبل إذا تقرر ذلك، ففي الفصل ثلاث صور:

إحداها: إذا وجد رجلاً يزني بامرأته، أو غيرها، فعليه دفعه، ومنعه، فإن هلك في الدفع، فلا شيء عليه، وإن اندفع بضره وغيره، ثم قتله فعليه القصاص إن لم يكن الزاني مُحَصَّنًا. وإن كان مُحَصَّنًا فلا قِصاصَ عليه.

(١) محل ذلك إذا كان الصائل معصوماً كما قاله الشيخ البلقيني وغيره فإن لم يكن معصوماً كالحربي والمترد فلا يجب عليه مراعاة الأخف.

وفيه قول آخر مذكور في الجنايات وإذا قال: قتلته لذلك، وأنكر ولئيه، فعلى القاتل البيئته وينظر إن ادعى أنه قصّد امرأته، فدفعه، فأتى الدفع على نفسه، ثبت ذلك بقول شاهدين، وإن ادعى أنه زنا بها، وهو مُحَصَّن لم يثبت الزنا إلا بأربعة شهداء.

روي أن سعد بن عبادة - رضي الله عنه - قال: يا رسول الله أرأيت إن وجدت رجلاً مع امرأتي أمهلته حتى أتى بأربعة شهداء! فقال ﷺ: «كفى بالسيف شأ» أراد أن يقول: «شاهداً» فقطع الكلمة ثم قال: «نعم حتى تأتي بأربعة شهداء»<sup>(١)</sup>.

وعن أبي حنيفة - رحمه الله - [أنه يلزمه الضمان، و] إن ثبت الزنا والإحصان، بناء على أن الزاني المُحَصَّن إذا قتله واحد من عرض الناس قبل أن يقضي القاضي عليه بالرجم يلزمه القصاص، وإنما يصير مُهدراً، إذا قضى القاضي عليه بالرجم فيقع قتله حداً.

وإن لم يكن للقاتل بيئته، حلف ولي القاتل على نفي العلم بما يقوله، ومكّن من القصاص، ولو كان للقاتل وارثان، فحلف أحدهما على نفي العلم، وتكّل الآخر، حلف القاتل [للآخر]، وعليه نصف الدية للحالف، وإن كان أحدهما بالغاً، والآخر صغيراً، وحلف البالغ على [نفس] العلم [لم] يستوفي القصاص حتى يبلغ الصغير، فيحلف، أو يموت، فيحلف واريته.

وإن أخذ البالغ نصف الدية، حكى القاضي الروياني أنه يؤخذ للصغير أيضاً، فإذا بلغ حلف، فإن نكل، وحلف القاتل ردّ عليه ما أخذ، ولو أقر الوريث بأن مورثهم كان معها تحت ثوب يتحرك تحرك المجامع، وأنزل، ولم يقرّوا بما يوجب الحدّ لم يسقط القصاص، وإن أقرّوا بما يوجب، وقالوا: كان بكراً، فالقول قولهم، وعلى القاتل البيئته على الإحصان.

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه عن معمر عن كثير بن زياد عن الحسن أنه سئل عن الرجل يجد مع امرأته رجلاً، فقال قال رسول الله ﷺ: «كفى بالسيف شأ»، يريد أن يقول شاهداً، فلم تتم الكلمة، وعن معمر عن الزهري أنه ذكر قول سعد بن عبادة، فقال النبي ﷺ: «يايى الله إلا البيئته»، وأصل الحديث في صحيح مسلم من حديث أبي هريرة: أن سعد بن عبادة قال لرسول الله ﷺ: لو أتى وجدت مع امرأتي رجلاً، أمهلته حتى أتى بأربعة شهداء، فقال رسول الله ﷺ: نعم، الحديث، ورواه أبو داود من حديث عبادة بن الصامت ولفظه: قال ناس لسعد بن عبادة: يا أبا ثابت قد نزلت الحدود، فلو أنك وجدت مع امرأتك رجلاً كيف كنت صانعاً؟ قال: كنت ضاربهما بالسيف حتى يسكنا، أفأنا ذاهب فأجمع أربعة شهداء، فإذا ذلك قد قضى الآخر حاجته وانطلق، فاجتمعوا عند رسول الله ﷺ فقالوا: ألم تر ما قال أبو ثابت؟ فقال رسول الله ﷺ: «كفى بالسيف شاهداً»، ثم قال: «لا أخاف أن يتتابع فيه السكران والغيران»، وأحمد من حديث سعيد ابن سعد بن عبادة ولم أر قوله كفى بالسيف شا، على الاكتفاء كما سبق، إلا في مرسل الحسن المتقدم.

وَالسَّارِقُ إِذَا أَخْرَجَ مَتَاعَهُ مِنَ الْجِزْرِ، وَالْقَاهِ وَهَرَبَ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَتْبَعَهُ، فَيَضُرُّ بِهِ، فَإِنْ تَبِعَهُ، وَقَطَعَ يَدَهُ الَّتِي يُوْجِبُ قَطْعُهَا بِالسَّرْقَةِ، فَلَا قِصَاصَ؛ لِأَنَّهَا مُسْتَحَقَّةُ الْإِزَالَةِ، وَكَذَا فِي قَطْعِ الطَّرِيقِ، إِذَا قَطَعَ قَاطِعٌ مَا وَجِبَ قَطْعُهُ مِنْهُ لَا قِصَاصَ عَلَيْهِ لَكِنْ يَعْزُرُ بِالِافْتِتَاحَاتِ عَلَى الْإِمَامِ، وَيَجِبُ فِي وَجُوبِ الْقِصَاصِ الْخِلَافُ الَّذِي سَبَقَ فِي قَتْلِ الزَّانِي الْمُخَصَّنِ، وَلَوْ وَجِبَ الْجَلْدُ عَلَى زَانَ، فَجَلْدُهُ وَاجِدٌ مِنْ عَرْضِ النَّاسِ لَمْ يَقَعْ حَدًّا، وَلِزَمَهُ الضَّمَانُ لِأَنَّ الْجِلْدَ يَخْتَلِفُ وَقَعًا وَمَحَلًّا، فَلَا يَقَعْ حَدًّا إِلَّا بِإِذْنِ الْإِمَامِ وَنَظَرِهِ، بِخِلَافِ الْقَطْعِ.

وفي «تعليقة» إبراهيم المرورودي ذُكِرَ وجهين، فيما إذا جَلَدَ رَجُلًا ثَمَانِينَ، ثُمَّ قَالَ: إِنَّهُ كَانَ قَدْ فَنِي، وَأَقَامَ عَلَيْهِ بَيِّنَةً، هَلْ يَحْسَبُ ذَلِكَ عَنِ الْحَدِّ، وَيُنَى عَلَى الْوَجْهِينِ [فِي] أَنَّهُ إِذَا عَاشَ هَلْ يُعَادُ الْحَدَّ [و] (١) إِذَا مَاتَ هَلْ يَجِبُ عَلَى الضَّارِبِ الْقِصَاصُ.

ويمكن أن يعلم قوله في الكتاب: «إن لم يكن الزَّانِي مُخَصَّنًا» بالواو: لأنه مذكور قيدا لوجوب القصاص، وعلى القول الذي يوجب القصاص بقتل الزَّانِي الْمُخَصَّنِ لَا يَحْتَاجُ إِلَى هَذَا الْقَيْدِ.

الصورة الثانية: لو قدر المَصُولُ (٢) عليه على الهَرَبِ هل يَلْزِمُهُ ذَلِكَ أَمْ لَهُ أَنْ يَثْبِتَ وَيُقَاتِلَ؟ حَكَى فِيهِ اخْتِلَافَ نَصِّ. وَعَنْ الْأَصْحَابِ طَرِيقَانِ:

أظهرهما: أن في المسألة قولين:

أحدهما: أنه لا [يجب] (٣) الهَرَبُ؛ لِأَنَّ إِقَامَتَهُ فِي ذَلِكَ الْمَوْضِعِ جَائِزَةٌ، فَلَا يُكَلِّفُ الْانْصِرَافَ.

والثاني: يجب؛ لأنه مَأْمُورٌ بِأَنْ يَخْلُصَ نَفْسَهُ بِالْأَهْوَنِ فَالْأَهْوَنُ، وَالْهَرَبُ أَهْوَنُ، وَبَنَى بَعْضُ مَنْ أَثْبَتَ الْخِلَافَ عَلَى أَنَّهُ هَلْ يَجِبُ عَلَيْهِ الدَّفْعُ عَنْ نَفْسِهِ؟

إن قلنا: نعم؛ لَزِمَهُ الْهَرَبُ، وَإِلَّا فَلَا، لَكِنْ قَدْ مَرَّ أَنَّ الْأَطْهَرَ أَنَّهُ لَا يَجِبُ الدَّفْعُ، وَيَجُوزُ الْاسْتِسْلَامُ، وَهَاهُنَا رَجَحُوا وَجُوبَ الْهَرَبِ؛ مُحَافَظَةً عَلَى التَّدْرِيجِ فِي الدَّفْعِ.

والطريق الثاني: نَفِيُّ الْخِلَافِ، وَحَمَلُ نَصِّ الْهَرَبِ عَلَى مَا إِذَا تَيَقَّنَ النِّجَاةَ بِالْهَرَبِ. وَالنَّصُّ الْآخِرُ عَلَى مَا إِذَا لَمْ يَتَيَقَّنْ، وَلَوْ قَدَرَ [عَلَى] (٤) التَّحْصِينَ بِمَوْضِعِ حَصِينٍ، أَوْ عَلَى الْاِتِّجَاءِ إِلَى فِتَّةٍ، فَهُوَ كَمَا لَوْ قَدَرَ عَلَى الْهَرَبِ.

الثالثة: إِذَا عَضَّ إِنْسَانٌ يَدَهُ، أَوْ عَضَّ آخَرَ، [حَلَّصَ] (٥) عَضْوَهُ بِأَيْسَرٍ (٦) مَا يَقْدَرُ

(٢) في ز: الموصول.

(٤) سقط في ز.

(٦) في ز: باشر.

(١) سقط في ز.

(٣) في ز: يلزمه.

(٥) سقط في ز.

عليه، فإن أمكنه فك لَخِيئِهِ<sup>(١)</sup>، وتخليص ما عضه فعل؛ وإن لم يمكنه صَرَبَ في شِدْقِهِ ليدعه، فإن لم يمكنه وسل يده فَبَدَرَتْ أسنانه، أو بعضها فلا ضَمَانَ عليه.  
وفي «الشامل» أنه [يحكى]<sup>(٢)</sup> عن مالك أنه يجب الضمان.

لنا ما رُوِيَ عن يَعْلَى بن أُمِيَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - قال: غزوت مع رسول الله ﷺ جيش العسرة<sup>(٣)</sup> وكان لي أجير، فقاتل إنساناً، فَعَضَّ أحدهما يَدَ الآخر، فانتزع<sup>(٤)</sup> المَعْضُوضُ يده من فم العاض، فذهب إحدى ثنيتيه، فأتى النبي ﷺ فَأَهْدَرَ ثنيتيه وقال له: «أيدع يده في فيك تَقْضِمُهَا كَأَنَّهَا في فحلٍ» ولأن النفس لا تضمن في الدفع، فكذا الأطراف.  
ولا فَرْقٌ بين أن يكون العاض ظالماً، أو مظلوماً، فإن العض لا يجوز بحال.

وما دام يمكنه تخليص نفسه بضرب فيه لا يَعدِلُ إلى عضو آخر، لأنه أقرب إلى المقصود، فإن لم يجد مُخْلِصاً إلا بقصد عضو آخر بأن يَبْعَجَ بَطْنَهُ، أو يفقا<sup>(٥)</sup> عينه أو يعصر خصيته فله ذلك وفيه وجه أنه لا يقصد عضواً آخر، ولا يضع السلاح فيه، كما لم يقصده العاض بالسلاح والظاهر الأول.

### «فرع»

لو كان الضائل يَنْدَفِعُ بالصوت والعصا، ولكن المصول عليه لم يجد إلا السيف أو السكين، فهل له الضرب به؟  
فيه وجهان:

أحدهما: لا لإمكان الدَفْعِ من غير جرح وقتل.

وأظهرهما: نعم؛ لأنه لا يَتَأْتِي له الدَفْعُ إلا بذلك، ولا يمكن نِسْبَتُهُ إلى التقصير [بِتْرِكِكِ]<sup>(٦)</sup> استصحاب السوط، والمعتبر في حق كل أحد حَاجَتُهُ، ولذلك نقول: الحَادِقُ الذي يحسن الدفع بأطراف السيف من غير جرح يضمن، والذي لا يحسن ذلك لا يضمن لو جرح.

قال العَرَالِيُّ: وَإِذَا نَظَرَ إِلَى حَرَمِ إِنْسَانٍ فِي كُوَّةٍ أَوْ صَائِرِ بَابٍ جَارَ أَنْ يَقْصِدَ عَيْنَهُ بِمَنْدَرَةٍ أَوْ بِنَدَقَةٍ مِنْ غَيْرِ إِنْذَارٍ، فَإِنْ عَمِيَ فَلَا ضَمَانَ، وَيَجِبُ تَقْدِيمُ الإِنْذَارِ فِي كُلِّ دَفْعٍ

(١) في ز: دفعه.

(٢) سقط في ز.

(٣) متفق عليه من حديث يعلى، ومن حديث عمران بن حصين، وعند مسلم، تسمية الرجل العاض بأنه يعلى.

(٤) في ز: فابتدع.

(٥) في ز: يقق.

(٦) سقط في ز.

إِلَّا هَلْهَنَّا لِلْحَبْرِ، وَلَا يُلْحَقُ قَضُدُ الْأَذْنِ عِنْدَ التَّسْمُعِ بِهِ، وَلَا يُزْشَقُ النَّاطِرُ بِالنُّشَابِ، وَلَا يَجُوزُ قَضُدُ عَيْنَيْهِ إِنْ كَانَ لِلنَّاطِرِ حَرَمٌ فِي الدَّارِ وَلَا إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي الدَّارِ أَمْرَةٌ أَضْلًا، فَإِنْ كَانَتْ أَمْرَةٌ مُسْتَيَّرَةٌ فَوَجْهَانِ، وَلَوْ كَانَ الْبَابُ مَفْتُوحًا لَمْ يَجْزُ قَضُدُ عَيْنَيْهِ إِلَّا بِالْإِنْذَارِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا نَظَرَ إِلَى حَرَمٍ <sup>(١)</sup> إِنْسَانٍ فِي دَارِهِ مِنْ كَوَّةٍ أَوْ ثُقْبٍ، أَوْ صَيْرَ بَابٍ، فَهِيَ صَاحِبُ الدَّارِ، فَلَمْ يَنْتَهَ، فَرَمَاهُ بِحَصَاةٍ وَنَحْوِهَا، فَأَصَابَتْ عَيْنَيْهِ، فَأَعْمَاهُ، أَوْ أَصَابَ قَرِيبًا مِنْ عَيْنِهِ، فَجَرَحَهُ، فَلَا ضَمَانَ، وَإِنْ سَرَى إِلَى النَّفْسِ، خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ حَيْثُ قَالَ: لَا يَجُوزُ ذَلِكَ وَيَجِبُ الضَّمَانُ.

وَفِي كِتَابِ الْقَاضِي ابْنِ كَيْجٍ عَنِ مَالِكٍ مِثْلَهُ.

لَنَا مَا رَوَى عَنْ سَهْلِ بْنِ سَعْدٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّ رَجُلًا أَطْلَعَ مِنْ جِحْرِ فِي حُجْرَةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَمَعَ النَّبِيِّ ﷺ مَذْرَى يَحْكُ بِهِ رَأْسَهُ، فَلَمَّا رَأَى رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَوْ أَعْلَمْتُ أَنَّكَ تَنْظُرُنِي لَطَعْتُ بِهٍ فِي عَيْنِكَ إِنَّمَا جُعِلَ الْإِسْتِئْذَانُ مِنْ أَجْلِ الْبَصْرِ» <sup>(٢)</sup>.

وَعَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «لَوْ أَطْلَعَ أَحَدٌ فِي بَيْتِكَ وَلَمْ تَأْذُنْ لَهُ فَخَذَفْتَهُ بِحَصَاةٍ، فَفَقَأَتْ عَيْنَهُ مَا كَانَ عَلَيْكَ مِنْ جُنَاحٍ» <sup>(٣)</sup>.

وَعَنْ نَصِّ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - «أَنَّهُ لَوْ ثَبِتَ الْمَطْلَعُ، وَلَمْ يَمْتَنِعْ بَعْدَ رَمِيهِ بِالشَّيْءِ الْخَفِيفِ، اسْتَعَاثَ عَلَيْهِ صَاحِبُ الدَّارِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي مَوْضِعِ غَوْثٍ أَحْبَبْتَ أَنْ يَنْشُدَهُ بِاللَّهِ تَعَالَى، فَإِنْ لَمْ يَمْتَنِعْ فَلَهُ أَنْ يَضْرِبَهُ بِالسَّلَاحِ، وَيَتَّأَلَّهُ بِمَا يَرُدُّعُهُ، فَإِنْ أَتَى عَلَى نَفْسِهِ، فَلَا عَقْلَ، وَلَا قَوْدَ، وَإِنْ لَمْ يَنْزِلْ مِنْهُ صَاحِبُ الدَّارِ عَاقِبَهُ السُّلْطَانُ».

وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ وَقُوفَ النَّاطِرِ فِي الشَّارِعِ أَوْ فِي سِكَّةٍ مَنْسُودَةِ الْأَسْفَلِ، أَوْ فِي خَالصِ مِلْكِهِ إِذْ لَيْسَ لِلوَاقِفِ فِي مِلْكِهِ مَدُّ الْبَصْرِ إِلَى حَرَمِ النَّاسِ.

وَعَنِ الْقَاضِي الْحُسَيْنِ وَجْهٌ ضَعِيفٌ: أَنَّهُ لَا يَقْصِدُ عَيْنَهُ إِذَا وَقَفَ فِي الشَّارِعِ، أَوْ فِي مِلْكِ نَفْسِهِ، وَإِنَّمَا يَقْصِدُ إِذَا وَقَفَ فِي مِلْكِ الْمَنْتَوَّرِ إِلَيْهِ، وَيَتَعَلَّقُ بِالفَصْلِ <sup>(٤)</sup> صُورًا مَذْكُورَةً فِي الْكِتَابِ، وَغَيْرَ مَذْكُورَةَ:

إِحْدَاهَا: إِذَا يَرْمِي عَيْنَهُ إِذَا قَصِدَ النَّظَرَ وَالتَّطَلُّعَ، أَمَا إِذَا كَانَ مُخْطِئًا، أَوْ وَقَعَ بِبَصَرِهِ عَلَيْهِ اتِّفَاقًا، وَعَلِمَ صَاحِبُ الدَّارِ الْحَالِ، فَلَا يَرْمِيهِ، فَإِنْ رَمَاهُ، وَقَالَ النَّاطِرُ: لَمْ

(١) فِي ز: حَرِيم.

(٢) مَتَّفَقٌ عَلَيْهِ مِنْ حَدِيثِهِ، مِنْ رِوَايَةِ أَبِي الزُّنَادِ مِنَ الْأَعْرَجِ عَنْهُ، (تَنْبِيهِ) قَوْلُهُ: خَذَفْتَهُ، هُوَ بِالْخَاءِ الْمَعْجَمَةِ.

(٤) فِي ز: بِالْقَصْدِ.

أَكُنْ قاصداً، أو لم أَطْلِعْ على شيء، لم يلزم الرّأيي شيء؛ لأن الاطلاع حاصل وقصده أمر باطن لا يطلع عليه، وهذا ذهاب إلى تجويز الرمي وإن لم يتحقق قصده، وفي كلام الإمام ما يدلُّ على أنه لا يرمي حتى يتبين<sup>(١)</sup> الحال، وهو حسن.

الثانية: هل يجوز رميه قبل أن يُنذرَه؟ فيه وجهان:

أحدهما - ويحكى عن الشيخ أبي حامد، والقاضي الحسين: لا بل ينذرُه أولاً، ويزجره عن التطلع، ويأمره بالانصراف، فإن أصر، فحينئذ يرميه؛ جزياً على قياس الدفع في البداية بالأهون [فالأهون]<sup>(٢)</sup> وأيضاً فقد يعتقد لنفسه عُذراً، فيعرف بالنهي، فإن أصرَّ نيل منه.

وأظهرهما - وهو المذكور في الكتاب وبه قال القاضي أبو الطيب والماسرجسي: أنه يجوز الرمي قبل الإنذار؛ لما روي أنه ﷺ كان يُخاتل الناظر لرمي عينه بالميدري<sup>(٣)</sup>.

وروي أنه قال: «مَنْ أَطْلَعَ عَلَى قَوْمٍ بَغَيْرِ إِذْنِهِمْ فَفَقَّوْا عَيْنَهُ فَلَا قَوْلَ وَلَا دِيَّةَ»<sup>(٤)</sup>.

وعن صاحب «التقريب» أنه استدلل لجواز الرمي قبل الإنذار هاهنا، على أنه لا يَجِبُ تقدم الكلام في كل دَفْع، وإنما يجوز للمصول عليه الابتداء بالفعل، وربما يروى عنه تَخْرِيجُهُ على الخلاف في أنه هل يجوز استتابة المرتد؟

وذكر الإمام أن مجال التردد في الكلام الذي هو مَوْعِظَةٌ، وتخجيل قد تفيد، وقد لا تفيد، فأما ما يوثق بكونه دافعاً من تَخْوِيفٍ وَرَعْفَةٍ [مزعجة]<sup>(٥)</sup> فلا يجوز أن يكون في وجوب البداية خلاف، وهذا أحسن وينبغي أن يقال: ما لا يوثق<sup>(٦)</sup> بكونه دافعاً، ويخاف من البداية مُبَادَرَةَ الصائل، وخروج الأمر من اليد لا يجب البداية بلا خلاف.

الثالثة: لو وضع الأذن على [صير]<sup>(٧)</sup> الباب، أو وقوف على الباب يَتَسَمَّعُ لم يجز رمي أذنه، وليس السَّمْعُ كالبَصَرِ في الاطلاع على العورات.

قال الإمام: وفي بعض التعاليق عن شيخي تَنْزِيلُ الأذنين بمنزلة العينين، ولا أثق بالمعلق [ولم أوردَه للاعتداد] به، لكن المُصَنَّفَ اعتدَّ به، فجعله وجهاً في «الوسيط».

(١) في ز: يتبرأ.

(٢) سقط في ز.

(٣) متفق عليه من حديث أنس، وله ألفاظ أخرى.

(٤) هذه الرواية أخرجهما أحمد والنسائي وأبو داود، وابن حبان والبيهقي من حديث أبي هريرة أيضاً، من رواية قتادة عن النضر بن أنس عن بشير بن نهيك عنه بلفظ: ولا قصاص، بدل قود، وفي رواية للبيهقي من حديث ابن عمر: ما كان عليه فيه شيء.

(٥) سقط في ز.

(٦) في ز: يؤثر.

(٧) سقط في ز.

الرابعة: ليكن الرمي بشيء خفيف تقصد العين بمثله كبندقة ومدري وحصاة خفيفة، أما إذا رماه<sup>(١)</sup> بالثياب، أو رماه بحجر يقتل، فهذا يتعلق به القصاص أو الدية. نعم لو لم يتأت قصد عينه، أو لم [ينزجر]،<sup>(٢)</sup> فيستغث عليه ويدفعه بما أمكنه كما تقدم، ولا يقصد رمي غير العين، إذا أمكنه إصابة عينه، وإن لم يمكنه، فرمى إلى موضع آخر ففي «التهذيب» حكاية وجهين فيه، ونقل أنه لو أصاب موضعاً بعيداً من عينه، بلا قصد هل يضمن؟ فيه وجهان:

الأصح: أنه لا يضمن.

والأشبه: ما ذكره القاضي الروياني في «جمع الجوامع»، وهو أنه إن رماه، فأصاب غير العين، فإن كان بعيداً لا يخطأ من العين إليه ضمن، وإن كان قريباً يخطأ إليه لم يضمن.

الخامسة: إن كان للناظر محرم في الدار، أو زوجة أو متاع، لم يجز قصد عينه؛ لأن له في النظر شبهة.

وفي «أمالي» أبي الفرج السرخسي وجه: أنه لا [يكفي] أن يكون له في الدار محرم، وإنما يمتنع قصد عينه، إذا لم يكن في الدار إلا محارمه، والمشهور الأول.

ولو كان الناظر محرماً لحرم صاحب الدار، فلا قصد، إلا أن تكون متجردة، إذ ليس للمحرم النظر إلى ما بين السرة والرؤبة، ولو لم يكن في الدار حرم بأن كان فيها المالك وحده، فإن كان مكشوف العورة، فله الرمي ولا ضمان. وإلا فوجهان:

أظهرهما - وهو المذكور في «الشامل»: أنه لا يجوز رمي الناظر.

وجه الثاني: أن من الأحوال ما هو كالعورة لا يجوز الاطلاع عليه، ولو كانت الحرم في الدار مستترات بالثياب، أو كن في بيت، أو منعطف لا يمتد النظر إليهن، فهل يجوز قصد عينه؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه لا يطلع على شيء.

وأظهرهما: الجواز؛ لأن الأخبار مطلقاً، وأيضاً فقد يريد ستر حرمه عن نظر الناس، وإن كن مستترات بالثياب، وأيضاً الحرم في الدار لا يدري متى يستترن وينكشفن، فلاحتياب حسم باب النظر.

السادسة: لو كان باب الدار مفتوحاً، فنظر منه أو نظر من كوة واسعة أو من

(٢) سقط في ز.

(١) في أ: رشقه.

تُلْمَة، حصلت في الجِدَارِ، فإن كان مجتازاً لم يجرز قَصْدُ عَيْنِهِ، وإن وقف ونظر متعمداً، فوجهان:

أحدهما: يجوز قصده لتعديه بالنظر، كما لو نظر من جُنْحٍ.

وأصحهما: عند صاحب «التهذيب» وبه أجاب الإمام - المَمْعُ، ولو رماه ضمن؛ لأن صاحب الدار مُفْرِطٌ بفتح الباب وتوسيع الكَوَّةِ، وأشار بعضهم إلى الفَرْقِ بين الباب المَفْتُوحِ، والكوة الواسعة، وقال: الباب يفتح ويرد ويغلق بحَسَبِ الحاجة، والكوة لا يكرر فتحها وسَدُّهَا.

وأجرى صاحب «التهذيب» الوجهين فيما لو نظر من سَطْحِ نفسه وفي نظر المُوَدِّنِ من المِثْدَنَةِ، ولكن الأظهر هاهنا جَوَازُ قَصْدِ عَيْنِهِ؛ لأنه لا تَفْرِيطُ من صاحب الدارِ، ولو وضع الأَعْمَى عَيْنَهُ، على صِيرِ البابِ، فرماه، ضمن سواء علم أنه أعمى، أو لم يعلم.

وإن نظرت المَرْأَةُ فوجهان:

أظهرهما: جَوَازُ رَمِيهَا، وكذا لو نظر المُرَاهِقُ، ولو انصرف الناظر قبل الرمي إليه، لم يجرز أن يتبعه ويرميه، كَالصَّائِلِ إِذَا أُذْبِرَ، ولو قعد في الطريق مَكْشُوفَ العَوْرَةِ، فنظر إليه ناظر، لم يكن له قصده؛ لأنه الهَاتِكُ لِحرمته.

وعن ابن المَرْزَبَانِ أنه لو دخل المسجد، وكشف عَوْرَتَهُ، وغلق الباب، أو لم يغلقه، فنظر إليه ناظر لم يكن له رَمِيُهُ، لأن الموضع لا يختصُّ به، ولو كانت الدار ملكاً [لِلنَّاظِرِ]<sup>(١)</sup> قال أبو الفرج السَّرْحَسِيُّ: إن كان من فيها غَاصِباً لم يستحق الرمي، وإن كان مستأجراً، فله الرَّمِي، وإن كان مستعيراً فوجهان.

وإن، دخل [رجل]<sup>(٢)</sup> دَارَ إِنْسَانٍ بغير إذنه، فله أن يأمره بالخروج، ويدفعه كما يدفعه عن سَائِرِ أمواله، وهل يدفعه قبل الكلام والإنذار؟

ذكر صاحب «التهذيب» فيه وجهين، كما في رَمِيِ الناظر قبل التُّهْيِ والإنذار، ويشبه أن يكون الأظْهَرُ اشْتِرَاطُ التَّقْدِيمِ، كما في سائر أنواعِ الدَفْعِ، وبه قال المَاسَرْجِسِيُّ، ثم ذكر خِلَافاً في أنه هل يَتَعَيَّنُ قصد الرجل؟

ففي وجه يتعين؛ لأن الدخول بها، كما يتعين قَصْدُ العين في النظر.

والأظهر: أنه لا يتعين؛ لأنه دَاخِلٌ بجميع البدنِ، وذكر خلافاً في أنه هل يجوز قَصْدُ العَيْنِ؟

(٢) سقط في ز.

(١) سقط في ز.



فعن أبي إسحاق، وأبي علي بن أبي هريرة والطَّبْرِيُّ أنه يجوز؛ لأنه بأول الهجوم مُتَطَلِّعٌ كالناظر، ومنهم من منعه.

والأظهر: أن له دفعه بما تيسر، ولا يتعين للقصد عضو، ولا يمتنع قصد عضو.

ودخول الفسْطَاطِ في الصحراء كدخول الدار في البُنيان.

ولو أخذ المتاع وخرج، فله أن يتبعه، ويقاتله إلى أن يطرح متاعه.

وإذا قتله وقال: قتلته؛ لأنه كابر، ولم يخرج، وأنكر الولي، فهو المصدق، وعلى القاتل البيئته، وإن قال: قتلته؛ لأنه قصدي، فكذلك.

وقد ذكرنا أنه يحتاج إلى البيئته على أنه دخل داره [مقبلاً شاهراً سيفه، ولا يكفي البيئته على أنه دخل داره]<sup>(١)</sup> بسلاح من غير شهر.

ومواضع العلامات بين ألفاظ الكتاب ظاهرة.

وقوله: «ولو كان الباب مفتوحاً لم يجز قْضُدُ عينه...» جواب على أنه لا يجوز الرُّمِّي إذا ترك الباب مفتوحاً.

وقوله: «بالإنذار» كأنه جعل على هذا الوجه وقوفه على الباب بمَثَابَةِ دخول الدار، والداخل لا يدفع إلا بإنذار على الوجه الأشبه.

### «فُرُوعٌ تَتَعَلَّقُ بِالصِّيَالِ»

قال القاضي ابن كنج: إذا صَالَ عليه الفَخْلُ، وقدر على الهَرَبِ، فلم يهرب، وقتله دفعاً هل يلزمه<sup>(٢)</sup> الضَّمَانُ؟ بيني على أنه هل يجب الهرب<sup>(٣)</sup> إذا صَالَ عليه إنسان؟

إن قلنا: نعم وَجِبَ الضمان، وإلا فلا، وأبْدَى تَرْدُداً في أنه هل يحلُّ له أكلُ البهيمة التي أتى الدَّفْعَ عليها. قال الشيخ إبراهيم المَرُورُودِي: إن لم يصب المذبح [لم تحل، وإن أصاب المذبح]<sup>(٤)</sup> فوجهان؛ لأنه لم يقصد الذبح والأكل<sup>(٥)</sup>.

وذكر أن العَبْدَ المبيع لو صَالَ على البائع، أو على أجنبي قبل القبض، فقتله في الدفع، يفسخ العَقْدُ.

(١) سقط في ز. (٢) في ز: يجب عليه.

(٣) في ز: الضمان. (٤) سقط في ز.

(٥) لم يرجح الشيخ شيئاً من الوجهين. قال في الخادم: والراجح الحل، وفي فتاوى الحناطي في من ذبح حيواناً لغيره فأكله هل يحل أكله من جهة أن هذا الذبح منهبي عنه فقال يحل أكله على أظهر الوجهين.

و[أنه]<sup>(١)</sup> لو صَالَ عَلَى المشتري، فقتله فِي الدَّفْعِ، هل يصير قَابِضًا؟ فِيه وجهان.  
وَأَن العبد المَغْضُوبُ أَو المستعار، لو صَالَ عَلَى مالِكه، فقتله دَفْعًا، فهل يَبْرَأُ  
الغاصب، والمستعير من الضَّمَانِ؟ فِيه وجهان:

قال: والأصح أَنهما لا يَبْرَأَانِ.

وفي «البيان»: أَنه لو قطع يَدَ الصائل فِي الدفع، فلما وَلَّى تبعه، فقتله، وجب  
عليه القِصاصُ عن النفس. وحكي عن بعض الأَصحاب أَن لِيُورَثَةَ المَصُولِ عليه أَن  
يرجعوا فِي تَرْكَةِ الصائل بنصف الدية. قال والذي يقتضيه المَذْهَبُ أَنهم لا يرجعون  
بشيء؛ لَأَن النفس لا نقص بِنَقْصَانِ اليَدِ. [والله أعلم].

قال الخَزَالِيُّ: (الطَّرْفُ الثَّالِثُ فِيمَا تُتْلَفُهُ البَهَائِمُ) وَمَا أَكَلَتْهُ البَهَائِمُ مِنَ المَرَاعِ  
بِالنَّهَارِ فَلَا ضَمَانَ، وَبِاللَّيْلِ يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَى رَبِّ البَهِيمَةِ إِلا أَن يَأْكُلَ مِنَ البُسْتَانِ وَبَابُهُ  
مَفْتُوحٌ بِاللَّيْلِ فَإِنَّ التَّقْصِيرَ مِنَ رَبِّ البُسْتَانِ، وَلَوْ سَرَّحَ فِي جَوَارِ المَرَاعِ مَعَ اتِّسَاعِ  
المَرَاعِي ضَمِنَ لِأَنَّهُ مُفْرَطٌ، وَحَفِظَ المَرَاعِ بِالنَّهَارِ عَلَى مالِكِهَا، وَحَفِظَ البَهِيمَةَ بِاللَّيْلِ  
عَلَى مالِكِهَا، وَمَنْ أَخْرَجَ البَهِيمَةَ مِنْ مَلِكِ نَفْسِهِ إِلَى مَلِكِ جَارِهِ ضَمِنَ، فَإِن لَمْ يُمْكِنَهُ  
الإِخْرَاجُ مِنْ جِهَةٍ أُخْرَى فَعَلَيْهِ الضَّبْرُ وَطَلَبَ الضَّمَانَ مِنَ رَبِّ البَهِيمَةِ.

قال الرَّافِعِيُّ: كان الأحسن أَن يستمر على لَفْظَةٍ واحدة، فيقول: النظر الثالث كما  
قال: النظر الأول في الولاية [والنظر الثاني في رفع الصائل، أو يقول: الطرف  
الأول]<sup>(٢)</sup>. والثاني، كما قال: «الطرف الثالث».

وقد سبق لصاحب الكتاب إندالُ إحداهما بالأخرى في مواضع. والأمر فِيه هَيْنٌ،  
والمقصود الكلام [ضمان ما]<sup>(٣)</sup> تتلفه البَهَائِمُ، ولا يخلو الحال إما [ألا يكون]<sup>(٤)</sup> معها  
صاحبها من مالك وغيره، أو يكون.

الحالة الأولى: إذا لم يكن معها أَحَدٌ، وأتلفت مَالًا من رَزَعٍ وغيره، فينظر إن  
أتلفه بالنهار، فلا ضَمَانَ عَلَى صاحب الدَّائِيَّةِ، وإن أتلفته بالليل، لَزِمَهُ الضمان.  
وعند أبي حَنِيفَةَ: لا ضَمَانَ فِي الحاليتين.

لنا: ما روي عن حرام بن سعد بن محيصة أَن نَاقَةَ للبراء - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - دخلت

(٢) سقط في ز.

(١) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

حَائِطٌ قَوْمٌ، فأفسدت فيه، ففضى رسول الله ﷺ «أن على أهل الأموال حفظها بالنهار، وما أفسدته المواشي بالليل فهو ضامنٌ على أهلها»<sup>(١)</sup> أراد بالأموال الزروع والبساتين.

وقوله: «فهو ضامن على أهلها» أي: مضمون، كقولهم: سر كاتماً، أي: مكتوم، والمعنى في الفرق أن العادة الغالبة أن أزياب الزروع والبساتين يحفظونها بالتواظر والحفظة المرتبين لها نهاراً، والمواشي لا بد من إرسالها للرعي، ثم العادة أنها لا تُترك منتشرة بالليل، بل تُردُّ إلى أماكنها، فمن أرسلها ليلاً، أو تركها منتشرة بالليل، فقد قصر، ولزمه الضمان.

قال الإمام: ولم يتعلق الضمان برقة البهيمة، كما يتعلَّق برقة العبد؛ لأن الضمان فيما تُتلفه البهيمة مُحالٌ على تقصير صاحبها، وهي كالألة له، والعبد ملتزم دونه، وأقرب ما يؤدي منه ما يلزمه رقبته، فتعلق بها، وإن كان أعجمياً، ففي تعلقه برقبته خلاف قد سبق، والفرق في الخبر على ما ذكرنا مبني على ما كانوا يعتادونه غالباً في حفظ الزرع والمواشي، ووراء أحوال لا بد من معرفتها:

إحداها: لو جرت العادة في بعض النواحي على العكس، وكانوا يرسلون المواشي ليلاً لترعى، ويَرِطونها نهاراً، وكانوا يحفظون الزرع ليلاً، ففيه وجهان:

أظهرهما: أن الحكم يتعكس، فيجب على صاحب البهيمة ضمان ما أتلفه بالنهار دون الليل اتباعاً لما فهمناه من الخبر، وهو ربط الضمان بالتقصير.

والثاني - ويحكى عن رواية الشيخ أبي علي: أنه لا يتبع العادات، ولا يعدل عن الحكم المبين في الخبر.

والثانية: المزارع في الصحراء والبساتين التي لا جدار لها حكمها ما ذكرنا أما إذا كان الزرع في محوط، وكان للبساتين باب يغلق، فتركه مفتوحاً، ففيه وجهان:

(١) رواه مالك في الموطأ والشافعي عنه وأحمد وأبو داود، والنسائي وابن ماجه والدارقطني، وابن حبان والحاكم والبيهقي، وقال الشافعي: أخذنا به لثبوته واتصاله، ومعرفة رجاله، قلت: ومداره على الزهري، واختلف عليه، فقليل هكذا، وهذه رواية الموطأ، وكذلك رواية الليث عن الزهري عن ابن محيصة لم يسمه: أن ناقة، ورواه معن بن عيسى عن مالك فزاد فيه عن جده محيصة، ورواه معمر عن الزهري عن حرام عن أبيه، ولم يتابع عليه، أخرجه أبو داود وابن حبان، ورواه الأوزاعي وإسماعيل بن أمية وعبد الله بن عيسى كلهم عن الزهري، عن حرام عن البراء، وحرام لم يسمع من البراء: قاله عبد الحق تبعاً لابن حزم، ورواه النسائي من طريق محمد بن أبي حفصة عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن البراء، ورواه ابن عيينة عن الزهري عن حرام وسعيد بن المسيب أن البراء، ورواه ابن جريج عن الزهري أخبرني أبو أمامة بن سهل: أن ناقة للبراء، ورواه ابن أبي ذئب عن الزهري، قال: بلغني أن ناقة للبراء.

أحدهما: أن الحكم على ما ذكرنا لإطلاق الخبر، ولأن العادة حفظ البهائم، وربطها في أماكنها بالليل، فأرسالها تقصير.

وأصحهما: وبه قال صاحب «التلخيص»: أنه لا ضمان على صاحب البهيمة، وإن أفسدت بالليل؛ لأن التَّقْصِيرَ هاهنا من رَبِّ البستان و[صاحب] الزرع حيث ترك الباب مَفْتُوحاً.

والثالثة: إنما يعتاد إرسال المَواشي إذا كان هناك مزارعٌ بعيدة من المزارع، وحينئذ إن فرض انْتِشَارُهَا إلى أطراف المزارع لم يعد تقصيراً، فأما إذا كانت المَرَاعِي مَتَوَسِّطَةً للمزارع، أو كانت البهائم ترعى في حريم السَّوَابِي بين الأقرحة المَزْرُوعَةِ، فلا يعتاد إرسالها، بلا رَقِيب، فإذا أرسلها فهو مَقْصَرٌ ضامن لما أفسدته وإن كان بالنهار هذا هو الظاهر، وبه قال الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ والأئمة ومنهم من جَرَى على الخلاف للخبر، ولم يفرق.

والرابعة: صاحب الدَّابَّةِ لو ربطها لَيْلاً، وأغلق الباب، واختاط على العادة، ففتح الباب لص، أو أنهدم جدار، فخرجت فلا ضمان عليه؛ لأنه لا تقصير منه.

وإن كان صاحب الدابة مقصراً، ولكن صاحب الزرع حاضر، فإن قدر على تَهْيِيجِهَا وتنفيرها، فليفعل، وإن قدر، فَتَهَاوَنَ فهو المقصر المضيع لزرعه، فيسقط الضمان عن صاحب الدابة. هكذا ذكر الإمام، وصاحب الكتاب.

ويجيء فيه وجه آخر، كما ذكرنا فيما إذا لم يغلق باب البستان، وأيضاً فإنه لو أَتَلَّفَ غيره ماله، وهو ساكت لا يسقط الضمان، ولا ينبغي أن يبالغ في التنفير<sup>(١)</sup>، والإبعاد، بل يقتصر على قدر الحاجة، فإن زاد فضاغت.

قال إبراهيم المرورودي: يلزمه ضمانها، وتصير داخلة في ضمانه بالتنفير، فوق قدر الحاجة. ولو أخرجها من زرع، وأدخلها في زرع غيره، فأفسدته، فعليه الضمان، وإن كانت مخفوفة بمزارع الناس، ولم يمكن إخراجها إلا بإدخالها مزرعة الغير، فلا يقي مال نفسه بمال غيره، ولكن يصبر، ثم يغرم صاحب الدابة.

والخامسة: إذا أرسل الدابة في البلد، فأتلفت شيئاً - حكى القاضي ابن كج عن أبي الطيب بن سلمة أنه يضمن؛ لأن الدابة في البلد تراقب، ولا تُرْسَلُ وحدها.

وعن غيره أن الإرسال في البلد، كالإرسال في الصحراء، [والوجه الأول]<sup>(٢)</sup>.  
وجميع ما ذكرنا فيما إذا تعلق إرسال الدابة، وضبطها باختياره فأما إذا أتلفت، لم يضمن ما تُتْلَفُهُ بحال.

(٢) سقط في ز.

(١) في ز: الطرد.

وإذا ربط دَابَّةً فِي الْمَوَاتِ، أَوْ فِي مِلْكِ نَفْسِهِ، وَغَابَ عَنْهَا لَمْ يَضْمَنْ مَا تُثْلِفُهُ، وَإِنْ رَاطَبَهَا فِي الطَّرِيقِ عَلَى بَابِ دَارِهِ، أَوْ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ، فَعَلِيهِ الضَّمَانُ، سِوَاءَ كَانَ الطَّرِيقُ ضَيْقًا، أَوْ وَاسِعًا؛ لِأَنَّ الِارْتِفَاقَ فِي الطَّرِيقِ، وَإِنْ كَانَ جَائِزًا مَشْرُوطًا بِسَلَامَةِ الْعَاقِبَةِ، كِشْرَاعِ الْجَنَاحِ إِلَيْهِ وَفِيهِ وَجْهٌ: أَنَّهُ إِنْ كَانَ وَاسِعًا فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، وَالْأَوَّلُ الْمَنْصُوصُ وَلَمْ يَتَّعَرَّضُوا لِلْفَرْقِ بَيْنَ أَنْ يَرِيطَ بِإِذْنِ الْإِمَامِ، أَوْ دُونَ إِذْنِهِ كَمَا فَعَلُوا فِي حَفْرِ الْبُئْرِ فِي الطَّرِيقِ إِذَا حَفَرَ لِمُضْلِحَةٍ نَفْسِهِ.

وقوله في الكتاب: «وبالليل يَجِبُ» مُعَلِّمٌ بِالْحَاءِ.

وقوله: «إِلَّا أَنْ يَأْكُلَ مِنَ الْبَسْتَانِ» بِالْوَاوِ. وَكَذَا قَوْلُهُ: «مَعَ اتِّسَاعِ الْمُرَاعِي ضَمَنْ» لَمَّا بَيَّنَّا.

وقوله: «وَحَفِظَ الْمَزَارِعَ بِالنَّهَارِ عَلَى مَالِكِهَا، وَحَفِظَ الْبَهِيمَةَ بِاللَّيْلِ عَلَى مَالِكِهَا» تَوْجِيهٌ لَمَّا سَبَقَ مِنَ الْفَرْقِ بَيْنَ اللَّيْلِ وَالنَّهَارِ، وَتَمَّتْ لَهُ.

«فَرْعٌ»

إِذَا أُرْسِلَ الْحَمَامُ أَوْ غَيْرُهَا مِنَ الطُّيُورِ، فَكَسَرَتْ شَيْئًا، أَوْ التَّقَطَّتْ حَبًّا، فَلَا ضَمَانَ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ جَرَتْ بِإِرْسَالِهَا. ذَكَرَهُ ابْنُ الصَّبَاحِ.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: أَمَّا مَا تُثْلِفُهُ الْبَهِيمَةُ فِي الطَّرِيقِ وَمَعَهَا مَالِكُهَا بِخَبْطِهَا أَوْ رُمَحِهَا أَوْ عَضُّهَا فَالضَّمَانُ عَلَى صَاحِبِهَا، دُونَ مَا يَفِرُّ بِرِشَاشِ الْوَحْلِ وَأَنْتِشَارِ الْغُبَارِ إِلَّا مَا يَخْرُجُ عَنِ الْعَادَةِ مِنْ رَكْضِ مُفْرِطٍ فِي الْوَحْلِ وَالْأَسْوَاقِ، أَوْ تَرْكِ الْإِبِلِ غَيْرِ مُقَطَّرَةٍ، وَمَا يَتَخَرَّقُ مِنَ الثُّوبِ بِالْحَطَبِ مِنْ خَلْفِ ضَمِنَتِهِ صَاحِبُ الدَّابَّةِ إِلَّا أَنْ يُقَدَّمَ الْإِعْلَامُ وَالْبَيِّنَةُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْحَالَةُ الثَّانِيَةُ: إِذَا كَانَ صَاحِبُ الْبَهِيمَةِ مَعَهَا، فَعَلِيهِ ضَمَانٌ مَا تَتْلَفُهُ مِنْ مَالٍ، وَنَفْسٍ، سِوَاءَ أَتْلَفَتْهُ لَيْلًا أَوْ نَهَارًا وَسِوَاءَ كَانَ الَّذِي مَعَهَا سَائِقًا أَوْ رَاكِبًا، أَوْ قَائِدًا، وَسِوَاءَ أَتْلَفَتْ بِخَبْطِهَا، وَهُوَ الضَّرْبُ بِالْيَدِ، أَوْ بِرُمَحِهَا، وَهُوَ الضَّرْبُ بِالرَّجْلِ، أَوْ بِعَضُّهَا، أَوْ دَنْبِهَا<sup>(١)</sup> لِأَنَّهَا تَحْتَ يَدِهِ، وَتَحْتَ تَصْرُفِهِ، وَعَلَيْهِ الْقِيَامُ بِتَعَاهِدِهَا وَحَفِظِهَا.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: الرَّابِطُ وَالْقَائِدُ يَضْمَنَانِ مَا تُثْلِفُهُ بِيَدِهَا وَفَمِهَا، دُونَ مَا تَتْلَفُهُ بِرَجْلِهَا وَدَنْبِهَا، وَالسَّائِقُ يَضْمَنْ الْكَلَّ.

وَاحْتِجَّ الْأَصْحَابُ بِأَنَّهَا تَحْتَ يَدِهِ عَلَى الْأَحْوَالِ كُلِّهَا، وَكَمَا لَا يَرَى الْقَائِدُ مَا تَفْعَلُ بِرَجْلِهَا وَدَنْبِهَا<sup>(٢)</sup> لَا يَرَى السَّائِقُ مَا تَفْعَلُ بِيَدِهَا وَقَمِهَا.

(٢) سقط في ز.

(١) في ز: يديها.

ولا فرق بين أن يكون معها المالك، أو أجيْرُهُ [أو مستأجر الدابة<sup>(١)</sup>]، أو المستعير، أو الغاصب لشمول اليد، ولا فرق بين البهيمة الواحدة، وبين عددٍ منها كالإبل المَقْطَرَة، ولو كان معها قائد وسائق، فالضمان عليهما بالسوية، لأنها تحت يدهما، وفي الراكب مع السائق أو القائد وجهان:

أحدهما: أن الجواب كذلك.

والثاني: تخصيص الراكب بالضمان لقوة يده، وتصرفه، وبنى ذلك على الخلاف فيما إذا تنازع الراكب والسائق في الدابة تجعل في يدهما، أو تختص بالراكب، وإن اجتمع الراكب والسائق والقائد، ففي وجه يختص الراكب بالضمان. وفي وجه نجعله بينهم أثلاثاً.

ولو كان يسير دابة فنحسها إنسان، فرمحت، وأتلفت شيئاً، فالضمان على الناحس وفي كتاب ابن كج وجه آخر أنه عليهما، وإن انفلتت<sup>(٢)</sup> الدابة من يد صاحبها، وأتلفت شيئاً، فلا ضمان عليه بخروجها من يده، ولو كان راكبها فعصت على اللجام، وركبت رأسها، فهل يضمن ما تتلفه؟ فيه قولان:

أحدهما: لا؛ لخروج الأمر من يده وعن اختياره.

والثاني: نعم - لأن من حقه أن يضبط مَرْكُوبَهُ، أو لا يركب ما لا يضبطه وعن صاحب «التلخيص» طرد الخلاف وإن لم يكن [الذي]<sup>(٣)</sup> معها [راكباً]<sup>(٤)</sup> كما إذا غلبت السقيتان الملاحين.

قال الإمام: والدابة الترقفة التي لا تنضبط بالكبح والترديد في معاطف اللجام، لا تركب في الأسواق، ومن ركبها فهو مقصّر ضامن لما تتلفه، وإذا رأت الدابة أو بآلت في سيرها في الطريق، فزلق به إنسان، وتلف نفس أو مال، أو فسد شيء من رشايش الوخل بممشاها وقت الوخل والأنداء، أو بما يثور من العبار، وقد يضر ذلك بثياب البرازين، وبالفاوكه، فلا ضمان؛ لأن الطريق لا تخلو عن ذلك والمنع من الطروق مما لا سبيل<sup>(٥)</sup> إليه.

(٢) في ز: أتلف.

(١) في ز: المعير.

(٤) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٥) ما ذكره الشيخ من عدم الضمان، قال الشيخ البلقيني في تصحيح المنهاج: هو احتمال لإمام الحرمين وهو خلاف المجزوم به في كتب الطريقتين والمعجب من المصنف كونه جزم بهذا الحكم ولم يذكر خلافاً وهو خلاف منقول عن الأصحاب وذلك مشهور حتى في المذهب والشامل وغيرهما، وقد ذكر الرافي في محرمات الإحرام خلاف ما جزم به هنا فقال في الكلام على قول =

نعم ينبغي أن يحترز مما لا يعتاد كالرُكُضِ المُفْرِطِ في الوَحْلِ، والإجراء على مجتمع الوُحُولِ، فإن خالف، ضمن ما يحدث منه، وكذا لو ساق الإبل في الأسواق غير مُقَطَّرَةٍ، فإنه لا يمكن ضبطها حينئذ، وإذا بالثِ الدَّابَّةِ، أو رَأَتْ، وقد وقفها في الطريق، فأفضى المرور في موضع البَوْلِ والروث إلى تَلْفٍ، فعلى الخلاف المذكور فيما إذا أَتَلَفَتِ الدابة الموقوفة هناك شيئاً.

وَالْأَظْهَرُ: أنه لا يَجِبُ الضَّمَانُ، ومنهم من فَرَّقَ بين أن يكون الطريق ضَيِّقاً، أو وَاسِعاً.

و[قد]<sup>(١)</sup> روى القاضي ابن كَجَّجٍ عن ابن الوَكِيلِ وَجْهاً مطلقاً: أنه يجوز أن تَفَفَّ الدَّابَّةُ في الطريق، كما يجوز أن يُجْرِيَهَا، فإذا بَالَتْ، أو رَأَتْ في وُقُوفِهَا، وتَلَفَ به إنسان، لم يضمن ولو<sup>(٢)</sup> كان يركض دابته فأصاب شيء من موضع السَّنَابِكِ عَيْنَ إِنْسَانٍ، وأبطل ضَوْءَهَا، فإن كان المَوْضِعُ مَوْضِعَ الرُّكُضِ، فلا شيء عليه، وإن لم يكن وجب الضَّمَانُ، وإذا كان يسوق دَابَّةً عليها حَطْبٌ، أو حملة على ظهره، أو على عجلة فاختك بيناء، وأسقطه، وَجِبَ عليه<sup>(٣)</sup> ضَمَانُهُ، وإن دخل السوق به وتَلَفَ منه مال، أو نَفْسٌ، ففي «التهذيب» وغيره أنه إن كان [ذلك]<sup>(٤)</sup> وقت الزَّحَامِ، فعليه الضَّمَانُ، وإن لم يكن في وقت الزَّحَامِ، وتمزق ثوب بخشبة تَعَلَّقَتْ به مثلاً، فإن كان صاحب الثوب مُسْتَقْبِلاً للدابة، فلا ضَمَانُ؛ لأن التقصير منه إلا أن يكون أَعْمَى، فعلى صاحب الدَّابَّةِ إِعْلَامُهُ [وتنبيهه]<sup>(٥)</sup> وإن كان يَمْشِي بين يَدَيِ الدَّابَّةِ، فعلى صاحبها الضمان إذا لم يعلمه؛ لأنه مقصر في العادة، وإن كان من صَاحِبِ الثوب جَذْبَةً أيضاً، بأن تَعَلَّقَتْ الحَشْبَةُ بثوبه، فجذبه وَجَذَبَتْهُ البهيمة، فعلى صاحبها يَضْفُ الضمان.

وفي تعليقة [إبراهيم المرورودي] أنه لو كان يَمْشِي، فوقع مقدم مَدَائِسِهِ على مُؤَخَّرِ مَدَاسِ آخَرَ، وَتَمَرَّقَ، يجب يَضْفُ الضمان، ويهدر النصف، لأنه تَمَرَّقَ بفعله، وفعل الآخر، ولك أن تقول: هذا الجَوَابُ إنما يظهر حيث يكون لكل واحد منهما قوة واعتماد على الآخر، كما في تَصَادُمِ الشَّخْصِينَ والسفيتين، فأما إذا كانا جَمِيعاً يَفْصِدَانِ

= الوجيز وإثبات السيد لو تلف الصيد مما في يده لزم الضمان كما لو كان راكب دابة فأتلفت صيداً بعضها أو رفسها وكذا لو بات في الطريق فزلق به صيد وهلك كما لو زلق به آدمي أو بهيمة.

(١) سقط في ز. (٢) في ز: وإن.

(٣) قال الشيخ البلقيني في تصحيح المنهاج: يستثنى منه ما إذا بناه مائلاً على صورة مضرة بالمار، فلا ضمان لأنه مستحق الإزالة، قال فلو بناه مستوياً ثم قال على صورة مضرة بالمار، فالأرجح فيه أيضاً عدم الضمان.

(٤) سقط في ز. (٥) سقط في ز.

جِهَةٌ وَاحِدَةٌ فليس للسابق قوة<sup>(١)</sup>، واعتماد على اللاحق<sup>(٢)</sup>، فينبغي أن يقال: إن تَمَرَّقَ مَدَّاسُ السَّابِقِ، فالضمان على اللاحق، وإن تمزق مقدم مداس اللاحق، فلا ضَمَانٌ عَلَى السَّابِقِ.

وقوله في الكتاب: «فالضمان على صَاحِبِهَا» يجوز إغلامُهُ بالواو؛ لأن في كتاب القاضي ابن كَيْجٍ وجهاً مَفْضَلاً عن بعضهم بين الْحَيَوَانِ وَالْحَيَوَانِ وبين السُّوقِ وَالقَوْدِ [قال]: إن كانت الماشية مما تُسَاقُ كالغنم، فَسَاقَهَا لم يلزمه شيء، وعلى صاحب المَتَاعِ حِفْظُ متاعه، كما ذكرنا أن على صَاحِبِ الزَّرْعِ حِفْظُ الزَّرْعِ فِي الصَّحْرَاءِ، وَإِنْ كَانَتْ مِمَّا تُقَادُ، وَيُؤْخَذُ بِمَخْطَمِهَا وَسَاقِهَا، فَعَلِيهِ الضَّمَانُ؛ لِأَنَّهُ مُقَصِّرٌ فِي حِفْظِهَا، وَالْمَشْهُورُ الْإِطْلَاقُ كَمَا تَقَدَّمَ.

واعلم أن جَمِيعَ مَا ذَكَرْنَا فِي وُجُوبِ الضَّمَانِ عَلَى صَاحِبِ الدَّابَّةِ هُوَ فِيمَا إِذَا لَمْ يُوجَدْ مِنْ صَاحِبِ الْمَالِ تَقْصِيرٌ، فَإِنْ وَجَدَ بَأْنَ عَرَضَهُ لِلدَّابَّةِ، أَوْ وَضَعَهُ فِي الطَّرِيقِ، فَلَا ضَمَانٌ عَلَى صَاحِبِ الدَّابَّةِ.

قال الغزالي: (فَرَعٌ) أَمَا مَا تُتْلَفُهُ الْهَرَّةُ الْمَلُوكَةُ فَلَا ضَمَانٌ عَلَى صَاحِبِهَا عَلَى وَجْهِ إِذْ لَا يُعْتَادُ رَنْطُهَا، وَيَجِبُ عَلَى وَجْهِ وَهِيَ كَالْبَهِيمَةِ لَا يُضْمَنُ إِلَّا مَا أَتْلَفْتَهُ بِاللَّيْلِ عَلَى وَجْهِ، وَقِيلَ لَا يُضْمَنُ إِلَّا مَا أَتْلَفْتَ بِالنَّهَارِ إِذِ التَّقْصِيرُ بِاللَّيْلِ مِمَّنْ لَا يُعْطَى الطَّعَامَ، وَلَوْ صَارَتْ هَرَّةٌ ضَارِيَةً بِالْإِنْسَادِ فَبِي جَوَازِ قَتْلِهَا إِلْحَاقًا لَهَا بِالْفَوَاسِقِ وَجْهَانِ.

قال الرافعي: إذا كانت له هَرَّةٌ تَأْخُذُ الطُّيُورَ، وَتَقْلِبُ القُدُورَ، فَاتْلَفَتْ شَيْئاً، فَهَلْ عَلَى صَاحِبِهَا الضَّمَانُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أظهرهما: نعم، سواء أَتْلَفْتَهُ لَيْلاً أَوْ نَهَاراً لأن مثل هذه الهَرَّةُ يَنْبَغِي أَنْ تَرْبِطَ وَيَكْفِ شَرَّهَا، وَكَذَا الْحَالُ فِي كُلِّ حَيَوَانٍ مُوَلَّعٍ بِالتَّعْدِي.

والثاني: لا، سَوَاءً أَتْلَفْتَهُ لَيْلاً، أَوْ نَهَاراً لِأَنَّ الْعَادَةَ لَمْ تَجْرِبْ بِرَنْطِ السَّنَائِيرِ، وَتَقْيِيدِهَا، وَإِنْ لَمْ يَعْهَدْ مِنْهَا ذَلِكَ فَوْجْهَانِ:

أشبههما: أنه لا ضَمَانٌ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ حِفْظُ الطَّعَامِ عَنْهَا لَا رِبْطَهَا.

والثاني: أنه يفرق بين الليل والنهار، كما سَبَقَ فِي الْبَهَائِمِ، وَتَرَكَ الْإِمَامَ، وَصَاحِبَ الْكِتَابِ [هذا]<sup>(٣)</sup> التَّفْصِيلَ وَالتَّقْسِيمَ، وَأَطْلَقًا فِي ضَمَانِ مَا تُتْلَفُهُ الْهَرَّةُ أَرْبَعَةَ أَوْجِهَ: التَّقْيِيدِ وَالْإِجْبَابِ الْمَطْلُوقَانِ.

(٢) في أ: الآخر.

(١) في ز: قدرة.

(٣) سقط في ز.



والثالث: يضمن ما أتلفته بالليل، دون النهار، كما ذكرناه في البهائم؛ لأن أكثر انتشارها بالليل لِتَوَمِّ الحَفَظَةِ، وَعَقَلَتِهِمْ، فينبغي أن يحتاط صاحبها بِرَبْطِهَا، أو إِغْلَاقِ الباب<sup>(١)</sup> عليها، أو سَدِّ المَتَافِذِ.

والرابع: يضمن ما أتلفته بالنهار دون الليل؛ لأن الأشياء تُحَفَظُ عنها ليلاً، فترد الطيور إلى أَمَاكِنِهَا المُهَيَّأَةِ لها، وتغطي الأطعمة، فيحال التَّلَفُ على تقصير صاحب المَالِ. وإذا أخذت الهِرَّةُ الحَمَامَةَ، وهي حية جازَ قَتْلُ أذنها والضرب في فيها لِتُرْسِلَهَا، وإذا قصدت الحَمَامُ، فأهلكت في الدفع، فلا ضَمَانَ، والتي صَارَتْ ضَارِيَةً مفسدة، هل يجوز قَتْلُهَا في حال سكونها؟ فيه وجهان عن الفقهاء:

أحدهما: أنه لا يجوز لأن ضَرَاوَتَهَا عارضة، والتحرز عن شَرِّهَا سَهْلٌ.

وعن القاضي الحُسَيْنِ: أنها تُلْحَقُ بالفَوَاسِقِ الخمسة، فيجوز قتلها ولا يختص بحال ظهور الشر، والأول أَقْرَبُ.

قال الإمام: وقد انتظم لي من كلام الأصحاب أن الفَوَاسِقَ مَقْتُولَاتٌ لا يَغْصِمُهَا الاقْتِنَاءُ، ولا يجري المِلْكُ عليها، ولا أثر لليد والاختصاص فيها، ولو كان في داره كَلْبٌ عَقُورٌ، أو دابة رَمُوحٌ، فدخلها إنسان، فرمحته، أو عَضَّهُ الكلب، فلا ضمان إن دخل من غَيْرِ إِذْنِ صاحب الدار، وكذا إن دخل بِإِذْنِهِ، وأعلمه حال الكَلْبِ والدابة، وإن لم يعلمه، فقولان كما لو وَضَعَ الطَّعَامَ المَسْمُومَ بين يدي إنسان، فأكله.

ومنهم من خَصَّصَ الخِلَافَ بما إذا كان أَعْمَى، أو كان في ظِلْمَةٍ، وقطع بنفي الضمان إذا كان بصيراً يَرَى.

ولو ابْتَلَعَتْ بهيمة في مُرُورِهَا جَوْهَرَةً، ضَمِنَهَا صاحبها إن كان معها، أو وَجِدَ منه تَقْصِيرٌ بأن طرح لؤلؤ غيره بين يدي دَجَاجَةٍ، وإلا فوجهان<sup>(٢)</sup>:

أحدهما - وبه قال ابن أبي هُرَيْرَةَ: أنه يفرق بين اللَّيْلِ والنهار، كما في إتلاف الزرع.

والثاني: يضمن ليلاً كان أو نهاراً؛ لأن تَعَرُّضَ الأَنْعَامِ للزرع مألوف، فعلى صاحب الزَّرْعِ أن يَحْتَاطَ له، والتعرض للجوهرة غير مألوف، وإذا أوجبنا الضَمَانَ،

(١) في ز: الدار.

(٢) لم يرجح الشيخ شيئاً من الوجهين.

قال في الخادم: قضية كلامه فيما سبق ترجيح عدم الضمان حيث نقلنا عن ابن الصباغ أنه أرسل طيراً فكسر شيئاً أو التقط جأ، فلا ضمان إلى آخر ما ذكره.

فطلب صاحب الجَوْهَرَةَ ذبحها، وَرَدَّ الجَوْهَرَةَ، فقد سبق ذكره في الغَضْبِ.

وفي فتاوى صاحب التهذيب رحمه فروع تَتَعَلَّقُ بهذه الأبواب وفيها ما سَبَقَ نَظِيرُهُ أو عينه، وقد أَعَدَّنَاهُ لزيادة ذكرها.

[قال]: الراعي كالمالك يَضْمَنُ ما أتلفته الدابة في يده، ولو أودِعَ دابة من إنسان، فأرسلها فَأَتَلَفَتْ شيئاً، فعلى المودِعِ الضَّمَانُ ليلاً كان أو نهاراً؛ لأن عليه حِفْظُهَا بالليل والنهار، وفي هذا توقف ويشبه أن يقال: عليه الحِفْظُ بِحَسَبِ ما يحفظ المَلَأُكَ.

[قال]: ولو اسْتَأْجَرَ رَجُلًا لحفظ دَوَابِّهِ، فأتلفت زرعاً ليلاً أو نهاراً، فعلى الأجير الضَّمَانُ؛ لأن عليه حِفْظُهَا في الوقتين، وذكر أنه رأى المسألة كذلك في طريقة «العراق»<sup>(١)</sup> في «كتاب الغَضْبِ» وذكر أنه لو دخلت دَابَّةٌ إنسانٍ مَلِكٍ آخِرٍ، فأخرجها، ضمن كما لو هَبَّت الرِّيحُ بِثَوْبٍ في حجرة. وألقاه، يَضْمَنُ، بل عليه رَدُّهَا إلى المال، فإن لم يجده دَفَعَهَا إلى الحاكم، إلا أن تكون مُسَيَّئَةً من جهة المالك؛ كالإِبِلِ والبَقْرِ، وعلى هذا فالذي قَدَّمْنَا أنه يخرجها من زَرَعِهِ، إلا إذا كان زرعه مَخْفُوفاً بزرع الغَيْرِ، فيحمل على ما إذا كانت مُسَيَّئَةً من جهة المالك.

وأنه إذا دَخَلَتْ بهيمة أرضه، فأتلفت زَرَعَهُ، دفعها كما يدفعها لو صَالَتْ عليه فإن نَحَاها عن الزرع، واندفع ضَرَرُهَا، لم يجز إخراجها عن الملك وشغلها المَكَّانَ، وإن كان فيه ضَرَرٌ لا يبيح إِضَاعَةَ مال الغير، ولو أن مالكة أدخلها في ملكه، بغير إذنه، فأخرجها مالك الأرض بعدما غاب مالكة أو لو وضع إنسان مَتَاعَهُ في المَفَازَةِ على دابة الغَيْرِ بغير إذنه وغاب، فَأَلْقَاهَا صاحب الدابة<sup>(٢)</sup> فيحتمل وجهين:

أحدهما: لا يضمن؛ لِتَعَدِّي المالك.

والثاني: يضمن؛ لأنه مُتَعَدُّ بالتَضْيِيع.

وأنه لو كان يَقْطَعُ شجرة في ملكه، فسقطت على رجلٍ وَاحِدٍ من النُّظَارَةِ فَاثْكَسَّرَتْ، نظر إن كان ذلك الرجل يعرف أن الشَّجَرَةَ إذا سَقَطَتْ تصيبه، فلا ضَمَانٌ على قاطعها، وإن كان لا يَعْرِفُ، والقاطع يعرف، ولم يخبره، ضَمِنَ، سواء دخل مِلْكُهُ بإذنه، أو بغير إذنيه.

وإن كانا جاهلين بأنها تصيبه، فلا ضَمَانٌ؛ لأنه مُتَصَرِّفٌ في ملكه، وإن كانا

(١) قال النووي: ينبغي أن لا يضمن الأجير والمودع إذا أتلفت ليلاً كان أو نهاراً، لأن على صاحب الزرع حفظه نهاراً، وتفريط الأجير إنما يؤثر في أن مالك الدابة يضمنه.

(٢) في ز: الدار.

عالمين فكذاك؛ لأن التعدي والتقصير منه حيث لا يحترز.

وأنه لو دخلت بقرة [في ملكه]<sup>(١)</sup> فأخرجها من ثلْمَةٍ، فهلكت، ضَمِينٌ إن لم تكن الثُّلْمَةُ بحيث تخرج البقرة منها بسهولة، وأن دابة الغَيْرِ إذا دخلت مِلْكَهُ، فرمحت صاحب المِلْكِ، فمات، فحكم الضمان كما إذا أَتَلَفْتَ زَرْعَهُ، يفرق بين الليل والنهار.

وإذا أوجبت الضْمَانُ تكون الدِّيَةُ على العاقلة، كما في حفر البئر.

وأنه لو ركب صبي، أو بالغ دَابَّةً إنسان بغير إذنه، فغلبته الدابة، فأتلفت شيئاً، وجب على الرَّاكِبِ الضمان، بخلاف ما إذا رَكِبَ المَالِكُ فَعَلَيْتُهُ، حيث لا يضمن على قول؛ لأنه غير مُتَعَدٍّ، وأنه إذا هَاجَبَتِ الرِّيَّاحُ، وأظلم النهار فتفرقت غَنَمُ الراعي، ووقعت في زَرْعٍ فَأَلْسَدَتْهُ، فالراعي مُغْلُوبٌ، وفي وجوب الضْمَانِ عليه قولان:

أظهرهما: المنع، وكذا الحكم لو نَدَّ بعيرٌ من صَاحِبِهِ، فأتلف شيئاً ولو نام، فتفرقت الأَغْنَامُ، وأتلفت ضَمِينٌ؛ لأن النوم تقصير من جِهَتِهِ، وأن الرجل لو كان على دَابَّةٍ فسقطت ميتة، وأهلك ما لاً، أو مات الرَّاكِبُ، وسقط على شيءٍ لم يضمن، وكذا لو انْتَفَخَ ميت، وَتَكَسَّرَتْ من انْتِفَاحِهِ قَارُورَةٌ، بخلاف الطفل يسقط على قَارُورَةٍ يضمن، لأن للصبى فِعْلًا، والميت لا فِعْلَ له، وأنه لو استَقْبَلَ دَابَّةً يردها، فانصرفت، وَأَتَلَفْتَ في الانصراف شيئاً، وجب الضْمَانُ على الراد.

ولو نَخَسَهَا، فأسقطت الرَّاكِبِ أو رَمَحَتْ منه إنساناً، فأهلكته، فعلى التَّائِخِ الضْمَانُ، وإن نخس بإذن صَاحِبِ الدابة، فالضْمَانُ يَتَعَلَّقُ بصاحب الدابة ولو حَلَّ قِيدًا عن دابة، فخرجت وأهلكت شيئاً، لا يضمن الحال، كما لو أبطل الحِرْزَ فأخذ المَالُ، وأنه لو سقطت دابة في وَهْدَةٍ، فَتَفَرَّ من وَهْدَتِهَا بعير آخر، وهَلَكَ، لا يجب ضمانه على صَاحِبِ الدابة.

وأنه إذا ابتاع بهيمَةً بثمن في ذمته، فأتلفت على المشتري ما لاً، فعلى البائع ضْمَانُهُ؛ لأنها في يده، وإن كانت ملكاً للمشتري كما إذا أَتَلَفْتَ البهيمَةَ المُسْتَعَارَةَ شيئاً على المُعِيرِ [يضمنه المُسْتَعِيرُ] [وأنه لو ألقى نُخَامَتَهُ في الحمام فزلقت رِجْلُ حُرٍّ أو عَبْدٍ فتَكَسَّرَتْ، فعليه الضْمَانُ إن أَلْقَاهَا على المَمْرُ]<sup>(٢)</sup>. والله أعلم.

(٢) سقط في ز.

(١) سقط في ز.

## كِتَابُ السَّيْرِ \* وَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَبْوَابٍ

### البَابُ الْأَوَّلُ فِي وُجُوبِ الْجِهَادِ

وَالنَّظَرُ فِي طَرَفَيْنِ: (الأول: وَجُوبُهُ) وَهُوَ وَاجِبٌ عَلَى الْكِفَايَةِ فِي كُلِّ سَنَةِ مَرَّةً

وَاحِدَةً فِي أَهْمِ الْجِهَاتِ \* وَالْإِمَامُ يَزَعَى النَّصْفَةَ فِي الْمُنَاوِبَةِ بَيْنَ النَّاسِ .

قال الرَّافِعِيُّ: السَّيْرُ: جمعُ سيرةٍ، وهي الطريقةُ، يُقال: إنها مِن سار يسير، والفِعْلةُ للهيئَةِ، كالقِعدةِ والركبةِ، وترجم الكتابُ بـ «السَّيْرِ»، لأنَّ الأحكامَ المُودعة فيه متلقاةٌ من سِيرِ رَسُولِ اللَّهِ - ﷺ - في غَزَوَاتِهِ .

والمقصودُ: الكلامُ في الجهاد<sup>(١)</sup> وأحكامِهِ، وبكتاب الجهاد ترجمه «صاحبُ التلخيص» وغيره .

(١) للعلماء في ترجمة قتال الكفار عبارات: الجهاد - السَّيْر - المغازي ويجدر بي أن أشرح هذه الكلمات الثلاث ليتبين وجه إطلاقها على موضوع البحث، وهو قتال الكفار . وسأبدأ بكلمة المغازي، ثم أعقبها بكلمة السير، ثم أقفي بكلمة الجهاد التي اخترتها عنواناً للرسالة .

«المغازي»: - قال الكمال بن الهمام «وفي غير كتب الفقه يقال: كتاب المغازي، وهو أيضاً أعم؛ جمع مغزاة مصدرأ سماعياً لغزاً دالاً على الوحدة، والقياسي غزواً، وغزوة للوحدة كضرب وضربة، وهو قصد العدو للقتال خصّ في عرفهم بقتال الكفار». قال هذا بعد أن بين أن موضوع البحث يطلق عليه سير وجهاد .

ويلوح لي أن مقصود أصحاب هذه الترجمة خصوص التحديث عن وصف الغزوات التي قام بها الرسول ﷺ . في قتال الكفار، وهذا غير الكلام على قتال الكفار من جهة أحكامه وأدابه، وما ينتهي به وغير ذلك مما هو مقصود الفقهاء .

السَّيْرُ: جمع سيرة على زنة فِعْلة كسِدْرَة اسم لهيئة السير واستعملت في السير المعنوي، ومنه قولهم: سار بسيرة عمر، وغلب استعمالها في لسان أهل الشرع على طرائق الرسول ﷺ في الجهاد قولاً وفعلاً وتقريراً . وقد عبّر بها عن موضوع البحث محمّداً بن الحسن وأصحاب الهداية والكنز وغيرهم من الحنفية . والإمام الغزالي والشيرازي وصاحب الروض وصاحب المنهاج وغيرهم من الشافعية، وصاحب الرّوض النضير من فقهاء الزيدية - وغيرهم .

ومناسبة التعبير بها عن موضوع البحث من وجوه:

= «الأول» أن الجهاد يستدعي السير وقطع المسافات غالباً.

«الثاني» أن المجاهد له عند الناس ذكر حسن وسيرة طيبة وفضل عظيم.

«الثالث» أن هذا الموضوع مشتمل على بيان طرق الغزاة، وهياتهم وما لهم من الحقوق وما عليهم من الواجبات. وعلى كيفية القتال وبيان الغنائم وقسمتها والأسرى ومعاملتهم، وذلك كله متلقى من سير النبي ﷺ في غزواته.

فهذه الوجوه صح التعبير بكلمة السير، وبذلك تحققت المناسبة بينها وبين موضوع الجهاد.

مشروعية الجهاد وفضله

الجهاد في سبيل الله من أفضل أعمال البر وأشرفها عند الله، والدفاع عن الدين والعرض والنفس والمال، والدُّود عن الجماعة الإسلامية، وحماية الأوطان من الخراب والدمار من أسمى الخصال التي حث الله عليها، وأيُّ رجل أرفع قدراً، وأطيب ذكراً، وأعظم عند الله أجراً، وأعلى في الناس منزلةً، من رجل يوجد بنفسه في سبيل الله، وفي سبيل الدُّود عن كلمة الله، وحرمت الله.

دعا الله عباده إلى الجهاد في سبيله، وبين فضائله ومزاياه في آيات كثيرة من كتابه العزيز، فقال تعالى شأنه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا هَلْ أَدُلُّكُمْ عَلَىٰ تِجَارَةٍ تُنْجِيكُمْ مِنْ عَذَابِ أَلِيمٍ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَتُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ يَغْفِرَ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَيُدْخِلْكُمْ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ وَمَسَاكِينٌ طَيِّبَةٌ فِي جَنَّاتٍ عَدْنٍ ذَلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ﴾. وقال تعالى: ﴿لَا يَسْتَوِي الْقَاعِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ غَيْرِ أُولِي الضَّرَرِ وَالْمُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ فَضَّلَ اللَّهُ الْمُجَاهِدِينَ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ عَلَى الْقَاعِدِينَ دَرَجَةً وَكُلًّا وَعَدَّ اللَّهُ الْحَسَنَىٰ وَفَضَّلَ اللَّهُ الْمُجَاهِدِينَ عَلَى الْقَاعِدِينَ أَجْرًا عَظِيمًا دَرَجَاتٍ مِنْهُ وَمَغْفِرَةً وَرَحْمَةً وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا﴾. وقال تعالى: ﴿الَّذِينَ آمَنُوا وَهَاجَرُوا وَجَاهَدُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ أَكْبَرُ دَرَجَةً عِنْدَ اللَّهِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَائِزُونَ يَسْتَرْهُمْ رَبُّهُمْ بِرَحْمَةٍ مِنْهُ وَرِضْوَانٍ وَجَنَّاتٍ لَهُمْ فِيهَا نَعِيمٌ مُقِيمٌ خَالِدِينَ فِيهَا أَبَدًا إِنَّ اللَّهَ عِنْدَهُ أَجْرٌ عَظِيمٌ﴾ وقال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ اشْتَرَىٰ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنْفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ بِأَنْ لَهُمُ الْجَنَّةُ يُقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَيَقْتُلُونَ وَيُقْتَلُونَ وَعَدَا عَلَيْهِمْ حَقًّا فِي التَّوْرَةِ وَالْإِنْجِيلِ وَالْقُرْآنِ وَمَنْ أَوْفَىٰ بِعَهْدِهِ مِنَ اللَّهِ فَاسْتَبْشِرُوا بِبَيْعِكُمُ الَّذِي بَايَعْتُمْ بِهِ وَذَلِكَ هُوَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ﴾ قال الحسن: مرَّ أعرابي على النبي - ﷺ - وهو يقرأ هذه الآية فقال: كلام من هذا؟ قال كلام الله، فقال بيع والله مبرعٌ، لا ثقله ولا نستقبله، فخرج إلى الغزو واستشهد.

وأشد الأضعف لجعفر الصادق - رضي الله عنه -: [الطويل]

وَلَيْسَ لَهَا فِي الْخَلْقِ كُلِّهِمْ تَمَن	أَتَا مِنْ بِالنَّفْسِ النَّفْسِيَّةِ رَبَّهَا
بِشَيْءٍ سِوَاهَا إِنْ ذَلِكُمْ عَبَن	بِهَا تَشْتَرَى الْجَنَاتِ إِنْ أَنَا بَعَثَهَا
لَقَدْ ذَهَبَتْ نَفْسِي وَقَدْ ذَهَبَ الثَّمَن	لَيْنَ ذَهَبَتْ نَفْسِي بِدُنْيَا أَصْبَتْهَا

وقال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِهِ صَفًا كَأَنَّهُمْ بَتِيَانٌ مَرْصُوضٌ﴾ ومن أحبه الله أمته من عذابه، وأكرمه بجواره في الجنة التي أعدّها الله لأوليائه، وروى الإمام أحمد والترمذي عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن النبي - ﷺ - قال: «مَنْ قَاتَلَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَوَاقٍ نَاقَةً وَجَبَتْ لَهُ الْجَنَّةُ»، وفي حديث متفق عليه عن ابن مسعود قال: سَأَلْتُ رَسُولَ اللَّهِ - ﷺ - أَيُّ الْعَمَلِ أَحَبُّ إِلَى اللَّهِ قَالَ: «الصَّلَاةُ عَلَى وَثْقَتِهَا» قلت ثم أي؟ قال «بِرِّ الْوَالِدَيْنِ»، قلت ثم أي؟ قال: «الْجِهَادُ»

في سَبِيلِ اللَّهِ» وفي حديث متفق عليه، عن أنس قال: قال رسول الله ﷺ «الْعُدْوَةُ أَوْ رَوْحَةٌ فِي سَبِيلِ اللَّهِ خَيْرٌ مِنَ الدُّنْيَا وَمَا فِيهَا» وفي «الموطأ»، عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال: «مَثَلُ الْمُجَاهِدِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ كَمَثَلِ الصَّائِمِ الْقَائِمِ الدَّائِمِ الَّذِي لَا يَفْتُرُ مِنْ صَلَاةٍ وَلَا صِيَامٍ حَتَّى يَزْجَعَ» وفيه أيضاً أن رسول الله ﷺ قال: «تَكْفَلُ اللَّهُ لِمَنْ جَاهَدَ فِي سَبِيلِهِ لَا يُخْرِجُهُ مِنْ بَيْتِهِ إِلَّا الْجِهَادَ فِي سَبِيلِهِ وَتَصْدِيقُ كَلِمَاتِهِ أَنْ يُدْخِلَهُ الْجَنَّةَ أَوْ يُرُدَّهُ إِلَى مَسْكِنِهِ الَّذِي خَرَجَ مِنْهُ مَعَ مَا نَالَ مِنْ أَجْرٍ أَوْ غَنِيمَةٍ».

ولمّا كان الجهاد من أفضل الأعمال جازى الله الشهداء في سبيله، لقاء ما بذلوا من حياتهم في طاعته، وهم لا يملكون أعز منها، بأن أحياهم حياة أفضل من حياتهم التي بذلوا ابتغاء مرضاته قال تعالى: ﴿وَلَا تَحْسَبَنَّ الَّذِينَ قُتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ أَمْواتًا بَلْ أحيَاءٌ عِنْدَ رَبِّهِمْ يُرَزَقُونَ فَرَجِينَ بِمَا آتَاهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَيَسْتَبْشِرُونَ بِالَّذِينَ لَمْ يَلْحَقُوا بِهِمْ مِنْ خَلْفِهِمْ أَلَّا خَوْفٌ عَلَيْهِمْ وَلَا هُمْ يَحْزَنُونَ﴾ وفي الموطأ عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال: «وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَوِدِدْتُ أَنْ أَقَاتِلَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَأَقْتُلُ، ثُمَّ أَحْيَا فَأَقْتُلُ، ثُمَّ أَحْيَا فَأَقْتُلُ» فكان أبو هريرة يقول: ثلاثاً أشهد بالله، أي أنه قالها ثلاث مرات. وفيه أيضاً عنه أن رسول الله ﷺ قال: «وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَا يَكْلِمُ أَحَدٌ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِمَنْ يَكْلِمُ فِي سَبِيلِهِ إِلَّا جَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَجُرْحُهُ يُنْعَبُ دَمًا، اللُّوْنُ لَوْنُ الدَّمِ، وَالرَّبِيْعُ رِيْحُ الْمِسْكِ». والآيات والأحاديث الواردة في مشروعية الجهاد وبيان فضله ولفت الأنظار إليه والتحبيب فيه، والحث عليه أكثر من أن تحصى فلنكتف بهذا القدر قياماً بواجب الموضوع.

قد يقال: إن أخص أوصاف الرسول محمد ﷺ - صفة الرحمة تحلّى بها وامتن الله بها عليه، ولا شك أن في الجهاد سفك الدماء، وإزهاق الأرواح، وتبتييم الأطفال، وترميل النساء، وإتلاف الأموال، وضياع العمران، وهدم المدنيات، وإهلاك الثروات، والنفاس العلمية، والمالية ونقص ما بناه الله، وبالجملة فهو سبب الفساد ومجزرة العباد، فكيف تأتي به شريعة أرسل صاحبها رحمة للعالمين؟

فالجواب: أن قتال الناس بعضهم لبعض سنة بشرية، قضى بها الاجتماع والتنافس والطغيان، ومحبة الاستيلاء وإنفاذ الكلمة والسلطان. عرفته الإنسانية منذ رأى الإنسان أخاً له ينفس عليه ويكيد له، ويغيظه أن ينال ما لا ينال ﴿وَاتْلُ عَلَيْهِمْ نَبَأَ ابْنِي آدَمَ بِالْحَقِّ إِذْ قَرَّبَا قُرْبَانًا فَتُقْبِلَ مِنْ أَحَدِهِمَا وَلَمْ يُتَقَبَلْ مِنَ الْآخَرِ قَالَ لَأَقْتُلَنَّكَ قَالَ إِنَّمَا يَتَقَبَّلُ اللَّهُ مِنَ الْمُتَّقِينَ﴾.

ولقد جاءت الشريعة الإسلامية، وهي حقيقة أرحم الشرائع - وتضمنت خير الناس وسعادتهم، وليس من الحكمة أن تترك الناس يقتل بعضهم بعضاً لأنفه الأسباب، ولا أن تعمل على اقتلاع شأن قار في الطباع، وإنما الحكمة فيما سلكته في هذا الشأن، وهو أنه أقرت أصل القتال تلبية لداعي الفطرة، ثم تناولته بالتهذيب ووجهته الوجهة الصالحة للمجتمع الإنساني شأنها في كل ما شرعته من أحكام - صيرتة في دائرة هي أضيقت الدوائر، وجعلته لغاية هي أسمى الغايات، فحظرت قتال الشره، والهوى واستعباد النفوس وإذلالها، وجعلته لإعلاء كلمة الله وإعزاز دينه والدفاع عنه وقمع الكفر، والشرك وتمكين دين الله في أرضه، ولدفع الظلم والعدوان وإخلاء العالم من الشر والفساد قال الله تعالى: ﴿وَلَوْلَا دَفَعُ اللَّهُ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَفَسَدَتِ الْأَرْضُ وَلَكِنَّ اللَّهَ ذُو فَضْلٍ

والأضلُّ في الكتاب الإجماع، وما لا يعد من الآيات والأخبار؛ كقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِتَالُ وَهُوَ كُرْهٌ لَّكُمْ﴾ [البقرة: ٢١٦] وقال تعالى: ﴿وَقَاتِلُوا الْمُشْرِكِينَ كَافَّةً﴾ [التوبة: ٣٦] وقال عز وجل: ﴿وَأَقْتُلُوهُمْ حَيْثُ ثَقِفْتُمُوهُمْ﴾ [البقرة: ١٩١] وقال تعالى: ﴿انْفِرُوا خِفَافًا وَثِقَالًا وَجَاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾ [التوبة: ٤١] وقال - ﷺ - «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله»<sup>(١)</sup> وسئل رسول الله - ﷺ - : أي الأعمال أفضل؟ فقال: «الصلاة لوقتها، فقيل: ثم أي؟ قال: بر الوالدين، قيل: ثم أي؟ قال: الجهاد في سبيل الله»<sup>(٢)</sup>.

وعن النبي - ﷺ - أنه قال: «والذي نفسي بيده لَعْدُوَّةٌ فِي سَبِيلِ اللَّهِ أَوْ رَوْحَةٌ خَيْرٌ مِنَ الدُّنْيَا وَمَا فِيهَا»<sup>(٣)</sup> ولا بُدَّ مِنْ معرفة قضية هذه الترغيبات والأوامر، وحال الجهاد، أهو واجب على الكفاية، أو على الأغنياء؟ وكيف ما كان؟ فالجهاد قد يُؤتى به فيحتاج إلى الوقوف على كفيته، وأحكامه وقد يقتضي الحال تركه بأمان يعقد؛ فرتب المصنّف - رحمه الله - الكتاب على ثلاثة أبواب.

أحدها: في وجوبه.

والثاني: في كفيته.

والثالث: في تركه بالأمان.

أما الأول: فقد ذكر الشافعي - رضي الله عنه - والأصحاب في صدره، أن النبي - ﷺ - لما بعث أمير بالتبليغ والإنذار بلا قتال، وأتبعه قومٌ بعد قوم، وفرضت الصلاة بـ «مكة»، ولما هاجر فرض الصوم بعد سنتين من الهجرة، واختلفوا في أن الزكاة فرضت قبل الصيام أو بعده، وفرض الحج سنة سيّئ، وقيل: سنة خمس.

= عَلَى الْعَالَمِينَ﴾ وقال تعالى: ﴿وَلَوْلَا دَفْعُ اللَّهِ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَفُتِنَتِ السَّمَوَاتُ وَالْأَرْضُ وَالنَّاسُ بَعْضُهُمْ لِبَعْضٍ عَدُوًّا وَلَكِنَّ اللَّهَ قَلِيلٌ يُفْلِحُ﴾ [البقرة: ٢٥١] وهذا شرع الله الجهاد، فلم يكن القصد من مشروعية القتال سوى تمكين الناس من عبادة الله، واقتلاع عوامل الشر والفساد في الأرض أو تخفيفها، وهذه هي أسنى مقاصد الدين والشرائع السماوية، فإذا تمين القتال طريقاً لهذه الغاية؛ وجب في نظر العقل والحكمة اتخاذه طريقاً لها، ولهذا شرع الله القتال وإن تضمن سفك الدماء، وتييم الأطفال، فإن الشر القليل في سبيل الخير الكثير خيرٌ كثير.

(١) تقدم في الديات.

(٢) تقدم في الديات. (٣) متفق عليه. البخاري [٢٧٩٤ - ٢٨٩٢ - ٣٢٥٠ - ٦٤١٥] ومسلم [١٨٨١] من حديث سهل بن سعد.

والبخاري [٢٧٩٢ - ٢٧٩٦ - ٦٥٦٨]، مسلم [١٨٨٠] من حديث أنس، ولمسلم عن أبي أيوب الأنصاري [١٨٨٣].

وكان القتال مَمْنُوعاً عنه في ابتداء الإسلام، بل أُمِرُوا بالصبر على أذى الكفار، والاختمال منهم؛ على ما قال تعالى: ﴿وَلَتَلْبَسُوا فِي أَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ﴾ إلى قوله: ﴿وَإِنْ تَصَبَرُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ ذَلِكَ مِنْ عَزْمِ الْأُمُورِ﴾ [آل عمران: ١٨٦]. ولَمَّا هاجر النبي ﷺ - إلى المدينة - وجبت الهجرة إليها على مَنْ قَدَرَ؛ قال الله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ تَوَفَّاهُمُ الْمَلَائِكَةُ ظَالِمِي أَنْفُسِهِمْ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿أَلَمْ تَكُنْ أَرْضَ اللَّهِ وَاسِعَةً فَتُهَاجِرُوا فِيهَا﴾ [النساء: ٩٧] ثم قال تعالى: ﴿إِلَّا الْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ وَالْوِلْدَانَ﴾ [النساء: ٩٨] فَلَمَّا فُتِحَتْ مَكَّةُ ارتفعت فرضية الهجرة فيها إلى المدينة.

وعلى ذلك يُحْمَلُ قوله - ﷺ -: «لَا هِجْرَةَ بَعْدَ الْفَتْحِ، وَلَكِنْ جِهَادٌ<sup>(١)</sup> وَنِيَّةٌ»، وبقِيَ وجوب الهجرة من دار الكُفْر في الجملة على ما سيأتي - إن شاء الله تعالى - من بعد، ثم إن الله تعالى أَدْنَى فِي الْقِتَالِ مع مَنْ قَاتَلَ فَقَالَ عَزَّ مِنْ قَاتِلٍ: ﴿وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٠] ثم أباح ابتداء القتال، ولكن في غير الأشهر الحُرْمِ على ما قال تعالى: ﴿فَإِذَا انْسَلَخَ الْأَشْهُرُ الْحُرْمُ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ﴾ [التوبة: ٥] ثم أَمَرَ به من غير تقييد بشرط أو زمان، فقال تعالى: ﴿وَأَقْتُلُوهُمْ حَيْثُ ثَقِفْتُمُوهُمْ﴾ [البقرة: ١٩١] وقد ذكروا في خِلَالِ هذه المقدمة أن النبي ﷺ - لم يَعْبُدْ صَنَمًا قط، ورووا عنه أنه - ﷺ - قال: «مَا كَفَرَ بِاللَّهِ نَبِيٌّ قَطُّ» وفي «البيان» أنه كان قبل أن يُبْعَثَ كان مُتَمَسِّكاً بدين إبراهيم ﷺ<sup>(٢)</sup>.

(١) متفق عليه البخاري [٢٨٢٥ . ٣٠٧٧] ومسلم [١٣٥٣] من حديث ابن عباس ومن حديث عائشة، وأخرجه النسائي عن صفوان بن أمية.

(٢) قال النووي في زوائده: تعرض الرافعي رحمه الله لهذه النبذ، ولم يذكر فيه ما يليق به ولا بهذا الكتاب، وأنا أشير إلى أصول مقاصدها بالفاظ وجيزة إن شاء الله تعالى، اتفقوا أن النبي ﷺ لم يعبد صنماً قط، والأنبياء قبل النبوة معصومون من الكفر، واختلفوا في العصمة من المعاصي، وأما بعد النبوة فمعصومون من الكفر، ومن كل ما يخل بالتبليغ، وما يزري بالمروءة، ومن الكبائر، واختلفوا في الصغائر فجوزها الأكثرون، ومنعها المحققون وقطعوا بالعصمة منها، وتأولوا الظواهر الواردة فيها، واختلفوا في أن نبينا ﷺ هل كان قبل النبوة يتعبد على دين نوح وإبراهيم أم موسى أم عيسى، أم يتعبد لا ملتزماً دين واحد من المذكورين، والمختار أنه لا يجوز في ذلك شيء، إذ ليس فيه دلالة على عقل ولا ثبت فيه نص ولا إجماع، واختلف أصحابنا في شرع من قبلنا، هل هو شرع لنا إذا لم يرد شرعنا بنسخ ذلك الحكم؟ والأصح أنه ليس بشرع لنا، وقيل: بلى، وقيل: شرع إبراهيم فقط، ويعت رسول الله ﷺ وله أربعون سنة، وقيل: أربعون ويوم، فأقام في مكة بعد النبوة ثلاث عشرة سنة، وقيل: عشرًا، وقيل: خمس عشرة، والصحيح الأول، ثم هاجر إلى المدينة، فأقام بها عشرًا بالإجماع، ودخلها رسول الله ﷺ ضحى يوم الاثنين لاثنتي عشرة خلت من شهر ربيع الأول، وتوفي ﷺ ضحى يوم الاثنين لاثنتي عشرة خلت من شهر ربيع الأول سنة إحدى عشرة من الهجرة.

ومنها ابتداء التاريخ، ودفن ليلة الأربعاء، وقيل: ليلة الثلاثاء، ومدة مرضه ﷺ الذي توفي فيه اثنا =



عشر يوماً، وقيل: أربعة عشر، وغسله علي والعباس والفضل وقثم وأسامة وشقران رضي الله عنهم، وكفن في ثلاثة أثواب بيض ليس فيها قميص ولا عمامة، وصلى عليه المسلمون أفراداً بلا إمام ودخل قبره علي والعباس والفضل وقثم وشقران، ودفن في اللحد وجعل فيه تسع لبنات، ودفن في الموضع الذي توفي فيه، وهو حجرة عائشة، ثم دفن عنده أبو بكر، ثم عمر رضي الله عنهما، ولم يحج ﷺ بعد الهجرة إلا حجة الوداع سنة عشر، وسميت حجة الوداع لأنه ودع الناس فيها ﷺ، واعتمر ﷺ أربع عمر.

واختلفوا هل فرض الحج سنة ست أو خمس أو تسع.

وأول ما وجب الإنذار والدعاء إلى التوحيد، ثم فرض الله تعالى من قيام الليل ما ذكره في أول سورة المزمل، ثم نسخه بما في أواخرها، ثم نسخه بإيجاب الصلوات الخمس ليلة الإسراء بمكة بعد النبوة بعشرة سنين وثلاثة أشهر ليلة سبع وعشرين من رجب، وكان ﷺ مأموراً بالصلاة إلى بيت المقدس مدة مقامه بمكة وبعد الهجرة ستة عشر شهراً أو سبعة عشر، ثم أمره الله تعالى باستقبال الكعبة.

ذكر بعض الأمور المشهورة بعد الهجرة على ترتيب السنين:

السنة الأولى: فيها بنى ﷺ مسجده ومسكنه، وأخى بين المهاجرين والأنصار، وشرع الأذان وأسلم عبد الله بن سلام.

السنة الثانية: فيها حولت القبلة إلى الكعبة، قال محمد بن حبيب الهاشمي: حولت في الظهر يوم الثلاثاء نصف شعبان، كان ﷺ في أصحابه، فحانت صلاة الظهر في منازل بني سلمة، فصلى بهم ركعتين من الظهر في مسجد القبلتين إلى القدس، ثم أمر في الصلاة باستقبال الكعبة وهو راکع في الركعة الثانية، فاستدار واستدارت الصفوف خلفه ﷺ، فأتم الصلاة، فسمي مسجد القبلتين، وفي شعبان منها فرض صوم رمضان، وفيها فرضت صدقة الفطر، وفيها كانت غزوة بدر في رمضان، وفي شوال منها تزوج عائشة، وفيه تزوج علي فاطمة.

السنة الثالثة: فيها غزوات وأربع سرايا، منها غزوة أحد يوم السبت السابع من شوال، ثم غزوة بدر الصغرى في هلال ذي القعدة، وفيها غزوة بني النضير، وحرمت الخمر بعد غزوة أحد، وتزوج حفصة، وتزوج عثمان أم كلثوم، وولد الحسن بن علي.

الرابعة: فيها غزوة الخندق وذكرها جماعة في الخامسة، والصحيح أنها في الرابعة، ويقال لها: الأحزاب أيضاً، وكان حصار الأحزاب المدينة خمسة عشر يوماً ثم هزمهم الله تعالى، وفيها قصرت الصلاة ونزل التيمم، وتزوج أم سلمة.

الخامسة: فيها غزوة ذات الرقاع في أول المحرم وبها صلى صلاة الخوف، وهي أول صلوات الخوف، ثم غزوة دومة الجندل، وغزوة بني قريظة.

السادسة: غزوة الحديبية وبيعة الرضوان، وغزوة بني المصطلق، وكسفت الشمس، ونزل الظهار. السابعة: فيها غزوة خيبر، وتزوج أم حبيبة وميمونة وصفية، وجاءته مارية ويغلتة دلدل، وقدم جعفر وأصحابه من الحبشة، وأسلم أبو هريرة، وعمرة القضاء.

الثامنة: فيها غزوة مؤتة، وذات السلاسل، وفتح مكة في رمضان، وولد إبراهيم، وتوفيت زينب، وغزوة حنين والطائف، وفيها غلاء السعر، فقالوا: سعر لنا.

إذا عرفت ذلك، فالجهاد قد يكون فرض كفاية، وقد يصير فرض عين<sup>(١)</sup>،  
فالكلام في القسم الأول في طرفين:

= التاسعة: فيها غزا تبوك، وحج أبو بكر رضي الله عنه بالناس، وتوفيت أم كلثوم والنجاشي، وتابعت الوفود، ودخل الناس في دين الله أفواجا.

العاشرة: فيه حجة الوداع، ووفاة إبراهيم، وإسلام جرير، ونزل ﴿اليوم أكملت لكم دينكم﴾ وغزواته ﷺ بنفسه خمسة وعشرون غزوة، وقيل: سبع وعشرون، وسراياه ست وخمسون، وقيل غير ذلك.

(١) عرض الفقهاء لحكم الجهاد في الإسلام فقال ابن حجر ذكر أبو الحسن الماوردي أنه كان فرض عين في زمن النبي ﷺ على المهاجرين. ويؤيد هذا وجوب الهجرة قبل الفتح في حق كل من أسلم إلى المدينة لنصرة الإسلام. وقال السهيلي: كان عينا على الأنصار دون غيرهم. ويؤيده مبايعتهم النبي ﷺ ليلة العقبة على أن يروا الرسول، وينصروه. فيخرج من قولهما إنه كان عينا على الطائفتين كفاية في حق غيرهم. وليس ذلك على التعميم بل في حق الأنصار إذا طرقت المدينة طارق، وفي حق المهاجرين إذا أريد قتله أحد من الكفار ابتداء وقيل كان عينا في الغزوة التي يخرج فيها النبي ﷺ دون غيرها والتحقيق: أنه كان عينا على من عينه النبي ﷺ ولو لم يخرج وأم بعده ﷺ فهو فرض كفاية إن كان الكفار مستقرين ببلادهم وفرض عين إن هجموا على بلاد المسلمين..

وهذه التفرقة في الحكم بين زمن النبي ﷺ وما بعده إنما ذكرها الشافعية في كتبهم. وأما غير الشافعي من الأئمة المجتهدين ووافقهم على ذلك جمهور العلماء فقد ذكروا الحكم مطلقاً في زمن النبي ﷺ وما بعده وقالوا إذا لم يكن التمييز عاماً، ولم يهجم الكفار على بلد من بلاد المسلمين فالجهاد فرض كفاية إذا قام به البعض، وحصل المقصود بهم سقط عن الباقي. وإذا تركه الكل أئمتنا جميعاً. واستدلوا على الفرضية بالأوامر القطعية. كقوله تعالى: ﴿فَأَقْضُوا الشَّرْكَاءَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ﴾ ﴿قَاتِلُوا الْمُشْرِكِينَ كَافَّةً كَمَا يُقَاتِلُونَكُمْ كَافَّةً﴾ - وعلى الكفاية بقوله عز وجل: ﴿فَضَّلَ اللَّهُ الْمُجَاهِدِينَ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ عَلَى الْقَاعِدِينَ دَرَجَةً وَكَلَّا وَعَدَّ اللَّهُ الْحَسَنَى﴾ ويقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ الْمُؤْمِنُونَ لِيَنْفِرُوا كَافَّةً فَلَوْلَا نَفَرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ لِيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ﴾ وأقل ما يفعل مرة في كل عام. قال ابن قدامة في تحليل ذلك. لأن الجزية تجب على أهل الذمة في كل عام وهي بدل عاقلة فكذا مبدلها وهو الجهاد. فيجب في كل عام مرة إلا من عذر مثل أن يكون بالمسلمين ضعف في عدد أو عدة أو يكون ينتظر المدد يستعين به أو يكون الطريق إليهم فيها مانع أو ليس فيها علف أو ماء أو يعلم من عدوه حسن الرأي في الإسلام فيطعم في إسلامهم أو آخر قتالهم ونحو ذلك مما يرى المصلحة معه في ترك القتال فيجوز تركه بهدنة. فإن النبي ﷺ قد صالح قريشاً عشر سنين وأخر قتالهم حتى نقضوا عهده. وأخر قتال قبائل من العرب بغير هدنة: وإن دعت الحاجة إلى القتال في عام أكثر من مرة وجب ذلك لأنه فرض كفاية فوجب منه ما دعت الحاجة إليه وقد خالف في الفرضية ابن شبرمة والإمام الثوري وقالوا: إن القتال غير واجب ولا يصح قتال الكفار حتى يدؤونا لقوله تعالى: ﴿وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ﴾ وقوله جل شأنه ﴿فَإِنْ قَاتَلْتُمُ فَاقْتُلُوهُمْ﴾ وهكذا روي عن ابن عمر رضي الله عنهما وسئل عطاء وعمرو بن دينار أن الغزو =

أحدهما: في وجوبه.

والثاني: في الأغذار المسقطه له، وهما جميعاً محفوظان بالكلام في غير الجهاد من فروض الكفريات، أما الوجوب: فاختلّفوا في أنّ الجهاد في عهد النبي - ﷺ - كان فرض عين، أو فرض كفاية، على وجهين:

أحدهما: أنه كان فرض عين؛ لقوله تعالى: ﴿انفروا خفافاً وثقالاً﴾ [التوبة: ٤١] وقوله تعالى: ﴿إِلَّا تَنْفَرُوا يُعَذِّبْكُمْ عَذَاباً أَلِيماً﴾ [التوبة: ٣٩].

ومن قال به، قال: من لم يخرج كان يحرس المدينة وكانت تُغر الإسلام، وجرّاستها نوع من الجهاد، وأظهرهما أنها كانت فرضاً على الكفاية، واحتجّ له بقوله تعالى: ﴿لَا يَسْتَوِي الْقَاعِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ﴾ إلى قوله: ﴿وَكَلَّا وَعَدَّ اللَّهُ

= واجب قالاً. ما علمناه واجباً. «سنعرض لهذا بتوسعة في أساس العلاقة بين المسلمين وغيرهم. إن شاء الله».

وخالف في الكفاية ابن المسيب، وقال: إنه فرض عين في الأحوال كلها. لقوله تعالى: ﴿انفروا خفافاً وثقالاً﴾ وقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِتَالُ﴾ وقول النبي ﷺ: «مَنْ مَاتَ وَلَمْ يَغْزُ وَلَمْ يُحَدِّثْ نَفْسَهُ بِالْغَزْوِ مَاتَ عَلَى شُعْبَةٍ مِنَ الثَّقَاتِ» ولكن النصوص الصريحة تبطل هذا القول. وعمل الرسول عليه السلام يدحضه فإنه لو كان فرض عين في الأحوال كلها لما وعد الله القاعدين بالحسن في قوله تعالى: ﴿لَا يَسْتَوِي الْقَاعِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ وَالْمُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾ الآية ولما قعد عنه النبي ﷺ، واكتفى ببعث السرايا ولا أذن غيره بالتخلف ولأن فرضية القتال لمقصود إعزاز الدين، وقهر المشركين. فإذا حصل هذا المقصود بالبعض سقط عن الباقي. ولأن في جعله فرض عين حرجاً عظيماً حيث تعطل أمور الناس من زراعة، وتجارة إذا خرجوا جميعاً للجهاد. والحرج متف. «مَا جَعَلَ اللَّهُ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ». ويكون الجهاد فرض عين بلا خلاف بين الفقهاء.

إذا هجم العدو على بلد من بلاد المسلمين فيتعين على كل واحد من آحادهم ممن هو قادر عليه. لأن الوجوب على الكل ثابت بالنصوص. وسقوطه عن البعض بحصول المقصود بالبعض الآخر. فإذا لم يتحقق الدفع إلا بالكل يبقى فرضاً عينياً عليهم جميعاً كالصلاة والصوم...

إذا التقى الزحفان، وتقابل الصفان فيحرم على من حضر الانصراف، ويتعين عليه المقام إلا متحرفاً لقتال أو متميزاً إلى فئة، وما دام الكفار لم يزدوا على ضعف عدد المسلمين قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا لَقِيتُمْ فِئَةً فَاثْبُتُوا وَاذْكُرُوا اللَّهَ كَثِيراً لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ وقال جل شأنه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا لَقِيتُمْ الَّذِينَ كَفَرُوا رَحُفًا فَلَا تُولُوهُمْ الْأَذْبَارَ وَمَنْ يُولِهِمْ يُؤْمِدْ ذُبْرَهُ إِلَّا مَتَحَرِّفًا لِقِتَالٍ أَوْ مَتَحَرِّيراً إِلَى فِئَةٍ فَقَدْ بَاءَ بِغَضَبٍ مِنَ اللَّهِ وَمَأْوَاهُ جَهَنَّمُ وَبِئْسَ الْمَصِيرُ﴾.

إذا استنفرهم الإمام لقوله عز وجل: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا مَا لَكُمْ إِذَا قِيلَ لَكُمْ انْفِرُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ أَنْتَقَلْتُمْ إِلَى الْأَرْضِ أَرْضَيْتُمْ بِالْحَيَاةِ الدُّنْيَا مِنَ الْآخِرَةِ فَمَا مَتَاعُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا فِي الْآخِرَةِ إِلَّا لَقِيلٌ إِلَّا تَنْفَرُوا يُعَذِّبْكُمْ عَذَاباً أَلِيماً﴾ وقوله ﷺ: «إِذَا اسْتَنْفَرْتُمْ فَاثْبُتُوا».

الْحُسْنَى ﴿ [النساء: ٩٥] ذَكَرَ فَضْلَ الْمُجَاهِدِينَ، وَوَعَدَ الْقَاعِدِينَ بِالْحُسْنَى - أيضاً، ولو كان القاعدون تَارِكِينَ للفرض لَمَا كان يعدهم بالجميل، وذكروا لوعيد مَنْ لم ينفر محملين.

أَحَدُهُمَا: أن ذلك كان في حَالِ قَلَّةِ المسلمين، وكَثْرَةِ المشركين، فأمرُوا بالجهاد لتلا يُظْلَمُوا.

والثاني: أَنَّ الْوَعِيدَ لِمَنْ عَيَّنَهُ النَّبِيُّ - ﷺ - فإنه يَتَعَيَّنُ عليه الإجابة، وعلى المحملين فقد ثبت التعيين في غير ذلك الزَّمَانِ، أمَّا لمعنى الْقَلَّةِ، والكثرة فظاهر.

وَأَمَّا الثَّانِي فَلأنَّ الإمامَ إِذَا عَيَّنَ جَمَاعَةً فلا بُدَّ لَهُم من الطاعة والإذعان، وَأَمَّا بَعْدَ النبي - ﷺ - فللكفار حَالَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: إِذَا كانوا مستقرين في بلادهم لم يَقْصِدُوا المسلمين، ولا شَيْئاً من أموالهم، فالجهادُ معهم فرضٌ على الكفاية، ولو فُرِضَ على الْأَعْيَانِ، لتعطلت المعاشُ والمكاسبُ، ويدل عليه ما رُوِيَ أَنَّهُ - ﷺ - قال: «مَنْ جَهَّزَ غَازِيًا فَقَدْ عَزَا، وَمَنْ خَلَفَ غَازِيًا فِي أَهْلِهِ وَمَالِهِ، فَقَدْ عَزَا»<sup>(١)</sup> وإن امتنع الكلُّ عنه لحق الحرج، أو يعمهم أو يختص الذين ندبوا إليه؟<sup>(٢)</sup>.

حكى القاضي ابن كَجَّ فيه وجهين، وإن قام به مَنْ فيه الكفاية، سقط عن الباقي، وذكر الأَصْحَابُ: أن الكفاية تحصل بشيئين:

أَحَدُهُمَا: أن يشحن الإمام الثغور بجماعة من بإزائهم مِنَ الْعَدُوِّ، ويكافئونهم، وَيَتَّبِعِي أَنْ يَخْتَاطُ بِأحكام الحصون وحفر الخنادقِ وَنَحْوِهِمَا ويرتب في كل ناحية أميراً كافياً يقلده الجهادَ، وأُمُورَ المسلمين.

والثاني: أن يدخل [الإمام]<sup>(٣)</sup> دار الكُفْرِ غَازِيًا بنفسه، أو يبعث جَيْشاً يؤمر عليهم مَنْ يَضْلَحُ لذلك، وأقله مرة واحدة في كُلِّ سَنَةٍ، وما زاد كان أفضل، والأوَّلَى أن يبدأ بقتال مَنْ يَلِي دَارَ الْإِسْلَامِ؛ لقوله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا فَاتَلَوْا الَّذِينَ يَلُونَكُمْ مِنَ الْكُفَّارِ﴾ [التوبة: ١٢٣] وإن كان الخوف من الأبعد أكثر بدأ بهم، ولا يجوز إخلاء السنة عن مرَّةٍ واحدةٍ إِلا لضرورةٍ بأن يكون في المسلمين ضَعْفٌ، وفي الأعداءِ كَثْرَةٌ، وَيُخَافُ

(١) متفق عليه البخاري [٢٨٤٣]، مسلم [١٨٩٥] من حديث زيد بن خالد، دون قوله: وماله، وروى مسلم من حديث أبي سعيد أيكم خلف الخارج في أهله وماله، كان له مثل نصف أجر الخارج، واستدركه الحاكم فوهم.

(٢) قال النووي: الأصح أنه يأثم كل من لا عذر له كما سيأتي بيان الأعذار إن شاء الله تعالى.

(٣) سقط في أ.

من ابتدائهم بالقتال الاستئصال، أو لعذر بأن يعز الزاد وعلف الدواب في الطريق، فيؤخر إلى إدراك الغلات، أو ينتظر لحوق مدد، أو يتوقع إسلام قوم فيستحيلهم بترك القتال، ووجه الأصحاب القول بأنه لا تخلو السنة عن الجهاد مرة واحدة؛ لفعل رسول الله - ﷺ - فإنه روي أن غزوة<sup>(١)</sup> بذر كانت في السنة الثانية من الهجرة، وكانت

(١) في الثامن من رمضان سنة اثنتين من الهجرة خرج رسول الله ﷺ والمسلمون معه يعترض عيراً لقريش، (وهي العير التي فاتتهم في غزوة العشيرة، وكان رئيس هذه القافلة أبو سفيان بن حرب يخشى أن يعترض المسلمون في أوبته، كم اعترضوه في خروجه فلما دنا من الحجاز جعل يتجسس الأخبار فعلم بخروج النبي ﷺ لاعتراضه القافلة فأرسل إلى قريش «ضمضم بن عمرو الغفاري» يستنصرها لحماية تجارتها، فذهب الغفاري وأخبرهم الخبر فتجهز الناس سراعاً وقالوا: «يظن محمد وأصحابه أن تكون كعير ابن الحضرمي؟ كلا - والله ليعلمن غير ذلك» فكانوا بين رجلين إما خارج، وإما باعث مكانه رجلاً.

وخرجوا وعدتهم نحو ألف مقاتل، وسلكوا طريق بدر للقاء المسلمين، فلما علم النبي ﷺ بعد نزوله بوادي ذفران بأن قريشاً خرجت لتمنع عيرها. استشار أصحابه فيما يفعل فأشاروا عليه - على لسان خطباء المهاجرين - أبي بكر وعمر، والمقداد بن عمرو، وخطيب الأنصار سعد بن معاذ بقاء قريش... وشعر أبو سفيان بالخطر حينما اقترب من بدر فعدل عن طريق القوافل المعتاد إلى طريق البحر ونجا بالعير، وكانت قريش إذ ذاك بالجحفة فأرسل إليهم أبو سفيان - إنكم خرجتم لتمنعوا عيركم، ورجالكم، وأموالكم، وقد نجاها الله فارجعوا - فاختلفت كلمة القرشيين. فرأى أبو جهل المضي إلى المسلمين وصاح في الناس «والله لا نرجع حتى نرد بدرأ، فنقيم عليها ثلاثاً نحر الجزور، ونطعم الطعام، ونسقي الخمر، وتعزف علينا القيان، وتسمع بنا العرب، وبمسيرنا وجمعنا فلا يزالون يهابوننا أبداً بعدها فامضوا» ورأى الأخنس بن شريق - وكان حليفاً لبني زهرة - الرجوع إلى مكة حيث نجا الله العير، واقتنعت بذلك حلفاؤه، فلم يشهد بدر أزهرى ولكن كفة أبي جهل رجحت.

والتقى الجيشان في صبيحة الجمعة سبعة عشر من رمضان. وقبل نشوب القتال سعى حكيم بن حزام إلى منع الحرب فقد ذهب إلى عتبة بن ربيعة، وطلب إليه أن يتحمل دم حليفه عمرو بن الحضرمي فقبل وقام في أصحابه - وهو من كبار الأمويين - يخطبهم ويأمرهم بالرجوع؛ ولكن أبا جهل حينما بلغته مقالة عتبة أخذته العزة بالإثم وقال: «والله - لا نرجع حتى يحكم الله بيننا وهو خير الحاكمين».

ويبعث إلى عامر بن الحضرمي وذكره مصرع أخيه الذي قتل في سرية عبد الله بن جحش فصاح عامر «واعمره واعمره» فحميت النفوس إلى الحرب واندفع الأسود بن عبد الأسد المخزومي إلى صفوف المسلمين يريد أن يهدم حوضهم فقتله حمزة بن عبد المطلب.

ثم خرج عتبة بن ربيعة بين أخيه شيبه وابنه الوليد، ودعا إلى المبارزة فأسرع فتية من الأنصار للقائهم فقالوا ما لنا بك من حاجة ثم نادى مناديهم «يا محمد. أخرج إلينا أكفأنا من قومنا فأخرج إليهم الرسول صلوات الله وسلامه - حمزة وعلياً وعبيدة فقتلوا عتبة ومن معه.

ثم تراحف الناس وتدانوا وما هي إلا فترة حتى انجلت الموقعة عن هزيمة المشركين الباغين، ونصرة المسلمين نصرأ مبيناً.

غزوة أُحُد<sup>(١)</sup> في الثالثة، .....

= هذه خلاصة وجيزة لغزوة بدر الكبرى أو إلى الغزوات التي دار فيها القتال بين القرشيين والمسلمين - فهل موقف المسلمين الحربي كان موقف دفاع أم هل كان موقف هجوم؟؟  
لقائل أن يقول: إن الرسول ﷺ كان مهاجماً فهو الذي خرج لاعتراض عير قريش - بعد أن فاتته في غزوة العشيرة. وما ذلك إلا لأنه يتحرش بها للقتال. وهو الذي أصر على لقائها بعد أن علم أنها خرجت بخيلها ورجلها وأن موقف قريش كان موقف الدفاع عن أموالها ورجالها - ولكن هذا القول ليس له عند البحث ما يؤيده. فإن قريشاً كانت تحرص كل الحرص على لقاء المسلمين وقتالهم إذ لو كانت تقصد الذود عن تجارتها فقط؟ فقد نجت هذه التجارة. وأمرهم رئيس القافلة بالرجوع إلى مكة فلماذا لم يتبعوا مشورته؟ وينزلوا على رأي الأحنس بن شريق حينما قال لهم: «اجعلوا إلى جنبها، وارجعوا فإنه لا حاجة لكم بأن تخرجوا في غير ضيعة؟» واتبعوا رأي أبي جهل؟؟ ولقيت مقالة (والله لا نرجع حتى نرد بدرأ إلخ) من نفوسهم القبول والتأييد؟؟  
إن قريشاً غرتهم كثرة عددهم وعدتهم فخرجوا من ديارهم بطراً ورتاء الناس وعز عليهم أن يعودوا دون الأخذ بثأر عمرو بن الحضرمي.

يؤيد هذا قول حكيم بن حزام لعتبة بن ربيعة «يا أبا الوليد إنك كبير قريش وسيدها. هل لك أن لا تزال تذكر فيها بخير إلى آخر الدهر؟ قال عتبة: وما ذلك؟ قال ترجع بالناس، وتحمل دم حليفك عمرو بن الحضرمي قال قد فعلت.. عليّ دمه، وما أصيب من ماله. وإرسال أبي جهل إلى عامر ابن الحضرمي وقوله له هذا حليفك عتبة يريد أن يرجع بالناس فقم فانشد مقتل أخيك. كل هذا يدل على أن قريشاً كان موقفها في هذه الغزوة موقفاً هجومياً وأن رسول الله ﷺ وأصحابه كانوا يقفون موقف الدفاع، وما خروجه لاعتراض عير قريش إلا من قبيل المناوشات الحربية لحملها على الاتفاق معه.

فلما تبدل الموقف أقدم النبي ﷺ على الحرب، وهو راغب عنها يدل لذلك قوله عليه الصلاة والسلام لما رأى قريشاً تصوب من العقل ورأى عتبة على جمل له أحمر (إِنْ يَكُنْ فِي أَحَدٍ مِنْ الْقَوْمِ حَيْرٌ فَيَنْتَدِ صَاحِبُ الْجَمَلِ الْأَحْمَرَ إِنْ يُطِئَعُوهُ يَزْشُدُوا)... إذ لو رجع المسلمون إلى المدينة بعد أن توجهت قريش إلى طلبهم، وعلم الناس بذلك لكان هذا القرار سبيلاً لإطماع قريش في مفاجأتهم، والدخول عليهم في بلدتهم الجديد خصوصاً، واليهود الذين عاهدتهم الرسول ﷺ - بدأوا يقلبون له ظهر المجن - فلا يبعد أن يتعاونوا مع قريش، وتتفق كلمتهم على إعادة المأساة في المدينة ومطاردتهم منها كما طردوا من مكة. وعندئذ يتجسم الفشل في مصير الدعوة ويذهب شأن الرسول صلوات الله عليه، ومن معه من الأنصار والمهاجرة.

فموقف الرسول كان موقفاً دفاعياً تبرره الشرائع السماوية، والوضعية في مختلف الأمم، وفي جميع العصور.

(١) غزوة أُحُد: لم تخفف غزوة السويق مصاب القرشيين في بدر، ولم تنسها مقتل ساداتها وكبرائها. ففي شوال من السنة الثالثة للهجرة خرجت قريش بأحايبها، ومن تابعها من بني كنانة وأهل تهامة في جيش يبلغ عدده ثلاثة آلاف رجل سوى النساء فلما بلغ النبي ﷺ خبرها عن طريق عمه العباس خرج إليها بعد خلاف في الرأي بين أصحابه لما استشارهم أيدافعون عن أنفسهم، وهم داخل المدينة أم يخرجون إلى العدو؟. وسار حتى نزل بأحد....

والتقى الجيشان وكادت الدائرة تكون على المشركين لولا أن الرماة الذين وضعهم الرسول على =

وغزوة ذات الرقاع<sup>(١)</sup> في الرابعة، وغزوة الخندق<sup>(٢)</sup> في الخامسة، وغزوة بني النضير<sup>(٣)</sup>

= شعب في الجبل وقال لهم: (اِخْمُوا لَنَا ظُهُورَنَا) وأمرهم ألا يروحوا مكانهم - خالفوا أمر الرسول، وانتهت المعركة بخذلان المسلمين، وكسرت ربيعة النبي ﷺ وشج في وجهه.

(١) هذه الغزوة اختلف فيها متى كانت، واختلف في سبب تسميتها بذلك. فعند ابن إسحق أنها بعد بني النضير وقبل الخندق سنة أربع، قال ابن إسحق: أقام رسول الله ﷺ بعد غزوة بني النضير شهر ربيع وبعض جمادى - يعني من سنته - وغزا نجداً يريد بني محارب وبني ثعلبة من غطفان، حتى نزل نخلاً وهي غزوة ذات الرقاع. وعند ابن سعد وابن حبان أنها كانت في المحرم سنة خمس، وأما أبو معشر فجزم بأنها كانت بعد بني قريظة والخندق. وأما موسى بن عقبة فجزم بتقديم وقوع غزوة ذات الرقاع، لكن تردد في وقتها فقال: لا ندري كانت قبل بدر أو بعدها أو قبل أحد أو بعدها، وهذا التردد لا حاصل له، بل الذي ينبغي الجزم به أنها بعد غزوة بني قريظة، لأنه تقدم أن صلاة الخوف في غزوة الخندق لم تكن شرعت، وقد ثبت وقوع صلاة الخوف في غزوة ذات الرقاع فدل على تأخرها بعد الخندق.

سميت ذات الرقاع لما لفوا في أرجلهم من الخرق، وأهل المغازي ذكروا في تسميتها بذلك أموراً غير هذا، قال ابن هشام وغيره: سميت بذلك لأنهم رقعوا فيها رياتهم، وقيل: بشجر بذلك الموضوع يقال له ذات الرقاع، وقيل: بل الأرض التي كانوا نزلوا بها كانت ذات ألوان تشبه الرقاع، وقيل: لأن خيلهم كان بها سواد وبياض قاله ابن حبان، وقال الواقدي: سميت بجبل هناك فيه بقع، وهذا لعله مستند ابن حبان ويكون قد تصحف جبل نجيل.

(٢) غزوة الخندق: وفي شوال سنة خمس من الهجرة خرجت قريش، وغطفان في عشرة آلاف مقاتل بعد أن دفعهم نفر من اليهود إلى ذلك. وما أن علم الرسول بخروجهم حتى ضرب الخندق على المدينة بمشورة سلمان الفارسي، وأقبلت قريش، ومن تبعها من كنانة وأهل تهامة حتى نزلت بمجتمع الأسيال، ونزلت غطفان، ومن تبعهم بجانب أحد. وخرج الرسول ﷺ في ثلاثة آلاف من المسلمين فجعل ظهره إلى سهل سلع، وضرب هنالك عسكره. والخندق بينه، وبين القوم وانضم بنو قريظة إلى جيش الأحلاف. فعظم بذلك البلاء على المسلمين. وبينما المسلمون على ذلك إذا بالخلاف يدب بين جيش الكفار بوساطة نعيم بن مسعود الغطفاني. وتهب عاصفة شديدة فتقتلع الخيام، وتقلب قدور الطعام، وتهدم المعسكر فيرتحلون جميعاً بغيظهم لم ينالوا خيراً، وكفى الله المؤمنين شر القتال.

(٣) غزوة بني النضير: ربيع الأول سنة ٤ هـ: أما بنو النضير فالسبب في إجلائهم يرجع إلى أن النبي صلوات الله عليه خرج إليهم في جماعة من أصحابه يستعينهم في دية ذينك الرجلين من بني عامر اللذين قتلها عمرو بن أمية الضمري بعد أن نجا في حادثة بئر معونة ثاراً لنفسه ولأصحابه من المسلمين، وهو لا يعلم بما معهما من عهد رسول الله ﷺ. فقالوا نعم يا أبا القاسم نعينك على ما أحببت ثم خلا بعضهم إلى بعض، واثمروا على قتله فعلا عمرو بن جحاش بن كعب سطح الجدار الذي جلس إلى جانبه النبي ﷺ ليرميه بصخرة تطحنه طحناً فاتي رسول الله صلوات الله عليه الخبر من السماء فقام، وقفل راجعاً إلى المدينة، وتبعه أصحابه بعد أن انتظروا عوده فلم يعد - لهذا سار إليهم المسلمون، وحاصروهم ست ليال، وهم ممتنعون بحصونهم فأمر النبي ﷺ بقطع نخيلهم وتحريقها فلما رأوا ذلك - ويشسوا من معونة عبد الله بن أبي وأصحابه، وبقية إخوانهم اليهود سألوا رسول الله ﷺ أن يجلبهم، ويكف عن دمايتهم على أن لهم ما حملت الإبل =

والمُرَيْسِيعِ<sup>(١)</sup> في السادسة، وفتحُ خَيْبِرِ<sup>(٢)</sup> في السابعة، وفتحُ مكة<sup>(٣)</sup> في الثامنة، وغزوةُ

= من أموالهم إلا الحلقة (السلاح) فأجابهم الرسول إلى ذلك فخرجوا إلى خيبر، وسار بعضهم إلى الشام.

(١) في شعبان من السنة السادسة للهجرة بلغ الرسول عليه الصلاة والسلام أن بني المصطلق، وهم بطن من خزاعة تجمعوا لحربه فخرج إليهم حتى لقيهم على ماء من مياههم يقال له المرَيْسِيعُ، وقائدهم الحارث بن ضرار فتزاحف الجيشان، واقتتلوا قتالاً شديداً فهزم الله بني المصطلق، وقتل من قتل منهم، وغنم المسلمون نساءهم وذرائعهم ولكنها ردت على أصحابها بعد أن صاروا أصهار النبي ﷺ بزواجه جويرية بنت قائدهم الحارث.

(٢) غزوة خيبر: المحرم سنة ٧ هـ: اتخذ اليهود بلاد الخيبريين مباءة لدساتهم فقد لجأ إليها من يهود بني النضير من ألب العرب على المسلمين في غزوة الأحزاب ومن حرص بني قريظة على نقض عهودهم مع المسلمين. فلم يكن بد من غزوة خيبر ليأمن المسلمون نهائياً شر اليهود ودساتهم. وقد سار رسول الله ﷺ قاصداً خيبر، حتى نزل بوادي الرجيع فلما أصبح ركب إلى خيبر واستولى على حصونها حصناً فحصناً، إلا ما كان من حصني الوطيح والسلالم فإن أهلها سألو الرسول فصالحهم على ذلك؛ على أن له إخراجهم إن شاء.

(٣) فتح مكة: جاء العام التالي لصلح الحديبية ففضى النبي ﷺ والمسلمون معه عمرتهم، ورجعوا قافلين إلى المدينة بسلام. فلما كانت السنة الثامنة من الهجرة ساعدت قريش بني بكر وأمدها بالسلاح، والرجال على خزاعة التي كانت قد دخلت في عهد المسلمين. وكان ذلك من قريش لأنها ظنت أن تراجع المسلمين في سرية مؤتة يعتبر قضاءً على سلطانهم حتى لم يبق إنسان يأبه لهم أو يقيم لعهدهم وزناً فلتعد حرباً عليهم، وعلى من في عهدهم من غير أن تخشى من محمد قصاصاً. وبلغ رسول الله ﷺ خبر مساعدة قريش لحلفائها فخرج - بعد أن استنجد به حلفاؤه في عشرة آلاف مقاتل لعشر مضيئين من رمضان فلما رأت قريش أنه لا قبل لها بهذا الجيش. استكانت، ولم يكن بينه وبينها حرب إلا ما كان من أمر خالد بن الوليد مع بني جذيمة.

دخل رسول الله ﷺ الكعبة، وكسر ما فيها من أصنام، وتمائيل. وهو يقول ﴿جَاءَ الْحَقُّ وَزَهَقَ الْبَاطِلُ إِنَّ الْبَاطِلَ كَانَ زَهُوقًا﴾ وبهذا قضى على الشرك والوثنية في مكة. وصدق الله وعده ونصر عبده، وأعز جنده، وانتهت حروب النبي صلوات الله عليه مع قريش.

فالنظر إليها يراها - جميعها - من بدر إلى فتح مكة كانت دفاعية لم يبدأ المسلمون قريشاً بعد؛ ولم يعتدوا عليهم بحرب، ولا قتال. إنما القرشيون هم الذين ابتدؤوهم، وبقوا عليهم فلم يجد المسلمون بدأ من الدفاع عن أنفسهم فهم كانوا في جميع غزواتهم مع قريش في حالة الدفاع المشروع، ورد الاعتداء.

على أن المسلمين لو بدؤوهم بقتال لم يكونوا في ذلك معتدين بعد الذي فعله قريش بهم مدة ثلاثة عشر عاماً حتى أخرجوهم من ديارهم.

قال الأستاذ الإمام محمد عبده: «كان المشركون يبدؤون المسلمين بالقتال لأجل إرجاعهم عن دينهم، ولو لم يبدأوا في كل واقعة لكان اعتداؤهم بإخراج الرسول من بلده، وفتنة المؤمنين، وإبذائهم، ومنع الدعوة - كل ذلك كان كافياً - في اعتبارهم معتدين. فقتال النبي ﷺ كله كان مدافعة عن الحق وأهله، وحماية لدعوة الحق.



تَبُوكِ<sup>(١)</sup> في التاسعة<sup>(٢)</sup>، وأيضاً فإن الجزية تُؤخَذُ للكفِّ عن القتال، وإنما تُؤخَذُ الجزيةُ

(١) غزوة تبوك: في شهر رجب من السنة التاسعة للهجرة - لما رجع رسول الله ﷺ من حصار الطائف إلى المدينة بلغه أن هرقل ملك الروم ومن عنده من متنصرة العرب قد حشدوا له جمعاً كثيراً يريدون غزوه في عقر داره فأراد أن يلاقيهم على حدود بلادهم قبل أن يغشوه على غرة فسار بجيشه حتى وصل تبوك. وكانت الروم قد بلغها أمر هذا الجيش وقوته فأثرت الانسحاب بجيشها لتحصن في داخل بلاد الشام فرأى النبي عليه الصلاة والسلام أن من الحكمة ألا تتبعهم داخل بلادهم فلم يتبعهم. وهناك جاءه يوحنا بن روية فصالحه على الجزية كما صالحه أهل جرباء وأهل أذرح من بلاد الشام - وأرسل رسول الله ﷺ خالد بن الوليد إلى كيدر بن عبد الملك صاحب دومة الجندل فأتى به خالد أسيراً بعد أن قتل أخاه فحقن رسول الله ﷺ دمه، وصالحه على الجزية وأخلى سبيله. وأقام بضع عشرة ليلة لم يقدم عليه الروم، ولا العرب المتنصرة فعاد إلى المدينة ولما بلغ ملك الروم ما فعله يوحنا أمر بقتله، وصلبه عند قريته.

لم يكن من المعقول بعد ذلك أن يتهاون المسلمون فيما أصابهم من قتل رسولهم وأبطالهم ومُعَاهِدِهِم الذي أمنوه على نفسه، وماله بأخذ الجزية، وإعطاء العهد كما أنه لم يكن معقولاً أن الروم. بعد أن رأوا حضور المسلمين للقصاص يكفون عن مناجزتهم والإيقاع بهم أينما وجدوا لذلك سبيلاً.

لهذا عاد النبي ﷺ في آخر حياته إلى تجهيز جيش آخر تحت إمرة أسامة بن زيد. ولكن لم يكده يتم أمره حتى قبض الرسول صلوات الله عليه وانتقل إلى الرفيق الأعلى، وتولى أمر المسلمين بعده صاحبه أبو بكر فارتأى - رضي الله عنه - أن الحزم في إنفاذ هذا الجيش حتى لا يطمع في الإسلام أعداؤه ويتألب عليه خصومه، وتوالت بعد ذلك حروب الروم حتى فتح المسلمون بلادهم في عهد أبي بكر، وعمر - رضي الله عنهما - بعد نضال عنيف، وحروب كثيرة.

(٢) قال الحافظ: متفق عليه بين أهل السير: ابن إسحاق وموسى بن عقبة وأبو الأسود وغيرهم، واتفقوا على أنها كانت في رمضان، قال ابن عساکر: والمحمفوظ أنها كانت يوم الجمعة، وروي أنها كانت يوم الاثنين، وهو شاذ، ثم الجمهور على أنها كانت سابع عشرة، وقيل ثاني عشرة، وجمع بينهما بأن الثاني ابتداء الخروج، والسابع عشر يوم الوقعة، وأما غزوة أحد في الثالثة، فمتفق عليه أيضاً، وأنها كانت في شوال، لكن عند ابن سعد كانت لسبع خلون منه، وعند ابن عائد لإحدى عشرة ليلة خلت منه، وأما غزوة ذات الرقاع: فهو قول الأكثر، وبه جزم ابن الجوزي في التلخيص، وقال النووي: الأصح أنها كانت في أول المحرم سنة خمس. قلت: فيجمع بينهما أن الخروج إليها كان في أواخر الرابعة، والانتهاه في أول المحرم، لكن عند ابن إسحاق أنها كانت في جمادى سنة أربع.

(تنبيه) قيل: كان غزوة ذات الرقاع وقعت مرتين، الأولى هذه، وفيها صلى النبي ﷺ صلاة الخوف كما تقدم، والثانية بعد خيبر، وشهدها أبو موسى الأشعري.

كما ثبت في الصحيحين، وسميت الأولى ذات الرقاع بجبل صغير، والثانية كما قال أبو موسى بالرقاع التي لفوا بها أرجلهم من الحفاء، وبهذا يرتفع الإشكال الذي أشار إليه البخاري، وأحوجه إلى أن يقول: إن ذات الرقاع كانت سنة سبع، وأما غزوة الخندق: فهذا جزم ابن الجوزي في التلخيص، وعند ابن إسحاق كانت في شوال سنة خمس، وعند ابن سعد: في ذي القعدة، والأصح أنها كانت في سنة أربع، وبه جزم موسى بن عقبة وأبو عبيد في كتاب الأموال، واحتج له النووي =

في السنة مرة واحدة، وأيضاً فإنَّ سَهْمَ الغزاة يُؤخذ في كل سنة مرة، ولا بد من غزوة واحدة، هذا ما نصَّ عليه الشافعيُّ - رضي الله عنه - وجرى عليه الأصحابُ.

وقال الإمامُ: المختارُ عندي في هذا مسالكُ الأصوليين، فإنهم قالوا: الجهادُ دعوةٌ قَهريَّة، فيجب إقامته على حسبِ الإمكان، حتى لا يَبْقَى إلا مُسلمٌ أو مسالم، ولا يختص بالمرَّة الواحدة في السنة، وإذا أمكنت الزيادةُ لا يعطَّلُ القرض، وما ذكره الفقهاء حملوه على العادةِ الغالبة، وهي أنَّ الأموالَ والعُدَّة لا توافي لتجهيز الجنود في السنة أكثر من مرَّة واحدة، وإذا اضطلَّت الرجالُ بنار القتال، ونالوا من العُدَّة ونيل منهم، لم يَعودوا إلى الاستعدادِ التام ولا دوابهم إلا في مدة السنة، ثم إنَّ تمكَّن الإمامُ من بثِّ الأجناد للجهاد في جميع أطراف الكفار - فعَلَّهُ، وإلَّا يَبْدَأُ بالأهمِّ فالأهمِّ، وينبغي للإمام أن يُراعي النَّصْفَةَ بالمُناوبة، فلا يتحمَّلُ على طائفةٍ [بتكرير] <sup>(١)</sup> الأغزاء مع تزويج الآخرين، وتركهم في الدَّعة.

= بحديث ابن عمر: عرضت على النبي ﷺ يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة فلم يجزني، وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة فأجازني، قال: وقد أجمعوا على أن أحداً في الثالثة، قلت: ولا حجة فيه: لأن أحداً كانت في شوال، فيحمل على أنه كان في أحد طعن في الرابعة عشر، وفي الخندق استكمل الخامسة عشر، فلعله كان في أحد في نصف الرابعة عشر مثلاً، فلا يستكمل خمس عشرة إلا أثناء سنة خمس، إلا أنه يعكس على هذا الجمع ما جزموا به من أنها كانت أيضاً في شوال.

قال الحافظ: (تنبيه) صحح الحافظ شرف الدين الديمياطي: أن غزوة المريسيع كانت في سنة خمس، وأما ابن دحية فصحح أنها كانت في سنة ست، وأما غزوة بني النضير فتبع فيه إمام الحرمين وهو غلط، ففي صحيح البخاري عن عروة بن الزبير أنها كانت بعد بدر بستة أشهر، وعن ابن شهاب أنها كانت في المحرم سنة ثلاث، وبه جزم ابن الجوزي في التلخيص، والنووي في الروضة وغيرها، وقال الماوردي: كانت في ربيع الأول سنة أربع وهذا قول ابن إسحاق.

قال الحافظ: (فائدة) كانت الحديبية في سنة ست بلا خلاف، وأما غزوة خيبر في السابعة، فهو المشهور الذي عليه الجمهور من أهل المغازي، ونقل ابن الطلاع عن ابن هشام أنها في سنة ست، وهو نقل شاذ، وإنما ذكر ابن إسحاق ومن تبعه أنها كانت في بقية المحرم سنة سبع، وأمام فتح مكة فمتفق عليه وأنه كان في رمضان سنة ثمان، وأما غزوة تبوك فمتفق عليه بين أهل المغازي، وكان في رجب، وخالف الزمخشري فذكر في الكشاف في سورة براءة أنها كانت في العاشرة.

قال الحافظ: (تنبيه) هذا الذي ذكره المصنف يوهم أن هذا جميع ما غزاه رسول الله ﷺ وليس كذلك، فإنه غزا ﷺ بنفسه غزوات أخرى، لكن غالبها لم يقع فيه قتال، فمما قاتل فيه بني قريظة، وحنين، والطائف، ومما لم يقاتل فيه بني غطفان، وقرقرة الكدر، وبني لحيان، وبدراً بموعد، ودومة الجندل، وغير ذلك.

(١) في ز: يتحزبوا.

وقوله في الكتاب: «عَلَى الْكِفَايَةِ»، يجوزُ أن يعلم بالواو إشارة إلى قول مَنْ قال: إنه في عَصْرِ النَّبِيِّ - ﷺ - فرض عين وكذا قوله: مرةً واحدة بالواو؛ لما ذكره الإمام - رحمه الله - وقوله: «فِي أَهَمِّ الْجِهَاتِ»، يعني إذا لم يمكن بعثُ الأجنادِ في جميع الجهات.

قال الغزالي: وفروض الكفایات كثيرةٌ مذكورةٌ في مواضعها \* وهو كلُّ مهمٍّ دينيٍّ يُريدُ الشَّرْعُ حُصُولَهُ وَلَا يَقْصِدُ بِهِ عَيْنَ مَنْ يَتَوَلَّاهُ \* وَمِنْ جُمْلَتِهِ إِقَامَةُ الْحُجَّةِ الْعِلْمِيَّةِ \* وَالْأَمْرُ بِالْمَعْرُوفِ \* وَالصَّنَاعَاتُ الْمُهِمَّةُ \* وَدَفْعُ الضَّرَرِ عَنِ الْمُسْلِمِينَ \* وَالْقَضَاءُ \* وَتَحْمُلُ الشَّهَادَةِ \* وَتَجْهِيْزُ الْمَوْتَى \* وَإِخْيَاءُ الْكَنْبَةِ كُلُّ سَنَةٍ بِالْحَجِّ فَإِنْ تَرَكَ ذَلِكَ خُرَجَ بِهِ كُلُّ مَنْ يَقْدِرُ عَلَيْهِ وَيَعْلَمُهُ أَوْ لَا يَعْلَمُ وَلَكِنْ قَصَرَ فِي الْبَحْثِ عَنْهُ.

قال الرافعي: اطردت عادة الأصحاب بذكر جمل من فروض الكفایات في هذا الكتاب، وعلى ذلك جرى المصنّف إلا أنه فرق ما يتعلقُ بها، فمنه ما أورده في هذا الموضوع [ومنه ما أورده في آخر هذا الباب الأول،] <sup>(١)</sup> ومنه ما ذكره في خلال مسائل بينهما، ولو جمع بينهما في موضع واحد، ولم يبدؤهما - كان أحسن.

وقوله: «فروض الكفایات كثيرةٌ مذكورةٌ في مواضع» أراد به أنها متيسرةٌ تورّد في أبوابها، كتجهيز الموتى بال غسل والتكفين والدفن، وكالأذان، وصلاة الجماعة، وصلاة العيدين، على رأي في افتراضهما.

وقوله: «وهو كلُّ مهمٍّ دينيٍّ يُريدُ الشَّرْعُ حُصُولَهُ، ولا يقصد به عين من يتولاه»؛ إشارة إلى حقيقة فرض الكفایة، ومعناه: أن فروض الكفایات أمورٌ كُليّةٌ تتعلقُ بها مصالحٌ دينيةٌ ودنيوية، لا ينتظم الأمر إلا بحصولها، فقصد الشارع تحصيلها، ولا يقصد تكليف الواحد فالواحد وامتحانه بها، بخلاف فروض الأعيان فإن الكلُّ مكلفون بتحصيلها.

وفروض الكفایات أقسام: منها ما يتعلق [بأصل الدين، وهو إقامة الحجة العلمية، ومعناه أنه كما لا بد من إقامة الحجة القهرية بالسيف، لا بد في خطة الإسلام ممن يقيم البراهين والحجج، ويدفع الشبهات، ويحل المشكلات، ومنها ما يتعلق] <sup>(٢)</sup> بفروع الدين، ومنه إشاعة الأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر، والمراد منه الأمر بواجبات الشرع، والنهي من محرّماتِهِ، وهو من فروض الكفایات، فإن نُصِبَ لذلك رجلٌ تعيّن عليه بحكم الولاية، وهو المحتسب، وأحسن أفضى القضاة الماوردي تزييب الأمر بالمعروف - وتقسيمه، فجعله على ثلاثة أضرب:

أحدها: [ما يتعلق بحقوق الله تعالى، وهو ضربان:

(٢) سقط من: ز.

(١) سقط من: أ.

أحدهما<sup>(١)</sup> ما يُؤمَرُ به الجميعُ دون الأفراد، كإقامة الجمعة، حيثُ تجتمع شرائطُها، فإن كانوا عدداً يرون انعقادَ الجمعة بهم، والمحتسب لا يراه، فلا يأمرهم بما لا يجوز، ولا ينهائهم عما يرونه فَرَضاً عليهم، ويأمرهم بصلاة العيِّد، وهو لازمٌ، أو جائزٌ فيه وجهان.

والثاني: ما يُؤمَرُ به الآحاد، كما إذا أحرَّ بعضُ الناس الصلاة عن الوقت، فإن قال نسيئها حثه على المراقبة، ولا يغرِّضُ على من أحرها، والوقتُ باقٍ؛ لِاخْتِلَافِ الْعُلَمَاءِ فِي فَضْلِ التَّأخِيرِ.

والضَّرْبُ الثَّانِي: ما يتعلَّقُ بحقوقِ الأَدَمِيِّينَ، وينقسم إلى عام كالبلد إذا تعطل شربه أو انهدم سور، أو طرقة أبناء السبيل المحتاجون، وتركوا مَعُونَتَهُمْ، فإن كان في بيت المال مالٌ لم يؤمر الناس بذلك، وإن لم يكن أمرٌ دَوِي المَكْنَةِ برعايتها وإلى خاص، كمظللِ المدينِ المُوَسِّرِ بالدين، والمحتسب يأمره بالخروج عنه إذا استعداه رَبُّ الدين، وليس له الضَّرْبُ وَالْحَبْسُ.

الثالث: الحقوقُ المُشْتَرَكَةُ كأمر الأولياء بِإِنكاح الأكَفَاءِ، وإلزام النساءِ أَحكام العدد، وأخذِ السَّادَةِ بحقوق الأَرْقَاءِ، وأربابِ البهائم بتعهدها، وألَّا يَسْتَعْمِلُوهَا فيما لا تَطِيقُ، وذكر في طرف المنكرات أن من يغير هَيئَاتِ العبادات كالجهر في الصلاة السَّرِيَّةِ، وبالعكس أو يزيد في الأَذَانِ نمنعه، وتُنكِرُ عليه، وَمَنْ تَصَدَّقَ لِلتَّوَسُّلِ وَالوَعظِ، وليس هو مِن أَهْلِهِ، ولم يُؤْمَرْ من [اغترار]<sup>(٢)</sup> الناس به في تَأْوِيلِ أو تَحْرِيفِ، فينكر المحتسب عليه، ويظهر أمره لثلاث يُغْتَرَّ بِه.

وإذا رأى رَجُلًا واقفاً مَعَ امرأةٍ في شارعٍ يطرقه الناس لم يُنكِرْ عليه، وإن كان في طَرِيقِ خَالٍ، وهو موضع ريبة، فينكر عليه ويقول: إِنْ كَانَتْ ذَاتَ مَحْرَمٍ - فَصْنُهَا عَنِ مَوَاقِفِ الرِّيبِ، وإن كانت أَخْتِيَّةً فَخَفِ اللَّهُ تَعَالَى مِنَ الْخُلُوةِ مَعَهَا، ولا ينكر في حقوق الأَدَمِيِّينَ كتعددي الجار في جِدَارِ الجار إلا باستِغْدَاءِ صاحبِ الحق.

وينكر على مَنْ يُطِيلُ الصلاةَ من أئمة المساجِدِ المطروقة، كما أنكر النبي - ﷺ - على مُعَاذٍ - رضي الله عنه<sup>(٣)</sup> - وعلى القضاة إذا حَجَبُوا الخُصُومَ وقصروا في النَّظَرِ فِي الخصوماتِ والسوقي المختص بمعاملة النساء تختبر أمانته، فإن ظهرت منه خيانة مُنِعَ من مُعَامَلَتِهِنَّ، وهذا بابٌ لا تتناهى صورته.

ومن هذا القبيل إحياء الكعبة بالحج في كُلِّ سَنَةٍ هكذا أطلقوه، ويتنبغي أن تكون العُمرة كالحج بل الاغْتِكَافِ، والصَّلَاةِ فِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ، فَإِنَّ التَّعْظِيمَ وَإِحْيَاءَ الْبُقْعَةِ

(١) سقط من ز.

(٢) في ز: إغرار الناس.

(٣) تقدم في صلاة الجماعة.

يحصل بجميع<sup>(١)</sup> ذلك .

ومنه ردُّ السلام، على ما سيأتي - إن شاء الله تعالى - ومنه الأذان وإقامة الجماعة في الصلوات ونحوهما من الشعائر وهي [من] فروض الكفائيات على قولٍ بَعْضِ الأصحاب، وقد سبق ذكره في موضعه .

ومنها ما يتعلَّق بمصالح المعاش وانتظام أمور الناس كدفع الضرر عن المسلمين، وإزالة فاقتهم كستر العارين وأطعام الجائعين<sup>(٢)</sup> وإعانة المستغيثين في النائبات، وكل ذلك فرض كفاية في حق أصحاب الثروة والقدرة إذا لم تف الصدقات الواجبة بسدِّ الحاجات ولم يكن في بيت المال من سهم المصالح ما يصرف إليها، فإذا انسدت الضرورة، فيكفي ذلك أم تجب الزيادة إلى تمام الكفاية التي يقوم بها من تلزمه النفقة؟ حكى الإمام فيه وجهين لأصحاب الأصول<sup>(٣)</sup> .

والجرف، والصناعات، وما به قوام المعاش، كالبيع، والشراء، والحرائة، وما لا بدُّ منه حتى الحجامَّة والكُنس، جُبلت النفوس على القيام بها، حتى لا يُحتاج إلى حثِّ عليها، وتزغيب فيها، لكن لو فرض امتناع الخلق منها لأثموا، وكانوا ساعين في إهلاك أنفسهم، فهي إذن من فروض الكفائيات . ومنها ما يتعلَّق بأمر الدين، وصلاح المعيشة لتحمل الشهادة وأدائها، وإعانة القضاة على استيفاء الحقوق، ونحو ذلك وكتجهيز المؤتى: غسلاً، وتكفيناً، وصلاة، ودفناً . وهذه أمورٌ تتعلَّق بشعائر الدين، ويستدعيها حُسنُ المعاشرة، وبها تنظَّم أمورُ المعاش، ثم نختم الفصل بصورتين :

إحداهما: إذا تعطلَّ فرض كفاية حرج به من علم، وقدر على القيام به، ومن لم يعلم به، وكان قريباً من الموضع يليق به البحث والمراقبة، فإنه يأثم من جهة ترك البحث أيضاً .

قال الإمام: ويختلف هذا بكبير البلاد، وصغيرها، وقد يبلغ التعطيل مبلغاً ينتهي

(١) قال النووي: لا يحصل مقصود الحج بما ذكر فإنه مشتمل على الوقوف والرمي والمبيت بمزدلفة ومنى، وإحياء تلك البقاع بالطاعات وغير ذلك والله أعلم .

(٢) قال في المهمات: تخصيصه بالمسلمين باطل، فإن أهل الذمة والمستأمنين يجب أيضاً دفع ضررهم بالستر والإطعام وغيرهما مما يجب للمسلم، وقد صرح به الرافعي في باب الأطعمة . قال في الخادم: الذي هناك إنما هو الإطعام في حالة الإضرار نعم الرافعي قد صرح بالمسألة في كتاب الجنائز، فقال في الكلام على الصلاة على الميت، وأما التكفين والدفن فإن كان الكافر ذمياً، ففي وجوبها على المسلمين وجهان أظهرهما يجب، وفاء بدمته كما يجب أن يكسى ويطعم في حياته، هذا لفظه . انتهى .

(٣) قال النووي: قال الإمام في كتابه «الغياثي»: يجب على الموسر المواساة بما زاد على كفاية سنة .

خبره إلى سائر البلاد، فيجب عليهم السَّعي في التدارك، وفي الصورة دَلِيلٌ على أنه لا يجوز الإعراض [والإهمال] ويجب البحث والمراقبة على ما يليق بالحال.

الثانية: إذا قام بالفرض جَمَعَ لو قام به بعضهم يسقط الحرج عن الباقيين، كانوا كلهم مُؤَدِّين للفرض لتساويهم في صلاحية القيام به وشُمُول الحرج للكل لو تعطل ولا مَزِيَّةٌ للبعض على البعض. قال الإمام: وإذا صَلَّى على الميت جمع، ثُمَّ صَلَّى آخرون، فالوجه أن يجعلهم بمثابة المقارئين الأولين في الصلاة، فَإِنَّ التَّنْفُلَ بِصلاة الجنائزة، لا نَرَى له أَضلاً في الشَّرْع.

قال العزالي: وَيَسْقُطُ الْجِهَادُ بِالْعَجْزِ الْحِسِّيِّ كَالصَّبَا وَالْجُنُونِ وَالْأَثَوَةِ وَالْمَرَضِ وَالْعَرَجِ وَإِنْ كَانَ يَقْدِرُ عَلَى الْقِتَالِ فَارِساً \* وَبِالْعَمَى \* وَبِالْفَقْرِ أَغْنَى الْعَجْزُ عَنِ السَّلَاحِ وَالرُّكُوبِ وَنَفَقَةِ الذَّهَابِ وَالْإِيَابِ كَمَا فِي الْحَجِّ \* وَلَا يَسْقُطُ بِالْخَوْفِ فِي الطَّرِيقِ مِنَ الْمُتَلَصِّصِينَ لِأَنَّ قِتَالَهُمْ أَهَمُّ.

قال الزَّافِي: قد ذَكَرْنَا أَنَّ كَلَامَ الْقِسْمِ فِي طَرَفَيْنِ:

أحدهما: في وجوب الجهاد.

والثاني: فيما يُسْقِطُه ويمنع وجوبه، وهذا أول الشروع في الطرف الثاني [وقد يُوجَدُ في بعض النسخ الطرف الثاني<sup>(١)</sup> وفي المسقط.

ويسقط الجهاد بالعجز الحسي، وما يمنع الوجوب ينقسم إلى: مَا يُورِثُ الْعَجْزَ الْحِسِّيَّ، وَإِلَى مَا لَا يُورِثُهُ، ولكن يدفع الوجوب مع القدرة عليه.

فمن القسم الأول: الصَّعْرُ، فلا يجب الجهاد على الصبي والمجنون لما روي عن عليٍّ - رضي الله عنه - أن النبي - ﷺ - قال: «رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ: عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَخْتَلِمَ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَفِيقَ، وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ»<sup>(٢)</sup>.

وعن ابن الزُّبَيْرِ - رضي الله عنه - أن النبي - ﷺ - رَدَّ يَوْمَ بَدْرٍ نَقْرًا مِنْ أَصْحَابِهِ اسْتَصْعَرَهُمْ<sup>(٣)</sup>.

(١) سقط من: ز.

(٢) تقدم.

(٣) قال الحافظ: قد روى البخاري عن البراء بن عازب قال: استصغرت أنا وابن عمر يوم بدر، وروى الحاكم في المستدرک من حديث سعد بن أبي وقاص: أن النبي ﷺ عرض جيشاً، فرد عمير بن أبي وقاص فبكى، فأجازه، وروي في مناقب سعد بن خيثمة أنه استصغر هو وزيد بن حارثة يوم بدر، وروى الحاكم والبيهقي أنه رد أيضاً أبا سعيد المخدري، وجابر بن عبد الله، وفي ابن ماجه أنه رد ابن عمر.

ومنه: الأثوثة، فالنساء يضعفن ويعجزن عن القتال غالباً، وقد روي عن عائشة - رضي الله عنها - أنها سألت رسول الله - ﷺ - هل على النساء جهاد؟ قال: «نعم، جهاد لا قتال فيه، الحج والعمرة»<sup>(١)</sup> وفيه إشعار بأنه ليس عليهن ما فيه شوك وهو السلاح، ويجوز للإمام أن يأذن للنساء، والمراهقين في الخروج، وأن يستصحبهم لسقي الماء، ومدأوة الجرحى، ولمعالجة الجرحى، ولا يأذن للمجانين بحال، ولا يجب الجهاد على الخثلى المشكى، لاحتمال أثوئته.

ومنه: الممرض، فلا جهاد على المريض الذي يمنعه مرضه من القتال، والركوب على الدابة، وكذا لو لم يمكنه القتال إلا بمشقة شديدة ولا اعتبار بالصداق، والحمى الخفيفة، ووجع الضرس، ونحوها ومنه: العرج، فلا جهاد على المقعد العاجز عن المشي والركوب وإن قدر على الركوب، وبه عرج بين، فذلك لا يجب عليه الجهاد، وإن كان يقدر على الركوب وعنده دواب؛ لأن الدابة قد تهلك أو تنقطع ولا يمكنه الفرار منه.

وفيه وجه: أن عليه الجهاد ركباً؛ لأن العرج لا يؤثر في حق الركب، والظاهر الأول، ولا فرق بين أن يكون العرج في رجل واحدة أو في الرجلين معاً.

وعن أبي حنيفة، أنه لا أثر للعرج في رجل واحدة، ولا أثر للعرج اليسير الذي لا يمنع من المشي ومكافحة العدو ولا جهاد على الأقطع والأشل [لأنه لا يتمكن من الضرب؛ ولا من الاتقاء]<sup>(٢)</sup> وفاقد معظم الأصابع كالأقطع، ومفقود ما دون المغصم كالسليم.

ومنه: العمى، فلا جهاد على الأعمى؛ لعجزه، ويجب على الأغور، والأعشى، والضعيف البصر، إذا كان يدرك الشخص، ويمكنه أن يتقي السلاح، وفي باب الجهاد ورد قوله تعالى في سورة الفتح: ﴿لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَى حَرْجٌ﴾ الآية [النور: ٦١].

ومنه: الفقير فالذي يعجز عن السلاح، وأسباب القتال، لا يكلف القتال، ويشترط أن يجد ما يُنفق من طريقه ذهاباً وإياباً، ولا يقال: إن سفر الغزو، وسفر الموت فلا يشترط نفقة الإياب؛ لأن الإيسار يجد ثقة نفسه بالبقاء غالباً ولو لم يكن معه أقبية الرجوع - انكسر نشاطه، ويطل أمره.

(١) رواه ابن ماجه [٢٩٠١] والبيهقي [٣٥٠/٤] من حديثها بلفظ: لا قتال فيه، وأصله في صحيح البخاري، وفسر الراجعي قوله: لا شوك فيه - يعني لا سلاح فيه - وغلط في عزو هذا المتن إلى عائشة، وإنما هو من حديث الحسين بن علي، كذا رواه الطبراني [٢٩١٠] في الكبير من حديثه، قال جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: إني جبان، وإني ضعيف، فقال: هلم في جهاد لا شوك فيه، الحديث.

(٢) سقط من: ز.

نَعَمْ مَنْ لَا أَهْلَ لَهُ وَلَا عَشِيرَةَ، ففِي اسْتِزَاطِ نَفَقَةِ الْإِيَابِ فِي حَقِّهِ خِلَافٌ [قد سبق في الحج، فإن كان القتال على باب البلد أو حوالية سقط اعتبار نفقة الطريق، قاله في المهذب. ويشترط وجدان الراحلة، إن كان على مسافة القصر؛ قال الله تعالى: ﴿وَلَا عَلَى الَّذِينَ إِذَا مَا أَتَوْكَ لِتَحْمِلَهُمْ قُلْتَ لَا أَجِدُ مَا أَحْمِلُكُمْ عَلَيْهِ﴾ [التوبة: ٩٢] الآية وإن كان ما دون مسافة القصر - لم تُعتبر القدرة على الراحلة، كما سبق في الحج.

ويجب أن يكون جميع ذلك فاضلاً عن نفقة من تلزمه نفقته، وسائر ما ذكرنا في سفر الحج، وكل عذر يمنع وجوب الحج يمنع وجوب الجهاد، إلا أن هناك يشترط أمن الطريق، وهاهنا لا يشترط؛ لأن الغزو مبني على مصادفة المخاوف هذا إذا كان الخوف من طلائع الكفار، وإن كان من متلصصي المسلمين فقيه وجهان مذكوران في «النهاية».

أحدهما: أنه يمتنع الوجوب كما في الحج، وأصحهما - وهو المذكور في الكتاب، أنه لا يمنع؛ لأن الخوف محتمل في هذا السفر، وقتال المتلصص أهم وأولى، وإذا بذل للفاقد ما يحتاج إليه، لم يلزمه قبوله إلا أن يبذل الإمام، فعليه أن يقبل ويُجاهد؛ لأن ما يأخذه من الإمام حقه.

قال الإمام: والذي لا يُخاطب بمجاهدة الكفار فإنه بذل الجزية ليذب عنه، لا ليذب عنه، إنما يكون الشخص من أهل الكفاية في الجهاد، إذا كان: بالغاً، عاقلاً حراً، مسلماً، ذكراً.

قال الغزالي: (وأما موانع السير عنه) فكألرُق وَمَنَعَ صَاحِبِ الدِّينِ وَمَنَعَ الْوَالِدَيْنِ \* أما الرقيق فليس عليه الجهاد وإن أمره سيده إذ لا حق له في زوجة \* وليس عليه الذب عن سيده عند الخوف على روجه \* وليس لمستحق الدين المنع بالدين المؤجل عن سائر الأسفار \* وفي الجهاد ثلاثة أوجه لأن مصيره إلى الموت \* ففي وجه يمنع أبداً \* وفي وجه لا يمنع إن خلف وفاء \* وفي وجه يمنع غير المرتزقة الذين معيشتهم من الجهاد \* وللوالدين المنع \* والجد والجدة لا يمنع أن يلحقا بهما \* وليس لهما المنع من حجة الإسلام بعد الاستطاعة لأنه فرض عين \* ولا من سفر العلم الذي هو فرض عين \* وإن كان فرض كفاية فوجهان \* ولهما المنع من ركوب البحر والتوادر المخطرة للتجارة \* وحيث لا خطر لم يجز لهما المنع على أظهر الوجهين \* والأب الكافر كالمسلم إلا في المنع من الجهاد.

قال الرافعي: القسم الثاني: ما يمنع الوجوب مع القدرة، له ثلاثة أنواع:

أحدها: الرق، فلا يجب الجهاد على الرقيق، كما لا يجب عليه الحج، لأنه لا



يتفرغ لهما، ولا يجد ما يتفقه فيهما، وقد روي أن رسول الله - ﷺ - كان يبايع الأحرار على الإسلام والجهاد، والعييد على الإسلام دون الجهاد<sup>(١)</sup>.

فإن أمره سيده بذلك، قال الإمام: والوجه أنه لا يلزمه طاعته؛ لأنه ليس من أهل هذا الشأن، والملك لا يقتضي التعرض للهلاك، وليس القتال من الاستخدام المستحق للسيد على العبد، ولا يجوز أن يكون في هذا خلاف، ولا يلزمه الذب عن سيده عند الخوف على روجه.

إذ لم تُوجِبِ الدَّفْعَ عَنِ الْغَيْرِ، بَلِ السَّيِّدُ فِي ذَلِكَ كَالْأَجَانِبِ، وَلِلسَّيِّدِ اسْتِصْحَابُهُ فِي سَفَرِ الْجِهَادِ، وَغَيْرِهِ؛ لِيُخْدَمَهُ، وَيَسُوْسَ دَوَابَّهُ، كَمَا فِي الْحَضَرِ.

وقوله في الكتاب: «وَلَيْسَ عَلَيْهِ الذَّبُّ عَنِ سَيِّدِهِ»، ينبغي أن يُغْلَمَ بِالْوَاوِ فَإِنَّهُ جَوَابٌ عَلَى أَنَّ الذَّبَّ<sup>(٢)</sup> عَنِ الْغَيْرِ لَا يَجِبُ، وَالْمُكَاتِبُ وَالْمَدْبُورُ، وَمَنْ بَعْضُهُ رَقِيقٌ كَالْقِرْنِ.

الثاني: الدين، ومن عليه دين مال لمسلم أو ذمي، ليس له أن يخرج في سفر الجهاد أو غيره، إلا أن يأذن رب الدين، وله أن يمنعه منه لتوجه المطالبة عليه، والحبس، وكيف يجوز أن يترك الفرض المتعين عليه، ويستغل بفرض الكفاية؟ وإن كان معسراً، فقد ذكر القاضي ابن كنج: أن المذهب أنه ليس له منعه؛ لأنه لا مطالبة عليه في الحال<sup>(٣)</sup>، وأن أبا إسحاق قال: له المنع؛ لأنه يرجو أن يُوسرَ فيؤدي وفي الجهاد خطر

(١) النسائي [١٥٠/٧] و٢٩٢ - ٢٩٣] من حديث جابر: أن عبداً قدم على النبي ﷺ فبايعه على الجهاد والإسلام، فقدم صاحبه فأخبره أنه مملوك، فاشتراه ﷺ منه بعددين، فكان بعد ذلك إذا أتاه من لا يعرفه ليبايعه، سأله أحر هو أم عبد، فإن قال حر بايعه على الإسلام والجهاد، وإن قال مملوك بايعه على الإسلام دون الجهاد، وأصله في صحيح مسلم [١٦٠٢]، وعن الحارث بن عبد الله بن أبي ربيعة: أن رسول الله ﷺ كان في بعض مغازيه مر بأناس من مزينة، فاتبعه عبد لامرأة منهم، فلما كان في بعض الطريق سلم عليه، فقال: فلان، قال: نعم، قال: ما شأنك؟ قال: أجاهد معك، قال: أذنت لك سيدتك، قال: لا، قال: ارجع إليها، فإن مثلك مثل عبد لا يصلي، إن مت قبل أن ترجع إليها، اقرأ عليها السلام، فرجع إليها فأخبرها الخبر، فقالت: الله هو أمرك أن تقرأ على السلام، قال: نعم، قالت: ارجع فجاهد معه، أخرجه الحاكم.

(٢) في أ: الدفع.

(٣) قال في الخادم: ما ذكره من أن له منعه مخالف لما ذكره في كتاب التفتيس من أن صاحب الدين إذا أراد منعه من السفر مطلقاً، رفعه إلى الحاكم وطالبه به ويحبسه وهو يدل على أنه ليس له المنع بدون ذلك وأنه بسبيل من السفر قبل ذلك وهذا صحيح إذا قلنا إن المديون لا يلزمه أداء الدين إلا بالمطالبة وفيه احتمالان للإمام، قال الرافعي لم يرجح شيئاً بل قضية كلامه في الشرح الصغير والمحرم ترجيح المنع، وكذا قضية كلام الروضة في التفتيس ونقل ابن الرفعة في الكفاية عن الأصحاب وفي المطلب عن الماوردي وغيره.

الهِلَاكِ، وإذا استناب المدين مَنْ يَقْضِي الدينَ مِنْ مالٍ حاضرٍ فله الخروجُ؛ لأنَّ رَبَّ الدِّينِ يصلُ إلى حقه في الحال، وإنَّ أمره بالقضاءِ مِنْ مالٍ غائبٍ، لم يجز الخروجُ؛ لأنه قد لا يَصِلُ، هكذا فَصَّلَ صاحبُ التَّهْذِيبِ.

ويجوزُ أَنْ يخرجَ مما سنذكرُ في المؤجَّلِ إذا خَلَّفَ وفاءً أنه لا يجوزُ الخروجَ بغيرِ إِذنه بحالٍ، ومَهْمَا أَذِنَ رَبُّ الدينِ فله الخروجُ، وهل يلتحق بأصحابِ فروضِ الكَفَايَاتِ؟ قال الإمامُ: فيه احتمالان، والظاهرُ الالتحاقُ، وإن كان الدينُ مُؤَجَّلًا - فله الخروجُ إلى الأَسْفَارِ التي لا يغلبُ الخطرُ فيها على ما سبق في «التفليس» وأما في سَفَرِ الجهادِ فالترتيبُ المحمودُ عن الإمامِ وأبي الفَرَجِ السَّرْحَسِيِّ أنه إنْ خَلَّفَ وفاءً فله الخروجُ، وليس لِرَبِّ الدِّينِ منعه، وإلا فوجهان:

أحدهما: أن له المنعُ؛ لأن هذا السَفَرَ مخاطرٌ فيبني على مصادفة الموت وفيه ضياعُ حَقِّ المُسْتَحَقِّ.

والثاني: أنه لا مَنَعُ له، كما في سَائِرِ الأَسْفَارِ؛ لأنه لا مُطَالَبَةٌ في الحال وفي «التَّهْذِيبِ» طريقة أُخْرَى، وهي أنه إنْ لم يخلف وفاءً فليس له الخروجُ إِلا بِأَذْنِ رَبِّ الدينِ وإنْ خَلَّفَ - فوجهان؛ لأنه قد يتلف ولا يصلُ إلى رَبِّ الدِّينِ.

ومنهم مَنْ طرد الوجهين في الحالتين، ومنهم من خَصَّصَ الخلافَ بغيرِ المَرْتَزَقَةِ، وجوزَ لمن هو مِنَ المَرْتَزَقَةِ الخُرُوجَ، لأن اسمه مكتوبٌ في الدِّيوانِ، ولا بُدُّ له من الخروجِ إذا استنفر، وقد يكون وجهُ مَعِيشته، وقضاءِ دينه من الرزقِ الذي يأخذه، أو من الغنائمِ المغنومةِ من الجهادِ، ويخرجُ مِنْ هذه الطرقِ عند الاختصارِ أربعة أوجه ذكرناها في «التفليس».

أظهرها: عند الإمامِ في جَمَاعَةٍ أنه لا منع لِرَبِّ الدينِ بحالٍ، وهذا يُوافِقُ ما أطلقه صاحبُ الكتابِ حيثُ قال: «وَلَيْسَ لِمَنْ لَهُ دِينٌ مُؤَجَّلٌ مَنَعُهُ»، وقد أُغْفِلَ هذا الوجه هاهنا.

والثاني: له المنعُ مُطلقاً، إلا أن يُؤدِّي الدينَ، وأقيم مقامُ الأداءِ ما إذا أقام كَفَيْلاً على ما ذكرناه في «التفليس». وأدعى الزويتاني أن هذا أَصَحُّ.

والثالثُ: الفرقُ بين أن يخلفَ وفاءً أو لا يخلفَ، والواقعُ الفرقُ بين المَرْتَزَقَةِ وغيرهم، وفي كتابِ القَاضِي ابن كج: أنه إن كان الأخذُ يدومُ إلى أن يَرْجِعَ فلا مَنَعُ، وإن كان يحلُّ قبل أن يَرْجِعَ، ففيه الخلافُ فيخرجُ من هذا وَجْهٌ خَامِسٌ، وقد مر في «التفليس» أن ركوبَ البَحْرِ كسفرِ الجهادِ؛ لخطره، وكذلك أوردَ القاضِي ابن كج لخطره، وفي «تَمِيمَةُ التَّمِيمَةِ»: أنه لا يُلْحَقُ بسفرِ الجهادِ؛ لأن رَاكِبَ البحرِ يسعى في السَّلَامَةِ، والغازي قد يُعْرَضُ نفسه للشهادة.

الثالث: مَنْ أبواه أو أَحدهما في الحياة لا يجوزُ له الجهادُ إلاَّ بإذنه، أو بإذنه؛ لما روي عن عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ - رضي الله عنهما - أنه قال: جاء رجلٌ إلى رسول الله - ﷺ - فاستأذنه في الجهاد، فقال - عليه [الصلاة] والسلام - «أَحْيَى وَإِلِدَاكَ؟ قال: نَعَمْ، قال: فَفِيهِمَا فَجَاهِدْ»<sup>(١)</sup>.

ويروى أن رجلاً جاء فقال: إني أريد أن أجاهدَ معَكَ، فقال - ﷺ - «أَلَيْكَ أَبَوَانِ؟ فَقَالَ: نَعَمْ؛ فقال: كَيْفَ تَرَكْتَهُمَا؟ فَقَالَ: تَرَكْتُهُمَا وَهُمَا يَبْكِيَانِ. فَقَالَ: ازْجِعْ إِلَيْهِمَا وَأَضْحِكُهُمَا كَمَا أَتَكْتِيْتُهُمَا»<sup>(٢)</sup> وأيضاً، فالجهادُ فَرَضٌ على الكفاية، وغيره يقوم مقامه فيه، ويرى الوالدين مُتَعَيِّنَ عليه، هذا بشرط الإسلام، وأما إذا كان الأبوان أو الحيُّ منهما مُشْرِكاً - فلا يَحْتَاجُ في الخروجِ إلى إِذْنِهِ للتهمة الظاهرة بالميلِ إلى أهلِ الدين.

وكان عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي ابنِ سَلُولٍ يغزو مع رسول الله - ﷺ - ومعلومٌ أن أباه كان يكره ذلك، وأنه كان يُخَذِّلُ الأَجَانِبَ، ويمتنعهم من الجهاد<sup>(٣)</sup>.

وأما الأجدادُ والجداتُ، فقد قال الإمام: لا يتعدى عندي إلحاقهم بالوالدين في اشتراط الرضا، وعلى هذه اللفظة جرى صاحبُ الكتاب، والمفهومُ مما أورده غيرهما إلحاقهم بهما بلا تمييز، وحكى في التهذيبِ وَجْهَيْنِ، في أنه: هل يحتاجُ إلى استئذانِ الجد مع الأب والجد مع الأم؟

أحدهما: المنع؛ لأن البعيدَ محجوبٌ بالقرب.

وأصحُّهما: نَعَمْ؛ لأن البرَّ إلى البعيد، وشفقته لا يختصان بحالة فقدان القريب ولما ذكر أن للأبوين المنع من سفر الجهاد، وذكر حُكْمَ سائِرِ الأَسْفَارِ. فمنها حجة الإسلام إذا وجبت على الابن؛ لاجتماع شرائط الاستطاعة فليس لهما المنع منها؛ لأنها فرضٌ عَيْنٍ، وفي التأخير خطر الفوات وليس الخوفُ فيه كالخوفِ في سفرِ الجهاد.

وحكى صاحبُ الكتاب في «كِتَابِ الْحَجِّ» وَجْهًا: أن لهما المنع من الخروج لها، وذكرنا هناك أنه غريبٌ، وقد يُوجَّهُ بأن الحج على التَّراخي، ويرى الوالدين لأرْمَ في الحال.

(١) متفق عليه البخاري [٣٠٠٤ - ٥٩٧٢] ومسلم [٢٥٤٩] وقد تقدم في باب الإحصار والفوت.

(٢) رواه أبو داود [٢٥٢٨] والنسائي [١٠/٦] وابن ماجه [٢٧٨٢] من حديث ابن عمر أيضاً، وفي الباب عن أبي أسيد قال: جاء رجل من الأنصار وأنا جالس، فقال: يا رسول الله هل بقي علي من بر أبي شيء بعد موتها أبرهما به؟ قال: نعم، خصال أربع الصلاة عليهما، والاستغفار لهما، وإنفاذ عهدهما، وإكرام صديقهما، وصلته الرحم التي لا رحم لك إلا من قبلهما، فهو الذي بقي عليك من برهما بعد موتهما، رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه.

(٣) قال الحافظ: فقد عده ابن إسحاق وغيره فيمن شهد بدرًا وأحدًا وما بعدهما، وأما تخذيل عبد الله ابن أبي: فوقع في غزوة أحد وغيرها كما ذكره ابن إسحاق وغيره.

وَأَمَّا حَجُّ التَّطَوُّعِ، فَقَدْ مَرَّ هُنَاكَ أَنَّ لِهَما المَنعَ مِنْهُ.

ومنها: السَّفَرُ لطلب العِلْمِ، فَإِنْ كان يَطْلُبُ ما هو مُتَعَيِّنٌ عَلَيْهِ، فليس لهما المَنعُ، ولا يَجِبُ عَلَيْهِ الاستِئْذَانُ لسَفَرِ الحِجِّ وبلِ أُولَى؛ لأنَّ الحِجَّ عَلَى التَّرَاجِي، وَإِنْ كان فَرَضٌ كفايَةً، بَأَنَّ كان خَرَجَ طالِباً لدرجة الفَتْوَى، وفي الناحية مَنْ يَسْتَقِيلُ بالفتوى فوجهان:

أحدهما: أَنَّ لهما المَنعُ؛ كما في سفر العَزْوِ.

وأصحهما: أَنَّهُ لا مَنعَ لهما<sup>(١)</sup>؛ لأنَّ الحِجْرَ عَلَى المُكَلَّفِ وَحَبْسَهُ بعيد، والسَّبَبُ في العَزْوِ أَنَّ مَصِيرَهُ مَضْرَعُ المَوْتِ، وَإِنْ لم يكن هُنَاكَ مَنْ يَسْتَقِيلُ بالفتوى، لكن خَرَجَ عِنْدَ خُرُوجِهِ جماعةً، ففي الحاجة إِلَى الإِذْنِ وَجَهاً مُرْتَباناً.

وأُولَى بَأَنَّ لا يَحْتَاجُ إِلَى الإِذْنِ؛ لأنَّهُ لم يوجَدُ في الحالِ مَنْ يَقومُ بالمَقْصودِ، والخارجُونَ مَعَهُ قد لا يَظْفَرُونَ بالمَقْصودِ.

وَإِنْ لم يَخْرُجْ مَعَهُ أَحَدٌ، فالرَّشيدُ المَبادِرُ إِلَى الخُرُوجِ لا يَحْتَاجُ إِلَى الإِذْنِ؛ لأنَّهُ بالخُرُوجِ يَدْفَعُ الحِجْرَ عَن نَفْسِهِ فيمَكِّنُ مِنْهُ، كما إِذا خَرَجَ لِلْفَرَضِ المُتَعَيِّنِ عَلَيْهِ.

وَقَيَّدَ بَعْضُهُم هذه الصُّورَةَ بما إِذا لم يَمكِنهُ التَّعليمُ في بَلَدِهِ، وَيَجوزُ أَلَّا يَعتَبَرُ ذلكَ، وَيكتَفِي بِأَنَّ يَتَوَقَّعُ في السَّفَرِ زيادَةَ فَرَاغٍ أو إِزْشادِ أَسْتاذٍ أو غَيْرِها كما لم يَقيدَ الحُكْمَ في سَفَرِ التَّجارةِ بَأَنَّ لا يَتَمَكَّنُ مِنَ التَّجارةِ في البَلَدِ، واكتَفَى بِأَنَّ يَتَوَقَّعُ زيادَةَ رِزْقٍ، أو زَوَاجٍ<sup>(٢)</sup>.

وَأَمَّا سَفَرُ التَّجارةِ وَغَيْرِها، فَإِنْ كان قَصيراً - فلا مَنعَ بِحالٍ، وَإِنْ كان طَوِيلاً نُظِرَ، إِذْ كان فِيهِ خَوْفٌ ظاهِرٌ، كركوبِ البَحرِ والبِواديِ المَخْطِرةِ، فلا بُدَّ فِيهِ مِنْ الاستِئْذَانِ<sup>(٣)</sup>، كما في سَفَرِ الجِهادِ، وَيجِيءُ فِيهِ ما حَكينا عَن «تَيَمَّةِ التَّيَمَّةِ»، وَإِنْ كان الأَمْرُ غالِباً فوجهان:

في وَجهِ، لهما المَنعُ، وَعَلَيْهِ الاستِئْذَانُ تحرزاً عما يُؤْذِيهِما، وَقَدْ يُؤَيِّدُ ذلكَ بِأَنَّهما يَمنعانِ مِنْ حِجِّ التَّطَوُّعِ، وَإِذا كان لهما أَنَّ يَمْنَعَا<sup>(٤)</sup> مِنَ العِبادةِ، فأُولَى أَنَّ يَكُونُ لهما المَنعُ مِنَ المُباحِ.

(١) في ز عليهما.

(٢) [قال في الخادم: ويتعين أن يشترط أن لا يكون أمرد جميل الصورة يخشى عليه الفساد] انتهى.

(٣) قال في الخادم قوله «نظر إن كان فيه خوف ظاهر وركوب بحر أو بادية مخطرة وجب الاستئذان» على الصحيح مخالف لما ذكره في كتاب الحج أن السفر في البحر عند غلبة الهلاك والاستواء حرام ولو كان الشخص ليس له أصول.

وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ لَا مَنَعَ لِهَمَا؛ لِأَنَّهُ بِالْإِمْتِنَاعِ عَنِ ذَلِكَ قَدْ يَنْقَطِعُ عَنِ مَعَايِشِهِ، وَيَضْطَرُّ عَلَيْهِ أَمْرُهُ، وَالْأَبُّ الْكَافِرُ كَالْمُسْلِمِ فِي هَذِهِ الْأَسْفَارِ، بِخِلَافِ مَا سَبَقَ فِي سَفَرِ الْجِهَادِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْحُرِّ وَالرَّقِيقِ فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ؛ لِشُمُولِ مَعْنَى الْبِرِّ وَالشَّفَقَةِ<sup>(١)</sup>.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ بَلَغَ كِتَابُ الْوَالِدَيْنِ أَوْ مُسْتَحَقُّ الدِّينِ بِالرُّجُوعِ عَنِ الْإِذْنِ وَهُوَ فِي الطَّرِيقِ فَلْيَنْصَرِفْ إِنْ قَدَرَ وَإِلَّا فَلْيَتَمَّ فِي قَرْيَةٍ \* وَإِنْ كَانَ فِي الْقِتَالِ وَجَبَ الْأَنْصِرَافُ عَلَى وَجْهِهِ إِنْ لَمْ يَخَفْ وَهَنَّ الْمُسْلِمِينَ \* وَلَا يَجِبُ فِي وَجْهِهِ \* وَتُتَخَيَّرُ فِي وَجْهِهِ \* وَالصَّحِيحُ أَنَّ الْعِلْمَ وَفُرُوضَ الْكِفَايَةِ لَا تَتَعَيَّنُ بِالشُّرُوعِ وَإِنْ أُنْسَ الْمُتَعَلِّمُ الرُّشْدَ مِنْ نَفْسِهِ \* وَفِي صَلَاةِ الْجَنَازَةِ خِلَافٌ \* وَالْجِهَادُ إِذَا يَحْرُمُ فِيهِ التُّزُوعُ لِمَا فِيهِ مِنَ التَّخْدِيلِ \* هَذَا كُلُّهُ فِي قِتَالِ نَفَرٍ فَرَضَ كِفَايَةً \* فَإِنْ وَطِئَ الْكُفَّارُ دَارَ الْمُسْلِمِينَ تَعَيَّنَ عَلَى مَنْ لَهُ مَنَّةٌ قِتَالُهُمْ حَتَّى الْعَبْدُ وَالْمَرْأَةُ \* وَأَنْحَلَّ الْحَجْرُ عَنِ الْعَبْدِ إِنْ لَمْ يُسْتَعْنِ عَنْهُ \* وَإِنْ اسْتَعْنِيَ وَلَكِنْ فِيهِمْ زِيَادَةٌ قُوَّةً فَبَقِيَ الْوُجُوبُ وَجْهَانِ \* وَلَوْ خَرَجَ قَوْمٌ فِيهِمْ كِفَايَةٌ فَبَقِيَ الْوُجُوبُ الْمُسَاعَدَةَ عَلَى الْآخَرِينَ وَجْهَانِ \* وَإِنْ كَانُوا فَوْقَ مَسَافَةِ الْقَصْرِ فَوَجْهَانِ مُرْتَبَانِ \* وَلَا يُشْتَرَطُ الْمَرْكُوبُ فِيمَنْ دُونَ مَسَافَةِ الْقَصْرِ \* وَفِيمَنْ وَرَاءَهُ وَجْهَانِ \* وَهَلْ يَنْزِلُ نُزُولُهُمْ فِي مَوَاتٍ دَارِ الْإِسْلَامِ وَأَسْرَهُمْ مُسْلِمًا أَوْ مُسْلِمِينَ فِي تَعْيِينِ الْوُجُوبِ مَنْزِلَةَ دُخُولِهِمُ الْبِلَادَ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَقْصُودُ الْفَضْلِ الْكَلَامُ فِيمَا إِذَا خَرَجَ مُجَاهِدًا ثُمَّ عَرَضَ مَانِعٌ، وَضَمَّ إِلَيْهِ مَا يَنَابِسُهُ، وَفِيهِ مَسْأَلَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: مَنْ خَرَجَ لِلْجِهَادِ بِإِذْنِ رَبِّ الدِّينِ، أَوْ الْوَالِدِينَ، ثُمَّ رَجَعُوا عَنِ الْإِذْنِ، أَوْ كَانَ الْأَبْوَابُ كَافِرِينَ، فَخَرَجَ ثُمَّ أَسْلَمَ وَلَمْ يَأْذَنَّا، وَعَلِمَ الْمَجَاهِدُ بِالْحَالِ، فَإِنْ لَمْ يَشْرَعْ فِي الْقِتَالِ، وَلَمْ يَخْضَرْ الْوَقْعَةَ بَعْدَ - فَعَلِيهِ الْأَنْصِرَافُ إِلَّا إِذَا كَانَ يَخَافُ عَلَى نَفْسِهِ أَوْ مَالِهِ، وَالْحَقُّ بِهِ مَا إِذَا كَانَ يَخَافُ مِنْ انْصِرَافِهِ انْكَسَارًا عَلَى الْمُسْلِمِينَ، فَيَعْذِرُ فِي الْمَضِيِّ، وَإِنْ لَمْ يُمْكِنِ الْأَنْصِرَافُ لِلْخَوْفِ، وَلَكِنْ أُمْتَكِنَ أَنْ يُقِيمَ فِي قَرْيَةٍ فِي الطَّرِيقِ إِلَى أَنْ يَرْجِعَ جُنُودَ الْمُسْلِمِينَ، لَزِمَهُ أَنْ يُقِيمَ؛ لِأَنَّ غَرَضَ الرَّاجِعِينَ عَنِ الْإِذْنِ الْأَلَّ يَقَاتِلُ، فَأَوْهَمَ فِي «الْوَسِيطِ» خِلَافًا فِي وَجُوبِ الْإِقَامَةِ هُنَاكَ، وَقَدْ يُوَجِّهُ بِمَا يَنَالُهُ مِنْ وَحْشَةِ مَفَارِقَةٍ، وَإِبْطَالِ أَهْبَةِ الْجِهَادِ عَلَيْهِ.

(١) قَالَ الشَّيْخُ الْبَلْقِينِيُّ: جَزَمَ الْمَاورِدِيُّ فِي الْحَاوِي بِمُقَابِلِ الصَّحِيحِ وَهُوَ أَنَّهُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى إِذْنِ الرَّاقِيقِ ثُمَّ مَحَلُّ اسْتِثْنَاءِ الْأَبْوَابِ إِذَا كَانَ الْوَالِدُ حُرًّا، فَلَوْ كَانَ رَقِيقًا وَهَمَّا حُرَّانِ، قَالَ الْمَاورِدِيُّ: فَلِإِذْنِ السَّيِّدِ هُوَ الْمَغْلَبُ نَعَمْ لَوْ كَانَ بَعْضُ الْوَالِدِ حُرًّا وَبَعْضُهُ رَقِيقًا فَلَا بَدَّ مِنَ الْاجْتِمَاعِ عَلَى الْإِذْنِ. ذَكَرَهُ الْمَاورِدِيُّ أَيْضًا. انْتَهَى.

وفي كتاب «القاضي ابن كنج» حكاية قول: أنه لا يلزمه الانصراف ويتخير، كما لا يجب الانصراف على المرأة إذا أذن لها في السفر، وطلّقها بعد مُفارقة البلد، والمشهور الأول. وإن كان الرجوع بعد الشروع في القتال، ففي جواز الانصراف قولان، أو وجهان:

أحدهما: يجب؛ لأنّ حقّ الراجعين عن الإذن أولى بالرعاية؛ لأنه فرض عَيْن، والجهاد فرض على الكفائية؛ لأنّ حقّهم أسبق؛ ولأنّ حقوق الأديميين مبنية على المضايقة، وهو أولى بالمحافظة.

والثاني: لا يجب؛ لأنّ مَنْ حضر الوقعة يلزمه الثبات، قال الله تعالى: ﴿إِذَا الْقِتْنَمُ فِتْنَةً فَاقْتَبُوا﴾ [الأنفال: ٤٥] ولأنّ الانصراف يُشوش أمر القتال، ويكسر القلوب، ومنهم من يرتب على هذا الخلاف في أنه هل يجوز الانصراف.

قال الإمام: ويخرج من اختلاف العبادتين ثلاثة أوجه:

أحدها: يجب الانصراف؛ لارتفاع الإذن.

والثاني: لا يجوز، بل تجب المصابرة.

والثالث: يتخير بين الانصراف والمصابرة؛ لتعارض المغنيين، ويُنسب هذا إلى اختيار القاضي الحسين، ومال أكثرهم إلى توضيح الثاني، وهو الجواب في «التهديب»، وهذه الوجوه هي التي أوردتها في الكتاب لكن لفظ الوجه الثاني، وهو أنه لا يجب الانصراف غير واف بتمام المقصود؛ لأنّ مقصود هذا الوجه أنه تجب المصابرة، ولا يجوز الانصراف، ولا يلزم من ألا يجب ألا يجوز، نعم في لفظ التخيير المذكور في الوجه الثالث، ما يفهم الغرض، فإنّ المعنى التخيير بين الانصراف والثبوت، وفي ذلك إشعار بأنّ الواجب في وجه هذا وفي وجه هذا.

وحكي وجه رابع: أنه يجب الانصراف إن رجع ربّ الدين، ولا يرجع ولا يجب إذا رجع الوالد، والفرق عظيم شأن الدين، والاحتياط للمظالم، ومن شرط عليه الاستئذان إذا خرج بغير إذن لزمه الانصراف، ما لم يشرع في القتال؛ لأنّ سفره سفر مغصية إلا أنّ يخاف على نفسه أو ماله، كما سبق، وإن شرع في القتال - فوجهان بالترتيب. وهذه الصورة أولى بوجوب الانصراف؛ لأنّ ابتداء الخروج كان مغصية، والعبء إذا خرج بغير إذن سيده - لزمه الانصراف، ما لم يحضر الوقعة فإن حضر فلا، قاله في التهديب.

وقال القاضي الرؤياني: يستحب له أن يرجع.

ولو مرض بعد ما خرج أو عرج أو فني زاده، أو هلكت دابّته، فهو بالخيار بين أن ينصرف، أو يمضي ما لم يحضر الوقعة.

وكذا الحُكْم لو كان العُدْرُ حاصِلاً وَقْتَ الخروج، فإن حضر الواقعة فعن رواية القاضي أَبِي الطَّيِّبِ، وصَاحِبِ التَّقْرِيبِ، أنه يلزمه الثبَاتُ، وَعَنْ غيرهما يجوز الرجوع؛ لأنه لا يُمْكِنُه القتالُ، وهذا أَظْهَرُ، وَخَصَّ الإمامُ الخِلافَ بما إذا كان [لا] يُورِثُ انصرافه انفراداً وَانْحِلالاً فِي الجُنْدِ، فَإِنْ أوزَرْتُهُ لم يجز الرجوعُ.

وفي «التَّهْذِيبِ» في صورة هلاك الدَّابَّةِ أنه يلزمه القتالُ راجلاً إِنْ أَمْكَنَهُ ذلك، وإلَّا فَله الانصرافُ. وَعَنْ بَعْضِهِمْ فيما إذا انقَطَعَ عنه سِلاحه، أو انكسَرَ أنه إِنْ أَمْكَنَهُ القتالُ بالحجارة لزمه ذلك. وَحيثُ جوزنا الانصرافَ لرجوع رَبِّ الدِّينِ، أو الأبوينِ عن الإذْنِ، أو لحدوثِ المرضِ ونحوه فليس للسلطانِ حَبْسُهُ.

قال الشَّافِعِيُّ - رضي الله عنه - إِلاَّ أَنْ يتفق ذلك لجماعةٍ، وكان يَخْشَى من انصرافِهِم الخَلَلُ في المسلمين، ولو انصرف لذهابِ نفقةٍ، أو هلاكِ دَابَّةٍ، ثم قَدَرَ على النفقة، والدَّابَّةُ في بِلادِ الكُفْرِ - فعليه أن يرجع إلى المجاهدين، وَإِنْ كان قَدْ فارقَ بِلادَ الكُفْرِ - لم يلزمه الرجوعُ إليهم.

وعن نَصِهِ: أَنْ مَنْ خرج للجهادِ وَبِهِ عُدْرٌ مِنْ مرضٍ وغيره، ثم زال عُدْرُهُ، وصار مِنْ أَهْلِ قَرْضِ الجهاد - لم يكن له الرجوعُ عن العُدْرِ دُونَ رُجُوعِ مَنْ غزا معهم، وكذا لَوْ حدثَ العُدْرُ وزال قبل أن ينصرفَ، والله أعلم.

المسألة الثانية: مَنْ شرع في القتالِ، ولا عُدْرَ له - يلزمه المصابرةُ؛ ولا يجوزُ له الانصرافُ؛ لما يخاف منه من التخذيلِ، وكَسْرِ قلوبِ الجندِ، وعبر الأصحابُ على هذا بأنَّ الجهادَ يَصِيرُ مُتَعَيِّناً على من هو مِنْ أَهْلِ قَرْضِ الكفايةِ بالشروعِ.

وطالبُ العِلْمِ إذا اشتغل بالتعلم<sup>(١)</sup> وآتَسَ الرُّشْدَ مِنْ نَفْسِهِ، هل يحرمُ عليه الانكفافُ. فيه وجهان:

أحدهما: نَعَمْ، ويلزمه الإتمامُ بالشروعِ، ويُحَكِّي هذا عن القاضي الحُسينِ.

وأصحُّهما: المنعُ؛ لأنَّ الشروعَ لا ينبغي أن يُعَيَّرَ حكمَ المشروعِ فيه، وفي الجهادِ إنَّما حرم الرجوعُ لخوفِ التخذيلِ، والانكفافُ عن التعلمِ ليس في معناه، وأيضاً كُلُّ مَسْأَلَةٍ مَطْلُوبَةٌ بِرَأْسِهَا، مُنْقَطَعَةٌ عن غَيْرِهَا، وليست العلومُ كالجملَةِ الواجِدَةِ بخلافِ الجهادِ. وهل يجبُ إتمامُ صلاةِ الجَنَازَةِ إذا شرع فيها؟ حَكَى الإمامُ فيه وَجْهينِ عن القفالِ.

أحدهما: أنه لا يجبُ، كما لا يلزمُ التطوُّعُ بالشروعِ، وعن أكثرِ الأئمةِ أنه يجبُ كالجهادِ؛ لأنَّ الصلاةَ في حُكْمِ الخِصْلَةِ الواحدةِ، وقد تعلق الفرض بعين المصلي إذا

(١) في ز: بالتعليم.

ابتدأ فيه، وربما توجه بأن الإعراض هتك لحرمة الميت.

وقوله في الكتاب: «وَلَوْ بَلَغَ كِتَابُ الْوَالِدَيْنِ أَوْ مُسْتَحَقِّ الدِّينِ»، يشعر ظاهره بالاعتماد على الكتاب، ويجوز أن يقال إنه اكتفى بالقرائن، ويجوز أن يُنازَع فيه، ويؤول اللفظ.

وقوله: «إِنْ لَمْ يَخَفْ وَهَنْ عَلَى الْمُسْلِمِينَ» تبين أن الخلاف في وجوب الانصراف أو جواز موضعه ما إذا لم يكن في الانصراف خوف، وإن كان لم يجز الانصراف.

وقوله: «وَالصَّحِيحُ أَنَّ الْعِلْمَ وَفُرُوضَ الْكِفَايَاتِ لَا يَتَعَيَّنُ بِالشَّرْعِ» قضيته اطراد الخلاف المذكور في التعليم، وسائر فُرُوضِ الْكِفَايَاتِ، وحينئذ فيدخل فيها صلاة الجنائز، ويغني ذلك عن قوله: «وَفِي صَلَاةِ الْجَنَائِزَةِ خِلَافٌ»، وكأنه أشار بهذه اللَّفْظَةِ بعدما تبين أن الصحيح في التعلم وغيره أنه لا يتعين بالشروع.

إلا أن الخلاف في صلاة الجنائز ليس كالخلاف في التعلم، بل الأرجح في صلاة الجنائز وجوب الإتمام.

قال: هذا كله في قتالٍ هو فرض كفاية.

فرغنا عن الكلام في أحدِ قِسْمِي الجهاد، وهو فرض الكفاية.

والقسم الثاني: الذي هو فرض عين، وذلك إذا وطىء الكفار بلدة من بلاد المسلمين، وأطلقوا عليها، فنزلوا بها قاصدين، ولم يدخلوها بعد، فيصير الجهاد فرض عين، على التفصيل الذي نبهته على المشهور.

وعن ابن أبي هريرة، وغيره، فيما روى القاضي الروثاني، أنه فرض كفاية أيضاً، والمذهب الأول؛ لأن دخولهم دار الإسلام خطر عظيم، لا سبيل إلى إهماله، ولا بد من الجِدِّ في دفعه بما أمكن ثم أجمع ترتيب في ذلك ثقلاً وتصرفاً ما أفاده الإمام، وتلخيصه:

أن أهل تلك البلدة يتعين عليهم الدفع بما أمكنهم، وللدفع مرتبتان:

إحدهما: أن يحتمل الحال اجتماعهم وتأهبهم، واستعدادهم للموت، فعلى كل واحد من الأغنياء والفقراء التأهب بما يقدر عليه، وإذا لم يمكنهم المقاومة إلا بموافقة العبيد وجب على العبيد الموافقة، فينحل الحجر عنهم حتى لا [يراجعوا]<sup>(١)</sup> إلى مُرَاجَعَةِ السادات، وإن أمكنهم المقاومة من غير موافقة العبيد فوجهان:

أحدهما: أن الحكم كذلك لتقوى القلوب، وتعظم الشوكة، وتشتد النكاية في الكفار؛ انتقاماً من هجومهم.

(١) في أ: يحتاجون.



والثاني: أنه لا ينحل الحجر عنهم؛ لأن في الأخرار غنية عنهم، والأول أليق ببقه الباب، وأشبهه، والنسوة لم يكن فيهن قوة دفاع لا يحضرن، فإن حضورهن قد يجزئ شراً ويورث وهناً، وإن كان فيهن قوة، فعلى ما ذكرنا في العييد، ولا يجب في هذا القسم استئذان الوالدين، ولا استئذان رب الدين.

والمرتبة الثانية: أن يتغشاهم الكفار، ولا يتمكثوا من التأهب والتجمع فمن وقف عليه كافراً، أو كُفَّاراً - وهو يعلم أنه يُقتل إن أخذ - فعليه أن يتحرك، ويدفع عن نفسه بما يمكنه؛ يستوي فيه: الحر، والعبد، والرجل، والمرأة، والسليم، والأعمى، والأعرج، ولا تكليف على الصبيان والمجانين، فإن كان يجوز أن يُقتل، وأن يؤسر، ولو امتنع لقتل، فيجوز أن يستسلم، فإن المقاومة والحالة هذه، استعجال القتل، ويجوز أن يؤسر، والأسر يحتمل الخلاص.

ولو علمت المرأة أنها لو استسلمت لامتدت الأيدي إليها - فعليها الدفع، وإن كانت تقتل؟ لأن من أكره على الزنا لا يحل له المطاوعة لدفع القتل، وإن كانت لا تقصد بالفاحشة في الحال، وإنما يظن ذلك بعد السني، فيحتمل أن يجوز لها الاستسلام في الحال، ثم تدفع حينئذ، ولو كان في أهل البقعة كثرة فخرج بعضهم وفيهم كفاية، فهل يتحتم على الآخرين المساعدة؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، لأن المقصود دفع الكفار وإخراجهم.

وأصحهما: نعم؛ لأن الواقعة عظيمة، ولو لم يخرج إلا من يكفيهم ويكافؤهم - لاستجروا على دخول دار الإسلام.

وأما أهل تلك البلدة، فمن كان منهم على دون مسافة القصر، فهو كبعضهم، حتى إذا لم يكن من أهل البلدة كفاية - وجب على هؤلاء أن يطيروا إليهم، وإن كان منهم كفاية، ففي وجوب المساعدة عليهم الوجهان.

والذين هم على مسافة القصر إن لم يكن في أهل البلدة، والذين يلونهم كفاية يجب عليهم أن يطيروا إليهم فإن طار إليهم من تحصل به الكفاية - سقط الحرج عن الباقيين.

وهذا معنى قول صاحب «التهديب»: إن الجهاد إذا دخل الكفار دار الإسلام - فرض عين في حق من قرب، وفرض على الكفاية في حق من بعد، وعلى هذا الحكم أصحاب الأعداء على ما ذكرناه في القسم الأول.

وفيه وجه: أنه يجب على جميعهم المساعدة والمساعدة، وليكن هذا في الأقربين ممن هم على مسافة القصر، وإن كان من في أهل البلدة، والذين يلونهم - كفاية، فأظهر الوجهين هو الذي أورد صاحب «التهديب» أنه لا يجب على الذين هم على مسافة

الْقَصْرِ أَنْ يَخْرُجُوا إِلَيْهِمْ وَيَسَاعِدُوهُمْ. وَلَوْ أَوْجَبْنَاهُ لَأَوْجَبْنَا - أَيْضاً - عَلَى الَّذِينَ يَلُونَهُمْ إِذَا انْتَهَى الْخَبْرُ إِلَيْهِمْ، وَهَكَذَا إِلَى أَنْ يَسْتَوْعِبَ الْمُسْلِمِينَ كُلَّهُمْ وَهُوَ بَعِيدٌ.

والثاني: يجبُ على الأقربين، فالأقربين بلا ضَبْطٍ حَتَّى يَصَلَ الْخَبْرُ بِأَنَّهُمْ قَدْ كُفُّوا وَأُخْرِجُوا، وليس لأهل البلدة، ثُمَّ الْأَقْرَبِينَ فَالْأَقْرَبِينَ إِذَا قَدَرُوا عَلَى الْقِتَالِ أَنْ يَلْبِثُوا إِلَى لِحُوقِ الْآخَرِينَ.

ولا يُشْتَرَطُ وَجْدَانُ الْمَرْكُوبِ فِيمَنْ هُوَ دُونَ مَسَافَةِ الْقَصْرِ، وفيمَنْ هُوَ عَلَى مَسَافَةِ الْقَصْرِ، وَقَوْفُهَا وَجْهَان: فِي وَجْهِ لَا يَشْتَرَطُ لَشِدَّةِ الْخَطْبِ.

والأظهرُ الاشتراطُ كما في الحج.

وحكى الإمامُ تَفْرِيعاً عَلَى الْأَوَّلِ وَجْهَيْنِ فِي أَنَّهُ يُشْتَرَطُ وَجْدَانُ الرَّادِ، وَيَجْرِي ذَلِكَ فِيمَنْ هُوَ دُونَ مَسَافَةِ الْقَصْرِ، وَالْأَصَحُّ الْاِشْتِرَاطُ، إِذْ لَا اسْتِقْلَالَ بَدُونِ الرَّادِ، وَلَا مَعْنَى لِلزَّامِهِمُ الْخُرُوجَ مَعَ الْعِلْمِ بِأَنَّهُمْ يَهْلِكُونَ، ثُمَّ فِي الْفَصْلِ صُورَتَانِ.

إِحْدَاهُمَا: إِذَا نَزَلُوا فِي خَرَابٍ أَوْ عَلَى جَبَلٍ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ بَعِيدٍ عَنِ الْبُلْدَانِ وَالْأَوْطَانِ، ففِي نَزْوِهِ مَنْزِلَةٌ دُخُولِ الْبِلَادِ وَجْهَانِ أُطْلِقَهُمَا فِي الْكِتَابِ، وَالَّذِي رَوَاهُ الْإِمَامُ عَنِ الْأَصْحَابِ أَنَّهُ يَنْزِلُ مَنْزِلَتَهُ؛ لِأَنَّهُ مِنْ دَارِ الْإِسْلَامِ، وَالَّذِي زَادَ الْمَنْعَ؛ لِأَنَّ الدِّيَارَ تَشْرُقُ بِسُكُونِ الْمُسْلِمِينَ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ مَسْكناً لِأَحَدٍ، فَتَكْلِيفُ الْمُسْلِمِينَ التَّهَاقُوتِ صَوْنَهَا عَنِ الْمَتَالِفِ بَعِيدٌ<sup>(١)</sup>.

والثانية: لو أَسْرُوا مُسْلِماً، أَوْ جَمَاعَةً مِنَ الْمُسْلِمِينَ، فَهَلْ كَدْخُولُ دَارِ الْإِسْلَامِ؟ فِيهِ وَجْهَان:

أَحْدُهُمَا: لَا، لِأَنَّ تَحْرِيكَ الْجُنُودِ لِوَأَحِدٍ يَقَعُ فِي الْأَسْرِ بَعِيدٌ وَمُخَالَفٌ لِمَا نُقِلَ فِي السِّيَرِ، وَأَظْهَرُهُمَا عِنْدَ الْإِمَامِ نَعَمْ، لِأَنَّ حُرْمَةَ دَارِ الْإِسْلَامِ كَحُرْمَةِ الْمُسْلِمِينَ، وَالِاسْتِيْلَاءُ عَلَى الْمُسْلِمِينَ أَعْظَمُ مِنَ الْاسْتِيْلَاءِ عَلَى دَارِ الْإِسْلَامِ، وَعَلَى هَذَا فَلَا بُدَّ مِنْ رِعَايَةِ النَّظَرِ، فَإِنْ كَانُوا عَلَى الْقُرْبِ مِنْ دِيَارِ الْإِسْلَامِ، وَتَوَقَعْنَا اسْتِخْلَاصَ مَنْ أَسْرُوهُ، لَوْ طَرَفْنَا إِلَيْهِمْ - فَعَلْنَا، وَإِنْ تَوَعَّلُوا فِي بِلَادِ الْكُفْرِ، وَلَا يُمْكِنُ التَّسَارُعُ إِلَيْهِمْ، وَقَدْ لَا يَتَأْتَى خَرْقُهَا بِجُنُودِ الْإِسْلَامِ، فَيَضْطَرُّ إِلَى الْاِنْتِظَارِ، وَهَذَا كَمَا أَنَّهُ إِذَا دَخَلَ مَلِكٌ عَظِيمٌ مِنْهُمْ طَرَفاً مِنْ أَطْرَافِ بِلَادِ الْإِسْلَامِ لَا يَتَسَارِعُ إِلَى دَفْعِهِ الْآحَادَ وَالطَّوَائِفَ، وَيَجُوزُ أَنْ يُعْلَمَ قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «تَعَيَّنَ عَلَى كُلِّ مَنْ لَهُ مِئَةٌ» بِالْوَاوِ وَقَوْلُهُ: «انْحَلَّ الْحَجْرُ عَنِ الْعَبِيدِ...» إِلَى

(١) قال النووي في زوائده: هذا الذي اختاره الإمام ليس بشيء، وكيف يجوز تمكين الكفار من الاستيلاء على دار الإسلام مع إمكان الدفع.

آخره تفصيل لما أجمله بقوله: «حَتَّى الْعَبْدُ» وإذا كان في المرأة مئة، فقد سبق أَنَّ الْحُكْمَ فِيهَا كَمَا فِي الْعَبْدِ فِي حَالَتِي الْاسْتِغْنَاءِ عَنْهَا، وَعَدَمِ الْاسْتِغْنَاءِ، وَيَجُوزُ أَلَّا يَحُوجَ الزَّوْجَةَ إِلَّا بِإِذْنِ الزَّوْجِ، كَمَا لَا يَحُوجُ الْعَبْدَ إِلَى إِذْنِ السَّيِّدِ.

وقوله: «وَلَوْ خَرَجَ قَوْمٌ فِيهِمْ كِفَايَةٌ، فَفِي وُجُوبِ الْمُسَاعَدَةِ عَلَى الْأَخْرَجِينَ» - يعني الذين هم من أهل تلك البلدة ومن منها على مسافة القصر.

وقوله: «وَأِنْ كَانُوا فَوْقَ مَسَافَةِ الْقَصْرِ - فَوَجْهَانِ مَرْتَبَانِ»، أراد به ما ذكره الإمام: أَنَّ الْوَجْهَيْنِ فِي الْبُعْدَاءِ الَّذِينَ هُمْ عَلَى مَسَافَةِ الْقَصْرِ يَتَرْتَبَانِ عَلَى الْوَجْهَيْنِ فِي أَهْلِ تِلْكَ النَّاحِيَةِ إِنْ اكْتَفَيْنَا هُنَاكَ بِمَنْ فِيهِ كِفَايَةٌ، فِي الْبُعْدِ أَوْلَى، وَإِلَّا فَيُفْهِمُ وَجْهَانِ.

قال العزالي: وَمِنْ فُرُوضِ الْكِفَايَاتِ الْقِيَامُ بِمَعْلُومِ الشَّرْعِ \* فَأَمَّا مِهْمَاتُ الصَّلَاةِ وَالْوُضُوءِ فَفَرَضُ عَيْنٍ \* وَكَذَا عِلْمُ التَّجَارَةِ فَرَضٌ عَلَى التَّاجِرِ \* وَكَذَلِكَ فِي كُلِّ صَنْعَةٍ وَهُوَ الْقَدْرُ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ فِي كِتَابِ آدَابِ الْكَنْسِ وَالتَّجَارَةِ دُونَ الْفُرُوعِ النَّادِرَةِ \* وَلَا يَتَمَعَّنُ مِنَ الْأَصُولِ إِلَّا أَعْتِقَادَ صَحِيحٍ فِي التَّوْحِيدِ فِي صِفَاتِ اللَّهِ كَمَا وَرَدَ فِي الْقُرْآنِ \* وَالْقِيَامُ بِدَفْعِ شُبْهَةِ الْمُبْتَدِعَةِ فَرَضٌ كِفَايَةٌ \* وَكَذَا الْقِيَامُ بِالْفَتْوَى.

قال الرافعي: وَمِنْ فُرُوضِ الْكِفَايَاتِ الْعِلْمُ، مِنْهَا مَا يَتَمَعَّنُ طَلْبُهُ وَتَعَلُّمُهُ، وَمِنْهَا مَا هُوَ مِنْ فُرُوضِ الْكِفَايَاتِ.

فمما يتعين تعلمه وطلبه: ما يحتاج إليه لإقامة مفروضات الدين: كالوضوء، والصلاة، والصيام، وغيرها، فإن من لا يفرق بين أركان الصلاة، وشرائطها، لا يمكنه إقامتها، وإنما يتعين تعلم الأحكام الظاهرة دون الدقائق، والمسائل التي لا تعم بها البلوى، وإن كان له مال ذكوي، فلا بد من تعلم ظواهر أحكام الزكاة.

قال القاضي الرؤباني: هذا إذا لم يكن له ساع يكفيه الأمر<sup>(١)</sup>.

ومن يبيع، ويشتري، ويتجر يتعين عليه معرفة أحكام التجارات، وكذا ما يحتاج إليه صاحب كل حرفة يتعين عليه تعلمه، وأما فروض الكفايات فقوله: «القيام بعلم الشرع» يدخل فيه التفسير، والحديث على ما تبين في الوصية.

ومنها أن ينتهي في معرفة الأحكام إلى أن يصلح للفقوى والقضاء على ما يتبين - إن شاء الله تعالى - في «آداب القضاء»، وهناك يتبين أن المجتهد في الشرع مطلقاً يفتي وأن من يتبحر في مذهب بعض الأئمة المجتهدين، يفتي أيضاً على الأصح، ولا يكفي

(١) قال النووي: الراجح أنه لا يسقط عنه التعلم بالساعي إذ قد يجب عليه ما لا يعلمه الساعي.

أن يكون في الإقليم مُفْتً واحدًا؛ لِعُسْرِ مراجعته على النَّاسِ .

واعتبر الأصحابُ فيه مسافةَ القَصْرِ، وكَأَنَّ المُرَادَ أَلَّا يزيدَ ما بين كل مُفْتَيْنِ على مَسَافَةِ القَصْرِ، لثلا يحتاج مَنْ يراجع إلى قَطْعِ مسافةِ القَصْرِ .

وفي العُلُومِ العقليةِ ما هو فَرَضٌ على الكِفَايَةِ: كالطَّبِّ المحتاجِ إِلَيْهِ في مُعالجة الأَبْدَانِ، والحِسَابِ المحتاجِ إليه في المُعامَلاتِ، وقِسْمَةِ الوَصَايَا والمَوَارِيثِ .

قال المصنّف - رحمه الله - في «الإحياء»: ولا يُسْتَبَعَدُ عَدُّ الطَّبِّ والحِسَابِ من فُرُوضِ الكِفَاياتِ، فَإِنَّ الحِرْفَ والصناعاتِ التي لا بُدَّ للناسِ منها في مَعَايِشِهِمْ كالفِلاخَةِ، والزَّرَاعَةِ مِنْ فُرُوضِ الكِفَاياتِ، والطَّبِّ والحِسَابِ أَوْلَى .

وأَمَّا أصولُ الاعتقاداتِ . فالاعتقادُ المُستَقِيمُ مع التصميمِ على ما ورد به القرآنُ والسُنَّةُ فَرَضٌ عين، والعِلْمُ المُتَزَجِمُ بـ «عِلْمِ الكَلَامِ» ليس بفَرَضٍ عَيْنٍ، وما كان الصحابةُ - رضي الله عنهم - يَسْتَعْلُونَ به .

قال الإمام: ولو بَقِيَ النَّاسُ على ما كانوا عليه في صَفْوَةِ الإسلامِ - لما أَوْجَبْنَا التشاغلَ به، وَرَبَّمَا نَهَيْنا عنه، فَأَمَّا الآنَ وقد ثارتِ البِدْعُ، فلا سَبِيلَ إلى تركها تَلْتِطُمُ، ولا بُدَّ مِنْ إعدادِ ما يُدْعَى به إلى المُسَلِّكِ الحَقِّ وتُحَلُّ به الشُّبُهَةُ، فصارَ الاشتغالُ بِأدِلَّةِ العُقُولِ، وحلَّ الشبهِ مِنْ فُرُوضِ الكِفَاياتِ، وَمَنْ استرابَ في أَضَلِّ مِنْ أَصُولِ الاعتقادِ، فعليه السُّعْيُ في إِزاحتِهِ إلى أَنْ تَسْتَقِيمَ عَقِيدَتُهُ<sup>(١)</sup> .

(١) قال النووي في زوائده: ولا يتعين تعلم كيفية الوضوء والصلاة وشبههما إلا بعد وجوب ذلك، فإن كان بحيث لو صبر إلى دخول الوقت لم يتمكن من إتمام تعلمها مع الفعل في الوقت، فهل يلزمه التعلم قبل الوقت؟ تردد فيه الغزالي، والأصح: ما جزم به غيره أنه يلزمه، كما يلزم السعي إلى الجمعة قبل الوقت لمن بعد منزله، وإذا كان ما تعلق به الوجوب على الفور، كان تعلم كيفية على الفور، وإن كان على التراخي، كالحج، فتعلم الكيفية على التراخي، وأما علم القلب [وهو معرفة أمراض القلب]، كالحسد والعجب والرياء وشبهها، فقد قال الغزالي: معرفة حدودها وأسبابها وطبها وعلاجها فرض عين، وقال غيره: فيه تفصيل، فمن رزق قلباً سليماً من هذه الأمراض المحرمة كفاه ذلك، ومن لم يسلم وتمكن من تطهير قلبه بغير تعلم العلم المذكور، وجب تطهيره، وإن لم يتمكن إلا بتعلم، وجب، وقد سبق في كتاب الصلاة وجوب تعليم الصغار على أولياتهم، ومن فرض الكفاية، معرفة أصول الفقه والفقه، والنحو واللغة والتصريف، وأسماء الرواة، والجرح والتعديل، واختلاف العلماء واتفاقهم، وقد يكون من العلم مستحب، كالتبحر في أصول الأدلة بالزيادة على القدر الذي يحصل به فرض الكفاية، وتعلم العامي نوافل العبادات لغرض العمل، لا لما يقوم به المجتهدون من تمييز الفرض من النفل، فإن ذلك فرض كفاية في حقهم، قال صاحب «الحاوي»: وإنما يتوجه فرض الكفاية في العلم على من جمع أربعة شروط وهي: أن يكون مكلفاً، وممن يتقصد القضاء، لا عبداً ولا امرأة، وأن لا يكون =

وقوله في الكتاب: «وَهُوَ الْقَدْرُ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ فِي كِتَابِ آدَابِ الْكَسْبِ وَالتَّجَارَةِ»  
يَعْنِي مِنْ كُتُبِ الْإِحْيَاءِ مِنْ رُبْعِ الْعِبَادَاتِ، وَالْمَقْصُودُ الْأَحْكَامُ الظَّاهِرَةُ لِلْمَعَامَلَاتِ الْغَالِبَةِ  
مِنَ الْبَيْعِ، وَالسَّلَامِ، وَالْإِجَارَةِ، وَغَيْرِهَا، وَيَشْتَمِلُ عَلَى تِلْكَ الْأَحْكَامِ مَخْتَصِرَاتِ  
الْمَذْهَبِ، دُونَ الْفُرُوعِ النَّادِرَةِ، وَالْمَسَائِلِ الدَّقِيقَةِ.

قال العزالي: وَأَمَّا السَّلَامُ فَأَبْتَدَأُوهُ سُنَّةً وَالْجَوَابُ فَرَضٌ عَيْنٌ عَلَى الْوَاحِدِ وَفَرَضٌ  
كِفَايَةٌ عَلَى الْجَمَاعَةِ \* وَلَا يُسَنُّ السَّلَامُ عَلَى الْمُصَلِّي وَمَنْ يَقْضِي حَاجَتَهُ وَفِي الْحَمَامِ \*  
وَتَشْمِيْتُ الْعَاطِسِ وَجَوَابُهُ مُسْتَحَبٌّ وَلَيْسَ بِوَاجِبٍ.

قال الرافعي: في هذه البقية فضلان:

### «الفضل الأول في السلام»

ابتداء السلام سنة مؤكدة؛ قال الله تعالى: «فَإِذَا دَخَلْتُمْ بُيُوتًا فَسَلِّمُوا عَلَى  
أَنْفُسِكُمْ» [النور: ٦١] أي: يُسَلِّمُ بَعْضُكُمْ عَلَى بَعْضٍ، وَقَالَ اللَّهُ تَعَالَى: «وَإِذَا حُيِّيتُمْ  
بِتَحِيَّةٍ» [النساء: ٨٦] الآية، وفي الأخبار الواردة في السلام، وإفشائه كثرة وشهرة،  
وللأمر بالإفشاء نقول:

لو سلّم على واحد تعين عليه الجواب<sup>(١)</sup>، وإن سلّم على جماعة، فالجواب  
فرض على الكفاية، فإذا أجاب واحد منهم سقط الفرض عن الباقيين وإن أجاب الجميع -  
كانوا مؤذنين للفرض سواء أجابوا معاً أو على التعاقب، وإن امتنع الكل خرجوا جميعاً،

= وليبدأ، وأن يقدر على الانقطاع إليه بأن تكون له كفاية، ويدخل الفاسق في الفرض ولا يسقط به،  
لأنه لا تقبل فتواه للمستفتين، وفي دخول المرأة والعبد وجهان، لأنهما أهل للفتوى دون القضاء.  
واعلم أن تعليم الطالبين، وإفتاء المستفتين فرض كفاية، فإن لم يكن من يصلح إلا واحداً وكان  
هناك جماعة، ولا يحصل الفرض إلا بكلهم، تعين عليهم، وإذا كان هناك غير المفتي، هل يأثم  
بالرد؟ وجهان، أحدهما: لا، وينبغي أن يكون المعلم كذلك، ويستحب الرفق بالمتعلم  
والمستفتي، فهذه أنواع العلوم الشرعية، ووراءها أشياء تسمى علوماً، منها: محرم ومكروه  
ومباح، فالمحرم، كالفلسفة والشعبذة والتنجيم والرمل وعلوم الطبائعيين، وكذا السحر على  
الصحيح، فكل ذلك محرم، وتتفاوت دركات تحريمه. والمكروه: كأشعار المولدين المشتملة  
على الغزل والبطالة. والمباح: كأشعار المولدين التي ليس فيها سخف، ولا شيء مما يكره، ولا  
ينشط إلى الشر أو يثبط عن الخير ولا يحث عليه، أو يستعان به عليه.

(١) قال في الخادم: يستثنى من هذا الإطلاق مسألة: وهي ما إذا سلم أحد الخصمين على القاضي  
ولم يسلم الآخر، فقضية ما حكاه الرافعي في الأفضية عن الأصحاب أنه لا يجيبه وإنما يجب إذا  
سلم الآخر وسيأتي في بابه.

وَلَوْ رَدَّ عَلَيْهِ غَيْرُ مَنْ سَلَّمَ عَلَيْهِ لَمْ يَكْفِ، وَلَمْ يُسْقِطْ نِيَّةَ الْحَرْجِ عَمَّنْ سَلَّمَ عَلَيْهِ.  
 وابتداءً السلام سنة على الكفاية أيضاً، حتى إذا لقي جماعة جماعة فسلم أحد  
 هؤلاء على أحد هؤلاء كفى ذلك لإقامة السنة.

ومن سلم في بعض الأحوال التي لا يستحب فيها السلام - لم يستحق الجواب،  
 فمنها أطلق صاحب الكتاب هاهنا.

وفي «الوسيط»: أنه لا يسن السلام على المصلي، ولم يمنع منه المتولي في  
 «التتمة»، ولكن قال: إذا سلم على المصلي فلا يجيب حتى يفرغ من الصلاة، ويجوز  
 أن يجيب في الصلاة بالإشارة.

وإن قال في الصلاة: عليكم السلام - بطلت صلاته، وإن قال عليهم السلام لم  
 تبطل، وقد سبق هذا في «الصلاة».

ومنها لا يستحب السلام على من يقضي حاجته، بل كان القرب منه، ومكالمته  
 بعيداً عن الأدب، والمروءة، ويروى النهي عنه في الخبر<sup>(١)</sup>.

ومنها لا يستحب لمن دخل الحمام أن يسلم على من فيه؛ لأنه بيت الشيطان،  
 وليس موضع التحية؛ ولأنهم في ذلك، والتطيف؛ ولا تليق التحية بحالهم.

ومنها لا يسلم على المشغول بالأكل، وكذلك ذكره الشيخ أبو محمد، وأطلقه  
 صاحب «التتمة»، ورأى الإمام حمل ذلك على ما إذا كانت اللقمة في فيه، وكان يمضي  
 زماناً في المضغ والابتلاع، ويعسر عليه الجواب في الحال.

أما إذا وقع السلام بعد الابتلاع، وقبل وضع لقمة أخرى في الفم - فلا يتوجه

(١) أخرجه ابن ماجة [٣٥٢] من حديث جابر: أن النبي ﷺ مر عليه رجل وهو يبول، فسلم عليه،  
 فقال له النبي ﷺ: إذا رأيتني على مثل هذه الحالة فلا تسلم علي، فإنك إن فعلت لم أرد عليك،  
 وروى مسلم من حديث الضحاک بن عثمان عن نافع عن ابن عمر: أن رجلاً سلم على النبي ﷺ  
 وهو يبول، فلم يرد عليه، ورواه البزار وأبو العباس السراج وأبو محمد بن الجارود، من رواية  
 سعد بن سلمة بن أبي الحسام عن أبي بكر بن عمر بن عبد الرحمن بن عبد الله بن عمر بن عبد  
 السلام، عن نافع عن ابن عمر: أن رجلاً سلم على النبي ﷺ وهو يبول، فرد عليه، ثم قال له:  
 إذا رأيتني هكذا، فلا تسلم علي، فإنك إن فعلت لا أرد عليك، زاد السراج: إنه لم يحملني على  
 السلام عليك إلا أنني خشيت أن تقول: سلمت عليه، فلم يرد علي السلام، ورواه الشافعي عن  
 إبراهيم بن محمد بن أبي يحيى عن أبي بكر بن عبد الرحمن نحوه، وقال عبد الحق: حديث  
 مسلم أصح، ثم قال: لعلة كان ذلك في موطنين، وعن المهاجرين قنفذ قال: أتيت النبي ﷺ  
 وهو يبول، فسلمت عليه، فلم يرد علي حتى توضأ، ثم اعتذر إلي، فقال: إني كرهت أن أذكر  
 الله إلا على طهر، رواه أبو داود والنسائي والحاكم.

المنع، ولا مَنَع من السلام على مَنْ هو في مُسَاوِمَةٍ أو مُعَامَلَةٍ، وإِلَّا فلا يحصل إِفْشاء السلام، والثَّاسُ في أَغْلَبِ الْأَخْوَالِ في أَشْغَالِهِمْ.

هذا ما تعرَّضَ له في الْكِتَابِ واتبعه بمسائل أوردَ أكثرها صَاحِبُ «التتمة» في «كتاب الجمعة». ولا بُدُّ في السَّلَامِ والجَوَابِ بقدر ما يحصل به الإِسْمَاعُ. وصيغته «السَّلَامُ عَلَيْكُمْ»، ويقوم مقامه «سَلَامٌ عَلَيْكُمْ». وقال الإمام: وكذا «عَلَيْكُمْ السَّلَامُ».

وفي التتمة: أَنَّهُ لو قال: «عَلَيْكُمْ السَّلَامُ»، لم يكن مُسَلِّماً<sup>(١)</sup> إِنَّمَا هو صِيغَةُ جَوَابٍ، وَبِرَاعي صِيغَةُ الْجَمْعِ وَإِنْ كان السَّلَامُ على وَاحِدٍ خَطَاباً له ولَمَلَائِكَتِهِ، ولو لم يَأْت بِصِيغَةِ الْجَمْعِ حصل أَصْلُ السُّئَةِ، وصيغَةُ الْجَوَابِ «وَعَلَيْكُمْ السَّلَامُ» أو «وَعَلَيْكَ السَّلَامُ» للوَاحِدِ، ولو ترك حَزَفَ العَطْفِ وقال: عَلَيْنِمْ السَّلَامُ، ففي «التهاية» أَنَّهُ يَكْفِي ذلك، ويكوْنُ جَوَاباً، والأخسَنُ أن يَدْخَلَ حَزَفَ العَطْفِ.

وفي «التتمة» أَنَّهُ ليس بِجَوَابٍ<sup>(٢)</sup>، وَأَنَّهُ لو تَلَاقَى اثْنانِ، فَسَلَّمَ كُلُّ واحدٍ منهما على الآخر - وجب على كُلِّ واحدٍ منهما جَوَابُ الآخر، ولا يَخْصُلُ الجَوَابُ بِالسَّلَامِ، وَإِنْ ترتب السَّلَامانِ<sup>(٣)</sup>. ولو قال المُجِيبُ: وَعَلَيْنِمْ، قال الإمام: الرَّأيُ عِنْدَنَا أَلَّا نَكْتَفِي بهذا فَإِنَّهُ ليس فيه تَعَرُّضٌ لِلسَّلَامِ.

ومنهم مَنْ قال: إِنَّهُ يكوْنُ جَوَاباً لِلعَطْفِ، ورجوعه إلى قوله: السلام.

(١) قال النووي: الصحيح أَنه تسليم يجب فيه الرد، كما قال الإمام، وممن قال أيضاً إنه تسليم أبو الحسن الواحدي من أصحابنا، ولكن يكره الابتداء به، نص على كراهته الغزالي في الإحياء ويدل عليه الحديث الصحيح في سنن أبي داود والترمذي عن أبي جري بضم الجيم تصغير جرو رضي الله عنه، قال: قلت: عليك السلام يا رسول الله، قال: لا تقل: «عليك السلام، فإن عليك السلام تحية الموتى» والله أعلم.

والحديث أبو داود (٣٥٣/٤) في كتاب الأدب/ باب كراهية أن يقول عليك السلام - حديث (٥٢٠٩). والترمذي (٧٢/٥) في كتاب الاستئذان/ باب ما جاء في كراهية أن يقول عليك السلام مبتدئاً، حديث (٢٧٢٢). وقال حسن صحيح. والنسائي في عمل اليوم والليلة ص ٢٨١. حديث (٢١٨).

(٢) قال النووي: الصحيح المنصوص وقول الأكثرين أَنه جواب.

(٣) قال النووي في زوائده: قد قاله أيضاً شيخه القاضي حسين، لكن أنكره الشاشي فقال: هذا يصلح للجواب، فإن كان أحدهما بعد الآخر كان جواباً، وإن كانا دفعة، لم يكن جواباً، هذا كلام الشاشي، وتفصيله حسن وينبغي أن يجزم به والله أعلم. ما استحسنته النووي هنا صححه في شرح المذهب. انتهى.

وقال في الأذكار إنه الصواب، وقال الشيخ البلقيني: رأيت في تعليق القاضي الحسين في باب صلاة الجمعة ما يخالف ما نقل النووي عنه، قال رضي الله عنه: ولو أنه جاء إليه إنسان وقال: السلام عليكم، وهذا أيضاً قال: السلام عليكم، قال رضي الله عنه: يجب أن يقال يتقابلان ويسقط به الجواب، وهو يبيني عما فضله الشاشي.

ولو قال: عَلَيْنُكُمْ - لم يكن جواباً بلا خِلافٍ، وكَمالُ السلام أن يَقُولَ: السَّلَامُ عَلَيْنُكُمْ وَرَحْمَةُ اللَّهِ، وكَمَا أَنَّ الجَوَابَ أن تَقُولَ: وَعَلَيْنُكُمْ السَّلَامُ وَرَحْمَةُ اللَّهِ وَبِرَكَاتِهِ<sup>(١)</sup>.

وينبغي أن يكونَ الجَوَابُ مُتَّصِلاً بِالسَّلَامِ أيضاً ليرعى مثله بين الإيجاب والقبول في العُقُود. وفي «التتمة»: أَنَّهُ لو نَادَاهُ مِنْ وَرَاءِ سِتْرٍ أَوْ حَائِطٍ وَقَالَ: السَّلَامُ عَلَيْكَ يَا فَلَانُ، أَوْ كَتَبَ كِتَاباً وَسَلَّمَ فِيهِ عَلَيْهِ، أَوْ أَرْسَلَ رَسُولاً فَقَالَ: سَلِّمْ عَلَيَّ فَلَانَ فَبَلَغَهُ الكِتَابَ والرِّسَالَةَ - وَجِبَ عَلَيْهِ الجَوَابُ؛ لِأَنَّ تَحِيَّةَ الغَائِبِ إِنَّمَا تَكُونُ بِالمُنَادَاةِ أَوْ الكِتَابِ أَوْ الرِّسَالَةِ؛ وَقَدْ قَالَ تَعَالَى: ﴿وَإِذَا حُيِّيتُمْ بِتَحِيَّةٍ﴾ الآية [النساء: ٨٦]، وَأَنَّ ما يَعْتَادُهُ بَعْضُ النَّاسِ مِنَ السَّلَامِ عِنْدَ القِيَامِ، وَمُفَارَقَةِ القَوْمِ - دُعَاءٌ لا تَحِيَّةَ، فَيَسْتَحِبُّ الجَوَابَ عَنْهُ وَلا يَجِبُ.

وَأَنَّهُ يَكْرَهُ أن يَخْصُصَ طائِفَةً مِنَ الجَمْعِ بِالسَّلَامِ.

وَأَنَّهُ لو سَلَّمَ عَلَيْهِ جَماعَةً، فَقَالَ: وَعَلَيْكُمْ السَّلَامُ، وَقَصَدَ الرَّدَّ عَلَيْهِمْ جَمِيعاً - جاز، وَسَقَطَ الفَرَضُ فِي حَقِّ الكُلِّ كما لو صَلَّى على جَنائِزِ صَلَاةٍ وَاحِدَةً.

وَأَنَّ المُسْتَحَبَّ أن يَسَلَّمَ الرَّاكِبُ على الماشي، وَالْمَاشِي على الجالِسِ، وَالطَّائِفَةُ القَلِيلَةُ على الكَثِيرَةِ<sup>(٢)</sup>، وَلا يَكْرَهُ أن يَتَبَدَّأَ الماشي، وَالجالِسِ<sup>(٣)</sup>.

وَأَنَّ فِي السَّلَامِ على الأَصَمِّ يَأْتِي بِاللَّفْظِ لِقُدْرَتِهِ عَلَيْهِ، وَيُسَيِّرُ بِاليدِ لِيَخْضَلَ الإِفْهَامَ، وَلَوْ لَمْ يَضُمَّ الإِشَارَةَ إلى اللَّفْظِ لَمْ يَسْتَحِقَّ الجَوَابَ، وَكذا فِي جَوَابِ الأَصَمِّ

(١) قال النووي في زوائده: قد قال الماوردي وغيره: إن الأفضل في الابتداء: السلام عليكم ورحمة الله وبركاته، وفيه حديث حسن ولو قال المجيب: السلام عليكم، أو سلام عليكم، كان جواباً، والألف واللام أفضل. والله أعلم.

وهو من حديث عمران بن حصين أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ فقال: السلام عليكم، فرد عليه ثم جلس، فقال النبي ﷺ عشر، ثم جاء آخر فقال السلام عليكم ورحمة الله، فرد عليه فجلس، فقال عشرون، ثم جاء آخر فقال: السلام عليكم ورحمة الله وبركاته، فرد عليه فجلس، فقال: ثلاثون.

أحمد في المسند (٤/٤٣٩)، والدارمي في السنن (٢/٢٧٧) في الاستئذان، وأبو داود (٤/٣٥٠) في كتاب الأدب/ باب كيف السلام - حديث (٥١٩٥). والترمذي (٥٢/٥) في الاستئذان/ باب ما ذكر في فضل السلام (٢٦٨٩) وقال حسن صحيح غريب من هذا الوجه. والنسائي من طريق أبي داود في عمل اليوم والليلة ص ٢٨٧ حديث (٣٣٧).

(٢) هو لفظ حديث أخرجه في الصحيحين من حديث أبي هريرة بلفظ: «والقليل على الكثير» وفي رواية: «يسلم الصغير على الكبير».

(٣) قال النووي: وكذا لا يكره ابتداء الكثيرين بالسلام على القليل، وإن كان خلاف السنة، والسنة أن يسلم الصغير على الكبير، ثم هذا الأدب فيما إذا تلاقيا، أو تلاقوا في طريق، فأما إذا ورد على قاعد، أو قعود، فإن الوارد يبدأ، سواء كان صغيراً أو كبيراً، قليلاً أو كثيراً.



ينبغي أن يجمع بين اللفظ والإشارة. وأن سلام الأخرس بالإشارة مُعْتَدُّ به، وكذا رده السلام. وأن الصبي لا يلزمه جواب السلام؛ لأنه ليس من أهل الفرض، ولو سلم على جماعة فيهم صبي - لم يسقط الفرض عنهم بجوابه<sup>(١)</sup>. ولو سلم الصبي - ففي وجوب جوابه وجهان بناء على الخلاف في صحة إسلامه<sup>(٢)</sup>.

وأن سلام النساء على النساء كسلام الرجال على الرجال، ولو سلم رجل على امرأة أو بالعكس، فإن كان بينهما زوجية أو مخارموية - جاز، وثبت استحقات الجواب، وإلا لم يثبت إلا إذا كانت عجزاً خارجة عن مظنة الفتنة<sup>(٣)</sup>.

وأنه يستحب من دخل دار نفسه أن يسلم على أهله، وأن من دخل مسجداً أو بيتاً، وليس فيه أحد، يستحب أن يقول: السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين<sup>(٤)</sup>.

وأنه لا يجوز السلام على أهل الذمة ابتداءً، ولو سلم على من لم يعرفه، فبان ذمياً - فيستحب أن يسترد سلامه بأن يقول: رد علي سلامي؛ تخفيفاً له، ويحیی الذمي بغير السلام بأن يقال: هداك الله، وأنعم الله صباحك، أو أطال الله بقاءك، وإذا سلم عليه ذمياً لم يزد في الجواب على قوله: وعليك<sup>(٥)</sup>.

(١) قال النووي في زوائده: هذا هو الأصح وبه قطع القاضي والمتولي، وقال الشاشي: يسقط، كما يصح أذانه للرجال ويتأدى به الشعار، وهذا كالخلاف في سقوط الفرض بصلاته على الميت. والله أعلم.

قال في الخادم: وصح المصنف في شرح مسلم السقوط والصواب ما ذكره هنا.

(٢) قال النووي: كذا ذكره القاضي والمتولي، والصحيح وجوب الرد، قال الشاشي: هذا البناء فاسد، وهو كما قال: واعلم أن السلام على الصبيان سنة.

(٣) قال النووي: وجارته كزوجته، وقوله: جاز، ناقص، والصواب أنه سنة كسلام الرجل على الرجل، قاله أصحابنا، قال المتولي: ولو سلم على شابة، لم يجز لها الرد، ولو سلمت، كره له الرد عليها، ولو كان النساء جمعاً، سلم عليهن الرجل، جاز، للحديث الصحيح في ذلك.

(٤) قال النووي: يستحب أن يسمي الله تعالى قبل دخوله، ويدعوا ثم يسلم.

(٥) قال النووي في زوائده: ما ذكره من استحباب استرداد السلام من الذمي، ذكره المتولي، ونقله عن ابن عمر رضي الله عنهما، وقوله: أن يحيى الذمي بغير السلام، ذكره المتولي، وهذا إذا احتاج إليه لعذر، فأما من غير حاجة، فالاختيار أن لا يبتدئه بشيء من الإكرام أصلاً، فإن ذلك بسط له وإيناس وملاطفة وإظهار ود، وقد قال الله تعالى: ﴿لا تجد قوماً يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادون من حاد الله ورسوله﴾ وأما المبتدع، فالمختار أنه لا يبدأ بسلام إلا لعذر، أو خوفاً من مفسدة، ولو مر على جماعة فيهم مسلمون، أو مسلم وكفار، فالسنة أن يسلم ويقصد المسلمين أو المسلم، ولو كتب كتاباً إلى مشرك، وكتب فيه سلاماً، فالسنة أن يكتب كما كتب رسول الله ﷺ إلى هرقل: «سلام على من اتبع الهدى». والله أعلم.

وَأَنَّ التَّحِيَّةَ بِالطَّلِيْقَةِ [وهي أَطَالَ اللهُ بِقَاكَ] وَأَنْحَنَاءَ الظَّهْرِ، وَتَقْبِيلَ اليَدِ لَا أَضَلَّ لَهُ فِي الشَّرْعِ، لَكِنْ لَا يُنْعَمُ الَّذِي مِنْ تَعْظِيمِ الْمُسْلِمِ بِهَا<sup>(١)</sup>، وَلَا يُكْرَهُ التَّعْظِيمُ بِالتَّقْبِيلِ لِزُهْدٍ، أَوْ عِلْمٍ، أَوْ كِبَرِ سِنٍ.

رَوَى أَنَّ أَعْرَابِيًّا قَعَدَ عِنْدَ رَسُولِ اللهِ - ﷺ - فَاسْتَحْسَنَ كَلَامَهُ، فَاسْتَأْذَنَ فِي أَنْ يُقْبَلَ وَجْهَهُ فَأَذِنَ لَهُ، ثُمَّ اسْتَأْذَنَ أَنْ يُقْبَلَ يَدَهُ فَأَذِنَ لَهُ، ثُمَّ اسْتَأْذَنَ أَنْ يَسْجُدَ لَهُ، فَلَمْ يَأْذَنْ لَهُ<sup>(٢)</sup>.

وَأَنَّهُ تُسَنُّ الْمَصَافَحَةُ، وَأَنَّهُ يُكْرَهُ لِلدَّخْلِ أَنْ يَطْمَعَ فِي قِيَامِ الْقَوْمِ، وَيُسْتَحَبُّ لَهُمْ أَنْ يُكْرِمُوهُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وهذه زيادات آخر في السلام علقها بعضهم في السلام بالفارسيّة ثلاثة أوجه.

ثالثها: الفرق إن كان قادراً على العربيّة. لم يجز<sup>(٣)</sup>.

ومن لا يستقيم نطقه بالسلام فسلم كيف أمكنه - كان مسلماً.

= والحديث أخرجه البخاري (٣١/١) كتاب بدء الوحي/ باب (٦) حديث (٧). ومسلم (٣/١٣٩٣ - ١٣٩٧) في الجهاد والسير/ باب كتاب النبي ﷺ إلى هرقل حديث (٧٤/١٧٧٣).

(١) قال في الخادم: وكان هذا مما إذا قصد به التحية، أما إذا قصد الدعابة فلا يكره، ففي سنن النسائي في كتاب الجنائز عن أم قيس لما مات ابنها وأمرت أن لا يغسل بالماء البارد انطلق عكاشة إلى رسول الله ﷺ فأخبره بقولها، ثم قال طال عمرها فلا يعلم امرأة عمرت ما عمرت.

وقال في الخادم: يستثنى من ذلك الشاهد إذا قال ذلك للحاكم فلا يكره، كذا قاله ابن أبي الدم في آدم القضاء ويحتاج للدليل وإن صح ذلك فينبغي تعديته للطالب مع شيخه، وكل من يحصل ببقائه نفع للمسلمين.

(٢) رواه الحاكم وأبو نعيم في دلائل النبوة من حديث بريدة مطولاً، من رواية حيان بن علي العنزي وهو ضعيف، عن صالح بن حيان وهو ضعيف، وتابعه تميم بن المؤمن عن صالح بن حيان قاله أبو نعيم، وفي تقبيل اليد أحاديث جمعها أبو بكر بن المقرئ في جزء جمعناه، منها: حديث ابن عمر في قصة قال: فدنونا من النبي ﷺ فقبلنا يده ورجله، رواه أبو داود، ومنها: حديث صفوان ابن عسال قال: قال يهودي لصاحبه: اذهب بنا إلى هذا النبي، الحديث وفيه: فقبلنا يده ورجله، وقالوا: نشهد أنك نبي، رواه أصحاب السنن بإسناد قوي، ومنها: حديث الزارع أنه كان في وفد عبد القيس، قال: فجعلنا نتبادر من رواحلتنا، فنقبل يد النبي ﷺ، الحديث. رواه أبو داود وفي حديث الإفك عن عائشة قالت: فقال لي أبو بكر: قومي فقبلني رأسه، وفي السنن الثلاثة عن عائشة قالت: ما رأيت أحداً كان أشبه سمتاً وهدياً ودلاً برسول الله ﷺ من فاطمة، وكان إذا دخلت عليه قام إليها، فأخذ بيدها فقبلها وأجلسها في مجلسه وكانت إذا دخل عليها قامت إليه، فأخذت بيده فقبلته، وأجلسته في مجلسها.

(٣) قال النووي: الصواب صحة سلامه بالعجمية إن كان المخاطب يفهمها، سواء قدر على العربية أم لا، ويجب الرد، لأنه يسمى تحية وسلاماً. والله أعلم.

وفي استحبابِ السلامِ على الفاسق [المجاهر بنفسه] ووجوب الرَّدِّ على المَجْتُونِ  
والسُّكْرانِ إِذَا سَلَّمَا وَجْهَانِ.

وَمَنْ سَلَّمَ عَلَى مَنْ يَقْضِي حَاجَتَهُ - هل يستحقُّ الجواب بعد الفراغ؟ فيه وجهان.  
وذكر في «القدِيم» أَنَّ المصلِّي إِذَا سَلَّمَ عَلَيْهِ يَزُدُّ بالإِشَارَةِ، وفي لُزُومِهِ وَجْهٌ، وفي  
لُزُومِ الرَّدِّ بعد الفراغِ مِنَ الصَّلَاةِ وَجْهَانِ<sup>(١)</sup>، وهل يُسَنُّ سلامُ النِّسَاءِ على النِّسَاءِ، فيه  
[احتمالات].

## الفصلُ الثَّانِي

### في تَشْمِيتِ العَاطِسِ

رُوي أَنَّهُ - ﷺ - قال: «حَقُّ الْمُؤْمِنِ عَلَى الْمُؤْمِنِ سِتٌّ، أَنْ يُسَلَّمَ عَلَيْهِ إِذَا لَقِيَهُ،  
وَأَنْ يُجِيبَهُ إِذَا دَعَاهُ، وَأَنْ يُشَمِّتَهُ إِذَا عَطَسَ، وَأَنْ يَعُودَهُ إِذَا مَرَضَ، وَأَنْ يُسَبِّحَ جِنَّازَتَهُ إِذَا  
مَاتَ، أَلَّا نَظُنَّ فِيهِ إِلَّا خَيْرًا»<sup>(٢)</sup> واستحبابه على الكِفَايَةِ كما ذكرنا في ابتداءِ السَّلَامِ،  
وإنَّما يُسْتَحَبُّ التَّشْمِيتُ إِذَا قال العاطِسُ: الحمدُ لله، وَيُنْبَغِي أَنْ يُخَاطَبَ المُشَمَّتُ  
فيقول: يَزَحْمُكَ اللهُ، أو يَزَحْمُكَ رَبُّكَ.

ويُكْرَهُ التَّشْمِيتُ إِذَا تكرر العَطَاسُ، إِلَّا أَنْ يَعْلَمَ أَنَّهُ مَزْكُومٌ فيدْعُو له بالشفَاءِ.

ويستحبُّ للعاطِسِ أَنْ يُجِيبَهُ فيقول: يَهْدِيكَ اللهُ، أو يَغْفِرُ اللهُ لَكَ، ولا يَجِبُ  
ذلك، بخلافِ جَوابِ السَّلَامِ.

قال الإمامُ: لَعَلَّ السَّبَبَ فِيهِ أَنَّ التَّشْمِيتَ لِلْعَطَاسِ، ولا عَطَاسَ بِالمُشَمَّتِ،

(١) قال في الخادم: ولم يرجح المصنف شيئاً والأرجح ما قاله الغزالي، فإن الشافعي نص على كراهة السلام. على الإمام في الخطبة، فالمصلي أولى. ذكره ابن الصباغ والشاشي ثم نقل النووي شرح مسلم أنه قال: أما ابتداء السلام على المصلي فمذهب الشافعي أنه لا يسلم، فإن سلم لم يستحق جواباً.

(٢) رواه إسحاق بن راهويه في مسنده من حديث أبي أيوب مثله إلا الأخيرة، فقال بدلها: وينصحه إذا استنصحه، وقال في أوله: للمسلم على المسلم، ولأحمد عن ابن عمر بلفظ: للمسلم على أخيه ستة من المعروف، فذكرها وقال بدل الأخيرة، وينصحه إذا غاب، أو شهد، وللترمذي وابن ماجه من حديث علي بلفظ: للمسلم على المسلم ستة بالمعروف؛ وقال بدل الأخيرة: ويحب له ما يحب لنفسه، وأسانيدها ضعيفة، في الأول: الإفريقي، وفي الثاني ابن لهيعة، وفي الثالث: الحارث الأعور، ولكن له أصل صحيح رواه مسلم [٢١٦٢] من حديث أبي هريرة بلفظ: «للمسلم على المسلم ستة: إذا لقيته فسلم عليه» وساقها كما عند إسحاق بلفظ الأمر. قاله الحافظ في التلخيص.

والتحية تشمل الطرفين، ويُستحبُّ عيادة المريض، وزيارة القادم، ومُعَانَقَتُهُ<sup>(١)</sup>.

(١) قال النووي في زوائده: قد اختصر الإمام الرافعي الكلام في السلام وما يتعلق به، وقد جمعت فيه في كتاب «الأذكار» جملاً نفيسة موضحة بدلائلها من الأحاديث الصحيحة مع آيات من القرآن العزيز، وضمنت إليها مهمات متعلقة بما لا يستغني راغب في الخير عن معرفة مثلها، وقد خللت بعضها فيما سبق، وأنا أرمز إلى جملة من الباقي إن شاء الله تعالى، فمن ذلك، السنة أن يرفع صوته بالسلام رفعاً يسمعه المسلم عليهم سماعاً محققاً، ولا يزيد رفعه على ذلك، وإذا شك في سماعهم، زاد في الرفع واستظهر، وإن سلم على أيقاظ عندهم نيام، خفض صوته بحيث يسمع الأيقاظ ولا يوقظ النيام، ثبت ذلك في صحيح مسلم عن فعل رسول الله ﷺ، والإشارة بالسلام باليد ونحوها بلا لفظ خلاف الأولى، فإن جمع بين الإشارة واللفظ، فحسن وعليه يحمل حديث الترمذي وهو حديث حسن أن النبي ﷺ ألقى بيده بالتسليم، ويستحب أن يرسل سلامه إلى من غاب عنه، ويلزم الرسول أن يبلغه، فإنه أمانة ويجب أداء الأمانة، وقد سبق أنه يلزم المرسل إليه رد السلام/على الفور، ويستحب أن يرد على المبلغ أيضاً، فيقول: وعليه عليك السلام ورحمة الله وبركاته، ولو سلم على إنسان، ثم لقيه على قرب، فالسنة أن يسلم عليه ثانياً وثالثاً وأكثر، والسنة أن يبدأ بالسلام قبل كل كلام، والأحاديث الصحيحة وعمل الأمة على وفق ذلك مشهور، وأما حديث السلام قبل الكلام فضعيف، ويستحب لكل واحد من المتلاقيين أن يحرص على الابتداء بالسلام للحديث الحسن «أولى الناس بالله تعالى من بدأهم بالسلام» ولو مشى في سوق، أو شارع يطرق كثيراً، ونحوه مما يكثر فيه المتلاقون، قال صاحب «الحاوي»: إنما يسلم هنا على بعض الناس دون بعض، لأنه لو سلم على الجميع، تعطل عن كل مهم، وخرج به عن العرف، قال: ولو دخل على جماعة قليلة يعمهم سلام، اقتصر على سلام واحد عليهم، وما زاد من تخصيص بعضهم، فهو أدب، وكفي أن يرد أحدهم، فإن زادوا، فأفضل، فإن كانوا جميعاً لا ينتشر فيهم سلام واحد، كالجامع والمجلس الحفل، فسنة السلام أن يبدأ به إذا شاهدهم، ويكون مؤدياً سنة السلام في حق من سمعه، ويدخل في فرض الكفاية في الرد كل من سمعه، فإن جلس فيهم، سقط عنه سنة السلام في حق من لم يسمع، وإن أراد الجلوس فيمن بعدهم ممن لم يسمعه فوجهان، أحدهما: أن سنة السلام حصلت بالسلام على أولهم، لأنه جمع واحد، فإن أعاد السلام عليهم، كان أدباً، والثاني: أنها باقية لم تحصل، قال: فعلى الأول يسقط فرض الرد عن الأولين برد واحد من الآخرين، وعلى الثاني لا يسقط، ولعل الثاني أصح، ولا يترك السلام لكونه يغلب على ظنه أن المسلم عليه لا يرد.

قال المتولي: وأما التحية عند خروجه من الحمام بقول: طاب حمامك ونحوه، فلا أصل له، وهو كما قال، فلم يصح في هذا شيء لكن لو قال لصاحبه حفظاً لوده: أدام الله لك هذا النعيم، ونحو ذلك من الدعاء، فلا بأس به إن شاء الله تعالى، وإذا ابتدأ المار فقال: صباحك الله بخير، أو بالسعادة، أو قواك الله، أو لا أوحش الله منك، أو نحو ذلك من ألفاظ أهل العرف، لم يستحق جواباً، لكن لو دعا له قبلته كان حسناً لا أن يريد تأديبه وتأديب غيره لتخلفه وإهماله السلام.

وإذا قصد باب إنسان وهو مغلق، فالسنة أن يسلم، ثم يستأذن فيقول: السلام عليكم، أدخل، فإن لم يجبه أحد، أعاد ذلك ثانياً وثالثاً، فإن لم يجبه أحد، انصرف، وذكر صاحب «الحاوي» خلافاً في تقديم السلام على الاستئذان وعكسه، واختار مذهباً ثالثاً، فقال: إن وقعت عين المستأذن على صاحب البيت قبل دخوله، قدم السلام، وإن لم تقع عليه عينه، قدم الاستئذان، =

= والصحيح المختار تقديم السلام، فقد صحت فيه أحاديث صريحة، وإذا استأذن بدق الباب ونحوه، فليل: من أنت، فليلق: فلان ابن فلان، أو فلان الفلاني، أو المعروف بكذا وما أشبهه بحيث يحصل تعريف تام، ويكره أن يقتصر على قوله: أنا، أو الخادم، أو المحب، أو نحو ذلك مما لا يعرف به، والحديث الصحيح في ذلك مشهور ولا بأس أن يصف نفسه بما يعرف به وإن تضمن تبيجلاً له إذا لم يعرفه المخاطب إلا به، بأن يكني نفسه، أو يقول: القاضي فلان، أو الشيخ فلان أو نحوه.

وأما قول الرافعي: إذا قال: أطال الله بقاءك إلى آخره، فيحتاج فيه إلى تتمات، فأما أطال الله بقاءك، فقد نص جماعة من السلف على كراهته، وأما حني الظهر فمكروه للحديث الصحيح في النهي عنه، ولا يغتر بكثرة من يفعله ممن ينسب إلى علم وصلاح.

وأما القيام، فالذي نختاره أنه مستحب لمن فيه فضيلة ظاهرة من علم أو صلاح أو ولادة أو ولاية مصحوبة بصيانة، ويكون على جهة البر والإكرام لا للرياء والإعظام، وعلى هذا استمر عمل الجمهور من السلف والخلف، وقد جمعت جزءاً في ذلك ضمنته أحاديث صحيحة وأثاراً وأفعال السلف وأقوالهم الدالة لما ذكرته، وأجبت عما خالفها، وأما الداخل فيحرم عليه أن يحب قيامهم له، ففي الحديث الحسن «من أحب أن يمثل له الناس قياماً، فليتبوأ مقعده من النار» وهذا ظاهر في التحريم، وقد روي بالفاظ أوضحتها مع معناها وما يتعلق به في جزء الترخيص في القيام، وأما قوله: لا يمنع الذمي من تعظيم المسلم بها، فلا نوافق عليه.

وأما تقبيل اليد، فإن كان لزهده صاحب اليد وصلاحه، أو علمه أو شرفه وصيانيته ونحوه من الأمور الدينية، فمستحب، وإن كان لدنياه وثروته وشوكته ووجاهته ونحو ذلك، فمكروه شديد الكراهة، وقال المتولي: لا يجوز، وظاهره التحريم، وأما تقبيله خد ولده الصغير وبتته الصغيرة وسائر أطرافه على وجه الشفقة والرحمة واللطف ومحبة القرابة، فسنة، والأحاديث الصحيحة فيه كثيرة مشهورة، وكذا قبلة ولد صديقه وغيره من الأطفال الذين لا يشتهون على هذا الوجه، وأما التقبيل بشهوة فحرام بالاتفاق، وسواء في ذلك الوالد وغيره، بل النظر إليه بالشهوة حرام على الأجنبي والقريب بالاتفاق، ولا بأس بتقبيل وجه الميت الصالح للتبرك.

وسن تقبيل وجه صاحبه إذا قدم من سفر ونحوه ومعانقته للحديث الصحيح فيهما، وأما المعانقة وتقبيل الوجه لغير القادم من سفر ونحوه، فمكروهان، صرح به البغوي وغيره للحديث الصحيح في النهي عنهما، وأما المصافحة، فسنة عند التلاقي، سواء فيه الحاضر والقادم من سفر، والأحاديث الصحيحة فيها كثيرة جداً، وأما ما اعتاده الناس من المصافحة بعد صلاتي الصبح والعصر، فلا أصل لتخصيصه، لكن لا بأس به، فإنه من جملة المصافحة، وقد حث الشرع على المصافحة، وجعله الشيخ الإمام أبو محمد بن عبد السلام من البدع المباحة، ويستحب مع المصافحة البشاشة بالوجه والدعاء بالمغفرة وغيرها.

ويسن زيارة الصالحين والإخوان والجيران والأصدقاء والأقارب وإكرامهم وبرهم وصلتهم، وضبط ذلك يختلف باختلاف أحوالهم ومراتبهم وفراغهم، وينبغي أن تكون زيارته على وجه يرتضونه وفي وقت لا يكرهونه، ويستحب أن يطلب من أخيه الصالح أن يزوره، وأن يكثر زيارته إذا لم يشق، وأما العاطس، فيسن له أن يقول: الحمد لله، وإن كان في صلاة قاله وأسمع نفسه، ولو قال: الحمد لله على كل حال، كان أفضل، ففيه حديث صحيح، ويسن بمن جاءه العطاس، =

يُرَوَّى أَنَّ جَعْفَرَ - رضي الله عنه - لَمَّا قَدِمَ مِنَ الْحَبَشَةِ عَائِقَهُ رَسُولِ اللَّهِ - ﷺ (١) - ،  
وقد قدمنا في المعانقة كلاماً في أوّل النكاح، واللّه أعلم.

## الباب الثاني في كيفية الجهاد

قال الغزالي: وَالنُّظْرُ فِي تَصَرُّفِ الْإِمَامِ فِيهِمْ بِالْقِتَالِ وَالْأَسْتِزْقَاقِ وَالْأَغْتِنَامِ (النُّظْرُ  
الْأَوَّلُ فِي الْقِتَالِ) وَفِيهِ مَسَائِلُ: (الْأَوْلَى) أَنَّهُ يَجُوزُ الْأَسْعَانَةُ بِأَهْلِ الذِّمَّةِ وَبِالْمُشْرِكِ الَّذِي  
تُؤْمَنُ عَائِلَتُهُ وَبِالْعَبِيدِ إِذَا أَدِنَ السَّادَةُ وَبِالْمُرَاهِقِينَ \* وَالذَّمِّي إِنْ حَضَرَ مَنْ غَيْرِ إِذْنِ فِيهِ  
أَسْتِخْقَاقِهِ الرِّضْخِ خِلَافَ \* وَإِنْ نَهِيَ فَحَضَرَ لَمْ يَسْتَحِقْ \* وَالْمُحَدَّلُ يَخْرُجُ مِنَ الْجُنْدِ وَلَا  
يَسْتَحِقُّ شَيْئاً وَإِنْ حَضَرَ.

= أن يضع يده أو ثوبه ونحوه على وجهه، ويخفض صوته وتسميته إلى ثلاث مرات، فإن زاد، دعا  
له بالشفاء، ولا يشتمه حتى يسمع تسميته، وأقل التسميت وجوابه أن يسمعه، ولو قال لفظاً آخر  
غير الحمد لله، لم يشتم، ففي صحيح مسلم أن النبي ﷺ قال: «إذا عطس أحدكم فحمد الله  
تعالى، فشمته، فإن لم يحمد الله تعالى، فلا تسمته» وهذا الحديث مما ينبغي حفظه وإشاعته،  
فإن كثيراً من الناس يتساهلون فيه، وإذا لم يحمد الله تعالى، يستحب لمن عنده أن يذكره الحمد،  
ولو سمع حمده بعض القوم، يشتمه السامعون فقط، ولو عطس يهودي، فليقل: يهديكم الله،  
ولا يقل: يرحمكم الله، ففيه حديث صحيح، ولو تشاءب، فالسنة أن يرده ما استطاع، وأن يضع  
يده على فمه، ثبت ذلك في صحيح مسلم، وسواء كان في صلاة أو غيرها، ويستحب إجابة من  
ناداه، بلييك، وأن يقول لمن ورد عليه: مرحباً، وأن يقول لمن أحسن إليه: جزاك الله خيراً، أو  
حفظك الله ونحوهما، ويسن لمن أحب أخاً له في الله تعالى أن يخبره أنه يحبه، وهذا الباب  
واسع جداً، وفيما ذكرته مقنع، وقد أوضحت جميع ذلك بدلائله الصحيحة المتظاهرة في كتاب  
«الأذكار» وفيه ما لا يستغنى عن مثله من أشباهه، وإنما بسطت هذا الفصل على خلاف العادة،  
لأنه أحكام وسنن تدعو الحاجة إليها، ويكثر العمل بها، فهي أولى من نواذر المسائل التي لا تقع  
في العادة، وأسأل الله الكريم التوفيق للخيرات. والله أعلم.

(١) أخرجه الدارقطني من حديث عمرة عن عائشة قالت. لما قدم جعفر من أرض الحبشة، خرج إليه  
النبي ﷺ فعانقه، وفي إسناده أبو قتادة الحراني وهو ضعيف، ورواه العقيلي من حديث محمد بن  
عبيد بن عمير وهو ضعيف أيضاً، ورواه أبو داود [٥٢٢٠] مراسلاً، والطبراني في الكبير من  
حديث الشعبي: أن النبي ﷺ تلقى جعفر بن أبي طالب فالتزمه، وقبل ما بين عينيه، ووصله  
العقيلي من حديث عبد الله بن جعفر، ومن حديث جابر بن عبد الله، وهما ضعيفان، ورواه  
الحاكم من حديث ابن عمر وفيه أحمد بن داود الحراني، وهو ضعيف جداً أتهموه بالكذب،  
وعن أبي جحيفة قال: قدم جعفر من أرض الحبشة، فقبل النبي ﷺ ما بين عينيه، الحديث  
بطوله، رواه الطبراني، وفي الباب عن عائشة، قالت: استأذن زيد بن حارثة أن يدخل على النبي  
ﷺ، فاعتنقه وقبله، أخرجه الترمذي. قال الحافظ.

قال الرَّافِعِيُّ: الجهادُ يتضمَّنُ قصدَ نفوسِ الكُفَّارِ وأموالهم، وتصرُّفُ الإمامِ في نفوسهم: قد يكونُ بالقتلِ والقتال، وقد يكونُ بالاستِزْقاقِ، وقد يكونُ بالمنُّ أو الفِداء، وتصرُّفه في أموالهم: قد يكونُ بالإتلافِ، وقد يكونُ بالاغتِنامِ، فأهملَ صاحبُ الكتابِ حُكْمَ المنِّ والفِداءِ؛ لأنَّ خطْبَهُما هَيِّنٌ.

وقال: «والنَّظَرُ فِي تَصَرُّفِ الإِمَامِ فِيهِمْ بِالْقَتْلِ وَالِاسْتِزْقَاقِ وَالِاِغْتِثَامِ، ولم يَدَكُرْ فِي التَّرْجِمَةِ إِتْلَافَ أَمْوَالِهِمْ، لَكِنَّهُ بَيَّنَّهُ عِنْدَ التَّفْصِيلِ بَيْنَ الِاسْتِزْقَاقِ وَالِاِغْتِثَامِ عَلَى مَا سَيَأْتِي.

واعلم أنَّه يكره الغزو بغير إذن الإمام، أو الأمير المنصوب من جهته ولا يحرم<sup>(١)</sup>، وأنه يستحب إذا بعث الإمام سرية أن يؤمر عليهم أميراً، ويأمرهم بطاعته، ويوصيه بهم، وأن يأخذ البيعة على الجند حتى لا يفروا، وأن يبعث الطلائع ويتجسس أخبار الكفار<sup>(٢)</sup>، ويستحب الخروج يوم الخميس<sup>(٣)</sup> في أول النهار، وأن يعقد الرايات، ويجعل كل أمير تحت راية، ويجعل لكل طائفة شعاراً؛ حتى لا يقتل بعضهم بعضاً بيئاتاً، ويستحب أن يدخل دار الحزب بتعبئة الحرب؛ لأنه أحوط وأقرب، وأن يستنصر بالضعفاء، وأن يدعوا عند التقاء الصفين، وأن يكبر من غير إسراف في رفع الصوت، وأن يحرض الناس على القتال، وعلى الصبر والثبات، وكل ذلك مشهور في سير النبي - ﷺ - ومعازيه.

ولا يقابل من لم تبلغه الدعوة حتى يدعوه إلى الإسلام، والذين بلغتهم الدعوة يستحب أن يعرض عليهم الإسلام، ويدعوهم إليه أيضاً، ويجوز أن يبتهم [بغير دعاء] ثم الذين لا يقرون بالجزية يقاتلون وتسمى نساؤهم، وتغنم أموالهم إلى أن يسلموا، والذين تقبل منهم الجزية يقاتلون إلى أن يسلموا أو يبذلوا الجزية، إذا عرفت ذلك، فإن صاحب الكتاب رتب التصرف الأول وهو القتال، والقتل - على مسائل:

إحداها: فيمن يستعان به وفيه صور:

إحداها: يجوز الاستعانة بأهل الذمة والمشركين في الغزو؛ لما روي أن النبي -

(١) قال الشيخ البلقيني في تصحيح المنهاج: إلا إن كان من يريد الغزو ولو ذهب للاستئذان فإنه المقصود وإلا إذا عطل الإمام الغزو أقبل هو وجنده على أمور الدنيا وغير ذلك وإلا إذا كان من يريد الغزو ولا يقدر على الاستئذان ويغلب على ظنه أنه لو استأذنه لم يأذن له فلا كراهة في هذه الصور.

(٢) رواه مسلم [١٩٠١] من حديث حذيفة قال: قال رسول الله ﷺ ليلة الأحزاب: ألا رجل يأتينا بخبر القوم، الحديث بطوله.

(٣) رواه البخاري [٢٩٥٠] عن كعب بن مالك أن النبي ﷺ خرج يوم الخميس في غزوة تبوك، وكان يحب أن يخرج يوم الخميس.

ﷺ - استعانَ يهودُ بَنِي قَيْنِقَاعَ فِي بَعْضِ الْعَزَوَاتِ، وَرَضَخَ لَهُمْ<sup>(١)</sup>، وَشَهِدَ صَفْوَانٌ مَعَهُ حَرْبَ حُنَيْنٍ وَهُوَ مُشْرِكٌ<sup>(٢)</sup>، وَإِنَّمَا تَجُوزُ الْاِسْتِعَانَةَ بِهِمْ إِذَا عَرَفَ الْإِمَامُ حُسْنَ رَأْيِهِمْ فِي الْمُسْلِمِينَ، وَأَمِنَ مِنْ خِيَانَتِهِمْ، وَاعْتَبَرَ الْإِمَامُ، وَصَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» وَآخَرُونَ شَرْطاً آخَرَ، وَهُوَ أَنْ يُكَثِّرَ الْمُسْلِمِينَ بِحَيْثُ لَوْ خَانَ الْمُسْتَعَانُ بِهِمْ، وَانضَمُّوا إِلَى الَّذِينَ يَغْزُونَهُمْ - لَتَمَكَّنَ الْمُسْلِمُونَ مِنْ مُقَاوَمَتِهِمْ جَمِيعاً، وَفِي كُتُبِ الْعِرَاقِيِّينَ وَجَمَاعَةٍ أَنْ شَرْطُ جَوَازِ الْاِسْتِعَانَةِ أَنْ يَكُونَ فِي الْمُسْلِمِينَ قَلَّةٌ، وَتَمَسَّ الْحَاجَةُ إِلَى الْاِسْتِعَانَةِ، وَيَكَادُ هَذَانِ الشَّرْطَانِ يَتَنَاقِضَانِ؛ لِأَنَّهُمْ إِذَا قَلُّوا حَتَّى احْتَاجُوا فِي مُقَاوَمَةِ إِخْدَى الْفِتْنَتَيْنِ إِلَى الْاِسْتِعَانَةِ بِالْآخَرَى فَكَيْفَ يَقْدِرُونَ عَلَى مُقَاوَمَتِهِمَا مَعاً<sup>(٣)</sup>؛ لَوْ التَّامْنَا وَتَمَالَأْنَا؟ وَتَكَلَّمُوا فِيمَا رُوِيَ عَنْ عَائِشَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - خَرَجَ إِلَى بَدْرٍ، فَتَبِعَهُ رَجُلٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ فَقَالَ: «تُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ قَالَ: لَا، قَالَ: فَارْجِعْ؛ فَإِنَّا لَا نَسْتَعِينُ بِمُشْرِكٍ، ثُمَّ أَتَاهُ بَعْدَ ذَلِكَ، وَوَصَفَ الْإِسْلَامَ، فَقَبِلَهُ وَاسْتَضَحَبَهُ»<sup>(٤)</sup> مِنْ وَجْهِهِ:

(١) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ فِي الْمَرَامِيسِلِ (حَدِيثُ ٢٨١) وَالتِّرْمِذِيُّ عَنِ الزُّهْرِيِّ. أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ اسْتَعَانَ بِنَاسٍ مِنَ الْيَهُودِ فِي حَرْبِهِ، وَأَسْهَمَ لَهُمْ، وَالتِّرْمِذِيُّ مَرَامِيسِلَهُ ضَعِيفَةٌ، وَرَوَاهُ الشَّافِعِيُّ عَنِ أَبِي يُونُسَ أَنَا الْحَسَنُ بْنُ عِمَارَةَ عَنِ الْحَكَمِ عَنِ مَقْسَمٍ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ: اسْتَعَانَ فَذَكَرَ مِثْلَ مَا ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ، وَزَادَ: وَلَمْ يَسْهَمْ لَهُمْ، قَالَ الْبَيْهَقِيُّ: لَمْ أَجِدْهُ إِلَّا مِنْ طَرِيقِ الْحَسَنِ بْنِ عِمَارَةَ وَهُوَ ضَعِيفٌ، وَالصَّحِيحُ مَا أَنَا الْحَاقِظُ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ فَسَاقَ بِسَنَدِهِ إِلَى أَبِي حَمِيدٍ السَّاعِدِيِّ قَالَ: خَرَجَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ حَتَّى إِذَا خَلَفَ ثَنِيَّةَ الْوُدَاعِ، إِذَا كَتَبِيَّةَ قَالَ: مَنْ هَؤُلَاءِ؟ قَالُوا: بَنِي قَيْنِقَاعَ رَهَطَ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سَلَامٍ، قَالَ: وَأَسْلَمُوا؟ قَالُوا: لَا، قَالَ: قُلْ لَهُمْ: فَلْيَرْجِعُوا، فَإِنَّا لَا نَسْتَعِينُ بِالْمُشْرِكِينَ.

(٢) تقدم.

(٣) قَالَ النَّوَوِيُّ فِي زَوَائِدِهِ: لَا مَنَافَاةَ، فَالْمُرَادُ أَنْ يَكُونَ الْمُسْتَعَانُ بِهِمْ فَرَقَةً لَا يَكْثُرُ الْعَدُوُّ بِهِمْ كَثْرَةً ظَاهِرَةً، وَشَرْطُ صَاحِبِ «الْحَاوِي» أَنْ يَخَالَفُوا مَعْتَقِدَ الْعَدُوِّ، كَالْيَهُودِ مَعَ النَّصَارَى، قَالَ: وَإِذَا خَرَجُوا بِشُرُوطِهِ، اجْتَهَدَ الْأَمِيرُ فِيهِمْ، فَإِنْ رَأَى الْمَصْلَحَةَ فِي تَمْيِيزِهِمْ لِيَعْلَمَ نِكَائِهِمْ، أَفْرَدَهُمْ فِي جَانِبِ الْجَيْشِ بِحَيْثُ يَرَاهُ أَصْلَحَ، وَإِنْ رَأَاهَا فِي اخْتِلَاطِهِمْ بِالْجَيْشِ لِثَلَاثِ تَقْوَى شَوْكَتِهِمْ، فَرَقَهُمْ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ.

(٤) أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ [١٨١٧] مِنْ حَدِيثِهَا، وَعَنْ خُبَيْبِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ خُبَيْبٍ عَنِ أَبِيهِ عَنِ جَدِّهِ خُبَيْبِ بْنِ أَسَافٍ قَالَ: أَقْبَلْتُ أَنَا وَرَجُلٌ مِنْ قَوْمِي إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَهُوَ يَرِيدُ غَزْوًا، فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّا نَسْتَحْيِي أَنْ يَشْهَدَ قَوْمُنَا مَشْهُدًا لَا نَشْهَدُهُ مَعَهُمْ، فَقَالَ أَسْلَمْتَمَا؟ قُلْنَا: لَا، قَالَ: فَإِنَّا لَا نَسْتَعِينُ بِالْمُشْرِكِينَ، الْحَدِيثُ، وَيَجْمَعُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الَّذِي قَبْلَهُ بِأَوْجِهٍ ذَكَرَهَا الْمُصَنِّفُ، مِنْهَا وَذَكَرَهُ الْبَيْهَقِيُّ عَنِ نَصِّ الشَّافِعِيِّ: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ تَفَرَّسَ فِيهِ الرِّغْبَةَ فِي الْإِسْلَامِ، فَرَدَّهُ رَجَاءً أَنْ يَسْلَمَ فَصَدَّقَ ظَنَّهُ، وَفِيهِ نَظَرٌ مِنْ جِهَةِ التَّنْكِيرِ فِي سِيَاقِ النَّفْيِ، وَمِنْهَا أَنَّ الْأَمْرَ فِيهِ إِلَى رَأْيِ الْإِمَامِ، وَفِيهِ النَّظَرُ بَعِينَهُ، وَمِنْهَا أَنَّ الْاِسْتِعَانَةَ كَانَتْ مَمْنُوعَةً، ثُمَّ رَخَّصَ فِيهَا، وَهَذَا أَقْرَبُهَا، وَعَلَيْهِ نَصُّ الشَّافِعِيِّ.



قِيلَ: كانت الاستعانة مَمْنُوعَةً، ثم رَخَّصَ فيها<sup>(١)</sup>.

(١) اتفق الفقهاء على أن المسلمين إذا لم يأمنوا جانب الكافر وخافوا منه إفشاء السرِّ للأعداء، لا يجوز لهم الاستعانة به لا في الحرب، لأن الاستعانة به في هذه الحالة تؤدي إلى تقيض المقصود منها، وهو نصره المسلمين وإعلاء كلمة الله ولا في خدمة الجيش والأعمال التمهيديّة كحفر الخنادق وبناء الحصون، وتمهيد الطرق، وإصلاح آلات الحرب وغير ذلك. واختلفوا فيما عدا ذلك، فذهب الإمام مالك، وأحمد في رواية عنه إلى أنه يحرم الاستعانة بالكافر في الجهاد وبهذا قال ابن المنذر، والجوزجاني، وجماعة من أهل العلم وذهب الإمام أبو حنيفة، والشافعي، وأحمد في رواية أخرى إلى جواز الاستعانة بهم. وشرط الشافعي مع أمن حياتهم كونهم بحيث لو انضم المستعان به إلى العدو قاومناهم.

«الأدلة» استدلت المانعون بما يأتي:

أولاً - ما رواه أحمد ومسلم عن عائشة قالت: خَرَجَ النَّبِيُّ ﷺ قَبْلَ بَدْرِ فَلَمَّا كَانَ بِحَرَّةِ الْوَبَرَةِ أَدْرَكَهُ رَجُلٌ كَانَتْ تُذَكِّرُهُ مِنْهُ جُرْأَةً وَنَجْدَةً فَفَرِحَ بِهِ أَصْحَابُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ حِينَ رَأَوْهُ، فَلَمَّا أَدْرَكَهُ قَالَ: جِنَّتُكَ لِأَتْبِعَكَ فَأَصِيبَ مَعَكَ قَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «تُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ؟ قَالَ لَا، قَالَ: ازْجِعْ فَلَنْ أُسْتَعِينُ بِمُشْرِكٍ» قَالَتْ: ثُمَّ مَضَى حَتَّى إِذَا كَانَ بِالشُّجْرَةِ أَدْرَكَهُ الرَّجُلُ فَقَالَ لَهُ كَمَا قَالَ أَوَّلَ مَرَّةٍ، قَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ كَمَا قَالَ أَوَّلَ مَرَّةٍ فَقَالَ: لَا، قَالَ فَازْجِعْ فَلَنْ أُسْتَعِينُ بِمُشْرِكٍ قَالَتْ: فَرَجِعْ فَأَدْرَكَهُ بِالنَّبِيِّ فَقَالَ لَهُ كَمَا قَالَ أَوَّلَ مَرَّةٍ: تُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ؟ قَالَ: نَعَمْ، فَقَالَ لَهُ فَانْطَلِقْ.

ثانياً - ما رواه الإمام أحمد عن حبيب بن عبد الرحمن عن أبيه عن جده قال: أَتَيْتُ النَّبِيَّ ﷺ وَهُوَ يُرِيدُ غَزْوًا أَنَا وَرَجُلٌ مِنْ قَوْمِي وَلَمْ نُسَلِّمْ فَقُلْنَا إِنَّا نَسْتَحِي أَنْ يَشْهَدَ قَوْمُنَا مَشْهَدًا لَا نَشْهَدُهُ مَعَهُمْ، فَقَالَ أَسَلَّمْنَا؟ فَقُلْنَا لَا، فَقَالَ: «إِنَّا لَا نَسْتَعِينُ بِالمُشْرِكِينَ عَلَى المُشْرِكِينَ فَاسَلَّمْنَا وَشَهِدْنَا مَعَهُ». ففي هذين الحديثين نفي صريح للاستعانة بعموم المشركين، لأن لفظ مشرك نكرة في سياق النفي ولفظ المشركين في الحديث الثاني جمع معرف بأداة الاستغراق فيفيد العموم، ولم يقبل منهم النبي ﷺ الاستعانة في القتال مع شدة رغبتهم فيه حتى أسلموا.

ثالثاً - إن الكافر لا يؤمن مكره وغلده لخبث طويته، والحرب تقتضي المناصحة، والكافر ليس من أهلها.

وقد نوقش الدليلان الأولان: بأنهما لا يدلان على عدم جواز الاستعانة بالمشركين، وإنما كان رد الرسول ﷺ لمن رد؛ لأنه تفرس فيهم الرغبة في الإسلام فردهم رجاء أن يسلموا، وقد صدق الله ظنه. وقد ردت هذه المناقشة بأن الحديثين عامان في المنع من الاستعانة بمن طلب الإعانة وغيره.

«أدلة المجيزين» استدلت المجيزون بما يأتي:

أولاً - ما رواه الإمام الشافعي، وأبو يوسف عن الحسن بن عمار عن الحكم بن مقيم عن ابن عباس قال: اسْتَعَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِيَهُودِ بَنِي قَيْثَقَاقَ فَرَضَّخَ لَهُمْ وَلَمْ يُسْهِمِ.

ثانياً - ما رواه أبو داود في مراسيله عن الزهري أن النبي ﷺ استعان بناس من اليهود في خيبر في حربه فأسهم لهم.

ثالثاً - ما رواه أحمد وأبو داود عن ذي مخبر قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «سَتَصَالِحُونَ الرُّومَ صُلْحًا تَغْرُزُونَ أَنْتُمْ وَهُمْ عَدُوًّا مِنْ وَرَائِكُمْ» فأخبر عليه الصلاة والسلام بأن المسلمين سيحصل منهم التعاون مع الروم وإخباره ﷺ صدق لا شك فيه، ولم يذكر ما يدل على أنه ممنوع:

وقيل: إنما لم يستعن حيتذ لفوات بعض الشروط المعبرة.

وقيل: إن الأمر فيه إلى رأي الإمام، فرأى أن يستعين في بعض الغزوات، ولم يره في بعض.

قيل: تفرس فيه الرغبة في الإسلام؛ فردّه رجاء أن يسلم، فصدق ظنه - ﷺ -.

رابعاً - هناك حوادث أخرى اشتهرت عند أهل السير تفيد الاستعانة بهم كما في زاد المعاد، وعيون الأثر والشوكاني منها أن قزمان خرج مع - رسول الله ﷺ - وهو مشرك فقتل ثلاثة من بني عبد الدار حاملة لواء المشركين حتى قال رسول الله ﷺ: «إن الله ليأزر هذا الدين بالرجل الفاجر، ومنها: أن خزاعة خرجت مع النبي ﷺ على قريش عام فتح مكة، ومنها أن النبي ﷺ، استعان من صفوان بن أمية ذؤوعاً وأشياء أخرى يستعان في الحزب بها، وكان صفوان في ذلك الوقت مشركاً».

وأجابوا عن حديث عائشة، وحديث خبيب - رضي الله عنهما - بأنهما منسوخان؛ لأن المنع من الاستعانة كان في أول الأمر ثم استعان بهم النبي ﷺ في غزوة خيبر سنة ست من الهجرة فتكون ناسخة لما قبلها.

«مناقشة الأدلة» ونوقشت أدلة المجيزين بما يأتي:

أولاً - الحديث الأول في سننه الحسن بن عمارة وهو ضعيف فلا يحتج به.

ثانياً - والحديث الثاني أرسله الزهري، وكان يحيى بن القطان لا يرى مراسيل الزهري شيئاً ويقول هي بمنزلة الريح.

ثالثاً - حديث ذي مخبر ليس في استعانة المسلمين بأفراد من الكفار وإنما هو في التحالف معهم ضد عدو مشترك.

رابعاً - يقال في حديث قزمان أنه لم يبين طريقه ليتمكن الحكم عليه ولو سلمت صحته فلم يثبت أنه ﷺ أذن له بذلك في الابتداء، وغاية ما فيه أنه يجوز للإمام السكوت عن كافر قاتل مع المسلمين تبرعاً منه من غير استعانة منهم به وأما خزاعة فقد كانوا حلفاء النبي ﷺ، والأهم من ذلك أنهم كانوا في ذلك الوقت مسلمين بدليل قول عمران بن سالم الخراعي حين وفد على النبي ﷺ يستنصره على بني بكر وقريش.

يَا رَبِّ إِنِّي نَاشِئٌ مُحَمَّدًا  
قَدْ كُنْتُمْ وُلْدًا وَكُنَّا وَالِدًا

حَلَفَ أَيْبِنَا وَأَيْبِنَا الْأَتْلَدَا  
ثُمَّتْ أَسْلَمْنَا فَلَمْ نَنْزِعْ يَدَا

إلى أن قال:

هُم بَيْتُونَا بِالْوَتِيرِ هُجْدًا  
وَقَاتَلُونَا رُكْعًا وَسُجْدًا

وأما حديث صفوان فهو في غير محل النزاع؛ لأن ما فيه أن النبي ﷺ استعان بالسلاح والكلام في الاستعانة بالرجال، والفرق واضح.

ومن هذه المناقشة يظهر أن أدلة المجيزين لا تنهض للاستدلال فضلاً عن كونها تعارض أدلة المنع، ولو صح أن النبي ﷺ استعان بأحد من المشركين لأمكن أن نجعله مخصوصاً من عموم المنع للمصلحة، ولأمكن أن نقيس عليه مثله مما يكون في الاستعانة به مصلحة للمسلمين، ولكن لم يظهر ذلك.

ثُمَّ إِذَا حَضَرَ الذَّمُّ الْقِتَالَ بِإِذْنِ الْإِمَامِ، فَلَهُ الرِّضْخُ كَمَا تَبَيَّنَ فِي «قِسْمِ الْعَنَائِمِ»،  
إِلَّا إِذَا كَانَ قَدْ اسْتَأْجَرَهُ، فَلَا يَسْتَحِقُّ إِلَّا الْأَجْرَةَ، وَإِنْ حَضَرَ بَعْدَ مَا نَهَا، فَلَا شَيْءَ لَهُ؛  
لَأَنَّهُ مُتَّهَمٌ بِمَوَالَاةِ أَهْلِ دِينِهِ، وَلِلْإِمَامِ أَنْ يُعْزِرَهُ إِذَا رَأَاهُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ نَهْيً وَلَا إِذْنًا، فَهَلْ  
يَسْتَحِقُّ الرِّضْخَ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أَصْحُهُمَا: الْمَنْعُ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الذَّبِّ عَنِ الدِّينِ، بَلْ هُوَ مُتَّهَمٌ بِالْخِيَانَةِ،  
وَالْمَنْبِلُ إِلَى أَهْلِ دِينِهِ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ؛ لِأَنَّهُ بِالْعَهْدِ الْمُؤَبَّدِ صَارَ مِنْ أَهْلِ الدَّارِ، وَمِنْ أَهْلِ نَصْرَتِهَا.

[وَالثَّانِيَّةُ: يَجُوزُ أَنْ يَسْتَعِينِ الْإِمَامُ بِالْعَبِيدِ إِذَا أذِنَ السَّادَةُ<sup>(١)</sup>، وَأَنْ يَسْتَضْحِبَ  
الْمَرَاهِقِينَ، إِذَا كَانَ فِيهِمْ جِلَادَةٌ وَغَنَاءٌ فِي الْقِتَالِ، وَكَذَا لِمَصْلَحَةِ سَقْيِ الْمَاءِ، وَمُدَاوَاةِ  
الْجُرْحَى، وَكَذَلِكَ يَسْتَضْحِبُ النِّسَاءَ لِمِثْلِ ذَلِكَ عَلَى مَا مَرَّ.

وَفِي «جَمْعِ الْجَوَامِعِ» لِلرُّوْيَانِيِّ: أَنَّ الْقَقَالَ ذَكَرَ: أَنَّ الشَّافِعِيَّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -  
أَطْلَقَ قَوْلَيْنِ فِي جَوَازِ إِخْضَارِ نِسَاءِ أَهْلِ الذِّمَّةِ وَدَّرَارِيهِمْ، فَأَحَدُ الْقَوْلَيْنِ: أَنَّهُ يَجُوزُ كَمَا  
يَجُوزُ إِخْضَارُ نِسَاءِ الْمُسْلِمِينَ، وَدَّرَارِيهِمْ.

وَالثَّانِي: لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ لَا قِتَالَ فِيهِمْ، وَلَا رَأْيٍ وَلَا تَبْرُكٌ بَدْعَائِهِمْ<sup>(٢)</sup>، وَهَاهُنَا  
كَلِمَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: ظَاهِرُ مَا ذَكَرَهُ لَفْظًا وَتَوْجِيهًا - جَوَازُ إِخْضَارِ الذُّرِّيَّةِ مُطْلَقًا، إِلَّا أَنْ مَنْ لَا  
يُمَيِّزُ وَجِبَّ أَلَّا يَجُوزَ إِخْضَارُهُ، كَمَا نَصُّوا فِي الْمَجْنُونِ أَنَّهُ لَا يُخْضَرُ؛ لِأَنَّهُ يُعْرَضُ  
لِلْهَلَاكِ بِلَا مَنَفْعَةٍ.

وَالثَّانِيَّةُ: ذَكَرْنَا فِي «قِسْمِ الْفَيِّءِ وَالْعَنَائِمِ» أَنَّ نِسَاءَ أَهْلِ الذِّمَّةِ إِذَا خَرَجْنَ بِإِذْنِ الْإِمَامِ،  
لِهِنَّ الرِّضْخَ عَلَى أَصْحِ الْوَجْهَيْنِ، فَيَجُوزُ أَنْ يُبْنَى الْوَجْهَانِ عَلَى الْقَوْلَيْنِ الْمُنْقُولَيْنِ هَاهُنَا،  
وَيَجُوزُ أَنْ يَقْدَرَ خِلَافٌ فِي اسْتِحْقَاقِهِنَّ الرِّضْخَ، مَعَ تَجْوِيزِ الْإِذْنِ لَهُنَّ، وَيُوجِبُ الْمَنْعَ بِأَنْهِنَّ  
يَتَبَعْنَ الرِّجَالَ فِي الْعِزَّةِ الْمَبْدُولَةِ، فَكَذَلِكَ يَتَّبَعْنَ فِي الرِّضْخِ الْمَأْخُودِ.

الثَّالِثَةُ: الْمَخْذَلُ لِلْجَيْشِ يُمْنَعُ مِنَ الْخُرُوجِ مَعَ النَّاسِ، فَإِنْ خَرَجَ أُخْرِجَ مِنَ الْجَنْدِ،  
وَلَا يَسْتَحِقُّ شَيْئًا وَإِنْ حَضَرَ الْقِتَالَ، فَإِنْ قَتَلَ كَافِرًا لَا يَسْتَحِقُّ سَلْبَهُ. وَالْمَخْذَلُ: هُوَ الَّذِي

(١) قَالَ الشَّيْخُ الْبَلْقِينِيُّ: إِذَا كَانَ الْعَبْدُ مَوْصِيًّا بِمَنْفَعَتِهِ لِبَيْتِ الْمَالِ أَوْ مَكَاتِبًا كِتَابَةً صَحِيحَةً فَلِلْإِمَامِ  
الْإِسْتِعَانَةَ بِهِمَا وَالسَّفَرَ بِهِمَا بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِمَا.

(٢) سَكَتَ الشَّيْخُ عَنِ التَّرْجِيحِ وَقَالَ فِي الْخَادِمِ: إِنَّ الْمَذْهَبَ الْجَوَازَ، وَقَدْ نَصَّ عَلَيْهِ فِي الْأَمِّ فَقَالَ:  
وَنِسَاءَ الْمَشْرِكِينَ وَصَبِيَّانَهُمْ كَرَجَالِهِمْ لَا يَحْرَمُ أَنْ يَشْهَدُوا الْقِتَالَ وَيُسَاعِدُوهُ قَوْلُ الْأَصْحَابِ إِنَّ نِسَاءَ  
أَهْلِ الذِّمَّةِ إِذَا خَرَجْنَ بِإِذْنِ الْإِمَامِ لِهِنَّ الرِّضْخَ.

يخوفُ النَّاسَ، بَأَن يَقُولَ: عددكم قليلٌ، وخُيولُكم ضعيفةٌ، ولا طاقةٌ لكم بالعدوِّ، وما أشبه ذلك، وفي معنى المخذَلِ: المرجفُ والخائِنُ، والمرجفُ: هو الذي يُكثِرُ الأراجيفَ بَأَن يقولَ: قُتِلتُ سريةً كذا، أو لحقهم مددٌ من جهةٍ كذا، أو لهم كمينٌ في موضع كذا.

والخائِنُ والخيانةُ: أَن يتجسَّسَ لهم، ويُطلِعَهم على العوراتِ بالمكاتبةِ والمراسلةِ، وتكلموا في أَنَّهُ لَمَّا كان رسولُ الله - ﷺ - يَغزُو ومعه عبدُ الله بنُ أبي مع ظُهُورِ التخذيلِ منه؟ فقيلَ: كانت الصحابةُ - رضي الله عنهم - أقوىاءَ في الدين، لا يُبالون بتخذيله، وقيلَ: كان النبيُّ - ﷺ - يطلُعُ بالوحيِ على أفعاله، فلا يستضر بكَيْده، وصورة المخذَلِ مكررةٌ، قد ذكرها مرّةً في «قسمِ الغنائمِ».

ويجوزُ أن يعلم قولُه هاهنا: «وَلَا يَسْتَحِقُّ شَيْئًا وَإِنْ حَضَرَ» وقولُه هنا: «فَلَا يُعْطَى شَيْئًا أَضْلًا» بالحاءِ لِأَنَّ القاضي ابنَ كَعَجٍ رَوَى عن أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يُسَهِّمُ لَهُ مِنَ الْغَنِيْمَةِ إِذَا حَضَرَ، وبِالْوَاوِ؛ لِأَنَّ الْقَاضِي الرُّوْيَانِي رَوَى وراءَ المشهورِ وَجْهينِ:

أحدهما: أَنَّهُ إِذَا يَحْرُمُ إِذَا نَهَاهُ الْإِمَامُ فَلَمْ يَتَّبِعْهُ. أَمَّا إِذَا لَمْ يَنْهَهُ - فَيَسَهِّمُ لَهُ كغیره - والثاني: أَنَّهُ يَرْضَخُ لَهُ، ثُمَّ لَفْظُ الْكِتَابِ هَاهُنَا أَنَّهُ يَخْرُجُ مِنَ الْجَنْدِ، وَهَنَّاكَ أَنَّهُ يَخْرُجُ مِنَ الصَّفِّ، فَالْإِخْرَاجُ مِنَ الْجُنْدِ قَبْلَ التَّقَاءِ الصَّفِّينِ ظَاهِرٌ، وَأَمَّا عِنْدَ الْإِلْتِقَاءِ، فَإِنَّمَا يَخْرُجُ إِذَا لَمْ يَخْفَ مِنْهُ وَهْنٌ.

قال الغزاليُّ: (الثانية) لَا يَبْصِحُ اسْتِجَارَ الْمُسْلِمِ عَلَى الْجِهَادِ إِذْ يَقَعُ عَنْهُ لَكِنَ لِلْإِمَامِ أَنْ يَرْغَبَهُمْ بِبَدْلِ الْأَهْبَةِ وَالسَّلَاحِ \* وَلَوْ أَخْرَجَهُمْ قَهْرًا لَمْ يَسْتَحِقُّوا الْأَجْرَةَ \* وَلَوْ عَيَّنَ الْإِمَامُ شَخْصًا لِدَفْنِ مَيِّتٍ وَعَسَلِهِ فَلَا أُجْرَةَ لَهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ تَرْكَةٌ أَوْ فِي بَيْتِ الْمَالِ مُتَسَّعٌ \* وَيَجُوزُ اسْتِجَارَ الْعَبِيدِ إِنْ قَلْنَا: لَا يَجِبُ عَلَيْهِمُ الْقِتَالُ بِحَالٍ \* وَيَجُوزُ اسْتِجَارَ الذَّمِيِّ \* وَقِيلَ: إِنَّ ذَلِكَ جَمَالَةٌ لِلْجِهَادِ \* وَفِي اسْتِغْلَالِ الْأَحَادِ بِاسْتِجَارِ الذَّمِيِّ وَجْهَانِ كَمَا فِي الْأَدَانِ \* وَلَوْ أَخْرَجَ أَهْلُ الذَّمِّ قَهْرًا اسْتَحَقُّوا أُجْرَةَ الْمِثْلِ مِنَ الْغَنِيْمَةِ عَلَى رَأْيٍ \* وَمِنْ بَيْتِ الْمَالِ عَلَى رَأْيٍ \* وَلَوْ خَلَّى سَبِيلَهُمْ قَبْلَ الْوُقُوفِ لَمْ يَسْتَحِقُّوا إِلَّا أُجْرَةَ الذَّهَابِ \* وَلَوْ وَقَفُوا مِنْ غَيْرِ قِتَالٍ فَقَبِي اسْتِخْقَاقِهِمُ الْأَجْرَةَ الْكَامِلَةَ خِلَافًا.

قال الرافعيُّ: أمَّا المسلمُ فلا يجوزُ أن يُسْتَأْجَرَ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ مُتَعِينًا عَلَيْهِ - فَهُوَ بِالْخُرُوجِ يُؤَدِّي فَرْضًا عَلَيْهِ مُتَعِينًا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُتَعِينًا عَلَيْهِ، فَإِذَا حَضَرَ الْوَقْعَةَ تَعَيَّنَ عَلَيْهِ، وَلَا يَجُوزُ أَخْذُ الْأَجْرَةِ عَنِ الْفَرَضِ الْمُتَعَيَّنِ عَلَيْهِ، الْوَاقِعِ عَنْهُ، كَمَا لَا يَأْخُذُ الصَّيْرُورَةَ الْأَجْرَةَ عَلَى الْحَجِّ؛ لِأَنَّ الْحَجَّ يَقَعُ عَنْهُ، فَلَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ الْإِمَامِ وَالْأَحَادِ.

وعن الصَّيْدَلَانِيِّ: أَنَّهُ يَجُوزُ لِلْإِمَامِ أَنْ يَسْتَأْجِرَ الْمُسْلِمَ لِلجِهَادِ، وَيُعْطِيَهُ الْأَجْرَةَ مِنْ سَهْمِ الْمَصَالِحِ، وَالظَّاهِرُ الْأَوَّلُ، وَالْإِمَامُ يَرْغُبُ فِي الْجِهَادِ بِيَذِلِ الْأَهْبَةَ وَالسَّلَاحَ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ، أَوْ مِنْ خَاصِّ مَالِهِ، فَيُنَالُ ثَوَابَ الْإِعَانَةِ، وَيَقَعُ الْجِهَادُ عَنِ الْمُبَاشَرِ، وَكَذَلِكَ إِذَا بَذَلَ أَهْبَتَهُ الْوَاحِدُ مِنْ عَرَضِ النَّاسِ مِنْ مَالِهِ.

رُويَ أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - قَالَ: «مَنْ جَهَّزَ غَازِيًا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَقَدْ غَزَا»<sup>(١)</sup> وَرُويَ «مَنْ جَهَّزَ غَازِيًا أَوْ حَاجًّا أَوْ مُعْتَمِرًا فَلَهُ مِثْلُ أَجْرِهِ»<sup>(٢)</sup>.

قال الأَصْحَابُ: وما يَدْفَعُ إِلَى الْمُتَرْتِقَةِ مِنَ الْفِيءِ وَإِلَى الْمَطْرُوعَةِ مِنَ الصَّدَقَاتِ - حَقُوقُهُمُ الْمَرْتَبَةُ لَهُمْ وَلَيْسَ أَجْرَةً وَجِهَادُهُمْ وَاقَعَ عَنْهُمْ.

ولو قَهَرَ الْإِمَامُ جَمَاعَةً مِنَ الْمُسْلِمِينَ، وَأَكْرَهُهُمْ عَلَى الْخُرُوجِ وَالجِهَادِ - لَمْ يَسْتَحِقُّوا الْأَجْرَةَ؛ لَمَا ذَكَرْنَا مِنْ وُقُوعِ الْجِهَادِ عَنْهُمْ، وَامْتِنَاعِ اسْتِئْجَارِهِمْ لَهُ، هَكَذَا أَطْلَقُوهُ، وَفَصَّلَ فِي «التَّهْذِيبِ» فَقَالَ: إِنْ تَعَيَّنَ الْجِهَادُ عَلَيْهِمْ، فَالْحُكْمُ كَذَلِكَ، وَإِلَّا فَلَهُمُ الْأَجْرَةُ مِنْ حِينِ أَخْرَجَهُمْ إِلَى أَنْ يَحْضُرُوا الْوَقْعَةَ، وَأَطْلَقَ مُطْلَقُونَ الْقَوْلَ بِأَنَّهُ إِذَا عَيَّنَ الْإِمَامُ رَجُلًا، وَالزَّمَهُ غَسَلَ الْمَيْتَ وَدَفَنَهُ - لَمْ يَكُنْ لِلذَلِكَ الْمَقْهُورِ أَجْرَةً، وَاسْتَذْرَكَ الْإِمَامُ فَقَالَ: هَذَا إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْمَيْتِ تَرْكَةً، وَلَا فِي بَيْتِ الْمَالِ مُتَسَّعٌ، فَإِنْ كَانَ لَهُ تَرْكَةً، فَمُؤْنَةٌ تَجْهِيْزُهُ فِي تَرْكَتِهِ، وَإِلَّا وَفِي بَيْتِ الْمَالِ مَتَسَعٌ فَمُؤْنَتُهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ، فَيَسْتَحِقُّ الْمَقْهُورُ الْأَجْرَةَ، وَالتَّفْصِيلَانِ حَسَنَانِ، وَلَنَحْمِلُ عَلَيْهِمَا الْإِطْلَاقَ.

وهل يجوز للإمام استئجار عبيد المسلمين؟ قال الإمام: الترتيب فيه: أنا إن جَوَزْنَا لَهُ اسْتِئْجَارَ الْأَخْرَارِ، فَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الْعَبِيدِ أَيْضًا، وَإِلَّا فَيُفِي اسْتِئْجَارَ الْعَبِيدِ وَجْهَانِ مُخْرَجَانِ عَلَى أَنَّهُ إِذَا وَطِئَ الْكُفَّارُ طَرْفًا مِنْ بِلَادِ الْمُسْلِمِينَ، هَلْ يَتَعَيَّنُ الْجِهَادُ عَلَى الْعَبِيدِ؟

إِنْ قُلْنَا: نَعَمْ، فَهَمَّ مِنْ أَهْلِ فَرْضِ الْجِهَادِ، فَإِذَا وَقَفُوا فِي الصَّفِّ - وَقَعَ عَنْهُمْ، فَيَكُونُ اسْتِئْجَارُهُمْ كَاسْتِئْجَارِ الْأَخْرَارِ، وَإِلَّا فَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُهُمْ، وَهُوَ الَّذِي أَرَادَ بِقَوْلِهِ فِي الْكِتَابِ «إِنْ قُلْنَا: لَا يَجِبُ عَلَيْهِمُ الْقِتَالُ بِجَالٍ» وَإِنْ أَخْرَجَ عَبِيدًا قَهْرًا - لَزِمَتْ أَجْرَتُهُمْ مِنْ يَوْمِ الْإِخْرَاجِ إِلَى أَنْ يَعُودَ كُلُّ وَاحِدٍ إِلَى يَدِ سَيِّدِهِ، هَكَذَا أَطْلَقَ صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» وَغَيْرُهُ، وَيَشْبَهُ أَنْ يَبْنَى ذَلِكَ عَلَى الْوَجْهَيْنِ السَّابِقَيْنِ: إِنْ جَعَلْنَا مِنْ أَهْلِ فَرْضِ

(١) تقدم من حديث زيد بن خالد.

(٢) أخرجه الطبراني وابن قانع من حديث زيد بن خالد بلفظ: من جهز غازياً أو حاجاً أو فطر صائماً كان له مثل أجره، من غير أن ينقص من أجره شيئاً، وسياق ابن قانع أتم، وأما زيادة المعتمر فرواها الحافظ أبو محمد ابن عساكر في كتاب الجهاد له من حديث أبي سعيد الخدري، بسند واهي.

الجهاد، فَلْيَكُونُوا كَالْأَخْرَارِ، وهذا في استتجار المسلم.

وَأَمَّا الذَّمِّيُّ فَلِلْإِمَامِ أَنْ يَسْتَعْمِلَهُ لِلجِهَادِ بِمَالٍ يَبْذُلُهُ، وطريقه الجُعَالَةُ أَوْ الإِجَارَةُ فِيهِ

وجهان:

أَحَدُهُمَا: الجُعَالَةُ؛ لِأَنَّ أَعْمَالَ الْقِتَالِ مَجْهُولَةٌ لِأَنَّ تَنْضِبُطَ، وَأَصْحُهُمَا: الإِجَارَةُ، وَلَا يَضُرُّ كَوْنُ الْأَعْمَالِ مَجْهُولَةً، فَإِنَّ الْمَقْصُودَ الْقِتَالَ عَلَى مَا يَتَّفَقُ وَالْمَقَاصِدُ هِيَ الْمَرْعِيَةُ عَلَى أَنَّ مُعَاقِدَاتِ الْكُفَّارِ يُحْتَمَلُ فِيهَا مَا لَا يُحْتَمَلُ فِي مُعَاقِدَاتِ الْمُسْلِمِينَ، عَلَى مَا سَيَأْتِي - إِنَّ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى - فِي مَسْأَلَةِ الْعِلْجِ، وَلَوْ كَانَ جُعَالَةً لَكَانَ لِلذَّمِّيِّ الْإِنْصِرَافُ، مَتَى شَاءَ، وَهُوَ بَعِيدٌ، وَعَلَى هَذَا فَيَمَّا يَسْتَأْجِرُهُ بِهِ وَجْهَانِ مَثْقُولَانِ فِي «المهذب»:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ تَبْلُغَ الْأَجْرَةُ سَهْمَ رَاجِلٍ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ قَرْصِ الْجِهَادِ، فَلَا يُعْطَى سَهْمَ رَاجِلٍ كَالصَّبِيِّ وَالْمَرْأَةِ، وَكَأَنَّ حَاصِلَ هَذَا الْوَجْهِ الْحَكْمَ بِالْإِنْفِسَاحِ، وَالرَّدُّ إِلَى أَجْرَةِ الْمِثْلِ، إِذَا بَانَ بِالْأَجْرَةِ زَيْدِيَّةُ الْأَجْرَةِ عَلَى سَهْمٍ مِنَ الْغَنِيمَةِ، وَإِلَّا فَيُفِي الْإِبْتِدَاءِ لَا نَذْرِي قَدْرَ الْغَنِيمَةِ، وَسَهْمُ الرَّاجِلِ مِنْهَا، وَأَصْحُهُمَا: أَنَّهُ لَا حَجَرَ فِي قَدْرِ الْأَجْرَةِ كَمَا فِي سَائِرِ الْإِجَارَاتِ، وَهَلْ لِأَحَادِ الْمُسْلِمِينَ اسْتِجَارُ الذَّمِّيِّ لِلجِهَادِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ كَمَا فِي اسْتِجَارِ الْأَحَادِ لِلْأَذَانِ:

أَصْحُهُمَا: الْمَنْعُ؛ لِأَنَّ الْأَحَادَ لَا يَتَوَلَّوْنَ الْمَصَالِحَ الْعَامَّةَ، وَذَكَرْنَا فِي «الْأَذَانِ» أَنَّ الْأَصْحَ تَجْوِيزُ الْاسْتِجَارِ، وَيُمْكِنُ أَنْ نَفْرَقَ بَيْنَ الْجِهَادِ أَعْظَمُ وَقَعًا، وَيَتَعَلَّقُ بِإِقَامَتِهِ وَتَأْخِيرِهِ مَصَالِحَ يَحْتَاجُ فِيهَا إِلَى نَظَرٍ كَامِلٍ، وَأَيْضًا فَالذَّمِّيُّ مُخَالَفٌ فِي الدِّينِ، وَقَدْ يَخُونُ فِي الْجَيْشِ إِذَا حَضَرَ، فَلْيَفُوضْ أَمْرَهُ إِلَى رَأْيِ الْإِمَامِ، ثُمَّ فِي الْفَضْلِ صُورَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: إِذَا أَخْرَجَ الْإِمَامُ أَهْلَ الذَّمَّةِ، فَالْأَحْبُّ أَنْ يُسَمِّيَ لَهُمْ أَجْرَةَ [فَإِنْ ذَكَرَ شَيْئًا مَجْهُولًا بَانَ قَالَ: نُرْضِيكُمْ أَوْ نُعْطِيكُمْ مَا تَسْتَعْنُونَ بِهِ وَجِبَ أَجْرَةُ] (١) الْمِثْلِ فَإِنْ أَخْرَجَهُمْ وَحَمَلَهُمْ عَلَى الْجِهَادِ قَهْرًا، فَكَذَلِكَ تَجِبُ أَجْرَةُ الْمِثْلِ كَالِاسْتِجَارِ فِي سَائِرِ الْأَعْمَالِ، فَإِنْ خَرَجُوا آمِنِينَ، وَلَمْ يُسَمَّ لَهُمْ شَيْئًا فَهَذَا مَوْضِعٌ وَجُوبِ الرِّضْخِ، وَفِي مَحَلِّهِ أَقْوَالٌ مَذْكُورَةٌ فِي كِتَابِ «قِسْمِ الْقَنِيِّ وَالْغَنِيمَةِ»، وَالْأَجْرَةُ الْوَاجِبَةُ مُسَمَّاةٌ كَانَتْ أَوْ أَجْرَةً مِثْلَ مَنْ أَيْنَ تُوَدَّى؟ ذَكَرُوا فِيهِ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: مِنْ خُمْسِ الْخُمْسِ مِنْ سَهْمِ الْمَصَالِحِ؛ لِأَنَّهُمْ يَحْضُرُونَ لِلْمَصْلَحَةِ، لَا أَنَّهُمْ مِنْ أَهْلِ الْجِهَادِ.

وَالثَّانِي: مِنْ رَأْسِ مَالِ الْغَنِيمَةِ، فَجَعَلَ الْمَدْفُوعَ إِلَيْهِمْ كَسَائِرِ الْمُؤَنِّ.

وَحَكَى الْقَاضِي ابْنُ كَيْجَ وَجْهًا ثَالِثًا، وَهُوَ أَنَّهَا تُؤَدِي مِنْ أَرْبَعَةِ أَخْمَاسِ الْعَيْنِيَّةِ؛ لِأَنَّهَا مُؤَدَاةٌ بِالْقِتَالِ كَسِيَّهِمَ الْعَائِمِينَ، هَذِهِ هِيَ الْأَقْوَالُ الْمَذْكُورَةُ فِي الرِّضَخِ. وَقَدْ يُقَالُ: مَا مَعْنَى قَوْلِنَا: تُؤَدَى مِنْ خُمْسِ مَالِ الْخُمْسِ؟ نَعْنِي بِهِ خُمْسَ خُمْسِ الْعَيْنِيَّةِ الَّتِي تَحْصُلُ فِي هَذَا الْقِتَالِ، أَوْ خُمْسِ خُمْسِ الْفَيْءِ وَالْعَيْنِيَّةِ الْحَاضِرِ الْمُعَدَّدِ عِنْدَ الْإِمَامِ؟

وَالجَوَابُ: أَنَّ التَّأَمُّلَ فِيمَا سَاقَهُ الْأَيْمَةُ يُفْهِمُ تَارَةً هَذَا، وَتَارَةً هَذَا، وَحُكْمَهَا وَاحِدًا، وَالظَّاهِرُ أَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا جَائِزٌ، فَإِنْ لَمْ يَوْجَدْ أَحَدُهُمَا - يَتَعَيَّنُ الثَّانِي الْأَدَاءَ، وَقَدْ يُقَالُ: ذَكَرْتُمْ فِي الرِّضَخِ أَنَّ الْأَصْحَاحَ أَنَّهُ يُعْطَى مِنْ أَرْبَعَةِ أَخْمَاسِ الْعَيْنِيَّةِ، وَهَاهُنَا رَجَّحُوا الْأَدَاءَ مِنْ خُمْسِ الْخُمْسِ، وَرُبَّمَا لَمْ يَذْكُرُوا غَيْرَهُ، وَهُوَ الَّذِي نَصَّ عَلَيْهِ فِي «الْمَخْتَصَرِ» هَاهُنَا، فَمَا الْفَرْقُ؟

وَالجَوَابُ: يُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ: إِذَا حَضَرَ طَائِعًا وَلَمْ يُذَكَّرْ لَهُ مَالٌ - فَقَدْ شَبَّهَ نَفْسَهُ بِالْمَجَاهِدِينَ، فَيَجْعَلُ فِي الْقِسْمَةِ مَعَهُمْ، وَأَمَّا الْأَجْرَةُ فَهِيَ عَوَضٌ مُحَضَّرٌ، وَنَظَرُهُ مَقْصُورٌ عَلَيْهَا، فَيَجْعَلُ فِيمَا يَخْتَصُّ بِبَدءِ الْإِمَامِ، وَتَصْرِيفِهِ وَلَا يَزَاجُهُ فِيهِ الْغَائِمُونَ.

الثَّانِيَّةُ: لَوْ خَلَّى سَبِيلَهُمْ، وَقَدْ أَخْرَجَهُمْ قَهْرًا قَبْلَ أَنْ يَقْفُوا فِي الصَّفِّ، أَوْ أَفْلَتُوهُمْ وَلَمْ يَقْفُوا - لَا تَلْزَمُ إِلَّا أَجْرَةُ الذَّهَابِ، وَإِنْ تَعَطَّلَتْ مَنَافِعُهُمْ فِي الرَّجُوعِ؛ لِأَنَّهُمْ يَتَرَدَّدُونَ حَيْثُ نَزَلُوا كَيْفَ شَاءُوا وَلَا حَبْسَ وَلَا اسْتِجَارَ، وَإِنْ وَقَفَ الْمُقَهَّرُونَ وَلَمْ يَقَاتِلُوا، فَهَلْ لَهُمُ الْأَجْرَةُ لِمُدَّةِ الْوُقُوفِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: نَعَمْ، لِأَنَّ الْوُقُوفَ وَالْحَضُورَ كَالْقِتَالِ فِي اسْتِحْقَاقِ سَهْمِ الْعَيْنِيَّةِ، وَكَذَلِكَ فِي اسْتِحْقَاقِ أَجْرَةِ الْجِهَادِ.

وَأُظْهِرَهُمَا: الْمَنْعُ؛ لِأَنَّ الْأَجْرَةَ فِي مُقَابَلَةِ الْعَمَلِ، وَالْفَائِدَةُ الْمَبْتَغَاةُ لَمْ تَحْصُلْ، فَعَلَى هَذَا إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِمْ حَبْسٌ وَقَهْرٌ فَلَا شَيْءَ لَهُمْ، وَإِلَّا فَعَلَى الْخِلَافِ فِي أَنَّ مَنَفْعَةَ الْحُرِّ - هَلْ تَضْمَنُ الْحَبْسَ وَالتَّعْطِيلَ دُونَ الْاسْتِيفَاءِ؟ وَأَشَارَ فِي «الْوَسِيطِ» إِلَى أَنَّ بَيْنَ أَجْرَةِ مِثْلِ الْقِتَالِ وَأَجْرَةِ الْحَضُورِ وَالْإِحْتِبَاسِ هُنَاكَ - فَرْقًا وَتَفَاوُتًا ظَاهِرًا.

فَإِنْ جَعَلْنَا الْحَضُورَ كَالْقِتَالِ - وَجَبَ أَجْرَةُ مِثْلِ الْقِتَالِ، وَإِلَّا فَالْوَاجِبُ أَجْرَةُ مِثْلِ الْوُقُوفِ، وَالْإِحْتِبَاسِ إِنْ قُلْنَا: إِنَّ مَنَفْعَةَ الْحُرِّ تَضْمَنُ بِالْحَبْسِ.

وقوله في الكتاب: «ففي استحقاقهم الأجرة الكاملة خلاف» مُتْرَلٌ عَلَى هَذَا، وَيُمْكِنُ أَنْ تُحْمَلَ الْأَجْرَةُ الْكَامِلَةُ عَلَى أَجْرَةِ مِثْلِ الذَّهَابِ وَالْوُقُوفِ، فَإِنَّا إِذَا لَمْ نَوْجِبْ لِلْوُقُوفِ شَيْئًا - يَكُونُ الْوَاجِبُ أَجْرَةَ مِثْلِ الذَّهَابِ وَحَدِّهَا وَهِيَ نَاقِصَةٌ بِالْإِضَافَةِ إِلَى أَجْرَتِهَا.

وحكى في «البيان» فيما إذا استأجر الإمام الذمّي فلم يقاتل وجهين: في أنه هل

يَسْتَحِقُّ شَيْئاً وَهُوَ مِثْلُ مَا ذَكَرْنَا فِي صُورَةِ الْقَهْرِ وَقَوْلِهِ قَبْلَ ذَلِكَ: «وَمَنْ بَيْتَ الْمَالِ عَلَى رَأْيٍ» يَعْنِي مَالَ الْمَصَالِحِ.

قال العزالي: (الثالثة فيمن يمتنع قتلُهُ) وَهُوَ الرَّحِمُ كَالْأَبِ وَالْأُمِّ وَالصَّبِيَّ وَالْمَرْأَةَ وَإِنْ شُكَّ فِي بُلُوغِ الصَّبِيِّ كُشِفَ عَنْ مُؤْتَرَرِهِ وَأَعْتَمِدَ نَبَاتُ شَعْرِ الْعَائَةِ فَإِنْ قَالَ: أَسْتَعْمَلْتُهُ بِالِدَّوَاءِ صُدِّقَ بِبَيْتِهِ إِلَّا إِذَا قُلْنَا: إِنَّهُ عَيْنُ الْبُلُوغِ لَا عَلَامَتَهُ \* وَلَا يُعَوَّلُ عَلَى أَخْضِرَارِ الشَّارِبِ \* وَيُعَوَّلُ عَلَى مَا حَشُنَ مِنْ شَعْرِ الْإِبِطِ وَالْوَجْهِ \* وَفِي جَوَازِ قَتْلِ الرَّاهِبِ وَالْعَسِيفِ وَالْحَارِسِ وَالشَّيْخِ قَوْلَانِ \* وَفِي السُّوقَةِ طَرِيقَانِ مِنْهُنَّ مَنْ قَطَعَ بِقَتْلِهِمْ \* فَإِنْ لَمْ يُقْتَلُوا أَرْفَقُوا لِمَجْرَدِ الْأَسْرِ عَلَى وَجْهِ \* وَلَمْ يُزْفَقْ إِلَّا بِإِزْقَاقِ عَلَى وَجْهِ \* وَيَمْتَنِعُ أَسْتِرْقَاقُهُمْ أَضْلاً عَلَى وَجْهِ بَعِيدٍ \* وَهُوَ جَارٍ فِي الْمَنَعِ مِنْ سَبِي ذَرَارِيهِمْ وَنَسَائِهِمْ وَأَمْوَالِهِمْ، وَالشَّيْخُ ذُو الرَّأْيِ يُقْتَلُ.

قال الراجعي: والكلام في صور:

إحداها: ينبغي أن يتوقى الغازي قتل قريبه وهو مكروه، وإن انضمت إلى القرابة المخرمية ازدادت الكراهية قال الله تعالى: «وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا» [لقمان: ١٥].

رُوي أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ - مَنَعَ أَبَا بَكْرٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - يَوْمَ أُحُدٍ عَنْ قَتْلِ ابْنِهِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ<sup>(١)</sup>، وَأَبَا حُدَيْفَةَ بْنَ عْتَبَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - عَنْ قَتْلِ أَبِيهِ يَوْمَ بَدْرٍ<sup>(٢)</sup>، فَإِنْ سَمِعَ أَبَاهُ أَوْ قَرِيبَهُ يَذْكُرُ اللَّهَ - عَزَّ وَجَلَّ - أَوْ رَسُولَهُ ﷺ - بِسُوءٍ لَمْ يَكْرَهُ لَهُ قَتْلَهُ؛ لَمَا رُوي أَنَّ أَبَا

(١) قال الحافظ في التلخيص: قال ابن داود شارح المختصر: ابن أبي بكر هذا المراد به غير عبد الرحمن ومحمد فإيهما ولدا في الإسلام، انتهى. وقد عرفت ما يرد عليه إلا أن الواقدي ضعيف. وقول ابن داود: إن عبد الرحمن ولد في الإسلام مردود، وقد روى ابن أبي شيبة من رواية أيوب قال: قال عبد الرحمن بن أبي بكر لأبيه: قد رأيتك يوم أحد فضفت عنك، فقال أبو بكر: لو رأيتك لم أضف عنك، وأخرجه الحاكم من وجه آخر عن أيوب أيضاً، ورجاله ثقات مع إرساله.

(٢) رواه الحاكم والبيهقي من طريق الواقدي عن ابن أبي الزناد عن أبيه قال: شهد أبو حذيفة بداراً، ودعا أباه عتبة إلى البراز، فمنعه عنه رسول الله ﷺ، قال الواقدي: ولم يزل عبد الرحمن بن أبي بكر على دين قومه في الشرك، حتى شهد بداراً مع المشركين، ودعا إلى البراز، فقام إليه أبو بكر ليبارزه فذكر أن رسول الله ﷺ قال لأبي بكر: متعنا بنفسك، ثم إن عبد الرحمن أسلم في هدنة الحديبية.

قال الحافظ في التلخيص: تطفن الراجعي لما وقع للعزالي في الوسيط من الوهم في قوله: نهى رسول الله ﷺ حذيفة وأبا بكر عن قتل أبويهما، وهو وهم شنيع، تعقبه ابن الصلاح والنووي، قال النووي: ولا يخفى هذا على من عنده أدنى علم من النقل، أي لأن والد حذيفة كان مسلماً، ووالد أبي بكر لم يشهد بداراً.



عُبَيْدَةَ بْنِ الْجَرَّاحِ - رضي الله عنه - قتل أباه حين سمعه يسب النبي ﷺ -، فلم ينكر النبي ﷺ - صنيعة<sup>(١)</sup>.

وقوله في الكتاب: «وهو الرجم» أي: ذو الرجم.

الثانية: لا يجوز قتل صبيان الكفار، ونسائهم إذا لم يقَاتلوا؛ لما روي عن عبد الله ابن عمر - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ -: نهى عن قتل النساء<sup>(٢)</sup> والصبيان، وروى أنه ﷺ - مرَّ بامرأة مَفْتُولَةٍ في بعض غزواته؛ فقال: ما بال هذه تُقتل وهي لا تُقاتل<sup>(٣)</sup>؟ والمجنون كالصبي، والخنثى المشكّل كالمرأة.

فإن قاتلوا جاز قتلهم؛ لما روي أنه ﷺ - مرَّ بامرأة مَفْتُولَةٍ يَوْمَ حَنْبَرٍ، فقال: مَنْ قَتَلَ هَذِهِ؟ فقال رجل: أنا يا رسول الله، غنمناها؛ فأزدفتها خلفي، فلما رأيت الهزيمة فإنا أهوت إليّ قائم سنيي لتقتلني؛ فقتلتها، فلم ينكر عليه النبي ﷺ<sup>(٤)</sup> -، وإذا أسر منهم مرأهق، ولم يذر أهو بالغ أم صبي؟ كُشِفَ عن مؤتزره، فإن لم يَنْبُثْ فحكمه حُكْمُ الصبيان، وإن أثبت حُكْمَ بُلُوغِهِ خِلافاً لأبي حنيفة وقد ذكرناه، ومعتمد المذهب في «كتاب الحجير»، وحكيينا قولين من أنه بلوغ حقيقة أو هو دليل البلوغ، فإن قال المأسور: استعجلت الشعر بالدواء بُني على هذين القولين.

فإن قلنا: إنَّه عَيْنُ البلوغ، فلا عِبْرَةٌ بما يقوله، فهو بالغ. وإن قلنا: إنَّه ذليل

(١) رواه أبو داود في المراسيل والبيهقي من رواية مالك بن عمير قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ، فقال: يا رسول الله إني لقيت العدو ولقيت أبي فيهم، سمعت منه مقالة قبيحة، فطعنته بالرمح فقتلته، فلم ينكر النبي ﷺ صنيعة، هذا مبهم، وروى الحاكم والبيهقي منقطعاً عن عبد الله بن شاذب قال: جعل أبو أبي عبيدة بن الجراح ينعت الآلهة لأبي عبيدة يوم بدر وجعل أبو عبيدة يحيد عنه، فلما أكثر قصده أبو عبيدة فقتله، وهذا معضل، وكان الواقدي ينكره ويقول: مات والد أبي عبيدة قبل الإسلام.

(٢) متفق عليه البخاري [٣٠١٤ - ٣٠١٥] ومسلم [١٧٤٤] من حديث ابن عمر.

(٣) أخرجه أحمد [٤٨٨/٣] وابن حبان [١٦٥٦ موارد] والحاكم [١٢٢/٢] وأبو داود [٢٦٦٩] والنسائي والبيهقي من حديث رباح بن الربيع بلفظ: ما كانت هذه لتقاتل؟ ثم قال لرجل: انطلق إلى خالد، فقل له: إن رسول الله يأمرك أن لا تقتل ذرية، ولا عسيفاً، واختلف فيه على المرقع ابن صفيي، فقبل عن جده رباح، وقيل عن حنظلة بن الربيع، وذكر البخاري وأبو حاتم أن الأول أصح (تبيينه) رباح بالياء المثناة تحت وقيل بالموحدة ورجحه البخاري.

(٤) أخرجه أبو داود في المراسيل من رواية عكرمة: أن النبي ﷺ رأى امرأة مَفْتُولَةً بالطائف، فذكر نحوه، ووصله الطبراني في الكبير من حديث مقسم عن ابن عباس، وفيه الحجاج بن أرقطة، وروى ابن أبي شيبة من طريق عبد الرحمن بن أبي عمرة الأنصاري نحوه، وهو مرسل أيضاً ووقع في التلخيص (١٠٢/٤) يوم حنين والحديث عند البيهقي في ٨٢/٩.

البلوغ، وهو الأظهرُ فيصدق بيمينه ويحكمُ بالصغرِ، هكذا حكى عن النَّصِّ، وبه أخذَ الأصحابُ، لكن رَأَوْهُ مُشْكِلًا من وجهين:

**أَحَدُهُمَا:** أَنَّ الْإِيمَانَ تُسْتَعْمَلُ فِي النَّفْيِ، وهذه اليمين لإثبات الاستيعجال.

**وَأُجِيبَ:** بِأَنَّ صِرْنَا إِلَيْهِ لِحَقْنِ الدَّمِ، وقد يخالف القياس، وكذلك نقبل الجزية من المجوس، وإن لم نناكحهم ولم نستحل ذبيحتهم.

**والثاني:** أنه يدعي الصَّبَا، وتحليف مَنْ يدعي الصبا بعيداً ولهذا الإشكال ذهب بعض الأصحاب إلى أن هذه اليمين احتياط، واستظهار، وليست بواجبة.

وقال أكثرهم: لا بُدُّ منها؛ لأنَّ الدليل الظاهر قائم فلا ينزل بمجرد قول المأسور، ونزيد هذه الصورة شرطاً في «كتاب الدعاوى» بتيسير الله تعالى، وقد أعاد هناك صورة دَعْوَى الاستنابات بالعلاج، ليتبين الحكم لو ادَّعاه، ونكَلَّ عن اليمين، ثمَّ الاعتمادُ في شَعْرِ الْعَانَةِ عَلَى الْخَشِينِ دُونَ الضَّعِيفِ الَّذِي لَا يُخَوِّجُ إِلَى الْحَلْقِ، وذكرنا في «الحجر» وَجْهَيْنِ فِي أَنَّ شَعْرَ الْإِيطِ وَالْوَجْهَ يُشْتَرَطُ الْخُشُونَةُ هَلْ يُلْحَقَانِ بِشَعْرِ الْعَانَةِ؟ وبالإلحاقِ أَجَابَ صَاحِبُ الْكِتَابِ - هَاهُنَا - وَهُوَ قَرِيبٌ، وللأئمة اختلافٌ فِي أَنَّ الرَّاجِحَ مِنَ الْوَجْهَيْنِ مَاذَا وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي ذَلِكَ الْبَابِ، وَنَبَأْتُ الشَّارِبِ كِنَابَاتِ اللَّحِيَّةِ، وَلَا أَثَرَ لِاخْضِرَّارِ الشَّارِبِ، وَيَجُوزُ أَنْ يُعْلَمَ، لَمَّا بَيَّنَّا قَوْلَهُ فِي الْكِتَابِ: «وَاعْتَمِدَ نَبَاتُ شَعْرِ الْعَانَةِ بِالْحَاءِ» وَقَوْلُهُ: «وَيُعْوَلُ عَلَى مَا خَشَنَ» بِالْوَاوِ.

**الثالثة:** فِي جَوَازِ قَتْلِ الرَّاهِبِ شَابًا كَانَ أَوْ شَيْخًا، قَوْلَانِ، وَكَذَا فِي الْعُسْفَاءِ: وَهُمْ الْأَجْرَاءُ، وَالْحَارَفِينَ الْمَشْغُولِينَ بِحَرْفِهِمْ، وَفِي الشُّيُوخِ الضَّعْفَاءِ، وَفِي مَعْنَاهُم الْعُمَيَّانِ وَالزَّمْنَى وَمَقْطُوعِي الْأَيْدِي وَالْأَرْجُلِ - أَحَدُ الْقَوْلِينَ، أَنَّهُ يَجُوزُ قَتْلُهُمْ وَبِهِ قَالَ أَحْمَدُ، وَهُوَ اخْتِيَارُ الْمُزْنِيِّ وَأَبِي إِسْحَاقَ؛ لِعُمُومِ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَأَقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ﴾ [التوبة: ٥] وَرَوَى أَنَّهُ - ﷺ - قَالَ: «أَقْتُلُوا شُيُوخَ الْمُشْرِكِينَ وَاسْتَحْيُوا شَرَحَهُمْ»<sup>(١)</sup> (٢) وَفَسَّرَ «الشَّرْحَ» بِالْمَرَاهِقِينَ، وَأَيْضًا فَهَمَّ كِفَارًا ذُكُورَ أَحْرَارًا مُكَلَّفُونَ - فَجَازَ قَتْلَهُمْ كَغَيْرِهِمْ.

**والثاني:** وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَمَالِكٌ: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ؛ لَمَّا رَوَى أَنَّهُ - ﷺ - قَالَ: «لَا تَقْتُلُوا النِّسَاءَ وَلَا أَصْحَابَ الصَّوَامِعِ»<sup>(٣)</sup>.

(١) قال الحافظ في التلخيص: الشرح بالخاء المعجمة الشباب، قال أحمد بن حنبل: الشيخ لا يكاد يسلم، والشاب أقرب إلى الإسلام.

(٢) رواه أحمد [٥/١٢ و ٢٠] والترمذي [١٥٨٣] من حديث الحسن عن سمرة بلفظ، واستبقوا.

(٣) رواه أحمد من حديث ابن عباس: أن النبي ﷺ كان إذا بعث جيوشه قال: اخرجوا بسم الله، قاتلوا في سبيل الله، الحديث وفيه: ولا تقتلوا الولدان، ولا أصحاب الصوامع. وفي إسناده إبراهيم بن إسماعيل بن أبي حبيبة وهو ضعيف، وروى البيهقي [٩١/٩] من حديث علي نحوه =

وَرُوِيَ أَنَّهُ - ﷺ - قَالَ لَخَالِدٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - : «لَا تَقْتُلْ عَسِيفًا وَلَا امْرَأَةً»<sup>(١)</sup> وَأَيْضًا فَإِنَّهُمْ لَا يَقَاتِلُونَ، فَأَشْبَهُوا النِّسَاءَ وَالصَّبِيَّانَ .

وَرُوِيَ أَنَّ أَبَا بَكْرٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - بَعَثَ جَيْشًا إِلَى الشَّامِ فَنَهَاهُمْ عَنِ قَتْلِ الشُّيُوخِ، وَأَصْحَابِ الصُّوَامِعِ<sup>(٢)</sup>، وَأَصْحُ الْقَوْلَيْنِ عَلَى مَا ذَكَرَهُ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ وَأَصْحَابِهِ، وَالرُّوْيَانِي الْأَوَّلَ، وَفِي سِيَاقِ كَلَامِ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فِي «الْمَخْتَصَرِ» مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ، فَإِنَّهُ لَمَّا أَحْتَجَّ لِلْقَوْلِ الثَّانِي بِقِصَّةِ أَبِي بَكْرٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - قَالَ مُجِيبًا عَنِ الْإِحْتِجَاجِ: يُشْبِهُ أَنْ يَكُونَ الْمَقْصُودُ مِنَ النَّهْيِ أَمْرُهُمْ بِالْجِدِّ فِي قِتَالِ الْمُقَاتِلَةِ لئَلَّا يَشْتَغِلُوا عَنِ الْحَرْبِ بِالْمَقَامِ عَلَى الصُّوَامِعِ وَشِبْهِهِ، بِمَا رُوِيَ عَنْهُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّهُ نَهَاهُمْ عَنِ قَطْعِ الْأَشْجَارِ الْمُثْمِرَةِ مَعَ أَنَّهُ حَضَرَ رَسُولَ اللَّهِ - ﷺ - وَأَمَرَ بِقَطْعِ نَخِيلِ بَنِي النَّضِيرِ<sup>(٣)</sup>، لِأَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - كَانَ وَعَدَهُمْ فَتَحَ الشَّامَ، فَأَرَادَ أَنْ تَبْقَى نَفْعَتُهَا لِلْمُسْلِمِينَ .

وَالْقَوْلَانِ فِيمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُؤْلَاءِ الْمَذْكُورَيْنِ رَأْيٍ، كَمَا لَمْ يَكُنْ مِنْهُمُ قِتَالٌ، فَأَمَّا الشَّيْخُ وَغَيْرُهُ إِذَا كَانَ لَهُمْ رَأْيٌ يَسْتَعِينُ الْكُفَّارَ بِهِ فِي الْقِتَالِ، وَكَانَ يُدَبَّرُ لَهُمْ أَمْرُ الْحَرْبِ - فَيَجُوزُ قَتْلُهُ، لِأَنَّ دُرَيْدَ بْنَ الصَّمَةِ قُتِلَ يَوْمَ حُنَيْنٍ وَقَدْ نَيْفَ عَلَى الْمِائَةِ، وَكَانُوا قَدْ اسْتَحْضَرُوهُ لِيُدَبَّرَ لَهُمْ، فَلَمْ يُبَكِّرُ النَّبِيَّ - ﷺ -<sup>(٤)</sup>، وَالَّذِي يَقْتَضِيهِ وَيَفْهَمُهُ كَلَامُ الْأَصْحَابِ:

أَنَّهُ لَا فَرْقَ أَنْ يَحْضُرَ ذُو الرَّأْيِ فِي صَفِّ الْقِتَالِ، أَوْ لَا يَحْضُرُ فِي أَنَّهُ يَجُوزُ قَتْلُهُ، وَلَا بَيْنَ أَنْ يَقْدَرَ عَلَى الْأَخْرَقِ مِنْهُمْ فِي صَفِّ الْقِتَالِ، أَوْ يَدْخُلَ بَعْضُ بِلَادِهِمْ وَهُمْ غَازُونَ، فَنَجِدُهُ هُنَاكَ فِي أَنَّ جَوَازَ قَتْلِهِ عَلَى الْقَوْلَيْنِ .

وَهَذَا قَرِيبٌ فِي الشُّيُوخِ وَالْعُمَيَّانِ وَالزُّمَنِيِّ الَّذِينَ لَا يَتَأْتَى مِنْهُمْ الْقِتَالُ: وَفِي الرُّهْبَانِ الْمَعْرِضِينَ عَنِ التَّعَرُّضِ لِلنَّاسِ .

لَكِنْ يَبْعَدُ فِي الْأَجْرَاءِ وَالْمَشْغُولِينَ بِالْحَرْفِ أَلَّا نَتَّعَرَّضَ لَهُمْ إِذَا دَخَلْنَا بِلَادَهُمْ! كَيْفَ وَأَكْثَرُ النَّاسِ أَصْحَابُ حِرْفٍ وَصِنَاعَاتٍ؟ وَإِذَا جَازَ التَّعَرُّضَ لَهُمْ، إِذَا دَخَلْنَا بِلَادَهُمْ

= وفيه: ولا تقتلوا وليداً ولا طفلاً ولا امرأة ولا شيخاً كبيراً، وفي إسناده ضعف وإرسال، ورواه من وجه آخر منقطعاً وفيه: ولا تقتلوا امرأة ولا صغيراً ورواه ابن أبي حاتم في العلل من حديث جرير بلفظ: ولا تقتلوا الولدان وقال: هذا حديث منكر. قاله الحافظ في التلخيص.

(١) تقدم.

(٢) متفق عليه البخاري [٢٣٢٦ - ٣٠٢١ - ٤٠٣١ - ٤٠٣٢] ومسلم [١٧٤٦] من حديث ابن عمر بهذا وأتم منه وفيه الشعر.

(٤) أخرجه مسلم والبخاري [٤٣٢٣] مسلم [٢٤٩٨] من حديث أبي موسى الأشعري قال: لما فرغ رسول الله ﷺ من حنين، بعث أبا عامر على جيش إلى أوطاس، فلقي دريد بن الصمة، فقتله، فهزم الله أصحابه، وبقي القصة ذكرها ابن إسحاق في السيرة مطولاً.

- فكَذَلِكَ إِذَا وَجَدْنَا هُمْ فِي الصَّفِّ، وَلَا يَمْنَعُ مِنَ التَّعَرُّضِ قَوْلُ الْقَائِلِ: إِنَّهُمْ لَا يَفَاتِلُونَ، أَوْ إِنَّهُمْ لَمْ يَخْرُجُوا عَلَى قَصْدِ الْقِتَالِ، فَإِنَّ هَذَا الْمَعْنَى مُتَحَقِّقٌ فِي حَقِّهِمْ، وَهُمْ فِي بِلَادِهِمْ قَارُونَ وَغَارُونَ، وَهَذَا يَجْزِي إِلَى طَرِيقَةِ قَوِيَّةِ حَكَاهَا الْقَاضِيَانِ: ابْنُ كَيْجٍ وَأَبُو الطَّيِّبِ - قَاطِعَةً بِأَنَّ الْأَجْرَاءَ يَجُوزُ قَتْلُهُمْ، وَرُبَّمَا نُسِبَ إِلَى ابْنِ أَبِي هُرَيْرَةَ، وَالخَارِقُونَ فِي مَعْنَاهُمْ لَا مَحَالَةَ، وَيُؤَيِّدُهَا مَا سَنَذْكُرُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى فِي «السُّوقَةِ» وَفِي «الْوَسِيطِ» مَوْضِعَ الْقَوْلَيْنِ فِي الشَّيْخِ الْأَخْرَقِيِّ مَا إِذَا لَمْ يَحْضُرِ الْقِتَالُ، فَإِنْ حَضَرَ. فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يُقْتَلُ، وَيَحْتَمَلُ أَنْ يَطْرُدَ الْقَوْلَانِ، وَأَنَّ ذَا الرَّأْيِ يُقْتَلُ إِذَا حَضَرَ، وَإِنْ لَمْ يَحْضُرْ فَفِيهِ تَرُدُّدٌ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يُقْتَلُ، وَفِي السُّوقَةِ طَرِيقَانِ عَنِ الشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ فِيهِمُ الْقَوْلَيْنِ؛ لِأَنَّهُمْ لَا يَمَارِسُونَ الْقِتَالَ، وَلَا يَتَعَاطَوْنَ الْأَسْلِحَةَ.

قَالَ الْإِمَامُ: وَهَذَا لَمْ يَتَعَرَّضْ لَهُ الْأَثْمَةُ، وَإِنْ كَانَ مَتَوَجِّهًا.

وَالثَّانِي: الْقَطْعُ بِأَنَّهُمْ يُقْتَلُونَ؛ لِقُدْرَتِهِمْ عَلَى الْقِتَالِ وَاسْتِقْلَالِهِمْ.

التفريع:

إِنْ قُلْنَا: يَجُوزُ قَتْلُهُمْ، فَيَجُوزُ اسْتِرْقَاقُهُمْ، وَسَبْيُ نِسَائِهِمْ، وَذَرَارِيهِمْ، وَاعْتِنَامِ أَمْوَالِهِمْ. وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَجُوزُ فِيهِ اسْتِرْقَاقُهُمْ طُرُقًا.

أَظْهَرُهَا: أَنَّهُمْ يَرْقُونَ بِنَفْسِ الْأَمْرِ كَالنِّسَاءِ وَالصَّبِيَّانِ.

وَالثَّانِي: أَنَّ فِيهِمُ قَوْلَيْنِ كَالْأَسِيرِ إِذَا أَسْلَمَ قَبْلَ الْاسْتِرْقَاقِ، فِيهِ قَوْلٌ: يَتَعَيَّنُ رِقَّتُهُ، وَفِي قَوْلٍ لِلْإِمَامِ: أَنْ يَرِقَّهُ أَوْ أَنْ يَمُنَّ عَلَيْهِ أَوْ يُقَادِيَهُ.

وَالثَّلَاثُ: عَنِ رِوَايَةِ صَاحِبِ «التَّقْرِيبِ» وَأَبِي يَعْقُوبَ الْأَبْيُورِدِيِّ عَنِ النَّصِّ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ اسْتِرْقَاقُهُمْ، بَلْ يُتْرَكُونَ، وَلَا يَتَعَرَّضُ لَهُمْ، وَهَذَا مَا أوردَهُ فِي «التَّهْذِيبِ» وَيَخْرُجُ مِنْهَا عِنْدَ الْإِخْتِصَارِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهُ كَمَا ذَكَرَهُ فِي الْكِتَابِ، وَفِي جَوَابِ سَبْيِ نِسَائِهِمْ وَذَرَارِيهِمْ وَجُوهٌ أَيْضًا. فِيهِ وَجْهٌ: يَجُوزُ كِلِزْقَاتِهِمْ. وَفِي وَجْهِ: لَا يَتَعَرَّضُ لَهُمْ.

وَفِي الثَّلَاثِ: يَجُوزُ سَبْيُ نِسَائِهِمْ وَلَا يَجُوزُ سَبْيُ ذَرَارِيهِمْ، لِأَنَّهُمْ أَبْعَاضُهُمْ، وَأَجْرَى الْخِلَافِ فِي اعْتِنَامِ الْأَمْوَالِ، وَقَالَ الْإِمَامُ: مَنْ قَالَ: لَا تَغْنَمُ أَمْوَالُ السُّوقَةِ فَقَدْ قَرَّبَ مِنْ خَرَقِ الْإِجْمَاعِ.

وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «وَالْعَسِيفُ» يَجُوزُ إِعْلَامُهُ بِالْوَاوِ لِمَا ذَكَرْنَاهُ مِنَ الطَّرِيقَةِ الْقَاطِعَةِ، وَكَذَا قَوْلُهُ: «وَالْحَارِفُ»، وَأَرَادَ بِالْحَارِفِ الْمَشْغُولَ بِالْجِرْفَةِ، وَقَدْ جُمِعَ فِي «الْوَسِيطِ» بَيْنَ اللَّطْفَيْنِ، وَفِي بَعْضِ النُّسخِ بَدَلَهُ الْحَارِثُ: يَعْنِي الْمَشْغُولَ بِالْجِرَاةِ.

وَقَوْلُهُ: «فَإِنْ لَمْ يُقْتَلْهُمْ» يَعْنِي الْمَذْكُورِينَ جَمِيعًا.

وقوله: «هو جار» يجوزُ أَنْ يُضْرَفَ إِلَى وَجْهِ امْتِنَاعِ اسْتِرْقَاقِهِمْ، أَيْ: كَمَا يَمْتَنَعُ اسْتِرْقَاقَهُمْ يَمْتَنِعُ سَبِيَّ ذَرَارِيهِمْ وَنِسَائِهِمْ، وَيَجُوزُ أَنْ يُضْرَفَ إِلَى الْخِلَافِ.  
فِرْعُ:

إِذَا تَرَهَّبَتِ الْمَرْأَةُ فِي جَوَازِ سَبِيِّهَا وَجِهَانِ، بِنَاءٍ عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِي جَوَازِ قَتْلِ الرَّاهِبِ:

وَلَا يُقْتَلُ رَسُولُهُمْ؛ لَمَا رَوَى عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّ رَجُلَيْنِ أَتَيَا النَّبِيَّ ﷺ - رَسُولَيْنِ لِمَسِيلِمَةَ فَقَالَ لَهُمْ: أَتَشْهَدَانِ أَيْ رَسُولُ اللَّهِ، فَقَالَا: نَشْهَدُ أَنَّ مَسِيلِمَةَ رَسُولُ اللَّهِ، فَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «لَوْ كُنْتُ قَاتِلًا رَسُولًا لَضَرَبْتُ أَعْنَاقَكُمْ». فَجَرَتْ السَّنَةُ أَلَّا يُقْتَلُ الرَّسُلُ<sup>(١)</sup>:

قَالَ الْعَزَلِيُّ: (الرَّابِعَةُ): يَجُوزُ نَضْبُ الْمَنْجَبِيِّ عَلَى قِلَاعِهِمْ \* وَإِنْ كَانُوا فِيهِمْ نِسْوَةٌ وَصِبْيَانٌ \* وَكَذَا إِضْرَامُ النَّارِ وَإِرْسَالُ الْمَاءِ \* وَلَوْ تَتَرَسَّوْا بِالنِّسَاءِ ضَرْبَنَا التَّرْسَ إِلَّا إِذَا كَانُوا دَافِعِينَ عَنِ أَنْفُسِهِمْ غَيْرَ مُقَاتِلِينَ لَنَا فَبِي جَوَازِ قَتْلِ النِّسَاءِ قَوْلَانِ \* وَإِنْ كَانُوا فِي الْقَلْعَةِ فَأَوْلَى بِالْجَوَازِ كَيْلًا يَنْجِدُ ذَلِكَ حِيلَةً \* وَإِنْ كَانَ فِي الْقَلْعَةِ أَسِيرٌ عَلِمْنَا أَنَّهُ تُصِيبُهُ النَّارُ وَالْمَنْجَبِيُّ أَخْتَرْنَا \* وَإِنْ تَوَهَّمْنَا إِصَابَتَهُ فَقَوْلَانِ \* وَلَوْ تَتَرَسَّ كَافِرٌ بِمُسْلِمٍ لَمْ يُقْصَدِ الْمُسْلِمُ وَإِنْ خِفْنَا عَلَى أَنْفُسِنَا فَإِنَّ دَمَ الْمُسْلِمِ لَا يَبَاحُ بِالْخَوْفِ \* وَإِنْ تَتَرَسَّوْا فِي الصَّفِّ وَلَوْ تَرَكَتَاهُمْ لِأَنْهَزَمَ الْمُسْلِمُونَ وَعَظَمَ الشَّرُّ فِيهِ وَجِهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْمَسْأَلَةُ الرَّابِعَةُ فِي مُحَاصَرَةِ الْكُفَّارِ<sup>(٢)</sup>، وَمُقَاتَلَتِهِمْ بِمَا يُعْمَهُمُ بِالْهَلَاكِ وَيَجُوزُ لِلْإِمَامِ مُحَاصَرَتُهُمْ فِي الْبِلَادِ وَالْحُصُونِ وَالْقِلَاعِ، وَتَشْدِيدِ الْأَمْرِ عَلَيْهِمْ بِالْمَنْعِ مِنْ

(١) أَخْرَجَهُ أَحْمَدُ [٣٦٤٢ - ٣٧٠٨ - ٣٧٦١ - ٣٨٣٧ - ٣٨٥١] وَالْحَاكِمُ [٥٣/٢] مِنْ حَدِيثِ ابْنِ مَسْعُودٍ، وَرَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ مُخْتَصِرًا وَكَذَا النَّسَائِيُّ، وَالْأَبِيُّ دَاوُدَ مِنْ طَرِيقِ ابْنِ إِسْحَاقَ عَنِ شَيْخٍ مِنْ أَشْجَعٍ يُقَالُ لَهُ سَعْدُ بْنُ طَارِقٍ، عَنْ سَلْمَةَ بْنِ نَعِيمٍ بْنِ مَسْعُودِ الْأَشْجَعِيِّ عَنْ أَبِيهِ نَعِيمٍ، سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ يَقُولُ لَهُمَا حِينَ قَرَأَ كِتَابَ مَسِيلِمَةَ: مَا تَقُولَانِ أَنْتُمَا؟ قَالَا: نَقُولُ كَمَا قَالَ، قَالَ: أَمَا لَوْلَا أَنَّ الرَّسُلَ لَا تُقْتَلُ، لَقَتَلْتُكُمَا، وَرَوَى أَبُو نَعِيمٍ فِي مَعْرِفَةِ الصَّحَابَةِ فِي تَرْجَمَةِ وَبِيرِ بْنِ شَهْرِ الْحَنْفِيِّ: أَنَّ مَسِيلِمَةَ بَعَثَهُ، وَهُوَ ابْنُ شِغَافِ الْحَنْفِيِّ، وَابْنُ النَّوَاحَةِ، وَأَمَا وَبِيرٌ فَأَسْلَمَ، وَأَمَا الْآخِرَانِ فَشَهِدَا أَنَّهُ رَسُولُ اللَّهِ، وَأَنَّ مَسِيلِمَةَ مِنْ بَعْدِهِ، فَقَالَ: خَذُوهُمَا، فَأَخَذَا، فَأَخْرَجَ بِهِمَا إِلَى الْبَيْتِ فَجَبَسَا، فَقَالَ رَجُلٌ: هَبْهَمَا لِي يَا رَسُولَ اللَّهِ فَفَعَلَ.

(٢) شَرَعَ اللَّهُ قِتَالَ الْكُفَّارِ بِكُلِّ مَا يَكْفُلُ لَنَا النَّصْرَ عَلَيْهِمْ وَالظَّفْرَ بِهِمْ وَإِخْضَاعَهُمْ لِشَرِيعَةِ الْإِسْلَامِ. وَلَمَّا كَانَتْ آلَاتُ الْقِتَالِ يَخْتَلِفُ تَأْثِيرُهَا فِي التَّخْرِيبِ وَالتَّدْمِيرِ وَالفَتْكِ؛ اخْتَلَفَتْ أَنْظَارُ الْفُقَهَاءِ فِيمَا يَجُوزُ اسْتِعْمَالُهَا وَمَا لَا يَجُوزُ - وَإِلَيْكَ بَيَانُ كُلِّ مِنْ هَذِهِ الْأَرَاءِ وَأَدْلَتُهَا مِنْ مَعْقُولٍ وَمَقُولٍ: اتَّفَقَ الْفُقَهَاءُ عَلَى جَوَازِ قِتَالِ الْكُفَّارِ بِالْآلَاتِ الْمُسْتَعْمَلَةِ عَادَةً فِي الْحُرُوبِ كَالسَيْفِ وَالرَّمْحِ وَالنَّبْلِ وَالرِّصَاصِ وَالْمَدْفَعِ وَنَحْوِهَا عِدَا الْمَاءِ وَالنَّارِ.

= ومستند هذا الاتفاق عموم الأدلة الدالة على مشروعية القتال كقوله تعالى: ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ﴾ ووجه استنادهم إلى هذه الآية: أن الله أمر فيها بقتال المشركين أمراً مطلقاً لم يقيدته بألّة خاصة من آلات القتال وما رواه أحمد وابن ماجّة عن صفوان بن عسال قال: بعثنا رسول الله ﷺ في سرية فقال: «سَيِّرُوا بِأَسْمِ اللَّهِ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ قَاتِلُوا مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ وَلَا تُمْتَلُوا وَلَا تَغْدُرُوا وَلَا تَقْتُلُوا وَلِدَاءً».

أما القتال بالماء والنار، فقد اتفقوا على جوازه إذا خيف على جماعة المسلمين، واختلفوا بعد ذلك في جواز إحراقهم بالنار وإرسال الماء عليهم ليغرقوا أو حبسه عنهم ليموتوا عطشاً فذهب الحنفية، والشافعية، والحنابلة إلى جواز قتال الكفار بهما في الجملة - غير أن الحنفية يرون جواز ذلك مطلقاً سواء أمكن القدرة عليهم بغيرهما أم لا، وسواء كان معهم نساء وصبيان أو مسلمون أم لا - وقد قال الكمال في فتح القدير «هذا إذا لم يغلب على الظن أنهم مأخوذون بغير ذلك، فإن كان الظاهر أنهم مغلوبون وأن الفتح بإدّكره ذلك، لأنه إفساد في غير محل الحاجة وما شرع إلاّ لها».

والشافعية، والحنابلة، يقيدون استعمالهما بعدم القدرة عليهم بغيرهما فإن أمكن القدرة عليهم بغيرهما كره استعمالهما عند الشافعية، وحرّم عند الحنابلة.

أما المالكية فيقولون برأي الحنابلة على تفصيل لهم وفرق بين كونهم داخل الحصون أو خارجها، وبين وجود النساء والصبيان فيها أو عدم وجودهم، وبين استعمال الماء والنار يطول المقام بشرحه. الأدلة: استدلل الجمهور على الجواز بما يأتي:

أولاً: بقوله تعالى: ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ﴾ ووجه الدلالة أن الله تعالى أمر بقتالهم من غير تقييد بألّة خاصة.

ثانياً: بما روي عن أسامة بن زيد قال: بعثني رسول الله ﷺ إلى قرية يقال لها أبنى فقال: «ائْتِيهَا صَبَاحاً ثُمَّ حَرِّقْ» رواه أحمد، وأبو داود، وابن ماجّة. فهذا صريح في الأمر بالتحريق من غير تقييد، وهو نص في إباحة التحريق بالنار، ويقاس عليه التحريق بالماء، لأنه لا فرق بينهما باعتبار أثرهما.

ثالثاً: إن المقصود من مشروعية الجهاد مع الكفار قتالهم بأي وسيلة لتكون كلمة الله هي العليا - ولا شك أن التحريق والتفريق ممّا يتحقق به المقصود فيكون جائزاً.

واستدل الحنابلة على حرمة استعمال الماء والنار عند القدرة عليهم بدونهما بما روي عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: «بَعَثَنَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي بَعْثٍ فَقَالَ: «إِنْ وَجَدْتُمْ فَلَانًا وَفُلَانًا لِرَجُلَيْنِ فَأَحْرَقُوهُمَا بِالنَّارِ» ثم قال حين أردنا الخروج: «إِنِّي كُنْتُ أَمَرْتُكُمْ أَنْ تَحْرِقُوا فَلَانًا وَفُلَانًا، وَأَنَّ النَّارَ لَا يُعَذَّبُ بِهَا إِلَّا اللَّهُ فَإِنْ وَجَدْتُمُوهُمَا فَاقْتُلُوهُمَا» رواه أحمد والبخاري وغيرهما «وجه الدلالة» أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى الصحابة عن إحراق الرجلين لعلمه بأنهم يقدرون عليها بغير النار، والنهي ظاهر في التحريم فهم يجمعون بين الأدلة فيسعملون بالدليل المجوز لاستعمالهما في حالة عدم القدرة عليهم بغيرهما، وبالدليل المانع عند القدرة عليهم بغيرهما.

واستدل الشافعية على الكراهة في حالة القدرة عليهم بغيرهما بأنه يحتمل إصابة مسلم يظن أنه كافر فلذلك كان مكروهاً. هذا - وقد قال صاحب الفتح من علماء الحنفية بعد أن ذكر جواز التحريق، وإرسال الماء وقطع الأشجار وإفساد الزرع «هذا إذا لم يغلب على الظن أنهم مأخوذون =

الدُّخُولِ والخروج؛ لقوله تعالى: ﴿وَخُذُوهُمْ وَأَخْضِرُواهُمْ﴾ [التوبة: ٥].

وَعَنْ رَسُولِ اللَّهِ - ﷺ - أَنَّهُ حَاصِرَ أَهْلَ الطَّائِفِ شَهْرًا<sup>(١)</sup>، وَإِنْ كَانَ فِيهِمُ النِّسَاءُ وَالصِّبْيَانُ، وَاحْتَمَلَ أَنْ يُصِيبَهُمْ، وَيَجُوزُ لَهُ التَّحْرِيقُ بِإِضْرَامِ النَّارِ، وَرَمَى النَّفْطَ إِلَيْهِمْ، وَالتَّفْرِيقُ بِإِرْسَالِ الْمَاءِ، وَتَبْيِيتُهُمْ وَهُمْ غَارُونَ<sup>(٢)</sup>؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - سَنَّ الْعَارَةَ عَلَى بَنِي

= بغير ذلك، فَإِنْ كَانَ الظَّاهِرُ أَنَّهُمْ مَغْلُوبُونَ وَأَنَّ الْفَتْحَ بَادِرًا؛ لِأَنَّهُ إِسْفَادٌ فِي غَيْرِ مَحَلِّ الْحَاجَةِ، وَمَا شَرَعَ إِلَّا لَهَا.

ومما تقدم يعلم أن مذهب الحنفية يلتقي مع المذاهب الأخرى في الجواز حيث دعت الحاجة، وعدمه إذا لم تدع الحاجة.

فلم يبق ما يصح أن يكون محلاً للخلاف سوى أنه مكروه أو حرام عند عدم الحاجة إليه، والخلاف في ذلك سهل لا يمنع الاتفاق على أصل الحظر أو الإباحة.

بقي علينا بعدما تقدم النظر إلى ما يستعمله العدو من الآلات فنستعمل معه مثل ما يستعمل جرياً على قاعدة «وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا» «وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ». وقد علمنا من أصول الشريعة العامة أنها لا تسمح بعمل من شأنه أن يؤدي إلى هزيمة المسلمين، كما أنها لا تبيح من المحظورات باعتبار أصلها إلا ما دعت إليه الحاجة.

وبذلك نستطيع أن نقول: إذا رأى المسلمون أن اتقاء الهزيمة ومغلوبة الأعداء متوقف على استعمال ما ذكر فإن الشرع يبيح لنا ذلك بل يوجبها إذا اشتدت الحاجة إليه.

وبهذا يمكن التوفيق بين هذه الآراء المختلفة وتصير المسألة إجماعية لا خلاف فيها، وهكذا شأن المسائل التي يناط الحكم فيها بتقدير أولي الأمر وأصحاب البصيرة.

وقد صح الأمر بالتحريق في بعض المواضع، والنهي عنه في بعضها والقريب في ذلك أنه مبني على تقدير حالة العدو والعمل بما يناسبها.

(١) متفق عليه من حديث عبد الله بن عمرو، دون ذكر الشهر، ولمسلم عن أنس: أن المدة كانت أربعين ليلة، وروى أبو داود في المراسيل عن ثور عن مكحول: أن النبي ﷺ نصب على أهل الطائف المنجنيق، ورواه الترمذي فلم يذكر مكحولاً، ذكره معضلاً عن ثور، وروى أبو داود من مرسل يحيى بن أبي كثير قال: حاصرهم رسول الله شهراً، قال الأوزاعي: فقلت ليحيى: أبلغك أنه رامهم بالمجانيق؟ فأنكر ذلك، وقال: ما نعرف ما هذا، وروى أبو داود في السنن من طريقين أنه حاصرهم بضعة عشر ليلة، قال السهيلي: ذكره الواقدي كما ذكره مكحول، وزعم أن الذي أشار به سلمان الفارسي، وروى ابن أبي شيبة عن عبد الله بن سنان: أنه ﷺ حاصر أهل الطائف خمسة وعشرين يوماً، وفي حديث عبد الرحمن بن عوف شيئاً من ذلك قاله الحافظ.

(٢) قال الشيخ البلقيني: إلا في مكة المشرفة، فإنه لو تحصن بها أو بموضع من حرمها طائفة من الكفار الحريين لم يجز قتالهم بما يعم كالمنجنيق وغيره ولا يبيت الحرب عليها كغيرها، نص على هذا الأخير الشافعي - رضي الله عنه - . وقال في الخادم: شمل إطلاقه ما لو تحصنوا بمكة، وقال القفال في شرح التلخيص: لا يجوز القتال بمكة حتى لو تحصن والعياذ بالله جماعة من الكفار فيها، لم يجز لنا قتالهم فيها أي بل نضيق عليهم حتى يخرجوا وغلطه النووي في باب الحج من شرح المذهب. ونقل عن نص الشافعي في الأم جواز قتال البغاة بالحرم وأجاب عن =

المُضْطَلَقِ<sup>(١)</sup>، وأمر بالبيات، ونَصَبَ الْمُتَجَنِّقَ عَلَى أَهْلِ الطَائِفِ.

وروي أَنَّهُ - ﷺ - سُئِلَ عَنِ الْمُشْرِكِينَ يَبْتَئُونَ فِيصَابُ مِنْ نِسَائِهِمْ وَذَرَارِيهِمْ، فَقَالَ: «هُم مِّنْهُمْ»<sup>(٢)</sup> إِذَا عُرِفَ ذَلِكَ فِيهِ الْفَضْلُ صَوْرًا:

إِخْدَاهَا: لَوْ تَتَرَّسُوا بِالنِّسَاءِ وَالصَّبِيَّانِ، نُظِرَ إِنْ دَعَتِ الضَّرُورَةُ إِلَى الرَّمْيِ وَالضَّرْبِ بِأَنْ كَانَ ذَلِكَ فِي حَالِ التَّحَامِ الْقِتَالِ، وَلَوْ تَرَكُوا لَغَلَبُوا الْمُسْلِمِينَ، فَيَجُوزُ الرَّمْيُ وَالضَّرْبُ، لِئَلَّا يَتَّخِذُوا ذَلِكَ دَرِيْعَةً إِلَى تَعْطِيلِ الْجِهَادِ، وَلِدَفْعِ ضَرَرِهِمْ بِالْمُسْلِمِينَ وَنَكَايَتِهِمْ فِيهِمْ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ ضَرُورَةٌ بِأَنْ كَانُوا يَذْفَعُونَ عَنْ أَنْفُسِهِمْ، وَاحْتِمَلِ الْحَالَ تَرْكَهُمْ فَطَرِيقَانِ:

أَظْهَرُهُمَا: أَنَّ فِيهِ قَوْلَيْنِ:

= الأحاديث الواردة في تحريم القتل أن معناها أنه يحرم نصب القتال عليهم وقتالهم بما يعم كالمنجنيق وغيره إذا أمكن إصلاح الحال بدون ذلك بخلاف ما إذا تحصنوا بغيرها فإنه يجوز قتالهم بكل وجه قال وقد نص الشافعي على هذا التأويل في سير الواقدي قال صاحب الخادم: الذي في سير الواقدي يضع نصب القتال العام فيها كما قاله القفال، وعبارته في باب الحربي إذا لجأ إلى الحرم ولو أن قوماً من أهل الحرب لجؤوا إلى الحرم وكانوا ممتنعين به أخذوا كما يؤخذون في غير الحرم، فإن قيل كيف زعمت أن الحرم لا يمنعهم وقد قال عليه الصلاة والسلام في مكة هي حرام لم تحل لأحد قبلي ولم تحل لي إلا ساعة من نهار، قيل أما معنى ذلك والله أعلم أنها لم تحل أن ينصب عليها الحرب حتى تكون كغيرها، فإن قيل ما دل على ما وصفت قبل أمر النبي ﷺ عندما قتل عاصم بن ثابت وخبيب وحسان بقتل أبي سفيان في داره غيلة بمكة أن قدر عليه، وهذا في الوقت الذي كانت فيه محرمة فدل على أنها لا تمنع أحداً من شيء وجب عليه وأنها إنما تمنع أن ينصب عليها الحرب كما ينصب على غيرها هذا لفظه وكلام القفال صحيح ولا يخالف كلام الشافعي وكان الشيخ محيي الدين رحمه الله تعالى اعتقد أن كلام الشافعي مخصوص بأن ينصب عليها بما يعم كالمنجنيق وكلام الشافعي لا يختص بهذه الحالة وهي ممنوعة بطريق الأولى ومن جملة ما حكاها في شرح المذهب عن الماوردي في الأحكام السلطانية من خصائص الحرم أن لا يحارب أهله، فإن بغوا على أهل العدل فقال بعض الفقهاء يحرم قتالهم بل يضيق عليهم حتى يرجعوا، وقال الجمهور يقتلون على بغيهم إذا لم يمكن ردهم إلا بالقتال لأن قتالهم حق من حقوق الله تعالى التي لا يجوز إضعافها فحفظها في الحرم أولى من إضعافها.

(١) متفق عليه البخاري [٢٥٤١] مسلم [١٧٣٠] من حديث ابن عمر: أن النبي ﷺ أغار على بني المصطلق، وهم غارون وأنعامهم تسقى على الماء، فقتل مقاتلهم، وسبى ذراريهم.

(٢) قال الحافظ: وإنما اتفقا في الصحيحين البخاري [٣٠١٢] مسلم [١٧٤٥] على حديث الصعب بن جثامة: قال البيهقي [٧٨/٩]: هذا ما ورد في إباحة التبييت، وكان الزهري يدعي أنه منسوخ، وأنكره الشافعي عليه، وقال ابن الجوزي: النهي محمول على التعمد، وحديث الصعب فيما لم يعتمد فلا تناقض.



أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يَجُوزُ قَضُهُمْ كَمَا يَجُوزُ نَصْبُ الْمُنْجِنِيِّ عَلَى الْقَلْعَةِ وَإِنْ كَانَ يُصِيبُهُمْ، وَأَيْضاً فَلَوْ امْتَنَعْنَا بِمَا صَنَعُوا - لَاتَّخَذُوا ذَلِكَ ذَرِيعَةً إِلَى تَعْطِيلِ الْجِهَادِ.

وَالثَّانِي: الْمَنْعُ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - نَهَى عَنِ قَتْلِ النِّسَاءِ وَالصَّبِيَّانِ<sup>(١)</sup>، وَنَحْنُ فِي غَنِيَّةٍ عَنْهُ، وَالْحَالُ هَذِهِ، وَهَذَا أَصْحَحُ عِنْدَ الْقَفَالِ، وَكَذَلِكَ حَكَاهُ الرَّوْيَانِيُّ - رَحِمَهُ اللَّهُ - وَيَمِيلُ إِلَى تَرْجِيحِ الْأَوَّلِ مَاثِلُونَ.

وَالطَّرِيقُ الثَّانِي: الْقَطْعُ بِالْجَوَازِ، وَرَدَّ الْمَنْعُ إِلَى الْكِرَاهَةِ وَيُحَكِّى هَذَا عَنْ أَبِي إِسْحَاقَ، وَقَدْ تَوَرَّعَ فِي حِكَايَةِ الْكِرَاهَةِ عَنْهُ، وَذَكَرَ أَنَّ عِنْدَهُ يُسْتَحَبُّ التَّوْقِيُّ عَنْهُ لَا غَيْرَ، وَمِنْ أَصْحَابِ هَذِهِ الطَّرِيقَةِ مَنْ قَالَ فِي الْكِرَاهَةِ قَوْلَانَ، وَلَوْ تَتَرَّسُوا بِهِمْ وَهُمْ فِي الْقَلْعَةِ، فَمَنْهُمْ مَنْ قَالَ: يَزِيمِيهِمْ، وَالصُّورَةُ هَذِهِ أَوْلَى بِالْجَوَازِ؛ لِئَلَّا يَتَّخِذَ ذَلِكَ حِيلَةً وَذَرِيعَةً إِلَى اسْتِبْقَاءِ الْقِلَاعِ عَلَى كَثْرَةِ غَائِلَتِهَا، وَهَذَا مَا أوردَهُ فِي الْكِتَابِ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ فِي جَوَازِ الرَّمِيِ إِلَيْهِمْ قَوْلَانَ، وَإِنْ عَجَزْنَا عَنِ الْقَلْعَةِ إِلَّا بِهِ، لِأَنَّ فِي غَنِيَّةٍ مِنْ أَهْلِ الْقَلْعَةِ<sup>(٢)</sup>.

الثَّانِيَةُ: إِذَا كَانَ فِي الْبَلَدَةِ أَوْ الْقَلْعَةِ مُسْلِمٌ: مِنْ أُسَيْرٍ، أَوْ تَاجِرٍ، أَوْ مُسْتَأْمِنٍ، أَوْ طَائِفَةٍ مِنْ هَؤُلَاءِ، فَهَلْ يَجُوزُ قَصْدُ أَهْلِهَا بِالنَّارِ وَالْمُنْجِنِيِّ وَمَا فِي مَعْنَاهُمَا؟ قَالَ قَائِلُونَ: إِنْ لَمْ تَدْعُ إِلَيْهِ ضَرُورَةٌ، فَهِيَ مَكْرُوهَةٌ تَحَرُّزاً مِنْ إِهْلَاكِ الْمُسْلِمِ وَفِي تَحْرِيمِهِ قَوْلَانَ:

أَحَدُهُمَا: يَحْرُمُ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يُصِيبُ الْمُسْلِمَ؛ وَزَوَالَ الدُّنْيَا أَهْوَنُ عِنْدَ اللَّهِ مِنْ قَتْلِ مُسْلِمٍ، كَمَا وَرَدَ فِي الْخَبْرِ<sup>(٣)</sup>.

وَأَظْهَرُهُمَا: وَهُوَ الْمَنْصُوصُ فِي «الْمَخْتَصَرِ» الْمَنْعُ؛ لَوْجِهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ قَدْ لَا يُصِيبُ الْمُسْلِمَ؛ وَإِذَا حَرَمْنَا أَمْسَكَ الْمَشْرُكُونَ فِي كُلِّ قَلْعَةٍ وَبَلَدَةٍ مُسْلِمًا فَيَتَعَطَّلُ أَمْرُ الْجِهَادِ.

وَالثَّانِي: وَقَدْ نَصَّ الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّ الدَّارَ دَارٌ إِبَاحَةٌ، فَلَا يَحْرُمُ الْقِتَالُ بِكَوْنِ الْمُسْلِمِ فِيهَا، كَمَا أَنَّ دَارَنَا لَا تَحِلُّ بِكَوْنِ الْمَشْرِكِ فِيهَا، وَإِنْ دَعَتْ إِلَيْهِ الضَّرُورَةُ بِأَنَّ كَانَ يُخَافُ ظَفْرَهُمْ عَلَى الْمُسْلِمِينَ لَوْ لَمْ يَدْفَنْهُمْ بِذَلِكَ الطَّرِيقِ، فَيَجُوزُ دَفْعاً عَنِ الْمُسْلِمِينَ، وَنَكَايَةً فِي الْمَشْرِكِينَ، وَحِفْظُ مَنْ مَعَنَا أَوْلَى مِنْ حِفْظِ مَنْ مَعَهُمْ، وَأَلْحَقَ بِالضَّرُورَةِ مَا إِذَا لَمْ يَحْصُلْ فَتْحُ الْقَلْعَةِ إِلَّا بِذَلِكَ، هَذِهِ طَرِيقَةٌ.

وَمِنْهُمْ مَنْ لَمْ يَنْظُرْ إِلَى الضَّرُورَةِ وَعَدَمِهَا.

وَقَالَ: إِنْ عَلِمَ أَنَّ مَا يَزِيمِي بِهِ مِنَ النَّارِ أَوْ الْمُنْجِنِيِّ يَهْلِكُ الْمُسْلِمَ لَمْ يَجُزْ، وَإِنْ

(٢) قَالَ النَّوَوِيُّ: الرَّاجِحُ فِي الصُّورَتَيْنِ، الْجَوَازُ.

(١) تَقْدِمُ.

(٣) تَقْدِمُ.

كان ذلك مؤهوماً ففيه القولان، وهذا ما أوردته في الكتاب، ويتولد من الطريقتين اختلاف في أنه: هل يجوز الرمي عند الضرورة، والعلم بأنه يُصيب المسلم، كما سيأتي مثله فيما إذا تترس الكافر بالمسلم؟ والظاهر المنصوص عليه في «المختصر» أنه يجوز، لأن حُرمة من يخاف عليهم أعظم حرمة ممن في أيدي الكفار، فإنه إن هلك منهم هالك، فقد رزق الشهادة، قاله أبو إسحاق.

ومنهم من لم يُطلق القولين عند عدم الضرورة، لكن قال: إن قلَّ عدد المسلمين في الكفارِ جاز رميهم؛ لأنَّ الغالبُ أنه لا يصيب المسلمين، وإن كان عددهم مثل عدد المشركين أو أكثر - لم يجوز رميهم بها، وهذه طريقة ثالثة، وبها أجاب في «الشامل» وإذا رمى بشيءٍ منها إلى القلعة أو البلدة وقتل مسلماً، فإن لم يعلم أن في أهلها مسلماً - لم تجب إلا الكفارة، وإن علم وجبت الدية والكفارة، حكاها الروياني.

**الثالثة:** إذا تترس الكفار بالمسلمين من الأسارى أو غيرهم، نُظِرَ إن لم تدع ضرورة إلى رميهم، واحتمل الحال الإعراض عنهم لم يجوز رميهم، وإن رمى رام وقتل مسلماً قال في «التهذيب»: هو كما لو قتل رجلاً في دار الحرب، فإن علمه مسلماً - فعليه القود، وإن ظنه كافراً - فلا قود، وتجب الكفارة. وفي الدية قولان.

وإن دعت الضرورة إليه بأن تترسوا بهم في حال التبحر القتال، وكانوا يظفرون بالمسلمين، ويكثرون النكاية فيهم لو كفنا - فوجهان:

**أظهرهما:** وهو المنصوص وهو الذي أوردته أصحابنا العراقيون أنه عذر في جواز الرمي، فيرمى على قصد قتال المشركين، ويتوقى المسلمين بحسب الإمكان، لأنَّ محدور الإغراض أكبر من محدور الإقدام.

**والثاني:** أنه لا يجوز الرمي إذا لم يتأت ضرب الكفار إلا بضرب المسلم؛ لأنَّ غاية ما فيه أنا نخاف على أنفسنا، ودم المسلم لا يباح بالخوف بدليل صورة الإكراه، وهذا ما أورده صاحب «التهذيب» وبه أجاب في الكتاب فيما إذا تترس كافر بمسلم، وأشعر إيراذه بتخصيص الوجهين بما إذا تترس الكفار بطائفة من المسلمين في صف القتال. وأشار الإمام إلى توجيه الفرق بين الحالتين فقال: إذا تترسوا عند التفاف الزحفين، وكان الانكفاف من الأسرى يُفضي إلى أن يصطلم جند الإسلام ويختل بانفلالهم ركن عظيم، فهذا أمر كلي فلا يُبغَد أن يتساهل في أشخاص من الأسارى؛ حفظاً على الكليات.

**التفريع:**

إن جاوزنا الرمي، فرمى رام إليهم، وقتل مسلماً، فلا قصاص، لأنَّ القصاص مع

تَجْوِيزِ الرَّمِيِّ مِمَّا لَا يَجْتَمِعَانِ، وَتَجِبُ الْكُفَّارَةُ؛ لِأَنَّهُ قَتَلَ مَعْصُومًا.

وَأَمَّا الدِّيَّةُ: فَعَنِ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّهُ قَالَ فِي مَوْضِعٍ: تَجِبُ الدِّيَّةُ وَالْكَفَّارَةُ، وَفِي مَوْضِعٍ اقْتَصَرَ عَلَى ذِكْرِ الدِّيَّةِ وَفِي النَّصِّينِ طَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِاخْتِلَافٍ قَوْلٍ، لَكِنَهُمَا مَحْمُولَانِ عَلَى خَالَتَيْنِ، وَعَلَامٌ يَحْمَلَانِ؟ عَنِ الْمُزْنِيِّ وَأَبِي الطَّيِّبِ بْنِ سَلَمَةَ وَهُوَ ظَاهِرُ النَّصِّ أَنَّهُ إِنْ عَلِمَ أَنَّ الْمَرْمِيَّ إِلَيْهِ مُسَلِّمٌ - وَجِبَتْ الدِّيَّةُ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ إِسْلَامَهُ - لَمْ تَلْزَمْ.

وَالفَرْقُ أَنَّهُ إِذَا عَلِمَ إِسْلَامَهُ أَمَكَّنَهُ التَّوَقُّيَّ عَنْهُ وَالرَّمِيَّ إِلَى غَيْرِهِ فَعَلَّظَ عَلَيْهِ.

وَقَالَ أَبُو إِسْحَاقَ: إِنْ قَصَدَهُ بَعِيْنَهُ - لَزِمَهُ الدِّيَّةُ: عِلْمُهُ مُسَلِّمًا أَوْ لَمْ يَعْلَمْ، وَإِنْ لَمْ يَقْصِدْهُ بَعِيْنَهُ، بَلْ رَمَى إِلَى الصَّفِّ - لَمْ يَلْزَمْ.

وَالفَرْقُ أَنَّهُ يَتَيَسَّرُ التَّحَرُّزُ عَنْ قَصْدِ مُعَيَّنٍ، وَالامْتِنَاعُ عَنِ الرَّمِيِّ وَالْقِتَالِ مُطْلَقًا، وَالحَالَةُ هَذِهِ لَا يُمَكِّنُ.

وَالطَّرِيقُ الثَّانِي: أَنَّ فِيهِ قَوْلَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: تَجِبُ الدِّيَّةُ؛ لِأَنَّهُ قَتَلَ مُسَلِّمًا مَعْصُومًا مَعْدُورًا فِي الْحَضُورِ هُنَاكَ.

وَالثَّانِي: لَا تَجِبُ؛ لِأَنَّهُ مَادُونٌ فِي الرَّمِيِّ، وَعَنْ أَبِي حَفْصِ بْنِ الْوَكِيلِ أَنَّهُ إِنْ عَلِمَ أَنَّ هُنَاكَ مُسَلِّمًا وَجِبَتْ الدِّيَّةُ سِوَاءَ قَصْدِهِ بَعِيْنَهُ أَوْ لَمْ يَقْصِدْهُ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ فَعَلَى قَوْلَيْنِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيْفَةَ أَنَّهُ لَا دِيَّةَ وَلَا كَفَّارَةَ.

وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَجُوزُ الرَّمِيُّ، فَرَمَى، قِيلَ: فِيهِ وَجُوبُ الْقِصَاصِ طَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ عَلَى قَوْلَيْنِ كَالْمَكْرِهِ إِذَا قَتَلَ.

وَالثَّانِي: الْقَطْعُ بِالْوُجُوبِ كَالْمُضْطَرِّ إِذَا قَتَلَ إِنْسَانًا وَأَكَلَهُ، وَيَفَارِقُ الْمَكْرَهُ، فَإِنَّهُ مُلْجَأٌ إِلَى الْقَتْلِ، وَهَاهُنَا بِخِلَافِهِ، وَأَيْضًا فَإِنَّ هُنَاكَ مَنْ يُحَالُ عَلَيْهِ وَهُوَ الْمَكْرَهُ، وَلَيْسَ هَاهُنَا غَيْرُهُ.

وَإِنْ تَتَرَسَّ الْكُفَّارُ بِذِمِّيٍّ أَوْ مُسْتَأْمِنٍ أَوْ عَبْدٍ، فَالْحَكْمُ فِي جَوَازِ الرَّمِيِّ، وَالدِّيَّةُ، وَالْكَفَّارَةُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا، لَكِنَّ الْوَاجِبَ فِي الْعَبْدِ الْقِيَمَةَ لَا الدِّيَّةَ.

وَفِي «التَّهْدِيْبِ» أَنَّهُ لَوْ تَتَرَسَّ كَافِرٌ بِتَرَسٍ مُسَلِّمٌ أَوْ رَكِبَ فَرَسَهُ، فَرَمَى إِلَيْهِ مُسَلِّمٌ فَأَثْلَفَهُ، فَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِ التَّحَامِ الْقِتَالِ - فَعَلِيهِ الضَّمَانُ، وَإِنْ كَانَ فِي حَالِ الْاِلْتِحَامِ، فَإِنْ أَمَكَّنَهُ أَلَّا يُصِيبَ التَّرَسَ وَالْفَرَسَ فَأَصَابَهُ - ضَمِنَ، وَإِنْ لَمْ يَمَكِّنْهُ الدَّفْعَ إِلَّا بِأَصَابَتِهِ، فَإِنْ جَعَلْنَاهُ كَالْمَكْرَهُ لَمْ يَضْمَنْ؛ لِأَنَّ الْمَكْرَهُ فِي الْمَالِ يَكُونُ طَرِيقًا فِي الضَّمَانِ، وَهَاهُنَا لَا ضَمَانَ عَلَى الْحَرْبِيِّ، حَتَّى يَجْعَلَ الْمُسْلِمَ طَرِيقًا، وَإِنْ جَعَلْنَاهُ مُخْتَارًا لَزِمَهُ الضَّمَانُ.

قال الغزالي: (الخامسة): لا يجوز الأنصراف من صف القتال إن كان فيه أنكسار للمسلمين \* وإن لم يكن فيجوز إن قصد التحيز إلى فئة قريبة يستجد بها في هذا القتال \* وهل يجوز إذا قصد التحيز إلى فئة بعيدة؟ فيه وجهان \* فإن جوزنا فبدا له أن لا يقابل مع الفئة البعيدة أيضاً جاز \* ولا يشترك في هذا المغنم إن فارق قبل الأعتام \* وهل يشترك المتحيز إلى فئة قريبة؟ فيه وجهان \* ويجوز الأنهرام بكل حال إذا زاد عدد الكفار على الضعف لكن في أنهزام مائة بطل من مائتي ضعيف وواحد خلاف \* مأخذه أن النظر إلى صورة العدد أو إلى المعنى.

قال الرافعي: الخامسة: في حكم الهزيمة إذا التقى الصفان في القتال<sup>(١)</sup>، فقد

(١) قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا لَقِيتُمْ الَّذِينَ كَفَرُوا زَحَفًا فَلَا تُولُوهُمْ الْأَدْبَارَ وَمَنْ يُولُوهُمْ يَوْمَئِذٍ ذُبُرُهُ إِلَّا مَتَحَرِّفًا لِقِتَالٍ أَوْ مَتَحَرِّزًا إِلَىٰ فِتْنَةٍ فَقَدْ بَاءَ بِقَضَبٍ مِنَ اللَّهِ وَمَأْوَاهُ جَهَنَّمُ وَيَسَّ الْمَصِيرُ﴾ - في هذه الآية ينهى الله المؤمنين عن الفرار من الكفار إذا التقوا بهم في القتال، وحكمة ذلك أن الفرار كبير المفسدة وخيم العاقبة؛ لأن الفار يكون كالحجر يسقط من البناء فيتداعى ويختل نظامه؛ لهذا عد الشارع الحكيم الفرار من الزحف من أكبر الجنايات، وقد توعد الله المقاتلين الذين يولون العدو ظهورهم فقال: ﴿وَمَنْ يُولُوهُمْ يَوْمَئِذٍ ذُبُرُهُ﴾ الآية. وفي الفرار من العدو عار يجعل الحياة بغیضة عند النفوس الأبية قال يزيد بن المهلب: «والله إني لأكره الحياة بعد الهزيمة».

«حكمة» قال بعض العلماء أن هذا النهي خاص بوقعة بدر وبه قال نافع، والحسن وقتادة، ويزيد ابن أبي حبيب، والضحاك، ونسب إلى أبي حنيفة كما حكاه القرطبي. وقال الجمهور وهو المروي عن ابن عباس أن تحريم الفرار من الصف عند الزحف باقٍ إلى يوم القيامة في كل قتال يلتقي فيه المسلمون والكفار.

«الأدلة»: استدل الأولون بقوله تعالى: ﴿وَمَنْ يُولُوهُمْ يَوْمَئِذٍ ذُبُرُهُ إِلَّا مَتَحَرِّفًا لِقِتَالٍ أَوْ مَتَحَرِّزًا إِلَىٰ فِتْنَةٍ فَقَدْ بَاءَ بِقَضَبٍ مِنَ اللَّهِ وَمَأْوَاهُ جَهَنَّمُ وَيَسَّ الْمَصِيرُ﴾ فقالوا: إن الإشارة في قوله تعالى: ﴿يَوْمَئِذٍ﴾ إلى يوم بدر، ثم نسخ ذلك بقوله تعالى: ﴿الآن خَفَّفَ اللَّهُ عَنْكُمْ وَعَلِمَ أَنَّ فِيكُمْ ضَعْفًا﴾.

وقد رد الجمهور عليه بأن الإشارة فيه إلى يوم الزحف الذي تضمنه قوله تعالى: ﴿إِذَا لَقِيتُمْ الَّذِينَ كَفَرُوا زَحَفًا فَلَا تُولُوهُمْ الْأَدْبَارَ﴾ أي كل مرة تلقون فيها الكفار يحرم عليكم الفرار منهم، وحكم الآية باقٍ بشرط الضعف الذي بينه الله تعالى في قوله ﴿فَإِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ مِائَةٌ صَابِرَةٌ يَغْلِبُوا مِائَتَيْنِ﴾ الآية - والذي يؤيد أن الإشارة عامة في كل زحف أن الآية نزلت بعد انقضاء الحرب وذهاب اليوم بما فيه.

واستدل الجمهور بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا لَقِيتُمْ الَّذِينَ كَفَرُوا زَحَفًا فَلَا تُولُوهُمْ الْأَدْبَارَ﴾ وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا لَقِيتُمْ فِتْنَةً فَاتَّبِعُوا وَاذْكُرُوا اللَّهَ كَثِيرًا لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ وقالوا: إن الآيات عامة في كل زحف وليست خاصة بغزوة بدر دل على ذلك ما صح في مسلم عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: ﴿اجْتَنِبُوا السَّبْعَ الْمُؤَيَّقَاتِ﴾ وعد منها الفرار يوم الزحف فدل على حرمة في كل زحف وزمان، غير أن هذه الحرمة مقيدة بأمرين: أحدهما: ما دل عليه قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَتَحَرِّفًا لِقِتَالٍ أَوْ مَتَحَرِّزًا إِلَىٰ فِتْنَةٍ﴾ فإنه متى قصد أحد هذين الأمرين من الفرار=

أُطْلِقَ فِي الْكِتَابِ أَنَّهُ إِنْ كَانَ فِي انْهِزَامِهِ انْكِسَارُ الْمُسْلِمِينَ - لَمْ يَجْزُ الْإِنْهِزَامُ بِحَالٍ، وَإِنْ لَمْ يُمْكِنَ فِيهِ التَّفْصِيلُ الَّذِي نَذَكُرُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

والجمهور لم يتعرّضوا لذلك، وقالوا إذا التقى الصفان، فإما ألا يزيد عدد الكفار على ضعف عدد المسلمين أو يزيد.

**الحالة الأولى:** إن لم يزيد عدد الكفار على الضعف، بل كانوا مثلهم أو أقل - لم يجز الانصراف والهزيمة، وقد عدّ رسول الله - ﷺ - الفرار من الزحف من الكبائر<sup>(١)</sup>،

= لم يكن محرماً، بل قد يكون واجباً إذا اقتضته المصلحة كضمّ قوة المسلمين بعضه إلى بعض. ثانيهما: عدم زيادة الكفار على ضعف عدد المسلمين، أما إذا زادوا على الضعف فاختلف الفقهاء في حكمه:

فذهب الشافعية والحنابلة إلى جواز الفرار مطلقاً وذهب المالكية إلى جوازه ما لم يبلغ جيش المسلمين اثني عشر ألفاً غير مختلفين على أنفسهم، فإن بلغ هذا العدد مع الاتحاد حرم الفرار، ونسبه الجصاص إلى الحنفية، ورأى صاحب البدائع منهم أن العبرة بالقوة والاستعداد دون العدو فقال: والغزاة إذا جاءهم جمع من المشركين ما لا طاقة لهم به وخافوهم أن يقتلوهم فلا بأس لهم أن ينحازوا إلى بعض أمصار المسلمين أو إلى بعض جيوشهم، والحكم في هذا الباب لغالب الرأي وأكبر الظن دون العدد، فإن غلب على ظن الغزاة أنهم يقاومونهم يلزمهم الثبات، وإن كانوا أقل عدداً منهم. وإن كان غالب ظنهم أنهم يغلبون فلا بأس أن ينحازوا إلى المسلمين ليستعينوا بهم وإن كانوا أكثر عدداً من الكفرة. وذهب ابن حزم إلى تحريم الفرار مهما بلغ العدد.

**«الأدلة»:** استدلت الشافعية والحنابلة بقوله تعالى: **﴿الآن خَفَّفَ اللَّهُ عَنْكُمْ وَعَلِمَ أَنَّ فِيكُمْ ضَعْفًا﴾** الآية - وجه الاستدلال - أنها دلت على وجوب ثبات المائة للماتين بعد أن كان الواجب أن تثبت المائة للألف وذلك تخفيف من الله ورحمة. وعلى ذلك فإذا زاد الكفار على هذه النسبة جاز للمسلمين الفرار.

واستدل المالكية بما رواه الزهري عن أنس بن مالك عن رسول الله ﷺ من حديث فيه طول **«وَلَنْ يُغْلَبَ اثْنَا عَشَرَ أَلْفًا مِنْ قَلَةٍ»** وجه الدلالة: أن النبي ﷺ يقول: ما معناه: إذا بلغ جيشكم هذا العدد فلا تأتيه الهزيمة من جهة عدوه وإنما تأتيه من وقوع الخلف بينكم، وإذا كانت الهزيمة لا تأتي من العدو فلا يجوز الفرار.

وتمسك ابن حزم بظاهر قوله تعالى: **﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا لَقِيتُمْ الَّذِينَ كَفَرُوا رَخَفًا فَلَا تُؤَلُّوهُمْ الْأَدْبَارَ﴾** فإنها تدل بظاهرها على وجوب الثبات مهما بلغ عدد العدو.

**«المناقشة»:** القرطبي: رواه بشر وأبو سلمة العاملي وهو الحكم بن عبد الله بن خطاف وهو متروك. وعلى فرض صحته فالمراد منه أن الغالب على هذا العدد النصر والظفر، ولا تعرض فيه لحرمة الفرار أو عدمها وبهذا يرد على المالكية والحنفية فيما نسبه الجصاص إليهم. . . ويرد على ابن حزم أن الأمر بعدم الفرار في الآية مخصص بالأ يزيد العدد على ضعف عدد المسلمين كما أشارت إليه آية **﴿الآن خَفَّفَ اللَّهُ عَنْكُمْ﴾**.

وَيُسْتَنْتَى مَا إِذَا انصَرَفَ وَوَلَّى مُتَحَرِّفًا لِلْقِتَالِ أَوْ مُتَحَيِّزًا إِلَى فِئَةٍ عَلَى مَا قَالَ [اللَّهُ] تَعَالَى: ﴿يَأْيُهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا لَقِيتُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا زَحَفًا فَلَا تُولُوهُمُ الْاَدْبَارَ...﴾ الآية.

وَالْمُتَحَرِّفُ لِلْقِتَالِ: هُوَ الَّذِي يَنْصَرِفُ لِيَكْمُنَ فِي مَوْضِعٍ، وَيَهْجُمُ، أَوْ يَكُونُ فِي مَضِيقٍ فَيَتَحَرَّفُ لِيَتَّبِعَهُ الْعَدُوُّ إِلَى مَوْضِعٍ وَّاسِعٍ فَيَسْهَلُ الْقِتَالُ فِيهِ، أَوْ يَرَى الصَّوَابَ فِي التَّحَوُّلِ مِنَ الْمَوْضِعِ الْوَاسِعِ إِلَى الْمَضِيقِ؟ أَوْ يَكُونُ فِي مُقَابِلَةِ الشَّمْسِ أَوْ الرِّيحِ، فَيَتَحَوَّلُ إِلَى جِهَةٍ أُخْرَى لِيَسْهَلَ عَلَيْهِ الْقِتَالُ.

وَالْمُتَحَيِّزُ إِلَى فِئَةٍ: هُوَ الَّذِي يَنْصَرِفُ عَلَى قَصْدٍ أَنْ يَذْهَبَ إِلَى طَائِفَةٍ يَسْتَنْجِدُ بِهَا فِي الْقِتَالِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ تَكُونَ تِلْكَ الطَّائِفَةُ قَلِيلَةً أَوْ كَثِيرَةً، وَهَلْ يَشْتَرُطُ أَنْ تَكُونَ قَرِيبَةً؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: نَعَمْ، لِيَتَّصِرَ الْاِسْتِنْجَادُ بِهَا فِي هَذَا الْقِتَالِ وَإِتْمَامَهُ.

وَأَصْحُهُمَا: لَا، بَلْ يَجُوزُ الْاِنْصِرَافُ عَلَى قَصْدِ التَّحَيُّزِ إِلَى الْفِئَةِ الْبَعِيدَةِ - أَيْضًا - لِمَطْلَقِ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿أَوْ مُتَحَيِّزًا إِلَى فِئَةٍ﴾.

وَرُوِيَ عَنْ عَمْرِو بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - قَالَ: «أَنَا فِئَةٌ لِكُلِّ مُسْلِمٍ» وَكَانَ بِالْمَدِينَةِ، وَجُنُودُهُ بِالشَّامِ وَالْعِرَاقِ<sup>(١)</sup>، وَعَلَى هَذَا فَهَلْ يَجِبُ عَلَيْهِ تَحْقِيقُ مَا عَزَمَ بِالْقِتَالِ مَعَ الْفِئَةِ الَّتِي تَحَيَّزَ إِلَيْهَا؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أَصْحُهُمَا: وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ - لَا؛ لِأَنَّ الْعَزْمَ عَلَيْهِ رَخَّصَ لَهُ فِي الْاِنْصِرَافِ، فَلَا حِجْرَ عَلَيْهِ بَعْدَ ذَلِكَ، وَالْجِهَادُ لَا يَجِبُ قِضَاؤُهُ، وَلَا يَلْزَمُ بِالنَّذْرِ أَيْضًا عَلَى اخْتِلَافِ سِيَاتِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى فِي مَوْضِعِهِ، وَفِي كَلَامِ الْإِمَامِ، أَنَّ التَّحَيُّزَ إِلَى فِئَةٍ أُخْرَى إِنْ مَجِزَ إِذَا اسْتَشْعَرَ الْمَوْلَى عَجْزًا مُخَوِّجًا إِلَى الْاِسْتِنْجَادِ بِضَعْفِ جُنْدِ الْإِسْلَامِ [فَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ - فَلَا حَاجَةَ إِلَى التَّحَيُّزِ، فَإِنَّ تَحَيُّزَهُ قَدْ يَقْلُ جُنْدَ الْإِسْلَامِ]<sup>(٢)</sup>.

وَقَوْلُ صَاحِبِ الْكِتَابِ فِي الْمَسْأَلَةِ «لَا يَجُوزُ الْاِنْصِرَافُ مِنْ صَفِّ الْقِتَالِ إِنْ كَانَ فِيهِ اِنْكِسَارُ الْمُسْلِمِينَ» يَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَخَذَهُ مِمَّا ذَكَرَهُ الْإِمَامُ، وَلَمْ يَشْتَرُطْ غَيْرَهُمَا ذَلِكَ، وَكَأَنَّهُمْ رَأَوْا تَرْكَ الْقِتَالِ، وَالْاِنْهَازَ فِي الْحَالِ؛ مَجْبُورًا بِعَزْمِهِ إِلَى الْاِتِّصَالِ بِفِئَةٍ أُخْرَى، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْأَمْرَيْنِ: التَّحَرُّفُ لِلْقِتَالِ، وَالتَّحَيُّزُ إِلَى فِئَةٍ أُخْرَى يَتَضَمَّنُ الْعَزْمَ عَلَى الْعُودِ إِلَى الْقِتَالِ؛ وَالرَّخْصَةُ مَنْوُطَةٌ بِعَزْمِ الشَّخْصِ، وَلَا يُمْكِنُ مُخَادَعَةُ اللَّهِ تَعَالَى فِي الْعَزْمِ، ثُمَّ ظَاهِرُ الْآيَةِ يَقْتَضِي اِنْحِصَارَ الْاِسْتِنْجَادِ فِي حَالَتِي التَّحَرُّفِ وَالتَّحَيُّزِ، وَالْمَرَادُ حَالَةُ الْقُدْرَةِ

(١) رواه الشافعي عن ابن عيينة عن ابن أبي نجيح عن مجاهد: أن عمر قال: أنا فئة لكل مسلم. ورواه هو وأحمد والترمذي والبيهقي من حديث ابن عمر مرفوعاً.

(٢) سقط من ز.

والتمكن من القتال، وحيثيذ ينحصر الاستثناء فيهما.

فأما من عجز لمرض، أو لم يبق معه سلاح - فله أن ينصرف بكل حال، ويستحب أن يولي متحرفاً أو متحيزاً، وإن أمكنه الرمي بالحجارة، فهل يقوم<sup>(١)</sup> مقام السلاح؟ ذكر فيه وجهان:

ولو مات فرسه وهو لا يقدر على القتال راجلاً - فله الانصراف أيضاً، وإن غلب على ظنه أنه إن ثبت قتل هل له الانصراف؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، لظاهر قوله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة: ٩٥].

وأصحهما: لا؛ لقوله تعالى: ﴿إِذَا لَقِيتُمْ فِئَةً فَاثْبُتُوا﴾ [الأنفال: ٤٥] والغزاة يقتلون ويقتلون، وقد فسرت التهلكة بالفِرَارِ مِنَ الرَّحْفِ، والمتحيز إلى الفِئَةِ البعيدة لا يُشَارِكُ الغانمين في الغنيمَة، إن فارق قبل الاغتنام وإن غنم شيء دون شيء - لم يبطل حقه مما غنم قبل مفارقتة، ولا شيء فيما غنم بعدها، هكذا نُقِلَ عن نص الشافعي - رضي الله عنه -، وبمثله أجاب في المتحرف للقتال، ومنهم من أطلق القول بأن المتحرف يُشَارِكُ في الغنيمَة، ولعل هذا فيما إذا لم يبعد ولم يغب، والنص فيما إذا تحرف للقتال، ثم انقطع عن القوم قبل أن يغنموا أنه لا يُشَارِكُهُمْ، وهل يُشَارِكُ المتحيز إلى الفِئَةِ القريبة الغانمين في المغنوم بعد ما ولى؟ ذكر صاحب الكتاب فيه وجهين:

أشبههما: الاستحقاق؛ لأنه لا يفوت نصرته، والاستنجاذ به، فهو كالسرية يشارك جند الإمام فيما يغنمون إذا كانت بالقرب منهم.

وإذا عرفت ذلك، ونظرت في قول صاحب الكتاب في «قسم الفئتين والغنائم فمن غاب في آخر القتال: إن كان بانهزام، سقط حقه، إلا إذا قصد التحيز إلى فئة أخرى» - عرفت أن هذه اللقطة إنما تجري على ظاهرها إذا جعلنا التحيز إلى الفئتين القريبة كالتحيز إلى الفئتين البعيدة، فإن فرقتنا بينهما حملنا اللفظ على الفئتين البعيدة، وأن حق المتحيز إنما لا يسقط عن المغنوم قبل مفارقتة، أما المغنوم بعده فلا حق فيه، وإنما يسقط الانهزام الحق إذا اتفق قبل القسمة، أما إذا غنموا شيئاً واقتسموه ثم انهزم بعضهم لم يسترد منه ما أخذ.

الحالة الثانية: إذا زاد عدد الكفار على الضعف جاز الانهزام، وكان يجب في ابتداء الإسلام أن يثبت الواحد في مقابلة العشرة، ثم خفف الله تعالى ذلك فأوجب على

(١) قال النووي: أحدهما: تقوم.

المسلمين مُصَابِرَةً ضِعْفَهُمْ مِنَ الْكُفَّارِ دُونَ مَا زَادَ، فَقَالَ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿الآنَ خَفَّفَ اللَّهُ عَنْكُمْ وَعَلِمَ أَنَّ فِيكُمْ ضَعْفًا﴾ الآية [الأنفال: ٦٦]. قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - «مَنْ فَرَّ مِنْ ثَلَاثَةِ لَمْ يَفِرَّ، وَمَنْ فَرَّ مِنْ اثْنَيْنِ فَرَّ»<sup>(١)</sup> يَعْنِي الْفِرَارَ الْمَحْرَمَ، وَهَلْ يَجُوزُ أَنْ يَفِرَّ مِائَةً مِنَ الْأَبْطَالِ مِنْ مِائَتَيْنِ وَوَاحِدٍ مِنْ ضَعْفَاءِ الْكُفَّارِ؟ فِيهِ وَجْهَانُ:

أَصْحَهُمَا: عَلَى مَا ذَكَرَ صَاحِبُ الْكِتَابِ: الْمَنْعُ؛ لِأَنَّهُمْ يُقَاوِمُونَهُمْ لَوْ تَبَتُّوا، وَإِنَّمَا يُرَاعَى الْعَدَدُ عِنْدَ تَقَارُبِ الْأَوْصَافِ.

وَالثَّانِي: أَنَّ اتِّبَاعَ الْأَوْصَافِ يَعْسِرُ، فَيُدَارُ الْحُكْمُ عَلَى الْعَدَدِ، وَيَجْرِي هَذَا الْخِلَافُ فِي عَكْسِهِ، وَهُوَ فِرَارُ مِائَةٍ مِنْ ضَعْفَاءِ الْمُسْلِمِينَ مِنْ مِائَةٍ وَتِسْعَةٍ وَتِسْعِينَ مِنْ أَبْطَالِ الْكُفَّارِ، فَإِنْ رَاعَيْنَا صُورَةَ الْعَدَدِ لَمْ يَجْزُ، وَإِنْ رَاعَيْنَا الْمَعْنَى - فَيَجُوزُ، وَإِذَا جَازَ الْفِرَارُ نُظِرَ. إِنْ غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِمْ أَنَّهُمْ لَوْ تَبَتُّوا ظَفِرُوا، فَالْمُسْتَحَبُّ لَهُمُ الثَّبَاتُ، وَإِنْ غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِمُ الْهَلَاكُ لَوْ تَبَتُّوا فَهَلْ يُلْزَمُهُمُ الْفِرَارُ، فِيهِ وَجْهَانُ:

أَحَدُهُمَا: نَعَمْ: لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة: ١٩٥].

وَالثَّانِي: لَا؛ لِمَا رُوِيَ أَنَّ رَجُلًا قَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ أَرَأَيْتَ لَوْ انْعَمَسْتُ فِي الْمَشْرِكِينَ فَقَاتَلْتُهُمْ حَتَّى قُتِلْتُ إِلَى الْجَنَّةِ؟ قَالَ: نَعَمْ، فَانْعَمَسَ الرَّجُلُ فِي صَفِّ الْمَشْرِكِينَ، فَقَاتَلَ حَتَّى قُتِلَ<sup>(٢)</sup>.

وَذَكَرَ الْإِمَامُ أَنَّهُ إِنْ كَانَ فِي الثَّبَاتِ الْهَلَاكُ الْمَخْضُ مِنْ غَيْرِ نِكَايَةٍ فِي الْكُفَّارِ لَزِمَ الْفِرَارُ، وَإِنْ كَانَ فِي الثَّبَاتِ نِكَايَةٌ فِيهِمْ، فَفِي جَوَازِ الْمُصَابِرَةِ الْوَجْهَانُ<sup>(٣)</sup>.

فِرْعُ:

لِقِيِّ مُسْلِمٍ مُشْرِكِينَ، فَإِنْ طَلَبَاهُ، فَلَهُ أَنْ يُؤَلِّيَ عَنْهُمَا؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَتَاهِبٍ لِلْقِتَالِ، وَإِنْ طَلَبَهُمَا وَلَمْ يَطْلُبَاهُ، فَوَجْهَانُ:

(١) أَخْرَجَهُ الشَّافِعِيُّ وَالْحَاكِمُ عَنْ سَفْيَانَ بْنِ أَبِي نَجِيحٍ عَنْ عَطَاءِ بْنِ عَبَّاسٍ. وَرَوَاهُ الطَّبْرَانِيُّ مِنْ رِوَايَةِ الْحَسَنِ بْنِ صَالِحٍ عَنْ ابْنِ أَبِي نَجِيحٍ عَنْ مُجَاهِدٍ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ مَرْفُوعًا.

(٢) أَخْرَجَهُ الْحَاكِمُ [٩٣/٢] مِنْ حَدِيثِ ثَابِتٍ عَنْ أَنَسٍ: أَنَّ رَجُلًا أُسْوِدَ أَتَى النَّبِيَّ ﷺ، الْحَدِيثُ نَحْوَهُ، وَلَمْ يَذَكَرِ الْإِنْغِمَاسَ، وَفِي الصَّحِيحِينَ عَنْ جَابِرٍ قَالَ قَالَ رَجُلٌ: أَيْنَ أَنَا يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنْ قُتِلْتُ؟ قَالَ: فِي الْجَنَّةِ، فَأَلْقَى تَمْرَاتٍ كُنْ فِي يَدِهِ، ثُمَّ قَاتَلَ حَتَّى قُتِلَ، وَرَوَى ابْنُ إِسْحَاقَ فِي الْمَغَازِي عَنْ عَاصِمِ بْنِ عَمْرِ بْنِ قَتَادَةَ قَالَ: لَمَّا التَّقَى النَّاسُ يَوْمَ بَدْرٍ، قَالَ عَوْفُ بْنُ الْحَارِثِ: يَا رَسُولَ اللَّهِ مَا يَضْحَكُ الرَّبُّ تَعَالَى مِنْ عَبْدِهِ؟ قَالَ: أَنْ يَرَاهُ غَمَسَ يَدَهُ فِي الْقِتَالِ: يَقَاتِلُ حَاسِرًا، فَتَزِعُ عَوْفُ ذِرْعَهُ، ثُمَّ تَقْدَمُ، فَتَقَاتِلُ حَتَّى تَقْتُلَ.

(٣) قَالَ النَّوَوِيُّ: هَذَا الَّذِي قَالَهُ الْإِمَامُ هُوَ الْحَقُّ، وَأَصَحُّ الْوَجْهَيْنِ، أَنَّهُ لَا يَجِبُ، لَكِنْ يَسْتَحَبُّ.



أَحَدَهُمَا: أَنَّهُ لَا يُؤَلَّى عَنْهُمَا؛ لِأَنَّ طَلَبَهُمَا وَالْحَمْلُ عَلَيْهِمَا شُرُوعٌ فِي الْجِهَادِ، فَلَا يَجُوزُ الْإِغْرَاضُ عَنْهُ.

وَأَظْهَرُهُمَا عَلَى مَا ذَكَرَ فِي «الْبَحْرِ» أَنَّهُ يَجُوزُ ذَلِكَ، وَقَرَضَ الْجِهَادِ وَالثَّبَاتِ عَلَيْهِ فِي الْجَمَاعَةِ دُونَ الْأَفْرَادِ.

لَوْ وَلَّى النِّسَاءَ لَمْ يَأْتَمَنَّ، فَلَسَنَ مِنْ أَهْلِ فَرَضِ الْجِهَادِ نَصَّ عَلَيْهِ.

وَلَا إِثْمَ عَلَى الصَّبِيِّ وَلَا عَلَى الْمَغْلُوبِ عَلَى عَقْلِهِ إِذَا وَلَّى، فَإِنَّهُمَا لَيْسَا بِمَكْلُفَيْنِ، نَعَمْ، يَأْتَمُّ السُّكْرَانُ. وَلَوْ قَصِدَ الْكُفَّارُ بَلْدًا فَتَحَصَّنَ أَهْلُهُ إِلَى أَنْ يَجِدُوا قُوَّةً، وَمَدَدًا لَمْ يَأْتَمُوا، إِنَّمَا الْإِثْمُ عَلَى مَنْ وَلَّى بَعْدَ الْإِلْتِقَاءِ<sup>(١)</sup>.

قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «فَبَدَا لَهُ أَلَّا يُقَاتِلَ» أَي: عَرَضَ وَظَهَرَ، وَقَدْ يَوْجَدُ فِي بَعْضِ النُّسخِ: «فَبَدَا لَهُ أَنْ يُقَاتِلَ» وَهُوَ صَحِيحٌ أَيْضًا، يُقَالُ: بَدَا لِفُلَانٍ فِي كَذَا أَي: نَدِمَ وَأَعْرَضَ عَمَّا عَزَمَ عَلَيْهِ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَيَجُوزُ الْأَسْتِنْدَادُ بِالْمُبَارَزَةِ دُونَ إِذْنِ الْإِمَامِ عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ، حَتَّى يَنْفُذَ أَمَانَتَهُ لِقَرْبَةِ رُؤُوسِ \* وَفِي نَقْلِ الْكُفَّارِ إِلَى بِلَادِ الْإِسْلَامِ كَرَاهَةً عَلَى وَجْهِهِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ نِكَايَةٌ فِي الْكُفَّارِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ مَسْأَلَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: الْمُبَارَزَةُ جَائِزَةٌ؛ لَمَا رَوَى أَنَّ عَلِيًّا - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - بَارَزَ يَوْمَ «الْخَنْدَقِ» عَمْرُو بْنَ عَبْدِ<sup>(٢)</sup>، وَقَدْ بَارَزَ عُبَيْدَةُ بْنُ الْحَارِثِ وَحَمْرَةَ بْنُ عَبْدِ الْمَطْلَبِ وَعَلِيٌّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - يَوْمَ «بَدْرٍ» عُتْبَةَ وَشَيْبَةَ ابْنَيْ رَبِيعَةَ، وَالْوَلِيدَ بْنَ عْتَبَةَ<sup>(٣)</sup>، وَبَارَزَ مُحَمَّدُ بْنُ مَسْلَمَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - يَوْمَ «خَيْبَرَ» مَرْحَبًا<sup>(٤)</sup>، وَيُرْوَى أَنَّهُ بَارَزَهُ عَلِيٌّ - رَضِيَ اللَّهُ

(١) قَالَ النَّوَوِيُّ فِي زَوَائِدِهِ: قَالَ صَاحِبُ «الْحَاوِي» وَ «الْبَحْرِ»: تَجُوزُ الْهَزِيمَةُ مِنْ أَكْثَرِ مِنَ الْمُثَلِّينِ، وَإِنْ كَانَ الْمُسْلِمُونَ فَرَسَانًا وَالْكَفَّارُ رَجَالَةً، وَتَحْرَمُ الْهَزِيمَةُ مِنَ الْمُثَلِّينِ وَإِنْ كَانَ الْمُسْلِمُونَ رَجَالَةً وَالْكَفَّارُ فَرَسَانًا، وَهَذَا الَّذِي قَالَاهُ فِيهِ نَظَرٌ، وَيُمْكِنُ تَخْرِيجُهُ عَلَى الْوَجْهَيْنِ السَّابِقَيْنِ فِي أَنْ الْإِعْتِبَارَ بِالْمَعْنَى أَمْ بِالْعَدَدِ.

(٢) رَوَاهُ ابْنُ إِسْحَاقَ فِي الْمَغَازِي مَنقُطَعًا، وَوَصَلَهُ الْحَاكِمُ مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ. وَرَوَاهُ الْبَيْهَقِيُّ [٩/ ١٣٢].

(٣) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ مِنْ حَدِيثِ عَلِيٍّ، وَهُوَ عِنْدَ الْبُخَارِيِّ [٣٩٦٦ - ٣٩٦٨ - ٣٩٦٩ - ٤٧٤٣] وَمُسْلِمٍ [٣٠٣٣] مَخْتَصَرًا وَاتَّفَقَا عَلَيْهِ مِنْ حَدِيثِ قَيْسِ بْنِ عَبَّادٍ عَنْ أَبِي ذَرٍّ مَخْتَصَرًا أَيْضًا.

(٤) أَخْرَجَهُ ابْنُ إِسْحَاقَ فِي الْمَغَازِي حَدَّثَنِي عَبْدُ اللَّهِ بْنُ سَهْلٍ أَخُو بَنِي حَارِثَةَ عَنْ جَابِرٍ قَالَ: خَرَجَ مَرْحَبُ الْيَهُودِيِّ مِنْ حِصْنِ خَيْبَرَ، قَدْ جَمَعَ سِلَاحَهُ وَهُوَ يَرْتَجِزُ، فَذَكَرَ الشَّعْرَ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: مَنْ لِهَذَا؟ فَقَالَ مُحَمَّدُ بْنُ مَسْلَمَةَ: أَنَا يَا رَسُولَ اللَّهِ، فَذَكَرَ الْحَدِيثَ وَالْقِصَّةَ، وَرَوَاهُ أَحْمَدُ وَالْحَاكِمُ =

عنه<sup>(١)</sup> - وبارز الزبير - رضي الله عنه - ياسراً<sup>(٢)</sup>، وإذا خرج مُشركاً ودعا إلى المُبارزة، فَيُسْتَحَبُّ الخُرُوجُ إليه؛ لما روي أَنَّ الثَّلاثَةَ المذكورين طَلَبُوا المُبارزةَ، فأمر النبي - ﷺ - أصحابه - رضي الله عنهم - بالخروج إليهم<sup>(٣)</sup>، ولأنه إذا لم يبرز أحدٌ إليهم، صَعَفَتْ قُلُوبُ المسلمين، واجترأ المشركون، والخروجُ وابتداءُ المُبارزة ليس بمُسْتَحَبٍّ ولا مَكْرُوهٍ.

أما أنه ليس بمُسْتَحَبٍّ، فلأنه قد يُقتلُ فتتكسر قلوبُ المسلمين.

وأما أنه ليس بمَكْرُوهٍ، فلما فيه من إظهارِ القُوَّةِ، وعن ابن أبي هُرَيْرَةَ أنه يُكرهُ وأطلق ابنُ كَجَّ استِخْبَابَ المُبارزةِ، ولم يُفرِّقْ بين الابتداءِ والإجابةِ وإنما تحسُنُ المُبارزةُ ممن جَرَبَ نَفْسَهُ وَعَرَفَ قُوَّتَهُ وَجَرَاءَتَهُ.

وأما الضعيف الذي لا يثقُ بِنَفْسِهِ، فَتُكرهُ له المُبارزةُ ابتداءً وإجابةً. نصَّ عليه، وحكى في «البَيَانِ» وَجْهاً أَنَّهُ لا يَجُوزُ، والمشهورُ الأوَّلُ<sup>(٤)</sup>، والمُسْتَحَبُّ أَلَّا يَخْرُجَ للمبارزةِ إِلَّا بِإِذْنِ الإِمَامِ، وهل يَجُوزُ من غيرِ إِذْنِهِ؟ فيه وجهان:

أصحهما: وهو الذي أوزده أكثرهم - أنه يجوز؛ لأنَّ عَبْدَ اللَّهِ بنَ رَوَاحَةَ، وَعَوْفَاً وَمُعَوِّذاً ابني عَفْرَاءَ - رضي الله عنهم - خرجوا يوم «بدر» مُبارزينَ، فلم يُنكزْ عليهم رَسُولُ اللَّهِ - ﷺ - ..

= بنحوه قال الحاكم: صحيح الإسناد على أن الأخبار متواترة بأن علياً هو الذي قتل مرحباً. والحديث عند البيهقي ١٣١/٩.

(١) رواه مسلم في صحيحه (١٣٢ - ١٨٠٧) من حديث سلمة بن الأكوع مطولاً، وفيه: فخرج مرحبٌ، وهو يقول:

قَدْ عَلِمْتُ حَيْبَرَ أَنِّي مَرْحَبٌ      شَاكِي السَّلَاحِ بَطْلٌ مُجْرَبٌ  
إِذَا الحُرُوبُ أَقْبَلَتْ تَلَهَّبُ

فقال علي:

أَنَا الَّذِي سَمَّيْتَنِي أُمِّي حَيْدَرَةَ      كَلَيْتُ غَابَاتِ كَرِيهِ المَنْطَرَةَ  
أَوْفِيهِمُ بالصَّاعِ كَيْلَ السَّنْدَرَةَ

فضرب رأس مرحب فقتله.

(٢) رواه ابن إسحاق في المغازي والبيهقي منقطعاً، وفي البخاري من رواية هشام بن عروة عن أبيه قال: قال الزبير: لقيت يوم بدر عبيدة بن سعيد بن العاص فذكر قصة قتله له.

(٣) تقدم.

(٤) لو كان المبارز الضعيف أمير السرية ويخشى من قتله انهزام المسلمين، فلا يجوز المبارزة قطعاً كما جزم به الماوردي. قاله في الخادم.

(٥) متفق عليه من حديث عبد الرحمن بن عوف وقد تقدم من قسم الفياء والغنيمة.

والثاني؛ وبه قال أبو حنيفة - لا يجوز؛ لأنَّ للإمام نظراً في تعيين الأبطال والأقران، فلا يفوت عليه، وبني على الخلاف أنه لو أئمن المُستبدُّ بالمبارزة قزته هل يصح أمانه؟

والكلام في أمان المبارز آخره إلى «باب الأمان».

الثانية: في ثقل رؤوس الكفار إلى بلاد المسلمين، وجهان:

أحدهما: لا يُكره؛ لأنَّ أبا جهل لما قُتل، حُمِلَ رأسه<sup>(١)</sup>.

(١) قال الحافظ قال العراقيون: ما حمل رأس كافر قط إلى رسول الله ﷺ، وحمل إلى عثمان رؤوس جماعة من المشركين، فأنكره، وقال: ما فعل هذا في عهد رسول الله، ولا في أيام أبي بكر، ولا عمر، قالوا: وما روي من حمل الرأس إلى أبي بكر فقد تكلم بثبوته، انتهى، أما حمل رأس أبي جهل فرواه أبو نعيم في المعرفة من طريق الطبراني في ترجمة معاذ بن عمرو بن الجموح وأن ابن مسعود حزها وجاء بها إلى النبي ﷺ، ورواه ابن ماجة [١٣٩١] من حديث ابن أبي أوفى: أن النبي ﷺ صلى يوم بشر برأس أبي جهل: ركعتين، إسناده حسن، واستغربه العقيلي، وروى البيهقي عن علي قال: جئت إلى النبي ﷺ برأس مرحب، وفي مراسيل أبي داود عن أبي نضرة العبدي قال: لقي رسول الله ﷺ العدو، فقال: من جاء برأس، فله على الله ما تمنى، فجاءه رجلان برأس - الحديث - قال أبو داود: في هذا أحاديث ولا يصح منها شيء، قال البيهقي: وهذا إن ثبت، فإن فيه تحريضاً على قتل العدو، وليس فيه حمل الرأس من بلاد الشرك إلى بلاد الإسلام، ثم روي عن الزهري قال: لم يكن يحمل إلى النبي ﷺ إلى المدينة رأس قط، ولا يوم بدر، وحمل إلى أبي بكر رأس، فأنكر ذلك، قال: وأول من حملت إليه الرؤوس عبد الله بن الزبير، قلت: وقد روى النسائي وغيره من حديث عبد الله بن فيروز الديلمى عن أبيه قال: أتيت النبي ﷺ برأس الأسود العنسي، وقال أبو أحمد الحاكم في الكنى: هو وهم. لأن الأسود قتل سنة إحدى عشرة على عهد أبي بكر، وأيضاً فالنبي ﷺ ذكر خروج الأسود صاحب صنعاء بعده، لا في حياته، وتعقبه ابن القطان: بأن رجاله ثقات، وتفرد ضمرة به لا يضره، ويحتمل أن يكون معناه أنه أتى به رسول الله ﷺ قاصداً إليه، وأفداً عليه، مبادراً بالتبشير بالفتح، فصادفه قد مات ﷺ، قلت: وقول الحاكم: إن الأسود لم يخرج في حياته، غير مسلم، فقد ثبت أن ابتداء خروجه كان في حياة النبي ﷺ، وإنما معنى قوله ﷺ: إنه يخرج بعده، اشتداد شوكته، واشتهار أمره، وعظم الفتنة به، وكان كذلك، وقيل في أثر ذلك، ومع ذلك فلا حجة فيه، إذ ليس فيه إطلاع النبي ﷺ على ذلك وتقريره: وقد ثبت عن أبي بكر إنكار ذلك، وروى ابن شاهين في الأفراد له، ومن طريقه السلفي في الطيوريات، قال نا محمد بن هارون نا محمد بن يحيى القطعي حدثني عبد الله بن إسحاق بن الفضل بن عبد الرحمن حدثني أبي عن صالح بن خوات عن عبد الله بن عبد الرحمن عن أبي سعيد الخدري: أن أول رأس علق في الإسلام رأس أبي عزة الجمحي ضرب رسول الله ﷺ عنقه، ثم حمل رأسه على رمح، ثم أرسل به إلى المدينة، وأما الحمل إلى عثمان: فلم أره، نعم ورد في حمل الرؤوس إلى أبي بكر؛ لكنه أنكره كما تقدم، وأخرج البيهقي من حديث عقبة بن عامر أن عمرو بن العاص، وشرحبيل ابن حسنة، بعثا عقبة بريداً إلى أبي بكر برأس يناق بطريق الشام، فلما قدم على أبي بكر أنكرك ذلك، فقال له عقبة: يا خليفة =

وأصحهما: وهو الذي أوردَهُ أَصْحَابُنَا الْعِرَاقِيُّونَ، والقاضي الروياني أَنَّهُ يُكْرَهُ، وقالوا: ما حَمَلَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ - ﷺ - رَأْسُ كَافِرٍ قَطُّ، وَحَمَلَ إِلَى أَبِي بَكْرٍ - رضي الله عنه - رؤوس جَمَاعَةٍ مِنَ الْمُشْرِكِينَ، فَانْكُرُوا، وقالوا: ما فُعِلَ هَذَا فِي عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ - ﷺ -، وما روي من حَمَلَ رَأْسَ أَبِي جَهْلٍ فَقَدْ تَكَلَّمُوا فِي ثُبُوتِهِ، وَبِتَقْدِيرِ الثُّبُوتِ، فَإِنَّهُ حَمَلَ فِي الْوَقْعَةِ مِنْ مَوْضِعٍ إِلَى مَوْضِعٍ، وَلَمْ يُنْقَلْ مِنْ بَلَدٍ إِلَى بَلَدٍ، وَكَأَنَّهُمْ أَرَادُوا أَنْ يَنْظُرَ النَّاسُ إِلَيْهِ، فَيَتَحَقَّقُوا مَوْتَهُ.

وقوله في الكتاب: «إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ نِكَايَةٌ فِي الْكُفَّارِ» يقتضي الْجَزْمَ بِتَقْيِ الْكِرَاهَةِ، وَلَمْ يَتَعَرَّضْ لَهُ أَكْثَرُهُمْ، نَعَمْ ذَكَرَ صَاحِبُ «الْحَاوِي» أَنَّهُ لَا يُكْرَهُ الثَّقُلُ، وَالْحَالَةُ هَذِهِ، بَلْ تُسْتَحَبُّ، وَقَدْ يُقَالُ: إِنَّهُ لَا يَخْلُو عَنِ النَّكَايَةِ، فَإِنْ اِزْتَمَعَتِ الْكِرَاهَةُ بِذَلِكَ، فَيُطْلَقُ الْقَوْلُ بِأَنَّهُ لَا كِرَاهَةَ فِيهِ.

قال الْعَزَلِيُّ: (التَّصْرُفُ الثَّانِي بِالْأَسْتِرْقَاقِ) وَلَا يَجُوزُ اسْتِرْقَاقُ كُلِّ كَافِرٍ أَسْلَمَ قَبْلَ الظَّفَرِ بِهِ \* وَيَجُوزُ اسْتِرْقَاقُ كُلِّ كَافِرٍ أَسْلَمَ بَعْدَ الظَّفَرِ بِهِ \* وَلَا يَمْنَعُ مِنْ ذَلِكَ كَوْنُ الْمَرْأَةِ حَامِلًا بِوَلَدٍ مُسْلِمٍ، لَكِنْ لَا يَرِقُّ الْوَلَدُ \* وَمَنْكُوحَةُ الدُّمِيِّ تُسَبَّى وَيَنْقَطِعُ نِكَاحُهُ \* وَفِي مُعْتَقَتِهِ وَجْهَانٍ \* وَمُعْتَقُ الْمُسْلِمِ لَا يُسَبَّى \* وَفِي مَنْكُوحَتِهِ وَجْهَانٍ \* فَإِنْ قُلْنَا: يُسَبَّى أَنْقَطَعَ نِكَاحُهُ عَنِ الْأُمَّةِ الْكِتَابِيَّةِ \* وَلَا تَنْقَطِعُ إِجَارَتُهُ عَنِ الدَّارِ الْمَسْبِيَّةِ وَالْعَبْدِ الْمَسْبِيِّ \* وَالرَّوْجَانِ إِذَا سُبِيَ أَوْ أَحَدُهُمَا أَنْقَطَعَ النَّكَاحُ بَيْنَهُمَا \* وَفِي أَنْقِطَاعِ نِكَاحِ الرَّيْقَيْنِ الْمَسْبِيِّينَ مَعًا وَجْهَانٍ.

### «الْقَوْلُ فِي سَبِي الْكُفَّارِ وَاسْتِرْقَاقِهِمْ»

قال الرَّافِعِيُّ: نَسَاءُ الْكُفَّارِ وَصَبِيَانِهِمْ إِذَا وَقَعُوا فِي الْأَسْرِ رُفُوعًا<sup>(١)</sup>، وَكَانَ حُكْمُهُمْ حُكْمَ سَائِرِ أَمْوَالِ الْعَنِيْمَةِ مِنْ أَنَّ الْخُمْسَ لِأَهْلِ الْخُمْسِ، وَالْبَاقِي لِلْعَانِيَيْنِ، وَقَدْ ذَكَرَ أَنَّ

= رسول الله فإنهم يصنعون ذلك بنا؛ قال: تأسياً أو أسياناً بفارس والروم، لا يحمل إلي برأس. وإنما يكفي الكتاب والخير، إسناده صحيح، قلت: رواه النسائي في الكبرى، وروى البيهقي من طريق معاوية بن خديج، قال: هاجرنا على عهد أبي بكر، فبينما نحن عنده إذ طلع المنبر فحمد الله وأثنى عليه، قال: إنه قدم علينا برأس يناق البطريق، ولم يكن لنا به حاجة. إنما هذه سنة العجم، قلت: ورأيت في كتاب أخبار زياد لمحمد بن زكريا الغلابي الأخباري البصري، بسنده إلى الشعبي قال: لم يحمل إلى رسول الله، ولا إلى أبي بكر، ولا إلى عمر، ولا إلى عثمان، ولا إلى علي برأس وأول من حمل رأسه عمرو بن الحمق، حمل إلى معاوية.

(١) قيد الماوردي في الأحكام السلطانية النساء بالكتابات، قال: فإن كن ممن لا كتاب لهن كدهرية ووثنية وامتنعن عن الإسلام، فعند الشافعي يقتلن وعند أبي حنيفة يسترقتن.

النَّهْيَ عَنِ قَتْلِ هَؤُلَاءِ، إِنَّمَا كَانَ لِيَنْتَفِعَ بِهِمُ الْمُسْلِمُونَ، وَيَكُونُوا حَوْلًا لَهُمْ.

وَالعَيْدُ إِذَا وَقَعُوا فِي الْأَسْرِ، كَانُوا كَسَائِرِ الْأَمْوَالِ الْمَعْنُومَةِ لَا يَتَخَيَّرُ الْإِمَامُ فِيهِمْ؛ لِأَنَّ عَبْدَ الْحَزْبِيِّ مَالٌ لَهُ، وَاحْتَجَّ لَهُ الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ، بِأَنَّ عَبْدَ الْحَزْبِيِّ لَوْ أَسْلَمَ فِي دَارِ الْحَزْبِ وَلَمْ يَخْرُجْ، وَلَا قَهَرَ سَيِّدَهُ، لَا يَزُولُ مِلْكُ الْحَزْبِيِّ عَنْهُ، وَإِذَا سَبَّاهُ الْمُسْلِمُ كَانَ عَبْدًا مُسْلِمًا، وَلَا يَجُوزُ الْمَنْ عَلَيْهِ، وَيَجُوزُ اسْتِزْقَاقُهُ، وَلَوْلَا أَنَّهُ مَالٌ لَجَازَ تَخْلِيئَهُ سَبِيلَهُ كَالْحُرِّ، وَلَمَّا جَازَ اسْتِزْقَاقُهُ؛ لِأَنَّهُ مُسْلِمٌ، هَذَا مَا ذَكَرَهُ ابْنُ الْحَدَّادِ، وَصَرَّحَ بِأَنَّهُ لَيْسَ لِلْإِمَامِ قَتْلُ الْعَيْدِ وَلَا الْمَنْ عَلَيْهِمْ، وَعَلَى ذَلِكَ جَرَى الْأُيُمَّةُ.

وَفِي «الْمُهَذَّبِ» أَنَّهُ لَوْ رَأَى الْإِمَامُ قَتْلَهُ لِشَرِّهِ وَقُوَّتِهِ، ضَمِنَ قِيَمَتَهُ لِلْغَانِمِينَ. وَأَمَّا الرِّجَالُ الْأَخْرَازُ الْكَامِلُونَ إِذَا أُسِرُوا، فَالْإِمَامُ يَتَخَيَّرُ فِيهِمْ بَيْنَ أَرْبَعَةِ أُمُورٍ.

أَنْ يَقْتُلَهُمْ صَبْرًا بِضَرْبِ الرَّقَبَةِ، لَا بِالتَّخْرِيقِ، وَلَا بِالتَّغْرِيقِ، وَلَا يُمَثَّلُ بِهِمْ، وَأَنْ يَمُنَّ عَلَيْهِمْ بِتَخْلِيئِهِ سَبِيلَهُمْ، وَأَنْ يُقَادِيَهُمْ بِالرِّجَالِ أَوْ بِالْمَالِ، وَأَنْ يَسْتَرْقَهُمْ، وَيَكُونَ مَالُ الْفِدَاءِ وَرِقَابَهُمْ إِذَا اسْتَرْقَوْا كَسَائِرِ أَمْوَالِ الْغَنِيْمَةِ، وَبِهَذَا قَالَ أَحْمَدُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: يَتَخَيَّرُ الْإِمَامُ بَيْنَ الْقَتْلِ وَالاسْتِزْقَاقِ لَا غَيْرَ.

وَقَالَ مَالِكٌ: يَتَخَيَّرُ بَيْنَ الْقَتْلِ، وَالاسْتِزْقَاقِ، وَالْفِدَاءِ، وَإِنَّمَا يَجُوزُ الْفِدَاءُ بِالرِّجَالِ دُونَ الْمَالِ.

لَنَا قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَمَا مَنَا بَعْدُ وَإِنَّمَا فِدَاءٌ﴾ [محمد: ٤] وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْأُمُورِ الْأَرْبَعَةِ قَدْ نُقِلَ عَنْ فِعْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ - فَقَتَلَ يَوْمَ «بَدْرٍ» عَقَبَةَ بْنَ أَبِي مُعَيْطٍ وَالنَّضَرَ بْنَ الْحَارِثِ، وَمَنْ عَلَى أَبِي عَزَّةَ الْجَمْحِيِّ عَلَى الْأَيْقَاتِ، فَلَمْ يَفِ فَقَاتَلَهُ يَوْمَ «أَحُدٍ» فَأَسْرَ وَقُتِلَ يَوْمَئِذٍ. وَعَنْ عِمْرَانَ بْنِ الْحُصَيْنِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ - قَادَى رَجُلًا أَسْرَهُ أَصْحَابُهُ بِرَجْلَيْنِ أَسْرَهُمَا تَقِيفَ مِنْ أَصْحَابِهِ<sup>(١)</sup>، وَأَخَذَ الْمَالِ فِي فِدَاءِ أُسْرَى «بَدْرٍ» مَشْهُورٌ، وَمَنْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ - عَلَى أَبِي الْعَاصِ بْنِ الرَّبِيعِ، وَعَلَى ثُمَامَةَ بْنِ أُنَالِ الْحَنْفِيِّ، وَلَيْسَ هَذَا الْخِيَارُ عَلَى التَّشْهِيِّ، لَكِنَّ الْإِمَامَ يَجْتَهِدُ وَيَأْتِي بِمَا فِيهِ الْحِطُّ لِلْمُسْلِمِينَ، فَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ لَهُ وَجْهُ الصَّوَابِ فِي الْحَالِ وَتَرَدَّدَ حَبْسَهُمْ، إِلَى أَنْ يَظْهَرَ لَهُ الصَّوَابُ، وَلَا فَرْقَ فِي الْاسْتِزْقَاقِ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْكَافِرُ الْمَأْسُورَ كِتَابِيًّا أَوْ وَثْنِيًّا، وَعَنْ الْإِضْطِّخَرِيِّ، وَرَوَاةُ ابْنِ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ اسْتِزْقَاقُ الْوَثْنِيِّ، كَمَا لَا يَجُوزُ تَقْرِيرُهُ بِالْجِزْيَةِ، وَالظَّاهِرُ الْأَوَّلُ، وَاحْتَجَّ لَهُ بِمَا رُوِيَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّهُ قَالَ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿مَا كَانَ لِنَبِيِّ أَنْ يَكُونَ لَهُ أُسْرَى حَتَّى يَفْخَنَ فِي الْأَرْضِ﴾ [الأنفال: ١٦٤١]

(١) رواه مسلم (١٦٤١) في صحيحه مطولاً، ورواه أحمد والترمذي وابن حبان مختصراً نحو ما هنا.

[٦٧] أن ذلك كان يوم «بدر»، وفي المسلمين قلة، فلما كثروا واشتد سلطانهم أنزل الله تعالى في الأسرى: ﴿فَأِمَّا مَنَّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاءً﴾ [محمد: ٤] فجعل النبي - ﷺ - والمؤمنين بالخيار فيهم، إن شأوا قتلوهم، وإن شأوا استعبدوهم، وإن شأوا أقادوهم؛ أطلق ولم يفرق بين كافر وكافر، وبأن من جاز أن يمن يمن عليه ويؤدي، جاز أن يسترق كالعاني، ولا فرق أيضاً بين أن يكون الكافر من العرب أو غيرهم على الجديد الصحيح، ووجه بما روته عن ابن عباس - رضي الله عنه - وبأن من جاز المن عليه، ومفادته، يجوز استرقاقه لغير العرب.

وعن «القديم»: أنه لا يجوز استرقاق العرب؛ لما روي عن معاذ - رضي الله عنه - أن النبي - ﷺ - قال يوم حنين: «لَوْ كَانَ الْإِسْتِرْقَاقُ ثَابِتًا عَلَى الْعَرَبِ لَكَانَ الْيَوْمَ؛ إِنَّمَا هُوَ إِسَارٌ وَفِدَاءٌ»<sup>(١)</sup>، فعلى هذا يكون الخيار من ثلاثة أمور:

القتل والمن والفداء، وكذلك على وجه الإضطراري في الوثني، وهل يجوز أن يسترق بعض الشخص؟ فيه وجهان، بناء على القولين، في أن أحد الشريكين إذا أولد الجارية المشتركة وهو مغسر، يكون الولد كله حراً، أو يكون بقدر نصيب الشريك رقيقاً، والأقرب على ما ذكره الإمام وغيره جواز إزفاق بعض الشخص قال في «التهذيب»: وإن لم نجوز، فإذا ضرب الرق على بعضه رق الكل، وكان يجوز أن يقال: لا يرق شيء.

وإن اختار الفداء يجوز بالمال، سلاحاً كان أو غيره، ويجوز أن يفدى بأسارى المسلمين، فردة مشركاً بمسلم، أو مسلمين أو مشركين بمسلم، ويجوز أن تفديهم بأسلحتهم في أيديهم، ولا يجوز أن ترد أسلحتهم في أيدينا. بمال يبدلونه، كما لا يجوز بيع السلاح منهم، وفي جواز ردّها بأسارى المسلمين وجهان:

ولو قتل مسلم أو ذمي الأسير قبل أن يرى الإمام رأيه فيه، عزز، ولكن لا قصاص ولا دية؛ لأنه لا أمان له، وهو حر إلى أن يسترق، ولذلك يجوز أن يخلى سبيله، والأموال لا ترد إليهم بعد الاغتنام، ولو وقع في الأسر امرأة أو صبي، فقتل وجبت القيمة، لأنه صار مالا بنفس الأسير، ثم إن سبي الصبي منفرداً، فهو محكوم بإسلامه تبعاً للسابي، ففيه قيمة عبد مسلم، وإن كان قاتله عبداً، فعليه القصاص، وعلى

(١) قال الحافظ: ذكر البيهقي أن الشافعي ذكره في القديم من حديث معاذ بن جبل، عن الواقدي عن موسى بن محمد بن إبراهيم التيمي عن أبيه، عن السلولي عن معاذ، وأخرجه البيهقي من طريق الواقدي أيضاً، ورواه الطبراني في الكبير من طريق أخرى فيها يزيد بن عياض؛ وهو أشد ضعفاً من الواقدي.

هذا لو أسير البالغ وله زوجة، يَنْفَسِخُ نِكَاحُهُ بِالْأَسْرِ، وينظر إن قَادَاهُ الْإِمَامُ، أو مَنْ عَلَيْهِ استمرت الزَّوْجِيَّةُ، فَإِنْ أَرْقَهُ ارْتَفَعَ النِّكَاحُ حَيْثُذ.

وإن أسير صَبِيٌّ، وله زَوْجَةٌ ارْتَفَعَ النِّكَاحُ كما أسر.

وإن أسير كافرٍ ومعه زوجته وذُرِّيَّتُهُ، فالإِمَامُ بِالْخِيَارِ فِي حَقِّهِ، ولا خِيَارَ فِي حَقِّهِمْ. وإذا أسلَمَ الْأَسِيرُ بَعْدَ الظَّفَرِ بِهِ، فقد عَصَمَ دَمَهُ، وَيَتَخَيَّرُ الْإِمَامُ فِي باقى الْخِصَالِ، أو يَتَعَيَّنُ فِيهِ الرُّقُوقُ؟ فيه خلافٌ نَشْرَحُهُ إن شاء الله تعالى في آخر كتاب السَّيْرِ؛ لِأَنَّهُ تَعَرَّضَ لِلصُّورَةِ هُنَاكَ.

وإن أسلَمَ قَبْلَ الظَّفَرِ بِهِ وَوُفِّعَهُ فِي الْأَسْرِ، فقد حَقَّنَ مَالَهُ وَدَمَهُ، على ما قال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «فَإِذَا قَالُواهَا عَصَمُوا مِنِّي دِمَاءَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ» ولا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يُسَلِّمَ هُوَ مَخْضُورٌ وَقَدْ قَرُبَ الْفَتْحُ، وَبَيْنَ أَنْ يُسَلِّمَ فِي حَالِ أَمْنِهِ.

وعن أبي حنيفة: أن إسلامه بعد الْمُحَاصِرَةِ وَدُنُو الْفَتْحِ لا يَغْصِمُ نَفْسَهُ عَنِ الْاسْتِزْقَاقِ، ولا مَالَهُ عَنِ الْاِغْتِيَامِ، ولا فرق بين مَالٍ وَمَالٍ.

وعند أبي حنيفة: إسلامه يُخْرِزُ ما فِي يَدِهِ الْحِسِّيَّةِ مِنَ الْأَمْوَالِ دُونَ الْعَقَارَاتِ، ولا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ، أو فِي دَارِ الْحَرْبِ.

وقال مالك: إذا أسلَمَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ عَصَمَ مَالَهُ الَّذِي مَعَهُ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ، دُونَ ما مَعَهُ فِي دَارِ الْحَرْبِ.

لنا: إِطْلَاقُ الْخَبَرِ السَّابِقِ، وأيضاً روي أَنَّهُ - ﷺ - قال: إِنْ الْقَوْمُ إِذَا أَسْلَمُوا أَحْرَزُوا دِمَاءَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ<sup>(١)</sup>، وَيُخْرِزُ أَيْضاً بِإِسْلَامِهِ أَوْلَادَهُ الصَّغَارَ عَنِ السَّبْيِ، وَيُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِمْ تَبَعاً لَهُ؛ لما روي أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - حَاصِرَ بَنِي قُرَيْظَةَ، فَأَسْلَمَ ثَلَاثَةٌ وَأَسِيدُ ابْنِ سَعْيَةَ<sup>(٢)</sup>، فَأَحْرَزَ لِهَما إِسْلَامَهُما أَمْوَالَهُما وَأَوْلَادَهُما الصَّغَارَ<sup>(٣)</sup>.

(١) رواه أبو داود [٣٠٦٧] من حديث صخر بن العيلة، وفيه قصة. رواه أحمد [٣١٠/٤].

(٢) قال الحافظ في التلخيص: سعية بفتح السين، وقيل بضمها، وهو تحريف، وإسكان العين وفتح الياء المثناة تحت، وقيل بالنون بدل الياء، قال النووي وهو تصحيف من بعض الفقهاء، وهو غير والد زيد بن سعدة، قلت: ويؤيده أن في الخبر المتقدم أنه كان شاباً فكيف يكون له ابن مثل زيد، قال وقيل شعبة بالمعجمة والموحدة وهو خطأ، وأسيد بفتح الهمة وكسر السين، وقيل بفتحها بلا ياء، وقيل بضم الهمة مصغر، والهييان بفتح الهاء والياء المثناة تحت والباء الموحدة ضبطه المطرزي في المغرب.

(٣) رواه ابن إسحاق في المغازي حدثني عاصم بن عمر بن قتادة عن شيخ من بني قريظة أنه قال له: هل تدري: كيف كان إسلام ثعلبة وأسد ابني سعية، وأسد بن عبيد نفر من هذيل لم يكونوا من بني قريظة ولا النضير، كانوا فوق ذلك، قلت: لا، قال: فإنه قدم علينا رجل من الشام من يهود =

وعن أبي حنيفة أَنَّ الْحَزْبِي إِذَا دَخَلَ دَارَ الْإِسْلَامِ، وَهُوَ أَوْلَادٌ صِغَارٌ فِي دَارِ الْحَزْبِ يَجُوزُ سَبْيُهُمْ، وَالْحَمْلُ كَالْمُنْفَصِلِ. وَجَوَزَ أَبُو حَنِيفَةَ اسْتِرْقَاقَ الْحَمْلِ تَبَعًا لِلْأُمِّ.

لنا: أَنَّهُ مُسَلِّمٌ بِإِسْلَامِ أَبِيهِ، فَأَشْبَهَ الْمُتَنَفِّصِلَ، وَهَلْ يُحْرَزُ وَلَدُ ابْنِهِ الصَّغِيرِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أظهرهما: نعم كالأب.

والثاني: يُفَارِقُ الأب فِيهِ، كَمَا يُفَارِقُهُ فِي الْمِيرَاثِ، ثُمَّ عَنِ الْقَفَالِ أَنَّهُ قَالَ مَرَّةً: الْوَجْهَانِ فِيمَا إِذَا كَانَ الأبُ مَيِّتًا، وَإِنْ كَانَ حَيًّا لَمْ يُحْرَزْ الْجَدُّ وَجْهًا وَاحِدًا. وَقَالَ أُخْرَى: الْوَجْهَانِ فِي الصَّغِيرِ الَّذِي أَبُوهُ حَيٌّ، فَإِنْ كَانَ مَيِّتًا أَحْرَزَ الْجَدُّ وَجْهًا وَاحِدًا.

قال الروياني في «البحر»: هذا هو الصَّحِيحُ عِنْدَ أَصْحَابِنَا، وَالْمَجَانِينِ مِنَ الْأَوْلَادِ كَالصَّغَارِ، وَلَوْ كَانَ قَدْ بَلَغَ عَاقِلًا ثُمَّ جُنَّ فَهَلْ يُحْرَزُهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أصحهما: نعم، وهما كوجهين ذَكَرْنَاهُمَا فِي «بَابِ اللَّقِيطِ» فِي أَنَّهُ هَلْ يُحْكَمُ بِإِسْلَامِيهِ، وَالْحَالَةَ هَذِهِ تَبَعًا، أَوْ هُمَا هُمَا.

وَإِذَا أَسْلَمَتِ الْمَرْأَةُ قَبْلَ الطَّفْرِ، فَتُحْرَزُ أَيْضًا نَفْسُهَا وَمَالُهَا وَأَوْلَادُهَا الصَّغَارِ.

وعن مالك: أَنَّهَا لَا تُحْرَزُ الْأَوْلَادَ.

وعن الفُورَانِيِّ: أَنَّ لِلشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - قَوْلًا مِثْلَهُ وَالْمَشْهُورُ الْأَوَّلُ، وَبِتَقْدِيرِ أَنَّ يَثْبُتُ قَوْلُ، فَيُشْبَهُ أَنْ يُقَالَ لَهُمَا: لَا تُسْتَبْعَهُنَّ فِي الْإِسْلَامِ عَلَى ذَلِكَ الْقَوْلِ وَلَمْ يَجْرِ فِي اللَّقِيطِ حِكَايَةُ خِلَافٍ فِيهِ.

وَأَمَّا الْأَوْلَادُ الْبَالِغُونَ الْعَاقِلُونَ فَلَا يُحْرَزُهُمْ إِسْلَامُ الْأَبِ لِاسْتِقْلَالِهِمْ بِالْإِسْلَامِ.

إِذَا تَقَرَّرَتْ هَذِهِ الْجُمْلَةُ عُدْنَا إِلَى صُورِ الْفَضْلِ فِي الْكِتَابِ:

إحداها: هل يَغْصَمُ إِسْلَامُ الْكَافِرِ قَبْلَ الْأَسْرِ زَوْجَتَهُ عَنِ الْاسْتِرْقَاقِ؟

فيه وجهان، ويقال: قولان: مَنْصُوصٌ، وَمُخْرَجٌ، وَذَكَرَ الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ وَآخَرُونَ فِي كَيْفِيَةِ خُرُوجِهَا أَنَّهُ نَصٌّ عَلَى أَنَّهُ يَجُوزُ اسْتِرْقَاقُهَا، وَنَصٌّ عَلَى أَنَّ الْمُسْلِمَ إِذَا أَعْتَقَ

يقال له ابن الهيبان، فأقام عندنا، فوالله ما رأينا رجلاً قط لا يصلي الخمس خيراً منه، فقدم علينا قبل مبعث النبي ﷺ بستتين، وكان يقول: إنه يتوقع خروج نبي قد أظل زمانه، فذكر الحديث، وفيه: فلما كانت تلك الليلة التي افتتحت فيها قريظة قال: أولئك الفتية الثلاثة: يا معشر يهود، والله إنه للرجل الذي كان ذكر لكم ابن الهيبان. قالوا: ما هو، قالوا: بلى، والله إنه لهو، قال: فنزلوا وأسلموا، وكانوا شباباً، فخلوا أموالهم وأهليهم في الحصن مع المشركين، فلما فتح رد ذلك عليهم، ورواه البيهقي.



عَبْدًا كَافِرًا، وَالتَّحَقَّ بَدَارِ الحَرْبِ لَا يَجُوزُ اسْتِرْقَاقُهُ، وَلِلْأَصْحَابِ فِيهِمَا طَرِيقَانِ.

أشهرهما: أَنَّ فِيهِمَا قَوْلَيْنِ، التَّثُلُّ والتَّخْرِيجُ.

أحدهما: أَنَّهُ لَا تُسْتَرْقَى زَوْجَتُهُ وَلَا عَتِيقَتُهُ، لِثَلَا يَنْطَلِحَ حَقُّهُ مِنَ النِّكَاحِ وَالْوَلَاءِ، كَمَا لَا يُعْتَمُّ مَالُهُ. وَأَيْضًا فَعَقْدُ الْأَمَانِ يُحْرِزُ الزَّوْجَةَ، فَإِلْسَامٌ أَوْلَى.

والثاني: يَسْتَوِيَانِ؛ لِأَنَّهُمَا مَالِكَانِ لِنَفْسِهِمَا، وَحَقُّهُمَا فِي أَنْفُسِهِمَا آكَدُ مِنْ حَقِّ الزَّوْجِ وَالسَّيِّدِ، وَلَا عِضْمَةٌ لِهَمَا، فَلَا يَجُوزُ الْمَنْعُ مِنْ اسْتِرْقَاقِهِمَا.

والثاني: تَقْرِيرُ النَّصْنِ، وَالْفَرْقُ أَنَّ الْوَلَاءَ بَعْدَمَا تَبَّتْ لَا يُمْكِنُ رَفْعُهُ وَإِنطَالُهُ، وَإِنْ تَرَاضِيَا بِهِ، وَالنِّكَاحُ يَنْفَسِخُ، وَيَرْتَفِعُ بِأَسْبَابٍ، وَحُدُوثُ الرِّقِّ مِنْ تِلْكَ الْأَسْبَابِ عَلَى مَا سَنَذَكُرُ. وَالظَّاهِرُ مَا نَصَّ عَلَيْهِ فِي الصُّورَتَيْنِ، وَإِنْ قُدِّرَ الْخِلَافُ، هَكَذَا قَالَ الْجُمْهُورُ.

وَاخْتَارَ الْقَاضِي ابْنَ كَيْجٍ فِي الزَّوْجَةِ امْتِنَاعَ الْاسْتِرْقَاقِ أَيْضًا، وَيَجْرِي الْخِلَافُ فِيهَا إِذَا نَكَحَ الْمُسْلِمُ حَرَبِيَّةً فِي دَارِ الحَرْبِ، هَلْ يَجُوزُ اسْتِرْقَاقُهَا؟

«التفريع»:

إِنْ قُلْنَا: إِنَّ إِسْلَامَ الزَّوْجِ لَا يُحْرِزُ زَوْجَتَهُ الحَرَبِيَّةَ، فَلَوْ كَانَتْ حَامِلًا عِنْدَ إِسْلَامِهِ، فِي جَوَازِ اسْتِرْقَاقِهَا وَجِهَانِ:

أحدهما: الْمَنْعُ؛ لِأَنَّ الحَمْلَ مَخْكُومٌ لَهُ بِالإِسْلَامِ، كَمَا قَدَّمْنَا فَلَا يَجُوزُ تَمَلُّكُ الحَامِلِ دُونَهُ، كَمَا لَا يَجُوزُ تَمَلُّكُهَا بِالشَّرَاءِ، دُونَ الحَمْلِ.

وَأصحهما: وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ جَوَازُ اسْتِرْقَاقِهَا؛ لِأَنَّهَا كَافِرَةٌ حَرَبِيَّةٌ، فَأَشْبَهَتْ غَيْرَهَا وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَأَرَقَّ الحَمْلَ أَيْضًا؛ لَمَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ لَا يَجْعَلُهُ تَبَعًا لِأَبِيهِ فِي الإِسْلَامِ، وَحِكْمِي فِي «الْوَسِيطِ» أَنَّ الحَمْلَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ يَمْنَعُ الْاسْتِرْقَاقَ، وَالثَّابِتُ الْأَوَّلُ.

وَإِذَا اسْتَرْقَتِ الزَّوْجَةُ، نَظَرَ إِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ انْقَطَعَ النِّكَاحُ فِي الْحَالِ؛ لِأَنَّهُ زَالٌ مِلْكُهَا عَنْ نَفْسِهَا، فَيَزُولُ مِلْكُ الزَّوْجِ عَنْهَا، وَلِأَنَّهَا صَارَتْ أَمَةً كِتَابِيَّةً، فَلَا يَجُوزُ إِمْسَاكُ الْأَمَةِ الْكِتَابِيَّةِ لِلنِّكَاحِ. وَعَنْ رِوَايَةِ صَاحِبِ «التَّهْدِيبِ» وَجْهٌ أَنَّهَا وَإِنْ اسْتَرْقَتِ يَسْتَمِيرُ النِّكَاحُ، وَالْمَشْهُورُ الْأَوَّلُ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الدُّخُولِ، فَوَجِهَانِ:

أحدهما: أَنَّ الْجَوَابَ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّ حُدُوثَ الرِّقِّ يَقْطَعُ النِّكَاحَ، فَأَشْبَهَ الرِّضَاعَ، وَهَذَا أَوْلَى لِإِطْلَاقِ الْأَصْحَابِ.

والثاني: أَنَّا نَتَوَقَّفُ رَجَاءَ زَوَالِ الرِّقِّ، وَالْكَفْرُ فِي مُدَّةِ الْعِدَّةِ، كَمَا لَوْ ازْتَدَّتْ بَعْدَ الدُّخُولِ، بِخِلَافِ الرِّضَاعِ؛ لِأَنَّ لَا نَتَوَقَّعُ زَوَالَ الحُرِّيَّةِ الحَاصِلَةِ بِهِ، فَعَلَى هَذَا إِنْ أَعْتَقْتَ

وأسلمت قبل انقضاء العدة استمرَّ النكاح، وكذا لو أُعْتِقَتْ ولم تُسَلِّمْ؛ لأنَّ إِمْسَاكَ الحُرَّةِ الكتابية للنكاح جائزٌ، ولو أسلمت ولم تُعْتَقْ، فإن كان الزوج ممن يجوز له نكاح الإمام، فله إِمْسَاكُهَا، وَإِلَّا فوجهان<sup>(١)</sup>:

أحدهما: أنه ليس له إِمْسَاكُهَا؛ لأنَّ من ليس له ابتداء النكاح، ليس له الإِمْسَاكُ بعقد مُتَقَدِّمٍ، كما لو أسلم الكافر مع أمة تَحْتَهُ، وهو مُوسِرٌ، ليس له إِمْسَاكُهَا.

والثاني: يجوز، ويُسَامَحُ في الاستدامة، كما لو نكح فاقد الطول أمة، ثم أُيسرَ، ويُخَالِفُ ما إذا أسلم الكافر، لأنه لم يكن وقت العقد ملتزماً بحكم الإسلام، فاعتبر حال اجتماعهما، ولو أسلم الكافر بعدما استرقت زوجته الحامل، حُكِمَ بإسلام الحمل، ولم يبطل رقه، كما في المُنفصل. ولو أسلمت حاملة تحت حزبي، لم تسترق ولا ولدها؛ لأن الحمل يتبعها في الإسلام.

ولو استأجر مسلم داراً من حزبي في دار الحرب، ثم غنم المسلمون الدار، أو استأجر حربياً [رقيقاً أو حراً] فاسترق لم تنقطع الإجارة، بل يبقى للمستأجر استحقاق المنفعة. لأن مَنَافِعَ الأموالِ مملوكة ملكاً تاماً، مضمونة باليد، كأعيان الأموال، وكما لا تُغْنَمُ العَيْنُ المملوكة للمسلم لا تُغْنَمُ المَنَافِعُ المملوكة له، بخلاف منفعة البضع، فإنها تُسْتَبَاحٌ، ولا تُمْلِكُ ملكاً تاماً، ولذلك لا تضمن باليد، ومن الأصحاب من جعل انقطاع الإجارة على الخلاف في انقطاع النكاح.

الثانية: يجوز سبي منكوحة الذمي، إذا كانت حزبية، وينقطع به نكاحه، وهل يجوز سبي معتقه وإزقائه؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز استزقائه، كاستزقاقٍ مُعْتَقِ المسلم، وهذا كما أن مال الذمي مضمون عن الاغتنام، كمال المسلم.

والثاني: يجوز؛ لأنَّ الذمي لو نقض العهد، والتحق بدار الحرب، جاز استزقائه، فمعتقه أولى أن يكون كذلك. قال القاضي الروياني: وهذا ظاهر المذهب، والوجه أن يرتب، فيقال: إن جؤزنا أن يسترق عتيق المسلم، فعتيق الذمي أولى، وإلا ففي عتيق الذمي وجهان.

قال في «التهذيب»: ولو أعتق الذمي عبداً، ثم نقض السيد العهد، والتحق بدار الحرب، فاسترق، فالمذهب أن ولأه على عتيقه لا يبطل حقه، حتى لو عتق كان ولأه عليه باقياً، ولمعتقه أيضاً الولاء على عتيقه، ولو ملكه عتيقه فأعتقه، كان لكل واحد منهما الولاء على الآخر.

(١) سكت الشيخ عن الترجيح وقال في الكفاية: إن الأصح عند الإمام الجواز.

وفيه وَجْهٌ: أَنَّهُ إِذَا اسْتَرَقَّ بَطَلٌ وَلَاؤُهُ عَلَى عَتِيقِهِ، كَمَا يَبْتَطُلُ مِلْكُهُ عَلَى عَبْدِهِ.

الثالثة: إِذَا سُيِّيَ الزَّوْجَانِ مَعًا، أَوْ سُيِّيَ أَحَدُهُمَا يَنْفَسُخُ النِّكَاحُ، صَغِيرَيْنِ كَانَا، أَوْ كَبِيرَيْنِ وَرَقًا سِوَاءِ كَانِ قَبْلَ الدُّخُولِ أَوْ بَعْدَهُ. قَالَه مَالِكٌ.

وقال أبو حنيفة: إِنْ سُيِّيَا مَعًا يَدُومُ النِّكَاحُ بَيْنَهُمَا، وَإِنْ سُيِّيَ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرَ، يَقَعُ النِّكَاحُ لِاخْتِلَافِ الدَّارِ، لَا لِحُدُوثِ الرَّقِّ، وَاخْتَجَّ لِلْمَذْهَبِ بِمَا رُوِيَ أَنَّهُ - ﷺ - قَالَ يَوْمَ أَوْطَاسٍ: «أَلَا لَا تُوْطَأُ حَامِلٌ حَتَّى تَضَعَ، وَلَا حَائِلٌ حَتَّى تَحْنِضَ»<sup>(١)</sup> وَلَمْ يَفْصَلْ بَيْنَ ذَاتِ الزَّوْجِ وَغَيْرِهَا، وَلَا بَيْنَ أَنْ يَكُونَ مَعَهَا زَوْجُهَا، أَوْ لَا يَكُونَ.

وعن أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - قَالَ: أَصَبْنَا نِسَاءَ يَوْمِ أَوْطَاسٍ، فَكُرِهُوا أَنْ يَقَعُوا عَلَيْهِنَّ مِنْ أَجْلِ أَزْوَاجِهِنَّ مِنَ الْمُشْرِكِينَ، فَأَنْزَلَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: ٢٤] فَاسْتَحْلَلْنَاهُنَّ<sup>(٢)</sup>.

وَأَيْضًا فَإِنَّ الرَّقَّ إِذَا حَدَثَ زَالَ مِلْكُهَا عَنْ نَفْسِهَا، وَلِأَنَّ تَزْوَلَ الْعِضْمَةَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الزَّوْجِ كَانِ أَوْلَى، وَهَذَا الْمَعْنَى هُوَ مَا أَرَادَ الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فِي «الْمُخْتَصِرِ» بِقَوْلِهِ: «وَلَيْسَ قَطْعُ الْعِضْمَةِ بَيْنَهُنَّ وَبَيْنَ أَزْوَاجِهِنَّ بِأَكْثَرَ مِنْ اسْتِثْمَانِهِنَّ».

وَإِنْ كَانِ الزَّوْجَانِ رَقِيقَيْنِ فَعُنَمَا، أَوْ أَحَدُهُمَا، فَبِئْسَ انْقِطَاعِ النِّكَاحِ وَجِهَانِ، سِوَاءِ كَانَا مُسْلِمَيْنِ، أَوْ كَافِرَيْنِ:

أَصْحَهُمَا: الْمَنْعُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَحْدُثِ الرَّقُّ، وَإِنَّمَا انْتَقَلَ الْمِلْكُ مِنْ شَخْصٍ إِلَى شَخْصٍ، وَذَلِكَ لَا يُؤْتِرُ فِي النِّكَاحِ كَالْبَيْعِ وَغَيْرِهِ.

وَالثَّانِي: يَنْقَطِعُ، لِأَنَّهُ حَدَثَ شَيْءٌ يُوجِبُ الاسْتِرْقَاقَ، فَكَانَ لِحُدُوثِ الرَّقِّ، وَلِهَذَا لَوْ سُيِّيَتْ الْمُسْتَوْلِدَةُ تَصِيرُ قِئَةً. وَمِنْهُمْ مَنْ قَطَعَ بِالْوَجْهِ الْأَوَّلِ، وَيَجُوزُ أَنْ يُعْلَمَ لِدَلَالَةِ لَفْظِ الْوَجْهَيْنِ فِي قَوْلِهِ فِي الْكِتَابِ وَفِي انْقِطَاعِ نِكَاحِ الرَّقِيقَيْنِ الْمَسْبُوبَيْنِ وَجِهَانِ بِالْوَاوِ، وَأَرَادَ اللَّذَيْنِ كَانَا رَقِيقَيْنِ قَبْلَ السَّبْيِ.

وَفِي قَوْلِهِ: «وَلَا تَنْقَطِعُ إِجَارَتُهُ عَنِ الدَّارِ الْمَغْنَمَةِ، وَالْعَبْدِ الْمَسْبُوبِ»، لَا يَلِزَمُ لِلْحَمْلِ عَلَى مَنْ كَانِ عَبْدًا قَبْلَ السَّبْيِ، بَلْ حُكْمُ الْإِجَارَةِ فِيهِ وَفِي الْحُرِّ الَّذِي اسْتَرَقَّ بَعْدَ السَّبْيِ وَاحِدٌ، لَا فَرْقَ بَيْنَهُمَا.

وقوله: «انقطع نكاحه عن الأمة الكتابية»، يعني أن هذه المسبية تصير أمة كتابية، ولا يجوز إمساك الأمة الكتابية للنكاح على ما بيننا.

(١) تقدم في الاستبراء.

(٢) رواه مسلم [١٤٥٦] نحوه، وفي آخره: فهن لكم حلال إذا انتقضت عدتهن.

وقوله: «وفي مَنكُوحَتِهِ وَجْهَانِ»، يعني مَنكُوحَةَ المُسْلِمِ الحربية إذا نكحها في دار الحرب، والوجهان في استيراقها، واستيراقِي زُوجَةَ الكافر، إذا أسلم قبل أن يظفر يَجْرِيَانِ على نَسَقِي وَاجِدٍ، لكنْ صاحب الكتاب ذَكَرَ الوَجْهَيْنِ في منكوحه المُسْلِمِ، ولم يَنْصُ عليها في الصورة، واقتصر على الأظهر، فقال: «يجوز استيراقُ امرأَةٍ كُلِّ كَافِرٍ أسلم قبل الظَّفَرِ به»، والمواضع المُحْتَاجَةُ إلى العلامات في الفصل غير خَافِيَةٍ.

قال الغزالي: والمَسْبِيُّ إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ لِمُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّي فَيَقْضِي مِنْ مَالِهِ الَّذِي لَمْ يَغْنَمْ قَبْلَ اسْتِرْقَاقِهِ فَإِنَّ حَقَّ الدَّيْنِ مُقَدَّمٌ عَلَى حَقِّ الغَنِيمَةِ إِلَّا إِذَا سَبَقَ الْأَعْتِنَامُ رَقَّهُ \* وَلَوْ وَقَعَا مَعًا فَالظَّاهِرُ تَقْدِيمُ الغَنِيمَةِ \* فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَالٌ فَهُوَ فِي ذِمَّتِهِ إِلَى أَنْ يُغْتَقَ \* وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ الدَّيْنُ لِحَرْبِي ثُمَّ أَسْلَمَ أَوْ قَبْلَ الْأَمَانِ وَالدَّيْنُ قَائِمٌ \* وَكَذَا لَوْ سَبَقَ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ إِلَى الإِسْلَامِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الدَّيْنُ خَمْرًا \* وَهَذَا فِي دَيْنٍ لَزِمَ بِالْقَرْضِ وَالمُعَامَلَةِ \* فَإِنْ كَانَ أَتْلَفَ مَالٌ حَرْبِيٍّ أَوْ غَصَبَهُ فَلَا تَبَعَةٌ لَهُ بَعْدَ الإِسْلَامِ وَالأَمَانِ عَلَى الصَّحِيحِ.

قال الرَّافِعِيُّ: إذا كان لِمُسْلِمٍ على حَرْبِيٍّ دَيْنٌ، فاسترقَّ الحَرْبِيُّ لم يَسْقُطِ الدَّيْنُ عنه. وعند أبي حنيفة - رحمه الله -: يسقط.

قال الإمام: وَتَشَبَّهَتِ الخِلَافِيُّونَ بِمُؤَافَقَتِهِ مِنْ حَيْثُ إِنْ المُسْتَرْقُ انْقَلَبَ عَمَّا كَانَ عَلَيْهِ، وَكَانَهُ عُدِمَ، ثُمَّ وَجِدَ.

قال: ولا يَلْحَقُ هذا بالمذهب، والمَقْطُوعُ به أَنَّهُ لا يسقط، نعم لو كان الدَّيْنُ لِلسَّابِي، فَسُقُوطُهُ على الوجهين فيما إذا كان له دَيْنٌ على عَبْدٍ غيرهِ فَمَلَكُهُ، وإذا لم يَسْقُطْ، فيقضي من المال المَغْنُومِ بَعْدَ اسْتِرْقَاقِهِ، وَيُقَدَّمُ الدَّيْنُ على الغَنِيمَةِ، كما يُقَدَّمُ على الوَصِيَّةِ، وَإِنْ زَالَ مَلِكُهُ بِالرِّقِّ، كما أَنَّ دَيْنَ المُرْتَدِّ يقضى من ماله.

وَإِنْ حَكَمْنَا بِزَوَالِ مَلِكِهِ، وَأَيْضاً فَالرِّقُّ بِمَثَابَةِ المَوْتِ وَالحَجَرِ، فيوجب تَعَلُّقَ الدَّيُونِ بِالمالِ، وَإِنْ غَنِمَ المَالِ قَبْلَ اسْتِرْقَاقِهِ ملكه العَانِمُونَ، ولم ينعكس الدَّيْنُ عليه، كما لو انتقل مَلِكُهُ بوجه آخر، وَإِنْ غَنِمَ مع اسْتِرْقَاقِهِ، ففيه وجهان:

أحدهما: وبه أجاب في «التهذيب»: - أَنَّهُ يقضي منه الدَّيْنُ، وَيُقَدَّمُ الدَّيْنُ على حَقِّ الغانمين، كما يُقَدَّمُ في التَّرِكَةِ على حُقُوقِ الوَرَثَةِ.

وأظهرهما<sup>(١)</sup>: على ما ذكره صاحب الكتاب، وَأُورِدَهُ الإمام مع شَهَادَتِهِ لِلرَّوَجِهِ الأَوَّلِ بِالانْتِجَاهِ، أَنَّ الغَنِيمَةَ تَتَقَدَّمُ، وَوجه بَأَنَّ تَمَلُّكَ العَانِمِينَ يَتَعَلَّقُ بِعَيْنِ المَالِ، وَحَقُّ

(١) في ز: وأصحهما.

صاحب الدين كان في الذمة، وما يتعلّق بالعين يتقدّم على المتعلّق بالذمة.

ولك أن تقول: إذا جنّى العبد المزهون، يتقدّم حقّ المجني عليه على حقّ المرتبهين، وليس من صورة المعية أن يكون الاغتنام مع الأسر، فإنّ المال يملك بنفس الأخذ والرّق، لا يحصل بنفس الأسر في الرجال الكاملين، ولكن يظهر ذلك في حقّ النسوة، وفيما إذا فرض الاغتنام مع إزقاق الإمام بعد الأسر وإذا لم يوجد مال يقضى منه، فهو في ذمته إلى أن يعتيق، وهل يحلّ المؤجّل بالرّق؟

فيه وجهان مرتبان على الوجهين في الحلول بالفلس، والرّق أولى بالحلول؛ لأنه أشبه بالموت من حديث إنه يُزِيلُ الْمَلِكُ، ويقطع النكاح، وهذا إذا كان الدين لمسلم، فإنّ كان لِدِمِّي، فبمثله أجاب الإمام، وقال: دَيْنُ الدِّمِّيِّ مُخْتَرَمٌ كَأَعْيَانِ أَمْوَالِهِ.

وحكى صاحب «التهذيب» فيه وجهين، وإن كان لحزبي، واسترق المديون، فالمحكى عن القاضي الحسين، وهو الظاهر أنه يسقط الدين، ووجه بأن ملتزم الدين انتقل من كونه حربياً لا يجري عليه حكم إلى كونه رقيقاً ليس له على نفسه حكم، وأبدي الإمام اختيماً أنه لا يسقط، كما سنذكر فيما إذا أسلم من عليه الدين، أو قبل الأمان.

ويجعل الرّق كأمان يحدث، هذا إذا استرق من عليه الدين، فلا تبرأ ذمة من عليه الدين، بل هو كودائع الحزبي المسيبي، هذا لفظه في «الوسيط» ولم ينص والحالة هذه على حال من عليه الدين، والإمام ذكر هذا الجواب فيما إذا استقرض مسلم من حزبي، أو اشترى منه شيئاً، والتزم الثمن، ثم استرق مستحق الدين. قال: لا يسقط الدين عن ذمة المسلم. وفي «التهذيب» لو كان لحزبي على حزبي دين فاسترق.

أحدهما: يسقط لزوال ملكه، قال ولو قهر المديون ربّ الدين يسقط؛ لأنّ الدار دار حرب، حتى إذا قهر العبد سيده يصير حراً، ويصير السيد عبداً.

ولو قهرت الزوجة زوجها بنفسها، وقد يفهم من هذه الجملة إن كان دين المسترق على مسلم يطالب به كما يطالب بودائعهم؛ لأنه ملتزم، وإن كان على حزبي يسقط؛ لأنّ المستحق قد زال ملكه، والحزبي غير ملتزم حتى يطالب.

ولو استقرض حزبي من حزبي، أو التزم بالشراء ثمناً، ثم أسلم، أو قبلاً الجزية، أو الأمان معاً، أو على الترتيب، استمر الاستحقاق، كما إذا أسلم الزوجان، ولم يقبض المهر المسمى، يبقى استحقاقه، ولو أسلم المستحق عليه، أو قبلاً الجزية، دون المستحق، فالنص أنّ الجواب كذلك، ويستمر الاستحقاق، كما إذا أسلم الزوجان.

وعن نصّه - أنه إذا ماتت زوجة الحزبي، فجاءنا مسلماً، أو مستأماً، فجاء ورثتها يطلبون مهرها، لم يكن لهم شيء. وللأصحاب فيه طريقتان:

أحدهما: أَنَّ فِيهِمَا قَوْلَيْنِ تَفْلَأُ وَتَخْرِيجاً.

أصحهما: أَنَّهُ يَبْقَى الْإِسْتِحْقَاقُ، وَيُسْتَدَامُ حُكْمُ الْعَقْدِ بَعْدَ الْإِسْلَامِ، وَعَلَى هَذَا تُبْنَى قَوَاعِدُ فِي نِكَاحِ الْمُشْرَكَاتِ.

والثاني: الْمَنْعُ؛ لِأَنَّهُ يَبْعُدُ أَنْ يُمَكَّنَ الْحَرْبِيُّ مِنْ مُطَالَبَةِ الْمُسْلِمِ، أَوْ الذَّمِّيِّ فِي دَارِنَا.

والثاني: الْقَطْعُ بِالْقَوْلِ الْأَوَّلِ، وَبِهِ قَالَ ابْنُ سُرَيْجٍ، وَحَمَلَ النَّصَّ الثَّانِي عَلَى مَا إِذَا سُمِّيَ لَهَا خَمْرًا أَوْ خِنْزِيرًا وَقَبَضْتَهُ فِي الْكُفْرِ، وَلَا يَخْفَى أَنَّ مَا ذَكَرْنَا فِيهَا إِذَا كَانَ الْفَرْضُ أَوْ الثَّمَنُ مَالًا، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ خَمْرًا أَوْ خِنْزِيرًا. وَلَوْ أَتَلَفَ حَرْبِيٌّ مَالًا عَلَى حَرْبِيٍّ، أَوْ عَصَبَهُ، ثُمَّ أَسْلَمَ، أَوْ أَسْلَمَ الْمُتَلَفُ، فَوَجِهَانُ:

أصحهما: أَنَّهُ لَا يُطَالَبُ بِالضَّمَانِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَلْتَزِمْ شَيْئًا، وَالْإِسْلَامُ يَجِبُ مَا قَبْلَهُ، وَالْإِثْلَافُ لَيْسَ عَقْدًا يُسْتَدَامُ بِخِلَافِ الْمَلْزَمِ بِهَا.

وَأَيْضًا فَالْحَرْبِيُّ إِذَا فَهَرَ حَرْبِيًّا عَلَى مَالِهِ مَلَكَه، وَالْإِثْلَافُ نَوْعٌ مِنَ الْفَهْرِ.

وَأَيْضًا فَإِثْلَافُ مَالِ الْحَرْبِيِّ لَا يَزِيدُ عَلَى إِثْلَافِ مَالِ الْمُسْلِمِ، وَأَنَّهُ لَا يُوجِبُ الضَّمَانَ عَلَى الْحَرْبِيِّ.

والثاني: يَطَالِبُ؛ لِأَنَّهُ لَازِمٌ فِي شَرْعِهِمْ، فَكَأَنَّهُمْ تَرَاضَوْا عَلَيْهِ.

وَيَزِيدُ عَلَى هَذَا مَا حَكَى عَنِ تَغْلِيْقِ الْقَاضِي حَسِينٍ: أَنَّ الْحَرْبِيَّ إِذَا جَنَى عَلَى مُسْلِمٍ، فَاسْتَرْقَ، فَأَزْشُ الْجِنَايَةِ فِي ذِمَّتِهِ، لَا يَتَحَوَّلُ إِلَى رَقَبَتِهِ، بِخِلَافِ الْمُكَاتَبِ، إِذَا جَنَى أَنْ يَكُونَ الْأَرْشُ فِي ذِمَّتِهِ يُؤَدِّيهِ مِنَ الْكَسْبِ، فَإِنْ عَجَزَ وَعَادَ قَتْنَا تَحَوَّلَ الْأَرْشُ إِلَى رَقَبَتِهِ. وَالْفَرْقُ أَنَّ الرِّقَّ الَّذِي هُوَ مَحَلُّ تَعَلُّقِ الْأَرْضِ كَانَ مَوْجُودًا فِي حَالِ الْكِتَابَةِ، إِلَّا أَنَّ الْكِتَابَةَ الْمَانِعَةَ مِنَ الْبَيْعِ مَنَعَتْ مِنَ التَّعَلُّقِ، فَإِذَا عَجَزَ ارْتَفَعَ الْمَانِعُ، وَثَبَتَ التَّعَلُّقُ، وَفِي الْحَرْبِيِّ لَمْ يَكُنْ عِنْدَ الْإِثْلَافِ رِقًّا وَإِنَّمَا حَدَثَ بَعْدَهُ وَهَذَا قَوْلٌ يُوجِبُ الضَّمَانَ عَلَى الْحَرْبِيِّ إِذَا جَنَى عَلَى مُسْلِمٍ، أَوْ مَالٍ. قَالَ الْإِمَامُ: وَهُوَ إِخْلَالٌ مِنْ نَاقِلٍ، أَوْ هَفْوَةٌ مِنَ الْقَاضِي وَلَنْعُدَّ إِلَى مَا يَتَعَلَّقُ بِلَفْظِ الْكِتَابِ.

قوله: «أَوْ ذَمِّيٌّ» يَجُوزُ أَنْ يُعْلَمَ بِالْوَاوِ.

وقوله: «فِي قِضِيِّ» بِالْحَاءِ لَمَّا ذَكَرْنَا.

وقوله: «الَّذِي لَمْ يَغْنَمْ قَبْلَ اسْتِرْقَاقِهِ» يَدْخُلُ فِيهِ مَا اغْتَنَمَ بَعْدَ اسْتِرْقَاقِهِ، وَمَا اغْتَنَمَ مَعَ اسْتِرْقَاقِهِ، وَقَدْ ذَكَرَ مِنْ بَعْدِ أَنَّ الْاِغْتِنَامَ وَالْاِسْتِرْقَاقَ لَوْ وَقَعَا مَعًا، فَالظَّاهِرُ تَقْدِيمُ الْغَنِيمَةِ، وَكَانَ مِنْ حَقِّهِ أَنْ يَقُولَ: مِنَ الْمَالِ الَّذِي اغْتَنَمَ بَعْدَ اسْتِرْقَاقِهِ.

وقوله: «إِلَّا إِذَا سَبَقَ الْاِغْتِنَامُ رِقَّهُ» الْاِسْتِثْنَاءُ يَرْجِعُ إِلَى قَوْلِهِ: «فَإِنَّ حَقَّ الدِّينِ مُقَدَّمٌ

على حَقِّ الغَنِيمَةِ لا إلى الحُكْمِ المذكور قبله، وهو قوله «فيقضي من مَالِهِ الذي لم يَغْتَنِمَ قبل اسْتِزْقَائِهِ».

قوله: «وكذلك لو سَبَقَ من عليه الدِّينُ إلى الإسلام» مفهومه الظَاهِرُ ما إذا أَسْلَمَ المستحقُّ عليه، ثُمَّ أَسْلَمَ المستحقُّ، فإن أراد هذا المَفْهُومَ فَلْيُحْمَلْ. قوله قبل ذلك: «ثم أَسْلَمَا» على ما إذا أَسْلَمَا معاً، وإلا فهذا دَاخِلٌ فيه، وإن قُدِّرَ أَنَّ المُرَادَ ما إذا سَبَقَ للمستحق عليه إلى الإسلام، وَتَخَلَّفَ الآخَرُ فلم يُسَلِّمْ وَتَرَكَ قوله: «ثم أَسْلَمَا» على إطلاؤِهِ، فهذا مَوْضِعُ الخِلَافِ، ويجوز أن يُعَلِّمَ بالواو للوجه الآخر.

قال الغزالي: (فرع) إذا سُبِّتِ امْرَأَةٌ وَوَلَدُهَا الصَّغِيرُ لَمْ يَفْرُقْ بَيْنَهُمَا فِي البَيْعِ وَالْقِسْمَةِ \* وَلَوْ تَبِعَتْ مَعَ الجَدَّةِ وَقَطَعَتْ عَنِ الأمِّ، ففِي الجَوَازِ قَوْلَانِ \* وَالجَدَّةُ فِي مَعْنَى الأمِّ عِنْدَ عَدَمِهَا \* وَالأبُّ هَلْ هُوَ فِي مَعْنَاهَا؟ قَوْلَانِ \* وَهَلْ يَتَعَدَّى التَّحْرِيمُ إِلَى سَائِرِ المَحَارِمِ؟ قَوْلَانِ.

قال الرافعي: إذا سببت امرأة وولدها الصغير، لم يفرق الإمام بينهما في القسمة، بل يقرؤمهما، فإن وافقت قيمتهما نصيب واحد من العائمين جعلهما لواحد، وإلا اشترك اثنان فيهما أو باعهما، وجعل ثمنهما في المئتمن، وقد ذكرنا في «البيع» بعض الأحاديث الواردة في تحريم التفريق، فإن فرق بينهما في القسمة، ففي صحتها قولان، كما قدمنا في «البيع»، وإذا قلنا: لا يبطل، ففي «الحاوي» أن المتبايعين لا يقران على التفريق، ولكن يقال لهما: إن تراضيتما ببيع الآخر ليجتمعا في الملك فذاك، وإلا فسختا البيع.

وفي كتاب القاضي ابن كنج أن يقال للبائع: إما أن تطوع بتسليم الأجر، أو يفسخ المبيع، فإن تطوع بالتسليم، فامتنع المشتري من القبول، فسح البيع.

فإن رضى الأم بالتفريق، فعن رواية ابن القطان، والقاضي الطبري وجه: أنه يرتفع التحريم، والأصح خلافه رعاية لِحَقِّ الولد، والجدة أم الأم عند عدم الأم كالأم، فلو كان له أم وجدة، فبيع مع الأم، اندفع المخذور، ولو بيع مع الجدة، وقطع عن الأم، فهل يرتفع التحريم؟ نقل الإمام فيه قولين، والأشبه منهما المنع، وهل الأب كالأم في تحريم التفريق؟ فيه قولان، ويقال: وجهان،

أظهرهما: نعم؛ لأنه أحد الأبوين، وقد روي عن عثمان - رضي الله عنه - أنه لا يفرق بين الوالد وولده<sup>(١)</sup>.

(١) أخرجه البيهقي [١٢٦/٩ - ١٢٧] من طريق معمر عن أيوب قال أمر عثمان أن يشتري له رقيق، وقال: لا يفرق بين الوالد وولده، ورواه الثوري موصولاً.

والثاني: لا، لاخِصَّاصِ الأُمِّ بنهاية الشَّفَقَةِ والتَّحْنِ، وَعَجَزَهَا عن الصَّبْرِ، ولهذا قدمت في الحِصَانَةِ على الأب، وهل يَتَعَدَى التَّحْرِيمُ إلى سائر المَحَارِمِ، كالأخِ والعَمِّ وغيرهما، فيه طريقتان:

قال أكثرهم: لا، لأنَّ سائر القَرَابَاتِ لا يَتَعَلَّقُ بها رَدُّ الشَّهَادَةِ والعِتْقُ بِالْمَلِكِ، فكذلك في تَحْرِيمِ التَّفْرِيقِ. نعم يُسْتَحَبُّ التَّحَرُّزُ عنه.

والثاني: طَرُدُ الخِلَافِ المذكور في الأب، وروى صاحب «الحاوي» في الأَجْدَادِ والجَدَّاتِ من قبل الأب ثلاثة أوجه:

أحدها: يجوز التَّفْرِيقُ بين الوَلَدِ وجميعهم؛ بِنَاءِ على جَوَازِ التَّفْرِيقِ بينه وبين الأب.

والثاني: لا يَجُوزُ؛ بِنَاءِ على أَنَّ التَّفْرِيقَ لا يَجُوزُ بينهما.

والثالث: يجوز التَّفْرِيقُ بينه وبين الذَّكَرِ منهم، كَأبِ الأب، ولا يَجُوزُ بينه وبين الأنثى منهم، كأم الأب، لأنَّ الإناثَ أَصْلَحُ للتَّزْوِيجِ، وهذه الوُجُوهُ على طَرِيقَةٍ من لا يُعَدِّي التَّحْرِيمَ إلى المَحَارِمِ قَطْعاً، وإذا كان للولد أبوان، فيحذر من التَّفْرِيقِ بينه وبين الأُمِّ، ويحتمل التَّفْرِيقُ بينه وبين الأب، ولا بَأْسَ بالتَّفْرِيقِ إذا أَلْجأتِ الضَّرُورَةُ إليه، كما إذا كانت الأُمُّ حُرَّةً، يجوزُ بَيْنَ الوَلَدِ، ولو كانت الأُمُّ لَوَاحِدٍ، والولد لآخر، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ منهما أن يَتَفَرَّدَ ببيع ما يملكه، وقد سَبَقَ ذلك في «البيع»، وَحَكَيْنا هناك قَوْلَيْنِ في أَنَّ التَّحْرِيمَ يَنْتَهِي بِسَبَبِ التَّمْيِيزِ، أو يَمْتَدُّ إلى البُلُوغِ؟ والأصَحُّ الأوَّلُ، فإنه لا يحرم بعد البُلُوغِ.

وعن أحمد خِلافُهُ، ويجوز أن يُعَلَّمَ لذلك لفظ «الصَّغِير» من قوله في الكتاب: «وولدها الصَّغِير» بالألف إشارة إلى أنَّ عنده لا يعتبر الصَّغَرُ، واللَّفْظُ يُوَافِقُ القَوْلَ الذَّاهِبَ إلى امتِنَادِ التَّحْرِيمِ إلى البُلُوغِ، فيمكن أن يُعَلَّمَ بالوَاوِ لِلقَوْلِ الآخر، وأن يُعَلَّمَ لَفْظَ القَوْلَيْنِ في سائرِ المَحَارِمِ بالوَاوِ لِلطَّرِيقَةِ القاطعة.

قال الغَزَالِيُّ: (التَّصَرُّفُ الثَّالِثُ) إِهْلَاكُ أَمْوَالِهِمْ غَيْظاً لَهُمْ جَائِزٌ إِذَا لَمْ يُمْكِن تَمَلُّكُهُ إِلاَّ الحَيَوَانَاتِ \* وَأَمَّا الأشْجَارُ فَيَجُوزُ قَطْعُهَا \* وَيَجِبُ إِهْلَاكُ كُتُبِهِم الَّتِي لا يَحِلُّ الِاتِّتِفاغُ بِهَا \* وَفِي جَوَازِ اسْتِصْحَابِهَا لِإِثْبَاتِ تَعَرُّفِ مَذَاهِبِهِمْ تَرَدُّدٌ \* وَكَلْبُ الغَنِيمَةِ يَخْصُ بِهِ الإِنَامُ مَنْ شَاءَ إِذْ لا مَلِكَ فِيهِ.

قال الرَّافِعِيُّ: كما أَنَّ نُفُوسَ الكُفَّارِ تَهْلِكُ تَارَةً بالقَتْلِ، وتُمْسِكُ أُخْرَى بالاسْتِزْقَاقِ، فكذلك أَمْوَالُهُمْ تَهْلِكُ تَارَةً وتُعْتَمُّ أُخْرَى، وهذا التَّصَرُّفُ الثَّالِثُ هو إِهْلَاكُ أَمْوَالِهِمْ،



والمقصود بَيَانُ موضعِ جَوَازِهِ، وإن احتاج المسلمون إلى إِهْلَاكِ مَالِ لِهِمْ، كَتَخْرِيْبِ بِنَاءٍ، وَقَطْعِ شَجَرٍ لِيَتَمَكَّنُوا مِنَ الْقِتَالِ، أَوْ لِيُظْفِرُوا بِهِمْ، فَلِهِمْ إِهْلَاكُهَا؛ لَمَا رَوَى عَنْ ابْنِ عَمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - قَطَعَ نَخْلَ بَنِي النَّضِيرِ وَحَرَّقَ عَلَيْهِمْ<sup>(١)</sup>، وَفِي ذَلِكَ نَزَلَ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿مَا قَطَعْتُمْ مِنْ لِينَةٍ أَوْ تَرَكْتُمُوهَا﴾ [الحشر: ٥] الْآيَةَ وَأَنَّهُ قَطَعَ عَلَى أَهْلِ «الطَّائِفِ» كَرَمَهُمْ<sup>(٢)</sup>، وَذَكَرَ أَنَّهُ كَانَ آخِرَ غَزَوَاتِهِ، وَإِنْ لَمْ يَحْتَاجُوا إِلَيْهِ، نُظِرَ إِنْ لَمْ يَغْلِبْ عَلَى الظَّنِّ حُصُولُ ذَلِكَ الْمَالِ لِلْمُسْلِمِينَ، جَازَ إِهْلَاكُهُ مُعَايَظَةً لَهُمْ، وَتَشْدِيداً عَلَيْهِمْ، وَإِنْ غَلَبَ عَلَى الظَّنِّ حُصُولُهُ لَهُمْ، فَفِيهِ وَجْهَانِ، حَكَاهُمَا فِي «الْمُهَذَّبِ»:

وجه المنع ما روي أن أبا بكرٍ - رضي الله عنه - نهى عنه<sup>(٣)</sup>.

وعن الشَّيْخِ أَبِي حَامِدٍ إِطْلَاقَ الْقَوْلِ بِالْجَوَازِ، وَالْأَوْلَى تَرْكُهُ بِلَا خِلَافٍ، وَهَذَا إِذَا دَخَلَ الْإِمَامُ بِلَادَهُمْ مُغِيرًا، وَلَمْ يُمْكِنَ الْاسْتِيفَارُ فِيهَا، فَأَمَّا إِذَا فَتَحَهَا، وَقَهَرَ أَهْلَهَا، فَلَا يَجُوزُ الْقَطْعُ وَالتَّخْرِيْبُ [لأنه صارت غَنِيْمَةً لِلْمُسْلِمِينَ، وَكَذَا لَا يَجُوزُ الْقَطْعُ وَالتَّخْرِيْبُ]<sup>(٤)</sup> إِذَا فَتَحَهَا ضُلْحًا عَلَى أَنْ يَكُونَ لَهُمْ أَوْ لَنَا.

وَلَوْ غَنِمْنَا أَمْوَالَهُمْ وَانصرفنا وَخِفْنَا الْاسْتِيزَادَ، جَازَ إِهْلَاكُهَا لِثَلَا يَغْلِبُوا عَلَيْهَا وَيَتَقَوَّوا بِهَا، هَذَا حُكْمٌ غَيْرُ الْحَيَوَانِ.

وَأَمَّا الْحَيَوَانُ، فَإِذَا كَانُوا يُقَاتِلُونَا عَلَى الْخَيُْولِ، وَاحْتَجْنَا إِلَى عَفْرِهَا لِذَفْعِهِمْ وَالظَّفْرِ بِهِمْ، جَازَ ذَلِكَ، فَإِنَّهَا كَأَدَاةِ الْقِتَالِ.

وَيُرْوَى أَنَّ حَنْظَلَةَ بْنَ الرَّاهِبِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - عَقَرَ أَبِي سَفِيَانَ فَرَسَهُ يَوْمَ «أُحُدٍ» فَسَقَطَ، فَجَلَسَ حَنْظَلَةُ عَلَى صَدْرِهِ لِيَذْبَحَهُ، فَجَاءَ ابْنُ شُعُوبٍ فَقَتَلَ حَنْظَلَةَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - وَاسْتَنْقَذَ أَبَا سَفِيَانَ، وَلَمْ يُتَّكَزْ رَسُولُ اللهِ - ﷺ - فَعَلَّ حَنْظَلَةَ<sup>(٥)</sup> - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -

(١) تقدم.

(٢) رواه ابن إسحاق في المغازي: أن النبي ﷺ سار إلى الطائف، فأمر بقصر مالك بن عوف فهدم وأمر بقطع الأعتاب، ورواه أبو الأسود عن عروة قال: نزل رسول الله ﷺ وسلم بالأكمة عند حصن الطائف، فحاصرهم، وقطع المسلمون شيئاً من كروم ثقيف ليغيظوهم رواه البيهقي [٩/ ٨٤] ورواه أيضاً من حديث موسى بن عقبة في المغازي.

(٣) أخرجه البيهقي من حديث يونس عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب عن أبي بكر مطولاً، وروي عن أحمد أنه أنكره، ورواه مالك [١/ ٢٩٧ - ٢٩٨] في الموطأ عن يحيى بن سعيد أن أبا بكر نحوه، ورواه سيف في الفتوح من وجه آخر عن الحسن بن أبي الحسن مرسلأ أيضاً. قاله الحافظ.

(٤) سقط من: ز.

(٥) أخرجه البيهقي من طريق الشافعي بغير إسناد، وقد ذكره الواقدي في المغازي عن شيوخه، فذكره مطولاً، وذكره ابن إسحاق في المغازي دون ذكر العقر.

وإن غَنِمْنَا خِيُولَهُمْ وَمَوَاشِيَهُمْ وَلِحِقُونَا، وَخِفْنَا الْاسْتِزْدَادَ أَوْ ضَعَفَ بَعْضَهَا، وَتَعَدَّرَ سَوْفَهَا، لَمْ يَجْزِ عَقْرُهَا، وَإِتْلَافُهَا. وبه قال أحمد. نعم تُدْبِحُ لِلْأَكْلِ، وَإِذَا خِفْنَا أَنَّهُمْ يَأْخُذُونَ الْخِيُولَ وَيُقَاتِلُونَ عَلَيْهَا، وَيَشْتَدُّ الْأَمْرُ، يَجُوزُ إِتْلَافُهَا.

وعند أبي حنيفة ومالك: يجوز إتلافها بكلِّ حالٍ مُعَايَظَةً لِلْكَفَّارِ.

لنا ما روي أنه - ﷺ - نَهَى عَنْ تَغْذِيبِ الْحَيَوَانِ إِلَّا لِمَا كَلَّتْ<sup>(١)</sup>.

وأيضاً نَهَى عَنْ قَتْلِ الْحَيَوَانِ صَبْرًا<sup>(٢)</sup>، وَلَا خِلَافَ فِي أَنَّهُمْ لَوْ لِحِقُونَا وَمَعْنَا نِسَاؤُهُمْ وَصِنْيَانُهُمْ لَمْ يَجْزِ قَتْلُهُمْ، وَإِنْ خَشِينَا اسْتِزْدَادَهُمْ، ثُمَّ فِي الْفَضْلِ مَسْأَلَتَانِ:

إحداهما: إِذَا ظَفَرْنَا بِكُتُبٍ لَهُمْ مِمَّا يَجِلُّ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ؛ كَالطَّبِّ وَالشَّعْرِ وَاللُّعْجَةِ وَالْحِسَابِ وَالتَّوَارِيخِ، فَسَبِيلُهُ سَبِيلُ سَائِرِ الْأَمْوَالِ، قَيْبَاعٌ أَوْ يُقَسَّمُ، وَمَا يَحْرَمُ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ كَكُتُبِ الشَّرِكِ وَالْهَجْوِ وَالْفُخْشِ الْمَخْضِ، فَلَا يُشْرِكُ بِحَالِهِ، وَلَكِنْ إِنْ كَانَ عَلَى رَقٍّ، أَوْ كَاغِدٍ تُخِينُ؛ وَأَمَّا غَسْلُهُ غُسْلًا، ثُمَّ هُوَ كَسَائِرِ أَمْوَالِ الْغَنِيمَةِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَبْطَلَتْ مَنَفَعَتُهُ بِالتَّمْرِيقِ، ثُمَّ الْمَمْزُقُ كَسَائِرِ الْأَمْوَالِ، وَلِلْمَزُقِ قِيمَةٌ وَإِنْ قَلَّتْ.

وعن القاضي الطبري: أَنَّهَا تَمْزُقُ أَوْ تُحْرَقُ، وَلَمْ يُصَحِّحُوا الْإِحْرَاقَ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ التَّضْيِيعِ، وَكَتَبِ التَّوْرَةَ وَالْإِنْجِيلَ مِمَّا لَا يَجِلُّ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ، لِأَنَّهُمْ بَدَّلُوا وَغَيَّرُوا.

قال في «البحر»: وَإِنَّمَا تُقْرَأُ فِي أَيْدِي أَهْلِ الذِّمَّةِ؛ لِأَغْتِقَادِهِمْ كَمَا يُقْرَأُونَ عَلَى الْخَمْرِ. قال: وَالصَّحِيحُ أَنَّهَا لَا تُحْرَقُ؛ لِمَا فِيهَا مِنْ أَسْمَاءِ اللَّهِ تَعَالَى.

قال الإمام: وَقَدْ يَخْطُرُ لِلْفَطِنِ أَنَّ كِتَابَ الشَّرِكِ يُنْتَفَعُ بِهَا، عَلَى مَعْنَى أَنَّ الْحَاجَةَ تَمَسُّ إِلَى الْأَطْلَاعِ عَلَى مَذَاهِبِ الْمُبْطِلِينَ لِيُوجَّهَ الرَّدُّ عَلَيْهَا، فَإِنْ كَانَتْ تِلْكَ الْمَقَالَاتُ مَشْهُورَةً، فَالرَّأْيُ إِبْطَالُهَا، وَإِنْ كَانَ مَا فِيهَا مِمَّا لَمْ يَتَقَدَّمِ الْأَطْلَاعُ عَلَيْهِ، فَفِي جَوَازِ اسْتِضْحَابِهِ تَرَدُّدٌ وَاحْتِمَالٌ بَيْنَ.

الثانية: إِذَا دَخَلْنَا دِيَارَهُمْ غَازِينَ قَتَلْنَا الْخَنَازِيرَ، وَأَرْقَنَّا الْخُمُورَ، وَتُحْمَلُ طُرُوفُهَا إِلَّا أَنْ تَزِيدَ مُؤَنَةُ الْحَمْلِ عَلَى قِيمَتِهَا، أَوْ تُسَاوِيَهَا، فَيَتَلَفَهَا عَلَيْهِمْ، وَالْكَلْبُ الْمُتَنَفِّعُ بِهِ لِلْأَضْيَادِ، وَلِلْمَوَاشِي. أَطْلُقُ صَاحِبَ الْكِتَابِ أَنَّ الْإِمَامَ يَخْصُ بِهِ مِنْ يَشَاءُ، وَهَكَذَا حَكَاهُ الْإِمَامُ عَنِ الْعِرَاقِيِّينَ، وَقَالَ: قَالُوا: لِلْإِمَامِ أَنْ يُسَلِّمَهَا إِلَى وَاحِدٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ لِعِلْمِهِ بِأَحْتِيَاجِهِ إِلَيْهِ، وَلَا يَكُونُ مَحْسُوبًا عَلَيْهِ، وَاعْتَرَضَ عَلَيْهِ بِأَنَّ الْكَلْبَ مُنْتَفِعٌ بِهِ،

(١) تقدم.

(٢) أخرجه مسلم [١٩٥٩]، [١٩٥٦] من حديث أنس رواه البخاري [٥٥١٣] عن جابر، ولهما عن ابن عمر: نَهَى أَنْ تُصَبَّرَ الْبِهَائِمُ، وَأَحْمَدُ عَنْ أَيُّوبَ: نَهَى عَنْ قَتْلِ.

فليكن حَقَّ الْيَدِ فِيهِ لَجْمِيعِهِمْ، كَمَا أَنَّ مِنْ مَاتَ وَلَهُ كَلْبٌ لَا يَسْتَبِدُّ بِهِ بَعْضُ الْوَرَثَةِ، وَالَّذِي نَجِدُهُ فِي كِتَابِ الْعِرَاقِيِّينَ: أَنَّهُ إِنْ أَرَادَهُ بَعْضُ الْعَانِيينَ، أَوْ بَعْضُ أَهْلِ الْخُمْسِ، وَلَمْ يَنَازِعْ فِيهِ يُسَلِّمُ إِلَيْهِ، وَإِنْ تَنَازَعُوا، فَإِنْ تَنَازَعُوا، فَإِنْ وَجَدْنَا كِلَابًا، وَأَمَكْنَا الْقِسْمَةَ عَدَدًا قُسِّمَتْ، وَإِلَّا أَفْرَعُ بَيْنَهُمْ، فَإِذَا الظَّاهِرُ خِلَافَ مَا فِي الْكِتَابِ، وَقَدْ مَرَّ فِي «الْوَصِيَّةِ» أَنَّهُ قَدْ يَعْتَبَرُ قِيَمَتُهَا عِنْدَ مَنْ يَرَى لَهَا قِيَمَةً، وَيَنْظُرُ إِلَى مَنَافِعِهَا، فَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ بِمِثْلِهِ هَاهُنَا.

وقوله في الكتاب: «إِهْلَاكُ أَمْوَالِهِمْ غَيْظًا لَهُمْ جَائِزٌ، إِذَا لَمْ يُمْكِنَ تَمَلُّكُهَا»، ظَاهِرُ السِّيَاقِ يُؤَافِقُ مَا ذَكَرْنَا أَنَّ أَحَدَ الْوَجْهِينَ: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِهْلَاكُهَا إِذَا غَلَبَ عَلَى الظَّنِّ حُصُولُهَا لِلْمُسْلِمِينَ، وَالْعِبَارَاتُ الَّتِي تَطْلُقُ فِي هَذَا الْمَقَامِ مِنْ غَلَبَةِ الظَّنِّ بِالْحُصُولِ، وَرَجَاءِ الْحُصُولِ، وَإِمْكَانِ التَّمَلُّكِ وَالْحُصُولِ مُتَقَارِبَةٌ.

وَالْأَشْبَهُ وَالْحَالَةَ هَذِهِ - التَّجْوِيزُ وَالِاقْتِصَارُ عَلَى الْكَرَاهَةِ، وَكَذَلِكَ ذَكَرَهُ الْإِمَامُ، فَيَجُوزُ أَنْ يَرَقَمَ قَوْلَهُ: «إِذَا لَمْ يُمْكِنَ تَمَلُّكُهَا» بِالْوَاوِ؛ وَإِشَارَةً إِلَى أَنَّ هَذَا الْقَيْدَ غَيْرَ مُعْتَبَرٍ فِي الْجَوَازِ، وَيَجُوزُ أَنْ يُحْمَلَ لَفْظُ الْجَوَازِ عَلَى الْإِطْلَاقِ الْعَارِي عَنِ الْكَرَاهِيَةِ، كَمَا يُقَالُ: وَجِبَ جَوَازُ الصَّلَاةِ، وَوَقْتُ الْكَرَاهَةِ فَيُجْعَلَانِ مُتَقَابِلَيْنِ، وَحَيْثُذِي فَلَا حَاجَةَ إِلَى الْإِغْلَامِ.

وقوله: «الْحَيَوَانَاتُ» لِيَعْلَمَ بِالْحَاءِ وَالْمِيمِ، وَلَا بُدَّ مِنْ اسْتِثْنَاءِ مَا يَقَاتِلُونَ عَلَيْهِ عَلَى مَا يَتَبَيَّنُ، وَإِنْ أَطْلَقَ الْكَلَامَ إِطْلَاقًا.

وقوله: «وَأَمَّا الْأَشْجَارُ فَيَجُوزُ قَطْعُهَا» لَا ضَرُورَةَ إِلَيْهِ لِذُخُولِهَا فِي الْأَمْوَالِ الْمَذْكُورَةِ أَوْلًا.

وفي «التصريح» تَنْبِيهُ عَلَى أَنَّهَا وَإِنْ كَانَتْ نَائِمَةً فَلَيْسَ لَهَا حُرْمَةُ الْحَيَوَانَاتِ.

وقوله: «وَيَجِبُ إِهْلَاكُ كُتُبِهِمْ»، وَفِي بَعْضِ النُّسخِ «وَيَجُوزُ» وَبِكُلِّ وَجْهِ.

وقوله: «وَفِي جَوَازِ اسْتِضْحَابِهَا...» إِلَى آخِرِهِ، أَرَادَ بِهِ مَا حَكَيْتَاهُ عَنِ الْإِمَامِ، وَالتَّرْدُّدُ مَخْصُوصٌ بِالْكَتُبِ الْمَشْتَمَلَةِ عَلَى مَقَالَتِهِمْ دُونَ كِتَابِ الْهَجْوِ وَالْفُحْشِ، ثُمَّ إِنْ اسْتِضْحَبْنَا تِلْكَ الْكُتُبَ حَتَّى عَرَفْنَا الْمَقَالَاتِ؟ فَالْقِيَاسُ أَنْ نَبْطَلَهَا كَمَا ذَكَرَ الْإِمَامُ، أَنَّهُ لَوْ كَانَتِ الْمَقَالَاتُ مَشْهُورَةً، فَنَبْطَلُهَا فِي الْحَالِ.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: (التَّصْرُفُ الرَّابِعُ: الْأَعْتِنَامُ) وَالْغَنِيمَةُ كُلُّ مَا أَخَذْتَهُ الْفِتْنَةُ الْمُجَاهِدَةُ عَلَى سَبِيلِ الْعَلْبَةِ دُونَ مَا يُخْتَلَسُ، وَيُسْرَقُ، فَإِنَّهُ خَاصٌّ مَلِكِ الْمُخْتَلَسِ \* وَدُونَ مَا يَنْجَلِي عَنهُ الْكُفَّارُ بِغَيْرِ قِتَالٍ، فَإِنَّهُ فَنِيءٌ \* وَدُونَ اللَّقْطَةِ، فَإِنَّهَا لِأَخِيذِهَا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قَدْ سَبَقَ فِي «كِتَابِ قَسَمِ الْفَنِيِّ وَالْعَنَائِمِ» أَنَّ الْغَنِيمَةَ الْمَالُ الَّذِي يُؤْخَذُ مِنَ الْكُفَّارِ بِالْقَهْرِ، وَإِيْجَابِ الْخَيْلِ وَالرُّكَابِ، وَأَنَّ الْفَنِيءَ مَا يُحْصَلُ مِنَ الْكُفَّارِ مِنْ غَيْرِ قِتَالٍ، فَتَكَلَّمُ الْآنَ فِي مَسَائِلَ:

إحداها: إذا دخل واحدٌ أو شِرْذِمَةٌ دَارَ الْحَرْبِ مُسْتَخْفَيْنَ، وأخذوا مَالاً على صُورَةِ السَّرِقَةِ فالذي أوردَهُ في الكتاب أَنَّهُ مَلِكٌ من أَخَذَهُ خَاصَّةً وذكر الإمام أَنَّهُ الْمَذْهَبُ الْمَشْهُورُ، وَرُبَّمَا أَبْدَى الْقَطْعَ بِهِ، وَوَجَّهَهُ بِأَنَّ السَّارِقَ يَقْصِدُ تَمَلُّكَ الْمَالِ، وإثبات اليد عليه، وَمَالُ الْحَرْبِيِّ غير مَعْصُوم، وكأنَّهُ غير مَمْلُوكٍ، وصار سبيله سَبِيلَ الاستيلاءِ على الْمُبَاحَاتِ، بخلاف مالِ الْغَنِيمَةِ، فَإِنَّهُ وإن حصل في يدِ الْعَانِمِينَ، فليس مقصودهم التملكُ، إذ لا يَجُوزُ التَّغْرِيبُ بِالْمَهْجِ لِكِتْسَابِ الْأَمْوَالِ، وَالْعَرَضُ الْأَعْظَمُ إِغْلَاءُ كَلِمَةِ اللَّهِ - تعالى - وَقَمْعُ أَعْدَاءِ الدِّينِ، ولِلْقَضْدِ أَثَرٌ ظَاهِرٌ فيما يملكُ بالاستيلاءِ، وَحَكَى وَجْهًا آخَرَ أَنَّهُ غَنِيمَةٌ مُحْمَسَةٌ وَضَعْفَةٌ، وهذا الذي ضَعَفَهُ هو الْمُوَافِقُ لما أوردَهُ أَكْثَرُهُمْ، وكانهم جعلوا دُخُولَ دَارِ الْحَرْبِ، وَتَغْرِيبَهُ بِنَفْسِهِ قَائِمًا مَقَامَ الْقِتَالِ، وَيُوضِّحُهُ أَنَّهُمْ ذَكَرُوا أَنَّهُ لَوْ غَزَتْ طَائِفَةٌ بِغَيْرِ إِذْنِ الْإِمَامِ مُتَلَصِّصِينَ، وأخذت مَالاً فهو غَنِيمَةٌ مُحْمَسَةٌ.

وَرَوَوْا عن أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَا يُحْمَسُ، بل يَنْفَرُونَ له إذا لم يكن لهم قُوَّةٌ وَاِمْتِنَاعٌ، وفي رِوَايَةٍ أُخْرَى يُؤْخَذُ الْجَمِيعُ مِنْهُمْ، ويجعل في بَيْتِ الْمَالِ.

وفي «التهديب»: أَنَّ الرَّجُلَ الْوَاحِدَ إِذَا دَخَلَ دَارَ الْحَرْبِ وَأَخَذَ مِنْ حَرْبِيِّ مَالاً بِالْقِتَالِ أَخَذَ مِنْهُ الْخُمْسُ، والباقِي له، وإن أَخَذَهُ على جَهَةِ السُّومِ، ثُمَّ جَحَدَهُ أو هَرَبَ، فهو له خَاصَّةً، ولا يُحْمَسُ، وهذه الصُّورَةُ قَرِيبَةٌ من السَّرِقَةِ، والمأخوذ على صورة الاختلاسِ كالمأخوذ على صُورَةِ السَّرِقَةِ.

وقد حُكِيَ في «البحر» عن صَاحِبِ «الحاوي»: أَنَّهُ يَكُونُ غَنِيمَةً يملك الْمُخْتَلِسُونَ أَرْبَعَةَ أَخْمَاسِهِ لِأَنَّهُمْ ما وَصَلُوا إليه عَنُودَ حَتَّى غَزَرُوا بِأَنْفُسِهِمْ كما لو قاتلوا. وعن أَبِي إِسْحَاقَ: أَنَّ الْمُخْتَلِسَ يَكُونُ قَيْئَانًا؛ لِأَنَّهُ حَصَلَ بِغَيْرِ إِيجَافٍ خَيْلٍ وَرِكَابٍ.

ثم الْوَجْهُ الذَّاهِبُ إلى اخْتِصَاصِ الْمُخْتَلِسِ وَالسَّارِقِ بما يَأْخُذُهُ، ليكن مَوْضِعُهُ ما إِذَا دخل الْوَاحِدُ أو الثَّقَرُ الْيَسِيرُ دَارَ الْحَرْبِ وَأَخَذُوا، فَأَمَّا إِذَا أَخَذَ بَعْضُ الْجُنْدِ الدَّاخِلِينَ بِسَّرِقَةٍ أو اخْتِلَاسٍ، فيشبهه أَن يَكُونُ غُلُولًا يَبِينُهُ أَنَّ الْقَاضِي الرُّومَانِيَّ نَقَلَ أَنَّ ما يَهْدِيهِ الْكَافِرُ إلى الْإِمَامِ، أو إلى واحدٍ من الْمُسْلِمِينَ، وَالْحَرْبُ قَائِمٌ لا يَنْفَرُ بِهِ الْمَهْدِيُّ إليه بِكُلِّ حَالٍ، بخلاف ما إِذَا أَهْدَى من دارِ الْحَرْبِ إلى دارِ الْإِسْلَامِ.

وعن أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ يَنْفَرُ بما يَهْدِيهِ الْمَهْدِيُّ إليه بِكُلِّ حَالٍ، وَإِذَا لم تَخْتَصَّ الْهَدْيَةُ بِالْمَهْدِيِّ إِلَيْهِ، فأولى أَلَّا يَخْتَصَّ السَّارِقُ بِالْمَسْرُوقِ.

الثانية: الْمَالُ الضَّائِعُ الَّذِي يُؤْخَذُ على هَيْئَةِ اللَّقْطَةِ إن كان مما يُعْلَمُ أَنَّهُ لِلْكَفَّارِ، فَجَوَابُ الْإِمَامِ، وصاحب الكتاب أَنَّهُ لمن وَجَدَهُ؛ بناءً على أَنَّ الْمُخْتَلَسَ وَالْمَسْرُوقَ لمن أَخَذَهُ، وهذا لِأَنَّهُ ليس مأخوذاً بِقُوَّةِ الْجُنْدِ، أو قُوَّةِ الْإِسْلَامِ، حَتَّى يَكُونُ قَيْئَانًا، ولا بِقِتَالٍ حتى يَكُونُ غَنِيمَةً.

وجواب عَامَّةِ الْأَصْحَابِ أَنَّهُ يَكُونُ غَنِيمَةً لَا يَخْتَصُّ بِهِ الْآخِذُ، وَعَلَى هَذَا يَنْطَبِقُ نَصُّهُ فِي «الْمَخْتَصَرِ» عَلَى مَا سَنَحْكِيهِ فِي الْمَسْأَلَةِ الثَّلَاثَةِ، وَإِنْ أَمَكْنَ أَنْ يَكُونَ لِلْمُسْلِمِينَ، بَأَنَّ كَانَ هُنَاكَ مُسْلِمُونَ، أَوْ أَمَكْنَ أَنْ تَكُونَ هُنَاكَ ضَالَّةٌ بَعْضُ الْجُنْدِ، فَلَا بُدَّ مِنَ التَّعْرِيفِ، ثُمَّ بَعْدَ التَّعْرِيفِ يَعُودُ الطَّرِيقَانِ فِي أَنَّهُ يَكُونُ لِلْآخِذِ، أَوْ يَكُونُ غَنِيمَةً، وَكَيْفَ يَعْرِفُ؟ عَنِ الشَّيْخِ أَبِي حَامِدٍ أَنَّهُ يُعْرَفُ يَوْمًا أَوْ يَوْمَيْنِ؛ وَيَقْرَبُ مِنْهُ مَا ذَكَرَهُ الْإِمَامُ أَنَّهُ يَكْفِي بُلُوغَ التَّعْرِيفِ إِلَى الْأَجْنَادِ إِذَا لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ مُسْلِمٌ سِوَاهُمْ، وَلَا يَنْظُرُ إِلَى اخْتِمَالِ طُرُوقِ التُّجَارِ.

وَفِي «الْمَهْدَبِ» وَ «التَّهْذِيبِ» أَنَّهُ يُعْرَفُ سَنَةً عَلَى مَا هُوَ قَاعِدَةُ التَّعْرِيفِ، وَلَفْظُ «التَّهْذِيبِ» أَنَّهُ لَوْ وَجَدَ ضَالَّةً فِي دَارِ الْحَرْبِ لِحَرْبِي فَهُوَ غَنِيمَةٌ، فَالْخُمْسُ لِأَهْلِهِ، وَالْبَاقِي لَهُ وَلِمَنْ مَعَهُ، وَلَوْ وَجَدْنَا ضَالَّةً لِحَرْبِي فِي دَارِ الْإِسْلَامِ لَا يَخْتَصُّ هُوَ بِهِ، بَلْ يَكُونُ فَيْئًا، وَكَذَلِكَ لَوْ دَخَلَ صَبِيٌّ أَوْ امْرَأَةٌ بِأَدْنَا، فَأَخَذَهُ رَجُلٌ يَكُونُ فَيْئًا، وَإِنْ دَخَلَ مِنْهُمْ رَجُلٌ فَأَخَذَهُ مُسْلِمٌ يَكُونُ غَنِيمَةً؛ لِأَنَّ لِحَرْبِي مُؤَنَّةً، وَلِلْإِمَامِ أَنْ يَرَى فِيهِ رَأْيَهُ، فَإِنْ رَأَى أَنْ يَسْتَرْقَهُ يَكُونُ الْخُمْسُ لِأَهْلِهِ، وَالْبَاقِي لِمَنْ أَخَذَهُ بِخِلَافِ الضَّالَّةِ؛ لِأَنَّهَا مَالٌ لِلْكَافِرِ حَصَلَ فِي أَيْدِينَا مِنْ غَيْرِ قِتَالٍ.

الثالثة: الْمُبَاحَاتُ الَّتِي لَمْ يَمْلِكْهَا أَحَدٌ مِنَ الْحَطَبِ وَالْحَشِيشِ وَالْحَجَرِ وَالصَّيْدِ الْبَحْرِيِّ وَالْبَرِّيِّ لِأَخْذِهَا، كَمَا أَنَّهَا فِي دَارِ الْإِسْلَامِ لِأَخْذِهَا، وَلَمْ يَجْرِ عَلَيْهَا مِلْكٌ كَافِرٍ، حَتَّى يَجْعَلَ غَنِيمَةً أَوْ فَيْئًا. قَالَ الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فِي «الْمَخْتَصَرِ»: إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَصْنُوعًا أَوْ صَيْدًا مَقْرَطًا أَوْ مَوْسُومًا، فَلَا يَكُونُ لِمَنْ أَخَذَهُ، يَعْنِي إِلَّا أَنْ يَكُونَ حَجَرًا مَصْنُوعًا بِتَقْرِ أَوْ نَقْشٍ، أَوْ حَجَرًا مَنُحُوتًا.

والصيد المَقْرَطُ: الَّذِي يُجْعَلُ الْقَرْطُ فِي أُذُنِهِ، وَيُرْوَى مَقْرَطَقًا، وَهُوَ الَّذِي جُرَّ صُوفُهُ، وَجُعِلَ عَلَى هَيْئَةِ الْقَرْطِ. وَقِيلَ: هُوَ الَّذِي يُجْعَلُ لَهُ الْقَرْطُ كَالْبَازِيِّ يُحَاطُ لَهُ. فَهَذِهِ الْأَحْوَالُ أَمَارَاتُ الْيَدِ وَالْمِلْكِ وَالذَّارِ لِلْكَافِرِينَ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهَا كَانَتْ لَهُمْ فَتَكُونُ غَنِيمَةً، وَإِنْ أَمَكْنَ كَوْنُهَا لِلْمُسْلِمِينَ، فَهِيَ كَسَائِرِ الْأَمْوَالِ الضُّوَالِ، وَلَا بُدَّ مِنَ التَّعْرِيفِ كَمَا سَبَقَ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَحْمَدَ - رَحِمَهُمَا اللَّهُ - أَنَّ الْمُبَاحَاتِ الَّتِي تُوْجَدُ فِي دَارِ الْحَرْبِ تُخَمَّسُ أَيْضًا إِذَا كَانَ لِأَخْذِهَا قُوَّةٌ وَامْتِنَاعٌ.

قال العزالي: وَلِلْغَنِيمَةِ أَحْكَامٌ: (الْأَوَّلُ) أَنَّهُ يَجُوزُ التَّبَسُّطُ فِي أُطْعِمَتِهَا قَبْلَ الْقِسْمَةِ مَا دَامُوا فِي دَارِ الْحَرْبِ لِأَجْلِ الْحَاجَةِ \* وَيَجْرِي ذَلِكَ فِي الْقَوَاتِ وَاللَّحْمِ وَالتَّبَنِ وَالشَّعِيرِ \* وَلَا يَجْرِي فِي الْفَانِيدِ وَالسُّكْرِ وَأَمْثَالِهِ \* وَفِي الْفَوَاكِهِ الرُّطْبَةِ وَجَهَانِ \* وَيَجُوزُ فِي الشَّخْمِ الْأَكْلِ \* وَلِتَوْقِيقِ الدَّوَابِّ وَجَهَانِ \* وَلَا يَجُوزُ فِي الْحَيَوَانَاتِ إِلَّا الْعَنَمَ فَإِنَّهُ طَعَامٌ

فَيَذْبَحُ وَيُؤْكَلُ وَيُرَدُّ جِلْدُهُ إِلَى الْمَغْنَمِ \* وَلَا يَجِبُ قِيَمَةُ اللَّحْمِ وَإِنْ أَمَكْنَ سَوْقَ الْغَنَمِ عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ \* وَيَبَاحُ الْأَخْذُ لِمَنْ مَعَهُ طَعَامٌ وَمَنْ لَيْسَ مَعَهُ وَلَكِنْ قَدَّرَ الْحَاجَةَ \* فَلَوْ أَضَافَ بِهِ مَنْ لَيْسَ مِنَ الْعَانِمِينَ فَهُوَ كَتَقْدِيمِ الْمَغْضُوبِ إِلَى الضَّيْفِ \* وَلَوْ فَضَّلَ مِنْهُ شَيْءٌ بَعْدَ الدُّخُولِ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ فَمَا لَهُ قِيَمَةٌ رَدَّ عَلَى الْمَغْنَمِ \* وَإِنْ كَانَ قَلِيلاً فَوَجْهَانِ \* وَلَوْ لِحَقِّ مَدَدٍ بَعْدَ الْأَعْتِنَامِ فِي جَوَازِ التَّبَسُّطِ لَهُمْ وَجْهَانِ \* وَلَوْ لَمْ يَجِدُوا سَوْقاً فِي أَطْرَافِ بِلَادِ الْأَعْتِنَامِ أَوْ وَجَدُوهُ فِي دَارِ الْحَرْبِ فِي جَوَازِ الْأَخْذِ وَجْهَانِ \* وَإِذَا أَخَذَ ثُمَّ أَقْرَضَ غَانِماً آخَرَ فَلَهُ أَنْ يُطَالِيَهُ بِمِثْلِهِ مِنَ الْمَغْنَمِ مَا دَامُوا فِي الْحَرْبِ وَلَا يُطَالِيَهُ مِنْ خَاصِّ مِلْكِهِ \* وَقِيلَ: إِنَّهُ لَا يُطَالِيَهُ وَكَأَنَّ الْمُسْتَقْرِضَ أَخَذَهُ.

قال الرَّافِعِيُّ: من أحكام الغنيمَةِ أَنَّهُ يجوز التَّبَسُّطُ بِتَنَاوُلِ أُطْعَمَتِهَا قَبْلَ الْقِسْمَةِ، وَتُعْلَفُ الدُّوَابُّ مِنْ غَيْرِ عَوْضٍ؛ لَمَا رَوَى عَنْ ابْنِ عُمَرَ - رضي الله عنه - أَنَّ جَيْشاً غَنِمُوا طَعَاماً وَعَسَلًا عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ - ﷺ - فَلَمْ يَأْخُذْ مِنْهُمْ الْخُمْسُ، يَعْنِي مِمَّا تَنَاوَلُوهُ (١).

وعن ابنِ عُمَرَ - رضي الله عنه - قال: «كُنَّا نُصِيبُ فِي مَغَازِينِنَا الْعَسَلَ وَالْعَنْبَ فَنَأْكُلُهُ وَلَا نَدْفَعُهُ» (٢). وعن عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي أَوْفَى - رضي الله عنه - أَنَّهُ قَالَ: أَصَبْنَا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ - ﷺ - بـ «خَيْرٍ» طَعَاماً، وَكَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَّا يَأْخُذُ مِنْهُ قَدْرَ كِفَايَتِهِ (٣).

والمعنى فيه الْحَاجَةُ الدَّاعِيَةُ إِلَيْهِ، فَإِنَّ الطَّعَامَ يَعْزُ فِي دَارِ الْحَرْبِ، فَإِنَّهُمْ لَا يَبِيعُونَ مِنْهُمْ وَيَخْبَثُونَ وَيُخْرِزُونَ أُطْعَمَتَهُمْ، فَجَعَلَهَا الشَّارِعُ عَلَى الْإِبَاحَةِ.

وأيضاً: فقد يفسر إلى أن ينقل، وقد يتَعَدَّرُ نَقْلُهَا، أَوْ تَزْدَادُ مُؤَنَةٌ نَقْلُهَا عَلَيْهَا، وَيَتَعَلَّقُ بِهَذِهِ الْقَاعِدَةِ فُضُولٌ.

إحداها في جنس المَأْخُودِ والمنفعة المَجُوزَةَ لِلأَخْذِ والجنس وهو القُوتُ وما يصلح له القُوتُ واللَّحْمُ والشَّحْمُ، وَكُلُّ طَعَامٍ يُعْتَادُ أَكْلُهُ عَلَى الْعُمُومِ، وَلِعَلْفِ الدُّوَابِ التَّبْنِ وَالشَّعِيرِ وَمَا فِي مَعْنَاهُمَا.

وحكى الإمام وَجْهَيْنِ فيما يُؤْكَلُ غالباً، لكنَّهُ ليس من الأَقْوَاتِ كَالْفَوَاكِهِ، وَجْهُ الْمَنْعِ أَنَّهُ لَا يَتَعَلَّقُ بِهَا حَاجَةٌ حَائِثَةٌ، وَوَجْهُ الْجَوَازِ مَا رَوَيْنَا مِنَ الْعَنْبِ وَالْعَسَلِ (٤).

(١) رواه أبو داود [٢٧٠١] وابن حبان [١٦٧٠] والبيهقي [٥٩/٩] من حديث ابن عمر، ورجح الدارقطني وقفه.

(٢) رواه البخاري [٣١٥٤] بهذا.

(٣) رواه أبو داود [٢٧٠٤] والحاكم [١٢٦/٢ - ١٣٣ - ١٣٤] والبيهقي [٦٠/٩].

(٤) تقدم.

وعن ابن أبي أوفى - رضي الله عنه - قال: كُنَّا نَأْخُذُ مِنْ طَعَامِ الْمَعْتَمِ مَا نَشَاءُ<sup>(١)</sup> . . .  
أطلق الكلامَ إطلاقاً، وقد يحتاج إلى إقامة غير القوتِ مقامه عند شِدَّةِ الْحَاجَةِ.

قال الإمام: ويمكن أن تفصل بين ما يتسارع إليه الفسادُ، ويشقُّ نقله، وبين غيره، وكان صاحب الكتاب أشار بقوله: «وفي الفواكه الرطبة» إلى هذا المعنى، وتخصيص الخلاف بالرطبة مِثْلُ إلى الجزم بالمنع في غيرها، والجمهور جَوَّزُوا التَّبَسُّطَ فِي الْكُلِّ، ولم يذكروا خلافاً. والفانيدُ والسُّكْرُ والأذوية التي تندُرُ الحاجة إليها لا تُلْحَقُ بِالْأَطْعِمَةِ الْمُعْتَادَةِ لِتُدَوِّرَ الْحَاجَةَ إِلَيْهَا، فإن احتاج إليها مريضٌ منهم أخذ ما يحتاج إليه بالقيمة، وينبغي أن يُقال: يراجع أمير الجيوش فيه. هذا هو المشهور.

وعن «الحاوي» وجهان آخران:

أحدهما: الإباحة؛ لأنَّ تَنَاوَلَهَا عِنْدَ الْحَاجَةِ أَهْمٌ وَأَوْلَى بِالْتَّرْخِصِ.

والثاني: أن ما لا يُؤْكَلُ إِلَّا تَدَاوِيًا يُحْسَبُ عَلَيْهِ، وما يُؤْكَلُ لِلتَّداوي وغيره لا يُحْسَبُ، والمَنْفَعَةُ الْمُعْتَبَرَةُ فِي الْبَابِ هِيَ مَنْفَعَةُ الْأَكْلِ وَالشُّرْبِ وَالْعَلْفِ.

وفي جواز أخذ الشحوم والأدهان لتوقيع الدواب، وهو مسحها بالمذاب وهو المغلي منها، ولجربها وجهان نقلهما الإمام وصاحب الكتاب.

أحدهما: الْجَوَازُ كَعَلْفِهَا.

وأصحهما: وهو في سِيرِ الْوَأَقِدِيِّ الْمَنْعُ كَمَا فِي التَّداوي بِالْأدوية، وعلى الوجه الأول ينبغي أن يجوز الأدهان بها، ولا يجوز إطعام البراة والصقور من الغنيمه، بخلاف الدواب المحتاج إليها للرُكُوبِ والحمل، ولا يجوز أخذ سائر الأموال، ولا الانتفاع بها كلبس الثياب، وركوب الدواب، فلو خالف لزمته الأجره، كما يلزم الضمان إذا أتلف بعض الأعيان وروى عن زُوَيْفِعِ بْنِ ثَابِتِ الْأَنْصَارِيِّ - رضي الله عنه - أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - قَالَ: «مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ فَلَا يَرْكَبُ دَابَّةً مِنْ فِئَةِ الْمُسْلِمِينَ. حَتَّى إِذَا أَعْجَفَهَا رَدَّهَا إِلَيْهِ، وَمَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ، فَلَا يَلْبَسُ ثَوْباً مِنْ فِئَةِ الْمُسْلِمِينَ حَتَّى إِذَا أَخْلَقَهُ رَدَّهُ»<sup>(٢)</sup>.

(١) قال الحافظ: قال ابن الصلاح في كلامه على الوسيط: هذا الحديث لم يذكر في كتب الأصول، انتهى، وقد رواه الطبراني في الكبير من حديثه بلفظ: لم يخمس الطعام يوم خيبر، وفي الصحيحين عن عبد الله بن مغفل، قال: أصبت جراباً يوم خيبر من شحم - الحديث - فالتفت فإذا رسول الله فاستحييت منه، زاد الطيالسي في مسنده بإسناد صحيح فقال: هو لك.

(٢) رواه أحمد [١٠٨/٤ - ١٠٩] وأبو داود [٢٧٠٨] وابن حبان [١٦٧٥ - موارد] وزاد: وروى ذلك يوم حنين.

وإن وَقَعَتْ حَاجَةٌ لِيَزِيدَ وَغَيْرِهِ. قال القاضي الرُوَيْانِيُّ: يستأذن الإمام ويحسب عليه، ويجوز أن يَأْذَنَ فِي لُبْسِهِ بِالْأَجْرَةِ مُدَّةَ الْحَاجَةِ، ثُمَّ يَرُدُّهُ إِلَى الْمَغْنَمِ لَوْ لَا يَجُوزُ اسْتِعْمَالُ أَسْلِحَتِهِمْ أَيْضًا، إِلَّا أَنْ يُضْطَرَّ إِلَيْهَا فِي الْقِتَالِ، فَإِذَا انْقَضَى الْحَرْبُ رَدَّهُ إِلَى الْمَغْنَمِ<sup>(١)</sup>.

وعند أبي حنيفة: يجوز استعمال أسلحتهم، ويجوز ذبح الحيوانات المأكولة لحومها، كما يجوز تناول الأطعمة. وفي «البيان» حكاية وجه آخر؛ لأن الحاجة إليه تندرج والاعتماد على الأول ثم الذي يوجد لمعظم الأوصحاب صريحاً ودلالة، التسمية بين الغنم وسائر الحيوانات المأكولة، وهو الوجه.

وقال الإمام: ما يُمكنُ أَنْ يُسَاقَ يُسَاقُ، وَالغَنَمُ تُذْبَحُ؛ لِأَنَّ الْأَعْنَامَ كَالْأَطْعِمَةِ، وَلِذَلِكَ قَالَ ﷺ - حِينَ سُئِلَ عَنْ ضَالَّتَيْهَا: «هِيَ لَكَ، أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذَّئِبِ»<sup>(٢)</sup> وَأَشَارَ إِلَى أَنَّ جَوَازَ الذَّبْحِ يَخْتَصُّ بِالغَنَمِ، وَهَذَا قَضِيَّةٌ قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «وَلَا يَجُوزُ فِي الْحَيَوَانَاتِ إِلَّا فِي الْغَنَمِ، فَإِنَّهُ طَعَامٌ» ثُمَّ مَا يُذْبَحُ مِنْهَا يَجِبُ رَدُّ جِلْدِهِ إِلَى الْمَغْنَمِ، إِلَّا مَا يُؤْكَلُ مِنْهَا مَعَ اللَّحْمِ، وَلَا يَجُوزُ لِلذَّبْحِ أَنْ يَتَّخِذَ مِنَ الْجِلْدِ سِقَاءً، أَوْ حِدَاءً أَوْ شِرَاكًا، وَيَسْتَعْمَلُهُ، وَلَوْ فَعَلَ رَدُّ الْمَضْئُوعِ كَذَلِكَ وَلَا شَيْءَ لَهُ، وَإِنْ زَادَتْ قِيمَتُهُ بِالصَّنْعَةِ، وَإِنْ نَقَصَ فَعَلَيْهِ الْأَرْضُ، وَإِنْ اسْتَعْمَلَهُ مُدَّةً، فَعَلَيْهِ الْأَجْرَةُ.

وفي وجوب قيمة اللحم إذا ذبح الحيوان المجرور ذبحه وجهان:

في وجه: يجب لتدوير الحاجة إلى الذبح، والأصح المنع كما في الأطعمة، ودعوى التدوير ممنوعة.

وقوله في الكتاب: «ولا يجب قيمة اللحم، وإن أمكن سوق الغنم على أظهر الوجهين» أراد به هذين الوجهين، لكنه لما خصص جواز الذبح بالغنم أعاد هاهنا ذكر الغنم، وقد يشير قوله: «وإن أمكن سوق الغنم» إلى تخصيص الوجهين بما إذا أمكن السوق، وإلى القطع بأنه لا تجب القيمة إذا لم يمكن السوق، ولا يبعد عن قول من يمنع من ذبح ما سوى الغنم أن يمنع من ذبح الغنم التي يمكن سوقها.

## الفصل الثاني

في الأخذ، وقدر المأخوذ.

ويجوز أخذ العلف والطعام لمن يحتاج إليه، وإن كان معه ما يغنيه عنها، فوجهان.



عن ابن أبي هريرة أنه لا يجوز لاستيغنائيه عن أخذ حق الغير.

والأصح: وهو المذكور في الكتاب - أنه يجوز لإطلاق الأخبار والآثار الواردة في الباب، وكل من أخذ يأخذ بقدر كفايته، ويحتمل تفاوت الرغبة والزهادة، كما يحتمل تفاوت المشاهدين في السفر للحاجة.

قال في «التهديب»: ولهم التزود بقطع المسافة بين أيديهم، ولو أكل واحد فوق الحاجة، فقد حكى القاضي الروياني عن النص أنه يؤدي ثمنه إلى المغنم، وإذا كانت معه دابتان فصاعداً، فله أن يأخذ العلف لهما.

وفيه وجه: أنه لا يأخذ إلا لواحدة كما لا يهمل إلا لفرس واحد، ولو أخذ بغض الغانمين فوق الحاجة، وأضاف به غانماً آخر، أو غانمين، فلا بأس به، وليس فيه إلا أنه تولى الطبخ والإصلاح للطعام الذي يحتاج إليهما وتحمل التعب، وليس له أن يضيف به غير الغانمين، فإن فعل فعلى الأكل الضمان، والمضيف كمن يقدم الطعام المغضوب إلى الضيف فيأكله، فينظر أحوالهم بالحال أو جاهل.

والحكم على ما ذكرنا في «الغضب».

ولو أئلف بغض الغانمين من طعام الغنيمه شيئاً كان كما لو أئلف مالا آخر فيرد الضمان إلى المغنم؛ لأنه لم يستعمله في الوجه المسوخ شرعاً، وما يأخذه لا يملكه بالأخذ، ولكن أبيع له الأكل والأخذ كالضيف، ذكره الإمام وغيره.

ولو لحق الجند مدد بعد انقضاء القتال وحيارة الغنيمه هل لهم التبسط في أطعمتها، أطلق الإمام، وصاحب الكتاب فيه وجهين:

وجه الجواز: الحاجة لحضوره في دار الحرب التي هي مظنة عزة الطعام.

وأصحهما: المنع؛ لأنه معهم كغير الضيف مع الضيف.

ولم يورد «صاحب التهذيب» سوى وجه المنع، وهو موافق لما ذكرنا في «قسمة الغنائم» أن من لحق الجند في دار الحرب بعد حيازة الغنيمه لا يشاركهم في الغنيمه، وإن لحق قبل الحيازة، فأصح الوجهين أن الجواب كذلك.

ومن دخل من الغانمين دار الإسلام وقد فضل مما أخذه شيء، ففي وجوب رد

الفاضل إلى المغنم طريقان:

أحدهما: أن فيه قولين:

أصحهما: وهو الذي نقله المزي عن أنه يجب لزوال الحاجة وكون المأخوذ متعلق

حق الجميع.

والثاني: لا يجب؛ لأنه أخذَهُ وهو مُحتَاجٌ إليه، فأشبهَ الصَّيْدَ والحَطَبَ.

والثاني: وبه قال الشيخ أبو مُحَمَّدٍ: أَنَّ الكَبِيرَ الَّذِي لَهُ قِيَمَةٌ مَرْدُودٌ لَا مَحَالَةَ، والخِلَافُ فِي القَلِيلِ الَّذِي لَا يُبَالَى بِهِ كَكِسْرِ العُخْبِزِ، وَبِقِيَّةِ التَّبَنِ فِي المَحَالِيِّ، وَرَجَّحَ مُعْظَمُ الأَصْحَابِ الطَّرِيقَ الأوَّلَ، وَالَّذِي أوردَهُ فِي الكِتَابِ الثَّانِي، وَجَعَلَ الخِلَافَ وَجْهَيْنِ.

والمشهور القولان، وَيَحْضُلُ مِنَ الطَّرِيقَيْنِ عِنْدَ الاختِصَارِ ثَلَاثَةٌ أقْوَالٍ.

ثالثها: الفَرْقُ، وَيُحْكَى الفَرْقُ عَنِ مَالِكٍ، وَأحمد، وَعَنْ أَبِي حنيفة أَنَّهُ إِنْ كَانَ ذَلِكَ قَبْلَ القِسْمَةِ رَدَّهُ إِلَى المَغْنَمِ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَهَا بَاعَهُ، وَتَصَدَّقَ بِمَنْيِهِ، وَإِذَا أَوْجَبْنَا رَدَّ الفَاضِلِ، فَإِنْ لَمْ تُقَسِّمِ الغَنِيمَةَ بَعْدَ رَدِّهِ إِلَى المَغْنَمِ، إِنْ قُسِّمَتْ رَدَّهُ إِلَى الإِمَامِ، ثُمَّ إِنْ أَمَكْنَ تَفْرِيقَهُ كَمَا فُرِّقَتِ الغَنِيمَةُ، فَذَلِكَ وَإِلَّا لَيَعْرِفُ الغَانِمِينَ نَزَارَةَ ذَلِكَ المِقْدَارِ.

وَعَنِ الصَّيْدَلَانِيِّ: أَنَّهُ يُجْعَلُ فِي سَهْمِ المَصَالِحِ.

### الفصل الثالث

فِي مَكَانِ التَّبَسُّطِ وَهُوَ دَارُ الحَرْبِ الَّتِي يَعِزُّ فِيهَا الأَطْعِمَةُ عَلَى المُسْلِمِينَ، فَإِذَا انْتَهَوْا إِلَى عُمَرَانَ دَارِ الإِسْلَامِ، وَتَمَكَّنُوا مِنَ الشَّرَاءِ أَمْسَكُوا، وَلَوْ خَرَجُوا عَنِ دَارِ الحَرْبِ، وَلَمْ يَنْتَهُوا إِلَى عُمَرَانَ دَارِ الإِسْلَامِ، فَوَجْهَانِ:

أشبههما - وبه أجاب الروياني: جواز التَّبَسُّطِ؛ لِبَقَاءِ الحَاجَةِ الدَّاعِيَةِ إِلَيْهِ، فَإِنَّهُمْ لَا يَجِدُونَ مِنْ يَشْتَرُونَ مِنْهُ وَلَا يُصَادِفُونَ<sup>(١)</sup> سَوْقًا.

والثاني: المَنْعُ؛ لِأَنَّ مِظْلَةَ الحَاجَةِ دَارُ الحَرْبِ، فَيُنَاطُ الحُكْمُ بِهِ، وَعَلَى العَكْسِ لَوْ وَجَدُوا سَوْقًا فِي دَارِ الحَرْبِ، وَتَمَكَّنُوا مِنَ الشَّرَاءِ، فَقَدْ ذَكَرَ صَاحِبُ الكِتَابِ فِي جَوَازِ التَّبَسُّطِ وَجْهَيْنِ لِأَنعَكَاسِ التَّوْجِيهِينِ.

وَرَأَى الإِمَامُ القَطْعَ بِالجَوَازِ وَالحَالَةَ هَذِهِ، وَقَالَ: لَمْ أَرِ أَحَدًا يَمْنَعُ التَّبَسُّطَ بِهَذَا السَّبَبِ، وَنَزَلُوا دَارَ الحَرْبِ فِي أَمْرِ الطَّعَامِ مَنْزِلَةَ السَّفَرِ فِي الرُّخْصِ، فَإِنَّ الرُّخْصَ وَإِنْ أَثَبَّتْ كَمَشَاقِ السَّفَرِ، فَالْمَتْرَفَةُ الَّتِي لَا كَلْفَةَ عَلَيْهِ يُشَارِكُ فِيهَا المَشْقُوقُ عَلَيْهِ، وَذَكَرَ أَنَّهُ لَوْ كَانَ لِجَمَاعَةٍ مِنَ الكُفَّارِ مَعْنَا مُهَادَنَةً، وَكَانُوا لَا يَمْتَنِعُونَ مِنَ المَبَايَعَةِ وَالمُشَارَاةِ مَعَ الَّذِينَ يَطْوُقُونَهُمْ مِنَ المُسْلِمِينَ، فَالْأَطْعِمَةُ وَجُوبُ الكَفِّ عَنِ الأَطْعِمَةِ المَغْنَمِ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ دِيَارُ المُهَادِنِينَ مَعْزِيَةً<sup>(٢)</sup> إِلَى دَارِ الإِسْلَامِ وَالبِلَادِ الَّتِي يَقْطُنُهَا أَهْلُ الذِّمَّةِ أَوْ العَهْدِ، وَهِيَ فِي قَبْضَةِ المُسْلِمِينَ بِمَثَابَةِ دَارِ الإِسْلَامِ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ لِلْمَتَمَكِّنِ مِنَ الشَّرَاءِ مِنْهُمْ.

(٢) فِي الرُّوْضَةِ: مُضَافَةٌ.

(١) فِي ز: يَجِدُونَ.

وَنَحْتِمُ هَذِهِ الْفُصُولَ بِفُرُوعٍ: مِنْهَا: وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ: لَيْسَ لِلْغَنَامِ أَنْ يُفْرَضَ مَا أَخَذَهُ مِنَ الطَّعَامِ أَوْ الْعَلْفِ مِنْ غَيْرِ الْغَنَامِيِّينَ، أَوْ يَبِيعَهُ، وَإِنْ فَعَلَ، فَعَلَى مَنْ أَخَذَهُ رَدُّهُ إِلَى الْمَعْتَمِّ، وَإِنْ أَقْرَضَهُ غَنَامًا آخَرَ، فَفِيهِ وَجْهَانِ:

أحدهما: أَنْ لِلْمَقْرَضِ مُطَالَبَةَ الْمُسْتَقْرِضِ بِعَيْنِهِ، أَوْ بِمِثْلِهِ مَا دَامَا فِي دَارِ الْحَرْبِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا أَخَذَ صَارَ أَحَقُّ بِهِ، وَلَمْ تَزَلْ يَدُهُ عَنْهُ إِلَّا بِبَدَلٍ.

والثاني: وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ: أَنَّهُ لَا مُطَالَبَةَ، وَلَا يَنْزَمُهُ الرُّدُّ؛ لِأَنَّ الْمُسْتَقْرِضَ مِنْ أَهْلِ الْأَسْتِحْقَاقِ. وَأَيْضًا إِذَا حَصَلَ فِي يَدِهِ، فَكَانَهُ أَخَذَهُ بِنَفْسِهِ.

وَالْوَجْهَ الثَّانِي أَصَحُّ عِنْدَ الْإِمَامِ، وَنَظَّمَ الْكِتَابَ يَقْتَضِي تَرْجِيحَ الْأَوَّلِ، وَبِهِ قَالَ أَكْثَرُهُمْ، وَحَكَوْهُ عَنْ نَصِّهِ فِي سَبِيْرِ الْوَأَقِدِيِّ.

وَالْوَجْهَانِ مُتَّفِقَانِ عَلَى أَنَّهُ لَيْسَ ذَلِكَ قَرْضًا مُحَقَّقًا؛ لِأَنَّ الْأَخْذَ لَا يَمْلِكُ مَا يَأْخُذُهُ حَتَّى [يَمْلِكَهُ] <sup>(١)</sup> لغيره، وَلِذَلِكَ قَالَ صَاحِبُ الْوَجْهِ الْأَوَّلِ: إِنَّهُ يُطَالِبُهُ بِرَدِّ مِثْلِهِ مِنَ الْمَعْتَمِّ لَا مِنْ خَاصِّ مِلْكِهِ. وَلَوْ رَدَّ عَلَيْهِ مَنْ خَالِصٍ مِلْكِهِ لَمْ يَأْخُذْهُ الْمَقْرَضُ؛ لِأَنَّ غَيْرَ الْمَمْلُوكِ لَا يَقَابِلُ الْمَمْلُوكَ، حَتَّى لَوْ لَمْ يَكُنْ فِي الْمَعْتَمِّ طَعَامٌ آخَرَ تَسْقُطُ الْمُطَالَبَةُ، وَإِذَا رَدَّ مِنَ الْمَعْتَمِّ صَارَ الْأَوَّلُ أَحَقُّ بِهِ؛ لِحَصُولِهِ فِي يَدِهِ.

وَعَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ إِذَا دَخَلُوا دَارَ الْإِسْلَامِ انْقَطَعَتْ حُقُوقُ الْغَنَامِيِّينَ عَنْ أَطْعَمَةِ الْمَعْتَمِّ، فَيُرَدُّ الْمُسْتَقْرِضُ عَلَى الْإِمَامِ. وَإِذَا دَخَلُوا دَارَ الْإِسْلَامِ، وَقَدْ بَقِيَ عَيْنُ الْمُسْتَقْرِضِ فِي يَدِ الْمَعْتَمِّ، بُنِيَ ذَلِكَ عَلَى أَنَّ الْبَاقِيَّ مِنَ طَعَامِ الْمَعْتَمِّ هَلْ يَجِبُ رَدُّهُ إِلَى الْمَعْتَمِّ؟

إِنْ قُلْنَا: نَعَمْ. رَدُّهُ إِلَى الْمَعْتَمِّ.

وَإِنْ قُلْنَا: لَا. فَإِنْ جَعَلْنَا لِلْقَرْضِ اغْتِيَارًا، فَيُرَدُّ إِلَى الْمُقْرِضِ. وَإِنْ قُلْنَا: لَا اعْتِبَارَ لَهُ، فَلَا يَنْزَمُهُ شَيْءٌ. هَذَا مَا يُوَافِقُ اخْتِيَارَ الشَّيْخِ أَبِي حَامِدٍ، لَكِنْ الْمَخْجِي عَنْهُ هَاهُنَا أَنَّهُ يَرُدُّهُ إِلَى الْمُقْرِضِ.

وَمِنْهَا: أَنَّهُ لَوْ بَاعَ الْغَنَامُ مَا أَخَذَهُ مِنْ غَنَامٍ آخَرَ، فَهَذَا إِبْدَالٌ مُبَاحٌ بِمُبَاحٍ، وَهُوَ كِإِبْدَالِ الضَّيْفَانِ لُقْمَةً بِلُقْمَةٍ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَوْلَى بِمَا تَنَاوَلَهُ مِنْ يَدِ الْآخَرَ، وَكُلُّ تَبَايَعًا صَاعًا بِصَاعَيْنِ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ رِبَاً؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُعَاوَضَةٍ مُحَقَّقَةٍ <sup>(٢)</sup>، بَلْ هُوَ كَمَا لَوْ كَانَ فِي

(١) فِي ز: يَأْخُذُ.

(٢) اسْتَشْكَلَ فِي الْمَهْمَاتِ تَبَعًا لِلْقَمُولِيِّ إِبَاحَةَ هَذَا الْعَقْدِ مَعَ فِسَادِهِ، وَقَدْ قَالُوا: إِنْ تَعَاطَى الْعُقُودَ الْفَاسِدَةَ حَرَامٌ.

قَالَ فِي الْخَادِمِ: وَهَذَا عَجِيبٌ لِأَنَّهُمْ لَمْ يَقُولُوا إِنْ هَذَا عَقْدٌ، وَإِنَّمَا هُوَ إِبَاحَةٌ مِنْ خِصَائِصِ طَعَامِ الْحَرْبِ وَلِهَذَا قَصَرُوهُ عَلَى بَيْعِ الْمَأْكُولِ بِالْمَأْكُولِ كَمَا كَانَ مَقْصُورًا عَلَى إِبَاحَةِ الْمَأْكُولِ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَهُ بِذَهَبٍ وَلَا وَرَقٍ كَمَا صَرَحَ بِهِ الْحَاوِي.

يد عبده طعاماً فتبائعاً صاعاً بصاعين. قال الإمام: ومن جعلَ للقرضِ اختياراً يلزمه أن يجعل للبيع اختياراً حتى يجب على الآخذِ تسليمُ صاع إلى بائعه. وإن تبائعاً صاعاً بصاعين، فإن سلم بائع الصاع الصاع لم يملك إلا طلب صاع بسببها بالقرض، وإن سلم للآخر الصاعين لم يطلب إلا صاعاً، ويحمل الزائد على البذل والإيثار. ومنها قضية ما يكون المأخوذُ مباحاً للغنم غير مملوك أنه لا يجوز له ألا يأكل طعامه، ويصرف المأخوذُ إلى حاجةٍ أخرى بدلاً من طعامه، بخلاف مثله في الزكاة، كما لا يتصرف [الضيف] فيما قدم إليه بالأكل.

ومنها: قال الإمام: إذا قلَّ الطعامُ واستشعر قائد الجند الأزدحام والتنازع عليه، جعله تحت يده وقسمه على المحتاجين على مقدار الحاجات، وله أن يمنع من مزاحمة أصحاب الحاجات من معه ما يكفيه.

قال الغزالي: (والحكم الثاني للغنيمية) أنه يسقط بالإغراض قبل القسمة ولا يسقط بعدها \* وهل يسقط بعد إفراد الخمس؟ فيه خلاف \* والظاهر أنه يسقط \* وقوله: اختزت الغنيمه هل يمتنع عن الإغراض بعده؟ فيه وجهان \* ولو أعرض جمع الغانمين لم يصح على وجه \* وينصرف إلى مصرف الخمس على وجه \* وإغراض ذوي القربى بأجمعهم عن سهمهم لا يصح على أحد الوجهين \* ويصح إغراض المفلس وإن أحاطت به الديون \* ولا يصح إغراض السفيه \* ولا يصح إغراض الصبي إلا إذا بلغ قبل القسمة \* ولا يصح إغراض العبد عن الرضخ \* ويصح إغراض سيده \* وفي صحة الإغراض عن السلب والسلب متعين وجهان.

قال الرافعي: ومن أحكام الغنيمية أنه يسقط حق الغنم بالإغراض عن الغنيمية، وتركها قبل القسمة، ووجه بأن المقصود الأعظم في الجهاد إغلاء الدين والدب عن الملة، والغنائم تابعة فمن أعرض عنها فقد أخلص بغض الإخلاص وجرده قضده للمقصود الأعظم، وأن الغنيمية لا يملكها الغنم قبل القسمة، وإنما يملك أن يتملك، فالحق فيه كحق الشفعة، وفي هذا خلاف سيأتي إن شاء الله تعالى على الأثر، وقد تركت التوجيه فيهما فيقال: إن لم يملك، فهو كحق الشفعة، وإن ملك فما ينبغي أن يكون مستقراً، ليمكن من تمحيض الجهاد لغرضه الأعظم.

ولو قال أحدهم: وهبت نصيب من الغانمين، ففيه وجهان عن أبي إسحاق: أنه يصح، ويكون إسقاطه لحقه الثابت له. عن ابن أبي هريرة أنه إن أراد الإسقاط فذاك، وإن أراد التملك لم يصح؛ لأنه مجهول، وهذا قوي.

وفي «الشامل»: أن الأصح الأول، وأما بعد القسمة فيستقر الملك ويسقط

بالإغراض؛ كسائر الأملاك، ولو أفرز الخمس، ولم يقسم الأخماس الأربعة بعد، ففي صحّة الإغراض وجهان - ويقال: قولان:  
الثاني فيهما مخرّج.

أصحهما: أنه يصح؛ لأن [إفرازاً] <sup>(١)</sup> الخمس لا يعين حق الواحد بالواحد من الغانمين [حقه منهم] فيلزمهم في حقوقهم على ما كانوا من قبله.

والثاني: ويُنسب إلى ابن سريج: أنه لا يصح، لأن إفراز الخمس تميّز حقوقهم عن الجهات المانعة <sup>(٢)</sup>، ويصير الثاني لهم كسائر الأموال المشتركة.

قال الإمام: والذي أراه في تنزيل القول المخرّج تخصيصه بما إذا استقسم الغانمون الإمام، فإنه يشعر باختيار التملك، وتأكيد الحق، دون ما استبد الإمام بإفراز الخمس، فإنهم لم يحدثوا ما يشعر بقصد التملك، ومن قال: اخترت الغنيمة، هل يمنعه ذلك من الإغراض؟  
فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ فقد يتغير الرأي في الشيء المغزوم عليه، والاستقرار لا يحصل قبل القسمة.

والثاني: نعم - كما أن من له الخيار في العقود إذا اختار أحد الطرفين لا يعدل إلى الآخر، ولعل هذا أشبه، ولو عرض الغانمون بأجمعهم، ففي صحّة إغراضهم وجهان:

أحدهما: لا يصح؛ لأننا لو صحّحتنا لصرفنا حقوقهم إلى مصارف الخمس، وليس لتلك المصارف إلا الخمس على ما قال الله تعالى: ﴿فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ...﴾ [الأنفال: ٤١] الآية.

وأصحهما: وبه أجاب في «التهذيب» أنه يصح ويصرف الأخماس الأربعة إلى مصارف الخمس؛ لأن المعنى المصحح للإغراض يشمل الواحد والجمع، وأما الخمس لما سوى ذوي القربى من مصاريف جهات عامة لا يفرض فيه إغراض، وفي صحّة إغراض ذوي القربى عن سهمهم وجهان:

أحدهما: يصح كما يصح إغراض الغانمين.

وأظهرهما: على ما ذكره الإمام: المنع، ووجه بأن سهمهم منحة أثبتها الله - تعالى - لهم من [غير] <sup>(٣)</sup> معاناة وشهود وقعة، فليسوا كالغانمين الذين يحمل شهودهم

(٢) في الروضة: العامة.

(١) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

على إغلاء كلمة الله - تعالى - والمُفْلِسُ الذي حَجَرَ عليه القَاضِي لِإِحَاطَةِ الدُّيُونِ به، يصح إغراضه؛ لأن اِخْتِيَارَ التَّمْلِكِ بِمَثَابَةِ ابْتِدَاءِ الاِكْتِسَابِ؛ وليس على المُفْلِسِ الاِكْتِسَابُ.

وأيضاً فالإغراضُ بِمَنْحِ الجِهَادِ لِلدَّارِ الآخِرَةِ، والمُفْلِسُ فيه كغيره. قال الإمام: ولو كان الغانمُ سَفِيهاً مَحْجوراً عليه، ففي صِحَّةِ إغراضه تَرَدُّدٌ، وَلَعَلَّ الظَّاهِرَ أن حَقَّهُ يلزم وليس له إسقاطُ المَلِكِ، أو إسقاطُ حَقِّ المَلِكِ، فلو صار رَشِيداً قبل القِسْمَةِ، وانفكَّ الحَجْرُ عنه، صَحَّ إغراضه، ولا يَصِحُّ إغراضُ الصَّبِيِّ عن الرِّضخ، ولا إغراضُ الولي عنه، فإن بَلَغَ قبل القِسْمَةِ، صَحَّ إغراضه، ولا يَصِحُّ إغراضُ العبد<sup>(١)</sup> عن الرِّضخ، ويصح إغراضُ سيده فإنه حقه وهل يَصِحُّ إغراضُ السَّالِبِ عن السَّلْبِ؟.

فيه وجهان عن رِوَايَةِ الشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ:

أحدهما: نعم كإغراضِ سائرِ الغانِمِينَ عن الغَنِيمَةِ.

والثاني: لا، لأنه متعين عليه لتعين الحِصصِ بالقِسْمَةِ.

وأيضاً فإنه لما كان مُتَعِيناً كان شَبِيهاً بالوَارِثِ، وإلى هذا التَّوَجِيهِ أشار بقوله في الكتاب «والسالب متعين» وشبَّه الإمام هذا الخِلافَ بالخلافِ في إغراضِ جميعِ الغانمِينَ عن الغنِمةِ فإن جُمْلَةَ المَعْنُومِ مُتَعِينَةٌ لهم، وقد يرجح الثاني، ويؤيِّدُه ظاهرُ قوله - ﷺ -: «مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا فَلَهُ سَلْبُهُ»<sup>(٢)</sup>.

قال الغَزَالِيُّ: وَمَنْ أَعْرَضَ عَنِ الغَنِيمَةِ قُدْرَ كَأَن لَمْ يَكُنْ وَقَسَّمَ عَلَى الباقِينَ.

قال الرَّافِعِيُّ: فيه ثلاثُ مسائل:

إحداها: الصحيح أن من أعرض عن الغنِمةِ يقدر، كأنه لم يحضر مع القَوْمِ، وَيَقْسَمُ المَالُ حُمْساً وَأَرْبَعَةَ أْحْمَاسٍ، وفيه وجه: أن نَصِيبَ المُعْرَضِ يضم إلى الخُمْسِ؛ لأن المَعَانِمَ في الأضَلِّ لله - تعالى - على ما قال تعالى: «قُلِ الْأَنْفَالُ لِلَّهِ وَالرُّسُولِ» [الأنفال: ١] فمن أعرض رجعت حِصَّتُهُ إلى أصلها، فيجوز أن يُعَلِّمَ لهذا قوله: «على الباقين» بالواو، والمراد بالباقي باقي المُسْتَحَقِّ، لا باقي الغانمِينَ.

قال الغَزَالِيُّ: وَلَوْ مَاتَ قَبْلَ الإِغْرَاضِ قَامَ الوَارِثُ مَقَامَهُ \* وَمِنْ هَذَا نَشَأَ خِلافٌ فِي المَلِكِ فَبِئْسَ قَوْلٌ لَا تُمْلِكُ الغَنِيمَةَ إِلاَّ بِالقِسْمَةِ \* وَفِي قَوْلٍ: تُمْلِكُ بِالأَسْتِيْلَةِ مِلْكَاً ضَعِيفاً

(١) محله في غير المكاتب، أما المكاتب فيصح إغراضه بإذن سيده على الأصح كما قاله في الخادم.

(٢) تقدم في الفيه.

وَيَسْقُطُ بِالْإِعْرَاضِ \* وَفِي قَوْلِ هُوَ مَوْقُوفٌ إِلَى الْقِسْمَةِ وَالْإِعْرَاضِ .

قال الرافعي: إذا مات واحد من الغانمين، ولم يعرض، انتقل حقه إلى الورثة؛ لأنه ثبت له ملك، أو حق ملك، وكل موروث إن شاءوا أعرضوا، وإن شاءوا طلبوا.

الثالثة: هل يملك الغانمون الغنيمة قبل القسمة؟ فيه ثلاثة أوجه جمعها صاحب «التقريب»:

أظهرها: وبه قال ابن سريج: أنه لا يملك لهم قبل القسمة، وإنما يملكون أن يملكو بدليل صحة الإعراض، كما شاءوا، ولو ملكوا بالاستيلاء لما سقط ملكهم بالإعراض، كملك من اختش أو اختطب.

وأيضاً فالإمام أن يخص كل طائفة بنوع من المال، ولو ملكوا لم يجز إبطال حقه عن بعض الأنواع بغير اختيارهم.

والثاني: يملكون [بالحيازة]<sup>(١)</sup> والاستيلاء التام؛ لأن الاستيلاء على ما ليس بمغصوم بين الأموال سبب للملك، وأيضاً فإن ملك الكافر يزول بالاستيلاء، ولو لم يملكها المسلمون لكان ذلك ملكاً لا مالك له.

نعم هو ملك ضعيف يسقط بالإعراض، ولذلك نقول: لا تجب الزكاة فيه مثل اختيار التملك على الأظهر.

والثالث: أن ملكهم موقوف إن سلمت الغنيمة إلى أن اقتسموا بأنهم ملكوها بالاستيلاء، وإلا فإن تلفت أو أعرضوا تبيها عدم الملك، ووجه بأن قصد الاستيلاء على المال لا يتحقق إلا بالقسمة؛ لما سبق أن المال تابع في الجهاد، والغرض الأصلي إغلاء كلمة الله - تعالى - فإذا اقتسموا تبينا قصد التملك بالاستيلاء، فتبين حصول الملك.

قال الإمام - رحمه الله - : وإذا قلنا بالوقف فلا نقول: تبين بالقسمة أن حصة كل واحد من الغانمين على التعيين صارت ملكاً بالاستيلاء، ولكن نقول: إذا اقتسموا تبيها أنهم ملكوا الغنائم أولاً ملكاً مشاعاً، ثم بالقسمة تميز الحصص وعن رواية صاحب «التقريب» وجه بعيد أنه يتبين بالقسمة أن كل واحد منهم ملك حصته على التعيين.

وقوله في الكتاب: «ومن هذا نشأ الخلاف في الملك» يعني في صورتين المذكورتين من قبل، وهو أنه يجوز الإعراض، وأنه إذا مات قام وارث الغانم مقامه وأن جواز الإعراض قبل القسمة يدل على عدم الملك حينئذ، واحتج بقيام الوارث مقامه على ثبوت الملك، إلا أن هذا الاحتجاج لا يتضح؛ لأن حق الملك مؤزوت لحقيقة

المَلِك، وَتَسَاهَلَ صَاحِبُ الْكِتَابِ فِي التَّعْيِينَ عَنِ الْخِلَافِ بِالْأَقْوَالِ، وَالْمَشْهُورِ الْوَجْوهِ .  
وَنَخْتَمُ الْفَضْلَ بِفَائِدَتَيْنِ :

إحدهما: في كلام الأَصْحَابِ تصریح بأن الْعَانِيَيْنِ، وإن لم يملكوا الْعَنَائِمَ، فمن قال منهم: اخترت مَلِكٌ نصيبي من الغنيمة ملكه، وقد بيَّنَّا ذلك في «كتاب الزكاة» عند ذكر الرُّكَاةِ في الغنيمة، وإذا كان كذلك، فالاعتبارُ باختيارِ التَّمَلِّكِ لا بالقسمة، إنما يعتبر لتضمنها اختيار التملك، ويتأكد هذا الوجه الذي فسر أنه إذا اختاروا الْعَنِيمَةَ لا يَصِحُّ الإعراض بعده .

والثانية: ذكر هاهنا، وفي «الزكاة» أن للإمام أن يُقَسِّمَ [الْعَنِيمَةَ] <sup>(١)</sup> قسمة تحكم، فيخص بعضهم ببعض الأنواع، وببعض الأعيان، وحينئذ فإذا قلنا: إن المَلِكُ يَسْتَقِرُّ بالقِسْمَةِ، فيريد به عَالِبُ الأَمْرِ، وهو ما إذا رَضِيَ الْعَانِمُ بالقِسْمَةِ وقبل ما عَيَّنَهُ الإمام . فأما إذا أعرض ورد، فينبغي أن يَجُوزَ له ذلك .

وذكر صاحب «التهذيب» خلافاً في هذه الصورة، فقال: إذا أفرز الإمام الخُمُسَ وأفرز نَصِيبَ كُلِّ واحد منهم أو أفرز لكل طائفة شيئاً معلوماً، فهل يملكون قبل اختيار التَّمَلِّكِ؟ .

فيه وجهان:

الأصح أنهم لا يملكون حتى لو ترك بعضهم حقه، ينزل إلى الباقي .

قال العزالي: وَيَتَفَرَّعُ عَلَى الْأَقْوَالِ مَسَائِلُ: (الأولى) أَنَّهُ لَوْ وَقَعَ فِي الْمَغْتَنَمِ بَعْضُ مَنْ يُعْتَقُ عَلَى الْعَانِيَيْنِ لَمْ يُعْتَقِ حِصَّتُهُ مَا لَمْ يَقَعْ فِي حِصَّتِهِ وَلَمْ يَمْنَعَهُ ذَلِكَ عَنِ الْإِعْرَاضِ \* وَلَوْ أَسْتَوْلَدَ جَارِيَةً وَقُلْنَا: لَا يَمْلِكُ فَلَا حَدَّ وَلَا يَنْفَعُ الْأَسْتِيلَادَ فِي نَصِيْبِهِ \* فَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُ فَفِي نَفُوذِهِ فِي حِصَّتِهِ وَجِهَانِ \* وَقِيلَ: إِنْ قُلْنَا يَمْلِكُ لِيُضْعِفَ الْمَلِكُ نَفْدَ \* وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَمْلِكُ فَقَوْلَانِ كَأَسْتِيلَادِ الْأَبِ جَارِيَةَ الْأَيْبِنِ \* وَمِنْ هَذَا خُرُجُ قَوْلٍ فِي أَنَّ نَصِيْبَهُ مِنَ الْقَرِيبِ يُعْتَقُ عَلَيْهِ \* وَإِنْ نَفْدَ فِي نَصِيْبِهِ وَهُوَ مُوسِرٌ بِمَا يُخْصُهُ مِنَ الْغَنِيمَةِ أَوْ لِغَيْرِهِ سَرَى وَالْوَلَدُ حُرٌّ (ح) جَمِيعُهُ \* وَفِي وُجُوبِ حِصَّةِ غَيْرِهِ مِنْ قِيَمَةِ الْوَلَدِ قَوْلَانِ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ يَنْتَقِلُ الْمَلِكُ إِلَيْهِ قَبِيلُ الْعُلُوقِ أَوْ بَعْدَهُ كَمَا فِي الْجَارِيَةِ الْمُشْتَرَكَةِ \* وَوَلَدُهُ عَلَى كُلِّ حَالٍ حُرٌّ وَنَسِيبٌ (ح) وَلَكِنْ لَوْ كَانَ مُغْسِراً وَوَقَّفَ الْأَسْتِيلَادَ عَلَى بَعْضِهِ فَيُعْتَقُ جَمِيعُ الْوَلَدِ أَوْ بَعْضُهُ فِيهِ خِلَافٌ \* وَيَخْرِي فِي وُلْدِ الْجَارِيَةِ الْمُشْتَرَكَةِ لَكِنْ الْأَظْهَرُ أَنَّ الشَّرَكَةَ شُبْهَةٌ تَوْجِبُ حُرِّيَةَ الْوَلَدِ \* نَعَمْ مَنْ نَصَفَهَا حُرٌّ وَنَصَفَهَا رَقِيقٌ فَوَلَدُهَا يَتَبَعُ فِي الرُّقِّ إِذْ لَا شُبْهَةَ \* وَأَمَّا الْحَدُّ فَلَا يَجِبُ \* وَالْمَهْرُ يَجِبُ جَمِيعُهُ إِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ لَا يَمْلِكُ لَهُ وَيُوضَعُ

(١) سقط في ز.



في المَعْتَمِ \* وَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُ حُطَّ عَنْهُ قَدْرَ حِصَّتِهِ.

قال الرَّافِعِيُّ: ذكر في «الوسيط» مفرعاً على الخِلافِ المذكور في مِلْكِ الْقِسْمَةِ ثلاث مسائل:

أحداها: فيما إذا سَرَقَ بَعْضُ الْغَانِمِينَ من الغنيمة.

والثانية: فيما إذا وَقَعَ في المَعْتَمِ بَعْضٌ من يعتق على بعضهم.

والثالثة: فيما إذا وَطِئَ بَعْضُهُمْ جَارِيَةً من المَعْتَمِ واستَوْلَدَهَا وهاهنا ذكر أنه يَتَفَرَّغُ على الأقوال مَسَائِلِ الْأُولَى كذا لكنه لم يعقب الأولى بثانية وثالثة بل أهمل الأولى، وأخْلَطَ الكلام في عِتْقِ الْقَرِيبِ بِالْإِسْتِيلَادِ، ويمكن تَنْزِيلُ الْمَسَائِلِ على غير ما رتب في «الوسيط» وحملها على صَوْرِ الْكِتَابِ، وإن لم يَتَلَفَّظْ بِالثَّانِيَةِ والثالثة، ونحن نُورِدُ فِقْهَ الْمَسَائِلِ الثَّلَاثِ مُتَوَجِّهِينَ لِلْإِخْتِصَارِ:

أما الأولى: فإذا سَرَقَ أَحَدُ الْغَانِمِينَ من مَالِ الْغَنِيمَةِ قبل إِفْرَازِ الْقِسْمَةِ، لم يقطع حُرّاً كان أو عَبْدًا؛ لأن له في خُمُسِ الْخُمُسِ حَقًّا، ولأن له في الْأَخْمَاسِ الْأَرْبَعَةَ حَقًّا، وإن أَفْرَزَ الْخُمُسَ، فإن سرق منه لم يُقَطَّعْ أيضاً للمعنى الأول، وإن سَرَقَ من الْأَخْمَاسِ الْأَرْبَعَةِ، فإن سَرَقَ قَدْرَ نَصِيبِهِ أو أَقَلَّ أو أَكْثَرَ لكنه لم تبلغ الزيادة نصاباً لم يُقَطَّعْ، وإن بَلَغَتْ فوجهان:

أحدهما: أنه يُقَطَّعْ، وهذا الوجه ذَكَرْنَاهُ في أن أَحَدَ الشَّرِيكِينَ إذا سَرَقَ من المَالِ المشترك ما يَزِيدُ على نَصِيبِهِ بِنِصَابٍ يُقَطَّعْ.

وأظهرهما: أنه لا يُقَطَّعْ، وإن حكمنا هناك بالقطع؛ لأن حَقَّ كُلِّ وَاحِدٍ من الغانمين [مُتَعَلِّقٌ بِجَمِيعِ الْمَعْتَمِ؛ لأنه يجوز أن يعرض الباقون] (١) فيكون الكُلُّ له، وعلى كُلِّ حال فيسترد المسروق إن كان باقياً، وبَدَلَهُ إن كان تالفاً، ويجعل في الْغَنِيمَةِ، ومن عَلَّ في الغنيمة من الغانمين عَزْرَ، والذي رَوَى أن رَجُلًا عَلَّ في الْغَنِيمَةِ فَأَحْرَقَ النَّبِيَّ - ﷺ - رَجُلَهُ.

قال الشافعي - رضي الله عنه -: لو صَحَّ لَقُلْتُ (٢) به، ويريد أنه لم تظهر صِحَّتُهُ، وبتقدير الصَّحَّةِ فقد حمل على أنه كان ذلك في مَبْدَأِ الْأَمْرِ، ثم نُسِخَ، وإن سرق غير الغانمين، نُظِرَ إن كان له في الْغَانِمِينَ وَلَدٌ أو والد أو عبد، فهو كسرقه الْغَانِمِ، وإلا فإن سَرَقَ قبل إِفْرَازِ الْخُمُسِ، فهو كما لو سَرَقَ مَالَ بَيْتِ الْمَالِ؛ لأن فيه مالا لبيت المال

(١) سقط في ز.

(٢) أخرجه أبو داود [٢٧١٥] والحاكم [١٣١/٢] والبيهقي [١٠٢/٩] من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: أن رسول الله ﷺ وأبا بكر وعمر أحرقوا متاع الغال، وضرَبوه، ومنعوا سهمه.

وإن سرق بعد إفرَازِ الخُمُسِ، فإن سرق من الأَخمَاسِ الأربعة قُطِعَ، وإن سرق من الخمس قَبْلَ أن يخرج خُمُسُهُ، أو سرق من خُمُسِ المصالح بعد إفرَازِهِ، فهو كَسْرِقَةٍ مَالِ بَيْتِ المَالِ، وإن سَرَقَ من أربعة أخماسه، لم يُقَطَّعَ، إن كان من أهلِ اسْتِحْقَاقِهَا، وإلا فوجهان:

أظهرهما: القُطْعُ.

ووجه الآخر: أنه يَجُوزُ أن يصيرَ من أهلِ اسْتِحْقَاقِهَا.

وأما المسألتان الأخرى [فالرأي] (١) أن نذكر مسألة الوطء والاستيلاء، ثم مسألة عتق القريب، وكذلك وقعتا في كلام الشافعي - رضي الله عنه - فإذا وطئ أحد الغانمين جارية من الغنيمة قبل القسمة، فلا حدّ عليه خلافاً لمالك، ويوافقهُ قولٌ قديمٌ مذكورٌ في وُطْءِ أحدِ الشريكين الجارية المشتركة.

وجه المذهب أن له فيها ملكاً أو شبهة ملك، فيأفع الحد، كما في وُطْءِ الأبِ جارية الابن، ويُعزَّرُ إن كان عالماً بالتحريم، وإن كان جاهلاً يُقربُ عَهْدِهِ بالإسلام، فينهى عنه ويُعرَّفُ الحُكْمَ، وإذا لم يتعلق به الحد، فيتعلق به المهر، وينظر إن كان الغانمون مَحْضُورِينَ يَتَبَسَّرُ ضَبْطُهُمْ، فقد ذكر القاضي ابنُ كَجَّ والإمام أن حُكْمَ المَهْرِ يُبْنَى على الخِلافِ في أن الغنيمة هل تُملكُ قبل القسمة؟. إن قلنا: لا، فعليه تمام مهر المثل، يؤخذ ويجعل من المغنم، ويقسم كما تقسم الغنيمة.

وإن قلنا: إن كل واحد يملك بقدر حصته غرم من المهر حصّة الخُمُسِ، وحصّة غيره من الغانمين، ويسقط منه حصته. وهذا هو المنصوص، وظاهر المذهب، لا من جهة الأصل المذكور، فقد ذكرنا أن الظاهر أن الغنيمة لا تملك قبل القسمة، ولكنه يوجه بأنه وطئ في غير ملك سقط فيه الحد، ويجب المهر كوطء الأب جارية الابن، وإنما يسقط قسطه؛ لأن المهر مقسوم كالغنيمة، فلا معنى لأخذ قسطه، وردّه عليه.

قال الإمام: وقضية الوجه الذي نقله صاحب «التقريب» أن من وقع في حصته شيء من المغنم تبين كونه مالكا ذلك الشيء أن يقال: إن وقعت الجارية في حصّة غير الواطئ، فعليه تمام المهر، وإن وقعت في حصّة الواطئ [فلا شيء عليه] وقد حكاها القاضي ابنُ كَجَّ قولاً عن رواية أبي الحسين، والظاهر ما سبق، وجعلوا صيرورتها له بمثابة ما إذا وطئ جارية غيره، ثم ملكها بشراء أو غيره، فإن كان الغانمون غير مَحْضُورِينَ، فالمراد أن يعسر ضبطهم لكثرتهم، نظر إن أفرز الإمام الخُمُسَ، وعين لكل طائفة شيئاً، وكانت الجارية معينة لجماعة مَحْضُورِينَ، فإن وطئ بعدما اختاروا

تَمَلَّكَهَا، فهذا وَطْءُ الجارية المشتركة، فَيَعْرَمُ من المَهْرِ قِسْطَ شركائه، وإن وَطِئَ قبل اختيَارِهِمُ التَّمَلُّكُ فقد قيل: إنه كما بعد اختياره، والظَّاهِرُ أن الحكم كما ذكرنا فيما إذا كانوا مَحْضُورِينَ في الأَصْلِ، إلا أنه لا يُحْمَسُ المَهْرُ هاهنا، ولكن يُوزَعُ عليهم، فيسقط قِسْطُ الوَاطِئِ، ويجب قِسْطُ البَاقِيْنَ، وإن لم يُفَرِّزِ الإمامُ، ولا عَيَّنَ شَيْئاً، فَيُؤْخَذُ من الوَاطِئِ جَمِيعُ المَهْرِ، ويضم إلى المَعْنَمِ، ويقسم بين الكل، فَتَعُودُ إلى الوَاطِئِ حَصَّتُهُ، ولا يُكَلَّفُ الإمامُ أن يَضْبِطَهُمْ، ويعرف حَصَّتَهُ؛ لما فيه من المَشَقَّةِ، بخلاف ما إذا كانوا مَحْضُورِينَ وسهل الضبط، فلا نقول: يُؤْخَذُ أو يُرَدُّ.

قال الإمام: وليكن هذا الذي ذكره الأَصْحَابُ مَخْصُوصاً لما إذا طَابَتْ نَفْسُ الوَاطِئِ بِأن يُعْرَمَ جَمِيعُ المَهْرِ، فإن قال: أسقطوا قدر حِصَّتِي، فلا بد أن يجاب<sup>(١)</sup> [فإن تيسَّرَ الضَّبْطُ فذاك، وإلا فَيُؤْخَذُ المَتِيقِنَ، وَيَتَوَقَّفُ في المشكوك فيه؛ هذا كله فيما إذا خلا الوَطْءُ عن الإِخْبَالِ]<sup>(٢)</sup> أما إذا أَحْبَلَهَا فَحَكْمُ المَهْرِ والحدُّ كما بيَّنا، وَيَزْدَادُ النَّظْرُ في أمور:

منها: الاستيلاء، ولتتكلّم في المُوَسِّرِ، ثم في المُعَسِّرِ.

أما المُوَسِّرُ ففي الاستيلاء في نَصِيهِه طريقتان:

أحدهما: عن صاحب «التقريب».

أما إذا قلنا: إن الغانمين لا يَمْلِكُونَ قبل القِسْمَةِ، فلا يَنْفَذُ؛ لأن وَطْئَهُ أيضاً لم يُصَادِفِ المَلِكَ.

وإن قلنا: يَمْلِكُونَ - ففي نَفْوذِ الاستيلاء وَجْهَانِ؛ لأنه مَلِكٌ ضَعِيفٌ، وقرب الوجهان لِضَعْفِ المَلِكِ من الوجهين في نَفْوذِ استيلاءِ المشتري، في زَمَانِ الخيارِ، إذا حَكَمْنَا بِثُبُوتِ المَلِكِ.

والطريق الثاني: أنا إذا قُلْنَا يَتَرْتَبُ المَلِكُ قَطْعَنَا بنفوذِ الاستيلاءِ، وإلا فقولان كالقَوْلَيْنِ في استيلاء الأب جارية الابن، وقد تَرْتَبَ، فجعل هذه الصُّورَةَ أَوْلَى بنفوذِ<sup>(٣)</sup> الاستيلاءِ؛ لأن حَقَّ الأُمِّ أَقْوَى من حَقِّ سَائِرِ الغانِمِينَ، وحَقُّ الأبِ أضعفُ من حَقِّ الغانمِ الوَاطِئِ. ويخرج من الطريقتين إذا اختصرت قولان، أو وجهان في نفوذِ الاستيلاءِ في نَصِيهِهِ. ويحكى المَنعُ عن ابن أبي هُرَيْرَةَ، وهو الذي يُوجَدُ في كُتُبِ العِراقِيِّينَ وكثير من الأَصْحَابِ.

(١) قال النووي في زوائد: ظاهر كلام الأَصْحَابِ خلاف قول الإمام، ويحتمل أخذ هذا القدر منه وإن كان يستحقه للمصلحة العامة والمشقة الظاهرة، ولئلا يقدم بعض المستحقين في الاعطاء على بعض.

(٢) في أ: بثبوت.

(٣) سقط في ز.

وإذا قيل به فلو مَلَكَ الجَارِيَّةَ بالوُقُوعِ فِي سَهْمِهِ، أَوْ مَلَكَهَا بِسَبَبِ آخِرِ يَوْمٍ، ففِي نَفْوَذِ الاسْتِيْلَادِ حَيْثُذُ قَوْلَانِ يَطْرُدَانِ فِي نَظَائِرِهِ، وَالظَّاهِرُ الْمَنْصُوصُ أَنَّهُ يَنْفُذُ، وَهُوَ الَّذِي رَجَّحَهُ الْإِمَامُ، وَلَمْ يُورِدْ فِي «التَّهْذِيبِ» غَيْرَهُ.

وعن «الحاوي»: أَنَّهُمْ إِنْ كَانُوا مَحْضُورِينَ، وَلَمْ يَغْنَمُوا غَيْرَ تِلْكَ الْجَارِيَّةِ، فَيَقْطَعُ بِنَفْوَذِ الاسْتِيْلَادِ فِي حِصَّتِهِ مِنْهَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ فِي الْغَنِيمَةِ غَيْرَهَا، فَإِنَّهُ يَحْتَمَلُ أَنْ يَجْعَلَ الْإِمَامُ الْجَارِيَّةَ لغيره، وَإِذَا نَفَذَ الاسْتِيْلَادَ فِي نَصِيبِهِ سَرَى لِيَسَارِهِ إِلَى الْبَاقِي، وَتَحْصُلُ السَّرَايَةُ بِنَفْسِ الْعُلُوقِ، أَمْ بِأَدَاءِ قِيَمَةِ نَصِيبِ الشَّرِيكَ؟ فِيهِ قَوْلَانِ وَمَوْضِعٌ شَرَحَهَا «كِتَابُ الْعِتْقِ».

ورأى الإمام التفرع هاهنا على حُصُولِ السَّرَايَةِ فِي الْحَالِ، وَذَكَرَ الْإِمَامُ، وَصَاحِبُ الْكِتَابِ أَنَّ يَسَارَ الْوَاطِيءِ كَمَا يَحْصُلُ بِسَارِ الْأَمْوَالِ، يَحْصُلُ بِحِصَّتِهِ مِنَ الْمَغْنَمِ، إِذَا كَانُوا قَدْ غَنِمُوا غَيْرَ تِلْكَ الْجَارِيَّةِ، فَإِنْ لَمْ تَفِ حِصَّتَهُ مِنْ غَيْرِ تِلْكَ الْجَارِيَّةِ بِقِيَمَةِ الْجَارِيَّةِ حَصَلَتْ السَّرَايَةُ بِمِقْدَارِ حِصَّتِهِ، وَكَانَ يَجُوزُ أَنْ يَخْرُجَ ذَلِكَ عَلَى أَنَّ الْمَلِكَ فِي الْغَنِيمَةِ هَلْ يَحْصُلُ قَبْلَ الْقِسْمَةِ؟.

إِنْ قُلْنَا: لَا مَلِكَ، فَيَنْبَغِي أَلَّا يَجْعَلَ مُوسِرًا بِحِصَّتِهِ، وَيُؤَيِّدُهُ أَنَّ الْإِمَامَ ذَكَرَ أَنَّ الْحُكْمَ بِغَنَائِهِ مَوْقُوفٌ عَلَى الْأَعْرَاضِ وَيَسْتَقَرُّ مَلِكُهُ، فَإِنْ أَعْرَضَ تَبَيَّنَا أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ غَنِيًّا، وَلَا نَقُولُ: إِنَّ حَقَّ الرَّايَةِ يَلْزَمُهُ اخْتِيَارُ الْمَلِكِ، فَإِنَّ الْاِخْتِيَارَ بِمَثَابَةِ ابْتِدَاءِ الْأَكْسَابِ<sup>(١)</sup>، وَمَهْمَا حَكَمْنَا بِثُبُوتِ الاسْتِيْلَادِ، إِمَّا فِي الْحَالِ، أَوْ بَعْدَ وَقُوعِهِ فِي حِصَّتِهِ، فَعَلِيهِ الْقِيَمَةُ. ثُمَّ هُوَ فِي سُقُوطِ حِصَّتِهِ، وَأَخِذَ الْجَمِيعِ بِحَسَبِ انْحِصَارِ الْقَوْمِ، وَعَدَمِ انْحِصَارِهِمْ عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي الْمَهْرِ، وَإِنْ لَمْ يُحْكَمْ بِالْاِسْتِيْلَادِ، فَإِنْ تَأَخَّرَتِ الْقِسْمَةُ حَتَّى وَضَعَتْ.

قال ابن سُرَيْجٍ - رحمه الله -: نَجْعَلُ الْجَارِيَّةَ فِي الْمَغْنَمِ، وَتَدْخُلُ فِي الْقِسْمَةِ، فَإِنْ دَخَلَهَا نَقُصَّ بِالْوِلَادَةِ، فَعَلِيهِ الْأَرْضُ، وَقَبْلَ الْوَضْعِ الْجَارِيَّةُ [حَامِلٌ بَحْرًا]<sup>(٢)</sup> لِمَا سَنَذَكُرُ أَنَّ الْوَلَدَ حُرٌّ.

ويبيع مثل هذه الجارية لَأَيِّ صِخْرٍ عَلَى الْمَذْهَبِ كَمَا مَرَّ فِي «الْبَيْعِ» وَإِذَا جَعَلْنَا الْقِسْمَةَ بَيْعًا لَمْ يَكُنْ إِدْخَالُهَا فِي الْقِسْمَةِ.

فَعَن صَاحِبِ «التَّقْرِيبِ»: أَنَّهُ يَحْتَمَلُ أَنْ تَسْلَمَ الْجَارِيَّةُ إِلَيْهِ بِحِصَّتِهِ إِذَا كَانَتْ حِصَّتُهُ فَوْقَ قِيَمَتِهَا [أَوْ أَكْثَرَ، وَقِيلَ: تَوْخِذُ قِيَمَتِهَا وَتَلْقَى]<sup>(٣)</sup> فِي الْمَغْنَمِ؛ لِأَنَّهُ بِالْإِخْبَالِ حَالٌ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْغَانِمِينَ بَيْعًا وَقِسْمَةً.

(٢) فِي ز: حَاصِلٌ نَحْوِ.

(١) فِي أ: الْاِتْتِسَابِ.

(٣) سَقَطَ فِي ز.

وأبدى الإمام احتمالين آخرين:

أحدهما: أن تُوقَفَ الجاريةُ إلى أن تلِدَ، ثم تُلقَى في الغنيمة.

والثاني: أن تُلقَى في المَعْتَمِ، ويجوز القِسْمَةَ، وإن كانت حامِلاً وهو الأظْهَرُ، إذا جعلنا القِسْمَةَ إفرازاً وَعَبَّرَ [معبرون]<sup>(١)</sup> عما ذكرنا من الخلاف في القِسْمَةَ بأن قالوا: هل تُقَوِّمُ هذه الجاريةُ عليه، أو تُتْرَكُ في المَعْتَمِ، وتُقَسَّمُ بين الغانمين؟ فيه طريقتان قال أكثرهم: يُبْتَى على ثبوت الاستيلاء [وعدمه]<sup>(٢)</sup>، فإن أثبتنا الاستيلاء أوجبنا القيمة، وإلا فلا.

وعن أبي إسحاق: أنها تُقَوِّمُ عليه، سواء أثبتناه أو لم نثبتها؛ لأنه بالإخبار منع من البيع والقِسْمَةَ. هذا حكم المُوسِرِ.

وأما المُعْسِرُ فينظر إن كان الجُنْدُ مَحْضُورِينَ، أو غَيْرَ مَحْضُورِينَ وأفرد الإمام الجاريةَ لِطَائِفَةٍ منهم، ففي ثبوت الاستيلاء في حصَّته الخلاف المذكور في ثبوتيه في حصَّةِ المُوسِرِ، فإن<sup>(٣)</sup> أثبتناه فلا سِرَايَةَ هاهنا، وإن كان غَيْرَ مَحْضُورِينَ، ولم تفرز الجارية، فلا يُحْكَمُ بالاستيلاء في الحال، فإن وقعت بالآخرة في حصَّةِ الواطيء ثبت الاستيلاء حينئذ، وإن صار بعضها له ثبت في ذلك البعض - ذكره صاحب «التهذيب» وغيره. ومنها الولدُ حُرٌّ ونسيبٌ وبه قال أحمد، خلافاً لأبي حنيفة، حيث قال: بقي النسب والحريَّة.

لنا؛ إنه مالكٌ بِحصَّتهِ فيها في الحال، فأشبهه أحدُ الشريكين يَطَأُ الجاريةَ المشتركة، أو غير مالك، ولكن له شُبُهَةٌ المَلِكِ، وحق التملك فليكن وطؤه كوطء الأب جاريةً الابن، وهل يَجِبُ عليه قيمةُ الولدِ؟

فيه خلافٌ مَبْنِيٌّ عندنا على أن الجاريةَ هل تُقَوِّمُ عليه؟.

إن قلنا: نعم - لم يَلْزَمَهُ قيمةُ الولدِ؛ لأنها في مَلِكِهِ، حين وضعت الولد.

وإن قلنا: لا - لَرَمْتُهُ؛ لأنه منع من رقه بِوطئِهِ، وشبهه مُشْبَهُونَ بالخلاف في وجوب قيمة الولد إذا وطئ أحدُ الشريكين الجاريةَ المشتركة، وهو مُوسِرٌ، ثم منهم من بنى الخلافَ فيها على أن المَلِكُ يَخْضَلُ لِلْمُسْتَوْلِدِ قبل<sup>(٤)</sup> العلوق، أو يَنْتَقِلُ إليه مع العلوق أو بعده، وهذا أضلُّ سَبَقٌ، وقد ذكر مثله في استيلاء الأب جاريةً الابن، ثم حُكِمَ قيمةُ الولدِ حُكْمَ المَهْرِ، وقيمة الجارية وقد بيَّناه، هذا إذا كان الواطيء مُوسِراً. وثبت الاستيلاء في جميع الجارية.

(٢) سقط في ز.

(١) سقط في ز.

(٤) في ز: بعد.

(٣) في ز: وإذا.

أما إذا كان مُعْسِراً وثبت الاستيلاءُ في حِصَّتِهِ، ولم يسر فيخلق الولد حُرّاً كُلَّهُ، أو الحر منه قدر حِصَّتِهِ، والباقي رَقِيقٌ فيه؟ وجهان أو قولان:

أحدهما: أن كُلَّهُ حُرٌّ؛ لأن الشُّبُهَةَ نَعْمُ الْجَارِيَةَ، وحرية الولد تُثَبِّتُ بِالشُّبُهَةِ، وإن لم يثبت الاستيلاء، ولهذا لو وُطِئَ جَارِيَةَ الْعَيْرِ عَلَى ظَنِّ أَنَّهَا جَارِيَتُهُ، أو زوجته يَنْعَقِدُ الْوَلَدُ حُرّاً، وإن لم يثبت الاستيلاء.

والثاني: أن الحرَّ منه قَدْرُ حِصَّتِهِ، وليس كالوُطْءٍ بِالشُّبُهَةِ فَإِنَّ الشُّبُهَةَ [نَاشِئَةٌ] (١) مِنَ الظَّنِّ غَيْرِ مُتَّبِعِضٍ، وَالشُّبُهَةُ هَاهُنَا مِنْ جِهَةِ اسْتِحْقَاقِ الْمُسْتَوْلِدَةِ مِلْكَاً أَوْ وِلَايَةَ مَلِكٍ، وَهُوَ مُتَّبِعُضٌ. وَعَبَّرَ بَعْضُهُمْ عَنِ هَذَا الْخِلَافِ بِأَن قَالَ: الْبَاقِي مِنَ الْوَلَدِ هَلْ يَقُومُ عَلَيْهِ مَعَ إِعْسَارِهِ؟ فِيهِ وَجْهَانُ:

وإذا قلنا: لَا يُعْتَقُّ مِنَ الْوَلَدِ إِلَّا قَدْرُ حِصَّتِهِ مِنَ الْأُمِّ، فَلَوْ مَلَكَ بَاقِيَ الْجَارِيَةَ مِنْ بَعْدِ بَقِي الرُّقِّ فِيهِ؛ لِأَنَّهَا عَلَّقَتْ بِرَقِيقٍ فِي غَيْرِ الْمَلِكِ.

وإن قلنا: إن جميعه حُرٌّ، ففي ثُبُوتِ الْاسْتِيْلَادِ فِي بَاقِيهَا إِذَا مَلَكَهُ قَوْلَانُ؛ لِأَنَّهُ أَوْلَدَهَا حُرّاً فِي غَيْرِ الْمَلِكِ، وَالْخِلَافُ فِي أَنَّهُ هَلْ تَتَّبَعُضُ حُرِّيَّةُ الْوَلَدِ جَارٍ فِيمَا إِذَا أَوْلَدَ أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ الْجَارِيَةَ الْمُشْتَرَكَةَ، وَهُوَ مُوسِرٌ.

فإن قلنا: إن جميعه حُرٌّ فعلى الْمُسْتَوْلِدِ قِيَمَةٌ (٢) حِصَّةِ الشَّرِكَاءِ مِنَ الْوَلَدِ، وَهَذَا أَظْهَرَ الْوَجْهَيْنِ عَلَى مَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي الرَّوْيَانِيُّ، وَرَوَاهُ عَنِ الْقَاضِي الطَّبْرِيِّ وَغَيْرِهِ.

وقوله في الكتاب: «لكن الأظهر أن الشركة شُبُهَةٌ تُوجِبُ حُرِّيَّةَ الْوَلَدِ» يَشْعُرُ بِتَخْصِيصِ التَّرْجِيحِ بِصُورَةِ الشَّرِكَةِ، وَبِأَنَّ الْأَظْهَرَ فِي اسْتِيْلَادِ أَحَدِ الْغَانِمِينَ التَّبْعِيضُ.

والأشبه أنه لَا فَرْقَ بَيْنَ الصُّورَتَيْنِ، وَفِي كَلَامِ الْإِمَامِ مَا يَدُلُّ عَلَى تَرْجِيحِ حُرِّيَّتِهِ فِيهِمَا. وَرَجَّحَ فِي «التَّهْذِيبِ» التَّبْعِيضَ فِيمَا يُقَارَبُ هَذِهِ الصُّورَةَ، وَقَرَّبَ الْخِلَافَ فِي الصُّورَتَيْنِ مِنَ الْخِلَافِ فِي أَنَّ الْإِمَامَ، هَلْ يَجُوزُ أَنْ يَرُقَّ مِنَ الْأَسِيرِ بَعْضُهُ؟

وقد مرَّ، وَسُئِلَ الْقَاضِي حَسِينُ عَمَّنْ أَوْلَدَ نِصْفَهَا حُرّاً، وَنِصْفَهَا رَقِيقاً، بِنِكَاحٍ أَوْ زِنَا، كَيْفَ حَالُ الْوَلَدِ؟

فقال: يُمْكِنُ أَنْ يُخْرَجَ عَلَى ذَلِكَ الْوَجْهَانِ فِي وُلْدِ الْجَارِيَةِ الْمُشْتَرَكَةِ بَيْنَ الشَّرِيكِ الْمُعْسِرِ، ثُمَّ اسْتَفْرَّ جَوَابَهُ عَلَى أَنَّهُ كَالْأَمِّ حُرِّيَّةٌ وَرِقَاقٌ، وَهَذَا هُوَ الْوَجْهُ؛ لِأَنَّهُ لَا سَبَبَ لِحُرِّيَّتِهِ، إِلَّا حُرِّيَّةَ الْأُمِّ، فَتَقَدَّرُ بِتَقَدُّرِ حُرِّيَّتِهَا، وَلَيْسَ كَالْجَارِيَةِ الْمُشْتَرَكَةِ، فَإِنَّ الشَّرِكَةَ قَدْ تَظُنُّ شُبُهَةَ عَامَةً فِي الْجَارِيَةِ، وَكَذَا شُبُهَةَ الْاسْتِحْقَاقِ. وَاعْلَمْ أَنَّ مَا ذَكَرْنَا مِنْ ثُبُوتِ

(٢) فِي أ: فِيهِ.

(١) سَقَطَ فِي ز.

الاستيلاء في حصّة المُعَسِّرِ، والخلاف في حال الولدِ مَوْضِعُهُ ما إذا انحصر المُسْتَحِقُّونَ، فإن كانوا غير مُنْحَصِرِينَ، ففي «التهديب» أنا إذا قلنا عند الانحصار: كُلُّ الولدِ حُرٌّ فيؤخذ منه قيمته، وتوضع في المَغْنَمِ، ويقسم<sup>(١)</sup> على الكل.

وإن قلنا: إن هناك الحُرَّ قَدَرِ حِصَّتِهِ في الأمِّ، فها هنا يكون الكلُّ رَقِيقاً، ثم الإمام عند القِسْمَةِ يَجْتَهِدُ حتى تَقَعَ الأمُّ، والولد في حِصَّةِ الوَاطِئِ، فإن وَقَعَا في حِصَّتِهِ كانت الجاريةُ أمَّ ولد له، والولد حر، وإن وَقَعَ البَغْضُ في مِلْكِهِ صار بقدرة أمِّ ولِدِ، وعتق من الولد بقدر ما مَلَكَ هذه أَلْفَاظُهُ.

ولك أن تقول: قد سَبَقَ أن للإمام أن يُقَسِّمَ الغَنِيمَةَ قِسْمَةً تَحْكُمُ، ولا يحتاج إلى مُرَاضَاةِ الغانمين، وإلى الإقْرَاعِ، وحينئذ فلا حاجة<sup>(٢)</sup> إلى سَعْيِ وَاجْتِهَادِ، بل ينبغي أن يقول: يوقعها في حِصَّتِهِ، أو يوقع بعضها.

ثم قوله: «واعتق من الولد بِقَدْرِ ما مَلَكَ» الخلاف في أن الولدَ يُعْتَقُ كله أو بالحِصَّةِ، ينبغي أن يَجِيءَ هاهنا فكان ما ذكره جواباً على وجه التَّبَعِضِ، أو أراد أن قَدَرَ الحِصَّةَ يعتق لا مَحَالَةً وفي الباقي خِلَافٌ، وجميع ما ذكرنا فيما إذا كان الاستيلاء قبل القِسْمَةِ، واختيار التَّمْلِيكِ، ولا فَرْقَ بين أن يَكُونَ قَبْلَ إِفْرَازِ الخُمُسِ أو بعده، وقبل القِسْمَةِ بين الغانمين إذا كنت الجاريةُ بين الأَخْمَاسِ الأَرْبَعَةِ، وإذا كان بعد القِسْمَةِ، وبعد اختيار التَّمْلِيكِ، فهو إما وَطِئٌ جَارِيَةٌ نَفْسِهِ، أو جَارِيَةٌ غَيْرِهِ، أو هو كَوَطِئٍ أَحَدِ الشريكين الجاريةُ المشتركة، ولا يَخْفَى، ولو كان بعد القِسْمَةِ. وقبل اختيار التَّمْلِكِ، فهو كما قبل القِسْمَةِ.

وفيه وجه: أنهم إذا كانوا مَحْضُورِينَ، أو أفرزت الجارية لِطَائِفَةٍ مَحْضُورِينَ، فهو كما بعد<sup>(٣)</sup> القِسْمَةِ، واختيار التَّمْلِيكِ، وهو ظاهر ما أَطْلَقَهُ القاضي ابنُ كَچُّ وقد مرَّ نَظِيرُهُ. ولو وَطِئَ أحدهم<sup>(٤)</sup> بعد إِفْرَازِ الخُمُسِ جَارِيَةً من الخُمُسِ، فهو كَوَطِئِ الأجنبي، وإذا وَطِئَ جَارِيَةً من الخُمُسِ، وقبل إِفْرَازِ الخُمُسِ، ففي وَجُوبِ الحَدِّ عليه وجهان:

أظهرهما: وبه أجاب صاحب «التهديب» والروائي: أنه يَجِبُ، كما لو وَطِئَ جَارِيَةً من بيت المال [بخلاف ما لو سرق مال بيت المال]<sup>(٥)</sup> لأنه يستحق الثَّقَّةَ دون الإِعْفَافِ.

والثاني: المَنَعُ؛ لأنه لمصالح المُسْلِمِينَ، والواطِئِ من المسلمين وهذا أقوى عند القاضي ابنِ كَچُّ.

(١) في ز: ويقوم.

(٢) في ز: يحتاج.

(٣) في ز: سقط في ز.

(٤) في ز: بعضهم.

وإذا كانت الجارية من الأحماس الأربعة، فعليه الحد، إلا أن يكون له في الغانمين ولد، هذا تمام الكلام في الوطء والاستيلاء.

وأما مسألة عتق قريب: فإذا وقع في الأسر من يعتق على بغض الغانمين، ورُق، إما بنفس الأسر، أو بإزقاق الإمام، فالنص أنه لا يُعتق قبل القسمة، واختيار التملك والنص فيما إذا استولد بغض الغانمين جارية من المغنم، أنه يثبت الاستيلاء على ما مرّ وفيهما طريقتان للأصحاب:

أحدهما: أن في صورتين قولين: نفلًا وتخريجًا، بناءً على أن الغنيمة تملك بالاستيلاء أم لا؟

إن قلنا: نعم نفذ، وتؤخذ منه القيمة، ويجعل في المغنم.

وإن قلنا: لا لم ينفذ واحد منهما.

والثاني: تقرير النصين، والفرق أن الاستيلاء أقوى، ولذلك ينفذ استيلاء الأب جارية الابن، ولا ينفذ منه إعتاقها، وينفذ استيلاء المجنون دون إعتاقه.

وعن «المنهاج» للشيخ أبي محمد الفرق بين الصورتين بأن الوطء اختيار التملك، ولذلك جعل وطء البائع في زمان الخيار فسحاً وليس في مسألة عتق قريب ما يدل على الاختيار، حتى لو قال مشيراً إلى قريبه قبل القسمة: قد أعتقت هذا، يُحكّم بثبوت العتق، والظاهر أنه لا يثبت العتق في الحال، وإن قدرنا الخلاف فإذا استقر<sup>(١)</sup> ملكه فيه بأن وقع في نصيبه، واختار تملكه، أو وقع بغضه في نصيبه، واختاره عتق عليه، وينظر لتقويم الباقي عليه إلى يساره وإعساره.

وعن «الحاوي»: أنهم إذا كانوا مخصورين، ولم يكن في الغنيمة إلا قريبه، فيملك حصته، وإن لم يجز التملك، وعلى هذا فلا يقوم<sup>(٢)</sup> عليه الباقي؛ لأنه دخل في ملكه بغير اختياره.

ولو أعتق واحد من الغانمين عبداً من الغنيمة ففي ثبوت العتق في الحال ما ذكرناه في عتق قريب. هكذا نقل صاحب «التهذيب» وغيره.

وعن «الحاوي»: أنه لا يعتق بحال، بخلاف عتق قريب، فإنه يثبت بلا اختيار، وهو<sup>(٣)</sup> أقوى مما يثبت بالاختيار، ولذلك لا يُعتق على المحجور عليه قريبه إذا ملكه، ولو أعتق لا ينفذ.

(٢) في ز: يغم.

(١) في ز: وإذا.

(٣) في ز: وهذا.



وأما ما يَتَعَلَّقُ بلفظ الكتاب، فقوله: «لو وقع من المَعْنَمِ بَعْضٌ من يُعْتَقُ على الغانمين» - في اللفظ نَوْعُ التَّبَاسِ، والمقصود من يعتق على بَعْضِ الغَانِمِينَ، فيقدر<sup>(١)</sup> لفظ البَعْضِ.

ولو كان الغانمون طَائِفَةً يَسِيرَةً، ووقع في المَعْنَمِ من يُعْتَقُ عليهم جميعاً، فلا يتوقف [العق]<sup>(٢)</sup> إلا على اخْتِيَارِهِمُ التَّمَلُّكِ.

ويجيء وَجْهٌ أنه [لا]<sup>(٣)</sup> حَاجَةٌ إلى الاختيار، وإذا اخْتَارُوا جَمِيعاً فلا يفرض فيه تقويم البَعْضِ على البَعْضِ.

وقوله: «لم يعتق حصته» لا حَاجَةٌ إلى إغلامه بالواو، فإنه ذكر الخلاف فيه من بعد حَيْثُ قال: «ومن هذا خُرُجَ قَوْلٍ...» إلى آخره. قوله: «ولم يمنعه ذلك عن الإِعْرَاضِ» معناه أَنَّ الإِعْرَاضَ عن الغَنِيمَةِ لا يمنع وَقُوعَ القَرِيبِ في المَعْنَمِ إذا لم يحكم بالعِتْقِ في الحال. وقوله: «ولو اسْتَوْلَدَ جَارِيَةً؛ وقلنا: لا يملك فلا حد» ليعلم قوله: «لا حد» بالميم والواو؛ لما بَيَّنَّاهُ، ولا حَاجَةَ إلى ذِكْرِ الحدِّ في هذا الموضع فقد أعاده من بعد، وبيَّن أنه لا حدَّ على كل قول، جَوَاباً على الصحيح.

وقوله: «فالولد حرُّ جميعه» مُعَلَّمٌ بالحاء، والغَرَضُ أنه إذا ثَبَتَ الاستيلاء في جميع الجَارِيَةِ كان الولد حُرّاً لا مَحَالَةً، وفي وجوب قيمة حصّة غيره من الولد خِلَافٌ، فجرى ذكر حُرِّيَةِ الولد للحاجة إليه في بَيَانِ صُورَةِ الخِلَافِ، ثم اتخذ حكم الولد مَقْصُداً، فقال: وولده على كل حال حر نَسِيبٌ، وكان بِسَبِيلِ من الاستِغْنَاءِ بالثاني عن الأول، وإيراد الغرض بِدَلِيلِ طَرِيقِ آخر.

وقوله: «فولدها يَتَبَعُضُ» مُعَلَّمٌ بالواو.

«فرع لابن الحدّاد - رحمه الله - : إذا دَخَلَ مُسْلِمٌ دَارَ الحَرْبِ مُنْفَرِداً وَأَسَرَ أَبَاهُ وَابْنَهُ البَالِغَ، لم يُعْتَقَ منه شَيْءٌ في الحال؛ لأنه لا يَصِيرُ رَقِيقاً بِنَفْسِ الأَسْرِ، وإن اخْتَارَ الإِمَامُ قَتْلَهُ أو المَنِّ عليه أو الفِدَاءَ فذاك.

وإن اختار تملكه [نُظِرَ إن لم يختَرِ التَّمَلُّكُ بِالأَسْرِ، فلا يُعْتَقُ أيضاً في ظَاهِرِ المَذْهَبِ، وإن اختار تَمَلُّكَهُ]<sup>(٤)</sup> صار له أربعة أخماسه فيعتق عليه، ويُقَرَّمُ عليه الباقي إن كان مُوسِراً، وهو الخمس المستحق لأهله.

ولو أَسَرَ أُمَّهُ أو ابْنَتَهُ البَالِغَةَ، رُقَّتْ بِنَفْسِ الأَسْرِ، ولا حَاجَةَ إلى اختيار الإِمَامِ،

(٢) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(١) في ز: فتقدم.

(٣) سقط في ز.

وإذا اختار التَّمَلُّكُ كان الحُكْمُ على ما بَيَّنَّا. وألحق ابْنُ الحَدَّادِ الابْنَ الصَّغِيرَ بِأَسْرِ الأُمِّ والبنتِ [البالغة] (١) وهذه هَفْوَةٌ عند الأصحاب؛ لأنَّ الأبَّ المُسْلِمَ يَتَّبِعُهُ وَلَدُهُ الصَّغِيرَ فِي الإسلام، وَلَا يَتَّصِرُ مِنْهُ سَبِيٌّ وَلَدُهُ.

وإنَّ أَسْرَ أبَاهُ فِي القِتَالِ، زادَ النَّظْرَ فِي أنَّ الأَسِيرَ إِذَا رُقُّ هَلْ يَعدُّ مِنَ السَّلْبِ؟ وَفِيهِ خِلافٌ مذكورٌ فِي «قِسْمَةِ العَنَائِمِ».

قال العَرَالِيُّ: (الحُكْمُ الثَّالِثُ) أَنَّ أَراضِي الكُفَّارِ تُمَلِّكُ بِالِاسْتِيلاءِ وَقَدْ مَلَكَ عُمَرُ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أَراضِي العِراقِ وَقَسَمَهَا ثُمَّ اسْتَطَابَ عَنْهَا قُلُوبَ المَلائِكِ وَوَقَفَهَا وَأَجْرَهَا مِنْ سُكَّانِهَا إِجَارَةً مُؤَبَّدَةً لِأَجْلِ المَضْلِحَةِ وَضَرَبَ الأَجْرَةَ خِراجاً عَلَيْهِمْ \* فَلَا يَصِحُّ بَيْعُ أَراضِي العِراقِ \* وَيَصِحُّ إِجَارَتُهَا مِنْ أَربابِهَا إِجَارَةً مُؤَقَّتَةً لَا مُؤَبَّدَةً \* وَلَا يُزَعَجُ عَنْهَا سُكَّانُهَا إِذَا وَرِثُوهَا مِنْ آبائِهِمُ الَّذينَ اسْتَأْجَرُوهَا مِنْ عُمَرَ \* وَلَا تَنفَسَخُ الإِجَارَةُ بِالمَوْتِ \* وَأَمَّا مَكَّةُ فَيَصِحُّ بَيْعُ دُورِهَا لِأَنَّها مِلْكٌ وَقَدْ فُتِحَتْ عَنوَةٌ.

قال الرَّافِعِيُّ: فِيهِ مَسْأَلَتانِ:

إحداهما: الأَراضِي والعَقَارَاتِ تُمَلِّكُ بِالِاسْتِيلاءِ (٢)، كما تُمَلِّكُ المَنْقُولَاتِ. وعن أَبِي حَنيفَةَ: أَنَّهُ يَتَّخِزُ الإِمَامُ فِي العَقَارِ المَغْنومِ بَيْنَ أنْ يَقْسِمَها على الغانِمِينَ كالمَنْقُولِ، وَبَيْنَ أنْ يَتْرُكَها فِي أَيْدِي الكُفَّارِ، كما فَعَلَ النَبِيُّ ﷺ - بَعَقَارِ «مَكَّة»، وَبَيْنَ أنْ يَقِفَها على المُسْلِمِينَ، كما فَعَلَ عُمَرُ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ (٣) - بِسَوادِ (٤) «العِراقِ». هَكَذا حَكَاهُ

(١) سقط في ز.

(٢) قال في الخادم: هذا في العامر، أما الموات فلا يملك بالاستيلاء لأن الكفار لم يملكوه إذ لا يملك إلا بالإحياء. انتهى.

وتعقب بأن هذا لا يرد لأن الإضافة للملك والموات لا يضاف إليهم إضافة ملك وهو قد ذكر أنه لا يملك إلا بالإحياء.

(٣) قال الحافظ: حديث أن النبي ﷺ ترك عقار مكة بأيدي أهلها مستفاد من الأصل، ومن قوله: من وجد، ومن دخل دار حكيم بن حزام فهو آمن، ذكره ابن إسحاق في السيرة، وفي الصحيحين من حديث أسامة بن زيد: وهل ترك لنا عقيل من ربيع.

(٤) قال الحافظ في التلخيص حديث: أن عمر فتح السواد عنوة، وقسمه بين الغانمين، ثم استطاب قلوبهم واسترده، وقال جرير بن عبد الله البجلي: كانت بجيلة ريع الناس يوم القادسية، فقسم لهم عمر ريع السواد، فاستغلوا ثلاث سنين أو أربعاً، ثم قدمت على عمر فقال: لولا أنني قاسم مسؤول لتركتمكم على ما قسم، فذكر الحديث: وعن عتبة بن فرقد، أنه اشترى أرضاً من أرض السواد، فأتى عمر فأخبره، فقال: ممن اشتريتها؟ فقال: من أهلها، فقال: فهؤلاء المسلمون أبعتموه شيئاً؟ قالوا: لا، قال: فاذهب واطلب مالك، وعن سفيان الثوري أنه قال: جعل عمر =

= السواد وفقاً على المسلمين ما تناسلوا، وعن ابن شبرمة قال: لا أجزى بيع أرض السواد، ولا هبتها، ولا وقفها، وعن عمر قال: لولا أخشى أن يبقى آخر الناس بيانا لا شيء لهم، لتركتكم وما قسم لكم، ولكني أحب أن يلحق آخر الناس أولهم، وتلا قوله تعالى: ﴿والذين جاؤوا من بعدهم﴾ وعن أبي الوليد الطيالسي قال: أدركت الناس بالبصرة، وأنه ليجاء بالتمر، فما يشتريه إلا أعرابي أو من يتخذ النبيذ، يريد أنهم كانوا ينخرون عنه، وأن ذلك كان مشهوراً فيما بينهم، أما أثر عمر في فتح السواد فقال أبو عبيد في كتاب الأموال نا هشيم أنا العوام بن حوشب عن إبراهيم التيمي قال: لما افتتح المسلمون السواد، قالوا لعمر: اقسمه بيننا فإننا فتحناه، عنوة، قال: فأبى، ثم أقر أهل السواد على أرضهم، وضرب على رؤوسهم الجزية، وعلى أرضهم الخراج، ورواه سعيد بن منصور عن هشيم مثله، وأما أثر جرير فرواه الشافعي عن الثقة عن إسماعيل بن أبي خالد عن قيس بن أبي حازم عن جرير مثله، وأما أثر عتبة بن فرقد فأخرجه البيهقي من طريقين في السنن، ورواه الخطيب في تاريخ بغداد من طريق الخراج ليحيى بن آدم، عن عبد السلام بن جرير عن بكير بن عامر عن عامر هو الشعبي، قال: اشترى عتبة بن فرقد فذكره، وقال يحيى بن آدم أيضاً نا حسن بن صالح عن قيس بن مسلم، عن طارق بن شهاب قال: أسلمت امرأة من أهل مهر الملك، فكتب عمر بن الخطاب إن اختارت أرضها وأدت ما على أرضها، فخلوا بينها وبين أرضها، وإلا فخلوا بين المسلمين وبين أرضهم، وأما قول سفيان الثوري فرواه يحيى بن آدم في كتاب الخراج له عنه، وأما قول ابن شبرمة فرواه يحيى بن آدم أيضاً، وأما حديث عمر فرواه البخاري في غزوة خيبر من رواية زيد بن أسلم عن أبيه أنه سمع عمر، ورواه الطبراني في الكبير أيضاً، وقوله بيانا بموحدتين الثانية مشدودة وبعد الألف نون خفيفة، أي شيئاً واحداً كذا قيل في تفسيره، وأما قول أبي الوليد الطيالسي فهو في كتاب الأحكام لتركيا بن يحيى الساجي عنه وكذا نسبه إليه صاحب البحر.

قوله: وروى الشعبي أن عمر بن الخطاب بعث عثمان بن حنيف ماسحاً، ففرض على كل جريب شعير درهمين، الحديث، رواه البيهقي من طريقين، وهو في الخراج ليحيى بن آدم، وقال أبو عبيد في الأموال نا الأنصاري محمد بن عبد الله، ولا أعلم لإسماعيل بن إبراهيم إلا ناه أيضاً عن سعيد بن أبي عروبة عن قتادة عن أبي مجلز: أن عمر بن الخطاب بعث عمار بن ياسر إلى أهل الكوفة على صلاتهم وحرهم، وعبد الله بن مسعود على قضائهم وبيت مالهم، وعثمان بن حنيف على مساحة الأرض، ثم فرض لهم في كل يوم شاة، الحديث، وفيه: فمسح عثمان بن حنيف الأرض، فجعل على جريب الكرم عشرة دراهم، وعلى جريب النخل خمسة، وعلى جريب القصب ستة، وعلى جريب البر أربعة، وعلى جريب الشعير درهمين، ورواه عبد الرزاق عن معمر عن قتادة.

قوله: يذكر أن الحاصل من أرض العراق على عهد عمر بن الخطاب كان مائة ألف ألف وسبعة وثلاثين ألف ألف، وقيل مائة ألف ألف وستين ألف ألف، ثم كان يتناقص حتى عاد في زمن الحجاج إلى ثمانية عشر ألف ألف، فلما ولي عمر بن عبد العزيز ارتفع في السنة الأولى إلى ثلاثين ألف ألف، وفي الثانية إلى ستين ألف ألف، وقيل فوق ذلك، وقال: لئن عشت لأبلغنه إلى ما كان في أيام عمر بن الخطاب، فمات في تلك السنة، ويحيى بن آدم في كتاب الخراج من طريق قتادة عن أبي مجلز وقال ابن سعد أنا عبد الوهاب بن عطاء عن سعيد عن قتادة عن أبي =

صاحب «التهديب» ويذكر عنه أنه إذا أقرّها على ملك أزيابها ضرب عليهم جزية: إحداهما: على رؤوسهم. والأخرى: على الأراضى. فإذا أسلموا سقطت جزية الرؤوس دون الأخرى. ويروى عن أبي حنيفة في سواد العراق ما يخالف التخيير بين الخصال الثلاث وسيجيء من بعد، والقول في عقار مكة يأتي في المسألة الثانية. وأما سواد العراق ففيه فصول:

أحدها: في كيفية فتحه، وما فعل به عمر - رضي الله عنه - فعن أبي إسحاق نقل وجّه ثقله القاضي ابن كج - أنه فتح صلحاً.

وعن الماسزجسي أن أبا إسحاق كان ينصره في الدّرس، وهذا ما حكى عن أبي حنيفة عن رواية الثّقال وغيره، وأنه قال: إن عمر - رضي الله عنه - ردّها عليهم بخراج يؤدونه كل سنة. وعن أبي الطيب بن سلمة أنه قال: أشبّه الأمر عليّ، فلا أدري أفتح عنوة أو صلحاً؟!

والصحيح المشهور أنه فتح عنوة وأن عمر - رضي الله عنه - قسّم أراضى السواد<sup>(١)</sup> في جملة العنايم، وكيف قسّم؟

عن أبي إسحاق تفريعاً على أنه فتح عنوة إن كان في الغنيمه غير الأراضى من الموشى، وضموف الأمتعة، فرأى عمر - رضي الله عنه - أنه إن صرف خمسها إلى أهل الخمس أنفقوه، وأراد أن يجعل لهم عدة باقية يستظفرون بها فعوضهم عن خمسها الأخماس الأربعة من الأراضى فحصلت<sup>(٢)</sup> الأراضى لأهل الخمس، والمنقولات للعائمين. والصحيح المشهور أنه قسّمها بين العائمين، ولم يخصّها بأهل الخمس، ثم استطاب قلوبهم عنها واستردّها.

قال جرير بن عبد الله البجلي - رضي الله عنه -: كانت بجيلة ربيع الناس يوم

= مجلز، ومن طريق محمد بن المنتشر: أن عمر بن الخطاب وجه عثمان بن حنيف على خراج السواد، الحديث، وفيه: فحمل من خراج سواد الكوفة إلى عمر في أول سنة ثمانون ألف درهم، وقيل مائة وعشرون ألف ألف، والذي في الراجعي عزاه صاحب المهذب إلى رواية عباد ابن كثير عن قحدم، وعباد ضعيف.

قوله: اشتهر أن أرض البصرة كانت سبخة، فأحياها عثمان بن أبي العاص، وعتبة بن غزوان بعد الفتح، قلت: هو كما قال، رواه عمر بن شبة في أخبار البصرة، وكان ذلك سنة أربع عشرة، وكان السابق إلى ذلك عتبة بن غزوان.

قوله: روي أن عمر اشترى حجرة سودة بمكة. وأن حكيم بن حزام باع دار الندوة من معاوية، أما حجرة سودة فالمعروف أن الذي اشتراها ابن الزبير، وقد تقدم في البيوع، وكذا تقدم فيه قصة حكيم.

(٢) في ز: فجعلت.

(١) في ز: العراق.

«القَادِسِيَّة» فَقَسَمَ عمر - رضي الله عنه - رُبْعَ السَّوَادِ، فاشتغلوا ثَلَاثَ سِنِينَ، وأربعا، ثم قَدِمْتُ على عمر - رضي الله عنه - فقال: «لولا أنني قَاسِمٌ مَسْئُولٌ لتركتمكم على ما قسم لكم ولكني أرى أن تَرُدُّوا على الناس».

[فَعَاصِبِي من حَقِّي نَيْفًا وثمانين]<sup>(١)</sup> دِينَارًا، وكان معي امرأةٌ يقال لها: أُمُّ كُرْزٍ، فقالت: إن أبي شَهِدَ «القَادِسِيَّة» وثبت سَهْمُهُ، ولا أسلمه حتى يَمْلَأَ كَفِّي دَنَائِيرَ وفي لَالِيءٍ، وَيُرْكَبِي نَاقَةً دَلُولًا عليها قَطِيفَةٌ حَمْرَاءُ، ففعل عمر - رضي الله عنه - فتركت حقها، ثم اِخْتَلَفَ الأصحاب فيما فعله بالأراضي المَسْتَرْدَّةَ على وجهين:

أظهرهما: وبه قال الأكثرون منهم الإِضْطِحْرِيُّ [وفقهاؤنا البصريون أنه]<sup>(٢)</sup> وَقَفَّهَا على المسلمين، وَأَجْرَهَا من أهلها، وَالخَرَاجُ المضروب عليها أَجْرَةٌ مُنَجَّمَةٌ تُؤَدَى كُلَّ سَنَةٍ، وعلى هذا نَصُّ الشافعي - رضي الله عنه - في «كتاب الرُّهون»، وفي سِيَرِ الواقِدِيِّ، وَيَدُلُّ عليه ما روي أن عتبة بن فَرْقَدٍ اشترى أرضاً من أرض السَّوَادِ، فأتى عمر - رضي الله عنه - فَأَخْبَرَهُ فقال: ممن اشْتَرَيْتَهَا؟ فقال: من أهلها؟ فقال: فهؤلاء المسلمون أبعتموه شيئاً؟ قالوا: لا. قال: فَأَذْهَبْ فاطلب مَالَكَ.

وعن سفيان الثَّوْرِيِّ أنه قال: جَعَلَ عمر - رضي الله عنه - السَّوَادَ وَقْفًا على المسلمين ما تَنَاسَلُوا.

والثاني: وبه قال ابن سُرَيْجٍ، وَيُحْكِي عن اختيار أبي إِسْحَاقَ أنه باعها من أهلها، وَالخَرَاجُ [ثَمَنٌ مُنَجَّمٌ]<sup>(٣)</sup>؛ لأنه لم يَزَلِ الناس يَبِيعُونَ أَهْلَ السَّوَادِ وَيَشْتَرُونَ من غَيْرِ إِنْكَارٍ، ومن قال بالوجه الأول لا يسلم عدم الإِنْكَارِ، وقد رَوَيْتَا عن عمر - رضي الله عنه - في شراء ابن فَرْقَدٍ.

وعن ابن شُبْرَمَةَ أنه قال: لا أَجيزُ بَيْعَ أرضِ السَّوَادِ، ولا هِبَتَهَا، ولا وَقْفَهَا، وقد أوردَ الوجهين معاً صَاحِبُ الكتاب في «الرهن» واقتصر هاهنا على إيرادِ الأظهرِ منهما، وفيما فعل عَمْرٌ - رضي الله عنه - على اِخْتِلَافِ الوَجْهَيْنِ عدول عن الأصل المُمَهَّدِ، وأنه شَرَطَ في الإجارة أن تكون المُدَّةُ مَعْلُومَةً، وفي البيع أن يكون جملة الثمن معلومةً، لكن قال العلماء: إنها بالامتدادِ رجعت إلى حُكْمِ الكُفَّارِ، وللإمام أن يفعل المَصْلَحَةَ الكلية في أموال الكفار ما لا يجوز مثله في أموال المُسْلِمِينَ، كما سيأتي إن شاء الله - تعالى - في مسألة العِلْجِ وكما نقل في البَدَأَةِ والرَّجْعَةِ. ورأى عمر - رضي الله عنه - [المصلحة]<sup>(٤)</sup> فيما فعل من وجهين:

(٢) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(١) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

أحدهما: أنه خشي أن يَشْتَغَلُوا بِالْعِمَارَةِ وَالزَّرَاعَةِ، لو تركها في أيديهم وَيَتَقَاعَدُوا عن الجهاد.

والثاني: أنه لم يَسْتَحْسِنِ أَنْ يَتَفَرَّدُوا بِهَا وَذُرِّيَّتُهُمْ، وينقطع عن سائر الناس الذين يَأْتُونَ من بعدهم [رفقها ومنفعتها]<sup>(١)</sup>.

ويروى أنه قال: لولا أن أَخْشَى أَنْ يَبْقَى آخِرُ النَّاسِ بِيَانًا لِشَيْءٍ لَهُمْ لَتَرَكْتُهُمْ، وما قسم لكم، ولكني أَحِبُّ أَنْ يَلْحَقَ آخِرُ النَّاسِ أَوْلَهُمْ - وتلا قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ جَاءُوا مِنْ بَعْدِهِمْ...﴾ الآية.

قوله: «بِيَانًا» قيل: أي: شيئاً واحداً وقيل: مُتَسَاوِينَ فِي الْفَقْرِ. وعن القاضي أبي حامد أن لابن سُرَيْجِ عِبَارَةَ أُخْرَى تَخْرُجُ الْخِلَافَ عَنْ أَنْ يَكُونَ ثَمناً مع تجويز البَيْعِ، فقال: إِنْ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَقَفَّهَا وَقَفًّا لَا مُحَرَّمًا مُؤَبَّدًا، وَلَكِنْ جَعَلَهَا مَوْقُوفَةً عَلَى مَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ لِيُؤَدِيَ مَلَائِكُهَا عَلَى تَدَاوُلِ الْأَيْدِي وَيَبْدُلُهَا بِالْبَيْعِ وَالشَّرَاءِ خَرَاَجًا يَنْتَفِعُ بِهِ الْمُسْلِمُونَ، فعلى الوجه الثاني يجوز رَهْنُهَا، وَيَبْعُهَا، وَهَبْتُهَا.

وعلى الأول لا يَجُوزُ بَيْعُ شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ، وَيَجُوزُ عَلَى الْوَجْهَيْنِ لِأَرْبَابِهَا إِجَارَتُهَا مُدَّةً مَعْلُومَةً، وَهَلْ لَهُمُ الْإِجَارَةُ الْمُؤَبَّدَةُ بِمَالٍ يَرْضَايَانِ عَلَيْهِ؟.

حكى الإمام فِيهِ تَرَدُّدًا لِلْأَصْحَابِ وَمِنْهُمْ مَنْ جَوَّزَهُ تَبَعًا لِفِعْلِ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - .

وقال: مَنْ اسْتَحَقَّ مَنَفَعَةً عَلَى جِهَةٍ لَمْ يَبْعَدْ أَنْ يَمْلِكَ إِخْرَاجَ نَفْسِهِ مِنَ الْبَيْتِ وَإِخْلَالَ غَيْرِهِ مَحَلَّةً.

والأصح: وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ: الْمَنْعُ، كَمَا فِي سَائِرِ الْإِجَارَاتِ وَالتَّأْيِيدِ فِي إِجَارَةِ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - . اِحْتِمَلُ لِمَصْلَحَةِ كَلِيَّةٍ، وَالْجُزْئِيَّاتِ لَيْسَتْ كَالْكُلِّيَّاتِ - فَلَا يَجُوزُ لِغَيْرِ سُكَّانِهَا أَنْ يَزْعَجَ وَاحِدًا مِنَ السُّكَّانِ، وَيَقُولُ: أَنَا أَسْتَعْلَمُهَا، وَأُعْطِي الْخَرَجَ؛ لِأَنَّهُ مَالِكٌ لِرَقَبَتِهَا إِزْنًا عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَمَالِكٌ مَنَفَعَتُهَا عَلَى الْوَجْهِ الْأَظْهَرِ بِعَقْدِ إِنَابَةِ مَعَ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - . وَالْإِجَارَةُ لِأَزْمَةٍ لَا تَنْفَسِخُ بِالمَوْتِ، وَهَذَا كُلُّهُ فِي الْأَرْضِي الْمَغْلَّةِ، وَهِيَ الَّتِي تُزْرَعُ وَتُغْرَسُ.

فأما فِي حَدِّ السَّوَادِ مِنَ الْمَسَاكِينِ وَالدُّورِ، فَإِنْ قَلْنَا: إِنْ تَلَّكَ الْأَرْضِي مَبِيعَةً مِنْ أَرْبَابِهَا فَكَذَلِكَ الْمَسَاكِينُ.

وَإِنْ قَلْنَا: إِنَّهَا مَوْقُوفَةٌ فَوْجِهَانِ:

أحدهما: أَنَّهَا كَالْمَزَارِعِ.

وأظهرهما: وهو الذي أوردَهُ الرُّوْيَانِيُّ في «جمع الجوامع»: المنع لأنه لم يكره أحد شِراءها وسُكَّانَهَا ولأن وَفَّقَهَا يُفْضِي إلى خَرَابِهَا، وهل يجوز لمن في يَدِهِ الأرض تَتَأَوَّلُ ثَمَارَ أشجارها؟ إن قلنا: إن الأراضي مَبِيعَةٌ منهم، فما فيها من الأشجارِ كذلك والثمار مَمْلُوكَةٌ لهم. وإن قلنا: إنها مستأجرة، فوجهان:

أحدهما: يجوز له تَتَأَوَّلُهَا لِلْحَاجَةِ، ويحتمل ذلك وإن كانت الثَّمَارُ لا تستحق في سائر الإِجَارَاتِ كما يحتمل التَّأْيِيد.

وأصحهما: وأرجحهما على ما ذكره الرُّوْيَانِيُّ وغيره المَنعُ بل الإمام يَصْرِفُهَا وأثمانها إلى مَصَالِحِ المُسْلِمِينَ؛ لما روي عن أبي الوليد الطَّيَالِسِيِّ أنه قال: «أدركت النَّاسَ بـ «البصرة» وإنه لَيَجَاءُ بالتمر الفرات فما يَشْتَرِيهِ إلا أَعْرَابِيٌّ أو من يَتَّخِذُهُ لِلنَّبِيذِ» يريد به أنهم كانوا يَتَحَرَّزُونَ منه وإن ذلك كان مَشْهُوراً فيما بينهم.

وإذا تَأَمَّلْتَ هذا الشَّرْحَ، فلك أن تَعَلَّمَ قوله في الكتاب؛ «وقد مَلَكَ عَمْرٌ - رضي الله عنه - أراضِي العِرَاقِ» بالحاء والواو.

ولأن من يقول: إنها فُتِحَتْ صُلْحاً لا يقول: إنها مُلِكَتْ، ثم إِضَافَةُ المَلِكِ إليه على سَبِيلِ أنه المُتَسَبِّبُ إلى تحصيله، لا على معنى أنه ملكها خَاصَّةً.

ويجوز أن يُعَلَّمَ قوله: «وقسمها» وقوله بعد ذلك: «ووقفها» كلاهما بالميم؛ لأن عند مَالِكٍ أنها صارت مِلْكَاً بنفسِ الاغْتِنَامِ، والاسْتِيْلَاءِ.

ولَيُعَلَّمَ بهذا قوله في الكتاب: «ولا يملك بالاستيلاء» بالميم أيضاً، ويجوز إِغْلَامُ قوله: «ووقفها وأجرها» بالواو؛ لقول من قال: إنَّه بَاعَهَا. وكذا قوله: «وضرب الأجرَةَ خَرَاَجاً»؛ لأن ذلك القَائِلُ المَضْرُوبِ ثمن لا أَجرَةً.

وقوله: «فلا يَصِحُّ بَيْعُ أراضِي العِرَاقِ» بالحاء والواو، ولك أن ترجع من هذا المُتَنَهَى إلى لَفْظِ الكتابِ في الرَّهْنِ، فتَعَلَّمَ قوله: «وأنه وقف» بالحاء.

وقوله: «وَوَفَّقَهَا عَمْرٌ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - بالميم.

وقوله: «يملكها غيره» بالحاء والواو.

ونختم هذا الفُضْلَ الأوَّلَ بفائدتين:

إحدهما: قال الشَّافِعِيُّ - رضي الله عنه - في «المختصر»: ولا أعرف ما أقول في السَّوَادِ إلا بظن مَقْرُونٍ إلى عِلْمِ، واختلف في تفسيره:

فمن ابن سُرَيْجٍ أن المعنى كِذْتُ أقول: إلا أنه افْتَرَنَ به العِلْمُ، فزال الظَّنُّ وقلت:

بعلم.

وعن أبي حفص بن الوكيل: أنه أراد بالظن أن الأخبار الواردة في الباب طريقتها الظن الغالب، وأراد بالعلم العلم يورودها.

وعن أبي إسحاق أنه أراد بقوله: «بظن مقرؤين بدليل»، كأنه عبّر عن العلم بالدليل؛ لأنه يثمر العلم.

وقيل: أراد أن فتحها عنوة معلوم لكثرة الناقلين، والذي فعل عمر - رضي الله عنه - بها مظنون، ويمكن أن يقال: أشار بالكلمة إلى كثرة اختلاف الروايات فيه، فيكاد يرتقي الظن إلى حد العلم، ويراجع العلم إلى حد الظن أخرى.

الثانية: إذا أراد الإمام اليوم أن يوقف أرض الغنيمية كما فعل عمر - رضي الله عنه - جاز إذا استطاب قلوب الغانمين في النزول عنها بعوض، أو بغير عوض، وإن أبي بعضهم فهو أحق بماله، وكذلك المثقلات والصبيان والشنآن لا يجوز للإمام رد شيء منها إلى الكفار إلا بطيبة أنفس الغانمين؛ لأنهم ملكوها بالاغتنام.

قال الإمام: وليس للإمام أن يأخذ الأراضي قهراً، وإن كان يعلم أنهم [يتوانون بسببها]<sup>(١)</sup> في الجهاد، ولكن يقهرهم على الخروج إلى الجهاد بحسب الحاجة.

وجوز أبو حنيفة رد الأراضي المغنومة إلى الكفار، وإن أبي الغانمون.

[قال الغزالي: الفصل الثاني: في حد السواد].

قال الرافعي: وقد أطلق مطلقون أن سواد العراق من «عبادان» إلى حديقة الموصل طولاً، ومن [عذيب] القادسية إلى حلوان عرضاً، وعلى هذا جرى صاحب الكتاب في «باب الرهن» وهو بالفراسخ على ما ذكر الماوردئي وغيره في الطول مائة وستون، وفي العرض ثمانون، وذكر في مساحته قولان:

أحدهما: أنها اثنتان وثلاثون ألف جريب، ويُنسب هذا إلى ابن المنذر.

والثاني: ستة وثلاثون ألف ألف، ويمكن أن يرجع التفاوت إلى ما يقع في الحد المذكور من السباخ والتلول والطرق ومجاري الأنهار، ونحوها مما لا يزرع، وكان بعضهم أخرجها عن الحساب، لكن في إطلاق الحد المذكور [تساهل]<sup>(٢)</sup> لما اشتهر من أرض البصرة أنها كانت [سبخة]<sup>(٣)</sup> أحياءا عثمان بن أبي العاصي، وعتبة بن غزوان - رضي الله عنهما - بعد الفتح، وهي داخلّة في هذا الحد، ولا بد من استثنائها.

(٢) سقط في ز.

(١) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.



وقد أطلق صاحب «التهذيب» أن «البصرة» لا تدخل في حكم السّواد، وإن كانت داخلة في حده.

وفي «البحر» أن القاضي الماوردبي قال: حضرت الشيخ أبا حامد، وهو يدرس تحديد السّواد في «كتاب الرهن»، وأدخل فيه «البصرة» ثم أقبل عليّ، وقال: هكذا تقول. فقلت: لا إنها كانت مواتاً أحيائها المسلمون، فأقبل على أصحابه وقال: علقوا ما يقول، فإن أهل «البصرة» أعرف بـ «البصرة»، ولكن في استثناء «البصرة» على الإطلاق تساهل أيضاً.

والثالث: وهو الذي أوردّه صاحب «التهذيب» وغيره أن «البصرة» ليس لها حكم السّواد، إلا في موضع من شرقي دخلتها يسمى «الفرات»، وموضع من غربي يسمى نهر «الصراة» وإنما سموها أرض السّواد؛ لأنهم خرجوا من البادية، فرأوا خضرة [الزرع والأشجار الملتفة، والخضرة]<sup>(١)</sup> ترى من البعد سواداً، فقالوا: ما هذا السّواد؟. وأيضاً فبين اللّوتين تفاوت، وقد أطلق اسم أحدهما على الآخر.

### [الفصل الثالث

## في الخراج الذي ضرب على أرض السّواد]

ما يؤخذ من خراج هذه الأراضي يضرفه الإمام إلى مصالح المسلمين والأهم منها فالأهم، ويجوز صرفه إلى الفقراء والأغنياء من أهل الفئء وغيرهم، وقدر الخراج في كل سنة ما رواه الشّعبي أن عمر - رضي الله عنه - بعث عثمان بن حنيف<sup>(٢)</sup> ماسحاً ففرض على كل جريب شعير دزهمين، وعلى كل جريب حنطة أزبعة دراهم، وعلى جريب الشجر وقصب السكر ستة دراهم، وعلى جريب النخل عشرة دراهم، وعلى جريب الزيتون اثني عشر درهماً.

وعن رواية أبي مجلز أن ابن حنيف فرض على جريب الكرم عشرة دراهم، وعلى جريب النخل ثمانية دراهم، وليس فيها ذكّر الزيتون والباقي لما سبق وأقام مقيمون الروائين وجهين للأصحاب، والمشهور الثاني على ما ادعى صاحب «البيان».

وعن أبي حنيفة أنه ساعدنا في جميع ذلك، إلا في الشعير والحنطة، فإنه قال: يؤخذ من جريب الشعير قفيز ودرهم ومن جريب الحنطة قفيز ودرهمان.

(٢) في ز: أبي حنيفة.

(١) سقط في ز.

وعن أحمد: يُؤخَذُ من كل واحد منهما قَفِيرٌ ودرهم، ويذكر أن الحَاصِلَ من أرض «العراق» في عَهْدِ عمر - رضي الله عنه - كان مائة ألف ألف وسبعة وثلاثين ألف ألف درهم.

وقيل: مائة ألف ألف وستين ألف ألف، ثم كان يَتَنَاقَصُ حَتَّى عاد في زَمَانِ الحِجَابِ إلى ثمانية عشر ألف ألف دِرْهَمٍ، فلما وَلِيَ عُمَرُ بْنُ عبد العزيز - رضي الله عنه - اِزْتَفَعَ في السَّنَةِ الأولى إلى ثلاثين ألف ألف دِرْهَمٍ، وفي الثانية إلى ستين ألف ألف.

وقيل: فوق ذلك فقال: إِنْ عِشْتُ [لَأَبْلُغَنَّ]<sup>(١)</sup> إلى ما كان في عَهْدِ عُمَرَ بن الخطاب - رضي الله عنه - فمات في تلك السَّنَةِ - رضي الله عنه -.

المسألة الثانية مَكَّةُ شَرَفَهَا الله - تعالى - فتحت صَلْحاً.

وقال أبو حَنِيْفَةَ ومالك: فتحت عَنَوَةٌ.

واحتج الأصحاب بقوله تعالى: ﴿وَعَدَكُمُ اللهُ مَغَانِمَ كَثِيرَةً تَأْخُذُونَهَا فَعَجَّلَ لَكُمْ هَذِهِ وَكَفَّ أَيْدِيَ النَّاسِ عَنْكُمُ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿وَأُخْرَى لَمْ تَقْدِرُوا عَلَيْهَا﴾ [الفتح: ٢١].

قيل: التي عَجَّلَ لهم عَنَائِمُ «خبير» والتي لم يقدروا عليها عَنَائِمُ «مكة»، والمعنى لم تَقْدِرُوا عليها بالقَهْرِ، وفي قِصَّةِ فتح «مكة» بأن أبا سفيان طلب الأمانَ لأهل «مكة» فَعَقَدَ الأمانَ لهم رَسُولُ الله - ﷺ - وهم بِمَرِّ الظُّهْرَانِ فقال: «مَنْ دَخَلَ المَسْجِدَ فَهُوَ آمِنٌ، وَمَنْ دَخَلَ دَارَ أَبِي سُفْيَانَ فَهُوَ آمِنٌ [ومن ألقى سلاحه فهو آمِنٌ]<sup>(٢)</sup> وَمَنْ أَغْلَقَ بَابَهُ فَهُوَ آمِنٌ»<sup>(٣)</sup> واستثنى رِجَالاً مَخْضُوعِينَ أمر بقتلهم، وأيضاً فإنه لم يقتل، ولم يسب، ولا قَسَمَ عَقَاراً، ولا منقولاً، ولو فتحت عَنَوَةٌ لكان الأَمْرُ بخلافه.

وقال صاحب «الحاوي»: عندي أن أسفل «مكة» دخلها خالد بن الوليد عَنَوَةٌ، وأغلاها دخل الزبير بن العوام - رضي الله عنه - صلحاً ودخل النبي - ﷺ - من جهة الزبير، فصار حُكْمُ جهته الأغلب، ولم يغلب أسفل «مكة»؛ لأن القتال كان على جِبَالِهَا ولم يكن فيها.

وقد يعلل أبو حنيفة امتِناعَ النبي - ﷺ - عن قِسْمَةِ العَقَارَاتِ بأنها خلقت حرة ويقول: لا يجوز [بيع]<sup>(٤)</sup> دور «مكة». وعندنا: دُورُهَا وعِرَاضُهَا المحياة مَمْلُوكَةٌ، كما

(٢) سقط في ز.

(١) سقط في ز.

(٣) أخرجه مسلم (١٤٠٧/٣) كتاب الجهاد: باب فتح مكة حديث (١٧٨٠/٨٦).

(٤) سقط في ز.

في سائر البلاد ويصح بيعها ولم يَزَلِ النَّاسُ يَتَّبِعُونَهَا.

وقد رُوِيَ أَنَّ عُمَرَ - رضي الله عنه - اشترى حُجْرَةَ سَوْدَةَ بـ «مكة» حَرَسَهَا اللهُ - تعالى - وأن حكيم بن حِرَامٍ باع دَارَ الثَّدْوَةِ من مُعَاوِيَةَ.

قوله في الكتاب: «وقد فتحت عَنَوَةٌ ظَاهِرُهُ يُخَالِفُ الْمَذَهَبَ فَإِنَّ الْفَتْحَ عَنَوَةٌ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمَالِكٍ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ، وَإِذَا أُخْرَهُ فَهَوِيَ مَحْمُولٌ عَلَى مَا قَالَ الْإِمَامُ: إِنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - دَخَلَ «مَكَةَ» مُسْتَعِدًّا لِقِتَالِ لَوْ قُوتِلَ، إِلَّا أَنَّهُ لَمْ يُقَاتِلْ وَاسْتَوْثَمَ وَأَمَّا الْفَتْحُ عَنَوَةٌ [فَعَلَى مَعْنَى]»<sup>(١)</sup> أَنَّهُ مَنَعَ فِقَاتِلَ، فَهَذَا لَمْ يَتَّحَقَّقْ، وَقَدْ فَسَّرَ الْعَنَوَةَ فِي «الْوَسِيطِ» بِذَلِكَ، وَكَانَ فِي غُنْيَةٍ مِنْ اسْتِعْمَالِ «عَنَوَةٌ» وَتَفْسِيرِهِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

### (البَابُ الثَّلَاثُ فِي تَرْكِ الْقَتْلِ وَالْقِتَالِ بِالْأَمَانِ)

قال العزالي: وَالْأَمَانُ مَضْلَحَةٌ فِي بَعْضِ الْأَخْوَالِ \* وَمَكِيدَةٌ مِنْ مَكَايِدِ الْقِتَالِ فِي الْمُبَارَزَةِ \* وَلَا يَصِحُّ مِنْ أَحَادِ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا فِي أَحَادِ الْكُفَّارِ أَوْ عَدَدٍ مَخْضُورِينَ \* وَيَصِحُّ مِنْ كُلِّ مُؤْمِنٍ مُكَلَّفٍ حَتَّى الْعَبْدِ (ح) وَالْمَرْأَةِ وَالشَّيْخِ الْهَرِمِ وَالسَّفِيهِ \* وَلَا يَصِحُّ مِنْ مَجْنُونٍ (و) وَصَبِيٍّ.

قال الرافعي: الْأَمَانُ وَإِنْ تَضَمَّنَ تَرْكَ الْقَتْلِ وَالْقِتَالِ، لَكِنَّ الْمَضْلَحَةَ قَدْ تَقْتَضِيهِ، إِمَّا فِي اسْتِمَالَةِ الْكَافِرِ لِيَزْعَبَ فِي الْإِسْلَامِ، عَلَى مَا قَالَ تَعَالَى: ﴿وَإِنْ أَحَدٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ...﴾ [التوبة: ٦] الْآيَةَ أَوْ لِيَتَزَيَّجَ الْجُنْدِ، أَوْ لِتَرْتِيبِ أُمُورِهِمْ، أَوْ لِلْحَاجَةِ إِلَى دُخُولِ الْكُفَّارِ، وَقَدْ يَصِيرُ مَكِيدَةً مِنْ مَكَايِدِ الْقِتَالِ فِي الْمُبَارَزَةِ لِاسْتِنزَالِ الْأَنْطَالِ وَالْأَقْرَانِ، وَيَنْتَسِمُ إِلَى عَامٍّ، وَهُوَ الَّذِي يَتَعَلَّقُ بِأَهْلِ إِقْلِيمٍ، وَنَاحِيَةٍ، وَيَلْدَةٌ وَهَذَا يَخْتَصُّ بِالْإِمَامِ وَوُلَايَتِهِ، وَهُوَ عَقْدُ الْمَهَادَنَةِ، وَسِيَّاتِي مِنْ بَعْدِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

وإلى خَاصٍّ وَهُوَ الَّذِي يَتَعَلَّقُ بِالْأَحَادِ وَهَذَا يَصِحُّ مِنَ الْوَلَاةِ وَمِنَ الْآحَادِ، وَبِالْبَابِ مَعْفُودٌ لِهَذَا الْقِسْمِ الْخَاصِّ.

وَالْأَصْلُ فِيهِ مَا رُوِيَ أَنَّ رَجُلًا أَجَارَ رَجُلًا مِنَ الْمُشْرِكِينَ، فَقَالَ عَمْرُو بْنُ الْعَاصِ، وَخَالِدُ بْنُ الْوَلِيدِ: لَا يُجِيرُ ذَلِكَ، فَقَالَ أَبُو عُبَيْدَةَ بْنُ الْجَرَّاحِ - رضي الله عنه - لَيْسَ لَكُمْ ذَلِكَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ - ﷺ - يَقُولُ: «يَجِيرُ عَلَى الْمُسْلِمِينَ بَعْضُهُمْ» فَأَجَارُوهُ<sup>(٢)</sup>.

(١) في ز: على ما مضى.

(٢) أخرجه أحمد [٢٥٠/٥] من حديث أبي أمامة نحوه بهذه القصة، وقال ابن أبي شيبة نا عبد الرحيم بن سليمان عن حجاج عن الوليد بن أبي مالك عن عبد الرحمن بن سلمة: أن رجلاً آمن قوماً، وهو مع عمرو بن العاص وخالد بن الوليد وأبي عبيدة بن الجراح، فقال عمرو وخالد: لا =

وعن عليّ - كَرَّمَ اللَّهُ وَجْهَهُ - أنه قال: ما عندي إلا كتابُ الله، وهذه الصَّحِيفَةُ عن رسولِ اللَّهِ ﷺ: «إِنَّ ذِمَّةَ الْمُسْلِمِينَ وَاحِدَةٌ، فَمَنْ خَقَرَ مُسْلِمًا، فَعَلِيهِ لَعْنَةُ اللَّهِ وَالْمَلَائِكَةِ، وَالنَّاسِ أَجْمَعِينَ»<sup>(١)</sup>.

والفصل يشتمل على مسألتين:

إحدهما؛ إِنَّمَا يَجُوزُ لِأَحَادِ الْمُسْلِمِينَ<sup>(٢)</sup> أَمَانٌ وَاحِدٌ مِنَ الْكُفَّارِ، أَوْ جَمَاعَةٍ مَخْضُورِينَ؛ كَعَشْرَةِ وَمِائَةٍ، وَلَا يَجُوزُ لَهُمْ أَمَانٌ إِقْلِيمِي، وَنَاحِيَّةِي، وَبِلَدَةٍ، بَلِ النَّظَرُ فِيهِ مُتَعَلِّقٌ بِصَاحِبِ الْأَمْرِ وَفِي «الْبَيَانِ»: أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يُؤْمَنَ وَاحِدٌ أَهْلَ قَلْعَةٍ، وَلَا شَكَّ أَنَّ الْقَرْيَةَ الصَّغِيرَةَ فِي مَعْنَاهَا، وَعَنِ الْمَاسْرِجِيِّ: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُؤْمَنَ الْوَاحِدُ لِأَهْلِ قَرْيَةٍ، وَإِنْ قَلَّ عَدَدٌ مِنْ فِيهَا، وَالْأَشْبَهُ الْأَوَّلُ.

والضُّبُطُ فِي الْبَابِ الْأَيْسَرِ بِسَبَبِهِ بَابُ الْجِهَادِ فِي تِلْكَ الْجِهَةِ، وَالنَّاحِيَّةِ، فَإِذَا تَأْتَى الْجِهَادُ مِنْ غَيْرِ التَّعَرُّضِ لِمَنْ آمَنَ، نَقَدَّ الْأَمَانَ.

قال الإمام: والسُّرُّ فِيهِ أَنَّ الْجِهَادَ شِعَارُ الدِّينِ وَالدَّعْوَةَ الْقَهْرِيَّةَ، وَهُوَ وَجْهٌ مِنْ أَعْظَمِ الْمَكَاسِبِ لِلْمُسْلِمِينَ، فَيَبْتَغِي أَلَّا يَظْهَرَ بِأَمَانِ الْآخَادِ [انْحِسَام]<sup>(٣)</sup> وَلَا نَقْصَانَ يَحْسُ.

قال: وَلَوْ أَمَّنَ مِائَةٌ أَلْفٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ مِائَةٌ أَلْفٍ مِنَ الْكُفَّارِ، فَكُلُّ وَاحِدٍ لَمْ يُؤْمَنَ إِلَّا وَاحِدًا، لَكِنْ إِذَا ظَهَرَ انْحِسَامٌ أَوْ نُقْصَانٌ، فَأَمَانَ الْكُلُّ مَرْدُودٌ، وَلَكِ أَنْ تَقُولَ: إِنْ أَمَّنُوهُمْ مَعًا، فَالْكَلُّ مَتَوَجِّهٌ وَإِنْ أَمَّنُوهُمْ عَلَى التَّعَاقُبِ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَجُوزَ أَمَانُ الْأَوَّلِ، فَالْأَوَّلُ إِلَى ظُهُورِ الْخَلَلِ، عَلَى أَنَّ الْقَاضِي الرُّوْيَانِي أَوْزَدَ أَنَّهُ إِذَا أَمَّنَ وَاحِدًا جَازًا، وَإِنْ كَثُرُوا حَتَّى زَادُوا عَلَى عَدَدِ أَهْلِ الْبَلَدَةِ الْوَاحِدَةِ وَالْقَرْيَةِ الْوَاحِدَةِ لَمْ يَجُزْ.

وَلَا فَرْقٌ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْكَافِرُ الْمُؤْمِنَ فِي دَارِ الْحَرْبِ، وَبَيْنَ أَنْ يُؤْمَنَ فِي حَالِ الْقِتَالِ، أَوْ فِي الْهَزِيمَةِ أَوْ عِنْدَ الْوُقُوعِ فِي مَضِيقٍ، بَلْ يَجُوزُ الْأَمَانُ مَا دَامَ مَمْتَنًّا.

فَأَمَّا بَعْدَ الْأَسْرِ، فَلَا يَجُوزُ لِلْآخَادِ أَمَانُهُ، وَلَا الْمَنْ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ بِالْأَسْرِ، ثَبِتَ

= نجير من أجار، فقال أبو عبيدة: سمعت رسول الله ﷺ يقول: يجير على المسلمين بعضهم، وحجاج هو ابن أرطاة وفيه ضعف وهو مدلس، والمعروف عن عمرو بن العاص خلاف ذلك، فقد روى الطيالسي في مسنده عنه فرفعه: يجير على المسلمين أذنانهم، ورواه أحمد من حديث أبي هريرة رفعه: يجير على المسلمين أذنانهم، ورواه أحمد من حديث أبي عبيدة: يجير على المسلمين بعضهم.

(١) أخرجه البخاري [١٨٧٠ - ٣١٧٢ - ٦٧٥٥ و ٧٣٠٠] من حديثه، وأتم من هذا السياق، ورواه باللفظ دون أوله: مسلم من حديث أبي هريرة، والبخاري عن أنس.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: الناس.

للمسلمين فيه حقٌ، ويخبر الإمام، فلا يَجُوزُ إِنْطَالُهُ والتَّهْوِيتُ عليه.

ولو قَالَ واحد من المسلمين: كُنْتُ أَمْنْتُهُ قَبْلَ هَذَا، لَمْ يُقْبَلْ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ أَمَانَتَهُ فِي الْحَالِ [بخلاف ما إذا أقرَّ بِأَمَانٍ مِّنْ يَجُوزُ أَمَانَتُهُ فِي الْحَالِ] (١).

ولو قال جَمَاعَةٌ: كُنَّا أَمْنَاءُ، فَكَذَلِكَ لَا يُقْبَلُ؛ لِأَنَّهُمْ يَشْهَدُونَ عَلَى فِعْلِ أَنْفُسِهِمْ، وَلَوْ قَالَ وَاحِدٌ: كُنْتُ أَمْنْتُهُ، وَشَهِدَ بِهِ ائْتَانًا، قَبِلَتْ شَهَادَتُهُمَا.

### المسألة الثانية.

يَصِحُّ الْأَمَانُ (٢) مِنْ كُلِّ مُسْلِمٍ مُكَلَّفٍ، فَيَدْخُلُ فِيهِ الْعَبْدُ وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَا يَصِحُّ أَمَانَتُهُ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَأْذُونًا لَهُ فِي الْقِتَالِ.

لنا: إِطْلَاقُ التُّصْوِصِ، وَأَيْضًا فَقَدْ قَالَ ﷺ: «الْمُسْلِمُونَ تَتَكَافَأُ دِمَاؤُهُمْ يَسْعَى بِذِمَّتِهِمْ أَذْنَاهُمْ» (٣)، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ سَيِّدُهُ مُسْلِمًا أَوْ كَافِرًا، وَيَدْخُلُ فِيهِ الْمَرْأَةُ وَالْحُنْتِيُّ.

(١) سقط في ز.

(٢) لا يبيح الإسلام للحربي أن يدخل بلادنا من غير أن يكون معه أمان محترم يجعلنا نظمتن إليه، والأمان لغة ضد الخوف وشرعاً عقد يعطيه الإمام أو غيره من أفراد الأمة العقلاء البالغين للحربي فرداً أو جماعة يُبَاحُ لهم بمقتضاه الدخول في دار الإسلام ومباشرة أعمالهم العلمية، أو التجارية على نحو ما يريدون. ويشترط فيه ألا يكون في أعمالهم مساس بسلامة الدولة الإسلامية. الأمان جائز بالكتاب والسنة:

«أما الكتاب» فقوله تعالى: «وَإِنْ أَحَدٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّى يَسْمَعَ كَلَامَ اللَّهِ ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُ» الآية. ومعناه وإن جاءك أحد من المشركين لا عهد بينك وبينه وطلب أمانك وجوازك فأمنه حتى يسمع كلام الله ويتدبره ويعرف حقيقة الإسلام، ثم أبلغه بعد ذلك مكاناً يأمن فيه على نفسه. ووجه الدلالة: أن الله أذن لنبيه عليه الصلاة والسلام في إعطاء الأمان لمن سأله واستجار به، والاستجارة في الآية عامة فتتناول الاستجارة لنشر العلوم والتجارة وسماع كلام الله وغير ذلك من الأسباب التي تحمل على طلب الأمان. وأما قوله سبحانه وتعالى: «حَتَّى يَسْمَعَ كَلَامَ اللَّهِ» فهو إشارة إلى الحكمة المقصودة من إعطاء الأمان، وذلك لأنه إذا دخل بلاد المسلمين وأقام بينهم سمع منهم كلام الله، وعرف مقاصد الدين، وكثيراً ما يكون ذلك سبباً لإسلامه.

وأما السنة: فما رواه البخاري عن علي - رضي الله عنه - أن النبي - ﷺ - قال: «ذِمَّةُ الْمُسْلِمِينَ وَاحِدَةٌ يَسْعَى بِهَا أَذْنَاهُمْ، فَمَنْ أَخْفَرَ مُسْلِمًا؛ فَعَلَيْهِ لَعْنَةُ اللَّهِ وَالْمَلَائِكَةِ وَالنَّاسِ أَجْمَعِينَ». والذمة معناها العهد والأمان والحرمة، وقوله: «يَسْعَى بِذِمَّتِهِمْ أَذْنَاهُمْ» أي يتحملها ويعقدتها مع الكفار أقلهم وقوله «فَمَنْ أَخْفَرَ مُسْلِمًا» أي نقض عهده - ووجه الدلالة أن الحديث جعل حق الأمان لجميع المسلمين فمن أعطى منهم الأمان لكافر وجب على الجميع احترامه والوفاء به فيستدل به على مشروعية الأمان في كل الأحوال التي ليس فيها ضرر على المسلمين.

(٣) أخرجه أبو داود [٤٥٣٠] والنسائي [١٩/٨ - ٢٠] والحاكم [١٤١/٢] عن علي به، وأحمد وأبو داود وابن ماجه من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، مرفوعاً: يد المسلمين على من =

ويزورني عن أم هانئ - رضي الله عنهما - قالت: أجزت رجلين من أحمائي، فقال رسول الله ﷺ: «أمتا من أمتي»<sup>(١)</sup>.

ويَدْخُلُ فِيهِ أَيْضاً الْفَقِيرُ وَالْمَخْجُورُ عَلَيْهِ [بِالسَّفْوَةِ، وَالْفَلْسِ]<sup>(٢)</sup> وَالْمَرِيضُ، وَالشَّيْخُ الْهَرَمُ، وَالْفَاسِقُ، فَيَجُوزُ أَمَانُهُمْ، وَعَنْ ابْنِ أَبِي هُرَيْرَةَ: وَجَهٌ فِي الْفَاسِقِ. لَكُنْهُ نَوْعٌ وَلَايَةٌ، وَيَخْرُجُ عَنِ الضَّبْطِ الْكَافِرُ، فَلَا<sup>(٣)</sup> يَصِحُّ أَمَانُهُ؛ لِأَنَّهُ مُتَّهَمٌ، وَلَيْسَ مِنْ أَهْلِ النِّظَرِ لِلْمُسْلِمِينَ، وَيَخْرُجُ الصَّبِيُّ، وَالْمَجْنُونُ، فَلَا<sup>(٤)</sup> اعْتِبَارَ بِعِبَارَتِهِمَا، وَفِي الصَّبِيِّ الْمُمَيِّزِ وَجَهٌ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ لَا ضِرَارَ فِيهِ، وَلَا تَبِعَةَ، وَهُوَ كَالْتَدْبِيرِ [وَالْوَصِيَّةِ، وَهَذَا الْوَجْهَ حِكَايَةُ الْقَاضِي ابْنِ كَيْجٍ عَنِ أَبِي الْحُسَيْنِ، عَنِ أَبِي بَكْرِ بْنِ الْحَقَّافِ، مِنْ أَصْحَابِنَا مَبْنِيًّا عَلَى صِحَّةِ إِسْلَامِهِ]<sup>(٥)</sup> وَيُعْتَبَرُ مَعَ الْإِسْلَامِ وَالتَّكْلِيفِ الْاِخْتِيَارُ، فَالْمَكْرَهُ عَلَى عَقْدِ الْأَمَانِ لَا يَصِحُّ أَمَانُهُ وَالْأَسِيرُ قَرِيبٌ مِنَ الْمُكْرَهُ، وَسَيَاتِي حُكْمُ أَمَانِهِ مِنْ بَعْدُ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

قال العزالي: وَيَتَعَقَّدُ بِاللَّفْظِ وَالْكِتَابَةِ وَالْإِشَارَةِ الْمُهَمَّةِ \* فَإِنْ رَدَّ الْكَافِرُ أَرْتَدَّ \* وَإِنْ قَبِلَ صَحَّ \* وَلَا يَكْفِي سُكُوتُهُ بَلَّ لَا بُدَّ مِنْ قَبُولِ وَلَوْ بِالْفِعْلِ \* فَلَوْ أَشَارَ عَلَيْهِمْ مُسْلِمٌ فِي صَفِّ الْكُفَّارِ فَانْحَازَ إِلَى صَفِّ الْمُسْلِمِينَ وَتَفَاهَمَا الْأَمَانُ فَهُوَ أَمَانٌ \* وَإِنْ ظَنَّ الْكَافِرُ أَنَّهُ أَرَادَ الْأَمَانَ وَالْمُسْلِمُ لَمْ يَرُدَّهُ فَلَا يُغْتَالُ بَلَّ يُلْحَقُ بِأَمَانِهِ \* وَلَوْ قَالَ: مَا فَهِمْتُ الْأَمَانَ

= سواهم، تتكافأ دماؤهم، ويجير عليهم أذنهم، ويرد عليهم أقصاهم، وهم يد على من سواهم، ورواه ابن حبان في صحيحه من حديث ابن عمر مطولاً، ورواه ابن ماجة من حديث معقل بن يسار مختصراً: المسلمون يد على من سواهم، تتكافأ دماؤهم، ورواه الحاكم عن أبي هريرة مختصراً: المسلمون تتكافأ دماؤهم.

(١) الترمذي [١٥٧٩] من حديثها بهذا، وأصله في الصحيحين البخاري [٢٨٠] و٣٥٧ - ٣١٧١ و[٦١٥٨] مسلم [٢٣٣٦] أتم من هذا، وفيه قصة، ولفظه: قد أجرنا من أجزت يا أم هانئ، واستدل به على أن مكة فتحت عنوة، إذ لو فتحت صلحاً ما احتيج إلى هذا (تبيينه) الرجلان هما الحارث بن هشام وعبد الله بن أبي ربيعة، كذا ساقه الحاكم في ترجمة الحارث بن هشام بسند فيه الواقدي، وكذا رواه الأزرقعي عن الواقدي عن ابن أبي ذئب عن المقبري عن أبي هريرة عن أم هانئ فذكر الحديث، وفي آخره: وكان الذي أجزت عبد الله بن أبي ربيعة والحارث بن هشام، ورواه الموطأ والصحيحان، وفيه: قاتل رجلاً أجرته فلان بن هبيرة، واسم أم هانئ فاختة، كذا في الطبراني أنه ﷺ قال لها: مرحباً بفاختة أم هانئ، وادعى الحاكم تواتره، وقيل: اسمها هند قاله الشافعي، وقيل: فاطمة حكاها ابن الأثير، وقيل: عاتكة حكاها ابن حبان وأبو موسى، وقيل: جمانة حكاها الزبير بن بكار، وقيل: رملة حكاها ابن البرقي، وقيل: إن جمانة أختها، وقيل: ابنتها.

(٢) في ز: بالفلس.

(٣) في ز: ولا.

(٥) سقط في ز.

(٤) في ز: ولا.

يُغْتَالُ \* وَمَنْ دَخَلَ مِنْهُمْ لِسْفَارَةَ أَوْ لِسْمَاعِ كَلَامِ اللَّهِ تَعَالَى لَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى عَقْدِ أَمَانٍ بَلْ ذَلِكَ الْقَضْدُ يُؤْمَنُهُ \* وَقَضْدُ التُّجَارَةِ لَا يُؤْمَنُهُ وَإِنْ ظَنَّهُ أَمَانًا \* وَلَوْ قَالَ الْوَالِي: أَمِنْتُ مِنْ قَضْدِ التُّجَارَةِ صَحَّ \* وَلَا يَصِحُّ مِنَ الْآحَادِ \* فَإِنْ ظَنَّ الْكَافِرُ صِحِّحَتَهُ فَلَا يُغْتَالُ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ .

قال الزَّافِعِيُّ: يَنْعَقِدُ الْأَمَانُ بِكُلِّ لَفْظٍ مُقْتَدٍ لِلْغَرَضِ صَرِيحاً كَانَ، أَوْ كِنَايَةً فَالصَّرِيحُ كَقَوْلِهِ: «أَجْرَتُكَ، أَوْ أَنْتَ مُجَارٌ، أَوْ أَمْتُكَ، أَوْ أَنْتَ آمِنٌ، أَوْ فِي أَمَانِي» .

قَالَ فِي «الْبَحْرِ»: وَكَذَا لَوْ قَالَ: «لَا بَأْسَ عَلَيْكَ» وَيَدُلُّ عَلَيْهِ مَا رُوِيَ أَنَّ الْهَرْمَزَانَ لَمَّا حَمَلَهُ أَبُو مُوسَى الْأَشْعَرِيُّ إِلَى عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فَقَالَ لَهُ عُمَرُ: تَكَلِّمْ لِي بِأَسِّ عَلَيْكَ، ثُمَّ أَرَادَ قَتْلَهُ. فَقَالَ لَهُ أَسُّ بْنُ مَالِكٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: لَيْسَ لَكَ إِلَى قَتْلِهِ سَبِيلٌ قُلْتَ لَهُ: تَكَلِّمْ لِي بِأَسِّ عَلَيْكَ فَتَرَكَهُ<sup>(١)</sup>.

وَفِي إِيرَادِ بَعْضِهِمْ مَا يَفْتَضِي كَوْنَهُ كِفَايَةً، وَاعْتَرَضَ عَلَيْهِ فِي قِصَّةِ الْهَرْمَزَانَ بِأَنَّهُ كَانَ أَسِيرًا، وَقَدْ قُلْتُمْ بَانَ الْأَسِيرَ لَا يَجُوزُ أَمَانُهُ، وَأَجِيبْ عَنْهُ بِأَنَّ الْآحَادَ هُمُ الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ الْأَسِيرَ، أَمَا الْإِمَامُ فَلَهُ الْأَمَانُ، كَمَا لَهُ الْمَنُ وَيَنْعَقِدُ الْأَمَانُ بِأَنَّهُ يَقُولُ: لَا خَوْفَ عَلَيْكَ، وَلَا تَخَفَ وَلَا تَفْرَغَ، أَوْ يَقُولُ بِالْعَجْمِيَّةِ مَيْدَسُ مَتْرَسٍ<sup>(٢)</sup>.

رُوِيَ عَنِ ابْنِ مَسْعُودٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّهُ قَالَ: إِنَّ اللَّهَ - تَعَالَى - يَعْلَمُ كُلَّ لِسَانٍ، فَمَنْ أَتَى مِنْكُمْ أَعْجَمِيًّا، فَقَالَ: مَتْرَسٌ فَقَدْ أَمِنَهُ<sup>(٣)</sup>.

وَعِنْدَ الرُّومَانِيِّ أَنَّ هَذِهِ الْأَلْفَاطُ أَيْضاً صَرِيحَةٌ، وَحَكَى صَاحِبُ «الْحَاوِي»: أَنَّ قَوْلَهُ: لَا خَوْفَ عَلَيْكَ - صَرِيحٌ دُونَ قَوْلِهِ: لَا تَخَفَ، وَلَا تَفْرَغَ، لِأَنَّ ذَلِكَ نَفْيٌ لِلْخَوْفِ وَهَذَا نَفْيٌ. [وَالْكِنَايَةُ كَقَوْلِهِ]<sup>(٤)</sup>: أَنْتَ عَلَيَّ مَا تُحِبُّ، أَوْ كُنْ كَيْفَ شِئْتَ .

وَيَنْعَقِدُ الْأَمَانُ بِالْكِنَايَةِ وَالرَّسَالَةِ أَيْضاً، سِوَا مَا كَانَ الرَّسُولُ مُسْلِمًا أَوْ كَافِرًا .

(١) سقط في ز. (٢) كلمة فارسية ومعناها: لا تخف.

(٣) قال الحافظ: لم أره عنه، وإنما هو عن عمر. كذا ذكره البخاري تعليقاً، والبيهقي [٩٦/٩] موصولاً من حديث أبي وائل قال: جاءنا كتاب عمر، وإذا قال الرجل للرجل لا تخف فقد أمنه، وإذا قال مترس فقد أمنه، فإن الله يعلم الألسنة، ورواه مالك في الموطأ بلاغاً عن عمر، وروى عن أبي موسى الأشعري أيضاً، قال ابن أبي شيبة نا ربحان بن سعيد حدثني مرزوق بن عمرو حدثني أبو فرقد قال: كنا مع أبي موسى الأشعري يوم فتحنا سوق الأهواز، فسعى رجل من المشركين، وسعى رجلان من المسلمين خلفه، فقال أحدهما له: مترس، فقام الرجل، فأخذه، فجاء به أبا موسى وهو يضرب أعناق الأسارى، فأخبر أحدهما أبا موسى، فقال أبو موسى: وما مترس؟ قال: لا تخاف، قال: هذا أمان خليا سبيله، فخلى (تنبه) مترس بفتح الميم والتاء المثناة فوق وسكون الراء.

(٤) في ز: قال في الكتاب وقوله.

رُوي عن فضيل الرقاشي أنه قال: جَهَّزَ عُمَرُ - رضي الله عنه - جيشاً وكُنْتُ فِيهِمْ [فحصرنا قرية رامهرمز]<sup>(١)</sup> وكتب عَبْدُ أَمَانَ فِي صَحِيفَةٍ شَدَّهَا مَعَ سَهْمٍ رَمَى بِهِ إِلَى الْيَهُودِ، فخرجوا بِأَمَانِهِ، فَكَتَبَ إِلَى عُمَرَ - رضي الله عنه - . فَقَالَ الْعَبْدُ الْمَسْلُومُ: رَجُلٌ مِنَ الْمُسْلِمِينَ ذِمَّتُهُ ذِمَّتُهُمْ، وَيَتَعَقَّدُ أَيْضاً بِالْإِشَارَةِ الْمُفْهِمَةِ.

رُويَ عَنِ عُمَرَ - رضي الله عنه - أَنَّهُ قَالَ: وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ، لَوْ أَنَّ أَحَدَكُمْ أَشَارَ بِإِصْبَعِهِ إِلَى مُشْرِكٍ، فَنَزَلَ عَلَى ذَلِكَ، فَقَتَلَهُ لَقَتَلْتَهُ<sup>(٢)</sup>.

قَالَ الْإِمَامُ: وَلَا فَرْقَ أَنْ يَكُونَ قَادِرًا عَلَى الْعِبَارَةِ، أَوْ لَا يَكُونَ.

ومبنى الباب على الاتساع، هذا هو جانب المسلم المؤمن.

فَأَمَّا الْكَافِرُ الْمُؤْمِنُ، فَلَا بُدَّ مِنْ عِلْمِهِ وَبُلُوغِ خَيْرِ الْأَمَانِ إِلَيْهِ، فَإِنْ لَمْ يَبْلُغْهُ، فَلَا أَمَانَ، حَتَّى لَوْ ابْتَدَرَ الْمُسْلِمَ، فَقَتَلَهُ جَازًا، وَإِذَا خَاطَبَهُ بِالْأَمَانِ، وَبَلَّغَهُ الْخَبَرَ فَرَدَّهُ ارْتِدًا؛ لِأَنَّ ثَابِتَ بْنِ قَيْسِ بْنِ شِمَّاسِ أَمْنِ الزَّبِيرِ بْنِ بَاطِلَةَ يَوْمَ قُرَيْظَةَ فَقَتَلَهُ<sup>(٣)</sup>؛ لِأَنَّهُ إِجْبَابٌ حَقٌّ لغيره، وَإِذَا رَدَّهُ ارْتَدَّ كَالْإِجْبَابِ فِي الْبَيْعِ وَالْهَبَةِ، وَإِنْ قَبِلَ أَوْ كَانَ قَدِ اسْتَجَارَ مِنْ قَبْلِ تَمِّ الْأَمَانِ، وَلَا يُشْتَرَطُ قَبُولُهُ لَفْظًا، بَلْ تَكْفِي الْإِشَارَةُ وَالْأَمَارَةُ الْمُشْعِرَةُ بِالْقَبُولِ. فَإِنْ كَانَ فِي الْقِتَالِ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَتْرَكَ الْقِتَالَ، فَلَوْ سَكَتَ، فَلَمْ يَقْبَلْ وَلَمْ يَرِدْ، قَالَ الْإِمَامُ.

فِيهِ تَرَدُّدٌ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ الْقَبُولِ، وَهَذَا<sup>(٤)</sup> هُوَ [المذكور]<sup>(٥)</sup> فِي الْكِتَابِ. وَاسْتَفَى فِي «التَّهْذِيبِ» بِالسُّكُوتِ، وَلَوْ قَالَ الْكَافِرُ: قَبِلْتُ أَمَانَكَ، وَلَسْتُ أَوْمِنُكَ فَخَذَّ حَذْرَكَ مِنِّي [ففي «النهاية» أن هذا ردٌّ للأمان؛ لِأَنَّ الْأَمَانَ لَا يَتَّبَعُ فِي أَحَدِ الطَّرْفَيْنِ دُونَ الثَّانِي]<sup>(٦)</sup>، وَيَصِحُّ تَعْلِيقُ الْأَمَانِ بِالْأَعْذَارِ فَلَوْ أَشَارَ مُسْلِمٌ إِلَى كَافِرٍ فِي الْقِتَالِ، وَانْحَازَ إِلَى صَفِّ الْمُسْلِمِينَ وَتَفَاهَمَا الْأَمَانَ، فَهُوَ أَمَانٌ، فَإِنْ قَالَ الْكَافِرُ: ظَنَنْتُ أَنَّهُ يُؤْمِنُنِي، وَقَالَ الْمُسْلِمُ: لَمْ أَرِدْهُ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ، وَلَا أَمَانَ، وَلَكِنْ لَا يُعْتَالُ الْكَافِرُ، وَيُلْحَقُ بِأَمَانِهِ، وَكَذَا لَوْ دَخَلَ بِأَمَانٍ صَبِيًّا، أَوْ مَجْنُونًا أَوْ مُكْرَهًا وَقَالَ: ظَنَنْتُ صِحَّتَهُ أَوْ ظَنَنْتَهُ بِالْغَا، أَوْ عَاقِلًا، أَوْ مَخْتَارًا، فَإِنْ قَالَ: عَرَفْتُ أَنَّهُ لَمْ يُرِدِ الْأَمَانَ، فَقَدْ دَخَلَ بِلا أَمَانٍ، وَلَوْ قَالَ:

(١) سقط في ز.

(٢) أخرجه سعيد بن منصور نا أبو عوانة عن عمر بن أبي سلمة عن أبيه قال: قال عمر بن الخطاب: والله لو أن أحدكم أشار بإصبعه إلى السماء إلى مشرك، فنزل إليه على ذلك، فقتله، لقتلته به، وروى ابن أبي شيبة [١٢/٤٥٣ - ٤٥٤] عن وكيع عن أسامة بن زيد عن أبان بن صالح، عن مجاهد قال قال عمر: أيما رجل من المسلمين أشار إلى رجل من العدو، إن نزلت لأقتلنك، فنزل وهو يرى أنه أمان، فقد أمته.

(٣) في ز: يقتله.

(٤) في أ: فهذا.

(٥) في أ: الظاهر.

(٦) سقط في ز.



عَرَفْتُ أَنَّهُ كَانَ صَيِّبًا، وَأَنَّهُ لَا أَمَانَ لِلصَّيْبِيِّ فَكَذَلِكَ.

ولو مات المسلم المشير قبل البيان، فلا أمان، ولا اغتيال.

وما ذكرنا من اغتيال صيغة الأمان، موضعه ما إذا كان الكافر يدخل بلادنا بلا سبب، أما إذا دخل لسفارة<sup>(١)</sup>، فقد مر أن الرسول لا يتعرض له، فإن دخل ليسمع الذكر وينقاد إلى الحق إذا لآخ له ذلك، فكذلك.

وحكى الإمام في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَحَدٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ﴾ [التوبة: ٦] أنه ليس المراد أن يعقد له أماناً [لكن غرض الآية إغلامنا أنه آمن، وقصد التجارة لا يفيد الأمان]<sup>(٢)</sup>، لكن لو رأى الإمام مصلحة في دخول التجار فقال: من دخل تاجراً، فهو آمن جاز واتبع، ومثل هذا الأمان لا يصح من الآحاد.

ولو قال الكافر ظننت أن قصد التجارة يؤمن فيقتال، ولا عبرة بظن لا مستند له، ولو سمع واحداً من المسلمين يقول: من دخل تاجراً فهو آمن، فدخل، وقال: ظننت صحته، فأظهر الوجهين<sup>(٣)</sup> أنه لا يقتال.

قال العزالي: وشرط الأمان ألا يزيد على سنة \* ويصح إلى أربعة أشهر \* وفوق ذلك إلى السنة فيه قولان \* ولو آمن جاسوساً أو من فيه مضرة لم ينعقد \* ولا تشرط المصلحة بل يكفي عدم المضرة للصحة.

قال الرافعي: إنما قال: «وشرط الأمان»؛ لأن المؤمن والمؤمن والصيغة التي تكلمنا فيها عدها في «الوسيط» أركاناً على عادته، فلما فرغ منها عقبها بما هو شرط الأمان أمران:

أحدهما: ألا يزيد على سنة، ويجوز إلى أربعة أشهر وفيما بينهما قولان: أصحهما: المنع وحكمه حكم المهادنة حيث لا ضعف، والنظر في القوة والضعف يناط برأي الإمام، وكل واحد لا يعرف أسبابها، وحال الأجناد.

وذكر في «البحر» أنه: لو زاد على سنة، بطل في الزيادة على المشروع دون الباقي. وفي وجه يطل في الكل تخريجاً من تفريق الصفقة وأنه لو أطلق حمل على أربعة أشهر وبلغ بعدها المأمّن.

والثاني: ألا يتضرر به المسلمون حتى لو آمن جاسوساً، أو طليعة، لم ينعقد الأمان قال الإمام - رحمه الله -: وينبغي ألا يستحق التبليغ إلى المأمّن أيضاً؛ لأن دخول مثله خيانة فحقه أن يقتال، ولو آمن من أحاط على مدارج الغزاة، وعسر بسببه مسير

(٢) سقط في ز.

(١) في ز: لرسالة.

(٣) في ز: الوجوه.

العسكر، واختاجوا إلى ثقل الزاد والعلف فهو مزدود للضرر، ولا يشترط لانعقاد الأمان ظهور المصلحة، بل يكفي عدم المصرة، والله أعلم.

قال العزالي: **وَحُكْمُهُ إِذَا اتَّعَقَدَ كَفَفْنَا عَنْهُ وَعَمَّا مَعَهُ مِنْ أَهْلِ وَمَالٍ إِنْ شَرَطَ ذَلِكَ فِي الْأَمَانِ \* وَإِنْ أَقْتَصَرَ عَلَى قَوْلِهِ: أَمْنُكَ فِي سِرَائِيهِ إِلَى الْأَهْلِ وَالْمَالِ الَّذِي مَعَهُ وَجِهَانِ \* وَفِي عَقْدِ الْأَمَانِ لِلْمَرَاةِ مَقْضُوداً لِلْعِصْمَةِ عَنِ الْأَسْتِرْقَاقِ وَجِهَانٍ لِأَنَّهُ تَابِعٌ.**

قال الرافعي: **إِذَا اتَّعَقَدَ الْأَمَانُ، صَارَ الْمُؤَمَّنُ مَعْصُوماً عَنِ الْقَتْلِ وَالسَّبِي، وَلَوْ قَتَلَهُ قَاتِلٌ.** قال الإمام: الوجه عندنا القطع بأنه يضمن بما يضمن به الذمي، ومن حكمه اللزوم من جهة المسلمين، فلا يجوز للإمام نبذُه؟ نعم، إن استشعر منه خيانة نبذ أمانه؛ لأن المهادنة تُنبذ بذلك، فأمان الأحاد أولى وهو جائز من جهة الكفار يندونه متى شاؤوا ولا يتعدى الأمان إلى ما خلفه في دار الحزب من الأهل والمال، فأما ما معه منهما فإن وقع التعرض له اتبع الشرط، وإلا فوجهان، أطلقهما في «النهاية» ورجح المنع؛ لقصور اللفظ، وفي هذا مزيد نوره في خاتمة الكتاب، وفي جواز عقد الأمان للمرأة استقلالاً وجهان:

وجه المنع: أن تخصيتها بالأمان يتبع أمان الرجال، فلا تنفرد بالعقد، فهذا<sup>(١)</sup> ما أراد بقوله في الكتاب: «لأنه تابع» وعن القاضي الحسين بناؤهما على القولين، فيما إذا انتهى الإمام إلى حصن ليس فيه إلا النساء، وطلبن الصلح على مال، أو بذلن الجزية لثلاث سنين، فإن قبل يسقط استزقافهن ببذل المال، فكذلك الأمان، وكان ذكر هذه في أول الباب عند ذكر من يؤمن أولى.

قال العزالي: **وَالْأَسِيرُ إِذَا أَمَّنَ مِنْ أَسْرِهِ فَهُوَ فَاسِدٌ لِأَنَّهُ كَالْمُكْرَهَةِ \* وَلَوْ أَمَّنَ غَيْرَهُ فَوْجِهَانِ \* وَيَلْزِمُهُ حُكْمُهُ وَإِنْ لَمْ يَلْزَمْ غَيْرَهُ \* فَلَوْ أَمَّنْتَهُمْ وَأَمْنُوهُ بِشَرْطِ الْأَخْرَجِ مِنْ دَارِهِمْ لَزِمَهُ الْخُرُوجُ مَهْمَا قَدَرَ وَإِنْ حَلَفَ بِالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ وَالْأَيْمَانِ الْمَعْلُظَةِ، لَكِنْ يُكْفَرُ، وَدَعَاهُ يَقَعُ طَلَاقُهُ وَعِتَاقُهُ، فَلَا رُخْصَةَ فِي الْمَقَامِ حَيْثُ يَبْذُلُ الْمُسْلِمُ وَلَكِنْ عِنْدَ الْخُرُوجِ لَا يَغْتَالُهُمْ إِنْ أَمَّنْتَهُمْ \* وَلَوْ اتَّبَعَهُ قَوْمٌ فَلَهُ دَفْعُهُمْ وَقَتْلُهُمْ دُونَ غَيْرِهِمْ \* وَلَوْ شَرَطُوا عَلَيْهِ الرُّجُوعَ لَمْ يَلْزِمَهُ (و) \* وَلَوْ شَرَطَ إِنْفَادَ مَالٍ لَمْ يَلْزِمَهُ \* وَإِنْ كَانَ قَدِ اشْتَرَى مِنْهُمْ شَيْئاً وَلَزِمَهُ الثَّمَنُ لَزِمَهُ إِنْفَادُهُ \* وَإِنْ أَكْرَهَ عَلَى الشَّرَاءِ فَعَلَيْهِ رَدُّ الْعَيْنِ \* وَعَلَى الْقَدِيمِ يَتَخَيَّرُ بَيْنَ رَدِّ الْعَيْنِ أَوْ الثَّمَنِ إِذْ يَقِفُ الْعَقْدُ \* وَالْكَافِرُ إِذَا أَسْلَمَ وَقَدْ لَزِمَتْهُ كَفَّارَةٌ يَمِينٍ أَوْ ظَهَارٍ لَمْ تَسْقُطْ بِإِسْلَامِهِ \* وَفِيهِ وَجْهٌ.**

(١) في ز: وهذا.

قال الرَّافِعِيُّ: فِيهِ مَسَائِلُ:

إحداها: الأسييرُ في يد الكُفَّارِ إِنْ أَمَّنَ بَعْضُهُمْ مُكْرَهًا لَمْ يَصِحَّ الأمانُ، وَإِنْ كان غير مُكْرَهٍ، فوجهان:

أحدهما: يَصِحُّ؛ لِأَنَّهُ مُسْلِمٌ مُكَلَّفٌ مُخْتارٌ أماناً لَيْسَ فِيهِ إِضْرارٌ.

وأصْحُهُما: المَنْعُ، وبه قال أبو حنيفة؛ لِأَنَّهُ مَفْهُورٌ فِي أَيْدِيهِمْ، لا يَغْرِفُ وَجْهَ النَّظَرِ فِي المَضْلِحَةِ، ولأن الأمان يقتضي أَنْ يَكُونَ المَوْمِنُ آمِنًا، والأسييرُ فِي أَيْدِيهِمْ لَيْسَ بِآمِنٍ. ورأى الإمامُ تَخْصِيصَ الوَجْهَيْنِ، بما إذا أَمِنَ غيرُ من أَسْرَهُ والقَطْعُ بِالمَنْعِ إِذا أَمَّنَ من أَسْرَهُ؛ لِأَنَّهُ كالمُكْرَهِ من جِهَتِهِ، وعلى هذا جَرَى صَاحِبُ الكِتابِ.

فإن قُلْنَا: لا يَصِحُّ أمانُهُ، فَهَلْ يَصِحُّ، وَيَلْزَمُ حُكْمُهُ فِي حَقِّهِ؟

فِيهِ وَجْهان:

أحدهما: نَعَم، كَمَا لو دَخَلَ دَارَهُمْ تاجِرًا أو مُسْتَأْمِنًا، لا يجوزُ له اغْتِيالُهُمْ.

الثاني: لا؛ لِأَنَّهُمْ لَمْ يُؤْمِنُوهُ بِالتَّخْلِيبِ، والتاجرُ والمُستأْمِنُ كِلَاهِمَا آمِنٌ مِنْهُمْ فعليه أَنْ يُؤْمِنَهُمْ من جِهَتِهِ، وبالأوَّلِ أَجابَ<sup>(١)</sup> فِي الكِتابِ وكلام [أكثرهم]<sup>(٢)</sup> مِنْهُمْ القُّمَالُ إِلَى الثاني أَمِيلٌ. وكان إِيرادُ هذه المَسْأَلَةِ فِي جُمْلَةٍ من يَغْقِدُ الأمانَ أَحْسَنَ، وكذلك فعلُ فِي «الوسيطِ».

الثانية: إِنْ كانَ المُسْلِمُ ضَعِيفًا فِي دَارِ الكُفْرِ، لا يَقْدِرُ على إِظْهَارِ الدينِ، فيحْرَمُ عليه الإقامَةُ هناك، وَيَجِبُ عليه الهِجْرَةُ، لما رُوِيَ أَنَّهُ - ﷺ - قَالَ أَنَا بَرِيءٌ مِنْ كُلِّ مُسْلِمٍ مَعَ مُشْرِكٍ<sup>(٣)</sup> وَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ على الهِجْرَةِ، فَهُوَ مَعْدُورٌ إِلَى أَنْ يَقْدِرَ، فَإِنْ فَتَحَ البَلَدَ قَبْلَ أَنْ يهاجرَ سَقَطَتِ الهِجْرَةُ عَنْهُ، وَإِنْ كانَ يَقْدِرُ على إِظْهَارِ الدينِ لكونِهِ مُطاعاً فِي قَوْمِهِ؛ ولأنَّ له هناك عَشِيرَةً يَحْمُونُهُ، وَلَمْ يَخَفِ الفِئْتَنَةَ فِي دِينِهِ، لَمْ تَجِبْ عليه الهِجْرَةُ، لَكِنَّها تُسْتَحَبُّ، لِثَلَا يَكْثُرَ سِوَادُهُمْ، ولأنَّهُ لا يَؤْمِنُ أَنْ يَمِيلَ قَلْبُهُ إِلَيْهِمْ، أو يَكِيدُوا له كَيْدًا، وفي «النهاية» ذَكَرَ وَجْهٌ أَنَّهُ يَحْرَمُ عليه الإقامَةُ عِنْدَهُمْ [لإِطْلاقِ الحَبْرِ؛ ولأنَّ المُسْلِمَ بَيْنَ أَظْهَرِ الكُفَّارِ مَفْهُورٌ مَهانًا، وَإِنْ كَفُّوا لِإِعْراضِ، لَمْ يُؤْمِنَ عَوْدُهُمْ]<sup>(٤)</sup> إِلَيْهِ، والمَشْهُورُ الأوَّلُ.

إِذا تَقَرَّرَ ذلكَ، فالأسييرُ المَفْهُورُ متى قَدَرَ على الهَرَبِ يَلْزِمُهُ الهَرَبُ، ولو أَطْلَقُوا

(١) فِي أ: أَجاز.

(٣) أَخْرَجَهُ أبو داود [٢٦٤٥] وَالتِّرْمِذِيُّ [١٦٠٤] وَابْنُ ماجَةَ مِنْ حَدِيثِ جَرِيرٍ، وَفِيهِ قِصَّةٌ، وَصَحَّحَ البِخَارِيُّ وَأَبُو حَاتِمٍ رَوَاهُ النِّسَائِيُّ [٣٦ / ٣٥ - ٨] وَأَبُو داودَ، وَالتِّرْمِذِيُّ وَالدَّارِقُطَنِيُّ إِرسالَهُ إِلَى قَيْسِ ابْنِ أَبِي حازِمٍ، وَرواهُ الطَّبْرانِيُّ بَلْفِظِ المِصْنَفِ موَصُولًا.

(٤) سَقَطَ فِي ز.

(٢) سَقَطَ فِي ز.

أسيراً بلا شَرْطٍ، فله أن يَغْتَالَهُمْ قَتْلًا وَسَبِيًّا، وَإِنْ أَطْلَقُوهُ عَلَى أَنَّهُ فِي أَمَانٍ مِنْهُمْ، وَأَنَّهُمْ فِي أَمَانٍ مِنْهُ حُرْمٌ عَلَيْهِ اغْتِيَالُهُمْ، وَإِنْ أَطْلَقُوهُ عَلَى أَنَّهُ فِي أَمَانٍ مِنْهُمْ، وَلَمْ [يَسْتَأْمِنُوهُ] <sup>(١)</sup> فَاَلْمَذْهَبُ أَنَّ الْجَوَابَ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُمْ إِذَا أَمَّنُوهُ، وَجَبَ أَنْ يَكُونُوا فِي أَمَانٍ مِنْهُ، وَيُخْصَى هَذَا نَصَهُ فِي «أَمَالِي» حَرْمَلَةً.

وعن ابن أبي هُرَيْرَةَ: أَنَّ لَهُ أَنْ يَغْتَالَهُمْ؛ لِأَنَّهُمْ لَمْ يَسْتَأْمِنُوهُ، وَإِذَا اتَّبَعَهُ قَوْمٌ بَعْدَ مَا خَرَجَ، فَلَهُ قَضَاؤُهُمْ، وَقَتْلُهُمْ فِي الدَّفْعِ بِكُلِّ حَالٍ، وَلَوْ أَطْلَقُوهُ، وَشَرَطُوا عَلَيْهِ أَلَّا يَخْرُجَ مِنْ دَارِهِمْ، لَمْ يَجُزِ الْوَفَاءُ بِالشَّرْطِ، وَعَلَيْهِ الْخُرُوجُ، كَمَا ذَكَرْنَا، وَإِنْ حَلَفُوهُ عَلَى أَلَّا يَخْرُجَ، فَإِنْ كَانَ مُكْرَهًا لَمْ يَنْعَقِدْ يَمِينُهُ، وَلَا كَفَّارَةٌ عَلَيْهِ إِذَا خَرَجَ، وَلَا يَقَعُ طَلَاقُهُ، إِذَا حَلَفُوهُ بِالطَّلَاقِ وَإِنْ حَلَفَ ابْتِدَاءً مِنْ غَيْرِ أَنْ يُحَلَفُوهُ لِيَتَّقُوا بِهِ وَلَا يَتَّهِمُوهُ بِالْخُرُوجِ، نُظِرَ إِنْ حَلَفَ بَعْدَمَا أَطْلَقُوهُ، فَعَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ إِذَا خَرَجَ، وَإِنْ كَانَ مَحْبُوسًا، بَعْدَ فَحْلَفَ أَلَّا يَخْرُجَ إِذَا أُطْلِقَ، فَفِيهِ وَجْهَانُ:

أحدهما: أَنَّهُ يَمِينُ إِكْرَاهٍ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ الْخُرُوجُ، إِلَّا بِهِ، وَهُوَ الْمُكْرَهُ، وَأَظْهَرُهُمَا وَأَشْهَرُهُمَا: الْمَنْعُ؛ لِأَنَّهُ ابْتِدَاءٌ بِالْحَلْفِ اخْتِيَارًا، فَلَزِمَهُ حُكْمُهُ.

قَالَ فِي «التَّهْدِيدِ»: وَلَوْ قَالُوا: لَا نُطَلِّقُكَ حَتَّى تَخْلِفَ أَلَّا تَخْرُجَ، فَحَلَفَ أَلَّا يَخْرُجَ، فَأَطْلَقُوهُ لَمْ تَلْزِمَهُ الْكَفَّارَةُ بِالْخُرُوجِ، وَلَوْ حَلَفُوهُ بِالطَّلَاقِ لَمْ يَقَعْ، كَمَا لَوْ أَخَذَ اللَّصُوصُ رَجُلًا وَقَالُوا: لَا نَتْرُكُكَ حَتَّى تَخْلِفَ أَلَّا تُخْبِرَ بِمَكَانِنَا أَحَدًا فَحَلَفَ، ثُمَّ أَخْبَرَ بِمَكَانِهِمْ لَا يَلْزِمُهُ الْكَفَّارَةُ؛ لِأَنَّ الْيَمِينَ يَمِينُ إِكْرَاهٍ، وَلِيَكُنْ هَذَا بِنَاءً عَلَى [أَنَّ] التَّخْوِيفَ بِالْحَبْسِ يَخْصُلُ بِهِ الْإِكْرَاهُ، وَعَلَى الْأَحْوَالِ لَا يَغْتَالَهُمْ؛ لِأَنَّهُمْ أَمَّنُوهُ، وَلَوْ كَانَ عِنْدَهُمْ عَيْنٌ مَالٍ لِمُسْلِمٍ، فَأَخَذَهَا عِنْدَ الْخُرُوجِ لِيرُدَّهَا عَلَى مَالِكِهَا، جَازَ، وَإِنْ شَرَطُوا الْأَمَانَ فِي ذَلِكَ الْمَالِ، فَهَلْ يَصِيرُ مَضْمُونًا عَلَيْهِ؟ فِيهِ طَرِيقَانُ:

أحدهما: أَنَّهُ عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِيمَا إِذَا أَخَذَ الْمَغْضُوبَ مِنْ يَدِ الْغَاصِبِ لِيَرُدَّهُ عَلَى مَالِكِهِ. وَعَنِ الْقَوْلِ: الْقَطْعُ بِالْمَنْعِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ مَضْمُونًا عَلَى الْحَرْبِيِّ الَّذِي كَانَ فِي يَدِهِ، وَالْمَأْخُذُ مِنْ يَدِ الْغَاصِبِ كَانَ مَضْمُونًا عَلَيْهِ فَادِيمَ حُكْمِهِ.

وَلَوْ شَرَطُوا عَلَيْهِ أَنْ يَعُودَ إِلَيْهِمْ بَعْدَ الْخُرُوجِ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ لَمْ يَجُزْ لَهُ الْعُودُ، وَلَوْ شَرَطُوا أَنْ يَعُودَ وَيَبْعَثَ لَهُمْ مَالًا فِدَاءً، فَالْعُودُ مَمْتَنَعٌ، وَأَمَّا بَعَثُ الْمَالِ فَإِنْ قَبِلَ الشَّرْطَ مُكْرَهًا فَهُوَ لَعَوٌ، وَإِنْ صَالَحَهُمْ عَلَيْهِ مُخْتَارًا فَلَا يَجِبُ بَعْثُهُ، لَكِنْ يَسْتَحَبُّ [أَمَّا أَنَّهُ لَا يَجِبُ، فَلِأَنَّهُ التَّزَامُ بِغَيْرِ حَقٍّ، وَأَمَّا أَنَّهُ يُسْتَحَبُّ] <sup>(٢)</sup> فَلِيَعْتَمِدُوا الشَّرْطَ، وَيُطَلِّقُوا الْأَسَارَى، وَفِي سَبِيْرِ الْوَأَقِيدِي حِكَايَةُ قَوْلِ أَنَّهُ يَلْزِمُهُ بَعْثُهُ، وَإِلَّا لَمْ يَتَّقُوا بِقَوْلِ الْأَسَارَى.

(١) فِي ز: يَشَافَهُوهُ.

(٢) سَقَطَ فِي ز.

وعن أَبِي إِسْحَاقَ فيما رَوَاهُ القَاضِي ابْنُ كَعْبٍ: القَطْعُ بِهِ وَحَكَى الإِمَامَ بَدَلَ هَذَا قَوْلًا عَنِ القَدِيمِ أَنَّهُ يَجِبُ العَوْدُ إِلَيْهِمْ، أَوْ بَدَلَ المَالِ.

قال صَاحِبُ «البَيَانِ»: والذي يفتضي المَذَهَبُ أَنَّ المَالَ المَبْعُوثَ إِلَيْهِمْ اسْتِخْبَابًا، أَوْ وُجُوبًا لَا يَمْلِكُونَهُ؛ لِأَنَّهُ مَأخُودٌ بِغَيْرِ حَقِّ، فَهُوَ كَالْمَأخُودِ قَهْرًا، وَإِنْ اشْتَرَى مِنْهُمْ [شَيْئًا]<sup>(١)</sup> لِيَنْفِذَ التَّمَنُّنَ إِلَيْهِمْ، أَوْ اسْتَقْرَضَ، فَإِنْ كَانَ طَائِعًا، فَعَلِيهِ الوَفَاءُ، وَإِنْ كَانَ مُكْرَهًا، فَفِيهِ ثَلَاثَةُ طُرُقٍ:

أظهرها: ويحكى عن التَّصُّصِ أَنَّ العَقْدَ بَاطِلٌ وَيَلْزَمُهُ رَدُّ العَيْنِ، كما لو أَكْرَهَ مُسْلِمٌ مُسْلِمًا عَلَى الشَّرَاءِ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ أَخَذَ مِنْهُمْ بِعَقْدٍ، وَعَقْدُ المَسْلَمِينَ مَعَ الكُفَّارِ كَعَقْدِ المُسْلِمِ مَعَ المُسْلِمِ.

والثاني: أَنَّ فِيهِ قَوْلَيْنِ: الجَدِيدِ: البُطْلَانُ.

والقَدِيمِ: أَنَّهُ بِالخِيَارِ بَيْنَ أَنْ يَرُدَّ العَيْنَ، وَبَيْنَ أَنْ يَبْعَثَ إِلَيْهِمْ [بِالْتَّمَنُّنِ]<sup>(٢)</sup> وَيَجِيزَ العَقْدَ، وَهَذَا لِأَنَّا إِذَا جَوَزْنَا وَقَفَّ العُقُودِ بِمَلِكِ المُكْرَهِ عَلَى البَيْعِ إِجَازَتَهُ.

والثالث: القَطْعُ بِصِحَّةِ العَقْدِ، وَلِزُومِ التَّمَنُّنِ؛ لِأَنَّ المُعَامَلَاتِ الجَارِيَةَ مَعَ المُشْرِكِينَ يَتَسَاهَلُ فِيهَا.

قال الرُّوْيَانِيُّ: وَلَوْ لَمْ يَجْرِ لَفْظٌ مِنَ أَلْفَاظِ البَيْعِ، بَلْ قَالُوا: خُذْهَا وَابْعَثْ إِلَيْنَا كَذَا مِنَ المَالِ، فَقَالَ: نَعَمْ، فَهُوَ كَمَا لَوْ اشْتَرَى مُكْرَهًا. وَلَوْ دَفَعُوا إِلَيْهِ شَيْئًا، لِيَبِيعَهُ لَهُمْ فِي دَارِ الإِسْلَامِ، وَيَبْعَثُ بِتَمَنِّيهِ، فَهُوَ وَكَيْلٌ لَهُمْ، يَعْمَلُ بِمَا يَعْمَلُ الوَكِيلُ.

وقَوْلُهُ فِي الكِتَابِ: «لَوْ أَمَّنْتُهُمْ وَأَمَّنُوهُ بِشَرطِ أَلَّا يَخْرُجَ مِنْ دَارِهِمْ لَزِمَهُ الخُرُوجُ مَهْمَا قَدَرَ» المَقْصُودُ مِنَ المَوْضِعِ الَّذِي يَجِبُ الهِجْرَةُ، وَتَحْرِمُ الإِقَامَةَ.

وقوله: «يكفر وقوعه . . . .» إِلَى آخِرِهِ مَعْنَاهُ: أَنَّ الحَلْفَ لَا يُرْخِصُ فِي الإِقَامَةِ، وَإِنْ كَانَ الخُرُوجُ يَلْزَمُهُ الكُفَّارَةُ، وَيوقِعُ الطَّلَاقَ والعِتَاقَ، حَيْثُ يَحْكُمُ بِانْعِقَادِ اليَمِينِ، وَقَدْ فَصَّلْنَاهُ. وَقَوْلُهُ: «حَيْثُ بَدَلَ المَسْلَمِ» فِي بَعْضِ التُّسُخِ: «حَيْثُ يَبْتَدِلُ» وَهَمَا صَحِيحَانِ. وَقَوْلُهُ: «عِنْدَ الخُرُوجِ لَا يَغْتَالُهُمْ إِنْ أَمَّنْتُهُمْ» قَوْلُهُ: «إِنْ أَمَّنْتُهُمْ» غَيْرُ مَحْتَاجٍ إِلَيْهِ عَلَى المَذَهَبِ الظَّاهِرِ، بَلْ إِذَا أَمَّنُوهُ، فَعَلِيهِ أَنْ يُؤَمَّنْتَهُمْ.

وعن الشَّيْخِ أَبِي حَامِدٍ وَغَيْرِهِ: أَنَّ تَحْلِيفَهُمْ عَلَى أَلَّا يَخْرُجَ، وَإِنْ كَانَ مُكْرَهًا [أَمَانٌ مِنْهُمْ إِيَّاهُ]<sup>(٣)</sup> وَقَوْلُهُ: «فَلَهُ قَتْلُهُمْ وَدَفْعُهُمْ دُونَ غَيْرِهِمْ» أَي: قَتْلَهُمْ دَفْعًا، وَلَا [يَتَعَرَّضُ

(٢) سقط في ز.

(١) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

لمن لا<sup>(١)</sup> يفصده للأمان، والمذكور في مسألة الشراء مكرهاً هو الطريق الثاني.

### المسألة الثانية:

عن الشيخ أبي علي حكاية وجهين، فيما إذا أسلم الكافر وقد لزمه كفارة يمين أو ظهار، هل يسقط عنه؟

أصحهما: المنع كالديون اللازمة في الشرك.

والثاني: يسقط؛ لأن الإسلام يجب ما قبله.

قال الإمام: وهذا ضعيف هادم للقواعد، فإن الكفارة لا مطالبة بها، وإذا لم يطالب بها في الكفر، وكانت تسقط بالإسلام، فلا معنى للزومها، وفي الظاهر يتعدى ارتفاع التحريم من غير أن يكفر، ويلزم عليه أن يقال: إذا آلى الكافر، ثم أسلم انقطع الإيلاء؛ لأنه صار إلى حالة لا يلزمه شيء بالوطء وكل ذلك بعيد. والله أعلم به سبحانه.

قال الغزالي: وكذلك يجب على المبارز مع قوته الوفاء بشرطه \* وإن شرط القوم الكف عنه إلى أن يتم القتال جازاً أن يقتل الكافر إذا ولى مذبراً إذ تم القتال بالهزيمة \* وإن أئخن المسلم وقصد تذييفه منعه \* وإن شرط له التمكن منه فهذا الشرط باطل \* ولو خرج جماعة لإعانة كافر باستنجاره قتلناه معهم \* وإن كان بغير إذنه لم تتعرض له.

قال الرافعي: إذا بارز مسلم كافر بإذن الإمام، أو استئذنه، وقلنا: يجوز الاستئذان، وهو الأصح، فشرط المبرز ألا يعين المسلمون المسلم، ولا الكافرون الكافر إلى انقضاء القتال عنهما، وجب الوفاء بالشرط، ولم يجوز لمن في الصف الإعانة؛ لأن المبارزة عظيمة النفع في الجهاد، فلا يتم الأمان إلا بأن يأمن كل واحد منهما من غير قزبه، ثم إن هرّب أحدهما، أو قتل الكافر المسلم، جاز للمسلمين قتل الكافر؛ لأن الأمان كان إلى انقضاء القتال، وقد انقضى، فإن شرط الأمان إلى العود إلى الصف وفي به، وإن ولى المسلم عنه فتبعه ليقتله، أو ترك قتال المسلم، وقصد الصف فله قتله لقتضه الأمان، ولو أئخن المسلم، جاز قتله أيضاً لانقطاع القتال، وإذا قصد قتل المئخن مئع وقتل، فإن شرط له التمكن منه، فهذا شرط فاسد؛ لما فيه من الضرر، [وهل يفسد به]<sup>(٢)</sup> أصل الأمان؟ حكى القاضي ابن كج فيه وجهين:

ولو خرج المشركون لإعانة المشرك، خرج المسلمون لإعانة المسلم، ثم إن كان الكافر استنجدهم، جاز قتله معهم وبمثلته أوجب فيما إذا خرجوا من غير استنجاد، لكنّه

(٢) في ز: وهذا يفسده.

(١) في ز: يتعد إلا.

لم يمنعهم، وإن خرجوا بغير<sup>(١)</sup> إذنيه، ومنعهم فلم يمتنعوا. جازَ قتلُهُمْ، ولم يجزِ التَّعَرُّضُ له، هذا إذا شَرَطْنَا<sup>(٢)</sup> في المَبَارَزَةِ الأمان.

أما إذا لم يُشترَط، ولكن اطردت عادة المَبَارَزَةِ بالأمان، فهل هو كالمشروط؟ فيه وجهان: الذي أوردَه الروياني: «في جمع الجوامع» أنه كالمشروط، ولو لم يجزِ شرط، ولم يطرِدْ عادةً، جاز للمسلمين قتل الكافر.

«فرع»: إذا أئخن المسلم الكافر، فهل يجوزُ قتله أم<sup>(٣)</sup> يترك؟ نقل ابن كج فيه وجهين، وينبغي أن يقال: إن شرط الأمان إلى انقضاء القتال، فيجوزُ قتله، ولو شرط الأمان يتعرَّض للمُتخَن فيجبُ الوفاء بالشرط.

قال الغزالي: وَيَتِمُّ النَّظَرُ فِي مُشَارَطَاتِ الْكُفَّارِ بِثَلَاثِ مَسَائِلَ: (الأولى) إِذَا دَلَّ عَلِجٌ عَلَى قَلْعَةٍ بِشَرْطٍ أَنْ يُسَلَّمَ إِلَيْهِ جَارِيَةً فِيهَا صَحَّتِ الْمُشَارَطَةُ لِلْحَاجَةِ مَعَ أَنْ هَذِهِ جَعَالَةٌ مَجْهُولَةٌ الْجَعْلِ بَلِ الْجَعْلُ غَيْرُ مَمْلُوكٍ وَلَا مَقْدُورٍ عَلَى تَسْلِيمِهِ \* وَلَا يَصِحُّ هَذَا مَعَ الْمُسْلِمِ (و) وَإِنْ أْتَمَّ الدَّلَالَةُ \* ثُمَّ الْجَارِيَةُ تُسَلَّمُ إِلَى الْعَلِجِ إِنْ ظَفِرْنَا بِهَا \* فَإِنْ لَمْ نَفْتَحِ الْقَلْعَةَ لِعَجْرٍ أَوْ تَجَاوَزْنَاهَا مَعَ الْقُدْرَةِ فَلَا شَيْءَ لَهُ عَلَيْنَا وَإِنْ أْتَمَّ الدَّلَالَةَ إِلَّا إِذَا رَجَعْنَا إِلَى الْفَتْحِ بِعَلَامَتِهِ \* وَلَوْ فَتَحَهَا طَائِفَةٌ أُخْرَى إِذْ سَمِعُوا الْعَلَامَةَ فَلَا شَيْءَ لَهُ عَلَيْهِمْ إِذْ لَمْ يَجْرِ الشَّرْطُ مَعَهُمْ \* وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا جَارِيَةٌ فَلَا شَيْءَ لَهُ \* وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَتْ قَدْ مَاتَتْ قَبْلَ الْمُعَاقَدَةِ \* وَإِنْ مَاتَتْ بَعْدَ الظَّفَرِ وَقَبْلَ التَّسْلِيمِ فَعَلَيْنَا الْبَدَلَ إِمَّا أَجْرَةَ الْمِثْلِ أَوْ قِيمَةَ الْجَارِيَةِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْجَعْلَ الْمُعَيَّنَ يُضْمَنُ ضَمَانَ الْعَقْدِ أَوْ ضَمَانَ الْيَدِ كَالصَّدَاقِ \* وَإِنْ مَاتَتْ قَبْلَ الظَّفَرِ وَبَعْدَ الْعَقْدِ فَفِي وَجُوبِ الْبَدْلِ قَوْلَانِ \* وَإِنْ أَسْلَمَتْ وَجَبَ الْبَدْلُ وَلَا سَبِيلَ إِلَى تَسْلِيمِهَا إِلَى كَافِرٍ وَإِنْ شَرَطْنَا لِزَعِيمِ الْقَلْعَةِ أَمَانَ أَهْلِهِ وَكَانَتْ مِنْ أَهْلِهِ لَمْ تُسَلَّمْهَا إِلَى الْعَلِجِ بَدْلًا يَبْدُلُهُ فَصَلَحْنَا مَعَ الزَّعِيمِ بَاطِلٌ لَكِنْ تَرُدُّهُ إِلَى الْمَأْمَنِ حَتَّى نَسْتَأْيِفَ الْقِتَالَ لِأَنَّهُ صَلَحَ مَعَ الْوَفَاءِ بِمَا وَجَبَ بِشَرْطِ قَبْلِهِ \* وَإِنْ لَمْ يَخْضُلْ لَنَا شَيْءٌ مِنَ الْقَلْعَةِ إِلَّا تِلْكَ الْجَارِيَةُ فَفِي وَجُوبِ التَّسْلِيمِ وَجْهَانِ:

قال الرَّافِعِيُّ: لِمَا تَكَلَّمَ فِي شَرْطِ الأمانِ لِلْكَفَّارِ فِي المَبَارَزَةِ وَغَيْرِهَا عَقِبَهُ بِمَسَائِلَ تَتَعَلَّقُ بِهَذَا الْمَعْنَى أَيْضاً فِي ثَلَاثِ:

إحدهما: مَسْأَلَةُ الْعَلِجِ، وَالْعَلِجُ الْكَافِرُ الْعَلِيظُ الشَّدِيدُ، سُمِّيَ بِهِ؛ لِأَنَّهُ يَدْفَعُ بِقُوَّتِهِ

(٢) في أ: شرط.

(١) في ز: من غير.

(٣) في أ: أو.

عن نَفْسِهِ، ومنه سمي العِلاجُ عِلاجاً لدفعه الداء، والمُعَالَجَةُ: المُجَالِدَةُ.

وَيُرَوَى فِي الْحَدِيثِ «أَنَّ الدُّعَاءَ وَالْبَلَاءَ يَعْتَلِجَانِ» أَي: يَتَدَافَعَانِ<sup>(١)</sup>. وَيُقَالُ: اسْتَعْلَجَ حَلْقَهُ، أَي: اسْتَعْلَظَ<sup>(٢)</sup>.

وصورتها: أن عِلْجاً قال للإمام: أدلك على قَلْعَةٍ كَذَا، على أن تُسَلِّمَ إِلَيَّ مِنْهَا جَارِيَةً كَذَا، فَعَاقَدَهُ الإِمَامُ عَلَيْهِ، حازت هذه المُعَاقَدَةُ، وإن كانت هذه<sup>(٣)</sup> جَعَالَةً جُعِلَتْهَا غَيْرَ مَعْلُومٍ وَلَا مَمْلُوكٍ وَلَا يُقَدَّرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ، [متجاوز هذه المعاقدة]<sup>(٤)</sup> واحتج للجواز بما رُوِيَ عَنْ عَدِيِّ بْنِ حَاتِمٍ - رضي الله عنه - أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - قَالَ: «كَأَنِّي بِالْحَجِيرَةِ قَدْ فُتِحَتْ، فَقَالَ رَجُلٌ: يَا رَسُولَ اللَّهِ هَبْ لِي مِنْهَا جَارِيَةً، فَقَالَ: قَدْ فَعَلْتُ، فَلَمَّا فُتِحَتْ الْحَجِيرَةُ بَعْدَ زَمَانٍ النَّبِيُّ - ﷺ - أُعْطِيَ الرَّجُلُ الْجَارِيَةَ، فَاشْتَرَاهَا مِنْهُ بَعْضُ أَقَارِبِهَا بِأَلْفِ دِرْهِمٍ<sup>(٥)</sup>».

والمعنى فيه الْحَاجَةُ الدَّاعِيَةُ إِلَى مِثْلِ هَذِهِ الْمُعَامَلَةِ، فَإِنَّ الْفَتْحَ قَدْ لَا يَخْضُلُ إِلَّا بِدَلَالَتِهِ، وَلَا يَقُومُ بِالذَّلَالَةِ إِلَّا بِالتَّطْمِيعِ فِيهَا، وَلَوْ ابْتَدَأَ الإِمَامُ، فَقَالَ: إِنَّ ذَلَّلْتَنِي عَلَى هَذِهِ الْقَلْعَةِ، فَلَمْ جَارِيَةَ كَذَا مِنْهَا، وَكَذَا الْحُكْمُ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ تَكُونَ الْمُعَيَّنَةُ حُرَّةً أَوْ أَمَةً، فَإِنَّ الْحُرَّةَ تُرْفُقُ بِالنَّبِيِّ وَالْإِسْتِیْلَاءِ.

ولو أبهم العِلْجُ، وَقَالَ: أَنْ تُعْطِيَنِي مِنْهَا جَارِيَةً، أَوْ الإِمَامُ، فَقَالَ: وَلَمْ مِنْهَا جَارِيَةً جاز أيضاً، وَحَكَى الْقَاضِي ابْنُ كَبْجٍ وَجْهاً آخَرَ: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ، وَيَشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ الْجُعْلُ الْمَشْرُوطُ مِمَّا يَدُلُّ الْعِلْجُ عَلَيْهِ، حَتَّى لَوْ قَالَ: أُعْطِيكَ جَارِيَةً مِمَّا عِنْدِي، أَوْ مِنْ ثَلَاثِ مَالِي، لَمْ يَصِحَّ مَعَ الْجَهْلِ عَلَى قِيَاسِ الْجَعَالَاتِ. وَلَوْ قَالَ مُسْلِمٌ: أَدُلُّكَ عَلَى أَنْ تُعْطِيَنِي مِنْهَا جَارِيَةً كَذَا أَوْ جَارِيَةً أَوْ ثَلَاثَ مَا فِيهَا، فَفِيهِ وَجْهَانِ.

(١) أخرجه البزار والحاكم [٤٩٢/١] من حديث عائشة رفعت: لا ينفع حذر من قدر، والدعاء ينفع أحسبه قال: ما لم ينزل القدر، وإن الدعاء ليلقى البلاء فيتعالجان إلى يوم القيامة، قال الحافظ: وفي إسناده زكريا بن منظور وهو متروك، ورواه البزار [٢١٦٥] من حديث أبي هريرة، وفي إسناده إبراهيم بن خثيم بن عراك عن أبيه وقال: لا يروى عن أبي هريرة إلا بهذا الإسناد، وروى الترمذي عن سلمان: لا يرد القضاء إلا الدعاء، ولا يزيد في العمر إلا البر، ورواه أحمد وابن حبان والحاكم عن ثوبان مثله، وزاد: إن الرجل ليحرم الرزق بالذنب يصيبه.

(٢) في أ: غلظ. (٣) في ز: هي.

(٤) سقط في ز.

(٥) رواه ابن حبان والبيهقي [١٣٦٩] من طريق ابن أبي عمر عن سفيان عن ابن أبي خالد، عن قيس ابن أبي حازم عن عدي بن حاتم مطولاً، ورجاله ثقات، لكن قال البيهقي، تفرد ابن أبي عمر عن سفيان بهذا، وقال غيره عن علي بن زيد بن جدعان، وقد أنكره أبو حاتم في العلل، ورواه البيهقي في كتاب الدلائل من حديث خريم بن أوس وبين أنه هو الذي طلب المرأة، واسمها الشيما بنت بقلية، وهو في معجم ابن قانع والطبراني [٤١٦٨] وأبي نعيم في المعرفة مطولاً.



أحدهما: ويحكى عن ابن أبي هُرَيْرَةَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ يَشْتَمِلُ عَلَى أَنْوَاعٍ مِنَ الْعَرَبِ، فَلَا يَجُوزُ مِثْلُهُ مَعَ الْمُسْلِمِ الْمُلتَزِمِ لِلْأَحْكَامِ، وَإِنَّمَا جَازَ مَعَ الْكَافِرِ لِلْحَاجَةِ، فَإِنَّهُ أَعْرَفُ بِطُرُقِ قَلَاعِهِمْ.

وأيضاً فالمُسْلِمُ يَتَعَيَّنُ عَلَيْهِ فَرَضُ الْجِهَادِ، وَالِدَلَالَةُ نَوْعِ جِهَادٍ مِنْهُ، فَلَا يَجُوزُ لَهُ أَخْذُ الْعَوَضِ عَلَيْهِ.

والثاني: وبه قال أبو إِسْحَاقَ أَنَّهُ يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ جَعَالَةٌ يَجُوزُ عَقْدُهَا مَعَ الْكَافِرِ، فَكَذَلِكَ مَعَ الْمُسْلِمِ كَسَائِرِ الْجَعَالَاتِ، وَأَيْضاً فَالْحَاجَةُ تَدْعُو إِلَيْهِ لِإِخْصَاصِهِ بِمَعْرِفَةِ حَالِ الْقَلْعَةِ، وَأَيْضاً فَلِلْعَقْدِ تَعَلُّقٌ بِالْكَافِرِ، فَيَحْتَمِلُ فِيهِ الْجَهَالَةَ، وَإِنْ جَرَى مَعَ مُسْلِمٍ كَشَرَطِ الثَّقَلِ فِي الْبِدَاءِ وَالرَّجْعَةِ، وَبِهَذَا الْوَجْهِ أَجَابَ أَصْحَابُنَا الْعِرَاقِيُّونَ، وَالْأَوَّلُ هُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ، وَالْأَصْحَحُ عِنْدَ الْإِمَامِ، وَرَأَى تَخْصِيصَ الْوَجْهَيْنِ بِمَا إِذَا جُوزْنَا اسْتِجَارَ الْمُسْلِمِ عَلَى الْجِهَادِ، فَإِنْ لَمْ نَجُزْهُ لَمْ تَصَحَّ هَذِهِ الْمُعَامَلَةُ مَعَ الْمُسْلِمِ، وَلَا يَسْتَحِقُّ أَجْرَةَ الْمِثْلِ، كَمَا لَا يَسْتَحِقُّ الْجَارِيَةَ الْمُسَمَّاءَ، ثُمَّ فِي الْمَسْأَلَةِ صُورٌ.

إحداها: إِذَا فَتَحْنَا الْقَلْعَةَ بِدَلَالَتِهِ، وَظَفَرْنَا بِالْجَارِيَةِ، فَسَلَّمْنَا إِلَيْهِ، وَلَا حَقَّ فِيهَا لِلْغَانِمِينَ، وَلَا لِأَهْلِ الْخُمْسِ؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّهَا بِالشَّرْطِ قَبْلَ الظَّفْرِ، وَإِنْ دَلَّنَا عَلَى الْقَلْعَةِ، وَلَكِنَّا فَتَحْنَاهَا بِطَرِيقٍ آخَرَ بغير دَلَالَتِهِ، فَفِي اسْتِحْقَاقِهِ الْجَارِيَةَ وَجْهَانِ، نَقَلَهُمَا الْقَاضِي ابْنُ كَيْجٍ وَرَجَّحَ مِنْهُمَا الْمَنْعَ، وَبِنَاهُمَا عَلَى أَنَّ اسْتِحْقَاقَ ثَبِتِ بِنَفْسِ الدَّلَالَةِ وَلَا يَسْتَحِقُّ إِلَّا إِذَا حَصَلَ الْفَتْحُ بِدَلَالَتِهِ، وَإِنْ لَمْ تَفْتَحِ الْقَلْعَةَ، نَظَرَ إِنْ كَانَ الشَّرْطُ مُعْلَقاً بِالْفَتْحِ، فَلَا شَيْءَ لَهُ، وَإِلَّا فَقَدْ أَطْلَقَ مُطْلَقُونَ وَجْهَيْنِ:

أحدهما أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ أَجْرَةَ الْمِثْلِ لَوْجُودِ الدَّلَالَةِ، وَمِنْهُمْ مَنْ لَا يَتَعَرَّضُ لِأَجْرَةِ الْمِثْلِ، وَيَقُولُ: يَرْضَخُ لَهُ.

وَأَصْحُهُمَا: أَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ شَيْئاً؛ لِأَنَّ بَتْسَلِيمَهَا لَا يُمْكِنُ إِلَّا بِالشَّرْطِ، وَالشَّرْطُ مُقَيَّدٌ بِالْفَتْحِ فِي الْحَقِيقَةِ، وَإِنْ لَمْ يَجْرِ التَّقْيِيدُ لَفْظاً فَفَضَّلَ الْإِمَامُ، فَقَالَ: إِنْ كَانَ الْقِتَالُ مُمَكِّناً [وَالْفَتْحُ مَتَوْقِعاً تَوْقِعاً قَرِيباً] <sup>(١)</sup> اسْتَحَقَّ وَإِنْ لَمْ يَتَوْقَعِ الْفَتْحُ إِلَّا بِاحْتِمَالِ نَادِرٍ، فَالْوَجْهُ الْقَطْعُ، بِأَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ شَيْئاً؛ لِأَنَّ دَلَالَتَهُ لَمْ تَقَعْ.

وَإِنْ قَاتَلْنَا فَلَمْ يَخْضَلِ الظَّفَرُ، فَإِنْ قَلْنَا: لَا شَيْءَ لَهُ إِذَا لَمْ نَقَاتِلْ، فَهَاهُنَا أَوْلَى، وَإِنْ قَلْنَا: يَسْتَحِقُّ هُنَاكَ، فَإِنْ حَصَلَ الْيَأْسُ بَعْدَ الْقِتَالِ، فَهُوَ كَمَا إِذَا ظَهَرَ الْيَأْسُ كَمَا حَصَرْنَا الْقَلْعَةَ لَكِن تَبَرَّمْنَا <sup>(٢)</sup> بِالْجِهَادِ، أَوْ أزعجنا مزعج، فففيه الْوَجْهَانِ. وَإِذَا تَرَكَانَاهَا،

(٢) فِي ز: وَإِلَّا تَقْدَمْنَا.

(١) سَقَطَ فِي ز.

ثم عُدْنَا إِلَيْهَا فَفَتَحْنَاهَا بِدَلَالَتِهِ، فَلَهُ الْجَارِيَةُ، وَإِنْ فَتَحْنَاهَا بِطَرِيقٍ آخَرَ، فَلَا شَيْءَ لَهُ، وَفِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الطَّرِيقَيْنِ وَجْهٌ ضَعِيفٌ. وَلَوْ فَتَحَهَا قَوْمٌ آخَرُونَ بِالطَّرِيقِ الَّتِي دَلَّنَا عَلَيْهِ، فَلَا شَيْءَ لَهُ عَلَيْهِمْ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَجْرِ لَهُ مَعَهُمْ شَرْطٌ.

**الثانية:** إذا لم يكن في تلك القلعة جارية، أو تلك الجارية، فلا شيء له، وقد أخطأ ظنُّه، وكذا لو كانت قد ماتت قبل المعاقدة، وإن ماتت بعد الظفر، وقبل التسليم إليه وجب بدلها، لأنها حصلت في يد الإمام وقبضته، وكان الثلث من ضمانه، ومنهم من جعل في وجوب البدل قولين:

وجه المنع بأن الجارية ليست على حقايق الأعواض، وإنما وعدنا بها عدة نفي بها عند الإمكان. وقال الإمام: ينبغي أن يخصص التردد بما إذا ماتت في يد الإمام قبل التمكن من التسليم، أما إذا امتنعنا من التسليم مع الإمكان؛ ليظهر وجوب البدل، فإن ماتت قبل الظفر، فقولان:

**أحدهما:** أنه يجب البدل؛ لأن العقد معلق بها، وهي حاصلة، ثم تعدر التسليم، فصار كما إذا قال: من ردَّ عبدي، فله هذه الجارية، فرده وقد ماتت الجارية، يلزمه بدلها، وسيأتي إن شاء الله تعالى ما يتنازع في هذا الأصل أيضاً.

**والثاني:** أنه يجب؛ لأنه لم يحصل القدره عليها، فأشبهه ما إذا لم يكن، وهذا أظهر. وعند أبي إسحاق طريق قاطعة به حكاها القاضي ابن كجج، عن أبي علي الطبري، وأبي الحسين أيضاً، وإذا جمعت بين ما قبل الظفر وما بعده، وضربت الطرق بعضها ببعض، خرج منها ثلاثة أقوال:

**الثالثها:** وهو الذي رجح الفرق بين أن تموت قبل الظفر أو بعده، وما الذي يجب بدلاً عن الجارية؟ بناء الإمام على مقدمة ذكرها في الجعالات، فقال: إذا جعل الجعل عيناً من عبد أو ثوب أو غيرهما، وتمم العامل العمل، والعين تالفه، فيما أن يكون الثلث قبل إنشاء العمل، أو بعده.

إن تلف قبله، نُظِرَ إِنْ كَانَ عَالِماً بِالتَّلْفِ بِفُلَانٍ؛ لِأَنَّ الْمُعَامَلَةَ كَانَتْ مَقْصُورَةً عَلَى مِلْكِ الْعَيْنِ، فَإِذَا أُنْشِئَ الْعَمَلُ عَالِماً بِتَلْفِهَا، كَانَ كَالْمَبْتَرِّعِ، وَإِنْ كَانَ جَاهِلاً، فَلَهُ أُجْرَةُ الْمِثْلِ، لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَبْتَرِّعٍ، وَإِنْ تَلَفَتْ بَعْدَ الْعَمَلِ، نُظِرَ إِنْ لَمْ يُطَالِبْهُ الْعَامِلُ بِالتَّسْلِيمِ، فَالْعَامِلُ يَرْجِعُ بِقِيَمَةِ تِلْكَ الْعَيْنِ، أَوْ بِأَجْرَةِ الْمِثْلِ؟

فيه قولان، بناء على أن الجعل المعين مضمون ضمان العقد، أو ضمان اليد، وفيه قولان، كما في الصادق.

ووجه المشابهة أن المنفعة في الجعالة فائتة يتعدر تداركها، كما أن البضع بعد

العقد في حُكْمِ الْفَائِتِ. قال الإمام: ولا يبعد عندي الْقَطْعُ بِأَنَّ الْجُعْلَ يُضْمَنُ ضَمَانَ الْعَقْدِ؛ لِأَنَّهُ رُكْنٌ فِي الْجَعَالَةِ، وليس الصَّدَاقُ رُكْنًا فِي النُّكَاحِ، وقد سَبَقَ نَظِيرُ هَذَا الْكَلَامِ فِي «الْجَعَالَةِ».

وإن كان التَّلْفُ بعد الْمُطَالَبَةِ بالتسليم، وَاِمْتِنَاعِ الْجَاعِلِ مِنَ الرُّدِّ.

فإن قُلْنَا: إِنَّهُ مَضْمُونٌ ضَمَانَ الْيَدِ، فالحكم ما مرَّ.

وإن قُلْنَا: مَضْمُونٌ ضَمَانَ الْعَقْدِ، فقد قال القاضي الْحُسَيْنُ: التَّلْفُ بعد الامْتِنَاعِ بِمَثَابَةِ إِتْلَافِ الْجَاعِلِ الْجُعْلَ بِنَفْسِهِ، حتى يَكُونَ على قَوْلِ كَالْتَّلْفِ بَاقَةَ سَمَاوِيَّةٍ، فَيَنْفَسَخُ الْعَقْدُ، وَيَرْجِعُ الْعَامِلُ إِلَى أَجْرَةِ الْمِثْلِ وَيَكُونُ في قَوْلِ كَمَا لَوْ أَتْلَفَهُ أَجْنَبِيٌّ، حتى يَكُونَ الْعَامِلُ بِالْخِيَارَيْنِ: الْفَسْخِ وَالْإِجَازَةِ.

قَالَ: وَقَضِيَّةُ كَلَامِ الْقَاضِي أَنْ يَقُولَ: إِذَا طَالَبَ الْمُشْتَرِي الْبَائِعَ بِتَسْلِيمِ الْمَبِيعِ، بعد تَوْفِي الثَّمَنِ، فَاِمْتِنَاعٌ وَتَلْفٌ الْمَبِيعِ، يَكُونُ الْحُكْمُ كَمَا لَوْ أَبْلَغَهُ بِنَفْسِهِ.

وفيه احتمال؛ لأن الإِتْلَافَ لم يوجد حَقِيقَةً، وَالْيَدُ الْقَائِمَةُ يَدُ عَقْدٍ، ولذلك لا يَتَصَرَّفُ الْمُشْتَرِي [في المبيع] (١) ما دام في يَدِ الْبَائِعِ، وإن وقى الثمن، واستحق الانتزاع، وإذا كان كذلك، فَيَنْبَغِي أَنْ يَغْلِبَ ضَمَانُ الْعَقْدِ، حتى يُقَالَ: إن التَّلْفَ يُوْجِبُ الْانْفِصَاحَ، ولا يخرج على القولين في إِتْلَافِ الْبَائِعِ الْمَبِيعِ.

إِذَا تَقَرَّرَتْ هَذِهِ الْمَقْدَمَةُ، فَبَدَلِ الْجَارِيَةِ، حيث حكمنا بوجوبه أَجْرَةَ الْمِثْلِ، إن جعلنا الْجُعْلَ مَضْمُونًا ضَمَانَ الْعَقْدِ، وقيمتها إن جعلناه مَضْمُونًا ضَمَانَ الْيَدِ، فإن كَانَ التَّلْفُ بعد الْمُطَالَبَةِ وَالتَّمَكُّنِ مِنَ التَّسْلِيمِ، ففيه كَلَامُ الْقَاضِي وَالْإِمَامِ، وَيَذْكَرُ بعد هذا شيئين:

أَحَدُهُمَا: مَحَلُّ الْقَوْلَيْنِ، ما إِذَا كَانَتِ الْجَارِيَةُ مُعَيَّنَةً، أما إِذَا جَرَى ذِكْرُ جَارِيَةٍ مِنْ الْقَلْعَةِ عَلَى الْإِبْهَامِ، وَفُرِضَ مَوْتٌ مِنْ وَجَدَ فِيهَا مِنَ الْجَوَارِي، وَأَوْجَبْنَا الْبَدَلَ، فيجوزُ أَنْ يُقَالَ: الرَّجُوعُ إِلَى أَجْرَةِ الْمِثْلِ لَا مَحَالَةَ؛ لِتَعَدُّرِ تَقْوِيمِ الْمَجْهُولِ، ويجوزُ أَنْ يَبْنَى ذَلِكَ عَلَى حَالَةِ عَدَمِ الْمَوْتِ، وَيَسْلَمُ إِلَيْهِ قِيَمَةٌ مِنْ تَسَلَّمَ إِلَيْهِ عِنْدَ الْمَوْتِ، وَيُشَبَّهُ أَنْ يُقَالَ عِنْدَ عَدَمِ الْمَوْتِ: لَمْ يُوْجَدْ فِيهَا إِلَّا جَارِيَةٌ وَاحِدَةٌ، فَتَسَلَّمَ إِلَيْهِ، وَإِنْ وُجِدَ عَدَدٌ مِنَ الْجَوَارِي، وَفُرِضَ نِزَاعٌ، فَلِلْإِمَامِ التَّعْيِينُ، وَيُجَبِّرُ الْعَلْجَ عَلَى الْقَبُولِ؛ لِأَنَّ الْمَشْرُوطَ جَارِيَةً مِنَ الْقَلْعَةِ، وَقَدْ وَجِدَتْ هَذِهِ الصَّفَةُ فِيهِنَّ جَمِيعًا، وَهَذَا كَمَا أَنَّ الْمُسْلِمَ إِلَيْهِ يُعَيَّنُ مَا شَاءَ مِنَ الْأَعْيَانِ الْمَوْصُوفَةِ بِأَوْصَافِ السَّلْمِ، وَيَجْبِرُ الْمُسْلِمَ عَلَى الْقَبُولِ.

والثاني: الْأَصْحَحُ مِنَ الْقَوْلَيْنِ فِي الصَّدَاقِ عَلَى مَا يَتَبَيَّنُ فِي مَوْضِعِهِ، أَنَّهُ مَضْمُونٌ

(١) سقط في ز.

ضَمَانَ الْعَقْدِ، وَقَضِيَّةٌ تَخْرِيجُهُمَا فِي الْجُعْلِ أَنْ يَكُونَ الْأَصْحُحُ وَجُوبُ أُجْرَةِ الْمِثْلِ هَاهُنَا، إِنْ كَانَ حَالُ الْقَوْلَيْنِ هَاهُنَا كَحَالِ الْقَوْلَيْنِ هُنَاكَ، وَالَّذِي يُوجَدُ لِعَامَّةِ الْأَصْحَابِ فِي الْمَسْأَلَةِ إِيْجَابُ قِيَمَةِ الْجَارِيَةِ، وَلَا يَتَعَذَّرُ الْفَرْقُ عَلَى مَنْ يُحَاوِلُهُ، ثُمَّ مَحَلُّ الْبَدَلِ الْوَاجِبِ مَالُ الْمَصَالِحِ، أَوْ أَصْلُ الْغَنِيْمَةِ؟

فِيهِ الْخِلَافُ الْمَذْكُورُ فِي الرِّضْخِ.

وَيَجُوزُ أَنْ يُعْلَمَ لِمَا عَرَفْتَ مِنَ الْخِلَافِ قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «تَغْلِيْبًا لِلْبَدَلِ» بِالْوَاوِ، وَكَذَا لَفْظُ «الْقَوْلَيْنِ» مِنْ قَوْلِهِ: «فَفِي وَجُوبِ الْبَدَلِ قَوْلَانٌ».

**الثالثة:** إِذَا وَجَدْنَا الْجَارِيَةَ مُسْلِمَةً، نَظَرَ إِنْ أَسْلَمَتْ قَبْلَ الظَّفْرِ، وَكَانَتْ حُرَّةً لَمْ يَجُزِ اسْتِرْقَاقُهَا، وَتَسْلِيمُهَا إِلَى الدَّلِيلِ؛ لِأَنَّ إِسْلَامَهَا قَبْلَ الظَّفْرِ يَمْنَعُ مِنَ الاسْتِرْقَاقِ<sup>(١)</sup>.

وَعَنْ ابْنِ سُرَيْجٍ: أَنْ فِيهِ قَوْلًا آخَرَ: أَنَّهَا تُسَلَّمُ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّهَا قَبْلَ أَنْ أَسْلَمَتْ، وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ.

وَإِنْ أَسْلَمَتْ بَعْدَ الظَّفْرِ، فَإِنْ كَانَ الدَّلِيلُ مُسْلِمًا وَجُوزْنَا هَذِهِ الْمُعَاقَدَةَ مَعَهُ، أَوْ كَافِرًا وَأَسْلَمَ سَلَمَتْ إِلَيْهِ، وَإِلَّا فَيَبْنِي عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِي شِرَاءِ الْكَافِرِ الْعَبْدِ الْمُسْلِمِ، إِنْ جُوزْنَاهُ فَتُسَلَّمُ إِلَيْهِ، ثُمَّ يُؤْمَرُ بِإِزَالَةِ الْمِلْكِ عَنْهَا وَإِنْ لَمْ نُجُوزْهُ لَمْ تُسَلَّمْ إِلَيْهِ، وَإِذَا لَمْ تُسَلَّمْ إِلَيْهِ بَعْدَ الْإِسْلَامِ، فَهَلْ يَجِبُ بَدْلُهَا؟ فِيهِ طَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ عَلَى الْخِلَافِ فِي الْمَوْتِ لِيَتَعَذَّرَ التَّسْلِيمُ بِالْإِسْلَامِ كَتَعَذُّرِهِ بِالْمَوْتِ، وَبِهَذَا قَالَ أَبُو الطَّيِّبِ بْنِ سَلَمَةَ.

**والثاني:** الْقَطْعُ بِالْوَجُوبِ، وَبِهِ قَالَ ابْنُ الْوَكِيلِ.

وَالْفَرْقُ: أَنَّهَا إِذَا مَاتَتْ تَعَذَّرَ التَّسْلِيمُ حِسًّا، وَإِذَا أَسْلَمَتْ فَالتَّسْلِيمُ مُمْكِنٌ حِسًّا، وَهُوَ مُطَالَبٌ، وَلَكِنْ الْإِسْلَامُ حَالٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا، فَوَجِبَ الْبَدَلُ لِلْحَيْلُولَةِ، وَهَذَا الْفَرْقُ يَفْتَضِي أَنْ يَكُونَ الْوَاجِبُ هَاهُنَا الْقِيَمَةَ لَا مَحَالَةَ لِأَجْرَةِ الْمِثْلِ، وَالظَّاهِرُ فِي صُورَةِ الْإِسْلَامِ وَجُوبُ الْبَدَلِ، وَإِنْ ثَبِتَ الْخِلَافُ، وَهُوَ فِيمَا إِذَا أَسْلَمَتْ بَعْدَ الظَّفْرِ [أَظْهَرَ مِنْهُ فِيمَا إِذَا أَسْلَمَتْ قَبْلَهُ؛ لِأَنَّهَا إِذَا أَسْلَمَتْ بَعْدَ الظَّفْرِ]<sup>(٢)</sup> تَكُونُ مَمْلُوكَةً، وَالْمَنْعُ لَهُ رِعَايَةَ حُكْمِ الشَّرْعِ، وَإِذَا أَسْلَمَتْ قَبْلَهُ لَمْ يَمْلِكْهَا، وَلَمْ يَقْدِرْ عَلَى التَّسْلِيمِ، كَمَا فِي صُورَةِ الْمَوْتِ وَلَيُعْلَمُ لِمَا ذَكَرْنَا قَوْلَهُ فِي الْكِتَابِ: «وَجِبَ الْبَدَلُ»، وَقَوْلُهُ: «وَلَا [سَبِيلَ]<sup>(٣)</sup> إِلَى تَسْلِيمِهَا لِكَافِرٍ» كِلَاهُمَا بِالْوَاوِ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

(٢) سقط في ز.

(١) في ز: استرقاقها.

(٣) في ز: يقبل.

الرابعة: إذا فَتَحْنَا الْقَلْعَةَ، فلم نجد فيها إلا تلك الجارية، فهل تُسَلَّمُ إليه؟ فيه وجهان: أصحُّهُما: نعم، وِقَاءً بالشرط.

والثاني: لا؛ لأنَّ عَمَلْنَا، وسعينا حينئذٍ يَكُونُ لِلْعِلْجِ خَاصَّةً وَالْخِلَافُ فيما إذا لم نملك القلعة، وإدامة اليد عليها لكونها مَحْفُوفَةً ببلاد الكُفْرِ، فإن أمكن، فلا خِلافَ في وجوب الوِقَاءِ، وقد يُفْهَمُ هذا التقييد من قَوْلِهِ في الكتاب: «وإن لم يَخْضُلْ لنا من القلعة إلا تلك الجارية».

الخامسة: جميع ما ذكرنا فيما إذا فَتِحَتْ عَنَوَةٌ، أمَّا إذا فَتِحَتْ القلعة صلحاً، فَيُنْتَظَرُ إن كَانَتِ الجارية المَشْرُوطَةَ خَارِجَةً عن الأمان، كما إذا كَانَ الصُّلْحُ على أمانٍ صَاحِبِ القلعة وأهلِهِ، فكانت (١) الجارية من غير أهلِهِ فَتُسَلَّمُ إليه، وإن كَانَتِ الجارية من الذين أمَّنَاهم [بأن كانت من أهلِهِ] (٢) فيخير صَاحِبُ القلعة بشرطنا مع العِلْجِ، ونقول: إن رضيت بتسليمها إليه غَرِمْنَا لك قِيمَتَهَا، وأمضينا الصُّلْحَ، والقِيَمَةُ المدفوعة إليه تكون من بيت المال، كذا ذكر في «التهذيب».

وفي «الشامل» أنَّهَا جارية مجرى الرِّضْخِ، وفيه خلاف، فإن لم يَرِضْ رَاجِعُنَا العِلْجِ، فإن رَضِيَ بقيمتها، أو بِجارية أخرى، فذاك، وإلا فنقول لِصَاحِبِ القلعة: إذا لم تسلمها فنفسخ الصُّلْحَ ونبذ عَهْدَكَ، ونردّه إلى القلعة، ونستأنف معه القتال، وهذا لأنه صلح مَنَعَ الوِقَاءَ بما شَرَطْنَاهُ، وكل صلح هذا حاله، فلإمام رَدُّهُ وَتَبْذُؤُهُ، وهو ظَاهِرُ المَذْهَبِ.

وعن أبي إسحاق: أنَّ الصُّلْحَ في الجارية المشروطة للعِلْجِ فاسد؛ لأنَّها مستحقة له. وقوله في الكتاب: «فصلحنا مع الزعيم باطل» [بمعنى أن يبطله ونفسخه] (٣) ولم يرد الوجه المنسوب إلى أبي إسحاق، فإن الفساد على ذلك الوجه لا يُشْتَرَطُ فيه امتناع زعيم القلعة عن بدلها [ببديل، ثم الفسخ والإبطال لا يكفي فيه امتناع الزعيم عن بدلها، بل] (٤) يراجع العِلْجِ أيضاً، وينظر هل يَرْضَى بالقِيَمَةِ، أو بِجارية أخرى، كما ذكرنا فإن أتينا جميعاً، فحينئذٍ نُبْطَلُهُ.

[فرع] قال القاضي ابن كنج: لو كَانَ الإمام نازلاً بجانب قلعة، وهو لا يعرفها فقال: من دَلَّنِي على قلعة كذا، فله منها جارية، فقال عِلْجٌ: هي هذه التي أتت عندها، فالمذهب أنه يَسْتَحِقُّ تلك الجارية إذا فَتِحَتْ، كما لو قال: من جاء بِعَبْدِي الأبق، فله كذا، فوجده إنسان من البلدة.

قال العزالي: (الثانية) المُسْتَأْمَنُ إِذَا نَقَضَ العَهْدَ فَرَجَعَ إِلَى دَارِهِ فَمَا خَلْفَهُ عِنْدَنَا مِنْ

(١) في ز: وإن كانت.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

وَدِيْعَةٌ أَوْ ذَيْنٌ فِيهِ أَرْبَعَةٌ أَوْجِهٌ: (أَحَدُهَا) أَنَّهُ فِيءٌ (وَالثَّانِي) أَنَّهُ فِي أَمَانِهِ إِلَى أَنْ يَمُوتَ فَإِنْ مَاتَ فَهُوَ فِيءٌ (وَالثَّلَاثُ) أَنَّهُ فِي أَمَانِهِ وَإِنْ مَاتَ فَهُوَ لِوَارِثِهِ (الرَّابِعُ) أَنَّهُ فِي أَمَانِهِ إِنْ عَقَدَ الْأَمَانَ لِلْمَالِ مَقْصُوداً وَإِلَّا فَيَنْتَقِضُ أَيْضاً تَابِعاً لِنَفْسِهِ \* وَالرَّقُّ كَالْمَوْتِ \* وَإِنْ قُلْنَا: يَبْقَى أَمَانُهُ بَعْدَ الرَّقِّ فَلَوْ عَتِقَ رَدُّ عَلَيْهِ \* وَلَوْ مَاتَ رَقِيقاً فَهُوَ فِيءٌ إِذْ لَا إِرْثَ مِنَ الرَّقِيقِ \* وَفِيهِ قَوْلٌ مُخَرَّجٌ أَنَّهُ لِوَرِثَتِهِ \* وَمَهْمَا جَعَلْتَهُ لِلوَارِثِ فَلَهُ أَنْ يَدْخُلَ بِلَادِنَا لِيَطْلُبَهُ مَنْ غَيْرِ عَقْدِ أَمَانٍ وَهَذَا الْمَذْرُؤُ يُؤَمِّنُهُ كَقَضْدِ السَّفَارَةِ.

قال الرافعي: إذا دخل الكافر دار الإسلام بعقد أمان أو ذمة، كان ما معه من المال والأولاد في أمان، فإن شرط الأمان في المال والولد، فهو زيادة تأكيد، ولا أمان لما خلفه في دار الحرب، بل يجوز اغتنام أمواله هناك وسبي أولاده المخلفين.

وعن صاحب «الحاوي»: أنه إن قال: لك الأمان، ثبت الأمان في ذرئته وماله، وإن قال: لك الأمان في نفسك، لم يثبت في الذرية والمال، والأكثرُونَ أطلقوا الكلام إطلاقاً، وقالوا: قد يفرق المالك والمملوك في حكم الأمان، وكذلك يقول: لو دخل مسلم دار الحرب بأمان فبعث على يده حزبي مالا ليشراء متاع، أو لتجارة، يكون ذلك المال في أمان، حتى يجب رده إليه، وإن لم يكن المالك في أمان، فكذلك لو بعثه على يد ذمي دخل دار الحرب بأمان وعن حكاية الربيع قول: أنه لا يكون في أمان؛ لأن أمان الذمي لا يصلح، والظاهر الأول، ووجه بأن الحربي اعتقد صحة الأمان لماله، فوجب رده إليه، ولو دخل حربي دارنا بأمان أو عقد ذمة، أو لرسالة، ثم نقض العهد، والتحق بدار الحرب. ومن أسباب النقض أن يعود إليها للتوطن والإقامة، فلا يسبى أولاده المتروكون عندنا، وإن مات الأب، فإذا بلغوا وقبلوا الجزية تركوا، وإلا بلغوا المأمن، وما خلفه عندنا من وديعة وذيين من جهة قرض أو غيره، فكل ذلك في أمان، ولا يجوز التعرض له ما دام حياً، ووجه ذلك بأن نفسه وأمواله وأولاده جميعاً كانت في أمان، وإنما ارتفع الأمان عن نفسه لتفضيه العهد والتحاقه بدار الحرب، فيبقى في الولد والمال، هذا ظاهر المذهب وقطع به بعضهم، [ووراء وجهان:]<sup>(١)</sup>

أحدهما: أنه ينتقض الأمان في ماله كما انتقض في نفسه؛ لأن المال كان تبعاً، فإذا انتقض الأمان في المالك تعدر بقاؤه في الملك.

والثاني: أنه إن لم يتعرض للأمان في ماله يحصل الأمان فيه تابعاً للنفس، [فيتبعه في الارتفاع]<sup>(٢)</sup> أيضاً، وإن ذكره في الأمان لم يرتفع عنه بارتفاعه عن النفس، وذكر

(١) في ز: ورواه وجهين.

(٢) في ز: فيبني الاتباع فيه.

الإمام تفريراً على الظاهر، وهو بقاء الأمان في أحواله المخلفة أن للكافر أن يدخل دار الإسلام [من غير]<sup>(١)</sup> تجديداً أماناً لتحصيل تلك الأموال، والدخول له يؤمته كالدخول للسفارة، وسماع كلام الله - تعالى - ولكن ينبغي أن يعجل في تحصيل غرضه، ولا يعرج على أمر آخر، وكذا لا ينبغي أن يكرر العود، ويستصحب في كل مرة بغض المال، إذا لم يتمكن من الاستصحاب دفعة واحدة، فإن خالف تعرض للقتل والأسر.

وهذا الذي ذكره محكي عن ابن الحداد. وقال غيره من الأصحاب: ليس له الدخول، وثبوت الأمان في المال لا يوجب ثبوت الأمان في النفس.

وإن قلنا: لا ينبغي الأمان فيما خلف، فيكون [فينا؛ لأنه]<sup>(٢)</sup> مال كافر مظفور به، من غير إيجاب خيل، ولا ركاب.

قال الإمام: وإنما يحصل الخلاف في الأموال المخلفة، بعد التحاقه بدار الحرب، فأما إذ فارق الأموال، ولم يلتحق بها بعد، فالوجه بقاء الأمان في الأموال، ويحتمل أن يطرد الخلاف، فإذا تبدت المستأمن إلينا العهد، فلا بد من تبليغه المأمن، ولا يتعرض لما يستصحبه من الأموال، بلا خلاف، هذا حكم ما خلف من الأموال في حياته، فإذا مات هناك أو قتل، وفرغنا على ظاهر المذهب، وهو بقاء الأمان فيه في حياته، فقولان:

أحدهما: وقد نص عليه في «المختصر» وفي «سير الواقدي» واختاره أبو إسحاق أنه يكون فينا؛ لأنه انتقل إلى الوارث، ولا أمان له، وأطلق المزني لفظ الغنيمة عليه توسعاً.

وأصحهما: على ما ذكر في «التهذيب» وقد نص عليه في كتاب «المكاتب»، وبه قال أحمد، واختاره المزني، أنه لا يكون فينا بصرف إلى وارثه، لأنه كان في أمان مدة حياته، والأمان حق لا يزوم يتعلق بالمال، فينتقل إلى الوارث بحقوقه.

وعن ابن خيزان حمل النصين على حالين؛ حيث قال: «يصير فينا» أراد إذا ما عقد الأمان لنفسه، ولم يتعرض لوارثه، [وحيث قال: «بصرف إلى الوارث» أراد ما إذا عقد الأمان لنفسه، وبعده لوارثه]<sup>(٣)</sup> فإن<sup>(٤)</sup> لم يكن له وارث، فهو فينا لا محالة بلا خلاف.

وعن أبي حنيفة: إذا مات هناك، أو قتله حزبي، يرد المال إلى ورثته وإن قتله مسلم، فما كان ديناً على الناس يسقط عنهم، وما كان عيناً يصير فينا.

ولو مات المستأمن عندنا، ففي ماله طريقان:

(٢) سقط في ز.

(٤) في ز: وإن.

(١) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ عَلَى الْقَوْلِينَ الْمَذْكُورِينَ، فِيمَا إِذَا مَاتَ فِي دَارِ الْحَرْبِ .

وَأَصْحُهُمَا: الْقَطْعُ بِأَنَّهُ يَرُدُّ إِلَى وَارثِهِ؛ لِأَنَّهُ مَاتَ وَالْأَمَانُ بَاقٍ فِي نَفْسِهِ، فَكَذَلِكَ فِي مَالِهِ، وَهَنَّاكَ انْتَقَضَ الْأَمَانُ فِي نَفْسِهِ، فَجَعَلَ الْمَالَ تَابِعاً عَلَى قَوْلٍ، فَإِنْ كَانَ وَرَثَتُهُ حَرْبِيَّينَ، فَهُوَ عَلَى الْخِلَافِ؛ فِي أَنْ الذَّمِّيَّ وَالْحَرْبِيَّ هَلْ يَتَوَارَثَانِ؟ وَلَوْ خَرَجَ الْمُسْتَأْمَنُ مِنَ الْمُسْتَأْمَنِ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ غَيْرَ نَاقِضٍ لِلْعَهْدِ، بَلْ لِرِسَالَةٍ، أَوْ تِجَارَةٍ، وَمَاتَ هُنَاكَ، فَهُوَ كَمَا لَوْ مَاتَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ، وَلَوْ التَّحَقَّقَ بَدَارِ الْحَرْبِ نَاقِضاً لِلْعَهْدِ فَسَبِيٌّ وَاسْتَرْقَى، بُنِيَ الْحُكْمُ عَلَى مَا إِذَا مَاتَ .

إِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ إِذَا مَاتَ لَا يَكُونُ فَيْتِئاً، بَلْ يَكُونُ لِلْوَارِثِ وَهَاهُنَا يُوقَفُ، إِنْ عُتِقَ فَهُوَ لَهُ، وَإِنْ مَاتَ رَقِيقاً، فَعَلَى<sup>(١)</sup> قَوْلِينَ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يُضَرَفُ إِلَى الْوَارِثِ أَيْضاً، كَمَا لَوْ مَاتَ حُرّاً .

وَأَصْحُهُمَا: أَنْ يَكُونُ فَيْتِئاً؛ لِأَنَّ الرَّقِيقَ لَا يُوْرثُ عَنْهُ، فَإِنْ قُلْنَا: إِذَا مَاتَ يَكُونُ فَيْتِئاً، فَهَاهُنَا قَوْلَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ الْجَوَابَ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّ زَوَالَ الْمَلِكِ بِالرُّقِّ، كَزَوَالِهِ بِالْمَوْتِ .

وَالثَّانِي: وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي «الشَّامِلِ» أَنَّهُ يُوقَفُ؛ لِاحْتِمَالِ أَنْ يُعْتَقَ، وَيَعُودَ، بِخِلَافِ الْمَوْتِ، فَإِنْ عُتِقَ سُلِّمَ إِلَيْهِ، وَإِنْ مَاتَ فُوجِهَانَ، نَقَلَهُمَا الْقَاضِي ابْنُ كَيْجٍ .  
أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يَكُونُ لِلسَّيِّدِ .

وَأَقْرَبُهُمَا: أَنَّهُ فَيْءٌ .

وَذَكَرَ الْإِمَامُ أَنَّ لِلْخِلَافِ فِي الْمَسْأَلَةِ تَعَلُّقاً بِالْخِلَافِ فِي مَسْأَلَةِ قَدَمَتَاهَا فِي الْجِرَاحِ فِي فَصْلِ تَغْيِيرِ الْحَالِ بَيْنَ الْجُرْحِ وَالْمَوْتِ، وَهُوَ مَا إِذَا جَرَحَ مُسْلِمٌ أَوْ ذَمِّيٌّ ذِمِّيًّا بِقَطْعِ يَدِهِ مِثْلًا، فَالتَّحَقَّقَ الذَّمِّيُّ بَدَارِ الْحَرْبِ نَاقِضاً لِلْعَهْدِ، ثُمَّ سُبِيَ وَاسْتَرْقَى، وَسَرَتِ الْجِرَاحَةُ إِلَى النَّفْسِ، وَذَكَرْنَا هُنَاكَ قَوْلَيْنِ فِيهَا:

أَحَدُهُمَا<sup>(٢)</sup>: أَنَّ الْوَاجِبَ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنَ أَرْشِ الْجِرَاحَةِ حُرّاً، أَوْ كَمَالِ قِيَمَتِهِ عَبْدًا .

وَالثَّانِي: أَنَّ الْوَاجِبَ قِيَمَتُهُ بِالْعَقَّةِ مَا بَلَغَتْ .

وَعَنْ حِكَايَةِ الشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ، وَالْقَاضِي الْحُسَيْنِ قَوْلُ ثَالِثٍ: وَهُوَ أَنَّ الْوَاجِبَ الْأَرْشُ بِالْغَا مَا بَلَغَ، وَلَا نُنْظَرُ إِلَى الْقِيَمَةِ، وَقَدْ تَوَجَّهَ ذَلِكَ بِأَنْ صَيَّرُوْرثَتَهُ مُهْدَرًا بَعْدَ الْجِرَاحَةِ، مَعَ اغْتِيَابِ الْمَالِ يُوْجِبُ تَجْرِيدَ النَّظَرِ إِلَى حَالِ الْجِرَاحَةِ، وَلِذَلِكَ قِيلَ عَلَى رَأْيِ

(٢) فِي ز: أَوْلَهُمَا .

(١) فِي ز: وَجِهَانَ .



إذا قطع يدي إنسان ورجليته، فارتدَّ المجرؤح، ومات، يجب أزش الجراحات قال إمام الحرمين: وقد ذكرنا فيما إذا جرح مسلماً، فارتدَّ، وعاد إلى الإسلام، ثم مات أن المنصوص وجوب تمام الدية، وأنه خرج قول أنه يجب ثلثا الدية، ويهدر ثلثها؛ توزيعاً على الأحوال.

وآخر أنه يجب نصفها توزيعاً على العظمة والإهدار، فيجيء على التخريج أن يُقال هاهنا على القول الأول: الأقل من أزش الجراحة، ومن ثلثي القيمة، أو نصفها، وأن يُقال على الثاني: الواجب ثلثا القيمة، أو نصفها، ثم قال: إن قلنا: إن الواجب أقل الأمرين.

فالتصُّ أنه مضروف إلى ورثته المستحق، وإن قلنا: إن الواجب القيمة، فقدز الأزش مضروف إليهم، فإن زاد شيء، فالزيادة للسيد والنص في أموال من نقص العهد، واسترق، ومات رقيقاً أن تلك الأموال فيء.

وقال الأصحاب: في [المسألتين]<sup>(١)</sup> قولان؛ بالنقل والتخريج:

أحدهما: أن الأزش في مسألة الجراحة والأموال المودعة هاهنا فيء؛ لأنها أموال متلقاة من كافر بلا قتال، ولا يمكن تقدير [الميراث]<sup>(٢)</sup>؛ لأن الرقيق لا يورث، والتوريث في حال الحياة لا سبيل إليه.

والثاني: أنها تصرف إلى الورثة؛ لأن الأمان باقي فيها، وإذا لم ينحل الأمان لم يمكن صرف المال إلى جهة الفيء، وأخص الناس به ورثته، وإذا قيل به، فكيف سبيله؟

فيه تردد للإمام، ويجوز أن يُقال: يصرف إليهم إزناً، وامتناع التوريث في الرقيق حكم شرعاً، والكفار لا يتعبدون بتفاصيل الشرع. ويجوز أن يُقال: لا يصرف إليهم إزناً، ولكنهم أخص به، كما تقول فيمن بعضه حر، وبعضه رقيق، يصرف ما اكتسبه ببعض الحر إلى مالك الرقيق في بعضه؛ لأنه أخص به.

وإذا قيل بالتوريث، فيورثون إذا مات، أو يستند استحقاق الورثة إلى ما قبل جريان الرق؟ ذكر فيه احتمالين، وإذا قلنا بالصرف إلى الورثة، فلهم دخول دار الإسلام لطلب ذلك المال، وإن لم يعقد له أمان، ويجيء فيه الوجه الذي ذكرناه في صاحب المال.

وأما لفظ الكتاب؛ فقوله: «فيما خلفه عندنا من وديعة ودين، فيه أربعة أوجه» جمع فيها بين الخلاف المذكور في حالة حياته، والخلاف بعد موته.

وقوله: «أحدهما: أنه فيء» وهو الوجه الذاهب إلى بطلان أمان المال [في

(١) في ز: المسلمين.

(٢) في ز: المعدات.

الحال<sup>(١)</sup> [كِبْطَلَانِيَه فِي [النفس]<sup>(٢)</sup>. وقولُهُ: «والثاني: أَنَّهُ فِي أَمَانِيَه إِلَى أَنْ يَمُوتَ، فَإِنْ مَاتَ فَهُوَ فَيَّة» هو القول. بِيَقَاءِ الْأَمَانِ فِي الْحَالِ، وَصَيَّرُوهُ فَيَّةً، إِذَا مَاتَ.

وقوله الثالث: «أَنَّهُ فِي أَمَانِيَه، فَإِنْ مَاتَ فَهُوَ لِلْوَرْتَةِ» فَهُوَ الَّذِي ذَكَرْنَا أَنَّهُ الْأَظْهَرُ، وَيَجُوزُ أَنْ يُعْلَمَ مَا سِوَاهُ بِالْأَلْفِ، وَأَنْ يُعْلَمَ قَوْلُهُ: «أَرْبَعَةٌ أَوْجُه» بِالْوَاوِ لِنَفِي بَعْضِهِمُ الْخِلَافَ عَلَى مَا يَتَّبَعُ. وقولُهُ: «والرق كالموت» ليعلم بالواو: ولما ذكرنا من الخِلاف في كيفية بِنَاءِ الرُّقِّ عَلَى الْمَوْتِ.

وقوله: «وفيه قولٌ مَخْرَجٌ» أَشَارَ بِهِ إِلَى التَّخْرِيجِ فِي مَسْأَلَةِ الْجِرَاحَةِ عَلَى مَا حَكِينَا<sup>(٣)</sup> عَنِ الْإِمَامِ.

وقوله: «يؤمنه» يجوز أن يعلم بالواو.

«فرع» دَخَلَ مُسْلِمٌ دَارَ الْحَزْبِ بِأَمَانٍ، فَاسْتَفْرَضَ مِنْهُمْ شَيْئًا، أَوْ سَرَقَ، وَعَادَ إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ [ثم دخل صاحب المال دار الإسلام]<sup>(٤)</sup> بِأَمَانٍ، فَعَلَى الْمُسْلِمِ رَدُّ مَا اسْتَفْرَضَ، أَوْ سَرَقَ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ التَّعَرُّضُ لِمَالِهِمْ، إِذَا دَخَلَ بِأَمَانٍ.

قال العزالي: (الثالثة): إِذَا حَاصَرْنَا أَهْلَ قَلْعَةٍ فَتَزَلُّوا عَلَى حُكْمِ رَجُلٍ صَحَّ إِذَا كَانَ الرَّجُلُ عَاقِلًا عَدْلًا بَصِيرًا بِمَصَالِحِ الْقِتَالِ ثُمَّ يَنْفُذُ حُكْمَهُ عَلَى الْإِمَامِ \* وَلَيْسَ لِلْإِمَامِ أَنْ يَقْضِيَ بِمَا فَوْقَهُ \* وَلَهُ أَنْ يَقْضِيَ بِمَا دُونَهُ \* فَإِنْ قَضَى بِغَيْرِ الْقِتَالِ فَلَيْسَ لِلْإِمَامِ الْقَتْلُ \* وَإِنْ قَضَى بِالْقَتْلِ فَهَلْ لَهُ الْأَسْتِزْقَاقُ فِيهِ ذَلِكَ مُؤَيَّدٌ؟ فِيهِ وَجْهَانِ \* وَلَوْ حَكَمَ بِقَبُولِ الْحِزْبِيَّةِ فَهَلْ يُجْبَرُونَ عَلَيْهِ وَهُوَ عَقْدُ مَرَاضَاةٍ؟ فِيهِ وَجْهَانِ \* فَإِنْ قُلْنَا: يَلْزِمُهُمْ فَمَنْعُهُمْ كَمَنْعِ أَهْلِ الذِّمَّةِ الْحِزْبِيَّةِ.

قال الرَّافِعِيُّ: إِذَا حَاصَرْنَا قَلْعَةً، أَوْ بَلَدَةً، فَتَزَلُّوا عَلَى حُكْمِ الْإِمَامِ، جَازَ، وَكَذَا لَوْ تَزَلُّوا عَلَى حُكْمِ غَيْرِهِ؛ لِأَنَّ بَنِي قُرَيْظَةَ تَزَلُّوا عَلَى حُكْمِ سَعْدِ بْنِ مُعَاذٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَشَرَطَهُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ الْعَبْدُ مُسْلِمًا ذَكَرَ حُرًّا مُكَلَّفًا عَدْلًا؛ لِأَنَّهُ وِلَايَةٌ وَحُكْمٌ كَالْقَضَاءِ.

نعم يجوز أن يكون أغمى، لأن المقصود هاهنا الرأي، ويمكن أن يبحث، ويعرف ما فيه الصلح للمسلمين، فجعل ذلك كالشهادة فيما لا يقتصر إلى الرؤية، [وأطلقوا]<sup>(٥)</sup> القول بأنه يشترط أيضاً أن يكون عالماً، وربما قالوا: فقيهاً، وربما قالوا: مجتهداً.

(٢) في ز: التعمين.

(٤) سقط في ز.

(١) سقط في ز.

(٣) في ز: ذكرنا.

(٥) في ز: وأظهر هنا.

قال الإمام: ولا أظنهم شَرَطُوا أَوْصَافَ الاجْتِهَادِ الْمُعْتَبَرَةِ فِي الْمُفْتِي، ولعلمهم عَتَوْا التَهْدِيَّ إِلَى طَلَبِ الصَّلَاحِ، وما فيه النظر للمسلمين وهو قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «بصيراً بِمَصَالِحِ الْقِتَالِ»، ويكره أن يكون الحكم حسنَ الرأي في الكُفَّارِ.

ويجوز أن ينزلوا إلى حكم اثنين، أو على حكم من يَخْتَارُهُ الإمام، أو من يَتَّقُونَ عليه مع الإمام؛ لأنَّ الإمام لا يَرْضَى إِلَّا من يصلح للحكم، ولا يجوز أن ينزلوا على حكم من يَخْتَارُونَهُ، إِلَّا إِذَا وَقَعَ التَّعَرُّضُ لِلصِّفَاتِ الْمَشْرُوطَةِ، ولو اسْتَنْزَلَهُمْ على أن يحكم فيهم بكتاب الله - تعالى - كره ذلك؛ لأنَّ هَذَا الْحُكْمَ ليس مَنْصُوصاً عليه في كتاب الله - تعالى - فيحصل منه<sup>(١)</sup> اختلاف واضطراب، هكذا ذَكَرَهُ الرُّوْيَانِيُّ فِي «البحر»، وذكر صاحب «التهديب»: أنه لو اسْتَنْزَلَهُمْ على أن ما يقضي الله تعالى فيهم يُنْفِذُهُ لم يجز؛ لأنَّهُمْ لا يعرفون حكم الله تعالى.

وروي عن بُرَيْدَةَ - رضي الله عنه - أن رَسُولَ اللَّهِ - ﷺ - قال: «وَأَنْ حَاصِرَتْ أَهْلَ حِصْنٍ، فَأَرَادُوا أَنْ تُنْزَلَهُمْ عَلَى حُكْمِ اللَّهِ - تَعَالَى - فَلَا تُنْزَلَهُمْ عَلَى حُكْمِ اللَّهِ - تَعَالَى - وَلَكِنْ أَنْزَلَهُمْ عَلَى حُكْمِكَ، فَإِنَّكَ لَا تَدْرِي أَتُصِيبُ حُكْمَ اللَّهِ فِيهِمْ أَمْ لَا؟»<sup>(٢)</sup>.

وإذا نزلوا على حكم اثنين، فينبغي أن يتفقا في الحكم، فإن اختلفا لم ينفذ، إلا أن تَتَّفِقَ الطَّائِفَتَانِ عَلَى حُكْمٍ وَاحِدٍ، وإن مات أحدهما، أو نزلوا على حكم [واحد، فمات قبل أن يحكم، أو نزلوا على حكم]<sup>(٣)</sup> من لا يجوز حكمه ردوا إلى القلعة إلى أن يرضوا بحكم حاكم في الحال.

ولا يجوز للحاكم أن يخكم إلا بما فيه الحظ للمسلمين من القتل والاستزقاق والسبي والمن والفداء.

وحكى الروياني وجهاً: أنه لا يجوز أن يحكم بالمن على جميعهم، واستغربه.

ولو حكم بما يخالف الشرع كقتل النساء والذراري لم ينفذ، ولو حكم بقتل المقاتلة، وسبي الذرية، وأخذ الأموال جاز، وكذلك فعل سعد بن معاذ - رضي الله عنه - وتكون أموالهم غنيمة؛ لأنها مأخوذة بالقهر.

وإن حكم باستزقاق من أسلم منهم، وقتل من أقام منهم على الكفر، أو باستزقاق من أسلم، ومن أقام على الكفر جاز، ويُنفذ حكم الحاكم على الإمام، حتى لا يجوز أن يزيد على حكمه في التشديد، ويجوز أن ينقص ويسامح، وإذا حكم بغير القتل لم

(٢) مسلم [١٧٣١] بهذا وأتم منه.

(١) في ز: فيه.

(٣) سقط في ز.

يَجُزُّ لَهُ الْقَتْلُ، وَإِنْ حُكِمَ بِالْقَتْلِ، فَلَهُ أَنْ يَمُنَّ عَلَيْهِمْ؛ لِأَنَّ سَعْدًا حَكَمَ بِقَتْلِ الرَّجَالِ، فَاسْتَوْهَبَ ثَابِتُ بْنُ قَيْسِ الرَّبِيعِيِّ بْنِ بَاطَا مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ - فَوَهَبَهُ مِنْهُ <sup>(١)</sup>، وَلَهُ الْاِسْتِرْقَاقُ إِنْ شَاءَ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّهُ دُونَ الْقَتْلِ أَيْضًا.

وَلَا يَجُوزُ فِي الثَّانِي؛ لِأَنَّهُ [يَتَضَمَّنُ ذُلًّا مُؤَبَّدًا] <sup>(٢)</sup>، وَقَدْ يَخْتَارُ الْإِنْسَانُ الْقَتْلَ عَلَيْهِ، وَهَذَا مَا اخْتَارَهُ الصَّيْدَلَانِيُّ، وَبِهِ أَجَابَ صَاحِبُ «التَّهْدِيبِ» وَغَيْرُهُ تَغْلِيلًا بِأَنَّهُ لَمْ يَنْزَلْ عَلَى هَذَا الشَّرْطِ. وَإِنْ حُكِمَ بِالْاِسْتِرْقَاقِ لَمْ يَجُزِ الْعَمَلُ إِلَّا بِرِضَا الْعَائِمِينَ؛ لِأَنَّهُ صَارَ مَا لَا لَهُمْ، وَإِنْ حُكِمَ بِقَبُولِ الْجِزْيَةِ، فَهَلْ يَجْبِرُونَ عَلَيْهِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: لَا؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ، فَيَعْتَبَرُ فِيهِ التَّرَاضِي، وَهَذَا كَمَا أَنَّ الْأَسِيرَ لَا يَجْبَرُ عَلَى قَبُولِ الْجِزْيَةِ.

وَالثَّانِي: نَعَمْ، وَالْمَيْلُ إِلَيْهِ أَكْثَرُ؛ لِأَنَّهُمْ رَضُوا بِحُكْمِهِ أَوْلًا بِخِلَافِ الْأَسِيرِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَرْضَ بِحُكْمِ الْإِمَامِ.

فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَجْبِرُونَ عَلَيْهِ، بَلَّغُوا الْمَأْمَنَ، وَلَمْ يَتَعَرَّضْ لَهُمْ، وَإِنْ قُلْنَا: يَجْبِرُونَ، وَامْتَنَعُوا فَهُمْ كَأَهْلِ الذَّمَّةِ، إِذَا امْتَنَعُوا مِنْ بَدْلِ الْجِزْيَةِ، قَبِلَ <sup>(٣)</sup> قَبُولُهَا، وَقَدْ يُقَالُ إِنَّهُمْ يَغْتَالُونَ عَلَى مَا سَيَأْتِي. إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، وَأَجْرِي الْوَجْهَانِ فِي مَا إِذَا حُكِمَ بِالْمُعَادَاةِ أَيْضًا.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ حَكَمَ بِالْإِزْقَاقِ فَأَسْلَمَ وَاحِدٌ قَبْلَ الْإِزْقَاقِ فِي جَوَازِ إِزْقَاقِهِ وَجْهَانِ \* وَكَذَا الْخِلَافُ فِي كُلِّ كَافِرٍ لَا يَرْقُ بِنَفْسِ الْأَسْرِ إِذَا أَسْلَمَ قَبْلَ الْإِزْقَاقِ \* وَلَوْ شَرَطَ أَنْ يَسْلَمَ إِلَيْهِ مِائَةٌ نَقَرٍ فَعَدَّ مِائَةً قَتَلْنَا لِأَنَّهُ وَرَاءَ الْمِائَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: هَذِهِ الْبَقِيَّةُ تَشْتَمِلُ عَلَى ثَلَاثِ صُورٍ:

إِحْدَاهَا: مَنْ أَسْلَمَ مِنْهُمْ قَبْلَ الْحُكْمِ عَلَيْهِ، حَقَنَ دَمَهُ وَمَالَهُ، وَلَمْ يَجُزِ اسْتِرْقَاقَهُ، بِخِلَافِ الْأَسِيرِ يَسْلَمُ، لِأَنَّهُ صَارَ فِي قَبْضَةِ الْإِمَامِ، وَثَبِتَ بِالسَّبْيِ حَقُّ الْاِسْتِرْقَاقِ فِيهِ. وَمَنْ أَسْلَمَ بَعْدَ الْحُكْمِ بِالْقَتْلِ، امْتَنَعَ قَتْلَهُ، فَإِنْ كَانَ قَدْ حُكِمَ بِقَتْلِ الرَّجَالِ، وَسَبِي النِّسَاءِ وَالذَّرِيَّةِ، لَمْ يَنْدَفِعْ بِإِسْلَامِ الرَّجَالِ إِلَّا قَتْلَهُمْ. وَهَلْ يَجُوزُ اسْتِرْقَاقُ الْمَحْكُومِ بِقَتْلِهِ إِذَا أَسْلَمَ.

نَقَلَ الرَّوْيَانِيُّ وَغَيْرُهُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُمْ مَا نَزَلُوا عَلَى هَذَا الشَّرْطِ، فَيَطْلُقُهُمْ، وَلَا يُفَادِيهِمْ بِالْمَالِ، وَيَجِيءُ عَلَى تَجْوِيزِ اسْتِرْقَاقِهِ لَوْ لَمْ يَسْلَمَ؛ أَنْ يَجُوزَ اسْتِرْقَاقُهُ بَعْدَ

(١) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ مِنْ طَرِيقِ عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ مَرْسَلًا مَطْوَلًا، وَفِيهِ: أَنَّ الزُّبَيْرِ قَتَلَهُ، وَذَكَرَ ذَلِكَ ابْنُ إِسْحَاقَ، وَمُوسَى بْنُ عَقْبَةَ فِي الْمَغَازِي، وَقَدْ أَعَادَهُ الْمَوْلُفُ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ مِنْ هَذَا الْبَابِ مَخْتَصِرًا قَالَهُ الْحَافِظُ فِي التَّلْخِصِ.

(٢) فِي الرَّوْضَةِ: بَعْدَ.

(٣) سَقَطَ فِي ز.

الإسلام أيضاً، وإذا حُكِمَ بالإِزْقَاقِ فأسلم المَحْكُومُ عليه قبل الإِزْقَاقِ، ففي «الْوَسِيْطِ»  
بناؤه على أَنَّ الرَّقَّ هل هو فوق القَتْلِ؟

إِنْ قُلْنَا: لا، جاز إِزْقَافُهُ، كما قبل الإسلام.

وإن قُلْنَا: نَعَمْ، لم يجزْ والأشبه الجَوَازُ؛ لأنَّهم نَزَّلُوا على حُكْمِهِ، وقد حُكِمَ  
بالِإِزْقَاقِ والإِسْلَامُ لا يمنع الإِزْقَاقَ الذي كان جائِزاً<sup>(١)</sup>، كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

(١) لما كان الأرقاء ليسوا سوى أسرى حرب لهم صفة خاصة بهم فإننا نذكر ما جاءت به الشريعة الإسلامية نحو الرقيق ومنه يعلم معاملة الأسرى في الإسلام - إن أول ما حصل الأسرى في الإسلام كان في غزوة بدر الكبرى، فقد أسر المسلمون فيها نحواً من سبعين رجلاً فاستشار الرسول صلوات الله عليه أصحابه في أمرهم لأن الوحي لم يكن نزل بأحكام في شأنهم فأشار عمر - رضي الله تعالى عنه - بقتلهم لأنهم أئمة الكفر وصناديد المشركين. وأشار أبو بكر - رضي الله تعالى عنه - بأخذ الفداء منهم ليكون المال قوة للمسلمين على أعدائهم، ولعل الله بعد إطلاقهم يهديهم إلى الإسلام فأخذ النبي صلوات الله عليه برأي أبي بكر وأخذ الفداء منهم فعاتب الله نبيه على ذلك بقوله تعالى: ﴿مَا كَانَ لِنَبِيِّ أَنْ يُكُونَ لَهُ أُسْرَى حَتَّى يَشْخَنَ فِي الْأَرْضِ تُرِيدُونَ عَرَضَ الدُّنْيَا وَاللَّهُ يُرِيدُ الْآخِرَةَ﴾ ثم نزلت بعد ذلك أحكام في شأن الأسرى، وهم الرجال المقاتلون من الكفار كان فيها اختلاف الفقهاء فذهب الإمام الأعظم - رحمه الله - إلى أن الإمام مخير في الأسرى بين ثلاثة أشياء: القتل، أو الاسترقاق، أو تركهم أحراراً ذمة للمسلمين الا مشركي العرب والمتردين فإنه يجب قتلهم ما لم يسلموا ولا يجوز استرقاقهم - وقال مالك رحمه الله تعالى: يكون الإمام مخيراً بين ثلاثة أشياء: القتل، أو الاسترقاق، أو المفاداة بالرجال دون المال وذهب الإمامان أحمد، والشافعي رحمهما الله إلى أن الإمام مخير فيهم بين أربعة أشياء: القتل، والمن بغير عوض، والفداء، والاسترقاق وخالفه الإمام أحمد الشافعي - رحمه الله - فمن هذا يرى أن من بين فقهاء المسلمين من أجاز للإمام المن على الأسرى بغير فداء يتبع في ذلك ما يرى فيه المصلحة لعامة المسلمين - ولم يحدثنا التاريخ أن إماماً من أئمة المسلمين أمر بقتل الأسرى - اللهم إلا من كان يخشى خطره عليهم كما فعل الرسول ﷺ فيمن قتلهم من أسرى بدر ويوم فتح مكة ممن اشتدت عداوتهم أو تكاثر إيذائهم للمسلمين.

ولقد أمر الإسلام على لسان نبيه صلوات الله عليه بحسن معاملة الأسرى والرفق بهم - قال ابن إسحق: حدثني نبيه بن وهب أن رسول الله ﷺ حين أقبل بالأسارى من بدر فرقمهم بين أصحابه وقال: استَوْصُوا بِالْأَسَارَى خَيْرًا. قال فكان أبو عزيز بن عمير أخو مصعب بن عمير. قال: فقال أبو عزيز مر بي أخي مصعب بن عمير ورجل من الأنصار يأسرني فقال شد يدك به فإن أمه ذات متاع لعلها تفد به منك، قال وكنت في زهط من الأنصار، حين أقبلوا بي من بدر فكانوا إذا قدّموا غذاءهم أو عشاءهم خصّوني بالخبز وأكلوا التمر لوصية رسول الله ﷺ إياهم بنا ما يقع في يد رجل منهم كسرة خبز إلا تفخيتي بها قال: فاستجيت فأردتها على أحدهم فإردتها علي ما يسمها.

وروى ابن إسحق أيضاً أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أراد أن ينزع ثنيتي سهيل بن عمرو من أسرى بدر فمنعه النبي ﷺ، وقال له لا أملل به فيمثل الله بي وإن كنت نبياً.

وقد أحاط الإسلام الرقيق بسياج العطف، وشمله بالرحمة فأمر السيد أن يعامل رقيقه بالحسنى، =

الثانية: إذا أسلمَ واحدٌ من رجالِ الكُفَّارِ الأخرارِ المُكَلَّفِينَ وبغضنا رجعنا الي الأسر وقبل أن يَرى الإمامَ فيه رأْيَهُ حُرْمٌ قَتْلُهُ. فاما الأسيروا فقلنا نقتله قالوا في «المختصر» وفي «السير»: فإن أسلموا بعد الأسر رُقوا.

زيادة فيه نأ: لملئنا

وأن يطعمه مما يأكل ويلبسه مما يلبس والا يكلفه من العهل فوق طاقته، وفي ذلك ما يضمن للريق رفاة العيش وسعادة الحياة كإنسان قال تعالى: ﴿وَاعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَىٰ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ وجاء في الحديث الشريف: «مَنْ لَطَمَ مَمْلُوكَهُ أَوْ ضَرَبَهُ فَكَفَّارَتُهُ عَجْبُ ثَلَاثِينَ رُبْعًا وَالصَّلَاةُ الْأَخْيَرُ» قال سمعت المعروف بن سويد قال لقيت أبا ذر الغفاري بالربذة وطلبه حلة روع على رجل غلام حلة فاستأجره عن ذلك فقال إني سبيت رجلاً فغيرته بأمه فشكاني إلى النبي ﷺ فقال لي النبي ﷺ يا أبا ذر أعزته بأمه إنك امرؤ فيك جاهلية إخوانكُم جزلُكم جعلهم الله تحت أيديكم فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل وليلبسه مما يلبس ولا تكلفوهم ما يغلبهم فإن كلفتموهم فأعينوهم - وروي عن علي كرم الله وجهه أنه أعطى غلامه دراهم ليشتري بها ثوبين متضادين القيمة فلبس أحدهما أعطاه أرقهما نسيجاً وأغلاههما قيمة، وحفظ لنفسه الآخر وقال له أنت أحق بي بأحدهما لأنك شاب وتميل نفسك للتجمل أما أنا فقد كبرت - وقال ﷺ: «لِلْمَمْلُوكِ طَعَامُهُ وَكِسْوَتُهُ بِالْحَعْرُوفِ» قال عبد الله بن عمر: «جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله كم تغفون عن الخادم الجاهل والعامل المملوك» فصمت رسول الله ﷺ ثم قال: اغفوا عن الخادم كل يوم سبعين مرة - وعن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن الرسول ﷺ رأى رجلاً على دابته وغلامه يمشي خلفه فقال يا عبد الله إخمله خلفك فإنما هو أخوك روحه مثل زوجك فحمله، وروي عن ابن عباس أن أحد النوايا خطب إلى جماعة، من بني بياضة وأشار عليهم الرسول بكونه رجلاً فقالوا يا رسول الله أنزلنا بك مواليتنا فنزل قوله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ بَطَنًا ذَا قُرْبَىٰ مِنْ بَيْنِ أَيْدِيكُمْ وَأُخْرَىٰ لِتَعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ عَلِيمٌ﴾ انتهى رسول الله ﷺ أن يقول السيد لِمَمْلُوكِهِ عَبْدِي فَقَالَ: «لَا يَقُلْ أَحَدُكُمْ عَبْدِي أُمَّتِي وَيَقُلْ قَتَايَ غَلَامِي» .  
وقال الغزالي في باب حقوق المملوك: «فأما ملك اليقين فهو يقتضي حفرها في المعاشرة لا يبد من مرعاتها فقد كان آخر ما أوصى به الرسول ﷺ وأوصوا الله وأما ملك اليقين فليطعمهم حتى تأكلون وأكسوهم مما تلبسون ولا تكلفوهم من العمل ما لا يطيقون فيما أحسنتم فأمسكوا بها كرهتم فيتعوا ولا تعذبوا خلق الله فإن الله ملككم إياهم ولو شاء لملكنهم إناكم» .  
جاء في هذا الصدد كثير من الآيات التي تدل على مبلغ رعاية الشريعة الإسلامية بالريقين، ومعاملة مما لم يجيء بمثلها دين سماوي أو تشريع وضعي، ومنه يؤخذ أن معاملة الأسيروا في الإسلام كانت معاملة رفق ورحمة، وإن ما يتقوله المصنف من هذه الصلة ناشئ عما راعى جهالة عمياء بقواعد الإسلام وأصوله أو عن بغض كامن في نفوسهم لالهة الوثنية التي يملكونها، فينفذون المدينة الحديثة التي يطننون بمفاخرها وإن كانها قد التفت عن عترة أرفقا لأفرادها، وتعدت راحة وحشية وهمجية لا تتفق مع الإنسانية، فإنها استساغت رق الشعوب، والأمم، وعاملتهم بمتهى القسوة والفظاعة وصادرتهم في حرياتهم وأموالهم، وتصرفت في عقابهم، ودياناتهم وفرضت عليهم قوانينها وأحكامها فرضاً ثم أخذت تطعن على الإسلام لأنه أقر رق الأفراد واستباح لهم هذا بهتان عظيم» .

(1) لملئنا  
(2) لملئنا  
(3) لملئنا  
(4) لملئنا  
(5) لملئنا  
(6) لملئنا  
(7) لملئنا

بشأنه وقال في موضع آخر من أسير من المشركين، فأسلم حِقْنَ بِإِسْلَامِهِ دَمُهُ، ولم يُخْرِجْهُ مِنَ الْإِسْلَامِ مِنَ الرَّاقِ، وإن رأى الإمام استزقأه، وهذا ظاهر في أنه يرق بالإسلام، وللأصحاب في ذلك طريقتان:

أحدهما: أن فيه قولين:

أحدهما: أنه يرق بنفسه بالإسلام؛ لأنه أسيرٌ مُحْرَمٌ الْقَتْلِ، فيصير رقيقاً كالتسوية والصبيان.

والثاني: أنه لا يكون رقيقاً بنفسه بالإسلام، لكن للإمام أن يسترقه؛ لما روي أن رجلاً أسره الصحابة، فنادى رسول الله ﷺ وهو يمرُّ به إني مُسْلِمٌ. فقال: رسول الله ﷺ: «لَوْ أَسْلَمْتَ وَأَنْتَ تَمْلِكُ أَمْرَكَ» (١) «أَفْلَحْتَ كُلَّ الْفَلَاحِ». ثم فداه برجلين من المسلمين أسرتهمَا بَقِيْفٍ: «لَوْ رَقِ لَصَارَ (٣) لِلْغَانِمِينَ لِمَا فَدَى بِهِ».

وأما فإن الإمام كان مخيراً بين خصال، وسقط منها القتل بالإسلام، فيبقى التحجير في الباقي، كما أن من عجز عن الإغثاق في كفارة اليمين، يبقى مخيراً بين الطعام والكسوة.

والثاني: القطع بالقول الثاني، وحمل قوله: «رقوا» على أنهم قربوا من الرق، وإذا قلنا به، فلو اختار الإمام الفداء يجوز بشرط أن يكون له فيهم عزة أو عشيرة يأمن بها على نفسه ودينه، وسواء قلنا يرق، أو يجوز استزقأه فإن رقه، فيكون من الغنيمة، وكذلك لو فاداه بغير أن يكون الحال من الغنيمة.

وقوله في الكتاب: «وكذا الخلاف في كل كافر لا يرق بنفسه الأسر إذا أسلم قبل الإزقاق» - قضية إثبات الخلاف في جواز إزقاق الأسير إذا أسلم بعد الأسر، وهذا لا ذكر له في كلام الأصحاب، إنما الكلام في أنه يرق.

الثالثة: إذا حاصرنا قلعة، فصالح زعيمها على أمان مائة نفر منهم، صح الأمان للحاجة، ويعين الزعيم مائة، فإن عد مائة وأغفل نفسه، جاز قتله لما روي أن أبا موسى الأشعري - رضي الله عنه - حاصر مدينة «السوس» فصالحه دهقانها على أن يؤمن مائة رجل من أهلها، فقال أبو موسى رضي الله عنه: «إني لأرجو أن يخذعه الله - تعالى - عن نفسه، فلم يجرؤ أهلها قلوباً له أبو موسى: أفرغت قال: نعم. فأمتهم، وأمر بقتل الدهقان، فقال: اتخذوا عليّ ولداً أميتي، فقال: أمتت العدة التي سميت، ولم تسم نفسك» (٤).

(١) تقدم (٢) تقدم (٣) في أ: فصار. (٤) رواه أحمد بن يحيى البلاذري في كتابه الفتوح والمغازي بإسناده.

والأمان في هذه الصورة مَعْقُودٌ لِعَدَدِ مَعْلُومِ مَنجُهُولِ الأعيانِ والصَّفَاتِ، وجوزناه للحَاجَةِ، كما جَوَّزْنَا الأمانَ لِقَوْمِ مَنجُهُولِي العَدَدِ، مَعْلُومِي بعضِ الصَّفَاتِ، كما سَبَقَ في مُصَالِحَةِ الزعيمِ، على أن يكونَ أَهْلُهُ في أمانٍ، فإننا لا نَعْلَمُ عَدَدَ أَهْلِهِ، وهذا آخِرُ كتابِ «السير» بشرحه ونعقبه مسائل تتعلق بالكتابِ بِتَوْفِيقِ الله تعالى.

إذا اسْتَوَلَى الكُفَّارُ على أَمْوَالِ المسلمينِ، لم يَمْلِكُوها، سواءَ أَخْرَزُوها بِدارِ الحَرْبِ، أو لم يُخْرِزُوها، وسواءَ العَقَارُ والمَنْقُولُ، وإذا أسلموا والمالُ في أيديهم، فعليهم رَدُّها إلى أَزْبَابِها، وإن غنمها طائِفَةٌ من المسلمينِ وَجِبَ رَدُّها على الأَزْبَابِ، فإن ظهر الحالُ بعد القِسْمَةِ، فكذلك، ويُوَضُّ الإمامُ بيتَ المالِ من وَقَع ذلك في سَهْمِهِ، فإن لم يكن في بَيْتِ المالِ مالٌ أعادَ القِسْمَةَ.

روي عن عِمْرانَ بنِ الحُصَيْنِ - رضي الله عنه - أنَ المُشْرِكِينَ أعَارُوا على سرحِ المَدِينَةِ، وَذَهَبُوا بالعَضْبَاءِ، وأسروا امرأةً، فانقلبت ذاتُ لَيْلَةٍ، فأنت بالعضْبَاءِ، فَفَعَدَتْ من عَجْزها، وَتَدَرَّتْ إن نَجَّاهَا اللهُ عليها لَتَنَحَرَّثُها، فلما قَدِمَتِ «المَدِينَةَ» ذكروا ذلك لرسولِ الله - ﷺ - فقال: «بِئْسَ ما جَزَيْتَها لآ وَفَاءً لِنَذْرِ في مَعْصِيَةِ اللهِ وَلَا فِيمَا لَا يَمْلِكُكَ ابنُ آدَمَ»<sup>(١)</sup> وأخَذَتْ منها.

وعن أبي حَنِيفَةَ، ومالكٍ: ما أَخْرَزُوهُ من أَمْوَالِ المسلمينِ بدارِ الحربِ ملكوه، ولا يسترِدُّ منهم بعد الإسلامِ، وإذا غَنِمَهُ المُسْلِمُونَ كان مالِكُهُ أَوْلَى به قبل القِسْمَةِ، وبعد القِسْمَةِ له أَخْذُهُ بالقيمة.

وعن أَحْمَدَ رواية. أَنَّهُ لا حَقَّ فيه لِمالِكِهِ بعد القِسْمَةِ.

وسلم أبو حَنِيفَةَ: أَنَّهُ لو أَبَقَ عَبْدٌ من عِبِيدِ المسلمينِ إلى دارِ الحَرْبِ، أو غَارَ فَرَسٌ لا يملكونه بالأخْذِ ونازَعَ فيه مالِكٌ وأحمدُ، وإذا استولوا على مُكاتِبِي المسلمينِ وأُمَّهاتِ أولادِهِم، لم يَمْلِكُوها. إذا أُسِرَ نَقَرٌ. فقالوا: نحن مسلمون، أو أَهْلُ ذِمَّةٍ، صدقوا بِأَيْمانِهِم، إن وُجِدُوا في دارِ الإسلامِ [وإن وجدوا في دارِ الحربِ]<sup>(٢)</sup> لم يصدقوا.

دَخَلَ حربي في دارنا بأمان، فاشتري عبداً مسلماً، وَخَرَجَ به إلى دارِ الحَرْبِ، ثم ظَفِرَ به المُسْلِمُونَ، إن قُلْنَا: يصحُّ شِراءُ الكافرِ العَبْدِ المسلمِ، فَهُوَ غَنِيمَةٌ، وإلا فهو لبائِعِهِ، وعليه رَدُّ الثَمَنِ إلى المُستأمنِ.

عن نصه من حَزْمَلَةَ أَنَّهُ إذا أَهْدَى مُشْرِكٌ إلى الإمامِ، أو الأميرِ هَدِيَّةً، والحربِ

(١) أخرجه مسلم [١٦٤١] وهو طرف من الحديث الذي قبله.

(٢) سقط في ز.



قائمة فهو غَنِيمةٌ، بخلاف ما إذا أهدى قبل أن يَزْتَجِلُوا عن دارِ الإسلام.

وعن أبي حنيفة: أنه للمهدي إليه بكل حال، وهو رواية عند أحمد.

وعن نضه أنه لو أحرزَ كافر حربي جارية مسلم وأولدها ثم ظفِرَ به المسلمون، فالجاريةُ والوَلَدُ للمسلم، فإن أسلمَ الواطيءُ أخذَ مَالِكُهَا المَهْرَ منه، وقيمةُ الوَلَدِ، [وهذا على ما ذكر ابن سريج<sup>(١)</sup>] على ما إذا وَطِيَءَ وأوَلَدَ بعد ما أسلم، يَلْزَمُ المَهْرُ، ويكونُ الولدُ حرّاً لِلشُّبُهَةِ، ووجه الشبهة ما رُوِيَ أَنَّ النبي - ﷺ - قَالَ: «مَنْ أَسْلَمَ عَلَيَّ شَيْءٍ فَهُوَ لَهُ»<sup>(٢)</sup>.

أسيرت مسلمةٌ فَتَكَحَّهَا حَزْبِيٌّ، فَأَوَلَدَهَا، وَأَصَابَهَا بِلا نِكَاحٍ، ثم ظفِرَ المسلمون بالحربي [فلا تُسْتَرْقُ هي]<sup>(٣)</sup> ولا أولادها؛ لِأَنَّهُمْ مُسْلِمُونَ بِإِسْلَامِهَا، ويلحق الأولادُ بالمسلم<sup>(٤)</sup> الناكح للشبهة.

ذكرنا وَجْهَيْنِ فِيمَا إِذَا اقْتَصَرَ عَلَى قَوْلِهِ: «أمنتك» في أنه هل يَتَعَدَّى الأمانُ إلى ما معه من الأهلِ والمالِ؟ وأنه إن تعرض له أتبع الشرط.

وفي «البحر» تَفْصِيلٌ حَسَنٌ، حكاؤه أو بعضه عن «الحاوي»، وهو أنه إذا أطلق الأمانَ يدخلُ فيه ما [لَيْسَهُ من الثياب وما]<sup>(٥)</sup> يستعمله في جِرْفَتِهِ من الآلاتِ، وما ينفقه في مُدَّةِ الأمانِ لِلعُرْفِ الجاري بذلك، ومركوبه إن كان لا يَسْتَعْنِي عنه، ولا يدخلُ فيه ما سوى ذلك، وإن بَدَّلَ الأمانَ له على نفسه وماله، والمال أيضاً في أمانٍ إن كان حاضراً، سواء أَمَنَهُ الإمامُ أو غَيْرُهُ، وإن كان غائباً لَمْ يَصِحَّ الأمانُ فيه إلا من الإمامِ، أو مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ بالولاية العامة، وكذلك في الذَّراري يفرق بين الحاضرين والغائبين وفيه: أن من أَمَّنْ كَافِراً، فَقَالَ: أَمْتُكَ في جميع بلاد الإسلام، كان آمناً في جميعها، سواء فيه الإمامُ أو غَيْرُهُ. فإن قال: أَمْتُكَ في بلد كذا، كان آمناً فيه.

وفي الطريق إليه من دارِ الحزبِ لا غَيْرِ، وإن أطلَقَ، نُظِرَ إن كانَ الإمامُ يؤمنه كان آمناً في جميع بلادِ الإسلامِ، وإن كانَ والي الإقليمِ يُؤمُّنُهُ كان آمناً في محلِّ ولايته، وإن

(١) في ز: وهذا ذكره محمول.

(٢) رواه ابن عدي والبيهقي [١٣/٩] عن أبي هريرة، وفيه ياسين الزيات وهو منكر الحديث متروك، وقال أبو حاتم في العلل: لا أصل له، قال البيهقي: وإنما يروى هذا عن ابن أبي مليكة، وعن عروة مرسلًا، وروى أحمد من حديث صخر بن العيلة: أن قوماً من بني سليم فروا عن أرضهم، حتى جاء الإسلام، فأخذتها، فأسلموا، فخاصموني فيها، فردها عليهم رسول الله ﷺ، وقال: «إذا أسلم الرجل فهو أحق بأرضه وماله».

(٣) في أ: يسترقهن.

(٤) في أ: بالمشرك.

(٥) سقط في ز.

كان المؤمن من الآحادِ اقتصر الأمانُ على الموضع الذي يسكنه المؤمنُ بَلَدَةً كَانَتْ أو قَرْيَةً، وعلى الطريقِ إليه من دارِ الحربِ، وإنما يكونُ أماناً في الطريقِ إذا كانَ مُحْتَازاً بِقَدْرِ الْحَاجَةِ، وفيه إذا كانَ الأمانُ مُقَدَّراً بِالْمُدَّةِ فَإِنْ كَانَ مَخْصُوصاً بِبَلَدٍ، فله اسْتِيفَاءُ تِلْكَ الْمُدَّةِ بِالْإِقَامَةِ فِيهِ، وَلَهُ الْأَمَانُ بَعْدَهَا إِلَى أَنْ يَرْجَعَ إِلَى مَأْمَنِهِ.

وإن كانَ عامّاً في جميع البلادِ، فينقضي أمانُهُ بِمُضِيِّ تِلْكَ الْمُدَّةِ، ولا أمانَ له بعد ذلكَ العودِ؛ لأنَّ ما يَتَّصِلُ بِهِ مِنْ بِلَادِ الْإِسْلَامِ بِدَارِ الْحَرْبِ مِنْ مَحَلِّ أَمَانِهِ، فلا يحتاجُ إِلَى مُدَّةِ الْإِنْتِقَالِ مِنْ مَوْضِعِ الْأَمَانِ.

المُسلِمُ إِذَا دَخَلَ دَارَ الْحَرْبِ بِأَمَانٍ، فوجد مُسْلِمَةً سَبَّأَهَا الْمُشْرِكُونَ فَلَهُ، بل عليه أَنْ يَخْرُجَ بِهَا إِنْ تَمَكَّنَ مِنْهُ.

وعن نَصِّهِ أَنْ جَارِيَةَ الْمُسْلِمِ إِذَا اسْتَوْلَى الْمُشْرِكُونَ عَلَيْهَا ثُمَّ رَجَعَتْ إِلَى مَالِكِهَا، فَلَا اسْتِيزَاءَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ لَمْ يَزُلْ، لَكِنْ يَسْتَحِبُّ فِدَاءَ الْأَسِيرِ، مَحْبُوبٌ، وَلَوْ قَالَ مُسْلِمٌ لِكَافِرٍ: أَطْلِقْ أُسَيْرَكَ، وَلِكِ عَلِيٍّ أَلْفٌ، فَأُطْلِقَ يَجِبُ عَلَيْهِ الْأَلْفُ كَمَا لَوْ قَالَ: أَعْتَقْ أُمَّ وَلَدِكَ عَلَيُّ كَذَا، فَفَعَلَ، وَلَوْ فَدَى الْأَسِيرَ بِمَالٍ مِنْ غَيْرِ سُؤَالٍ لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ، وَلَوْ قَالَ الْأَسِيرُ: افْدِنِي بِكَذَا، عَلَى أَنْ تَرْجِعَ عَلَيَّ، فَأَجَابَهُ رَجَعَ عَلَيْهِ، وَكَذَا لَوْ لَمْ يَشْتَرِطِ الرَّجُوعَ فِي أَصْحَ الْوَجْهِينَ عَلَى مَا ذَكَرَهُ صَاحِبُ «التَّهْدِيبِ».

ولو قَالَ الْأَسِيرُ لِلْكَافِرِ: أَطْلِقْنِي عَلَى كَذَا ففَعَلَ، وَقَالَ لَهُ الْكَافِرُ: افْدِنِ نَفْسَكَ بِكَذَا، فَفَعَلَ لَزِمَهُ مَا تَزَمَ، وَالْمَالُ الَّذِي فَدَى الْأَسِيرَ بِهِ إِذَا اسْتَوْلَى عَلَيْهِ الْمُسْلِمُونَ يَرُدُّ إِلَى الْأَسِيرِ، أَوْ يَكُونُ غَنِيمَةً فِيهِ وَجِهَانٌ. [وَاللَّهُ أَعْلَمُ].

### قَالَ الْعَزَلِيُّ: كِتَابُ عَقْدِ الْجَزِيَةِ وَالْمُهَادَنَةِ \* وَفِيهِ بَابَانِ

قال الرَّافِعِيُّ: ذَكَرَ الْمُصَنِّفُ - رَحِمَهُ اللَّهُ - فِي «الْوَسِيطِ» - أَنَّ الْعُقُودَ الَّتِي تَفِيدُ الْأَمْنَ لِلْكَافِرِ ثَلَاثَةٌ:

الْأَمَانُ، وَقَدْ أَنْدَرَجَ فِي كِتَابِ السَّيْرِ، وَعَقْدُ الذَّمَّةِ بِالْجَزِيَةِ، وَالْمُهَادَنَةُ<sup>(١)</sup>، وَهَمَا

(١) الحرب قد تنتهي بالصلح ويتبع ذلك إبرام عهود ومواثيق تكون بين المتصالحين، ولم تفضل القوانين الدولية شأن الوفاء بالعهود والكلام عليها. إذ نصت على احترامها وفرضت العقوبات على كل دولة لا تفي بمواثيقها ولا تنقيد بشروط ما تعهدت به. ولكننا نجد أنه قلما تفي دولة بذلك فسرعان ما تنقض الدولة تعهداتها عندما تأنس من نفسها قوة على عدوها أو تمكنها الفرصة من خصمها فلا شيء يقف أمام المطامع، والشهوات ولا حائل يحول دون القصد، والغايات فتبقى العهود، والمواثيق حبراً على ورق وقواعد لا سرعان لها.

ونحن إذ ننظر إلى الدين الإسلامي نجده قد نص على الوفاء بالعهود وأمرنا باحترامها، ونهى عن =

الغدر، والخيانة، وتوعد عليها بالعقاب الشديد قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ - وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا - إِلَّا الَّذِينَ عَاهَدْتُمْ مِنَ الْمُشْرِكِينَ ثُمَّ لَمْ يَنْقُضُواكُمْ شَيْئًا وَلَمْ يُظَاهِرُوا عَلَيْكُمْ أَحَدًا فَأَتِمُوا الْبَيْعَ الَّذِي عَاهَدْتُمْ لَهُمْ مِنْهُمُ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُتَّقِينَ - إِلَّا الَّذِينَ عَاهَدْتُمْ عِنْدَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ فَمَا اسْتَقَامُوا لَكُمْ فَاسْتَقِيمُوا لَهُمْ - إِلَّا الَّذِينَ يَصِلُونَ إِلَى قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ﴾. وقال ﷺ: «مَنْ عَاهَدْتَهُ فَوْقِي بِعَهْدِهِ مُسْلِمًا كَانَ أَوْ كَافِرًا - آيَةُ الْمُنَاقِقِ ثَلَاثٌ: إِذَا حَدَّثَ كَذَبًا، وَإِذَا وَعَدَ أَخْلَفَ، وَإِذَا أُؤْتِمِنَ حَانَ - مَنْ أَمِنَ رَجُلًا عَلَى نَفْسِهِ فَتَقَتْلُهُ فَأَنَا بَرِيءٌ مِنَ الْقَاتِلِ مَنْ قَتَلَ مُعَاهِدًا لَمْ يَرِحْ رَائِحَةَ الْجَنَّةِ». كل هذا يدل على أن الإسلام عنى بشأن اليهود، والمحافظة عليها، ونعى على من نبذها، وحن ذمة الله ورسوله.

وقد حافظ المسلمون على هذه الأوامر الدينية محافظة تامة فلم يؤثر أنهم نقضوا عهداً أو خفروا ذمة.

عاهد رسول الله ﷺ يهود المدينة، وكتب بينهم، وبينه بذلك كتاباً. وما حاربهم حتى نقضوا العهد، وعاهد قريشاً في صلح الحديبية على وضع الحرب عشر سنين، وقد وفى لهم بعهده على رغم أن شروط المعاهدة كانت شديدة جائرة حتى كان النقض من جانبهم.

وروي أنه بينا رسول الله ﷺ يكتب الكتاب «عَهْدُ الصُّلْحِ» هو وسهيل بن عمرو إذ جاء أبو جندل يرسف في الحديد قد انفلت إلى رسول الله ﷺ فلما رأى سهيل أبا جندل قام إليه فضرب وجهه، وأخذ بتلابيه فقال يا محمد: قد لجت القضية بيني وبينك قبل أن يأتيك هذا. قال: صدقت. فجعل أبو جندل يصرخ بأعلى صوته: يا معشر المسلمين أريد إلى المشركين يفتنونني في ديني؟ فقال رسول الله ﷺ: يا أبا جندل، احتسب فإن الله جاعل لك ولِمَنْ مَعَكَ مِنَ الْمُسْتَضْعَفِينَ فَرَجًا أَوْ مَخْرَجًا. إِنَّا قَدْ عَقَدْنَا بَيْنَنَا وَبَيْنَ الْقَوْمِ عَقْدًا وَصُلْحًا وَأَعْطَيْنَاهُمْ عَلَى ذَلِكَ وَأَعْطَوْنَا عَهْدًا وَإِنَّا لَا نَغْدِرُ بِهِمْ.

وروي ابن إسحق قال: لما قَدِمَ رسولُ الله ﷺ المدينة - بعد صلح الحديبية - أتاه أبو بصير عتبة ابن أسيد، وكان ممن حبس بمكة فلما قدم على رسول الله صلوات الله عليه كتب فيه أزره بن عبد عوف، والأخنس بن شريق فقال رسول الله ﷺ: «يا أبا بصير إننا قد أعطينا هؤلاء القوم ما قد علمت، ولا يصلح لنا في ديننا العذر وإن الله جاعل لك ولِمَنْ مَعَكَ مِنَ الْمُسْتَضْعَفِينَ فَرَجًا وَمَخْرَجًا». وهكذا صار المسلمون بعد رسول الله ﷺ يوفون بعهودهم: فوفى أبو بكر رضي الله عنه لأهل نجران بما عاهدهم عليه رسول الله صلوات الله عليه؛ وكذلك كان يفعل الخليفة الثاني عمر بن الخطاب فكان يوصي أمراءه على الأجداد، وولاته على البلاد بالوفاء باليهود. كتب إلى أبي عبيدة بن الجراح - لما أخبره بنصره على الروم وما آفاه الله على المسلمين وما أعطى أهل الذمة من الصلح، وامنع المسلمين من ظلمهم، والإضرار بهم، وأكل أموالهم إلا بحقها ووفى لهم بشرطهم الذي شرطت لهم في جميع ما أعطيتهم. وكتب إلى سعد بن أبي وقاص بعد أن وجهه إلى أهل فارس كتاباً جاء فيه: فإن لاعب أحد منكم أحداً من العجم بأمان، أو بإشارة، أو بلسان وكان لا يدري الأعجمي ما كلم به، وكان عندهم أماناً فأجروا ذلك لهم مجرى الأمان. وإياكم والضحك. والوفاء الوفاء فإن الخطأ بالوفاء تقية وإن الخطأ بالقدر الهلكة، وفيها وهنكم، وقوة عدوكم وذهاب ريحكم، وإقبال ريحهم.

وكان آخر ما تكلم به عمر رضي الله عنه عند وفاته أوصي الخليفة بعدي بذمة رسول الله ﷺ أن يوفى لهم بعهدهم.

وكتب «علي بن أبي طالب» إلى «الأشتر النخعي» لما وجهه إلى مصر كتاباً جاء فيه: «وإن عقدت بينك، وبين عدوك عقدة أو البسته منك ذمة فحط عهدك بالوفاء وازع ذمتك بالأمانة، واجعل نفسك جنة دُونَ ما أعطيت فإنه ليس من فرائض الله شيء، الناس أشد عليه اجتماعاً مع تفرق أهوائهم، وتشتت آرائهم من تعظيم الوفاء بالعهود. وقد لزم ذلك المشركون فيما بينهم دون المسلمين لما ابتلوا من عواقب الغدر فلا تغدرن بدمتك، ولا تخسيس بعهدك، ولا تختلن عدوك فإنه لا يجتريء على الله تعالى إلا جاهل شقي، وقد جعل الله عهده، وذمته مما أفضاه بين العباد برحمته، وحريماً يسكتون إلى منعته، ويستعينون إلى جواره فلا إدغال، ولا مدالسة، ولا خداع، ولا يدعونك ضيق أمر لزمك فيه عهد الله إلى طلب انفساخه بغير الحق فإن صبرك على ضيق أمر ترجو انفراجه، وفضل عاقبة خير من غدر تخاف تبعته.

وقد بلغ من شدة تمسك المسلمين بعهودهم، وتنفيذ ما جاء فيها من الشروط مبلغاً كبيراً حتى إن أبا عبيدة بن الجراح رضي الله تعالى عنه كان قد صالح أهل الشام على الجزية وعلى أن يمنعمهم من عدوهم فلما جاءت الأخبار إلى أبي عبيدة بأن الروم قد جمعوا له جمعاً لم ير مثله كتب إلى كل وال ممن خلفه في المدن التي صالح أهلها يأمرهم أن يردوا عليهم ما جبي منهم من الجزية، والخراج، وكتب إليهم أن يقولوا لهم: إنما رددنا عليكم أموالكم لأنه قد بلغنا ما جمع لنا من الجموع، وأنكم قد اشترطتم علينا أن نمنعكم وإنما لا نقدر على ذلك، وقد رددنا عليكم ما أخذنا منكم، ونحن لكم على الشرط، وما كتبنا بيننا، وبينكم إن نصرنا الله عليهم.

فمن هذا نرى أن المسلمين كانوا أحرص الناس على الوفاء بالعهود وألزمهم لشرعة الإنصاف والعدل، وكانوا إذا صالحوا قوماً على شيء وكتبوا لهم بذلك عهداً صار العهد سنة متبعة لمن بعدهم في معاملة أولئك العاهدين لا يحيد عنه أحد من المسلمين.

ومن ضمن هذه العقود عقد الجزية فقد ثبتت مشروعية عقد الذمة بالكتاب والسنة والإجماع. أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾ ففي هذه الآية جعل الله نهاية قتالهم إعطائهم الجزية والتزامها.

وأما السنة: فما رواه الإمام أحمد عن المغيرة بن شعبه أنه قال لعامل كسرى من حديث طويل: «أمرنا نبينا رسول ربنا أن نقاتلكم حتى تعبدوا الله وحده أو تؤذوا الجزية» وهذا الحديث يبين أن القتال غاية الإسلام، أو إعطاء الجزية، وما رواه مسلم عن بريدة - رضي الله عنه - قال: كان رسول الله ﷺ إذا أمر أميراً على سرية أو جيش أوصاه في خاصيته بتقوى الله، وبمن معه من المسلمين خيراً، وقال له: «إذا لقيت عدوك من المشركين فاذعهم إلى ثلاث خصال، أو خلال، فأبئهم ما أجابوك فأقبل منهم وكف عنهم، ثم قال: فإن هم أبوا فسلهم الجزية فإن أجابوك فأقبل منهم وكف عنهم، وإن أبوا فاستنن بالله عليهم وقتلهم» الحديث - وهذا الحديث أيضاً يفيد أن رسول الله ﷺ كان يأمر أمراء الجيوش بدعوة الكفار إلى إعطاء الجزية وجعل قبولهم لها سبباً في ترك القتال.

وأما الإجماع. فقد أجمع المسلمون على جواز عقد الذمة مع الكفار في الجملة.

وشرع عقد الذمة في السنة الثامنة أو التاسعة من الهجرة شرعت الذمة في الإسلام لما اشتملت عليه من فوائد كثيرة لعقد الصلوات السلمية بين المسلمين وغيرهم، وقد وضع الإسلام لها قواعد =

وافية إذا روعيت نشأ عنها صلح دائم فيه الطمأنينة والسلامة والأمن، فإذا عقد الحربي ذمة مع المسلمين أصبح آمناً على نفسه وولده وماله بعد أن كان دمه مهدراً وولده مسيباً وماله مغنوماً وحماه مستباحاً.

ومن فوائدها أنها تعطي الحربي فرصة للاتصال بالمسلمين يعرضون أمامه كتاب الله، وسنة رسوله ﷺ وتعاليم دينهم، ومحاسنه وأدابه ورفقه، وقلة تكاليفه، وسهولتها فربما مال قلبه لدين الحق فأمن به وكان من الفائزين، وقد دخل كثير من الناس في الإسلام عن هذا الطريق فهو في الواقع سبيل سلمي من سبيل الدعوة إلى الدين.

اتفق الفقهاء على أن الذمة تعقد لأهل الكتاب، وهم اليهود والنصارى، ومن دان بدينهم لقوله تعالى: ﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾.

وتعقد للمجوس لما رواه البخاري، وأبو داود، والترمذي، وأحمد عن عمر أنه لم يأخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله ﷺ أخذها من مجوس هجر، وفي رواية أن عمر - رضي الله عنه - ذكر المجوس فقال ما أدري كيف أصنع في أمرهم، فقال له عبد الرحمن ابن عوف أشهد لسمعت رسول الله ﷺ يقول: «سُئِلُوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ» رواه الشافعي.

واختلفوا في عبدة الأوثان فعند الشافعي، وأحمد في ظاهر المذهب، وابن حزم أن غير اليهود، والنصارى، والمجوس لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف.

وذهب الحنفية إلى أن عقد الذمة جائز مع جميع الكفار ما عدا مشركي العرب والمرتدين.

وذهب الإمام مالك، والأوزاعي وفقهاء الشام إلى أنه جائز مع جميع الكفار ما عدا المرتدين.

استدل الإمام الشافعي بعموم قوله تعالى: ﴿فَاتَّقُوا الْمَشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ﴾ فإنه عام في قتل كل مشرك خص منه أهل الكتاب بقوله تعالى: ﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾ الآية، والمجوس بقوله عليه الصلاة والسلام «سُئِلُوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ» فبقي من عداهم داخلاً في العموم. وأما ما ورد في حديث بريدة من قوله ﷺ «وَإِذَا لَقِيتَ عَدُوَّكَ مِنَ الْمُشْرِكِينَ إِلَى قَوْلِهِ فَسَلِّمْهُمُ الْجِزْيَةَ» فمسنوخ أو محمول على أهل الكتاب.

واستدل الحنفية على جواز عقدها مع غير مشركي العرب والمرتدين بقياس أخذ الجزية على استرقاقهم بجامع أن كلا فيه استسلام المأخوذ منهم، ودخولهم في حوزة الإسلام وكف المسلمين عن قتلهم.

واستدلوا على عدم جواز عقدها مع مشركي العرب والمرتدين بأن كفرهم قد تغلظ، أما مشركو العرب فلأن النبي ﷺ نشأ بينهم، والقرآن نزل بلغتهم فالمعجزة في حقهم أظهر، وأما المرتدون فلأنهم كفروا بربهم بعدما هدوا إلى الإسلام ووقفوا على محاسنه فلا يقبل من الفريقين إلا الإسلام أو السيف.

واستدل الإمام مالك، ومن معه بما رواه مسلم عن بريدة عن رسول الله ﷺ قال: «وَإِذَا لَقِيتَ عَدُوَّكَ مِنَ الْمُشْرِكِينَ فَأَذَعْهُمْ إِلَى الْإِسْلَامِ، إِلَى أَنْ قَالَ فَإِنْ هُمْ أَبَوْا فَسَلِّمْهُمُ الْجِزْيَةَ، فَقَدْ أَمَرَ بِأَخْذِ الْجِزْيَةِ مِنَ الْمُشْرِكِينَ مِنْ غَيْرِ فَرْقٍ بَيْنَ عَرَبِيٍّ وَعَجَمِيٍّ».

واستدل على عدم جواز أخذها من المرتدين بمثل ما تقدم للحنفية.

مَقْصُودًا هَذَا الْكِتَابِ، وَقَدْ يُدْرَجَانِ فِي السَّيْرِ أَيْضًا.

يقال: تَرَكَ الْقَتْلَ وَالْقِتَالَ، وَأَمَانَ الْكُفَّارِ جَائِزٌ بِالْجُمْلَةِ، ثُمَّ إِنَّهُ يَنْقَسِمُ إِلَى مَا يَكُونُ بِمَالٍ، وَهُوَ عَقْدُ الذُّمَّةِ بِالْجِزْيَةِ، وَإِلَى مَا يَكُونُ بِغَيْرِ مَالٍ، وَهُوَ إِمَّا خَاصٌّ، وَهُوَ أَمَانُ الْآخَادِ، أَوْ عَامٍ، وَهُوَ الْمُهَادَنَةُ، ثُمَّ إِنَّهُ أُفْرِدَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْ مَقْصُودِي الْكِتَابِ بَابًا.

قال الغزالي: **الباب الأول في الجزية والتظفر في أركانها وأحكامها \* وأركانها خمسة: (الركن الأول): نفس العقد \* وهو أن يقول نائب الإمام أقررتكم بشرط الجزية والانتسلام \* ويذكر مقدار الجزية فيقول الذمي: قبلت \* وقيل: لا يجب ذكر مقدار الجزية لكن ينزل على الأقل \* ولا يجب ذكر الانتسلام \* وقيل: يجب ذكر كف اللسان عن الله ورسوله \* وهل يصح مؤقتاً؟ قولان \* ولو قال: أقرتكم ما شئت أنا فقولان مرتبان وأولى بالجواز \* ولو قال: ما شئتم صح \* فإن عقد الجزية غير لازم من جانب الكفار بل لهم الالتحاق بدارهم إذا شاؤوا.**

قال الزافعي: وهي اسم للمال المأخوذ من الكفار، والجمع: الجزى، مشتقة من الجزاء، كأنه جزاء إسكاننا إياهم في دارنا، أو عضة الدماء والذراير والأموال، أو جملة المقاصد المتعلقة بالعقد ويقال: هي قولهم: جزى يجزي إذا قضى؛ قال الله تعالى: ﴿يَوْمَ لَا تَجْزِي نَفْسٌ عَنْ نَفْسٍ شَيْئاً﴾ [البقرة: ٤٨] أي: لا تقضي، ويقال: جزيت ديني، أي: قضيت.

والأصل: في عقد الجزية الإجماع، وقوله تعالى: ﴿حَتَّى يَغْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾ [التوبة: ٢٩].

وما روي عن بريدة - رضي الله عنه - قال: كان رسول الله - ﷺ - إذا أمر أميراً على جيش، أو سرية، أو صاه. وقال: «إِذَا لَقِيتَ عَدُوَّكَ، فَادْعُهُمْ إِلَى الْإِسْلَامِ، فَإِنْ أَجَابُوكَ فَأَقْبَلْ مِنْهُمْ وَإِنْ أَبَوْا فَسَلِّمْهُمْ الْجِزْيَةَ، فَإِنْ أَبَوْا فَاسْتَعِنَ بِاللَّهِ وَقَاتِلْهُمْ»<sup>(١)</sup>.

وعن النبي - ﷺ - أنه قال لمعاذ - رضي الله عنه - لما بعثه إلى اليمن: «إِنَّكَ سَتَرُدُّ عَلَى قَوْمٍ أَكْثَرُهُمْ أَهْلُ كِتَابٍ فَاعْرِضْ عَلَيْهِمُ الْإِسْلَامَ، فَإِنْ امْتَنَعُوا، فَاعْرِضْ عَلَيْهِمُ الْجِزْيَةَ، وَخُذْ مِنْ كُلِّ حَالِمٍ دِينَاراً، فَإِنْ امْتَنَعُوا فَاقْتُلْهُمْ»<sup>(٢)</sup>.

(١) مسلم [١٧٣١] عن بريدة: وقد تقدم.

(٢) قال الحافظ في التلخيص: وسبق إلى إيراد هذا الغزالي في الوسيط، وتعقبه ابن الصلاح، قلت: والظاهر أنه ملق من حديثين: الأول في الصحيحين من حديث ابن عباس بأوله إلى قوله: فادعهم إلى الإسلام، وفيه بعد ذلك زيادة ليست هنا، وأما الجزية فرواه أحمد وأبو داود [٣٠٣٨] =

رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - بَعَثَ خَالِدَ بْنَ الْوَلِيدِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - إِلَى أَكِيدَرَ، فَأَخَذُوهُ وَأَتَوْهُ بِهِ، فَحَقَّنَ دَمَهُ، وَصَالَحَهُ عَلَى الْجِزْيَةِ<sup>(١)</sup> ثُمَّ إِنَّهُ أَوْدَعَ كَلَامَ الْبَابِ فِي قَسْمَيْنِ:

أحدهما: فِي أَرْكَانِ الْعَقْدِ وَأَحْكَامِهِ، وَعَدَّ الْأَرْكَانَ خَمْسَةً؛ لِأَنَّ هَذَا الْعَقْدَ تَقْرِيرَ الْكَافِرِ مِنْ مَوْضِعٍ، لَيْسَ هُوَ مِنْ أَهْلِهِ، وَأَمَانٌ لَهُ، وَفِي مُقَابَلَةٍ مَا يَلْتَزِمُهُ وَيَقْبَلُهُ، وَلَا بَدَّ فِيهِ مِنْ صِغَةٍ، وَعَاقِدٍ، وَمَعْقُودٍ لَهُ. فَهَذِهِ خَمْسَةُ أُمُورٍ يَبْتَنِيهَا هَذِهِ الْأَرْكَانُ.

الأول: نفس العقد. وَكَيْفِيَّتُهُ: أَنَّ يَقُولُ الْإِمَامُ، أَوْ نَائِبُهُ: أَقْرَرْتُكُمْ وَأَذْنْتُ لَكُمْ فِي الْإِقَامَةِ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ، عَلَى أَنْ تَبْذُلُوا كَذَا، وَتَنْقَادُوا لِأَحْكَامِ الْإِسْلَامِ<sup>(٢)</sup>، وَاخْتَجُّوا لِهَٰذَيْنِ الْأَمْرَيْنِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى؛ ﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾ [التوبة: ٢٩] وَفُسِّرُوا إِعْطَاءَ الْجِزْيَةِ بِالْإِزْمَامِهَا، وَقَالُوا: يُقَالُ: فَلَانٌ أُعْطِيَ الْجِزْيَةَ، أَيِ التَّزَمَهَا، وَتَحَمَّلَهَا، وَرَبَّمَا قَرَبَ ذَلِكَ مِنْ قَوْلِهِ: ﴿فَإِنْ تَابُوا وَأَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ فَخَلُّوا سَبِيلَهُمْ﴾ [التوبة: ٥] أَيِ: التَّرَمُّوا إِقَامَةَ الصَّلَاةِ، وَإِيتَاءَ الزَّكَاةِ.

[وَالصَّغَارُ]<sup>(٣)</sup> مِنْ أَصْحَ الْأَقْوَالِ فِي التَّفْسِيرِ عِنْدَ الْأَصْحَابِ: التَّزَامُ أَحْكَامِ الْإِسْلَامِ، وَجَرِيَانُ حُكْمِهِ عَلَيْهِمْ، وَقَالُوا: أَشَدُّ الصَّغَارِ عَلَى الْمَرْءِ أَنْ يَحْكَمَ عَلَيْهِ بِمَا لَا يَعْتَقِدُهُ وَيَضْطَرُّ إِلَىٰ اخْتِمَالِهِ، وَاخْتَجُّوا أَيْضاً بِأَنَّ الْجِزْيَةَ مَعَ الْإِنْقِيَادِ، وَالِاسْتِسْلَامِ كَالْعَبُوضِ عَنِ التَّضَرُّبِ، فَيَجِبُ التَّعَرُّضُ لَهُ كَالثَّمَنِ فِي الْبَيْعِ، وَالْأَجْرَةَ فِي الْإِجَارَةِ [وَفِيهِ وَجْهٌ: أَنَّهُ لَا حَاجَةَ إِلَىٰ ذِكْرِ الْإِنْقِيَادِ، بَلْ هُوَ مِنْ حُكْمِ الْعَقْدِ، وَمَقْتَضَاهُ فَأَشْبَهَ الْمَلِكُ فِي الْبَيْعِ، وَالظَّاهِرُ الْأَوَّلُ]<sup>(٤)</sup>. وَفِي اشْتِرَاطِ التَّعَرُّضِ لِمَقْدَارِ الْجِزْيَةِ وَجْهَانِ:

= والنسائي [٢٥/٥] والترمذي [٦٢٣] والدارقطني وابن حبان [٧٩٤ موارد] والحاكم [٣٩٨/١] والبيهقي من حديث مسروق، عن معاذ: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا وَجَّهَهُ إِلَى الْيَمَنِ، أَمَرَهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ كُلِّ حَالِمٍ دِينَاراً أَوْ عَدْلَهُ مِنَ الْمَعَاوِرِ، ثِيَابٌ تَكُونُ بِالْيَمَنِ، وَقَالَ أَبُو دَاوُدَ: هُوَ حَدِيثٌ مَنْكُرٌ، قَالَ: وَيُلْفَنِي عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ كَانَ يَنْكُرُهُ، وَذَكَرَ الْبَيْهَقِيُّ الْاِخْتِلَافَ فِيهِ، فَبَعْضُهُمْ رَوَاهُ عَنِ الْأَعْمَشِ عَنْ أَبِي وَائِلٍ عَنِ مَسْرُوقٍ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ لَمَّا بَعَثَ مَعَاذاً، وَأَعْلَهُ ابْنَ حَزْمٍ بِالْإِنْقِطَاعِ، وَأَنَّ مَسْرُوقاً لَمْ يَلِقْ مَعَاذاً، وَفِيهِ نَظَرٌ، وَقَالَ التِّرْمِذِيُّ: حَدِيثٌ حَسَنٌ، وَذَكَرَ أَنَّ بَعْضَهُمْ رَوَاهُ مَرْسِلاً، وَأَنَّهُ أَصَحُّ.

(١) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ [٣٠٣٧] وَابْنُ أَبِي بَكْرٍ: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ بَعَثَ خَالِدَ بْنَ الْوَلِيدِ إِلَى أَكِيدَرَ بْنِ عَبْدِ الْمَلِكِ، رَجُلٍ مِنْ كَنْدَةَ كَانَ مَلِكاً عَلَى دَوْمَةَ، وَكَانَ نَصْرَانِيًّا، فَذَكَرَهُ مَطْوِلاً، وَرَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ مِنْ حَدِيثِ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ، كَمَا سَأَفَهُ الْمُؤَلِّفُ مَخْتَصِراً (تَبْيِيهِ) إِنْ ثَبِتَ أَنَّ أَكِيدَرَ كَانَ كَنْدِيًّا فَفِيهِ دَلِيلٌ عَلَى أَنَّ الْجِزْيَةَ لَا تَخْتَصُّ بِالْعَجَمِ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ، لِأَنَّ أَكِيدَرَ عَرَبِيٌّ كَمَا سَبَقَ.

(٢) قَالَ الشَّيْخُ جَلَالُ الدِّينِ الْبَلْقِينِيُّ: قَالَ شَيْخُنَا الْوَالِدُ نَفْسَ الْعَقْدِ يَشْمَلُ الْإِجَابَ وَالْقَبُولَ وَالْقَدْرَ الْمَأْخُوذَ وَالْمَوْجِبَ وَالْقَابِلَ، وَهَذِهِ أَرْكَانُ الْعَقْدِ، فَكَانَ الصَّوَابُ أَنَّ يَقُولَ الْأَوَّلُ الصِّغَةَ.

(٣) سَقَطَ فِي ز.

(٤) سَقَطَ فِي ز.

أحدهما المنعُ، وينزل المطلق على الأقل. **سبحان الله** : بالتحليل ربة هامة

وأصحهما: الاشتراط كما في الثمن والأجرة، وفي اشتراط التعرض كقوله اللسان عن الله - تعالى - ورسوله - ﷺ - ودينه وجهان عن أبي إسحاق أنه يشترط، إذ به تحصل المسألة، وترك التعرض من الجانبين.

والأصح المنع، وفي اشتراط الانقياد والاستسلام غنية عنه، ولا بد من جانب الذمّي من لفظ بأن يقول: قَبِلْتُ أو رَضِيتُ بذلك، ولو قال الذمّي قَرَرْتُ بِكَذا فأجابته الإمام، تَمَّ العَقْدُ، وهل يصحُّ عَقْدُ الذمّةِ مؤقتاً؟ فيه طريقان: **سبحان الله** : **سبحان الله** : أحدهما: وهو (1) المذكور في الكتاب - أن فيه قولين، لو هم من لا يقولون **سبحان الله** أحدهما: لأنه أمانٌ فيصحُّ مؤقتاً كالمُؤْتَمِنِ.

وأصحهما: المنع، وبه قال أبو حنيفةٌ ووجهٌ بأنه بدل عن الإسلام، والإسلام لا يصحُّ مؤقتاً، وكذلك عَقْدُ الذمّةِ، وبأن وُضِعَ الذمّةُ في الشرع على التَّائِبِينَ مِنَ الذَّنْبِ.

والثاني: القَطْعُ بالقول الثاني، وهذا في التَّائِبِينَ بوقت معلوم، أما لو قال الإمام أو الوالي: أقرم ما شئت.

قال الإمام: من لم يَمْنَعِ التَّائِبِينَ بالوقتِ المعلوم، لم يمنع هذا، ومن منع ذلك اختلفوا في هذا، وسبب الاختلاف ما روي أن النبي - ﷺ - قال لأهل الكتاب في جزيرة العرب: «أقرمكم ما أقركم الله» (2) والوجه منع هذا منّا، وحمل قول النبي - ﷺ - على توقع النسخ، وانتظار الوحي هذا ما ذكره.

وحكى صاحبُ الكتاب نحوه، فقال: «قولان مُرتبان، وأولهما الجواز» والذي أوردّه غيرهما أن قوله: «أقرمكم ما أقركم الله» [جري في المهادنة حين وادع يهود خيبر] لا في عقد الذمة، وأنه لو قال غير النبي - ﷺ -: «أقرمكم ما أقركم الله» (3)، أو أهدانكمم إلى أن يشاء الله تعالى. لا يصح؛ لأن النبي - ﷺ - يعلم ما عجز الله تعالى بالزجر به بخلاف غيره. ولو قال في عقد الذمة: أقرمكم ما شئتم أنفسكم، فهو جائز؛ لأن لهم أن يبدؤوا العهد متى شاؤوا، فليس فيه إلا التّصريح بمقتضى العقل.

قال الأصحاب: ولو قال: هادنتكم ما شئتم لا يصح؛ لأنه يجعل الكفار مضمّنين في المسلمين.

(1) في ز: وهذا.  
(2) أخرجه البخاري [2338 و 2773] عن ابن عمر، وفي الطحاوي [497/3] عن حميد بن أبي الطيب.  
(3) سقط في ز.



وقوله في الكتاب: «ولا يجب ذكُر الاستسلام» تيممة قوله: «وقيل: لا يجبُ ذكُر مقدار الجزية» [وهو] متعلق به وقوله: «وقيل: يجب ذكُر كَف اللسان عن الله - تعالى - ورسوله ﷺ» يعني: أن في وجهه يجب مع التعرض للجزية، والاستسلام التعرض لذلك - والله أعلم.

قال العزالي: «وإذا فسد العقد فلا نقتالهم لكن نلحقهم بالماضي \* فلو أقام سنة قبل الجزية لم نسامح وأخذنا لكل سنة ديناراً \* ولو دخل كافر دارنا مدة بغير أمان لم يؤخذ منه شيء لأنه لم يقبل. لكن يقتله أو تسترقه أو تقتله \* ولو قبل الجزية ففي جواز استزقائه وجهان لأننا لم نقصد أسيره \* بخلاف الأسير فإن بذله الجزية لا يمنع استزقائه \* ولو قال الكافر: كنت دخلت لسماع كلام الله أو لسفر صدقائه ولا نقتاله وإن لم يكن معه كتاب \* ولو قال: دخلت بأمان فهل يصدق بغير حجة وجهان.

قال الرازي في تفسيره: «لو دخل دارنا بغير حجة»

وله بالاحداهما: إذا عقد الذمة مع الإخوة لا يلزم الوفاء به، ولم تجب الجزية المسلمة إلا أنهم لا يقاتلون، ويبلغون المأمن<sup>(١)</sup>، ولو بقي بعضهم على حكم ذلك العقد عندنا سنة، أو أكثر، فلا يسامح، ويأخذ لكل سنة أقل الجزية، وهو دينار.

الثانية: إذا دخل حربي دارنا بغير حجة، ثم أطلعنا عليه، فالذي حكاه الإمام عن الأصحاب: أنا لا نأخذ منه شيئاً لما مضى، لا كمن يسكن داراً مدة غضباً؛ لأن عماد الجزية القبول، وهذا حربي لم يلتزم شيئاً، ولا يلزم ما لم يلتزم، وهذا ما صححه القاضي ابن كج، وحكى عن تخريج أبي الحسين وجهاً آخر أنه يؤخذ منه الجزية لما مضى، ويجوز لنا قتله واستزقائه، ونعتم ما معه من الأموال، ونجعلها في الفبيء، ولو رأى الإمام أن يمتن عليه ذواته أموالاً عليه بغير حجة ذريته، فله ذلك، بخلاف سبائنا أهل الحرب؛ لأن العائدين قد ملكوهم وملكوا أموالهم، فيحتاج إلى استزقائهم، فإن كان الكافر كليلاً، وطلب العقد الذمة، فهل تجيبه ونعصمه؟ تقدم على هذا حكم الأسير إذا كان كتابياً، وطلب عقد الذمة، ونهنا الجزية بعد الأسر، وفي تحريم قتله بذلك قولان:

أولاهما: التحريم؛ لأن قبول الجزية يقتضي حقن الدم، كما لو قبلها قبل الوقوع في الأسر. الثاني: التحريم؛ لأن قبول الجزية يقتضي حقن الدم، كما لو قبلها قبل الوقوع في الأسر.

(١) استثنى الأئمة مسألة واحدة وهي ما إذا عقد الذمة معهم على السكنى في أرض الحجاز، فإنهم إذا سكنوه ومضت المدة، وجب المسمى، ذكره الهروي في الأشراف وذكره الرافي في الكلام على دخول الكافر حرم مكة وذكره في التلخيص. (٢) في ز: حريباً.



سَمِعَ وَعَلِيٌّ مِنَ الْبُحَارِ بِبَنِي إِدْرِيسَ [إِخْلَافَهُ عَلَى مَا يَدْعِيهِ] (١)؛ لَأَنَّهُ مَبْلُغٌ، وَمَا عَلَى الرَّضْوَلِ إِلَّا الْجَبَلُ مَبْلُغٌ بِمَعْنَى مَلِكُنِ الْجَبَلِ مَبْلُغٌ بَيْنَ الْكَلَامَيْنِ، وَلَوْ قَالَ: دَخَلْتُ بِأَمَانٍ مُسْلِمٌ، فَوْجَهُانِ:

أحدهما: أَنَّهُ يَطْلُبُ بِالْبَيِّنَةِ؛ لِتَمَكُّنِهِ مِنَ الْإِشْهَادِ، وَالْغَالِبُ أَنَّ مَنْ يَعْقُدُ الْأَمَانَ بِشَهْرِهِ، أَوْ يَسْتَوْتِقُ لَهُ بِالْبَيِّنَةِ

بِأَمْنِهِمَا وَصَحَّحَهُمَا عَلِيُّ بْنُ أَبِي كُرَيْبٍ فِي رِوَايَتِهِ وَصَاحِبُ الْكِتَابِ - أَنَّهُ يُصَدَّقُ، كَمَا يَصْدُقُ فِي قَوْلِهِ: دَخَلْتُ لِسَمَاعٍ كَلَامَ اللَّهِ تَعَالَى - أَوْ لِلْسَّفَارَةِ، وَهَذَا لِأَنَّ الظَّاهِرَ مِنْ حَالِ الْحَزْبِيِّ أَنَّهُ لَا يَدْخُلُ دَارَ الْإِسْلَامِ مِنْ غَيْرِ أَمَانٍ، فَقَوْلُهُ مُوَافِقٌ لِلظَّاهِرِ.

وَالْأَمَانُ فِي الرِّوَايَةِ أَنَّ مَا أُخْرَجَ مِنَ الرُّسُولِ آمِنٌ لَا يَتَعَرَّضُ لَهُ، مَوْضِعُهُ مَا إِذَا كَانَتْ الرِّسَالَةُ بَيْنَهُمَا فِي مَضْلِمَةٍ لِلْمُسْلِمِينَ مِنْ هُدْنَةٍ وَغَيْرِهَا، فَأَمَّا إِذَا كَانَ رَسُولًا فِي وَعِيدٍ أَوْ تَهْدِيدٍ، فَلَا يَكُونُ لَهُ أَمَانٌ، وَيَتَخَيَّرُ الْإِمَامُ فِيهِ بَيْنَ الْخِصَالِ الْأَرْبَعِ، كَمَا فِي الْأَسِيرِ (٢)، [وَاللَّهُ أَعْلَمُ].

قال الغزالي: (الرُّكْنُ الثَّانِي: الْعَاقِدُ وَهُوَ الْإِمَامُ) وَيَجِبُ عَلَيْهِ الْقَبُولُ إِذَا بَدَّلُوهُ إِلَّا إِذَا خَافَ عَائِلَتَهُمْ \* وَلَا يَجُوزُ قَبُولُ الْجَاسُوسِ وَلَا يَقْبَلُ مِنْهُ الْجَزِيَّةُ \* وَلَوْ عَقَدَ مُسْلِمٌ بغيرِ إِذْنِ الْإِمَامِ لَمْ يَصِحَّ وَلَا نَفْتَالُهُ \* وَإِنْ أَقَامَ سَنَةً لَمْ نَأْخُذِ الدِّيَارَ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ لِأَنَّ قَبُولَهُ مِنْ غَيْرِ إِذْنِ الْإِمَامِ أَشْبَهَ مُؤْتَمِرًا

قال الرافعي: لا يَصِحُّ عَقْدُ الدِّمَّةِ، إِلَّا مِنَ الْإِمَامِ، أَوْ نَائِبِهِ الَّذِي قَوَّضَهُ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ مِنَ الْأُمُورِ الْكَلْبِيَّةِ وَيُجْتَازُ إِلَى نَظَرِ وَاجْتِهَادِ، فِيمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ مِنَ الصَّلَاحِ وَالْفَسَادِ، وَلَا يَلِيقُ بِغَيْرِ الْإِمَامِ أَنْ يَتَوَلَّاهُ.

وفيه كتاب الفاضل ابن كنج - ذكر وجه آخر: أنه يصح ذلك من الأحاد كالأمان، والمدَّهَبُ المشهور الأول، لكن لم عقدها واحد من المسلمين من غير إذن الإمام، فلا يُغْتَالُ المعقود له، بل يلحق بأمنه، ولو أقام سنة فصاعداً، فهل يؤخذ منه لكل سنة دياراً؟ فيه وجهان.

أحدهما: نعم، كما لو فسَدَ عَقْدُ الْإِمَامِ.

وأشبههما: المنع؛ لِأَنَّ الْقَبُولَ قِيمَنْ لَا يَقْبَلُ الْإِجَابَ مِنْهُ لَعَوُّ، وَكَأَنَّهُ لَمْ يَقْبَلْ عَيْتَالَهُ وَإِذَا التَّزَمَ طَائِفَةٌ مِنْ يَمَانِيٍّ بِالْحِزْبَةِ الْجَزِيَّةِ، وَطَلَبُوا عَقْدَ الدِّمَّةِ مِنَ الْإِمَامِ، فَعَلِيهِ

(١) في ز: الحلف عليها بديه.

(٢) قال النووي: ليس ما ادعاه الروايات لقبول، والصواب أنه لا فرق، وهو آمن مطلقاً.

إِجَابَتُهُمْ؛ لقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يَعْطُوا الْجِزْيَةَ﴾ [التوبة: ٢٩] وَرَوَا فِي الْحَدِيثِ: أَنَّهُ - ﷺ - كَانَ يَقُولُ لِمَنْ يُؤْمَرُهُ: «إِذَا لَقَيْتَ عَدُوَّكَ مِنَ الْمُشْرِكِينَ، فَادْعُهُمْ إِلَى الْإِسْلَامِ فَإِنْ أَجَابُوكَ، فَاقْبَلْ مِنْهُمْ وَكُفَّ عَنْهُمْ، وَإِنْ أَبَوْا فَادْعُهُمْ إِلَىٰ إِعْطَاءِ الْجِزْيَةِ فَإِنْ أَجَابُوكَ فَاقْبَلْ مِنْهُمْ».

وفي «البيان» وغيره حِكَايَةٌ وَجِهَ آخَرَ: أَنَّهُ لَا تَجِبُ الْإِجَابَةُ إِذَا رَأَى الْإِمَامُ الْمَضْلَحَةَ فِيهِ، كَمَا فِي عَقْدِ الْهُدْنَةِ.

والظاهر المشهور الأول، نعم إن كان يَخَافُ غَائِلَتَهُمْ، ويرى أن ذلك مَكِيدَةٌ مِنْهُمْ، فلا يجيبهم، ولا يقبل الْجِزْيَةَ مِنَ الْجَاسُوسِ الَّذِي يَخَافُ شَرَّهُ.

وقوله في الكتاب: «وهو الإمام» فيه تساهل، والمعنى: أو نائبه وقوله في أول الركن الأول؛ «وهو أن يقول نائب الإمام» المعنى: أو الإمام.

وقوله: «ولا يَجُوزُ قَبُولُ الْجَاسُوسِ، ولا يقبل منه الجزية» لا ضرورة إلى الجمع بين اللفظين.

وقوله: «لم يصح» يجوز إِغْلَامُهُ بِالرَّوَا، وكذا قوله: «فهو الإمام».

وقوله: «ويجب عليه القبول».

واعلم أن مَسْأَلَةَ وَجُوبِ الْقَبُولِ إِذَا بَدَّلُوا، لا اختصاص له بهذا الركن، وإن مسألة الْجَاسُوسِ بِالرَّكْنِ الثَّلَاثِ أَلْتَقَى.

قال العزالي: (الرُّكْنُ الثَّلَاثُ: الْجِزْيَةُ فِيمَنْ يُعْقَدُ لَهُ) وَهُوَ كُلُّ كِتَابِي عَاقِلٍ بَالِغٍ حُرٍّ ذَكَرَ مُتَاهِبٍ لِلْقِتَالِ قَادِرٍ عَلَىٰ آدَاءِ الْجِزْيَةِ \* أَمَّا الصَّبِيُّ وَالْعَبْدُ وَالْمَرْأَةُ وَالْمَجْنُونُ فَهُمْ أَتْبَاعٌ وَلَا جِزْيَةَ عَلَيْهِمْ \* وَلِلرَّجُلِ أَنْ يَسْتَشِيعَ مِنْ نِسَاءِ الْأَقْرَابِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَحَارِمَ مَا شَاءَ دُونَ الْأَجَانِبِ بِأَنْ يَشْتَرَطَ \* فَإِنْ أَطْلُقَ لَمْ تُتْبِعْهُ إِلَّا صِغَارَ أَوْلَادِهِ (و) وَرُؤُوسَ (و) دُونَ نِسْوَةِ الْأَقْرَابِ \* وَالْأَضْهَارُ يُلْحَقُونَ بِالْأَقْرَابِ فِي وَجْهِ \* وَمَهْمَا بَلَغَ الصَّبِيُّ وَأَفَاقَ الْمَجْنُونُ وَعَتِقَ الْعَبْدُ اسْتَقْبَلُوا فَعَلَيْهِمْ الْجِزْيَةُ \* وَهَلْ يَجِبُ عَلَى الصَّبِيِّ إِذَا بَلَغَ اسْتِثْنَاءَ عَقْدِ لِنَفْسِهِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ \* وَإِنْ أَكْتَفَيْنَا بِعَقْدِ أَبِيهِ لِرَمِّهِ مِثْلَ مَا أَلْتَزَمَ الْأَبُ لِنَفْسِهِ وَإِنْ كَانَ فِيهِ زِيَادَةٌ وَإِذَا بَلَغَ سَفِيهَا صَحَّ عَقْدُهُ لِنَفْسِهِ بِزِيَادَةِ الدِّينَارِ لِحَقْنِ الدَّمِ \* وَيَصِحُّ مِنَ الْوَالِيِّ بِذَلِكَ الزِّيَادَةُ مِنْ مَالِهِ أَيْضًا لِحَقْنِ دِمِهِ \* وَمَنْ يَجُرُّ يَوْمًا وَيُفِيقُ يَوْمًا يَلْتَقِطُ أَيَّامَ إِفَاقَتِهِ فَيَكْمُلُ سَنَةً وَيُوَخِذُ دِينَارًا \* وَقِيلَ: لَا شَيْءَ عَلَيْهِ \* وَقِيلَ: هُوَ كَالْعَاقِلِ \* وَقِيلَ: يُنْظَرُ إِلَى الْأَغْلَبِ \* وَقِيلَ: يُنْظَرُ إِلَى آخِرِ السَّنَةِ كَمَا فِي تَحْمَلِ الْعَقْلِ \* وَإِذَا وَقَعَ مِثْلُهُ فِي الْأَسْرِ نَظَرَ إِلَى وَقْتِ الْأَسْرِ \* وَإِذَا دَخَلَتْ أَمْرَاءُ دَارِنَا مِنْ غَيْرِ أَمَانٍ وَتَبَعِيَّةٍ اسْتَرْقَتْ \* وَكَذَا الصَّبِيُّ \* وَإِنْ حَاصَرْنَا

قَلَمَةً لَيْسَ فِيهَا إِلَّا نِسْوَةٌ فَبَدَلُوا الْجِزْيَةَ فَهَلْ يَجِبُ قَبُولُهَا وَتَرْكُ إِزْقَاقِهِنَّ؟ فِيهِ خِلَافٌ \*  
وَالْأَصْحَحُ أَنَّهُ لَا يَجِبُ إِذِ الْمَرْأَةُ لَا تَتَأَهَّلُ فِي الْجِزْيَةِ الَّتِي لَا تَجِبُ \* وَالرُّؤْمُ وَالْمَسِيْفُ إِذَا  
قُلْنَا: لَا يَفْتَلُونَ فَنِي وَجُوبِ الْجِزْيَةِ عَلَيْهِمْ خِلَافٌ \* وَالْفَقِيرُ الْعَاجِزُ عَنِ الْكَسْبِ يُخْرِجُ  
مِنَ الدَّارِ عَلَى قَوْلٍ وَيَقْرَرُ مَجَانًا عَلَى قَوْلٍ \* وَتَقْرَرُ الْجِزْيَةُ فِي ذِمَّتِهِ عَلَى قَوْلٍ.

قال الرَّافِعِيُّ: اعتبر فيمن يعقد له الجزية سبعة قيود:

أحدهما: كونه كتابياً، والكلام فيه أخره عن سائر القيود.

والثاني: العقل، فلا جزية على المَجْنُونِ، وادعى صاحب «البيان» أن لبعض  
الأصحاب وجهاً: أنه تُؤَخَذُ جِزْيَتُهُ، وأنه ينزل الجنون منزلة المرض والنوم، ولا عبرة بهذا.

واحتج المذهب بأن الجزية لِحَقْنِ الدَّمِ، أو هو من مَقَاصِدِهَا، والمَجْنُونُ مَحْفُوقُ  
الدَّمِ، وكذلك إذ وقع في الأَسْرِ رُقً، وإن كان يَجِنُّ وَيَفِيقُ، نُظِرَ إِنْ كَانَ زَمَانَ جُنُونِهِ  
يَسِيرًا - كَالسَّاعَةِ الْوَاحِدَةِ فِي الشَّهْرِ، وَالشَّهْرَيْنِ، فَلَا عِبْرَةَ بِهِ، وَتُؤَخَذُ مِنْهُ الْجِزْيَةُ، هَكَذَا  
رَتَّبَ الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ، وَصَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» وَغَيْرُهُمَا، وَإِنْ كَانَ كَثُرَ كَمَا إِذَا انْقَطَعَ  
الجُنُونُ وَالْإِفَاقَةُ يَوْمًا وَيَوْمًا، أَوْ يَوْمًا وَيَوْمَيْنِ، فَنِيهِ أَوْجُهُ:

أصحهما: أنه تلتق<sup>(١)</sup> أيام الإفاقة، فإذا تمت سنة، أخذت الجزية، اغتباراً للأيام  
المتفرقة بالأيام المجتمعة.

والثاني: أنه لا شيء عليه؛ لِتُقْضَايِ حاله، كما لا جزية على من بعضه حرٌّ،  
وبعضه رقيق.

والثالث: أن حُكْمَهُ حُكْمُ الْعَاقِلِ، وَمَا يَطْرَأُ وَيَزُولُ يَنْزِلُ مَنزِلَةَ الْإِغْمَاءِ.

قال في «التَّهْذِيبِ»: ولهذا إذا كانت المرأة بهذه الصفة لا تُزَوَّجُ حتى تفيق.

والرابع: أن ينظر إلى الأَعْلَبِ، ويحكم بموجبه.

قال الإمام: وهذا القائل يقول: إذا استوى الزمانان، وجبت الجزية.

والخامس: يُنظَرُ إِلَى آخِرِ السَّنَةِ، فَإِنْ كَانَ عَاقِلًا، أَخَذَتِ الْجِزْيَةَ، وَإِلَّا لَمْ تُؤَخَذْ،  
كما أن في تحمل العقل يعتبر اليسار والإعسار آخر السنة، ويحكى هذا عن اختيار الفقهاء.

وفي «تعليق الشيخ أبي حامد» وصاحب «الشامل» أنا أبا حنيفة يقول باعتبار  
الأعْلَبِ.

(١) في أ: تلتقط.

وفي «التهديب» وغيره<sup>(١)</sup> أنه يقول بالوَجْهِ الأول، وهذا الاختلاف يُرخصُ في إعلام جميع الوجوه في الكتاب بالحاء، وهذا كُلُّهُ في الجنون والإفاقَةِ المتعاقبتين، فأما إذا كان مُفِيحاً، ثم جنَّ بعد انْتِصَافِ السَّنَةِ، فهو كما لو مات الذَّمِّي في أثناء السَّنَةِ، وإن كان مَجْثُوناً، فأفاق بعد الانْتِصَافِ، فيستفتح أوَّل السنة، والكلام في الطرفين، وسيأتي - إن شاء الله تَعَالَى - ولو وقع في الأَسْرِ من يَجَنُّ ويفيقُ، قال الإمام: إن غلبنا حكم الجنون فيرقُ، ولا يقتل، وإن غلبنا حكم الإفاقَةِ، فلا يرق بالأسْرِ، والظاهر [الحَقْنُ]<sup>(٢)</sup>. قال: والإشكالُ فيه أن الجُنُونَ والإفاقَةَ لا يَجْتَمَعَانِ، حتى يقال: اجتمع في الشَّخْصِ الحاضر والميِّح، . فيغلب الحاضر [ويُتجه أن يعتبر وقت الأَسْرِ]<sup>(٣)</sup>، وهذا ما اقتصر عليه صَاحِبُ الكتابِ هاهنا وذكر في «الوسيط» أنه الصَّحِيحُ، وهو في الحقيقة كَوَجْهِ التَّلْفِيحِ في مسألة الجزية.

القيد الثالث: البُلُوغُ، فلا جزية على الصَّبِيِّ، قال - ﷺ -: «خُذْ مِنْ كُلِّ حَالِمٍ دِينَاراً» وكتب عُمَرُ - رضي الله عنه - إلى أُمراءِ الأَجْنَادِ ألا يأخذوا الجزية من النساءِ، والصبيان<sup>(٤)</sup>، وإذا بلغ ولد ذِمِّي فهو في أمانٍ، لأنه كان في أمانٍ تَبَعِيَّةِ أبيه، ولا يُغْتَالُ؛ لأن التَّبَعِيَّةَ قد زَالَتْ، فيقال له: لا نترك في دار الإسلام، إلا بجزية وإن لم يختر بذل الجزية، ألحقناه بِمَأْمَنِهِ، وإن اخْتَارَ، فهل يحتاج إلى اسْتِثْنَاءِ عَقْدٍ، أم يكتفي بعقد أبيه؟ فيه وجهان:

أَحَدُهُمَا: يحتاج؛ لأن عقد الأب كان لنفسه، ويوضحه أن الأب لا يُلْزَمُهُ إلا ما

(١) في ز: وجه.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: الأسر.

(٤) أخرجه البيهقي [١٩٨/٩] من طريق زيد بن أسلم عن أبيه: أن عمر كتب إلى أمراء الأجناد أن لا يضربوا الجزية إلا على من جرت عليه الموسى، فكان لا يضرب على النساء والصبيان، ورواه من طريق أخرى بلفظ: ولا تضعوا الجزية على النساء والصبيان، وكان عمر يختم أهل الجزية في أعناقهم.

حديث: لا جزية على العبد، روي مرفوعاً، وروي موقوفاً على عمر، ليس له أصل، بل المروي عنهما خلافة، قال أبو عبيد في الأموال عن عثمان بن صالح عن ابن لهيعة عن أبي الأسود عن عروة قال: كتب رسول الله ﷺ إلى أهل اليمن: أنه من كان على يهوديته أو نصرانيته فإنه لا يفتن عنها، وعليه الجزية، على كل حالِمٍ ذكر أو أنثى عبد أو أمة، دينار واف أو قيمته، ورواه ابن زنجويه في الأموال عن النضر بن شميل عن عوف عن الحسن قال: كتب رسول الله ﷺ فذكره، وهذان مرسلان يقوي أحدهما الآخر، وروى أبو عبيد في الأموال أيضاً عن يحيى بن سعيد عن سعيد عن قتادة عن شقيق العقيلي عن أبي عياض، عن عمر قال: لا تشتروا رقيق أهل الذمة، فإنهم أهل خراج يؤدي بعضهم عن بعض.

عقد عليه، ونحن نأخذ الآن من الذي بلغ جِزِيَّةَ أُخْرَى، ولا بد لها من عَقْدٍ.  
والثاني: أَنَّهُ يَتَّبَعُهُ فِي الْعَقْدِ، كما يتبعه في أَضْلِ الْأَمَانِ، وهذا ما اختاره صاحب  
«الحاوي».

وقال: لم يستأنف أَحَدٌ من الأئمة العَقْدَ للأولاد، إذا بلغوا، وربما احتج له بِظَاهِرِ  
قوله في «المختصر». فجزيته جِزِيَّةُ أَبِيهِ فِي مَسْأَلَةٍ، ستأتي من بعد - إن شاء الله تعالى.

وَالْأَصْحُ عِنْدَ الْعِرَاقِيِّينَ وَغَيْرِهِمْ مِنْ أَصْحَابِنَا الْأَوَّلِ، فَإِنْ اِكْتَفَيْنَا بِعَقْدِ أَبِيهِ، لَزِمَهُ  
جِزِيَّةُ أَبِيهِ فَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ مِنْ دِينَارٍ، وَقَالَ: لَا أَبْذُلُ الرِّيَاذَةَ، فَمَنْهُمْ مَنْ قَالَ: هُوَ كَالذَّمِّيِّ  
يَعْقَدُ عَلَى أَكْثَرِ مِنْ دِينَارٍ، ثُمَّ يَمْتَنَعُ مِنْ بَذْلِ الرِّيَاذَةِ، وَفِيهِ خِلَافٌ سَيَأْتِي - إِنْ شَاءَ اللَّهُ  
تَعَالَى - وَمَنْهُمْ مَنْ قَطَعَ بِالقَبُولِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْبَلْ بِنَفْسِهِ، حَتَّى يَجْعَلَ بِالْاِمْتِنَاعِ نَاقِضاً  
لِلْعَهْدِ، فَإِنْ قَلْنَا: يَسْتَأْنَفُ مَعَ الْعَقْدِ، فَيُرْفَقُ مَعَ الْإِمَامِ؛ لِيَلْتَزِمَ مَا التَزَمَ أَبُوهُ. فَإِنْ اِمْتَنَعَ  
مِنَ الرِّيَاذَةِ عَقْدَ مَعَ عَلَى الدِّينَارِ، وَسِوَاهُ اِكْتَفَيْنَا [بِعَقْدِ أَبِيهِ]<sup>(١)</sup>، أَوْ أَحْوَجْنَا إِلَى اسْتِنَافِ  
عَقْدٍ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْأَبُ قَدْ قَالَ: التَزَمْتُ هَذَا فِي نَفْسِي وَفِي حَقِّ ابْنِي إِذَا  
بَلَغَ، وَبَيْنَ الْأَيَّ تَعَرَّضَ لِلابْنِ.

فرع: ولو أن الابن بلغ سَفِيهًا، وَرَغِبَ فِي بَذْلِ جِزِيَّةِ أَبِيهِ، وَهِيَ فَوْقَ الدِّينَارِ،  
فَهَلْ تُوْخَذُ مِنْهُ، حَكَى فِي «التَهْذِيبِ» فِيهِ وَجْهَيْنِ، وَلِيَكُونَا مَبْنِيَيْنِ عَلَى أَنَّهُ هَلْ يَكْتَفِي  
بِعَقْدِ أَبِيهِ، أَوْ يَسْتَأْنَفُ؟

إِنْ اِكْتَفَيْنَا أَخْذَنَا، وَإِلَّا فَهُوَ كَمَا لَوْ جَاءَ كِتَابِي بِنَفْسِهِ يَطْلُبُ الذَّمَّةَ، وَلَا شَكَّ فِي أَنَّهُ  
يُجَابُ، وَلَا يَشْتَرُطُ لِأَجْلِ الْعَقْدِ إِذْ يُدْنُ الْإِمَامُ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ مَصْلَحَةِ حَقْنِ الدَّمِ لَكِنْ لَوْ كَانَ  
يَلْتَزِمُ أَكْثَرَ مِنَ الدِّينَارِ، فَعَنِ الْقَاضِي الْحُسَيْنِ: أَنَّ الرِّيَاذَةَ تَلْزِمُهُ، وَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ الْوَالِي، بِنَاءً  
عَلَى أَنَّ الْعَقْدَ لَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْوِلَايَةِ، حَكَاهُ الْإِمَامُ عَنْهُ وَلَمْ يَرْتَضِهِ، وَقَالَ: الْحَقْنُ  
مَمْكِنُ التَّخْصِيلِ بِالدِّينَارِ. فَيَنْبَغِي أَنْ يَمْتَنَعَ مِنْ بَذْلِ الرِّيَاذَةِ، وَذَكَرَ الرُّوْيَانِيُّ نَحْوًا مِنْهُ.

وفي «التَهْذِيبِ» الْجَزْمُ بِأَنَّهُ لَا تُؤْخَذُ الرِّيَاذَةُ، وَإِنْ أَدْنَى الْوَالِي، وَخَالَفَ صَاحِبُ  
الْكِتَابِ هَا هُنَا، وَفِي «الْوَسِيطِ»، وَقَالَ: يَصِحُّ عَقْدُ السَّفِيهِ بِالرِّيَاذَةِ لِحَقْنِ الدَّمِ تَشْبِيهًا بِمَا  
إِذَا كَانَ عَلَيْهِ قِصَاصٌ، فَعِنَا الْمَسْتَحَقُّ عَلَى أَكْثَرِ مِنْ قَدْرِ الدِّيَةِ لَمْ يَكُنْ لِلْوَالِيِّ الْمَنْعُ، وَزَادَ  
فَقَالَ: يَصِحُّ مِنَ الْوَالِي أَنْ يَعْقِدَ لَهُ، وَيَبْذُلَ الرِّيَاذَةَ مِنْ مَالِهِ، وَلَيْسَ لِلْسَّفِيهِ الْمَنْعُ، كَمَا  
يَشْتَرِي الطَّعَامَ فِي الْمَخْمَصَةِ بِالثَمَنِ الْعَالِيِّ صِيَانَةً لِرُوحِهِ، وَلَمْ يَغْفَلِ الْإِمَامُ عَنِ الْفَرْقِ بَيْنَ  
مَا نَحْنُ فِيهِ، وَبَيْنَ الْمَسْأَلَتَيْنِ الْمَشْبَهَةِ بِهِمَا، وَقَالَ صِيَانَةُ الرُّوحِ، إِذَا لَمْ يَغْفُ الْمَسْتَحَقُّ،

إلا على الزيادة، ولم يبع صاحب الطعام، إلا بذلك الثمن لا يمكن إلا بئذ الزيادة، وهاهنا بخلافه.

والأشبه خلاف ما في الكتاب، وإذا اختار السفيه الألتحاق بالمؤمن، ورغب عن عقد الذمة، وأراد الولي أن يعقد له، فالمتبع رأي السفيه، كذلك أوردته الروياني، وصاحب «البيان» ورأى الإمام في صورة القصاص إذا كان المستحق لا يغفو إلا على الزيادة، أنه يتبع عند التنازع رأى من يرغب في الحفن، وقال: الوجه أن يراجع الولي، فإن عسرت المراجعة، أو امتنع الولي استقل السفيه بالقبول، ثم ذكر احتمالاً آخر، وهو أن يتبع رأي السفيه، كم في عقد الذمة، والفرق بين [البابين]<sup>(١)</sup> غير عسير.

واعلم أن صاحب الكتاب لو لم يفضل قيدي العقل والبلوغ، واعتبر التكليف على المشهور في نظائره لارتد إلى قيد واحد.

القيد الرابع: الحرية، فالعبد لا جزية عليه، ولا على السيد بسببه؛ لما روي عن النبي - ﷺ - وعن عمر - رضي الله عنه - موقوفاً أنه لا جزية على العبد<sup>(٢)</sup>، وأنه لا يقتل بالكفر، فأشبهه الصبي والمرأة، ومن بعضه رقيق كذلك، وفيه وجه أنه تجب عليه من الجزية بقسط ما فيه من الحرية، والمذهب الأول؛ لأنه غير مقتول بالكفر فهو كمن تمحض فيه الرق، وإذا عتق العبد، فإن كان من أولاد من لا يقررون الجزية، فأما أن يسلم ويبلغ المؤمن، وإن كان ممن يقررون، فإما أن يسلم، أو يبلغ المؤمن، أو يلتزم الجزية، ولا فرق بين أن يعتقه مسلم أو ذمي، وعن مالك: أنه إذا أعتقه مسلم لم يضرب عليه الجزية؛ لحرمة ولائه. ثم إن أعتقه ذمي، فيستأنف له عقد أم يكتفي بعقد سيده في حقه؟ أجرى ذلك صاحب «التهذيب»<sup>(٣)</sup> فيه الخلاف المذكور في الصبي إذا بلغ.

وعن «الحاوي»: حكاية وجه<sup>(٤)</sup> في أنه يلزمه جزية سيده، أو جزية عصبته؛ لأنهم أخص به، أو يستأنف له عقد آخر<sup>(٥)</sup>.

الخامس: الذكورة، فلا جزية على امرأة؛ لما تقدم، ولا على خثني؛ لجواز أن يكون أثنى، فإن بانت ذكورتها، فهل تؤخذ منه جزية الأحوال الماضية.

نقل القاضي ابن كج فيه وجهين<sup>(٦)</sup>:

وإن بعثت حريته من دار الحرب، أو جاءت إلينا بطلب عقد الذمة بجزية تبذلها

(١) سقط في ز. (٢) والمكاتب لا جزية عليه لأنه عبد ما بقي عليه درهم.

(٣) في أ: المذهب.

(٤) في أ: وجوه.

(٥) قال النووي: الأصح: الاستئاف.

(٦) قال النووي: ينبغي أن يكون الأصح الأخذ والله أعلم.



أعلمها الإمام أنه لا جزية عليها، فإن رَغِبَتْ مع ذلك في البَدَل، فهذه هبة لا تلزم إلا بالقَبْضِ، وإن طلبت الذمة بلا جزية أجابها، ويشترط عليها إجراء أحكام الإسلام عليها، وإن حاصرنا قَلْعَةً، فَجَنَحُوا لِلصُّلْحِ على أن [يؤدوا الجزية عن النساء] دون الرجال لم يجابوا، وإن صُولِحُوا عليه، فالصلح مَقْضُوعٌ، وإن لم يكن فيها إلا النساء، فطلبن عقد الذمة بالجزية؛ [فيه قولان منقولان عن «الأم»: أحدهما: أنه يعقد لهن عَقْدَ الذِّمَّةِ] (١) لأنهن يحتجن إلى صِيَانَةِ أَنْفُسِهِنَّ عن الرِّقِّ، كما يحتاج الرجال إلى صِيَانَةِ أَنْفُسِهِمْ عن القَتْلِ، فعلى هذا يشترط عليهم أن يجري عليهن أحكام الإسلام، ولا يسترققن، ولا يؤخذ منهن شيء، وإن أخذ الإمام مَالاً رَدَّهُ؛ لأنهن دفعه على اعتقاد أنه واجب، فإن دفعن عن عِلْمٍ، فهو هبة، والحكم على هذا القول، كما ذكرنا في الحَرْبِ تبعث من دار الحرب، وتطلب العهد.

والثاني: المنع، ويتوصل الإمام إلى الفتح بما أمكنته، وإن عقد لم يتعرض لهن حتى يرجعن إلى القلعة، فإذا فتحها سبأهن، وهذا ما نقله أبو بكر الفارسي في «عيون المسائل» عن نصح معللاً بأن الجزية تؤخذ لقطع الحرب، ولا حرب في النساء والصبيان، وهم غنيمة، وأشار بقوله: «وهم غنيمة» إلى أن النساء إذا وقعن في اليد أموال للمسلمين، وقد قربن منه بالمحاصرة، والإحاطة بهن بعد احتمال التعب، ولزوم المؤن، ولا يعرض عنهن، هذا ما نقله عامة الأوصحاب على طبقاتهم، والقولان متفقان على أنه لا يقبل منهن الجزية، ولا يؤخذ أخذ الزام، وجعل الإمام الخلاف في المسألة وجهين، ووضعهما في أنه هل يلزم قبول الجزية وترك إرقاقهن؟ وضعف وجه (٢) اللزوم بأنه لو قيل به للزم طرده في كل حربية بذلت الجزية، وحينئذ يرجع نفي الجزية عن النسوة إلى الصورة التي يتبعن الرجال [فيها] (٣) وهو بعيد، ونسب القاضي الروياني في «البحر» ما أورده الإمام بعد نقل الطريقة المشهور إلى بعض أصحابنا بـ «خراسان» ويمكن أن يعينه، ثم قال: وهو غلط، فظاهر كلام الأوصحاب أتباع ما ذكره الإمام، فاعرف ما فيه.

وقوله: «لأن المرأة لا تتأصل في الجزية». يعني أنها تابعة للرجال فيها، ولو كان لها أن تدفع الرق عن نفسها ببذل الجزية، كما يدفع الرجال القتل لكانت أضلاً كالرجال.

ولو كان في القلعة رجل واحد، فبذل الجزية، جاز وصار النساء تبعاً له في العظمة، هكذا أطلق مطبقون، ونزل الإمام، وصاحب الكتاب ذلك على ما إذا كن من

(٢) في ز: قول.

(١) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

أهله، وسنذكر - إن شاء الله تعالى - من يستتبعه الرجل على الأثر، وهذا أحسن، فاعلم أن المسائل المشروحة في [الفصل مخلوطة]<sup>(١)</sup> في الكتاب، وجعلها في «الوسيط» مفضوذة على القيود، وعلى ذلك جرئنا، واحتملنا ما وقع فيها من التقدّم والتأخير، ثم في الفصل صور أخرى مشترك فيها القيدان، والعقود منها عقد الذمة يفيد الأمان للكافر نفساً ومالاً، وعبيده من أمواله. قال الإمام: وليس له أن يستتبع من النسوة والصبيان والمجانين من شاء؛ لأنه يخرج عن الضبط، ولكن لا بد من تعلق واتصال، فيستتبع من نسوة الأقارب، وصبيانهم، ومجانينهم من شاء أن يدرجهم في العقد شرطاً، ولا فرق بين المحارم وغير المحارم، فإن أطلق لم يتبعوه، ومن له مظاهره من النساء، والصبيان، والمجانين، يلحقون بالأقارب، أو بالأجانب فيه وجهان:

أشبههما: الأول إلحاقاً للتسبب بالتسبب، وفي دخول أولاده الصغار في العقد عند الإطلاق وجهان:

أحدهما: المنع، كصبيان الأقارب.

وأظهرهما: - وهو المذكور في الكتاب - الدخول اعتماداً على قرينة الحال، فإن من توطن ببلدة، جعل صغار أولاده معه غالباً؛ ولأنه لا يأمن [إذا لم يأمن]<sup>(٢)</sup> عليهم، والزوجات كالأولاد الصغار، أو كنساء الأقارب فيه - طريقتان:

أظهرهما: الأول.

ومنها إذا بلغ الصبي، أو أفاق المجنون، أو عتق العبد؛ فقد زالت التبعية، ولزمتهم الجزية، ويكون ابتداء الحول من وقت عروض هذه الأحوال، فإن اتفق ذلك لا ينضاف<sup>(٣)</sup> حول أهلهم من الذميين، فإذا تم حول أهلهم، ورغب هؤلاء في أن يؤدوا نصف الجزية، فذاك، وإلا فإن شاء الإمام أخذ جزيتهم عند تمام حولهم، وإن شاء أجز حتى يتم حول أهلهم؛ فيأخذ من أهلهم جزية سنة، ومنهم جزية سنة ونصف؛ لثلاث يختلف أواخر الأحوال.

ومنها: إذا دخلت حربية دارنا من غير تبعية، ولا أمان، ولا طلب أمان، جاز استزقاتها وكذا الحكم في الصبي، كما يجوز قتل الرجل، إذا دخل لذلك. قال الإمام: وكل حكم بجزية في القتال بجزية فيمن يظفر به من غير ذمة، ولا أمان.

«فرع عن نصح»: إذا صالحنا قوماً، على أن يؤدوا الجزية عن صبيانهم ونسائهم،

(٢) سقط في ز.

(١) في ز: الأصل محفوظة.

(٣) في الروضة: في نصف.

سواء ما يؤدون عن أنفسهم، فإن شرطوا أن يؤدوا من مال أنفسهم جاز، فكانهم قبلوا زيادة على أصل<sup>(١)</sup> الجزية وإن شرطوا أن يؤدوا من مال الصبيان والمجانين، لم يجز أخذها.

القيد الثالث: التأهب للقتال، وقصد به التعرض للزمن، والعيسيف، والشنخ الفاني، والراهب، والأعمى، وفي ضرب الجزية عليهم طريقان:

أحدهما: وهو الذي أوردّه الشيخ أبو حامد، وجماعة: أنه يبني ذلك على الخلاف في جواز قتلهم، إن قلنا: بالجواز؛ ضربت الجزية عليهم، وإلا فلا؛ إلحاقاً لهم بالنساء، والصبيان.

والثاني: القطع بالضرب؛ لأن الجزية بمثابة كراء الدار، ويستوي فيه أرباب العذر وغيرهم والقتل في مقابلة القتال، وإذا لم يقاتلوا جازاً ألا يقتلوا، والظاهر كيف ما قدر الضرب، وهو المنصوص، واعلم أنا إذا فرغنا على أنهم يقتلون، التقى الطريقان، واتفقا على ضرب الجزية، وإنما يجيء الخلاف إذا فرغنا على أنهم لا يقتلون. وكذلك قال: إن قلنا: لا يقتلون، ففي وجوب الجزية عليهم خلاف. وقد يقال: المجنون والصبي والمرأة لا يتأهبون للقتال، وكان بسبيل من ادراج قيود تحت هذا القيد.

الرابع: القدره على أداء الجزية، وفي وجوبها على الفقير<sup>(٢)</sup> العاجز عن الكسب قولان: الأصح وهو المنصوص في عامة الكتب أنها تجب؛ لقوله - ﷺ - «خُذْ مِنْ كُلِّ حَالِمٍ دِينَاراً» أطلق ولم يفرق، ولأنها تؤخذ لحقن الدم، وِعوضاً عن المساكنة في دار الإسلام، والغني والفقير يستويان في حاجة الحقن، وفي غرض السكنى.

وثقل عن «سير الواقدي» ما يدل على أنها لا تجب عليه، وبه قال أبو حنيفة وأحمد، ووجه بأنها قد يتعلق وجوبها بالحوّل، ولا تجب على الفقير كالزكاة والعقل.

فإن قلنا بالوجوب؛ عقّدنا له الذمة بالجزية، وإذا تمّ الحوّل، وقد أيسر، أخذنا منه الجزية، وإلا فهي في ذمته إلى أن يُوسر، وكذا الحكم في الحوّل الثاني والثالث.

وفيه وجه: أنه لا يُمهّل ولا يقرر في الدار، بل يقال: إما أن تُحصّل الجزية بما أمكنك، أو نبلك المأمّن؛ لأنه وإن عجز عن الجزية، فهو قادر على رفعها، وحقن الدم بالإسلام. وإن فرغنا على أنها لا تجب؛ فتعقد له الذمة على شرط إجراء الأحكام

(١) في أ: أقل.

(٢) سكت عن تفسير الفقير هنا، وفيه وجهان حكاهما الدارمي والرازي في تعليقه أحدهما مستحق الزكاة لو كان مسلماً، والثاني وهو الأشبه كما قاله الزركشي: من لا يملك فاضلاً عن قوت يومه آخر الحول ما يقدر به على أداء الجزية كما في زكاة الفطر وقال بعض المتأخرين يرجع إلى العرف.

عليه، وبذَلِ الْجِزْيَةِ عِنْدَ الْقُدْرَةِ، فَإِذَا أَيْسَرَ فَهُوَ ابْتِدَاءُ حَوْلِهِ، فَإِذَا تَمَّ الْحَوْلُ مِنْ حَيْثُودِ أَخَذَتْ مِنْهُ الْجِزْيَةُ، هَذَا هُوَ الْأَشْهُرُ، وَفِي كَلَامِ الْإِمَامِ مَا يُخَالِفُهُ، فَإِنَّهُ قَالَ: إِذَا مَضَتْ مِنَ السَّنَةِ أَشْهُرٌ، فَاسْتَغْنَى يَطَالِبُ عِنْدَ تَمَامِهَا بِدِينَارٍ كَامِلٍ، وَهَذَا ذَهَابٌ إِلَى أَنْ ابْتِدَاءَ الْحَوْلِ مِنْ وَقْتِ الْعَقْدِ. هَكَذَا رَتَّبَ التَّفْرِيعَ مَرْتَبَيْنِ. وَمِنْهُمْ مَنْ ذَكَرَ الْقَوْلَيْنِ فِي وَجُوبِ الْجِزْيَةِ عَلَيْهِ، ثُمَّ عَبَّرَ عَنِ الْعَرَضِ بِعِبَارَةٍ أُخْرَى، فَقَالَ: اخْتَلَفُوا فِي مَحَلِّ الْقَوْلَيْنِ؛ مِنْهُمْ مَنْ قَالَ: الْقَوْلَانِ فِي أَنَّهُ هَلْ يَبْقَرُ عِنْدَ تَمَامِ الْحَوْلِ؟ فَعَلَى قَوْلٍ: نَعَمْ.

ويكون جِزْيَةُ مَا مَضَى دَيْنًا فِي ذِمَّتِهِ عَلَى قَوْلٍ لَا يَبْقَرُ.

ومِنْهُمْ مَنْ قَالَ: يَبْقَرُ لَا مَحَالَةَ، وَالْخِلَافُ فِي أَنَّ جِزْيَةَ مَا مَضَى هَلْ تُصَيِّرُ دَيْنًا عَلَيْهِ وَيُخْرِجُ عِنْدَ الْاِخْتِصَارِ؟ ثَلَاثَةَ أَقْوَالٍ كَمَا فِي الْكِتَابِ وَرُبَّمَا سُمِّيَتْ وَجُوهًا.

أَحَدُهَا: أَنَّهُ لَا يَبْقَرُ فِي الدَّارِ، إِذَا تَمَّ الْحَوْلُ، وَهُوَ عَاجِزٌ.

الثَّانِي: يَبْقَرُ مَجَانًا.

وَالثَّلَاثُ: يَبْقَرُ، وَتَكُونُ الْجِزْيَةُ فِي ذِمَّتِهِ، وَهُوَ الْأَظْهَرُ.

وَذَكَرَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ، وَتَابِعَهُ صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» وَغَيْرُهُ أَنَّهُ لَا خِلَافَ فِي أَنَّهُ تُعَقَّدُ الذِّمَّةُ فِي الْحَالِ لِلْفَقِيرِ الْعَاجِزِ، وَيَتَعَرَّضُ لِلْجِزْيَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ فِي الْحَالِ شَيْءٌ، وَقَدْ يَمُرُّ بِكَ<sup>(١)</sup> مَا يَنْزِعُ فِيهِ، وَيَشْعُرُ بِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ مِنْ دُخُولِ دَارِ الْإِسْلَامِ، وَالْإِقَامَةِ فِيهَا، وَالظَّاهِرُ الْأَوَّلُ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَإِنَّمَا يَجُوزُ التَّفْرِيعُ بِالْجِزْيَةِ لِلْيَهُودِ وَالتَّصَارِي وَالْمَجُوسِ؛ لِأَنَّهُمْ أَهْلُ

كِتَابٍ \* وَالْوَثْنِيُّ وَعَبْدَةُ الشَّمْسِ وَمَنْ لَا يَنْتَمِي إِلَى كِتَابٍ لَا يَبْقَرُ وَإِنْ كَانَ عَجَمِيًّا (ح) \* وَإِنْ ظَهَرَ قَوْمٌ زَعَمُوا أَنَّهُمْ أَهْلُ الرُّبُورِ فَفِي تَقْرِيرِهِمْ وَجْهَانِ \* وَمَنْ دَانَ أَبَاؤُهُ بِالتَّهْوُدِ بَعْدَ الْمَبْعَثِ فَلَا يَبْقَرُونَ \* وَفِي الصَّابِيِّينَ وَالسَّامِرَةَ وَهُمْ مُبْتَدِعَةُ الْيَهُودِ وَالتَّصَارِي قَوْلَانِ \* وَقَبِيلٌ: إِنْ كَانُوا كَفَرَةً دِينَهُمْ فَلَا يَبْقَرُونَ \* وَإِنْ كَانُوا مُبْتَدِعَةً قَرُّوا \* فَلَوْ عَقَدْنَا فَاسَلَمَ مِنْهُمْ عَدْلَانِ وَشَهِدُوا بِكُفْرِهِ تَبَيَّنَ بَطْلَانُ الْعَقْدِ وَيُغْتَالُ لِتَلْبِيسِهِ \* وَالْمُتَوْلَّدُ بَيْنَ الْكِتَابِيِّ وَالْوَثْنِيِّ فِي مُنَاكَحَتِهِ قَوْلَانِ وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَبْقَرُ \* وَلَوْ تَوَثَّنَ نَضْرَانِي وَلَهُ وَلَدٌ صَغِيرٌ أُمُّهُ نَضْرَانِيَّةٌ فَلَهُ حُكْمُ التَّنْصُرِ \* وَإِنْ كَانَتْ أُمُّهُ وَثْنِيَّةٌ فَهُوَ تَابِعٌ فِي التَّوَثُّنِ أَوْ يَبْقَى عَلَيْهِ التَّنْصُرُ فِيهِ وَجْهَانِ \* وَلَا يُغْتَالُ إِذَا بَلَغَ بِحَالٍ وَإِنْ كَانَ يُغْتَالُ أَبُوهُ عَلَى الْأَصْح \* وَلَا يَحِلُّ وَطْءُ سَبَايَا عَوْرٍ لِأَنَّهُمْ أَرْتَدُوا بَعْدَ الْإِسْلَامِ \* وَفِي أَسْتِزْقَائِهِمْ خِلَافٌ \* وَالظَّاهِرُ جَوَازُ أَسْتِزْقَاقِ الْوَثْنِيِّ وَسَبَايَا عَوْرٍ أَوْلَادِ الْمُرْتَدِّينَ.

(١) فِي ز: وَلَمْ يَكُنْ.

قال الرَّافِعِيُّ: الفصل لشرح القَيْدِ الْأَوَّلِ، وهو كَوْنُ الكافر كِتَابِيًّا، وقد سبق في النِّكَاحِ أن الكُفَّارِ ثَلَاثَةٌ أَصْنَافٌ: أهل كتاب: منهم اليهود أهل التوراة، والنصارى أهل الإنجيل، [فيقرون بالجزية<sup>(١)</sup>].

قال الله تعالى: ﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ...﴾ إلى أن قال: ﴿مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾ [التوبة: ٢٩] ولو ظهر قَوْمٌ يزعمون التَّمَسُّكُ بِصُحُفِ إِبْرَاهِيمَ [أو يَزْبُورِ]<sup>(٢)</sup> دَاوُدَ - عليهما السلام - [فهل يجوز تقريرهم؟ فيه وجهان:

أحدهما]<sup>(٣)</sup> أنهم لا يقرون إما لأنها ليست كُتُبًا تُتْلَى، أو لأنها مَوَاعِظٌ لا أَحْكَامَ فيها، وقد ذكرنا المعنيين في «النِّكَاحِ».

وأظهرهما، وبه قال أبو إسحاق: يقرون بإطلاقِ قَوْلِهِ تعالى: ﴿مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ﴾.

ولأن المَجُوسَ يقرون مع الاختلافِ في أصلِ كِتَابِهِمْ، فهاهنا أَوْلَى.

وفي «البحر» نَقَلَ طَرِيقاً آخَرَ قَاطِعٌ بأنهم يقرون، وقد سبق في «النِّكَاحِ». أنه لا يَجُوزُ مُنَاكِحَةُ هَوْلَاءِ، وفي مَعْنَى المُنَاكِحَةِ الذَّبِيحَةُ ويفرق بينهما وبين التقريرين غاية الاحتياط، كما في حَقِّ المَجُوسِ، وأَجْرَى مُجْرُونَ الخِلافِ في جِلِّ المُنَاكِحَةِ [والذبيحة]<sup>(٤)</sup>؛ إِنْحَاقاً لِكُتُبِهِمْ بكتب اليهود والنصارى، ويَحْكِي ذلك عن القَاضِي الطَّبْرِيِّ وغيره، وإذا أَلْحَقْنَاهُمْ باليهود والنصارى، فإن تحققتنا صَدَقْتُهُمْ، وعرفنا كِتَابَهُمْ، فذاك، وفي معناه ما إذا أَسْلَمَ منهم اثنان، وشهدا بذلك.

وعن صاحب «الحاوي»: أن المُعْتَبَرَ قَوْلُ جماعة تحصل الاستِقْصَاةُ بقولهم، وإن شَكَّكْنَا في أمرِهِمْ كانوا كالمَجُوسِ.

والصنف الثاني: المَجُوسُ الذين لهم شُبُهَةٌ كتاب ويقرون بالجزية فَحُكْمُهُمْ أنهم يقرون بالجزية أيضاً.

رُوِيَ عن عُمَرَ - رضي الله عنه - أنه كان لا يأخُذُ الجزيةَ منهم، حتى شَهِدَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ - رضي الله عنه - بأن النبي - ﷺ - أَخَذَ الجزيةَ من مَجُوسِ «هَجَرَ»<sup>(٥)</sup>.

(١) في ز: فترقق بها الجزية.

(٢) في ز: وصحف.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٥) أخرجه البخاري [٣١٥٦] أتم من هذا من طريق بجاله بن عبده، قال أنا كتاب عمر قبل موته بسنة، فذكره، وقد اختلف كلام الشافعي في بجاله، فقال في الحدود: هو مجهول، وقال في الجزية: حديثه ثابت. قاله الحافظ.

وهل كان لهم كِتَابٌ؟ فيه قولان: ذَكَرْنَاهُمَا فِي «النكاح».

أَحَدُهُمَا؛ لا، وبه قال أبو حَنِيفَةَ، وأحمد.

وأَظْهَرُهُمَا: نعم؛ لما رَوَيْنَا عَنْ عَلِيٍّ - كَرَّمَ اللَّهُ وَجْهَهُ - هُنَاكَ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَطَعَ بِهِ.

والثالث: الذين ليس لهم كِتَابٌ، ولا شُبْهَةُ كِتَابٍ، كَعَبْدَةِ الْأَوْثَانِ، وَالْمَلَانِكَةِ، وَالشَّمْسِ وَالْقَمَرِ وَالنُّجُومِ، وَمَنْ فِي مَعْنَاهُمْ، فَهَوْلَاءُ لَا يَقْرُونَ بِالْجِزْيَةِ؛ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿مَنْ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ﴾ [التوبة: ٢٩] بِشَرَطِ كَوْنِهِمْ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْوَثْنِيُّ، وَمَنْ فِي مَعْنَاهُ عَرَبِيًّا، أَوْ عَجَمِيًّا.

وقال أبو حنيفة: تُوخِذُ الْجِزْيَةُ مِنَ الْعَجَمِيِّ.

وعند مالك: تُوخِذُ الْجِزْيَةُ مِنْ جَمِيعِ الْمُشْرِكِينَ، إِلَّا مِنْ مُشْرِكِي قُرَيْشٍ.

ثم في الفصل صُورًا:

إحداها: الْيَهُودُ وَالنَّصَارَى يَقْرُونَ بِالْجِزْيَةِ، مَهْمَا دَخَلُوا وَأَبَاؤُهُمْ فِي التَّهْوُدِ وَالتَّنَصُّرِ قَبْلَ تَبَدُّلِ ذَلِكَ الدِّينِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَوْلَادِ الْمُبَدِّلِينَ وَغَيْرِهِمْ.

ولو دَخَلَ جَمَاعَةٌ مِنْ عِبَادَةِ الْأَوْثَانِ فِي التَّهْوُدِ، أَوْ التَّنَصُّرِ بَعْدَ مَبْعَثِ نَبِيِّنا - ﷺ - فَلَا يَقْرُونَ وَلَا أَوْلَادُهُمْ؛ لِأَنَّهُمْ تَمَسَّكُوا بِدِينِ قَدِ بَطَلَ، وَسَقَطَتْ فَضِيلَتُهُ؛ خِلَافًا لِلْمُزْنِيِّ.

والتَّهْوُدُ بَعْدَ بَعْثِ عِيسَى - عَلَيْهِ السَّلَامُ - كَالتَّهْوُدِ وَالتَّنَصُّرِ بَعْدَ بَعْثِ نَبِيِّنا - ﷺ - عَلَى الْأَصْحَاحِ مِنْ وَجْهَيْنِ ذَكَرْنَاهُمَا فِي التَّنَاقُحِ.

وإن دخلوا فيه بعد التَّبْدِيلِ وَقَبْلَ النُّسْخِ، ففِيهِ طَرِيقَانِ لِلْأَصْحَابِ:

أحدهما: أَنَّهُ يُنْظَرُ، فَمَنْ تَمَسَّكَ بِمَا لَمْ يُحَرِّفْ، فَهُوَ كَمَا لَوْ دَخَلَ فِيهِ قَبْلَ التَّبْدِيلِ، وَمَنْ تَمَسَّكَ بِالْمُحَرِّفِ، لَمْ يَقْرَرْ، وَلَا أَوْلَادُهُ؛ لِسُقُوطِ الْفَضِيلَةِ بِالتَّخْرِيفِ، وَهَذَا الطَّرِيقُ هُوَ الَّذِي أَوْزَدَهُ أَصْحَابُنَا الْعِرَاقِيُّونَ، وَصَاحِبُ «التَّهْذِيبِ»، وَجَمَاعَةٌ غَيْرِ يَسِيرَةٍ وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: فِي الْأَوْلَادِ قَوْلَانِ، كَمَا فِي أَوْلَادِ الْمُزْتَدِينَ.

والطَّرِيقُ الثَّانِي: تَجْوِيزُ التَّقْرِيرِ بِلَا تَفْصِيلِ، وَلَا خِلَافٍ فِي إِدَارَةِ الْحُكْمِ عَلَى الدُّخُولِ فِي ذَلِكَ الدِّينِ بَعْدَ النُّسْخِ وَقَبْلَهُ، هَذَا مَا أوردَهُ الْقَاضِي أَبُو كَيْسٍ، وَارْتِضَاهُ الْإِمَامُ، وَوَجْهُهُ بِأَنَّهُمْ وَإِنْ بَدَّلُوا، فَمَعْلُومٌ أَنَّهُ بَقِيَ فِيهِ مَا لَمْ يَبْدَلْ فَلَا يَنْحَطُّ التَّمَسُّكُ بِهِ عَنْ شُبْهَةِ كِتَابِ الْمَجُوسِ، وَعَاطَمَدَةُ الْقَاضِي الرُّومِيَّيْنِ فِي «الْبَحْرِ» وَحَكَى عَنِ الْقَاضِي الطَّبْرِيِّ أَنَّهُ قَالَ: لَا أَحْفَظُ الشَّرْطَ الْمَذْكُورَ لِلشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - إِنَّمَا فَرْقٌ فِي كُتُبِهِ بَيْنَ مَا قَبْلَ نَزُولِ الْفَرْقَانِ وَمَا بَعْدَهُ، وَهَذَا أَوْلَى تَغْلِيْبًا لِحَقْنِ الدَّمِ، وَإِنْ أَشْكَلَ الْحَالُ، وَلَمْ يُعْرَفْ أَدْخَلُوا فِيهِ قَبْلَ النُّسْخِ، أَوْ بَعْدَهُ؟ أَوْ دَخَلُوا قَبْلَ التَّبْدِيلِ، أَوْ بَعْدَهُ؟ إِذَا فَرَّغْنَا

على الطريقة الأولى، فيجوزُ تَقْرِيرُهُمْ بِالْجِزْيَةِ كَالْمَجُوسِ، وبذلك حَكَمَتِ الصَّحَابَةُ - رضي الله عنهم - في نَصَارَى الْعَرَبِ.

الثانية: أَطْلَقَ الشَّافِعِيُّ - رضي الله عنه - في مَوْضِعٍ بَأَنَّهُ تُوُخِّدُ الْجِزْيَةُ مِنَ الصَّابِئِينَ وَالسَّامِرَةِ.

وقال في مَوْضِعٍ: إِنْ كَانُوا يَخَالِفُونَ الْيَهُودَ وَالنَّصَارَى فِي أَصُولِ مِلَّتِهِمْ، فَلْيَسُوا مِنْهُمْ، وَإِنْ كَانُوا لَا يَخَالِفُونَ الْأَصُولَ فَهَمْ مِنْهُمْ.

وذكر الإمام أَنَّهُ قَالَ فِي مَوْضِعٍ: لَا تُوُخِّدُ مِنْهُمْ الْجِزْيَةَ، وَالظَّاهِرُ تَنْزِيلُ اخْتِلَافِ نَصِهِ عَلَى التَّفْصِيلِ الْمَذْكُورِ.

ومن الْأَصْحَابِ مَنْ أَطْلَقَ فِيهِمْ قَوْلَيْنِ، عَلَى مَا حَكَيْنَا فِي النَّكَاحِ، وَنَقَلْنَا عَنِ الْإِمَامِ أَنَّهُ لَا وَجْهَ لِلْخِلَافِ فِي مَنْ يَكْفُرُهُمُ الْيَهُودُ، وَالنَّصَارَى، وَلَا يَعُدُّوهُمْ مِنْهُمْ، وَلَا يَبْعِدُ التَّرَدُّدُ فِي الَّذِينَ يُبَدِّعُونَهُمْ، وَلَا يُخْرِجُونَهُمْ مِنْ زُمْرَتِهِمْ؛ لِسُقُوطِ الْجِزْيَةِ بِالْبِدْعَةِ. وَمِنْهُمْ مَنْ قَطَعَ بِالْأَخْذِ، وَقَالَ: كَانَ الشَّافِعِيُّ - رضي الله عنه - مُتَوَقِّفًا فِي حَالِهِمْ، ثُمَّ ظَهَرَ لَهُ أَنَّهُمْ مِنْهُمْ، وَلِيَخْتَصَّ هَذَا بِمَنْ لَا يُكْفَرُوهُمْ، فَأَمَّا مَنْ هُوَ كَافِرٌ عِنْدَهُمْ - كَالَّذِينَ يَجْعَلُونَ النُّجُومَ السَّبْعَةَ آلِهَةً، أَوْ يَقُولُونَ: نَقَدِمَ النُّورَ وَالظُّلْمَةَ، وَإِسْنَادَ الْحَوَادِثِ إِلَيْهِمَا، فَلَا مَعْنَى لِتَقْرِيرِهِمْ، وَلَا وَقَعَ مَعَ هَذَا الْإِعْتِقَادِ لِدَعْوَاهُمْ التَّمَسُّكَ بِالتَّوْرَةِ وَالْإِنْجِيلِ.

وَإِنْ أَشْكَلَ أَمْرُهُمْ، فَقَدْ ذَكَرَ الْإِمَامُ اخْتِمَالَيْنِ؛ فِي أَنَّهُ هَلْ يَجُوزُ اخْتِذَا الْجِزْيَةَ مِنْهُمْ؟ وَالظَّاهِرُ الْجَوَازُ.

وقوله في الكتاب: «وهم مُبْتَدِعَةُ الْيَهُودِ وَالنَّصَارَى» مع قوله بعد: «وقيل: إِنْ كَانُوا كَفَرُوا دِينَهُمْ...» إِلَى آخِرِهِ لَيْسَ بِذَلِكَ فَإِنَّ الْأَوَّلَ: يَقْتَضِي كَوْنَهُمْ جَمِيعًا مُبْتَدِعَةً. وَالثَّانِي يَقْتَضِي انْفِصَامَهُمْ، أَوْ التَّرَدُّدَ فِي حَالِهِمْ.

الثالثة: إِذَا أَحَاطَ الْإِمَامُ بِقَوْمٍ، فَزَعَمُوا أَنَّهُمْ أَهْلُ كِتَابٍ، وَأَنْ آبَاءَهُمْ تَمَسَّكُوا بِذَلِكَ الدِّينِ قَبْلَ التَّنْسِيخِ وَالتَّبْدِيلِ، فَيَقْرَهُمُ بِالْجِزْيَةِ؛ لِأَنَّ دِينَهُمْ لَا يُعْرَفُ إِلَّا مِنْ جِهَتِهِمْ.

قال في «الشامل»: وَبِشَرَطٍ عَلَيْهِمْ أَنَّهُ إِنْ بَانَ مِنْ حَالِهِمْ خِلَافٌ مَا أَدْعُوهُ نَبَذَ إِلَيْهِمْ عَهْدَهُمْ، وَقَاتَلَهُمْ، وَإِنْ ادَّعَاهُ بَعْضُهُمْ دُونَ بَعْضٍ؛ عَامِلٌ كُلُّ طَائِفَةٍ مِنْهُمْ بِمَوْجِبِ قَوْلِهَا، وَلَا يَقْبَلُ قَوْلَ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ.

وَإِنْ أَسْلَمَ اثْنَانِ مِنْهُمْ، وَظَهَرَتْ عَدَالَتُهُمَا وَشَهِدَا عَلَيْهِمْ، بِخِلَافِ مَا أَدْعُوهُ؛ فَيَنْبَذُ إِلَيْهِمْ عَهْدَهُمْ. هَذَا لَفْظُ جَمَاعَةٍ وَقَالَ الْإِمَامُ: يَتَبَيَّنُ أَنَّهُ لَا ذِمَّةَ لَهُمْ، وَهَلْ يَغْتَالَهُمْ لِتَلْبِيسِهِمْ عَلَيْنَا، أَوْ يَلْحَقُهُمُ بِالْمَأْمَنِ؟ هَذَا فِيهِ تَرَدُّدٌ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَغْتَالَهُمْ، فَإِنَّ الْأَمَانَ الْفَاسِدَ لِلنَّاسِ إِنَّمَا يُنْبِتُ عُلُقَةَ الْأَمَانِ عِنْدَ جَهَالَةِ الْمُؤْمِنِ، فَإِذَا كَانَ الظَّنُّ مِنَّا وَالْكَافِرُ

مدلّس، فالوجه الاغتيال. وهذا ما أوردّه في الكتاب.

وقوله: «وأسلم منهم عدلان» أي: أسلم اثنان، وظهرت عدالتُهُما، ولفظ الكتاب يفهم التّصوير فيما إذا عقد بالذمة مع السامرة والصائبين على أنهم مُبتدعة، وأسلم اثنان، وشهدا بكفرهم، والمسألة لا تختص بهم.

الرابعة: من أحد أبويّه وثني، والآخر كتابي. هل [تقبل منه] (١) الجزية؟

حكى الشيخ أبو حامد فيه طريقين:

أحدهما: وبه قال أبو إسحاق أن حكمه حكم حل المناكحة والذبيحة، فإن كان الأب وثنيًا لم تقبل، وإن كانت الأم وثنيّة، فقولان:

والثاني: القطع بالقبول، سواء أكان الأب وثنيًا، أم الأم وثنيّة؛ تغليباً لحقن الدّم، وفي المناكحة والذبيحة غلبت التّخريم احتياطاً.

وفي «الشامل» ما يقتضي القطع بتفني القبول، إن كان الأب وثنيًا، ويخصّص الطّرفين، بما إذا كانت الأم وثنيّة، ويخرج مما ذكرنا عند الاختصار وجهان:

أحدهما: الإلحاق بالأب [والثاني: الإلحاق بخيرهما ديناً.

وعن «الحاوي» وجهان آخران:

أحدهما: الإلحاق بالأم (٢) كما في الرق والحرية.

والثاني: الإلحاق بأغلظهما كُفراً؛ لأن التّخفيف رخصة لا تثبت إلا إذا كان الأبوان من أهل التّخفيف، والأصحّ القبول مهما كان أحدهما كتابياً على ما ذكره في الكتاب، ولم يورد في «التهديب» غيره، ولو كان كل واحد من الأبوين ممن تقبل منه الجزية، كما إذا كان أحدهما نصرانيًا، والآخر مجوسياً، فلا كلام في قبول الجزية منه.

وعن نصّ الشافعي - رضي الله عنه - أن جزية أبيه، وفسر ذلك بأن قدر جزية الأب إذا كان يخالف قدر جزية عشاير الأم، فيعتبر في حقه جزية أبيه، وفرق بين الجزية والدية؛ حيث قلنا في الدية: تعتبر دية [أكبر] (٣) الأبوين دية، فإن لكل واحد منهما دية، فاعتبرنا الأكثر؛ تغليظاً على الجاني، وهاهنا لا جزية على الأم، فتعين الاغتيال بالأب، ثم إن كانت جزية الأب أكثر من الديار، ولم يرض الولد بالزيادة، فعلى ما تقدّم.

(٢) سقط في ز.

(١) في ز: تؤخذ منهم.

(٣) سقط في ز.



الخامسة: قال الإمام: لو توثن نصراني في زماننا، وله أولاد صغار، نظر إن كانت أمهم نصرانية، فيستمر على الأولاد حكم التنصير، حتى تقبل منهم الجزية بعد البلوغ، وإن كانت وثنية، ففي الأولاد قولان، ذكرهما العراقيون: **أوجههما: أن الجواب كذلك؛ لأنه قد ثبت لهم [علقة التنصير]<sup>(١)</sup>، فلا تزول بما يحدت من بعد.**

والثاني: أنهم يتبعونه في التوثن، كما يتبعونه في التنصير. وحقيقة الخلاف أن الأب إن توثن عن تهود، أو تنصير، هل يستيع أولاده؟

فإن قلنا: إنهم يتبعونه في التوثن، يُغتالون؛ لأنهم كانوا في أمان، ولم تؤخذ منهم جزية<sup>(٢)</sup>، وقرب ذلك مما إذا توثن، ومات أحد الأبوان الكتابيين، وخلفا أولادا صغارا، فأبوهم الذي توثن هل يُغتال؟ بنى ذلك على ما سبق في «التكاح» أنه<sup>(٣)</sup> يُفنع منه بالعود إلى ما سبق، أو لا يقبل منه إلا الإسلام؟ فيه قولان.

فإن أباهما فيقتل، أو يلحق بالمأمن؟ فيه قولان، أو وجهان:

ورجح صاحب الكتاب: أنه يغتال، ويُقتل حيث قال: «وإن كان يُغتال أبوه على الأصح» لكن ذكرنا هناك أن الأشبه بالحق بالمأمن، وهو الذي رجحه هاهنا، وحكاة عن العراقيين.

السادسة: ولد المرتد المنعقد من مرتدين محكوم له بالإسلام، أو هو كافر أصلي، أو مرتد؟ فيه ثلاثة أقوال مذكورة في «باب الردة». فإن حكمنا له بالإسلام، فبلغ وأعرب بالكفر، فهو مرتد، وإن قلنا: إنه كافر أصلي، فقد ذكرنا هناك أن الصحيح: أنه لا يؤخذ منه الجزية، وأن الإمام قال بقبولها، وذكر هاهنا أن بعض الأصحاب قال: تقبل منه الجزية، وأبدى تردداً في جل المناكحة والذبيحة، وأن بعض الأصحاب قال: يقبل منه الجزية،<sup>(٤)</sup> أفتى بأنه يجل وطء سبأيا «غور»، وقد ثبت أنهم ارتدوا بعد قبول الإسلام، [«وغور تهامة»]<sup>(٥)</sup>، وما يلي «اليمن» قال: وهذا قول صدر عن عمارة، وقلّة ذرية، وفيه خزم لما اتفق عليه الأصحاب. ثم إن من تهود أو تنصير بعد المبعث لا ينكح أولادهم، وأولاد المرتدين شر منهم.

والوجه القطع بالتخريم، وبأنه لا تؤخذ الجزية منهم، ولو كان لهم جدّ دان بذلك الدية قبل المبعث، ثم أسلموا وارتدوا، وحدث لهم أولاد بالإسلام، قطع الاعتصام

(١) في ز: عليه التنصير.

(٢) في ز: فإنه.

(٣) سقط في ز.

(٤) في أ: ولم يوجد منهم جريمة.

(٥) سقط في ز.

بالجدِّ العالِي، وإنما يؤثر ذلك الجدُّ لو تَوَاصَلَ التَّهَوُّدُ، نعم يسترقُّ أولاد المرتدين، ومنهم سَبَايَا غور، تَفْرِعاً على أنهم كُفَّارٌ أَصْلِيُونَ، كما أن عَبْدَةَ الأوثَانِ يَسْتَرْقُونَ. قال الإمام: هذا ظاهر المَذْهَبِ، ومن أصحابنا من مَنَعَ إِزْقَاقَ عَبْدَةِ الأوثَانِ؛ لأنه يَتَضَمَّنُ أَمَاناً مُؤَبَّداً، وعلى هذا فيمتنع إطلاقُ القول بأن صِبْيَانَ الكُفَّارِ، [ونسوانهم]<sup>(١)</sup> يرقون بالأسر، وأن الإمام يَتَخَيَّرُ في العُقَلَاءِ البالغين بين الإزْقَاقِ وغيره. وقوله في الكتاب: «ولا يَجْلُ وَطءُ سَبَايَا غور» يجوزُ إِغْلَامُهُ بالواو، وقوله: «والظاهر جَوَازُ اسْتِزْقَاقِ الوثنِي... إلى آخره. فيه تطويل؛ لأن قوله: «وفي اسْتِزْقَاقِهِمْ خِلَافٌ» يرجع إلى سَبَايَا «غور» ولو قال بعده: «والظاهر الجواز». وَجَوَازُ اسْتِزْقَاقِ الوثنِي يُحْصَلُ العَرَضُ.

«فرع»: مات كِتَابِيٌّ مَقَرَّرٌ بِالْجِزْيَةِ عن ابنين كَبِيرٍ وصَغِيرٍ، والكبير لا يَدِينُ بدينه، ثم أخذ دينه، ثم بلغ الصَّغِيرُ، وأظهر دينَ أبيه، فيَقَرَّرُ بِالْجِزْيَةِ الصَّغِيرُ؛ لأنه كان تابعاً لِأَبِيهِ، ولما اسْتَقَلَّ جرى على ذلك الدِّينِ، والكبير تَبَطَّلُ تَبَعِيَّتُهُ، وأخذ ديناً آخر، ثم دخل في ذلك الدِّينِ بعد المَبْعَثِ، فلا تقبل منه الجِزْيَةُ.

«فرع»: يهود «خبير» كغيرهم في ضَرْبِ الجِزْيَةِ عليهم.

وسئل ابنُ سريج فيما يدعونه أن عَلِيًّا - كَرَّمَ اللهُ وَجْهَهُ - كتب لهم كِتَاباً بِإِسْقَاطِهَا، فقال: لم ينقل ذلك أحدٌ من المسلمين<sup>(٢)</sup>. قال ابن الصَّبَّاحِ: وفي زماننا هذا أَظْهَرُوا كِتَاباً، وذكروا أَنَّهُ بِحَطِّ عَلِيٍّ - كَرَّمَ اللهُ وَجْهَهُ، وأنه كَتَبَهُ عن النبي - ﷺ - وبأن تَرْوِيرَهُمْ وَكُذِبُهُمْ فِيهِ، بأنه كان في شَهَادَةِ سَعْدِ بْنِ مَعَاذٍ، ومعاوية - رضي الله عنهما - وتاريخه بعد مَوْتِ سَعْدٍ، وقبل إِسْلَامِ مَعَاوِيَةَ.

وفي «البحر» أن ابن أبي هُرَيْرَةَ أَسْقَطَ الجِزْيَةَ عنهم؛ لأن النَّبِيَّ - ﷺ - سَأَاهُمْ، وجعلهم بذلك خَوَلاً، ولأنه قال: «أَقْرَبُكُمْ مَا أَقْرَبُكُمْ اللهُ» فَأَمَّنَهُمْ بِذَلِكَ.

قال: وهذا شيء تَفَرَّدَ به، والمُسَاقَاةُ مُعَامَلَةٌ لا تَقْتَضِي إِسْقَاطَ الجِزْيَةِ وقوله: «أَقْرَبُكُمْ» أي: بِالْجِزْيَةِ.

(١) في ز: وسواء أنهم.

(٢) قال الحافظ في التلخيص: هو كما قال: ثم إنهم أخرجوا الكتاب المذكور سنة سبع وأربعين وأربعمائة، وصف رئيس الرؤساء أبو القاسم على وزير القائم في إبطاله جزءاً، وكتب له عليه الأئمة أبو الطيب الطبري: وأبو نصر بن الصبَّاح، ومحمد بن محمد البيضاوي، ومحمد بن علي الدماغاني، وغيرهم، قال الرافعي: وفي البحر عن ابن أبي هريرة أنه قال: تسقط الجزية عنهم؛ لأن النبي ﷺ سَأَاهُمْ، وجعلهم بذلك خَوَلاً، ولأنه قال: أقرمكم ما أقرمكم الله، فأمنهم بذلك، انتهى، وقد ظن بعضهم أنه من عجيب البحر، وليس كذلك، فقد ذكره الماوردي في الحاوي، وقال: لا أعرف أحداً وافق أبا علي بن أبي هريرة على ذلك.

قال العزالي: (الرُّكْنُ الرَّابِعُ فِي الْبِقَاعِ) وَيَقْرُونَ فِي سَائِرِ الْبِلَادِ إِلَّا بِالْحِجَازِ وَهِيَ مَكَّةُ وَالْمَدِينَةُ وَالْيَمَامَةُ وَنَجْدٌ وَمَخَالِيفُهَا وَالْوَجْ، وَالطَّائِفُ، وَخَيْرٌ مِنْ مَخَالِيفِ الْمَدِينَةِ \* وَهَلْ يَدْخُلُ الْيَمَنُ فِي ذَلِكَ؟ فِيهِ خِلَافٌ إِذْ قِيلَ: تَنْتَهِي جَزِيرَةُ الْعَرَبِ إِلَى أَطْرَافِ الشَّامِ وَالْعِرَاقِ \* وَلَا يُنْتَمُونَ مِنَ الْأَجْتِيَاذِ بِهَا مُسَافِرِينَ لَا يُقِيمُونَ أَكْثَرَ مِنْ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ عَلَى مَوْضِعٍ سِوَى يَوْمِ الدُّخُولِ وَالخُرُوجِ \* أَمَا مَكَّةُ فَيَمْنَعُ مِنَ الْأَجْتِيَاذِ بِهَا وَإِنْ جَاءَ لِرِسَالَةٍ خَرَجَ إِلَيْهِ مَنْ يَسْمَعُ الرِّسَالَةَ \* فَإِنْ دُفِنَ بِهَا نُبِشَ قَبْرُهُ وَأُخْرِجَ \* فَإِنْ مَرَضَ وَخِيفَ مَوْتُهُ بِنَقْلِهِ نَقِلَ \* فَإِنْ مَرَضَ عَلَى طَرَفِ الْحِجَازِ وَخِيفَ الثَّقُلُ أَوْ شَقَّ تَرِكَ حَتَّى يَبْرَأَ وَإِلَّا أُزْجِحَ \* وَإِنْ دُفِنَ بِهَا وَلَمْ يَشُقْ تَبَشُّهُ فَعِي وَجُوبِهِ لِإِخْرَاجِهِ وَجِهَانِ.

قال الرافعي: بلاد الإسلام تنقسم إلى «الحجاز» وغيره، وقبل الخوض في حكم القسمين يحتاج في الفصل إلى معرفة حد «الحجاز»، وجزيرة العرب، فبينها.

أما «الحجاز»، فقد حكى الأضحاب عن الشافعي - رضي الله عنه - أن «الحجاز»: مَكَّةُ وَالْمَدِينَةُ وَالْيَمَامَةُ وَمَخَالِيفُهَا<sup>(١)</sup> أي: قراها وعن الأصمعي أنه سمي حجازاً؛ لأنه حجز بين نجد وتهيامة.

وفي صحاح اللغة عن الأصمعي أنه سُمِّيَ حِجَازاً؛ لأنه احتجز بالجزر الخمس منها: حرّة بني سليم، وحرّة واقم وعن الكلبي: أن حدود «الحجاز» ما بين جبلي «طبيء» إلى أطراف طريق «العراق».

وعن الحربي أن «تبوك» و«فلسطين» من «الحجاز»، وأما جزيرة العرب، فعن مالك أنها «الحجاز» و«اليمن»، وما لم يبلغه ملك فارس والروم. وعن الأصمعي: أنها من أقصى «عدن» إلى ريف «العراق» طولاً، ومن «جدة» وما والآها من الساحل، إلى أطراف «الشام» عرضاً وعن أبي عبيدة: أن جزيرة العرب في الطول ما بين جفر أبي موسى الأشعري - رضي الله عنه - إلى أقصى «اليمن»، وفي العرض ما بين رمل «بيرين» إلى منقطع إلى «السمّاء».

وسبب تسميتها جزيرة إحاطة الأنهار والبحار العظيمة بها: بحر الحبيشة، وبحر فارس، ودجلة، والفرات.

وذكر الإمام أن الأئمة قالوا: إن «الطائف» و«وج» وهو وادي «الطائف» وما يغزى

(١) أي مخاليف الثلاثة وهي بفتح الميم والخاء المعجمة جمع يخلاف بكسر الميم وهي القرى المجتمعة، ولهذا فرسها المصنف بقوله أي قراها.

إليهما مَسْئُوبَةٌ إلى «مكة» مَعْدُودَةٌ من أَعْمَالِهَا، وأن «خير» من مَخَالِيفِ «المدينة» .

واعلم أن جميع ما أوردَهُ جمهور الأَصْحَابِ في ضَبْطِ «الحِجَازِ» وجزيرة العرب ما بَيَّنَّاهُ، وسواء كان في العِبَارَاتِ المذكورة تَفَاوُتٌ في الحقيقة، أو لم يكن، فَكَلِمَتُهُم مُتَّفِقَةٌ على أن الجَزِيرَةَ أَوْسَعُ من «الحجاز»، وعلى أن «اليمن» يدخل حَيْزَ «الحجاز»، وفي كلام الإمام اضْطِرَابٌ في ضبطهما، وحاصله حِكَايَةُ طَرِيقَيْنِ:

أحدهما: أن الحجاز: مكة والمدينة واليمامة ومَخَالِيفُهَا.

والثاني: أن الحجاز: مَكَّةُ والمدينة واليمن. وَقَضِيَّةٌ ما سَأَفُهُ أن «الحجاز» و «الجزيرة» عبارتان عن مَعْبَرٍ واحد، ونقل ذلك عن شيخه صَرِيحاً، وعلى هذا يَنْطَبِقُ قَوْلُ صاحب الكتاب: «وهل يدخل «الْيَمَنُ» في ذلك؟ فيه خلاف... إلى آخره، والاعتماد على ما قَدَّمْنَا. والله أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب.

إذا عرفت ذلك، فالقسم الأول: «الحجاز» وينقسم إلى غير حرم «مَكَّة»، وحرم «مكة». القسم الأول غير الحرم، فيمنع الكُفَّارُ الكِتَابِيُّونَ وغيرهم من الاستيطان، والإقامة به؛ لما رُوِيَ أَنَّهُ - ﷺ - قال: «لَا يَجْتَمِعُ دِينَانِ فِي جَزِيرَةِ الْعَرَبِ»<sup>(١)</sup> «ولئن عِشْتُ إلى قَابِلٍ لَأُخْرِجَنَّ الْيَهُودَ وَالنَّصَارَى من جَزِيرَةِ الْعَرَبِ»<sup>(٢)</sup> «وكانه وقف على الحال حتى قال: «لئن عِشْتُ» فلم يَعِشْ - ﷺ - إلى قَابِلٍ، ولم يَنْفَرْ أبو بكر - رضي الله عنه - لإخراجهم لِقَصْرِ مُدَّتِهِ، واشتغاله بقتال أهل الرَّدَّةِ، ومانعي الزُّكَاةِ، وأَخْرَجَهُمُ عمر - رضي الله عنه - بعد صَدْرٍ من خِلَافَتِهِ، فَيُقَالُ: أخرج من اليهود زهاء أربعين ألفاً، وأن

(١) أخرجه مالك [٢٠٤/١] في الموطأ عن ابن شهاب، فذكره مرسلًا، قال ابن شهاب: ففحص عمر عن ذلك حتى أتاه الثلج واليقين، عن النبي ﷺ بهذا، فأجلى يهود خيبر، قال مالك: وقد أجلى عمر يهود نجران، وفدك، ورواه مالك أيضاً عن إسماعيل بن أبي حكيم أنه سمع عمر بن عبد العزيز يقول: بلغني أنه كان من آخر ما تكلم به رسول الله ﷺ أن قال: قاتل الله اليهود والنصارى، اتخذوا قبور أنبيائهم مساجد، لا يبقيان دينان بأرض العرب، ووصله صالح بن أبي الأخضر عن الزهري عن سعيد عن أبي هريرة، أخرجه إسحاق في مسنده، ورواه عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب فذكره مرسلًا، وزاد: فقال عمر لليهود: من كان منكم عنده عهد من رسول الله فليات به، وإلا فإني مجليكم، ورواه أحمد [١٩٥/١] ١٩٦ في مسنده موصولاً عن عائشة؛ فلفظه عنها قالت: آخر ما عهد رسول الله ﷺ أن لا يترك بجزيرة العرب دينان، أخرجه من طريق ابن إسحاق حدثني صالح بن كيسان عن الزهري عن عبيد الله بن عبد الله ابن عتبة عن عائشة. قاله الحافظ.

(٢) أخرجه أحمد والبيهقي من حديث عمر، وفي آخره: حتى لا أدع فيها إلا مسلماً، وأصله في مسلم [١٧٦٧] دون قوله: لئن عشت إلى قابل، وقد أعاده المؤلف بعد في هذا الباب معزواً إلى رواية جابر عن عمر، دون الزيادة التي في أوله، وبالزيادة التي في آخره كما أخرجه مسلم.

بعضهم التَّحَقَّ بِأَطْرَافِ «الشام» وبعضهم بِسَوَادِ «الكوفة».

وعن ابن عَبَّاسٍ - رضي الله عنه - أن النَّبِيَّ - ﷺ - أوصى، فقال: «أخرجوا اليهود والنصارى من جزيرة العرب»<sup>(١)</sup>.

وعن جَابِرٍ عن عُمَرَ - رضي الله عنهما - أن النَّبِيَّ - ﷺ - قال: «لَأُخْرِجَنَّ الْيَهُودَ وَالنَّصَارَى مِنْ جَزِيرَةِ الْعَرَبِ، وَلَا أَدْعُ أَنْ يَنْزِلَ عَلَيْهَا إِلَّا مُسْلِمٌ»<sup>(٢)</sup>.

قال الأصحاب: ولم يُرِدْ جَمِيعَ جَزِيرَةِ الْعَرَبِ، وإنما أراد «الحجاز» منها؛ لما رُوِيَ عن أَبِي عُبَيْدَةَ بنِ الْجَرَّاحِ - رضي الله عنه - أنه قال: آخر ما تَكَلَّمَ به النبي - ﷺ - أنه قال: «أُخْرِجُوا الْيَهُودَ مِنْ جَزِيرَةِ الْعَرَبِ» الحجاز، وأهل نجران من جزيرة العرب<sup>(٣)</sup> ولم يخرج عمر - رضي الله عنه - ولا أَحَدٌ من الخُلَفَاءِ أَهْلَ الذِّمَّةِ من «اليمن»، وإن كانت من جَزِيرَةِ الْعَرَبِ، وإنما أمر بإخْراجِ أَهْلِ «نجران» من «الجزيرة»، وليست هي من «الحجاز»؛ لأنه - ﷺ - كان قد صَالَحَهُمْ على ألا يأكلوا الرِّبَا، فنقضوا العَهْدَ وأكلوه.

وهل يُمْتَنَعُونَ من الإقامة في الطُّرُقِ الْمُتَمَتِّدَةِ بين بلاد «الحجاز»؟ نقل الإمامُ فيه وجهين:

أحدهما: نعم؛ لأنها من «الحجاز»، وهذا قَضِيَّةٌ إِطْلَاقِ الْمُعْظَمِ.

والثاني: لا؛ لأنها ليست مجتمع الناس، وموضع الإقامة، ولا يمنعون من ركوب بَحْرِ «الحجاز»؛ لأنه ليس مَوْضِعُ الإِقَامَةِ، وَيُمْتَنَعُونَ من الإِقَامَةِ في سَوَاحِلِهِ، وفي الجزائرِ الْمَسْكُونَةِ في الْبَحْرِ<sup>(٤)</sup>، ومهما دخل كَافِرٌ «الحجاز» بغير إِذْنِ الإمام، فيخرجه، وَيُعَزِّزُهُ، إن علم أنه مَمْنُوعٌ من دخوله.

وإن اسْتَأْذَنَ كَافِرٌ في الدخولِ أُذُنَ له، إن كان في دخوله مَضْلِحَةً للمسلمين من أداءِ رِسَالَةٍ، أو عَقْدِ هُدْنَةٍ، أو ذِمَّةٍ، أو حملِ مِيرَةٍ، أو مَتَاعٍ يحتاج إليه المسلمون، وإن كان يدخل لِتِجَارَةٍ، ليس فيها كَبِيرٌ حَاجَةٌ للمسلمين، لم يُأْذَنَ له الإمام، إلا بشرط أن

(١) أخرجه البخاري [٣٠٥٣ - ٣١٦٨ - ٤٤٣١، مسلم ١٦٣٧] بلفظ: اشتد الوجع برسول الله ﷺ، وأوصى عند موته بثلاث: أخرجوا المشركين من جزيرة العرب، الحديث.

(٢) تقدم.

(٣) أخرجه أحمد [١٩٥/١ - ١٩٦] والبيهقي [٢٠٨/٩] بلفظ: أخرجوا يهود أهل الحجاز، والباقي مثله، وهو في مسند مسدد، وفي مسند الحميدي أيضاً.

(٤) قال في الخادم: قضية تقييده بالمسكونة أن الجزائر غير المسكونة يجوز الإقامة فيها، وهو لا يلائم ترجيحهما المنع في الطرق الممتدة، والصواب حذف المسكونة وكذا سقطت من الشرح الصغير وهي عبارة الشافعي في الأم.

يأخذ من تَجَارَتِهِ شَيْئاً. هكذا أَطْلَقَ جَمَاعَةٌ، وحكوه عن النَّصِّ وفي «التهذيب» أنه يَشْتَرِطُ عليه شَيْئاً، وذلك إلى رَأْيِ الإمام.

وقوله: «وذلك إلى رَأْيِ الإمام» يجوز أن يُرِيدَ به قَدْرُ المشروط، لا أَضْلَ الشرط، ولا يكون مُخَالِفاً لما أَطْلَقَهُ<sup>(١)</sup> غيره، والكلام فيما يؤخذ من تجارتهم سيأتي - إن شاء الله تَعَالَى -.

ولا يُمَكِّنُ من دخل بالإذْنِ أن يُقِيمَ أَكْثَرَ من ثَلَاثَةِ أَيام، ويشترط عليه ذلك عند الدُّخُولِ. زُوِيَ أن عُمَرَ - رضي الله عنه - أَجْلَى اليَهُودِ والنَّصَارَى من «الحجاز»، وأذُنُ لمن دَخَلَ منهم تاجرأ أن يُقِيمَ ثلاثة أيام يُقِيمَ ولا يُخَسِبُ<sup>(٢)</sup> من الثلاثة يَوْمَ الدُّخُولِ والخروج، على ما تَبَيَّنَ في مَدَّةِ المسافرين. فإن كانت له ذُبُونٌ على النَّاسِ، حَصَلَتْ بِمُعَامَلَاتِهِ بعد الدخول، أو من وجه آخر، ولم يمكن قَبْضُهَا، أَمَرَ بِأن يُوَكَّلَ مُسَلِّماً بِقَبْضِهَا، ويخرج.

ولو كان ينتقل من بَلَدٍ، أو قَرْيَةٍ إلى أخرى، ويقيم في كُلِّ واحدة ثلاثاً، فلا مَنَعٌ. وقوله في الكتاب: «ويقرون في سَائِرِ البِلَادِ» يريد في جَمِيعِهَا، ويجوز أن يُعَلَّمَ قوله: «إلا بالحجاز» بالحاء؛ لأن المَاوَزِدِيَّ ذكر في «الأحكام السُّلْطَانِيَّة» أن أبا حَنِيفَةَ: يُجَوِّزُ لِلذَّمِّيِّ [الاسْتِيْطَانَ ب «الحجاز».

وقوله: «ولا يمنعون من الاجْتِيَازِ» أي: يجوز ألا يُمْنَعُوا<sup>(٣)</sup> وذلك عند قِيَامِ المَضْلَحَةِ على ما تَبَيَّنَ، لا أنه يَلْزَمُ ألا يمنعوا.

وقوله: «لا يقيمون...» إلى آخره، كالتفسير والإيضاح لقوله: «مسافرين»، وإلا فإذا أقاموا أَكْثَرَ من ذلك خَرَجُوا عن كونهم مُسَافِرِينَ.

### القسم الثاني:

حَرَمُ «مَكَّةَ» حَرَسَهَا اللهُ - تعالى - وهو من طريق «المدينة» على ثلاثة أَمْيَالٍ، ومن طريق «العِراقِ» على سبعة أميال، [ومن طريق «الجعرانة» على تِسْعَةِ أميال، ومن طريق «الطائف» على سبعة أميال]<sup>(٤)</sup> ومن طريق «جدة» على عشرة أميال هكذا حَكَاهُ أَفْضَى القضاة - المَاوَزِدِيَّ - - رحمه الله - وجماعة، ولَعَلِّي أُوْرِدْتُهُ في «كتاب الحج» فليس للكافر دُخُولُهُ، لا للإقامة فيه، ولا مُجْتَازاً؛ لقوله تعالى: ﴿فَلَا يَفْرُبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ هَذَا﴾ [التوبة: ٢٨] والمراد: جَمِيعُ الحَرَمِ، وقد يعبر بالمسجد الحَرَامِ عن

(١) قال النووي: هذا الاحتمال هو مراده من غير ترديد، وهو مقتضى عبارته.

(٢) تقدم في صلاة المسافر.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

الْحَرَامِ، كما في قوله تعالى: ﴿سُبْحَانَ الَّذِي أَسْرَى بِعَبْدِهِ لَيْلًا مِنَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ﴾ [الإسراء: ١] ولم يكن الإسراء من نفس المسجد، واحتج لذلك في الآية بقوله تعالى عَقِيبُهُ: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ عَيْلَةً فَسَوْفَ يُغْنِيكُمْ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾ [التوبة: ٢٨] أي: إن خفتُم انْقِطَاعَ التُّجَارِ وَالْمِيرَةِ عَنْكُمْ، فاعتصموا بفضل الله، ومعلوم أن ما يُجَلَّبُ يُجَلَّبُ إِلَى الْبِلَادِ، لا إلى المسجد نفسه، فإذا جاء كَافِرٌ لرسالة، والإمام في الحَرَمِ، بَعَثَ إِلَيْهِ مَنْ يَسْمَعُ، وينهي إليه [أو خرج إليه]<sup>(١)</sup>، وسمعه، وَيَتَعَيَّنُ ذَلِكَ إِذَا قَالَ الْكَافِرُ: لا أُوَدِّي الرِّسَالَةَ إِلَّا مُشَافَهَةً، فَإِنْ جَاءَ وَاحِدٌ لِيُنَاطِرَهُ وَيَسْلَمَ خَرَجَ إِلَيْهِ مَنْ يَسْمَعُ كَلَامَهُ، وَيَسْلَمُ ثُمَّ يَدْخُلُ، وَإِنْ حَمَلَ مِيرَةً خَرَجَ إِلَيْهِ الرَّاعِبُونَ فِي الشَّرَاءِ.

وإن كان لِدُمِّي مَالٌ فِي الْحَرَمِ، أَوْ دِينَ عَلَى إِنْسَانٍ، وَكُلُّ مُسْلِمًا يَأْخُذُهُ، وَيُدْفَعُهُ إِلَيْهِ. وَإِنْ بَدَلَ الْكَافِرُ عَلَى الدُّخُولِ مَالًا لَمْ يُجِبْهُ الْإِمَامُ إِلَيْهِ، فَإِنْ فَعَلَ فَالضُّلْحُ فَاسِدٌ، وَإِنْ دَخَلَ أَخْرَجَ، وَثَبِتَ الْعَوَضُ الْمُسَمَّى، بِخِلَافِ مَا فِي الْإِجَارَاتِ الْفَاسِدَةِ، حَيْثُ يَثْبِتُ فِيهَا أُجْرَةُ الْمِثْلِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ اسْتَوْفَى الْعَوَضَ، وَلَيْسَ لِمِثْلِهِ أُجْرَةٌ، وَإِنْ دَخَلَ، وَلَمْ يَنْتَهَ إِلَى الْمَوْضِعِ الْمَشْرُوطِ، وَجِبَتْ الْحِصَّةُ مِنَ الْمُسَمَّى.

ولو دخل كافر من غير إذن الإمام، أُخْرِجَ، وَعُزِّرَ إِنْ كَانَ عَالِمًا، وَإِنْ مَاتَ فِيهِ كَافِرٌ لَمْ يُدْفَنَ فِيهِ، وَإِنْ دَفِنَ نُبِشَ قَبْرُهُ، وَأَخْرَجَ، وَإِنْ تَقَطَّعَ تَرِكَ.

وفي «البحر» وَجْهٌ آخَرٌ: أَنَّهُ يُجْمَعُ عِظَامُهُ إِنْ أَمَكْنَ وَيُخْرَجُ، وَهَذَا مَا أَوْرَدَهُ الْإِمَامُ، وَبِالْأَوَّلِ أَجَابَ أَكْثَرُهُمْ جَمِيعًا. وَإِنْ مَرِضَ فِي الْحَرَمِ، لَمْ يُمَرَّضْ فِيهِ، بَلْ يَنْقَلُ وَإِنْ خِيفَ مِنَ الثَّقَلِ مَوْتُهُ. وَإِنْ مَرِضَ كَافِرٌ فِي «الْحِجَازِ» خَارِجَ الْحَرَمِ قَالَ فِي «التَهْدِيبِ»<sup>(٢)</sup>: نَظَرُ إِنْ تَمَكَّنَ مِنَ الْإِنْتِقَالِ مِنْ غَيْرِ أَنْ تَنْظُمَ الْمَشَقَّةَ عَلَيْهِ، كُتِفَ الْإِنْتِقَالَ، وَأَنْ خِيفَ عَلَيْهِ الْمَوْتُ، تَرَكَ إِلَى أَنْ يَبْرَأَ، وَإِنْ لَمْ يَخَفِ الْمَوْتَ، وَلَكِنْ كَانَ يَتَأَلَّهُ مَشَقَّةً عَظِيمَةً، فَفِيهِ وَجْهَانِ، وَحُكْمُ بَأْنِ أَصْحَمَا الْإِنْتِقَالَ، وَجَوَابُ عَامَةِ الْأَصْحَابِ خِلَافَهُ.

فإن مات في «الحجاز» وتعدّر نقله، فَيُدْفَنُ فِيهِ، وَلَفْظُ الْإِمَامِ أَنَا نُوَارِيهِ مُوَارَاةَ الْجَيْفِ، وَإِنْ كَانَ فِي طَرَفِ «الْحِجَازِ» نَقَلَ لِسُهُولِيَّتِهِ.

وأطلق أكثرهم أنه يُدْفَنُ فِيهِ، وَقَالُوا: إِذَا جَارَ تَرَكَهُ فِي «الْحِجَازِ» لِلْمَرَضِ، فَلِلْمَوْتِ أَوْلَى، لَكِنْ الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا ظَاهِرٌ، وَفَرَّقُوا بَيْنَ أَنْ يَمُوتَ [فِي الْحَرَمِ] وَبَيْنَ أَنْ يَمُوتَ<sup>(٣)</sup> خَارِجَ الْحَرَمِ مِنْ «الْحِجَازِ»؛ لِأَنَّ دُخُولَ «الْحِجَازِ» جَائِزٌ لَهُ لِتِجَارَةٍ وَغَيْرِهَا بِعُدْرِ فَسَمَحَ، وَدُخُولَ الْحَرَمِ غَيْرُ جَائِزٍ بِحَالٍ.

(٢) في ز: النهاية.

(١) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

وفي «التهذيب» تفصيل جيّد، وهو أنه إن أمكن نَقْلُهُ، قبل أن يَتَغَيَّرَ نقل، ولم يُدْفَنَ فيه، وإن خيف عليه التغير دفن لِلضَّرُورَةِ. وإذا دفن فيه، فهل يُنْبَسُ قَبْرُهُ، ويخرج عند التمكن؟ فيه وجهان، نقلهما الإمام.

والظاهر: المنع، ولم يُورِدِ الْمُعْظَمُ سِوَاهُ وإذا قلنا به، فقد قَالَ الإمام: لا يَبْعُدُ عندنا أَلَّا يُرْفَعَ نَعْشُ قَبْرِهِ.

وقوله في الكتاب: «وأما مَكَّة» الحكم لا يَخْتَصُّ بـ «مكة»، بل البلدة وما حَوْلَهَا من الْحَرَمِ وَاحِدٌ فِي الْحُكْمِ، ولا يلتحق حَرَمُ «المدينة» في ذلك بِحَرَمِ «مكة» لكن اسْتَحْسَنَ الرُّوْيَانِيُّ فِي «الْبَحْرِ» أن يخرج منه إذا لم يَتَعَدَّرِ الإِخْرَاجُ، ويدفن خَارِجَهُ.

وقوله: «فيمنع الاجتياز بها» [مَعْلَمٌ بِالْحَاءِ؛ لأن<sup>(١)</sup>] عند أبي حَنِيْفَةَ يجوز لِلْكَافِرِ دخول الْحَرَمِ، وإن لم يمكنه فيه مُدَّةُ المسافرين.

وقوله: «إن مرض على طرف الْحِجَازِ» التقييد بِالطَّرَفِ غير مُخْتِاجٍ إِلَيْهِ، فيما إذا خِيفَ موته من الثَّقَلِ، ولا يناسب ما إذا شقَّ، فَإِنَّ كَوْنَهُ عَلَى الطَّرَفِ لِلسَّهُولَةِ أَقْرَبُ كَمَا مَرَّ. ولو قال: «إن مَرِضَ فِي «الحجاز»، ثم قال: «ولا فإن كان على طَرَفِ «الحجاز» كان أَحْسَنَ. ثم قوله: «أو<sup>(٢)</sup> شق ترك حتى يَبْرَأَ» يُوَافِقُ مَا أَجَابَ بِهِ عَامَّةُ الْأَصْحَابِ؛ لا ما اخْتَارَهُ الإمام، ويجوز أن يُعْلَمَ بِالوَاوِ.

وقوله: «ولم يَشُقُّ نَبْشُهُ» بَيَّنَّ تَخْصِيصَ الْوَجْهِينِ بِهَذِهِ الْحَالَةِ، فَإِنَّ شَقَّ، لم يجب بلا خِلَافٍ.

القِسْمُ الثَّانِي: غير «الحجاز» من بلاد الإسلام، فيجوز تَقْرِيرُ الْكُفَّارِ فِيهَا بِالْجِزْيَةِ، ولكل كافر أن يَدْخُلَهَا بِالْأَمَانِ، وإذا اسْتَأْذَنَ كَافِرٌ فِي الدَّخُولِ، فلا يجوز له من غير حَاجَةٍ؛ لأنه لا يُؤْمَنُ أَنْ يَتَجَسَّسَ، أو يَطَّلِعَ عَلَى عَوْرَةٍ، وَيَتَوَلَّدَ مِنْ أَطْلَاعِهِ فَسَادٌ أو يفتك بمسلم، ويؤذَنُ إذا كان في دخوله مَنَفَعَةٌ لِلْمُسْلِمِينَ، كما إذا كان يَدْخُلُ لِلرَّسَالَةِ، وَلِعَقْدِ ذِمَّةٍ، أو هُدْنَةٍ، وإن كان يَدْخُلُ لِتِجَارَةٍ، فَلِلْإِمَامِ أَنْ يَأْذَنَ لَهُ، إذا رَأَاهُ<sup>(٣)</sup>، ويأخذ

(١) سقط في ز.

(٢) في ز: إذا.

(٣) قال في الخادم: قضيته أن الإذن في دخول دار الإسلام من وظائف الإمام دون الآحاد وقد صرح بخلافه قبيل باب الجزية نقلاً عن البحر فقال فيه إن من أمن كافراً فقال أمنتك في جميع بلاد الإسلام، كان آمناً في جميعها سواء في الإمام وغيره، وإن قال أمنتك في بلد كذا كان آمناً فيه، وإن أطلق فإن كان الإمام كان آمناً في جميع بلاد الإسلام، وإن كان والي الإقليم كان آمناً في محل ولايته، وإن كان من الآحاد اقتصر الأمان على الموضوع الذي يسكنه المؤمن. انتهى. ولم يحك خلافه وكذا قال في أول هذا الباب إذا وجدنا كافراً بدار الإسلام فقال: دخلت بأمان مسلم صدق في دعواه وبالأول صرح كثير من العراقيين فقالوا: ليس لأهل الحرب دخول دار الإسلام =



من مَالٍ تَجَارَتِهِ شَيْئاً، على ما سيأتي، وإذا دخل لبعض هذه الأعراض، فليكن مُكْتَهُ بقدر الحاجة، وليس للكافر أن يدخل مساجد هذه البلاد، بغير إذن، ولا يؤذَنُ في دخولها للأكل والثوم؛ لأنه لا يؤمن من الاستيهانة، والمسلم لا يمنع من دخوله لذلك، ويؤذَنُ في دخولها لِسَمَاعِ الْقُرْآنِ والحديث والعلم.

وَأَلْحَقَ الرُّوْيَانِيُّ بهذه الأعراض الدُّخُولَ لِحَاجَتِهِ إِلَى مُسْلِمٍ، أو حَاجَةٍ مُسْلِمٍ إِلَيْهِ، وإذا دخل بغير إذن، فإن كان جاهلاً عَرَفَ، وإن كان عالماً عَزَرَ.

وفي وجهه: أنه لا يُعَزَرُ، إن لم يشرط عليه ألا يدخل إلا بإذن.

وجُلُوسُ الْقَاضِي لِلْحَكْمِ فِي الْمَسْجِدِ إِذْنٌ لِلْكَافِرِ فِي الدُّخُولِ إِذَا كَانَ لَهُ حُصُومَةٌ، وهل يفرق بين أن يكون جُنْبًا، أو غَيْرَ جُنْبٍ؟ فيه وجهان مذكوران في «الصلاة».

والأشهر: أن إِذْنَ أَحَادِ الْمُسْلِمِينَ كَافٍ فِي دُخُولِ الْمَسَاجِدِ.

وذكر الروياني: أن في «جمع الجوامع» لا يُعْتَبَرُ الإِذْنُ فِي دُخُولِهَا، إِلَّا مِنْ السُّلْطَانِ، كما يُعْتَبَرُ فِي إِقَامَةِ الصَّلَاةِ فِيهَا إِذْنُهُ، وفي مساجد القبائل والمحال وجهان متقولان عن «الحاوي».

أحدهما: أن الْمُعْتَبَرَ إِذْنُ مَنْ لَهُ أَهْلِيَّةُ الْجِهَادِ، لما يَتَعَلَّقُ بِهِ مِنْ حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى.

وأظهرهما: أنه يكفي إِذْنُ مَنْ يَصِحُّ أَمَانُهُ، وإذا قدم وَقَدْ مِنَ الْكُفَّارِ، فالأولى أن [ينزلهم] <sup>(١)</sup> الإمام في فُضُولِ مَسَاكِينِ الْمُسْلِمِينَ، أو دَاراً مُهَيَّئَةً لِدَلِّكَ، فإن لم يَتَسَرَّ، فله إِنْزَالُهُمْ فِي الْمَسَاجِدِ <sup>(٢)</sup>، ويجوز تَغْلِيمُهُمُ الْقُرْآنَ، إِذَا رُجِيَ إِسْلَامُهُمْ، ولا يجوز إِذَا خِيفَ مِنْهُمْ الِاسْتِخْفَافُ، وكذا الْقَوْلُ فِي تَغْلِيمِ الْفِقْهِ وَالْكَلامِ، وأخبار النَّبِيِّ - ﷺ -، ولا يُمْنَعُونَ مِنْ تَعَلُّمِ الشُّعْرِ وَالنُّحُورِ.

قال الروياني؛ ومنع بعض الفقهاء منه كَيْلًا يَتَطَاوَلُوا بِهِ عَلَى مَنْ لَا يُحْسِنُهُ مِنَ الْمُسْلِمِينَ. ومن دخل منهم لِرِسَالَةٍ، أو تِجَارَةٍ، لم يكن لهم إِظْهَارُ الْخَمْرِ وَالخِنْزِيرِ، ولا يَأْذَنُ لَهُ الْإِمَامُ فِي حَمَلِهَا إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ.

= من غير إذن الإمام منهم سليم في المجرى وصاحب البيان والجرجاني في الشافعي وغيرهم. وقال في البحر في كتاب الجزية: لا يجوز للحربي دخول دار الإسلام بغير إذن الإمام واجتهاده، ونقل في الكفاية في باب الهدنة عن الأصحاب أنه لا يجوز للأحاديث الإذن في دخول بالتجارة والزيارة. وينبغي الجمع بين الكلامين بحمل المذكور هناك على ما إذا وجدته في دار الإسلام وأمنه، والمذكور هنا على ما إذا كان خارجاً عنها وأذن له في الدخول، فهو من خصائص الإمام. انتهى كلامه في الخادم.

(٢) في أ: المسجد.

(١) في ز: يبين لهم.

وعن أبي حنيفة - رحمه الله - أن لهم إظهار خُمورِهِمْ وخنازيرِهِمْ.

قال الغزالي: (الرُّكْنُ الْخَامِسُ فِي مِقْدَارِ مَا يَجِبُ عَلَيْهِمْ) وَوَجِبَاتُهُمْ خَمْسَةٌ: (الْأَوَّلُ الْجِزْيَةُ) وَأَقْلَهُ دِينَارٌ \* وَيُتَخَيَّرُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ اثْنَيْ عَشَرَ دِرْهَمًا نُقْرَةً \* وَلِلْإِمَامِ أَنْ يُمَآكِسَ بِالزِّيَادَةِ مَا شَاءَ \* فَإِنْ لَمْ يَبْذُلْ إِلَّا الدِّينَارَ وَجِبَ الْقَبُولُ \* وَيَسْتَوِي الْفَقِيرُ (ح) وَالْغَنِيُّ \* وَإِنْ قَبِلَ الزِّيَادَةَ ثُمَّ عَلِمَ أَنَّهَا غَيْرُ وَاجِبَةٍ لَمْ يَنْفَعُهُ كَالشِّرَاءِ بِالْغَنِيِّ إِلَّا أَنْ يَنْبِذَ الْعَهْدَ ثُمَّ يَرْجِعَ إِلَى بَذْلِ الدِّينَارِ \* وَلَوْ أَسْلَمَ أَوْ مَاتَ بَعْدَ مُضِيِّ السَّنَةِ اسْتَوْفَى (ح) \* وَلَوْ اجْتَمَعَ عَلَيْهِ جِزْيَةُ سَنَتَيْنِ لَمْ تَتَدَاخَلَ (ح) \* وَلَوْ مَاتَ فِي أَثْنَاءِ السَّنَةِ طُولَبَ بِقِسْطِهِ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ \* وَلَا يُطَالَبُ فِي أَثْنَاءِ السَّنَةِ إِنْ لَمْ يَمُتْ \* وَتَقْدَمُ الْجِزْيَةُ فِي تَرْكِيهِ عَلَى وَصَايَاهُ وَعَلَى دُيُونِهِ \* وَقِيلَ: يُبْنَى عَلَى حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى وَحَقِّ الْآدَمِيِّ.

قال الرافعي: عَدَّ مَا يَجِبُ عَلَى أَهْلِ الذِّمَّةِ خَمْسَةَ أُمُورٍ:

أحدها: الْجِزْيَةُ الَّتِي عَقِدَتْ بِهَا الذِّمَّةُ، وَفِيهِ مَسَائِلُ:

إحداها: أَقْلُ الْجِزْيَةِ دِينَارٌ لِكُلِّ سَنَةٍ، فَلَا تَقْرِيرَ لِمَا دُونَهُ؛ لِحَدِيثِ مُعَاذٍ - رَضِيَ اللَّهُ

عَنْهُ - إِذْ قَالَ لَهُ النَّبِيُّ - ﷺ -: «حُذِّ مِنْ كُلِّ حَالِمٍ دِينَارًا».

وذكر الإمام أن الأقل دينار، أو اثنا عشر درهماً مضكوكة من النقرة الخالصة، وأن الدينار في القواعد يقابل بعشرة، إلا في الجزية، فإنه يقابل باثني عشر درهماً؛ لأن عمر - رضي الله عنه - قضى بذلك<sup>(١)</sup>، وهذا ما ذكره صاحب الكتاب؛ لأن الإمام يتخير بين الدينار والدرهم.

قال الإمام: ورأيت في كلام الإمام ما يدل على أن الأضل في الجزية الدينار، ولا يقبل الدرهم إلا بالسفر والقيمة.

كما أنا نجعل أضل نصاب السرقه ربع دينار، وتقوم النقرة بالذهب كالسبع، وهذا قضية ظاهر الخبر، وقضية المظفور به في كتب عامة الأصحاب، فإنهم اقتصروا على ذكر الدينار، وسكتوا عن الدرهم، ولا يجب على الإمام أن يخيرهم [بأقل ما]<sup>(٢)</sup> عليهم، ويستحب أن يماكس الإمام حتى يأخذ من المتوسط دينارين، ومن الغني أربعة دنانير، وذكر الإمام أن مواضع المماكسة ما إذا لم يعلم الكافر جواز الاقتصار على الدينار، فإن علم بطلت الزيادة استباحة. فإن امتنعوا من بذل الزيادة على الدينار، وجب قبوله، وتقديرهم، ويستوي فيه الغني والفقير؛ لأن النبي - ﷺ - لم يفرق في

(٢) في ز: على أقلها.

(١) تقدم.

حديث مُعَاذٍ - رضي الله عنه - بين الغنيّ والفقير .

وروي أنه - ﷺ - أخذ من مَجُوسٍ «هَجَرَ» ثلاثَ مائة دينار، وكانوا ثلاثمائة نَقْرٍ<sup>(١)</sup>، ومعلوم أنهم كانوا يَتَفَاوَتُونَ في الفقر والغنى . وعند أبي حنيفة التفاوت مُسْتَحَقٌّ، فَيُضْرَبُ على الغني ثمانية وأربعون دِزْهَمًا، وعلى المُتَوَسِّطِ أَرْبَعَةٌ وعشرون، وعلى الفقير الكَسُوبِ اثنا عشر، كذلك ضَرَبَ عمر - رضي الله عنه - على الطَّبَقَاتِ<sup>(٢)</sup> .

وفي «النهاية» أن أبا حنيفة يُوجِبُ على الغنيّ أَرْبَعَةَ دِنَانِيرٍ، [وعلى المتوسط دينارين، وعلى الفقير دِينَارًا]<sup>(٣)</sup> أو عشرة دَرَاهِمٍ، وجعل الدينار بعشرة دَرَاهِمٍ، ويُرْوَى عنه أنه يُؤَخَذُ من أهلِ الذَّهَبِ الذَّهَبُ، ومن أهلِ الوَرِقِ الوَرِقُ .

وعن أحمد روايتان:

إحدهما: كقول أبي حنيفة، والأخرى أن قَدَرَ الجِزْيَةَ يتعلَّقُ بِرَأْيِ الإمام، وله أن يُقَرَّرَ بما دون الدِّينَارِ .

ولِيُعْلَمَ لما ذكرنا قوله في الكتاب: «أقله دِينَارٌ» بالحاء والميم والألف، وكذا قوله: «ويستوي الفقير والغني» .

وإذا عَقِدَتِ الذُّمَّةُ مع جَمَاعَةٍ، على أكثر من دِينَارٍ، وقبلوا، ثم عرفوا أن الزِّيَادَةَ غَيْرُ لَازِمَةٍ لهم، لزمهم الوَفَاءُ بِالْمُلْتَزَمِ، كمن اشْتَرَى شَيْئًا بِأَكْثَرِ من ثَمَنِ المِثْلِ، فإن امْتَنَعُوا من الزِّيَادَةِ، قال في «التهذيب»: فيه وجهان:

أحدهما: أنه يُقْتَضَى منهم بالدِّينَارِ، كما يجوز اِبْتِدَاءُ العَقْدِ عليه .

وأصحهما: أنهم نَاقِضُونَ لِلْعَهْدِ بذلك، كما امتنعوا من أداءِ أَصْلِ الجِزْيَةِ، وحيثئذ فيبلغون المَأْمَنَ، أو يقتلون؟

فيه قولان، نذكرهما من بَعْدُ، فإن بلغناهم المَأْمَنَ، فعادوا، وطلبوا العَهْدَ بدِينارٍ، أجبوا عليه، والذي أَطْلَعَهُ الإمامُ، وصاحب الكتاب أنه إذا قبل الزِّيَادَةَ، ثم نَبَذَ العَهْدَ إلينا لا يُغْتَالُ، وإذا طلب تَجْدِيدَ العَقْدِ بالدِينارِ، لزم إِسْعَافُهُ، ثم إن كان التَّبَدُّلُ بعد مُضِيِّ سَنَةٍ، لزمه ما التزم بِتَمَامِهِ، وإن كان في أَثْنَاءِ السَّنَةِ، لزمه لما مضى قَسْطُ ما التَّزَمَ؛ تَقْرِيحًا على الصَّحِيحِ، فيما إذا مَاتَ الذَّمِيُّ في أَثْنَاءِ السَّنَةِ .

«فرع عن نَصِّهِ» أن الإمام لو شَرَطَ على قوم أن على فقيرِهِم دِينَارًا، وعلى المُتَوَسِّطِ دِينَارَيْنِ، وعلى الغني أَرْبَعَةَ دِنَانِيرٍ، جاز . والاعتبار في هذه الأحوالِ بوقت

(٢) تقدم .

(١) تقدم .

(٣) سقط في ز .

الأخذ، لا يوقف العقْد، ولا بما يطرأ من بعد، فإذا قال بعضهم: أنا فقير، أو متوسط، قبل قوله، إلا أن يضم البيّنة على خلافه.

الثانية: لو مات، أو أسلم بعد انقضاء السنّة، لم تسقط الجزية كسائر الديون بعد، بل تؤخذ منه بعد الإسلام، ومن التركة في صورة الموت.

وعند أبي حنيفة تسقط، ويروى مثله عن أحمد.

وقال مالك: تسقط بالإسلام دون الموت، ولو مضت سنتان أو سنون، ولم يؤدّ جزيتها، أخذت، ولم تتداخل كسائر الديون وقال أبو حنيفة: تتداخل، ولو مات، أو أسلم في أثناء السنّة فهل يؤخذ قسط ما مضى من الجزية؟ فيه قولان:

أحدهما: لا؛ لأنه مال يراعى فيه الحول، فيسقط بالموت في خلال الحول كالزكاة، وكما لو مات واحد من العاقلة في الحول.

وأصحهما: نعم؛ لأنها تجب بالمساكنة، وإذا سكن بعد المدة، وجب قسطه كالأجرة، ومنهم من قطع بالقول الأول.

وعن أبي إسحاق الثاني، وعن القاضي ابن كجّ تخصيص القطع بالوجوب بصورة [الموت]<sup>(١)</sup>.

والظاهر: طريقة القولين، وبيّن أن الحول في الجزية مضروب للوجوب كالزكاة، أو يتعلّق الوجوب بأول الحول، والمدة مضروبة للأداء، وإن قلنا بالأول لم يجب قسط ما مضى، وإن قلنا بالثاني وجب.

قال الإمام: واختلقت عبارة الأصحاب في إضافة الوجوب إلى أول السنّة، فمن قائل: يجب الجمع بأول السنّة، ثم الاستقرار على التدرّج، ومن قائل: إنها تجب [شيئاً فشيئاً]<sup>(٢)</sup>، وحكى تفرّيعاً على أنه يجب قسط ما مضى وجهين في أنه هل للإمام أن يطالبه في خلال السنّة بقسط ما مضى، وقال: الظاهر المنع؛ اتّباعاً لسيّرة الأولين، ويقرب من هذا ما في «التهديب»: أنه هل يجوز للإمام أن يشترط تعجيل الجزية؟ فيه وجهان:

وجه الجواز إلحاقها لها بالأجرة، وليعلم لما تبيّن قوله في الكتاب: استوفى بالحاء والميم والألف، ويجوز إبعاد هذه العلامات على قوله: «طولب بقسطه، وأن من يسقط الجزية. إذا طرأ الإسلام، أو الموت بعد تمام الحول يسقطها إذا طرأ في خلال الحول بطريق الأولى، وليعلم قوله على أحد القولين بالواو لطريقتي القطع.

وقوله: «لم يتداخل» معلّم بالحاء، وقوله: «لا يطالب» بالواو.

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

الثالثة: إذا مات الذَّمِّيُّ، وبقيت الجزية عليه، أخذت من تركته، وتقدم على الوصايا، وحقوق الورثة، كسائر الديون، وإن اجتمع معها ديون للناس فطريقان:

أحدهما: أنها كديون الناس، فيوفى الكل، إن وقَّت التركة، وإلا ضارَب الإمام مع الغرماء بالجزية.

والثاني: - وهو المذكور في «التهذيب» وغيره -: أنه على الأقوال الثلاثة في اجتماع حق الله - تعالى - وحق الأدمي، كما مرَّ في «الزكاة» في قول: يقدم حق الله تعالى، وفي آخر: يقدم حق الأدمي.

وفي الثالث: يسوى بينهما، وبني الطريق على اختلاف الأصحاب - نقله الإمام - في أن الجزية ينحى بها نحو حقوق الله - تعالى - كالزكاة، أو نحو حقوق الأدميين؛ لأنها ليست من [القرب] <sup>(١)</sup>، ومضرفها [المرتزقة] <sup>(٢)</sup> والظاهر: التسوية بينهما وبين الديون، وإن ثبت الخلاف، وهو المنصوص عليه، وقوله في الكتاب، وتقدم الجزية على وصاياها وديونها، وقيل: يبنى على أقوال اجتماع حق الله - تعالى - وحق الأدمي في تقديمها على الوصايا، لا خلاف فيه، وإنما الخلاف فيها مع الديون، ثم لفظ الكتاب يقتضي إثبات طريقين:

أحدهما: الجزم بتقديم الجزية.

والثاني: جعلهما على الأقوال، وهذا مغدود من سبق القلم، وقد وقع في «الوسيط» مثله. ولا صائر إلى القطع بتقديم الجزية، ولا وجه له، وإنما أحد الطريقين التسوية، والثاني إثبات الأقوال، والله أعلم.

قال العزالي: (الثاني: الضيافة) فللإمام أن يوظف عليهم ضيافة الطارقين من المسلمين بشرط أن يذكر عدد الضيف وطعامه وأدميه وجنسه وقدر علفه ومنزله ومدة مقامه \* ولا يزيد على ثلاثة أيام \* ويجعل عدد الضيفان على الغني أكثر \* ولا يفرق بين الغني والفقير بحسب الطعام \* ثم ذلك محسوب لهم من الدينار \* فإن نقص وجب الإتمام \* ويجوز إبدالها بالدينار دون رضاهم لكن الدينار بدل يختص (ح) بأهل الفئ \* والضيافة لا تختص \* وقيل: ليست الضيافة بدل الدينار بل هي زيادة متصلة \* ولا تبدل بالدينار بغير رضاهم.

قال الرافعي: يجوز، بل يستحب للإمام، إن أمكنه أن يشترط على أهل الذمة، إن

(٢) في ز: المدبرة.

(١) في ز: العرب.

صُولِحُوا فِي بَلَدِ ضِيَاةٍ مِنْ يَطْرُقُهُمْ وَيَمُرُّ بِهِمْ مِنَ الْمُسْلِمِينَ؛ لَمَا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ -  
صَالِحَ أَهْلِ «أَيْلَةَ» عَلَى ثَلَاثِمِائَةِ دِينَارٍ، وَكَانُوا ثَلَاثِمِائَةَ رَجُلٍ، وَعَلَى ضِيَاةٍ مِنْ يَمُرُّ بِهِمْ  
مِنَ الْمُسْلِمِينَ<sup>(١)</sup>، وَيُرْوَى ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَيْضاً وَيُرْوَى أَنَّهُ وَضَعَ عَلَى  
أَهْلِ الذَّهَبِ أَرْبَعَةَ دَنَائِرٍ وَعَلَى أَهْلِ الْوَرِقِ ثَمَانِيَةَ وَأَرْبَعِينَ، وَضِيَاةٌ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ لِكُلِّ مَنْ مَرَّ  
بِهِمْ مِنْ<sup>(٢)</sup> الْمُسْلِمِينَ، وَأَيْضاً فِيهِ مَصْلِحَةٌ ظَاهِرَةٌ لِقُرَّاءِ الْمُسْلِمِينَ، وَالْأَغْنِيَاءِ بِهِمْ أَيْضاً،  
فَإِنَّهُمْ قَدْ لَا يَبِيعُونَ مِنْهُمْ الطَّعَامَ وَالْعَلْفَ، فَإِذَا شَرِطَتْ عَلَيْهِمْ بَادَرُوا إِلَى الْبَيْعِ خَوْفاً مِنْ  
أَنْ يَنْزَلَ عِنْدَهُمْ، وَالظَّاهِرُ الْمَشْهُورُ أَنَّ شَرْطَةَ الضِّيَاةِ يَجُوزُ لِجَمِيعِ الطَّارِقِينَ، وَلَا  
تَخْتَصُّ بِأَهْلِ الْفَيْءِ عَلَى مَا دَلَّ عَلَيْهِ لَفْظُ الْخَبَرِ وَالْآثَرِ، وَنَقَلَ الرَّوْيَانِيُّ أَنَّهُ إِذَا شَرِطَ  
الضِّيَاةُ لِغَيْرِ أَهْلِ الْفَيْءِ مِنَ التِّجَارِ، فَإِنْ قَلْنَا: إِنَّهَا تَشْتَرِطُ مَعَ الدِّينَارِ، فَيَجُوزُ، وَإِنْ  
[جَعَلْنَاهَا مِنْ] الدِّينَارِ، فَلَا يَجُوزُ، وَهَذَا أَضَلُّ نَذَرَهُ عَلَى الْإِتِّصَالِ، وَذَكَرَ وَجْهَيْنِ: فِي  
أَنَّ الضِّيَاةَ زِيَادَةٌ عَلَى الْجِزْيَةِ مَقْصُودَةٌ فِي نَفْسِهَا، أَوْ هِيَ مَحْسُوبَةٌ مِنَ الْجِزْيَةِ، وَالْأَظْهَرُ  
وَالْأَشْهَرُ مِنْهُمَا أَنَّهَا لَيْسَتْ مِنَ الْجِزْيَةِ، بَلْ يَشْتَرِطُ أَنْ تَكُونَ وَرَاءَ أَقْلِ الْجِزْيَةِ، كَمَا مَرَّ،  
وَأَيْضاً فَالْتَّمِيلُكَ يَجِبُ فِي الْجِزْيَةِ، وَالضِّيَاةُ مَبْنِيَّةٌ عَلَى الْإِبَاحَةِ، وَلِذَلِكَ لَا تُجْزَى  
التَّغْذِيَةُ، وَالتَّعْشِيَةُ فِي الْكُفَّارَةِ.

والثاني: ونسبه الروياني إلى كثير ممن يُعْتَرُّ بِهِ<sup>(٣)</sup> من الأَصْحَابِ، وَنَظَّمَ الْكِتَابَ  
يَقْتَضِي تَرْجِيحَهُ أَنَّهَا مَحْسُوبَةٌ مِنَ الْجِزْيَةِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ عَلَى أَهْلِ الذَّمَّةِ إِلَّا الْجِزْيَةُ، وَوَجْهُهُ  
الإمام بأن المتبع في الضِّيَاةِ رَأْيُ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -، وَإِنْ لَمْ يَطَالِبْهُمْ بِالْجِزْيَةِ مَعَ  
الضِّيَاةِ، وَمَا ذَكَرْنَاهُ، أَوْلاً تَنَازَعُ فِي الْمَقْدَمَتَيْنِ جَمِيعاً.

وعلى الوجه الثاني: إن علم في آخر السنة أن ما أنفقوه لا ينقص عن دينارٍ لكل  
حالمٍ، فذاك، وإلا نُظِرَ، فَإِنْ نَقَضَ، فَعَلَيْهِمْ تَبِيئَةُ الدِّينَارِ. وَإِذَا قَلْنَا: إِنَّهَا وَرَاءَ الْجِزْيَةِ،  
فَإِذَا قَبِلُوهَا؛ لَزِمَهُمُ الْوَفَاءُ، وَجَرَتْ هِيَ مُجْرَى قُبُولِ الزِّيَادَةِ عَلَى الدِّينَارِ، وَإِنْ شَرِطَتْ  
الضِّيَاةُ عَلَيْهِمْ، ثُمَّ رَأَى الإِمَامُ نَقْلَهَا إِلَى الدَّنَائِيرِ، دُونَ رِضَاهُمْ، فَوَجْهَانِ:

أحدهما: أَنَّهُ يَجُوزُ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ الدَّنَائِيرُ.

وأولاهما: الْمَنْعُ؛ لِأَنَّ الضِّيَاةَ [قَدْ تَكُونُ أَهْوَنَ عَلَيْهِمْ، وَرَأَى الإِمَامُ بِنَاءَ الْخِلَافِ  
عَلَى أَنَّ الضِّيَاةَ]<sup>(٤)</sup> مَحْسُوبَةٌ مِنَ الدِّينَارِ، أَوْ هِيَ وَرَاءَهُ إِنْ قَلْنَا بِالْأَوَّلِ، فَلَهُ الرُّدُّ إِلَى

(١) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ [١٩٥/٩] مِنْ طَرِيقِ الشَّافِعِيِّ [٤٢٧] عَنْ إِبْرَاهِيمَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ أَبِي يَحْيَى عَنْ أَبِي  
الْحَوِيثِ بِهِ مَرْسَلاً، وَزَادَ: وَأَنْ لَا يَغْشَوْا مُسْلِماً، قَالَ وَإِنَّا إِبْرَاهِيمَ عَنْ إِسْحَاقَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ أَنَّهُمْ  
كَانُوا ثَلَاثِمِائَةَ.

(٢) فِي ز: قَلْنَا: أَنَّهُ مَعَ.

(٣) فِي أ: مِنْ نَصْرَتِهِ.

(٤) سَقَطَ فِي ز.

الأصل، وإلا احتاج إلى رضاهم، ثم إذا رُدَّت إلى الدنانير، فبقى للمصالح العامة، أو تَخْتَصُّ بأهل الفَيْء؟ فيه [وجهان: وجه التَّخْصِص] <sup>(١)</sup> وهو الأظهرُ أن القِيَّاسَ في الضِّيَافَةِ هو الاختِصاصُ أيضاً؛ لأن الحَاجَةَ اقتضت التَّعْمِيمَ، فإذ ردت إلى الأصل نَبَتِ الاختِصاصُ، كما في الدِّينَارِ المَضْرُوبِ ابتداءً.

وقوله في الكتاب: «ولكن الدينار يَخْتَصُّ بأهل الفَيْء» يعني الدِّنانِيرَ المَرْدُودَةَ إليها الضِّيَافَةُ، على ما هو مُبَيَّنٌ في «الوسيط»، ويجوزُ إِغْلَامُهُ بالواو للوجه الآخر، ويجوز أن يُعَلَّمَ أيضاً. قوله: «والضيافة لا تَخْتَصُّ» بالواو؛ لما نقله الروياني.

ويشترط الضِّيَافَةُ على العَنِيِّ والمُتَوَسِّطِ، فأما الفقير، فيحصل مما ذكر وجهان أشبههما، وهو الذي أوردَهُ صَاحِبُ «التهذيب» <sup>(٢)</sup> والقاضي الرُّويَانِيُّ: أنها لا تُشْتَرَطُ عليه؛ لأن الضِّيَافَةَ تَتَكَرَّرُ، فلا يَتَيَسَّرُ له القِيَّامُ بها.

والثاني: ويحكى عن الشيخ أبي مُحَمَّدٍ - يشترط كالجزية [وحسن ما ذكره صاحب «التهذيب»، وهو الاشتراطُ على المُعْتَمَلِ، دون غير المعتمل] <sup>(٣)</sup> ويمكن أن يُبَيَّنَ الخِلافُ على أن الضِّيَافَةَ تحسب من الجزية، إن قلنا: إنَّها من الجزية يشترط عليه، وإن قلنا: إنَّها زَائِدَةٌ عليها فلا، ويشبه أن يُقَالَ: إن جعلناها من الجزية، فلا يزداد ما ينفقه على دِينَارٍ.

إذا تَقَرَّرَ ذلك، فقد شَرَطُوا أن يَتَعَرَّضَ الإمامُ عند اشتراط الضِّيَافَةِ عليهم لأمر. منها: أن يُبَيَّنَ عَدَدَ أيام الضِّيَافَةِ في الحَوْلِ من مائة [يوم] <sup>(٤)</sup> وأكثر أو أقل، وفي «البحر»: أنه لو لم يذكر عَدَدَ أيام الضِّيَافَةِ في الحَوْلِ، واقتصر على ذِكْرِ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ مَثَلًا عند قُدُومِ كُلِّ قَوْمٍ، فيه وجهان:

إن جعلناها أصلاً كالدِّينَارِ، لا يجوز، وإلا فيجوز.

ومنها: أن يُبَيَّنَ عَدَدَ الضِّيَفَانِ، والفُرْسَانِ منهم والرَّجَالَةِ.

وعن «الحاوي» أن التَّعَرُّضَ لعدد الضِّيَفَانِ، إنما يشترط إذا جعلنا الضِّيَافَةَ من الجزية، فأما إذا جعلناها وَرَاءَ الجزية، فيجوز ألا يُبَيَّنَ عَدَدَ الضِّيَفَانِ ويساوي بينهم في عَدَدِ الضِّيَفَانِ وأن تَسَاوَوْا في الجزية، كذلك حكاه صَاحِبُ «البيان» وغيره، وإن تَفَاوَتْ، فإوت بينهم في الضِّيَافَةِ أيضاً، فيجعل على الغني ضِّيَافَةَ عشرين، وعلى المتوسط عَشْرَةَ، وعلى الفقيرِ إن قلنا باسْتِرَاطِهَا عليه خمسة.

(٢) في ز: المهذب.

(٤) سقط في ز.

(١) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

وعن «الحاوي» وجه آخر: أنه يسوى بينهم في الضيافة، وإن تفاوتوا في الجزية، ولو شرط عدد الضيفان على جميعهم، فقال<sup>(١)</sup>: يضيفون في كل سنة ألف مسلم، فقد قال الروياني: يكفي ذلك، ثم هم يوزعون فيما بينهم، أو يتحمل بعضهم عن بعض.

ومنها: أن يبين ذلك الطعام والإدام وغيره وجنسها، فيقول: لكل واحد كذا من الخبز، وكذا من السنن [أو الزيت،<sup>(٢)</sup>] ويتعرض لعلف الدواب من التبن والحشيش، أو العشب، وإن ذكر الشعير بين قدره. وعن نص الشافعي - رضي الله عنه - أن إطلاق العلف لا يقتضي الشعير.

ومنها: أن يبين منزل الضيفان، من فصول منازلهم، أو كنايسهم، أو بيوت الفقراء الذين لا يضيفون، وليكن الموضع، بحيث يدفع الحر والبرد، ولا يخرجون أبواب المنازل عنها، وإن ضاقت.

ومنها أن يبين مدة مقام الضيف، ولا يزيد على ثلاثة أيام؛ لأن في الزيادة مشقة، ويروى في الخبر: أن الضيافة ثلاثة أيام<sup>(٣)</sup>.

وذكر ابن كج: أنه يشترط على المتوسط ثلاثة أيام، وعلى الغني ستة أيام.

وقال الإمام: إذا حصل التوافق على الزيادة، فلا معترض، ولا يفرق بين الطبقات في جنس الطعام؛ لأنه إذا شرط على العني أن يطعمه ناعمة أجحف الضيفان بالأغنياء، ويروى أن جماعة من أهل الذمة أتوا عمر - رضي الله عنه - فقالوا: إن المسلمين إذا مروا بنا كلّفونا ذبح العنم والدجاج. فقال: أطعموهم مما تأكلون، ولا تريدون عليه<sup>(٤)</sup>.

وقوله في الكتاب: «يشترط أن يذكر عدد الضيفان»، ويجوز إعلام: «عدد الضيفان» بالواو؛ لما قدمنا.

وقوله: «وقدر علفه» يعني: علف دابته، وظاهر النظم يقتضي اشتراط التعرض لقدر العلف، وليس في «الوسيط» تعرض للقدر، وإنما ذكر أصل العلف، ويشبه ألا يحتاج إلى ذكر المقدار في النص المنقول، في أن الشعير لا يلزم عند الإطلاق للعلف - دلالة ظاهرة عليه. وليعلم قوله: «ولا يزيد على ثلاثة أيام».

(١) في ز: وقالوا.

(٢) سقط في ز.  
(٣) أخرجه البخاري [٦٠١٩ - ٦١٣٥ - ٦٤٧٦، مسلم ٤٨] من حديث أبي شريح أتم منه، وزاد في آخره: فما كان وراء ذلك فهو صدقة عليه، وفي الباب عن جابر وأبي هريرة وعائشة وأبي سعيد وابن عمر، وعقبة بن عامر، وغيرهم.

(٤) قال الحافظ: لم أجده وذكر ابن أبي حاتم من طريق صعصعة بن يزيد، أو يزيد بن صعصعة، عن ابن عباس من قوله.



وقوله: «ويجعل عَدَدَ الضَّيْفَانِ عَلَى الْعَنِيِّ أَكْثَرَ» بالواو.

وقوله: «ولا تفرق بين الْعَنِيِّ وَالْفَقِيرِ فِي جِنْسِ الطَّعَامِ» مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ الْفَقِيرَ يَجْعَلُ عَلَيْهِ الضَّيَافَةَ. فروع نقل أكثرها عن «الحاوي»: لو أراد الضَّيْفُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُمْ ثَمَنَ الطَّعَامِ [لم يلزمهم، ولو أراد أن يأخذ الطَّعَامَ]<sup>(١)</sup> ويذهب به، ولا يأكل عندهم، فله ذلك، بخلاف طَّعَامِ الْوَلِيْمَةِ لا يجوز إِخْرَاجُهُ؛ لَأَنَّ هَذِهِ مُعَاوَضَةٌ، وَتِلْكَ تَكْرُمَةٌ وَإِبَاحَةٌ، وَلَا نَطَالِبُهُمْ بِطَّعَامِ الْأَيَّامِ الثَّلَاثَةِ فِي الْيَوْمِ الْوَاحِدِ، وَلَوْ لَمْ يَأْتُوا بِطَّعَامِ الْيَوْمِ، فَهَلْ لِلضَّيْفِ الْمَطَالِبَةُ بِهِ مِنَ الْعَدِّ؟

إن جعلنا الضَّيَافَةَ مَحْسُوبَةً مِنَ الدِّينَارِ، فَهَلْ ذَلِكَ، وَإِلَّا فَلَا، وَلَا يَلْزِمُهُمْ أَجْرَةُ الطَّيِّبِ، وَالْحَمَّامِ، [وَتَمَنُّ الدُّوَاءِ]<sup>(٢)</sup>، وَلَوْ تَنَازَعُوا فِي إِتْرَالِ الضَّيْفِ [فالخيار له، ولو تَرَاحَمَ الضَّيْفَانُ عَلَى وَاحِدٍ مِنْ أَهْلِ الدَّمَةِ]<sup>(٣)</sup>، فَالْخِيَارُ لِلذَّمِي، وَإِنْ قَلَّ عَدَدُهُمْ، وَكَثُرَ الضَّيْفَانُ، فَالسَّابِقُ أَحَقُّ.

وعند التساوي الرَّجُوعُ إِلَى الْقَرْعَةِ، وَلِيَكُنَ لِلضَّيْفَانِ عَرِيفٌ يَرْتَبُ أُمُورَهُمْ.

قال العزالي: (الثالث: الإهانة) وهي أن يطأ طيء الدمي رأسه عند التسليم، فيأخذ المستوفي بلحيته، ويضرب في لهازمه، وهو واجب على أحد الوجهين، حتى لو وكل مسلماً بالأداء لم يجز \* ولو ضمن المسلم الجزية لم يصح \* لكن يجوز إسقاط هذه الإهانة مع أسم الجزية عند المصلحة بتضعيف الصدقة \* ويجوز ذلك مع العرب والمعجم فيقول الإمام: أبدلت الجزية بضعف الصدقة فيكون ما يأخذه جزية بأسم الصدقة \* فيأخذ من خمس من الإبل شاتين \* ومن خمس وعشرين بنتي مخاض \* ومن عشرين ديناراً ديناراً \* ومن مائتي درهم عشرة دراهم \* ومما سقته السماء الخمس \* وما سقي بدالية العشر \* ويأخذ من ست وثلاثين من الإبل بنتي لبون \* فإن لم يكن بنتي مخاض \* ومع كل واحد شاتان أو عشرون درهماً \* ولا يضعف الجبران ثانياً \* وللإمام أيضاً أن يعطي الجبران إذا أخذ بنت لبون بدل بنت مخاض \* وهل يحط عنهم الوفاص؟ فيه ثلاثة أوجه: (أحدها): أنه لا يحط ويأخذ من عشرين شاة شاة \* ومن مائة درهم خمسة (والثاني): يحط (والثالث): لا يحط إلا إذا أدى إلى التجزئة فيؤخذ من سبع من الإبل ويصف ثلاث شياه ثم على الإمام أن ينظر فيما يحصل من الصدقة \* فإن لم يف بمال

(٢) في ز: وعن الدواب.

(١) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

الْجِزْيَةَ إِذَا قُوِيلَ بِعَدَدِ رُؤُوسِهِمْ زَادَ إِلَى ثَلَاثَةِ أضعَافٍ وَزِيَادَةٍ \* وَلَهُ أَنْ يَقْتَعَ بِنِصْفِ الصَّدَقَةِ وَإِنْ كَانَ وَفِيًّا.

قال الرَّافِعِيُّ: فيه مسألتان:

إحدهما: تُؤخَذُ الْجِزْيَةُ عَلَى سَبِيلِ الصَّغَارِ، وَالْإِهَانَةِ، وَذَلِكَ بِأَنْ يَكُونَ الذَّمِيُّ قَائِمًا، وَالْمُسْلِمَ الَّذِي يَأْخُذُ جَالِسًا، وَيَأْمُرُهُ بِأَنْ يَخْرُجَ يَدُهُ مِنْ جَيْبِهِ، وَيَخْنِي ظَهْرَهُ، وَيَطَأُ رَأْسَهُ، وَيَضْبُ ما مَعَهُ مِنْ كَفَّةِ الْمِيزَانِ، وَيَأْخُذُ الْمُسْتَوْفِي بِلِحْيَتِهِ، وَيَضْرِبُ فِي لَهْزَمَتَيْهِ، وَاللَّهْزَمَتَانِ فِي اللَّخْتَيْنِ: مُجْتَمِعُ اللَّحْمِ بَيْنَ الْمَاصِغِ وَالْأَذْنِ.

ويشبهه أَنْ يَكْفِيَ الضَّرْبُ فِي أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ<sup>(١)</sup>، وَلَا يِرَاعَى الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا بِالْهَيْئَةِ الْمَذْكُورَةِ. فَسَّرَ بَعْضُهُمْ قَوْلَهُ تَعَالَى: ﴿وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾ أَهْيَ وَاجِبَةٌ، أَمْ مُسْتَحَبَةٌ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أَصْحَهُمَا: الْاسْتِحْبَابُ، وَعَلَى الْوَجْهِ الْأَظْهَرِ يَظْهَرُ عَدُهُ مِنَ الْوَاجِبَاتِ، وَيَنْبِي عَلَيْهِمَا أَنَّهُ هَلْ يَجُوزُ أَنْ يُوكَلَ الذَّمِيُّ مُسْلِمًا بِأَدَاءِ الْجِزْيَةِ، وَأَنْ يَضْمَنَ مُسْلِمٌ عَنِ ذَمِّيٍّ، وَأَنْ يُحِيلَ الذَّمِيُّ عَلَى الْمُسْلِمِ؟

فَإِنْ أَوْجِبْنَا إِقَامَةَ الصَّغَارِ عِنْدَ تَأْدِيَةِ الْجِزْيَةِ لَمْ يَجْزِ، وَإِنْ قَلْنَا: الْمَقْصُودُ تَخْصِيلُ ذَلِكَ الْمَالِ، فَالصَّغَارُ حَاصِلٌ بِالتَّزَامِهِ الْمَالِ، وَانْقِيَادَهُ لِلْأَحْكَامِ عَلَى كُرْهِهِ مِنْهُ، فَيَجُوزُ، وَالضَّمَانُ أَوْلَى بِالصَّحَّةِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْنَعُ الطَّلَبُ<sup>(٢)</sup> مِنَ الذَّمِيِّ، وَإِقَامَةُ الصَّغَارِ عَلَيْهِ، وَلَوْ وَكَّلَ ذَمِّيٌّ ذِمِّيًّا بِالْأَدَاءِ قَالَ الْإِمَامُ: الْوَجْهَ طَرْدُ الْخِلَافِ؛ لِأَنَّ كَلَامَهُمْ مُعْتَبَرٌ بِالصَّغَارِ فِي نَفْسِهِ، وَلَوْ وَكَّلَ مُسْلِمٌ بِعَقْدِ الذَّمَّةِ يَجُوزُ، فَإِنَّ الصَّغَارَ [يراعى عند الأداء]<sup>(٣)</sup> دُونَ الْعَقْدِ.

الثَّانِيَةُ: رَوَى أَنَّ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - طَلَبَ الْجِزْيَةَ مِنْ نَصَارَى الْعَرَبِ، وَهُمْ تَتَوَخَّ، وَيَهْرَاءُ، وَيَتَوَلَّغِبُ، وَهَؤُلَاءِ قِبَائِلُ.

وَذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ أَنَّهُ لَا يُعْرَفُ مَتَى تَنْصَرُوا، وَأَنَّهُمْ يُقْرُونَ بِالْجِزْيَةِ، فَقَالُوا: نَحْنُ عَرَبٌ لَا نُؤَدِّي مَا يُؤَدِّي الْعَجَمُ، فَخُذْ مِنَّا مَا يَأْخُذُ بَعْضُكُمْ مِنْ بَعْضٍ، يَتَعَوَّنُ الصَّدَقَةَ، فَقَالَ عُمَرُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: هَذَا فَرَضُ اللَّهِ عَلَى الْمُسْلِمِينَ، فَقَالُوا: زِدْ مَا شِئْتَ بِهَذَا الْأَسْمِ، لَا بِاسْمِ الْجِزْيَةِ، فَرَضَاهُمْ عَلَى أَنْ يُضْعِفَ عَلَيْهِمُ الصَّدَقَةَ.

قال الأصحاب: ولم يُخَالِفِ الصَّحَابَةُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - فِيمَا عَمَلَهُ، فَصَارَ كَالْإِجْمَاعِ.

(١) الظاهر كما قال البلقيني إنه يضربه بالكف مفتوحاً، وقال الأذري وغيره ويقول يا عدو الله أذ حق الله.

(٢) في ز: عندنا لا يراعى.

(٣) في ز: طلب.

وَعَقْدُ الذِّمَّةِ عَلَى التَّائِبِ، فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمْ نَقْضُ مَا فَعَلَهُ. قَالُوا: وَفِيهِ إِشْكَالٌ مِنْ وَجْهَيْنِ:

أحدهما: رُبَّمَا كَانَ فِيهِمْ مَنْ تَقَلُّ أَمْوَالُهُ الزَّكَايَةَ، فَيَكُونُ الْمَأْخُودَ [مِنْهُ أَقْلٌ مِنْ دِينَارٍ فَيَنْقُصُ الْمَأْخُودَ]<sup>(١)</sup> عَنْ دِينَارٍ لِكُلِّ رَأْسٍ.

والثاني: أَنَّهُ وَإِنْ وَفَّى الْمَأْخُودُ بِدِينَارٍ عَنْ كُلِّ رَأْسٍ، فَرُبَّمَا كَانَ فِيهِمْ مَنْ لَا يَمْلِكُ الْأَمْوَالَ الزَّكَايَةَ، فَيَكُونُ قَدْ قَرَّرَ بِغَيْرِ جِزْيَةٍ، وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ، وَإِنْ بَدَّلَ غَيْرُهُ أَكْثَرَ مِنْ دِينَارٍ، كَمَا لَوْ قَالَ وَاحِدٌ: خُذُوا مِنِّي عَشْرَةَ دَنَانِيرَ، عَلَى أَنْ لَا جِزْيَةَ عَلَيَّ تِسْعَةَ مَعِيَ، وَلَمْ يَنْقُلْ أَنَّهُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - بَحَثَ عَنْ هَذِهِ الْأُمُورِ.

وَأَجِيبَ عَنِ الْأَوَّلِ بِأَنْ فِعْلَ عَمْرٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - مَخْمُولٌ عَنِ أَنْ الْمَأْخُودَ لَا يَنْقُصُ عَنْ دِينَارٍ لِكُلِّ رَأْسٍ، أَوْ عَلَى أَنَّهُ شَرَطَ عَلَيْهِمُ الْإِتِمَامَ إِنْ نَقَّصَ.

وعن «الحاروي»: أَنْ بَعْضُهُمْ قَالَ: جَوَّزَ عَمْرٌ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - هَذِهِ لِلْمَصْلَحَةِ، وَإِنْ نَقَّصَ الْمَأْخُودُ عَنْ دِينَارٍ لِكُلِّ رَأْسٍ؛ لِأَنَّهُ إِنْ نَقَّصَ فِي بَعْضِ الْأَوْقَاتِ، فَرُبَّمَا زَادَ فِي بَعْضِهَا، فَتُجَبَّرُ الزِّيَادَةُ بِالْمُقْصَافِ.

وعن الثاني: بِأَنْ الْمَأْخُودَ عَنِ مِلْأِكِ الْأَمْوَالَ الزَّكَايَةَ مَأْخُودٌ عَنْهُمْ، وَعَنِ الْآخَرِينَ، وَبَعْضُهُمْ أَنْ يَلْتَزِمَ لِنَفْسِهِ، أَوْ لِغَيْرِهِ، وَغَرَضُنَا تَخْصِيلُ الدِّيْنَارِ عَنْ كُلِّ رَأْسٍ، وَرُبَّمَا شَبَّهَ ذَلِكَ بِقَضَاءِ دَيْنٍ الْغَيْرِ. هَذَا مَا ذَكَرَهُ أَكْثَرُهُمْ.

وحكى ذلك عن اختيار ابن أبي هُرَيْرَةَ، وَعَنْ أَبِي إِسْحَاقَ: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ فِيهِ تَقْرِيرَ بَعْضِهِمْ بِمَا لَمْ يَلْتَزِمَ لِنَفْسِهِ، وَأَجْرِي الْوَجْهَانِ فِيمَا لَوْ التَّزَمَ وَاحِدٌ عَشْرَةَ دَنَانِيرَ؛ لِيَكُونَ عَنْهُ، وَعَنْ تِسْعَةِ مَعَهُ. إِذَا تَقَرَّرَ ذَلِكَ، فَإِذَا كَانَ قَوْمٌ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ يُودُونَ<sup>(٢)</sup> الْجِزْيَةَ بِاسْمِ الصَّدَقَةِ فَلَا نَسْمِيَهَا<sup>(٣)</sup> بِاسْمِ الْجِزْيَةِ، فَالْإِمَامُ إِجَابَتُهُمْ إِذَا رَأَى ذَلِكَ، وَيَسْقُطُ عَنْهُمْ الْإِهَانَةُ، وَاسْمُ الْجِزْيَةِ وَيَأْخُذُ مِنْهُمْ ضِعْفَ الصَّدَقَةِ وَيَجُوزُ أَنْ يُعْلَمَ قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «لَكِنْ يَجُوزُ إِسْقَاطُ هَذِهِ الْإِهَانَةِ» بِالْمِيمِ؛ لِأَنَّ الْقَاضِيَ ابْنَ كَيْجٍ ذَكَرَ أَنَّ أَصْحَابَ مَالِكٍ يَمْنَعُونَ مَنْ أَخَذَ الْجِزْيَةَ بِاسْمِ الصَّدَقَةِ، ثُمَّ يَتَهَدَّبُ الْعَرَضُ بِيَانِ أُمُورٍ:

أَحَدُهَا: ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ: أَنَّهُ لَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ الْعَرَبِ وَالْعَجَمِ، فَإِنَّ الْحَاجَةَ وَاقْتِضَاءَ الْمَصْلَحَةِ لَا يَخْتَلِفُ.

وفيه وجه آخر: أَنَّهُ يَخْتَصُّ بِالْعَرَبِ؛ اقْتِصَاراً عَلَى مَا نَقَلَ عَنْ عَمْرٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -

(٢) فِي أ: يُودِي.

(١) سَقَطَ فِي ز.

(٣) فِي ز: وَلَا يَرُدُّهَا.

ولا يبعد أن يخصص العرب بِجِزْيَةٍ، وهذا كما أَنَّ الرَّقَّ يَجْرِي عَلَى الْعَجَمِ، بلا خلاف، وفي جَرْيَانِهِ عَلَى الْعَرَبِ خِلَافٌ.

الثاني: ذكر في الكتاب أَنَّ الْإِمَامَ يَقُولُ: [أَبْدَلْتُ] <sup>(١)</sup> الْجِزْيَةَ بِضِعْفِ الصَّدَقَةِ. وليس لَفْظُ الْإِبْدَالِ مُتَعِينًا، ولا من الشرط أن يَكُونَ عَلَيْهِ جِزْيَةٌ حَتَّى تُبَدَّلَ بِضِعْفِ الصَّدَقَةِ، بل لو قال الإمام: وهو يَتَّبِدَى الصِّلَح: جعلت عليكم ضِعْفَ الصَّدَقَةِ، أو صَالَحْتُكُمْ عَلَى ضِعْفِ الصَّدَقَةِ، فقبلوا حصل الْغَرَضُ، وليكونوا عالمين بِالْأَمْوَالِ الرَّكَائِيَّةِ، ويقدر الصَّدَقَةَ.

الثالث: الْمَأْخُودُ جِزْيَةً فِي الْحَقِيقَةِ، وَإِنْ بُدِّلَ اسْمُهُ، ومصرفه مصرف الْفَيْءِ؛ يُرَوَى عَنْ عُمَرَ - رضي الله عنه - أَنَّهُ قَالَ: هُوَ لَأَبَا حَمَقَى أَبُو الْاسْمِ، وَرَضُوا بِالْمَعْنَى.

ولا يُؤْخَذُ شَيْءٌ مِنْ أَمْوَالِ الصَّبِيَّانِ وَالْمَجَانِينِ وَالنُّسَوَانِ.

وعن أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ يُؤْخَذُ مِنْ أَمْوَالِ النُّسَوَانِ، وَيَنْظُرُ الْإِمَامُ فِي الْحَاصِلِ، هل يَبْقَى بَرُؤُوسِهِمْ بِأَنْ يَخْصُ كُلُّ وَاحِدٍ بِدِينَارٍ، فَإِنْ لَمْ يَفِ، فلا تُنْقَضُ الْجِزْيَةُ عَنْ دِينَارٍ، فَتَزِيدُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْعَافٍ وَأَكْثَرٍ، وَهَلْ يَدْخُلُ الْفَقِيرُ فِي التَّوْزِيعِ؟

فيه الخلاف في أَنَّهُ هل تُؤْخَذُ مِنْهُمْ الْجِزْيَةُ؟ وَإِذَا كَثُرُوا وَعَسِرَ الْعَدَدُ لِيَعْلَمَ الْوَفَاءُ، ففِي جَوَازِ الْأَخْذِ بِغَالِبِ الظَّنِّ وَجِهَانِ، وَالظَّاهِرُ الْمَنْعُ، فَإِنَّهُ لَا بَدَّ وَأَنْ يَتَّحَقَّقَ أَخْذَ دِينَارٍ عَنْ كُلِّ رَأْسٍ، وَيَجُوزُ الْأَقْتِصَارُ عَلَى قَدْرِ الصَّدَقَةِ، وَعَلَى نِصْفِهَا إِذَا حَصَلَ الْوَفَاءُ، وَاسْتَحَبُّ مُسْتَحْبُونَ زِيَادَةَ شَيْءٍ عَلَى قَدْرِ الصَّدَقَةِ إِذَا اسْقَطَ اسْمَ الْجِزْيَةِ، وَلَمْ يَسْتَبْعِدِ الْإِمَامُ الْمَنْعَ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ تَشْبِيهِهِمْ بِالْمُسْلِمِينَ فِي الْمَأْخُودِ مِنْهُمْ - وَحَطَّ الصَّغَارُ مِنْ غَيْرِ عَوْضِ مَالِيٍّ، وَإِذَا شَرَطَ عَلَيْهِمْ ضِعْفَ الصَّدَقَةِ، وَزَادَ ذَلِكَ عَلَى دِينَارٍ، عَنْ كُلِّ وَاحِدٍ، ثُمَّ سَأَلُوا إِسْقَاطَ الزِّيَادَةِ [وإعادة اسم الجزية أجيبوا إليه؛ لأن الزيادة] <sup>(٢)</sup> أثبتت لتغيير الاسم، فَإِذَا رَضُوا بِاسْمِ الْجِزْيَةِ، وَجِبَ إِسْقَاطُ الزِّيَادَةِ.

وعن «الحاوي» وَجَهَ آخَرَ: أَنَّهُمْ لَا يُجَابُونَ إِلَيْهِ، وَلِيَجْعَلَ هَذَا عَلَى الْخِلَافِ الْمَذْكُورِ، فِيمَا إِذَا عَقَدُوا بِالزِّيَادَةِ عَلَى دِينَارٍ، ثُمَّ طَلَبُوا الْأَقْتِصَارَ عَلَيْهِ.

الرابع: يَأْخُذُ مِنْ خَمْسٍ مِنَ الْإِبِلِ سَاتَيْنِ، وَمِنْ عَشْرِ أَرْبَعِ شِيَاهٍ، وَمِنْ خَمْسِ وَعِشْرِينَ بَنْتِي مَخَاضٍ، وَلَا يَقْدَرُ الْمَالُ [خَمْسِينَ] <sup>(٣)</sup> حَتَّى يَأْخُذَ مِنْهَا حِقَّةً؛ لِأَنَّ الَّذِي يَضَعُ وَاجِبَ الْمَالِ دُونَ الْمَالِ، وَمِنْ أَرْبَعِينَ شَاةً سَاتَيْنِ، وَمِنْ ثَلَاثِينَ مِنَ الْبَقَرِ تَبِيعَيْنِ،

(١) في ز: بذل.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

ومن عشرين دِينَارٍ دِينَارًا، ومن مائتي دِرْهَمٍ عشر دراهم، ومما سَقَتِ السَّمَاءُ الخُمْسَ، ومما سَقِيَ بالدَّالِيَةِ العُشْرَ، ومن الرِّكَازِ الخُمْسَ، وعلى هذا القياس.

ومن مَلَكٍ مائتين من الإِبِلِ أخذ منه ثَمَانِ حِقَاقٍ، أو عشر بَنَاتِ لَبُونٍ، ولا يفرق بأخذ أربع حَقَاقٍ وخمس بنات لبون كما لا يفرق في الصدقة، ويأخذ من [ستين]<sup>(١)</sup> من البقر أربع تَبِيعَاتٍ، لا ثلاث مُسِنَاتٍ، ولا يجعل كأنه ملك مائة وعشرين من البَقَرِ، كما لا يجعل في مَائَتَيْنِ من الإِبِلِ، كأنه مَلَكٌ أربع مائة حتى يجوز التَّفْرِيقُ بِأَخْذِ أَرْبَعِ حِقَاقٍ، وخمس بنات لَبُونٍ، ويأخذ من ست وأربعين من الإِبِلِ حِقَّتَيْنِ، فإن لم يكن في ماله حِقَّةٌ، وفيه بَنَاتُ لَبُونٍ، أخذ من ماله بنتي لَبُونٍ مع الجُبْرَانِ ومن ست وثلاثين من الإِبِلِ بنتي لَبُونٍ، وإن لم يؤخذ، أو نزل إلى بنتي مَخَاضٍ أخذنا مع الجُبْرَانِ، وفي تَضْعِيفِ [الجُبْرَانِ]<sup>(٢)</sup> وجهان:

أحدهما: يُضَعَّفُ، فيؤخذ مع كل بنت مَخَاضٍ [أربع شِيَاهٍ، أو أربعون دِرْهَمًا؛ لأنه بَعْضُ الصَّدَقَةِ المَأخُودَةِ، وأصحهما: المنع في تضعيف الجُبْرَانِ من تَضْعِيفِ الضعف، فيؤخذ مع كل بنت مَخَاضٍ]<sup>(٣)</sup> شَاتَانِ، أو عشرون درهماً، وإن لم يوجد في مَالِ صَاحِبِ السِتِّ والثلاثين بِنْتُ لَبُونٍ، وعنده الحَقَاقُ، فيأخذ الإمام حِقَّتَيْنِ، ويرد جُبْرَانَيْنِ، ولا خِلافَ في أن الجبران لا يضعف هاهنا، والإمام يخرج الجبران من الفَيءِ، كما يَضْرِفُهُ إذا أخذهُ إلى الفَيءِ، وهل يُؤْخَذُ من بعض النَّصَابِ قِسْطُهُ من وَاجِبِ تَمَامِ النَّصَابِ كَشَاةٍ من عشرين شاةً [ونصف شاةً من عشر]<sup>(٤)</sup> فيه قولان:

أحدهما: نعم، وَيُرَوَى ذلك عن رِوَايَةِ البُؤَيْطِيِّ، قضية للتضعيف.

وأصحهما: المنع؛ لأن الأَثَرَ عن عَمَرَ - رضي الله عنه - وَرَدَ في تضعيف ما يجب على المُسْلِمِ، لا في إيجابِ مَا لا يَجِبُ فيه شيءٌ على المسلم، وإذ قلنا بالأوَّلِ: أخذنا من مائة شاةٍ ونصف ثلاث شِيَاهٍ، ومن سبع ونصف من الإِبِلِ، كذلك، وفي خمس وثلاثين من البَقَرِ تَبِيعاً ومُسِنًا، وأجْرِي الخِلافَ من الأَوْقَاصِ هل يحط عنهم أو يجب قِسْطُ المَأخُودِ عندهم؟

قال الإمامُ وفيه وَجْهٌ ثالث: وهو أن الأَخْذَ من الوَقْصِ، إن كان يؤدي إلى التَّشْقِيقِ مع التَّضْعِيفِ، فلا يُؤْخَذُ، وإن كان لا يُؤدِّي إلى التَّشْقِيقِ أُخِذَ من الوَقْصِ، فإن الذي يوجب [مَنعَ الأَخْذِ]<sup>(٥)</sup> من وَقْصِ مال المسلم أننا لو أخذنا منه لَأَوْجَبْنَا شِفْصًا،

(٢) في ز: الحيوان.

(٤) سقط في ز.

(١) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٥) سقط في ز.

واعتباره عَسِيرٌ فِي الْحَيَوَانِ، فيصير إلى أن يَكْمُلَ الْوَاجِبُ الرَّائِدُ؛ فعلى هذا إذا مَلَكَ سَبْعاً ونصفاً من الإِبِلِ، فعليه [ثلاث شياه]<sup>(١)</sup>، إذ لا تَشْقِيقُصَ عَلَى حِسَابِ التَّضْعِيفِ، هذا كله لفظه، ثم ذكر فيما إذا مَلَكَ ثَلَاثِينَ ونصفاً من الإِبِلِ ما يخالف ذلك، ولم يَتَنَقَّحْ لِي مَا حَكَاهُ فِيهِ حُكْمًا وتوجيهاً لِخَلَلِ النُّسخَةِ الْحَاضِرَةِ، أو لغيره فَتَرَكْتُهُ، والذي أَوْرَدَهُ الرُّوْيَانِي - فِي «جَمْعِ الْجَوَامِعِ» - فِي هَذِهِ الصُّورَةِ أَنَّهُ يُؤْخَذُ مِنْهُ جَدْعَةٌ، تَفْرِيغًا عَلَى<sup>(٢)</sup> الْأَخْذِ مِمَّا دُونَ النَّضَابِ، وَيَجُوزُ أَنْ يُعْلَمَ قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «وَمَعَ كُلِّ وَاحِدٍ شَاتَانِ أَوْ عَشْرُونَ دَرَهْمًا» بِالْوَاوِ وَكَذَا قَوْلُهُ: «وَلَا يَضْعَفُ الْجَبْرَانُ ثَانِيًا».

وقوله: «وَهَلْ يَحِطُّ عَنْهُمْ الْوَقْصُ» المشهور من معنى الْوَقْصِ مَا بَيْنَ النَّصَابِينَ لَكِنْ قَوْلُهُ: «فِيَأْخُذُ مِنْ عَشْرِينَ شَاةً شَاةً، وَمِنْ مَائَةِ دَرَهْمٍ خَمْسَةَ دَرَاهِمٍ» لَا يَنَاسِبُ الْمَعْنَى الْمَذْكُورَ الْمَشْهُورَ<sup>(٣)</sup>. وقوله: «وَلَهُ أَنْ يَفْتَنَعَ بِنُضْفِ الصَّدَقَةِ» يُمْكِنُ إِعْلَامُهُ بِالْوَاوِ لِلتَّرَدُّدِ الَّذِي أَبْدَاهُ الْإِمَامُ.

فَرَعٌ. إِذَا ضُرِبَتِ الْجَزِيَّةُ عَلَى مَا يَخْضَلُ مِنْ أَرْضِيهِمْ؛ مِنَ الثَّمَارِ وَالزَّرُوعِ بِاسْمِ الصَّدَقَةِ، فَبَاعَ بَعْضُهُمْ [الْأَرْضَ]<sup>(٤)</sup> صَحَّ الْبَيْعُ، ثُمَّ إِنْ بَقِيَ مَعَ الْبَائِعِ مَا بَقِيَ الْحَاصِلُ مِنْهُ بِالْمَشْرُوطِ عَلَيْهِ، فَذَلِكَ، وَإِنْ بَلَغَتِ الْجَزِيَّةُ إِلَى رَقَبَتِهِ، وَأَمَّا الْمَشْتَرِي، فَإِنْ كَانَ مُسْلِمًا، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ فِيمَا اشْتَرَاهُ، وَإِنْ كَانَ ذِمِّيًّا، فَإِنْ ضُرِبَتِ الْجَزِيَّةُ عَلَى رَقَبَتِهِ فَكَذَلِكَ، وَإِنْ ضُرِبَتِ عَلَى الْحَاصِلِ مِنْ أَرْضِيهِ، زَادَ الْوَاجِبُ بِمَا اشْتَرَاهُ.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: (الرَّابِعُ): يَجُوزُ أَخْذُ الْعُشْرِ مِنْ بَضَاعَةِ تِجَارِ أَهْلِ الْحَرْبِ \* وَيَجُوزُ الزِّيَادَةُ إِنْ رَأَى \* وَيَجُوزُ التَّقْصَانُ إِلَى نِضْفِ الْعُشْرِ عَنِ الْمِيرَةِ تَرْغِيبًا لَهُمْ فِي التَّكْثِيرِ وَكُلِّ مَا يَخْتَاجُ إِلَيْهِ الْمُسْلِمُونَ \* وَهَلْ يَجُوزُ حَطُّ أَضْلِهِ؟ فِيهِ خِلَافٌ (وَأَمَّا الذَّمِّيُّ) فَلَا يُؤْخَذُ مِنْ تِجَارَتِهِ شَيْءٌ إِلَّا أَنْ يَتَّجَرَ فِي الْحِجَارِ فَفِيهِ خِلَافٌ \* وَلَا يُؤْخَذُ الْعُشْرُ فِي السَّنَةِ أَكْثَرَ مِنْ مَرَّةٍ وَإِنَّمَا يُؤْخَذُ هَذَا مِنَ الْحَرْبِيِّ إِذَا دَخَلَ بِهَذَا الشَّرْطِ \* فَلَوْ دَخَلَ بِأَمَانٍ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ فَاصْحَحَ الْوَجْهَيْنِ أَنْ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ \* وَالضِّيَافَةُ وَالْعُشْرُ مِنْ رَأْيِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا اسْتَأْذَنَ الْحَرْبِيُّ فِي دُخُولِهِ دَارَ الْإِسْلَامِ، أَدِنَ الْإِمَامُ إِنْ كَانَ يَدْخُلُ لِرِسَالَةٍ، أَوْ حَمَلِ مِيرَةٍ، أَوْ مَتَاعٍ تَشْتَدُّ حَاجَةُ الْمُسْلِمِينَ إِلَيْهِ.

قَالَ فِي «النِّهَايَةِ»: وَلَا يَجُوزُ تَوْظِيفُ<sup>(٥)</sup> مَالِ عَلَى الرُّسُولِ، وَالْمُسْتَجِيرِ لِسَمَاعِ

(١) فِي ز: ثَلَاثُ شَاهٍ.

(٢) فِي ز: بَعْدَ بَقَاءِ.

(٣) فِي أ: الْمَقْصُودُ.

(٥) فِي ز: تَوْظِيفُ.

(٤) فِي ز: الْأَمْرُ.

كلام الله تعالى، فَإِنَّ لَهُم الدُّخُولَ مِنْ غَيْرِ إِذْنٍ، ولو كان يَدْخُلُ لِتِجَارَةٍ لَا تَشْتَدُّ الْحَاجَةُ إِلَيْهَا، فلا يجوز أن يَأْذَنَ الإِمَامُ، ويشترط عليه عُمْرٌ ما معه من مَالِ التَّجَارَةِ، وكذلك فعله عُمَرُ - رضي الله عنه - وليس حكم التَّاجِرِ حُكْمَ مَنْ دَخَلَ بِأَمَانٍ مُسْلِمٍ غَيْرِ تَاجِرٍ، حتى لا يطالب بشيء، فكانه لما اِزْتَفَقَ بالتجارة، جُعِلَ عليه في مُقَابَلَةِ ارتفائه شيء، وذكر وجهان في أنه هل يَجِبُ شَيْءٌ عَلَى مَنْ دَخَلَ «الحجاز» بِأَمَانٍ مُسْلِمٍ، غير تاجر لتعظيم «الحجاز»، والمذهب المنع.

قال الإِمَامُ: ومن يُوجِبُ شَيْئاً، فلا مُتَعَلِّقٌ لَهُ غَيْرُ الدِّيْنَارِ، وهو أقلُّ الجِزْيَةِ، ولا أحدٌ يَصِيرُ إِلَى تَغْيِيرِ ما معه من ثَوْبٍ ومركوب، ولو رَأَى الإِمَامُ أن يزيد الشَّرْطَ على العُشْرِ، ففي حُكْمِ الإِمَامِ فِيهِ وجهان:

أحدهما: أَنَّهُ لَا مَزِيدَ عَلَيْهِ؛ لأنَّ عُمَرَ - رضي الله عنه - قَتَعَ به مع ظُهُورِ الإسلام، والتمكُّن من الزِّيَادَةِ، فَدَلَّ عَلَى أَنَّهُ الإِفْضَاءُ.

وأصحهما: أن له ذلك، وهو الذي أوردَهُ في الكِتَابِ، والأمرُ فِيهِ مُقَوِّضٌ إِلَى رأي الإِمَامِ، واجْتِهَادِهِ، كما في زِيَادَةِ الجِزْيَةِ عَلَى الدِينَارِ.

ولو رأى أن يَحْطُ الضَّرْبِيَّةَ عن العُشْرِ، وَيُرَدُّهَا إِلَى نِصْفِ العُشْرِ مما دونه، فله ذلك، ويروى أن عُمَرَ - رضي الله عنه - شَرَطَ فِي المِيرَةِ نِصْفَ العُشْرِ، مع شرط العُشْرِ فِي سائر التَّجَارَاتِ، وقصد به تَكْثِيرَ المِيرَةِ، وكذلك الحكم في كل ما يَحْتَاجُ إِلَيْهِ المُسْلِمُونَ، فلو رأى أن يَأْذَنَ لَهُمْ، فيدفع الضَّرْبِيَّةَ رَأْساً، ففي جِوَازه وجهان:

أحدهما: المَنعُ لثلاثِ يَتَرَدَّدُوا، وَيَرْتَفِقُوا بدار الإسلام من غير مَالٍ، وهذا أرجح عند الإِمَامِ. وأظهرهما وهو الذي أوردَهُ المُعْظَمُ أَنَّهُ يجوز؛ لأنَّ الْحَاجَةَ قد تدعو إليه لِاتِّسَاعِ المَكَّاسِبِ وغيره، ثم إن كان المَشْرُوطُ الأَخْذَ من تجارة الكفار أخذ، سواء باع مَالَهُ أو لم يَبِعْ، وإن كان المَشْرُوطُ الأَخْذَ من ثَمَنِ تِجَارَتِهِ، فلا يُؤْخَذُ ما لم يَبِعْ.

وأما الذَّمِّيُّ فله أن يَتَّجَرَ فيما سوى «الحجاز» من بلاد الإسلام، ولا يؤخذ من تجارته شَيْءٌ.

قال في «البيان»: إِلا أن يشترط عليه مع الجِزْيَةِ شَيْءٌ من تِجَارَتِهِ، وَرُوي عن عُمَرَ - رضي الله عنه - أَنَّهُ شرط على أهل الذَّمَّةِ مع الجِزْيَةِ إن اتَّجَرُوا نِصْفَ العُشْرِ من تجارتهم، وإن أَرَادَ أن يدخل «الحجاز» وَيَتَّجَرَ فِيهِ. فقد نقل في الكِتَابِ خِلَافاً فِي أَنَّهُ هل يُؤْخَذُ منه شَيْءٌ، ولا ذِكرٌ لهذا الخلاف في كُتُبِ الأصحاب، بل الذي نَقَلَهُ الجُمهُورُ - أن الذَّمِّيُّ فِي «الحجاز» كالْحَرْبِيِّ فِي سائر بلاد الإسلام؛ لأنه مَمْنُوعٌ من «الحجاز» كما أنَّ الْحَرْبِيِّ مَمْنُوعٌ من غيره، ولم يَتَّعَرِّضْ صاحب الكِتَابِ أيضاً فِي «الوسيط» إِلَى

الخلافة، ولا الإمام في «النهاية»، وإنما الذي ذكّره أنه إذا دخل أرض «الحجاز» تاجرًا يُؤخذُ منه نصفُ العشر، وما يُؤخذُ من الذمّي لا يُؤخذُ في كل حَوْلٍ إلا مرةً كالجزية، وكذلك الحزبيُّ إذا أخذت الصّربيّةُ منه مرّةً لا تؤخذ حتى يمضي حَوْلٌ، إذا كان يطوفُ في بلاد الإسلام تاجرًا<sup>(١)</sup> أو يكتب له وللذمّي براءة بذلك حتى لا يطالب في بلد آخر قبل الحَوْلِ، وإن رجع إلى دار الحزبِ، ثم عاد في الحَوْلِ فوجهان:

أحدهما، ويحكى عن أبي إسحاق: أنه يُؤخذُ في كل مرّة يدخل؛ لثلاث يزيّنق في دار الإسلام بلا عوضٍ، ويفارق الذمّي، فإنه في قبضة الإمام، والحزبي قد يرجع إلى دار الكفر، فلا يعود.

وأصحهما: وهو ظاهر النص - أنه لا يُؤخذُ أيضاً إلا مرّة؛ تنزيلاً للصّربيّة منزلة الجزية، هكذا عمّم أكثرهم الوجهين، والإمام خصّصهما بما إذا ردد المال في «الحجاز» مرتين فصاعداً، وعلل بتعظيم «الحجاز»، ثم قال: ومن لم يضبط المأخوذ بالعشر؛ فلا يبعد على أصله تكرير العشر في السنّة، ويكون ذلك عنده تكثيراً للصّربيّة [لا تكريراً لها]<sup>(٢)</sup>، والإمام بالخيار فيما يضرب بين أن يستوفيها دفعةً واحدة، وبين أن يستوفيها على دفعات، وما ذكرناه من أخذ المال من تجارة الحزبي، أو الذمّي فيما إذ شرط عليه الإمام ذلك، وأما إذا أذن للحزبي في دخول دار الإسلام، أو الذمّي في دخول «الحجاز» بلا شرط، ففيه وجهان:

أحدهما: يُؤخذُ أيضاً حمل المطلق على المغهود، والمنقول عن عمر - رضي الله عنه -.

وأصحهما: المنع؛ لأنهم لم يلتزموا، والوجهان قريبان من الخلاف السابق في أنه هل يجوز حطُّ أصله، أو أخذ الخلافين مبني على الآخر، عند أبي حنيفة إن كانوا يأخذون من المسلمين إذا دخلوا دارهم تجاراً، أخذ منهم مثل ما يأخذون، وإن لم يشترط، وإلا فلا يُؤخذُ منهم شيء، واغترض الأصحاب بأن هذا مجازاة عن الظلم، وبأن لو اتبعنا فغلهم وعادتهم، لوجب أن يقتل من أمناه إذا قتلوا من أمثوه.

وقوله في الكتاب: «ولا يُؤخذُ العشرُ في السنّة أكثر من مرة» يجوز إغلامه بالواو؛ لما أشار إليه الإمام؛ بناء على تجويز الزيادة على العشر، وعلى ذلك جرى في «الوسيط»، فذكر أنه لا يُؤخذُ العشرُ إلا مرّة، إلا إذا جوزنا الزيادة.

وقوله: «وإنما يُؤخذُ هذا من الحزبي . . . . .» إلى آخره، الحكم في الذمّي إذا دخل أرض «الحجاز»، هل يُؤخذُ منه بالشرط دون الشريط؟ كهو في الأخذ من

(٢) في ز: ولا يكون إليها.

(١) في الروضة: بأجر.



الْحَزْبِيُّ بِلَا فَرْقٍ، وَإِنْ خَصَّ الْكَلَامُ بِالْحَرْبِيِّ. وَقَوْلُهُ: «أَنْ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ» يَجُوزُ إِغْلَامُهُ بِالْحَاءِ؛ لِمَا قَدَّمَ.

وقوله: «وَالضِّيَافَةُ وَالْعُشْرُ مِنْ رَأْيِ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - ظَاهِرٌ فِي الْعَشْرِ، فَلَمْ يَرِدْ فِيهِ حَدِيثٌ، لَكِنَّ الضِّيَافَةَ مَثْقُولَةٌ عَنْ تَوْظِيهِ النَّبِيِّ - ﷺ - كَمَا تَقَدَّمَ.

[فَرَعَ] الْمَرْأَةَ الْبَالِغَةَ لِلزَّوْجِ، أَوْ الْقَرِيبَ فِي عَقْدِ الدِّمَةِ، إِذَا تَرَدَّدَتْ مُتَّجِرَةً فِي «الْحِجَازِ»، أَوْ فِي غَيْرِ «الْحِجَازِ»، فَحَكَمَهَا حُكْمُ الدِّمِيِّ<sup>(١)</sup>.

قال العزالي: (الخامس: الخراج) \* وَذَلِكَ إِنَّمَا يَكُونُ إِذَا قُرِّرَتْ أَمْلَاكُهُمْ عَلَيْهِمْ بِشَرْطِ الْخَرَاجِ وَذَلِكَ يَسْقُطُ (ح) بِالْإِسْلَامِ \* فَإِنْ مَلَكَتْهَا عَلَيْهِمْ وَرَدَدْنَا بِهَا بِخَرَاجٍ فَذَلِكَ أَجْرَةٌ لَا تَسْقُطُ بِالْإِسْلَامِ كَأَرْضِي الْعِرَاقِ.

قال الرافعي: إِذَا صَالَحْنَا طَائِفَةً مِنَ الْكُفَّارِ، عَلَى أَنْ يَكُونَ لَهُمْ أَرْضُهُمْ، وَهُمْ يُوَدُّونَ خَرَاجًا عَنْ كُلِّ حَزْبِي فِي كُلِّ سَنَةٍ كَذَا، فَهُوَ جَائِزٌ وَيُطْرَدُ مَلَكَهُمْ، وَالْمَأْخُودُ جِزْيَةٌ مَضْرُوفَةٌ مَضْرُوفٌ الْفَيْءِ، وَالتَّوَكِيلُ بِإِعْطَائِهِ، كَالتَّوَكِيلِ بِإِعْطَاءِ الْجِزْيَةِ، وَيَشْتَرَطُ أَنْ يَبْلُغَ قَدْرًا يَخْصُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْ أَهْلِ الْجِزْيَةِ دِينَارًا، إِذَا وَرَعَ عَلَى عَدَدِ رُؤُوسِهِمْ، وَيَلْزَمُهُمْ ذَلِكَ زَرْعُوا أَوْ لَمْ يَزْرَعُوا، وَلَا يُؤْخَذُ مِنْ أَرْضِي الصَّبْيَانِ، وَالْمَجَانِينِ، وَالنِّسَاءِ، وَلَهُمْ يَبِيعُ تِلْكَ الْأَرْضِي، وَهَيْئَتَهَا وَإِجَارَتُهَا، وَإِذَا أُجِرَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا مِنْ مُسْلِمٍ، بَقِيَ الْخَرَاجُ عَلَى الْمَكْرِي، وَعَلَى الْمَكْتَرِي الْأَجْرَةَ، وَإِنْ بَاعَ مِنْ مُسْلِمٍ، انْتَقَلَ الْوَأَجِبُ إِلَى رَقَبَةِ الْبَائِعِ، وَلَا خَرَاجٌ عَلَى الْمُشْتَرِي.

وعند أبي حنيفة يلزمه الخراج.

وعن مالك: لَا يَصِحُّ بَيْعُهَا مِنَ الْمُسْلِمِ، وَلَوْ أَسْلَمُوا بَعْدَ الْمُصَالَحَةِ سَقَطَ عَنْهُمْ الْخَرَاجُ، خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ، وَعَلَيْهِمْ أَنْ يُؤَدُّوا عَنِ الْمَوَاتِ الَّذِي يَمْنَعُونَا عَنْهُ دُونَ مَا لَا يَمْنَعُونَ عَنْهُ، وَلَوْ أَخِيُوا مِنْهُ شَيْئًا بَعْدَ الصَّلْحِ لَمْ يَلْزَمُهُمْ شَيْءٌ لِمَا أَخِيُوا، إِلَّا إِذَا شَرَطَ عَلَيْهِمْ أَنْ يُؤَدُّوا عَمَّا يَحْيُونَ، هَذِهِ مَسْأَلَةٌ.

والأخرى صالحتناهم على أن تكون الأراضي لنا، وهم يسكنونها، ويؤدّون عن كل جريب كذا، فهذا عقد إجازة، والمأخود أجرة، فتجب معها الجزية ولا يشترط أن

(١) قال في الخادم: سكت عن الحربية وقال في الشامل: إذا دخلت الحربية إلى دار الإسلام بأمان للتجارة، لم يؤخذ منها العشر أو نصف العشر لأن لها المقام في دار الإسلام بغير عوض على التأيد، ويخالف الرجل في ذلك، قال وإذا دخلت الحجاز لتجارة جاز إن شرط عليها ذلك لأنها ممنوعة من المقام بالحجاز كالرجل.

تَبْلُغَ دِينَاراً عَنْ كُلِّ رَأْسٍ، وَتَوْخِذَ [مِنْ أَرْضِي النَّسَاءِ وَالصُّبْيَانِ، وَالْمَجَانِينِ، وَيَجُوزُ تَوْكِيْلُ الْمُسْلِمِ فِي أَدَائِهَا] <sup>(١)</sup> وَلَيْسَ لَهُمْ يَبِيعُ تِلْكَ الْأَرْضِي، وَلَا هِبَتُهَا، وَلَهُمْ إِجَارَتُهَا، فَإِنْ الْمَسْتَأْجِرُ يُوجِرُ، وَقَدْ مَرَّ أَنَّ أَرْضِي «العراق» مِنْ هَذَا الْقَبِيلِ.

قال الغزالي: (النُّظْرُ الثَّانِي فِي حُكْمِ عَقْدِ الدُّمَّةِ) وَحُكْمُهُ عَلَيْنَا وَجُوبُ الْكَفِّ عَنْهُمْ وَأَنْ نَعْصِمَهُمْ بِالضَّمَانِ نَفْساً وَمَالاً وَلَا نَتَعَرَّضَ لِكِنَائِسِهِمْ وَخُمُورِهِمْ وَخَنَازِيرِهِمْ مَا لَمْ يُظْهِرُوهَا \* فَمَنْ أَرَأَقَ خُمُورَهُمْ فَقَدْ تَعَدَّى وَلَا ضَمَانَ (ح) \* وَإِنْ غَضِبَ فَعَلَيْهِ مُؤَنَةُ الرُّدِّ \* وَلَوْ تَرَأَفُوا إِلَيْنَا فِي خُصُومَاتِهِمْ فَفِي وَجُوبِ الْحُكْمِ قَوْلَانِ \* وَيَجِبُ دَفْعُ الْكُفَّارِ عَنْهُمْ إِلَّا إِذَا أَنْفَرَدُوا بِبَلَدَةٍ بَعِيدَةٍ عَنِ بِلَادِ الْإِسْلَامِ وَقَصَدُوا فَفِي وَجُوبِ دَفْعِ الْكُفَّارِ عَنْهُمْ قَوْلَانِ \* فَإِنْ قُلْنَا لَا يَجِبُ فَإِنْ شَرَطْنَاهُ وَجِبَ \* وَإِنْ قُلْنَا: يَجِبُ فَلَوْ شَرَطْنَا أَنْ لَا نَدْبُ صَحَّ الشَّرْطُ.

قال الرافعي: ذكر في أول الباب أن النُّظْرَ الأول في أركان الجزية، وقد حصل الفراع منها، وهذا في أحكامها، وهو <sup>(٢)</sup> النُّظْرُ الثاني. وإذا صحَّ عقد الدُّمَّةِ لزمنا بموجبه شيء، ولزمهم شيء.

أما ما يلزمنا فأمران:

أحدهما: الكف عنهم بالألّا نتعرّض لأنفسهم ولا لأموالهم، ويضمن من أتلف عليهم نفساً أو مالاً فإنهم بذلوا الجزية لبعضمة الدماء والأموال، ولا نتعرّض لِكِنَائِسِهِمْ على تفصيل يأتي من بعد، ولا تُرَأَقُ خُمُورُهُمْ [ولا تُتْلَفُ خَنَازِيرُهُمْ، إلا إذا أظْهَرُوهَا، ومن أَرَأَقَ خُمُورَهُمْ] <sup>(٣)</sup> أو قَتَلَ خَنَازِيرَهُمْ مِنْ غَيْرِ إِظْهَارٍ، فَقَدْ تَعَدَّى، وَلَكِنْ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ، وَالْمَسْأَلَةُ مذكورة مرة في «الغضب»، وإن باع الدُّمِّي خُمُوراً مِنْ مُسْلِمٍ، أُرِيَقَتْ الْخُمُرُ عَلَى الْمُسْلِمِ، [وَلَا تَمْنُ] <sup>(٤)</sup> لِلدُّمِّي، وَإِنْ غَضِبَهَا غَاصِبٌ، فَعَلَيْهِ مُؤَنَةُ الرُّدِّ.

وفيه وجه: أنها لَيْسَتْ مَضْمُونَةُ الرُّدِّ، كما أنها ليست مَضْمُونَةُ الْعَيْنِ، ويقرب منه ما ذكر في «التهذيب» أنه إذا أخذ منه خُمُراً، أو خَنَزِيرًا، لا يجب عليه اسْتِزْجَاعُهُ؛ لِأَنَّهُ يَحْرَمُ اقْتِنَاؤُهُ فِي الشَّرْعِ، وَالْمَشْهُورُ الْأَوَّلُ.

وفي «التهذيب»: أَنَّهُ لَوْ كَانَ لِمُسْلِمٍ عَلَى ذِمِّيٍّ دَيْنٌ فَقَضَاهُ، وَجِبَ الْقَبُولُ، إِذَا لَمْ يَعْلَمْ أَنَّ الْمُوَدِّيَّ مِنْ تَمَنِ خَمْرٍ فَإِنْ عَلِمَ بِأَنَّ بَاعَ الْخَمْرَ بَيْنَ يَدَيْهِ، وَأَخَذَ تَمَتَّهَا، فَهَلْ يُجَبَّرُ عَلَى قَبُولِهِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

(٢) في ز: وهذا.

(٤) سقط في ز.

(١) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

أَصْحُهُمَا: وينسب إلى النَّصِّ أَنَّهُ لَا يُجْبَرُ، بل لا يجوز قَبُولُهُ، وأنه لو كان لِذِمِّيٍّ على ذِمِّيٍّ دَيْنٌ، فَرَهَنَ بِهِ خَمْرًا، لم يتعرض لهما، كما لو بَاعَ الخَمْرَ، وإن وضعها عند مسلم لم يكن له إِمْسَاكُهَا، ولو كان لمسلم على ذِمِّيٍّ دَيْنٌ، فَرَهَنَ بِهِ خَمْرًا، لا يجوز.

والثاني: يَجِبُ على الإمام دَفْعُ من يَقْصِدُهُم من أهل الحرب، إن كانوا في بلاد الإسلام؛ لَأَنَّهُ لَا بُدَّ من الذَّبِّ عن الدَّارِ، ومنع الكفار من طروقها، وإذا دَفَعْنَا عن الدَّارِ، وهم فيها حَصَلَ الدَّفْعُ عنهم، فإن كانوا مستوطنين لدار<sup>(١)</sup> الحَرْبِ، لكنهم عَقَدُوا الذِّمَّةَ، وَقَبِلُوا الجزيةَ، فلا مَطْمَعٌ في الذب عنهم، وإن كانوا مُتَفَرِّدِينَ بِبِلْدَةٍ في جَوَارِ الدَّارِ، وأمكن الذَّبُّ عنهم، ففي وجوبه وَجْهَانِ، هذا أثبت، وقال في الكتاب: قولان:

أحدهما: المَنَعُ؛ لَأَنَّا عَقَدْنَا الذِّمَّةَ، لِيَأْمَنُوا مِنَّا، ونَأْمَنَ منهم، وأما مَنَعُ الغير عنهم فلا يَلْزِمُهُ، كما لا يلزمهم الذَّبُّ عَنَّا.

وأَصْحُهُمَا: الوجوب؛ إِحْقَاقًا لهم بِأهل الإسلام في العِصْمَةِ، والصيانة، هذا إذا جَرَى العَقْدُ مُطْلَقًا، أما إذا جرى بشرط أن يذب أهل الحَرْبِ عنهم، وَجَبَ الوَفَاءُ بالملتزم، وقال الإمام: إذا قلنا: لا يجب الدَّفْعُ<sup>(٢)</sup> عند الإِطْلَاقِ، فالرَّأْيُ أَلَّا يَلْزَمُ بِالإِتِزَامِ، والظاهر الأَوَّلُ، وهو المذكور في الكتاب، وإن جَرَى بِشَرْطِ أَلَّا يَذَبَّ عنهم، فإن كانوا مع المسلمين، أو في مَوْضِعٍ إذا قَصَدَهُم أهل الحَرْبِ، ويكون مُرُورُهُم على المسلمين فسد الشرط، والظاهرُ فَسَادُ العَقْدِ؛ لَأَنَّهُ عَقْدٌ على تَمَكِينِ الكُفَّارِ من المُسْلِمِينَ، وإن كانوا مُتَفَرِّدِينَ، وأهل الحرب لا يَمُرُّونَ عليهم، فَيَصِحُّ الشَّرْطُ.

وأطلق الإمام حِكَايَةَ وجه: أن شرط الذَّبِّ فاسِدٌ، والظَّاهِرُ الأَوَّلُ، وهل يكره؟ عن نَصِّهِ في موضع أنه يُكْرَهُ.

وفي موضع آخر: أنه لا يُكْرَهُ، وَحَمَلُوهَا على خَالَتَيْنِ؛ حيث قال: يكره الأداء إذا طَلَبَ الإمامُ الشَّرْطَ؛ لأن فيه إِظْهَارَ الضعف للمسلمين، وحيث قال: لا يُكْرَهُ أراد إذا طَلَبَ أهل الذِّمَّةِ، وكما يجب دَفْعُ أهل الحرب عنهم، يجب دَفْعُ المسلمين إذا قَصَدَهُم جَمَاعَةً، وأهل الذمة إذا قصد طَائِفَةً طَائِفَةً، وإن لم يدفع عنهم حتى مَضَى حَوْلٌ، لم تجب جزية ذلك الحَوْلِ، كم لا تَجِبُ أَجْرَةُ الدَّارِ، إذا لم يوجد التمكين والانتفاع. ذكره صاحب «البيان» وغيره.

ولو أَعَارَ أهل الحرب على أهل الذِّمَّةِ، وأخذوا أموالَهُم، ثم ظَفِرَ الإمام بهم، فاسترجعها، فعليه رَدُّهَا إلى أهل الذمة، فإن أَتَلَّفُوا، فلا ضَمَانَ عليهم، كما لو أَتَلَّفُوا

(٢) في ز: لا يلزم الوفاء.

(١) في ز: لبلاد.

مَالَ الْمُسْلِمِينَ، فَإِنْ أَعَارَ مَنْ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ هُدْنَةً، وَأَتْلَفَ أَمْوَالَ أَهْلِ الذِّمَّةِ عَلَيْهِمْ، وَجِبَ الضَّمَانُ، فَإِنْ تَقَضُّوا الْعَهْدَ، وَامْتَنَعُوا، ثُمَّ أَعَارُوا، وَأَتْلَفُوا عَلَيْهِمْ مَالًا أَوْ نَفْسًا، ففِي الضَّمَانِ قَوْلَانِ كَأَهْلِ الْبَغْيِ.

وأما قوله في الكتاب: «ولو تَرَأَفَعُوا إلينا فِي خُصُومَاتِهِمْ، ففِي وَجُوبِ الْحُكْمِ قَوْلَانِ» قد سبق مرَّةً فِي «كتاب النكاح»، وأعادها هنا إشارةً إلى أَنَّهُ من قَبِيلِ دَفْعِ بَعْضِهِمْ عن بعض.

قال العزالي: (أما حكمه) عَلَيْهِمْ فخمسة أمور: (الأول في الكنائس) فإن كانوا ببلدة بناها المسلمون فلا يمكنون من بناء كنيسة \* وكذلك لو ملكنا رقة بلدة من بلادهم قهراً \* لكن لو أراد الإمام أن يقرر كنيسة من الكنائس القديمة ويقرر منهم طائفة فيه وجهان: \* والأصح وجوب نقض كنائسهم \* أما إذا فتحت بالصلح على أن يسكنوها بخراج ورقة الأبنية للمسلمين وشرطوا إبقاء كنيسة جاز \* وإن أطلقوا ففي وجوب ذلك إنمأماً لما صالحنا عليه من التقرير وجهان \* أما إذا فتحت على أن يكون رقة البلد لهم وعليهم خراج فهذه بلدتهم ولا تنقض كنائسهم \* والظاهر أنهم لا يمنعون من إحداث كنيسة إذ يجوز لهم فيها إظهار الخمر والتأفوس وغيره \* وحيث منعنا من الإحداث فقط فلا نمنع من عمارة القديمة إذا استمرت \* فلو أنهدمت ففي جواز إعادتها وجهان \* وفي توسيع حطبتها وجهان \* ولا يلزمهم إخفاء العمارة \* وضرب التأفوس يمنع منه كإظهار الخمر وقيل: هو تابع للكنيسة.

قال الرافعي: مقصود الفصل الكلام في البيع، والكنائس، والبلاد التي في حكم المسلمين قسماً:

أحدهما: البلاد التي أحدثها المسلمون كـ «بغداد»، و «الكوفة»، و «البصرة» فلا يمكن أهل الذمة من إحداث بيعة أو كنيسة، أو صومعة رهب فيها؛ روى ذلك عن عمر وابن عباس - رضي الله عنهما<sup>(١)</sup> -، ولا مخالف لهما في الصحابة.

قال الروياني؛ ولو صالحهم على التمكن من إحدائها، فالعقد باطل، والتي توجد في هذه البلاد من البيع والكنائس، وبيوت النيران لا تنقض؛ لاحتمال أنها كانت في قرية، أو برية، واتصل بها عمارة المسلمين، فإن عرف إحداث شيء بعد بناء المسلمين وعمارتهم نقض.

(١) أخرجه البيهقي في السنن [٢٠٢/٩].

والثاني: البلاد التي لم يُخديثوها، ودخلت تحت يدهم، فإن أسلم أهلها كـ «المدينة» و «اليمن» فحُكِّمها حُكْمُ القسم الأول، وإلا فإما أن تفتح عَنوةً، أو قَهراً، أو مُسألَمةً وُصْلحاً فهما ضَرْبان:

الأول: [ما]<sup>(١)</sup> فتح عَنوةً، وإن لم يكن فيها كَنيسةً، أو كانت وانهدمت، أو هدمها المسلمون وَفَتِ الفَتْحِ، أو بعده، فلا يَجُوزُ لهم بناؤها، وهل يَجُوزُ تَقْرِيرُهُمْ على الكَنيسةِ القائمة؟ وجهان:

أحدهما: يجوز؛ لأن المَصْلَحَةَ قد تَقْتَضِي ذلك، وليس فيه إِحْدَاثٌ ما لم يكن. وَأَصْحُهُمَا: المَنْعُ؛ لأنَّ المسلمين قد مَلَكُوها بالاستيلاء فيمتنع جعلها كَنيسةً، وَحَكَى الإِمَامُ القَطْعَ بهذا الوجهِ عن طَائِفَةٍ من الأَصْحَابِ، ويجوز أن يُعَلِّمَ لذلك قوله في الكتاب: «ففيه وجهان». بالواو، وفي لفظ الكتاب في المسألة تَطْوِيلٌ قد يَتَوَلَّدُ من قبله التَّيَاسُ، وكان يكفيه أن يقول: لكن لو أراد الإِمَامُ أن يُقَرَّرَهُمْ على كَنيسةٍ ففيه وجهان:

أَصْحُهُمَا: المَنْعُ.

والثاني: ما فتح صُلْحاً، وهو على نوعين<sup>(٢)</sup>:

أحدهما: ما فُتِحَ على أن تكون رِقَابُ الأَرْضِي للمسلمين، وَهُمْ يَسْكُنُونَهَا بِخَرَجٍ، فإن شرطوا إِبْقَاءَ الكَنَائِسِ والبَيْعِ، جاز، وكأنهم صَالِحُوا على أن يَكُونَ البَيْعُ وَالكَنَائِسُ لهم، وما سواها لنا، وإن صَالِحُوا على إِحْدَائِهَا أيضاً جاز ذَكَرَهُ الرُّوْيَانِيُّ في «الكافي» وغيره، وإن أَطْلَقُوا فوجهان:

أحدهما: أَنَّهُ يَنْقُضُ ما فيها من الكَنَائِسِ؛ لأن إِطْلَاقَ اللَّفْظِ يَقْتَضِي صَيْرُورَةَ جَمِيعِ البِلْدِ لنا.

والثاني: أَنَّهَا تَبْقَى، وتكون مُسْتَثْنَاءَةً بِقَرِينَةِ الحال، فإنا شَرَطْنَا تَقْرِيرَهُمْ، وقد لا يَتِمَّ كُنُونُ من الإِقَامَةِ، إِلَّا بِأَنْ يَبْقَى لهم مُجْتَمَعٌ لِعِبَادَتِهِمْ، والأوَّلُ أَشْبَهُ.

والثاني: ما فتح على أن تكون البِلْدُ لهم، وهم يُؤَدُّونَ خَرَجاً، فيجوز تَقْرِيرُهُمْ على بَيْعِهِمْ وَكَنَائِسِهِمْ، فَإِنَّهَا ملكهم، وأما إِحْدَاثُ الكَنَائِسِ، فعن بَعْضِ الأَصْحَابِ المَنْعُ فيه؛ لأن البِلْدَ تحت حُكْمِ الإِسْلَامِ، ولا يحدث فيها الكنيسة.

والظاهر<sup>(٣)</sup>: أَنَّهُ لا مَنْعَ منهم؛ لأنَّهُمْ متصرفون في مِلْكِهِمْ، والدار لهم، ولذلك

(١) في ز: إذا.

(٢) في ز: فهو.

(٣) في ز: والثاني.

يُمْكِنُونَ من إظهارِ الخَمْرِ، والخِنْزِيرِ، والصَّلِيبِ فيها، وإظهار ما لهم من الأَعْيَادِ، وضَرْبِ التَّافُوسِ، والجَهْرِ بقراءة التَّوْرَةِ، والإنجيلِ، ولا شَكَّ في أَنَّهُمْ يَمْنَعُونَ من إِيوَاءِ الجَوَاسِيْسِ [وإنهاء الأَخْبَارِ، وما يتضرر به المسلمون في ديارهم، وحيث قلنا: لا يجوز الإحداث] <sup>(١)</sup> وجوزنا إبقاء الكنيسة، فلا مَنَعَ من عِمَارَتِهَا، إذا استرمت، وهل يجب إخفاء العمارة؟ فيه وجهان:

أظهرهما: نعم؛ لأن إظهارها [زَيْنَةٌ] <sup>(٢)</sup> قَرِيْبَةٌ من الاستِخْدَاثِ.

وأصْحُهُمَا: وهو المذكور في الكتاب - أَنَّهُ لا بَأْسَ بإظهارها، كما لا بَأْسَ بإبقاء الكنيسة، فعلى هذا يجوز تَطْيِئُهَا من خَارِجٍ وداخِلٍ، ويجوز إِعَادَةُ الجِدَارِ السَاقِطِ، وعلى الأول يُمْنَعُونَ من التَطْيِئِ من خارج، وإذا أشرف الجدار [على الانهدام] <sup>(٣)</sup> فلا وَجْهَ، إلا أن يبنوا جداراً داخل الكنيسة، وقد تَمَسُّ الحَاجَةَ إلى جِدَارٍ ثَالِثٍ، ورابع، فينتهي الأمر إلى الأَيُّقَى من الكنيسة شَيْءٌ، ويمكن أن يكتفي من يقول بوجوب الإخفاء بإسبال سِتْرِ تَقَعُ العِمَارَةُ من وَرَائِهِ، أو بإيقاعها في اللَّيْلِ، وإذا أَنهَدَمَتِ الكَنِيْسَةُ المُبْقَاةَ، فهل لهم إِعَادَتُهَا؟ فيه وجهان:

أحدهما: وبه قال الإِضْطِخْرِيُّ وابن أبي هُرَيْرَةَ - لا لأن الإِعَادَةَ اِبْتِدَاءً كَنِيْسَةٍ.

وأصْحُهُمَا: نعم، ويُرْوَى عن أبي حَنِيفَةَ وأَحْمَدَ - رحمهما الله -؛ لأن الكَنِيْسَةَ مبقاة لهم، فلهم التَّصَرُّفُ في مكانها، وإذا جَوْرَنا إِعَادَتَهَا، فهل لهم تَوَسُّعُ حُطَّتِهَا والزيادة فيها؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، كما لو أعادوها على هَيْئَةٍ أُخْرَى.

وأصْحُهُمَا: المنع؛ لأن الزيادة كَنِيْسَةٌ جَدِيدَةٌ مُتَّصِلَةٌ بالأولى، فيمنعون من ضَرْبِ التَّافُوسِ في الكنيسة، كما يَمْنَعُونَ من إظهارِ الخَمْرِ وفيه وجه: أَنَّهُمْ يُمْكِنُونَ منه تَبَعاً للكنيسة، والخلاف في كَنِيْسَةِ البَلَدِ التي صَالَحَتْهَاًمْ على أن تكون الأَرَاضِي لَنَا، وفي التي صَالَحَتْهَاًمْ على أن أَرَاضِيهَاًمْ لهم قد دُكِّرْنَا أَنَّهُ لا يَمْنَعُ منه وقوله في الكتاب: «وحيث مَنَعْنَا من الإِحْدَاثِ فقط» أي: فلم يَمْنَعُ من الإِبْقَاءِ، ونختم الفُضْلَ في هذا المَوْضِعِ بكلامين.

أحدهما: تَعَرَّضَ الرُّومَانِيُّ وغيره في هذا المَقَامِ لفتوح بعض البلاد، وذكروا أن مما فتح عَنَوَةَ بلاد «الجبَلِ» فتحها سَعْدُ والنعمان بن مقرن في عَهْدِ عمر - رضي الله عنه -،

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

و «أصفهان» على يد أبي موسى [الأشعري]، و «بلاد الأهواز» و «فارس» على يد أبي موسى [وعثمان] (١) وعتبة بن غزوان، وبلاد «المغرب» على يد عبد الله بن سعد بن أبي سرح، و «قيسارية» على يد معاوية بعدما حاصرهما سبع (٢) سنين، و «جرجان» فتحها يزيد بن المهلب. في عهد سليمان بن عبد الملك - رحمهم الله - ومما فتح صلحاً أرض «هجر» و «نجد» و «أيلة». بذل أهلها الجزية لرسول الله - ﷺ - و «بيت المقدس» فتحه عمر - رضي الله عنه - و «دمشق» فتحه خالد بن الوليد، و «مدن الشام» فتحت صلحاً وأرضها عنوة.

ومنها «بلاد خراسان» إلى بلاد «مرو الروذ» فتحت على يد «عبد الله بن عامر» في خلافة عثمان - رضي الله عنه - وما وراءها فتحت على يد سعيد بن عثمان لمعاوية وفتح بعدها «سمرقند» و «نصف» و «بخارى» على يد المهلب بن أبي صفرة، وقتيبة بن مسلم، والتي فتحت في خلافة عثمان - رضي الله عنه -.

وكذلك «طبرستان» فتحت على يد سعيد بن العاصي - رضي الله عنه -.

والثاني: قال الإمام - رحمه الله - نأفوس المجوس لست أرى فيه أمراً يوجب المنع، وإنما هو منحوط وبيوت يجمع فيها المجوس جيفهم، ليس كالبيع والكنائس التي تتعلق بالشعار (٤).

قال الغزالي: (الواجب الثاني: ترك مطاولة البنيان) فلا يغلب بناءه على جاره المسلم وإن كان دار جاره في غاية الانخفاض \* ولو ساواه فوجهان \* ولو كانوا في موضع منفرد فلا حرج \* وقيل: يمنع من التجمل بالرفع \* ولو اشترى داراً مرتفعة لم يمنع ولم تهدم بحال.

قال الرافعي: يمنع أهل الذمة من إطالة البنيان، ورفع على بنيان جيرانهم من المسلمين، فلو بنوها كذلك هدم عليهم، هذا ظاهر المذهب، واستؤنس له بما روي أنه - ﷺ - قال: «الإسلام يعلو ولا يغلب عليه» (٥) وذكر فيه معنيان.

أحدهما: أنهم يتطلعون بالأبنية الرفيعة على عورات المسلمين.

والثاني: أن فيها استكثاراً وازدياداً على المسلمين، وفي كتاب القاضي ابن كنج

(١) في ز: وعمرو بن العاص.

(٢) في ز: تسع.

(٣) في أ: فتحها.

(٤) في ز: بالشعائر.

(٥) أخرجه الدارقطني [٢٥٢/٣] من حديث عائذ المزني، وعلقه البخاري، ورواه الطبراني [٩٤٨]

[٢١٦٧] في الصغير من حديث مطولاً في قصة الأعرابي والضب، وإسناده ضعيف جداً.

حِكَايَةُ قَوْلِ أَنْ لِهَمْ رَفَعَ الْبِنَاءِ، وَطَرِيقَةُ أُخْرَى تَقَطُّعَ بِذَلِكَ، وَيَحْمَلُ مَا نَقَلَ مِنْ تَرْكِ  
الإِطَالَةِ عَلَى إِطَالَةِ جُذْرَانِ الْكُنَيْسَةِ، وَإِذَا قَلْنَا بِالظَّاهِرِ، فَالنَّظَرُ إِلَى أُبَيَّةِ الْجِيرَانِ، دُونَ  
غَيْرِهِمْ وَفِي «الْكَافِي» لِلرُّوْيَانِيِّ وَجْهٌ: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَطِيلَ بِنَاءُهُ عَلَى بِنَاءِ أَحَدٍ مِنَ  
المُسْلِمِينَ فِي ذَلِكَ الْمَضْرَبِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ بِنَاءُ الْجِيرَانِ مُعْتَدِلًا، أَوْ فِي غَايَةِ  
الانْحِفَاضِ، وَفِيمَا إِذَا كَانَ فِي غَايَةِ الانْحِفَاضِ نَظَرٌ لِلْإِمَامِ، ثُمَّ الْمَنْعُ لِحَقِّ الدِّينِ لَا  
لِمَنْحَصِ حَقِّ الْجَارِ، حَتَّى يَمْنَعَ وَإِنْ رَضِيَ الْجَارُ، وَأَظْهَرَ الْوَجْهَيْنِ أَنَّهُ مَحْتَمٌ.

والثاني: عن رواية صاحب «التقريب» أنه محبوب، وهل يمنعون من المساواة؟ فيه  
وجهان يمكن بناؤهما على المعنيين المقدمين. ووجه أحدهما: بأنه لم يغل على المسلم.

والثاني: وهو الأصح بأن المقصود التمييز بينهم في البنيان، كما يميز بينهما في  
اللبس، ولو كان أهل الذمة في موضع مُنفرد، كطرف من البلد منقطع عن العمارات،  
فلا منع من رفع البناء.

وفيه وجه لما فيه من التجمل والسرف، وهذا كما أنهم يمنعون من رُكوب الخيل  
ونحوه، ولو ملك الذمي داراً رقيقة لم يكلف هدمها، فإن أنهدمت لم يكن له عند  
الإعادة أن يرفع بناءها على بناء المسلم، وفي المساواة الخلاف، والبلدة التي فتحت  
صُلحاً على أن تكون للمسلمين لا تُهدم أُبنيتهُم الرقيقة فيها، ويمنعون من الإحداث.  
ذكره في «التهذيب».

وقوله في الكتاب: «الواجب الثاني» هذا إنما يستمر على قولنا: إن ترك الإطالة  
واجب، وقد عرفت الخلاف فيه.

وقوله: «فلا يعلى بناءه» ليعلم بالواو؛ لما حكاه ابن كعب، ويجوز أن يعلم قوله:  
«على جاره» بالواو؛ للوجه الذي ذكرنا أن النظر غير مقصور على الجار وقوله: «وإن  
كان دار جاره في غاية الانخفاض» [لنظر الإمام].

قال الغزالي: (الثالث) يُمنعون من رُكوب الخيل والبغال الثفيسة \* ولا يُمنع من  
الجمار وليكن ركبته من الحسب \* ويُمنعون من جادة الطريق \* ويضطرون إلى المضيقي  
إذا لم يكن الطريق خالياً.

قال الرافعي: فيه مسألتان:

إحداهما: يُمنع أهل الذمة من رُكوب الخيل؛ لأن فيه عزاً، وقد ضربت عليهم الذلة.

وحكى القاضي ابن كعب: أنهم لا يُمنعون منه، كم لا يُمنعون من لبس الثياب  
الثفيسة، والمشهور الأول، واستثنى الشيخ أبو محمد البراذين الحسياسة، وألحق في



الكتاب البَغَالِ النَّفِيسَةَ بِالْحَيْلِ؛ لما في ركوبها من التَّجْمُلِ، وكذلك ذَكَرَهُ الإِمَامُ، والفُورَانِيُّ.

والأَظْهَرُ أَنَّهُ لَا مَنَعَ مِنْ رُكُوبِهَا، وَاقْتَصَرَ كَثِيرُونَ عَلَى إِيرَادِهَا [وَلَا مَنَعَ مِنَ الْخُمْرِ، وَإِنْ كَانَتْ رَفِيعَةَ الْقِيَمَةِ] (١) وَإِذَا رَكَبُوا، فَلَا يَرْكَبُونَ الشَّرُوحَ، بَلِ الْأَكْفَ، وَيَرْكَبُونَ عَرَضاً وَهُوَ أَنْ يَجْعَلَ الرَّكَّابُ رِجْلَيْهِ مِنْ جَانِبٍ وَاحِدٍ، وَيُرْوَى أَنَّ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - شَرَطَ ذَلِكَ عَلَى نَصَارَى «الشَّامِ»، وَعَنْ الشَّيْخِ أَبِي حَامِدٍ أَنَّ لَهُمُ الرُّكُوبَ عَلَى اسْتِوَاءٍ، وَيَحْسَنُ أَنْ يَتَوَسَّطَ، فَيَفْرُقُ بَيْنَ أَنْ يَزَكَبَ إِلَى مَسَافَةٍ قَرِيبَةٍ مِنَ الْبَلَدِ، وَيَبِينُ أَنْ يَسِيرَ مُسَافِراً إِلَى مَسَافَةٍ شَاسِعَةٍ، بَلِ أَنْ يُخَصَّصَ الْمَنَعُ بِالرُّكُوبِ فِي الْحَضَرِ وَيَكُونُ رِكَابُهُمْ مِنَ الْخَشَبِ دُونَ الْحَدِيدِ، وَعَنْ أَبِي الْحُسَيْنِ، وَإِبْنِ أَبِي هُرَيْرَةَ: أَنَّهُ لَا حَجَرَ وَيَمْنَعُونَ (٢) مِنْ تَقْلِيدِ السُّيُوفِ، وَحَمَلِ السَّلَاحِ، وَمَنْ لَجِمَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ، وَذَكَرَ الْقَاضِي ابْنَ كَيْجٍ - رَحِمَهُ اللَّهُ - أَنَّ هَذَا كُلَّهُ فِي الذُّكُورِ الْبَالِغِينَ، وَأَمَّا النِّسَاءُ وَالصُّغَارُ، فَلَا يَلْزَمُونَ الصُّغَارَ، كَمَا لَا يَضْرِبُ عَلَيْهِمُ الْجَزِيَّةُ.

**المسألة الثانية:** لَا يَتْرَكَ لَهُمْ صَدْرُ الطَّرِيقِ، بَلِ يُلْجَوْنَ إِلَى أَضْيَقِ الطَّرِيقِ، إِذَا كَانَ الْمُسْلِمُونَ يَطْرُقُونَ، وَإِنْ خَلَّتِ الطَّرِيقُ عَنِ الرُّحْمَةِ، فَلَا حَرَجَ رُؤْيٍ أَنَّهُ - ﷺ - قَالَ: «لَا تَبْدُؤُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَى بِالسَّلَامِ، وَإِذَا لَقَيْتُمْ أَحَدَهُمْ فِي طَرِيقٍ، فَاضْطَرُّوهُمْ إِلَى أَضْيَقِهِ» (٣) وَلَيْكُنَ التَّضْيِيقُ عَلَيْهِ، بِحَيْثُ لَا يَقَعُ فِي وَهْدَةٍ، وَلَا يَضْدِمُهُ جِدَارٌ (٤)، وَلَا يُوقِرُونَ وَلَا يُصَدِّرُونَ فِي الْمَجَالِسِ، إِذَا اتَّفَقَ اجْتِمَاعُهُمْ مَعَ الْمُسْلِمِينَ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُبْدَأَ مِنْ لَقِيهِمْ بِالسَّلَامِ، وَإِنْ بَدَأَ، فَلَا يُجِيبُهُ. قَالَ فِي «التَّهْذِيبِ» (٥).

وَلَا يَجُوزُ لِمُسْلِمٍ أَنْ يُؤَادَّهُمْ (٦). قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: «لَا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ» [الآية [المجادلة: ٢٢]].

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الرَّابِعُ): يَلْزَمُهُمُ الْغِيَارُ \* وَكَذَا الْمَرْأَةُ \* وَكَذَا فِي الْحَمَامِ وَكُلِّ ذَلِكَ وَاجِبٌ أَوْ مُسْتَحَبٌّ؟ فِيهِ وَجْهَانِ \* وَأَمَّا تَرْكُ الْكِنِيسَةِ وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهَا فَوَاجِبٌ.

(١) سقط في ز.

(٢) أخرجه مسلم عن أبي هريرة في حديث، ورواه أبو داود بلفظ: إذا لقيتموهم في الطريق، فاضطروهم إلى أضيق الطريق.

(٣) في ز: حمار.

(٤) قال النووي في زوائده: هذا الذي ذكره البغوي هو وجه حكاة الماوردي، والصحيح بل الصواب: أن يجاب بما ثبت في الأحاديث الصحيحة، وعليكم، وفي هذه المسألة كلام كثير وتفصيل أوضحته في كتاب السلام من كتاب «الأذكار».

(٦) ذكر المصنف في باب الوليمة ما نصه: ويكره مخالطة الذمي وموادته، ورجح في الخادم المذكور هنا.

قال الرَّافِعِيُّ: يُؤَخَذُ أهلُ الذِّمَّةِ في دارِ الإسلامِ بالتمييزِ في اللِّباسِ؛ أن يلبسوا الغِيَارَ، وهو أن يَخِيطُوا على ثِيَابِهِمُ الظَّاهِرَةَ ما يَخَالِفُ لَوْنَهُ لَوْنَهَا، وتكون الخِيَاطَةُ على الكَتِفِ دون الدُّبُلِ، هكذا أَطْلُقُ ويشبه أن يُقالَ؛ لا يَخْتَصُ ذلكَ بالكَتِفِ، والشَّرْطُ الخِيَاطَةُ على موضعٍ لا يُعْتَادُ وإلْقَاءُ مِنْدِيلٍ ونحوه على الكَتِفِ كالخِيَاطَةِ، ثم الأوَّلِيُّ باليهودِ العَسَلِيِّ وهو الأَصْفَرُ، وبالنَّصَارَى الأَزْرَقُ أو الأَكْهَبُ ويُقالُ له: الرِّمَادِيُّ، وبالمجوسِ الأَسْوَدُ، أو الأَحْمَرُ، ومنهم من يُطْلِقُ اسْمَ العَسَلِيِّ على ما يَخِيطُونَهُ في ثِيَابِهِمُ، في أيِّ لونٍ كان - ويؤَخَذُ أيضاً بِشَدِّ الزُّنَّارِ، وهو: خَيْطٌ مُتَعَلِّطٌ على أَوْسَاطِهِمُ خارجِ الثِّيَابِ، وليس له إِنْدَالُهُ بالمنطِقَةِ، والمِنْدِيلِ ونحوهما.

وإن لبسوا [الْقَلَانِسَ] <sup>(١)</sup> مَيِّزَتْ عن قَلَانِسِ المُسْلِمِينَ بِذَوَابَةِ، أو عَلمٍ في رأسها، وإذا دَخَلُوا حَمَّاماً فيه مسلمون، وتَجَرَّدُوا عن الثِّيَابِ، فليكن عليهم جَلَّاجِلٌ، أو في أَعْنَاقِهِمُ خَوَاتِمٌ من حَدِيدٍ أو رِصَاصٍ، لا من الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ، هكذا أوردَ أكثرهم.

وقال: في «المُهَدَّبِ». يجعل في أَعْنَاقِهِمُ خَاتِمٌ؛ لِيَتَمَيَّزُوا في الحَمَّامِ، وفي الأحوال التي يَتَجَرَّدُونَ فيها عن الثِّيَابِ، وبين [الإيرادين] <sup>(٢)</sup> تَفَاوُتٌ لا يَخْفَى، وإذا كان لهم شَعْرٌ أَمْزُوا بِحِزِّ التَّوَّاصِي، ومُنِعُوا من إِزْسَالِ الصُّفَاتِرِ، كما يفعل الأَشْرَافُ والأَجْنَادُ.

رُوِيَ عن عمر - رضي الله عنه - أنه كتب إلى أَمْرَاءِ الأَجْنَادِ أن يَخْتُمُوا رِقَابَ أَهْلِ الذِّمَّةِ بخاتمٍ من رِصَاصٍ، وأن يَجْزُوا نَوَاصِيَهُمُ، وأن يَشْدُوا المَنَاطِقَ <sup>(٣)</sup>، وفَسَّرَهَا أبو عُبَيْدَةَ بِالزُّنَّانِيَرِ ويقال لها: الكَشِيخَاتُ <sup>(٤)</sup>، والمعنى في تَمْيِيزِهِمُ عن المسلمين في اللِّباسِ أن يُعْرَفُوا، فلا يَبْدَأَهُمُ المُسْلِمُ بِالسَّلَامِ، يُلْجِئُهُمُ إلى أَضْيَقِ الطَّرِيقِ، ولا يشبه مَوْتَاهُمُ بموتى المُسْلِمِينَ، إن فرض اختِلَاطٌ.

والجمع بين الغِيَارِ والزُّنَّارِ تَأْكِيدٌ ومُبَالَغَةٌ في الإِشْهَارِ، ويجوز أن يَفْتَصِّرَ الإِمَامُ على اشْتِرَاطِ أَحَدِهِمَا، وهل يَلْبَسُ النِّسَاءُ بِالغِيَارِ؟

حَكَى الإِمَامُ فيه وجهين:

أَحَدُهُمَا: لا؛ لأن النِّسَاءَ يخرجن نَادِرًا، فلا يحتاج فيهن إلى التَّمْيِيزِ.

وأظْهَرُهُمَا: نعم، كالرِّجَالِ، ويجري الخِلَافُ في شَدِّ الزُّنَّادِ، وفي التَّمْيِيزِ في الحَمَّامِ.

(١) في ز: الملابس.

(٢) رواه البيهقي بالزيادة التي في أول هذا مفردة، من طريق الثوري عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن أسلم، قال كتب في عمر فذكره.

(٤) في ز: الكسججات.

وإذا قلنا: بالأظهر، فعن الشيخ أبي حامد: أنهم يجعلن الرناتير فوق الإزار.  
وفي «التهديب» وغيره أنهم يجعلن تحته؛ لثلاً [يصف] (١) أبدانهن، وأشار بعضهم  
إلى اشتراط ظهور شيء (٢) منه.

والتمييز في الحمام، يُبَيَّن على أنه يجوزُ لهن دُخُولُ الحَمَامِ مع نِسَاءِ المسلمين.  
قال في «التهديب»: وأظهر الوجهين منعه؛ لأنهن أجنبيات في الدين، وقد يفهم  
من هذا السياق أن لنساء المسلمين أن يدخلنه بلا حجب، لكن عن ابن أبي هريرة فيما  
رواه القاضي الروياني وغيره، أنه قال في هذا الموضوع: لا يجوز لهن دُخُولُ الحَمَامِ،  
إلا عن ضرورة (٣)؛ لقوله - ﷺ -: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ خَلَعَتْ ثَوْبَهَا عَنْ بَيْتِ زَوْجِهَا فَهِيَ  
مَلْعُونَةٌ» (٤).

وإذا خرجت الذميمة بخف، فليكن أحد حفيها أسود، والآخر أبيض أو أحمر، ولا  
يشترط الجمع بين هذه الوجوه، ويكفي التمييز من بعضها.  
وللذمي أن يتعمم ويتطلس؛ خلافاً لأبي حنيفة وأحمد.

وفي «البحر» وجه كمدھبها، وطرد خلاف أبي حنيفة في الرداء والتغلين، وفي  
المنع من لبس الديباج وجهان:

أقربهما: أنه لا يُمنع، كما لا يُمنع من ربيع القطن والكثان، ثم أطلق صاحب  
الكتاب وجهين، في أن الغيار من أصله واجب أو مستحب، والذي يوافق إيراد الجمهور  
وإطلاقهم الوجوب وعليه يستمر قوله أولاً: «الواجب الرابع». وقوله «ويلزمهم الغيار»  
ويجوز أن يعلم قوله: «وكذا المرأة» بالواو، ولفظ الكتاب يقتضي وقوع اسم الغيار على  
ما يخصل به التمييز في الحمام، والمشهور اختصاصه بما سبق.

وقوله: «وأما ترك الكنيسة.....» إلى آخره غرضه أن يبين أن الخلاف  
الذي حكاه في الغيار لا يجري فيه كأنه قال: بخلاف ترك الكنيسة، والقول في الكنائس  
ما مر، ويجوز أن يُحمَل قوله: «وما يتعلق بها» على ضرب الثأوس.

(١) في ز: يصعقن.

(٢) قال النووي: هذا لا بد منه، وإلا فلا يحصل كبير فائدة.

(٣) قال النووي: الأصح الأشهر أنه لا يحرم عليهن، لكن يكره إن لم يكن عذر، وبهذا قطع الإمام  
أبو بكر السمعاني المروزي من أصحابنا، وقد أوضحت مسائل الحمام وما يتعلق به في آخر صفة  
الغسل من شرح «المهذب».

(٤) أخرجه البخاري وأبو داود (٤٠١٠) والترمذي (٢٨٠٤) وابن ماجه (٣٧٥٠) والحاكم ٢٨٩/٤ من  
حديث عائشة.

قال العزالي: (الخامس): الأتقياد للحكم إذا رزى بمسلمة أو سرق مال مسلم (أما ما لا يتعلق بمسلم) فإن ترفعوا إلينا قضينا وإلا فلا \* وعليهم أيضاً كف اللسان \* فإن أظهروا الخمر والتافوس ومعتقدهم في المسيح وغير ذلك مما لا ضرر على مسلم عززناهم ولا ينتقض به العهد.

قال الرافعي: فيه مسائل:

إحداها: يجب على أهل الذمة الاتقياد بحكمتنا، هكذا أطلق الأصحاب، وحكى الإمام عن العراقيين جميعاً أن المراد منهم إذا فعلوا ما يعتقدون تحريمه؛ يجري عليهم حكم الله فيه، ولا يعتبر فيه رضاهم، وذلك - كالزنا والسرقه، فإنهما محرمان عندهم، كما في شرعنا، وقد بيئنا حكمها في البائين، وذكرنا الفرق بين أن يزني بمسلمة، أو يسرق مال مسلم [وبين أن يزني بذيمة، أو يسرق مال ذمي، ويجوز أن يعلم لما مرّ قوله: «إذا رزى بمسلمة أو سرق مال مسلم» بالواو<sup>(١)</sup>؛ لأن المقصود إقامة حكمها عليه قهراً، وقد سبق أن منهم من يعتبر الرضا، وأما ما يستحلونه، فقد تقدم أن حد الشرب لا يقام على الذمي على الأصح، وإن رضي بحكمتنا.

ولو نكح واحد من المجوس محرماً له، لم يتعرض له، فإن ترفعوا إلينا<sup>(٢)</sup> ورضوا بحكمتنا حكمتنا. وقوله في الكتاب: «فإن ترفعوا إلينا قضينا» أي: لنا أن نقضي، [وأما أنه هل]<sup>(٣)</sup> يجب؟ فعلى القولين المعروفين.

الثانية: عليهم كف اللسان، والامتناع عن إظهار المنكرات كإسماع المسلمين شركهم، وقولهم: إن الله [ثالث ثلاثة]<sup>(٤)</sup>، ومعتقدهم في عزير والمسيح عليهما السلام وإظهارهم الخمر والخنزير والتافوس، وماله من الأعياد، وقراءتهم التوراة والإنجيل، وإحداهم الكنائس في بلاد المسلمين، وإطالتهم البناء وتركهم الغيار مخالفة لما شرط.

وإذا أظهروا أشياء من ذلك منعوا وعزروا، ولكن لا ينتقض به العهد، سواء شرط الامتناع بها في العقد، أو لم يشترط، واختلف في تعليقه، فقيل: لأنهم مديونون بها، وقيل؛ لأنهم لا يتصرروا به المسلمون، بخلاف القتال، أو ما في معناه على ما سيأتي إن شاء الله تعالى، وإن شرط عليهم الاتقياض بهذه الأسباب.

قال الإمام: يبنى ذلك على الخلاف في أن عقد الذمة هل يصح مؤقتاً؟

إن قلنا: نعم، فما يجوز توقيته بأميد، يجوز توقيته بفعل، فإذا قال عاقِد الذمة: إن

(٢) في ز: رفعوا البناء.

(١) سقط في ز.

(٤) في ز: بالثلاثة.

(٣) في ز: ولنا أن.

أظهرتم حُمُورَكُمْ، فلا عَقْدَ لَكُمْ، وقد انْتَقَضَ الْحُكْمُ، وجب الْحُكْمُ بِالْانْتِقَاضِ، إِذَا أَظْهَرُوا، وَإِنْ قَلْنَا؛ لَا يُحْكَمُ بِفَسَادِ الْعَقْدِ مِنْ أَصْلِهِ، فَالْحِكَايَةُ عَنِ الْأَصْحَابِ أَنَّهُ لَا يُنْتَقِضُ، بَلْ يَفْسُدُ الشَّرْطُ، وَيَتَأَبَّدُ الْعَقْدُ، وَيَحْمَلُ مَا جَرَى عَلَى تَخْوِيفِهِمْ، [وَإِذْ لَاهِمُ] (١)، وَوَجْهٌ ذَلِكَ بَانَ الرُّبُطُ [بِوَقْتِ] (٢) مُعَيَّنٌ هُوَ الَّذِي يَنْفِي التَّأْيِيدَ وَالْعَقْدَ قَدْ لَا يُوْجَدُ وَيَسْتَمِيرُ الْعَقْدُ، وَإِذَا لَمْ يَكُنِ التَّرْقِيبُ بِالْفِعْلِ مُتَأَيِّدًا لِلتَّأْيِيدِ، [فِيلغِي] (٣) وَيُوْتَبَدُّ الْعَقْدُ، وَيُنْتَقِضُ عَهْدُ أَهْلِ الذِّمَّةِ بِقِتَالِ الْمُسْلِمِينَ، سِوَاءِ شَرْطِ عَلَيْهِمِ الْاِمْتِنَاعِ فِيهِ، أَوْ لَمْ يَشْتَرِطْ؛ لِأَنَّ عَقْدَ الذِّمَّةِ الْكُفُّ عَنِ الْقِتَالِ، وَالْقِتَالُ يُنَاقِضُهُ، وَقَدْ يَعْتَرِضُ عَلَى هَذَا بِتَعْلِيلٍ مَنْ تَعَلَّلَ فِي الصُّورَةِ السَّابِقَةِ بِأَنَّهُمْ مَدِينُونَ بِهِ، فَإِنَّهُمْ قَدْ يَتَدَبَّرُونَ بِالْقِتَالِ أَيْضًا، إِذَا تَمَكَّنُوا مِنْهُ، ثُمَّ الْقِتَالُ إِنَّمَا يَكُونُ نَاقِضًا إِذَا لَمْ تَكُنْ شُبُهَةً، فَأَمَّا إِذَا أَقَامُوا طَائِفَةً مِنْ أَهْلِ الْبَيْتِ، وَادْعُوا أَنَّهُمْ لَمْ يَعْرِفُوا الْحَالَ، فَقَدْ تَقَدَّمَ لَوْ مَنَعُوا الْجِزْيَةَ، وَامْتَنَعُوا مِنْ إِجْرَائِهَا أَحْكَامَ الْإِسْلَامِ عَلَيْهِمْ، انْتَقَضَ الْعَهْدُ أَيْضًا؛ لِأَنَّ عَقْدَ الذِّمَّةِ [بِهِمَا يَتِمُّ] (٤) وَلِذَلِكَ يَشْتَرِطُ التَّعَرُّضُ لِلْجِزْيَةِ وَالْاِئْتِيَادُ لِلْحُكْمِ فِي [ابْتِدَاءِ] (٥) الْعَقْدِ، هَذَا هُوَ الْمَشْرُوطُ، وَهُوَ مَخْمُولٌ عَلَى مَا ذَكَرَهُ الْإِمَامُ عَلَى مَا إِذَا مَنَعَهَا مَعَ الْقُدْرَةِ.

فَأَمَّا الْعَاجِزُ الْمُسْتَمَهَلُ، فَلَا يُنْتَقِضُ عَهْدُهُ، ثُمَّ لَمْ يَسْتَبْعِدْ أَنْ يُقَالَ: تُؤْخَذُ مِنْهُ الْجِزْيَةُ قَهْرًا، وَلَا يَحْصُلُ الْاِمْتِنَاعُ نَاقِضًا، كَمَا لَوْ اِمْتَنَعَ عَنْ ذَنْبٍ آخَرَ، وَتَخْصِيصُ مَا قَالَهُ الْأَصْحَابُ بِالْمُتَعَلِّبِ الْمُقَاتِلِ.

قَالَ الْعَزَّالِيُّ: وَإِنَّمَا يُنْتَقِضُ الْعَهْدُ بِالْقِتَالِ \* وَالْحَقُّ بِهِ مَنَعُ الْجِزْيَةِ وَالشُّرُودِ عَنِ الْأَحْكَامِ \* (أَمَّا) الرِّزْنَا بِالْمُسْلِمَةِ وَالتُّطْلُعُ عَلَى هَوَاتِ الْمُسْلِمِينَ وَدَهْوَةُ الْمُسْلِمِينَ إِلَى دِينِهِمْ فَنَفِي هَلِهِ الثَّلَاثَةِ ثَلَاثَةٌ أَوْجِبُ \* وَفِي الثَّلَاثِ أَنَّهُ يُنْتَقِضُ إِنْ شَرِطَ الْاِئْتِقَاضُ فِي عَهْدِهِ (وَأَمَّا) قَطْعُ الطَّرِيقِ وَالْقَتْلُ الْمَوْجِبُ لِلْقِصَاصِ فَمِنْهُمْ مَنْ أَحَقَّهُ بِالرِّزْنَا \* وَمِنْهُمْ مَنْ أَحَقَّهُ بِالْقِتَالِ \* وَكَذَا الْخِلَافُ فِي تَعَرُّضِهِمْ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ بِالسَّبِّ وَمَا يَخَالِفُ مُعْتَقِدَنَا ثُمَّ حُكْمُ ائْتِقَاضِ الْعَهْدِ بِالْقِتَالِ الْأَقْتِيَالِ \* وَفِيمَا هَدَاهُ قَوْلَانِ: أَحَدُهُمَا (٣) أَنَّهُ لَا يُفْتَالُ لَكِنْ يُلْحَقُ بِالْمَأْمَنِ \* وَلَوْ تَبَدَّنَا إِلَيْهِ الْعَهْدُ أَيْضًا لَا يُفْتَالُ وَيُلْحَقُ بِالْمَأْمَنِ \* وَأَمَّا الْمُسْلِمُ فَهُوَ إِنْ كَذَبَ عَلَى الرَّسُولِ هَرْزُ \* وَإِنْ كَذَبَ الرَّسُولَ فَهُوَ مُرْتَدٌ \* وَإِنْ نَسَبَ نَبِيًّا إِلَى الرِّزْنَا فَهُوَ مُرْتَدٌ \* فَإِنْ أَسْلَمَ لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ \* وَقِيلَ؛ يُقْتَلُ لِلْقَذْفِ حَدًّا \* وَقِيلَ: يُجْلَدُ لِمَا يَبِينُ حَدًّا.

(٢) فِي ز: يَوْجِبُ.

(٤) سَقَطَ فِي ز.

(١) فِي ز: وَأَوْلَادِهِمْ.

(٣) سَقَطَ فِي ز.

(٥) سَقَطَ فِي ز.

قال الرَّافِعِيُّ: وأما الامْتِنَاعُ عن إِجْرَاءِ الْأَحْكَامِ، فإن امتنع هَارِباً، فلا أَرَاهُ نَاقِضاً، وإن امتنع رَاكِباً إلى عُدُوِّهِ وَقُوَّةً، فينبغي أن يُدْعَى إلى الاستِسْلَامِ. فإن نصب القتال؛ انْتَقَضَ عَهْدُهُ بِالْقِتَالِ، ثم استند ما أبداه من التَّرُدِّ إلى من تَقَدَّمَهُ، فَحَكَمَ الْقَاضِي الْحُسَيْنُ حَضَرَ الْإِنْتِقَاضِ فِي نَصْبِ الْقِتَالِ، ورأيت في كتاب القاضي ابنِ كَيْجِ حِكَايَةَ قولين في امْتِنَاعِ إِجْرَاءِ الْأَحْكَامِ عَلَيْهِم.

وعن «الحاوي» أن الامْتِنَاعَ من البَدَلِ نَقَضَ الْعَهْدَ من الجماعة، ومن الوَاحِدِ، والامتناع من الأداء مع الاستِمْرَارِ على الألتِزَامِ نَقَضَ من الجماعة دون الواحد؛ لأنه يَسْهُلُ إِجْبَارُهُ عَلَيْهِ.

ويجوز أن يُعْلَمَ لما ذكرنا<sup>(١)</sup>.

قوله في الكتاب: «وَأَلْحَقَ بِهِ مَنَعُ الْجَزِيَةِ» وفي لفظ «التمرد» إشارة إلى أن الامْتِنَاعَ بِالْهَرَبِ لَا يُؤْتَرُ.

ولو زَوَى الذَّمُّ بِمُسْلِمَةٍ، أو أَصَابَهَا بِاسْمِ نِكَاحٍ أو تَطَّلَعَ على عَوْرَاتِ الْمُسْلِمِينَ ونقلها إلى دار الحَرْبِ، أو قَتَلَ مُسْلِمًا عن دِينِهِ وَدَعَاهُ إِلَى دِينِهِمْ، فَمَيَّ الْإِنْتِقَاضِ عَهْدِهِ طَرِقَ.

أظهرها: أنه إن لم يَجْرِ ذِكْرُهَا فِي الْعَهْدِ، لم يَنْتَقِضْ، وإن جَرَى فوجهان، ويقال: قولان:

أحدهما: يَنْتَقِضُ لِمُخَالَفَةِ الْمَشْرُوطِ، كما لو امْتَنَعَ من بَدَلِ الْجَزِيَةِ، ولأنه أتى بما فيه ضَرَرٌ ظَاهِرٌ عَلَى الْمُسْلِمِينَ، فأشبه القتال - ورُوِيَ أن نَضْرَانِيًّا اشْتَرَا مُسْلِمَةً عَلَى الزَّانَا؛ فرفع ذلك إلى أبي عُبَيْدَةَ بن الجُرَّاحِ - رضي الله عنه - فقال: مَا عَلَيَّ هَذَا صَالِحًا نَكَمًا. وَضَرَبَ عُنُقَهُ<sup>(٢)</sup>، ويُحَكَّى هذا عن اختيار القُفَّالِ، وَرَجَّحَهُ ابْنُ الصَّبَّاحِ وَغَيْرُهُ.

والثاني: المنع؛ لأن ما لم يَنْتَقِضْ بِهِ الْعَهْدُ إذا لم يَجْرِ شَرَطٌ، لم يَنْتَقِضْ مع الشرط كإظهارِ الحَنْمِ، ولأن هذه الأمور بالإضافة إلى عَهْدِ الذَّمِّ كالكبائر بالإضافة إلى

(١) في ز: بينا.

(٢) قال الحافظ: قال عبد الرزاق عن ابن جريج أخبرني أن أبا عبيدة بن الجراح وأبا هريرة قتلا كتابين أرادوا امرأة على نفسها مسلمة، وروى البيهقي [٢٠٢/٩] من طريق الشعبي عن سويد بن غفلة قال: كنا عند عمر وهو أمير المؤمنين بالشام، فأتاه نبطي مضروب مشجع يستعدي، فغضب، وقال لصهيب: انظر من صاحب هذا، فذكر القصة، فجاه به وهو عوف بن مالك، فقال: رأيت يسوق بامرأة مسلمة، فتخس الحمار ليصرعها فلم تصرع، ثم دفعها فخرت عن الحمار، فغشيها ففعلت به ما ترى، قال: فقال عمر: والله ما على هذا عاهدناكم، فأمر به فصلب، ثم قال: أيها الناس فوا بدمه محمد ﷺ، فمن فعل منهم هذا فلا ذمة له.

الإسلام، ويُنسبُ هذا إلى اختيار القاضي أبي الطَّيِّبِ، وَرَجَّحَهُ صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ»، والجماعة والطريق الثاني: عن الشيخ أبي مُحَمَّدٍ: إن جَرَى الشَّرْطِ انتقض، وإلا فوجهان:

والثالث: حكى<sup>(١)</sup> القاضي ابنُ كَجِّجٍ عن بعضهم القَطْعُ بأنَّه لا ينتقض العَهْدُ بهذه الأسباب، ويخرج من هذه الطرق ثلاثة أوجه، كما في الكتاب، ويروى كذلك عن صاحبِ [الإفصاح]<sup>(٢)</sup> وصاحبِ «التَّهْذِيبِ».

ثالثها: الفرق بين أن يجري الشَّرْطُ في ابتداء العَقْدِ، أو لا يَجْرِي، وأما المُعْتَبَرُ شرطه هو الامْتِنَاعُ عن هذه الأفعالِ، أو انْتِقَاضُ العَهْدِ، إذا ارتكَبَهَا. صَرَّحَ الإِمَامُ بِأَنَّ المُعْتَبَرِ الثَّانِي، وعلى ذلك جَرَى في الكتاب؛ حَيْثُ قَالَ: «إن شرط الانتِقَاضِ في عَهْدِهِ» وكثير من الأصحاب لم يَتَعَرَّضُوا إِلا لِلأول، ولا يَبْعُدُ أن يتوسَّطَ، فيقال: إن شَرْطَ الانْتِقَاضِ، فالظاهر الانتِقَاضُ، كما حَكِيَ عن اختيار القَفَّالِ، وإلا فالظاهر خِلَافُهُ كما نُسِبَ إلى اختيار أبي الطَّيِّبِ، وألْحَقَ بِالخِصَالِ الثَّلَاثِ إِيوَاءَ عُيُونِ الكُفَّارِ فِي قَطْعِ الطَّرِيقِ، والقَتْلِ المُوجِبِ لِلْقِصَاصِ طَرِيقَانِ:

أحدهما: أَنَّهَا كَالقِتَالِ؛ لِأَنَّ شَهْرَ السَّلَاحِ، وَقَضَدَ النُّفُوسِ والأموالِ مُجَاهَرَةً تَنَاقُضُ الأَمَانَ.

وأظهرهما: كالزنا بالمُسْلِمَةِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهَا مُتَابَذَةٌ لِلإِسْلَامِ والمسلمين، وَلَا يَلْتَحِقُ بِالمُنَابَذَةِ التَّوْبُغُ عَلَى رُفْقَةٍ، أو شَخْصَ مُعَيَّنٍ، وَلِيَجْرِيَ الطَّرِيقَانِ فِيمَا إِذَا قَدَفَ مُسْلِمًا وَسِوَاهُ قَلْنَا: يَنْتَقِضُ العَهْدُ، أو لَا يَنْتَقِضُ، فَقَدْ قَالَ فِي «التَّهْذِيبِ» يَقَامُ عَلَيْهِمْ مُوجِبٌ مَا فَعَلُوهُ مِنْ حَرٍّ أو تَغْزِيرٍ، ثُمَّ يَجْرِي عَلَى قِضِيَّتِهِ الانْتِقَاضُ عَلَى مَا سَيَأْتِي - إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى - . وَإِنْ قُتِلَ الدَّمِيُّ لِقَتْلِهِ مُسْلِمًا أو لِزِنَاهُ وَهُوَ مُخَصَّنٌ، فَهَلْ يَصِيرُ<sup>(٣)</sup> مَالُهُ فَيْئًا؛ تَفْرِيعًا عَلَى الحُكْمِ بِالانْتِقَاضِ؟<sup>(٤)</sup> نَقَلَ القَاضِي ابنُ كَجِّجٍ فِيهِ وَجْهَيْنِ.

وَأَمَّا ذِكْرُ رَسُولِ اللهِ - ﷺ - بِالسُّوءِ إِذَا جَاهَرُوا بِهِ، فِيهِ طَرِيقَانِ أَيْضًا.

أحدهما: أَنَّهُ يَنْتَقِضُ العَهْدُ، بِلا خِلَافٍ كَالقِتَالِ، وَهَذَا تَخْرِيجٌ عَلَى مَا حَكِينَا فِي أَوَّلِ الكِتَابِ عَنِ أَبِي إِسْحَاقَ، وَأَنَّهُ يُشْتَرَطُ التَّعَرُّضُ لِلْكَفِّ عَنْهُ، فَإِنْ مَا يَجِبُ شَرْطُهُ عَلَيْهِمْ إِذَا خَالَفُوهُ انْتَقَضَ العَهْدُ.

وأظهرهما: أَنَّهُ كَالزَّنا بِالمُسْلِمَةِ وَنَحْوِهِ، فَيَجِيءُ فِيهِ الخِلَافُ.

(١) في ز: والثاني حكاه.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: يعتبر.

(٤) قال النووي: أصحهما.

وَطَعْنُهُمْ فِي الْإِسْلَامِ وَنَفَيْتُهُمُ الْقُرْآنَ كَذَّرَهُمْ لِرَسُولِ اللَّهِ - ﷺ - بِالسُّوءِ، وَإِنَّمَا التَّحَقُّ ذَلِكَ بِالرُّنَا، وَمَا يَضُرُّ بِالْمُسْلِمِينَ؛ لِأَنَّ تَعَرُّضَهُمْ لِلدِّينِ، وَالرُّسُولِ - ﷺ - يَجْرَحُ قُلُوبَ الْمُسْلِمِينَ، وَفِي مَحَلِّ الْخِلَافِ طَرِيقَانِ:

أحدهما: أَنَّ الْخِلَافَ فِيمَا إِذَا ذَكَرَ الذَّمِّيُّ النَّبِيَّ - ﷺ - بِسُوءٍ يَعْتَقِدُهُ، وَيَتَدَيَّنُ بِهِ إِنْ قَالَ: إِنَّهُ لَيْسَ بِرَسُولٍ أَوْ إِنَّهُ قَتَلَ الْيَهُودَ بِغَيْرِ حَقٍّ، أَوْ نَسَبَهُ إِلَى الْكُذِبِ، فَأَمَّا إِذَا ذَكَرَهُ بِمَا لَا يَعْتَقِدُهُ، وَلَا يَتَدَيَّنُ بِهِ، كَمَا إِذَا نَسَبَهُ إِلَى الرُّنَا، أَوْ طَعَنَ فِي نَسَبِهِ فَيَلْحَقُ ذَلِكَ بِالْقِتَالِ، وَيَنْتَقِضُ بِهِ الْعَهْدُ سِوَاءِ شُرْطِ عَلَيْهِ الْكَفُّ عَنْهُ أَوْ لَمْ يَشْرَطْ<sup>(١)</sup> وَهَذَا قَضِيَّةٌ مَا فِي تَعْلِيقَةِ إِبْرَاهِيمَ الْمَرْزُوقِيِّ، وَمَا حَكَاهُ الْقَاضِي الرَّوْيَانِيُّ عَنِ نَصِّ أَثَمَةَ «خِرَاسَانَ».

وأظهرهما: عَنِ الصَّنِدَلَانِيِّ وَغَيْرِهِ أَنَّ الْخِلَافَ فِيمَا إِذَا طَعَنُوا بِمَا لَا [يَتَدَيَّنُونَ]<sup>(٢)</sup> بِهِ، فَأَمَّا مَا هُوَ قَضِيَّةٌ دِينِيَّةٌ، فَلَا يَنْتَقِضُ الْعَهْدُ بِإِظْهَارِهِ بِلَا خِلَافٍ، وَمِنْ هَذَا الْقَبِيلِ قَوْلُهُمْ فِي الْقُرْآنِ: إِنَّهُ لَيْسَ مِنْ عِنْدِ اللَّهِ، وَهَذَا هُوَ الَّذِي أُرْوَدُهُ فِي الْكِتَابِ؛ حَيْثُ قَالَ: «وَكَذَا الْخِلَافُ فِي تَعَرُّضِهِمْ لِرَسُولِ اللَّهِ - ﷺ - بِالسُّبِّ، وَمَا يَخَالَفُ مَعْتَقِدَنَا<sup>(٣)</sup> أَي: دُونَ مَا يَعْتَقِدُونَهُ وَيَتَدَيَّنُونَ بِهِ».

وَاعْلَمْنَا - أَنَّ ذَكَرَ اللَّهُ - تَعَالَى - بِالسُّوءِ، كَذَّرَ رَسُولَ اللَّهِ - ﷺ - بِطَرِيقِ الْأُولَى. «وَالَّذِينَ آمَنُوا أَشَدُّ حُبًّا لِلَّهِ» [البقرة؛ ١٦٥] وَتَأَذَّبَهُمْ بِسَمَاعِ مَا لَا يَلِيْقُ بِكِبْرِيَاءَتِهِ أَكْثَرَ، وَالْخِلَافُ الْمَذْكُورُ فِي انْتِقَاضِ الْعَهْدِ بِذِكْرِ رَسُولِ اللَّهِ - ﷺ - يَجْرِي فِي ذِكْرِ اللَّهِ - تَعَالَى - وَقَدْ صَرَّحَ بِهِ الرَّوْيَانِيُّ فِي «الْبَحْرِ» وَغَيْرِهِ، لَكِنْهُمْ جَعَلُوا إِظْهَارَ الشَّرْكِ، وَقَوْلَهُمْ: ثَلَاثَةٌ، وَمَعْتَقِدَهُمْ فِي عَزِيمِ وَالْمَسِيحِ عَلَيْهِمَا السَّلَامُ شَابَةَ إِظْهَارَ الْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ، وَقَالُوا: لَا يَنْتَقِضُ الْعَهْدُ بِهَا، بِلَا خِلَافٍ، مَعَ أَنَّ جَمِيعَ ذَلِكَ يَنْتَضِمُّ ذِكْرَ اللَّهِ - تَعَالَى - بِالسُّوءِ وَلَا يَسْتَمِرُّ ذَلِكَ إِلَّا عَلَى الطَّرِيقَةِ الثَّانِيَةِ، وَهُوَ أَنَّ السُّوءَ الَّذِي يَتَدَيَّنُونَ بِهِ لَا يَنْقُضُ الْعَهْدَ بِلَا خِلَافٍ، وَأَنَّهُمْ يَتَدَيَّنُونَ بِجَمِيعِ ذَلِكَ فِي حَقِّ اللَّهِ تَعَالَى.

وَفِي «السَّامِلِ» وَغَيْرِهِ أَنَّ أَبَا بَكْرٍ الْفَارِسِيَّ قَالَ: مَنْ شَتَمَ النَّبِيَّ - ﷺ - قُتِلَ حَدَاً، لِأَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - قَتَلَ ابْنَ خَطَلٍ وَالْقَيْنَتَيْنِ، وَلَمْ يُؤْمَنْهُنَّ. وَزَيْفُوهُ وَقَالُوا: إِنَّهُمْ كَانُوا مُشْرِكِينَ؛ لِأَنَّهُمْ لَا أَمَانَ لَهُمْ.

وَسَعَوُدُ إِلَى كَلَامِ الْفَارِسِيِّ فِي الْفَصْلِ [الثَّالِثِ]<sup>(٤)</sup>.

حَيْثُ حَكَمْنَا بِانْتِقَاضِ الْعَهْدِ، فَهَلْ يَبْلُغُهُمُ الْمَأْمَنُ؟ فِيهِ قَوْلَانِ:

(٢) فِي ز: يَدِينُونَ.

(١) فِي ز: يَشْرَطُ.

(٤) فِي أ: الثَّالِثَةُ.

(٣) فِي ز: مَعْتَقِدَهُمْ.



أحدهما: نعم، لأنهم دَخَلُوا دار الأمان؛ فيبلغون المأمن، كمن دخل بأمان صبي.

وأصحُّهما على ما في «التهديب» وغيره: المنع؛ بل يتخير الإمام فيمن انتقض عهده بين القتل، والاستزقاق، والمن، والغداء؛ لأنه كافر لا أمان له، كالحزبي، ولذلك قتل أبو عبيدة ذلك النضرائي، ويخالف من أمته صبي، فإنه يعتقد لنفسه أماناً وهاهنا قتل باختياره ما أوجب<sup>(١)</sup> انتقاض الأمان.

والقولان فيما إذا انتقض الأمان بغير القتال، وأما إذا نصبوا القتال، وصاروا حرباً لنا في<sup>(٢)</sup> دار الإسلام، فلا بُدَّ من دفعهم والسعي في استئصالهم.

ولو أسلم من انتقض عهده قبل أن يختار الإمام شيئاً. فمن أبي حنيد: أنه لا يجوز استزقاقه، بخلاف الأسيير؛ لأنه لم يحصل في يد الإمام بالفقر، فخف أمره. قاله الروياني، وساعده سائر الأصحاب على هذا، وهل ينطل أمان النساء والصبيان ببطان أمانيهن؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، كما كانوا في ثبوت الأمان.

وأظهرهما - وهو المذكور في «الشامل»: المنع؛ لأنه قد ثبت لهم الأمان، ولم توجد جنابة ناقصة، وعلى هذا، فلا يجوز سبيهم، ويجوز تفريرهم في دار الإسلام، وإن طلبوا الرجوع إلى دار الحرب؛ أوجب النساء دون الصبيان؛ لأنه لا حكم [لاختيارهم]<sup>(٣)</sup> قبل البلوغ، فإن بلغوا وبدلوا الجزية، فذاك، وإلا لحقوا بدار الحرب، وإن طلبهم أهلهم قبل البلوغ، فإن كان الطالب ممن يستحق الحضنة، أوجب إليه، وإلا فلا، حكى ذلك عن «الحاربي».

ولو نبذ الذمي إلينا العهد، واختار اللُحوقَ بدار الحزبِ مكره منه، وبلغ المأمن، وعن القاضي الحسين إجماع القولين في أنه هل يجب تبليغ المأمن؟

ووجه بأنه بعد نبذ العهد كافر لا أمان له، وكان يمكنه أن ينطلق من غير نبذ هذا العهد، والظاهر الأول.

الرابعة: المسلم إذا ذكر الله - تعالى - بما يقتضي التكفير، فهو مرتد فيدعى<sup>(٤)</sup> إلى الإسلام، وكذا لو كذب رسول الله - ﷺ - فإن عاد وقاب قبل توبته، وإن كذب على الرسول - ﷺ - عمدًا، [فمن]<sup>(٥)</sup> الشيخ أبي محمد: أنه يكفر ويراقى دمه.

(٢) سقط في ز.

(٤) في ز: مدعو.

(١) في ز: ولا يوجب.

(٣) في ز: لا اختيارهم.

(٥) في ز: نص.

قال الإمام: وهي زَلَّةٌ ولم أرَ ما قاله لأحدٍ من الأَصْحَابِ والظاهر وهو المذكور في الكتاب أنه يُعَزَّرُ، ولا يُكْفَرُ ولا يُقْتَلُ. وما رُوِيَ أن رجلاً انطلق إلى طائفةٍ من العرب، فأخبرهم أنه رسول رسول الله إليهم فأكْرَمُوهُ، ثم ظهر الحال فأمرهم رسول الله ﷺ - بِقَتْلِهِ<sup>(١)</sup>، فهو مَحْمُولٌ على أن الرجل كان كَافِرًا.

ومن قَذَفَ النَّبِيَّ - ﷺ - وصَرَخَ بنسبته إلى الزنا، فهو كَافِرٌ بِاتِّفَاقِ الأَصْحَابِ، فإن عاد إلى الإسلام، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: ونظم الكتاب بِقُتْضِي تَرْجِيحَهُ، وبه قال الأُسْتَاذُ أبو إِسْحَاقَ - أنه لا يَلْزَمُهُ شيء؛ لأنه صار مُرْتَدًّا بذلك، وقد عاد إلى الإسلام.

والثاني: وبه قال أبو بكر الفَارِسِيُّ - أَنَّهُ يُقْتَلُ حَدًّا؛ لأنَّ حَدَّ قَذْفِ النَّبِيِّ - ﷺ - القتل، وحَدُّ القَذْفِ لا يَسْقُطُ بِالثُّبُوتِ.

والثالث: قال الصَّنِيدَلَانِيُّ: يُجْلَدُ ثَمَانِينَ جَلْدَةً<sup>(٢)</sup>؛ لأنَّ سَبَّ النَّبِيِّ - ﷺ - كُفْرٌ يُوجِبُ القَتْلَ، فإذا عاد إلى الإسلام يسقط القتل الواجب بالردة، ويبقى حد القذف على قياس ما إذا قذف إنساناً، ثم أرتد، ثم عاد إلى الإسلام، وفي كلام الإمام، و

(١) قال الحافظ قال إمام الحرمين: هذا محمول على أن الرجل كان كافرًا، البغوي في معجمه عن يحيى بن عبد الحميد الحماني عن علي بن مسهر، عن صالح بن حبان عن ابن بريدة عن أبيه قال: كان حي من بني لبيث من المدينة على ميلين، وكان رجل قد خطب منهم في الجاهلية فلم يزوجه، فأتاهم وعليه حلة، فقال: إن رسول الله ﷺ كساني هذه الحلة، وأمرني أن أحكم في أموالكم ودمانكم، ثم انطلق فنزل على تلك المرأة التي كان يخطبها فأرسل القوم إلى رسول الله ﷺ، فقال: كذب عدو الله، ثم أرسل رجلاً فقال: إن وجدته حياً وما أراك تجده حياً فاضرب عنقه، وإن وجدته ميتاً فأحرقه بالنار قال: فجاهه، فوجدته قد لدغته أفعى، فمات، فحرقه بالنار، قال فذلك قول رسول الله ﷺ. «من كذب علي متعمداً فليتبوأ مقعده من النار»، وصالح بن حبان ضعفوه، وأما يحيى الحماني فهو وإن كان ضعيفاً فلم ينفرد به، فقد رواه حجاج بن الشاعر عن زكريا بن عدي عن علي بن مسهر، وروى سويد بن سعيد عن علي بن مسهر قطعة منه، وله شاهد من حديث محمد بن الحنفية عن صهر لهم من أسلم سمع النبي ﷺ وفيه قصة، رواه أحمد والطبراني، ورواه الطبراني من طريق عطاء بن السائب عن عبد الله بن الحارث، وقيل عن عطاء عن عبد الله بن الزبير، وادعى الذهبي في الميزان أنه لا يصح بوجه من الوجوه، ولا شك أن طريق أحمد ما بها بأس، وشاهدها حديث بريدة، فالحديث حسن.

(٢) سكت الشيخ عن الترجيح وجرى في الحاروي الصغير في باب الردة على ما قاله الأستاذ أبو إسحاق وتبعه صاحب التعليقة والقاضي شرف الدين البارزي في التمييز، قال في الخادم: ولم يزل قضاة الشافعي يحكمون بقبول توبته، إلى أن قال: لكن الذي قاله الفارسي ادعى فيه الإجماع واستحسنه الإمام في النهاية وحكي عن أبي بكر القفال موافقة. انتهى.

«الوسيط»: أنا إذا قلنا: يثبت حَدُّ الْقَذْفِ، فلو عَفَا وَاحِدٌ من بني أَعْمَامِهِ؛ فينبغي أن يَسْقُطَ، أو يقول: هم لا ينحصرون فهو كَمَعْدُومٍ ليس له وَرَثَةٌ خَاصَّةٌ، ولا يَبْعُدُ تَخْرِيجُ وجوب الحدِّ على القولين في وجوب الْقِصَاصِ بِقَتْلِ مِثْلِ هذا الشَّخْصِ.

وقد يُقَالُ: كُلُّ وَاحِدٍ من بني الأَعْمَامِ ليس بِوَارِثٍ، بل الإِرْثُ للأقرب، ولا يكاد يعرف<sup>(١)</sup> الأَقْرَبُ ممن في الدنيا، ويقع النَّظَرُ في أن عَفَوَ بَعْضُ الْوَرَثَةِ هل يُؤْتَرُ؟ ووراءه نَظَرٌ آخَرٌ؛ وهو أن حَدَّ قَدْفِهِ هل يورث؟ فيجوز أن يقال: لا يُورِثُ كما لا تورث تَرِكَتُهُ.

ومن لم يَقْذِفْهُ صَرِيحاً، لكن عَرَضَ، قال الإمام: الذي أَرَاهُ كَالسَّبِّ الصَّرِيحِ في اقْتِضَاءِ الْكُفْرِ؛ لما فيه من الاستِهَانَةِ<sup>(٢)</sup>.

ويجوز أن يُعَلِّمَ قوله في الكتاب: «ثلاثة أوجه» بالواو؛ لما حكاه القاضي ابنُ كَجِّجٍ من طريق القَطْعِ، وكذا لفظ «القولين» من قوله؛ «وفيما عداه قولان»؛ لأنه أيضاً روي طريقة قاطعة في أنه يلحق بِمَأْمِنِهِ، وكذا قوله: «لا يغتال ويلحق بالمأمن».

وقوله: «عزراً» لما بَيَّنَّا، وقوله: «وإن نَسَبَ نبينا إلى الزَّنَا» يفيد التَّشْوِيَةَ بين نبينا - ﷺ - وسائر الأنبياء ﷺ في ذلك.

«فروع تتعلَّقُ بالباب».

يؤخذ على أهل الذِّمَّةِ أن يُخْفُوا دَفْنَ مَوْتَاهُمْ، ولا يخرجوا جَنَائِزَهُمْ ظَاهِراً، ولا يظهرها على مَوْتَاهُمْ لَطْماً ولا نَوْحاً ولا يسقوا المسلمين خَمِراً، ولا يُطْعِمُوهُمْ<sup>(٣)</sup> خِنْزِيراً، وإذا شَرِطَ عليهم ذلك، فَعَرَضَ بعضهم خَمِراً على مُسْلِمٍ، فَشَرِبَهَا اخْتِيَاراً يُحَدُّ المسلم، وَيُعَزَّرُ الذِّمِّيُّ، وكذا لو ابتداء المُسْلِمِ، وطلبها، فَأَجَابَهُ، لكن التعزيز هاهنا يكون أَخْفَ، وألا يُغْلُوا أَصْوَاتَهُمْ على المسلمين، وأن يُغَيِّثَهُمْ إذا اسْتَعَاثُوا فيما لا يَتَضَرَّرُونَ به، وألا يَسْتَدِلُّوا المسلمين في مِهْنِ الأَعْمَالِ بِأَجْرَةٍ، ولا تَبْرُعَ.

حِكْمِي أكثر ذلك عن «الحاوي»، وعنه أنَّه لو انْفَرَدُوا بِقَرْيَةٍ هل يُمْنَعُونَ من رُكُوبِ الخَيْلِ؟ فيه وجهان:

أَحَدُهُمَا: لا، كما لا يُمْنَعُونَ من إظهارِ الخَمْرِ.

والثاني: نعم، خَوْفاً من أن يَتَّقَوْا به على المسلمين.

وإذا بَنَى الذِّمِّيُّ في دار الإسلام بِنَاءً لأبناء السَّبِيلِ مُكَنَّ، إن جعله للمسلمين،

(١) في ز: يفرق.

(٢) قال النووي: هذا الذي قاله الإمام متعين، وقد قاله آخرون، ولا نعلم فيه خلافاً.

(٣) في ز: يطعمونهم.

وأهل الذمة جميعاً، وإن أراد تَخْصِيصَهُ بأهل الذمة، فوجهان<sup>(١)</sup>:

يَكْتُبُ الإمام بعد عقد الذمة [أَسْمَاءَهُمْ، وأديانهم وجلاهم]<sup>(٢)</sup> فيتعرض لِسِنِّهِ؛ أهو شيخ، أو شاب، ولكونه من السُّمْرَةِ أو الشُّقْرَةِ وغيرهما، ويصف وَجْهَهُ وَلِحْيَتَهُ، وَجَبْهَتَهُ وَحَاجِبَهُ، وَعَيْنَهُ وَأَنْفَهُ، وَشَفْتَيْهِ وَأَسْنَانَهُ، وَأَثَارَ وَجْهِهِ إن كان عليه أَثَارٌ، ويجعل على كل طائفة عَرِيفاً يَضْبُطُهُمْ؛ لمعرفة من أسلم منهم، ومن مات، ومن بَلَغَ من صِبْيَانِهِمْ، أو قدم عليهم، وأيضاً فليحضرهم لأداء الجزية، والشُّكُوى إليه مِمَّنْ يَتَعَدَّى عليهم من المسلمين، ومن يَتَعَدَّى منهم، ويجوز أن يكون العَرِيفُ للغرض الثاني ذِمِّيًّا، ولا يجوز لِلغَرَضِ الأول، إِلَّا أن يكون مُسْلِمًا؛ لأن المُسْلِمَ لا يعتمد خبره.

وعند أبي حنيفة: يَجُوزُ أن يكون ذِمِّيًّا؛ بناء على أصله في قَبُولِ [شهادتهم]<sup>(٣)</sup> بعضهم على بعض. والله أعلم بالصواب.

قال العزالي: (العقد الثاني المهادنة) والنظر في شروطه وأحكامه (أما الشروط) فأربعة: (الأول): أن لا يتولاه إلا الإمام لأنه ترك قتال مع جمع من غير مال.

### «القول في عقد الذمة»

قال الرافعي: والذي ذكر المصنف في هذا الموضع: العقد الثاني: المهادنة. وكان الأليق<sup>(٤)</sup> بما صدّر به الكتاب أن يقول: الباب الثاني في عقد المهادنة؛ لأنه قال: كتاب عقد الجزية والمهادنة، وفيه بابان: الأول في الجزية، والمهادنة: هي المصالحة. ويُقال لها: مَوَادَعَةٌ، ومُعَاهَدَةٌ أيضاً، والأصل في مهادنة الكفار قوله تعالى: ﴿بِرَاءةٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ إِلَى الَّذِينَ عَاهَدْتُمْ مِنَ الْمُشْرِكِينَ﴾ [التوبة: ١] وقال تعالى: ﴿وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا﴾ [الأنفال: ٦١].

وصالح رسول الله - ﷺ - سهيل بن عمرو بـ «الحديبية» على وضع القتال عشر سنين<sup>(٥)</sup>. والإجماع منعقد على جواز المهادنة، ولا يخفى وجه الحاجة إليها. ورتب المصنف الكلام في هذا العقد على فصلين:

(١) لم يرجع الشيخ منهما شيئاً. قال في الخادم: والراجح الجواز، فقد نص الشافعي في باب الوصية بجواز الوصية ببناء رباط سواء قيد بأهل الذمة أم لا؟ وجزم به القاضي الحسين.

(٢) في ز: أسمائهم وأديانهم وحالمهم. (٣) في ز: شهادته.

(٤) في ز: ولكن اللاتق.

(٥) أخرجه البخاري [٢٧١١ و ٢٧١٢ و ٢٧٣١ و ٢٧٣٢ و ٤١٧٨] من حديث عروة عن المسور ومروان مطولاً في قصة الحديبية من غير ذكر المدة، وكذا ثبت في الصحيحين في حديث أبي سفيان =

أحدهما: في شروط صحته.

والثاني: في أحكامه إذا صح.

أما الشروط فَعَدَّهَا أربعة:

أحدها: أن يتولاه الإمام، أو من أذن له الإمام؛ لأنه من الأمور العظام لما فيه من ترك الجهاد على الإطلاق، أو في جهة من الجهات، ولما فيه من الأخطار، فاللائق تفويضه إلى الإمام؛ ولأنه لا بد فيه من رعاية مصلحة المسلمين والنظر لهم، والإمام هو الذي يتولى الأمور العامة. هذا إذا كانت المهادنة مع الكفار مطلقاً، أو مع أهل إقليم - ك «الهند» و «الروم»، ويجوز لوالي الإقليم المهادنة مع أهل قرية، أو بلدة، على ذلك الإقليم للحاجة، وكأنه مأذون فيها بتفويض مصلحة الإقليم إليه، وإذا عقد المهادنة واحد من الناس لم يصح، فإن دخل قوم ممن هادتهم دار الإسلام، بناء على ذلك العقد، لم يقرأوا ولكن يلحقون بمأمنهم، لأنهم دخلوا على اعتقاد أمانة.

قال الغزالي: (الثاني): أن يكون للمسلمين إليه حاجة \* فإن لم يكن حاجة ولا مضرة وطلبوا ذلك لم تجب الإجابة بل ينظر إلى الأصلاح \* بخلاف الجزية إذ تجب الإجابة إليها.

قال الرافعي: إنما يجوز عقد المهادنة، إذا كان فيه حاجة ومصلحة، فإن لم يكن، لم يجز للإمام أن يهادنهم، بل يقاتلهم إلى أن يسلموا، أو يبدلوا الجزية، إن كانوا من أهل الكتاب؛ لقوله تعالى: ﴿فَلَا تَهِنُوا وَتَدْعُوا إِلَى السَّلْمِ وَأَنْتُمْ الْأَعْلَوْنَ وَاللَّهُ مَعَكُمْ﴾ [محمد: ٣٥].

والحاجة والمصلحة في المهادنة قد تظهر عند ضعف المسلمين؛ إما لِقِلَّةِ العُدَّة، أو لِقِلَّةِ المَالِ، أو بُعْدِ العُدُوِّ، وقد تكون مع<sup>(١)</sup> القوة بأن يُطمع بذلك في إسلامهم لاختلاطهم مع المسلمين، أو في قبولهم الجزية من غير قتال، وإنفاق مال، أو بأن يعينوه على قتال غيرهم، وإذا طلب الكفار الهدنة، فإن كان فيه مضرة على المسلمين، فلا يخفى أنهم لا يجابون، وإن لم يكن، فظاهر المذهب أنه لا يجب الإجابة أيضاً،

= الطويل في سفره إلى الشام إلى هرقل في المدة المذكورة، ولم يعينها، وقال البيهقي: والمحفوظ أن المدة كانت عشر سنين، كما رواه ابن إسحاق وروي في الدلائل عن موسى بن عقبة وعروة في آخر الحديث: فكان الصلح بينه وبين قريش سنتين، وقال: هو محمول على أن المدة وقعت هذا القدر، وهو صحيح، وأما أصل الصلح فكان على عشر سنين، قال: ورواه عاصم العمري عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر: أنها كانت أربع سنين، وعاصم ضعفه البخاري وغيره. قلت: وصححه من طريق الحاكم. والحديث عند أبي داود (٢٧٦٦).

(١) في ز: بعد.

ولكن الإمام يَجْتَهُدُ، ويحافظ على الأَصْلَحِ من الإِجَابَةِ، أو الترك.

قال الإمام: وما يَتَعَلَّقُ بِاجْتِهَادِ الإِمَامِ لا يُعَدُّ مِنَ الوَاجِبِ، وإن كان يَتَعَيَّنُ عَلَيْهِ رِغَايَةُ الأَصْلَحِ؛ كَالخِصَالِ المَشْرُوعَةِ فِي حَقِّ الأَسِيرِ.

وفيه وجه: أنه يجب الإِجَابَةُ<sup>(١)</sup> إذا لم يكن فيها مَضْرَبَةٌ، كم في عَقْدِ الجِزْيَةِ، وذكرنا هناك وَجْهًا أَيْضًا أَنَّهُ لا يَجِبُ الإِجَابَةُ. [وهما ضعيفان، ويجوز أن يُعَلَّمَ لهما قوله هاهنا: «لم تجب الإِجَابَةُ»<sup>(٢)</sup>].

وقوله: «إذ تجب الإِجَابَةُ» بالواو.

قال العَرَالِيُّ: (الثالث): أَنْ تَخْلَوْا عَنِ شَرْطِ فَاسِدٍ كَشَرْطِ تَرْكِ مُسْلِمٍ فِي أَيْدِيهِمْ أَوْ مَالِ مُسْلِمٍ فِي أَيْدِيهِمْ \* وَكَذَا لَوْ التَّزَمَ مَالًا فَهُوَ فَاسِدٌ إِلا إِذَا ظَهَرَ الخَوْفُ.

قال الرَّافِعِيُّ: ينبغي أن يَخْلَوْا عَقْدُ الهُدْنَةِ<sup>(٣)</sup> عن الشروط الفاسدة، وهذا حق في كل عَقْدٍ، وإن عَقَدَ الإِمَامُ على الأَ يَنْتَزِعَ أَسْرَى المَسْلَمِينَ من أَيْدِيهِمْ، أو يَرُدَّ إِلَيْهِمُ المُسْلِمَ الذي أَسْرَوْهُ وَأَقْلَّتْ مِنْهُم، أو شَرَطَ تَرْكَ مَالِ مُسْلِمٍ فِي أَيْدِيهِمْ. فهذه الشروط فاسدة. وكذا لو شَرَطَ أن يعقد لهم الدِّمَّةَ على أَقْلٍ من دِينَار، أو على أن يقيموا بـ «الحجاز»، ويدخلوا الحَرَمَ، ويظهروا في دَارِ الإِسْلَامِ الخُمُورَ والخَنَازِيرَ، أو شرط [أن نرد عليهم]<sup>(٤)</sup> النساء إذا جِئْنَ مُسْلِمَاتٍ، وكذا شرط عَقْدِ الهُدْنَةِ على مال التَّزَمَهُ.

رَوَى أن النبي - ﷺ - لَمَّا بَلَغَهُ تَأَلَّفُ العَرَبِ، واجتماع الأَحْزَابِ، قال للأَنْصَارِ: «إِنَّ العَرَبَ قَدْ كَالَبَتْكُمْ، وَرَمَتْكُمْ عَن قَوْسٍ وَاحِدَةٍ، فَهَلْ تَرَوْنَ أَنْ نُدْفَعَ شَيْئًا مِنْ ثِمَارِ المَدِينَةِ إِلَيْهِمْ». قالوا يا رسول الله: إن قُلْتِ عن وَخِي، فَسَمِعَ وطَاعَةَ، وإن قُلْتِ عَن رَأْيِ فَرَايِكَ مَتَّبِعٌ، وإلا لَكُنَّا لا نُدْفَعُ إِلَيْهِمْ ثَمَرَةً إِلا بَشْرَاءَ أو قَرَى، ونحن كُفَّارٌ، فكيف وقد أَعَزَّنَا اللهُ - تَعَالَى - بالإِسْلَامِ! فَسُرَّ<sup>(٥)</sup> النبي - ﷺ - بقولهم<sup>(٦)</sup>.

(١) في ز: إجابتهم.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٥) سقط في ز.

(٦) رواه البيهقي [٤٣٠/٣] وابن إسحاق في المغازي حدثني عاصم بن عمر بن قتادة ومن لا أتهم، عن الزهري قال: لما اشتد على الناس البلاء، بعث رسول الله ﷺ إلى عيينة بن حصن بن حذيفة ابن بدر، وإلى الحارث بن أبي عوف المزني، وهما قائدا غطفان، فأعطاهما ثلث ثمار المدينة على أن يرجعا بمن معهما عنه وعن أصحابه، فجرى بينه وبينهما الصلح، ولم تقع الشهادة، فلما أراد ذلك بعث إلى سعد بن معاذ، وسعد بن عباد، فاستشارهما فيه، فذكره مطولاً، ورواه الطبراني من طريق عثمان بن عثمان الغطفاني عن محمد بن عمرو، عن أبي سلمة عن أبي هريرة، =

نعم، لو دَعَتْ ضَرُورَةٌ إِلَى بَذْلِ مَالٍ، بَأَن كَانُوا يُعَذَّبُونَ الْأَسَارَى فِي أَيْدِيهِمْ، فَدَعَيْنَاهُمْ أَوْ أَحَاطُوا بِنَا، وَخِفْنَا الْأَضْطِلَامَ، فَيَجُوزُ أَنْ تَبْذَلَ مَالاً، وَتَدْفَعَ بِأَدْنَى الضَّرَرَيْنِ أَعْلَاهُمَا، وَفِي وَجُوبِ بَذْلِ الْمَالِ عِنْدَ الضَّرُورَةِ وَجِهَانِ مَبْنِيَّانِ عَلَى الْخِلَافِ فِي وَجُوبِ دَفْعِ الصَّائِلِ.

ولا يملك الكفأ ما يأخذونه؛ لأنه مأخوذٌ بغير حق. قاله: «في المهذب».

وإذا جرى شرطٌ فاسدٌ في المهادنة، فهل تفسد المهادنة؟!

قال الإمام: فيه ترددٌ للأصحاب، كالتردد في أن الوقف هل يُعتَبَرُ بالشروط الفاسدة؟ قال: والأصل فيه أن عقود<sup>(١)</sup> المعاوضات تفسد بالشروط الفاسدة؛ لأنه تجرُّ إلى عوض العقد جهالة، وإذا لم يكن هناك عوضٌ مبنِيٌّ على اللزوم، فيتجه خلافٌ في أنه يفسد العقد بالشرط، أو يلغى الشرط، ويصح العقد والذي أجاب به ابن الصَّبَّاحِ وغيره فسأد المهادنة بفساد الشرط، وبه أجاب في «الوسيط» في هذا الموضع، وهو قضيته قوله في الكتاب، «الثالث: أن يخلو عن شرط فاسد»، فإنه<sup>(٢)</sup> يتكلم في شروط الصحة قوله: «وكذا لو التزم مالا فهو فاسد» يجوز أن يقال: المعنى والشرط فاسدٌ، ويجوز أن يكون المعنى، فالعقد فاسدٌ به وقوله من قبل: «كشرط ترك مسلم في أيديهم» مخمُولٌ على المسلمين الذي أسروهم على ما بيَّنا، فأما ردُّ من جاءنا مسلماً، فسنذكره إن شاء الله تعالى.

قال العزالي: (الرابع) المدة فلا تزيد على أربعة أشهر على الصحيح \* وفيه قول أنه يجوز فيما دون السنة لأن السنة مدة الجزية فلا يسامح إلا بمال \* وإن كان بالمسلمين ضعف جاز إلى عشر سنين ولا يزداد عليه على الصحيح \* فإن أطلق المهادنة فسدت \* وقيل: ينزل عند الضعف على عشر سنين \* وعند القوة ينزل على أربعة أشهر على قول \* وعلى ما يقارب السنة على قول \* ولو صرح بالزيادة لغت الزيادة \* وفي صحته في الباقي قولاً تفريق الصفة.

قال الرافعي: مقصود الفصل بيان مدة المهادنة، فلا يخلو الحال، إما ألا يكون بالمسلمين ضعف، أو تكون.

= قال: جاء الحارث الغطفاني إلى النبي ﷺ، فقال: يا محمد شاطرنا ثمار المدينة، قال: حتى استأمر السعود، فبعث إلى سعد بن معاذ، وسعد بن عباد، وسعد بن الربيع، وسعد بن خيشمة، وسعد بن مسعود، فقال لهم: قد علمتم أن العرب قد رمتكم عن قوس واحدة، الحديث. وفيه حسان بن الحارث.

(٢) في ز: وأنه.

(١) في ز: شروط.

الحالة الأولى: إذا لم يكن ضَعْفٌ، ورأى الإمام الصَّلَاحَ في المَهَادَنَةِ، هادن أَرْبَعَةَ أشهرٍ، فما دونها.

قال تعالى: ﴿فَسِيحُوا فِي الْأَرْضِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ﴾ [التوبة: ٢] قال الشافعي - رضي الله عنه - وكان ذلك في أوَّل ما كان النَّبِيُّ ﷺ - عند مُنْصَرَفِهِ من «تَبُوك».

ويروى أَنَّهُ هَادَنَ صَفْوَانَ بْنَ أُمَيَّةَ يَوْمَ الفَتْحِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ، فَأَسْلَمَ قَبْلَ مُضِيِّ المُدَّةِ. ولا يجوز له أن يهادن سَنَةً؛ لِأَنَّهَا مُدَّةُ الجِزْيَةِ، ولا يقرر الكَافِرُ سَنَةً إِلَّا بِجِزْيَةٍ<sup>(٢)</sup>، وفيما بين أربعة أشهر وسَنَةٍ قولان.

أحدهما: وَيُخْكَى عن نَصِّهِ في «سير الواقدي» أَنَّهُ يَجُوزُ؛ لِأَنَّهَا مَدَّةٌ تَقْصُرُ عن مُدَّةِ الجِزْيَةِ، [فهي] كالأشهر الأربعة..

وأصحهما: وهو المَنْصُوصُ في «المختصر» وفي «الجزية» من «الأم» المَنْعُ؛ لِأَنَّ اللهَ - تعالى - أَمَرَ بِقَتْلِ المَشْرِكِينَ مُطْلَقاً، وَأَذَنَ في الهُدْنَةِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ، فَيَقْبَى ما زاد على المَنْعِ. وفي «البحر» أن أبا إِسْحَاقَ قَطَعَ بالقَوْلِ الأولِ، وعن بعضهم أَنَّهُ لا زِيَادَةَ على سَنَةٍ، وفي السَّنَةِ قولان:

والظاهر ما سَبَقَ وَبَيَّنَّا بِأَثَرِ الخِلافِ على أن الذَّمَّيَّ إِذَا مَاتَ في أَثناءِ السَّنَةِ، هل يَجِبُ قِسْطُ ما مَضَى من الجِزْيَةِ؟ إن قلنا: نعم، لم تَجْزِ المَهَادَنَةُ.

وإن قلنا: لا، جازت، وعن هؤلاء تخصيص ذلك الخِلافِ، بما إِذَا مَاتَ، وقد مَضَى أَكْثَرُ من أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ، والصَّحِيحُ أَطْرَافُهُ في موت الذَّمَّيَّ في خِلالِ السَّنَةِ مُطْلَقاً، وأن الخِلافَ غير مَبْنِيٍّ على ذلك الخِلافِ.

الحالة الثانية: إِذَا كان بالمسلمين ضَعْفٌ، جازت الزِّيَادَةُ على السَّنَةِ، بحسب الحَاجَةِ إِلى عَشْرِ سِنِينَ، هَادَنَ رسولُ الله ﷺ - قريشاً بـ «الحُدَيْبِيَّةِ» عَشْرَ سِنِينَ، وكان قد خرج لِيَعْتَمِرَ لا بِأَهْبَةِ القِتَالِ، وكان بـ «مكة» مُسْتَضْعَفُونَ، فأراد أن يظهرها ويكثر المسلمون.

وقد حُكِيَ عن الشَّعْبِيِّ وغيره: أَنَّهُ قال: لم يكن في الإسلام فَتْحٌ كصلح «الحديبية». ولا يجوز الزِّيَادَةُ على عَشْرِ سِنِينَ، ولكن إن انْقَضَتْ والحَاجَةُ باقِيَةً؛ فَيَسْتَأْنَفُ العَقْدَ.

وعن صاحب «التقريب» رواية وجه: أَنَّهُ تجوز الزِّيَادَةُ؛ بحسب الحَاجَةِ، وأن النَّبِيَّ ﷺ - هَادَنَ عَشْرًا؛ لِأَنَّ الحَاجَةَ أَفْتَضَّتْ ذلك القَدْرَ، وظاهر المذهب الأولِ،

(٢) في ز: بلا جزية.

(١) تقدم.



فهذا<sup>(١)</sup> هو المشهور في الحالتين .

وفي «البيان» أن الشيخ أبا حامد قال في «التعليق»: نزل في القرآن بجواز الهدنة أربعة أشهر، وهادَنَ رَسُولُ اللَّهِ - ﷺ - عَشْرًا، ثم أَبْطَلَ الْعَهْدَ قَبْلَ تَمَامِ الْمُدَّةِ، فَاخْتَلَفَ الْأَصْحَابُ فِيهِ .

فَقِيلَ: نُسِخَتْ الزِّيَادَةُ عَلَى أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ، فَلِذَلِكَ أَبْطَلَهُ، وَالْأَصْحَحُ أَنَّهَا نُسِخَتْ، وَأَنَّهُ أَقَامَ عَلَى الْهُدْنَةِ سَنِينَ، وَإِنَّمَا أَبْطَلَ الْعَهْدَ؛ لِأَنَّهُ وَقَعَ شَيْءٌ بَيْنَ خُلَفَاءِ النَّبِيِّ - ﷺ - وَهُمْ خُزَاعَةٌ، وَخُلَفَاءُ قُرَيْشٍ وَهُمْ بَنُو بَكْرٍ، فَأَعَانَتْ قُرَيْشٌ خُلَفَاءَهَا عَلَى حُلْفَاءِ النَّبِيِّ - ﷺ - فَانْتَقَضَتْ هُدْنَتُهُمْ<sup>(٢)</sup>. فَإِنْ قَلْنَا بِالنَّسْخِ، لَمْ تَجْزِ الزِّيَادَةُ عَلَى أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ، لَا لِحَاجَةٍ، وَلَا لِنُضْرُورَةٍ .

وإن قلنا: لا نسخ، فإن عقدت لحاجة، فتَجُوزُ إِلَى سَنَةٍ، أَوْ تَجِبُ أَنْ تَقْتَصِرَ الْمُدَّةُ عَنِ السَّنَةِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنْ عَقِدْتَ لِضُرُورَةٍ، جَازَ أَنْ تَبْلُغَ الْمُدَّةَ سَنَةً، وَيَجِبُ الْأَقْتِصَارُ عَلَيْهَا، وَهَلْ تَجُوزُ الزِّيَادَةُ إِلَى عَشْرٍ؟ فِيهِ قَوْلَانِ؛ وَيَجُوزُ أَنْ يُعْلَمَ لِهَذَا قَوْلُهُ: «إِلَى عَشْرِ سَنِينَ» بِالْوَاوِ، وَأَنْ يُعْلَمَ قَوْلُهُ: «مَنْ قَبْلَ عَلَى الصَّحِيحِ أَيْضًا»؛ لِمَا سَبَقَ مِنْ قَطْعِ أَبِي إِسْحَاقَ، ثُمَّ فِي الْفَصْلِ صَوْرَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: إِذَا قَلْنَا بِالصَّحِيحِ، وَهُوَ أَنَّهُ لَا تَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَى عَشْرِ، فَلَوْ هَادَنَ مُطْلَقًا، فَالْعَهْدُ فَاسِدٌ؛ لِأَنَّ الْإِطْلَاقَ يَقْتَضِي التَّأْيِيدَ، وَعَنْ صَاحِبِ «التَّقْرِيبِ» أَنَّهُ يَنْزِلُ عَنِ ضَعْفِ الْمُسْلِمِينَ عَلَى عَشْرِ سَنِينَ، وَذَكَرَ عِنْدَ الْقُوَّةِ قَوْلَيْنِ؛ أَنَّهُ يَحْمَلُ عَلَى أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ تَنْزِيلًا عَلَى الْأَقْلِ وَالثَّانِي عَلَى سَنَةٍ تَنْزِيلًا عَلَى الْأَكْثَرِ، كَذَلِكَ حَكَاهُ الْإِمَامُ، وَصَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» وَعَاتَرَضَ الْإِمَامُ، فَقَالَ: الْهُدْنَةُ إِلَى سَنَةٍ لَا يَجُوزُ عِنْدَ الْقُوَّةِ عَلَى الصَّحِيحِ، وَإِنَّمَا الْكَلَامُ فِيمَا دُونَهَا، فَإِنْ كَانَ وَلَا بَدَ، فَلْيَكُنِ التَّنْزِيلُ عَلَى مَا دُونَهَا،

(١) في ز: وهذا.

(٢) قال الحافظ وروي أنه لما هادن قريشاً عام الحديبية، دخل بنو خزاعة في عهده، وبنو بكر في عهد قريش، ثم عدا بنو بكر على خزاعة، وأعانهم ثلاثة من قريش، فجعل النبي ﷺ ذلك نقضاً للعهد، وسار إلى مكة وفتحها، البيهقي من حديث أبي إسحاق. حدثني الزهري عن عروة بن الزبير ومروان ابن الحكم أنهما حدثاه جميعاً، قال: كان في صلح النبي ﷺ يوم الحديبية بينه وبين قريش، أنه من شاء أن يدخل في عقد محمد وعهده دخل، ومن شاء أن يدخل في عهد قريش وعقدها دخل، فتوالت خزاعة فقالوا: نحن ندخل في عقد محمد وعهده، وتوالت بنو بكر فقالوا نحن ندخل في عقد قريش وعهدهم؛ فمكثوا في تلك الهدنة نحو سبعة عشر أو ثمانية عشر شهراً، ثم أن بني بكر وثبوا على خزاعة ليلاً بماء لهم قريب من مكة، فأعانتهم قريش بالكراع والسلاح، فركب عمرو بن سالم إلى رسول الله ﷺ، حتى قدم المدينة على رسول الله ﷺ فأشده:

اللهم إنني ناشد محمدًا حلف أبيينا وأبيه الأندلس =

ولهذا<sup>(١)</sup> قال في الكتاب: «وعلى ما يُقَارِبُ السُّنَّةَ في قول».

ويجوز ألا يوقت<sup>(٢)</sup> الإمام الهدنة، ويشترط أن يُنْقَضَ متى شاء؛ لأن النبي - ﷺ -  
وَأَدَعَ يَهُودَ «خَيْبَرَ» وقال: «أَقْرُكُمْ مَا أَقْرُكُمْ اللَّهُ»<sup>(٣)</sup> لكن من بعده من الأئمة لو اقتصر  
على هذه اللفظة، أو قال: هَادَتْكُمْ إِلَى أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ فَسَدَ الْعَقْدُ؛ لأن النبي - ﷺ - يعلم ما  
عند الله - تعالى - بالوحي وغيره بخلافه، ولو قال: هَادَتْكُمْ مَا شَاءَ فَلَانَ، وهو مُسْلِمٌ  
عَدْلٌ ذُو رَأْيٍ، جاز، فإذا نقضها انتقضت، ولو قال: ما شاء فلان منكم، لم يجز، فإن  
الكُفَّارَ لَا يَخْكُمُونَ عَلَى الْمُسْلِمِينَ.

الثانية: لو زَادَ قَدْرُ مَدَةِ الْهُدْنَةِ عَلَى الْقَدْرِ الْمَجْزُوعِ، كما إذا زاد عند الضعيف على  
عشر، أو كانت الحَاجَةُ إِلَى أَرْبَعِ، أو خَمْسِ فَرَادَ؛ بَطَلَ الْعَقْدُ فِي الزِّيَادَةِ، وَفِي الْقَدْرِ  
الزَّائِدِ<sup>(٤)</sup> طريقتان:

أظهرهما: وهو المذكور في الكتاب تخريجه على قَوْلِي تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ؛ لِأَنَّهُ جَمَعَ  
فِي الْعَقْدِ الْوَاحِدِ بَيْنَ مَا يَجُوزُ الْعَقْدُ عَلَيْهِ، وَبَيْنَ مَا لَا يَجُوزُ.

والثاني: القَطْعُ بِالصَّحْحَةِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ جَهَالَةُ الْعَوْضِ، وَلِأَنَّهُ لَا يَتَسَامَحُ فِي  
مُعَامَلَاتِ الْكُفَّارِ، وَيَجُوزُ أَنْ يُعْلَمَ قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «وَلَا يَزَادُ عَلَيْهِ» بِالْحَاءِ وَالْأَلْفِ؛  
لأن عند أصحاب أبي حنيفة أن المدة لا تتقدَّرُ بِعَشْرِ، وَيَقْوُضُ الْأَمْرُ إِلَى رَأْيِ الْإِمَامِ.

[فرع]. قد قَدَّمْنَا أَنَّ الْإِمَامَ حَكَى فِيهَا إِذَا طَلَبَ الْكَافِرُ أَنْ يُجَارَ لِيَسْتَمِعَ الذِّكْرَ،  
قَطَعَ الْأَصْحَابُ بِأَنَّهُ تَجِبُ إِجَابَتُهُ، ثُمَّ قَالَ: هَلْ يُمَهَّلُ لِذَلِكَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ؟ أَوْ يُقَالُ: إِذَا  
لَمْ يَنْفَصِلِ الْأَمْرُ بِمَجَالَسِ يَفْرُضُ فِيهَا الْبَيَانَ الثَّامَّ، فيقال له: الْحَقُّ بِمَا مَنِكَ؟ فِيهِ تَرَدُّدٌ  
أَخَذْتَهُ مِنْ فَخْوَى كَلَامِ الْأَصْحَابِ، وَالظَّاهِرُ الْمَنْعُ.

قال العزالي: ثُمَّ حَكُمُ الْفَاسِدُ أَنْ لَا يُغْتَالَ إِلَّا بَعْدَ الْإِنْدَارِ \* وَالصَّحِيحُ يَجِبُ الْوَفَاءُ  
فِيهِ بِالْمَشْرُوطِ إِلَى آخِرِ الْمُدَّةِ أَوْ إِلَى أَنْ يَضُدَّ مِنْهُ جِنَايَةٌ وَعَلِمُوهَا \* فَإِنْ لَمْ يَعْلَمُوا أَنَّهُ  
جِنَايَةٌ فَيَنْدَرُ وَلَا يُغْتَالَ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ \* وَلَوْ اسْتَشَعَرَ الْإِمَامُ جِنَايَةَ جَارٍ لَهُ أَنْ يَنْبِذَ  
الْعَهْدَ إِلَيْهِمْ وَيُنْذِرَهُمْ \* وَلَا يَجُوزُ نَبْذُ الْحِزْبِ بِمَجْرَدِ التُّهْمَةِ \* وَلَوْ زَالَ خَوْفُ الْمُسْلِمِينَ  
وَجِبَ الْوَفَاءُ بِالْمَشْرُوطِ إِلَى عَشْرِ سِنِينَ.

= الأبيات والقصة بطولها، ورواه ابن حبان في صحيحه من حديث مجاهد عن ابن عمر بمعناه،  
وذكرها موسى بن عقبة في المغازي، وفيها أن أبا بكر الصديق قال لرسول الله ﷺ: أتريد قريشاً؟

قال: نعم. قال: أليس بينك وبينهم مدة؟ قال: ألم يبلغك ما صنعوا ببني كعب؟

(١) في ز: وعلى هذا.

(٢) في ز: يوقف.

(٣) في أ: الجائر.

(٤) تقدم.

قال الرَّافِعِيُّ: لك أن تقول: القول في المهادنة رتبة في نظرين: الشروط والأحكام، واللائق بهذا التّسليم إيراد حُكْمِ الفاسِدِ، والصحيح من هذا العَقْدِ في النّظَرِ الثاني، والفِقْهُ أن عَقْدَ المهادنة إذا فَسَدَ للزيادة في المدة، أو لِإلْتِزَامِ المال أو غيرهما لا يَمْضِي، بل يجب نَقْضُهُ، ولكن لا يجوز اغْتِيَالَهُمْ، بل يجب إندازهم وإعلامهم أولاً، وإذا وقع صحيحاً، وجب الوفاء به بِالْكَفِّ إلى انقضاء المدة، أو صُدُورِ جِنَايَةٍ منهم تَقْتَضِي الانقِضَاصَ؛ قال الله تعالى: ﴿فَاتِمُوا إِلَيْهِمْ عَهْدَهُمْ إِلَىٰ مُدَّتِهِمْ﴾ [التوبة: ٤] وقال: ﴿فَمَا اسْتَقَامُوا لَكُمْ فَاسْتَقِيمُوا لَهُمْ﴾ [التوبة: ٧] وإذا مات الإمام الذي عَقَدَ الهدنة، أو عُزِلَ، أو وُلِّيَ غَيْرُهُ، وجب على الإمام الذي بَعْدَهُ إمْضَاؤُهُ، فإن: رآه فاسِداً، قال في «البحر»: إن كان فَسَادُهُ من طريق الاجْتِهَادِ لم يَفْسُخْهُ، وإن كان يَنْصُ، أو إجماع، فسُخِ، وينبغي للإمام إذا هَادَنَهُ أن يَكْتُبَ عَقْدَ الهدنة في كتاب، ويُشْهَدَ عليه للعمل به، ولا بأس بأن يقول: فيه لكم ذِمَّةُ الله، وذِمَّةُ رسوله، وذِمَّتِي ومتى صَرَّحُوا بِنَقْضِ العَهْدِ، أو قاتلوا المسلمين، أو آوَوْا عَيْنًا عليهم، أو كاتبوا أهل الحزب بأخبارهم أو قَتَلُوا مُسْلِمًا، أو أخذوا مَالًا، فقد انقَضَ عَهْدُهُمْ، ولا حاجة إلى أن يَحْكُمَ الحَاكِمُ بالانقِضَاصِ.

قال الإمام: والمَصْرَآتُ التي اِخْتَلَفَ القَوْلُ في أنها هل تَنْقُضُ عَهْدَ الذِمَّةِ تَنْقُضُ عَهْدَ [المهادنة]<sup>(١)</sup> بلا خلاف؛ لأن الهدنة ضَعِيفَةٌ غير مُتَأَكِّدَةٍ بِبَدَلِ الجزية، وإذا انقَضَ عَهْدُهُمْ، فيجوز قَضْدُ بلدِهم، وتبْيِيتُهُم والإغارة عليهم إن علموا أن ما أتوا به نَاقِضٌ للعهد، وإن لم يعلموا، فكذلك الحُكْمُ أو لا يقاتلون إلا بعد تَفْهِيمِ الإنداز؟ وفيه وجهان، حكاها الإمام، والأول المُوَافِقُ لإطلاق المُعْظَمِ، وقالوا: إذا انقطع الأمان، صَارُوا كما كانوا قَبْلَ المهادنة.

ولفظ الكتاب حيث قال: «أو إلى أن يَصُدَّرَ منهم جِنَايَةٌ، وعلموها فإن لم يعلموا أنها جِنَايَةٌ يُشْعِرُ بِرَدِّ التّفصِيلِ إلى العِلْمِ بأن الصّادِرَ منه جِنَايَةٌ، وَعَدَمِ العِلْمِ به، وينبغي أن يُقَالَ: إذا لم يَعلَمُوا أنه جِنَايَةٌ لا يَنْقُضُ العَهْدَ، إلا إذا كان المَأْتِيُّ به مما لا يشك في مُصَادِمَتِهِ الهدنة كالقتال، فإن نزلت ما ذَكَرْتُ في الكِتَابِ على ما ذَكَرَهُ الإمام. قلت: المعنى وعلموها نَاقِضَةٌ، وفي الطرف الآخر المعنى، وإن لم يعلموا أنها جِنَايَةٌ نَاقِضَةٌ، وما ذكرنا من قَضْدِهِم والإغارة عليهم مَوْضِعُهُ ما إذا كانوا في بِلَادِهِمْ، فأما من دخل دارنا بأمان، أو مُبَادَرَةٌ بلا قتال، فإن انقَضَ عَهْدُهُمْ لم يبلغ المَأْمَنَ. كذلك نقله القاضيان ابنُ كَجِّ، والرويانِي، وغيرهما. هذا إذا نَقَضَ جَمِيعُهُم العَهْدَ، فإن نَقَضَ بَعْضُهُمْ دون بعض، نُظِرَ، إن لم ينكر الذين لم ينقضوا على النّاقِضِينَ بقول، ولا فِعْلٍ،

(١) في ز: الذمة.

بل سَاكُوهُمْ، وسكنوا على فِغْلِهِمْ، انْتَقَضَ عَهْدُهُمْ أَيْضاً؛ لما رُوِيَ أن النبي - ﷺ - لَمَّا هَادَنَ قُرَيْشاً عام «الحديبية» دخل بنو خُزَاعَةَ في عهد النبي - ﷺ -، وبنو بكر في عهد قُرَيْشٍ، ثم عَدَا بنو بكر على خُزَاعَةَ، وَأَعَانَهُمْ<sup>(١)</sup> ثَلَاثَةَ نَفَرٍ من قُرَيْشٍ، فجعل النبي - ﷺ - ذلك نَقْضاً لِلْعَهْدِ، وسار إلى «مكة»<sup>(٢)</sup> وفتحها.

رُوِيَ أنه - ﷺ - وَاَدَعَ بني قُرَيْظَةَ، فلما قصد الأَخْرَابَ «المدينة» آوَاهُمْ سيد بني قُرَيْظَةَ، وَأَعَانَهُم بِالسَّلَاحِ، ولم ينكر الآخرون ذلك، فجعله النبي - ﷺ - نَقْضاً لِلْعَهْدِ من الكُلِّ، وَقَتْلَهُمْ وَسَبِّ ذُرَارِيهِمْ، إلا ابني شُعْبَةَ، فإنهما فَارَقَاهُمْ، وَأَسْلَمَا<sup>(٣)</sup>.

وَوُجَّهَ أَيْضاً بِأَن سَكُوتَ الباقين يشعر بالرُّضَا، فجعل نَقْضاً منهم، كما أن هُدْنَةَ البَغْضِ، وسكوت الباقين هُدْنَةٌ في حَقِّ الكُلِّ، وإن أنكر الذين لم يَنْقُضُوا على الناقضين [بقول أو فعل، كما إذا اعتزلوا عن الناقضين،]<sup>(٤)</sup> أو بعثوا إلى الإمام: بأنا مُقِيمُونَ على العَهْدِ، لم يَنْقُضْ عَهْدَهُمْ. هذا ما أَطْلَقَهُ عَامَّةُ الأصحاب، ووراء شَيْتَانٍ يستغربان.

أحدهما: قال الإمام: لو بَدَثَ خِيَانَةٌ من بعضهم، وَسَكَتَ الآخرون، ولم ينكروا، كان للإمام أن يَنْبُدَ إليهم.. وهكذا كان في قِصَّةِ أهل «مكة».

(٢) قدم.

(١) في ز: فأعانهم

(٣) رواه أبو داود (٣٠٠٤) في حديث طويل من طريق عبد الرحمن بن كعب بن مالك، عن رجل من الصحابة، وأما النقص فرواه ابن إسحاق في المغازي قال حدثني يزيد بن رومان عن عروة بن الزبير وعن يزيد بن زياد، عن محمد بن كعب القرظي وعثمان بن يهودا أحد بني عمرو بن قريظة، عن رجال من قومه قالوا: كان الذين حزبوا الأحزاب نفرأ من بني النضير، فكان منهم حيي بن أخطب، وكنانة بن أبي الحقيق ونفر من بني وائل، فذكر الحديث، قال: وخرج حيي بن أخطب حتى أتى كعب بن أسد صاحب عقد بني قريظة، فلما سمع به أغلق حصنه، وقال: إني لم أر من محمد إلا صدقاً ووفاء، وقد وادعني ووادعته، فدعني وارجع عني، فلم يزل به حتى فتح له، فقال له: ويحك يا كعب جئتك بعز الدهر، بقريش ومن معها أنزلتها برومة، وجئتك بغطفان على قادتها وسادتها، أنزلتها إلى جانب أحد، جئتك ببحر طام لا يردده شيء، فقال: جئتني والله بالذل، فلم يزل به حتى أطاعه، فنقض العهد، وأظهر البراءة من رسول الله ﷺ، قال ابن إسحاق فحدثني عاصم بن عمر بن قتادة قال: لما بلغ رسول الله ﷺ خبر كعب، ونقض بني قريظة العهد، بعث إليهم سعد بن عباد وغيره، فوجدوهم على أخبث ما بلغه، قال وحدثني عاصم بن عمر عن شيخ من بني قريظة، فذكر قصة إسلام ثعلبة وأسد ابني شعبة، ونزولهم عن حصن بني قريظة، وفي البخاري من طريق موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر: أن يهود بني النضير وقريظة حاربوا رسول الله ﷺ، فأجلى بني النضير، وأقر قريظة ومن عليهم، حتى حاربوا معه، فقتل رجالهم وقسم أموالهم، وأولادهم بين المسلمين، إلا بعضهم لحقوا رسول الله ﷺ فآمنهم وأسلموا. قاله الحافظ والحديث عند البيهقي ٢٣٢/٩ - ٢٣٣.

(٤) سقط في ز.

والثاني في كتاب القاضي ابن كَجَّ أنه لو نقض السَّوْقَةُ العَهْدَ، ولم يعلم الرَّئِيسُ والأشْرَافُ، ففي انتقاص العهد في حَقِّ السَّوْقَةِ وَجْهَانِ، عن رواية أبي الحُسَيْنِ.

وجه المنع: أنه لا اغْتِيَارَ بِعَهْدِهِمْ؛ فكذلك بِتَقْضِهِمْ، ولو نقض الرَّئِيسُ وامتنع الأتباعُ، وأنكروا<sup>(١)</sup> ففي الانتقاصِ في حَقِّهِمْ قَوْلَانِ.

وجه الانتقاص: أنه لم يَبْقَ العَهْدُ في حَقِّ [المَتَّبِعِ، فلا يَبْقَى في حَقِّ التَّابِعِ، وإذا انْتَقَصَ العَهْدُ في حَقِّ<sup>(٢)</sup> بعضهم دون بعض، فإن تَمِيزَ النَّاقِضُونَ عن غيرهم<sup>(٣)</sup> فذاك، وإن اِخْتَلَطُوا، فلا يَبِيتُهُمُ الإمام ولا يُغَيِّرُ<sup>(٤)</sup> عليهم ولا يقاتلهم إلا بعد الإِنذارِ، ويبعث إلى الذين لم يَنْقُضُوا لِيَتَمَيَّزُوا عن الناقضين إن سلموهم، فإن لم يفعلوا مع القُدْرَةِ، صاروا نَاقِضِينَ أيضاً، ومن أَخَذَ منهم واعترف بأنه ممن نَقَضَ العَهْدَ، أو قامت عليه بَيِّنَةٌ، لم يَخَفَ الحُكْمُ والأَصْدَقُ يَمِينُهُ؛ أنه لم يتقض.

وأما عَقْدُ الذمة فَتَقْضُهُ من البعض ليس نقضاً من الباقيين بِحَالِ، ثم في الفصل صورتان:

إحداهما: إذا اسْتَشْعَرَ الإمام فيمن هَادَنَهُ خِيَانَةً، وظهرت أَمَارَةٌ تُدَلُّ على خيانتهم، فعن الشيخ أبي حامد: أنه يَنْقُضُ عهدهم.

والصحيح المنصوص<sup>(٥)</sup> أنه لا يَنْقُضُ، ولكن للإمام أن يَنْبِذَ إليهم عَهْدَهُمْ على ما قال تعالى: ﴿وَأِمَّا تَخَافَنَّ مِنْ قَوْمٍ خِيَانَةً فَانْبِذْ إِلَيْهِمْ﴾ [الأنفال: ٥٨] ويخالف عقد الجزية حيث لا يَجُوزُ نَبْذُهُ بِالتُّهْمَةِ، وظهور أَمَارَةِ الخيانة، وفرق بينهما في أن عَقْدَ الذِّمَّةِ يُغَلَّبُ رِعَايَةَ جانبهم، ولذلك تَجِبُ الإِجَابَةُ إليه، إذا طَلَبُوا، وفي الهُدْنَةِ يُغَلَّبُ جانبنا ولذلك لا تَجِبُ الإِجَابَةُ أيضاً، فعقد الذمة أَكْدُ؛ لأنه مُؤَبَّدٌ؛ ولأنه عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ، وأيضاً فإن أهل الذمة في قَبْضَةِ الإمام، وإذا تَحَقَّقَتْ جِنَايَتُهُمْ أمكنه تَدَارُكُهَا بخلاف أهل الذِّمَّةِ هذا هو الظاهر من الطريقتين.

وعن أبي الحُسَيْنِ بن القَطَّانِ رواية وجه آخر في الهُدْنَةِ أنها لا تُنْبِذُ بِدَلَالَةِ الجِنَابَةِ، وأشعرَ كَلَامُ الإمام بخلاف عَقْدِ الذمة، فإنه قال: إذا بدت [تهمة]<sup>(٦)</sup> من أهل الذمة.

[قالأصح]<sup>(٧)</sup> أنه يجوز نَبْذُ العَهْدِ إليهم، فيجوز أن يُعَلِّمَ قوله في الكتاب: «جاز له

(١) في ز: فأنكروا.

(٢) سقط في ز. (٣) في ز: بعضهم.

(٤) في أ: يعين. (٥) في ز: المشهور.

(٦) سقط في ز. (٧) في ز: قال: احتج.

أَنْ يَنْبِذَ الْعَهْدَ إِلَيْهِمْ» وقوله: «ولا يجوز له نَبْذُ الجزية» كلاهما بالواو؛ لذلك وإذا نَبَذَ الْعَهْدَ إِلَيْهِمْ، فلا بد من إِنْذَارِهِمْ وإِبلَاغِهِم المأمَن. نعم من عليه حَقٌّ لِلآدمي من مَالٍ أَوْ حَدِّ قَدْزٍ أَوْ قِصَاصٍ، فَيَسْتَوْفِي مِنْهُ أَوَّلًا، والمعتبر في إِبْلَاغِ الْكَافِرِ الْمَأْمَنَ بِأَنْ يَمْنَعَهُ مِنَ الْمُسْلِمِينَ، ومن أَهْلِ عَهْدِهِمْ، ويلحقه بدار الحزب.

واكتفى القَاضِي ابْنُ كَيْجٍ بِإِلْحَاقِهِ بِأَوَّلِ بِلَادِ الْكُفْرِ، وقال: لا يَلْزَمُ إِلْحَاقُهُ بِبِلَدِهِ الَّذِي يَسْكُنُهُ فَوْقَ ذَلِكَ. إِلَّا أَنْ يَكُونَ بَيْنَ أَوَّلِ بِلَادِ الْكُفْرِ، وبِلَدِهِ الَّذِي يَسْكُنُهُ بِلَدِ الْمُسْلِمِينَ يَخْتِاجُ إِلَى الْمُرُورِ عَلَيْهِ.

وفي «البحر» للرويانِي: أَنَّهُ لَوْ كَانَ [لَهُ مَأْمَنَانِ]،<sup>(١)</sup> فعلى الإمام إِلْحَاقُهُ بِالَّذِي يَسْكُنُهُ مِنْهُمَا، وَلَوْ كَانَ يَسْكُنُ بِلَدَيْنِ، فالاختيار للإمام، وفي هذا مَا يُنَازَعُ فِي الْاِكْتِفَاءِ بِأَوَّلِ بِلَادِ الْكُفْرِ، وَلَوْ لَمْ تَظْهَرِ أَمَارَةٌ يَخَافُ بِسَبَبِهَا مِنْهُمْ، لَمْ يَجْزُ فِي نَقْضِ الْعَهْدِ، وَلَا عِبَارًا بِالْوَهْمِ الْمَجْرَدِ، وَحَكَى ذَلِكَ عَنِ نَصِّهِ فِي «الأم».

الثانية: إِذَا هَادَنَ الْإِمَامُ مُدَّةً لِيُضْعِفَ وَخُوفَ اقْتِضَائِهَا، ثُمَّ زَالَ الْخَوْفُ وَقَوِيَ الْمُسْلِمُونَ، وَجَبَ الْوَفَاءُ بِهَا؛ لقوله تعالى: ﴿فَأْتِمُوا إِلَيْهِمْ عَهْدَهُمْ إِلَىٰ مُدَّتِهِمْ﴾ [التوبة: ٤]. وقوله في الكتاب: «إِلَىٰ عَشْرِ سِنِينَ» مذكور لِلْمُبَالَغَةِ أَي: لا بد من الْوَفَاءِ، وَإِنْ كَانَتِ الْمُدَّةُ الْعَشْرَ<sup>(٢)</sup> الَّتِي هِيَ النِّهَائِيَّةُ.

فرعان عن «الحاوي»:

الأول: يجب على الذين هَادَنَهُمُ الْإِمَامُ الْكُفْرَ عَنْ قَبِيحِ الْقَوْلِ وَالْعَمَلِ فِي حَقِّ الْمُسْلِمِينَ، وَبَدَلَ الْجَمِيلِ بَيْنَهُمَا، فَلَوْ كَانُوا يُكْرَمُونَ الْمُسْلِمِينَ، فَصَارُوا يَهِينُونَهُمْ، أَوْ يَضِيفُونَ التَّنْزِيلَ وَيَصِلُونَهُمْ، فَصَارُوا يَقْطَعُونَهُمْ، أَوْ يُعْظَمُونَ كِتَابَ الْإِمَامِ، فَصَارُوا يَسْتَحْفُونَ، أَوْ نَقَصُوا عَمَّا كَانُوا يُخَاطَبُونَ بِهِ سَأَلَهُمُ الْإِمَامُ عَنْ سَبَبِ [فعلهم]<sup>(٣)</sup>. فَإِنْ اغْتَدَرُوا بِمَا يَجُوزُ قَبُولُ مِثْلِهِ؛ قَبْلَهُ، وَإِنْ لَمْ يَذْكُرُوا عُذْرًا، أَمَرَهُمُ بِالرُّجُوعِ إِلَىٰ عَادَتِهِمْ. فَإِنْ امْتَنَعُوا؛ أَعْلَمَهُمْ بِنَقْضِ الْهُدْنَةِ، وَنَقَضَهَا.

والثاني: سَبَّ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ - تَنْتَقِضُ بِهِ الْهُدْنَةُ كَالذِّمَّةِ؛ خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللَّهُ -.

قال الغزالي: (النَّظَرُ الثَّانِي فِي أَحْكَامِهَا) وَهُوَ الْوَفَاءُ بِالشَّرْطِ الصَّحِيحِ \* وَالْعَادَةُ أَنْ يَشْتَرِطَ رَدُّ مَنْ جَاءَنَا مِنْهُمْ عَلَيْهِمْ وَذَلِكَ جَائِزٌ إِلَّا فِي الْمَرْأَةِ إِذَا هَاجَرَتْ إِلَيْنَا مُسْلِمَةً لَا

(٢) في ز: المعبرة.

(١) في ز: ماتان.

(٣) في ز: ذلك.

يَحِلُّ رَدُّهَا وَلَا يَصِحُّ شَرْطُ ذَلِكَ \* وَعَرَّمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الصَّدَاقَ \* فَقِيلَ: كَانَ سَبَبُهُ أَنَّهُ شَرَطَ رَدَّهُنَّ ثُمَّ وَرَدَ التَّنَسُّخُ \* وَقِيلَ: سَبَبُهُ أَنَّهُ أَوْهَمَ بِالْعُمُومِ رَدَّهُنَّ فَعَلَى هَذَا نَحْنُ أَيْضاً إِذَا أَوْهَمْنَا رَدَّهُنَّ عَرَّمْنَا لِرُؤُوسِهِنَّ مَا بَدَلَ مِنَ الصَّدَاقِ إِذَا لَمْ يَكُنْ خَمِراً أَوْ خِنْزِيراً \* وَإِنْ لَمْ يَبْدُلْ شَيْئاً فَلَا شَيْءَ لَهُ \* وَإِنْ أَخَذَتِ الصَّدَاقَ فَوَهَبَتْ مِنَ الرُّؤُوسِ فَقَوْلَانِ \* وَإِنْ أَسْلَمَ الرُّؤُوسُ بَعْدَ انْقِضَاءِ النِّكَاحِ فَطَلَبَ مِنْهُ مَهْرَ الْمَيْسِرِ فَهَلْ يَغْرُمُ ذَلِكَ وَهُوَ لَيْسَ أَهْلاً لِطَلَبِهَا عِنْدَ الْغَرَامَةِ فِيهِ وَجِهَانِ \* وَعَلَى الْجُمْلَةِ إِنَّمَا يَغْرُمُ لِلرُّؤُوسِ إِذَا جَاءَ لِطَلَبِهَا \* وَإِنْ جَاءَ أَبُوهَا لِطَلَبِهَا لَمْ تُغْرَمْ شَيْئاً \* وَلَوْ دَخَلَتْ كَافِرَةً رَدَدْنَاهَا \* فَإِنْ أَسْلَمَتْ بَعْدَ الدُّخُولِ عَرَّمْنَا لِرُؤُوسِهَا \* وَإِنْ أَرْتَدَّتْ فَلَا تُرَدُّهَا وَلَمْ يَجِبِ الْغُرْمُ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ لِطُلَّانِ تَقْوَمُ بَعْضُهَا \* وَلَوْ جَاءَتْ مَجْثُوتَةً لَا تُرَدُّهُ لِأَخْتِمَالِ الْإِسْلَامِ قَبْلَ الْجُثُوثِ وَلَا يَغْرُمُ \* وَالصَّبِيَّةُ إِذَا وَصَفَتِ الْإِسْلَامَ فَلَا تُرَدُّهَا وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَصِحُّ إِسْلَامُهَا وَتَغْرُمُ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ \* وَالرَّقِيقَةُ لَا تُرَدُّ وَتَغْرُمُ لِسَيِّدِهَا إِذَا جَاءَ يَطْلُبُهَا قِيمَتَهَا لَا مَا اشْتَرَى بِهِ \* وَلَوْ كَانَتْ مُرْؤُوجَةً وَجَاءَ السَّيِّدُ وَالرُّؤُوسُ عَرَّمْنَا الْقِيَمَةَ وَالْمَهْرَ \* وَإِنْ جَاءَ أَحَدُهُمَا لَمْ يَلْزَمْنَا شَيْءَ عَلَى وَجْهِ \* وَلَزِمْنَا حَقَّ الطَّالِبِ عَلَى وَجْهِ \* وَعَلَى وَجْهِ ثَالِثٍ تَجِبُ لِلْسَّيِّدِ الْقِيَمَةُ؛ لِأَنَّ لَهُ حَقَّ الْيَدِ وَخَدَهُ دُونَ الرُّؤُوسِ \* وَلَوْ قُتِلَتْ قَبْلَ الطَّلَبِ أَوْ مَاتَتْ فَلَا غُرْمَ \* وَإِنْ قُتِلَتْ بَعْدَ الطَّلَبِ وَجَبَ الْغُرْمُ عَلَى الْقَاتِلِ مَعَ الْقِصَاصِ \* وَلَوْ أَسْلَمَتْ وَهِيَ رَجْعِيَّةٌ فَالْتَّصُّ أَنَّهُ لَا غُرْمَ لِلرُّؤُوسِ إِنْ لَمْ يَرُاجِعْ.

قال الرَّافِعِيُّ: عقد الهدنة إذا صحَّ، وجب الوفاء بالشرط الصحيح فيه، قال الله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ﴾ [الإسراء: ٣٤] وقوله: «والعادة أن يشترط ردُّ من جاء منهم» إشارة إلى ما جرى في مهادنة النبي - ﷺ - قرئشاً عام «الحديبية» وقد جاءه سهيل بن عمرو رسولاً منهم، فإنه قال: «من جاءنا منكم مسلماً رددناه، ومن جاءكم منا فسحقاً سحقاً»، والقول الجملي في الفصل أن شرط ردُّ المرأة إذا جاءت مسلمة لا يجوز بحال، وشرط ردُّ الرجل إذا هاجر مسلماً يجوز في الجملة.

والفرق أنه لا يؤمن أن يصيبها زوجها الكافر، أو أن تزوج من كافر، وأيضاً فإنها تعجز عن الهرب منهم، وأيضاً [فإنها أقرب إلى الأفتنان لثفتان حالها] (١)، وقلة معرفتها، وقد جاءت أم كلثوم بنت عتبة بن أبي معيط مسلمة لما هادن رسول الله - ﷺ - وجاء أخوها في طلبها فأنزل الله تعالى: ﴿إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ اللَّهُ أَعْلَمُ

(١) في ز: فإنها تقرر إلى الاختبار لتقصان عقلها.

بِإِيمَانِهِمْ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُمْ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ ﴿الممتحنة: ١٠﴾. وكان النبي - ﷺ - لا يَرُدُّ النِّسَاءَ، ويقدم مَهْرَهُنَّ<sup>(١)</sup>. وحكى الأصحاب قَوْلَيْنِ للشافعي - رضي الله عنه - في أن شرطَ الرُّدِّ هل يَشْمَلُ النِّسَاءَ في مُهَادَنَةِ النبي - ﷺ -؟

أحدهما: نعم، وذكروا على هذا فرعين:

أحدهما: في كيفية الشمول وجهان:

أحدهما: أَنَّهُ صَرَّحَ بِرَدِّ النِّسَاءِ، كما صرح بِرَدِّ الرِّجَالِ، أورده الروياني «في البحر».

وأظهرهما: أَنَّهُ أَطْلَقَ اللَّفْظَ إِطْلَاقًا، وتناول اللفظ بعمومه الرِّجَالِ والنِّسَاءِ.

والثاني: هل كان شرط رَدِّهِنَّ جَائِزًا؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، وعلى هذا فوجهان:

أحدهما: أَنَّهُ - ﷺ - سَهَا في اجْتِهَادِهِ؛ فَبَيَّنَ اللهُ - تعالى - له الْحُكْمَ، وقد يَسْهُوُ النبي - ﷺ - وَيُخْطِئُ، ولكنه لا يقر على الْخَطَأِ.

والثاني: أَنَّهُ علم أن ذلك غَيْرُ جَائِزٍ بالاختيار، لكن دَعَتْ إِلَيْهِ ضَرُورَةُ الْوَقْتِ، فلذلك شَرَطَهُ.

والثاني: أَنَّهُ كان جَائِزًا، ثم نُسِخَ، وعلى هذا فبم نُسِخَ؟

فيه وجهان: بَتَوْهُمَا على أن السُّنَّةَ هل تُنْسَخُ بالقرآن؟ وفيه قولان، أو وجهان أصوليان.

أحدهما: وهو اخْتِيَارُ ابنِ سُرَيْجٍ: نعم؛ لأن السُّنَّةَ تُنْسَخُ بِالسُّنَّةِ، وهي مثلها، والقرآن الذي هو فَوْقَهَا أَوْلَى، فعلى هذا نسخ بقوله تعالى: ﴿فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ﴾ [الممتحنة: ١٠].

والثاني: لا. وَيُنْسَبُ إلى اخْتِيَارِ أَكْثَرِ الْأَصْحَابِ؛ لأن السُّنَّةَ مُبَيَّنَةٌ للقرآن، على ما قال الله تعالى: ﴿لَتُبَيِّنَنَّ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾ [النحل: ٤٤] والمُبَيَّنُ لا يَنْسَخُ الْمُبَيَّنَ، وعلى هذا فالنسخ امتِنَاعُ النبي - ﷺ - من الرُّدِّ.

والقول الثاني: في الأصل أن شرط الرد لم<sup>(٢)</sup> يَشْمَلِ النِّسَاءَ، واللفظ وإن كان مُطْلَقًا كان المراد منه الرِّجَالُ خَاصَّةً.

وإذا عرفت ذلك فإذا عَقَدَ الْإِمَامُ الْهُدْنَةَ الْيَوْمَ لم يَخْلُ إما أن يَشْتَرِطَ فيه ألا يَرُدُّ من

(١) أخرجه البخاري في صلح الحديبية والبيهقي ٢٢٩/٩.

(٢) في ز: هل.



جاء مُسْلِماً، أو يطلق، أو يَشْرَطُ الرَّدَّ، فهذه ثلاثة أحوال:

أحدها: إذا شرط ألا يَرُدُّ أحداً، فلا رَدٌّ ولا عُزْمٌ، وكذا لو حَصَّصَ النساءَ بالألَّ يَرُدُّهِنَّ.

والثانية: إذا أطلق العَهْدَ، ولم يَتَعَرَّضْ للرد [نَفياً ولا إِبْتاتاً]<sup>(١)</sup>، فهل يُعْرَمُ مَهْرُ المرأة إذا جاءت مُسْلِمةً؟ فيه قولان:

أصحُّهُمَا: المَنْعُ، وبه قال أبو حَنِيفَةَ ومالك وأحمد، ويوجهان<sup>(٢)</sup> استقلالاً تارةً، وَيُبَيِّنَانِ على الخِلافِ الذي سَبَقَ في كَيْفِيَّةِ هُدْيَةِ النبي - ﷺ - أُخْرَى.

أما الطريق الأول، فوجه أنه يغرم قوله تعالى: ﴿وَأَتَوْهُمْ مَا آتَفَقُوا﴾ [المتحنة: ١٠] والمُرَادُ منه الصَّدَاقُ، وأيضاً فإن البُضْعَ مُتَقَوِّمٌ، وهو حَقُّهُ، فإذا حُلْنَا [بينه وبين حقه لَرِمْنَا بَدْلُهُ، لمن حيل]<sup>(٣)</sup> بينه وبين ماله يستحق العُزْمَ.

ووجه المنع واختاره المُرْنَبِيُّ أنه لو وَجَبَ بَدَلُ البُضْعِ؛ لكان ذلك مَهْرَ المِثْلِ، لا ما أنفق الزَّوْجُ.

وأما الطريق الثاني: فقد قِيلَ: هما مَبْنِيَّانِ على أن شَرَطَ النبي - ﷺ - هل يشمل النساءَ؟ إن قلنا: نعم، وجعلناه شَرْطاً صحيحاً، وَقُلْنَا: إِنَّهُ نَسَخَ، فلا يَجِبُ الآنَ عُزْمُ المَهْرِ؛ لأن الشرط الآنَ غَيْرُ جَائِزٍ.

وإن قلنا: إنه يشملهن<sup>(٤)</sup>، ومع ذلك غرم المهر، فكذلك يجب العُزْمُ على من هَادَنَ بعده، وَرَبَّمَا تَوَجَّهَ ذلك بأن قَضِيَّةَ المَهَادَنَةِ ترك التَّعَرُّضِ للأهل وَالْمَالِ فإذا جاءت المرأة مُسْلِمةً مَهَاجِرَةً فمنعناها، فقد خَلَيْنَا بينها وبين الزَّوْجِ، وذلك يَقْتَضِي تَغْرِيمَ البَدَلِ.

وقال أبو نَصْرِ بن الصَّبَّاحِ: رأيت بَعْضَ أَصْحَابِنَا ذَكَرَ أَنَّهُ إن كان ذلك قَبْلَ الدُّخُولِ، وجب عُزْمُ المَهْرِ قَوْلًا واحداً؛ لأن المرأة إذا أَسْلَمَتْ قبل الدُّخُولِ تحت الكافر يسقط مَهْرُهَا، قال: وهو سَهْوٌ؛ لأن الكلام في عُزْمِ الإمام من سَهْمِ المَصَالِحِ على ما سيأتي، وأما المرأة فلا يَجِبُ [عليها]<sup>(٥)</sup> رَدُّ ما غلبت الكُفَّارُ عليه، ولذلك إذا جاءتنا أمةً منهم مُسْلِمةً حكمتنا بِحُرِّيَّتِهَا.

والثالثة: إذا شَرَطَ الرَّدَّ، نُظِرَ إن أُطْلِقَ، فقال: بشرط أن يردَّ من جاءنا منهم، ففي وجوب العُزْمِ القولان، وقد يَرْتَبُ. فيقال: إن أَوْجَبْنَاهُ عند الإِطْلَاقِ للعقد. فهأنا

(٢) في ز: ووجهان.

(٤) في ز: إنهن لم يشملهن.

(١) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٥) سقط في ز.

أولى، وإلا فقولان، ووجه الوجوب بأن النبي - ﷺ - إنما غرم؛ لأنه أوهم باللفظ العام رد النسوة، ثم تبين الأمر على خلاف ما ظنوه، فكذاك<sup>(١)</sup> نحن إذ أبهنا، فإن الإبهام كالتهجير، والتهجير من أسباب الضمان.

قال الإمام: ولا معاب في الإبهام، والإبهام إذا دعت إليه الحاجة، ويحيى على قول من قال: إنه شرط الرّد ساهياً في الاجتهاد، أو للضرورة أن يغرم الإمام اليوم أيضاً لمثل ذلك المعنى، وإن صرح بشرط رد النساء، فهو فاسد، وفي فساد العقد به ما مر، وإن لم يفسده، ففي الغرم [الخلاف]<sup>(٢)</sup> الذي سبق بالترتيب، ولم يجعلوا إطلاق شرط الرد مفسداً، وإن تناول اللفظ النساء، كما أن صلح «الحديبية» كان نافذاً، وإن امتنع النبي - ﷺ -، عن رد النساء، ولم يعمل بتقص قضية اللفظ، ويتفرع على القول<sup>(٣)</sup> [بغرم المهر]<sup>(٤)</sup> مسائل بعضها مذكورة في الفصل، وبعضها فيما يليه:

فمنها المغروم وهو المبدول من صداقها، وبه فسر قوله تعالى: ﴿وَأَتَوْهُم مَّا أَنْفَقُوا﴾ [المتحة: ١٠].

وعن صاحب «الحاوي» أنه قال: عندي المغروم أقل من مهر مثلها وما بذله، فإن كان مهر مثلها أقل، فالزيادة كالموهوب، وإن كان المبدول أقل، فهو الذي فات عليه، والمشهور من المذهب الأول، ولو لم يدفع [إليها شيئاً لم يستحق شيئاً، ولو لم يدفع]<sup>(٥)</sup> إلا بغضه لم يستحق إلا ذلك القدر، ولو كان قد أعطاها أكثر مما أصدقها لم يستحق الزيادة، كما لا يستحق رد ما أطعمها، وكسأها، وما أنفق في العرس؛ لأنه مقطوع بذلك؛ ولأنه ليس يبدل البضع الذي حلنا بينه وبينها.

ومنها لا يثبت الغرم بمجرد قوله: دفعت إليها صداقها، أو كذا من صداقها، ولكن ينظر إن أنكرت النكاح، فهي المصدقة، وعليه البيئ، وإن سلمته وأنكرت القبض ففي «الشامل» وغيره أنها تصدق باليمين [وعليه البيئ، وذكر الروايات أنه لا يمين عليها؛ لأن الصداق]<sup>(٦)</sup> على غيرها.

وعن «تعليق الشيخ أبي حامد - رحمه الله - أنهما إذا اختلفا تفحص الإمام عن مهر مثلها، وقد يمكن معرفته من تجار المسلمين الذين دخلوا دار الحرب، ومن الأسارى، ثم يحلف الرجل أنه أصدقها ذلك القدر، وسلمه<sup>(٧)</sup>، ولو ادعى الدفع، وصدقه المرأة،

(٢) سقط في ز.

(١) في ز: وكذلك.

(٤) في ز: يعدم الغرم.

(٣) في ز: القولين.

(٦) سقط في ز.

(٥) سقط في ز.

(٧) في ز: وسلمته.

فقد رَوَى الإمام عن العِرَاقِيِّينَ أن إِفْرَارَهَا بِمَنَابَةِ البَيْتَةِ، وقالوا: يعسرُ إِقَامَةُ البَيْتَةِ على ما يَجْرِي بين الكُفَّارِ، ورأى الأَ بَ يَعْتَمِدُ قَوْلَهَا، ولا يجعله حُجَّةً علينا.

ومنها مَجْلُ الغَزْمِ حُمْسُ الحُمْسِ المَعْدُّ للمصالح.

وفي كتاب القاضي ابن كَجِّ حِكَايَةُ وجه أنه إن كان للمرأة مَالٌ أخذ منها، والظاهر الأول، فإن هَاجَرَتْ إلى بَلَدٍ فيه الإمام، غرم المَهْرَ، وإن هَاجَرَتْ إلى بَلَدٍ فيه [نَائِبُهُ، وكذلك، والمُعْتَبَرُ نَائِبُهُ في عَقْدِ الهُدْنَةِ، أو نائبه في بَيْتِ المال فيه]<sup>(١)</sup> وجهان منقولان في «البحر».

وإن هَاجَرَتْ إلى بَلَدٍ ليس [فيه الإمام ولا نَائِبُهُ، فعلى أهلِ البَلَدِ منعها حِسْبَةً، ولا يُعْرَمُونَ المَهْرَ، فإنه ليس]<sup>(٢)</sup> لهم التصرف في مَالِ المصالح.

قال القاضي ابن كَجِّ: وليس على الإمام، والحالة هذه، رَدُّ المهر، كما لو جاء رَجُلٌ إلى غير بَلَدِ الإمام لا يَلْزَمُهُ أن يخلَى بينه وبين من يطلبه.

والأَحْسَنُ ما حَكَاهُ صاحبُ «التهذيب» وَغَيْرُهُ وهو أنه إن قال عند المَهَادَنَةِ: «من جاءني»<sup>(٣)</sup> منكم مُسْلِماً رَدَدْتُهُ إليكم لم يلزمه شيء؛ لأنها ما جَاءَتْهُ، وإن قال: من جاء من المُسْلِمِينَ، أو من جَاءَنَا، وَجَبَ.

ومنها: لو أَبْرَأْتَهُ عن الصَّدَاقِ، أو وَهَبْتَهُ منه، فعلى الخِلافِ المذكور في التَّشْطِيرِ.

ومنها إذا جاءت امرأة مُسْلِمةً، ثم أسلم الزوج، نُظِرَ إن أسلم قبل انقضاء عدتها فالتَّكَاخُ مستمرٌّ، وليس له طَلْبُ المَهْرِ، وإن أَخَذَهُ قبل الإسلام، فعليه رَدُّهُ إذا زالت الحَيْلُولَةُ، وإن لم<sup>(٤)</sup> يسلم حتى انقَضَتْ عِدَّتُهَا، نُظِرَ إن أخذ المَهْرَ قبل الإسلام، لم يُسْتَرْجَعْ منه، وصَارَ بالقَبْضِ كالمستهلك في الشرك، وإن لم يَأْخُذْهُ، فإن طالبت به<sup>(٥)</sup> قبل إسلامه؛ اسْتَقَرَّ له المَهْرُ؛ لأن الحَيْلُولَةَ حَصَلَتْ بِإِسْلَامِهَا، ومنعنا إِيَّاهَا منه، وعن «المجرد» لِلْقَاضِي أَبِي الطَّيِّبِ حِكَايَةُ وجه، عن أَبِي إِسْحَاقَ: أنه لا مَهْرَ له، وأن اسْتِقْرَارَهُ لا يَحْصُلُ [إلا]<sup>(٦)</sup> بالقَبْضِ، والمَشْهُورُ الأول، وإن لم يُطالَبْ بها قبل إسلامه، فلا شَيْءَ له؛ لأن الحَيْلُولَةَ حَصَلَتْ بِالْبَيْتُونَةِ، باختلاف الدِّينِ، ولا نطالبه بالمَهْرِ بعد البيئونة، ولو كانت الصورة بحالها، ولم يكن قد سَاقَ المَهْرَ إليها، فلما أسلم بعد انقضاء العِدَّةِ، أخذت منه المَهْرَ [بسبب المَسِيَسِ،]<sup>(٧)</sup> فهل يُعْرَمُ له ذلك؟

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: أتاني.

(٤) في ز: وطالب بها.

(٤) في أ: فإن.

(٥) سقط في ز.

(٦) سقط في ز.

فيه احتمالان ذكرهما الإمام، وأقامها صاحب الكتاب وجهين، وكذلك لو قبل الجزية بعد<sup>(١)</sup> انقضاء العدة.

أحدهما: إن غرمة المهر، مُستنداً إلى التزام المهر بالنكاح، وهو حين طالب بها، كان ملتزماً للمهر؛ فيغرم له ما غرمه.

والثاني: أنا لا نغرّم له شيئاً؛ لأن الطلب المُعتَبَر هو الطلب قبل انقضاء العدة، ولم يكن مُستَحِقّاً للمهر حينئذٍ؛ لأنه لم يُغرّم له شيئاً، وهذا أوفق لما أطلقه [غير]<sup>(٢)</sup> الإمام، وكلامه إليه أميل، هذا إذا كان إسلامها بعد الدخول.

وإن جاءت مُسلمة قبل الدخول، وأسلم الزوج بعدها، لم يكن له طلب المهر؛ لأنه أسلم بعد البيئونة، هكذا ذكره الشيخ أبو حامد، وابن الصبّاح، وغيرهما قال: وعلى الجملة فإنما نغرّم الزوج إذا جاء يطلبها.

ومن المسائل إذا جاء في طلب المرأة غير زوجها، كأبيها وعشيرتها، لم يغرم له شيئاً، وإنما المعتبر طلب من كان له ملك البضع، أو طلب وكيله ورسوله.

ولو جاءنا الزوج ولم يطلبها فلا نغرّم أيضاً، وينبغي أن يكون الطلب في العدة، وأما إذا انقضت العدة، وحصلت البيئونة؛ فلا أثر للطلب.

ومنها إذا دخلت امرأة كافرة، ردّذناها، ولا فرق هاهنا بين أن يطلبها الزوج، أو محارمها، وإن أسلمت بعدما دخلت، فهو كما لو جاءت مُسلمة في أنا لا نردّها، وفي غرم المهر لشمول المعنى، وحكى الإمام في الغرم اختلافاً للأصحاب.

وإذا ارتدّت بعد الإسلام، وجاء الزوج وطلبها، نُظر إن طلبها بعد قتلها، لم نغرّم شيئاً؛ لحصول الحيولة بالفعل، وإن طلبها قبل القتل؛ لم نردّها؛ لوجوب قتلها، وفي الغرم وجهان:

وجه المنع: [أنا إنما نمنعها الآن]<sup>(٣)</sup> لتقتلها لو أصرت، ولأن الارتداد، أبطل تقوّم بضعها، فصار كما لو ماتت.

وأظهرهما: الوجوب؛ لأن المنع والحيولة [حصلت]<sup>(٤)</sup> بالإسلام.

ومنها: إذا جنت التي جاءتنا مُسلمة، أو جاءتنا مجنونة، ثم أفاقت أو أسلمت، فحكمها في الردّ والغرم حكم العواقل، وإن جاءتنا وهي مجنونة تصف الإسلام أو لا تصفه، وأخبر عنها بأنها وصفت الإسلام، ولم يعلم أكان ذلك قبل الجنون، أو فيه، أو

(٢) سقط في ز.

(١) في ز: قبل.

(٤) في ز: دخلت.

(٣) سقط في ز.

لم يخبر عنها بشيء، فإنها لا تُرَدُّ؛ لاختِمَالِ أنه أَسَلَمَتْ قبل الجُنُونِ، ولا نغرم مَهْرَهَا؛ لاحتمال أنه لم تُسَلِّمْ حينئذٍ، فلا تغرم بالثُّكِّ، وإن أفاقت، وأقْرَتْ بالإسلام غرماً، وإلا رددناها ولا عُزْمَ، وإذا عرفنا أنها لم تَزَلْ مَجْنُونَةً، فينبغي أن تُرَدَّ.

ومنها: إذا جاءت صَبِيَّةٌ مُمَيَّزَةٌ، وهي تصف الإسلام فلا تُرَدُّها.

أما إذا حكمنا بِصِحَّةِ إسلام الصبي، فظاهرٌ، وأما إذا لم نَحْكَمْ به، [أنا نَتَوَقَّعُ منها]<sup>(١)</sup> الإسلامَ، ولو رَدَدْنَاها؛ إليهم فَتَنُوها، وَمَنَعُوها، فَتَحْتَاطُ على حُرْمَةِ الكَلِمَةِ. وفي «النهاية» حكاية وجه: أنه تُرَدُّ؛ لأن ما جاءت به لَيْسَ بِإِسْلَامٍ، بخلاف المَجْنُونَةِ، التي يجوز إسلامها قبل الجُنُونِ، وهل يغرم لزوجها المهر؟ فيه وجهان، ويقال: قولان: أحدهما: نعم؛ لأن الظاهر من حالها الاستمرارُ على الإسلام، وهذا ما أورده في الكتاب.

وأصحهما - عند صاحب «التهذيب» والروائي وغيرهما ألا نُعْرَمَ في الحال، كما لو كانت مَجْنُونَةً، فإن<sup>(٢)</sup> بلغت وَوَصَفَتِ الكُفْرَ رَدَدْنَاها، وإن وصفت الإسلامَ، فحينئذٍ يغرم. ومنها: إذا جاءت رَقِيقَةٌ منهم مُسَلِّمَةٌ، لم تُرَدَّ لا على سَيِّدِها، وعلى زوجها، إن كانت مُزَوَّجَةً، وَنَحْكَمْ بِعِتْقِها إن فارقتهم، ثم أسلمت؛ لأنها إذا جاءت مُرَاعِمَةً لهم، مَلَكَتْ نَفْسَها بالقَهْرِ، فَتُعْتَقُ كعبد قَهْرَ سَيِّدِهِ الحَرَبِيِّ، يصير حُرّاً، وهل يُعْرَمُ لسيدها إذا جاء طالباً لها؟ فيه طريقتان:

أظهرهما: أنه على القولين في عُزْمِ المَهْرِ، فإن أثبتنا العُزْمَ، فالمرغوم قِيمَتُها لا ما اشترأها السَيِّدُ به؛ جَزِيّاً على القِيَّاسِ، وإنما غرماً<sup>(٣)</sup> للزَّوْجِ ما أَتَّفَقَ دون مَهْرِ المِثْلِ، لظاهر القرآن، ونوادي القِيمَةِ من سَهْمِ المَصَالِحِ.

والثاني: وبه قال القاضي أبو الطيب الطبري: القَطْعُ بآنا لا نُعْرَمُ قِيمَتُها؛ لأن الحَيْلُولَةَ حَصَلَتْ بالعِتْقِ والقَهْرِ قبل الإسلام، ومن قال بالأول قال: الإسلامُ هو المَانِعُ من رَدِّها، فإنها لو كانت حُرَّةً غَيْرَ مُسَلِّمَةٍ، لم تمنع من الزوج، ولو أسلمت، ثم فارقَتْهُمْ، وهاجرت مُسَلِّمَةً، فقد ذكر في «التهذيب» أنها لا تُصِيرُ حُرَّةً؛ لأنهم في أمانٍ منا، وأموالهم مَحْظُورَةٌ علينا، فلا يزول المِلْكُ عنها بالهِجْرَةِ، بخلاف ما إذا هاجرت، ثم أَسَلَمَتْ، فإن الهدنة لا توجب أمانَ بعضهم من بعض، فَجَازَ أن تَمْلِكَ نَفْسَها بالقَهْرِ، ولم يَتَعَرَّضْ جماعة لهذا التفصيل، وأطلقوا الحُكْمَ بالعِتْقِ، ويجوز أن تُؤَخَّذَ به، وإن أسلمت، ثم فارقَتْهُمْ، وتوجه بأن الهدنة جَرَتْ معنا، ولم تُجْرَ معها، كما سنذكر فيمن

(٢) في ز: وإن.

(١) في ز: فلا ما يتوقع فيها.

(٣) في ز: فإنما غرمت.

جَاءَنَا مُسْلِمًا مِنَ الرَّجُلِ، وَرَدَّدْنَا أَنَّهُ لَمْ يَتَّعِزْ لَهُمْ.

ثم قال الشيخ أبو إسحاق: لا تُرَدُّ إِلَى سَيِّدِهَا لِإِسْلَامِهَا، وَشِرْكِهِ، وَلَكِنْ تُعْرَمُ قِيَمَتِهَا، كَمَا لَوْ غُصِبَ مِنْهُمْ مَالٌ وَتَلَفَ.

واعترض صاحب «البيان» وقال: الذي يَفْتَضِيهِ المذهب: أَنَا لَا نَعْرَمُ الْقِيَمَةَ، وَنَأْمُرُهُ بِإِزَالَةِ [الْمِلْكِ] <sup>(١)</sup> عَنْهَا كَأَمَةِ كَافِرٍ. أَسْلَمْتَ تَحْتَ يَدِهِ.

ونعود إلى هذا الكلام، وإلى التَّفْصِيلِ الذي ذكره الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ، مَعَ زِيَادَةِ فِي أَنَّ الْعَبْدَ هَلْ يُرَدُّ؟، وَإِذَا كَانَتِ الْأُمَّةُ مُزَوَّجَةً، فَمَا غَرَامَةُ الْمَهْرِ الْقَوْلَانِ.

فَإِنْ قُلْنَا: بِغَرَامَةِ الْمَهْرِ وَالْقِيَمَةِ، نُنْظِرُ إِنْ حَضَرَ الزَّوْجُ وَالسَّيِّدُ مَعًا، أَخَذَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حَقَّهُ، وَإِنْ جَاءَ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ، فَقَدْ حَكَى الْإِمَامُ فِيهِ ثَلَاثَةَ أَوْجُهٍ، وَتَابِعَهُ صَاحِبُ الْكِتَابِ.

أَحَدُهَا: أَنَا لَا نَعْرَمُ شَيْئًا؛ لِأَنَّ حَقَّ الرَّدِّ مُشْتَرِكٌ بَيْنَهُمَا، وَلَمْ يَتِمَّ الطَّلَبُ.

وَأَصْحَهُمَا: أَنَا نَعْرَمُ حَقَّ الطَّالِبِ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْحَقَّيْنِ مُتَمَيِّزٌ عَنِ الْآخَرِ.

والثالث: واختاره صاحب «التقريب» أَنَا نَعْرَمُ لِلْسَّيِّدِ إِنْ انْفَرَدَ بِالطَّلَبِ، وَلَا نَعْرَمُ لِلزَّوْجِ، وَالْفَرْقُ أَنَّ حَقَّ الْيَدِ فِي الْأُمَّةِ الْمَزْوُوجَةِ لِلْسَّيِّدِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ لَهُ أَنْ يُسَافِرَ بِهَا، وَإِذَا لَمْ يَنْفَرِدِ الزَّوْجُ بِالْيَدِ، لَمْ يُؤْتِزْ طَلَبُهُ عَلَى الْإِنْفِرَادِ، فَإِنْ كَانَ زَوْجُ الْأُمَّةِ عَبْدًا، فَلَهَا حِيَارٌ الْقَسْخِ، إِذَا عَتَقَتْ، وَإِنْ فَسَخَتْ النِّكَاحَ لَمْ يُعْرَمِ الْمَهْرُ؛ لِأَنَّ الْحَيْلُولَةَ <sup>(٢)</sup> حَصَلَتْ بِالْقَسْخِ، وَإِنْ لَمْ تَفْسَخْ، وَأَبْتِنَا عَزَمَ الْمَهْرَ، فَلَا بَدَّ مِنْ حُضُورِ السَّيِّدِ وَالزَّوْجِ جَمِيعًا <sup>(٣)</sup>، وَطَلَبِ الزَّوْجِ لِلْمَرْأَةِ، وَطَلَبِ السَّيِّدِ الْمَهْرَ، فَإِنْ انْفَرَدَ أَحَدُهُمَا لَمْ يَغْرَمْ؛ لِأَنَّ الْبُضْعَ غَيْرَ مَمْلُوكٍ لِلْسَّيِّدِ، وَالْمَهْرُ غَيْرُ مَمْلُوكٍ لِلْعَبْدِ.

ومنها يجب العزم إذا طلبها الزوج، فمنعناها بعلة الإسلام، أما إذا ماتت قبل الطلب، فلا عزم؛ لأنه لا يمنع بعد الطلب، وكذا لو مات الزوج قبل أن يطلبها منا، وإن كان قد دخل دار الإسلام، ولو مات أحدهما بعد الطلب والمنع، لم يسقط العزم [فإن كان هو الميِّت، صُرفَ المَهْرُ إِلَى وَرَثَتِهِ، وَإِنْ قُتِلَتْ قَبْلَ الطَّلَبِ، فَلَا عَزْمَ] <sup>(٤)</sup>، كَمَا لَوْ مَاتَتْ وَإِنْ قُتِلَتْ بَعْدَهُ. ثَبَّتَ الْعَزْمُ.

ثم روى الإمام أنه يكون على القاتل؛ لأنه المانع بالقتل، ورأى أن يفصل فيقال: إن قتلها على الأتصال بالطلب، فالحكم ما ذكره، وإن تأخر القتل، فقد استقر العزم

(٢) في ز: البيونة.

(٤) سقط في ز.

(١) في ز: الكفر.

(٣) في ز: معاً.

علينا بالمنع، فلا أثر للقتل بعده، وفي الحاليتين لا حق على الزوج فيما على القاتل من القصاص، أو الدية؛ لأنه لا يرثها.

ولو جرحها جرح قبل الطلب، ثم طلبها الزوج، وقد انتهت إلى حركة المذبوحين فهو كالطلب بعد الموت، وإن بقيت فيها حياة مستقرة، فالعزم على الجرح؛ لأن فواتها يستند إلى الجرح، أو في بيت المال لحصول المنع في الحياة؟ فيه وجهان:

أصحهما: الثاني، ولا يسقط العزم بأن يطلقها الزوج بعد طلبها، وأما قبله، فإنه إذا خالعتها، أو طلقها طلاقاً بائناً، لم يستحق العزم؛ لأنه تركها باختياره.

قال الزويني في «البحر»: وكذا لو ملكها [أن تطلق نفسها]<sup>(١)</sup> على الفور، وقد يلائم هذه القاعدة أن يقال: يشترط أن يكون الطلب على الفور، وإن طلقها طلاقاً رجعياً، أو طلقها، وأسلمت، وهي في عدة الرجعة، ثم جاء الزوج، فالمشهور والمنسوب إلى النص أنا إنما نعزم له إذا راجعها لظهور قصد الإنسك بالرجعة، وإن كانت رجعة الكافر المسلمة باطلة.

قال الإمام: وخرج المحققون قولاً آخر: أنه يستحق المهر بمجرد الطلب من غير رجعة؛ لأن الرجعة فاسدة، ولا معنى لاشتراطها.

قال الغزالي: وفي وجوب رد العبد والحر الذي لا عشيبة له وجهان لأنه بدل \* فإن قلنا: يجب الرد فينبغي أن يشترط كف الأذى في المهادنة \* والحر إذا لم يطلب لا يجب رده \* وإذا طلب رد \* وله أن يمتنع على الطالب وأن يقتله إذا لم يجر معه شرط \* ولنا أن نعرفه جواز ذلك بالتعريض لا بالتضريح.

قال الرافعي: جميع ما ذكرناه في رد النساء الحرائر منهم، وأما الإماء، وفي معناهن الصبيات والمجانين، فلا يردون؛ لضعفهم، ولا يجوز الصلح بشرط ردهم، ولا عزم في ترك ردهم، كما في غير ذوات الأزواج من النساء، فإذا بلغ الصبي، أو أفاق المجنون، فإن<sup>(٢)</sup> وصفاً للإسلام، فذاك، وإن وصفاً كُفراً<sup>(٣)</sup> لا يقر أهله عليه، فإما<sup>(٤)</sup> أن يسلم، أو يرد إلى المأمّن، وإن وصفاً كُفراً يقر أهله عليه، فإما أن يسلم، أو يقبلاً الجزية أو يرداً إلى مأمّنها، وأما الذكور العقلاء البالغون، فقد نقل الإمام في رد العبد وجهين:

أصحهما: وهو الذي يوجد للمعظم أنه لا يرد؛ لأنه جاء مسلماً مرغماً لهم. والظاهر أنهم يشترقونه، ويستهنون به، ولا عشيبة له تحميه.

(١) في ز: له أن يطلقها.

(٢) في ز: وإن.

(٣) في ز: ديناً.

(٤) في ز: وأما.

والثاني: يُرَدُّ، والمنع في حَقِّ النَّسَاءِ؛ لخوف الفَاحِشَةِ، وهل يُعْتَقُّ العَبْدُ الذي جاء مسلماً؟

حكى القاضي الرُّوْيَانِيُّ عن «الحاوي» أنه إن غلب على نفسه، ثم أسلَمَ وهاجر عَتِقَ؛ لأن الهدنة لا تُوجِبُ أَمَانَ بَعْضِهِمْ مِنْ بَعْضٍ، وإن أسلم، ثم غلب على نفسه، وجاءنا، نُظِرَ إن فعل ذلك قَبْلَ أَنْ هَادَتْهُمْ، فَكَذَلِكَ؛ لأنه غالب في حال الإِبَاحَةِ، وإن فعله بعد المهادنة لم يُعْتَقَ؛ لأن أموالهم مَحْظُورَةٌ حِينَئِذٍ لا يملكها المسلم بالقَهْرِ والاستيلاء، ثم لا يُرَدُّ إلى السَّيِّدِ، وإن لم يُعْتَقَ، ولا يمكن من استيفاء الرِّقِّ فيه، فإن أَعْتَقَهُ فذاك، وإلا فبيعه الإمام من مسلم، أو يدفع ثَمَنَ قِيَمَتِهِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ وَيُعْتَقَهُ عَنْ كَافَّةِ الْمُسْلِمِينَ، وَوَلَاؤُهُ لَهُمْ، وهذا يشتمل على ما تَقَدَّمَتْ حكايته عن «المُهَذَّبِ» و«البَيَّانِ» في الأَمَةِ إذا جاءت مُسْلِمَةً مع زيادات، وأما الحُرُّ فإن لم يكن له عَشِيرَةٌ، وغلب على الظنُّ أنه يذَلُّ وَيُهَانُ. فقد ذكر في رَدِّهِ طَرِيقَيْنِ:

أظهرهما: طَرَدُ الْقَوْلَيْنِ الْمَذْكُورَيْنِ فِي الْعَبْدِ، وهذا ما أورده في الكتاب.

وثانيهما: الْقَطْعُ بِالرَّدِّ؛ لأن الحُرِّيَّةَ في الجملة مَطِئَةٌ الْقُوَّةِ وَالْإِقْتِدَارِ، وإذا قِيلَ: بأنه يرد، فقد قال صاحب «النهاية»: لا يَبْعَدُ عِنْدِي أَنْ يُقَالَ: على الإمام أن يَشْتَرِطَ عليهم ألا يُهَيِّئُوا الْمُسْلِمَ الْمَرْذُودَ عَلَيْهِمْ، حتى إن أهائوه كانوا نَاقِضِينَ لِلْعَهْدِ، وهذا قوله في الكتاب: «فينبغي أن يشترط كَفَّ الْأَذَى فِي الْمُهَادَنَةِ» وَإِنْ كَانَ لِلْحُرِّ عَشِيرَةٌ، وطلبه عَشِيرَتُهُ، فيرد، كما رَدَّ رَسُولُ اللَّهِ - ﷺ - أبا جَنْدَلٍ عَلَى أَبِيهِ سُهَيْلِ بْنِ عَمْرِو<sup>(١)</sup>، والمعنى فيه. أَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُمْ يَذُبُّونَ عَنْهُ، وَيَحْمُوتُهُ، وَقَدْ يُعَارِضُ هَذَا بِأَنَّهُمْ رُبَّمَا يُبَادِرُونَ إِلَى إِهْلَاكِهِ إِظْهَاراً لِلْبَرَاءَةِ مِنْ صَنِيعِهِ، وَلَا يَمْنَعُ مِنَ الرَّدِّ عَلَى الْعَشِيرَةِ، وَمَا يُوَدُّونَهُ بِهِ مِنَ التَّقْيِيدِ وَنَحْوِهِ، فَإِنَّهُمْ يَغْتَفِدُونَهُ تَأْدِيباً، وَرَدُّ أَبِي جَنْدَلٍ وَهُوَ يَرْسُفُ<sup>(٢)</sup> فِي قَيْوَدِهِ<sup>(٣)</sup>، وَإِنْ طَلَبَهُ غَيْرُ عَشِيرَتِهِ لَمْ يَرُدَّ، إِلَّا إِذَا كَانَ الطَّالِبُ مِمَّنْ يَقْدِرُ الْمَطْلُوبَ عَلَى قَهْرِهِ، وَالْإِفْلَاطِ مِنْهُ، وَعَلَى هَذَا حُمِلَ رَدُّ النَّبِيِّ - ﷺ - أبا بَصِيرٍ؛ فَإِنَّهُ كَانَ قَدْ جَاءَ فِي طَلَبِهِ رَجُلَانِ، فَرَدَّهُ إِلَيْهِمَا، فَقَتَلَ أَحَدَهُمَا فِي الطَّرِيقِ، وَأَقْلَتِ الْآخَرَ، وَإِنْ لَمْ يَطْلُبْهُ أَحَدٌ، فَلَا رَدَّ، كَمَا يَجِبُ الْغَرْمُ، إِذَا لَمْ يَطْلُبْ أَحَدُ الْمَرَأَةِ.

قال الأَصْحَابُ: ومعنى الرَّدُّ أنه لا مَنَعُ مِنَ الرَّجُوعِ، وَيُخْلِى بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَنْ يَطْلُبُهُ، لَا أَنَّهُ يُجْبِرُ عَلَى الرَّجُوعِ، وَعَلَى هَذَا حُمِلَ مَا نُقِلَ مِنْ رَدِّ أَبِي جَنْدَلٍ، وَأَبِي بَصِيرٍ وَلَا يَبْعَدُ تَسْمِيَةُ التَّخْلِيَةِ، رَدًّا كَمَا فِي رَدِّ الْوَدِيعَةِ، وَلَوْ شَرَطَ الْإِمَامُ فِي الْهُدْنَةِ أَنْ يَبْعَثَ مِنْ جَاءَهُ

(١) قال الحافظ: هذا طرف من حديث المسور، وقد رواه البخاري بطوله.

(٢) و(٣) يرسف في قيوده: بالراء والسين المهملتين أي يمشي في قيده.



مُسْلِماً إِلَيْهِمْ، مِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ قَالَ: يَجِبُ الْوَفَاءُ بِشَرْطِهِ، وَقَضِيَّةٌ هَذَا أَلَّا يُعْتَبَرَ الطَّلَبُ.

ونقل القاضي الروياني عن النَّصِّ أَنَّهُ يَفْسُدُ الْعَقْدُ بِهَذَا الشَّرْطِ، وَذَكَرَ أَنَّهُمْ لَوْ طَلَبُوا مِنْ جَاءَتَا مِنْهُمْ، وَهُوَ مُقَيِّمٌ عَلَى كُفْرِهِ، فَنُكِّمَهُمْ مِنْهُ، وَأَنَّهِمْ لَوْ كَانُوا قَدْ شَرَطُوا أَنْ نَقُومَ بِرَدِّهِ عَلَيْهِمْ نُفِيَّ بِالشَّرْطِ، وَلَا يَجِبُ عَلَى الْمَطْلُوبِ أَنْ يَرْجِعَ إِلَيْهِمْ، وَلِذَلِكَ لَمْ يَنْكُرِ النَّبِيُّ - ﷺ - عَلَى أَبِي بَصِيرٍ امْتِنَاعَهُ، فَإِنْ اخْتَارَ الْإِقَامَةَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ لَمْ يَمْنَعُ، وَيَقُولُ لِلطَّلَابِ: لَا أَمْتَعُكَ مِنْهُ إِنْ قَدَّرْتَ عَلَيْهِ، وَلَا أَعِينُكَ إِنْ لَمْ تَقْدِرْ عَلَيْهِ، وَعَنِ النَّصِّ أَنَّهُ يُسْتَحَبُّ أَنْ يَقُولَ لِلْمَطْلُوبِ سِرًّا لَا تَرْجِعْ، وَإِنْ رَجَعْتَ فَاهْرَبْ إِذَا قَدَّرْتَ، وَهَلْ لِلْمَطْلُوبِ أَنْ يَقْتُلَ الطَّلَابَ، وَهَلْ لَنَا أَنْ نُزْشِدَهُ إِلَيْهِ بِالْتَّعْرِضِ دُونَ التَّضْرِيحِ؟

الظَّاهِرُ أَنَّ لَهُ الْقَتْلَ، وَلَنَا الْإِزْشَادَ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْإِمَامَ إِنَّمَا النَّزَمَ بِعَقْدِ الْهُدْنَةِ أَنْ يَمْتَنِعَ مِنْهُمْ، وَيَمْنَعُ الَّذِينَ يَعَادُونَهُمْ، وَهُمْ الْمُسْلِمُونَ يَوْمئِذٍ<sup>(١)</sup>، فَأَمَّا مَنْ أَسْلَمَ مِنْ بَعْدِ، فَلَمْ يَشْرَطْ عَلَى نَفْسِهِ شَيْئًا، فَلَا يَتَنَاوَلُهُ شَرْطُ الْإِمَامِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ فِي قَبْضَتِهِ يَوْمئِذٍ.

وَهَذَا مَا أَوْرَدَهُ فِي الْكِتَابِ، وَهُوَ الْجَوَابُ فِي «الْبَيَانِ» وَيَدُلُّ عَلَيْهِ مَا رُوِيَ أَنَّ عَمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - قَالَ لِأَبِي جَنْدَلٍ حِينَ رُدُّ إِلَى أَبِيهِ: «إِنَّ دَمَ الْكَافِرِ عِنْدَ اللَّهِ كَدَمِ الْكَلْبِ» فَعَرَّضَ لَهُ<sup>(٢)</sup> بِقَتْلِ أَبِيهِ.

وَفِي «الْإِهْيَابِ»: ذَكَرَ اخْتِمَالًا آخَرَ، وَهُوَ أَنَّهُ لَيْسَ لِمَنْ أَسْلَمَ التَّعَرُّضُ لِمَنْ عَصَمَ الْإِمَامُ دَمَهُ وَمَالَهُ، وَكَذَلِكَ مِنْ جَاءَتَا مُسْلِمًا وَلَمْ يَطْلُبْ وَلَمْ يَرِدْ، يَلْزِمُهُ بِعَقْدِ الْهُدْنَةِ مَا يَلْزِمُنَا، فَعَلَى هَذَا مَا فَعَلَهُ أَبُو بَصِيرٍ، وَأُرْشِدَ إِلَيْهِ عَمَرُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - مَحْمُولٌ عَلَى دَفْعِ مَنْ يَكْرَهُهُ عَلَى الرَّجُوعِ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ. وَيَجُوزُ أَنْ يُعْلَمَ لِهَذَا الْإِحْتِمَالِ قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «وَأَنْ يَقْتُلَهُ». وَقَوْلُهُ: «وَلَنَا أَنْ نَعْرِفَهُ جَوَازَ ذَلِكَ» كِلَاهُمَا بِالْوَاوِ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ. فَرَعَانَ عَنِ «الْبَحْرِ»:

أَحَدُهُمَا: كَافِرٌ تَحْتَهُ عَشْرُ زَوْجَاتٍ، فَأَسْلَمْنَا، وَهَاجَرْنَا، وَجَاءَ الزَّوْجُ يُطَلِّبُهُنَّ، فَيُؤَمَّرُ بِاخْتِيَارِ أَرْبَعٍ مِنْهُنَّ، وَيُعْطَى مَهْرَهُنَّ عَلَى قَوْلِ غَرَامَةِ الْمَهْرِ.

الثَّانِي: الْمُسْتَوْلِدَةُ إِذَا جَاءَتْ مُسْلِمَةً، فَهِيَ كَالْأَمَةِ، وَأَمَّا الْمُكَاتِبَةُ فَإِنْ اقْتَضَى الْحَالُ عِتْقَهَا، فَكَذَلِكَ، وَتَبْطُلُ الْكِتَابَةُ، وَإِلَّا فَهِيَ عَلَى كِتَابَتِهَا، فَإِنْ أَدَّتْ مَالَ الْكِتَابَةِ، عُتِقَتْ بِالْكِتَابَةِ، وَلِلسَّيِّدِ الْوَلَاءُ، وَإِنْ عَجَزَتْ وَرُقَّتْ، حَسَبَ مَا أَخَذَ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ بَعْدَ

(١) فِي ز: حَيْثُذ.

(٢) أَخْرَجَهُ أَحْمَدُ [٤/٣٢٣ - ٣٢٦] فِي مُسْنَدِهِ مِنْ حَدِيثِ ابْنِ إِسْحَاقَ عَنِ الزُّهْرِيِّ عَنِ عُرْوَةَ عَنِ الْمَسُورِ فِي الْحَدِيثِ الطَّوِيلِ، وَفِيهِ: قَالَ فَوْثُ بْنُ عَمْرٍو قَالَ: أَصْبَرَ أَبَا جَنْدَلٍ، فَإِنَّمَا هُمُ الْمُشْرِكُونَ، وَإِنَّمَا دَمُ أَحَدِهِمْ كَدَمِ كَلْبٍ، قَالَ: وَيَدْنِي قَائِمُ السَّيْفِ مِنْهُ، قَالَ: رَجُوتُ أَنْ يَأْخُذَ السَّيْفَ فَيَضْرِبُ بِهِ أَبَاهُ، قَالَ: فَضَنَ الرَّجُلُ بِأَبِيهِ.

إِسْلَامِهَا مِنْ ضَمَانِهَا، وَلَا يُحْسَبُ مَا أَخَذَ مِنْ قَبْلِ الْإِسْلَامِ، فَإِنْ بَلَغَ الْمَخْسُوبُ عَلَيْهِ قَدْرَ الْقِيَمَةِ، فَقَدْ اسْتَوْفَى حَقَّهُ، وَعُتِقَتْ، وَكَانَ وَلَاؤُهَا لِلْمُسْلِمِينَ، وَهَلْ يَرُدُّ عَلَيْهَا مِنْ بَيْتِ الْمَالِ؟

فيه قولان؛ بناء على أنَّا نَعْرَمُ للسيد قِيَمَةَ الْأَمَةِ، وَإِنْ كَانَ الْمُؤَدَّى أَكْثَرَ مِنَ الْقِيَمَةِ [لم يسترجع] (١) الْفَاضِلُ مِنْ سَيِّدِهَا، وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنْهَا فَللسيد تَمَامُ الْقِيَمَةِ، وَيَكُونُ ذَلِكَ فِي بَيْتِ الْمَالِ.

قال العزالي: وَلَوْ شَرَطْنَا أَنْ مَنْ جَاءَهُمْ مِنَّا فَلَا يَرُدُّونَ وَفِينَا بِالشَّرْطِ إِلَّا فِي الْمَرْأَةِ فَإِنَّا نَسْتَرِدُّهَا وَإِنْ كَانَتْ مُرْتَدَّةً \* فَإِنْ تَعَذَّرَ عَزَمْنَا لِزَوْجِهَا الْمُسْلِمِ مَا أَنْفَقَ مِنْ صَدَاقِهَا \* فَإِنْ جَاءَتْنا وَاحِدَةً مِنْهُمْ صَرَفْنَا صَدَاقِهَا إِلَى زَوْجِ الْمُرْتَدَّةِ إِنْ تَسَاوَى الْقَدْرَانِ \* وَإِلَّا جَبَرْنَا النُّفُصَانَ أَوْ الزِّيَادَةَ وَقَلْنَا: وَاحِدَةً بِوَاحِدَةٍ؛ لِأَنَّ جَمِيعَهُمْ كَالشَّخْصِ الْوَاحِدِ.

قال الرافعي: إِذَا عَقَدْنَا الْهُدْنَةَ بِشَرْطِ أَنْ يَرُدُّوا مِنْ جَاءَهُمْ مِنَّا مُرْتَدًّا، وَيَسْلَمُوهُ إِلَيْنَا، فَعَلَيْهِمُ الْوَقَاءُ بِمَا اتَّزَمُوهُ، وَإِنْ امْتَنَعُوا كَانُوا نَاقِضِينَ لِلْعَهْدِ، وَإِنْ عَقَدْتَ بِشَرْطِ الْأُيُودِ مِنْ جَاءَهُمْ، فَفِي جَوَازِهِ قَوْلَانُ:

أشهرهما: الجواز؛ لأن النبي - ﷺ - شَرَطَ ذَلِكَ فِي مُهَادَنَةِ قُرَيْشٍ.

والثاني: لَا يَجُوزُ، فَلَا بَدَّ مِنْ اسْتِرْدَادِهِ لِإِعْلَاءِ الْإِسْلَامِ، وَإِقَامَةِ حُكْمِ الْمُرْتَدِّينَ عَلَيْهِ.

وعن صاحب «الحاوي» أنه قال: الصَّحِيحُ عِنْدِي أَنَّ هَذَا الشَّرْطَ يَصِحُّ فِي حَقِّ الرَّجَالِ، وَيَبْطُلُ فِي حَقِّ النِّسَاءِ، كَمَا ذَكَرْنَا فِي رَدِّ مَنْ جَاءَنَا مُسْلِمًا، وَهَذَا لِأَنَّ الْإِبْضَاعَ يُخْتَاطُ لَهَا، وَيُحْرَمُ عَلَى الْكَافِرِ مِنَ الْمُرْتَدَّةِ مَا يُحْرَمُ مِنَ الْمُسْلِمَةِ، وَرَبَّمَا حَاوَلَ حَمْلَ الْقَوْلِينَ عَلَى الصُّنْفَيْنِ، فَإِنْ أَبْطَلْنَا الشَّرْطَ وَأَوْجَبْنَا الرُّدَّ، فَالَّذِي عَلَيْهِمُ التَّمْكِينُ وَالتَّخْلِيَةُ دُونَ التَّسْلِيمِ (٢)، وَكَذَا الْحُكْمُ لَوْ جَرَّتِ الْمُهَادَنَةُ مُطْلَقًا مِنْ غَيْرِ تَعَرُّضٍ لِرَدِّ مَنْ ارْتَدَّ بِالنِّسَاءِ وَالْإِبْطَاتِ، وَحَيْثُ لَا يَجِبُ عَلَيْهِمُ التَّمْكِينُ وَلَا التَّسْلِيمُ، فَعَلَيْهِمْ مَهْرٌ مِنْ ارْتَدِّ مَنْ نَسَاءَ الْمُسْلِمِينَ (٣)، وَقِيَمَةٌ مِنْ ارْتَدِّ مَنْ رَقِيقَهُمْ، وَلَا يَلْزَمُهُمْ عَزْمٌ مِنْ ارْتَدِّ مَنْ الرَّجَالِ الْأَخْرَارَ، وَلَوْ عَادَ الْمُرْتَدُّونَ إِلَيْنَا لَمْ نَرُدِّ الْمُهْرَ، وَرَرَدْنَا الْقِيَمَةَ، وَوَجْهٌ بِأَنَّ الرَّقِيقَ يَدْفَعُ

(١) في ز: استرجع.

(٢) قال الشيخ البلقيني: هذا إذا لم يكن المرتد رقيقاً، فإن كان رقيقاً واستولى عليه بعض أهل الذمة، لزم المستولي عليه أن يسلمه وكذلك لو استولوا على مال معه، فإنه يلزم المستولي على المال تسليمه.

(٣) في أ: المؤمنين.

الْقِيَمَةَ يَصِيرُ مِلْكَاً لَهُمْ، وَالنِّسَاءَ لَا يَصِرْنَ زَوْجَاتٍ، وَحَيْثُ يَجِبُ<sup>(١)</sup> التَّمَكِينُ دُونَ التَّسْلِيمِ [فمكّنوا، فلا عُزْمَ عَلَيْهِمْ، وَحَيْثُ يَجِبُ التَّسْلِيمُ]<sup>(٢)</sup> قَطُّطَالِيَهُمْ بِهِ عِنْدَ الْإِمْكَانِ، فَإِنْ فَاتَ التَّسْلِيمُ بِالْمَوْتِ، فَعَلَيْهِمُ الْعُزْمُ، وَإِنْ هَرَبُوا، نَظَرَ إِنْ هَرَبُوا قَبْلَ الْقُدْرَةِ عَلَى التَّسْلِيمِ، فَلَا يُعْرَمُونَ، أَوْ بَعْدَهَا، فَيُعْرَمُونَ، وَهَذَا التَّفْصِيلُ وَالتَّرْتِيبُ مِمَّا حَكَاهُ الْقَاضِي الرَّوْيَانِيُّ، عَنِ «الْحَاوِي» وَمَا صَحَّحَهُ صَاحِبُهُ - هُوَ الَّذِي أَوْزَدَهُ الْإِمَامَ، وَصَاحِبَ الْكِتَابِ، وَاسْتَشْنَى النُّسُوءَ عَنِ الْإِطْلَاقِ، كَمَا اسْتَشْنَى فِي رَدِّ مَنْ جَاءَنَا مِنْهُمْ، وَيَجُوزُ أَنْ يُعْلَمَ لِمَا حَكَيْنَا. قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «وَفَيْنَا بِالْشَّرْطِ» بِالْوَاوِ، وَكَذَا قَوْلُهُ: «فَإِنَّا نَسْتَرِدُّهَا» وَإِذَا قُلْنَا: إِنَّ الْمُزْتَدَةَ لَا تَسْتَرِدُّ، فَيُعْرَمُ الْإِمَامُ لِزَوْجِهَا مَا أَنْفَقَ مِنْ صَدَاقِهَا، وَوَجْهَ ذَلِكَ بَأَنَّ نَعْدَ الْهُدْنَةَ، كَأَنَّ خَلَيْنَا بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا، [وَلَوْلَاهُ لَقَاتَلْنَاهُمْ]<sup>(٣)</sup> حَتَّى يَرُدُّوَهَا.

وَإِنْ قُلْنَا: تَسْتَرِدُّ وَتَعْدَّرُ ذَلِكَ، فَقَدْ ذَكَرَ صَاحِبُ الْكِتَابِ هَاهُنَا، وَفِي «الْوَسِيطِ» أَنَّ الْإِمَامَ يُعْرَمُ لَهُ أَيْضاً، وَقَدْ يُوجِبُهُ بَأَنَّهُ لَوْلَا عَقْدُ الْهُدْنَةِ، لَمَا تَجَاسَرَتْ عَلَى الْإِلْتِحَاقِ بِهِمْ وَيُشْبِهُ أَنْ يَكُونَ الْعُزْمُ لِزَوْجِ الْمُزْتَدَةِ مُفْرَعاً عَلَى الْقَوْلِ بَأَنَّ نُعْرَمُ لِزَوْجِ الْمَرْأَةِ الْمُسْلِمَةِ الْمُهَاجِرَةِ، وَلَمْ أَرَهُ مُصْرَحاً بِهِ، وَقَدْ يُشْعِرُ إِيرَادَ الْكِتَابِ بِخِلَافِهِ، ثُمَّ لَوْ جَاءَتْهُمْ امْرَأَةٌ مِنْ مُزْتَدَةٍ، وَهَاجَرَتْ إِلَيْنَا امْرَأَةً مِنْهُمْ مُسْلِمَةً وَطَلَبَهَا زَوْجِهَا، فَلَا نُعْرَمُ لَهُ الْمَهْرَ، وَلَكِنْ نَقُولُ: وَاحِدَةً بِوَاحِدَةٍ، وَنَجْعَلُ الْمَهْرَيْنِ قِصَاصاً، وَيُدْفَعُ الْإِمَامُ الْمَهْرَ إِلَى زَوْجِ الْمُزْتَدَةِ، وَيَكْتُبُ إِلَى زَعِيمِهِمْ لِيُدْفَعَ مَهْرُهَا إِلَى زَوْجِ الْمُهَاجِرَةِ الْمُسْلِمَةِ - هَذَا إِنْ تَسَاوَى الْقُدْرَانِ، فَإِنْ كَانَ مَهْرُ الْمُهَاجِرَةِ أَكْثَرَ؛ صَرَفْنَا مِقْدَارَ مَهْرِ الْمُزْتَدَةِ فِيهِ إِلَى زَوْجِهَا، وَالبَاقِي إِلَى زَوْجِ الْمُهَاجِرَةِ، وَإِنْ كَانَ مَهْرُ [الْمُزْتَدَةِ]<sup>(٤)</sup> أَكْثَرَ صَرَفْنَا مِقْدَارَ مَهْرِ الْمُهَاجِرَةِ إِلَى زَوْجِهَا، وَالبَاقِي إِلَى زَوْجِ الْمُزْتَدَةِ، وَبِهَذِهِ الْمُقَاصَّةِ فَسَّرَ مَفْسُورُونَ<sup>(٥)</sup> قَوْلَهُ تَعَالَى: ﴿وَإِنْ فَاتَكُمْ شَيْءٌ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ إِلَى الْكُفَّارِ فَعَاقِبْتُمْ فَاتُوا الَّذِينَ ذَهَبَتْ أَزْوَاجُهُمْ مِثْلَ مَا أَنْفَقُوا﴾ [الْمَمْتَحَنَةُ: ١١].

قَالَ الْإِمَامُ: وَلَا يَهْدِي<sup>(٦)</sup> الْمَعْنَى إِلَى هَذَا، فَإِنْ زَوَّجَ الْمُسْلِمَةَ يَقُولُ: لَا ذَنْبَ لِي فِي الْتِحَاقِ تِلْكَ الْمُزْتَدَةِ بِدَارِ الْمُهَادِنِينَ، فَلَمْ مَتَّعْتُمُونِي حَقِّي، وَلَكِنْ نَقُولُ: لَيْسَ لَكَ حَقٌّ عَلَى قِيَاسِ أَعْوَاضِ الْمُتَلَفَاتِ، وَإِنَّمَا نُعْرَمُ لَكَ<sup>(٧)</sup> بِعُزْمِ الْمُهَادِنَةِ، وَأَهْلُ الْمُهَادِنَةِ فِي مَوْجِبِ الْمُهَادِنَةِ كَالشَّخْصِ الْوَاحِدِ، وَإِلَى هَذَا أَشَارَ بِقَوْلِهِ فِي الْكِتَابِ: «إِنَّ جَمِيعَهُمْ كَالشَّخْصِ الْوَاحِدِ».

(١) في ز: غلب.

(٢) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٦) في ز: ينتهي.

(٧) في ز: له.

(٣) سقط في ز.

(٥) في ز: بعضهم.

«فرع» على الإمام مَنَعُ من يقصد أهل الهدنة من المسلمين، وأهل الذمة، وليس عليه مَنَعُ من يقصدُهُم من أهل الحزب، ولا مَنَعُ بَعْضِهِم من بعض، بخلاف عَقْدِ أَهْلِ الذمة، فَإِنَّ مَقْصُودَ عَقْدِ الذِّمَّةِ الحِفظُ، وهذا العَقْدُ لمجرد الكَفِّ.

ولو أَتَلَفَ مسلم أو ذِمِّي على<sup>(١)</sup> أهل الهدنة نَفْساً، أو مَالاً لَزِمَهُ الضَّمَانُ، وإن قَدَفَهُ، فعليه التَّعْزِيرُ، وعليهم بِإِتْلَافِ مَالِ المُسْلِمِ الضَّمَانُ، وبالقَتْلِ القِصَاصُ [وبالقَدْفِ الحَدُّ]<sup>(٢)</sup>.

ولو أغار أهل الحرب عليهم، ثم ظفر الإمام بأهل الحزب، [فَاسْتَنْقَذَ]<sup>(٣)</sup> منهم أموال أهل الهدنة، فعليه رَدُّهَا إليهم؛ خلافاً لأبي حنيفة - رحمه الله - والله أعلم.

تم الجزء الحادي عشر،

ويليه الجزء الثاني عشر

وأوله: «كتاب الصيد والذبائح»

(١) في ز: من.

(٢) في ز: فيها لحد القذف.

(٣) في ز: فاستعاد.



## الفهرس

### كتاب دعوى الدم

- النظر الأول: الدعوى ..... ٣  
النظر الثاني: القسامة ..... ١١  
النظر الثالث: إثبات الدم بالشهادة ..... ٥١

### كتاب الجنایات الموجبة للعقوبات

- وهي سبع جنایات:  
الجنایة الأولى: البغي ..... ٦٩  
الجنایة الثانية: الرّدة ..... ٩٧  
الجنایة الثالثة: الزّنا ..... ١٢٦  
الجنایة الرابعة: القذف ..... ١٦٧  
الجنایة الخامسة: السّرقة ..... ١٧٣  
الجنایة السادسة: قطع الطريق ..... ٢٤٨  
الجنایة السابعة: شرب الخمر ..... ٢٧٣

### كتاب موجبات الضمان

- النظر الأول: ضمان الولاية ..... ٢٩٥  
النظر الثاني: دفع الصائل ..... ٣١١  
النظر الثالث: ما تلتفه البهائم ..... ٣٢٧

### كتاب السّير

- الباب الأول: في وجوب الجهاد ..... ٣٣٧

٣٧٠	..... فصل في السلام
٣٧٦	..... فصل في تسميت العاطس
٣٧٩	..... الباب الثاني: في كيفية الجهاد
٣٧٩	..... النظر الأول: في القتال
٤٠٩	..... النظر الثاني: في الاسترقاق
٤٢١	..... النظر الثالث: في إهلاك أموالهم
٤٢٤	..... النظر الرابع: في الاغتنام
٤٢٧	..... فصل في جنس المأخوذ
٤٢٩	..... فصل في الأخذ وقدر المأخوذ
٤٣١	..... فصل في مكان التبسط
٤٤٩	..... كيفية فتح أراضي السواد
٤٥٣	..... حد السواد
٤٥٤	..... الخراج الذي ضرب على السواد
٤٥٦	..... الباب الثالث: في ترك القتل والقتال بالأمان
٤٦٨	..... مسألة العلق
٤٧٤	..... مسألة المستأمن إذا نقض العهد
٤٧٩	..... مسألة نزول المحاصرين على حكم الإمام

### كتاب عقد الجزية والمهادنة

٤٩١	..... الباب الأول: في عقد الجزية والنظر في أركانها وأحكامها
٤٩٢	..... الركن الأول: في نفس العقد وكيفيته
٤٩٦	..... الركن الثاني: في العاقد وهو الإمام
٤٩٧	..... الركن الثالث: فيمن يُعقد له
٥١٢	..... الركن الرابع: في البقاع
٥١٩	..... الركن الخامس: في مقدار ما يجب عليهم
٥٣٥	..... النظر الثاني: في حكم عقد الذمة
٥٣٧	..... الحكم الأول: في الكنائس
٥٤٠	..... الحكم الثاني: ترك مطاولة البنيان

- ٥٤١ ..... الحكم الثالث: المنع من ركوب الخيل
- ٥٤٢ ..... الحكم الرابع: في لزوم الغيار
- ٥٤٥ ..... الحكم الخامس: الانقياد للحكم
- ٥٥٣ ..... الباب الثاني: في عقد المهادنة والنظر في شروطها
- ٥٥٤ ..... الشرط الأول: أن يتولاه الإمام
- ٥٥٤ ..... الشرط الثاني: أن يكون المسلمين إليه حاجة
- ٥٥٥ ..... الشرط الثالث: أن تخلو من شرط فاسد
- ٥٥٦ ..... الشرط الرابع: في المدة
- ٥٦٣ ..... النظر الثاني: في أحكامها



# العزير

## شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير

تأليف

الإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافي الفزري الشافعي

المؤلف سنة ٦٢٣ هـ

تحقيق وتعليق

شيخ علي محمد معوض      شيخ عادل أحمد عبد الموهوب

الجزء الثاني عشر

يحتوي على الكتب التالية:

السيرة والذباح - الضحايا - الأظعمة - السبق والرمي

الإيمان - النذور - أدب القضاء

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

## جميع الحقوق محفوظة

جميع حقوق الملكية الادبية والفنية محفوظة لدار الكتب العلمية بيروت - لبنان ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تضخيد الكتاب كاملاً أو مجزأً أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو برمجته على اسطوانات ضوئية إلا بموافقة الناشر خطياً.

## Copyright © All rights reserved

Exclusive rights by DAR al-KOTOB al-ILMIYAH Beirut - Lebanon. No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

الطبعة الأولى

١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م

## دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف، شارع البحري، بناية ملكارت  
تلفون وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٣٥ - ٦٠٢١١٣ (١ ٩٦١) ٠٠  
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

## DAR al-KOTOB al-ILMIYAH

Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif, Bohory st., Melkart bldg., 1st Floor.  
Tel. & Fax : 00 (961 1) 60.21.33 - 36.61.35 - 36.43.98  
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

# بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## (كِتَابُ الصَّيْدِ وَالذَّبَائِحِ)

قال الغزالي: وَالنَّظْرُ فِي طَرَفَيْنِ: (الأول) فِي سَبَبِ حَلِّ الذَّبِيحَةِ \* وَلِلذَّبْحِ أَرْبَعَةٌ أَرْكَانٍ (الأول): الذَّبَائِحُ وَهُوَ كُلُّ مُسْلِمٍ أَوْ كِتَابِيٍّ عَاقِلٍ \* وَلَا تَحِلُّ ذَبِيحَةُ الْمَجُوسِيِّ وَالْوَثْنِيِّ \* أَمَّا الْمُتَوَلَّدُ بَيْنَ الْكِتَابِيِّ وَالْمَجُوسِيِّ فَقَوْلَانِ: \* أَحَدُهُمَا التَّحْرِيمُ \* وَالْآخَرُ النَّظْرُ إِلَى الْأَبِ \* وَتَحِلُّ ذَبِيحَةُ الْأُمَّةِ الْكِتَابِيَّةِ \* وَلَوْ اشْتَرَكَ مُسْلِمٌ وَمَجُوسِيٌّ فِي الذَّبْحِ حَرَمٌ \* وَكَذَا لَوْ أَرْسَلَ سَهْمَيْنِ أَوْ كَلْبَيْنِ إِلَى الصَّيْدِ \* وَلَوْ سَبَقَ أَحَدُهُمَا وَصَيَّرَهُ إِلَى حَرَكَةِ الْمَذْبُوحِ فَالْحُكْمُ لَهُ \* وَلَوْ رَدَّ كَلْبُ الْمَجُوسِيِّ الصَّيْدَ عَلَى كَلْبِ الْمُسْلِمِ فَأَنْتَرَسَهُ حَلٌّ \* وَلَوْ أَثَحَّهُ كَلْبُ الْمُسْلِمِ فَأَذْرَكَهُ كَلْبُ الْمَجُوسِيِّ وَقَتَلَهُ فَهُوَ مَيْتَةٌ \* وَيُضْمَنُهُ الْمَجُوسِيُّ لِلْمُسْلِمِ.

قال الرافعي: الكتاب والسنة ناطقان بمفصود الكتاب.

قال الله تعالى: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾ [المائدة: ٢] وقال تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ﴾ [المائدة: ٤] وعن النبي - ﷺ - أنه قال لِعَدِيِّ بْنِ حَاتِمٍ: «إِذَا أُرْسِلَتْ كَلْبُكَ الْمُعَلَّمُ، وَذَكَرْتَ اسْمَ اللَّهِ، فَكُلْ»<sup>(١)</sup>.

ولها نظائر في خلال المسائل، وهي متأيدة بالإجماع، والكتاب مترجم بـ «الصيد والذبائح»<sup>(٢)</sup>؛ لأن الحيوان المأكول يصير ملكاً بطريقتين:

(١) البخاري [٢٠٥٤ و ٥٤٧٥ و ٥٤٧٦ و ٥٤٧٧ و ٥٤٨٣ و ٥٤٨٤ و ٥٤٨٦ و ٥٤٨٧، مسلم ١٩٢٩] من حديث عدي بن حاتم، وله ألفاظ وطرق.

(٢) هو مصدر صاد يصيد صيداً، وأطلق المصدر على الصيد. (نهاية المحتاج ١١١/٨) جمع ذبيحة بمعنى مذبوحة، وجمعها لأنها تكون بالسكين والسهم وبالجوارح. المصدران السابقان. والأصل في الباب قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا﴾. وقوله تعالى: ﴿أَحِلُّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ مَتَاعاً لَكُمْ وَلِلسَّيْرَةِ﴾ - إلى قوله - ﴿مَا دَعَمْتُمْ حَرَمًا﴾. ومن السنة ما رواه مسلم عن أبي ثعلبة الخشني أن النبي ﷺ قال: «إِذَا رَمَيْتَ بِسَهْمِكَ فغاب عنك، فأدرسته فكله ما لم يبين». (مسلم ٣/١٥٣٢) في كتاب الصيد والذبائح/ باب إذا غاب عنه الصيد - حديث (١٩٣١/٩). تنبيه: ذكر =

أحدهما: الذَّبْحُ فِي الْحَلْقِ وَاللَّبَّةِ<sup>(١)</sup>، وذلك في الحيوان المَقْدُورِ عليه.

والثاني: العَقْرُ الْمُزْهَقُ فِي أَي مَوْضِعٍ كَانَ، وَذَلِكَ فِي غَيْرِ المَقْدُورِ عَلَيْهِ<sup>(٢)</sup>، والأَعْلَبُ فِي هَذَا القِسْمِ عَقْرُ الحَيَوَانِ الوَحْشِيِّ بِأَلَّةِ الاضْطِيَادِ، وَيَلْحَقُ بِهِ الحَيَوَانُ المُتَرَدِّي فِي البِئْرِ وَنَحْوِهِ. وَفِي الكِتَابِ بَيَانُ الطَّرِيقَيْنِ، ثُمَّ العَقْرُ المُزْهَقُ فِي الوَحْشِيِّ يَقَعُ عَلَيْهَا اسْمُ الاضْطِيَادِ، وَلَكِنَّهُ لَا يَخْتَصُّ بِهِ، بَلْ يَقَعُ عَلَى مَا هُوَ أَهْمٌ مِنْهُ، وَهُوَ إِثْبَاتُ اليَدِ عَلَيْهِ، وَإِبْطَالُ امْتِنَاعِهِ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الذَّبْحِ وَمَطْلُوقِ العَقْرِ يَفِيدُ الجِلَّ بِشَرَايِطَ، [وَالِاصْطِيَادِ بِالمَعْنَى العَامِ يَفِيدُ المَلِكَ بِشَرَايِطِهِ،<sup>(٣)</sup> وَمُضْمُونِ الفِصْلِ: بَيَانُ مَا يَعتَبَرُ فِي الحُكْمَيْنِ، فَرْتَبَهُ صَاحِبُ الكِتَابِ عَلَى طَرَفَيْنِ:

أحدهما: فيما يفيد الجِلَّ.

والثاني: فيما يفيد المَلِكَ.

أَمَّا الأول: فقد قال: ولِلذَّبْحِ أَرْبَعَةٌ أَرْكَانٌ، وَعَقْرُ الصَّيْدِ كَالذَّبْحِ فِي تَعَلُّقِهِ بِهَذِهِ الأَرْكَانِ، وَلِذَلِكَ أَدْرَجَ مَسْأَلَتَهُ فِيهَا، وَجَعَلَ فِي «الْوَسِيطةِ» الذَّبْحَ شَامِلًا لِلنُّوعَيْنِ، فَقَالَ: كُلُّ مُسْلِمٍ، أَوْ كِتَابِي عَاقِلٌ بَالِغٌ، يَصِيرُ أَهْلًا لِلذَّبْحِ بِيَدِهِ، وَبِجَوَارِحِ الصَّيْدِ، وَهَذَا كَمَا أَنَّ الشَّافِعِيَّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - جَعَلَ الذَّكَاةَ شَامِلَةً لِلنُّوعَيْنِ، فَقَالَ: وَلِلذَّكَاةِ وَجْهَانِ، وَذَكَرَ الطَّرِيقَيْنِ فِي المَقْدُورِ عَلَيْهِ، وَالمَمْتَنَعِ.

الرَّكْنَ الأول: الذَّبْحُ، وَاعتَبَرُ فِيهِ وَضْفَيْنِ.

أحدهما: أَنْ يَكُونَ مُسْلِمًا، أَوْ كِتَابِيًّا وَلَا يَجِلُّ ذَبِيحَتُهُ المَجُوسِيَّ وَالتَّوْتِيَّ

= المصنف رحمه الله: هذا الباب في المنهاج بعد كتاب الجزية كما في المحزر، وأكثر الأصحاب في هذا الكتاب وما يعد هنا وفاقاً للمزني، وخالف المصنف هنا فذكر أربع العبادات تبعاً لطائفة من الأصحاب، وقال وهو الأنسب وقال ابن قاسم ولعل وجه الأنسية أن طلب الحلال فرض عين.

(١) رواه أحمد وأصحاب السنن الأربعة أبو داود [٢٨٢٥] الترمذي [١٤٨١] النسائي [٢٢٨/٧] ابن ماجه [٣١٨٤] من حديث حماد بن سلمة عنه به دون القسم، وقد أخرجه أبو موسى المدني في مسند أبي العشر تصنيفه، وأبو العشر مختلف في اسمه وفي اسم أبيه، وقد تفرد حماد بن سلمة بالرواية عنه على الصحيح، ولا يعرف حاله. قاله الحافظ.

(٢) قال الرزكشي: يرد على الحصر صور.

أحدها: الجنين في بطن أمه فإن ذكوة أمه ذكوة له أي والحال أن الذكوة لم يكن في حلقه ولبته.

ثانيها: إذا خرج رأس الجنين فذبحت الأم قبل انفصاله فإنه يحمل كما صرح به البغوي.

ثالثها: الصيد بثقل الجارحة فإنه يحل على الأظهر ولا عقر ولا ذبح.

رابعها: السمك وغيره من حيوان البحر يحل من غير ذكوة فكان ينبغي تقييد المأكول بالبري.

(٣) سقط في ز.

والمُرْتَدُّ<sup>(١)</sup>، وَغَيْرِ أَهْلِ الْكِتَابِ مِنَ الْكُفَّارِ، وَيَجِلُّ ذَبِيحَةُ الْكِتَابِيِّ عَلَى مَا قَالَ تَعَالَى: ﴿وَطَعَامَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ جِلٌّ لَكُمْ﴾ [المائدة: ٥] وَلَا فَرْقَ بَيْنَ مَا يَسْتَحِلُّونَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ.

وعن مالك: أنه لا يحلُّ من ذبائحهم ما لا يستحلُّونه كالإبل، والقول فيما يُعتبر في الكتابي لتحل ذبيحته على ما مرَّ في جوازِ المُتَاكِحَةِ، وفي التقرير بالجزية، وفي المُتَوَلَّدِ بين الكافر والمجوسي قولان، كالقولين في جوازِ مُتَاكِحَتِهِ، وقد ذكرنا حال القولين في «كتاب النكاح»، وفي جوازِ المُتَاكِحَةِ، وجِلُّ الذبيحة يجريان مجرى واحد لا يفترقان، [إلا أن الأمة الكتابية تحل ذبيحتها، ولا تحل مُتَاكِحَتَهَا، والفرق أن لكل<sup>(٢)</sup> واحد من الرُّقِّ والكُفْرِ أثرًا في المنع من النكاح، فإذا انضَمَّ أحدهما إلى الآخر، جاز أن يتَقَوَّى المانع ويزداد الامتناع، ولا أثر للرقِّ في الذبيحة، وحكى الإمامُ تفرُّباً على إلحاق هذا المُتَوَلَّدِ بِالْوَتْنِيِّ وجهين فيما إذا بَلَغَ وَدَانَ بِدِينِ أَهْلِ الْكِتَابِ، هل يُحْكَمُ له بِحُكْمِ أَهْلِ الْكِتَابِ؟

والأصحُّ؛ المنع، ويجوز أن يُعَلَّمَ من لفظ الكتاب. قوله: «التحريم»، وقوله: «النظر إلى الأب» كلاهما بالحاء عند أبي حنيفة، يحلُّ ذبيحة المُتَوَلَّدِ، سواء كان أبوه كتابياً، أو أمه كتابية. ولو اضطادَّ مجوسي سَمَكَةً، فهي حلال، لأنه لا اغتِيَارَ بِفِعْلِهِ، ومِيتَهُ هذا الحيوان حلال.

وكما تحرم ذبيحة المَجُوسِيِّ، ومن في معناه يُحْرَمُ ما قَتَلَهُ مِنَ الصُّوْرِ بِالرَّمِيِّ، وإزْسَالِ الْكَلْبِ، وكما يُحْرَمُ ما انْفَرَدَ المَجُوسِيُّ بِذَبْحِهِ واضْطِيَادِهِ، يُحْرَمُ ما اشترك فيه المُسْلِمُ والمَجُوسِيُّ تَغْلِيْباً لِلتَّحْرِيمِ، فلو أَمَرَ السَّكِينُ عَلَى خَلْقِ الشَّاةِ، أو قطع هذا بعض الحُلُقُومِ، وهذا بَعْضُهُ فَهُوَ حَرَامٌ.

وكذا لو رَمَى سَهْمًا إِلَى الصَّيْدِ، أو أَرْسَلَ كَلْبًا، فَقَتَلَهُ.

ولو رَمَى سَهْمَيْنِ، أو أَرْسَلَ كَلْبَيْنِ، نُظِرَ إِنْ سَبَقَ سَهْمُ الْمُسْلِمِ، أو كَلْبُهُ، فَقَتَلَ الصَّيْدَ أو أَنهَاءَهُ إِلَى حَرَكَةِ الْمَذْبُوحِ، فَهُوَ حَلَالٌ، وَلَا يَفْدَحُ فِيهَا مَا وُجِدَ مِنَ المَجُوسِيِّ، كما لو ذَبَحَ مُسْلِمٌ شاةً، ثم قَدَّمَا المَجُوسِيُّ بِنِصْفَيْنِ، ولو كَانَ الأَمْرُ بِالْعَكْسِ، فَهُوَ حَرَامٌ وكذا لو جَرَّحَاهُ مَعًا أو على ترتيب، ولم يُدْفَقْ واحدٌ منهما، وهَلَكَ بهما.

وفي «البحر» أَنَّهُمَا مَهْمَا اشْتَرَكَ فِي إِسْكَائِهِ وَعَقْرِهِ، أو فِي أَحْذِ الأَمْرَيْنِ، وانفرد الآخرُ بالثاني، أو انفرد أَحَدُهُمَا بِأَحَدِهِمَا، وَالْآخِرُ بِالْآخِرِ، فَالْحُكْمُ التَّحْرِيمُ.

(٢) سقط في ز.

(١) في ز: والمزندق.

وأما إذا أمسكته كلبُ المسلم وعقره كلبُ المجوسي، فظاهر، وأما العكس فإنه إذا أمسكته كلبُ المجوسي، صار مقدوراً على ذكاته، فلا يحلُّ بأن يقتله كلبُ المسلم<sup>(١)</sup>.

ولو لم يُغْلَم أَقْتَلَهُ كَلْبُ الْمُسْلِمِ، أَوْ كَلْبُ الْمَجُوسِيِّ فَهُوَ حَرَامٌ.

وَلَوْ كَانَ لِلْمُسْلِمِ كَلْبَانِ؛ مُعَلَّمٌ وَغَيْرُ مُعَلَّمٍ، فَقَتَلَا صَيْدًا، فَهُوَ لَكُمْ لَوْ اشْتَرَكِ كَلْبًا<sup>(٢)</sup> الْمُسْلِمِ وَالْمَجُوسِيِّ، وَكَذَا لَوْ كَانَ مُعَلَّمِينَ، وَأُرْسِلَ أَحَدُهُمَا بِلَا إِزْسَالٍ.

وَلَوْ هَرَبَ الصَّيْدُ مِنْ كَلْبِ الْمُسْلِمِ، فَعَارَضَهُ كَلْبُ الْمَجُوسِيِّ، وَرَدَّ عَلَيْهِ، فَقَتَلَهُ كَلْبُ الْمُسْلِمِ، حَلٌّ، كَمَا لَوْ ذَبَحَ مُسْلِمٌ شَاةً، أَمْسَكَهَا مَجُوسِيٌّ.

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ يَحْرَمُ، كَمَا لَوْ أَمْسَكَهُ.

وَإِذَا جَرَحَ الْمُسْلِمُ أَوْ لَا ثُمَّ قَتَلَهُ الْمَجُوسِيُّ، أَوْ جَرَحَهُ جُرْحًا، غَيْرَ مُدْقَفٍ، وَمَاتَ بِالْجُرْحَيْنِ، حَرَّمَ الصَّيْدَ عَلَى مَا بَيَّنَّا.

فَلَوْ كَانَ الْمُسْلِمُ قَدْ أُنْحَتَهُ بِجِرَاحَةٍ، فَقَدْ صَارَ مَالِكًا لَهُ عَلَى مَا سَيَأْتِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. وَيَجِبُ عَلَى الْمَجُوسِيِّ الضَّمَانُ؛ لِأَنَّهُ أَسَدٌ مَلِكُهُ عَلَيْهِ؛ إِذْ جَعَلَهُ مَيْتَةً، وَكُلَّ مَا اضْطَّادَهُ الْمُسْلِمُ بِكَلْبِ الْمَجُوسِيِّ كَمَا لَوْ ذَبَحَ بِسِكِّينِهِ<sup>(٣)</sup>.

قَالَ الْعَرَّالِيُّ: وَلَا تَحِلُّ ذَبِيحَةُ الْمَجْنُونِ وَالصَّبِيِّ الَّذِي لَا يُمَيِّزُ عَلَى أَظْهَرِ الْقَوْلَيْنِ \* وَتَحِلُّ ذَبِيحَةُ الصَّبِيِّ الْمُمَيِّزِ وَالْأَعْمَى \* وَفِي أَصْطِحَابِهِ بِالرَّمْيِ وَالْكَلْبِ وَجَهَانٍ، إِذْ لَا يُمْكِنُهُ قَضْدُ عَيْنِ الصَّيْدِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الرَّصْفُ الثَّانِي: أَنْ يَكُونَ عَاقِلًا، فِي ذَبِيحَةِ الْمَجْنُونِ وَالصَّبِيِّ الَّذِي لَا يُمَيِّزُ وَالسُّكْرَانَ قَوْلَانِ.

أَحَدُهُمَا: يَحِلُّ<sup>(٤)</sup>، كَمَا لَوْ قَطَعَ خُلُقُومَ شَاةٍ، وَهُوَ يَخْسِبُهُ شَيْئًا آخَرَ لَيْتًا، وَلَا نُّ لَهُمْ قَضْدًا وَإِرَادَةً فِي الْجُمْلَةِ.

وَالثَّانِي: الْمَنْعُ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ؛ لِأَنَّ قُضُودَهُمْ فَاسِدَةٌ، فَأَشْبَهَ مَا إِذَا كَانَتْ فِي يَدِ النَّائِمِ سِكِّينًا، فَانْفَلَتَتْ<sup>(٥)</sup>، وَقَطَعَتْ خُلُقُومَ شَاةٍ، وَهَذَا أَظْهَرَ عِنْدَ الْإِمَامِ، وَصَاحِبِ

(١) في ز: المجوسي.

(٢) قال النووي: لو أكره مجوسي مسلماً على ذبح شاة أو يحرم حلالاً على ذبح صيد، فذبح حل

ذكره الشيخ إبراهيم المرورودي في مسألة الإكراه على القتل.

(٤) لأن لهم قصداً وإرادة في الجملة، لكن مع الكراهة كما نص عليه في الأم، وصرح به في التنبيه خوفاً عن عدولهم عن كل الذبح.

(٥) في أ: فانقلب.

الكتاب، وجماعة، وبالأول أجاب الشيخ أبو حامد في خلال الاحتجاج في مسألة أخرى، وكذلك فعل صاحب «المهذب»<sup>(١)</sup>.

وقال في «التهذيب» بعد حكاية القولين: فإن كان للمجنون أدنى تمييز وللسكران قصد، حلت الذبيحة وينبغي أن يرتب السكران على المجنون، وينى أمره على الخلاف المشهور؛ في أن السكران كالصاحي، أو كالمجنون، وأما الصبي المميز فتحل ذبيحته لصحة قصده.

وفيه وجه آخر، وربما شبه الخلاف بالخلاف؛ في أن الصبي هل له عمل؟ والظاهر في حقه الحل بالاتفاق. وتحل ذبيحة الأعمى، وتكره ذكاته؛ لأنه قد يخطئ المذبح، وفي اصطياده بالرمي والكلب وجهان:

أحدهما: أنه يعتبر ويحل الصيد - كما يعتبر ذبحة، ويحكى عن أبي إسحاق المنع؛ لأنه ليس له قصد صحيح، فصار كما لو استرسل الكلب بنفسه. هكذا أطلق الوجهين مطلقون، والأشبه أن الخلاف مخصوص بما إذا دلل بصير على أن يحدائه صيداً، فرمى، أو أرسل الكلب إليه بدلالته، وفيه صور صاحب «التهذيب»، ووجه الحل: أنه فعل ما فعل بدلالة بصير، فأشبه ما لو دلل على القبلة. قال: والمذهب: المنع، بخلاف القبلة؛ لأن التوجه يسقط بالأغذار، ويجوز بناء الأمر فيه على الاجتهاد، بخلاف الصيد، وكذلك صور الموفق أبو طاهر في «شرح الجويني» لكنه أجاب بالحل.

وفي «البحر» طريقة قاطعة بالمنع<sup>(٢)</sup>، وهي التي أوردتها ابن الصباغ، والأشهر إثبات الخلاف في اصطياذ الصبي والمجنون<sup>(٣)</sup> بالرمي بالكلب، ومنهم من خصصه بإرسال الكلب، وقطع الحل في رمي السهم تزيلاً له منزلة الذبح بالسكين، وسيأتي مثل هذا الفرق من بعد إن شاء الله تعالى.

وقد بان من المسائل المذكورة أن المراد من قوله: «أن يكون عاقلاً» التمييز على ما فيه من الخلاف.

وقوله: «وتحل ذبيحة الصبي المميز، والأعمى، وفي اصطياده بالرمي والكلب وجهان» كذا هو في بعض النسخ، وهو الموافق لإيراد «الوسيط»، وعلى هذا فليعلم

(١) قال النووي: الأظهر: الحل.

(٢) أطلق الصبي وقال النووي شرح المهذب: الخلاف في صبي لا يميز، أما المميز فيحل اصطياده بالكلب والسهم قطعاً كالذبح، ويحتمل مجيء الوجه السابق في دم الحل.

(٣) قال الخطيب: وقول الروضة وأصلها أن الوجهين في الأعمى يجريان في اصطياذ الصبي والمجنون لا يلزم منه الاتحاد في الترجيح وإن جرى ابن المقري على الاتحاد قاله في معني المحتاج.

لفظ «الصَّبِيّ المميز» بالواو، وفي بعض النسخ «ذَبِيحَة الصَّبِيّ المُمَيِّز والأعمى، واصطياده بالرَّمِي، والكلبِ وَجْهَان» وهو صحيح أيضاً وعلى هذا فتجعل العلامَةَ على قوله: «ويحلُّ» ويجوزُ إعلامُ لفظ: «الوجهين». بالواو؛ لطريقة القطع.

«فرع» الأخرسُ إن كان<sup>(١)</sup> له إشارةٌ مفهومةٌ، حَلَّتْ ذَبِيحَتُهُ، وإلا فهو كالمخثون. قاله في «التهديب» ولتكن سائرُ التصرفاتِ على هذا القياسِ. قاله في «التهديب»<sup>(٢)</sup>.

«آخر»: إذا أُكْرِهَ على الذَّبْحِ فذبح، يمكن أن يقال: إن اغْتَبَرْنَا فعله، وَعَلَقْنَا به القِصَاصَ حَلَّتِ الذَّبِيحَةُ، وإن جعلناه، كالألّةِ فكذلك؛ لأن المُكْرَهَ كأنه ذبح به، وعلى هذا فلو أُكْرِهَ على رَمِي السَّهْمِ إلى الصيد، فينبغي أن يكون المِلْكُ لِلْمُكْرِهِ والله أعلم.

قال العَرَالِيُّ: (الرُّكْنُ الثَّانِي: الذَّبْحُ) وَلَا بُدَّ مِنَ الذَّبْحِ فِي كُلِّ حَيَوَانٍ لَا تَحِلُّ مَيْتَتُهُ \* وَيَحِلُّ ابْتِلَاحُ السَّمَكَةِ \* وَيَتَعَيَّنُ الْحَلْقُ وَاللَّبَةُ فِي الذَّبْحِ إِلَّا فِي الصَّيْدِ \* وَالْحَيَوَانُ الْإِنْسِيُّ إِنْ تَوَحَّشَ فَهُوَ كَالصَّيْدِ \* وَالْبَعِيرُ إِنْ تَرَدَّى فِي الْبِئْرِ جَارَ الطَّغْنُ فِي خَاصِرَتِهِ \* وَلَوْ شَرَدَ الْبَعِيرُ وَجَبَ الصَّبْرُ إِلَى الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ يُؤَدِّيَ طَلَبَهُ إِلَى مَهْلَكَةٍ فَيَكُونُ كَالصَّيْدِ \* وَإِنْ كَانَ يُؤَدِّي إِلَى مَوْضِعٍ لُصُوصٍ وَغَضَابٍ فَوَجْهَان.

قال الرَّافِعِيُّ: الْحَيَوَانُ إِذَا غَيْرَ مَأْكُولٍ، فَذَبَحَهُ كَمَوْتِهِ، وَإِذَا مَأْكُولٍ، فَيَنْقَسِمُ إِلَى مَا يَحِلُّ مَيْتَتُهُ، وَإِلَى غَيْرِهِ كَالسَّمَكِ وَالْجَرَادِ، فَلَا حَاجَةَ إِلَى ذَبْحِهِ.

وَالسَّمَكُ الصَّغَارُ إِذَا شَوِيَتْ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُشَقَّ جَوْفُهَا، وَيُخْرَجَ مَا فِيهَا هَلْ يَحِلُّ أَكْلُهَا؟ فِيهِ وَجْهَان:

أحدهما: النجاسة خُرْثُهَا.

والثاني: نعم؛ لِعُسْرِ تَبْعِيهَا وَإِخْرَاجِهَا، وَعَلَى الْمُسَامَحَةِ بِهَا جَرَى الْأَوْلُونَ.

قال القاضي الرُّوْيَانِيُّ: وبهذا أَفْتِي، وَرَجِيحُهَا طَاهِرٌ عِنْدِي وَهُوَ اخْتِيَارُ الْقَفَالِ.

ولو وُجِدَتْ سَمَكَةٌ فِي جَوْفِ سَمَكَةٍ، فَهِيَ حَلَالٌ، كَمَا لَوْ مَاتَتْ حَتْفٌ أَنْفِهَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا ابْتَلَعَتْ طَائِرًا، فَوُجِدَ مَيْتًا فِي جَوْفِهَا.

ولو تَقَطَّعَتِ السَّمَكَةُ فِي جَوْفِ الْأُولَى، وَتَغَيَّرَ لَوْنُهَا فِي جِلْثِهَا وَجْهَان:

أظهرهما: المَنعُ، لِأَنَّهَا صَارَتْ كَالرَّجِيْعِ وَالْقَيْءِ.

(١) في ز: كانت.

(٢) قال النووي: الأصح: الجزم بحل ذبيحة الأخرس الذي لا يقم، وبه قطع الاكثرون.



ويكره ذَبْحُ السَّمَكِ، لَكِنْ لَوْ كَانَ كَبِيرًا بَقَاؤُهُ، فَالْمُسْتَحَبُّ ذَبْحُهُ إِزَاحَةً لَهُ، أَوْ تَرْكُهُ حَتَّى يَمُوتَ حَتْفَ أَنْفِهِ؟

فيه وَجْهَانِ مَثْفُولَانِ عَنِ «الْحَاوِي»، وَالْأَوَّلُ هُوَ جَوَابُ الشَّيْخِ أَبِي حَامِدٍ.

وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَفْطَعَ فَلَقَةً مِنَ السَّمَكِ وَهِيَ حَيَّةٌ؛ لَمْ فِيهِ مِنَ التَّغْذِيَةِ، وَلَوْ فَعَلَ فِي جِلِّهَا وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: الْمَنْعُ، وَيَحْكِي عَنِ ابْنِ أَبِي هُرَيْرَةَ، كَمَا لَوْ قَطَعَ عُضْوًا مِنْ غَيْرِهَا، وَاحْتِجَّ لَهُ بِقَوْلِهِ - ﷺ -: «مَا أُبِينُ مِنْ حَيٍّ، فَهُوَ مَيْتٌ»<sup>(١)</sup>.

وَأَصْحُهُمَا: الْجِلُّ؛ لِأَنَّ الْمُبَانَ كَالْمَيْتِ، وَمَيْتَةُ هَذَا الْحَيَوَانِ<sup>(٢)</sup> حَلَالٌ.

وَهَلْ يَجِلُّ ابْتِلَاحُ السَّمَكَةِ حَيَّةً، وَيَذَكَرُ أَنَّهُ يَنْفَعُ مِنْ بَعْضِ الْعِلَلِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أَظْهَرُهُمَا: وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ، وَبِهِ قَالَ ابْنُ الْقَاصِّ: نَعَمْ<sup>(٣)</sup> لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي ابْتِلَاعِهَا أَكْثَرُ مِنْ قَتْلِهَا، وَأَنَّهُ جَائِزٌ.

وَالثَّانِي: لَا، وَبِهِ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ؛ لَمَا فِيهِ مِنَ التَّغْذِيَةِ، وَأَيْضًا فَلَمَا فِي جَوْفِهَا.

وَالثَّانِي: مَا لَا تَجِلُّ مَيْتَتُهُ، وَهُوَ إِمَّا مَقْدُورٌ عَلَيْهِ [أَوْ مُتَّفَقٌ مُتَوَحِّشٌ، فَهُوَ قِسْمَانِ:

الْأَوَّلُ: الْمَقْدُورُ عَلَيْهِ<sup>(٤)</sup> وَلَا يَجِلُّ إِلَّا بِالذَّبْحِ فِي الْحَلْقِ أَوْ اللَّبَةِ، وَالْكَلَامُ فِيهِ مُؤَخَّرٌ إِلَى «الضَّحَايَا» وَإِنْ كَانَ بِهَذَا الْكِتَابِ أَلَيَقٌ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ مَا هُوَ إِنْسِيٌّ فِي الْأَصْلِ، وَبَيْنَ الْوَحْشِيِّ إِذَا اسْتَأْنَسَ، وَحَصَلَ الطَّفَرُ بِهِ.

وَالثَّانِي: الْمَتَوَحِّشُ كَالصَّيْدِ، فَجَمِيعُ أَجْزَائِهِ تُذْبَحُ مَا دَامَ عَلَى تَوْحُّشِهِ، حَتَّى إِذَا رَمَى إِلَيْهِ سَهْمًا، أَوْ أَرْسَلَ حَاجَةً، فَأَصَابَ شَيْئًا مِنْ بَدَنِهِ، وَمَاتَ حَلًّا؛ لَمَا رُوِيَ عَنِ أَبِي ثَعْلَبَةَ الْخَشَنِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّهُ قَالَ: قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ لِي كِلَابٌ مُكَلَّبَةٌ<sup>(٥)</sup>، فَأَقْتَنِي فِي صَيْدِهَا. فَقَالَ: «كُلْ مَا أَمْسَكَنَ عَلَيْكَ» قُلْتُ: ذَكِيٌّ وَغَيْرُ ذَكِيٍّ؟ قَالَ: «ذَكِيٌّ وَغَيْرُ ذَكِيٍّ»<sup>(٦)</sup>.

وَالْإِجْمَاعُ مُتَعَقِدٌ عَلَيْهِ، وَالْحَيَوَانُ الْإِنْسِيُّ إِذَا تَوَحَّشَ، كَمَا أَنَّهُ إِذَا نَدَّ بَعِيرًا، أَوْ

(١) تقدم في النجاسات.

(٢) في ز: أنه يحل.

(٣) في ز: معلمة.

(٤) الترجيح من عند الشيخ من غير أن يميزه.

(٥) سقط في ز.

(٦) رواه أبو داود [٢٨٥٢] رواه النسائي [١٩٣/٧ - ١٩٤] باللفظ المذكور وزيادة قال: وإن أكل منه؟ قال: وإن أكل منه.

شَرَدَتْ شَاةَ كَالصَّيْدِ يَحُلُّ بِالرَّمْيِ إِلَى غَيْرِ الْمَذْبَحِ مِنْهُ، وَيُزَالِ الْكَلْبُ عَلَيْهِ؛ خِلَافاً لِمَالِكٍ؛ حَيْثُ قَالَ: لَا يَحُلُّ إِلَّا بِقَطْعِ الْحُلُقُومِ.

وَاحْتِجَ أَصْحَابُنَا بِمَا رُوِيَ أَنَّ بَعِيْرًا نَذَّ، فَرَمَاهُ رَجُلٌ بِسَهْمٍ، فَحَبَسَهُ، فَقَالَ النَّبِيُّ - ﷺ -: «إِنَّ لِهَذِهِ الْبَهَائِمِ أَوَابِدَ كَأَوَابِدِ الْوَحْشِ، فَمَا غَلَبَكُمْ مِنْهَا فَاصْنَعُوا بِهِ هَكَذَا»<sup>(١)</sup>.

وَالْأَوَابِدُ: الْوَحْشِيَّاتُ.

وَلَمَّا رُوِيَ عَنِ أَبِي الْعَشْرَاءِ الدَّارِمِيِّ عَنْ أَبِيهِ؛ أَنَّهُ قَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ! أَمَا تَكُونُ الذُّكَاةُ إِلَّا فِي الْحَلْقِ وَاللَّبْيَةِ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ - ﷺ -: «إِنَّكَ»<sup>(٢)</sup> لَوْ طَعَنْتَ فِي فَخِذِهَا لِأَجْزَاكَ»<sup>(٣)</sup>.

وَأَرَادَ فِي غَيْرِ الْمَقْدُورِ عَلَيْهِ، وَيُرْوَى أَنَّهُ سئِلَ عَنْ بَعِيرٍ نَادٍ، وَيُرْوَى أَنَّهُ تَرَدَّى لَهُ بَعِيرٌ فِي بَثْرِ، فَقَالَ - ﷺ -: «لَوْ طَعَنْتَ فِي خَاصِرَتِهِ لَحَلُّ لَكَ»<sup>(٤)</sup>.

وَعَنْ جَابِرٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - قَالَ: «كُلُّ إِنْسِيَّةٍ تَوَحَّشَتْ، فَذَكَاتُهَا ذُكَاةُ الْوَحْشِيَّةِ»<sup>(٥)</sup>. وَلَوْ تَرَدَّى بَعِيرٌ فِي بَثْرِ، وَلَمْ يُمْكِنَ قَطْعُ حُلُقُومِهِ، فَهُوَ كَالْبَعِيرِ النَّادِ [فِي جَوَارِحِهِ، وَفِي إِزْسَالِ الْكَلْبِ عَلَيْهِ وَجِهَانُ:

أَحَدُهُمَا: الْجَوَازُ، كَمَا فِي الصَّيْدِ، وَالبَعِيرِ النَّادِ]<sup>(٦)</sup>، وَهَذَا مَا اخْتَارَهُ الْبَصْرِيُّونَ<sup>(٧)</sup>.

(١) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ (٢٤٨٨ - ٢٥٠٧) وَمُسْلِمٌ (١٩٦٨).

(٢) فِي أ: وَأَيْبِك. (٣) تَقْدِم.

(٤) قَالَ الْحَافِظُ فِي التَّلْخِيصِ: أَنْكَرَ ابْنَ الصَّلَاحِ لَفْظَ الْخَاصِرَةِ عَلَى الْغَزَالِيِّ، وَالْغَزَالِيُّ تَبِعَ فِيهِ إِمَامَهُ، وَلَا إِنْكَارَ فَقَدْ رَوَاهُ الْحَافِظُ أَبُو مُوسَى فِي مَسْنَدِ أَبِي الْعَشْرَاءِ لَهُ بَلْفِظُهُ: لَوْ طَعَنْتَ فِي فَخِذِهَا أَوْ شَاكِلَتِهَا، وَذَكَرْتَ اسْمَ اللَّهِ لِأَجْزَا عُنُقِكَ، وَالشَاكِلَةُ الْخَاصِرَةُ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تَرَدَّى بَعِيرٌ فِي بَثْرِ فَطَعَنَ فِي شَاكِلَتِهِ، فَسئِلَ ابْنَ عَمْرٍو عَنْ أَكْلِهِ، فَأَمَرَ بِهِ، وَرَوَى ابْنُ الْجَارُودِ وَابْنُ خَزِيمَةَ مِنْ حَدِيثِ رَافِعِ بْنِ خَدِيجٍ فِي حَدِيثِهِ الْمَشْهُورِ الْآتِي، قَالَ: ثُمَّ إِنَّ نَاضِحاً تَرَدَّى فِي بَثْرِ الْمَدِينَةِ، فَذَكَى مِنْ قَبْلِ شَاكِلَتِهِ، فَأَخَذَ مِنْهُ ابْنُ عَمْرٍو عَشِيرًا بِدِرْهَمٍ.

(تَبْيِيهِ) وَقَعَ لِإِمَامِ الْحَرَمِيِّ فِيهِ وَهَمٌ غَيْرُ هَذَا، فَإِنَّهُ جَعَلَ أَبَا الْعَشْرَاءِ الدَّارِمِيَّ هُوَ الْمَخَاطَبُ بِذَلِكَ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ مِنَ النَّسَاحِ، كَأَنْ يَكُونَ سَقَطٌ مِنَ النُّسْخَةِ عَنْ أَبِيهِ.

(٥) أَخْرَجَهُ ابْنُ عَدِيٍّ فِي الْكَامِلِ [٨٥٢/٢] مِنْ حَدِيثِ إِسْمَاعِيلِ بْنِ عِيَاشٍ عَنْ حِرَامِ بْنِ عَثْمَانَ، عَنْ أَبِي عَتِيقٍ عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، وَحِرَامِ مَتْرُوكٍ: قَالَ الشَّافِعِيُّ الرَّوَايَةُ عَنْ حِرَامٍ، حِرَامٌ، قَالَ عَبْدُ الْحَقِّ: هُوَ كَمَا قَالَ الشَّافِعِيُّ عِنْدَ أَهْلِ الْحَدِيثِ، وَرَوَاهُ الْبَيْهَقِيُّ [٢٤٦/٩] مِنْ وَجْهِ آخَرَ عَنْ حِرَامٍ أَيْضاً، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ وَمُحَمَّدِ ابْنِي جَابِرٍ عَنْ أَبِيهِمَا بِهِ نَحْوَهُ، وَفِيهِ قِصَّةٌ.

(٦) قَالَ النَّوَوِيُّ: الْأَصْحَحُ. تَحْرِيمُهُ. وَصَحَّحَهُ أَيْضاً الشَّاشِي.

(٧) سَقَطَ فِي ز.

والثاني: المنع؛ لأن الحديدي يبأخ به الذبأخ مع القدره، وعفر الكلب بخلافه. هكذا أورد الوجهين القاضي الرويني حكماً وتوجيهاً، ورجح الثاني منهما، ولك أن تتوقف فيه، ثم هاهنا كلامان آخران.

أحدهما: في معنى التروأش، ولا يخفى أنه لا يكفي فيه مجرد الإفلات، بل إذا تيسر للقوق بعدو، أو استعانة بمن يستقبل البهيمه، فليس ذلك بشروء، ولا يكون الجرح في غير المذبأخ ذبأخاً، ولو تحقق الشروء، وحصل العجز [عنه في الحال] (١)، فالذي أطلقه الأصحاب أن البعير كالصنيد؛ لأنه قد يبغي الذبأخ في الحال، وتكليفه الصبر إلى أن يسكن، أو تحصل القدرة عليه يشق. وقال الإمام: الظاهر عندي أنه لا يلحق الصنيد بذلك؛ لأنها حالة عارضة قريبة الزوال.

نعم لو كان الصبر والطلب يؤدي إلى مهلكة، أو مسبة، فهو حينئذ كالصنيد - وإن كان يؤدي إلى موضع لصوص وغصاب مترصدين. فوجهان:

وكان الفرق أن تصرفهم وإتلافهم متدارك بالضمان، وعلى طريقة الإمام جرى صاحب الكتاب، فليعلم قوله: «وجب الصبر إلى القدرة عليه» بالواو، والأوفق لإيراد الأكثرين يخالف ما ذكره وقوله قبل ذلك: «فهو كالصنيد» معلّم بالميم، وكذلك قوله: «جاز الطعن»، فإن خلاف مالك يشمل الصورتين.

والثاني في كيفية الجرح المفيد للجل في النأذ والمتردي وجهان:

أحدهما: أنه لا بد من جرح منقني ينزل منزلة قطع الحلقوم والمريء في الحيوان المقدور عليه، وجعل التعرض للخاصرة إشارة إليه، فإن الخاصرة من المقاتل.

والثاني: يكفي الجرح المفضي إلى الزهوق كيف كان؛ لما رويننا من الأخبار ولفظ «الخاصرة» يعارضه رواية «الفخذ»، ومال الإمام إلى الأول، وحكاه عن اختبار القفال، وبالثاني أجاب المعظم - رحمه الله -.

قال الغزالي: ولو جرح الصنيد بسهم أو جرحه الكلب فعليه أن يمدو إليه \* فإن بقي فيه حياة مستقرة ذبأخه \* فإن تركه حتى مات فحرام \* ولا يمدر بأن لا يكون معه مذبة أو سقط منه أو تشب في الغنيد أو غصب منه \* وإنما يبأخ إذا أدركه ميتاً أو في حركة المذبأخ \* ولو قد صنيداً بنصفين فالنصفان حلال \* وإن أبان عضواً بجرح مدقأ فالعضو حلال \* فإن لم يكن مدقأ فذبأخ الصنيد أو مات بجرح مدقأ فالعضو حرام \* وإن مات بذلك الجرح فوجهان.

قال الرَّافِعِيُّ: فيه مسألتان:

إحداهما: إذا أُرْسِلَ سِلَاحُهُ مِنْ سَهْمٍ وَسَيْفٍ وَغَيْرِهِمَا، أَوْ كَلَبَهُ الْمُعَلَّمُ عَلَى صَيْدٍ، فَأَصَابَهُ ثُمَّ أَدْرَكَ الصَّيْدَ حَيًّا، نُظِرَ إِنْ لَمْ يَبْقَ فِيهِ حَيَاةٌ مُسْتَقَرَّةٌ بِأَنْ كَانَ قَدْ قُطِعَ حُلُقُومُهُ وَمَرِيئُهُ، أَوْ أَحَافُهُ، أَوْ خَرَقَ أَمْعَاءَهُ، فَيَسْتَحِبُّ أَنْ يُمِرَّ السُّكَيْنَ عَلَى حَلْقِهِ لِيُرِيحَهُ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ وَتَرَكَهُ حَتَّى مَاتَ فَهُوَ حَلَالٌ كَمَا لَوْ ذَبَحَ شَاةً، فَاضْطَرَبَتْ أَوْ عَدَتْ، وَإِنْ بَقِيَتْ فِيهَا حَيَاةٌ مُسْتَقَرَّةٌ فَلَهُ فِيهَا حَالَتَانِ:

إحداهما: إذا تَعَدَّرَ ذَبْحُهُ مِنْ غَيْرِ تَقْصِيرٍ مِنَ الصَّائِدِ، فَهُوَ حَلَالٌ أَيْضًا، كَمَا لَوْ لَمْ يُدْرِكُهُ حَيًّا.

والثانية: إذا لَمْ يَتَعَدَّرْ ذَبْحُهُ، وَتَرَكَهُ حَتَّى مَاتَ، فَهُوَ حَرَامٌ، كَمَا لَوْ تَرَدَّى بِعَيْرٍ مِنْ شَاهِقٍ، وَلَمْ يَذْبَحْهُ حَتَّى مَاتَ، وَكَذَا الْحُكْمُ لَوْ كَانَ التَّعَدُّرُ تَقْصِيرًا مِنْ جِهَتِهِ، مِنْ قِبَلِ الْحَالَةِ الْأُولَى أَنْ يَشْتَغَلَ بِأَخْذِ الْأَلَّةِ وَسَلِّ السُّكَيْنِ، فَمَاتَ قَبْلَ أَنْ يُمْكِنَ الذَّبْحُ.

ومنه: أَنْ يَمْتَنِعَ بِمَا فِيهِ مِنْ بَقِيَّةِ قُوَّةٍ، وَيَمُوتَ قَبْلَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ.

ومنه: الْأَيُّ يَجِدُ مِنَ الزَّمَانِ مَا يُمْكِنُ الذَّبْحُ فِيهِ.

وعن أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ لَا يَحِلُّ؛ لِأَنَّهُ صَارَ مَقْدُورًا عَلَيْهِ، فَيَتَعَلَّقُ حِلُّهُ بِالذَّبْحِ.

ومن قِبَلِ الْحَالَةِ الثَّانِيَةِ الْأَيُّ يَكُونُ مَعَهُ مُدْيَةٌ، وَأَلَّةٌ يَذْبَحُ بِهَا، وَإِنْ تَرَكَ اسْتِضْحَابَ آلَةِ الذَّبْحِ تَقْصِيرًا مِنْهُ، وَإِنْ سَقَطَ وَتَضَيَّعَ مِنْهُ، فَإِنْ تَرَكَهَا مُتَقَلِّبَةً [فِي الْغَمْدِ] <sup>(١)</sup> تَقْصِيرًا مِنْهُ، وَلَوْ وَجَدَهَا بَعْدَ مَا ضَاعَتْ، وَمَاتَ الصَّيْدُ فِي مَدَّةِ الطَّلَبِ، فَهُوَ حَرَامٌ.

ومنه: إِذَا نَسَبَتْ فِي الْغَمْدِ، فَإِنْ حَقَّهُ أَنْ يَسْتَصْحَبَ الْأَلَّةَ فِي غَمْدِ يَوَاتِيهِ، وَعَنْ أَبِي عَلِيِّ بْنِ أَبِي هُرَيْرَةَ، وَصَاحِبِ «الإفصاح» أَنَّهُ يَعْذِرُ ذَلِكَ، وَيَحِلُّ الصَّيْدُ، وَيُرْوَى هَذَا عَنْ مَالِكٍ، وَيُرْوَى عَنْهُ أَيْضًا أَنَّهُ يَعْذِرُ بِنَسْيَانِ الْمُدْيَةِ.

ومنه مَا إِذَا غُصِبَتْ مُدْيَتُهُ، فَاصْخُ الْوَجْهَيْنِ، وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ أَنَّهُ يَحْرَمُ؛ لِأَنَّهُ وَقَفَ عَلَى حَيَوَانٍ فِيهِ حَيَاةٌ مُسْتَقَرَّةٌ، وَلَمْ يَذْبَحْهُ، وَلَوْ كَانَ هَذَا عُذْرًا، لَكَانَ عُذْرًا فِي الْحَيَوَانَاتِ الْأَهْلِيَّةِ.

والثاني: يَحِلُّ، وَيُعَدَّرُ بِذَلِكَ، كَمَا لَوْ لَمْ يَصِلْ إِلَى الصَّيْدِ لِسَبْعِ حَائِلٍ حَتَّى مَاتَ.

وفرق القاضي الرُّوْيَانِيُّ بَيْنَ الصُّورَتَيْنِ بِأَنْ قَالَ: غَضِبَ السُّكَيْنَ عَائِدًا إِلَيْهِ، وَمَنْعَ [السَّبْعِ] <sup>(٢)</sup> عَائِدًا إِلَى الصَّيْدِ، وَذَكَرَ أَنَّهُ لَوْ اشْتَغَلَ بِطَلَبِ مَوْضِعِ الذَّبْحِ فَلَمْ يَجِدْهُ حَتَّى

(٢) سقط في ز.

(١) سقط في ز.

مَاتَ، فَهُوَ حَلَالٌ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجِدُ بُدْأً مِنْهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا اشْتَعَلَ بِتَحْدِيدِ السُّكَيْنِ، فَمَاتَ؛ فَإِنَّهُ يَجِدُ بُدْأً مِنْهُ [بِتَقْدِيمِ التَّحْدِيدِ؛ وَبِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ يُمِرُّ ظَاهِرَ السُّكَيْنِ عَلَى حَلْقِهِ غَلَطًا فَمَاتَ؛ لِأَنَّهُ خَرَقَ، وَأَنَّهُ] (١) لَوْ وَقَعَ الصَّيْدُ مُنْكَسًا، وَاسْتَجَّاحَ إِلَى قَلْبِهِ لَيَقْدِرُ عَلَى ذَبْحِهِ أَوْ اشْتَعَلَ بِتَوَجُّهِهِ إِلَى الْقِبْلَةِ، فَمَاتَ، فَهُوَ حَلَالٌ، وَأَنَّهُ لَوْ شَكَّ بَعْدَ مَوْتِ الصَّيْدِ، بِأَنَّهُ هَلْ يَتِمُّكَنُ مِنْ ذَكَائِهِ، فَيَحْرَمُ، أَوْ لَمْ يَتِمُّكَنُ فَيَحِلُّ، فَفِيهِ قَوْلَانِ.

أَصْحُهُمَا: أَنَّهُ يَحِلُّ، وَهَلْ يُشْتَرَطُ الْعَدُوُّ إِلَى الصَّيْدِ إِذَا أَصَابَهُ السُّهْمُ أَوْ الْكَلْبُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أحدهما: وهو المذكور في الكتاب نعم؛ لِأَنَّهُ الْمُعْتَادُ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ وَعَلَى هَذَا، فَلَا يُكَلِّفُ الْمُبَالِغَةَ فِيهِ، بِحَيْثُ يُفْضَى إِلَى ضَرَرِ ظَاهِرِهِ.

وأظهرهما: لا، بَلْ يَكْتَفِي بِالْمَشْيِ، كَمَا يَكْتَفِي بِهِ فِي السَّغِيِّ إِلَى الْجُمُعَةِ، وَإِنْ عَرَفَ التَّحْرِيمَ بِالصَّلَاةِ بِأَمَارَاتِهِ، وَيُحْكِي هَذَا عَنْ ابْنِ أَبِي هُرَيْرَةَ وَعَلَى هَذَا فَقَدْ قَالَ الْإِمَامُ: الْوَجْهُ عِنْدِي أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ الْإِسْرَاعِ فِيهِ قَلِيلًا؛ لِأَنَّ الْمَاشِيَّ عَلَى هَيْئَتِهِ خَارِجٌ عَنِ عَادَةِ الطَّالِبِ، وَالَّذِي أوردَهُ الصَّيْدَ لِأَنِّي وَصَاحِبُ «التَّهْدِيدِ» وَغَيْرُهُمَا: أَنَّهُ لَوْ كَانَ يَمْشِي عَلَى هَيْئَتِهِ، وَأَدْرَكَهُ مَيْتًا حَلًّا؛ وَإِنْ كَانَ لَوْ أَسْرَعَ لِأَدْرَكَهُ حَيًّا وَإِذَا قُلْنَا: يُشْتَرَطُ الْعَدُوُّ، فَلَوْ تَرَكَهُ، ثُمَّ صَادَفَ الصَّيْدَ مَيْتًا بَعْدَ ذَلِكَ، وَلَمْ نَدْرِ أَمَاتَتْ فِي الزَّمَانِ الَّذِي يَسَعُ الْعَدُوُّ أَوْ بَعْدَهُ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِيمَا إِذَا شَكَّ فِي التَّمَكُّنِ مِنَ الذِّكَاةِ.

الثانية؛ لَوْ رَمَى إِلَى صَيْدٍ، فَقَدَّهُ بِنَصْفَيْنِ، فَهَمَا حَلَالٌ.

وكذا لَوْ قَطَعَهُ قِطْعَتَيْنِ مُتَّفَاوَتَيْنِ.

وقال أَبُو حَنِيفَةَ: إِنْ كَانَ الرَّأْسُ فِي الْقِطْعَةِ الَّتِي هِيَ أَضْعَفُ حَلِّ الْكُلِّ، وَإِنْ كَانَ فِي الْقِطْعَةِ الْأُخْرَى حَلَّتْ هِيَ دُونَ الصُّغْرَى، وَبِهِ قَالَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةٍ.

وَاحْتِجَّ الْأَصْحَابُ بِالْقِيَاسِ عَلَى مَا سَلِمَهُ وَلَوْ أَبَانَ مِنَ الصَّيْدِ بِسِنْفٍ أَوْ غَيْرِهِ عُضْوًا كَيِّدٍ وَرِجْلٍ، نَظَرَ إِنْ أَبَانَهُ بِجِرَاحَةٍ مُدَقَّفَةٍ، وَمَاتَ فِي الْحَالِ حَلِّ الْعُضْوِ، وَبَاقِي الْبَدَنِ، وَإِنْ لَمْ تَكُنِ الْجِرَاحَةُ مُدَقَّفَةً، فَأَدْرَكَهُ وَذَبَحَهُ، أَوْ جَرَّحَهُ جُرْحًا آخَرَ مُدَقَّفًا، فَالْعُضْوُ حَرَامٌ؛ لِأَنَّهُ أُبِينٌ مِنْ حَيٍّ، وَبَاقِي الْبَدَنِ حَلَالٌ فَإِنْ أَثْبَتَهُ بِالْجِرَاحِ الْأُولَى، فَقَدْ صَارَ مَقْدُورًا عَلَيْهِ، فَيَتَّعَيْنُ الدَّبْحُ، وَلَا يَجْزِي سَائِرَ الْجِرَاحَاتِ، وَإِنْ مَاتَ مِنْ تِلْكَ الْجِرَاحَةِ بَعْدَ مُضِيِّ زَمَانٍ، وَلَمْ يَتِمُّكَنُ مِنَ الدَّبْحِ، حَلَّ بَاقِي الْبَدَنِ، وَفِي الْعُضْوِ وَجْهَانِ:

أحدهما: أَنَّهُ يَحِلُّ أَيْضًا؛ لِأَنَّ الْجِرَاحَ السَّابِقَ كَالدَّبْحِ لِلْجُمْلَةِ، فَيَتَّبَعُهَا الْعُضْوُ.

وأصَحُّهُمَا: التحريم؛ لِأَنَّهُ أُبَيِّنَ مِنْ حَيٍّ، فَأَشْبَهَهُ مَا إِذَا قَطَعَ أَلْيَةَ شَاةٍ، ثُمَّ ذَبَحَهَا لَا تَحِلُّ الْأَلْيَةُ، وَاحْتِجَّ الْإِمَامُ لِفَسَادِ الْوَجْهِ لِأَوَّلٍ: أَنَا لَوْ حَكَمْنَا بِحُلِّ الْعُضْوِ، فَمَا أَنْ نَقُولَ: يَحِلُّ عِنْدَ مَوْتِ الصَّيْدِ، وَكَانَ حَرَامًا مِنْ قَبْلِ، وَبَعِيدًا أَنْ [يُغَيِّرَ الْمَوْتَ] <sup>(١)</sup> حَالَ الْعُضْوِ وَإِنَّمَا أَنْ نَقُولَ: يَحِلُّ عِنْدَ مَوْتِ الصَّيْدِ اسْتِنَادَ الْحُلِّ إِلَى حَالَةِ الْإِبَانَةِ، وَإِحْلَالَ الْعُضْوِ الْمُبَانِ مِنَ الْحَيَوَانِ الَّذِي فِيهِ حَيَاةٌ مُسْتَقَرَّةٌ بَعِيدٌ أَيْضًا، وَإِنْ جَرَحَهُ جِرَاحَةً أُخْرَى، وَحَالَتُ هَذِهِ، فَإِنْ كَانَتْ مُدْفَقَةً، فَالصَّيْدُ حَلَالٌ، وَالْعُضْوُ حَرَامٌ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ مُدْفَقَةً، وَمَاتَ مِنْهَا، فَالصَّيْدُ حَلَالٌ أَيْضًا، وَفِي الْعُضْوِ وَجْهَانِ مُرْتَبَانِ عَلَى الْوَجْهَيْنِ فِيمَا إِذَا مَاتَ مِنَ الْجِرَاحَةِ، وَهَذِهِ الصُّورَةُ أَوْلَى بِالْتَّحْرِيمِ؛ [لِأَنَّ الْإِبَانَةَ لَمْ تَتَجَرَّدْ ذَكَاءً لِلصَّيْدِ] <sup>(٢)</sup>.

وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: لَا يَحِلُّ الْعُضْوُ الْمُبَانُ بِحَالٍ.

وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «لَوْ قَدْ صَيَّدَ بِنَصْفَيْنِ» إِنْ حُمِلَ النِّصْفَانِ عَلَى الْقِسْمَيْنِ وَالْقِطْعَتَيْنِ، وَهُوَ الَّذِي يُرَادُ فِي مِثْلِ هَذَا الْمَوْضِعِ غَالِبًا، فَيَجُوزُ أَنْ يُعْلَمَ قَوْلُهُ: «فَالنِّصْفَانِ حَلَالٌ» بِالْحَاءِ <sup>(٣)</sup> وَالْأَلْفِ؛ لِمَا مَرَّ، وَإِنْ حُمِلَ عَلَى حَقِيقَةِ النِّصْفِ، فَلَا إِعْلَامَ.

وَقَوْلُهُ: «وَإِنْ مَاتَ بِذَلِكَ الْجُرْحِ فَوَجْهَانِ» يَعْنِي فِي ذَلِكَ الْعُضْوِ وَبَاقِي الصَّيْدِ حَلَالٌ إِنْ لَمْ يَجْعَلْ مَقْدُورًا عَلَيْهِ، بِالْجُرْحِ الْأَوَّلِ، وَإِنْ صَارَ، فَلَا جِلَّ إِلَّا بِالذَّبْحِ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الرُّكْنُ الثَّلَاثُ): الْآلَةُ وَهِيَ ثَلَاثَةٌ أَقْسَامٌ: (الْأَوَّلُ) جَوَارِحُ الْأَسْلِحَةِ \* وَيَجُوزُ رَمِي الصَّيْدِ وَالذَّبْحِ بِجَمِيعِهِمَا إِلَّا السُّنَّ وَالظُّفْرُ فَيَحْرُمُ الذَّبْحُ بِهِ مُتَّصِلًا كَانَ أَوْ مُتَفَصِّلًا (ح).

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الرُّكْنُ مَعْقُودٌ لِلْكَلامِ فِي آيَاتِ الذَّبْحِ وَالِاصْطِيادِ، وَبَيَانِ مَا يَعْتَبَرُ فِيهِ لِلْجِلِّ، وَالْآيَاتُ ثَلَاثَةٌ أَقْسَامٌ؛ لِأَنَّهَا إِمَّا جَمَادٌ، أَوْ حَيَوَانٌ يُضْطَادُّ بِهِ، وَالْأَوَّلُ إِمَّا مُحَدَّدٌ يَجْرَحُ، وَيَزْهَقُ، أَوْ غَيْرُهُ.

الْأَوَّلُ الْمُحَدَّدَاتِ الَّتِي تَجْرَحُ بِحَدِيثِهَا مِنَ الْحَدِيدِ <sup>(٤)</sup> كَالسِّيفِ، وَالسَّهْمِ، وَالرُّمْحِ عَلَى الْعَادَةِ الْغَالِبَةِ، أَوْ مِنَ الرِّصَاصِ، أَوْ النُّحَاسِ، أَوْ الذَّهَبِ، أَوْ الْحَشَبِ الْمُحَدَّدِ الطَّرْفِ، أَوْ الْقَصَبِ، أَوْ الزُّجَاجِ، أَوْ الْحَجَرِ، فَيَجُوزُ فِيهِ الصَّيْدُ وَالذَّبْحُ بِجَمِيعِهَا إِلَّا السُّنَّ وَالظُّفْرَ، وَسَائِرَ الْعِظَامِ، وَقَدْ يُقَالُ: إِلَّا الْعِظْمَ وَيَجْعَلُ السُّنَّ وَالظُّفْرَ دَاخِلِينَ فِيهِ.

وَاحْتِجَّ لِحُلِّ الذَّبْحِ <sup>(٥)</sup> بِغَيْرِ الْحَدِيدِ بِمَا رَوَى عَنْ عَبْدِ بْنِ حَاتِمٍ قَالَ: قُلْتُ: يَا

(٢) ي ز: لأنه لم ينحر حكاها الصيدلاني.

(٤) في ز: إما بالحديد.

(١) في ر: بتغير المال.

(٣) في ز: حرام بالواو.

(٥) في ز: الذبيحة.

رَسُولَ اللَّهِ أَرَأَيْتَ أَحَدَنَا صَادَ صَيْدًا، وَلَيْسَ مَعَهُ سِكِّينٌ أَنْذَبِحَ بِالْمَرْوَةِ<sup>(١)</sup> فَقَالَ: «أَمْرَ الدَّمِّ بِمَا شِئْتَ وَادَّكَّرَ اسْمَ اللَّهِ تَعَالَى»<sup>(٢)</sup> وَأَمَا أَنْ السَّنَّ وَالظُّفْرَ مُسْتَشْتَيْنَيْنِ، فَسَبَّيْهُ مَا رَوَى عَنْ رَافِعِ بْنِ خُدَيْجٍ، قَالَ: قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنَّا لَأَقْوَى الْعَدُوِّ عَدَاً، وَلَسَ مَعَنَا مُدَيٌّ، فَقَالَ: «مَا أَنْهَرَ الدَّمَ وَذَكَرَ اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ فَكُلْ لَيْسَ السَّنُّ وَالظُّفْرُ وَسَأُحَدِّثُكَ عَنْهُ أَمَا السَّنُّ فَعَظْمٌ، وَأَمَا الظُّفْرُ فَمُدَيُّ الْحَبَشَةِ» وَلَا فَرْقَ بَيْنَ عَظْمِ الْأَدْمِيِّ وَغَيْرِهِ، وَلَا بَيْنَ الْمُتَّصِلِ وَالْمُنْفَصِلِ.

وعند أبي حنيفة: يَجُوزُ الذَّبْحُ بِالْمُنْفَصِلِ.

وعند مالك: يَجُوزُ الذَّبْحُ بِالْعَظْمِ إِذَا مَرَّ مَرّاً وَعَنْ حِكَايَةِ الْإِمَامِ أَبِي سَلِيمَانَ الْخَطَّابِيِّ وَجَهَ لِبَعْضِ الْأَصْحَابِ أَنَّ الْعَظْمَ إِنْ كَانَ مِنْ مَأْكُولٍ تَجُوزُ الرُّكَاةُ بِهِ<sup>(٣)</sup>، وَالظَّاهِرُ الْمَشْهُورُ الْأَوَّلُ.

ولو رَكَّبَ عَظْماً عَلَى سَهْمٍ، وَجَعَلَهُ نَضْلاً لَهُ، فَقَتَلَ بِهِ صَيْدًا لَمْ يَحِلَّ.

وعن «الحاوي» أَنَّ الشَّافِعِيَّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - قَالَ: أَكْرَهُهُ، وَلَا يَتَّبِعِينَ لِي أَنَّهُ يَحْرَمُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَفْعُ عَلَيْهِ اسْمُ سِنٍّ وَلَا ظُفْرٍ، وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ، لِأَنَّهُ عَظْمٌ.

وقد قال في الخبر الذي سَبَقَ «أَمَا السَّنُّ فَعَظْمٌ» فَعَلَّلَ بِكَوْنِهِ عَظْماً.

وقوله: «وجوارح الأسلحة» احترز به عن الْمُثْقَلَاتِ الَّتِي لَا تَجْرَحُ، وَالْمَعْتَبِرُ مَا يَخْرُقُ بِذِمَّتِهِ، أَوْ يَقْطَعُ بِحَدِّهِ دُونَ مَا يَجْرَحُ وَيَقْطَعُ بِثِقَلِهِ، وَيَجُوزُ إِغْلَامٌ قَوْلُهُ: «إِلَّا السَّنُّ [وَالظُّفْرُ] لَمَّا يَبِينُ بِالْمِيمِ وَالرَّوَاوِ، وَقَوْلُهُ: «أَوْ مَفْصِلاً»<sup>(٤)</sup> بِالْحَاءِ.

قال العزالي: (الثاني: الْمُثْقَلَاتُ) وَالَّذِي مَاتَ بِهِ حَرَامٌ كَمَا لَوْ رَمَى بِبُنْدُقَةٍ أَوْ أَلْقَاهُ فِي بَثْرٍ فَأَنْصَدَمَ أَوْ أَنْخَنَقَ بِالْأَخْبُولَةِ فَلَا بُدَّ مِنْ جَارِحٍ \* وَلَوْ مَاتَ تَحْتَ الْكَلْبِ عَمَّا فِيهِ قَوْلَانِ \* وَلَوْ مَاتَ بِسَهْمٍ وَبُنْدُقَةٍ أَوْ أَنْصَدَمَ بِالْأَرْضِ أَوْ تَدَهَوَّرَ مِنْ جَبَلٍ أَوْ وَقِعَ فِي مَاءٍ أَوْ أَنْصَدَمَ بِأَغْصَانِ الشَّجَرَةِ فَهُوَ حَرَامٌ بَلْ لَا يُغْفَى إِلَّا عَنِ الْأَنْصِدَامِ بِالْأَرْضِ فَإِنَّ ذَلِكَ بَعْدَ الْجُرْحِ لَا يَحْرَمُ لِلضَّرُورَةِ \* وَلَا يَكْفِي كَسْرُ الْجَنَاحِ مَعَ الْأَنْصِدَامِ بِالْأَرْضِ.

(١) في ز: بالمردة.

(٢) رواه أبو داود [٢٨٢٤] به، وزاد بعد المروة: وشقة العصا، ورواه أحمد والنسائي [٢٢٥/٧] أيضاً، وابن ماجه [٣١٧٧] والحاكم [٢٤٠/٤] وابن حبان، ومداره على سماك بن حرب، عن مري بن قطري عنه (تنبيه) شقة العصا بكسر الشين المعجمة أي ما يشق منها، ويكون محدداً، وأمر براهين مهملتين الأولى مكسورة، وقال الخطابي: صوابه أمر الدم براء خفيفة واحدة، وغلط من ثقلها، وأجيب عن الثقليل بأنه يكون أدغم إحدى الرءين في الأخرى على الرواية الأولى. قاله الحافظ.

(٣) وحكى شذوذ هذا الوجه في شرح المذهب وقال: وهو غلط.

(٤) سقط في ز.

قال الرَّافِعِيُّ: المَثْقَلَاتُ: الآلَاتُ الْمُثْقَلَةُ إِذَا أَثْرَتْ بِثِقَلِهَا دَقًّا أَوْ حَنْقًا لَمْ يَحِلَّ الْحَيَوَانُ وَكَذَا الْمُحَدَّدُ إِذَا قُتِلَ بِثِقَلِهِ، بَلْ لَا بَدَّ مِنَ الْجَرْحِ؛ رَوَى عَنْ عَدِيِّ بْنِ حَاتِمٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - قَالَ: سَأَلْتُ رَسُولَ اللَّهِ - ﷺ - عَنْ صَيْدِ الْمِعْرَاضِ، فَقَالَ: «إِنْ قُتِلَ بِحَدِّهِ فَكُلْ، وَأَنْ قُتِلَ بِثِقَلِهِ، فَلَا تَأْكُلْ»<sup>(١)</sup> وَيُرْوَى «إِذَا أَصَبْتَ بِحَدِّهِ فَكُلْ، وَإِذَا أَصَبْتَ بِعَرَضِهِ، فَلَا تَأْكُلْ»<sup>(٢)</sup>؛ فَإِنَّهُ وَقِيدٌ.

فيحرم الطير إذا مات بِبِنْدَقَةٍ رَمَاهَا إِلَيْهِ حَدَشْتُهُ أَوْ لَمْ تَخْدِشْهُ، وَلَا يَحِلُّ وَإِنْ قَطَعَتِ الْبِنْدَقَةُ رَأْسَهُ، وَكَذَا الصَّيْدُ إِذَا وَقَعَ فِي الْبُئْرِ الْمَخْفُورَةِ [لَهُ]، وَمَاتَ بِالْأَنْصِدَامِ، أَوْ انْحَقَّقَ بِالْأَخْبُورَةِ الْمَنْصُوبَةِ لَهُ، أَوْ كَانَ رَأْسُ الْحَبْلِ فِي يَدِهِ، فَجَرَهُ وَمَاتَ أَوْ مَاتَ بِسَهْمٍ لَا نَضَلَّ فِيهِ، وَلَا حَدَّ لَهُ بِدَقِّهِ، أَوْ بِثِقَلِ السَّيْفِ.

والطير الضعيف إذا مات بِإِصَابَةِ عَرَضِ السَّهْمِ إِيَّاهُ، وَمَا إِذَا ذُبِحَ بِحَدِيدَةٍ كَأَلَّةٍ لَا تَقْطَعُ، فَإِنَّ الْقَطْعَ حِينَئِذٍ يَحْصُلُ بِقُوَّةِ الدَّابِغِ وَشِدَّةِ الْأَعْتِمَادِ لَا بِأَلَّةٍ، وَالْمَقْتُولُ بِالسُّوْطِ وَالْعَصَا مَوْفُودٌ مُحَرَّمٌ فَلَوْ خَسَقَ فِيهِ حَكِي الْقَاضِي الرَّوْيَانِيُّ: أَنَّهُ إِنْ كَانَ مُحَدَّدًا [يَمُورُ مَوْزًا]<sup>(٣)</sup> السَّلَاحِ، فَهُوَ حَلَالٌ، وَإِنْ كَانَ لَا يَمُورُ إِلَّا مُسْتَكْرَهًا؛ نَظَرُ إِنْ كَانَ الْعُودُ خَفِيفًا قَرِيبًا مِنَ السَّهْمِ حَلٌّ، وَإِنْ كَانَ ثَقِيلًا، فَالْأَغْلَبُ أَنْ الثَّقَلُ قَتَلَهُ، فَيَكُونُ مَوْفُودًا، ثُمَّ فِي الْفَصْلِ مَسْأَلَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: إِذَا لَمْ يَجْرَحِ الْكَلْبُ الصَّيْدَ، لَكِنْ تَحَامَلَ عَلَيْهِ، وَقَتَلَهُ بِضَغْطِهِ، ففِيهِ قَوْلَانِ:

أَحْدُهُمَا: وَبِهِ قَالَ أَحْمَدُ، وَاخْتَارَهُ [الْمَزْنِيُّ]<sup>(٤)</sup> لَا يَحِلُّ، كَمَا لَوْ مَاتَ بِثِقَلِ السَّهْمِ وَالسَّيْفِ وَالْمُثْقَلَاتِ، وَكَمَا إِذَا رَأَى الْكَلْبُ، أَوْ الْفَهْدُ فَانْشَقَّتْ مَرَاتَتُهُ فَرَعًا وَمَاتَ [أَوْ تَعَبَ مِنْ كَثْرَةِ الْعَذْوِ، وَمَاتَ]<sup>(٥)</sup> يُذْرِكُهُ الْكَلْبُ، وَأَيْضًا فَإِنَّ اللَّهَ - تَعَالَى - سَمَّاهَا جَوَارِحَ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَجْرَحَ.

وَأَصْحُهُمَا عَلَى مَا ذَكَرَ الرَّوْيَانِيُّ وَالْمَوْفَّقُ بْنُ طَاهِرٍ: أَنَّهُ يَحِلُّ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَكُلُوا مِمَّا أَسْكَنَ عَلَيْكُمْ﴾ [المائدة: ٤] وَلِأَنَّ الْجَارِحَةَ تَعْلَمُ تَرْكَ الْأَكْلِ فَتُؤَبِّقُ وَقَدْ تَفْضِي بِهَا الْمَهَارَةَ فِيمَا تَعْلَمُ إِلَى تَرْكِ الْجَرْحِ، وَلَا يُمْكِنُ أَنْ تَكْلِفَ بِأَنْ تَجْرَحَ، وَلَا تَأْكُلَ بِخِلَافِ مَا إِذَا أَصَابَ السَّهْمُ بِعَرَضِهِ، فَإِنَّ ذَلِكَ مِنْ سُوءِ الرُّمِيِّ، وَمَنْ قَالَ بِهَذَا الْقَوْلِ

(١) قال الحافظ: وروى: إذا أصبت بحده فكل، وإذا أصبت بعرضه فلا تأكل، فإنه وقيد، متفق عليه باللفظ الثاني، وروياه أيضاً باللفظ الأول، إلا قوله: وإن قتل بنصه فلا تأكل.

(٢) تقدم.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٥) سقط في ز.



قال: الجَوَارِحُ الكَوَاسِبُ<sup>(١)</sup>.

وعن أبي حنيفة رَوَيْتَانِ كَالْقَوْلَيْنِ، والأشْهُرُ منها الأَوَّلُ.

وقوله: «لَوْ مَاتَ تَحْتَ الكَلْبِ عَمًا» يجوز أن يريد به عَمَهُ وغشيه ويجوز أن يريد أنه مَاتَ تَحْتَهُ حُزْنًا، وهذه المسألة لو أوردَهَا في القسم الثالث لَجَازًا، وإنما أوردَهَا في المَثَقَلَاتِ، لأنَّ الجَارِحَةَ والصورةَ هذه لم تجرح كالمَثَقَلَاتِ.

وقوله: من قبل «أو أَلْقَاهُ فِي بَشْرٍ، فإنصدم» ليحمل على أنه تَسَبَّبَ إلى إلقاء الصيد فيما يحفرها لضبطه، فمات الصيْدُ بالانصدام، فأما إذا أخذ الصيْدَ، وصار مقدوراً عليه، وألقاه في البئر، وهذا أوضح من أن يحتاج إلى ذكره.

الثانية: إذا مَاتَ الصيْدُ بِسَبِينِ مَبِيحٍ وَحَاطِرٍ<sup>(٢)</sup> فهو حَرَامٌ، تَغْلِيْبًا لِلتَّحْرِيمِ، وذلك مِثْلُ أن يَمُوتَ بِسَهْمٍ وَبِنَدَقَةٍ أَصَابَاهُ مِنْ رَامٍ أَوْ رَامِيَيْنِ، أَوْ يَصِيبُ الصَّيْدَ طَرْفَ مِنْ الفِصْلِ، فيجرِّحُهُ، ويؤثر فيه عَرْضُ السَّهْمِ فِي مُرُورِهِ، فيموت منهما، وكذا لو رمى إلى الصيْدِ سَهْمًا، فوقع على طَرْفِ سَطْحٍ، ثم سقط منه، أو على جَبَلٍ فتدهور منه وتردى، أو وقع في مَاءٍ، أو على شَجَرٍ، فأنصدم بأغصانه؛ لأنَّهُ مَاتَ مِنْهُمَا أَوْ لَا يَدْرِي أَنَّهُ مِنْ أَيِّهِمَا مَاتَ، وكذلك الحُكْمُ لو وَقَعَ على مُحَدِّدٍ مِنْ سَكِينٍ وَغَيْرِهِ.

ولو تَدَخَّرَجَ مِنَ الجَبَلِ مِنْ جَنْبٍ إِلَى جَنْبٍ؛ لم يَضُرْ؛ لأنَّ ذلك ليس مما يُؤَثِّرُ فِي التَّلْفِ، وإن أصاب السهمُ الصيْدَ فِي الهَوَاءِ، فوقع على الأرض، ومات، حلَّ سواءَ مَاتَ قَبْلَ الوُصُولِ إِلَى الأَرْضِ، أَوْ بَعْدَهُ، أَوْ لَمْ يُعْلَمَ أَنَّهُ مَاتَ قَبْلَهُ أَوْ بَعْدَهُ؛ لأنَّ الوُقُوعَ عَلَى الأَرْضِ لَا بُدَّ مِنْهُ، فيعفى عنه، كما يعفى عن الذَّبْحِ فِي غَيْرِ المَذْبَحِ عِنْدَ التَّعَدُّرِ، وكما لو كَانَ الصَّيْدُ قَائِمًا، فوقع على جنبه لما أصابَهُ السَّهْمُ، وأنصدم بالأرض.

وقال مالك: إن مَاتَ بَعْدَمَا وَقَعَ عَلَى الأَرْضِ لَمْ يَحِلَّ، والانزحاف قَلِيلًا بَعْدَ إصَابَةِ السَّهْمِ، كالوقوع على الأرض، ولو لم يجرحه السَّهْمُ فِي الهَوَاءِ وَلَكِنْ كَسَرَ جَنَاحَهُ، فوقع فَمَاتَ، فهو حَرَامٌ؛ لأنَّهُ لَمْ يَصِبْهُ جُرْحٌ يُحَالُ المَوْتُ عَلَيْهِ، ولو كَانَ الجُرْحُ خَفِيفًا لَا يُؤَثِّرُ مِثْلَهُ، وَلَكِنْ عَطَّلَ جَنَاحَهُ، فَسَقَطَ، ومات، فكذلك قاله في «النهاية».

ولو وَقَعَ الصَّيْدُ مِنَ الهَوَاءِ بَعْدَمَا أَصَابَهُ السَّهْمُ، وَجَرَحَهُ فِي بَشْرٍ، فَإِنْ كَانَ فِيهَا مَاءٌ، فعلى ما سَبَقَ، وإن لم يكن فالصيْدُ حَلَالٌ، وَقَعْرُ البَشْرِ كالأَرْضِ [وليكن الغرض فيما إذا لم يصادفه جُذْرَانِ]<sup>(٣)</sup> البَشْرِ، ولو كَانَ الطَّيْرُ [واقفًا]<sup>(٤)</sup> عَلَى شَجَرٍ، فَأَصَابَهُ

(١) في ز: الكواسر.

(٢) في ز: يحرم ومبيح.

(٣) سقط في ز.

(٤) في ز: واضعاً.

السَّهْمُ، ووقع على الأرض حَلَّ، وأن وقع على غُضْنِ، أو أَعْصَانِ، ثم وَقَعَ على الأرض لم يَجَلَّ، وليس الانْصِدَامُ بالأَعْصَانِ، أو بأَحْرَفِ الْجَبَلِ عند التَّدَهُورِ من أعلاه كالانْصِدَامِ بالأَرْضِ، فَإِنَّ ذَلِكَ الانْصِدَامَ لَيْسَ بِلازِمٍ ولا غَالِبٍ، والانْصِدَامُ بالأَرْضِ لَا بُدَّ مِنْهُ. ولِلْإِمَامِ اخْتِمَالٌ فِي الصُّورَتَيْنِ لِكثْرَةِ وَقُوعِ الطُّيُورِ عَلَى الأشْجَارِ، والانْصِدَامِ بِأَطْرَافِ الْجَبَلِ، إِذَا كَانَ الصَّيْدُ فِي الْجَبَلِ.

فَلَوْ رَمَى إِلَى طَيْرِ الْمَاءِ، نَظَرَ إِنْ كَانَ عَلَى وَجْهِ الْمَاءِ، فَأَصَابَهُ فَمَاتَ، حَلَّ، وَالْمَاءُ لَهُ كَالأَرْضِ، وَإِنْ كَانَ خَارِجَ الْمَاءِ، وَقَعَ فِي الْمَاءِ بَعْدَ مَا أَصَابَهُ السَّهْمُ، ففِيهِ وَجْهَانِ مَنْقُولَانِ عَنِ «الْحَاوِي».

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ حَرَامٌ؛ لِأَنَّ الْمَاءَ بَعْدَ الْجَرْحِ يَعِينُ عَلَى التَّلْفِيفِ، وَهَذَا مَا يُوجَدُ فِي «التَّهْذِيبِ».

وَالثَّانِي: يَجَلُّ؛ لِأَنَّ الْمَاءَ لَا [يُغْرَقُهُ] <sup>(١)</sup>؛ وَلِأَنَّهُ لَا يَفَارِقُ الْمَاءَ غَالِبًا، وَوُقُوعُهُ فِي الْمَاءِ كَوُقُوعِهِ غَيْرِهِ عَلَى الْأَرْضِ، وَهَذَا مَا يَشْتَمِلُ عَلَيْهِ «شَرْحُ مَخْتَصِرِ الْجَوِينِي».

وَإِنْ كَانَ الطَّائِرُ فِي هَوَاءِ الْبَحْرِ، ففِي «التَّهْذِيبِ» أَنَّهُ يُنْظَرُ إِنْ كَانَ الرِّمِّيُّ فِي الْبَرِّ لَمْ يَجَلَّ، وَإِنْ كَانَ فِي الْبَحْرِ فِي السَّفِينَةِ حَلَّ.

وَجَمِيعُ مَا ذَكَرْنَا فِيمَا إِذَا لَمْ يَنْتَهِ الصَّيْدُ بِتِلْكَ الْجِرَاحَةِ إِلَى حَالَةِ حَرَكَةِ الْمَذْبُوحِ، فَإِنْ انْتَهَى إِلَيْهَا بَقَطْعِ الْحُلُقُومِ وَالْمَرِيءِ، أَوْ غَيْرِهِ فَقَدْ تَمَّتْ ذَكَاتُهُ، وَلَا أَثَرَ لَمْ يَعْرِضْ بَعْدَ ذَلِكَ.

وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «وَلَوْ مَاتَ بِسَهْمٍ أَوْ بِنَدَقَةٍ، أَوْ انْصِدَامٍ» يَعْنِي: أَوْ مَاتَ بِسَهْمٍ، وَانْصِدَامٍ، وَكَذَا فِي بَاقِي الْأَمْثَلَةِ، ثُمَّ فِي بَعْضِ النُّسخِ: «أَوْ انْصِدَامٍ بِالْأَرْضِ»، وَفِي بَعْضِهَا «بِالْعَرْضِ» فَعَلَى الْأَوَّلِ الْمَعْنَى: إِذَا مَاتَ الصَّيْدُ بِالسَّهْمِ مَعَ ضَمِيمَةٍ مِنَ الضَّمَائِمِ الْمَذْكُورَةِ، فَهوَ حَرَامٌ، إِلَّا إِذَا كَانَتْ الضَّمِيمَةُ الْانْصِدَامُ بِالْأَرْضِ، فَيَعْفَى عَنْهُ وَعَلَى الثَّانِي: الْمُرَادُ عَرَضُ السَّهْمِ عَلَى مَا بَيَّنَّا وَرَوَيْنَا الْحَدِيثَ فِي صَيْدِ الْمِغْرَاضِ.

[فَرَعَ] عَنِ «التَّهْذِيبِ»: لَوْ أُرْسِلَ كَلْبًا فِي عُنُقِهِ قِلَادَةٌ مُحَدَّدَةٌ، فَجَرِحَ الصَّيْدَ بِهَا حَلَّ، كَمَا لَوْ أُرْسِلَ كَلْبًا وَسَهْمًا فَأَصَابَهُ، وَقَدْ يَفْرُقُ بَأَنَّهُ قَصَدَ بِالسَّهْمِ الصَّيْدَ، وَلَمْ يَقْصِدْهُ بِالْقِلَادَةِ <sup>(٢)</sup>.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: (الثَّالِثُ: جَوَارِحُ الْحَيَوَانِ) وَالْكَلْبُ الْمَعْلَمُ كَالَّةِ الذَّابِحِ فَتَحِلُّ قَرِيسَتُهُ \* وَالْمَعْلَمُ هُوَ الَّذِي يَنْزَجِرُ بِرَجْرِ صَاحِبِهِ وَيَسْتَرْسِلُ بِإِزْسَالِهِ وَلَا يَأْكُلُ مِنْ قَرِيسَتِهِ \* وَهَلْ يُشْتَرَطُ أَنْزِجَارُهُ بِرَجْرِهِ بَعْدَ اسْتِدَادِ عَدُوِّهِ بِإِزْسَالِهِ وَحَدِيثِهِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ \* وَلَيْتَكَرَّرَ مِنْهُ تَرَكُّ

(١) فِي ز: يَعُوقُهُ.

(٢) وَرَجَّحَ الشَّيْخُ فِي شَرْحِ الْمَهْذَبِ مَا قَالَهُ الْبَغَوِيُّ، وَعَلَّلَ ذَلِكَ بِأَنَّ الْقَصْدَ لَا يَشْتَرِطُ فِي الذَّبْحِ.

الْأَكْلِ مِرَاراً حَتَّى يَظْهَرَ بِهِ تَعَلُّمُهُ \* فَإِنْ أَكَلَ الْمُعَلَّمُ نَادِراً لَمْ تَحْرُمِ تِلْكَ الْفَرِيْسَةُ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ \* فَإِنْ أَعْتَادَ الْأَكْلَ حَرَمَتِ الْفَرِيْسَةُ الَّتِي بِهَا ظَهَرَتْ عَادَتُهُ \* وَهَلْ يَحْرُمُ مَا أَكَلَ مِنْهَا قَبْلَهُ فِيهِ وَجْهَانِ \* وَلَعَنَ الدَّمَّ لَيْسَ كَالْأَكْلِ \* وَمَوْضِعُ عَضِّ الْكَلْبِ يُغَسَّلُ سَبْعاً وَيَعْفَرُ عَلَى وَجْهِ \* وَيَقْوَرُ عَلَى وَجْهِ وَيُعْفَى عَنْهُ عَلَى وَجْهِ \* وَفَرِيْسَةُ الْفَهْدِ وَالنَّمِرِ حَرَامٌ لِأَنَّهُ لَا يَتَأَدَّبُ بِتَرْكِ الْأَكْلِ \* وَالْبَازِي أَيْضاً لَا يَتْرُكُ الْأَكْلَ وَلَكِنْ إِنْ صَارَ مُعَلِّماً فِيهِ فَرِيْسَتِهِ وَجْهَانِ لِأَنَّ جِنْسَ الطُّيُورِ لَا يَدُّ لَهَا مِنْ جَارِحَةٍ \* وَتَعْلِيمُ جَوَارِحِ الطُّيْرِ بِتَرْكِ الْأَكْلِ مُتَعَدَّرٌ فَإِنَّهَا لَا تَحْتَمِلُ الضَّرْبَ .

قال الرافعي: يجوز الاصطياد بجوارح السباع كـ «الكلب» و «الفهد» و «النمر» وغيرها<sup>(١)</sup>، وبجوارح الطيور كـ «البازي» و «الشاهين» و «الصقير» قال الله تعالى: ﴿وَمَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ﴾ [المائدة: ٤] وَعَنْ عَدِيِّ بْنِ حَاتِمٍ - رضي الله عنه - أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ - قال: «مَا عَلَّمْتُ مِنْ كَلْبٍ أَوْ بَازٍ، ثُمَّ أَرْسَلْتُهُ، وَذَكَرْتُ اسْمَ اللَّهِ - تَعَالَى - عَلَيْهِ، فَكُلَّ مَا أَمْسَكَ عَلَيْكَ» وعن أحمد: أنه استثنى الكلب الأسود، وقال: لا يجوز الاصطياد به، ويحكي عن أبي بكر الفارسي من أصحابنا موافقته .

ويعني بجواز الاصطياد<sup>(٢)</sup> بها أن ما أخذته وجرحته وأذركه صاحبها ميتاً، أو في حركة المذبوح يحل أكله .

ويقوم إزسال الصائد، وجرح الجارح في أي موضع كان مقام الذبح في المقدر عليه . وأما الاصطياد، بمعنى إثبات اليد على الصيد، وضبطه، فلا يختص بالجوارح [بلا خلاف]<sup>(٣)</sup> بل يجوز بأي طريق تيسر .

ثم ذبحه كذبح الحيوانات الإنسيّة، ويشترط لحل ما قتلته الجوارح أن تكون الجارحة معلّمة، فإن لم تكن معلّمة لم يحل، وإن ما أدركه وفيه حياة مستقرّة، فلا بد من ذبحه، روي عن أبي ثعلبة الخشني - رضي الله عنه - قال: قلت: يا رسول الله: إني أصيد بكلبي المعلّم، وبكلبي الذي ليس بمعلّم، فقال: «ما صيدت بكلبك المعلّم، فأذكر اسم الله عليه وكل، وما صيدت بكلبك الذي ليس بمعلّم فأذكرت ذكاته فكل»<sup>(٤)</sup> .

واعتبروا في صيرورة الكلب معلّماً ثلاثة أمور:

(١) لقله تعالى: ﴿أحل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلموهن مما علمكم الله فكلوا مما أمسكن عليكم﴾ .

(٢) في ز: الصيد .

(٣) سقط في ز .

(٤) تقدم .

أحدهما: أن يَنْزَجِرَ بِزَجْرِ صَاحِبِهِ، هكذا أَطْلَقَ أَكْثَرُهُمْ.  
 وَقَالَ الإِمَامُ: يَعْتَبَرُ ذَلِكَ فِي ابْتِدَاءِ الأَمْرِ، فَأَمَّا إِذَا انْطَلَقَ وَاشْتَدَّ عَدُوُّهُ وَحَدَّثَهُ، فَفِي  
 اعْتِبَارِهِ وَجْهَانِ:

الأشبهُ: الاعتبارُ فَإِنَّ التَّأْدِبَ<sup>(١)</sup> به يظهر.

ووجهُ المَنعِ أَنَّهُ لَا يَكَادُ يَكْفُ حَيْثُذ.

والثاني: أَنْ يَسْتَرْسِلَ بِإِرْسَالِهِ وَإِشَارَتِهِ، وَمَعْنَاهُ: أَنَّهُ إِذَا أُغْرِيَ عَلَى الصَّيْدِ هَاجَ.

والثالث: أَنْ يُمْسِكَ الصَّيْدَ وَلَا يَأْكُلُ مِنْهُ، وَفِي هَذَا اغْتِيَابُ وَصْفَيْنِ:

أحدهما: أَنْ يَحْفَظَهُ، فَلَا يَخْلِيهِ، وَعَبَّرَ عَنْهُ الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - بِقَوْلِهِ فِي  
 صِفَةِ المُعَلِّمِ: «فَإِذَا أَخَذَ حَبْسًا».

والثاني: أَنَّهُ لَا يَأْكُلُ مِنْهُ؛ رَوَى فِي الخَبَرِ: «فَإِنْ أَكَلَ فَإِنَّمَا أَمْسَكَهُ عَلَى نَفْسِهِ»<sup>(٢)</sup>.

وعن مالك: أَنْ تَرَكَ الأَكْلَ لَيْسَ بِشَرْطٍ، وَيَذَكَرُ أَنَّ أَبَا يَعْقُوبَ الأَبْيُورِدِيَّ حَكَى فِي  
 الشُّرْحِ قَوْلًا مِثْلَهُ. وَفِي كِتَابِ القَاضِي ابْنِ كَعْبٍ نَحْوًا مِنْهُ، وَالمَذْهَبُ الأَوَّلُ. هَذَا حَكْمُ  
 الكَلْبِ وَمَا فِي مَعْنَاهُ مِنْ جَوَارِحِ السَّبَاعِ.

وذكرَ الإِمَامُ أَنَّ ظَاهِرَ المَذْهَبِ أَنَّهُ يَنْبَغِي أَنْ يُنْطَلِقَ بِإِطْلَاقِ صَاحِبِهِ، وَأَنَّهُ لَوْ انْطَلَقَ  
 بِنَفْسِهِ لَمْ يَكُنْ مُعَلِّمًا، وَرَأَاهُ مُشْكَلًا مِنْ جِهَةِ أَنَّ الكَلْبَ عَلَى أَي صِفَةٍ فَرَضَ إِذَا رَأَى  
 صَيْدًا بِالقُرْبِ مِنْهُ، وَهُوَ عَلَى كَلْبِ الجُوعِ يَبْعَدُ تَصْوِيرَ انْكِفَافِهِ، وَهَذَا أَمْرٌ خَارِجٌ عَنِ  
 الأُمُورِ الثَّلَاثَةِ. وَأَمَّا جَوَارِحُ الطَّيُورِ، فَيُشْتَرَطُ فِيهَا أَنْ تَهَيِّجَ عِنْدَ الأَغْرَاءِ، وَهَلْ يُشْتَرَطُ أَنْ  
 تَرَكَ الأَكْلَ؟ فِيهِ قَوْلَانِ، حَكَاهُمَا الصَّيْدَلَانِيُّ وَغَيْرُهُ.

أظهرهما: نعم كما في جوارح السباع.

والثاني: المَنعُ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَالمِزْنِيُّ: أَنَّهُ لَا يُمْكِنُ التَّحَامُلُ عَلَيْهَا،  
 وَالكَلْبُ إِذَا يَنْكَفَى عَنِ الأَكْلِ بِالقُرْبِ، وَقَدْ قِيلَ: إِنَّ سَبِيلَ تَعْلِيمِ الطَّيُورِ إِطْمَاعُهَا فِي  
 الإِطْعَامِ مِمَّا يُضْطَادُ.

قال الإِمَامُ: وَلَا يَطْمَعُ فِي انزجارها بعد الطَّيْرَانِ، وَيَبْعَدُ أَيْضًا اشْتِرَاطُ  
 [انْكِفَافِهَا]<sup>(٣)</sup> فِي أَوَّلِ الأَمْرِ، وَقَدْ لَاحَ لَهَا الصَّيْدُ، وَهِيَ جَائِعَةٌ. ثُمَّ فِي الفِصْلِ صُور.

إحداها: الأُمُورُ المَعْتَبَرَةُ فِي التَّعْلِيمِ لَا بَدَ وَأَنْ تَتَكَرَّرَ مَرَّةً بَعْدَ مَرَّةٍ؛ لِغِلْبِ عَلَى

(٢) فِي ز: لِنَفْسِهِ.

(١) فِي ز: التَّأْدِيبِ.

(٣) سَقَطَ فِي ز.

الظن تأدب الجارحة، ولم يُقَدَّرْ مُعْظَمُ الْأَصْحَابِ عِدَّةَ الْمَرَّاتِ، وكانهم رأوا العُزْفَ مضطرباً، وطباع الجوارح مختلفة، والرُّجُوعُ فِي الْبَابِ إِلَى أَهْلِ الْخَيْبَةِ بِطَبَاعِ الْجَوَارِحِ.

وفيه وَجْهٌ: أَنَّهُ يَكْفِي التَّكْرُرُ مَرَّتَيْنِ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ تَثْبِتُ بِهِمَا، وَيُرْوَى هَذَا عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَحْمَدَ وَفِي «شَرْحِ الْمُؤَقَّقِ بْنِ طَاهِرٍ» وَجْهٌ: أَنَّهُ يَعْتَبِرُ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ، وَيَقْرُبُ مِنْ هَذَا قَوْلُ صَاحِبِ «التَّهْدِيبِ»<sup>(١)</sup> أَنَّ أَقْلَهُ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ [فَإِنْ تَكَرَّرَ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ] حَلٌّ مَا قَتَلَ فِي الرَّابِعَةِ، وَظَاهِرُ لَفْظِ الْكِتَابِ حَيْثُ قَالَ: «مِرَاراً» يُوَافِقُهُ.

الثانية: إِذَا ظَهَرَ كَوْنُ الْكَلْبِ مَعْلَمًا، ثُمَّ أَكَلَ مَرَّةً مِنْ لَحْمِ الصَّيْدِ، إِمَّا قَبْلَ أَنْ قَتَلَهُ، أَوْ بَعْدَهُ، فَهَلْ يَحِلُّ ذَلِكَ الصَّيْدُ؟

فيه قولان:

القديم، وأحد قولي الجديد: نعم، وبه قال مالك؛ لما روي عن أبي ثعلبة الخشني - رضي الله عنه - أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - قَالَ: «إِذَا أُرْسِلَتْ كَلْبُكَ الْمُعْلَمَ، وَذَكَرْتَ اسْمَ اللَّهِ تَعَالَى فَكُلْ» قَالَ: وَإِنْ قَتَلَ، قَالَ: «وَإِنْ قَتَلَ». قَالَ: وَإِنْ أَكَلَ قَالَ: «وَإِنْ أَكَلَ»؛ وَلِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاؤُهُ عَلَى التَّأْدِبِ، وَالْأَكْلُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لِشِدَّةِ جَوْعٍ، أَوْ غَيْظٍ عَلَى الصَّيْدِ، إِذَا أَتَبَعَهُ.

وَالْأَصْحَحُ هُوَ الثَّانِي مِنْ قَوْلِي الْجَدِيدِ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَحْمَدُ أَنَّهُ يَحْرَمُ؛ لِمَا رَوَى عَنْ عَدِيِّ بْنِ حَاتِمٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - قَالَ: «إِذَا أُرْسِلَتْ كَلْبُكَ [وَسَمَّيْتَ]»<sup>(٣)</sup> فَأَمْسَكَ وَقَتَلَ فَكُلْ، وَإِنْ أَكَلَ فَلَا تَأْكُلْ فَإِنَّمَا أَمْسَكَ عَلَى نَفْسِهِ».

وأيضاً فإن ما كان شَرْطاً لِلْحَلِّ فِي الْإِبْتِدَاءِ، وَجِبَ أَنْ يَكُونَ شَرْطاً فِي الدَّوَامِ، كإرسال الكلب، فإنه لو استرسل [بنفسه في الدوام لم يحل الصيد كما لو استرسل]<sup>(٤)</sup> في الابتداء بنفسه.

قال الإمام: وَوِدِدْتُ لَوْ فَصَّلَ فَاصِلٌ، بَيْنَ أَنْ يَنْكُفَّ زَمَانًا، ثُمَّ يَأْكُلُ، وَيَبَيِّنُ أَنْ يَأْكُلَ كَمَا أَخَذَ، وَإِنَّ الزَّمَانَ إِذَا تَمَادَى يُعَدُّ انْكِفَافًا لِلْكَلْبِ، وَلَمْ يَتَعَرَّضُوا لَهُ<sup>(٥)</sup>.

وإذا قلنا: بِالْتَّحْرِيمِ فَلَا بَدَّ مِنْ اسْتِثْنَاءِ التَّعْلِيمِ، وَلَا يَنْعَطِفُ التَّحْرِيمُ عَلَى مَا اضْطَّادَهُ مِنْ قَبْلِ؛ خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ، حَيْثُ قَالَ: يَحْرَمُ الْكُلُّ، وَاحْتِجَّ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ

(١) في ز: التقريب.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٥) قال النووي: فصل الجرجاني وغيره فقالوا: إن أكل عقيب القتل، ففيه القولان، وإلا، فيحل قطعاً.

للمذهبِ بأنَّ الحِلَّ يَتَعَلَّقُ بِصِفَاتٍ فِي الصَّائِدِ، وَصِفَاتٍ فِي الْجَارِحَةِ، ثُمَّ لَوْ تَغَيَّرَتْ صِفَةُ الصَّائِدِ، بَأَنَّ ارْتِدَّ لَمْ يَحْرَمَ مَا اضْطَّادَهُ مِنْ قَبْلِ، وَكَذَلِكَ إِذَا تَغَيَّرَتْ صِفَةُ الْجَارِحَةِ، وَلَوْ تَكَرَّرَ مِنْهُ الْأَكْلُ، وَصَارَ عَادَةً لَهُ، فَلَا خِلَافَ فِي تَحْرِيمِ الصَّيْدِ الَّذِي أَكَلَ مِنْهُ، وَفِي الصِّيُودِ الَّتِي أَكَلَ مِنْهَا مِنْ قَبْلُ وَجِهَانٍ، لَكِنَّ اعْتِيَادَ الْأَكْلِ يُوهِّمُ خُرُوجَهُ عَنْ كَوْنِهِ مُعَلِّمًا مِنْ أَوَّلِ مَا أَكَلَ، وَقَدْ يُرْجَحُ الْمَنَعُ تَغْلِيْبًا لِلتَّحْرِيمِ فِي مَوَاضِعِ التَّرَدُّدِ، ثُمَّ يَصِيرُ الْأَكْلُ عَادَةً لَهُ.

قال في «التَهْدِيْبِ»: إِذَا أَكَلَ مِنَ الصَّيْدِ ثَانِيًا حُرِّمَ الصَّيْدُ الثَّانِي، وَفِي الْأَوَّلِ وَجِهَانٌ.

وَإِذَا أَكَلَ مِنَ الثَّلَاثِ حُرِّمَ الثَّلَاثُ، وَفِيهَا قَبْلُهُ وَجِهَانٌ، وَهَذَا (١) ذَهَابٌ إِلَى أَنَّ الْأَكْلَ مَرَّتَيْنِ يَخْرُجُهُ عَنْ كَوْنِهِ مُعَلِّمًا، وَقَدْ ذَكَرْنَا خِلَافًا فِي تَكَرُّرِ الصِّفَاتِ الَّتِي يَصِيرُ بِهَا مُعَلِّمًا، وَيَجُوزُ أَنْ يَفْرَقَ بَيْنَهُمَا، بَأَنَّ أَقْرَ التَّغْلِيمِ فِي الْحِلِّ، وَأَثَرُ الْأَكْلِ فِي التَّحْرِيمِ، فَيَجْرِي فِيهِ عَلَى قَضِيَّةِ الْإِحْتِيَاظِ، وَكَذَلِكَ إِذَا عُرِفَ كَوْنُهُ مُعَلِّمًا، لَمْ يَنْعُطِفِ الْحِلُّ عَلَى مَا سَبَقَ، بِلَا خِلَافٍ، وَفِي انْعِطَافِ التَّحْرِيمِ الْخِلَافِ الَّذِي بَيَّنَّاهُ.

وَلَعَقَ الدَّمُ لَا يَضُرُّ، وَلَا يُخْرِجُ الْكَلْبَ عَنْ كَوْنِهِ مُعَلِّمًا؛ لِأَنَّهُ لَمْ (٢) يَتَنَاوَلْ مَا هُوَ مَقْضُودُ الصَّائِدِ، وَأَشَارَ الْإِمَامُ إِلَى وَجْهِ آخَرَ ضَعِيفٌ.

ولو أكل حشوة الصيد، ففيه طريقان:

أشبههما: أن في تحريم الصيد القولين المذكورين في اللحم.

والثاني: القطع بالحل؛ لأنه يلقى غالباً، ولا يقصد كالدم.

ولو لم يسترسل عند الاسترسال، أو لم ينزجر عند الزجر، فينبغي أن يكون في تحريم الصيد، وخروجه عن كونه معلماً الخلاف المذكور في الأكل؛ لأن كل واحد من الخصال المذكورة ركن في التعليم. وعن القائل: أنه إذا أراد [الصائد] (٣) أخذ الصيد منه، فامتنع وصار يقتل دونه - فهو كما لو أكل. وجوارح الطيور إذا أكلت من الصيد، وفرعنا على اشتراط ترك الأكل منها ففي حله طريقان.

أحدهما: القطع بالحل، وبه قال أبو حنيفة، واختاره المزني؛ لأن الطيور تعلم بالإطعام والإطعام في الصيد، فأكلها لا يدل على أنه ليست بمعلمة؛ ولأن الكلب يضرب، ويمنع بالضرب عن الأكل. والطيور لا تحتل بالضرب، وأصحهما: طرد القولين، وقد روي في حديث عدي - رضي الله عنه - «ما علمت من كلب، أو باذي،

(٢) في ز: لا.

(١) في أ: فهذا.

(٣) سقط في ز.

وأزسَلْتُهُ وَذَكَرْتَ اسْمَ اللَّهِ، فَكُلْ مِمَّا أَمَسَكَ عَلَيْكَ، وَلَمْ يَأْكُلْ» فَجَمَعَ بَيْنَ الْكَلْبِ وَالْبَازِي.

الثالثة؛ مَعْضُ الْكَلْبِ مِنَ الصَّيْدِ نَجِسٌ، وَفِي الْعَفْوِ عَنْهُ وَجْهَانِ: كَذَا قَالَ أَكْثَرُهُمْ.

وَقَالَ الصَّيْدَلَانِيُّ: قَوْلَانِ مُنْصَوِّصَانِ:

أحدهما: أَنَّهُ يُغْفَى عَنْهُ لِلْحَاجَةِ، وَعُسْرِ الْاِخْتِرَازِ، وَأَصْحُهُمَا: الْمَنْعُ كَمَا وَلَّغَ فِي الْإِنَاءِ، وَأَصَابَ مَوْضِعاً آخَرَ، وَمِنْهُمْ مَنْ جَعَلَ الْخِلَافَ فِي أَنَّهُ هَلْ يَنْجَسُ ذَلِكَ الْمَوْضِعُ؟ وَإِذْ قُلْنَا: بَعْدَ الْعَفْوِ فَوْجْهَانِ:

أصحهما: أَنَّهُ يَكْفِي فِيهِ الْغَسْلُ وَالتَّعْفِيرُ كغَيْرِهِ.

والثاني: أَنَّهُ يُقَوَّرُ ذَلِكَ الْمَوْضِعُ، وَيُطْرَحُ؛ لِأَنَّهُ يَتَشَرَّبُ لِعَابِهِ، فَلَا يَتَخَلَّلُهُ الْمَاءُ.

قَالَ الْإِمَامُ: وَهَذَا الْقَائِلُ يَطْرُدُ مَا ذَكَرَهُ فِي كُلِّ لَحْمٍ وَمَا فِي مَعْنَاهُ بَعْضُهُ الْكَلْبُ عَلَيْهِ بِخِلَافِ الْمَوْضِعِ الَّذِي يَنَالُهُ لِعَابُهُ [مِنْ غَيْرِ عَضٍّ، وَعَنْ حِكَايَةِ بَعْضِ أَصْحَابِ الْقِفَالِ أَنْ مَا بِالْكَلْبِ إِذَا أَصَابَ عِرْقاً نَضَاحاً بِالْدمِ] <sup>(١)</sup> يسري حكم النجاسة إلى جميع الصيد ولم يحل أكله، وغلظة الإمام في ذلك وقال: النجاسة وإن اتصلت بالدم فالعرق وعاء حاجز بينه وبين اللحم، ثم الدَّمُ إِذَا كَانَ يَفُورُ امْتَنَعَ غَوْضُ النِّجَاسَةِ فِيهِ كَالْمَاءِ الْمَتَّصِدِ مِنْ فَوَارَةِ إِذَا وَقَعَتْ نَجَاسَةٌ عَلَى أَعْلَاهُ؛ لَمْ يَنْجُسْ مَا تَحْتَهُ وَعَلَى عَكْسِهِ الْمَاءُ الْمُنْحَلِدُ مِنَ الْإِبْرِيْقِ، إِذَا لَاقَى نَجَاسَةً لَا يَنْجُسُ مَاءَ الْإِبْرِيْقِ. هَذَا فَهْمُ الْفَضْلِ.

وَأَمَّا مَا يَتَعَلَّقُ بِلَفْظِ الْكِتَابِ فَقَوْلُهُ: «فَتَجَلَّ فَرِيْسَتُهُ» لَفْظُ «الْفَرِيْسَةُ» مِنَ الْفَرَسِ، يُقَالُ: فَرَسَ الْأَسَدُ فَرِيْسَتَهُ، وَأَفْرَسَهَا، أَي: دَقَّ عُنُقَهَا ثُمَّ كَثُرَ اسْتِعْمَالُهُ فَسُمِّيَ كُلُّ قَتْلِ فَرَساً، وَفَرِيْسَةُ الْكَلْبِ مَا قَتَلَهُ الْكَلْبُ بَعْضُهُ، وَجَزْجِهَ، وَقَدْ يُتَوَهَّمُ أَنَّ فَرِيْسَةَ السُّبُعِ مَا أَكَلَ مِنْهُ، وَلَيْسَ ذَلِكَ بِشَرْطٍ.

وقوله «مراراً» يجوز أن يُعْلَمَ بِالْوَاوِ، وَأَنْ تُضَافَ إِلَى الْوَاوِ الْحَاءُ وَالْأَلْفُ لِمَا قَدَّمْنَا <sup>(٢)</sup>. وقوله: «لم يحرم» بِالْحَاءِ وَاللَّامِ.

وقوله: «لَيْسَ كَالْأَكْلِ» بِالْوَاوِ، وَأَمَّا قَوْلُهُ «وَفَرِيْسَةُ الْفَهْدِ وَالتَّمْرِ حَرَامٌ، لِأَنَّهُ لَا يَبَادُرُ بِتَرْكِ الْأَكْلِ» مَفْهُومُهُ الظَّاهِرُ: أَنَّ مَا يَقْتُلُهُ الْفَهْدُ وَالتَّمْرُ مِنَ الصَّيْدِ حَرَامٌ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصِيرُ مُعْلِماً؛ لِأَنَّ أَحَدَ أَرْكَانِ التَّغْلِيمِ تَرْكُ الْأَكْلِ، وَأَنَّهُ لَا يَتْرُكُهُ لَكِنَّ هَذَا الْمَفْهُومَ خِلَافٌ مَا نَصَّ عَلَيْهِ الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَالْأَصْحَابُ فَإِنَّهُمْ [قَدْ جَعَلُوا] <sup>(٣)</sup> الْفَهْدَ، وَالتَّمْرَ،

(٢) في ز: روينا.

(١) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

وما يَضْطَادُ مِنَ السَّبَاعِ كَالكَلْبِ، وَحَكْمُوا بِحِلِّ مَا قَتَلَهُ مِنَ الصَّيْدِ.

نَعَمْ قَالَ الْإِمَامُ: الْفَهْدُ لَا يَتِمُّ فِيهِ الْإِنْطِبَاعُ وَلَا يَنْزَجِرُ إِذَا زَجَرَ، وَلَا يَتَوَقَّفُ اسْتِشْلَاؤُهُ عَلَى أَشْلَاءٍ، وَلَا يَتْرُكُ الْأَكْلَ، وَإِنْ كَانَ قَدْ لَا يَتَبَادَرُ إِلَيْهِ حَتَّى يَسْتَوْتِقَ مِنْ الْفَرِيَسَةِ وَيَسْكُنَ وَلَا يَتَأْتِي كَفَّهُ عَنِ الْأَكْلِ بِالضَّرْبِ لِأَنَّهُ لَوْ ضُرِبَ عَادَ إِلَى اسْتِحَاشِهِ فِي تَصَوُّرِ انْطِبَاعِهِ، فَحَكْمُهُ حَكْمُ الْكَلْبِ الْمَعْلَمِ، وَإِنْ لَمْ يَتَّصِرْ فَمَقْصُودُ صَاحِبِ الْفَهْدِ أَنْ يَضْبِطَ [الصَّيْدَ] <sup>(١)</sup> لِيَذْبَحَهُ صَاحِبُهُ تَحْتَ ضَبْطِهِ، وَذَكَرَ فِي الْوَسِيطِ أَنَّهُ لَا يَتَعَلَّمُ، وَلَا يُطَاوِعُ بِتَرْكِ الْأَكْلِ، وَالْإِنْزَجَارُ بِالزَّجْرِ، فَإِنْ تَصَوَّرَ ذَلِكَ عَلَى نُدُورٍ فَهُوَ كَالكَلْبِ، وَمَقْصُودُهُمَا مِنْ هَذَا الْكَلَامِ أَنَّهُ يَبْعَدُ مِنْ حَالَةِ أَنْ يَصِيرَ مُعْلَمًا؛ لَكِنْ لَوْ اتَّفَقَ ذَلِكَ عَلَى نُدُورٍ - فَحَكْمُهُ حَكْمُ الْكَلْبِ، وَنَحَا صَاحِبِ الْكِتَابِ نَحْوَ مَا ذَكَرَاهُ <sup>(٢)</sup>، إِلَّا أَنَّهُ لَمْ يَسْتَدْرِكْ مَا إِذَا قُدِّرَ تَعَلَّمَهُ نَادِرًا وَلَا بَدَ <sup>(٣)</sup> مِنْهُ.

وَأَمَّا قَوْلُهُ: «وَالْبَازِيُّ - أَيْضًا - لَا يَتْرُكُ الْأَكْلَ . . . .» إِلَى آخِرِهِ، فَاعْلَمْنَا أَنَا حَكِيمًا خِلَافًا فِي أَنَّ تَرْكَ الْأَكْلِ: هَلْ يُشْتَرَطُ فِي الطَّيُورِ لِتَكُونَ مُعْلَمَةً؟

وَخِلَافًا فِي أَنَّهُ إِذَا جُعِلَ ذَلِكَ شَرْطًا، فَلَوْ أَكَلَتْ: هَلْ يَحِلُّ الصَّيْدُ؟

وَالْأَشْبَهُ أَنَّهُ أَرَادَ بِمَا ذَكَرَهُ الْخِلَافَ الْأَوَّلَ؛ لِأَنَّهُ الَّذِي أَوْزَدَهُ فِي «الْوَسِيطِ» إِلَّا أَنَّهُ أَبَدَلَ الْقَوْلَيْنِ بِالْوَجْهَيْنِ. وَلِأَنَّ التَّوَجِيهَ الْمَذْكُورَ بِهِ أَلْيَقُ، وَتَلْخِيصُ مَا قَدَّمَ مِنْهُ عَلَى الْحُكْمِ وَأَخَّرَ أَنَّ الْبَازِيَّ وَسَائِرَ الطَّيُورِ لَا تَتْرُكُ الْأَكْلَ غَالِبًا، وَلَا يُمْكِنُ أَنْ تُعَلَّمَ تَرْكَ الْأَكْلِ؛ لِأَنَّهَا لَا تَحْتَمِلُ الضَّرْبَ، وَلَا بَدَ وَأَنْ يَكُونَ فِي جِنْسِ الطَّيُورِ جَوَارِحُ يُضْطَادُ بِهَا، وَأَمَّا فِي جَوَارِحِ السَّبَاعِ فَفِي الْكَلْبِ غُنْيَةٌ عَنْ غَيْرِهِ وَأَنَّهُ يَتَأَدَّبُ بِتَرْكِ الْأَكْلِ.

وقولُهُ - فِي التَّضْوِيرِ «وَلَكِنْ إِنْ صَارَ مُعْلَمًا» أَي إِنْ وَجِدَ فِيهِ سَائِرُ شُرُوطِ أَزْكَانِ التَّغْلِيمِ وَالْإِمْنِ يُشْتَرَطُ تَرْكَ الْأَكْلِ لَا يَسْلَمُ كَوْنُهُ مُعْلَمًا إِذَا لَمْ يَتْرِكِ الصَّيْدَ، وَلَوْ تَرَكَ هَذِهِ الْفَلْطَةَ لَمْ يَضُرْ.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: (الرُّكْنُ الرَّابِعُ) نَفْسُ الدَّنِيحِ وَالْأَضْطِيَادِ \* وَالذَّنِيحُ سَيَّانِي فِي الصَّحَايَا \* وَأَمَّا الْأَضْطِيَادُ فَهُوَ إِمَاتَةُ الصَّيْدِ بِأَلَّةٍ وَهُوَ كُلُّ جَرْحٍ مَقْصُودٍ حَصَلَ بِهِ الْمَوْتُ \* وَلِلْقَصْدِ ثَلَاثُ دَرَجَاتٍ (الْأُولَى) أَضَلُّ الْفَعْلُ وَلَا بُدَّ مِنْهُ فَلَوْ سَقَطَ السَّيْفُ مِنْ يَدِهِ فَانْتَجَرَ بِهِ صَيْدٌ أَوْ نَصَبَ مَنْجَلًا فِي الشُّبَكَةِ أَوْ سَكِينًا فِي الْبِئْرِ فَتَعَقَّرَ بِهِ الصَّيْدَ فَحَرَامٌ \* وَلَوْ حَصَلَ قَطْعُ الْحَلْقِ بِحَرَكَةِ الْيَدِ وَحَرَكَةِ الْحَيَوَانِ فَحَرَامٌ \* وَكَذَا فَرِيَسَةُ الْكَلْبِ الْمُسْتَرْسَلِ بِنَفْسِهِ \* فَلَوْ

(١) فِي ز: الْقَتْلُ.

(٢) فِي ز: ذَكَرْنَاهُ.

(٣) فِي ز: فَلَا بَدَ.



أَغْرَاهُ فَازْدَادَ عَدْوًا يَجِلُّ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ جِوَالَةً عَلَى الْإِغْرَاءِ حَتَّى لَوْ صَدَرَ مِنْ مَجُوسِي لِكَلْبٍ مُسْلِمٍ حَرَمٌ \* أَوْ مِنْ مُسْلِمٍ لِكَلْبٍ مَجُوسِي حَلٌّ \* أَوْ مِنْ غَاصِبٍ مَلَكَهُ الْغَاصِبُ عَلَى أَصْحِ الْوَجْهَيْنِ \* وَفِي الصَّيْدِ بِالْكَلْبِ الْمَغْضُوبِ وَجْهَانِ: أَصْحَهُمَا: أَنَّهُ لِلْمَاصِبِ \* وَلَوْ رَمَى سَهْمًا يَفْضُرُ عَنِ الصَّيْدِ وَأَعَانَ الرِّيحُ حَتَّى أَصَابَ حَلٌّ \* وَلَوْ أَنْصَدَمَ بِحَائِطٍ فَأَصَابَ فَوْجَهَانِ \* وَلَوْ قَصَدَ الرَّمِي فَأَنْقَطَعَ الْوَتْرُ فَازْتَمَى السَّهْمُ فَوْجَهَانِ.

الركن الرابع: مقصودُ هذا الركنِ في نفس الذبحِ وعقرِ الصيدِ بالأسلحة، أو بالجوارحِ أما نفسُ الذَّبْحِ فالكلامُ فيه مؤخَّرٌ إلى «الضَّحَايَا».

قال الرَّافِعِيُّ: أَمَا الْإِصْطِيَادُ فَهُوَ إِمَاتَةُ الصَّيْدِ بِالْيَةِ، وَاَعْلَمُ أَنَا ذَكَرْنَا فِي صَدْرِ الْبَابِ أَنَّ الْإِصْطِيَادَ يَقَعُ عَلَى الْعَقْرِ الْمَزْهِقِ الْوَحْشِيِّ، وَيَقَعُ عَلَى مَا هُوَ أَعْمُ مِنْهُ، وَالْمَقْصُودُ هَاهُنَا الْمَعْنَى الْأَوَّلُ دُونَ الْأَعْمِ، وَفَسَّرَهُ بِإِمَاتَةِ الصَّيْدِ بِالْيَةِ، وَلَمَّا لَمْ تَكُنْ مُطْلَقَ الْإِمَاتَةِ كَافِيَةً بَيْنَ مَا عَنِ بَهَا، وَهُوَ الْجَرْحُ الْمَقْصُودُ الَّذِي حَصَلَ بِهِ الْمَوْتُ.

ولو قال الاصطِيَادُ: هُوَ الْجَرْحُ الْوَارِدُ عَلَى الْوَحْشِيِّ الْمَقْصُودِ الْمَزْهِقِ، [وترك] (١) تَوْسُطَ الْإِمَاتَةِ - لِحَصْلِ الْغَرَضِ ثُمَّ هَذَا الضَّبْطُ يَشْتَمِلُ عَلَى قِيُودٍ:

أَحَدُهَا: الْجَرْحُ فَيُخْرَجُ عَنْهُ الْخَنْقُ وَالْوَقْدُ وَنَحْوُهُمَا.

وَالثَّانِي: كَوْنُهُ مَقْصُودًا، وَقَدْ تَرَكَ الْقَصْدَ عَلَى ثَلَاثِ دَرَجَاتٍ.

إِحْدَاهَا: قَصْدُ أَصْلِ الْفِعْلِ الْجَارِحِ، فَلَوْ كَانَ فِي يَدِهِ سِكِّينٌ، فَسَقَطَ مِنْهُ وَأَنْجَرَ بِهِ الصَّيْدَ وَمَاتَ، أَوْ كَانَ قَدْ نَصَبَ مِنْجَلًا أَوْ حَدِيدَةً أُخْرَى فَتَعَثَرَ بِهِ الصَّيْدُ وَمَاتَ فَهُوَ حَرَامٌ، وَعَلَّلُوهُ مَنْ وَجْهَيْنِ:

قال الْأَكْثَرُونَ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُذَكِّهْ، وَلَمْ يَجْرَحْهُ أَحَدٌ إِذْ لَمْ يَتَّصِلْ بِالْعَقْرِ الْحَاصِلِ فَعَلٌ يُنْسَبُ الْعَقْرُ إِلَيْهِ، وَإِنَّمَا أَنْجَرَ الصَّيْدَ وَهَلَكَ بِحَرَكَةِ نَفْسِهِ غَايَتُهُ أَنَّ الصَّائِدَ تَسَبَّبَ إِلَى إِهْلَاكِهِ بِتَضَلُّلِ الْمِنْجَلِ، لَكِنِ الذِّكَاةُ لَا تَحْصُلُ بِالتَّسَبُّبِ.

وقال أَبُو الطَّيِّبِ بْنُ سَلَمَةَ؛ لِأَنَّ الصَّيْدَ إِذَا يَجِلُّ إِذَا قُصِدَ بِعَيْنِهِ وَدُمِيَ إِلَيْهِ. أَوْ رُمِيَ إِلَى جُمْلَةٍ هِيَ مِنْهَا، وَالْأَخْبُولَةُ وَالسِّكِّينُ لَا يُقْصَدُ بِهَا حِينَ بَعَيْنِهِ، وَلَا وَاحِدٌ مِنْ جُمْلَةٍ. وَلَوْ نَصَبَ سِكِّينًا أَوْ حَدِيدَةً أُخْرَى أَوْ كَانَتْ فِي يَدِهِ فَجَاءَتْ شَاةٌ وَاحْتَكَّتْ بِهَا؛ وَانْقَطَعَ خُلْفُومُهَا، أَوْ كَانَتْ فِي يَدِهِ حَدِيدَةً فَوَقَعَتْ عَلَى حَلْقِ شَاةٍ فَتَلَّتْهُ فَهِيَ حَرَامٌ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَذْبَحْ [ولم يقصد الذَّبْح] (٢) وَإِنَّمَا حَصَلَ مَا حَصَلَ بِفِعْلِ الشَّاةِ أَوْ مِنْ غَيْرِ فَعَلٍ

(١) في ز: ولو بدل.

(٢) سقط في ز.

مختار، وفي «التَّهْذِيبِ» وغيره أَنَّ عند أَبِي إِسْحَاقَ: تحل الشاةُ في صورة وَقُوعِ السَّكِينِ مِنْ يَدِهِ، وَلَا شَكَّ أَنَّ الصَّيْدَ فِي مَعْنَاهُ، فَيَجُوزُ أَنْ يُعَلِّمَ لِدَلِّكَ قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ «فَحَرَامٌ» بِالْوَاوِ، وَيُمْكِنُ أَنْ يُعَلِّمَ بِالْحَاءِ؛ لِأَنَّهُ يُرْوَى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ إِنْ كَانَ فِي الْأُخْبُولَةِ سِلَاحٌ فَجَرَحَ الصَّيْدَ يَحِلُّ، لَكِنْ قَالَ الرَّوْيَانِيُّ فِي «الْبَحْرِ» عِنْدِي: لَا تَصِحُّ هَذِهِ الْحِكَايَةُ عَنْهُ، وَلَوْ كَانَ مَنْ فِي يَدِهِ الْحَدِيدَةَ فَحَرَكَهَا، وَالشاةُ أَيْضاً تَحْكُ حَلْقُومًا بِالْحَدِيدَةِ فَحَصَلَ الْانْقِطَاعُ بِالْحَرَكَتَيْنِ فَهِيَ حَرَامٌ أَيْضاً؛ لِأَنَّ الْمَوْتَ حَصَلَ بِشَرَكَةِ الذَّبَائِحِ وَالْبَهِيمَةِ.

واعترض الإمام: بَأَنَّ مَنْ أَضْجَعُ شاةً لِيَذْبَحَهَا وَأَمَرَ بِالسَّكِينِ عَلَى حَلْقِهَا فَإِنَّهُ يَضْطَرُّ الْمَذْبُوحَ، وَالْاضْطِرَابُ لَهُ أَثَرٌ<sup>(١)</sup> فِي الْقَطْعِ، وَقَلِيلًا مَا تَخْلُو الذَّبَائِحُ<sup>(٢)</sup> عَنْهُ، فَلَوْ أَثَرُ ذَلِكَ لِحَرَمِ<sup>(٣)</sup> مُعْظَمِ الذَّبَائِحِ.

وأجاب بأن الشاةَ الْمَضْبُوطَةَ إِذَا مَسَّهَا حَدُّ السَّكِينِ يَحْبِسُ الْحَلْقُومَ فَإِنَّ كُلَّ حَيَوَانٍ أَصَابَ عَضْوًا مِنْهُ مَوْظِعًا أَنْزَوِيًّا وَتَحْرَكَ عَنْهُ، وَهَذِهِ الْحَرَكَةُ لَا تُؤَثِّرُ فِي الْانْقِطَاعِ، إِنَّمَا الْكَلَامُ فِي الْإِحْتِكَافِ وَالْحَرَكَةِ فِي اسْتِقْبَالِ الْحَدِيدَةِ، وَوَرَاءَ مَا ذَكَرْنَا فِي الْفَصْلِ مَسْأَلَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: إِذَا اسْتَرْسَلَ الْكَلْبُ بِنَفْسِهِ؛ وَقَتْلَ صَيْدًا - فَهُوَ حَرَامٌ<sup>(٤)</sup>. مُعَلِّمًا كَانَ أَوْ لَمْ يَكُنْ، وَاحْتِجَّ لَهُ [بِمَا رَوَى] بِأَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - قَتَلَ تَجْوِيزَ الْأَكْلِ بِالْإِرْسَالِ، فَقَالَ - ﷺ -: «إِذَا أَرْسَلْتَ كَلْبَكَ الْمُعَلِّمَ فَكُلْ وَإِنْ أَكَلَ الْكَلْبُ»<sup>(٥)</sup>، وَالصُّورَةُ هَذِهِ مِنَ الصَّيْدِ لَمْ يَقْدَحْ ذَلِكَ فِي كَوْنِهِ<sup>(٦)</sup> مُعَلِّمًا بِلَا خِلَافٍ، وَإِنَّمَا يَعْتَبَرُ الْإِمْسَاكُ إِذَا [أَرْسَلَهُ]<sup>(٧)</sup> صَاحِبُهُ، وَلَوْ أَنَّ صَاحِبَ الْكَلْبِ رَجَعَهُ لَمَّا اسْتَرْسَلَ<sup>(٨)</sup>، فَانزَجِرَ وَوَقَّفَ ثُمَّ أَغْرَاهُ فَاسْتَرْسَلَ، وَقَتْلَ الصَّيْدِ - حَلًّا بِلَا خِلَافٍ، وَإِنْ لَمْ يَنْزَجِرْ وَمَضَى عَلَى وَجْهِهِ، لَمْ يَحِلَّ الصَّيْدُ سِوَا مَا زَادَ عَدُوَّهُ وَجَدُّهُ أَوْ لَمْ يَزِدْ وَلَوْ لَمْ يَزَجِرْهُ بِلَا أَغْرَاهُ، فَإِنْ لَمْ يَزِدْ عَدُوَّهُ وَجَدُّهُ لَمْ يُؤَثِّرْ إِغْرَاؤُهُ وَحَرَمَ الصَّيْدَ، وَإِنْ زَادَ عَدُوَّهُ فَوَجْهَانِ:

أَحْدَهُمَا: يَحِلُّ الصَّيْدُ الَّذِي قَتَلَهُ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَخْمَدُ؛ لِأَنَّهُ قَدْ ظَهَرَ أَثَرُ الْإِغْرَاءِ فَيُقْطَعُ الْاسْتِرْسَالُ، وَيَصِيرُ كَأَنَّهُ جَرَحَ بِإِغْرَاءِ صَاحِبِهِ. وَأَقْوَاهُمَا: الْمَنْعُ؛ لِأَنَّهُ اجْتَمَعَ الْاسْتِرْسَالُ الْمَحْرَمُ وَالْإِغْرَاءُ الْمَيْبُوحُ - فَيُغْلِبُ التَّحْرِيمُ.

(١) في ز: يؤثر.

(٢) في ز: تحرم.

(٣) بالإجماع، وبه قال ربيعة ومالك وأبو حنيفة وأبو ثور وابن المنذر، قال العبدري هو قول الفقهاء كافة وقال الأصم: يحل، قال ابن المنذر وعطاء والأوزاعي: يؤكل إن كان إخراجاً للصيد.

(٤) تقدم.

(٥) في ز: يكونه.

(٦) في أ: اشترك.

(٧) في ز: أمسكه.

وعَنْ مَالِكٍ رَوَيْتَانِ كَالْوَجْهَيْنِ . وَلَوْ كَانَ الْإِغْرَاءُ وَزِيَادَةُ الْعَدْوِ بَعْدَ مَا زَجَرَهُ ، فَلَمْ يَنْزَجِرْ - فِيهِهِ الْوَجْهَانِ بِالْتَرْتِيبِ ، وَهَذِهِ الصُّورَةُ أَوْلَى بِالْتَحْرِيمِ ؛ لِظَهْوَرِ تَأْيِيهِ وَتَرْكِ مَبَالَاغِهِ بِإِشَارَةِ الصَّائِدِ ، وَبِالْتَحْرِيمِ أَجَابَ أَصْحَابُنَا الْعِرَاقِيُّونَ قَالِ الْإِمَامُ : وَلِلْتَرْتُّدِ الْتَفَاتٍ إِلَى أَنَّ الْإِنْتِزَاجَ بِالزَّجْرِ فِي أَثْنَاءِ الْعَدْوِ : هَلْ يُعْتَبَرُ فِي أَضْلِ التَّعْلِيمِ <sup>(١)</sup> ؟ وَإِذَا جَمَعَ بَيْنِ الصُّورَتَيْنِ حَصَلَ ثَلَاثَةُ أَوْجِهٍ :

**ثَالِثُهَا :** الْفَرْقُ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْإِغْرَاءُ بَعْدَمَا زَجَرَهُ فَلَمْ يَنْزَجِرْ ، فِيحْرَمُ ، أَوْ قَبْلَهُ فَلَا يَحْرَمُ ، وَيَتَعَلَّقُ بِالْخِلَافِ الْمَذْكُورِ ثَلَاثُ صُورٍ .

**إِحْدَاهَا :** إِذَا أُرْسِلَ مُسْلِمٌ كَلْبًا وَأَغْرَاهُ مَجُوسِيٌّ : فَإِنَّ زَادَ عَدْوُهُ [فَإِنْ قُلْنَا] <sup>(٢)</sup> لَا يَنْقَطِعُ هُنَاكَ حُكْمُ الْإِسْتِرْسَالِ - فَيَحِلُّ الْصَيْدُ هَاهُنَا ، وَلَا يُؤْتِرُ إِغْرَاءَ الْمَجُوسِيِّ - وَبِهَذَا قَالَ أَحْمَدُ ، وَهُوَ الَّذِي أَجْرَاهُ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ فِي كَلَامِهِ .

وَإِنْ أَحْلُنَا الْإِصْطِيَادَ عَلَى الْإِغْرَاءِ ، وَقَطَعْنَا حَكَ الْإِرْسَالِ - لَمْ يَحِلَّ ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ - هَكَذَا خَرَجَ الْأَكْثَرُونَ الصُّورَ عَلَى <sup>(٣)</sup> الْخِلَافِ ، وَقَطَعَ فِي «التَّهْذِيبِ» بِالْتَحْرِيمِ ، وَقَالَ : الْإِغْرَاءُ إِذَا أَنْ يَقْطَعَ الْحُكْمَ الْأَوَّلَ ، أَوْ يُوجِبَ الشَّرْكَةَ ، وَعَلَى التَّقْدِيرَيْنِ يَلْزَمُ التَّحْرِيمُ .

**الثَّانِيَةُ :** لَوْ أُرْسِلَ الْمَجُوسِيُّ كَلْبًا ، فَأَغْرَاهُ مُسْلِمٌ ، وَزَادَ عَدْوُهُ : فَإِنَّ قُطَعَ الْإِغْرَاءُ الَّذِي زَادَ بِهِ الْعَدْوُ - حُكْمُ حُلِّ الْصَيْدِ ، وَإِلَّا لَمْ يَحِلَّ ، وَرَوَى الرُّوْيَانِيُّ الْقَطَعَ بِالْتَحْرِيمِ ، وَقَالَ : إِذَا وُجِدَ الْإِرْسَالُ <sup>(٤)</sup> فِي الْإِنْتِهَاءِ فَلَا يَقْطَعُ حُكْمَ الْإِرْسَالِ الْأَوَّلِ .

**الثَّالِثَةُ :** إِذَا أُرْسِلَ إِنْسَانٌ كَلْبَهُ ، فَزَجَرَهُ فَضُولِيٌّ ، فَانْتَزَجِرْ ثُمَّ أَغْرَاهُ ؛ فَاسْتِرْسَلْ ، [وَأَخَذَ صَيْدًا ، فَلَمَنْ] <sup>(٥)</sup> الْمَلِكُ فِي لَصِيدٍ : لِلْغَاصِبِ أَوْ لِصَاحِبِ الْكَلْبِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ مَذْكُورَانِ فِي «كِتَابِ الْغَصْبِ» .

**أَصْحُهُمَا :** أَنَّهُ لِلْغَاصِبِ .

وَلَوْ زَجَرَهُ فَلَمْ يَنْزَجِرْ وَأَغْرَاهُ ، أَوْ لَمْ يَزَجِرْهُ بَلْ أَغْرَاهُ فَازْدَادَ عَدْوُهُ ، وَفَرَعْنَا عَلَى أَنَّ الصَّيْدَ لِلْغَاصِبِ فَيَخْرُجُ عَلَى الْخِلَافِ فِي أَنَّ الْإِغْرَاءَ : هَلْ يَقْطَعُ حُكْمَ الْإِبْتِدَاءِ أَمْ لَا ؟

إِنْ قُلْنَا : لَا ، وَهُوَ الْأَصْحُ فَالصَّيْدُ لِصَاحِبِ الْكَلْبِ ، وَإِلَّا فَلِلْفُضُولِيِّ .

قَالَ الْإِمَامُ : وَلَا يَمْنَعُ خُرُوجُ وَجْهِ فِي أَنَّهُمَا يَشْتَرِكَانِ فِي الْمَلِكِ .

(١) فِي ز : التَّحْرِيمِ .

(٢) فِي ز : وَقُلْنَا .

(٣) فِي ز : إِلَى .

(٤) فِي أ : الْإِشْتِرَاكِ .

(٥) سَقَطَ فِي ز .

وقوله في الكتاب: أو من غاصب، ملكه الغاصب على أصح الوجهين يتعلق بقوله من قبل «جورالة» على الإغراء» يعني إذا جعلنا الحكم للإغراء، فيكون الملك في الصيد على الوجهين: في أن الصيد بالكلب المغصوب لمن هو؟

وقال: أصحهما: يكون للمالك، والأحسن<sup>(١)</sup> أن يُقرأ «ففي الصيد بالكلب المغصوب» بالفاء<sup>(٢)</sup>.

المسألة الثانية: لو أصاب السهم الصيد بإعانة الريح، وكان يقصُر عنه لولا الريح - حل؛ لأن الإختراز من هبوبها لا يمكن فلا يتغير به<sup>(٣)</sup> حكم الاسترسال. هكذا نقله الأصحاب متوافقين<sup>(٤)</sup>، وحكاة الإمام عن بعض التصانيف، كما يُنقل الشيء الغريب، وأبدى تردداً فيه؛ وقد يؤيد تردده ما سيأتي في «المناضلة» إن شاء الله.

ولو أصاب الأرض أو انصدَم بحائط، ثم ازدلف منه، وأصاب الصيد، فوجهان مبيَّان على القولين في أن الإصابة هكذا: هل تُحسب في المناضلة؟

قال الشيخ أبو حامد: والمذهب جل الصيد، فإن ما يتولد من فعل الرامي منسوب إليه إذ لا اختيار للسهم، وبالحل أجاب في «التهذيب» قال: وكذا لو أصاب حجراً فبنا عنه، وأصاب الصيد أو نفذ فيه إلى الصيد يحل.

ولو كان الرامي في نزع القوس فانقطع الوتر [وصدم العوق]<sup>(٥)</sup> فارتَمى السهم، وأصاب الصيد فوجهان:

أحدهما: يحل نظراً إلى الرامي، وحصول الإصابة كما قصد.

الثاني: لا؛ لأن ما جرى لم يكن على وفق قصده، وقد يقتضي قياس ما سبق ترجيح الأول.

قال الغزالي: (الثانية: قصد جنس الحيوان) فلو رمى سهماً في خلوة وهو لا يزجو صيداً فاتفق حرم \* وكذا لو أجال سيفه فأصاب خلق شاة \* ولا يشترط نية الذبح إذ لو قطع ما ظنه ثوباً فإذا هو خلق شاة حل \* ولو ظنه خلق آدمي فعلى وجهين \* ولو ظن خلق خنزير فوجهان مرتبان وأولى بالحل.

قال الرافعي: في الفصل مسألان:

(١) في ز: والأصح.

(٢) في ز: فيه.

(٣) في أ: متوافرين.

(٤) في ز: وصدف الغرض.

إِحْدَاهُمَا: إِذَا أَرْسَلَ سَهْمًا فِي الْهَوَاءِ أَوْ فِي فَضَاءِ مِنَ الْأَرْضِ لِاخْتِبَارِ قُوَّتِهِ أَوْ رَمَى إِلَى هَدَفٍ فَاعْتَرَضَ صَيْدًا؛ فَأَصَابَهُ، وَقَتَلَهُ، وَكَانَ لَا يَرْجُو صَيْدًا، بَلْ لَا، يَخْطُرُ لَهُ الصَّيْدُ فِي جِلِّهِ وَجِهَانِ:

أَحَدُهُمَا: وَبِهِ قَالَ أَبُو إِسْحَاقَ يَحِلُّ؛ لِأَنَّهُ وُجِدَ قَصْدُ الْفِعْلِ وَالِاعْتِبَارُ بِهِ لَا بِمُورِدِ الْفِعْلِ وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ مِنْ ظَنٍّ، وَلِذَلِكَ لَوْ قَطَعَ مَا ظَنَّهُ ثَوْبًا فَإِذَا هُوَ حَلَقٌ شَاءَ - يَحِلُّ عَلَى مَا سَنَذَكُرُهُ.

وَأَصْحُهُمَا: وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ، وَالْمَنْصُوصُ: الْمَنْعُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْصِدِ الصَّيْدَ لَا مُعِينًا وَلَا مُنْهَمًا وَقَدْ شَبَّهَ ذَلِكَ بِمَا إِذَا وَقَعَ فِي الشَّبَكَةِ صَيْدًا، وَتَعَثَّرَ بِحَدِيدَةٍ مِنْهَا.

وَيَفْرُقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ قَطْعِ مَا ظَنَّهُ ثَوْبًا بِأَنَّ هُنَاكَ قَدْ قَصِدَ عَيْنًا وَيَجْرِي الْخِلَافُ فِيمَا إِذَا كَانَ يَرْمِي ذَلِكَ الصَّيْدَ، لَكِنَّهُ يَرْمِي إِلَى هَدَفٍ أَوْ ذَنْبٍ، وَلَا يَقْصِدُ، فَأَصَابَهُ، وَلَوْ كَانَ يُجِيلُ سَيْفَهُ فَأَصَابَ عُنُقَ شَاةٍ، وَقَطَعَ الْحُلُقُومَ وَالْمَرْيَاءَ مِنْ غَيْرِ شُعُورٍ بِالْحِلِّ، فَالَّذِي حَكَاهُ الْإِمَامُ وَغَيْرُهُ: أَنَّ الشَّاةَ مَيْتَةٌ، وَقَدْ يَجِيءُ فِيهِ الْخِلَافُ الْمَذْكُورُ فِي إِرسَالِ السَّهْمِ وَإِصَابَةِ الصَّيْدِ، وَالْقَوْلُ الْمَنْقُولُ؛ فِيمَا إِذَا وَقَعَ السَّكِينُ مِنْ يَدِهِ.

وَلَوْ أَرْسَلَ كَلْبًا حَيْثُ لَا صَيْدٌ أَوْ اعْتَرَضَ صَيْدًا فَقَتَلَهُ - لَمْ يَحِلَّ، وَفِي «الْكَافِي» لِلرُّوْيَانِيِّ، وَغَيْرِهِ: أَنَّ فِيهِ وَجْهًا آخَرَ كَمَا فِي السَّهْمِ، وَيَفْرُقُ بَيْنَهُمَا بِأَنَّ الرَّمِيَّ فَعَلُهُ الْمُتَوْلَدُ مِنْ أَقْرَبِ إِلَى الْإِنْتِسَابِ إِلَيْهِ مِمَّا يَفْعَلُهُ الْكَلْبُ؛ فَإِنَّهُ حَيَوَانٌ ذُو اخْتِيَارٍ وَسَيَعُودُ هَذَا الْفَرْقُ فِي صُورَةٍ تَأْتِي.

الثَّانِيَةُ: لَوْ رَمَى إِلَى مَا ظَنَّهُ حَجْرًا، أَوْ جُرْثُومَةً، وَكَانَ صَيْدًا فَقَتَلَهُ فَهُوَ حَلَالٌ، وَكَذَا لَوْ ظَنَّهُ صَيْدًا غَيْرَ مَأْكُولٍ فَكَانَ مَأْكُولًا؛ لِأَنَّهُ قَصَدَ عَيْنَهُ. لَكِنْ ظَنَّهُ عَلَى خِلَافِ مَا هُوَ عَلَيْهِ. قَيْسٌ<sup>(١)</sup> ذَلِكَ بِمَا إِذَا كَانَتْ لَهُ شَاتَانِ فَذَبَحَ إِحْدَاهُمَا، وَهُوَ يَظُنُّهَا الْآخَرَى وَفِي «التَّهْذِيبِ» وَغَيْرِهِ وَجْهٌ: أَنَّهُ لَا يَحِلُّ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْصِدِ الصَّيْدَ وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ، وَوَجْهُ الْمَذْهَبِ الظَّاهِرُ بِالْخَبَرِ وَهُوَ مَا رَوَى أَنَّهُ - عليه السلام - قَالَ: «كُلْ مَا رَدَّ عَلَيْكَ قَوْسُكَ»<sup>(٢)</sup> وَبِعَبَارَتَيْنِ:

إِحْدَاهُمَا: أَنَّهُ حَصَلَ رَامِيًا إِلَى صَيْدٍ عَنِ قَصْدٍ مِنْهُ إِلَيْهِ، وَإِنَّمَا فَقَدَ عِلْمَهُ بِحَالِهِ.

وَالثَّانِيَةُ: قَالَ أَبُو إِسْحَاقَ: حَصَلَ قَتْلُ الصَّيْدِ بِفَعْلِهِ الَّذِي قَصَدَهُ، وَإِنَّمَا فَعَلَ مَا اعْتَقَدَهُ، وَبُنِيَ عَلَى الْعِبَارَتَيْنِ الْخِلَافِ السَّابِقِ فِيمَا إِذَا أَرْسَلَ سَهْمًا فِي الْهَوَاءِ؛ فَأَصَابَ صَيْدًا فَقَتَلَهُ، فَعَلَى الْعِبَارَةِ الْأُولَى: لَا يَحِلُّ؛ لِأَنَّهُ [لَيْسَ قَاصِدًا إِلَيْهِ، وَعَلَى عِبَارَةِ أَبِي

(١) فِي ز: وَقِيَّاس.

(٢) أَبُو دَاوُدَ [٢٨٥٦] مِنْ حَدِيثِ أَبِي ثَعْلَبَةَ، وَرَوَاهُ أَحْمَدُ مِنْ حَدِيثِ عَقْبَةَ بْنِ عَامِرٍ، وَحَدِيثُ بَنِ الْيَمَانِ مِثْلُهُ، وَفِيهِمَا ابْنُ لَهَيْعَةَ.

إسحاق يَجِلُّ لأنه وَجَدَ القصد إلى الفعل، وَحَصَلَ القتلُ<sup>(١)</sup> بذلك الفِعْلِ، ولو قَطَعَ ما ظَنَّهُ ثوباً ونحوه بَأَنَّ كَانَ فِي ظُلْمَةٍ - فَكَانَ عُنُقُ شَاةٍ، وَانْقَطَعَ الحُلُقُومُ والمريءُ - حَلَّتِ الشَاةُ، نَصَّرَ عَلَيْهِ الشَافِعِيُّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - وَعَنْ ابْنِ أَبِي هُرَيْرَةَ وَجَهٌ: أَنَّهُ لَا يَجِلُّ؛ قَالَ فِي «الْبَحْرِ». وَلَوْ أُرْسِلَ كَلْبًا إِلَى شَاخِصٍ ظَنَّهُا حَجْرًا فَبَانَ صَيْدًا فَوْجَهَانِ:

أَصْحُهُمَا: أَنَّهُ يَجِلُّ كَمَا فِي رَمَى السَّهْمِ.

الثَّانِي: الْمَنْعُ؛ لِأَنَّ لِلْكَلْبِ اخْتِيَارًا، وَلَوْ رَمَى إِلَى شَاخِصٍ ظَنَّهُ أَدَمِيًّا مَغْضُومًا فَكَانَ صَيْدًا، وَفَرَعْنَا عَلَى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ لَوْ ظَنَّهُ حَجْرًا وَهُوَ أَنَّهُ يَجِلُّ فَوْجَهَانِ:

أَصْحُهُمَا: أَنَّ الْجَوَابَ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ قَدْ قَصَدَ الْعَيْنَ وَأَصَابَ، وَإِنَّمَا الْخَطَأُ فِي جِنْسِ الْمَرْمِي إِلَيْهِ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ لَا يَجِلُّ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْصِدْ صَيْدًا حَلَالًا بَلْ قَصَدَ فِعْلًا مُحْرَمًا فَلَا تَحْصُلُ<sup>(٢)</sup> بِهِ الْاسْتِبَاحَةُ. وَلَوْ ظَنَّ الشَاخِصَ خِنْزِيرًا، أَوْ حَيْوَانًا آخَرَ مُحْرَمًا [فَفِي وَجْهَانِ مُرْتَبَانِ، وَأَوْلَى بِالْحَلِّ؛ لِأَنَّ الْمَحْرَمَ لَحْمُ الْخِنْزِيرِ دُونَ قَتْلِهِ، وَإِهْلَاكِهِ.

وَلَوْ ذَبَحَ حَيْوَانًا فِي ظُلْمَةٍ فَظَنَّهُ خِنْزِيرًا أَوْ حَيْوَانًا آخَرَ مُحْرَمًا<sup>(٣)</sup> فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ ذَبَحَ شَاةً؛ قَالَ فِي «الْثَّاهِيَةِ» الْوَجْهُ عِنْدِي: الْقَطْعُ بِحَلْهَا؛ لِقُوَّةِ الْفِعْلِ، وَأَنَّهُ فِي حُكْمِ التَّعَاطِي وَالرَّمِي وَلَا يَحْكُمُ عَلَيْهِ بِإِصَابَةٍ.

قَالَ وَلَوْ رَمَى إِلَى شَاخِصٍ، وَلَمْ يَغْلِبْ عَلَى ظَنِّهِ شَيْءٌ مِنْ حَالِهِ وَاسْتَوَتْ عِنْدَهُ الْجَائِزَاتُ فَتَبَيَّنَ كَوْنُهُ صَيْدًا - فَقَدْ أَشَارَ شَيْخِي إِلَى وَجْهَيْنِ وَرْتَبَهُمَا عَلَى مَا إِذَا ظَنَّهُ خِنْزِيرًا. وَالْوَجْهُ الْقَطْعُ بِالْحَلِّ كَمَا لَوْ حَسِبَهُ حَجْرًا.

وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ الثَّانِيَةِ: «قَصَدَ جِنْسَ الْحَيْوَانِ» الْمَقْصُودُ مِنَ السِّيَاقِ الْمَذْكَورِ تَرْتِيبُ مُتَعَلِّقَاتِ الْقَصْدِ، وَبَيَانُ مَا يُعْتَبَرُ [مِنْهَا وَمَا لَا يُعْتَبَرُ عَلَى مَا فِيهَا مِنَ الْوِفَاقِ وَالْخِلَافِ لِأَنَّ جَمِيعَهَا مُعْتَبَرٌ]<sup>(٤)</sup>، وَكَيْفَ وَقَدْ بَيَّنَّ فِي الْفَضْلِ أَنَّ الظَّاهِرَ فِيمَا إِذَا رَمَى إِلَى شَاخِصٍ ظَنَّهُ حَجْرًا فَكَانَ صَيْدًا [يَجِلُّ أَكْلُهُ]<sup>(٥)</sup>، وَأَنَّهُ لَوْ قَطَعَ مَا ظَنَّهُ ثوبًا فَكَانَ حَلَقٌ شَاةٍ يَجِلُّ، وَلَمْ يَوْجَدْ قَصْدُ جِنْسِ الْحَيْوَانِ وَفِيمَا إِذَا رَمَى سَهْمًا [حَيْثُ لَا يَرْجُو الصَّيْدَ، لَيْسَ إِلَّا التَّحْرِيمُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْصِدْ جِنْسَ الْحَيْوَانِ، بَلْ لِأَنَّهُ]<sup>(٦)</sup> لَمْ يَقْصِدْ بِفِعْلِهِ مُعَيَّنًا وَلَا مُبْهَمًا.

(٢) فِي ز: تَحَل.

(٤) سَقَطَ فِي ز.

(٦) سَقَطَ فِي ز.

(١) سَقَطَ فِي ز.

(٣) سَقَطَ فِي ز.

(٥) فِي أ: الْحَل.

قوله: «ولو رمى سهماً في خلوة» ذكر الخلوة لا معنى له في هذا الموضع. إلا أن يريد في موضع خال عن الصيد.

قوله: «ولو ظنَّ حلق آدمي فوجهان، ولو ظنَّه حلق خنزير» تصوير فيما إذا قطع ما ظنَّه حلق آدمي أو<sup>(١)</sup> حلق خنزير، فبان أنه حلق شاة.

والإمام صور الصورتين فيما إذا رمى إلى شاخص ظنَّه آدمياً أو خنزيراً، فكان صيداً كما أوردناه، وكان صاحب الكتاب رأهما متساويتين فلم يبال بتغيير التصوير، وقد يظن فرق بين المقدور عليه وغيره، ويستشهد له بتردد إمام الحرمين<sup>(٢)</sup> في فرع ذكره.

قال: لو رمى إلى شاته الربيطة<sup>(٣)</sup> - آلة جارحة - فأصابت الحلقوم والمريء وفقاً وقطعهما - ففي حل الشاة مع القذرة على إمرار السكين نظراً، ويجوز أن تفرق بين أن يقصد المذبح بما يزميه وبين أن يقصد الشاة فيصيب المذبح والاحتمال متطرق إلى جميع ذلك. هذا لفظه.

قال الغزالي: (الثالثة: قصد عين الحيوان) فلو رمى بالليل إلى حيث لا يراه ولكن قال: ربما أصيب صيداً فأصاب ففيه ثلاثة أوجه يفرق في الثالث بين أن يكون ذلك في مظنة التوقع أو لا يكون فيعد عتياً \* ولو قصد سرباً من الطباء فأصاب واحداً حل \* ولو قصد واحداً منه فأصاب آخر فوجهان \* فإن كان المصاب من غير السرب فوجهان مرتبان وأولى بالمنع \* ولو قصد حجراً فأصاب ظبية فوجهان وأولى بالتحريم \* ولو قصد خنزيراً فمال إلى ظبية فأولى بالتحريم.

قال الرافعي: فيه مسألتان:

إحداهما: الصيد المصاب إن كان يراه الرامي، وقصده فذاك، وفي معناه ما إذا كان يحس به في ظلمة، أو من وراء حجاب كما لو كان بين أشجار ملتفة، وقصده وإن لم يعلم به فإن رمى وهو لا يزجو صيداً<sup>(٤)</sup> ولا يقصده فأصاب صيداً ففيه الخلاف المذكور في صدر<sup>(٥)</sup> الفصل السابق، وإن كان يتوقع صيداً وبنى الأمر عليه كما إذا رمى في ظلمة الليل. وقال: ربما أصبت صيداً فأصابه ففي حله ثلاثة أوجه حكاه الإمام وصاحب الكتاب: أوقفها لظاهر النص، ولما أطلقه عامة الأصحاب: المنع؛ لأنه لم يقصد قصداً صحيحاً وقد يعد مثله عتياً وسفهاً.

(٢) في أ: الإمام.

(٤) في أ: شيئاً.

(١) في ز: أم.

(٣) في ز: الوسيطة.

(٥) في ز: هذا.

والثاني: يحل ويحكي عن أبي حنيفة لأنه قتل الصيد على توقع ونوى قصده.

والثالث: الفرق بين أن يتوقع الصيد هناك بظن غالب وبين مجرد التجويز.

الثالثة: لو رمى إلى سرب من الطباء، أو أرسل كلباً فأصاب واحدة منها، فهي حلال وإن لم يقصد غير تلك الواحدة.

ولو قصد بالرمي ظبية منها فأصاب غيرها فوجهان:

أصحهما: وبه قال أبو حنيفة: أنها تحل؛ لوجود قصد الصيد.

والثاني: المنع. وبه قال مالك؛ لأنه أصاب غير ما قصده.

وفيه وجه ثالث: وهو أنه إن كان يرى الصيد الثاني حالة الرمي - حل أكل المصاب، وإن كان لا يراه [حينئذ]<sup>(١)</sup> لم يحل؛ كما لو رمى سهماً وهو لا يرى صيداً، فأصاب صيداً، ومنهم من قطع بالحل، ولم يثبت الخلاف، ولا فرق بين أن يعدل السهم عن الجهة التي قصدتها إلى غيرها؛ فيصيب وبين ألا يعدل، لأن السهم لا اختيار له وما حصل فعله.

ولو<sup>(٢)</sup> كانت الطيبة التي أصابها من غير ذلك السرب فوجهان أيضاً. وهذه الصورة أولى بالتحريم بخروج تلك الطيبة عن متعلق القصد، ومع هذا الترتيب فالحل هو الذي رجحه<sup>(٣)</sup>، وقد يجمع بين الصورتين ويقال: في المسألة ثلاثة أوجه.

ثالثها: الفرق بين أن يكون التي أصابها من ذلك السرب أو من غيره.

ولو رمى إلى شاخص على اعتقاد أنه حجر وكان حجراً فأصاب السهم ظبية، ففي الحل خلاف مرتب على الخلاف فيما إذا قصد ظبية، وأصاب غيرها. وهذه الصورة أولى بالتحريم؛ لأنه لم يوجه قصده إلى صيد.

وبالتحريم أجاب الصيدلاني، وغيره، وهو المخكي عن أبي حنيفة.

وإن كان الشاخص صيداً ومال السهم عنه وأصاب صيداً آخر - اطرّد الخلاف.

وهذه الصورة أولى بالحل فيما إذا اعتقد حجراً وكان حجراً لأنه لم يقصد الصيد، ولا أصاب غير ما قصده. ولو رمى إلى شاخص ظنه خنزيراً، وكان خنزيراً فأصاب السهم ظبية - جرى الخلاف، وهذه الصورة أولى بالتحريم مما إذا اعتقد حجراً وكان حجراً؛ لأنه رمى إلى محرّم فلا يستفيد الحل.

(٢) في أ: وإن.

(١) سقط في ز.

(٣) في ز: رجحه.



وإن كان الشَّاحِصُ صَيْدًا فهو أَوْلَى بِالْحَلِّ مِمَّا إِذَا كَانَ خِنْزِيرًا كَمَا إِذَا اعْتَقَدَهُ، وَمَعَ هَذَا التَّرْتِيبِ فَلَا يُظْهَرُ التَّحْرِيمُ كَمَا فِي مَسْأَلَةِ الْحَجَرِ، [وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: حَلُّ الصَّيْدِ فِي مَسْأَلَةِ الْخِنْزِيرِ] <sup>(١)</sup> وَلَوْ رَمَى إِلَى شَاخِصٍ ظَنَّهُ صَيْدًا قَبَانَ حَجْرًا أَوْ خِنْزِيرًا، فَأَصَابَ السَّهْمُ صَيْدًا.

قال «صاحب التهذيب»: إن اعتبرنا الظنَّ فيما إذا رمي [إلى ما] <sup>(٢)</sup> يظنه حجرًا وكان صيدًا، فأصاب السهمُ صيدًا آخرَ، وقُلْنَا: بالتحريم فها هنا يحلُّ الصيدُ الذي أصابه، وإن اعتبرنا الحقيقة. وقُلْنَا: بالحلِّ - هناك - فلا يحلُّ هاهنا هذا في رمي السهمِ. أمَّا إذا أرسل الكلبَ إلى صيِّدٍ فأخذ صيدًا آخرَ، نُظِرَ، إن عدلَ عن الجِهَةِ التي أَرْسَلَهُ فِيهَا إِلَى جِهَةٍ أُخْرَى فِي جِلِّ مَا قَتَلَهُ وَجِهَانِ: أَحَدَهُمَا، وَبِهِ قَالَ أَبُو إِسْحَاقَ: لَا يَحِلُّ؛ لِأَنَّهُ مَضَى فِي تِلْكَ الْجِهَةِ بِاخْتِيَارِهِ، فَهُوَ كَمَا لَوْ [اسْتَرْسَلَ] <sup>(٣)</sup> بِنَفْسِهِ.

وأظهرهما: الحلُّ؛ لِأَنَّهُ أَرْسَلَهُ عَلَى الصَّيْدِ، وَأَخَذَ الصَّيْدَ وَتَكْلِيفُهُ أَلَّا يَعْدِلَ مِنْ جِهَةٍ إِلَى جِهَةٍ بَعِيدٍ. . . وَلِذَلِكَ لَوْ عَدَلَ الصَّيْدُ مِنْ تِلْكَ الْجِهَةِ إِلَى غَيْرِهَا فَتَبِعَهُ الْكَلْبُ لَمْ يَضُرَّ، وَقَدْ يُوجِبُ الْوَجْهَانِ بِمِثْلِ مَا وَجِهَ <sup>(٤)</sup> الْخِلَافَ بِهِ فِيمَا إِذَا رَمَى إِلَى صَيْدٍ - فَأَصَابَ آخَرَ فَأَتَبَتُوا الْوَجْهَيْنِ هُنَاكَ، وَرَبَّتُوا الْخِلَافَ عَلَى الْخِلَافِ، وَاخْتَلَفُوا فِي كَيْفِيَّةِ التَّرْتِيبِ.

فقال أكثرهم: صورة الكلبِ أَوْلَى بِالْتَّحْرِيمِ، لِأَنَّهُ حَيَوَانٌ مُخْتَارٌ فمخالفتُهُ تشعر بأنه عدلٌ وقتلٌ باختياره، وعكس بعضهم وجعلها أَوْلَى بِالْحَلِّ؛ لِأَنَّ تَسْيِدَ السَّهْمِ عَلَى ظَنِّيَّةٍ مِنَ السَّرْبِ مُمَكِّنٌ، وَإِعْرَاءُ الْكَلْبِ عَلَى ظَنِّيَّةٍ مِنْهُ غَيْرُ مُمَكِّنٍ، وَلِذَلِكَ لَوْ انْفَلَتَ السَّهْمُ، وَقَتَلَ الطَّائِرُ بِعَرَضِهِ حُرْمًا <sup>(٥)</sup>؛ لِسُوءِ الرَّمْيِ، وَلَوْ قَتَلَ الْكَلْبُ بِالضَّغْطَةِ كَانَ عَلَى قَوْلَيْنِ.

وقطع الإمام بالتحريم إذا عدلَ إلى <sup>(٦)</sup> جِهَةٍ أُخْرَى وَظَهَرَ مِنْ عُدُولِهِ <sup>(٧)</sup> وَاخْتِيَارِهِ، بِأَنِ امْتَدَّ فِي جِهَةِ الْإِرْسَالِ زَمَانًا ثُمَّ بَانَ صَيْدٌ آخَرَ فَاسْتَدْبَرَ الصَّيْدَ الْمُرْسَلُ إِلَيْهِ وَقَصَدَ الْآخَرَ.

وقال «صاحب الحاوي»: الصَّحِيحُ عِنْدِي أَنْ يُقَالَ: إِنْ خَرَجَ عَادِلًا عَنْ جِهَةٍ إِرْسَالِهِ حُرْمًا مَا يَقْتُلُهُ، وَإِنْ خَرَجَ إِلَيْهَا فَفَاتَهُ الصَّيْدُ؛ فَعَدَلَ إِلَى غَيْرِهَا وَاضْطَّادَ حَلًّا؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى حِدْقِهِ حَيْثُ لَمْ يَرْجِعْ خَائِبًا إِلَى صَاحِبِهِ، فَلَا مُخَالَفَةَ <sup>(٨)</sup> فِيهِ، وَإِنْ لَمْ يَعْدِلْ عَنْ جِهَةِ الْإِرْسَالِ وَكَانَ فِيهَا صَيْدًا، فَاضْطَّادَ غَيْرَ مَا اغْرَأَهُ عَلَيْهِ - حَلًّا؛ كَمَا فِي السَّهْمِ.

(٢) في ز: فيما.

(١) سقط في ز.

(٤) في ز: وجهه.

(٣) في ز: أرسل.

(٦) في ز: عن.

(٥) في ز: يحرم.

(٨) في ز: ولا مخالف.

(٧) في ز: وعدل من ظهور.

وفيه وجه أيضاً حِوَالَةٌ<sup>(١)</sup> للمخالفة على اختياره، ويجوز أن يُعْلَمَ قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «فِيمَا إِذَا قَصَدَ وَاحِدًا مِنَ السَّرْبِ وَأَصَابَ آخَرَ» بِالْوَاوِ؛ لِلطَّرِيقَةِ الْقَاطِعَةِ. وَكَذَا قَوْلُهُ: «عَقِيْبُهُ «فَوْجَهَانِ مُرْتَبَانِ».

وقَوْلُهُ: «وَلَوْ قَصَدَ حَجْرًا فَأَصَابَ ظَنِيَّةً» الْمُرَادُ مِنْهُ مَا إِذَا ظَنَّهُ حَجْرًا عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ.

وقَوْلُهُ: «فَأَوْلَى»<sup>(٢)</sup> بِالْتَحْرِيمِ فِي مَسْأَلَةِ الْخَنْزِيرِ يَجُوزُ أَنْ يُعْلَمَ بِالْحَاءِ؛ لِأَنَّ عَشْدَهُ يَحِلُّ إِذَا رَمَى إِلَى مَا يَظُنُّهُ خَنْزِيرًا، وَلَا يَحِلُّ إِذَا رَمَى إِلَى مَا يَظُنُّهُ حَجْرًا عَلَى مَا سَبَقَ فَصُورَةُ الْخَنْزِيرِ عِنْدَهُ أَوْلَى بِالْحَلِّ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: «أَمَّا قَوْلُنَا: حَصَلَ الْمَوْتُ بِهِ أَرَدْنَا أَنَّهُ لَوْ مَاتَ الْمَجْرُوحُ بِافْتِرَاسِ سَبْعٍ أَوْ صَدْمَةٍ لَمْ يَحِلَّ \* فَإِنْ غَابَ عَنْهُ وَأَدْرَكَهُ مَيْتًا وَعَلَيْهِ أَثَرُ آخَرَ لَمْ يَحِلَّ \* وَإِنْ لَمْ يَجِدْ أَثَرًا آخَرَ فَقَوْلَانِ».

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْقَيْدُ الثَّلَاثُ: حَصُولُ الْمَوْتِ بِذَلِكَ الْجَرْحِ، فَلَوْ مَاتَ بِصَدْمَةٍ، أَوْ افْتِرَاسِ سَبْعٍ أَوْ أَعَانَ ذَلِكَ الْجَرْحُ غَيْرَهُ عَلَى مَا بَيَّنَّا فِي نَظَائِرِهِ - لَمْ يَحِلَّ.

وَلَوْ غَابَ عَنْهُ الْكَلْبُ وَالصَّيْدُ، ثُمَّ وَجَدَهُ مَيْتًا - لَمْ يَحِلَّ أَيْضًا؛ لِإِحْتِمَالِ أَنَّهُ مَاتَ بِسَبَبِ آخَرَ، وَلَا أَثَرَ لِكُونِ الصَّيْدِ مُتَضَمِّنًا بِدَمِهِ، قَرُبًا جَرَحَهُ الْكَلْبُ، وَأَصَابَهُ جِرَاحَةٌ أُخْرَى. وَفِي كِتَابِ الْقَاضِي ابْنِ كَيْجٍ وَجْهٌ: أَنَّهُ يَحِلُّ، وَإِنْ جَرَحَهُ ثُمَّ غَابَ ثُمَّ أَدْرَكَهُ مَيْتًا، فَإِنْ انْتَهَى بِالْجِرَاحَةِ إِلَى حَالِ حَرَكَةِ الْمَذْبُوحِ - فَهُوَ حَلَالٌ، وَلَا أَثَرَ لَغَيْبَتِهِ، وَإِنْ لَمْ يَنْتَهَ، فَإِنْ وُجِدَ فِي مَاءٍ، أَوْ وُجِدَ عَلَيْهِ أَثَرُ صَدْمَةٍ، أَوْ جِرَاحَةٍ أُخْرَى - لَمْ يَحِلَّ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ أَثَرُ آخَرَ، فَظَاهِرٌ مَا نَصَّ عَلَيْهِ فِي «الْمَخْتَصَرِ» وَ«الْأَمِّ» أَنَّهُ حَرَامٌ.

وَقَالَ فِي مَوْضِعِ آخَرَ: لَا يَحِلُّ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ جَاءَ عَنِ النَّبِيِّ - ﷺ - شَيْءٌ فِيهِ فَإِنِّي أَنُوْهُمُ، فَيَسْقُطُ مَا خَالَفَ أَمْرَهُ، وَلِلْأَصْحَابِ ثَلَاثَةُ طَرِيقٍ:

وَأَشْهُرُهُمَا: أَنْ فِي جِلِّهِ قَوْلَيْنِ.

وَجْهٌ الْحَلِّ مَا رُوِيَ عَنِ أَبِي ثَعْلَبَةَ الْخُسَنِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - عَنِ النَّبِيِّ - ﷺ - أَنَّهُ قَالَ: «إِذَا رَمَيْتَ سَهْمَكَ، فَغَابَ عَنْكَ، فَأَدْرَكَتَهُ، فَكُلْ مَا لَمْ يُتَيْنِ»<sup>(٣)</sup>.

وَعَنْ عَدِيِّ بْنِ حَاتِمٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - عَنِ النَّبِيِّ - ﷺ -: بِمَعْنَاهُ، وَقَالَ: كُلُّهُ إِلَّا

(٢) سقط في ز.

(١) في ز: جهالة.

(٣) مسلم [١٩٣١] وأبو داود، وأعله ابن حزم بمعاوية بن صالح، وقال البيهقي، حمل أصحابنا النهي على التنزيه.

أَنْ تَجِدَهُ وَقَعَ فِي مَاءٍ<sup>(١)</sup>.

وأيضاً فإنه لم يتحقق سبب سوى الجرح الذي أصابه، فالوجه إضافة الموت إليه، ولذلك يوجب القصاص بجرح وجد، ودام أثره إلى الموت، وإن احتمل أن يكون الموت بسبب آخر، ويحل الجنين بذبح الأم حوالة لموته<sup>(٢)</sup> على انقطاع الزوج عنه بذبح الأم، وإن أمكن أن يكون موته بسبب آخر.

ووجه التحريم ما روي عن عدي بن حاتم - رضي الله عنه - قال: قلت يا رسول الله، إنا أهل صيد، وإن أحدنا يرمي الصيد فيغيب الليلتين والثلاث فنجده ميتاً. فقال رسول الله - ﷺ -: «إذا وجدت فيه أثر سهمك، ولم يكن فيه أثر سبع، وعلمت أن سهمك قتله؛ فكل»<sup>(٣)</sup> فشرط العلم بأن سهمه قتله.

وعن ابن عباس - رحمه الله - أنه قال: كل ما أضمت ودغ ما أنميت<sup>(٤)</sup> وقسره الشافعي - رضي الله عنه - فقال: «ما أصميت»: أي قتله سهمك، أو كلبك، وأنت تراه، «وما أنميت» ما غاب عنك مقتله، ولأنه يَحْتَمِلُ أن يكون الموت بسبب آخر، والتحريم ما يحتاج له، وذكر «صاحب التهذيب» أن أصح القولين الحل، لكن أصحابنا العراقيون وغيرهم إلى تزجيج التحريم أميل.

والثاني: القطع بالحل؛ لأن الشافعي - رضي الله عنه - قال: إلا أن يكون في الحل خبر وقد ثبت الخبر فيه.

والثالث: القطع بالتحريم، وحمل الخبر على ما إذا أنهأه الجرح إلى حالة حركة المذبوح. وعند أبي حنيفة: إن أتبعه عقيب الرمي فوجده ميتاً - حل، وإن أخر اتباعه لم يحل. وعن مالك: أنه إن وجده في يومه حل، وإن وجده بعد ذلك فلا يحل. واعلم أن مسألة القولين: تسمى مسألة الإنماء، ولم يذكر هذه اللفظة هاهنا وذكرها من بعد.

قال الغزالي: والتسمية مستحبة عند الذبح وعند إرسال الكلب والسهم ولا تشتط \* وهل يكفي للإستحباب التسمية عند عض الكلب وجهان.

(١) أخرجه البخاري [٥٤٨٤، مسلم ١٩٢٩].

(٢) في ز: بموته. (٣) أبو داود [٢٨٥٣] والترمذي [١٤٦٨] نحوه.

(٤) البيهقي موقوفاً من وجهين، قال: وروي مرفوعاً، وسنده ضعيف، فيه عثمان بن عبد الرحمن الواقصي وهو ضعيف، ورواه أبو نعيم في المعرفة من حديث عمرو بن تميم عن أبيه عن جده مرفوعاً، وفيه محمد بن سليمان بن شمول وقد ضعفه، وقال الربيع قال الشافعي: ما أصميت ما قتله الكلاب وأنت تراه، وأما أنميت ما غاب عنك مقتله.

قال الرَّافِعِيُّ: التَّسْمِيَةُ عِنْدَ الذَّبْحِ، وَعِنْدَ الرَّمْيِ إِلَى الصَّيْدِ، وَإِرْسَالِ الْكَلْبِ مُسْتَحَبَّةٌ، فَلَوْ تَرَكَهَا عَامِداً، أَوْ نَاسِياً - لَمْ تُحَرِّمُ الذَّبِيحَةَ، لَكِنْ تَرَكَهَا عَامِداً مَكْرُوهٌ. وَفِي «تَعْلِيقِ الشَّيْخِ أَبِي حَامِدٍ». أَنَّهُ يَأْتُمُّ بِهِ وَسَاعَدْنَا مَالِكٌ عَلَى أَنَّ مَتْرُوكَ التَّسْمِيَةِ حَلَالٌ.

وقال أَبُو حَنِيفَةَ: إِنْ تَرَكَهَا عَمِداً لَمْ تَحُلْ، وَإِنْ نَسِيَ حُلَّ.  
وعن أَحْمَدَ رَوَيْتَانِ فِي الصَّيْدِ.

إِخْدَاهُمَا: كَمَذْهَبِنَا، وَالْأُخْرَى كَمَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ.  
وَالثَّلَاثُ: أَنَّهُ لَا يَحُلُّ سِوَاءَ تَرَكَهَا عَمِداً أَوْ سَهْواً.

الرَّابِعَةُ: أَنَّهُ لَا تَلْزَمُ فِي الرَّمْيِ، وَتَلْزَمُ فِي إِرْسَالِ الْجَوَارِحِ وَأَمَّا فِي الذَّكَاةِ فَعِنْدَهُ إِنْ تَرَكَ نَاسِياً حُلَّ، وَإِنْ كَانَ عَامِداً فَفِيهِ رَوَايَتَانِ.

لَنَا مَا رُوِيَ عَنْ عَائِشَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَأَنَّ قَوْمًا قَالُوا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ هُنَا أَقْوَامًا حَدِيثُ عَهْدٍ بِالشَّرْكِ يَأْتُونَنَا بِلُحْمَانٍ لَا نَدْرِي أَيُذَكِّرُونَ اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهَا أَمْ لَا؟ فَقَالَ - ﷺ - «أَذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ وَكُلُوا»<sup>(١)</sup> وَلَوْ كَانَتْ التَّسْمِيَةُ شَرْطاً لِلْحَلِّ لَمَا ثَبَتَ الْحُلُّ عِنْدَ الشَّكِّ فِيهَا.

وعن النَّبْرَاءِ بْنِ عَازِبٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - قَالَ: «الْمُسْلِمُ يَذْبَحُ عَلَى اسْمِ اللَّهِ سَمَى أَوْ لَمْ يُسَمَّ»<sup>(٢)</sup>: وَحُجِلَ لِذَلِكَ قَوْلُهُ تَعَالَى: «وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذَكَّرْ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ» [الأنعام: ١٢١] عَلَى مَا ذَكَرَ عَلَيْهِ اسْمُ غَيْرِ اللَّهِ. وَاعْلَمَ لِمَا ذَكَرَهُ: قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «وَلَا يُشْرَطُ» بِالْحَاءِ وَالْأَلِفِ، وَهَلْ يَتَأَدَّى لِلِاسْتِحْبَابِ التَّسْمِيَةِ عِنْدَ عَضِّ الْكَلْبِ، وَإِصَابَةِ السَّهْمِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ نُسِبَا إِلَى الشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ.  
أَحَدُهُمَا: لَا؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَتَّصِلْ بِابْتِدَاءِ الاسْتِعْمَالِ.

وَأَشْبَهُهُمَا: نَعَمْ. لِإِتِّصَالِهَا بِالحَالَةِ الَّتِي نَالَتْ الآلَةَ الصَّيْدَ كَالِاتِّصَالِ بِحَالَةِ إِمْرَارِ السَّكِينِ عَلَى الْحَلْقِ، وَهَذَا فِي تَأْدِيِ الاسْتِحْبَابِ بِكَمَالِهِ، فَأَمَّا أَصْلُ الاسْتِحْبَابِ عِنْدَ الإِصَابَةِ.

(١) أخرجه البخاري (٢٠٥٧، ٥٥٠٧، ٧٣٩٨).

(٢) لم أره من حديث البراء، وزعم الغزالي في الأحياء أنه حديث صحيح، وروى أبو داود في المراسيل من جهة ثور بن يزيد عن الصلت رفته: ذبيحة المسلم حلال، ذكر اسم الله أو لم يذكر، لأنه إن ذكر لم يذكر إلا اسم الله، وهو مرسل، ورواه البيهقي [٢٣٩/٩ - ٢٤٠] من حديث ابن عباس موصولاً، وفي إسناده ضعف، وأعله ابن الجوزي بمعقل بن عبيد الله، فزعم أنه مجهول، فأخطأ: بل هو ثقة من رجال مسلم، لكن قال البيهقي: الأصح وقفه على ابن عباس، وقد صححه ابن السكن، وقال: وروى عن أبي هريرة وهو منكر، أخرجه الدارقطني [٢٩٥/٤ - ٢٩٦] وفيه مروان بن سالم وهو ضعيف.

إذا تَرَكْتَ التَّسْمِيَةَ عند الإرسالِ فما ينبغي أن يكونَ فيه خِلافٌ، كما أن مَنْ تركَ التسميةَ في ابتداءِ الوُضوءِ والأَكْلِ، يُسْتَحَبُّ أن يُسَمَّى في أثنائها<sup>(١)</sup>.

قال العزاليُّ: (النَّظَرُ الثَّانِي) فِي أَسْبَابِ الْمَلِكِ وَهُوَ فَضْلَانِ: (الأوَّلُ فِي الْإِنْفِرَادِ) وَإِنَّمَا يَمْلِكُ الصَّيْدَ بِإِنطَالِ مَتَعَتِهِ أَوْ بِإِبْتِاتِ الْيَدِ أَوْ الْإِنخَانِ أَوْ الْوُقُوعِ فِيمَا نُصِبَ لِلصَّيْدِ.

القول في بيان ما يملك به الصيدُ

قال الرَّافِعِيُّ: مقصودُ النظرِ على ما تبين من قبل بيان ما يملك<sup>(٢)</sup> به الصيدُ، والإضطیادُ إمَّا أن يُؤخَذَ من واحدٍ أو من اثنتين فصاعداً وفيه فضلان.

أحدهما: في حالة الانفرادِ، ويملكُ الصَّيْدُ بطرقِ.

ومنها: أن يضبطه الصائدُ بيده، ولا يُعتبر قِضدُ التملكِ في أخذه باليدِ حتَّى لو أخذَ صَيْدًا لِيَنْظُرَ إِلَيْهِ يَمْلِكُهُ، ولو سَعَى خَلْفَ صَيْدٍ فَوَقَفَ لِلإغْيَاءِ - لَمْ يَمْلِكْهُ حتَّى يأخذه بيده.

ومنها: إذا جرحه جراحةٌ مذففة، أو رمى إليه فأثخنه وأزمنه - ملكه، وكذا إن كان طائراً فكسرت جناحه حتَّى عجز عن الطيرانِ والعدوِّ جميعاً، ويكفي للتملكِ إنطالُ شدَّةِ العدوِّ، وصيرورته بحيثُ يحصلُ للحوقُ به، ولو جرحه فعض [بعد الجراحة]<sup>(٣)</sup> وثبتَ لَمْ يَمْلِكْهُ، وإن كان العطشُ لعدمِ الماءِ، وإن كان لعجزه عن الوصولِ إلى الماءِ يملكه؛ لأنَّ سببَ العجزِ الجراحةُ.

ومنها وقوعه في الشبكة [المنصوبة له]، ولو طردته طارداً حتَّى وقع في الشبكة<sup>(٤)</sup> فهو لصاحبِ الشبكةِ لا للطَّارِدِ، وعن «الحاوي» أنه لو وقع الصيدُ في الشبكةِ ثم تقطعت الشبكةُ وأفلت الصيدُ، فإن كان ذلك يقطع الصيدَ الذي وقع فيه - عادَ إلى الإباحةِ حتَّى يملكه مَنْ يصيدهُ، وإلَّا فهو باقٍ على ملكِ صاحبِ الشبكةِ، ولا يملكه غيره، وذكر في «الوسيطِ» في «باب النثر» أنه لو وقع في الشبكةِ ثم أفلت، فالظاهرُ أنَّ ملكه لا يزول.

وفيه وجهٌ: أنَّه لا يعد مستقراً في العُرفِ.

ومنها إذا أرسلَ كلباً فأثبت الصيدَ - ملكه، ولو أرسلَ سباعاً آخرَ، فعقره وأثبتته، قال في «الحاوي»: إن كان له يدٌ على السَّبُعِ - فيملكه كما لو أرسلَ كلبه، وإلَّا فلا، ولو أرسلَ الصَّيْدَ بعد ما أخذهُ الكلبُ ففي «البيخرِ» أن بعضَ الأَصْحَابِ قال: إن كان ذلك قبل ما أدركه صاحبه لَمْ يَمْلِكْهُ وإن كان بعده - فوجهان؛ لأنَّه لَمْ يَقْبِضْهُ ولا زال به امتناع<sup>(٥)</sup>.

(١) في ز: انتهائها.

(٢) في ز: يملك.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٥) قال النووي: أصحهما: لا يملكه.

ومنها: إذا أَلْجَأَهُ إِلَى مَضِيْقٍ لَا يَقْدِرُ عَلَى الْإِفْلَاتِ مِنْهُ - ملكه، وذلك بأن يدخله في بيت ونحوه، وقد يرُدُّ جميع ذلك إلى شيء واحد، ويجعل سبب ملك الصيد هو إبطال امتناعه، وحصول الاستيلاء عليه، وذلك يحصل بالطريق المذكور، ثم في الفُضْلِ صورٌ.

إِخْدَاها: لو توَحَّلَ الصَّيْدُ بِمَزْرَعَتِهِ، وصارَ مقدوراً عليه - ففيه وجهان:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يَمْلِكُهُ كَمَا لو وَقَعَ فِي الشَّبَكَةِ، وأظهرهما المنع؛ لأنه لم يقصد بسقي الأرض الاضطهاد، والقصد مرعي في التملك<sup>(١)</sup> قال الإمام: وهذا الخِلافُ فيما إذا لم يكن سَقْيُ الأَرْضِ مما يُقْصَدُ به توَحُّلُ الصَّيْدِ وتعلقها، وإن كان يُقْصَدُ فهو كَنْصَبِ الشَّبَكَةِ ولم يتعرَّضِ الرُّومِيُّ لِمَزْرَعَةِ الشَّخْصِ.

قال العَرَالِيُّ: أَمَا لَوْ توَحَّلَ بِمَزْرَعَتِهِ أَوْ وَقَعَ فِي دَارِهِ أَوْ عَشَّشَ الطَّائِرُ فِي دَارِهِ لَمْ يَمْلِكْ بِمَجْرَوِّهِ عَلَى الأَظْهَرِ لَكِنْ هُوَ أَوْلَى مِنْ غَيْرِهِ كَالْمَتَجَرِّ \* فَإِنْ أَخَذَ غَيْرَهُ مِنْ مَلِكِهِ فَهُوَ كَمَنْ أَحْيَا مَا تَحَجَّرَهُ غَيْرُهُ \* وَإِنْ قَصَدَ مِنْ بِنَاءِ الدَّارِ تَغْشِيَةَ الطَّائِرِ فَوَجْهَانِ لِأَنَّهُ لَا يَغْتَادُ \* وَلَوْ وَقَعَتْ مِنْهُ الشَّبَكَةُ فَتَعَقَّلَ بِهَا الصَّيْدُ فَوَجْهَانِ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْصِدْ وَإِنَّمَا المَلِكُ عِنْدَ اجْتِمَاعِ القَصْدِ وَالْعَادَةِ \* وَلَوْ أَضْطَرَّهُ إِلَى مَضِيْقٍ لَا مُخْلَصَ لَهُ عَنْهُ مَلِكُهُ \* وَإِنْ أَضْطَرَّ السَّمَكَةَ إِلَى بَرَكَةٍ وَاسِعَةٍ فَهُوَ كَالْمَتَجَرِّ \* وَإِنْ كَانَتْ ضَيْقَةً مَلِكٌ.

قال الرَّافِعِيُّ: ولو توَحَّلَ الصَّيْدُ عِنْدَ طَلْبِهِ فِي طِينٍ لَمْ يَمْلِكُهُ؛ لِأَنَّ حُصُولَ الطِينِ لَيْسَ مِنْ فِعْلِهِ، ولو كَانَ هُوَ الَّذِي أَرْسَلَ المَاءَ فِي الأَرْضِ - ملكه؛ لِأَنَّ الوَحْلَ حَصَلَ بِفِعْلِهِ فَهُوَ كَنْصَبِ الشَّبَكَةِ وَيُشْبَهُ أَنْ يَرْجِعَ هَذَا إِلَى مَا ذَكَرَهُ الإِمَامُ مِنْ قَصْدِ الاِصْطِيادِ بِالسَّقْيِ.

الثانية: لو وَقَعَ الصَّيْدُ فِي مَلِكِهِ وصارَ مقدوراً عليه أَوْ عَشَّشَ الطَّائِرُ فِي دَارِهِ<sup>(٢)</sup> وباضٍ وفرخ وحصلت القُدْرَةُ عَلَى البَيْضِ وَالفَرخِ: فهل يملكها صاحب الدار؟ فيه وجهان: حالهما ما ذكرنا في الصورة الأولى، والخلاف راجع إلى أنه هل يُعتبر القصد؟ والظاهر: اعتباره، وبه أجاب في «التَهْدِيْبِ» وقال: لو حَفَرَ حُفْرَةً لا للصيد، فوقع فيها صَيْدٌ لَمْ يَمْلِكْهُ، وَإِنْ حَفَرَ للصَيْدِ مَلِكٌ ما وقع فيه، ولو أَغْلَقَ بابَ الدَّارِ لِئَلَّا يَخْرُجَ مَلِكُهُ.

وحكى الإمام عن الأَصْحَابِ: أَنَّا إِذَا قُلْنَا: إِنَّ صاحِبَ الدَّارِ لا يملكه، فهو أَوْلَى بتملكه وليس لغيره أَنْ يَتَخَطَّى مَلِكُهُ ويأخذه، وإن فعل، فهل يملكه؟ فيه وَجْهَانِ مُرْتَبَانِ عَلَى الوَجْهَيْنِ فيما إذا حَجَزَ مَوَاتاً وأحياه غيره، هل يملكه؟ وهذه الصورة أَوْلَى بشيوت

(١) في ز: التملك.

(٢) في ز: ملكه.

المَلِكِ؛ لأن التحجر للأخياء، والتملك وبناء الدار<sup>(١)</sup> لا يُقصدُ به تملك الصيد<sup>(٢)</sup> الواقع فيها ولو قصدَ ببناء الدارِ تَغْيِيشَ الطائرِ فعششَ فيها طائرٌ - ففي مَلِكِ البيضِ والفرخِ وجهان: في وجه: يملك؛ لوجود القصد.

والثاني: لا لضعف القصد فإنه خلاف العادة الغالية، ولو قعت الشبكة من يده من غير قصدٍ تعقل بها صيدٌ فوجهان أيضاً:

ننظرُ في أحدهما: إلى أنه لم يقصد، وفي الثاني: [إلى أنه يعقل]<sup>(٣)</sup> تملكه وحصل الاستيلاء عليه، والأوفقُ لما أطلقوه اعتبارُ القصدِ حتى لا يملك في وقوع الشبكة من يده، ويملك في بناء الدارِ على قصدِ التَغْيِيشِ.

الثالثة: ذكر أنه لو ألجأ الصيدَ إلى مضيق لا مخلصَ له منه - ملكه، وكذا لو اضطرَّ السمكةُ إلى بركةٍ صغيرة [أو حوضٍ صغير]<sup>(٤)</sup> على شطِّ النهرِ والصغيرِ هو الذي يسهل أخذها منه، ولو دخلت بنفسها - عاد الخلافُ المذكورُ فيما إذا دخل الصيدُ في ملكه.

فإن قلنا: لا يملكه بالدخول وهو الأصح، فلو سدَّ منافذَ البركةِ فقد تسببَ إلى ضبطِ السمكةِ فيملكها ولو اضطرَّها إلى بركةٍ واسعةٍ يغسرُ أخذَ السمكةِ منها، أو دخلتها السمكةُ فسدَّ منافذَها - فلا يُحكّمُ له بالملكِ لكنه حصلَ نوعٌ انحصارٍ بفعله فيثبتُ له اختصاصٌ كاختصاصِ المتحجر.

ولو دخلَ رجلٌ بُستانَ غيره، واضطاد منه طائراً - ملكه بلا خلاف، ولا يثبت لصاحبِ البستانِ حُكْمَ المتحجر؛ لأنَّ البستانَ لا يتضمَّنُ ضبطَ الطائرِ.

وأما لفظَ الكتابِ، فأعلمُ أنَّ أسبابَ الملكِ لا تختلفُ بحالةِ الاجتماعِ والانفرادِ بل تشتركُ فيها الحالاتانِ، والتفاوتُ يرجعُ إلى المالكِ وقد تكلمَ صاحبُ الكتابِ في أسبابِ الملكِ في الفصلِ المتزجَمِ بحالةِ الانفرادِ، وكانَ الأحسنُ أن يُبينَ [أسبابَ]<sup>(٥)</sup> الملكِ، ثم يتكلمُ فيما يتعلقُ بالانفرادِ والاشتراكِ.

وقوله: «بإبطالِ منعته» المنعَةُ هو القُوَّةُ المانعةُ، يقالُ: هم في عزٍّ ومنعَةٍ.

وقوله: «لأنه لم يقصده»، وإنما الملكُ<sup>(٦)</sup> عند اجتماعِ القصدِ والعادةِ» يعني أنَّ الملكَ إنما يحصلُ بلا خلافٍ، إذا قصدَ الصيدَ وسلكَ طريقاً يفتاد<sup>(٧)</sup> تحصيله. فأما إذا

(٢) في ز: الملك للصيد.

(٤) سقط في ز.

(٦) في ز: التملك.

(١) في ز: نفيًا للصيد.

(٣) في ز: يقبل.

(٥) في ز: سبب.

(٧) في ز: معتاداً.

قصده بريق لا يُعتاد كبناء الدار للتغشيش، أو لم يقصده وحصل بطريق معهود، فهو موضع الخلاف، والله أعلم.

قال الغزالي: وَإِذَا مَلَكَ لَمْ يَخْرُجْ مِنْ مِلْكِهِ بِالْإِفْلَاتِ \* وَهَلْ يَخْرُجُ بِالتَّخْرِيرِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ \* وَلَوْ أَعْرَضَ عَنْ كِسْرَةِ خُبْزٍ فَهَلْ يَمْلِكُهُ مَنْ أَخَذَهُ؟ وَجْهَانِ مُرْتَبَانِ وَأَوْلَى بِأَنْ يَبْقَى عَلَى مِلْكِهِ \* وَلَوْ أَعْرَضَ عَنْ جِلْدِ مَيْتَةٍ فَدَبَعَهُ غَيْرُهُ فَوَجْهَانِ مُرْتَبَانِ وَأَوْلَى بِأَنْ يَزُولَ مِلْكُهُ.

قال الزايعي: لما تكلم فيما يثبت به الملك في الصيد، أراد أن يتكلم فيما يزول به الملك عنه، أما ما يشمل الصيد وغيره كالبيع، والهبة، فلا يخفى. وأما ما يختص بالصيد فلو أنه أفلت من يده، لم يزل ملكه عنه ولو أخذه أخذ فعلية رده إلى الأول، ولا فرق بين أن يلتحق بالوحوش في الصخر أو يبعد عن البئان، وبين أن يدور في البلد وحوله.

قال مالك: ما دام في البلد وحوله، يبقى ملك الصائد فيه، فإذا بعد والتحق بالوحوش زال ملكه، ومن أخذه ملكه. ويؤوى عنه: إن تباعد العهد به - زال ملكه عنه، وإن قرب الوقت - لم يزل. ويؤوى عنه زوال الملك بالإفلات مطلقاً.

لنا القياس على ما سلمه، وعلى إباق العبد، وشراء البهيمة، ولو أنه أرسل الصيد وخلاه بنفسه: فهل يزول ملكه عنه؟ فيه وجهان:

أحدهما: ويحكى عن ابن أبي هريرة: نعم؛ لأنه أزال ملكه عنه باختياره عن حيوان [الأصل]<sup>(١)</sup> فيه الانفكاك عن الملك كما لو أعتق عبده.

وأظهرهما: وبه قال أبو إسحاق واختاره القاضي أبو الطيب، والقائل: لا، كما لو سبب دابته، ولا يجوز أن يفعل ذلك؛ لأنه يشبه ما كان يفعل أهل الجاهلية من تسيب السوايب، وعن القفال: أن العوام قد يحتسبون به ويسمونهم إعتاقاً ومن حقه أن يتحرز عنه؛ لأن الطائر المخلّى يختلط بالطيور المباحة؛ فيأخذه الآخذ ويظن أنه قد ملكه، وهو لا يملكه. وعن «صاحب الإفصاح» وجه ثالث: وهو أنه إن قصد بتخليته التقرب إلى الله تعالى - زال الملك عنه، وإلا فلا، وإن قلنا يزول ملكه فيعود إلى ما كان من الإباحة، ولمن أراد أن يصيده أن<sup>(٢)</sup> يصيده.

(١) في ز: للآمال.

(٢) قال الزركشي: يستثنى من تحريم الإرسال صور:

أحدها: إذا كان الطير يعتاد العود فإنه يجوز إرساله كما ذكره في المسابقة وغيرها والظاهر عدم استثناء هذه الصورة لأن المراد الأئمة بالإرسال إطلاقة مع الإعراض عن تملكه وليست هذه الصورة كذلك والله أعلم ثم قال الزركشي.



وذكرَ الرويانيُّ في «التجربة» أنَّ الشافعيَّ - رضي الله عنه - نصَّ في الميسوطِ على زوالِ المَلِكِ، وغلَطَ مَنْ قالَ غيرَهُ إلاَّ أنَّه شرط في التصوير أن يخليه على قَصْدِ إخراجِهِ من مَلِكِهِ وإلحاقِهِ بالوخشيِّ، وإن قُلْنَا بالوجهِ الثاني، فلا يجوزُ لغيرِهِ أن يَصيده إذا عرفه، فإن قال عند الإرسالِ أبحتُّه لمن يأخذُه - حصلتِ الإباحَةُ، ولا ضمانٌ على مَنْ أكلَهُ لكنَّهُ لا ينفذ تصرفه فيه .

وإن قُلْنَا بالوجهِ الثالثِ المفضَّلِ: أرسَلَهُ تقرُّباً إلى الله تعالى: فهل يَحِلُّ له اضطيادُه؟ فيه وَجْهانِ:

أحدهما: ويُحَكِّي عن ابنِ أبي هُرَيْرَةَ - نَعَمْ؛ لأنَّه لا يعود إذا زالَ المَلِكُ عنه إلى حُكْمِ الإباحَةِ.

الثانية: إذا كان للطائر فرخ يموت بحبسه فينغي وجوب الإرسال صيانة أو وجه ويشهد له حديث الغزاة التي أطلقها النبي ﷺ من أجل أولادها لما استجارت به ﷺ وهو حديث حسن وقد صرح الأصحاب بأنه يجب إنظار الحامل الواجب عليها القصاص أو الرجم حتى تضع. وقال الشيخ أبو محمد: يحرم ذبح الحيوان المأكول إذا كان حاملاً بغير مأكول وعلله بأن في ذبحه قبل ما لا يحل ذبحه وهو الحمل.

الثالثة: إذا كان معه طائر أو حيوان لم يجد ما يذبحه به ولا يطعمه فأرساله واجب لأنه يسعى في طلب رزقه ويدل عليه حديث المرأة التي حبست الهرة فلا هي أطعمتها ولا هي تركتها تأكل من خشاش الأرض.

الرابعة: إذا أراد الإحرام فإنه يجب عليه الإرسال ثم قال ولا يخفى أن صورة الإرسال فيما إذا كان المالك مطلق التصرف، فأما الصبي ونحوه أو المحجور عليه بسفه أو فلس أو مكاتب لم يأذن سيده لم يزل ملكه قطعاً.

قال: هذا حكمه في المأكول. أما غير المأكول فأنواع:

أحدها: ما نهى عن قتله كالهدهد والخطاف وهذا النوع يحتمل أن يقال بوجوب إرساله على من أمسكه لأنه طائر يحرم التعرض له بالاضطياد فيحرم حبسه كصيد الحرم والإحرام، وقد عمت البلوى من العوام بصيد الهدهد والخطاف وبيعها وهو حرام من ثلاثة أوجه إلى آخر ما ذكره في هذا الاعتراض نظر لاختلاف العلماء في الإباحة وسيأتي في باب الأطعمة أن الأرجح التحريم في الهدهد. وقال في الخادم: في هذا الترجيح نظر وقد سبق عن الخطابي أن النهي عنه تكريم لا لأنه حرام وقد صرح بأكله الروياني في البحر به ونقله عن النص ثم قال: وأشار في شرح المذهب إلى ترجيحه وإذا كان الأمر كذلك فكيف ينكر اضطياده واختلف أيضاً في إباحة الخطاف والإذكار إنما يكون في المتفق على المنع فيه. فليتأمل والله أعلم.

قال: ومنها نوع يستحب قتله كالغراب الأبقع والحدأة فهذا يستحب قتله ويكره إرساله. وأما حبسه على وجه الاقتناء فحرام كالكلب العقور وقد صرح الأصحاب بمنع اقتناء الفواسق الخمس. ومنها: نوع ينتفع بصورته ولونه كالطاووس والبيغاء فهذا النوع يجوز حبسه للانتفاع به وقد صرح الرافعي بجواز بيعه لهذا الغرض وأما الطير المأكول فيجوز حبسه مطلقاً.

والثاني: لا؛ كما أن العبد إذا أُعْتِقَ لا يعودُ المَلِكُ فيه<sup>(١)</sup>.

ولو ألقى كِسْرَةَ خُبْزٍ مُعْرِضاً عنها: فهل يملكُهَا مَنْ أَخَذَهَا؟ فيه وجهان ذكِرَ بالترتيب على الخلاف في إزْسالِ الصَّيْدِ، وهذه الصورةُ أَوْلَى الأَيِّ يملكُهَا الآخِذُ وتبقي على مَلِكِ المَالِكِ؛ لأنَّ سَبَبَ المَلِكِ في الصيدِ اليدُ وقد أزالها قَصْداً.

قال الإمام: وهذا الخلافُ في زَوَالِ المَلِكِ وما فعله إباحةُ للطعامِ<sup>(٢)</sup> في ظاهرِ المذهبِ؛ لأنَّ القرائنَ الظاهرةَ كافيةً في الإباحةِ هذا لفظه ويوضحه ما يؤثّر عن الصالحينَ من التقاطِ السَّنَابِلِ<sup>(٣)</sup>.

ولو أَعْرَضَ عن جِلْدِ مَيْتَةٍ فأخذه غيره ودَبَعَهُ، ففي حُصُولِ المَلِكِ له وجهان: بالترتيب، وهذه أَوْلَى بثبوتِ المَلِكِ للآخِذِ إنْ لَمْ يكن مملوكاً للأولِ، وإنما كان له نوعُ اختصاصِ، والاختصاصُ المجزؤُ يضعفُ بالإغراضِ، ولكَ أن تَرِيدَ فتقول: إن قُلْنَا إنْ مَنْ غَسَبَ جِلْدَ مَيْتَةٍ ودَبَعَهُ، يكونُ الجِلْدُ للمغضوبِ منه فيجئُ هاهنا هذا الخِلافُ، أمّا إذا قُلْنَا: إنَّهُ يكونُ للغاصبِ [فيكون هاهنا]<sup>(٤)</sup> للآخِذِ بلا خِلافِ.

قوله في الكتاب: «فهل يخرج بالتحريم» كأنه أشار بهذه اللَّفْظَةِ إلى ما ذكِرَ في «الوسيط» أنه لا يخرج عن ملكه بإفلاته والخلاف فيما إذا قصد التحريم ويقرب منه ما ذكره الإمام: أنه لو حرّره<sup>(٥)</sup> وحاول به رفع اختصاصه وردّه إلى ما كان عليه من الإباحة ففيه الخِلافُ.

وقوله: في مسألة الجِلْدِ «وأولى بأن يزول ملكه» الوجه حملُ المَلِكِ - هنا هنا - على الإختصاصِ الذي كان في الجِلْدِ ولو قال وأولى بأن يصير ملكه كان أَوْلَى.

[فرع]: من اضطاد صيداً عليه أثر ملك بأن كان مؤسوماً أو مقرطاً، أو مخضوباً، أو مقضوض الجناح لم يملكه؛ لأنَّ هذه آثارُ تدلُّ<sup>(٦)</sup> على أنه كان مملوكاً، وربما أفلت، ولا يُنظَرُ إلى احتمالِ أنه اصطاده محرماً وفعل به ذلك ثم أرسله، فإنه تقريرٌ بعيده.

ولو اضطاد سمكةً في بطنها ذرّةٌ مثقوبةٌ، فكذلك، ويكونُ المأخوذُ - والصورةُ هذه - لِقْطَةً، وإن كانت غيرَ مثقوبةٍ فهي له مع السّمَكَةِ، ولو اشترى سمكةً - فوجد في بطنها

(١) قال النووي: الأصح: الحل، لتلا بصير في معنى سوائب الجاهلية.

(٢) في ز: للإطعام.

(٣) قال النووي: الأصح: أنه يملك الكسرة والسنابل ونحوها، ويصح تصرفه فيها بالبيع وغيره، وهذا ظاهر أحوال السلف، ولم يحك أنهم منعوا من أخذ شيئاً من ذلك، من التصرف.

(٤) سقط في ز.

(٥) في ز: أحرز.

(٦) في ز: فيدل.

دُرَّةٌ غَيْرَ مَثْقُوبَةٍ فِيهِ لِلْمُشْتَرِي، وَإِنْ كَانَتْ مَثْقُوبَةً فِيهِ لِلْبَائِعِ إِنْ أَدْعَاهَا - هَكَذَا أُطْلِقَهُ فِي «التَّهْدِيبِ». وَيُسَبَّهُ أَنْ يَقَالَ إِنَّ الدُّرَّةَ تَكُونُ لِمَنْ اضْطَّادَ السَّمَكَةَ، كَمَا أَنَّ الكَنْزَ الَّذِي يُوجَدُ فِي الأَرْضِ يَكُونُ لِمُخِي الأَرْضِ<sup>(١)</sup> وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قال الغزالي: (فرغ): إِذَا اخْتَلَطَ حَمَامٌ بُرْجِ بِحَمَامِ بُرْجِ آخَرَ وَعَسَرَ التَّمْيِيزُ فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا الْإِنْفِرَادُ بِبَيْعِ شَيْءٍ مِنْ ثَالِثٍ \* وَإِنْ بَاعَ مِنْ صَاحِبِهِ جَارَ عَلَى أَحَدِ الوَجْهَيْنِ لِلحَاجَةِ \* وَإِنْ تَوَافَقَا عَلَى بَيْعِ الجَمِيعِ مِنْ ثَالِثٍ وَعَلِمَا مِقْدَارَ قِيمَةِ المِلْكَيْنِ أَوْ تَقَارَا عَلَى تَقْدِيرِ حَتَّى يُمْكِنَ التَّوْزِيعُ جَارَ وَإِلَّا لَمْ يَجُزْ \* وَإِنْ اخْتَلَطَ حَمَامٌ مَمْلُوكٌ بِحَمَامِ بِلْدَةٍ لَا يَحْرُمُ الصَّيْدُ إِذَا كَانَ المَمْلُوكُ مَحْضُورًا \* فَلَوْ كَانَ غَيْرَ مَحْضُورٍ كَحَمَامِ بِلْدَةٍ أُخْرَى فَوَجْهَانِ.

قال الرافعي: إِذَا تحَوَّلَ بعضُ الحَمَامِ مِنْ بُرْجِ إنْسَانٍ إِلَى بُرْجِ آخَرَ، فَإِنْ كَانَ المُتَحَوِّلُ مِلْكًا لِلأَوَّلِ - لَمْ يَزُلْ مِلْكُهُ عَنْهُ، وَوَجِبَ عَلَى الثَّانِي رَدُّهُ.

ولو حصل بَيْضٌ أَوْ قَرْنٌ - فَهُوَ تَبِعٌ لِلأَثْنَى ذُونَ الذَّكْرِ، فَيَكُونُ لِمَالِكِ الأَثْنَى. وَإِذَا ادَّعَى إنْسَانٌ تحَوَّلَ الحَمَامِ مِنْ بُرْجِهِ إِلَى بُرْجِ غَيْرِهِ لَمْ يَصْدَقْ إِلَّا بَيِّنَةٌ، وَالوَرَعُ أَنْ نُصَدِّقَهُ إِلَّا أَنْ نَعْلَمَ كَذِبَهُ.

وَإِنْ كَانَ المُتَحَوِّلُ مَبَاحًا - دَخَلَ البُرْجَ الأَوَّلَ فعلى الخِلافِ السابقِ فيما إِذَا دَخَلَ الصَّيْدُ مِلْكَ الثَّانِي، فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَمْلِكُ، وَهُوَ الظَّاهِرُ فَللثَّانِي أَنْ يَتَمَلَّكَهُ.

وَمَنْ دَخَلَ بُرْجَهُ حَمَامٌ وَشَكَ فِي أَنَّ الدَّاخِلَ مِنَ المَبَاحَاتِ أَوْ هُوَ مِلْكُ الغَيْرِ - فَهُوَ أَوَّلَى بِهِ، وَلَهُ أَنْ يَتَنَاوَلَ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ مِنَ المَبَاحَاتِ، وَإِنْ تحَقَّقَ أَنَّهُ اخْتَلَطَ بِمِلْكِهِ مِلْكُ الغَيْرِ وَعَسَرَ التَّمْيِيزُ فِي «التَّهْدِيبِ»: أَنَّهُ إِذَا اخْتَلَطَتِ حَمَامَةٌ وَاحِدَةٌ بِحَمَامَاتِهِ فَلَهُ أَنْ يَأْكُلَ بِالاجْتِهَادِ وَاحِدَةً وَاحِدَةً حَتَّى يُبْقِيَ وَاحِدَةً؛ كَمَا لَوْ اخْتَلَطَتْ ثَمْرَةٌ الغَيْرِ بِشَمْرِهِ، وَالَّذِي حَكَاهُ الرُّوْيَانِيُّ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْكُلَ وَاحِدَةً مِنْهَا حَتَّى يُصَالِحَ ذَلِكَ الغَيْرِ، أَوْ يُقَاسِمَهُ؛ وَلِهَذَا قَالَ بعضُ مَشَايخِنَا: يَنْبَغِي لِلْمُتَّقِي أَنْ يَتَجَنَّبَ طَيْرَ البُرْجِ وَبِنَاءَهَا<sup>(٢)</sup> وَنَقَلَ الإِمَامُ وَغَيْرُهُ أَنَّهُ لَيْسَ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا التَّصَرُّفُ فِي شَيْءٍ مِنْهَا بِبَيْعٍ أَوْ هِبَةٍ مِنْ ثَالِثٍ، لِأَنَّهُ لَا يَتَحَقَّقُ المِلْكُ وَلَوْ بَاعَ أَوْ وَهَبَ أَحَدُهُمَا مِنَ الأَخْر - ففِيهِ وَجْهَانِ:

(١) ما بحثه الشيخ تبعاً للرافعي أشار إليه الروياني في الحلية فقال في باب بيع الأصول والثمار، ولو اشترى سمكة فوجد في جوفها لؤلؤة لا تدخل في البيع وينظر في اللؤلؤة فإن كانت مثقوبة ردها إلى بائعها حتى يعرفها لأنها لقطة وإن لم تكن مثقوبة فهي للبائع لأنه اصطادها. قاله في الخادم.

(٢) سكت عن الترجيح لكن في شرح المهدب في باب الأواني صحح مقالة البغوي وقول الشيخ: ولهذا قال بعض مشايخنا: القائل بذلك هو الرافعي وهذا اللفظ ذكره الروياني في البحر.

وجهُ الصحة؛ وهو أقربُ للحاجةِ الداعيةِ إليه، وقد ترتفعُ التعبداتُ بالضروراتِ والحاجاتِ، ولذلك صَحَّحْنَا القراضَ والجُعالةَ على ما فيهما من الجهالةِ.

وأثهما لو باعَا الحمامَ المُختلِطَةَ ولا يدري واحدٌ منهما عينَ مالِهِ، فإنْ كانتِ الأعدادُ معلومةً كمائتينِ ومائةٍ والقيَمُ مُتساويةً، ووزعنا الثمنَ على [أعدادِها صحَّحَ بإطباق الأئمة] (١) وإنْ كانا يجهلانِ الأعدادَ لم يصحَّ البيعُ؛ لأنه لا يعرفُ كلُّ واحدٍ منهما ما يستحقُّه من الثمنِ، والطريقُ أنْ يقولَ كلُّ واحدٍ منهما: بِعْتُكَ الحمامَ الذي في هذا البُرجِ بكذا، فيكونُ الثمنُ معلوماً، ويحتملُ الجهلُ في المبيعِ للضرورةِ، وفي «الوسيط» أنَّهما لو تصالحا على شيءٍ صحَّ البيعُ، واختلِطَ الجهلُ بقدرِ المبيعِ ويقربُ من هذا ما أطلقَ من مقاسمتهما.

وَاعْلَمْ أَنَّ الضَّرورةَ قد تدعو إلى المُسامحةِ في بَعْضِ الشُّرُوطِ المُعتبرةِ في العُقُودِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الكَافِرَ إِذَا أسْلَمَ على أَكْثَرِ من أَرْبَعِ نِسْوةٍ وماتَ قَبْلَ الاختِيَارِ (٢) يَصِحُّ اصطلاحهن على القِسْمَةِ إِمَّا بِصِفَةِ التَّساويِ أو التَّفَاوُتِ مع الجَهْلِ بالاستحقاقِ فيجوزُ أَنْ تصحَّ القِسْمَةُ هَاهُنَا - أيضاً - بحسبِ تَراضِيهِمَا، ويجوزُ أَنْ يُقالَ: إِذَا قالَ كلُّ واحدٍ منهما: بعْتُ مَالِي من حَمَامِ هذا البُرجِ. بكذا وصَحَّحناه مع الجَهْلِ بالمبيعِ. فإِذَا قالَا: بِعْنَا حَمَامَ هذا البُرجِ بكذا، والأعدادُ مَجْهُولَةٌ - يَصِحُّ أيضاً مع الجَهْلِ بما يستحقُّ كلُّ واحدٍ منهما، والمقصودُ أَنْ ينفصلَ الأَمْرُ بحسبِ ما يتراضيانِ عليه.

ولو باعَ أَحَدُهُمَا جَمِيعَ حَمَامِ البُرجِ بِإِذْنِ الآخَرِ فيكونُ أضْلاً في البَعْضِ (٣)، ووَكَيْلاً في البَعْضِ ثم يَتَقَسَّمَانِ الثمنَ.

ولو اختلِطتْ حَمَامَةٌ مَمْلُوكَةٌ أو حَمَامَاتٌ بِحَمَامَاتٍ مَبَاحَةٍ مَحْصُورَةٍ - لم يَجْزُ الإِضْطِيادُ منها. ولو اختلِطتْ بِحَمَامَاتٍ نَاجِيَةٍ جازَ الإِضْطِيادُ في النَاجِيَةِ، ولا يَتَغَيَّرُ حُكْمُ ما لا يَنحَصِرُ في العادَةِ باخْتِلاطِ ما يُحَصِرُ به، وهذا كما أَنه إِذَا اختلِطتْ أُخْتُهُ مِنَ الرِّضَاعِ بِنِسْوةٍ لا يَنحَصِرُن، يجوزُ له أَنْ يَتَزَوَّجَ مِنْهُنَّ، وَإِنْ اختلِطتْ حَمَامٌ أَبْرَاجٍ مَمْلُوكَةٍ لا يَكَادُ يُحَصِرُ بِحَمَامِ بِلْدَةِ أُخْرَى مَبَاحَةٍ - فوجهانُ:

أَحَدُهُمَا: لا يجوزُ الإِضْطِيادُ منها [فإنْ ما لا يَنحَصِرُ] (٤) بالإِضافةِ إلى مِثْلِهِ، كما يَنحَصِرُ بالإِضافةِ إلى مِثْلِهِ.

والثاني: يجوزُ اسْتِصْحَاباً لما كانَ.

(١) في ز: الأعداد بانطباق الأئمة.

(٢) في ز: التعيين.

(٤) سقط في ز.

(٣) في ز: البيع.

قال الإمام: وهذا إليه صَغُو مُعْظَمِ الْأَصْحَابِ وَالْأَوَّلُ<sup>(١)</sup> أَقْبَسُ.

فَرَزَعٌ إِذَا انْثَلَتْ حِنْطَةٌ إِنْسَانٍ عَلَى حِنْطَةٍ غَيْرِهِ أَوْ انْصَبَّ مَائِعٌ مِنْ مَائِعٍ وَجِهَلًا الْمِقْدَارَيْنِ - فَلْيَكُنِ الْحُكْمُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي اخْتِلَافِ الْحَمَامِ. آخر:

لو ملك الماء بالاستيقاء، ثم انصب في نهر، لم يزل ملكه عنه، فلا يمنع الناس من الاستيقاء، وهو في حكم اختلاط المحصور بغير المحصور<sup>(٢)</sup>.

وقوله: «ولو توافقا على بيع الجميع من ثالث...» إلى آخره، الحكم، لا يختص بالجميع بل لو توافقا على بيع بعض معين - كان الحكم كذلك.

وقوله: «لو تقاربا على تقدير» يجوز أن يُحمل على قسمة في الثمن، وأن يُحمل على قسمة في نفس الحمام.

وقوله: «ولو كان غير محصور كحمام بلدة أخرى» يحتاج إلى إضمار حمامات بلدة مملوكة بحمامات بلدة أخرى.

قال الغزالي: (الفضل الثاني في الأشتراك) وله أحوال: (الأولى) أن يتعاقب الجرحان فإن كان الثاني مُدْفَقًا فهو له ولا شيء على الأول \* وإن كان الأول مُدْفَقًا فهو له وعلى الثاني أرض الجراحة لأنه جرح ملك الغير \* وإن أزمَنَ الأولُ وَدَفَقَ الثانيَ وفيه حياة مُسْتَقَرَّةٌ فهي مَبْتَعَةٌ إِلَّا أَنْ يَصِيبَ الْمَذْبَحَ \* وإن لم يصب المذبح فهي مَبْتَعَةٌ وَعَلَيْهِ قِيمَةُ الْأَوَّلِ \* فَإِنْ لَمْ يَدْفَقْ وَمَاتَ بِالْجُرْحَيْنِ فَيُفِي مِقْدَارِ الضَّمَانِ خِلَافَ يَتَّبِعِي عَلَى مَا لَوْ جَرَحَ عَبْدًا قِيمَتُهُ عَشْرَةٌ فَرَجَعَ إِلَى تِسْعَةِ فَجَرَحَهُ آخَرُ فَمَاتَ مِنْهُمَا فَلَوْ أَوْجَبْنَا عَلَى الثانيِ نِصْفَ التَّسْعَةِ وَعَلَى الْأَوَّلِ نِصْفَ الْعَشْرَةِ نَقَصَ الْمَبْلُغَانِ عَنِ قِيمَةِ الْعَبْدِ فِي الْأَصْلِ فَيُفِي خَمْسَةَ أَوْجِهِ \* فَعَلَى وَجِهِ لَا يُبَالِي بِهَذَا التَّفْصَانِ \* وَعَلَى وَجِهِ يَجِبُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ خَمْسَةٌ \* وَعَلَى وَجِهِ يَجِبُ عَلَى الْأَوَّلِ خَمْسَةٌ وَنِصْفُ وَعَلَى الثانيِ خَمْسَةٌ \* وَعَلَى وَجِهِ

(١) قال النووي: من أهم ما يجب معرفته، ضبط العدد المحصور، فإنه يتكرر في أبواب الفقه وقل من بينه، قال الغزالي في «الإحياء» في كتاب الحلال والحرام: تحديد هذا غير ممكن، وإنما يضبط بالتقريب. قال: فكل عدد لو اجتمع في صعيد واحد، يعسر على الناظر عددهم بمجرد النظر، كالآلف ونحوه، فهو غير محصور. وما سهل كالعشرة والعشرين، فهو محصور، وبين الطرفين أوساط متشابهة تلحق بأحد الطرفين بالظن. وما وقع فيه الشك، استفتي فيه القلب.

(٢) قال النووي: ولو اختلط درهم حرام، أو دراهم بدراهمه ولم تتميز، أو دهن بدهن، أو نحو ذلك، قال الغزالي في «الإحياء» وغيره من أصحابنا: طريقه: أن يفصل قدر الحرام، فيصرفه إلى الجهة التي يجب صرفه إليها، ويبقى الباقي له يتصرف فيه بما أراد.

يَجِبُ عَلَى الْأَوَّلِ أَحَدَ عَشَرَ جُزْءاً مِنْ أَحَدٍ وَعِشْرِينَ جُزْءاً مِنْ عَشْرَةٍ وَعَلَى الثَّانِي عَشْرَةَ  
أَجْزَاءً مِنْ أَحَدٍ وَعِشْرِينَ جُزْءاً مِنْ عَشْرَةٍ حَتَّى لَا يَزِيدَ عَلَى الْقِيَمَةِ وَيَتَفَاوَتْ الشَّرِيكَانِ \*  
وَعَلَى الْوَجْهِ الْخَامِسِ لَا يُمَكِّنُ إِجْبَابُ زِيَادَةِ عَلَى أَرْبَعٍ وَنُصْفِ عَلَى الثَّانِي وَالْبَاقِي إِلَى  
تَمَامِ الْعَشْرَةِ عَلَى الْأَوَّلِ وَهُوَ الْأَقْرَبُ وَلَا يَنْفَكُ وَجْهٌ عَنْ بُعْدٍ \* وَلَوْ كَانَتْ إِحْدَى  
الْجِرَاحَتَيْنِ مِنَ السَّيِّدِ سَقَطَ مَا يُقَابِلُ جِرَاحَتَهُ وَلَزِمَ الْبَاقِي عَلَى الْأَجْنَبِيِّ وَيُخْرِجُهُ عَلَى  
الْأَوْجِهِ الْخَمْسَةِ \* وَقِيلَ: مَسْأَلَةُ الصَّيْدِ كَمَسْأَلَةِ السَّيِّدِ مَعَ الْأَجْنَبِيِّ؛ لِأَنَّ أَحَدَهُمَا مَالِكٌ \*  
وَقِيلَ: بَلْ يَجِبُ جَمِيعُ الْقِيَمَةِ عَلَى الثَّانِي لِأَنَّ السَّيِّدَ مَالِكٌ وَالْمَالِكُ دَابِئِحٌ وَإِنَّمَا فَسَدَ  
بِجَنَائَةِ الثَّانِي \* وَهَذَا إِنَّمَا يَتَجَهُّ إِذَا كَانَ جِرَاحُهُ بِحَيْثُ لَوْ مَاتَ بِهِ يَحِلُّ وَذَلِكَ إِذَا لَمْ يُمَكِّنِ  
الظَّفْرُ بِهِ وَفِيهِ حَيَاةٌ مُسْتَقِرَّةٌ.

قال الرَّافِعِيُّ: تَبَيَّنَ مِنْ قَبْلُ أَنَّ الصَّيْدَ يُمْلِكُ بِالْجِرَاحَةِ الْمُدْفَقَةَ وَالْإِزْمَانَ وَالْإِنْبَاتِ  
أَيْضاً. وَاحْتَجَّ لِكُونَ الْإِزْمَانَ مَمْلُكاً بِمَا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ - وَأَصْحَابَهُ مَرُّوا بِظَبْيٍ  
حَاقِفٍ، فَهَمَّ أَصْحَابُهُ بِأَخْذِهِ، فَقَالَ ﷺ: «دَعُوهُ حَتَّى يَجِيءَ صَاحِبُهُ»<sup>(١)</sup>.

وَالْحَاقِفُ: هُوَ الْمُتَخَنُّ الْعَاجِزُ عَنِ الْاِمْتِنَاعِ، سُمِّيَ صَاحِباً لَهٗ، وَمَنْعَهُمْ مِنْ أَخْذِهِ.  
إِذَا عُرِفَ ذَلِكَ. [فَالِاشْتِرَاكُ]<sup>(٢)</sup> وَالْإِزْدِحَامُ عَلَى الصَّيْدِ لَهُ أَحْوَالٌ. إِخْدَاهَا: أَنْ  
يَتَعَاقَبَ جُرْحَانِ مِنْ اثْنَيْنِ.

فَالأَوَّلُ: إِمَّا أَنْ يَكُونَ مُدْفَقاً أَوْ مُزْمِناً، أَوْ لَا مُزْمِناً، أَوْ لَا مُدْفَقاً، وَلَا مُزْمِناً، فَإِنْ  
لَمْ يَكُنْ مُدْفَقاً وَلَا مُزْمِناً، بَلْ بَقِيَ عَلَى اِمْتِنَاعِهِ، وَكَانَ الثَّانِي مُدْفَقاً أَوْ مُزْمِناً، فَالصَّيْدُ  
لِلثَّانِي، وَلَا شَيْءَ عَلَى الْأَوَّلِ بِجِرَاحَتِهِ، لِأَنَّهُ كَانَ مُبَاحاً حِينَئِذٍ، وَإِنْ كَانَ جُرْحُ الْأَوَّلِ  
مُدْفَقاً، فَالصَّيْدُ حَلَالٌ، وَمِلْكُ الْأَوَّلِ، وَعَلَى الثَّانِي أَرْشُ جِرَاحَتِهِ، وَإِنْ حَدَثَ فِيهَا  
نَقْصَانٌ فِي اللَّحْمِ، أَوْ الْجِلْدِ؛ لِأَنَّهُ جَنَى عَلَى مِلْكِ الْغَيْرِ.

وَإِنْ كَانَ جُرْحُ الْأَوَّلِ مُزْمِناً، صَارَ الْجُرْحُ مَمْلُوكاً بِالْإِزْمَانِ، وَيُنظَرُ فِي الثَّانِي: إِنْ  
دُقِفَ بِقَطْعِ الْحُلُقُومِ، وَالْمَرِيءِ فَهُوَ حَلَالٌ، وَعَلَيْهِ لِلأَوَّلِ مَا بَيْنَ قِيَمَتِهِ مَذْبُوحاً وَمُزْمِناً.

قال الإمام: وَإِنَّمَا يَظْهَرُ التَّفَاوُتُ إِذَا كَانَ فِيهِ حَيَاةٌ مُسْتَقِرَّةٌ فَأَمَّا إِذَا كَانَ الْحَيَوَانُ

(١) رواه مالك [١٥٥/١] والنسائي [١٨٢/٥ - ١٨٣] وابن حبان [٩٨٣ موارد] والحاكم وأحمد بن حنبل في مسنده، من حديث عيسى بن طلحة عن عمير بن سلمة عن البهزي واسمه زيد بن كعب، وفيه قصة، ورواه ابن ماجه من حديث عيسى بن طلحة عن أبيه به، وتعقبه يعقوب بن شيبة بأن ابن عيينة خالف الناس فيه، وإنما هو عن عيسى عن عمير عن البهزي. قاله الحافظ.

(٢) في ز: فالاسترسال.

مُتَأَلِّماً [لو لم يُذبح لهلك] <sup>(١)</sup> فما عندي: أنه ينقص منه بالذبح شيء ويجيء في الحل تردُّد حكيانه عن الإمام: فيما إذا رَقِيَ إلى شَاةٍ رَيْبِطَةٍ، وقَطَعَ الحُلُقُومَ والمَرِيءَ وفاقاً.

والظاهر: الحل، فإن ذُقَفَ لا يقطع الحُلُقُومَ والمَرِيءَ أو لم يُذَقَفَ ومات الصيد بالجرحين، فهو مَيْتَةٌ [لا تحل] لأن المقدورَ عليه لا يحلُّ إلا بقطعها.

وكذا الحكم لو رَمَى إلى صَيْدٍ فَأَزْمَنَهُ، ثم رمى إليه ثانياً، وذُقَفَ، لا يقطع المذبح.

وأما إذا جُرِحَ بلا تَذْفِيفٍ، ومات من الجُرْحَيْنِ، فلأنه اجتمع المبيحُ والحاضرُ، فيغلب الحاضر، كما لو اشترك في الذبح مسلمٌ ومجوسِيٌّ، ثم يجب على الثاني إن ذَفَعَ كمال [قيمة] <sup>(٢)</sup> الصيد مَجْرُوحاً؛ لأنه أمسك مِلْكَ الأول، عليه فلزمه ضَمَانُهُ.

وإن جُرِحَ الثاني بلا تَذْفِيفٍ، ومات من الجراحين فما الذي يجب على الثاني؟

القول فيه مفتوح بمسألةٍ حَظِيْرَةٍ نذكرها بما فيها، ثم نعود إلى حيثُ يقطع من مسألة الصَّيْدِ، أما تلك المسألة فصورتها: إذا جَنَى رجلٌ على عَبْدٍ إنسانٍ، أو بهيمةٍ، أو صَيْدٍ مملوكٍ له قِيَمَتُهُ عشرةٌ دَنَانِيرٍ، فجرَّحَهُ جِرَاحَةً أَرَشُهَا دِينَارٌ، ثم جرَّحَهُ آخَرَ جِرَاحَةً أَرَشُهَا دِينَارٌ أيضاً، وسرت الجراحتانِ إلى الهلاكِ، فقيماً يجب على الجائِئِينَ وجوةً:

أحدها: أنه يجبُ على الأولِ خمسةٌ دَنَانِيرٍ، وعلى الثاني أربعةٌ ونِصْفٌ؛ لأن الجِرَاحَتَيْنِ سَرِيًّا وصارًا قَتْلًا، فعلى كل واحدٍ نِصْفُ القِيَمَةِ، والقِيَمَةُ يومَ الجِنَايَةِ الأولى عشرةٌ، ويومَ الجِنَايَةِ الثانيةِ تسعةٌ، فيغرم كل واحدٍ منهما نِصْفَ قِيَمَتِهِ يومَ جِنَايَتِهِ، ونَسَبَ المَوْقُوفِ بِنِ طَاهِرٍ هذا الوجهُ إلى ابنِ سُرَيْجٍ، وضعفه الأئمةُ - رحمهم الله - من جهة أن فيه إحباطَ نِصْفِ دِينَارٍ على المَالِكِ.

والثاني: وبه قال المَزْنِيُّ وأبو إسحاقَ، يُعْرَمُ كلُّ واحدٍ منهما خمسةً. وذكر القاضي الرُّوْبَانِيُّ: أنه اختيارُ الفقهاءِ، ويوجه هذا بطريقتين:

أحدهما: عن المَزْنِيِّ أنه يجب على كُلِّ واحدٍ منهما أَرَشُ جِرَاحَتِهِ، وهو دِينَارٌ، لأنه نقصان تولد من جنائته <sup>(٣)</sup> وما بقي وهو ثمانية تلف بسراية الجراحتين فيشتركان فيه.

وأظهرهما: عن أبي إسحاقَ: أن على كُلِّ واحدٍ منهما نِصْفَ قِيَمَتِهِ يومَ جنائته، إذا صارت نَفْسًا، دخل أَرَشُهَا في بدل النفسِ، وكلُّ واحدٍ منهما لم يضمن إلا نِصْفَ النفسِ، فلا يدخلُ فيه إلا نِصْفُ الأَرَشِ، ولا يدخلُ النِصْفُ الآخرَ فيما ضمنه الآخِذُ.

وكذلك لو قطع يَدَ رَجُلٍ؛ فسرى، دخل أَرَشُ اليَدِ في بدلِ النفسِ، ولو قطعها ثم

(٢) سقط في ز.

(١) سقط في ز.

(٣) في ز: جراحته.

قَتَلَهُ غَيْرُهُ، لم يدخل أَرَشُ اليَدِ في بدلِ نَفْسِ ضَمْنِهَا الآخِرُ، ثم يرجع الأول على الثاني بنصف أَرَشِ جِنَايَتِهِ؛ لأنه جَنَى على النصفِ الذي ضَمَنَهُ الأولُ، [وقومناه]<sup>(١)</sup> عليه قبل جِنَايَتِهِ، ومن غَرَمَ شَيْئاً بكَمَالِ قيمته، له أن يرجع على مَنْ جَنَى عليه بما يُنْقِضُهُ؛ أَلَا تَرَى أن مَنْ غَصَبَ ثَوْباً، وجنى عليه آخِرُ فخرقَهُ، ثم تَلَفَ الثوبَ، وضمن المالك الغاصب تمام القيمة، فإنه يرجع على الجاني بأَرَشِ التخریقِ، وإذا رجع عليه استقرَّ على كُلِّ واحدٍ منهما خمسة، وعلى هذا فالمالكُ مُخَيَّرُ في نصفِ دينارٍ بين أن يأخذه من الأول أو الثاني.

ولو نقصت الجناية الأولى ديناراً، والثانية دينارين، فعلى الأول أربعة ونصف، وعلى الثاني خمسة ونصف.

أما على طريقة المُنزِي: فلأن على الأول أَرَشَ جِنَايَتِهِ، وهو دِرْهَمٌ، ونصف القيمة بعد الجنایتين وهو ثلاثة ونصف، وعلى الثاني أَرَشَ الجناية ديناران، ونصف القيمة ثلاثة ونصف.

وأما على طريقة أبي إسحاق: فعلى الأول: نصف قيمة [يوم]<sup>(٢)</sup> جنايته، وهو خمسة، ونصف أَرَشِ جِنَايَتِهِ، وهو نصف دينار، وعلى الثاني: نصف قيمة يوم جنايته، وهو ثلاثة ونصف، ونصف أَرَشِ جِنَايَتِهِ وهو دينار، ثم يرجع الأول على الثاني بنصف أَرَشِ جِنَايَتِهِ وهو دينار<sup>(٣)</sup>، فيستقر على الأول أربعة ونصف، وعلى الثاني خمسة ونصف، ولو نقصت الجناية الأولى دينارين، والثانية ديناراً - انعكس الحكم، فعلى الأول خمسة ونصف، وعلى الثاني أربعة ونصف، وعليك بتخريجه على الطريقتين، وضعفوا هذا الوجه من وجهين:

أحدهما: أن فيه أفراد الأَرَشِ عن بدل النفس، وهذا خلاف الأصول الممهدة.

والثاني: أن فيه تسوية بين الأول والثاني، ومعلوم أن الأول جنى، ومورد الجناية يساوي عشرة، والثاني جنى وهو يساوي تسعة.

والثالث: ونسبه الإمام إلى اختيار القفال، أنه يجب على الأول خمسة ونصف، وعلى الثاني خمسة؛ لأن جناية كُلِّ واحدٍ منهما [نقصت]<sup>(٤)</sup> ديناراً، ثم سرت الجنائتان إلى الهلاك، والأرَشُ يسقط إذا صارت الجناية نفساً، فيسقط نصف الأَرَشِ عن كُلِّ واحدٍ منهما؛ لأن الموجود منه نصف القتل، ويبقى النصف، واعترض عليه بأن فيه زيادة الواجب عن المتلف.

(٢) سقط في ز.

(١) في ز: وهو ما.

(٤) سقط في ز.

(٣) في ز: درهم.



وعن القفال: أنه اغتدر بأن الجنایات قد تنجر إلى إيجاب الزيادة، كما إذا قطع يدي عبدي، وجاء آخر وقتله وأجيب عنه بأن قاطع اليدين<sup>(١)</sup> لا شزكة له في القتل، والقتل يقطع أثر القتل ويقع موقع الإندمال وهاهنا بخلافه.

والزايغ: عن أبي الطيب بن سلمة، أنه يجب على كل واحد منهما نصف قيمته يوم جنايته، ولا يُعتبر إلا نصف الأرش؛ كما ذكره أبو إسحاق، ومن قال بالوجه الثالث، لكن لا يرجع الأول على الثاني، ولا يزيد الواجب على القيمة، بل يجمع ما يلزمهما تقديرًا وهو عشرة ونصف، وتقسّم القيمة وهي عشرة على العشرة والنصف، ليبقى التفاوت مزيجًا بينهما، وذلك بأن يسطها أنصافًا؛ فتكون إحدى وعشرين، فيوجب على الأول أحد عشر جزءًا من واحد وعشرين جزءًا من عشرة، وعلى الثاني؛ عشرة أجزاء من أحد وعشرين جزءًا من عشرة، وفيه أيضاً أفراد أرش الجناية عن بدل النفس.

والخامس: عن «صاحب التثريب» وغيره، أنه يجب على الأول خمسة ونصف، وعلى الثاني أربعة ونصف؛ لأن الأول لو انفرد بالجرح وسرى، لألزم العشرة، ولا ينقطع عنه إلا ما لزم الثاني، والثاني إنما جنى على قيمته تسعة، ولا يُعزّم إلا نصف التسعة، فما سواه يبقى على الأول، هكذا، روجه الإمام ولم يجعل الزيادة أرشاً، ولكن قال: هو متسبب إلى التفويت إلا فيما يعرض لالتزامه الثاني.

ومن الأصحاب من جعل الزيادة أرشاً. وقال: يصير الأرش في حق الأول دون الثاني، فيجب عليه ما نقص بجنايته، وهو دينار ونصف القيمة بعد ذلك، وهو أربعة ونصف، ولا يعتبر الأرش في حق الثاني، وفرق بينهما بأن جناية الأول وحدها نقصت الدينار، ثم جناية الثاني، وسراية جناية الأول تعاونت على تفويت الباقي، ولك أن تقول [قضية]<sup>(٢)</sup> ما تكرر في الوجوه الأربعة يعتبر الأرش بتمامه في حقه، بل يُعتبر نصفه؛ فيجب نصف دينار؛ وهذا الوجه أزعج عند الإمام، ووافقه صاحب الكتاب، فقال: «وهو الأقرب» وإن كان لا ينفك وجه عن بعد. ووجه البعد في الأربعة [الأولى]<sup>(٣)</sup> قد اندرج في خلالها.

وأما الخامس: فمن جعل للزيادة أرشاً - فقد أفرد الأرش بالاعتبار.

وأما القول بأنه متسبب إلى التفويت - فهذا مسلّم لو انفرد، فأما إذا شاركه غيره، فقد خرج فعله عن أن يكون مفعولاً للكُل، والنظر في القدر الذي يُنسب إليه من الفأيت. ووراء هذه الوجوه وجه سادس عن ابن خيران، واختاره «صاحب الإفصاح»،

(١) في ز: البعض.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

وأطبق العِراقِيُّونَ على تَرجيحِهِ، وهو أن يَجمعَ بينَ القِيمَتَيْنِ، فيكونَ تِسْعَةَ عَشَرَ، ويُقسمَ على هذا العَدَدِ ما فَوُتًا عليه وهو عَشْرَةٌ، فيكونَ على الأَولِ عَشْرَةٌ أَجْزَاءَ مِنْ تِسْعَةَ عَشَرَ جُزْءًا مِنْ عَشْرَةٍ، وعلى الثاني تِسْعَةٌ مِنْ تِسْعَةَ عَشَرَ جُزْءًا مِنْ عَشْرَةٍ.

ويُقالُ بِعبارةٍ أُخرى: نِصفُ القِيمَةِ يَوْمَ الجِنَايَةِ الأَولَى خَمْسَةٌ، وَيَوْمَ الجِنَايَةِ الثانيَةِ أَرْبَعَةٌ ونِصفُ فيَجمعُ بينهما، وتقسِمُ العَشْرَةَ على تِسْعَةٍ ونُصفٍ: خَمْسَةٌ منها على الأَولِ، وأَرْبَعَةٌ ونِصفُ على الثاني.

ولو كَانَتِ الجِنَاةُ ثَلَاثَةً، فَأَرشُ كُلِّ جِنَايَةٍ دِينَارًا، والقِيمَةُ عَشْرَةٌ، كما مرَّ على طَريقَةِ المَرْبُوعِ على كُلِّ واحدٍ منهم أَرشُ جِنَايَتِهِ دِينَارًا، وثُلُثُ القِيمَةِ بَعْدَ الجِنَايَاتِ وهو [دِينَارَانِ] <sup>(١)</sup> وثُلُثُ، وعلى ما ذَكَرَهُ أَبُو إِسْحاقَ: يَسْقُطُ ثُلُثُ الأَرشِ عن كُلِّ واحدٍ منهم؛ فيكونَ على الأَولِ [ثُلُثُ القِيمَةِ] <sup>(٢)</sup> يَوْمَ جِنَايَتِهِ، وهو ثَلَاثَةٌ وثُلُثُ، وثُلُثُ الأَرشِ ثُلُثًا دِينَارًا، فيجتمعُ عليه أَرْبَعَةٌ، وعلى الثاني: ثُلُثُ القِيمَةِ يَوْمَ جِنَايَتِهِ، وهو ثَلَاثَةٌ، وثُلُثُ الأَرشِ ثُلُثًا دِينَارًا، فيجتمعُ عليه ثَلَاثَةٌ وثُلُثَانِ، وعلى الثَّالِثِ ثُلُثُ القِيمَةِ يَوْمَ جِنَايَتِهِ وهو دِينَارَانِ وثُلُثُ وثُلُثُ الأَرشِ ثُلُثًا دِينَارًا؛ فيجتمعُ عليه ثَلَاثَةٌ، ثم إنَّ أَخَذَ المَالِكُ مِنْ كُلِّ واحدٍ منهم ثَلَاثَةً وثُلُثًا - فقد وصلَ إلى حَقِّهِ، ولا تَرَاجَعُ وَإِنْ أَخَذَ مِنَ الأَولِ أَرْبَعَةً - رَجَعَ الأَولُ على الثاني بِثُلُثِ دِينَارٍ، وعلى الثَّالِثِ بِثُلُثِ، فيستقرُّ على كُلِّ واحدٍ منهم ثَلَاثَةٌ وثُلُثُ، وَإِنْ أَخَذَ مِنَ الثَّانِي ثَلَاثَةً وثُلُثَيْنِ رَجَعَ الثَّانِي على الثَّالِثِ بِثُلُثِ، [فَيَسْتَوُونَ] <sup>(٣)</sup> فَيَما عَرُّمُوا.

وعلى الوجهِ [الثَّالِثِ] <sup>(٤)</sup> يَجِبُ على الأَولِ أَرْبَعَةٌ: منها ثَلَاثَةٌ وثُلُثُ، هي ثُلُثُ القِيمَةِ يَوْمَ جِنَايَتِهِ، وثُلُثُ دِينَارٍ ثُلُثُ الأَرشِ، وعلى الثاني ثَلَاثَةٌ وثُلُثَانِ: ثَلَاثَةٌ، منه ثُلُثُ القِيمَةِ يَوْمَ جِنَايَتِهِ، وثُلُثُ دِينَارٍ ثُلُثُ الأَرشِ، وعلى الثَّالِثِ ثَلَاثَةٌ: منها دِينَارَانِ وثُلُثُ هي ثُلُثُ القِيمَةِ، وثُلُثُ دِينَارٍ ثُلُثُ الأَرشِ والمبْلُغُ عَشْرَةٌ وثُلُثَانِ. وعلى الوجهِ الرَّابِعِ تَوَزُّعُ العَشْرَةِ على عَشْرَةٍ وثُلُثَيْنِ.

وعلى الخَامِسِ يَجِبُ على الأَولِ أَرشُ جِنَايَتِهِ دِينَارًا <sup>(٥)</sup>، والثَّانِي مِنَ الثَّالِثَةِ، فيكونَ على الأَولِ أَرْبَعَةٌ وثُلُثُ، وعلى كُلِّ واحدٍ مِنَ الأَخرينِ ثَلَاثَةٌ وثُلُثُ.

وعلى السَّادِسِ: يُجْمَعُ بينَ القِيمِ وهي عَشْرَةٌ، وتِسْعَةٌ وثمانِيَّةٌ، فالجَمْلَةُ سَبْعَةٌ وَعِشْرُونَ تَنقَسِمُ العَشْرَةُ عليها.

(١) في ز: دينار.

(٢) في ز: فيستوفون.

(٣) في ز: درهم.

(٤) سقط في ز.

(٥) في ز: الثاني.

ولو صدرت إحدَى الجَرَاحَتَيْنِ على الصَّيْدِ المملوكِ، أو على العَبْدِ مِنْ مَالِكِهِ، والأُخْرَى مِنْ أُجْنَبِيٍّ، فينظر في جِرَاحَةِ المالكِ: أهَي الأُولَى أو الثَّانِيَةُ؟ وَيُخْرَجُ على الاختلافاتِ المذكورَةِ، فتسقط حصَّةُ المالكِ، وتجب حصَّةُ الأُجْنَبِيِّ.

وعن القاضي أَبِي حَامِدٍ<sup>(١)</sup> أَنَّ الجوابَ المذكورَ في الجِنَايَتَيْنِ على العَبْدِ مَوْضِعُهُ ما إذا لم يكن للجِنَايَةِ أَرْشٌ مُقَدَّرٌ، فأما الجِنَايَاتُ التي لها أَرْشٌ مُقَدَّرٌ، فليس العَبْدُ فيها كالبَهِيمَةِ والصَّيْدِ المملوكِ، حتى لو جنى على عبدٍ غَيْرِهِ جِنَايَةً. ليس لها أَرْشٌ مُقَدَّرٌ، وقيمةُ العَبْدِ مائةٌ فنقصت الجِنَايَةُ عَشْرَةَ، ثم جنى آخَرَ جِنَايَةً لا أَرْشَ لها، فنقصت عَشْرَةَ أيضاً، ومات العَبْدُ منهما، فعلى الأولِ خَمْسَةٌ وخَمْسُونَ، وعلى الثاني خَمْسَةٌ يدفع منها خَمْسَةٌ إلى الأُولِ، وهذا هو الذي نسباهُ إلى إِسْحَاقَ، وهو اختيَارُ القَاضِي.

قال ولو قطع كُلُّ واحدٍ منهما يَدًا، والقيمةُ والنقصانُ كما صَوَّرْنَا، فعلى الأولِ نصفُ أَرْشِ البِدِّ، وهو خَمْسَةٌ وعِشْرُونَ ونصفُ قيمتهِ يومَ الجِنَايَةِ وهو خَمْسُونَ، وعلى الثاني نصفُ أَرْشِ البِدِّ خَمْسَةٌ وعِشْرُونَ، ونصفُ القيمةِ يومَ جِنَايَتِهِ وهو أربعون تبليغَ الجملةِ مائةً وأربعينَ، ويكون الكُلُّ لِلسَّيِّدِ، ولا يصرفُ إلى الأُولِ شَيْءٌ؛ لأن [في الجِنَايَاتِ]<sup>(٢)</sup> التي لها أَرْشٌ مُقَدَّرٌ يجوز أن يَزِيدَ الواجِبُ على قيمةِ العَبْدِ كما لو قطع إحدَى يَدَيْهِ، وجاء آخَرَ، وقتله.

إذا تقرر ذلك، فنعود إلى مسألةِ الصَّيْدِ ونقول: إذا جرح الثاني جراحةً غيرَ مُدْفَعَةٍ ومات الصَّيْدُ مِنَ الجَرَاحَتَيْنِ، فينظر: إن مات قبل أن يدركه الأولُ، أو قبل أن يتمكنَ مِنْ دَبْحِهِ؛ فعلى الثاني تمامُ قيمتهِ مزمناً؛ لأنه صار حَرَاماً وَمَيْتَةً بفعلِهِ، ويخالف ما إذا جرح شاةً نفسِهِ، وجرحها آخَرَ فتلفتْ حيثُ لا يجب على الثاني إلا نصفُ القيمةِ؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ مِنَ الجُرْحَيْنِ هناك محرَّمٌ، والإفسادُ هناك حصل بهما جميعاً، وهاهنا فعل الأولِ اكتسابٌ وإصلاحٌ [وذكاةً]<sup>(٣)</sup> ثم قضية ما أطلقوه أن يُقال: إذا كان الصَّيْدُ يساوي غيرَ مُزْمِنٍ عَشْرَةَ وَمُزْمِنٍ تِسْعَةَ، يجب على الثاني تِسْعَةٌ.

واستدرك «صاحبُ التقريب» فقال: فعل الأولِ وإن لم يكن إفساداً فهو مؤثِّرٌ في الذَّبْحِ وحصولِ الزهوقِ، لا محالةً. فينبغي أن يعتبر في الإفسادِ حتى يُقال: إذا كان غيرَ مُزْمِنٍ يساوي عَشْرَةَ وَمُزْمِناً يساوي تِسْعَةَ، ومَذْبُوحاً ثمانيةً يلزمه الثمانيةُ والذَّهْمُ الآخِرُ أثرٌ في فواتِهِ الفِغْلانِ جميعاً، فينبغي أن يوزَّعَ عليهما، حتى يهدر نصفُهُ، ويجب نصفُهُ مع الثمانية.

(٢) في ز: من الجنائتين.

(١) في ز: أبي الطيب.

(٣) في ز: وذكره.

قال الإمام: وللنظر في [هذا مجالاً] <sup>(١)</sup> يجوز أن يُقال: المفسدُ يقطعُ أثرَ فعلِ الأول، من كل وجهٍ.

والأصح: ما ذكره «صاحب التقریب».

وإن أدرَكَه وتمكَّن من ذبَّحه، نُظِرَ، إن ذبَّحه، فعلى الثاني أرشُ جراحته، وإن حدث منه نقصٌ، وإن لم يذبَّحه، وتركه حتَّى ماتَ ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجبُ على الثاني شيءٌ سوى أرشُ جرحته؛ لأن الأول صارَ مُقَصِّراً، حتى تمكن من الذَّبْحِ فلم يذبَّح.

وأصحُّهما: أنَّ الضَّمانَ على الثاني لا يقتصر على أرشِ الجِراحَةِ ولا فَرَقَ بين أن يموتَ الصيدُ في يده، أو قبل أن يُقدِرَ عليه ويتمكَّن من ذبَّحه؛ لأن غاية ما فيه أنه امتنع من تدارِكِ ما تعرَّضَ للفساد بجناية الجاني مع إمكان [التدارِكِ] <sup>(٢)</sup>، وأنه لا يسقط الضمانُ، كما لو جرحَ جارِحَ شاته، فلم يذبَّحها [فماتت] <sup>(٣)</sup>، مع التمكن منه لا يسقط الضمانُ، وعلى هذا فوجهان:

أحدهما: وبه قال الإِضْطِخْرِيُّ: أنه يضمن كمالَ قيمته مُزْمناً أيضاً، كما لو ذفف بخلاف ما إذا جرحَ عبده أو شاته، وجرحه غيره؛ لأن كُلاً واحداً من الفَعْلَيْنِ هناك إفسادٌ، والتحرِيمُ حصل بهما، وهاهنا الأولُ إصلاحٌ واكتسابٌ، والفسادُ جاء من الثاني.

وأظهرهما: وبه قال أكثرُ الأصحاب: إنه لا يضمن كمالَ القيمة، بل هو كما لو جرحَ عبده [وجرحه] <sup>(٤)</sup> غيره، لأنَّ الموتَ حصل بفعلِهما، وكل واحدٍ من الفَعْلَيْنِ إفسادٌ. أما الثاني: فظاهرٌ.

وأما الأولُ: فلأنَّ تركَ الذَّبْحِ بعد التمكن يجعل الجرحَ وسرايته إفساداً، ولذلك لو لم يوجد الجرحُ الثاني. وترك الذَّبْحِ - كان الصيدُ ميتةً.

فعلى هذا تَجِيءُ الوجوهُ المذكورةُ في كَيْفِيَّةِ التوزيعِ على الجرحَيْنِ: فما هو حصَّةُ الأولِ تسقط وما هو حصَّةُ الثاني تجب. وأما لفظُ الكتابِ فقوله: «وإنَّ كانَ الثاني مُدْفَقاً فهو له» يعني ولم يكن الأولُ مُزْمناً، ولا يحتاج إلى أن يقولَ ولا مُدْفَقاً، فإنه لو كان الأولُ مُدْفَقاً لم يكن الثاني مُدْفَقاً.

وقوله: «إلا أن يُصِيبَ المُذْبِحَ» يجوزُ أن يُعْلَمَ بالواوِ [التردُّدُ] <sup>(٥)</sup> الإمام فيما إذا

(٢) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(١) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٥) سقط في ز.

رَمَى إِلَى الْحَيَوَانِ الْمَقْدُورِ عَلَيْهِ، فَأَصَابَ الْمَذْبِیحَ اتِّفَاقًا. وَفِي قَوْلِهِ: «فَهُوَ مَيْتَةٌ إِلَّا أَنْ يُصِيبَ الْمَذْبِیحَ» مَا يَغْنِي عَنْ قَوْلِهِ بَعْدَهُ: «وَأِنْ لَمْ يُصِيبِ الْمَذْبِیحَ فَهُوَ مَيْتَةٌ».

ولو قال: «فَهُوَ مَيْتَةٌ، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ لِلأَوَّلِ إِلَّا أَنْ يُصِيبَ الْمَذْبِیحَ» لَكَانَ أَحْسَنَ.

وقوله: وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ - أَي: مُزْمِنًا.

وقوله: «فَفِي قَدْرِ الضَّمَانِ خِلَافٌ» - أَي: طَرِيقَانِ [وَهُمَا الْمَذْكُورَانِ] <sup>(١)</sup> آخِرًا بَعْدَ حِكَايَةِ الْوَجْهِينِ <sup>(٢)</sup> فِي جِرَاحَتِي الْعَبْدِ، حَيْثُ قَالَ: «فَقِيلَ: مَسْأَلَةُ الصَّيْدِ كَمَسْأَلَةِ السَّيْرِ مَعَ الْأَجْنَبِيِّ، وَقِيلَ: بَلْ يَجِبُ جَمِيعُ الْقِيَمَةِ عَلَى الثَّانِي».

[وقوله: «وَهَذَا إِنَّمَا يَتَجَهُّ إِذَا كَانَ جِرْحُهُ» أَي جِرْحِ الأَوَّلِ] <sup>(٣)</sup>.

وقوله: «إِذْ لَمْ يُمْكِنِ الظَّفَرُ بِهِ» - أَي: لَمْ يُمْكِنْهُ - وَالْمَقْصُودُ أَنْ يُجَابَ جَمِيعِ الْقِيَمَةِ عَلَى الثَّانِي، إِنَّمَا يَتَوَجَّهُ إِذَا لَمْ يَتِمَّكَنِ الأَوَّلُ مِنْ ذَبْحِهِ، فَإِنْ تِمَّكَنَ مِنْ ذَبْحِهِ، وَلَمْ يَذْبَحْهُ - فَهُوَ كَصُورَةِ الصَّيْدِ مَعَ الْأَجْنَبِيِّ.

قال العَرَالِيُّ: (الْحَالَةُ الثَّانِيَةُ) أَنْ يُصِيبَا مَعًا فَهُوَ لَهُمَا إِنْ تَسَاوَى جُرْحُهُمَا \* وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُزْمِنًا أَوْ مُدْفَقًا دُونَ الأَخَرَ فَهُوَ لَهُ وَلَا ضَمَانَ عَلَى الأَخَرِ \* وَإِنْ أُخْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ الإِزْمَانُ بَيْنَهُمَا أَوْ بِأَحَدِهِمَا فَهُوَ بَيْنَهُمَا \* وَيَسْتَحَبُّ الأَسْتِحْلَالُ مِنَ الْجَائِزِينَ لِلشُّبْهَةِ (الْحَالَةُ الثَّالِثَةُ) لَوْ عَلِمْنَا أَنَّ أَحَدَهُمَا مُدْفَقٌ وَشَكَّكْنَا فِي الأَخَرِ فَالنُّصْفُ مُسَلَّمٌ لِلْمُدْفَقِ وَالنُّصْفُ الأَخَرُ مَوْقُوفٌ إِلَى التَّصَالِحِ \* وَقِيلَ: إِنَّ الكُلَّ بَيْنَهُمَا بِالسُّوِيَةِ.

قال الرَّافِعِيُّ: إِذَا وَقَعَ الجُرْحَانِ مَعًا نُظِرَ إِنْ تَسَاوَا فِي سَبَبِ الْمَلِكِ، فَالصَّيْدُ بَيْنَهُمَا، وَذَلِكَ بَأَنْ يَكُونَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُدْفَقًا، لَوْ انْفَرَدَ أَوْ مُزْمِنًا لَوْ انْفَرَدَ، وَكَذَا لَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُزْمِنًا، لَوْ انْفَرَدَ بَأَنْ كَسَرَ الْجِنَاحَ، وَالأَخَرُ مُدْفَقًا لَوْ انْفَرَدَ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْمَعْنِيِّينَ يَثْبِتُ الْمِلْكَ، وَإِذَا قَتَلَا بِجِرَاحَتَيْهِمَا مَعًا، فَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَتَفَاوَتْ الْجِرَاحَتَانِ صِغَرًا وَكِبَرًا أَوْ يَتَسَاوَيَا، وَلَا بَيْنَ أَنْ يَكُونَا فِي الْمَذْبِیحِ أَوْ إِحْدَاهُمَا فِي الْمَذْبِیحِ دُونَ الأُخْرَى.

وَإِنْ كَانَ أَحَدُ الجُرْحَيْنِ مُدْفَقًا أَوْ مُزْمِنًا لَوْ انْفَرَدَ، وَالأَخَرُ غَيْرُ مُؤَثَّرٍ، فَالصَّيْدُ لِمَنْ جِرْحُهُ مُدْفَقٌ أَوْ مُزْمِنٌ وَلَا ضَمَانَ عَلَى الثَّانِي؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَجْرَحِ مِلْكَ الغَيْرِ، وَإِنْ أُخْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ الإِنْصَافُ بَيْنَهُمَا، وَاحْتِمَلَ أَنْ يَكُونَ <sup>(٤)</sup> بِأَحَدِهِمَا. فَالصَّيْدُ بَيْنَهُمَا فِي ظَاهِرِ الحُكْمِ، وَيَتَّبِعِي أَنْ يَسْتَحِلَّ أَحَدُهُمَا مِنَ الأَخَرِ تَوْرَعًا عَنِ مَطْنَةِ الشُّبْهَةِ وَإِنْ عَلِمْنَا أَنَّ

(١) فِي ز: وَهُوَ الْمَذْكُور.

(٢) فِي ز: الْوَجْوه.

(٣) سَقَطَ فِي ز.

(٤) سَقَطَ فِي ز.

أَحَدَهُمَا مُدَقَّفٌ، وَشَكَّكْنَا فِي أَنَّ الْآخَرَ هَلْ لَهُ أَثَرٌ فِي الْإِزْمَانِ وَالتَّذْيِيفِ؟

فيحكى عَنِ الْقَفَالِ: أَنَّ الصَّيْدَ بَيْنَهُمَا، وَأَنَّهُ أُلْزِمَ عَلَى هَذَا إِذَا جَرِحَ [رَجُلًا] (١) جِرَاحَةً مُدَقَّفَةً، وَجَرِحَهُ آخَرَ جِرَاحَةً لَا يُذْرَى: هَلْ هِيَ مُدَقَّفَةٌ؟ وَإِنْ تَلَفَ، فَقَالَ: يَجِبُ الْقِصَاصُ قَالَ الْإِمَامُ: وَهَذَا بَعِيدٌ، وَالرَّجُلُ تَخْصِيصُ الْقِصَاصِ بِصَاحِبِ الْجِرَاحَةِ الْمُدَقَّفَةِ، وَفِي الصَّيْدِ يُسَلَّمُ نِصْفُهُ لِمَنْ جُرِحَهُ مُدَقَّفٌ، وَالثَّانِي يَوْفَى بَيْنَهُمَا إِلَى التَّصَالِحِ أَوْ [يَتَيَّنُ] (٢) الْحَالُ، فَإِنْ لَمْ يَتَوَقَّعْ [بَيَانًا] (٣) فَيَجْعَلُ النِّصْفَ الْآخَرَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ، فَيُخَلِّصُ لِلأُولَى ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِهِ، وَنُظِمَ الْكِتَابُ يَفْتَضِي تَرْجِيحَ هَذَا الْوَجْهِ وَاخْتِيَارَهُ.

وقوله: «وقيل: إن الكُلَّ بينهما بالسُّوِيَّةِ»، وهو المخكبي عن القفال.

قال الغزالي: أَمَا إِذَا دُقِّفَ أَحَدُهُمَا وَأَزْمَنَ الْآخَرُ وَلَمْ يُذَرَ السَّابِقُ فَهُوَ حَرَامٌ، لِإِحْتِمَالِ كَوْنِ التَّذْيِيفِ قَاتِلًا بَعْدَ الْإِزْمَانِ \* وَقِيلَ: هُوَ كَمَسْأَلَةِ الْإِنْمَاءِ.

قال الرافعي: رُبَّمَا نَجِدُ فِي النِّسْخِ «الْحَالَةَ الثَّلَاثَةَ: إِذَا دُقِّفَ»، وَكَذَا بَعْدَ هَذَا الْفَضْلِ «الْحَالَةَ الرَّابِعَةَ لَوْ تَرْتَبَ الْجُرْحَانِ» اتِّبَاعًا لِمَا فِي «الْوَسِيْطِ»، فَإِنْ أُثْبِتَ اللَّفْظَانِ فَذَلِكَ، وَهُوَ مُوَافِقٌ؛ لِقَوْلِهِ فِي أَوَّلِ الْفَضْلِ الثَّانِي وَلَهُ أَحْوَالٌ، وَإِلَّا فَلْيُبَدِّلِ الْأَحْوَالَ بِالْحَالَتَيْنِ، وَإِخْدَى الْحَالَتَيْنِ التَّرْتِيبُ، وَالْأُخْرَى الْمَعِيَّةُ، وَالصُّوْرُ لَا تَخْرُجُ عَنْهُمَا.

وأما الفقه، فإذا ترتب الجرحان، وأحدهما مُزْمِنٌ، لو انفرد، والآخر مُدَقَّفٌ وَاِرْدٌ عَلَى الْمَذْبُوحِ، وَلَمْ يُعْرَفِ السَّابِقُ مِنْهُمَا، فَالصَّيْدُ حَلَالٌ، فَلَوْ اخْتَلَفَا فَقَالَ كُلُّ وَاحِدٍ: أَنَا جَرِحْتُ أَوَّلًا وَأَزْمَنْتُ، فَالصَّيْدُ لِي، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا تَحْلِيْفُ الْآخَرِ، وَإِنْ حَلَفَا فَالصَّيْدُ بَيْنَهُمَا، وَلَا شَيْءَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ. وَإِنْ حَلَفَ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ، فَالصَّيْدُ لِلْحَالِفِ، وَعَلَى النَّاكِلِ أَرشٌ مَا نَقَصَ بِالذَّبْحِ.

ولو تَرْتَبَا وَأَحَدُهُمَا مُزْمِنٌ لو انفرد، والآخر مُدَقَّفٌ فِي غَيْرِ الْمَذْبُوحِ، وَلَمْ يُعْرَفِ السَّابِقُ مِنْهُمَا فِيهِ طَرِيقَانِ:

أظهرهما: وهو الذي أورده في «التهذيب» أن الصيد حرام لأنه يحتمل أن يكون الإزمان سابقاً والتذْيِيفُ حَاصِلًا (٤) بعده، وإذا حصل الإزمان، فلا بُدَّ من قَطْعِ الْحُلُقُومِ، وَالْمَرِيءِ.

والثاني: أن فيه قولين كالقولين في مسألة الإنماء: وهي أن يَغِيْبَ الصَّيْدُ عَنْهُ بَعْدَمَا جَرِحَهُ، ثُمَّ يَجِدُهُ مَيِّتًا، وَقَدْ ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلِ.

(١) سقط في ز.

(١) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

ووجه الشبه: احتمال قيام الحالة المُحِلَّة، والحالة المُحَرِّمَة في الصورتين.

ومن قال بالأول، قال: هناك وقد وُجِدَ جَرَحٌ يُحَالُ عليه الموت وهو مَغْهُودٌ في القِصَصِ وغيره، وهاهنا بخلافه.

ولو اختلفا فقال كُلُّ واحدٍ منهما للآخر: أَنَا أَزْمَنُّهُ أَوْلَى، وَأَنْتَ أَفْسَدْتَهُ بجراحَتِكَ، فعليك قيمةُ الصيدِ، فلكل واحدٍ منهما تحليفُ الآخرِ، فإن حلف أحدهما دُونَ الآخرِ ثبت على التَّاكِلِ قيمته مُزْمَنًا.

ولو قال الذي جَرَحَهُ أَوْلَى أَنَا أَزْمَنُّهُ بجراحتي، ثم أفسدته بقتلك فعليك القيمة.

وقال الثَّانِي: لم تُزْمِنه أنت، بل كان على امتِنَاعِهِ إلى أَنْ رَمَيْتُ فَأَزْمَنْتُهُ، أو دَفَقْتُ، فَإِنِ اتَّفَقَا على عَيْنِ جِرَاحَةِ الأَوَّلِ، وعلمنا أنه لا يَبْقَى الامْتِنَاعُ معها، كَكَسْرِ جَنَاحِ الطَّائِرِ، وَقَطْعِ الرَّجْلِ ممن يمتنع عذوه، فالقولُ قولُ الأَوَّلِ بلا يَمِينٍ، وإلَّا فالقولُ قولُ الثَّانِي، لأن الأَصْلَ بقاءُ الامتناعِ، فإن حلف فالصيدُ له، ولا شيءٌ على الأَوَّلِ؛ لأنه كان مُبَاحًا جِئَ جَرَحُهُ، فإن نكل حلف الأَوَّلِ، واستحقَّ قيمته مَجْرُوحًا بالجراحة الأُولَى، ولا يحلُّ الصيدُ؛ للأول لأنه مَيَّنْتَهُ بقوله: وهل للثاني أَكَلُهُ؟ فيه وجهان:

قال القاضي الطَّبْرِيُّ: لا؛ لأن إلزامَ القيمة عليه حُكْمٌ بأنه مَيَّنْتَهُ.

وقيل: نَعَمْ. لأن التُّكُولَ في خُصُومَةِ الأَدَمِيِّ لا يَغَيِّرُ الحُكْمَ في الباطن بينه وبين الله تعالى. ولو علمنا أَنَّ الجِرَاحَةَ المَذْفُوقَةَ سَابِقَةً على الأُخْرَى التي لو انفردت لكانت مُزْمَنَةً، فالصيدُ حلالٌ، فإن قال كُلُّ واحدٍ منهما: أَنَا دَفَقْتُهُ، فلكل واحدٍ منهما تحليفُ الآخرِ، فإن حلفًا فهو بينهما، وإن حلف أحدهما فالصيدُ له، وعلى الآخرِ ضَمَانٌ ما نَقَصَ، إن حدث نَقَصٌ.

واعلَمَ أَنَّ الشَّافِعِيَّ - رضي الله عنه - قال في المُخْتَصَرِ: ولو رماه الأَوَّلُ، ورماه الثاني، ولم نَذِرْ أبلغ به الأَوَّلُ أَنْ يكون مُمْتَنِعًا أو غير مُمْتَنِعٍ، جعلناه بينهما نِصْفَيْنِ، وَاغْتَرَضَ عليه: بأن هذا الصيدُ ينبغي أَنْ يُحَرَّمَ؛ لأنه اجتمع فيه ما يقتضي الإباحةَ، وما يقتضي التحريمَ فليُغَلَّبِ التَّحْرِيمُ، ويتقدَّرُ أَنْ يكونَ حلالًا، فلا يَنْبَغِي أَنْ يكونَ بينهما، لأنه إن أثبت [الأَوَّلُ] فهو للأول وإن أثبت<sup>(١)</sup> [الثاني]، فهو للثاني، واختلف في الجوابِ، فقيل: النصُّ محمولٌ على ما إذا أصاب المَذْبُوحَ، فيحلُّ سواءً أصاب الأَوَّلُ أو الثَّانِي، أو على ما إذا رمياه ولم يَمِتِ الصيدُ، ثم أدركه أحدهما ودَكَاهُ، ثم اختلفا فيه، وإنما يكونُ بينهما، لأنه في أيديهما، وقد يُجْعَلُ الشيءُ بينَ اثْنَيْنِ، وإن كُنَّا نعلم في الباطن أنه إمَّا

لهذا أو لذلك كما إذا مات عن ابْنَيْنِ مُسْلِمٍ وَنَضْرَانِيٍّ، وَأَدْعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُ مَاتَ عَلَى دِينِهِ، وَأَخَذَ أَبُو إِسْحَاقَ بِظَاهِرِ النَّصِّ، وَقَالَ: إِذَا رَمِيَاهُ وَمَاتَ الصَّيْدُ، وَلَمْ يُذَرَ: هَلْ أَثْبَتَهُ الْأَوَّلُ بِسَهْمِهِ؟ يَجْعَلُ بَيْنَهُمْ لَأَنْ الْأَصْلَ أَنَّهُ لَمْ يُثْبِتْهُ، وَيَبْقَى عَلَى امْتِنَاعِهِ إِلَى أَنْ [عقره] <sup>(١)</sup> الثاني، فيكونُ عقره ذكاهُ له، ويكون بينهما لإختِمالِ الإثباتِ مِنَ الْأَوَّلِ، وَمِنَ الثَّانِي وَلَا مَرِيَّةَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى الْآخَرِ <sup>(٢)</sup>.

وقيل: في حله قولان، كما في مسألة الإنماء.

قال العزالي: (الحالة الرابعة) ولو ترتب الجرحان وحصل الإزمان بمجموعهما فهو بينهما \* وقيل: إنه للثاني \* فعلى هذا لو عاد الأول وجرحه ثانياً فجراحته الأولى هدز وهذا مضمون \* فإن مات بالجراحات الثلاث وجب عليه قيمة الصيد وبه جراحة الهدز وجراحة المالك \* وقيل: عليه ثلث القيمة \* وقيل رُبع القيمة.

قال الرافعي: إذا ترتب الجرحان، وحصل الإزمان بمجموعهما فكل واحد منهما بحيث لو انفرد لم يُزِمَنَّ، فلمن يكون الصيد؟ فيه وجهان: أحدهما: أنه يكون بينهما؛ لأن سبب الملك حصل بفعلهما. وقد يُسمى هذا قولاً مخرجاً.

والثاني: أنه للثاني؛ لأن الإزمان حصل عقيب فعله، وإصابة حصلت، والمزمن إليه صيد مباح [فيبطل] <sup>(٣)</sup> أثر الجراحة الأولى، ويصير صاحبها كالمعين للثاني، والإعانة لا تقتضي الشراكة، ولذلك لو أرسل كلباً إلى صيد، فصرف إنسان الصيد إلى الكلب، أو ضيق عليه الطريق، حتى أذركه الكلب، يكون الصيد للمُرْسِلِ، ومال الإمام إلى الوجه الأول، ونظم الكتاب يشعر بتزجيحه أيضاً، لكن المذهب الظاهر على ما ذكره الجمهور هو الثاني.

وفيما علق عن أبي بكر الطوسي بناء الوجهين على الخلاف المذكور، فيما إذا كانت عنده صغيرتان، فأرضعت امرأة إحداهما، ثم الأخرى، يندفع نكاحها جميعاً إذا أرضعت الثانية، أو لا يندفع نكاح الثانية؛ إن اندفع نكاحها، فالصيد بينهما، وإلا فهو للثاني، وإذا قلنا: إنه للثاني أو كان الجرح الثاني مُزْمناً لو انفرد، ولم يكن للثاني أثر

(١) في ز: عدة.

(٢) قال العمراني: فإن قيل: قد قلت الأصل بقاؤه على الامتناع إلى أن رماه الثاني، فكيف لم تزل يد الأول، قلنا هذا لا يزال يد حكم اليد، ولهذا لو كان في يده شيء يدعيه حكم له بذلك وإن كان الأصل عدم الملك، فدل على أن السيد أقوى من حكم الأصل. (شرح المذهب ٩/١٤٠).

(٣) سقط في ز.



فيه، فلا شيء على الأول بجرحه، فلو عاد بعد إزمان الثاني وجرحه جراحة أخرى، نُظِرَ؛ إن أصاب المذبح فهو حلال، وعليه للثاني ما انتقص من قيمته بالدبْح، وإلا حرم الصيد، وعليه إن ذُقَّت قيمته مجروحاً بجراحته الأولى، وبجراحة الثاني، وكذا إن لم يذُق، ولم يتمكن الأول من ذبحه، وإن لم يُمكن وترك الدبْح - عاد الخلاف السابق.

فعلى أحد الوجهين: ليس على الأول إلا أُرْسُ الجراحة الثانية لتفصيل المالك.

وعلى أصحهما: لا يقتضي الضمان عليه. وعلى هذا فعن «صاحب الإفصاح» وجه؛ أن عليه نصف القيمة، وخرج المخرجون الصور على الخلاف المذكور فيما إذا جرح عبداً مُرتداً، فأسلم فجرحه سيده، ثم عاد الأول وجرحه جراحة أخرى، ومات منهما، وفيما يلزم وجهان:

أحدهما: ثلث الدية؛ [لأن الموت حصل بثلاث جنائبات إحداهما مضمونة، وعلى هذا فها هنا يجب ثلث القيمة]<sup>(١)</sup>.

والثاني: وبه قال الفقهاء ربع الدية؛ لأن الأرش عند تعدد الجنائي يوزع على عدد الرؤوس بالحصص ثم ما يخص الواحد يوزع على حالتي الضمان والإفطار، فعلى هذا يجب هاهنا ربع القيمة، وعن «صاحب التقريب»: أنه تعود في التوزيع الطرق المذكورة في المسألة [الطويلة الدليل]<sup>(٢)</sup> ونظم الكتاب يقتضي ترجيح الوجه الذاهب إلى وجوب تمام القيمة، والظاهر التوزيع كما مر، وهذه صورة تدخل في الباب نوردها مثورة.

الاعتبار في الترتيب والمعية بالإصابة لا بإبتداء الرمي.

الأولى وقع تعيين في بئر أحدهما فوق الآخر، فطعن [الأعلى]<sup>(٣)</sup> ومات الأسفل بثقله فهو حرام، وإن نفذت الطعنة فأصابته أيضاً - حل، وإن شك في أنه مات بالثقل أو بالطعنة النافذة، وقد علم أنها أصابته قبل مفارقة الروح - حل؛ كالصيد يصيبه سهم في الهواء ثم يقع على الأرض، وإن شك في أنها أصابته بعد مفارقة الروح أو قبلها:

قال «صاحب التهذيب» في «الفتاوى»: يحتمل وجهين بناء على أن العبد الغائب المنقطع خبره: هل يجوز إعتاقه عن الكفارة؟

الثانية رمى إلى غير مقدور عليه، فصار مقدوراً عليه، ثم أصاب غير المذبح لم يحل المزمي، ولو رمى إلى مقدور عليه، فصار غير مقدور عليه، فأصاب مذبحه يحل.

الثالثة ولو أرسل سهمين، فأصابا معاً حل، وإن أصاب أحدهما بعد الآخر، فإن

(٢) في ز: الطويل.

(١) سقط في ز.

(٣) في ز: الأول.

أزمنه الأول، ولم يصب الثاني المذبح لم يحل، وإن أصابه - حل، وإن لم يُزمنه الأول وقتله الثاني - حل.

وكذا لو أرسل كلبين فازمنه الأول، وقتله الثاني لم يحل، قطع المذبح أو لم يقطع، وكذا لو أرسل سهماً وكلباً، إن أزمنه السهم، ثم أصابه الكلب لم يحل، وإن أزمنه الكلب ثم أصاب السهم المذبح - حل.

الرابعة صيد دخل في دار إنسان وقلنا: «الصحيح أنه لا يملكه، فأغلق أجنبي الباب لا يملكه صاحب الدار ولا الأجنبي».

أما صاحب الدار، فلأنه لم يقصد، والأجنبي متعد لم يحصل الصيد في ملكه، بخلاف ما إذا غصب شبكة واضطاد بها.

الخامسة لو أخذ الكلب المعلم صيداً بغير إرسال ثم أخذه غيره من فمه، ملكه الآخذ على الصحيح، كما لو أخذ فرخ الطائر من شجرته، وغير المعلم إذا أرسله صاحبه فأخذ صيداً، فأخذه غيره من فيه وهو حي - وجب أن يكون للمزبل، ويجعل إرساله كنصب شبكة تعقل الصيد بها، ويحتمل خلافه؛ لأن للكلب اختياراً.

السادسة إذا تعقل الصيد بالشبكة، ثم قلع الشبكة [وذهب بها،<sup>(١)</sup>] فأخذه إنسان نُظِرَ؛ إن كان يعدو ويمتنع مع الشبكة - ملكه الآخذ، وإن كان ثقل الشبكة يبطل امتناعه، بحيث يتيسر أخذه فهو لصاحب الشبكة لا يملكه غيره.

السابعة ذكر القاضي ابن كنج: فيما إذا أرسل كلبه، فحبس صيداً، فلما انتهى إليه أفلت الصيد - وجهين، في أنه هل يملكه من أخذه أو هو ملك الأول بالحبس<sup>(٢)</sup>؟

الثامنة وأنه إذا أقم بينة على أنه اصطاد الصيد، وأقام الآخر بينة على أنه اصطاده، ففيه الخلاف المشهور في تعارض البيتين.

التاسعة وأنه لو كان في يد رجل صيد، فقال الآخر: أنا اضطدث هذا الصيد، فقال صاحب اليد: لا علم لي بذلك - لم يقنع منه بهذا الجواب، بل إما أن يدعيه لنفسه، أو يسلمه إلى مدعيه<sup>(٣)</sup> والله أعلم.

(١) سقط في ز.

(٢) قال النووي: أحدهما: يملكه الآخذ.

(٣) قال النووي: لو أخبر فاستق أو كتابي أنه ذكى هذه الشاة، قبلناه، لأنه من أهله، ذكره في «التتمة».

ولو وجد شاة مذبوحة، ولم يدر أذبحها مسلم، أو كتابي، أو مجوسي؟ فإن كان في البلد مجوس ومسلمون، لم يحل، للشك في الذكاة الميحية.

## (كِتَابُ الضَّحَايَا)

قال العزالي: وَالضَّحِيَّةُ سُنَّةٌ غَيْرُ وَاجِبَةٍ إِلَّا إِذَا نَذَرَ أَوْ قَالَ: جَعَلْتُ هَذِهِ الشَّاةَ ضَحِيَّةً \* وَمَجْرَدُ الشَّرَاءِ بِنَيْتِ الضَّحِيَّةِ لَا يَلْزَمُ \* وَالنُّظْرُ فِي أَحْكَامِهَا وَأَرْكَانِهَا (الأولُ فِي الأَرْكَانِ) وَهِيَ أَرْبَعَةٌ: (الرُّكْنُ الأَوَّلُ: الذَّبِيحُ) وَهُوَ النَّعْمُ فَقَطْ \* وَلَا يُجْزَىءُ مِنَ الضَّأْنِ إِلَّا الَّتِي فِي السَّنَةِ الثَّانِيَةِ \* وَمِنَ المَعَزِ إِلَّا الَّتِي فِي الثَّالِثَةِ \* وَكَذَا مِنَ البَقْرِ وَمِنَ الإِبِلِ إِلَّا فِي السَّادِسَةِ \* وَيُجْزَىءُ الذَّكَرُ وَالْأُنْثَى.

قال الرَّافِعِيُّ: الضَّحَايَا جَمْعُ ضَحِيَّةٍ كَهَدِيَّةٍ وَهَدَايَا، وَهِيَ الَّتِي يُضْحَى بِهَا مِنَ النَّعْمِ وَيُقَالُ لَهَا: أَضْحِيَّةٌ، وَالجَمْعُ أَضْحَايِ، وَأَضْحَى، وَأَضْحَاةٌ أَيْضاً وَالجَمْعُ أَضْحَى بِالتَّنْوِينِ كَأَرْطَاةٍ أَرْطَى وَبِهَا<sup>(١)</sup> سُمِّيَ يَوْمُ الأَضْحَى وَذَكَرَ أَنَّ جَمِيعَ ذَلِكَ مَأْخُودٌ مِنْ وَقْتِ التَّضْحِيَّةِ، وَهُوَ ضُخْوَةُ النَّهَارِ.

والتَّضْحِيَّةُ: سُنَّةٌ مُؤَكَّدَةٌ، وَشِعَارٌ لَا يَنْبَغِي لِمَنْ قَدَرَ عَلَيْهَا أَنْ يَتْرَكَهَا؛ قَالَ اللهُ تَعَالَى: ﴿فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَأَنْحَرْ﴾ [الكوثر: ٢] قِيلَ أَيُّ: صَلَّى صَلَاةَ العِيدِ، وَأَنْحَرَ نُسُكَكَ. وَعَنْ أَنَسٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - «كَانَ يُضْحِي بِكَبْشَيْنِ أَقْرَنَيْنِ أَمْلَحَيْنِ»<sup>(٢)</sup>.

وَالأَقْرُنُ: ذُو القَرْنِ، وَالأَمْلَحُ: الَّذِي فِيهِ سِوَادٌ وَبِياضٌ، وَبِياضُهُ أَغْلَبُ.

وَقِيلَ: الَّذِي يَخَالِطُ بِياضَهُ<sup>(٣)</sup> عُقْرَةٌ.

وَقِيلَ: الأَبْيَضُ التَّقِيُّ البِياضِ، وَسَبَبُ اخْتِيارِ الأَمْلَحِ، قِيلَ: إِنَّه حَسَنُ مَنْظَرِهِ.

وَقِيلَ كَثْرَةً<sup>(٤)</sup> شَخْمَهُ وَطِيبَةَ لِحْمِهِ.

(١) فِي ز: وَمَنَّهُ.

(٢) أَخْرَجَهُ البِخَارِيُّ [٥٥٥٣ و ٥٥٥٤ و ٥٥٥٨ و ٥٥٦٤، مُسْلِمٌ ١٩٦٦] (فائِدة) الأَمْلَحُ الَّذِي فِيهِ بِياضٌ وَسِوَادٌ. قَالَه الحَافِظُ فِي التَّلْخِصِ.

(٣) فِي ز: يَخَالِطُهُ. (٤) فِي ز: إِنَّه لَكَثْرَةٌ.

وعن عائشة - رضي الله عنه - أن النبي - ﷺ - أمر بكبش أقرن يطاءً في سوادٍ وينظرُ في سوادٍ [ويبرك] <sup>(١)</sup> في سوادٍ، فأتي به فضحى <sup>(٢)</sup>، ودكر له تفسيران.

أحدهما: أن المراد سوادٌ أظلافه، وموضعُ بُرُوكه، وما خالط بعينيه.

وقيل: هو إشارةٌ إلى كثرةِ ظلّه لسمنه وضخامةِ حنثه وعن النبي - ﷺ - أنه قال: «عظّموا ضحاياكم فإنها على الصراطِ مطاياكم» <sup>(٣)</sup>.

وعند أبي حنيفة: يجبُ التضيحةُ على كلِّ مقيمٍ في البلدِ مؤبّرٍ والمؤبّرُ هو الذي يملك نصاباً زكائياً، ولا يجب على المسافرين وأهل القرى والفقراء.

وذهب مالك - أيضاً - إلى وجوبها، ولم يشترط الإقامة.

واحتج أصحابُ لنفي الوجوب بما روي أنه - ﷺ - قال: «ثلاثٌ هي عليّ فرائضٌ ولكم تطوعٌ: النحرُ والوترُ وركعتا الضحى» <sup>(٤)</sup>.

ويروى: «ثلاثٌ كُتبت عليّ ولم تُكتب عليكم الضحى والأضحى والوتر» <sup>(٥)</sup>.

وبما روي أنه - ﷺ - قال: «إذا دخل [العشر] <sup>(٦)</sup> وأراد أحدكم أن يضحى فلا يمس من شعره وبشرته شيئاً» علق التضحية بالإزادة.

وعن أبي بكرٍ وعمر - رضي الله عنهما - «أنهما كانا لا يضحيان مخافةً أن يرى ذلك واجباً» <sup>(٧)</sup>، وأيضاً فإراقةُ دمٍ لا تجب على المسافر، فلا تجب على المقيم كالعقيقة.

(١) في ز: ويقول.

(٢) أخرجه مسلم [١٩٦٧] وزاد النسائي: ويأكل في سواد، ورواه أصحاب السنن من حديث أبي سعيد، وصححه الترمذي وابن حبان، وهو على شرط مسلم، قال صاحب الاقتراح.

(٣) قال الحافظ في التلخيص: لم أره، وسبقه إليه في الوسيط، وسبقهما في النهاية، وقال معناه: إنها تكون مراكب المضحين، وقيل: إنها تسهل الجواز على الصراط قال ابن الصلاح: هذا الحديث غير معروف ولا ثابت فيما علمناه، انتهى، وقد أشار ابن العربي إليه في شرح الترمذي بقوله: ليس في فضل الأضحية حديث صحيح، ومنها قوله: إنها مطاياكم إلى الجنة، قلت: أخرجه صاحب مسند الفردوس من طريق ابن المبارك عن يحيى بن عبيد الله بن موهب عن أبيه، عن أبي هريرة رفعه: استفرهوا ضحاياكم، فإنها مطاياكم على الصراط، ويحى ضعيف جداً.

(٤) تقدم.

(٥) تقدم.

(٦) سقط في ز.

(٧) قال الحافظ: ذكره الشافعي بلاغاً والبيهقي [٢٦٤/٩ - ٢٦٥] من حديث أبي شريحة الغفاري قال: أدركت أبا بكرٍ وعمراً لا يضحيان، كراهة أن يقتدي بهما، وهو في تاريخ ابن أبي خيثمة، وكتاب الضحايا لابن أبي الدنيا، وروي مثل ذلك عن ابن عباس، وأبي مسعود البدر، وهو في سنن سعيد بن منصور عن أبي مسعود بسند صحيح.

قوله في الكتاب: «غير واجبة» مُعَلِّمٌ بالحاءِ والميم لمذهبهما، ولا ضرورةً إلى الجمع بين اللَّفْطَيْنِ، وهما قوله: «سُنَّةٌ غير واجبة» وإن كان قد يُسْتَحْسَن مثله؛ للتأكيد والإيضاح.

قوله: «إلا إذا نَدَرَ» المقصودُ منه: أنه إذا التزم التضحية بالنذر، يلزم كما في سائر القُرْبَاتِ المنذورة.

ولو كان في ملكه بدنة أو شاة فقال: جعلت هذه أضحية - صارت ضحية ولزم ما التزم، وسيأتي الكلام في هذه الصورة، وما يتعلق بها في الباب.  
ولو اشترى بدنة أو شاة تصلح للضحية<sup>(١)</sup> بنية التضحية أو الهدي لم تصر لمجرد ذلك ضحية ولا هدياً خلافاً لأبي حنيفة ومالك.

واحتج الأصحاب بأن إزالة الملك على سبيل القرية لا يخلص بالنية المقارنة للشراء، كما لو اشترى بنية الوقف، أو اشترى العبد بنية العتق.

وفي «تتممة التتمة» حكاية وجه عن الأصحاب كذهبهما، وغالب الظن أنه صدر عن غفلة وموضع ذلك الوجه النية في دوام الملك على ما سيأتي إن شاء الله تعالى.

وفي «البحر» للقاضي الرؤياني: أنه لو قال: إن اشتريت شاة، فله علي أن يجعلها أضحية، فهذا نذر مضمون في الذمة، فإذا اشترى شاة فعليه أن يجعلها أضحية، ولا تصير بالشراء ضحية، وأنه لو عين وقال: إن اشتريت هذه الشاة فعلي أن يجعلها ضحية فوجهان<sup>(٢)</sup>:

أحدهما: أنه لا يلزمه [جعلها]<sup>(٣)</sup> ضحية تغليبا لحكم التعيين، وقد أوجبها قبل الملك.

والثاني: يلزم؛ تغليبا لحكم النذر، وأنه يتعلق بالذمة، جمع صاحب الكتاب مسائل الباب في نظرين.

أحدهما: في أركان التضحية.

والثاني: في الأحكام على تزويجه المغهود.

وأما الأركان، فلا شك أن التضحية ذبح خاص، فلا بد من الكلام فيما يُذبح، والوقت الذي يُذبح فيه، وكيفيته الذبح، وهذه هي التي سماها أركاناً، ثم منها ما يعم كل ذبح، ومنها ما يختص بهذا الذبح، ومنه قصد القرية، وهو مدرج في خلال المسائل.

(١) في ز: للتضحية.

(٢) سكتا في الترجيح، وفي شرح المهذب للنووي الأقيس عدم اللزوم.

(٣) سقط في ز.

الأول: ما يُذْبَح، وتختصُّ التضحية بالأنعام إجماعاً، وقد قال تعالى: ﴿وَيَذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ فِي أَيَّامٍ مَعْلُومَاتٍ عَلَىٰ مَا رَزَقَهُمْ مِنْ بَهِيمَةِ الْأَنْعَامِ﴾ [الحج: ٢٨].

والأنعام: هي الإبل والبقر والغنم، ولم يؤثّر عن النبي - ﷺ -، ولا عن أصحابه - رضي الله عنهم - التضحية بغيرها.

وجه أيضاً: أن التضحية [عبادة<sup>(١)</sup>] تتعلق بالحيوان، فتختصُّ بهذه الأنواع، كالزكاة، ويُجزىء فيها الذكر والأُنثى بالاتفاق، وبالقياس على العقيقة.

وقد نُقل في خبر العقيقة أن النبي - ﷺ - قال: «لَا يَضْرُكُمُ ذَكَرَانَا أَوْ وَإِنَانَا<sup>(٢)</sup>» يعني الشبّاء.

وأما السنن: فلا يُجزىء من الضأن إلا الجذع والجذعة ومن الإبل والبقر إلا الشنيء والشنية؛ لما روي أنه - ﷺ - قال: «ضحوا بالجدع من الضأن<sup>(٣)</sup>، وأنه - ﷺ - قال: نَعَم الضحية الجذعة من الضأن<sup>(٤)</sup>».

وعن البراء بن عازب - رضي الله عنه - قال: خطبنا رسول الله - ﷺ - يوم النحر بعد الصلاة فقال: مَنْ صَلَّى صَلَاتَنَا، وَنَسَكَ نُسُكَنَا؛ فَقَدْ أَصَابَ النُّسُكَ، وَمَنْ نَسَكَ قَبْلَ الصَّلَاةِ، فَتِلْكَ شَاةٌ لَحْمِ قِجَامِ أَبِي بُرْدَةَ بْنِ نِيَارٍ - رضي الله عنه - . فقال: يَا رَسُولَ اللَّهِ لَقَدْ نَسَكْتُ قَبْلَ أَنْ أُخْرَجَ إِلَى الصَّلَاةِ فَقَالَ: تِلْكَ شَاةٌ لَحْمِ، فَقَالَ: فَإِنْ عِنْدِي عِتَاقًا جَذَعَةً، هِيَ خَيْرٌ مِنْ شَاتِي لَحْمِ، فَهَلْ تُجْزِيءُ عَنِّي؟ قَالَ نَعَمْ، وَلَنْ تُجْزِيءَ عَنْ أَحَدٍ بَعْدَكَ<sup>(٥)</sup>.

والمعنى فيه أَنَّ الشبّاء<sup>(٦)</sup> من الإبل والبقر والغنم تتهيأ للحمل والتزوان والجداع من

(١) سقط في ز.

(٢) رواه أبو داود [٢٨٣٥] والترمذي [١٥١٦] والنسائي [١٦٤/٧ - ١٦٥] والدارقطني والحاكم [٤/٢٣٧] وابن حبان [١٠٦٠ موارد] من حديث أم كرز الكعبية: أنها سألت رسول الله ﷺ عن العقيقة، فقال: عن الغلام شاتان، وعن الجارية شاة، لا يضركم ذكراناً كن أم إنثاء، لفظ الترمذي. رواه ابن ماجه [٣١٦٢].

(٣) رواه أحمد [٣٦٨/٦] وابن جرير الطبري والبيهقي [٢٧١/٩]، من حديث أم بلال قالت: قال رسول الله فذكره، ورواه ابن ماجه [٣١٣٩] من حديث أم بلال بنت هلال عن أبيها بلفظ: يجوز الجذع من الضأن أضحية، وأشار الترمذي إلى هذه الرواية.

(٤) أخرجه الترمذي [١٤٩٩] من حديث أبي هريرة وفيه قصة، وقال: غريب، وقد روي موقوفاً، وفي الباب عن جابر وعقبة بن عامر وأم بلال بنت هلال عن أبيها، وحديث عقبة رواه ابن وهب بلفظ: ضحينا مع رسول الله ﷺ بجدع من الضأن.

(٥) أخرجه البخاري [٩٥١ و ٩٥٥ و ٩٦٥ و ٩٦٨ و ٩٧٦ و ٩٨٣، مسلم [١٩٦١] واللفظ هنا لرواية أبي داود، إلا أنه قال: بدل فلا نسك له، فتلك شاه لحم.

(٦) في ز: الضحايا.

الضَّحَايَا لَا يَتَهَيَّأُ لَذَلِكَ، فَانْتَهَاؤُهَا إِلَى هَذَا الْحَدِّ كَالْبُلُوغِ فِي حَقِّ الْآدَمِيِّ، وَحَالِهَا قَبْلَ ذَلِكَ حَالُ الصَّغِيرِ مِنَ الْإِنْسَانِ.

وَفِي «الرَّقْمِ» لِلْعَبَّادِيِّ حِكَايَةُ وَجْهِ مَخْرُجٍ فِي أَنَّ الْجَدْعَةَ مِنَ الْمَعْرِزِ تَجْزِيءٌ؛ لَمَّا رُوِيَ عَنِ عَقْبَةَ بْنِ عَامِرٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - قَالَ: قَسَمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ - ضَّحَايَا فَأَعْطَانِي عَنَّا قَافًا جَذْعًا فَقُلْتُ: عَنَّا قَافًا، فَقَالَ: ضَحَّ<sup>(١)</sup> بِهِ، وَالْمَشْهُورُ الْأَوَّلُ، وَقَدْ قَدَّمْنَا فِي الزَّكَاةِ أَنَّ فِي تَفْسِيرِ الْجَدْعِ وَالْجَدْعَةِ مِنَ الْغَنَمِ اخْتِلَافًا، فِي الظَّاهِرِ وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ اسْتِكْمَالُ سَنَةِ وَالِدُخُولِ فِي الثَّانِيَةِ.

نَعَمْ. ذَكَرَ أَبُو الْحَسَنِ الْعَبَّادِيُّ: أَنَّهُ لَوْ أَجْذَعُ قَبْلَ تَمَامِ السَّنَةِ كَانَ مُجْزِئًا كَمَا لَوْ تَمَّتْ السَّنَةُ قَبْلَ أَنْ يَجْذَعَ، وَنُزِّلَ ذَلِكَ مَنَزَلَةَ الْبُلُوغِ بِالسَّنِ أَوْ الْإِحْتِلَامِ إِنْ اسْتَوْفَى السَّنَ، وَلَمْ يَحْتَلَمْ كَانَ بَلُوغًا [وَإِنْ احْتَلَمْ قَبْلَ اسْتِيفَاءِ السَّنِ كَانَ بَلُوغًا]<sup>(٢)</sup> وَهَذَا مَا أوردَهُ «صَاحِبُ التَّهْذِيبِ». فَقَالَ: الْجَدْعَةُ: هِيَ الَّتِي اسْتَكْمَلَتْ سَنَةً، وَطَعَنَتْ فِي الثَّانِيَةِ أَوْ أَجْذَعَتْ سِنَهَا مِنْ قَبْلِ - أَي: أَسْقَطَتْ.

وَقِيلَ: الْجَدْعُ: مَا أَتَى عَلَيْهِ ثَمَانِيَةٌ أَشْهُرٍ، وَهَذَا مَا اخْتَارَهُ الرَّوْيَانِيُّ فِي «الْحِلْيَةِ». وَقِيلَ: مَا اسْتَكْمَلَتْ سِنَةٌ أَشْهُرٍ وَدَخَلَتْ فِي السَّابِعِ، وَهَذَا مَا أوردَهُ أَبُو إِسْحَاقَ الشِّيرَازِي. وَالثَّنِيَّ مِنَ الْإِبِلِ: مَا اسْتَكْمَلَ خَمْسَ سِنِينَ وَدَخَلَ فِي السَّادِسَةِ. وَعَنْ رِوَايَةِ حَزْمَلَةَ عَنِ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: أَنَّهُ الَّذِي اسْتَكْمَلَ سِنًا وَدَخَلَ فِي السَّابِعَةِ. قَالَ الرَّوْيَانِيُّ فِي «الْبَحْرِ»: وَلَيْسَ ذَلِكَ قَوْلًا آخَرَ، وَإِنْ تَوَهَّمَهُ بَعْضُ أَصْحَابِنَا، وَلَكِنَّهُ إِجْبَارٌ عَنْ نَهَايَةِ سِنِّ الشَّيْءِ، وَمَا ذَكَرَهُ الْجُمْهُورُ بَيَانًا ابْتِدَاءِ سِنَتِهِ.

وَالثَّنِيَّ مِنَ الْبَقْرِ: مَا اسْتَكْمَلَ سِتِّينَ وَدَخَلَ فِي الثَّلَاثَةِ. وَيُقَالُ: الْبَقْرُ فِي هَذَا السَّنِ مُسِنٌَّ وَمُسِنََّةٌ أَيْضًا. وَعَنْ رِوَايَةِ حَزْمَلَةَ: مَا اسْتَكْمَلَ ثَلَاثًا وَدَخَلَ فِي الرَّابِعَةِ. وَفِي الثَّنِيَّ مِنَ الْمَعْرِزِ خِلَافٌ مَذْكُورٌ فِي الزَّكَاةِ، وَالظَّاهِرُ: أَنَّهُ كَالثَّنِيِّ مِنَ الْبَقْرِ، وَهُوَ الَّذِي أوردَهُ فِي الْكِتَابِ، وَقِيلَ: مَا اسْتَكْمَلَ سَنَةً وَدَخَلَ فِي الثَّانِيَةِ.

وَيَجُوزُ أَنْ يُعْلَمَ - لَمَّا ذَكَرْنَا - قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «إِلَّا الَّتِي فِي السَّنَةِ الثَّانِيَةِ» بِالرَّوَايَةِ لُوجَهُ مِنْ اكْتَفَى بِاسْتِيفَاءِ ثَمَانِيَةِ أَشْهُرٍ، وَكَذَا قَوْلُهُ: «إِلَّا الَّتِي فِي السَّنَةِ الثَّانِيَةِ لِلُوجِهِ الْمَكْتَفَى بِاسْتِيفَاءِ السَّنَةِ». وَأَيْضًا: فَلِلتَّخْرِيجِ فِي تَجْوِيزِ الْجَدْعِ مِنَ الْمَعْرِزِ، وَلَا يَبْعُدُ أَنْ

(١) البخاري (٢٣٠٠ و ٢٥٠٠ و ٥٥٤٧ و ٥٥٥٥)، مسلم (١٩٦٥) بلفظ: قسم رسول الله ﷺ بين أصحابه ضحايا، فصارت لعقبة جذعة، فقلت: يا رسول الله أصابني جذع فقال: ضح به أنت، وفي رواية: فبقي عتود، ولليهقي: ولا رخصة لأحد فيه بعدك.

(٢) سقط في ز.

يُغَلِّمَ قَوْلُهُ: «إِلَّا فِي السَّادِسَةِ» أَيْضاً لِتَوْهُمٍ مَنْ تَوَهُمَ فِيهِ قَوْلَا آخَرَ.

قال الغزالي: وَجُمْلَةٌ مِنَ الصِّفَاتِ تَمْنَعُ الإِجْزَاءَ فَلَا تُجْزِيءُ المَرِيضَةَ البَيِّنُ مَرَضُهَا \* وَفِي مَعْنَاهَا الجَرْبَاءُ الكَثِيرَةُ الجَرْبِ دُونَ الجَرْبِ اليَسِيرِ \* وَلَا العَرَجَاءُ الَّتِي يَمْتَنِعُ كَثْرَةُ تَرَدُّدِهَا فِي المَرَعَى إِلاَّ أَنْ تَفْرَجَ وَقَدْ أَضْجَعَتْ لِلتُّضْحِيَةِ فِيهِ وَجْهَانِ \* وَلَا العَوْرَاءُ وَإِنْ كَانَتِ الحَدَقَةُ بَاقِيَةً \* وَلَا المَعْجَاءُ الَّتِي لَا نَقِيَّ لَهَا \* وَلَا المَجْنُونَةُ الَّتِي تَسْتَدِيرُ فِي المَرَعَى وَلَا تَرَعَى \* وَلَا المَقْطُوعُ مُعْظَمُ أُذُنِهَا أَوْ قَدْرُ مَا يَظْهَرُ مِنَ البُعْدِ \* وَلَا الَّتِي أَخَذَ الذَّنْبُ مِقْدَاراً بَيْنَا مِنْ فَحْدِهَا \* أَمَّا المَقْطُوعَةُ قَدْرًا يَسِيرًا مِنْ أُذُنِهَا أَوْ المَخْرُوقَةُ الأَذُنِ أَوْ المَشْقُوقَةُ أَوْ المَقْطُوعُ جَمِيعُ صَرْعِهَا أَوْ الَّتِي أَقْتَلَعَ الذَّنْبُ أَلْيَتَهَا فِيهِ الكُلُّ وَجْهَانِ \* وَيُجْزِيءُ المَنْزُوعُ الحَصِيَّةِ \* وَالْمُنْكَسِرُ القَرْنِ \* وَالَّتِي لَا قَرْنَ لَهَا \* وَالَّتِي تَنَائِرُ جَمِيعُ أَسْنَانِهَا \* وَالْفَحْلُ وَإِنْ كَثُرَ نَزْوَاتُهُ \* وَالْأَثَى وَإِنْ كَثُرَتْ وَلَادَتُهَا.

قال الرافعي: لَمَّا تَكَلَّمَ فِي الأَجْنَاسِ الَّتِي تَصَلِحُ لِلتُّضْحِيَةِ، وَفِي أَسْنَانِهَا المَعْتَبَرَةُ، أَرَادَ أَنْ يَتَكَلَّمَ فِيهَا بِمَا يُعْتَبَرُ فِيهَا مِنْ صِفَاتِ الكَمَالِ وَالتَّقْصَانِ.

المانع من الإجزاء نوعان: نقصان صفات، ونقصان أجزاء.

أما الأول: فعن البراء بن عازب - رضي الله عنه - أن النبي - ﷺ - سئل عما إذا ينقى من الضحايا فقال النبي - ﷺ -: «العرجاء البين ظلعها، ويروى عرجها، والعوراء البين عورها، والمريضة البين مرضها والعجفاء التي لا تنقى»<sup>(١)</sup>.

قوله: «لا تنقى» أي: ليس في عظامها مخ. وقيل: لا يوجد فيها شحم.

يقال: أنقيت الإبل وغيرها، إذا سمنت وصار فيها نقي: وهو المخ وهذه ناقة

(١) أخرجه مالك [٣١٩/١ - ٣٢٠] وأحمد [٢٨٤/٤ - ٢٨٩] وأصحاب السنن أبو داود [٣٨٠٢] وابن حبان [١٠٤٦ و ١٠٤٧ موارد] والحاكم [٤٦٧/١ - ٤٦٨ و ٤٦٩] والبيهقي، وادعى الحاكم أن مسلماً أخرجه، وأنه مما أخذ عليه لأنه من رواية سليمان بن عبد الرحمن، عن عبيد ابن فيروز، وقد اختلف الناقلون عنه فيه، هذا كلام الحاكم في كتاب الضحايا، وساقه في أواخر كتاب الحج من طريق سليمان بن عبد الرحمن عن عبيد بن فيروز عن البراء، وقال: صحيح ولم يخرجاه، وهو مصيب هنا مخطيء هناك، ولفظ أبي داود والنسائي في هذا الحديث، عن عبيد بن فيروز سألنا البراء بن عازب عما لا يجوز في الأضاحي، فقال: قام فينا رسول الله ﷺ وأصابني أقصر من أصابعه، وأنا ملي أقصر من أنامله، فقال: أربع - وأشار بأربع أصابعه - لا تجوز في الأضاحي: العوراء بين عورها، والمريضة بين مرضها، والعرجاء بين ضلعها، والكسير التي لا تنقى، قال قلت: فإني أكره أن يكون في السن نقص، قال: ما كرهت فدعه، ولا تحرمه على أحد، وفي رواية للنسائي: والعجفاء، بذل الكسير.



منقية وهذه لا تنقى. ولنشرح كل واحدة من هذه الصفات على الترتيب المسبوق في الكتاب. فمنها المريضة البين مرضها، وفي هذا [التقييد]<sup>(١)</sup> ما يفهم أن المرض اليسير لا يمنع الإجزاء؛ لأنه لا يؤثر في اللحم، فأما إذا بان وقوي وظهر بسببه الهزال فيفسد اللحم ويصير مضرًا، وهذا ظاهر المذهب.

وفي «الكافي» وغيره وجه: أن المرض يمنع الإجزاء وإن كان يسيراً. وعن «صاحب الحاوي» حكاية قولاً عن «القديم» وفي «الهيام» حكاية وجه؛ أن قليله وكثيره يمنع الإجزاء.

«والهيام» من أمراض الماشية، وهو أن يشتد عطشها، فلا تروى من الماء.

ويجوز أن يعلم لهذا قوله: «البين مرضها» بالواو بل يجوز إعلام المريضة أيضاً؛ لأن في كتاب القاضي ابن كج نقل قول: أن المنع يختص بالجرب، وأما سائر الأمراض فإنها لا تمنع الإجزاء وقوله: «في معناها الجرباء» يقتضي أن تكون الجرباء غير المريضة، لكن الجرب نوع من المرض، بل فسّر كثير من الأصحاب المريضة في الحديث بالجرباء، ثم قضية ما أورده المعظم صريحاً ودلالة، ونسبوه إلى نَصه - رضي الله عنه - في الجديد: أن الجرب يمنع الإجزاء يسيراً كان أو كثيراً؛ لأنه يُفسد اللحم والودك، وفيه وجه: أن الكثير هو الذي يمنع كما في سائر الأمراض، وهذا ما اختاره الإمام، وأورده صاحب الكتاب، ولا فرق في المرض والجرب بين ما يرجى زواله، وما لا يرجى.

ومنها: العرجاء، فإن اشتد عرجها بحيث تسبقها الماشية إلى الكلاً الطيب، وتتخلف عن القطيع، فلا تُجزى؛ لضعفها وهزالها، لعجزها عن الإغلاف، وإن كان يسيراً لا يخلفها عن الماشية - لم يمنع الإجزاء، وإذا كان العرج البين [يمنع]<sup>(٢)</sup> من التضحية ففقدان بعض القوائم أو انكساره أولى بالمنع، وإن كانت تزحف بثلاث قوائم، فإنها لا تنفرع من السعي إلى المرعى.

نعم. لو أضحجت ليضحى بها وهي سليمة فاضطربت؛ وانكسر رجلها، أو عرجت تحت السكين فوجهان:

أحدهما: أن حدوث العرج - والحالة هذه - لا يؤثر وأشبههما التأثير لأنها عرجاء عند الذبح، فأشبه ما لو انكسرت رجل شاة فبادر إلى التضحية بها.

ومنها العوراء فلا تُجزى إن لم تكن الحدقة باقية، ولم لا تُجزى؟ قيل: لأنها لم تبصر أحد شقي المرعى فيتقص رعيها، ويتأثر به لحمها.

(٢) سقط في ز.

(١) في ز: التقسام.

وقيل: لأنَّ الحدقةَ عضوٌ مُستطابٌ، وقد فُقدَ وعلى المعنيين بيني ما إذا كانت الحدقةُ باقيةً، وبطل الإبصارُ بها.

فعلى الأول: لا تجزىء أيضاً وهو الأظهرُ، وبه قال ابنُ أبي هريرةَ.

وعلى الثاني: يجوزُ، وبه قال أبو الطيب بنُ سلمةَ، وإذا لم تجز العوراءُ فالعمياءُ أولى. والعمشُ وضعفُ البصرِ من إحدَى العينين، وكلاهما لا يمنع الإجزاء، هكذا أطلق أكثرهم.

وقال الروياني: إذا غطى الناظرُ بياضَ أذهبَ بَعْضُهُ دُونَ بَعْضٍ، فإن ذهب الأكثرُ - لم تجزِ التضحيةُ بها، وإن ذهب الأقلُ - جازت، وفيه وجهٌ آخرُ.

وفي العشواءِ: وهي التي تُبصرُ بالنهارِ دُونَ الليلِ وجهان:

أصحُّهُمَا الجوازُ؛ لأنها تُبصرُ في وَقْتِ الرَّغِي.

ومنها العجفاءُ التي ذهبَ مُحْهَا من غايةِ الهزالِ لا تجزىءُ.

ويقال: إنَّ الهزالَ إذا اشتدَّ صارَ «التَّقَى كالماءِ»، وذلك قد يكونُ للهرمِ، وقد يكونُ لعلَّةٍ ومرضى بها، فإن كان بها بعضُ الهزالِ، ولكنها منقيةٌ فتجزىءُ، هكذا أطلقه مُطَّلِقُونَ [ووراءه تفصيلان]<sup>(١)</sup>.

أحدُهُما: عن «الحارِبي» أنَّ الحَكَمَ كذلك إنَّ كان خَلْقِيًّا، وإن كان لمرضى لم يجز؛ لأنه داءٌ.

والثاني: قال الإمامُ: كما لا يُعتبرُ السَّمَنُ البالغُ في الإجزاء، لا يمكنُ أن يُقالَ: العجفاءُ التي لا تُجزىءُ هي التي بلغت نهايةَ العَجْفِ وأقربُ مُعتبرٍ فيه أن يُقالَ: إذا كانت بحيثُ لا يَزَعْبُ في تناولِ لحمها الطبقةَ العاليةَ من طلبه اللحمِ في [سبني الرِّخاءِ]<sup>(٢)</sup> فهي غيرُ مُجزئةٍ.

ومنها ورودُ الثُّهْيِ عن القَوْلَاءِ وهي المَجنونةُ التي تَسْتَدِيرُ في المَزَعَى، فلا ترعى إلا الشيءَ القليلَ، وذلك يُورثُ الهزالَ.

وتجوزُ التضحيةُ بالفَحْلِ وإن كثرَ نزواته. وبالأُنثى الكثيرةَ الولادةِ<sup>(٣)</sup>، وإن لم يطب لحمها أو أضرَّ إلا إذا انتهى إلى العَجْفِ البينِ، هذا قيامُ يتعلقُ بالصفَاتِ.

وأما النوعُ الثاني: وهو نقصانُ العينِ، ففيه صُوْرٌ.

(١) في ز: ورؤوه مفصلاً.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: المقيدة بالولادة.

فمنها روي عن عَلِيِّ - رضي الله عنه - قال: «أمرنا رسول الله - ﷺ - أَنْ نَسْتَشْرِفَ العَيْنَ والأذُنَ، وألَّا نُضْحِي بِمُقَابَلَةٍ وَلَا مُدَابِرَةٍ وَلَا خَرْقَاءَ وَلَا شَرْقَاءَ»<sup>(١)</sup>.  
وقوله ﷺ نَسْتَشْرِفُ العَيْنَ والأذُنَ، قِيلَ أَي نَتَأَمَّلُهَا وَنَنْظُرُ فِيهِمَا، كَيْلًا يَقَعُ فِيهَا نَقْصٌ وَعَيْبٌ<sup>(٢)</sup>.

وقيل: أَنْ نُضْحِي بِوَاسِعِ العَيْنَيْنِ، طَوِيلَ الأذُنِ.

والمُقَابَلَةُ: الَّتِي قُطِعَتْ فَلَقَةٌ مِنْ مَقْدَمِ أُذُنِهَا.

والمُدَابِرَةُ: الَّتِي قُطِعَتْ الفَلَقَةُ مِنْ مُؤَخَّرِهَا.

وَالشَّرْقَاءُ: المَشْقُوقَةُ الأذُنِ.

وَالخَرْقَاءُ: الَّتِي يَثْقُبُ أُذُنُهَا مِنْ كَيْي أَوْ غَيْرِهِ، فَلَا تُجْزِيءُ الَّتِي اسْتَوْعِبَ أُذُنُهَا جِدْعًا، لِأَنَّهُ ذَهَبَ مِنْهَا عَضْوٌ مَأْكُولٌ.

وَيُرْوَى أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - نَهَى أَنْ يُضْحَى بِالمُضْفَرَةِ، وَفَسَّرَتِ المِصْفَرَةَ بِالَّتِي اسْتَوْصَلَتْ أُذُنُهَا. وَذَكَرَ أَنَّهُ مِنْ قَوْلِهِمْ: «صِفْرُ المَكَانِ إِذَا خَلَا». وَعَنْ مَالِكٍ: أَنَّهَا تُجْزِيءُ. وَإِنْ قُطِعَ بَعْضُ أُذُنِهَا، نُظِرَ؛ إِنْ أَبِينِ مِنْهَا شَيْءٌ - لَمْ تُجْزِ التَّضْحِيَةُ بِهَا، إِنْ كَانَ المُبَانُ كَثِيرًا بِالإِضَافَةِ إِلَى الأذُنِ وَإِنْ كَانَ يَسِيرًا - فَوَجْهَانِ:

أظْهَرُهُمَا: أَنَّ الجَوَابَ كَذَلِكَ [لِذَهَابِ جُزْءٍ]<sup>(٣)</sup> مَأْكُولٍ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ لَا يَمْنَعُ الإِجْزَاءَ - وَبِهِ قَالَ القَاضِي الرُّوْيَانِيُّ، حِينَ قَالَ فِي «الحِلْيَةِ»: وَأَنَا أَرَحُّصُ فِي أُنْمَلَةٍ أَوْ ظُفْرٍ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الفَلَقَ الصَّغِيرَ يُعْتَنَى بِهَا، بَلْ يَحْدَفُ مِنَ الرُّؤُوسِ المَشْوِيَّةِ وَأَطْرَافِ الأَدَبِ الحَاسِيَةِ<sup>(٤)</sup>.

قال الإمام: وأقرب العبارات في الفرق بين الجزء الكبير واليسير أن يقال: إن كان الثَّقْصَانُ يَلُوحُ مِنْ بُعْدٍ، فَالجزءُ المُبَانُ كَثِيرٌ، وَإِنْ كَانَ لَا يَلُوحُ مِنْ بُعْدٍ - فَهُوَ صَغِيرٌ وَإِنْ لَمْ يَبَيِّنْ مِنْهَا شَيْءٌ، بَلْ شَقٌّ أَوْ قُطِعَ طَرَفٌ وَبِقِيِّ مُتَدَلِّيًا، فَهَذَا لَا يَمْنَعُ الإِجْزَاءَ.

وفيه وجه، وهو اختيار القفال: أنه يمنع؛ لأن موضع القطع يتصلب ويصير جلدًا بعدما كان لحمًا.

(١) أخرجه أحمد [٨٥١] وأصحاب السنن أبو داود [٢٨٠٤] الترمذي [١٤٩٨] النسائي [٢١٦/٧] - [٢١٧] ابن ماجه [٣١٤٢] والبزار، وابن حبان والحاكم [٢٢٢/٤] والبيهقي [٢٧٥/٩]، واللفظ للنسائي [٢١٦/٧] - [٢١٧] وأعله الدارقطني.

(٢) في ز: وغيرها.

(٣) سقط في ز.

(٤) في ز: الجانية.

وإذا قلنا بالأول، حملنا القولين على الشَّرْقَاءِ والخَرْقَاءِ على البرية<sup>(١)</sup>.

وقال أبو حنيفة - رحمه الله -: إن كان المقطوعُ ذَوْنَ الثَلِثِ لم يمنع الإجزاء، والكَيُّ لا يُؤثِّر.

وقيل: في المؤسومة وجهان؛ لتصلبِ الموضع، وتجاوز التضحية بصغيرة الأذن، ولا يجوز بالتي لم يخلق لها أذن.

الثانية: لا يجوز التضحية بالتي أخذ الذئب مقداراً بيئاً من فخذها بالإضافة إليه؛ لنقصان اللحم، وكون العضو لازماً للجنس.

ولو اقتلع الذئب أليتها أو قطعها قاطع، ففي جواز التضحية بها وجهان.

أحدهما: الجواز؛ لما سنذكره إن شاء الله تعالى في التي لم يخلق لها ألية.

وأظهرهما: المنع لما حدث فيها من نقصان القيمة والمقصود، وقطع بهذا قاطعون، وفي مقطوعة الضرع وجهان مرتبان، وأولى بالجواز؛ لأن لحم الضرع شبيهة بالخضية غير معنى بخلاف الألية، والظاهر المنع وهو الذي أورده الروياني وغيره، وفي التي خلقت بلا ألية أو بلا ضرع وجهان أيضاً.

أحدهما: المنع كالتي خلقت بلا أذن، وأصحهما، وبه قال القاضي أبو حامد والفقهاء أنه يجوز، لأن المعز يجزىء ولا ألية له، والذكر يجزىء ولا ضرع له، بخلاف الأذن، فإنه عضو لازم في الغالب، والذئب كالألية.

ولا تجزىء مقطوعة بعض اللسان، وقطع بعض الألية والضرع كقطع كلها، وذكر الجميع غير محتاج إليه في قوله في الكتاب: «أو المقطوع جميع ضرعها».

ويجزىء الخصي والموجوء؛ لما روي أنه - ﷺ - ضحى بكبشين موجوءين<sup>(٢)</sup>.

ولأن الخصي يزيد اللحم طيباً وكثرة.

وأغرب القاضي ابن كج، فحكى في الخصي قولين، وجعل المنع الجديد.

الثالثة: يجوز التضحية بالجماء؛ وهي التي لا قرن لها، ويقال لها الجلحاء أيضاً؛

(١) في ز: السوية.

(٢) أخرجه أحمد [٣/٣٧٥] وابن ماجه [٣١٢١] والبيهقي [٩/٢٦٨]، من حديث عبد الله بن محمد ابن عقيل عن عائشة أو أبي هريرة، هذه هي رواية الثوري ورواه زهير بن محمد عن ابن عقيل عن أبي رافع أخرجه الحاكم [٤/٢٢٧ - ٢٢٨]، ورواه حماد بن سلمة عن ابن عقيل عن عبد الرحمن ابن جابر عن أبيه، وله شاهد من حديث أبي عياش عن جابر، ورواه أبو داود [٢٧٩٥] والبيهقي، ورواه أحمد والطبراني من حديث أبي الدرداء، والموجوءين المتزوعي الأنثيين. قاله الحافظ.

لأنَّ الْقَرْنَ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ كَثِيرٌ غَرَضٌ، لَكِنَّ ذَاتَ الْقَرْنِ أَفْضَلُ؛ لَمَّا مَرَّ مِنْ حَدِيثِ أَنَسٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَرَوَى - أَيْضاً - أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - قَالَ: «خَيْرُ الضَّحِيَّةِ لَكَيْشُ الْأَقْرَنُ، فَإِنَّهُ أَحْسَنُ<sup>(١)</sup> مَنْظَرًا». وَتَجْزِيءُ الْعَضْبَاءِ وَهِيَ الَّتِي [انْكَسَرَ قَرْنُهَا وَالتِّي]<sup>(٢)</sup> انْكَسَرَ مِنْ قَرْنِهَا الْغُلَافُ وَخَدَهُ، أَمَّا فِي الدَّاجِلِ وَخَدَهُ، فَقَالَ الْقَفَّالُ: إِلَّا أَنْ يُوَثَّرَ أَلْمُ الْانْكَسَارِ فِي اللَّحْمِ، فَيَكُونُ كَالْجَرَبِ وَغَيْرِهِ. وَلَا فَرْقَ بَيْنَ وَأَنْ يُذْمَى قَرْنُهَا بِالْانْكَسَارِ أَوْ لَا يُذْمَى.

وقال مالك: إن دمي يقع الإجزاء.

وعن أحمد: لا تُجْزِئُ الْعَضْبَاءُ الَّتِي انْكَسَرَ بَعْضُ أَسْنَانِهَا، وَإِنْ انْكَسَرَ أَوْ تَنَاقَرَ الْجَمِيعُ، فَقَدْ أُطْلِقَ «صَاحِبُ التَّهْذِيبِ» وَجَمَاعَةٌ أَنَّهُ لَا تُجْزِئُ.

وقال الإمام: الذي ذهب إليه المحققون أنه لا يمنع الإجزاء وأثبت فيه خلافاً، وفصل بعضهم فقال: إن كان ذلك لمرض، أو كان يؤثّر في الإعتلاف ونقص اللحم فلا يُجْزِئُ [وإلا فيجزيء]<sup>(٣)</sup> وهذا أحسن، لكنه يؤثّر فيه بلا شك فيرجع الكلام إلى المنع المطلق<sup>(٤)</sup>، وقد يؤيد ذلك بما روي أن النبي - ﷺ - نهى أن يُضحى بالهتماء<sup>(٥)</sup> وهي التي انكسر أو تناثر أسنانها.

قال العزالي: وَتُجْزِئُ الشَّاةُ عَنْ وَاحِدٍ \* وَالْبَقَرُ وَالْإِبِلُ عَنْ سَبْعَةٍ وَإِنْ لَمْ يَكُونُوا مِنْ أَهْلِ بَيْتٍ وَلَا جَمِيعُهُمْ مُضْحِينَ \* وَتُجْزِئُ عَمَّنْ وَجَبَ عَلَيْهِ سَنَعُ شَيْئِهِ بِأَسْبَابٍ مُخْتَلِفَةٍ إِلَّا فِي جَزَاءِ الصَّيْدِ \* وَلَوْ اشْتَرَكَ رَجُلَانِ فِي شَاتَيْنِ عَلَى الشُّبُوعِ فَبِهِ وَجْهَانِ \* وَلَا يُجْزِئُ نِصْفُ شَاةٍ وَاحِدَةٍ.

قال الزايعي: الشاة الواحدة، لا يضحى بها إلا واحداً، لكن إذا ضحى بها واحداً من

(١) أخرجه أبو داود [٣١٥٦] وابن ماجه [١٤٧٣] والحاكم [٢٢٨/٤] والبيهقي [٤٠٣/٣]، من حديث عبادة بن نسي عن أبيه عن عبادة بن الصامت، وزاد: وخير الكفن الحلة، ورواه الترمذي [١٥١٧] وابن ماجه [٣١٣٠] والبيهقي [٢٧٣/٩] من حديث أبي أمامة نحو الجملة الأولى، وفي إسناده عفير بن معدان وهو ضعيف.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز. وفي الحديث نهى عن المشيمة. قال في «البيان»: هي المتأخرة عن الغنم، فإن كان ذلك لهزال أو علة، منع، لأنها عجفاء، وإن كان عادة وكسلاً، لم يمنع.

(٤) قال الحافظ لم أراه هكذا، لكن في غريب الحديث لأبي عبيد عن طاوس في الهتماء يضحى بها، فهي المكسورة الأسنان، قلت: وفي حديث عتبة بن عبد السلمي الذي تقدم عند أبي داود أنه قال للذي سأله عن الثرماء ألا جئتني أضحي بها، والثرماء الذي ذهب بعض أسنانها، ونقل القاضي الحسين عن الشافعي أنه قال: لا نحفظ عن النبي ﷺ في نقض الأسنان شيء، يعني في النهي حديث عائشة: أتى بكبش أقرن فأضحجه، تقدم.

أهل بيت تأذى الشعارُ والسنة لجميعهم، وعلى ذلك حُمِلَ ما روي أنه - ﷺ - أتى بكبش أقرن، فأضجعه وقال: «بِسْمِ اللَّهِ اللَّهُمَّ تَقَبَّلْ مِنْ مُحَمَّدٍ وَآلِ مُحَمَّدٍ وَضَعِي بِهِ»<sup>(١)</sup>.

وكما أنَّ الفرضَ ينقسمُ إلى فرضِ عَيْنٍ، وفرضِ كِفَايَةٍ، فقد ذكر أن السنة كذلك وإنَّ التضحيةَ مَسْنُونَةٌ على الكِفَايَةِ لكلِّ أهلِ بيتٍ، وتجزئُ البدنةَ عن سبعة، وكذلك البقرة، ولا فَرْقَ بين أن يكونوا جميعاً مُتَقَرِّبِينَ، وبين أن يبغى بعضهم اللحمَ، ولا إذا كانوا مُتَقَرِّبِينَ بَيْنَ أن تكون القُرْبَةُ وَاجِبَةً، أو غيرَ وَاجِبَةٍ، وبين أن تختلفَ جهةُ القُرْبَةِ، أو لا تختلفُ، ولا بين أن يكونوا من أهل البيت الواحدِ، أو بيوتٍ مُختلفَةٍ.

واحتج الأصحابُ بما روي عن جابر - رضي الله عنه - أنه قال: نحزنا مع رسول الله - ﷺ - بالحدائبيَّةِ البدنةَ عن سبعة، والبقرةَ عن سبعة<sup>(٢)</sup>، والظاهرُ: أنهم لم يكونوا من أهل بيتٍ واحدٍ.

وروي أنه قال: أمرنا رسولُ الله - ﷺ - أن يشترك كلُّ سبعةٍ في بدنةٍ ونحن متمتعون<sup>(٣)</sup>، ودَمَ التمتعُ واجبٌ وبأن ما يجزئُ التضحيةَ والسبعةَ مُتَقَرِّبُونَ جاز وبعضهم يبغى اللحمَ. وما جاز للسبعةَ فهم يذبحونَ عن تطوع، جاز وهم يذبحون عن واجبٍ [وما جازوهم]<sup>(٤)</sup>. من أهل بيتٍ واحدٍ، جاز وهم أهلُ بيوتٍ مُختلفَةٍ فالسبع من الغنم.

وذكر أبو الحسنِ العبادي: أن عند أحمدَ تُجزئُ البدنةَ عن عشرة<sup>(٥)</sup> والبقرة عن سبعة. وإذا اشتركوا في بدنةٍ أو بقرةٍ وهم مُتَقَرِّبُونَ أو بعضهم يريدُ اللحمَ، فطريقان:

أصحهما<sup>(٦)</sup> أن القِسْمَةُ تُبنى على أنها بيعٌ أو إفرازٌ حقٌّ، إن جعلناها [إفرازاً] جوزناها، وإن جعلناها بيعاً، فبيعُ اللحمِ باللحمِ في حال الرطوبةِ لا يجوزُ.

فالطريقُ أن يدفعَ المُتَقَرِّبُونَ الأَنْصِبَةَ إلى الفقراءِ شائعةً ثم يشتريها منهم من يبغى اللحمَ بالدرهمِ [أو يبيعَ من يبغى اللحمَ نصيبه من المُتَقَرِّبِينَ بالدرهمِ]<sup>(٧)</sup>، ويجعلوا اللحمَ أجزاءً ويجعلون باسمِ كلِّ واحدٍ جزءاً ثم يبيعُ صاحبُ الجزءِ ماله في سائرِ الأجزاءِ بالدرهمِ ويشترى ما لأصحابه في ذلك الجزءِ بالدرهمِ، ويتقاصون. والثاني وبه قال

(١) أخرجه مسلم ٣/١٥٥٧ كتاب الأضاحي/ باب استحباب الضحية - حديث (١٩ - ١٩٦٧).

(٢) رواه مسلم [١٣١٨] وأصحاب السنن أبو داود [٢٨٠٩] الترمذي [١٥٠٢] النسائي [٢٢٢٢/٧] ابن ماجة [٣١٣٢]، وروى أحمد عن حذيفة أنه ﷺ أشرك بين المسلمين في البقرة عن سبعة.

(٣) أخرجه مسلم [١٣١٨] في حديث لجابر قال: خرجنا رسول الله مهلين بالحج، فأمرنا أن نشترك في الإبل والبقرة كل سبعة منا في بدنة، وفي رواية قال: اشتركتنا كل سبعة في بدنة.

(٤) سقط في ز. (٥) في ز: سباعاً.

(٦) في ز: أحدهما. (٧) سقط في ز.

صاحب التلخيص: تجوز القسمة هاهنا قولاً واحداً؛ للحاجة وأيضاً فإننا نجعل<sup>(١)</sup> القسمة بيعاً على قول إذا كانت الشركة فيما يقبل البيع، ولحم الضحية لا يقبله كما يُجزىء تضحية سبعة بدنّة أو بقرة ويجوز أن يقصد بعضهم التضحية، وبعضهم الهدي أو اللحم فيجوز أن يذبح الواحد بدنّته أو بقرته عن سبع شياه لزمته بأسباب مختلفة: كالقران، والتمتع، ومباشرة مخظورات الإحرام، ونذر التصدق بشاة، [والتضحية بشاة]<sup>(٢)</sup>.

نعم، من جزاء الصيّد يُراعى المماثلة ومشابهة الصورة.

فلا تُجزىء البدنة عن سبعة من الطباء، ولو وجب شاتان على [رجلين]<sup>(٣)</sup> من قتل صيدين لم يُجز أن يذبحا عنهما بدنة أو بقرة ويجوز أن يذبح الرجل بدنة أو بقرة سبغها عن شاه لزمته، ويأكل الباقي.

ولو جعل جميع البدنة أو البقرة مكان الشاة، فيكون الكل فرضاً حتى لا يجوز أكل شيء منه أو يكون الفرض السبع حتى يجوز الأكل من الباقي، فيه وجهان، ويقرب هذا الخلاف من الخلاف في أنه إذا مسح جميع الرأس يكون الكل فرضاً أو الفرض ما يقع عليه الاسم<sup>(٤)</sup>.

ولو اشترك رجلان من شاتين؛ فهل يجوز لهما التضحية بهما؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن يصفى شاة كشاة واحدة وعلى هذا فلا يبعد أن تجوز التضحية بأجزاء شاة، ويحتمل تخلل الفاضل.

وأظهرهما: لا؛ افتصاراً على ما ورد [به الخير]<sup>(٥)</sup>.

وكُل واحد منهما يتمكن من الانفراد بواحدة. قال الإمام: وللخلاف التفات إلى اعتاق يصفى عبدين عن الكفارة، ولا تجوز التضحية ببعض شاة بحال.

قال الغزالي: (أما السنّة) فالأحب هو الأسمن الأكمل \* وسنّ من الغنم أحب من البقرة والبدنة \* والبدنة أحب من البقرة \* والأبيض أحب من الأسود \* والنصر أن الأنتى أحب ولعلّه أراد التي لم تلد فلحّم الذكر أطيب.

(١) في ز: فإننا نجوز.

(٢) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

(٤) قال النووي في زوائده: قيل: الوجهان في المسح فيما إذا مسح دفعة واحدة، فإن مسح شيئاً فشيئاً، فالثاني سنة قطعاً، وقيل: الوجهان في الحالين، ومثلهما إذا طوّل الركوع والسجود والقيام زيادة على الواجب، وفائدته في زيادة الثواب في الواجب، والأرجح في الجميع أن الزيادة تقع تطوعاً.

(٥) سقط في ز.

قال الزَّافِعِيُّ: المقصودُ الآنُ في صِفَاتِ الكَمَالِ في الأُضْحِيَّةِ وفيه مَسَائِلُ:

منها: [يُسْتَحَبُّ] <sup>(١)</sup> أن يختارَ للتضحية الأَسْمَنَ <sup>(٢)</sup> الأَكْمَلَ حتى أن التضحية بشاةٍ سَمِينَةٍ أَفْضَلُ من التضحية بشاتين <sup>(٣)</sup> ذَوْنَهَا؛ لأن لحمَ السَّمِينِ أَطْيَبُ وفسر بعضهم الشَّعَارَ في قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يُعْظَمْ شَعَائِرَ اللَّهِ﴾ بِاسْتِسْمَانِ الهَدْيِ وَاسْتِحْسَانِهِ.

وفي الخبر: «عَظَّمُوا ضَحَايَاكُمْ؛ فَإِنَّهَا عَلَى الصَّرَاطِ مَطَايَاكُمْ» <sup>(٤)</sup>.

قِيلَ معناه: أنها تَهَيَأُ مَرَابِبَ.

وقيل يسهل بالتضحية الجوازُ على الصراطِ.

وذكر الشَّافِعِيُّ - رضي الله عنه -: أن في التضحية استِكثَارَ القِيَمَةِ أَحَبُّ من استكثَارِ العَدَدِ، وفي العتق استكثَارُ العَدَدِ أَوْلَى؛ وسببه أن المقصودَ - هاهنا - اللحمُ، ولحمُ السَّمِينِ أَكْثَرُ وَأَطْيَبُ. والمقصودُ في العتق التخليصُ من الرُّقِّ، وتخليصُ عَدَدٍ أَوْلَى، [من تَخْلِيصِ وَاحِدٍ] <sup>(٥)</sup> وكثرةُ اللحمِ في الأُضْحِيَّةِ خَيْرٌ من كثرةِ الشَّحْمِ، إلا أن يكونَ لحمها حسناً. ومنها: التضحية بِسَبْعٍ من الغنمِ أَفْضَلُ من التضحية بِبَدَنَةٍ أو بَقْرَةٍ أو بالعكس أَفْضَلُ؟ فيه وجهان:

أظهرهما: وهو المذكورُ في الكتاب أن الأولَ أَفْضَلُ؛ لأن لحمَ الغنمِ أَطْيَبُ ولأن الدَّمَ المَرَّاقَ أَكْثَرُ والقُرْبَةَ تزيد بحسبه.

والثاني: أن العكس أَفْضَلُ؛ لأنَّ اللحمَ أَكْثَرُ.

وقد يؤدي التعارضُ في مثل هذا إلى التساوي، ولم يذكره. والبدنة أَحَبُّ من البقرة، والبقرة أَحَبُّ من الشاةِ والضأنِ [مِنَ المَغْزِ].

وقال مالكٌ: الأفضلُ الضأنُ <sup>(٦)</sup> ثم البقرة ثم البدنة.

لنا ما روي أنه ﷺ قال: «لَا تَذْبَحُوا إِلَّا البَدَنَةَ إِلَّا أن يَغْسَرَ عَلَيْكُمْ فَأَذْبَحُوا الجَدَعَ مِنَ الضَّأْنِ» <sup>(٧)</sup>. وقال ﷺ في الجمعة: «مَنْ رَاحَ فِي السَّاعَةِ الأُولَى فَكَأَنَّما قَرَّبَ

(١) سقط في ز.

(٢) في ر: بشاة.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٧) أخرجه مسلم [١٩٦٣] وأبو داود [٢٧٩٧] والنسائي [٢١٨/٧] وابن ماجه [٣١٤١] من حديث جابر، وقالوا كلهم: لا تذبحوا إلا مسنة، وكان المصنف ساقه بالمعنى، فقد قال النووي في شرح مسلم نقلاً عن العلماء: المسنة الثنية من كل شيء، من الإبل والبقر والغنم فما فوق ذلك، وقال المنذري: المسنة التي لها ثلاث ودخلت في الرابعة، وقيل التي دخلت في الثالثة. قاله الحافظ.



بَدَنَةٌ<sup>(١)</sup> ثم ذكر البقرة ثم ذكر الكبش. والتضحية بشاة أفضل من الشُرَكَة في بَدَنَةٍ أو بقرة<sup>(٢)</sup>. ومنها: البيضاء أحب من العفراء والعفراء أحب من السوداء والعفراء: التي لا يَضْفُو بياضها؛ روي أنه ﷺ قال: «لَدُمُ عَفْرَاءٍ أَحَبُّ إِلَى اللَّهِ مِنْ دَمِ سَوْدَاوَيْنِ»<sup>(٣)</sup> ورأى الإمام أفضلية البيض تَعْبُدًا، ومنهم مَن ادَّعى أنها أَحْسَنُ مَنظَرًا وأطيبَ لحمًا.

ومنها: حُكِي عَنِ نَصِّ الشَّافِعِيِّ - رضي الله عنه - أن الأنثى أحب من الذكر، والأصح - وينسب إلى نَصِّه - رضي الله عنه - في رواية البويطي: أن الذكر أحب؛ لأن لحمه أطيب وأفضل. وتكلموا في النص الأول من وجهين:

أحدهما: أنه إنما ذكر ذلك في جزاء الصَّيْدِ عند تقويم الحيوان للرجوع إلى مقدار قيمته من الطعام، والأنثى أكثر قيمة. فلا تفدى الأنثى بالذكر إذا أراد التقويم، على أن في هذا خلافًا قد سبق في موضعه.

والثاني: وهو المذكور في الكتاب أنه أراد الأنثى التي لم تلد، هي أطيب لحمًا وأطيب من الذكر، وإنما يذهب طيب لحم الأنثى إذا ولدت، وطيب لحم الذكر إذا أكثر التزوان<sup>(٤)</sup>. قال الإمام: ولا ينبغي أن يُغَدَّلَ الشيء إلا بما يساويه، كالفحل الذي أكثر التزوات لا يقاس بالأنثى الرخصة<sup>(٥)</sup> التي لم تلد، ولكن يعتبر بالتي ولدت.

فإن التزوان في الذكورة كالولادة في الإناث.

وإذا فرضنا ذكرًا لم ينز، وأنثى لم تلد - فالذكر أولى. وهذا بين في العرف.

قال العزالي: (الرُّكْنُ الثَّانِي: الْوَقْتُ) وَهُوَ يَوْمُ النَّحْرِ وَأَيَّامُ التَّشْرِيقِ \* ودماء الجبَرَانَاتِ لَا وَقْتٌ لَهَا \* وَأَوَّلُ الْوَقْتِ بِانْقِضَاءِ وَقْتِ الْكَرَاهَةِ بَعْدَ طُلُوعِ الشَّمْسِ يَوْمَ الْعِيدِ بَعْدَ مِقْدَارِ حُطْبَتَيْنِ وَرَكْمَتَيْنِ حَفِيفَتَيْنِ وَقِيلَ: بَلْ طَوِيلَتَيْنِ عَلَى الْعَادَةِ \* وَأَخْرَهُ غُرُوبِ الشَّمْسِ آخِرَ ثَالِثِ أَيَّامِ التَّشْرِيقِ \* وَيُجْزَىءُ بِاللَّيْلِ (م) وَفِي الْيَوْمِ الثَّالِثِ مِنْ أَيَّامِ التَّشْرِيقِ.

قال الرافعي: يدخل وقت التضحية بدخول وقت صلاة العيد يوم النحر، ومضي

(١) تقدم.

(٢) أخرجه أحمد [٤١٧/٢] والحاكم [٢٢٧/٤] والبيهقي [٢٧٣/٩] من حديث أبي هريرة، ورواه

الطبراني في الكبير من حديث ابن عباس: دم الشاة البيضاء، عند الله أذكى من دم السوداوين، وفيه حمزة النصيب، قيل كان يضع الحديث، ورواه الطبراني وأبو نعيم من حديث كبيرة بنت سفيان نحو الأول، ورواه البيهقي موقوفًا على أبي هريرة، ونقل عن البخاري أن رفعه لا يصح.

(٤) لم يصرح بترجيح في النص الثاني لكن تقديمه الأول يشعر بترجيحه للاهتمام به ولهذا نسبه في الذخائر للأصحاب وجزم الشيخ أبو محمد في الفروق بالثاني كما ذكره في كتاب الزكاة.

(٥) في ز: الرخصة.

وقت ركعتين وخطبتين بعده، فإن ذبح قبل ذلك لم تُجزِ ضحيته؛ لما رُوِيَ عَنْ أَنَسٍ - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله - ﷺ -: «مَنْ ذَبَحَ قَبْلَ الصَّلَاةِ فَإِنَّمَا يَذْبَحُ لِنَفْسِهِ، وَمَنْ ذَبَحَ بَعْدَ الصَّلَاةِ فَقَدْ تَمَّ نُسُكُهُ وَأَصَابَ سُنَّةَ الْمُسْلِمِينَ»<sup>(١)</sup>.

وكيف تُعتبر الركعتان والخطبتان؟ فيه وجهان، ويقال قولان:

أحدهما: أنه يعتبر ركعتان وخطبتان خفيفتان لحصول<sup>(٢)</sup> الأجزاء بهما والظاهر أن النبي - ﷺ - لو خفف الصلاة والخطبة لضحى أو أذن في الضحية.

والثاني: أن المُعتبر صلاة رسول الله - ﷺ - وخطبته وكان يقرأ في الركعة الأولى بسورة «ق» وفي الثانية «أقتربت الساعة» ويخطب خطبة متوسطة؛ واحتج له بظاهر قوله ﷺ: «مَنْ صَلَّى صَلَاتَنَا هَذِهِ وَذَبَحَ بَعْدَهَا فَقَدْ أَصَابَ النُّسُكَ»<sup>(٣)</sup>. وحكى الإمام عن المراوغة: أن الخلاف في اعتبار الخفة في الركعتين فأما الخطبتان فالمعتبر فيهما الخفة لا محالة.

وكان النبي - ﷺ - لا يطول، وكيف والناس يوم العيد مستوفون<sup>(٤)</sup>؟

قال: وما أرى من يعتبر ركعتين خفيفتين يكتفي بأقل ما يجزىء وظاهر لفظ «الشامل» خلافه<sup>(٥)</sup>. وفي «الشامل» وجه: أنه كان يُعتبر في عهد النبي - ﷺ - صلواته، وبعده المُعتبر قدر الصلاة.

وفي «النهاية» عن بعض التصانيف: أنه يكفي مضي ما يسع ركعتين بعد انقضاء وقت الكراهية، ولا يُعتبر مضي وقت الخطبتين. وينتهي وقت التضحية بغروب الشمس ثالث أيام التشريق. وقال أبو حنيفة ومالك وأحمد: ينتهي بالغروب ثاني أيام التشريق.

واحتج الأ أصحاب بما رُوِيَ أنه ﷺ قال: «عَرَفَهُ كُلُّهَا مَوْقِفٌ، وَأَيَّامٌ مِّنَى كُلُّهَا مَنَحَرٌ» وبأن اليوم الثالث رمي من أيام الرمي فيكون من أيام التضحية كاليومين الأولين فتجوز التضحية في ليالي التشريق كما في الأيام خلافاً لمالك وكذا لأحمد في رواية.

(١) أخرجه البخاري [٩٥٤ و ٩٨٤ و ٥٥٤٩ و ٥٥٦١] بهذا اللفظ، ولمسلم [١٩٦٢] نحوه.

قوله: وفي رواية: من صلى صلاتنا هذه، وذبح بعدها، فقد أصاب النسك، تقدم من حديث البراء وأنه متفق عليه البخاري [٩٥١ و ٩٥٥ و ٩٦٥ و ٩٦٨ و ٩٧٦ و ٩٨٣ و ٥٥٤٥، مسلم [١٩٦١] لكن ليس فيه لفظة: هذه، من قوله صلاتنا هذه. قوله: وكان ﷺ يقرأ في الأولى ق، وفي الثانية اقتربت، ويخطب خطبة متوسطة، أما القراءة فتقدم ذكرها في صلاة العيدين، وأما الخطبة فتقدم في الجمعة.

(٢) في ز: لأنه يحصل. (٣) تقدم.

(٤) تقدم في صلاة الجماعة. (٥) في ز: بخلافه.

لنا: أنه دَبِحَ يجوزُ نهاراً فيجوزُ ليلاً كَذَبِحَ غير الضحية .  
والذَّبْحُ مطلقاً بالليل مَكْرُوهٌ؛ لما روي أنه ﷺ نهى عن الذَّبْحِ لَيْلاً<sup>(١)</sup> .  
والمعنى فيه: أنه لا يَأْمَنُ الخطأُ في المذْبَحِ، وأيضاً فالمسَاكِينُ لا يحضرون  
التضحية بالليل حُضُورَهُم بالنهار .  
وأما لفظُ الكتابِ فقوله: «وَهُوَ يَوْمُ النَّحْرِ وَأَيَّامُ التَّشْرِيقِ» يجوزُ إعلامُ أَيَّامِ التَّشْرِيقِ  
بالْحَاءِ وَالْيَمِيمِ وَالْأَلْفِ؛ لما نقلنا مِنْ مَذْهَبِهِمْ في اليومِ الثالثِ .  
ويوم النحر كُلُّهُ ليس وَقْتُ التضحية، بل لا بُدَّ مِنْ انقضاءِ طرفٍ من صَدْرِهِ على  
ما بين، فليُخْمَلِ على أن وَقْتُ التضحية في هذه الأيامِ . وما أشبه ذلك .  
وقوله: «ودماء الجبرانات لا وقت لها» أي: لا تختصُ بوقتٍ . المسألةُ مُكْرَرَةٌ قد  
ذكرها مرَّةً في «الحج» مع التعرضِ لمُخَالَفتها «الضحايا» ولا حاجةٌ إلَى إِعادَتِها هاهنا .  
وقوله: «وأولُ الوقتِ بانقضاءِ وقتِ الكراهيةِ بعد طُلُوعِ الشَّمْسِ» اعلم أنَّ المعتبرَ  
دخولَ وقتِ صَلَاةِ العِيدِ، ونذكرُ أَنَا حكيماً فيما يدخلُ به صَلَاةُ العِيدِ اختلافاً عن كُتُبِ  
الأضْحَاءِ؛ فَمِنْ قَائِلٍ: يَدْخُلُ بطلُوعِ الشَّمْسِ، ومن آخر يقول: يدخلُ بارتفاعِ الشمسِ  
قَدْرَ رُوحٍ وبه ينقضي وقتُ الكراهيةِ .  
ولفظُ صَاحِبِ الكتابِ هناكُ مُوَافِقُ الفرقَةِ الأولى فإنه قال: «[ووقتها]<sup>(٢)</sup> ما بين  
طُلُوعِ الشمسِ إلى زَوَالِهَا» .  
وَاعْتَبِرْ هَاهُنَا انقضاءَ وقتِ الكَرَاهِيَةِ [فَلْيُنزِلْ أَحَدُهُمَا]<sup>(٣)</sup> على الآخرِ بضربٍ من  
التأويلِ أو ليعتقد على أنه أجاب هناك على رأيٍ وفرع هاهنا على آخرِ .  
ويجوزُ أن يُعْلَمَ قوله «بانقضاءِ وقتِ الكراهيةِ [بالْحَاءِ وَالْيَمِيمِ وَالْأَلْفِ؛ لأنَّ عندهم  
لا يدخلُ الوقتُ بانقضاءِ وقتِ الكَرَاهِيَةِ]<sup>(٤)</sup> وَمَضَى وقتُ ركعتينِ وَخُطْبَتَيْنِ، وإنما يدخلُ  
الوقتُ إذا صلى الإمامُ وَخُطِبَ .  
وقال أَبُو حَنِيفَةَ: إنَّ زَالَتِ الشَّمْسُ، ولم يُصَلِّ فللناسِ التضحيةُ وخصص ما ذكره  
بأهل البلادِ، وجوزَ لأهلِ السَّوَادِ والمسافرِينَ التضحيةَ بعد طُلُوعِ الفَجْرِ .

(١) أخرجه الطبراني [١١٤٥٨] من حديث ابن عباس وفيه سليمان بن سلمة الخبائري، وهو متروك، وذكره عبد الحق من حديث عطاء بن يسار مرسلًا، وفيه مبشر بن عبيد وهو متروك، قلت: وفي البيهقي عن الحسن: نهى عن جداد الليل، وحصاد الليل، والأضحى بالليل .

(٢) في ز: فليس أحديهما .

(٣) سقط في ز .

(٤) سقط في ز .

وعن مَالِكٍ: أنه اعتبر مع صلاة الإمام وخطبته تضحيته أيضاً ولو قال صاحب الكتاب بعد مُضِيّ حُطْبَتَيْنِ وَرَكَعَتَيْنِ بدلاً عَنْ قَوْلِهِ «وَبَعْدَ مِقْدَارِ حُطْبَتَيْنِ» كان [أَلْيَقَ بِمَا] <sup>(١)</sup> قبله من النظم.

ويجوزُ إعلامُ لفظ «الْحُطْبَتَيْنِ» بالواو؛ للوجه المنقول عن بَعْضِ التصانيف.

وقوله: «بَلْ طَوَّلْتَيْنِ عَلَى الْعَادَةِ» أي: الطُولُ المَعْتَادُ، وهو التوسُّطُ والمرادُ مِنْهُ وجهُ اعتبارِ صَلَاةِ رَسُولِ اللَّهِ - ﷺ - وَحُطْبَتِهِ عَلَى مَا قَدَمْنَا.

[وقوله] <sup>(٢)</sup> «وَيَجْزِيءُ بِاللَّيْلِ» مُعْلَمٌ بِالْمِيمِ وَالْأَلِفِ.

وقوله: «ثَلَاثَ أَيَّامِ التَّشْرِيقِ» مُعْلَمٌ بِالْحَاءِ وَالْمِيمِ وَالْأَلِفِ، وكان بسبيل من أن يَسْتَعْنِي عَنْهُمَا بِمَا سَبَقَ. وَخَتَمَ الْفَضْلُ بِكَلَامَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: ذَكَرَ الْإِمَامُ أَنَّ مَنْ فَاتَهُ التَّضْحِيَّةُ فَلْيَنْتَظِرْ وَقْتَهَا مِنْ قَابِلٍ وَحِينَئِذٍ يَقَعُ عَنْ حَقِّ الْوَقْتِ وَلَا يَصْفِرُ هَذَا عَنْ إِشْكَالٍ.

والثاني: جَمِيعُ مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْأَضْحِيَّةِ الْمُتَطَوِّعِ بِهَا، فَأَمَّا الْمُنْدَوْرُ فَفِي تَأْقِيَّتِهَا خِلَافٌ سِيَاتِي مِنْ بَعْدِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

قال الغزالي: (الرُّكْنُ الثَّلَاثُ: الذَّابِخُ) وَمَنْ حَلَّ ذَبِيحَتَهُ صَحَّ مُبَاشَرَتُهُ لِلتَّضْحِيَّةِ \* وَلَكِنْ لَوْ وَكَّلَ كِتَابِيًا فَلْيَنْوِ بِنَفْسِهِ \* وَلَوْ وَكَّلَ مُسْلِمًا بِالتَّضْحِيَّةِ وَالثِّيَابِ جَازَ \* وَلَوْ قَالَ: جَعَلْتُ هَذِهِ الشَّاةَ ضَحِيَّةً أَغْنَاهُ عَنْ تَجْدِيدِ الثِّيَابِ عِنْدَ الذَّبْحِ \* وَلَا ضَحِيَّةَ لِلرَّقِيقِ إِذْ لَا مَلِكَ لَهُ \* وَفِي الْمَكَاتِبِ إِنْ أَدِنَ السَّيْدُ خِلَافَ \* وَلْيَبَاشِرِ الذَّبْحَ بِنَفْسِهِ أَوْ لِيَشْهَدَ فَهُوَ أَحَبُّ.

قال الرَّافِعِيُّ: فِيهِ مَسَائِلٌ:

إِحْدَاهَا: الْمَسْتَحَبُّ لِلْمُضْحِي أَنْ يَذْبَحَ الضَّحِيَّةَ <sup>(٣)</sup> بِيَدِهِ، وَكَذَا الْمَهْدِي يَذْبَحُ الْهَدْيَ بِنَفْسِهِ <sup>(٤)</sup>؛ لِمَا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - أَهْدَى مِائَةَ بَدَنَةٍ فَنَحَرَ مِنْهَا بِيَدِهِ سِتَّةً وَسِتِّينَ وَأَمَرَ عَلِيًّا كَرَّمَ اللَّهُ وَجْهَهُ فَنَحَرَ الْبَاقِي <sup>(٥)</sup>.

(١) سقط في ز.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: التضحية.

(٤) إطلاقه يتناول المرأة وجزم الشيخ النووي في تصحيح التبييه في الحج وكذا في المناسك أن المرأة يستحب لها أن توكل في ذبح هديها وأضحيتها، ونقله في شرح المهذب عن الماوردي وقال بعضهم ليست المسألة في الحاوي بل قضية كلامه استواهما. قال الأذري: والظاهر استحباب التوكيل لكل من ضعف عن الذبح من الرجال لمرض أو غيره وإن أمكنه الإتيان.

(٥) أخرجه مسلم [١٢١٨] في حديث جابر الطويل في الحج.

وعن ابنِ عَمَرَ - رضي الله عنه - أن النبي - ﷺ - كان يذبحُ أضحيته في المصلى<sup>(١)</sup>.

وعن عائِشةَ - رضي الله عنها - أن النبيَّ - ﷺ - كان يأمرُ نساءه أن يلبية ذبحَ هَدْيِهِنَّ<sup>(٢)</sup>؛ لأن التضحيةَ قُرْبَةً فيحسن [القيامُ بها]<sup>(٣)</sup> ويجوزُ أن يُفَوِّضَ ذبحها إلى الغيرِ للعَجْزِ عن المباشرةِ وغيره كما استتاب النبي - ﷺ - عَلِيّاً - رضي الله عنه - .

وَمَنْ تَجَلَّدَ ذَبِيحَتَهُ يَجُوزُ التَّفْوِضُ عَلَيْهِ لِيُأْتِيَ الذَّبْحَ، وَالأَوْلَى أَلَّا يُنَبِّأَ إِلَّا مُسْلِمًا لِيَكُونَ أَهْلًا لِلقُرْبَةِ وَلِيَكُنْ فَعِيهَا لِيَكُونَ عَارِفًا بِوَقْتِ التَّضْحِيَةِ، وَشَرَاظِهَا.

ولو اسْتَتَابَ<sup>(٤)</sup> كِتَابِيًّا جاز؛ لأنه أَهْلٌ لِلذَّبْحِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَسْتَعِينِ الْمُسْلِمُ مِنْ قَرِيْبِهِ بِالْكَافِرِ كَمَا يَسْتَعِينُ بِهِ فِي<sup>(٥)</sup> قِسْمَةِ زَكَاتِهِ.

وقال مَالِكٌ: لا يَجُوزُ إِنْابَةُ الْكِتَابِيِّ فِي التَّضْحِيَةِ، وَيَكُونُ مَا ذَبَحَهُ شاةً لَحْمٍ.

وحكى الموفقُ بْنُ طَاهِرٍ عن أَحْمَدَ مِثْلَهُ، وَلا يَجُوزُ إِنْابَةُ الْمَجُوسِيِّ وَالْوَثْنِيِّ.

وَإِذَا فَوِّضَ الْمُضْحِي الذَّبْحَ إِلَى غَيْرِهِ، فَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَشْهَدَهُ؛ لِمَا رَوَى أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - قَالَ لِفَاطِمَةَ - رضي الله عنها - : «قُومِي إِلَى أَضْحِيَّتِكَ فَاشْهَدِيهَا فَإِنَّ بِأَوَّلِ قَطْرَةٍ مِنْ ذِمَّهَا يُغْفَرُ لِكَ مَا سَلَفَ مِنْ ذُنُوبِكَ»<sup>(٦)</sup>.

فَرُوعٌ: يَجُوزُ إِنْابَةُ الْحَائِضِ لِحَلِّ<sup>(٧)</sup> ذَبِيحَتِهَا، وَعَنْ «الْحَاوِي» أَنَّ فِيهِ كَرَاهِيَةَ ذَبْحِهَا بِالتَّضْحِيَةِ وَجْهَيْنِ.

وَأَنَّ ذَبْحَ الصَّبِيِّ الضَّحِيَّةَ مَكْرُوهٌ، وَهَذَا إِذَا قُلْنَا بِحَلِّ ذَبِيحَتِهِ. وَمَعَ ذَلِكَ فَإِنْابَةُ الْحَائِضِ وَالصَّبِيِّ أَوْلَى مِنْ إِنْابَةِ الْكِتَابِيِّ، وَالْحَائِضُ أَوْلَى مِنَ الصَّبِيِّ.

الثَّانِيَةُ: النِّيَّةُ شَرْطٌ فِي التَّضْحِيَةِ، وَهَلْ يَجِبُ أَنْ تَكُونَ مَقْرُونَةً بِالذَّبْحِ أَمْ يَجِبُ

(١) البخاري [٥٥٥٢] وأبو داود [٢٨١١] والنسائي [٢١٣/٧ - ٢١٤].

(٢) قال الحافظ: لم أره مرفوعاً، وصح ذلك عن أبي موسى الأشعري، وقد ذكرته في تعالقي البخاري.

(٣) في ز: النيابة عنها. (٤) في أ: أناب.

(٥) في ز: على.

(٦) أخرجه الحاكم [٢٢٢/٤] من حديث أبي سعيد الخدري، ومن حديث عمران بن حصين، وفي الأول عطية، وقد قال ابن أبي حاتم في العلل عن أبيه إنه حديث منكر، وفي حديث عمران، أبو حمزة الثمالي وهو ضعيف جداً، ورواه الحاكم أيضاً والبيهقي من حديث علي، وفيه عمرو بن خالد الواسطي وهو متروك.

(٧) قال النووي: الأصح: لا يكره، لأنه لا يصح فيه نهي والله أعلم.

تَقْدِيمُهَا عَلَيْهِ؟ قَضِيَّةٌ مَا ذَكَرَهُ الْإِمَامُ تَخْرِيجُهُ عَلَى وَجْهَيْنِ ذَكَرْنَاهُمَا فِي جَوَازِ تَقْدِيمِ النِّيَّةِ عَلَى تَفْرِيقِ الزَّكَاةِ وَالْأَطْهَرُ الْجَوَازُ.

وَإِذَا قَالَ: جَعَلْتُ هَذِهِ الشَّاةَ ضَحِيَّةً فَهَلْ يُغْنِيهِ التَّعْيِينُ وَالْقَصْدُ عَنِ نِيَّةِ الذَّبْحِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: نَعَمْ، وَلَا حَاجَةَ إِلَى نِيَّةِ أُخْرَى كَمَا لَوْ قَالَ لِعَبْدِهِ: أَعْتَقْتُكَ.

وَالثَّانِي: لَا؛ فَإِنَّ التَّضْحِيَّةَ قُرْبَةً فِي نَفْسِهَا فَتَحْتَاجُ إِلَى النِّيَّةِ وَذَكَرَ الْإِمَامُ أَنَّ الْأَوَّلَ الْمَذْهَبُ، وَاقْتَصَرَ صَاحِبُ الْكِتَابِ عَلَى إِيْرَادِهِ، [وَالْأَقْرَبُ] <sup>(١)</sup> الثَّانِي وَتَرْجِيحُهُ.

قَالَ الشَّيْخُ إِبْرَاهِيمُ الْمَرْوَزِيُّ، وَالْقَاضِي الرَّوْيَانِيُّ وَغَيْرُهُمَا: وَلِيَكُنِ الْوَجْهَانِ مُفْرَعَيْنِ عَلَى جَوَازِ تَقْدِيمِ النِّيَّةِ عَلَى الذَّبْحِ، فَإِنْ لَمْ نُجَوِّزْهُ فَلْتَقَطْعُ بِاعْتِبَارِهَا عِنْدَ الذَّبْحِ.

وَلَوْ التَّزَمَ أَضْحِيَّةً فِي ذِمَّتِهِ ثُمَّ عَيَّنَ شَاةً عَمَّا فِي ذِمَّتِهِ بَنَى عَلَى أَنَّ [الْمُعَيَّنَةَ] <sup>(٢)</sup> هَلْ تَتَغَيَّرُ عَنِ الْمَطْلُوقَةِ فِي الذَّمِّ؟ إِنْ قُلْنَا: نَعَمْ، فَفِيهِ الْخِلَافُ الْمَذْكُورُ فِي الصُّورَةِ السَّابِقَةِ.

وَإِنْ قُلْنَا: لَا، فَلَا بُدَّ مِنْ نِيَّةِ الذَّبْحِ، وَإِنْ فَوَّضَ الذَّبْحَ إِلَى غَيْرِهِ وَنَوَى عِنْدَ ذَّبْحِ الْوَكِيلِ كَفَى وَلَا حَاجَةَ إِلَى نِيَّةِ الْوَكِيلِ بَلْ لَوْ لَمْ يَعْلَمْ أَنَّهُ مُضْحٌ، لَمْ يَضُرَّ، وَإِنْ نَوَى عِنْدَ الدَّفْعِ إِلَى الْوَكِيلِ دُونَ الذَّبْحِ خُرَجَ عَلَى الْخِلَافِ فِي جَوَازِ التَّقْدِيمِ عَلَى الذَّبْحِ.

وَيَجُوزُ أَنْ يُفَوَّضَ إِلَى الْوَكِيلِ النِّيَّةَ كَمَا يَفُوضُ إِلَيْهِ الذَّبْحَ، وَقَدْ سَبَقَ نَظِيرُهُ فِي «الزَّكَاةِ» وَهَذَا إِذَا كَانَ الْوَكِيلُ مُسْلِمًا، فَإِنْ كَانَ كِتَابِيًّا لَمْ يَجُزْ تَفْوِيضُ النِّيَّةِ إِلَيْهِ.

الثَّالِثَةُ: الْعَبْدُ الْقَرْنُ، وَالْمَدْبَرُ، وَالْمَسْتَوْلِدَةُ، لَا تَجُوزُ لَهُمُ التَّضْحِيَّةُ إِذَا قَلْنَا بِالصَّحِيحِ: وَهُوَ أَنَّ الْعَبْدَ لَا يَمْلِكُ بِالتَّمْلِيكِ، فَإِنْ أَدَّنَ السَّيِّدُ - وَقَعَتِ التَّضْحِيَّةُ عَنْهُ، فَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُمْ يَمْلِكُونَ بِتَمْلِيكِ السَّيِّدِ لَمْ يَجُزْ لَهُمُ التَّضْحِيَّةُ أَيضًا مِنْ غَيْرِ إِذْنِ السَّيِّدِ؛ لِأَنَّ حَقَّ السَّيِّدِ لَمْ يَنْقَطِعْ عَنْهُ بَلْ لَهُ الْإِنْتِرَاعُ؛ فَإِنْ أَدَّنَ وَقَعَتِ الْأَضْحِيَّةُ عَنْهُمْ كَمَا لَوْ أَدَّنَ لَهُمْ فِي التَّصَدَّقِ <sup>(٣)</sup>، وَلَيْسَ لَهُ الرَّجُوعُ بَعْدَ الذَّبْحِ، وَلَا بَعْدَ جَعْلِهَا ضَحِيَّةً وَالْمُكَاتَبُ لَا يُضْحِي بِغَيْرِ إِذْنِ السَّيِّدِ، فَإِنْ أَدَّنَ فَقُولَانِ؛ بِنَاءً عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِي نَفْوِذِ تَبَرُعَاتِهِ بِإِذْنِ السَّيِّدِ.

وَمَنْ بَعْضُهُ رَقِيقٌ إِذَا مَلَكَ شَيْئًا بِبَعْضِهِ الْحَرَّ فَلَهُ أَنْ يَضْحِي بِهَا وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى إِذْنِ السَّيِّدِ كَمَا لَوْ تَصَدَّقَ بِمَلَكَه.

(١) سقط في ز. (٢) في ز: المعصية.

(٣) فإن قيل: كيف تقع عن السيد من غير نية منه ولا من العبد نيابة عنه؟

أجيب: بأن خصوص كونها من العبد بطل وبقي عموم الإذن له في التضحية فوقعت عن السيد، أو أن السيد نوى عن نفسه، أو فوض النية للعبد فتوى عن السيد. قاله الخطيب في المعنى.

وقوله في الكتاب «ولا ضحية للرقبي» يجوزُ إعلامه بالواو، لما ذكرنا من التفريع على أنَّ العبد يملك بالتمليك.

فَرَعُ: لو ضحى عن الغير بغير إذنه، لم يقع عنه<sup>(١)</sup>. قاله في «التهديب» وفي الضحية عن الميت كلامٌ قد مرَّ في «الوصايا».

قال العزالي: (الرُكْنُ الرَّابِعُ: الذَّبْحُ) وَهُوَ التَّذْيِيفُ بِقَطْعِ تَمَامِ الحُلُقُومِ وَالْمَرِيءِ بِآلَةٍ لَيْسَ بِعَظْمٍ مِنْ حَيَوَانٍ فِيهِ حَيَاةٌ مُسْتَقَرَّةٌ \* وَلَا يُشْتَرَطُ قَطْعُ الْأَوْدَاجِ (م) \* وَلَوْ تَرَكَ جِلْدَةً يَسِيرَةً مِنَ الحُلُقُومِ حَرَمٌ \* وَلَوْ قَطَعَ مِنَ القَفَا وَأَسْرَعَ حَتَّى انْقَطَعَ الحَلْقُ قَبْلَ حَرَكَةِ المَذْبُوحِ جَازٌ \* وَلَوْ رَمَى رَأْسَ عُصْفُورٍ بِنُدْقَةٍ لَمْ يَحِلَّ \* وَلَوْ نَزَعَ غَيْرُهُ مَعَ ذَبْحِهِ حَشْوَةَ الحَيَوَانِ حَرَمٌ إِذْ لَمْ يَتَفَرَّدِ الذَّبْحُ بِالتَّذْيِيفِ.

قال الرافعي: عَرَضَ الرُّكْنُ بَيَانُ الذَّبْحِ الَّذِي يُنَاطُ بِهِ الحَلِّ فِي الحَيَوَانِ المَأْكُولِ المَقْدُورِ عَلَيْهِ إِنْسِيًّا كَانَ أَوْ وَحْشِيًّا، وَيَسْتَوِي فِيهِ الضَّحِيَّةُ وَغَيْرُهَا، لَكِنِ الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - وَالْأَصْحَابُ تَكَلَّمُوا فِيهِ فِي الضَّحَايَا، وَضَبَطَ فِي الكِتَابِ فَقَالَ: «هُوَ التَّذْيِيفُ بِقَطْعِ تَمَامِ الحُلُقُومِ وَالْمَرِيءِ بِآلَةٍ لَيْسَتْ بِعَظْمٍ مِنْ حَيَوَانٍ حَيَاةٌ مُسْتَقَرَّةٌ» وَفِيهِ قِيُودٌ:

أحدها: قطع الحلقوم والمريء، فلو اختطف رأس عصفور بيندقة فهي ميتة؛ لأنه عدل عن القطع، وهو الذي اعتبر في الباب<sup>(٢)</sup>.

قال الإمام: وهو بمثابة ما لو اعتمد رأس عصفور واقتلعه والتعبَّد بالقطع لا بالقلع. والحلقوم: منجى النفس خُرُوجاً وُضُولاً.

والمريء منجى الطعام والشراب، ويجمع على مُرُوٌّ؛ كَسَرِيرٍ وَسُرُرٍ.

[و]قال الشيخ أبو حامد وغيره وهو تحت الحلقوم ووراءهما عزقان في صفحتي العنق [ويحيطان بالحلقوم]<sup>(٣)</sup> [وكذلك ذكر بعضهم، وفي «تغليق الشيخ أبي حامد»

(١) لأنها عبادة، والأصل أن لا تفعل عن الغير إلا ما خرج بدليل لا سيما مع عدم الإذن واستثنى من هذا صور.

إحداها: تضحية واحد من أهل البيت تحصل بها سنة الكفاية لهم كما مر، وإن لم يصدر من بقيتهم إذن.

ثانيها: المعينة بالنذر إذا ذبحها أجنبي وقت التضحية فإنها تقع الموقع على المشهور.

ثالثها: تضحية الإمام عن المسلمين من بيت المال.

رابعها: تضحية الولي من ماله عن محاجيره كما ذكر البلقيني والأذرعي.

(٢) في ز: الكتاب. (٣) في ز: مختلطان بالمريء.

أَنَّهُمَا يُحِيطَانِ بِالْمَرِيِّ<sup>(١)</sup> يُقَالُ لِهَـمَا: الْوَدَجَانِ، وَيُقَالُ لِلْحَلْقُومِ وَالْمَرِيِّ مَعَهُمَا الْأُودَاجُ وَلَا بَدَّ مِنْ قَطْعِ الْحَلْقُومِ وَالْمَرِيِّ.

وعن الإِضْطِّخَرِي: أَنَّهُ يَكْفِي قَطْعَ أَحَدِهِمَا لِأَنَّ الْحَيَاةَ لَا تَبْقَى بَعْدَهُ. قَالَ الْأَصْحَابُ: وَهَذَا خِلَافُ نَصِّ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَخِلَافُ مَقْصُودِ الذُّكَاةِ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ الْإِزْهَاقَ: بِمَا يُوْحَى وَلَا يُعَذَّبُ وَقَطْعَ أَحَدِهِمْ لَا يُوْحَى، وَتُسْتَحَبُّ أَنْ يُقَطَّعَ مَعَهُمَا الْوَدَجَانِ لِأَنَّهُ [أَوْحَى]<sup>(٢)</sup> وَالْغَالِبُ أَنَّهُمَا يَنْقَطِعَانِ إِذَا قَطِعَ الْحَلْقُومَ وَالْمَرِيءَ، لَكِنْ لَوْ تَكَفَّلَ مُتَكَفِّفٌ وَقَطَعَ الْحَلْقُومَ وَالْمَرِيءَ وَتَرَكَ الْوَدَجَيْنِ ثُمَّ الذَّبْحُ وَحَصَلَ الْحَلُّ؛ لِأَنَّ قَطْعَهُمَا مُوْحٍ وَالْوَدَجَانِ قَدْ يَسْلَانُ مِنَ الْحَيَوَانِ فَيَبْقَى، وَمَا هَذَا شَأْنُهُ لَا يُشْتَرَطُ قَطْعُهُ كَسَائِرِ الْعُرُوقِ. وَقَالَ مَالِكٌ: لَا بَدَّ مِنْ قَطْعِهِمَا مَعَ الْحَلْقُومِ وَالْمَرِيِّ.

وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: لَا بُدَّ مِنْ قَطْعِ الْأَكْثَرِ.

ثُمَّ قِيلَ: مَعْنَاهُ أَنْ يَقَطَعَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَكْثَرَهُ.

وَقِيلَ: أَنْ يَقَطَعَ مِنْهُمَا ثُلُثَهُ، وَلَوْ تَرَكَ مِنَ الْحَلْقُومِ وَالْمَرِيِّ شَيْئًا وَمَاتَ الْحَيَوَانُ فَهُوَ حَرَامٌ، وَإِنْ كَانَ الْمَتْرُوكُ يَسِيرًا، وَكَذَا لَوْ انْتَهَى إِلَى حَرَكَةِ الْمَذْبُوحِ، ثُمَّ قَطَعَ الْمَتْرُوكَ. وَعَنْ «الْحَاوِي» وَجْهٌ آخَرٌ: أَنَّهُ يَحَلُّ؛ لِأَنَّهُ يَقُومُ مَقَامَ الْكُلِّ فِي تَفْوِيتِ الْحَيَاةِ. وَهَذَا مَا اخْتَارَهُ الْقَاضِي الرَّوْيَانِيُّ فِي «الْحِلْيَةِ».

قَالَ: وَلَا أَثَرَ لِقَدْرِ أُنْمَلَةٍ أَوْ ظَفْرِ يَبْقَى وَالظَّاهِرُ الْأَوَّلُ.

لَوْ قَطَعَ مِنَ الْقَفَا حَتَّى انْتَهَى إِلَى قَطْعِ الْحَلْقُومِ وَالْمَرِيِّ، فَيَعْصَى؛ لَمَا فِيهِ مِنْ زِيَادَةِ الْإِيْلَامِ، ثُمَّ يُنْظَرُ إِنْ انْتَهَى إِلَى حَرَكَةِ الْمَذْبُوحِ حِينَ انْتَهَى الْقَطْعُ إِلَى الْمَرِيِّ، فَهُوَ مَيْتَةٌ، وَقَطْعُ الْحَلْقُومِ وَالْمَرِيِّ بَعْدَ ذَلِكَ لَا يَنْفَعُ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ حَيَاةٌ مُسْتَقَرَّةً فَقَطَعَهَا - حَلًّا؛ كَمَا لَوْ قَطَعَ يَدَ الْحَيَوَانِ، ثُمَّ ذَكَّاهُ.

وَعَنْ مَالِكٍ وَأَحْمَدَ: أَنَّهُ لَا يَجِلُّ؛ لِعُدُولِهِ عَنِ الذَّبْحِ الْمَأْمُورِ بِهِ.

قَالَ الْإِمَامُ: وَلَوْ كَانَ فِيهِ حَيَاةٌ مُسْتَقَرَّةٌ عِنْدَ ابْتِدَاءِ قَطْعِ الْمَرِيِّ وَلَكِنَّهُ إِذَا قَطَعَ الْمَرِيءَ وَبَعْضَ الْحَلْقُومِ<sup>(٣)</sup> انْتَهَى إِلَى حَرَكَةِ الْمَذْبُوحِ لَمَا نَالَهُ مِنْ قَبْلِ سَبَبِ قَطْعِ الْقَفَا - فَهُوَ حَلَالٌ وَأَقْصَى مَا وَقَعَ التَّعْبُدُ<sup>(٤)</sup> أَنْ يَكُونَ فِيهِ حَيَاةٌ مُسْتَقَرَّةٌ عِنْدَ الْإِبْتِدَاءِ بِقَطْعِ الْمَذْبُوحِ.

وَالْقَطْعُ مِنْ إِخْدَى صَفْحَتِي الْعُنُقِ كَالْقَطْعِ مِنَ الْقَفَا.

لَوْ أَدْخَلَ السُّكَّيْنِ فِي أُذُنِ الثَّعْلَبِ لَيَقَطَعَ الْحَلْقُومَ وَالْمَرِيءَ دَاخِلَ الْجِلْدِ فَبِهِ هَذَا

(٢) سقط في ز.

(١) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

(٣) في ز: الحلقوم وبعض المريء.



التفصيل إن انتهت الحديدة إلى المذبح، وفيه حياة مُستقرة - حل، وإلا فلا ولو أمر السكين ملصقاً باللحيتين فوق الحلقوم والمريء [وأبان الرأس، فليس هذا مذبحاً أو يذبح إذا لم يقطع الحلقوم والمريء].

القيد الثاني: كون التذيف حاصلاً بقطع الحلقوم والمريء] وفي صورتان.

إحدهما: لو أخذ الذابح في قطع الحلقوم والمريء وأخذ آخر في نزع خشوة الحيوان أو في النخس في الخاصرة - لم يحل؛ لأن قطع الحلقوم والمريء خرج عن أن يكون هذا المدقف.

ولا فرق بين أن يكون ما يجري به قطع الحلقوم مما يدقف لو انفرد، أو كان يعين على التذيف.

وقطع رقبة الشاة من قفاها لو اقترن بقطع الحلقوم بأن كان يجري مذبة من القفا وأخرى من الحلقوم حتى التقياً، فالوجه التحريم بخلاف ما إذا تقدم قطع القفا، وبييت الحياة مستقرة إلى انتهاء المدية إلى المذبح.

ولك أن تقول إن كان المقارن لقطع الحلقوم والمريء مدقفاً فيظهر التحريم؛ لأن إضافة الزهوق إلى أحدهما ليست بأولى من الإضافة إلى الثاني فاما إذا لم يكن مدقفاً - فيجوز أن يقال كما لا أثر له إذا تقدم على قطع الحلقوم والمريء لا أثر عند المقارنة، ويتقدير أن يؤثر ويمنع الإضافة إلى قطع الحلقوم والمريء مع كونه مدقفاً، فينبغي أن يقال إذا جرح جراح غير مدقفة مع حز الرقبة من آخر، لا يختص الثاني بالقيصاص.

والثانية: يجب أن يستوعب<sup>(١)</sup> الذابح في القطع ولا يتأني بحيث يحس ويظهر انتهاء الشاة قبل استتمام قطع المذبح إلى حركة المذبوح، وهذا قد يخالف ما سبق أن المرعى المتعبد به أن يكون في الحيوان حياة مُستقرة عند الابتداء بقطع المذبح، ويشبه أن يكون المقصود هاهنا [إذا تبين فظهر مصيره إلى حركة المذبوح، والمقصود هناك]<sup>(٢)</sup> إذا لم يتحقق الحال.

القيد الثالث: ألا تكون الآلة القاطعة عظماً وقد مر هذا في «الصيد والذباح».

الرابع: أن يكون في الحيوان عند الذبح حياة مُستقرة، فلو جرح السبع صيداً أو شاة، أو انهدم سقفاً على بهيمة أو جرحت هرة حمامة ثم أذركها صاحبها وهي حية فذبحها - حلت، إن كانت فيه حياة مُستقرة، وإن كان يتيقن أنها تهلك من تلك الجراحة

(١) في الروضة يسرع.

(٢) سقط في ز.

بعد يومٍ أو يومين - فقد سبق ما يُوافقُ هذا في جراحاتِ الأدميين .  
وفي كتاب القاضي ابنِ كجج أن أبا الحسين بن القطانِ حكى عن رواية أبي محمدِ  
الفارسيّ قولاً آخر: أنها لا تحلّ .

والمذهبُ الأولُ: وإن لم يكن فيها حياةٌ مستقرةٌ لم تحلّ .

وذكر القاضي ابنُ كجج أن أبا حفصِ ابنِ الوكيلِ حكى فيه قولاً آخر أنها تحلّ .  
والمذهبُ الأولُ .

وهذا بخلاف الشاةِ إذا مرضت فصارت إلى أذنى الرمق، فذُبِحَتْ تحلُّ لأنه لم  
يوجد سببٌ يُحالُّ عليه الهلاكُ ويجعل قتلاً .

قال الغزاليُّ: والمُشْرِفُ عَلَى المَوْتِ إِنْ شَكَّكُنَا فِي أَنْ حَرَكَتَهُ كَحَرَكَةِ المَذْبُوحِ أَوْ  
حَيَاتِهِ مُسْتَقَرَّةٌ فَالغالبُ التَّحْرِيمُ \* وَإِنْ غَلَبَ عَلَى الظَّنِّ بِدَوَامِ الحَرَكَةِ بَعْدَ الذَّبْحِ وَأَنْفِجَارِ  
الدَّمِ وَعَلَامَاتِ أُخْرَى جَازَ ذَبْحُهُ .

قال الرَّافِعِيُّ: ولو أكلتِ الشاةُ نباتاً مُضِيراً فصارت إلى أذنى الرَّمَقِ فذُبِحَتْ فقد ذكر  
شَيْخِي - يعني القاضي حُسَيْن - فيه وَجْهَيْنِ ثم قطع من كره بنفي الحِلِّ؛ لأننا وجدنا سبباً  
يُحالُّ الهلاكُ عليه، فصار كجرح السَّبْعِ، ثم كون الحيوان مُنتهياً إلى حركة المذبوح أو  
حياً بحياةٍ مُستقرةٍ يُسْتَيْقِنُ تَارَةً، وَيُظَنُّ أُخْرَى بعلاماتٍ وقرائنٍ لا تضبطها العبارةُ وشبه  
بعلاماتِ الحَجَلِ وَالْعَضْبِ ونحوهما، ومن الأماراتِ<sup>(١)</sup> على بقاء الحياةِ المُستقرةِ  
الحركةُ الشديدةُ بعد قطع الحُلُقُومِ والمِرْيَةِ وانفجارِ الدَّمِ وتدققه .

وذكر الإمامُ: أن فيهم من اعتمد كُلَّ واحدٍ منهما، واكتفى به دليلاً على أن فيه  
حياةٌ مُستقرةٌ، وأن الأظهر أن كلاهما وإن كان يثير ظناً - فإنه لا يُكْتَفَى به لأنهما قد  
يحصلان بعد الانتهاء إلى حركة المذبوح .

نعم - قد ينضمُّ إلى أحدهما أو كلاهما قرائنٌ وإماراتٌ أُخْرَى تُفِيدُ [اليقينَ]<sup>(٢)</sup> أو  
الظَّنَّ فيجبُ النظرُ والاجتهادُ، وإذا شكَّكُنَا في الحياةِ المُستقرةِ ولم يترجَّحْ في ظَنِّنا شيءٌ  
ففيه وجهان:

أحدهما: وينسب إلى ابنِ أبي هريرة أنه يحلُّ؛ لأن: الأصلُ بقاء الحياةِ  
المستقرة .

وأظهرهما وهو المذكورُ في الكتاب، وبه قال أبو إسحاق: المنعُ تغليباً للتحريمِ

(١) في ز: العلامات .

(٢) في ز: النفس .

فيه، ومواضع العلامات من الفضل بيته لمن تأمل الشرح.

وقوله «عند تمام الحلقوم والمريء» [ولو طرح لفظ «التمام» لحصل الغرض؛ فإنه إذا ترك بعض الحلقوم أو المريء]<sup>(١)</sup> لم يكن قاطعاً لهما.

وقوله «ولو قطع من القفا وأسرع حتى انقطع الحلقوم» ظاهره يخالف ما حكينا عن الإمام أنه يكفي أن يكون فيه حياة مستقرة عند ابتداء قطع المريء، وذلك لأن لفظ «الحلق» إن حُبل على المذبح الشامل للحلقوم والمريء، ففضية اعتبار انقطاعهما قبل الانتهاء إلى حركة المذبح، وإن حُبل على الحلقوم - فذلك لأن القطع من جنب القفا ينتهي إلى المريء أولاً ثم إلى الحلقوم، فيكون انقطاع الحلقوم بعد انقطاع المريء.

قال الغزالي: (أما السنن) فيستحب تحديد الشفرة \* وسرعة القطع \* وتوجيه المذبح إلى القبلة \* واستقبال الذابح القبلة \* وأن يقول: بسم الله \* ولا يقول: بسم محمد \* ولا يقول: بسم الله ومحمد \* ولو قال: بسم الله ومحمد رسول الله جاز \* ويستحب ذبح البعير في اللبة للتسهيل.

قال الزايعي: تبين في الفضل السابق ما يعتبر في الذبح لتحل الذبيحة، والغرض الآن بيان ما يتعلق بسنته وآدابه. فمنها تحديد الشفرة. روي عن شداد بن أوس - رضي الله عنه - أن النبي - ﷺ - قال: «إن الله كتب عليكم الإحسان في كل شيء، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة، وليجد أحدكم شفرته وليرخ ذبخته.

والشفرة: السكين العظيمة، ويقال لحد السيف شفرة أيضاً.

ومنها: إمرار السكين بقوة وتحامل ذهاباً وعوداً والجد في الإسراع ليكون أَوْحَى وأسهل.

ومنها: استقبال الذابح القبلة، وتوجيه الذبيحة إليها، وذلك في الهدي والضحية أشد استيجاباً؛ لأن الاستقبال مستحب من القرابات.

ويروى عن جابر - رضي الله عنه - أن النبي - ﷺ - ضحى بكبشين أملحين فلما وجههما قرأ: ﴿وَجْهَتْ وَجْهِي لِلَّذِي فَطَرَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ﴾ الآيتين وكيف توجهها<sup>(٢)</sup>؟ ذكر فيه ثلاثة أوجه:

(١) سقط في ز.

(٢) أخرجه أحمد وأبو داود [٢٧٩٥] وابن ماجه [٣١٢١] والبيهقي من رواية أبي عياش عن جابر به وأتم منه، وأبو عياش لا يعرف، وقد تقدمت الإشارة إليه في حديث: ضحى بكبشين موجوعين.

أظهرها: وهو المذكور في الكتاب أنه يُوجَّه مَذْبَحُهَا إلى القِبلة [ولا يوجَّه وَجْهَهَا؛ لأنه جِيئَ بِهَا يَحْتَاجُ إلى أن يَسْتَدْبِرَ القِبلة] ويجعلها على يَسَارِهِ.

وثانيها: أن يوجَّهَهَا بِجَمِيعِ بَدَنِهَا.

وثالثها: أَنَّهُ يُوَجَّهُ قَوَائِمَهَا.

ومنها: التسمية عند الذبح، وقد سبق ذكرها في «الصيد والذبائح»، ولو ضَمَّ صاحبُ الكتاب ما ذَكَرَ هَاهُنَا مِنْ مَسَائِلِ التسمية إلى ما ذَكَرَ هُنَاكَ، وأوردَ هُمَا فِي أَحَدِ المَوْضِعَيْنِ - لكانَ أَحْسَنَ وَيَجُوزُ أن يُعْلَمَ قَوْلُهُ «وَأَنْ يَقُولَ بِسْمِ اللّهِ» بِالْحَاءِ وَالْأَلِفِ؛ لأنَّهُمَا لا يُعَدَّانِ مِنَ الشُّنَنِ عَلَى ما سَبَقَ بَيَانُ مَذْهَبِهِمَا.

ولا يَجُوزُ أن يَقُولَ [الذابِحُ: بِسْمِ مُحَمَّدٍ وَلَا أن يَقُولَ] <sup>(١)</sup> بِاسْمِ اللّهِ واسمِ مُحَمَّدٍ، وإنما هو حَقٌّ لِلّهِ تَعَالَى أن تُجْعَلَ الذبائحُ بِاسْمِهِ، وأن يَكُونَ الِيمَنُ بِاسْمِهِ وأن يَكُونَ الجودُ لَهُ لا يُشَارِكُهُ فِي ذَلِكَ خَلْقٌ. هكذا حكاها الصَّيْدَلَانِيُّ، والرُّوْيَانِيُّ، وغيرُهُما عَنِ القَفَّالِ وَذَكَرَ فِي «الْوَسِيطِ» أَنَّهُ لا يَجُوزُ أن يَقُولَ بِاسْمِ اللّهِ، وَمُحَمَّدٍ رَسولِ اللّهِ؛ لأنَّهُ لا شَرِيكَ، وكانَ لا يَبْعُدُ أن يَجْعَلَ إِضافَتَهُ إلى اللّهِ تَعَالَى بِالرِّسالةِ صَارِفاً عَنِ [الشَّريكِ] <sup>(٢)</sup>، وإيْهامِهِ بِخِلَافِ ما إذا اقْتَصَرَ عَلَى العِلْمِ. قالَ وَلَوْ قالَ: بِاسْمِ اللّهِ وَمُحَمَّدِ رَسولِ اللّهِ، بِالرَّفْعِ فلا بِأَسْبَهِ.

وتَناسَبُ هذِهِ المَسائِلُ ما حَكَى فِي «الشَّامِلِ» وَغَيرِهِ عَنِ النُّصْرِ أَنَّهُ لَوْ كانَ لِأَهْلِ الكُفْارِ ذَبِيحَةٌ يَذْبَحُونَهَا بِاسْمِ غَيرِ اللّهِ تَعَالَى كَالْمَسِيحِ - لَمْ يَجِزْ.

وَفِي كِتابِ القاضِي ابْنِ كَجا: أَنَّ اليَهُودِيَّ لَوْ ذَبَحَ، لـ «مُوسَى» أَوِ النِّصْرانيَّ لَوْ ذَبَحَ لـ «عِيسَى» ﷺ أَوِ الصَّليبِ - حُرِّمَتْ ذَبِيحَتُهُ، وَأَنَّ المَسْلِمَ لَوْ ذَبَحَ لِلْكَعْبَةِ أَوِ لِلرَّسولِ ﷺ - فَيَقولُ أَن يَقَالَ يَحْرَمُ لِأَنَّهُ ذَبَحَ لِغَيرِ اللّهِ تَعَالَى.

وَإِنَّ أبا الحُسَيْنِ خَرَجَ وَجْهاً آخَرَ: أَنَّهُ يَجِزُ لِأَنَّ المَسْلِمَ يَذْبَحُ لِلّهِ - عِزٌّ وَجَلٌّ - وَلَا يَعتَقِدُ فِي الرِّسولِ ﷺ - ما يَعتَقِدُهُ النِّصْرانيُّ فِي عِيسَى ﷺ.

قالَ وَإِذا ذَبَحَ لِلصَّنَمِ - لَمْ تُؤْكَلِ الذَّبِيحَةُ سِوَاهاً كانَ الذابِحُ مُسْلِماً أَوِ نِصْرانياً.

وَفِي تَعْلِيقَةِ إِبْراهِيمِ المَرْزُوقِيِّ أَنَّ ما يُذْبَحُ عَنِ اسْتِقبالِ السُّلطانِ تَقَرُّباً إِلَيْهِ، أَفتَى أَهْلَ بَحْارِيَّ بِتَحْرِيمِهِ؛ لِأَنَّهُ مِمَّا أَهْلٌ بِهِ لِغَيرِ اللّهِ تَعَالَى وَاَعْلَمُ أَنَّ الذَّبْحَ لِلْمَعْبُودِ وَبِاسْمِهِ نازِلٌ مِنْزَلَةُ السُّجُودِ لَهُ، وَكُلٌّ واحِدٌ مِنْهُما نَوْعٌ مِنَ أنواعِ التَعْظِيمِ وَالعِبادَةِ المَخْصُوصَةِ بِاللّهِ تَعَالَى الَّذِي هُوَ المَسْتَحِقُّ لِلْعِبادَةِ، فَمَنْ ذَبَحَ لِغَيرِهِ مِنْ حَيَوانٍ أَوِ جَمادٍ كَالصَّنَمِ عَلَى وَجْهِهِ

(٢) فِي ز: الشريك.

(١) سَقَطَ فِي ز.

التعظيم والعبادة - لم تحل ذبيحته وكان ما يأتي به كُفراً كمن سجد لغيره سجدة عبادة، وكذا لو ذبح له ولغيره على هذا الوجه.

فأما إذ ذبح لغيره لا على هذا الوجه، كما إذا ضحى غيره أو ذبح للكعبة تعظيماً لها؛ لأنه بيتُ الله تعالى، أو للرسول - ﷺ -؛ لأنه رسول الله - ﷺ - فهذا لا يجوز أن يمنع الحِلُّ. وإلى هذا المعنى يرجع قولُ القائل: أهدى فلانٌ للحرم أو للكعبة.

ومن هذا القبيل: الذبح عند استقبالِ السلطانِ فإنه استبشارٌ لقدميه نازلٌ منزلةً ذبح العقيقة لولادة المولود، ومثلُ هذا لا يُوجبُ الكُفْرَ، وكذا السجودُ للغير خُضوعاً وتذليلاً. وعلى هذا فإذا قال الدَّابِحُ: باسمِ الله وباسمِ اسمِ محمدٍ، وأراد: أدبِحُ باسمِ الله وأتبركُ باسمِ محمدٍ فينبغي ألاَّ يحرمَ.

وقول مَنْ قال لا يجوزُ ذلك يمكنُ أن يُحملَ على أن اللفظةَ مكروهةٌ لأنها فيها الجمعُ والتشريكُ، فالمكروهُ يصحُّ تغليباً للجوازِ والإباحةِ المطلقةِ عنه<sup>(١)</sup>.

وكانت وقعت مُشاجرةً بين جماعةٍ ممن لقيناهم من فقهاء «قزوين». في أن مَنْ ذبح باسمِ الله واسمِ رسوله، هل تحلُّ ذبيحته؟ وهل يكفر بذلك؟ وأفضت تلك المشاجرةُ إلى فتنةٍ، والصوابُ ما بينا.

ولا تُكرهُ الصلاةُ على النبي - ﷺ - عند الذبح، خلافاً لأبي حنيفةَ ومالكٍ، وأحمدَ رحمة الله عليهم.

وعن نصّه - رضي الله عنه - في «الأم» أنها مُستحبةٌ كما في سائرِ الحالاتِ. وعن ابنِ أبي هريرةَ أنها لا تُستحبُّ ولا تُكرهُ<sup>(٢)</sup>.

ومنها: المستحبُّ في الإبلِ النَّخْرُ، وهو [قطعُ]<sup>(٣)</sup> اللَّبْيَةِ من أسفلِ العنق، ومن البقرِ والغنمِ الذَّبْحُ؛ وهو قطعُ الحلقِ أعلى العنقِ، وذلك لأن عنقَ الإبلِ طويلٌ فإذا قطعَ أغلاهُ بَاطِئاً خَرُوجَ الرُّوحِ، والمرعى في الحاليتينِ قطعُ الحلقومِ والمريءِ.

ولو ذبحَ الجازِرُ الإبلَ أو نحرَ البقرِ والغنمِ ثبتَ الحِلُّ، ولم يكرهه فِعْلُهُ وإن تركَ المستحب.

(١) في ز: عليه.

(٢) قال النووي: أتقن الإمام الرافعي رحمه الله هذا الفصل، ومما يؤيد ما قاله، ما ذكره الشيخ إبراهيم المرودزي في تعليقه، قال: وحكى صاحب «التقريب» عن الشافعي رحمه الله: أن النصراني إذا سُمي غير الله تعالى، كالْمَسِيحِ، لم تحل ذبيحته، قال صاحب «التقريب»: معناه أنه يذبحها له، فأما إن ذكر المسيح على معنى الصلاة على رسول الله، فجازئ. قال: وقال الخليلي: تحل مطلقاً، وإن سُمي المسيح.

(٣) سقط في ز.

وفيه قولٌ أنه يُكرهُ.

وعن مالك: أنه لا يحلُّ إذا ذبح البعيرَ أو نحرَ الشاةِ، وفي البقرِ يحصل الحلُّ بالطريقتين.

والأولى أن ينحر البعيرُ قائماً على ثلاثِ قوائمٍ مَعْقُولُ الرُّكْبَةِ<sup>(١)</sup>، وإلا فباركاً وأن تُضجَعَ البقرةُ والشاةُ على الجنبِ الأيسرِ<sup>(٢)</sup>، ويتركُ رجلُها الأيمنُ وتشدُّ القوائمُ الثلاث.

ومنها: إذا قطع الحلقومَ والمريءَ من الحيوانِ، فينبغي أن ينكفَ ولا يبينُ رأسه في الحال ولا يزيدُ في القطع حتى يبلغ الثُّخَاعَ. وفسره بعضهم [بعظم]<sup>(٣)</sup> الرقبةِ المتصلِ بالقفا، وآخرون قالوا: إنه عِرْقٌ أبيضٌ يمتد من الدماغِ إلى الظاهرِ إلى عَجَبِ الذَّنْبِ.

ولا يُبادرُ إلى سَلخِ الجِلْدِ، ولا يُكسِرُ الففازَ، ولا يقطعُ عضواً من الأَعْضَاءِ [ولا يحركُ البهيمة]<sup>(٤)</sup> ولا يجرُّها من مكانٍ إلى مكانٍ، بل يتركُ جميعَ ذلك إلى مفارقةِ الرُّوحِ، ولا يمسكُها بعد الذبحِ؛ لئلاً تضطربَ، والأولى أن تُساقَ إلى المذبحِ برفقٍ، وتضجَعَ برفقٍ، ويُعرضَ عليها الماءُ قبل الذبحِ ولا يحدُّ الشفرةُ في وجهها، ولا يذبحُ بَعْضُها في وجهِ بَعْضٍ.

قال الغزاليُّ: وَيَقُولُ فِي الضَّحِيَّةِ: اللَّهُمَّ إِنَّ هَذَا مِنْكَ وَإِلَيْكَ فَتَقَبَّلْ مِنِّي \* وَيَتَوَدَّى عِنْدَ التَّضْحِيَّةِ وَإِنْ كَانَ قَدْ عَيَّنَ الشَّاةَ \* وَإِنَّمَا تَتَعَيَّنُ بِقَوْلِهِ: جَعَلْتَ هَذِهِ ضَحِيَّةً \* وَلَوْ نَذَرَ ثُمَّ قَالَ: هَذِهِ عَنْ نَذْرِي فَفِي التَّغْيِينِ وَجْهَانِ \* وَلَوْ قَالَ: لِلَّهِ عَلَيَّ التَّضْحِيَّةُ بِهِذِهِ الشَّاةِ فَفِي التَّغْيِينِ وَجْهَانِ مُرْتَبَانِ وَأَوْلَى بِأَنْ يَتَعَيَّنَ \* وَلَوْ عَيَّنَ الدَّرَاهِمَ لِلصَّدَقَةِ لَمْ تَتَعَيَّنَ \* وَلَوْ نَذَرَ الضَّحِيَّةَ فَفِي تَعْيِينِ وَقْتِ الضَّحِيَّةِ خِلَافٌ \* وَتُسْتَحَبُّ لِلْمُضْحِي أَنْ لَا يَحْلِقَ وَلَا يَقْلَمَ فِي عَشْرِ ذِي الْحِجَّةِ تَكْمِيلاً لِلْأَجْرِ وَرَجَاءً لِلْعَتَقِ مِنَ النَّارِ فِيهَا.

قال الرافعيُّ: لما تكلم فيما يعتبر في مُطلق الذبح ليفيد الحل، وفي سنَّته، وأدابه أراد أن يتكلم فيما يختص بذبح الضحية فذكر ثلاث مسائل:

إحداها: يُسْتَحَبُّ أَنْ يَقُولَ عِنْدَ التَّضْحِيَّةِ: «اللَّهُمَّ مِنْكَ وَإِلَيْكَ فَتَقَبَّلْ مِنِّي». والمعنى: هذه نعمةٌ وعطيةٌ منك وسعها وتقريبها إليك، واحتج له بما روي أنه - ﷺ - قال عند التضحية بذلك الكبشِ؛ «اللَّهُمَّ تَقَبَّلْ مِنْ مُحَمَّدٍ وَآلِ مُحَمَّدٍ» وعن «الحاوي» ذكر

(١) قال في المجموع: وأن تكون المعقولة اليسرى للاتباع رواه أبو داود بإسناد صحيح على شرط مسلم.

(٢) لأنه أسهل على الذبائح في أخذ السكين باليمين وإمساك رأسها باليسار.

(٣) سقط في ز.

(٤) سقط في ز.

وجَهْنين في استحبابه. وقال أبو حنيفة: إنه مكروه. وعن مالك: مثله.

وفي «البحر» أنه رُوِيَ عن بغضِ السلفِ أنه يقول: تَقَبَّلْ مني كما تقبلت من إبراهيم خليلك، وموسى كليمك، وعيسى زوجك، ومحمد عبدك ورَسُولِكَ - صلوات الله عليهم أجمعين، فإن أصحابنا قالوا: لا يُكرَهُ ذلك ولا يُستَحَبُّ؛ لأنه لا يُساوِيهم غيرهم فيها، لكن يجوز أن يكون المسؤولُ الشريك في أصل التقبُّل.

وعن «الحاوي» أنه يُختارُ في الأضحية أن يكبرَ الله تعالى قبل التسمية وبعدها ثلاثاً ويقول: الله أكبرُ اللهُ أكبرُ اللهُ أكبرُ اللهُ أكبرُ ولله الحمد؛ لأنه في أيام التكبير.

الثانية: قدّمنا أن النية شرط في التضحية وذكرها وجهن في أنه إذا عَيَّن الشاة وجعلها أضحية؛ هل يُغنيهِ ذلك عن تجديد النية عند الذبح، وبيننا أن جوابَ صاحب الكتاب أن يغنيه. والوجه أن يحمل قوله هاهنا ويُنوي عند التضحية.

وإن كان قد عَيَّن الشاة على أنه يُستَحَبُّ ويحسنُ التجديدُ بعد التغيين السابق، وإن كان التغيين مُغنياً عنه.

ولو حُومِل على الوجوبِ كان ذلك مُناقِضاً لقوله من قَبْل.

ولو قال: جعلتُ هذه الشاة ضحيةً أغناه ذلك عن تجديد النية عند الذبح. ثم ذكر صاحب الكتاب هاهنا قاعدتين تتعلقان بالضحية المعنية. إحداهما فيما يحصل التغيين، ومهما كانت في ملكه بدنة أو شاة فقال جعلتُ هذه ضحيةً [أو هذه ضحيةً<sup>(١)</sup>] أو علي أن أضحِّي بها صارت ضحيةً معينةً.

ويجوزُ أن يُعَلِّم قوله في الكتاب «وإنما يتعين» بالحاء؛ لما سنذكر أن عنده يجوزُ إبدالها بغيرها. وكذا لو قال: جعلتُ هذه هدايا أو هذا هدي أو علي أن أهدي به يصيرُ هدياً، وشرط بعضهم أن يقول مع ذلك؛ لله تعالى.

قال في «التهديب»: والمذهب الأول، وشبه ذلك بتوجيه العتق تنجيزاً على العبد.

قال الإمام [تشبيهه بتعيين]<sup>(٢)</sup> الشيء للوقف والحبس أقرب، فإن الضيحة لا تخرج عن المالية وإن تعيّن كالعين المحتسبة والعبد الذي وجد عليه العتق يخرج عن المالية بالكلية، وهذا لا يسلمه الأولون، بل صرّحوا بزوال الملك عن الهدي [والأضحية المعنية كما سيأتي إن شاء الله تعالى بتفاريعه]<sup>(٣)</sup>، وكذلك لو نذر أن يتصدق بمال بعينه - يزول ملكه عنه بخلاف ما لو نذر إعتاق رقبة بعينها لا يزول ملكه عنها ما

(٢) في ز: يشبهه ببعض.

(١) سقط في ز.

(٣) سقط في ز.

لم يُعْتَق؛ لأن المَلِك في الهَدْي والأُضْحِيَّة والمَالِ المَعِينِ ينتقل إلى المَسَاكِينِ، وفي العَبْدِ لا يَنْتَقِلُ المَلِكُ إليه بل ينتقل الملك بالكُلِّيَّةِ وإن لم يتلفظ بشيءٍ، ونوى جعل الشاةِ هَدِيًّا أو أُضْحِيَّةً - لم تصر هَدِيًّا أو أُضْحِيَّةً على القَوْلِ الجَدِيدِ، كما لا يحصل العِتْقُ والوَقْفُ إلَّا باللفظِ.

والقَدِيمُ وَيُحْكَى عن اختيارِ ابنِ سُرَيْجِ وَالْإِصْطِخْرِيِّ - أنه لا حاجة إلى اللفظِ؛ لأن النبي - ﷺ - أَهْدَى ولم ينقل أنه تَلَفَّظَ بشيءٍ، وعلى هذا فبم تَصِيرُ هَدِيًّا وأُضْحِيَّةً؟ فيه وَجْهٌ:

أحدها: وبه قال ابنُ سُرَيْجِ بمجردِ النِّيَّةِ كما يدخل في الصَّوْمِ بالنية.

والثاني: وبه قال الإصطخري، بالنِّيَّةِ والتَّقْلِيدِ أو الإِشْعَارِ لتنضم الدلالة الظهيرة إلى النية الباطنة فيقوم مقام اللفظِ.

والثالث: بالنِّيَّةِ والدَّنْبِ؛ لأنه المقصود وهو كالمقبض من الهبة.

والرابع: بالنِّيَّةِ والسُّوقِ إلى المذبحِ.

وإذا لزمه هَدْيٌ أو أُضْحِيَّةٌ بالنذرِ وقال: عَيَّنْتُ هذه الشاةَ لنذري أو جعلتها عن نذري، أو قال: لِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أَضْحِيَ بها عما في ذمتي ففِي تَعْيِينِهَا وَجْهَانِ نقلهما الإمام.

أظهرهما: وهو الذي يوجد لأكثرهم - التَّعْيِينُ وبل أَوْلَى؛ لأنه لو أَوْجَبَ على نَفْسِهِ ابتداءً، ولا شَيْءَ عليه تَعْيِينٌ ما عَيَّنَهُ فإذا عَيَّنَ عما هو واجبٌ عليه كان أَوْلَى بأن يتعين. هكذا وجه ابنُ الصَّبَاغِ وغيره.

والثاني: لَا يَتَعَيَّنُ؛ لأن الملتزمَ في الدِّمَةِ ذَيْنِ، والدينُ لا يتعين إلَّا بالإبقاء على المستحق.

وحكى الإمامُ هذا الخِلافَ في صَوْرِ سَرَدَها، ورَتَّبَ الخِلافَ في بعضها على بَعْضِ نُورِدها مع زَوَائِدَ:

فمنها: لو قال ابتداءً لله على التضحية بهذه الدنة أو الشاة فعلية التضحية، وفي تَعْيِينِ تلك الشاةِ وَجْهَانِ، وهذه الصورةُ أَوْلَى بالتعيين لأنه لم يتجرّد الإلتزام على التَّعْيِينِ. وهذا هو الصحيح.

ولو قال: لله عَلَيَّ أَنْ أَعْتَقَ هذا العبدَ - يلزمه العتقُ، وفي تعيين ذلك العبدِ وَجْهَانِ مُرْتَبَانِ على الخِلافِ في مثلِ هذه الصُّورَةِ من الأضحية والعبدِ أَوْلَى بالتعيين؛ لأنه دُو حَقٌّ وَحَظٌّ في العتق بخلاف الأضحية، فلو كان قد نذر إعتاقَ عَبْدٍ ثم عَيَّنَ عبداً عما التزم، فالخِلافُ مُرْتَبٌ على الخِلافِ في مثله من الأضحية.



ولو قال: جعلتُ هذا العبدَ عتيقاً - لم يُخفَ الحُكْمُ.

ولو قال: جعلتُ هذه الدراهمَ أو هذا المالَ صدقةً ففيه وجهان، قد يوجه التعيينُ بالقياس على ما إذا قال: جعلتُ هذه الشاةَ ضحيةً، والآخر بأنه لا فائدة في تعيين الدراهم، والشاةُ يُفرضُ اختصاصُها بِسَمَنِ وَحَسَنِ مَنْظَرٍ وَغَيْرِهِمَا وتَفَارِيعِ الأئمةِ لِلتَّعْيِينِ أَوْفَقُ. ولو قال عَيَّنْتُ هذه الدَّرَاهِمَ عَمَّا فِي ذِمَّتِي مِنْ زَكَاةٍ أَوْ نَذْرٍ، فَقَدْ ذَكَرَ الإِمَامُ أَنَّ الأَصْحَابَ قَطَعُوا أَنَّهُ يَلْغُو؛ لِأَنَّ التَّعْيِينَ ضَعِيفٌ فِي الدَّرَاهِمِ، وَتَعْيِينُ مَا فِي الذِّمَّةِ ضَعِيفٌ فِيهِ، فَإِذَا اجْتَمَعَ سَبَبُ الضَّعْفِ لَعْنَى، وَقَدْ يُقَاسُ ذَلِكَ عَلَى تَعْيِينِ الدَّرَاهِمِ كدَيونِ الأَدَمِيِّينَ.

قال: وَلَيْسَتْ الصُّورَةُ خَالِيَةً عَنِ الاحْتِمَالِ<sup>(١)</sup>.

وقوله في الكتاب: «ولو عَيَّنَ الدراهمَ للصدقةِ، لم يتعيَّن، يمكنُ حملُه على هذه الصورةِ إلى الصدقةِ الثابتةِ في ذِمَّتِهِ، ويمكنُ حملُه على ما إذا قال: جعلتُ هذه الدراهمَ صدقةً، أو: لله عليّ أن أتصدقَ بهذه الدراهمِ، والأوَّلُ أوَّلَى؛ لِأَنَّ الأَقْرَبَ إِلَى اخْتِيَارِ الأئمةِ السَّالِفِينَ - رَحِمَهُمُ اللهُ - فِي الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ التَّعْيِينَ فَلَوْ حُمِلَ عَلَيْهَا كَانَ جَوَابُهُ عَلَى خِلَافِ جَوَابِهِمْ.

الثانيةُ وَثُ التَّضْحِيَةُ لِلْمَتَطَوِّعِ بِهَا قَدْ تَبَيَّنَ مِنْ قَبْلُ.

قال الرُّوْيَانِيُّ: فإذا أَرَادَ التَّطَوُّعَ بِالنَّذْرِ، وَتَفْرِيقَ اللَّحْمِ فِي غَيْرِ أَيَّامِ التَّشْرِيقِ - يَحْصُلُ لَهُ ثَوَابُ الصَّدَقَةِ وَلَا تَحْصُلُ الأَضْحِيَةُ وَلَا ثَوَابُهَا.

ولو قال: جعلتُ هذه الشاةَ ضحيةً فوفَّقتها قوتُ المتطوعِ بها. ولو قال: لله عليّ أن أضحي بشاة، فهل [تتأقَّت] <sup>(٢)</sup> بذلك الوقت؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لِثبوتِهَا فِي الذِّمَّةِ كَمَا فِي دِمَائِ الجُبْرَانَاتِ.

وأظهرهما: نَعَمْ؛ لِأَنَّهُ التَّزَمَ ضَحِيَّةً فِي الذِّمَّةِ، وَالضَّحِيَّةُ مُؤَقَّتَةٌ وَعَلَى هَذَا يَنْطَبِقُ مَا حَكَى الرُّوْيَانِيُّ عَنِ الأَصْحَابِ أَنَّهُ لَا تَجُوزُ التَّضْحِيَةُ بَعْدَ أَيَّامِ التَّشْرِيقِ إِلا أَضْحِيَّةً وَاحِدَةً - وَهِيَ الَّتِي أَوْجِبَهَا فِي أَيَّامِهَا أَوْ قَبْلِهَا وَلَمْ يَذْبَحْهَا حَتَّى فَاتَ وَقْتُهَا، فَإِنَّهُ يَذْبَحُهَا قِضَاءً.

فإن قُلْنَا: لَا تَتَأَقَّتْ فَلَوْ التَّزَمَ بِالنَّذْرِ ضَحِيَّةً، ثُمَّ عَيَّنَ وَاحِدَةً عَنْ نَذْرِهِ وَفَرَعْنَا عَلَى أَنَّهَا تَتَعَيَّنُ، وَهَلْ تَتَأَقَّتُ التَّضْحِيَةُ بِهَا؟

فيه وجهان:

أحدهما: نعم - كما لو قال: جعلتُ هذه ضحيةً، ولم يلتزم في الذمة.

(٢) ي: ز: يتأدى.

(١) في ز: الأشكال.

وَأَقْسَمَهُمَا: لا؛ لأنه عَيْتَهَا عما التزم وما التزم غير مَوْقَّتٍ على هذا الوجه.

المَسْأَلَةُ الثَّلَاثَةُ<sup>(١)</sup>: يُسْتَحَبُّ لِمَنْ أَرَادَ التَّضْحِيَةَ أَلَّا يَحْلِقَ شَعْرَهُ، وَلَا يَقْلَمَ ظُفْرَهُ فِي عَشْرِ ذِي الْحِجَّةِ حَتَّى يُضْحِيَ<sup>(٢)</sup>، فَإِنْ خَالَفَ فَقَدْ فَعَلَ مَكْرُوهًا.

وعن أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ لَا يُسْتَحَبُّ تَرْكُ الْحَلْقِ وَالْقَلْمِ بَلْ يَكْرَهُ. وَقَالَ أَحْمَدُ: يَجِبُ تَرْكُهُمَا. وَفِي «الرِّقْمِ»: أَنَّ لِبَعْضِ أَصْحَابِنَا تَخْرِيجًا [مِثْلَهُ]<sup>(٣)</sup>.

وَيُرْوَى عَنْ مَالِكٍ [مِثْلُ قَوْلِنَا، وَيُرْوَى مِثْلُ]<sup>(٤)</sup> قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ.

لَنَا مَا رُوِيَ عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - قَالَتْ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ - ﷺ -: «إِذَا دَخَلَ الْعَشْرُ وَأَرَادَ أَحَدُكُمْ أَنْ يُضْحِيَ فَلَا يَمَسْ مِنْ شَعْرِهِ وَلَا بَشْرِهِ شَيْئًا»<sup>(٥)</sup>.

والمقصودُ مِنْهُ الكراهةُ دُونَ التحريمِ.

واحتج له بما رُوِيَ عَنْ عَائِشَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - أَنَّهَا قَالَتْ: «كُنْتُ أَفْتَلُ فَلَا يَدُ هَذِي رَسُولِ اللَّهِ - ﷺ - ثُمَّ يَقْلُدَهَا هُوَ بِيَدِهِ ثُمَّ يَنْعَثُ بِهَا فَلَا يَحْرِمُ عَلَيْهِ شَيْءٌ أَحَلَّهُ اللَّهُ لَهُ حَتَّى يُنْحَرَ الْهَدْيُ»<sup>(٦)</sup> وَذَكَرَ فِيهِ مَعْنِيَانِ:

أَحَدُهُمَا: التَّشْبِيهُ بِالْحَاجِّ، وَاعْتَرَضَ عَلَيْهِ بِأَنَّهُ لَوْ كَانَ كَذَلِكَ، لِأَمْرٍ بِتَرْكِ التَّطْيِيبِ وَلَبْسِ الْمَخِيطِ.

وَأَظْهَرُهُمَا: وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ: أَنَّ التَّضْحِيَةَ سَبَبُ الْعُقْرَانِ وَالْعِتْقِ مِنَ النَّارِ، وَقَدْ وَرَدَ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى يَغْتَقُّ بِكُلِّ عَضْوٍ مِنَ الضَّحِيَةِ عَضْوًا مِنَ الْمُضْحِيِّ؛ فَاسْتَحَبَّ أَنْ يَكُونَ عَلَى أَكْمَلِ الْأَجْزَاءِ لِيَعْتَقَ مِنَ النَّارِ.

وَيَجُوزُ أَنْ يُعْلَمَ - لِمَا بَيْنَا - قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ «وَأَسْتَحَبُّ» بِالْحَاءِ وَالْمِيمِ وَالْأَلْفِ [وَالْوَاوِ وَقَوْلُهُ «وَلَا يَقْلَمُ»]<sup>(٧)</sup> بِالْوَاوِ؛ لِأَنَّ فِي «الْحَاوِي» أَنَّ قَوْلَهُ فِي الْخَبْرِ: «فَلَا يَمَسُّ مِنْ شَعْرِهِ وَبَشْرِهِ» لَهُ تَأْوِيلَانِ عَنِ الشَّافِعِيِّ - رَحِمَهُ اللَّهُ -:

(١) فِي ز: الثَّانِيَةِ.

(٢) سِوَاهُ فِي ذَلِكَ شَعْرَ الرَّأْسِ وَاللِّحْيَةِ وَالشَّارِبِ وَالْإِبْطِ وَالْعَانَةَ وَغَيْرَهَا.

(٣) سَقَطَ فِي ز.

(٤) سَقَطَ فِي ز.

(٥) أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ [١٩٧٧] مِنْ حَدِيثِ أُمِّ سَلَمَةَ بِهَذَا، وَلَهُ عِنْدَهُ الْفَاطَ، وَاسْتَدْرَكَهُ الْحَاكِمُ فَوْهَمَ، وَأَعْلَهُ الدَّارِقُطْنِي بِالْوَقْفِ، وَرَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ وَصَحَّحَهُ، قَوْلُهُ: لَمْ يُوَثِّرْ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ وَلَا عَنْ أَصْحَابِهِ التَّضْحِيَةَ بِغَيْرِ الْإِبْلِ وَالْبَقْرِ وَالْغَنَمِ، يَعْكِرُ عَلَيْهِ مَا ذَكَرَهُ السَّهْلِيُّ عَنْ أَسْمَاءَ قَالَتْ: ضَحِينَا عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ بِالخَيْلِ، وَعَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّهُ ضَحَى بِدَيْكٍ. قَالَ الْحَافِظُ.

(٦) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ [١٦٩٦ و ١٦٩٨ و ١٦٩٩ و ١٧٠٠ و ١٧٠٥ و ٢٣١٧ و ٥٥٦٦] مُسْلِمٌ [١٣٢١].

(٧) سَقَطَ فِي ز.

أحدهما: أن المراد من الشعر شعر الرأس، ومن البشر شعر البدن، وعلى هذا لا يكره تقليم الأظفار.

والثاني: أن المراد من البشر تقليم الأظفار. وكذا قوله: «في عشر ذي الحجة»؛ لأنه حكى وجهه؛ أن الحلق والقلم لا يكرهان باستهلال ذي الحجة، وإنما يكرهان إذا دخل العشر واشترى [أضحية أو عين]<sup>(١)</sup> واحدة من مواشيه للتضحية.

قال العزالي: (النظر الثاني في أحكام الضحايا) وهي ثلاثة: (الحكم الأول) إذا قال: جعلت هذه الشاة ضحية فماتت فلا شيء عليه وإن عيبتها عن نذر سابق وقلنا تتعين فماتت ففي وجوب الإبدال وجهان \* وإن أتلفها أجنبي فبشراؤها أخرى \* فإن لم تف القيمة بشاة كاملة اشتري بها شقفا للضرورة \* وعلى وجه يضر مضر الضحايا \* ولو أتلف المالك ونقصت القيمة ففي وجوب التكميل عليه وجهان \* ولو زادت القيمة اشتري بها كريمة \* فإن لم يوجد فشقص آخر على وجهه \* وعلى وجه يشتري خاتماً فيتختم به أو يصرفه مضر الضحايا.

قال الرافعي: النظر الثاني: حضر أحكام الضحايا في ثلاثة أنواع:

أحدها: فيما يتعلق بتلفها وإتلافها، ويقدم عليه أن الأضحية المعينة، والهدية المعين يزول ملك المتقرب عنهما، ولا ينفذ تصرفه ببيع، أو هبة وإبدال بمثله وبخير منه؛ لما روي أن عمر - رضي الله عنه - قال: قلت: يا رسول الله؛ إني أوجبت على نفسي بدنة وهي تطلب مني بثوق فقال ﷺ: «انحرها ولا تبغها ولو طليت بمائة بغير»<sup>(٢)</sup>.

وعن علي - رضي الله عنه - أنه قال: من عيّن أضحية فلا يستبدل بها<sup>(٣)</sup>.

وفي «شرح الفروع» للشيخ أبي علي وجه آخر: أنه لا يزول الملك عنه حتى يذبح ويتصدق باللحم. كما لو قال: لله علي أن أعتيق هذا العبد، لا يزول ملكه إلا [باعتاقه]<sup>(٤)</sup>، ولكن الفرق ما تقدم.

(١) في ز: الضحية أو غير.

(٢) قال الحافظ: لم أره هكذا، نعم روى أبو داود [١٧٥٦] وابن خزيمة [٢٩١١] في صحيحه وابن حبان في صحيحه، من رواية جهم بن الجارود عن سالم عن أبيه، أهدي عمر نجيباً فأعطى بها ثلاثمائة دينار، فأتي النبي ﷺ فذكر ذلك له، فقال: لا، انحرها إياها.

(٣) قال الحافظ: لم أجده، قلت: أخرجه حرب الكرمانى من طريق سلمة بن كهيل عن خال له: أنه سأل علياً عن أضحية اشتراها، فقال: أو عيتموها للأضحية؟ فقال: نعم، فكرهه.

(٤) سقط في ز.

وعن أَبِي حَنِيفَةَ: لَا يَزُولُ الْمَلِكُ عَنْهَا، وَلَهُ بَيْعُهَا وَإِبْدَالُهَا. وَلَوْ نَذَرَ الْعِتْقَ فِي عَبْدٍ بَعَيْنِهِ، لَمْ يَجْزِ بَيْعُهُ وَإِبْدَالُهُ، وَإِنْ لَمْ يَزَلِ الْمَلِكُ عَنْهُ. وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: يَجُوزُ.

وَلَوْ خَالَفَ مَا ذَكَرْنَاهُ وَبَاعَ الْأُضْحِيَّةَ وَالْهَدْيَ الْمَعِينِ - فَيُسْتَرَدُّ إِنْ كَانَتْ الْعَيْنُ بَاقِيَةً، وَيُرَدُّ الشَّمْنُ. وَإِنْ أَتَلَفَهَا الْمُشْتَرِي أَوْ تَلَفَتْ عَنْدهُ فَعَلَيْهِ الْقِيَمَةُ أَكْثَرَ مَا كَانَتْ مِنْ يَوْمِ الْقَبْضِ إِلَى يَوْمِ التَّلَفِ.

وَالنَّادِزُ يَشْتَرِي بِتِلْكَ الْقِيَمَةِ مِثْلَ الَّذِي تَلَفَ جِنْساً وَنَوْعاً وَسِتّاً فَإِنْ لَمْ يَجِدْ بِالْقِيَمَةِ الْمِثْلَ لِفَلَاءِ حَدَثٍ فَيُضْمَنُ إِلَيْهَا مِنْ عِنْدِهِ مَا يَتِمُّ بِهِ الشَّمْنُ، وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِ الْأَصْحَابِ: إِنَّهُ يَضْمَنُ مَا بَاعَ بِأَكْثَرِ الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِيَمَتِهِ وَمِثْلِهِ.

وَإِنْ كَانَتْ الْقِيَمَةُ أَكْثَرَ مِنْ تَمَنِّ الْمِثْلِ لِرُخْصِ حَادِثٍ، فَعَلَى مَا سَنَدَكُرُّ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى فِي نَظِيرِهِ ثُمَّ الْمِثْلُ إِنْ اشْتَرَى بَعَيْنَ الْقِيَمَةِ - صَارَ الْمُشْتَرِي ضَحِيَّةً [بِنَفْسِ الشِّرَاءِ]<sup>(١)</sup>، وَإِنْ اشْتَرَاهُ فِي الذِّمَّةِ وَنَوَى عِنْدَ الشِّرَاءِ أَنَّهَا أُضْحِيَّةٌ فَكَذَلِكَ، وَإِلَّا فَلْيَجْعَلْهُ بَعْدَ الشِّرَاءِ أُضْحِيَّةً؛ ذَكَرَهُ الرَّوْيَانِيُّ وَغَيْرُهُ.

وَكَمَا لَا يَصِحُّ بَيْعُ الضَّحِيَّةِ الَّتِي عُيِّنَتْ - لَا يَصِحُّ إِجَارَتُهَا؛ اتِّبَاعاً لِلْمَنَافِعِ بِالْأَعْيَانِ وَيَجُوزُ إِعَارَتُهَا؛ لِأَنَّهَا إِرْفَاقٌ. وَلَوْ [رَكِبَهَا]<sup>(٢)</sup> الْمُسْتَأْجِرُ فَتَلَفَتْ ضَمِنَ الْمُؤْجِرُ قِيَمَتَهَا وَالْمُسْتَأْجِرُ الْأَجْرَةَ، وَفِي الْأَجْرَةِ الَّتِي يَضْمَنُهَا وَجْهَانِ:

أَظْهَرُهُمَا: أَجْرَةُ الْمِثْلِ.

وَالثَّانِي: الْأَكْثَرُ مِنْ أَجْرَةِ الْمِثْلِ وَالْمُسَمَّى، ثُمَّ يَصْرِفُهَا مَصْرَفَ الضَّحَايَا أَوْ الْفُقَرَاءِ خَاصَّةً؟ حَكَى «صَاحِبُ الْبَحْرِ» فِيهِ وَجْهَيْنِ. إِذَا تَقَرَّرَ ذَلِكَ فَلَوْ قَالَ: جَعَلْتُ هَذِهِ الْبَدَنَةَ أَوْ الشَّاةَ ضَحِيَّةً، أَوْ نَذَرَ أَنْ يُضْحِيَ بَبَدَنَةِ أَوْ شَاةٍ عَيَّنْتُهَا فَمَاتَتْ قَبْلَ يَوْمِ النَّحْرِ أَوْ سُرِقَتْ قَبْلَ أَنْ يَتِمَّكَ مِنَ الذَّنْحِ يَوْمَ النَّحْرِ - فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَكَذَا الْهَدْيُ الْمَعِينُ إِذَا تَلَفَ قَبْلَ بُلُوغِ الْمَنَسِكِ أَوْ بَعْدَهُ وَقَبْلَ التَّمَكُّنِ مِنَ الذَّبْحِ.

وَلَوْ كَانَ فِي ذِمَّتِهِ دَمٌ عَنْ قِرَانٍ أَوْ تَمَتُّعٍ أَوْ أُضْحِيَّةٍ أَوْ هَدْيٍ عَنْ نَذَرٍ مُطْلَقٍ ثُمَّ عُيِّنَ بَدَنَةً أَوْ شَاةً عَمَّا فِي ذِمَّتِهِ - فَقَدْ قَدَّمْنَا خِلَافاً فِي أَنَّهَا هَلْ تَتَعَيَّنُّ؟ وَالظَّاهِرُ التَّعْيِينُ، وَحِينَئِذٍ فَالظَّاهِرُ زَوَالُ الْمَلِكِ عَنْهَا؛ كَالْمَعِينَةِ ابْتِدَاءً لَكِنْ لَوْ تَلَفَتْ فِيهِ وَجُوبُ الْإِبْدَالِ وَجْهَانِ رَوَاهُمَا الْإِمَامُ وَصَاحِبُ الْكِتَابِ:

أَحَدُهُمَا: الْمَنْعُ؛ لِأَنَّهَا تَعَيَّنَتْ بِالتَّعْيِينِ فَتَلْتَحِقُ بِمَا إِذَا قَالَ: جَعَلْتُ هَذِهِ الشَّاةَ ضَحِيَّةً.

(٢) فِي ز: تَرَكَهَا.

(١) فِي ز: يَعِينُ الْمُشْتَرِي.

وأصحهما: وهو الذي اقتصر عليه المعظم؛ الوجوب؛ لأن ما التزمه يثبت في ذمته<sup>(١)</sup>، والمعين وإن زال ملكه عنه فهو مضمون عليه، كما لو كان لرجل على آخر دين فاشترى منه سلعة بذلك الدين<sup>(٢)</sup> ثم تلفت السلعة قبل التسليم في يد بائعها - فإنه يفسخ البيع ويعود الدين؛ كذلك هاهنا يبطل التعيين ويعودها في ذمته كما كان.

وفي «الشامل» أن على قول ابن الحداد في صورة التعيب<sup>(٣)</sup> على ما سنذكره إن شاء الله تعالى.

إن تلف الهدى<sup>(٤)</sup> بعد الوصول إلى المقام توسعاً وذلك لأن ما يؤديه<sup>(٥)</sup> بعد تلف المعين ليس بدلاً عنه، ولكن يعود الدين على رأي، وما يؤديه يؤديه عما في الذمة واللفظة الناصة على الغرض أنه هل يبطل التعيين ويعود الدين أم لا؟.

هذا إذا تلف الهدى والأضحية المعينان، وإن فرض إتلاف فينظر، إن وجد من أجنبي، فعليه القيمة يأخذها المضحي ويشتري بها مثل الأول فإن لم يجد بها مثل الأول، اشترى ما دونه ويخالف ما إذا نذر إعتاق عبده بعينه فقتل حيث يأخذ القيمة ولا يلزمه أن يشتري بها عبداً آخر ويعتقه؛ لأن ملكه هنا لم يزل عنه، ومستحق العتق العبد وقد هلك بالقتل ومستحق الهدى والأضحية بأقون، وإن لم يجد بها ما يصلح للهدى والأضحية. فمن «الحاوي» أن على المضحي أن يضم من عنده إلى ما أخذه ما يحصل به أضحية؛ لأنه قد التزمها، ومن قال بهذا فيمكن أن يطرده في التلف [وهذا الذي في «الحاوي» شاذ] والصحيح المشهور أنه لا شيء عليه؛ لأنه لم يوجد منه تقصير ولا إتلاف، وعلى هذا فإن أمكن أن يشتري بها شفاً من هدي أو أضحية، ففيه وجهان:

أصحهما على ما ذكره القاضي الروياني: أنه يلزمه شراؤه، والذبح مع الشريك، ولا يجوز إخراج القيمة، كما لا يجوز إخراجها في الأصل بدلاً عن التضحية.

والثاني: يجوز - لأن في شراء الشقص مشقة وتجعل الدراهم أضلاً؛ كما في الجبران في الزكاة، ويحكى هذا عن أبي إسحاق، وقرب الإمام الوجهين من الخلاف فيما إذا أخرج واجب ماله بحساب الحقائق وبنات اللبون، وأخرج غير الأغبط، وألزمناه [جبر] التفات<sup>(٦)</sup>، هل يجوز إخراج الدراهم أو عليه صرفها إلى شقص، ثم إذا قلنا بالوجه الثاني فقد أطلق مطلقون: أنه يتصدق بها، وعبارة الإمام: أنه يصرفها إلى مصرف الضحايا حتى لو أراد أن يتخذ منه خاتماً يقتنيه ولا يبيعه - فله ذلك، وهذا

(٢) في ز: الثمن.

(٤) سقط في ز.

(٦) سقط في ز.

(١) في ز: الذمة.

(٣) في أ: التعيين.

(٥) في ز: يرد به.

أَوْجَهَ، وَيُشْبِهُ أَلَا يَكُونُ فِيهِ خِلَافٌ مَحْقُقٌ لَكِنَّ مَقْصُودَ الْوَجْهِ أَلَا يَجِبُ شِرَاءُ الشَّقْصِ، وَيَجُوزُ إِخْرَاجُ الدَّرَاهِمِ، وَقَدْ يُتَسَاهَلُ فِي [ذَكَرَ الْمَصْرَفِ] (١) فِي مِثْلِ ذَلِكَ (٢).

وفيه وَجْهٌ ثَالِثٌ: أَنَّهُ يَشْتَرِي بِهَا لَحْمًا، وَيَتَصَدَّقُ بِهِ؛ فَإِنَّهُ أَقْرَبُ إِلَى التَّضْحِيَةِ مِنْ تَفْرِيقَةِ الدَّرَاهِمِ، فَإِنْ كَانَ الدَّرَاهِمُ قَدْرًا لَا يُمْكِنُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِهَا شَيْئًا؛ لِقَلْتِهِ - سَقَطَ الْوَجْهُ الْأَوَّلُ، وَيَبْقَى الثَّانِي وَالثَّلَاثُ.

وَعَنْ «الْحَاوِي» تَرْتِيبَ حَسَنٍ لِأَحْوَالِ تَفَرُّضٍ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ وَهِيَ أَنَّهُ إِذَا كَانَ الْمُتَلَفُ ثَبِيَّةً مِنَ الضَّأْنِ مِثْلًا، وَلَمْ يُمْكِنَ أَنْ يَشْتَرِيَ بِالْمَأْخُوذِ مِثْلَهَا أَوْ أُمْكِنَ أَنْ يَشْتَرِيَ بِهَا (٣) جَدْعَةً مِنَ الضَّأْنِ وَثَبِيَّةً مِنَ الْمَغْزِ فَيَتَعَيَّنُ الْأَوَّلُ؛ رِعَايَةً لِلنَّوْعِ، وَإِنْ أُمْكِنَ شِرَاءُ الثَّانِيَةِ مِنَ الْمَغْزِ وَمَا دُونَ الْجَدْعَةِ مِنَ الضَّأْنِ، فَيَتَعَيَّنُ الْأَوَّلُ لِأَنَّ الثَّانِي لَا يَصْلِحُ لِلتَّضْحِيَةِ.

وَإِنْ أُمْكِنَ شِرَاءُ مَا دُونَ الْجَدْعَةِ وَشِرَاءُ سَهْمٍ مِنَ الضَّحِيَةِ، فَيَتَعَيَّنُ الْأَوَّلُ؛ لِأَنَّ التَّضْحِيَةَ لَمْ تَحْضَلْ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَفِي الْأَوَّلِ إِرَاقَةٌ دَمٌ كَامِلٌ.

وَإِنْ أُمْكِنَ شِرَاءُ سَهْمٍ، وَشِرَاءُ لَحْمٍ - فَيَتَعَيَّنُ الْأَوَّلُ؛ لِأَنَّ فِيهِ شِرْكَةً فِي إِرَاقَةِ الدَّمِ، وَإِنْ لَمْ يُمْكِنَ إِلَّا شِرَاءُ اللَّحْمِ وَتَفْرِيقَةُ الدَّرَاهِمِ - فَيَتَعَيَّنُ الْأَوَّلُ؛ لِأَنَّ اللَّحْمَ هُوَ مَقْصُودُ الْأَضْحِيَةِ، وَإِنْ وُجِدَ إِتْلَافٌ مِنَ الْمَضْحِيِّ فَوَجْهَانِ ذَكَرَهُمَا الْإِمَامُ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ الْوَاجِبَ عَلَيْهِ قِيَمَتُهُ يَوْمَ الْإِتْلَافِ كَالْإِجْنَبِيِّ، وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَحْمَدُ - رَحِمَهُمَا اللَّهُ -.

وَأَصْحُهُمَا: أَنَّهُ يَلْزِمُهُ أَكْثَرُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِيَمَتِهِ، وَتَحْصِيلُ مِثْلِهِ كَمَا ذَكَرْنَا فِيهَا إِذَا بَاعَ الْأَضْحِيَةَ الْمَعِينَةَ، وَتَلَفَتْ عِنْدَ الْمُشْتَرِي؛ وَاحْتِجَ لَهُ بِأَنَّ مَنْ نَذَرَ أَضْحِيَةً فَقَدْ أَلْزَمَ نَفْسَهُ أَمْرَيْنِ مَقْصُودَيْنِ - وَهِيَ النَحْرُ وَتَفْرِيقَةُ اللَّحْمِ.

فَإِنْ كَانَتْ الْقِيَمَةُ أَكْثَرَ، لَزِمَهُ ذَلِكَ اللَّحْمُ، وَإِنْ كَانَ الْمِثْلُ أَكْثَرَ لَزِمَهُ ذَلِكَ؛ لِتَحْصِيلِ الثَّخْرِ (٤) فَهُوَ كَمَا لَوْ نَذَرَ أَضْحِيَتَيْنِ ثُمَّ أَتَلَفَهُمَا عَلَيْهِ ضَمَانَهُمَا، وَعَلَى هَذَا فَإِنْ كَانَتْ قِيَمَةُ يَوْمَ الْإِتْلَافِ أَكْثَرَ ثُمَّ رَحُصَتِ الْغَنَمُ وَأُمْكِنَ شِرَاءُ مِثْلِ الشَّاةِ الْأَوْلَى بِبَعْضِهَا فَيَشْتَرِي بِهَا كَرِيمَةً، أَوْ شَاتَيْنِ فَصَاعِدًا، وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ كَرِيمَةً وَفَضْلٌ مَا لَا يَفِي بِأَخْرَى فَعَلَى مَا ذَكَرْنَا فِيهَا إِذَا لَمْ تَفِ الْقِيَمَةُ عِنْدَ إِتْلَافِ الْأَجْنَبِيِّ بِشَاةٍ وَهَاهُنَا وَجْهٌ: أَنَّ لَهُ أَنْ يَصْرِفَ مَا فَضَّلَ عَنْ وَاحِدٍ إِلَى غَيْرِ الْمِثْلِ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ بَعْدَ حُصُولِ الْمِلْكِ كَابْتِدَاءِ الضَّحِيَةِ.

(١) فِي ز: ذَلِكَ الْمَقِيدُونَ.

(٢) قَالَ النَّوَوِيُّ: هَذَا الَّذِي حَكَاهُ عَنِ الْإِمَامِ، مِنْ جَوَازِ اتِّخَاذِ الْخَاتَمِ، تَفْرِيعٌ عَلَى جَوَازِ الْأَكْلِ مِنْ

الْأَضْحِيَةِ الْوَاجِبَةِ.

(٤) فِي ز: لِيَحْصَلَ النَّذْرُ.

(٣) فِي ز: بِهِمَا.

ووجهه: أنه يملك ما فضل. إذا تمكن<sup>(١)</sup> من ذبح الهدي بعد بلوغ المنسك أو من ذبح الأضحية يوم النحر فلم يذبح حتى تَلَفَ - فهو كالإتلاف؛ لتقصيره بتأخر الذبح.

وقوله: «وعلى وجهٍ يشتري خاتماً ويتختم به أو يصرِّفه إلى مَصْرِفِ الضحايا» يعني سائر مصارف الضحايا وإلا فاقتناؤه خاتماً لينتفع بعينه من المصارف، ولم يذكر الإمام شراء الخاتم بها، إنما ذكر اتخاذه منها.

فَرَع استحبَّ الشافعيُّ - رضي الله عنه - أن يتصدَّقَ بالفاضلِ الذي لا يفي بشاةٍ أُخْرِي ولا يأكلُ منه شيئاً، وفي معناه البدلُ الذي يذبحه.

وعن أبي عليِّ الطبريِّ وجهه: أنه لا يجوزُ له الأكلُ منه؛ لتعديه بالإتلاف.

قال الغزاليُّ: أمَّا إذا ذَبَحَهَا أَجْتَبِي فِي وَفْتِ التَّضْحِيَةِ فَحَيْثُ لَا يُشْتَرَطُ النِّيَّةُ لِلتَّغْيِينِ السَّابِقِ وَقَعَ الْمَوْقِعُ \* وَفِي لُزُومِ أَرْضِ الذَّبْحِ وَجِهَانِ \* وَحَيْثُ تُشْتَرَطُ النِّيَّةُ فَاتَتْ الْقَرْبَةَ وَيُضْرَفُ لِحْمُهَا مَصْرِفُ الضَّحَايَا عَلَى وَجْهِ \* وَيُؤْخَذُ الْقِيَمَةُ مِنَ الذَّبَائِحِ وَيُضْرَفُ فِي الْأُضْحِيَةِ \* وَيَنْفَكُ عَنِ حُكْمِ الضَّحِيَةِ عَلَى وَجْهِ \* وَمَنْ ذَبَحَ شاةً غَيْرَهُ وَأَكَلَ لِحْمَهُ فَيَا قَوْلٍ: يَلْزَمُهُ قِيَمَةُ الشاةِ \* وَفِي قَوْلٍ: يَلْزَمُهُ أَرْضُ الذَّبْحِ وَقِيَمَةُ اللَّحْمِ وَرَبِّمَا زَادَ ذَلِكَ عَلَى قِيَمَةِ الشاةِ أَوْ نَقَصَ.

قال الرافعيُّ: قد تبيَّنَ حكمُ إتلافِ الأضحية الذي هو إفسادُ.

وأما إذا ذبحها في غير وقت الضحية، وإذا جعل شاته أضحية أو نذر أن يضحى بمعينة ثم ذبحها قبل يوم النحر - فعليه أن يتصدَّقَ بلحمها ولا يجوزُ أكلُ شيءٍ منها، وعليه أن يذبحَ مثلها بدلاً عنها يوم النحر، وكذا لو ذبح الهدي المعين قبل بلوغ المنسك يتصدق بلحمه وعليه البدلُ.

ولو باع الهدي أو الأضحية المَعَيَّنِينَ فذبحها المشتري، واللحمُ باقٍ فيأخذه ويتصدَّقُ به، وعلى المشتري أرض ما نقص بالذبح ويضم البائع إليه ما يشتري به البدل. وفيه وجه<sup>(٢)</sup>. أن المشتري لا يُغرَمُ شيئاً؛ لأن ما فعله كان بتسليط البائع. ودكر أن الوجهين مبنيان على أن السيد إذا باع المكاتب فآدى المكاتب النجوم إلى المشتري هل يعتق؟ وفيه خلاف.

والظاهرُ ما قدَّمنا.

ولو ذبح أجتبي الأضحية المعينة قبل يوم النحر فيلزمه ما نقص من القيمة بسبب

(٢) في ز: وجهان.

(١) في ز: لم يمكن.

الذبح، ويشبه أن يجيء خلاف في أن اللحم يُصرف إلى مصارف الضحايا أو ينفك عن حكم الضحية وتعود ملكاً كما سذكر في مثله - إن شاء الله تعالى - فيما إذا ذبح الأجنبي يوم النحر، وقلنا: إنه لا يقع ضحية ثم ما حصل من الأرض ومن اللحم إن عاد ملكاً له، يشتري به أضحية يذبحها يوم النحر، ولو كان قد نذر أضحية ثم عين واحدة عما في ذمته، فذبحها أجنبي قبل يوم النحر.

قال في «التهذيب»: يأخذ اللحم ونقصان الذبح ويملك الكل والأصل في ذمته.

وإن ذبح الأجنبي الأضحية المعينة ابتداءً في وقت التضحية، فهذه مسألة الكتاب وفي معناها ذبح الهدي المعين بعد بلوغ المنسك فالمشهور أنه يقع الموقع، وبأخذ صاحب الضحية لحمها ويقرفه.

وبناه الإمام وصاحب الكتاب على أن التعيين السابق هل يُغني عن النية عند الذبح؟ إن قلنا: نعم، وقع الموقع، وعلى صاحب الضحية بدلها وما يأخذه من الأرض ملك له. واحتج الأصحاب بأنه يستحق الصرف إلى هذه الجهة، ولا يشترط فيه فعله كردّ الوديعة وبأن ذبحها لا يفتقر إلى النية، فإذا أتى به غيره أجزأ كما<sup>(١)</sup> في إزالة النجاسة، وهذا يؤيد قول من قال: إن التعيين السابق يُغني عن تجديد النية.

وعن القديم قول: أن لصاحب الضحية أن يجعلها عن الفضولي الذابح، ويُغرّمه القيمة بتمامها؛ بناء على وقف العقود.

وإذا قلنا بالظاهر، وهو وقوع الضحية موقعتها فهل على الذابح أزش ما نقص بالذبح؟ [قال في الكتاب: «فيه وجهان»، وقال أكثر من نُقل فيه الخلاف قولان أحدهما وبه<sup>(٢)</sup>] قال أبو حنيفة: لا؛ لأنه لم يقوِّث عليه شيئاً مقصوداً بل خفف عنه مؤنة الذبح.

وأصحهما: وهو المنصوص وما أورده المعظم: نعم؛ لأن إراقة الدم مقصودة وقد فوتها، وشبه ذلك بما إذا شدّ قوائم شاته، وأراد ذبحها، فجاء آخر وذبحها بدون إذنه - يلزمه أزش نقصان.

وعن أقصى القضاة الماوردي أنه قال: عندي إن ذبحها وفي الوقت سعة فعليه الأزش؛ لأنه لم يتعين ذبحه حقيقة، وإن ضاق الوقت ولم يبق إلا ما يسع للذبح فذبحها - فلا أزش عليه؛ لتعيين الوقت، وإذا أوجبنا الأزش - ففيه وجوه:

أحدها: أنه للمضحي<sup>(٣)</sup> لأنه ليس من عين الأضحية حتى يستحقه المساكين.

(٢) سقط في ز.

(١) في أ: كإزالة.

(٣) في ز: ليس للمستحق.



وقائدها: أنه للمساكينِ خاصةً؛ لأنه بدلٌ بَغْضِ الأضحية، وليس [للمضحى] <sup>(١)</sup> من الأضحية إلا الأكل.

وأظهرها: أنه يَسَلُّكُ به مَسَلِّكَ الضحايا، وعلى هذا فيشتري به شاةً، وإن لم يتيسَّرَ عاد ما سبق أنه يَشْتَرِي به جُزءاً من ضحيةٍ أو لحْمٍ أو يفرق نفسه.

وقيل: هو مُخَيَّرٌ بين أن يصرفَ إلى جُزءٍ، وبين أن ينتفعَ به ولا يبيعه، وجميعُ هذا فيما إذا ذبح الأجنبيُّ واللحم باقٍ. فأما إذا أكله أو فرَّقَهُ في مصارفِ الضحايا، أو تعذَّرَ استردادهُ فهو كإتلافِ الإفسادِ لأنَّ تعيين <sup>(٢)</sup> المَصروفِ إليه، إلى المضحى فعليه الضمانُ، والمالكُ يشتري أضحيةً أُخرى بما يأخذ. وفي كتاب القاضي ابن كج أنه تقع [التفرقة] <sup>(٣)</sup> عن المالكِ كالذَّبْحِ والظَاهِرُ الأوَّل. وفي الضمانِ الواجِبِ - والحالة هذه - قولانٌ عن حكاية «صاحب التَّقريب»:

أحدهما: وهو اختيارُ الجمهورِ: أنه يضمنُ قيمتها عند الذبح كما في صورة الإفسادِ.

والثاني: وبه قال ابنُ أبي هريرة: أنه يضمنُ الأكثرَ من قيمتها وقيمة اللحم؛ لأنه فرَّقَ اللحمَ متعدداً بعد ما ذبح.

وروى بعضهم بدل الثاني أنه يُغرَّمُ أرشُ الذبح، وقيمة اللحم، وعلى هذا جرى الإمامُ وصاحبُ الكتابِ.

وقد يزيدُ الأرشُ مع قيمة اللحم على قيمة شاةٍ، وقد ينقصُ، وقد يتأدَّى المقداران ولا اختصاصٌ [لهذا الخلاف] <sup>(٤)</sup> بصورة الضحية بل يطردُ في كلِّ مَنْ ذبح شاةً إنسانٍ ثم [أثلف] <sup>(٥)</sup> اللحمَ ولذلك عمم التَّضْوِيرَ فقال: «وَمَنْ ذَبَحَ شاةً غَيْرِهِ وأكلَ لَحْمَهَا» وهذا كُلُّه تفرِيعٌ على أن الشاةَ التي ذبحها الأجنبيُّ في الوقتِ تقع ضحيةٌ عن صاحبها. أما إذا قلنا: لا تقع أضحيةٌ، فليس على الذابحِ إلا أرشُ النقصانِ. وما حُكِّمَ اللحمُ؟ فيه وجهان:

أحدهما: أن اللحمَ صارَ مُسْتَحَقًّا بجهة الضحية حيثُ قال: جعلت هذه الشاةَ ضحيةً [فيصرف إلى مصارفها، وإن لم تقع ضحية] <sup>(٦)</sup>.

والثاني: أنه ينفكُ عن حُكْمِ الأضحية، ويصيرُ ملكاً له. ولو التزم ضحيةً أو هدياً

(١) في ز: للمستحق.

(٢) في أ: تعجيل.

(٣) سقط في ز.

(٤) في ز: لهذه الحالات.

(٥) في ز: أمكن.

(٦) سقط في ز.

لنذره ثم عَيَّن واحدة عما فِي ذِمَّتِهِ فذبحها أَجْنَبِيَّ يَوْمَ النحرِ أو فِي الحَرَمِ، فالقولُ فِي وَقُوعِهَا عن صاحبها ومن أَخَذَهُ اللحمَ وتصدَّقَهُ به وفي غرامة الذَّابِحِ أَرَشَ ما نقص بالذبح على ما ذكرنا فيما إذا كانت مُعَيَّنَةً فِي الابتداءِ، وإن كان اللحم تالِفاً.

قال «صاحبُ التهذيب» وغيره: يأخذ القيمةَ ويملُكُها والأصلُ فِي ذِمَّتِهِ، وفي هذه اللفظة ما بين أن قولنا فِي صورة الإثلاف: أنه يأخذُ القيمةَ ويشترِي بها مثلُ الأول يريد به أن يشتري بقدرها فأما ما أخذ فهو ملكُ له، فله أن يُمَسِكَهُ.

قال الغزاليُّ: (الحُكْمُ الثَّانِي: التَّمْعِيبُ) وَحَيْثُ لَا يَلْزَمُ شَيْءٌ بِالتَّلَفِ فَلَا يَلْزَمُ بِالتَّمْعِيبِ \* فَإِنْ كَانَ الْعَيْبُ مَانِعاً مِنَ الضَّحِيَّةِ فَفِي أَنْفِكَ الشَّاةُ عَنِ الضَّحِيَّةِ وَجَهَانِ \* وَلَوْ قَالَ ابْتِدَاءً: جَعَلْتُ هَذِهِ ضَّحِيَّةً وَهِيَ مَعِيَّةٌ فَالصَّحِيحُ وَجُوبٌ صَرَفَهَا إِلَى مَصَارِفِ الضَّحِيَّةِ \* وَلَوْ قَالَ لِظَنِّيَّةٍ جَعَلْتُهَا ضَّحِيَّةً فَهُوَ لَأَخْ \* وَلَوْ قَالَ لِفَصِيلٍ أَوْ سَخْلَةٍ فَوَجَهَانِ \* وَلَوْ عَيَّنَ مَعِيَّةً لِنَذْرِهِ وَقُلْنَا: تَتَعَيَّنُ فَلَا تَبْرَأُ بِهَا ذِمَّتُهُ \* وَهَلْ يَلْزَمُ تَفَرُّقُ لَحْمِهَا؟ فِيهِ وَجَهَانِ \* وَلَوْ زَالَ الْعَيْبُ بَعْدَ ذَلِكَ فَفِي الْبَرَاءَةِ بِهَا وَجَهَانِ \* وَإِنْ تَعَيَّنَتِ الْمَعِيَّةُ بِفِعْلِهِ فَعَلَيْهِ إِبْدَالُهَا بِصَحِيحَةٍ \* وَفِي أَنْفِكَ الْمَعِيَّةِ وَجَهَانِ \* وَلَوْ قَالَ: لِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أَضْحِيَ بِعَرَجَاءَ لَزِمَهُ عَرَجَاءُ \* وَفِي وَجْهِ يَلْزَمُهُ صَحِيحَةٌ \* وَفِي وَجْهِ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ.

قال الرافعيُّ: فِي الْفَضْلِ مَسَائِلُ:

إِحْدَاهَا: إِذَا قَالَ: جَعَلْتُ هَذِهِ الشَّاةَ ضَّحِيَّةً أَوْ نَذَرَ أَنْ يُضْحِيَ ببدنَةٍ بعينها، ثم حَدَّثَ قَبْلَ وَقْتِ التَّضْحِيَّةِ [عَيْبٌ] <sup>(١)</sup> يَمْنَعُ مِنَ ابْتِدَاءِ الضَّحِيَّةِ - فلا يَلْزَمُهُ، لما حدثَ شَيْءٌ؛ كما لا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ لو تَلَفَتْ ولا تَنَفَّكَ هِيَ عَنِ حُكْمِ الضَّحِيَّةِ بل تُجْزِئُهُ عَنِ التَّضْحِيَّةِ <sup>(٢)</sup> وَيَذْبَحُهَا فِي وَقْتِهَا.

وقال مالكٌ: لا تُجْزِئُهُ، وسلم فِي الهذِي الأجزاء.

وعند أبي حنيفة: لا تُجْزِئُهُ، بل عليه التَّضْحِيَّةُ بسليمةٍ إن كان مَمَّنْ يَجِبُ عَلَيْهِ الأضحية، وَيُحْكِي ذَلِكَ عَنِ أَبِي جَعْفَرِ الأَسْتَرَابَادِيِّ مِنْ أَصْحَابِنَا.

لَنَا ما رُوِيَ عَنِ أَبِي سَعِيدِ الخُدْرِيِّ - رضي الله عنه - أنه قال: اشترِيتُ كَبِشاً لأضْحِي بِهِ [فَعَدَا] <sup>(٣)</sup> الدُّبُّ فَأَخَذَ مِنْهُ الأَلْيَةَ فَسَأَلْتُ رَسُولَ اللَّهِ - ﷺ - عَنِ ذَلِكَ فَقَالَ:

(١) فِي ز: فِيهَا عِنْدَ.

(٢) فِي ز: الأضحية.

(٣) سَقَطَ فِي ز.

«ضَحَّ بِهِ»<sup>(١)</sup>.

ولو خالف ما ذكرنا، وذبحها قبل يوم النحر - تصدَّق باللحم، وعليه التصدُّق بقيمتها أيضاً، ولا يجب أن يشتري بها أضحيةً أُخرى كذا نقله في<sup>(٢)</sup> «التهذيب» وكان سيئه أن تلك القيمة بدل حيوان لا يجوزُ ابتداءً التضحية به.

ولو تَعَيَّنَ يوم النحر قبل التمكن من الذبح فيذبحها، ويتصدق بلحمها [وإن تَعَيَّنَتْ بَعْدَ التمكن يذبحها]<sup>(٣)</sup>، وعليه ذبحُ بدلها، وتقصيره بالتأخير كالتعيب، ولو لزم ذمته أضحيةً بنذر أو هدي عن قرآن أو تمتع أو نذر - تعين واحدة عما في ذمته، فحدث بها عيب قبل وقت التضحية أو قبل بلوغ المنسك فيجوز الخلاف السابق في أنها: هل تَتَعَيَّنُ؟ إن قلنا لا تتعين، فلا أثر لتعيبها.

وإن قلنا: تتعين - وهو الصحيح - فهل عليه ذبح سليمة؟ فيه وجهان حكاهما الإمام كما في صورة التلّف الصحيح - وهو جواب الجمهور.

نعم؛ لأن الواجب في ذمته سليم فلا يتأدى بالمعيب. وهل تنفك تلك المعينة عن الاستحقاق، أو يلزمه ذبحها والتصدق بلحمها؟

فيه وجهان:

أحدهما: أنه يلزمه الذبح والتصدق؛ لأنه التزمها بالتعين.

وأصحهما: وينسب إلى النص: المنع - بل له تملكها وبيعها؛ لأنه ما التزم التصدق بها ابتداءً، إنما عيّن لها أداء ما في الذمة بها وإنما يتأدى بها ما في الذمة بشرط دوام السلامة. قال الشيخ أبو علي: وقرب بعض الأصحاب الوجهين في أن تقليد الهدي ونية الذبح: هل تكفي لوجوب الذبح ووجه إلينا أنه إنما أوجبها عما في ذمته، وقد خرجت بالتعيب عن أن تجزىء فيبقى التعيين مع النية، ويقرب من الوجهين وجهان ذكرنا فيما إذا عيّن أفضل مما عليه، ثم عاب: هل يلزمه رعاية تلك الزيادة في البدل؟

ففي وجه: يلزم؛ لالتزامه تلك الزيادة بالتعين. وعلى الأصح: لا يلزم؛ كما لو التزم معيبة ابتداءً، فهلكت من غير تعدد منه.

(١) رواه أحمد [٣/٣٢ و ٣٣ و ٧٨ و ٨٦] وابن ماجه [٣١٤٦] والبيهقي [٩/٢٨٩] من حديثه، ومداره على جابر الجعفي، وشيخه محمد بن قرظة غير معروف، ويقال: إنه لم يسمع من أبي سعيد، قال البيهقي: ورواه حماد بن سلمة عن الحجاج بن أرطاة عن عطية، عن أبي سعيد: أن رجلاً سأل النبي ﷺ عن شاة قطع ذنبها يضحى بها؟ قال: ضح بها.

(٢) في ز: نقل صاحب. (٣) سقط في ز.

ولو تعيب الهدئي بعد بلوغ المَسْكَ فوجهان:

أحدهما: وَيُخَكِّي عن ابنِ الحَدَّادِ: أنه يجزىء ذَبْحُهُ؛ لأنه لما بلغ مواضع الذَّبْح - صار كالحَاصِلِ في يَدِ المَسَاكِينِ، [ويكون كمن دفع] <sup>(١)</sup> الزكاة إلى الإمام فتَلَفَّت في يده، تُحَسَّبُ مِنْ زَكَاتِهِ، ونسب الإمام هذا الوجه إلى القَفَالِ.

وأصحُّهُما: المنع - لأنه من ضمانه حتى تُذْبَحَ.

وفي «التَهْذِيبِ»: أنه إن تعيَّب بعد بُلُوغِ المَسْكَ والتمكّن من الذَّبْح، فالأضَلُّ في ذِمَّتِهِ، وهل يملكُ المعين أو يلزمه ذَبْحُهُ؟ فيه الخلافُ، وإن تعيَّب قبل التمكن من الذَّبْح فوجهان:

أصحُّهُما: أَنَّ الحُكْمَ كذلك.

والثاني: أنه يَكْفِيهِ ذَبْحُ المعيب والتصدُّقُ به، ويقرب من الخلاف المذكور فيما إذا حدث العَيْبُ بعد بلوغ المَسْكَ.

واختلف الأَصْحَابُ فيما إذا شَدَّ قَوَائِمُ الشَّاةِ؛ قاصِداً للتضحية بها، فاضطربت؛ وانكسر رجلها، وهذا قد ذكرناه من قَبْلُ - ورأى الإمامُ تَخْصِيصَهُ بما إذا عَيَّن عن نَذْرِ في الذمَّةِ، والقطع بعدم الإجزاء إذا فرض ذلك في الأضحية المتطوع بها <sup>(٢)</sup>.

وعن أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ العَيْبَ الحَادِثَ لمعالجة الذَّبْح كما إذا أصابت [المُدْيَةَ] <sup>(٣)</sup> عَيْنُهَا فعَوَّرَهَا، لا يَمْنَعُ الإجزاء. وقوله في الكتاب: «فإن كان العَيْبُ مانعاً من التَّضْحِيَةِ» ليس بحَسَنِ المَوْقِعِ فَإِنَّ الفُضْلَ مِنْ أَوَّلِهِ في هذا النوع من العَيْبِ.

فإما ما لا يَمْنَعُ الإجزاء فلا أثر لحدوثه، ثم المقصودُ من الصورة ما إذا كانت الشاةُ مُعَيَّنَةً عن واجبٍ في الذمَّةِ، فهي التي يشتهر في انفكاكها عن الضحية الوجهان.

فأما المُعَيَّنَةُ للالتزام ابتداءً فَلَا انفكاكُ لها إلا على ما روينا عن الأَسْتَرَابَادِيِّ، لكن الحملَ على البعيدِ بَعِيدٌ.

المَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ: لو قال لِمَعِيْبَةٍ بعَوَّرَ ونحوه: جعلتُ هذه ضحيةً، أو نَذَرَ أن يُضْحِيَ بها ابتداءً - وجب ذَبْحُهَا؛ لأنه التزمه وهو <sup>(٤)</sup> كما إذا عتق مَعِيْباً عن كَفَّارَتِهِ [يَعْتَقُ وَيُثَابُ] <sup>(٥)</sup> عليه. وإن كان لا يُجْزَى عن الكفارة ويكونُ ذَبْحُهَا قُرْبَةً، وتفرقه لحمها

(١) في ز: فيكون كمرد.

(٢) قال النووي: قال صاحب «البحر»: لو مات، أو سرق بعد وصوله الحرم، أجزاءه على الوجه الأول.

(٣) سقط في ز. (٤) في ز: وهي.

(٥) في ز: بعثق وبيان.

صَدَقَةٌ وَلَا تَجْزَىءَ عَنِ الضَّحَايَا وَالْهَدَايَا الْمَشْرُوعَةِ؛ فَإِنَّ السَّلَامَةَ مُعْتَبَرَةٌ فِيهَا.  
وهل يَخْتَصُّ ذَبْحُهَا بِيَوْمِ النُّحْرِ، وَيَجْرِي مَجْرَى الضَّحَايَا فِي الْمَضْرِفِ فِيهِ  
وَجْهَانٍ:

أَحَدُهُمَا: لَا؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِأُضْحِيَّةٍ فِي الْحَقِيقَةِ، وَإِنَّمَا هِيَ شَاءٌ لَحْمٍ.  
وَأَصْحَهُمَا عِنْدَ الْإِمَامِ وَصَاحِبِ الْكِتَابِ: نَعَمْ؛ لِأَنَّهُ أَوْجِبَ بِاسْمِ الضَّحِيَّةِ وَلَا  
مَحْمَلٌ لِكَلَامِهِ، إِلَّا هَذَا، وَعَلَى هَذَا فَلَوْ ذَبَحَهَا قَبْلَ يَوْمِ النُّحْرِ - فَيَتَصَدَّقُ بِلَحْمِهَا، وَلَا  
يَأْكُلُ مِنْهَا شَيْئاً، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا يَتَصَدَّقُ بِهَا، وَلَا يَشْتَرِي أُخْرَى؛ لِأَنَّ الْمَعْيَبَ لَا يَثْبِتُ فِي  
الذَّمَّةِ - قَالَ فِي «التَّهْدِيبِ».

وَلَوْ أَشَارَ إِلَى ظَنِّيَّةٍ وَقَالَ: جَعَلْتُ هَذِهِ أُضْحِيَّةً فَهُوَ لَأَغٍ<sup>(١)</sup> - هَكَذَا أُطْلِقَ هَاهُنَا وَفِي  
«الْوَسِيطِ» وَأَضَافَ الْإِمَامُ إِلَى ذَلِكَ قَوْلَهُ: وَلَا يَلْزُمُهُ صَرْفُهُ<sup>(٢)</sup> إِلَى حُكْمِ الضَّحِيَّةِ، وَقَدْ  
يُنْفِهُمُ ذَلِكَ وَجُوبُ أَهْلِ التَّصَدَّقِ بِهَا.

وَلَوْ أَشَارَ إِلَى فَصِيلٍ أَوْ سَخْلَةٍ وَقَالَ: هَذِهِ أُضْحِيَّةٌ، فَوَجْهَانٌ إِلْحَاقًا لِتُقْضَايِ السَّنِّ  
فِي أَحَدِهِمَا بِالْجِنْسِ الْمَخَالَفِ لِلنَّعْمِ. وَفِي الثَّانِي بِالْعَيْبِ - وَهُوَ الْأَشْبَهُ - لِأَنَّ نَقْضَانَ  
السَّنِّ مِنْ جِنْسٍ مَا يُضْحِي بِهِ - وَبِهَذَا أَجَابَ الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ.

وَإِذَا أَوْجِبَهُ مَعْيَباً ثُمَّ زَالَ الْعَيْبُ: فَهَلْ يُجْزَىءُ ذَبْحُهُ عَنِ الضَّحِيَّةِ؟ فِيهِ وَجْهَانٌ:  
أَصْحَهُمَا<sup>(٣)</sup>: الْمَنْعُ؛ لِأَنَّهُ زَالَ مِلْكُهُ عَنْهُ [وَهُوَ]<sup>(٤)</sup> نَاقِضٌ فَالْكَمَالُ بَعْدَ ذَلِكَ لَا يُؤْتَرُ  
كَمَا إِذَا أَعْتَقَ عَبْدًا أَعْمَى عَنِ كِفَارَتِهِ فَارْتَدَ [بَصِيراً]<sup>(٥)</sup>.

وَالثَّانِي: يَجُوزُ؛ لِكَمَالِهِ وَقَتَّ الذَّبْحِ.

وَعَنِ الْقَاضِي أَبِي حَامِدٍ - أَنَّهُ حَكَى الْجَوَازَ قَوْلًا عَنِ الْقَدِيمِ.

وَلَوْ كَانَ فِي ذِمَّتِهِ أُضْحِيَّةٌ أَوْ هَدْيٌ بِنَذْرٍ وَغَيْرِهِ، فَعَيَّنَ مَعْيَبَةً عَمَّا عَلَيْهِ - لَمْ تَتَّعَيْنِ  
وَلَمْ تَبْرَأْ بِذَبْحِهَا ذِمَّتُهُ؛ لِأَنَّ السَّلِيمَ هُوَ الْوَاجِبُ عَلَيْهِ، وَهَلْ يَلْزُمُهُ بِالتَّعْيِينِ ذَبْحُ الْمَعْيَبَةِ؟  
نُظِرَ، إِنْ قَالَ: عَيَّنْتُ هَذِهِ عَمَّا فِي [ذِمَّتِي] - لَمْ يَلْزُمُهُ وَإِنْ قَالَ: لِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أُضْحِيَ بِهَذِهِ  
عَمَّا فِي [ذِمَّتِي] أَوْ أَهْدِي بِهَذِهِ أَوْ قَالَ: لِلَّهِ عَلَيَّ ذَبْحُهَا [عَنِ الْوَاجِبِ فِي ذِمَّتِي] -  
فَوَجْهَانٌ:

(١) لَا يَلْزُمُ بِهِ شَيْءٌ بِلَا خِلَافٍ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنْ جِنْسِ الضَّحَايَا قَالَ فِي شَرْحِ الْمَهْدَبِ ٤٠٣/٨.

(٢) فِي أ: صَرَفٌ. (٣) فِي ز: أَظْهَرَهُمَا.

(٤) سَقَطَ فِي ز. (٥) سَقَطَ فِي ز.

(٦) سَقَطَ فِي ز.

أظهرهما على ما ذكره الشيخ أبو علي والأئمة أنه يلزمه ذبحها<sup>(١)</sup> كما لو التزم ابتداء ذبح معيبة.

والثاني: المنع؛ لأنه جعلها عما في الذمة فلا تقع عنه فيستمر الملك فيها، والوجهان عند الشيخ مُبَيَّنَانِ على أن قول القائل: لله علي أن أذبح هذه الشاة أو أتصدق بها هل يزيل الملك في الحال؟ وفيه خلاف قد مر.

والأصح: أنه يلزمه وحيثد فقوله: لله علي أن أضحي بهذه عما علي ينزل منزلة إغتاق العبد الأعمى عن الكفارة وأنه يوجب العتق، وإن كان لا يقع عن الكفارة فإن قلنا: يلزمه ذبحها: فهل يختص بوقت التضحية إذا كان التعيين عن الأضحية؟ فيه الوجهان السابقان ولو زال عيب المعينة المعيبة قبل أن يذبحها، فهل تحصل البراءة بذبحها؟ فيه الوجهان السابقان وليبينا على أنه هل يزول الملك في الحال عنها بالتعيين؟ إن قلنا: نعم، فلا أثر لزوال العيب بعد ذلك.

وقوله في الكتاب: «ولو عيّن معيبة لنذره وقلنا: تتعين» كأنه أراد به الخلاف الذي مر في أن تعيين واحدة عن الثابت<sup>(٢)</sup> في الذمة هل يوجب تعيينها؟

قال قلنا: لا تتعين، فيلغو التعيين، ولم يتعرض في «الوسيط» للتقييد بهذا التفرع، وهذا كله فيما إذا لم يكن التعيب بفعله.

فأما إذا تعيبت المعيبة ابتداءً، أو عما في الذمة بفعله - فعليه ذبح صحيحة.

وفي انفكاك المعيبة عن حكم الالتزام الخلاف الذي سبق.

ولو ذبح الأضحية المنذورة يوم النحر أو الهدي المنذور بعد بلوغ المنسك ولم يفرق اللحم حتى تغير وفسد - فعليه قيمة اللحم ويتصدق بها، ولا يلزمه شراء أخرى؛ لأنها حصلت إزاحة الدم وكذا لو غصب اللحم غاصب وتلف عنده أو أتلف مثلف يأخذ القيمة ويتصدق بها.

الثالثة<sup>(٣)</sup>: لو التزم بالنذر التضحية بمعيبة عن معينة بأن قال: لله علي أن أضحي بشاة عزجاء أو عجفاء لا تتقي فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يلزمه ما التزم، ولا يلزمه صحيحة.

والثاني: يلزمه صحيحة؛ لأن التضحية بالعزجاء لا يجوز فكان هذا القائل يعتبر قوله: أضحي ويلغى ما بعده.

(٢) في ز: الثلاث.

(١) سقط في ز.

(٣) في ز: الثانية.

والثالث: أنه لا يلزمه شيء؛ لأنه التزم ما لا يجوزُه الشرع، ونظم الكتاب يفتضي ترجيح الأول، ويشبهه أن يكون الحكم في لزوم ذبحها، والتصديق بلحمها، وفي أنها ليست من الضحايا وفي أن مضرّتها هل هو مضرّف الضحايا؟ على ما ذكرنا فيما إذا جعلت هذه المعية ضحية، وإن التزم الضحية بظنية أو بفصيل فيه الترتيب الذي تقدّم في المعية.

[ويشبهه] <sup>(١)</sup> أن يجيء [الخلافا] <sup>(٢)</sup> في قوله: لله عليّ أن أضحي بظنية وإن لم يذكر خلافاً في قوله: جعلت هذه الظنية أضحية <sup>(٣)</sup>.

قال العزالي: وَالضَّلَالُ كَالهَلَاكِ \* وَلَكِنْ حَيْثُ وَجَبَ الْبَدَلُ وَوَجَدَ الضَّالَّةَ بَعْدَ تَضْحِيَةِ الْبَدَلِ فَفِي تَضْحِيَةِ الضَّالَّةِ قَوْلَانِ \* وَلَوْ عَيَّنَ وَاحِدَةً بَدَلَ الضَّالَّةِ ثُمَّ وَجَدَهَا قَبْلَ ذَبْحِ الْبَدَلِ وَجَبَ ذَبْحُهُمَا فِي قَوْلٍ \* وَتَعَيَّنَ الْأَوَّلُ فِي قَوْلٍ \* وَتَعَيَّنَ الثَّانِي فِي قَوْلٍ \* وَيَحْتَجِرُ بَيْنَهُمَا فِي قَوْلٍ.

قال الرافعي: إذا ضلّ هديّهُ أو أضحيته المتطوع بها لم يلزمه شيء <sup>(٤)</sup>.

والهديّ الملتزم بعينه ابتداءً إذا ضلّ بغير تقصير لم يلزمه ضمانه، فإن وجدته ذبحه والأضحية إن وجدها في وقت التضحية - ذبحها وإن وجدها بعد مضي الوقت - فله أن يذبحها قضاء ولا يلزمه الصبر إلى قابل، وإذا ذبحها صرف لحمها إلى مصارف الضحايا.

وعن ابن أبي هريرة وجه ضعيف: أنه يصرّفه إلى المساكين خاصة ولا يأكل ولا يدخر؛ لأنها لما صارت قضاء صارت حقاً للغير. وعند أبي حنيفة إذا وجدها بعد وقت التضحية، لم يذبحها، ولكن يتصدق بها حية أو ينتظر العام القابل.

وعند مالك: أنها تعود إلى ملكه ومهما كان الضلال بغير تقصيره فلا يلزمه الطلب إن كان فيه مؤنة، وإن لم يكن لزمه؛ لأنه مؤتمن في حقوق المستحقين، وإن كان الضلال بتقصيره - فعليه الطلب، فإن لم يجز. فعليه الضمان، فإن علم أنه لا يجدها في أيام التشريق - فعليه ذبح بدلها في أيام التشريق وتأخر <sup>(٥)</sup> الذبح إلى مضي أيام التشريق بلا عذر - تقصير.

(٢) سقط في ز.

(١) في ز: ويجوز.

(٣) في أ: ضحية.

(٤) قال النووي: لكن يستحب ذبحها إذا وجدها، والتصدق بها. ممن نص عليه القاضي أبو حامد.

فإن ذبحها بعد أيام التشريق، كانت شاة لحم يتصدق بها.

(٥) في ز: ثم.

فإذا ضلت بعده، فعليه الضمان، وإن مضى بعد أيام التشريق ثم ضلت، فهل هو تقصير؟ فيه وجهان<sup>(١)</sup>.

ولو عيّن هدياً، أو أضحيةً عما ثبت في ذمته، فضل ما عينه، فقد قال الإمام: هو كما لو تَلَفَتْ هذه المعينة، وفي وجوبِ البدلِ وَجْهَانِ.

وقد ذكرنا هناك حالَ هذا الخلافِ، وما في إطلاقِ لفظِ البدلِ من التوسّعِ.

وعبارةُ الجمهورِ: أن الأصلَ الملتزم في ذمته يلزمه إخراجُه، فإن ذبح واحدةً عما عليه ثم وجد الضالةَ، فهل يلزمه ذبحُها؟

فيه وجهان:

وقيل قولان:

أصحُّهما على ما ذكر في «التهديب»: أنه لا يلزم، على ما ذكرنا في التعيُّب، بل له تملكُ الضالةِ.

والثاني: يلزم؛ لأنه ربَط الاستحقاق بها وأزال المَلِكَ عنها بالتعيينِ.

ويزوَى أن عائشة - رضي الله عنها - أهدت هديتين فضلتهما [فبعث ابن الزبير - رضي الله عنهما - إليها هديين، فنحرتهما]<sup>(٢)</sup> ثم عاد الضالان فنحرتهما، وقالت: هذه سنة<sup>(٣)</sup> الهدي وهذا ما أورده ابن الصباغ، وفرق بين الضالة، والمعيبة بأن الضالة لم تخرج عن صفة الإجزاء فلا يزول عنها ملك الفقراء ولو عيّن بدل الضالة أخرى، ثم وجد الضالة قبل ذبح البدل، ففي أربعة أوجه:

أحدها: أنه يُضَحِّي بالضالة؛ فإنها الأصل الذي تعيّن أولاً، والثاني كان بدلاً لا يسقط حكمه بالقدرة على الأصل.

والثاني: يُضَحِّي بهما جميعاً لتعيينهما وتعلق الاستحقاق بها، والوجهان مبنيان على الخلاف في أنه هل يجب ذبح الضالة إذا وجدت بعد ذبح البدل؟

(١) قال النووي: الأرجح: أنه ليس بتقصير، كمن مات في أثناء وقت الصلاة الموسع لا يأنم على الأصح.

(٢) سقط في ز.

(٣) أخرجه الدارقطني من حديث القاسم بن محمد عنها، وصححه ابن القطان، وقال ابن أبي شيبة نا حفص بن غياث عن ابن جريج عن ابن أبي مليكة وعطاء: أن عائشة اشترت بدنة فأضلتها، فاشترت مكانها، ثم وجدتها فنحرتها جميعاً، ثم قالت: كان في علم الله أن أنحرهما جميعاً. الحديث في الدارقطني ٢٤٢/٢ والبيهقي ٢٨٩/٩.



إِنْ قُلْنَا: نَعَمْ، أَوْجِبْنَا هَاهُنَا ذَبْحَهَا وَإِلَّا اكْتَفَيْنَا بِالْأَصْلِ.

وَالثَّالِثُ: أَنَّهُ يَضْحِي بِالثَّانِي؛ لِانْتِقَالِ الْوُجُوبِ إِلَيْهِ، لِانْفِكَالِ الْأَوَّلِ.

وَالرَّابِعُ: أَنَّهُ لَا يَغْدِلُ عَنْهُمَا لِتَعْيِيهِمَا وَيَتَخَيَّرُ فِيهِمَا، وَالتَّعْيِيرُ عَنْ هَذَا الْخِلَافِ بِالْأَقْوَالِ لَا يَكَادُ يُوجَدُ إِلَّا لِصَاحِبِ الْكِتَابِ فِي هَذَا الْكِتَابِ، وَلَمْ أَرْ نَقْلَ الْوُجُوهِ مَجْمُوعَةً إِلَّا لِلْإِمَامِ.

فَرُوعٌ: لَوْ عَيَّنَ وَاحِدَةً عَنْ أَضْحِيَّةٍ فِي ذِمَّتِهِ، وَقُلْنَا: إِنَّهَا تَتَعَيَّنُ ثُمَّ ضَحِيَ بِأُخْرَى عَمَّا فِي ذِمَّتِهِ. قَالَ الْإِمَامُ: يَخْرُجُ عَلَى أَنَّ الْمَعِيَّةَ لَوْ تَلَفَتْ هَلْ تَبْرَأُ ذِمَّتُهُ؟  
إِنْ قُلْنَا: نَعَمْ، لَمْ تَقَعْ الثَّانِيَّةُ عَمَّا عَلَيْهِ، وَكَانَ كَمَا إِذَا قَالَ: جَعَلْتُ هَذِهِ الشَّاةَ ضَحِيَّةً ثُمَّ ذَبَحَ أُخْرَى بَدَلًا عَنْهَا.

وَإِنْ قُلْنَا: لَا - وَهُوَ الصَّحِيحُ - ففِي وَقُوعِ الثَّانِيَّةِ عَمَّا عَلَيْهِ تَرُدُّدٌ، فَإِنْ قُلْنَا: تَقَعُ عَنْهُ، فَهَلْ تَنْفَكُ الْأَوَّلَى عَنِ الْاسْتِحْقَاقِ؟ فِيهِ الْخِلَافُ السَّابِقُ.

وَلَوْ عَيَّنَ مَنْ عَلَيْهِ كَفَارَةٌ عَبْدًا عَمَّا عَلَيْهِ ففِي تَعْيِينِهِ خِلَافٌ. وَالَّذِي أَجَابَ بِهِ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ أَنَّهُ يَتَعَيَّنُ<sup>(١)</sup>. وَإِنْ تَعَيَّبَ الْمُعَيَّنَ فَعَلَيْهِ إِعْتِاقُ عَبْدٍ سَلِيمٍ، وَلَوْ مَاتَ بَقِيَتْ ذِمَّتُهُ مَشْغُولَةٌ بِالْكَفَارَةِ عَمَّا كَانَتْ، وَإِنْ أَعْتَقَ عَبْدًا آخَرَ عَنْ كَفَارَتِهِ مَعَ التَّمَكُّنِ مِنْ إِعْتِاقِ الْمَعَيَّنِ، فَالظَّاهِرُ أَنَّ ذِمَّتَهُ تَبْرَأُ.

وَفَرَّقَ بَيْنَ مَا نَحْنُ فِيهِ، وَبَيْنَ الْكَفَارَةِ: بِأَنَّ الثَّادِرَ وَإِنْ كَانَ مُلْتَزِمًا، فَهُوَ مُتَبَرِّعٌ بِاللِّتِمَامِ، فَإِنْ قَبِلَ النُّقْلَ إِلَى عَيْنٍ، كَانَ لَهُ وَجْهٌ عَلَى بُعْدِ، وَالْكَفَارَةُ الْوَاجِبَةُ شَرْعًا لَا تَحْتَمِلُ ذَلِكَ.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: (الْحُكْمُ الثَّلَاثُ فِي الْأَكْلِ) وَفِي جَوَازِ الْأَكْلِ مِنَ الْمَنْذُورَةِ وَجِهَانِ \* وَالْمُتَطَوُّعُ بِهَا يَجُوزُ الْأَكْلُ مِنْهَا وَإِطْعَامُ الْأَغْنِيَاءِ \* وَلَا يَجُوزُ تَمْلِيكُ الْأَغْنِيَاءِ لِلْبَيْعِ \* وَيَجُوزُ تَمْلِيكُ الْفُقَرَاءِ لِلْبَيْعِ \* وَهَلْ يَجِبُ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِقَدْرِ مَا يُطْلَقُ عَلَيْهِ الْأَسْمُ؟ فِيهِ وَجِهَانِ \* وَإِنْ أَوْجِبْنَا لَزْمَ التَّمْلِيكِ فِي ذَلِكَ الْقَدْرِ \* فَإِنْ أَكَلَ الْجَمِيعَ لَمْ يَلْزَمَهُ إِلَّا قِيَمَةُ ذَلِكَ الْقَدْرِ وَقِيلَ يَجِبُ قِيَمَةُ النُّصْفِ \* ثُمَّ الْأَحْسَنُ التَّصَدُّقُ بِالْجَمِيعِ وَالتَّبَرُّكُ بِأَكْلِ لُقْمَةٍ \* وَيَتَأَدَّى كَمَالَ الشُّعَارِ بِالتَّصَدُّقِ بِالثَّلْثِ \* وَبِأَكْلِ الثَّلْثِ \* وَيَدْخُرُ الثَّلْثُ \* وَقِيلَ: بَلْ يَتَصَدَّقُ بِالنُّصْفِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِي الْأَكْلِ مِنَ الْهَدْيِ وَالْأَضْحِيَّةِ فَضْلَانِ:

(١) واختار المزني أنه لا يتعين كما لو عين يوماً عن صوم عليه، ويجاب بأن اليوم المعين لا حق له بخلاف العبد المعين للعتق.

أحدهما: في الأكلِ مِنَ الْوَاجِبِ منها، فكلُّ [هَدْيٍ]<sup>(١)</sup> وَجِبَ ابتداءً مِنْ غَيْرِ التَّزَامِ كدمِ الْقِرَانِ وَالتَّمَتُّعِ وَدِمَاءِ الْجَبْرَانَاتِ فِي الْحَجِّ - لَا يَجُوزُ الْأَكْلُ مِنْهُ .

وعند أَبِي حَنِيفَةَ: يَجُوزُ الْأَكْلُ مِنْ دَمِ التَّمَتُّعِ وَالْقِرَانِ وَقَالَ مَالِكٌ: يَجُوزُ الْأَكْلُ مِنْهَا إِلَّا مِنْ فِدْيَةِ [الْأَدَى]<sup>(٢)</sup>، وَجِزَاءِ الصَّيْدِ .

لنا أنها كفاراتٌ فلا يجوزُ للمكفِّرِ الانتفاعُ بها؛ كسائر الكفاراتِ فلو أكل منها شيئاً - غَرَمَهُ، وَلَا يَجِبُ إِرَاقَةُ الدَّمِ ثَانِيًا وَفِيهَا يَغْرُمُ، ثَلَاثَةٌ أَوْجُهٌ:

أظهرها<sup>(٣)</sup>: وَيَحْكِي عَنْ نَصِّهِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فِي الْقَدِيمِ أَنَّهُ يَغْرُمُ قِيَمَةَ اللَّحْمِ، كَمَا لَوْ أَكَلَهُ أَوْ أَتْلَفَهُ غَيْرُهُ .

والثاني: أَنَّهُ يَلْزَمُ مِثْلَ ذَلِكَ لِلْحَمِّ؛ لِأَنَّهُ لَوْ أَتْلَفَ الشَّاةَ الَّتِي عَيْنُهَا لَهَا عَلَيْهِ، أَوْ أَتْلَفَ الْهَدْيَ - لَزِمَهُ مِثْلُهُ، فَكَذَلِكَ إِذَا أَتْلَفَ بَعْضَهُ لَزِمَهُ مِثْلُهُ .

والثالث: عَلَيْهِ أَنْ يَشْتَرِيَ شِقْصًا مِنْ حَيَوَانٍ مِثْلِهِ، وَيُشَارِكُهُ فِي الذَّبْحِ؛ لِأَنَّ مَا أَكَلَهُ أَبْطَلَ إِرَاقَةَ الدَّمِ فِيهِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا ذَبَحَ وَأَكَلَ الْجَمِيعَ يَلْزَمُهُ دَمٌ آخَرَ .

وأما الملتزمُ بالنَّذْرِ مِنَ الضَّحَايَا أَوْ الْهَدَايَا، فَإِنَّ عَيْنَ النَّذْرِ عَمَّا فِي ذِمَّتِهِ حَلَقٍ أَوْ تَطْيِيبٍ أَوْ غَيْرِهِمَا - شَاةٌ، لَمْ يَجْزُ لَهُ الْأَكْلُ مِنْهَا إِذَا ذَبَحَهَا؛ كَمَا لَوْ ذَبَحَ شَاةً بِهَذِهِ النَّيَّةِ مِنْ غَيْرِ نَذْرِ .

وَاحْتَجَّ لَهُ الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ بِأَنَّهُ أَخْرَجَهَا عَنِ الْوَاجِبِ فِي ذِمَّتِهِ، فَلَيْسَ لَهُ صَرْفُ شَيْءٍ مِنْهَا إِلَى نَفْسِهِ؛ كَمَا إِذَا أَخْرَجَ الزَّكَاةَ وَإِنْ نَذَرَ نَذْرًا مُجَازَاةً فَمَاتَ، [فَإِنْ]<sup>(٤)</sup> عَلَّقَ التَّزَامَ الْأُضْحِيَّةَ أَوْ الْهَدْيَ بِشَفَاءِ الْمَرِيضِ، وَقُدُومِ الْغَائِبِ، وَغَيْرِهِمَا - لَمْ يَجْزِ الْأَكْلُ مِنْهَا .

وَاحْتَجَّ لَهُ بِأَنَّهُ وَجِبَ عَلَى سَبِيلِ الْمُجَازَاةِ وَالْمُعَاوَضَةِ فَاشْبَهَ جِزَاءَ الصَّيْدِ، وَقَضِيَّةً مَا أُطْلِقُوهُ - وَالْحَالَةُ هَذِهِ الْأَى يَفْرَقُ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْمَلْتَزِمُ مُعَيَّنًا أَوْ مُرْسَلًا فِي الذِّمَّةِ، ثُمَّ يَذْبَحُ عَنْهُ، وَإِنْ أُطْلِقَ الْالتِّزَامَ وَلَمْ يَعْطَهُ بِشَيْءٍ، وَفَرَعْنَا عَلَى أَنَّهُ يَلْزَمُ الْوَفَاءَ؛ وَهُوَ الْأَظْهَرُ، فَيُنْظَرُ .

إِنْ كَانَ الْمَلْتَزِمُ مُعَيَّنًا كَمَا إِذَا قَالَ: لِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أَضْحِيَ بِهَذِهِ أَوْ أَهْدِيَ هَذِهِ فِي جَوَازِ الْأَكْلِ قَوْلَانِ أَوْ وَجْهَانِ بِنَاءٍ عَلَى أَنَّ النَّذْرَ تَحْمِلُ عَلَى أَقْلٍ مَا أَوْجَبَ اللَّهُ تَعَالَى مِنْ ذَلِكَ النَّوعِ، أَوْ عَلَى أَقْلٍ مَا يُتَقَرَّبُ بِهِ إِلَيْهِ .

فَإِنْ قُلْنَا بِالْأَوَّلِ، لَمْ يَجْزِ الْأَكْلُ مِنْهَا؛ كَالْهَدْيِ الْوَاجِبِ بِالْشَّرْعِ .

(٢) فِي ز: الْأَدَى .

(٤) سَقَطَ فِي ز .

(١) سَقَطَ فِي ز .

(٣) فِي ز: أَحَدَهَا .

وإن قلنا بالثاني، فيجوز؛ كما لو ضحى بشاة وقد توجه المنع من غير بناء بأنه دم واجب فأشبهه دماء [الجبرانات] <sup>(١)</sup>.

والثاني: بأنه متطوع بالتزامه فأجرى عليه حكم المتطوع به. وفيه وجه ثالث: وهو الفرق بين أن ينذر الأضحية فيجوز الأكل منها أو الهدي فلا يجوز؛ حملاً لكل واحدٍ منهما على المعهود الشرعي.

ومن هذا القبيل ما إذا قال: جعلت هذه الشاة ضحية من غير تقدم نذر والتزام وإن التزم في الذمة ثم عيّن واحدةً عما عليه، فهل يجوز الأكل منها إذا ذبحها؟ ترتب ذلك على المعينة ابتداءً إن لم نجوز الأكل هناك فهانئ أولي.

وإن جَوَزناه فهانئ قولانٍ أو وجهان.

والفرق أن ما في الذمة أكد؛ ألا ترى أنه إذا عيّن عنه واحدةً فهلكت - لم تبرأ ذمته والمعينة ابتداءً إذا هلكت تبرأ ذمته، وأيضاً فإن ما يثبت في ذمته يثبت لغيره، وما لا يتعلق بالذمة لا يبعد أن يكون هو فيه كغيره هكذا فصل حكم الأكل في الملتزم بالنذر [كثيرون من معتبري] <sup>(٢)</sup> الأئمة وهو الأثبت.

وقوله في الكتاب: «وفي جواز الأكل من المنذورة وجهان» يقتضي ظاهره التسوية بين نذر المجازاة وغيره، وبين الملتزم المعين والمرسل، ولذلك أطلق جماعة، وبالمنع قال أبو إسحاق، وذكر المحاملي: أنه المذهب، والجواز هو اختيار الإمام والقفال، وفي «العدة» أنه المذهب ويشبه أن يتوسط [فيرجع في المعين] <sup>(٣)</sup> الجواز، وفي المرسل المنع سواء عيّن عنه ثم ذبح المعين، أو ذبح بلا تعيين؛ لأنه عن دين في الذمة كجبرانات الحج وإلى هذا ذهب «صاحب الحاوي» وعليه ينطبق سياق الشيخ أبي علي. وحيث قلنا: لا يجوز الأكل من المنذور فإن أكل فصيماً يغرّم الوجوه الثلاثة المذكورة في [الجبرانات] <sup>(٤)</sup> وحيث قلنا: يجوز. قال في «التهذيب»: كم يأكل؟

فيه قولان يأتي ذكرهما في أضحية التطوع، ولك أن تقول ذلك الخلاف في القدر المستحب أكله، ولا يبعد أن يقال: لا يستحب الأكل، وأقل ما في تركه: الخروج من الخلاف. والفضل الثاني: في الأكل من الأضحية والهدي المتطوع بهما، وهو جائز بل مستحب.

قال الله تعالى: ﴿فَكُلُوا مِنْهَا وَأَطِعُوا النَّبِيَّسَ الْفَقِيرَ﴾ [الحج: ٢٨] وروي عن

(٢) في ز: ليس من.

(٤) سقط في ز.

(١) في ز: الحيوانات.

(٣) في ز: فرج بالمعين.

جابر - رضي الله عنه - أن علياً - كرم الله وجهه - قدمَ بدينٍ من اليمن وساق النبي - ﷺ - مائةَ بدنةٍ فنحر منها ثلاثاً وسنتين بيده ونحر علي - رضي الله عنه - ما بقي ثم أمر رسول الله - ﷺ - أن يؤخذَ بضعةً من كلِّ بدنةٍ، فتجعل في قدرٍ فأكلا من لحمها وحسباً من مرقها وكان النبي - ﷺ - متطوعاً<sup>(١)</sup> بها.

وليس للمضحي والمهدي أن يتلف شيئاً منها، بل إما أن يطعمَ وإما أن يطعمَ، ولا يجوزُ بيعُ شيءٍ منهما ولا أن يُعطيَ الجزاءَ شيئاً أجره له بل مؤنة الذبح على المضحي والمهدي كمؤنة الحصاد.

وروي عن علي - كرم الله وجهه - أنه قال: أمرني رسولُ الله - ﷺ - أن أقومَ على بدنةٍ وأقسمَ جلودها وجلالها، ولا أعطيَ الجزاءَ منها شيئاً<sup>(٢)</sup>.

ويجوزُ أن يُعطىَ منها شيئاً؛ لفقره أو يطعمَ إن كان غنياً، ولا يجوزُ تمليكُ الأغنياءِ منها، وإن كان يجوزُ إطعامهم كما يطعمُ الضيفُ.

ويجوزُ تمليكُ الفقراءِ؛ ليتصرفوا فيه بالبيع، ونحوه بل لو أضلحَ الطعامَ ودعا إليه الفقراءُ فقد قال الإمام: الذي ينقدحُ عندي إذا أوجبنا التصدقَ بشيءٍ أنه لا بدُّ من التَّمليكَ كما في الكفارات، وهذا ما أطلقه القاضي الروياني في «البحر» فقال: لا يجوزُ أن يدعوا الفقراءُ لياكلوا مطبوخاً؛ لأنَّ حقَّهم في تملكه لا في أكِّله، وإن دفعَ مطبوخاً - لم يجزُ بل يفرِّقه تياً، وقد شبه المطبوخَ بالخبز في الفطرة.

وقوله في الكتاب: «ولا يجوزُ تمليكُ الأغنياءِ البيع»: كلمة «البيع» تذكر في مثله للإيضاح، وفي لفظ «التَّمليكَ» ما يُعني عنه.

وقوله: «ويجوزُ تمليكُ [الفقير]»<sup>(٣)</sup> للبيع» وقد عرفت أنه لازمٌ فضلاً عن كونه جائزاً، واقتصر هاهنا على ذكر الجوازِ في مقابلة نفي الجوازِ في تمليك الأغنياءِ، وأما لزومه فقد ذكره من بعدُ مفرَّعاً على وجوبِ التصدقِ بشيءٍ، كما ذكره الإمام.

وفي الفضلِ مسألتان:

إحداهما: هل يشترطُ التصدقُ بشيءٍ، أم يجوزُ أكلُ الجميع؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يشترطُ، ويجوزُ أكلُ الجميع، وبه قال أبو العباس بن سريج، وابن القاصِّ والإصطخري، وابن الوكيل: أنه يجوزُ أكلُ أكثرها، فيجوزُ أكلُ جميعها،

(١) أخرجه مسلم من حديث تقدم في الحج.

(٢) أخرجه البخاري [١٧٠٧ و ١٧١٦ و ١٧١٧ و ١٧١٨ و ٢٢٩٦، مسلم [١٣١٧].

(٣) في ز: الفقراء.

وحيازة الثواب تحصل بإراقة الدم بنية القرزية.

قال الله تعالى: ﴿لَنْ يَنَالَ اللَّهُ لُحُومَهَا وَلَا دِمَاؤَهَا وَلَكِنَّ يَنَالُهُ النَّقْوَىٰ مِنكُمْ﴾.

ونسب ابن القاص هذا الوجه إلى النص، وحكاه الموفق ابن طاهر، عن أبي حنيفة.

وأصحهما: أنه لا بد من التصديق بقدر ما ينطلق عليه الاسم لقوله تعالى: ﴿فَكُلُوا مِنْهَا وَأَطِعُوا النَّبِيَّ الْفَقِيرَ﴾ [الحج: ٢٨] ولأن المقصود الإرفاق بالمساكين، ولا يحصل ذلك بمجرد الإراقة، وعلى هذا فلو أكل الجميع، ضمن، وما الذي يضمن؟ عن رواية القاضيين: ابن كج، والماوردي، أنه يضمن الكل بأكثر الأمرين من قيمتهما، ومثلها؛ لأنه يأكل الكل عدل عن حكم الأضحية فكأنه أتلفها، وينسب هذا إلى أبي إسحاق، وابن أبي هريرة، وعلى هذا فينبغي أن يذبح البدل في وقت التضحية فلو أخره عن أيام التشريق، ففي إجزائه وجهان: وجه المنع بالقياس على تأخير ذبح الأضحية.

والآخر بأن إراقة الدم في وقت التضحية، والمقصود من البدل تدارك الإطعام، وهل يجوز أن يأكل من البدل؟ ذكر فيه وجهين، والظاهر المشهور: أنه لا يغرم الجميع ويعتد بإراقة الدم، وعلى هذا فكم يغرم؟

فيه وجهان، أو قولان:

أصحهما: القدر الذي كان يجوز الاقتصار على التصديق به ابتداءً.

والثاني: القدر الذي لا يستحب أن ينقص التصديق عنه وهو النصف أو الثلث على ما سيأتي - إن شاء الله تعالى.

وبنوا الخلاف على الخلاف: في أنه إذا دفع أحد سهمان الزكاة إلى اثنين يغرم أقل ما يتمول؛ لأنه لو دفعه إلى الثالث في الابتداء لجاز أو الثلث لأن المستحب في الابتداء التسوية، وذكر القاضي الروثاني في «البحر» أن ما يضمنه على الوجهين لا يتصدق به ورقاً، وهل يلزمه صرفه إلى شقص من أضحية، أو يكتفي بصرفه إلى اللحم، وتفرقة؟

فيه وجهان: وعلى الوجهين يجوز تأخير الدفع أو التفريق عن أيام التشريق؛ لأن الشقص ليس بأضحية فلا يُعتبر فيه وقت الأضحية، ولا يجوز أن يأكل منه.

الثانية: الأفضل [والأحسن] <sup>(١)</sup> التصديق بالجميع، والتبرك بأكل لُقمة.

وَيُرَوَى أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - ﷺ - كَانَ يَأْكُلُ مِنْ كَبِدِ أَرْضِيَّتِهِ<sup>(١)</sup>.

وعن عَلِيٍّ - كرم الله وجهه - أنه قال في خُطْبَتِهِ بالبصرة: إِنَّ أَمِيرَكُمْ هَذَا قَدْ رَضِيَ مِنْ دُنْيَاكُمْ بطمرية، وأنه لا يأكلُ اللحمَ في السَّنَةِ إِلَّا الْفَلْدَةَ مِنْ كَبِدِ أَرْضِيَّتِهِ<sup>(٢)</sup>.

وعن «الْحَاوِي» أن أبا الطَّيِّبِ بْنِ سَلْمَةَ قال: لَا يَجُوزُ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِالْجَمِيعِ وَلَا بُدَّ وَأَنْ يَأْكُلَ شَيْئاً، وفي القَدْرِ الذي يَسْتَحِبُّ أَلَّا يَنْقُصَ التَّصَدَّقُ عَنْهُ قولان:

القَدِيمُ: أنه يأكلُ النُّصْفَ وَيَتَصَدَّقُ بالنُّصْفِ؛ لقوله تعالى: ﴿فَكُلُوا مِنْهَا وَأَطْعَمُوا الْبَائِسَ الْفَقِيرَ﴾ [الحج: ٢٨] جعلها على قِسْمَيْنِ واختلفوا في التَّعْيِينِ على القول الثاني، فنَقَلَ نَاقِلُونَ عن الجَدِيدِ: أنه يأكلُ الثَّلْثَ، وَيَتَصَدَّقُ بالثَّلْثِ؛ لقوله تعالى: ﴿فَكُلُوا مِنْهَا وَأَطْعَمُوا الْقَانِعَ وَالْمُعْتَرَّ﴾ [الحج: ٣٦] جعلها على ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ.

وفسر مُفسِّرون القَانِعَ: بالذي يَسْأَلُ، يُقَالُ: قَتَعَ قُتُوْعاً إِذَا سَأَلَ، وَقَفِعَ قَنَاعَةً: إِذَا رَضِيَ بِمَا رَزَقَهُ اللهُ تَعَالَى.

والمُعْتَرُّ: الذي يُعْرَضُ بالسُّؤَالِ، وَيُحَوْمُ حَوْلَهُ.

وروى آخَرُونَ أنه يأكلُ الثَّلْثَ، ويهدي للأغنياء والمتجملين الثَّلْثَ، ويتصدق بالثَّلْثِ. وهكذا حكاها الشيخ أبو حامد في التعليل ثم قال: ولو تصدَّق بالثلثين - كان أحبَّ، ويُشبهه ألا يكونَ في الحقيقة اختلاف، ولكن من اقتصر على التصدَّق بالثلثين ذكر ما هو الأحبَّ، أو توسَّع فعَدَّ الهدية من الصدقة ولكن عن «صاحبِ الحَاوِي»: أنه في الحكاية عن القَدِيمِ جعل الهدية من حيز الأكل فقال على القَدِيمِ: يأكلُ ويهدي النُّصْفَ، ويتصدق بالنُّصْفِ وهذا يخالفُ عَدَّ الهدية من الصدقة.

والمفهومُ مما أجروه أن الهدية لا تُغْنِي عن التصدق بشيءٍ إذا أُوجِبَناه وأنها لا تحسب من القَدْرِ الذي يُسْتَحَبُّ التصدَّقُ به، ويجوزُ صَرْفُ القَدْرِ الذي لا بُدَّ منه إلى مسكينٍ واحدٍ بخلاف الزكاة<sup>(٣)</sup>.

وقوله في الكتاب: «وَقِيلَ يَجِبُ قِيَمَةُ النُّصْفِ» يريدُ أو الثَّلْثَ بناءً على الخِلافِ في أنه بكم يتصدق؟

(١) تقدم في صلاة العيدين.

(٢) قال الحافظ: لم أجده، وقال ابن الصلاح في الكلام على الوسيط: إن صح فمعناه أنه رضي بشويه الخلقين.

(٣) فإنه لا يجوز صدقة إلى أقل من ثلاثة، والفرق أنه يجوز هنا الاقتصار على جزء يسير بحيث لا يمكن صرفه إلى أكثر من واحد. قاله المصنف في (شرح المذهب ٨/٤١٥).

هكذا ذكر في «الوسيط» ويجوز أن يُقدَّر أنه قصد ذكر أحد القولين، وترك الثاني. وقوله: «ثم الأحسنُ التصدُّقُ بالجميع، والتبرُّكُ بأكلِ لُقْمَةٍ». فيه معنى الاستثناء، أي التصدُّقُ بالجميع سوى لُقْمَةٍ يتبركُ بأكلها، وإلا فالتصدُّقُ بالجميع، وأكلُ البغضِ لا يجتمعان.

وقوله: «ويتأدَّى كَمَالُ الشَّعَارِ كَذَا» يريدُ أنه الدرجةُ المرضيةُ المُستحبةُ، ويجوزُ أن يكونَ فوقها ما هو أحبُّ منها، وهذا كما يُقال في تسيِّحات الرُّكُوعِ والسُّجُودِ: الأفضَلُ كذا، وأدنى الكمالِ كذا.

وقوله: «التصدُّقُ بالثلث، ويأكلُ الثلث، ويدخِرُ الثلث» نذكر فيه أولاً حُكْمَ الإِدْخَارِ، ثُمَّ تعودُ إلى ما يتعلَّقُ بالكتابِ خاصَّةً.

أما الأولُ: قال العلماءُ: كان ادخارُ الأضحيةِ فوقَ الثلاثِ منهيّاً عنه، ثم أذنَ النبي ﷺ - فيه لَمَّا راجعوه. وقال: «كُنْتُ نَهَيْتُكُمْ عَنْهُ مِنْ أَجْلِ الدَّافَةِ وَقَدْ جَاءَ اللَّهُ تَعَالَى بِالسَّعَةِ فَادْخِرُوا مَا بَدَأَ لَكُمْ»<sup>(١)</sup>.

والدَّافَةُ: جماعةٌ كانوا قد دخلوا المدينةَ قد أفحَمَتْهُمُ السَّنَةُ في الباديةِ، فأرادوا أن يَؤاسُوهم، ويتصدَّقُوا عليهم.

والدَّفِيفُ: سَيْرٌ فيه سُرْعَةٌ وتَقَادُفٌ<sup>(٢)</sup> حُطِي وَيُقَالُ: هو السَّيْرُ اللَّيِّنُ تقول منه: دَفَّ يَدْفُ. وقيل: الدَّافَةُ: النَّازِلَةُ، ودَفَّ القومُ بموضعٍ كذا؛ أي: نزلوا والمشهورُ أن النهيَ أولاً كان نهياً تحريماً.

وعن «صاحب الإفصاح» أنه يحملُ على [الإزْشَادِ]<sup>(٣)</sup> والإسْتِخْبَابِ وذكروا تَفْرِيعاً على الأولِ وَجْهَيْنِ: في أن ذلك التحريمَ كان عاماً ثم نُسِخَ؛ إذ كان مَخْصُوصاً بتلك الحَالَةِ الحَادِثَةِ، فلَمَّا انتهت انتهى التحريمُ.

ووجهين تَفْرِيعاً على الثاني: في أنه لو حَدَثَ مِثْلُ ذلك في زَمَانِنَا وِإِلَادِنَا، هل يُنَحِّمُ بالتحريمِ؟

والظاهرُ أنه لا يُحرَمُ اليومَ بمالٍ. وأما ما يتعلَّقُ بالكتابِ فما تعرض له من الإِدْخَارِ

(١) أخرجه مسلم من حديث عائشة قالت: دف ناس من أهل البادية حضرة الأضحى، في زمان رسول الله ﷺ، فقال النبي ﷺ: ادخروا ثلاثاً، وفي رواية: ثلاث، ثم تصدقوا بما بقي، فلما كان بعد ذلك قالوا: يا رسول الله إن الناس يتخذون الأسقية من ضحاياهم، ويجمعون منها الودك، فقال: إنما نهيتكم من أجل الدافة التي دفنت، فكلوا، وصدقوا.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: وتقارب.

فبقوله «بالتصدق بالثلث، وبأكل الثلث، وبدخر الثلث» [ويجوز أن يقرأ: وَيَدْخِرُ  
الثلث]<sup>(١)</sup> والأحسن أن يقرأ أَوْ يَدْخِرُ الثلث؛ ليوافق اللفظ والتصدق والأكل، ثم التثليث  
ثم بالكيفية التي أوردتها بعيداً نقلاً ومعنى.

أما النقل فلأنه لا يكاد يوجد في كتاب متقدم، ولا متأخر وليس في «النهاية» ولا  
في «الوسيط» تصريح به.

وأما المذكور أنه يكفي التصدق بالثلث، والذي رواه سائر الأوصحاب ما قدمنا<sup>(٢)</sup>.

وأما المعنى: فَلَأَنَّ الإِدْخَارَ وَالْأَكْلَ [تختص فائدتهما به فلا وَجَهَ]<sup>(٣)</sup> لجعل  
أحدهما في حيزٍ والآخر في حيزٍ وإنما المعقول أن يجعلاً في حيزٍ واحدٍ، ثم تارة  
يُذَكِّرَانِ معاً، وتارة يُسْتَعْنَى بأحدهما عن الآخر؛ كما اقتصر كثيرُونَ على ذِكرِ الأكلِ،  
ولم يتعرضوا للإدخار.

وعن البُونَيْطِيِّ: أَنَّهُ يُبَيِّنُ الثَّلْثَ - أَي: لِنَفْسِهِ، ويتصدق بالثلث ويهدي الثلث،  
والصدقة والهدية ترجع فائدتهما إلى صنفين، فحسن جعل كل واحدٍ منهما في حيزٍ  
ويُسَبِّهُ أَنْ يَكُونَ الموهَم الكيفية التي أوردتها في الكتاب ما ذكر الإمام أنه مَنْ قال بالتثليث  
احتج بما رُوِيَ أَنَّهُ - ﷺ - قَالَ فِي حَدِيثِ الدَّافَّةِ «أَلَا فَكُلُوا وَادَّخِرُوا وَاتَّجِرُوا»<sup>(٤)</sup> أَي:  
اطلَبُوا الأَجْرَ بالصدقة، فذكر ثلاث جهات [ولك أن تمنع كونها ثلاث جهات]<sup>(٥)</sup>  
وتجعل الأكل والإدخار جهةً واحدةً؛ لما تقرَّرَ وتقول: إنما تعرَّض للإدخار؛ لأنهم  
راجعوه فيه، فقال: كُلُوا فِي الْحَالِ إِنْ شِئْتُمْ، وَادَّخِرُوا إِنْ شِئْتُمْ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَجِلْدُ الصَّحِيَّةِ يَتَصَدَّقُ بِهِ أَوْ يُنْتَفَعُ بِهِ فِي الْبَيْتِ \* وَوَلَدُ الصَّحِيَّةِ لَهُ  
حُكْمُ الأُمِّ لَكِنْ يَجُوزُ أَكْلُ جَمِيعِهِ كَمَا يَجُوزُ أَكْلُ جَمِيعِ اللَّبَنِ لِأَنَّهُ جُزْءٌ \* وَلَوْ اشْتَرَى  
شَاةً وَقَالَ: جَعَلْتُهَا صَحِيَّةً ثُمَّ وَجَدَ بِهَا عَيْباً لَمْ يَكُنْ لَهُ الرَّدُّ وَلَهُ الأَرْضُ \* وَلَا يَلْزَمُ صَرْفُ  
الأَرْضِ إِلَى مَصْرِفِ الضَّحَايَا.

قال الرافعي: في هذه البقية مسائل ثلاث:

(١) سقط في ز.

(٢) قال النووي في زوائده: قال الشافعي رحمه الله في «المبسوط»: أحب أن لا يتجاوز بالأكل  
والادخار الثلث، وأن يهدي الثلث، ويتصدق بالثلث، هذا نصه بحروفه، وقد نقله أيضاً القاضي  
أبو حامد في «جامعه»، ولم يذكر غيره. وهذا تصريح بالصواب، ورد لما قاله الغزالي.

(٣) في ز: يختص بأيديهما ولا حاجة.

(٤) أحمد وأبو داود من حديث نبيشه الهذلي به في حديث.

(٥) سقط في ز.



إِحْدَاهَا: جِلْدُ الْأُضْحِيَّةِ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ، وَلَا جَعْلُهُ أَجْرَةً لِلْجَزَارِ، وَلَكِنْ لِلْمُضْحِي أَنْ يَتَصَدَّقَ بِهِ، أَوْ يَتَّخِذَ مِنْهُ مَا يَنْتَفِعُ بِعَيْنِهِ مِنْ خُفٍّ أَوْ نَعْلٍ أَوْ ذَلْوٍ أَوْ قَرْوٍ أَوْ يَعيْرِهِ مِنْ غَيْرِهِ وَلَا يُؤْجِرُهُ.

وعن رِوَايَةِ «صَاحِبِ التَّقْرِيبِ» قَوْلُ غَرِيبٍ: أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَ الْجِلْدَ وَيَصْرِفَ ثُلُثَهُ إِلَى مَا تُصْرَفُ الْأُضْحِيَّةُ إِلَيْهِ، فَيَجِبُ التَّشْرِيكُ فِيهِ كَالانْتِفَاعِ بِاللَّحْمِ.

وعند أَبِي حَنِيفَةَ يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَهُ، وَيَتَصَدَّقَ بِمِنْه، وَأَنْ يَشْتَرِيَ بِعَيْنِهِ [مَا يَنْتَفِعُ بِهِ] (١) فِي الْبَيْتِ. لَنَا الْقِيَاسُ عَلَى اللَّحْمِ (٢).

والتَّصَدُّقُ بِالْجِلْدِ لَا يَكْفِي وَإِذَا أُوجِبْنَا التَّصَدَّقَ مِنَ الْأُضْحِيَّةِ بِشَيْءٍ نَقَلَهُ الْإِمَامُ عِنْد «صَاحِبِ الْحَاوِي» وَاسْتَحْسَنَهُ، وَلِيَكُنَ الْقَرْنُ كَالْجِلْدِ.

وَلَا يُجْزُ صُوفُ الْأُضْحِيَّةِ إِنْ كَانَ وَقْتُ الذَّبْحِ قَرِيبًا وَلَمْ يَصُرْ إِيقَاؤُهُ أَوْ إِنْ كَانَتْ الْمُضْلِحَةُ فِي الْإِبْقَاءِ لِلْحَاجَةِ إِلَى دَفْعِ الْحَرِّ وَالْبُرْدِ بِهِ وَإِلَّا فَيَجْزُهُ، وَجِئْتِذْ فَيَجُوزُ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهِ، وَالْأَحَبُّ التَّصَدُّقُ.

وَفِي «التَّئِمَّةِ»: أَنَّ صُوفَ الْهَدْيِ إِذَا جَزَّهُ يَسْتَصْحَبُهُ مَعَ نَفْسِهِ وَيَتَصَدَّقُ بِهِ عَلَى مَسَاكِينِ الْحَرَمِ كَالْوَلَدِ.

الثَّانِيَةُ: إِذَا وَلَدَتْ الْأُضْحِيَّةُ أَوْ الْهَدْيُ الْمُتَطَوِّعُ بِهِمَا فَهُوَ مِلْكُهُ كَالْأُمِّ وَالْمَعِينَةُ بِالنَّذْرِ ابْتِدَاءً، إِذَا وَلَدَتْ سِوَاءَ كَانَتْ حَامِلًا عِنْدَ التَّعْيِينِ، أَوْ حَدَثَ الْوَلَدُ بَعْدَهُ يَتَّبِعُ الْأُمَّ، وَوَجْهُ ذَلِكَ بَأَنَّ تَعْيِينَهَا يَزِيلُ الْمِلْكَ؛ فَتَسْتَبِيعُ الْوَلَدَ كَمَا لَوْ أَعْتَقَهَا.

فَإِنْ مَاتَتْ الْأُمُّ بَقِيَ حُكْمُ الْوَلَدِ كَمَا كَانَ؛ كَوَلَدِ الْمَدْبُورَةِ، وَلَا يَرْتَفِعُ التَّدْبِيرُ عَنْهُ بِمَوْتِ الْأُمِّ، وَإِنْ عَيَّنَتْ عَمَّا فِي الدَّمَةِ - فَحُكْمُ الْوَلَدِ كَمَا ذَكَرْنَا فِي الْمَعِينَةِ بِالنَّذْرِ ابْتِدَاءً.

وَفِي «الشَّامِلِ» لِابْنِ الصَّبَّاحِ وَجْهٌ آخَرٌ: أَنَّهُ لَا يَتَّبِعُهَا الْوَلَدُ فَيَكُونُ مِلْكًا لِلْمُضْحِي وَالْمَهْدِي؛ لِأَنَّ مِلْكَ الْفُقَرَاءِ غَيْرُ مُسْتَقَرٍّ فِي هَذِهِ؛ أَلَّا تَرَى أَنَّهَا لَوْ عَابَتْ عَادَتْ إِلَى مِلْكِهِ. وَالظَّاهِرُ الْأَوَّلُ، وَعَدَمُ الْاسْتِقْرَارِ لَا يَمْنَعُ ثُبُوتَ الْمِلْكِ فِي الْوَلَدِ بِدَلِيلِ أَنَّ الْأُمَّ الْمَبِيعَةَ إِذَا وَلَدَتْ فِي يَدِ الْبَائِعِ، يَكُونُ الْوَلَدُ لِلْمَشْتَرِي، وَعَلَى هَذَا فَلَوْ مَاتَتْ يَبْقَى الْحُكْمُ فِي الْوَلَدِ.

وَفِيهِ وَجْهٌ: أَنَّهُ لَا يَبْقَى، وَالْخِلَافُ مُجْرَى فِي وِلْدِ الْأُمَّةِ الْمَبِيعَةِ إِذَا مَاتَتْ فِي يَدِ الْبَائِعِ، وَإِذَا لَمْ يَطَّقْ وَلَدُ الْهَدْيِ الْمَشْيِ بِنَفْسِهِ - حُجِّلَ عَلَى الْأُمِّ أَوْ غَيْرِهَا؛ لِيَبْلُغَ الْحَرَمَ، ثُمَّ إِذَا ذُبِحَ الْوَلَدُ وَالْأُمُّ فَفِي تَفْرِقَةٍ لِحَمَمَا وَجُوهٌ:

أَحَدُهَا: أَنَّهُ يُسَلِّكُ بِلَحْمِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَسَلِّكَ الضَّحَايَا فَيَتَصَدَّقُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ

(٢) فِي ز: لِلْحَوْمِ.

(١) سَقَطَ فِي ز.

منهما بشيء؛ تفريراً على الصحيح لأنهما أضحيتان.

والثاني: أنه يكفي التصدق من أحدهما؛ لأن الولد بعض<sup>(١)</sup> منها.

والثالث: أنه لا بُدَّ مِنَ التصدقِ مِنْ لَحْمِ الأُمِّ؛ لأنها الأصلُ والولدُ تابعٌ، والوجهانِ الآخِرانِ يشتركانِ في تَجْوِيزِ أَكْلِ جميعِ الولدِ وهو الذي رآه صاحبُ الكتابِ؛ أصحُّ، وبه أجابَ في الكتابِ، وقاسه على اللَّبَنِ، وذكرَ الرُّوياني: أنَّ المذهبَ الأولُ. وإذا ضَحَّى بشاةٍ، فوجد في بَطْنِها جَنِيناً - فيمكِنُ أَنْ يَطْرِدَ فيه هذا الخِلافُ، ويمكِنُ أَنْ يقطعَ بأنه<sup>(٢)</sup> بعضها.

ولبِنُ الأُضحيةِ، والهدي لا يُحَلَبُ إِنْ كانَ قدَرُ كفايةِ الولدِ، فإن حَلَبَهُ ونَقَصَ الولدَ - ضمنَ النقصَ. وإِنْ فَضَلَ عن رِيِّ الولدِ، فَيُحَلَبُ؛ لأنَّ في تركه إِضراراً بالبهيمة.

ثم قال في التَّمَةِ: يُنْتَى شُرْبُهُ على أَكْلِ اللَّحْمِ: فإن لم نجوزهُ، لم يُشْرَبِ اللَّبَنُ، ويُثَقَلُ لبِنُ الهدي إلى مَكَّةَ، إِنْ تيسَّرَ أمكِنَ تَجْفِيفُهُ وإِلَّا فَيَتَصَدَّقُ به على الفقراءِ هناك.

وإِنْ جَوِّزْنَا الأَكْلَ، فيُشْرَبِ اللَّبَنُ، وهذا ما أورده الجمهورُ ورَوَوْا عن عَلِيِّ - كرم الله وجهه - أنه رأى رَجُلًا يسوقُ بدَنَّةً معها ولدها؛ فقال: لا تَشْرَبْ مِنْ لبِنِها إِلَّا ما فَضَلَ عَن<sup>(٣)</sup> وَلِدِها وَفَرَّقُوا بينه وبين الولدِ بأنَّ اللَّبَنَ يعسرُ نقلُهُ بخِلافِ الولدِ وبأنه يُسْتَخْلَفُ فيسَامَحُ به.

وعن تخريجِ أَبِي الطَّيِّبِ بنِ سُلَمَةَ، فيما حكاه القاضي ابْنُ كَعْبٍ وجهه: أنه لا يجوزُ شَرْبُ لبِنِها، وبه قال أبو حنيفة، وقال: يُرَشُّ على الضَّرْعِ الماءُ؛ ليقطع اللَّبَنُ.

ويجوزُ أَنْ يركبَ الدَّابَّةَ وَأَنْ يركبَ ويحمِلَ عليها مِنْ غَيْرِ إِجْحافِ، فإن دخلها نقصٌ بالركوبِ، ضَمِنَهُ ولا يجوزُ إِجارَةُ الهدي والأضحية.

الثالثةُ: إذا اشترى شاةً، وجعلها أضحيةً، ثم وجدَ بها عَيْباً قَدِيماً - لم يَكُنْ له

(١) في ز: بضع.

(٢) قال النووي في زوائده: ينبغي أن يبنى على الخلاف المعروف، في أن الحمل له حكم، وقسط من الشمن، أم لا؟ إن قلنا: لا، فهو بعض، كيديها، وإلا، فالظاهر: طرد الخلاف، ويحتمل القطع بأنه بعض. والأصح على الجملة: أنه يجوز أكل جميعه.

(٣) أخرجه البيهقي من رواية المغيرة بن حذاف العيسى قال. كنا مع علي بالرحبة، فجاء رجل من همدان يسوق بقرة معها ولدها، فقال له: إني اشتريتها أضحى بها، وإنها ولدت، قال: فلا تشرب من لبنها إلا فضلاً عن ابنها، فإذا كان يوم النحر فانحرها هي وولدها عن سبعة، وذكره ابن أبي حاتم في العلل، وحكى عن أبي زرعة أنه قال: هو حديث صحيح. قاله الحافظ في التلخيص.

رَدَّهَا؛ لَزَوَالِ الْمَلِكِ عَنْهَا؛ كَمَا لَوْ اشْتَرَى عَبْدًا وَأَعْتَقَهُ، ثُمَّ وَجَدَ بِهِ عَيْبًا، وَلَكِنَّهُ يَرْجِعُ عَلَى الْبَائِعِ بِالْأَرْضِ، وَمَا الَّذِي يُفْعَلُ بِهِ؟

فِيهِ وَجْهَانِ عَنِ «صَاحِبِ الْحَاوِي»:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يَصْرِفُهُ إِلَى جِهَةِ الْأُضْحِيَّةِ، وَيَنْظُرُ: أَيُمْكِنُهُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِهِ أُضْحِيَّةً، أَوْ جُزْءًا، وَلَا يُمَكِّنُهُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِهِ أُضْحِيَّةً وَيَعُودُ فِيهِ مَا سَبَقَ فِي نَظَائِرِهِ، وَفَرَّقُوا بَيْنَ الْأُضْحِيَّةِ، وَبَيْنَ الْأَرْضِ الْمَأْخُودِ فِيهَا إِذَا وَجَدَ عَيْبَ الْعَبْدِ بَعْدَ إِعْتَاقِهِ، حَيْثُ يَكُونُ ذَلِكَ لِلْمُعْتِقِ بِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْعِتْقِ تَكْمِيلُ الْأَحْكَامِ، وَالْعَيْبُ لَا يُؤَثِّرُ فِيهِ، وَالْمَقْصُودُ مِنَ الْأُضْحِيَّةِ اللَّحْمُ، وَلَحْمُ الْمَعِيَّةِ لَيْسَ بِكَامِلٍ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ لِلْمُضْحِي خَاصَّةٌ لَا يَلْزَمُهُ صَرْفُهُ إِلَى مَصَارِفِ الضَّحَايَا لِأَنَّ الْأَرْضَ إِنَّمَا يَجِبُ لَاقْتِضَاءِ الْبَيْعِ السَّلَامَةِ، وَهُوَ حَقٌّ يَثْبُتُ لِلْمَشْتَرِي قَبْلَ التَّغْيِينِ، وَثُبُوتُ حَقِّ الْمَسَاكِينِ.

وَأَيْضًا فَإِنَّ الْعَيْبَ قَدْ لَا يُؤَثِّرُ فِي اللَّحْمِ الَّذِي هُوَ مَقْصُودُ الْفُقَرَاءِ<sup>(١)</sup>. وَالْوَجْهُ الْأَوَّلُ هُوَ الَّذِي أَوْزَدَهُ أَكْثَرُهُمْ، لَكِنَّ الثَّانِي أَقْوَى، وَنَسَبَهُ الْإِمَامُ إِلَى الْمَرَاوِزَةِ وَقَالَ: لَا يَصْحُحُ غَيْرُهُ، وَإِلَيْهِ ذَهَبَ ابْنُ الصَّبَّاحِ وَالرُّوْيَانِيُّ<sup>(٢)</sup>، وَهُوَ الْجَوَابُ فِي الْكِتَابِ وَيَجُوزُ أَنْ يُعْلَمَ قَوْلُهُ: «وَوَلَدُ الْأُضْحِيَّةِ لَهُ حُكْمُ الْأُمِّ» بِالْوَاوِ؛ لِأَنَّهُ يَتَنَاوَلُ الْمَعِيَّةَ ابْتِدَاءً وَالْمَعِيَّةَ عَمَّا فِي الدِّمَّةِ، وَفِي الثَّانِيَةِ خِلَافٌ كَمَا عَرَفْتُ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

### فُرُوعٌ وَصُورٌ مِنَ الْبَابِ

فِي مَجْمُوعِ أَبِي الْحُسَيْنِ بْنِ الْمَرْزِبَانَ: أَنَّ مَنْ أَكَلَ بَعْضَ الْأُضْحِيَّةِ، وَتَصَدَّقَ بِبَعْضِهَا، يَثَابُ عَلَى الْكُلِّ أَوْ عَلَى مَا تَصَدَّقَ بِهِ؟

فِيهِ وَجْهَانِ كَوَجْهَيْنِ ذِكْرًا فِي أَنَّ الْمَتَطَوِّعَ بِالصَّوْمِ إِذَا نَوَى نَهَارًا يُثَابُ بِجَمِيعِ الْيَوْمِ، أَمْ لَمَّا [اِقْتَرَنْتَ]<sup>(٣)</sup> بِهِ النِّيَّةُ؟ وَيَنْبَغِي أَنْ يُقَالَ لَهُ: ثَوَابُ التَّضْحِيَّةِ بِالْكَلِّ وَالتَّصَدَّقَ<sup>(٤)</sup> بِالْبَعْضِ.

وَأَنَّ فِي جَوَازِ صَرْفِ الْأُضْحِيَّةِ إِلَى الْمَكَاتِبِ وَجْهَيْنِ:

(١) فِي أ: الْعِتْقُ.

(٢) قَالَ النَّوَوِيُّ: فِي «الشَّامِلِ» هَذَا الثَّانِي عَنْ أَصْحَابِنَا مُطْلَقًا، وَلَمْ يَحِكْ فِيهِ خِلَافًا، فَهُوَ الصَّحِيحُ.

(٣) سَقَطَ فِي ز.

(٤) قَالَ النَّوَوِيُّ: هَذَا الَّذِي قَالَهُ الرَّافِعِيُّ، هُوَ الصَّوَابُ الَّذِي تَشْهَدُ بِهِ الْأَحَادِيثُ وَالْقَوَاعِدُ. وَمَنْ جَزَمَ بِهِ تَصْرِيحًا، الشَّيْخُ الصَّالِحُ إِبْرَاهِيمُ الْمُرُورُودِيُّ.

في وجه يجوزُ كالزكاة.

وفي مجموع القاضي ابن كج: أن من ذبح شاة، وقال أذبح لرضا فلان - حلت الذبيحة ولا يضرُّ قوله: لرضا فلان؛ فإنه لا يتقرب إليه بخلاف من يتقرب إلى الصنم بالذبح.

وفي «البحر» للرويانبي: أن من ذبح ذبيحة للجن، فينظر: إن قصد به التقرب إلى الله تعالى؛ ليصرف عنه شرهم، فهو حلال، وإن قصد الذبح لهم فهو حرام.

وفيه يروى أن النبي - ﷺ - نهى عن ذبائح الجن<sup>(١)</sup>. وعن أبي إسحاق: أنه إذا أوجب الأضحية العام فأخرها عصى، ويقضي؛ كما إذا أخر الصلاة عن الوقت.

ومن ضحى بعدد فليفرق على أيام النحر، إن كان يضحى برأسين وقع ذبح أحدهما إلى الأول من الأيام، وختم بذيح الثاني آخرها.

ومحل الأضحية بلد المضحى بخلاف الهدي، وخُرج في نقل الضحية وجهان من القولين في نقل الزكاة.

والأحسن أن يضحى في بيته بمشهد<sup>(٢)</sup> أهله. وعن «الحاوي»: أنه يختار للإمام أن يضحى لكافة المسلمين [من بيت المال]<sup>(٣)</sup> بدنة ينحرها في المصلى، فإن لم يتيسر فبشاة، وأن يتولى النحر بنفسه، وإن ضحى من ماله ضحى حيث شاء.

قال العزالي: (وأما العقيقة) فهي أيضاً كالضحية في أحكامها لكن وقتها يدخل بولادة المولود إلى السابع \* ولا يتأدى الاستحباب إلا بما يتأدى به الضحية \* لكن تنضج عظامها صحيحة من غير كسر تفأولاً بسلامة أعضاء الصبي \* ويُعق عن الجارية بشاة وعن الغلام بشاتين \* وتكفي واحدة أيضاً \* والتصدق به أفضل من الدعوة \* والتصدق بالمرقة يُغني عن التصدق باللحم \* أعني إذا أوجبنا التصدق بما ينطلق عليه الأسم لأداء العبادة \* وتلطبخ رأس الصبي بدم الشاة مكروه \* لكن يستحب أن يسمى في السابع ويُخلق شعره ويتصدق بزنة شعره ذهباً أو فضةً.

قال الرافعي: العقيقة في أصل اللغة: اسم للشعر الذي يولد المولود وهو عليه، ثم تُسمى الذبيحة التي تذبح عن المولود عند حلق شعره عقيقة على عاداتهم وفي تسمية

(١) رواه ابن حبان [١٩/٢] في الضعفاء، وابن الجوزي [٣٠٢/٢] في الموضوعات من حديث أبي هريرة، وفي إسناده عبد الله بن أذينة، وهو شيخ لا يجوز الاحتجاج به بحال، ورواه أبو عبيد في الغريب والبيهقي من طريق يونس عن الزهري مرفوعاً، وهو من رواية عمر بن هارون، وهو ضعيف مع انقطاعه قاله الحافظ.

(٢) سقط في ز.

(٣) في ز: بمحضر.

الشيء باسم سببه أو ما يُجَاوِزُهُ، والفِعْلُ منه: عَقَّ يَعُقُّ، يعني بَضَمَ العَيْنَ، والعَقِيْقَةُ سُنَّةٌ. رُوِيَ عن عائِشَةَ - رضي الله عنه - قالت: أمرنا رسولُ الله - ﷺ - أن نَعُقَّ عن الغُلامِ بِشَاتَيْنِ، وعن الجاريةِ بِشَاةٍ<sup>(١)</sup>.

وعن سَمْرَةَ أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - قال: «الغلامُ مُرْتَهَنٌ بِعَقِيْقَتِهِ تَذْبِخُ عَنْهُ فِي اليَوْمِ السَّابِعِ، وَيُخَلَقُ رَأْسُهُ، وَيُسَمَّى»<sup>(٢)</sup> وعن أُمِّ كُرَيْزٍ أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - قال: «عَنِ الغُلامِ شَاتَانِ، وَعَنِ الجاريةِ شَاةٌ»<sup>(٣)</sup>.

وقال أبو حنيفة - رضي الله عنه -: لا تُسْتَحَبُّ العَقِيْقَةُ وَرَبِّمَا قال: هي بِدَعَّةٌ، والأَحَبُّ الذَّبْحُ فِي اليَوْمِ السَّابِعِ مِنَ الوِلادَةِ، ويدخُلُ يَوْمُ الوِلادَةِ فِي الحِسابِ.

وفي وَجْهِ: لا يدخُلُ - وهو اختيارُ الزُّبَيْرِيِّ.

والذَّبْحُ قَبْلَ تمامِ السَّبْعَةِ مُعْتَدٌّ بِهِ، وَقَبْلَ الوِلادَةِ، لا تكون عَقِيْقَةُ بل شَاةٌ لَحْمٍ وتأخُرُها عن السَّبْعَةِ لا يَقُوْتُها، ولكن الاختيارُ أَلَّا تُؤخَّرَ إلى البُلُوغِ.

وعن أبي عبد الله البوشنجي من أصحابنا أنه إن لم تذبح في السابع فتذبح في الرابع عشر، فإن لم يفعل ففي الحادي والعشرين.

وقيل إذا تكررت السبعة ثلاث مرات؛ فات وقت الاختيار، وإن أخرت إلى البلوغ سقط حكمها في حق غير المولود، وهو مخير في العقيقة عن نفسه، واستحسن القفال الشاشي أن يقوم بها، ويروى أن النبي ﷺ عَقَّ عن نفسه بعد النبوة<sup>(٤)</sup>.

وعن نصه - رضي الله عنه - في البويطي أنه لا يفعل ذلك واستغربه، وإنما يعق عن المولود من تلزمه نفقته ولكن روي أنه - ﷺ - عَقَّ عن الحسن والحسين - رضي الله

(١) أخرجه الترمذي [١٥١٣] وابن ماجة [٣١٦٣] وابن حبان [١٠٥٨] والبيهقي [٣٠١/٩] واللفظ لابن ماجة، وزاد: شاتين مكافئتين.

(٢) أخرجه أحمد وأصحاب السنن أبو داود [٢٨٣٧ و ٢٨٣٨] الترمذي [١٥٢٢] النسائي [١٦٦/٧] ابن ماجة [٣١٦٥] والحاكم [٢٣٧/٤] والبيهقي [٢٩٩/٩] من حديث الحسن عن سمرة، وصححه الترمذي والحاكم وعبد الحق، وفي رواية لهم: ويدي، قال أبو داود: ويسمى أصح، ويدي غلط من همام، قلت: يدل على أنه ضبطها أن في رواية بهز عنه ذكر الأمرين التدمية والتسمية، وفيه أنهم سألوا قتادة من هية التدمية، فذكرها لهم، فكيف يكون تحريقاً من التسمية، وهو يضبط أنه سأل عن كيفية التدمية، وأعل بعضهم الحديث بأنه من رواية الحسن عن سمرة وهو مدلس، لكن روى البخاري في صحيحه من طريق الحسن أنه سمع حديث العقيقة من سمرة، كأنه عن هذا.

(٣) أخرجه النسائي وابن ماجة وابن حبان وقد تقدم في الذبائح، وله طرق عند الأربعة والبيهقي.

(٤) أخرجه البيهقي [٣٠٠/٩] من حديث أنس وقال: منكر.

عنهما<sup>(١)</sup> - وكأنه مؤول، ولا يذبح عن المولود من ماله، ولكن المنفق عاجزاً عن العقيقة فأيسر في السبعة استحب له إقامة الستة، وإن أيسر بعدها وبعد مدة النفاس فهي ساقطة وإن أيسر في مدة النفاس فيه احتمالان عن الأصحاب، لبقاء أثر الولادة، ولتكن الذبيحة جذعة من الضأن، أو ثنية من المعز كما في الضحية وعن «الحاوي» أنه يجزي ما دون الجزعة والثنية ولتكن سليمة عن العيوب المانعة من التضحية وفي «العدة» ما يشعر بوجه آخر مسامح وعن بعض الأصحاب أن الغنم أفضل من الإبل والبقر والصحيح خلافه كم في الأضحية وينبغي تتأدى السنة بسبع من البدنة والبقرة، وحكم العقيقة في التصدق منها وفي الأكل والهديّة والادخار وقدر المأكول وامتناع البيع وتعيين الشاة إذا عينت للعقيقة كما ذكرنا في الضحية، وقيل إن جوزنا ما دون الجذعة لم يلزم التصدق منها وجاز تخصيص الأغنياء بها وينوي عند الذبح أنه عقيقة، نعم إن جعله عقيقة من قبل ففي الحاجة إلى النية عند الذبح ما ذكرنا في الأضحية، ويستحب ألا يتصدق بلحمها نياً بل يطبخه وعن الحاوي أنا إذا لم نجوز ما دون الجذعة من الضأن والثنية من المعز فيجب أن يتصدق بلحمها نياً وهذا ما رآه الإمام وقال إذا أوجبنا التصدق بمقدار فيجب تملكه وهو ني والمشهور الأول ثم يطبخه قيل: بحموضة وعزاه في التهذيب إلى النص والأظهر أنه يطبخه بحلو تفاقواً بحلاوة أخلاق المولود وذكروا على هذا وجهين في أنه هل يكره الطبخ بالحامض والأظهر المنع ولا بكسر عظام العقيقة تفاقواً بسلامة الولد عن الآفات، قال في العدة وهل يكره فيه وجهان المذهب المنع ويعق عن الجارية بشاة وعن الغلام بشاتين وإن كان أصل السنة يتأدى بواحدة وقال مالك الغلام كالجارية لنا ما سبق من الخبر.

ويستحب أن تكون الشاتان متساويتين لأنهما إذا اختلفتا أثرت النفوس الأجود فيختلف ما يطعم وما يطعم والتصدق بلحمها ومرقها على المساكين بالبعث إليهم أفضل من الدعوة إليها ولو دعا إليه قوماً فلا بأس، واستحب أن يكون ذبح العقيقة في صدر النهار وأن يعق عن من مات بعد الأيام السبعة وإمكان الذبح، وقيل إنها تسقط بالموت وأن يقول الذابح بعد التسمية اللهم لك وإليك عقيقة فلان ويكره تلطيح رأس الصبي بدم العقيقة وكانوا يفعلونه بالجاهلية ولا بأس بتلطixه بالزعفران أو الخلوف وقيل باستحبابه ويستحب أن يسمى المولود في اليوم السابع ولا بأس بأن يُسَمَّى قبله واستحب بعضهم ألا يفعل.

وَيُرْوَى أَنَّهُ - ﷺ - قَالَ: «سَمُّوا السَّقَطَ».

ولتكن التسمية باسمٍ حَسَنٍ، وتغير الأسماء القبيحة، ويكره من الأسماء: نافع،

(١) أخرجه ابن حبان (١٠٥٦ - موارد) والحاكم (٢٣٧/٤) والبيهقي (٢٩٩/٩ - ٣٠٠) من حديث عائشة. وقال الحاكم صحيح الإسناد.

وَيَسَارٌ، وَنَجِيجٌ، وَأَفْلَحٌ وَبَرَكَتَةٌ. وَأَنْ يُخْلَقَ رَأْسُ الْمَوْلُودِ فِي الْيَوْمِ السَّابِعِ، وَيَتَصَدَّقَ بِوَزْنِ شَعْرِهِ ذَهَبًا، فَإِنْ لَمْ يَتَيْسَّرَ فِضَّةً، وَلَا فَرَقَ فِيهِ بَيْنَ الذَّكْرِ وَالْأُنْثَى.

وَرُويَ أَنَّ فَاطِمَةَ - رضي الله عنها - بِنْتُ رَسُولِ اللَّهِ - ﷺ - وَرَزَتْ شَعَرَ الْحَسَنِ وَالْحُسَيْنِ - رضي الله عنهما - وَرَزَتْ وَأَمَّ كُلُّوْمَ فَتَصَدَّقَتْ بِوَزْنِهِ فِضَّةً<sup>(١)</sup>.

ثم في «التهذيب»: أن الحلق يكون بعد ذبح العقيقة. والذي رجحه القاضي الروياني، ونسبه إلى النص: أنه يكون قبل الذبح<sup>(٢)</sup>.

وأنه يُؤدَّن مَنْ وُلِدَ لَهُ وَلَدٌ فِي أُذُنِهِ؛ لما روي أنه - ﷺ - أَدَّنَ فِي أُذُنِ الْحُسَيْنِ جِينَ وَلَدَتُهُ فَاطِمَةَ - رضي الله عنهم<sup>(٣)</sup> -.

وعن عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ - رضي الله عنه - أنه كان إذا وُلِدَ لَهُ وَلَدٌ أَدَّنَ فِي أُذُنِهِ

(١) أخرجه مالك [٣٢٨/١] وأبو داود في المراسيل والبيهقي [٣٠٤/٩] من حديث جعفر بن محمد، زاد البيهقي عن أبيه عن جده به، ورواه الترمذي والحاكم من حديث محمد بن إسحاق عن عبد الله بن أبي بكر، عن محمد بن علي بن الحسين عن أبيه، عن علي قال: عق رسول الله ﷺ عن الحسن شاة، وقال: يا فاطمة احلقي رأسه، وتصدقي بزنة شعره فضة، فوزناه، فكان وزنه درهماً أو بعض درهم، وروى البيهقي من حديث عبد الله بن محمد بن عقيل عن علي بن الحسين عن أبي رافع قال: لما ولدت فاطمة حسناً قالت: يا رسول الله ألا أعق عن ابني بدم؟ قال: لا، ولكن احلقي شعره. وتصدقي بوزنه من الورق على الأفاضل يعني أهل الصفة - قال البيهقي: تفرد به ابن عقيل (فائدة) الأفاضل بفاء ومعجمة المتفرقون، وأصله من وفضت الإبل إذا تفرقت، وروى الحاكم من حديث علي قال: أمر رسول الله ﷺ فاطمة، فقال: «زني شعر الحسين وتصدقي بوزنه فضة، وأعطي القابلة رجل العقيقة»، ورواه حفص بن غياث عن جعفر بن محمد عن أبيه مرسلًا (تنبيه) وهو في سنن أبي داود الروايات كلها متفقة على ذكر التصدق بالفضة، وليس في شيء منها ذكر الذهب، بخلاف ما قال الرافعي: أنه يستحب أن يتصدق بوزن شعره ذهباً، فإن لم يفعل ففضة، وفي الأحمديين من معجم الطبراني الأوسط في ترجمة أحمد بن القاسم من حديث عطاء عن ابن عباس قال: سبعة من السنة في الصبي، يوم السابع: يسمي، ويختن، ويماط عنه الأذى، وتتبب أذنه، ويعق عنه، ويحلق رأسه، ويلطخ بدم عقيقته، ويتصدق بوزن شعر رأسه ذهباً أو فضة، وفيه رواد بن الجراح وهو ضعيف، وقد تعقبه بعضهم فقال كيف تقول: يماط عنه الأذى، مع قوله: يلطخ رأسه بدم عقيقته، قلت: ولا إشكال فيه، فلعل إمطة الأذى تقع بعد اللطخ، والواو لا تستلزم الترتيب، وأما زنة شعر أم كلثوم وزينب، فلم أره. قاله الحافظ في التلخيص.

(٢) قله النووي: ويهَذَا قَطَعَ الْمُحَامِلِي فِي «الْمَقْنَعِ»، وَبِالْأَوَّلِ قَطَعَ صَاحِبُ «الْمَهْدَبِ» وَالْجَرَجَانِي فِي «التَّحْرِيرِ»، وَفِي الْحَدِيثِ إِشَارَةٌ إِلَيْهِ، فَهُوَ أَرْجَحُ.

(٣) رواه أحمد وأبو داود [٥١٠٥] والترمذي [١٥١٤] والحاكم [١٧٩/٣] والبيهقي [٣٠٥/٩] من حديث أبي رافع، ورواه الطبراني [٩٢٦] و[٥٧٨] وأبو نعيم من حديثه بلفظ: أَدَّنَ فِي أُذُنِ الْحَسَنِ وَالْحُسَيْنِ، وَمَدَّارَهُ عَلَى عَاصِمِ بْنِ عُبَيْدِ اللَّهِ وَهُوَ ضَعِيفٌ.

الْيَمْنَى، وَأَقَامَ فِي الْيُسْرَى<sup>(١)</sup>، وَعَلَى هَذَا جَرَى بَعْضُ الْأَصْحَابِ.

وَعَنْ مَالِكٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّهُ لَا يُسْتَحَبُّ.

وَأَنْ يَقُولَ فِي أُذُنِ الْمَوْلُودِ: إِنِّي أُعِيدُهَا بِكَ وَذُرِّيَّتَهَا مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ، وَأَنْ يُحَنِّكَ بِالتَّمْرِ: وَهُوَ أَنْ يَمَضَّعُهُ وَيَدْلُكُ<sup>(٢)</sup> بِهِ حَنَكَهُ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ تَمْرٌ حَنَكَهُ بِشَيْءٍ آخَرَ حَلْوٍ، وَأَنْ يَهْتَأُ الْوَالِدُ بِالْوِلَادَةِ. وَأَمَّا لَفْظُ الْكِتَابِ فَقَوْلُهُ: «فَهِيَ أَيْضاً كَالضَّحِيَّةِ فِي أَحْكَامِهَا» يُغْنِي: فِي الْأَكْلِ، وَالْهَدِيَّةِ، وَالسَّلَامَةِ، عَنِ الْعُيُوبِ، وَغَيْرِهَا؛ كَمَا بَيْنَا لَكُنَّ الضَّحِيَّةُ يَخْتَصُّ ذَبْحَهَا بِأَيَّامِ النَّحْرِ، وَالْعَقِيْقَةُ يَدْخُلُ وَقْتُ ذَبْحِهَا بِوِلَادَةِ الْمَوْلُودِ كَدَمَاءِ [الْجُبْرَانَاتِ]<sup>(٣)</sup> الَّتِي تَتَعَلَّقُ بِأَسْبَابِ حَادِثَةٍ.

وقوله: «إلى السابع» ليس على معنى أنه ينتهي وقتها بتمام السبعة لكن فيه على معنى أن الأحبَّ ألا يؤخر عنه. وقوله «ولا يتأذى الاستحباب إلا بما يتأذى به» يشبه أن يريد به القدر الذي يخرج، وكيفية الإخراج، ومن يخرج إليه، وهو في الحقيقة داخل في قوله: «أولاً إنها كالضحية في أحكامها. ويجوز إعلام قوله: «يتضح» بالواو؛ لما سبق.

وقوله: «والتصدق بالمرقة» يُغْنِي عَنِ التَّصَدَّقِ بِاللَّحْمِ أَعْنِي إِذَا أُوجِبْنَا التَّصَدَّقُ بِقَدْرِ مَا يَنْطَلِقُ عَلَيْهِ الْإِسْمُ هَذَا لَيْسَ بِوَاضِحٍ لَا مِنْ جِهَةِ النَّقْلِ، وَلَا مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى. أَمَّا الْمَعْنَى فَظَاهِرٌ. وَأَمَّا النَّقْلُ، فَلِأَنَّهُ لَا يَكَادُ يُوجَدُ ذَلِكَ لِغَيْرِهِ.

نَعَمْ، فِي «الْوَسِيْطِ» أَنَّ الصَّيْدَلَانِيَّ قَالَ: يَجُوزُ التَّصَدَّقُ بِالْمَرْقَةِ، ثُمَّ قَالَ مُعْتَرِضاً عَلَيْهِ؛ إِنْ أَرَادَ بِهَذَا أَنَّهُ يَكْفِي عَنِ التَّصَدَّقِ بِمَقْدَارٍ مِنَ اللَّحْمِ، إِذَا قُلْنَ: لَا بُدَّ مِنْهُ فَفِيهِ نَظَرٌ، وَقَدْ نَظَرْتُ فِي مَجْمُوعِ الصَّيْدَلَانِيِّ فَلَمْ [أَجِدْ فِيهِ مَا نَقَلَهُ]<sup>(٤)</sup> وَإِنَّمَا قَالَ: يَطْبُخُهَا وَيَبْعَثُ بِهَا وَبِمَرْقَتِهَا إِلَى الْفُقَرَاءِ. وَكَذَلِكَ حَكَاهُ الْإِمَامُ عَنْهُ، وَكَلِمَةُ أَعْنِي: لَا حَاجَةَ إِلَيْهَا، وَلَوْ طَرَحَهَا لَانْتِظَمَ الْكَلَامُ.

فَرَعٌ: تُعْطَى الْقَابِلَةُ رِجْلَ الْعَقِيْقَةِ؛ اقْتِدَاءً بِفَاطِمَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا<sup>(٥)</sup> - ..

آخِر - رُوِيَ أَنَّهُ - ﷺ - قَالَ: «لَا فَرَعَةَ وَلَا عَتِيْرَةَ»<sup>(٦)</sup>.

(١) لم أره عنه مسنداً، وقد ذكره ابن المنذر عنه، وقد روي مرفوعاً أخرجه ابن السني من حديث الحسين بن علي بلفظ: من ولد له مولود، فأذن في أذنه اليمنى، وأقام في اليسرى، لم تضره أم الصبيان، وأم الصبيان هي التابعة من الجن.

(٢) في ز: ويدهن. (٣) في ز: الحيوانات.

(٤) في ز: أر ما فعله. (٥) تقدم.

(٦) أخرجه البخاري من حديث أبي هريرة، [٥٤٧٣ و٥٤٧٤، مسلم ١٩٧٦] وقد ورد الأمر بالعتيرة في أحاديث كثيرة، وصحح ابن المنذر منها حديثاً، وساق البيهقي منه جملة والجمع بين هذا =



وَيُزَوَّى: لا فَرَعَ والفرع: أوَّل نتاج البهيمة كانوا يذبحونه ولا يملكونه؛ رجاء البركة من الأم وكثرة نسلها. والعتيرة: ذبيحة كانوا يذبحونها في العشر الأول من رَجَب، وَيُسْمُونَهَا: الرَّجِيَّةَ أيضاً. في كتاب القاضي ابن كَجَّ، وغيره اختلاف فيها؛ فعن بعض الأَصْحَاب: أنهما مَكْرُوهَان؛ عن ظاهر الخبر.

وعن بعضهم: أنه لا كراهة فيهما والمنع راجع إلى ما كانوا يفعلون، وهو الذبح لآلِهَتِهِمْ أو المقصود بنفي الوجوب: أنهما ليستا كالأضحية في الاستحباب أو في الثواب على إزاحة الدم.

فأما تفرقة اللحم على المساكين، فَبِرٌّ وصدقة.

وَيُزَوَّى أَنْ الشَّافِعِيِّ - رضي الله عنه - قال: إِنْ تيسَّرَ ذلك في كُلِّ شَهْرٍ كان حَسَنًا. والله أَعْلَمُ<sup>(١)</sup>.

= وبين حديث أبي هريرة، أن المراد الوجوب، أي لا فرع واجب، ولا عتيرة واجبة، قاله الشافعي، ونص في رواية حرمله أنهما إن تيسرا كل شهر كان حسنا. قاله الحافظ.

(١) قال النووي: هذا النص الشافعي رحمه الله في سنن حرمله، والحديث المذكور في أول الفصل في «صحيح البخاري» وغيره، وفي «سنن أبي داود» وغيره حديث آخر يقتضي الترخيص فيهما، بل ظاهره الندب، فالوجه الثاني يوافقه، وهو الراجح.

واعلم أن الإمام الرافعي رحمه الله، ترك مسائل مهمة تتعلق بالباب.

إحداها: يكره القَرَع، وهو حلق بعض الرأس، سواء كان متفرقا أو من موضع واحد، لحديث «الصحيحين» بالنهي عنه، وقد اختلف في حقيقة القَرَع، والصحيح: ما ذكرته. وأما حلق جميع الرأس، فلا بأس به لمن لا يخفُّ عليه تعاهده، ولا بأس بتركه لمن خفَّ عليه.

الثانية: يستحب فرق شعر الرأس.

الثالثة: يستحب الادهان غبًا، أي: وقتاً بعد وقت، بحيث يجفُّ الأول.

الرابعة: يستحب الاكتحال وتراً. والصحيح في معناه: ثلاثاً في كل عين.

الخامسة: يستحب تقليم الأظفار، وإزالة شعر العانة، بحلق، أو نتف، أو قص، أو نورة، أو غيرها، والحلق أفضل. ويستحب إزالة شعر الإبطن بأحد هذه الأمور، والتنف أفضل لمن قوي عليه.

ويستحب قص الشارب، بحيث يبين طرف الشفة بيانا ظاهرا. ويبدأ في هذه كلها، باليمين، ولا يؤخرها عن وقت الحاجة، ويكره كراهة شديدة، تأخيرها عن أربعين يوماً، للحديث في «صحيح مسلم» بالنهي عن ذلك.

السادسة: من السنة غسل البراجم، وهي عقد الأصابع ومفاصلها، ويلتحق بها إزالة ما يجتمع من الوسخ في معاطف الأذن وصماخها، وفي الأنف وسائر البدن.

السابعة: خضاب الشعر الشائب بحمرة أو صفرة، سُنَّة، وبالسواد حرام. وقيل: مكروه. وأما خضاب اليدين والرجلين، فمستحب في حق النساء، كما سبق في باب الإحرام، وحرام في حق الرجل إلا لعذر.

= الثامنة: يستحب ترجيل الشعر، وتسريح اللحية، ويكره نتف الشيب.

التاسعة: ذكر الغزالي وغيره، في اللحية عشر خصال مكروهة: خضابها بالسواد إلا للجهاد، وتبييضها بالكبريت أو غيره استعجالاً للشيخوخة، وبتفها أول طلوعها إشاراً للمرودة وحسن الصورة، وبتف الشيب، وتصفيفها طاقة فوق طاقة تحسناً، والزيادة فيها، والنقص منه بالزيادة في شعر العذارين من الصدغين، أو أخذ بعض العذار في حلق الرأس، وبتف جانبي العنقفة، وغير ذلك، وتركها شعثة إظهاراً لقلّة المبالاة بنفسه، والنظر في بياضها وسوادها إعجاباً وافتخاراً، ولا بأس بترك سباليه، وهما طرفا الشارب.

العاشرة: في «صحيح مسلم» عن النبي ﷺ: «إن أحب أسمائكم إلى الله عزّ وجلّ، عبد الله، وعبد الرحمن»، وإذا سمي إنسان باسم قبيح، فالسنة تغييره. وينبغي للولد والتلميذ والغلام، أن لا يسمي أباه ومعلمه وسيدته باسمه. ويستحب تكنية أهل الفضل من الرجال والنساء، سواء كان له ولد، أم لا، وسواء كني بولده، أم بغيره. ولا بأس بكنية الصغير، وإذا كني من له أولاد، فالسنة أن يكنى بأكبرهم، ونص الشافعي رحمه الله، أنه لا يجوز التكنية بأبي القاسم، سواء كان اسمه محمداً، أم غيره، للحديث الصحيح في ذلك، وستوضحه في أول النكاح إن شاء الله تعالى. ولا بأس بمخاطبة الكافر والمبتدع والفاسق بكنيته إذا لم يُعرف بغيرها، أو خيف من ذكره باسمه فتنه، وإلا فينبغي أن لا يزيد على الاسم. والأدب، أن لا يذكر الإنسان كنيته في كتابه ولا غيره، إلا أن لا يعرف بغيرها، أو كانت أشهر من اسمه. ولا بأس بترخيم الاسم إذا لم يتأذ صاحبها، ولا بتلقب الإنسان بلقب لا يكره. واتفقوا على تحريم تلقبه بما يكرهه، سواء كان صفة له، كالأعمش والأعرج، أو لأبيه، أو لأمه، أو غير ذلك. ويجوز ذكره بذلك للتعريف، لمن لا يعرفه بغيره، ناوياً التعريف فقط. وثبت في «صحيح مسلم» وغيره: أن رسول الله ﷺ قال: «إذا كان جنح الليل أو أمسيتم، فكفوا صبيانكم، فإن الشيطان يتشر حيثنذ، فإذا ذهب ساعة من الليل، فخلوهم، وأغلقوا الباب، واذكروا اسم الله، فإن الشيطان لا يفتح باباً مغلقاً، وأوكموا قُرْبِكُمْ واذكروا اسم الله، وخمروا آتيتكم واذكروا اسم الله، ولو أن تعرّضوا عليها شيئاً، وأطفئوا مصابيحكم» وفي رواية: «لا ترسلوا فواشيكم وصبيانكم إذا غابت الشمس، حتى تذهب فحمة العشاء» وفي رواية: «لا تتركوا النار في بيوتكم حين تنامون».

فهذه سنن يبغي المحافظة عليها، و«جنح الليل» بضم الجيم وكسره: ظلامه. وقوله ﷺ: «تعرضوا عليها شيئاً» - بضم الراء - على المشهور. وقيل: بكسرها، أي: تجعلوه عرضاً. وقوله ﷺ: «لا ترسلوا فواشيكم» هي - بالفاء جمع فاشية - وهو كل ما ينشر من المال كالبهائم وغيرها، وفحمة العشاء: ظلمتها.

## كِتَابُ الْأَطْعِمَةِ وَفِيهِ فَضْلَانِ

قَالَ الْعَزَّائِيُّ: (الْأَوَّلُ فِي حَالِ الْاِخْتِيَارِ): وَجَمِيعُ مَا خَلَقَهُ اللَّهُ تَعَالَى مِنْ الْمَطْعُمَاتِ حَلَالٌ إِلَّا مَا تَسْتَثْنِيهِ عَشْرَةُ أَصُولٍ: (الْأَوَّلُ): مَا نَصَّ الْكِتَابُ عَلَى تَحْرِيمِهِ كَالْخَنزِيرِ وَالْخَمْرِ أَوْ السُّنَّةُ كَالْحُمْرِ الْأَهْلِيَّةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿يَسْأَلُونَكَ مَاذَا أَحَلَّ لَهُمْ قُلْ أَحَلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتِ﴾ [المائدة: ٤]، وقال عز من قال: ﴿قُلْ: لَا أَجِدُ فِيمَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ﴾ [الأعراف: ١٥٧]، وقال سبحانه وتعالى: ﴿وَيُحَلَّلْ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ﴾ الآيات، ومقصود الكتاب الكلام في المطاعم، ومعرفة أحكامها من المهمات؛ فإن الله تعالى أجرى العادة بالحاجة إليها؛ على ما قال تعالى: ﴿وَمَا جَعَلْنَاهُمْ جَسَدًا لَا يَأْكُلُونَ الطَّعَامَ﴾، وفي تناول الحرام الوعيد الشديد؛ على ما قال - ﷺ: «أَيُّ لَحْمٍ نَبَتَ مِنْ حَرَامٍ فَالْتَأَرْ أَوْلَى بِهِ»<sup>(١)</sup> لِلْإِنْسَانِ حَالَتَانِ؛ حَالَةٌ رِفَاهِيَّةٌ وَاخْتِيَارٍ، وَحَالَةٌ شَدِيدَةٌ وَاضْطِرَارٍ، وَبِحَسْبِهِمَا أَوْدَعَ مَسَائِلَ الْكِتَابِ فِي فَضْلَيْنِ:

أحدهما: في حال الاختيار، وقال الأصحاب ما يمكن أكله من الجماد والحيوان

(١) رواه الترمذي (٦١٤) من حديث كعب بن عجرة بلفظ: إنه لا يربو لحم نبت من سحت، إلا كانت النار أولى به، والحديث طويل عنده أوله: أعينك بالله من أمراء يكونون بعدي، ورواه ابن حبان في صحيحه (١٥٦٩) من حديث جابر بلفظ: يا كعب بن عجرة إنه لا يدخل الجنة لحم نبت من سحت، الحديث، ورواه الحاكم من حديث جابر أيضاً، ومن حديث عبد الرحمن بن سمرة، وعن أبي بكر الصديق مرفوعاً، وعن عمر بن الخطاب موقوفاً، ورفع الطبراني في الكبير وفي الصغير، وعن ابن عباس في الأوسط ولفظه: تليت هذه الآية عند النبي - ﷺ - «يَا أَيُّهَا النَّاسُ كُلُوا مِمَّا فِي الْأَرْضِ حَلَالًا طَيِّبًا» فقام سعد بن أبي وقاص فقال: يا رسول الله ادع الله أن يجعلني مستجاب الدعوة، فقال: يا سعد طيب مطعمك، تكن مستجاب الدعوة، والذي نفس محمد بيده إن العبد ليقذف بلقمة الحرام في جوفه فلا يتقبل منه عمل أربعين يوماً، وأيما عبد نبت لحمه من السحت والربا، فالنار أولى به، وأعله ابن الجوزي، وذكره ابن أبي حاتم في العلل من حديث حذيفة، وصحح عن أبيه وقفه.

لا يتأتى حصر أنواعه، لكن الأصل في الكلِّ الجِلُّ؛ لأن الأعيان مخلوقةٌ لمنافع العباد، وقد يَتَمَسَّكُ له بقوله تعالى ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِيمَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ﴾ [الأنعام: ١٤٥] الآية، وأطلق صاحبُ الكتاب القول بحلِّ الجميع، إلا ما يستثنيه عشرةُ فُصول:

أحدها: تنصيبُ الكتاب على تحريمه؛ كالخنزير والخمر، أما الخنزيرُ، فقد قال تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةُ وَالِدَمُّ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ﴾ [المائدة: ٣] وقال: ﴿أَوْ لَحْمِ خِنْزِيرٍ﴾ [الأنعام: ١٤٥] وأما الخمر، فقد قال تعالى: ﴿إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ﴾ [المائدة: ٩٠] إلى قوله تعالى: ﴿فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ﴾ [المائدة: ٩١]، واحتج به على التحريم من وجوه مشهورة، ومن هذا القبيل المَيْتَةُ وَالِدَمُّ، والمنخقة<sup>(١)</sup> والموقوذة<sup>(٢)</sup>، والنطيحة<sup>(٣)</sup>، وكذا تنصيبُ السنَّة على التحريم؛ كالخمر الأهلية فعن علي - كرم الله وجهه - أن النبي - ﷺ نهى عامَّ خَيْبَرَ عَنِ نِكَاحِ الْمُتَعَةِ وَعَنِ لُحُومِ الْحُمْرِ الْأَهْلِيَّةِ<sup>(٤)</sup> وَيُرْوَى ذَلِكَ مِنْ رِوَايَةِ جَابِرٍ وَجَمَاعَةٍ مِنَ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أَجْمَعِينَ -، وعن «الحاوي» حكايةً وجهين عن الأصحاب في أن الحُمْرَ حُرِّمَتْ بالنص أو باستخبات العرب لها، ونفى مالك تحريمها،

(١) هي الدابة تُخْتَنق بحبل في عنقها فتموت، فلا تحل. وقيل: كانوا يخنقون الدابة بدل زكاتها. والمنخقة: القلادة، تصوِّروا فيها ينظر عمدة الحفاظ ١/٦٢٠.

(٢) أي المَضْرُوبَةُ بعضاً أو حجر ونحوهما حتى تموت. يقال: وَقَذْتَهَا أَيْ وَقَذْتُ فِيهَا وَوَقَيْذٌ. وموقوذة: إذا أُنْخِنَتْهَا ضَرْباً. ووقذت الرجل: ضربته حتى مات ينظر عمدة الحفاظ ٤/٣٨٠ - ٣٨١.

(٣) هي ما نطحها غيرها من النعم فماتت. وكانوا يأكلونها كسائر الميئات. وفعل إذا كان بمعنى مفعول حقه ألا يؤت إلا إذا بس، نحو: مررت ببقيلة بني فلان. وقد خرجت هذه اللفظة عن نظائرها فأنتت، ومثلها: الذبيحة. والناطق: ما استقبلك بوجهه من ظبي أو طائر، كأنه ينطحك. والعرب تشاءم به ينظر: عمدة الحفاظ (٤/٢١٨ - ٢١٩).

(٤) متفق عليه.

قوله: ويروى ذلك - يعني تحريم لحوم الحمر الأهلية - من حديث جابر، وجماعة من الصحابة، قلت: هو متفق عليه من حديث جابر وابن عمر وابن عباس، وأنس والبراء بن عازب وسلمة بن الأكوع، وأبي ثعلبة وعبد الله بن أبي أوفى (البخاري ٤٢١٦ - ٥١١٥ - ٥٥٢٣ - ٦٩٦١ - ٤٢٢٧ ومسلم ١٤٠٧، ١٩٣٩) وأخرجه البخاري من حديث زاهر الأسلمي، والترمذي عن أبي هريرة، والعرياض بن سارية، وأبو داود والنسائي عن خالد بن الوليد، وعمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وأبو داود والبيهقي من حديث المقدم بن معدي كرب، ورواه الدارمي من طريق مجاهد عن ابن عباس قال: نهى رسول الله ﷺ يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية، وفي الصحيحين من رواية الشعبي عن ابن عباس لا أدري أنه من أجل أنها كانت حمولة الناس، أو حرمة، وفي البخاري عن عمرو بن دينار قلت لجابر بن زيد يزعمون أن رسول الله ﷺ نهى عن لحوم الحمر الأهلية، فقال: قد كان يقول ذلك الحكم بن عمرو الغفاري عندنا بالبصرة، ولكن أبي ذلك البحر - يعني ابن عباس -.

وَيُحِلُّ الْجِمَارَ الْوَحْشِيَّ؛ لِمَا رُوِيَ عَنْ أَبِي قَتَادَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّهُ رَأَى حِمَاراً وَحْشِيًّا فِي طَرِيقِ مَكَّةَ، فَقَتَلَهُ، فَأَكَلَ مِنْهُ بَعْضُ أَصْحَابِ النَّبِيِّ - ﷺ - وَأَبَى بَعْضُهُمْ؛ لِأَنَّهُمْ كَانُوا مُحْرَمِينَ، فَسَأَلُوا رَسُولَ اللَّهِ - ﷺ - فَقَالَ: «إِنَّمَا هِيَ طُعْمَةٌ أَطَعَمَكُمُوهَا اللَّهُ فَهَلْ مَعَكُمْ مِنْ لَحْمِهِ شَيْءٌ»<sup>(١)</sup>، وَالْبِغَالُ كَالْحُمْرِ الْأَهْلِيَّةِ، وَلَا تَحْرَمُ الْخَيْلَ، وَبِهِ قَالَ أَحْمَدُ؛ لِمَا رُوِيَ عَنْ جَابِرٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّهُ قَالَ: «دَبَّخْنَا يَوْمَ خَيْبَرَ الْخَيْلَ، وَالْبِغَالَ، وَالْحَمِيرَ، فَهَنَانَا رَسُولُ اللَّهِ - ﷺ - عَنِ الْبِغَالِ وَالْحَمِيرِ، وَلَمْ يَنْهَنَا عَنِ الْخَيْلِ»<sup>(٢)</sup>، وَعَنْ جَابِرٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَيْضاً: «أَطَعَمَنَا رَسُولُ اللَّهِ - ﷺ - لُحُومَ الْخَيْلِ وَهَنَانًا عَنِ لُحُومِ الْحُمْرِ»<sup>(٣)</sup>.

وعن أسماء - رضي الله عنها - قالت: دَبَّخْنَا عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ - ﷺ - وَنَحْنُ بِالْمَدِينَةِ فَرَساً، فَأَكَلْتَاهُ<sup>(٤)</sup>.

وَوُجِّهَ تَحْرِيمُ الْبَغْلِ أَيْضاً بِأَنَّهُ مَتَوَلَّدٌ مِنْ حَلَالٍ وَحَرَامٍ، فَيَغْلِبُ فِيهِ التَّحْرِيمُ، وَلَا فَرْقٌ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْحَرَامُ مِنْ أَسْلِيَّةِ الذَّكَرِ أَوْ الْأُنْثَى، وَمَا يَتَوَلَّدُ مِنَ الْحِمَارِ الْوَحْشِيِّ وَالْفَرَسِ حَلَالٌ لِجِلِّ الْأَصْلَيْنِ.

وعن أبي حنيفة: أن لحم الخيل حرام، ويُرْوَى عنه: أنه مكروه يتعلَّقُ الإثمُ به، وَلَا يُطْلَقُ الْقَوْلُ بِالْحَرْمَةِ.

وعن مالك: كراهيةُ لُحُومِ الْخَيْلِ<sup>(٥)</sup>.

- (١) متفق عليه، وقد تقدم في باب محرمات الإحرام.
- (٢) رواه أبو داود [٣٧٨٨] وابن حبان في صحيحه.
- (٣) رواه الترمذي [١٧٩٤] والنسائي من حديث عمرو بن دينار عنه [٢٠٥/٧]، ورجاله رجال الصحيح، وأصله متفق عليه [البخاري ٤٢١٩، ومسلم ١٩٤١] وله طرق في السنن.
- (٤) متفق عليه (البخاري ٥٥١٠ - ٥٥١١ - ٥٥١٢ - ٥٥١٩، ومسلم ١٩٧٤٢) بزيادة، ونحن بالمدينة، وزاد أحمد [٣٤٥/٦] فيه: نحن وأهل بيته.
- (٥) قال بجلها جمهور الفقهاء، روي ذلك عن أبي الزبير، والحسن وعطاء، والأسود بن يزيد، وبه قال الشافعي، وأحمد، والليث، وابن المبارك، وأبو ثور، وإسحق، وأبو يوسف، ومحمد بن الحسن، وداود، وغيرهم. وكرهها طائفة. منهم ابن عباس، والحكم، ومالك، وأبو حنيفة. قيل والكرهية عند أبي حنيفة للتحریم، وقيل للتنزيه، والأولى أصح.

احتج الجمهور بالمتقول والمعقول: ..

أما المتقول: فمنه ما روي في الصحيحين عن جابر رضي الله عنه قال: «نهى رسول الله ﷺ يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية، وأذن في لحوم الخيل» متفق عليه ومنه ما روي في الصحيحين أيضاً عن أسماء رضي الله عنها قالت: «نحرنا فرساً على عهد رسول الله ﷺ فأكلناه ونحن بالمدينة» متفق عليه أيضاً.

أما المعقول: فلأنه حيوان طاهر مستطاب، ليس بذئ ناب ولا مغلب، فيحل: قياساً على بهيمة الأنعام.

وقوله في الكتاب: «ما نص الكتاب على تحريمه» اللائق بالسياق أن يقول: ورود الكتاب بالتحريم أو تنصيصه عليه، فإنه الأصل المستثنى؛ فأما ما نص على تحريمه الكتاب، فهو محل الاستثناء لا الأصل المستثنى، وقضية الترتيب المذكور أن يحمل قوله «أو السنة» على سنة خاصة ناصة على نوع معين مما يمكن أكله لا على مطلتي السنة، وإلا فيحرم كل ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطيور وهو الأصل الثالث مأخوذ من السنة، وكذا تحريم ما أمر بقتله، وهو الرابع، وما نُهي عن قتله، وهو الخامس إلا أنها ضوابط تشمل أنواعاً مما يؤكل.

= قال سعيد بن جبیر: «ما أكلت شيئاً أطيب من مَعْرِقَةَ برذون» استدلال المانعون بالكتاب والسنة: ..

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة﴾.

ووجه الدلالة أن الله تعالى ذكر الانتفاع بالركوب والزينة ولم يذكر الانتفاع بالأكل، مع أنه في سياق الامتنان، والمئة به أعظم وأولى.

أما السنة: فما روي عن خالد رضي الله عنه أنه قال: قال رسول الله ﷺ «حرام عليكم الحمير الأهلية وخيلها وبغالها».

ولا يتم لهم هذا الاستدلال، سواء أكان بالكتاب أم بالسنة؛ وذلك لأن الآية التي استدلوها بها ﴿والخيل والبغال...﴾ الآية مكية بالاتفاق، ولحوم الحمير إنما حُرمت يوم خيبر سنة سبع بالاتفاق. فدل على أنه لم يفهم النبي ﷺ، ولا الصحابة في الآية تحريماً للحمير ولا لغيرها، فإنها لو دلت على تحريم الخيل، دلت على تحريم الحمير، وهم لم يمتنعوا منها، بل امتدت الحال إلى يوم خيبر فحُرمت.

وأيضاً فالاعتصار على ركوبها والتزین بها لا يدل على نفي الزائد عليهما، وإنما خصهما بالذكر لأنهما معظم المقصود من الخيل.

من ذلك قوله تعالى: ﴿حُرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير﴾ اقتصر في الخنزير على تحريم لحمه؛ لأنه معظم مقصوده، وقد أجمعوا على تحريم شحمه ودمه وسائر أجزائه.

وأيضاً فإن موضع الاستدلال في الآية بالمفهوم، لا بالمنطوق وهم لا يقولون به.

أما استدلالهم بحديث خالد - في النهي عن أكل لحوم الخيل - فقال الإمام أحمد: حديث خالد ليس له إسناد جيد، وفيه رجلان لا يعرفان، يرويه ثور عن رجل ليس بمعروف، وقال: لا ندع أحاديثنا لمثل هذا الحديث المنكر.

وقال النسائي: حديث الإباحة أصح؛ قال: ويشبه إنه كان هذا الحديث صحيحاً أن يكون منسوخاً؛ لأن قوله في الحديث الصحيح «وأذن في لحوم الخيل» دليل على ذلك ويمكن أن يقال: إن النهي عن أكل الخيل كان لأمر عارض؛ وذلك أن الخيل كانت قليلة فيهم، وكانت سلاحاً يحتاجون إليه في الحرب، فلهدأ نهاهم عن أكله لهذا المعنى، لا لحرمة. وهو وجه.

ومن قال إن الكراهة للتنزيه، قال: إن الفرس كالآدمي من وجه، من حيث إنه يحصل به إرهاب العدو، ويستحق السهم من الغنيمة.

والآدمي غير مأكول لكرامته، لا لنجاسته، والخيل كذلك كره أكلها على طريق التنزيه لمعنى الكرامة.

ولهذا جعل الخيل طاهرة السور، وجعل بوله كبول ما يؤكل لحمه.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الثاني): مَا فِي مَعْنَاهُمَا كَالنَّبِيدِ فِي مَعْنَى الْخَمْرِ (الثالث): كُلُّ ذِي نَابٍ مِنَ السَّبَاعِ وَكُلُّ ذِي مِخْلَبٍ مِنَ الطَّيُورِ فَيَحْرُمُ الْكَلْبُ وَالْفَيْلُ وَالذَّبُّ وَالْبَازِيُّ وَالشَّاهِينُ وَالصَّفْرُ وَالْعَقَابُ وَالنَّسْرُ وَجَمِيعُ جَوَارِحِ الطَّيْرِ، وَلَا يَحْرُمُ الضَّبُّ وَالضَّبُعُ وَالثَّغْلَبُ، أَمَّا ابْنُ عِرْسٍ وَابْنُ أَوْيٍ فَفِيهِ تَرَدُّدٌ لِشَبْهِهِ بِالثَّغْلَبِ وَالْكَلْبِ، وَكَذَا فِي الْهَرَّةِ وَالْوَحْشِيَّةِ تَرَدُّدٌ لِشَبْهِهَا بِالْإِنْسِيَّةِ، وَالْأَظْهَرُ إِلْحَاقُ السُّمُورِ وَالسَّنَجَابِ بِالثَّغْلَبِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ مَسْأَلَتَانِ:

إحداهما: يحرم ما هو في معنى ما نص الكتاب أو السنة على تحريمه؛ كالنيذ؛ فإنه بعلة الإسكار حرام، كالخمر، واعلم أن المقصود ههنا التمثيل، وإلا، فالنيذ مما وردت السنة بتحريمه على ما سبق في الأشربة، فيمكن إسناد تحريمه إلى النص دون القياس، ومن الناس من قال: إن الخمر ما خامرت العقل، وإن النيذ متناول باسم الخمر، وعلى هذا، فالوارد في الخمر وارد في النيذ، فيكون منصوصاً عليه، لا ملحقاً بالمنصوص.

الثانية: تحريم أكل كل ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطيور، وبه قال أبو حنيفة وأحمد، وقال مالك يكره ولا يحرم؛ لما روي عن علي - رضي الله عنه - وابن عباس - رضي الله عنهما - أن النبي - ﷺ -: «نَهَى عَنْ أَكْلِ ذِي نَابٍ مِنَ السَّبَاعِ وَذِي مِخْلَبٍ فِي الطَّيُورِ»<sup>(١)</sup> وعن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن النبي - ﷺ - قال: «كُلُّ ذِي نَابٍ مِنَ السَّبَاعِ فَأَكْلُهُ حَرَامٌ»<sup>(٢)</sup>، وَرُوِيَ أَنَّهُ - ﷺ - أَمَرَ خَالِدَ بْنَ الْوَلِيدِ - رضي الله عنه - عَامَ خَيْبَرَ، حَتَّى نَادَى؛ أَلَا لَا يَجِلُّ لَكُمْ الْجَمَارُ الْأَهْلِيَّةُ، وَلَا كُلُّ ذِي نَابٍ مِنَ السَّبَاعِ»<sup>(٣)</sup> والمراد من ذي الناب الذي يعدو على الحيوان، ويتقوى بنابه، والتحريم على ما عزی

(١) رواه عبد الله بن أحمد في زيادات المسند من حديث عاصم بن ضمرة عنه بهذا وأتم منه، وإسناده حسن إلا أن له علة، فقد رواه إسحاق بن راهويه وأبو يعلى في مسنديهما، ووقع عندهما عن الحسن بن ذكوان عن حبيب بن أبي ثابت، وهو الصواب، بخلاف ما وقع في المسند، حسين بن ذكوان، وقد قال يحيى بن معين: الحسن بن ذكوان لم يسمع من حبيب بن أبي ثابت، إنما سمع من عمرو بن خالد وعمرو كذاب مدلس، وكذا قال أحمد بن حنبل، وقال علي بن المديني: لم يرو حبيب عن عاصم إلا حديثاً واحداً، وقال أبو حاتم: لا يثبت له عن عاصم شيء، فهاتان علتان خفيتان قادحتان، وجزم الحاكم في علوم الحديث بأن الصواب رواية من روي عن الحسن عن عمرو بن خالد عن حبيب.

حديث ابن عباس في ذلك: أخرجه مسلم كما سيأتي.

(٢) مسلم [١٩٣٣] بهذا، قال ابن عبد البر: مجمع على صحته.

(٣) رواه أحمد من حديث خالد بن الوليد: غزونا مع رسول الله ﷺ غزوة خيبر، فأسرع الناس في حظائر يهود، فأمرني أن أنادي: الصلاة جامعة، ولا يدخل الجنة إلا مسلم، ثم قال: يا أيها =

إلى نص الشافعي - رضي الله عنه - منوط بعدوانه بالناب .

وقال أبو إسحاق: التحريم منوط بتعيشه بناه، ومعناه؛ أنه لا يأكل إلا من فريسته، إذا تقرّر ذلك، فلا يحلّ الكلب والأسد والذئب والثّمر والفهد والبيبر<sup>(١)</sup> والدبّ والقرد، والفيل؛ لأنها عاديةٌ بأنيابها، وحكى أبو عاصم العبادي أن أبا عبد الله البوشنجي من أصحابنا اختار مذهب مالك في حلّ الفيل، وقال: لا يعدو من الفيلة إلا الفحل المغتلم؛ كالإبل، والمذهب الأول، [و] لا يحلّ من الطير البازي<sup>(٢)</sup> والشاهين<sup>(٣)</sup>

= الناس إنه قد أسرعتهم في حظائر يهود، ألا لا تحل أموال المعاهدين إلا بحقها، وحرام عليكم لحوم الحمر الأهلية، وخيلها، وبغالها، وكل ذي ناب من السباع، وكل ذي مخلب من الطير، وأثبت في صحيح مسلم. ومسند أبي يعلى من حديث أنس: أن الذي نادى بتحريم الحمر الأهلية، هو أبو طلحة، وفي مسند أحمد أنه عبد الرحمن بن عوف، ذكره من حديث أبي ثعلبة، قلت فيحتمل أن يكون أمر جماعة بالنداء بذلك، وحديث خالد لا يصح، فقد قال أحمد: إنه حديث منكر، وقال أبو داود [٣٧٩٠ - ٣٨٠٦]: إنه منسوخ.

(١) قال النووي: البيبر - بباءين موحدتين - الأولى مفتوحة، والثانية ساكنة، وهو حيوان معروف يعادي الأسد، ويقال له: الفرائق بضم الفاء وسكون النون.

(٢) أفصح لغاته بازي مخففة الياء والثانية باز والثالثة بازي بتشديد الياء حكاها ابن سيده وهو مذكر لا اختلاف فيه ويقال في الثنية بازيان وفي الجمع بزاة كقاضيان وقضاة ويقال للبزة والشواهين وغيرهما مما يصيد صقوراً ولفظه مشتق من البزوان وهو الوثب وكنيته أبو الأشعث وأبو البهلول وأبو لاحق وهو من أشد الحيوانات تكبراً وأضيقها خلقاً قال القزويني في عجائب المخلوقات قالوا إنه لا يكون إلا أنثى وذكرها من نوع آخر كالحده والشواهين ولهذا اختلفت أشكالها وفرخ البازي يسمى غطريفاً ويضرب بالبازي المثل في نهاية الشرف كما قال الشاعر:

اداما اعتز ذو علم بعلم      فعلم الفقه أولى باعتزاز  
وكم طيب يفوح ولا كمسك      وكم طير يطير ولا كباز  
ينظر: حياة الحيوان ٩٩/١ - ١٠٠.

(٣) جمعه شواهين وشياهين وليس بعربي لكن تكلمت به العرب قال الفرزدق:

حمى لم يحط عنه سريع ولم يخف      نويرة يسعى بالشياهين طائره  
والشاهين ثلاثة أنواع شاهين وقطامي وانقي والشاهين في الحقيقة من جنس الصقر إلا أنه أبرد منه وأيبس مزاجاً ولأجل ذلك تكون حركته من العلو إلى السفل شديدة ولهذا ينقض على صيده انقضاضاً من غير تحويم وعنده جبن فتور وهو مع ذلك شديد الضراوة على الصيد ولأجل ذلك ربما ضرب بنفسه الأرض فمات وعظامه أصلب من عظام سائر الجوارح وبعضهم يقول الشاهين كاسمه يعني الميزان لأنه لا يتحمل أدنى حال من الشيع ولا أيسر حال من الجوع والمحمود من صفاته أن يكون عظيم الهامة واسع العينين رحب الصدر ممتلىء الزور عريض الوسط جليد الفخذين قصير الساقين قليل الريش رقيق الذنب إذا صلب عليه جناحيه لم يفضل عنه منهما شيء فإذا كان كذلك صاد الكركي وغيره ويقال إن أول من صاد به قسطنطين وينظر: حياة الحيوان ٢/٥٧ - ٥٨ كانت الشواهين ربيضة له وعلمت.



والصقر<sup>(١)</sup> والعقاب<sup>(٢)</sup>، وجميع جوارح الطير، ولا يحرم الضَّبُّ<sup>(٣)</sup>، وبه قال مالكٌ

(١) (الصقر) الطائر الذي يصاد به قاله الجوهري وقال ابن سيده الصقر كل شيء يصيد من البراة والشواهين والجمع أصقر وصقور وصقورة وصقار وصقارة قال سيويه إنما جازوا بالهاء في مثل هذا الجمع تأكيداً نحو بعولة والأنثى صقرة والصقر هو الأجدل ويقال له القطامي وكنيته أبو شجاع وأبو الأصبع وأبو الحمراء وأبو عمرو وأبو عمران وأبو عوان قال النووي في شرح المهذب قال أبو زيد الأنصاري المروزي يقال للبراة والشواهين وغيرهما مما يصيد صقور واحدها صقر والأنثى صقرة وزقر بإبدال الصاد زايا وسقر بإبدالها سينا وقال الصيدلاني في شرح المختصر كل كلمة فيها صاد وقاف ففيها اللغات الثلاث كالبصاق واليزاق والبساق وأنكر ابن السكيت بسق وقال إنما معناه طال قال الله تعالى ﴿والنخل باسقات﴾ أي مرتفعات.

(٢) طائر معروف والجمع أعقب لأنها مؤنثة وأفعال بناء يختص به جمع الإناث مثل عناق وأعناق وذراع وأذرع والكثير عقبان وعقايبين جمع الجمع.

وكنيته أبو الأشيم وأبو الحجاج وأبو حسان وأبو الدهر وأبو الهيثم والأنثى أم الحوار وأم الشعو وأم طلبة وأم لوح وأم الهيثم والعرب تسمى العقاب الكاسر ويقال لها الخدارية للونها وهي مؤنثة اللفظ وقيل العقاب يقع على الذكر والأنثى وتمييزه باسم الإشارة وقال في الكامل العقاب سيد الطيور والنسر عريفها والعقاب قال ابن ظفر حاد البصر ولذلك قالت العرب أبصر من عقاب والأنثى منه تسمى لقوة قال البطلوسي في الشرح قال الخليل اللقوة واللقوة بالفتح والكسر العقاب السريعة الطيران انتهى وتسمى العقاب عنقاء مغرب لأنها تأتي من مكان بعيد اه ينظر: حياة الحيوان ١٥١/٢.

(٣) بفتح الضاد حيوان بري معروف يشبه الورل قال أهل اللغة وهو من الأسماء المشتركة فيطلق على ورم في خف البعير وعلى ضبة الحديد والضب اسم للجبل الذي بمسجد الخيف في أصله وضبة الكوفة وضبة البصرة قبيلتان من العرب والضبُّ أن يجمع الحالب خلفي الناقة في كفيه جميعاً أنشد ابن دريد:

جمعت له كفي بالرمح طاعنا  
كما جمع الخلفين في الضبِّ حالب  
وكنيته أبو حسل والجمع ضباب وأضب مثل كف وأكف والأنثى ضبة قالت العرب لا أفعله حتى يرد الضب لأن الضب لا يرد الماء قال ابن خالويه في أوائل كتاب ليس الضب لا يشرب الماء ويعيش سبعمئة سنة فصاعداً ويقال إنه يبول في كل أربعين يوماً قطرة ولا تسقط له سن ويقال إن أسنانه قطعة واحدة ليست مفرقة ينظر حياة الحيوان ٩٣/٢.

وذهب أكثر أهل العلم إلى القول بحله، روي عن عمر بن الخطاب وابن عباس، وأبي سعيد، وعمامة الصحابة.

وبه قال الشافعي، ومالك، والليث، وأحمد، وابن المنذر وذهب أبو حنيفة والثوري إلى القول بحرمة أكله.

استدل أبو حنيفة - رحمه الله - بما روي أن النبي ﷺ - «نهى عن أكل لحم الضب».

وأيضاً بما روي عن عائشة - رضي الله عنها - أنه أهدى لها ضب، فسألت رسول الله ﷺ عن أكله: فكرهه فجاء سائل فأرادت أن تطعمه إياه، فقال صلوات الله وسلامه عليه: «أتطعمين ما لا تأكلين؟».

وأحمدُ خلافاً لأبي حنيفة؛ لما رُوِيَ أن عمر - رضي الله عنه - قال: سأل رجلُ رسولَ الله - ﷺ - عن أكلِ الضَّبِّ، فقال: لا آكلُهُ ولا أحرِّمُهُ<sup>(١)</sup>، وعن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال: دخلتُ أنا وخالدُ بن الوليدِ معَ رسولِ الله - ﷺ - بيتَ ميمونةَ، فأبى بضْبٍ مَحْنُودٍ، فَرَفَعَ رسولُ الله - ﷺ - يدهُ، فقُلْتُ: أحرِّمُ هوَ يا رسولَ الله؟ قال: لا، ولكِنَّهُ لَمْ يَكُنْ بِأَرْضِ قَوْمِي، فأجِدُنِي أَعافُهُ، قالَ خَالِدٌ: فاجتَررتُهُ، فأكَلْتُهُ، ورسولُ الله - ﷺ - يَنْظُرُ<sup>(٢)</sup> ولا يَحْرُمُ الضَّبْعُ، وبه قال أحمد، وقال أبو حنيفة: يَحْرُمُ، وهو رواية عن مالك والأشهرُ عنه الكراهية؛ لما رُوِيَ أن جابراً - رضي الله عنه - سئِلَ عن الضَّبْعِ، أَصِيدَ هو؟ فقال: نَعَمْ، قِيلَ: أَيُؤْكَلُ؟ قال: نَعَمْ، قِيلَ: أَسَمِعْتَهُ مِنَ النَّبِيِّ - ﷺ -؟ قال: نَعَمْ<sup>(٣)</sup> وعن الشافعي - رضي الله عنه - أن لَحْمَ الضَّبَاعِ<sup>(٤)</sup> كان يُبَاعُ بينَ الصفا والمروة

= ووجه الدلالة أن رسول الله ﷺ نهاها عن التصدق به، فدل ذلك على أن امتناع الرسول منه كان: لحرمة، لا لأنه كان يعافه.

واستدل الجمهور بما روى ابن عباس قال: «دخلت أنا وخالد ابن الوليد على رسول الله ﷺ بيت ميمونة فأبى بضب محنود، فأهوى إليه رسول الله ﷺ بيده، فقال لبعض النسوة: أخبروا رسول الله بما يريد أن يأكل، فرفع رسول الله ﷺ يده فقالت: حرام هو يا رسول الله؟ قال: لا. ولكنه لم يكن بأرض قومي فأجديني أعافه. قال خالد: فاجتدرته فأكلته ورسول الله صلى الله عليه وسلم ينظر.» ووجه الدلالة: أن خالد بن الوليد أكله بحضرة النبي ﷺ وسكت عنه، ولم ينكر عليه ذلك، فكان دليلاً لإباحته.

أما ترك الرسول أكله، فقال ابن عباس: إنه تركه تقديراً وأكل على مائدته.

وحديث النبي عن أكله لم يثبت عن النبي ﷺ.

ويجاب عن حديث عائشة: باحتمال أن يكون منع رسول الله ﷺ عائشة من التصدق بالضب، على حد قوله تعالى: ﴿ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون﴾.

فلهذا المعنى كره لعائشة التصدق به، لا لكونه: حراماً. والله أعلم.

(١) متفق عليه البخاري [٥٥٣٦، مسلم ١٩٤٣ - ١٩٤٤] من حديثه.

(٢) متفق عليه البخاري [٥٣٩١ - ٥٤٠٠ - ٥٥٣٧، مسلم ١٩٤٥ - ١٩٤٦ - ١٩٤٨].

(٣) رواه الشافعي والترمذي [١٧٩٢] والنسائي [٢٠٠/٧] وابن ماجه [٣٢٣٦] والبيهقي، وصححه البخاري والترمذي وابن حبان وابن خزيمة والبيهقي، وأعله ابن عبد البر بعد الرحمن بن أبي عمار فوهم، لأنه وثقه أبو زرعة والنسائي، ولم يتكلم فيه أحد، ثم إنه لم ينفرد به، وقال البيهقي: قال الشافعي: وما يباع لحم الضباع إلا بين الصفا والمروة، ورواه أبو داود [٣٨٠١] بلفظ: سألت رسول الله ﷺ عن الضبع، فقال: صيد، ويجعل فيه كبش إذا صاده المحرم، وأما ما رواه الترمذي من حديث خزيمه بن جزء قال: أياكل الضبع أحد، فضعيف، لاتفاقهم على ضعف عبد الكريم أبي أمية، والراوي عنه إسماعيل بن مسلم.

(٤) الضبع معروفة ولا تقل ضبعة لأن الذكر ضبعان والجمع ضباعين مثل سرحان وسراحين والأنثى ضبعانة والجمع ضبعانات وضباع ينظر حياة الحيوان ٩٧/٢.

من غير إنكار، ونابه ضعيف، لا يتقوى به، ولا يعيش به، ويحرم السَّبْع، وهو المتولد بين الذئب والضَّبْع، ولا يحرم الثعلب، وعن أحمد روايتان، وعن أبي حنيفة ومالٍ مثل ما روي في الضبع.

لنا: أنه ذو ناب ضعيف، فأشبه الضبع، ويحل الأرنب<sup>(١)</sup> واليربوع؛ خلافاً لأبي حنيفة.

= اختلف الفقهاء في حل أكلها.

فرويت الرخصة في ذلك عن علي بن أبي طالب، وابن عمر وأبي هريرة وعروة بن الزبير وعكرمة.

وبه قال الشافعي وأحمد وإسحق وداود.

وقال الإمام مالك: يكره أكلها.

وقال أبو حنيفة والثوري: يحرم أكلها.

استدل أبو حنيفة بما روي أن النبي - ﷺ - «نَهَى عَنْ كُلِّ ذِي نَابٍ مِنَ السَّبَاعِ».

والضَّبْعُ مِنَ السَّبَاعِ، فتدخل في عموم النهي.

واستدل أيضاً: بأن النبي - ﷺ - حين سئل عن الضبع.

قال: «وَمَنْ يَأْكُلُ الضَّبْعَ؟».

واستدل المبيح: بما رواه جابر - رضي الله عنه - قال: «أَمَرْنَا رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ

بِأَكْلِ الضَّبْعِ، قُلْتُ: أَصِيدُ هِيَ؟ قَالَ: نَعَمْ»، وهو حديث حسن صحيح.

قال الشافعي - رحمه الله -: ما زال الناس يأكلونها بين الصفاء والمروءة من غير تكثير.

ولأن العرب تستطيب الضبع؛ لطيب لحمها فيحل أكلها.

ويجاب عن أدلة المانعين بأن ما استدلوا به من حديث النهي عن كل ذي ناب من السباع، لا يتم

لهم؛ لأنه عام والحديث الذي استدللنا به خاص، والخاص مقدم على العام.

على أنه قد قيل: إن الضبع ليس له ناب يتقوى به، فلا يدخل في السباع المنهي عنها.

وأما الخبر الذي فيه: «ومن يأكل الضبع» فيجاب بضعفه لأن في إسناده عبد الكريم بن أمية، وهو

متفق على ضعفه، والراوي عنه إسماعيل بن طلحة، وهو ضعيف أيضاً.

جمهور الفقهاء من السلف والخلف على حل أكله وبه قال الأئمة الأربعة، والليث، وأبو ثور،

وابن المنذر.

وخالف الفقهاء في ذلك ثلاثة: صحابي: وهو عبد الله بن عمرو بن العاص، وتابعي: وهو

عكرمة، ومن الفقهاء: ابن أبي ليلى.

احتج الجمهور بما روي عن أنس - رضي الله عنه - قال: «أنفجنا أرنباً بمر الظهران، فسمى القوم

فلغبوا، وأدركتها فأخذتها فأتيت بها أبا طلحة فذبحها، ويعث إلى رسول الله ﷺ بوركها فقبله» رواه

الجماعة.

وعن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: جاء أعرابي إلى رسول الله ﷺ بأرنب قد شواها، ومعها

صنابها، وأدمها، فوصفها بين يديه، فأمسك رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَلَمْ يَأْكُلْ وَأَمَرَ

أصحابه أَنْ يَأْكُلُوا» رواه أحمد والنسائي وفي أمر النبي أصحابه بأكل الأرنب، دليل على حله. =

لنا في الأرنب: ما رُوِيَ عن أنس - رضي الله عنه - قال: «أَنْفَجْنَا أَرْنَبًا، أَي: أَزْرَنَاهَا بِمَرِّ الظَّهْرَانِ، فَأَذْرَكْنَاهَا، فَأَخَذْتَهَا، فَأَتَيْتُ بِهَا أَبَا طَلْحَةَ، فَذَبَحَهَا، وَبَعَثَ بِفَخِذِهَا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ - ﷺ - فَقَبِلَهُ، وَيُرْوَى: «فَأَكَلَ مِنْهُ» وعن بعض الصحابة - رضي الله عنه - قال: أَضْطَدْتُ أَرْنَبَيْنِ، فَذَبَحْتُهُمَا بِمَرْوَةَ، وَسَأَلْتُ النَّبِيَّ - ﷺ - فَأَمَرَنِي بِأَكْلِهِمَا، وَأما اليزْبُوعُ<sup>(١)</sup>، فَإِنَّ الْعَرَبَ تَسْتَطِيبُهُ، وَنَابَهُ ضَعِيفٌ، وَالْوَجْهَانِ يَجْرِيَانِ فِي ابْنِ مَقْرُضٍ<sup>(٢)</sup>، وَهُوَ الدَّلْقُ<sup>(٣)</sup>، وَفِي ابْنِ آوَى أَيْضًا ثُمَّ، فِي تَعْلِيقِ الشَّيْخِ أَبِي حَامِدٍ:

= واستدل المانعون بحديث خزيمة بن جزء قال: «قُلْتُ يَا رَسُولَ اللَّهِ مَا تَقُولُ فِي الْأَرْنَبِ قَالَ: لَا أَكُلُهُ وَلَا أَحْرُمُهُ. قُلْتُ وَلِمَ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ: نُبِّئْتُ أَنَّهَا تَذْمِي.»

قال الحفاظ: سنده ضعيف فلا يعارض ما ثبت في الصحيح. على أنه لا دلالة فيه على التحريم بعد قوله عليه الصلاة والسلام «وَلَا أُحْرِمُهُ».

وإن صح نحو هذا الحديث كان صالحاً للاحتجاج به على كراهة التنزيه، والمحكى عن عبد الله ابن عمرو: التحريم.

(١) بفتح الياء المثناة تحت ويسمى الدرص بفتح الدال وكسرهما وإسكان الراء المهملتين وبالضاد المهملة حيوان طويل الرجلين قصير اليدين جداً وله ذنب كذنب الجرذ يرفعه صعداً في طرفه شبه النؤارة لونه كلون الغزال قال أصحاب الكلام في طبائع الحيوان أن كل دابة حشاها الله خبثاً فهي قصيرة اليدين لأنها إذا خافت شيئاً لاذت بالصعود فلا يلحقها شيء وهذا الحيوان يسكن بطن الأرض لتقوم رطوبتها له مقام الماء وهو يؤثر التسميم ويكره البحار أبداً يتخذ حجره في نشز الأرض ثم يحفر بيته في مهب الرياح الأربع ويتخذ فيه كوى وتسمى النافقاء والقاصعاء والراهطاء فإذا طلب من إحدى هذه الكوى نافق أي خرج من النافقاء وإن طلب من النافقاء خرج من القاصعاء وظاهر بيته تراب وباطنه حفر وكذلك المنافق ظاهره إيمان وباطنه كفر قال الجاحظ وغيره واسم المنافق لم يكن في الجاهلية لمن أسر الكفر وأظهر الإيمان ولكن الباري جلّ وعلا اشتق له هذا الاسم من هذا الأصل من نافقاء اليربوع لأنه لما أبطن الكفر وأظهر الإيمان وورى بشيء عن شيء ودخل في باب الخديعة وأوهم الغير خلاف ما هو عليه أشبه في ذلك فعل اليربوع.

ذهب إلى القول بحل أكل اليربوع عروة، وعطاء، والشافعي، وأبو ثور، وأحمد، وابن المنذر. وذهب أبو حنيفة إلى القول بتحريمه.

ولم يرد فيه تحريم بخصوصه، وفيه ما يدل على إباحته؛ لأن نابه ضعيف، والعرب تستطيبه، وأوجب فيه عمر على المحرم جفرة، فدل هذا على حل أكله.

(٢) بضم الميم وكسر الراء وبالضاد المعجمة دوية كحلاء اللون طويلة الظهر ذات قوائم أربع أصغر من الفأر تقتل الحمام وتقرض الثياب ولذلك قالوا ابن مقرض قال في المهمات الصحيح على ما يقتضيه كلام الرافعي الحل وقد وقعت المستلة في الحاوي الصغير على الصواب فأباح ابن مقرض وحزم ابن عرس: ينظر: حياة الحيوان ٢/٣٨٥.

(٣) الدلق: دوية نحو الهرة طويلة الظهر يعمل منها القز.

فارسي معرب وهو دوية تقرب من السمور قال عبد اللطيف البغدادي أنه يفترس في بعض الأحيان ويكرع الدم وذكر ابن فارس في المعجم أنه النمس.

أن الأشبه بالمذهب حلّه؛ لضعف نابه، لكن الذي رجّحه أبو علي الطبري وصاحب «التهذيب» والرويانى: المنع؛ لأن رائحته كريهة، ويتناول الميتة كالذئب؛ ولأن العرب تستخبئه، وهذا ما حكى الإمام عن المراوزة القطع به، وفي «الحاوي» بناء الخلاف على أن تحريم ذي الناب، بم يتعلق؟ فعلى تعليل الشافعي - رضي الله عنه - يحل؛ لأنه لا يتقوى، ولا يعدو ابتداءً، وعلى تعليل أبي إسحاق، لا يحل، وفي «التهذيب» إجراء الخلاف في الوبر<sup>(١)</sup> والدُّلدل<sup>(٢)</sup>، والظاهر المنسوب إلى النَّص أنه حلال، وعليه يتفرّع تعلق الجزء به على ما سبق في الحجّ، وبيننا هناك أن الوبر ما هو، ويقال: إن هذه الدابة أنبل من ابن عرس، وأما الدُّلدل؛ وهو في حد السخلة، ويقال: إنه عظيم القنافذ، وعن الشيخ أبي حامد<sup>(٣)</sup>: أنه كان يقطع بتحريمه، ويُلحِّقه بالخبائث، قال الإمام: ولست أعرف فيه أصلاً يرجع إليه والهرّة الإنسيّة محرّمة؛ لأنها تعدو وتعيش بنابها، وقد ورد في الخبر؛ أنها سَبِغ<sup>(٤)</sup> واختار أبو عبد الله البوشنجي لنفسه مذهب مالك وهو حلّها، وفي الوحشيّة وجهان:

أحدهما: وبه قال الخُضريُّ: تحلُّ، كما يحلُّ الحمار الوحشيُّ.

وأصحهما: المنع؛ لأنها تعدو بنابها، وهي في اللون والصورة والطبع كالإنسية؛ ألا ترى أنها تتلون بألوان مختلفة، وتستأنس بالناس؛ كالأهلية بخلاف الحمار الوحشي مع الإنسي، قال الإمام: وقد يُظنُّ أن الهرز الوحشيات هي الإنسيات؛ تستوحش عند جلاء أهل القرى، وفي السُّنور<sup>(٥)</sup> والسُّنجاب<sup>(٦)</sup> والفنك<sup>(٧)</sup> والقمام<sup>(٨)</sup> والحواصل

= قال القزويني أنه حيوان وحشي عدو الحمام إذا دخل البرج لا يترك فيه واحداً وتقطع الثعابين عند صورته.

وفي رحلة ابن الصلاح عن كتاب لوامع الدلائل في زوايا المسائل للكميا الهراسي أنه قال يجوز أكل الفنك والسُنجاب والدلق والقاقم والحوصل والزرافة كالثعلب ثم إن ابن الصلاح كتب بخطه الدلق النمس فاستفدنا من هذا حل النمس والزرافة ينظر حياة الحيوان ٣٠٧/١.

(١) وَالْوَبْرُ: دُوَيْبَةٌ عَلَى قَدْرِ السُّنُورِ، مِثْلُ الْجُرْذِ إِلَّا أَنَّهُ أَتْبَلُ وَأَكْثَرُ طَحْلَاءَ اللَّوْنِ، وَهِيَ كَخَلَاءِ نَجْلَاءِ، مِنْ جِنْسِ بَنَاتِ عِزْمٍ، لَيْسَ لَهَا ذَنْبٌ يَنْظُرُ: النظم ٢٢٤/١.

(٢) حيوان شائك قارض، من آكلات الحشرات، وهو نوع من القنافذ ينظر: المعجم الوسيط ١/٢٩٢.

(٣) في أ: محمد. (٤) تقدم في باب النجاسات.

(٥) بِكَسْرِ السِّينِ وَفَتْحِ الثَّوْنِ، وَهُوَ الْهَرُّ، وَسَمَّيَتْ الْهَرَّةَ؛ لِصَوْتِهَا عِنْدَمَا تَكْرَهُ الشَّيْءَ، يُقَالُ: هَرَّ الْكَلْبُ وَعَيزَهُ، وَقَدْ فَسَّرَ فِي لَيْلَةِ الْهَرِيرِ، وَحَقِيقَتُهُ: الصَّوْتُ الْمَكْرُوهُ. فِعْلَةٌ بِمَعْنَى فَاعِلَةٌ يَنْظُرُ: النظم ٢٢٣/١.

(٦) حيوان على حدّ اليربوع أكبر من الفأر وشعره في غاية النعومة يتخذ من جلده الفراء يلبسه المتعمون وهو شديد الحيل إذا أبصر الإنسان صعد الشجرة العالية وفيها يأوي ومنها يأكل وحكمه =

وجهان أيضاً، والأظهر: حلها وإحاقها بالثعلب، ويحكى ذلك عن نص الشافعي - رضي الله عنه - .

وليعلم؛ لما بينا قوله في الكتاب «فيحرم الكلب» بالميم؛ ليحل الكلب وما بعده عنده، و«الفيل» بالواو؛ لاختيار البوشنجي.

وقوله: «ولا يخرم» بالحاء و«الضبع» بالميم. «والثعلب» بالميم والألف، ويجوز أن يعلم «وابن آوى» بالواو إشارة إلى ما ذكر من قطع المراززة بتحريمه.

وقوله: «لشبهه بالثعلب والكلب» وجه شبهه بالثعلب؛ أنه ضعيف الناب، وقليلاً ما يعدو، ووجه شبهه بالكلب؛ أنه [ضعيف الناب] يتناول الميتة، وقوله في الهرة الوحشية «لشبهها بالإنسية» قال في «الوسيط»: والأرنب، وقوله، عند ذكر الطيور «النسر» يشعر بأن له مخلباً يعدو به، وكذلك أدرجه مذجون في ذوات المخالب، وفي «الشامل» وغيره: عدّه مما لا مخلب له، وتوجيه تحريمه بأنه من المستخبات، وأيضاً، فعن البراء بن عازب - رضي الله عنه - أن النبي - ﷺ - كان يكره لحم ما يأكل الميتة<sup>(١)</sup>، والله أعلم.

= حل الأكل لأنه من الطيبات وقال بتحريم أكله القاضي من الحنابلة وعلمه بأنه ينهش الحيات فأشبهه الجرذ واستدل الجمهور بأنه يشبه اليربوع ومتى تردّد بين الإباحة والتحريم غلبت الإباحة لأنها الأصل وإذا ذكى السنجاب ذكاة شرعية جاز لبس فرائه وإن خنق ثم دبغ جلده لم يظهر شعره على الأصح كسائر جلود الميتة لأن الشعر لا يتأثر بالدباغ وقيل يظهر الشعر تبعاً للجلد وهي رواية الربيع الجيزي عن الشافعي ولم ينقل عنه في المهذب سوى هذه المسئلة وهذا الوجه صححه الأستاذ أبو إسحق الإسفراييني والرويانّي وابن أبي عصرون واختاره السبكي وغيره لأن الصحابة قسموا في زمن عمر رضي الله تعالى عنه الفراء المغنومة من الفرس وهي ذبائح مجوس وفي صحيح مسلم من حديث أبي الخير مرثد بن عبد الله البرني قال رأيت علي بن ولاة السبائي فرواً فمسته فقال مالك تمسه قد سألت ابن عباس رضي الله تعالى عنهما قلت له إنا نكون بالمغرب ومعنا البربر والمجوس فيؤتى بالكيش قد ذبحوه ونحن لا نأكل ذبائحهم ويأتون بالسقاء فيجعلون فيه الودك فقال ابن عباس رضي الله عنهما قد سألتنا رسول الله ﷺ عن ذلك فقال دباغه طهوره.

(٧) دوية يؤخذ منها الفرو قال ابن البيطار أنه أطيب من جميع الفراء.

يجلب كثيراً من بلاد الصقالية ويشبه أن يكون في لحمه حلاوة وهو أبرد من السمور واعدل وأحرز من السنجاب يصلح لأصحاب الأمزجة المعتدلة (وحكمه) يحل أكله لأنه من الطيبات ونقل الإمام أبو عمر بن عبد البر في التمهيد عن أبي يوسف أنه قال في الفئك والسنجاب والسمور كل ذلك سبع مثل الثعلب وابن عرس ينظر: حياة الحيوان ٢/٢٦٥.

(٨) صغار القردان وضرب من القمل شديد التشبث بأصول الشعر الواحدة قمقامة ينظر: حياة الحيوان ٣١٢/٢.

(١) قال الحافظ في التلخيص: لم أجدّه.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الرَّابِعُ): مَا أَمَرَ بِقَتْلِهِ كَالْفَوَاسِقِ الْخَمْسِ، وَهِيَ الْغُرَابُ وَالْحِدَاةُ وَالْعَقْرَبُ وَالْحَيَّةُ وَالْفَأْرَةُ، وَفِي مَعْنَى الْخَمْسِ كُلُّ سَبْعٍ ضَارٍ كَالذَّنْبِ وَالْأَسَدِ وَالْفَهْدِ وَالنَّمِرِ، وَالنَّعَامَةُ تُلْحَقُ بِالْحِدَاةِ، وَالْغُرَابُ الْأَبْقَعُ حَرَامٌ، وَفِي الْأَسْوَدِ الْكَبِيرِ تَرْدُدٌ، وَأَمَّا غُرَابُ الرُّزْجِ وَمِنْهَا حُمُرُ الْمَنَاقِيرِ وَالْأَرْجُلِ فَالْأَطْهَرُ جُلْهَا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قَالَ صَاحِبُ «التَّلْخِصِ» وَسَاعَدَهُ الْأَصْحَابُ: مَا أَمَرَ بِقَتْلِهِ مِنَ الْحَيَوَانِ فَهُوَ حَرَامٌ؛ وَالسَّبَبُ فِيهِ أَنْ الْأَمْرَ بِقَتْلِهِ إِسْقَاطٌ لِحَرْمَتِهِ وَمَنْعٌ مِنْ اقْتِنَائِهِ، وَلَوْ كَانَ مَأْكُولًا، لَجَازَ اقْتِنَاؤُهُ؛ لِلتَّسْمِينِ وَإِعْدَادِهِ لِلأَكْلِ، فَمِنْ ذَلِكَ الْفَوَاسِقِ الْخَمْسِ؛ رُويَ عَنْ عَائِشَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - قَالَ: «خَمْسٌ فَوَاسِقٌ يُقْتَلْنَ فِي الْحِلِّ وَالْحَرَمِ: الْحَيَّةُ وَالْفَأْرَةُ، وَالْغُرَابُ، الْأَبْقَعُ وَالْكَلْبُ وَالْحِدَاةُ»<sup>(١)</sup> وَيُرْوَى تَقْيِيدَ الْكَلْبِ بِالْعَقُورِ، وَفِي رِوَايَةِ أَبِي هُرَيْرَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - بَدَلَ الْغُرَابِ «الْعَقْرَبُ» وَفَسَّرَ الْفَوَاسِقَ فِي الْكِتَابِ بِالْغُرَابِ وَالْحِدَاةِ وَالْحَيَّةِ وَالْفَأْرَةَ، وَالْعَقْرَبِ، وَلَا شَكَّ أَنَّ التَّحْرِيمَ شَامِلٌ لِجَمِيعِهَا، وَفِي مَعْنَاهَا كُلِّ سَبْعٍ ضَرٍ، وَفِي بَعْضِ الرِّوَايَاتِ أَنَّهُ - ﷺ - قَالَ: «وَكُلُّ سَبْعٍ عَادٍ» وَهَذَا الْأَصْلُ يُقْتَضِي أَيْضًا تَحْرِيمَ الْأَسَدِ وَالذَّنْبِ وَالْفَهْدِ وَالنَّمِرِ، وَقَدْ يَجْتَمِعُ فِي الشَّيْءِ الْوَاحِدِ سَبَبَانِ أَوْ أَسْبَابٌ؛ تَقْتَضِي التَّحْرِيمَ، ثُمَّ فِي الْفَصْلِ صَوْرَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: الْبَغَاةُ<sup>(٢)</sup> مُحَرَّمَةٌ؛ كَالْحِدَاةِ، وَهِيَ طَائِرٌ أَيْضًا بَطْنِي الطَّيْرَانِ أَصْغَرَ مِنَ الْحِدَاةِ؛ وَلِذَلِكَ تَحْرِمُ الرَّحْمَةَ<sup>(٣)</sup>؛ وَذَلِكَ لَخَبِثِ عِذَائِهَا، وَقَدْ رُويَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - «نَهَى عَنْ أَكْلِ الرَّحْمَةِ»<sup>(٤)</sup>.

(١) متفق عليه، قد تقدم في الحج في باب محرمات الإحرام.

(٢) مفرد بغاث مثل نعامة ونعام، وبغاث الطير شرارها وما لا يعيد منها ينظر: حياة الحيوان ١/٣٣٣.

(٣) بالتحريك طائر أبقع يشبه النسر في الخلقة وكنيتها أم جعران وأم رسالة وأم عجبية وأم قيس وأم كبير ويقال لها الأنوق والجمع رخم والهاء فيه للجنس. (وحكمها) تحريم الأكل.

روى البيهقي عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما قال نهى رسول الله ﷺ عن أكل الرحمة وإسناده ليس بالقوي وقال الإمام العلامة القرطبي في تفسير آخر سورة الأحزاب كالذين آذوا موسى بقلوبهم إنه قتل أخاه هرون فتكلمت الملائكة بموته ولم يعرف موضع قبره إلا الرحمة فلذلك جعله الله أصم أبكم وكذلك رواه الحاكم في المستدرک وفي كتاب تواريخ الأنبياء عليهم الصلاة والسلام وقال الزمخشري أنها تقول في صياحها سبحان ربي الأعلى ينظر: حياة الحيوان ١/٣٣٣.

(٤) رواه ابن عدي [٩٢٤/٣] والبيهقي (٣١٧/٩) وفي إسناده خارجه بن مصعب، وهو ضعيف جداً.

الثانية: الغراب، وهو أنواع:

منها: الأبقع، وهو فاسق محرّم بلا خلاف، ومنها الأسود الكبير، وفيه وجهان:

أحدهما: لا يخرم؛ للتقييد في بعض الروايات بالأبقع.

وأصحهما: وقطع به قاطعون: أنه حرام؛ لأنه يأكل الميتة، وهو من المستخبات، وقد يُقال لهذا الغراب الغداف الكبير، وأيضاً الغراب الجبلي؛ لأنه يسكن الجبال.

ومنهما: غراب الزرع، وهو أسود صغير، ويُقال له: الزاغ، وقد يكون مُحَمَّر المنقار والرجلين، وفيه وجهان:

أحدهما: أنه حرام؛ لأنه من جنس الغرابان.

وأصحهما: الحجل، وبه قال أبو حنيفة؛ لأنه مستطاب يأكل الزرع، فأشبهه الفواخت.

ومنهما: غراب آخر صغير أسود أو رمادي اللون، وقد يُقال له: الغداف الصغير، وفيه وجهان كالوجهين في النوع الذي قبله، وأجرى الوجهان في العقق<sup>(١)</sup>، لكن في «التهذيب» الأصح أنه حرام، وبه قال أبو عبد الله البوشنجي، وهذا ما أورده القاضي الروياني.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: (الْحَامِسُ): مَا نُهِيَ عَن قَتْلِهِ كَالْحُطَّافِ وَالصُّرْدِ وَالنَّمْلَةِ وَالنَّحْلِ، وَفِي الْهُدُودِ تَرَدَّدَ، وَالْأَظْهَرُ أَنَّ اللَّفْلَقَ حَلَالًا كَالْكُرْكِيِّ وَكُلِّ ذَاتِ طَوْقٍ فَحَلَالٌ، وَأَسْمُ الْحَمَامِ يَشْمَلُ الْفَوَاحِشَ وَالْقَمَارِيَّ، وَمَا عَلَى شَكْلِ الْمُصْفُورِ فَحَلَالٌ وَإِنِ اخْتَلَفَ أَلْوَانُهَا كَالرُّزُورِ وَالصُّغُورَةِ وَأَشْبَاهِهَا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ ثَلَاثُ مَسَائِلَ:

إحداها: ذكر صاحب «التلخيص» وغيره؛ أن ما ورد النهي عن قتله، فهو حرام؛ وذلك لأنه لو كان مأكولاً، لجاز ذبحه؛ ليؤكل، فمما نهى عن قتله الحُطَّافِ، رُوِيَ أَنَّ

(١) وهو طائر على قدر الحمامة وهو على شكل الغراب وجناحه أكبر من جناحي الحمامة وهو ذو لونين أبيض وأسود طويل الذنب ويقال له القعقع أيضاً وهو لا يأوي تحت سقف ولا يستظل به بل يهيم وكره في المواضع المشرفة وفي طبعه الزنا والخيانة ويوصف بالسرقة والخبث والعرب تضرب به المثل في جميع ذلك اختلفوا في سبب تسميته عققاً فقال الجاحظ لأنه يعق فراخه فيتركهم بلا طعام وبهذا يظهر أنه نوع من الغرابان لأن جميعها يفعل ذلك وقيل اشتق له هذا الاسم من صوته ينظر: حياة الحيوان ١٧٦/٢.



النبي - ﷺ - «نَهَى عَنْ قَتْلِ الْخَطَايِفِ»<sup>(١)</sup> والمشهور أنه حرام، وَحَكَى أَبُو عَاصِمٍ الْعَبَادِيُّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ أَنَّهُ حَلَالٌ؛ لِأَنَّهُ يَتَقَوَّى بِالْحَلَالِ غَالِبًا، قَالَ: وَهَذَا مُحْتَمَلٌ عَلَى أَسْلِنَا، وَإِلَيْهِ مَالُ كِبْرَاءِ أَصْحَابِنَا، وَمِنَ الصُّرَدِ<sup>(٢)</sup>، وَفِيهِ وَجْهَانٌ:  
أظهرهما: وهو المذكور في الكتاب: أنه حرام؛ للنهي عن قتله.

والثاني: لا يَحْرُمُ؛ أَخْذًا بِالأَصْلِ، والنهي ليس للتحريم، بل لأن العَرَبَ كَانَتْ تَتَشَاءَمُ، بِهِ وَمِنَ النَّمْلَةِ<sup>(٣)</sup>، والنحلة، وهما حرامان؛ لورود النهي عن قتلها، وأيضاً، فهما من الحشرات المستخبثة وأجرى الشيخ أبو عاصم الخلاف فيهما، وفي الهدهد وجهان مذكوران في الكتاب، كما في الصُّرَدِ، ويقال قولان؛ لأنه حَكَى عن نص الشافعي - رضي الله عنه - إيجاب الفداء فيهما، وعنده: لا يجب الفدية إلا في المأكول، والأظهر التحريم، وبه قال صاحب «التلخيص». وأبو علي الطبري، ومما نُهِيَ عن قتله الخُفَّاشُ، ولم أجد فيه إلا التحريم، وقد يجري الخلاف فيه، وفي اللَّفْلَقِ<sup>(٤)</sup> وجهان:  
أحدهما: وإليه ميلُ الشيخ أبي محمد: أنه حلال كالكَرْكِيِّ<sup>(٥)</sup>، وجعله صاحب الكتاب الأظهر، وفي «التهذيب»: أن الأصحَّ التحريم، وهو الذي أورده أبو عاصم

(١) تقدم في الحج.

(٢) قال الشيخ أبو عمرو بن الصلاح هو مهمل الحروف على وزن جعل وكنيته أبو كثير وهو طائر فوق العصفور يصيد العصافير والجمع صردان قاله النضر بن شميل وهو أبقع ضخم الرأس يكون في الشجرة نصفه أبيض ونصفه أسود ضخم المنقار له برثن عظيم يعني أصابعه عظيمة لا يرى إلا في سعة أو شجرة لا يقدر عليه أحد وهو شرس النفس شديد النفرة غذاؤه من اللحم وله صفير مختلف يصفر لكل طائر يريد صيده بلغته فيدعوه إلى التقرب منه فإذا اجتمعوا إليه شدَّ على بعضهم وله منقار شديد فإذا نقروا واحداً قدَّه من ساعته وأكله ولا يزال هذا دأبه ومأواه الأشجار ورؤوس القلاع وأعالى الحصون. ينظر: حياة الحيوان ٧٣/٢.

(٣) المراد به النمل الكبير المعروف بالسليمانى كما ذكره الخطابي والبغوي في شرح السنة وأما النمل الصغير المسمى بالذر فإنه يجوز قتله وتقدم ذلك في الحج مع زيادة.

(٤) طائر أعجمي طويل العنق وكنيته عند أهل العراق أبو خديج وعبر عنه الجوهري بالقاف وهو اسم أعجمي قال وربما قالوا اللغلق والجمع اللقالق وهو يأكل الحيات وصوته اللقلقة وكذلك كل صوت فيه حركة واضطراب ويوصف بالفطنة والذكاء قال القزويني في الأشكال قال الرئيس من ذكاء هذا الطائر أنه يتخذ له عشرين يسكن في كل واحد منهما بعض السنة وأنه إذا أحس بتغير الهواء عند حدوث الوباء ترك عشه وهرب من تلك الديار وربما ترك بيضه أيضاً قال ومما يتوصل به إلى طرد الهوام اتخاذ اللقلق فإن الهوام تهرب من مكان هو فيه لفرعها منه وإذا ظهرت قتلها ينظر: حياة الحيوان ٣٧٥/٢.

(٥) مفرد جمعه الكركي، وهو طائر كبير أبيض يشبه طير الماء، ينتجعون البلادَ قطعاً قطعاً، وإذا بانوا في مكان: قيل: إنهم يخرسهم أحدهم، فإذا أحس شيئاً صاح بهم ينظر: النظم ٢٢٦/١.

العَبَّادِي، واحتج بأنه يطعم الخبائث، وبأنه يَصِفُ.

وقد رُوِيَ أنه - ﷺ - قال: «كُلَّ مَا دَفَّ وَدَغَّ مَا صَفَّ»<sup>(١)</sup> يقال: دَفَّ الطائر في طيرانه إذا حرك جناحه، كأنه يضرب بها وَصَفَّ إذا لم يتحرك، كما تفعل الجوارح.

الثانية: كل ذات طوق من الطيور حلال، واسم الحمام يقع عليها جميعاً، ويدخل فيه القُمْرِيُّ والدبسي واليمام والفراخت على ما سبق في «كتاب الحج» وأدرج في هذا القسم الوَرَّشَان<sup>(٢)</sup> والقَطَا واليعاقب<sup>(٣)</sup>، وكلها من الطيبات.

الثالثة: ما على شكل العصفور وفي حده، فهو حلال، واحتج له بما رُوِيَ عن النبي ﷺ - أنه قال: «مَا مِنْ إِنْسَانٍ يَقْتُلُ عَصْفُورًا فَمَا فَوْقَهَا بِغَيْرِ حَقِّهَا إِلَّا سَأَلَهُ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ عَنْهَا قِيلَ: وَمَا حَقُّهَا قَالَ: يَذْبُحُهَا فَيَأْكُلُهَا، وَلَا يَقْطَعُ رَأْسَهَا، فَيَطْرَحُهَا»<sup>(٤)</sup> ويدخل في الاسم الصَّغْوَةُ<sup>(٥)</sup> والزُّرْزُورُ<sup>(٦)</sup> والتَّعْرُ<sup>(٧)</sup> والبلبل، ويُقَالُ: إن أهل المدينة يسمون

(١) يقال دف الطائر في طيرانه إذا حرك جناحيه، كأنه يضرب بهما دفة، وصف إذا لم يتحرك كالجوارح، قال الحافظ في التلخيص: هذا الحديث لم أر من خرجه، إلا أن الخطابي ذكره في غريب الحديث وفسره.

(٢) بالشين المعجمة وهو ذكر القماري والجمع وراشين ويجمع أيضاً على ورشان بكسر الراء ككروان جمع للطائر وقيل إنه طائر يتولد بين الفاخنة والحمامة وبعضهم يسميه الورشين وفي ذلك يقول ابن عنين ملغزاً:

يا علماء القرييض إنني أعجزني في القرييض كشف  
فخبروني عن اسم طير النصف ظرف والنصف حرف

وكنيته أبو الأخضر وأبو عمران وأبو النائحة وهو أصناف منها النوبي وهو أسود وحجازي إلا أنه أشجى صوتاً منه ومزاجه بارد رطب بالنسبة إلى مزاج الحجازيات وصوته بين أصواتها كصوت العود بين الملاهي والورشان يوصف بالحنو على أولاده حتى أنه ربما قتل نفسه إذا رآها في يد القانص.

(٣) اليعقوب ذكر الحجل قال الجواليقي وهو عربي صحيح وأما يعقوب اسم نبي الله ﷺ فهو أعجمي كيوسف ويونس واليسع وقال الجوهرية يعقوب اسم رجل لا ينصرف في المعرفة للمعجمة والتعريف واليعقوب ذكر الحجل مصروف لأنه عربي لم يغير وإن كان مزيداً في أوله فليس على وزن الفعل، ويوصف اليعقوب بكثرة العدو وشدته والمراد باليعاقب كور القبيح وقال بعضهم أنه هنا العقاب والمشهور الأول واليعقوب والقبيح والحجل راجع إلى نوع واحد ينظر: حياة الحيوان ٤٨١/٢ - ٤٨٢.

(٤) أخرجه الشافعي [١٧٠٦٦] وأبو داود والحاكم [٢٣٣/٤] من حديث عبد الله بن عمرو، وقال: صحيح الإسناد، وأعله ابن القطان بصهيب مولى ابن عامر، الراوي عن عبد الله، فقال: لا يعرف حاله، ورواه الشافعي وأحمد والنسائي [٢٠٦/٧ - ٢٠٧ و ٢٣٩] وابن حبان عن عمرو بن الشريد عن أبيه مرفوعاً، بلفظ من قتل عصفوراً عبثاً عج إلى الله يوم القيامة، يقول: إن فلاناً قتلني عبثاً، ولم يقتلني منفعة.

(٥) طائر من صغار العصافير أحمر الرأس وهو بفتح الصاد وإسكان العين المهملتين والجمع صعور =

البلبل الثغر والحُمرة، وحكى العبادي أن منهم من حرم الحمرة؛ لأنها نهاس، والعندليب، عن رواية صاحب «التقريب» وجه أنه حرام، والأظهر حله، وهو الذي أورده صاحب «التهذيب» لأنه لِقَاطٌ، ولأنه يتقوت بالطاهرات، وتحل النعامة والكُرْكُي والديك والدجاج، والحُبَارَى؛ عن أبي موسى الأشعري - رضي الله عنه - أنه قال: «رَأَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ - ﷺ - يَأْكُلُ لَحْمَ دَجَاجٍ<sup>(١)</sup>» وعن شعبة - رضي الله عنه - قال: «أَكَلْتُ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ - ﷺ - لَحْمَ حُبَارَى<sup>(٢)</sup>» وفي البَبَغَاءِ والطاووسِ وجهان، قال في «التهذيب»: «أصحهما: التحريم، وذكر أن الشُّقْرَانَ<sup>(٣)</sup> يُؤْكَلُ؛ لأنه يطعم الطَّيْبَ، وعن الصيمريّ خلافه؛ لأنه نهاس، ذكر أبو عاصم أنه يحرم مُلَاعِبَ ظِلِّهِ<sup>(٤)</sup>، وهو طائر يسبح في الجو مراراً، كأنه يَنْصَبُ على طائر، وأن اليوم<sup>(٥)</sup> حرام؛ كَالرَّخْمِ، وكذا الضُّوْعُ، وأن عن الشافعي - رضي الله عنه - قولاً إنه حلال، وهذا يقتضي أن يَكُونَ الضُّوْعُ غير البُومِ، لكن في الصحاح<sup>(٦)</sup> أن الضُّوْعُ طائرٌ من طير الليل من جنس الهام، وأن المُفَضَّلُ قال: إنه ذَكَرُ البُومِ كَالهَامَةِ وَالصَّدَى<sup>(٧)</sup>؛ وعلى هذا، فإن كان في الضُّوْعِ قولٌ لزم

- = وفي كتاب العين والمحكم صغار العصافير ينظر: حياة الحيوان ١/٧٦.
- (٦) طائر من رتبة العصفوريات، وهو أكبر قليلاً من العصفور، وله منقار طويل ذو قاعدة عريضة، ويغطي فتحة الأنف غشاءً قُرْظِيًّا، وجناحه طويلان مذبيان، ويستوطن أوروبا وشمال آسيا وإفريقية، الجمع: زراير ينظر: المعجم الوسيط ١/٣٩٢.
- (٧) بضم النون وفتح الغين المعجمة قال الجوهري أنه طير كالعصافير حمر المناقير والجمع نغران كصرد وصردان ومؤنثة نغرة كهزمة وأهل المدينة يسمونه البلبل كما ذكر المصنف ينظر: حياة الحيوان ٢/٤٢٦.
- (١) متفق عليه رواه البخاري (٤٣٨٥ - ٥٥١٧) ومسلم (١٦٤٩) من قصة.
- (٢) هذا الحديث وقع فيه تحريف من النسخ، فقد وقع في نسخة عن شعبة، والصواب عن سفينة، ومن طريقه رواه أبو داود [٣٧٩٧] والترمذي [١٨٢٩] وإسناده ضعيف، وضعفه العقيلي [١٦٧/١] - [١٦٨] وابن حبان [١١١/١].
- (٣) بفتح الشين وكسرهما. قاله في المحكم، وابن قتيبة في أدب الكاتب قال البطلوسي في الشرح الكسر في شين الشقراق أقيس لأن فعلاً بكسر الفاء موجود في أبنية الأسماء نحو طرماح وشتقار وفعالان بفتح الفاء مفقود فيها وهو طائر صغير يسمى الأخيل وهو أخضر ملبح بقدر الحمام وخضرته حسنة مشبعة وفي أجنحته سواد والعرب تشاءم به وله مشتى ومصيف وهو كثير ببلاد الروم والشام وخراسان ونواحيها ينظر: حياة الحيوان ٦٦٢/٦٧.
- (٤) طائر بالبادية، صغير الحجم، حديد البصر، سريع الاختطاف، شديد الحذر. ينظر: المعجم الوسيط ٢/٨٢٨، ٧٣٠.
- (٥) البوم: طائر يكثر ظهوره بالليل ويسكن الخراب، ويضرب به المثل في الشؤم وقبح الصورة والصوت، يستوي فيه المذكر والمؤنث، الجمع بوم، وجمع الجمع أيام ينظر: المعجم الوسيط ١/٧٧.
- (٦) ينظر: الصحاح ٣/١٢٥٢ (ضوع).
- (٧) طائر معروف تقول العرب أنه يخلق من رأس المقتول يصبح في هامة المقتول إذا لم يؤخذ بثأره =

إجراؤه في اليوم؛ لأن الذكر والأنثى من الجنس الواحد لا يفترقان في الحل، والحرمة، ونختم الفصل بنكيتين ذكرهما الشيخ أبو عاصم في الطيور:

إحداهما: أن التَّهَّاس حرام، كالسباع التي تنهس، واللقاط حلال إلا ما استثناه النص، وأحل أبو عبد الله البوشنجي اللقاط بلا استثناء.

والثانية: أن ما يتقوت بالطهارات حلال إلا ما استثناه النص، وما يتقوت بالنجس فحرام، رُوِيَ عن البراء بن عازب - رضي الله عنه - أن النبي - ﷺ - «كَانَ يَكْرَهُ لَحْمَ مَا يَأْكُلُ الْمَيْتَةَ»<sup>(١)</sup> وعن مجاهد: «أنهم كانوا يكرهون ما يأكل الجيف»<sup>(٢)</sup> يعني: الصحابة - رضي الله عنهم وليعرض على النكيتين - ما سبق من الفصل.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَأَمَّا طَيْرُ الْمَاءِ وَحَيَوَانُهُ كُلُّهُ مُبَاحٌ إِلَّا مَا لَهُ نُظَيْرٌ مُحَرَّمٌ فِي الْبَرِّ فَفِيهِ قَوْلَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ صَوْرَتَانِ:

إحداهما: أطلق مطلقون القول بحل طير الماء، وعلى ذلك جرى في الكتاب، وقد يُسَمَّى بنات الماء وهي كالبَطِّ، والإَوْزُ ومالك الحزِينِ<sup>(٣)</sup> وغيرها، قال أبو عاصم العبادي: وهي أكثر من مائتي<sup>(٤)</sup> نوع، ولا يوجد لأكثرها اسم عند العرب؛ لأنها لا تكون في بلاد العرب، وليس في شيء منها خلاف إلا في اللَّقْلَقِ؛ على ما مر، والكركي من بنات الماء أيضاً، وفي «البحر» للقاضي الروياني: أن الصَّيْمِرِيَّ قال: لا يؤكل طير الماء البيض؛ لخبث لحمها<sup>(٥)</sup>.

= يقول اسقوني حتى يقتل قاتله ولذلك قيل له صاد والصادي العطشان والصدى ذكر اليوم والجمع أصداء ويقال له ابن الجبل وابن طود وبنات رضوي وقال العديس العبدي الصدى الطائر الذي يصرّ بالليل ويقفز قفزاً ويطفر والناس يرونه الجندب وإنما هو الصدى فأما الجندب فإنه أصغر من الصدى والصدى صوت يرجع من الصوت إذا خرج ووجد ما يحبسه ينظر: حياة الحيوان ٧١/٢.

(١) تقدم.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة من طريق إبراهيم النخعي مثله سواء، ومن طريق مجاهد أنه سئل عن فعافه.

(٣) قال الجوهرى أنه من طير الماء وقال ابن بري في حواشيه أنه البلشون قال وهو طائر طويل العنق والرجلين انتهى قال الجاحظ من أعاجيب الدنيا أمر مالك الحزين لأنه لا يزال يقعد بقرب المياه ومواقع نبعها من الأنهار وغيرها فإذا نشفت يحزن على ذهابها ويبقى حزناً كبيراً وربما ترك الشرب حتى يموت عطشاً خوفاً من زيادة نقصها بشره منها ينظر: حياة الحيوان ٣٧٩/٢ - ٣٨٠.

(٤) في حياة الحيوان مائة.

(٥) قال البكري: قيل الذي في شرح الكفاية الصيمري ما نصه: «وأما القنفاذ وطيور الماء والكركي البيض فكله مأكول فلم يستثن من طير الماء شيئاً.

الثانية: الحيوانات التي لا يهلكها الماء ضربان:

الأول: ما يعيش في الماء، وإذا خرج كان عيشه عيش المذبوح؛ كالسمك بأنواعه حلالاً، ولا حاجة إلى ذبحه كما سبق، ولا فرق بين ما مات بسبب طارىء كَصَغُطَةٍ أو صَدْمَةِ حَجَرٍ، أو انحصارِ ماءٍ، أو ضَرْبٍ من الصيد، وما مات حَتَفَ أنفه.

وعند أبي حنيفة: لا يحل ما مات حَتَفَ أنفه، وَبَتَّى عليه: أنه لو مات، وبعضه في الماء، فإن كان رأسه خارجاً، حل؛ لأنه مات بانقطاع النَّفْسِ، وإن كان النُّصْفُ الأسفل خارجاً، لم يحل.

لنا: قوله - ﷺ - «وَالْحِلُّ مَيْتَتُهُ» أطلق ولم يفصل، وأيضاً، فإنه سلم أن الجراد يؤكل، وإن ما مات حَتَفَ أنفه؛ فقيس عليه.

وقال مالك: لا يحلُّ الجراد، إذا مات حَتَفَ أنفه، وإنما يؤكل، إذا قطعت رأسه قطعاً، وسلم أن السمك يؤكل، وإن مات حَتَفَ أنفه، وما ليس على صورة السموك المشهورة، فيه ثلاثة أوجه، ويقال ثلاثة أقوال:

أحدها: وبه قال أبو حنيفة أنه لا يحل؛ لأنه - ﷺ - خص السمك، والجراد بالذكر؛ حيث قال: «أَجَلْتُ لَنَا مَيْتَاتٍ وَدَمَانٍ» فيبقى ما سواهما داخلًا تحت تحريم الميتة.

وأصحهما: وهو المنصوص في رواية المُرْزُني، وفي «الأم»، وفي اختلاف العراقيين، وبه قال مالك وأحمد: لا يحل؛ لإطلاق قوله تعالى: «أَجَلُّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ» [المائدة: ٩٦] وقوله - ﷺ - «الْحِلُّ مَيْتَتُهُ» وعن أبي بكر - رضي الله عنه - «كُلُّ دَابَّةٍ تَمُوتُ فِي الْبَحْرِ، فَقَدْ ذَكَاهَا اللَّهُ لَكُمْ»<sup>(١)</sup> وقد يُبنى الخلاف على أن اسم السمك والحوت، هل يقع على جميعها؛ لاشتراكها في الطعم أو لا يقع؟ قال في «التهذيب»: والأصح الوقوع، وعن ابن خيران: أنه قال: أصاب أكاژ لنا كَلَبَ الماء في ضيعة لنا، فأكلناه، فإذا طَعْمُهُ طَعْمُ السمك.

(١) رواه البيهقي [٢٥٢/٩] من حديث حماد بن سلمة عن عمرو بن دينار سمعت شيخاً يكنى أبا عبد الرحمن، سمعت أبا بكر يقول فذكره، ورواه أبو عبيد في كتاب الطهور من طريق أبي الزبير عن عبد الرحمن مولى بني مخزوم، أن أبا بكر الصديق، قال فذكره، وروى البيهقي من طريق شريك عن ابن أبي بشر عن عكرمة عن ابن عباس، سمعت أبا بكر يقول: إن الله ذكى لكم صيد البحر، قوله: وكان الصحابة يكتبون بالتجارة، قلت: منها حديث عمر: ألهاني الصفق بالأسواق في الصحيحين وفي البخاري منها حديث أبي هريرة: أما إخواني من المهاجرين، فكان يشغلهم الصفق بالأسواق، الحديث، وروى الزبير بن بكار في آخر كتاب الفكاهة والمزاح له، من حديث أم سلمة في قصة سويبط بن حرملة والنعمان: أن أبا بكر خرج في حياة النبي ﷺ تاجراً إلى بصرى.

والثالث: أن ما يُؤكل نظيره في البر فحلال؛ كالبقرة والشاة، يؤكل في البحر، وما لا يُؤكل كخنزير الماء وكلبه، لا يُؤكل، قال في «العدة»: وعليه الفتوى اليوم؛ وعلى هذا، فلو لم يكن له نظير في البر محلل ولا محرّم، فهو حلال؛ لما رُوِيَ أن طائفة من أصحاب رسول الله - ﷺ - أصابَتْهُمُ المَجَاعَةُ فِي غَزَاةٍ، فَلَفَظَ البَحْرَ حَيَوَانًا عَظِيمًا يُسَمَّى العَنْبَرَةَ فَأَكَلُوا مِنْهُ، ثُمَّ أَخْبَرُوا رَسُولَ اللَّهِ - ﷺ - لَمَّا قَدِمُوا، فَلَمْ يُنَكِرْ عَلَيْهِمْ، وَقَالَ: «هَلَّا حَمَلْتُمْ لِي مِنْهُ»<sup>(١)</sup> وإذا حكمنا بحل ما سوى السمك من حيوان البحر، فهل يُشترط فيه الذكاة أم تحل ميتته؟ فيه وجهان، ويُقال قولان:

أحدهما: وبه قال أحمد: يُشترطُ الذكاة، كما في حيوانات البر.

وأصحُّهُمَا: أنه يحل ميتتها؛ لأنها حيوانات تعيش في الماء؛ فأشبهت السمك، وأيضاً، فقد أشار الإمام إلى أن المسقط لاعتبار الذبح في السمك؛ أنه ما دام في الماء لا تصل اليد إليه، وإذا أخرج، أضطرب اضطراب المذبوح، وهذا يشمل السمك وغيره، وقد بينى الخلاف في اشتراط الذكاة فيما سوى السمك على أنه، هل يقع عليها اسم الحوت.

والضرب الثاني: ما يعيش في الماء ويعيش في البر أيضاً، فمنه طير الماء؛ كالبط والإوز ونحوهما، وقد بينا حكمهما، فلا تحل ميتتها بحال، وعدّ الشيخ أبو حامد والإمام من هذا الضرب الضفدع<sup>(٢)</sup> والسرطان، وكذلك فعل صاحب «التهذيب» وألحق

(١) متفق عليه [البخاري ٢٤٨٣ - ٢٩٨٣ - ٤٣٦٠ - ٤٣٦١ - ٤٣٦٢ - ٥٤٩٣ - ٥٤٩٤، مسلم ١٩٣٥] من حديث جابر، قال: بعثنا رسول الله ﷺ ونحن ثلاثمائة راكب، وأميرنا أبو عبيدة بن الجراح، نرصد عيراً لقريش، فأقمنا بالساحل نصف شهر، وأصابنا جوع شديد، فذكر الحديث بطوله، وله عندهما ألفاظ، وأما قوله في آخره: هل حملتم لي منه، فرواه البخاري بلفظ: أطعمونا إن كان معكم، فاتاه بعضهم بشيء فأكله، وفي رواية فهل معكم من لحمه شيء فطعمونا، قال: فأرسلنا إلى النبي ﷺ منه، فأكله.

(٢) بكسر الضاد وسكون الفاء والعين المهملة بينهما دال مهملة مثال الخنصر واحد الضفادع والأنثى ضفدعة وناس يقولون ضفدع بفتح الدال قال الخليل ليس في الكلام فعلل إلا أربعة أحرف درهم وهجرع وهو الطويل وهبلع وهو الأكل ويلعم وهو اسم وقال ابن الصلاح الأشهر فيه من حيث اللغة وكسر الدال وفتحها أشهر في السنة العامة وأشبه العامة من الخاصة وقد أنكره بعض أئمة اللغة وقال البطلوسي في شرح أدب الكاتب وحكي أيضاً ضفدع بضم الضاد وفتح الدال وهو نادر وحكاه المطرزي أيضاً في الكفاية وذكر الضفادع يقال له العلجوم بضم العين والجيم وإسكان اللام والواو آخره ميم ويقال للضفدع أبو المسيح وأبو هبيرة وأبو معبد وأم هبيرة والضفادع أنواع كثيرة وتكون من سفاد وغير سفاد وتتولد من المياه القائمة الضعيفة الجري ومن العفونات وعقب الأمطار الغزيرة حتى يظن أنه يقع من السحاب لكثرة ما يرى منه على الأسطح عقب المطر والريح وليس ذلك عن ذكر وأنثى وإنما الله تعالى يخلقه في تلك الساعة من طباغ تلك التربة وهي =

بهما الحيّة، والتّمساح<sup>(١)</sup>، فالضّفدع حرام؛ لأنه ورد الثّهي عن قتله، والمنهي عن قتله محرّم، ولأنه مستخبث هذا هو الظاهر، وفيه قول عن حكاية صاحب «التقريب» ونسبه الشّيخ أبو عاصم إلى رواية الربيع، والسّرطان كالضّفدع؛ لمعنى الاستخبات، ولما فيه من المضرة، وقول الجِلّ يُحكى فيه، وإليه ذهب الحلّمي إذا ذُبِح، والحية وذوات السموم محرّمة؛ لما فيها من الضرر الظاهر، والتّمساح كذلك للخبث والضّرر، وعن الصيمري: أنه يؤكل، ويدخل في هذا الضرب السّلحفاة، وفيها وجهان المذكوران في «التهديب» وغيره، والأظهر: التحريم، واعلم أن جماعة من الأصحاب استثنوا الضّفدع من الحيوانات التي لا تعيش إلا في الماء؛ تفریباً على الأصح، وهو جِلّ غير السمك منها، وكذا استثنوا الحيات والعقارب، وقضية هذا الاستثناء كونها مما لا تعيش إلا في الماء، ويمكن أن يكون نوع منها هكذا، ونوع هكذا، واستثنى القاضي الطبري الثّساس<sup>(٢)</sup> على ذلك القول أيضاً، وامتنع الروياني وغيره من مساعدته<sup>(٣)</sup> والله أعلم.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: (السّادس): مَا اسْتَخْبَثْتُهُ الْعَرَبُ فَحَرَامٌ كَالْحَشْرَاتِ وَالضّفَدَعِ (ح و) وَالسّرطَانِ (م و) وَالسّلحفاةِ (م و) وَلَا يَجِلُّ مِنْهَا إِلَّا الضّبُّ (ح)، وَفِي أَمِّ حُبَيْنِ تَرُدُّ

= من الحيوانات التي لا عظام لها ومنها ما ينق وما لا ينق والذي ينق منها يخرج صوته من قرب أذنه ويوصف بحدة السمع إذا تركت النقيق وكانت خارج الماء وإذا أرادت أن تنق أدخلت فكها الأسفل في الماء ومتى دخل الماء في فيها لا تنق ينظر: حياة حيوان ١٠٢/٢.

(١) اسم مشترك بين الحيوان المعروف والرجل الكذاب قال القزويني وهذا الحيوان على صورة وهو من أعجب حيوان الماء له فم واسع وستون ناباً في فكه الأعلى وأربعون في فكه الأسفل وبين كل نابين سن صغيرة مربعة ويدخل بعضها في بعض عند الانطباق وله لسان طويل وظهر كظهر السلحفاة لا يعمل الحديد فيه وله أربع أرجل وذنب طويل وهذا الحيوان لا يكون إلا في نيل مصر خاصة وزعم قوم أنه في بحر السند أيضاً وهو شديد البطش في الماء ولا يقتل إلا من إبطيه ويعظم حتى يكون طوله عشرة أذرع في عرض ذراعين وأكثر ويفترس الفرس وإذا أراد السفاد خرج هو والأنتى إلى البر فيلقي الأنتى على ظهرها ويستطنها فإذا فرغ قلبها لأنها لا تتمكن من الانقلاب لقصر يديها ورجليها ويس ظهرها وهو إذا تركها على تلك الحال لم تزل كذلك حتى تقلب وتبيض في البر ينظر حياة الحيوان - ١٤٩/١ - ١٥٠.

(٢) قال في المحكم هو خلق في صورة الناس مشتق منهم لضعف خلقهم وقال في الصحاح هو جنس من الخلق يشب أحدهم على رجل واحدة انتهى وقال المسعودي في مروج الذهب أنه حيوان كالإنسان له عين واحدة يخرج من الماء ويتكلم ومتى ظفر بالإنسان قتله وفي كتاب القزويني قال في الأشكال أنه أمة من الأمم لكل واحد منهم نصف بدن ونصف رأس ويد ورجل كأنه إنسان شق نصفين يقفز على رجل واحدة قفزاً شديداً أو يعد عدواً شديداً منكرأ ينظر: حياة الحيوان ٤١٤/٢ - ٤١٥.

(٣) قال النووي: ساعده الشيخ أبو حامد.

وَلَعَلَّهُ وَلَدَ الضَّبِّ، وَالْجَرَادُ حَلَالٌ، وَفِي الصَّرَاةِ تَرُدُّ، وَتَشْبِهُهَا بِالْخُنْفَسَاءِ أَظْهَرَ، وَفِي الْقُنْفُذِ وَجْهَانِ، وَمَا أَشْكَلَ مِنْهُ فَيُزَجَّعُ فِيهِ إِلَى الْعَرَبِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: من الأصول المرجوع إليها في التحليل والتحرير: الاستطابة والاستخبثات، ورآه الشافعي - رضي الله عنه - الأضلل الأعظم والأعم؛ ولذلك افتتح به الباب، والمعتمد فيه قوله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ مَاذَا أَحَلَّ لَهُمْ قُلْ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتِ﴾ وليس المراد من الطيب ما هنا الحلال، وإن كان قد يرد الطيب بمعنى الحلال؛ لأن الحمل عليه يخرج الجواب عن الإفادة، قال الأئمة: وبعده الرجوع إلى طبقات الناس، وتنزيل كل قوم على ما يستطيعون ويستخبثون؛ لأنه يوجب اختلاف الأحكام في الحلال، والحرام، وذلك يخالف موضوع الشرح في حمل الناس على متبوع واحد، ورأوا العرب أولى الأمم؛ بأن يؤخذ باستطاباتهم واستخبثاتهم؛ لأنهم المخاطبون أولاً، ولأن الذين عربي والنبي - ﷺ - عربي، وهم جيل لا يغلب عليهم العيافة الناشئة في التنعم، فيضيّقوا المطاعم على الناس، وإنما يرجع من العرب إلى سكان البلاد والقرى، دون أجلاف أهل البوادي الذين يتناولون ما دبّ ودرج من غير تمييز، ويعتبر عادة أهل اليسار والثروة، دون المحتاجين وأصحاب الضرورات، وحالة الخصب والرفاهية دون حالة الجذب والشدة، وذكر جماعة؛ أن الرجوع إلى عادة العرب الذين كانوا في عهد النبي - ﷺ - لأن الخطاب كان لهم، ويشبه أن يقال: يُزَجَّعُ فِي كُلِّ زَمَانٍ إِلَى الْعَرَبِ الْمَوْجُودِينَ فِيهِ؛ يدل عليه أن أبا عاصم العبادي حكى عن الأستاذ أبي طاهر الزيادي في العَصَارِي<sup>(١)</sup>، وهو نوع من الجراد يَضْرِبُ إِلَى السَّوَادِ، وَلَهُ شَبَهُ مِنَ الْخَنَافِسِ: أَنَّهُ قَالَ: كُنَّا نَرَاهُ حَرَامًا، حَتَّى وَرَدَ عَلَيْنَا الْأَسْتَاذُ أَبُو الْحَسَنِ الْمَاسَرَجِسِيُّ، فَقَالَ: إِنَّهُ حَلَالٌ، فَبِعَثْنَا مِنْهُ جَرَابًا إِلَى الْبَادِيَةِ، وَسَأَلْنَا عَنْهَا الْعَرَبَ، فَقَالُوا: هَذَا هُوَ الْجَرَادُ الْمُبَارَكُ.

وإذا اختلف المرجوع إليهم، فاستطابته طائفة، واستخبثته أخرى، وأتبعنا الأكثرين، فإذا استوت الطائفتان، فعن «الحاوي» وذكره أبو الحسن العبادي أيضاً: أنه يتبع قريش؛ لأنهم قُطِبُ الْعَرَبِ، وفيهم النبوة، فإن اختلفت قريش أو لم يحكموا بشيء، اعتبرنا بأقرب الحيوان شبيهاً به، والشبه يكون تارة في الصورة، وأخرى في طبع الحيوان من السلامة والعدوان، وأخرى في طعم اللحم، فإن تساوى الشبهان أو لم نجد ما يشبهه، ففيه وجهان سيأتي - إن شاء الله تعالى - نُظِّيرُهُمَا.

(١) وزاد الديميري بعد حكايته ما حكى المصنف قوله.. فرجعوا إلى قول العرب ينظر: حياة الحيوان



إذا تقرّر ذلك، فالحشرات بأسرها مستخبئة؛ ما يذرج منها، وما يطير، ومنها ما أمر بقتله كالورغ، وذلك يدل على التحريم أيضاً، ومنها ما هي ذوات سموم وإبر، فتحرّم؛ لما فيها من الضرر، وفي النهي عن الورغ دليل على تحريم أنواعها؛ كجرباء الظهيرة<sup>(١)</sup> والعظاءة<sup>(٢)</sup>: وهي ملساء تشبه سام أبرص، وهي أحسن منه؛ الواحدة عظاءة وعظائية، ويحرم الذر<sup>(٣)</sup> والذباب والخنفساء، والقراد والجعلان<sup>(٤)</sup>، بنات وزدان<sup>(٥)</sup> وحمار قبان<sup>(٦)</sup> والديدان، وفي دود الخل والفاكهة وجة واللحكاء<sup>(٧)</sup> وهي دويبة، كأنها

(١) هي دويبة غبراء ما دامت فرخاً ثم تصفو وهي أبداً تطلب الشمس فحين تبدو تنحو بوجهها إليها حتى إذا استوت الشمس علت رأس شجرة وما يجري مجراها فإذا صار قرص الشمس فوق رأسها بحيث لا تراها أصابها مثل الجنون فلا تزال طالبة لها ولا تفتقر إلى أن تنصب إلى جهة المغرب فترجع بوجهها إليها مستقبلة لها ولا تنحرف عنها إلى أن تغيب الشمس فإذا غابت الشمس طلب هذا الحيوان معاشه ليله كله إلى أن يصبح حتى أن طائفة من المتكلمين على طبائع الحيوان يقولون إنه مجوسي ولسانه طويل جداً مقدار ذراع ينظر: حياة الحيوان ١/٢١١.

(٢) البذاء المعجمة المفتوحة والمدّ دويبة أكبر من الوزغة ويقال في الواحدة عظاية أيضاً والجمع عظاء وعظايا.

وقال الأزهرّي هي دويبة ملساء تعدو وتتردد كثيراً تشبه سام أبرص إلا أنها أحسن منه ولا تؤذي وتسمى شحمة الأرض وشحمة الرمل وهي أنواع كثيرة منها الأبيض والأحمر والأصفر والأخضر وكلها منقطة بالسواد وهذه الألوان بحسب مساكنها فإن منها ما يسكن الرمال ومنها ما يسكن قريباً من الماء والعشب ومنها ما يألف الناس وتبقى في حجرها أربعة أشهر لا تطعم شيئاً ومن طبعها محبة الشمس لتصلب فيها ينظر: حياة الحيوان ٢/١٤٦.

(٣) النمل الأحمر الصغير واحدته ذرة قال تعالى ﴿إن الله لا يظلم مثقال ذرة﴾ أي لا يبخس ولا ينقص أحداً من ثواب عمله مثقال ذرة أي وزن ذرة سئل ثعلب عنها فقال إن مائة نملة وزن حبة والذرة واحدة منها وقيل إن الذرة ليس لها وزن.

(٤) جمع مفردة جُعل وهو حيوان كالخنفساء يكثر في المواضع الندية. ينظر: المعجم الوسيط ١/١٢٦.

(٥) بفتح الواو وتسمى فالية الأفاعي وهي دويبة تتولد في الأماكن الندية وأكثر ما تكون في الحمامات والسقايات ومنها الأسود والأحمر والأبيض والأصهب وإذا تكوّنت تسافدت وياضت بيضاً مستطيلاً وهي تألف الحشوش ينظر: حياة الحيوان ٢/٤٧٥.

(٦) قال النووي في التحرير هو فعلان من قب لأنه لا ينصرف في معرفة ولا نكرة وقال الجوهري هي دويبة وقبان فعلان من قبلان العرب لا تصرفه وهو معرفة عندهم ولو كان فعلاً لصرفته تقول رأيت قطعاً من حمر قبان غير منصرف.

وقد ذكر ابن مالك وغيره من الصرفيين أن كل اسم يكون في آخره نون بعد ألف بينها وبين فاء الكلمة مشدّد فهو محتمل لأصالة النونات وزيادة أحد المثليين وبالعكس ومثلوا ذلك بحسان ودكان وتبان وريان ونحوها فقالوا حسان إن أخذ من الحسن فنونه أصلية وإحدى السنين زائدة وإن أخذ من الحسن فنونه زائدة مع الألف ووزنه على الأول فعال وعلى الثاني فعلان ويمنع الصرف على =

سمكة تغوص في الرمل، إذا رأت الإنسان، ويُقال لها: لَحْكَاً أيضاً الحلِكة<sup>(١)</sup>، والفأر ولا يَحِلُّ منها شيء إلا اليربوع، كما مر، ويُقال: إن له كَرِشاً كَكَرِشِ الشاةِ، والضَّفْدَعُ والسرطان والسُّلْحَفَةُ، وقد قدمنا القول في هذه الثلاثة، ويُسْتَثْنَى، من الحشرات الضَّبُّ؛ لما سبق، وفي أم حُبَيْنِ وجهان:

أحدهما: التحريم؛ لأنها من الخبائث.

وأصْحُهُما: الجِلُّ؛ لأنه يفدي بحلان كما ذكرنا في «الحج»، وعن الشيخ أبي محمَّد: أنه قال: ما أراها إلا وَلَدَ الضَّبِّ، ومن ذوات الإبر الجرأد، فهو حلال بالنص

= الثاني لزيادة الألف والنون دون الأول وتبان أن أخذ من التبن فنونه أصلية وإن أخذ من التبن وهو الخسران فنونه زائدة مع الألف فيمنع الصرف إذا عرف هذا فقبان يجوز أن يكون مأخوذاً من القبان وهو الضمور والأقب ضامر البطن كما قال الجوهري والخيل والقب الضومر. فحمار قبان يجوز أن يكون مأخوذاً من هذا الضمور بطنه فإنه دوية مستديرة بقدر الدينار ضامرة البطن متولدة من الأماكن الندية على ظهرها شبه المجن مرتفعة الظهر كأن ظهرها قبة إذا مشت لا يرى منها سوى أطراف رجليها ورأسها لا يرى عند المشي إلا أن تقلب على ظهرها لأن أمام وجهها حاجزاً مستديراً وهي أقل سواداً من الخنفساء وأصغر منها ولها ستة أرجل تألف المواضع السبخة في الغالب ومواضع الزبل ويجوز أن يكون لفظ قبان مأخوذاً من قبان في الأرض قبوناً إذا ذهب قال صاحب المفردات وهذه الدابة هي التي تسمى هدبة وهي كثيرة الأرجل تستدير عندما تلمس ومن حمار قبان نوع ضامر البطن غير مستدير والناس يسمونه أبا شحيمة يألف المواضع الندية والظاهر أنه صغار حمار قبان وأنه بعد يأخذ في الكبر وأهل اليمن يطلقونه على دوية فوق الجراد من نوع الفراش والاشتقاق لا يساعده ويجوز اشتقاقه من قبان المتاع إذا وزنه فعلى هذا ينصرف لأصالة النون والقبان الذي يوزن به قال الشعبي معناه العدل بالرومية والاشتقاق الأول أظهر فلذلك التزمت العرب منعه من الصرف. ينظر: حياة الحيوان ١/٢٣٣.

(٧) قال الأزهرى هي بضم اللام وفتح الحاء المهملة والكاف وبالألف والمد ويقال لها للحكة على مثال الهمزة واللمزة وحكى ابن قتيبة في أدب الكاتب الحلكاء بفتح الحاء وإسكان اللام وبالمد وحكى في المقصور والممدود والحلكاء بضم الحاء وفتح اللام المشددة وبالقصير شحمة الأرض تغوص في الرمل كما يغوص طير الماء في الماء وقال غيره الحلكاء بالهاء وهي فيما ذكروا دوية كأنها سمكة تكون في الرمل فإذا أحست بالإنسان دارت في الرمل وغاصت فيه وقال غير الأزهرى الحلكاء بتقديم الحاء على اللام وكذلك الحلكاء على مثال العنقاء وحكى صاحب جامع اللغة فيها القصر أيضاً وقال الجوهري للحكة أظنها مقلوبة من الحلكاء قال ابن الصلاح في مشكل الوسيط الذي ضبطناه على الأزهرى صاحب كتاب تهذيب اللغة الموثوق به أنها مقصورة وهي دوية ملساء كأنها شحمة مشربة بحمرة ويقال لها الحلكاء مثل الهمزة انتهى وقال الماوردي في الحاوي للحكا تشبه السمك وهي عريضة من أعلى دقيقة من أسفل وقال ابن السكيت في إصلاح المنطق للحكة دوية شبيهة بالعطاء زرقاء تبرق وليس لها ذنب طويل كالعطاء وقوامها خفية وهذا القول أحسن من الذي نقله ابن الصلاح عن تهذيب الأزهرى ينظر: حياة الحيوان ٢/٣٧٢.

(١) ينظر السابق نفسه.

والإجماع، وفي الصرارة خلاف للأصحاب، فألحقها بعضهم بالجراد، وآخرون بالخُنُفساء والدُّباب، وهو الأظهر، وفي القُنْفُذ<sup>(١)</sup> وجهان أيضاً:

أحدهما: وبه قال أبو حنيفة وأحمد: يحرم؛ لما ورد في الخبر<sup>(٢)</sup>؛ أنه من الخبائث.

وأصحُّهما: الجِلُّ، لقوله تعالى: ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِينَا أَوْحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا﴾ [الأنعام: ١٤٥] الآية، ويُزَوَى أَنْ ابْنَ عُمَرَ - رضي الله عنهما - سئِلَ عن القُنْفُذِ، فقرأ هذه الآية، فقال شيخٌ عنده: سمعتُ أبا هريرة - رضي الله عنه - قال: ذَكَرَ القُنْفُذُ عند رسول الله - ﷺ - فَقَالَ: حَبِيبٌ مِنَ الحَبَائِثِ فقال ابنُ عمر - رضي الله عنهما - رضي الله عنه - إن كان النبي - ﷺ - قاله، فهو كما قال، كأن الشيخ كان مجهولاً، فلم يرَ قَبُولَ روايته، وحمله بعضهم على أنه حبيثُ الفعل؛ لأنه يُخْفِي رأسه عند التعرُّضِ لِدَبْحِهِ، ويُؤْذِي بشوكه، إذا صيد، وعن القفال: أنه، إن صح الخبر، فهو حرام، وإلا، رجعنا إلى العرب، هل يستطيعونه؟ والمنقول عنهم الاستطابة<sup>(٣)</sup>.

ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب «كالحشرات» وما بعده بالميم؛ لأن عند مالك: الحشرات كلها مكروهة غير محرمة، وأن يعلم الضفدع والسرطان والسُلْحَفَة مع الميم بالواو؛ لما قدمنا فيها.

وقوله: «وما أشكل منه، فيُزَجَع إلى العرب» السابق إلى الفهم منه الرجوع إلى العرب الموجودين في الحال، والمقصود أننا إذا وجدنا حيواناً في غير بلاد العرب، نعرضه على العرب، فإن استطابوه أو سمَّوه باسم حيوان حلال، فهو حلال، وإن استخبثوه، وسمَّوه باسم حيوان حرام، فهو حرام، وإن تردَّدوا فيه أو لم نجدهم أو اختلفوا، ولا ترجيح، فيعتبر بأقرب الأشياء شبيهاً به، فإن لم يكن شبيهه، أو تعادل الشبهان، فوجهان:

(١) دوية من الثدييات ذات شوك حاد، يتلف فيصير كالكرة، وبذلك يقي نفسه من خطر الاعتداء عليه. ينظر: المعجم الوسيط ٧٦٣/٢.

(٢) قال الحافظ في التلخيص: قال: ويروى عن ابن عمر أنه سئل عن القنفذ، فقرأ هذه الآية، يعني قوله: ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِينَا أَوْحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا﴾ الآية، فقال شيخ عنده: سمعت أبا هريرة يقول: ذكر القنفذ عند رسول الله ﷺ فقال: حبيثة من الخبائث، فقال ابن عمر: إن كان النبي ﷺ قاله، فهو كما قاله، قال القفال: إن صح الخبر فهو حرام، وإلا رجعنا إلى العرب، والمنقول عنهم أنهم يستطيعونه، وقال غيره: هذا الشيخ مجهول، فلم نرَ بقبول روايته، انتهى، وقد أخرجه أبو داود [٣٧٩٩] من حديث عيسى بن نميلة بالنون عن أبيه قال: كنت عند ابن عمر فذكره، قال الخطابي: ليس إسناده بذلك، وقال البيهقي [٣٢٦/٩]: فيه ضعف ولم يرو إلا بهذا الإسناد.

(٣) ينظر: الحديث السابق.

أحدهما: وَوَحَّكَيْ عَنْ أَبِي إِسْحَاقَ وَأَبِي عَلِيٍّ الطَّبْرِيِّ: أَنَّهُ حَلَالٌ؛ لظاهر قوله تعالى: ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِيمَا أُوحِيَ إِلَيَّ﴾ [الأنعام: ١٤٥] الآية.

والثاني: أنه حرام؛ لأن الأصل في الحيوان التحريم إلى أن يُعْلَمَ الحال، وهذا أرجح عند القاضي ابن كج، وفي «العدة»: أن الأول ظاهر المذهب، وكذلك ذكر الإمام في موضع الإشكال؛ أن ميل الشافعي - رضي الله عنه - إلى الإباحة، وميل أبي حنيفة إلى التحريم، وعن «الحاوي»: أن الوجهين مُخْرَجَانِ عَلَى أَنَّ الْأَشْيَاءَ قَبْلَ وُرُودِ الشَّرْعِ عَلَى الْحَظْرِ أَوْ عَلَى الْإِبَاحَةِ؟ واعلم أننا نراجع العرب، ونعتمد استناباتهم واستنباطهم في الحيوان الذي لم يَرِدْ نَصٌّ خَاصٌّ وَلَا عَامٌّ فِي تَحْلِيلِهِ أَوْ تَحْرِيمِهِ، وَلَا وَرَدَ أَمْرٌ بِقَتْلِهِ وَلَا نَهْيٌ عَنْهُ، أَمَا إِذَا وَجَدْنَا أَصْلًا مِنْ هَذِهِ الْأَصُولِ، فَلْيَعْمَلْ بِمَقْتَضَاهُ وَلَا نَرَاغِعُهُمْ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (السَّابِعُ): مَا لَا نَصَّ فِي تَحْرِيمِهِ وَوَرَدَتِ السُّنَّةُ بِأَنَّهُ كَانَ حَرَامًا فِي شَرْعٍ مَنْ قَبْلُنَا فَهُوَ مُسْتَضْحَبٌ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَا ثَبِتَ تَحْرِيمُهُ فِي شَرْعٍ مِنْ قَبْلُنَا، هَلْ يُسْتَضْحَبُ؟ حَكَى صَاحِبُ الْكِتَابِ فِيهِ قَوْلَيْنِ:

أحدهما: نعم: أخذاً بما كان إلى أن يظهر ناسخٌ وناقِلٌ.

والثاني: لا، بل اعتماد ظاهر الآية المقتضية للحل أولى من استصحاب الشرائع السالفة، والخلاف على ما ذكر الموفق بن طاهر مبنًى على أن شرع من قبلنا، هل هو شرع لنا؟ وفيه اختلافٌ أصولي، والأوفق لسياق كلام عامة الأصحاب: أنه لا يُسْتَضْحَبُ حَكْمُ شَرْعٍ مِنْ قَبْلُنَا<sup>(١)</sup>، وإذا قلنا به، فلا تفرع، وإن حكمتنا باستصحاب ما كان، فذلك

(١) وقد اختلفوا في ذلك على مذاهب:

أحدهما: أنه كان متعبداً بشرع قطعاً، ثم اختلفوا: فقيل: كان على شريعة آدم عليه السلام، لأنه أول الشرائع. وقيل: نوح، لقوله تعالى: ﴿شَرَعَ لَكُمْ مِنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحًا﴾ [سورة الشورى: ١٣] وقيل: إبراهيم، لقوله تعالى: ﴿إِنَّ أَوْلَى النَّاسِ لِإِبْرَاهِيمَ لِلَّذِينَ اتَّبَعُوهُ﴾ [سورة آل عمران: ٦٨]، وحكاه الرافعي في «كتاب السير» عن صاحب «البيان» وأقره، وقال الواحدي: إنه الصحيح، قال ابن القشيري في «المرشد» وعزى للشافعي، وقال الأستاذ أبو منصور: وبه نقول، وحكاه صاحب «المصادر» عن أكثر أصحاب أبي حنيفة، وإليه أشار أبو علي الجبائي. وقيل: على شريعة موسى. وقيل: عيسى، لأنه أقرب الأنبياء إليه، ولأنه الناسخ المتأخر، وبه جزم الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني فيما حكاه الواحدي عنه. لكن قال ابن القشيري في «المرشد»: ميل الأستاذ أبي إسحاق إلى أن نبينا محمداً ﷺ كان على شرع من الشرائع، ولا يقال: كان من أمة ذاك النبي كما يقال كان على شرعه. (انتهى). وقيل: كان متعبداً بشريعة كل من قبله إلا ما نسخ واندرس، حكاه صاحب «الملخص». وقيل: يتعد لا ملتزماً دين واحد من المذكورين، =

= حكاة النووي رحمه الله تعالى في زوائد «الروضة». وقيل: كان متعبداً بشرع ولكننا لا ندري بشرع من تعبد، حكاة ابن القشيري.

والمذهب الثاني: أنه لم يكن قبل البعثة متعبداً بشيء منها قطعاً، وحكاة في «المنحول» عن إجماع المعتزلة. وقال القاضي في «مختصر التقريب» وابن القشيري: هو الذي صار إليه جماهير المتكلمين. ثم اختلفوا فقالت المعتزلة بإحالة ذلك عقلاً، إذ لو تعبد باتباع أحد لكان عصى من مبعثه، بل كان على شريعة العقل. قال ابن القشيري: وهذا باطل إذ ليس للعقل شريعة. وذهبت عصابة أهل الحق إلى أنه لم يقع ولكنه ممتنع عقلاً. قال القاضي: وهذا نرتضيه وننصره، لأنه لو كان على دين لنقل، ولذكره عليه السلام، إذ لا يظن به الكتمان. وعارض ذلك إمام الحرمين وقال: لو لم يكن على دين أصلاً لنقل، فإن ذلك أبعد عن المعتاد مما ذكره القاضي (قال): فقد تعارض الأمران، والوجه أن يقال: كانت العادة انخرقت في أمور الرسول عليه الصلاة والسلام، منها انصراف همّ الناس عن أمر دينه والبحث عنه.

والمذهب الثالث: التوقف. وبه قال إمام الحرمين وابن القشيري والكنيا والآمدي والشريف المرتضى في «الذريعة» واختاره النووي في «الروضة» إذ ليس فيه دلالة عقل، ولا ثبت فيه نص ولا إجماع. وقال ابن القشيري في «المرشد»: كل هذه أقوال متعارضة، وليس فيها دلالة قاطعة، والعقل يجوز ذلك، لكن أين السمع فيه. ثم الواقفية انقسموا: فقول: نعلم أنه كان متعبداً وتوقف في عين ما كان متعبداً به. ومنهم من توقف في الأصل، فجوز أن يكون وألا يكون.

تنبيهات:

الأول:

الخلاف في الفروع. أما في الأصول فدين الأنبياء كلهم واحد، على التوحيد ومعرفة الله وصفاته. الثاني: قال العراقي في «شرح التنقيح»: المختار في هذه المسألة أن يقال: متعبداً (بكسر الباء) على أنه اسم فاعل، أي إنه عليه السلام كان كما قيل في سيرته: ينظر إلى ما عليه الناس فيجدهم على طريقة لا تليق بصانع العالم، فكان يخرج إلى غار حراء يتعبداً، حتى بعثه الله. أما (بفتحها) فيقتضي أن الله تعالى تعبدته بشريعة سابقة، وذلك بأباه حكايتهم الخلاف، هل كان متعبداً بشريعة موسى أو عيسى؟ فإن شرائع بني إسرائيل لم تتعد إلى بني إسماعيل، بل كان كل نبي بين موسى وعيسى يبعث إلى قومه فلا تتعدى رسالته قومه. حتى نقل المفسرون أن موسى عليه السلام لم يبعث إلى أهل مصر بل لبني إسرائيل وليأخذهم من القبط من يد فرعون، ولذلك لما جاوز البحر لم يرجع إلى مصر لنعم فيها شريعته، بل أعرض عنهم إعراضاً كلياً. وحينئذ لا يكون الله تعالى تعبد نبينا محمداً ﷺ بشريعتها البتة، فبطل قولنا: إنه كان متعبداً (بفتح الباء)، بل (بكسرها). وهذا بخلاف ما بعد نبوته، فإن الله تعالى تعبدته بشرع من قبله على الخلاف، بنصوص خاصة، فيستقيم الفتح بعد النبوة دون ما قبلها. وكلام الآمدي يقتضي خلاف ذلك، فإنه قال: غير مستبعد في العقول أن يعلم الله تعالى مصلحة شخص معين في تكليفه شريعة من قبله، وهذا يقتضي (فتح الباء). ولم تر لغیره تعرضاً لذلك. قلت: قد وقع ذلك في عبارة غيره، كما سبق.

الثالث: قال إمام الحرمين: هذه المسألة لا يظهر لها فائدة، بل تجري مجرى التواريخ المنقولة. ووافق المازري والأبياري وغيرهما ويمكن أن يظهر في إطلاق النسخ على ما تعبد به بورود شريعته المؤيدة.

إذا ثبت بالكتاب أو السنة؛ أنه كان محرماً في الشرع السابق أو شهد به اثنان أسلماً منهم، وهما من يعرفان<sup>(١)</sup> المبدل من غير المبدل، ولا يعتمد فيه قول أهل الكتاب، وإلى نحو هذا أشار بقوله في الكتاب «ووردت السنة بأنه كان حراماً في شرع من قبلنا» وموضع هذا القول ما إذا أشكل حال الحيوان، فلم يمكن أخذ حكمه في الاستطابة والاستخبث، ولا مما قبله من الأصول، ونحو هذا قَصَدَ بقوله في الكتاب «ووردت السنة بأنه كان حراماً في شرع من قبلنا» وبيّنه ما حُكِيَ عن «الحاوي»: أن ما لم يكن في أرض العرب، إذا راجعناهم فيه، فاستطابة بعضهم، واستخبثه آخرون، يُعتبر حكمه عند أهل الكتاب، فإن اختلفوا اغتُيِرَ حكمه في أقرب الشرائع إلى الإسلام، وهي النصرانية، فإن اختلفوا فيه، عاد الوجهان في الجِلِّ والحُرمة عند تعذّر الأخذ في الاستطابة والاستخبثات وتعادل الأشباه.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الثَّامِنُ): الْحَلَالُ إِذَا خَالَطَتْهُ نَجَاسَةٌ فَهُوَ حَرَامٌ كَالدَّهْنِ وَكَالْجَلَالَةِ الَّتِي تَأْكُلُ الْعَدِرَةَ فَهُوَ حَرَامٌ (م و) إِنْ ظَهَرَ التَّنُّ فِي لَحْمِهِ، وَجِلْدُهَا نَجَسٌ إِلَّا أَنْ تَزُولَ الرَّائِحَةُ بِالْدَّبْنِ، وَمَمَهَا زَالَ بِالْعَلْفِ حَلٌّ لَحْمُهُ، وَلَوْ زَالَ بِالطَّنِخِ لَمْ يَجِلَّ، وَالزَّرْعُ لَا يَحْرُمُ وَإِنْ كَثُرَ الزُّبُلُ فِي أَصْلِهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِي الْفَصْلِ مَسْأَلَتَانِ:

إحدهما: الأعيان النجسة لا يجوز أكلها في حالة الاختيار، والطاهر إذا نجس بمخالطة النجاسة أو ملاقاتها، كذلك، وذلك كالدهن والسمن الذائب والديس والخل، وقد ذكرنا في غسل الدهن ونحوه وجهاً في الطهارة، فعلى ذلك الوجه إذا غسل يزول التحريم.

والثانية: عن ابن عُمَرَ - رضي الله عنهما - أن النبي - ﷺ - «نَهَى عَنِ أَكْلِ الْجَلَالَةِ، وَعَنْ شُرْبِ أَلْبَانِهَا، حَتَّى تُخْبَسَ»<sup>(٢)</sup> وهذا نهى تحريم أو نهى كراهي وتنزيه؟ فيه وجهان:

= ينظر: البحر المحيط للزركشي ٣٩/٦، التمهيد للإسنوي ٤٤١، المنخول للغزالي ٢٣١، تخریج الفروع على الأصول للزنجاني ٣٦٩، الإحكام في أصول إرشاد الفحول للشوكاني ٢٣٩، ينظر المنخول ٢٣١.

(١) في ز: يعرف.

(٢) رواه الحاكم والدارقطني [٢٨٤/٤] والبيهقي [٣٢٦/٩] يراجع من حديث ابن عمرو بن العاص نحوه، وقال: حتى تعلق أربعين ليلة، ورواه أحمد وأبو داود والنسائي والحاكم، من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ: نهى عن لحوم الحمر الأهلية، وعن الجلالة، وعن ركوبها، ورواه أبو داود والترمذي وابن ماجه، من حديث عبد الله بن عمر بن الخطاب: أن =

أحدهما: نهى تحريم، ويُحكى ذلك عن أبي إسحاق المُرّوزيّ، وبه قال القفال، ورجّحه الإمام وصاحب «التّهذيب» المصنف.

**والثاني:** نهى تنزيه، وهذا ما أورده أكثرهم؛ منهم العراقيون والقاضي الروياني وغيرهم، وبه قال أبو حنيفة، ويُرْوَى عن مالكٍ مثله، ويُرْوَى، عنه أنه لا بأس بأكل لحمّهما، وهذا يُشعر بنفي التحريم والكراهة معاً، وعن أحمد روايتان كالوجهين، والأظهر عنه التحريم والجلالة هي التي تأكل العذرة اليابسة والنجاسات ويستوي<sup>(١)</sup> في الحكم الإبل، والبقر، والغنم، والدجاج، وبم تناط الكراهة أو التحريم؟ في «تتمة التتمة»: أنه، إن كان أكثر علف الدابة النجاسات فهي جلالة<sup>(٢)</sup>، وإن كان الأكثر

= رسول الله ﷺ نهى عن أكل لحوم الجلالة، وألبانها، ولأبي داود: أن يركب عليها، أو تشرب ألبانها، وهو عندهم من رواية ابن إسحاق عن ابن أبي نجيع عن مجاهد عنه، واختلف فيه على ابن أبي نجيع، فقبل عنه عن مجاهد مرسلأ. وقيل عن مجاهد عن ابن عباس، ورواه البيهقي من وجه آخر عن أيوب عن نافع عن ابن عمر، ولحديث ابن عباس طريق أخرى، رواها أصحاب السنن وأحمد وابن حبان والحاكم والبيهقي، بلفظ، نهى عن أكل المجثمة، وهي المصبورة للقتل وعن أكل الجلالة، وشرب ألبانها، وفي رواية: والشرب من في السقا، صححه ابن دقيق العيد، وروى الحاكم والبيهقي من حديث أبي هريرة: النهي عن أن يشرب من في السقا، وعن المجثمة والجلالة، وهي التي تأكل العذرة إسناده قوي.

(١) في ز: ويسري.

(٢) والجلالة: هي التي تأكل العذرة، والنجاسات. وتكون من الإبل، والبقر، والغنم، والدجاج. وقيل: إن كان أكثر أكلها النجاسة، فهي: جلالة، وقيل: إنه الاعتبار بالكثرة، وإنما الاعتبار بالرائحة والسنن، فإن وجد في عرفها أو غيره ريح النجاسة: فجلالة، وإلا فلا. وإذا تغير لحم الجلالة فمكروه كراهة تنزيه على الأصح وإنما لم يحرم ذلك؛ لأنه ليس فيه أكثر من تفسير لحمها، وهذا لا يوجب التحريم؛ كما لو أتنن اللحم المذكى وتروح فإنه يكره على الصحيح.

ولأن ما تأكله الدابة من الطاهرات يتنجس إذا حصل في كرشها ولا يكون غذاؤها إلا بالنجاسة ولا يؤثر ذلك في إباحتها لحمها ولبنها وبيضها.

وممن قال بذلك أيضاً: الحسن البصري، وأبو حنيفة، ومالك وأحمد، وداود. ولا كراهة عند الحنفية في أكل الدجاجة المخلاة التي تأكل العذرة؛ لأنها تخلط، أو لأنها لا تتنن كغيرها.

والأفضل أن تحبس ثلاثة أيام حتى تطيب.

واتفق الجميع على زوال الكراهة بحبسها، واختلفوا في قدرة.

فقبل: تحبس حتى تطيب.

وهو الصحيح عند الشافعية وبه قال أبو يوسف، ومحمد بن الحسن وهو رواية عن أبي حنيفة.

= وروي عن أبي حنيفة أنها تحبس ثلاثة أيام وهي رواية عن أحمد. سواء كانت طائراً أم بهيمة.

الطاهرات، فليست بجلالة، والأظهر: أنه لا اعتبار بالكثرة، ولكن الاعتبار بالرائحة والنتن، فإن كان يوجد فيها وفي عرقها ربح النجاسة، فالموضع موضع النهي، وإلا، فلا، وفي «الحاوي» نقل الوجهين في التحريم والكراهة، وعن رواية ابن أبي هريرة أن موضع الوجهين ما إذا كانت توجد رائحة النجاسة بتمامها، أو كانت الرائحة تقرب من الرائحة، فأما إذا كانت الرائحة التي توجد يسيرة، فلا اعتبار بها، ولو حبست بعد ما ظهر النتن، وعلفت علفاً طاهراً حتى زالت الرائحة، ثم دُبِحَتْ، فلا تحريم، ولا كراهة، وعن بعض العلماء تقدير العلف في الإبل والبقر بأربعين يوماً، وفي الغنم بسبعة أيام، وفي الدجاجة بثلاثة أيام، وهو محمول عندنا على الغالب، ولا يزول المنع بغسل اللحم بعد الذبح، ولا بالطبخ وإن زالت الرائحة به، وكذا لو زالت بمرور الزمان عند صاحب «التهذيب» وقيل: بخلافه، وكما يُمنع من أكل لحم الجلالة، يُمنع من لبنها وبيضها<sup>(١)</sup> وكره الرُكوب أيضاً إذا لم يكن بينها وبين الراكب، حائل، وذكر الصيدلاني وغيره؛ تفريعاً على تحريم الأكل، أن لحمها نجس، وأن جلدها يُطَهَّر بالدبغ، والحكم بطهارته بالدبغ يقتضي الحكم بنجاسة الجلد أيضاً، وهو ظاهر، إن ظهرت الرائحة في الجلد أيضاً، وإن لم تظهر، فقد حكى الإمام في نجاسته تردداً عن الأصحاب، والأظهر النجاسة؛ لأنه جزء من الحيوان مأكول على المسموط، فحكمه حكم اللحم، واعلم أن ظهور النتن في اللحم، وإن جعلناه موجباً لتحريم اللحم ونجاسته، فإننا لا نجعله موجباً لنجاسة الحيوان في حياته، وإلا، لالتحق بالكلب والخنزير، ولما طهر جلده بالدبغ، لكن إذا حكمنا بالتحريم، ألتحق بما لا يؤكل لحمه؛ فلا تفيد الزكاة طهارة جلده، ولكنه يُطَهَّر بالدبغ، والسخلة المربأة بلبن الكلب

= وذلك لأن عمر كان إذا أراد أكل الجلالة حبسها ثلاثاً.

والرواية الثانية عن أحمد: تحبس الدجاجة ثلاثاً، والبعير والبقرة، ونحوهما أربعين.

وذلك لحديث عبد الله بن عمرو: «نهى رسول الله ﷺ عن الإبل الجلالة، أن يؤكل لحمها، ولا يحمل عليها إلا الأدم، ولا يركبها الناس، حتى تعلق أربعين ليلة».

ولأنهما أعظم جسمًا، وبقاء علفهما فيهما أكثر من بقائه في الدجاجة والحيوان الصغير.

وإذا كان الحكم دائراً حول ما يتن من لحمها: فيكره وما لا يتن: فلا يكره، زال حكم الكراهة بزوال النتن ولم يكن للقدر الذي تعلقه من حد، ولا لزمانه من ضبط.

(١) ما جزم به من امتناع البيض جرى عليه النووي في شرح المذهب لكن ذكر أيضاً في شرح المذهب في باب إزالة النجاسة إن أصح الوجهين طهارة بيض ما لا يؤكل لحمه قال: وعليه يجوز أكله بلا خلاف لأنه غير مستقذر.

قال في الخادم: بل على القول بالطهارة لا يحل أكله بلا خلاف، وممن صرح بذلك الإمام في النهاية وصاحب التتمة والبحر وغيرهم وهو قضية كلام الشافعي في الأم وصرح به الماوردي هنا فقال: وكل طائر حرم أكله حرم أكل بيضه وكل طائر حل أكله حل أكل بيضه.



حَكْمُهَا حَكْمُ الْجَلَّالَةِ<sup>(١)</sup>، وَالزَّرْعُ لَا يَحْرُمُ، وَإِنْ كَثُرَ الزَّبَلُ وَالنَّجَاسَاتُ فِي أَصْلِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَظْهَرُ أَثَرُ النَّجَاسَةِ وَرَائِحَتِهَا<sup>(٢)</sup> فِيهِ، وَعَنْ أَحْمَدَ: أَنَّهُ يَحْرُمُ.

وقوله في الكتاب «ومهما زال بالعلف، حل لحمه» يعني؛ زال الترنُّ بالعلف في الحياة، حل لحمه، إذا ذُبِحَ، وقوله: «ولو زال بالطبخ» أي بعد الذبح.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: (التَّاسِعُ): مَا حُكِمَ بِحَلِّهِ فَيَحْرُمُ مِنْهُ الْمُنْخِنِقَةُ وَمَا ذُبِحَ ذَبْحًا غَيْرَ شَرْعِيٍّ إِلَّا الْجَيْنَيْنِ الْمَيْتِ فِي بَطْنِ الْمُدْكِيِّ، فَهُوَ حَلَالٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْحَيَوَانَ الْمَأْكُولِ؛ إِنَّمَا يَحِلُّ، إِذَا ذُبِحَ عَلَى الْوَجْهِ الشَّرْعِيِّ، فَأَمَّا الْمَيْتَةُ وَالْمُنْخِنِقَةُ وَالْمَوْقُودَةُ وَمَا ذُبِحَ ذَبْحًا غَيْرَ شَرْعِيٍّ، فَإِنَّهُ حَرَامٌ، وَيُسْتَثْنَى مِنَ الْمَيْتَةِ الْجِرَادُ وَالسَّمَكُ، وَرَبِمَا اسْتَثْنَى مَعَهَا الْجَيْنَيْنِ الَّذِي يُوجَدُ مَيْتًا عِنْدَ ذَبْحِ الْأُمِّ، وَقَدْ يُسْتَثْنَى مِنَ الْمُنْخِنِقَةِ، وَيَقَالُ: إِنَّهُ يَنْخَبِقُ بِذَبْحِ الْأُمِّ، وَالْمَقْصُودُ أَنَّ الْجَيْنَيْنِ الَّذِي يُوجَدُ فِي بَطْنِ الْأُمِّ الْمُدْكَاةَ حَلَالًا، سِوَاءِ أَشْعَرَ أَوْ لَمْ يُشْعِرْ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَا يَحِلُّ الْجَيْنَيْنِ إِلَّا أَنْ يُوجَدَ حَيًّا، فَيَذْبَحُ.

لَنَا: مَا رَوَى عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الْخَدْرِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - قَالَ: قُلْنَا: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّا نَنْحَرُ الْإِبِلَ، وَنَذْبِحُ الْبَقَرَ وَالشَّاةَ، فَتَجِدُ فِي بَطْنِهَا الْجَيْنَيْنِ، أَتُلْقِيهِ أَمْ نَأْكُلُهُ، فَقَالَ: كُلُّوهُ، إِنْ شِئْتُمْ، فَإِنَّ ذَكَاتَهُ، ذَكَاةُ أُمِّهِ<sup>(٣)</sup> واحتج الشيخ أبو محمد بأنه، لو لم يحل

(١) المراد إذا تغير لحمها بسبب ذلك.

قال الزركشي: واعلم أنها إذا ارتضعت من كلبة صار فمها متنجساً فلا يؤكل حتى يغسل سبعاً كمعض الكلب ففتظن له. انتهى ولا بد من التعفير بالتراب.

(٢) قال النووي وإذا عجن دقيقاً بماء نجس وخبزه، فهو نجس يحرم أكله. ويجوز أن يطعمه لشاةٍ وبغير ونحوهما، نص عليه الشافعي رحمه الله تعالى، ونقله البيهقي في «السنن» الكبير في باب نجاسة الماء الدائم عن نسه، واستدل له بحديث صحيح. وفي فتاوى صاحب «الشامل»: أنه يكره إطعام الحيوان المأكول نجاسة. وهذا لا يخالف ما نص عليه الشافعي - رحمه الله - في الطعام؛ لأنه ليس ينجس العين.

قال ابن الصباغ: ولا يكره أكل البيض المسلوق بماء نجس، كما لا يكره الوضوء بماء سخن بالنجاسة.

(٣) رواه الترمذي [١٤٧٦] من طريق مجالد عن أبي الوداك عن أبي سعيد بهذا، ورواه أبو داود [٢٨٢٧] رواه ابن ماجه [٣١٩٩] مثله، إلا أنه الناقة، بدل الإبل، ورواه الدارقطني بلفظ: إذا سميت على الذبيحة، فإن ذكاته ذكاة أمه: قال عبد الحق، لا يحتج بأسانيد كلها، وخالف الغزالي في الإحياء فقال: هو حديث صحيح: وتبع في ذلك إمامه، فإنه قال في الأساليب: هو حديث صحيح لا يتطرق احتمال إلى متنه، ولا ضعف إلى سنده، وفي هذا نظر، والحق أن فيها ما تنتهض به الحجة، وهي مجموع طرق حديث أبي سعيد، وطرق حديث جابر على ما سيأتي =

بيانه، وقال ابن حزم: هو حديث واهي، فإن مجالداً ضعيف، وكذا أبو الوداك، قلت: قد رواه الحاكم من حديث عبد الملك بن عمير عن عطية عن أبي سعيد، وعطية وإن كان لين الحديث، فمتابعته لمجالد معتبرة، وأما أبو الوداك فلم أر من ضعفه، وقد احتج به مسلم، وقال يحيى بن معين: ثقة، على أن أحمد بن حنبل قد رواه في مسنده عن أبي عبيدة الحداد عن يونس بن أبي إسحاق عن أبي الوداك، فهذه متابعة قوية لمجالد، ومن هذا الوجه صححه ابن حبان [١٠٧٧] وابن دقيق العيد، وفي الباب عن جابر، وأبي أمامة، وأبي الدرداء، وأبي هريرة، قاله الترمذي، وفيه أيضاً عن علي بن أبي طالب، وابن مسعود، وأبي أيوب، والبراء بن عازب، وابن عمر، وابن عباس، وكعب بن مالك، أما حديث جابر فرواه الدارمي وأبو داود بلفظ: ذكاة الجنين ذكاة أمه، وفيه عبيد الله بن أبي زياد القداح عن أبي الزبير، والقداح ضعيف ورواه الدارقطني من طريق ابن أبي ليلى عن أبي الزبير، والحاكم من طريق زهير بن معاوية عن أبي الزبير، فهؤلاء ثلاثة روه عن أبي الزبير، وتابعهم حماد بن شعيب عن أبي الزبير عند أبي يعلى، ولو صح الطريق إلى زهير، لكان على شرط مسلم، إلا أن راويه عنه استنكر أبو داود حديثه، وأما حديث أبي أمامة وأبي الدرداء فرواهما الطبراني من طريق راشد بن سعد عن أبي أمامة، وأبي الدرداء جميعاً، وفيه ضعف وانقطاع، وأما حديث أبي هريرة، فرواه الدارقطني من طريق عمر بن قيس عن عمرو بن دينار عن طاوس، عن أبي هريرة وعمر بن قيس ضعيف، وهو المعروف بسندل، وأخرجه الحاكم من طريق أخرى عن المقبري عن أبي هريرة، والراوي له عن أبي سعيد المقبري، حفيده عبد الله بن سعيد، وهو متروك، وأما حديث علي فأخرجه الدارقطني وفيه الحارث الأعور، والراوي عنه أيضاً ضعيف، وأما حديث ابن مسعود فرواه الدارقطني بسند رجاله ثقات، إلا أحمد ابن الحجاج بن الصلت، فإنه ضعيف جداً وهو علتة، وأما حديث أبي أيوب فرواه الحاكم من طريق محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن أخيه عيسى، عن أبيه عبد الرحمن عن أبي أيوب، ومحمد ضعيف؛ وأما حديث البراء فذكره البيهقي، وأما حديث ابن عمر فله طرق، منها ما رواه الحاكم والطبراني في الأوسط وابن حبان في الضعفاء، في ترجمة محمد بن الحسن الواسطي عن محمد بن إسحاق عن نافع عن ابن عمر مرفوعاً، إذا أشعر الجنين فذكاته ذكاة أمه: فيه عنعنة ابن إسحاق ومحمد بن الحسن ضعفه ابن حبان، ورواه الخطيب في الرواة عن مالك عن أحمد بن عصام عن مالك عن نافع به، وقال: تفرد به أحمد بن عصام وهو ضعيف؛ وهو في الموطأ موقوف؛ وهو أصح؛ ولفظه: إذا نحررت الناقة؛ فذكاة ما في بطنها في ذكاتها، إذا كان قد تم خلقه، ونبت شعره، فإذا خرج من بطن أمه ذبح حتى يخرج الدم من جوفه، ورواه الطبراني في الأوسط في ترجمة أحمد بن يحيى الأنطاكي من حديث العمري، عن نافع عن ابن عمر مرفوعاً، وروي أيضاً من طريق مبارك بن مجاهد عن ابن عمر، ومن طريق أيوب بن موسى قال ذكر عن ابن عمر، قال ابن عدي: اختلف في رفعه ووقفه على نافع، ثم قال: ورواه أيوب، وعدد جماعة عن نافع عن ابن عمر موقوفاً وهو الصحيح، وأما حديث ابن عباس فرواه الدارقطني من حديث موسى بن عثمان الكندي عن ابن إسحاق عن عكرمة عن ابن عباس بلفظ: ذكاة الجنين ذكاة أمه، وموسى مجهول، وأما حديث كعب بن مالك فرواه الطبراني في الكبير من طريق إسماعيل بن مسلم عن الزهري عن عبد الرحمن بن كعب عن كعب به، وإسماعيل ضعيف، وذكره ابن حبان =

الجنين بذكاة الأم، لَمَّا جازت ذكاة الأم مع ظهور الحمل، كما لا تقتل الحامل قصاصاً، فَأُلْزِمَ عليه ذَبْحُ رَمَكَةٍ<sup>(١)</sup> في بطنها بغلة، فَمَنَعَ ذَبْحَهَا، حَكَى، المناظرة الإِمام، وذكر يعني لشيخ أبا محمد في كتابه في الفَرْق، أنه، إِنَّمَا يَجِلُّ، إِذَا سَكَنَ فِي الْبَطْنِ عَقِيبَ ذَبْحِ الْأَمِّ، أَمَّا إِذَا بَقِيَ زَمَانًا طَوِيلًا يَضْطَرُّ وَيَتَحَرَّكُ ثُمَّ سَكَنَ، فَالصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ حَرَامٌ، وَإِنْ خَرَجَ الْجَنِينُ فِي الْحَالِ، وَبِهِ حَرَكَةُ الْمَذْبُوحِ، حَلٌّ، وَإِنْ خَرَجَ رَأْسُهُ، وَفِيهِ حَيَاةٌ مُسْتَقَرَّةٌ، قَالَ فِي «التَّهْذِيبِ»: لَا يَجِلُّ بِذَبْحِ الْأَمِّ؛ لِأَنَّهُ مُقَدَّرٌ عَلَى ذَبْحِهِ، وَعَنِ الْقَمَّالِ: أَنَّهُ يَجِلُّ؛ لِأَنَّ خُرُوجَ بَعْضِ الْوَلَدِ كَعَدَمِ الْخُرُوجِ<sup>(٢)</sup>؛ أَلَا تَرَى أَنَّ عِدَّةَ الْحَامِلِ لَا تَنْقُضِي بِخُرُوجِ بَعْضِ الْوَلَدِ، وَإِنْ أَفْصَلْتَ مَضْغَةً، لَمْ تَبْنِ فِيهَا الصُّورَةَ، وَلَمْ تَتَشَكَّلِ الْأَعْضَاءُ، فَفِي جِلِّ أَكْلِهِ وَجْهَانِ بِنَاءٍ عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِي وَجُوبِ الْعُرَّةِ وَثَبُوتِ الْاسْتِيلَاءِ<sup>(٣)</sup> ١٠. الاستيلار

فَرَعٌ: عَنِ الْقَاضِي الْحَسِينِ: أَنَّ الْجَنِينَ، إِذَا أَخْرَجَ رَأْسَهُ حَيًّا، لَمْ يَجِلَّ حَتَّى يُذْبَحَ، وَلَا يَغْنِي ذَبْحُ الْأَمِّ، وَالْحَالَةُ هَذِهِ، قَالَ صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» فِي الْفَتَاوَى: وَلَوْ أَخْرَجَ رَجُلُهُ، فَعَلَى قِيَاسِ مَا ذَكَرَهُ يَنْبَغِي أَنْ يُجْرَحَ، كَمَا لَوْ تَرَدَّى الْبَعِيرُ فِي بَثْرِ، فَإِنَّهُ يُطْعَنُ حَتَّى يَجِلَّ.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: (الْعَاشِرُ): مَا أَكْتَسِبَ بِمُعَاْمَرَةٍ نَجَاسَةٍ كَكَسْبِ الْحَجَّامِ فَهُوَ مَكْرُوهٌ بِحَرَامٍ، وَيَنْبَغِي أَلَّا يَأْكُلَ وَيَغْلَفُ رَقِيقَهُ وَتَأْصِحَّهُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: كَسْبُ الْحَجَّامِ حَلَالٌ وَعَنْ أَحْمَدَ: أَنَّهُ حَرَامٌ لِلْأَحْرَارِ، وَيَجُوزُ أَنْ

= فِي الضَّعْفَاءِ فِيمَا أَنْكَرَ عَلَى إِسْمَاعِيلَ، قَالَ: إِنَّمَا هُوَ عَنِ الزَّهْرِيِّ، قَالَ: كَانَ الصَّحَابَةُ ذَكَرَهُ، وَرَوَى ابْنُ حَزْمٍ مِنْ طَرِيقِ سَفِيَّانِ بْنِ عَيْنِيَةَ عَنِ الزَّهْرِيِّ عَنِ ابْنِ كَعْبٍ بْنِ مَالِكٍ قَالَ: كَانَ أَصْحَابُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ يَقُولُونَ: ذِكَاةُ الْجَنِينِ ذِكَاةُ أُمِّهِ، وَرَوَاهُ الْبَيْهَقِيُّ عَنْ جَمَاعَةٍ مِنَ الصَّحَابَةِ مُوقِفًا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ (فَائِدَةٌ) قَالَ ابْنُ الْمُنْذَرِ: لَمْ يَرَوْا عَنْ أَحَدٍ مِنَ الصَّحَابَةِ وَسَائِرِ الْعُلَمَاءِ أَنَّ الْجَنِينَ لَا يُؤْكَلُ إِلَّا بِاسْتِنْفَافِ الذِّكَاةِ فِيهِ إِلَّا مَا رَوَى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ.

(١) بِالْتَّحْرِيكِ الْأَنْثَى مِنَ الْبِرَازِينِ وَالْجَمْعُ رِمَاكٌ وَرِمَكَاتٌ وَأَرِمَاكٌ أَيْضًا عَنِ الْفَرَاءِ مِثْلَ ثَمَارٍ وَأَثْمَارٍ وَقَعُ فِي الْوَسِيطِ فِي الْبَابِ الثَّانِي مِنَ أَبْوَابِ الْبَيْعِ لَوْ قَالَ بَعْتُكَ هَذِهِ النَّعْجَةَ فَإِذَا هِيَ رِمَكَةٌ فِي قَوْلِ يَعْوَلُ عَلَى الْإِشَارَةِ فِي قَوْلِ آخَرَ يَعْوَلُ عَلَى الْعِبَارَةِ قَالَ ابْنُ الصَّلَاحِ هَذَا تَصْحِيفٌ إِنَّمَا هُوَ هَذِهِ الْبَغْلَةُ فَإِنَّ الرِمَكَةَ لَا تَشْتَبِهُ بِالنَّعْجَةِ.

ينظر: حياة الحيوان ١/ ٣٣٥.

(٢) قَالَ النَّوَوِيُّ: قَوْلُ الْقَمَّالِ أَصَحُّ. الْمَوْضِعُ (٤/ ٢٧٩)

(٣) قَالَ النَّوَوِيُّ: إِذَا ذُكِيَ الْحَيْوَانُ وَلَهُ يَدٌ شَلَاءٌ، هَلْ تَحِلُّ بِالذِّكَاةِ أَمْ هِيَ مَيْتَةٌ؟ وَجْهَانٌ. الصَّحِيحُ: الْجِلُّ، وَقَدْ ذَكَرَهُمَا الرَّافِعِيُّ فِي بَابِ الْقِصَاصِ فِي الْأَطْرَافِ.

قول

يطعم منه العبيد وتعلف الدواب، وعن ابن خزيمة من أصحابنا، فيما حكى الموفق بن طاهر مثله .

لنا: «ما رُوِيَ أن أبا طيبة، حَجَمَ رسولَ الله - ﷺ - فَأَمَرَ لَهُ بِصَاعٍ مِنْ تَمْرٍ، وَأَمَرَ أَهْلَهُ أَنْ يُخَفِّقُوا خَرَّاجَهُ»<sup>(١)</sup> ولو كان حراماً، لما أعطاه؛ فإن الحرام كما لا يجوز أخذه، لا يجوز إعطاؤه؛ كأجرة الزَّمار، والنائحة، ويخالف ما إذا دعت إليه ضرورة، كما إذا أعطى الشاعر شيئاً؛ لثلا يهجو، أو الظالم؛ لثلا يمنعه حقه، أو لا يأخذ منه أكثر من الذي أعطاه، ففي مثل ذلك يَأْتُمُ الأخذ دون المعطي، ولأنه لو امتنع الاكتساب بالحِجَامَة، لجر ذلك ضرراً عظيماً، واحتاج ذوو الأقدار إلى القيام بها، نعم، كسب الحجام مكروه، سواء اكتسبه الحر أو العبد، ولا يكره للعبد، سواءً اكتسبه الحر أو العبد؛ لما رُوِيَ أنه - ﷺ - «سُئِلَ عَنِ كَسْبِ الْحِجَامِ، فَتَهَى عَنْهُ وَقَالَ: أَطْعِمُهُ رَقِيقَكَ أَعْلِفُهُ»<sup>(٢)</sup> وَنَاضِحَكَ وهذا أحد ما يحتج به للجل؛ لأنه لو كان حراماً، لما جاز له التصرف فيه بالإطعام، والعلف، والفرق بين الحر والعبد؛ أنه كسب دنيء، والعبد دنيء، فصرف الدنيء إلى الدنيء، ولم يكره للحر ذكروا فيه معنيين، قال قائلون: المعنى فيه مخامرة النجاسات، وقال آخرون: ودناءة الحرفة؛ فعلى الثاني يُكره كسب الحلاق والسَّمَاك أيضاً؛ وعلى الأول يُكره كسب الكَنَّاسِ والزَّبَّالِ والدَّبَّاعِ والقَصَّابِ والخَاتِنِ، وهو الذي أطلقه عامة الأصحاب، وفي الحمامي والحائك وجهان، ويُمكن تخريجهما على المعنيين<sup>(٣)</sup>، وفي كسب الفصاد وجهان أيضاً، قال في «العدة»: الأظهر أنه لا يُكره، وكره كارهون كسب الصاغة، لأنهم كثيراً ما يخلفون الوغد، ويقعون في الربا؛ لبيعهم المصوغ بأكثر من وزنه، واعترض صاحب الكتاب في «الوسيط» على التعليل ليكون الحرفة خسيئة، وبمخامرة النجاسة؛ بأن قال: التعليل بذلك يوجب إلحاق أجرة الكَنَّاسِ والدَّبَّاعِ به، ولم يذهب إليه أحد، هذا لفظه، وهو ممنوع بل جمهور الأصحاب ذاهبون إليه، وكتبهم ناطقةً به، ثم لا يناسبه قوله ها هنا: «ما اكتسب بمخامرة نَجَاسَةٍ؛ ككسب الحِجَامِ، فهو مكروه وقد ذكر مثله في صدر الكلام في «الوسيط»، ثم قال، ولعل السبب فيه أن الحِجَامَة والفصد جَزْحٌ مفسد للبنية، وهو حرام

(١) متفق عليه البخاري [٢١٠٢ - ٢٢١٠ - ٢٢٧٧ - ٢٢٨٠ - ٢٢٨١ - ٥٦٩٦، مسلم [١٥٧٧] من حديث أنس، وعندهما: بصاع، أو صاعين، وفي رواية لأبي داود [٣٤٢٤] مثل ما هنا، وروى ابن حبان في صحيحه من حديث جابر قال: أمر النبي ﷺ أبا طيبة أن يأتيه مع غيبوبة الشمس، فأمره أن يضع المحاجم مع إفطار الصائم، ثم سأله كم خراجه؟ فقال: صاعين، فوضع النبي ﷺ وسلم عنه صاعاً، وروى الطبراني من حديث ابن عباس: أن النبي ﷺ بعث إلى أبي طيبة ليلاً، فحجمه، وأعطاه أجره.

(٢) سقط من: ز.

(٣) في ز: تحريمهما.

في الأصل، وإنما يُباح بتوهم المنفعة، وذلك مشكوكٌ فيه، ويَطْرُد هذا في أجرة من قطع يداً متآكلة؛ لاستبقاء النفس، وقضية ما ذكره أن تكون أجرة الطبيب الذي يعالج بدواءٍ فيه خطرٌ، ومعلّم السباحة، ومجرى السفينة، وأمثالهم مكروهةٌ، وهو بعيد.

وقوله في الكتاب «وليس بحرام» يجوز أن يعلم بالألف والواو، لما سبق.

وقوله في أول الكتاب «حلال إلا ما تستثنيه عشرة أصول» لا ينبغي أن يُحمل الحلال على ما لا إثم في تناوله؛ فإن الحِلَّ بهذا المعنى حاصل في الأصل العاشر، فلا يكون مستثنى منه، بل هو محمول على المباح، بمعنى استواء الطرفين، فيصح استثناء المكروه منه.

فزع: وإن شئت قلت: أصل، قال القاضي الماوردي: أصول المكاسب ثلاثة: الزراعة والتجارة والصناعة، وفي الأطيب منها ثلاثة مذاهب للناس، قيل: الصناعة أطيب؛ لأن الكسب فيها يُحصَل بكد اليمين، وقد رُوِيَ في الخبر، «أن من الذنوب ما لا يُكْفَرُهُ صوم ولا صلاة، ويكْفَرُهُ عَرَقُ الجبين في الحرفة»<sup>(١)</sup>، وقيل: التجارة أطيب؛ لأن الصحابة - رضي الله عنهم - كانوا يكتسبون بها، وهذا أشبه بمذهب الشافعي - رضي الله عنه - وقيل: الزراعة أطيب، قال: وهو الأشبه عندي؛ لأنها أقرب إلى التوكل والرضا بما يعطيه الله تعالى<sup>(٢)</sup>.

ومما لا بدّ من ذكره في الباب، وهو خارج عن الأصول العشرة؛ أن ما يضرُّ كالزجاج والحجر والسم، يَحْرُمُ أكله؛ لأنه قاتلٌ، وليس للإنسان أن يهلك نفسه، وما لا يضر فهو حلال، واستثنى في «التهديب» من ذلك ثلاثة أشياء المنّي، وجِلْد الميثة بعد الدبّاغ، وكل حيوان يبتلعه حياً سوى السمك والجراد، في جِلْد الميثة بعد الدبّاغ كلامٌ قد سبق في «الطهارات» وفي «النهاية»: أن المذهب تحريم المستقذرات الطاهرات كالمخاط، والمنّي ونحوهما، وأنه حُكِيَ عن أبي زيد: أنها لا تُحْرَم، ويكفي الاستقذار وإزاعاً عنها، ولا بأس بشرب الدواء الذي فيه قليل سم، إذا كان الغالب، منه السلامة،

(١) رواه الطبراني [١٠٢] في الأوسط، والخطيب في تلخيص المشابه، من طريق يحيى بن بكير عن مالك عن محمد بن عمرو عن أبي سلمة، عن أبي هريرة بلفظ: إن من الذنوب ذنوب لا يكفرها الصلاة، ولا الوضوء، ولا الحج، ولا العمرة، قيل: فما يكفرها؟ قال: يكفرها الهموم في طلب المعيشة، وإسناده إلى يحيى وإب.

(٢) قال النووي: في «صحيح البخاري» عن النبي ﷺ قال: «ما أكل أحد طعاماً قط، خيراً من أن يأكل من عمل يده، وإن نبيّ الله داود ﷺ، كان يأكل من عمل يده». فهذا صريح في ترجيح الزراعة، والصنعة، لكونهما من عمل يده، لكن الزراعة أفضلهما، لعدم النفع بها للآدمي وغيره، وعموم الحاجة إليها.

وأحتجج إليه، وقال: الإمام ولو نُصِّورَ شخص لا يضره تعاطي السموم<sup>(١)</sup>، لا يَحْرُمُ عليه، وفي «بحر المذهب» للقاضي الروياني: أن النبات الذي يسكر، وليست فيه شدة مطربة، يحرم أكله، ولا حدُّ على أكله<sup>(٢)</sup>، ويجوز استعماله في الدواء، وإن أفضى إلى السكر، إذا لم يكن منه بد، وما يُسكر مع غيره، ولا يسكر بنفسه، إن لم يُنتفع به في دواء وغيره، فيحرم أكله، وإن كان يُنتفع به في الدواء، حلَّ التداوي به.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: (الْفَضْلُ الثَّانِي فِي حَالِ الْأَضْطِرَّارِ): وَجَمِيعُ الْمُحْرَمَاتِ تَبَاحٌ بِالضَّرُورَةِ لَكِنَّ النَّظْرَ فِي حَالِ الضَّرُورَةِ وَحَدِّ الْمُسْتَبَاحِ وَجِنْسِيهِ، وَحَدِّ الضَّرُورَةِ وَأَنْ يَخَافَ عَلَى نَفْسِهِ الْهَلَاكَ أَوْ مَرَضًا مَخُوفًا فِي جِنْسِيهِ، فَإِنْ كَانَ مَخُوفًا لِطَوْلِهِ وَعُسْرِ عِلَاجِهِ فَوَجْهَانِ، وَإِذَا جَازَ الْأَكْلُ وَجَبَ، وَقِيلَ: يَجُوزُ الْأَسْتِسْلَامُ وَالتَّوَرُّعُ كَدَفْعِ الصَّائِلِ وَلَا أَضَلَّ لَهُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يَبَاحٌ لِلْمَضْطَرِّ، إِذَا لَمْ يَجِدِ الْحَلَالَ، أَكَلَ الْمُحْرَمَاتِ مِنَ الْمَيْتَةِ وَالْدَمِ وَلَحْمِ الْخَنزِيرِ وَمَا فِي مَعْنَاهَا؛ عَلَى مَا قَالَ تَعَالَى: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَآغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [البقرة: ١٧٣] وقال تعالى: ﴿إِلَّا مَا اضْطُرُّرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١١٩] وهل يجب عليه الأكل؟ وفيه وجهان:

أصحُّهُمَا: نعم، وإلا، فهو ساع في إهلاك نفسه، والله تعالى يقول: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة: ١٩٥] وقال تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] وهذا كما أنه يجب دفع الهلاك بأكل الطعام الحلال.

والثاني: وبه قال أبو إسحاق: لا يجب؛ لأنه قد يريد التورع؛ لتردده في الانتهاء إلى حد الضرورة، كالمصول عليه؛ يتردد في القدر الدافع للصائِل فيتورع، وقد ذكر، أنه مخرج من قول جواز الاستسلام هناك، وفرق بينهما بأن المستسلم للصائِل يؤثر مهجته على مهجته، وها هنا بخلافه، وهذه الصورة مؤخره في الكتاب عن هذا الموضوع، وهي به أليق، ثم كلام هذا الفصل الثاني في ثلاثة أطراف:

أحدها: في صفة الضرورة وحدِّها، ولا خلاف في أن مطلق الحاجة إلى الطعام بل الجوع القوى لا يكفي لتناول الحرام، وأنه لا يجب الامتناع إلى أن يُشْرِفَ على الموت، فإن تناول حينئذٍ لا ينفع ولا يدفع الهلاك، ولو انتهى إلى تلك الحالة، لم

(١) في ز: السم.

(٢) ما نقله هنا عن الروياني نقله عن كلام الأصحاب في باب حد الخمر وأنهم قوله: «وليست فيه شدة مطربة» أنه إن كان فيه شدة مطربة يجب فيه الحد.

قال الزركشي: وبه صرح الماوردي: انتهى.

يَجِلُّ له التناول؛ فإنه غير مفيد، ولا خلاف في الجِلِّ، إذا كان يخاف على نفسه الهلاك، لو لم يأكل، إمّا من نفس الجوع أو من غيره؛ بأن يخاف، إذا لم يأكل من أن يضعف عن المشي أو عن الركوب، وينقطع عن الرفقة ويضيع، وإن كان يخاف من ترك الأكل حدوث مرض يخيف جنسه، فهو كخوف الموت، وإن كان يخاف منه لظوله وتماديه<sup>(١)</sup>، ففي حل الأكل وجهان أو قولان:

أشبههما: أن الجواب كذلك، ووجه الفرق أن المرض، إذا طال مدته وتمادى، لم يبعد معالجته، بخلاف ما يهجم من الأمراض الحادة ويعسر علاجه، ويقرب من هذا الخلاف ما في «التهديب» وتعليقه الشيخ إبراهيم المروروزي؛ أنه لو عيل صبره، وأخمده الجوع، ففيه قولان:

أحدهما: وبه قال أبو حنيفة والمُزَنِّي: أنه لا يجوز له تناول المحرمات، حتى يصير إلى أدنى الرمق؛ لأن خوف الهلاك لم يتحقق.

والثاني: يَجِلُّ؛ لما يناله من المشقة، ولينفعه الطعام ويشبعه، ولا يُشترط فيما يخاف منه تيقن وقوعه، لو لم يأكل، بل يكفي غلبة الظن، كالمحذور المخوف في صورة الإكراه.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَأَمَّا قَدْرُ الْمُسْتَبَاحِ فَهُوَ سُدُّ الرَّمَقِ، وَمَا وَرَاءَ ذَلِكَ إِلَى الشَّبَعِ فَقَوْلَانِ، وَلَا شَكَّ أَنَّهُ يَجِلُّ الشَّبَعُ إِذَا كَانَ فِي بَادِيَةِ وَعَلِمَ أَنَّهُ لَا يَسْتَقِلُّ بِالمَشْيِ بِسُدِّ الرَّمَقِ وَيَهْلِكُ، وَلَا شَكَّ أَنَّهُ لَوْ كَانَ يَتَوَقَّعُ مَبَاحاً قَبْلَ رُجُوعِ الضَّرُورَةِ تَعَيَّنَ سُدُّ الرَّمَقِ وَحَرَمَ الشَّبَعُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الطرف الثاني في القدر الذي يُباح لصاحب الضرورة أكله، ولا خلاف في أن له أن يأكل ما يسدُّ به الرمق، وأنه ليس له أن يزيد على الشبع، وهل له أن يزيد على ما يسد الرمق إلى الشبع، فيه قولان:

أحدهما: وبه قال أبو حنيفة، واختاره المُزَنِّي: لا؛ لأن الضرورة اندفعت بسد الرمق، وقد يجد بعده ما يغنيه عن الحرام.

والثاني: نعم؛ لأن ما يجِلُّ منه القدر الذي يسدُّ الرمق يُجِلُّ القدر المشبع، كالطعام، الحلال، وأيضاً، فإنه، إذا لم يشبع لا يقوى على السير، ويحتاج إلى ملازمة الحرام، والعود إليه مرة بعد أخرى، وعن مالك وأحمد روايتان كالقولين، ويشبه أن يُبنى القولان على القولين في أنه، إذ أجهدته الجوع، هل له تناول المحرمات أو لا يتناول، حتى يصير إلى أدنى الرمق؟ فإن قلنا بالأول، فيزيد إلى أن تسكن نهمته وينتهي

(١) في ز: وعادته.

إلى الشبع، وإن قلنا: بالثاني، فلا يزيد على سد الرّمق، وقد يفهم إيراد الأئمة إثبات قولين إذا قلنا بالثاني:

أحدهما: لا يزيد؛ قياساً للاستدامة على الابتداء.

**والثاني:** أن له أن يزيد؛ لأن الضرورة قد تحققت في الابتداء، والاستدامة محل المسامحة؛ ألا ترى أن الحر لا ينكح الأمة إلا عند الضرورة، ثم لا تعتبر الضرورة في الدوام، وفيه قول ثالث، وهو أنه، إن كان قريباً من العُمران، اقتصر على سدّ الرّمق، وإن كان في بادية بعيدة من العُمران، فيشبع ليقوى على قطع المسافة، هكذا أطلق الخلاف أكثرهم، وزاد الإمام تفصيلاً طَوَّل فيه، ولخصّه في «الوسيط» بأن قال: إن كان في بادية، وخاف ألا يتقوى على قطعها لو لم يشبع، ويهلك، فيجب القطع بأنه يشبع، وإن كان في بلد وتوقع الطعام الحلال قبل عود الضرورة، فيجب القطع بأنه يقتصر على سدّ الرّمق، وإن كان لا يظهر حصول طعام حلالٍ وأمكنه الرجوعُ إلى الحرام مرة بعد أخرى، إن لم يجد الحلال، فهذا موضع الخلاف، ويجوز أن يُقال: الأكل مرةً أوّلى من المعاودة مرة بعد أخرى، ويجوز أن يُقال: يقتصر على سد الرّمق، فلعله يطرأ ما يغنيه عن المعاودة، وإلى ترجيحه مال صاحب الكتاب، وإليه ذهب الفقهاء وكثير من الأصحاب، وعن صاحب «الإفصاح» ترجيح القول بجواز الأكل إلى الشبع، وبه قال القاضي الروياني وغيره، ويجوز أن يتزوّد من الحرام، إذا كان لا يرجو الوصول إلى الحلال، وإن كان يرجوه، لم يجز، هكذا أطلق صاحب «التهذيب» وغيره وعن الفقهاء: أنه لو حمل رجلٌ مئةً من غير ضرورة، لم يمنع منه، ما لم يتلوث بالنجاسة، وهذا يقتضي تجويز التزوّد عند الضرورة بطريق الأوّلى.

وقوله في الكتاب تعيين سدّ الرّمق، وحرّم الشبع يمكن أن يرقم بالواو؛ لأن القاضي ابن كعب بعد أن روى ما في الكتاب عن أبي إسحاق، رأى طرّد القولين مع توقع حصول الحلال.

**فَرَعٌ:** إذا قلنا: له أن يأكل قدر ما يُشبع، فأكل ما يسدّ رّمقه، ثم وجد لقمة من الحلال، لم يكن له أكل الحرام حتى يأكل تلك اللقمة، فإذا أكلها، هل له الإتمام إلى الشبع؟ فيه وجهان؛ للقاضي الحُسَيْن وجه المَنع: أنه عاد إلى أصل التحريم بتلك اللقمة، فيحتاج إلى عود الضرورة.

**آخَرُ:** إذا لم يجد المضطر إلا طعامَ الغير، وهو غائب أو حاضرٌ ممتنع من البدل، فيقتصر على سدّ الرّمق أو يأكل منه قدر الشبع؟ فيه ثلاثة طرق؛ الأظهر طرد القولين، وقطع قاطعون بالاقتصار على سدّ الرّمق؛ لأن حق الآدمي مبني على المضايقة، وعكس عاكسون، فقطعوا بأنه يأكل قدر ما يشبع؛ لأنه مباح الجوهر بخلاف المئنة.



قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَأَمَّا جِنْسُ الْمُسْتَبَاحِ فَكُلُّ مَا لَا يُؤَدِّي إِلَى قَتْلِ مَعْصُومٍ، فَتَجِلُّ الْخَمْرُ لِإِزَالَةِ الْعَطَشِ وَإِنْ لَمْ يَجْزُ لِلتَّدَاوِي، وَيَجِلُّ قَتْلُ الْحَرْبِيِّ وَالْمُرْتَدِّ وَالزَّانِي (و) الْمُحْصَنِ وَالْمَرْأَةِ الْحَرْبِيَّةِ وَالصَّبِيِّ الْحَرْبِيِّ، وَلَا يَجِلُّ قَتْلُ الذَّمِيِّ وَالْمُعَاهِدِ وَالْعَبْدِ وَالْوَلَدِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْمَحْرَمَاتُ الَّتِي يَضْطَرُّ الْإِنْسَانُ إِلَى تَنَاوُلِهَا قِسْمَانِ:

أحدهما: ما سوى المسكر، ويباح جميعه بالضرورة، ما لم يكن فيه إهلاك معصوم، وفيه مسألتان:

إحدهما: الكافر الذي لا عصمة له؛ كالحربي والمترد يجوز للمضطر قتله وأكله، وإنما اعتبر، مراجعة الإمام في غير حالة الضرورة وتعظيماً للإمام، وحالة الاضطرار ليست حالة رعاية الأدب، وفي الزاني المحصن والمحارب وتارك الصلاة وجهان: أظهرهما: أن الجواب كذلك.

والثاني: المنع، ويحكى، عن القاضي الحسين؛ لحرمة الإسلام، ولو كان له قصاصٌ على غيره ووجده في حالة الاضطرار، فله أن يقتله قصاصاً ويأكله، وأما المرأة الحربية وصبيان أهل الحرب، ففي «التهذيب»: أنه لا يجوز قتلهم، وجوز الإمام وصاحب الكتاب قتلهم وأكلهم؛ لأنهم ليسوا بمعصومين، وليس المنع من قتلهم في غير حاله الضرورة؛ لحرمة زوجهم<sup>(١)</sup>؛ ألا ترى أنه لا تتعلق به الكفارة، والذمي والمعاهد والمستامن معصومون مضمونون بالكفارة؛ فلا يجوز للمضطر قتلهم وأكلهم، وكذا لا يجوز للسيد المضطر قتل عبده، ولا للوالد قتل ولده وأكله.

المسألة الثانية: لو لم يجد إلا آدمياً ميتاً، فهل يحل له أكله؟ فيه وجهان:

أحدهما: وبه قال أحمد: لا؛ لما روي أنه - ﷺ - قَالَ: «كَسَرُ عِظَامِ الْمَيِّتِ كَكَسْرِ عِظَامِ الْحَيِّ»<sup>(٢)</sup> وهذا ما حكاه أبو الحسن العبادي عن المزي في «العقارب»<sup>(٣)</sup>.

وأصحهما: الجل، لأن حرمة الحي أعظم، والمحافظة عليها أولى، وكذلك، لو كان في السفينة ميت، وخاف أهلها الغرق، كان لهم طرحه في البحر، ولا يجوز طرح الحي، واستثنى إبراهيم المرزوي على هذا الوجه، ما إذا كان الميت نبياً، وعن «الحاوي» تفريعاً عليه؛ أنه لا يأكل منه إلا ما يسدُّ به الرمق؛ حفظاً للحرمتين معاً<sup>(٤)</sup>،

(١) بل لحق الغانمين وحكم مجانبة أهل الحرب وأقاربهم وختانهم كصبيانهم.

قال ابن عبد السلام: لو وجد المضطر صبياً مع بالغ حربيين أكل البالغ وكف عن الصبي لما في أكله من إضاعة المال، ولأن الكفر الحقيقي أبلغ من الكفر الحكمي.

(٢) تقدم في آخر كتاب الغضب. (٣) في ز: العقائد.

(٤) في ز: جميعاً.

وأنة ليس له طبخه وشيئه، بل يأكله نياً؛ لأن الضرورة تندفع به، وطبخه هتكٌ لحرمته، فلا يجوز الإقدام عليه بخلاف الميتة، يجوز للمضطر أكلها نيةً ومطبوخةً، ولو كان المضطر ذمياً، والميتُ مسلماً، فهل له أكله؟ حكى صاحبُ «التهذيب» فيه وجهين، وإن وَجَدَ ميتةً، ولحمَ آدميٍّ؛ يأكل الميتة دون لحمِ الآدمي، وإن كانت الميتة خنزيراً، وكذا المُحرَّم، إذا وَجَدَ الصيد ولحمِ الآدميِّ، يأكل الصيد.

والقسم الثاني: المسكر، فقد ذكر صاحبُ الكتاب؛ أنه يحلُّ شربُ الخمر؛ لإزالة العطش وأنه لا يجوز التداوي<sup>(١)</sup> به، والمسألَتان مكررتان قد ذكرهما مرةً في «الحدود»

(١) ذهب الحنفية والمالكية والحنابلة إلى عدم جواز شرب الخمر للتداوي سواء أكانت حرفاً أو مزوجة لمن اضطر إلى التداوي بها وفقد النجس والطاهر الذي يقوم مقامها إما بمعرفة بأن كان يعلم بالطب وأما بأخبار طبيب عدل مسلم له بذلك، وهو أصح مذهب الشافعية. وذهب الظاهرية إلى جواز التداوي بها حرفاً كانت أو مزوجة وهو مرجوح مذهب الشافعية. واستدل المانعون بالسنة والأثر والمعقول: .

أما السنة فمنها ما يأتي:

الأول: ما رواه مسلم عن طارق بن سويد أنه سأل النبي ﷺ عن الخمر فنهاه أو كره أن يصنعها فقال إنما أصنعها للدواء فقال النبي ﷺ أنه ليس بدواء ولكنه داء.

الثاني: ما رواه الإمام أحمد بإسناده عن مخارق بن دثار أن النبي ﷺ دخل على أم سلمة رضي الله عنها وقد نبذت نبيذاً في جرة فخرج والنبيذ يهدر فقال النبي ﷺ ما هذا؟ فقالت فلانة اشتكت بطنها فتعت لها فدفعه برجله فكسره وقال إن الله لم يجعل فيما حرم عليكم شفاء.

الثالث: ما رواه أبو داود عن أبي الدرداء قال قال رسول الله ﷺ «إن الله أنزل الداء والدواء وجعل لكل داء دواء فتداووا ولا تداووا بحرام» وجه الدلالة: أن النبي ﷺ نهى عن صنع الخمر بقصد التداوي وبين أنها ليست دواء ولكنها داء وقد كسر الوعاء الذي نبذت فيه أم سلمة النبيذ للمريضة التي اشتكت بطنها، وقد أرشدنا إلى التداوي من الأدوية، ونهانا عن التداوي بالحرام، لأن الله تعالى أكرم من أن يجعل شفاء بعض الأمراض قاصراً على مادة واحدة محرمة، بل جعل من الأدوية الحلال ما يغني عنها ويقوم مقامها في التأثير أو يزيد، وحقيقة النهي التحريم ولم يفصل النبي عليه الصلاة والسلام بين حال اضطرار وغيرها فدل ذلك على عموم تحريم التداوي بها. وأما الأثر فما روى البخاري عن ابن مسعود أنه قال في المسكر: إن الله لم يجعل شفاء كم فيما حرم عليكم.

وجه الدلالة: أن ابن مسعود أخبر بأن الله تعالى لم يجعل شفاء عباده من بعض الأمراض موقوفاً على التداوي بالمحرم وفيه الخمر لأن هناك من الحلال ما يغني عنه أو يزيد.

وأما المعقول فقالوا إنها محرمة العين فلم يباح التداوي بها كلحم الخنزير واستدل المجيزون بالكتاب والسنة والمعقول.

أما الكتاب فقولاً لله تعالى: «وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطرتم إليه» - وجه الدلالة: أن الله أباح جميع ما فصل تحريمه في حال الاضطرار ومنه الخمر، والمتداوي الذي يعلم أن الخمر تعينت دواء لمرض بأن فقد الطاهر والنجس الذي يقوم مقامها في التداوي إما بمعرفة نفسه =

وأما بأخبار طبيب مسلم عدل عالم بذلك له مضطر إلى التداوي بها فتكون مباحة له إنقاذاً لنفسه من مخالب الأمراض الفتاكة.

وأما السنة فما استدلل به المانعون منها، وقالوا في توجيهها: ليس في واحد منها أن النبي ﷺ ذكره جواباً لمضطر إلى التداوي بها، فتحمل على التداوي بها في غير حال الضرورة. جمعاً بين الأدلة.

وأما المعقول فقالوا إن المضطر إلى التداوي بها كالمغصوص المضطر إلى شربها فكما أبيحت للثاني تباح للأول. وقالوا أيضاً:

يباح التداوي بها للمضطر إليه كما يباح لأكل الميتة ونحوها ورد على المانعين في السنة أنه ليس في واحد منها أن النبي ﷺ ذكره جواباً لمضطر إلى العلاج بها فهي محمولة ابتداءً على حال الاختيار فحسب، ولو سلمنا حملها على العموم لكانت مخصصة بنص الكتاب الذي أباح المحرم للاضطرار ومنه التداوي بالخمير.

وأجيب بأن الظاهر من الأحاديث حملها على العموم ولا قرينة تعين حملها على حال دون أخرى، ولا معارضة بين عموم الأحاديث وعموم الإباحة المأخوذة من نص الكتاب في حال الاضطرار لأن الإباحة المستثناة عامة وأحاديث النهي عن التداوي بالخمير خاصة، فيعمل بعموم الإباحة المستفادة من الآية فيما عدا ما أخرجه الدليل الخاص من حرمة التداوي بها عملاً بالنصين.

هذا على فرض تحقق الضرورة إلى العلاج بالخمير، وقد ثبت طبيياً أنه لا ضرورة إلى العلاج بها ألبيته فإنه يوجد من الأدوية الطاهرة أو النجسة ما يغني عنها أو يزيد في تأثير العلاج. يقول الدكتور محمد جعفر في مذكرته تدبير الصحة «ليس في عالم الطب داء أو عارض يصح أن يعالج بالكحول إلا وهناك مواد أخرى كثيرة تؤديه دون أن تضر بالجسم فمثلاً قد يستعمل الكونياك أو الكحول كمنبه في حالات الهبوط، ولكن هناك من العقاقير ما يفضل في هذا الأثر كالكافور والشاي وجوهرهما الفعال أفضل من الخمر، وكذلك «الأستركتين» والأدرينالين والكافور والأثير والنوشادر وغيرها. مما يعرفه كل طبيب».

وقال الدكتور «ملر» الأسكتلندي «الخمر لا يشفي شيئاً».

وقال الدكتور «جون سون» الإنكليزي «إن الخمر ليس ضرورياً ألبيته ليستعمل دواء».

وقال الدكتور «كيلوج الأمريكي» في كتابه اليد الطبي «إن الناس يتعاطون الخمر لأمراض مختلفة فإذا كان ما يقولون حقاً فأضرار الخمر أشد تلك الأمراض فتكاً بالجسم فكيف بها إذا كانت لا تشفى منها شيئاً، فإن تجارب الأطباء أثبتت أنها لا تترك أثراً في النسيج، والأثر الحقيقي إنما يكون في النسيج».

وقال الدكتور «سمث الانكليزي»: «إن الخمر يخسر بسببها الجسم جزءاً من الحرارة ويزيد ذلك الفقد كلما كان الإنسان مريضاً، ومن العجيب أن سيدنا محمداً ﷺ أثبت ضرر الخمر في الحديث الصحيح فقد جاء في صحيح مسلم مع شرح الإمام النووي أن طارق بن سويد سأل النبي ﷺ عن الخمر فنهاه أو كره أن يصنعها، فقال إنني أصنعها للدواء فقال الرسول ﷺ إنه ليس بدواء ولكنه داء، ليس ذلك مقتضى العلم الحديث. وقال إن الخمر يسبب للجسم خسارة جزء من الحرارة وقد منعت الدولة الأمريكية الخمر نباتاً بناءً على أمر الأطباء وعلى الاستكشاف الحديث الذي أقتنعهم بأن الخمر لا شفاء فيها وهذا الكشف معجزة إسلامية».

والأرجح عند أكثر الأصحاب: أنه لا يَجِلُّ الشَّرْبُ؛ لإزالة العطش، وقد بيناه هناك، وإذا قِيلَ بجوازِهِ، فلو وجد خمراً وبولاً، يشرب البَوْل دون الخمر؛ لأنَّ تحريمه أخفُّ، كما لو وجد بولاً وماءً نجساً يشرب الماء؛ لأنَّ نجاسته طارئة، وأما سائر المحرمات، فيجوز التداوي بها، وقد سبق ذكره في الكتاب في «الحدود»، وعلى ذلك ينزل ما رُوِيَ أَنَّهُ - ﷺ - «أَمَرَ الرَّهْطَ الْعُرَيْبِيَّ أَنْ يَشْرَبُوا مِنْ أَبْوَالِ الْإِبِلِ وَالْأَبْيَانِهَا»<sup>(١)</sup> ووراءه وجهان، حكاه الرويانيُّ في «البحر».

أحدهما: منع التداوي بها؛ لما رُوِيَ أَنَّهُ - ﷺ - قَالَ: «مَا جُعِلَ شِفَاؤُكُمْ فِيمَا حُرِّمَ عَلَيْكُمْ»<sup>(٢)</sup>.

والثاني: منع التداوي بغير أبوال الإبل، وفي كتاب القاضي ابن كح ذكر وجهين في جواز التبخر بالنَّدِّ<sup>(٣)</sup> الذي فيه خمر؛ لما يصعد منه من الدخان<sup>(٤)</sup>، وهذا قد سبق نظيره في «الطهارات».

قَالَ الْعَزَالِيُّ: فُرُوعُ: الْأَوَّلُ: فِي جَوَازِ قَطْعِ فَلَقَةٍ مِنَ الْفَخْدِ إِذَا لَمْ يَكُنِ الْخَوْفُ فِيهِ كَالْخَوْفِ فِي الْجُوعِ وَجَهَانٍ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَقْطَعَ مِنْ فَخْدٍ غَيْرِهِ أَضْلاً.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا أَرَادَ الْمَضْطَرُ أَنْ يَقْطَعَ فَلَقَةً مِنْ فَخْدِهِ أَوْ مِنْ عَضُو آخِرِ لِيَأْكُلَهَا، فَإِنْ كَانَ الْخَوْفُ فِيهِ كَالْخَوْفِ فِي تَرْكِ الْأَكْلِ أَوْ أَشَدَّ، لَمْ يَكُنْ لَهُ قَطْعُهَا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ خَوْفُ الْهَلَاكِ فِيهِ كَالْخَوْفِ فِي تَرْكِ الْأَكْلِ، فَوْجَهَانٍ:

أحدهما: لا يجوز القطع، وهو اختيار صاحب «الإفصاح» وجماعة؛ لأنه قَطَعَ فَلَقَةً مِنْ مَعْصُومٍ؛ فَأَشْبَهَ قَطْعُهَا مِنْ غَيْرِهِ، وَلَأنَّهُ قَطَعَ لَحْمٍ حَيٍّ قَدْ يَتَوَلَّدُ مِنْهُ الْهَلَاكُ.

والثاني: وَيُخَكِّى عَنْ ابْنِ سَرِيحٍ وَأَبِي إِسْحَاقَ: أَنَّهُ يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ إِتْلَافٌ بَعْضُ لاسْتِبْقَاءِ الْكَلِّ، فَأَشْبَهَ قَطْعَ الْيَدِ بِسَبَبِ الْأَكْلَةِ، وَيَشْبَهُ أَنْ يَكُونَ هَذَا أَظْهَرَ، وَبِهِ قَالَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ وَغَيْرُهُ، وَرَجَّحَ الرَّوْيَانِيُّ الْأَوَّلَ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَقْطَعَ فَلَقَةً مِنْ غَيْرِهِ؛ إِذْ

(١) متفق عليه البخاري [٢٣٣ - ١٥٠١ - ٣٠١٨ - ٤١٩٢ - ٤١٩٣ - ٤٦١٠ - ٥٦٨٥ - ٥٧٢٧ - ٦٨٠٣ - ٦٨٠٤ - ٦٨٠٥ - ٦٨٩٩، مسلم [١٦٧١] من رواية أنس، وله طرق وألفاظ، وفي صحيح مسلم: أنهم كانوا ثمانية، ووقع في مصنف عبد الرزاق بإسناد ضعيف جداً: أنهم كانوا من بني فزارة، وقال ابن الطلاع، روي في حديث آخر أنهم كانوا من بني سليم، قلت: لم أرَ لذلك إسناداً.

(٢) تقدم في حد الشرب.

(٣) النَّدُّ: ضَرْبٌ مِنَ النَّبَاتِ يَتَبَخَّرُ بِعُودِهِ. ينظر: المعجم الوسيط ٩١٠/٢.

(٤) قال النووي: الأصح الجواز؛ لأنه ليس دخان نفس النجاسة.

ليس فيه إتلاف البعض لإبقاء الكل، وليس للغير أيضاً أن يقطع شيئاً من بدنه للمضطر، ثم موضع الخلاف ما إذا لم يجذ شيئاً يأكله، فإن وجدّه، لم يقطع شيئاً من نفسه بلا خلاف.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّانِي: إِذَا ظَفِرَ بِطَعَامٍ مَنْ لَيْسَ مُضْطَرّاً فَيَطْلُبُهُ مِنْهُ فَإِنْ مَنَعَهُ عَصَبَهُ، فَإِنْ دَفَعَهُ جَارٌ لَهُ قَتَلَ الْمَالِكِ فِي الدَّفْعِ، فَإِنْ بَاعَهُ بِشَمَنِ الْمِثْلِ لِرَمَةِ شِرَاؤُهُ، وَإِنْ بَاعَ بِأَكْثَرِ مِنْ ثَمَنِ الْمِثْلِ فَاشْتَرَاهُ لِلضَّرُورَةِ فَهُوَ كَشَرَاءِ الْمَصَادِرِ، وَالْمَالِكِ لَوْ أَوْجَرَ الْمُضْطَرُّ طَعَامَهُ قَهراً فِيهِ اسْتِحْقَاقُ الْقِيَمَةِ عَلَيْهِ وَجِهَانٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا وَجَدَ الْمُضْطَرُّ طَعَاماً حَلَالاً لغيره، فذلك الغير؛ إما أن يكون حاضراً أو غائباً.

الحالة الأولى: إذا كان حاضراً فينظر؛ إن كان هو مضطراً إليه، فهو أولى به، وليس للأول أخذه منه، إذا لم يفضل عن حاجته؛ إلا أن يكون غير المالك نبياً، فيجب على المالك بذله له، فإن أثار المالك غيره على نفسه، فقد أحسن، قال الله تعالى: ﴿وَيُؤْثِرُونَ عَلَىٰ أَنفُسِهِمْ﴾ [الحشر: ٩] الآية، وإنما يؤثر على نفسه المسلم.

أما الكافر، فلا يؤثره ذمياً كان أو حربياً، وكذا لا يؤثر بهيمة على نفسه.

وإن لم يكن المالك مضطراً إليه، فعليه إطعام المضطر مسلماً كان أو ذمياً أو مستأمناً، وكذا لو كان يحتاج إليه في ثاني الحال في أظهر الوجهين، وللمضطر أن يأخذه ويقاتله عليه، وإن أتى القتال على نفسه، فلا شيء عليه، وإن قتل المالك المضطر في الدفع عن طعامه، فعليه القصاص، وإن منع منه الطعام، فمات جوعاً، فلا ضمان عليه؛ لأنه لم يحدث منه فعل مهلك، وقال في «الحاوي»: «ولو قيل: يضمن الدية، كان مذهباً؛ لأن الضرورة أثبتت له في ماله حقاً، فكأنه منع منه طعامه، وكم القدر الذي يجب على المالك بذله، ويجوز للمضطر أخذه قهراً أو القتال عليه، وهو القدر الذي يسد الرمق أو القدر المشيع؟ فيه قولان بناءً على القولين في القدر الذي يجعل له من الميتة، وهل يجب على المضطر الأخذ قهراً، أو القتال، فيه خلاف<sup>(١)</sup> مرتب

(١) قال النووي: المذهب: لا يجب القتال، كما لا يجب دفع الصائل وأولى. والله أعلم.

أي إذا كان صاحب الطعام مسلماً كما هو في المقيس عليه.

قال الأذري: ولأن عقل المالك أو وليه ودينه يبعثانه على الإطعام وهو واجب عليه، فجائز أن يجعل الأمر موكولاً إليه، وإنما يجوز قتاله على ما يدفع ضرره به وهو ما يسد الرمق إلا أن يخشى الهلاك لأن الضرورة تنقدر يقدرها، ولا يقتصر منه للممتنع إن قتله ولا تؤخذ له دية، ويقتصر له إن قتله الممتنع، لأنه لم يتعد بخلاف الممتنع، فإن عجز عن أخذه منه ومات جوعاً فلا ضمان على الممتنع إذ لم يحدث منه فعل مهلك لكنه يأثم.

على الخلاف في أنه، هل يجب عليه الأكل من الميتة؟ وأولئى بالأى يجب؛ لأن عقل المالك ودية بيعثانه على الإطعام، وهو واجب عليه، فجاز أن يجعل الأمر موكولاً إليه، ويكتفي به، وخصص في «التهديب» الخلاف بما إذا لم يكن عليه خوف في الأخذ قهراً، فإن كان فيه خوف، لم يجب بلا خلاف، وإذا أوجبنا على مالك الطعام بذله، فعن «الحاوي» وجه أنه، يلزم بذله مجاناً، ولا شيء على المضطر، كما أنه يستبيح الميتة بلا شيء، والمذهب المشهور: أنه لا يلزمه البذل إلا بالعرض، وفرقوا بينه وبين ما إذا خلص مشرفاً على الهلاك بالوقوع في ماء أو نار؛ حيث لا يجب عليه أجره المثل؛ بأن هناك يلزمه التخليص، وإن لم يكن للمشرف على الهلاك مال، ولا يجوز التأخير إلى تقدير الأجرة وتقديرها، وههنا بخلافه، وسوى القاضي أبو الطيب وغيره بينهما، فقالوا: إن احتمل الحال هناك موافقته على أجرة يبذلها أو يقبلها، لم يلزم تخليصه حتى يقبل الأجرة، كما في المضطر، وإن لم يحتتمل الحال التأخير في صورة المضطر، فأطعمه، لا يلزمه العرض؛ فلا فرق إذن، ثم إن بذل المالك الطعام مجاناً، فعليه قبوله ويأكله إلى أن يشبع، وإن بذله بالعرض، نظر، إن لم يقدر العرض، فعلق المضطر قيمة ما أكل في ذلك المكان والزمان، وله أن يشبع، وإن قدر العرض، فإن لم يفرد له ما يأكله، فكذلك الجواب، وإن أفرده، فإن كان المقدّر ثمن المثل، فالبيع صحيح، وله أن يأخذه ما فضل عن الأكل، وإن كان أكثر من ثمن المثل، والتزمه، فقيماً يلزمه وجهان:

أحدهما: المسمى؛ لأنه التزمه بعقد لازم.

والثاني: لا يلزمه إلا ثمن المثل في ذلك المكان والزمان؛ وتسقط الزيادة؛ لأن الضرورة ألجأته إلى التزام الزيادة، فهو كالمكروه على قبولها، وهذا أظهر عند القاضي الروياني، وأقرب إلى المصلحة، والأول أصح عند القاضي الطبري، وأقيس، وتوسط أفضى القضاة الماوردي، فقال: إن كانت الزيادة لا تشق على المضطر؛ ليساره، فهو في قبولها غير مكروه؛ فتلزمه، وإن كانت تشق عليه؛ لإعساره، فهو في قبولها مكروه، فلا تلزمه، قال الأئمة: وينبغي للمضطر أن يحتال ويسعى في أخذه [منه] ببيع فاسد، حتى يخرج عن الخلاف، ولا يلزمه إلا القيمة، وقد يفهم إيرادهم تصحيح البيع، وجعل الخلاف فيما يلزم ثمناً، لكن الوجه نصب الخلاف في صحة العقد؛ لمعنى الإكراه، إن جعل المضطر مكروهاً، وفي تعليقه الشيخ أبي حامد ما يبين ذلك، وصرح به الإمام، فقال: الشرى بالثمن الغالي للضرورة، هل يجعله مكروهاً، حتى لا يصح الشرى فيه وجهان:

أقيسهما: المنع، ثم إنه أجرى الخلاف في صحة بيع المصادر من جهة السلطان

الجائر، إذا باع ماله للضرورة ودفع الضرر الذي يناله، وجعل صاحب الطعام بالامتناع عن البذل بثمن المثل كالمُضَايِر، والظاهر صحة المنع؛ لأنه لا إكراه على البيع، ومقصود الظالم المأل من أي وجه كان، وبالصحة أجاب الشيخ إبراهيم المروزي، واحتج بها؛ لوجه لزوم المسمى في «مسألة المضطر»، ومهما بلغ المال بثمن المثل، ومع المضطر مأل، فعليه شراؤه وصرف ما معه إلى الثمن، حتى لو كان معه إزار، فعليه صرفه إليه، إذا لم يخف الهلاك من البرد ويصلي عارياً؛ لأن كشف العورة أخف، من أكل الميتة؛ ألا ترى أنه يجوز أخذ الطعام قهراً، ولا يجوز أخذ سائر العورة قهراً، وإن لم يكن معه مأل، فعليه التزامه في الذمة، سواء كان له مأل في موضع آخر أو لم يكن، وعلى المالك، والحالة هذه البيع نسيئة، وليس للمضطر الأخذ قهراً، والمالك يبذل ثمن المثل، وإن باع بأكثر منه، فللمضطر ألا يقبل ويأخذه قهراً أو يقَاتله عليه، فإن اشتراه بالزيادة مع إمكان الأخذ قهراً، فهو مختار في الالتزام، فيلزمه بلا خلاف، والخلاف السابق فيما إذا عجز عن الأخذ قهراً، ولو أطعمه المالك، ولم يصرح بالإباحة، ففيه وجهان:

أصحهما: أنه لا عوض عليه، ويحمل على المسامحة المعتادة في الطعام، سيما في حق المضطر، ولو اختلفا، فقال المُطْعِم: أطعمتك بعوض، وقال المضطر: بلا عوض، فالمصدق المُطْعِم؛ لأنه أعرف بكيفية بذله، أو المضطر؛ لأن الأصل براءة ذمته؟ فيه وجهان؛ رُجِحَ منهما الأول، فإذا أوجر المالك طعامه المضطر قهراً أو أوجره، وهو مغمى عليه، فهل يستحق القيمة عليه؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه لم يطلب ولا تناول، وأحسنهما: نعم؛ لأنه خلصه عن الهلاك، فصار كما لو عفا عن القصاص، وأيضاً، ففيه تحريض على تدارك المضطرين، وكما يجب بذل المال؛ لإبقاء الآدمي المعصوم، يجب بذله لإبقاء البهيمة المحترمة، وإن كانت ملكاً للغير، ولا يجب البذل للحزبي والحربي والكلب العقور، ولو كان للرجل كلبٌ غير عقور جائع وشاة، فعليه ذبح الشاة لإطعام الكلب، قال في «التهذيب»، وله أن يأكل من لحمها؛ لأنها ذُبِحت للأكل<sup>(١)</sup>، وقوله في الكتاب «جاز له قتل المالك في الدفع» يعني أنه لو صار مقتولاً، لا يقع قتله هدرًا، ولا يجوز قصد قتله بحال.

وقوله: «لزمه شراؤه» يمكن أن يعلم بالواو؛ لقول من قال: إن على مالك الطعام بذله مجاناً.

(١) قال في الخادم: إنما يتضح ما ذكره الشيخ إذا لم نجوز له قتله فإن جوزناه كما هو المنقول عن نص الشافعي وغيره فالقياس عدم الوجوب بل إنه مخير بين الأمرين والظاهر أنه لو أرسله لتوقع ما يسد جوعته وجب عليه إرساله.

وفي قوله: «فهو كسواء المصادر» يعني، وفيه خلاف، وهو الذي حكيناه عن الإمام، وجعل في «الوسيط» الخلاف قولين، ولا يكاد يُوجد ذلك لغيره، وقوله «كشري المصادر» يريد الشري من المصادر، ويجوز أن يُحمل على شري المصادر الشيء الذي يصادر على تحصيله، وفي بعض النسخ «كبيع المصادر» وهو الأظهر.

والحالة الثانية: إذا كان صاحب الطعام غائباً، فيجوز للمضطر تناول الطعام، ثم يغرّم له، وفي وجوب التناول والقدر المتناول ما مضى من الخلاف.

وإن كان الطعام لصبلي أو مجنون، والولي غائب، فكذلك، وإن كان حاضراً، فهو في مالهما ككامل الحال في ماله، وهذه إحدى الصور التي يجوز فيها بيع مال الصبلي نسيئة، وجميع ما ذكرنا في الحالتين مفروض فيما إذا لم يجد إلا طعاماً غير، فأما إذا وجد معه ميتة ونحوها، فحكمه ما سيأتي في الفصل الذي يلي هذا الفصل.

فروع: إذا استضاف مسلم لا اضطرار به مسلماً، لم يجب عليه ضيافته، والأحاديث الواردة في الباب محمولة له على الاستصحاب، وعن أحمد: أنها واجبة.

ومن مَرَّ بشمر الغير أو زرعه، لم يجز له الأكل، والأخذ بغير إذن صاحبه إلا أن يكون مضطراً، وعن أحمد رواية: أنه يجوز الأكل من الثمار الرطبة في البستان الذي هو غير محوط، وروى عنه أنه ينادى ثلاثاً، فإن أجابه إنسان، وإلا أكل منه، ولا يزود معه شيئاً، وحكم الثمار الساقطة من الأشجار حكم غيره، إن كانت داخل الجدار، وإن كانت خارجة، فكذلك، إن لم تجر عادتهم بإباحتها، وإن جرت كما في النخيل بالكوفة، والبصرة، فقد حكى القاضي الروياني وجهين في أن العادة المطردة، هل تجرى مجرى الإباحة؟.

قال الغزالي: الثالث: إذا وجد ميتة وطعام الغير قبل الميتة أولى، وقيل: الطعام أولى، وقيل: يتخير، وكذا الخلاف لو وجد المخرم الصيد والميتة، ولو وجد لحم الصيد فهو أولى من الميتة لأن تحريمه خاص.

قال الرافعي: فيه مسألتان:

إحداهما: إذا وجد المضطر ميتة وطعام الغير، وهو غائب، ففيه ثلاثة أوجه، ويقال أقوال:

أصحها: أنه يأكل الميتة، ويدع طعام الغير، وبه قال أحمد؛ لأن الميتة محرمة لحق الله تعالى، وحقوق الله تعالى مبنية أمرها على المسامحة، ولأن إباحة الميتة للمضطر منصوص عليها، وجواز الأكل من مال الغير بغير إذن يؤخذ من الاجتهاد؛ ولأنه لا يتعلّق به ضمان واشتغال ذمة.



**والثاني:** ويُحكى عن أبي حنيفة: أنه يأكل طعامَ الغير؛ لأنه قادرٌ على طعام حلال العين؛ فأشبهه ما إذا كان المالكُ حاضراً وبذله.

**والثالث:** أنه يتخير بينهما؛ لتعارض المعنيين، وأشار الإمام إلى أخذ هذا الخلاف من الخلاف في اجتماع حق الله تعالى وحق آدمي.

وإن كان صاحبُ الطعام حاضراً، نظر؛ إن بذله بلا عوض، وجب على المضطر قبوله، وإن باعه بثمن المثل، وجب عليه الشرى، إن كان الثمن معه أو رضي المالك بكونه في ذمته، وكذا إذا باع ما يتغابن الناس بمثله، وإن كان ببيع زيادة كثيرة، فالذي أورده العراقيون والطبريون من أصحابنا وغيرهم: أنه لا يلزمه شراؤه، لكنه يُستحب، وإذا لم يلزمه الشرى، فهو كما لو لم يبذله المالك أصلاً، وإذا لم يبذله، فلا يُقاتله عليه المضطر، إن كان يخاف من المقاتلة على نفسه، أو كان يخاف أن يهلك المالك في المقاتلة، بل يعدل إلى الميتة، وإن كان لا يخاف لضعف المالك وسهولة دفعه، فهو على الخلاف المذكور فيما إذا كان غائباً، وفي «التهذيب»؛ أنه يشتريه بالثمن الغالي، ولا يأكل الميتة، ثم يجيء الخلاف في أن الواجب عليه المسمى أو ثمن المثل وذكر فيما إذا لم يبذل أصلاً: أن على قولنا؛ إن طعام الغير أولئى من الميتة؛ يجوز أن يُقال: إنه يُقاتله عليه، ويأخذه منه قهراً.

وقوله في الكتاب «الميتة أولئى»، و «الطعام أولئى» ليس على سبيل وصف أحد الجائزين بالأولوية، وإنما يعني أنها أو أنه أولئى بأن يتعين أو أنه أولئى بالأكل، فيتعين له...

**المسألة الثانية:** إذا اضطر المُخْرِم، ولم يجد إلا صيداً، فله ذبحه وأكله، وتلزمه الفدية، وإن وجد صيداً وميتة، فقولان:

أحدهما: وهو اختيار المُزني: أنه يأكل الصيد؛ لأن تحريم الميتة أكد وأغلظ؛ لأنه يتأبد ويعم المُخْرِم وغيره، وتحريم الصيد بخلافه.

وأظهرهما: وبه قال أبو حنيفة ومالك: أنه يأكل الميتة؛ لأن في الصيد يحتاج إلى ارتكاب محظورين؛ وهما القتل والأكل، وأيضاً، فإنه يلزمه الجزاء، ولا ضمان في الميتة، وأيضاً فإن استثناء الميتة عند الاضطرار منصوص عليه، والصيد مستثنى في حالة الاضطرار بالاجتهاد، وكيف حال القولين وترتيبهما، وعلام يبنيان؟ فيه ثلاث طرق عن أبي إسحاق والقاضي أبي حامد: أنهما متأصلان بنفسهما، وعن ابن القاص: بناؤهما على أن المُخْرِم، إذا ذَبَحَ الصيد، هل يصير ميتة؟ إن قلنا: نعم، وهو القول الجديد، فيدع الصيد ويأكل الميتة؛ لأن الذَّبْحَ محظورٌ في نفسه، وهو بعد الذبح كالميتة، وإن قلنا: لا فيأكل الصيد؛ لأنه طاهر ذكي، ويفدى كما يأكل طعام الغير، ويضمن وعن

أبوه علي بن أبي هريرة والطبري: أنا إن جعلناه ميتة، فيدع الصيد ويأكل الميتة بلا خلاف، وإن قلنا: لا يصير ميتة، فقولان، ولا يخفى توجيههما مما ذكرنا، وعلى هذه الطريقة جرى أكثر الأئمة، وعن القفال قول أو وجه ثالث، وهو أنه يتخير بينهما، كما مر في المسألة الأولى.

وقوله في الكتاب «وكذا الخلاف» يتضمن نقل الوجوه أو الأقوال الثلاثة جميعاً، ويجوز أن يعلم بالواو، لأن القاضي الطبري ذكر طريقة قاطعة؛ بأنه يأكل الميتة ويترك الصيد، وإن وجدَ المُحْرِمَ لحم صيد ذُبِحَ وميتة، فإن ذبحه حلال لنفسه، فهذا مضطر؛ وجد ميتة وطعام الغير، وإن ذبحه المُحْرِمَ قبل الإحرام، فهو واجد لطعام حلال لنفسه، وليس بمضطر، وإن ذبحه في حال الإحرام أو ذبحه مُحْرِمَ آخر، فإن لم نجعل ما ذبحه المحرم ميتةً، فلحم الصيد أولى منه؛ لأنه طاهرٌ، ولا يتقدم الأكل محظور آخر، ولأن تحريم الصيد يختص بالمُحْرِمِ، وتحريم الميتة عام، وقيل: الميتة أولى، وقد توجه بما سبق أن استثناء الميتة عند الاضطرار منصوص عليه، وإن جعلناه ميتة، ففي تعليق الشيخ أبي حامد: أن الميتة أولى؛ لأنه لا ضمان فيها بخلاف لحم الصيد؛ فإنه مضمون بالجزاء عند بغض العلماء، وقال القاضي أبو الطيب؛ يتخير بينهما؛ لأن كل واحد منهما ميتة، وهذا أظهر على ما ذكر في «العدة» والحاصل منها ثلاثة أوجه: تقديم لحم الصيد، وتقديم الميتة، والتخير، والجواب في الكتاب؛ تقديم لحم الصيد، وقضية ما أتى الشرح عليه ترجيح التخيير، فأعرف ذلك، وأعلمُ قوله «فهو أولى من الميتة» بالواو.

وإن وجد المحرم صيداً وطعام الغير، فيذبح الصيد ويأكله، أو يأكل طعام الغير أو يتخير؟ فيه ثلاثة أوجه أو أقوال، سواء جعلنا ما يذبحه ميتة أو لم نجعله ميتة، لكنه قد يختلف التوجيه.

وإن وجد صيداً وطعام الغير ميتةً، فيأكل الصيد أو الميتة أو طعام الغير أو يتخير بينهما؟ وفيه أربعة أوجه أو أقوال لا يخفى توجيهها بما سبق، وزاد الإمام ثلاثة أوجه أخرى:

أحدها: أنه يترك الصيد، ويتخير بين طعام الغير والميتة.

والثاني: يترك طعام الصيد، ويتخير بين الصيد والميتة.

والثالث: يترك الميتة، ويتخير بين الصيد وطعام الغير والله أعلم.

ونختم الكتاب بفروع مثورة.

إذا لم نجعل ما يذبحه المُحْرِمَ ميتةً، فهل على المضطر قيمة ما يأكل منه؟ فيه

وجهان؛ بناءً على القولين في أن، هل يستقر للمحرم ملكه على الصيد.

ولو وجد ميتين؛ إحداهما من جنس ما يؤكل كالشاة، والأخرى مما لا يؤكل؛ كالذئب، فيتخير أو يأكل مما يؤكل جنسه؟ فيه وجهان، ويخبري مثلهما فيما إذا كانت إحداهما طاهرة في الحياة والأخرى نجسة، وليس للعاصي بسفره أكل الميتة، حتى يتوب، وفيه وجه آخر، وقد سبقت المسألة في «صلاة المسافر».

وعن نص الشافعي - رضي الله عنه - أن المريض إذا وجد مع غيره طعاماً يضره ويزيد في مرضه، يجوز له تركه وأكل الميتة، ويلزم مثله فيما إذا كان الطعام له، وعُدَّ هذا من وجوه الضرورة، وكذلك التداوي على ما سبق، والكلام في الانتفاع بالنجاسات قد سبق في «كتاب الطهارة».

ولو تنجس الخُفُّ بخرزه بشعر الخنزير، فغُسلَ سبعاً؛ إحداهن بالتراب، طَهَرَ ظاهره دون باطنه، وهو موضع الخرز، ويُقال: إن الشيخ أبا زيد كان يصلي مع الخُفِّ النوافل دون الفرائض، فراجعه القفال فيه، فقال: إن الأمر إذا ضاق اتسع، وأشار به إلى كثرة النوافل<sup>(١)</sup>.

وفي تعليقه إبراهيم المروزي: أنه إن وردت أخبار في النهي عن الطين الذي يؤكل، ولا يثبت شيء منها، وينبغي أن يُحكَمَ بالتحريم، إذا ظهرت المضرة فيه<sup>(٢)</sup>، وإن لم تثبت الأخبار، ويُكرَه أن يأكل من الطعام الحلال فوق الشَّبع وَيَقْدَرُ الطعام، وَيُسْتَحَب أن يأكل الأكل من أسفل الصحيفة لا من أعلاها، وأن يقول بعد الفراغ؛ الْحَمْدُ لِلَّهِ حَمْدًا كَثِيرًا طَيِّبًا مُبَارَكًا، [وبالله التوفيق].

(١) قال النووي: بل الظاهر أنه أراد أن هذا القدر مما تعم به البلوى، ويتعذر أو يشق الاحتراز منه، فعفي عنه مطلقاً. وإنما كان لا يصلي فيه الفريضة احتياطاً لها، وإلا، فمقتضى قوله العفو فيهما. ولا فرق بين الفريضة والنفل في اجتناب النجاسة. ومما يدل على صحة ما تأولته، أن القفال قال في شرحه «التلخيص»: سألت أبا زيد عن الخف يخرز بشعر الخنزير، هل تجوز الصلاة فيه؟ فقال: الأمر إذا ضاق اتسع، قال القفال: مراده أن بالناس حاجة إلى الخرز به، فللضرورة جُوزنا ذلك.

(٢) قال النووي: قطع صاحب «المهذب» وغيره بتحريم أكل التراب.

## كِتَابُ السَّبْقِ وَالرَّمْيِ، وَفِيهِ بَابَانِ

### البَابُ الْأَوَّلُ فِي السَّبْقِ

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَيَجُوزُ أَنْ يُشْتَرَطَ لِلْسَّبْقِ بِالْخَيْلِ أَوْ الْمُصِيبِ فِي النَّضَالِ مَالٌ لِيَكُونَ ذَلِكَ تَرْغِيبًا فِي إِعْدَادِ أَسْبَابِ الْقِتَالِ، وَالنُّظْرُ فِي شُرُوطِ الْعَقْدِ وَأَحْكَامِهِ أَمَّا الشُّرُوطُ فَهِيَ سِتَّةٌ: الْأَوَّلُ: أَنْ يَغْقِدَ عَلَى عُدَّةِ الْقِتَالِ وَأَضْلُهُ مِنَ الْحَيَوَانَ الْخَيْلُ وَفِي الْحَبْرِ لَا سَبْقَ إِلَّا فِي خُفٍّ أَوْ حَافِرٍ أَوْ نَضْلِ وَالْمُرَادُ بِالْخُفِّ الْإِبِلُ، وَالْقَيْلُ فِي مَعْنَاهُ لِأَنَّهُ أَغْنَى مِنْهُ فِي الْقِتَالِ، وَلَا يُلْحَقُ بِهِ الْبَغْلُ وَالْحِمَارُ، وَأَمَّا النَّضْلُ فَفِي مَعْنَاهُ الْمَرَارِيُّ وَالرَّانَاتُ وَسَائِرُ أَنْوَاعِ الرَّمْيِ عَلَى اخْتِلَافِ الْقِسِيِّ، وَالسَّهَامُ يَدْخُلُ فِيهِ الرَّمْيُ بِالْمَسْلَاتِ وَالْإِبْرِ، وَفِي التَّرَامِي بِالْحِجَارَةِ وَبِالْمَقَالِجِ وَالتَّرْدِدِ بِالسُّيُوفِ خِلَافَ، وَكَذَا فِي مُسَابَقَةِ الطُّيُورِ وَالْحَمَامَاتِ لِنَقْلِ الْأَخْبَارِ، وَالظَّاهِرُ مَنْعُهُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْمَسَابِقَةُ وَالْمَنَاظِلَةُ جَائِزَتَانِ، بَلْ مَحْبُوبَتَانِ، وَإِذَا قُصِدَ بِهِمَا التَّأَهُبُ لِلْجِهَادِ<sup>(١)</sup>؛ لَمَا رَوَى عَنْ ابْنِ عَمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - «سَابَقَ بَيْنَ الْخَيْلِ الَّتِي قَدْ أُضْمِرَتْ مِنَ الْحَفِيَاءِ إِلَى ثِيَابَةِ الْوَدَاعِ، وَسَابَقَ بَيْنَ الْخَيْلِ الَّتِي لَمْ تَضْمُرْ مِنَ الثَّيِّبَةِ إِلَى مَسْجِدِ بَنِي زُرَيْقٍ»<sup>(٢)</sup>.

وإضممار الخيل وتضميرها أن تسمن، ثم تحبس في بيت، وتغشى بالجلال؛ لتعرف ولا تعلق بعد ذلك، إلا ما تتقوت به؛ لتضمر وتذهب رخاوتها، فتكون أقوى على العدو.

«وَالْحَقًّا تُمَدُّ وَتُقْصَرُ، يُقَالُ: إِنْ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الثَّيْبَةِ خَمْسَةٌ أَمْيَالٍ، أَوْ سِتَّةٌ، وَيُرْوَى أَنَّ الْعَضْبَاءَ، نَاقَةَ رَسُولِ اللَّهِ - ﷺ - كَانَتْ لَا تُسَبِّقُ، فَجَاءَ أَعْرَابِيٌّ عَلَى قَعُودٍ لَهُ، فَسَبَّقَهَا،

(١) بل ينبغي أن يكونا فرض كفاية؛ لأنهما وسيلة للجهاد، وهو فرض كفاية كما بحثه الزركشي.

ويجاب بأن الجهاد لا يتوقف عليه

(٢) أخرجه البخاري (٢٨٦٨) ومسلم (١٨٧٠).

فَأَشْتَدُّ ذَلِكَ عَلَى الْمُسْلِمِينَ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ - ﷺ - «إِنَّ حَقًّا عَلَى اللَّهِ أَلَّا يَزْفَعَ شَيْئًا مِنْ هَذِهِ الدُّنْيَا إِلَّا وَضَعَهُ»<sup>(١)</sup> وعن سلمة بن الأكوع، قال: خَرَجَ رَسُولُ اللَّهِ - ﷺ - عَلَيَّ قَوْمٌ مِنْ أَسْلَمَ يَتَنَاضَلُونَ بِالسُّيُوفِ، فَقَالَ: «أَزْمُوا بَنِي إِسْمَاعِيلَ، فَإِنَّ أَبَاكُمْ كَانَ رَامِيًا»<sup>(٢)</sup> وأيضاً، فإن الرماية والفروسية أدبان مستحسنان، وأبلغ ما يفيد تعلّمه والمهارة فيه المسابقة والمناضلة، قال الله تعالى: ﴿وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ﴾ [الأنفال: ٦] قال عُقْبَةُ بْنُ عَامِرٍ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ - ﷺ - يَقُولُ: «أَلَّا إِنْ الْقُوَّةَ الرَّمِيَّ»<sup>(٣)</sup> ويجوزُ شرط المال في المسابقة والمناضلة؛ لما رُوِيَ عن أَبِي هُرَيْرَةَ - رضي الله عنه - أن النبي - ﷺ - قَالَ: «لَا سَبَقَ إِلَّا فِي نَضَلٍ أَوْ خَفٍّ أَوْ حَافِرٍ»<sup>(٤)</sup> والأثْبَتُ في الرواية «السَّبَقُ» بفتح الباء، وهو المال الذي يُدْفَعُ إلى السابق ويُزَوَى؛ «السَّبَقُ» بالتسكين، وهو مصدر سَبَقَ يَسْبِقُ، ويروى أنه - ﷺ - قَالَ: «رِهَانُ الْخَيْلِ طَلْقٌ»<sup>(٥)</sup> أي حلال.

وعن عثمان - رضي الله عنه - أَنَّهُ قِيلَ لَهُ: أَكُنْتُمْ تُرَاهِنُونَ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ - ﷺ - قَالَ: نَعَمْ<sup>(٦)</sup> ولم يجوز أبو حنيفة شَرْطَ المال فيهما، ورآه قِمَارًا، هذه رواية،

(١) أخرجه البخاري (٣٨٩٩ - ٣٣٧٣ - ٣٥٠٧).

(٢) أخرجه البخاري ومسلم.

(٤) رواه أحمد [٣٥٠٧] وأصحاب السنن أبو داود [٢٥٧٤] الترمذي [١٧٠٠] والنسائي [٢٢٦/٦] ابن ماجه [٢٨٧٨] رواه أحمد [٢٥٦/٢، ٣٥٨، ٤٢٥ - ٤٧٤] والشافعي [١١٨٧] رواه ابن حبان [١٦٣٨] موارد] والحاكم من طرق، وصححه ابن القطان وابن دقيق العيد، وأعل الدارقطني بعضها بالوقف، ورواه الطبراني وأبو الشيخ من حديث ابن عباس (تنبيه) قوله: لا سبق هو بفتح السين والباء الموحدة مفتوحة أيضاً، ما يجعل للسابق على سبقه من جعل، قاله الخطابي وابن الصلاح، وحكى ابن دريد فيه الوجهين.

(٥) رواه أبو نعيم في معرفة الصحابة من طريق يزيد بن عبد الرحمن عن يحيى بن إسحاق بن عبد الله ابن أبي طلحة، عن أمه حميدة أو عبيدة عن أبيها بهذا، قال أبو نعيم: اسم أبيها رفاعة بن رافع.

(٦) قال الحافظ في التلخيص: لم أره من حديث عثمان، ورواه البيهقي من طريق سليمان: حرب عن حماد بن زيد، أو سعيد بن زيد عن واصل مولى أبي عيينة: حدثني موسى بن عبيد قال: كنا في الحجر بعد ما صلينا الغداة. فلما أسفرنا إذا فينا عبد الله بن عمر. فجعل يستقرنا رجلاً رجلاً، يقول: صليت يا فلان، قال: يقول ههنا، حتى أتى علي، فقال: أين صليت يا ابن عبيد؟ قلت: ههنا، فقال: بخ، ما نعلم صلاة أفضل عند الله من صلاة الصبح جماعة يوم الجمعة. فسألوه أكنتم تراهنون على عهد رسول الله ﷺ؟ قال: نعم، لقد راهن على فرس يقال لها سبحة، فجاءت سابقة، ورواه أحمد والدارمي والدارقطني والبيهقي من حديث أبي ليبيد، أتينا أنس بن مالك فقلنا: أكنتم تراهنون على عهد رسول الله ﷺ؟ قال: نعم، لقد راهن رسول الله ﷺ على فرس يقال لها سبحة، جاءت سابقة، فهش لذلك، وأعجبه، قوله: سبحة من قولهم فرس سباح إذا كان حسن مد الديدن في الجري، وقوله فهش بالباء الموحدة والشين المعجمة، أي هش وفرح.

وَيُرَوَّى عَنْهُ غَيْرَهَا، وَعَنْ الْمُزَنِّي: أَنَّهُ قَالَ: سَأَلْنَا الشَّافِعِيَّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنْ يَصْنَفَ لَنَا كِتَابَ السَّبْقِ وَالرَّمِي، فَذَكَرَ لَنَا أَنَّ فِيهِ مَسَائِلَ صَعَابًا، ثُمَّ أَمَلَاهُ عَلَيْنَا، وَلَمْ يُسَبِّقْ إِلَى تَصْنِيفِ هَذَا الْكِتَابِ، وَفِي الْكِتَابِ بَابَانُ:

أحدهما: في المسابقة.

والثاني: في المناضلة.

وقوله في الكتاب «ويجوز أن يشترط للسابق بالخيال» إلى آخره، قصد أن يوجّه به تجويز اشتراط المال من جهة المعنى؛ وذلك؛ لأن في تجويزه ترغيباً في المسابقة والمناضلة، وفيهما تأهب للقتال وإعداد لأسبابه<sup>(١)</sup>، وكان من حق الترتيب أن يقدم هذا الكلام على قوله وفيه بابان:

الباب الأول: في السبق لأن هذا التوجيه يشمل السبق والرمي، ولا يختص بالسبق، ثم نقول، والنظر في شروطه وأحكامه؛ أما النظر الأول، فقد عدّ صاحب الكتاب الشروط ستة:

أحدها: أن يكون ما ورد عليه العقد عدّة القتال، فإن المقصود منه التأهب له، ولذلك قال الصّيمري «في الإيضاح»: لا يجوز السبق والرمي من النساء؛ لأنهن لسن من أهل الحرب، والأصل في السبق الخيل، فإنها التي يُقَاتِلُ عليها الناس غالباً، ويجيء منها الكرّ والفرّ بصفة الكمال، وذكر الإمام أن الخلاف المذكور في استحقاق سهم الفارسيّن فالفرس الضعيف والأعرج لا يبعد أن يجيء مثله ههنا، ويمكن أن يُفْرَقَ بين البابين بما سنذكره على الأثر - إن شاء الله تعالى - وتلتحق الإبل بالخيال؛ في جواز المسابقة عليها؛ لقوله - ﷺ - «لَا سَبَقَ إِلَّا فِي نَضَلٍ أَوْ حُفٍّ» وأيضاً فالعرب تُقَاتِلُ عليها أشد القتال، وفُرِقَ بين ما نخن فيه وبين استحقاق السهم؛ حيث لا يستحق سهم الفارسيّن بالإبل، فإن استحقاق السهم الزائد منوطٌ بزيادة المنفعة والفائدة، وما يتّهيأ للخيل من الانعطاف والالتواء وسرعة الإقدام تشاركها الإبل، فيها لكن فيها عناء وفائدة في القتال، فاكتفى بما فيها للترغيب والتحريض، وفي الفيل وجهان، ويُقال: قولان:

أصحهما: أنه يجوز المسابقة عليه؛ لأنه أغنى في القتال من غيره؛ ولأنه ذو حَفٍّ، فيدخل في الخبر، وهذا ما أجاب به في الكتاب.

والثاني: المنع، وبه قال أحمد وأبو حنيفة، فيما حكاه الروياني في «البحر»؛ لأنه

(١) قال النووي: يكره لمن علم الرمي تركه كراهة شديدة؛ ففي صحيح مسلم، عن عتبة - رضي الله عنه - أن رسول الله - ﷺ - قال: «من علم الرمي ثم تركه فليس منا، أو قد عصي». قلت: والحديث في صحيح مسلم (١٥٢٣/٣) كتاب الإمارة، باب فصل الرمي (١٦٩/١٩١٩).

لا يَسْهُلُ له الإقدام والكَرُّ والْفَرُّ، وفي البَغْل والحمار مثل هذا الخلاف .

والجواب في الكتاب: المنع، وبه قال أحمد والإصطخري؛ لأنهما لا يصلحان للكر والفر، ولا يقاتل عليهما غالباً، والذي رجَّحه الأكثرون إلحاقهما بالخيل؛ لقوله: «أو حافر» وحكوا هذا عن نصه في «الميسوط» هذه هي الطريقة المشهورة فيهما، وبها قال ابن خيران، وفيهما طريقتان أخريان نقلهما القاضي ابن كج .

إحدهما: القطعُ بالجواز، وبها قال ابن الوكيل وأبو إسحاق .

والأخرى: القطع بالمنع، وبه قال ابن سُرَيْج .

وأما عقد المناضلة، فيجوز على السهام العربية منها، والعجمية وهي الثُّشَابُ وعلى جميع أنواع القسي، حتى يجوز على الرمي بالمسلات والإبر، وفي المَزَارِيقِ والزَّانَاتِ<sup>(١)</sup> وجهان:

أصحهما: وهو المذكور في الكتاب: أنه يجوز المسابقة عليهما؛ لأنها أسلحة يرمي بها ويتغنى بها الإصابة كالسهم .

والثاني: المنع؛ لأنها قليلاً ما ترمى في الحرب، وروى الصيدلاني طريقة قاطعة بالأول، وللأصحاب وجهان في صور:

منها: السابقة على رمي الحجارة باليد والمقلع والمنجنيق، قيل بمنعها؛ توجيهاً بأنها ليست من آلة الحرب، والأصح: الجواز، والتوجيه ممنوع، وعن صاحب «الحاوي»: أنها كالسهم بلا خلاف، وإشالة الحَجَرِ باليد أكثرهم جَوَزَ المسابقة عليها؛ لأنها لا تنفع في الحرب، وفي تعليقه إبراهيم المروزي: أن الأصح الجواز، قال: وأما مرامة الأحجار، وهو أن يرمي كلُّ واحد الحجر إلى صاحبه، فلا يجوز، كما لا يجوز أن يرمي كلُّ واحد السهم إلى صاحبه .

ومنها: التردُّدُ بالسيوف والرماح، قيل: لا يجوز السبق عليه، وبه قال أحمد؛ لأنها لا ترمى ولا تفارق صاحبها والأصح: الجواز؛ لقوله: «أو نصل»، ولأنها من أعظم عُدد القتال، واستعمالها يحتاج إلى تعلم وتحذق، وفي تجويز السبق حمل عليه .

(١) عَطْفُهُ الزانَات على المزاريق يقتضي تغايرهما، لكن في «الكفاية» فسر قول الشيخ صاحب التنبية الزانَات بالمزاريق .

وفسر الجوهري المزاريق بالرمح القصير، وقال النووي في «تهذيب الأسماء واللغات»: «الزانات» هي بالزاي والتون، وهي نوع من الحراب تكون مع الديلم، رأسها دقيق، وحديدتها عريضة . ينظر: «تهذيب الأسماء واللغات» ١٣٨/٣ .

ومنها: المسابقة على الطيور [من الحمامات] وغيرها جائزة بلا عوض وبالعوض، الأصح: المنع؛ لأنها ليست من آلات القتال، ولظاهر الخير، وقيل: بالجواز؛ لأنه يحتاج إليها في الحروب؛ لإنهاء الأخبار، ولا يجوز المسابقة على مناطق الشياة ومهارة الديك لا بعوض ولا غير عوض.

ومنها: المسابقة على الأقدام بلا عوض جائزة تسابق النبي ﷺ - وعائشة - رضي الله عنها<sup>(١)</sup>، وأما بالعوض، فقد قيل: يجوز، قال الشيخ أبو حامد: وبه قال أبو حنيفة؛ لأن المحارب يحتاج في القتال إلى الإسراع بالأقدام للرجالة، كالخيل للفرسان، والأظهر: المنع، وبه قال أحمد: للخبر؛ ولأنه ليس فيه استعمال آلة يستعان بها في الحرب، فإن منعنا المسابقة على الأقدام، فالمسابقة على السباحة أولى بالمنع، وإن جَوَّزناه، ففي هذه وجهان، والفرق أن الماء يؤثر في السباحة، والأرض لا تؤثر في السعي، والمنع هو الذي أورده صاحب «المهذب» و «التهذيب».

ومنها: المسابقة على الطيارات والزوارق، قيل: بجوازها، وبه قال ابن سريج؛ لأن الحرب قد تقع في البحر، وهو في الماء كالخيل في البر، وقال الأثرون: لا يجوز؛ لأن سبقتها بالملاح، لا بمن يقاتل فيها، ولأن الحرب لا تقع بها وإنما تقع فيها.

ومنها: المصارعة بلا عوض جائزة، وبالعوض جَوَّزها بعضهم؛ لما روي أن النبي ﷺ - «صَارَعَ رُكَّانَةَ عَلَى شَاةٍ»<sup>(٢)</sup> والأظهر المنع؛ للخبر، وكان الغرض في القصة أن

(١) رواه الشافعي وأبو داود [٢٥٧٨] والنسائي، وابن ماجه [١٩٧٩] وابن حبان [١٣١٠] والبيهقي [١٧/١٠ - ١٨] من حديث هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة قالت: سابت رسول الله ﷺ فسبقتة، فلما حملت اللحم سابتة، فسبقتني، فقال: هذه بتلك، واختلف فيه على هشام، فقيل هكذا، وقيل عن رجل عن أبي سلمة، وقيل عن أبيه. وعن أبي سلمة، عن عائشة ورواه أحمد [٣٩/٦ - ١٢٩ - ١٨٢ - ٢٦١ - ٢٨٠].

(٢) رواه أبو داود [٤٠٧٨] والترمذي [١٧٨٥] من حديث أبي الحسن العسقلاني عن أبي جعفر بن محمد بن ركانة: أن ركانة صارح النبي ﷺ، قال ركانة: وسمعت النبي ﷺ يقول: فرق ما بيننا، وبين أهل الكتاب، العمائم على القلائس، وقال الترمذي: غريب، وليس إسناده بالقائم، وروى أبو داود في المراسيل عن سعيد بن جبيرة قال: كان رسول الله ﷺ بالبطحاء، فأتى عليه يزيد بن ركانة، أو ركانة بن يزيد، ومعه أعنز له، فقال له: يا محمد هل لك أن تصارعني، قال: ما تسبقتني، قال: شاة من غنمي، فصارعه، فصرعه، فأخذ شاة، فقال ركانة: هل لك في العود، ففعل ذلك مراراً، فقال: يا محمد والله ما وضع جنبي أحد إلى الأرض وما أنت بالذي تصرعني، يعني فأسلم، فرد عليه النبي ﷺ غنمه، إسناده صحيح إلى سعيد بن جبيرة، إلا أن سعيداً لم يدرك ركانة، قال البيهقي: وروي موصولاً، قلت: هو في أحاديث أبي بكر الشافعي، وفي كتاب السبق والرمي لأبي الشيخ من رواية عبد الله بن يزيد المدني عن حماد، عن عمرو بن دينار عن سعيد بن جبيرة عن ابن عباس مطولاً، ورواه أبو نعيم في معرفة الصحابة من حديث أبي أمامة مطولاً، =



يريه شدته؛ لئُسَلِمَ، فلما أسلم، ردّ عليه غنمه، فإن جَوَّزنا المسابقة على المصارعة، ففي المشابكة باليد وجهان منقولان عن «الحاوي» ولا يجوز عقد المسابقة على ما لا ينفع في الحروب؛ كاللعب بالشطرنج والخاتم والصُّوْلَجَانِ<sup>(١)</sup> ورمي البنادق والجُلَاهِقِ<sup>(٢)</sup> والوقوف على رجلٍ واحدة ومعرفة ما في اليد من الزوج والفرد وسائر أنواع اللَّعْبِ، وفي تعليقه إبراهيم المروزي: أن المقل في الماء، إن جرت العادة بالاستعانة به في الحرب، فهو كالسباحة، وإلا، لم تجز المسابقة<sup>(٣)</sup> عليه.

وأما ما يتعلق بلفظ الكتاب سوى ما سبق، فقد أعلم قوله «كتاب السبق والرمي» بالحاء؛ إشارة إلى ما رُوِيَ عن أبي حنيفة: أنه أبطل هذا العقد، ولم يجوز شرط المال فيه، لكن قال الشيخ أبو حامد في التعليق: إن أصحابنا الخراسانيين حَكَّوْا ذلك عن أبي حنيفة، وليس كما حَكَّوه، بل هو جائز بالاتفاق، وقوله: «وأما النصل، ففي معناه المزاريق والزانات» قضيته ألا يكون المزاريق والزانات متناولة باسم النصل؛ لتجعل في معناه، وعلى هذا يدل كلام الإمام، لكن تناولها باسم النصل قريب، فقد قال صاحب الصُّحَّاح<sup>(٤)</sup>: والنصل نصل السهم والسيِّف والسكِّين والرُّمَحِ، والمزاريق والزانات كالرمح.

وقوله «لنقل الأخبار» أي لفائدة إنهاء الأخبار.

وقوله: «والظاهر منعه» أي: في مسألة الطيور والحمامات، فأما في الترامي

- = وإسناداهما ضعيفان، وروى عبد الرزاق عن معمر عن يزيد بن أبي زياد أحسبه، عن عبد الله بن الحارث، قال: صارع النبي ﷺ أبا ركانة في الجاهلية، وكان شديداً، فقال: شاة بشاة، فصرعه النبي ﷺ: فقال: عاودني في أخرى، فصرعه النبي ﷺ، فقال: عاودني، فصرعه الثالثة، فقال أبو ركانة: ماذا أقول لأهلي شاة أكلها الذئب، وشاة نشرت، فما أقول في الثالثة، فقال النبي ﷺ: ما كنا لنجمع عليك أن نصرعك، ونغرمك، خذ غنمك، هكذا وقع فيه أبو ركانة، وكذا أخرجه أبو الشيخ من طريقه، ويزيد فيه ضعف، والصواب ركانة.
- (تنبيه) قال الحافظ عبد الغني بن سعيد: ما روي من مصارعة النبي ﷺ أبا جهل لا أصل له، وحديث ركانة أمثل ما روى في مصارعة النبي ﷺ.
- (١) هو الصولج - معرب -، وهو عصا معقوف طرفها، يضرب بها الفارس بها الفارس الكرة، الجمع: صوالج. ينظر: المعجم الوسيط ١/٥١٩ - ٥٢٠.
- (٢) بضم الجيم: هو البندق، وظاهر كلام الشيخ التغير، وأجيب بأن في البندق مسألتين: إحداهما: الرمي به إلى حفيرة ونحوها. والثانية الرمي به عن قوس وهو قوس الجلاهق يندفع الاعتراض.
- (٣) قال النووي: لا تجوز المسابقة على البقر على المذهب، وقيل: وجهان، حكاه الدارمي، قال: والذي تجوز المسابقة عليه من الخيل. قيل: ما يسهم له وهو الجذع أو الشتي، وقيل: وإن كان صغيراً قال: ولا تجوز على الكلب.
- (٤) ينظر: الصحاح ٥/١٨٣٠ (نصل).

بالحجارة والتردّد بالسيوف، فالظاهر الجواز على ما بيّناه، واعلم أن أحد بابي الكتاب، وإن أفرد للسبق، والآخر للرمي، ولكنّ في كل واحد من العقدين كثيراً مما يدخل فيه الآخر، ويختلط به، لقرب أحدهما من الآخر، وهذا الفضل مما حصل فيه الاختلاط.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: الثَّانِي: الْإِعْلَامُ: وَلَا بَدَّ مِنْ إِعْلَامِ الْمُوقِفِ وَالْغَايَةِ وَالتَّسَاوِي فِيهِمَا، وَلَوْ شَرَطَ لِأَحَدِهِمَا تَقَدُّمَ الْغَايَةِ لَمْ يَجْزُ، وَلَوْ شَرَطَ لِلسَّابِقِ حَيْثُ يَسْبِقُ مِنْ غَيْرِ تَعْيِينَ الْغَايَةِ لَمْ يَجْزُ، وَلَوْ عَيَّنَ الْغَايَةَ وَلَكِنْ شَرَطَ الْمَالَ لِمَنْ يَسْبِقُ فِي وَسْطِ الْمَيْدَانِ حَيْثُ كَانَ فِيهِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يشترط في المسابقة إعلام الموقف الذي يبتدئان بالجري منه، والغاية التي يجريان إليها؛ على ما ورد أن النبي - ﷺ - «سَابَقَ بَيْنَ الْخَيْلِ الْمَضْمَرَةَ مِنَ الْحَفِيَا إِلَى تَيْبَةِ الْوَدَاعِ» ويشترط تساوي المتسابقين فيهما جميعاً، ولو شَرَطَ تَقَدُّمَ مَوْقِفِ أَحَدِهِمَا أَوْ تَقَدُّمَ غَايَتِهِ لَمْ يَجْزُ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مَعْرِفَةَ فَرُوسِيَةِ الْفَارَسِ وَجُودَةَ سِيرِ الْفَرَسِ، وَلَا يُعْرَفُ ذَلِكَ مَعَ تَفَاوُتِ الْمَسَافَةِ؛ لِاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ السَّبْقُ حَيْثُذُ حَصَلَ لِقِصْرِ الْمَسَافَةِ، لَا لِحَذَقِ الْفَارَسِ، وَلَا لِفَرَاهَةِ الْفَرَسِ، وَلَوْ لَمْ يَعْينَا غَايَةً، وَشَرَطْنَا الْمَالَ لِمَنْ سَبَقَ مِنْهُمَا، حَيْثُ سَبَقَ، لَمْ يَجْزُ، وَوَجْهُهُ بِمَعْنَيْنِ:

أحدهما: أنه إذا لم تكن غايةً، فقد يديمان السير؛ حرصاً على المال؛ فيتعبان، وتَهْلِكُ الدَّابَّةُ.

والثاني: أن من الخيل ما يقوى سيره في الابتداء، ثم يضعف، وصاحبه يبغي قصر المسافة، ومنها ما يضعف سيره في الابتداء، ثم يقوى، وصاحبه يبغي طول المسافة وإذا اختلف الغرض، فلا بدّ من الإعلام والتنصيص على ما يقطع النزاع؛ كقدر الثمن في الأجرة، ولو عينا غاية، وشَرَطْنَا أَنْ السَّبْقِ حَيْثُ اتَّفَقَ فِي وَسْطِ الْمَيْدَانِ، كَفِي، وَكَانَ السَّابِقُ فَائِزاً، ففِي جَوَازِهِ وَجْهَانِ:

أحدهما: يجوز؛ لأنه سبق كالسبق إلى الغاية، وأشبههما المنع؛ لأننا لو اعتبرنا السبق في خلال الميدان، لاعتبرنا السبق بلا غاية معينة، وأيضاً، فقد يسبق الفرس ثم يسبق، والاعتبار بآخر الميدان؛ ألا ترى أنهما، إذا لم يشترط أن السابق في خلال الميدان فائز، فسبق أحدهما في خلاله، والآخر سبق في آخره، يكون السابق الثاني، وقد يُبنى الوجهان على المعنيين في الصورة السابقة، إن عللنا بإقامة<sup>(١)</sup> السير، فهذا المعنى مفقوداً هنا، فإن الميدان ضابط، وإن عللنا بتفاوت الأغراض، فلا يجوزها

(١) في ز: علمنا بإقامة.

هنا أيضاً، وإن عينا غايةً، وقالوا: إن اتفق السبق عندهما، فذاك، وإلا، فعديناها إلى غاية أخرى، اتفقا عليها، فوجهان حكاهما الإمام: في وجه: لا يصح؛ لتردد المعقود عليه، وتميله، والأظهر: الصحة؛ لحصول الإعلام، وكون كل واحد من السبقين سبقاً إلى غاية معينة، واعلم أنه كما يُشترط أن يكونَ الموقف والغاية معلومين، يشترط أن يكونَ المال معلومَ الجنس والقدر، وكأنه أهمله؛ لوضوحه وقد تعرّض له في «الوسيط».

قَالَ الْعَزَلِيُّ: **الثَّالِثُ**: إِذَا كَانُوا جَمَاعَةً فَفِي شَرْطِ الْمَالِ لِلْمُضَلِّي أَعْنِي التَّالِي لِلسَّابِقِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهُ: (أَحَدُهَا): الْجَوَازُ لِمَا فِيهِ مِنَ التَّحَدُّقِ فِي ضَبْطِ الْفَرَسِ (وَالثَّانِي): لِأَنَّ السَّبْقَ هُوَ الْمَقْصُودُ (الثَّالِثُ): أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرَطَ لَهُ شَيْئاً بِشَرْطِ أَنْ يُفْصَلَ السَّابِقُ وَكَذَلِكَ لِجَمِيعِهِمْ عَلَى التَّرْتِيبِ، أَمَّا الْفَسْكَالُ وَهُوَ الْأَخِيرُ فَلَا يُخَصُّ بِفَضْلِ، وَهَلْ يُشْتَرَكُ فِي الْحَقِّ فِيهِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: أول ما نوره في الفضل ما أشتهر من أسماء الخيل التي تُجمع للسباق، فيقال: الذي يجيء أولاً السابق والمُجَلِّي، والثاني المُضَلِّي، والثالث المُسَلِّي، ويُقال: التالي، والرابع: التالي، ويُقال: المُرتَّاح، وللخامس: العاطِفُ، ويُقال: المُرتَّاح، وللسادس: المُرتَّاح، ويُقال: العاطِفُ، وللسابع المُؤَمَّلُ، ويُقال: الحَظِيّ، وللثامن: الحَظِيّ، ويُقال: المؤمَّل، وللتاسع: اللطيم، وللعاشر: السُّكَيْتُ كالْكُمَيْتِ، ويُقال له: الفِسْكَالُ أيضاً، وكانوا لا يعتدون بما يجيء بعدها، وربما سُمِّيَ الفارسون بهذه الأسماء، وعلى ذلك يجري الفقهاء<sup>(١)</sup>.

إذا تقرر ذلك، فإذا كان التسابق بين اثنين، والمال يبذله غيرهما، فإن شرطه للسابق منهما، فذاك، وإن شرطه للثاني أو شرط للثاني ما يشترط للأول أو أكثر، لم يجز؛ لأن كل واحد منهما يؤخر نفسه، فلا يجتهد في السبق، وإن شرط للثاني، دون ما شرط للأول فوجهان:

(١) وأسماء خيل السابق عشرة وهي: المُجَلِّي، ثم المُضَلِّي، ثم المُسَلِّي، ثم التالي، ثم المُرتَّاح، ثم الحَظِيّ، ثم العاطِفُ، ثم المُؤَمَّلُ، ثم اللطيم، ثم السُّكَيْتُ. ويقال له: الفِسْكَالُ، وقد نظمها الإمام أبو عبد الله بن مالك في هذين البيتين: [البيسط]

حَيَّرَ السَّبَاقِ الْمُجَلِّيَ يَفْتَقِيهِ مُضَلِّ  
وَعَاطِفَ وَحَظِيٍّ وَالْمُؤَمَّلَ وَاللَّطِيمَ  
وَالْمُسَلِّيَ وَتَالٍ قَبْلَ مُرْتَّاحِ  
وَالْفِسْكَالِ السُّكَيْتِ يَا صَاحِ

وقال الجوهري: السُّكَيْتُ مثل الكُمَيْتِ، وقد تشدد، وقال الأزهري: السُّكَيْتُ: هو الفِسْكَالُ والفِسْكَالُ والمفسكل. يقال: فسكل، أي: أضر، قال الجوهري: وهو القاشر. ينظر: المطلع ص ٢٦٩.

أصحهما: الجواز؛ لأنه يسعى ويجتهد؛ ليفوز بالأكثر.

والثاني: المنع؛ لأنه إذا كان يتحصّل على شيء، ويُعَفَى، فقد يتكاسل، ويضم بفرسه، ليفوت مقصود العقد.

وإن تسابق ثلاثة، وشرط باذلّ المالِ المالَ للسابق، صحّ، وإن شرط للمصلّي أو شرط له أكثر مما شرط للسابق، ففيه وجهان حكاهما الإمام:

أصحهما: المنع؛ لأن السبق هو المقصود، وكلّ واحد، والحالة هذه، ينبغي الانخاس، فلا يحصل مقصود العقد.

والثاني: يجوز؛ لأن ضبط الفرس في شدة عدوه؛ ليقف في مقام المصلّين يحتاج إلى حدّق ومعرفة، وإن شرط له مثل ما شرط للأول، فوجهان:

أحدهما: لا يجوز، كما لو كانا اثنين، وشرط للثاني مثل ما شرط للأول.

وأصحهما: الجواز؛ لأن كل واحد منهما، والحالة هذه، يجتهد ويسعى أن يكون سابقاً ومصلّياً، وإن شرط أن يكون له دون ما شرط للأول، فعلى وجهين فيما إذا كانا اثنين، وشرط للثاني دون ما شرط للأول، والأصح الجواز، ويخرج من هذه الاختلافات الثلاثة وجوه:

أحدها: أنه يجوز أن يشترط جميع المال للمصلّي.

والثاني: لا يجوز أن يشترط له شيء.

والثالث: يجوز أن يشترط له شيء بشرط أن يفضل السابق، وهذه الثلاثة هي التي ذكرها في الكتاب، والأظهر وجهة رابع، وهو أنه يجوز أن يُشَرَطَ له شيء بشرط ألا يفضل على السابق، وأما الفسّكِلُ فلا يجوز أن يشترط له جميع المال، ولا أن يخصّص بفضل، ولا أن يسوّى بينه وبين من قبله، وهل يجوز أن يشترط له شيء دون ما شرط لمن قبله؟ فيه الوجهان السابقان، والأظهر: الجواز، ويُقاس على هذا ما إذا كان المتسابقون أكثر من ثلاثة، حتى إذا كانوا عشرة، وشرط لكل واحد سوى الفسّكِلِ مثل المشروط لمن قبله، يجوز على الأظهر، والأحبّ أن يكون المشروط لكل واحد منهم دون المشروط للذي قبله، وفي شروط شيء للفسّكِلِ الوجهان، ولو أهمل بعضهم بأن جعل للأول عشرة، وللثالث تسعة وللرابع ثمانية ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز؛ لأن الثالث والرابع يُفضّلان من قبلهما.

والثاني: يجوز، ويقام الثالث مقام الثاني، والرابع مقام الثالث، ويقدر كأن الثاني لم يكن، وإذا بطل المشروط في حق بعضهم، ففي بطلانه في حق من بعده وجهان، عن رواية صاحب «الحاوي» وهذان الوجهان والوجهان في صورة إهمال البعض بُنيًا

على أن من بطلَ السبق في حقه، هل يستحق على الباذل أجره المثل؟ وفيه اختلاف سيعود، فإن قلنا: لا يبطل العقد في حق من بعده؛ كيلا يفضل من سبقه، وإن قلنا: نعم، لم يبطل في حق من بعده، ولا يضر كون المشروط له زائداً على أجره المثل؛ لأن الممتنع أن يفضل المسبوق السابق فيما يستحقانه بالعقد، وأجرة المثل ليست مستحقةً بالعقد، واعلم أن الصور المذكورة وضَعُوها فيما إذا كان باذل المال غير المتسابقين ويمكن فرضها أو فرض بعضها فيما إذا كان بذله من أحد المتسابقين<sup>(١)</sup> مثل أن يتسابق اثنان؛ يُبذل أحدهما المال على أنه، إن سبق، دَفَع منه إلى الآخر كذا، وإن سبق الآخر، أمسك لنفسه منه كذا، وإذا تأملت الصورة عرفت أن في اشتراط تخصيص المال بالسابق اختلافاً للأصحاب، ولم يترجم الشرط صاحب الكتاب، على ما فيه من الخلاف، كما فعل في «الوسيط» فقال: الشرط الثاني: أنه إذا تسابق جماعة، فينبغي أن يُشرط السبق للسابق وذلك أليق بسياق الكلام.

فَرَع: لو قال: من سبق، فله كذا، فجاء المتسابقون معاً، فلا شيء لهم، ولو جاء اثنان فصاعداً معاً، وتأخر الباقيون، فالمشروط للأولين بالسوية، ولو قال: من سبق فله دينار، ومن صلى، فله نصف دينار، فسبق واحدٌ وصلى ثلاثة، ثم جاء الباقيون، فللسابق دينار، وللثلاثة المصلين نصف دينار، وإن سبق ثلاثة معاً، وصلى واحد، ثم جاء الباقيون، فللثلاثة دينار، وللمصلي نصف، وإن سبق واحد، وجاء الباقيون معاً، فله دينار، ولهم نصف دينار، وإن جاء الجميع معاً، فلا شيء لهم: لأنهم ليسوا بسابقين ولا مصلين، ولو قال: كل من سبق، فله دينار، فسبق ثلاثة، فعن الداركي: لكل واحد منهم دينار.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الرَّابِعُ: أَنْ يَكُونَ فِيهِمْ مُحَلَّلٌ وَهُوَ لَا يَغْرَمُ إِنْ سَبَقَ وَيَغْنَمُ إِنْ سَبَقَ، فَلَوْ شَرَطَ الْإِمَامُ أَوْ وَاحِدٌ مِنَ النَّاسِ لِلْسَّابِقِ مَا لَمْ يَجَازَ، وَلَوْ أَخْرَجَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَسَابِقِينَ مَا لَمْ يَجْزِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَعَهُمَا ثَلَاثُ شُرَطِ الْمَالِ لَهُ إِنْ سَبَقَ وَإِنْ لَمْ يَسْبِقْ أَحْرَزَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَ مَالَهُ وَلَا شَيْءَ لَهُمْ عَلَى الْمُحَلَّلِ، وَإِنْ شَرَطَ الْمَالُ لِلْمُتَسَابِقِينَ أَيْضاً فَقَوْلَانِ يَعْزُرُ عَنْهُمَا بِأَنَّ الْمُحَلَّلَ يَحْلُلُ لِنَفْسِهِ فَقَطْ أَمْ لِنَفْسِهِ وَلِغَيْرِهِ، فَإِنْ جَوَّزْنَا جَازَ أَنْ يَكُونَ فِي الْمِائَةِ مُحَلَّلٌ وَاحِدٌ يَأْخُذُ الْكُلَّ إِنْ سَبَقَ وَلَا يَغْرَمُ إِنْ تَخَلَّفَ فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْبَاقِينَ يَغْنَمُ وَيَغْرَمُ، فَعَلَى هَذَا إِنْ تَلَاخَفُوا وَالْمُحَلَّلُ سَابِقٌ أَخَذَ مَالَ الْمُصَلِّيِ وَالْفَسِيكَلِ جَمِيعاً، وَقِيلَ: الْمُصَلِّيُ يَأْخُذُ نِصْفَ مَالِ الْفَسِيكَلِ لِأَنَّهُ سَبَقَهُ أَيْضاً، وَإِنْ سَبَقَ الْمُحَلَّلُ

وَتَسَاوَقًا بَعْدَهُ أَخَذَ الْمُحَلَّلُ مَالَهُمَا، وَإِنْ سَبَقَ الْمُحَلَّلُ مَعَ أَحَدِهِمَا فَمَالَ الْفَسِيكِلِ لَهْمَا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - ؟ «إِلَّا سَبَاقَ ثَلَاثَةِ» وَأَرَادَ بِهِ أَنْ الْمَالَ فِي الْمَسَابَقَةِ إِمَّا أَنْ يَخْرُجَهُ غَيْرَ الْمُتَسَابِقِينَ أَوْ يَخْرُجَهُ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا.

أما الحالة الأولى فيجوز للإمام إخراج السبق من خاصة نفسه، ومن بيت المال؛ لما فيه من التحريض على تعلم الفروسية وإعداد أسباب القتال، وقد رُوِيَ أَنَّهُ - ﷺ - «سَبَقَ بَيْنَ الْخَيْلِ، وَجَعَلَ بَيْنَهُمَا سَبَقًا»<sup>(١)</sup> ويجوز للواحد من عَرَضِ النَّاسِ أَيْضاً إِخْرَاجَ السَّبَقِ مِنْ مَالِهِ؛ لِأَنَّهُ بَذَلَ مَالاً فِي قُرْبَةِ وَطَاعَةِ، وَيَثَابُ عَلَيْهِ، إِذَا نَوَى، وَقَالَ مَالِكٌ: يَخْتَصُّ ذَلِكَ بِالْإِمَامِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَتَسَابَقَ اثْنَانِ أَوْ أَكْثَرُ، وَمَنْ سَبَقَ، أَخَذَ الْمَالَ.

والثانية: أن يخرج أحد المتسابقين، ويُشترط أنه، إن سبق، أحرز ما أخرج، ولا شيء له على الآخر، وإن سبق الآخر، أخذ ما أخرج الأول، فهو جائز؛ لما رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - «مَرَّ بِحِزْبَيْنِ مِنَ الْأَنْصَارِ يَتَنَاضَلُونَ، وَقَدْ سَبَقَ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ؛ فَأَقْرَهُمَا عَلَى ذَلِكَ»<sup>(٢)</sup> وَعَنْ مَالِكٍ: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ قِمَارٌ، وَأَجَابَ الْأَصْحَابُ بِأَنَّ الْقِمَارَ أَنْ يَكُونَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُتَرَدِّدًا بَيْنَ أَنْ يَغْنَمَ وَيَغْرَمَ، وَلَيْسَا وَلَا وَاحِدٌ مِنْهُمَا كَذَلِكَ، أَمَّا الْمُخْرَجُ، فَإِنَّهُ مُتَرَدِّدٌ بَيْنَ أَنْ يَغْرَمَ وَبَيْنَ أَنْ يَغْنَمَ، وَلَا يَغْنَمُ بِحَالٍ، وَأَمَّا الْآخَرُ فَمُتَرَدِّدٌ بَيْنَ أَنْ يَغْنَمَ، وَبَيْنَ أَنْ لَا يَغْنَمَ، وَلَا يَغْرَمُ بِحَالٍ.

وإن تسابق جماعة، وأخرج اثنان فصاعداً، وشرطوا أن من سبق من المخرجين، لم يحرز إلا ما أخرجه، ومن سبق من غيرهم، أخذ ما أخرجه المخرجون، فهو جائز أيضاً.

والثالثة: أن يخرج المتسابقان جميعاً، ويقول كل واحد منهما: إن سبقتني، فلكَ

(١) ابن حبان [٤٠/٧] وابن أبي عاصم في الجهاد من حديث عاصم بن عمر، عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر به، وزاد: وجعل بينهما محللاً، ورواه ابن أبي عاصم من طريق عاصم بن عمر هذا عن نافع عن ابن عمر، وعاصم هذا ضعيف، واضطرب فيه رأي ابن حبان، فصحح حديثه تارة، وقال في الضعفاء: لا يجوز الاحتجاج به، وقال في الثقات، يخطئ ويخالف، وفي الكتاب المترجم لأبي إسحاق الجوزجاني. وابن أبي عاصم في الجهاد من طريق أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة: أن رسول الله ﷺ قال: لا جلب ولا جنب، وإذا لم يدخل المتراهنان فرساً يستبقان على السبق به، فهو حرام، وفي إسناده رجل مجهول، وروى أحمد وابن أبي عاصم من حديث نافع عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ سابق بين الخيل، وراهن، وهو أقوى من الذي قبله، ويدل على أنه لا يشترط المحلل، وكذا أخرج أحمد حديث أنس لقد راهن رسول الله على فرس يقال له سبعة، فسبق الناس، فبهش لذلك وأعجبه.

(٢) يأتي.

عليّ كذا، وإن سَبَقْتِكَ، فلي عَلَيَّ كذا، فهذا لا يجوز؛ لأنه على صورة القَمَار، إلا أن يُدْخِلَا بينهما محللاً، وهو أن يشاركهما في المسابقة ثالث، على أنه، إن سبق أخذ ما شرطاه والتزمناه، وإن سَبِقَ، لم يغرم شيئاً، فيميل العقد بذلك عن صورة القَمَار، وقد رُوِيَ عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن النبي - ﷺ - قَالَ: «مَنْ أَدْخَلَ قَرَساً بَيْنَ قَرَسَيْنِ، وَقَدْ أَمِنَ أَنْ يَسْبِقَهُمَا فَهُوَ قِمَارٌ وَإِنْ لَمْ يَوْمَنْ أَنْ يَسْبِقَ، فَلَيْسَ بِقِمَارٍ»<sup>(١)</sup> واحتج الأصحاب به، فقالوا: إذا علم أن الثالث لا يسبق، فهو قمار، فإذا لم يكن معهما ثالث، فهو أولئ بأن يكون قماراً، ثم إن كان الشرط أن يختص المحلّل بالاستحقاق، إن سبق، وكل واحد منهما لا يأخذ، فهذا جائز بالاتفاق، وإن شرطوا أن المحلّل يأخذ السبقتين، إن سبق، وأن كل واحد منهما إن سبق، أخذ ما أخرجه وأخذ ما أخرجه الآخر، ففي جواز المعاملة على هذا الوجه قولان، هكذا أطلق الإمام وصاحب الكتاب، وقال الصيدلاني وجهان، وقال الأكثرون: منصوص الشافعي - رضي الله عنه - ومذهبه الجواز، وقال ابن خيران: لا يجوز، ثم وجّه المنع بأن كل واحد من المتسابقين قد يغتم وقد يغرم، لو جَوَّزناه، وذلك قمار، وظاهر المذهب أن التسابق يجري بين المتكافئين المتقاربين، ولا يكاد يسمح أحدهما بأن يخرج المال دون أن يخرج الثاني، لكن، إذا لم يكن محللاً، كانت المعاملة على صورة القَمَار، فلو لم نجوز ذلك بعد

(١) رواه أحمد [٥٠٥/٢] وأبو داود [٢٥٧٩ - ٢٥٨٠] وابن ماجه [٢٨٧٦] والحاكم [١١٤/٢] والبيهقي [٢٠/١٠] وابن حزم وصححه، من حديث أبي هريرة، قال الطبراني [٤٧٠] رواه الدارقطني [٣٠٥/٤] في الصغير: تفرد به سعيد بن بشير عن قتادة عن سعيد بن المسيب، وتفرد به الوليد، وتفرد به عنه هشام بن خالد، قلت: رواه أبو داود عن محمود بن خالد عن الوليد، لكنه أبدل قتادة بالزهري، ورواه أبو داود وباقي من ذكر قبل، من طريق سفيان بن حسين عن الزهري، وسفيان هذا ضعيف في الزهري، وقد رواه معمر وشعيب وعقيل عن الزهري، عن رجال من أهل العلم قاله أبو داود، قال: وهذا أصح عندنا، وقال أبو حاتم: أحسن أحواله أن يكون موقوفاً على سعيد بن المسيب، فقد رواه يحيى بن سعيد عن سعيد قوله انتهى، وكذا هو في الموطأ عن الزهري عن سعيد قوله، وقال ابن أبي خيثمة سألت ابن معين عنه، فقال: هذا باطل، وضرب على أبي هريرة وقد غلط الشافعي، سفيان بن حسين في روايته عن الزهري عن سعيد عن أبي هريرة، حديث الرجل جبار، وهو بهذا الإسناد أيضاً.

(تنبيه) وقع في الحلية لأبي نعيم من حديث الوليد عن سعيد بن عبد العزيز عن الزهري وقوله ابن عبد العزيز خطأ قاله الدارقطني، والصواب سعيد بن بشير كما عند الطبراني والحاكم، وحكى الدارقطني في العلل: أن عبيد بن شريك رواه عن هشام بن عمار عن الوليد عن سعيد بن بشير، عن قتادة عن ابن المسيب عن أبي هريرة، وهو وهم أيضاً، فقد رواه أصحاب هشام عنه عن الوليد عن سعيد عن الزهري، قلت: وقد رواه عبدان عن هشام مثل ما قال عبيد أخرجه ابن عدي عنه، وقال: إنه غلط فتبين بهذا أن الغلط فيه من هشام، وذلك أنه تغير حفظه في الآخر.

دخول المحلّل، فات مقصود العقد، والقول بأنه، إذا كان كل واحد من المتسابقين يغنم تارة ويغرم أخرى، كانت الصورة صورة القمار ممنوع، بل له شرط آخر، وهو أن يكون كل واحد من المتسابقين كذلك؛ بدليل ما قدّمنا من الخبر، وعبر عن الخلاف بأن المحلّل يحلّل لنفسه فقط أو لنفسه ولغيره؟ والظاهر الثاني.

ويقال، بعبارة أخرى: المحلّل المال والعقد على المذهب، وعلى قول ابن خيران: أنه لتحليل العقد لا يستحقّ المال غيره، وإذا قلنا: بظاهر المذهب، فلو كان المتسابقون مائة مثلاً، وليس فيهم إلا محلّل واحد، شرط أن يأخذ جميع ما أخرجه، إن سبق، ولا يغرم شيئاً، إن سبق، وكل واحد من المتسابقين، إن سبق، غنم، وإن سبق، غرم، صحّ العقد والشرط.

وها هنا أصل آخر حكاه الإمام؛ وهو أنا، إذا أطلقنا شرط المال للسابق، [فاللفظ للسابق] المطلق، أو يتناول من سبق غيره، وإن كان مسبقاً لغيره؟ وفيه اختلاف للأصحاب، والظاهر الأول، ويترتب على الأصلين الحكم في صورة مجيء المتسابقين، فإذا تسابق مستبقان ومحلّل، نظر؛ إن سبق المحلّل، ثم جاء أحد المستبقين ثم الثاني، فيأخذ المحلّل ما أخرجه المصلّي بلا خلاف، وفيما أخرجه الفسكّل ثلاثة أوجه:

أظهرها: أنه يأخذ المحلّل أيضاً؛ لأنه السابق المطلق.

وثانيها: أنه للمحلّل وللمصلّي جميعاً؛ لأنهما سبقاه.

وأضعفها: أنه للمصلّي وحده، ويجعل سابقاً الفسكّل، كما أن المحلّل سابق المصلّي، وإن سبق المحلّل، ثم جاء المستبقان معاً، فيأخذ المحلّل ما أخرجه بلا خلاف.

ولو سبق المحلّل مع أحد المستبقين، ثم جاء الثاني، فالذي سبق مع المحلّل يحرز ما أخرجه، وما أخرجه الآخر له وللمحلّل؛ على ظاهر المذهب، وللمحلّل خاصة على المنسوب إلى ابن خيران.

واقصر في الكتاب على ذكر هذه الصور الثلاث.

ولو سبق أحد المستبقين، ثم جاء الثاني مع المحلّل، أو جاء الثاني، ثم جاء المحلّل، فيحرز السابق ما أخرجه أيضاً، وما أخرجه الثاني على المذهب، وعلى ما ذكر ابن خيران: لا يأخذه، ولا شيء للمحلّل على المذهبين، ولو سبق أحد المستبقين، ثم جاء المحلّل، ثم جاء الثاني، فيحرز السابق ما أخرجه، وأما ما أخرجه الثاني، فإن قلنا: بظاهر المذهب، ففيه وجهان:

أظهرهما: أنه يأخذه السابق أيضاً؛ لأن المحلّل مسبق.



والثاني: أنه له وللمحلل؛ لأنهما سبقا الثاني، وفيه وجه ثالث ضعيف: أنه للمحلل خاصة، وإن قلنا بالمنسوب إلى ابن خيران، فوجهان:  
أحدهما: أنه للمحلل؛ لأنه سبق الثاني.

والثاني: أنه يحزره مُخرِجه، ولا يستحقه السابق ولا المحلل، أما السابق؛ فلأن نفرع على أن المحلل لا يحلل لغيره، وأما المحلل فلأنه مسبق، ولو سبق المستبقان معاً، ثم جاء الثلاثة معاً، لم يأخذ واحدٌ منهم شيئاً من غيره، فهذه ثمان صور، ويجوز أن يدخل بينهما محلّين فصاعداً، فإذا تسابق مستبقان ومحللان، وسبق أحد المحلّين، وصلّى أحد المتسابقين، ثم جاء المحلل الثاني، ثم جاء المستبق الثاني، فما أخرجه المستبق الأول للمحلل، وأما ما أخرجه الثاني، فإن قلنا بظاهر المذهب، ففيه وجهان:  
أظهرهما: أنه للمحلل الأول أيضاً؛ لأنه السابق المطلق.

والثاني: أنه للمحلّين وللمستبق الأول؛ لأنهم جميعاً سبقوا الثاني، وقياس الوجه الأضعف أن يُقال: إنّه للمحلل الثاني، وإن قلنا: بالمنسوب إلى ابن خيران، فهو للمحلل الأول في أحد الوجهين، وللمحلّين في الثاني، ولو سبق أحد المتسابقين، ثم جاء أحد المحلّين ثم المحلل الثاني، فيحزر الأول ما أخرجه، وأما ما أخرجه الثاني، فإن قلنا بظاهر المذهب، فالوجه الأظهر أنه يأخذه المتسابق الأول أيضاً، وفي وجه: هو له وللمحلل الأول، وعلى الوجه الأضعف؛ هو للمحلل الأول، وإن قلنا بالمنسوب إلى ابن خيران، فهو للمحلل الأول لا غير، وقس على هذا ما شئت تصويره.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الْعَامِسُ: أَنْ يَكُونَ سَبْقُ كُلِّ وَاحِدٍ مُمَكِّنًا فَإِنْ ظَهَرَ التَّفَاوُتُ بَيْنَ الْفَرَسَيْنِ بِحَيْثُ يَعْلَمُ أَنَّ السَّابِقَ أَحَدُهُمَا بَطَلَ الْعَقْدُ وَإِنْ كَانَ مُمَكِّنًا عَلَى التَّدْوِيرِ فَوَجْهَانِ، وَيَجُوزُ بَيْنَ فَرَسَيْنِ مُخْتَلِفِي النَّوعِ، وَبَيْنَ الْإِبِلِ وَالْفَرَسِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: أُطْلِقَ عَامَةَ الْأَصْحَابِ قَوْلَهُمْ؛ بِأَنَّهُ يَشْتَرِطُ فِي الْمَسَابِقَةِ أَنْ يَكُونَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْفَرَسَيْنِ؛ بِحَيْثُ يَجُوزُ أَنْ يَسْبِقَ الْآخَرَ، فَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا ضَعِيفًا يُقْطَعُ بِتَخْلُفِهِ، أَوْ فَارَهَا<sup>(١)</sup> يَقْطَعُ بِتَقْدَمِهِ، لَمْ يَجْزِ، وَكَذَا فَرَسُ الْمَحَلِّلِ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ كَذَلِكَ، وَزَادَ الْإِمَامُ، فَقَالَ: إِنْ أَخْرَجَ أَحَدَ الْمَتَسَابِقِينَ الْمَالَ؛ عَلَى أَنَّهُ، إِنْ فَازَ، أَحْرَزَ مَا أَخْرَجَ، وَإِلَّا، فَهُوَ لِصَاحِبِهِ، فَإِنْ كَانَ صَاحِبَهُ؛ بِحَيْثُ يَقْطَعُ بِأَنَّهُ لَا يَسْبِقُ، فَهَذِهِ مَسَابِقَةٌ

(١) قال الأزهري: يقال: بِرَدْوَنَ فاره، وحمار فاره: إذا كانا سَيُورَيْنِ، ولا يقال للفرس إلا جواد، ويقال له رائغ، وفي حديث جريج: دابة فارهة. وقال ابن منظور: ولا يقال للفرس: فاره، إنما يقال في البغل والحمار والكلب وغير ذلك. ينظر: تهذيب اللغة ٦/٢٧٩، ولسان العرب «فره».

من غير مال، وإن كان يقطع؛ بأنه يسبق، ففي صحة هذه المعاملة وجهان:

أحدهما: المنع؛ لأن قضية المسابقة أن يتوقع كل واحد منهما السبق.

وأصحُّهُما: الصحة، وحاصلها إخراج مال الذي يقطع بأنه يسبقه؛ فأشبه ما إذا قال لغيره: ازم كذا، فإن أصبت منه كذا، فلك هذا المال، ولو أخرج كل واحد من المتسابقين المال، وأدخلا محللاً، يعلم تخلُّفه لا محالة، فلا فائد في إدخاله، ويبقى العقد على صورة القمار، وإن كان يُتَيَقَّنُ سبقه، ففيه الوجهان.

ولو أخرجوا المال، وأحدهما بحيث يُقَطَّعُ بسبقه، ولا محلل، فالذي يسبق كالمحلل؛ لأنه لا يستحق عليه شيء، فشرط المال من جهته لغو، وهذه تفاصيل حسنة، وفي الكتاب ذُكِرَ بَعْضُهَا فِي «الباب الثاني» على ما سيأتي بتوفيق الله تعالى، ولو كان سبق أحدهما ممكناً على الندور، ففي الاكتفاء به للصحة وجهان:

أقربهما إلى كلام الأصحاب: المنع، وأنه لا يقام لاحتمال النادر وزناً، ويتعلَّقُ بما نحن فيه القول فيما إذا اختلف المركوبان نوعاً أو جنساً؛ أما اختلاف النوع، فلا يضر، ويجوز المسابقة على الفرس العربي والعجمي، وعلى العربي والتركي، وعن أبي إسحاق، أنه، إذا تباعد النوعان؛ كالعتيق والهجين من الخيل والنجيب والبختي من الإبل، لم يجز، وهذا ما ينبغي أن يترجح، وإن كان الأول أشهر؛ لأنه إذا تحقَّقَ التخلف، فأى فرق بين أن يكون لضعف عارضٍ أو لرداءة النوع<sup>(١)</sup>.

وأما إذا اختلف الجنس؛ كالإبل والفرس، ففي المسابقة عليهما وجهان:

أشبههما، وهو الجواب في «الشامل» وغيره: المنع؛ لأن الإبل لا يلحق بالفرس غالباً، ويجري الخلاف في الفرس والحمار، إن جَوَّزْنَا المسابقة على الحمار، وكذا في الحمار والبغل، إذا جَوَّزْنَا المسابقة عليهما، والأشبه في هذه الصورة الجواز لتقاربهما، وبه أجاب ابن الصَّبَّاح، وعَبَّرَ مَعْبُرُونَ عن هذه الجملة بعبارة أخرى، فقالوا: مِنْ شَرْطِ المسابقة تكافؤ الفرسين، وفيما يعتبر فيه التكافؤ وجهان:

أظهرهما: أن التكافؤ بالتجانس، فلا تجوز المسابقة بين الفرس والبغل، وتجاوز بين العتيق والهجين من الخيل.

والثاني: وبه قال أبو إسحاق: أنه لا يُنظَرُ إلى التجانس، وإنما المعتبر أن يكون

(١) قال النووي: قول الأكثرين: «تجاوز بين العتيق والهجين والنجيب والبختي» محمول على ما إذا لم يقطع بسبق العتيق والنجيب كما ذكرناه، فقول أبي إسحاق ضعيف إن لم يرد به هذا فإن أراد، ارتفع الخلاف.

كل واحد منهما بحيث يجوز أن يسبق، فيجوز بين الفرس والبغل، وبين الحمار والبغل، ولا يجوز بين العتيق والهجين من الخيل والبختي، والنجيب من الإبل.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: السَّادِسُ: تَغْيِيرُ الْفَرَسَيْنِ وَإِحْضَارُهُمَا، أَمَا الْعَقْدُ عَلَى فَرَسَيْنِ بِالْوَصْفِ ثُمَّ الْإِحْضَارِ لَا يَجُوزُ عَلَى الْأَصَحِّ، ثُمَّ الْفَرَسُ لَا يَجُوزُ إِبْدَالُهُ إِذَا عَيِّنَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: تعيين الفرس شرط في المسابقة، ووجه ذلك بأن المقصود امتحان الفرس؛ ليعرف سيره، وأيضاً تضمير الخيل وتمرينها على العدو، وكل واحد من المعنيين يقتضي التعيين؛ فإن أحضرت الأفراس، وعقدت المسابقة على أعيانها، فذاك، وإن وُصفت، وعُقد العقد على الوصف، ثم أحضرت، فوجهان، حكى الإمام عن شيخه المنع؛ لأن الموعول في المسابقة على أعيانها، وهذا ما رجّحه في الكتاب، وبه أجاب الروياني<sup>(١)</sup>، وعن العراقيين: الجواز، وهو الأوجه عنده، وقد وجه ذلك بأن الوصف والإحضار بعده يقومان مقام التعيين في العقد، في السلم وفي عقود الربا، فكذلك ها هنا، ونقل عنهم: أنه إذا جرت<sup>(٢)</sup> المسابقة مطلقة، كان كما لو جرت المناضلة مطلقة، وسيأتي - إن شاء الله تعالى - الكلام في أنها، علامٌ تُحْمَلُ.

وإذا تعلق العقد بعين فرس، لم يجوز إبداله، وإن هلك، انفسخ العقد، وإذا عقد العقد على الوصف، ثم أخضِرَ فرسٌ فما ينبغي أن يفسخ العقد بهلاكه.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: ثُمَّ الْأَعْتِمَادُ فِي السَّبْقِ عَلَى الْأَقْدَامِ إِذِ الْعُنُقُ قَدْ تَمْتَدَّ وَقَدْ تَقَصَّرَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الذي جرى ذكره في كلام الأصحاب لاعتبار السبق بها [ثلاثة]: الكتد، بفتح تائها وتكسر، والأول أشهر؛ وهي عبارة عن مجتمع الكتفين بين أصل العنق، والظهر.

والأقدام؛ وهي القوائم، والهادي وهو العنق، ونقل الإمام اختلاف وجه أو قول: في أن الاعتبار في السبق بالهادي أو بموقع الأقدام والكتد، وأشار إلى توجيه الأول؛ بأن المتسابقين يمدون خيطاً في أقصى الميدان؛ ليتبين السبق بحرفه، ورأس الفرس وهاويه أول ما ينتهي إلى الخيط ويحرفه، وتوجيه الثاني؛ بأن العدو بالقدم، فليكن الاعتبار بها، ورأي هذا الثاني أقيس، وبه أجاب في الكتاب، والذي يوجد لعامة الأصحاب في كتبهم: أن الاعتبار في الإبل بالكتد، وفي<sup>(٣)</sup> الخيل يعتبر الهادي، والفرق أن الإبل ترفع أعناقها عند العدو، فلا يمكن اعتبار السبق به، والخيل تمد أعناقها،

(١) سقط من: ز.

(٢) في ز: جمعت.

(٣) في ز: طرفهم أن في الإبل يعتبر الكتف.

قالوا: وينظر في الفرسين، وإن استويا في خلقة العنق طُولاً وقِصراً، فالذي تقدّم بالعنق أو بعضه هو السابق، وإن اختلفا، فإن تقدّم الذي هو أقصرُ عنقاً، فهو السابق، وإن تقدّم الآخر، نُظِر؛ إن تقدم بقدر زيادة الخلقة، فما دونها، فليس بسابق، وإن تقدّم بأكثر منها، فهو سبق، ووراء هذا وجوه:

أحدها: أن عند اختلاف خلقة العنق، يُعتبر في الخيل أيضاً بالكتد<sup>(١)</sup> ويُحكى هذا عن أبي إسحاق ورجّحه الروياني.

والثاني: في طريقة الصيدلاني: أن عند اختلاف الخلقة، إذا سبق الأطول عنقاً ببعض عنقه، وكتدهما سواء، يُعدُّ ذلك سبقاً؛ لأن تقدير أعناق الخيل وضبطها عسيرٌ.

والثالث: أنه، إن كان في جنس الخيل ما يرفع الرأس عند العدو، فيعتبر فيه الكتد، كما في الإبل.

والرابع: قضية ما ذكره بعضهم: أن التقدّم بأيهما، حصلَ السبق؛ وعلى هذا، فلو تقدم أحدهما بأحدهما، والآخر بالآخر، فلا سبق.

والخامس: عن رواية أبي الحسين بن القطان وجه؛ أنه لا يُعتبر هذا ولا ذاك، ولكن يتبع عرف الناس، وما يعتبرون به السبق.

والسادس: أن المعتبر ما شرطاه من اعتبار الكتد أو الهادي، وعن بعض علماء السلف: أن الاعتبار بتقدم الأذن، وإيراد القاضي ابن كج يُشعر بجعله وجهاً للأصحاب، فهذا هو الكلام في الهادي والقدم، وأما الكتد مع القدم، فقد قرّن بينهما قارئون، وأقام أحدهما مقام الآخر آخرون، وأشار الفريقان أنه لا فرق في الاعتبار بهما ولا خلاف؛ لأنهما قريبان من التحاذي، لكن بينهما مع التقارب تفاوت، ولا يبعد أن يجعل اعتبار القدم وراء اعتبار الكتد والهادي؛ ويدل على ذلك ما نقل عن «الحاوي»: أن صاحبه قال: لو اعتبر السبق بأيديهما، فأيهما تقدّمت يدها، فهو السابق، كان أصح عندي؛ لأن السعي بهما والجري عليهما، لكن الشافعي - رضي الله عنه - اعتبر الهادي والكتد، وفي طريقة الصيدلاني أنه، لو كان أحد الفرسين أطول عنقاً من الآخر فسبق الآخر ببعض العنق، وسبقه الآخر ببعض الكتد، فأيهما السابق؟ فيه وجهان، ويمكن تخريجهما على الخلاف في أن الاعتبار في السبق بهذا أم بذاك؟ وقد عرفت بما قدمناه أن قوله في الكتاب «ثم الاعتماد في السبق على الإقدام» ينبغي أن يعلم بالواو، وأن ما عليه الأكثرون خلاف ما ذكره.

(١) في ز: بالكتف.

وقوله: «إِذَا الْعُتُقُ قَد تَمَتَّدَ وَقَدْ تَقَصَّرَ» لا يَصْلُحُ مَانِعاً مِنْ اعْتِبَارِ السَّبْقِ بِهِ؛ عَلَى مَا تَبَيَّنَ، ثُمَّ عَنِ الشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ أَنَّ التَّرُدَّ وَالْخِلَافَ فِي أَنَّ السَّبْقَ بِمِ يَعْتَبَرُ؟ يَخْتَصُّ بِأَخْرِ الْمِيدَانِ وَأَمَّا فِي أَوَّلِهِ، فَيَعْتَبَرُ التَّسَاوِي فِي الْأَقْدَامِ لَا غَيْرَ.

**فُرُوعٌ:** تَتَعَلَّقُ بِالسَّبْقِ: لَوْ سَبَقَ أَحَدُ الْمُحَلَّلَيْنِ فِي وَسَطِ الْمِيدَانِ، وَالْآخِرُ فِي آخِرِهِ، فَالسَّابِقُ الثَّانِي، وَلَوْ عَثَرَ أَحَدُ الْفَرَسَيْنِ أَوْ سَاخَتْ قَوَائِمُهُ فِي الْأَرْضِ، فَتَقَدَّمَ الْآخِرُ، لَمْ يَكُنِ الْآخِرُ سَابِقاً، وَكَذَا لَوْ وَقَفَ بَعْدَ مَا جَرَى لِمَرَضٍ وَنَحْوِهِ، فَإِنْ وَقَفَ بِلَا عِلَّةٍ، فَهُوَ مَسْبُوقٌ، وَلَوْ وَقَفَ قَبْلَ أَنْ يَجْرِيَ، لَمْ يَكُنِ مَسْبُوقاً، سِوَاءَ وَقَفَ لِمَرَضٍ أَوْ لغير مرضٍ، وَلَوْ تَسَابَقَا عَلَى أَنَّ مِنْ سَبَقَ مِنْهُمَا الْآخِرُ بِأَقْدَامٍ مَعْلُومَةٍ، فَلَهُ السَّبْقُ، حَكَمَى الْأُئِمَّةِ عَنِ صَاحِبِ «الْإِفْصَاحِ»: أَنَّهُ يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُمَا يَتَحَاطَّانِ مَا تَسَاوَيَا فِيهِ، وَيَجْعَلُ السَّبْقُ، لِمَنْ تَقَدَّمَ بِالْقَدْرِ الْمَشْرُوطِ، فَهُوَ كَشَرَطِ الْمُحَاطَةِ فِي الْمُنَاضَلَةِ، وَأَنَّهُ قَالَ: رَأَيْتُ مِنْ أَصْحَابِنَا مَنْ مَنَعَ ذَلِكَ، وَأَبْطَلَ الْعَقْدَ، وَلَا أَعْرِفُ لَهُ وَجْهًا، وَاعْلَمْ أَنَّ الْفِرْعَ غَيْرَ مَصُورٍ فِيمَا إِذَا لَمْ يَبِينَا غَايَةَ، فَقَدْ ذَكَرْنَا أَنَّهُمَا إِذَا شَرَطَا السَّبْقَ لِمَنْ سَبَقَ مِنْ غَيْرِ بَيَانِ غَايَةٍ، لَمْ يَجْزِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ هَذِهِ الصُّورِ وَبَيْنَ أَنْ يَشْتَرِطَا التَّقَدُّمَ بِأَقْدَامٍ مَعْلُومَةٍ، وَلَكِنْ التَّصْوِيرُ فِيمَا إِذَا شَرَطَا السَّبْقَ لِمَنْ تَقَدَّمَ بِأَقْدَامٍ مَعْلُومَةٍ عَلَى مَوْضِعٍ كَذَا، وَالْغَايَةُ فِي الْحَقِيقَةِ نَهَايَةُ الْأَقْدَامِ الْمَشْرُوطَةِ مِنْ ذَلِكَ الْمَوْضِعِ، لَكِنَّهُ شَرَطَ فِي الْإِسْتِحْقَاقِ تَخَلُّفَ الْآخِرِ عَنْهَا بِالْقَدْرِ الْمَذْكُورِ.

وَيُخْتَارُ أَنْ يَكُونَ فِي أَقْصَى الْغَايَةِ قَصْبَةً مَغْرُوزَةً لِيَقْتَلِعَهَا السَّابِقُ، فَيُظْهِرُ لِكُلِّ أَحَدٍ تَقَدُّمَهُ وَيُجْرِي الْمَتَسَابِقَانِ الْفَرَسَيْنِ فِي وَقْتٍ وَاحِدٍ.

وَمَا هُوَ مِنْ شُرُوطِ الْمَسَابِقَةِ، وَقَدْ أَهْمَلْتُ ذِكْرَهُ فِي الْكِتَابِ: أَنْ يَسْتَبْقَا عَلَى الدَّابَّتَيْنِ بِالرُّكُوبِ، أَمَا لَوْ شَرَطَا إِسْرَالَ الدَّوَابِّ؛ لِتَجْرِي بِنَفْسِهَا، فَالْعَقْدُ بَاطِلٌ؛ لِأَنَّهَا تَتَنَافَرُ بِالْإِسْرَالِ، وَلَا تَقْصِدُ الْغَايَةَ بِخِلَافِ الطَّيُورِ، إِنْ جُوزْنَا الْمَسَابِقَةَ عَلَيْهَا؛ لِأَنَّ لَهَا هِدَايَةَ إِلَى قِصْدِ الْغَايَةِ، وَأَنْ يَجْعَلَا الْمَسَافَةَ بِحَيْثُ يَحْتَمِلُ الْفَرَسَانِ قَطْعَهَا وَلَا يَنْقَطِعَانِ دُونَهَا، فَإِنْ كَانَتْ بِحَيْثُ لَا يَتَّهِيَانِ إِلَى غَايَتِهَا إِلَّا بِانْقِطَاعِ وَتَعَبٍ فَالْعَقْدُ بَاطِلٌ.

وَأَنْ يَكُونَ الْمَالُ الْمَشْرُوطُ مَعْلُوماً، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ دَيْنًا وَثَانًا يَكُونُ عَيْنًا<sup>(١)</sup> أَوْ بَعْضُهُ هَكَذَا وَبَعْضُهُ هَكَذَا، وَإِذَا كَانَ دَيْنًا، فَمَا أَنْ يَكُونَ حَالًا أَوْ مُؤَجَّلًا، فَلَوْ شَرَطَا مَالًا مَجْهُولًا؛ بَأَنَّ قَالَ: أَعْطَيْتُكَ مَا شِئْتُ، أَوْ مَا شِئْتُ أَوْ شَرَطْتُ دِينَارًا أَوْ ثُوبًا، وَلَمْ يَصِفِ الثَّوْبَ، أَوْ دِينَارًا إِلَّا ثُوبًا، فَالْعَقْدُ بَاطِلٌ، وَكَذَا لَوْ شَرَطْتُ دِينَارًا إِلَّا دَرَهْمًا، إِلَّا أَنْ يَرِيدَ قَدْرَ الدَّرَهْمِ، وَعَرَفًا قِيمَتَهُ مِنَ الدَّيْنَارِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ سَبَقْتَنِي، فَلِكِ هَذِهِ الْعَشْرَةَ، وَتَرُدُّ

إِلَيَّ صَاعاً مِنْ طَعَامٍ، فَهُوَ فَاسِدٌ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ عَوْضَ عَلِيٍّ السَّابِقِ، وَهُوَ خِلَافُ مَوْضُوعِ الْعَقْدِ.

ولو تسابقا على قرض في الذمة، قال في «البحر»: فيه وجهان؛ بناءً على الوجهين في جواز الاعتياض عنه قبل قبضه، وإذا أخرج المال غير المتسابقين، فيجوز إن شَرَطَ لِأَحَدِهِمَا أَكْثَرَ مما يشرطه للآخر، وإذا أخرجاه، فيجوز أن يخرج أحدهما أكثر مما يخرج الآخر، عن صاحب «الحاوي» والصيمري: أنهما، إذا أخرجا، وجب تساوي المالين جنساً ونوعاً وقدرًا.

ومن الشروط: التحرُّزُ عن الشروط المفسدة فلو قال: إن سبقتني، فلك هذه العشرة، ولا أرمي بعد هذا أبداً، أو لا أناضلك إلى شهر، فعن نصه في «الأم»: أن العقد فاسد؛ لأنه شرط ترك قربة مرغَّب فيها، ففسد وأفسد العقد، ولو شرط على السابق أن يطعم السابق أصحابه، فسد العقد؛ لأنه تملك بشرط يمنع كمال التصرف، فصار كما لو باعه شيئاً بشرط ألا يبيعه، وعن أبي إسحاق وجه: أنه يصح العقد.

وقبوله الإطعام عدة إن شاء وَفَى بها، وإلا، فلا<sup>(١)</sup>، ولأن لا يقع هذا الشرط لا يعود إلى الشارط، فوجوده، كعدمه، وَيُزَوِّى هذا عن أبي حنيفة وأحمد، وهذا تمام الكلام في النظر الأول.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: النَّظَرُ الثَّانِي فِي حُكْمِ هَذِهِ الْمَعَامَلَةِ: وَهِيَ جَائِزَةٌ فِي قَوْلِ كَالْجَعَالَةِ، وَلا زِمَةٌ فِي قَوْلِ كَالْإِجَارَةِ، وَقِيلَ: الَّذِي يَفْنَمُ وَلا يَغْرَمُ جَائِزٌ فِي حَقِّهِ قَوْلًا وَاحِدًا، ثُمَّ عَلَى قَوْلِ الْجَوَازِ لَا يَشْتَرَطُ الْقَبُولُ بِالْقَوْلِ، وَفِي ضَمَانِ السَّبْقِ وَالرَّهْنِ بِهِ خِلَافٌ كَمَا فِي الْجَعَالَةِ، وَعَلَى قَوْلِ اللُّزُومِ يَجِبُ الْبِدَايَةُ بِالْعَمَلِ لَا بِتَسْلِيمِ السَّبْقِ، وَيَجُوزُ ضَمَانُهُ وَالرَّهْنُ بِهِ، فَإِنْ فَسَدَتِ الْمَعَامَلَةُ بِكَوْنِ الْعَوْضِ خَمْرًا رَجَعَ إِلَى أَجْرَةِ مِثْلِ عَمَلِهِ فِي جَمِيعِ رَكْضِهِ لَا فِي قَدْرِ السَّبْقِ، وَإِنْ كَانَتْ بِسَبَبِ آخَرَ يَرْجَعُ إِلَى قِيَمَةِ السَّبْقِ أَوْ أَجْرِ الْمِثْلِ فِيهِ قَوْلَانِ كَمَا فِي الصَّدَاقِ، وَقِيلَ: هَهُنَا يَرْجَعُ قَطْعًا إِلَى أَجْرِ الْمِثْلِ كَالْقِرَاضِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَقْصُودُ النَّظَرِ الْكَلَامِ فِي حُكْمِ الْمَسَابَقَةِ، وَفِيهِ قَاعِدَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: اخْتَلَفَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فِي عَقْدِ الْمَسَابَقَةِ، أَوْ لَا يَلْزَمُ أَمْ جَائِزٌ؟

(١) قال النووي: وفي «التنبيه» وجهان آخران، أحدهما: يفسد المسمى، ويجب عوض المثل، والثاني: يصح العقد ولا عوض.

فأحد القولين، وبه قال أبو حنيفة وأحمد: أنه جائز، كالجعالة، والجامع أنه عقد بذل العوض فيه على ما لا يُوثَّق به.

وأصحهما: أنه لازم، كالإجارة، والجامع أنه عقد شرط فيه أن يكون المعقود عليه معلوماً من الجانبين، وما محل القولين؟ قال في «المهذب»، إن أخرج المال أحد المتسابقين أو غيرهما، فهو جعالة، وإن أخرجاه معاً، ففيه القولان، والظاهر، وهو المذكور في «التهذيب» طرد القولين، سواء أخرجاه أو أحدهما أو غيرهما، ثم حكى الإمام طريقتين.

أظهرهما: وبه قال الشيخ أبو محمد والأئمة: أن القولين فيمن التزم المال، فأما من لا يغرم شيئاً وقد يغنم، فالعقد جائز في حقه، بلا خلاف؛ إذ لا يستحق عليه شيء، وقد يكون العقد جائزاً من جانب دون جانب؛ كالرهن والكتابة.

والثاني: طرد القولين فيمن لا يغرم شيئاً، وكان باذل المال أراد أن يستفيد من عمل صاحبه في الركن والرمي، فهو كالمستأجر، وصاحبه كالأجير له، ونظم الكتاب يُشعر بترجيح هذا الطريق، التفریح: إن قلنا بالجواز، فلكل واحد منهما أن يجلس، ويترك العمل قبل الشرع فيه، وكذلك بعد الشروع، إن لم يكن لأحدهما فضل على الآخر، فإن كان، فوجهان:

أصحهما: أن الجواب كذلك؛ لجواز العقد.

والثاني: المنع<sup>(١)</sup>، وإلا، أفضى الأمر إلى ألا يسبق أحدٌ أحداً، فإنه يُعرض إذا أحس بغلبة صاحبه، ويجوز الزيادة والنقصان في العمل وفي المال بالتراضي، وذكر الإمام تفریحاً على هذا القول؛ بأنه، إذا بذل أحدهما المال، لا يُشترط من صاحبه القبول بالقول، وفيه وجه ضعيف، وأن الأصحاب أجروا هذا الخلاف في الجعالة المعلّقة لمعيّن، وهو أن يقول لمعيّن: إن رددت عبدي، فلك كذا، وفي ضمان السبق قبل تمام العمل والرهن به الخلاف الذي سبق في ضمان الجُعَل والرهن به قبل تمام العمل وقد ترتب الرهن على الضمان، فيقال: إن لم يصح الضمان، لم يصح الرهن، وإن صح الضمان، ففي الرهن وجهان؛ لأن الضمان أوسع باباً في الرهن، ولذلك يجوز ضمان الدرك، ولا يجوز الرهن به، ويخرج من هذا الترتيب ثلاثة أوجه:

ثالثها: أنه يصح ضمانه، ولا يصح الرهن به، وإن فرّعنا على اللزوم، فليس لأحدهما فسخ العقد دون الآخر، نعم، إن بان بالعوض المعين عيب، يثبت حق

(١) في ز: لا.

الفسخ، وليس لأحدهما أن يجلس ويترك العمل، إن كان مفضولاً، وكذا إن كان له فضل، واحتمل الحال أن يدركه، فيسبقه، وإلا، فله الترك، فإنه يترك حق نفسه، ولا يجوز لهما الزيادة في العمل والمال ولا نقصان إلا أن يفسخا العقد الأول ويستأنفا.

آخر: وإذا سبق أحدهما، فلا بدّ من قبول الآخر بالقول، ولا يكلف المسبق البداءة بتسليم المال بخلاف الأجرة تُسَلَّم إلى المكري بالعقد المطلق؛ لأن الأمر في المسابقة مبني على الخطر، فيبدأ فيه بالعمل، ويجوز ضمان السبق والرهن به قبل العمل على هذا القول، وعن القفال، أنه احتج بوجوب البداية بتسليم العمل على أن المال لا يُستحق إلا بالعمل، وحينئذ ضمانه يخرج ضمان ما لم يجب وجرى سبب وجوبه، قال: وضمان هذا أبعد من ضمان نفقة الغد، فإن الظاهر استمرار النكاح والطاعة، وسبق من شرط له السبق أمرٌ مغيب، والظاهر الأول، ورأى الإمام اللائق بلزوم المعاملة أن يقول: الاستحقاق موقوفٌ مراعى فإذا سبق، تبينا الاستحقاق بالعقد، وبعد الفراغ من العمل، يجوز ضمان السبق والرهن به على القولين، وإن كان السبق عيناً، وجب على المُسَبِّق تسليمها، فإن امتنع، أجبره الحاكم وحسه فيه، ولو تلفت في يده بعد المطالبة، والتقصيرُ منه يلزمه الضمان، وإن تلفت في مدة قبل العمل، انفسخ العقد، ولو عاقه مرض ونحوه، لم يُبطل العقد، بل ينتظر زواله.

فرع: أورده الصيدلاني وغيره: أنه لو اشترى منه ثوباً، وعاقده عقد السبق بعشرة، فإن جعلنا المسابقة لازمةً، فهو كما لو جمع في صفقة واحدة بين بيع وإجارة، وفيه قولان، وإن جعلناها جائزة، لم يجز؛ لأن الجمع بين الجعالة لا يلزم، وبيع يلزم في صفقة واحدة لا يمكن.

القاعدة الثانية: إذا فسدت المسابقة، وركّض المتسابقان على فسادها، وسبق الذي لو صحّت المسابقة، لاستحق بالسبق المشروط، فهل يستحق شيئاً فيه وجهان:

أحدهما: وهو اختيار أبي إسحاق وابن القاص: أنه لا يستحق شيئاً على باذل المال؛ لأنه لم يعمل له شيئاً وفائدة عمله ترجع إليه بخلاف ما إذا عمل في الإجارة أو الجعالة الفاسدتين، ترجع فائدة العمل إلى المستأجر والجاعل.

وأصحهما: وبه قال أبو الطيب بن سلمة، واختاره الشيخ أبو محمد والقفال: أنه يستحق؛ لأن المنفعة التي يُستحقُّ بها المسمى في العقد الصحيح لا تغزى عن العوض عند الفساد، كما في الإجارة والقراض وغيرهما، والعمل قد لا ينفع في القراض، ومع ذلك يكون مضموناً فعلى هذا، إن كان الفساد كخلل في السبق، وتعدّر وتقويمه؛ مثل أن يكون خمراً أو مجهولاً، فالرجوع إلى أجرة المثل لا غير، ولا ينظر إلى القدر الذي سبق به، بل يعتبر جميع ركضه؛ لأنه سبق بمجموع عمله لا بذلك القدر، وإن كان لا



يتعدّر تقويمه، فإن كان مغصوباً أو كان الفساد لمعنى في غير السبق كتفاوت الموقف أو الغاية، فطريقان، حكاهما الإمام وصاحب الكتاب:

أحدهما: أن فيه قولين:

أحدهما: الرجوع إلى قيمة السبق.

والثاني: الرجوع إلى أجره المثل تخريجاً من القولين في الصداق وبدل الخُلَع، إذا فسد، ففي أحدهما يرجع إلى القيمة، وفي الثاني يرجع إلى مهر المثل، ووجه الشبه أن السبق ليس على حقائق الأعواض، فإن معظم فائدة العمل للعامل كما أن الصداق وبدل الخلع ليسا على حقائق الأعواض.

والثاني: القطع بالرجوع إلى أجره المثل، والفرق أن النكاح والخلع لا يفسدان بفساد العوض، فرأي الشافعي - رضي الله عنه - في قول الرجوع إلى قيمة المذكور أولى، والمسابقة تُفسد بفساد العوض، وتكون المنفعة مستوفاة على الفساد، فيتعين الرجوع إلى أجره المثل، والظاهر الرجوع إلى أجره المثل، وإن ثبت الخلاف وهو الذي أورده أكرهم، وكيف يعتبر أجره المثل؟ عن أبي الطيب<sup>(١)</sup> أنه قال: أنظر إلى الزمان الذي استقل بالرمي فيه، كم قدره، فأعطيه أجره المثل، قال القاضي ابن كج: وبنائه على ما يقوله في الحر، إذا عضب على نفسه، أنه يستحق أجره مثل تلك المدة، ويُحكى عن أبي إسحاق<sup>(٢)</sup> أنه يجب ما يجري في المسابقة في مثله في مثل تلك المسابقة في عرف الناس غالباً، وهذا أقرب مع أنه يمكن أن يقال: ليس للناس في هذا عرف غالب يرجع إليه.

وقوله في الكتاب «ولازمة في قول» معلم بالحاء والألف.

وقوله: «لا يُشترط القبول بالقول» بالواو.

وليعلم أيضاً قوله: «يجب البداية بالعمل» بالواو؛ لأن الإمام حكى عن بعض التصانيف وجهاً ضعيفاً: أنا إذا قضينا بلزوم المسابقة، يجب تسليم السبق أولاً: قياساً على تسليم الأجرة في الإجارة.

وقوله: «ويجوز ضمانه والرهن به» معلّم أيضاً؛ لما مرّ من تخريجه على ضمان ما جرى سبب وجوبه ولم يجب، وكذا قوله: «رجع إلى أجره مثل عمَلِهِ» للوجه الذاهب إلى أنه لا يجب شيء.

(١) في ز: حنيفة.

(٢) في ز: الحسين.

## الْبَابُ الثَّانِي فِي الرَّمِي

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَالنَّظْرُ فِي الشُّرُوطِ وَالْحُكْمُ أَمَّا الشُّرُوطُ فَسِتَّةٌ: الْأَوَّلُ الْمُحَلَّلُ كَمَا ذَكَرْنَاهُ، فَلَوْ كَانُوا حَزْبَيْنِ وَلَيْسَ فِي جُمْلَتِهِمْ إِلَّا شَخْصٌ وَاحِدٌ شَرَطَ أَنْ يَغْتَمَّ وَلَا يَغْرَمَ فَهَلْ يَكْفِي ذَلِكَ مَعَ أَنَّهُ إِنَّمَا يَغْتَمُّ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ دُونَ جَمِيعِ الْمَالِ؟ فَفِيهِ وَجْهَانِ وَإِنْ قُلْنَا: إِنَّ الْمُحَلَّلَ يُحَلَّلُ لِغَيْرِهِ لِأَنَّهُ لَيْسَ يَغْتَمُّ جَمِيعَ الْمَالِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: كَمَا أَنَّ الْكَلَامَ فِي «الْمَسَابِقَةِ» مَرْتَّبٌ فِي نَظْرَيْنِ: أَحَدُهُمَا فِي الشُّرُوطِ، وَالْآخَرَ فِي الْأَحْكَامِ، كَذَا الْحَالُ فِي «الْمَنَاظِلَةِ».

أَمَّا الشُّرُوطُ، فَإِنَّهُ عَدَّهَا سِتَّةً: أَحَدُهَا: الْمُحَلَّلُ، وَالْمَالُ فِي الْمَنَاظِلَةِ عَلَى نَحْوِ مَا تَقَدَّمَ فِي الْمَسَابِقَةِ، إِمَّا أَنْ يَخْرُجَهُ غَيْرَ الْمُتَنَاضِلِينَ أَوْ أَحَدَهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا، وَصُورَةُ الْقِسْمِ الْأَوَّلِ؛ أَنْ يَقُولَ الْإِمَامُ أَوْ أَجْنَبِيٌّ أَزْمِيًّا عَشْرَةَ أَرْشَاقٍ، فَمَنْ أَصَابَ مِنْهَا كَذَا، فَلَهُ كَذَا.

وَصُورَةُ الْقِسْمِ الثَّانِي؛ أَنْ يَقُولَ أَحَدُهُمَا: تَرْمِي كَذَا، فَإِنْ أَصَابَتْ بِهَا كَذَا، فَلَكَ عَلَيَّ كَذَا، وَإِنْ أَصَبْتُهُمَا، فَلَا شَيْءَ لِي عَلَيْكَ.

وَصُورَةُ الْقِسْمِ الثَّلَاثِ؛ أَنْ يَشْتَرِطَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْمَالَ عَلَى الْآخَرِ، إِنْ أَصَابَ، وَهَذَا لَا يَجُوزُ إِلَّا بِمُحَلَّلٍ يَدْخُلُ بَيْنَهُمَا، كَمَا مَرَّ.

وَكَمَا تَجُوزُ الْمَنَاظِلَةُ بَيْنَ اثْنَيْنِ، تَجُوزُ بَيْنَ حَزْبَيْنِ عَلَى مَا سَيَأْتِي - إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى - وَحَيْثُئِذْ، فَكُلُّ حَزْبٍ كَشَخْصٍ وَاحِدٍ، فَإِنْ أَخْرَجَ الْمَالَ غَيْرَ الْحَزْبَيْنِ أَوْ أَحَدَ الْحَزْبَيْنِ دُونَ الْآخَرِ جَازٌ، وَإِنْ أَخْرَجَهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، فَلَا بَدَّ مِنْ مُحَلَّلٍ أَوْ مِنْ حَزْبٍ مُحَلَّلِينَ، وَلَوْ أَخْرَجَ الْحَزْبَانِ الْمَالَ، وَشَرَطُوا لِوَاحِدٍ مِنْ أَحَدِ الْحَزْبَيْنِ أَنَّهُ إِنْ كَانَ الْفُوزُ لِحَزْبِهِ شَارِكُهُمْ فِي أَخْذِ الْمَالِ، وَإِنْ كَانَ الْفُوزُ لِلْحَزْبِ الْآخَرَ، فَلَا شَيْءَ لَهُ عَلَى ذَلِكَ الْوَاحِدِ، إِنَّمَا يَغْرَمُ أَصْحَابَهُ، فَفِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يَجُوزُ، وَيَكْفِي ذَلِكَ الشَّخْصُ مُحَلَّلًا.

وَأَصْحُهُمَا: عَلَى مَا ذَكَرَهُ الْإِمَامُ: الْمَنْعُ؛ لِأَنَّ الْمُحَلَّلَ هُوَ الَّذِي إِذَا فَازَ اسْتَبَدَّ بِالْمَالِ، وَهَذَا لَا يَسْتَبَدُّ، بَلْ يُوَزَعُ الْمَالَ عَلَيْهِ، وَعَلَى أَصْحَابِهِ لَوْ فَازُوا.

وَلَوْ اشْتَمَلَ كُلُّ حَزْبٍ عَلَى مُحَلَّلٍ عَلَى الصُّورَةِ الْمَذْكُورَةِ، قَالَ الْإِمَامُ: فِيهِ وَجْهَانِ مَرْتَّبَانِ عَلَى هَذِهِ الصُّورَةِ، أَقْرَبُ إِلَى الصَّحَّةِ؛ لِاشْتِمَالِ كُلِّ حَزْبٍ عَلَى مُحَلَّلٍ، وَالْوَجْهَ الْمَنْعُ، فَإِنَّ الْمُحَلَّلَ مَنْ يَفُوزُ بِالْأَسْبَاقِ، وَلَوْ شَرَطَ كُلُّ حَزْبٍ كُلَّ الْمَالِ لِمُحَلَّلِهِمْ، فَهَذَا مَمْتَنَعٌ عَلَى وَجْهِ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ فَائِزًا فِي غَيْرِهِ وَلَا سَبِيلَ إِلَى احْتِمَالِ هَذَا.

وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ «وَإِنْ قُلْنَا: إِنَّ الْمُحَلَّلَ يَحَلَّلُ لِغَيْرِهِ» الَّذِي يَنْبَغِي أَنْ يَفْهَمَ مِنْهُ أَنَّ الْوَجْهَيْنِ يَجْرِيَانِ، سِوَاءَ قُلْنَا: إِنَّ الْمُحَلَّلَ يَحَلَّلُ لِغَيْرِهِ أَوْ قُلْنَا: إِنَّهُ لَا يَحَلَّلُ إِلَّا لِنَفْسِهِ، أَمَّا عَلَى التَّقْدِيرِ الثَّانِي، فَفِي حِلِّ حِصَّتِهِ لَهُ الْوَجْهَانِ، وَأَمَّا عَلَى التَّقْدِيرِ الْأَوَّلِ، فَفِيهِ وَفِي

الحل لغيره الوجهان، ولفظه في «الوسيط» أن هذا الواحد يحلّل لنفسه، وهل يحلّل لغيره فيه الخلاف، وأولى بالمنع؛ لأن المحلّل من يستحق الجميع، وهذا لا يستحق إلا البعض، وإيراد الكتاب أوفى لما نقله الإمام.

وقوله: «لأنه ليس يغنم جميع المال» كالتكرير والإيضاح لما سبق، وإلا ففي قوله قبله «مع أنه إنما يغنم بقدر حصته دون جميع المال» ما يعني عنه، والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّانِي: اتَّحَادُ الْجِنْسِ وَتَغْيِينُهُ فَلَوْ عَيَّنَ جِنْسَيْنِ كَالْمِزْرَاقِ وَالرَّمِي فِيهِ وَجْهَانِ كَالِإِبِلِ وَالْفَرَسِ وَهَذَا بِالْجَوَازِ أَوْلَى لِأَنَّ الْأَلَّةَ هَهُنَا لَا عَمَلَ لَهَا، وَأَمَّا الْاِخْتِلَافُ فِي أَنْوَاعِ الْقَيْسِيِّ فَلَا يُؤْتَرُ لَكِنْ لَوْ عَيَّنَ لَمْ يَبْدَلِ الْقَوْسُ الْعَرَبِيَّ بِالْفَارِسِيِّ؛ لِأَنَّ الْفَارِسِيَّ أَجْوَدُ، وَلَوْ أَبْدَلَ الْفَارِسِيَّ بِالْعَرَبِيِّ فَوَجْهَانِ، وَيَجُوزُ تَبْدِيلُ الْقَوْسِ بِمِثْلِهِ بِخِلَافِ الْفَرَسِ، وَلَوْ شَرَطَ أَلَّا يَبْدَلَ فِيهِ صِحَّةَ الشَّرْطِ وَجْهَانِ، وَإِنْ أَفْسَدْنَا فِيهِ فَسَادَ الْعَقْدِ وَجْهَانِ، وَكَذَلِكَ كُلُّ شَرْطٍ فَاسِدٍ يُسْتَفْتَى عَنْ جِنْسِهِ، فَإِنْ صَحَّحْنَا جَارَ الْإِبْدَالِ إِذَا أَنْكَسَرَ، فَإِنْ شَرَطَ أَلَّا يَبْدَلَ فَإِنْ أَنْكَسَرَ فَهَذَا يَفْسِدُ الْعَقْدَ، أَمَا إِذَا أُطْلِقَ وَلَمْ يُعَيَّنَ جِنْسٌ مَا فِيهِ الرَّمِي نَزَلَ عَلَى الْأَعْلَبِ فِي الْعَادَةِ، فَإِنْ اخْتَلَفَتِ الْعَادَةُ فَسَدَ فِي وَجْهِ، وَعَلَى وَجْهِ إِنْ تَطَابَقَا عَلَى شَيْءٍ تَمَّ وَإِلَّا فَسَدَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا اخْتَلَفَ جِنْسٌ مَا يُرْمَى بِهِ؛ كَالسِّهَامِ مَعَ الْمِزْرَاقِ فَالْجَوَابُ؛ إِنْ جَوَزْنَا الْمُنَازَلَةَ عَلَيْهَا، فَفِيهِ وَجْهَانِ كَالْوَجْهَيْنِ فِي الْمَسَابَقَةِ عَلَى الْإِبِلِ وَالْفَرَسِ، وَهَذِهِ الصُّورَةُ أَوْلَى بِالْجَوَازِ؛ لِأَنَّ التَّعْوِيلَ فِي الْمَسَابَقَةِ عَلَى الْفَرَسِ، وَأَنَّهُ يَعْمَلُ وَيَعْدُو بِاخْتِيَارِهِ، وَالتَّعْوِيلَ فِي الرَّمِي عَلَى الرَّامِي، وَلَا عَمَلَ إِلَّا لَهُ وَلَا اخْتِيَارَ لِلْأَلَّةِ، مَعَ هَذَا، فَالْجَوَابُ فِي «الْمَهْدَبِ»: الْمَنْعُ، وَأَمَّا اخْتِلَافُ أَنْوَاعِ الْقَيْسِيِّ فِي السِّهَامِ، فَإِنَّهُ لَا يَضُرُّ، وَذَلِكَ كَالْقَيْسِيِّ الْعَرَبِيِّ مَعَ الْفَارِسِيِّ وَالدُّورَانِيِّ، وَتُنَسَبُ إِلَى دُورَانَ، قَبِيلَةٌ مِنْ بَنِي أَسَدٍ مَعَ الْهِنْدِيَّةِ، وَكَالنَّبْلِ، وَهُوَ مَا يَرْمَى عَنِ الْقَوْسِ الْعَرَبِيِّ مَعَ الثُّشَابِ، وَهُوَ مَا يَرْمَى عَنِ الْفَارِسِيِّ، وَمِنْ أَنْوَاعِ الْقَيْسِيِّ الْحَسْبَانِ وَهُوَ قَوْسٌ تَجْمَعُ سِهَامَهُ الصَّغَارُ فِي قَبْصَةٍ، وَيَرْمَى بِهَا، فَيَتَفَرَّقُ عَلَى النَّاسِ وَيَعْظَمُ أَثَرُهَا وَنَكَائِطُهَا، وَهَذَا؛ لِأَنَّا قَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ اخْتِلَافَ نَوْعِ الْإِبِلِ وَالْفَرَسِ لَا يَضُرُّ فَاخْتِلَافُ النَّوْعِ فِي آلَاتِ الرَّمِي أَوْلَى بِذَلِكَ، وَعَنْ رِوَايَةِ صَاحِبِ «التَّقْرِيبِ» وَجْهٌ: أَنَّهُ لَا تَجُوزُ<sup>(١)</sup> الْمُنَازَلَةُ عَلَى النَّبْلِ وَالثُّشَابِ، وَأَنَّهُمَا يَنْزِلَانِ مَنْزِلَةَ الْخَيْلِ، وَالْبَعَالِ، وَإِلَى هَذَا مَالُ الْقَاضِي ابْنِ كَعْبٍ.

(١) فِي ز: يَجْرِي.

إذا عرف ذلك، فإن تعرضا في عقد المناضلة للنوع وبيننا نوعاً واحداً من الطرفين، أو من أحد الطرفين، وقفاً به، ولا يجوز العدول عن النوع المعين إلى ما هو أجد منه، كما إذ اعينا الفارسية، ففي إبدالها بالعربية وجهان:

**أحدهما:** الجواز؛ لأنه انتقالٌ من الأجد إلى ما دونه، وليس فيه إجحافٌ بالآخر.

**وأظهرهما:** المنع، إلا برضا الشريك؛ لأنه ربما كان استعماله لأحد النوعين أكثر، ورميه به أجد، ولو عينا سهماً أو قوساً من نوع، لم يتعين وجاز إبداله بمثله من ذلك النوع، سواء حدث فيه خلل يمنع من استعماله أو لم يحدث، بخلاف الفرس؛ لا يبدل بغيره؛ على ما سبق، فلو شرطاً ألا يبدل، فوجهان:

**أظهرهما:** أن هذا الشرط فاسدٌ؛ لأن الرامي قد تغرض له أحوال خفية تحوجه إلى الإبدال، وفي منعه منه تضييقٌ لا فائدة فيه، فأشبهه تعيين المكيال في السلم.

**والثاني:** أنه صحيح؛ لأنه لا يتعلق غرض بذلك المعين، وتفاوت القوس الشديدة واللينة يقرب من تفاوت العربية والعجمية، فإن أفسدنا هذا الشرط، ففي إفساد العقد وجهان عن صاحب «التقريب».

**أحدهما:** إذا فسد جعل لغواً، وقدّر كأنه لم يجز.

**وأظهرهما:** أنه يفسد، وطرده الوجهان في كل ما لو طرح من أصله لا يستقل العقد بإطلاقه، فأما ما لو طرح لم يستقل العقد بإطلاقه، فإذا فسّد، فسّد العقد بلا خلاف، وذلك مثل ألا يذكر في المسابقة الغاية، وفي المناضلة القرعات، وإن صححنا هذا الشرط، فيجب الوفاء به، ما لم ينكسر المعين وأمكن استعماله، وإذا انكسر جاز الإبدال للضرورة، وإن شرط ألا، يبدل، وإن انكسر، فلا تحتل هذه المبالغة، ويحكم بفساد العقد، ولو أطلقا المناضلة، ولم يتعرضا لنوع ولا عينا فرداً من نوع، فقد أطلق مطلقون وجهين في صحة العقد.

عن ابن القاص: أنه لا يصح؛ لأن الأغراض تتفاوت، والإصابة بالأنواع والحدق في استعمالها يختلف، فلا بُد من البيان، والأظهر وجواب الأكثر: الصحة، وقد يوجه بما تكرّر أن الاعتماد في المناضلة على الرامي، وفي «الحاوي» وعليه جرى الإمام وصاحب الكتاب: أن الوجهين فيما إذا كانوا يتراهمون في الناحية بأنواع مختلفة لا غالب فيها، وأما إذا غلب نوع، فالعقد المطلق ينزل عليه، كما ينزل الدراهم المطلقة على النقد الغالب، وكموضع النزول في الإجارة وغيرها، وإذا قلنا بالصحة، فليتراضيا على شيء، ثم قيل: ينبغي أن يتراضيا على نوع واحد؛ لأن العقد مبني على التساوي، وفي

«التهديب» ما يدل على أنهما، لو تراضيا على نوع من جانب، ونوع آخر من الجانب الآخر، يجوز أيضاً، وهذا هو قياس الابتداء، ولو اختار أحدهما نوعاً، وقال الآخر: بل ترمي نوعاً آخر، فالحكاية عن «الحاوي»: أنهما، إن أصراً على هذا التنازع يفسخ العقد، وفي «الوسيط»: بناء الأمر على أن عقد المناضلة جائز أم لازم؟ إن قلنا: جائز، فهو رجوع، وإن قلنا: لازم، فقد تعدّر إمضاء العقد، فيفسخ، ولم يذكره الإمام هكذا، ولكن قال: إن حكمنا بالجواز وتمانعنا، فُسخ العقد، وإن حكمنا باللزوم، فالوجه أن نحكم بأن الإطلاق مفسد؛ لإفضائه إلى التنازع المذكور وتعذر الفصل، وقضية القول بأنه رجوع ارتفاع العقد بالتنازع، وقضية القول بالفسخ بقاءه مع التنازع إلى أن يُفسخ، فيخرج من هذا وجهان؛ إذا فرغنا على الصحة وتنازعا في التعيين.

وقوله في الكتاب «اتحاد الجنس وتعيينه» من باب ما يطلق من التراجم في المذهب إلى أن يتبين الخلاف آخرأ، وقد تبين في الآخر الخلاف في استرداد اتحاد الجنس، وكذا الخلاف في أنه، يشترط التعرض للجنس أو يجوز الإطلاق؛ ويمكن أن يُعلم قوله «فلا يؤثر» بالواو؛ للخلاف المذكور في «الثَّباب والنبل».

وكذا قوله «نزل على الأغلب» لإطلاق من أطلق الوجهين، ولم يفرق بين أن يكون هناك غالب أو لا يكون، وقوله: «وإلا فسد» يجوز أن يريد ارتفاعه، كما هو قضية إيراد «الوسيط»، ويجوز أن يريد أنه يرتفع، كما هو قضية كلام الإمام، ويجوز إعلامه بالواو؛ للوجه المخالف لما أراد.

فَرَعَ: قال الإمام اختلاف السهام، وإن اتحد نوع القوس، كاختلاف نوع الفرس، وبيانه أن الرمي بنبال الحسبان التي يقال لها: الناول إنما يكون بالقوس الفارسية، لكنها مع الآلة المتصلة بها كنوع آخر من القوس وكذا قوس الجرح مع قوس اليد والجرح والناول مختلفان.

قَالَ الْعَزَائِي: الثَّالِثُ: أَنْ تَكُونَ الْإِصَابَةُ الْمَشْرُوطَةُ مُمَكِّنَةً لَا مُمْتَنِعَةً وَلَا وَاجِبَةً، وَالْمُمْتَنِعُ إِصَابَةٌ مِائَةٌ عَلَى التَّوَالِي وَهَذَا فَاسِدٌ، وَالْوَاجِبُ إِصَابَةُ الْحَادِقِ وَاحِدًا مِنْ مِائَةٍ، وَهَذَا يَصِحُّ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَفَائِدَتُهُ التَّمَلُّمُ، وَأَمَّا الْمُمَكِّنُ عَلَى نُذُورٍ فَبَيْنَهُمَا وَجْهَانِ، وَإِذَا كَانَ بَيْنَهُمَا مُحَلَّلٌ عَلِيمٌ قَطْعًا أَنَّهُ لَا يُفْلِحُ فَوْجُودُهُ كَعَدَمِهِ، وَإِنْ عَلِمَ قَطْعًا أَنَّ الْمُحَلَّلَ يَفُوزُ فَعَلَى الْوَجْهَيْنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: المناضلة على شرط إصابة تقرب وتتوقع صحيحة، وإن شرط ما هو ممتنع في العادة، فالعقد فاسد؛ لأنه لا يقضي إلى مقصوده؛ لأن المقصود من بذل المال الحث على الرماة طمعاً في المال، والممتنع لا يُسعى فيه، والامتناع تارة يكون

لغاية صغر الغرض، وأخرى لغاية بُعد المسافة، وأخرى لكثرة الإصابة المشروطة، كاشتراط الإصابة من مائة رَشَق على التوالي، وفي «المهذب» و «التهديب»: وجه أنه لو شرط إصابة عشرة من عشرة، يصح العقد، فيجوز أن يُعلم لذلك قوله في الكتاب «وهذا فاسد».

وإن شرط ما هو واجب في العادة كإصابة الحاذق واحداً من مائة، ففي صحة العقد وجهان:

أحدهما: المَنع؛ لأن هذه المعاملة ينبغي أن يكون فيها خطر؛ ليسعى العاقد ويتأنق في الرمي بمشاهدة رميهِ.

وإن كان المشروط قد سبق حصوله، لكئنه نادر، فوجهان، ويُقال قولان:

أحدهما: يَصِحُّ العقد؛ لإمكان تحصيل المقصود، ولأن حَدَقَ الرامي يظهر به.

وأقواهما: الفساد؛ ووجه بأن الشرع، إنما يسوغ بذل المال في هذه المعاملة تحريضاً على الرمي، فإذا كان المشروط بعيد الحصول، تبرمت النفوس به، ويجري هذا الخلاف في كل صورة تندر فيها الإصابة المشروطة، ومنها التناضل إلى مسافة تندر فيها الإصابة، والتناضل في الليلة المظلمة، وإن كان الغرض قد يترأى لهما، ويقرب هذا الخلاف من الخلاف فيما إذا نوى الإمام الإقامة في موضع من المفازة، ليس<sup>(١)</sup> هو موضع للإقامة هل يصير مقيماً؟ ويقرب من هذه الاختلافات ما ذكر الأئمة؛ أن المناضِلين ينبغي أن يكونا متقاربين؛ بحيث يحتمل أن يكون كل واحد منهما ناضلاً ومنضولاً، فإن تفاوتا، وكان أحدهما مُصِيباً في أكثر ما يرمي، والآخر مخطئاً في أكثر ما يرمي، فوجهان؛ ظاهر قول أبي إسحاق: المنع؛ لأن حَدَقَ الناضل معلومٌ بغير نضال، فأخذه المال كأخذه بلا نضال، ويتعلق بهذا الشرط أن المحلل الذي يدخله المتناضلان بينهما ينبغي أن يَكُونَ بحيث يُتَوَقَّع، فوزه وقُصُوره، فإن علم أنه لا يفوز، لم يصلح محللاً، وكان وجوده كعدمه، وإن كان يُعلم بأنه يفوز، فعلى الوجهين المذكورين في إصابة واحد من مائة، وفيما إذا التزم أحد المتسابقين المال، والآخرُ بحيث لا يفوز.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الرَّابِعُ: الْإِعْلَامُ: وَيَجِبُ إِعْلَامُ مِقْدَارِ الْمَالِ وَعَدَدِ الْإِصَابَةِ، وَأَمَّا الْمَسَافَةُ بَيْنَ الْمَوْقِفِ وَالْهَدَفِ وَعَرْضُ الْهَدَفِ وَقَدْرُ أَرْتِفَاعِهِ مِنَ الْأَرْضِ فَفِي أَشْتِرَاطِ إِعْلَامِهِ قَوْلَانِ، فَفِي قَوْلٍ: يَجِبُ، وَفِي قَوْلٍ: يَنْزُلُ عَلَى الْعَادَةِ، أَمَّا عِنْدَ الْأَرَشَاقِ وَهُوَ نَوْبَةُ الرَّمِي فَيَجِبُ ذِكْرُهُ فِي الْمُحَاطَةِ، وَهِيَ أَنْ يُشْتَرَطَ خُلُوصُ عَشْرِ إِصَابَاتٍ مِنْ مِائَةٍ أَوْ

(١) في ز: مغارة ليست.

خَمْسِينَ مَثَلًا، أَمَا فِي الْمُبَادَرَةِ وَهِيَ أَنْ يَكُونَ الْمَالُ شَرْطًا لِمَنْ سَبَقَ إِلَى عَشْرَةِ فَنَفِي  
أَشْرَاطِ ذِكْرِ عَدَدِ الْأَرْشَاقِ قَوْلَانِ، وَكَذَلِكَ فِي تَعْيِينِ مَنْ لَهُ الْبِدَايَةُ فِي الرَّمِي قَوْلَانِ  
أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَذْكَرْ فَسَدَ وَهُوَ الْقِيَاسُ وَالثَّانِي: أَنَّ الْبِدَايَةَ لِلْمَسْبُوقِ وَهُوَ الْعَادَةُ، وَفِي  
قَوْلٍ آخَرَ: يُفْرَعُ ثُمَّ مَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ هَلْ لَهُ الْبِدَايَةُ فِي كُلِّ يَرَاوِعِ رَشَقِي أَمْ يَخْتَصُّ  
حُكْمَهَا بِالتَّوْبَةِ الْأُولَى فِيهِ وَجَهَانِ فَرْعٍ: فِي صِحَّةِ الْعَقْدِ عَلَى التَّرْتَابِ وَمَقْصُودِ الْإِبْعَادِ دُونَ  
الْإِصَابَةِ وَجَهَانِ وَالْأَصَحُّ الْجَوَازُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يُشْتَرَطُ فِي الْمُنَاضِلَةِ الْعِلْمُ بِأُمُورٍ يَخْتَلِفُ الْغَرَضُ بِاخْتِلَافِهَا.

منها: المال المشروط؛ على ما ذكرنا في المسابقة.

ومنها: عدد الإصابة كخمس من عشرين؛ لأن الاستحقاق بالإصابة وبها يتبين  
حَدَقُ الرامي وجودة رميه ولِيُبَيَّنَّا، صفة الإصابة من الفَرْع؛ وهو الإصابة المجردة  
والخَرْق؛ وهو أن يثقب الغرض ولا يثبت فيه، والحَسَق؛ وهو أن يثبت فيه، والخَرْم؛  
وهو أن يصيب طرف الغرض فيخرمه، والمَرْق؛ وهو أن يثقب ويخرج من الجانب  
الآخر، وكتب كثير من الأصحاب، منهم العراقيون مصرحةً بأنه لا بد من ذكر ما يريد  
أن من هذه الصفات، سوى الخَرْم والمَرْق، فإنهم لم يشترطوا التعرض لهما، والأصح  
ما في «التهذيب»: وهو أنه لا يُشْتَرَطُ التعرض لشيءٍ منها؛ كالخَرْم والمَرْق، وإصابة  
أعلى المعرض وأسفله، وذكر أنهما، إذا أطلقا العقد، يُحْمَلُ عَلَى الْفَرْعِ، فإنه  
المتعارف، وأحسن من هذه العبارة أن يقال: حقيقة اللفظ ما يشترك فيه جميع ذلك.

ومنها: حكى الإمام قولين؛ في أنه، هل يجب إعلام المسافة التي يرميان فيها؟.

أحدهما: وإليه ميل الشيخ أبي محمد: أنه يجب؛ لأن الأغراض تختلف  
باختلاف المسافة طويلاً وقصراً وفي، الإعلام ما يبين الحال، ويرفع المنازعة،  
والإعلام، إما بذكر الذرعان أو بالمشاهدة.

والثاني: أنهما تنزل على العادة الغالبة للرماة في ذلك الموضوع، كالمعالقي في  
استنجاز الدابة، وكمواضع النزول في الطريق، والقولان متفقان على أنه، إن لم يكن  
هناك عادةً غالبة، يجب الإعلام، وليحمل على هذه الحالة ما أطلقه الأكثرون في  
اشتراط إعلام المسافة، وليرجع من القولين التنزيل على العادة الغالبة؛ لأن الذي لا بد  
منه العلم بها، وذلك تارة يكون بالإعلام والمشاهدة، وأخرى بقريئة الحال، كما في  
النظائر، هذا ما أورده القاضي ابن كجب، وفي «المهذب» و«التهذيب»: أنه، إذا كان  
هناك غرض معلوم المدى، يحمل مطلق العقد عليه، وإن ذكرا غاية لا يصيبها السهم  
بطل العقد، وإن كانت الإصابة فيها نادرة، ففيه الوجهان أو القولان في الشروط النادرة،

وقدر الأصحاب المسافة التي تقرب بموضع الإصابة فيها بمائتين وخمسين ذراعاً، وقد روي عن بعض أصحاب النبي - ﷺ - أنه قيل له: كَيْفَ كُنْتُمْ تَقَاتِلُونَ الْعَدُوَّ؟ فَقَالَ: «إِذَا كَانُوا مِائَتَيْنِ وَخَمْسِينَ ذِرَاعاً، قَاتَلْنَاهُمْ بِالنَّبْلِ، وَإِذَا كَانُوا عَلَى أَقْلٍ مِنْ ذَلِكَ، قَاتَلْنَاهُمْ بِالْحِجَارَةِ، وَإِذَا كَانُوا عَلَى أَقْلٍ مِنْ ذَلِكَ، قَاتَلْنَاهُمْ بِالسُّيُوفِ»<sup>(١)</sup> وقدروا المسافة التي يتعذر فيها الإصابة بما زاد على ثلاثمائة وخمسين، ورووا أنه لم يرم إلى أربعمائة إلا عُقْبَةُ بن عامر الجهني<sup>(٢)</sup>، وجعلوا ما بين المقدارين في حدِّ النادر، وعن رواية القاضي الطبري وجه آخر: أنه لا يجوز الزيادة على مائتي ذراع، ولو تناضلا على أن يكون السبق لأبغدهما رمياً، ولم يقصدا غرضاً، ففي صحته وجهان:

أحدهما: المنع؛ لما يتطرق إليه من الجهالة؛ ولأن الإصابة هي المقصودة.

وأصحهما: الصَّحَّةُ لأن الإبعاد مقصود أيضاً في مقاتلة مَنْ بَعَدَ من العدو، وفي إيقاع السهم في القلاع والرعب في العدو، ويمتنع به شدة الساعد أيضاً، قال الإمام: والذي أراه على هذا، أنه يجب استواء القوسين في الشدة، ويراعى خفة السهم ووزناته؛ فإنهما يؤثران في القرب والبعد تأثيراً عظيماً.

ومنها: إعلام قدر الغرض طولاً وعرضاً، والكلام فيه على ما ذكرنا في المسافة.

ومنها: ارتفاعه عن الأرض وانخفاضه، وهل يشترط بيانه أو لا يُشترط، ويحمل على الوسط فيه مثل الخلاف الذي سبق.

وقوله في الكتاب «بين الموقف والهدف وعرض الهدف وقدر ارتفاع الهدف من الأرض» موضع الهدف موضع الغرض في هذه الصورة، وقد يتنقل ذلك، ولكن الأشهر أن الهدف هو التراب الذي يجتمع أو الحائط الذي يُبْنَى؛ لينصب فيه الغرض، والغرض قد يكون من خشب، وقد يكون من قِرْطَاسٍ أو جلد، أو شَنْ وهو الجلد البالي يدور عليه شَنْبَرٌ، ويُقال للشنبر: الجريد، وذكر بعضهم أن ما ينصب في الهدف يقال: له القِرْطَاس، وسواء كان من كَاغِدٍ أو غيره، وما يُعَلَّقُ في الهواء، فهو الغرض، والرقعة عظم، ونحوه في وسط الغرض، وقد يجعل في الشنْ نُقْشٌ كالقمر قبل استكمالها، يُقال

(١) رواه الطبراني الكبير [٤٥١٣] وأبو نعيم في المعرفة من طريق حسين بن السائب بن أبي لبابة عن أبيه قال: لما كان ليلة بدر، قال النبي ﷺ لمن معه: كيف تقاتلون؟ فقام عاصم بن ثابت بن أبي الأفلح فأخذ القوس، وأخذ النبل، فقال: أي رسول الله إذا كان القوم قريباً من مائتي ذراع أو نحو ذلك، كان الرمي بالقسي، وإذا دنى القوم حتى تنالهم الحجارة، كانت المراضخة، فإذا دنوا حتى تنالهم الرماح، كانت المداعسة. حتى تنقص الرماح، ثم كانت المجادلة بالسيف، فقال ﷺ: بهذا أنزلت الحرب، من قاتل فليقاتل قتال عاصم، السياق لأبي نعيم.

(٢) قال الحافظ في التلخيص: لم أر هذا.



له الدارة، وفي وسطها نقش يقال له: الخاتم، وَيُنْبَغِي أن يبيننا موضع الإصابة، أهو الهدف أو الغرض المنصوب في الهدف أو الشنُّ في الغرض أو الدَّارة في الشن أو الخاتم في الدَّارة؟ وقد يُقال له: الحلقة والرقعة، وفي شرط إصابته الخلاف المذكور في شرط الإصابات النادرة، وقد يَجْعَلُ العرب مكان الهدف ترساً، ويعلَّق وفيه الشن.

ومنها: عدد الأرشاق، وتقدّم عليه أن الأرشاق جمع رشق؛ وهو النوبة من الرمي يجري بين المترايين سهماً سهماً أو خمسة خمسة، أو ما يتفقان عليه، ويجوز أن يتفقا على أن يرمى أحدهما جميع العدد، ثم الآخر، كذلك، والخلاف محمول على رمي سهم سهم، والرشق هو الرمي نفسه والمحاطة؛ هي أن يشترط الاستحقاق، ولمن خلص له من الإصابة عدد معلوم بعدد مقابلة إصابات أحدهما بإصابات الآخر، وطرح ما يشتركان فيه، فإذا شرطاً عشرين رشقاً وخلوص خمس إصابات، فرمياً عشرين، وأصاب أحدهما عشرة، والآخر خمسة، فالأول ناضل، وإن أصاب كل واحد منهما خمسة أو عشرة، فلا ناضلٍ منهما، والمبادرة وهي أن يُشترط الاستحقاق لمن بدر إلى إصابة خمسة من عشرين، فإذا رميا عشرين، وأصاب أحدهما خمسة فالأول ناضل، ولو رمى أحدهما عشرين، وأصاب خمسة<sup>(١)</sup> والآخر تسعة عشر، وأصاب أربعة، فالأول ليس بفائز، بل يرمي الثاني سهماً، فإن أصاب، فقد استويا، وسيأتي - إن شاء الله تعالى - نظيره في الكتاب، وبهذا تبين أن الاستحقاق غير منوط بمجرد المبادرة إلى العدد المذكور، ولفظ الكتاب، وإن كان مطلقاً، فيحتاج إلى تقييد، وتبين من بعد ما تقيده، وهل يُشترط التعرُّض في العقد للمحاطة والمبادرة؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، ويفسُد العقد إذا تركاه؛ لتفاوت الأغراض، فإن من الرماة من تكثر إصابته في الابتداء، وتقل في الانتهاء، ومنهم من هو على عكس ذلك.

وأصحهما: على ما ذكر صاحب «التهذيب»: أنه لا يُشترط، وإذا أطلق حمل العقد على المبادرة، فإنها الغالب من المناضلة، والمسبق هو باذل المال، يُقال: سبق إذا أعطى السبق، وسبق أيضاً إذا أخذه، وتعدُّ اللفظة من الأضداد.

إذا تقرّر ذلك، فهل يشترط ذكر الأرشاق وبيان عددها في العقد؟ حكى الإمام أن الأصحاب تردّدوا فيه وحاصل، ما ذكروه ثلاثة أوجه، وقال في «الوسيط» فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يشترط ذلك في المحاطة والمبادرة جميعاً؛ ليكون للعمل ضبط الأرشاق في المناضلة كال ميدان في المسابقة.

**والثاني:** لا يُشترط؛ لأن الرمي لا يجري على نسقٍ واحدٍ، فقد لا يستوفي الأرشاق؛ لحصول الفوز في خلالها، كما سيأتي - إن شاء الله تعالى - فليكن التعويل على الإصابات.

**والثالث:** أنه يشترط ذلك في المحاطة، ليفصل الأمر ويتبين نهاية العقد، ولا يُشترط في المبادرة؛ لتعلق الاستحقاق بالبدار إلى العدد المشروط، وهو سهل المدرك، والأول هو الذي أورده عامة الأصحاب، ونفى نافون الخلاف فيه، فيجوز أن يعلم؛ لقطعهم قوله في الكتاب «قولان» بالواو ويجوز أن يعلم قوله «فيجب ذكره في المحاطة» بالواو<sup>(١)</sup>، أظهر.

**فروع:** أحدها: لو تناضلا على رمية واحدة، وشرطا المال للمصيب فيها، ففي صحته وجهان:

**أصحهما:** الصحة، ووجه الآخر أنه يقع في الرمي اتفاقاً بدفعه، ويصيب الأخرق، ويخطئ الحاذق، ويتفق رمية من غير رامٍ، فلا يَظْهَرُ الحَذَقُ إلا إذا كان المشروط رمياتٍ.

**الثاني:** إذا رمى أحدهما أكثر من النوبة المستحقة له، إما باتفاق منهما أو بإطلاق العقد، لم تحسب الزيادة له، إن أصاب فيها، ولا عليه إن أخطأ.

**الثالث:** لو عقدا على عدد كبير على أن يرميا كلُّ قوم بكرة كذا، وعشية كذا، جاز، ولا يتفرقان كلُّ يوم إلا بعد استيفاء العدد المشروط، إلا أن يعرض عذر؛ كمرض أو ريح، عاصفة ثم يرميان على ما مضى في ذلك اليوم أو بعده، ويجوز أن يشترط الرمي طول النهار، وحينئذٍ فيفيان به ولا يدعان إلا في وقت الطهارة والصلاة والأكل ونحوها، وتقع هذه الأحوال مستثناة كما في «الإجازات»، ولو أطلقا ولم يبينا وظيفة كل يوم، فكذلك الحكم، ولا يتركان الزمي، إلا بالتراضي، أو كان يعرض ما يمنع منه؛ كالمرض والريح، والمطر، والحَرُّ ليس بعذر، وكذلك الريح الخفيفة، وإذا غربت الشمس قبل الفراغ من الوظيفة المشروطة في الليل، لم يرميا ليلاً للعادة إلا أن يشترط الرمي ليلاً، وحينئذٍ فيحتاجان إلى شمعنة ونحوها، وقد يكفي ضوء القمر، هكذا قاله الأصحاب.

**ومنها:** لا بدّ وأن يرمي المتناضلان على الترتيب بخلاف المتسابقين يُجرّيان الفرس معاً؛ لأنهما، إذا رميا معاً، اشتبه الحال، ولم يُعرف المُصِيب من المخطيء، فإن ذكرا في العقد من يبدأ بالرمي، اتبع الشرط، وإن أطلقا، فقولان:

أظهرهما: فساد العقد؛ لأن الأغراض تختلف بالبداية، والرماة يتنافسون فيها تنافساً ظاهراً من جهة المبتدئ بالرمي يجد الغرض نقياً لا خلل، فيه وهو على ابتداء النشاط، فتكون إصابته أقرب، وإذا كان كذلك تأثر العقد بإهماله.

والثاني: أنه يصح، وكيف يمضي؟ فيه وجهان، ويُقال قولان:

أحدهما: أنه ينزل العقد على عادة الرماة، وهي تفويض الأمر إلى المسبق، فإن أخرج السبقَ أحدهما، فهو أولى بالبداية، وإن أخرجه غيرهما، قَدِّم من شاء منهما، وإن أخرجاه جميعاً، حُكِّمَت القرعة.

والثاني: أنه يُفْرَع بينهما بكل حال، والقرعة مرجوع إليها في كثير من مواضع المنازعات، وعن القفال: أن القولين في الأصل مبنيان على أن نتبع الفقه والقياس، أو نتبع عادة الرماة؟ ويَجْرِي مثل هذين القولين في صور من السبق والرمي، وهما متعلقان بالخلاف؛ في أن سبيل هذا العقد سبيل الإجارة أو الجعالة؟ إن قلنا بالأول، أتبعنا القياس، وإن قلنا بالثاني، جربنا على العادات والرسوم، وللإمام اعتراضات على هذا البناء، لا نطول بذكرها، وليعلم قوله في الكتاب «قولان» بالواو؛ لطريقتين أُخْرِيَتَيْنِ:

إحدهما: القطع بالقرعة، وهذا ما اختاره القاضي الطبري، قال: وهو ظاهر نصه في «الأم».

والثانية: القطع بالفساد، ثم إذا شرطوا تقديم واحد أو اعتمدنا القرعة، فخرجت لواحد، فيقدم في كل رشق أو يؤثر سبب التقدم في الرشق الأول خاصة؟ فيه وجهان، حكاهما الإمام، وذكر أنهم، لو صرحوا بتقديم من قدموه في كل رشق أو أخرجا القرعة للتقديم في كل رشق، فيتبع الشرط وقضية القرعة، ولك أن تقول: إذا ابتداء المقدم في النوبة الأولى فينبغي أن يبتدئ الثاني في الثانية من غير قرعة، ثم يبتدئ الأول في الثالثة، ثم الثاني، وهذا لوجهين:

أحدهما: أنهم نقلوا عن نصّه - رضي الله عنه - في «الأم»: أنه لو شرط أن تكون البداية لأحدهما أبداً، لم يجوز؛ لأن المناضلة مبنية على التساوي.

والثاني: أنه يُسْتَحَبُّ أن يكون الرمي بين غرضين متقابلين، يرمي المتناضلان أو الجريان من عند أحدهما إلى الآخر، ثم يأتيان الثاني، ويلتقطان السهام، ويرميان إلى الأول؛ لما روي أنه - ﷺ - قَالَ: «مَا بَيْنَ الْهَدَفَيْنِ رَوْضَةٌ مِنْ رِيَاضِ الْجَنَّةِ»<sup>(١)</sup>.

(١) قال الحافظ في التلخيص: لم أجده هكذا إلا عند صاحب مسند الفردوس من جهة ابن أبي الدنيا بإسناده عن مكحول عن أبي هريرة رفعه: تعلموا الرمي، فإن ما بين الهدفين روضة من رياض الجنة، وإسناده ضعيف، مع انقطاعه، وروى البيهقي من حديث جابر بلفظ: وجبت محبتي على =

وعن عمر - رضي الله عنه - أنه قال: «عَلِّمُوا أَوْلَادَكُمْ الرَّمِيَّ وَالْمَشْيَ بَيْنَ  
الْغُرَضَيْنِ»<sup>(١)</sup> وَيُزَوِّى «الرَّمِيَّ بَيْنَ غُرَضَيْنِ»<sup>(٢)</sup> وعن عقبه بن عامر وابن عمر وأنس - رضي  
الله عنهم - ولأنهما، إذا فعلا ذلك، لا يحتاجان إلى الذهاب والرجوع، ولا تطول المدة  
أيضاً، ثم نص الشافعي والأصحاب - رضي الله عنهم - على أنه، إذا بدأ أحدهما، إما  
بحكم الشرط أو بالقرعة أو بإخراج المال، فإذا انتهيا إلى الغرض الثاني، يبدأ الثاني  
بالرمي منه إلى الأول تحقيقاً للتسوية، وقضيةً هذا أن يبدأ الثاني في النوبة الثانية، وإن  
كان الغرض واحداً، وحيثُ في فصل رميه في النوبة الثانية برمية في النوبة الأولى.

فَرَعَان: أحدهما: إذا قلنا: يُقْرَعُ للبداية، فهل يدخل المحلل في القرعة، إذا  
أخرجنا المال؟ فيه وجهان؛ بناءً على أن إخراج المال، هل يقتضي السبق؟ إن قلنا:  
يقتضيه، فلا يدخل، وإلا فيدخل الثاني، إذا ثبتت البداية لواحد، فرمى الآخر قبله، لم  
يحسب له، إن أصاب، ولا عليه إن أخطأ، ويرمي ثانياً عند انتهاء النوبة إليه.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: أَنْ يَرُدَّ الْعَقْدَ عَلَى رَمَاةٍ مُعَيَّنِينَ، وَلَا يَجُوزُ إِيرَاةَهُ عَلَى الذَّمَّةِ، وَيَجُوزُ  
بَيْنَ حَرْبَيْنِ، وَالْإِنْتِقَادُ يَكُونُ بِالْتَّرَاضِي لَا بِالْقَرْعَةِ الَّتِي قَدْ تَجُوزُ فَتَجْمَعُ الْحَرْقُ فِي جَانِبٍ،

= من مشى بين الغرضين، وفي سنن سعيد بن منصور عن إبراهيم بن يزيد التيمي عن أبيه قال:  
رأيت حذيفة بالمداثن يشتد بين الهدفين، وروى الطبراني في فضل الرمي من طريق سعيد بن  
المسيب عن أبي ذر قال قال: رسول الله ﷺ: من مشى بين الغرضين كان له بكل خطوة حسنة.

(١) قال الحافظ في التلخيص مسلم [١٩١٩] لم أجده هكذا، وفي ابن حبان والبيهقي من طريق شعبة  
عن عاصم عن أبي عثمان: أتانا كتاب عمر، ونحن مع عتبة بن فرقد بأذربيجان، فذكر الحديث  
وفيه: وارموا الأغراض، وامشوا بين الهدفين، وروى البيهقي بإسناد ضعيف عن أبي رافع رفعه:  
حق الولد على الوالد أن يعلمه الكتابة، والسباحة، والرمي.

(٢) أما حديث عقبه بن عامر فرواه مسلم [١٩١٩] من طريق عبد الرحمن بن شماس المهرري: أن  
رجلاً قال لعقبه بن عامر تختلف بين هذين الغرضين، وأنت كبير يشق عليك، فقال: سمعت  
رسول الله ﷺ يقول: من علم الرمي ثم تركه فليس منا، وأما حديث ابن عمر فرواه الطبراني في  
الكبير [١٣٠٧٨]، وسعيد بن منصور من طريق مجاهد قال: رأيت ابن عمر يشتد بين الغرضين،  
ويقول أنا بها، وإسناده حسن، وأما حديث أنس فأخرجه الطبراني في كتاب الرمي بسند صحيح  
عن ثمامة بن عبد الله بن أنس قال: كان أنس يجلس، ويطرح له الفراش، ويرمي ولده بين يديه،  
فخرج علينا يوماً، فقال: يا بني بئس ما ترمون، ثم أخذ القوس فرمى، فما أخطأ القرطاس،  
ورويانه بعلو في جزء الأنصاري.

(فائدة): روى النسائي من حديث عطاء بن أبي رباح، رأيت جابر بن عبد الله، وجابر بن عمير  
الأنصاري يرميان، فمل أحدهما فجلس، فقال الآخر سمعت رسول الله ﷺ يقول: كل شيء ليس  
من ذكر الله، فهو لغو وسهو إلا أربع خصال: مشي الرجل بين الغرضين، وتأديب فرسه،  
وملاعبته أهله، وتعليم السباحة.

وَلَوْ تَرَامَى عَرَبَيْنِ وَتَعَاقَدَا صَحَّ إِلَّا أَنْ يَظْهَرَ أَنَّ أَحَدَهُمَا أَخْرَقَ تَسْتَحِيلُ مُقَاوَمَتُهُ لِلْآخِرِ  
فَيَتَبَيَّنُ بَطْلَانُ الْعَقْدِ عَلَى رَأْيٍ، وَلَا يَشْتَرَطُ الشَّوَابِي فِي عَدَدِ الْحَزْبَيْنِ بَلْ فِي عَدَدِ الرَّمِيَّاتِ  
فَيُرَامِي وَاحِدٌ ثَلَاثَةً وَلَكِنْ يَزِمِي هُوَ ثَلَاثَةً وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ يَزِمِي وَاحِدَةً، ثُمَّ السَّبْقُ يُوزَعُ  
عَلَى عَدَدِ رُؤُوسِ الْحَزْبِ لَا عَلَى عَدَدِ الْإِصَابَةِ إِلَّا أَنْ يُشْتَرَطَ التَّوْزِيعُ عَلَى الْإِصَابَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لَا يَصْحُحُ عَقْدُ الْمَنَاضِلَةِ، إِلَّا بَعْدَ تَعْيِينِ الْمُتَرَامِيَيْنِ وَوَجْهَ بَأْنِ  
الْمَقْصُودِ مَعْرِفَةَ حَذِّقَهُمَا، وَلَا يَعْرِفُ ذَلِكَ إِلَّا إِذَا تَعَيَّنَا، وَأَيْضاً، فَقَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ التَّعْوِيلَ  
فِي الْمَنَاضِلَةِ عَلَى الرَّامِي، كَمَا أَنَّ التَّعْوِيلَ فِي الْمَسَابِقَةِ عَلَى الْمَرْكُوبِ، فَاشْتَرَاطُ تَعْيِينِ  
الرَّامِي هَا هُنَا كَاشْتَرَاطُ تَعْيِينِ الْمَرْكُوبِ هُنَاكَ، وَتَجُوزُ الْمَنَاضِلَةُ بَيْنَ حَزْبَيْنِ فَصَاعِداً؛ لِمَا  
رُويَ أَنَّهُ - ﷺ - «مَرَّ بِحَزْبَيْنِ مِنَ الْأَنْصَارِ يَتَنَاضَلُونَ، فَقَالَ: أَنَا مَعَ الْحَزْبِ الَّذِي فِيهِمْ أَبُو  
الْأَدْرَعِ»<sup>(١)</sup> وَيَكُونُ كُلُّ حَزْبٍ فِيْمَا يَتَّفِقُ لَهُمْ مِنَ الْخَطَأِ وَالصَّوَابِ، كَالشَّخْصِ الْوَاحِدِ،  
وَفِي «الْمَهْدَبِ»: أَنَّ ابْنَ أَبِي هَرِيرَةَ لَمْ يَجُوزْ ذَلِكَ لثَلَاثًا بِأَخْذِ بَعْضِهِمْ بِرَمِيِّ بَعْضِ،  
وَالظَّاهِرُ الْأَوَّلُ، وَلِيَكُنْ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْحَزْبَيْنِ زَعِيمٌ يَعِينُ أَصْحَابَهُ، فَإِذَا تَرَاضِيَا يُوَكَّلُ  
عَنْهُمْ فِي الْعَقْدِ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ زَعِيمَ الْحَزْبَيْنِ وَاحِداً، كَمَا لَا يَجُوزُ أَنْ يَتَوَكَّلَ فِي  
طَرَفِي الْبَيْعِ وَاحِداً، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَعْقِدَ قَبْلَ تَعْيِينِ الْأَعْوَانِ، وَلَا وَجْهَ لِلتَّرَامِ الرَّمَاةِ فِي  
الذِّمَّةِ نَصٌّ عَلَيْهِ الْقُقَالُ وَالْأَثْمَةُ، وَطَرِيقُ التَّعْيِينِ الْإِنْقِيَادَ وَالتَّرَاضِيَّ فَيَخْتَارُ زَعِيمٌ وَاحِداً  
وَالزَّعِيمُ الْآخِرُ فِي مَقَابِلَتِهِ وَاحِداً ثُمَّ الْأَوَّلُ وَاحِداً ثُمَّ الْآخِرُ وَاحِداً إِلَى أَنْ يَسْتَوْعِبُوا، وَلَا  
يَجُوزُ أَنْ يَخْتَارَ وَاحِداً جَمِيعَ الْحَزْبِ أَوْلَا؛ لِأَنَّهُ لَا يُؤْمَنُ أَنْ يَسْتَوْعِبَ الْحَدَّاقُ وَلَا يَجُوزُ  
أَنْ يَعْينَ الْأَصْحَابَ بِالْقَرَعَةِ؛ لِأَنَّهَا قَدْ تَجْمَعُ الْحَدَّاقُ فِي أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ، فَيَفُوتُ مَقْصُودُ  
الْمَنَاضِلَةِ؛ وَلِذَلِكَ قِيلَ: لَوْ قَالَ أَحَدُ الزَّعِيمَيْنِ: أَخْتَارُ الْحَدَّاقَ، وَأَعْطِي السَّبْقَ، أَوْ  
الْحَزْقَ، وَأَخْذُ السَّبْقِ، لَا يَجُوزُ، وَأَيْضاً، فَالْقَرَعَةُ لَا مَدْخَلَ لَهَا فِي عَقُودِ الْمَعَاوِضَاتِ؛  
وَلِذَلِكَ، لَا تَجُوزُ الْمَسَابِقَةُ عَلَى مَنْ خَرَجَتْ مِنْهُمْ، فَقَدْ قَالَ الْإِمَامُ: لَا بَأْسَ بِهِ؛ فَإِنْ

(١) قَالَ الْحَافِظُ فِي التَّلْخِيسِ: لَمْ أَرَهُ هَكَذَا، وَإِنَّمَا هَذَا حَدِيثُ سَلْمَةَ بِنِ الْأَكْوَعِ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ مَرَّ عَلَى  
نَاسٍ مِنْ أَسْلَمٍ يَتَنَاضَلُونَ، فَقَالَ: أَرَمُوا نَافِعَ بِنِ الْأَدْرَعِ الْحَدِيثِ. وَفِيهِ: أَرَمُوا وَأَنَا مَعَكُمْ كَلِّكُمْ،  
وَقَدْ تَقَدَّمَ، وَهُوَ مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ، وَفِي رِوَايَةِ لِلْحَاكِمِ [٩٤/٢] وَابِيهِمِيِّ: وَلَقَدْ رَمُوا عَامَةً يَوْمَهُمْ، ثُمَّ  
تَفَرَّقُوا عَلَى السَّوَاءِ، مَا نَفَضَلَ بَعْضُهُمْ بَعْضاً، وَرَوَاهُ الْحَاكِمُ أَيْضاً مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ، رَوَاهُ هُوَ  
وَابْنُ حِبَّانَ [١٦٤٦] مِنْ حَدِيثِ أَبِي هَرِيرَةَ بِلَفْظٍ: خَرَجَ النَّبِيُّ ﷺ وَقَوْمٌ مِنْ أَسْلَمٍ يَرْمُونَ، فَقَالَ:  
أَرَمُوا بَنِي إِسْمَاعِيلَ، فَإِنَّ أَبَاكُمْ كَانَ رَامِيًّا، أَرَمُوا وَأَنَا مَعَ ابْنِ الْأَدْرَعِ، فَامْسِكِ الْقَوْمَ، فَقَالُوا: يَا  
رَسُولَ اللَّهِ مِنْ كُنْتَ مَعَهُ غَلَبَ، قَالَ: أَرَمُوا وَأَنَا مَعَكُمْ كَلِّكُمْ.

(فَائِدَةٌ): اسْمُ ابْنِ الْأَدْرَعِ مُحَجَّنٌ، سَمَاهُ ابْنُ أَبِي خَيْشَمَةَ فِي رِوَايَتِهِ مِنْ طَرِيقِ ابْنِ إِسْحَاقَ عَنْ سَفِيَانَ  
ابْنِ فِرْوَةَ الْأَسْلَمِيِّ، عَنْ أَشْيَاحَ مِنْ قَوْمِهِ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ، قَالَ: مَرَّ بَنَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَنَحْنُ  
نَتَنَاضَلُ، فِينَا مُحَجَّنُ بِنِ الْأَدْرَعِ، الْحَدِيثِ. وَلَيْسَ فِي طَرِيقِ مَنْ طَرَقَهُمْ أَنَّهُمْ مِنَ الْأَنْصَارِ.

القرعة بعد تعديل الحصص والأقساط معهودة، والذي أورده صاحب «المهذب» و«التهذيب» وغيرهما: المنع؛ لأن تعيين المعقود عليه بالقرعة في المعاوضات لا يجوز. هذا ما ذكره، ولك أن تقول: قد تقرّر أن العقد لا يجوز قبل التعيين، وحينئذٍ فقولهما: لا يجوز التعيين بالقرعة،<sup>(١)</sup> وإنما التعيين بالاختيار، إما أن يريد به أن المناضلة الحزبين على أن يكون مع كل زعيم الذين تخرجهم القرعة له، لا يجوز، أو يريد به أن المناضلة على عين، من أخرجه القرعة، لا يجوز، إن أراد الأول فالمناضلة على من يختاران من بعد، وجب ألا يجوز أيضاً، كما في سائر العقود، وإن أردنا الثاني، وجب أن نحكم بالجواز، فإنهما إذا اختارا بلا قرعة، وعقدا، يجوز، فإذا أخرجت القرعة، ورضينا بمن أخرجته، وعقدا عليهم، وجب القول بالجواز<sup>(٢)</sup> فإذ لا فرق بين التعيين بالاختيار والتعيين بالقرعة، والله أعلم.

وعن نصه - رضي الله عنه - في «الأم»: أنهما لو تناضلا على أن يختار كل واحد منهما ثلاثة، ولم يسمهم الآخر، لم يجز، وأنه لا يجوز أن يعرف كل واحد منهم من يرمي معه؛ بأن يكون حاضراً يراه أو غائباً يعرفه، واحتج القاضي أبو الطيب بظاهره على أنه يكفي معرفة الزعيمين، ولا يعتبر أن يعرف الأصحاب بعضهم بغضاً وبداية أحد الحزبين بالرمي كبداية أحد الشخصين، ولا يجوز أن يشترط أن يقدم من هذا الحزب فلان، وأن يقابله من الحزب الآخر فلان ثم فلان وفلان؛ لأن تدبير كل حزب إلى زعيمهم، ليس للآخر مشاركته فيه، ثم في الفصل صور:

إحداها: لو حضر عندهم غريب، فاختره أحد الزعيمين على ظن أنه يجيد الرمي، فبان خلافه، نُظِر؛ إن كان لا يحسن الرمي أصلاً، بطل العقد فيه، وسقط من الحزب الآخر واحد بإزائه، كما أنه، إذا بطل البيع في بعض المبيع، يسقط قسطه من الثمن، وهل يبطل العقد في الباقي؟ فيه طريقتان:

أشهرهما: أنه على الخلاف في تفريق الصفقة.

والثاني: القطع بالبطلان؛ لأنه ليس بعضهم بأن يجعل في مقابلته بأولئ من بعض، وفي القرعة يجوز، فإن قلنا: لا يبطل، فللحزبين خيار الفسخ، والإجازة للتبعض، فإن أجازوا وتنازعا في تعيين من يجعل في مقابلته، فسخ العقد، لتعذر إمضائه، هذا هو المشهور فيما إذا بان أنه لا يحسن الرمي استدرك الإمام، ورأى أن يفصل؛ فيقال إن كان الأخرق بحيث لا يتمكن من أخذ قوس ونزع وتر، فالحكم ما ذكره، وإن كان يتمكن منهما، لكنه ما اعتاد الرمي، ففيه احتمال، ويتطرق الاحتمال

(١) سقط من: ز.

(٢) سقط من: ز.

إلى أن مثل هذا الشخص، هل يرامي مع العلم بحاله، يجوز أن يُقال: نعم؛ لوجود صورة الرمي منه، ويجوز أن يمنع؛ لأن إقدام مثله على الرمي خطرٌ، فلا فائدة فيه.

وإن بان أنه ضعيف وقليل الإصابة، ولكنه يُخسِن الرمي، فلا فسح لأصحابه، وإن بان أنه فوق ما ظنوه، لم يكن للحزب الآخر الفسخ، هكذا أطلقوه، وينبغي أن يجعل ذلك على الخلاف الذي سبق في أنه، هل يُشترط أن يكون المتناضلان متدانيين، أو لا يشترط؟ ويجوز أن يكون أحدهما قليل الإصابة، والآخر كثيرها، وقد يُستدل بما أطلقوه في المسألة على الظاهر؛ أنه لا بأس بهذا التفاوت، وفي «المنهاج» للشيخ أبي محمد: أن من فوائد المسألة أن المجهول الذي لم يُختبر يجوز إدخاله في رجال المناضلة، قال: وكان لا يبعد عن القياس المنع؛ لما فيه من الجهالة العظيمة، لكن الشافعي - رضي الله عنه - نص على تجويزه، فلو تناضل غريبان لا يعرف واحد منهما حال صاحبه، فيحكم للعقد بالصحة فإن تبين أن أحدهما أخرج لا يُخسِن الرمي، فيبطل العقد على قياس ما ذكرنا في الصورة السابقة، وإن تبين أنهما لا يحسان الرمي، فكذلك، وإن تبين أن أحدهما أخرج لا يقاوم الآخر، فهل يتبين بطلان العقد؟ فيه الخلاف المذكور فيما إذا عاقد ناضل أخرج.

الثانية: لا بد من استواء الحزبين في عدد الأرشاق والإصابات، وأما عدد الحزبين والأحزاب فقد قال الإمام: لا يُشترط التساوي فيه، بل يجوز أن يكون أحد الحزبين ثلاثة، والثاني أربعة، والأرشاق على كل حزب؛ وأن يرامي رجل رجلين أو ثلاثة، ليرمي هو ثلاثة، وكل واحد منهم واحداً، وعلى ذلك جرى صاحب الكتاب، وفي «التهذيب» و«المهذب» وغيرهما: أنه يُشترط تساوي الحزبين في العدد؛ لأن المقصود معرفة حذق المتناضلين، وإذا اختلف عددهما وفضل الذين هم أكثر عدداً، لم يلزم أن يكون الفوز للحذق وجودة الرمي، بل يجوز أن يكون ذلك لكثرة العدد؛ وعلى هذا يُشترط أن يكون عدد الأرشاق؛ بحيث ينقسم صحيحاً على الأحزاب، فإن كانوا ثلاثة أحزاب، فليكن للأرشاق ثلث صحيح، وإن كانوا أربعة، فليكن لها ربع صحيح.

الثالثة: من التزم السبق من الزعيمين، لزمه، ولم يلزم أصحابه، إلا أن يلتزموا معه، ويأذنوا له في أن يسبق عنهم، وحيثئذ، فيكون التوزيع عليهم على عدد رؤوسهم، وإذا فضل أحد الحزبين، فيقسم المال بينهم على عدد سهمهم أو على عدد الإصابات؟ فيه وجهان:

أشبههما: وهو المذكور في الكتاب، وحكى الإمام القطع به: أنه يُقسم بينهم على عدد رؤوسهم؛ فإنهم كالشخص الواحد، فالناضلون يأخذون بالسوية، كما أن المنضولين يعطون بالسوية.

والثاني: يقسم على عدد الإصابات؛ لأن الاستحقاق بالإصابة، وعلى هذا، فمن لا إصابة له لا شيء له، هذا إذا أطلقوا العقد، فإن شرطوا أن يقسموا على الإصابة، فالشرط متبع، وللإمام فيه احتمال.

وقوله في الكتاب «لا بالقرعة التي قد تجوز» هذه اللفظة تقرأ بالخاء والنون من الخيانة، وبالجييم والزاي من الجواز وهما صحيحان.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: السَّادِسُ: تَعْيِينُ الْمَوْقِفِ شَرْطٌ مَعَ التَّسَاوِي، فَلَوْ شَرِطَ لِوَأَحِدٍ تَقَدَّمَ لَمْ يَجْزُ، وَإِنْ تَنَافَسُوا فِي الْوُقُوفِ فِي الْوَسْطِ فَهُوَ كَالْتَّنَافُسِ فِي الْبِدَايَةِ، وَلَوْ رَضُوا بَعْدَ الْعَقْدِ بِتَقَدُّمِ وَاحِدٍ لَمْ يَجْزُ وَكَأَنَّهُمْ حَطُّوا عَنْهُ رَمِيَّةً، وَلَوْ رَضُوا بِتَأْخِرِهِ فَوَجْهَانِ، وَلَوْ حَطُّوا عَنْ وَاحِدٍ إِصَابَةً وَاحِدَةً لَمْ يَجْزُ، وَلَكِنْ لَوْ تَطَابَقُوا عَلَى التَّقَدُّمِ بِأَجْمَعِهِمْ أَوْ عَلَى تَعْيِينِ عَدَدِ الْأَرْشَاقِ فَهَذَا كَالْحَاقِ زِيَادَةَ بِالْعَقْدِ، وَيَجُوزُ عَلَى قَوْلِ الْجَوَازِ دُونَ اللَّزُومِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يُشْتَرَطُ تَعْيِينُ الْمَوْقِفِ وَتَسَاوِي الْمَتَنَاضِلِينَ فِيهِ، فَلَوْ شَرِطَ أَنْ يَكُونَ مَوْقِفَ بَعْضِهِمْ أَقْرَبَ، لَمْ يَجْزُ، كَمَا فِي الْمَسَابِقَةِ، نَعَمْ، لَوْ قَدَّمَ أَحَدُهُمَا أَحَدَ قَدَمَيْهِ عِنْدَ الرَّمِيِّ، فَلَا بَأْسَ، فَقَدْ يَعْتَادُ الرَّمَاةُ ذَلِكَ، وَوَرَاثَهُ كَلَامَانِ:

أحدهما: إذا وقف الرماة صفًا، فالواقف في الوسط أقرب إلى الغرض ممن على اليمين واليسار؛ ألا ترى أنك لو رسمت خطأ في الوسط إلى الغرض، وخطين ممن في الصف إليه، يثبت التفاوت بينهما، ولكن هذا التفاوت محتمل بالاتفاق، ولم يشترط أحد تناوب الرماة على الموقف المقابل؛ لما في القيام والتعود من العسر.

والثاني: عن «الأم»: أن فيما بين الرماة قد يتقدم الرامي الثاني على الأول بخطوة أو خطوتين أو ثلاث، وذكر الأصحاب أن هذه العادة، إن لم تطرد فيما بينهم؛ بأن كانوا يفعلونه تارة، ويسقطونه أخرى، فلا يعتبر، وتجب رعاية التسوية، وإن اضطرت، وإن فوجهان، وحيث اعتبرت، فإن لم تختلف العادة في عدد الأقدام، روعي ذلك، وإن اختلفت أغتبر الأصل، والمعنى، في تقدم الثاني أن يقع القرب في مقابلة قوة النفس بالبداية، ثم في الفصل صور:

إحداها: لو تنافسوا في الوقوف في وسط الصف فقد ذكر الإمام وصاحب الكتاب: أنه كالتنافس في البداية، والمفهوم من هذا: أنهما، إذا لم يتعرضا له في العقد في قول، ويتبع العادة في قول، ويقرر بينهما في قول، وقد ينجز هذا المفهوم إلى أن يفرع لذلك التنازع تارة، ولهذا التنازع أخرى، وحيث قد خرج قرعة البداية لأحدهما وقرعة الوقوف في الوسط للآخر، لكن الذي أورده الجمهور: أنهما، إذا اختلفا في موضع الوقوف، فالاختيار لمن له البداية، فمن يستحق السبق، إما بالشرط أو غيره،



يختار المكان، فيقف في المقابلة أو متيامناً أو متياسراً<sup>(١)</sup> كيف شاء، فليحمل ما في الكتاب عليه، وإذا وقف، وقف الآخر بجنبه، إما على اليمين أو اليسار، فإن لم يرض إلا أن يقف عند الرمي في موقف الأول، فهل له أن يزيله عن موقفه؟ ذُكر فيه وجهان، وإذا كانا يرميان بين غرضين، فإذا انتهيا إلى الغرض الثاني، فالثاني كالأول؛ يقف حيث شاء وإن كانوا ثلاثة، فعن أبي إسحاق: أنه تُفرع بين الآخرين عند الغرض الثاني فمن خرجت له القرعة، يقف حيث شاء<sup>(٢)</sup> ثم إذا عادوا إلى الغرض الأول، بدأ الثالث بلا قرعة، ويقف حيث شاء، وذكر قول آخر أنهما حيث تنازعا في الموقف، حُملا على عادة الرماة، إن كانت لهما في ذلك عادة مستمرة.

الثانية: لو رضوا بعد العقد بتقدم واحد، نُظِر؛ إن كان يتقدم بقدر يسير، فلا بأس؛ لأن مثله يقع، إذا وقفوا صفًا على ما ذكرنا، وإن كان أكثر منه، لم يجز؛ لأنه يخالف وضع العقد، وهو كما لو شرط الاستحقاق لواحد بتسع إصابات، وللآخر بعشر، ولو تأخر واحد برضا الآخرين، فوجهان:

أحدهما: يجوز؛ لأنه يزيد المسافة ويضر بنفسه.

وأظهرهما: المنع؛ لأنه إذا تأخر كان الآخرون متقدمين؛ ولأن القوس الشديد<sup>(٣)</sup> قد يُخرج إلى زيادة المسافة، فينتفع بالتأخر، ويجري مثل هذا في المسابقة.

الثالثة: لو تطابقوا جميعاً على المتقدم<sup>(٤)</sup> والتأخر أو تعيين عدد الأرشاق بالزيادة والنقصان، فيبني ذلك على أن المسابقة والمناضلة جائزتان أو لازمتان وسيأتي من بعد - إن شاء الله تعالى -:

فَرَعٌ: لو قال أحدهما: ن نصب الغرض؛ بحيث يستقبل الشمس، وقال الآخر: نستدبرها، أُجيب الثاني؛ لأنه أصلح للرمي.

واعلم أن المسابقة والمناضلة يشتركان في بعض الشروط: كالمحلل والإغلام، ويفترقان في بعضها؛ كتعيين الغرضين وصاحب الكتاب عدَّ شروط كل واحد منهما ستة، وفقهما ما بيناه، لكنه قدَّم وأخر الشروط المشتركة، وغيَّر التراجم، ولو أوردتها على نسقٍ واحدٍ، وميز ما يشتركان فيه عما يفترقان، لكان أحسن في الترتيب.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: النَّظَرُ الثَّانِي فِي حُكْمِ الْعَقْدِ وَهُوَ الْوَفَاءُ بِالشَّرْطِ لَكِنِ لِلشَّرْطِ صَوْرًا: الْأُولَى: أَنْ يُشْتَرَطَ الْقُرْعَاتُ فَإِذَا قُرِعَ اسْتَحَقَّ وَإِنْ لَمْ يَخْرِقْ، وَلَا يَكْفِي الْقُرْعُ بِفَوْقِ

(٢) سقط من: ز.

(١) في ز: سواء.

(٤) في ز: العدو.

(٣) في ز الشاذ.

السَّهْمِ وَعَرَضِهِ، وَإِنْ أَنْصَدَمَ بِجِدَارٍ أَوْ شَجَرٍ أَوْ الْأَرْضِ ثُمَّ أَصَابَ لَمْ يَسْتَحِقَّ فِي عَادَةِ الرُّمَةِ وَلِلْفُقَهَاءِ فِيهِ خِلَافٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مقصود النظر بيان حكم المناضلة، إذا صحَّت، وفيه فصلان: أَحَدُهُمَا: فيما يثبت ويتعلَّق به استحقاق المال المشروط.

والثاني: أن العقد جائزٌ أو لازمٌ، وفي فروع هذا الأصل، أما الأول، ففيه صور: منها: إذا ذكر في العقد الإصابة أو القَرْع، لم يشترط التأثير بالخذش، والخرق، بل يُحَسَّب ما أصابه وارتد، بلا تأثير وما أثر بخسق وغيره، ولو كان الشَّنُّ بالياً، فأصاب موضع الخرق فيه، حسب، قاله في «التهذيب» وقد يجيء فيه وجه آخر؛ لأنه لم يصب الغرض، ثم لا بدَّ من النظر فيما يُصَابُ وفيما يصيب من السهم، أما ما يُصَابُ، فإن ذكر إصابة الغرض، فيحسب ما أصاب الجلد أو الجريد، وهو الدائر على الشَّنِّ والعُرْوَةِ، وهي السَّيْرُ أو الخَيْطُ المشدود به الشَّنُّ على الجريد، وكل ذلك من الغرض، وفيما يتعلَّق به الغرض قولان:

أشبههما: أنه ليس من الغرض، فإن ذكر إصابة الشَّنِّ، لم يُحَسَّب إصابة الجريد والعروءة، وإن ذكر إصابة الخاصرة، وهي يمين الغرض أو يسارته، لم يُحَسَّب إصابة غيرهما، وأما ما يصيب من السهم، فالاعتبار بالنصل، ولا يحسب الإصابة بفوق السهم وعرضه؛ فإنها تدل على سوء الرمي، وتحسب الرمية عليه، وعن «الحاوي» وجهٌ غريب: أنه، إن أصاب بالفوق لم يُحتسب عليه، وإذا كان الاستحقاق معلقاً بإصابة مقيدة كالخسق وغيره، فالكلام فيما يُصَابُ وَيُصِيبُ؛ على ما ذكرناه، لا يختلف، ولو انصدم السهم بجدار أو شجرة، ثم أصاب الغرض، ففيه وجهان:

أحدهما: أن هذه الإصابة محسوبة، كما لو صرفت الريح اللينة السهم فأصاب، وكما لو هتك السهم في مروره حجاً عارضاً، ثم أصاب.

والثاني: المنع؛ لاحتمال أن الإصابة حَصَلَتْ بالصدمة، لا بجودة الرمي، وهو أصحُّ عند الإمام، لكنه فرض المسألة فيما إذا كانت الشجرة مائلةً عن قبالة الغرض، ثم ردت الصدمة إلى سبق الغرض، فإن كانت على السمت، فليكن الانصدام بها كالانصدام بالأرض، ولو انصدم بالأرض ثم ازدلف، فأصاب الغرض، ففيه وجهان، ويُقَالُ: قولان مخترجان:

أحدهما: يُحَسَّب لهُ، لحصول الإصابة بالنصل، والانصدام بالأرض لا يؤثر، فإنه يدل على اشتداد الرمي وانخفاض مروره<sup>(١)</sup> وخفض السهم نهاية الحدق في الرماية؛

(١) في ز: عمره.

ولذلك لو رمى إلى إنسان، فأصابه كذلك يجب عليه القصاص.

والثاني: المنع؛ لأن السهم، إذا احتك بالأرض، احتد، به فتكون الإصابة بمعاونة الصدمة، وربما انقطع أثر الرمي، وهذا أصح عند الإمام أيضاً، ورجح أكثرهم منهم العراقيون الأول، وإن ازدلف، ولم يصب الغرض، فهل يُحسب عليه؟ فيه وجهان:

أظهرهما: وبه أجاب الشيخ أبو حامد نعم.

وقوله في الكتاب «لم يَسْتَحِقَّ في عادة الرماة» أراد به ما ذكره، الإمام؛ أن الرمية في صورة الانصدام غير محسوبة عند الرماة، وإنما التردد عند الفقهاء، قال: ويمكن أن يُخَرَّج الخلافُ على أن العادة، هل تتبع؟ إن قلنا: نعم، فلا يعتد<sup>(١)</sup> به، وإن قلنا: لا، فالحاصلُ يسمى إصابة، ويجوز أن يعلم قوله «خلاف» بالواو؛ لأن عن أبي إسحاق طريقةً أخرى أنه يَنْظَرُ في إصابته الأرض، فإن أعانته الصدمة وزادته حدةً من جهة مروره، فلا تحسب عليه، وإن ضعفته، ومع ذلك مرَّ وأصاب، فَتُحَسَّبُ، له ولا خلاف في المسألة.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: الثَّانِيَةُ: شَرَطُ الْخَوَاسِقِ وَهِيَ الَّتِي تُخَرِّقُ، فَإِنْ خَرَقَ وَمَرَّقَ فَقَدْ رَادَ فَيَسْتَحِقُّ، وَقِيلَ: يُشْتَرَطُ الثَّبُوتُ، وَإِنْ خَرَقَ طَرَفَ الْهَدَفِ وَحَصَلَ فِيهِ جَمِيعُ جِزْمِ النَّصْلِ اسْتَحَقَّ، وَإِنْ حَصَلَ بَعْضُهُ فَوَجْهَانِ، وَإِنْ وَقَعَ فِي ثُقْبَةٍ قَدِيمَةٍ وَثَبَّتْ فَوَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا شرط الخسق، فأصاب السهم الغرض وثقبه، وتعلق النصل به وثبت فهو خسق، ولا يضر سقوطه بعد ما ثبت، كما لو نزعه غيره، وإن خدشه، ولم يثقبه، فليس هو بخاسق، وإن ثقبه، ولم يثبت فيه قولان، ويقال: وجهان:

أظهرهما: على ما ذكر ابن الصَّبَاغِ والرويانِي: أنه ليس بخاسق؛ لما مرَّ في تفسير الخسق؛ فإن الثبوت مأخوذٌ فيه.

والثاني: أنه خاسق؛ لأنه ثقب ووجد ما يصلح لثبوت السهم فيه، والسقوط يحتمل أن يكون لسعة الثقب أو لثقل السهم أو غيرهما، ولو ثقب ومرق، قال في «المختصر»: كان عندي خاسقاً، ومن الرماة من لا يحسبه خاسقاً، إذا لم يثبت فيه، وللأصحاب طريقان:

أحدهما: أن فيه قولين:

(١) في ز: يعقل.

أحدهما: أنه ليس بَحَسَقٍ؛ لأنه لم يثبت، والثبوت يحتاج إلى ضَبْطٍ وَحَدَقٍ، فإذا مرق، دلَّ على قصور منه.

وأظهرهما: أنه حَسَقٌ؛ لأنَّ الحَزَقَ قد حَصَلَ، وبالمروق بعده يدل على زيادة القوة، وليس الغرض من ذكر الثبوت في تفسيره هيئته، وإنما الغرض أن تقوى الرمية؛ بحيث يتأتى معها الثبوت.

والثاني: القطعُ بأنه حَسَقٌ؛ لأن الشافعي - رضي الله عنه - قد صرَّح بأنه حاسقٌ عنده؛ والمذهب الآخر حكاه في غيره، وهذا ما اختاره جماعةٌ منهم القاضيان ابنُ كج والرويانِي، ويجوز أن يُعلم قوله في الكتاب «وقيل يشترط الثبوت» بالواو.

ولو أصاب السهم طرف الغرض فخرقه، وثبت هناك، فهل يحسب حاسقاً؟ فيه قولان:

أحدهما: لا؛ لأن الحَسَقَ إنما هو الثقب في الوسط، وهذا لا يُسَمَّى، ثقباً ولا خرقاً للغرض، وإنما هو شق لطرفه، ويُقال لهذا السهم: حارم لا حاسق.

وأظهرهما: على ما ذكر الشيخ أبو حامد والإمام: نعم؛ لأنه خرق بالنَّضَل، وثبت، وفي موضع القولين طُرُق.

أولاهما: وهو المذكورُ في الكتاب: أن الخلافَ فيما إذا كان بعضُ خرم النصل خارجاً، فأما إذا أخذ الغرض خِزَمَ النَّضَلِ كُلَّهُ، فقد حصل الحَسَقُ بلا خلاف.

والثاني: أنه، إذا كان بعضُه خارجاً، لم يكن حاسقاً، بلا خلاف ومحل القولين ما إذا بقيت طفية وجليدة محيطَةٌ بالنصل، ذكره في «التَّهْذِيبِ» والطفية الواحدة من الخوص.

والثالث: أنه، إن أبان من الطرف قطعةً، لو لم يُبَيِّنْها، لكان الغرض محيطاً بالنصل، فهو حاسقٌ قولاً واحداً، والقولان فيما إذا خرم الطرف لا على هذا الوجه.

والرابع: أنه، إذا خرم الطرف، لم يكن حاسقاً بلا خلاف وإنما الخلافُ فيما إذا خرم شيئاً من الوسط، وثبت مكانه، وهذا أبعدُها، وعن القفال: أنه، لو كان بين النصل وبين الطرف شيءٌ، لكنه تشقق، وانخرم ليبوسة كائت في الشَّنْ أو غيرها، فهو حاسق، ولو فرض ما ذكرنا من إصابة الطرف، والمشروط القَرْعُ أو الإصَابَةُ دون الحَسَقِ، ففيه طريقتان:

أحدهما: طرد القولين، وبه قال أبو الحسن بن القطان، ووجه المنع، بناءً على الطريقة الأولى من طرق موضع الخلاف: أن جميع النَّضَلِ لم يُصِبِ الغرض، إنما أصابه بعضُه.

والثاني: بالخاسق، والإصابة بخلافه.

ولا يخفى الحاجة إلى إعلام قوله في الكتاب «استحق» بالواو؛ لبعض الطرق المذكورة.

ولو وقع السهم في ثقبه قديمة، وثبت ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لا يُحسب خاسقاً؛ لأن التّصل صادف الثقب، ولم يخرق شيئاً والمشروط الخرقُ وأصحُّهما، وبه قطع الشيخ أبو محمد: الاحتساب؛ لأن السهم في قوته؛ بحيث يخرق لو أصاب موضعاً صحيحاً، وقضية هذا: ألا يجعل خاسقاً، لو لم يعرف قوة السهم، ويوضّحه أن الشافعي - رضي الله عنه - نصّ على أنه، لو أصاب موضع خرق في الغرض، وثبت كان خاسقاً، وذكر الأصحاب؛ أنه أراد ما إذا كان الهدف في قوة الغرض، أو فتلت<sup>(١)</sup>؛ منه بأن كان من الخشب أو الأجر أو الطين اليابس، فإن لم يكن؛ بأن كان تراباً أو طيناً، فلا يحسب له ولا عليه؛ لأنه لا يذري، هل كان يثبت لو أصاب موضعاً صحيحاً أم لا؛ وعن «الحاوي» وجه: أنه لا يُحسب خاسقاً، وإن كان الهدف في قوة الغرض، ولو خدش التّصل موضع الإصابة وخرقه؛ بحيث يثبت فيه مثل هذا السهم، لكنه رجع؛ لغلظ لقيه من حصاة أو نواة، فقد أجرى فيه القولان المذكوران، فيما إذا خرق ولم يثبت، لكن الأظهر أنه يحسب خاسقاً ها هنا؛ لظهور سبب الرجوع، وهو الذي أورده صاحب «التهديب» وإن قلنا: لا يُحسب، فلا يحسب عليه أيضاً. ويُجعل كالعوارض المانعة من الاحتساب له وعليه، ولو اختلفا، فقال الرامي: خسق سهمي، لكنه لم يثبت؛ لغلظ لقيه، وأنكر الآخر، فإن كان فيه خروق، ولم يعرف موضع الإصابة، فالقول قول الآخر؛ لأن الأصل عدم الخسق والخدش، وكذا الحكم لو عيّن الرامي موضعاً، وقال: هذا الخرق حصّل بسهمي، وأنكر صاحبه، ثم إن فتش الغرض، فلم يُوجد فيه حصاة ولا ما في معناها، فلا يخلف، وإن وُجد فيه مانع، فيخلف، وإذا خلف، لم يُحسب له، وهل يُحسب عليه؟ فيه وجهان:

أظهرهما: المنع، وإن علم موضع الإصابة، ولم يكن هناك مانع؛ أو كان، ولم يؤثر السهم فيه بخدش، وبخرق، فيصدق بلا يمين، وتُحسب الرمية عليه، وإن قلنا: الخرق بلا ثبوت خسق، فيحسب خاسقاً، ولا حاجة إلى اليمين، وإلا، لم يُعتد به ولا يُحسب عليه أيضاً؛ على الأظهر.

ولو مرق السهم، وثبت في الهدف، وعلى التّصل قطعة من الغرض، فقال

(١) في الروضة: في قوة الغرض أو أصلب منه.

الرامي؛ هذه القطعة أبانها سهمي بقوته وذهب بها، وقال الآخر: بل كانت القطعة مبانة من قبل، فتعلقت بالسهم، فالقول قول الآخر؛ لأن الأصل أن لا خسق، نص عليه في «الأم» قال الشيخ أبو حامد؛ هذا ما إذا لم يجعل الثبوت في الهدف كالثبوت في الغرض، فإن أقمناه مقامه، فلا معنى لهذا الاختلاف، وقوله في أول الفصل «شرط الخاسق» وهي التي تخرق، المقصود منه أن الخرق يُعتبر ها هنا، بخلاف ما إذا كان المشروط القِرْع، فأما أنه، هل يكفي بالخرق أم يعتبر فيه الثبوت؟ ففيه الخلاف الذي مرَّ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّلَاثَةُ: إِذَا شَرَطَ لِمَنْ يَسْبِقُ إِلَى عَشْرَةٍ مِنْ مِائَةٍ فَسَبَقَ إِلَيْهِ مِنْ خَمْسِينَ اسْتَحَقَّ، وَفِي لُزُومِ إِتْمَامِ الْعَمَلِ لِلتَّغْلِيمِ وَجِهَانٍ، وَإِنْ كَانَتْ مُحَاطَةً وَخَلَصَ لَهُ عَشْرَةٌ مِنْ خَمْسِينَ فَفِي لُزُومِ الْإِتْمَامِ وَجِهَانٍ مُرْتَبَانٍ، وَأَوْلَى بِاللُّزُومِ إِذِ الْحَطُّ فِي الْبَاقِي مُنْتَظَرٌ، وَالْخِلَافُ رَاجِعٌ إِلَى أَنَّ الْحَطَّ بَعْدَ الْكَمَالِ هَلْ يُؤَثِّرُ؟ وَإِنْ تَمَّتْ عَشْرَتُهُ فِي آخِرِ الْخَمْسِينَ وَلِلْآخِرِ تِسْعَةٌ مِنْ تِسْعٍ وَأَرْبَعِينَ، فَإِنْ أَصَابَ فِي آخِرِ الْخَمْسِينَ فَقَدْ تَسَاوَى وَلَا سَبَقَ، وَإِنْ أَخْطَأَ اسْتَحَقَّ الْآخَرَ مَالَهُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا تَنَاضَلَا مِبَادِرَةَ وَشَرَطَا الْمَالَ لِمَنْ سَبَقَ إِلَى إِصَابَةِ عَشْرَةٍ مِنْ مِائَةٍ مِثْلًا، فَسَبَقَ أَحَدُهُمَا إِلَى الْإِصَابَةِ الْمَشْرُوطَةِ قَبْلَ كَمَالِ عَدَدِ الْأَرْشَاقِ، فَإِنْ رَمَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خَمْسِينَ، وَأَصَابَ أَحَدُهُمَا فِي عَشْرَةٍ، وَأَصَابَ الْآخَرَ فِيمَا دُونَ الْعَشْرَةِ أَوْ لَمْ يُصَبْ فِي شَيْءٍ، فَلَا شَكَّ فِي أَنَّ الْأَوَّلَ نَاضِلٌ مُسْتَحَقٌّ لِلْمَالِ، وَهَلْ يَلْزَمُ إِتْمَامَ الْعَمَلِ؟ فِيهِ وَجِهَانٌ، نَقَلَهُمَا الْإِمَامُ وَصَاحِبُ الْكِتَابِ:

أظهرهما: وهو الذي أورده الجمهور: أنه لا يلزم؛ لأنه تم العمل الذي يتعلق به الاستحقاق، فلا معنى لالتزام عمل بعد ذلك.

والثاني: يلزم، لينتفع صاحبه بمشاهدة رمية، ويتعلم منه، وقرب هذا الخلاف من الخلاف في الرجوع إلى أجره المثل عند فساد هذه المعاملة، إن قلنا: لا رجوع إلى الأجرة، فكلُّ يعمل لنفسه، واستحقاقُ المال بالشرط على حكم المخاطرة، ولا يكلف إتمام العمل بعد استحقاق المال بالشرط على حكم المخاطرة، وإن أثبتنا الرجوع إلى الأجرة، فقد قدرنا العمل كالمنافع المستحقة، فلا يبعد أن يكلف استتمام العمل بعد الفوز بالمال.

ولو شَرَطَا الْمَالَ لِمَنْ سَبَقَ إِلَى خَمْسَةٍ مِنْ عَشْرِينَ، فَرَمَى أَحَدُهُمَا عَشْرَةَ، وَأَصَابَ خَمْسَةً، وَالْآخَرَ عَشْرَةَ، وَأَصَابَ ثَلَاثَةً، فَالْأَوَّلُ نَاضِلٌ، وَفِي لُزُومِ إِتْمَامِ الْعَمَلِ وَجِهَانٌ؛ وَلَوْ تَنَاضَلَا مُحَاطَةً وَشَرَطَا الْمَالَ لِمَنْ خَلَصَ لَهُ عَشْرَةٌ مِنْ مِائَةٍ، فَرَمَى كُلُّ وَاحِدٍ خَمْسِينَ، فَأَصَابَ فِي خَمْسَةِ عَشْرٍ، وَالْآخَرَ فِي خَمْسَةٍ، فَقَدْ خَلَصَ لِلْأَوَّلِ عَشْرَةٌ، وَهَلْ

يستحق بها المال أم يتوقف الاستحقاق على استكمال الأرشاق؟ فيه وجهان:

أحدهما: يستحق؛ لأنهما استويا في الأرشاق والخُلوص في المحاطة؛ كحصول الإصابات المشروطة في المبادرة، وكما يثبت الاستحقاق هناك قبل تمام العمل، يثبتها هنا.

وأصحُّهما: المنع؛ لأن الاستحقاق منوطٌ بخُلوص عشرة من مائة، وقد يصيب الآخر فيما بقي بقدر ما يمنع خلوص العشرة من المائة للأول، بخلاف المبادرة؛ فإن الإصابة من بعد لا ترفع ابتداء الأول إلى ذلك العدد، فإن قلنا: لا يستحق المال، ما لم تكمل الأرشاق، فلا بد من إتمامها، فإن قلنا: بالاستحقاق، وقلنا: لا حظ بعد خلوص العدد المشروط، فهل للآخر أن يكلفه إتمام العمل؟ فيه الوجهان المذكوران في المبادرة، ويجري الخلاف في كل صورة يتوقع الآخر أن يساوي في الأول أو ينضله، وكذلك الحال في المثال المذكور، وفي معناه ما إذا كان المشروط خُلوص خمسة من عشرين، فرمى كل واحد منهما خمسة عشر، وأصاب أحدهما في عشرة، والآخر في ثلاثة، فإنهما، إذا استكملا الأرشاق، فقد يصيب الثاني في الخمسة الباقية جميعاً، ولا يصيب الأول في شيء منها، فلا يخلص له عشرة، ولو كانت الصورة بحالها، أصاب أحدهما في عشرة من خمسة عشر، ولم يصب الثاني في شيء منها، فلا يرجو الثاني مساواة الأول، وإن استكملا الأرشاق، وأخطأ الأول في جميع الباقي، وأصاب الثاني في جميعه، فلا يلزمه إتمام الأرشاق، هكذا ذكره صاحب «التهذيب» وغيره، ويجيء فيه الخلاف المذكور في المبادرة لا محالة، ولو رمى أحدهما - والشرط المبادرة - خمسين في المثال المذكور، وأصاب في عشرة ورمى الآخر تسعة وأربعين، وأصاب في تسعة؛ فالأول ليس بناضل، بل يرمي الثاني سهماً آخر، فإن أصاب، فقد تساوى، وإلا ثبت الاستحقاق للأول، ولو أصاب الأول من خمسين في عشرة، والثاني من تسعة وأربعين في ثمانية، فالأول ناضل؛ لأن الثاني، وإن أصاب في الرمية الباقية لا يساوي الأول، ويظهر بالصورتين أن الاستحقاق لا يخصل بمجرد المبادرة إلى العدد المذكور، بل يُعتبر مع المبادرة مساواتهما في عدد الأرشاق أو عجز الثاني عن المساواة في الإصابة، وإن صار مساوياً له في عدد الأرشاق ولو خُص لأحدهما في المحاطة عشرة من خمسين، والآخر رمى تسعة وأربعين، ولم يُصَب في شيء منها، فله أن يرمي سهماً آخر، فلعله يصيب فيه، فينطُل خلوص عشر إصابات للأول.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: وَلَوْ قَالَ لَرَامَ: أَرَمَ خَمْسَةَ عَنِّي وَخَمْسَةَ عَن نَفْسِكَ فَإِنِ أَصَبْتَ فِي خَمْسَتِكَ فَلَكَ دِينَارٌ لَمْ يَجْزُ، وَلَوْ قَالَ: أَرَمَ فَإِنِ كَانَ إِصَابَتُكَ أَكْثَرَ مِنَ الْعَشْرَةِ فَلَكَ دِينَارٌ جَازٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا قَالَ لِرَامٍ: أَرَمَ خَمْسَةً عَنِّي، وَخَمْسَةَ عَن نَفْسِكَ، فَإِنْ أَصَبْتَ فِي خَمْسَتِكَ أَوْ كَانَ الصَّوَابُ فِي خَمْسَتِكَ أَكْثَرَ، فَلَكَ كَذَا، أَوْ قَالَ: أَرَمَ عَشْرَةَ، وَاحِدَةً عَنِّي وَوَاحِدَةً عَنكَ، فَإِنْ كَانَتْ إِصَابَتُكَ فِيمَا رَمَيْتَ عَن نَفْسِكَ، أَكْثَرَ، فَلَكَ كَذَا، لَمْ يَجُزْ، نَصَّ عَلَيْهِ فِي «الْأَمِّ» وَعُلِّلَ بِأَنَّهُ يَنَاضِلُ نَفْسَهُ، فَيَجْتَهِدُ الصَّوَابَ فِي حَقِّهِ، وَيَقْصُرُ فِي حَقِّ صَاحِبِهِ، وَأَيْضاً، فَالْمَنَاضِلَةُ عَقْدٌ مِنَ الْعُقُودِ، فَلَا يَجْرِي إِلَّا بَيْنَ اثْنَيْنِ؛ كَالْبَيْعِ وَالْهَبَةِ، وَلَوْ قَالَ لِرَامٍ: أَرَمَ عَشْرَةَ، فَإِنْ كَانَ صَوَابُكَ مِنْهَا أَكْثَرَ، فَلَكَ كَذَا؛ فَظَاهِرٌ مَا نَقَلَ الْمُزْنِيُّ: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ، وَأَشَارَ إِلَى تَعْلِيلِهِ بِأَنَّهُ يَنَاضِلُ نَفْسَهُ، وَأَخْتَلَفَ الْأَصْحَابُ، فَسَاعَدَهُ مَسَاعِدُونَ عَلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ، وَعَلَّلُوهُ بِوَجْهَيْنِ:

أحدهما: أَنَّهُ بَذَلَ الْعَوْضَ فِي مَقَابِلَةِ الصَّوَابِ وَالْخَطَأِ، وَلَا يُسْتَحَقُّ بِالْخَطَأِ شَيْءٌ.

والثاني: قَالَ أَبُو جَعْفَرٍ الْأَسْتَرَابَادِيُّ: إِنَّهُ بَذَلَ الْعَوْضَ فِي مَقَابِلَةِ مَجْهُولٍ؛ لِأَنَّ الْأَكْثَرَ لَا يَنْضِبُ، وَقَالَ الْمُعْظَمُ: إِنَّهُ جَائِزٌ، وَحَكَّوهُ عَن نَصِّهِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فِي «الْأَمِّ» وَعَلَّلُوهُ بِأَنَّهُ بَذَلَ الْمَالَ عَلَى عَوْضٍ مَعْلُومٍ، وَلَهُ فِيهِ غَرَضٌ ظَاهِرٌ، وَهُوَ تَحْرِيفُهُ عَلَى الرَّمِيِّ وَمَشَاهِدَةِ رَمِيهِ، وَقَالُوا: إِنَّهُ لَيْسَ بِنَاضِلٍ، إِنَّمَا هُوَ جَعَالَةٌ، وَمَنَعُوا قَوْلَ مَنْ قَالَ: إِنَّهُ بَذَلَ الْمَالَ فِي مَقَابِلَةِ الْخَطَأِ وَالصَّوَابِ، وَجَعَلُوهُ فِي مَقَابِلَةِ الصَّوَابِ، وَالْأَكْثَرَ النِّصْفَ بِزِيَادَةِ وَاحِدَةٍ، وَهُوَ مَضْبُوطٌ، ثُمَّ مِنْ هَؤُلَاءِ مَنْ عَلَّلَ الْمُزْنِيُّ فِي الْحُكْمِ وَالتَّعْلِيلِ، وَقَالُوا: إِنَّمَا ذَكَرَ الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - ذَلِكَ فِي الصُّورَةِ السَّابِقَةِ، وَمِنْهُمْ مَنْ حَمَلَ مَا ذَكَرَهُ عَلَى مَا إِذَا جَرَى لَفْظُ الْمَنَاضِلَةِ، فَإِنْ قَالَ: أَرَمَ كَذَا أَوْ نَاضِلُ الْخَطَأِ بِالصَّوَابِ، فَإِنْ كَانَ الصَّوَابُ أَكْثَرَ، فَكَذَلِكَ، أَوْ قَالَ: أَرَمَ كَذَا، فَإِنْ كَانَ صَوَابُكَ أَكْثَرَ، فَقَدْ نَضَلْتَنِي، فَهَذَا لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ النَّضَالَ يَجْرِي بَيْنَ اثْنَيْنِ، وَإِذَا حَكَمْنَا بِالْجَوَازِ، فَلَوْ رَمَى سِتَّةً وَأَصَابَ فِيهَا جَمِيعاً، فَقَدْ ظَهَرَ اسْتِحْقَاقُهُ، وَهَلْ لِلشَّارِطِ أَنْ يُكَلِّفَهُ اسْتِكْمَالَ الْعَشْرَةِ؟ أَجْرِي فِيهِ الْخِلَافُ السَّابِقُ، وَالظَّاهِرُ: أَنَّ لَهُ ذَلِكَ؛ فَإِنَّهُ عُلِقَ اسْتِحْقَاقُ بَعْشَرَةِ إِصَابَتِهَا أَكْثَرَ، وَلَوْ قَالَ لِمَتْرَامِيَيْنِ: أَرَمِيَا عَشْرَةَ، فَمَنْ أَصَابَ مِنْكُمَا خَمْسَةً، فَلَهُ كَذَا، يَجُوزُ.

ولو قال أحدهما للآخر: ترمي عشرة، فإن أصبت في خمستك، فلك علي كذا، وإن أصبت، فلا شيء لي عليك، فكذلك يجوز.

ولو قال: إن أصبت، فلي عليك كذا، لم يجز إلا بمحلل، ولو قال: أرم سهماً، فإن أصبت، فلك كذا، وإن أخطأت، فعليك كذا، فهو قمار.

وقوله في الكتاب «ولو قال: أرم، فإن كانت إصابتك أكثر من العشرة» أي: أرم عشرة، ثم وقع في اللفظ تقديم وتأخير المعنى، فإن كانت إصابتك من العشرة أكثر، فيعلم قوله «جاز» بالواو.

فزع: لو كانوا يتناضلون، فمر بهم ماراً، فقال لمن انتهت النوبة إليه، وهو على



أن يرمي: إن أصبت بهذا السهم، فلك دينار فعن نص الشافعي - رضي الله عنه - أنه إذا أصاب استحق الدينار، وتكون تلك الإصابة محسوبة من معاملته التي هو فيها، فقال الأصحاب قياساً عليه: لو كان يناضل رجلاً، والمشروط عشر قرعات، وشرط أن يناضل بها آخر ثم ثالثاً إلى غير ضبط، حتى إذا فاز بها، كان ناضلاً لهم جميعاً، فهو جائز، قال الإمام؛ وهذا دليل على انقطاع هذه المعاملة عن مضاهاة الإجارة لأنها لو كانت بمثابة، لما استحق بعمل واحد مائتين عن جهتين، وسبب استحقاق المال فيها الشرط لا رجوع العمل إلى الشارط وقضية هذه القاعدة ألا تجب أجرة المثل عند الفساد؛ لأن العامل لا يعمل لغيره.

قَالَ الْعَزَائِي: الرَّابِعَةُ: إِذَا شُرْطَ أَخْتِسَابُ الْقَرِيبِ وَذُكِرَ حَدُّ الْقُرْبِ جَازًا، وَإِنْ لَمْ يَذْكَرْ وَلَمْ تَكُنْ عَادَةً فَسَدَ، وَقِيلَ: يُنْزَلُ عَلَى أَنَّ الْأَقْرَبَ يُسْقَطُ الْأَبْعَدَ كَيْفَ كَانَ، أَمَا إِذَا تَشَارَطُوا صَرِيحًا إِسْقَاطَ الْأَقْرَبِ لِلْقَرِيبِ فَهُوَ مُتَّبِعٌ، وَإِنْ شَرَطُوا إِسْقَاطَ مَرْكَزِ الْقِرْطَاسِ وَمَا حَوْلَيْهِ فَوَجْهَانِ، لِأَنَّ إِسْقَاطَ الْمَرْكَزِ كَالْمُتَعَدِّرِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مقدمة الفصل أنهما اختلفوا في تفسير الحابي من السهام، فقيل: هو الذي يقع بين يدي الغرض، ثم يزحف إليه، فيصبيه من قولهم حبا الصبي، إذا أخذ في التحرك على أسنئه أو بطنه، وهو كالمزدلف إلا أن الحابي أضعف حركة منه. وقيل: هو الذي يصيب الهدف حوالى الغرض.

وقيل: هو القريب من الهدف، كأن صاحبه يحابي ولا يريد منه إصابة الهدف، ويروى هذا التفسير عن الربيع، ولم يجعل كثير من الأصحاب الحوابي صفة السهام، لكن قالوا: الرمي ثلاثة أنواع المبادرة، والمحاطة، والحوابي، وهو أن يرمي على أن يسقط الأقرب والأسد الأبعد إذا تقرّر ذلك، فلو شرطوا احتساب القريب من الغرض، نُظِرَ؛ إن ذكروا حدّ القرب من ذراع أو أقلّ أو أكثر. جاز، وصار الحدّ المضبوط كالغرض، والشنّ في وسطه كالدّارة، وإن لم يذكر واحد القرب، فإن كان هناك للرمية عادة مطردة، حمل اللفظ المطلق على: القدر المعتاد عندهم، كما يحمل الدرهم عند الإطلاق على المعتاد، وإن لم تكن عادة مطردة، فوجهان:

أصحُّهما: على ما ذكر الإمام وصاحب الكتاب: أن العقد فاسد للجهالة، وإن قلنا: بالثاني، فوجهان:

أحدهما: أنه ينزل على أن الأقرب يُسْقَطُ الأبعد كيف كان.

والثاني: أنه يُنْزَلُ على قدر البعيد أو الأقرب للأبعد، كما إذا قال: يرمي عشرين رَشْقًا على أن يسقط الأقرب الأبعد، فمن فضل له خمسة، فهو ناضل، وهذا ما قدمناه

في تفسير الحوابي، فهو صحيح، والشرط متَّبِعٌ، وعن «الحاوي»: ما يشير إلى خلاف فيه، والمذهب الأول، ووجه ذلك أنه نوع من الرمي معتاد بين الرماة، وهو ضرب من المحاطة، وحينئذٍ، فإن تساوت السهام في القرب والبعد، فلا ناضِلٌ ولا منضولٌ، وكذلك، لو تساوى سهمان في القرب؛ أحدهما لهذا، والآخر لهذا، وكان سائر السهام أبعد، فيسقط قريب كل واحد منهما بعد الآخر ويتساويان، ومهما كان بين سهم أحدهما وبين الغرض قدر شبر وبين سهم الآخر، والغرض دون شبر<sup>(١)</sup>، فيسقط الثاني الأول، فإن رمى الأول بعد ذلك، فوقع أقرب، أسقط ما رماه الثاني، ولو وقع سهم أحدهما قريباً من الغرض، ورمى الآخر خمسة أسهم، ف وقعت أبعد من ذلك السهم، ثم عاد الأول فرمى سهماً، فوقع أبعد من الخمسة، سقط ذلك السهم بالخمسة، وسقط الخمسة بالأول، ولو رمى أحدهما خمسة، ف وقعت قريبة من الغرض، وبعضها أقرب من بعض، ورمى الثاني، ف وقعت أبعد من خمسة الأول، سقطت خمسة الثاني بخمسة الأول، ولا يسقط من خمسة الأول شيء، وإن تفاوتت في القرب؛ لأن قريب كل واحد يُسقط بعيد الآخر، ولا يسقط بعيد نفسه، هذا ما أورده أكثرهم، وحكوه عن النص، وفيه وجه أنه يُسقط بعيد نفسه، كما يُسقط بعيد غيره، وذكر أن ذلك عادة الرماة، وإذا وقع سهم أحدهما بقرب الغرض، وأصاب سهم الآخر الغرض؛ فالمقول أن الثاني يُسقط الأول، كما يسقط الأقرب الأبعد، ولك أن تقول: ينبغي أن يُنظر إلى لفظ الشرط في العقد، إن كان الشرط إسقاطاً الأسد أو الأصوب غَيْرَه، فهذا ظاهر، وكذا إن كان الشرط إسقاطاً الأقرب الأبعد، على معنى الأقرب إلى الصواب، فأما إذا كان الشرط إسقاطاً الأقرب إلى الغرض الأبعد عنه، فينبغي أن يتساويا؛ لأن الموصوف بأنه أقرب إلى الغرض أو أبعد عنه ينبغي أن يكون خارجاً عنه، وهما جميعاً في الغرض، وإذا أصاب أحدهما الرقعة في وسط الغرض، والآخر الغرض خارج الرقعة، أو أصاب خارج الرقعة<sup>(٢)</sup>، وأحدهما أقرب إليها، فقد حكى الشافعي - رضي الله عنه - عن بعض الرماة أن الذي أصاب الرقعة أو هو أقرب إليها يُسقط الآخر، قال: والقياس عندي أنَّهما سواء، وإنما يُسقط القريب البعيد، إذا كانا خارجين من الشَّنِّ، وفي هذا تأكيد لما قدمناه، وعن «الحاوي»: أنه عد المذهبين وجهين، قال الشافعي - رضي الله عنه -: ومن الرماة من يقول: القريب الذي يُسقط البعيد؛ هو الساقط، وهو السهم الذي يقع بين يدي الغرض، والعاضد، وهو الذي يقع في جانب اليمين أو اليسار دون الخارج، وهو الذي يجاوزه، ويقع فوقه، والقياس عندي أنه لا فرق؛ لوقوع اسم القريب على الجميع، وذكر الإمام: أنهم إذا شرطوا احتساب القريب من الغرض، فالاعتبار بموضع ثبوت

(١) في ز: وبين الغرض فترا وأصبع. (٢) سقط من: أ.

السهم واستقراره، لا بحالة المرور، حتى لو قُرِبَ مروره من الغرض، ووقع بعيداً منه، لم يحتسب به إلا إذا شرطوا اعتبار حالة المُرور، وإن وقوله في الكتاب «وإن شرطوا إسقاط مركز القرطاس وما حواليه» أي: شرطوا أن يسقط إصابة المركز إصابة ما حواليه، وحكى في «النهاية» بدل الوجهين قولين، ووجه المنع بأن وسط القرطاس قد يتعدر قصده، وقد يصيبه الأخرق اتفاقاً، ونسب القولين إلى رواية العراقيين، ولا يكاد يوجد في كتبهم في إصابه أحدهما وسط القرطاس وإصابة الآخر ما حواليه، إلا ما حكيناه عن نص الشافعي - رضي الله عنه - وذلك في مطلق شرط إسقاطه للأبعد لا في إسقاط المركز ما حوله، والمفهوم مما ساقه الأصحاب اتباع المشروط.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: فِي جَمِيعِ هَذِهِ الشُّرُوطِ إِذَا عَرَضَتْ نَكْبَةٌ مِنْ بَهِيمَةٍ تَعْتَرِضُ أَوْ سَهْمٍ أَوْ قَوْسٍ يَنْكَبِرُ فَيَعْتَدُرُ صَاحِبَهُ حَتَّى لَا تَحْتَسَبَ (و) عَلَيْهِ تِلْكَ الْمَرَّةُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْإِنْكَسَارُ لِسُوءِ صَنِيعِهِ فَيُحْسَبَ عَلَيْهِ لِيَتَعَلَّمَ، وَلَوْ أَصَابَ بَهِيمَةً فَمَرَقَ وَأَصَابَ الْهَدَفَ فَيُحْسَبُ لَهُ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَإِنْ أَنْصَدَمَ بِشَجَرٍ ثُمَّ وَقَعَ عَلَى قُرْبٍ حُسِبَ عَلَيْهِ عَلَى وَجْهِ، وَإِنْ أَصَابَ فَهَلْ يُحْسَبُ لَهُ عَلَى وَجْهَيْنِ إِذْ قَدْ يَحْمَلُ عَلَى وَفَاقٍ، وَالرِّيْحُ اللَّيْنَةُ لَا تُؤَثِّرُ، وَالْعَاصِفُ الْمَقْرُونُ بِأَيْدَاءِ الرَّمِيِّ لَا يُؤَثِّرُ وَفِي أَثْنَائِهِ هَلْ يُعْذَرُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنْ أَنْكَسَرَ السَّهْمُ بِنُضْفَيْنِ فَأَصَابَ بِالْمُنْقَطِعِ الَّذِي فِيهِ الْفَوْقُ حُسِبَ، وَإِنْ أَصَابَ بِالنُّضْلِ مِنَ النُّضْفِ الْأَخِيرِ فَوَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: غَرَضُ الْفَصْلِ الْقَوْلُ فِي النُّكْبَاتِ الَّتِي تَطْرَأُ عِنْدَ الرَّمِيِّ، وَتَشْوِشُهُ، وَذَلِكَ يَعْمُ شَرْطُ الْقَرْعِ وَالْحَسَقِ وَغَيْرَهُمَا؛ أَلَا تَرَاهُ يَقُولُ فِي جَمِيعِ هَذِهِ الشُّرُوطِ: «إِذَا عَرَضَتْ نَكْبَةٌ» وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ، فَلِلْمُضَاقِ يَضَاقُ فِي عَدِّ الْفَصْلِ مضموماً إِلَى الشُّرُوطِ السَّابِقَةِ بِقَوْلِهِ: «الْخَامِسَةُ كَذَا»؛ لِأَنَّهُ قَالَ فِي أَوَّلِ النَّظَرِ الثَّانِي «وَالشَّرْطُ صَوْرٌ» وَلَيْسَ هَذَا مِنْ صُورِ الشُّرُوطِ، وَالْأَصْلُ الَّذِي يَبْنِي عَلَيْهِ أَنَّ السَّهْمَ مَهْمَا وَقَعَ مُتَبَاعِداً عَنِ الْغَرَضِ تَبَاعِداً مَفْرَطاً، إِمَّا مَقْصِراً عَنِ الْغَرَضِ أَوْ مَجَاوِزاً، نُظِرَ؛ إِنْ كَانَ ذَلِكَ لِسُوءِ الرَّمِيِّ، فَهُوَ مُحْسُوبٌ عَلَى الرَّامِيِّ، وَلَا يُرَدُّ السَّهْمُ إِلَيْهِ؛ لِرَمِيهِ مَرَّةً أُخْرَى، وَإِنْ كَانَ لِنَكْبَةِ عَرَضَتْ، أَوْ خَلَّلَ فِي آلَةِ الرَّمِيِّ مِنْ غَيْرِ تَقْصِيرٍ مِنَ الرَّامِيِّ؛ فَذَلِكَ السَّهْمُ غَيْرُ مُحْسُوبٍ عَلَيْهِ، وَهَذَا الْأَصْلُ يُوَضِّحُهُ صَوْرٌ:

إِحْدَاهَا: إِذَا عَرِضَ فِي مَرُورِ السَّهْمِ إِنْسَانٌ أَوْ بَهِيمَةٌ، فَلَمْ يَبْلُغِ السَّهْمُ، أَوْ حَدَّثَتْ فِي يَدِهِ عِلَّةٌ، أَوْ رِيحٌ أَخَلَّتْ بِالرَّمِيِّ، فَلَا يُحْسَبُ تِلْكَ الرَّمِيَّةُ عَلَيْهِ، بَلْ يَعِيدُهَا؛ لِأَنَّ عَدَمَ الْإِصَابَةِ لِلنَّكْبَةِ الْعَارِضَةِ لَا لِسُوءِ رَمِيهِ، فَيَعْذَرُ، وَانْقِطَاعُ الْوَتْرِ وَانْكَسَارُ السَّهْمِ وَالْقَوْسِ، إِنْ اتَّفَقَ شَيْءٌ مِنْهَا بِتَقْصِيرِهِ وَسُوءِ رَمِيهِ، فَتُحْسَبُ الرَّمِيَّةُ عَلَيْهِ، لِيَتَعَلَّمَ وَذَلِكَ مِثْلُ أَنْ

يخْلِى الفوق<sup>(١)</sup> في النزح عن الوتر، فيتولّد منه انكسار السهم، وإن كان بسبب ضعف الآلة أو غيره لا من جهة تقصيره وإساءته، فهو كما لو عرضت بهيمة ونحوها، فلا يحسب الرمية عليه، وكذلك لو حدثت في يده علة أو ریح أخذت بالرمي، وحكّى الإمام وجهاً أن السهم عند هذه العوارض، إن وقع قريباً من الغرض، حسبت الرمية عليه؛ لأنه وقع في حدّ غيره بعيداً عن الإصابة، وكأنّ النكبة لم تؤثّر، وتُسبب هذا إلى أبي إسحاق وخَصَصَ الأكثرون هذا الوجه بما إذا وقع السهم مجاوزاً للغرض، وجعلوا المجاوزة مُشعِرة بأن النكبة لم تؤثّر، وسبب المجاوزة إساءة الرمي، وأجابوا عنه بأن الإخلال يُؤثّر في التقصير تارةً، وفي الإسراف أخرى، فإن قلنا: بالاحتساب عليه، فلا شكّ أنه، لو أصاب، يحسب له السهم، وإن قلنا: لا يُحسب عليه، وهو الظاهر المنصوص والمذكور في الكتاب، فلو أصاب، هل يُحسب له؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، كما لا يُحسب عليه، ولأن الإصابة مع انكسار الآلة قد تعدد اتفاقية.

وأصحُّهما: نعم؛ لأن الإصابة مع النكبة تدل على جودة الرمي وقوته، ثم في كتاب القاضي ابن كج: أن الانقطاع والانكسار إنما يؤثّر حدوثهما قبل خروج السهم من القوس، إما بعده، فلا أثر له، وصوّر في التهذيب انكسار السهم<sup>(٢)</sup> فيما إذا كان بعد خروجه من القوس، وجعل عُذراً، وإذا انكسر السهمُ نصفين ولا تقصير منه، وأصاب أحد نصفيه الغرض إصابةً شديدةً، فعلى الوجهين في أن الإصابة مع النكبة، هل تُحسب له؟ إن قلنا نعم، وهو الظاهر، فبأي النصفين الاعتداد؟ فيه وجهان:

أحدهما: أن الاعتدادَ بالنصف الذي فيه النصل، فإن أصاب بالنصل، حُسب له؛ لأن اشتداده مع الانكسار يدلُّ على جودة الرمي وغاية الحَدَق فيه، والنصف الذي فيه الفوق لا اعتداد به، كما إذا لم يكن انكسار.

والثاني: أن الاعتداد بالنصف الذي فيه الفوق، فإذا أصاب بمنقطعه حُسب له ولا عبرة بالنصف الآخر: لأنه لم يَبَقْ فيه تكامل الوتر واعتماده، والمقروع بالوتر هو النصف الذي فيه الفوق، والأول المنصوص، وبه أجاب العراقيون وأكثر الأصحاب.

والثاني: الجواب في «التهذيب» ويوافقه إيراد صاحب الكتاب في الذي فيه الفوق، لكن من جعل الاعتبار بما فيه الفوق، لا يعتد بالإصابة بالنصف الذي فيه النصل، وكان من حقه، إذا جعل الإصابة بما فيه الفوق محسوبةً، أن يقول: وإن أصاب بالنصل من النصف الآخر، لم يُحسب؛ أما ذكر الوجهين في أحدهما دون الآخر،

(١) الفُوق: موضع الوتر من السهم، وهو: الفرض المحزوز. ينظر: النظم المستعذب ٦٠/٢.

(٢) سقط من: ز.

والحال ما وصفنا، فغير مستحسن، ولو أصاب بهما، لم يُحَسَب إصابتين، وكذلك الحكم وكذا فيما لو رمى سهمين دفعةً واحدةً، ذكره القاضي ابن كج، ولو انصدَم السهم بشجر، ثم أصاب، فقد سبق ذُكر الخلاف فيه، وهو مكرَّرُها هنا، وزاد هنا ذكر الخلاف في أنه، هل يُحَسَب عليه، إذا لم يصب وقد قدمناه أيضاً.

وقوله: «ثم وقع على قرب» يشير إلى أن الخلاف فيما إذا وقع قريباً يتوقع في مثله الإصابة، فأما إذا أفرط التباعدُ، فهو محسوب عليه لا محالة وكذلك نقول: لو حاد السهم عن سنن الهدف، وخرج من السماطين، يُحَسَب عليه بسوء رميه ولو رمى إلى غير الجهة التي فيها الهدف، فهذا أشتغال منه بغير النضال الذي يتعاقدنا عليه، فلا تُحَسَب عليه<sup>(١)</sup>.

الثانية: لو كان في الغرض سَهْمٌ، فأصاب سهمه فوق ذلك السهم، نُظِر؛ إن كان ذلك السهم قد تعلَّق به، وبعضه أو أكثره خارجٌ، لم يحسب ذلك إصابةً للغرض، ووُجِه بأنه لا يدري، هل كان يبلغ الغرض لولا هذا السهم، ولا يُحَسَب عليه أيضاً؛ لأنه عارضٌ دون السهم، فإن شقه، وأصاب الغرض، حُسِبَ له، وقد يجيء فيه الخلاف المذكورُ في البهيمة وإن كان ذلك السهم قد غرق فيه، اعتد إصابةً، فإن كان الشرطُ الحَسَنُ، لم يُحَسَب له ولا عليه؛ لأنه لا يدري، هل كان يخسق أم لا، وينبغي أن ينظر إلى ثبوته فيه، وأن يُقاس صلابَةُ ذلك السهم بصلابة الغرض، كما سبق نظيره.

ولو أخرج الرامي، وبالع في النزاع حتى دخل النُضُلُ مقبض القوس، ووقع السهم عنده، فالنص إلحاقه بانكسار القوس وانقطاع الوتر وسائر العوارض، ووُجِه بأن سوء الرمي أن يقصد شيئاً، فلا يصيبه، ولم يُوجَدُها هنا، وإنما ترك التحفظ في النزاع، وعن صاحب «الحاوي»: أنه يُحَسَب عليه؛ لأن النزاع ينبغي أن يكون بقدر الحاجة، فالزيادة إساءة ويقرب من هذا كلامُ الإمام وعن أبي الحسين بن القطان: أنه، إن لم يبلغ مدى الغرض، لم يُحَسَب عليه، وإن بلغ المدى، ولم يصب، حُسِبَ عليه.

الثالثة: الريحُ اللينة لا تؤثر حتى لو رمى زائلاً عن المسامطة، فردته الريحُ أو رمى ضعيفاً، فقوته، وأصاب، حُسِبَ له، وإن صرفته عن سمت بغض الصرف، فأخطأ؛ حُسِبَ عليه؛ لأن الجو لا يخلو عن الريح الخفيفة غالباً، ويضعف تأثيرها في السهم مع سرعة مروره، فلا اعتداد بها، وفيها وجةٌ: أنها تمنع الاحتساب عليه، إن أخطأ، ووجهٌ، آخر: أنها كالعاصفة تمنع الاحتساب له وعليه.

وإن كانت الريحُ عاصفةً واقرنت بابتداء الرمي، فيخرج مما ذُكِر فيه وجهان:

أحدهما: وهو ظاهر النص، وبه أجاب الإمام وصاحب الكتاب: أنها لا تؤثر؛ لأن ابتداء الرمي والرياح، تهب عاصفة، تقصير وأيضاً فللرماة حَدَقٌ وَنَظَرٌ في الرمي وقت هبوب الرياح؛ ليصبيوا، فإذا أخطأ، فقد ترك ذلك النظر، وظهر سوء رميه.

وأظهرهما: وهو قول أبي الطيب بن سلمة، وبه أجاب أصحابنا العراقيون وغيرهم، أنها تمنع الاحتساب له، إن أصاب، وعليه إن أخطأ، لقوة تأثيرها، ولذلك يجوز لكل واحد منهما تأخير الرمي إلى أن ترقد بخلاف اللينة، ولو هجم هبوبها بعد خروج السهم من القوس، ففضية الترتيب أن يُقَالَ: إن جعلنا اقترانها مؤثراً، فهو أولى بالتأثير، وإلا، فوجهان:

أحدهما: أنها كالنكبات العارضة.

والثاني: المنع؛ لأن الهواء لا يخلو من الرياح، ولو فتح هذا الباب لطلال النزاع، وتعلل المخطئون به، والظاهر أنه، إن أخطأ عند هجوم الهبوب، لم يحسب عليه، وإن أصاب، فهل يُحَسَبُ له؟ فيه الخلاف المذكور في «السهم المزدلف»<sup>(١)</sup> إذا أصاب.

وقال الشيخ أبو إسحاق الشيرازي: عندي لا يُحَسَبُ له بلا خلاف، وأن المزدلف أصاب الغرض بحدة رميه، ومع الرياح العاصف لا يُعَلَمُ أنه أصاب برميه.

ولو هبت ريح، ونقلت الغرض إلى موضع آخر، فأصاب السهم الموضع المنتقل عن، حَسِبَ له، إن كان الشرط الإصابة، وعن القاضي بخلافه، لأنه زال المرمي إليه، وإن كان الشرط الحسوق، فليست صلابة<sup>(٢)</sup> الموضع كصلابة الغرض، وإن أصاب الغرض في الموضع المنتقل إليه، لم يُحَسَبُ له، بل يُحَسَبُ عليه، ولو أزال الرياح الغرض حتى استقبل لسهم فأصابه السهم، قال القاضي ابن كج: لا يُحَسَبُ له.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَأَمَّا حُكْمُ هَذَا الْعَقْدِ إِنْ قُلْنَا بِلُزُومِهِ فَيَنْفَسَخُ بِمَوْتِ الرَّامِي وَبِمَوْتِ الْفَرَسِ، وَلَوْ مَاتَ الْفَارِسُ فَلِلْوَارِثِ الْإِتْمَامُ، وَيُحْتَمَلُ خِلَافُهُ، وَإِنْ قُلْنَا بِالْجَوَازِ جَازَ الْحَاقُّ الزِّيَادَةَ وَالْتِقْصَانَ بِعَدَدِ الْأَرْشَاقِ وَالْإِصَابَاتِ بِالتَّرَاضِي، وَهَلْ يَجُوزُ الِاسْتِنْدَادُ؟ فِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهٍ، يَجُوزُ فِي الثَّلَاثِ لِلَّذِي قَرُبَ مِنْ أَنْ يَسْتَوْلِيَ دُونَ الْمَغْلُوبِ وَكَأَنَّ الْمَغْلُوبَ

(١) ازدلف السهم، أي: اقترب، وأصله: التاء، فأبدلت دالاً، والمعنى: أنه ارتفع عن الأرض بشدة وقعه عليها، فأصاب الغرض.

قال في «الشامل»: المزدلف أن يقع دون الغرض على الأرض، ثم يشب إلى الغرض. ينظر: النظم المستعذب ٢/٦٠.

(٢) في ز: فيحسب.

لَزِمَ فِي حَقِّهِ أَغْنِي بِهِ مَنْ قَرُبَ مِنْ أَنْ يَغْلِبَ، ثُمَّ إِذَا أَنْفَرَدَ أَحَدُهُمَا بِالزِّيَادَةِ فَإِنْ لَمْ يَرْضَ  
الْآخَرَ فَلَهُ فَسْخُ الْعَقْدِ، وَيَجُوزُ تَأْخِيرُ الرَّمِيِّ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ إِذْ يَجُوزُ الْإِعْرَاضُ أَصْلًا،  
وَلَوْ قَالَ الْمَفْضُولُ لِلْفَاضِلِ: حُطَّ فَضْلُكَ وَلَكَ كَذَا لَمْ يَجُزْ عَلَى الْقَوْلَيْنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الفصل الثاني: في حكم المناضلة جوازاً ولزوماً وفي كونها جائزة أو  
لازمة قولان كما سبق في «المسابقة» وقوله: «وأما حكم هذا العقد» يعني فيما يرجع إلى  
الجواز واللزوم، وإلا، فالكلام في ذوات النظر.

الثاني: في حكم هذا العقد، وإن قلنا: إنه يلزم، فينفسخ بموت كل واحد من  
المترايين، وينزل موت الرامي منزلة الأجير المعين، ولو مَرَضَ أَحَدُهُمَا أَوْ أَصَابَهُ رَمْدٌ،  
لم ينفسخ العقد، ولكن يُؤَخَّرُ الرَّمِي، وفي المسابقة يَحْضَلُ الْإِنْفِسَاخُ بِمَوْتِ الْفَرَسِ؛  
لأن التعويل فيها على الفرس، ولا يَحْضَلُ بِمَوْتِ الْفَارِسِ، بل يقوم الوارث مقامه،  
وأبدى فيه احتمال آخر؛ لأن للفارس في العقد أثراً ظاهراً، وإلزام الوارث عمل المسابقة  
كالمستبعد، ولا يجوز لهما إلحاق الزيادة بعدد الأرشاق ولا عدد الإصابات، وطريقها:  
إن أرادا، ذلك أن يَفْسَحَا الْعَقْدَ وَيَسْتَأْنِفَا آخَرَ، وليس للمناضل أن يترك النضال،  
ويجلس، بل يُؤَمَّرُ بِهِ، ويلزم كمن استؤجِرَ لِبِنَاءٍ أَوْ خِيَاطَةٍ، وامتنع، ويُشْرَعُ فِيهِ الْحِسُّ  
والتعزير هذا إذا كان مفضولاً أو كان<sup>(١)</sup> له الفضل، وتوقع صاحبه أن يدركه، فيساويه أو  
يفضله، أما إذا لم يتوقع الإدراك، كما إذا شرطاً إصابة خمسة من عشرين، فأصاب  
أحدهما خمسة، والآخر واحداً، ولم يبق لكل واحد إلا ريمتان، فلصاحب الخمسة أن  
يجلس ويترك الباقي، وإن قلنا: بالجواز يفرِّع عليه مسألتان:

إحدهما: يجوز إلحاق الزيادة بعدد الأرشاق والإصابات، وفي المال بالتراضي،  
وفيه وجه بعيد تخريجاً من الخلاف في جواز إلحاق الزيادة بالثمن والمثمن في زمان الخيار  
ومكانه، وهل يَسْتَبْدُ أَحَدُهُمَا بِالزِّيَادَةِ؟ وَحَكَى الْإِمَامُ فِيهِ ثَلَاثَةَ أَوْجِهٍ، وتابعه المصنّف:

أحدها: لا، تخريجاً على أنه لا بد في العقد من القول، وإن جُعِلَ كَالْجَعَالَةِ،  
وإذا شرطنا القبول في ابتداء العقد، وجب اشتراطه في الزيادة.

وأظهرها: نعم، لجواز العقد، فإذا لم يرض صاحبه بالزيادة، فليفسخ.

وثالثها: أنه ليس للمفضول إلحاق الزيادة، كيلا يتخذ ذلك ذريعة إلى الدفع، فلا  
يتم النضال، وإن كان فاضلاً أو مساوياً، فله ذلك، وبم يصير مفضولاً؟ قيل: متى زاد  
صاحبه بإصابة واحدة، فهو مفضول، والأشبه أنه لا تكفي الإصابة الواحدة والإصابات،

لكونه مفضولاً، ومثهما في الزيادة، وإنما يصيرُ مفضولاً، إذا قرب صاحبه من الفوز والاستيلاء، والوجهُ المذكورُ في أنه لا يجوز إلحاق الزيادة والنقصان بالتراضي، والوجهُ الآخرُ في أنه ليس لأحدهما الاستبداد: يطردان في المسابقة، وإن لم يذكرهما هناك، وفي «الجمالة» إذا زاد الجاعل في الجعل، كان مثهما كالمفضول ففي زيادته الخلافُ، فإن لم تلحق الزيادة بها، فذاك، وإن ألحقناها، وقد عمل العامل بعض العمل، ولم يرض بالزيادة فُسخ العقد، قال الإمام: والوجه أن تثبت له أجره المثل؛ لأن الترتك بسبب الزيادة بخلاف ما إذا عمل بعض العمل، وترك الباقي بلا عذر؛ حيث لا يستحق شيئاً.

وقوله في الكتاب: «وهل يجوزُ له الاستبدادُ» بعد ما ذكر جواز الزيادة والنقصان بالتراضي، ينصرف ظاهراً إلى الزيادة والنقصان جميعاً، لكن المقصودُ ههنا الزيادة، ألا تراه قال الثالث: «يجوز للذي قُرب من أن يستولي دون المغلوب وقياس هذا الوجه في جانب النقصان أن يجوز النقصان للذي قُرب من أن يغلب دون الذي قُرب من الاستيلاء؛ فإنه المتهم في النقصان بالحرص على الاستيلاء، وذكر الإمام: أنه لا ينبغي أن يشبه الحط والنقصان ههنا بإبراء البائع عن بعض الثمن؛ لأن الإبراء كالاستيفاء، وليس شيئاً يلتحق بالعقد؛ ألا ترى أنه ينفذ بعد لزوم العقد، وأنه يجري في قيم المتلفات أو في العروض، وحيث لا يتوقع إلحاق الزيادة، وحط الأرشاق والقرعات ليس في هذا المعنى، فهو على التردد المذكور في الزيادة، نعم، من شرط السبق له، لو حط قبل الفوز، فهل هو كالإبراء عن الشيء قبل وجوبه، وقد ظهر سبب وجوبه؟.

الثانية: يجوز لكل واحد منهما على هذا القول تأخير الرمي والإعراض عنه من غير فسح، وكذلك الفسخ، إذا لم يكن المُعرضُ مفضولاً، وإن كان مفضولاً متهماً، فهل له أن يجلس ويترك النضال؟ فيه وجهان أو قولان؛ على ما ذكرنا في المسابقة، قال الإمام: وفي جواز فسحه الخلافُ الذي ذكرناه في جواز الزيادة؛ ويفضي الأمر، إذا فرقتنا بين المفضول وغيره إلى أن الحكمَ بالجواز مطلقاً مقصورٌ على ما إذا لم يصِر أحدهما مفضولاً، فإن صار مفضولاً، لزم في حقه، وبقي على الجواز في حق الآخر، والخلافُ في أن المفضول هل ينفذ فسحه، أجرى في فسح الجاعل الجمالة، بعد ما أتى العامل ببعض العمل، وكانت حصّة عمله من المسمى تزيد على أجره المثل، ولو شرطاً في العقد أن لكل واحدٍ منهما أن يجلس، ويترك النضال إن شاء، فسد العقد، إن قلنا: إنه لازم، وكذلك إن جعلناه جائزاً، وقلنا: ليس للمفضول الترتك والإعراض، وإن قلنا: له ذلك، لم يضر شرطه، فإنه مُقتضى العقد، وإن شرطاً أن المُسبق، إن جلس، كان عليه السبق، فهو فاسد على القولين؛ لأن السبق، إنما يُشرع في العمل، ولو كانا يتناضلان، ففُضِّل أحدهما الآخر بإصابات، فقال له المفضول: حط فضلك، ولك عليّ كذا، لم يجز، سواء جعلنا هذه المعاملة لازمةً أو جائزةً،



وسواء جَوَزْنَا إلحاق الزيادة أو لم نجوز، فإن حَطَّ الفضل لا يُقَابِلُ المال.

ويختم الكتاب بمسائل منثورة من الباب، إذا كان أحد الراميين يطول الكلام إذا أصاب السهم - والافتخار فيضجر صاحبه أو يعنف صاحبه، إذا أخطأ، مُنِعَ منه، وإذا كَلِمَ أحدهما إنسان، قيل له: أجاب جواباً وَسَطاً، ولا تُطَوِّل، ولا تحبس القوم، ولو كان يتعلل بعد ما رمى صاحبه بمسح القوس والوتر، وأخذ النبل بغد النبل والنظر فيه، قيل له: أزم لا مستعجلاً ولا متباطئاً؛ لأنه قد يتعلل لخطئه، وقد يصيب صاحبه، فيؤخر لترديده أو ينسى نهج الصواب، لو شرط أن يُحَسَّبَ لأحدهما أصابةً واحدةً إصابتين، أو يحط من إصاباته شيء أو على أنه، إن أخطأ، رُدَّ عليه سهم أو سهمان؛ ليعيد رميها، لم يجز؛ لأن هذه المعاملة مبنية على التساوي، وكذا لو شرط أن يكون في يد أحدهما من النبل أكثر مما في يد الآخر، وهذا شيء يعتاده الرماة، ويأخذون النبل بين أصابعهم، ومن أخذها أكثر، كان راميها أضعف، ولا يجوز أن يُحَسَّبَ خاسقٌ أحدهما خاسقَيْن، لو كان المشروط الحواري، فشرط أن يُحَسَّبَ خاسقٌ حابِئَيْن، جاز، نص عليه في «الأم»؛ لأن الخاسق يختص بالإصابة والثبوت، فجاز أن تجعل تلك الزيادة قائمة مقام حرب، وقيل: فيهما جميعاً: قولان. ولو كانا يتناضلان، فرمياً بعض الأرشاق، ثم ملأ، فقال أحدهما للآخر: أزم، فإن أصبت، فقد نضلتني، أو قال: أزم، فإن أصبت هذه الوحدة، فقد نضلتك، لم يجز؛ لأن الناضل من يساوي صاحبه في عدد الأرشاق، ويفضله في الإصابة، ولا يتحقق ذلك في الإصابة الواحدة.

لو تناضل أو تسابق اثنان، وأخرج السبق أحدهما، فجاء أجنبي، وقال: شاركني فيه، إن غنمت أخذت معك ما أخرجته، وإن غرمت، شاركتك في الغرم، لم يجز، وكذا لو أخرجاه وبينهما محلل، فقال أجنبي، لأحدهما: لأن الغرم والغنم في المسابقة مبنيان على الرمي، وهذا الأجنبي لا يرمي، إذا وقع عقد المناضلة والمسابقة في الصحة ودفع المال في مَرَضِ الموت، فهو من رأس المال، إن جعلناه إجارة وإن جعلناه جعالةً، فوجهان، ولو ابتدأ العقد في المرض، فيحتمل أن يُحَسَّبَ من الثلث، ويحتمل أن يُبْتَنَى على اختلاف القولين، ذكره في «البحر»<sup>(١)</sup> وفيه: أن الولي ليس له أن يَصْرِفَ مال الصبي إلى غرض المسابقة والمناضلة، ليتعلم، وأن السبق الذي يلتزمه يجوز أن

(١) قال النووي: الأصح أو الصواب القطع بأنه من رأس المال في صورتين، سواء قلنا: إجارة أو جعالة، لأنه ليس بتبرع، ولا محاباة فيه، فإذا كان ما يصرفه في ملاذ شهواته من طعام وشراب ونكاح وغيره مما لا ضرورة له إليه، ولا ندبه الشرع إليه محسوباً من رأس المال، فالمسابقة التي ندب الشرع إليها، ويحتاج إلى تعلمها أولى، لكن هذا فيما إذا سبق بعوض المثل في العادة، فإن زاد، فالزيادة تبرع من الثلث.

يكونَ عندهما، ويجوزُ وضعُه عندِ عدلٍ يثقان به، وهو أحوطُ وأبعدُ عن النزاع، وأنه، لو قال أحدهما: ينزل السبقُ عندنا، وقال الآخر: نضعه عند عدل، نُظِر؛ إن كان المُتَرَمِّمُ دِيناً، أُجِيبَ الأول، وإن كان عَيْناً، أُجِيبَ الثاني، وأنهما لو اتفقا على إخراجِه من اليد، وقال أحدهما: نضعه عند زيد، وقال الآخر: عند عمر، واختار الحاكم أميناً، وهل يتعيَّن أحد الأميئين المتنازِعَ فيهما أوله أن يختار غيرهما؟ فيه وجهان، وأنه لا أجره للأمين إلا إذا أطرَدَ العَرَفُ بأجرة له؟ ففيه وجهان.

وفيه: أنَّ المحلَّلَ ينبغي أن يجري فرسه بين فرسي المتسابقين، وإن لم يتوسطهما، وأجرى من أحد الجانبين، جاز، إن تراضيا به، وأنه لو رضي أحدهما بأن يعدل عن الوسط، ولم يرض الثاني، لزمه التوسط، وأنهما لو تراضيا بأن لا يتوسط، ولكن قال أحدهما: يكون على اليمين، وقال الآخر: على اليسار، ألزم التوسط، وأنه، لو تنازع المتسابقان في اليمين واليسار، أُفِرَّعَ بينهما، قال في «المختصر»: الصلاة جائزة في المَضْرَبَةِ والأصابع، إذا كان جلدُهما ذكياً ومدبوغاً من جلد ما لا يُؤكَل لحمه سوى الكلبِ والخنزير، والمضربةُ هي التي يُلبسُها الرامي كفه اليسرى حتى لا يصيبها الوتر، قال الشيخ أبو حامد: الأصحاب يقولون: «المضربة»، ولفظ الشافعي «المضربة» بالتخفيف، يعني بها الآلات، والأصابع: جلد الرامي في إبهامه ومسبحة من اليد اليمنى؛ ليمد الوتر، والغرض أنه لا بأس بأستصحابهما في الصلاة بشرط الطهارة، ويتعلق النظر أيضاً بأن كشف اليد في السجود، هل يجب؟ قال: ولا بأس أن يُصَلِّيَ متنكباً القوس والقرن إلا أن يتحرَّكاً عليه حركة تشغله، فأكرهه ويجزئه، والثَّنْكَبُ التقلد، والقرن بتحريك الرء الجعفة المشقوقة، ولا بد من رعاية الطهارة.

لا يُجَلَّبُ على الفرس في السباق، وهو أن يصيح به القوم ليزيد في عذوه، ولكن يركضان بتحريك اللجام والاستحثاث بالسوط، روي أنه - ﷺ - قَالَ: «مَنْ أَجَلَبَ عَلَى الْخَيْلِ يَوْمَ الرَّهَانِ، فَلَيْسَ مِنَّا» وَيُرْوَى<sup>(١)</sup> «لَا جَلَبَ وَلَا جَنْبَ» وذكر في معنى الجنب: أنهم كانوا يُجنبون الفرس حتى إذا قاربوا الأمد، تحوَّلوا عن المركوب الذي قد كده الركوب إلى الجنبه، فنهوا عنه. إذا وقف المتناضلان في الموقف، فهل يحتاج من يرمي إلى أن يستأذن صاحبه، قال القاضي ابن كج: جرت عادة الرماة بالاستئذان، حتى أن من رمى من غير استئذان، لم يُحَسَبَ ما رماه، أصاب أم أخطأ، ويجب أتباع عُرْفِهِم بالاستئذان، وقال أبو الحسين: يُحَسَبُ، ولا حاجة إلى الاستئذان، واللَّهُ أَعْلَمُ بالصواب.

(١) رواه ابن أبي عاصم والطبراني من حديث ابن عباس وقال الحافظ في التلخيص: وإسناد ابن أبي عاصم لا بأس به.

## كِتَابُ الْإِيمَانِ، وَفِيهِ ثَلَاثَةُ أَبْوَابٍ

### الْبَابُ الْأَوَّلُ فِي نَفْسِ الْيَمِينِ

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَهُوَ عِبَارَةٌ عَنِ تَحْقِيقِ مَا يَحْتَمِلُ الْمُخَالَفَةَ بِذِكْرِ اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى أَوْ صِفَتِهِ مَاضِيًا كَانَ أَوْ مُسْتَقْبَلًا إِلَّا فِي مَغْرَضِ اللَّغْوِ وَالْمُنَاشِدَةِ فَيَجِبُ الْكُفَّارَةُ فِي الْيَمِينِ الْعَمُوسِ وَإِنْ كَانَ الْفِعْلُ مَاضِيًا، وَلَا يَجِبُ فِي اللَّغْوِ وَهُوَ قَوْلُ الْعَرَبِ لَا وَاللَّهِ وَبَلَى وَاللَّهِ مِنْ غَيْرِ قَصْدِ تَحْقِيقِ، وَلَا يَجِبُ بِالْمُنَاشِدَةِ وَهُوَ أَنْ يُقْسِمَ غَيْرُهُ عَلَيْهِ، وَلَا يَجِبُ إِذَا قَالَ عَقِيْبَهُ: إِنْ شَاءَ اللَّهُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْأَصْلُ فِي الْإِيمَانِ آيَاتُ الْكِتَابِ؛ كَقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمْ الْإِيمَانَ﴾ [المائدة: ٨٩] وَقَوْلِهِ: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا﴾ [آل عمران: ٧٧] وَقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَلَا يَأْتَلِ أُولُو الْفَضْلِ مِنْكُمْ وَالسَّعَةِ﴾ [النور: ٢٢] وَقَوْلِهِ: ﴿وَآخِظُوا أَيْمَانَكُمْ﴾ [المائدة: ٨٩] وَالسَّنَةُ؛ كَمَا رُوِيَ أَنَّهُ - ﷺ - قَالَ: «وَاللَّهِ، لِأَعْرُوزَ قَرْنِشًا»<sup>(١)</sup> وَعَنْ ابْنِ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - كَانَ كَثِيرًا مَا يَخْلِفُ، فَيَقُولُ: «لَا وَمَقْلَبِ الْقُلُوبِ»<sup>(٢)</sup> وَرُوِيَ أَنَّهُ - ﷺ - كَانَ إِذَا اجْتَهَدَ فِي يَمِينِهِ قَالَ «وَالَّذِي نَفْسُ أَبِي الْقَاسِمِ بِيَدِهِ، أَوْ نَفْسُ مُحَمَّدٍ»<sup>(٣)</sup> وَالْإِجْمَاعُ؛ فَإِنَّ الْأُمَّةَ مُطَبِّقَةٌ عَلَى انْعِقَادِ الْيَمِينِ، وَتَعَلَّقَ الْكُفَّارَةَ بِالْحَنْثِ فِيهَا، وَلَمَّا كَانَتْ دَلَالَةُ الْكِتَابِ وَالسَّنَةِ وَالْإِجْمَاعِ مُتَعَاضِدَةً عَلَى أَنَّ لِلْيَمِينِ انْعِقَادًا، وَأَنَّ لَهَا، إِذَا انْعَقَدَتْ

- (١) وفي رواية: قال ذلك ثلاثاً، ثم قال في الثالثة، إن شاء الله، وأعادته في موضع آخر، رواه ابن حبان (١١٨٦ موارد] من حديث مسعر عن سماك عن عكرمة عن ابن عباس مثله، إلا أنه قال في آخره، ثم سكت، فقال: إن شاء الله، ورواه أبو داود [٣٢٨٥ - ٣٢٨٦] من حديث عكرمة مرسلًا، ورواه البيهقي [٤٨/١٠] موصولاً ومرسلًا، قال ابن أبي حاتم في العلل عن أبيه، الأشبه إرساله، وقال ابن حبان في الضعفاء: رواه مسعر وشريك عن سماك، أرسله مرة، ووصله أخرى.
- (٢) رواه مالك والبخاري [٦٦١٧ - ٦٦٢٨ - ٧٣٩١] وأصحاب السنن، وله ألفاظ.
- (٣) رواه أحمد وأبو داود (٣٢٦٤) من رواية سعيد باللفظ الثاني، وبلغت نفسي بيده.

براً أو حنثاً، ولحقتها كفارة، فكان كلامُ الكتاب، دائراً على ثلاثة أمورٍ؛ وهي اليمين والكفارة والحنث، عقَدَ لكل واحدٍ منها باباً وضمنها مقصود الكتاب.

الباب الأوّل في نفس اليمين، وللأئمة عباراتٌ في حقيقة<sup>(١)</sup> اليمين:

أحدّها: قال الإمام: اليمينُ: تحقيق الشيء وتقريره بذكر الله تعالى أو بأسم من أسمائه، أو بصفة من صفات ذاته نفيّاً أو إثباتاً في الماضي وإقداماً وإحجاماً في المستقبل، فقولُ الرجلِ «والله، لا أدخلُ الدارَ» تقرر به نفيّ الدخول، وقوله: «دَخَلْتُ» تقرر به الدخول.

وقوله: «والله، لأَدْخُلَنَّ» وقوله: «والله، لا أدْخُلُ» تقرر به الإقدام والإحجام، وقد يعترض عليه من وجوه:

أحدّها: أن قولنا «الله» أَسْمٌ من أسماء الله تعالى وقوله: «بذكر الله» يدخل في قوله «باسم من أسمائه».

والثاني: قوله «تحقيق الشيء وتقريره» يدخل فيه الماضي والمستقبل، فلا حاجة إلى ذكر الماضي والمستقبل بقوله: «نفيّاً أو إثباتاً في الماضي» إلى آخره.

والثالث: إذا ذكر الماضي والمستقبل، فلا حاجة إلى يمين الماضي عن المستقبل بلفظتي النفي والإثبات في الماضي، والإقدام والإحجام في المستقبل، بل كان بسبيل من الاختصار على التّفي والإثبات، في الماضي والمستقبل جميعاً.

والرابع: الإقدام والإحجام يختصان بالأفعال الاختيارية، واليمينُ لا تختص بها مثل أن يقول: والله، لا تَطْلُعُ الشمسُ غداً، أو تطلع من المغرب.

والثانية: قال في الكتاب «وهي عبارة عن تحقيق ما يحتمل المخالفة بذكر اسم الله تعالى أو صفته ماضياً كان أو مستقبلاً إلا في معرض اللغو والمناشدة» ويرد عليه الوجه الثاني فإن قوله «ما يحتمل المخالفة» يشمل الماضي والمستقبل، وأيضاً، فقوله: «في معرض اللغو والمناشدة» لا حاجةً إليه، أمّا اللغو: فلأنه يشبه أن يُقال: لغو اليمين يمينٌ، لكن لا تتعلّق به الكفارة، ويدل عليه قوله تعالى: ﴿بِاللُّغُو فِي أَيْمَانِكُمْ﴾ [المائدة: ٨٩] أثبت اليمين مع اللغو، وأمّا المناشدة فلا تُحَقِّقُ المناشدة بذكر اسم الله تعالى، وإنما يسأل من غير التحقيق، فيخرج بقوله «تحقيق ما يحتمل المخالفة» صورة المناشدة.

والثالثة: قال صاحبُ «التهذيب»: «اليمين هي تحقيق الأمر أو توكيده بذكر اسم من أسماء الله تعالى أو صفة من صفاته» وهذا سليم عن الوجوه السابقة، لكن يشبه أن

(١) من ز: كيفية.

يُقَالُ: ذَكَرَ اسْمَ اللَّهِ أَوْ صِفَةً مِنْ صِفَاتِهِ لَا يَكُونُ قَيْدًا فِي حَقِيقَةِ الْيَمِينِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ يُقَالُ: حَلَفْتُ بِاللَّهِ، وَحَلَفْتُ بِغَيْرِ اللَّهِ، وَفِي الْخَبَرِ «لَا تَحْلِفُوا بِآبَائِكُمْ»<sup>(١)</sup>.

وقوله في الكتاب على الأثر «فتجب الكفارة» إلى آخره يُشعر بأن المقصود ضبط اليمين التي تتعلق بها الكفارة لا حقيقة مجرد اليمين.

ثم تتعلّق بالضبط المذكور صوراً يشتمل الفضل عليها:

إحداها: تنعقد اليمينُ على الماضي، كما تنعقد على المستقبل، فإن كان كاذباً، وهو عالم بالحال، فهي اليمين الغموس، سُميت به لأنها تُغمس صاحبها في الإثم أو في النار، وهي من الكبائر؛ رُوِيَ أَنَّهُ - ﷺ - قَالَ: «الْكِبَائِرُ: الشُّرْكُ بِاللَّهِ، وَعُقُوقُ الْوَالِدَيْنِ، وَقَتْلُ النَّفْسِ، وَالْيَمِينُ الْغَمُوسُ»<sup>(٢)</sup> وتجب الكفارةُ بها، وتعلّق الإثم لا يمنع وجوب الكفارة، كما أن الظهار منكرٌ من القول وزور، ويتعلّق به الكفارة، وإن كان جاهلاً، ففي وجوب الكفارة قولان، كما لو فعل المحلوف عليه ناسياً، وقال أبو حنيفة ومالك وأحمد - رحمهم الله - : لا يجب الكفارة باليمين الغموس.

لنا: قوله تعالى: ﴿وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْاَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ﴾ [المائدة: ٨٩] الآية تعم الماضي والمستقبل؛ لأن لفظ اليمين يقع عليها؛ ألا ترى أن الحكام يحلفون على الماضي أبداً، وقال - ﷺ - «وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»<sup>(٣)</sup> وأيضاً، فإنه حلف بالله تعالى، وهو مختار، لكنه كاذبٌ، فصار كما لو حلف على المستقبل.

الثانية: من سبق لسانه إلى كلمة اليمين بلا قصد؛ كقوله في حالة غضب، أو احتداد لجأج أو عجلة أو صلة كلام: لا والله، وبلى والله، لم ينعقد يمينه، ولم تتعلّق به الكفارة؛ لقوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّفْوِ فِي اَيْمَانِكُمْ﴾ رُوِيَ عن عائشة - رضي

(١) رواه أبو داود [٣٢٤٨] والنسائي [٥/٧] وابن حبان [١١٧٦] والبيهقي، من حديث أبي هريرة بلفظ: لا تحلفوا بآبائكم، ولا بأمهاتكم، ولا بالأنداد، ولا تحلفوا بالله إلا وأنتم صادقون، وفي الصحيحين عن ابن عمر رفعه: من كان حالفاً فلا يحلف إلا بالله، الحديث.

(٢) رواه البخاري [٦٦٧٥ - ٦٨٧٠ - ٦٩٢٠] من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص بهذا، ورواه الترمذي وابن حبان والحاكم من حديث عبد الله بن أنيس الجهني بلفظ: من أكبر الكبائر، ولم يذكر قتل النفس، وزاد: ما حلف حالف بالله يمين صبر، فأحل منها مثل جناح البعوضة، إلا جعلها الله في قلبه كية يوم القيامة.

(٣) رواه البيهقي [٢٥٢/١٠] من حديث ابن عباس: أن النبي ﷺ قال: لو أعطى الناس بدعواهم، لادعى رجال، دماء قوم وأموالهم، ولكن البينة على المدعي، واليمين على من أنكر، وهو في الصحيحين البخاري [٢٦٦٨]، مسلم [١٧١١] بلفظ ولكن اليمين على المدعى عليه، وسيأتي في الدعوى.

الله عنها - موقوفاً ومرفوعاً: «أَنَّ لَعُوَ الْيَمِينِ قَوْلُ الْإِنْسَانِ: لَا وَاللَّهِ، وَبَلَى وَاللَّهِ»<sup>(١)</sup> ولو كان يحلفُ بالله على شيء، فيسبق لسانه إلى غيره، فهو في معنى لَعُوَ الْيَمِينِ أيضاً، وإذا حلف وقال: لم أقصد اليمين، صدق، وفي الطلاق والعَتَاق والإِيلَاء، لا يصدق في الظاهر، لتعلق حق الغير به، وقال الإمام - رحمه الله -: في الفرق جرت العادة بإجراء ألفاظ اليمين من غير قصد، وما جرت بإجراء ألفاظ الطلاق، فدعواه أنه لم يقصد يُخَالِفُ الظاهر، قال: وفي اليمين أيضاً، لو اقترن باللفظ ما يدل على قصده، لا يُثْبَلُ قوله على خلاف الظاهر<sup>(٢)</sup>.

ويجوز أن يُعَلِّمَ قوله في الكتاب «وهو قول العرب» بالحاء؛ لأن عند أبي حنيفة: لَعُوَ الْيَمِينِ هو أن يحلفَ على أمرٍ ماضٍ يظنه كذلك، فيتبين، خلافه، وبالميم؛ لأن أصحابنا - رحمهم الله - رَوَوْا عن مالك: أن لعو اليمين هو اليمينُ العَمُوسُ، وبالألف: لأن عند أحمد روايتين فيه:

أحدهما: كقولنا.

والثانية: كقول أبي حنيفة.

الثالثة: إذا قال لغيره: أسألك بالله، أو أقسم عليك بالله، أو أقسمت عليك بالله، لتَفْعَلَنَّ كذا، فإن قصد به الشفاعة والمناشدة تقريباً للغرض، لم يكن ذلك يمينا، وإن قصد القائل عقْد اليمين عليه، لم يكن ذلك يمينا، لا في حقه ولا في حق القائل، أمّا في حقه؛ فلأنه لم يوجد منه لفظ ولا قصد، وأمّا في حق القائل؛ فلأن اللفظ ليس صريحا في القسم، وهو قصد عقْد اليمين على غيره، لا على نفسه، وإن قصد عقْد اليمين على نفسه، كان يمينا، كأنه قال: أسألك، ثم حلف أنه يفعل، والإنسان قد يحلف على فعل نفسه، وقد يَحْلِفُ على فعل غيره، لا على نفسه وفي كتاب القاضي ابن كج وجه عن ابن أبي هريرة - رحمهما الله -: أنه لا يكونُ يمينا، وإن قصد وهو ضعيف، قال في «التهذيب»: «يُستحبُّ للمخاطب إبراره في قسمه؛ لِمَا رُوِيَ عن البراء

(١) رواه أبو داود [٣٢٥٤] والبيهقي [٤٩/١٠] وابن حبان [١١٨٧ موارد] من حديث عطاء بن أبي رباح عنها: أن رسول الله ﷺ قال في اللغو: هو قول الرجل في يمينه، كلا والله، وبلى والله، قال أبو داود: رواه غير واحد عن عطاء عنها موقوفاً، وصحح الدارقطني الوقف، ورواه البخاري والشافعي ومالك عن هشام بن عروة عن أبي عن عائشة موقوفاً، ورواه الشافعي من حديث عطاء أيضاً موقوفاً.

(٢) قال في الخادم: وما ذكره من التصديق في الحلف بالله يستثنى منه ما إذا كان الحلف على ترك وطء زوجته فلا يقبل قوله لأنه تعلق به حق آدمي، كذا حكاها في البيان عن ابن الصباغ وهو ظاهر من تعليل الرافي أيضاً فليقيد به إطلاقه.

ابن عازب - رضي الله عنه - أن النبي - ﷺ - أمر بسبع بعبادة المريض، وأتباع الجنائز، وتشميت العاطس، ورد السلام، وإجابة الداعي، وإبرار القسم، ونصر المظلوم<sup>(١)</sup> فإن لم يفعل، وحنث الحالف، لزمته الكفارة، وعن أحمد - رحمه الله - أن الكفارة تكون على المُقسَم عليه، وإن أطلق اللفظ ولم يقصد شيئاً، فهو محمولٌ على المناشدة<sup>(٢)</sup>.

الرابعة: يجوز تعقيب اليمين بكلمة الاستثناء، وهي «إن شاء الله» روي أنه - ﷺ - قال: «والله، لأغزون قريشاً ثلاثاً»، ثم قال في الثالثة «إن شاء الله»<sup>(٣)</sup> وإذا عقب اليمين بها، لم يحنث بالفعل المحلوف عليه، ولم تلزمه الكفارة، لما روي أن النبي - ﷺ - قال: «من حلف على يمين، فقال: إن شاء الله، لم يحنث»<sup>(٤)</sup> لأنه علق الفعل على مشيئة الله تعالى، وهي غير معلومة، وهل نقول: اليمين منعقدة؟ منهم من قال: نعم، لكن المشيئة غير معلومة، فلا يحكم بالحنث، وهكذا نقل القاضي الروياني - رحمه الله - ومنهم من يطلق القول بأنها غير منعقدة، وهكذا نقل صاحب «التهذيب».

ويُشترط أن يتلَفَظ بكلمة الاستثناء، فلو نوى بقلبه «إن شاء الله» لم تغنه نيته، ولم يندفع الحنث والكفارة، وأن يكون قاصداً إلى التلَفَظ بها، فلو سبق لسأله إليها عن غير قصد، لم يعتد بها، ووجه بأن اليمين من أصلها يعتبر فيها القصد، فكذلك يعتبر في

(١) متفق عليه أخرجه البخاري [١٢٣٩ - ٢٤٤٥ - ٥١٧٥ - ٥٦٣٥ - ٥٦٥٠ - ٥٨٣٨ - ٥٨٤٩ - ٥٨٦٣ - ٦٢٢٢ - ٦٢٣٥ - ٦٦٥٤]، مسلم [٢٠٦٦] وقد تقدم في السير.

(٢) قال النووي: يسن إبرار المقسم، كما ذكر للحديث الصحيح فيه، وهذا إذا لم يكن في الإبرار مفسدة، بأن تضمن ارتكاب محرم، أو مكروه. ويكره السؤال بوجه الله ورد من سأل به؛ للحديث المعروف فيهما.

(٣) تقدم.

(٤) رواه الترمذي [١٥٣١ - ١٥٣٢] واللفظ له، والنسائي [٢٥/٧] وابن ماجه [٢١٠٤ - ٢١٠٥ - ٢١٠٦] وابن حبان، [١١٨٣ موارد] من حديث عبد الرزاق عن معمر عن ابن طاوس عن أبيه، عن أبي هريرة مرفوعاً بهذا، قال البخاري فيما حكاه الترمذي: أخطأ فيه عبد الرزاق، اختصره من حديث: إن سليمان بن داود قال: لأطوفن الليلة على سبعين امرأة، الحديث وفيه: فقال النبي ﷺ: لو قال: إن شاء الله لم يحنث، وهو عنده بهذا الإسناد، قلت هو في الصحيحين بتامة، وله طريق أخرى رواها الشافعي وأحمد وأصحاب السنن، وابن حبان والحاكم من حديث ابن عمر بلفظ: من حلف فاستثنى، فإن شاء مضى، وإن شاء ترك من غير حنث. لفظ النسائي. ولفظ الترمذي: فقال إن شاء الله فلا حنث عليه، ولفظ الباقرين: فقد استثنى، قاله الترمذي: لا نعلم أحداً رفعه غير أيوب السختياني، وقال ابن علية: كان أيوب تارة يرفعه، وتارة لا يرفعه، قال: ورواه مالك وعبيد الله بن عمر وغير واحد موقوفاً قلت: هو في الموطأ كما قال، وقال البيهقي: لا يصح رفعه إلا عن أيوب، مع أنه يشك فيه، وقد تابعه على رفعه العمري عبد الله، وموسى بن عقبة، وكثير بن فرقد، وأيوب بن موسى.

الاستثناء الواقع فيها، وأن تكونَ كلمة الاستثناء متصلةً باليمين، لا يتخللها كلام ولا سكوت، إلا أن يسكت سكتة تذكر أو تنفس، على ما بيَّناه في «الطلاق».

وعن أبي حنيفة: أن سكتة التنفس تمنع تأثير الاستثناء، رواه القاضي ابن كج، وأن يكون عازماً على الكلمة من ابتداء اليمين، فلو حلف، ثم بدا له أن يستثنى، فأتى بلفظ الاستثناء، لم يُعتدَّ به، وإن كان موصولاً باليمين، وإن قصد الاستثناء في خلال اليمين، واستثنى على الاتصال، ففيه وجهان، ذكرناهما في كتاب «الطلاق»، وممن صحَّح هذا الاستثناء الداركي والقاضيان أبو الطيب والروياتي - رحمهم الله - وممن لم يصحَّحه أبو الحسن بن المرزبان والقاضي ابن كج - رحمهم الله - ولو قال: إن شاء الله، واللَّهِ، لأفعلنَّ، أو لا أفعل كذا، صحَّ الاستثناء، وكذا لو قدَّم كلمة الاستثناء في الطلاق والعتاق، ولا فزق بين التقديم والتأخير، وكذا لو قال: لفلان علي إلا عشرة دراهم مائة درهم، وفي هذه الصورة وجه آخر في كتاب القاضي ابن كج وعن القاضي أبي الطيب: أنه لو قال: إن شاء الله، أنت طالق، وعبيدي حرٌّ، لا يقع الطلاق، ولم تخلُ الحرية، وكذا لو قال: إن شاء الله، أنت طالق، وعبيدي حرٌّ، من غير واو، لأن حرف العطف قد يحذف مع إرادة العطف، وعد من هذا القبيل قولنا: «التَّحِيَّاتُ الْمُبَارَكَاتُ الصَّلَوَاتُ» وليكن هذا فيما إذا نوى صرف الاستثناء إليهما جميعاً، فإن أطلق، فيشبه أن يجيء خلاف في أنه يختص بالجملة الأولى أو ينصرف إليهما جميعاً، ولو قال: أنت طالق وعبيدي حر إن شاء الله، فيجيء خلاف في أنه يختص بالجملة الثانية، أو ينصرف إليهما<sup>(١)</sup>.

(١) قال النووي: الصحيح التعميم في صورتين. والله أعلم.

قال في الخادم: هذا الكلام منهما يقتضي أربعة أمور:

أحدها: أن خلاف الاستثناء بعد الجمل يعود إلى الجميع أو يختص بالأخيرة يجري عند عدم العطف أيضاً.

والثاني: أنه لا يختص كما إذا تأخر الاستثناء، بل يكون حالة تأخره كحالة تقدمه.

الثالث: أن محله إذا لم ينو عود الاستثناء إلى الجميع، فإن نواه عاد إليها قطعاً.

الرابع: أن خلاف عوده إلى الجميع أو اختصاصه بالأخيرة يجري في الاستثناء بمشيئة الله تعالى وكل واحد من ذلك فيه نزاع، أما الأول فإن الأصوليين قاطبة قيدوا المسألة بالجمل المتعاطفة وصرح كثير منهم بأنه عند عدم العطف لا يعود إلى الجميع قطعاً بل يختص بالأخيرة خاصة، وممن صرح بهذا الشرط القاضي أبو الطيب الطبري في كتابه في أصول الفقه، وكذا الشيخ أبو إسحاق الشيرازي وأبو نصر بن البشير وابن السمعاني في القواطع وغيرهم، وأما من سكت عنه فلو ضوحه وأمثلتهم ترشد إليه.

ويدل لذلك قولهم في كتاب الطلاق لو قال يا طالق أنت طالق ثلاثاً إن شاء الله أن الاستثناء ينصرف إلى الثلاثة ووقعت واحدة بقوله يا طالق، ولو كان العطف لا يشترط لكان الاستثناء عائداً =



ولو قال<sup>(١)</sup> عبدي حُرٌّ إن شاء الله، وأمرأتي طالق، ونوى صرف الاستثناء إليهما جميعاً قال القاضي ابن كج: يصح، وكما يجوز أن يكون الاستثناء متقدماً، ومتأخراً، يجوز أن يكون متوسطاً، ولو قال: واللّه، لأفعلن كذا، إن لم<sup>(٢)</sup> يشأ اللّه أو إلا أن يشاء الله، ففيه خلافٌ كما سبق في قوله: «أنت طالق»، إن لم يشاء الله أو إلا أن يشاء الله والأصحُّ عند القاضي ابن كج في قوله: «إلا أن يشاء الله» أنه استثناءٌ كقوله «إن شاء الله» والذي ذكر إبراهيم المروزي فيما علّق عنه: أنه إذا قال: واللّه، لأفعلن كذا، إلا أن يشاء الله، فإن فعل، برّ في يمينه، وإن لم يفعل، حنث؛ لأن الحنث موجودٌ وشرطٌ منع الحنث مشكوكٌ فيه، ولو قال: والله، لا أفعل كذا إلا أن يشاء الله، فإن فعل، برّ في يمينه، وإن لم يفعل حنث لما ذكرنا<sup>(٣)</sup>.

فَرَعٌ: إذا قال: واللّه، لأدخلن هذه الدار اليوم، إلا أن يشاء زيد يعني إلا أن يشاء أبا أدخلها، فقد عقد اليمين على الدخول في الحال، وأثبت التخلص عنها بطريقتين: أحدهما: أن يدخل.

والثاني: أن يشاء زيداً ألا يدخلها، فإن دخلها في ذلك اليوم، برّ، سواء شاء زيد أم لا، وإن لم يدخلها، فإن شاء زيد ألا يدخلها، برّ أيضاً، وإن شاء أن يدخلها، حنث، وكذا لو لم يعرف مشيئته بأن مات أو أغمي عليه، حتى مضى اليوم، يَحْتَثُ، هكذا نقله المُرْزَبِيُّ عن النص، لو قال: والله، لا أدخل إلا أن يشاء زيد أن أدخل، فإن لم يدخل، برّ في يمينه، وإن دخل، وقد شاء فلان دخوله قبل أن يدخل، فكذلك يبرّ، وإن كان قد شاء ألا يدخل، حنث، ولا تغني مشيئة الدخول بعد ذلك، وإن لم تعرف مشيئته، فرواية الربيع: أنه لا يحنث، والجوابان مختلفان والصورتان متشابهتان، لا فرق بينهما إلا أن اليمين في إحداها معقودة على الإثبات، وفي الأخرى على النفي، ومعلومٌ أن ذلك لا يقتضي اختلاف الجواب، وللأصحاب - رحمهم الله - فيهما طريقان:

= إلى الجميع، ثم قال وأما الثاني مخالف لكلام الأصوليين فإنهم صوروا المسألة بالاستثناء المتعقب للجمل نعم صرح القفال في فتاويه بعود الصفة إلى الجميع مع التقدم فكذا في الاستثناء.

وأما الثالث فمعلوم من قوله وهذا فيما إذا نوى صرف الاستثناء إليهما جميعاً فإن أطلق فيشبهه تخريجه على الخلاف، ثم قال: وأما الرابع: فيمنع منه أن الإمام فخر الدين نقل في المحصول الإجماع على عوده في الكل وأن الخلاف فيما عدا الاستثناء بالمشيئة. انتهى.

(١) سقط من أ. (٢) زيادة من الروضة.

(٣) قال في الخادم: قضية كلامهما في الطلاق ترجيح ما قاله ابن كج وما نقله عن المروزي صرح به القاضي الحسين وساق لفظه.

أحدهما: القَطْعُ بأنه يحنث، ثم من هؤلاء، مَنْ حمل مروِّي الربيع على ما إذا لم يَخْضَل اليأس عن معرفة مشيئته، ومنهم مَنْ قال: إنَّه مرجوعٌ عنه، لكن الربيع لم يتحقَّقه.

والثاني: أن فيهما قولين بالنقل والتخريج:

أظهرهما: أنه يحنث؛ لأن اليمين معقودة على الدخول أو تركه، ومخالفة المحلوف عليه تقتضي الحنث إلا أن مشيئة زَيْدٍ مخرجة له عن الحنث، فإذا لم يعلم حصولها، ثبت الحنث.

والثاني: لا يحنث؛ لأن الأضل براءة الذمَّة، وقد شككنا في حصول الحنث، كشكنا في حصول المشيئة، فلا نوجب الكفارة بالشك، واعلم أن الصورة الثانية المذكورة في الكتاب في آخر «كتاب الأيمان» ونعود إليها - إن شاء الله تعالى -.

ولو قال: واللَّه، لأدخلن، إن شاء فلان أن أدخلها، فهنا اليمين معلقة بالمشيئة، فلا ينعقد قبل المشيئة، ولا حكم للدخول، فإذا حصلت المشيئة، انعقدت اليمين، فإن دخل، بَرَّ، وإلا، حنث، ويُنظر؛ أقيَّد الدخول بزمان أو أطلق، وعند الإطلاق عمره وقت الدخول، فإن مات، حكمنا بالحنث قبيل الموت، وإن شاء فلان ألا يدخل أو لم يشأ شيئاً أو لم تُعرف مشيئته، فلا حنث؛ لأن اليمين لم تنعقد، وكذلك لو قال: والله، لا أدخل هذه الدار إن شاء فلان ألا أدخلها، فإنما ينعقد يمينه، إذا شاء فلان ألا يدخلها، والله أعلم.

وقوله في الكتاب «وهو قول العرب» يجوز أن يعلم مع الحاء والميم والألف بالواو؛ لأن في كتاب ابن جج أن ابن سُرَيْج قال: يُحْتَمَلُ أن يكونَ لغو اليمين عند الشافعي - رضي الله عنه - عبارة عما إذا حلف على شيء يظنه، فتبين خلافه؛ لأنه قال: وجماع اللغو الخطأ، ولا يخفى أن لغو اليمين لا يختص بالعرب.

وقوله: «وهو قول العرب» كان سببه أن لغو اليمين في كلام العرب أكثر وقوعاً.

وقوله: «ولا يجب بالمناشدة» يُقال ناشدُه أي: ذكَّره الله، ونشدتُكَ الله، أي: سألتُكَ بالله، أنشدُ نَشْداً كأنك ذكرته إياه، فنشد أي تذكَّر، وقيل: نَشْدتُكَ الله، أي: سألتك بالله ترفعُ نَشِيدِي أي صَوْتِي، ويسمى طالب الضالَّة ناشداً؛ لرفعه الصوت بالطلب.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَا فَرْقَ بَيْنَ قَوْلِهِ: بِاللَّهِ وَتَأَلَّهِ وَوَاللَّهِ فَالْكُلُّ صَرِيحٌ، وَلَوْ قَالَ: اللَّهُ لِأَفْعَلَنْ كَانَ يَمِينًا، وَلَوْ قَالَ: اللَّهُ لَمْ يَكُنْ يَمِينًا، وَلَوْ حَلَفَ بِمَخْلُوقٍ كَالنَّبِيِّ وَالْكَعْبَةِ أَوْ قَالَ: إِنْ فَعَلْتُ فَأَنَا يَهُودِيٌّ أَوْ بَرِّيٌّ مِنْ اللَّهِ فَلَيْسَ بِيَمِينٍ، وَقَوْلُهُ بِاللَّهِ وَبِالرَّحْمَنِ

وَبِالْخَالِقِ وَالرَّازِقِ وَمَا يُطْلَقُ عَلَى غَيْرِ اللَّهِ صَرِيحٌ، وَلَوْ قَالَ: أَرَدْتُ بِاللَّهِ وَنَفْتُ بِاللَّهِ ثُمَّ ابْتَدَأْتُ لِأَفْعَلَنَّ لَمْ يُقْبَلْ ظَاهِرًا، وَفِي التَّدْبِينِ خِلَافٌ، وَلَوْ قَالَ: بِالْجَبَّارِ وَالرَّحِيمِ وَالْحَقُّ وَالْعَلِيمِ وَالْحَكِيمِ وَمَا يُطْلَقُ عَلَى غَيْرِ اللَّهِ أَيْضًا فَهُوَ كِتَابَةٌ، وَكَذَا قَوْلُهُ: وَحَقَّ اللَّهُ وَحُرْمَةُ اللَّهِ، وَلَوْ قَالَ: وَقُدْرَةُ اللَّهِ وَعِلْمُهُ وَكَلَامُهُ فَهُوَ كِتَابَةٌ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ إِذْ يُرَادُ بِالْقُدْرَةِ الْمَقْدُورُ، وَهَذَا الْوَجْهُ فِي قَوْلِهِ وَجَلَالِ اللَّهِ وَعَظَمَتِهِ وَكِبَرِيَّتِهِ أَبَعَدَ، وَلَوْ قَالَ: بِلَّهِ عَلَى قَضْدِ التَّلْبِيسِ وَهِيَ الرُّطُوبَةُ فَلَيْسَ بِبَيِّنٍ، وَإِنْ نَوَى الْيَمِينَ أَعَمَدَ وَحَمَلَ حَذْفَ الْأَلْفِ عَلَى اللَّخْنِ، وَلَوْ قَالَ: بِالشَّيْءِ وَالْمَوْجُودِ وَأَرَادَ بِهِ الْإِلَهَ سُبْحَانَهُ فَلَيْسَ بِبَيِّنٍ، وَكَذَا كُلُّ مَا لَا تَعْظِيمَ فِيهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: وَمِنَ الْقِيُودِ الَّتِي يَشْتَمِلُ الضَّابِطُ الْمَذْكُورَ عَلَيْهَا قَوْلُهُ: «بِذِكْرِ اللَّهِ أَوْ صِفَتِهِ» وَيُخْرَجُ بِهِ صَوْرَتَانِ:

إحدهما: الحلف بالمخلوق مكروه؛ كالنبي والكعبة وجبريل والصحابة والآل؛ زوي أنه - ﷺ - قَالَ: «لَا تَحْلِفُوا بِآبَائِكُمْ وَلَا بِأُمَّهَاتِكُمْ وَلَا تَحْلِفُوا إِلَّا بِاللَّهِ»<sup>(١)</sup> وَأَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - أَدْرَكَ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَهُوَ يَسِيرُ فِي رَكْبٍ فَسَمِعَهُ يَحْلِفُ بِأَبِيهِ، فَقَالَ: «إِنَّ اللَّهَ يَنْهَاكُمْ أَنْ تَحْلِفُوا بِآبَائِكُمْ، فَمَنْ كَانَ حَالِفًا، فَلْيَحْلِفْ بِاللَّهِ، أَوْ لِيَضْمَتْ»<sup>(٢)</sup> قَالَ عُمَرُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - «فَمَا حَلَفْتُ بِهَا بَعْدَ ذَلِكَ ذَاكِرًا وَلَا آثِرًا» أَي: حَاكِيًا عَنِ غَيْرِي، قَالَ الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَأَخْشَى أَنْ يَكُونَ الْحَلْفُ بِغَيْرِ اللَّهِ مَعْصِيَةً، قَالَ الْأَصْحَابُ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ -: أَي مَحْرَمًا مَأْتُومًا بِهِ وَأَشَارَ إِلَى التَّرُدِّ فِيهِ، قَالَ الْإِمَامُ: الْأَصْحَحُ الْقَطْعُ بِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَحْرَمٍ وَالِاقْتِصَارُ عَلَى الْكِرَاهِيَةِ، وَمَنْ حَلَفَ بِغَيْرِ اللَّهِ، لَمْ يَنْعَقِدْ يَمِينَهُ، وَلَمْ تَتَعَلَّقْ الْكُفَّارَةُ بِالْحَنْثِ فِيهِ خِلَافًا لِأَحْمَدَ فِي الْحَلْفِ بِالنَّبِيِّ - ﷺ - خَاصَّةً.

لَنَا: الْقِيَاسُ عَلَى مَا سَلَّمَهُ، قَالَ الْأَصْحَابُ: وَلَوْ أَنَّ الْحَالِفَ بِغَيْرِ اللَّهِ تَعَالَى اعْتَقَدَ فِي الْمَخْلُوفِ بِهِ مِنَ التَّعْظِيمِ مَا يَعْتَقِدُهُ فِي اللَّهِ تَعَالَى كَفَّرَ، وَعَلَى ذَلِكَ يَحْمَلُ مَا زُوي أَنَّهُ - ﷺ - قَالَ: «مَنْ حَلَفَ بِغَيْرِ اللَّهِ، فَقَدْ كَفَرَ»<sup>(٣)</sup> وَيُزَوَّى «فَقَدْ أَشْرَكَ»<sup>(٤)</sup> وَلَوْ سَبَقَ لِسَانُهُ

(١) تقدم. (٢) متفق عليه أخرجه البخاري [٦٦٤٦] ومسلم [١٦٤٦].

(٣) رواه أبو داود والحاكم [١٨/١] واللفظ له من حديث سعيد بن عبيدة، عن ابن عمر بهذا، وفي روايه له أيضاً: كل يمين يحلف بها دون الله شرك.

(٤) هو عند أحمد [٤٩٠٤ - ٥٣٧٥] من هذا الوجه، وكذا عند الحاكم [٢٩٧/٤] ورواه الترمذي [١٥٣٥] وابن حبان [١١٧٧ موارد] وهذا رواه أبو داود [٣٢٥١] من هذا الوجه أيضاً بلفظ: فقد =

إليه من غير قصد، لم يوصف بالكراهة، ويكون بمثابة لُغو اليمين؛ وعلى ذلك يُحْمَلُ ما رُوِيَ أَنَّهُ - ﷺ - قال للأعرابي الذي قال: «لا أزيدُ عَلَيَّ هَذَا وَلَا أَنْقُصُ: أَفْلَحَ، وَأَيُّهُ، إِنْ صَدَقَ»<sup>(١)</sup> وإلى هذا المعنى يرجع قول من قال: إنه وقع صلة في الكلام.

**الثانية:** إذا قال: إن فعلتُ كذا، فأنا يهودي، أو نصراني، أو بريء من الله تعالى، أو من رسوله، أو من الكعبة، أو من الإسلام، أو مستحل الخمر والميتة، لم يكن ذلك يمينا، ولم تجب الكفارة بالحنث فيه، خلافاً لأبي حنيفة وأحمد - رحمهما الله - وأختج الأصحاب بأنه قولٌ عربيٌّ عن اسم الله تعالى وصفته، فلا ينعقد اليمين به، كما لو قال والسماء والأرض، ولعمري وأبي، وبأن المحلوف حراماً، فلا ينعقد به اليمين، كما لو قال: إن فعلتُ كذا، فأنا زانٍ أو سارق، وربما خُرَجَ الخلافُ على حقيقة اليمين، فعندنا يُعتبر فيه ذكر الله تعالى، ولم يُوجد عند أبي حنيفة أن اليمين هي تحقيق الوعيد بما يكفر بضده، فقول القائل: واللَّهِ، لأفعلن كذا، يتضمن تعظيم الله تعالى، والإنسانُ يَكْفُرُ بضده، وقوله: إن فعلتُ كذا، فأنا يهودي، يتضمن تعظيم الإسلام وإبعاد النفس عن التهود، وضده الرغبة في التهود والرضا به وهو كفر، هذا إذا قصد القائل تبعيد النفس عن ذلك، فأما من قال ذلك على قصد الرضا بالتهود وما في معناه، إذا فعل ذلك الفعل، فهو كافرٌ في الحال<sup>(٢)</sup>، ثم الكلام في القيد المذكور يتعلّق بفصلين:

= كفر وأشرك، قال البيهقي: لم يسمعه سعد بن عبيدة من ابن عمر، قلت: قد رواه شعبة عن منصور عنه، قال كنت عند ابن عمر، ورواه الأعمش عن سعد عن أبي عبد الرحمن السلمي عن ابن عمر.

(١) متفق عليه من حديث طلحة، كما تقدم في الصيام.

(٢) قال النووي: قال الأصحاب: وإذا لم يكفر في الصورة الأولى، فليقل: لا إله إلا الله محمد رسول الله ويستغفر الله، ويستدل بما ثبت في الصحيحين أن رسول الله ﷺ قال: «من حلف فقال في حلفه: بالللات والعزى، فليقل لا إله إلا الله، ويستحب أيضاً لكل من تكلم بقبح أن يستغفر الله. وتجب التوبة من كل كلام قبيح محرم، وستأتي صفة التوبة إن شاء الله تعالى في كتاب الشهادات. وقد ذكرت في آخر كتاب الأذكار جملاً كثيرة من حكم الألفاظ القبيحة، واختلاف أحوالها وطرق الخروج منها. والله أعلم.

وقول النووي: فليقل لا إله إلا الله ظاهره الوجوب، وبه جزم صاحب الاستقصاء ولكن النووي قال في نكت التنبيه أنه يستحب.

قال في الخادم: ووجه بعض فقهاء اليمن الإتيان بالشهادتين بأن الإتيان بإحدهما لا يكتفي بها في الإسلام، فكذلك لا يكتفي بها في الخروج من هذا النقصان وقول المصنف ويستغفر الله أي لجبر الخلل الحاصل فإنه معصية كما تقدم. نقله عن المطلب وغيره ونقل الغامري في شرحه للتنبيه عن الخطابي وغيره أنه يلزمه التوبة والاستغفار.

أحدهما: قال أهل اللسان: حُرُوفُ الْقَسَمِ ثَلَاثَةٌ، وهي الباء والواو والتاء، قالوا: والأصل الباء، وهي من صِلَةِ الْحَلْفِ أَوْ الْإِقْسَامِ، فكأنَّ الحالف يقول: حَلَفْتُ، أو أقسمت، أو يَأَلِّتُ بالله، ثم لما كثر الاستعمال، وفُهِمَ المقصود، حُذِفَ الفعل، ويلي الباء الواو، وآية قُصُورها عن الباء أن الباء تَدْخُلُ على الْمُضْمَرِ، كما تدخل على الْمُظْهَرِ؛ نقول: بِكَ وَبِهِ، لَأَفْعَلَنَّ كَذَا، بخلاف الواو، ويلي الواو الباء، وقد تقام الباء مُقَامَ الواو، كما في تُخْمَةٍ، وهي من الْوَخَامَةِ، وَثَرَاتٍ، وهو من قولهم وَرِثَ، وآية قصورها: أنها لا تدخل من الأسماء إلا على الله<sup>(١)</sup>، كما قال تعالى: ﴿تَاللَّهِ تَفْتَنُوا تَذَكَّرُ﴾ [يوسف: ٨٥] وقال: ﴿وَتَاللَّهِ لَأَكِيدَنَّ أَصْنَامَكُمْ﴾ [الأنبياء: ٥٧] ولا تدخل على سائر الأسماء، فإذا قال: تَاللَّهِ، لأفعلن كذا، فإن نوى اليمين، فلا شك أنه يمين على ذلك الفعل، وإن أطلق، فكذلك؛ لاشتغال الصيغة في الحلف عرفاً وشرعاً، وإن نوى غير اليمين؛ بأن قال: أردتُ وثقتُ بالله أو اعتصمت بالله، أو أستعين بالله، أو أومنُ، ثم ابتدأت: لأفعلنَّ، فالذي أورده أصحابنا العراقيون - رحمهم الله - وعليه جرى صاحب «التهذيب» والقاضي الروياني وغيرهم - رحمهم الله - أنه لا يكون يميناً، وتصير النية صارفةً إلى المحل المذكور؛ لاحتماله، واستبعد الإمام ما ذكره، وعده زللاً منهم، أو خللاً من ناسخ، ويُقَالُ أنه لو نوى غير اليمين، وادعى التورية<sup>(٢)</sup>، لم يُقْبَلْ ذلك فيما يتعلّق بحق الآدميين، كما في صورة الإيلاء، وهل يُقْبَلُ فيما بينه وبين الله تعالى؟.

عن القاضي الحُسَيْنِ: القطعُ بأنه لا يُقْبَلُ أيضاً، وعن الشيخ أبي محمد الفوراني أن فيه وجهين:

أحدهما: القبول، كما لو قال لزوجته: أنتِ طالقٌ وزعم أنه أراد طلاقاً من وثاق، فإنه يَدِينُ، ويل أولى؛ لأن الطلاق أسرعُ نفوذاً.

والثاني: المنع؛ لأن الكفارة تتعلّق باللفظ المحترم الذي أظهره ثم خالفه، وإظهار ما يخالف اللفظ لا يسقط ما ذكرناه من إظهار اللفظ ومخالفته، وحكى القاضي ابن كنج:

(١) لأن الباء لما كانت الأصل في القسم والواو بدل منها والتاء بدل من الواو ضاق تصرفها عن البدل والمبدل منه فلم تدخل على شيء مما يدخلان عليه سوى اسم الله تعالى.

قال الله تعالى: ﴿تَاللَّهِ تَفْتَنُوا تَذَكَّرُ يَوْسُفُ﴾.

قال ابن الخشاب إن التاء وإن ضاف تصرفها فلم تدخل إلا على اسم واحد فقد بورك لها في اختصاصها بأشرف الأسماء وأجلها فلا تدخل على غير لفظ الله أي لغة فلا يقال تريك.

وقال ابن مالك: حكى الأخفش ترب الكعبة وهو شاذ. وأما من جهة الشرع فإنه لو قال تالرحمن أو الرحيم انعقدت يمينه كما قاله البلقيني.

(٢) في ز: التوراة.

أن من الأصحاب مَنْ لم يفرّق بين قول الحالف: تالله، وبين قوله: بالله، هذا يقتضي إثبات الخلاف في كونه يميناً عند الإطلاق، كما ستعرفه في قوله: تالله، والأكثرُونَ جَزَوْا على ما قدّمناه، وأشار جماعة في قوله: واللّه، لأفعلن<sup>(١)</sup> إلى أنه يمين بكل حال، ولكنّ الأشبه أنه كقوله: بالله، وقد يقول المتلفّظ به: أردت؛ واللّه المستعان، ثم ابتدأت بـ «لأفعلن»، وليس في ذلك إلا لحنٌ في الإعراب، وسيأتي له نظائر، وأما إذا فقال: تالله، لأفعلن، وليس في ذلك كذا، فالمنصوص ها هنا وفي «الإيلاء»: أنه يمين، وعن نصه في «القسامة»: أنه ليس بيمين، وفيه طرق للأصحاب:

أحدها: إثبات قولين في المسألة:

أحدهما: أنه يمين؛ لأنّه مستعمل في القرآن والعرف لليمين، فصار كقوله؛ باللّه ووالله.

والثاني: المَنع؛ لأنّه لم يَشْتَهَر اشتهاً الباء والواو، ولا يَغْرِفُ القسمَ به كثيرٌ من الناس.

والثاني: أنه ليس بيمين في «القسامة»، وهو يمين في غيرها، وفرقوا من وجهين: أحدهما: أنه يُثَبِّت في القسامة حقاً لنفسه من قصاص له ودية، فلا يُفَنَع منه إلا بلفظ قويّ مشهور في اليمين وفي الإيلاء وسائر الأيمان، وذكره الامتناع من الفعل أو الإقدام عليه يدلّ على قصد اليمين.

والثالث: وهو الأظهر، وبه قال أبو الطيّب وأبو حفص وأبو إسحاق - رحمهم الله - القطع بأنه يمينٌ، وذكرنا لما نقل عن القسامة تنزيلين:

أحدهما: أنه وقع في الرواية تصحيفٌ، وإنما ذكر الشافعيّ - رضي الله عنه - ذلك في الباء المنقوطة باثنتين من تحتها يدلّ عليه؛ أنه علّل، فقال: لأنّه دعاء، ثم منهم من ينزل إيراده على أنه أراد ما إذا قال: ياالله على النداء، ومنهم مَنْ قال: أراد ياللّه، بفتح اللام، وقال: أراد دعاء الاستغاثة، وهذا أشبه وأقرب إلى التصحيف.

والثاني: حمّله على ما إذا قال القاضي: قل: بالله، فقال: تالله، فلا يُحسب ذلك؛ لأن الحَلِيفَ ينبغي أن يكونَ على وَفْق التحليف؛ ولذلك نقول: لو قال: قل: بالله، فقال: بالرحمن، لا يُحسب يمينه، وعلى عكسه، لو قال: قل: تالله، فقال: بالله، فعن القُفَال، أنّه يكون يميناً؛ لأنه أبلغ وأكثر استعمالاً في اليمين، ولو قال: قل: بالله، فقال: واللّه، قال الإمام: فيه تَرَدُّدٌ؛ لأن الباء والواو لا تكادان تتقاربان في مجرى

(١) في ز: لا أفعل.

الكلام، ولا يمتنع ألا يحنث؛ للمخالفة، وهذا المعنى يجيء في الصورة المنقولة عن القفال، واعلم أن الخلاف المذكور فيما إذا قال: تالله، ولم يقصد اليمين ولا غير اليمين، فأما إذا نوى به غير اليمين، فإنه لا يكون يميناً بلا خلاف، كذلك ذكره العراقيون، والقاضي الروياني وغيرهم - رحمهم الله -<sup>(١)</sup>.

وعلى هذا، فقولُهُ في الكتاب «فالكل صريح» معناه أنه يُؤثر من غير نية ويجوز إعلامه بالواو؛ لما تبين، وقد يفيد صريح الطلاق والعناق بما يُؤثر فيهما، وإن نوى غيرهما، ولا يمكن أن يحمل لفظ الصريح على مثله ههنا.

ولو قال: واللّه، بالرفع، فهو يمينٌ سواء نَعَمَه، أو لَمْ يَنْعَمَه، والخطأ في الإعراب لا يمنع انعقاد اليمين، وكذا لو قال: واللّه، نصب الهاء، ذكره في «البيان» وحكي عن القفال في قوله «واللّه» بالرفع: أنه لا يكون يميناً إلا أن ينوي به اليمين، ولو حذف حرف القسم، فقال: اللّه، لأفعلن كذا، ونوى اليمين، فهو يمين، وكذا لو نصب أو رفع، ويحتج له بما رُوِيَ أن النبي - ﷺ - قال، في حديث زكّانة: «اللّه، ما أزدت إلا واحة»<sup>(٢)</sup> رواه صاحب «البيان» بالرفع والقاضي الروياني بالجر، وروِيَ أنه - ﷺ - قال لابن مسعود - رضي الله عنه -: «ألله، قتلت أبا جهل» بالنصب، وإن أطلق، فالمشهور في الرفع أنه لا يكون يميناً، وإن كان يحتمل اليمين، فيحتمل ابتداء الكلام أيضاً، فلا يكون يميناً إلا بالنية، وفي «البيان» وجهٌ أنه لا يكون يميناً، كما سنذكر - إن شاء الله تعالى - في النصب والجر، وفي النصب والجر وجهان:

أظهرهما: أنه لا يكون يميناً، أيضاً، ووجهٌ بأن العادة لم تستمر بالحلف، كذلك، ولا يعرفه إلا خواص الناس.

والثاني: أنه يمينٌ، وبه قال أحمد، وحكاه ابن الصبّاغ عن أبي جعفر الاسترأبادي، ورواه القاضي الروياني في «البحر» عن أبي جعفر الترمذي - رحمهم الله - ووجهٌ بأن حروف القسم تظهر تارة، وتحذف أخرى ويقتصر على إضمارها، وبهذا أجاب صاحب الكتاب - رحمه الله - ههنا وفي «الوسيط» في صورة الجرّ، والأول أرجح عند المعظم، منهم صاحب الشامل وصاحب «التهذيب» وصاحب «التتمة» - رحمهم الله -، والخلاف على ما تبين حاصل في الأحوال الثلاث، لكنّ الجرّ أولاها بأن يكون يميناً؛ لإشعاره

(١) قال النووي: قال الدارمي: لو قال: يا الله - بالمشناة تحت - أو فالله بالفاء، أو الله بالاستفهام ونوى اليمين، فيمين، وإلا فلا.

(٢) تقدم في الطلاق، قال الرافعي: ذكره صاحب البيان بالرفع: والرواي بالجر، قلت: لم يقع في شيء من نسخ كتب الحديث مضبوطاً بالحروف، ووقع في أصل جيد من مسند أحمد بالنصب، لكن الجر هو المعتمد، وقد وقع في رواية الترمذي بلفظ فقال: والله، قلت: والله.

بالصلة الخافضة، ويليه النصب، وربما يقال: إنه نصب بنزع الخافض، ويليه الرفع، وبحسب هذه المراتب، قد يرتب الخلاف على الخلاف، ولو قال: «بله»<sup>(١)</sup> فشدد اللام وحذف الألف بعدها، فهو غَيْرُ ذَاكَ لِاسْمِ اللَّهِ تَعَالَى، ولا حالف، فإن البلة هي الرطوبة، ولكن إن نوى بما ذكره اليمين بالله تعالى؛ فعن الشيخ أبي محمد: أنه يكونُ يميناً ويحمل حذف الألف على اللحن<sup>(٢)</sup>، وبهذا أخذ صاحبُ الكتابِ والإمامُ - رحمهما الله - وعضده بأن الكلمة تجري كذلك على ألسنة العوامِّ والخواصِّ، وقد يستجيز العرب حذف الألف في الوقف؛ لأن الوقف يقتضي إسكان الهاء، وإذا اجتمع ساكنان في الوقف، جاز أن يحذف أحدهما، وقوله في الكتاب «على قصد التلبيس وهي الرطوبة» هذا التفسير غير محتاج إليه بل إذا لم يقصد اليمين، لا يكون ما أتى به يميناً، وإن لم يقصد التلبيس، ولم يرد الرطوبة.

### الفصل الثاني: للأصحاب في ضبط ما يُخَلَّفُ به طريقان:

أحدهما: وهي أقرب إلى سياق «المختصر»: أن اليمين لا ينعقد إلا إذا حَلَفَ بالله أو بأسم من أسمائه أو صفة من صفاته، وأرادوا بالقسم الأول أن يذكر ما يفهم منه ذات الله تعالى فلا يَحْتَمِلُ غيره من غير أن يأتي باسم مفرد أو مضاف من أسمائه الحسنَى؛

(١) كلمة بِاللَّهِ، بحذف الألف التي بين اللام الثانية والهاء، لغة في لفظ الجلالة، كما حكاها البيضاوي، وأشد على ذلك قول الشاعر:

أَلَا لَا بَارَكَ اللَّهُ فِي سَهَيْلٍ

وانظره في:

تنبيه الغافلين للعلامة الصفاقي:

إِذَا مَا أَلَّهَ بَارَكَ فِي الرِّجَالِ

الخصائص لابن جني.

(٢) قال النووي: ينبغي أن لا يكون يميناً، لأن اليمين لا يكون إلا باسم الله تعالى أو صفته، ولا يسلم أن هذا لحن، لأن اللحن مخالفة صواب الأعراب، بل هذه كلمة أخرى. والله أعلم. قال ابن الصلاح: ليس هو لحناً بل لغة حكاها الزجاجي وغيره، وهي شائعة فينبغي أن تكون يميناً عند الإطلاق.

قال الأذري: ولو استحضر النووي ما قاله ابن الصلاح ما قال ما قال وجزم في الأنوار بما نقله الرافعي عن الجويني والإمام والغزالي من أنها يمين إن نواها ويحمل حذف الألف على اللحن لأن الكلمة تجري كذلك على ألسنة العوامِّ والخواصِّ.

وهذا أوجه من كلام ابن الصلاح خلافاً لبعض المتأخرين لأن البلة تكون بمعنى الرطوبة فلا يكون يميناً إلا بنية.



كقوله: والذي أعبدته أو أسجدُ له أو أصلي له، أو الذي فإلِقِ الحبة، أو نفسي بيده، أو مقلب القلوب، ينعقد يمينه، سواءً أطلق، وقصد البارئ تعالى أو غيره، وإذا قال: قصدت غيره، لم يقبل ظاهراً، وكذا لا يُقبل فيما بينه وبين الله تعالى على المشهور، وذُكر فيه وجهٌ ضعيفٌ.

وأما القسم الثاني: وهو الحلفُ بالأسماء، ثلاثة أنواع:

**أحدها:** ما يختص بالله تعالى، ولا يُطلق في حق غيره، كالله وألله، والرَّحْمَن، وربِّ العالمين، ومالك يوم الدين، وخالقِ الخلقِ، والحَيِّ الذي لا يموت، والأولِ الذي ليس قبله شيءٌ، والواحد الذي ليس كمثلُه شيءٌ، فحكُم الحلفُ به حكُم الحلفِ بالقسم الأول، وفي كتاب القاضي ابن كج: أن الحلف بالأسماء ليس بصريح إلا باسم واحد، وهو الله، وهذا غريبٌ، وعد الإمام - رحمه الله - الخالق، والرازق من هذا النوع، ألحقهما الأكثرون بالرحيم وسائر ما يذكر في النوع الثاني؛ لأنهما يُطلقان في حق غير الله تعالى، يُقال: فلان خالق الكذب، وقال تعالى: ﴿وَتَخْلُقُونَ إِفْكًا﴾ [العنكبوت: ١٧] ورازق الجيش وقال تعالى: ﴿وَأَرْزُقُوهُمْ﴾ [النساء: ٥] وصاحب الكتاب اتبع فيه الإمام، فليعلم الاسمان بالواو، وليعرف الحال فيهما.

**والنوع الثاني:** ما يُطلق في حق الله تعالى، وفي حق غيره، لكن الغالب استعماله في حق الله تعالى، وأن يقيد في حق غيره بضربٍ من التقييد، كالرحيم، والجهار، والحق، والرب، والمتكبر، والقادر، والقاهر فإن حلف باسم منها وأطلق وأراد به الله تعالى، فهو يمين، وإن أراد به غيره، لم يكن يميناً؛ لأنه قد يستعمل في حق غيره، فيقال: فلان رحيم القلب، وجبار، ورب إبل، ومتكبر وقادر على هذا، وقاهر لفلان، ويجوز أن يعلم قوله و «الرحيم» بالواو؛ لأن القاضي ابن كج كأنه جعله كالرحمن، وعدّه في النوع الأول، وكذلك حكاه القاضي الروياني عن القاضي الطبري، وغلط فيه.

وأن يعلم قوله «فهو كناية» لأن ابن كج روى عن بعض التصانيف أن الحلف بأى اسم كان من الأسماء التسعة والتسعين التي ورد بها الخبر لا فرق بين بعضها وبعض.

**والنوع الثالث:** ما يُطلق في حق الله تعالى وفي حق غيره، ولا يُغلب استعماله في أحد الطرفين كالشيء، والموجود، والمؤمن، والكريم<sup>(١)</sup> وما أشبهها، فلا يكون يميناً، إن نوى به غير الله تعالى، أو أطلق، فإن نوى الله تعالى، فالذي أورده صاحباً «التهديب»

(١) الألف واللام في هذه الصفات ونحوها ليست للعموم ولا للعهد بل للكامل. قال سيويه: تكون لام التعريف للكامل تقول زيد الرجل تريد الكامل في الرجولية وكذا هي في أسماء الله تعالى، فإذا قلت الرحمن أي الكامل في الرحمة وكذا تنمة الأسماء.

و «المهذب» - رحمهما الله - وغيرهما: أنه يكون يميناً؛ لاحتمال اللفظ، وضمّنه النية، وفي شرح الموقّق بن طاهر: أن صاحب «التقريب» وأبا يعقوب حكياه عن شيخ الأوصحاب - رحمهم الله - وقطعوا به، والأظهر، وبه أجاب الشيخ أبو حامد وابن الصبّاغ والعراقيون وتابعهم الإمام وصاحب الكتاب - رحمهم الله - أنه لا يكون يميناً، ووجهه بأن اليمين إنما تتعقد إذا حَلَفَ بِأَسْمِ مُعْظَمِ الْأَسْمَاءِ الَّتِي تَطْلُقُ فِي حَقِّ الْخَالِقِ وَالْمَخْلُوقِ إِطْلَاقاً وَاحِداً لَيْسَ لَهَا حَرْمَةٌ وَلَا عِظْمَةٌ، فلا يتعقد بها اليمين<sup>(١)</sup>، واعلم أن صاحب التهذيب عدّ السميع، والبصير من النوع الثاني، ويشبه أن يكونا من هذا النوع، وأن صاحب الكتاب عدّ الحكيم والعليم من النوع الثاني، ويشبه أن يُعدّا من هذا النوع أيضاً، ويدل عليه أن «العالم» في «التهذيب» يندرج في هذا النوع، والله أعلم.

والقسم الثالث: الحلف بالصفات، وتكلم في صور منها على الأثر، هذه طريقة في الضبط.

والثانية: وهي أقصد: أن اليمين، إنما تتعقد، إذا حلف الحالف بما مفهومه ذات الله تعالى أو صفة من صفاته، ويندرج في الأول القسمان الأولان في ذلك القسم، وأما الكلام في الصورة المتعلقة بالصفات.

فمنها: إذا قال: وحق<sup>(٢)</sup> الله، لأفعلن كذا، فقد حكى الإمام فيه وجهين متصورة منهما، والمذكور في الكتاب: أنه كناية فلا يكون يميناً إلا إذا انضمت إليه النية؛ لأن حق الله تعالى يُطلق على العبادات التي أمر بها ويُطلق بمعنى استحقاقه الألوهية والعظمة، والتعالي، فلا يصير يميناً إلا بالنية، ويُروى هذا عن أبي حنيفة، وعن المُرزني في «مسائله المنثورة» ورواه شارح «مختصر الجويني» من أبي إسحاق:

وأظهرهما: وهو المنصوص، والذي يوجد للجمهور - رحمهم الله - أنه يمين، وإن أطلقه، ولم يكن له نية، وإنما ينصرف عن اليمين، إذا نوى فيه غير اليمين، وبه قال مالك وأحمد - رحمهما الله -، أما كونه يميناً عند الإطلاق، فقد وُجّه بطريقتين:

أشهرهما: أنه غلب استعماله في اليمين، فتصير هذه الغلبة قرينة صارفة للفظ إلى معنى استحقاق الألوهية والعظمة.

(١) قال النووي: الأصح أنه يمين، وبه قطع الرافعي في «المحرر» وصاحب «التنبيه» والجرجاني وغيرهما من العراقيين لأنه اسم يطلق على الله وقد نواه، وقولهم: ليس له حرمة مردود.

(٢) قال المروزي: ومعناه وحقية الإلهية لأن الحق ما لا يمكن جحوده، فهو في الحقيقة اسم من أسماء الله تعالى، وقال غيره: حق الله هو القرآن، قال تعالى: ﴿وَإِنَّ لِحَقِّ الْقَائِمِينَ﴾. والحلف بالقرآن يمين في صورة الإطلاق، فكذا ما نحن فيه.

والثاني: في «البيان»: أن أبا جعفر الاسترأبادي - رحمه الله - قال: حقُّ الله تعالى هو القرآن، قال الله تعالى: ﴿وَإِنَّهُ لَحَقُّ الْيَقِينِ﴾ [الحاقة: ٥١] يعني: القرآن، والحلفُ بالقرآن يمينٌ في صورة الإِطلاق، فكذلك ما نحن فيه، وأما انصرافه عن اليمين، إذا نوى به غير اليمين؛ فلاحتمال اللفظ له، وفي «التتمة»: أنه لو قال: وحقُّ الله، بالرفع، ونوى اليمين، فهو يمين، وإن أطلق، فلا، وإن قاله بالنصب، وأطلق، فوجهان وقد سبقَ نظير هذا في الحلف بأسم الله، والذي أجاب به في «التهذيب»: المنع في صورة النصب أيضاً، ولو قال: وحرمة الله، ففي النهاية حكايةً طريقين فيه:

أحدهما: أنه، كما لو قال: وحقُّ الله، وحرمة الله؛ خلاف ما أجاب به في الكتاب.

ومنها: لو قال: وقدرة الله، وعلم الله، ومشية الله، وسمع الله، وبصر الله، فهذه صفات قديمة، فإذا قصد الحالفُ بها اليمين أو أطلق، انعقدت يمينه، ولو قال: أردتُ بالعلم المعلوم وبالقدرة المقدور، قُبِلَ، ولم يكن يميناً؛ لأن اللفظَ مُحتمِلٌ، كذلك يُقال في الدعاء: اغفر عِلْمَكَ فينا، أي: معلومك، ويُقال: انظر إلى قدرة الله تعالى أي مَقْدُورِهِ، فيكون كما لو قال: ومعلوم الله ومقدور الله وخلق الله ورزقِهِ، وذلك ليس بيمين، ويمثله أجاب الإمامُ في إحياء الله، ولو قال: وعظمة الله، وكبرياء الله، وعزته، وجلاله، وبقائه، فالحكمُ كما في العلم والقدرة، ولم يفرقوا بين الصفات المعنوية الزائدة على الذات وغيرها، هذا هو المذهبُ الظاهرُ، ونُقِلَ الإمامُ وراءه وجهين:

أحدهما: إن الحلفَ بهذه الصفات نازلٌ منزلةً قوله «بالله» بالرحمن، ونحوهما حتى لو قال: أردت به غير اليمين، لا يقبل ظاهراً.

والثاني: إن أراد غير اليمين، يُقبل في العلم والقدرة؛ للاحتمال المذكور، ولا يُقبل في الجلال والكبرياء والعظمة؛ إذ لا يتخيل فيها مثل ذلك الاحتمال، وضعف هذا الوجه الفارق، فقال: قد يقول الإنسان عاينت كبرياء الله وعظمته، ويريد مثل ذلك، وعند أبي حنيفة قولُ القائل «وعلم الله» ليس يميناً، وقوله «وقدرة الله» يمينٌ، ولو قال: أردتُ غير اليمين، لم يُقبَل، وعن أحمد: القدرة مثله.

ومنها: لو قال: وكلام وكتاب الله، انعقدت اليمين، كما لو حلف بالعلم والقدرة ويمثله أجاب صاحبُ «التهذيب» فيما إذا قال: وكتاب الله وقرآن الله، وإبراهيم المرؤزي - رحمه الله - فيما لو قال: والقرآن، وإنما هو مثبتٌ في المصحف، وقال الشيخ أبو سعد المتوَلِّي في «التتمة»: إذا حلف بالمصحف، فإن قال: وحرمة ما هو مكتوبٌ فيه، فهو يمين، وكذا لو قال: وحرمة هذا المصحف؛ لأن احترامه؛ لما هو مكتوب فيه،

وإن أراد الرِّقَّ والجلدَ، لم يكن يميناً<sup>(١)</sup> وإذا قال: والقرآن، وأراد غير اليمين، لم يكن يميناً وقد يراد بالقرآن الخطبة والصلاة، وعند أبي حنيفة: قولُ القائل «وَكَلَامَ اللَّهِ» ليس بيمين بحال، وتكلموا في سببه، قيل؛ لأن القرآن عنده مخلوقٌ وقيل: لم يقل بخليق القرآن، لكن قال: لا نعهدُ الحلف به.

وقوله في الكتاب «فهو كناية على أحد الوجهين» لم يكن تفسير الكناية ههنا بما يتوقَّف تأثيره على النية، بخلاف قوله قبله «فهو كناية» لأن الحلف بالصفات يمينٌ عند الإطلاق، ولا يتوقَّف على النية، ولا يوجد فيه خلافٌ في كتب الأصحاب - رحمهم الله - ويصح تفسيرها ههنا بأنه ينصرف عن اليمين بالنية، وهو الوجه المشهور ويجيء فيه ما رواه الإمام - رحمه الله - وقوله «وهنا الوجه في قوله: وجلالِ اللَّهِ، وعظمتِهِ، وكبريائه» يعد إشارةً إلى الوجه الفارق بينها وبين العلم والقدرة، ويجوز أن يعلمَ قوله: «فهو كناية» بالحاء والألف؛ لما حكينا من مذهب أبي حنيفة وأحمد - رحمهما الله - أن اللفظ لا ينصرف عن اليمين بالنية في قوله: «وقدرة الله».

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَلَوْ قَالَ: أَقْسِمُ أَوْ أَخْلِفُ بِاللَّهِ أَوْ أَقْسَمْتُ بِاللَّهِ وَتَوَى الْوَعْدَ أَوْ الْإِخْبَارَ قُبِلَ، وَمُطْلَقُهُ يَنْزُلُ عَلَى الْيَمِينِ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ: أَشْهَدُ، وَفِي لُزُومِ الْكُفَّارَةِ بِهِ عَلَى الْمَلَاعِنِ وَجْهَانِ كَمَا فِي الْإِبْلَاءِ، وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ وَأَيْمُ اللَّهِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ صَرِيحٌ، وَقَوْلُهُ: لَعَمْرُ اللَّهِ كِنَايَةٌ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِي الْفَضْلِ مَسْأَلَتَانِ:

إحدهما: إذا قال: أقسم بالله، أو أحلف بالله أو أقسمت بالله، أو حلفت بالله، فله أحوال:

أحدها: أن يقول أردتُ بالأولِ الوعدَ بالحلف، وبالثاني الإخبارَ عن حلفٍ ماضٍ، فيقبل في الباطن، وأما في الظاهر، فإن علم أن له يميناً ماضيةً، قبل قوله: إني أردتها بأقسمتُ بلا خلاف، وإلا، فالنص أنه يُقبلُ قوله أيضاً في إرادة الوعد أو الإخبار عن الماضي، فقال في «الإبلاء»: إذا قال: أقسمتُ بالله، لا وَطِئْتُكَ، ثم قال أردتُ يميناً

(١) قال النووي: لم يتعرض لما إذا قال: والمصحف، وأطلق، وهو يمين، صرح به بعض الأصحاب، وبه أفتى الإمام أبو القاسم الدولعي خطيب دمشق، من متأخري أصحابنا، قال: لأنه إنما يقصد به الحلف بالقرآن المكتوب ومذهب أصحابنا وغيرهم من أهل السنة أن القرآن مكتوب في المصاحف محفوظ في الصدور، ولا يقصد الحالف نفس الورق والمداد، ويؤيده أن الشافعي رضي الله عنه، استحسّن التحليف بالمصحف، واتفق الأصحاب عليه، ولو لم ينعقد اليمين، به عند الإطلاق لم يحلف به.

في زمانٍ ماضٍ، لم يُقبل قوله، وفيها ثلاث طرقٍ للأصحاب - رحمهم الله -:

أشهرها: أن في الإيلاء وسائر الأيمان قولين بالنقل والتخريج:

أحدهما: أنه لا يُقبل قوله؛ لأن قول القائل: أقسمت بالله أو أقسم بالله إنشاءً يمينٍ في العُزف، والشرع، فلا يُقبل منه صرْفُه إلى الماضي، كما أن قوله: «أنت طالق» لِمَا كان إنشاءً طلاقٍ لم يُقبل قوله إذا قال: أردت طلاقاً سابقاً.

وأصحُّهما: وهو المذكور في الكتاب: القبول؛ لظهور الاحتمال.

والثاني: القطعُ بالمنع، وحمل ما ذكرها هنا على القبول الباطن.

والثالث: تقرير النَّصِّين، والفرق أن الإيلاء متعلِّقٌ حقُّ المرأة، وحقوق الأدميين ممَّا يضيِّقُ فيه، وسائر الأيمان الحَكْمُ فيها بالكفارة، وهي حقُّ الله تعالى.

والثانية: أن يقول: أردتُ اليمين؛ فيكون يميناً لا محالة.

الثالثة: أن يطلق، فلا ينوي شيئاً، وهل يكون يميناً، والحالة هذه؟.

أطلق مطلقون؛ منهم أبو يعقوب الأبيوردي فيه خلافاً، ثم منهم من يقول: وجهان، ومنهم من يقول: قولان، ويوجِّه المنعُ بأن صلاحية «أقسمتُ» للماضي، «وأقسم» للمستقبل ظاهرةٌ فلم يأت بلفظ صريح في الإنشاء، ويوجه كونه يميناً بأن العُزف مُطَرِّدٌ باستعمال اللفظين في إنشاء اليمين، وذكر جماعة في كيفية تولُّد هذا الخلاف، منهم القاضي ابنُ كجج وأبو بكر الطوسي - رحمهما الله - أن ظاهر نصه في «الأيمان» أنه ليس بيمين عند الإطلاق، ونص في «الإيلاء» على أنه يمين، فتصرف فيهما متصرفون بالنقل والتخريج، وفَرَّقَ فارقون بمثل ما سَبَقَ في الحالة الأولى، والأصحُّ من الخلاف عند الإمام أنه ليس بيمين، وبه أجاب الصيدلاني، وعند المغظم: أنه يمين، ولم يتعرض كثيرون لحكاية الخلاف فيه، وعن بعض الأصحاب: أنه لا فَرْقَ بين قوله: «أقسمت» فلم يجعله صريحاً عند الإطلاق، وبين قوله: «أقسم» فجعله صريحاً، وهو ضعيف<sup>(١)</sup>.

الثانية: إذا قال: أشهدُ بالله أو شهدتُ بالله، فإن نوى اليمين، فهو يمين، وقد ورد الشرع بهذه اللفظة بمعنى اليمين؛ قال تعالى: ﴿قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللَّهِ﴾ [المنافقون: ١] والمراد نَحْلِفُ، ولذلك قال تعالى على الأثر: ﴿اتَّخَذُوا أَيْمَانَهُمْ جُنَّةً﴾ [المنافقون: ٢] وإن أراد غير اليمين، فلا يكون يميناً، وهذا قد يكون لإرادة غير القسم؛ بأن يريد الإيمان بالله تعالى والشهادة بوحدايته، وقد يكون لإرادة الوعد

(١) قال النووي: لو قال: أليت أو أولى، فهو كحلف أو أحلف ذكره الدارمي. وهو ظاهر.

والإخبار عن الماضي مع إرادة القَسَم، كما ذكرنا في قوله: «أقسم بالله وأقسمت» وإن أطلق، ففيه طُرُق:

أشهرها<sup>(١)</sup>: أن في كونه يميناً وجهين: وجهٌ كونه يميناً وروود الشرع بالشهادة بمعنى القَسَم؛ قال تعالى: ﴿فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ﴾ [النور: ٦] واللعان يمينٌ، ووجه المنع: أنه لم يطرد به عرف اللغة ولا الشرع، ويحتمل أن يريد؛ أشهد بوحداية الله تعالى، ثم يبتدىء؛ لأفعلنَ كذا، على هذا ينطبق كلامُ الكتاب؛ فإنه قال في «أقسم أو أقسمت»: «إن مطلقه ينزل على اليمين على أحد الوجهين»، ثم قال: «وكذلك قوله: أشهد» فأشعر العطفُ بطرد الوجهين، لكنهم رجّحوا ههنا الوجهَ الذاهب إلى أنه ليس بيمين، لتردّد الصيغة بخلاف صنيعهم في قوله: «أقسم وأقسمت».

والثاني: عن أبي إسحاق: القطع بأنه يمينٌ.

والثالث: عن أبي الطيب بن سلمة: القطع بأنه ليس بيمين، ونسبه الإمام إلى العراقيين. ولو قال: أعزم بالله أو عزمْتُ بالله، لأفعلنَ، لم يكن ذلك يميناً، ولا ورد الشرع به، لكن، إن نوى به اليمين، فهو يمين؛ لاحتمال أن يريد الإخبار عن عزمه، والحلف على المعزوم عليه.

ولو قال: أقسِم، أو أقسنتُ، أو أحلفُ، أو حلفتُ أو أشهدُ أو شهدْتُ أو أعزمُ أو عزمْتُ، لأفعلنَ كذا، ولم يقل: بالله، لم يكن يميناً سواء نوى اليمين أم لا؛ لأنه لم يحلف بأسم الله تعالى ولا صفة من صفاته، وعند أبي حنيفة: هو يمين، إذا نوى اليمين أو أطلق، وعند مالك: إن نوى اليمين، فهو يمين، وإن أطلق، فلا، وعن أحمد روايتان كمنهيهما.

ثم في المسألة فروغٌ تتعلّق باللعان؛ وهو أن الملاعن، إذا قال في لعانه: أشهد بالله، وكان كاذباً، هل تلزمه الكفارة؟ فيه وجهان عن رواية صاحب «التقريب»:

الأظهرُ: الوجوبُ، وقرب الإمام الخلاف من الخلاف في أن المولى هل تلزمه الكفارة إذا وطىء، ووجه الشبه أن الإيلاء لاقتضائه الفراق وإفضائه إليه جعل في قول خارجاً عن الأيمان المحضة، فكذلك اللعان؛ لاقتضائه الفراق، وذكر أن التصوير فيما إذا زعم أنه قصد اليمين أو أطلق، وجعل مطلقه يميناً، قال: ويمكن أن يجيء الخلاف، وإن قصد غير اليمين؛ لأن ألفاظ اللعان معروضةٌ عليه في مجلس الحكم، ولا أثر للتورية في الأيمان الجارية في مجلس الحكم، ولك أن تقول: إنما لا يؤثر القصد والتورية في الأيمان المعروضة في مجلس الحكم في الأحكام الظاهرة، والكفارة حكمٌ

(١) من ز: أظهرهما.

بينه وبين الله تعالى، فيشبه أن يُقال: لا يلزمه، إذا لم يقصد اليمين.

**الثالثة:** إذا قال: **وَأَيْمُ اللَّهِ**، لأفعلن كذا، أو **وَأَيْمَنُ اللَّهُ**، فإن نوى به اليمين، فهو يمين، وقد روي أنه - **ﷺ** - قال: **«وَأَيْمُ اللَّهِ، إِنَّهُ لَخَلِيقٌ بِالْإِمَارَةِ»**<sup>(١)</sup> وإن أطلق، ولم يثنو<sup>(٢)</sup> شيئاً، فوجهان:

أحدهما: أنه يمين، لكثرة استعماله في اللغة يميناً، وقد ذكر أن أصل **«أَيْمُ اللَّهِ»** **«أَيْمَنُ اللَّهُ»** وأن الأيمن جمع اليمين، وأن التقدير: **وَأَيْمَنُ اللَّهُ** قسماً، فكأنه قال: حلفت بالله.

**وأظهرهما:** المنع؛ لأنه لا يعرفه ولا يستعمله إلا خواص الناس، ولذلك قال الأصحاب: لو قال: **لَا هَا اللَّهُ**<sup>(٣)</sup>، ولم يرد اليمين، لا يكون يميناً، وإن كان يستعمل يميناً في اللغة؛ لعدم اشتهاه<sup>(٤)</sup> ويعبر عن الوجه الأول بأنه صريح، وعن الثاني بأنه كناية.

فقوله في الكتاب وقيل: إنه صريح كالمستغنى عنه: لأن الظاهر من قوله وكذلك قوله **«وَأَيْمُ اللَّهِ»** رد العطف إلى الوجهين السابقين في قوله **«ومطلقة ينزل على اليمين على أحد الوجهين»**.

**الرابعة:** إذا قال: **لَعَمْرُ اللَّهِ**، لأفعلن كذا، فإن أراد به اليمين، فهو يمين، والمراد منه البقاء والحياة، وهو قريب من العمر لكنه في هذا الموضع لم يجيء إلا مفتوح العين، ونذكر أن المعنى **لَعَمْرُكَ قَسَمِي** أو **يَمِينِي** أو ما أقسم به، وإن لم ينو شيئاً، وأطلق، ففيه وجهان:

(١) متفق عليه أخرجه البخاري [٣٧٣٠ - ٤٢٥٠ - ٤٤٦٨ - ٤٤٦٩ - ٦٦٢٧ - ٧١٨٧، مسلم - ٢٤٢٦] من حديث ابن عمر: بعث رسول الله **ﷺ** بعثاً، وأمر عليهم أسامة بن زيد، الحديث، ووقع في أصل المصنف تخييط في لفظ لخليق.

(٢) في ز: بين.

(٣) قال النووي: وقوله: وإيم الله بكسر الميم وضمها والضم أشهر، ولاها الله بالمد والقصر، وإن نوى به اليمين كان يميناً قطعاً.

(٤) قال ابن بطال: هي **«هَا أَلَيْ لِلتَّيْبِي»**، جعلت عوضاً من **حَزَبِ الْقَسَمِ**، وقد روي فيها **المد**، ولا أعلم لها وجهاً، وكذا روي في حديث الرِّبَا **«الْبُرُّ بِالْبُرِّ وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ... إِلَى أَنْ قَالَ: هَاءُ وَهَاءُ»** يريد: **يَدَا يَبِيدَ، وَمَعْنَاهَا فِي الرِّبَا: حُذْ، يُقَالُ: هَاكَ الدَّرْهَمَ، أَي: حُذْ. وَفِي كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى: «هَآؤُمْ أَقْرَأُوا كِتَابِي» فَمَدَّهَا لِأَجْلِ الهمزة التي نغدها، وقيل: هي ممدودة في نفسها، وكذلك: **«هَا أَتَمُّ هَآؤُلَامٍ»** وَأَشْدُّوا لَعَلِّي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ:**

أَسَاطِمَ هَائِي السَّيْفِ غَيْرَ دَمِيمٍ فَلَسْتُ بِرَغِيدٍ وَلَا بِلِيمٍ

ينظر: النظم المستعذب ١٩٧/٢ - ١٩٨.

أظهرهما: أنه ليس بيمين؛ لأنه كما يُطلق بمعنى البقاء، يُطلق بمعنى العبادات والمفروضات.

والثاني: أنه يمين؛ لاشتهاره في اليمين لغةً، وبهذا قال أبو حنيفة وأحمد، وبه قال ابن سريج - رحمهم الله - في جوابات الجامع الصغير، وأبو الطيب بن سلمة، واختاره صاحب «الإفصاح»<sup>(١)</sup>، ومما يناسب هذه الصورة، إذا قال: علي عهد الله وميثاقه وأمانته وكفأته، لأفعلن كذا، فإن أراد اليمين، فهو يمين، والمراد من عهده استحقيقه لإيجاب ما أوجب علينا وتعبئنا به، وإن أراد غير اليمين، لم يكن يميناً، والمراد العبادات التي أمرنا بها، وإذا أطلق، فعلى وجهين:

عن أبي إسحاق: أنه يمين؛ للعادة الغالبة، وبه قال أبو حنيفة ومالك - رحمهما الله - والأظهر خلافه؛ لتردد اللفظ، وبالعبادات فسرت الأمانة في قوله تعالى: ﴿إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ﴾ [الأحزاب: ٧٢] وإذا أراد اليمين بهذه الألفاظ فتعقد يمين واحدة، والجمع بين الألفاظ تأكيد، كما لو قال: والله الرحمن الرحيم، ولا يتعلّق بالحنث إلا كفارة واحدة، وقال مالك: يتعلّق بكلّ لفظ كفارة، ولك أن تقول: إن قصد بكلّ لفظ يميناً، فليكن كما لو حلف على الفعل الواحد مراراً<sup>(٢)</sup>.

ولو قال: وعهد الله وميثاق الله وأمانة الله، قال في «التتمة» إن نوى به اليمين، فهو يمين، وإن أطلق فلا؛ خلافاً لأحمد، وعن أبي حنيفة - رحمه الله -: أن العهد والأمانة يمين، بخلاف الميثاق.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: فَرَعَ: إِذَا قَالَ: إِنْ فَعَلْتُ كَذَا فَلِلَّهِ عَلَيَّ صَوْمٌ أَوْ صَلَاةٌ لَزِمَهُ الْوَفَاءُ عَلَى قَوْلٍ كَمَا لَوْ قَالَ: إِنْ شَفَى اللَّهُ مَرِيضِي أَوْ ذَكَرَ حُصُولَ نِعْمَةٍ أَوْ دَفَعَ بَلِيَّةً، وَعَلَى قَوْلٍ يَلْزِمُهُ كَفَّارَةٌ يَمِينٍ لِأَنَّ مَقْصُودَهُ الْمَنْعَ وَيَجْرِي فِي كُلِّ مَا يُقْصَدُ امْتِنَاعُهُ، وَعَلَى قَوْلٍ يَتَخَيَّرُ بَيْنَ الْوَفَاءِ وَالْكَفَّارَةِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ فَعَلْتُ فَعَلَيَّ نَذْرٌ فَهُوَ كَقَوْلِهِ عَلَيَّ عِبَادَةٌ إِنْ أَوْجَبْنَا الْوَفَاءَ وَعَلَيْهِ تَعِينُ عِبَادَةٌ يَلْزَمُ مِثْلَهَا بِالنَّذْرِ، وَإِنْ فَرَعْنَا عَلَى الْقَوْلِ الْآخَرَ فَعَلَيْهِ كَفَّارَةٌ يَمِينٍ نَصَّرَ عَلَيْهِ، وَلَوْ قَالَ: فَعَلَيَّ يَمِينٌ فَهُوَ لَعَوٌ، وَقِيلَ: عَلَيْهِ كَفَّارَةٌ يَمِينٍ، وَلَوْ قَالَ: مَالِي صَدَقَةٌ فَهُوَ لَعَوٌ، وَقِيلَ: هُوَ كَمَا لَوْ قَالَ: عَلَيَّ أَنْ أَتَّصِدَّقَ، وَقِيلَ: هُوَ كَجَعْلِ الشَّاةِ صَحِيَّةً فَتَصِيرُ صَدَقَةً وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَعَوٌ.

(١) في أ: الإيضاح.

(٢) قال النووي: هذا الذي استدركه الرافي - رحمه الله - صحيح موافق للنقل، قال الدارمي: قال ابن القطان: إذا نوى التكرار ففي تكرار الكفارة القولان فيمن حلف على الفعل الواحد مراراً، وطرده في قوله: والله الرحمن الرحيم.



**قَالَ الرَّافِعِيُّ:** صورة الفرع أن يمنع نفسه من فعل أو يحثها عليه بتعليق التزام قرينة بالفعل أو الترك، وهذا التصوير قد يُقال له: **يمين الغضب واللجاج**، ويُجعل قسيماً لسائر الأيمان، بصيغته المشهورة، وكذلك جعل صاحب الكتاب الباب في «الوسيط» فضلين: أحدهما: في صيغ الأيمان الصرائح منها والكنيات.

**والثاني:** في يمين الغضب واللجاج، وهو ما رسمه فرعاً ههنا، وقد يُقال له: نذر الغضب واللجاج، ويُجعل قسيماً لنذر التبرة وهو التزام القرينة، إما ابتداءً أو معلقاً بنعمة يبغيها أو بزوال نعمة يرجو كشفها، وله الكتاب المفرد التالي لـ «كتاب الأيمان»، وربما سُمِّيَ يمين الغلق ونذر الغلق، إذا عرفت ذلك، فإذا قال: إن كلمت فلاناً أو أكلت كذا أو دخلت الدار أو إن لم أخرج من البلد، فله علي صوم شهر أو صلاة أو حج، أو إعتاق رقبة ثم إنَّ كلمه أو أكل أو دخل، أو خرج، فقد روي فيما يلزمه ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يلزمه الوفاء بما التزم؛ لأنه التزم عبادة في مقابلة شرط، فتلزمه عند وجود الشرط، كما لو قال: إن شفَى الله مريضِي، أو رزقني ولداً، فله علي كذا.

**والثاني:** أن عليه كفارة يمين؛ لما روي عن عقبة بن عامر - رضي الله عنه - أن النبي - ﷺ - قال: «كفارة التَّنْذِرِ كَفَّارَةُ الْيَمِينِ»<sup>(١)</sup> وعن عائشة - رضي الله عنها - أنها سُئِلَتْ عمن جعل ماله في رتاج الكعبة، إن كلمَ ذا قرابة له، فقالت: «يُكْفَرُ مَا يُكْفَرُ الْيَمِينِ» والمعنى فيه أن المقصود إذا قال: إن كلمت فلاناً، فعلي كذا، منع النفس منه، ومن قوله: إن لم أخرج من البلد، حمل النفس على الخروج، فكان كاليمين في غرض المنع والحمل، فيكون موجه موجب اليمين.

**والثالث:** وبه قال أحمد - رحمه الله -: إنه يتخيَّر بين الوفاء بما التزم وبين أن يُكْفَر كفارة يمين؛ لأنه يشبه النذر من حيث إنَّه التزم قرينة، واليمين من حيث إنَّ مقصوده مقصود اليمين، فلا سبيل إلى الجَمْع بين موجبيهما، ولا إلى تعطيلهما، فوجب التخيير، هذا هو الطريق المعتد، والأقوال معزّية إلى نصوص الشافعي - رضي الله عنه - في مواضع وصور مختلفة، ويُقال: إن قول التخيير مخرَّج غير منصوص، ثم إيراد العراقيين من الأصحاب يقتضي أن يكون المذهب التخيير، لكن الأصح على ما ذكر صاحب «التَّهْذِيبِ» وإبراهيم المروزي والموفق بن طاهر وغيرهم - رحمهم الله -: وجوب الكفارة، ووراء ذلك طُرُق:

أحدها: القطع بالتخيير.

**والثاني:** عن العبادي: نفي التخيير، والاقتصار على القولين الأولين.

(١) رواه مسلم [١٦٤٥] وأبو داود والترمذي والنسائي.

والثالث: الاقتصار على التخيير، ووجوب الكفارة، ونفي القول الأول.

والرابع: الاقتصار على التخيير، ووجوب الوفاء، ونفي القول الثاني؛ وهو وجوب الكفارة، وهذا يوافق ما حكاه الصيدلاني وغيره عن القفال؛ وهو أنه كان يذكر قولَي الوفاء والتخيير، ولا يذكر قول وجوب الكفارة، ولكن رُوِيَ أن أبا الربيع لا يلاقي قال: سَمِعْتُ الْحُلَيْمِيَّ - رحمه الله - يَقُولُ فِي نَذْرِ اللَّجَاجِ: يَتَعَيَّنُ عَلَيْهِ كَفَّارَةُ الْيَمِينِ، قُلْتُ: مَنْصُوصُ الشَّافِعِيِّ - رضي الله عنه - هُوَ؟ قَالَ: نَعَمْ؛ فَلَمَّا رَجَعْتُ إِلَى مَرُوحِكَيْهِ لِلْقَفَّالِ، فَلَمْ يَصِدِّقْنِي، ثُمَّ إِنَّهُ طَالَعَ الْكُتُبَ تِلْكَ اللَّيْلَةَ، فَلَمَّا جَلَسَ فِي الْغَدِ لِلدُّرْسِ قَالَ: أَسْهَرْتَنِي الْبَارِحَةَ، قَدْ طَالَعْتَ الْكُتُبَ فَالْمَسْأَلَةُ مَنْصُوصَةٌ، كَمَا قَالَ الْحُلَيْمِيُّ، فَلَعَلَّ مَا يُنْسَبُ إِلَى الْقَفَّالِ، كَانَ قَبْلَ هَذِهِ الْحِكَايَةِ.

ويجوز أن يُعَلِّمَ لهذه الطرق قوله في الكتاب «على قول» أولاً وثانياً وثالثاً بالواو.

وعن أبي حنيفة ثلاث روايات كالأقوال، لكن الأشهر والمختار عند أصحابه قول وجوب الوفاء، فليُعَلِّمَ الآخِرَانِ بِالْحَاءِ، وليُعَلِّمَ الْأَوْلَانِ بِالْأَلْفِ: لِمَا مَرَّ.

التفريع: إن قلنا بوجوب الكفارة، فلو وقى بما التزم، فهل تَسْقُطُ الكفارة؟ في «شرح مختصر الجويني» - رحمه الله - ذَكَرَ وجهين فيه، والظاهرُ: المنعُ، فإن كان الملتزم من جنس ما يتأذى به الكفارة، فالزيادة، على قدر الكفارة تقع تطوعاً، وإن قلنا: يتخير، فلا فرق بين الحجِّ والعمرة وبين سائر العبادات، وخرج قول أنه يلزم الوفاء بهما، بخلاف سائر العبادات؛ لعظم أمرهما، كما يلزمان بالشرع.

وإذا كان قد التزم على وجه اللجّاج إعتاق عبد بعينه، فإن قلنا: عليه الوفاء بما التزم، أعتقه كيف كان، وإن قلنا: عليه كفارة يمين، فإن كانت بحيث تجزىء عن الكفارة، فله أن يعتق غيره، وأن يعتقه أو يُطْعِمَ أو يَكْسُوَ، وإن كانت بحيث لا تجزىء، واختار الإعتاق، أعتق غيره وإن قلنا: يتخير، فإن اختار الوفاء، أعتقه كيف كان، وإن اختار التكفير، اعتبر في إعتاقه صفات الأجزاء، وإن كان قد التزم إعتاق عبده، فإن أوجبنا الوفاء، أعتقهم، وإن أوجبنا كفارة اليمين، أعتق واحداً.

ولو قال: إن فعلت كذا، فعبدي حرٌّ، نزل العتق إذا فعله بلا خلاف.

ولو قال: إن فعلت كذا، فعليّ أو فليله عليّ نذراً، فالحكاية عن النص: أنه يلزمه كفارة يمين، وبهذا أجاب صاحب «التهذيب» وإبراهيم المروزي - رحمهم الله - واحتج له بما رُوِيَ أن النبي - ﷺ - قال: «كَفَّارَةُ النَّذْرِ كَفَّارَةُ الْيَمِينِ»<sup>(١)</sup> وعن القاضي الحسين

وغيره: أن هذا مفرَّعٌ على قول وجوب الكفارة؛ أما إذا أوجبنا الوفاء، فيلزمه قرينة من القُرب، والتعيين إليه، وليكن ما يعينه مما يلزم بالندر، وعلى قول التخيير يتخير بين ما ذكرنا، وبين الكفارة.

وقوله في الكتاب «وإن فرعنا على القول الآخر» يعني قول وجوب الكفارة.

ولو قال: إن فعلتُ كذا، فعليّ كفارة يمين فالواجب كفارة يمين على<sup>(١)</sup> الأقوال كلها. ولو قال: فعليّ يمين أو فله يمين، فالظاهر أنه لغو، فإنه لم يأتِ بنذر ولا بصيغة اليمين، وليست اليمين مما يلزم في الذمة، وفيه وجه؛ أنه يلزمه كفارة يمين، إذا فعله، ويُجعل اليمين التي هي سبب الكفارة عبارة عن المسبب، قال الإمام - رحمه الله -: وعلى هذا، فالوجه أن يُجعل كنايةً، ويرجع إلى نيته.

ولو قال: نذرت لله، لأفعلن كذا، فإن نوى اليمين، فهو يمين، وإن أطلق، ففيه وجهان، أوردهما الفوراني وصاحب «التهذيب» وأجريا فيما لو قال (ازخدای یزیرختم)<sup>(٢)</sup>، وينبغي أن يجعل هذا نذراً، أو ينظر في الملتزم؛ أهو طاعة أم لا؟ ويجري في كل قسم حكمه.

وعن الشيخ أبي محمد: أن صاحب العلق، إذا ذكر أجناساً من القُرب مثل أن يقول: إن دخلتُ الدار، فله علي حَجٌّ وعتقٌ وصدقةٌ، فيحتمل أن يعدد ذلك الكفارة، إذا قلنا تجب الكفارة، والظاهر الاتحاد، فإننا، إذا لم نوجب الوفاء، فلا نظر إلى الملتزم تعدد أو اتحد.

وفي «التهذيب»: أنه لو قال ابتداءً: لله عليّ أن أدخل الدار اليوم، فالمذهب أنه يمين، وعليه كفارة اليمين إن لم يدخل، وكذا لو قال لامرأته: إن دخلتُ الدار، فله عليّ أن أطلقك، فهو كقوله: إن دخلتُ الدار فوالله لأطلقنك، حتى لو مات أحدهما قيل التطلق، يلزمه كفارة يمين، ولو قال: إن دخلتُ الدار، فله عليّ أن أكل الخبز، فدخل الدار، فالمذهب أن عليه كفارة اليمين، وفيه وجه: أن ذلك لغو لا يجب به شيء، ولك أن تقول: الملتزم في هذه الصور فعلٌ مباح، والصيغة صيغة نذر، وسيأتي في «كتاب النذر» القول فيما إذا نذر مباحاً.

وإذا قال الرجل ابتداءً: مالي صدقةٌ أو في سبيلِ الله، فعن القاضي الحسين: أنه لغو؛ لأنه لم يأتِ بصيغة التزام، وهذا ما أورده صاحب الكتاب أظهر، وقال في «التتمة»: إن كان المفهوم من اللفظ في عرفهم معنى النذر أو نواه، فهو كما لو قال:

(٢) جملة فارسية معناها: قبلت من الله.

(١) سقط من: أ.

عليّ أن أتصدق بمالي، أو أنفقه في سبيل الله، وإلا، فلا حكمَ له، وعن الشيخ أبي محمّد - رحمه الله - : فيه وجهان :

أحدهما : أنه كما لو قال : عليّ أن أتصدق بمالي، فيلزمه التصدّق .

والثاني : أن ماله يصير بهذه اللفظة صدقةً، كما لو قال : جعلتُ هذه الشاة ضحيّةً وخرّج الإمام وصاحب الكتاب - رحمهم الله - على هذا الوجه ما إذا قال : إن فعلتُ كذا فما لي، صدقةً، والمعتمد الذي نقله الجمهور - رحمهم الله - ونصّ عليه الشافعي - رضي الله عنه - أنه إذا قال : إن كلّمتُ فلاناً أو فعلتُ كذا، فمالي صدقةً، فهو بمثابة قوله : فعليّ أن أتصدق بمالي أو بجميع مالي؛ لأنه الذي يسبق إلى الفهم من هذه اللفظة، وحينئذٍ، فطريق الوفاء أن يتصدّق بجميع أمواله، وإذا قال : في سبيل اللّهِ، يتصدّق بجميع أمواله على العزّاة، كما لو قال : إن شفّى اللّهُ مريضِي، أو رجع غائبي، فللّهِ عليّ التصدّق بجميع مالي، فشفي، وقال أبو حنيفة : عليه أن يتصدّق بأمواله الزكّاتية دون غيرها، فإن لم يكن له إلا المالُ الزكّاتيُّ، أمسك قدر النفقة، فإذا أيسر، أخرج بدّله، وقال مالكٌ : يلزمه أن يتصدّق بثلث ماله، ويكفيه ذلك، وهذه رواية عن أحمد - رحمه الله - .

واعلم أن الصيغة قد تتردّد، ويحتمل نذر التبرُّر ونذر اللّجاج، والرجوع فيه إلى قصد الشخص وإرادته، وفرّقوا بينهما بأنه في نذر التبرُّر يرغب في السبب، وهو شفاء المريض مثلاً بالتزام المسبّب، وهو القرية المسمّاة، وفي نذر اللّجاج يرغب عن السبب؛ لكراهية الملتزم، وذكر الأصحاب في ضبطه : أن الفعل إما طاعة أو معصية، أو مباح، والالتزام في كل واحد منهما تارة يعلّق بالإثبات، وأخرى بالنفي، أمّا في الطاعة، ففي طرف الإثبات يتصوّر نذر التبرُّر؛ بأن يقول : إن صليتُ، فلله عليّ صوم يوم، أي : إن وفقني اللّهُ للصلاة، صمتُ، فإذا وفق لها، لزمه الصوم، ونذر اللّجاج؛ بأن يقال له صلّ، فيقول لا أصلي، وإن صليتُ فعلي صومٌ أو عتقٌ، ففيما يلزمه، إذا صلى الأقوال، وفي طرف النفي لا يتصوّر نذر التبرُّر؛ لأنه لا برّ في ترك الطاعة ويدخله نذر اللّجاج؛ بأن يمنع من الصلاة، فيقول : إن لم أصلّ، فلله عليّ كذا، فإذا لم يصلّ، ففيما يلزمه الأقوال، وأما المعصية، ففي طرف النفي يتصوّر نذر التبرُّر؛ بأن يقول : إن لم أشرب الخمر، فعليّ كذا، يريد؛ إن عصمني الله عنه ونذر اللّجاج؛ بأن يمنع من شربها، فيقول : إن لم أشرب، فلله عليّ عتق أو صدقة وفي طرف الإثبات، لا يتصوّر إلا نذر اللّجاج؛ بأن يؤمر بالشرب، فيقول : إن شربت فلله عليّ كذا، وأما المباح فيتصوّر في طرفي النفي والإثبات فيه النوعان معاً، فالتبرُّر في الإثبات مثل أن يقول : إن أكلتُ كذا، فلله عليّ صوم، يريد إن يسره الله لي، ونذر اللّجاج بأن يؤمر بأكله،

فيقول: إن أكلت، فَلَله عليّ كذا، والتبرير بالنفي؛ بأن يقول: إن لم أكلُ كذا، فعليّ صومٌ، يريد؛ إن أعانني الله على كَسْرِ شهوتي، فتركته، وهذا واللجاج؛ بأن يمنع من الأكل؛ فيقول: إن لم أكلُ، فَلَله عليّ كذا، وفي «الوسيط» أن من الأصحاب - رحمهم الله - من منع التبرُّر في المباحات، وإذا قال: إن رأيتُ فلاناً، فَلَله عليّ صوم أو حجٍّ، فإن أراد؛ إن رزقني الله رؤيته، فهو نذر تبرُّر وإن ذكَّره لكرهته رؤيته، فهو نذر لجاج.

فرعان:

الأول: لا فرق في جميع ذلك بين أن يقول: فعليّ كذا، وبين أن يقول: فَلَله عليّ، وفي وجه: إذا لم يذكر الله، لم يلزمه شيء.

والثاني: لو قال: أيمان البيعة لازمة لي، فقد ذكر الأصحاب - رحمهم الله - أن البيعة في زمان رسول الله - ﷺ - كانت بالمصافحة، فلما وُلِّيَ الحجَّاجُ، رتبها على أيمان تشتمل على ذكر اسم الله تعالى، وعلى الطلاق والعَتاق والحجِّ وصدقة المال، فإن لم يرد القائل الأيمان التي رتبها الحجَّاجُ، لم يلزمه شيء، وإن أرادها، نُظر؛ إن قال: فطلاقها وعتاقها، انعقدت يمينه بهما، ولا حاجة إلى النية، وإن لم يصرح بذكرهما ونواهما، فكذلك؛ لأنهما ينعقدان بالكناية مع النية، ولا تنعقد اليمين بالله تعالى على ما بيَّنا نظائره.

### الباب الثاني في الكفارة

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَالنُّظْرُ فِي السَّبَبِ وَالْكَفِيَّةِ وَالْمُلْتَزِمِ، أَمَا السَّبَبُ فَهُوَ الْيَمِينُ (ح) وَلَكِنْ يُوجِبُ عِنْدَ الْحِنْثِ، وَقَائِدَتُهُ أَنَّهُ يَجُوزُ تَقْدِيمُهَا (ح) بَعْدَ الْيَمِينِ عَلَى الْحِنْثِ إِذَا كَانَتْ الْكُفَّارَةُ صَوْمًا أَوْ كَانَ الْحِنْثُ مَحْظُورًا فِيهِمَا وَجِهَانِ، وَيَجُوزُ كُفَّارَةُ الْقَتْلِ بَيْنَ الْجَرْحِ وَالْمَوْتِ، وَكُفَّارَةُ الظَّهَارِ بَيْنَ الظَّهَارِ وَالْعَوْدِ، وَالْحِنْثُ لَا يَحْرُمُ بِالْيَمِينِ لَكِنَّ الْأَوْلَى الْأَخْتَارُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْخَيْرُ فِي الْحِنْثِ، وَقِيلَ: الْأَوْلَى أَنْ يَحْنَثَ، وَقِيلَ: يَتَخَيَّرُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: النظر في الكفارة في ثلاثة أمور، في سبب وجوبها، وفي كفييتها في نفسها، وفيمن تلزمه.

أما الأول، فقد نقل جماعة من الأصحاب، منهم القاضي الروياني وجهين في أن سبب الكفارة<sup>(١)</sup> ماذا؟ أحدهما: أن سببها اليمين، إلا أنها توجب عند الحنث، كما

(١) دليل مشروعيتها: الكتاب. والستة. والإجماع.

أما الكتاب: فقول الله تعالى: ﴿لَا يَأْخُذْكُمْ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يَأْخُذْكُمْ بِمَا عَقَدْتُمْ =

الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين ﴿ الآية .

بين الله سبحانه وتعالى أن اليمين اللغو لا مؤاخذة فيها وأن اليمين المنعقدة فيها المؤاخذة وهي الكفارة فكان ذلك دليلاً على مشروعية الكفارة عند الحنث في اليمين .

وأما السنة : فما روي عنه ﷺ أنه قال : « إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فأت الذي هو خير وكفر عن يمينك » فأنت تراه ﷺ بين أن الحالف إذا أراد أن يفعل ما حلف على عدم فعله لأن المصلحة في فعله له ذلك وعليه أن يكفر عن يمينه . فأفاد أن الكفارة في اليمين مشروعة عند الحنث فيها .

وأما الإجماع : فقد اتفقت كلمة المسلمين سلفاً وخلفاً على أن الكفارة في اليمين بالله مشروعة ولا تعلم من يخالف في ذلك .

واختلفت كلمة العلماء في سبب كفارة اليمين . فمنهم من قال : « إن السبب هو الحنث ، وأما اليمين فسبب بعد الحنث ، وشرط قبله للانعقاد وإلى هذا ذهب أصحاب الرأي ، ومنهم أبو حنيفة وأصحابه وداود الظاهري . ومنهم من قال : « إن السبب هو اليمين ، وأما الحنث فشرط أو سبب ، وعليه المالكية والشافعية والحنابلة وربيعة والأوزاعي » .

ثم اختلفوا بعد ذلك في نوع اليمين التي هي سبب أو شرط في الكفارة ومن المتفق عليه بين العلماء : أن الكفارة لا تجب في كل يمين ، فإن الأيمان منها ما هو يمين بالطلاق أو العتاق ، ومنها ما هو يمين بالله - تعالى - وهي المشروعة ؛ لقول رسول الله - ﷺ - : « إِنَّ اللَّهَ يَنْهَأكُمْ أَنْ تُخْلِفُوا بِآبَائِكُمْ فَمَنْ كَانَ حَالِفاً فَلْيُخْلِِفْ بِاللَّهِ أَوْ لِيَصْمِتْ » .

ويقول ﷺ لعبد الرحمن بن سمرة « إِذَا حَلَفْتَ عَلَى يَمِينٍ فَرَأَيْتَ غَيْرَهَا خَيْرًا مِنْهَا فَكْفُرْ عَنْ يَمِينِكَ ثُمَّ اثْبِتِ الَّذِي هُوَ خَيْرٌ » .

من هذين الحديثين وأمثالهما : يعلم أن اليمين التي تشرع فيها الكفارة : هي اليمين بالله - تعالى - ، لأن الرسول - ﷺ - جعل اليمين المعتبرة هي اليمين بالله - تعالى - كما هو مقتضى الحديث الأول .

ثم قال لعبد الرحمن بن سمرة « إِذَا حَلَفْتَ عَلَى يَمِينٍ فَرَأَيْتَ غَيْرَهَا خَيْرًا مِنْهَا . . . الخ » فعلم من ذلك : أن الكفارة إنما تكون في اليمين المشروعة له والمعتبرة عندهم ، وهي اليمين بالله - تعالى - فلا كفارة في غيرها ، كاليمين بالطلاق أو العتاق ، وإنما فيها تنفيذ ما حلف به ، وهو الطلاق أو العتق ، وهذا مذهب جمهور الفقهاء .

غير أن اليمين بالله - تعالى - منها ما هو يمين لغو ، وما هو يمين منعقدة كما تقدم . وذهب جمهور العلماء إلى أنه لا كفارة ، في يمين اللغو ، سواء تعلقت بالماضي أو بالحال أو بالاستقبال ؛ لقوله - تعالى - : « لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ . . . ﴾ الآية فقد نسر - سبحانه وتعالى - المؤاخذة بقوله : « فَكْفَارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ » . . الآية ، فعلم من ذلك : أن المؤاخذة المنفية في اللغو هي الكفارة ، وذلك يفيد بظاهره أن يمين اللغو لا كفارة فيها من غير تفصيل .

وقالت المالكية : « إن تعلقت بغير المستقبل ، فلا كفارة فيها ، وإن تعلقت به ، ففيها الكفارة ، لشبهها باليمين المنعقدة من حيث إن فيها انتهاكاً لِحُرْمَةِ التَّعْظِيمِ بحلفه على ما يجمله من غير أن يثبت في ذلك .

وقد اختلفوا في تفسير اللغو :

فمنهم من قال : هو ما جرى على لسان الحالف من غير قصد « كَلَا وَاللَّهِ ، وَيَلَى وَاللَّهِ ، وهم =

= الشافعية ورواية عن أبي حنيفة، وهو مروى عن ابن عمر وابن عباس وعائشة - رضي الله عنهم - والشعبي وعكرمة وعطاء والقاسم وغيرهم، وسواء تعلق عندهم بالماضي أو بالمستقبل؛ لقوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ...﴾ الآية يقال: «لَنَا يَلْغُو، وَلَعْنَا يَلْغَا إِذَا تَكَلَّمَ بِمَا لَا حَقِيقَةَ لَهُ، وَلَا قَصْدَ لَهُ فِيهِ، وَقَدْ ذَكَرَ فِي التَّفْسِيرِ هُوَ مَا يَسْبِقُ إِلَيْهِ اللِّسَانُ مِنْ غَيْرِ قَصْدٍ، كَقَوْلِهِ: «لَا وَاللَّهِ، وَبَلَى وَاللَّهِ» قَالَ الْأَزْهَرِيُّ: اللُّغْوُ فِي كَلَامِ الْعَرَبِ عَلَى وَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا: فَضُولُ الْكَلَامِ، وَبَاطِلُهُ الَّذِي يَجْرِي عَلَى غَيْرِ عَقْدٍ.

والثاني: ما كان فيه رفث وفحش ومأثم.

وقال قتادة في قوله تعالى: ﴿لَا تَسْمَعُ فِيهَا لِأَخِيَةٍ﴾: ما يؤثم. وقالت عائشة - رضي الله عنها - إن رسول الله ﷺ قال: «يَغْنِي فِي اللَّغْوِ فِي الْيَمِينِ»، هُوَ كَلَامُ الرَّجُلِ فِي بَيْتِهِ: «لَا وَاللَّهِ وَبَلَى وَاللَّهِ»، أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ، وَرَوَاهُ الزَّهْرِيُّ وَعَبْدُ الْمَلِكِ بْنُ أَبِي سَلِيمَانَ وَمَالِكُ بْنُ مَعْمَرٍ عَنْ عَطَاءِ بْنِ عَائِشَةَ مَوْقُوفًا.

وقالت المالكية: هو الحلف على شيء يعتقده الحالف «أي: يغلب على ظنه فيظهر له خلافه»، وهو مذهب الحنفية.

وحجتهم في ذلك: «أَنَّ قَوْمًا تَرَاجَعُوا عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ - وَهُمْ يَرْمُونَ بِحَضْرَتِهِ، فَحَلَفَ أَحَدُهُمْ لَقَدْ أَصَبْتُ وَأَخْطَأْتُ يَا فُلَانُ، فَإِذَا الْأَمْرُ بِخِلَافِ ذَلِكَ. فَقَالَ الرَّجُلُ: حَنْتَ يَا رَسُولَ اللَّهِ. فَقَالَ ﷺ: أَيْمَانُ الرِّمَاءِ لَغْوٌ لَا حَنْتَ فِيهَا وَلَا كَفَّارَةٌ»، فقد جعل النبي - ﷺ - يمين من حلف، وهو ظانه أن الأمر على ما حلف، فإذا هو بخلافه يمين لغو لا كفارة فيها، وذلك مفيد أن لغو اليمين هو ما تقدم.

وقالت الحنابلة: هو ما جرى على اللسان من غير قصد أو الحلف على شيء يعتقده، فيظهر له خلافه، ودليلهم ما تقدم للشافعية والمالكية والحنفية.

وإذا نظرنا إلى دليل كل وجدنا أن اللغو الذي ينبغي أن يعتبر هو: ما جرى على اللسان من غير قصد فقط. لأن هذا هو معنى اللغو في اللغة، والألفاظ تحمل على معانيها اللغوية، ما لم يرد عن الشرع ما يحملها على خلافه، ولم يرد عنه ما يخالف ذلك، بل وَرَدَ ما يعضده فقد أَجَابَتْ عائشة - رضي الله عنها - جِيئًا سئِلَتْ عَنِ اللَّغْوِ فِي الْيَمِينِ أَنَّهُ هُوَ كَلَامُ الرَّجُلِ فِي بَيْتِهِ. «لَا وَاللَّهِ وَبَلَى وَاللَّهِ»، ووافقها على ذلك كثير من الصحابة والتابعين، فإن كان هذا القول قائلته عن سماع من رسول الله - ﷺ - فالحجة فيه واضحة، وإن كان قولاً منها، فهو تفسير لصحابي يعرف معاني الألفاظ اللغوية، والمعاني الشرعية، وقوله مقبول.

وأما حديث الرِّمَاءِ: فقد قال الحافظ فيه: أنه لا يثبت؛ لأنه من مراسيل الحسن، وهو ممن لا تعتبر مراسيله؛ لأنه كان لا يتحرى الثقة.

اليمين المنعقدة: الناظر في الآية الكريمة ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ...﴾ الآية يرى أن اليمين قسمان لا ثالث لهما فما خرج من اللغو دخل في الانعقاد وتثبت فيه الكفارة سواء تعلق بالماضي أو بالحال أو بالاستقبال وإلى هذا ذهب الشافعي ولذا جعل اليمين الغموس يميناً منعقدة وأثبت فيها الكفارة من غير تفصيل.

ووجهه في ذلك أن الله سبحانه وتعالى قد جعل الأيمان قسمين: لغوا ومنعقدة وما سوى اللغو منعقدة وفيها الكفارة بقوله سبحانه ﴿وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ =

= مساكين... ﴿ الآية.

ويقول عائشة: أيمان اللغو ما كان في المرء والهزل والمزاح. والحديث الذي لا يعقد عليه القلب. وأيمان الكفارة كل يمين حلف على وجه من الأمر في غضب أو غيره ليفعلن أو ليركن ذلك عقد الأيمان التي فرض الله فيها الكفارة فالآية الكريمة تعم الماضي والمستقبل وتعلق الإثم لا يمنع الكفارة كما أن الظهار منكر من القول وزور وتعلق به الكفارة.

وقالت الأئمة الثلاثة الأيمان ثلاثة: لغو ومنعقدة وهو الحلف على أمر مستقبل ليفعلن أو ليركن، وغموس، وهو ما كان الحالف بها عالماً بكذبه فيما حلف عليه.

فقال الحنفية والحنابلة لا كفارة فيها سواء تعلقت بالماضي أو بالحال لقوله ﷺ «خمس من الكبائر لا كفارة لهن. الإشراف بالله تعالى، والفرار من الزحف وبهت المؤمن، وقتل المسلم بغير حق، والحلف على يمين فاجرة يقطع بها مال امرئ مسلم».

وقالت المالكية اليمين الغموس إن تعلقت بالحال أو الاستقبال ففيها الكفارة ولعل وجهتهم في ذلك أن اليمين عند تعلقها بالماضي يكون الكذب فيها محققاً والذنب فيها عظيماً فتصير أكبر من أن تعمل فيها الكفارة. أما عند تعلقها بالحال أو بالاستقبال فيكون الأمر على خلاف هذا فتصبح قريبة من اليمين المنعقدة وتأخذ حكمها فتعمل فيها الكفارة.

وبالنظر في أدلة كل نرى أن القول بعدم الكفارة من غير توبة في يمين الغموس هو الراجح لأن الرسول ﷺ أخبر بصريح العبارة بأنه لا كفارة فيها. وأما استدلال الشافعية بشمول الآية لها مطلقاً لغير ظاهر لما تقدم من الحديث وأما تفرقة المالكية في اليمين الغموس بين الماضي والحال والمستقبل فدعوى يعوزها الدليل ويردها قول الرسول ﷺ «خمس من الكبائر لا كفارة فيها... الخ» وعد منها اليمين الغموس لأنه ﷺ لم يفرق في الغموس بين الماضي وغيره فالتوبة مسقطة لحق العبد والكفارة لحق المولى سبحانه.

في اليمين هل هو اليمين فقط والحنث يكون شرطاً في وجوبها وإلى ذلك ذهب جمهور العلماء منهم مالك والشافعي وأحمد وربيعة والأوزاعي وابن حزم.

أو السبب هو الحنث واليمين شرط لانعقاد السبب سبباً وإلى ذلك ذهب أصحاب الرأي منهم الإمام الأعظم أبو حنيفة وأصحابه وداود الظاهري.

وقد تفرع على هذا الخلاف جواز تقديم الكفارة على الحنث وعدم جواز ذلك، فجمهور العلماء لما قالوا إن اليمين سبب للكفارة والحنث شرط فيها أجازوا تقديم الكفارة على الحنث لأن تقديم الشيء على شرطه بعد حصول سببه أمر معروف في الشرع ومعهود فيه ألا ترى أن الزكاة يجوز تقويمها على الحول بعد وجود سببها وهو ملك النصاب.

وأما أصحاب الرأي الثاني القائلين بأن السبب هو الحنث واليمين شرط فلم يجيزوا تقديم الكفارة على الحنث لأن تقديم الشيء على سببه لا يجوز وهم يرون أن الحنث هو سبب الكفارة لا شرط فيها ولكل وجهة نذكرها فيما يأتي:

يرى الجمهور أن الكفارة أضيفت إلى اليمين في لسان الشرع وأهل اللغة والعرف بالله تعالى يقول: «ذلك كفارة أيمانكم».

وأهل اللغة والعرف يقولون كفارة اليمين لا كفارة الحنث والإضافة تقتضي أن يكون المضاف إليه سبباً للمضاف متى كان المضاف حكماً شرعياً أو متعلق حكم شرعي ولا شك أن المضاف ههنا =



متعلق الحكم الشرعي لأن الكفارة متعلق الحكم الشرعي الذي هو الوجوب فتكون الإضافة دليلاً على أن اليمين هي سبب الكفارة ومتى ثبت ذلك جاز تقويم الكفارة على الحنث لأن تقويم الشيء على شرطه بعد حصول سببه لا مانع منه شرعاً.

يؤيد ذلك ما رواه البخاري عن عبد الرحمن بن سمرة قال: قال لي رسول الله ﷺ: «إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فكفر عن يمينك ثم ائت الذي هو خير».

ويما رواه البخاري عن أبي موسى الأشعري - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ أنه قال: «إني إن شاء الله لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيراً منها إلا كُفرت عن يميني وأتيت الذي هو خير» أو أتيت الذي هو خير وكُفرت عن يميني فأنت ترى أن الرسول ﷺ في الحديث الأول يقول لعبد الرحمن: فكفر عن يمينك ثم ائت الذي هو خير. وهذا يفيد بظاهره أنه يجب تقديم الكفارة عن الحنث ولا يصح تأخيرها إلى ما بعد الحنث ولكن هذا الظاهر مصروف عن ظاهره بقوله ﷺ في حديث أبي موسى الأشعري «إلا كُفرت عن يميني وأتيت الذي هو خير أو أتيت الذي هو خير وكُفرت عن يميني، فإن قوله عليه الصلاة والسلام هذا يدل على جواز تقديم الكفارة على الحنث كما يدل على جواز تقديم الحنث على الكفارة. ويؤخذ من الحديثين معاً أن الكفارة تجوز قبل الحنث وبعده، فمن منع تقديمها على الحنث يكون محجوجاً بهذه الأحاديث كما يكون محجوجاً بها من منع التكفير بالصوم وهم الشافعية لاستدلالهم بهذه الروايات في البعض دون البعض. وجهة أصحاب الرأي.

وجهة أصحاب الرأي ومن ذهب مذهبهم أن الكفارة قد أضيفت إلى اليمين وتلك الإضافة من إضافة الشيء إلى شرطه لا إلى سببه كإضافة الكفارة إلى الإحرام في قولنا كفارة الإحرام، وإضافة الصدقة إلى الفطر في قولنا صدقة الفطر. وإضافة الشيء إلى شرط وإن كانت مجازية لأن الأصل إضافة الشيء إلى سببه إلا أنه يجب المصير إلى المجاز ههنا لأن القرينة تمنع من جعل اليمين سبباً للكفارة إذ لو كانت سبباً لها لكانت مفضية إليها إذ السبب ما أفضى إلى المسبب مع أن اليمين لم تفض إلى الكفارة لأنها منعقدة للبر مانعة من الحنث محرمة له فكيف تكون سبباً له ولهذا لا تجب الكفارة إلا بعد انتقاض تركيب اليمين بالحنث ويستحيل أن يقال في شيء إنه سبب لحكم لا يثبت ذلك الحكم إلا بعد انتقاضه فتعين أن يكون الحنث هو السبب ولو كانت اليمين هي السبب لأفضت إليها في كل يمين ولا قائل بذلك بخلاف الحنث.

ويؤيد ذلك أن الكفارة إنما شرعت لستر الجنابة غالباً والجنابة لم تحصل باليمين وإنما حصلت بالحنث فناسب أن تقع بعده لتستر تلك الجنابة التي حصلت به ويرد ذلك بأن اليمين سبب إذا لم يفقد الشرط وهو الحنث لأن فقد الشرط مانع ودعواهم أن السبب هو الحنث يتأتى فيه هذا لأنه ليس دائماً مفضياً، وإذا كان الاقضاء في الجملة كافياً فهو موجود في اليمين.

ويرد أيضاً بأننا ما دنا متفقين على أن تقديم الشيء على سببه لا يجوز، وأن تقديمه على شرطه بعد حصول سببه لا مانع منه شرعاً لا يصح بعد هذا أن يقال: إن إضافة الكفارة من إضافة الشيء إلى شرط حتى يكون الحنث سبباً وإلا لاقتضى منع تقديم الكفارة على الحنث مع أن الأحاديث المتقدمة ظاهرة وواضحة في جواز تقديمها عليه وقولهم إن الكفارة شرعت لستر الجنابة الخ إن دل فإنما يدل على أفضلية تأخير الكفارة على الحنث لا على منع تقديمها عليه وفرق بين الأمرين.

يُوجِبُ مَلَكُ النَّصَابِ فِي الزَّكَاةِ عِنْدَ انْقِضَاءِ الْحَوْلِ، كَأَنَّ مَنْ قَالَ بِهِ جَعَلَ الْحِنْثَ شَرْطًا، وَاحْتَجَّ لَهُ بِأَنَّ الْكُفَّارَةَ مَنْسُوبَةً إِلَى الْيَمِينِ؛ عَلَى مَا قَالَ تَعَالَى: ﴿ذَلِكَ كَفَّارَةٌ أَيْمَانِكُمْ﴾ [المائدة: ٨٩] فتكون اليمينُ سبباً لها، ككفارة الوقاع، وكما يُقال: حَدُّ الزَّنا وَحَدُّ الشَّرْبِ، وَهَذَا مَا أوردَهُ فِي الْكِتَابِ.

وَأظْهَرَهُمَا: عِنْدَ عَامَةِ الْأَصْحَابِ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - : أَنَّ السَّبَبَ الْيَمِينُ وَالْحِنْثُ جَمِيعًا: لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ السَّبَبُ مَجْرَدَ الْيَمِينِ، لَوَجِبَتِ الْكُفَّارَةُ، وَإِنْ لَمْ يَوْجَدْ الْحِنْثُ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ السَّبَبَ الْحِنْثُ، وَالْيَمِينُ سَبَبٌ لِتَحْرِيمِ الْحِنْثِ، وَهَذَا كَمَا أَنَّ الْإِحْرَامَ يُحْرَمُ الْوَطْءَ وَاللَّبْسَ، وَالْوَطْءَ يَوْجِبُ الْكُفَّارَةَ، فَيَجُوزُ أَنْ يُعْلَمَ؛ لَمَّا ذَكَرْنَا قَوْلَهُ فِي الْكِتَابِ أَمَّا السَّبَبُ فَهُوَ الْيَمِينُ بِالْحَاءِ وَالْوَاوِ، وَإِذَا تَقَرَّرَ ذَلِكَ، فَفِي الْفَصْلِ مَسْأَلَتَانِ:

أحدهما: يَجُوزُ تَقْدِيمُ الْكُفَّارَةِ عَلَى الْحِنْثِ، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ وَأَحْمَدُ؛ خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - .

لَنَا: مَا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - قَالَ لِعَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ سُمْرَةَ: «إِذَا حَلَفْتَ عَلَى يَمِينٍ، فَرَأَيْتَ غَيْرَهَا خَيْرًا مِنْهَا، فَكْفَرْ عَنْ يَمِينِكَ، ثُمَّ أَتَيْتَ الَّذِي هُوَ خَيْرٌ» وَأَيْضًا<sup>(١)</sup> فَإِنَّ الْكُفَّارَةَ حَقٌّ مَالِيٌّ يَتَعَلَّقُ بِسَبَبَيْنِ، فَجَازَ تَعْجِيلُهُ بَعْدَ وُجُودِ أَحَدِ السَّبَبَيْنِ، كَتَعْجِيلِ الزَّكَاةِ بَعْدَ وُجُوبِ النَّصَابِ، وَالْأَوْلَى أَنْ يُؤَخَّرَ التَّكْفِيرُ عَنِ الْحِنْثِ لِلخُرُوجِ عَنِ الْخِلَافِ، هَذَا إِذَا كَانَ يَكْفُرُ بِغَيْرِ الصَّوْمِ وَلَمْ يَكُنِ الْحِنْثُ بَارْتِكَابَ مُحْظُورٍ، فَأَمَّا إِنْ كَانَ يَكْفُرُ بِالصَّوْمِ، فَظَاهِرُ الْمَذْهَبِ: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ قَبْلَ الْحِنْثِ؛ لِأَنَّ الصَّوْمَ عِبَادَةٌ بَدَنِيَّةٌ، وَالْعِبَادَاتُ الْبَدَنِيَّةُ لَا تَقْدَمُ عَلَى الْوَقْتِ، إِذَا لَمْ يَكُنْ حَاجَةً مَاسَّةً؛ كَالصَّلَاةِ وَصَوْمِ شَهْرِ رَمَضَانَ، وَأَيْضًا، فَإِنَّ الصَّوْمَ إِنَّمَا يَجُوزُ التَّكْفِيرُ بِهِ عِنْدَ الْعَجْزِ عَنِ جَمِيعِ الْخِصَالِ الْمَالِيَّةِ، وَإِنَّمَا يَتَحَقَّقُ الْعَجْزُ بَعْدَ الْوُجُوبِ، وَفِيهِ وَجْهٌ: أَنَّهُ يَجُوزُ التَّكْفِيرُ بِهِ قَبْلَ الْحِنْثِ كَسَائِرِ الْخِصَالِ، وَفِي «شَرْحِ مُخْتَصَرِ الْجَوِينِيِّ»: أَنَّ أَبَا زَيْدٍ حَكَاهُ قَوْلًا عَنِ الْقَدِيمِ، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ، وَيُرْوَى مِثْلُهُ عَنِ أَحْمَدَ - رَحِمَهُمَا اللَّهُ - وَقَدْ يَحْتَجُّ لَهُ بِظَاهِرِ قَوْلِهِ - ﷺ - «فَلْيُكْفَرْ عَنِ يَمِينِهِ ثُمَّ لِيَأْتِ الَّذِي هُوَ خَيْرٌ» وَإِنْ كَانَ الْحِنْثُ بَارْتِكَابَ مُحْظُورٍ؛ بِأَنَّ حَلْفَ الْأَيْمَانِ يَشْرَبُ الْخَمْرَ، فَهَلْ يَجْزئُهُ

= عَلَى أَنَّا نَقُولُ مِنْ قَدَمِ الْكُفَّارَةِ عَلَى الْحِنْثِ كَانَ فِي فِعْلِهِ خِلَافٌ مَا حَلَفَ عَلَيْهِ غَيْرَ شَارِعٍ فِي مَعْصِيَةٍ. إِذْ بِالْكَفَّارَةِ صَارَ الْفِعْلُ مَبَاحًا لَهُ، وَمِنْ آخِرِ الْكُفَّارَةِ عَلَى الْحِنْثِ كَانَ شَارِعًا فِي مَعْصِيَةٍ وَقَدْ يَدْرِكُهُ الْمَوْتُ قَبْلَ أَنْ يَفْعَلَ الْكُفَّارَةَ فَلَا يَزُولُ أَثَرُ الْمَعْصِيَةِ عَنْهُ، وَهَذَا مِمَّا يَرْجِعُ جَوَازَ تَقْدِيمِ الْكُفَّارَةِ عَلَى الْحِنْثِ وَلَعَلَّ هَذَا هُوَ السَّرُّ فِي أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَثِيرًا مَا يَقْدَمُ فِي حَدِيثِهِ فِعْلُ الْكُفَّارَةِ عَلَى الْحِنْثِ وَبِذَلِكَ يَرْجِعُ مَذْهَبُ الْجُمْهُورِ الْقَائِلِينَ بِجَوَازِ تَقْدِيمِ الْكُفَّارَةِ عَلَى الْحِنْثِ. وَأَنَّ السَّبَبَ هُوَ الْيَمِينُ.

(١) أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ بِرَقْمِ (١٦٥٢).

التكفير قبل أن يشرب؟ فيه وجهان:

أحدهما: وبه قال ابنُ القاصِّ: المنع؛ لأنه يتطرق به إلى ارتكاب محذور، وهذا أرجح عند صاحب «التهذيب».

والثاني: يجوز؛ لوجود أحد السببين، والتكفير لا يتعلّق به استباحة ولا تحريم، بل المحلوف عليه محظورٌ قبل اليمين وبعدها، وقبل التكفير وبعده، ولا أثر لهما فيه، وهذا أقيس وأظهر عند الشيخ أبي حامد والإمام الروياني وغيرهم - رحمهم الله -.

ولو قال: أعتقتُ هذا العبد عن كفارة يميني، إذا حنثت عُتِقَ العبدُ عن الكفارة، إذا حنثت بخلاف ما إذا قال: أعتقتُه عن الكفارة، أو إذا حلفت، لا يجزئه عن الكفارة؛ لأنه قدّم التعليق على اليمين، وفي الصورة السابقة، قدّمه على الحنث، ولو قال: إذا حنثت في يمين غداً، فهو حرٌّ عن كفارتي، فإن حنث غداً، عتق عن الكفارة، وإلا، لم يُعتَق؛ لأن المعلق عليه لم يوجد.

ولو قال: أعتقتُه عن كفارة يميني، إن حنثت، ثم بان أنه حنث، عُتِقَ عن الكفارة، وإلا، لم يُعتَق، ولو قال: أعتقتُه عن كفارة يميني، وإن حلفت، وحنثت، فبان حالفاً، قال صاحب «التهذيب»: وجب ألا يجوز؛ لأنه شك في اليمين، وفي الصورة السابقة الشك في الحنث، والتكفير قبل الحنث جائز، وعلى قياسه؛ لو قال: هو حرٌّ عن ظهاري، إن ظاهرت، فبان أنه ظاهر وجب ألا يجوز.

ولو أعتق عبداً عن الكفارة قبل الحنث، ثم ارتد العبد، أو مات قبل الحنث، لم يُجْزِه عن الكفارة، كما لو عجل الزكاة، فارتد المدفوع إليه، قبل تمام الحول، وتغيّر الحال في التكفير قبل الحنث كهو في تعجيل الزكاة، قال صاحب «التهذيب»: ويحتمل أن يجري في ارتداد<sup>(١)</sup> العتيق وموته، كما لو ماتت الشاة المعجلة قبل الحول.

ويتعلّق بالمسألة صور:

أحدها: الظاهر، وهو المذكور في الكتاب: أنه يجوز تقديم كفارة القتل على الزهوق بعد حصول الجرح، وتقديم جزاء الصيد على الزهوق بعد جرح الصيد وعن الشيخ أبي علي وغيره - رحمهم الله -: أن من الأصحاب من خرّجه على الخلاف في تقديم الكفارة على الحنث المحذور؛ لأن سراية فعله بمنزلة فعله، وهو محذور، قال الإمام - رحمه الله -: وهذا لا اتجاه له؛ لأن الزهوق ليس بفعل مقدور له، حتى يوصف بالحظر، وقياس ما ذكره الشيخ: أن يُقال: لو حلف، لا يقتل فلاناً، فجرحه، وكفر عن

(١) سقط من: أ.

اليمين قبل حصول الزهوق، ففي الأجزاء الوجهان، قال: وهو بعيد، وإذا قلنا بجواز التقديم، فذلك في الإعتاق، وأما الصوم، فلا يقدّم على الظاهر، كما سبق، وجوز أبو حنيفة - رحمه الله - تقديم كفارة القتل وجزاء الصيد على الزهوق بالصوم وغير الصوم، ولا يجوز تقديم كفارة القتل على الجرح بحال، وعن أبي الطيب بن سلمة إثبات احتمال فيه تنزيلاً للعصمة وتحريم القتل منزلة أحد السبيين، وحكى القاضي ابن كج في جزاء الصيد أيضاً وجهاً: أنه يجوز تقديمه على جرح الصيد، ووجهاً آخر أنه إن كان يقتله مختاراً بلا ضرورة، لم يجز التقديم، وإن اضطره الصيد إليه، فيجوز.

**الثانية:** التكفير عن الظهار بالمال بعد الظهار وقبّل العود جائز؛ لأن الظهار أحد السببين، والكفارة منسوبة إليه، كما أنها منسوبة إلى اليمين، ومنهم من جعله على الخلاف فيما إذا كان الحنث محظوراً، قال في «التتمة»: لأن وطئها بعد الظهار حرام، فهو بالتكفير يستبيح محظوراً والمذهب الأول؛ لأن العود ليس بحرام؛ حتى يقال يتطرق بالتكفير إلى الحرام، بخلاف ما إذا كان الحنث محظوراً، ويصور التكفير قبل العود وبعد الظهار فيما إذا ظهر عن الرجعية، ثم كفر ثم راجعها، وفيما إذا ظهر عن امرأته، ثم طلقها طلاقاً رجعيّاً، ثم كفر، ثم راجع أو طلاقاً بائناً، وكفر، ثم نكحها، وقيل: يعود الحنث، وفيما إذا ظهر ظهاراً مؤقتاً، وقلنا: إنه يصح مؤقتاً، وكفر<sup>(١)</sup> ثم صار عائداً بالوطء، وفيما إذا ظهر وارتدت الزوجة عقيب الظهار، فكفر، ثم عاد إلى الإسلام، وصار عائداً، فأما، إذا ظهر وأعتق على الاتصال عن ظهاره، فليس هذا تكفيراً قبل العود، وإنما هو تكفير مع العود؛ لأنه بالاشتغال بالإعتاق عائداً، والحكم الإجزاء أيضاً.

**الثالث:** لا يجوز تقديم الكفارة في شهر رمضان وفي الحج على الوقاع، ووجه ذلك بأن الصوم ليس سبباً لوجوب الكفارة، ولا الإحرام؛ لأنهما يحرمان الوقاع<sup>(٢)</sup> وما يحرم شيئاً لا يكون سبباً لما يحلّه بارتكاب ذلك المحرّم، فالتكفير قبل الوقاع يكون تكفيراً قبل وجوب السبب، واليمين لا يحرم الحنث، وتحقيق الفرق أن تلك الكفارة لا تُنسب إلى الصوم والإحرام، وهذه تنسب إلى اليمين، وفي «النهاية» وجّه في جواز التقديم غريب، والظاهر الأول، وكذلك لا يجوز تقديم فدية الحلق والتطيب وليس المَخِيط عليها، فإن وجد سببٌ يجوزها؛ بأن كان في رأسه أذى، ويحتاج إلى التطيب؛ لمرض، أو إلى لبس المَخِيط لشدة البرد، ففي جواز التقديم وجهان، والظاهرُ: الجواز.

(٢) سقط من: أ.

(١) سقط من: أ.

**الرابعة:** يجوز تعجيل المنذور، إذا كان مالياً، كما إذا قال: إن شفى الله مريضى، أو رد غائبي، فله على أن أعتق عبداً أو أتصدق بكذا يجوز تقديم الإعتاق والصدقة على الشفاء ورجوع الغائب، وفي فتاوى الفقهاء ما ينازع فيه.

**الخامسة:** الحامل والمرضع، إذا شرعنا في الصوم، ثم أردنا الإفطار وأخرجنا الفدية قبل الإفطار، ففي إجزائها وجهان:

**أظهرهما:** الإجزاء؛ وعلى هذا، ففي جواز تعجيل الفدية لسائر الأيام وجهان؛ بناءً على الخلاف في تعجيل زكاة عامين.

وقوله في الكتاب «وفائدته أنه يجوز تقديمها على الحنث بعد اليمين» إشارة إلى ما ذكره الأصحاب أن الخلاف بيننا وبين أبي حنيفة في جواز تقديم الكفارة على الحنث مبني على أن اليمين عندنا سبب للكفارة، والحق المالي يجوز إخراجه بعد وجوب سببه أو أحد سببيه، كما تُعجل الزكاة على الحول بعد كمال النصاب، وعنده السبب الحنث، والتقديم على السبب لا يجوز، كما لا يجوز تقديم الزكاة على النصاب، وكفارة الوقاع على الوقاع.

**المسألة الثانية:** الأيمان مكروهة، إلا إذا كانت في طاعة؛ كالبيعة على الجهاد، كما قال - ﷺ -: «وَاللَّهِ لَأَغْرُونَ، قَرِيشاً»<sup>(١)</sup> ويستثنى أيضاً الأيمان الواقعة في الدعاوى، إذا كانت صادقة، فإنها لا تكره<sup>(٢)</sup>.

والتفصيل أنه، إن حلف على فعل مفروض، أو ترك محظور، فهذه يمين طاعة، والإقامة عليها واجبة، والحنث معصية وإن حلف على ترك مفروض أو فعل محظور، فهذه يمين معصية ويجب عليه أن يُحث نفسه، ويُكفر، وإن حلف على فعل محبوب؛ كصلاة التطوع وصدقة التطوع، فالإقامة عليه الطاعة والمخالفة مكروهة إن حلف على ترك محبوب، فهو مكروه، والإقامة عليه مكروهة، ويُستحب أن يُحث نفسه، وفي مثله نزل قوله تعالى: «وَلَا يَأْتَلِ أُولُو الْفَضْلِ مِنْكُمْ وَالسَّعَةِ» [النور: ٢٢] الآية وعدد الشيخ أبو حامد وجماعة من هذا القبيل ما إذا حلف، ألا يأكل طيباً ولا يلبس ناعماً، وقال: اليمين عليه مكروهة؛ لقوله تعالى: «قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ» [الأعراف: ٣٢] وفيه وجه آخر اختاره أبو الطيب: أنها يمين طاعة؛ لما

(١) تقدم.

(٢) قال النووي: وكذا لا يكره إذا دعت إليه حاجة، كتوكيد كلام أو تعظيم أمره، كقول النبي - ﷺ - في الحديث الصحيح: «فوالله لا يمل الله حتى تملوا» وفي الحديث الآخر: «والله لو تعلمون ما أعلم لضحكتم قليلاً ولبكيتم كثيراً» وأشباهه في الصحيح كثيرة مشهورة.

رُوي عن عمر - رضي الله عنه - أنه قيل له: لَوْ لَيْنَتْ طَعَامَكَ وَشَرَابَكَ، فَقَالَ: سَمِعْتُ اللَّهَ تَعَالَى يَقُولُ: لَا أَقْوَامَ «أَذْهَبْتُمْ طَيِّبَاتِكُمْ فِي حَيَاتِكُمْ الدُّنْيَا»<sup>(١)</sup> واختيارُ السلفِ خشونة العيشِ معروفٌ، وقال صاحبُ «الشامل»: يختلف ذلك باختلاف أحوال الناس، وقصودهم وفراغهم للعبادة، واشتغالهم بالضيق والسعة وهذا أصوب، وإن حَلَفَ على مباح لا يتعلّق به مثل هذا الغرض؛ كدخول دار، وأكل طعام، ولبس ثوب، وتركها، فله أن يقيم عليه، وأن يَحْنُثَ نَفْسَهُ، وأيهما أَوْلَى؟ فيه ثلاثة أوجه:

**الأولى:** عند ابن الصباغ وغيره: أن الوفاء أَوْلَى؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا﴾ [النحل: ٩١] وأيضاً، فلما فيه من تعظيم اسم الله تعالى، وهذا ما يقتضي نظم الكتابِ ترجيحه، وبه قال أبو علي الطبري.

**الثاني:** أن الحنث أَوْلَى؛ لقوله تعالى: ﴿كُلُوا مِنْ طَيِّبَاتِ﴾ [البقرة: ٥٧] وليتفع المساكين بإخراج الكفارة.

**الثالث:** أنه يتخير بين الوفاء والحنث، ولا ترجيح، كما كان قبل اليمين، وإذا تأملت هذا التفصيل عرفت أن اليمين لا يغيّر حال المحلوف عليه عما كان؛ وجوباً وحظراً وإباحةً، وعند أبي حنيفة: اليمين يحرم الحنث؛ فمن حلف ألا يفعل، حرّم عليه الفعل، ومن حلف أن يفعل، وجب عليه الفعل، قال الروياني وغيره: ووافقنا أن اليمين لا تبيح الشيء الذي كان حراماً، وحلف أن يفعله، ولا يسقط الوجوب فيما كان واجباً، إذا حلف ألا يفعله، ومنهم من عمّم تأثير اليمين أصله أصله، وقال: إذا حلف ألا يصلي، تحرم الصلاة عليه بحكم اليمين مع وجوبها شرعاً، واحتج الأصحاب - رحمهم الله - بما روي أنه - ﷺ - قال: «مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ، فَرَأَى غَيْرَهَا خَيْراً مِنْهَا، فَلْيَأْتِ الَّذِي هُوَ خَيْرٌ وَلْيُكْفِرْ عَنِ يَمِينِهِ» ولو كان الحنث حراماً؛ لَمَا أَمَرَ به، وعن أبي موسى الأشعري - رضي الله عنه - أن النبي - ﷺ - قال: «لَا أَحْلِفُ عَلَى يَمِينٍ، فَأَرَى غَيْرَهَا خَيْراً مِنْهَا، إِلَّا أَتَيْتُ الَّذِي هُوَ خَيْرٌ وَتَحَلَّلْتُ عَنِ يَمِينِي»<sup>(٢)</sup>.

(١) أخرجه الحاكم [١٢٣/١] في العلم من المستدرک، من حديث مصعب بن سعد أن حفصة قالت لعمر، فذكره مطولاً، وظاهره الإرسال، فإن كان مصعب سمعه من حفصة، فهو متصل.

(٢) يقول الله تعالى: ﴿لَا يَأْخُذْكُمْ اللَّهُ بِاللُّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يَأْخُذْكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تَطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾ الآية.

من هذه الآية الكريمة أخذ العلماء أن كفارة اليمين أنواعها أربعة وهي: إطعام عشرة مساكين أو كسوتهم، أو تحرير رقبة فإن لم يجد فصيام ثلاثة أيام.

«ما يجب منها على التخيير، وما يجب منها على الترتيب» فالذي يجب منها على التخيير هو الإطعام والكسوة وتحرير الرقبة. بمعنى. أن الحادث أو مراده مخير في أن يفعل واحداً من هذه =

الأنواع الثلاثة، وأيها فعل سقطت به الكفارة.

وواحد منها على الترتيب وهو صوم ثلاثة أيام بمعنى أن الحائث لا ينتقل إلى الصوم إلا بعد ثبوت عجزه عن الأمور الثلاثة قبله وهذا ما يفيد عطف الأنواع الثلاثة الأولى بعضها على بعض «بأو» التي تفيد التخيير وعطف النوع الرابع على الأنواع الثلاثة «بالفاء» المفيدة للترتيب وهذا قدر متفق عليه بين العلماء لا نعلم فيهم من يخالف في ذلك.

النوع الأول: الإطعام: اتفقت كلمة الفقهاء على أن الإطعام في هذه الكفارة مقدر، ولكنهم اختلفوا فيما بينهم، هل هو مقدر بالشرع أو بالعرف؟ ومن قال: إنه مقدر بالشرع اختلفوا فيما بينهم في المقدار الذي يعطى للمسكين الواحد، فمنهم من قال: يعطى المسكين نصف صاع، أعني: مُدَّين من البُرِّ، أو صاعاً كاملاً، أعني: أربعة أمداد من غيره كصدقة الفطر، وهم أصحاب الرأي، ومنهم الإمام أبو حنيفة، وأصحابه.

ومنهم من قال يعطى مُدّاً واحداً من أي صَنْفٍ كان لا فرق بين البُرِّ والشَّعِير وغيرهما، وهو قول أبي هُرَيْرَةَ وابن عمر، وزيد بن ثابت، والشَّافِعِيُّ وأصحابه، والإمام مالك. غير أن المالكية يقولون: ينبغي إذا كان المكفر بغير المدينة أن يزيد على المد ثلثه، أو نصفه، فيعطى المسكين مدّاً وثلث مدٍّ، أو مدّاً ونصف مدٍّ، وقالوا في كفارة الظهار: يزيد ثلثاً مدٍّ.

ومنهم من قال: يعطى مدّاً إذا كان الطعام بُرّاً، ومدَّين كاملين، إذا كان الطعام من غيره كالتمر، والشعير، وهو الإمام أحمد.

منشأ الاختلاف:

ومنشأ اختلافهم هذا اختلاف الأحاديث الواردة في تقدير الكفارات الأخرى، وأخذ كل واحد منهم ما ثبت عنده منها، واطمأنت إليه نفسه.

الأدلة:

استدل الحنفية بما رواه الطبراني من حديث أوس بن الصامت أن النبي - ﷺ - قال له: «فَأَطْعِمِ سِتِّينَ مِسْكِينًا ثَلَاثِينَ صَاعًا» قال: لا أملك ذلك إلا أن تعينني، فأعانه النبي - ﷺ - بِخَمْسَةِ عَشْرَ صَاعًا، وأعانه الناس، حتى بلغ ذلك المقدار، وفي بعض الروايات أن هذا المقدار كان من الطعام «أي البر».

وروى أحمد وأبو داود من حديث سلمة بن صخر البياضي أن النبي - ﷺ - قال له: «فَأَطْعِمِ وَسَقًا مِنْ تَمْرٍ بَيْنَ سِتِّينَ مِسْكِينًا» قال: والذي بعثك بالحق لقد بتنا وحشين ما أملك لنا طعاماً، قَالَ: فَأَنْظِلُونِي إِلَى صَاحِبِ صَدَقَةِ بَنِي زُرَيْقٍ فَلِيَدْفِعْهَا إِلَيْكَ، فَأَطْعِمِ سِتِّينَ مِسْكِينًا وَسَقًا مِنْ تَمْرٍ، وَكُلْ أَنْتَ وَعِيَالُكَ بِقِيَّتِهَا».

من هذين الحديثين أخذ الحنفية مذهب المتقدم؛ لأن الإطعام في كفارة اليمين مقدر بالإطعام في غيره من الكفارات الأخرى، وقد ثبت في حديث أوس أن النبي - ﷺ - أمره بأن يطعم الستين مسكيناً ثلاثين صاعاً، وثبت عندهم أن الطعام كان من البر، فاقضى ذلك أن كل مسكين له نصف صاع، وذلك مقدر بِمُدَّين.

وثبت في حديث سلمة أن النبي - ﷺ - أمره بأن يطعم ستين مسكيناً وسقاً من التمر والوسق ومقداره: ستون صاعاً، فيكون للمسكين الواحد صاع أعني أربعة أمداد، وبذلك تم لهم أن =

= الواجب في كفارة اليمين من الطعام نصف صاع من البر لكل مسكين، وصاع من غيره كالتمر ونحوه؛ لأنها أقل منزلة من البر، ولا تفاوت بينها عندهم.

وروى أبو داود بإسناده من حديث أوس بن الصامت أن النبي - ﷺ - «أَعْطَاهُ خُمْسَةَ عَشْرَ صَاعًا مِنْ شَعِيرٍ إِطْعَامَ سِتِّينَ مَسْكِينًا» فهذه الرواية تثبت أن الطعام كان من الشعير، وأن المقدار الذي أعطي للمساكين خمسة عشر صاعاً، فيكون للمسكين الواحد مد من الشعير، ومن هذا أخذ الشافعي، ومالك - رضي الله عنهما - مذهبيهما، لأنه لا فرق عندهما بين الشعير وغيره من باقي الأصناف، والإطعام في كفارة اليمين مقدر عندهما بالإطعام في غيرها من الكفارات.

واستدل الحنابلة بما رواه الإمام أحمد عن إسماعيل قال: حَدَّثَنَا أَيُّوبُ عَنْ أَبِي يَزِيدَ الْمَدَنِيِّ قَالَ: جَاءَتْ امْرَأَةٌ مِنْ بَنِي بِيَاضَةَ بِنِصْفِ وَسْقٍ مِنْ شَعِيرٍ، فَقَالَ النَّبِيُّ - ﷺ - «لِلْمُظَاهِرِ: «أَطْعِمْ هَذَا فَإِنَّ مَدَى شَعِيرٍ مَكَانَ مَدَى بُرٍّ».

ورود في حديث أوس بن الصامت أن النبي - ﷺ - قال: إني سأعينه بعرق من تمر، فقالت امرأته يا رسول الله إني سأعينه بعرق آخر قال: أحسنت اذهبي، فأطعمي بها عنه ستين مسكيناً، وارجعي إلى ابن عمك. قال سلمة بن عبد الرحمن: والعرق: زنبيل يأخذ خمسة عشر صاعاً من هذين الحديثين أخذ الإمام أحمد بن حنبل مَذْهَبَهُ وهو ظاهر، فإن الحديث الأول أمر فيه النبي - ﷺ - الْمُظَاهِرَ بِأَنْ يَطْعَمَ نِصْفَ الْوَسْقِ مِنَ الشَّعِيرِ أَعْنَى ثَلَاثِينَ صَاعًا مِنْهُ سِتِّينَ مَسْكِينًا فَيَكُونُ لِكُلِّ مَسْكِينٍ نِصْفَ صَاعٍ مِنَ الشَّعِيرِ، أَعْنَى: مُدَّيْنِ، وَغَيْرِ الشَّعِيرِ مَا عَدَا الْبُرَّ كَالشَّعِيرِ، وَقَالَ النَّبِيُّ - ﷺ - فِي الْحَدِيثِ نَفْسَهُ: «فَإِنَّ مَدَى شَعِيرٍ مَكَانَ مَدَى بُرٍّ»، وَهَذَا يَقْضِي بِأَنَّ الْوَاجِبَ مِنَ الْبُرِّ مَدَى وَاجِدٍ، وَالْحَدِيثُ الثَّانِي يَفِيدُ أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - أَمَرَ امْرَأَةَ أَوْسٍ بِأَنْ تَتَصَدَّقَ بِمَجْمُوعٍ مَا أَعْطَتْهُ، وَمَا أَعْطَاهُ - ﷺ - وَهِيَ الْعِرْقَانُ، وَمَقْدَارُهُمَا ثَلَاثُونَ صَاعًا مِنَ التَّمْرِ عَلَى السِّتِينَ مَسْكِينًا، ثُمَّ تَرْجِعُ إِلَى زَوْجِهَا، وَذَلِكَ يَقْضِي بِأَنَّ الْمَسْكِينِ الْوَاحِدَ لَهُ نِصْفُ صَاعٍ مِنْ هَذَا الْمَقْدَارِ.

النوع الثاني: من الأنواع المخير فيها في كفارة اليمين، هي كسوة عشرة مساكين، وهو ما يشير إليه قوله تعالى: ﴿فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا تَطْعَمُونَ أَوْ كِسْوَتُهُمْ﴾.

و «مقدار ما يعطى منها لكل مسكين».

اتفقت كلمة الفقهاء على أن المكفر إذا أعطى لكل مسكين من العشرة ثوبين فأكثر كفاه ذلك، وسقطت عنه الكفارة.

ولكنهم اختلفوا في أقل ما يعطاه المسكين الواحد فَذَهَبَ الشَّافِعِيُّ - رضي الله عنه -، وجمهور أهل الظاهر إلى أن أقل ما يعطاه المسكين الواحد هو ما يطلق عليه اسم الكسوة، كالمنديل، أو العِمَامَةِ، أو الإزار، ولا يشترط أن يكون صالحاً للمعطي، بل جائز أن يعطي ما يصلح للكبير للصغير، وما للرجل للمرأة وبالعكس، كما لا يشترط أن يكون جديداً.

وذهب الإمام مالك، وأصحابه إلى أن المجزئ من ذلك ثوب تصح فيه الصلاة، فإن كان المسكين رجلاً وجب أن يعطى ثوباً يستر جميع البدن، وإن كان امرأة وجب أن تعطى ثوباً تستر به جميع بدنها، وخماراً تغطي به رأسها، وفي ذلك يقول مالك في الموطأ: «أحسن ما سمعت في الذي يكفر عن يمينه بالكسوة أنه إن كسا الرجال كساهم ثوباً ثوباً، وإن كسا النساء كساهم ثوبين ثوبين درعاً وخماراً وذلك أدنى ما يجزئ كلاً في صلاته» وليس بلازم أن يكون الثوب، أو =



ما معه جديداً، بل يكفي أن يكون صالحاً للبس، كما أنه ليس بلازم أن يكون المسكين كبيراً. بل الصغير والكبير في الكسوة سواء.

وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أن المجزئ من ذلك هو ما يستر البدن، ويسمى به الشخص مكتسباً، وذلك كالقميص، أو الإزار السابغ، أو القباء، أو الكساء أو الملحفة، وخالفهما الإمام مُحَمَّد حيث قال: يجزئ من ذلك ثوب تصح فيه الصلاة للرجل والمرأة، فيجوز عنده سراويل للرجل؛ لأنه يسمى لابساً شرعاً ولا يجزئ عندهما؛ لأن لابسه لا يسمى مكتسباً عرفاً.

وذهب الإمام أحمد إلى أن المجزئ من ذلك ثوب يصح للرجل أن يُصَلِّيَ فيه، وللمرأة درع وخمار، وقال: لا يجزئ إزار وحده أو سروال.

ووجهة الشافعي، ومن معه في ذلك أن الثَّصُّ ورد مطلقاً «أَوْ كِسْوَتُهُمْ» من غير أن يقيد بشيء، فوجب أن يحمل على ما يسمى كسوة عرفاً، والعرف يطلق على ما ذكر كسوة، فكان معتبراً في إسقاط الكفارة، ويؤيد ذلك قول عمران بن حصين - رضي الله عنه - لمن سأله عن قوله تعالى: «أَوْ كِسْوَتُهُمْ»: لو أن وفداً قدموا على أميركم هذا، فكساهم قلنسوة قلنسوة قلتم قد كسوا.

ووجهه مالك: أن الآية وإن كانت مطلقة، ولم يرد فيها تقييد بشيء إلا أن ذلك يجب أن يعتبر بما عرف عن الشرع في الكساء، وأدلى ما تقدر به كساء الصلاة؛ لأن في ذلك سد الخلة المحتاج، ودفعاً لحاجتهم في الصلاة وزاد الحنابلة على ذلك قوله عليه الصلاة والسلام: «لَا يُصَلِّي أَحَدُكُمْ فِي الثَّوْبِ الْوَاحِدِ لَيْسَ عَلَى عَاتِقِهِ مِنْهُ شَيْءٌ».

وقالوا: لا يجزئ أقل ما يصدق عليه اسم الكسوة؛ لأن الكسوة أحد أنواع الكفارة، فلا يجزئ فيه الأقل، كالإطعام، والأعتاق؛ ولأن لابس ما لا يستر العورة لا يسمى مكتسباً، وإنما يسمى عُزَنَانًا، وَأَثْرُ عَمْرَانَ بْنِ الْخُصَيْنِ ضَعِيفٌ.

ونحن إذا نظرنا إلى أن المولى - سبحانه وتعالى - لم يقيد الكسوة بكونها من أوسط ما يكسوا به أهله، ولم يرد في السنة ما يفيد كساء خاصاً رأينا أن ذلك يجب أن يوكل إلى العرف، كما هو رأي الحنفية، ولا شك أن العرف يختلف باختلاف البُلْدَانِ، والأزمان، والفصول، فَاَلْمُكْفَرُ متى اختار أن يكفر بالكسوة، وَجَبَ عليه أن يراعي الوسط الذي هو فيه، ويفعل ما يناسب هذا الوسط، وما يتفق، والزمن الذي يعيش فيه، ولا يُقَالُ: إن ذلك يوجب تشديداً على المكفر، لآنا نقول: المكفر مخير في هذا، وفي غيره، فاختياره هذا بخصوصه، دليل على أنه لا حَرَجَ عليه فيه.

و«الصفات المعتمدة فيمن يعطي من الإطعام والكسوة».

اتفق الفقهاء على أن وصف المسكنة والاحتياج لا بد منه فيمن يعطي من الكفارة لقوله تعالى: «فَكَفَّرْتَهُ إِطْعَامَ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا تَطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتِهِمْ» كما اتفقوا على أن المعطي من الكفارة يجب ألا يكون قريباً للرسول ﷺ قرابة خاصة بأن يكون هاشمياً فقط، أو هاشمياً ومطلبياً على الخلاف في ذلك لقوله ﷺ: «إن هذه الصدقات أو ساخ الناس فلا تحل لمحمد ولا لآل محمد».

كما اتفقوا على أن من يعطي كذلك يجب ألا تكون نفقته واجبة على المكفر وإلا كان الدفع إليه عبثاً لأنه راجع إليه.

= واختلفوا في صفات أخرى نذكرها فيما يأتي :

«الإسلام».

جمهور الفقهاء ومنهم مالك والشافعي وأحمد وأبو يوسف من أصحاب أبي حنيفة على اعتبار الإسلام شرطاً في المعطي فلا يجوز دفعها لكافر.

وقال غيرهم وهم: الإمام أبو حنيفة ومحمد بن الحسين وهو مذهب الحنفية وأهل الظاهر أن الإسلام ليس شرطاً فيه، فالكافر عندهم يجوز أن يعطى من الكفارة طعاماً وكسوة.

ووجه الجمهور:

أولاً: أن الكفارة شرعت للتقرب بها إلى الله تعالى فهي عبادة والعبادة يجب أن تختص بأهلها وأهل العبادة هم المؤمنون لا الكافرون.

وثانياً: أن الحربين لا يعطون من الكفارة اتفاقاً لقوله تعالى: ﴿إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين وأخرجوكم من دياركم وظاهروا على إخراجكم أن تولوهم ومن يتولهم فأولئك هم الظالمون﴾.

فغير الحربي لا يعطى منها كذلك لأن صفة الكفر تجمع بينهم.

ووجهة أبي حنيفة ومن ذهب مذهبه أن الله تعالى أطلق المساكين في الآية ولم يقيدهم بوصف الإسلام فوجب بقاء المطلق على إطلاقه لعدم ما يدل على التقييد ولولا أن الحربي خرج بالآية السابقة لقلنا إنه يعطى من الكفارة، وخروج أحد أنواع الكفار لوجود ما يخرج به لا يعتبر مخرجاً لغيره.

ونحن إذا نظرنا إلى أن الكفارة إنما شرعت لتكون قرباناً يتقرب به العبد إلى ربه رجاء أن يقبله ويغفر له ما فرط منه من الذنب، وأن ذلك إنما يكون بدفع تلك الأشياء المشروعة لمن يرجى منه خير ويتنظر منه دعوة مقبولة عند الله، وأن ذلك إنما يتوفر في المسلم لا في الكافر. رأينا أن قول من قال باشرط الإسلام فيمن يعطى من الكفارة قول له وجهته.

ومن السهل أن يرد على وجهة المخالف بأن الآية وإن كانت مطلقة إلا أنها مقيدة بما يقصده الشرع من تشريعه وبما عرف عن مال الزكاة، فإن الذي يعطى منه هو المسلم لا الكافر.

الحرية:

اتفقت كلمة الفقهاء على أن عبد المكفر لا يعطى من كفارة سيده لا طعاماً، ولا كسوة، لأن ذلك راجع إليه، فيكون الدفع إليه عبثاً.

واختلفوا في إعطاء رقيق الغير من الكفارة.

فذهب الجمهور، ومنهم مالك، والشافعي، وأحمد، وأبو يوسف في غير غيبة السيد، وعجز العبد عن الكسب، ومحمد، وأبو حنيفة في غير من أحاط الدين بربقته، وكسبه إلى أنه لا يعطى من الكفارة؛ لأن الحرية شرط في المعطي.

وذهب غيرهم إلى أنه يعطى منها، والحرية ليست شرطاً فيه إذا، وجدت صفة المسكنة، وهو قول الظاهرية.

وجهة الجمهور: أن المقصود من الإطعام والكسوة سد خلة المحتاج، والرقيق خلة مسدودة بوجود نفقته على سيده، فدفع الكفارة إليه لا يحقق المقصود منها، فيكون غير مشروع.

وجهة الظاهرية: أن الآية مطلقة، فهي شاملة للحر والعبد على السواء، فتقييدها بأحد النوعين بخصوصه تقييد بلا دليل، فيكون باطلاً.

ونحن إذا نظرنا إلى وجهة كل رأينا أن مذهب الجمهور الراجح، لما سبق من التعليل، وأما قول المخالف: إن الآية مطلقة، الخ، فيجواب عنه: بأن المقيد هو ما قصده الشارع من شرع الكفارة، وذلك متحقق في غير الرقيق، ويؤيد هذا قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَا تَحِلُّ صَدَقَةٌ لِغَنِيِّ وَلَا لِذِي مِرَّةٍ سِوَى» وهذا غني بكسبه، أو بإنفاق سيده عليه، فهو خارج عن النص، ويرد على أبي حنيفة أنه في حالة إحاطة الدين برقبته وكسبه، إذا كان لمصلحة السيد كان السيد محضراً بين سداه، أو بيع العبد لسداه، وأما إذا كان مَنشُؤُهُ مصلحة الرقيق، فإن الدائن هو الذي أهمل في مصلحة نفسه، كما يرد على من قال: إنه يعطى في حال غيبة السيد، وعجزه عن الكَسْبِ بأن نفقته كنفقة الزوجة تكون عن طريق القرض بأمر القاضي، حتى يحضر السيد.

«هل للزوجة دفع كفارتها لزوجها أو ولدها»:

مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ والمالكية، وأبي يُوسُفَ، ومحمد من الحنفية: أنه يجوز للمرأة إعطاء كفارتها لزوجها، أو ولدها الفقيرين؛ لأن النص، وهو قوله تعالى: «فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ» يشملهما؛ ولأن إعطاءها إياهما يجمع بين الصلة والصدقة، وذلك أفضل من إعطاء الغير. يدل لذلك ما روي أن النبي ﷺ - أمر امرأة ابن مسعود أن تدفع صدقتها لزوجها، ولدها لما أعلمته عليه الصلاة والسلام باستحقاقهما للصدقة، فأخبرها صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بأن لها أجرين.

والمشهور من مذهب الحنابلة، وقول أبي حنيفة: أن المرأة لا يجوز لها ذلك.

ووجهتهم في ذلك: أن بين الزوجين صلة في المنافع واشترافاً في الانتفاع، فدفعها إليه يوجب انتفاعها بما دفعته بعوده إليها، فكانها لم تكفر.

وبالنظر في وجهة كل نجد أن الْحَقَّ مع الجمهور؛ لأن النص شامل لهما، ولم يوجد ما يخصه، كما أن إعطاء الزوج الفقير يصون عليه ماء وجهه عن الدُّلِّ بسؤال الغير، وأما القول بأن ما تعطيه الزوجة لزوجها يرجع إليها.. الخ، فلا يضر؛ لأن ذلك عَادَ إليها بعد أن ملكه الزوج، وليست نفقة الزوج واجبة عليها، حتى يقال: إنها قد انتفعت بهذا الإعطاء.

«النوع الثالث»: تحرير الرقبة: هذا هو النوع الثالث من أنواع كفارة اليمين المخير فيها، وهو المُشَارُ إليه بقوله تعالى عاطفاً على الإطعام، والكسوة: «أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ» والمقصود من تحرير الرقبة: جعل الرقيق المملوك حُرّاً طليقاً ولقد أطلق اللَّهُ تعالى في هذه الآية الرقبة، ولم يقيد بها بوضف الأيمان، كما قيدها به في كفارة القتل، فكان ذلك منشأ لاختلاف الفقهاء في إجراء عتق الرقبة الكافرة في كفارة اليمين.

المذاهب:

ذهب الجمهور، ومنهم مالك، والشافعي، وأحمد في مشهور مذهبه، والأوزاعي: إلى أن عتق الرقبة الكافرة في كفارة اليمين لا يجزىء، ولا تسقط الكفارة به.

وذهب الإمام أبو حنيفة، وأصحابه، والثوري، وعطاء، وأبو ثور إلى أن ذلك مجزىء، ومسقط للكفارة، وهو رواية عن الإمام أحمد.

احتج الجمهور بما رواه مسلم، والنسائي عن معاوية بن الحكم قال: كانت لي جارية فأتيت النبي =

= - ﷺ - قُلْتُ: عَلِيٌّ رَقَبَةٌ. فَأَعْتَقَهَا فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: أَيْنَ اللَّهُ؟ فَقَالَتْ: فِي السَّمَاءِ فَقَالَ: مَنْ أَنَا؟ فَقَالَتْ: أَنْتَ رَسُولُ اللَّهِ. فَقَالَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أَعْتَقَهَا فَإِنَّهَا مُؤْمِنَةٌ».

وروجه الدلالة: أن النبي - ﷺ - أَخَّرَ الجواب عن السائل، حتى علم ما عليه تلك الرقبة من الإيمان أو الكفر، فلما تأكد له إيمانها أجابه ﷺ بأن يعتقها، وقال له: «فَإِنَّهَا مُؤْمِنَةٌ» فلو لم يكن وصف الإيمان له دخل في إجزاء العتق، لما كان لهذا التأخير فائدة، ومثل ذلك يجلب عنه مقام الرسول - ﷺ -.

وأيضاً فإنه عليه الصلاة والسلام علّق عتقها على الإيمان، وتعليق ذلك يدل على أن الإيمان علّة الإجزاء، لأن تعلّق الحكم بالمشتق مؤذن بأن مبدأ الاشتقاق علة فيه.

وقالوا: إن الرقبة في الآية، وإن كانت مطلقة غير مقيدة بوصف الإيمان إلا أن هذا الحديث يصلح أن يكون مقيداً لها، فيكون المقصود من الرقبة فيها: هي الرقبة المؤمنة أو يقال: إن كفارة اليمين قد اتحد الحكم فيها مع كفارة القتل، ففي كل وجب عتق رقبة، واختلف سببهما إذ كفارة اليمين سببها اليمين، وكفارة القتل سببها القتل، والمطلق والمقيد متى اتحد حكمهما حمل المطلق على المقيد، وإن اختلف سببهما متى وجدت علّة جامعة بينهما، فتكون الرقبة في كفارة اليمين، مَحْمُولَةٌ على الرقبة في كفارة القتل، فتقيد بالإيمان، كما قيدت به في كفارة القتل؛ لأن العلة التي تجمعهما: هي حرمة السبب.

واحتج الإمام أبو حنيفة، ومن معه بأن الآية غير مقيدة، فهي شاملة للرقبة المؤمنة، وللرقبة الكافرة، والمطلق يجب بقاؤه على إطلاقه، حتى يرد من الشرع ما يقيد به، ولم يرد ما يقيد الرقبة بالإيمان هُنَا، فكانت باقية على إطلاقها، فعتق الكافرة مجزئ كعتق المسلمة، وليس حمل المطلق على المقيد عند اتحاد الحكم مع اختلاف السبب أمراً متفقاً عليه، بل نحن لا نقول به.

وبالنظر في وجهة كل نجد أن مذهب الجمهور هو الراجح، لأن الحديث المتقدم مقيد للآية، فلم تبق على إطلاقها؛ ولأن الكفارة عبادة يُتقرب بها إلى الله عزّ وجلّ، فوجب أن تكون خاصة بأهل عبادته من المؤمنين كمال الزكاة، وذبائح الشُّك.

نعم، إن الإسلام دين الرحمة العامة، والصدقة فيه، حتى على الكفار غير المحاربين مستحبة، ولكن فرقاً بين الصدقة المطلقة، وبين العبادات المحددة المقيدة، فتكفير الذين إنما يُزجى بما في العتق من إعانة العتيق على طاعته تعالى، حتى من قال بإجزأة الكافرة لا يمكنه أن ينكر أن الاحتياط في إبراء الذمة إنما هو بإعتاق الرقبة المؤمنة، فتقديم المجمع عليه المتيقن إجزاؤه أولى بالاعتبار من الظنون المختلف فيه.

ذهب جمهور الفقهاء، ومنهم الأئمة الأربعة إلى اشتراط ذلك، وعدم إجزاء الرقبة المعيبة عيباً يضر بالعمل، والكسب ضرراً بيناً؛ لأن المقصود من عتق الرقبة تملك العبد منافع، وتمكينه من التصرف لنفسه في الحياة، وجعله غير عالة على غيره، وهذا إنما يتحقق في الرقبة السليمة دون المعيبة، إذ عتقها يوجب أن تكون عالة على المجتمع بعد أن كانت عالة على الفرد، ولا يصلح أن يكون ذلك مقصوداً للشارع.

= وذهبت الظاهرية إلى إجزاء ذلك؛ لأن شرط السلامة من العيوب غير معتبر عندهم.

= ووجهتهم في ذلك ظاهر قوله تعالى: ﴿أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ حيث إنها لم تفرق بين الرقبة المعيبة، والرقبة السليمة، ولم يوجد ما يقيد هذا الإطلاق من كتاب أو سنة.

وبالنظر في وجهة كل نجد أن قول الجمهور: هو الراجح لما تقدم؛ ولأن العتق نوع كفارة، فلا يجزئ في ما يقع عليه الاسم، كالإطعام، فإنه لا يجزئ أن يطعم مسوساً ولا عفناً، وإن كان يسمى إطعاماً، فالمراد من الرقبة الرقبة الكاملة والمعيب ليس بكامل، فيجب المصير إلى التقيد مراعاة للمصلحة العامة؛ لأن الفرض من إعتاقه، أن يكون عضواً عاملاً في المجتمع الإنساني، فيكمل به بناء الإنسانية.

واتفق الفقهاء جميعاً على أن عتق الرقبة يجب أن يكون خالصاً للكفارة، فلا يجزئ العتق عن الكفارة في مقابلة عوض يأخذه المكفر من العبد، كما لا يجزئ عتق الرقبة المشترية على شرط العتق لأن ذلك عتق في مقابلة عوض إذ البائع لما تساهل في الثمن في نظير هذا العتق فكأنه ترك جزءاً منه في مقابلة.

ولا فرق في إجزاء عتق الرقبة بين أن تكون الرقبة مملوكة له أو مملوكة لغيره واشتراها بنية الكفارة.

غير أن للعلماء اختلافاً في إجزاء بعض الرقاب المملوكة أو المشترية نذكرها فيما يأتي:  
أم الولد:

جمهور الفقهاء ومنهم الأئمة الأربعة على عدم إجزاء عتقها في الكفارة. لأن عتقها مستحق بسبب آخر فلم يكن العتق خالصاً للكفارة، بل كانت كالعبد المشتري بشرط العتق.

وذهب أهل الظاهر وعثمان البتي وأحمد في رواية عنه إلى أن عتقها مجزئ في الكفارة لأن الله تعالى يقول: ﴿أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ وذلك شامل لأم الولد وغيرها.

ونحن إذا نظرنا إلى وجهة كل نرى أن الحق هو ما ذهب إليه الجمهور، لأن الشارع يريد أن تتخلص هذه الرقابة من ذل العبودية. وما دام هناك سبب تتخلص به أم الولد من الرق غير سبب الكفارة فلا داعي لأن يضاف سبب آخر إليه ولنبحث عن رقبة أخرى ليس فيها ما يوجب تحريرها ويمنّ عليها بالعتق كثيراً للنفوس المحررة.

المدير:

ذهبت الشافعية، والحنابلة، والظاهرية، وجماعة من الفقهاء: إلى أن المدير يصح عتقه في الكفارة؛ لأنه رقبة من الرقاب، وقد قال تعالى: ﴿أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾؛ ولأنه عبد كامل المنفعة لا عوض في عتقه، فجاز عتقه كالقن.

وذهبت المالكية، والحنفية، والأوزاعي وجماعة من العلماء: إلى أن عتقه في الكفارة ليس بمجزئ؛ لأن عتقه مستحق بسبب آخر، فكان كأم الولد.

وبالنظر في وجهة كل نجد أن الحق مع من يقول بعدم الإجزاء؛ لأن إلحاقه بأم الولد أولى من إلحاقه بالقن؛ لأن كلا منهما استحق العتق بسبب غير سبب الكفارة، وجواز بيعه لا يلزم منه إجزاء التكفير به، على أن بعض العلماء يقول بصحة بيع أم الولد، ومع ذلك لا يجوز إعتاقها عن الكفارة.

«المكاتب»:

= ذهبت الشافعية، والمالكية، وأحمد في رواية عنه إلى أن المكاتب لا يجزىء عتقه في الكفارة مطلقاً أدى شيئاً من نجوم الكتابة، أم لا؛ لأن الكتابة لازمة من جهة السيد، فلا يملك إبطالها، فكان عتقه كأم الولد؛ ولأن عتقه مستحق بسبب آخر، فكان كالعبد المشتري بشرط العتق. وذهبت الحنفية، والأوزاعي، وأحمد في مشهور مذهبه: إلى التفصيل فيقولون: «إِنْ أَدَى شَيْئاً مِنْ نُجُومِ الْكِتَابَةِ لَمْ يَجْزُ عِتْقُهُ فِي الْكُفَّارَةِ، وَإِنْ لَمْ يُؤَدِّ شَيْئاً مِنْهَا أُجْزَأَ عِتْقُهُ فِيهَا». ووجهتهم في ذلك: أنه عند أداء بعض النجوم يكون عتقه كعتق العبد الذي ثبتت حرية بعضه، وذلك لا يجوز.

أما في الحالة الثانية: فيكون رقبة كاملة الملك لم يحصل عوض في مقابلة عتقها، فيجوز عتقه، كالعبد القُرُّ.

وذهب أبو ثور وأحمد في رواية ثالثة: إلى إجزاء عتقه في الكفارة مطلقاً أدى شيئاً من مال الكتابة أم لا؛ لأنه لم يخرج عن كونه رقيقاً ما بقي عليه درهم. لقول رسول الله - ﷺ - «الْمَكَاتِبُ عَبْدٌ، مَا بَقِيَ عَلَيْهِ ذَرْهَمٌ» والله تعالى يقول: «أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ» وهي شاملة له.

وبالنظر في وجهة كل نرى أن الحق مع من يقول: بعدم إجزاء عتقه في الكفارة مطلقاً؛ لأن المكاتب قد أحرز نفسه، وماله بالكتابة، فصار كالحر؛ ولأن عتقه قد وجد له سبب، وهو الكتابة، فهو بصدد أن يكون حراً، فعلينا أن نبحث عن رقبة أخرى لا سبب للحرية فيها، فنعتقها لنكثر من الرقاب الأحرار، والقول بأنه عبد ما بقي عليه درهم: لا يقضي بجواز عتقه في الكفارة إذ غاية ما يفيد هذا القول إنه ما لم يسدد نجوم الكتابة لا يصير كامل الحرية، وفرق بين الأمرين.

#### النوع الرابع: الصيام:

الخصلة الرابعة من خصال كفارة اليمين: هي صيام ثلاثة أيام، والعلماء متفقون على أن تلك الخصلة لا ينتقل إليها المكفر إلا بعد العجز عن الخصال السابقة؛ لقوله تعالى: «فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ».

ولكنهم مختلفون في شيء آخر وراء هذا وهو: هل يجب التتابع في صوم تلك الأيام الثلاثة بحيث لا يتخللها فطر أو لا يجب ذلك فيه خلاف.

ذهبت الشافعية في الراجح من مذهبهم، والمالكية، والظاهرية، وأحمد في رواية عنه: إلى عدم اشتراط التتابع محتجين بأنه صوم نزل به القرآن غير مقيد بالتتابع، فجاز متفرقاً ومتتابعاً؛ لأنه لم يوجد من السنة دليل ثابت يصح أن يقيد به هذا الإطلاق، فالتقيد بالتتابع تقييد. بلا دليل.

وذهبت الحنفية، وأحمد في مشهور مذهبه، والثوري، وأبو عبيد: إلى اشتراط التتابع محتجين بقراءة أبي، وابن مسعود «فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ مُتَّابِعَاتٍ» قائلين: إن ثبت القرآن بهذا كان حجة ووجب حمل المطلق على المقيد؛ لأن القرآن يفسر بعضه بعضاً، وإن لم تثبت القرآنية بهذا، فلا يخرج ذلك عن أن يكون رواية عن رسول الله - ﷺ - سمعها ابن مسعود، وأبي منه، فلها حكم الحديث المرفوع، وهو حجة، فيقيد به مطلق الكتاب، وأياً ما كان، فالتتابع ثابت بهذا، فلا يصح التفريق في الصيام.

ونحن إذا نظرنا إلى وجهة كل نجد أن القول بالتتابع هو الراجح؛ لأن القائلين بعدم التتابع قد=

قَالَ الْغَزَالِيُّ: النَّظَرُ الثَّانِي فِي الْكَفَّارَةِ: وَهُوَ عِنُقُ رَقَبَةٍ، أَوْ إِطْعَامُ عَشْرَةِ أَمْدَادٍ لِعَشْرَةِ مَسَاكِينٍ، أَوْ كِسْوَتُهُمْ، فَإِنْ عَجَزَ فَصَوْمُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، وَلَا يَجِبُ التَّابِعُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: كَفَّارَةُ الْيَمِينِ<sup>(١)</sup> تَخْتَصُّ بِأَسْتِمَالِهَا عَلَى تَخْيِيرٍ فِي الْإِبْتِدَاءِ وَتَرْتِيبٍ فِي الْإِنْتِهَاءِ، فَيُخَيَّرُ الْحَالِفُ أَوْلاً بَيْنَ أَنْ يُطْعَمَ عَشْرَةَ مَسَاكِينٍ، وَبَيْنَ أَنْ يَكْسُوَهُمْ وَبَيْنَ أَنْ يُعْتِقَ رَقَبَةً؛ عَلَى مَا قَالَ تَعَالَى: ﴿فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَخْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المائدة: ٨٩] فَإِنْ اخْتَارَ الطَّعَامَ، أُطْعِمَ كُلَّ وَاحِدٍ مُدًّا وَالْقَوْلُ فِي جِنْسِ الطَّعَامِ وَكَيْفِيَّةِ إِخْرَاجِهِ وَمَنْ يُضْرَفُ إِلَيْهِ، وَامْتِنَاعُ إِخْرَاجِ الْقِيَمَةِ، وَصَرَفَ الْأَمْدَادِ الْعَشْرَةَ إِلَى بَعْضِ الْعَشْرَةِ، وَسَائِرِ الْمَسَائِلِ عَلَى مَا سَبَقَ فِي «الْكَفَّارَاتِ»، وَإِنْ اخْتَارَ الْكِسْوَةَ، كَسَاهُمْ عَلَى مَا سَنَذْكَرُ، وَإِنْ اخْتَارَ الْإِعْتَاقَ، فَلْتَكُنِ الرَّقَبَةُ بِالصِّفَاتِ الْمَذْكُورَةِ فِي «الْكَفَّارَاتِ» لَوْ أُطْعِمَ بَعْضَ الْعَشْرَةِ، وَكَسَا الْبَعْضَ، فَلَا يَجُوزُ؛ خِلَافاً لِأَبِي حَنِيفَةَ وَأَحْمَدَ، وَيُرْوَى مِثْلُهُ عَنِ مَالِكٍ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ -.

لَنَا: أَنْ التَّخْيِيرَ لِلْخِصَالِ الْمَذْكُورَةِ يَنْفِي التَّمَكُّنَ مِنْ غَيْرِهَا، وَالتَّفْرِيقُ غَيْرِهَا وَأَيْضاً، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَعْتَقَ نِصْفَ رَقَبَةٍ وَيُطْعِمَ أَوْ يَكْسُوَ خَمْسَةَ، فَكَذَلِكَ هَهُنَا، وَلَوْ أُطْعِمَ عَشْرَةَ، وَكَسَا عَشْرَةَ، وَأَعْتَقَ رَقَبَةً، أَوْ أُطْعِمَ ثَلَاثِينَ مَسْكِيناً عَنْ ثَلَاثِ كَفَّارَاتٍ، وَلَمْ يَعْينَ، أَجْزَاهُ؛ بِنَاءً عَلَى مَا مَرَّ أَنْ تَعْيِينَ النِّيَّةِ فِي الْكَفَّارَاتِ لَا يَشْتَرُطُ، فَإِنْ عَجَزَ عَنِ الْخِصَالِ الثَّلَاثِ جَمِيعاً، صَامَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ عَلَى مَا قَالَ تَعَالَى: ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ﴾ [البقرة: ١٩٦]، وَالْقَوْلُ فِيْمَا يَحْصُلُ بِهِ الْعَجْزُ قَدْ تَبَيَّنَ فِي «كِتَابِ الْكَفَّارَاتِ» وَمَنْ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ سَهْمَ الْفُقَرَاءِ، أَوْ الْمَسَاكِينِ مِنَ الزُّكُوتِ أَوْ مِنَ الْكَفَّارَاتِ يُكْفَرُ بِالصَّوْمِ؛ لِأَنَّهُ مِنْ جَمَلَةِ الْفُقَرَاءِ فِي الْأَخْذِ، فَكَذَلِكَ فِي الْإِعْطَاءِ، وَقَدْ يَمْلِكُ نِصَاباً وَلَا يَفِي دَخْلُهُ

= حملوا المطلق في تحرير الرقبة على المقيد فيها في كفارة القتل، حتى أوجبوا اعتبار وصف الإيمان في الرقبة مع أن السبب فيهما مختلف، وليس لهم مستند في ذلك إلا أن كلا من الكفارتين تجمعهما علة واحدة هي: حرمة السبب، وهذه العلة بذاتها موجودة في الصوم في كفارة اليمين.

وقراءة أبي، وابن مسعود: «فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ مُتَّابِعَاتٍ». فهذه القراءة، وإن لم تثبت قرآنية هذا اللفظ؛ لأن القرآن لا يثبت بالأحاديث إلا أنها رواية عن صحابي سمعها من الرسول - ﷺ - فلا ينبغي أن يتقوَّل عليه ما لم يقله؛ لأنه يعرف حقَّ المعرفة معنى قوله عليه الصلاة والسلام: «مَنْ كَذَبَ عَلَيَّ مُتَعَمِّدًا، فَلْيَتَّبِعُوا مَقْعَدَهُ مِنَ النَّارِ» فتكون مقيدة للآية.

فقول من قال: إن الآية مطلقة، ولم يرد ما يقيدها لا يقبل بعد البيان السابق، وخصوصاً إذا أمكن حمل المطلق ههنا على المقيد في كفارة القتل، أو الظهار، ولا مانع منه.

(١) متفق عليه أخرجه البخاري [٣١٣٦ - ٣٨٧٦ - ٤٢٣٠ - ٤٢٣٣، مسلم [١٦٤٩] وفيه قصة.

بخرجه، فعليه إخراج الزكاة وله أخذها، والفرق بين البابين أنا لو أسقطنا الزكاة لخلا النصاب عن الزكاة؛ بلا بدل، وللتكفيرُ بالمال بدلٌ، وهو الصوم، وهل يُشترطُ التتابع في الأيام الثلاثة؟ فيه قولان:

أحدهما: لا؛ لأن الآية مطلقّة غير مقيدة بالتتابع، وبهذا قال مالكٌ.

والثاني: نعم؛ حملاً للمطلق على المقيد في آية الظهر والقتل، وبهذا قال أبو حنيفة وأحمد واختاره المُزني - رحمهم الله - ومن قال بالأول، قال: هذه الكفارات بُيّت على التخفيف؛ ألا ترى إلى قلة عدد الأمداد والأيام، وإلى إثبات التخيير، فلا يلزم من اعتبار التتابع هناك الاعتبار ههنا، والقول الثاني أصح عند صاحب «التهذيب» لكن المحاملي في آخرين رجحوا الأول، وهو المذكور في الكتاب، وذكر الإمام؛ أنه الجديد، وإذا قلنا باعتبار التتابع، فالإفطار في اليوم الثاني أو الثالث بعذر المرض، أو السفر على الخلاف المذكور في كفارة الظهر، ولو أفطرت المرأة بعذر الحيض، فقد قيل: لا ينقطع التتابع، كما في صوم الشهرين، وقيل: يقطع بالانقطاع؛ لأن تبعيد الأيام الثلاثة عن الحيض ممكنٌ بخلاف الشهرين، وقيل: الحيض ههنا كالمرض هناك، ففي قطعه التتابع قولان:

والظاهر: أنه يقطع التتابع، وإذا كانت المرأة ممن لم يحض، فشرعت في الصوم، فأبتدأها الحيض، اتجه التسوية بينه وبين المرض، وقال أحمد: الحيض لا يقطع التتابع، وقد ذكرنا طرفاً من هذه المسألة في «الكفارات».

ويجوز أن يُعلم قوله في الكتاب «عشرة أمداد لعشرة مساكين» بالحاء؛ لما ذكرنا في الكفارات أن عند أبي حنيفة: وظيفة كل مسكين، إن أخرج البر، نصف صاع، وإن أخرج التمر والشعير، فصاع، وبالألف؛ لأن عند أحمد: لكل مسكين من البر مدٌّ ومن التمر والشعير مدان.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَيَكْفِي فِي الْكِسْوَةِ ثَوْبٌ وَاحِدٌ إِزَارٌ أَوْ سَرَاوِيلٌ أَوْ قَمِيصٌ، وَيَكْفِي مَا يُوَارِي الرُّضِيعَ إِذَا أَخَذَ الْوَالِدِيُّ لَهُ، وَإِنْ أَخَذَهُ لِنَفْسِهِ فَهَلْ يَكْفِي ذَلِكَ الْقَدْرُ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَا يُشْتَرَطُ الْمَخِيطُ وَلَا الْجَدِيدُ بَلْ يُجْزَىءُ الْمُسْتَعْمَلُ إِلَّا إِذَا تَحَرَّقَ بِالْإِسْتِعْمَالِ أَوْ قَارَبَ الْإِنْمِحَاقَ، وَيَجُوزُ مِنَ الصُّوفِ وَالْكَتَّانِ وَالْكِزْبَاسِ وَالْإِبْرَيْسِمِ، وَفِي الدَّرْعِ وَجْهَانِ، وَفِي الشَّمَشَقِ وَالْقَنْسُوتِ وَالْحُفِّ وَجْهَانِ فَالظَّاهِرُ مِنَ الطَّرِيقَيْنِ أَنَّ النَّعْلَ كَالشَّمَشَقِ لَا كَالْمِنْطَقَةِ فَإِنَّهَا لَا تُجْزَىءُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا اخْتَارَ الْمَكْفُرُ الْكِسْوَةَ، وَجِبَ فِيهَا التَّمْلِيكُ، كَمَا فِي الطَّعَامِ، وَلَا يَشْتَرَطُ أَنْ يُعْطِيَ كُلَّ مَسْكِينٍ دَسْتِ ثَوْبٍ، بَلْ يَكْفِي ثَوْبٌ وَاحِدٌ مِنْ قَمِيصٍ، أَوْ



سراويل، أو عمامة، أو جبة، أو قباء، أو مُقْتَعَة، أو إزار أو رداء، أو طَيْلَسَان؛ لأن الاسم يقع على جميع ذلك، وبهذا قال أبو حنيفة، فيما رَوَى بعض الأصحاب، وفي شرح الصيدلاني؛ أن أبا حنيفة - رحمه الله - قال: لا بد من ثوبٍ سابغ من دراعة أو جبة، أو إزار، مع رداء، ولا يجزىء الإزار وحده، والسراويل وحده، وَحَكَى القاضي ابن كج: أن أبا حنيفة قال: يَجْزَى السراويل، ولا تُجْزَى العمامة، وعند مالك وأحمد: يشترط أن يكون المُعْطَى ساتراً للورة، وتصح فيه الصلاة، فيختلف الحال بذكورة الأخذ وأنوثته، حتى يجزىء الإزار الواحد، إن كان الآخذ ذكراً، ولا يجزىء إن كان أنثى، وَحَكَى هذا قولاً عن القديم<sup>(١)</sup>، وعن رواية البيهقي أيضاً، ويمكن أن يُعْلَم؛ لما بينا قوله في الكتاب «إزارٌ أو سراويلٌ» بالحاء والميم والألف والواو.

ولو كان المأخوذ صغيراً يكفي للصغير والرضيع دون الكبير، نُظِر، إن أخذه الولي للصغير، جاز، فإنَّ صَرْفَ طعام الكفارة وكسوتها للصغار جائز، كما في الزكاة، ويتولَّى الولي الأخذ، وإن أخذه الصغير لنفسه، فوجهان:

أحدهما: وهو اختيار الشيخ أبي محمد: أنه لا يجوز؛ لقوله تعالى: ﴿أَوْ كَسَوْتُهُمْ﴾ [المائدة: ٨٩] فأضاف الكسوة إلى مَنْ يَكْتَسِي، وأيضاً، فإن الخرق الصغرة تَوَارِي ابْنُ سَاعَةٍ، ويبعد كل البُعد أن يكتفي المكفّر بعشر خِرَقٍ يعطيها عَشْرَةَ من الرجال.

وأظهرهما: الجواز، وبه قال القاضي الحسين - رحمه الله - ولا يُشترط أن يكتسي الآخذ بما يتسلمه، ولذلك يجوز أن يعطي الرجال كسوة النساء، وبالعكس، ولا يُشترط المَخِيْط، بل يجوز إعطاء الكِزْبَاس، ويُستحب أن يكون جديداً خاماً كان أو مقصوراً، فإن كان مستعملاً، نُظِر، إن تخرق أو ذهبته قوته بمقاربة الانمحاق، لم يجز؛ لأنه مَعْيَبٌ، كالطعام المُسْوَس، وإن لم ينته إلى ذلك الحد، فيجوز، كالطعام العتيق، كالمرقع لا يجزىء إن وقع للخرق والبلى، وإن خيط في الابتداء مرقعاً للزينة وغيره، أجزاءه ولو كسا مسكيناً ثوباً لطيفاً مهلهل الشَّجَّ غَيْرَ بِالِ فِي جنسه، لكن مثله، إذا لبس، لا يدوم إلا بقدر ما يدوم الثوب البالي، قال الإمام: يظهر أن يقول: لا يُجْزَى لضغف المنفعة فيه.

وأما الجنس، فيجزيء المَتَّخَذ من الصوف، والشَّعْر، والقطن، والكَتَّان والقَرْز والإِبْرَيْسَم، ولا فرق بين أن يكون المدفوع إليه رجلاً، لا يحلُّ له لبسه، أو امرأةً لأنه

(١) قال النووي: ويجزىء المنديل، صرح به أصحابنا، والمراد به هذا المعروف الذي يحمل في اليد، وقد صرح الدارمي بأن كل واحد من المنديل والعمامة يجزىء.

يجوز أن يدفع إلى الرجل كسوة المرأة، وفي «المهذب» وجه: أنه لا يجزىء، إن كان المدفوع إليه رجلاً، ولا فرق في كل جنس بين الجبِّ والردىء، والمتوسط، ويتبع الاسم، وعن القاضي الحسين: أنه لو قِيلَ باعتبار الكسوة الغالبة في أهل البلدة، كالطعام، لم يتعد، وفي الدرع وجهان:

أحدهما: أنه يجزىء؛ لأنها ملبوسةً محيطَةً بالبدن، ولذلك تجب الفدية على المُحْرَم بلبسها.

وأظهرهما: المنع؛ لأن المتَّبِع فيما نحن فيه اسمُ الكِسوة، ولا يُسَمَّى الدرع كسوة، وإن كانت ملبوسةً، وأُجْرِي الوجهان في الشَّمْشَق، وهو المَكْعَب، وفي القَلَنْسُوة، قال الإمام: وسبب الاختلاف إطلاق اسم اللبس وامتناع اسم الكسوة، ويحكى عن أبي إسحاق: أجزاء القَلَنْسُوة، واحتج له بما رُوِيَ أن عِمْرَانَ بن حصين - رضي الله عنه - سئِلَ عَن ذَلِكَ، فَقَالَ: إِذَا قَدِمَ وَفَدَّ عَلَى الأَمِيرِ، فَأَعْطَاهُمْ قَلَنْسُوةً، قِيلَ: قَدْ كَسَاهُمْ<sup>(١)</sup> وأجريا أيضاً في الخف والثَّبَان، وهو: سراويلٌ قصيرةٌ لا تبلغ الرُّكبة، والظاهر في الكلِّ المنع، وقطع به بعضهم في الخفِّ، وفي النعل طريقان:

أشبههما: على ما ذكر الإمام وصاحب الكتاب - رحمهما الله -: إجراء الخلاف.

والثاني: القطع بالمنع، كما في المنطقَةَ والخَاتَم، وليكن الجَوْرَبُ كالنعل، ولا تجزىء التُّكَّةُ وفي «جمع الجوامع» للرويانِي إجراء الخلاف فيها، وذكر الصيدلاني، أن القميص من اللبد يجزىء في اللبد الذي جرت العادة بلبسه؛ لغالب الناس أو لِنَا دِرْهِم<sup>(٢)</sup>.

قَالَ العَزَالِيُّ: النَّظَرُ الثَّلَاثُ فِي المُلْتَزِمِ، وَهُوَ كُلُّ مَكْلَفٍ حَيْثُ حُرًا كَانَ أَوْ عَبْدًا مُسْلِمًا كَانَ أَوْ كَافِرًا بَقِيَ حَيًّا أَوْ مَاتَ لَكِنَّ العَبْدَ لَيْسَ عَلَيْهِ إِلاَّ الصَّوْمُ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ بِالتَّمْلِيكِ (و)، وَلِلسَّيِّدِ المَنْعُ مِنْهُ لِأَنَّهُ عَلَى التَّرَاخِي إِلاَّ أَنْ يَكُونَ قَوِيًّا بِحَيْثُ لَا تَمْتَنِعُ الخِدْمَةُ، وَلِلسَّيِّدِ أَنْ يُطْعِمَ عَنْهُ وَيَكْسُو بَعْدَ مَوْتِهِ إِذْ لَا رِقَّ بَعْدَ المَوْتِ، وَفِي الإِغْتِاقِ عَنْهُ وَجْهَانِ.

(١) أخرجه البيهقي [٥٦/١٠ - ٥٧] من حديث محمد بن الزبير الحنظلي عن أبيه: أن رجلاً حدثه أنه سأل عمران بن حصين عن رجل حلف أنه لا يصلي في مسجد قومه، فقال عمران: سمعت رسول الله ﷺ يقول: لا نذر في معصية، وكفارته كفارة يمين، فقلت يا أبا نجيذ إن صاحبنا ليس بالموسر، فبم يكفر؟ فقال: لو أن قوماً قاموا إلى أمير من الأمراء، فكساهم كل إنسان قلنسوة، لقال الناس قد كساهم الأمير، وإسناده ضعيف.

(٢) قال النووي: قال الدارمي: فإن دفع ما لا يعتاد لبسه كجلود ونحوها. لم يجزه.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: كل مكلف حنث في يمينه<sup>(١)</sup>، لزمته الكفارة، يستوي فيه الحرُّ،

(١) اتفقت كلمة الفقهاء على اعتبار البلوغ والعقل والانعقاد شروطاً لوجوب الكفارة باليمين فلا كفارة على من حنث وهو صبي، أو مجنون، لأن القلم أي الخطاب مرفوع عنهما بقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاث. عن النائم حتى يستيقظ، والصبي حتى يبلغ، والمجنون حتى يفيق». كما لا كفارة على من لغا في يمينه إلا ما ورد عن المالكية في اللغو إذا كان على أمر مستقبل فإن فيه الكفارة عندهم، وقد سبق تفسير كل «اللغو» لقوله تعالى: ﴿لَا يَأْخُذْكُمْ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يَأْخُذْكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ﴾.

واختلفوا بعد ذلك في الإسلام والاختيار وتعهد الحنث هل تعتبر شروطاً لوجوبها أو لا. الإسلام:

ذهبت الشافعية والحنابلة والمالكية وأبو ثور إلى أن الإسلام ليس شرطاً في إيجاب الكفارة على من حنث كافراً.

وذهبت الحنفية والثوري وجماعة من العلماء إلى أن الإسلام شرط في وجوب الكفارة. وحجة الشافعية ومن ذهب مذهبه ما روي عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - «إنه نذر في الجاهلية أن يعتكف في المسجد الحرام، فأمره رسول الله ﷺ بالوفاء بنذره» ولا فرق بين النذر واليمين ولأنه من أهل القسم بدليل قوله تعالى: ﴿فَيَقْسِمَانِ بِاللَّهِ﴾ فقد أخبر سبحانه وتعالى أن الكافر يصح يمينه وإذا صحت اليمين منه كان مطالباً بالمحافظة عليها كغيره قال تعالى: ﴿وَاحْفَظُوا أَيْمَانَكُمْ﴾ فإذا أخل بهذه المحافظة طوبى بالكفارة عقوبة له وزجراً لانتهاكه حرمة الاسم الأعظم. ولا يقال إنه غير مكلف فقد حكى الله عن الكافرين ما يدل على مخاطبتهم بفروع الشريعة قال تعالى: ﴿مَا سَلَكَكُمْ فِي سَقَرٍ قَالُوا لِمَ لَمْ نَكُ مِنَ الْمَصْلُومِينَ وَلَمْ نَكُ نَعْتَمِ الْمُسْكِينَ...﴾ الآية.

فدل هذا على أن الكافر أهل للالتزامات الشرعية إذ لا فرق بين النذر وغيره. وأما تأخير الكفارة إلى ما بعد إسلام المكفر كما عليه أهل الظاهر وابن المنذر فغير مسلم لما فيه من التقرير ولعله يموت قبل التكفير فيزاد في إثمه.

وأما استدلال الحنفية بالآية ﴿لَا يَأْخُذْكُمْ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ...﴾ الآية بأن الخطاب فيها للمؤمنين فغير مسلم لأن الخطاب وإن كان للمؤمنين لانتفاعهم بالأحكام لا يلزم منه ألا يكون غيرهم مثلهم في الأحكام لما تقدم، وافتقارها إلى النية لأنها عبادة لا يلزم منه أن يكون مانعاً من صحة التكفير من الكافر، لأن نيته للتمييز لا للتقرب وهو أهل لها، وبذلك يترجح مذهب الشافعية ومن وافقهم.

الاختيار وتعهد الحنث:

ذهبت الشافعية والحنابلة والظاهرية إلى أن الاختيار وتعهد الحنث شرطان في إيجاب الكفارة. وذهبت الحنفية والمالكية إلى عدم الاشتراط إلا أن المالكية يوجبونها على المكره بحنث في بر بشروط هي:

أولاً: ألا يعلم أنه يكره على الفعل.

ثانياً: ألا يأمر غيره بإكراهه له.

ثالثاً: ألا يكون الإكراه شرعياً.

رابعاً: ألا يفعل ثانياً طوعاً بعد زوال الإكراه.

والعبد، والمسلم، والكافر، وعن أبي حنيفة: أن يمين الكافر لا ينعقد، واحتج الأصحاب - رحمهم الله - بأنه مكلف قاصد إلى اليمين، فينعقد؛ كالمسلم، وكما أن على الحالف الحائث إخراج الكفارة في حياته، فلو مات قبل الإخراج، تخرج من تركته، هذا هو القول الجملي، وفي العبد والميت مسائل تقع في فصلين:

أحدهما: في العبد، ويكفر عن اليمين وغيرها بالصوم؛ لأنه لا يملك على الصحيح، فلا يتصور منه الإعتاق والإطعام، وإعطاء الكسوة، وإن قلنا: إنه يملك بتملك السيد، فإن أطلق التملك، لم يمكنه إخراج الكفارة بغير إذن السيد، وإن ملكه الطعام أو الكسوة للإخراج في الكفارة أو ملكه ثم أذن له، فيكفر بالإطعام أو بالكسوة، وقد ذكرنا ذلك، وبيئنا أنه، لو ملكه عبداً ليعتقه عن الكفارة، لم يقع عن الكفارة، على الظاهر من المذهب، وبتأه الإمام - رحمه الله - على أنه، لو ملكه عبداً فأذن له في إعتاقه مُتبرعاً لمن يكون الولاء، إذا أعتقه؟ وفيه قولان:

= خامساً: ألا يكون الحالف على شخص بأنه لا يفعل - كذا هو المكروه له على فعله. سادساً: ألا تكون يمينه لا أفعله طائعاً ولا مكراً وجهة الشافية ومن معهم قوله ﷺ «إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» وقوله ﷺ: «ليس على مقهور يمين». وجه الدلالة من الحديثين ظاهر، فإن النبي ﷺ أخبر في الحديث الأول بأن النسيان والإكراه قد وضعها عن الأمة. أي أنه لا إثم فيهما على المكروه، ونفي الإثم يوجب نفي الكفارة لأن الشأن فيها أن تكون لذهاب الإثم. وأخبر في الحديث الثاني أن المقهور ليس عليه يمين وهذا نص في المطلوب، لأن الكفارة إنما تكون عن وجود يمين معتبرة وحيث لا اعتبار ليمين المكروه فلا كفارة فيها.

ووجهة الحنفية والمالكية ما روي من قوله ﷺ: «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد. الخ» وعد من جملة الثلاث اليمين. ووجه الدلالة من هذا الحديث أن النبي ﷺ اعتبر اليمين من الهازل وهو الذي لم يقصد ما حلف عليه وجعلها كيمين الجاد الذي وجد منه القصد فتكون يمين المكروه والمخطيء أولى بالاعتبار لوجود القصد عندهما فتكون موجبة للكفارة كغيرهما. وأيضاً فإن حقيقة فعل خلاف ما حلف عليه لم تنعدم بالإكراه ولا بالنسيان بل توجد بها، وتحقق الفعل هو الشرط المعبر في الكفارة وقد وجد فتوجد الكفارة.

ونحن إذا نظرنا إلى وجهة كل نجد أن قول الفريق الأول القائل بالاشتراط هو الراجح لأن استدلال الحنفية يضعفه ما صرح به في بعض الروايات من تفسير اليمين بأنها اليمين بالعتق أو الرجعة، فقد ورد في بعض روايات الحديث ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والعتق وفي بعضها «الرجعة» بدل العتق والمطلق يحمل على المقيد فيكون المعنى اليمين بالعتق. كما أن قولهم إن الشرط في الكفارة هو حصول خلاف المحلوف عليه وقد تحقق استدلال بمحل النزاع، فإن الخصم يقول لهم: إن الشرط تحققه على وجه خاص ولم يوجد ذلك الوجه الخاص.

ويرد على الحنفية خاصة بأن هذا قياس في الأسباب وهم لا يقولون به.

أحدهما: أنه للسيد، فإن إثبات الولاء للعبد متعذر؛ لتعلق الولاء والإرث به، وقصور حال العبد عنهما.

**والثاني:** أنه يوقف، إن عتق العبد المعتق، تبين أن الولاء له، وإن مات رقيقاً، فهو للسيد، وذكر صاحب «التقريب» قولاً أن الولاء للعبد وإذا لم يبعد ثبوت الملك، لم يبعد ثبوت الولاء، فعلى هذا القول، إذا أذن السيد له في الاعتاق عن الكفارة، وقع عنها وثبت له الولاء، وقد ذكرنا ذلك في «الكفارات» ويؤيّد ذلك عن أحمد - رحمه الله - وإن جعلنا الولاء للسيد، فلمن يقع العتق؟ قال الإمام: ينقذ فيه وجهان من كلام الأصحاب - رحمهم الله - .

**أظهرهما:** أنه يقع للسيد، وكأن الملك ينقلب إليه، لانصراف الولاء إليه .

**والثاني:** أنه يقع عن العبد، ويجزئه عن الكفارة، والتعذر يختص بالولاء، وهذا قول حكاه الشيخ أبو محمد - رحمه الله -، وإن قلنا بالتوقف في الولاء، فقد قيل: يجزئ الاعتاق عن الكفارة، وهذا ما أسندناه إلى القفال هناك، ورأى الصيدلاني أن يوقف الوقوع عن الكفارة؛ تبعاً للولاء، وهذا ما ذكره القاضي الحسين، وقطع به، وإذا قلنا في هذه التفاريع: إن العتق يقع عن الكفارة، فلو أذن السيد لعبده في الاعتاق في كفارة مرتبة، فهل للعبد ألا يكفر بالمال، ويصوم؟ قال الإمام - رحمه الله -: فيه احتمال عندنا من جهة أن ملكه ضعيف، والعبد ليس مؤسراً به؛ ولذلك كانت نفقته على زوجته نفقة المغسرين، وإن ملكه السيد مالاً جماً، ويجوز أن يقال: ليس له ذلك؛ لتمكنه من الاعتاق.

ولو أعتق الكاتب عن كفارته بإذن السيد، ونفذنا تصرفاته، إذا صدر عن إذن السيد، قال الصيدلاني: الذي ذكره الأصحاب - رحمهم الله - أن ذمته تبرأ عن الكفارة، والذي عندي فيه: أن الأمر موقوف؛ لأنه قد يعجز، فيرق، وحينئذ، فيكون الولاء موقوفاً، وإذا كان الولاء موقوفاً، وجب وقف الكفارة، ولو كفر السيد عنه بالإطعام، أو الكسوة، أو الاعتاق بإذنه، فهو على الخلاف في أنه، هل يملك بالتملك بتفريعه وإذا كفر بالصوم، فيستقل به، ولا يحتاج إلى إذن السيد، وفيه تفصيل وخلاف مذكوران في «الكفارات» وحيث يحتاج إلى الإذن، فللسيد منع الجارية من الصوم، لثلا يقوته الاستمتاع، والكفارة على التراخي، وكذا له منع العبد، إذا كان يضعف عن الخدمة بالصوم أو يناله ضرراً، وإلا، فوجهان:

**أحدهما:** أن له المنع أيضاً؛ لأنه ينقص نشاطه.

**وأصحهما:** وهو المذكور في الكتاب: أنه ليس له ذلك؛ لأنه لا يتضرر به، وذكر على هذا أنه لا يمنعه من صوم التطوع في مثل هذه الحالة، ولا من صلاة التطوع في

غير زمان الخدمة، كما لا يمنعه من الذكر وقراءة القرآن في ترداده، وحيث يحتاج إلى الإذن، فلو صام من غير إذن، اعتد به، كما لو صلى الجمعة من غير إذنه، هذا كله في حياة العبد، أما إذا مات، وعليه كفارة يمين، فللسيد أن يكفر عنه بالإطعام أو الكسوة، وإن قلنا: إن العبد لا يملك بالتمليك، لأن التكفير عنه في الحياة يتضمّن دخوله في ملكه، والتكفير بعد الموت لا يستدعي ذلك، وليس للسيد ملك محقق، وأيضاً، فإن الرق لا يبقى بعد الموت، فهو والحرّ سواء، هذا ظاهر المذهب قال الإمام - رحمه الله -: ويتطرق إليه احتمال؛ الوجه ذكرناه في «الكفارات» فيما إذا أعتق العبد، وعليه كفارة، فأراد أن يكفر بالمال، وقلنا: إن الاعتبار بحالة الوجوب؛ أنه لا يجوز؛ لأنه لم يكن أهلاً للتكفير بالمال، حينئذٍ، وإذا قلنا: بالظاهر، فهل يجزىء إعتاقه عنه؟ فيه وجهان:

أصحهما: وهو المذكور في «التهديب» المنع؛ لما ذكرنا من إشكال الولاء.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَالْمَيْتُ يَعْتَقُ عَنْهُ وَارِثُهُ مِنْ مَالِهِ فِي الْكَفَّارَةِ الْمُرْتَبَةِ، وَفِي الْمُخَيَّرِ يُطْعِمُ وَيَكْسُو، وَفِي الْإِعْتَاقِ وَجْهَانِ، وَالْأَجْنَبِيُّ لَا يَعْتَقُ عَنْهُ مُتَبَرِعاً، وَفِي الْإِطْعَامِ وَالْكَسْوَةِ وَجْهَانِ، وَالْوَارِثُ يَتَبَرَّعُ بِغَيْرِ الْعِنَقِ، وَفِي الْعِنَقِ وَجْهَانِ، وَفِي صَوْمِ الْوَلِيِّ عَنْهُ خِلَافٌ، وَصَوْمُ الْأَجْنَبِيِّ بِغَيْرِ إِذْنٍ مُرْتَبٌ عَلَيْهِ، وَأَوْلَى بِالْمَنْعِ، وَلَوْ أَوْصَى فِي الْكَفَّارَةِ الْمُخَيَّرَةَ بِالْعِنَقِ وَزَادَ قِيَمَةَ الْعَبْدِ عَلَى الطَّعَامِ فَقِي وَجْهٌ يُخَسَّبُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، وَفِي وَجْهِ مِنْ الثَّلْثِ، وَفِي وَجْهِ قَدْرٌ قِيَمَةَ الطَّعَامِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ وَالزِّيَادَةَ مِنَ الثَّلْثِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْفَصْلُ الثَّانِي فِي الْمَيْتِ: مَنْ مَاتَ وَعَلَيْهِ كَفَّارَةٌ، أُخْرِجَتْ مِنْ تَرْكِهِ، أَوْصَى بِهَا أَوْ لَمْ يَوْصِ، وَسَبِيلُهَا سَبِيلُ الدِّيُونِ، هَذَا هُوَ الْمَذْهَبُ، وَذَكَرْنَا فِي «كِتَابِ الْوَصِيَّةِ» وَجْهًا آخَرَ: أَنَّهُ، إِنْ أَوْصَى بِهَا، أُخْرِجَتْ مِنَ الثَّلْثِ، وَإِلَّا، لَمْ يُخْرَجْ وَوَجْهًا أَنَّهَا تَخْرُجُ مِنَ الثَّلْثِ، وَإِنْ لَمْ يَوْصِ، وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: حَقُوقُ اللَّهِ تَعَالَى تَسْقُطُ بِالمَوْتِ، وَقَدْ قَدَّمْنَا، وَعِنْدَنَا: إِذَا وَقَّتِ التَّرَكَةُ بِمَا عَلَى الْمَيْتِ مِنْ حَقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى وَحَقُوقِ الْآدَمِيِّينَ، قُضِيَتْ جَمِيعاً، وَإِلَّا تَعَلَّقَ بَعْضُهَا بِالْعَيْنِ، وَبَعْضُهَا بِالذِّمَّةِ، فَيَقْدَمُ مَا يَتَعَلَّقُ بِالْعَيْنِ سِوَاءِ اجْتِمَاعِ النُّوعَانِ أَوْ تَجَرُّدِ أَحَدَهُمَا، وَإِنْ اجْتَمَعَ النُّوعَانِ، وَالْكَُلُّ يَتَعَلَّقُ بِالْعَيْنِ أَوْ بِالذِّمَّةِ، فَيَقْدَمُ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى، أَوْ حَقُّ الْآدَمِيِّ أَوْ يَتَسَاوَيَانِ؟ فِيهِ أَقْوَالٌ ذَكَرْنَا هُمَا فِي مَوَاضِعَ، وَلَا تَجْرِي هَذِهِ الْأَقْوَالُ فِي الْمَخْجُورِ عَلَيْهِ بِالْفَلْسِ، إِذَا اجْتَمَعَتْ حَقُوقُ اللَّهِ تَعَالَى وَحَقُوقِ الْآدَمِيِّينَ بَلْ تَقْدَمُ حَقُوقِ الْآدَمِيِّينَ وَتُؤَخَّرُ حَقُوقُ اللَّهِ تَعَالَى مَا دَامَ حَيًّا، إِذَا عَرَفْتَ ذَلِكَ، فَإِنْ كَانَتْ الْكَفَّارَةُ مُرْتَبَةً، فَيَعْتَقُ الْوَارِثُ خِلَافَةَ عَنِ الْمَوْرَثِ، وَيَعْتَقُ الْوَصِيُّ أَيْضاً بِحَقِّ الْإِبْصَاءِ، وَيَكُونُ الْوَلَاءُ لِلْمَيْتِ، فَإِنْ تَعَدَّرَ الْإِعْتَاقَ، فَيُطْعِمُ مِنْ

التركة، وإن كانت كفارة تجبر فيكفر بالإطعام والكسوة من التركة وفي الإعتاق وجهان مذكوران في «كتاب الوصية».

**والأصح:** الجواز أيضاً، واللازم ما هو أقل قيمة من الخصال، وإذا لم تكن تركة، فيتبرع الأجنبي بالإطعام أو الكسوة عنه من مال نفسه، وفيه وجهان ذكرناهما في «الوصية» أيضاً.

**والأظهر:** الجواز، وجوازه في حق الوارث أظهر، وفيه وجه أيضاً؛ لبعده العادات عن النيابة، وفي تبرع الأجنبي بالإعتاق في الكفارة المخيرة طريقان:  
أحدهما: طرد الوجهين.

**والثاني:** القطع بالمنع، والظاهر المنع، وهو المذكور في الكتاب ههنا، ووجهه بمعنيين:

أحدهما: أن التكفير بغير الإعتاق متيسر، فلا يُعدّل إلى الإعتاق؛ لما فيه من عسر إثبات الولاء.

**والثاني:** أن فيه إضراراً بأقارب الميت من حيث إنهم يؤاخذون بجناية معتقه، فيمنع منه الأجنبي وإن كان المعتق وارثاً، فوجهان بناء على المعينين، إن قلنا بالأول، لم يجز، وإن قلنا بالثاني، فيجوز، وفي الكفارة المرتبة للوارث أن يتبرع بالإعتاق، وفي الأجنبي وجهان بناء على المعينين، إن قلنا بالأول، فيجوز، وهو الأظهر، وإذا قلنا بالثاني، فلا، وهذه المسائل قد سبقت مشروحة في «الوصية» وقد أوردتها أو أكثرها في الكتاب هناك، وكرّر بعضها ههنا على زيادة أو نقصان فيها.

وقوله «وفي صوم الولي عنه خلاف» يعني إذا مات، وفي ذمته صوم عن كفارة وغيرها، هل يقضي الولي عنه؟ فيه قولان: الجديد؛ المنع، والمسألة المذكورة في «كتاب الصوم» ثم «الوصية» ثم في «الكفارات» ثم في هذا الكتاب.

ولو أمر أجنبياً بأن يصوم عنه صار بسبب الإذن كالوارث حتى يصوم عنه على القديم، ولو استقل به الأجنبي، فوجهان؛ تفرعاً عليه، وقد ذكرناهما في «الصوم» والظاهر المنع، وإذا أوصى بأن يعتق عنه في كفارة مخيرة، وزادت قيمة العبد على قيمة الطعام والكسوة، ففيه ثلاثة أوجه؛ أضعفها: أنه يتعين الإعتاق، وتُحسب قيمة العبد من رأس المال؛ لأنه أخذ ما يجب الكفارة.

**والثاني:** أن قيمة العبد تُحسب من الثلث؛ لأن براءة الذمة تخصل بما دونها، فعلى هذا، إن وقى الثلث بقيمة عبد يجرىء، أعتق عنه، وإلا بطلت الوصية، وعُدل إلى الإطعام والكسوة.

**والثالث:** أن قدر قيمة أقلها قيمة تحسب من رأس المال، والزيادة إلى تمام قيمة

العبد تُحَسَّب من الثلث، فإن وُقِيَ ثلث الباقي مضموماً إلى الأقلِّ المخسُوبِ من رأس المال بقيمة عبدٍ، أُعْتِقَ عنه، وإلا، بطلت الوصية، وعُدِلَ إلى الإطعام أو الكسوة، وذلك مثل أن تكونَ التركة أربعين، وقيمة أقلها قيمة عشرة، وهي مع ثلث الباقي عشرون، فإذا وجد بالعشرين رقبةً، نفذنا الوصية، ولو كانت التركة مائتين وثمانين، وقيمة الأقلِّ عشرةً، والعشرة مع ثلث الباقي مائةً، ووجدنا بالمائة رقبةً مجزئيةً، تنفذ الوصية، وهذا الوجه أقيس عند الأئمة، وبه قال ابن سُرَيْج وأبو إسحاق، وشبهوا المسألة بما إذا أوصى أن يُحَجَّ عنه من دويرة أهله، ولم يفِ الثلث به، لكن أمكن ضمُّ ما يجب من رأس المال، وهو قيمة حجة من الميقات إلى ثلث الباقي، وفي المبلغان بحجة من دويرة أهله، فإنه يُضْمُ وينفذ الوصية، والأصحُّ، وظاهر النص: أن الثلث، إذا لم يفِ بقيمة العبد بتمامها، تَبْطُل الوصية بالعتق، ووجَّهوه بأن العتق، أو الإطعام، أو الكسوة جنسان مختلفان، فلا يُعتبر أحدهما من رأس المال، والآخر من الثلث؛ لما فيه من الجمع بين الجنسين؛ بخلاف الحج؛ فإنه عبادة واحدة على أن في طريقة الصيدلاني تخريج الوجهين، في مسألة الحج، واعلم أن الوصية بالعتق في الكفارة المخيرة، أوردها صاحبُ الكتاب في «باب الوصية» على الاختصار، وأتينا هناك بطرف من شرحها، وتامه ما بيناه ها هنا والله الموفق.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَمَنْ نِصْفُهُ حُرٌّ وَنِصْفُهُ عَبْدٌ يُكْفَرُ بِالْمَالِ، وَفِيهِ قَوْلٌ مُخَرَّجٌ أَنَّهُ كَالْعَبْدِ لَا يُكْفَرُ إِلَّا بِالصَّوْمِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: من بعضه حرٌّ وبعضه رقيقٌ، إن كان مُعْسِراً يُكْفَرُ بالصوم، وإن كان له مال، فوجهان، وإن شئت، قلت: قولان؛ منصوصٌ ومخرَّجٌ:

المنصوص، وهو الظاهر من المذهب: أنه لا يكفر بالصوم؛ لأنه واجدٌ لما يتقدَّم على الصوم، وإنما يكفر بالصوم العاجزُ عنه، وهذا كما أنه إذا وجد ثمن الماء، لا يجوز أن يُصَلِّي بالتيمم، وإذا وجد ثمن الثوب، لا يجوز له أن يُصَلِّي عارياً، كالحر، وخَرَجَ الْمُزَنِّيُّ: أنه يكفر بالصوم، ويُقال: إن ابن سُرَيْج - رحمه الله - صَوَّبَهُ، وساعده، ووجَّه بأنه ناقصٌ بالرق، وبأن الأداء بحسب اللزوم، واللزوم يكفي جملة، فكذا الأداء، وحينئذٍ فيكون مخرَّجاً عن بَعْضِيَّة الرقيق مالا، فإن قلنا بالأول، فيطعم ويكسو.

والمشهور: أنه لا يعتق<sup>(١)</sup>؛ لأنه يَسْتَعْقِبُ الولاء المتضمَّن للولاية والإرث، وهو

(١) قال الشيخ البلقيني: يستثنى ما إذا قال له مالك بعضه إذا اعتقت عن كفارتك فنصبي منك حر قبل إعتاقك عن الكفارة أو فنصبي حر مع إعتاقك عن الكفارة فإنه في الأولى يصح إعتاقه عن كفارة نفسه قطعاً، وكذا في الثانية على الأصح.



ليس من أهلها، ذكر الصيدلاني: أن في تكفيره بالعِثْق قولين كالقولين في المكاتب، إذا أُعْتِقَ بِأَذْنِ السَّيِّدِ عَنْ كَفَّارَتِهِ<sup>(١)</sup>، وظاهر لفظ الكتاب، وهو قوله: «يُكْفَرُ بِالْمَالِ» يوافق قول الجواز.

### الْبَابُ الثَّلَاثُ فِيمَا يَقَعُ بِهِ الْحِنْتُ

قَالَ الْعَرَالِيُّ: وَيُنْبَغُ فِيهِ مُوجِبُ الْأَلْفَاطِ، وَهِيَ أَنْوَاعٌ: الشُّوعُ الْأَوَّلُ: مَا يَتَعَلَّقُ بِدُخُولِ الدَّارِ، فَإِذَا حَلَفَ عَلَيْهِ لَمْ يَحْنُثْ بِصُعُودِ السَّطْحِ، وَلَوْ حَلَفَ عَلَى الْخُرُوجِ لَمْ يَبْرَأْ أَيْضاً بِالصُّعُودِ (و)، وَيَحْنُثُ بِدُخُولِ الدَّهْلِيْزِ (و)، وَلَا يَحْنُثُ بِدُخُولِ (و) الطَّاقِ خَارِجَ الْبَيْتِ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَدْخُلُ وَهُوَ فِي الدَّارِ لَمْ يَحْنُثْ بِالْمَقَامِ (ح)، وَلَوْ قَالَ: لَا أُرَكِّبُ وَهُوَ رَاكِبٌ أَوْ لَا أَلْبَسُ وَهُوَ لَا يَسُّ حَنْتٌ بِالِاسْتِدَامَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْأَصْلُ الْمَرْجُوعُ إِلَيْهِ فِي الْبِرِّ وَالْحِنْتُ اتِّبَاعٌ مُوجِبُ اللَّفْظِ الَّذِي تَعَلَّقَتْ الْيَمِينُ بِهِ، وَقَدْ يَتَطَرَّقُ إِلَيْهِ التَّقْيِيدُ وَالتَّخْصِيسُ بِنِيَّةٍ تَقْتَرِنُ بِهِ أَوْ بِاصْطِلَاحٍ خَاصٍّ، أَوْ قَرِينَةٍ أُخْرَى، عَلَى مَا سَيَأْتِي - إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى - وَالصُّورُ الَّتِي تَدْخُلُ فِي تَرْجُمَةِ الْبَابِ لَا تَنْتَهِى، لَكِنِ الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَالْأَصْحَابُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - تَكَلَّمُوا فِي أَنْوَاعٍ تَغْلِبُ وَيَكْثُرُ اسْتِعْمَالُهَا، وَغَيْرَهَا يُقَاسُ عَلَيْهَا:

النوع الأول: الدخول والمسكنة وفيه مسائل:

إحداها: إذا حلف، لا يدخل الدار، فالكلام فيه من وجوه:

أحدها: يَحْنُثُ بِالْحُضُورِ فِي عَرِصَةِ الدَّارِ، وَفِي أُنْبِيَّتِهَا مِنَ الْبُيُوتِ وَالْعُرْفِ وَغَيْرِهَا، وَلَوْ صَعِدَ سَطْحَهَا، إِمَّا بِالتَّسَلُّقِ أَوْ بِأَنْ جَاءَ مِنْ دَارِ الْجَارِ، لَمْ يَحْنُثْ، إِنْ لَمْ يَكُنِ السَّطْحُ مَحْوَطاً، وَلَا عَلَيْهِ سِتْرَةٌ، فَإِنْ كَانَ، فَوْجِهَانِ:

أظهرهما: وهو ظاهر النص: أن الجواب كذلك، ويؤيده أنه لو حصل على بعض جدران الدار، لَمْ يَحْنُثْ.

والثاني: يَحْنُثُ؛ لِإِحَاطَةِ حَيْطَانِ الدَّارِ بِهِ، وَلِهَذَا لَوْ صَلَّى، عَلَى سَطْحِ الْكَعْبَةِ، وَهُوَ عَلَى هَذِهِ الْهَيْئَةِ، تَصَحَّ صَلَاتُهُ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَحْمَدُ<sup>(٢)</sup> يَحْنُثُ سِوَاءَ مَا كَانَ مَحْوَطاً أَوْ لَمْ يَكُنْ، وَسَلَّمَ أَبُو حَنِيفَةَ: أَنَّهُ لَوْ كَانَ فَوْقَ الدَّارِ حُجْرَةً بِأَبْهَا خَارِجَ الدَّارِ، فَدَخَلَهَا، لَا يَحْنُثُ، وَلِيَعْلَمَ؛ لَمَّا ذَكَرْنَا قَوْلَهُ فِي الْكِتَابِ «لَمْ يَحْنُثْ بِصُعُودِ السَّطْحِ» بِالْحَاءِ وَالْأَلْفِ وَالْوَاوِ؛ لِإِطْلَاقِهِ الْجَوَابِ، وَإِذَا قُلْنَا بِالْحِنْتِ فِيمَا إِذَا كَانَ مَحْوَطاً، فَذَلِكَ، إِذَا كَانَ

(٢) سقط من: أ.

(١) سقط من: ز.

التحويط من الجوانب الأربعة، فإن كان من جانب واحد، لم يؤثر، وإن كان من جانبين أو ثلاثة، فقد ذُكر فيه خلافٌ مرتَّب لما ذكر في «الوسيط»: أن الحالف على ألا يدخل، لا يَحْتِ بِرُقِي السطح، قال: إلا أن يكون مسقفاً، وهذا لأنه، إذا كان مسقفاً، كان طبقة أخرى من الدار، وهكذا يَحْتِ، مهما كان التسقيف في البغض، إذا كان يصعد إليه من الدار، فإنه من أبنية الدار، ولو حلف على الخروج من الدار، فهل يَبْرُ بصعود السطح؟ حَكَى أبو الحسن العبادي وغيره - رحمهم الله - فيه وجهين:

**أحدهما:** وهو المذكور في الكتاب، وبه قال الشيخ أبو محمد: - أنه لا يَبْرُ؛ لأنه لا يعد خارجاً أيضاً، حتى يفارق السطح، ويجوز ألا يُعَدَّ داخلياً ولا خارجاً، كما أن مَنْ دخل ببعض بدنه أو أخرج ببغضه، لا يَحْتِ في يمين الدخول أو الخروج.

**وأشبههما:** ويَحْتِ عن القاضي الحُسين: أنه يَبْرُ؛ لأنه يَصْدُقُ أن يُقَالَ: إنه ليس في الدار، وإذا لم يكن في الدار، كان خارجاً من الدار، ويؤيده أن ابن الصَّبَّاحِ حَكَى عن الأصحاب - رحمهم الله - أنه، لو حلف أنه لا يخرج من الدار، فصعد السطح، يَحْتِ، ولا يخفى أنه يُنْظَرُ في طرف الخروج أيضاً إلى كون السطح محوطاً أو غيرَ مَحْوُوطٍ، والحالف على ألا يدخل، هل يَحْتِ بدخول الطاق المعقود خارج الباب؟ فيه وجهان:

**أصحهما:** وهو المذكور في الكتاب: المَنْعُ؛ لأنه لا يُقَالَ: إنه دخل الدار.

**والثاني:** يَحْتِ؛ لأنه من الدار؛ ألا ترى أنه يدخل في بيعها، ولو دخل في الدهليز خلف الباب أو بين البابين، حَيْثُ؛ لأنه من الدار، وَمَنْ جاوز الباب، عُدَّ داخلياً، وحَكَى الفوراني نَصاً للشافعي - رضي الله عنه - على أن داخل الدهليز لا يَحْتِ، وحملوه على الطاق خارج الباب، لكن أشار الإمام إلى إثباته قولاً، وقال: لا يبعد أن يقال: دخل الدهليز، ولم يدخل الدار، فيجوز أن يُعْلَمَ لذلك قوله في الكتاب «ويَحْتِ بدخول الدهليز» ونزل صاحب «التتمة» الدرب المختص بالدار أمام الباب، إذا كان داخلياً في حد الدار ولم يكن في أولها باب منزلة الطاق، قال: فإن كان عليه باب، فهو من الدار<sup>(١)</sup> مسقفاً كان أو لم يكن.

**الثاني:** لو كان عند الحلف في الدار، فلم يخرج، لم يَحْتِ بالإقامة؛ لأن ذلك لا يُسَمَّى دخولاً، وعن «الأم» قول آخر: إنه يَحْتِ؛ لأن استدامة الدخول في حكم الابتداء؛ ألا ترى أنه لو دخل داراً مغصوبة، ولم يَعْلَمَ بحالها، ثم علم، فلم يخرج أَيْمً، وأنكر القاضي أبو الطيب في «المجرد» أن يكون هذا قولاً للشافعي - رضي الله عنه

(١) سقط من: أ.

- وقال: إنَّه حكاه في «الأم» عن مذهب غيره، نعم، هو وجه للأصحاب، ويُحكى ذلك عن أبي إسحاق، واختيار أبي الحسين بن القطان - رحمهم الله - وكيف ما كان، فالصحيح الأوَّل، وهو منصوص حرملة، والمذكور في الكتاب وكذا لو حلف، لا يخرج، وهو خارج، لا يحنث بترك الدخول<sup>(١)</sup>، وإنما يحنث، إذا دَخَلَ، ثم خرج، ولو حلف، لا يتزوَّج، وهو متزوَّج، أولاً يتطهَّر، وهو متطهَّر، أو لا يتوضَّأ، وهو متوضَّأ، فاستدام النكاح والطهارة والوضوء، لا يحنث، ولو حلف، لا يلبس، وهو لابس، فلم ينزع، أو لا يركب، وهو راكب، فلم ينزل، حنث بالاستدامة، والفرق أن استدامة اللبس والركوب تُسمى لبساً وركوباً؛ ألا ترى أنه يصح أن يقال: لبستُ شهراً، ورَكِبْتُ ليلةً، ولا يصح أن يقال: دخلتُ شهراً، وتزوَّجتُ شهراً، وإنما يُقال: سكنتُ أو أقمتُ شهراً أو دخلتُ منذ شهر، وأيضاً فإذا قيل له: أنزع الثوب، حَسُنَ أن يقول: حتى ألبسه ساعة، وإذا قيل: انزل الدابة، حسن أن يقول: حتى أركبَ قدر ما ركبتُ، وفي الدخول لا يصحُّ أن يقول: حتى أدخل ساعة، ولو حنث بالاستدامة اللبس، ثم حَلَفَ ألا يلبس، فاستدام، لزمته كفارة أخرى، لأن اليمين الأوَّل، انحلت بالاستدامة الأولى، وهذه يمين أخرى، وقد حنثَ فيها، واستدامة القيام والقعود قياماً وقعوداً، وكذا استدامة استقبال القبلة واستدامة التطيُّب هل هو تطيُّب؟ فيه وجهان:

أصحُّهما: لا، وكذلك لو تطيَّب، ثم أحرم، واستدام، لم تلزم الفدية وذكر وجهان أيضاً فيما لو حَلَفَ ألا يطأ، وهو في خلال الوطء، فلم ينزع، أو ألا يصوم، وهو شارع في الصوم، أو ألا يصلي، وهو في الصلاة، ويصوِّر ذلك فيما إذا حَلَفَ ناسياً للصلاة، فإن اليمين ينعقد، قال في «التهذيب»: لو حلف ألا يغصب، لم يحنث باستدامة المغصوب في يده، ولو حَلَفَ ألا يسافر، وهو في السفر، فوقف أو أخذ في العود، في الحال، لم يَحْنُثْ، وإن سار على وجهه، حنث، وكان التصوير فيما إذا حَلَفَ على الامتناع عن ذلك السَفَر، وإلا، فهو في العود مسافر أيضاً.

(١) قال الشيخ البلقيني في تصحيح المنهاج: الذي يتبادر إلى الفهم من عبارة النووي في منهاجه أنه إذا حلف لا يخرج من هذه الدار وهو خارج منها قبل تمام خروجه أنه لا يحنث بإتمام الخروج منها، وليس كذلك فإنه يحنث هنا قطعاً والذي في المحرر ولو حلف لا يدخل داراً لدار هو فيها، لم يحنث بالإقامة أو لا يخرج وهو خارج لم يحنث حتى يدخل ويخرج، فالمراد بقول المحرر وهو خارج أنه ليس في الدار ولا في دهليزها لعامل هو خارج عنها لا منها فلا يحنث حتى يدخل ويخرج أوضح لنا مقصوده وكان زوال الإبهام وقع في الروضة والشرح.

ففي الروضة لو حلف لا يخرج وهو خارج لا يحنث بترك الدخول، وفي الشرح ولو حلف لا يخرج وهو خارج لا يحنث بترك الدخول وإنما يحنث إذا دخل ثم خرج، وإيضاح العبارة في ذلك ما قدمناه.

الثالث: الحالف على ألا يدخل الدار، يَحْنُثُ بالحُصُولِ فيها، سواء دخلها من الباب أو من ثقب في بغض الجُدران، أو كان في الدار نَهْرُ جارٍ، فَطَرَحَ نَفْسَهُ في الماء، حتى حملة أو سبح أو رَكِبَ سَفِينَةً، فدخلت السفينة الدار ونزل من السطح، وفيما إذا نزل من السطح وجه آخَرُ، والصورةُ مذكورة في الكتاب من بعد، وسواء دَخَلَهَا رَاكِباً أو ماشياً، ولو أدخل في الدار يده أو رأسه أو إحدَى رِجْلَيْهِ، لم يَحْنُثْ، وكذا لو مدَّ رجليه، فأدخلها الدار، وهو قاعد خارجها، وإنما يحنث، إذا وضعها في الدار، واعتمد عليها أو حَصَلَ في الدار، متعلِّقاً بشيء، وإن حَلَفَ ألا يخرج، لم يحنث بإخراج اليد والرجل، ولا بإخراج الرُّجْلَيْنِ، وهو قاعد في الدار، ولو كان في الدار شجرةً منتشرة الأغصان، فتعلق ببعضها، فإن حصل في محاذاة البنيان، حَنِثَ، وإن حَصَلَ في محاذاة سُترة السطح، ففيه الوجهان، وإن كان أعلى من ذلك، لم يحنث وعن أصحاب أبي حنيفة: أنه، لو كان بحيث، لو سقط، سَقَطَ في الدار، حَنِثَ.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: وَلَوْ قَالَ: لَا أَدْخُلُ بَيْتًا حَنِثَ بَيْتِ الشَّعْرِ وَالْجِلْدِ وَالْحَيْمَةِ إِنْ كَانَ بَدْوِيًّا، وَفِي الْبَلَدِيِّ وَجِهَانٍ مَأْخُذَهُمَا أَنَّهُ يُرَاعَى عُرْفُ وَاضِعِ اللِّسَانِ أَوْ عُرْفِ الْحَالِفِ وَفَهْمُهُ، وَلَوْ قَالَ: (درخانه نشوم) لَمْ يَحْنُثْ بَيْتِ الشَّعْرِ إِذَا لَمْ يَثْبُثْ هَذَا الْعُرْفُ فِي الْفَارِسِيَّةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَّةُ: إِذَا حَلَفَ، لَا يَدْخُلُ وَلَا يَسْكُنُ بَيْتًا، فَاسْمُ الْبَيْتِ يَقَعُ عَلَى الْمَبْنِيِّ مِنَ الطِّينِ، وَالْأَجْرِيِّ، وَالْمَدْرِيِّ، وَالْحَجْرِيِّ، وَعَلَى الْمُتَّخِذِ مِنَ الْخَشَبِ، وَالشَّعْرِ، وَالصُّوفِ، وَالْجِلْدِ، وَأَنْوَاعِ الْخِيَامِ، فَيُنْظَرُ، إِنْ نَوَى نَوْعًا مِنْهَا، حُمِلَتْ الْيَمِينُ عَلَيْهِ، وَإِنْ أَطْلُقَ، حَنِثَ بِأَيِّ بَيْتِ كَانَ، إِنْ كَانَ الْحَالِفُ بَدْوِيًّا؛ لِأَنَّ الْكُلَّ بَيْتٌ عِنْدَهُ، وَإِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الْأَمْصَارِ وَالْقُرَى، فَوَجِهَانُ:

أحدهما: يُنْسَبُ إِلَى ابْنِ سُرَيْجٍ: أَنَّهُ لَا يَحْنُثُ بِبَيْتِ الشَّعْرِ وَأَنْوَاعِ الْخِيَامِ؛ لِأَنَّ الْمُتَعَارِفَ عَلَيْهَا عِنْدَهُمْ، وَالْمَفْهُومُ مِنْ اسْمِ الْبَيْتِ هُوَ الْمَبْنِيُّ، وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ.

وأصحُّهُمَا: وَهُوَ ظَاهِرُ النَّصِّ: أَنَّهُ يَحْنُثُ أَيْضًا، وَاخْتَلَفَ فِي تَعْلِيلِهِ، فَقِيلَ؛ إِنَّمَا يَحْنُثُ؛ لِأَنَّ أَهْلَ الْبَادِيَةِ يُسَمُّونَ بَيْتَ الشَّعْرِ وَنَحْوَهُ بَيْتًا، وَإِذَا تَبَيَّنَ هَذَا الْعُرْفُ عِنْدَهُمْ، ثَبَّتَ عِنْدَ سَائِرِ النَّاسِ، وَلِذَلِكَ يَقُولُ: مَنْ حَلَفَ، لَا يَأْكُلُ الْخَبِيزَ، يَحْنُثُ بِالْمُتَّخِذِ مِنَ الْأَرْزِ، وَإِنْ كَانَ الْحَالِفُ مِمَّا لَا يَتَعَارَفُهُ، وَاعْتَرَضَ عَلَيْهِ بِأَنَّ مَنْ حَلَفَ بِيغْدَادٍ وَغَيْرِهَا أَلَّا يَرْكَبَ دَابَّةً، لَا يَحْنُثُ بِرُكُوبِ الْجَمَلِ<sup>(١)</sup>، وَإِنْ كَانَ أَهْلُ مِصْرَ يَسْمُونَهُ دَابَّةً، وَلَوْ كَانَ

(١) فِي أ: الْحِمَارُ.

ثبوت العُزْف عند قوم يقتضي التعميم، لَحِنَتْ وفي مسألة الخبز، لم يكن الحِنْتُ بهذا السبب، بل المَتَّخَذ من الأرز يُسَمَّى خبزاً في جميع البلاد ثم أهل بلد يَطْلِقُون اسم الخبز على ما يجدره عندهم، وقيل: إنما يحنث؛ لأن المَتَّخَذ من الشَّعْر والجِلْد يُسَمَّى بيتاً في الشَّرْع؛ قال الله تعالى: ﴿وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ جُلُودِ الْأَنْعَامِ بُيُوتًا﴾ [النحل: ٨٠] واعتَرَضَ عليه بأنه لا يَحْنُثُ بدخول المساجِدِ على ما سيأتي - إن شاء الله تعالى - مع أن الله تعالى سماها بيوتاً، فقال عزَّ اسمُهُ ﴿فِي بُيُوتٍ أُذِنَ لِلَّهِ أَنْ تَرْفَعَ﴾ [النور: ٣٦] والأصح أنه، إنما يحنث؛ لأن اسم البيت يقع على جميعها في اللغة، فحَمِلَ اللفظ على حقيقته، واعترض عليه بأننا تَرَكْنَا الحقيقة للعُزْف فيما إذا حَلَفَ لا يأكل البيض، فقلنا لا يَحْنُثُ<sup>(١)</sup> يأكل بَيضَ السَّمَكِ؛ لأن العزف خصَّص اللفظ بما يزايل بائضه في حياته، وفيما إذا حلف لا يأكل الرؤوس، فقلنا: لا يحنث بأكل رؤوس العصافير والسموك؛ للعُزْف، وأجيب عنه بأن هناك عُرْفًا عُرْفًا مستمراً على خلاف اللغة، فإنهم لا يطلقون اسم البيض على بَيضِ السَّمَكِ، وإن كثرت عندهم، ولا اسم الرؤوس المشوية على رؤوس الطير والسمك مع كثرتها، وأما اسم البيت، فلا يستعملونه في المَتَّخَذِ من الشَّعْر والجِلْد ونحوهما، ولا يفهمونها، من اللفظ عند الاستعمال؛ لِقُدْهَا أو قَلْتَهَا عندهم، فلم يتحقق عُرْفًا على خلاف اللغة، وكان ذلك كمسألة خُبْزِ الأرز، وفي المسألة وجهُ ثالث؛ وهو أن القروي، إن كانت قريته قريبة من البادية، يَحْنُثُ بدخول بيت الشعر والخيام؛ لاختلاط بعضهم ببعض، وفهمهم، معنى اللفظ عند الاستعمال وإن كانت بعيدة، لم يَحْنُثُ.

وقوله في الكتاب «مأخذهما أنه يُزَاعَى عُرْفٌ واضع اللسان أو عرف الحالف وفهْمُهُ» قد يسلم أن في اللفظ عرفاً بخلاف وضع اللغة، وكلام الأئمة ينازع فيه على ما بيَّناه، ولو قال بالفارسية: (درخانه نشوم)<sup>(٢)</sup> فعن القفال: إنه لا يحنث بيت الشَّعْر والخيام؛ لأن العَجْم لا يَطْلِقُون هذا الاسم عليها، بل على المبنى، وعلى هذا أُجْرَى الإمام وصاحب الكتاب والروائي وغيرهم - رحمهم الله -، وقد يُقال بالفارسية: (خانه توگمان)<sup>(٣)</sup> لكن يعني به الجلد لا فَرْدٌ من الأفراد، وفي «التتمة» وجهُ آخر: أنه لا فرق فيه بين العربية والفارسية، ويكون الحكم على ما سبق، ولا يحنث بدخول الكعبة، والمساجد، والبيع، والكنائس، وبيوت الحَمَّام، والمغارة في الجبل؛ لأنها ليست للإيواء والسُّكْنَى، واسم البيت لا يقع عليها، إلا بَضْرِبِ تقييد، كما يُقال: الكعبة بيت الله أو البيت الحرام، وحكى صاحب «التتمة» وجهاً: إنه يَحْنُثُ بدخول الكعبة

(١) سقط من: ز. (٢) جملة فارسية معناها: لن أبقى بالبيت.

(٣) جملة فارسية بمعنى: أتصور أنه بيتك!.

والمساجد؛ لقوله تعالى: ﴿وَطَهَّرَ بَيْتِي﴾ [الحج: ٢٦] وقوله تعالى: ﴿فِي بُيُوتٍ أُذِنَ لِلَّهِ أَنْ تَرْفَعَ﴾ [النور: ٣٦]، وفي «الرقم»: أن ابن سُرَيْج خَرَجَ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ لِنَفْسِهِ قَوْلًا، وَعَنْ أَحْمَدَ - رَحِمَهُ اللَّهُ - أَنَّهُ يَحْنُثُ بِالْمَسْجِدِ وَبَيْنَ الْحَمَّامِ، وَلَوْ دَخَلَ دَهْلِيزَ دَارٍ أَوْ صَخْنَهَا أَوْ صُفَّتَهَا، فَالْأَطْهَرُ عِنْدَ الْأَصْحَابِ: أَنَّهُ لَا يَحْنُثُ؛ لِأَنَّهُ لَا يُقَالُ: دَخَلَ الْبَيْتَ، وَإِنَّمَا وَقَفَ فِي الدَّهْلِيزِ وَالصُّفَّةِ، وَعَنْ الْقَاضِي أَبِي الطَّيِّبِ: وَالْمَيْلُ إِلَى أَنَّهُ يَحْنُثُ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لِأَنَّ جَمِيعَ الدَّارِ بَيْتٌ لِلْإِبْوَاءِ<sup>(١)</sup>.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ قَالَ: لَا أَسْكُنُ هَذِهِ الدَّارَ فَمَكَتْ سَاعَةً حَيْثُ (ح) وَإِنْ كَانَ دُونَ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ، وَكَذَا لَوْ أَخْرَجَ أَهْلَهُ وَمَكَتْ، وَلَوْ خَرَجَ وَتَرَكَ أَهْلَهُ بَرًّا، وَلَوْ أَنْتَهَضَ لِتَنْقُلِ الْأَمْتَمَةَ كَمَا يَفْتَادُ فِيهِ وَجْهَانُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الثَّلَاثَةُ: إِذَا حَلَفَ عَلَى أَلَّا يَسْكُنُ فِي هَذِهِ الدَّارِ أَوْ لَا يَقِيمُ فِيهَا، وَهُوَ عِنْدَ الْحَلْفِ فِي الدَّارِ، فَمَكَتْ فِيهَا سَاعَةً فَصَاعِدًا مِنْ غَيْرِ عُدْرٍ، حَيْثُ<sup>(٢)</sup>، لِأَنَّ اسْتِدَامَةَ السُّكْنَى بِمَثَابَةِ الْإِبْتِدَاءِ؛ وَلِذَلِكَ يُقَالُ: سَكَنْتُ الدَّارَ شَهْرًا كَمَا يُقَالُ: لَبَسْتُ شَهْرًا<sup>(٣)</sup> وَعَنْ مَالِكٍ: أَنَّهُ لَا يَحْنُثُ، إِذَا أَقَامَ دُونَ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ، وَنَسَبَ الْإِمَامَ هَذَا الْمَذْهَبَ إِلَى أَبِي حَنِيفَةَ، وَلَا يَكَادُ يَثْبُتُ، وَلَا فَرْقَ إِذَا مَكَتْ بَيْنَ أَنْ يُخْرِجَ أَهْلَهُ، وَيَبْعَثَ مَتَاعَهُ، وَبَيْنَ أَلَّا يَفْعَلُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ حَلَفَ عَلَى سَكْنِي نَفْسِهِ، لَا عَلَى أَهْلِهِ وَمَتَاعِهِ، وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: إِذَا نَقَلَ مَتَاعَهُ، لَمْ يَحْنُثْ بِالْمُكْتِ، وَلَوْ خَرَجَ وَتَرَكَ أَهْلَهُ هُنَاكَ وَمَتَاعَهُ، لَمْ يَحْنُثْ، وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَحْمَدَ - رَحِمَهُمَا اللَّهُ - يَحْنُثُ، وَعِنْدَ مَالِكٍ: يُعْتَبَرُ نَقْلُ الْعِيَالِ دُونَ الْمَالِ، قَالَ الرَّوْيَانِيُّ: وَعَلَى هَذَا، إِذَا حَلَفَ لَا يَسْكُنُ دَارًا، فَانْتَقَلَ إِلَيْهَا بِنَفْسِهِ، وَلَمْ يَنْقُلْ أَهْلَهُ وَمَالَهُ، يَحْنُثُ عِنْدَنَا، وَعِنْدَ مَالِكٍ: لَا يَحْنُثُ حَتَّى يَنْتَقِلَ إِلَيْهَا مَعَ أَهْلِهِ وَعِيَالِهِ، وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: حَتَّى يَنْتَقِلَ إِلَيْهَا بِنَفْسِهِ وَأَهْلِهِ وَمَالِهِ، وَاحْتِجَ الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - لِاعْتِبَارِ الْإِنْتِقَالِ بِالْبَدَنِ بِأَنَّ الْمَسَافِرَ يَقْضُرُ، وَإِنْ خَلَّفَ أَهْلَهُ وَمَتَاعَهُ فِي بَلَدٍ، وَبِأَنَّ مَنْ انْتَقَلَ إِلَى مَكَّةَ، وَخَلَّفَ أَهْلَهُ وَمَالَهُ بِبَلَدٍ آخَرَ، كَانَ مِنْ حَاضِرِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ، حَتَّى لَا يَلْزَمَهُ الدَّمُ، إِذَا تَمَتَّعَ، وَعَلَى ضَدِّهِ، مَنْ أَقَامَ بِغَيْرِ مَكَّةَ، وَخَلَّفَ بِهَا أَهْلَهُ وَمَالَهُ، لَمْ يَكُنْ مِنَ الْحَاضِرِينَ، حَتَّى يَلْزَمَهُ الدَّمُ، إِذَا تَمَتَّعَ، ثُمَّ قَالَ فِي «الْأَمِّ» أَنَا مُنْتَقِلٌ مِنْ مَكَّةَ إِلَى مِصْرَ بِيَدْنِي، وَبِهَا أَهْلِي وَوَلَدِي وَمَالِي وَكُتُبِي.

(١) قال النووي: ولا يحنث بدخول بيت الرحي على الصحيح، ذكره الغزالي وغيره.

(٢) قال في الخادم: تعبيره بالساعة فيه إبهام ولا شك أنه لم يرد الساعة الزمانية بل مراده الملك اليسير، وكذلك قال النووي في تعليقه على المهذب إنه يحنث وإن قل مكته حتى لو وقف ليشرب حنث. وحكاه عن الأصحاب.

(٣) سقط من: ز.

ولو مكث بعُدْر؛ بأن أُغْلِقَ عليه الباب أو مُنِعَ من الخروج أو خَافَ على نَفْسِهِ أو ماله لو خرج، أو كان مريضاً أو زَمِناً، لا يقدر على الخروج، ولم يجد من يخرجُه، لم يحنث، وإن مرض، وعجز بعد الحَلِيف، من الحنث الخِلافِ في حِنث المُكْرَه، وقد تخرج سائر الصوَرِ على ذلك الخِلافِ، وإن وجد المريضُ من يُخرِجُه، فينبغي أن يأمره بإخراجه، فإن لم يفعل، حِنث، وإن مكث الحالف مشتغلاً بأسباب الخروج، بأن انتهض لجمع المتاع ويأمر أهله بالخروج، ويلبَس ثوب الخروج، فهل يحنث؟ فيه وجهان:

أحدهما: ويُنسَب إلى العراقيين: نعم؛ لأنه أقام فيها مع التمكن من الخروج.

وأرجحهما: عند كثير من المعبرين - رحمهم الله - وربما لم يذكروا سواه: المنع، وبه قال أبو حنيفة والقائل - رحمهما الله -؛ لأن المشتغل بأسباب الخروج لا يُعدُّ ساكناً في الدار، ويؤيده ما ذكروا؛ أنه لو خَرَجَ في الحال، ثم عاد، لِنَقْلِ متاع، أو زيارة، أو عيادة مريض، أو عمارة، لا يَحْنُثُ؛ لأنه فارقه في الحال وبمجرد العود، لا يصير ساكناً ولو احتاج إلى أن يبيت فيها ليلةً لحفظ المتاع، ففيه احتمالان للقاضي ابن كج:

والأصح: عنده: أنه لا يَحْنُثُ، ولو خرج في الحال، ثم اجتاز بها بأن دخل من باب، وخرج من باب، فعن تعليقة القاضي الحُسين: أن الصحيح أنه لا يَحْنُثُ؛ لأن الذي وجد عبورَ لا سُكْنَى، فإن تردَّد فيها ساعةً بلا غرض حِنث.

ولك أن تقول: قوله: «لا أسكن» إن كان المراد؛ لا أمكث، فهذا ظاهر، وإن كان المراد؛ لا أتخذها مسكناً، فإذا دخلها مجتازاً أو تردَّد فيها ساعةً، فينبغي ألا يحنث؛ لأنها لا تصير مسكناً بذلك، وقد يخطر مثل هذا التفصيل في أول المسألة، ويُقال: إن أراد ألا يتخذها مسكناً، فهلاً قيل، إذا قصد التحول عنها: خرجت عن كوزنها مسكناً فينبغي ألا يحنث بالمكث ساعةً، لكن يجوز أن يُقال: إنها، إذا كانت مسكناً، لا، يخرج بمجرد النية عن المسكنة، كما أن المقيم لا يصير مسافراً بمجرد النية، وفي «التهديب»: أنه لو عاد مريضاً ماراً، يعني في خروجه، لم يحنث، وإن قعد عنده، حِنث، ولو خرج في الحال، ثم دخل أو كان خارجاً حين حلف، ثم دخل، لا يحنث بالدخول، ما لم يمكث، فإن مكث حنث، إلا أن يشتغل بحمل متاع كما في الابتداء.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: وَلَوْ قَالَ: لَا أَسَاكِنُ فَلَنَا وَفَارَقَهُ فَلَانَ لَمْ يَحْنُثْ، وَإِنْ كَانَا فِي حَانَ وَأَنْفَرَدَ بِنَيْتٍ لَمْ يَحْنُثْ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ أَنْفَرَدَ بِنَيْتٍ فِي دَارٍ يَحْنُثُ، وَلَوْ أَنْفَرَدَ بِخُجْرَةٍ مِنْ دَارٍ طَرِيقَهَا عَلَى الدَّارِ فَوَجْهَانِ، وَلَوْ كَانَا فِي دَارٍ فَأَنْتَهَضَ لِبِنَاءِ الْجِدَارِ حِنثٌ بِالْمُكْثِ عَلَى الصَّحِيحِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْمَسْأَلَةُ الرَّابِعَةُ: فِي الْحَلْفِ عَلَى الْمَسَاكِنَةِ، وَأَوَّلُ مَا نَذَكُرُهُ فِيهَا بَيَانُ الْمَسَاكِنَةِ؛ قَالَ الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: الْمَسَاكِنَةُ أَنْ يَكُونَا فِي بَيْتٍ أَوْ بَيْتَيْنِ حَجَرْتُهُمَا وَاحِدَةً، وَمَدْخَلُهُمَا وَاحِدٌ، قَالَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ: أَرَادَ بِالْحَجَرَةِ الصُّخْرَ، فَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ فِي دَارٍ، فَلَا مَسَاكِنَةَ، سِوَاءَ كَانَتِ الدَّارَانِ كَبِيرَتَيْنِ أَوْ صَغِيرَتَيْنِ أَوْ إِحْدَاهُمَا كَبِيرَةً وَالْأُخْرَى صَغِيرَةً؛ كَحَجَرَةِ لَطِيفَةَ بَجَنْبِ دَارِ سِوَاءَ كَانَتَا فِي دَرْبٍ نَافِذٍ أَوْ غَيْرِ نَافِذٍ، وَلَوْ سَكْنَا فِي بَيْتَيْنِ مِنْ خَانَ وَاحِدٍ كَبِيرٍ أَوْ صَغِيرٍ، فَالَّذِي ذَكَرَهُ أَكْثَرُ الْأَصْحَابِ مِنَ الْعِرَاقِيِّينَ وَغَيْرِهِمْ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - أَنَّهُ لَا مَسَاكِنَةَ أَيْضاً، سِوَاءَ كَانَتَا الْبَيْتَانِ مُتَلَاصِفَيْنِ أَوْ مُتَفَرِّقَيْنِ؛ لِأَنَّ الْخَانَ مَبْنِيٌّ لِسَكْنَى قَوْمٍ، وَيَبُوتُهُمَا تُفْرَدُ بِأَبْوَابٍ وَمَغَالِيقٍ، فَهُوَ كَالدَّرْبِ، وَهِيَ كَالدُّورِ فِي الدَّرْبِ، وَحَكَى الْإِمَامُ وَصَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» وَغَيْرُهُمَا فِيهِ وَجْهًا آخَرَ: أَنَّ الْخَانَ بِنَاءٌ وَاحِدٌ، وَفِي الْبَيْتَيْنِ مِنَ الدَّرْبِ الْكَبِيرِ<sup>(١)</sup> وَجْهَانِ أَيْضاً.

وَالْأَظْهَرُ: أَنَّهُ لَا مَسَاكِنَةَ، وَيَنْبَغِي أَنْ يَرْتَبَّ الْوَجْهَانِ فِي الدَّارِ الْكَبِيرَةِ عَلَى الْوَجْهَيْنِ فِي الْخَانَ؛ لِأَنَّ الدَّارَ تُعَدُّ مَسْكَنًا وَاحِدًا لِوَاحِدٍ، وَالْخَانَ يُبْنَى لِسَكْنَى جَمَاعَةٍ وَيُزَوَّى نَحْوَ مِنْ هَذَا عَنِ الْحُسَيْنِ الطَّبْرِيِّ فِي «عُدَّتِهِ» وَيَشْبَهُ أَلَا يَشْتَرَطُ فِي الْخَانَ أَنْ يَكُونَ عَلَى كُلِّ بَيْتٍ مِنْهَا بَابٌ وَعَلَقٌ، كَالدُّورِ فِي الدَّرْبِ، وَيَشْتَرَطُ فِي بَيْوتِ الدَّارِ الْكَبِيرَةِ أَنْ يَكُونَ عَلَى كُلِّ بَيْتٍ مِنْهَا بَابٌ وَعَلَقٌ، فَإِنْ لَمْ يَكُونَا أَوْ سَكْنَا فِي صَفْتَيْنِ مِنْهَا أَوْ فِي بَيْتٍ وَصَفَّةٍ، فَهُمَا مَسَاكِنَانِ فِي الْعَادَةِ، وَكَانَ اشْتِرَاكُهُمَا فِي الصُّخْرِ الْجَامِعِ لِلْبَيْتَيْنِ فِي الْبَابِ الْمَدْخُولِ مِنْهُ مَعَ تَمَكُّنِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ دُخُولِ بَيْتِ الْآخَرِ، جُعِلَ كَالِاشْتِرَاكِ فِي الْمَسْكَنِ.

وَلَوْ أَقَامَا فِي بَيْتَيْنِ مِنْ دَارٍ صَغِيرَةٍ، فَهُمَا مَسَاكِنَانِ، وَإِنْ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَابٌ وَعَلَقٌ لِمَقَارَنَتِهِمَا وَكُونِهِمَا فِي الْأَصْلِ مَسْكَنًا وَاحِدًا، بِخِلَافِ الْخَانَ الصَّغِيرِ، هَكَذَا فَصَّلَ أَكْثَرُهُمْ، وَمِنْهُمْ مَنْ أَطْلَقَ وَجْهَيْنِ فِي بَيْتِي الدَّارِ مِنْ غَيْرِ نَظَرٍ إِلَى الصَّغَرِ وَالْكَبَرِ، وَالرَّأْيُ الْأَصْحَحُ حُصُولُ الْمَسَاكِنَةِ، وَبِهَذَا أَجَابَ فِي الْكِتَابِ، إِذَا قِيلَ بِهِ، فَلَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا فِي الدَّارِ، وَالْآخَرُ فِي حُجْرَةٍ مَنْفَرَدَةِ الْمَرَافِقِ، وَبَابُهَا فِي الدَّارِ، فَوَجْهَانِ وَالْأَصْحَحُ: أَنَّهُ لَا مَسَاكِنَةَ، وَهُوَ الَّذِي أوردَهُ صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» فِي حَجَرَتَيْنِ مَنْفَرَدَتَيْ الْمَرَافِقِ فِي الدَّارِ، وَالْمَرَافِقُ الْمُسْتَحْتَمُّ وَالْمَطْبِخُ وَالْمَرْقِيُّ وَغَيْرِهَا، وَالْحُجْرَةُ فِي الْخَانَ لَمْ يَذْكَرْ فِيهَا خِلَافًا، وَإِنْ كَانَ الْمَمْرُ فِي الْخَانَ، إِذَا تَقَرَّرَ ذَلِكَ، فَإِذَا قَالَ: وَاللَّهِ، لَا أَسَاكِنَ فَلَانًا، فَإِمَّا أَنْ يَقِيدَ الْمَسَاكِنَةَ بِنَعْضِ الْمَوَاضِعِ لَفْظًا بِأَنْ يَقُولَ فِي هَذَا الْبَيْتِ أَوْ فِي هَذِهِ الدَّارِ أَوْ لَا يَقِيدَ:

الْحَالَةُ الْأُولَى: أَنْ يَقِيدَ، فَيَحْنُثُ بِمَسَاكِنَتِهِمَا فِي ذَلِكَ الْمَوْضِعِ، وَإِنْ كَانَا فِيهِ عِنْدَ الْحَلْفِ، فَفَارَقَهُ فَلَانٌ أَوْ فَارَقَ الْحَالِفُ فَلَانًا، لَمْ يَحْنُثْ، الْحَالِفُ، وَإِنْ مَكَثَا فِيهِ بِلَا

(١) فِي أ: الدَّارِ الْكَبِيرَةِ.



عذر، حَيْثُ، فَإِنَّ اسْتِدَامَةَ الْمَسَاكِنِ مَسَاكِنَةٌ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَصِيحُ أَنْ يُقَالَ: سَاكِنْتُ فَلَانًا شَهْرًا، وَإِنْ بُنِيَ بَيْنَهُمَا حَائِلٌ مِنْ طِينٍ، أَوْ غَيْرِهِ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْجَانِبَيْنِ مَدْخَلٌ أَوْ أَحَدًا مَدْخَلًا، فَوَجْهَانِ:

أحدهما: لا يَحْتُ؛ لِاسْتِغَالِهِ بِرَفْعِ الْمَسَاكِنِ، وَهَذَا مَا رَجَّحَهُ فِي «التَهْذِيبِ».

وأصحهما: عند الجمهور: الحنث؛ لِحَصُولِ الْمَسَاكِنِ إِلَى أَنْ يَتِمَّ الْبِنَاءُ مِنْ غَيْرِ ضَرُورَةٍ، فَإِنْ خَرَجَ أَحَدُهُمَا فِي الْحَالِ، فَبُنِيَ الْجِدَارَ، ثُمَّ عَادَ، لَمْ يَحْنِثِ الْحَالِفُ، وَلَا يَخْفَى أَنَّهُ لَا بَأْسَ، وَالْحَالَةُ هَذِهِ، بِالْمَسَاكِنِ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ.

والثانية: أَلَا يَقِيدُهَا لِفِعْلًا، فَيُنْظَرُ؛ إِنْ نَوَى مَوْضِعًا مَعِينًا مِنَ الْبَيْتِ أَوْ الدَّارِ أَوْ الدَّرْبِ أَوْ الْمَحَلَّةِ، أَوْ الْبَلَدِ، فَالْمَشْهُورُ أَنَّ الْيَمِينَ مَحْمُولَةٌ عَلَى مَا نَوَى، وَفِي طَرِيقَةِ الصَّيْدَلَانِيِّ: أَنَّهُمَا إِنْ كَانَا يَسْكُنَانِ بَيْتًا وَاحِدًا مِنْ دَارٍ مَتَّحِدَةِ الْمَرَاوِقِ، فَأَرَادَ أَنَّهُ لَا يَسَاكِنُهُ فِي ذَلِكَ الْبَيْتِ، حَمَلَتْ الْيَمِينَ عَلَى مَا أَرَادَ، أَمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ وَلَا جَرَى ذِكْرُ تَلْكَ الْمَسَاكِنِ مِثْلَ أَنْ يَقُولَ صَاحِبُهُ: سَاكِنِي فِي هَذَا الْبَيْتِ، فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ، وَتَحْمَلُ الْيَمِينَ عَلَى الدَّارِ، وَحَكَى الْفُورَاتِيُّ فِي الْبَلَدِ وَجْهًا: أَنَّ اللَّفْظَ لَا يَنْزِلُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يُسَمَّى مَسَاكِنَةً، وَقِيلَ: يَجِيءُ ذَلِكَ الْوَجْهَ فِي الْمَحَلَّةِ، وَإِنْ لَمْ يَنْوِ مَوْضِعًا مَعِينًا، وَأُطْلِقَ الْمَسَاكِنَةُ إِطْلَاقًا، حَيْثُ بِالْمَسَاكِنِ فِي أَيِّ مَوْضِعٍ كَانَ، وَقَدْ بَيَّنَّا أَنَّ الْمَسَاكِنَةَ أَيْنَ تَحْضُلُ وَفِي «التَّمَتَةِ» رَوَايَةَ قَوْلِ ضَعِيفٍ: أَنَّهُ إِذَا حَلَفَ الْأَيُّسَارُ فَلَانًا، وَأُطْلِقَ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي دَارٍ وَحِجْرَةٍ مُفْرَدَةٍ، فَيَحْمَلُ الْيَمِينَ عَلَى الْاجْتِمَاعِ الْحَاصِلِ، فَإِنْ كَانَا فِي دَرْبٍ وَاحِدٍ، فَلَا بَدَّ مِنْ مَفَارِقَةِ أَحَدُهُمَا الدَّرْبِ، وَإِنْ كَانَا فِي مَحَلَّةٍ، فَلَا بَدَّ مِنْ مَفَارِقَةِ أَحَدُهُمَا الْمَحَلَّةِ، وَإِنْ كَانَا عِنْدَ الْحَلِيفِ فِي بَيْتَيْنِ مِنْ خَانَ، فَعَلَى الصَّحِيحِ؛ لَا مَسَاكِنَةَ وَلَا حَاجَةَ إِلَى مَفَارِقَةِ أَحَدُهُمَا الْخَانَ، وَعَلَى الْوَجْهِ الْآخَرَ: لَا بَدَّ وَأَنْ يَفَارِقَهُ أَحَدُهُمَا، وَإِنْ كَانَا فِي بَيْتٍ وَاحِدٍ مِنَ الْخَانَ، فَيَكْفِي أَنْ يَفَارِقَ أَحَدُهُمَا ذَلِكَ الْبَيْتِ أَوْ يَجِبَ مَفَارِقَةُ الْخَانَ؟ فِيهِ هَذَا الْخِلَافُ، ثُمَّ سِوَاءِ نَوَى مَوْضِعًا مَعِينًا، أَوْ نَزَلَ اللَّفْظَ عَلَى إِطْلَاقِهِ، فَالْقَوْلُ فِي أَنَّ اسْتِدَامَةَ الْمَسَاكِنِ كَالْمَسَاكِنَةِ، وَفِيمَا إِذَا بُنِيَ بَيْنَهُمَا حَائِلٌ؛ عَلَى مَا مَرَّ فِي الْحَالَةِ الْأُولَى، وَالْإِعْتِبَارُ بِالِانْتِقَالِ بِالْبَدَنِ دُونَ الْأَهْلِ وَالْمَالِ؛ عَلَى مَا مَرَّ فِي الْمَسْأَلَةِ السَّابِقَةِ.

قَالَ الْعَرَّائِيُّ: التَّنَوُّعُ الثَّانِي: أَلْفَاظُ الْأَكْلِ وَالشُّرْبِ: فَإِذَا قَالَ: لَا أَشْرَبُ مَاءَ هَذِهِ الْإِدَاوَاتِ لَمْ يَحْنِثْ إِلَّا بِالْجَمِيعِ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَشْرَبَنَّ لَمْ يَبْرِّ إِلَّا بِالْجَمِيعِ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَشْرَبَنَّ مَاءَ هَذَا النَّهْرِ لَزِمَتْهُ الْكُفَّارَةُ فِي الْحَالِ لِغُسْرِ الْبِرِّ، وَقِيلَ: يَبْرُّ بِشُرْبِ الْبَعْضِ هَهُنَا، وَلَوْ قَالَ: لِأَضْعَدَنَّ السَّمَاءَ عَدَا فَفِي لُزُومِ الْكُفَّارَةِ قَبْلَ الْعَدِّ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ:

لَأَشْرِبَنَّ مِنْ مَاءِ هَذِهِ الْإِدَاوَةِ وَلَا مَاءَ فِيهَا لَزِمَتْهُ الْكُفَّارَةُ فِي الْحَالِ كَقَوْلِهِ: لَا أَثْقَلَنَّ فُلَانًا وَعَلِمَ أَنَّهُ مَيِّتٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِي النَّزْعِ مَسَائِلٌ:

إحداها: إِذَا حَلَفَ، وَقَالَ: لَا أَشْرَبُ مِنْ مَاءِ هَذِهِ الْإِدَاوَةِ أَوْ الْجِرَّةِ، حَيْثُ بِمَا شَرِبَ مِنْ مَائِهَا مِنْ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَشْرِبَنَّ مِنْ مَاءِ هَذِهِ الْإِدَاوَةِ، بَرَّ بِمَا شَرِبَ مِنْ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَشْرَبُ مِنْ مَاءِ هَذَا النَّهْرِ، أَوْ لَا أَشْرِبَنَّ مِنْهُ، فَالْحَكْمُ كَمَا فِي الْإِدَاوَةِ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَشْرَبُ مَاءَ هَذِهِ الْإِدَاوَةِ، أَوْ الْجِرَّةِ، أَوْ الْجُبِّ، أَوْ الْمَصْنَعِ، أَوْ غَيْرَهُمَا مِمَّا يُمْكِنُ اسْتِقَاءُ مَائِهِ، وَإِنْ احتَاجَ إِلَى مَدَّةٍ طَوِيلَةٍ، فَلَا يَحْتِثُ إِلَّا بِشُرْبِ جَمِيعِهِ، وَمَا دَامَ يَبْقَى مِنْهُ شَيْءٌ، فَلَا حَيْثُ، قَالَ فِي «شَرْحِ مُخْتَصَرِ الْجَوِينِيِّ»: سَوَى الْبَلَلِ الَّذِي يَبْقَى فِي الْعَادَةِ، وَقَالَ مَالِكٌ: يَحْتِثُ بِشُرْبِ الْبَغْضِ، وَبِهِ قَالَ أَحْمَدُ - قَدَّسَ اللَّهُ رُوحَهُ - فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ.

لَنَا: أَنَّ الْمَاءَ مَعْرُوفٌ بِالْإِضَافَةِ إِلَى الْإِدَاوَةِ، فَتَنَاوَلَ الْجَمِيعُ كَمَا فِي طَرَفِ الْإِثْبَاتِ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَشْرِبَنَّ مَاءَ هَذِهِ الْإِدَاوَةِ أَوْ الْجُبِّ، لَمْ يَبْرُ إِلَّا بِشُرْبِ الْجَمِيعِ، وَلَوْ قَالَ: أَشْرَبُ مَاءَ هَذَا النَّهْرِ، أَوْ الْبَحْرِ أَوْ الْبِئْرِ الْعَظِيمَةِ، فَهَلْ يَحْتِثُ بِشُرْبِ بَعْضِهِ؟ فِيهِ وَجْهَانُ:

أَحَدُهُمَا: وَيُنَسَبُ إِلَى ابْنِ سَرِيحٍ، وَابْنِ أَبِي هُرَيْرَةَ: نَعَمْ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَحْمَدُ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ شُرْبُ الْجَمِيعِ، فَيَنْصَرَفُ الْيَمِينُ إِلَى الْبَغْضِ؛ وَلِأَنَّ مَنْ شَرِبَ مِنْ مَاءِ دِجْلَةَ، يُقَالُ، فِي الْعَرَفِ: إِنَّهُ شَرِبَ مَاءَ دِجْلَةَ.

وَأَصْحَهُمَا: الْمَنْعُ؛ عَلَى مَا ذَكَرَهُ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ وَالْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ وَالرُّوْيَانِيُّ، وَنَسَبُوهُ إِلَى عَامَةِ الْأَصْحَابِ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - وَمِنْهُمْ أَبُو إِسْحَاقَ، لِأَنَّ الْحَلْفَ عَلَى الْجَمِيعِ، فَصَارَ كَمَا لَوْ قَالَ: لَا أَشْرَبُ مَاءَ هَذِهِ الْإِدَاوَةِ، وَقَالَ الْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ: يَنْبَغِي أَنْ يُقَالَ، عَلَى هَذَا: لَا يَنْعَقِدُ يَمِينَهُ، كَمَا لَوْ حَلَفَ، لَا يَصْعَدُ السَّمَاءَ؛ لِأَنَّ الْحَيْثُ فِيهِ غَيْرُ مُتَّصِرٍ، وَلَوْ حَلَفَ، لِيَشْرِبَنَّ مَاءَ هَذَا النَّهْرِ أَوْ الْبَحْرِ، فَفِيهِ وَجْهَانُ أَيْضاً:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ الْيَمِينَ مَحْمُولَةٌ عَلَى الْبَغْضِ، فَيَبْرُ بِشُرْبِ بَعْضِهِ، وَإِنْ قُلَّ.

وَأَظْهَرُهُمَا: أَنَّهُ لَا يَبْرُ بِشُرْبِ الْبَعْضِ، وَهُوَ حَانَتْ؛ لِعَجْزِهِ عَنِ شُرْبِ الْجَمِيعِ؛ وَعَلَى هَذَا، فَيَلْزِمُهُ الْكُفَّارَةُ فِي الْحَالِ أَوْ قَبِيلِ الْمَوْتِ؟ فِيهِ وَجْهَانُ:

أَحَدُهُمَا: قُبِيلُ الْمَوْتِ؛ لِأَنَّ وَقْتَ الشُّرْبِ غَيْرُ مُعَيَّنٍ.

وأشبههُما: وهو الذي أورده صاحبُ الكتاب والروائيُّ - رحمهما الله - : في الحال؛ لأن العجز متحقّق في الحال، والانتظار إنما يخسُن فيما يُتَوَقَّع حصوله، وفي المسألة وجهٌ آخر: أن اليمين لا ينعقد أصلاً؛ لأن البرّ فيه غير متصوّر، ولو حلف ليصعدنّ السماء، ففي انعقاد يمينه وجهان:

أظهرهما: الانعقاد، وعلى هذا، فيحكم بالحنث في الحال أو قبيل الموت فيه الوجهان:

ولو قال: لأصعدن السماء غداً، وفرغنا على انعقاد اليمين، فيحصل الحنث، ويجب الكفارة في الحال أو بعد مجيء الغد؟ فيه الوجهان، فيشبه أن يرجح ههنا الثاني؛ لأن اليمين معقودة على الصعود غداً وعلى هذا فهل يحنث قبيل غروب الشمس من الغد أو قبيل ذلك؟ فيه خلاف سيأتي في نظيره.

ولو حلف لا يصعد السماء، ففي انعقاد يمينه وجهان:

أحدهما: ينعقد، وإن لم يتصوّر الحنث، كما لو حلف، لقد فعل كذا أمس، وهو صادق.

وأصحُّهما: على ما نقل في «التهذيب» المنع؛ لأن الحنث غير متصوّر، بخلاف صورة الاستشهاد، فإن الحلف هناك يحتمل الكذب.

ولو قال: لأشربنّ ماء هذه الإداوة، ولا ماء فيها، أو لأقتلنّ فلاناً وهو ميت، ففي انعقاد اليمين وجهان:

أحدهما: لا ينعقد؛ لأن البرّ فيه غير متصوّر.

وأشبههُما: الانعقاد، كما لو قال: فعلتُ أمس كذا، وهو كاذب، فإنه ينعقد يمينه، وإن لم يتصوّر فيها البرّ، وقد يُفرّق بين ما لا يتصوّر فيه الحنث، فيرجح عدم الانعقاد، وبين ما لا يتصوّر فيه البرّ، فيرجح فيه الانعقاد؛ بأن امتناع الحنث لا يُخل بتعظيم اسم الله تعالى وامتناع البرّ يخل ويهتك الحرمة، فيخرج إلى التكفير، وعلى الوجه الثاني، ينطق قوله في الكتاب «لزمته الكفارة» وعلى هذا، فيلزم في الحال أو قبيل الموت؟ فيه الوجهان:

الأشبه الأول: وهو المذكور في الكتاب، وأشار بعضهم إلى تخصيص الخلاف بما إذا قال: لأشربنّ ماء هذه الإداوة، ولا ماء فيها، والقطع بوجود الكفارة فيما إذا قال: لأقتلنّ فلاناً، وهو يدري أنه ميت، وفرّقوا بأن شرب الماء، ولا ماء مُحال في نفسه، فيلغو ذكره، وفي قوله: لأقتلنّ فلاناً، إحياءه مقدورٌ لله تعالى ولو أخيب، يُمكن من قتله، فليس المذكور محالاً في نفسه، وقد يُشعر بهذا سياق الكتاب، ولو قال:

لأقتلن فلاناً، وهو يظنه حياً، فكان ميتاً ففي الكفارة خلاف؛ بناء على أن النسيان، هل يَدْفَعُ الحنث.

فروع: في «المجزّد» للقاضي أبي الطيب: أن الأصحاب - رحمهم الله - قالوا: لو قال: واللّه، لا أَكُلُ خُبْزَ الكُوفَةِ أو خُبْزَ بَغدَادَ، لا يحنث بأكل بغضه، إلا أن ينوي غير ذلك.

ولو قال: لأشربن ماء هذه الإداوة، فانصبّ قبل أن يشرب أو مات الحالف، نُظِرَ؛ إن كان بعد الإمكان، حنث، وإن كان قبله، فعلى القولين في أن المكروه، هل يَحْنُثُ ولو قال: لأشربن منه، فصبه في حوض، ثم شرب منه من موضع يُعْلَمُ أنه وصل إليه برّ، وإن حلف لا يشرب منه، فصبه في حوض، ثم شرب منه حنث، وكذا لو حلف؛ لا يشرب من لبن هذه البقرة، فخلطه بلبن غيرها؛ بخلاف ما لو حلف؛ لا يأكل هذه التمرة، فخلطها بضميرة، لا يحنث، إلا بأكل جميع الضميرة، والفرق ظاهر.

ولو حلف؛ لا يشرب ماء فراتاً، أو من ماء فرات، فهو محمول على الماء العذب من أي موضع كان ولو قال: من ماء الفرات، فهو محمول على النهر المعروف، ولو قال: لا أشرب ماء الفرات، أو لا أشرب من الفرات، فسواء أخذ الماء بيده، أو في إناء فشرّب أو كرع منه، يحنث.

وقال أبو حنيفة - رحمه الله -: إذا قال: لا أشرب من الفرات، لم يحنث، إلا بأن يكرّح فيه، ولو قال: لا أشرب من هذه الجرة، وغيرها مما يُعْتَادُ الشرب، فجعل الماء منه في كوز، وشربه، لا يحنث، ولو قال: لا أشرب من ماء نهر كذا، فشرّب من ساقية كأخذ الماء من ذلك النهر، أو شرب من بئر محفور بقرّب النهر، بحيث يعلم أن ماءها منه، يحنث.

ولو قال: لا أشرب من نهر كذا، ولم يذكر الماء، فشرّب من ساقية، تأخذ الماء منه، ففيه وجهان:

أشبههما: أنه يحنث، كما لو أخذ في إناء.

قَالَ الْعَزَائِلِيُّ: وَلَوْ قَالَ لَا أَكُلُ اللَّحْمَ وَالْعَيْنَبَ لَمْ يَحْنُثْ إِلَّا بِجَمْعِهِمَا، وَالْوَاوُ الْعَاطِفَةُ تَجْمَلُ الْجَمِيعَ كَالشَّيْءِ الْوَاحِدِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الثَّانِيَةُ: إِذَا قَالَ: لَا أَكُلُ هَذَيْنِ الرَّغِيفَيْنِ، أَوْ لَا أَلْبَسُ هَذَيْنِ الثَّوْبَيْنِ، لَمْ يَحْنُثْ إِلَّا بِأَكْلِهِمَا، أَوْ لُبْسِهِمَا، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَلْبِسَهُمَا مَعاً، أَوْ يَلْبَسُ أَحَدَهُمَا وَيَنْزِعُهُ، ثُمَّ يَلْبَسُ الْآخَرَ، وَكَذَا، لَوْ قَالَ: لَا أَكُلُّنْ هَذَيْنِ الرَّغِيفَيْنِ، أَوْ لَا أَلْبَسُنْ هَذَيْنِ الثَّوْبَيْنِ، لَمْ يَبْرَأْ إِلَّا بِأَكْلِهِمَا، وَلُبْسِهِمَا.

وقال مالك في طرف النفي: يَخْنَثُ بِأَكْلِ أَحَدِ الرَّغِيفَيْنِ، وَلُبْسِ أَحَدِ الثَّوْبِي، وهو رواية عن أحمد، وساعدنا في طرف الإثبات.

ولو قال: لا أَكْلُمُ زَيْدًا وَعَمْرًا وَلَا آكِلَ اللَّحْمِ وَالْعَنْبِ، فلا يَخْنَثُ إِلَّا إِذَا كَلِمَهُمَا، أو أَكَلَهُمَا، إِلَّا إِذَا نَوَى غَيْرَ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْوَاوَ الْعَاطِفَةَ تَجْعَلُ الْجَمِيعَ كَالشَّيْءِ الْوَاحِدِ، فَكَأَنَّهُ قَالَ: لا أَكَلَهُمَا وَلَا أَكَلَهُمَا.

ويعود فيه خلافُ مالك وأحمد، ولو قال: لا أَكْلُمُ زَيْدًا وَلَا عَمْرًا، وَلَا آكُلُ اللَّحْمَ وَلَا الْعَنْبَ، فَيَخْنَثُ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَهُمَا يَمِينَانِ، وَبِالْحَيْثُ فِي أَحَدِهِمَا، لا تَنْحَلُ الْأُخْرَى، كما لو قال واللّه، لا أَكْلُمُ زَيْدًا وَاللّهُ لا أَكْلُمُ عَمْرًا، قال الصَّيْدَلَانِيُّ - رحمه الله - بمثله، لو قال: لا أَكْلُمُ أَحَدَهُمَا، أو وَاحِدًا مِنْهُمَا، ولم يقصد واحداً بَعَيْنِهِ، فَيَخْنَثُ إِذَا كَلَّمَ أَحَدَهُمَا، وَتَنْحَلُ الْيَمِينُ، فلا يَخْنَثُ بَأَن يَكْلُمُ الْآخَرَ، قال في «التتمة»: وهكذا في الإثبات، لو قال: لِأَلْبَسَنَّ هَذَا الثَّوْبَ، وَهَذَا الثَّوْبَ، فهما يَمِينَانِ لوجود حرف العطف، ولكل واحد حكمهما وفي هذا توقّف، ولو أوجب حرف العطف كَوْنَهُمَا يَمِينَيْنِ، لا كما إذا قال: لا أَلْبَسُهُمَا، لأوجب في قوله: لا أَكْلُمُ زَيْدًا وَعَمْرًا، ولا آكِلَ اللَّحْمِ وَالْعَنْبِ كَوْنَهُمَا يَمِينَيْنِ، لا كما إذا قال: لا أَكْلُمُ هَذَيْنِ الرَّجُلَيْنِ، أو لا آكِلَ هَذَيْنِ الطَّعَامَيْنِ.

وقوله في الكتاب: «لا بجميعهما» يعني جميع الأكل لهما، لا أن يأكلهما معاً.

فَرَزَعٌ: إِذَا قَالَ: لا آكِلَ هَذَا الرَّغِيفَ، لَمْ يَخْنَثْ بِأَكْلِ بَعْضِهِ، وَأُجْرِي فِيهِ خِلافُ مالِكٍ وَأَحْمَدَ - رحمهما الله - ولو قال: لِأَكْلُنَّهُ، لَمْ يَبْرَأْ إِلَّا بِأَكْلِ الْجَمِيعِ، فَحَكَى الصَّيْدَلَانِيُّ أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ قَالَ فِي الصُّورَةِ الْأُولَى: إِذَا بَقِيَ فُتَاتٌ جَرَتْ الْعَادَةُ بِأَنَّ النَّاسَ يَدْعُوْنَهُ، وَلَا يَتَكَلَّفُونَ التَّقَاطُفَ، حَيْثُ، وَعِنْدَنَا: إِذَا بَقِيَ مَا يُمْكِنُ التَّقَاطُفَ وَأَكَلَهُ، لا يَخْنَثُ، كما لو قال: لا آكُلُ مَا عَلَيَّ هَذَا الطَّبَقِ مِنَ الثَّمَرِ، فَأَكُلُ مَا عَلَيْهِ إِلَّا تَمْرَةً، لا يَخْنَثُ.

وإن جرت العادةُ بِاسْتِيقَاءِ بَعْضِ الطَّعَامِ لِلِاحْتِشَامِ مِنْ اسْتِيفَائِهِ، أو لِغَيْرِ ذَلِكَ، ولو قال: لِأَكْلُنَّ هَذِهِ الرُّمَّانَةَ، فَتَرَكَ حَبَّةً، لَمْ يَبْرَأْ، ولو قال: لا أَكْلُهُا، فَتَرَكَ حَبَّةً، لَمْ يَخْنَثُ، وَفِي «التتمة»: أَنَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: إِذَا كَانَ الْمَثْرُوكُ أَقْلَ مِنَ الثَّلَاثِ، كَانَ كَمَا لو أَكَلَ الْكُلَّ فِي طَرَفِي النَّفْيِ وَالْإِثْبَاتِ جَمِيعاً، وَقَدْ ذَكَرْنَا التَّصْوِيرَ فِي الطَّلَاقِ، لَكِنْ لَمْ نَذْكَرْ خِلافَ أَبِي حَنِيفَةَ - رحمه الله -.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَلَوْ قَالَ: لا آكُلُ الرَّأْسَ لَمْ يَخْنَثْ بِرَأْسِ الطَّيْرِ وَالسَّمَكِ، وَيَخْنَثُ بِرَأْسِ الْإِبِلِ وَالْبَقَرِ، وَلَا يَخْنَثُ بِرَأْسِ الطَّبَّاءِ إِلَّا إِذَا أَعْتِيدَ أَكْلُهُ فِي مَوْضِعٍ فَيَخْنَثُ مَنْ

حَلَفَ مِنْ أَهْلِ ذَلِكَ الْمَوْضِعِ، وَفِي غَيْرِ أَهْلِ ذَلِكَ الْمَوْضِعِ وَجِهَانٍ، وَلَوْ حَلَفَ عَلَى الْبَيْضِ لَمْ يَحْتِ بِبَيْضِ السَّمَكِ وَالْمُضْفُورِ، وَيَحْتِ بِبَيْضِ النَّعَامِ، وَلَوْ حَلَفَ عَلَى الْخَبْزِ لَمْ يَحْتِ بِخَبْزِ الْأَرْزِ إِلَّا بِطَبْرِسْتَانَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الثالثة: إذا حَلَفَ لا يأكل الرأس أو الرؤوس أو لا يشتريها، حُمِلَتْ اليمينُ على التي تُمَيِّزُ عن الأبدان وتشوى وتباع بأنفرادها، وهي رؤوس الإبل والبقر والغنم، وقال أبو حنيفة في رواية: لا يحنت برؤوس الإبل، ورواه شارح «مختصر الجويني» قولاً لابن سُرَيْجٍ، واحتج الأصحاب - رحمهم الله - بأن أهل البادية الذين يعتادون أكل لحوم الإبل، يفردون رؤوسهما أيضاً، وذكروا: أن ذلك يُعتاد بالحجاز، وفي «أمالي» أبي الفرج السرخسي: أن ابن أبي هريرة ذهب إلى أنه لا يحنت إلا بأكل رؤوس الغنم.

وفي «الرِّقْم» للعبَّادِي: في البلد الذي لا يُبَاعُ فيه إلا رؤوس الغنم، لا يحنت إلا بها، والظاهر الأول، وعن القفال: أنه لو قال بالفارسية (سربريان بخورم)<sup>(١)</sup> يحنت إلا برؤوس الغنم، ولا يكاد يتضح هذا، وإن أكل رأس طير، أو حوت أو ظبي أو صيد آخر، لم يحنت؛ لأنها لا تُبَاعُ مفردة، ولا يُفْهَمُ من اللفظ عند الإطلاق.

وفيه قول عن رواية صاحب «التقريب» والمذهب الأول، نعم، لو كان يُبَاعُ رؤوس الحيتان أو الصيود مفردة في بلد، حصل الحنت بأكلها هناك، وفي غيرها من البلاد وجهان:

في وجه: لا يحنت؛ لأن أهلها يعتادون أكلها، وبيعها مفردة ولا يفهمونها عند الإطلاق، ووجه الثاني، بأن ما ثبت به العرف في موضع، ثبت في سائر المواضع؛ كما مر في مسألة خبز الأرز، وأيضاً: فالاسم شامل، والعرف مختلف، والأول أرجح عند الشيخ أبي حامد والرويانِي.

والثاني: أقوى، وأقرب إلى ظاهر النص ويؤيده: أن رأس الإبل لا يُعتاد بيعه وأكله إلا في بعض المواضع والحنث يحصل به.

وذكر الشيخ أبو الفرج وجهين في أن الناحية التي ثبت فيها العرف، يعتبر نفس تلك الناحية، أو كون الحالف من أهل تلك الناحية؟ هذا عند الإطلاق، قال في «التتمة»: فإن كان مقصوده ألا يأكل ما يسمى رأساً، حَيْثُ بِأَكْلِ رَأْسِ السَّمَكِ وَالطَّيْرِ وَغَيْرِهِمَا، وَإِنْ كَانَ مَقْصُودَهُ نَوْعاً خَاصّاً، لَمْ يَحْتِ بِأَكْلِ غَيْرِهِ.

(١) جملة فارسية معناها: أكل رأس غنم.

ولو حلف؛ لا يأكل البيض، حُمِلَتِ اليمينُ على ما يزايل بائضه، وهي حية؛ لأنه الذي يفهم من البيض، فلا يحنت بأكل بيض الجراد والسمك؛ لأنه يخرج بعد الموت بشق البطن، ويدخل فيه بيض الدجاج والنعام والأوز، والعصافير.

وعن رواية المحاملي وجهه: أنه لا يحنت إلا بيض الدجاج، وعن أبي إسحاق وجهه مخصص بالدجاج والأوز، قال الإمام - رحمه الله -: الطريقة المَرْضِيَّةُ أنه لا يحنت إلا بما يُفَرَّدُ بالأكل في العادة دون بيض العصافير والحمام ونحوها، ولا يحنت بأكل خصية الشاة، وإن حلف بالعجمية، وتسمى الخصية بالعجمية، «خاية»، لأنها لا تُفْهَمُ منه عند الإطلاق<sup>(١)</sup>.

ذكره المتولي: ولو أُخْرِجَتِ البيضةُ، وهي منعقدة من جوف الدجاجة، فأكلها، يحنت، ولو أُخْرِجَتِ بعد موتها، فأكلها، ففي «تعليقة المروزيين» - رحمه الله - ذكر وجهين -<sup>(٢)</sup> فيه.

وقوله في الكتاب «لم يحنت برأس الطير والسمك» مُعْلَمٌ بالواو؛ لما سبق ويجوز أن يُعْلَمَ بالألف؛ لأن عند أحمد؛ يحنت بأكل الرؤوس كلها، وبالميم؛ لأن بعض أصحاب أحمد حكى عن مالك - رحمه الله - مثله.

ولفظ «البقر» بالواو، «والإبل» بالحاء والواو.

وقوله: «ولا يحنت برأس الظبِّي إلى آخره»؛ يوهم تخصيص الاستثناء برأس الظبي، ولا يختص، بل الحكم في الطباء، والطيور والحيتان واحد.

وكان الأحسن أن يجمع بينهما مقدمة على ذكر البقر، والإبل أو مؤخرة.

وقوله: «وفي غير أهل ذلك الموضوع» - في بعض النسخ - «وفي أهل غير ذلك الموضوع» وهما صحيحان.

وقوله: «والعصفور» مُعْلَمٌ، بالواو، وليُعْلَمَ أن الظاهر في المذهب خلاف ما ذكره، لكنه جرى على ما ارتضاه الإمام - رحمه الله -.

ولو حلف لا يأكل الخبز، حيثُ بأكل أي خبز، كان يستوي فيه خبز البر والشعير والذرة والأرز والباقلاء، لأن الكل خبز، وإن لم يكن بعضها معهود بلده، كما لو

(١) وكلامه شامل لبيض غير المأكول بناءً على طهارته وحل أكله.

وقال النووي في شرح المذهب: وإذا قلنا بطهارته حل أكله بلا خلاف؛ لأنه طاهر غير مستقدر بخلاف المني. قال البلقيني: وهو مخالف لنص الأم والنهية والتمة والبحر على منع أكله.

(٢) قال النووي: الأصح الحنت.

حلف: لا يلبس ثوباً، حنث بلبس أي ثوب كان، وإن لم يكن معهود بلده.

قال في «التتمة»: ويحنث بخبز البلوط أيضاً، ويحنث بأكل الأقراص والرغفان، وخبز الملة والمشحم وغيره وسواء أكله على هيئته أو جعله ثريداً، نعم، لو صار في المرققة كالحسو، فتحساه، لم يحنث وسواء ابتلعه [بعد المضغ، أو ابتلعه] على هيئته، ولو لم يبلعه لم يحنث، وسواء أدرك طعمه، أو لم يدركه، ولو أكل جوزينقا<sup>(١)</sup>، ففيه وجهان في «التهديب».

أحدهما: يحنث، لأنه لو نزع الحشو كان خبزاً.

والأشبه: خلافه<sup>(٢)</sup> هذا على ما يوجد لعامة الأصحاب - رحمهم الله - على طبقاتهم، فيما إذا حلف؛ لا يأكل الخبز، ولم يفرقوا بين جنس وجنس، وهو المذهب، وقوله في الكتاب «لم يحنث، بخبز الأرز إلا بطبرستان» يخالف ذلك، وأحسبه قلّد فيه الإمام - رحمه الله - ولم يحضرني الباب في كتابه فأرجعه، ونقل في «الوسيط» ما ذكره

(١) وهو القطائف المحشوة بالجوز ومثله اللوزنيق وهو القطائف المحشوة باللوز قال ابن خلكان، قال يقال: فيها الجوزنيق واللوزنيق بالجيم، فلما عربوه أبدلوا الجيم قافاً.

(٢) قال النووي: والرقاق والبقسماط والبسيطة. والله أعلم.

ويحنث في هذه المذكورات كما جزم به ابن المقرئ في روضته. وصرح به الأزرعي وقال: لا أحسب أن المراد على هذا بالبسيس ما فسره به الجوهري من أنه دقيق أو سويق أو أقط مطحون يلت بسمن أو بزيت ثم يؤكل بلا طبخ، بل المراد به ما يتعاطاه أهل الشام من أنهم يعجنون دقيقاً ويخبزونه قبل أن يختمر ثم يبسونه بغريال ونحوه ويضيفون إليه سمناً وقد يزداد عليه غسل أو سكر.

قال في المهمات: هكذا ذكر التصوير بغير الحكم.

قال في الخادم ثم أخذ يعين صاحب المهمات يستنبط الحكم بعدم الحنث من كلام الجوهري في الصحاح والظاهر الحنث لأن الخبز في اللغة اسم لكل ما يخبز أن ينضج بالنار فيحنث بالفطير والرقاق وغيرهما وقد صرح القاضي الحسن بأنه يحنث بالكعك فقال فرع إذا حلف لا يأكل الخبز حنث بالكعك لأنه خبز، هذا لفظه والباقي في معناه، نعم سبق أنه إذا اشتهر عرف في بلد تعدى إلى غيرها كما يحنث بخبز الأدنى في غير طبرستان على الأصح، فلو كان أهل قطر يسمون الكعك والكماج خبزاً موافقة لمدلولة اللغوي فهو يتعدى ذلك إلى غيرهم من البلاد أم لا لأنهم يسلبون اسم الخبز عن الكعك والكماج والفطير ونحوه ولا يطلقون الخبز إلا على الخمير، فالأقرب عدم الحنث، وأما البسيس فالمشهور في العرف أنه ما يقلى بالسيرج ثم يلت بالغسل نحوه ففيه نظر ويحتمل أن يجري فيه الوجهان في اللوزنيق لأنه مما يقلى لا مما يخبز أو يقطع بالحنث، ولهذا قطع الخوارزمي في الكافي بالحنث بالسنبوسك قال لأنه خبز وزيادة، ولا شك أن البسيس في معناه، وكان الشيخ محيي الدين رحمه الله تعالى أراد أن يكتب فيحنث به لأنه خبز ثم توقف لطلب النقل.



عن الصَّيدلاني، فقد راجعت طريقته، فلم أجد ما ادعاه، بل استشهد بالمسألة فيما إذا قال: لا أدخل بيتاً، وحكم فيها بحنث الطبري والعراقي، كما ذكره سائر الأصحاب - رحمهم الله - على ما تقدّم، نعم في «تعليقه» أبي الفرج السرخسي ذكّر وجهين في المسألة، ثم ينبغي أن تكون جيلان كطبرستان.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ حَلَفَ عَلَى اللَّحْمِ لَمْ يَحْنَثْ بِالشُّحْمِ، وَيَحْنَثُ بِالسَّمِينِ، وَفِي الْأَلِيَّةِ وَالسَّنَامِ وَجَهَانَ، وَلَا يَحْنَثُ بِالْأَنْعَاءِ وَالْكَبِدِ وَالْكَرْشِ، وَفِي الْقَلْبِ وَجَهَانَ، وَلَوْ حَلَفَ عَلَى الزُّبْدِ لَمْ يَحْنَثْ بِالسَّمْنِ، وَفِي عَكْسِهِ خِلَافٌ، وَلَوْ حَلَفَ عَلَى السَّمْنِ لَمْ يَحْنَثْ بِالْأَذْهَانِ، وَفِي عَكْسِهِ خِلَافٌ، وَلَوْ حَلَفَ عَلَى الْجَوْزِ حَنَثَ بِالْهِنْدِيِّ، وَعَلَى التَّمْرِ لَا يَحْنَثُ بِالْهِنْدِيِّ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ صُورٌ؛ مِنْهَا - إِذَا حَلَفَ -: لَا يَأْكُلُ اللَّحْمَ أَوْ لَا يَشْتَرِيهِ، لَمْ يَحْنَثْ بِأَكْلِ شَحْمِ الْبَطْنِ، وَلَا يَأْكُلُ شَحْمَ الْعَيْنِ؛ لِأَنَّهُمَا يَخَالِفَانِ اللَّحْمَ أَسْمًا وَصِفَةً، وَهَلْ يَحْنَثُ بِأَكْلِ شَحْمِ الظَّهْرِ وَالْجَنْبِ، وَهُوَ الْأَبْيَضُ الَّذِي لَا يَخَالِطُهُ الْأَحْمَرُ؟ فِيهِ وَجَهَانٌ:

أحدهما: لا يحنث؛ لأنه شحم؛ لقوله تعالى: ﴿حَرَمْنَا عَلَيْهِمْ شُحُومَهُمَا إِلَّا مَا حَمَلَتْ ظُهُورُهُمَا﴾ [الأنعام: ١٤١] وإذا كان شحماً، كان كشحم البطن.

وأصحهما: وهو المذكور في الكتاب: أنه يحنث؛ لأنه لحم سمين، ألا تراه يحمر عند الهزال؟ ويجوز أن يُعْلَمَ قوله في الكتاب «لم يحنث بالشحم» بالحاء؛ لأن في «تعليقه» أبي حامد أن عند أبي حنيفة يَحْنَثُ بِأَكْلِ الشَّحْمِ؛ لِأَنَّهُ يُؤْكَلُ مَعَ اللَّحْمِ، وَيَقَامُ مَقَامَهُ، وَبِالْمِيمِ؛ لِأَنَّ بَعْضَ أَصْحَابِ أَحْمَدَ - رَحِمَهُ اللَّهُ - حَكَى عَنِ مَالِكَ - رَحِمَهُ اللَّهُ - مِثْلَهُ، وَعَلَى عَكْسِهِ لَوْ حَلَفَ أَلَا بِأَكْلِ الشَّحْمِ، يَحْنَثُ بِأَكْلِ شَحْمِ الْبَطْنِ، وَلَا يَحْنَثُ بِأَكْلِ اللَّحْمِ، وَأَكَلَ شَحْمَ الظَّهْرِ عَلَى الْوَجْهِينِ:

الأصح: أنه لا يحنث، وبه قال أبو حنيفة، وعن أبي زيد: أن الحالف، إن كان عربياً، فشحم الظهر شحم في حقه؛ لأنهم يعدونه شحماً، وإن كان عجمياً، فهو لحم في حقه، وذكر في أكل شحم العين وجهان أيضاً.

ويتناول اليمينُ على اللحومِ لحومَ النعم والوحوش، والطيور المأكولة، وفيما لا يُؤْكَلُ لحمه؛ كالحم الميتة والخنزير والذئب والحمار وغيرها وجهان عن ابن سُرَيْجٍ:

أحدهما: وبه قال أبو حنيفة: أنه يحنث بأكلها؛ لوقوع الاسم عليها، وإن كانت محرمة، كاللحم المغصوب.

والثاني: لا يحنث؛ لأن الحالف يقصد بيمينه الامتناع عما يُعْتَادُ أكله؛ وأيضاً

فاسم اللحم يقع على المأكول شرعاً، كما أن البيع والنكاح يقعان على المشروع.

ورجَّح الشيخ أبو حامد والرويانِيُّ الثاني، والقفال وغيره - رحمهم الله - الأوَّل<sup>(١)</sup>.

ولا يحنث بأكل السمك، خلافاً لمالك وأحمد - رحمهما الله -.

وفي «البيان»: أن بعض أصحابنا الخراسانيين قال به، ووجه ظاهر المذهب بأن السَّمَك لا يُفْهَم من إطلاق لفظ اللحم، ولا يُسْتَعْمَلُ فيه في العرف، وإن سماه الله تعالى لحماً بقوله: ﴿تَأْكُلُونَ لَحْمًا طَرِيًّا﴾ [النحل: ١٤] وشبه ذلك بما إذا حلف لا يجلس في ضوء السراج، فجلس في ضوء الشمس، لا يحنث وإن سماها الله تعالى سراجاً، فقال: ﴿وَجَعَلْنَا سِرَاجًا وَهَاجًا﴾ [النبأ: ١٣] وبما إذا حلف: لا يعلق على وتد، فعلق على جبل، لا يحنث، وإن قال الله تعالى: ﴿وَالْعِجَالِ اتِّفَادًا﴾ [النبأ: ٧] أو حلف: لا يجلس على بساط، فجلس على الأرض، لا يحنث، وإن قال الله تعالى: ﴿وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ الْأَرْضَ بِسَاطًا﴾ [نوح: ١٩] وهل يتناول اللحم الأليَّة؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنه نابت في اللحم، قريب من اللحم السمين.

وأصحُّهما: المنع؛ لمخالفته اللحم اسماً وصفةً ولو حلف على الشحم، فوجهان أيضاً في تناول الأليَّة:

أحدهما: نعم؛ لأنها تذوب كالشحم.

وأصحُّهما: المنع؛ لمخالفته اللحم اسماً وصفةً، فعلى الظاهر، وليست الأليَّة بلحم ولا شحم وسنام الإبل كالأليَّة، ولو حلف على الأليَّة، لم يحنث بأكل السنام، وكذا بالعكس؛ ولو حلف على الدسم، تناول شحم الظهر والبطن والأليَّة والسنام والأدهان كلها، وهل يتناول اللحم الأمعاء والطَّحَال والكُرْش والكبد والرئة، حتى يحنث بأكلها، وإذا حلف ألا يأكل اللحم؟ فيه وجهان:

أصحُّهما: لا، وهو المذكور في الكتاب.

والثاني: نعم؛ لأنها في حكم اللحم، وقد تُقام مقامه، وبه قال أبو حنيفة، ومنهم من قطع بالأول، ونفي الخلاف، وفي القلب وَجْهَان مذكوران في الكتاب:

أصحُّهما: أنه لا يحنث أيضاً.

والثاني: يحنث، ووجه بقوله - ﷺ -: «إِنَّ فِي الْجَسَدِ مُضَغَةً...»<sup>(٢)</sup> الحديث،

والمضغَةُ: القطعة من اللحم.

(١) قال النووي: المنع أقوى.

(٢) متفق عليه أخرجه البخاري [٥٢ - ٢٠٥١]، ومسلم [١٥٩٩] من حديث النعمان بن بشير.

وإلى هذا مال الصيدلاني بأكل المخ، وقد يطرد فيه الخلاف، وفي لحم الرأس  
والخد واللسان والأكارع طريقان:

أصحهما: أنه يحنت بأكلها.

والثاني: طرد الوجهين.

ولو حلف: لا يأكل ميتة، لم يحنت بأكل المذكاة، وإن حلها الموت؛ للعرف  
وإن أكل السمك، فوجهان:

في أحدهما: يحنت لقوله - ﷺ - «أَحَلَّتْ لَنَا مَيْتَانِ»<sup>(١)</sup>.

وفي الثاني: لا؛ للعرف.

قال في «التهذيب» لا يحنت، وهو المذهب، كما لو حلف؛ لا يأكل دماً، لا  
يحنت بأكل الكبد والطحال.

ولو حلف: لا يأكل لحم البقر حنت بأكل الجاموس، ويحنت بأكل البقر الوحشي  
على الأشهر، ونقل في «التهذيب» فيه وجهين، بناءً على الخلاف في أنه هل يُجَعَلُ  
جنساً في الربا؟ ولو حلف: لا يركب الحمار، فركب حماراً وحشياً ففيه وجهان يتعلّقان  
بالأصل المذكور، وأيضاً فالمعهود ركوب الحمار الأهلّي؛ بخلاف الأكل، وقد سبق في  
«الربويات» ذكر وجهين في أن الجراد، هل هو من جنس اللحم؟ ويمكن أن يخرج  
عليها؛ أنه هل يحنت بأكل الجراد إذا حلف: ألا يأكل اللحم؟.

ومنها: لو حلف: لا يأكل الزبد، لم يحنت بأكل السمن، ولو حلف: لا يأكل  
السمن، ففي أكل الزبد وجهان:

أصحهما: أنه لا يحنت به أيضاً؛ لتفاوتهما في الاسم والصفات.

والثاني: أن الزبد سمن؛ لاشتماله عليه، وليس السمن زبداً؛ لأن الزبد عبارة عن  
مجموع السمن وباقي المخيض.

وسواء حلف على الزبد أو السمن، فلا يحنت بأكل اللبن، واسم اللبن يتناول لبن  
الأنعام والصيد ويدخل فيه الحليب والرائب واللباء، والماست<sup>(٢)</sup> والشيراز<sup>(٣)</sup>  
والمخيض.

(١) تقدم في النجاسات.

(٢) كلمة فارسية تؤخذ من كلام الجوهرى أنه لبن ضأن مخلوط بلبن معز.

(٣) وهو أن يغلى اللبن فيسخن جداً ويصير فيه حموضة.

قال القاضي أبو الطيب: وتوقف بعضهم في الشيراز، ولا معنى له، وفي المخيض وجه، قال القاضي الرؤياني: يُحْتَمَلُ ألا يحنت إلا بالحليب؛ لأن الاسم في العُزْف لا يقع إلا عليه، لكن العرب تسمي الجميع لبناً، والعرف مضطرب، ولو أكل الزبد، ففيه ثلاثة أوجه:

أشبههما: وهو المذكور في «الشامل»: أنه إن كان اللبن ظاهراً فيه يحنت، وإن كان مُسْتَهْلَكاً فلا، ولا يحنت بأكل السمن؛ لأنه لا لبن فيه، ولا بالجبن والأقط والمصل. وعن أبوي علي بن أبي هريرة والطبري: أنه يحنت بجميع ما يُسْتَخْرَجُ من اللبن، وذكر: أن الجامد منها لبن مجمد، والظاهر الأول.

ومنها: لو حلف: لا يأكل السمن، لم يحنت بالأدهان، ولو حلف؛ لا يأكل الدهن، فهل يحنت بأكل السمن؟ فيه وجهان:

أصحهما: أنه لا يحنت أيضاً، وقد يوجه الثاني؛ بأن الدهن قد يعبر بها عن الدسومة ويقام مقامها؛ ألا ترى أنه يُقَالُ: في حب كذا دهنية؟ ولا توضع السمينة موضعها.

ولو قال بالفارسية: (روغن نخورم)<sup>(١)</sup>، فعن القاضي الحسين وغيره: أنه يحنت بالأكل من كل واحد منهما.

ومنها: دُكِرَ في الكتاب: أنه لو حلف؛ لا يأكل الجوز، يحنت بالجوز الهندي، ولو حلف؛ لا يأكل التمر، لا يحنت بالتمر الهندي، ويمكن أن يُفَرَّقَ بأن الجوز الهندي، وإن خالف الجوز المعروف في الشُّكْلِ، والصورة، ولكنه قريب منه في الطبع والطعم، والتمر الهندي يخالف التمر المعروف صورةً ولوناً وطبعاً وطعماً، والذي ذكره في «التهذيب»: أنه لا فرق بين الصورتين، ولا يحنت بالهندي منهما، وكذا لو حلف؛ لا يأكل البطيخ، لا يحنت بالهندي، أو لا يأكل الخيار، لا يحنت بهذا الذي يقال له خيار شنبر.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: وَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ لَمْ يَحْنَتْ بِالشُّرْبِ، وَكَذَا عَكْسُهُ، وَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ السُّكَّرَ فَوُضِعَ فِيهِ حَتَّى ذَابَ فَفِيهِ خِلَافٌ، وَلَوْ حَلَفَ عَلَى الْعَيْبِ لَمْ يَحْنَتْ بِعَصْبِرِهِ، وَإِنْ حَلَفَ عَلَى السَّمْنِ لَمْ يَحْنَتْ إِذَا جَعَلَهُ فِي عَصِيدَةٍ لَمْ يَظْهَرْ لَهُ أَثَرٌ، وَإِنْ ظَهَرَ لَهُ أَثَرٌ فَفِيهِ خِلَافٌ، وَفِي الْخَلِّ إِذَا جَعَلَهُ فِي السُّكْبَاجِ وَجَهَانَ، وَالنَّصُّ أَنَّهُ لَا يَحْنَتْ، وَلَوْ حَلَفَ لَا يَدُوقُ فَأَدْرَكَ طَعْمَهُ وَمَجَّهَ فَوْجَهَانَ.

(١) جملة فارسية معناها: لا أكل سمناً أو زيتاً.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ صُورٌ أَيْضًا:

منها: كما أن يأكل أجناس مختلفة الأسماء والصفات والآثار، كذلك الأفعال أجناسٌ مختلفةٌ لا يتناول بعضها بعضاً؛ فالشرب ليس، وكذا العكس، فإذا حلف لا يشرب، فأكل طعاماً، لم يحنث، أو لا يأكل، فشرب ماءً أو غيره، لم يحنث.

واللبن والخل وسائر المائعات، إذا حلف ألا يأكلها، فأكلها بخبز، حنث، ولو شربها، لم يحنث، وإن حلف ألا يشربها، فالحكم على العكس، ولو حلف: لا يأكل سويقاً، فاستقه أو تناوله بالملعقة أو بإصبع مبلولة، حنث، ولو مائه في الماء، فشرب، حنث.

ولو حلف، لا يشرب السويق، فالحكم بالعكس، ولو كان السويق خائراً بحيث يُؤخَذُ منه بالملاعق، فتحسّاه، فقد ذُكِرَ فِيهِ اخْتِلافٌ وَجِهٌ، والأشبه أنه ليس بِشَرْبٍ، ولو قال: لا أتعلم أو لا أتناول، دخل في اليمين الأكل والشرب معاً.

وبمثلته حكموا فيما إذا قال بالفارسية (نخورم)<sup>(١)</sup> على أنه يُفَرِّقُ بينهما، فيقال: (طعام نخورد)<sup>(٢)</sup> و (شراب بازخورد)<sup>(٣)</sup>.

ومنها: إذا حلف لا يأكل السكر، انعقدت اليمين على عين السكر دون ما يُتَّخَذُ منه، إلا إذا نوى، وكذا الحكم في العسل والتمر، ثم إن ابتلع السكر من غير مضغ، فقد أكله، كما لو ابتلع الخبز على هيئته، وإن مضغه، وازدرد م مضوغاً فكذلك، وإن وضعه في فمه، فذاب ونزل، ففيه وجهان:

أحدهما: يحنث، كما لو مضغه.

وأظهرهما: وهو المذكور في «التهذيب» و«التتمة»: المنع لأنه لا يُسَمَّى ذلك أكلاً للسكر.

ومنها: إذا حلف ألا يأكل العنب أو الرمان، لم يحنث بأكل عصيرها وشربه، ولو امتصهما، ورمى بالتفل، فكذلك؛ لأنه ليس يأكل.

ومنها: لو حلف، لا يأكل السمن، فأكله، وهو جامد، حنث، وإن كان ذائباً، فشربه، لم يحنث، وفي «شرح مختصر الجويني» فيه وجه ضعيف، وإن أكله بخبز، وهو جامد، أو ذائب حنث، وقال الإصطخري: لا يحنث؛ لأنه لم يأكله وحده، بل أكله مع غيره، وشبهه بما إذا قال: لا آكل مما اشتراه زيد قال: يأكل مما اشتراه زيد

(١) يعني: لا آكل.

(٢) جملة فارسية معناها: تناول الطعام.

(٣) جملة فارسية معناها: وشرب الشراب ثانياً.

وعمرو، وإن جعله في عصيدة أو سويق، فعن نص الشافعي - رضي الله عنه -: أنه يحنث، وعنه فيما إذا حلف؛ لا يأكل خلاً؛ فأكل السكباج<sup>(١)</sup>، أنه لا يحنث.

فقال عامة الأصحاب: ليس ذلك باختلاف قول، ولكن إن كان السمن ظاهراً في العصيدة والسويق؛ يُرَى جرمه، فيحنث، إذا أكله، وهذه الحالة هي التي أرادها بنصه في السمن، وكذا الحكم في الخل، إذا كان ظاهراً بلونه وطعمه؛ بأن أكل المرققة، وهي حامضة. وإن كان السمن مستهلكاً في العصيدة، فأكلها، لم يحنث، وكذا الخل إذا كان مُسْتَهْلَكاً، وهذه الحالة هي التي أرادها بنصه في الخَلِّ.

فصور ذلك فيما إذا أكل لحم السُّكْبَاجِ أو ما كان فيه من السلق ونحوه، ومنهم من أثبت وجهين أو قولين؛ وعلى ذلك جرى في الكتاب، ووجه المنع أن يُقَالَ: أكل العصيدة لا السمن، والسكباج لا الخل، ويجوز إعلام لفظ «الخلاف في مسألة السمن» «والقولين في مسألة السكباج» بالواو.

ومنها: إذا حلف؛ لا يأكل أو لا يشرب، لم يحنث بالذوق بمجرد إن حلف: لا يذوق، فأكل أو شرب، حنث؛ لتضمنهما الذوق، وفيه وجه ضعيف.

وإن أدرك طعم الشيء بالمضغ والإمساك في الفم، ثم مجه، ولم ينزل إلى حلقه، فهل يحنث؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، كما لا يفطر الصائم به.

وأصحهما: الحنث؛ لأن الذوق عبارة عن إدراك الطعم، وقد حصل.

ولو حلف: لا يأكل ولا يشرب ولا يذوق، فأوجره في حلقه، حتى حصل في جوفه، لم يحنث. قال في «البيان»: لو قال: لا أطعم كذا، ثم أوجره نفسه، حنث لأن معناه لا جعلته لي طعاماً.

قَالَ الْعَزَائِيُّ: وَلَوْ حَلَفَ عَلَى الْفَاكِهَةِ حَنْثَ بِالْعَنْبِ (ح) وَالرُّمَانَ (ح)، وَلَا يَحْنُثُ بِالْقَيْئَاءِ، وَفِي الْبَطِيخِ تَرَدُّدٌ، وَيَحْنُثُ بِبَيَاسِ الْفَوَاكِهِ، وَفِي اللَّبُوبِ تَرَدُّدٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا حَلَفَ؛ لَا يَأْكُلُ الْفَاكِهَةَ، حَنْثَ بِأَكْلِ الْعَنْبِ وَالرُّطْبِ وَالرَّمَانَ؛ لَوْ قَرِحَ اسْمُ الْفَاكِهَةِ عَلَيْهَا، وَالْعَطْفُ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فِيهِمَا فَاكِهَةٌ وَتَخْلُ وَرُمَّانٌ﴾ [الرحمن: ٦٨] لتخصيصهما وتمييزهما كما في قوله تعالى: ﴿مَلَأْنَاهُ زُرْسُلِهِ وَجَبْرَيْلَ وَمِيكَالَ﴾ [البقرة: ٩٨] وقال أبو حنيفة: لا يحنث بها، ويحنث أيضاً بأكل التفاح

(١) وهو مرق يعمل من اللحم والخل معرب سكباً وهو بكسر السين ولا يجوز الفتح لفقد فعال في

غير المضاعف. انظر: (المصباح المنير ١/٣٨١).

وَالسَّفْرَجَلُ وَالْكُمَثْرِيُّ وَالْمَشْمَشُ وَالخَوْخُ وَالْإِجَاصُ<sup>(١)</sup> وَالْأْتْرَجُ وَالنَّارَنْجُ<sup>(٢)</sup> وَاللِّيمُونُ وَالنَّبَقُ وَالْمَوْزُ وَالتِّينَ . وَلَا يَحْنُثُ بِالْقَيْثَاءِ، وَالخِيَارِ؛ فَهِيَ مِنَ الْخَضِرَاوَاتِ؛ كَالْبَادَنْجَانِ وَالْجِزْرِ، وَفِي الْبَطِيخِ وَجِهَانِ:

أحدهما: أن الجواب كذلك .

وأصْحُهُمَا: أنه يحنث؛ لأن لها نضحاً وإدراكاً؛ كالفواكه، وبهذا قال ابن سُرَيْجٍ .  
ويتناول اسم الفاكهة الرُّطْبُ واليابس، كالتمر والزبيب والتين اليابس، ومعلق الخوخ والمشمش، وفي اللبوب كَلْبُ الفستق والبندق وجهان:  
أقربهما: الحنث؛ فإنها تُعَدُّ من يابس الفواكه، هذا هو المشهور .

وَذِكْرُ: أنه لو حلف، لا يأكل الثمار، اختصت اليمين بالرطب، ولم يتناول الثمرة الفواكه اليابس، وَسَوَّى فِي «التتمة» بينهما؛ وقال: الفاكهة لا تتناول اليابسة كالثمرة، فإن كان هذا عن تحقيق، أحوج إلى إعلام قوله في الكتاب «ويحنث يابس الفواكه» بالواو .

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ حَلَفَ لَا يَأْكُلُ الْبَيْضَ ثُمَّ حَلَفَ أَنْ يَأْكُلَ مِمَّا فِي كُمِّ فَلَانٍ فَإِذَا هُوَ بَيْضٌ فَاتَّخَذَ مِنْهُ النَّاطِفَ فَأَكَلَ مِنْهُ فَقَدْ أَكَلَ مِمَّا فِي كُمِّهِ وَلَمْ يَأْكُلِ الْبَيْضَ فَيَبِّرَ فِي الْيَمِينَيْنِ .

قَالَ الرَّافِعِيُّ: حلف رجل؛ لا يأكل البيض، ثم استقبله رجل عرف أن في كفه مأكولاً، فحلف؛ ليأكلن ما في كفه، وكان ما فيه كفه بيضاً وأراد البر في اليمينين، فيقال: إن القفال سُئِلَ عن هذه الصورة، وهو على المنبر، وطُيِّبَتْ منه حيلة للبر، فلم يخضُرْه الجواب، فقال المسعودي، وهو من أصحابه - رحمهم الله -: يُجْعَلُ ذَلِكَ الْبَيْضُ فِي النَّاطِفِ<sup>(٣)</sup>، فيأكله الحالف، فيكون قد أكل ما في كفه، ولم يأكل البيض، فاستُحْسِنَ منه ذلك .

(١) شجر ثمره حلو لذيد يطلق في سورية وفلسطين وسيناء على الكمثرى وشجرها وكان يطلق في مصر على البرقوق وشجره .

(٢) شجرة مثمرة من الفصيلة السذابية دائمة الخضرة تسمو بضعة أمتار، أوراقها جلدية خضراء لامعة، لها رائحة عطرية، وأزهارها بيض عبقرة الرائحة تظهر في الربيع، والثمرة لينة تعرف كذلك بـ «النارنج»، عصارته حمضية مرة، وتستعمل أزهارها في صنع ماء الزهر، وفي زيت طيار يستعمل في العطور، وقشرة الثمرة تستعمل دواء أو في عمل المربيات، وهي كلمة معربة . ينظر المعجم الوسيط ٩١٢/٢ - ٩١٣ .

(٣) ضرب من الحلوى يصنع من اللوز والجوز والفستق، ويسمى أيضاً الفَيْيَطُ، قال أبو نواس:  
يقول والناطف في كفه  
من يشتري الحلو من الحلو  
ينظر: المعجم الوسيط ٩٣٠/٢ - ٩٣١ .

وقوله: «فاتخذ منه الناطف قد لا تُسْتَحْسَنُ هذه اللفظة، وإن كان المقصود معلوماً؛ لأن الناطف لا يتخذ من البيض، بل منه ومن غيره، بل من غيره، ويُجَعَلُ البيض فيه، وقوله: «فأكل منه» هذا لا يكفي لحصول البر، بل ينبغي أن يأكله كله.

فُرُوعٌ: يتعلّق بهذا النوع، نذكر مقصودها على الإيجاز: الرُّطْبُ ليس بثمر والعنب ليس بزبيب، وعصير التمر ليس بتمر، وكذا دبسه والسمسم ليس بشيرج، وكذا العكوس، والرطب ليس ببسر ولا بلح، والبسر ليس برطب ولا بلح، والبسر أعظم من البلح. ولو حلف؛ لا يأكل الرطب، فأكل المنصف، نُظِرَ؛ إن كان النصف الذي أرطب حنث، وكذا لو أكل الجميع، خلافاً للإصطخري، وأبي علي الطبري - رحمهما الله - وإن أكل النصف الذي لم يرطب، لم يحنث.

ولو حلف؛ لا يأكل البسر، فأكل المنصف، ففيه هذا التفصيل، والحكم على العكس. وإن حلف؛ لا يأكل بسرة ولا رطبة، فأكل منصفة لم يحنث.

ولو حلف؛ لا يأكل طعاماً؛ تناول اللفظ القوت والأدم والفاكهة والحلوى، وفي الدواء<sup>(١)</sup> وجهان:

ولو حلف؛ لا يأكل قوتاً، حنث بأكل ما يقتات من الحبوب، ويحنث بأكل التمر والزبيب واللحم، إن كان ممن يقتاتها، وفي غيرهم وجهان.

ولو حلف لا يأكل إداماً، حنث بأكل ما يُؤْتَدَمُ به، سواء كان مما يُضْطَبَّعُ به؛ كالخل والدبس والشيرج والسمن والمربي، أو لا يُضْطَبَّعُ به؛ كاللحم والجبن والبقول والبصل والفجل والثمار.

وفي التمر وجه، والملح أيضاً أدم، وفيه وجه، وعند أبي حنيفة، لا يحنث إلا بما يُضْطَبَّعُ به واسم الماء يتناول العذب والملح ومياه الآبار، والأنهار، وعن الشيخ أبي حامد: في ماء البحر احتمالان، والظاهر: تناول، ولو حلف؛ لا يشرب الماء، لا يحنث بأكل الجمد والثلج، ويحنث إذا شرب من مائهما، ولو حلف لا يأكل الجمد والثلج، لم يحنث بشرب مائهما، والثلج ليس بجمد، وكذا العكس، ولو حلف؛ لا يأكل مما طبخه فلان، فالاعتبار بالإيقاد إلى الإدراك، بوضع القدر في التنور بعد التسجير، فإن أوقد فلان النار تحث القدر حتى أدرك، أو وضع القدر في الثور، فأكل منه، حنث، سواء وجد نضب القدر وتقطيع اللحم وصب الماء عليه وجمع التوابل وتسجير التنور منه أو من غيره.

(١) وقضية كلام ابن المقري أن أصله عدم الحنث، وبه جزم الماوردي والرويانى واختاره الأذرعي.



ولو أوقد فلان تحته أو وضعها في التنور مع آخر، لم يحنث؛ لأنه لم ينفرد بالطبخ، وكذا لو أوقد هذا ساعةً وهذا ساعةً، قال الإمام - رحمه الله -: ولو جلس الحاذق بالطبخ على القرب، وكان يستخدم صبيًا في الإيقاد ويستقل ويستكثر، فهذا فيه تردّد؛ إذ يعزى الطبخ، والحالة هذه إلى الأستاذ، ولو قال: [لا] أكل مما خيزه فلان، فلا اعتبار فيه بالإصاق بالتثور دون العجن وتسجير الثور وتقطيع الرغفان وبسطها<sup>(١)</sup>.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: النَّوْعُ الثَّلَاثُ فِي الْعُقُودِ: فَإِذَا حَلَفَ عَلَيَّ مَا اشْتَرَاهُ زَيْدٌ لَا يَحْنُثُ بِمَا مَلَكَهُ بَهِيَّةٍ أَوْ رَجَعَ إِلَيْهِ بِإِقَالَةٍ أَوْ رَدَّ بَعِيْبٍ أَوْ قَسَمَةَ، وَمَا مَلَكَهُ بِالسَّلْمِ أَوْ الصُّلْحِ عَنِ الدِّينِ فَهُوَ كَالْمُشْتَرَى، وَالْمَأْخُودُ بِالشُّفْعَةِ لَيْسَ بِمُشْتَرَى، وَلَوْ اشْتَرَى زَيْدٌ وَعَمَرُوهُ فَأَكَلَ مِنْهُ لَمْ يَحْنُثْ عَلَيَّ الْأَطْهَرِ، وَلَوْ خَلَطَ مَا اشْتَرَاهُ زَيْدٌ بِمَا اشْتَرَاهُ عَمَرُوهُ حَيْثُ إِذَا أَكَلَ مِنْ الْمُخْتَلِطِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِي النَّوْعِ مَسَائِلُ:

أحدها: إذا حلف؛ لا يأكل طعاماً اشتراه زيد، أو من طعام اشتراه زيد، أو لا يلبس ثوباً اشتراه زيد، لم يحنث بما ملكه بهية، أو إرث، أو وصية، أو رجع إليه برد عيب، أو إقالة، وإن جعلنا الإقالة بيعاً؛ لأنها لا تُسمّى بيعاً في العرف والإطلاق، وكذا لا يحنث بما خلص له بالقسمة مما كان بينه وبين غيره، وإن جعلنا القسمة بيعاً، ويحنث بما ملكه بالتولية والإشراك، وبما ملكه بالسلم؛ لأنها شراء في الحقيقة والإطلاق يقال: اشترى كذا في عقد التولية، واشتراه سلماً، وما صالح عليه زيد، عن دين، حكى الإمام عن الصيدلاني - رحمه الله - أنه لا يحنث به، ورأى؛ أنه يحنث، وبه أجاب صاحب الكتاب - رحمه الله - والظاهر الأول؛ لما ذكرنا؛ أنه لا يُسمّى شراءً في العرف، وهو الذي أورده صاحب «التهذيب» «والتتمة» والرويانى وغيرهم - رحمه الله -.

ولو قال: لا أدخل داراً اشتراها زيد، فلا يحنث بالدار التي ملك بعضها بالشفعة،

(١) قال النووي ولو حلف: لا يأكل ثريداً، لم يحنث بخبز غير مشرود في مرق، قال في المهمات وهذا في السلم مناقض لما صححه في العارية من عدم انعقاده بلفظ البيع وقلد فيه الرافي والنووي المتولي، فإنه ذكره هنا كذلك لكنه خرجه في البيع والسلم على أن الاعتبار يصيغ العقود أو بمعانيها ولم يصحح فيها شيئاً، وأجاب عن ذلك البلقيني بأن الصيغ هناك اشتهرت في عقد فلا تنتقل إلى غيره وإن كان صنفاً منه، ألا ترى أن التولية والإشراك بيع لكن بلفظهما وكذا السلم بيع بلفظه ويدل على أنه بيع إثبات خيار المجلس فيه من قوله ﷺ: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا». قال ولم ينفرد المتولي بذلك فقد صرح به جمع كثير من الأصحاب وحكا في البيان عن الطبري وجزم به في النهاية وقال السلم صنف من البيوع ولم يغلب لقب السلم عليه غلبة تمنع اندراجه تحت مطلق الشراء.

ولا يَحْنُثُ بما اشتراه لَزَيْدٍ وكيْلُهُ، ويَحْنُثُ بما اشتراه زَيْدٌ لغيره، بوكالَةٍ أو ولايةٍ، ولو اشتراه، ثم باعه من غيره، حِنْثٌ؛ لأنه موصوفٌ بأنه اشتراه زيدٌ؛ وكذا لو باع بعضه، فأكل منه الحالف، ولو أكل طعاماً اشتراه زيد وعمرو، لم يحنث؛ خلافاً لأبي حنيفة؛ وسَلِمَ أبو حنيفة أنه لو حلف؛ لا يلبس ما اشتراه زيد، فليس ثوباً اشتراه زَيْدٌ وعمرو؛ أنه لا يحنث.

أو حلف؛ لا يأكل من قَدْرِ طبخها زيد، فأكل من قَدْرِ طبخها زيد وعمرو، هذا ظاهر المذهب، وفيه وجهان آخران:

أحدهما: موافقة أبي حنيفة؛ لأنه ما مِنْ جزءٍ منه إلا، وَقَدْ وَرَدَ عَلَيْهِ شراء زيد، وهذا ما اختاره القاضي أبو الطيب.

والثاني: أنه إن أكل منه النصف، فما دونه، لم يَحْنُثُ، وإن أكل أكثر من الصف، حنث؛ لأننا نتحقق حينئذٍ؛ أنه أكل مما اشتراه زيد.

ولم يَفْرِقِ الأكثرون - رحمهم الله - بين أن يقول: لا أكل من طعام اشتراه زيد، وبين أن يقول: طعاماً اشتراه زَيْدٌ وخصَّص في «التهديب» حكاية الوجهِ بما إذا قَالَ: مِنْ طعام اشتراه زَيْدٌ وأطلق القول بَعْدَ الحِنْثِ، فيما إذا قال: طعاماً اشتراه زَيْدٌ، قال: إلا أن يريد ألا يأكل طعامه، أو مِنْ طعامه، فيحنث بالمشترك، ولو اشترى زيد طعاماً وغيره طعاماً، وخلط أحدهما بالآخر، فأكل الحالفُ من المخلوط، ففيه وجوه:

أحدها: عن الإصطخري: أنه إن أكل النصفَ فما دونه، لم يحنث وإن أَكَلَ أكثر من النصف، حِنْثٌ، وهذا عند استواء القدرين؛ لأننا حينئذٍ نَتَحَقَّقُ؛ أنه أكل ما اشتراه زيد، ويشبه ذلك بما إذا خلطت تمر، وحلف ألا يأكلها بتمر كبير، فإنه لا يَحْنُثُ ما أبقى تمر؛ فإن أكل الجميع، حِنْثٌ؛ لأننا نتحقق حينئذٍ؛ أنه أكل المخلوف عليه.

وفي «الشامل» أن القاضي أبا الطيب اختار هذا الوجه.

وثانيهما: وبه قال ابن أبي هريرة: أنه لا يَحْنُثُ، وإن أكل الجميع، لأنه لا يمكن الإشارةُ إلى شيء منه بأنه اشتراه زيد، فصار كما اشتراه زَيْدٌ مع غيره.

وأصحهما: وبه قال أبو إسحاق: أنه، إن أكل من المخلوط قليلاً، يمكن أن يكون ممَّا اشتراه الآخر، كالحبة، والحببتين من الحنطة والعشرة، والعشرين، لم يَحْنُثُ، وإن أكل قدراً صالحاً، كالكف، والكفين، يَحْنُثُ؛ لأننا نتحقق؛ أن فيه ما اشتراه زيد وإن لم يتعين لنا.

وقوله في الكتاب «حنث»، إذا أكل المخلوط يقع ظاهره على الجميع، وإذا أكل جميع المختلط، يحنث باتفاق الوجه الأول والثالث الأصح، وينبغي أن يُعَلَمَ بالوإو

للوّجه الثاني، ولفظ «الوسيط»: «إذا أكل من المختلط»، فظاهره الحكم بالحنث، بأيّ قَدْرٍ أَكَلَ من المختلط، وهذا يخالف الوجوه الثلاثة، وهو بعيدٌ في نفسه فيحسن أن يؤول فينزل على الوجهِ الأصحّ.

فرع: عن نصّه في «الأم»: أنه لو قال: لا أسكنُ داراً لفلانٍ، فسكن داراً لغيره، فيها شرك قليل أو كثير، لا يحنث.

فرع: في تعليقه إبراهيم المروزي: أنه لو حلف؛ لا يأكل طعام زيد، فأكل طعاماً مشتركاً بينه وبين غيره، حنث، وقد حكينا عن «التهديب» في الفصل ما يوافقّه قال: ولو حلف، لا يلبس ثوب فلان، أو لا يركب دابته، فليس ثوباً مشتركاً، أو دابةً مشتركةً بينه وبين غيره، لا يحنث. وفرق بأنّ في مسألة الطعام انعقد اليمينُ علىّ الأيّ يطعم طعاماً مملوكاً له، وقد يطعم طعاماً مملوكاً له، لكنه لم يلبس مملوكاً له، ولم يركب دابة مملوكةً له، وهذا ينزع إلى مذهب أبي حنيفة، حيث، قال: إذا حلف، لا يأكل طعاماً اشتراه زيد، فأكل طعاماً اشتراه زيد وعمرو، لا يحنث، وإذا حلف، لا يلبس قميصاً اشتراه زيد، أو لا أسكن داراً اشتراها، لا يحنث بما اشتراه مع غيره، وفرق بينهما، بأنّ بعض القميص ليس بقميص، وبعض الدار ليس بدار، ولم يشترِ زيد جميع القميص والدار.

واسمُ الطعام يقع على القليل والكثير، ففي المأكولِ طعامٌ اشتراه زيد، وأما نحن: فإذا قلنا: الطعام الذي اشتراكاً في شرائه ليس ولا بغضه المعين مشتري زيد جاز أن يقول: الطعام المشترك ليس ولا بغضه المعين مال زيد، ولا يبعد التسوية بينهما.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَلَوْ قَالَ: لَا أَشْتَرِي وَلَا أَتَزَوَّجُ فَوَكَّلَ وَعَقَدَ الْوَكِيلُ لَمْ يَحْنَثْ (م) وَ، وَكَذَا لَوْ قَالَ الْأَمِيرُ: لَا أَضْرِبُ فَأَمْرُ الْجَلَادِ، وَإِنْ تَوَكَّلَ فِي هَذِهِ الْعُقُودِ لَمْ يَحْنَثْ فِيمَا أَضَافَهُ إِلَى الْمُوَكَّلِ، وَفِيمَا نَوَى لِمُوَكَّلِهِ يَحْنَثُ عَلَى الْأَظْهَرِ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَكَلُمُ عَبْدًا أَشْتَرَاهُ زَيْدٌ فَأَشْتَرَى وَكَيْلٌ زَيْدٌ لَمْ يَحْنَثْ إِنْ كَلَّمَهُ، وَكَذَا فِي أَمْرَاءَ تَزَوَّجَهَا زَيْدٌ لَا يَحْنَثُ إِذَا قَبِلَ وَكَيْلٌ زَيْدٌ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَكَلُمُ زَوْجَةَ زَيْدٍ حَيْثُ بِهِذَا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَّةُ: إِذَا حَلَفَ؛ لَا يَشْتَرِي أَوْ لَا يَبِيعُ فَوَكَّلَ غَيْرَهُ، حَتَّى يَبِيعَ أَوْ أَشْتَرِيَ، أَوْ حَلَفَ؛ لَا يَضْرِبُ عَبْدَهُ، فَأَمْرُ غَيْرِهِ حَتَّى ضَرْبِهِ، أَوْ حَلَفَ الْأَمِيرُ وَالْقَاضِي، فَأَمْرُ الْجَلَادِ، حَتَّى ضَرْبٍ؛ لَمْ يَحْنَثْ<sup>(١)</sup>؛ خِلَافًا لِمَالِكٍ فِيمَا رَوَاهُ الْقَاضِي ابْنُ كَعْبٍ، وَعَنْ الرَّبِيعِ: أَنَّهُ يَحْنَثُ، إِنْ كَانَ الْحَالِفُ مِنْ لَا يَتَوَلَّى الْبَيْعَ وَالشِّرَاءَ وَالضَّرْبَ

(١) لأنه حلف على فعل نفسه حقيقة فلا يحنث بغيره ولا نظر إلى العادة بدليل أنه لو حلق لا يلبس أو لا يأكل فلبس أو أكل ما لا يعتاده حنث.

بنفسه، كالسلطان أو كان الفعل المَحْلُوفُ عَلَيْهِ مما لا يَغْتَادُ الحَالِفُ فَعْلَهُ أو لا يَجِيءُ منه ذلك كالبناء، والتطين إذا حلف عليهما، فأمر بهما غيره، واختلف الأصحاب، فمنهم من أثبت ما ذكره قولاً للشافعي - رضي الله عنه - وبه قال أبو إسحاق، وقد يوجّه بأنه المفهوم من قولنا: قتل السلطان فلاناً، وضرب فلاناً، ومنهم من امتنع منه وقال: إنّه من عند الربيع.

وبهذه الطريقة قال صاحب «التقريب» وظاهر المذهب الأول، وإن أثبت ما ذكره قولاً، ووجهوه، بأنه حَلَفَ عَلَى فِعْلٍ نَفْسَهُ حَقِيقَةً، فلا يَحْنُثُ بغيره، ولا نظر إلى العادة؛ ألا ترى أن الأمير إذا حَلَفَ؛ لا يلبس، أو لا يأكل، فلبس أو أكل ما لا يعتاده. يَحْنُثُ؟ ولو حلف لا يزوّج ابنته، أو لا يطلق، أو لا يعتق، فوَكَّلَ، وعقد الوكيل، فالحكم كما في البيع والشراء، ولو فوض الطلاق إلى زوجته، فطلقت نفسها، فهو كما لو وَكَّلَ فيه أجنبياً، حتى لا يَحْنُثُ، على الظاهر، وفيه قول، إنه يَحْنُثُ، وإن قلنا في الصورة السابقة: إنه لا يَحْنُثُ لأنه فَوَّضَ الطلاقَ إِلَى من لا يملكه، فكانه هو المَطْلُوقُ، ولو قال: إن فعلت كذا، أو إن شئت فأنيت طالق، ففعلت أو شاءت، حنث؛ لأن الموجود مجردُ الصفة، وهو الموقع.

ولو حلف؛ لا يَنْكُحُ، أو لا يتزوج، فوَكَّلَ به، فقبِلَ له الوكيلُ نكاحَ امرأة، فهل يَحْنُثُ؟ نقل صاحب «التتمة» فيه وجهين:

أحدهما: لا، كما في البيع والشراء؛ لأنه يَضُدُّقُ أن يُقَالَ: ما نكح فلان، إنما نكح له، أو قبِلَ لَهُ النكاحَ، فلان، وهذا ما أورده الصيّدلاني، وصاحب الكتاب.

والثاني: أنه يَحْنُثُ؛ لأن النكاح لا يتعلّق بالوكيل، بل هو سفيرٌ محضٌ؛ ولذلك يشترط فيه تسمية الموكّل، وهذا ما أورده صاحب «التهذيب» ولو قبِلَ لغيره، نكاح امرأة، فقضية الوجه الأول؛ أن يَحْنُثُ وقضية الثاني ألا يَحْنُثُ.

وفيما إذا حلف، ألا يبيع ولا يشتري فتوكل عن غيره في البيع والشراء.

حكى صاحب الكتاب وغيره - رحمهم الله - أنه إذا أضاف العَقْدَ إلى الموكّل، لم يَحْنُثُ، وإن اقتصر على النية، ولم يصف لفظاً، فوجهان:

أظهرهما: الحنث.

والثاني: عن تخريج القاضي الحُسين: المنع؛ لانصراف العَقْدَ إلى غيره، ويوافق هذا أن جماعة من الأصحاب أطلقوا القول؛ بأنه لو توَكَّلَ في البيع أو الشراء، يَحْنُثُ، ولم يُفَصِّلُوا، ويوضحه، ما ذكرنا وجهاً؛ أن الحالف على ألا يَنْكُحُ، يَحْنُثُ، إذا قبِلَ النكاحَ ولايةً عن غيره، مع أنه لا بدّ هناك من الإضافة إلى الموكّل، ويشبه أن يرجح ما

أطلقوه، ويجب به كما فَعَلْنَا في الفصل، قبل هذا الفَصْلِ.

ولو قال: لا أَكَلِمَ عبداً اشتراه زَيْدٌ، لا يحنث يتكلم عبداً اشتراه له وكيله وبمثله أجاب في الكتاب، فيما إذا قال: لا أَكَلِمَ امرأةً تزوجها زَيْدٌ، فكلم امرأة قَبِلَ نكاحها لزَيْدٍ وكيله، لكن هذا مبني على جوابه فيما إذا قال: لا أتزوج، فقبِلَ وكيله نكاح امرأة له أنه لا يحنث، فإن قلنا: يحنث فكذلك يحنث ههنا.

ولو قال: لا أَكَلِمَ زوجةً زَيْدٍ، حنث بتكلم التي نكحها بنفسه، والتي قَبِلَ نكاحها وكيله بلا خلاف.

وَلْيُعَلِّمَ؛ لما بيّنَّا قوله في الصورة الأولى من الكتاب «لم يحنث» بالميم والواو، لما حكينا عن الربيع.

وقوله «ولا أتزوج» بالواو وبالحاء؛ لأن عند أبي حنيفة في النكاح والطلاق والضرب، يحنث، إذا أمر غيره ففَعَلَ، وساعدنا في البيع والشراء.

قوله «وكذا لو قال الأمير» يُعَلِّمَ بالواو.

ويجوز أن يُعَلِّمَ قوله «لم يحنث، فيما إذا أضافه» بالواو.

وكذا قوله «وكذا في امرأة تزوجها».

واعلم أن صور الفَصْلِ جميعاً مفروضةً فيما إذا أطلق، ولم يَنْوِ شيئاً، أما إذا نوى ألا يفعل، ولا يفعل بإذنه، أو لا يفعل، ولا يأمر به، حنث، إذا أمر به غيره، هكذا أطلقوه مع قولهم: إن اللفظ لفعلٍ نفسه حقيقةً، واستعماله في المعنى الآخر يجوز، وذلك استعمال اللفظ في الحقيقة والمجاز جميعاً، وهو مستبعد عند أهل الأصول وأحسن من هذا أن يوجد معنى مشترك بين الحقيقة والمجاز، فيقال: إذا نوى ألا يسعى في تحقيق ذلك الفعل، حنث بمباشرة، وبالأمر به؛ لشمول لمعنى وإرادة هذا المعنى إرادة المجاز وحده<sup>(١)</sup>.

فروع: إذا حلف لا يَخْلُقُ رأسه، فأمر غيره بحلقه، ففيه طريقان:

أحدهما: أنه كما لو قال: لا أبيع، فأمر غيره بالبيع، ففيه الخلاف<sup>(٢)</sup>.

والثاني: القطعُ بأنه يَحْنُثُ؛ لا طراد العُزْفِ في الحلف بذلك، ولو حلف لا يبيع

(١) قال النووي: هذا الذي ذكره الرافعي حسن، والأول صحيح على مذهب الشافعي، وجمهور أصحابنا المتقدمين في جواز إرادة الحقيقة والمجاز بلفظ واحد.

(٢) قال في القوت وبالطريق الأول أجاب الصيمري والماوردي وقال صاحب الكافي لا يحنث على الأصح لأن الحلق لم يوجد منه حقيقة إلى آخر ما ذكره وكذا قال في الخادم.

من زيد، فباع من وكيله، أو وكّل وكيلاً حتى باع من زيد، لا يحنث.

ولو حلف، لا يبيع لزيد مالا، فباع بإذنه، أو بإذن الحاكم لحجر، أو امتناع حنث، وإن باع بغير إذنه، لم يحنث؛ لفساد العَقْد على ما سنذكر، فلو وكل زيد وكيلاً يبيع ماله، وأذن له في الوكيل، فوكّل الوكيل الحالف فباعه، وهو لا يعلّم، فعن نصح - رضي الله عنه - في «الأم»: أنه لا يحنث، وهو جوابٌ على أحد القولين في حنث الناسي.

ولو حلف؛ لا يبيع لي زيد مالا، فوكّل الحالف رجلاً بالبيع وأذن له في التوكيل، فوكّل الوكيل زيدا حتى باعه، حنث الحالف سواء علم زيد أم لم يعلم؛ لأن اليمين منعقدة على نفي فعل زيد، وقد فعل زيد باختياره، وزاد صاحب «التتمة» في الصورة السابقة، فقال: إن كان قد أذن لوكيله أن يوكل عنه، حنث في يمينه؛ لأنه باع لزيد؛ يعني إذا علم، أو إذا قلنا بأن الناسي يحنث، وإن كان قد أذن له في التوكيل عن نفسه، فباع، لا يحنث؛ لأنه ما باع لزيد، وإنما باع لوكيله، وإن أطلق الإذن في التوكيل، فعلى الخلاف في أن من يوكله وكيل الوكيل، أو وكيل الموكل.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَلَوْ قَالَ: لَا أبيعُ الخمرَ فباع، أو لَا أبيعُ مالَ امرأتي بغيرِ إذنها فباعَ لَمْ يَحْنُثْ (ح و ز م) لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِبَيْعِ حَقِيقَةٍ، وَالْفَسَادُ لَيْسَ بِعَقْدٍ إِلَّا إِذَا حَلَفَ أَلَّا يَحْجُجَ يَحْنُثُ بِالْفَاسِدِ لِأَنَّهُ مُتَعَقِدٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْمَسْأَلَةُ الثَّلَاثَةُ: إِذَا حَلَفَ، لَا يبيعُ، فباعَ ببيعاً فاسداً، أو لَا يهبُ، فوهبَ هبةً فاسدةً، لم يحنث، وبه قال أحمد، وتنزل ألفاظ العقود على الصحيح، وكذلك من أقربها يُؤخَذُ بموجِبِها، ولو تَلَفَّظَ المتعاقدان بالإيجاب والقَبُولِ، ثم قال أحدهما: أردتُ الفاسد، لم يُقْبَلْ، وعن أبي حنيفة ومالك - رحمهما الله - فيما رواه بعض أصحاب أحمد، أنه يحنث بالصحيح والفساد، هذا إذا أطلق اليمين، أما إذا أضاف في اليمين لفظ العقد إلى ما لا يقبله؛ بأن حلف، لا يبيع الخمر أو المستولدة، أو مال امرأتي وغيرها بغير إذن، ثم أتى بصورة البيع، فإن كان مقصوده ألا يتلفظ بلفظ العقد مضافاً إلى ما ذكره، فلا يخفى أنه يحنث، وإن أطلق، لم يحنث؛ لأن البيع عبارة عن السبب المملك، وذلك لا يتصور في الخمر، فتلغو إضافته إليها.

وكذا لو قال: لأبيعن الخمر، لا يبر في صورة البيع، وذهب المزني إلى أنه يحنث؛ لأنه لما أضاف البيع إليها، وهي غير قابلة له، كان اللفظ محمولاً على صورة البيع، وذكر الإمام؛ أن صاحب «التقريب» حكى وجهاً للأصحاب، كما ذكره المزني.

وشبه مُشَبِّهون قوله إن بعث الخمر، فأنبت طالق، بقوله: إن صعدت السماء،

وذلك يقتضي مجيء الخلاف فيه، فيمكن أن يُعْلَمَ؛ لما بينا قوله في الكتاب «فلا يحنث» بالحاء والميم والزاي والواو.

وقوله: «ليس بعقد» بالحاء والميم، وهذا في ألفاظ المعاملات، وسيأتي خلاف في أنه، هل يُحْمَلُ لفظ العبادات على الصحيح كما إذا حلف، لا يصوم، ولا يصلي؟ ولا خلاف أنه إذا حلف، لا يحج، يحنث بالفساد؛ لأنه منعقد، يجب المضى فيه كالصحيح. ومن صور ما نَحْنُ فيه ما إذا حَلَفَ؛ لا يبيع بيعاً فاسداً، فلا يحنث، إذا باع بيعاً فاسداً، ذكره أبو بكر الصيدلاني، والرويانى، وقال الإمام: الوجه عندنا بأنه يَحْنُثُ بصورة البيع والشراء، وعن أبي حنيفة: إذا باع بيعاً فاسداً، وأقبض، حنث عند الأقباض، وفي التزويج والتزوج سَلِمَ أنه لا يَحْنُثُ بالفساد، إذا حَلَفَ لعقد في المستقبل، فأما إذا قال: ما تزوّجتُ أو ما زوّجتُ، وكان قد تزوّج، أو زوّج فاسداً قال: يحنث، ونحن نقيس الماضي على المستقبل.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: وَلَوْ قَالَ: لَا أَهَبُ مِنْهُ حَيْثُ بِالتَّصَدُّقِ عَلَيْهِ بِالرُّقْبَى وَالْعُمْرَى، وَبِالْوَقْفِ أَيْضاً إِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُهُ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَتَّصَدَّقُ لَمْ يَحْنُثْ بِالْهَبَةِ، وَلَوْ قَالَ: لَا مَالٍ لِي حَيْثُ بِكُلِّ مَالٍ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ زَكَاةً (ح)، وَيَحْنُثُ إِنْ كَانَ لَهُ دَيْنٌ عَلَى مُغْسِرٍ مُؤَجَّلًا أَوْ مُعَجَّلًا، وَيَحْنُثُ إِنْ كَانَ لَهُ عَبْدٌ أَبَقَ أَوْ مُدَبِّرٌ، وَفِي الْمَكَاتِبِ وَأُمُّ الْوَالِدِ خِلَافٌ، وَلَا يَحْنُثُ إِنْ كَانَ يَمْلِكُ مَنَفَعَةَ دَارٍ بِالإِجَارَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: هَذِهِ الْبَقِيَّةُ تَجْمَعُ صَوْرًا.

منها: إذا حلف، لا يهب، فيحنث بكلّ تملك في الحياة خالٍ عن العوض؛ كالصدقة، والعُمْرَى والرُّقْبَى؛ لأنها أنواعٌ خاصّةٌ من الهبة، كما لو حلف، لا يشتري، يحنث بقبول التولية، والإشراك، والسُّلْمَ، وحكى القاضي ابن كج وجهاً ضعيفاً: أنه لا يحنث بها، وخصص في «التتمة» هذا الوجه بالصدقة ووجهه بأنّ الهبة، والصدقة يختلفان اسماً ومقصوداً وحكماً.

أما الاسم، فَمَنْ تَصَدَّقَ عَلَى فَقِيرٍ، لَا يُقَالُ: وَهَبَ مِنْهُ، وَأما المقصودُ بالصدقة التقرُّبُ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى، وَالْهَبَةُ لِاكتسابِ الْمَوْدَةِ.

وأما الْحُكْمُ، فَلأنه - ﷺ - كان لا يأكلُ الصدقة، ويأكل الهدية والهبة<sup>(١)</sup> وأيضاً،

(١) متفق عليه من حديث أبي هريرة: أن رسول الله ﷺ كان إذا أتى بطعام سأل عنه، فإن قيل هدية أكل منها، وإن قيل صدقة لم يأكل منها، وروى أحمد والطبراني عن عبد الله بن بسر: كان رسول الله ﷺ يقبل الهدية، ولا يقبل الصدقة، وقد تقدم من هذا المعنى في كتاب الهبة؛ وفي قسم الصدقات.

فلو تصدَّق على ابنه، ففي الرجوع خلاف، وفي الهبة يرجع، ويُحكى هذا عن أبي حنيفة، واختار القاضي الحُسَيْنُ، ويروى عن أبي حنيفة أنه يحنث بالتصدُّق على الغنيِّ دون الفقير، هذا في صدقة التطوع، أما إذا أدَّى الزكاة، أو صدقة الفطر، لم يحنث، كما لو قضى ديناً، وعن القفال مع هذا الجواب، جواب آخر، لا يحنث بالإعارة إذ لا تملك فيها، وعن مالك، أنه يحنث، ولا بالوصية، لأنه تملك بعد الموت، والميت لا يحنث.

وعن أبي الحُسَيْنِ بن القَطَّان؛ أنه لا يحنث بالوصية، ولا بالضيافة؛ لأنه لا تملك فيها على الصحيح، قال في «التتمة»: وفيها وجهٌ بعيدٌ، بناءً على أنه يملك الضيف الطعام الذي يأكله، ولا بالوقف، إن قلنا: الملكُ فيه للواقف، أو لله تعالى، وهو الصحيح، فإن قلنا: للموقوف عليه، فيحنث.

وأشير إلى خلاف فيه، وإن قال الحالف لرجل: وَهَبْتُ مِنْكَ كَذَا، فلم يقبل، لم يحنث، لأن العقد، لم يتم، ولم يصحَّ وعن ابن سُرَيْج: أنه يحنث، وبه قال أبو حنيفة، لأنه يقال: وَهَبَ مِنْ فُلَانٍ، فلم يقبل ويخرج على هذا الخلاف ما إذا أَعْمَرَ الحالف، أو أَرَقَبَ ولم نصحَّ العقدين، ولو تمَّ الإيجاب والقبول، لكنه لم يقبض، فوجهان:

أظهرهما: عند المتولي أنه يحنث، لأنَّ الهبة قد تحققت، والمتخلف الملك وعند صاحب «التهديب» أنه لا يحنث؛ لأن مقصود الهبة لم يحصل<sup>(١)</sup>.

ولو حلف لا يتصدق فتصدق فرضاً أو تطوعاً، حنث، لشمول الاسم القسمين جميعاً، ولا فرق بين أن يتصدق على غنيٍّ أو فقير، خلافاً لأبي حنيفة في الغنيِّ، وذكر في «التتمة»: أنه لو دفع إلى ذمي، لا يحنث، لأنه لا قرابة فيه، وهذا ممنوع، كما في عكسه.

وأصحُّهما: المنع، وهو المذكور في الكتاب، والهبة مع الصدقة لا يتداخلان تداخل العموم والخصوص، وكلُّ صدقة هبة، ولا ينعكس، ولو وقف، ففي «التتمة» إطلاق القول، بأنه يحنث، لأن الوقف صدقة، وبناءً عليه على الأقوال في أن الملك لمن؟ إن قلنا للواقف لم يحنث وإن قلنا: لله تعالى، حنث، وإن قلنا: للموقوف عليه، ففيه وجهان، كما في الهبة.

ولو حلف، لا يبرِّ فلاناً، تناولت اليمينُ جميع التبرعات من الهبة، والهدية، والإعارة، والضيافة والوقف وصدقة التطوع، يحنث بأَيِّها وجدَّ ولو كان المحلوف عليه عبده، فأعتقه حنث، وكذا لو كان عليه دين، فأبراه، ولا يحنث بأن يدفع إليه الصدقة المفروضة، ولو حلف لا يعتق عبداً فكاتب عبداً، وعتق بأداء النجوم، فعن أبي الحُسَيْنِ، أنه لا يحنث.

(١) قال النووي: الأصح لا يحنث، وصححه آخرون غير البغوي، منهم الرافعي في «المحرر».



ولو حلف، لا يضمن لفلان مالا، فتكفل ببدن مديونه، لم يحنث، خلافاً لأحمد - رحمه الله - بناءً على أنه إذا تعدّر عليه تسليمه، ضمن المال.

ومنها: لو حلف، لا مال لي، حنث بأيّ مال كان له، حتى ثياب بدنه وداره التي يسكنها، وعبيده، الذي يخدمه، ولا يختص بنوع من المال إلا أن ينويه، وعند أبي حنيفة: لا يحنث إلا بالأموال الزكائية، ومطلق المال محمول عليها، ولو كان له دين حال على مليء حنث؛ لأنه متى شاء أخذه، فهو كوديعة له عند إنسان، قال في «التتمة»: خُرج فيه وجه من قوله القديم، أنه لا زكاة في الدين، وبه قال أبو حنيفة - رحمه الله - وجه بأنه ليس بمال في الحقيقة، وإنما له التمكّن من تحصيل مال، والمذهب الأول، وإن كان موجلاً، فوجهان:

أحدهما: ويُنسب إلى ابن أبي هريرة: أنه لا يحنث، لأنه ليس بشيء حاصل، ولا بمتيسر التحصيل.

وأصحهما: وينسب إلى أبي إسحاق: أنه يحنث؛ لأنه مستحق يملك التصرف فيه بالإبراء، والحوالة، إذا كان من عليه ملياً فإن كان معسراً، ففيه وجهان:

أقواهما: وهو المذكور في الكتاب: أنه يحنث، كما في الموبس، لثبوت المال في ذمته.

والثاني: المنع؛ لأنه لا وصول إليه، ولا منفعة فيه، وهذا ما رجّحه في «التتمة» وأجرى الوجهان في الدين على الجاحد، وفي «تعليقة» إبراهيم المروزي، أنه، إن كانت له يئنة، حنث، وإلا، فلا، وفي العبد الآبق، والمال الضال، والمغصوب، والمسروق، والمنقطع خبرهما وجهان:

أحدهما: يحنث؛ لبقاء المملك فيها، وبهذا أجاب في الكتاب في الآبق.

والثاني: المنع، لأن بقاءها غير معلوم، ولا يحنث بالشك.

ولو كان الغاصب حاضراً، والمالك قادراً على الانتزاع منه، أو على بيعه ممن يقدر على الانتزاع فيحنث قال في «التتمة» ولو كان له عبد مدبر، حنث، لأنه يملكه، وكذا المعلق، عتقه بصفة، والمال الذي أوصى به لغيره، فإنه يُعد على ملكه.

وفي العبد المكاتب وجهان، ويقال: قولان:

أحدهما: يحنث، لما روي أنه - ﷺ - قال: «المكاتب عبد ما بقي عليّ» دزهم<sup>(١)</sup>.

(١) يأتي في كتاب «الكتابة».

**وأصحُّهما:** المنع؛ لأنه كالأخارج عن ملكه، بدليل أنه لا يملك منافعها، وأزْشُ الجناية عليه، وقد بني الخلاف على الخلاف فيما إذا قال: ممالئكي أحراراً، هل يدخل المكاتبُ فيه؟ وفي «البيان» طريقة قاطعة: بأنه لا يَحْتُثُ بالمكاتب، ودُكِرَ في الحِثِّ بأمِّ الولد وجهان أيضاً.

**والأصحُّ:** الحِثُّ؛ لأن رقبته مملوكة، ولسيدها منافعها، وأزْشُ الجناية عَلَيها، ولو كان يَمْلِكُ منفعةً بوصية، أو إجارة، فهل يَحْتُثُ؟ فيه وجهان:

**أظهرهما:** وهو المذكور في الكتاب: أنه يَحْتُثُ، لأن المفهوم من لَفْظِ المالِ عند الإِطْلَاقِ الأعيان، ولا يَحْتُثُ بالموقوفِ عَلَيه، إن قلنا: المَلِكُ في الوَقْفِ لله تعالى، أو يبقى للواقف.

وإن جعلناه للموقوف عليه، ففيه وجهان، كما في المستولدة، ولو كان قد جئى عليه خطأ، أو عمداً أو عفا على مال، فيحنت، وإن كانت الجناية عمداً، ولم يقتص، ولم يَغْفُ، قال في «البيان» يُحْتَمَلُ أَنْ يُبْتَنَى عَلَيَّ أَنْ مَوْجِبِ الْعَمْدِ، ماذا؟ إن قلنا: القَوْدُ، لم يَحْتُثُ، وإن قلنا: القود، أو المال، حِثٌّ.

وقد يُتَوَقَّفُ في هذا<sup>(١)</sup>.

وكون المال مرهوناً لا يمنع الحِثِّ، وكذا عدم استقرار المَلِكِ، وعن أبي الحُسَيْنِ: أنه لا حِثُّ بالأجرة المأخوذة، إذا لم تنتقض مدة الإجارة. لاحتمال أن يطراً ما يوجبُ فسخ العقد، وردُّ الأجرة، وغلظه القاضي ابن كج فيه، ولو حلف؛ لا مَلِكٌ لَهُ حِثٌّ بِالْعَبْدِ الْآبِقِ، والمَغْضُوبِ وَبِأَمِّ الْوَلَدِ، وبالوقف، إن قلنا: يملكه بالمنفعة المستحقة وبالدين، وقياس ما سبق مجيء الخلاف في الآبِقِ والمَغْضُوبِ وإن كان في نكاح الحالف امرأة، ففي «التتمة»: أن الحِثُّ يُبْتَنَى عَلَى أَنْ النكاح، هل فيه ملك أم هو عَقْدٌ جِلٌّ؟ فإن قلنا: فيه ملك، حِثٌّ<sup>(٢)</sup>.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: التَّوَعُّدُ الرَّابِعُ فِي الإِضَافَاتِ وَالصِّفَاتِ: وَلَوْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ دَارَ زَيْدٍ لَمْ يَحْتُثْ بِدُخُولِ مَسْكِنِهِ الَّذِي لَا يَمْلِكُهُ، وَيَحْتُثُ بِدُخُولِ دَارِهِ الَّذِي لَا يَسْكُنُ، وَمُطْلَقُ الإِضَافَةِ لِلْمَلِكِ، وَلَوْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ مَسْكِنَهُ حَيْثُ بِدُخُولِ مَسْكِنِهِ الْمُسْتَعَارِ وَالْمُسْتَأْجِرِ،

(١) قال النووي: الصواب الجزم بأن لا حث.

(٢) قال النووي: المختار أنه لا حث إذا لم تكن نية، لأنه لا يفهم منه الزوجة، وينبغي أن لا يَحْتُثُ بالكلب والسرجين وغيرهما من النجاسات، ولا بالزيت النجس إذا لم نجز بيعه، ولو حلف: لا رقيق له، أو لا عبد له، أو لا أمة له، وله مكاتب، لم يَحْتُثُ عَلَى الْمَنْصُوعِ، وهو المذهب، ويَحْتُثُ بِمَدِيرِ قِطْعاً.

وَفِي الْمَغْضُوبِ وَجْهَانِ، وَفِي مَلِكِهِ الَّذِي لَا يَسْكُنُهُ ثَلَاثَةٌ أَوْجِهٍ، وَفِي الثَّالِثِ يَخْنُثُ إِنْ كَانَ قَدْ سَكَنَهُ يَوْمًا وَإِلَّا فَلَا، وَلَوْ قَالَ: لَا أَدْخُلُ دَارَ زَيْدٍ هَذِهِ فَبَاعَهَا زَيْدٌ ثُمَّ دَخَلَ حَيْثُ تَغْلِيبًا لِلإِشَارَةِ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَكُلُ لَحْمَ هَذِهِ الْبَقْرَةِ وَأَشَارَ إِلَى سَخْلَةٍ حَيْثُ بِلَحْمِهَا تَغْلِيبًا لِلإِشَارَةِ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَدْخُلُ هَذَا الْبَابَ فَحَوْلَ الْبَابِ إِلَى مَنْفَذٍ آخَرَ فَثَلَاثَةٌ أَوْجِهٍ، فِي وَجْهِ لَا يَخْنُثُ بِدُخُولِ وَاحِدٍ مِنَ الْمَنْفَذَيْنِ حَتَّى يَجْتَمِعَ الْبَابُ وَالْمَنْفَذُ الْمُشَارُ إِلَيْهِ، وَفِي وَجْهِ يَخْنُثُ بِالْمَنْفَذِ الْأَوَّلِ، وَفِي وَجْهِ يَخْنُثُ بِالْبَابِ الْمَنْفُودِ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَدْخُلُ بَابَ هَذِهِ الدَّارِ وَلَمْ يُعَيِّنِ الْبَابَ فَفَتَحَ بَابَ حديدٍ فَفِي حَيْثُهِ بِدُخُولِ الْبَابِ الْجَدِيدِ وَجْهَانِ، وَلَوْ حَلَفَ عَلَى الدُّخُولِ فَتَزَلَّ إِلَى الدَّارِ مِنَ السُّطْحِ فَفِيهِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ صَوْرٌ:

إحداها: حلف، ألا يدخل دار زيد، أو بيته، أو لا يلبس ثوبه، أو لا يركب دابته، قال الأصحاب - رحمهم الله - مطلق الإضافة إلى من يملك بمقتضى الملك؛ ألا ترى أنه إذا قال: هذه الدار لزيد، كان إقراراً له بالملك؟ حتى لو قال: أردتُ بذلك أنها مسكنه، لا يُقْبَلُ منه.

وقول الشاهدين: هذه الدار لزيد شهادة له بالملك، وقد تُضَافُ الدار والبيتُ إلى الإنسان بجهة أنه يسكنها، لكنّه مجاز؛ ألا ترى أنه يصح نفي الإضافة مع إثبات السكْنِي؛ بأن يقال: هذه الدار لَيْسَتْ لفلان، لكنه يسكنها، أو يُسْأَلُ؛ أهذه الدار لفلان؟ فَيُقَالُ: لا، لكنه يسكنها، إذا عُرِفَ ذلك، فلا يحث الحالف بدخول الدار التي يسكنها فلان بإجارة، أو إعاره، أو غصب؛ إلا أن يقول: أردتُ المسكن، وعن أبي حنيفة - رحمه الله - ومالك وأحمد أنه يَخْنُثُ بدخول الدار التي يسكنها بكراء، أو إعاره والدار التي يملكها، فلان يحث الحالف بدخولها، وإن كان لا يسكنها فلان، إلا أن يقول: أردت مسكنه، ووافق أبو حنيفة على الحث ههنا، وعن القاضي الحسين: أنه، إن حلف على ذلك بالفارسية، حُجِلَ على المسكن، ولا يكاد يظهر فرق في ذلك بين الفارسية والعربية، ولو حلف؛ لا يدخل مسكن فلان، فيحث بدخول مسكنه المملوك، والمستعار، والمستأجر.

وفي المغضوب وجهان<sup>(١)</sup>:

أحدهما: لا يحث؛ لأنه لا يسكنه، حكى الإمام فيه ثلاثة أوجه:

(١) قال النووي: أصحهما: الحث.

أحدها: يَحْنُثُ، لأنه المستَحِقُّ لسكناه.

وأصْحُهَا: وبه أجاب الصيدلاني: المنع؛ لأنه لَيْسَ يسكنه حقيقةً.

وثالثها: أنه، إن سكنه يوماً، أو ساعةً، حيث؛ لأنه اتخذهُ سكناً، وهو على أَسْتَحْقَاقِهِ، وإلا، فلا، فإن أراد يمينه مسكنه المملوك، لم يَحْنُثْ بغيره بحال.

فُرُوعٌ: لو حلف، لا يدخل دار زَيْدٍ، وقد وقف زيداً داراً على إنسان، قال في «التتمة»: إن قلنا: إن المِلْكَ في الوَقْفِ يبقى للواقِفِ، يَحْنُثُ الحالف بدخولها، وإلا فلا، ولو دخل داراً، ووقت عليه، فإن قلنا: إن الملك في الوَقْفِ<sup>(١)</sup> للموقوف عَلَيْهِ، حنث، وإلا، فلا، ولو دخل داراً لمكاتب زيد؛ لم يَحْنُثْ؛ لخروج المكاتبِ وأكسابه عن حكم الملك، ولو حلف، لا يدخل داراً لمكاتبِ، حيث بدخول داره، لأنه مالِكٌ نافذُ التَّصَرُّفِ، وفيه وجه آخر.

الثانية: إذا حلف؛ لا يدخل دار زيد، فباعها زيداً، ثم دَخَلَهَا الحالفُ، لم يَحْنُثْ؛ لأنه لم يَدْخُلْ دار زيد، وكذا، لو قال: لا أَكَلُمُ عبد فلان، أو أجيره، أو زوجته، وكَلَّمُ بعد ما زال ملكه عن العبد، أو أَنْقَضْتُ مُدَّةَ الإِجَارَةِ، أو انقَطَعَ النِّكَاحُ، أو قال: لا أَكَلُمُ سيّد هذا العبد، أو زوج هذه المرأة، فكلّم بعد زوال المِلْكَ، وانقطاع النكاح.

ولو اشترى زيدٌ بعد ما باع داره داراً أخرى، قال الصيدلاني: إن قال: أردتُ الأولى بعينها، لم يَحْنُثْ بدخول الثانية وإن قال: أردتُ أيّ دار تكونُ في مِلْكِهِ، حنث بالثانية، ولم يَحْنُثْ بالأولى، وإن قال: أردتُ أن دار جريّ عليها ملكه، حنث بأبيتها كانت، هذا إذا قال: دار زَيْدٍ، ولم يعين، أما إذا قال: لا أدخل دار زيد، هذه، فباعها زيد، ثم دَخَلَهَا، حنث؛ لأنه عقد اليمين على عين تلك الدار ووصفها بإضافة تطراً وتزول، فيغلب التَّعْيِينُ على الإِضَافَةِ.

وعند أبي حنيفة: لا يَحْنُثُ، وهو وجه للأضْحَابِ - رحمهم الله - لأن الإِضَافَةَ المذكورة لم تَنْضَمْ إلى العَيْنِ، والظاهر الأول، وسلم أبو حنيفة؛ أنه لو قال: لا أَكَلُمُ زوجة فلانِ هذه، فكلّمها بعد الطلاق، أنه يَحْنُثُ، رَوَى بعض أصحابنا موافقته، فيما إذا قال: لا أَكَلُمُ عبد فلانِ هذا، فكلّمه بعد ما باعه، على الحنث، وإلا ثبت عنه خلافه، كما ذَكَرَ في مسألة الدار، وأَخْتَجَّ لتغليب التَّعْيِينِ والإِشَارَةِ؛ على الوصفِ والإِضَافَةِ بأنّه لو قال: لا أَكَلُ لحم هذه البقرة، وَأَشَارَ إلى سخلة، يَحْنُثُ بأكل لحمها، ولذلك أورد الصُّورَةَ في الكتاب ههنا ولا يجيء فيها الخلافُ المذكورُ، فيما إذا قال:

(١) سقط من: ز.

بغث هذه البقرة، وهي سخلّة: لأن العقود يُزَعَى فيها شرائط وتعبداً لا يعتبر مثلها في الأيمان. ولو حَلَفَ؛ لا يكلم زيداً هذا، فبدلَ أَسْمَهُ، واشتهر بالاسم المُبَدَّلِ، ثم كَلَّمَهُ، حنث؛ اعتباراً بالتعيين.

الثالثة: إذا حلف، لا يدخل هذه الدار، من هذا الباب، فدخلها، وذلك الموضع بحاله، من موضع آخر قديم أو محدث، لم يحنث وإن قلع الباب وحول إلى منفذ آخر في تلك الدار، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدهما: أن اليمين يُجْعَلُ على المَنَفَّذِ، والباب الخشبيّ جميعاً؛ لأن الإشارة وَقَعَتْ إِلَيْهِمَا جميعاً، فلا يحنث بدخول منَفَّذٍ آخَرَ إن نصب عليه الباب، ولا بدخول ذلك المنفذ، إذا لم يبقَ عَلَيْهِ الباب.

وأصحهما: حنث اليمين على ذلك المنفذ؛ لأنه المحتاج إليه في الدخول، دون الباب المنصوب عليه، فإن دَخَلَ مِنْ ذَلِكَ المَنَفَّذِ، حنث، وإن دَخَلَ مِنَ المَنَفَّذِ المَحْوُولِ إليه، لم يحنث.

والثالث: أنها تُحْمَلُ على الباب المتخذ من الخشب ونحوه؛ لأن اللفظ له حقيقة، فيحنث بدخول المَنَفَّذِ المَحْوُولِ إليه، ولا يحنث بالأول.

هذا عند الإطلاق، أمّا إذا قال: أردت بعض هذه المحامل، حُمِلَتْ اليمين عليه، وأرتفع الخلاف، ولو قلع الباب، ولم يحول إلى موضع آخر، فهل يحنث بدخول ذلك المَنَفَّذِ؟ فيه وجهان:

أظهرهما: نعم، ويُعْبَرُ عن الخلاف بأن الاعتبار بالمَنَفَّذِ، أو الباب المنصوب عليه، وفي «التتمة» بنى عليه، أنه لو قال: لا أدخل هذا الباب، وقلنا: ينعقد اليمين على الباب المنصوب على المنفذ، فلو نقل الباب إلى دار أخرى، فدخلها منه، يحنث.

والظاهر: خلافه، إلا أن يريد الحالف أنه لا يدخل منه، حيث نصب، ولو قال: لا أدخل باب هذه الدار، ولا أدخل هذه الدار من بابها، ففتح لها باباً جديداً، فدخلها منه، ففيه وجهان:

أحدهما: وبه قال ابن أبي هريرة: لا يحنث، لأن اليمين انعقدت على الباب الموجود جديداً، فصارت كما لو حلف لا يدخل دار زيد، فباعها زيداً ثم دخلها.

وأظهرهما: وبه قال أبو إسحاق أنه يحنث، لأنه عقد اليمين على بابها، وهذا المفتوح بابها، ولا يشترط؛ لما تناوله اللفظ أن يكون موجوداً عند اليمين؛ ألا ترى أنه إذا قال: لا أدخل دار زيد، فدخل داراً ملكها بعد اليمين، يحنث، ولو قال: لا أدخل هذه الدار من بابها، فتسلق، ونزل من السطح لم يحنث، وإن اقتصر على قوله: «لا

أَدْخُلُ هَذِهِ الدَّارَ»<sup>(١)</sup> فِيهِ وَجْهَانِ وَالظَّاهِرُ، الْحِثُّ، وَقَدْ تَقَدَّمَ ذَكَرَهُمَا.

قَالَ الْعَرَّالِيُّ: وَلَوْ حَلَفَ لَا يَرْكَبُ دَابَّةَ الْعَبْدِ لَمْ يَحْتِثْ إِلَّا بِمَا يَمْلِكُهُ بَعْدَ الْعِتْقِ إِلَّا إِذَا قُلْنَا: إِنَّهُ يَمْلِكُ بِالتَّمْلِيكِ، وَلَوْ حَلَفَ لَا يَرْكَبُ سَرَجَ دَابَّةٍ حَيْثُ بِمَا هُوَ مَشْرُوبٌ إِلَيْهَا بِخِلَافِ الْعَبْدِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْحَالِفُ عَلَى دَابَّةِ عَبْدٍ فَلَانَ، وَدَارِهِ، لَا يَحْتِثُ بِالدَّابَّةِ وَالدَّارِ الْمَجْمُوعَيْنِ بِاسْمِ الْعَبْدِ؛ إِلَّا أَنْ يَرِيدَهُ؛ لِأَنَّ الْإِضَافَةَ لِلْمَلِكِ، وَلَا يَمْلِكُ لِلْعَبْدِ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: يَحْتِثُ بِالْإِضَافَةِ الْعَرْفِيَّةِ، فَإِنْ مَلَكَ السَّيِّدُ دَابَّةً أَوْ دَارًا، بَنَى عَلَى أَنَّهُ هَلْ يَمْلِكُ؟ إِنْ قُلْنَا: نَعَمْ، حَيْثُ، وَإِلَّا، فَلَا، هَكَذَا قَالَ الْجَمْهُورُ.

وَقَالَ الْقَاضِي ابْنُ كَعْبٍ: لَا يَحْتِثُ، وَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ يَمْلِكُ؛ لِأَنَّ مَلَكَه نَاقِصٌ، وَالسَّيِّدُ مَتَمِّكُنٌّ مِنْ مَنَعِهِ مِنَ التَّصَرُّفِ، وَكَأَنَّهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ سَيِّدِهِ.

وَصَارَ كَمَا لَوْ حَلَفَ؛ لَا يَرْكَبُ دَابَّةَ فَلَانَ، فَرَكَبَ دَابَّةً مَشْرُوكَةً بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ وَالْحَالِفُ عَلَى دَابَّةِ زَيْدٍ، لَا يَحْتِثُ بِمَا مَلَكَ زَيْدٌ عِنْدَهُ<sup>(٢)</sup> إِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ لَا يَمْلِكُ لَمْ يَحْتِثْ وَإِنْ قُلْنَا: يَمْلِكُ، حَيْثُ؛ خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ، وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ «إِلَّا بِمَا يَمْلِكُهُ بَعْدَ الْعِتْقِ»، يَرِيدُ بِهِ أَنَّهُ إِذَا أَعْتَقَ، وَمَلَكَ دَابَّةً، فَرَكَبَهَا الْحَالِفُ، يَحْتِثُ.

وَفِي كِتَابِ الْقَاضِي ابْنِ كَعْبٍ: أَنَّهُ إِذَا أُطْلِقَ وَلايَتَهُ لَهُ لَمْ يَحْتِثْ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَرْكَبْ دَابَّةَ الْعَبْدِ، وَإِنَّمَا رَكَبَ دَابَّةَ حُرٍّ وَيَنْبَغِي أَنْ يُقَالَ: إِنْ قَالَ: لَا أَرْكَبُ دَابَّةً هَذَا، وَلَمْ يَزِيدَ عَلَيْهِ، فَيَحْتِثُ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ، وَإِنْ قَالَ: لَا أَرْكَبُ دَابَّةَ عَبْدٍ، فَلَا يَحْتِثُ، وَإِنْ قَالَ: لَا أَرْكَبُ دَابَّةَ هَذَا الْعَبْدِ، فَلْيَكُنْ عَلَى الْخِلَافِ فِيمَا إِذَا حَلَفَ؛ لَا يَكْلِمُ هَذَا الْعَبْدَ، فَعَتَّقَ ثُمَّ كَلِمَهُ، وَسَيَأْتِي ذَلِكَ.

وَلَفْظُ الْكِتَابِ حَيْثُ قَالَ «لَا أَرْكَبُ دَابَّةَ الْعَبْدِ» إِلَى هَذَا التَّصْوِيرِ الثَّلَاثِ أَقْرَبُ وَإِلَّا فَلَا يَخْسُنُ إِذْ خَالَ الْأَلْفَ وَاللَّامَ، وَحَيْثُ نَزَّ فِيحُجُوزٍ أَنْ يُعْلَمَ قَوْلُهُ «إِلَّا بِمَا يَمْلِكُهُ بَعْدَ الْعِتْقِ» بِالْوَاوِ، وَيَحُجُوزُ أَنْ يَعْلَمَ أَيْضًا قَوْلُهُ: «إِلَّا إِذَا قُلْنَا: إِنَّهُ يَمْلِكُ» لِمَا حَكَيْنَا عَنِ الْقَاضِي ابْنِ كَعْبٍ.

وَلَوْ قَالَ: لَا أَرْكَبُ سَرَجَ هَذِهِ الدَّابَّةِ، فَرَكَبَ السَّرَجَ الْمَعْرُوفَ بِهَا، حَيْثُ وَإِنْ كَانَ عَلَى دَابَّةٍ أُخْرَى، وَإِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْإِضَافَةَ هَهُنَا لَا تَكُونُ لِلتَّعْرِيفِ إِذْ يَمْلِكُ غَيْرُ مَتَوَقَّعٍ، وَيُقْرَبُ مِنْ هَذَا مَا إِذَا حَلَفَ عَلَى سَوْقٍ، أَوْ خَانٍ كَانَ مَنْسُوبٌ لِخَانِ الْقَابِضِ كَخَانَ أَبِي يَعْلَى عِنْدَنَا فَيَحْمَلُ عَلَى التَّعْرِيفِ.

(٢) سقط من: أ.

(١) سقط من: ز.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ قَالَ: لَا أَلْبَسُ مَا مَنَّنَ بِهِ فَلَانَ عَلَيَّ أَوْ مَا غَزَلْتَ فَلَانَةً يُحْمَلُ عَلَيَّ الْمَوْهُوبِ وَالْمَغْرُورِ فِي الْمَاضِي، وَلَوْ قَالَ لَا أَلْبَسُ ثَوْبًا مِنْ غَزَلِهَا حُمِلَ عَلَيَّ الْمَاضِي وَالْمُسْتَقْبَلِ، وَلَوْ لَبَسَ مَا خِيَطَ بِغَزَلِهَا لَمْ يَحْنَثْ، وَكَذَلِكَ لَوْ لَبَسَ مَا سُدَّاهُ مِنْ غَزَلِهَا دُونَ اللَّحْمَةِ لَمْ يَحْنَثْ إِذَا ذَكَرَ الثَّوْبَ فِي الْيَمِينِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا قَالَ لَا أَلْبَسُ مَا مَنَّنَ بِهِ عَلَيَّ فَلَانَ، أَوْ ثَوْبًا مَنَّنَ بِهِ عَلَيَّ، فَلَبَسَ مِمَّا وَهَبَهُ مِنْهُ، أَوْ أَوْصَى لَهُ بِهِ، حَنْثٌ، وَلَوْ بَاعَ مِنْهُ ثَوْبًا بِمَحَابَاةٍ، فَلَبَسَهُ، لَمْ يَحْنَثْ، وَوُجَّهَ بِأَنَّ الْمَنَّةَ فِي حِطِّ الثَّمَنِ لَا بِالثَّوْبِ، وَكَذَا لَوْ بَاعَ مِنْهُ ثَوْبًا، ثُمَّ أَبْرَاهُ عَنِ الثَّمَنِ، وَلَوْ أَبْدَلَ الثَّوْبَ الْمَوْهُوبَ، أَوْ الْمَوْصَى بِهِ بغيره، أَوْ بَاعَهُ أَوْ اشْتَرَى بِشَمْنِهِ ثَوْبًا آخَرَ، فَلَبَسَهُ، لَمْ يَحْنَثْ، خِلَافًا لِمَالِكٍ - رَحِمَهُ اللَّهُ - لِأَنَّ الْأَيْمَانَ تُبْتَنَى عَلَى الْأَلْفَاظِ، لَا عَلَى الْقَصُودِ الَّتِي يَحْتَمِلُهَا اللَّفْظُ؛ وَلِذَلِكَ نَقُولُ: إِذَا مَنَّنَ عَلَيْهِ رَجُلٌ، فَحَلَفَ؛ لَا يَشْرَبُ لَهُ مَاءً مِنْ عَطَشٍ، لَا يَحْنَثُ بِأَكْلِ طَعَامِهِ، وَنَبَسِ ثِيَابِهِ، وَشَرَبَ الْمَاءَ مِنْ غَيْرِ عَطَشٍ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَةَ تَحْتَمِلُهَا.

وَإِنْ كَانَ يَقْصِدُ فِي مِثْلِ هَذَا الْمَوْضِعِ الْاِمْتِنَاعَ مِنْهَا جَمِيعًا، وَلَوْ قَالَ، لَا أَلْبَسُ مِنْ غَزَلِ فَلَانَةٍ، أَوْ ثَوْبًا مِنْ غَزَلِهَا، فَلَبَسَ ثَوْبًا خِيَطَ بِغَزَلِهَا، لَمْ يَحْنَثْ؛ إِذْ لَا يُوصَفُ، الْخَيْطُ بِأَنَّهُ مَلْبُوسٌ وَلَوْ لَبَسَ ثَوْبًا سُدَّاهُ مِنْ غَزَلِهَا، وَاللَّحْمَةُ مِنْ غَيْرِهِ، فَإِنْ كَانَ قَدْ قَالَ: لَا أَلْبَسُ ثَوْبًا مِنْ غَزَلِهَا، لَمْ يَحْنَثْ، لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ غَزَلِهَا، بَلْ مِنْهُ وَمِنْ غَيْرِهِ، وَإِنْ اقْتَصَرَ عَلَى قَوْلِهِ: لَا أَلْبَسُ مِنْ غَزَلِهَا، فَيَحْنَثُ، وَإِلَى هَذَا أَشَارَ فِي الْكِتَابِ بِقَوْلِهِ: «يَحْنَثُ، إِذَا ذَكَرَ الثَّوْبَ فِي الْيَمِينِ».

ثُمَّ يَرَعَى قِضِيَةَ اللَّفْظِ فِي الصُّورَتَيْنِ وَنِظَائِرَهُمَا فِي التَّنَاوُلِ لِلْمَاضِي وَالْمُسْتَقْبَلِ أَوْ أَحَدَهُمَا، فَإِذَا قَالَ: لَا أَلْبَسُ مَا مَنَّنَ بِهِ عَلَيَّ؛ فَإِنَّمَا يَحْنَثُ بِلَبْسِ مَا مَضَتْ الْمَنَّةُ بِهِ؛ بِالْهَبَةِ وَغَيْرِهَا، وَلَا يَحْنَثُ بِمَا مَنَّنَ بِهِ مِنْ بَعْدِ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَلْبَسُ مَا غَزَلْتَهُ فَلَانَةً، فَإِنَّمَا يَحْنَثُ بِمَا غَزَلْتَهُ مِنْ قَبْلُ دُونَ مَا تَغَزَلَهُ مِنْ بَعْدِ، وَتَرْجَمْتَهُ بِالْفَارَسِيَّةِ (أَزْرَشْتَهُ تَوَدَّرَ نِيُوشِمَ) (١) هَكَذَا ذَكَرَ إِبْرَاهِيمَ الْمُرُوزِيَّ - رَحِمَهُ اللَّهُ - لَكِنِ هَذِهِ اللَّفْظَةُ قَدْ تَجَعَلَتْ تَرْجَمَةَ قَوْلِهِ «مِنْ غَزَلِ فَلَانَةٍ» وَأَوْضَحَ مِنْهُ (أَزَانِجَ تَوْرَشْتِي أَيِ پَارَشْتِي دَرِنِيُوشِمَ) (٢) وَلَوْ قَالَ: لَا أَلْبَسُ مَا يَمَنُّ عَلَيَّ بِهِ فَلَانَ، فَلَا يَحْنَثُ بِمَا وَهَبَهُ مِنْ قَبْلِ، إِنَّمَا يَحْنَثُ بِمَا وَهَبَهُ مِنْ بَعْدِ، وَلَوْ قَالَ: مِمَّا تَغَزَلْتَهُ فَلَانَةً، يَحْنَثُ بِمَا تَغَزَلْتَهُ بَعْدَ الْيَمِينِ دُونَ مَا غَزَلْتَهُ قَبْلَهَا وَتَرْجَمْتَهُ (أَزَانِجَ تَوْرَشْتِي دَرِنِيُوشِمَ) (٣).

(١) جملة فارسية معناها: لا ألبس غزلك.

(٢) جملة فارسية معناها: لا ألبس مما غزلت أو قد غزلت.

(٣) جملة فارسية معناها: لا ألبس من غزلك.

ولو قال: لا ألبس من غزلها، فهذا يدخل فيه الماضي والمستقبل، وترجمته فيما ذكر المروزي (أزرشت تود نيوشم)<sup>(١)</sup>.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ قَالَ: لَا أَلْبَسُ ثَوْبًا فَأَزْتَدِي بِقَمِيصٍ أَوْ أَتَزَّرَ حَيْثُ، وَلَوْ فَرَسَ وَرَقَدَ عَلَيْهِ لَمْ يَحْنَثْ، وَلَوْ تَدَثَّرَ فِيهِ نَظْرًا، وَلَوْ قَالَ: لَا أَلْبَسُ قَمِيصًا فَأَزْتَدِي بِقَمِيصٍ فَوَجْهَانِ، وَلَوْ فَتَقَهُ وَأَتَزَّرَ بِهِ لَمْ يَحْنَثْ، وَلَوْ قَالَ: هَذَا الْقَمِيصُ ثُمَّ أَتَزَّرَ بِهِ فِيهِ وَجْهَانِ، وَأَوَّلِي بِأَنْ يَحْنَثَ، وَيَجْرِيَانِ فِيمَا لَوْ فَتَقَهُ تَغْلِيبًا لِلإِشَارَةِ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَكُلُ لَحْمَ هَذِهِ السُّخْلَةِ فَكَبِرْتُ، أَوْ لَا أَكَلُمُ هَذَا الْعَبْدَ فَعَتِقَ، أَوْ هَذَا الرُّطْبَ فَتَمَرَّ، أَوْ هَذِهِ الْحِنْطَةَ فَطَحْنَتْ فِيهَا وَجْهَانِ لِتَقَابُلِ الإِشَارَةِ وَالصَّفَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا حَلَفَ؛ لَا يَلْبَسُ ثَوْبًا، حَيْثُ بَلْبَسَ الرِّدَاءَ وَالإِزَارَ وَالْقَمِيصَ وَالسَّرَاوِيلَ وَالْحِجَةَ وَالقَبَاءَ وَنَحْوَهَا، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْمَخِيطِ وَغَيْرِهِ، وَلَا بَيْنَ أَنْ يَكُونَ مِنَ الْقَطْنِ أَوْ الْكِتَانِ أَوْ الصُّوفِ أَوْ الإِبْرِيَسِمِ، وَلَا بَيْنَ أَنْ يَلْبَسَ الثَّوْبَ عَلَى الْهَيْئَةِ الْمَعْتَادَةِ، أَوْ عَلَى خِلَافِ تِلْكَ الْهَيْئَةِ، كَمَا لَوْ ارْتَدَى أَوْ أَتَزَّرَ بِالْقَمِيصِ، أَوْ تَعَمَّمَ بِالسَّرَاوِيلِ؛ لِتَحَقُّقِ اسْمِ اللَّبَسِ وَالثَّوْبِ.

وَلَا يَحْنَثُ بَلْبَسَ الْجُلُودِ وَمَا يَتَّخِذُ مِنْهَا، وَلَا يَلْبَسُ الْحُلِيَّ وَالْقَلَنْسُوَةَ؛ لِأَنَّ لَابَسَهَا غَيْرُ لَابَسَ لِلثَّوْبِ، وَلَا يَحْنَثُ بِوَضْعِ الثَّوْبِ عَلَى الرَّأْسِ، وَلَا بِأَنْ يَفْرُشَهُ وَيُرْقِدَ عَلَيْهِ، فَإِنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بَلْبَسًا، وَلَوْ تَدَثَّرَ بِهِ، قَالَ فِي الْكِتَابِ: فِيهِ نَظْرٌ، وَأَرَادَ بِهِ تَرَدَّدَ وَجْهَ أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ؛ أَنَّهُ يَحْنَثُ؛ لِأَنَّ التَّلْفِيفَ فِي الدُّنَا قَرِيبٌ مِنَ الْإِرْتِدَاءِ.

وَأَظْهَرُهُمَا: الْمَنْعُ، فَإِنَّهُ لَا يُسَمَّى لِبَسًا<sup>(٢)</sup>، وَلَوْ حَلَفَ؛ لَا يَلْبَسُ حَلِيًّا، حَيْثُ

(١) جملة فارسية معناها: لا ألبس من غزلك.

(٢) قال في المهمات: ومحل ما ذكر في التدثر إذا كان بقميص أو نحوه كما صور به في الوجيز، أما إذا تدثر بقباء أو فرجية ففي أصل الروضة عن الإمام في محرمات الإحرام أنه إن أخذ من بدنه ما إذا قام عدل لابس لزمته الفدية وإن كان بحيث لو قام أو قعد لم يستمسك عليه إلا بمزيد أمر فلا وحينئذ يحمل إطلاقهم هنا على ذلك.

قال في التعقيبات: وفيه نظر لأن وجوب الكفارة مداراة على الستر وإن لم يعد لابساً والمراد هنا على اللبس عرفاً واللبس العرفي أن يحيط القباء بدنه والتدثر ستر وليس بلبس، وكل لبس ستر ولا عكس، وقول الإمام إن أخذ من بدنه ما إذا قام عدل لابس، معناه أنه إذا جعل بعضه فوقه وبعضه تحته ولم يدخل يديه في كميئه لأنه في هذه الحالة إذا قام استمسك القباء عليه بما تركب منه على منكبيه وإلا فمتى وضع جنبه الواحد على الأرض وتدثر به على الآخر فهذا لا يعد لابساً لأنه إذا قام سقط عنه الثوب، ولو جعل كمي القميص مما يلي رجله وذيله مما يلي كتفيه وتدثر به هو كالرداء إذا تدثر به.



بالسوار والخلخال والطوق والدملج<sup>(١)</sup> وخاتم الذهب والفضة، دون المُتَخَذِ من الشبه<sup>(٢)</sup> والحديد، خلافاً لأبي حنيفة في الخاتم.

وبالمخنقة من اللؤلؤ والجواهر، وإن لم يكن فيها ذهب، خلافاً لأبي حنيفة، ولا يحنث بتقلد السيف المُحَلِّي؛ لأنه ليس بِحَلِيٍّ، وفي المنطقة المحلاة وجهان:

أظهرهما: أنها من حلي الرجال، ويحنث لبس الخرز والسيح، إن كان الحالف من قوم يعتادون التحلي بهما؛ كأهل السواد، وإن كان من غيرهم، فوجهان، كما إذا حلف غير البدوي؛ لا يدخل بيتاً فدخل بيت الشعر، ولو حلف؛ لا يلبس شيئاً، حينئذ يلبس الثياب والحلي والقلنسوة والجلود.

وفي الدرع والخف والثعل وجهان: لانصراف اللبس ظاهراً إلى الثياب، والأظهر أنه يحنث أيضاً، وقد يطرد الخلاف في الحلي والقلنسوة، ولو قال: لا ألبس قميصاً فارتدى أو أتزر، ففي الحنث وجهان.

وجه المنع: أن ذكر القميص يُشعر بلبسه كما يلبس القميص، والأظهر على ما ذكر القاضي أبو الطيب وغيره: الحنث، لتحقق اسم اللبس، والقميص، كما لو قال: لا ألبس ثوباً، فارتدى بقميص ولو فتقه وقطعه وارتدى أو أتزر به، لم يحنث؛ لفوات اسم القميص، ولو قال: لا ألبس هذا القميص، فارتدى به أو أتزر، ففيه الحنث الوجهان، والحنث في هذه الصورة أظهر وأولى، لتعلق اليمين بتعين ذلك القميص.

وكذا الحكم لو قال: لا ألبس هذا الرداء، فأتزر به، أو تعمّم، ولو قال: لا ألبس هذا الثوب، والثوب المحلوف عليه قميص أو رداء، ففتقه، واتخذ منه نوعاً آخر، كالقميص فجعله رداء أو الرداء فجعله حبة أو بقطعة تككا والخف، فجعله نعلًا، ثم لبس ما اتخذه منه، ففي الحنث وجهان:

أظهرهما: حصوله؛ للإشارة، وتعلق اليمين بغير ذلك الثوب إلا أن ينوي أنه لا يلبسه ما دام على تلك الهيئة.

والثاني: المنع؛ لأن قوله: لا ألبس هذا الثوب يقتضي لبسه على صفته وهيئته الحاصلة حينئذ، وقد تغيرت، ولو لم يذكر الثوب، ولكن قال: لا ألبس هذا القميص، أو هذا الرداء، ففتقه، واتخذ منه نوعاً آخر، ثم لبسه، جرى الوجهان، لكن يشبه أن يرجح هذا الوجه الذاهب إلى أنه لا يحنث على ما سيأتي في نظائر المسألة وقد يفرق

(١) الدملج، والدملج: سوار يحيط بالعضد. ينظر المعجم الوسيط ٢٩٧/١.

(٢) وهو بفتحيتين النحاس الأصفر.

بين هذه الصورة وبين ما إذا ذُكِرَ لَفْظُ الثوب بأن اسم الثوب هناك باقٍ في المغيّر، واسم القميص غير باقٍ ههنا، فصار كما إذا قال: لا أدخل هذه الدار، فصارت فضاءً.

وإذا قلنا: إنه لا يحنث، فلو أعاد الهيئة الأولى، ففي الحنث وجهان، كالوجهين في الدار؛ تُعَادُ بعد الانهدام بذلك النقص، ولو أن الحالف قال في يمينه: لا ألبس هذا الثوب، أو القميص قميصاً أو هذا الثوب أو الرداء رداءً، فتقمص بالقميص، أو ارتدى الرداء، حنثاً، وإن أترزَ بالقميص أو تعمم بالرداء، لم يحنث، وكذا لو اتَّخَذَ من القميص غير القميص، ومن الرداء غير الرداء، ثم لبسهما.

ولو قال: لا ألبسه وهو قميص فارتدى به، أو تعمم، أو اترز، حنثاً؛ لأنه لبسه، وهو قميص وإن اتخذ منه غير القميص، ولبسه، لم يَحْنُثْ؛ لأنه لم يلبسه، وهو قميص واعلم أن الشافعيّ - رضي الله عنه - قال في «المختصر»: ولو حلف ألا يلبس ثوباً، وهو رداء، فقطعه قميصاً، أو اترز به، أو حلف؛ لا يلبس سراويل، فاتزر به، أو قميصاً، فارتدى به، فهذا كله ليس يحنث به، واختلفوا في التصوير؛ فقال أكثرهم: أراد ما إذا قال: لا ألبس هذا الثوب، وكان المشار إليه رداءً، وقوله: «وهو رداء» ليس من كلام الحالف، ثم اختلف هؤلاء في قراءة قوله: «فهذا كله ليس بَحْنِثٍ به» أي يقع اسم اللبس على جميع ذلك.

ومن قرأ: «لا يَحْنُثُ» قال: فهذا كله ليس يحنث وزعم: أن الأول تصحيّف، وقال آخرون - رحمهم الله -؛ أراد ما إذا قال: «لا ألبس هذا الثوب، وهو رداء» وجعلوا قوله<sup>(١)</sup> «وهو رداء» من تمام كلام الحالف، وحيثنّذ، فإذا اتخذ منه قميصاً لم يحنث.

كما ذكرنا فيما إذا قال: لا ألبسه، وهو قميص، فاتخذ منه غير القميص، ولبسه وقرأ هؤلاء الكلمة على النفي أيضاً، والصحيح التنزيل الأول، والقراءة الأولى؛ لأنه قال في «الأم»: «فهذا كله لبس، وهو يَحْنُثُ به» ويروي، «ويحنث به» وذلك يبطل ما سوى التنزيل الأول، والقراءة الأولى، ثم الوجهان فيما إذا قال: لا ألبس هذا القميص، فاتخذ منه، غيره ولبسه، يجريان في صور نذكرها، وما يتعلّق بها مفصلة.

ولا تبال بما تجد فيها من تقديم وتأخير.

ومنها: لو أشار إلى صُبْرَةِ حنطة، وقال: لا آكل هذه، حنثاً بأكلها على هيئتها، وبأكلها بعد الطحن والخَبْزِ والطَبْخِ، ولو قال: لا آكل حنطة، لم يحنث بأكل الخبز، والعجين والدقيق والسويق، ويحنث بأكل الحنطة، نيئة ومقلية ومطبوخة ومبلولة، ولو

(١) سقط من: أ.

قال: لا آكل هذه الحنطة، حَنْثَ بِأَكْلِهَا، نَيْثَةً ومطبوخة، وهل يحنث بأكل دقيقها، وسويقها، وعجينها، وَخُبْزَهَا؟ فيه وجهان:

أحدهما: وينسب إلى ابن سُرَيْج، وأبي جعفر الأَسْتَرَابَاذِي - رحمهما الله - أنه يحنث للإشارة إلى العين وكذلك تُؤَكَّلُ الحنطة غالباً، فصار كما إذا قال: لا آكل هذا الكبش، فذبحه وأكله.

وأصحهما: وبه قال أبو حنيفة: لا يحنث؛ لأنَّ اسم الحنطة قد زال بالطحن، وصورته قد تغيّرت، فصار كما لو زَرَعَهَا، فنبتت، فأكل حشيشها، أو قال: لا آكل هذا البيض، فصار فرخاً فأكله، ومنهم من قطع بهذا، ولم يثبت الخلاف، ولو قال: لا آكل من هذه الحنطة، فكذلك الحكم، إلا أن ههنا، يحنث بأكل بَعْضِهَا.

وفي طريقة الصيدلاني وجه، أنه إذا قال: من هذه الحنطة، حنث بأكل كل ما يُتَّخَذُ منها، ولو قال: لا آكل هذا الدقيق، فأكل عجينه أو خبزها أو هذا العجين، فأكل الخبز، فعلى هذا الخلاف، وعن أبي حنيفة أنه إذا حلف على الدقيق، حنث بأكل الخُبْزِ.

ومنها: إذا قال: لا آكل هذا الحيوان، فذبحه وأكله، حنث؛ لأن الحيوان كذلك يُؤَكَّلُ، واليمين عليه تعقد، وهو كما لو حلف، لا يلبس هذا الغزل، فنسج منه ثوباً، فلبسه، يحنث، ولو قال: لا آكل لحم هذه السخلة أو الحمل، فصار كبشاً، فذبحه، وأكله، فمن قال: يحنث في مسألة الحنطة، قال: يحنث ههنا واختلف الذين قالوا: لا يحنث هناك على وجهين:

أظهرهما: أنه لا يحنث أيضاً؛ لزوال الاسم كما في الحنطة.

والثاني: يحنث؛ لأن الصورة ما تبدّلت ههنا، إنما تغيّرت الصفة، فصار كما لو قال: لا آكل هذا اللحم، فجعله شواء، وأكله، ويُرْوَى هذا عن أبي حنيفة، ويجري الوجهان فيما إذا قال: لا أكلم هذا الصبي، وكلمه بعد ما صار شاباً، وهذا الشاب، فكلمه بعدما صار شيخاً<sup>(١)</sup>، وعن أبي حنيفة أنه لا يحنث ههنا.

ومنها: لو قال لا أكلم هذا، وأشار إلى عبد، فعَتَّقَ، وكلمه، حنث، ولو قال لا أكلم هذا العبد، فعتق، فيجيء فيه ما ذكرنا من اختلاف الأصحاب - رحمهم الله - في مسألة السخلة.

ومنها: لو قال: لا آكل هذا الرطب، فصار تمرّاً، أو هذا البسر، فصار رطباً، أو العنب، فصار زبيباً، أو لا أشرب هذا العصير، فصار خمراً، أو هذه الخمر، فصار

(١) سقط من: ز.

خلاً، أو لا أكل هذا التمر، فاتخذ منه عصيدةً، ثم فرض الأكل والشرب، ففيه الخلاف. وذكر الصيدلاني؛ أن الشافعي - رضي الله عنه - نص على عدم الحنث في الحنطة والتمر، وعلى الحنث في السخلة والصبي، وأن من الأصحاب من جعلها على قولين: منهم من فرق بقرّين:

أحدهما: أن في مسألة الحنطة والتمر تبدّل الاسم، وفي السخلة والصبي تبدّل الصفة، وتبدل الصفة لا يسقط الحنث.

والثاني: أن الحنطة تصير خبزاً، والتمر يصير عصيدةً؛ بفعل ومعالجة، وكبير السخلة والصبي بمضي الزمان، لا بصنعة ومعالجة، ويجوز أن يُعلم؛ لما بيّنا قوله في الكتاب في هذه الصورة «ففيه وجهان» بالواو، وقوله «لا ألبس قميصاً، فارتدى بقميص فوجهان، ولو فتقه وأترّز به، لم يحنث» وقد يُوهمُ فرقاً بين الارتداء والأتزار، ولا فرق بين الاتزار بالقميص والارتداء بعد الفتق، كالاتزار، وكان الأحسن أن يجري على مثال واحد.

فَرَعُ: لو حلف؛ لا يلبس الخاتم، فجعله في غير الخنصر من أصابعه، فعن المُزني في «الجامع الكبير»: أنه لا يحنث؛ لأن الخاتم في العادة لا يلبس في غير الخنصر، وعلى هذا الجواب جرى صاحب «التهذيب» وقاسه على ما إذا حلف ألا يلبس القلنسوة، فجعلها في رجله، والذي حكاه الروياني عن الأصحاب - رحمهم الله - أنه يحنث، والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ حَلَفَ لَا يَخْرُجُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ فَأَذِنَ بِحَيْثُ يَسْمَعُ الْمَأْذُونَ فَوَجْهَانِ، وَإِنْ خَرَجَتْ مَرَّةً بِإِذْنِهِ أتحلَّ (ح و) اليمينُ فلا يَحْنُثُ بَعْدَهُ، وَلَوْ قَالَ: لَا تَخْرُجُ بِغَيْرِ حُفِّ فَخَرَجْتَ بِحُفِّ لَمْ يَنْحَلِّ اليمينُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ مَسْأَلَتَانِ:

إحدهما: إذا حلف؛ لا يخرج فلاناً إلا بإذنه، فأذن بحيث لم يسمع المأذون، ولم يعلم، وخرج فقد أطلق صاحب الكتاب فيه وجهين:

أحدهما: وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد - رحمهم الله - أنه يحنث، ويشرط في حصول الإذن سماعه وعلمه، كما لو حلف، لا يكلم فلاناً، فكلمه بحيث لم يسمع، ولأن المقصود ألا يخرج مخالفاً له، وإذا خرج، ولم يعلم إذنه، كان مخالفاً.

وأظهرهما: وهو المنصوص، والذي أورده عامة الأصحاب - رحمهم الله - أنه لا يحنث، لأن الإذن والرضا قد حصل، وفي شرح «مختصر الجويني» التعبير عن هذا الخلاف بقولين منصوص ومخرّج، وأن التخرّيج من مسألة عزل الوكيل، وعلى هذا الخلاف ما إذا قال لزوجته إن خرجت بغير إذني، فأنبت طالق، ثم أذن، فخرجت،

وهي لا تعلم أنه أذن، وينبغي أن تشهد على الإذن، ليثبتته عند التنازع، وإذا لم تكن بينة، فهي المصدقة بيمينها في إنكار الإذن.

وفي كتاب القاضي ابن كنج: أن المصدق الزوج، كما لو أنكر أصل التعليق، ثم قال الشافعي - رضي الله عنه -: «الْوَرَعُ أَنْ يُخْبِتَ نَفْسَهُ، وَإِنْ لَمْ يَخْبِتْ» وليس معناه أن يعدها مطلقة، من غير أن يطلقها؛ لأننا حكمنا بأنها زوجته فكيف يتركها تنكح غيره؟ ولكن إن علق الطلاق الثلاث، فالورع أن يطلقها ثلاثاً؛ وإن كان المعلق طلاق رجعية، وأراد إمساكها، راجعها، وإلا طلقها؛ لتحل للأزواج، فإن راجعها، ثم طلقها طلقتين، فالورع ألا ينكحها إلا بعد زوج آخر، وإذا نكحها بعد زوج آخر تكون عنده بطلقة؛ فإن طلقها لم تحل إلا بعد زوج آخر، لأنه لم يقع عليها بالخروج شيء، وقد طلقها بعد ذلك ثلاثاً، والزوج الثاني قبل استيفاء الطلقات لا أثر له.

الثانية: إذا حلف؛ لا يخرج فلان بغير إذنه، أو إلا بإذنه، فخرج بغير إذنه، حينئذ، وإن خرج بإذنه، لم يَحْتِثْ، وعلى التقديرين تنحل اليمين حتى لو خرج بعد ذلك بإذن، أو بغير إذن، لم يَحْتِثْ، وكذا لو قال لزوجته: إن خرجت بغير إذني، أو إلا بإذني، فأنت طالق، فإن خرجت بغير إذنه، طَلَّقَتْ وَإِنْ خَرَجَتْ بِالْإِذْنِ، لم تطلق، وتنحل اليمين على التقديرين وكذا الحكم لو قال إن خرجت حتى أذن لك أو إلى أن أذن لك، أو إلا أن أذن لك، فأنت طالق.

وعن أبي حنيفة: المساعدة في هذه الألفاظ الثلاثة، وقال فيما إذا قال: إن خرجت بغير إذني، أو إلا بإذني، لا تنحل اليمين بخروجها بالإذن، حتى لو خرجت بعد ذلك، طَلَّقَتْ؛ لأن المحلوف عليه الخروج بغير إذن، ولم يوجد، فلا تنحل اليمين كما إذا قال: إن خرجت لابسة الحرير، فأنت طالق، فخرجت غير لابسة، لا تنحل اليمين حتى تطلق لو خرجت بعد ذلك لابسة للحرير، وعن «المنهاج» للجويني: أن هذا قول للشافعي - رضي الله عنه - ونقله بعضهم وجهاً للأصحاب، ويروى ذلك عن المزيبي واختيار القفال - رحمه الله - ولم يتعرضوا للفرق على ذلك القول أو الوجه بين الألفاظ المذكورة على ما صار إليه أبو حنيفة، وقال أحمد: لا ينحل اليمين في شيء من هذه الصيغ، ووجه ظاهر المذهب بوجهين:

أحدهما: أن اليمين تعلقت بخرجة واحدة وهي الأولى، وتلك الخرجة، إذا كانت بغير إذن توجب الحنث، فإذا كانت بإذن، حصل البر وارتفعت اليمين، يؤيده أنه قال: إن كان خروجك الأول بغير إذن، فأنت طالق، فخرجت أولاً بإذنه ثم خرجت بغير إذن، لا يقع الطلاق.

والثاني: ذكر أبو الحسن العبادي؛ أن القاضي الحسين - رحمه الله - قال:

راجعتُ غَيْرَ واحدٍ مِنْ عِلْيَةِ أصحابنا فِي تَغْلِيلِ هذه المسألة، فَلَمْ أَظْفَرْ بِمَقْنَعٍ، وَعَلَّلَ مِنْ عنده بِأَنَّ هذه اليمين لها جهةٌ بَرٌّ، وهي الخروج بالإذن، وجهة حنث، وهي الخروج بغير إذن؛ لأن الاستثناء يقتضي النفي والإثبات جميعاً، وإذا كانت لليمين جهتان، ووجدت إحداهما تنحل اليمين؛ ألا ترى أنه لو حلف، لا يدخل الدار أو ليأكلن هذا الرغيف، فإنه، إن لم يدخل الدار في ذلك اليوم، يبر، وإن لم يأكل الرغيف، وإن أكل الرغيف ينحل اليمين، حتى لا يحنث، وإن دخل الدار في ذلك اليوم، ثم مَنْ وَجَّه بالوجه الأول، عذر عن مسألة الحرير، بأن هناك المقصود أن يمنعها بُس الحرير في وقتِ الخُرُوجِ، والخُرُوجِ الأول والثاني في ذلك سَوَاءٌ، وهذا عذرٌ ضعيفٌ وَمَنْ وَجَّهه بالثاني، قال: اليمين في تلك الصورة لم تشتمل على جهتين، وإنما عُلِقَ الطلاقُ بخروج مقيّد، فإذا وجد وقع الطلاق، وذكر صاحب «التهذيب»: أن قضية هذا أنه لو قال: إن خرجت من الدار غير لابسة للحرير أو إلا لابسة، فأنت طالق، فخرجت لابسة تحل اليمين، وهذا ينازع فيما حكى صاحب الكتاب أنه لو قال: إن خرجت بغير حُفٍّ، فأنت طالق، فخرجت بحُفٍّ، لا ينحل اليمين؛ لأنه اجتمع فيه النفي والإثبات، وفرق في «الوسيط» بين مسألة الإذن ومسألة الحُفٍّ؛ بأن مقصود الزوج إلزامها التَّخَدُّرُ، وإذا أذِنَ لها في الخروج مرةً، فقد دفع ذلك التَّخَدُّرَ بنفسه، فالخروج بعد ذلك لا يتناولهُ اليمينُ، ولا يخفى أن هذا الفرق ضعيفٌ، وأن التسوية بين الصورتين قويةٌ كما في «التهذيب».

وليعلم لذلك قوله «لم ينحل اليمين» بالواو.

ولو قال «كلما خرجت أو كل وقت خرجت بغير إذني، فأنت طالق، فخرجت مرةً بالإذن، لم ينحل اليمين» لأن هذه الصيغة تقتضي التَّكْرَارَ، فلو قال: أذنتُ لك في الخروج، كلما أردت، أغناه ذلك عن تجديد الإذن لكل خُرُوجٍ، ولو قال: متى خرجت أو متى ما أو مَهْمَا أو أي وقت أو أي حين، فالحكم كما لو قال: إن خرجت، وهذه الصيغة لا تقتضي التَّكْرَارَ، وفي «الرقم» للعبادني: إلحاق «متى» و«ما» و«مهما» بـ «كلما» نصه في «الأم»، ولو قال: إن خرجت أبداً<sup>(١)</sup> إلا بإذني، فأنت طالق، لم يلزم التَّكْرَارُ أيضاً والمعنى في أي وقت خرجت قريب أو بعيد، وإذا عُلِقَ الطلاق، كما صورنا، ثم إنه أذِنَ لها في الخروج، ثم رجع عن الإذن، وخرجت بعده، فعن نصه في «الأم» أنها لا تطلّق؛ لأن الإذن قد وجد فزال حكم اليمين، ثم المنع بعد ذلك لا يفيد، ورأى أبو بكر الفارسي والمحققون - رحمهم الله - تَنْزِيلَ النصِّ على ما إذا قال

(١) في أ: أبد الآباد.

في التعليق: حتى آذَنَ لِكَ؛ لأنه جعل إذنه غاية اليمين، وقد حَصَلَ الإِذْنُ، فأما إذا قال: بغير إذني أو إلا بإذني، فإذا رجع، ثم خَرَجْتُ، فهذا خروجٌ بغيرِ إذْنٍ، وهو أول ما وُجِدَ، بعد اليمين، فينبغي أن يقع الطلاق، ومنهم مَنْ قال: قوله «إلا بإذني» محتمل للغاية أيضاً، فيحمل عليها.

ولو قال: إن خرجت بغير إذني لغير عبادةٍ فأنْتِ طالِقٌ، فخرجت لعبادةٍ، ثم عرضت حاجةً، فاشتغلت بها، لم تطلَقِ، وإن خرجت لعبادةٍ وغيرها، فالمذكور في «الشامل» والمنسوب إلى نَصِّه في «الأم»: أنه لا يحنث، وذكر صاحب «التهديب» أنه الأصح، ويشبه أن يُقَالَ: إن كان المقصودُ من قوله «لغير عبادة» ما هو بمَعزِلٍ عن العبادة، فلا يحنث، وهذا هو السابق إلى الأفهام منه، وإن كان المقصود ما يغيّره في الحقيقة، فمجموعُ العبادة والحاجة الأخرى يغير مجرد العبادة، ولو قال: إن خرجت لا لعبادة، فينبغي أن يحنث؛ لأنه يصدّق أن يُقَالَ: لم تخرج للعبادة، وإنما خرجت لها ولغيرها<sup>(١)</sup>.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: النَّوْءُ الْخَامِسُ فِي الْكَلَامِ: وَلَوْ قَالَ: وَاللَّهِ لَا أَكَلِمَكَ فَتَنَحَّ عَنِّي حَيْثُ بِقَوْلِهِ: تَنَحَّ عَنِّي، وَكَذَا لَوْ شَتَمَهُ، وَلَوْ كَاتَبَهُ لَمْ يَحْنَثْ، وَلَا يَحْنَثُ بِالإِشَارَةِ الْمَفْهُمَةِ، وَلَوْ حَلَفَ عَلَى الْمُهَاجِرَةِ فِي الْمَكَاتِبِ تَرُدُّ، وَلَوْ حَلَفَ لَا يَتَكَلَّمُ حَيْثُ بَتَرْدِيدِ الشُّعْرِ مَعَ نَفْسِهِ، وَلَا يَحْنَثُ بِالتَّهْلِيلِ وَقِرَاءَةِ الْقُرْآنِ، وَلَوْ قَالَ لِأَتَيْنِ عَلَى اللَّهِ تَعَالَى بِأَحْسَنِ الثَّنَاءِ فَلْيَقُلْ: لَا أَحْصِي ثَنَاءَ عَلَيْكَ أَنْتَ كَمَا أَتَيْتَ عَلَى نَفْسِكَ، وَلَوْ حَلَفَ لَا يُصَلِّي ثُمَّ تَحَرَّمَ بِالصَّلَاةِ حَيْثُ وَإِنْ أَسَدَهَا بَعْدَ ذَلِكَ، وَفِيهِ وَجْهٌ أَنَّهُ لَا يَحْنَثُ إِلا بِصَلَاةٍ تَامَةٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ مَسَائِلُ:

إِحْدَاهَا: إِذَا قَالَ: وَاللَّهِ، لَا أَكَلِمَكَ، فَتَنَحَّ عَنِّي، أَوْ قَمِ أَوْ اخْرَجْ، أَوْ شَتَمَهُ، أَوْ زَجَرَهُ، حَيْثُ، سِوَاءَ عَقَبَ اليمين بشيء منها على الاتصال أو لا على الاتصال، لأنه قد كلمه بها، وقال أبو حنيفة: لا يحنث بها، إذا وصلها باليمين؛ لأن المقصود من مثله تأكيدُ اليمين، وهو وجه للأصحاب، قال صاحبُ «البيان»: الوجهان كوجهين ذكرناهما

(١) قال النووي: الصواب الجزم بأنه لا يحنث. والله أعلم.

ما رجحه النووي مخالف لما ذكره في كتاب الطلاق من أن الأصح الوقوع، قال وممن صححه الشاشي، وصورة المسألة المذكورة في الطلاق إن خرجت إلى غير الحمام بغير إذني فأنْتِ طالِقٌ فخرجت للحمام وغيره فوجهان رجح من زيادته الوقوع، والمسألة واحدة هو إن اختلف اللفظ في تصويرها.

قال في الخادم: والمعتمد هو المصحح هنا، فإن الشافعي نص عليه في الإملاء إلى آخر ما ذكره.

فيما إذا قال لامرأته: **إِنْ كَلَّمْتُكَ، فَانْتِ طَالِقٌ**، فاعلمي ذلك، ولو كتب إليه كتاباً أو أرسل رسولاً، ففيه قولان:

الجديد، وبه قال أبو حنيفة واختاره المُزنيُّ أنه لا يحنث، لأنه لا تُنسى المكاتبَةُ والمراسلةُ كلاماً، بل يصح أن يُقالَ: ما كلمه، وإنما كاتبه وراسله.

والقديم، وبه قال مالكٌ وأحمدُ: أنه يحنث لقوله تعالى: **﴿مَا كَانَ لِيَشْرَ أَنْ يُكَلِّمَهُ اللَّهُ إِلَّا وَخِيًا أَوْ مِنْ وَرَاءِ حِجَابٍ أَوْ يُرْسِلَ رَسُولًا﴾** [الشورى: ٥١] أستثنى الرسالة من التكليم، ومنهم من قطع بالقول الأول، وحمل ما نقل عن القديم على ما إذا نوى في يمينه المكاتبَة والمراسلة، ومن خصَّص الخلاف بحال الغيبة، وقال: إذا كان معه في المجلس، لم يحنث، إذا كتب إليه رقعةً، والظاهر إثبات الخلاف على الإطلاق، وأحرى القولان في الإشارة بالرأس والعين، واستدل للقديم بقوله تعالى: **﴿إِنِّي نَذَرْتُ لِلرَّحْمَنِ صَوْمًا فَلَنْ أُكَلِّمَ الْيَوْمَ إِنْسِيًّا فَأَشَارْتُ إِلَيْهِ﴾** [مريم: ٢٦] فلو كانت الإشارة كلاماً، لامتنعت منها، ولا فزق على الجديد بين اختياره إشارة الناطق والأخرس، إنما أُقيمت إشارة الأخرس في المعاملات مقام عبارة الناطق للضرورة<sup>(١)</sup> واحتج المُزنيُّ للقول الذي اختاره بأن إثم المهاجرة المحرمة بين المسلمين على ما قال - **﴿لَا يَحِلُّ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَهْجُرَ أَخَاهُ فَوْقَ ثَلَاثٍ﴾**<sup>(٢)</sup> لا يرتفع بالكتابة، ولو كان ذلك كلاماً، لارتفع، وأجيب عنه بأن مواصلتهما قبل الهجرة إن كانت بالكتابة والرسالة، فيرتفع الإثم بها، وإلا، فإن تعدد الكلام لغيبة أحدهما عن الآخر، وكذلك، وإلا، ففيه وجهان: بناء على القولين القديم والجديد، حتى لو حلف على أن يهاجر فلاناً، فهل يحنث بالمكاتبَة والمراسلة؟ فيه هذا الخلاف، وإلى هذا يرجع قوله في الكتاب ولو حلف على المهاجرة ففي المكاتبَة تردد وعن ابن أبي هريرة إطلاق القول؛ بأن إثم المهاجرة يرتفع بالمكاتبَة والمراسلة، ولا يخفى أن المكاتبَة، إنما ترفع الإثم، إذا خلت

(١) وتعقب المصنف بما في فتاوى القاضي من أنه لو حلف الأخرس لا يقرأ القرآن فقرأه بالإشارة حنث، وبما مر في الطلاق من أنه علقه بمشيئة ناطق فخرس وأشار بالمشيئة طلقت.

ويجاب عن الأول بأن الأخرس موجود فيه قبل الحلف، وفي مسألتنا بعده وعن الثاني بأن الكلام مدلوله اللفظ فاعتبر بخلاف المشيئة وإن كانت تؤدي باللفظ.

(٢) متفق عليه أخرجه البخاري [٦٠٦٥ - ٦٠٧٦، مسلم [٢٥٥٩] من حديث أنس البخاري [٦٠٧٧ - ٦٢٣٧، مسلم [٢٥٦٠] من حديث أبي أيوب. وأنس، ولمسلم عن ابن عمر: لا يحل لمؤمن أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام، ومن حديث أبي هريرة: لا هجرة بعد ثلاثة. وللترمذي عن أبي هريرة نحو الأول، ولأبي داود عن عائشة نحوه، وله عن أبي خراش مرفوعاً: من هجر أخاه سنة، فهو كسفك دمه.



عن الإيذاء والإيحاء، وإلا، فهو كما لو كَلَّمه بالشتم والإيذاء، ففيه زيادة الوحشة وتأكيد الهجرة، ولا يَحْنُثُ بمثل هذه المكاتبة، إِذَا حَلَفَ عَلَى الْمُهَاجِرَةِ<sup>(١)</sup>، ولو سَلَّمَ الحالف على الذي حَلَفَ أَنه لا يكلمه، حَنْثٌ، فَإِنَّ السَّلامَ نَوْعٌ مِنَ الكَلَامِ، وَإِنْ سَلَّمَ عَلَى قَوْمٍ هُوَ فِيهِمْ وَقَصَدَهُ بِالسَّلامِ، فَهُوَ فَكَذَلِكَ، قَالَ فِي «البيان» وَيَجِيءُ أَلَا يَحْنُثُ عَلَى قَوْلٍ مِنْ قَالَ: إِذَا حَلَفَ لَا يَأْكُلُ السَّمْنَ، فَأَكَلَهُ مَعَ غَيْرِهِ لَا يَحْنُثُ، وَإِنْ اسْتَثْنَاهُ لَفْظًا، لَمْ يَحْنُثُ، وَإِنْ اسْتَثْنَاهُ بِالنِّيةِ، فَكَذَلِكَ، لِأَنَّ اللَّفْظَ الْعَامَّ يَحْتَمِلُ التَّخْصِيسَ، وَدُكِّرَ فِيهِ قَوْلٌ آخَرَ، وَإِنْ أَطْلُقَ، فَفِيهِ قَوْلَانِ مَنْقُولِ الْمُرْنِيِّ، أَنَّهُ لَا يَحْنُثُ وَوُجْهٌ، بِأَنَّ اللَّفْظَ يَضُلُّحُ لِلجَمِيعِ، وَلِلبَعْضِ، فَلَا يَحْنُثُ بِالشُّكِّ، وَالثَّانِي يَحْنُثُ، رَوَاهُ الرَّبِيعُ، وَهَذَا أَظْهَرَ عَلَى مَا ذَكَرَهُ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ؛ لِأَنَّ ظَاهِرَ اللَّفْظِ مَخَاطَبَةُ الْجَمِيعِ، وَلَوْ سَلَّمَ عَنْ صَلَاتِهِ، وَفَلَانَ الْمَحْلُوفَ عَلَيْهِ مِنَ الْمُؤْتَمِينَ بِهِ، فَفِيهِ هَذَا التَّفْصِيلُ، وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لَا يَحْنُثُ، وَلَوْ صَلَّى الْحَالِفُ حَلَفَ فَلَانَ، فَسُبِّحَ بِهِ لِسَهْوِهِ أَوْ فَتَحَ عَلَيْهِ الْقِرَاءَةَ، لَمْ يَحْنُثُ، وَلَوْ قَرَأَ آيَةً، فَهِيَ فَلَانَ مِنْهَا مَقْصُودَةٌ، لَا يَحْنُثُ، إِنْ قَصَدَ الْقِرَاءَةَ، وَإِلَّا، حَنْثٌ.

الثانية: إِذَا حَلَفَ لَا يَتَكَلَّمُ، حَنْثٌ بِتَرْدِيدِ الشُّعْرِ مَعَ نَفْسِهِ؛ لِأَنَّ الشُّعْرَ كَلَامٌ، وَلَا يَحْنُثُ بِالتَّهْلِيلِ وَالتَّسْبِيحِ وَالتَّكْبِيرِ، لِأَنَّ اسْمَ الكَلَامِ عِنْدَ الإِطْلَاقِ يَنْصَرِفُ إِلَى كَلَامِ الْآدَمِيِّينَ فِي مَحَاوِرَاتِهِمْ، وَفِيهِ وَجْهٌ أَنَّهُ يَحْنُثُ؛ لِأَنَّ الْجَنْثَ عَيْزٌ مَمْنُوعٌ مِنْهَا، فَفِي كَسَائِرِ الكَلَامِ، وَالدُّعَاءِ فِي مَعْنَى التَّسْبِيحِ، وَلَا يَحْنُثُ بِقِرَاءَةِ الْقُرْآنِ، وَبِهِ قَالَ أَحْمَدُ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ جَمِيعَ ذَلِكَ، إِنْ كَانَ فِي الصَّلَاةِ، لَمْ يَقْتَضِ الْجَنْثَ، وَإِنْ كَانَ خَارِجَ الصَّلَاةِ، حَنْثٌ.

الثالثة: إِذَا حَلَفَ؛ لَيْثَبِّينَ عَلَى اللَّهِ بِأَحْسَنِ الشَّنَاءِ، فَطَرِيقُ الْبِرِّ أَنْ يَقُولَ: لَا أُخْصِي شَنْءًا عَلَيْكَ؛ أَنْتَ كَمَا أَثْبَتَتْ عَلَى نَفْسِكَ، وَزَادَ إِبْرَاهِيمُ الْمَرْوَزِيُّ فِي آخِرِهِ: وَلَكَ الْحَمْدُ حَتَّى تَرْضَى وَصُورٌ فِي «التتمة» فِيمَا إِذَا قَالَ: لِأَثْبَتِينَ عَلَى اللَّهِ بِأَجْلِ الشَّنَاءِ وَأَعْظَمِيهِ، وَزَادَ فِي أَوَّلِ الذِّكْرِ «سُبْحَانَكَ» ثُمَّ وَجَّهَهُ بِأَنَّ أَجَلَ الشَّنَاءِ شَنْءُ اللَّهِ تَعَالَى عَلَى نَفْسِهِ، وَيَحْسَنُ أَنْ يُقَالَ: الْإِعْتِرَافُ بِالْعَجْزِ وَالْقَصُورِ عَنِ الشَّنَاءِ، وَالْحَوَالَةُ عَلَى ثَنَائِهِ عَلَى نَفْسِهِ أَحْسَنُ الشَّنَاءِ وَأَبْلَغُهُ، وَلَوْ قَالَ: لِأَحْمَدَنَّ اللَّهُ بِمَجَامِعِ الْحَمْدِ، وَقَالَ فِي «التتمة»: بِأَجْلِ التَّحَامِيدِ، فَطَرِيقُ الْبِرِّ أَنْ يَقُولَ: الْحَمْدُ لِلَّهِ حَمْدًا يُوَافِي نِعْمَتَهُ، وَيَكْفِيءُ مَزِيدَهُ، يُرْوَى أَنَّ جَبْرِيلَ -

(١) قَالَ النَّوَوِيُّ تَحْرِيمَ الْمُهَاجِرَةِ فَوْقَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ إِنَّمَا هُوَ فِيمَا إِذَا كَانَتِ الْمُهَاجِرَةُ لِحِظْوِظِ النَّفُوسِ وَتَعَتَّتَاتِ أَهْلِ الدُّنْيَا، فَمَا إِذَا كَانَ الْمُهْجُورُ مَبْتَدِعًا أَوْ مَجَاهِرًا بِالظُّلْمِ وَالْفُسُوقِ، فَلَا تَحْرَمُ مِهَاجِرَتَهُ أَبَدًا، وَكَذَا إِذَا كَانَ فِي الْمُهَاجِرَةِ مَصْلَحَةٌ دِينِيَّةٌ، فَلَا تَحْرِمُ، وَعَلَى هَذَا يَحْمِلُ مَا جَرَى لِلْسَلْفِ مِنْ هَذَا النَّوْعِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَزُولُ التَّحْرِيمُ بِالمَكَاتِبَةِ وَالمَرَاسِلَةِ، قَالَ صَاحِبُ «البيان»: وَيَبْنِي أَنْ تَكُونَ الْإِشَارَةُ وَالرَّمْزُ كَالْمَكَاتِبَةِ كَمَا قُلْنَا فِي الْحَنْثِ.

عليه السلام - عَلِمَ آدَمُ هَذِهِ الْكَلِمَاتِ، وَقَالَ: قَدْ عَلِمْتُمْ مَجَامِعَ الْحَمْدِ<sup>(١)</sup>، وَلَوْ قَالَ: لِأَصْلَيْنِ عَلَى النَّبِيِّ - ﷺ - أَفْضَلَ الصَّلَاةِ عَلَيْهِ، فَطَرِيقَ الْبِرِّ أَنْ يَقُولَ: اللَّهُمَّ، صَلِّ عَلَى مُحَمَّدٍ، وَعَلَى آلِ مُحَمَّدٍ كُلَّمَا ذَكَرَهُ الذَّاكِرُونَ، وَكُلَّمَا سَهَا عَنْهُ الْغَافِلُونَ، ذَكَرَهُ إِبْرَاهِيمُ الْمَرْوَزِيُّ<sup>(٢)</sup>.

الرابعة: وَلَيْسَتْ مِنْ شَرْطِ النَّوعِ: إِذَا حَلَفَ؛ لَا يَصَلِّي فَمَتَى يَحْنُثُ؟ فِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُه:

أحدها: أَنَّهُ يَحْنُثُ بِالْتَحَرُّمِ بِالصَّلَاةِ؛ لِأَنَّهُ يُسَمَّى حَيْثُذِ مَصَلِيًّا، وَالشَّرُوعُ هُوَ الْمُرَادُ مِنْ قَوْلِهِ - ﷺ - فِي حَدِيثِ إِمَامَةِ جَبْرِئِيلَ - عَلَيْهِ السَّلَامُ - «صَلَّى الظُّهْرَ حِينَ زَالَتْ الشَّمْسُ»<sup>(٣)</sup>.

والثاني: وَيُحْكَمُ عَنْ ابْنِ سُرَيْجٍ، أَنَّهُ لَا يَحْنُثُ حَتَّى يَرْكِعَ، فَقَدْ آتَى، بِمَعْظَمِ الرَّكْعَةِ، فَيَقَامُ مَقَامَ الْجَمِيعِ.

والثالث: لَا يَحْكَمُ بِالْحِنْثِ، مَا لَمْ يَفْرَغْ، لِأَنَّهَا قَدْ تَفْسَدُ قَبْلَ الْفِرَاقِ، فَيُخْرَجُ عَنْ أَنْ يَكُونَ مَصَلِيًّا، وَلِذَلِكَ قُلْنَا فِي أَلْفَاظِ الْعُقُودِ: إِنَّهَا تَقَعُ عَلَى الصَّحِيحِ دُونَ الْفَاسِدِ، وَعَلَى هَذَا؛ فَلَوْ أَفْسَدَهَا بَعْدَ الشَّرُوعِ لَمْ يَحْنُثْ، وَعَلَى الْأَوَّلِ؛ حَيْثُ، وَإِنْ أَفْسَدَ، وَعَلَى الثَّانِي كَذَلِكَ، إِنْ كَانَ الْإِفْسَادُ بَعْدَ الرَّكْعَةِ، وَلَا نَقُولُ: إِنْ أَلْفِظَ يَقَعُ عَلَى الصَّحِيحِ وَالْفَاسِدِ، وَلَكِنْ ذَكَرْنَا أَنَّ الشَّارِعَ فِي الصَّلَاةِ يُسَمَّى مَصَلِيًّا، فَيَعْتَبَرُ أَنْ يَكُونَ الشَّرُوعَ

(١) قَالَ الْحَافِظُ فِي التَّلْخِيسِ: قَالَ ابْنُ الصَّلَاحِ فِي كَلَامِهِ عَلَى الْوَسِيطِ: ضَعِيفُ الْإِسْنَادِ مُنْقَطِعٌ غَيْرُ مُتَّصِلٍ. قُلْتُ: فَكَانَهُ عَشْرٌ عَلَيْهِ حَتَّى وَصَفَهُ، وَأَمَّا النَّوَوِيُّ فَقَالَ فِي الرَّوْضَةِ فِي مَسْأَلَةِ جَلِّ الْحَمْدِ. مَا لِهَذِهِ الْمَسْأَلَةُ دَلِيلٌ مُعْتَمَدٌ، ثُمَّ وَجَدْتُهُ عَنْ ابْنِ الصَّلَاحِ فِي أَمَالِيهِ بِسَنَدِهِ إِلَى عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي عَوَانَةَ، عَنْ أَيُّوبَ بْنِ إِسْحَاقَ بْنِ سَافِدِيٍّ عَنْ أَبِي نَصْرِ التَّمَارِ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ النَّصْرِ قَالَ: قَالَ آدَمُ يَا رَبِّ شَغَلْتَنِي بِكَسْبِ يَدَيَّ، فَعَلِمْتَنِي شَيْئًا فِيهِ مَجَامِعُ الْحَمْدِ وَالتَّسْبِيحِ، فَأَوْحَى اللَّهُ إِلَيْهِ يَا آدَمُ إِذَا أَصْبَحْتَ فَقُلْ ثَلَاثًا، وَإِذَا أَمْسَيْتَ فَقُلْ ثَلَاثًا: الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ حَمْدًا يُوَافِي نِعْمَهُ، وَيُكَافِيهِ مَزِيدَهُ، فَذَلِكَ مَجَامِعُ الْحَمْدِ وَالتَّسْبِيحِ، وَهَذَا مُعْضَلٌ.

(٢) قَالَ النَّوَوِيُّ: أَمَّا الصُّورَتَانِ الْأُولَيَانِ، فَذَكَرَهُمَا جَمَاعَةٌ مِنْ تَأَخَّرِي الْخِرَاسَانِيِّينَ، وَلَيْسَ لِهَاتِي دَلِيلٌ يَعْتمَدُ. وَمَعْنَى «يُوَافِي نِعْمَهُ» أَيُّ: يَلَاقِيهَا، فَتَحْصُلُ مَعَهُ، «وَيُكَافِيهِ مَزِيدَهُ» بِهَمْزَةٍ فِي آخِرِهِ، أَيُّ: يَسَاوِي مَزِيدَ نِعْمَتِهِ وَمَعْنَاهُ: يَقُومُ لِشُكْرِ مَا زَادَ مِنَ النِّعَمِ وَالْإِحْسَانِ. وَأَمَّا مَسْأَلَةُ الصَّلَاةِ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ، فَقَدْ ذَكَرَهَا عَنْ إِبْرَاهِيمَ الْمَرْوَزِيِّ وَحْدَهُ، وَقَدْ يَسْتَأْنَسُ لِذَلِكَ بِأَنَّ الشَّافِعِيَّ رَحِمَهُ اللَّهُ كَانَ يَسْتَعْمَلُ هَذِهِ الْعِبَارَةَ، وَلَعَلَّهُ أَوَّلُ مَنْ اسْتَعْمَلَهَا، وَلَكِنْ الصُّوَابُ وَالَّذِي يَنْبَغِي أَنْ يَجْزَمَ بِهِ أَنَّ أَفْضَلَ مَا يُقَالُ عَقِيبَ التَّشْهَدِ فِي الصَّلَاةِ اللَّهُمَّ صَلِّ عَلَى مُحَمَّدٍ وَعَلَى آلِ مُحَمَّدٍ، كَمَا صَلَّيْتَ عَلَى إِبْرَاهِيمَ إِلَى آخِرِهِ، فَقَدْ ثَبِتَ فِي الصَّحِيحِ أَنَّهُمْ قَالُوا يَا رَسُولَ اللَّهِ: كَيْفَ نَصَلِّي عَلَيْكَ، فَقَالَ: قُولُوا: اللَّهُمَّ صَلِّ عَلَى مُحَمَّدٍ إِلَى آخِرِهِ.

(٣) تَقَدَّمَ فِي الصَّلَاةِ.

صحيحاً، حتى لو أحرَم مع الإِخْلَال بِبَعْضِ الشُّرُوطِ، لا يحكم بالحنث، ولو قال ما صليت، وقد أتى بصورة الصلاة الفاسدة، لا نقول بالحنث، ولا يجيء الوجه الثاني، إذا صَلَّى عَلَى جَنَازَةٍ وَلَوْ لَمْ يَجِدْ مَاءً وَلَا تَرَاباً، وَصَلَّى، حَنَثٌ؛ لِأَنَّهَا تَعْدُ صَلَاةً، وَإِنْ وَجِبَ الْقَضَاءُ إِلَّا أَنْ يَرِيدَ الصَّلَاةَ الْمَجْزِيَّةَ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَصَلِّي صَلَاةً، لَمْ يَحْنِثْ حَتَّى يَفْرَغَ، وَلَوْ حَلَفَ لَا يَصُومُ، فَيَحْنِثُ بِأَنْ يَصُحَّ صَائِماً أَوْ يَنْوِي صَوْمَ التَّطَوُّعِ ضَعْفَى، أَوْ لَا يَحْنِثُ حَتَّى يَتِمَّ؟ فِيهِ الْخِلَافُ، وَإِذْ قُلْنَا: لَا يَحْنِثُ حَتَّى يَفْرَغَ، فَقَدْ ذَكَرَ وَجْهَانِ فِي أَنَا، هَلْ نَتَّبِعُ اسْتِنَادَ الْحَنْثِ إِلَى الْأَوَّلِ، وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ «ثُمَّ يَحْرَمُ بِالصَّلَاةِ، حَنَثٌ» مُعَلِّمٌ بِالْحَاءِ؛ لِأَنَّ عِنْدَهُ لَا يَحْنِثُ حَتَّى يَسْجُدَ<sup>(١)</sup>.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: النَّوْءُ السَّادِسُ فِي تَأْخِيرِ الْحَنْثِ وَتَقْدِيمِهِ: وَلَوْ قَالَ: لَا أَكُلُّنْ هَذَا الطَّعَامَ غَدًا وَأَخَّرَ حَنْثَ، وَإِنْ تَلَفَ الطَّعَامُ قَبْلَ الْغَدِ أَوْ مَاتَ الْحَالِفُ فَقَدْ تَعَدَّرَ الْبِرُّ لَا بِأَخْتِيَارِهِ فَيُخْرِجُ عَلَى قَوْلِي الْإِكْرَاهِ، وَلَوْ تَلَفَ فِي أَثْنَاءِ الْغَدِ بَعْدَ التَّمَكُّنِ مِنَ الْأَكْلِ فَلَزُومُ الْكَفَّارَةِ يُلْتَفَتُ عَلَى الْخِلَافِ فِي أَنَّ مَنْ مَاتَ وَلَمْ يُصَلِّ فِي أَثْنَاءِ الْوَقْتِ هَلْ يَغْضَى؟ وَلَوْ قَالَ: لَا أَقْضِيَنَّ حَقَّكَ غَدًا فَأَبْرَأَهُ الْمُسْتَحِقُّ فَقَدْ فَاتَ الْبِرُّ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ، وَإِنْ مَاتَ الْمُسْتَحِقُّ وَفِيهِ بِالتَّنْسِلِيمِ إِلَى الْوَرِثَةِ، وَإِنْ مَاتَ الْحَالِفُ فَقَدْ فَاتَ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ فَعَلَى الْقَوْلَيْنِ، وَلَا يَنْفَعُ حُكْمَ الْحَنْثِ بَعْدَ الْمَوْتِ إِذَا سَبَقَ الْيَمِينُ فِي الْحَيَاةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِي الْفَصْلِ صَوْرَتَانِ مُتَقَارِبَتَا الْمَذْرُوكِ:

إِحْدَاهُمَا: حَلَفَ لِيَأْكُلَنَّ هَذَا الطَّعَامَ غَدًا، فَلَا يَخْفَى الْبِرُّ إِنْ أَكَلَهُ غَدًا، وَالْحَنْثُ، إِنْ أَخَّرَ أَكْلَهُ عَنِ الْغَدِ مَعَ الْإِمْكَانِ، وَإِنْ تَلَفَ الطَّعَامُ قَبْلَ مَجِيءِ الْغَدِ بِنَفْسِهِ أَوْ بِإِتْلَافِ أَجْنَبِيٍّ، فَقَدْ فَاتَ الْبِرُّ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ، فَيُخْرِجُ الْحَنْثَ عَلَى قَوْلِي الْإِكْرَاهِ، وَعَنِ الْقَاضِي أَبِي حَامِدٍ أَنَّ الْأَظْهَرَ أَنَّهُ لَا يَحْنِثُ، وَيُقَالُ: إِنَّهُ الْمَنْصُوصُ، فَإِنْ قُلْنَا: يَحْنِثُ، فَيَحْنِثُ فِي الْحَالِ؛ لِحُصُولِ الْيَأْسِ عَنِ الْبِرِّ أَوْ بَعْدَ مَجِيءِ الْغَدِ؛ لِأَنَّهُ وَقْتُ الْبِرِّ وَالْحَنْثُ؟ فِيهِ قَوْلَانِ أَوْ وَجْهَانِ، وَالَّذِي أوردَهُ الْقَاضِي ابْنُ كَعْبٍ هُوَ الثَّانِي، وَالْخِلَافُ كَالْخِلَافِ فِيمَا لَوْ حَلَفَ؛ لَيَضَعِدَنَّ السَّمَاءُ غَدًا، وَقَدْ سَبَقَ قَالَ فِي «التَّئِمَّةِ»: وَفَائِدَةُ الْخِلَافِ أَنَّهُ لَوْ كَانَ مُغْسِراً كَفَرَ بِالصُّومِ، فَيَجُوزُ أَنْ يَنْوِي صَوْمَ الْغَدِ عَنْ كَفَارَتِهِ، إِنْ قُلْنَا: يَحْنِثُ قَبْلَ مَجِيءِ الْغَدِ<sup>(٢)</sup>، وَإِنْ قُلْنَا يَحْنِثُ بَعْدَ مَجِيءِ الْغَدِ، فَلَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ التَّكْفِيرَ بِالصُّومِ لَا يَقْدَمُ عَلَى

(١) قَالَ النَّوَوِيُّ: وَيَنْبَغِي أَلَّا يَحْنِثُ بِسُجُودِ الشُّكْرِ وَالتَّلَاوَةِ وَالتَّوَاتُفِ، وَيَحْنِثُ بِالصَّلَاةِ بِالإِيمَانِ، حَيْثُ يَحْكُمُ بِصِحَّتِهَا.

(٢) قَالَ النَّوَوِيُّ: وَمِنْ فَوَائِدِهِ لَوْ مَاتَ الْحَالِفُ قَبْلَ مَجِيءِ الْغَدِ أَوْ عَمَرَ، وَقُلْنَا: يَحْتَسِبُ فِي الْكُفَّارَةِ حَالَ الْوَجُوبِ.

الحنث، وإذا قلنا: يحنث بعد مجيء الغد، فيحنث، إذا مضى من أول الغد وقت إمكان الأكل، وقبيل غروب الشمس؟ فيه وجهان:

أصحهما: عند صاحب «التهذيب»: الأول، ولو مات الحالف قبل مجيء الغد، ففي الكتاب تنزيله منزلة تلف الطعام، حتى يكون على الخلاف المذكور، وسجيء وجه في الصورة الثانية من الفضل، والذي يقتضيه إيراد صاحب «التهذيب» والقاضي ابن كج وغيرهما: القطع بأنه لا يحنث، لأنه لم يبلغ زمان البر والحنث، وقضية هذا: أنه يفرق بين موته، وبين تلف الطعام بعد مجيء الغد وقبل التمكن من الأكل، ووقئ بهذه القضية صاحب «التتمة»، لكن في «التهذيب» وغيره إلحاق موت الحالف بعد مجيء الغد بتلف الطعام في التفصيل الذي نذكره<sup>(١)</sup> فلو تلف الطعام أو بعضه بعد مجيء الغد، نُظِرَ، إن كان ذلك قبل التمكن من الأكل، فهو على الخلاف المذكور في تلف الطعام قبل الغد، وإن تلف بعد التمكن من الأكل أو مات الحالف، فطريقان:

أحدهما: القطع بالحنث؛ لأنه تمكن من البر، ولم يفعل، فصار كما لو قال: لآكلن هذا الطعام، وتمكن من أكله، ولم يأكل، حتى تلف، فإنه يحنث.

والثاني: ويحكى عن ابن سريج طرد الخلاف؛ لأن جميع الغد وقت للأكل، وليس هو مقصراً بالتأخير، وربما خُرج ذلك على الخلاف في أن من مات أثناء الوقت، ولم يصل، هل يكون عاصياً؛ لأن التأخير عن أول الوقت، كتأخير الصلاة عن أول الوقت؟ واعتذر من قال بهذا الطريق عن الحنث فيما إذا قال: لآكلن هذا الطعام، وأطلق ثم أحر مع التمكن، حتى تلف الطعام بأنه ليس هناك لجواز التأخير وقت مضبوط، والأمر فيه إلى اجتهاد الحالف، فإذا مات، بان خطؤه وتقصيره، وههنا الوقت مقدر مضبوط، وهو في مهلة من التأخير إلى تلك الغاية، ولهذا نقول: من مات في أثناء الوقت، فقبيل أن يصل لا يعصي على الأظهر ومن أحر الحج عن أول الإمكان، ومات قبيل أن يحج يعصي على الأظهر، والطريقة الثانية أشبه عند الروياني، لكن الأظهر، وإن ثبت الخلاف: أنه يحنث ههنا؛ لتفويته البر بالاختيار، كذلك ذكر صاحب الكتاب في «الوسيط» وإليه ميل الأكثرين - رحمهم الله - وهو الجواب في «التهذيب» وإذا قلنا به، يحنث في الحال أو قبيل غروب الشمس؟ فيه الوجهان، وعن أبي حنيفة أنه لا يحنث ما لم يمض جميع الغد، وفي اليمين المطلقة، قال: يحنث، وإن تلف الطعام قبل الإمكان، وإن أتلف الحالف الطعام قبل مجيء الغد بالأكل وغيره، أو أتلف بعضه،

(١) قال الشيخ البلقيني في تصحيح المنهاج: يستثنى من ذلك ما إذا قتل نفسه قبل مجيء الغد فإنه يحنث، كما لو أتلف الطعام قبل مجيء الغد، قال المصنف وهذا إذا قتل نفسه. ذكر المحلف مختاراً فإن كان مكرهاً أو ناسياً للحلف ففيه قولاً حنث المكره والناسي ولم أر من تعرض لذلك انتهى.

حَيْثُ؛ لأنه فَوَّت البر بنفسه مختاراً، وقال مالك وأبو حنيفة وأحمد - رحمهم الله - : إذا أكله، لم يَحْنَث، والقول عندنا في أنه يَحْنَثُ في الحال أو بعد مجيء الغد على ما مرَّ في التلف، ولو قال: لَأَكَلَنَّ هذا الطعام إلى الغد، فتلف قبل الغد وبعد التمكن، يَحْنَثُ، ومتى يَحْنَثُ، أيحنت إذا تلف أو إذا جاء أول الغد قال الصيدلاني: فيه وجهان، ولو قال: لَأَكَلَنَّ هذا الطعام اليَوْمَ فيقاسُ الحكمُ بما ذكرنا فيما إذا قال غداً.

الصورة الثانية: إذا قال: واللَّهِ، لأَقْضِيَنَّ حَقَّكَ، ومات قبل القضاء، نُظِرَ، إن تمكَّن من قضائه، فلم يفعل، فهو حانث، وإن مات قبل التمكن، فهو على قولي الإكراه، كذلك نقل صاحب «التهذيب» وإبراهيم المروزي وغيرهما، وجزم أبو سعيد المتولِّي بأنه لا يحنت، إذا مات قبل التمكن؛ لأن الحقوق الشرعيَّة لا تثبت في الذمة ولا تستقر إلا بعد التمكن، فكذلك التي تستحق بحكم اليمين تستدعي التمكن، ولو قال: لأَقْضِيَنَّ حَقَّكَ، ومات قبل دخول الغد أو بعده، وقبل التمكن، فمن أثبت القولين فيما إذا أطلق، ولم يقيد بالغد، أثبتهما ههنا، ومَنْ جَزَمَ بالمنع، جزم ههنا أيضاً، وإن مات بعد التمكن، فيجزي فيه الطريقتان المذكوران في الصورة الأولى، وموت الحالف لا يقتضي الحنث لا عند الإطلاق ولا عند التقييد بالغد؛ لأنه يُمْكِنُ قضاؤه بالدفع إلى الورثة، هكذا أطلق.

ويجوز أن يُقال: قوله «لأَقْضِيَنَّ حَقَّكَ» يقتضي أن يكون المقضي حقه، والمقضي بعد موته حتى الورثة لا حقه، فليكن هذا كما لو قال: لأَقْضِيَنَّ حَقَّكَ، ولو قال: لأَقْضِيَنَّ حَقَّكَ، فهو كما لو قال: لَأَكَلَنَّ هذا الطعام غداً، فطريق البرِّ والحنث ظاهر، وموت صاحب الحق ههنا كتلف الطعام، فإن مات قبل مجيء الغد أو بعده وقبل أن يتمكن من القضاء، فهو على القولين في الإكراه، وإن مات بعد التمكن، ففيه الطريقتان السابقتان، وإذا قلنا بالحنث، فيحنت في الحال أو بَعْدَ مجيء الغد فيه القولان، وموت الحالف، والصورة هذه، قبل مجيء الغد وبعده على ما بيناه في الصورة الأولى وقوله في الكتاب «ولا يبعد حكم الحنث» أراد أنه إذا مات قبل مجيء الغد، فيدخل وقت الحنث، وهو ميت، لكنه إذا سبق اليمين في الحياة، وهي السبب الأول، لم يبعد أن يحنت، وهو ميت كما لو حفر بئراً متعدداً فتعدى فيها إنساناً بغير موته، يلزمه الضمان والكفارة في ماله، وإن قضاها قبل مجيء الغد، فقد فَوَّت البر على نفسه، فيحنت إلا أن يريد أنه لا يُوَخَّرُ القضاء عن الغد، وهذا بمثابة إتلاف الطعام قبل الغد، ويعود فيه خلافُ أبي حنيفة ومَنْ وافقه، ولو أبرأه صاحبُ الحق في هذه التصويرات، فإن قلنا يحتاج الإبراء إلى القبول، فقيل: حنث لتفويته البرِّ باختياره، إلا أن يريد باليمين؛ أنه لا يمضي الغد، وحقه باقٍ عليه، وإن لم يقل، لم يحنت؛ لبقاء الدين وإمكان قضائه، وإن قلنا؛ لا يحاج الإبراء إلى القبول، سقط الدين، وفي الحنث قولاً بالإكراه؛ لفوات البرِّ

بغير اختياره والهبة في العَيْن والصلح عن الدَّين، كالإبراء إذا قلنا: إنه يَحْتَاجُ إلى القبول، ولو قال لأَقْضِيَنَّ حَقَّكَ غَدًا، إلا أن تَشَاءَ أَوْخَرَهُ، فإن قَضَى من الغد بَرَّ شَاءَ صاحب الحق أو لم يشأ، وإن لم يَقْضِ، فإن شَاءَ صاحب الحق تأخيره قبل مضي الغد، لم يَحْنُثْ، وإن لم يشأ، حنث، وكذا لو قال: إلا أن يشاء زَيْدٌ أن أَوْخَرَهُ، إلا أنه إذا مات صاحب الحق قبل مجيء الغد، يكون الحنث على قولي الإكراه، وإن مات بعده وبعد التمكن يجيء فيه الطريقتان، وإن مات زَيْدٌ قبل مجيء الغد، أو في أثناءه ولم يعلم بمشيئته، فلا حنث في الحال؛ لإمكان قضاء الحق بعد موته، فإذا غربت الشمس، ولم يقض، فحينئذٍ يحنث، ولو قال: لأَقْضِيَنَّكَ حَقَّكَ إلى الغد، إلا أن تَشَاءَ تأخيره، فينبغي أن يقدم القضاء على طُلُوعِ الفجر من الغد، فإن لم يفعل، ولم يشأ صاحب الحق تأخيره، يَحْنُثْ.

فروع: لو حلف؛ لَيُطَلَّقَنَّ امرأته غَدًا، فطَلَّقَهَا اليوم، نُظِرَ، إن لم يَسْتَوْفِ الثلاث، فالبر ممكن وإن، استوفى فقد فَوَّتَ البر على نفسه، فيحنث، وكذا، لو كَانَتْ عليه صلاة عن نَذْرٍ، فحلف ليصليها غَدًا، ثم صلاها اليوم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَإِنْ قَالَ: لأَقْضِيَنَّ حَقَّكَ عِنْدَ رَأْسِ الْهَيْلَالِ فَعَلَيْهِ أَنْ يُخْضِرَ الْمَالَ وَيَتَرَصَّدَ، فَإِنْ سَلَّمَ قَبْلَ الْهَيْلَالِ أَوْ بَعْدَهُ حِنْثٌ، وَقِيلَ: لَهُ فَسْحَةٌ فِي تِلْكَ اللَّيْلَةِ وَيَوْمِهَا، وَلَوْ قَالَ: لأَقْضِيَنَّ حَقَّكَ إِلَى جِبْنٍ لَمْ يَحْنُثْ بِالتَّأْخِيرِ إِلَى أَنْ يَفُوتَ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا فَعِنْدَ ذَلِكَ يَتَحَقَّقُ الْحِنْثُ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ بَعْدَ جِبْنٍ حِنْثٌ بَعْدَ لَحْظَةٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ مَسْأَلَتَانِ:

إحدهما: إذا قال: لأَقْضِيَنَّ حَقَّكَ عِنْدَ رَأْسِ الْهَيْلَالِ، أو، مع رأس الهلال، أو عند الاستهلال، أو مع رأس الشهر، فهذه الألفاظ تقع على أول جزء من الليلة الأولى من الشهر، وكلمتا «عند» ومع يقتضيان المقارنة، فإن قضاءه قبل ذلك، فقد فَوَّتَ البر على نفسه وإن أَخَّرَ القضاء عنه، حنث أيضاً، فينبغي أن يُعَدَّ المال ويترصَّد، فيقضيه حينئذٍ، وذكر الإمام وصاحب الكتاب في «الوسيط» أن هذا لا يكاد يُقَدَّرُ عليه، فإذا أن يتسامح فيه ويقنع بالممكن، أو يُقَالُ؟ التزم محالاً، فيحنث بكل حال، وهذا لا ذاهب إليه، لكن ذَكَرَ بعض الأصحاب أنَّ له فَسْحَةً فِي اللَّيْلَةِ الْأُولَى وفي يومها؛ لأن اسم رأس الهلال ورأس الشهر يقع عليهما وَيُزَوِّى هذا عن مالك، وعنه أيضاً قَصُرُ الفسحة على الليلة، وحكاه صاحب «التهذيب» عن أبي حنيفة أيضاً، وإذا أخذ في الكيل أو الوزن عن رؤية الهلال وتأخر الفراغ لكثرة المال لم يحنث، ويمثله أجيب فيما إذا ابتدأ حينئذٍ بأسباب القضاء ومقدماته، كحمل الميزان، ولو أَخَّرَ القضاء عن الليلة الأولى

للسك في الهلال، فبان أنها كانت من الشهر، ففي الحنث قولاً جُنِّتِ الناسي والجاهل.

ولو قال: لأقضيَنَّ حَقَّك أول الشهر، فهو كقوله: «عند رأس الشهر» أو عند استهلال الهلال ولو قال: أول اليوم، فينبغي أن يشتغل بالقضاء عند طلوع الفجر، وفي طريقة الصيدلاني، أن أبا حنيفة قال: هو في مهلة إلى وقت الزوال، وأنه قال في الشهر: هو في مهلة إلى تمام الخامس عشر، ولو قال: لأقضيَنَّ حَقَّك إلى رأس الشهر، فالأظهر، وإليه ذهب المُرْنِي، أنه ينبغي أن يقضيه قبل الاستهلال؛ لأن «إلى» لل غاية وليان الحد، كما ذكرنا أنه لو قال: لأقضيته إلى الغد، فينبغي أن يقضيه قبل الغد، ولو قال: «إلى رمضان» ينبغي أن يقدم القضاء على رمضان، ومن الأصحاب من قال إنَّه كما لو قال: عند رأس الهلال، وهو ظاهر ما نقله المُرْنِي؛ لأن «إلى» قد تكون للتحديد، وقد تكون بمعنى مع كقوله تعالى ﴿مَنْ أَنْصَارِي إِلَى اللَّهِ﴾ [الصف: ١٤] أي مع الله، فلا يحث بالشك، ويخالف ما إذا قال: إلى الغد أو إلى رمضان؛ لأن جميع الغد، وجميع رمضان لا يقاربهما القضاء لحمل اللفظ بهذه القرينة على الغاية.

المسألة الثانية: لو قال: لأقضيَنَّ حَقَّك إلى حين، لم يختص ذلك بزمان معين، بل يقع لفظ الحين على القليل والكثير، كما بيئنا في الطلاق، فيكون بمثابة قوله: «لأقضيَنَّ حَقَّك» فمتى قضاه برّ، وإنما يحكم بالحنث، إذا مات قبل أن يقضيه لا مع التمكّن، ولو قال: إلى زمان أو دهر أو حقب أو أحقاب فكذلك جميع العمر مهلته، وعن أبي حنيفة: تقدير الحقب ثمانين سنة، وعن مالك بأربعين، ولو قال: لا أكلمك دهرأ، أو حيناً أو زماناً أو حقباً، برّ بأدنى زمان، ولو قال: أنت طالق بعد حين، حينٌ إذ مضت لحظة، وفرق بينهما بأن قوله «بعد حين» تعليق، فيتعلق الطلاق بأول ما يُسمّى حيناً، وقوله: «لأقضيَنَّ حَقَّك إلى حين» وغد، والوعد لا يختص بأول ما يقع عليه الاسم، ولو قال: لأقضيَنَّ حَقَّك إلى مدة قريبة أو بعيدة، فلا يتقدّر أيضاً، فيكون الحكم كما في الحين، وعن أبي حنيفة: أن القريب ما دون شهر، والبعيد شهر فما فوقه، ولو قال: إلى أيام، ففي المجرد للقاضي أبي الطيّب: أنه يُحمَلُ على ثلاثة أيام، إذا لم يكن له نية؛ لأنه لفظ جمع. وعلى هذا جرى الصيدلاني صاحب «التهديب» وغيرهما، وقال آخرون، منهم المحاملي: الحكم كما ذكرنا في الحين والمدة القريبة والبعيدة، لوقوعها على القليل والكثير، يُقال: أيام العدل، وأيام الفتنة، فلا يتقدّر بأقل ما يقع عليه الاسم، وعن أبي حنيفة: أنه يحمل على عشرة أيام.

وقوله في الكتاب «لم يحث بالتأخير إلا أن يفوت بموت أحدهما» ليُعْلَمَ بالحاء والميم والألف؛ لما ذكرنا من مذاهبهم في كتاب الطلاق، ثم ينبغي أن يُعرَفَ فيه شيان:

أحدهما: أن في لفظ «التأخير» إشارة إلى أنه لو مات في الحال، لا يحنث، بل لا بُدَّ من مضي مدة التَّمَكُّن.

والثاني: أن قوله «يموت أحدهما» يقتضي حصول الحنث بموت المقضى إليه كحصوله بموت الحالف لكنه صور فيما إذا قال: لأقضيَنَّ حَقَّكَ، وقد سبق أن البرَّ في هذه الصورة يحصل بالدفع إلى الوارث، ففضيَّة ما ذكره أن يكون التصوير فيما إذا قال: لأقضيَنَّكَ حَقَّكَ، أو لأقضيَنَّ حَقَّكَ إِلَيْكَ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: النَّوْعُ السَّابِعُ فِي الْخُصُومَاتِ: فَلَوْ قَالَ: لَا أَرَى مُنْكَرًا إِلَّا رَفَعْتُهُ إِلَى الْقَاضِي، فَلَيْسَ عَلَيْهِ الْبَدَارُ بَلْ عُمُرُهُ وَعُمُرُ الْقَاضِي مُهْلَتُهُ، وَهَلْ يُحْمَلُ عَلَى الْقَاضِي الْمَوْجُودِ فِي الْوَقْتِ أَوْ عَلَى الْجَنَسِ؟ وَجَهَانٍ، وَلَوْ عَيَّنَ الْقَاضِي فَعَزَلَ فِيهِ الرَّفْعَ إِلَيْهِ بَعْدَهُ خِلَافًا، وَلَوْ بَادَرَ فَمَاتَ الْقَاضِي قَبْلَ الْإِنْتِهَاءِ إِلَى مَجْلِسِهِ قِيلَ: لَا يَحْنُثُ، وَقِيلَ: يُخْرِجُ عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِي قَوَاتِ الْبِرِّ بَغْيَرِ اخْتِيَارِهِ، وَلَوْ رَأَى الْمُنْكَرَ بَعْدَ أَطْلَاعِ الْقَاضِي فَقَدْ قِيلَ: قَاتَ الْبِرُّ بَغْيَرِ اخْتِيَارِهِ، وَقِيلَ يَبْرُ بِالرَّفْعِ إِلَيْهِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ إِعْلَامٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا حَلَفَ لَا يَرَى مُنْكَرًا إِلَّا رَفَعَهُ إِلَى الْقَاضِي، فَهَذَا أَحْوَالٌ:

أحدهما: أن يعين القاضي فيقول: إلى القاضي فلان، فإذا رأى منكراً، لا يلزمه المبادرة إلى الرفع بل له مهلة مدَّة عُمُرِهِ وعمر القاضي، فمتى رفعه إليه برَّ، ولا يشترط في الرفع أن يذهب إليه مع صاحب المنكر، بل يكفي أن يحضر عند القاضي وحده، فيخبره أو يكتب إليه بذلك أو يُزِيلَ رسولاً فيُخْبِرُهُ، وإن لم يرفعه إليه حتى مات أحدهما بعد التَّمَكُّن، حنث، وإن لم يتمكَّن من الرفع لحنس أو مرض، أو جاء إلى باب القاضي، فحجب، ففيه القولان في حنث المكره، ولو بادر إلى الرفع إليه، فمات القاضي قبل أن يصل إليه، فطريقان عن الشيخ أبي حامد أنه على القولين أيضاً، لفوات البرِّ بغير اختياره، والأصحُّ، وبه قال أبو إسحاق والقاضي أبو الطَّيِّبِ القطع بأنه لا يَحْنُثُ؛ لأنه تبيَّن أنه لم يتمكَّن من الرفع، وأن الزمان لم يتسع له أيضاً فإن الاشتغال بمقدمات الرفع كالأشغال بالرفع، ولو عَزَلَ ذلك القاضي، فإن كانت نيته أنه يرفعه إليه، وهو قاضٍ أو تَلَفَّظَ به، فلا يَبْرُ بالرفع إليه بعد عزله، قال ابنُ الصَّبَّاحِ، ولا يحنث، وإن كان بعد التَّمَكُّن من الرفع إليه؛ لأنه ربما يولَّى، واليمين على التراخي، فإن مات أحدهما، ولم يولِّ، فحينئذٍ يتبين الحنث، وإن نوى عن الشخص، وذكر القضاء، تعريفاً له، بَرَّ بالرفع إليه بعد العزل، وإن أطلق فوجهان في أنه، هل يَبْرُ بالرفع إليه بعد العزل؛ ليقابل النظر إلى العين والصفة، وبالمعنى قال أبو حنيفة، وألحق الوجهان بالوجهين فيما إذا قال لا أكلم هذا الصبي، فصار شيخاً، وفي نظائره، لكن رجَّح



القاضي الروياني وصاحب «البيان» وغيرهما - رحمهما الله - أنه يَبْرُ كما لو قال: ألا أدخل دارَ زَيْدٍ هذه، فباعها، حَيْثُ تغليباً للعين.

والثانية: إذا نَكَّر، فقال: إلا رفعتهُ إلى قاضٍ، فَيَبْرُ بالرفع إلى أي قاضٍ كان في تلك البلدة وغيرها.

والثالثة: إذا قال: رفعتهُ إلى القاضي، ولم يعيّن أحداً بلفظه ولا بنيته، ففي كتاب القاضي ابن كج وغيره: وجه أنه لا يختص بقاضي البلد؛ حملاً لللفظ على المعهود، وهل يتعيّن قاضي البلد في الحال، فإنه المعهود أو من ينصب بعده في البلد يقوم مقامه؟ فيه وجهان ويُقال: قولان:

أشبههما: ويُنسَبُ إلى أبي حامد، وهو الذي أورده صاحب «التهذيب»: الثاني حتى لو عزل من كان قاضياً وولّى غيره، يَبْرُ بالرفع إلى الثاني، ولا يَبْرُ بالرفع إلى المعزول، فإن قلنا: يتعيّن قاضي البلد، فالحكم على ما ذكرنا في الحالة الأولى، والاعتبار بحال اليمين على هذا الوجه أو بحال رؤية المنكر؟ حَكَى في «التتمة» فيه وجهين، والأقوى الأول، ولو كان في البلد قاضيان وجوزّنا، فرفع إلى من شاء منهما، ولو رأى المنكر بين يدي القاضي المرفوع إليه، ذكر في «الوسيط» أنه لا معنى للرفع إليه، وهو يشاهده، ولو رأى المنكر بعد اطلاع القاضي، فوجهان:

أحدهما: أنه فات البرُّ بغير اختياره، كما لو رآه معه، فيكون على القولين.

والثاني: أنه يَبْرُ بالإخبار وصورة الرفع، وهذا أظهر، وبه أجاب صاحب «التهذيب» وهو الذي أورده المتولي - رحمهما الله - فيما إذا رأى المنكر، والقاضي يشاهده، وفي الأحوال جميعاً، لو لم يَرِ الحالف الرفع إليه في حالة القضاء، فلا شيء عليه، وإن قصد عينه، فليُخْبِرْهُ، ولو حلف لا يَزْفَعُ منكرًا إلى القاضي فلان، حَيْثُ بالرفع إليه، وهو قاضٍ، وبعد العزل يعود فيه التفصيل المذكور، وإن قال: إلى القاضي، فيحمل على قاضي البلد حينئذٍ، أو يحث بالرفع إلى من ينصب بعد عزله؟ فيه الخلاف السابق، ثم يتكلّم في لفظ الكتاب فيه التباس قوله لا أرى منكرًا إلا رفعتهُ إلى القاضي أراد به ما إذا عيّن القاضي وإن لم يتعرّض اللفظ له؛ ألا تَرَى أنه قال: بل عمره وعمر القاضي مهلته، وإنما يتوجّه هذا اللفظ، إذا كان القاضي معيناً، وقوله «عَقَبِيَّةُ» «وهل يحمل على القاضي الموجود في الوقت أو على الجنس وجهان» موضع الوجهين ما إذا أَطْلَقَ القاضي، ولم يعيّن، وأراد بالجنس جنسَ قضاة البلد.

وقوله: «ولو بادر، فمات القاضي» يعني في صورة تعيّن القاضي، وإلا، فموت القاضي الذي قصده لا يؤثر لإمكان الرفع إلى قاضٍ آخر، فلو مات الحالف في صورة المبادرة قَبْلَ أن يصل إلى القاضي، قال في «التتمة» لا كفارة عليه؛ لأنه لم يجد

التمكّن، ولا يخرج فيه الخلاف، وقوله: «ولو رأى المنكر بعد أطلّاح القاضي» إلى آخره، هذه المسألة إنّما تتوجّه أيضاً في صورة التغيين، وهذه التنزيلات مبنية من لفظ «الوسيط» وترتيبه.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَلَوْ حَلَفَ لَا يَفَارِقُ غَرِيمَهُ فَفَارَقَهُ الْغَرِيمُ فَلَمْ يَتَّبِعْهُ لَمْ يَحْنَثْ، وَكَذَا لَوْ كَانَا يَتَمَاشِيَانِ فَمَشَى الْغَرِيمُ وَوَقَفَ لِأَنَّ الْمَفَارِقَ هُوَ الْغَرِيمُ إِلَّا أَنْ يَقُولَ: لَا يَفْتَرِقُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا حَلَفَ، لَا يَفَارِقُ غَرِيمَهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ حَقَّهُ مِنْهُ، فِي الْمَسْأَلَةِ نَظَرَاتٍ:

أحدهما: في المفارقة، والقول فيها على ما مرّ في افتراق المتبايعين عن المجلس، والرجوع إلى العادة، فإن فارقه الحالف قبل أن يستوفي حقه مختاراً، حيث وإن كان ناسياً أو مُكْرَهًا، فعلى القولين المعروفين في النسيان والإكراه، ولو فارقه الغريم أو قرّ منه، فعن أبي علي بن أبي هريرة والطبري أن بعض الأصحاب - رحمهم الله - حكى خروجه على قولي الإكراه؛ لحصول المفارقة من غير اختياره، والظاهر فيها أنه لا يحنث الحالف، سواء تمكّن من التعلّق به ومنعه أو من متابعتة أو لم يتمكّن؛ لأنه حلف على فعل نفسه، فلا يحنث بفعل الغريم، وعلى هذا؛ فلو كانت مفارقتة بإذن الحالف وأمره لم يحنث بها أيضاً وقال القاضي ابن كج: إذا أذن له في المفارقة، ففارقه، كان حائثاً وزاد الصيدلاني؛ فقال: إن أمكنه منعه من الذهاب، فلم يفعل حنث، ويقرب منه ما حكى صاحب «التهذيب» عن شيخه أنه، إذا أمكنه متابعتة، فلم يتابعه، حيث؛ لأنه بالقيام مفارق له، والمشهور ما تقدّم، ولو كانا يتماشيان، فمشى الغريم، ووقف الحالف، قال في الكتاب: «لا يحنث» لأن المفارقة حصلت بحركة الغريم لا بسكون الحالف، والأظهر، وهو الجواب في «التمتة» و«التهذيب» وينسب إلى القاضي الحسين: أنه إذا مضى أحدهما في مشيه، ووقف الآخر يحنث الحالف؛ لأنه إن وقف الحالف، فقد فارقه بالوقوف، لأن الحادث هو الوقوف فتنسب المفارقة إليه، بخلاف ما إذا كانا ساكنين فابتدأ الغريم بالمشي لأن الحادث هناك المشي، وإن وقف الغريم فقد فارقه الحالف حين مشى مع العلم بوقوفه، وحيث قلنا: لا يحنث الحالف بمفارقة الغريم، فلو فارق المكان بعد ذلك، لم يحنث، ولو قال: لا تفارقتني حتى أستوفي حقي منك أو حتى توفيني حقي، فاليمين ههنا منعقدة على فعل الغريم، فإن فارقه الغريم مختاراً، حنث الحالف سواء كانت مفارقتة بإذنه أو دون إذنه، وعن صاحب «التهذيب» أنه إن قرّ منه، ففي حنثه القولان في الإكراه، والظاهر الأول؛ لأن الحلف على فعله، وهو مختار في القرار، فإن فارقه ناسياً أو مُكْرَهًا، خرج الحنث على القولين، ونقل صاحب «التهذيب» طريقة أخرى قاطعة بأنه يحنث، والاختيار يعتبر في

فعل الحالف، لا في فعل غيره، والمذهب الأول، فر الحالف من، الغريم لم يحنث، ويجيء وجه؛ أنه إن تمكَّن الغريم من متابعتة، فلم يفعل، يحنث ولو قال: لا أفترق أنا وأنت حتى أستوفي حَقِّي، أو لا نَفْتَرِقَ لا أنا ولا أنت، فاليمين منعقدة على فعل كل واحد منهما، فأيهما فارق الآخر مختاراً، حنث الحالف لحصول الافتراق، وإن فارق مكرهاً أو ناسياً، ففيه الخلاف، ولو قال: لا افترقنا حتى أستوفي أو لا نَفْتَرِقَ، فوجهان:

**أحدهما:** أنه لا يحنث حتى يفارق كل واحد منهما صاحبه، ولا يكفي وجود المفارقة من أحدهما.

**وأظهرهما:** وهو المذكور في الكتاب: أنه يحنث الحالف مهما فارق أحدهما الآخر؛ لأنه يصدق القول بأنهما افترقا.

**النظر الثاني:** في استيفاء الحق، فإذا قال: لا أفارقك حتى أستوفي حَقِّي منك، ثم أبراه وفارقه، حنث؛ لأنه فوت البر على نفسه، وهل يحكم بالحنث عند الإبراء أو بعد المفارقة يجيء فيه خلاف مر في نظائره، ولو أفلس الغريم، فمنعه الحاكم من ملازمته، ففارقه فعلى قول المكره، وإن فارقه باختياره، حنث، وإن وجب تركه وإنظاره شرعاً، كما لو قال: لا أصلي الفرض، ثم صلى، حنث، وإن وجبت الصلاة عليه شرعاً، وإن أحاله الغريم على إنسان أو أحال غريماً له عليه، ثم فارقه فطريقان:

**أحدهما:** البناء على أن الحوالة استيفاء أو اعتياض، إن قلنا: الأول، لم يحنث.

**وأصحهما:** أنه يحنث بكل حال؛ لأنه ليس باستيفاء حقيقة، وحيث جعلناه استيفاءً فمعناه أنه كالاتيفاء في الحكم، نعم، إن أراد أنه لا يفارقه، وعليه حقه، لا يحنث، ولو أخذ عوضاً عن حقه وفارقه، يحنث إلا أن يريد ما ذكرنا، ولا فرق بين أن يكون قيمة العوض مثل حقه أو أقل أو أكثر؛ لأنه لم يستوف حقه، وإنما استوفى بدله وعند أبي حنيفة، لا يحنث وبه قال مالك، إذا لم يكن قيمته أقل من حقه، ولو استوفى حقه من وكيل الغريم، أو من أجنبي تبرع به عليه، ثم فارقه، حنث، إن قال: حتى أستوفي حَقِّي منك، ولم يحنث، إن اقتصر على قوله «حتى أستوفي حَقِّي»، وإن فارقه بعد الاستيفاء، ثم وجد ما استوفاه ناقصاً، لم يحنث، إن كان من جنس<sup>(١)</sup> حقه، لكنه

(١) لأن العيب لا يمنع من الاستيفاء نعم إن كان الأرض كثيراً لا يتسامح بمثله حنث. قاله الماوردي وتبعه ابن الرفعة.

قال الماوردي: فإن قيل نقصان الحق موجب للحنث فيما قل وكثر فهلا كان نقصان الأرض كذلك، قلنا لأن نقصان الحق محقق ونقصان الأرض مظنون.

أراد، وإن لم يكن من جنسه بأن كان حقه الدراهم، فخرَج ما أخذه نحاساً أو مغشوشاً، فإن كان عالماً بالحال، حنث، وإلا، فعلى قولي الناسي والجاهل.

فروع: لو حلف الغريم؛ لتفضين حقه قبل أن يفارقه أو حلف لا يفارقه حتى يقضي حقه، فالقول في مفارقتة مختاراً أو مكرهاً، وفي الحوالة والمصالحة وغيرها على قياس ما سبق، ولو حلف، لا يعطيه حقه، فأعطاه مكرهاً أو ناسياً فهو على الخلاف، ولو قال: لا يأخذ أو لا يستوفي، فأخذ حنث، سواء كان المعطي مكرهاً أو مختاراً، ولو كان الآخذ مكرهاً، ففيه الخلاف.

قال الغزالي: ولو حلف ليضربته مائة خشبة حصل البر بأن يضرب بعنكالي عليه مائة شمراخ وإن قل الألم، وينبغي أن ينكس جميع الشماريح، ولا يشترط أن يمس أحادها بدنه، ولا بأس بحائل لا يمنع أصلها من الضرب، ولو شك في التثقيب والانكباس لا يحنث لأن الضرب سبب ظاهر في الانكباس، ولو قال: لا أدخل الدار إلا أن يشاء زيد فدخل ومات زيد ولم يعرف مشيئته حنث لأن الأصل عدم المشيئة وليس لها سبب ظاهر، وقيل في المسألتين قولان بالنقل والتخريج، ولو حلف على مائة سوط بدل الخشبة لم يكفه الشماريح بل عليه أن يأخذ مائة سوط ويضرب دفعة واحدة ولتقتصر: على هذا القدر فإن أمثال هذه الصورة لا تنحصر البتة.

قال الرافعي: إذا حلف على الضرب، تعلقت اليمين بما يُسمى ضرباً، ولا يكفي فيه وضع اليد والسوط ورفعهما، والعض والقرص والخنق وشف الشجر ليس بضرب، خلافاً لأبي حنيفة وأحمد - رحمهما الله - وفي الوكز واللكر واللطم وجهان:

أصحهما: أنه ضرب، وهو الذي أوردناه في «كتاب الطلاق» ولا يشترط فيه الإيلاء؛ ألا ترى أنه يُقال: ضربه، ولم يؤلمه، ويخالف الحد والتعزير يعتبر فيهما الإيلاء؛ لأن الغرض هناك الزجر، وإنما يحصل ذلك بالإيلاء، واليمين يتعلق بالاسم، وقال مالك: يشترط الإيلاء، وللأصحاب وجه مثله، وقد ذكرنا، في الطلاق<sup>(١)</sup>، ولو حلف؛ ليضربن عبده مائة خشبة، أو ليجلدنه مائة، فضربه بعنكالي عليه مائة شمراخ ضربة واحدة، حصل البر، إذا تيقن أن الكل أصاب بدنه، واغتمد فيه قوله تعالى في قصة أيوب - عليه السلام - ﴿وَأَخَذَ بِيَدِكَ ضَغِيثًا فَاضْرِبْ بِهِ وَلَا تَحْنِثْ﴾ [ص: ٤٤] وفيه عدول عن موجب اللفظ، فإنه لم يضربه بمائة خشبة، فإن شد مائة سوط، فضربه، فقد

(١) قال النووي: ولو ضرب ميتاً، لم يحنث، ولو ضرب مغمى عليه أو مجنوناً أو سكران، حنث؛ لأنه محل للضرب؛ بخلاف الميت. ذكره المتولي.

وقئى بموجب اللفظ، وما معنى إصابة الكل؟ الظاهر أنه لا يشترط أن تُلَاقِيَ القَضبانَ بدنه أو ملبوسه، بل يكفي أن ينكسر وينكسر بغضها على بعض بحيث يناله ثقل الكل، ولا يضر كون البعض حائلاً بين بدنه وبين البعض، كالثياب وغيرها، مما لا يمنع تأثر البشرة بالضرب، وفيه وجه أنه لا يكفي الانكباس، بل لا بد من مُلاقاة الجميع بدنه أو ملبوسه، وإن تيقن أنه لم يصبه الكل، لم يَحْضَلِ البرُّ، وإن شك في أنه، هل أصابه الكل فالنص أنه لا يحنث ونقل المُزني عن نضه، فيما إذا حلف، لِيَدْخُلَنَّ الدارَ اليوم إلا أن يشاء زيد، فلم يدخل ومات زيد ولم يعلم هل شاء أم لا؛ أنه يحنث.

وفيها طريقان للأصحاب:

أحدهما: تقرير النصين، والفرق أن الضرب سبب ظاهر في الانكباس والتثقل، فيكتفى به، فهنا لا أمانة تدل على أن فلاناً شاء، والأصل عدم المشيئة.

والثاني: أن في الصورتين قولين بالنقل والتخريج:

أحدهما: لا يحنث؛ لأننا لم نتحقق مخالفة اليمين، والأصل عدم الحنث وبراءة الذمة.

والثاني: وبه قال أبو حنيفة والمزني - رحمهما الله - يحنث؛ لأن الأصل عدم الإصابة للمشيئة، وشبه القولان بالقولين في إعتاق العبد المنقطع الخبر عن الكفارة، والظاهر هنا أنه لا يحنث، وإن أثبت الخلاف، وفي مسألة المشيئة أنه يحنث<sup>(١)</sup>.

ولو حلف؛ لِيَضْرِبَهُ مائة مرة، فضربه مرة بالعتكال أو بالمائة المشدودة، لم يبر، لأنه لم يضره إلا مرة، ولو حلف؛ لِيَضْرِبَهُ مائة ضربة، ففيه وجهان:

أظهرهما: وهو الذي أورده الصيدلاني: أن الجواب كذلك؛ لأنه لم يضره إلا ضربة واحدة.

والثاني: يبر؛ لأنه يَحْضَلُ بكل واحد ضربة، ولهذا يسقط به حد الزنا، ولو حلف لِيَضْرِبَهُ بالسوط، لم يبر بالعصا والشماريخ؛ لأنه لا يقع عليهما اسم السوط، وإذا قال: مائة سوط، فالظاهر أنه لا يَحْضَلُ البرُّ بأن يضره بعثكال عليه مائة شمراخ، ولكن يبر بأن يجمع مائة سوط ويشدها، ويضره بها دفعة واحدة، أو خمسين ويضره بها دفعتين.

(١) قال النووي: هكذا صور الجمهور مسألة الخلاف فيما إذا شك، وذكر الدارمي وابن الصباغ والمتولي أنه إذا شك، حنث، وإنما لا يحنث على المنصوص إذا غلب على ظنه إصابة الجميع، وهذا حسن، لكن الأول أصح، لأن بعد هذا الضرب شك في الحنث، والأصل عدمه قال أصحابنا: وإذا قلنا: لا يحنث، فالورع أن يحنث نفسه، فيكفر عن يمينه.

أو سوطَيْن، ويضربه بهما خمسين مرة بشرط أن يعلم إصابة الكل على ما سبق، وفيه وجه: أنه إن ذكر السوط، يَبْرُ بالعِشْكال كما في لفظ الخشبة، وهذا ما أورده صاحب «التهذيب».

وقوله في الكتاب «حصل البر» يجوز أن يعلم بالميم والألف؛ لأن عن مالك وأحمد أنه لا بَرَّ من مائة ضربة متفرقة، وحكى ذلك عنهما فيما إذا قال؛ لأضربته مائة سوط، وفيما إذا قال: لأجلدته مائة، ويُسبِّه أن يكون الحُكْمُ في صورة الكتاب كذلك.

وقوله «ولا يشترط أن يمَسَّ أحادها بدنه» معلم بالواو.

وقوله «ولو شك في الثقل والانكباس لا يحنث» معلم بالحاء والزاي وقوله «ولو قال: لا أدخل الدار إلا أن يشاء زيد» جعل صاحب الكتاب ههنا وفي «الوسيط» هذه الصورة محلَّ تصرف الأصحاب في حكمها، وحكم مسألة الضرب بالطريقين، ولعله اتبع فيه الإمام - رحمهما الله - والذي أورده المُرْزِي، ونقله جمهور الأئمة - رحمهم الله - ما قدّمنا، وهو ما إذا قال: لأدخلن الدار اليوم إلا أن يشاء زيد، فأما طرف النفي، فقد ذكرناه في الباب الأوّل، ويُنَبِّأ ما نقل فيه الربيع وما تكلم لأصحاب عليه.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: خَاتِمَةٌ: كُلُّ مَا عَلَّقَهُ عَلَى فِعْلٍ نَفْسِهِ فَإِذَا حَصَلَ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ إِمَّا بِالْإِكْرَاهِ أَوْ بِالنِّسْيَانِ وَإِمَّا بِالْجَهْلِ فَفِيهِ قَوْلَانِ، وَصُورَةُ الْجَهْلِ أَنْ يَقُولَ: لَا أَسْلَمُ عَلَى زَيْدٍ ثُمَّ سَلَّمَ عَلَيْهِ فِي ظُلْمَةٍ وَهُوَ لَا يَعْرِفُهُ، وَإِنْ حَلَفَ عَلَى الدُّخُولِ فَحَمِلَ قَهْرًا وَأَدْخِلَ لَمْ يَحْنَثْ، وَإِنْ حَمِلَ بِإِذْنِهِ حِنْثٌ، وَإِنْ سَكَتَ مَعَ الْقُدْرَةِ فَفِيهِ خِلَافٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا وَجَدَ الْقَوْلَ أَوْ الْفِعْلَ الْمَحْلُوفَ عَلَيْهِ عَلَى وَجْهِ الْإِكْرَاهِ، هَلْ يَحْنَثُ الْحَالِفُ؟ فِيهِ قَوْلَانِ مَنْصُوصَانِ جَارِيَانِ فِي تَغْلِيْقِ الطَّلَاقِ عَلَى مَا قَدَّمْنَا:

أحدهما: وبه قال أبو حنيفة ومالك - رحمهما الله - أنه يحنث؛ لأن صورة المحلوف عليه قد وُجِدَتْ، والكفارة لا تسقط بالأعذار، ألا ترى أنه قد يجب عليه أن يُحْنِثَ نفسه، ومع ذلك يلزمه الكفارة، وأيضاً، فإن ما تعلقت به الكفارة، إذا وُجِدَ بالاختيار، تعلقت، وإن وُجِدَ لا بالاختيار كقتل الصيد.

وأصحهما: على ما ذكر أبو حامد والقاضي والشيخ والقاضي ابن كج والرويان وغيرهم - رحمهم الله -: أنه لا يحنث، ولا يلزمه الكفارة؛ لما رُوِيَ أنه - ﷺ - قال «رُفِعَ عَنِ أُمَّتِي الْخَطَأُ وَالنِّسْيَانُ وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ»<sup>(١)</sup> وأيضاً، فإنه لو حلف مُكْرَهًا، لا تتعدد يمينه، فكذلك المَعْنَى الذي يتعلّق به الحِنْثُ، إذا وجد على وجه الإكراه ينبغي أن

(١) تقدم في آخر باب «شروط الصلاة»، وفي «الطلاق».

يَلْتَفُوَ والجامع أنه أحد سببي وجوب الكفارة، وأيضاً، فالإكراه معنى، لو قارن كلمة الكُفْر لا يتعلّق بها حكمها، فكذلك إذا قارن سبب الكفارة قياساً على الجنون، وعن أبي الطيّب بن سلمة القطع بأنه لا يحنث؛ لأن الشافعي - رضي الله عنه - اختاره وأبطل القول الآخر، والمشهور إثبات القولين، ويجريان فيما لو وجد المخلوف عليه على وجه النسيان، وقد ترتب النسيان على الإكراه، ثم تارة يجعل الناسي أولى بالأحث؛ لأن النسيان أكثر وقوعاً، فهو أولى بأن يجعل عذراً، وتارة يجعل الناسي أولى بأن يحنث؛ لأنه قد ينسب إلى التقصير بترك التحفظ، ويدل عليه أن من أكره على إتلاف مال الغير، لا يستقر عليه الضمان، ومن أتلفه ناسياً يستقر عليه الضمان، ويخرج ومن الترتيب طريقتان؛ تقطع إحداهما بالحنث، والأخرى، تمنع الحنث، ويجري الخلاف في صورة الجهل مثل أن يدخل الدار، وهو لا يعرف أنها الدار التي حلف ألا يدخلها، ومثل أن يحلف لا يسلم على زيد، ثم سلم عليه في ظلمة، وهو لا يدري أنه زيد، وقد يرتب الجاهل على الناسي، ويجعل الجاهل أولى بالحنث؛ لأن الجاهل الغالب في غروب الشمس يفتقر، والناسي لا يفطر، وعن أحمد - رحمه الله - في الصور روايتان كالقولين، ورواية ثالثة أن الحنث لا يحصل، لكن لا يقع الطلاق إذا وجد الفعل المعلق عليه على أحد هذه الوجوه، وردّ الأصحاب ذلك ونفوا الفرق، وفيه دليل على أنهم لا يرتضون ما يخفى عن اختيار القائل من وقوع الطلاق ونفي الحنث؛ لأن اليمين والمحافظة عليها أشبه بالعبادات، فيؤثر فيها النسيان، وإذا حكمنا بعدم الحنث، فهل ينحل اليمين فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن الفعل موجود حقيقة، وإنما لم يثبت حكم الحنث للعذر.

وأشبههما: وبه أجاب الصيدلاني: أنه لا ينحل اليمين؛ لأننا إذا لم نحثه، لم نجعل يمينه متناولاً لما وجد، إذ لو تناوله يحنث كما لو قال: لا أفعل طائعاً ولا مكرهاً، إذا لم يتناولها، ثم وجد ما يتناولها، لزم الحنث، وإذا حلف؛ لا يدخل الدار، فانقلب في نومه، وحصل في الدار، لم يحنث، وإن حُمل قهراً، وأدخل، فقد قيل هو على الخلاف فيما لو أكره حتى دخل لأنه حصل في صورتين الدخول بغير اختياره، والصحيح وهو المذكور في الكتاب: أنه لا يحنث؛ لأن اليمين انعقدت على دخوله، ولم يوجد منه الدخول لا طائعاً ولا مكرهاً، وإنما الموجود إدخاله الدار، ولذلك نقول: لا ينحل به اليمين، والحالة هذه، بلا خلاف، ولو حُمل بغير إذنه لكنه كان قادراً على الامتناع، فلم يمتنع، فالظاهر أنه لا يحنث أيضاً؛ لأنه لم يوجد منه الدخول، ومنهم من جعل سكوته بمثابة الإذن في الدخول، وبه قال مالك - رحمه الله - ولو حُمل بأمره، حنث، وكان كما لو ركب دابة ودخلها، ويصدق، أن يقال، والحالة هذه: دخلها على ظهر فلان كما يصدق أن يقال: دخلها راكباً.

وقوله في الكتاب «كل ما علقه على فعل نفسه» الحُكْمُ لا يختص بفعل نفسه، بل سواء كان فعله أو فَعْلَ غيره، فإذا وجد بالإكراه أو النسيان، ففيه الخلاف، هذا هو الظاهر، وفيه شيء قَدَمناه في «مسألة الحلف» على مفارقة الغريم.

وقوله «فيه قولان» معلم بالواو، للطرق المذكورة<sup>(١)</sup>، وكذا قوله «لم يحنث».

قَالَ الْعَرَالِيُّ: وَلَوْ سَلَّمَ عَلَى قَوْمٍ فِيهِمْ زَيْدٌ وَأَسْتَثْنَاهُ بِقَلْبِهِ أَوْ بِلَفْظِهِ لَمْ يَحْنَثْ، وَإِنْ لَمْ يَسْتَثِنِ حَنْثٌ عَلَى الصَّحِيحِ، وَلَوْ قَالَ: لَا أَدْخُلُ عَلَى زَيْدٍ فَدَخَلَ عَلَى قَوْمٍ هُوَ فِيهِمْ وَأَسْتَثْنَى بِقَلْبِهِ دُخُولَهُ فِيهِمْ وَجَهَانَ، وَإِنْ دَخَلَ وَلَمْ يَعْلَمْ فَقَوْلَانِ مُرْتَبَانِ عَلَى مَا إِذَا كَانَ وَحْدَهُ وَهُوَ جَاهِلٌ وَأَوْلَى بِالْأَخْتِ، وَإِنْ دَخَلَ لِشُغْلٍ آخَرَ وَلَمْ يَعْلَمْ أَنَّهُ فِيهِ وَكَانَ وَحْدَهُ فَالْتَّصُّ أَنَّهُ لَا يَحْنَثُ لِانْتِصَامِ الْجَهْلِ إِلَى صَارِفٍ عَنْهُ إِلَى الشُّغْلِ، وَفِيهِ قَوْلٌ مُخَرَّجٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ صَوْرَتَانِ:

إحدهما: إذا حَلَفَ؛ لا يُسَلِّمُ عَلَى زَيْدٍ، فَسَلَّمَ عَلَى قَوْمٍ فِيهِمْ زَيْدٌ، ولم يعلم أنه فيهم ففي الحنث قولاً حنث الناسي والجاهل، وإن علم أنه فيهم ونوى السلام عليه معهم، حَنْثٌ، وفيه ما حكينا عن «البيان» فيما إذا حلف لا يكلم فلاناً، ثم سلم على قوم، هو فيهم، وقصده بالسلام، وإن استثناه بلفظه فقال: إلا على فلان، لم يَحْنَثْ، وإن عزله واستثناه بنيته، فكذلك، وقد أراد، بالعام الخاص، ومنهم من أثبت فيه خلافاً يذكر في الصورة الثانية، وإن أطلق، ولم يقصد شيئاً، فعلى قولين ذكرناهما فيما إذا حَلَفَ لا يكلم فلاناً، فَسَلَّمَ عَلَى قَوْمٍ، هو فيهم، وأطلق، وقد يوجه المنع أيضاً بأنه لم يسلم عليه خاصةً، وهو المفهوم من مطلق لفظه، والظاهر الحنث، وقوله في الكتاب «ولو سلم على قوم فيهم زيد» يعني: فيما إذا حلف لا يسلم على زيد، ولم يستكمل ذكر الصورة اكتفاءً بما تقدم في قوله وصورة الجهل أن يقول: لا أسلم على زيد.

الثانية: لو قال: لا أدخل على زيد، فدخل على قوم هو فيهم، فاستثناه بقلبه، وقصد الدخول على غيره، ففيه طريقان:

أحدهما: وهو المذكور في الكتاب، وفي «التهذيب» أن فيه قولين أو وجهين:

أحدهما: أنه لا يَحْنَثُ؛ لأنَّ مقصوده الدُّخُولُ عَلَى غَيْرِهِ.

والثاني: يَحْنَثُ؛ لوجود صورة الدخول على الجميع، وأشار ابن الصَّبَّاحِ وَعَيَّزُهُ إِلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ مِنْ قَوْلَيْنِ لِلشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فِيمَا إِذَا حَلَفَ لَا يَكْلَمُ فَلاناً،



فسلم على قوم هو فيهم واستثناه بقلبه، هل يحنث؟ هكذا ذكره، وإذا تأملت كلامهم في تلك المسألة، وجدتهم مشيرين إلى القطع بأنه لا يحنث أو مصرحين به، ومنهم من يجعل الخلاف ههنا أضلاً، ثم يجريه في مسألة السلام، وكيف ما قدر، فالظاهر في الدخول أنه يحنث وفي مسألتني الكلام والسلام؛ أنه لا يحنث، والفرق أن الدخول فعل لا يدخله الاستثناء، فلا ينتظم أن يقول: دخلت عليكم إلا على فلان، ويصح أن يقول: سلمت عليكم إلا على فلان.

ولو دخل بيتاً، فيه زيد، ولم يعلم أنه فيه، فالحنث على القولين في الجاهل والناسي، ولو كان في جماعة، ولم يعلم، فقد رتب في الكتاب هذه الصورة على الصور السابقة، وجعلها أولى بالأحتمال؛ لأنه إذا لم يعلم به كان قصده الدخول على غيره، فينضم ذلك إلى الجهل، ولو كان زيد في البيت، ولم يعلم به، ودخل لشغل آخر من نقل متاع وغيره، فهذه الصورة أولى بعدم الحنث لانضمام قصد الشغل إلى الجهل، وذكر الإمام - رحمه الله - أن الشافعي - رضي الله عنه - نص في هذه الصورة على أنه لا يحنث، وأن الربيع خرج قولاً آخر، وجعله على الخلاف في النسيان والجهل.

وقوله «لانضمام الجهل إلى صارف عنه إلى الشغل» كأنه يعني عنه إلى صارف الدخول على أنه زيد إلى الشغل، والصارف هو قصد الشغل، وإن علم أنه فيه، وقصد الدخول؛ لشغل آخر، ففيه طريقان:

أحدهما: أنه كما لو كان معه غيره، فقصد الدخول على غيره.

والثاني: القطع بأنه يحنث؛ لأن هناك غيره مدخول عليه، فأمكن صرف الدخول إليه بالنية، والمتاع لا يمكن أن يكون مدخولاً عليه وللأول أن يقول: نعم، ولكن إذا دخل لنقل المتاع، أمكن أن يقال: لم يدخل على أحدكما، إذا دخل لنقل المتاع، لم يكن فيه زيد ولا غيره، وإن كان الحالف في بيت، فدخل عليه زيد، نظر؛ إن خرج الحالف في الحال، لم يحنث، وإن أقام، فقد بين الحنث على الخلاف في أن استدامة الدخول، هل هي دخول؟ إن قلنا: نعم، حنث، وإلا فلا، وأشير إلى طريقة أخرى قاطعة بأنه لا يحنث، وجهها ابن الصباغ بأننا إذا جعلنا استدامة الدخول كابتدائه، كانا كالداخلين معاً، فلا يكون أحدهما داخلاً على الآخر<sup>(١)</sup>. هذا ما اشتمل عليه الكتاب من أبواب «الأيمان» بشرحها ونختمه بأصول ماثورة وفروع مثورة في فضلين.

(١) قال النووي: الذي قاله ابن الصباغ حسن، والمذهب أنه لا يحنث. قال القاضي أبو الطيب ونص عليه في «الأم».

## الأول: «في الأصول».

لا ينعقد يمينُ الصبيِّ والمجنون، ولا يمينُ المكْرَه، رُوِيَ أن النبيَّ - ﷺ - قال: «لَيْسَ عَلَيَّ مَقْهُورٌ يَمِينٌ»<sup>(١)</sup> وفي يمين السكرانِ الخِلافُ المذكور في الطلاق، و ينعقد يمين الكافر. حَلَفَ؛ لا يدخل الدَّارَ، ثم قال: أردتُ شهراً أو يوماً، فإن كانتِ اليمينُ بالطلاق أو العتاق، لم يقبل في الحكم، ويُدَيَّنُ فيما بينه وبين الله تعالى، ويلحق بهما الإيلاء، لتعلقه بحق الآدمي، وإن كانتِ اليمينُ بالله تعالى، ولم يتعلَّقَ بحق الآدمي، قُبِلَ ظاهراً وباطناً؛ لأنه أمين حقوق الله تعالى، وعن أبي حنيفة: أنه تَلْعُونِيَةَ التَّاقِيَةِ ولو حلف لا يكلم أحداً، ثم قال: أردتُ زيداً أو مَنْ سِوَى زيدٍ أو لا يأكل طعاماً، ونوى طعاماً بعينه، تَخَصَّصَتِ اليمينُ، ورُوِيَ عن أصحابِ أبي حنيفة خلافةُ عن القفال، قال: سمعت الشيخَ أبا زَيْدٍ يقول: لا أدري على ماذا بنى الشافعي - رضي الله عنه - مسائلَ الإيمَانِ، إن كان يتَّبَعُ اللُّغَةَ فمن حلف لا يأكل الرُّؤوسَ، ينبغي أن يحنث برأس الطير والحيتان، وإن اتبع العُرْفَ والعادة، فأصحاب القُرَى لا يُعَدُّون الخيامَ، بيوتاً، وقد قال الشافعي - رضي الله عنه - الفرق بين القَرَوِيِّ والبَدَوِيِّ، وقد قَدَّمنا ما يتهد به الفرق بين هاتين المسألتين، وفيهما ما يتبين أنه يتبع قضيَّة اللغَة تارةً، وذلك عند ظهورها وشمولها، وهو الأصل، والعُرْفُ عند الاستمرار والإطْرَادِ أُخْرَى.

اللفظ الخاص في اليمين لا يتعمَّم بالسبب والنية، والعام قد يتخصَّص:

مثال الأول: إذا مَنْ على غيره بما نال منه، فقال: والله أشرب لك بعد هذا ماءً من عطش، ينعقد اليمين على الماءِ خاصةً، ولا يحنث بأكل طعامِهِ، ولبس ثيابه، وإن نوى أنه لا ينتفع بشيء منه فالمنازعة الجارية بينهما تقتضي ما نواه، وإنما تؤثر النية، إذا احتمل اللفظ المنويُّ بجهة يتجوَّزُ بها، وعند مالك، يحنث بكل ما ينتفع به من ماله، قال الشيخ أبو حامد، وأصل الخِلاف أن الاعتبار عندنا باللفظ ويُرَاعَى عمومُه، وإن كان السبب خاصاً، وخصوصه وإن كان السبب عاماً، وعنده الاعتبار بالسبب دون اللفظ، وأما تخصيص العام، فتارةً يكون بالنية، كما ذكرنا فيما إذا قال: لا أكلم أحداً، وتارةً يعرف الاستعمال، كما مرَّ في قوله: لا أكل الرُّؤوس وتارةً يعرف بالشرع، كما يحمل قوله «لا أصلي» على الصلاة الشرعية.

(١) رواه الدارقطني [١٧١/٤] من حديث وائلة بن الأسقع وأبي أمامة، وفيه الهياج بن بسطام، وهو متروك، وشيخه عنبسة متروك أيضاً مكذب، ثم هو من رواية الدارقطني عن شيخه أبي بكر محمد ابن الحسن النقاش المقرئ المفسر، وهو ضعيف عنده، وقد كذب أيضاً، واحتج البيهقي في هذه المسألة بحديث عائشة: لا طلاق ولا عتاق في إغلاق.

اللفظ بحقيقته، ويُضَرَفُ إلى المَجَازِ تارةً بالنية، كما إذا قال: لا أدخل دار زيد، وقال: أردتُ ما يسكنه، فيُقْبَلُ في الحلف بالله، ولا يقبل في الحُكْم، إذا حلف بالطلاق والعتاق، وذكر ابنُ الصَّبَاغِ وغيره - رحمهم الله - تارةً يكون المجاز متعارفاً، وكون الحقيقة بعيدةً، ومثله القاضي الحُسين بما إذا حَلَفَ، لا يأكل من هذه الشجرة، تُحْمَلُ اليمينُ على الأكل من ثمرتها، ولا تُحْمَلُ على الأوراق والأغصان، فإن كانت الحقيقة متعارفةً، حُمِلَت اليمين عليها كما إذا قال: لا آكل من هذه الشاة، تحمل اليمين على الأكل من لحمها، فلا يحث بالأكل من لبنها ومن لحم نتاجها.

ذكر القاضي ابنُ كج - رحمه الله - أنه إذا قال: والله لا دخلتُ الدار، والله لا دخلتُ الدارَ، ونوى التأكيد، فهو يمين واحد، وإن نوى بالثاني يميناً آخرى، وأطلق، فيلزمه بالحث كفارةً أو كفارتان؟ فيه وجهان، وأنه لو قال: والله، لا دخلتُ الدارَ، لا دخلتُ الدار، ولم يُعِد اسم الله، فهو يمين واحدةً، إن نوى التأكيد، وكذا إن أطلق على الظاهر، وإن نوى الاستئناف، قال: عندي أن الجواب كذلك، وجعله أبو الحُسين على وجهين عن الحُلَيْمِيِّ: أن اليمين المعقودة على المملوك المضاف يعتمد المالك دون المملوك، والمعقود على غير المملوك المضاف دون المضاف إليه، فإذا حلف، لا يكلم عبيد فلان، ولا عبُد له، ثم ملك عبيداً فكلمهم، يحث، ولو حلف؛ لا يكلم بنيه، ولا ابن له، ثم ولد له بنون، فكلمهم، لا يحث؛ لأنهم لم يكونوا موجودين يوم حلف، حلف لا يكلم الناس ذكر ابنُ الصَّبَاغِ وغيره - رحمهم الله - أنه يحث إذا كلم واحداً، كما إذا قال: لا آكل الخُبْزَ، يحث بما أكل من الخبز.

ولو حلف لا يكلم ناساً ذكر بعض الأصحاب - رحمهم الله - أن اليمين ينصرف إلى ثلاثة، ويوافق الأول ما في كتب أصحاب أبي حنيفة أن لفظ الجمع، إذا دخله لامُ التَّغْرِيفِ، كان للجنس حتى إذا قال: إن تزوجتُ النساء أو اشتريتُ العبيد، فامرأتي طالق، وقع الطلاق بتزوج امرأة واحدة وشراء عبُد واحد، ولفظ «الناس» لفظ جمع ويوافق الثاني ما ذكروا أنه لو قال: إن تزوجتُ نساءً أو اشتريت عبيداً، حُومِلَ على ثلاثة.

في كتب أصحاب أبي حنيفة - رحمهم الله - أن المَعْرِفَةَ لا تدخل تحت النكرة لمغايرتها، فإذا قال: لا يدخلُ داري واحداً أو لا يلبس قميصي، دخل فيه غيرُ الحالف، ولم يدخل الحالف؛ لأنه صار مُعْتَرِفاً بإضافة الدار والقميص إلى نفسه، وذكر؛ لو عرف نفسه بإضافة الفعل، كما إذا قال: لا ألبس هذا القميص أحداً أو عرف غيره بإضافة الفعل إليه، فقال: لا يدخل دار فلان أحد، ولا يلبس قميصه، لم يدخل المضاف إليه؛ لأنه صار معرّفاً، وكذا لو قال: لا يقطع هذه اليد أحد، وأشار إلى يده، لم يدخل هو؛

لأنه متصل به، فصارُ معرفاً، وقد يتوقَّف في هذه الصور الأخيرة، والسابق إلى الفهم مما قبلها ما ذكره، ويجوز أن يخرج الصور الأولى على الخلاف في أنَّ المخاطب، هل يندرج تحت الخطاب؟.

وفيها أن كلمة «أو» إذا دخلت بين نفيين، اقتضت انتفاءهما، كما قال تعالى: ﴿وَلَا تَطِغْ مِنْهُمْ أَيْمًا أَوْ كُفُورًا﴾ [الإنسان: ٢٤] وإذا دخلت بين إثباتين، اقتضت ثبوت أحدهما، فإذا قال: لا أدخل هذه الدار أو حذف «لا» أدخل هذه الدار، فأيتهما دخل، حنث، ولو قال: لأدخلن هذه الدار أو هذه الدار الأخرى، يَبَرُّ بدخول واحدةٍ منهما، ولو قال: لا أدخل هذه الدار أبداً أو لا أدخل هذه الأخرى اليوم، فمضى اليوم، ولم يدخل واحدةٍ منهما، يحنث؛ لأن عدم دخول الأولى أبداً شرطٌ للبرِّ، وعدم دخول الثانية في ذلك اليوم شرط الحنث، فإذا وُجِدَ شرط الحنث، حنث، ويشبه أن يُقال: إذا دخلت بين نفيين، كَفَى للبرِّ ألا يدخل واحدةٍ منهما، ولا يضرُّ دخول الأخرى كما أنها إذا دخلت بين إثباتين، كفي للبرِّ أن يدخل واحدةٍ منهما، ولا يضرُّ ألا يدخل الأخرى، وإذا قال: لا أدخل هذه الدار أبداً أو لأدخلن الدار الأخرى اليوم، فإن دخل الأخرى اليوم، بَرَّ، وإن لم يدخلها اليوم، ولم يدخل الأخرى أبداً يَبَرُّ أيضاً، وفي «الإقناع» للماوردي أنه إذا قال: أكلتُ خبزاً أو لحمًا يرجع إلى إرادته منهما، فيتعلق اليمين به .

### والفصل الثاني: «في الفُرُوع».

حلف؛ لا يدخل هذه، وأشار إلى دارٍ، فانهدمت، حنث بدخول عَرَصَتِهَا، ولو قال: لا أدخل هذه الدار، فانهدمت، يُنظر؛ إن بقي أصول الحيطان والرسوم، حنث بدخولها، وإن صارت فضاءً، فدخلها، لم يحنث على المشهور، وجعله الإمام على الوجهين، فيما إذا قال: لا أكل هذه الحنطة، فأكل دقيقتها أو خبزها، وكذا لو قال: لا أدخل داراً، فدخل عرصة كانت داراً، وكذا لو حلف على لَفْظِ البيت، وقال أبو حنيفة في الدار المعينة: يحنث، إذا دخل عرصتها، ووافقنا في الدار المطلقة في البيت، وقال أحمد: يحنث في الدار والبيت، إذا كانا معيَّنين، ولو جعلت الدار مسجداً أو بستاناً أو حماماً، لم يحنث بدخوله، ولو أعيدت الدار بغير الآلة الأولى، فدخلها، لم يحنث، وإن أعيدت بتلك الآلة، فوجهان.

حلف لا يَشْمُ الرياحان، يحنث بشم الضميران<sup>(١)</sup> دون الورد والبنفسج والياسمين والنرجس والمرزنجوش والزعفران، ويُمكن أن يُقال: هذا فيما إذا عرف الرياحان، أما إذا قال: لا أشم ريحاناً، فيحنث بها جميعاً، فلا يستبعد إطلاق اسم الرياحين عليها،

(١) هو الرياحان الفارسي، وهو الضومرآن، والضميرآن. ينظر: المعجم الوسيط ١/٥٤٤.

ولو حلف؛ لا يَشْمُ مَشْموماً، حَنَيْتَ بِشْمٍ جَمِيعَ ذَلِكَ، وَلَا يَحْنُتُ بِشْمِ الْمَسْكِ وَالْكَافُورِ وَالْعُودِ وَالصَّنْدَلِ<sup>(١)</sup>، ولو حلف؛ لا يَشْمُ الْوَرْدَ وَالْبِنْفَسَجَ، فَشَمَهُمَا بَعْدَ الْجَفَافِ، فَفِيهِ وَجْهَانِ، وَلَا يَحْنُتُ بِشْمِ دَهْنَهُمَا، خِلَافاً لِأَبِي حَنِيفَةَ فِي دُهْنِ الْبِنْفَسَجِ، وَلَا حَمْدَ فِيهِمَا جَمِيعاً.

حلف لا يستخدم فلاناً، فخدمه من غير أن يَطْلُبَ الْحَالِفُ، لا يحنث؛ خلافاً لِأَبِي حَنِيفَةَ فِي عَبْدٍ نَفْسِهِ.

حلف لا يتسرّى ففيه ثلاثة أوجه عن ابن سُرَيْجٍ:

أظهرهما: وَيُحْكِي عَنْ نَصِهِ فِي «الأم» أَنَّ التَّسْرِيَّ يَخْضَلُ بِثَلَاثَةِ أُمُورٍ: بِسْتَرِ الْجَارِيَةِ عَنْ أَعْيُنِ النَّاسِ، وَالْوَطْءِ وَالْإِنْزَالِ.

والثاني: يكفي التستر والوطء وبه قال أبو حنيفة.

والثالث: يكفي الوطاء، وبه قال أحمد.

حلف؛ لا يقرأ القرآن، فقرأ جُنُباً، حنث، وإن حلف؛ ليقرأ، فقرأه جُنُباً بَرًّا، بِخِلَافِ مَا لَوْ نَذَرَ أَنْ يَقْرَأَ، فقرأ جُنُباً؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ النَّذْرِ التَّقَرُّبُ، وَالْمَعْصِيَةُ لَا يَتَقَرَّبُ بِهَا وَإِنْ حَلَفَ أَنْ يَقْرَأَ، بَرًّا بِالْقِرَاءَةِ جُنُباً وَإِنْ عَصَى، وَإِنْ نَذَرَ أَنْ يَقْرَأَ جُنُباً، لَعَا نَذْرَهُ.

في «فتاوى القائل» وغيره - رحمهم الله - أنه إذا قال (بخدائي سوگند خوردم كه به فلان سخن نگويم)<sup>(٢)</sup> فهو يمين، لأنه إذا اقتصر على قوله (بخدای)<sup>(٣)</sup> كان يمينا، وقوله (سوگند بخدای اگر بخانه اندر شوم)<sup>(٤)</sup> ولم يكن يمينا فإنه ترجمة قول القائل: بالله، إن دخلت الدار، وليس هذا كلاماً تاماً في نفسه بخلاف ما إذا قال: (بخدای کی من بخانه اندر شوم)<sup>(٥)</sup> وأنه لو قال: لا أصلي على هذا المصلي، ففرش عليه ثوباً، وصلى فوقه، فإن نوى أنه لا يباشره بقدميه وجبهته وثيابه، لم يحنث، وإلا، حنث، كما لو قال: لا أصلي في هذا المسجد، فوقف على حصيرة وصلي، ولو علّق به الطلاق، ثم قال:

(١) قال في الخادم: موضع الحنث ما إذا اجتذب الرائحة بخياشيمه حين شمها فلم يحمل النسيم الرائحة حتى شمها لم يحنث. قاله الماوردي، قال: لأن شمها بهبوب النسيم ليس من فعله وشمها باجتذاب خياشيمه من فعله.

(٢) جملة فارسية معناها: أقسمت بالله ألا أتحدث مع فلان.

(٣) كلمة فارسية معناها: بالله.

(٤) جملة فارسية معناها: أقسم بالله إنني لو دخلت البيت.

(٥) جملة فارسية معناها: بالله متى أدخل البيت.

أردت أنني لا أباشره، دُيِّنَ، ولم يقبل في الحكم، وأنه إذا حلف؛ لا يكلم فلاناً شهراً، وهو في خلال شهر هلالِيٍّ، يحنث بثلاثين يوماً، وإن لم يَبْتَقِ منه إلا يومٌ، وإن حلف في خلال اليوم الأخير، وخرج الشهر بعده ناقصاً كفاه ذلك، وأنه إذا حَلَفَ لا يكلم فلاناً، فولأه ظهره، وقال: يا فلانُ، افعَلْ كذا، حَنِثَ، ولو أقبَل على الجِدَارِ، وقال: يا جدارُ، افعَلْ كذا، لم يَحْنِثْ، وإن كان غَرَضُهُ إِفْهَامَ ذَلِكَ الرَّجُلِ، وكذا لو أقبَل على الجِدَارِ، ولم يقل: يا جدارُ، ولا يا فلانُ، وأنه لو حلف، لا يلبس ثوباً من غزلها، فرقع برقعة كِرْبَاسٍ من غزلها، حنث، وعن أبي عاصم العبادي: أنه لا يحنث، وتلك الرقعةُ تتبع الثوب<sup>(١)</sup>.

ولو تكوّر بعمامة نسجت من غزلها، حَنِثَ، إن حلف بالعربية، وإن حلف بالفارسية، فلا، وإن أَلْتَحَفَ بلحاف من غزلها، لم يحنث<sup>(٢)</sup>، وأنه لو حَلَفَ؛ لا يفعل كذا، فُجِنَ، وفعله في حال جنونه، ففي الحنث قولان، وفي «المبتدأ» في الفقه للقاضي الروياني: أنه لو قال: لا أدخل حانوتَ فلانٍ، فدخل الحانوت الذي يعمل فيه، وهو مِلْكٌ لغيره، لا يحنث، هكذا قال الشافعي - رضي الله عنه - قال: والفتوى أنه يحنث؛ لأنه لا يراد به إلا الذي يسكنه، وَيَعْمَلُ فيه.

إذا قيل له: كَلِمَ زَيْدًا اليوم، فقال: والله لا كلمته، فاليمين على الأبد إلا أن ينوي اليوم، فإن كان ذلك في الطلاق، وقال: أردت اليوم، لم يُقْبَل في الحكم<sup>(٣)</sup>.

وعن أصحاب أبي حنيفة - رحمهم الله - أن اليمين ينعقد على اليوم، وفي كتبهم: أنه لو قال: وسلطان الله، فهو يمين، إن أراد به القدرة، وإن أراد به المقدور، فلا، وبه نقول، وأنه لو قال: ورحمة الله وغيظه، لم يكن يميناً، ويشبه أن يُقَالَ: إن أراد إرادة النعمة، وإرادة العقوبة، فهو يمين، وإن أراد الفعل، فلا، وأنه لو حلف؛ لِيُضْرِبَنَّ امرأته حتى يُعَسَى عليها، أو تبول، فهذا على الحقيقة، ولو قال: حتى أقتلها أو ترفع ميتة، حمل على أشد الضرب ويظهر على أصلنا الحمل على الحقيقة أيضاً، ولو حلف؛

(١) قال النووي: قول أبي عاصم هو الصحيح، لأنه لا يسمى لابساً ثوباً من غزلها. والله أعلم.  
قال الأذري في القوت: أما الترجيح فظاهر وأما نسبه إلى أبي عاصم العبادي فسهو، والذي في نسخ فتاوى القفال وإن رفع ثوبه برقعة كرباس من غزلها وإن قلت، حنث. وقال أبو عاصم العامري لا يحنث لأن تلك الرقعة اليسيرة تابعة لثوبه، وكانت المسألة خلافاً بين المصنف والقاضي. انتهى كلام المعلق للفتاوى وأبي عاصم العامري حنفي المذهب قطعاً كان قاضي خراسان زمن القفال.

(٢) قال النووي: يجيء فيه الخلاف السابق في التندر.

(٣) قال النووي: الصواب قبوله في الحكم كما سبق في نظائره في كتاب الطلاق.

ليضربنَّها في كلِّ حقٍّ وباطلٍ، فهذا على الشكاية بحق أو باطل، ويمكن أن يحمل على ما يوجد منها من حق وباطل، ولا يعتبر الشكاية، وأنه لو حَلَفَ، لا يدخل هذه الخيمة، فقلعت، وضربت في موضع آخر، فدخلها، حنث، ولو حلف؛ لا يجلس على هذه الأسطوانة أو الحائط فأعيد بناؤهما بعد النقص، وجلس على المُعاد، لم يحنث، وكذا لو حلف على مقص أو سكين أو سيف، فكسر وأعيدت الصنعة، ولو نزع مسماراً لمَقْصُ ونصاب السكين، وأعيد نصاب آخر، ومسماز آخر، يحنث، ولو حلف لا يقرأ في هذا المُضْحَف، فحطه، ثم قلبت أوراقه، فقرأ فيه، حنث، ولو حلف، لا يدخل هذا المسجد، فزيد فيه، فدخل موضع الزيادة، لم يحنث، ولو حلف؛ لا يدخل مسجداً بنى فلان، فزيد فيه، فدخل موضع الزيادة، حنث، ولو حلف؛ لا يكتب بهذا القلم، فكسره، ثم براه، وكتب به لم يحنث، وبأجوبتهم نُجيب إلا في هذه الصورة الأخيرة<sup>(١)</sup>.

وأنه لو حلف؛ لا يأكل من كسب فلان، فكسبه ما يملكه من المباحات، وبالعقود دون ما يرثه، ولو اكتسب فلان شيئاً، ومات، فورث منه، ثم أكل منه الحالف، حنث، ولو انتقل إلى غيره بشراء أو وصية، لم يحنث؛ لأن ما قبله غيره ولم يصير مكتسباً له، فيبقى مكتسباً للأول، ويكون كما إذا قال: مما زرع، فأكل مما زرعه، وباعه من غيره، يحنث، ولك الألف تفرق بينهما، ويُشترط لمكتسبه أن يكون باقياً في ملكه، وقد يتردد فيما يدخل في ملكه باحتطاب عبده<sup>(٢)</sup> وقبوله الهبة والوصية، فيجوز أن يلحق بما يدخل في ملكه إرثاً، ويجوز أن يُقال: يملك العبد أو إمساكه اكتساب لما يستفده، ويجوز أن يفرق بين أن يكون العبد مُكْتَسَباً أو موروثاً، وأن الحلواء كل حلو ليس في جنسه حامض نحو الخبيص، والعسل والسكر، دون العنب والإجاص<sup>(٣)</sup> والرُّمان، والأشبه أن يشترط في إطلاق الحلو أن يكون معمولاً، وأن يخرج معه العسل

(١) قال النووي: في موافقتهم في مسألة زيادة المسجد نظر، وينبغي ألا يحنث بدخولها؛ لأن اليمين لم يتناولها حالة الحلف. وأما قول الإمام الرافعي: إنا نخالفهم في مسألة القلم، فليس كما قال، بل مذهبنا فيها كما ذكره قال القاضي أبو الطيب في كتاب الصلح من تعليقه: ولو حلف لا يكتب بهذا القلم وهو مبري فكسره، ثم براه وكتب به، لم يحنث، وإن كانت الأنبوية واحدة، لأن القلم اسم للمبري دون القصة، وإنما تسمى القصة قبل البري قلماً مجازاً، لأنها ستصير قلماً، قال: وكذا إذا قال: لا أقطع بهذا السكين، فأبطل حدها، وجعله في ظهرها، وقطع بها، لم يحنث. قال: ولو حلف: لا يستند إلى هذا الحائط، فهدم، ثم بني واستند، إن بني بتلك الآلة، حنث، وإن أعيد بغيرها أو ببعضها، لم يحنث.

(٢) في ز: عنده.

(٣) شجر من الفصيلة الوردية ثمره حلو لذيد، يطلق في سورية وفلسطين وسيناء على الكمثرى وشجرها. وكان يطلق في مصر على البرقوق وشجره، معرب. ينظر: المعجم الوسيط ٧/١.

والسكر، فالحلو غير الحلواء<sup>(١)</sup>، وأن الشواء يقع على اللحم خاصةً ولا يدخل فيه السمك المشوي، وهذا كما أن اسم اللحم لا يقع على السمك، وأن الطبخ يقع على اللحم، يجعل في الماء، ويطبخ، وعلى مرقة، وعن بعضهم أنه يقع على الشحم أيضاً، ولو طبخ أرز أو عدس بودك<sup>(٢)</sup>، فهو طبخ، ولو طبخ بزيت أو سمن، فليس بطبخ<sup>(٣)</sup>، وذكر أبو الحسن العبادي في «الرقم»: أنه إذا حلف؛ لا يأكل المرق، فهو ما يطبخ باللحم أي لحم كان، لا ما يطبخ بالكركش والبطون، والشحم على وجهين، وإن حلف؛ لا يأكل المطبوخ، يخنث بما يطبخ بالنار، أو أعلى، ولا يحنث بالمشوي الطباهجة<sup>(٤)</sup> مشوية، ويحتمل غيره.

وأن الغداء من طلوع الفجر إلى الزوال، والعشاء من الزوال إلى نصف الليل، والسحور ما بين نصف الليل إلى طلوع الفجر، ومقدار الغداء والعشاء أن يأكل أكثر من نصف الشبع، ولو حلف ليأتين غدوة، فهذا بعد طلوع الفجر إلى نصف النهار، والضحوة بعد طلوع الشمس من الساعة التي يحل فيها الصلاة إلى نصف النهار، والصبح ما بعد طلوع الشمس إلى ارتفاع الضحى، وقد يتوقف في كون العشاء من الزوال وفي مقدار الغداء والعشاء، وفي امتداد الغدوة إلى نصف النهار، وفي أن الضحوة من الساعة التي تحل فيها لاصلاة.

وأنه، لو حلف؛ لا يكلم فلاناً، فنبهه من النوم، حنث، وينبغي أن يفرق بين أن يكون عالماً أو جاهلاً، وأنه لو قال: لا أكلمه اليوم ولا غداً، لم تدخل الليلة المتخللة في اليمين، ولو قال: لا أكلمه اليوم وغداً، دخلت، والوجه التسوية بينهما، ولو قال: لا أكلمه اليوم وسنة أو شهراً فعليه أن يدع الكلام في ذلك اليوم، كلما دار في السنة أو الشهر.

ولو قال في يوم السبت لا أكلمه اليوم، يعني في السبت عشرة أيام، فاليمين على سبتين، وكذا لو قال: ولا أكلمه يوم السبت يومين، ولو حلف؛ لا يكلم فلاناً الشتاء، فأول ذلك إذا لبس الناس الحشو والفراء، وآخره إذا ألقوها في البلد الذي حلف فيه، والصيف على خلاف ذلك، والربيع آخر الشتاء ومستقبل الصيف إلى أن يبس العشب،

(١) قال النووي: هذا الذي اختاره الرافعي رحمه الله هو الصواب، وفي الحديث الصحيح: كان يحب الحلواء والعسل.

(٢) هو الاسم، أو دسم اللحم ودهنه الذي يستخرج منه، وشحم الآلية والجنبيين في الخروف والعجل، يسلاً ويستعمل إهالة لحبر الطباخة. ينظر: المعجم الوسيط ١٠٢٢/٢.

(٣) قال النووي: الصواب أن التل طبخ.

(٤) ضرب من قلي اللحم، وهو فارسي معرب.



والخريفُ فصلٌ بين الشتاء والصيف، والظاهرُ عندنا حَمَلُهَا عَلَى المُدَدِ المعلومة، ولو قال: أَكَلْتُهُ يوماً ولا يومين، فاليمين على يومين، فلو كلمه في اليوم الثالث لا يحنث، وهذا ما أورده أبو الحسن العبادي؛ قال: ولو قال يوماً ويومين، فاليمين على ثلاثة أيام؛ لأنه عطف مبتدأ، وأنه لو حلف؛ لا يكلم فلاناً وفلاناً أو فلاناً يحنث بكلام الثالث، أو كلام الأولين، ولكن يجوز أن يريد ألا يكلم الأول، ولا أحد الآخرين، وحينئذٍ، فيحنثُ بكلام الأول، أو بكلام أحد الآخرين، وينبغي أن يراجع.

ولو قال: لا أكلم فلاناً أو فلاناً، وفلاناً يحنث بكلام الأول أو كلام الآخرين، لكن يجوز أن يريد أنه لا يكلم الثالث، ولا يكلم أحد الآخرين، وحينئذٍ، فيحنث بكلام الثالث، أو بكلام أحد الأولين، وأنه لو حلف؛ لا يساكنه في الدنيا، ذكر أصحابنا وجهين في أنه إذا نوى ألا يسكن هو، والمحلوف عليه في البلدة، هل يُحْمَلُ اليمين على ما نوى؟ وجه المنع أن ذلك ليس<sup>(١)</sup> بمساكنة، وإذا نوى ما لا يُطَابِقُ اللفظ، لم تعمل النية بمجردها، وقاسوه على ما إذا قال: لا أساكنه، وزعم أنه أراد المساكنة في إقليم، وأنه لو حلف ليهدمن هذه الدار، فهدم سُقُوفَهَا، بَرَّ، ويجوز أن يُقَالَ: ينبغي ألا يبقى ما يسمّى داراً، ولو حلف ليهدمن هذا الحائط، أو لينقضه فهذا على أن يهدم حتى لا يبقى منه شيء يُسَمَّى حائطاً، والكسر لا يعتبر فيه ما يزيل اسم الحائط، وأنه لو حلف، لا يرتكب حراماً، فهو الزنا، فإن كان الحالف خصياً أو مجبوراً، فعلى القُبْلَةِ الحَرَامَ ونحوها، ولو حلف، لا يطا امرأةً وطناً حراماً، فوطيء امرأته، وهي حائض أو مظاهراً منها، لا يحنث، ولا نساعدهم في المسألتين.

في فتاوى الفقيه أبي الليث: أن قوله «حقاً أ فعل كذا» ليس بيمين عند بعضهم، كقوله «صدقاً» وقال آخرون: هو يمين، فإن الحق هو الله تعالى، فكأنه قال الله أ فعل كذا، وينبغي أن يجعل كناية، ويراجع، وأن بعضهم سُئِلَ عن قَصَارِ ذهب من حانوته ثوب، فَتَّهَمَ أجيراً له، وقال: (تومر ازيان كردى)<sup>(٢)</sup> فقال (من ترا زيان كردم)<sup>(٣)</sup> وحلف عليه، وكان قد أخذ الثوب، وهو لغير القصار، فقال: أخشى أن يحنث؛ لأن مراد القصار الخيانة فيما في يده لا حَقِيْقَةُ المَلِكِ، وقد يوجه أيضاً بأن أخذ الثوب من حانوته إضرار به؛ لأنه يسوء الظن به، ويقع في معرض التهم، واللفظ مطلق للإضرار لا الإضرار في المملوك، وأن بعضهم قال: إذا حلف؛ ألا يأكل من مال فلان، ثم تناهدها هذا، فأكل الحالف من ذلك، قال: لا يحنث؛ لأنه أكل في عرف الناس من مال نفسه، ولينظر، أكان مال فلان مخلوطاً بماله، فأكل منه أو أكل من مال فلان خاصة،

(٢) جملة فارسية معناها: لقد آذيتني (ألحقت الضرر بي).

(١) سقط من: أ.

(٣) جملة فارسية معناها: لقد آذيتك.

فالمشاهدان تارةً يخلطان، وتارةً يتناوبان على احتضار الطعام، وينجّرُ النظر إلى أن الضيف يأكلُ مالَ المضيفِ أو يملك ما يتناوله.

وأنه لو حلف؛ لا يزور فلاناً حياً وميتاً، فشيح جنازته، لا يحث، وبه نقول.

وأنه لو حلف لا يصطاد، ما دام الأمير في البلد، فخرج الأمير منها، فاصطاد، ثم رجع الأمير، فاصطاد، لم يحث؛ لأنه لما خرج من البلدة، سقطت اليمين، وأن بعضهم قال: لو قال: بسم الله، لأفعلن كذا، فهو يمين، ولو قال: بصفة الله تعالى، فلا؛ لأن الأول من أيمان الناس؛ ألا ترى أن القائل يقول: «بِسْمِ الَّذِي أَنْزَلَتْ مَنْ عِنْدِهِ السُّورُ وَلَكِ أَنْ تَقُولَ: إِذَا قُلْنَا الْاسْمَ هُوَ الْمَسْمِيُّ، فَالْحَلْفُ بِاللَّهِ تَعَالَى، وَكَذَا إِنْ جَعَلَ الْاسْمَ صَلَةً، وَإِنْ أَرَادَ بِالْاسْمِ التَّسْمِيَةَ، لَمْ يَكُنْ يَمِينًا، وَقَوْلُهُ: «بِصِفَةِ اللَّهِ» يَشْبَهُ أَنْ يَكُونَ يَمِينًا إِلَّا أَنْ يَرِيدَ الْوَصْفَ، وَأَنَّهُ لَوْ حَلَفَ؛ لَا يَرْكَبُ، فَرَكَبَ ظَهَرَ إِنْسَانٍ، فَعَبَّرَ عَلَى النَّهْرِ، يَحْنُثُ، وَأَنَّهُ لَوْ حَلَفَ؛ لَا يَفْتَحُ سِرَاوِيلَهُ عَلَى امْرَأَتِهِ، فَإِنْ أَرَادَ جَمَاعَهَا، فَقَدْ حَلَفَ عَلَى تَرْكِ الْمَجَامِعَةِ، فَهُوَ مَوْلٍ، وَإِنْ لَمْ يَرِدْ ذَلِكَ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَفْتَحَ سِرَاوِيلَهُ لِبَوْلٍ أَوْ غَائِطٍ، ثُمَّ يَجَامِعُهَا إِنْ شَاءَ، فَإِنْ فَتَحَهُ لِلْجَمَاعِ، فَلَا يَزُومُ أَنْ يَحْنُثُ، وَفِي «الرَّقْمِ» لِأَبِي الْحَسَنِ الْعَبَادِيِّ: أَنَّهُ لَوْ حَلَفَ؛ لَا يَأْكُلُ الْحَلْوَاءَ، حَنْثٌ بِالْمَتَخَذِ مِنَ الْفَائِذِ وَالسُّكَّرِ وَالْعَسَلِ وَالذَّبْسِ وَالْقَنْدِ<sup>(١)</sup>، وَفِي اللَّوْزِينِجِ وَالْجَوْزِينِجِ<sup>(٢)</sup> وَجِهَانِ، وَفِي فَتَاوَى صَاحِبِ الْكِتَابِ: أَنَّهُ لَوْ حَلَفَ، لَا يُدْخِلُ دَارَهُ الصُّوفَ، فَادْخَلَ كِبْشاً عَلَيْهِ صَوْفٌ، لَمْ يَحْنُثْ، وَكَذَا لَوْ حَلَفَ؛ لَا يُدْخِلُ بَيْضاً، فَادْخَلَ دِجَاجَةً، فَبَاضَتْ فِي الْحَالِ وَأَنَّهُ لَوْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ مَعَهُ تَحْتَ سَقْفٍ، فَقَعْدَ تَحْتَ أَزْجِ<sup>(٣)</sup>، حَنْثٌ، وَأَنَّهُ لَوْ حَلَفَ؛ لَا يَفْطَرُ، فَمَطْلُوقٌ هَذَا يَنْصَرَفُ إِلَى الْأَكْلِ وَالْوَقَاقِ وَنَحْوَهُمَا، وَلَا يَحْنُثُ بِالرِّدَّةِ وَالْجُنُونِ وَالْحِيضِ وَدُخُولِ اللَّيْلِ، وَعَنْ الْقُقَالِ: أَنَّهُ لَوْ قَالَ لغيره (بخداى كه من نگذارم باتو ازاين، خانه بيرون فقام) شون<sup>(٤)</sup> ذلك الغير؛ ليخرج، فإن لم يتعلّق به، ولم يمنعه من الخروج حتى خرج، حنث، وإن تعلّق به، فغلبه، وخرج، لم يحنث.

وإن في نذر اللجاج؛ لو كان الملتزم صوم ثلاثة أيام، وقلنا: الواجب عليه كفارة يمين، وكان مُغْسِراً، فصامها بنية ما التزم، لا بنية الكفارة، لا يجزئه عن الكفارة.

(١) هو عسل قصب السكر إذا جمد.

(٢) هو بناء مستطيل مَقْوَسُ السَقْفِ، جمعه: أَرْجَجٌ، وَأَزْجَجٌ. ينظر: المعجم الوسيط ١/١٥.

(٤) جملة فارسية معناها: بالله لن أسمح بخروجك من هذا المنزل.

## كِتَابُ النَّذُورِ

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَالنَّظَرُ فِي الْأَرْكَانِ وَالْأَحْكَامِ: وَالْأَرْكَانُ ثَلَاثَةٌ: الْمُلْتَزِمُ وَاللَّفْظُ وَالْمُلْتَزِمُ أَمَّا الْمُلْتَزِمُ: فَهُوَ كُلُّ مَكْلُوفٍ لَهُ أَهْلِيَّةُ الْعِبَادَةِ، وَلَا يَصِحُّ نَذْرُ الْكَافِرِ لَكِنَّ الْأَحَبَّ إِذَا أَسْلَمَ أَنْ يَفِي بِهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿يُؤْفُونَ بِالنَّذِيرِ﴾ [الإنسان: ٧] ﴿وَلْيُؤْفُوا نَذُورَهُمْ﴾ [الحج: ٢٩] وعن النبي - ﷺ - ﴿مَنْ نَذَرَ أَنْ يُطِيعَ اللَّهَ فَلْيُطِعهُ وَمَنْ نَذَرَ أَنْ يَعْصِيَ اللَّهَ فَلَا يَعْصِهِ﴾<sup>(١)</sup> وقال أيضاً ﴿لَا نَذْرَ فِي مَعْصِيَةِ اللَّهِ وَلَا فِيمَا لَا يَمْلِكُهُ ابْنُ آدَمَ﴾<sup>(٢)</sup> ولا يخفى أن النذر التزام شيء، وأنه قد يصح وقد لا يصح، وإذا صح ترتبت عليه الأحكام.

تضمّن مقصود الكتاب طرفين يشتمل أحدهما على بيان أركانه، وما يعتبر فيها للصحة، والثاني على بيان الأحكام، أما الأول، فالأركان ثلاثة: الملتزم الناذر، وصيغة الالتزام، والشئ الملتزم.

الركن الأول: الملتزم؛ وهو كل مكلف له أهلية العبادة، وإن شئت، قلت: كل مكلف مسلم، فلا يصح نذر الصبي والمجنون، ونذر السكران يجيء فيه الخلاف في تصرفاته، ولا يصح نذر الكافر<sup>(٣)</sup>، وفي وجه: أنه يصح؛ لما روي أن عمر - رضي الله عنه - قال لرسول الله - ﷺ -: كُنْتُ نَذَرْتُ اعْتِكَافَ لَيْلَةٍ فِي الْجَاهِلِيَّةِ، فَقَالَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: «أَوْفِ بِنَذْرِكَ»<sup>(٤)</sup> والمذهب الأول؛ لأن النذر تقرّب، والكافر ليس

(١) رواه البخاري [٦٦٩٦ - ٦٧٠٠] عن عائشة، وزاد الطحاوي في هذا الوجه: وليكفر عن يمينه، قال ابن القطان: عندي شك في رفع هذه الزيادة.

(٢) رواه مسلم [١٦٤١] من حديث عمران بن حصين، ولأبي داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً: لا نذر لابن آدم فيما لا يملك، ولا عتق له فيما لا يملك، ولا طلاق له فيما لا يملك، وللدارقطني عن ابن عباس نحوه.

(٣) لعدم أهليته للقربة أو التزامها، وإنما صح وقفه وعتقه ووصيته وصدقته من حيث إنها عقود مالية لا قربة.

(٤) رواه البخاري [٦٦٩٧] ومسلم [١٦٥٦] وتقدم في الاعتكاف.

من أهل التقرب، والحديث محمول على الاستحباب؛ وذلك، لأنه لا يحسن أن يترك بسبب الإسلام ما عزم عليه في الكفر من خصال الخير، والمحجور عليه والمفلس يصح منهما نذر القرب البدنية، ولا يصح من السفه نذر القرب المالية، وأما المفلس، فإن التزم في الذمة، ولم يعين مالاً يصح، ويؤديه بعد البراءة من حقوق الغرماء، وإن عين مالاً، فيبنى على أنه لو أعتق أو هب، هل يصح تصرفه؟ إن قلنا: لا، فكذلك النذر، وإن توقفنا، فيتوقف في النذر أيضاً، فإنه قاله في «التتمة» وذكر أيضاً: أنه لو نذر عتق العبد المرهون ينعقد النذر، إن قلنا: ينفذ عتقه في الحال أو عند أداء المال، وإن قلنا: يلغو، فهو كما لو نذر عتق عبد غير مملوك.

ويعلم قوله في الكتاب «واللفظ» بالواو؛ إشارة إلى أن الشاة تصير هدياً وأضحية على القديم، إما بمجرد النية أو مع التقليد والاشعار، على ما ذكرنا في الضحايا، ولا حاجة إلى اللفظ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَأَمَّا الصَّبِيغَةُ: فَهِيَ أَنْ يَقُولَ: إِنْ شَفَى اللَّهُ مَرِيضِي فَلِلَّهِ عَلَيَّ صَوْمٌ أَوْ صَلَاةٌ، وَإِنْ قَالَ: إِنْ كَلَّمْتُ زَيْدًا فَقَدْ ذَكَّرْنَا أَنَّهُ يَمِينُ الْغَضَبِ، وَلَوْ قَالَ أَيْتَدَاءَ لِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أَصُومَ فَقَوْلَانِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُلْزِمَ نَفْسَهُ مَا لَيْسَ بِلَاَمٍ إِلَّا فِي مُقَابَلَةِ نِعْمَةٍ أَوْ دَفْعِ بَلِيَّةٍ الثَّانِي: أَنَّهُ يَصِحُّ وَيُلْزَمُهُ، وَلَوْ عَقَّبَ النَّذْرَ بِقَوْلِهِ: إِنْ شَاءَ اللَّهُ لَمْ يُلْزَمُهُ شَيْءٌ، وَلَوْ قَالَ: لِلَّهِ عَلَيَّ صَوْمٌ إِنْ شَاءَ زَيْدٌ لَمْ يُلْزَمُهُ شَيْءٌ وَإِنْ شَاءَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قَدْ بَانَ فِي الْبَابِ الْأَوَّلِ مِنْ «الْأَيْمَانِ» أَنَّ النَّذْرَ يَنْقَسِمُ إِلَى نَذْرِ اللَّجَاجِ وَالْغَضَبِ عَلَى مَا صَوَّرْنَاهُ، وَإِلَى نَذْرِ التَّبَرُّرِ، وَهُوَ نَوْعَانِ:

أحدهما: نذر المجازاة؛ وهو أن يلتزم قربة في مقابلة حدوث نعمة أو اندفاع بلية؛ كقوله: إن شفى الله مريضى، أو رزقني ولداً، فله على أن أعتق رقبةً أو أصوم أو أصلي، فإذا حصل المعلق عليه، لزمه الوفاء بما التزم، لقوله - ﷺ - «مَنْ نَذَرَ أَنْ يَطِيعَ اللَّهَ فَلْيُطِعهُ» وقد ذم الله تعالى أقواماً عاهدوا، ثم لم يوفوا، فقال تعالى: «وَمِنْهُمْ مَنْ عَاهَدَ اللَّهَ لَئِنْ آتَانَا مِنْ فَضْلِهِ» [التوبة: ٧٥] الآية، ولو قال: «فَعَلَيَّْ وَلَمْ يَقُلْ: «فَلِلَّهِ عَلَيَّ» فَالْحُكْمُ كَذَلِكَ عَلَى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ، وَالْعِبَادَاتُ يُوْتَى بِهَا اللَّهُ تَعَالَى، فَالْمَطْلُوقُ كَالْمَذْكَورِ، وَفِيهِ وَجْهٌ: أَنَّهُ لَا يَدُّ مِنَ التَّصْرِيحِ بِذِكْرِ اللَّهِ تَعَالَى، وَقَدْ ذَكَرْنَا مِثْلَ هَذَا الْخِلَافِ فِي أَنَّ نَذْرَ اللَّجَاجِ، هَلْ يَثْبِتُ مَوْجِبُهُ، إِذَا قَالَ: «فَعَلَيَّْ»، وَلَمْ يَقُلْ: «فَلِلَّهِ عَلَيَّ» وَهُوَ قَرِيبٌ مِنَ الْخِلَافِ فِي أَنَّهُ، هَلْ يَجِبُ فِي نِيَةِ الصَّلَاةِ، وَالصُّومِ الْإِضَافَةُ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى.

والثاني: أن يلتزم ابتداءً غير معلق على شيء، فيقول: لله علي أن أصوم أو

أصلي أو أعتق، ففيه قولان، وَيُقَال: وجهان؛ لأن أحدهما على ما ذكر مخرّج.

وأصحهما: وهو المنصوص، وبه قال أبو حنيفة وابن سُرَيْج والإصطخري - رحمهم الله -: أنه يصح، ويلزم الوفاء به أيضاً، لِمُطَلَّقِ قَوْلِهِ - ﷺ - «مَنْ نَذَرَ أَنْ يَطِيعَ اللَّهَ فَلْيَطِيعَهُ» وَيُرْوَى هَذَا عَنْ مَالِكٍ وَأَحْمَدَ - رحمهما الله - أيضاً.

والثاني: وبه قال أبو إسحاق وأبو بكر الصيرفي - رحمهما الله -: أنه لا يلزم إلا بمقابلة عوض كما أن التبرعات، لَمَّا لم يكن لها عوض<sup>(١)</sup>، لم تلزم بالعقد، وأيضاً فقد روي عن ثعلب أن النذر عند العرب وعُدَّ بشرط، ولو عقب النذر بقوله: إن شاء الله، لم يلزمه شيء كما ذكرنا في تعقيب الأيمان<sup>(٢)</sup> والعقود، ولو قال: لله عليّ كذا إن شاء زيد، لم يلزمه شيء، وإن شاء؛ لأنه لم يوجد منه التزام جازم كما يليق بالقرابات، وقد روي أن النبي - ﷺ - قال: «إِنَّمَا النُّذْرُ مَا ابْتَغَيْ بِهِ وَجْهَ اللَّهِ تَعَالَى»<sup>(٣)</sup> هكذا حكي عن القاضي الحسين وغيره - رحمهم الله -، وهو المذكور في الكتاب، وبه قال الإمام: وهذا عندي خطأ، فإن تقديره إن شاء، فالله عليّ كذا، وهو كما إذا قال: إن قديم زيد، فلله عليّ، كذا ويؤيد الأول ما نص عليه الشافعي - رضي الله عنه - في نذر اللجاج؛ أنه إذا قال: إن فعلت كذا، فلله عليّ نذر حج، إن شاء فلان، فشاء، لم يكن عليه شيء، قال في «التتمة»: وهذا إذا غلبنا في نذر اللجاج معنى النذر، أما إذا غلبنا معنى اليمين، فهو كما لو قال: والله، لا أفعل كذا، إن شاء فلان، وقد سبق حكمه.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَأَمَّا الْمُلتَزِمُ: فَهُوَ عَلَى ثَلَاثِ مَرَاتِبٍ: الْأُولَى: كُلُّ عِبَادَةٍ مَقْصُودَةٍ كَالصُّومِ وَالصَّلَاةِ وَالْحَجِّ فَيَلْتَزِمُ بِالنُّذْرِ حَتَّى فُرُوضِ الْكِفَايَاتِ كَالجِهَادِ وَتَجْهِيْزِ الْمَوْتَى وَالصَّلَاةِ عَلَى الْجَنَائِزِ، وَيَلْتَزِمُ بِصَفَاتِهَا حَتَّى لَوْ قَالَ: أَحُجُّ مَا شِئْتُ أَوْ أَلْتَزِمُ طَوْلَ الْقِرَاءَةِ لَزِمَ كَمَا وَصَفَ، فَإِنِ أَلْتَزِمَ الْمَشِي فِي حَجَّةِ الْإِسْلَامِ أَوْ طَوْلَ الْقِرَاءَةِ فِي الْفَرَائِضِ فَوَجْهَانِ، وَلَوْ نَذَرَ أَلَّا يَتْرَكَ الْوَتْرَ وَرَكَعَتِي الْفَجْرِ فَوَجْهَانِ، وَلَوْ نَذَرَ أَلَّا يَفْطِرَ فِي السَّفَرِ لَعَا قَوْلُهُ لِأَنَّهُ تَغْيِيرٌ لِلشَّرْحِ الثَّانِيَةِ: الْقُرْبَاتُ: كَالعِبَادَةِ لِلْمَرِيضِ وَإِفْشَاءِ السَّلَامِ وَزِيَارَةِ الْقَادِمِ فَبِي لُزُومِهِ بِالنُّذْرِ وَجْهَانِ؛ إِذْ لَيْسَ عِبَادَةٌ وَلَكِنْ يُتَقَرَّبُ بِهَا عَلَى الْجُمْلَةِ، وَفِي تَجْدِيدِ الْوُضُوءِ وَجْهَانِ، لِأَنَّ الْوُضُوءَ لَيْسَ بِعِبَادَةٍ مَقْصُودَةٍ لَعَيْنِهَا فِي الْأَصْلِ الثَّالِثَةُ: الْمُبَاحَاتُ: كَالأَكْلِ

(١) سقط من: ز.

(٢) صورة المسألة أن يقصد به التعليق كما أشار إليه بالتشبيه المذكور أما ما قصد به التبرك فيلزمه.

(٣) رواه أحمد [١٨٣/٢] من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص بهذا، وفيه قصة الرجل الذي نذر أن يقوم في الشمس، ورواه أبو داود [٣٢٧٣] بلفظ: لا نذر إلا فيما ابتغى به وجه الله، ورواه البيهقي من وجه آخر برواية أحمد (٢/١٨٥ - ٢١١) في قصة أخرى.

وَالنُّؤْمُ فَلَا يَلْزَمُ وَإِنْ تَصَوَّرَ أَنْ يَقْصِدَ بِالْأَكْلِ التَّقْوَى عَلَى الْعِبَادَ فَيُنَابَ عَلَيْهِ وَلَكِنْ ذَلِكَ يَرْجِعُ إِلَى مُجَرَّدِ الْقَصْدِ، نَعَمْ إِذَا قَالَ: لِلَّهِ عَلَيَّ أَلَّا أَكُلَ فَقَدْ قِيلَ تَحِبُّ كَفَّارَةَ يَمِينٍ بِمُجَرَّدِ لَفْظِهِ أَكَلَ أَوْ لَمْ يَأْكُلْ وَهُوَ بَعِيدٌ، إِلَّا أَنْ يَنْوِي بِهِ الْيَمِينَ فَتَحِبُّ الْكَفَّارَةَ بِالْحِنْثِ إِنْ أَكَلَ فَرَعٌ: إِذَا نَذَرَ الْجِهَادَ فِي جِهَةٍ قِيلَ: تَتَعَيَّنُ الْجِهَةُ، وَقِيلَ: لَا تَتَعَيَّنُ، تِلْكَ الْجِهَةُ أَوْ مَا يُسَاوِيهَا فِي الْمَسَافَةِ وَالْمُؤَنَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَا يُفْرَضُ التَّزَامُهُ بِالنَّذْرِ، إِمَّا مَعْصِيَةً، أَوْ مَبَاحًا، أَوْ طَاعَةً، فَهَذِهِ ثَلَاثَةٌ أَقْسَامٍ:

الأول: المَعْصِيَةُ، فَلَا يَصِحُّ التَّزَامُهَا بِالنَّذْرِ قَالَ - ﷺ - «لَا نَذَرَ فِي مَعْصِيَةِ اللَّهِ وَلَا فِيمَا يَمْلِكُهُ ابْنُ آدَمَ»<sup>(١)</sup> وذلك، كما إذا نذر شرب الخمر أو القتل، أو الزنا، أو نذرت المرأة؛ أن تصلي أو تصوم في أيام الحيض أو نذر أن يصليّ محدثاً أو يقرأ القرآن جُنباً، ومن هذا القبيل ما إذا نذر ذبح ولده أو ذبح نفسه فلا ينعقد، وقال أبو حنيفة: ينعقد، ويلزمه ذبح شاة، وسلم أنه، لو نذر ذبح والده أو أخيه أو نذر قتل ولده، لا ينعقد، وعن أحمد: أنه يلزمه كفارة يمين، وأخرى أنه يلزمه ذُبْحُ كَبِشٍ، وإذا عرف أنه لا ينعقد نذر فعل المَعْصِيَةِ، فإذا لم يفعل ما نذره، فقد أحس، ولا يلزمه كفارة يمين على المذهب المشهور؛ لأنه لم يوجَدْ صِيغَةُ الْيَمِينِ وَلَا حَقِيقَتُهُ، وَعَنْ رِوَايَةِ الرَّبِيعِ: قَوْلُهُ أَنَّهُ يَلْزَمُهُ كَفَّارَةُ يَمِينٍ، لِمَا رَوَى أَنَّهُ - ﷺ - قَالَ: «لَا نَذَرَ فِي مَعْصِيَةِ اللَّهِ وَكَفَّارَتِهِ كَفَّارَةُ يَمِينٍ»<sup>(٢)</sup> وَذَكَرَ أَنَّ الْحَافِظَ أَحْمَدَ الْبَيْهَقِيَّ - رَحِمَهُ اللَّهُ - رَوَى هَذَا الْقَوْلَ فِي كِتَابِ

(١) تقدم.

(٢) بهذه الزيادة رواه النسائي [٢٦/٧ - ٢٧] والحاكم [٣٠٥/٤] والبيهقي [٦٩/١٠ - ٧٠] ومداره على محمد بن الزبير الحنظلي عن أبيه عن عمران بن حصين، ومحمد ليس بالقوي، وقد اختلف عليه فيه، ورواه ابن المبارك عن عبد الوارث عنه عن أبيه: أن رجلاً حدثه أنه سأل عمران، فذكر حديثاً تقدم في الأيمان قبل، وفيه قصة، وله طريق أخرى إسنادها صحيح إلا أنه معلول، رواه أحمد [٤٢٩/٤ - ٤٣٠ - ٤٣٢ - ٤٣٣ - ٤٣٤ - ٤٣٩ - ٤٤٠ - ٤٤٣] وأصحاب السنن أبو داود [٣٢٩٠] الترمذي [١٥٢٥] ابن ماجه [٢١٢٥] والبيهقي من رواية الزهري عن أبي سلمة، عن أبي هريرة وهو منقطع، لم يسمعه الزهري من أبي سلمة، وبه رواه، وقد رواه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه، من حديث سليمان بن بلال عن موسى بن عقبة، ومحمد بن أبي عتيق عن الزهري عن سليمان بن أرقم عن يحيى بن أبي كثير عن أبي سلمة عن عائشة، قال النسائي: سليمان بن أرقم متروك، وقد خالفه غير واحد من أصحاب يحيى بن أبي كثير، يعني فرووه عن يحيى بن أبي كثير عن محمد بن الزبير الحنظلي عن أبين عن عمران، فرجع إلى الرواية الأولى، قلت: ورواه عبد الرزاق عن معمر عن يحيى بن أبي كثير عن رجل من بني حنيفة وأبي سلمة كلاهما عن النبي ﷺ مرسلًا، والحنفي هو محمد بن الزبير قاله الحاكم، وقال: إن قوله من بني حنيفة =

«المعرفة» واختاره عامة الأصحاب من العراقيين<sup>(١)</sup>، وَعَظِرُهُمْ - رحمه الله - جزموا بالأول، وحملوا الحديث على نذر اللجاج، وجعلوا ما رواه الربيع من كئسه، وبعضهم يَحْكِي الخِلافَ في المسألة وجهين ويوافقه ما رُوِيَ عن صاحب «التقريب»: أن إيجاب الكفارة تخريج للربيع، واستبعد الإمام - قدس الله روحه - وجوب الكفارة، كما فعله عامة الأصحاب، وقال: يجوزُ أَنْ يُجْعَلَ النذر كناية عن اليمين، فأما إلحاقه بالإيمان مطلقاً، فلا معنى له.

### القسمُ الثاني: الطاعة، وهي أنواع:

أحدها: الواجبات، فلا يصح نذرها، لأنها واجبة بإيجاب الشرع ابتداءً، فلا معنى للالتزامها، وذلك مثل أن يقول: لله علي أن أصليَ الخمس، أو أصوم شهرَ رمضان، ولا فرق بين أن يعلّق ذلك بحصول نعمة أو يلتزم ابتداءً، وكذا لو نذر ألا يشرب الخمر ولا يزني، وإذا خالف ما ذكره، ففي لزوم الكفارة الخِلافُ المذكور في القسم الأول، وادعى صاحب «التهديب» أن الظاهر وجوبها.

والثاني: العبادات المقصودة، وهي التي وُضِعَتْ للتقرب بها، وعرف من الشرع الاهتمام بتكليف الخلق بإيقاعها عبادة فيلزم هذا النذر بالاتفاق وذلك كالصوم والصدقة والصلاة والحج والاعتكاف، وذكر الإمام أن فروض الكفايات التي تحتاج في أدائها إلى بذل مال أو معاناة مشقة، يلزم بالنذر أيضاً؛ كالجهاد وتجهيز الموتى، ويجيء ما سنذكره في نذر السنن الراتبه وجهه أنها لا تلزم، ورأيت في «الرّم» للعبادي وجهاً عن القفال: أنه، إذا نذر أن يجاهد، لم يلزمه شيء، وفي الصلاة على الجنابة، والأمر بالمعروف، وما ليس فيه بذل مالٍ وكبير مشقة، حكى الإمام وجهين:

أحدهما: لزومها بالنذر أيضاً وكما يلزم أصل العبادة بالنذر، يلزم رعاية الصفة المشروطة في التزامها، إذا كانت مستحبة، كما إذا شرط في الصلاة التي التزمها إطالة

= تصحيف وإنما هو من بني حنظلة، وله طريق أخرى عن عائشة رواها الدارقطني من رواية غالب بن عبيد الله الجزري عن عطاء، عن عائشة مرفوعاً: من جعل عليه نذراً في معصية، فكفارته كفارة يمين، وغالب متروك، وللحديث طريق أخرى رواه أبو داود من حديث كريب عن ابن عباس، وإسناده حسن، فيه طلحة بن يحيى، وهو مختلف فيه، وقال أبو داود: روي موقوفاً يعني وهو أصح، وقال النووي في الروضة: حديث: لا نذر في معصية، وكفارته كفارة يمين، ضعيف باتفاق المحققين، قلت: قد صححه الطحاوي، وأبو علي بن السكن، فأين الاتفاق.

(١) لأنه يشبه النذر من حين أنه التزام قرية واليمين من حيث المنع ولا سبيل إلى الجمع بين موجهما ولا إلى تعطيلهما فوجب التخيير.

القيام والركوع والسجود أو شَرَطَ المشي في الحجة الملتزمة، إذا جعلنا المشي في الحج أفضل من الركوب، ولو أُفْرِدَتِ الصفة بالتزام، والأصل واجبٌ شرعاً؛ كتطويل القراءة والركوع والسجود في الفرائض، فوجهان:

أحدهما: أنها أوصافٌ لا تستقل بنفسها، فلا تفرد بالتزام.

وأشبههما: اللزوم فإنها عبادةٌ محبوبةٌ وفي معناها ما إذا نذر أن يقرأ في صلاة الصبح سورةً كذا، وباللزوم أجاب صاحبُ «التهذيب» ولو نذر أن يصلِّي الظهرَ أو الفرائض بالجماعة، ففي انعقاد نذره وجهان:

أظهرهما: وهو المذكور في «التهذيب»: اللزوم<sup>(١)</sup>؛ لأن الجماعة مستحبةٌ، فقد تعلقَ النذر بمستحب.

والثاني: المنع: لأن الفرائض أوجبها الشرع علي صفة، وفي تصحيح النذر إبطالٌ لتلك الصفة، والنذر لالتزام ما ليس بلازم في التعيين لأوضاع الشرع في العبادات، ولو نذر إقامة بعض الرواتب كالوتر وركعتي الفجر، ففيه هذان الوجهان، ولو نذر ألا يفطر في السفر في رمضان، فأحد الوجهين، وهو المذكور في الكتاب، ونسبه إبراهيم المَرْوَزِيُّ إلى عامة الأصحاب - رحمهم الله - أنه لا ينعقد نذره، وله أن يُفَطِّرَ إن شاء؛ لأن في التزامه إبطالُ رخصه الشرع، وقد قال فيه - ﷺ - «إِنَّ اللَّهَ قَدْ تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ فَأَقْبَلُوا صَدَقَتَهُ»<sup>(٢)</sup>.

والثاني: وهو اختيارُ صاحبِ «التهذيب» وشيخه القاضي: انعقاده ووجوب الوفاء، كما في سائر المحبوبات<sup>(٣)</sup>، وكذلك الحكم فيما إذا نذر إتمام الصلاة في السفر، إذا قلنا: إنَّ الإِتِمَامَ أَفْضَلُ، ويجري الوجهان فيما إذا نذر أن يقوم في السنن، ولا يقعد

(١) علله المصنف بأن الجماعة سنة.

قال الزركشي: وهذا التعليل يقتضي اللزوم على القول بأن الجماعة سنة فأما على ما صححه النووي أنها فرض كفاية فقياسه المنع. قال: وإذا قلنا باللزوم فصلى منفرداً. قال القاضي أبو الطيب: يسقط عنه النذر لأجل سقوط الأصل بهذا الفعل وقال في التتمة: أنه يأتي بالصلاة ثانياً في جماعة كما لو صلى منفرداً ثم أدرك جماعة يصلون.

قال ابن الرفعة: وهو ظاهر إذا لم نقل إن الفرض هو الأولى، فإن قلنا به فالذي قاله القاضي هو الوجه.

(٢) رواه مسلم من حديث يعلى بن أمية عن عمر، وفيه قصة، وقد تقدم في الوضوء، وفي صلاة المسافر.

(٣) هكذا أطلقوه، والظاهر أنهم أرادوا من لم يتضرر بالصوم في السفر، فإنه له أفضل فيصح نذره، أما من يتضرر به فالفطر له أفضل فلا ينعقد نذره لأنه ليس بقربة.



فيها، ونذر غسل الرجل واستيعاب الرأس بالمسح في الوضوء أو التلث في الغسل والوضوء، أو أن يسجد للتلاوة في الشكر عندما يقتضي السجود، وذكر الإمام على مساق الوجّه الأوّل؛ أنه إذا نذر المريض أن يقوم في الصلاة ويتكلّف المشقة، لم يلزمه الوفاء، وأنه لو نذر صوماً، وشرط ألا يفطر بالمرض، لم يلزمه الوفاء؛ لأن الواجب بالنذر لا يزيد على الواجب شرعاً والمرض مرخص فيه.

والثالث: القربات التي لم توضع؛ لتكون عبادةً، وإنما هي أعمالٌ وأخلاقٌ مستحسنةٌ رغب الشرع فيها لعموم فائدتها، وقد يبتغى بها وجهُ الله تعالى، فينال الثواب كعبادة المرضى وزيارة القادمين وإفشاء السلام على المسلمين، ففي لزومها بالنذر وجهان:

أحدهما: المنع؛ لأنها ليست على أوضاع العبادات.

وأظهرهما: اللزوم؛ لأن الشارع يرغب فيها، والعبد يتقرب بها، فهي كالعبادات، ولو نذر تجديد الوضوء، فوجهان:

أحدهما: وبه قال الشيخ أبو محمد: أنه لا يلزم؛ لأن الوضوء ليس عبادةً مقصودةً، وإنما يُزفَعُ به الحدث، ولا يجب من غير حَدَثٍ.

وأظهرهما: أنه يلزم؛ لأنه عبادةٌ يثاب عليها، كسائر العبادات، وفي «التتمة»: أنه لو نذر الاغتسال لكل صلاة، لزم الوفاء به، وليس هذا على أن تجديد الغُسل، هل يستحب، وأنه لو نذر الوضوء ينعقد نذره، ولا يخرج عن النذر بالوضوء عن الحدث بل بالتجديد<sup>(١)</sup>، وأنه، لو نذر أن يتوضأ لكل صلاة، يلزمه الوفاء، لكن إذا كان محدثاً، فتوضأ لصلاة، لا يلزمه أن يتوضأ لها ثانياً، وأنه إذا نذر أن يتيمّم، فالمذهب أنه لا ينعقد نذره؛ لأن التيمّم يؤتَى به عند الضرورة، وأنه إذا نذر ألا يهرب من ثلاثة من الكفار فصاعداً، فإن علم من نفسه أنه يقدر على مقاومتهم، انعقد نذره وإلا فلا، وفي كلام الإمام: أنه لا يلزم بالنذر انكفاف قط حتى لو نذر ألا يفعل مكروهاً، لم يلزمه الوفاء بالنذر، والله أعلم.

ولو نذر أن يُحرّم بالحج في شوال، فهو على الخلاف الذي سبق، والأظهر، وهو اختيارُ صاحبِ «التهذيب» أنه يلزم، وكذا لو نذر أن يحرم من بلد كذا، ورتّب مرتّبون صور هذا النوع والذي قبله على وجه آخر، فقالوا: إن كانت القربة مما يجب

(١) قال النووي: جزم أيضاً بانعقاد نذر الوضوء القاضي حسين. وفي «التهذيب» وجه ضعيف: أنه لا يلزم. وقولهم: لا يخرج عن النذر إلا بالتجديد، معناه: بالتجديد حيث يشرع، وهو أن يكون قد صلى بالأول صلاة ما، على الأصح.

جنسها في الشرع، كالصوم والصلاة والإعتاق وغيرها فيلزم بالنذر وأدرجوا الاعتكاف في هذه الجملة، وإن لم نوجه بالشرع ابتداءً، بأن قالوا: الاعتكاف بُنِيَ في مكان بنية القرية، ومن جنسه ما هو واجبٌ شرعاً، وهو الوقوف بعرفات، وإن لم يُكُنْ في جنسها واجبٌ شرعاً؛ كعبادة المرضى وتشميت العاطس وتشيع الجنائز، ففي لزومها بالنذر وجهان، وذكر أبو سعید المتولي أن الوجهين يبنيان على أن مُطْلَقَ النذر يحمل على أقل ما يُتَقَرَّبُ به أو على أقل ما يجب في الشرع من جنس الملتزم، وسيأتي - إن شاء الله تعالى - هذا الأصل، فإن قلنا: بالأول، لزم القرباء كلها بالنذر، وإن قلنا بالثاني، فما لا يجب جنسه بالشرع، لا يجب بالنذر.

**القسم الثالث:** المباحات التي لم يرز فيها استحباب وترغيب، كالأكل والنوم والقيام والقعود، فلو نذر فعلها أو تركها، لم ينعقد نذره، روي عن ابن عباس - رضي الله عنه - قال: «بَيْنَمَا رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - يَخْطُبُ، إِذَا بِرَجُلٍ قَائِمٍ فِي الشَّمْسِ، فَسَأَلَ عَنْهُ، فَقَالُوا أَبُو إِسْرَائِيلَ نَذَرَ أَنْ يَقُومَ، وَلَا يَقْعُدَ وَلَا يَسْتَنْظِلَ وَلَا يَتَكَلَّمَ وَيَصُومَ، فَقَالَ النَّبِيُّ - ﷺ - مُرُوءٌ، فَلْيَتَكَلَّمْ، وَلْيَسْتَنْظِلْ وَلْيَقْعُدْ، وَلْيَتِمِّمْ صَوْمَهُ»<sup>(١)</sup>، وعن أحمد - رحمه الله - أنه ينعقد نذر المباح، ويتخير الناذر بين الوفاء والكفارة، قال الأئمة: وقد يُتصور أن يقصد بالأكل التقوي على العبادة، وبالنوم النشاط عند التهجد، فينال الثواب، لكن الفعل غَيْرُ مقصود، والثواب يحصل بالقصد الجميل، وهل يكون نذر المباح يميناً، حتى تجب الكفارة، إذا خالف فيه ما ذكرناه في نذر المعاصي والمفروضات، ونقل الإمام أن القاضي الحسين قَطَعَ بوجوب الكفارة في المباحات، وذكر في نذر المعاصي وجهين، وأنه علق الكفارة باللفظ من غير حث، وهذا ما ذكر صاحب الكتاب، حيث قال: نعم، إذا قال: لله عليّ ألا أكل، فقد قيل: يجب كفارة

(١) رواه البخاري [٦٧٠٤] بهذا، وليس فيه في الشمس، ورواه أبو داود وابن ماجه وابن حبان بها، ورواه مالك في الموطأ عن حميد بن قيس وثور بن زيد مرسلأ، وفيه فأمر رسول الله ﷺ بإتمام ما كان لله طاعة، وترك ما كان معصية، ولم يبلغني أنه أمره بكفارة، ورواه أحمد في مسنده عن عبد الرزاق عن ابن جريج أخبرني ابن طاوس عن أبيه عن أبي إسرائيل قال: دخل رسول الله ﷺ المسجد وأبو إسرائيل يصلي، قيل يا رسول الله هو ذا، لا يقعد، ولا يكلم الناس - الحديث - وقوله: عن أبي إسرائيل لم يقصد به الرواية عنه، على ما بينته في النكت على علوم الحديث، والتقدير عن طاوس أنه حدثهم عن قصة أبي إسرائيل فذكرها مرسلأ، ويدل على ذلك الالتفات الذي في السياق، وأن عمرو بن دينار رواه عن طاوس مرسلأ، كذا أخرجه الشافعي عن سفيان عنه عن طاوس: أن رسول الله ﷺ مر بأبي إسرائيل - الحديث - وفي آخره: ولم يأمره بكفارة ورواه البيهقي من حديث محمد بن كريب عن أبيه عن ابن عباس، وفيه الأمر بالكفارة، ومحمد ابن كريب ضعيف، قال البيهقي: وهو خطأ وتصحيف.

يمين، أكل أو لم يأكل، بمجرد لفظه، وهذا لا يتحقق ثبوته، والمشهور في كيفية الخلاف ما قدمنا.

وقوله: «إلا أن ينوي به اليمين» أراد ما حكيناه عن الإمام؛ أنه يجوز أن يجعل كناية عن اليمين، ويَبْعُدُ أن يجعل يمينا على الإطلاق، ثم ختم الفصل بفرع؛ وهو أنه إذا نذر الجهاد في جهة عيَّنها، هل تتعين تلك الجهة، وفيه ثلاثة أوجه.

قال صاحب «التلخيص»: يتعين؛ لأن الجهادَ يختلف باختلاف الجهات من جهة قُرْبِ المسافة وبعدها، ووعورة الطريق وسهولته، وقوة العَدُوِّ وضعفه.

قال الشيخ أبو زيد: لا يتعين، ويجوز أن يجاهد في جهة هي أسهل وأقرب من الجهة المعينة.

وعن الشيخ أبي علي، وهو الأعدل: أن تلك الجهة لا تتعين، ولكن التي يجاهد فيها ينبغي أن تكون مساويلاً للمعينة في المسافة والمؤنة، ويجعل مسافات الجهات كمسافات المواقيت في الحج.

فُرُوعٌ: يُشْتَرَطُ في نذر القرية المالية، كالصدقة والتضحية والإعتاق أن يلتزمها مرسلّة في الذمة أو يضيف إلى معين يملكه، أما إذا كان المعين لغيره، لم ينعقد نذره؛ لما روي أنه ﷺ قال «لَا تُذَرُ فِي مَعْصِيَةِ اللَّهِ، وَلَا فِيمَا لَا يَمْلِكُهُ ابْنُ آدَمَ» روي أن المشركين استأفوا سرح المدينة، وفيه العَضْبَاءُ ناقة رسول الله - ﷺ - فأَسْرُوا امرأة من الأنصار، فلما ناموا، قامت، وركبت العضباء، ونذرت، لئن نجاها الله عليها، لتنحرتها، فلما أتت المدينة، أخبر رسول الله - ﷺ - بذلك فأخذ الثاقفة وقال «لَا تُذَرُ فِيمَا لَا يَمْلِكُهُ ابْنُ آدَمَ»<sup>(١)</sup> وذكر في «التتمة»: أن في لزوم الكفارة بهذا النذر وجهين:

أظهرهما: المنع؛ لأن النبي - ﷺ - لم يأمر الأنصارية بالتكفير، وأنه لو قال: إن ملكت عبداً، فله علي أن أعتقه، انعقد نذره؛ لأنه التزم قرية في مقابلة نعمة، وهي حصول الملك، وأنه لو قال: إن ملكت عبد فلان، فله علي أن أعتقه فقولان:

أشبههما: أن الجواب كذلك.

والثاني: لا ينعقد؛ لأنه تصرف في معين، فلا ينفذ قبل الملك، هذا إذا قصد الشكر على حصول الملك، فإن قصد الامتناع من تملكه، فهو من قبيل نذر اللجاج، وأنه لو قال: إن شفى الله مريضى، وملكك عبداً فله علي أن أعتقه، صح؛ لأنه التزم قرية في مقابلة نعمتين، وفي معناه ما إذا قال: إن شفى الله مريضى، فله علي أن<sup>(٢)</sup>

(٢) سقط من: أ.

(١) تقدم.

اعتق عبداً، إن ملكته، وأنه لو قال: إن شفى الله مريضى، فكل عبد أمْلِكُهُ حرّاً أو فعبد فلان حرّاً إن ملكته، لم يصحّ هذا النذر؛ لأنه ما التزم التقرب بقربة، لكن علق الحرية بعد حصول النعمة بشرط، وهو ليس بمالك حالة التعليق، فيلغو، كما لو قال: إن ملكت عبداً، فهو حرّاً، أو عبد فلان، فهو حرّاً، ولو قال: إن شفى الله مريضى، فعبدي حرّاً، إن دخل الدار، صح؛ لأنه مالك عند التعليق، فصار كأنه علّق عتق عبده بشفاء المريض ودخول الدار، وأنه لو قال: إن شفى الله مريضى، فلله عليّ أن أشتري عبداً وأعتقه، صح، ولم يضرّ التعرض لطريق الملك.

وفي «التهذيب» في باب «الاستسقاء»؛ أنه لو نذر الإمام أن يستسقي، لزمه أن يخرج بالناس ويصليّ بهم، وفي الصلاة احتمالاً عن القاضي، ولو نذر واحد من عرض الناس، لزمه أن يصليّ منفرداً، وإن نذر أن يستسقي بالناس، لم ينعقد، فإنهم لا يطيعونه، ولو نذر أن يخطب، وهو من أهله، لزمه، وهل يجوز أن يخطب قاعداً مع القدرة على القيام؟ فيه خلاف، كما سنذكر في الصلاة المنذورة.

وسئل صاحب الكتاب - رحمه الله - عما إذا قال البائع للمشتري: إن خرّ المبيع مستحقاً، فلله عليّ أن أهبّ منك ألف دينار، هل يصحّ هذا النذر، ولم يجيب في الكتاب إقراره<sup>(١)</sup> بأن حاكماً حكم بصحته، هل يلزمه ذلك، فأجاب بأن المباحات لا تلزم بالنذر، وهذا مباح، والإقرار بحكم الحاكم لا يؤثر إلا إذ نُقِلَ مذهب معتبر في لزوم مثله في النذر<sup>(٢)</sup>.

وذكر بعضهم أنه لو نذر أن يكسو يتيماً، لم يخرج عن العهدة باليتيم الذميّ؛ لأن مطلقّ اليتيم في الشرع للمسلم في قوله تعالى: ﴿وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينَ﴾<sup>(٣)</sup> [البقرة: ٨٣ وغيرها].

قَالَ الْغَزَالِيُّ: النَّظَرُ الثَّانِي فِي أَحْكَامِ النَّذْرِ: وَهُوَ يَتَّبِعُ مُوجِبَ اللَّفْظِ، وَالْمُلْتَزِمَاتُ

(١) هكذا في الأصل وفي هامش ر: قال الغزالي: إذا قال البائع للمشتري إن خرّ المبيع مستحقاً لغيري فلله عليّ أن أهبّ لك ألف دينار هل يصح أو يكون نذر لججاج فإن ذكر في الكتاب أن حاكماً حكم عليه بالصحة هل يلزمه.

فأجاب: المباحات لا تلزم بالنذر وهذا مباح فلا يلزم بالنذر ولا يؤيد فيه الإقرار ولا قضاء القاضي، نقله من فتاويه إلا إذا نقل مذهب معتبر بلزوم النذر.

(٢) قال في الخادم: دعواه أنه مباح وسكوته عليه عجيب فإن الهبة مندوب إليها فالصواب في التعليل بأن الهبة لا تقبل التعليق.

(٣) قال النووي: ينبغي أن يكون فيه خلاف مبني على أنه يسلك بالنذر مسلك واجب الشرع، أو جائزة، كما لو نذر إعتاق رقبة.

أَنْوَاعِ النَّوْعِ الْأَوَّلِ: الصَّوْمُ فَإِذَا نَذَرَ مُطْلَقِ الصَّوْمِ كَفَاءَ يَوْمٍ، وَفِي لُزُومِ التَّبْيِيتِ قَوْلَانِ، أَصْحُهُمَا: أَنَّهُ لَا يَجِبُ تَنْزِيلًا عَلَى أَقَلِّ جَائِزٍ لَا عَلَى أَقَلِّ وَاجِبٍ، وَكَذَا فِي الصَّلَاةِ يَكْفِيهِ رَكْعَةٌ، وَفِي الصَّدَقَةِ يَكْفِيهِ دَانِقٌ لِأَنَّ ذَلِكَ قَدْ يَجِبُ فِي الْخُلْطَةِ، وَفِي الْاِغْتِكَافِ هَلْ يَكْفِيهِ الدُّخُولُ وَالتَّيُّهُ مِنْ غَيْرِ مُكْتَبٍ فِيهِ خِلَافٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا صَحَّ النَّذْرُ، وَجِبَ الْوَفَاءُ بِهِ، وَالْمَرْعِيُّ فِيهِ مُوجِبُ الْفَاطِ الْاَلْتِزَامِ وَقَدْ فَصَّلَهُ فِي الْكِتَابِ، وَتَفْصِيلُ الْمَلْتِزِمَاتِ، وَهِيَ أَنْوَاعٌ:

أَحَدُهَا: الصَّوْمُ، فَإِنِ أُطْلِقَ التَّزَامُهُ، وَقَالَ: اللَّهُ عَلَيَّ أَنْ أَصُومَ أَوْ صَوْمًا لَزِمَهُ صَوْمُ يَوْمٍ، وَيَكْفِيهِ ذَلِكَ، وَيَجِيءُ فِيهِ وَجْهٌ أَنَّهُ يَخْرُجُ عَنِ النَّذْرِ بِإِمْسَاكِ بَعْضِ الْيَوْمِ؛ بِنَاءٍ عَلَى أَنَّ النَّذْرَ يُحْمَلُ عَلَى أَقَلِّ مَا يَصْحُ مِنْ جِنْسِهِ، وَأَنْ إِمْسَاكَ بَعْضِ الْيَوْمِ صَوْمٌ، وَسَنَذْكُرُهُمَا، وَلَوْ نَذَرَ صَوْمَ أَيَّامٍ، وَقَدَّرَهَا، فَذَلِكَ، وَإِنِ أُطْلِقَ ذَكَرَ الْأَيَّامِ، نَزَلَ عَلَى ثَلَاثَةِ، وَلَوْ قَالَ: أَصُومُ دَهْرًا أَوْ حِينًا كَفَاءَ صَوْمِ يَوْمٍ، وَهَلْ يَلْزِمُ التَّبْيِيتَ فِي الصَّوْمِ الْمَنْذُورِ، يُبَيِّنُ ذَلِكَ عَلَى أَنَّ النَّاذِرَ، إِذَا التَّزَمَ بِالنَّذْرِ عِبَادَةً، وَأُطْلِقَ تَسْمِيَةَ الْمَلْتِزِمِ، عَلَامًا يَنْزِلُ نَذْرُهُ قَالَ الْإِمَامُ: وَفِيهِ قَوْلَانِ<sup>(١)</sup> مَأْخُودَانِ مِنْ مَعَانِي كَلَامِ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يَنْزِلُ عَلَى أَقَلِّ وَاجِبٍ مِنْ جِنْسِهِ بِأَصْلِ الشَّرْعِ؛ لِأَنَّ الْمَنْذُورَ وَاجِبٌ، فَيُجْعَلُ كَوَاجِبٍ بِالشَّرْعِ ابْتِدَاءً.

وَالثَّانِي<sup>(٢)</sup>: يَنْزِلُ عَلَى أَقَلِّ مَا يَصْحُ مِنْ جِنْسِهِ؛ لِأَنَّ لَفْظَ النَّاذِرِ لَا يَقْتَضِي التَّزَامَ زِيَادَةً عَلَيْهِ، فَلَا مَعْنَى لِالتَّزَامِهِ مَا لَمْ يَتَنَاوَلْهُ لَفْظُهُ، وَهَذَا أَصْحُ عِنْدَ الْإِمَامِ وَصَاحِبِ الْكِتَابِ وَرَجَّحَ الْعِرَاقِيُّونَ وَالْقَاضِي الرُّوْيَانِيُّ، وَغَيْرُهُمُ الْأَوَّلُ، وَيُؤَافِقُهُ مَا ذَكَرْنَا أَنَّ الْأَصْحَ أَنَّهُ لَا يَجْمَعُ بَتِيمِمٍ وَاحِدٍ بَيْنَ فَرِيضَةٍ وَمَنْذُورَةٍ، وَبَيْنَ مَنْذُورَتَيْنِ، فَإِنِ قُلْنَا يَنْزِلُ عَلَى أَقَلِّ وَاجِبٍ مِنْ جِنْسِهِ، أَوْجِبْنَا التَّبْيِيتَ، وَإِنِ قُلْنَا: يَنْزِلُ عَلَى أَقَلِّ مَا يَصْحُ، لَمْ يَلْزِمِ التَّبْيِيتَ، وَصَحَّحْنَاهُ بِنِيَّةِ مِنَ النَّهَارِ، هَذَا إِذَا أُطْلِقَ نَذْرُ الصَّوْمِ، وَأَمَا إِذَا نَذَرَ صَوْمَ يَوْمٍ أَوْ أَيَّامٍ، فَصَحَّتْهُ بِنِيَّةِ مِنَ النَّهَارِ مَعَ التَّنْزِيلِ عَلَى أَقَلِّ مَا يَصْحُ، يُبَيِّنُ، عَلَى أَصْلِ آخِرٍ، وَهُوَ أَنَّ الْمَتَطَوِّعَ بِالصَّوْمِ، إِذَا نَوَى نَهَارًا، يَكُونُ صَائِمًا مِنْ وَقْتِ النِّيَّةِ أَوْ مِنَ أَوَّلِ النَّهَارِ، وَفِيهِ خِلَافٌ مَذْكُورٌ فِي الصَّوْمِ وَالظَّاهِرُ الثَّانِي، فَإِنِ قُلْنَا: بِهِ، صَحَّ صَوْمُهُ بِنِيَّةِ مِنَ النَّهَارِ، وَإِنِ قُلْنَا: إِنَّهُ يَكُونُ صَائِمًا مِنْ وَقْتِ النِّيَّةِ، فَلَا يَخْرُجُ عَنِ نَذْرِهِ إِلَّا بِأَنَّ بَيْتَ لِأَنَّهُ التَّزَمَ صَوْمَ يَوْمٍ، وَلَا يَتَحَقَّقُ عَلَى هَذَا الْوَجْهِ صَوْمُ يَوْمٍ إِلَّا بِبِنِيَّةِ مَنْبَسُطَةٍ عَلَى الْيَوْمِ، وَالنِّيَّةُ لَا

(١) قَالَ النَّوَوِيُّ فِي شَرْحِ الْمَهْذَبِ: الْقَطْعُ بِوُجُوبِ التَّبْيِيتِ وَلَا يَخْرُجُ هَذَا عَلَى الْخِلَافِ لِعَمُومِ الْأَحَادِيثِ.

(٢) سَقَطَ مِنْ: أ.

تتعطف، فالوجه تقديمها هذا لفظ الإمام - رحمه الله - وقوله في الكتاب «تنزيلاً على أقل جائز» يعني ما يجوز تركه، ويُنْتَبَى على الأصل المذكور مسائلاً:

منها: إذا نذر أن يصلي مطلقاً فقولان:

أحدهما: وهو المنصوص في «المختصر» وبه قال أبو حنيفة - رحمه الله -: أنه يلزمه ركعتان؛ حملاً على أقل واجب في الشروع.

والثاني: نقله الربيع: أنه يكفيه ركعة؛ حملاً على ما هو صحيح، ويُقال: إن الأول الجديد، والثاني منقول عن القديم، وعن أحمد - رحمه الله - روايتان كالقولين.

وقوله في الكتاب «يكفيه ركعة» ليعلم بالحاء والألف، وأراد بقوله «وكذا في الصلاة» التفريع على القول الأصح عنده، وهو التنزيل على أقل جائز، وهل يجوز أن يصلي قاعداً مع القدرة على القيام؟ فيه وجهان؛ بناءً على الأصل المذكور.

ولو نذر أن يصلي قاعداً، جاز أن يقعد، كما لو صرح في نذره بركعة، له الاقتصار عليه، وإن صلى قائماً، فقد أتى بالأفضل، ولو نذر أن يصلي قائماً، لم يجز أن يقعد، ولو نذر أن يصلي ركعتين، فصلى أربعاً بتسليمة واحدة بتشهد أو بتشهدين، فهل يخرج عن نذره؟ فيه وجهان المذكوران في «التتمة»:

أحدهما: لا؛ لأن ما التزمه يقتضي التحلل بعد الركعتين.

والثاني: نعم، كما لو نذر أن يتصدق بعشرة، فتصدق بعشرين، وبهذا أجاب في «التهذيب» لكن يمكن بناء الوجهين على الأصل السابق، إن حملنا المطلق على الواجب شرعاً؛ فلا يجوز الزيادة، كما لو صلى الصبح أربعاً، وإن حملنا على الجائزات، فيجوز الزيادة، وإن نذر أن يصلي أربع ركعات، فإن نزلنا المطلق على الواجب، أمرناه بتشهدين، فإن ترك الأول، سجد للسهو، ولا يجوز أن يؤديها بتسليمتين، وإن نزلناه على الجائز، فيتخير، إن شاء أداها بتشهدين، وإن شاء اقتصر على واحد، ويجوز أداؤها بتسليمتين، بل هو أفضل<sup>(١)</sup> ولو نذر أن يصلي ركعتين على الأرض مستقبلاً، لا يجوز أداؤها على الراحلة، وإن نذر أداءهما على الراحلة فله أن يؤديهما على الأرض مستقبلاً، وإن أطلق، ففيه خلاف مبني على الأصل المذكور، وقد مر في موضعه.

ومنها: إذا نذر أن يتصدق، لم يتقدر بخمسة دراهم ولا بنصف دينار، وإن حملنا المطلق على الواجب من جنسه؛ لأن الخلطاء قد يشتركون في نصاب فيجب على

(١) قال النووي: الأصح: أنه يجوز بتسليمتين. والفرق بين هذه المسألة وباقي المسائل المخرجة على هذا الأصل عليه، وقوع الصلاة مثني وزيادة فضلها.

أحدهم شيء قليل، فيكفيه أن يتصدق بدانتق وما دونه مما يُتموّل، هكذا ذكر حكماً وتوجيهاً، وإنما يستمر هذا التوجيه على قولنا بتأثير الخُلطة في النقود، ثم لك أن تقول: إذا حَمَلْنَا المَطْلَقَ على الواجب، فإنما نحمله على أقلّ واجب من ذلك الجنس، والأقل من الصدقة غيرُ مضبوطٍ جنساً، وقدرًا، بل الأموال الزكائِيَّةُ مختلفَةُ الجنس، وليس لواجبها قيمةٌ مضبوطةٌ وصدقة الفطر أيضاً واجبةٌ، وليس لها قيمة مضبوطة، فامتنع إجراء هذا القول في الصدقة، وتعيّن أتباع اللفظ.

ومنها: إذا نذر أن يعتكف، وليس في جنس الاعتكاف واجبٌ بالشرع، وقد سبق في بابه ذكر وجهين في أنه هل يُشترطُ فيه اللبثُ أم الدخول في المسجد مع النية اعتكافاً شرعاً، والظاهر الأول، وحينئذٍ، فلا بدّ من لبثٍ، ويخرج عن النذر باللث ساعة، ويُستحبُّ أن يمكث يوماً، وإن اكتفينا بالدخول مع النية، ففيه تردّدٌ للإمام - رحمه الله :-

أحد الاحتمالين: أنّه يُشترطُ اللبثُ؛ لأن لفظ الاعتكاف يشعر به.

والثاني: المنع؛ حملاً للفظ على حقيقته شرعاً.

ومنها: إذا نذر إعتاقَ رقبةٍ، فإن نزلنا المطلق على الواجب، فعليه إعتاق رقبةٍ مؤمنة، تجزىء في الكفارة، وبهذا قال أبو إسحاق - رحمه الله - وإن نزلناه على ما يجوز، خرج عن نذره بإعتاق كافرة أو معيبة، قال الداركي: والصحيح الأول، وهو قضية ما رجح في نذر الصلاة؛ أنه يلزمه ركعتان، ويؤيده ما نقل عن «الأم» أنه يجزئه أي رقبة أعتق إلا أن تكونَ كافرةً، لكن ذكر في «المختصر» بعد ما أوجب ركعتين في نذر الصلاة، أنه لو نذر عتق رقبة؛ فأَيُّ رقبةٍ أعتق أجزاءه، والجوابان لا يتلاءمان فقيل: لعله ذكر مسألة العتق في موضع آخر تفريعاً على القول الآخر، فجمع المَزْنِيَّ بينهما، ومنهم من أوّل، وقال: المعنى أي رقبة تجزىء في الكفارة، ولو قَيّد، فقال: لله عليّ أن أعتق رقبةً مؤمنةً سليمة، لم يجزه الكافرة والمعيبة لا محالة، ولو قال: كافرة أو معيبة، لم يلزمه المؤمنة والسليمة، ولو أعتق مؤمنة أو سليمة، ففيه وجه: أنه لا يجزىء، والأصحُّ خلافه؛ لأنه أتى بما هو أفضل، وليس ذكر الكفر والعيب للتقرب، بل لجواز الاقتصار على الناقص، فصار كما لو نذر أن يتصدق بحنطةٍ رديئةٍ يجزئه أن يتصدق بالجيدة، ولو قال: عليّ أن أعتق هذا العبد الكافر أو المَعِيْب، لم يُجزه غيره، وإن كان خيراً منه، لتعلّق النذر بعينه.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَلَوْ نَذَرَ صَوْمَ شَهْرٍ مُتَفَرِّقًا لَمْ يَلْزَمِ التَّفْرِيقُ، وَلَوْ عَيَّنَ يَوْمًا لِلصَّوْمِ تَعَيَّنَ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ شَرَطَ التَّابِعُ فِي صَوْمِ شَهْرٍ مُعَيَّنٍ لَمْ يَجِبِ التَّابِعُ فِي قَضَائِهِ

عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ قَالَ: أَصُومُ هَذِهِ السَّنَةَ فَلَيْسَ عَلَيْهِ قَضَاءُ أَيَّامِ الْعِيدِ وَأَيَّامِ رَمَضَانَ، وَهَلْ يَجِبُ قَضَاءُ أَيَّامِ الْحَيْضِ وَالْمَرَضِ؟ وَجِهَانِ، وَيَجِبُ قَضَاءُ مَا أَفْطَرَ فِي السَّفَرِ، وَلَوْ قَالَ: عَلَيَّ صَوْمُ سَنَةٍ فَلَا يَكْفِيهِ إِلَّا اثْنَا عَشَرَ شَهْرًا وَلَا يَنْحَطُّ عَنْهُ أَيَّامُ رَمَضَانَ وَالْعِيدِ وَالْحَيْضِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ صَوْرٌ:

إِحْدَاهُمَا: إِذَا نَذَرَ صَوْمَ يَوْمٍ، وَلِزَمَهُ فَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَبَادِرَ إِلَيْهِ، وَلَا يَجِبُ، بَلْ يَخْرُجُ عَنِ النَّذْرِ بِصَوْمِ أَيِّ يَوْمٍ كَانَ إِلَّا الْأَيَّامَ فِيهِ الصَّوْمُ أَوْ يَكُونُ مِنْ أَيَّامِ رَمَضَانَ، وَكَذَا لَوْ نَذَرَ صَوْمَ خَمِيسٍ، وَلَمْ يَعْنِ، يَصُومُ أَيَّ خَمِيسٍ شَاءَ، وَيَخْرُجُ بِهِ عَنِ النَّذْرِ، وَإِذَا مَضَى خَمِيسٌ، اسْتَقَرَّ فِي ذِمَّتِهِ حَتَّى يَفْقِدِي عَنْهُ، إِذَا مَاتَ قَبْلَ أَنْ يَصُومَ، ذَكَرَهُ إِبْرَاهِيمُ الْمُرُوزِيُّ، وَإِذَا عَيَّنَ يَوْمًا فِي نَذَرِهِ كَأَوْلِ خَمِيسٍ مِنَ الشَّهْرِ أَوْ خَمِيسٍ هَذَا الْأُسْبُوعِ، فَهَلْ يَتَعَيَّنُ؟ فِيهِ وَجِهَانِ نَقَلَهُمَا الصِّيدَلَانِيُّ وَغَيْرُهُ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - .

أَصْحَهُمَا: وَهُوَ الَّذِي أوردَهُ مَعْظَمُ الْأَصْحَابِ: أَنَّهُ يَتَعَيَّنُ وَفَاءَ الْمَلْتَزِمِ.

وَالثَّانِي: لَا يَتَعَيَّنُ، كَمَا لَوْ عَيَّنَ مَكَانًا، فَعَلَى هَذَا يَجُوزُ لَهُ التَّقْدِيمُ وَالتَّأخِيرُ، وَعَلَى الْأَصَحِّ لَا يَجُوزُ، وَإِذَا أُخِّرَ، كَانَ قَضَاءً، ثُمَّ إِذَا أُخِّرَ بِغَيْرِ عَذْرِ، أَثِمَ، وَإِنْ كَانَ مَعْذُورًا بِسَفَرٍ أَوْ مَرَضٍ لَمْ يَأْتِمُ، وَلَوْ عَيَّنَ يَوْمًا مِنْ أُسْبُوعٍ، وَالتَّبَسُّعُ عَلَيْهِ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَصُومَ يَوْمَ الْجُمُعَةِ، فَإِنَّهُ آخِرُ يَوْمٍ مِنَ الْأُسْبُوعِ، فَإِنْ كَانَ هُوَ الَّذِي عَيَّنَهُ، فَقَدْ أَتَى بِمَا التَّزَمَ، وَإِنْ كَانَ يَوْمًا قَبْلَهُ، كَانَ صَوْمَهُ قَضَاءً، وَلَوْ نَذَرَ صَوْمًا مِنَ الْأُسْبُوعِ الْمَعْيَّنِ، صَامَ يَوْمًا مِنْهُ أَيُّ يَوْمٍ كَانَ، وَلَا تَثْبُتُ لِلْيَوْمِ الْمَعْيَّنِ، وَإِنْ عَيَّنَهُ خَوَاصُّ رَمَضَانَ مِنَ الْكُفَّارَةِ عِنْدَ الْإِفْطَارِ بِالْوَقَاعِ وَوَجُوبِ الْإِمْسَاكِ، لَوْ أَفْطَرَ، وَعَدِمَ قَبُولَ صَوْمِ آخِرِ مَنْ قَضَاءُ أَوْ كُفَّارَةٌ، بَلْ لَوْ أَوْقَعَ فِيهِ قَضَاءً أَوْ صَوْمَ كُفَّارَةٍ، وَصَحَّ، وَنَفَى الْإِمَامُ الْخَلَّافُ فِيهِ، وَلَكِنْ فِي «التَّهْذِيبِ» ذَكَرَ وَجْهَ آخَرَ: أَنَّهُ لَا يَنْعَقِدُ فِيهِ صَوْمُ آخِرِ، كَمَا فِي أَيَّامِ رَمَضَانَ، وَالْخَلَّافُ فِي أَنَّ الْيَوْمَ الْمَعْيَّنَ، هَلْ يَتَعَيَّنُ؟ يَجْرِي فِي الصَّلَاةِ، إِذَا عَيَّنَ لَهَا فِي النَّذْرِ وَقْتًا، وَفِي الْحَجِّ، إِذَا عَيَّنَ لَهُ سَنَةً، وَالتَّعْيِينُ هُوَ الَّذِي أوردَهُ فِي «التَّهْذِيبِ»، فَقَالَ: وَلَوْ نَذَرَ صَلَاةً فِي وَقْتٍ عَيَّنَهُ غَيْرَ الْأَوْقَاتِ الْمَنْهِيَةِ، تَعَيَّنَ حَتَّى لَا يَجُوزَ قَبْلَهُ وَلَا يَجُوزُ التَّأخِيرُ عَنْهُ، وَيَجِبُ الْقَضَاءُ، إِذْ لَمْ يَصَلِّ فِيهِ، وَلَوْ نَذَرَ أَنْ يَصَلِّيَ ضَحْوَةَ، صَلَّى فِي ضَحْوَةِ أَيِّ يَوْمٍ شَاءَ، وَلَا يَخْرُجُ عَنِ النَّذْرِ، لَوْ صَلَّى فِي غَيْرِ الضَّحْوَةِ، وَلَوْ عَيَّنَ ضَحْوَةَ، وَلَمْ يَصَلِّ فِيهَا، قَضَى فِي أَيِّ وَقْتٍ كَانَ مِنْ ضَحْوَةِ وَغَيْرِهَا، وَلَوْ عَيَّنَ لِلصَّدَقَةِ وَقْتًا، قَالَ الصِّيدَلَانِيُّ: يَجُوزُ تَقْدِيمُهَا عَلَى وَقْتِهَا بِلَا خِلَافٍ.

الثَّانِيَةُ: إِذَا نَذَرَ صَوْمَ أَيَّامٍ مِثْلَ أَنْ قَالَ: اللَّهُ عَلَيَّ أَنْ أَصُومَ عَشْرَةَ أَيَّامٍ، فَالْقَوْلُ فِي



أنه لا يجب المبادرة، وُستحب، وفي أنه إذا عيَّنهما، هل يتعيَّن علي ما ذكرنا في اليوم الواحد، ويجري الخلاف في تعيين الشهر والسنة المعيّنين، وحيث لا يذكر يقتصر على الوجه الأصح، ويجوز أن يصومها متتابعةً ومتفرقةً؛ لحصول الوفاء على التقديرين، وفي كتاب القاضي ابن كج أن عند أبي حنيفة يجب التتابع، وإن قيّد النذر بالتتابع، لزمه رعاية التتابع، فلو أحل به، فعلى ما سبق في صوم الشهرين المتتابعين، فإن قيد بالترقيق فوجهان، ذكر أن الأصحاب - رحمهم الله - بنوهُمَا على اختلاف القول في أن التفرقيق في صوم التمتع بين الثلاثة وبين السبعة، هل يجب، إذا فاتت الثلاثة، أنّهما يقربان من الوجهين، في أن الأوقات هل تتعيَّن للصيام إذا عينت، فإن قلنا: تتعيَّن، لم يبعد حمل استحقاق التفرقيق عليه؛ كما لو قال: الله علي صوم الأثانين، فإنه يصومها على صفة التفرقيق، ثم رأى الأصح من الوجهين؛ أنه لا يجب التفرقيق، وهو الذي أورده صاحب الكتاب، ووجه بأن التفرقيق ليس وصفاً مقصوداً، بخلاف التتابع، فإذا صام متتابعاً، فقد أتى بما هو أفضل، وأجاب القاضي ابن كج وصاحب «التهذيب» وغيرهما؛ بأنه يلزمه التفرقيق، وقال: التفرقيق مرعي في صوم التمتع شرعاً، أن التتابع مرعي في صوم الكفارة، وذكروا أنه، لو صام عشرة أيام متتابعة، تحسب له خمسة أيام، ويلغى بعد كل يومٍ يوم، وهذا أقرب.

**الثالثة:** إذا نذر صوم شهر، نُظِر؛ إن عيَّن، كرجب أو شعبان، أو قال: أصوم شهراً من الآن، فالصيام يقع متتابعاً، لتعيَّن أيام الشهر، وليس التتابع مستحقاً في نفسه، حتى لو أفطر يوماً، لا يلزمه الاستئناف، ولو فاته الجَمِيعُ، لم يلزمه التتابع في قضائه، كما في صوم رمضان، فإن شرط التتابع مع تعيين الشهر لغو.

**وأظهرهما:** وهو الذي يوجد لأصحابنا العراقيين: أنها تجب حتى لو أفسد يوماً، يلزمه الاستئناف، وإذا فاتته قضى، متتابعاً؛ لأن ذكره التتابع يدل على كونه مقصوداً، وقد سبق مثل هذا في الاعتكاف، ولو أطلق، فقال: أصوم شهراً، فله التفريق والتتابع، قال الصيدلاني: وساعدنا أبو حنيفة - رحمه الله - ههنا، وإن خالف فيما إذا نذر اعتكاف شهر بشرط التتابع، ثم إن فرق صام ثلاثين يوماً، وإن صام متتابعاً وابتدأ به بعد مضي بعض الشهر الهلالي فكذلك، وإن ابتدأ به في أول الشهر وخرج ناقصاً كفاً.

**والرابعة:** إذا نذر صوم سنة، فله حالتان:

إحدهما: أن يعيَّن سنة متوالية الأيام؛ كقوله: أصوم سنة كذا أو سنة من أول شهر كذا إلى مثله أو من الغد، فصيامها يقع متتابعاً بحق الوقت، ويصوم رمضان عن فرضه، ويفطر العيدين وأيام والتشريق؛ تفريقاً على أنه لا يجوز الصوم فيها، وهو الصحيح، ولا يجب قضاؤها بل هي غير داخلة في النذر، وإذا أفطرت المرأة بعذر

الحيض والنفاس، ففي وجوب القضاء قولان، ويُقال وجهان:

أحدهما: لا يجب، كيوم العيد وزمان الحيض والنفاس يقع مستثنى شرعاً.

والثاني: يجب، والنذر محمولٌ على الواجبِ شرعاً، وإذا وقع الحيضُ في الصوم الواجبِ شرعاً، لم يقضِ فكذلك الواجب بالنذر، ويخالف العيد، فإنه غير قابل للصوم في نفسه، وهذا أصحُّ عند صاحب «التهذيب»، والأول أصحُّ عند أبي علي الطبري وأبي الحسين بن القطان، ونسبه القاضي ابن كج إلى الجمهور وتابعهم الروياني - رحمهم الله - ولو أفطر بعذر المرض، ففيه مثلُ هذا الخلاف، ورجح القاضي ابنُ كج فيه وجوب القضاء فرقاً بأنه لا يصح أن ينذر صوم أيام الحيض، ويصح أن ينذر صوم أيام المرض، ولو أفطر بعذر السفر، فالظاهر وجوب القضاء؛ لأنه يتعلّق بمخض اختياره، وبه قال أبو الحسين - وهو المذكور في الكتاب، ومنهم من طرد فيه الخلاف، وبه قال القاضي ابنُ كج، وإذا أفطر في بعض الأيام بغير عذر، أتم، وعليه القضاء بلا خلاف، وسواء أفطر بعذر أو بغير عذر، فلا يجب الاستئناف، وإذا فاته صوم السنة، فلا يجب التتابع في قضائه، كما في صوم رمضان، هذا إذا لم يتعرّض للتتابع، فإن شرط مع تعيين السنة، فعلى الوجهين المذكورين في الشهر، فإن قلنا: يجب رعايته، فإذا أفطر بغير عذر، وجب الاستئناف، وإذا أفطرت للحيض، لم يجب والإفطار بالمرّض والسفر، هل يبطل التتابع؟ فيه ما ذكرنا في صوم الشهرين المتتابعين في كفارة اليمين، فإن قلنا: لا يبطل ففي القضاء الخلاف السابق، ولو قال: لله عليّ صوم هذه السنة، تناول اللفظ السنة الشرعية، وهي من المحرّم إلى المحرّم، فإن كان قد مضى بغضها، لم يلزمه إلا صوم الباقي، فإن كان رمضان فيما بقي، لم يلزمه قضاؤه عن النذر، ولا قضاء العيدين وأيام التشريق والحيض والمرض؛ على ما ذكرنا في جميع السنة.

وقوله «ولو قال: أصوم هذه السنة» يشبه أن يريد به ما إذا نذر سنة أشار إليها بعينها، وليس المراد حكاية هذه اللفظة من قول الناذر.

الحالة الثانية: إذا نذر صوم سنة وأطلق يُنظر، إن لم يشترط التتابع بصوم ثلاثمائة وستين يوماً أو اثني عشر شهراً بالهلال، وكل شهر استوعبه بالصوم، فناقصه كالكامل، وإن انكسر، ولم يصم جميعه، فعليه إتمامه ثلاثين، وشوال ينكسر بسبب العيد، فيكمله ثلاثين، فإن كان ناقصاً، احتاج إلى تدارك اليومين، وذو الحجة يكمله ثلاثين، فإن كان ناقصاً، تدارك خمسة أيام، ولا يجب أن يصوم متتابعاً، وإن صام سنةً على التوالي، تدارك النذر رمضان والعيدين، وأيام التشريق، ولا بأس بصوم يوم الشك عن النذر، وتدارك المرأة لأيام الحيض، هذا ظاهر المذهب، ووراءه وجهان:

أحدهما: عن أبي الحسين بن القطان: أنه، إنما يخرج عن النذر بصوم ثلاثمائة

وستين يوماً؛ لأن السنة تنكسر لا محالة بسبب رمضان وأيام الفِطْرِ، وإذا انكسرت، وجب أن يعتبر العدد، كما أن الشهر إذا انكسر يُعتبر العدْدُ.

**والثاني:** ذكره الصيدلاني: أنه إذا صام من المحرّم إلى المحرّم أو من شهر آخر إلى مثله، خرج عن نذره؛ لأنه يُقال: إنه صام سنة، ولا يلزم قضاء رمضان وأيام الفِطْرِ، وإن شرط التتابع، فقال: لله عليّ صوم سنة متتابعاً، فيلزمه التتابع، ويصوم رمضان عن فرضه، ويفطر العيدين وأيام التشريق، وهل يلزمه تداركهما للنذر، فيه وجهان مذكوران في «التتمة»:

**أظهرهما:** عند صاحبها: المنع؛ لأن السنة المتتابعة اسمٌ لاثني عشر شهراً أو لثلاثمائة وستين يوماً، وقد صام من هذه المدة ما يمكن صومه، فلا يلزم زيادة عليه، كما لو عين السنة.

**والثاني:** وهو المنصوص، وجواب معظم الأصحاب: أنه يلزمه التدارك على الاتصال بآخر المحسوب في السنة؛ لأنه التزم صوم سنة ولم يصم عما التزم سنةً، ويخالف ما إذا كانت السنة معينةً؛ لأن المعين في العَقْد لا يبدل بغيره، والمُطلق إذا عين قد يبدل، ويشبه ذلك بأن المبيع إذا خرج معيباً، لا يبدل، والمسلم فيه، إذا سلمه، فخرج معيباً، يبدل، ثم يحسب بالشهر الهلالي، وإن كان ناقصاً على ما ذكرنا وإذا أفطر بغير عُدْرٍ، وجب الاستئناف، وإذا أفطرت المرأة بعُدْرٍ الحيض، لم يجب الاستئناف، وفي عذر المرض والسفر ما بيناه في صوم الشهرين المتتابعين ثم في قضاء أيام الحيض والمرض الخلاف المذكور في الحالة الأولى، فإذا نذر صوم شهر فقضاء<sup>(١)</sup> ما يتفق الإفطار فيه بحيض أو مرض على ما تبين في السنة، وكذا لو نذرت المرأة صومَ يومٍ معيّنٍ، فحاضت فيه، ففي وجوب قضائه القولان، وإن نذرت صومَ يومٍ غير معيّنٍ، فشرعت في صوم يوم، فحاضت، لزمها التدارك.

ولو نذر صوم ثلاثمائة وستين يوماً، فعليه أن يصوم هذا العدد، ولا يلزم التتابع، فإن قال: متتابعةً، وجب؛ لرعاية التتابع، ويقضي لرمضان وأيام التشريق على الأتصال، وحكى القاضي ابن كج وجهاً ضعيفاً؛ أن ذكر التتابع يُلغو ههنا.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: عَلَيَّ أَنْ أَصُومَ يَوْمَ يَقْدَمُ فَلَانَ فَقَدِمَ لَيْلًا فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَإِنْ قَدِمَ نَهَارًا لَمْ يَكْفِهِ صَوْمُ ذَلِكَ الْيَوْمِ مَعَ أَنَّهُ لَمْ يَنْوِهِ بِاللَّيْلِ، وَهَلْ يَلْزَمُ صَوْمُ يَوْمٍ آخَرَ فِيهِ قَوْلَانِ، وَلَوْ قَالَ عَبْدِي حُرٌّ يَوْمَ يَقْدَمُ فَلَانَ فَبَاعَ الْعَبْدَ صَخْوَةَ ذَلِكَ الْيَوْمِ ثُمَّ قَدِمَ بَانَ بَطْلَانُ

(١) في ز: شهرين معينين قضى.

العقدِ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ، وَيُحْمَلُ ذِكْرُ الْيَوْمِ عَلَى جَمِيعِ ذَلِكَ الْيَوْمِ، وَلَوْ ظَهَرَ بِعَلَامَةٍ أَنَّهُ يَفْتَدِمُ عَدَا فِتْوَى لَيْلًا كَفَاهُ مَعَ التَّرْدِدِ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ لِظُهُورِ الْعَلَامَةِ، وَلَوْ نَذَرَ مَنْ نَوَى نَهَاراً صَوْمَ تَطَوُّعٍ أَنْ يَتِمَّ ذَلِكَ الْيَوْمَ لَزِمَهُ، وَكَذَلِكَ لَوْ نَذَرَ رَكْعَةً وَاحِدَةً، وَلَوْ نَذَرَ أَنْ يُصَلِّيَ قَاعِداً مَعَ الْقُدْرَةِ جَازَ لَهُ الْقُعُودُ، وَلَوْ نَذَرَ صَوْمَ بَعْضِ يَوْمٍ لَعَا نَذْرَهُ فِي وَجْهِهِ، وَفِي وَجْهِهِ يَلْزِمُهُ يَوْمٌ كَامِلٌ، وَكَذَا الْخِلَافُ لَوْ نَذَرَ رُكُوعاً أَوْ سُجُوداً فَعَلَى وَجْهِهِ عَلَيْهِ رَكْعَةٌ، وَعَلَى وَجْهِهِ يَلْتَمَسُ، وَلَوْ نَذَرَ حَجَّ هَذِهِ السَّنَةِ وَهُوَ عَلَى مِائَةٍ فَرَسَخٍ وَلَمْ يَبْقَ إِلَّا يَوْمٌ فَتَذْرُهُ لَاحٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مقصود الفصل الكلام فيما إذا نذر أن يصوم يوماً يقدّم فلان، وقد ضمنه صوراً حقها أن تقدّم.

إحداها: إذا شرع في صوم تطوع، فنذر أن يتمه، فظاهر المذهب: أنه يلزمه إتمامه، وفيه وجه؛ لأنه نذر صوم بعض اليوم ويجري الخلاف فيما إذا نذر أن يتم صوم كل يوم نوى فيه صوم النفل، وإذا أصبح ممسكاً، ولم ينو، فهو متمكن من صوم التطوع، فلو نذر أن يصوم على هذا الوجه، فقد أطلق في لزوم الوفاء قولان؛ بناءً على أن النذر ينزل على واجب الشرع أو على ما يصح قال الإمام: والذي أراه للزوم، فإن النذر مقيد بالصوم على هذا الوجه، وموضع القولين حالة الإطلاق، ثم حكى عن الأصحاب - رحمهم الله - أنه، لو قال: عليّ أن أصلي ركعة، لم يلزمه إلا ركعة، وأنه، لو قال: عليّ أن أصلي كذا قاعداً، يلزمه القيام عند القدرة، إذا حملنا المنذور على واجب الشرع، وأنهم تكلفوا فرقا بينهما، قال: ولا فرق فيجب تنزيلها على الخلاف، وهو كالخلاف في نذر الصوم نهائياً عند إمكان التطوع به، فإنه بالإضافة إلى واجب الشرع بمثابة الركعة الواحدة بالإضافة إلى أقل واجب الصلاة.

ولك أن تُعلم؛ لما بيّنا قوله في الكتاب «لزمه» بالواو.

وقوله «وكذلك لو نذر ركعة واحدة» أيضاً.

وكذلك قوله «جازه القعود».

الثانية: لو نذر صوم بَعْضِ يَوْمٍ، هل ينعقد نذره؟ فيه وجهان.

وأصحُّهُمَا: المنع؛ لأن صَوْمَ بَعْضِ الْيَوْمِ لَيْسَ بِقُرْبَةٍ.

والثاني: ينعقد، وعليه صوم كامل، وزاد صاحب «التتمة» فقال: تبني المسألة

على أن المتنفل، إذا نوى الصوم نهائياً يكون صائماً من وقت النية أو من ابتداء النهار،

إن قلنا: من وقت النية انعقد نذره، وإن قلنا: من ابتداء النهار، فوجهان:

أحدهما: لا ينعقد؛ لأن المنذور ليس بقربة، ولا سبيل إلى إيجاب زيادة يلتزمها.

والثاني: ينعقد؛ لأنه قد ورد الأمر بإمسك بعض النهار، كما في حق من أصبح مفطراً يوم الشك، ثم بان أنه من رمضان، وذكر تفرعاً على الانعقاد؛ أنه لو أمسك بقية نهاره عن النذر، يجزئه، إن لم يكن قد تناول في أوله شيئاً، وإن تناول، فلا يجزئه على المذهب، وقد مرّ في الصوم وجّه أنه، إذا نوى الصوم بعد الأكل يجوز، فعلى ذلك الوجه يجزئه عن نذره، وهذا يخالف ما قدمنا أنه يلزمه صوم يوم كامل.

ولو نذر أن يصلي بعض ركعة، ففيه وجهان، كما في مسألة الصوم، ووجه الشيخ المتوليّ الانعقاد بأن الإنسان قد يؤمر بفعل ما دون ركعة ويثاب عليه، وهو إذا أدرك الإمام بعد الركوع حتى يدرك به فضيلة الجماعة، إذا اتفق في الركعة الأخيرة، قال: فعلى هذا، يلزمه ركعة كاملة، إن أراد أن يأتي بالمنذور منفرداً، وإن اقتدى بإمام بعد الركوع في الركعة الأخيرة، يخرج عن نذره؛ لأنه أتى بما التزمه، وهو قرينة في نفسه، والذي أطلقه غيره؛ تفرعاً على انعقاد النذر؛ أنه يلزمه ركعة، وهو الجواب، إذا نذر ركوعاً باتفاق المفرعين، ولو نذر تشهداً، ففي «التتمة» أنه يأتي بركعة يتشهد في آخرها أو يقتدي بمن قعد للشهد في آخر صلاته، أو يكبر ويسجد سجدة، ويتشهد على طريقة من يقول سجود التلاوة يقتضي التشهد، ويخرج به عن نذره سجدة مفردة، ففيه طريقان في «التتمة» أن السجدة قرينة، بدليل سجدة التلاوة والشكر، ففي انعقاد نذره وجهان، كالوجهين في نذر عبادة المريض وتشميت العاطس، وإن قلنا: لا ينعقد، فالحكم كما في الركوع، وقطع الشيخ أبو محمد بأن نذر السجدة المنفردة لا ينعقد؛ بناءً على أنها ليست بقرينة، وهو الظاهر كما تقدم في الصلاة.

الثالثة: إذا نذر أن يحجّ في هذه السنة، وهو على مائة فرسخ، ولم يبق إلا يوم، لم ينعقد نذره؛ لأنه لا يتأتى له الإتيان بما التزم، وهذا ظاهر المذهب، وذكر بناءً على أن في لزوم كفارة اليمين بذلك خلافاً سبق في نظائره، وحكى القاضي ابن كج وجهاً آخر؛ أنه ينعقد نذره، ويقضي في سنة أخرى، هذه هي الصورة المضمنة.

ولنعُدْ إلى مقصود الفصل:

إذا نذر أن يصوم اليوم الذي يقدم فيه فلان، هل ينعقد نذره؟ فيه قولان:

أحدهما: لا، وهو اختيار الشيخ أبي حامد - رحمه الله - لأنه لا يمكنه الصوم بعد القدوم؛ لأن التبئيت شرط في صوم الفرض، وإذا لم يمكن الوفاء بالملتزم، يلغو الالتزام، كما ذكرنا في التزام الحج في الصورة الثالثة.

وأظهرهما: وهو اختيار المزيّني، وإلى ترجيحه ذهب القاضيان أبو الطيب والرويانئي وإليه ميل ابن الصباغ وغيره: أنه ينعقد نذره؛ لأن الوفاء به ممكن بأن يعلم أنه يقدم غداً فينوي من الليل، ويصوم عن النذر، وقد يجب الصوم في زمان لا يمكن

الإتيان به ويؤثره وجوبه في القضاء، كالصبي يبلغ في أثناء النهار والمغمى عليه يفيق والحائض تظهر.

التفريع: إن قلنا: لا ينعقد نذره، فلا كلام، وإن قلنا: ينعقد، فلو قديم فلان ليلاً، فلا صوم على الناذر؛ لأن الصوم معلق بيوم القدوم، ولم يوجد يوم قدوم وإن قدر أنه عنى باليوم الوقت، فالليل غير قابل للصوم، ويستحب أن يصوم من الغد أو يوماً آخر شكراً لله تعالى وإن قديم نهاراً، فللناذر أحوال:

إحداها: أن يكون مَقْطُراً، فيلزمه أن يصوم عن نذره يوماً<sup>(١)</sup> وكيف يقدر؟ أنقول: يلزمه بالنذر الصوم من أول اليوم أو نقول: يلزم من وقت القدوم؟ فيه وجهان، ويقال: قولان:

أصحهما: وبه قال ابن الحداد: أنه يلزمه الصوم من أول اليوم؛ لأن قوله: أصوم يوم يقدم فلان عبارة عن جميع اليوم لا عن وقت القدوم خاصة إلا أن يوم القدوم غير معلوم، فإذا قديم، تبين أنه من أول يوم القدوم، فأشبهه ما إذا أصبح يوم الشك مفطراً، ثم بان أنه من رمضان، يلزمه القضاء.

والثاني: أنه يلزم من وقت القدوم؛ لأنه علق الالتزام بالقدوم، ويكونه في النهار إلا أن صوم بعض اليوم لا يمكن، فلزمه صوم يوم تام، قال في «التهذيب»: وليس هذا كما إذا نذر صوم بعض اليوم؛ حيث لا ينعقد على ظاهر المذهب؛ لأنه نذر ههنا صوم يوم، لكن شرط الوجوب حصل في البعض، فهو كما لو شرع في صوم تطوع، ثم نذر إتمامه، يلزمه على ظاهر المذهب، ويكون واجباً من حين نذر، كما في جزاء الصيد يصوم عن كل مد يوماً، وإن فضل نصف مد يصوم يوماً تاماً، والواجب فيه نصف يوم، وقد يعبر عن هذا الخلاف، بأن ذكر القدوم لتعريف اليوم أو هو شرط الوجوب، ويتعلق بهذا الخلاف فوائد:

منها: بنى بعضهم القولين في انعقاد النذر من أصله على هذا الخلاف، وقال: إن قلنا: إن قضيته لزوم الصوم من أول اليوم انعقد، وإن قلنا: قضيته اللزوم من وقت القدوم، لم ينعقد، كندر صوم بعض اليوم، وبل أولى؛ لأنه نذر صوم يوم في بعض اليوم، وهو مستحيل.

ومنها: لو نذر أن يعتكف اليوم الذي يقدم فيه فلان، فقديم نصف النهار، فإن قلنا بالأول، اعتكف باقي اليوم، وقضى ما مضى، قال الصيدلاني: أو يعتكف يوماً مكانه،

(١) قال الزركشي: محله إذا أصبح مفطراً بأكل أو جماع ونحوه فأما إذا أصبح مفطراً بجنون طراً عليه فلا قضاء كصوم رمضان. ذكره الماوردي وغيره.

وقضية تعيين الزمان للاعتكاف أن يتعين<sup>(١)</sup> الأول، والظاهر التعيين، وإن قلنا: بالثاني، اعتكف باقي اليوم، ولم يلزمه شيء آخر.

ومنها: إذا قال لعبدته أنت حرّ اليوم الذي يقدّم فيه فلان، فباعه ضحوة يوم، ثم قدّم فلان في بقية اليوم، فإن قلنا بالأول، بان بطلان البيع وحرية العبد، وبه قال ابن الحداد، وإن قلنا بالثاني، فالبيع صحيح، ولا حرية، وهذا إذا كان قدوم فلان بعد تفرقهما عن المجلس ولزوم العقد، أما إذا قدّم قبل التفرق أو في زمان الخيار المشروط، فيحصل العتق على الوجهين؛ لأنه إذا وجدت الصفة المعلق عليها، والخيار ثابت للبائع، يحصل العتق على الوجهين ولو مات السيد ضحوة ثم قدّم فلان، لم يؤرّث عنه على الوجه الأول، ويورّث على الثاني، ولو أعتقه عن كفارته، ثم قدم، لم يُجزّه على الأول، ويجزّه على الثاني.

ومنها: إذا قال لزوجته: أنت طالق يوم يقدّم فلان، فماتت أو مات الزوج في بعض الأيام، وقدّم فلان في بقية ذلك اليوم، فإن قلنا: بالأول، بان أن الموت بعد الطلاق، فلا توارث بينهما، إن كان الطلاق بائناً، وإن قلنا: بالثاني، فلا يقع الطلاق، كما لو قال: إذا قدّم فلان، فأنت طالق، فمات أحدهما قبل قدومه، ولو خالعهما في صدر النهار، وقدّم، فلان في آخره، فعلى الأول يتبين بطلان الخلع، إن كان الطلاق بائناً، وعلى الثاني، يصح الخلع، ولا يقع الطلاق.

الحالة الثانية: إذا قدّم فلان، والناذر صائم عن واجب من قضاء أو نذر آخر، فيتم ما هو فيه، ويصوم لهذا النذر يوماً آخر، واستحب الشافعي - رضي الله عنه - أن يعيد صوم الواجب الذي هو فيه؛ لأنه بان أنه صام يوماً مستحق الصوم؛ لكونه يوم قدوم زيد، قال في «التهذيب»: وفي هذا دليل على أنه إذا نذر صوم يوم بعينه، ثم صامه عن نذر آخر أو قضاء؛ أنه يتعقد، ويقضي نذر هذا اليوم.

الثالثة: إذا قدم، وهو صائم صوم تطوع أو غير صائم، لكئه لم يأكل شيئاً، قال في «التهذيب»: وكان ذلك قبل الزوال، فيبنى على أنه يلزمه الصوم من أول اليوم أو من وقت القدوم، وإن قلنا بالأول، فيلزمه صوم يوم آخر، ويُسْتَحَبُّ أن يمكس بقية النهار، وإن قلنا بالثاني، ففي «التتمة»: أنه يُبْتَنَى عَلَى أنه، هل يجوز أن ينذر صوم بغض اليوم،

(١) اختلف كلام النووي في ذلك في شرح المهذب فقال: الصحيح أنه لا يلزمه قضاء ما مضى بعد أن قدم مثل ما ذكره هنا وقال فيه في باب الاعتكاف. إن الأصح وظاهر لفظ المختصر الاكتفاء بباقي اليوم فإنه الوجوب من القدوم قال: وهو الحق، وقال في الروضة في باب الاعتكاف: لا يلزمه قضاء ما مضى على الأظهر. قال الزركشي: والصواب المذكور هناك والذي قاله هنا هو قول المزني وابن الحداد.

إن قلنا: يجوز، فينوي، إذا قدم، ويكفيه ذلك ويُستحب أن يعيد يوماً كاملاً؛ للخروج من الخلاف، وإن قلنا: لا يجوز، فلا شيء عليه، ويُستحب أن يقضي، وفي «التهذيب» أنا، إذا قلنا: يلزم الصوم من وقت القدم، فهنا وجهان:

أصحهما: أنه يلزمه صَوْمُ يَوْمٍ آخِر.

والثاني: عليه إتمام ما هو فيه، ويكونُ أوله تطوعاً، وآخره فرضاً، كمن شرع في صوم تطوع ثم نذر إتمامه، يلزمه الإتمام، وهذا، إذا كان صائماً عن تطوع، وإن لم يكن صائماً، فينوي، ويصوم بقية النهار، إن كان قبل الزوال، ولو تبيّن للناذر أن فلاناً يقدّم غداً فنوى الصوم من الليل، ففي إجزائه عن النذر وجهان:

أحدهما: ويُنسب إلى القفال: أنه لا يجزئه؛ لأنه لا يمكنه الجزم به، فإن الإخبار قد يتطرق إليه خلل، وإن لم يتطرق، فقد يعرض مانع من القدم، والتردد يمنع صحة النية.

وأظهرهما: وهو الذي أورده الأكثر: الإجزاء؛ لأنه بنى على أصل مطلق، والتجوز النافي بعد الظن المتأكد لا يمنع صحة النية على ما بيّنا في «كتاب الصوم» وخصّص صاحب «التتمة» الوجهين بما إذا قلنا: إنه يلزم الصوم من أول اليوم، وذكر أنا إذا قلنا باللزوم من وقت القدم، فلا يجزئ الصوم بنية من الليل؛ لأن سبب الوجوب لم يوجد في أول النهار حتى يتنوي إيقاع الصوم فيه عن الواجب.

فرغ: لو قدّم فلان يوم العيد أو في رمضان، فهو كما لو قدّم ليلاً.

قال الغزالي: ولو نذر صَوْمَ يَوْمِ الاثْنَيْنِ أو يَوْمَ يقدّم فلان أبداً فقدم يوم الاثنين لزمه الاثنين لأن الصحيح أن الوقت متعين في الصوم، ولا يجب قضاء الاثنين الواقعة في رمضان إلا الاثنين الخامس فإن ذلك قد يقع وقد لا يقع ففي قضايه خلاف، فإن كانت تحيض عشرين يوماً فلا بد من وقوع بعض الاثنين في الحيض فالأظهر أنه لا يجب قضاء ذلك، وكذا الخلاف فيما يفوته بسبب صوم شهرين متتابعين لزمه في كفارة، والأظهر أنها إن لزم قبل النذر فلا تقضى كأيام رمضان.

قال الرافعي: إذا نذر صوم يوم الاثنين أبداً، لزمه الوفاء به، تفرعاً على الأصح، وهو أن الوقت المعين للصوم يتعين، ولو نذر صوم اليوم الذي يقدّم فيه فلان أبداً، فقدم يوم الاثنين، ففي انعقاد النذر بذلك اليوم الخلاف الذي سبق في سائر الاثنين، يلزمه الصوم، كما لو نذر صوم الاثنين، ولا يجب قضاء الاثنين الواقعة في رمضان؛ لأن وجوب صوم رمضان سابق على النذر، فلا ينعقد عليها النذر، نعم، لو وقع فيه



خَمْسَةَ أَثَانِينَ، ففي قضاء الاثنين والخامس وجهان أو قولان، كالتولين فيما إذا وقع العيد في يوم الاثنين؛ لأن الخامس قد يَتَفَقُّ، وقد لا يَتَفَقُّ، كما أن العيد قد يقع في يوم الاثنين، وقد لا يقع، والأربعة لا بد منها، وإذا وقع عيد في يوم الاثنين، ففي قضاؤه قولان:

أصحُّهُمَا: وهو اختيار المُزَنِّي وأبي إسحاق - رحمهما الله -: أنه لا يجب كالأثنين في رمضان؛ لأن هذا متعيّن للإفطار، كما أنه متعيّن لصوم رمضان.

والثاني: يجب؛ لأن ذلك قد يتفق، وقد لا يتفق، فيتناولوه النذر بخلاف أثنين رمضان، وبخلاف ما إذا نذر صوم سنة معينة، حيث قلنا: لا يقضي العيدين؛ لأن وقوعهما في السنة لازم، ووقوع العيد في يوم الاثنين ليس بلازم، وحُكْمُ أيام التشريق؛ بناءً على الصحيح وهو أنه لا صوم فيها، حكم العيدين.

ولو صدر هذا النذر من امرأة، وأفطرت بعض الأثنين<sup>(١)</sup> بعذر الحيض والنفاس، ففي القضاء طريقان، قال الأكثرون: فيه قولان أيضاً كما في العيد، ومن هؤلاء القاضيان أبو الطيب وابن كج، والإمام وصاحب «التتمة» وقطع آخرون بالوجوب؛ لأن النذر يُسَلِّكُ به مَسَلُّكَ واجبِ الشرع، إذا فات بالحيض والنفاس، تقضي، ثم في تعليق أبي حامد وغيره ترجيح وجوب القضاء ههنا، والمفهوم من طرد القولين ههنا ترجيح المنع، وإليه ذهب ابن الصباغ، وهذا كما مرّ فيما إذا نذر صوم سنة معينة، ثم الطريقان، فيما إذا لم يكن لها عادة غالبية، فإن كانت، ففي القضاء فيما يقع في عاداتها أظهر، وربما قُطِعَ به؛ لأنها لا تقصد صوم اليوم الذي يقع في عاداتها غالباً في مفتتح الأمر، وقيل بخلافه؛ لأن العادة قد تختلف بالزيادة والنقصان، وأما ما يختلف، فقد يقع في عاداتها وقد لا يقع، فهو على الخلاف فيما إذا لم تكن لها عادة؛ مثاله: إذا كانت عاداتها أن تحيض عشرة أيام، فلا بد وأن يقع فيه يوم اثنين، ويجوز أن يتكرر مرتين؛ ففي الثاني الخلاف.

ولو أفطر الناذر بعض الأثنين بعذر المرض، فالمشهور وجوب القضاء، وفي إيراد موردين ما يقتضي القطع به، وجعله صاحب الكتاب والقاضي ابن كج على الخلاف المذكور فيه، إذا نذر صوم سنة معينة، ويشبه أن يرجح وجوب القضاء في

(١) الصواب أثنائي بحذف النون جمع اثنين كما صوبه الشيخ في المجموع، وهو محكي عن سيويه أيضاً، لكن في الصحاح أن يوم الاثنين لا يثنى ولا يجمع، فإن أحببت أن تجمعه لأنه صفة للواحد، أثنانين. واعترضه ابن بري بأنه لم يسمع أثنانين بل هو من قول الفراء وعن النحاس أن أثنائي بحذف النون أكثر من أثنانين بإثباتها.

المسألتين جميعاً، ويجوز أن يُعَلِّمَ لها لفظ الخلاف من قوله في الكتاب: «ففي القضاء خلاف» بالواو.

ولو لزمه صوم شهرين متتابعين عن كفارة، فيقدم صوم الكفارة على صوم الأثنين، سواء تقدّم وجوب الكفارة أو تأخر؛ لأنه يمكن قضاء الأثنين.

ولو عكس، لم يتمكن من صوم الكفارة؛ لفوات التابع يتخلل الأثنين، ثم إن لزمَتِ الكفارة بعد ما نذر صوم الأثنين، فيقضي الأثنين الواقعة في الشهرين؛ لأنه أدخل على نفسه صوم الشهرين بعد ذلك النذر، وإن لزمَتِ الكفارة قبله، فوجهان، ويُقال: قولان:

أحدهما: أنه لا يقضيها، كما لا يقضي الأثنين الواقعة في رمضان؛ لتقدّم وجوبها على النذر.

والثاني: يجب القضاء؛ لأن الوقت غير متعين لصوم الكفارة.

ولو صام في الشهر أثنينها، لوقعت عن نذره، فإذا تركه، قُضِيَ، بخلاف أثنين رمضان.

وهذا أظهر عند صاحب «التهذيب» وطائفة من العراقيين، ويحكى عن رواية الربيع، والأول أظهر عند الإمام وصاحب الكتاب القاضيين أبي الطيب، وابن كج.

ولو نذر أن يصوم شهراً متتابعاً أو شهرين أو أسبوعاً، ثم نذر صوم الأثنين، فإن لم يعين الشهر أو الشهرين، فهو كما إذا لزمته الكفارة، ثم نذر الأثنين.

وإن عين، ففي «التتمة»: أنه يُتَنَبَّأُ على أنه إذا عيّن وقتاً للصوم هل يجوز أن يصوم فيه عن قضاء، أو نذر آخر؟ وقد سبق فيه الخلاف، فإن قلنا: يجوز، فهو كما لو لم يعيّن، وإن قلنا: لا يجوز، فحكم ذلك الشهر حكم رمضان، وهذا ما رآه صاحب «التهذيب»، وقال أيضاً: إذا صادف نذران زماناً معيناً، فيحتمل أن يُقال: لا ينعقد النذر الثاني، وطرده، هذا الاحتمال فيما إذا قال: إن قدم زيد، فله عليّ أن أصوم اليوم التالي لقدومه، وإن قدم عمرو، فله عليّ أن أصوم أول خميس بعد قدومه، فقدم معاً يوم الأربعاء، ونُقِلَ: أنه يصوم عن أول نذر نذره، ويقضي يوماً للنذر الثاني.

وفي تعليق الشيخ أبي حامد وغيره - رحمهم الله -: أنه لو نذر أن يصوم أول خميس بعد شفاء مريضه، ونذر أن يصوم اليوم الذي يقدم فيه فلان، فشفي المريض، وأصبح الناذر في أول الخميس صائماً، فقدم فيه فلان، يقع صومه عما نواه، والنذر الآخر، إن قلنا: إنه لا ينعقد فلا شيء عليه، وإن قلنا: ينعقد، فيقضي عنه يوماً آخر.

وقوله في الكتاب «وكذا الخلاف فيما يفوته بسبب صوم شهرين متتابعين، لزمه

في كفارة» إلى آخره، قد يشعر ظاهره بإثبات الخلاف في قضاء الأثانين الفائتة. بهذا السبب على الإطلاق، وبأن الأظهر الفرق بين أن يلزم الكفارة قبل النذر، فلا يجب القضاء أو بعده، فيجب، ولا يمكن حمله عليه؛ لأنه لا خلاف في أنها تقضى، إذا لزم الكفارة بعد النذر، وكأنه أراد الخلاف فيما يفوته بسبب صوم الشهرين، حيث وقع الخلاف لشبه الخلاف في الصوم التي قدمها على هذه الصورة.

ثم قوله: «والأظهر» إلى آخره: فيه بيان الراجح من الخلاف مع التنصيص على موضعه، ولو قال: «وكذا فيما يفوته يضم شهرين متتابعين، لزمه في كفارة قبل النذر خلاف، والأظهر أنه لا يقضي؛ لیسلم عن الإبهام المذكور.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: وَلَوْ نَذَرَ صَوْمَ الدَّهْرِ لَزِمَهُ وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ لِأَيَّامِ الْعِيدِ وَالْحَيْضِ وَرَمَضَانَ، وَلَهُ الْفِطْرُ بِالْمَرَضِ وَالسَّفَرِ وَلَا يُمَكِّنُ الْقَضَاءُ، وَلَوْ أَفْطَرَ عَمْدًا فَعَلَيْهِ مُدٌّ إِذِ الْقَضَاءُ غَيْرُ مُمَكِّنٍ وَالِدَّهْرُ مُسْتَفْرَقٌ، وَلَوْ نَذَرَ صَوْمَ يَوْمِ الْعِيدِ لَعَا نَذْرَهُ، وَفِي يَوْمِ الشُّكِّ وَنَذْرِ الصَّلَاةِ فِي الْأَوْقَاتِ الْمَكْرُوهَةِ وَجِهَانِ:

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ مَسْأَلَتَانِ:

إحدهما: ولو إذا نذر صوم الدهر، انعقد نذره، قال أبو سَعْدِ المتولِّي: لأن الصوم عبادة، وليس في صوم الدهر كراهية، وقد ذكرنا في آخر «كتاب الصوم» أن من الأصحاب من أطلق القول بأنه مكروه، ولا يبعد أن نتوقف على ذلك التقدير في صحة هذا النذر؛ لأن النذر تقرب، والمكروه لا يقترب به، والمذهب انعقاده، ثم قد ذكرنا هناك؛ أنه يستثنى عن هذا النذر العידان، وكذلك أيام التشريق.

ولو كان عليه قضاء رمضان، فالقضاء أيضاً يقع مستثنى، وكذا لو كان عليه كفارة عند النذر وإن لزم الكفارة بعد النذر، فقد أطلقنا هناك؛ أنه يصوم عن الكفارة، ويفدي عن النذر، وزاد صاحب «التتمة» فقال: يُبَيِّنُ ذلك على أن المنذور يُسَلِّكُ به مسلك واجب الشرع، أو مسلك الجائزات، إن قلنا بالأول، فلا يصوم عن الكفارة، ويصير كالعاجز عن جميع الخصال، وإن قلنا بالثاني، فيصوم عن الكفارة، ثم إن لزمته الكفارة بسبب هو مختار فيه؛ فعليه الفدية؛ لأنه تارك لصوم النذر بما فعل، وإلا بأن قتل خطأ، فلا فدية عليه، بل هو كمن أفطر بعذر، ولو أفطر هذا الناذر في رمضان بعذر أو غير عذر، فعليه القضاء ويقدمه على النذر، كما يقدم الأداء، كما يقدم قضاء الحج على الحجّة المنذورة، ثم إن أفطر بعذر، فلا فدية عليه.

وإن كان متعدياً، لزمته الفدية؛ لأنه قَوَّتْ صَوْمَ النَّذْرِ بَعْدَوَانَهُ، ولو أفطر يوماً من الدهر، فلا سبيل إلى القضاء؛ لاستغراق أيام العُمُر بالأداء، ثم يُنظَرُ، إن أفطر بعذر

مرض أو سفر، فلا فدية عليه؛ لأن من أفطر في رمضان بعذر، لا فدية عليه، ففي القضاء أولى، وإن أفطر عمداً بلا سبب، فعليه الفدية؛ لتقصيره، كَمَنْ أَفْطَرَ فِي رَمَضَانَ تَعْدِيًّا، ومات قبل التمكن من القضاء، ويجوز أن يُغْلَمَ قوله في الكتاب «فعليه مُدٌّ» بالواو؛ لأن الإمام قال: الصوم المنذر يُقَابِلُ بالفدية التي يُقَابِلُ بها صوم رمضان، على المذهب الظاهر، فأشعر بالخلاف فيه، ثم أراد الإمام - رحمه الله - ههنا شيئين:

أحدهما: أنه لو نوى في بعض الأيام قضاء يَوْمٍ، أفطر فيه متعدياً، فالوجه أن يَصِحَّ، إن كان الواجب غَيْرَ ما فعل، ثم يلزمه المُدُّ لما ترك من الأداء في ذلك اليوم، ولك أن تقول: يجيء في الصحة الخلاف المذكور، فيما إذا عَيَّن وقتاً للصوم بنذره ينعقد فيه صوم آخر؛ لأن أيام العمر قد عَيَّنَهَا بنذره للصَّوم.

والثاني: هل يجوز أن يصوم عن المُفْطِرِ المتعدي وليه في حياته، تفريراً على أنه يصوم عن الميت وليه؟ الظاهر عندنا جوازه؛ لتعذر القضاء منه؛ وفيه احتمال من جهة أنه قد يطرأ عذر يجوز ترك الصوم له، ويتصور تكلف القضاء فيه، وقد يُسْتَفَادُ مما ذكره أنه إذا سافر قضى ما أفطره فيه متعدياً، وينساق النظر إلى أنه هل يلزمه أن يسافر ليقضي؟.

الثانية: نذر صوم يوم العيد لا ينعقد؛ لأنه منهي عن صومه، فأشبهه ما إذا نذرت المرأة صوم يوم الحَيْضِ.

وقال أبو حنيفة: ينعقد نذره، ويصوم يوماً آخر مكانه، وربما يُزَوَّى أنه لو صامه خرج عن نذره، ولو نذر صوم أيام التشريق، لم ينعقد على المذهب أيضاً، وإذا فرغنا على القديم، وهو أنه يجوز للمتمتع صومها، وجوزنا على أحد الوجهين لغير المتمتع صومها، ففي «التتمة»: أن في انعقاد النذر وجهين؛ كنذر الصلاة في أوقات الكراهة، ولو نذر صوم يوم الشك، أو الصلاة في الأوقات المكروهة؛ ففي انعقاده وجهان مبنيان على الوجهين في صحة الصوم فيه، والصلاة فيها؛ والأظهر المنع، وقد ذكرنا نذر يوم الشك في الصوم، والصورة الأخرى في الصلاة والله أعلم.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: التَّنَوُّعُ الثَّانِي: الْحَجُّ: فَإِذَا نَذَرَ الْحَجَّ مَا شِئاً وَقُلْنَا: الْمَشْيُ أَفْضَلُ لَرِمَهُ، وَلَوْ نَذَرَ أَنْ يَمْشِيَ مِنْ دُونِزَةِ أَهْلِهِ قَبْلَ الْإِحْرَامِ فَفِي لُزُومِهِ وَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَلْزِمُ الْمَشْيُ قَبْلَ الْإِحْرَامِ فَإِنْ أَطْلَقَ حِمْلَ عَلَى الْمَشْيِ مِنَ الْمِيقَاتِ أَوْ مَنْ دُونِزَةِ أَهْلِهِ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَهُ الرُّكُوبُ بَعْدَ أَحَدِ التَّحْلِيلَيْنِ عَلَى الْأَظْهَرِ، وَلَوْ فَاتَهُ الْحَجُّ أَوْ فَسَدَ لَرِمَهُ لِقَاءِ الْبَيْتِ، وَفِي جَوَازِ الرُّكُوبِ وَجْهَانِ، ثُمَّ يَلْزِمُ قَضَاءُ الْحَجِّ الْمَنْدُورِ، وَلَوْ تَرَكَ الْمَشْيَ بِعُدْرِ وَقَعَ الْحَجُّ عَنْ نَذْرِهِ، وَإِنْ تَرَكَ بِغَيْرِ عُدْرِ فَقَوْلَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: وَقَعَ فِيهِ لُزُومُ دَمِ الشَّاةِ

لِلجُبْرَانِ وَجَهَانَ، وَقِيلَ: إِنْ تَرَكَ بِعُدْرٍ أَيْضاً يَلْزِمُهُ الْجُبْرَانُ، وَلَوْ تَرَكَ بَعْضَ الطَّرِيقِ وَمَشَى فِي بَعْضٍ فَالْتَّصُّ أَنَّهُ إِذَا عَادَ لِلْقَضَاءِ رَكِبَ حَيْثُ مَشَى وَمَشَى حَيْثُ رَكِبَ، وَقِيلَ: يَلْزِمُهُ الْمَشْيُ فِي الْجَمِيعِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لَا يَخْفَى أَنَّ الْحَجَّ وَالْعَمْرَةَ يَلْزِمَانِ بِالنَّذْرِ، وَإِذَا نَذَرَ؛ أَنْ يَحْجَّ مَاشِياً أَوْ يَعْتَمِرَ مَاشِياً، فَهَلْ يَلْزِمُهُ الْمَشْيُ، أَمْ لَهُ أَنْ يَحْجَّ أَوْ يَعْتَمِرَ رَاكِباً؟ فِيهِ قَوْلَانِ:

أَصْحَهُمَا: الْأَوَّلُ، وَهُوَ الَّذِي فَرَّعَ عَلَيْهِ الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَاشْتَهَرَ مِنْ نَصِّهِ، وَهُمَا مَبْنِيَانِ عَلَى أَنَّ الْحَجَّ رَاكِباً أَوْ مَاشِياً؟ فِيهِ قَوْلَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ الرُّكُوبَ أَفْضَلُ؛ لِمَا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - حَجَّ رَاكِباً<sup>(١)</sup>، وَأَيْضاً فِيهِ تَحْمُلُ زِيَادَةَ مُؤَنَةٍ، وَإِنْفَاقٍ فِي سَبِيلِ اللَّهِ تَعَالَى.

وَأَصْحَهُمَا: أَنَّ الْمَشْيَ أَفْضَلُ؛ لِأَنَّ التَّعَبَ فِيهِ أَكْثَرُ، وَقَدْ اشْتَهَرَ أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - قَالَ لِعَائِشَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - «أَجْرُكَ عَلَيَّ قَدْرَ نَصَبِكِ»<sup>(٢)</sup>.

وَحَكَى الصَّيْدَلَانِيُّ بَدَلَ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ؛ أَنَّهُمَا سَوَاءٌ، وَقَدْ يَوْجَدُ ذَلِكَ بِتَعَارُضِ الْمَعْنِيِّينَ، وَعَنْ ابْنِ سُرَيْجٍ: التَّسْوِيَةُ بَيْنَ الْمَشْيِ وَالرُّكُوبِ، مَا لَمْ يُحْرِمَ، فَإِذَا أَحْرَمَ، فَالْمَشْيُ أَفْضَلُ، وَقَالَ الْمَصْنُفُ - رَحِمَهُ اللَّهُ - فِي الْإِحْيَاءِ وَيَنْبَغِي أَنْ يَفْصَلَ وَيُقَالَ: مَنْ سَهَّلَ عَلَيْهِ الْمَشْيُ، فَالْمَشْيُ فِي حَقِّهِ أَفْضَلُ وَمَنْ ضَعَّفَ عَنْهُ، وَسَاءَ خُلُقُهُ لَوْ مَشَى، فَالرُّكُوبُ فِي حَقِّهِ أَفْضَلُ، كَمَا أَنَّ الصَّوْمَ لِلْمَسَافِرِ وَالْمَرِيضِ، مَا لَمْ يُوَدَّ إِلَى ضَعْفِ وَسُوءِ خُلُقٍ أَفْضَلُ<sup>(٣)</sup>، فَإِنْ قُلْنَا: إِنَّ الرُّكُوبَ أَفْضَلُ، أَوْ سَوَّيْنَا بَيْنَهُمَا، فَلَا يَلْزِمُهُ الْمَشْيُ بِالتَّعَرُّضِ لِلْمَشْيِ، وَإِنْ قُلْنَا: الْمَشْيُ أَفْضَلُ، لَزِمَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ التَّزَمَ فِي الْعِبَادَةِ الْمَلْزُومَةَ زِيَادَةً فَضِيلَةً، فَصَارَ كَمَا إِذَا نَذَرَ الصَّوْمَ مُتَابِعاً.

وَأَعْلَمُ أَنَا ذَكَرْنَا فِي الْحَجِّ أَنَّ الْوُقُوفَ بِعَرَفَةَ رَاكِباً أَفْضَلَ مِنَ الْوُقُوفِ رَاجِلاً عَلَى أَظْهَرِ الْقَوْلَيْنِ وَهَهُنَا نَجْعَلُ الْحَجَّ مَاشِياً أَفْضَلَ، وَالْوُقُوفَ أَعْظَمَ أَرْكَانَهُ مَكَاناً، يَرِيدُ بِهَذَا حَالَةَ السَّيْرِ وَالْحَرَكَةِ، وَبِذَلِكَ حَالَةَ اللَّبْثِ وَالسُّكُونِ، ثُمَّ يَتَفَرَّعُ عَلَى قَوْلِ لُزُومِ الْمَشْيِ مَسَائِلٌ:

إِحْدَاها: فِي بَدَايَةِ الْمَشْيِ، وَهُوَ مُصَدِّرٌ بِأَنَّهُ لَوْ صَرَحَ بِالتَّزَامِ الْمَشْيِ مِنْ دَوِيرَةِ أَهْلِهِ إِلَى الْفَرَاغِ مِنَ الْحَجِّ، هَلْ يَلْزِمُهُ الْمَشْيُ قَبْلَ الْإِحْرَامِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

- (١) رواه البخاري [١٥١٧] من حديث أنس بلفظ: حج على رجل.
- (٢) متفق عليه أخرجه البخاري [١٧٨٧]، مسلم [١٢١١] عنها، واستدركه الحاكم [٤٧١/١].
- (٣) قال النووي: الصواب أن الركوب أفضل، وإن كان الأظهر لزوم المشي بالنذر؛ لأنه مقصود.

أحدهما: لا؛ لأن المشي قَبْلَ الإِحْرَامِ لا قُرْبَةَ فِيهِ.

وأقربهما: نعم؛ لأن الأَجْرَ على قَدْرِ النَّصَبِ، والمشى إلى العبادة قُرْبَةٌ وأيضاً فسندكر أن الأظهر فيما إذا قال: أمشي إلى بيت الله تعالى، يلزمه المشى من دَوَيْرَةِ أهله. فكذلك إذا قال: أحج ماشياً من دويرة أهلي.

وقال الإمام: وللصورة التفات إلى أن الأجير على الحج، إذا مات في الطريق قبل الإِحْرَامِ، هل يستحق شيئاً من الأجرة؟ فإن قلنا: لا يلزمه المشى من دويرة أهله، مع التصريح به، فإذا أطلق فأولئى الأ يلزم، وإن قلنا: يلزم هناك، فإذا أطلق، وقال: أحج ماشياً، فوجهان:

أحدهما: أنه يلزمه المشى من دويرة أهله، للعادة<sup>(١)</sup>، فإن من قال: حججت ماشياً، فهم منه المشى في جميع الطريق.

وأصحهما: أنه يلزم من وقت الإِحْرَامِ، سواء أحرم من الميقات أو قبله، لأنه التزم المشى في الحج، وابتداء الحج من وقت الإِحْرَامِ، وقطع بهذا قاطعون، وردوا الخلاف إلى ما إذا نذر المشى إلى مكة، أو إلى بيت الله تعالى، وسيأتي القول فيه إن شاء الله تعالى - وأثبت في «التتمة» الوجهين، وبناهما على أنه من أين يلزمه الإِحْرَامِ؟ فعن أبي إسحاق المروزي: أنه يلزمه الإِحْرَامِ من دَوَيْرَةِ أهله؛ لأن ذلك من تمام الحج، وعن غيره: أنه لا يلزم إلا من الميقات، كما في الواجب الشرعي، فعلى الأول يَمْشِي من دويرة أهله، وعلى الثاني من الميقات؛ لأن المشى قبل الميقات لا قرينة فيه.

وقياس هذه الطريقة؛ أن يُقَالَ: إذا صرح بالتزام المشى من دويرة أهله، يلزمه الإِحْرَامِ منها على الوجه الأول، ولو قال: أمشي حاجاً، فالظاهر: أنه كقوله: أحج ماشياً، وقضية كل واحد من اللفظين اقتران الحج والمشى، وفيه وجه: أن قوله: أمشي حاجاً يقتضى أن يمشى من مَخْرَجِهِ وانتهاضه إلى الحَجِّ.

الثانية: في نهاية المشى، وفيها وجهان حكاهما الإمام:

أحدهما: أنه يمشى إلى أن يتحلل التحلل الثاني، لأنه من أعمال الحج ما بقيت عُلُقَةُ الإِحْرَامِ، ثم له الركوب، وإن بقي عليه الرمي في أيام منى؛ لأنها خارجة من الحج خروج السلام الثاني من الصلاة.

والثاني: أن له الرُّكُوبَ بعد التحلل الأول؛ لأن اسم الحج على الإطلاق يزول حينئذٍ، وتتخفف تكاليف النسك، والأول هو المنصوص، والذي أورده الجمهور.

(١) في أ: للعبادة.

وجعل صاحب الكتاب الثَّانِي أظهرَ وحكاه القاضي الروياني عن المجموع وعده غلطاً، هذا في الحج، وأما العمرة، فليس لها إلا تحلل واحد فيمشي إلى أن يتحلل؛ والقياس أنه إذا كان يتردد في خلال أعمال النسك؛ لغرض تجارة وغيرها، فله أن يركب ولم يذكُرهُ.

الثالثة: لو فاته الحج، لزمه القضاء ماشياً، ثم من المعلوم أن من فاته الحج يحتاج إلى لقاء البيت، ويتحلل بأعمال العمرة، فهل يلزمه المشي في تلك الأعمال؟ فيه قولان:

أحدهما: وهو المنصوص في «الأم»: نعم؛ لأن هذه الأعمال لزمته بالإحرام ماشياً، ومبنى الحج على إتمام ما يقع الشروع فيه بصفاته، وهذا أصح عند القاضيين، الطبري والروياني - رحمهما الله -.

والثاني: لا؛ لأنه خرَجَ بالفوات عن أن يكون حجة المنذور، ولذلك وجب القضاء، وإذا خرج عن أن يكون مندوراً، وجب ألا يلزم فيه المشي، وهذا أظهر عند أبي حامد والقفال، والصيدلاني والإمام وغيرهم - رحمهم الله -.

ولو فسد الحج بعد الشروع فيه، فهل يجب المشي في المضي في الفاسد؟ فيه مثل هذا الخلاف، وإطلاق صاحب الكتاب الوجهين في المسألة أتباع للإمام، وهي مشهورة بالقولين. وقوله: «ثم يلزم قضاء الحجة المنذورة» أي ماشياً، أما أصل القضاء، فهو أوضح من أن يحتاج إلى ذكره.

الرابعة: لو ترك المشي بعذر؛ بأن عجز عنه فحج ركباً، وقع حجة عن النذر، وهل عليه جبر المشي الفائت بإقامة دم؟ فيه قولان:

أحدهما: لا، كما لو نذر؛ أن يصلِّي قائماً، فعجز، فصلَّى قاعداً، لا شيء عليه.

وأصحهما: على ما ذكره الإمام، وصاحب «التهديب»: نعم؛ لما روي أن أخت عَقْبَةَ<sup>(١)</sup> بن عامر نذرت أن تحج ماشيةً، فسئل رسول الله - ﷺ - فقيل: إنها لا تطيق ذلك فقال: «فَلْتَرْكَبْ وَلْتَهْدِ هَدْيًا»<sup>(٢)</sup> وليس كالصلاة، فإنه لا مدخل للجبر فيها بالمال، وعلى هذا، فما الذي يلزم؟.

(١) قيل: إن أخت عقبة هي أم حبان بكسر الحاء والباء الموحدة، أسلمت وبايعت، أفاده المنذري في حواشي السنن وهو مذكور في الإكمال لابن ماکولا، لكن قال: إنها أخت عقبة بن عامر بن بابي الأنصاري البصري: فعلى هذا من زعم، أنها أخت عقبة بن عامر الجهني راوي هذا الحديث، فقد وهم.

(٢) أخرجه أبو داود [٣٢٩٦] رواه البيهقي [٧٩/١٠] من حديث عكرمة عن ابن عباس بلفظ: أن أخت عقبة بن عامر نذرت أن تمشي إلى البيت فأمرها رسول الله ﷺ أن تركب، وتهدى هدياً، =

المشهور: أنه يلزمه دمُ شاة، وهو المذكور في الكتاب، لقوله - عليه السلام -: «وَلْتَهْدِ هَدِيًّا» ومطلق الهدى يُحْمَلُ على الشاة.

ولأنه ترفه بترك المشي، فأشبهه ما إذا ترفه باللبس والتطيب، وحكي في «التتمة» قولاً آخر؛ أن عليه بدنة؛ لما روي في بعض الروايات في حديث أخت عقبة: «وَلْتَهْدِ بَدَنَةً»<sup>(١)</sup> وإن ترك المشي مع القدرة، فحج ركباً، فقد أساء، ثم فيه قولان:

أحدهما: وَيُنْسَبُ إلى القديم: أنه لا تبرأ ذمته، بل عليه القضاء؛ لأنه التزم العبادة على صفة، وما أتى بها على تلك الصفة مع القدرة، وذكر على هذا مأخذان:

أظهرهما: أن ما أتى به من الحج، لم يقع عن نذره، لأن المنذور الحج ماشياً.

والثاني: أن أصل الحج وقع عنه إلا أنه بقي المشي واجباً عليه، والمشى لا يمكن تداركه مفرداً فالزم حجة أخرى ليتدارك فيها المشى.

وعلى هذا ينطبق ما حكي عن نص الشافعي - رضي الله عنه -: أنه، لو كان قد ركب في بعض الطريق، ومشى في بعض، فإذا عاد للقضاء، مشى حيث ركب، وركب حيث مشى، وعلى المأخذ الأول يلزمه المشى في القضاء كله.

والقول الثاني، وهو الأصح: أنه تبرأ ذمته، ويقع ما أتى به عن النذر؛ لأنه قد أتى بأركان الحج، ولم يترك إلا هيئة، فصار كما لو ترك الإحرام من الميقات، أو المبيت بمئى. وعلى هذا، فهل يلزمه الدم؟ فيه قولان أو وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن الفدية إنما تجب بترك أبعاض النُسك، والمشى ليس من الأبعاض.

وأظهرهما: نعم؛ للحديث الذي سبق، وعلى هذا فالواجب شاة أو بدنة فيه ما سبق من الخلاف، ويحسن أن يُرتب الخلاف في الفدية، إذا ترك المشى من غير عذر، على الخلاف فيما إذا ترك بعذر، ويُقال: إن أوجبنا ثم، فهنا أولئ، وإن لم نوجب ثم، ففي الوجوب ههنا وجهان؛ لأنه إنما يلزم المشى بالنذر بشرط الإمكان وقد يُجمَعُ بين الحالتين، ويُقال: في وجوب الفدية، إذا ترك المشى، وأوقعنا المأتي به عن نذره،

= وإسناده صحيح، ثم قال بعد ذلك، وروي أن النبي ﷺ أمر أخت عقبة بن عامر، وقد نذرت أن تمشي بحج أو عمرة، لم أجده هكذا، وهو متفق عليه البخاري [١٨٦٦، مسلم ١٦٤٤] من حديث عقبة بن عامر بلفظ: نذرت أختي أن تمشي إلى بيت الله، وأمرتني أن أستفتي رسول الله ﷺ، فقال: لتمشي ولتركب.

(١) هو عند أبي داود من طريق مطر عن عكرمة عن ابن عباس: أن أخت عقبة نذرت أن تحج ماشية، فقال النبي ﷺ فلتركب، ولتهد بدنة.



ثلاثة أوجه؛ ثالثها: الفرق بين المعذور وغير المعذور.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَلَوْ قَالَ: أَحُجُّ عَامِي هَذَا فَتَعَدَّرَ لِمَرَضٍ فَفِي لُزُومِ الْقَضَاءِ خِلَافٌ، وَإِنْ تَعَدَّرَ بِإِخْصَارٍ فَلَا قَضَاءَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: من نذر حجاً، فَيُسْتَحَبُّ له أن يبادر إليه في أول سِنِيهِ الإِمْكَانِ، وإن مات قبل الإِمْكَانِ، فلا شيء عليه، كما في حَجَّةِ الإِسْلَامِ؛ فَإِنْ مات بعده أحج عنه من ماله؟ وإن عيَّن بنذره سنة تَعَيَّنَتْ على الصحيح، كما في الصوم، فلو حج قبلها لم يُعْتَدَّ به، لو قال: أحج عامي هذا، وهو على مسافة يمكن الحج منها في ذلك العام، فعليه الوفاء؛ تفريراً على الصحيح، فإن لم يَفْعَلْ مع الإِمْكَانِ، صار دَيْنًا في ذمته يقضيه بنفسه.

فإن مات، ولم يَقْضِ الحج من ماله، لم يمكنه، قال في «التتمة» بأن كان مريضاً وقت خروج الناس، فلم يتمكن من الخروج معهم أو لم يجد رفقة، وكان الطريق مخوفاً؛ لا يتأتى للأحاد سلوكه، فلا قضاء عليه لأن المنذور حج في تلك السنة، ولم يقدر عليه، وهذا كما أن حَجَّةَ الإِسْلَامِ لا تستقر عليه، والحالة هذه، ولو صدَّه عدو أو سلطان بَعْدَ ما أحرم، حتى مضى العام، قال الإمام - رحمه الله -: لو امتنع عليه الإِحْرَامُ لمكان الصدِّ<sup>(١)</sup> فالمنصوص: أنه لا قضاء عليه لحجة الإسلام، إذا صدَّ عنها في أول سنة الإِمْكَانِ، لا يلزم قضاؤها، وخروج ابن سُرَيْجٍ قولاً، وبه قال أبو حنيفة والمزني فيما حكى الصيدلاني: أنه يجب القضاء، كما لو قال: أصوم غداً، فأغْمِي عليه فمضى الغد، يلزمه القضاء، وكما لو منعه مرض، وفات النذر أو منع؛ ألا ترى أنه لو نذر حجاً كثيرة، تلزم، ولا تلزم بالشروع إلا واحدة، وأنه لو نذر صلاة في يوم بعينه، فأغْمِي عليه، يلزمه القضاء ولا يلزم قضاء صلوات ذلك اليوم، وظاهر المذهب الأول.

وإن منعه عدو أو سلطان، وهَدَّه أو منعه رب الدين، وهو لا يقدر على أدائه، ففي القضاء قولان:

أظهرهما: أنه لا يجب، وفيه طريق آخرى قاطعة بالوجوب، ويجريان معاً في الحصر الخاص في حجة الإسلام، ولو منعه المرض بعد الإِحْرَامِ، فالمشهور وجوب القضاء، ولا ينزل منزلة الصدِّ؛ ألا ترى أنه يتحلل عن إحرامه بالصدِّ، ولا يتحلل بالمرض؟ وذكر الإمام، أن الأصحاب - رحمهم الله - خرَّجوه على الخلاف المذكور في الصدِّ، وكذلك حكى الخلاف فيما إذا امتنع عليه الحج في ذلك العام بَعْدَ الاستطاعة،

(١) في الروضة: للعدو.

وأنت إذا بحثت عن كتب الأصحاب، وجدتها متفقة على أن الحجة المنذورة في ذلك كحجة الإسلام، إن اجتمعت في العام الذي عينه شرائطُ فَرَضِ الْحَجِّ، وجب الوفاء، واستقر في الذمة، وإلا، فلا.

والنسيانُ وخطأ الطريق الضلالُ فيه كالمرض، ولو كان الناذر معضوباً وقت النذر، أو طراً العصب، ولم يجد المال، حتى مضت السنة المعينة، فلا قضاء عليه، ولو نذر صلاة، أو صوماً أو اعتكافاً في وقت معين، ومنعه مما نَدَرَ عَدُوٌّ أو سلطان، يلزمه القضاء بخلاف الحج، قال في «التهذيب»: لأن الواجب بالنذر كالواجب بالشرع، وقد تجب الصلاة والصوم مع العَجْز؛ فكذلك ما يلزم بالنذر، والحج لا يجب إلا عند الاستطاعة، فكذلك حكم النذر.

**فُرُوعٌ:** تتعلق بهذا النوع: إذا نذر حجاً كثيرةً، انعقد النذر، ويأتي بها على توالي السنين بشرط الإمكان، فإن آخر، استقر في ذمته ما أُخِر، فإذا نذر عشرَ حجَّاتٍ، ومات بعد خمسِ سِنِينَ، أمكنه الحجُّ فيها، قُضِيَ من ماله خمس حجَّاتٍ، ولو نذرها المعضوب، ومات بعد سنة، وكان يمكنه أن يحج عن نفسه العشرة في تلك السنة، قضيت من ماله، وإن لم يقب ماله إلا بحجَّتين، لم يستقرَّ إلا المقدور عليه.

من نذر الحج، لزمه أن يحج بنفسه، إلا أن يكون معضوباً، فيحج عن نفسه.

ولو نذر أن يحج ركباً، فإن قلنا: إن المشي أفضل، أو سوينا بينهما، فإن شاء، مشى، وإن شاء ركب، وإن قلنا: إن الركوب أفضل، فعليه الوفاء، وإن مشى، فعليه دم؛ لأنه اندفع عنه مؤنة الركوب، وترقَّه به، وقال صاحب «التهذيب»: عندي لا دم عليه؛ لأنه عدل إلى شق الطريقتين، وإن نذر أن يحج حافياً، فله أن يلبس النعلين، ولا شيء عليه.

ويخرج الناذر عن نذر الحج بالإفراد والقِرَانِ والتمتع.

وإن نذر القِرَانَ فقد التزم النسكين، فإن أتى بهما مفردين، فقد أتى بالأفضل، فيخرج عن نذره، وإن تمتع؛ فكذلك، وإن نذر الحج والعمرة مفردين فقرن أو تمتع، وقلنا: إن الإفراد أفضل، وهو الظاهر من المذهب، فالتفريع: كما ذكرنا فيما إذا نذر الحج ماشياً، وقلنا: إن المشي أفضل، فحج ركباً، ومن نذر أن يحج، وعليه حجة الإسلام، لزمته للنذر حجة أخرى<sup>(١)</sup>، كما لو نذر أن يصلي، وعليه صلاة الظهر، تلزمه للنذر صلاة أخرى.

(١) قال الزركشي: صورة المسألة أن يعين فيقول الله على أن أحج حجة غير حجة الإسلام، أما لو قال الله عليّ الحج ولم ينوّه وعليه حجة الإسلام فلا ينعقد نذره لأنه لا ينعقد بنسك. قاله في البحر.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: النَّوعُ الثَّلَاثُ: إِتْيَانُ الْمَسَاجِدِ: فَإِذَا نَذَرَ إِتْيَانَ مَسْجِدٍ لَمْ يَلْزَمَهُ إِلَّا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ وَمَسْجِدَ الْمَدِينَةِ وَمَسْجِدَ إِبِلِيَاءَ وَفِيهِمَا قَوْلَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَلْزَمُ وَجِبَ أَنْ يُضَيَّفَ إِلَيْهَا عِبَادَةٌ عَلَى قَوْلٍ، وَكَفَى مُجَرَّدُ الْإِتْيَانِ عَلَى قَوْلٍ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا بُدَّ مِنْ عِبَادَةٍ فَقِيلَ: تَجِبُ صَلَاةٌ وَلَوْ رَكْعَةً، وَقِيلَ: بَلِ اغْتِكَافٌ، وَقِيلَ: يَتَخَيَّرُ بَيْنَهُمَا، وَإِنْ كَانَ النَّذْرُ لِإِتْيَانِ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ فَالْعُمْرَةُ وَالْحَجُّ أَحْصَى بِهِ مِنَ الْإِغْتِكَافِ وَالصَّلَاةِ فَيُجْزِيءُ ذَلِكَ، لَكِنْ إِنْ قُلْنَا: إِنْ النَّذْرُ يُحْمَلُ عَلَى أَقَلِّ وَاجِبٌ فَإِذَا نَذَرَ إِتْيَانَ الْمَسْجِدِ لَزِمَهُ حَجٌّ أَوْ عُمْرَةٌ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يُحْمَلُ فَيَلْزَمُهُ إِحْرَامٌ لِدُخُولِ مَكَّةَ عَلَى قَوْلٍ، فَإِنْ لَمْ نَرَ ذَلِكَ فَهُوَ كَمَسْجِدِ الْمَدِينَةِ، وَلَوْ قَالَ: آتَى عَرَفَةَ لَمْ يَلْزَمَهُ شَيْءٌ لِأَنَّهُ مِنَ الْجِلِّ، وَلَوْ قَالَ آتَى مَسْجِدَ الْخَيْفِ فَهُوَ كَالْمَسْجِدِ الْحَرَامِ لِأَنَّهُ مِنَ الْحَرَمِ، وَكَذَلِكَ سَائِرُ أَجْزَاءِ الْحَرَمِ، وَلَوْ قَالَ: آتَى مَكَّةَ لَمْ يَلْزَمَهُ شَيْءٌ إِلَّا إِذَا قَصَدَ الْحَجَّ، وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ: آتَى بَيْتَ اللَّهِ فَإِنَّ جَمِيعَ الْمَسَاجِدِ بَيْتُ اللَّهِ، وَلَوْ نَذَرَ الصَّلَاةَ فِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ لَزِمَهُ، وَإِنْ عَيَّنَ مَسْجِدًا لَمْ يَلْزَمُهُ إِلَّا الْمَسَاجِدُ الثَّلَاثَةُ فَإِنَّهَا تَتَعَيَّنُ لِلصَّلَاةِ، وَقِيلَ فِي تَغْيِيئِهَا قَوْلَانِ، وَلَوْ نَذَرَ الْمَشْيَ إِلَى مَسْجِدِ الْمَدِينَةِ أَوْ مَسْجِدِ بَيْتِ الْمُقَدَّسِ فَهُوَ كَنَذْرِ الْمَشْيِ مِنْ دُونِهَا أَهْلِهِ قَبْلَ الْإِحْرَامِ وَفِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ نَذَرَ صَلَاةً فِي الْكَمْبَةِ جَارَ الصَّلَاةَ فِي جَوَانِبِ الْمَسْجِدِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: التَّقْدِيمُ وَالتَّأخِيرُ فِي صُورَةِ الْفَصْلِ أَقْرَبُ إِلَى الْإِيضَاحِ، وَتَهْدِيبِ الْمَقْصُودِ؛ فَلَا يُرَاعَى تَرْتِيبُ الْكِتَابِ فِيهِ، وَنَقُولُ: فِي النَّوعِ مَسْأَلَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: فِي نَذْرِ إِتْيَانِ الْمَسَاجِدِ وَنَحْوِهَا، إِذَا قَالَ: اللَّهُ عَلَيَّ أَنْ أَمْشِيَ إِلَى بَيْتِ اللَّهِ الْحَرَامِ، أَوْ آتَيْهِ، أَوْ أَمْشِيَ إِلَى الْبَيْتِ الْحَرَامِ، فَفِيهِ طَرِيقَانِ:

أَصْحَهُمَا: أَنَّهُ يَنْعَقِدُ نَذْرَهُ، وَيَلْزَمُهُ<sup>(١)</sup> إِتْيَانَهُ؛ لَمَا رُوِيَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - أَمَرَ أُمَّتَهُ عُبَيْةَ بْنَ عَامِرٍ، وَقَدْ نَذَرَتْ أَنْ تَمْشِيَ إِلَى بَيْتِ اللَّهِ، أَنْ تَمْشِيَ بِحَجٍّ، أَوْ عُمْرَةٍ<sup>(٢)</sup>.

وَالثَّانِي: وَهُوَ الَّذِي أوردَهُ الصَّيْدَلَانِيُّ، وَصاحبُ «التَّئِمَّة» - رَحِمَهُمَا اللَّهُ -: أَنْ فِيهِ خِلَافًا، وَسَنِينٌ مَبْنَاهُ وَمَأْخِذُهُ فِي التَّفْرِيعِ.

(١) يَسْتَشْنَى مِنْهُ مَا ذَكَرَهُ الشَّيْخُ الْإِمَامُ الْبَلْقِينِيُّ أَنَّهُ لَوْ نَذَرَ الْمَكِّيُّ أَوْ الْمَزْدَلِفِيُّ أَوْ السَّاكِنُ بِمَنَى أَوْ فِي مَوْضِعٍ مِنْ مَوَاضِعِ الْحَرَمِ الْمَشْيَ إِلَى بَيْتِ اللَّهِ تَعَالَى الْحَرَامِ أَوْ إِتْيَانَهُ فَلَا يَلْزَمُهُ إِتْيَانَهُ بِحَجٍّ وَلَا عُمْرَةٍ وَلَا يَلْزَمُهُ الْإِتْيَانُ أَيْضًا عَلَى الْأَظْهَرِ.

(٢) تَقْدِمُ.

ولو قال: أمشي إلى بيت الله، أو آتية، ولم يذكر الحرام؛ فوجهان، أو قولان: أحدهما: أن مطلق يُخْمَلُ على البيت الحرام؛ لأنه السابق إلى الفهم، فيصير كالمذكور.

وأصحهما: أنه لا ينعقد نذره إلا أن ينوي البيت الحرام؛ لأن جميع المساجد يبثُ الله تعالى، وظاهر ما نقله المزني - رحمه الله - يوافق الأول، والقائلون بالثاني نسبوه إلى الإهمال، وربما أولوا.

ولو قال: أمشي إلى الحرم، أو إلى المسجد الحرام، أو إلى مكة، أو ذكر بقعة أخرى من بقاع الحزم؛ كالصفا والمروة ومسجد الخيف ومئى ومزدلفة ومقام إبراهيم وقبة زمزم وغيرها، فهو كما لو قال: إلى بيت الله الحرام حتى لو قال: آتي دار أبي جهل، أو دار الخيزران، كان الحكم كذلك؛ لشمول حرمة الحرم بتنفير الصيد وغيره، وعن أبي حنيفة - رحمه الله - لا يلزمه المشي، إلا أن يقول: إلى بيت الله الحرام، أو إلى مكة، أو إلى الكعبة، أو مقام إبراهيم، ولو نذر أن يأتي عرفات، فإن أراد التزام الحج، وعبر عنه بشهود عرفة، ونوى أن يأتيها مُخْرَماً، انعقد نذره بالحج، وإن لم ينو ذلك، لم ينعقد؛ لأن عرفات من الجبل، فهو كما لو نذر إثيان ببلد آخر وعن ابن أبي هريرة: أنه إن نذر إثيان عرفات يوم عرفة لزمه أن يأتيها حاجاً، وقيد في «التتمة» هذا الوجه بما إذا قال: يوم عرفة بعد الزوال، وعن القاضي الحسين الاكتفاء بأن يخطر له شهودها يوم عرفة، وربما قال بهذا الجواب على الإطلاق.

ولو قال: آتي مر الظهران، أو بقعة أخرى قريبة من الحرم، لم يلزمه شيء ولا فرق لزوم الإتيان بين لفظ المشي والانتقال والذهاب والمضي والمصير والمسير ونحوها، ولو نذر، أن يضرب بثوبه حطيم الكعبة<sup>(١)</sup>، فهو كما لو نذر إثيانها، وعن أبي حنيفة: أنه لا يلزمه شيء إلا بلفظ المشي.

ولو نذر؛ أن يأتي مسجد المدينة، أو مسجد إيلياء، وهو المسجد الأقصى، فهل يلزمه إتيانها؟ فيه قولان: قال في البونيطي: يلزم، كالمسجد الحرام، قال مالك وأحمد، وهو اختيار أبي إسحاق - رحمهم الله -: لأن النبي - ﷺ - نص على هذه المساجد الثلاث بالإتيان، وشد الرحال إليها، فقال: «لَا تُشَدُّ الرَّحَالُ إِلَّا إِلَى ثَلَاثَةِ مَسَاجِدَ، الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ، وَالْمَسْجِدِ الْأَقْصَى، وَمَسْجِدِي هَذَا»<sup>(٢)</sup> وقال في «الأم»: لا

(١) قال القاضي الحسن: هو ما بين زمزم والركن والمقام، وسمي حطيماً لأن الناس يحطمون فيه.

(٢) متفق عليه أخرجه البخاري [١١٨٩] ومسلم [١٣٩٧] من حديث أبي سعيد الخدري وأخرجه البخاري [١١٨٨] ومسلم [٨٢٧] من حديث أبي هريرة وغيره.

يلزم ويلغو النذرُ به قال أبو حنيفة، وهو الذي رجَّحه العراقيون، والرويانِي وغيرهم - رحمهم الله - لما رُوِيَ عن جابر أن رجلاً قال: يا رَسُولَ اللَّهِ، إِنِّي نَذَرْتُ، إِنْ فَتَحَ اللَّهُ عَلَيْكَ مَكَّةَ، إِنْ أَصَلِّيَ فِي بَيْتِ الْمَقْدِسِ رَكَعَتَيْنِ، فَقَالَ: «صَلَّ ههنا فَأَعَادَ عَلَيْهِ، فقال: صَلَّ ههنا ثَلَاثًا»<sup>(١)</sup> ومعلوم أن هذا النذر يتضمن الإتيان، ولأنهما لا يقصدان بالنسك.

فأشبهها سائر المساجد.

**التَّفْرِيع:** إذا قلنا: يلزمه إتيان المسجد الحرام، وهو المذهب، فقد ذكر الصيدلاني وغيره؛ أنا إن قلنا: النذر يُحْمَلُ على الواجب شرعاً، فعليه حج أو عمرة، وبهذا أجاب الشافعي - رضي الله عنه - في المسألة، وهو الظاهر، وإنما تتم الثَّرْبَةُ في إتيانه بالنسك المخصوص به، وإن قلنا: لا يُحْمَلُ على الواجب، فبني على أصل آخر؛ وهو أن دُخُولَ مكة، هل يقتضي الإحرام بحج أو عمرة، إن قلنا: نعم، فإذا أتاه، فعليه حج أو عمرة، وإن قلنا: لا، فهو كمسجد المدينة والمسجد الأقصى، وفيه القولان، في أنه هل لا يلزم إتيانه.

**والتفريع:** إذا قلنا: يلزم إتيانه، كالتفريع على المسجدين، وإذا أوجبنا إتيان مسجد المدينة والمسجد الأقصى، فهل يلزمه مع الإتيان شيء آخر؟ فيه وجهان عن رواية الشيخ أبي علي وغيره - رحمهم الله -:

**أحدهما:** لا؛ لأنه لم يلتزم شيئاً سوى الإتيان، ونفس الإتيان<sup>(٢)</sup> والزيارة قُرْبَةً، واعترض الإمام بأن من قال بهذا الوجه؛ ماذا يقول، لو أتى باب المسجد وانصرف؟ إن قال: يكفيه ذلك، فقد أبعد؛ لأنه لا قُرْبَةَ فيه، بل هو قريب من العتب، وإن قال: يدخل المسجد، فالدخول من غير اعتكاف وعبادة، لا قربة فيه، بل نُهْيَ عن طروق المَسَاجِدِ إِلا لِحَاجَةٍ<sup>(٣)</sup>.

(١) رواه أبو داود [٣٣٠٥] والحاكم [٣٠٤/٤ - ٣٠٥] والبيهقي [٨٢/١٠ - ٨٣] وصححه أيضاً ابن دقيق العيد في الاقتراح.

(٢) سقط من: أ.

(٣) رواه ابن ماجه [٧٤٨] رواه ابن عدي من حديث ابن عمر أنه ﷺ نهى أن تتخذ المساجد طرقات، أو يقام فيها الحد، أو ينشد فيها الأشعار، أو ترفع فيها الأصوات، وفيه عرابية بن السائب، وهو منكر الحديث، وقال عبد الحق: لا يصح، ورواه الحاكم والبيهقي من طريق أخرى بلفظ: لا تقوم الساعة حتى تتخذ المساجد طرقات، ورواه بهذا اللفظ الدارقطني من حديث أنس وهو معلول، ورواه البيهقي في كتاب الصلاة في باب ما يجوز من قراءة القرآن والذكر في الصلاة، من حديث خارجة بن الصلت قال: دخلنا مع عبد الله - يعني ابن مسعود - المسجد، فذكر الحديث، وفيه كان يقال من أشرط الساعة أن يسلم الرجل على الرجل بالمعرفة وأن تتخذ المساجد طرقات والحديث رواه ابن ماجه برقم (٧٤٨).

وأصحهما: أنه لا بد من ضم قُرْبَةِ إلى الإتيان؛ لأن النذر إنما ينعقد إذا تعلق بقربة، والإتيان المجرد ليس بقربة، وعلى هذا، ففيه ثلاثة أوجه، جمعها الإمام:

أحدها: أنه يتعين أن يصلي في المسجد الذي أتاه، واحتج له بأن النبي - ﷺ - ميّز هذين المسجدين عن سائر المساجد بالصلاة، فروي أنه قال: «صلاة في مسجدي هذا تغدّل ألف صلاة في غيره وصلاة في مسجدي إيليا تغدّل ألف صلاة في غيره، وصلاة في المسجد الحرام تغدّل مائة ألف صلاة في غيره»<sup>(١)</sup> وإذا كان التمييز بالصلاة، وجب أن يضم إلى الإتيان الصلاة.

وعلى هذا؛ قال الإمام: الذي أراه أنه لا يجب ركعتان قولاً واحداً، بل يكفي ركعة؛ لأن الصلاة غير مقصودة بالنذر في هذا الموضع، وذكر ابن الصبّاغ وأكثرهم: أنه

(١) رواه أحمد [٥/٤] والبيهقي [٢٤٦/٥] وابن حبان [١٠٢٧ موارد] وذكره الغزالي في الوسيط هكذا، وتعبه ابن الصلاح بأن قال، هو هكذا غير ثابت، قلت: معناه في معجم الطبراني الكبير من حديث أبي الدرداء رفعه: الصلاة في المسجد الحرام بمائة ألف صلاة، والصلاة مسجدي بألف صلاة، والصلاة في بيت المقدس بخمسائة صلاة، ورواه ابن عدي من حديث يحيى بن أبي حية عن عثمان بن الأسود، عن مجاهد عن جابر بلفظ: الصلاة في المسجد الحرام بمائة ألف صلاة، والصلاة في مسجدي بألف صلاة، وفي مسجد بيت المقدس بخمسائة صلاة، وإسناده ضعيف، وقد ورد ذلك في أحاديث مفترقة، فأما الصلاة في مسجد المدينة فمتفق عليه من حديث أبي هريرة بلفظ: صلاة في مسجدي هذا، أفضل من ألف صلاة فيما سواه من المساجد رواه البخاري [١١٩٠] مسلم [١٣٩٤] إلا المسجد الحرام، ولمسلم عن ابن عمر وعن ميمونة مثله، ولأحمد عن جابر مثله، وأما الصلاة في مسجد إيلياء وهو بيت المقدس، فروى ابن ماجه [١٤٠٧] من حديث ميمونة بنت سعد، فإن صلاة فيه - يعني بيت المقدس - كألف صلاة في غيره، وروى ابن ماجه [١٤١٣] من حديث أنس: وصلاة في المسجد الأقصى بخمسين ألف صلاة، وإسناده ضعيف، وروى الدارقطني في العلل والحاكم في المستدرک من حديث أبي ذر: صلاة في مسجدي هذا أفضل من أربع صلوات في بيت المقدس، وأما الصلاة في المسجد الحرام فرواه أبو هريرة في المتفق كما تقدم، وتقدم عن ابن عمر وميمونة، وروى أحمد وابن حبان والبيهقي من حديث عبد الله بن الزبير، صلاة في مسجدي هذا أفضل من ألف صلاة فيما سواه من المساجد، إلا المسجد الحرام، وصلاة في المسجد الحرام أفضل من مائة صلاة في مسجدي، وروى ابن عبد البر في التمهيد من حديث الأرقم، صلاة هنا خير من ألف صلاة، ثم يعني في مسجد بيت المقدس، قال ابن عبد البر: هذا حديث ثابت، وقال أحمد نا أحمد بن عبد الملك نا عبيد الله بن عمرو عن عبد الكريم هو الجزري، عن عطاء عن جابر رفعه: صلاة في مسجدي هذا، أفضل من ألف صلاة فيما سواه إلا المسجد الحرام وصلاة في المسجد الحرام أفضل من مائة ألف صلاة فيما سواه، وإسناده صحيح إلا أنه اختلف فيه على عطاء.

يُصَلِّي ركعتين وحكى القاضي ابن كج عن أَبِي الحُسَيْن: هل يكفي أن يصلي هناك فريضةً، أم لا بدّ من صلاة زائدة بناءً على وجهين نقلهما، فيما إذا نذر أن يعتكف شهراً بصوم، هل يجوز أن يعتكف في رمضان؟ وفرق بينهما بأن مجرد الإتيان ليس بقربة، فلا بدّ وأن يضامه قُرْبَةٌ يتعلّق بها النذر، والاعتكاف في نفسه قُرْبَةٌ.

**والوجه الثاني:** أنه يتعيّن أن يعتكف فيه، ولو ساعة؛ لأن الاعتكاف أخصُّ القُرْبِ بالمسجد، والصلاة لا تختصُّ به.

**والثالث:** أنه يتخيّر بينهما؛ لتعارض المعنيين، وهذا أشبه وهو المذكور في «التهذيب» وعن الشيخ أبي علي: أن في مسجد المدينة يَكْفِي أن يزورَ قَبْرَ النَّبِيِّ - ﷺ - وتوقف فيه الإمام - رحمه الله - من جهة أن الزيارة لا تتعلّق بالمسجد، وتعظيمه، قال: وقياسه أنه لو تصدّق في المسجد، أو صام يوماً كفّاه، ثم فرق بأن المُرور لزيارة يقع في بقعة المسجد، فيفصل عن الصدقة والصوم، والظاهر الاكتفاء بها، وإذا نَزَلْنَا المسجد الحرام مَنزِلَةً المسجدَيْنِ، وأوجبْنَا ضمَّ قُرْبَةٍ إلى الإتيان، ففي تلك القُرْبَةِ وجوه: أحدها: الصلاة.

**والثاني:** الحجُّ والعمرة؛ لأنهما المختصّان به، وهذا بدّل الاعتكاف في المسجدَيْنِ.

**والثالث:** يتخيّر، قال الإمام: ولو قيل: يكفي الطواف، لم يبعد، ثم مهما قال: أمشي إلى بيت الله الحرام، فليس له الركوب على الأظْهَرِ، بل يلزم المشي؛ كما ذكرنا، فيما إذا قال: أحجُّ ماشياً، وفيه الخلاف والتفاريع المذكورة هناك، نعم، الأظْهَرُ ههنا أنه يمشي من دويرة أهله، فإن قضية قوله أن يخرج من بيته إليه ماشياً، ووجه في «التهذيب» الوجه الآخر؛ وهو أنه يمشي من الميقات، بأن المقصود من الإتيان الحجُّ أو العمرة فيمشي من حيث يحرم.

وذكر القاضي أبو الطيّب وكثير من العراقيين؛ أنه لا خلاف بين الأصحاب - رحمهم الله - في أنه يمشي من دَوَيْرَةِ أهله، لكن يحرم من دويرة أهله أو من الميقات؟ فيه وجهان؛ قال أبو إسحاق وقال صاحب «الإفصاح»: من الميقات، وهو الأظْهَرُ، وبه قال أحمد، ولو قال: أمشي إلى المسجد الأقصى أو إلى مسجد المدينة، ففي وجوب المشي والتفريع على وجوب الإتيان وجهان؛ بناهما الشيخ أبو عليّ على الخلاف في التزام المشي قبل الميقات؛ لأن كل واحد من المشيئين، وإن لم يكن في عبادة، فهو واقع في القصد إلى بقعة معظمية، والأظْهَرُ: الوجوب، ولو كان لفظ الناذر الإتيان أو الذهاب أو غيرهما ممّا سوى المشي، فلا خلاف؛ أنه يجوز له الركوب أما إذا نذر إتيان مسجد آخر سوى المساجد الثلاثة، لم ينعقد نذره، إذ ليس في قصدها وإتيانها قربة مقصودة.

وقال قال - ﷺ -: «لَا تُشَدُّ الرَّحَالَ إِلَّا إِلَى ثَلَاثَةِ مَسَاجِدَ» (١) الحديث (٢).

قال الإمام؛ وكان شيخي يُفْتِي بالمنع عن شد الرحال إلى غير هذه المساجد، وربما كان يقول: يحرم، والظاهر أنه ليس فيه كراهة ولا تحريم، وبه قال الشيخ أبو علي، والمقصود من الحديث تخصيص القُرْبَةِ بقصد المساجد الثلاثة، واعلم أننا ذكرنا في الاعتكاف، أنه إذا عيّن بنذره مسجد المدينة أو المسجد الأقصى للاعتكاف، فأظهر القولين التعيين وحكيها هنا أنهم رجحوا من القولين إنه لا يلزم إتيانها، ونسب القاضي الروياني ترجيحه إلى عامة الأصحاب - رحمهم الله - ويمكن أن يُفَرَّقَ بأن الاعتكاف عبادة في نفسه، وهو مخصوص بالمسجد، فإذا كان للمسجد فضل، فللعبادة فيه مزيد ثواب، فكانه التزم فضيلة في العبادة الملتزمة، والإتيان بخلافه ويوضحه أنه لا خلاف

(١) قوله: ولا تشد الرحال، بضم أوله بلفظ النهي.

والمراد النهي عن السفر إلى غيرها.

قال الطيبي: هو أبلغ من صريح النهي كأنه قال: لا يستقيم أن يقصد بالزيارة إلا هذه البقاع لاختصاصها بما اختصت به، والرحال جمع رحل وهو للبعير، كالسرج للفرس، وكنتى بشد الرحال عن السفر لأنه لازمه، وخرج ذكرها مخرج الغالب في ركوب المسافر. وإلا فلا فرق بين ركوب الرواحل والخيل والبعال والحمير والمشى في المعنى المذكور.

واختلف في شد الرحال إلى غير هذه المساجد، كالذهاب إلى زيارة الصالحين أحياء أو أمواتاً وإلى المواضع الفاضلة لقصد التبرك بها والصلاة فيها.

فقال الشيخ الجويني: يحرم شد الرحال إلى غيرها عملاً بظاهر الحديث، وأشار القاضي حسين إلى اختياره، وبه قال عياض وطائفة، ويدل عليه ما رواه أصحاب السنن من إنكار بصرة الغفاري على أبي هريرة خروجه إلى الطور وقاله له «لو أدركتك قبل أن تخرج ما خرجت»، واستدل بهذا الحديث.

فدل على أنه يرى حمل الحديث على عمومته وواقفه أبو هريرة.

والصحيح عند إمام الحرمين وغيره من الشافعية أنه لا يحرم.

وأجابوا عن الحديث بأجوبة:

منها: أن المراد أن الفضيلة التامة إنما هي في شد الرحال إلى هذه المساجد بخلاف غيرها، جائز، وقد وقع في رواية لأحمد بلفظ «لا ينبغي للمطي أن تعمل» وهو بلفظ ظاهر في غير التحريم.

ومنها: أن النهي مخصوص بمن نذر على نفسه الصلاة في مسجد من سائر المساجد غير الثلاثة، لا يجب الوفاء به قال ابن بطال.

ومنها: أن المراد حكم المساجد فقط وأنه لا تشد الرحال إلى مسجد من المساجد للصلاة فيه غيره الثلاثة. وأما قصد غير المساجد لزيارة صالح أو قريب أو صاحب أو طالب علم أو تجارة أو نزهة يدخل في النهي وغير ذلك مما ذكره الحافظ في (الفتح ٣/٧٧ - ٧٩) تابع حديث (١١٨٩).

(٢) تقدم.



في أنه، لو نذر إتيان سائر المساجد، لم يلزمه، وفي مثله في الاعتكافِ خلاف ذكرناه هنالك .

**المسألة الثانية:** إذا نذر الصلاة في موضع معين، لزمته الصلاة لا محالة، ثم يُنظر، إن عيّن المسجد الحرام، تعيّن للصلاة الملتزمة، لعظم فضله، وتعلق النسك به، وإن عيّن مسجد المدينة أو المسجد الأقصى؛ ففيه طريقان؛ قال الأكثرون: في التعيين القولان المذكوران في لزوم الإتيان.

**والثاني:** ونسبه الإمام إلى المراوزة - رحمه الله -: القطع بالتعيين؛ لأنه التزم قرية، وضم إليها مزيد فضيلة، ولا يبعد أن يرجع التعيين ههنا إن ثبت الخلاف كما في الاعتكاف، وبترجيحه يُشعر نظم الكتاب، وإن عيّن سائر المساجد والمواضع لم يتعيّن، وإن عيّن مسجد المدينة أو المسجد الأقصى للصلاة، وقلنا: بالتعيين فصلّى في المسجد الحرام، خرج عن نذره على الأصح، بخلاف العكس، وفيه احتمال للإمام، وهل تقوم الصلاة في أحدهما مقام الصلاة في الآخر؟ فيه وجهان<sup>(١)</sup>؛ لاستوائيهما في التعديل المذكور في الحديث.

وذكر الإمام؛ أنه لو قال: أصلي في مسجد المدينة، فصلّى ألف صلاة في غيره، لم يخرج عن النذر، كما لو نذر ألف صلاة، لا يخرج عن النذر بصلاة في مسجد المدينة، وأنّ شيخه كان يقول: لو نذر صلاة في الكعبة، فصلّى في أطراف المسجد الحرام، خرج عن النذر وأن الزيادة التي رويّت في الحديث السابق؛ أن النبي - ﷺ - قال: «وَصَلَاةٌ فِي الْكَعْبَةِ تَعْدِلُ مِائَةَ أَلْفِ صَلَاةٍ فِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ»<sup>(٢)</sup> لم يصححها الإثبات به والعلم عند الله.

ونعود إلى ما تعلق بلفظ الكتاب، قوله «فإذا نذر إتيان مسجد، لم يلزمه إلا المسجد الحرام» يجوز أن يعلم بالحاء؛ لما مرّ أن عند أبي حنيفة، لا يلزم شيء إلا بلفظ المشي.

وقوله «ومسجد المدينة، ومسجد إيلياء، فيهما قولان» وفي بعض النسخ: «وفي مسجد المدينة، ومسجد إيلياء قولان» وهما صحيحان وعلى التقديرين؛ فليس ذلك

(١) قال النووي: فيه وجه ثالث: أنه يقوم مسجد المدينة مقام الأقصى، دون عكسه وهذا هو الأصح، ونص عليه في «البروطي».

(٢) قال الحافظ في التلخيص: (تنبيه) ذكر إمام الحرمين عن أبيه أن الحديث الذي فيه: صلاة في الكعبة تعدل مائة ألف صلاة في المسجد الحرام، لم يصححها الإثبات فلا تعويل عليها، قلت: لم أجد لها أصلاً، فضلاً عن أن تصحح، والصلاة في الكعبة ثابت في الصحيحين، لكن لم يثبت أن النبي - ﷺ - صلى فيها الفرض.

منفصلاً عن قوله «إلا المسجد الحرام» بل المعنى إلا المسجد الحرام<sup>(١)</sup> وكذا حكم المسجدين في أحد القولين.

وقوله: «فإن قلنا: يلزم» يجوز أن يُعْلَمَ لفظ «يلزم» بالحاء، إشارة إلى ما ذكرنا من مذهب أبي حنيفة.

وقوله «عبادة على قول وكفى مجرد الإتيان على قول» التعبير عن الخلاف بالقول خلاف، المشهور، والمذكور في «النهاية» و«الوسيط» الوجه، ورأيت للرويان في أثناء كلام له، أن فيه قولين مخترَجين.

وقوله «ولو ركعة» ليُعْلَمَ بالواو.

وقوله «بالعمرة والحج» أخص به من الاعتكاف والصلاة، فيَجْري ذلك، الأليق أن يُعْلَقَ هذا الوجه بالتخيير، وإلا كان الأحسن أن يقول: فيجب ذلك.

ثم أتم الكلام في حكم النذر؛ لإتيان المسجد الحرام، فقال إن قلنا إلى آخره.

وقوله «فهو كمسجد المدينة» يعني أنه يُخْرَجُ لزوم الإتيان حينئذٍ على القولين في المسجدين. وقوله: «في صورة عرفة، لم يلزمه شيء» معلّم بالواو.

وقوله «ولو قال: أتى مكة، لم يلزمه شيء إلا إذا قصد الحج، وكذا، إذا قال: أتى بيت الله، فإن جميع المساجد بيت الله، وهكذا هو في بعض النسخ، وفي بعضها بعد قوله «وكذلك سائر أجزاء الحرم» «وكذا لو قال: أتى مكة، وإذا قال: أتى بيت الله، لم يلزمه شيء؛ فإن جميع المساجد بيت الله». وهذا هو الصواب فأما أنه لا يلزمه شيء، إذا قال: أتى مكة حتى يفصد الحج، فلا وجه له ولا ذكر له في الكتب، بل المذكور خلافه.

وقوله «ولو نذر الصلاة في المسجد الحرام، لزمه» ليُعْلَمَ بالحاء؛ لأن عند أبي حنيفة لا تتعين للصلاة شيء من المواضع المعينة، وكذا قوله «فإنها تتعين للصلاة» وقوله «ولو عين مسجداً، لم يلزمه إلا المساجد الثلاثة فإنها تتعين للصلاة» بعد قوله «ولو نذر الصلاة في المسجد الحرام، لزمه» غير مستحسن؛ فإن المسجد الحرام أحد الثلاثة، وقد ذكّر حكمه؛ وكان ينبغي أني قول «ولو عين مسجداً آخر، لم يلزمه إتيانه، إلا المسجدين».

وقوله «في تعيينها قولان» ينبغي أن يقرأ بالثنية، فأما المسجد الحرام، فلم يُذْكَر خلاف في تعيينه.

(١) سقط من: أ.

فروع: قد عرفت أن الظاهر في نذر المشي إلى بيت الله تعالى الحرام وجوب الحج أو العمرة فلو أنه قال في نذره: أمشي إلى بيت الله الحرام بلا حج ولا عمرة، ففيه وجهان عن أبي إسحاق:

أحدهما: أنه يتعقد نذره، ويلغو قوله «بلا حج، ولا عمرة».

والثاني: لا يتعقد، لأنه إذا أضاف حُجَلَ على عرف الشرع<sup>(١)</sup> فإذا صرح بخلافه، لم يمكن حمله عليه، فيلغو النذر، وعن الشيخ أبي حامد وغيره بناء الخلاف على الخلاف فيما إذا نذر المشي إلى مسجد المدينة والمسجد الأقصى، لأن المشي هناك لا يتضمن نسكاً، وكذلك ههنا إذا صرفه عن النسك، واعترض ابن الصبَّاح بأن مَنْ يقول بانعقاد النذر هنا يلغى قوله «ولا حاجاً ولا معتمراً، ويأمره بالنسك، فلا يكون خالياً عن النسك، ثم إذا أتاه، فإن أوجبنا إحراماً لدخول مكة، فعليه حج أو عمرة، وإن قلنا لا، فعلى ما ذكرنا في مسجد المدينة والأقصى.

ولو قال: أصلي الفرائض في المسجد، قال في «الوسيط»: يلزمه، إذا قلنا: صفات الفرائض تُفرد بالالتزام.

وقال القاضي ابن كج: إذا قدر أن يزور قبر النبي - ﷺ - فعندي؛ أنه يلزمه الوفاء وجهاً واحداً، ولو نذر أن يزور قبر غيره، ففيه وجهان عندي.

وفي «التتمة»: لو قال: أمشي، ونوى بقلبه حاجاً أو معتمراً، انعقد النذر على ما نوى، وإن نوى إلى بيت الله الحرام، فيجعل ما نواه كأنه تلقظ به.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: التَّوَعُّبُ الرَّابِعُ فِي الضَّحَايَا وَالْهَدَايَا: وَلَوْ نَذَرَ التَّقْرُبَ بِسَوْقِ شَاةٍ إِلَى مَكَّةَ لَزِمَهُ الذَّبْحُ بِمَكَّةَ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَلْزِمُهُ التَّفْرِقَةُ أَيْضاً بِمَكَّةَ، فَإِنْ لَمْ يَذْكُرْ لَفْظَ الضَّحِيَّةِ وَالْقَرْبِيَّةِ بَلْ قَالَ: عَلَيَّ ذَبْحُ شَاةٍ بِمَكَّةَ فِيهِ اللُّزُومُ وَجِهَانِ، فَإِنْ أَضَافَ إِلَى بَلَدَةٍ أُخْرَى فَأَوْلَى بِالْأَيِّزِ، وَلَوْ قَالَ: لِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أَضْحِيَ بِنَيْسَابُورَ فَعَلَى وَجْهِ يَلْزِمُهُ الذَّبْحُ وَالتَّفْرِقَةُ بِهَا، وَعَلَى وَجْهِ يَلْزِمُهُ التَّفْرِقَةُ بِهَا دُونَ الذَّبْحِ، وَعَلَى وَجْهِ لَا يَتَعَيَّنُ لَا الذَّبْحُ وَلَا التَّفْرِقَةُ، وَهُوَ مِثْلُ الْخِلَافِ فِي تَعْيِينِ الْفَقِيرِ الصَّدَقَةَ بِالنَّذْرِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا نَذَرَ ذَبْحَ حَيَّوَانٍ، وَلَمْ يَتَعَرَّضْ لِهَدْيٍ، وَلَا ضَحِيَّةٍ، بَانَ قَالَ: لِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أَذْبَحَ هَذِهِ الْبَقْرَةَ، أَوْ أَنْحَرُ هَذِهِ الْبَدَنَةَ، فَإِنْ قَالَ مَعَ ذَلِكَ: وَأَتَصَدَّقُ بِلَحْمِهَا أَوْ نَوَاهُ، لَزِمَهُ الذَّبْحُ وَالتَّصَدُّقُ، وَإِنْ لَمْ يَقُلْهُ وَلَا نَوَاهُ، فَفِي انْعِقَادِ نَذْرِهِ وَجِهَانِ:

(١) سقط من: ز.

أحدهما: ينعقد، وعليه الذبح والتصدق، كما لو نذر أن يهدي، يلزمه الذبح والتصدق.

وأصحهما: المنع؛ فإنه لم يتعلّق نذره بقربة.

ولو نذر أن يُهديّ بدنة أو شاةً إلى مكة أو أن يتقرّب بسوقها إليها ويذبحها، ويفرق اللحم على فقرائها، لزمه الوفاء، ولو لم يتعرّض للذبح وتفرقة اللحم، فيلزمه الذبح بها أيضاً وفي تفرقة اللحم وجهان:

أحدهما: لا يجب تفرقة اللحم بها إلا أن يتوي؛ لأنه لم يلتزم بل له أن يفرّق في موضع آخر.

وأصحهما: الوجوب، حملاً على الهدايا الواجبة في الشرع، وقال الإمام في توجيهه: إنما يتقيد الذبح بالحرم حتى يكون اللحم المفروق على أهله غصاً طرياً، وإلا، فلا أدب في اتخاذ الحرم مجازر، ولو نذر؛ أن يذبح خارج الحرم، ويفرق اللحم في الحرم على أهله؛ قال في «التتمة»: الذبح خارج الحرم لا قرّبة فيه، فيذبح حيث شاء، ويلزمه تفرقة اللحم هناك، وكأنه نذر أن يهدي إلى مكة لحماً، ولو نذر أن يذبح بمكة ويفرق اللحم على فقراء بلدة أخرى وقى بما التزمه، ولو قال: الله عليّ أن أنحر أو أذبح بمكة، لم يتعرّض اللفظ للقربة والضحية ولا للتصدق باللحم، ففي انعقاد نذره وجهان: أحدهما: لا ينعقد؛ لأن مجرد الذبح لا قرّبة فيه.

وأصحهما: الانعقاد، وهو الذي أورده الجمهور؛ لأن ذكر الذبح متصلاً بالنذر مضافاً إلى مكة يُشعر بالقربة، ولأن الذبح عبادة معهودة، وعلى هذا، فهل يجب التصدق باللحم على فقرائها؟ فيه الوجهان السابقان.

قال في «التهذيب»: لو نذر الذبح بأفضل بلد كان كما لو نذر الذبح بمكة؛ فإنها أفضل البلاد، ولو نذر الذبح أو النحر ببلدة أخرى، ولم يقل مع ذلك؛ وأنصدّق على فقرائها، ولا نواه، فظاهر ما نقله المُزنيّ - رحمه الله - ينعقد نذره، وبه قال أبو إسحاق؛ لأن النحر يتضمن تفرقة اللحم ويستتبعها، ويُرَوّى أن رجلاً نذر أن ينحر إبلاً في موضع سماء، فقال رسول الله - ﷺ -: «هَلْ كَانَ فِيهِ وَثَنٌ مِنْ أَوْثَانِ الْجَاهِلِيَّةِ يُعْبَدُ؟ قَالَ: لَا قَالَ: هَلْ كَانَ فِيهِ عَيْدٌ مِنْ أَعْيَادِهِمْ؟ قَالَ: لَا فَقَالَ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَوْفِ بِنَذْرِكَ<sup>(١)</sup> والأصح، وهو المحكي عن نصه في «الأم»: أنه لا ينعقد نذره إلا إذا قال مع

(١) أخرجه أبو داود [٣٣١٣] من حديث ثابت بن الضحاك بسند صحيح، ومن حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وسمي الموضع بوانة ورواه ابن ماجه [٢١٣٠] من حديث ابن عباس، ويشبه أن يسمى الرجل كردم، فقد رواه أحمد في مسنده من حديث عمرو بن شعيب عن ابنة =

ذلك: وأتصدق على فقرائها أو نواه، بخلاف ما إذا نذر الذبح بمكة، فإن النذر هناك حمل على الواجب شرعاً، والذبح في غير مكة لا قرابة فيه، ومن حكى الوجهين في نذر مكة؟ جعل الخلاف في غير مكة مرتباً على الوجهين هناك كما فعل في الكتاب وإذا انعقد النذر، إما على الوجه الأول، أو الانضمام لفظ التصدق أو بنية على الثاني، فهل يجب التصدق باللحم على فقرائها؟ جعله الإمام على قولين مأخوذتين من الخلاف في نقل الصدقات، إن لم نجوز النقل، وجب التصدق عليهم، إن جوزناه، فوجهان: وجه تعينهم، أن لفظ الناذر نص في التخصيص بهم والأخبار التي تنقل في منع الصدقة تتعرض للتأويلات، والظاهر الذي يوجد للأكثرين التعيين، فإن قلنا: لا يتعين التصدق عليهم، فلا يجب الذبح بتلك البلدة بخلاف مكة فإنها محل ذبح الهدايا، وإن قلنا: يتعين، فوجهان:

أحدهما: لا يجب الذبح بها، بل لو ذبح خارجها ونقل اللحم إليها طرياً، جاز، وهذا ما أورده صاحب «التهذيب» وجماعة.

والثاني: يتعين إراقة الدم بها، كما في مكة، وهذا ما أورده العراقيون، وحكوه عن نصح في «الأم» ولو قال: أضحى ببلدة كذا، وأفرق اللحم على أهلها، ينعقد نذره، ويغني ذكر التضحية عن ذكر التصدق ونيته وجعل الإمام وجوب التفرقة على أهلها، ووجوب الذبح على الخلاف السابق، قال: ولو اقتصر على قوله: أضحى، فهل يتضمن ذلك تخصيص التفرقة بهم؟ فيه وجهان:

والظاهر الذي جرى عليه الأئمة، وحكوه عن صاحب «الإفصاح»: أنه يجب التفرقة والذبح بها، وخروج الإمام الخلاف الذي ذكره في تعيين فقراء البلدة؛ فيما إذا قال الرجل: لله علي أن أتصدق على زيد، وهو فقير، هل يتعين زيد لذلك؟ والظاهر التعيين.

وقد ذكر صاحب «التهذيب» وغيره؛ أنه لو نذر أن يتصدق بكذا على أهل بلد غنية، يجب أن يتصدق به عليهم، ومن هذا القبيل ما ينذر بعثه إلى القبر المعروف بجرحان، فإن ما يجتمع منه على ما يُحكى يقسم على جماعة معلومين، وفي «فتاوى القفال»: أنه لو قال: إن شفى الله مريضى، فله علي أن أتصدق بعشرة على فلان،

= كردم عن أبيها أنه سأل رسول الله ﷺ فقال: إني نذرت أن أنحر ثلاثة من إبلي، فقال: إن كان على وثن من أوثان الجاهلية فلا - الحديث - وفي لفظ لابن ماجه عن ميمونة بنت كردم الشقفة: أن أباهما لقي النبي ﷺ وهي ريفة كردم، فقال: إني نذرت أن أنحر ببوانة، فقال: هل فيها وثن؟ قال لا، قال: فأوف بنذرك.

(تنبيه): بوانة بضم الباء الموحدة وبعد الألف نون، موضع بين الشام وديار بكر، قاله أبو عبيد، وقال البغوي: أسفل مكة دون يلملم، وقال المنذري: هضبة من وراء ينبع.

فسفاه الله تعالى لزمه التصدق عليه، فإن لم يقبل، لم يلزمه شيء، هل لفلان مطالبته بالتصدق بعد الشفاء؟ يُحتمل أن يُقال: نعم كما لو نذر إعتاق عبد معين، إن شفي، فشفِي، له المطالبة بالإعتاق، وكما لو وجبت الزكاة، والمستحقون في البلد محصورون، لهم المطالبة، ولا يخفى خروج الوجوه الثلاثة المذكورة في الكتاب فيما إذا قال: لله علي أن أضحي بنيسابور في الخلاف الذي حكيناه عن رواية الإمام.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَإِذَا قَالَ: لِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أَضْحِيَ بِبَدَنَةِ فَهَلْ يَقُومُ مَقَامَهَا سَبْعَ مِنَ الْغَنَمِ أَوْ بَقْرَةً فِيهِ وَجْهَانِ، وَقِيلَ: إِنْ عُدِمَتْ جَارٌ وَإِلَّا فَلَا، وَلَوْ نَذَرَ دَرَاهِمَ فَلَا يَتَصَدَّقُ بِجَنَسٍ آخَرَ، وَإِذَا ذَكَرَ فِي النَّذْرِ لَفْظَ الضَّحِيَّةِ فَلَا يُجْزِئُهُ إِلَّا الثَّنِيَّ مِنَ الْإِبِلِ وَهُوَ مَا يُجْزِئُهُ فِي الضَّحِيَّةِ سَلِيمًا مِنَ الْغُيُوبِ، وَلَوْ نَذَرَ هَدِيًّا فَعَلَى قَوْلٍ يَكْفِيهِ كُلُّ مَا يُسَمَّى مَنَحَةً وَلَا يَجِبُ تَبْلِيغُهُ مَكَّةَ، وَعَلَى قَوْلٍ عَلَيْهِ مَا يُجْزِئُهُ فِي الضَّحِيَّةِ وَيَلْزَمُهُ تَبْلِيغُ الْحَرَمِ، وَلَوْ نَذَرَ أَنْ يُهْدِيَ ظَبْيَةً إِلَى مَكَّةَ لَزِمَهُ التَّبْلِيغُ وَيَتَصَدَّقُ بِهَا حَيَّةً وَلَا تَذْبُحُ، وَلَوْ نَذَرَ ذَلِكَ فِي بَعِيرٍ مَعِيبٍ فِيهِ ذَبْحُهُ وَجْهَانِ، وَلَوْ نَذَرَ فِي مَالٍ نَقَلَهُ إِلَى مَكَّةَ فَإِنْ كَانَ عَقَارًا أَوْ مَا يَتَعَدَّرُ نَقْلَهُ بَاعَ وَفَرَّقَ قِيمَتَهُ بِمَكَّةَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا قَالَ: لِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أَضْحِيَ بِبَدَنَةِ، أَوْ أَنْ أُهْدِيَ بَدَنَةً، فَالبحث فيه من وجهين:

أحدهما: أن البدنة ما هي؟ وهل يقوم غيرها مقامها؟ قال الإمام: البدنة في اللغة الإبل، ثم الشرع قد يقيم مقامها بقرة، وأيضاً سبعمائة من الغنم، قال الشيخ أبو حامد وجماعة: اسم البدنة يقع على الإبل، والبقر، والغنم جميعاً، ولا يخلو، إما أن يُطلق التزام البدنة، أو يُقيد بالإبل لفظاً أو نيةً، إن أطلق، فعليه بدنة من الإبل، أما على ما ذكره الإمام فظاهر.

وأما على المأخذ الثاني، فلأنها أكمل، والاستعمال فيها أغلّب، يتعين الإبل، أو يقوم مقامها بقرة، أو سبعمائة من الغنم، يُنظر؛ إن وجدت الإبل، فوجهان:

أظهرهما: وهو المنصوص: أنه لا معدل عنها لقضية اللفظ.

والثاني: أنه يتخير بينها، وبين بقرة، أو سبعمائة من الغنم؛ حملاً على معهود الشرع، وهما كوجهين أو قولتين ذكراً في أن هذه الخصال إذا أُفِيدَ الْحَجُّ بِالْجَمَاعِ تُشْرَعُ عَلَى التَّرْتِيبِ، أَوْ عَلَى التَّخْيِيرِ، وَإِنْ لَمْ تَوْجِدِ الْإِبِلَ، فَيَعْدِلُ إِلَى بَقْرَةٍ، فَإِنْ لَمْ يَوْجِدْ فَإِلَى سَبْعِ مِنَ الْغَنَمِ، هَذَا هُوَ الظَّاهِرُ الْمَنْصُوصُ، وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ لَا عَدُولَ عَنْهَا؛ اتِّبَاعاً لِلْفِظِ، وَإِلْحَاقاً لِمَا نَصَّ النَّاذِرُ عَلَيْهِ بِمَا نَصَّ الشَّارِعُ عَلَيْهِ فِي الزَّكَاةِ، حَتَّى امْتَنَعَ إِبْدَالُهَا.

وكذلك لو قال: لِيَّ عَلِيٌّ أَنْ أَتَصَدَّقَ بِعَشْرَةِ دِرَاهِمٍ، لم يخرج عن النذر بصنف آخر من المال، وعلى هذا، فيكون في ذمته إلى أن يجدد، وقد يُنسَبُ هذا الوجه إلى القفال، قال القاضي الروياني: وهو القياس لكنه خالف نصَّ الشافعي - رضي الله عنه - وإذا جمع بين الحالتين خرج مما ذكرنا ثلاثة أوجه؛ ثالثها، وهو الأظهر، الفرق بين أن تُوجَدَ الإبل، فلا يُعدَل عنها، أو لا تُوجَد، فيعدل، هذا إذا أطلق البدنة أما إذا قَيَّدَ؛ فقال: أَصْحَى بَدَنَةً مِنَ الْإِبِلِ، أو نوى الإبل، فلا يجزئه غيرها إذا وجدت بلا خلاف، وإن عدت فوجهان:

أحدهما: أنه يصبر إلى أن يجدها، ولا يجزئها غيرها للتعين.

وأظهرهما: وهو المنصوص: أن البقرة تجزئه بالقيمة، فإن كانت قيمة البقرة دُونَ قيمة البدنة من الإبل، فعليه إخراج الفضل، وفرق بينه وبين ما إذا أطلق البدنة؛ بأن البدنة تقع على البقرة، فلا حاجة إلى اعتبار القيمة، فإن اللفظ عند الإطلاق ينصرف إلى معهود الشرع، وفي المعهود تقوم البقرة مقام البدنة من الإبل بلا تقويم.

وإذا قَيَّدَ بالإبل، وجبت، فعند الإعواز يلزمه أكثر الأمرين مما يقوم مقامها شرعاً أو من قيمتها، كما إذا أثَلَفَ الأضحية المعينة، يلزمه أكثر الأمرين من المثل أو القيمة، وحكى القاضي ابن كج وجهاً: أنه لا يُعْتَبَرُ القيمة، كما في حالة الإطلاق، والظاهر الأول، وكيف يخرج الفاضل؟ في الكافي للقاضي الروياني: أنه يشتري به بَقْرَةً أُخْرَى إن أمكن وإلا فيشتري به شِقْصاً، أو يتصدق به على المساكين فيه وجهان، والمذكور في تعليق الشيخ أبي حامد، أنه يتصدق به، وقال المتولّي: يشارك إنساناً في بدنة أو بقرة أو يشتري به شاة، وإذا عدل إلى الغنم في هذه الحالة، فتعتبر القيمة أيضاً ثم نقل الروياني في «جمع الجوامع»، أنه إذا لم يجد الإبل في حالة التقييد، يتخيّر بين البقرة والغنم؛ لأن الاعتبار بالقيمة.

والذي ذكره القاضي ابن كج والمتولّي؛ أنه لا يعدل إلى الغنم مع القُدرة على البقرة؛ لأنها أقرب إلى الإبل، ولو وجد ثلاث شياهِ بقيمة البدنة، فهل يجزئه حكي ابن كج وجهين، قال أبو الطيب بن سلمة: لا، بل عليه أن يتم السبع من عنده، وقال أبو الحسين النسوي، وهو شيخ من أصحابنا، كان في أيام أبي إسحاق وابن خيران - رحمهم الله - يجزئه لوفائها بالقيمة، والأول أظهر.

واعلم أن اعتبار القيمة نَقَلَهُ الإمام وجهاً عن رواية صاحب «التقريب» نقل الشيء الغريب من غير تمييز بين أن يطلق التزام البدنة أو يقيد بالإبل، ثم ضعّفه والمشهور في كتب أصحابنا ما بيّناه، وقد نصَّ الشافعي - رضي الله عنه -؛ فقال في «المختصر»: فإن كانت نيّته على بدنة من الإبل، لم يُجْزِهِ من البقر والغنم إلا بقيمتها، وفي طريقة

الصيدلاني: حمل النص على ما إذا عيّن بغيراً، وقال: لله عليّ أن أهدي هذا، ثم أتلفه، فعليه أن يأتي بمثله، وذكر الأصحاب وجهين في أنه يتخير بين بدنة مثلها، وبين البقر والغنم، أو هي على الترتيب؟ فإذا عدل إلى البقر والغنم، ينبغي أن يكون بقيمة البعير المعين.

وَعَدَّ الْقَاضِي الرُّوْيَانِي هَذَا التَّأْوِيلَ غَلَطًا.

ولو نذر شاةً، فجعل بدلها بدنةً، جاز، وهل يكون الكلُّ فرضاً؟ ذُكِرَ فِيهِ وَجْهَانِ:

والوجه الثاني: البحث عن الصفات المرعية في الحيوان المنذور مطلقاً، فإذا قال لله عليّ أن أهدي بغيراً أو بقرةً أو شاةً فهل يُشْتَرَطُ أن يكون في السنِّ بحيث تجزى في الأضحية؟ وأن تكون سليمةً من العيوب؟ فيه قولان؛ بناءً على أن مطلق النذر يُحْمَلُ على أقلِّ واجب من ذلك الجنس أو على أقلِّ ما يتقرب به، والظاهر الأول.

ولو قال؛ أضحي ببعير أو بقرة، ففيه مثل هذا الخلاف، قال الإمام - رحمه الله -: وبالاتفاق لا يُجْزَى الفصيل<sup>(١)</sup> لأنه لا يسمى بغيراً، ولا العجل، والمذكورة البقرة ولا السخلة<sup>(٢)</sup> والمذكور الشاة، ولو قال: أضحي ببدنة أو أهدي جرى الخلاف، ورأى الإمام هذه الصورة، أولئى باشتراط السن والسلامة؛ لشهرة اسم البدنة في القرابين، وهذا هو المذكور في الكتاب، ولو قال: لله عليّ هدي أو أن أهدي، ولم يسم، ففيه القولان إن قلنا: يُحْمَلُ النذر على أقلِّ ما يُتَقَرَّبُ به من جنسه فيخرج عن النذر بكل منحة، حتى الدجاجة والبيضة، وكل ما يتمول؛ لأن اسم الهدى يقع على الجميع، ألا ترى أن في قوله - ﷺ - «مَنْ رَاحَ فِي السَّاعَةِ الْخَامِسَةِ، فَكَأَنَّمَا أَهْدَى بَيْضَةً»<sup>(٣)</sup> وَيُنْسَبُ هَذَا الْقَوْلُ إِلَى «الإملاء» والقديم، وعلى هذا لا يجب تبليغه مكة، وهذا تناقض، وإن قلنا: يُحْمَلُ عَلَى أَقَلِّ ما يجب من جنسه، حُمِلَ عَلَى مَا يُجْزَى فِي الْأَضْحِيَّةِ، وَيُنْسَبُ هَذَا إِلَى الْجَدِيدِ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَحْمَدُ - رَحِمَهُمَا اللَّهُ - وَقَدْ تَوَجَّهَ بِأَنَّ الْهَدْيَ شَرْعاً عِبَارَةً عَنْ ذَلِكَ، فَيُحْمَلُ النَّذْرُ عَلَى الْمَعْنَى الشَّرْعِيَّةِ؛ كَنَذْرِ الصَّلَاةِ، وَعَلَى هَذَا؛ فَيَجِبُ تَبْلِيغُهُ مَكَّةَ، فَإِنَّ مَحَلَّ الْهَدْيِ الْحَرَمُ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: [جُدْهُ]: «حَتَّى يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحَلَّهُ» [البقرة: ١٩٦] مَحَلَّهُ» وفيه وجه ضعيف، أنه لا يجب إلا أن يصرح به، ولو قال: عليّ أن أهدي الهدى، انصرف النذر إلى المعهود الشرعي بالألف واللام، ولم يجروا فيه الخلاف.

(١) ولد الناقة أو البقرة بعد فطامه وفصله عن أمه. ينظر: المعجم الوسيط ٦٩١/٢.

(٢) الذكر والأنثى من ولد الضأن والمعز ساعة يولد. ينظر: المعجم الوسيط ٤٢٢/١.

(٣) متفق عليه من حديث أبي هريرة، وقد تقدم في «صلاة الجمعة».



ولو نذر؛ أن يهدي مالا معيناً، فيجب صرفه إلى مساكين الحرم.

وحكى القاضي ابن كج وجهاً ضعيفاً أنهم لا يتعينون، ثم يُنظر، إن كان المعين من النعم، كما إذا قال: أهدي هذه البدنة أو الشاة، فيجب التصدق بها بعد الذبح، ولا يجوز أن يتصدق بها حية؛ لأن في ذبحها قرية، وهل يجب الذبح في الحرم؟ فيه وجهان:

أصحهما: نعم.

والثاني: يجوز أن يُذبح خارج الحرم، بشرط أن يُنقل اللحم فيه قبل أن يتغير، وقد سبق نظيره، وإن كان من غير النعم، فهو إما حيوان لا يجوز التضحية به، أو مال آخر يتيسر نقله إلى الحرم، كما إذا قال: أهدي هذه الطيبة أو الطائر، أو الحمار، أو الثوب، فيجب حمله إلى الحرم.

وأطلق مُطلقون أن مؤنة الثقل على الناذر، فإن لم يكن له مال، بيع بعضه لنقل الباقي، واستحسن ما يُزوى عن الفقهاء، أنه إن قال: أهدي هذا، فالمؤنة عليه، فإن قال: جعلته هدياً، فالمؤنة فيه يباع بعضه، لكن قضية جعله هدياً أن يبلغ كله الحرم فيلتزم مؤنته، كما لو قال: أهدي، ثم إذا بلغ الحرم، فالظاهر أنه يجب صرفه إلى مساكين الحرم، فالمقصود من تليغه مكة أن ينتفعوا به، نعم، لو نوى صرفه إلى تطيب الكعبة، أو جعل الثوب ستراً لها، أو قرية أخرى هناك فله صرفه إلى ما نوى، وفيه وجه، وأن أطلق، فله صرفه إلى ما نوى.

وحكى الإمام وجهاً أضعف من هذا؛ أن الثوب الصالح للستر يُحمل عليه عند الإطلاق، وذكر أن قياس المذهب، والذي صرح به الأئمة: أن ذلك المال المعين، يمتنع بيعه وتفرقة ثمنه، بل يتصدق بعينه، وينزل تعيينه منزلة تعيين الضحية، وتعيين الشاة في الزكوات، ويتصدق بالطيبة والطائر، وما في معناهما في الحياة، ولا يُذبح إذ لا قرية في ذبحها، ولو ذبحها، فنقصت القيمة، تصدق باللحم، وغرم ما نقص، وفي «التمة» وجه آخر: أنها تُذبح، وتردها فيما إذا أُطلق ذكر الحيوان.

وقلنا: لا يُشترط أن يهدي ما يجزىء في الأضحية، والظاهر الأول، ولو نذر إهداء بغير، معيب فهل يذبحه؟ فيه وجهان المذكوران في الكتاب:

أحدهما: نعم، نظراً إلى الجنس.

وأظهرهما: المنع؛ لأنه إذا لم يصلح للتضحية، لم يكن في ذبحه قرية، كالظبية، وإن كان المال المعين مما لا يتيسر نقله؛ كالدار، والأرض والشجر وحجر الرحا، فيباع، وينقل ثمنه، فيتصدق به على مساكين الحرم، قال في «التهديب»: ويتولى الناذر

البيع والنقل بنفسه، ولم يذكروا؛ أنه يُتَصَدَّقُ بعينه، حيث هو على المساكين هناك، ولا بعد فيه.

وليعلم؛ لما تبين قوله في الكتاب «فلا يجزئه إلا الشيء من الإبل» بالواو.  
وقوله «ويكفيه كل ما يسمّى منحة» بالحاء والألف.

وقوله «ولا يجبُ تبليغه مكّة» بالواو، وكذا قوله «ويلزمه تبليغ الحرم»، وكذا قوله في مسألة الظبية «لزمه التبليغ» للوجه الذي نقله القاضي ابن كج في كل هدي، وكذا قوله «ولا يذبح» وقوله «نقله إلى مكة» وقوله «بمكة».

فروع: عن «الأم» لو قال: أنا أهدي هذه الشاة نذراً، فعليه أن يهديها، إلا أن تكون نيته، أني سأحدث نذراً، أو سأهديها، ولو نذر أن يهدي هدياً، ونوى بهيمة، أو جدياً، أو رضيعاً، أجزأه، والقولان السابقان فيما إذا أطلق نذر الهدي، ولم ينو شيئاً، ولو نذر أن يهدي شاة عوراء أو عمياء، أو ما لا يجوز في التضحية إهداؤه، ولو أهدي تاماً، كان أحب إلي.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَالظَّاهِرُ أَنَّ مَكَّةَ لَا تَتَعَيَّنُ لِلصُّومِ فِي النَّذْرِ وَإِنْ تَعَيَّنَتْ لِلصَّدَقَةِ وَالصَّلَاةِ، وَلَوْ قَالَ: عَلَيَّ أَنْ أَسْتُرَ الْكَعْبَةَ أَوْ أَطْيِبَهَا لِزَمَهُ، وَيَجُوزُ سِتْرُ الْكَعْبَةِ بِالْحَرِيرِ؛ لِأَنَّهُ مُحَرَّمٌ عَلَى الرَّجَالِ فَقَطْ، وَفِي نَذْرِ تَطْيِيبِ مَسْجِدِ الْمَدِينَةِ وَالْمَسْجِدِ الْأَقْصَى تَرَدُّدٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِي هَذِهِ الْبَقِيَّةِ صَوْرَتَانِ:

إحدهما: ظاهر المذهب، أنه إذا نذر أن يصوم في بلد لم يتعين ذلك البلد، بل له أن يصوم حيث شاء، يستوي فيه حرم مكة حرسها الله تعالى وغيره، كما أن الصوم الذي هو بدل واجبات الإحرام لا يختص بالحرم، وعن صاحب «التلخيص»؛ أنه إذا عين الحرم، اختص به تخريجاً من الصلاة والصدقة.

الثانية: ستر الكعبة وتطيبها من القربات، فإن الناس اعتادوها على مر الأعمار، ولم يبد من أحد نكير، ولا فرق بين الحرير وغيره، وإنما ورد تحريم لبس ذلك في حق الرجال، وذكرنا في باب الزكاة أن الأظهر أنه لا يجوز تخلية الكعبة بالذهب والفضة وتعليق قناديلها، وكأن الفرق استمرار الخلق على ذلك، دون هذا، فلو نذر ستر الكعبة وتطيبها، صح نذره، وإذا نذر أن يجعل ما يهديه في رتاج الكعبة وتطيبها، قال إبراهيم المروزي: ينقله إليها، ويسلمه إلى القيم، ليصرفه إلى الجهة المنذورة، إلا أن يكون قد نص في نذره، أنه يتولّى ذلك بنفسه، ولو نذر تطيب مسجد المدينة والمسجد الأقصى وغيرهما من المساجد فيه تردد للإمام، ومال الإمام إلى تخصيصه بالكعبة والمسجد الحرام وهنأ فائدتان:

إحدهما: احتج الإمام لصحة النذر في المسألة على أن القربات كلها يصح نذرها، وإن لم توضع وضع العبادات على ما تقدم.

والثانية: أغرب القاضي ابن كج، فحكى وجهاً، أنه لا يجوز الوقف على البنيان كما لو وقف على المسجد والكعبة ونحوهما، وإنما الوقف على من يملك، وذكر على هذا أنه لا يجوز أن يقصد كون الستر والطيب للكعبة، بل ينبغي أن يجعله لعامة المسلمين ليتجملوا به، ولا أدري، هل جرى ذكر هذا الوجه في الوقف أم لا؟.

فرع: نقل القاضي ابن كج وجهين فيما لو قال: إن شفى الله مريضى فله عليّ أن أعجلّ زكاة مالي، هل يصح نذره؟ ووجهين فيما إذا قال: إن شفى الله مريضى، فله عليّ أن أذبح لابني، هل يلزمه الذبح لابنه؟ لأن الذبح عن الأولاد مما يتقرب به ووجهين فيما إذا قال: لله عليّ، إن شفى الله مريضى أن أذبح ابني، فإن لم يجز، فشاة مكانه، هل يلزمه ذبح شاة؟ ووجهين فيما لو نذر النصراني، أن يصلي، ويصوم، ثم أسلم، هل يلزمه أن يصلي صلاة شزعنا وصومه<sup>(١)</sup>؟ وأنه لو نذر أن يصوم بمكة - حرسها الله - ثلاثة أيام مثلاً، فلا يختص الصوم بمكة، وهذا قد سبق ذكره، وزاد، فقال: إن قلنا: لا يجوز دخول مكة، إلا بحج أو عمرة، انعقد النذر، ولزمه قصد مكة بحج أو بعمره.

وإن قلنا: يجوز، فهل يلزمه أن يقصد مكة؟ فيه قولان؛ كما لو نذر المضيّ إلى مسجد المدينة؟ أو مسجد بيت المقدس.

وفي فتاوى القفال: أنه إذا نذر رجل أن يضحي بشاة، ثم عين شاة لنذره، فلما قدّمها للذبح صارت معيبة، لا تجزىء ويمثله، لو نذر أن يهدي شاة، ثم عين واحدة، وذهب بها إلى مكة؛ فلما قدمها للذبح تعيبت، تجزىء، لأن الهدى ما يهدى إلى الحرم، وبالبلوغ إليه يحصل الإهداء، والتضحية، لا تحصل إلا بالذبح، وإن صاحب «التقريب» قال: ولو قال رجل: إن شفى الله مريضى، فله عليّ أن أشتري بدرهم خبزاً، وأتصدق به فلا يلزم الشراء، بل له أن يتصدق بخبز آخر بقدر درهم، وأنه لو قال: إن شفى الله مريضى، فله عليّ رجلي حج ماشياً، يصح نذره، إلا أن يريد إلزاماً على الرجل خاصة.

ولو قال: على نفسي أو رقبتي، صح.

وأنه إذا نذر إعتاق رقبة، وكان عليه إعتاق رقبة في الكفارة، فأعتق رقتين،

(١) قال النووي: الأصح في الصورة الثانية: الصحة. وفي الباقي: البطلان.

ونواهم عن الواجب، جاز، وإن لم يعين كما إذا كانت عليه كفارتان مختلفتان.

وأنه لو نذر صلاتين، لم يخرج عن نذره بأربع ركعات بتسليمه واحدة.

وأنه لو قال: إن شفى الله مريضى، فدلله على أن أتصدق بشيء، صح نذره، ويتصدق بما شاء من قليل وكثير ولو قال: فعلى ألف يعين شيئاً باللفظ ولا بالنية، لم يلزمه شيء.

وأنه لو نذر صوم شهر، ومات قبل إمكان الصوم، يطعم عنه لكل يوم مد، بخلاف ما لو لزمه قضاء رمضان لمرض أو سفر، ومات قبل إمكان القضاء، لا يطعم عنه، لأن المنذور يستقر بنفس النذر. ويبي على هذا، أنه إذا حلف، وحنث في يمينه، وهو مفسر فرضه الصيام، فمات قبل الإمكان، يطعم عنه، وأنه لو نذر حجة، ومات قبل الإمكان، يحج عنه، وهذا يخالف ما قدمناه في الحج.

في تفسير أبي نصر القشيري - رحمه الله - أن القفال قال: من التزم بالنذر ألا يكلم آدميين، يحتمل أن يقال: يلزمه؛ لأنه مما يتقرب به، ويحتمل أن يقال: لا؛ لما فيه من التضييق والتشديد، وليس ذلك من شرعنا، كما لو نذر الوقوف في الشمس<sup>(١)</sup>، والله أعلم بالصواب.

(١) قال النووي: الاحتمال الثاني أصح.

## كِتَابُ آدَبِ الْقَضَاةِ<sup>(١)</sup>، وَفِيهِ أَرْبَعَةُ أَبْوَابٍ

### أَلْبَابُ الْأَوَّلُ فِي التَّوَلِّيَةِ وَالْعَزْلِ، وَفِيهِ فَضْلَانِ

قَالَ الْعَرَّالِيُّ: الْأَوَّلُ فِي التَّوَلِّيَةِ: وَفِيهِ مَسَائِلُ: الْأُولَى: أَنَّ الْقَضَاءَ وَالْإِمَامَةَ فَرَضٌ عَلَى الْكِفَايَةِ لِمَا فِيهِ مِنْ مَصَالِحِ الْعِبَادِ.

(١) وَالْأَدَبُ: أَدَبُ النَّفْسِ وَالذِّمَّةِ، وَقَدْ أَدَّبَ فَهُوَ أَدِيبٌ، وَأَدَّبَهُ غَيْرُهُ. فَتَأَدَّبَ وَاسْتَأَدَّبَ. وَتَرْكِيهِ يَدُلُّ عَلَى الْجَمْعِ وَالِدْعَاءِ، وَمِنَهُ الْأَدَبُ بِسُكُونِ الدَّالِ وَهُوَ أَنْ تَجْمَعَ النَّاسَ إِلَى طَعَامِكَ وَتَدْعُوهُمْ، وَمِنَهُ الْأَدَبُ بِالتَّحْرِيكِ لِأَنَّهُ يَأْدُبُ النَّاسَ إِلَى الْمُحَامَدِ أَيِ يَدْعُوهُمْ إِلَيْهَا. وَعَنْ أَبِي زَيْدٍ: الْأَدَبُ اسْمٌ يَقَعُ عَلَى كُلِّ رِيَاضَةٍ مَحْمُودَةٍ يَتَخَرَّجُ بِهَا الْإِنْسَانُ فِي فَضِيلَةٍ مِنَ الْفَضَائِلِ. كَذَا فِي الْمَغْرِبِ.

وَفِي النِّهَايَةِ: وَالْمُرَادُ مِنْ أَدَبِ الْقَاضِي هُنَا هُوَ الْخِصَالُ الْحَمِيدَةُ الْمُنْدُوبَةُ وَالْمُدْعُوُّ إِلَيْهَا، فَالْأَدَبُ لِلْقَاضِي مَا يَذْكَرُ لَهُ مِنْ شُرَاطِئِ الشَّهَادَةِ.

وَالْقَضَاءُ لَهُ فِي اللُّغَةِ مَعَانٍ كَثِيرَةٌ تَرْجِعُ كُلُّهَا إِلَى انْقِضَاءِ الشَّيْءِ وَتَمَامِهِ. فَمِنْ تِلْكَ الْمَعَانِي: الْأَمْرُ نَحْوُ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَقَضَى رَبُّكَ أَنْ لَا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ﴾. أَيِ أَمْرٌ بِذَلِكَ، وَلَا يَصِحُّ أَنْ يَكُونَ مَعْنَى قَضَى هُنَا حُكْمٌ أَيِ قَدْرٌ وَعِلْمٌ. وَإِلَّا لَمَا تَخَلَّفَ أَحَدٌ عَنْ عِبَادَتِهِ؛ لِأَنَّ مَا قَدَرَهُ تَعَالَى وَعَلِمَهُ لَا يَتَخَلَّفُ. وَمِنَهَا الْأَدَاءُ نَحْوُ قَضَيْتَ الدِّينَ أَيِ أَدَيْتَهُ. وَمِنَهَا الْفَرَاغُ نَحْوُ قَضَى فَلَانَ الْأَمْرَ أَيِ فَرَّغَ مِنْهُ. وَمِنَهَا الْفِعْلُ نَحْوُ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَاقْضِ مَا أَنْتَ قَاضٍ﴾. أَيِ افْعَلْ مَا تَرِيدُهُ. وَمِنَهَا الْأَرَادَةُ نَحْوُ إِذَا قَضَى اللَّهُ أَمْرًا. وَمِنَهَا الْمَوْتُ نَحْوُ قَضَى نَجْبَهُ. وَمِنَهَا الْعِلْمُ نَحْوُ قَضَيْتَ إِلَيْكَ بِكَذَا أَيِ أَعْلَمْتَكَ بِهِ. وَمِنَهُ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَقَضَيْنَا إِلَيْهِ ذَلِكَ الْأَمْرَ﴾ وَمِنْ هُنَا صَحَّ تَسْمِيَةُ الْمَفْتِيِّ وَالْقَاضِيِّ قَاضِيْنَا لِأَنَّهُمَا مَعْلَمَانُ بِالْحُكْمِ. وَمِنَهَا الْفَصْلُ نَحْوُ قَضَى بَيْنَهُمْ بِالْحَقِّ وَمِنَهَا الْخُلُقُ نَحْوُ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَقَضَاهُنَّ سَبْعَ سَمَوَاتٍ﴾. أَيِ خَلَقَهُنَّ. وَمِنَهَا الْحُكْمُ نَحْوُ قَضَيْتَ عَلَيْكَ بِكَذَا أَيِ حَكَمْتَ عَلَيْكَ بِهِ. وَهَذَا الْمَعْنَى الْأَخِيرُ مِثْلًا مَعَ الْمَعْنَى الْإِصْطِلَاحِيَّةِ الَّتِي سَنَذَكُرُهَا. فَالْقَضَاءُ فِي اللُّغَةِ مُشْتَرِكٌ لَفْظِيًّا بَيْنَ تِلْكَ الْمَعَانِي السَّابِقَةِ، وَمِنْ يَتَأَمَّلُ يَدْرِكُ أَنَّ هَذِهِ الْمَعَانِي مُتَقَارِبَةٌ بَعْضُهَا أَيْدٍ إِلَى الْآخَرِ، وَيَجْمَعُهَا كُلُّهَا انْقِضَاءُ الشَّيْءِ وَتَمَامُهُ كَمَا تَقَدَّمَ.

أَمَّا مَعْنَاهُ فِي إِصْطِلَاحِ الشَّرْعِيِّينَ فَقَدْ اخْتَلَفَتْ فِيهِ عِبَارَاتُ الْمَوْلِفِينَ لِاخْتِلَافِ أَنْظَارِهِمْ وَمَقَاصِدِهِمْ. فَبَعْضُهُمْ نَظَرَ إِلَى كَوْنِهِ صِفَةً يَتَّصِفُ بِهَا الْقَاضِيُّ فَعَرَفَهُ عَلَى أَنَّهُ صِفَةٌ. وَبَعْضُهُمْ نَظَرَ إِلَى الْمَعْنَى الْمَصْدَرِيَّةِ الَّتِي يَحْصُلُ مِنَ الْقَاضِيِّ بَيْنَ الْخُصُومِ؛ فَعَرَفَهُ عَلَى أَنَّهُ فِعْلُ الْقَاضِيِّ. ثُمَّ نَظَرُوا إِلَى الْمَعْنَى الْأَوَّلِ مِنْهُمْ مِنْ أَكْتَفَى فِي تَعْرِيفِهِ بِمَا يَصُورُ الْحَقِيقَةَ تَصْوِيرًا إِجْمَالِيًّا فَلَمْ يَأْتِ بِعِبَارَةٍ مَانِعَةٍ جَامِعَةٍ. وَمِنْهُمْ مَنْ جَاءَ بِعِبَارَةٍ جَامِعَةٍ مَانِعَةٍ، وَكَذَلِكَ مَنْ نَظَرُوا إِلَى الْمَعْنَى الثَّانِيَّةِ. وَمِنْ الْمَعْلُومِ =

قَالَ الرَّافِعِيُّ: نَتِيْمِن أَوْلَا بِبَيْرَادٍ طَرَفٍ مِنَ الْآيَاتِ وَالْأَخْبَارِ فِي الْبَابِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَأَنْ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩] وَقَالَ عَزَّ أَسْمُهُ: ﴿وَإِنْ حَكَمْتَ فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ﴾ [المائدة: ٤٢] وَقَالَ تَعَالَى جَدُّهُ: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾ [النساء: ٥٨] وَقَالَ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ﴾ [النساء: ١٠٥].

وَنُقِلَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ: «إِذَا اجْتَهَدَ الْحَاكِمُ فَأَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ وَإِنْ أَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ»<sup>(١)</sup>.

وَأَيْضًا قَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «السَّابِقُونَ إِلَى ظِلِّ اللَّهِ تَعَالَى يَوْمَ الْقِيَامَةِ الَّذِينَ إِذَا أُعْطُوا الْحَقَّ قَبِلُوهُ، وَإِذَا سُئِلُوا بَدَلُوهُ، وَإِذَا حَكَمُوا لِلنَّاسِ، حَكَمُوا كَحُكْمِهِمْ لِأَنْفُسِهِمْ»<sup>(٢)</sup>.

وَأَيْضًا: «إِذَا جَلَسَ الْحَاكِمُ لِلْحَكْمِ بَعَثَ اللَّهُ مَلَكَ يَسُدُّ دَانِيَهُ وَيُوقِفَانِيهِ فَإِنْ عَدَلَ، أَقَامَا، وَإِنْ جَارَ، عَرَجَا وَتَرَكَاهُ»<sup>(٣)</sup>.

= أن المعنيين متلازمان فالصفة لا يتحقق مقتضاها بدون المعنى المصدرى، والمعنى المصدرى لا يتحقق إلا إذا وجدت هذه الصفة. وعلى هذا فمن عرف المعنى المصدرى سهل عليه جداً معرفة الصفة الحكمية التي يتصف بها من يصدر منه ذلك المعنى. ومن عرف الصفة التي ينشأ عنها ذلك المعنى لم يخف عليه الفعل الناشئ عنها، فلا غضاضة على واحد من الطرفين في سلوكه المسلك الذي اختاره، لأن كلا منهما موصل لمعرفة القضاء. والقضاء هو - على ما قال ابن عرفة - صفة حكمية توجب لموصوفها. نفوذ حكمه الشرعي، ولو بتعديل أو تجريح لا في عموم مصالح المسلمين.

(١) متفق عليه أخرجه البخاري [٧٣٥٢، مسلم ١٧١٦] من حديث عمرو بن العاص، وأبي هريرة، ورواه الحاكم [٨٨/٤] والدارقطني [٢٠٣/٤] من حديث عقبة بن عامر، وأبي هريرة، وعبد الله ابن عمرو بلفظ، إذا اجتهد الحاكم فأخطأ فله أجر، وإن أصاب فله عشرة أجور رواه عبد بن حميد في المنتخب من المسند [٢٩٢] وفيه فرج بن فضالة، وهو ضعيف، وتابعه ابن لهيعة بغير لفظه، ورواه أحمد من حديث عمرو بن العاص بلفظ: إن أصبت القضاء فلك عشرة أجور، وإن أنت اجتهدت فأخطأت، فلك حسنة، وإسناده ضعيف أيضاً.

(٢) رواه أحمد [٦٧/٦ - ٦٩] في مسنده من حديث ابن لهيعة عن خالد بن أبي عمران، عن القاسم ابن محمد عن عائشة ورواه أبو نعيم [١٦/١ - ١٨٦ - ١٨٧] في الحلية، وقال: تفرد به ابن لهيعة، عن خالد، قلت: وتابعه يحيى بن أيوب عن عبيد الله بن زحر عن علي بن يزيد، عن القاسم وهو ابن عبد الرحمن، عن عائشة رواه أبو العباس بن القاسم في كتاب أدب القضاء له، ولمسلم من حديث عبد الله بن عمرو، المقسطون عند الله على منابر من نور عن يمين الرحمن، وكلتا يديه يمين، الذين يعدلون في حكمهم، وأهليهم، وما ولوا، قال ابن أبي حاتم في العلل عن أبيه: الصحيح أنه موقوف.

(٣) رواه البيهقي [٨٨/١٠] من طريق الأشعري يحيى بن بريد عن ابن جريج، عن عطاء عن ابن عباس رفعه: إذا جلس القاضي في مكانه، هبط عليه ملكان، يسدانه ويوقفانه، ويرشده ما لم =

وَيُرَوَّى أَنَّهُ - ﷺ - بَعَثَ عَلِيًّا - كَرَّمَ اللَّهُ وَجْهَهُ - إِلَى الْيَمَنِ قَاضِيًا فَقَالَ: «يَا رَسُولَ اللَّهِ، بَعَثْتَنِي، أَقْضِي بَيْنَهُمْ وَأَنَا شَابٌّ لَا أَذْرِي مَا الْقَضَاءُ؟ قَالَ عَلِيٌّ - عَلَيْهِ السَّلَامُ - فَضْرَبَ رَسُولُ اللَّهِ - ﷺ - فِي صَدْرِي وَقَالَ: «اللَّهُمَّ أَهْدِهِ، وَتَبَّتْ لِسَانَهُ»، فَوَالَّذِي فَلَقَ الْحَبَّةَ مَا شَكَّكَتُ فِي قَضَائِهِ بَيْنَ اثْنَيْنِ<sup>(١)</sup>.

وَأَنَّهُ - ﷺ - لَمَّا أَرَادَ أَنْ يَبْعَثَ مُعَاذًا - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - إِلَى الْيَمَنِ قَالَ لَهُ: «كَيْفَ تَقْضِي إِذَا عَرَضَ لَكَ قَضَاءٌ؟ قَالَ: أَقْضِي بِكِتَابِ اللَّهِ، قَالَ: «فَإِنْ لَمْ تَجِدْ فِي كِتَابِ اللَّهِ؟» قَالَ فَبَسَّطَ رَسُولُ اللَّهِ. قَالَ: «فَإِنْ لَمْ تَجِدْ؟» قَالَ أَجْتَهِدُ رَأْيِي وَلَا أَلُو، فَضْرَبَ

= يجبر، فإذا جار عرجاً، وتركاه، وإسناده ضعيف، قال صالح جزرة: هذا الحديث ليس له أصل، وروى الطبراني معناه من حديث وائلة بن الأسقع، وفي البزار من رواية إبراهيم بن خيثم بن عراك عن أبيه عن أبي هزيرة مرفوعاً: من ولي من أمر المسلمين شيئاً، وكل الله به ملكاً عن يمينه، أحسبه قال: وملكاً عن شماله، يوفقانه ويسددانه، إذا أريد به خيراً، ومن ولي من أمر المسلمين شيئاً، فأريد به غير ذلك، وكل إلى نفسه، قال: ولا نعلمه يروى بهذا اللفظ إلا من حديث عراك وإبراهيم ليس بالقوي، وروى الترمذي وابن ماجه وابن حبان والحاكم والبيهقي، من حديث عبد الله بن أبي أوفى: إن الله مع القاضي ما لم يجبر، زاد البيهقي: فإذا جار تخلى عنه، ولزمه الشيطان، وزاد ابن ماجه: فإذا جار وكله الله إلى نفسه، وللحاكم: فإذا جار تبرأ الله منه، وقال الترمذي: حسن غريب لا نعرفه إلا من حديث عمران القطان، قلت: وفيه مقال إلا أنه ليس بالمتروك، وقد استشهد به البخاري، وصحح له ابن حبان والحاكم، وروى الطبراني في الأوسط من رواية عبد الأعلى الثعلبي عن بلال بن أبي بردة الأشعري عن أنس: أن الحججاج أراد أن يجعل إليه قضاء البصرة، فقال أنس: سمعت رسول الله ﷺ يقول: من طلب القضاء واستعان عليه، وكل إلى نفسه، ومن لم يطلبه ولم يستعن عليه، أنزل الله عليه ملكاً يسدده، وقال: لا يروى عن أنس إلا بهذا الإسناد، تفرد به عبد الأعلى انتهى وقوله: بلال بن أبي بردة فيه نظر، فقد أخرجه البزار من طريق عبد الأعلى عن بلال بن مرداس عن خيثمة عن أنس، وقال: لا نعلمه عن أنس إلا من هذا الوجه، قال: وروي عن عبد الأعلى بغير ذكر خيثمة، قلت: طريق خيثمة أخرجه أبو داود والترمذي والحاكم.

(١) رواه أبو داود [٣٥٨٢] [٩٣/٤ - ١٣٥/٣] وابن ماجه [٣٣١٠] والبزار والترمذي من طرق عن علي، أحسنها رواية البزار عن عمرو بن مرة عن عبد الله بن سلمة عن علي، وفي إسناده عمرو ابن أبي المقدم، واختلف فيه على عمرو بن مرة، فرواه شعبة عنه عن أبي البخترى قال: حدثني من سمع علياً أخرجه أبو يعلى، وإسناده صحيح لولا هذا المبهم، ومنهم من أخرجه عن أبي البخترى عن علي كما سيأتي، ومنها رواية البزار أيضاً عن حارثة بن مصرف عن علي، قال: وهذا أحسن أسانيد، ومنها وهي أشهرها رواية أبي داود وغيره من طريق سماك، عن حنشل بن المعتمر عن علي، وأخرجها النسائي [٣٤ - ٣٤] في الخصائص والحاكم والبزار، وقد رواه ابن حبان من رواية سماك عن عكرمة عن ابن عباس عن علي، ومنها رواية ابن ماجه من طريق أبي البخترى عن علي، وهذا منقطع، وأخرجها البزار والحاكم.

صَدْرَهُ وَقَالَ: «الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَفَّقَ رَسُولَ اللَّهِ - ﷺ - لِمَا يَرْضَاهُ رَسُولُ اللَّهِ»<sup>(١)</sup>.

ونقول ثانياً: القضاء على ما ذكره أئمة اللغة والفقه، إحكام الشيء وإمضاؤه، ومنه: «وَقَضَيْنَا إِلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ» [الإسراء: ٤] والقضاء الإتمام، ومنه: «فَإِذَا قَضَيْتُمْ مَنَاسِكَكُمْ» [البقرة: ٢٠٠] والقضاء الفراغ، ومنه: «فَوَكَّرَهُ مُوسَى فَقَضَى عَلَيْهِ» [القصص: ١٥] أي قتله وفرغ منه، ويُقال: قضيت حاجتي.

وَسُمِّ قَاضٍ أَيْ قَاتِلٌ، فَسُمِّيَ الْقَضَاءُ قِضَاءً؛ لِأَنَّ الْقَاضِيَ يَتِمُّ الْأَمْرَ بِالْفِصْلِ وَيَمْضِيهِ وَيُفْرِغُ مِنْهُ، وَسُمِّيَ حَكَمًا لِمَا فِيهِ مِنْ مَنَعِ الظَّالِمِ مِنَ الظُّلْمِ، وَمِنْهُ الْحَكْمَةُ: وَيُقَالُ: أَحْكَمْتُ السَّيْفِيَةَ إِذَا أَخَذْتُ عَلَى يَدِهِ وَمَنَعْتُهُ.

ونقول ثالثاً: ترجمة الكتاب تتركب عن جُزءَيْنِ أدب، وقضاء، ولا شك أن القضاة لا يثبت للشخص من ذاته، وإنما هو ولاية تثبت بالتولية، وتزول بالعزل تارة،

(١) رواه أحمد وأبو داود [٣٥٩٢ - ٣٥٩٣] الترمذي [١٣٢٧] وابن عدي والطبراني والبيهقي، من حديث الحارث بن عمرو عن ناس من أصحاب معاذ عن معاذ، قال الترمذي: لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وليس إسناده بمتصل، وقال البخاري في تاريخه: الحارث بن عمرو عن أصحاب معاذ، وعنه أبو عون لا يصح، ولا يعرف إلا بهذا، وقال الدارقطني في العلل: رواه شعبة عن أبي عون هكذا، وأرسله ابن مهدي وجماعات عنه، والمرسل أصح قال أبو داود: أكثر ما كان يحدثنا شعبة عن أصحاب معاذ: أن رسول الله، وقال مرة عن معاذ، وقال ابن حزم: لا يصح، لأن الحارث مجهول، وشيوخه لا يعرفون، قال: وادعى بعضهم فيه التواتر، وهذا كذب بل هو ضد التواتر، لأنه ما رواه أحد غير أبي عون عن الحارث، فكيف يكون متواتراً، وقال عبد الحق، لا يسند، ولا يوجد من وجه صحيح، وقال ابن الجوزي في العلل المتناهية: لا يصح، وإن كان الفقهاء كلهم يذكرونه في كتبهم، ويعتمدون عليه، وإن كان معناه صحيحاً، وقال ابن طاهر في تصنيف له مفرد في الكلام على هذا الحديث: اعلم أنني فحصت عن هذا الحديث في المسانيد الكبار والصغار وسألت عنه من لقيته من أهل العلم بالنقل، فلم أجد له غير طريقين، أحدهما طريق شعبة، والأخرى عن محمد بن جابر عن أشعث بن أبي الشعثاء عن رجل من ثقيف عن معاذ، وكلاهما لا يصح، قال: وأتبع ما رأيت فيه قول إمام الحرمين في كتاب أصول الفقه، والعمدة في هذا الباب على حديث معاذ، قال: وهذه زلة منه، ولو كان عالماً بالنقل لما ارتكب هذه الجهالة قلت: أساء الأدب على إمام الحرمين، وكان يمكنه أن يعبر بأكين من هذه العبارة، مع أن كلام إمام الحرمين أشد مما نقله عنه، فإنه قال: والحديث مدون في الصحاح، متفق على صحته، لا يتطرق إليه التأويل، كذا قال رحمه الله، وقد أخرجه الخطيب في كتاب الفقيه والمتفقه من رواية عبد الرحمن بن غنم عن معاذ بن جبل، فلو كان الإسناد إلى عبد الرحمن ثابتاً، لكان كافياً في صحة الحديث، وقد استند أبو العباس بن القاص في صحته، إلى تلقي أئمة الفقه والاجتهاد له بالقبول، قال: وهذا القدر مغن عن مجرد الرواية، وهو نظير أحدهم بحديث: لا وصية لوارث، مع كون رواه إسماعيل بن عياش.



وبالانعزال أخرى، ثم أدب القضاء وأعماله تنقسم إلى ما يشترك فيه القضاء على الحاضر، والقضاء على الغائب، وإلى ما يختص بما إذا كان المقضي عليه غائباً، فأودع المصنّف هذه الجمل في ثلاثة أبواب.

باب في التولية والعزل، وباب في آداب القاضي وأعماله على العموم.  
وباب فيما يتعلّق بالقضاء على الغائب خاصّة.

وأما الباب الرابع المعقود في القسمة، فإنه اتبع فيه الشافعيّ - رضي الله عنه - والأصحاب - رحمهم الله - حيث أوردوا القسمة في خلال الأفضية، أو على أثرها، وسببه أن القاضي لا يستغني عن القسام للحاجة إلى قسمة المُشترَكَات، بل القسام كالحاكم، لما سيأتي، فحسن الكلام في القسم مع الأفضية، هذا ضبط الأبواب، أما الباب الأول، ففيه فصلان:

أحدهما: في طرف التولية، وأول ما افتتح به الفضل أن القضاء والإمامة من فروض الكفايات، لا غنى عنهما بالإجماع<sup>(١)</sup> لأن الظلم من شيم النفوس، ولا بدّ من حاكم يتصف للمظلومين من الظالمين.

وأيضاً، لما يتعلّق بهما من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وقد رُوِيَ أن

(١) قال الشيخ البلقيني في تصحيح المنهاج في القضاء أمور:  
أحدها: إيقاع التولية للقاضي.

والثاني: ما يتعلّق بقبول المتولي القضاء بين المتنازعين، فأما إيقاع التولية للقاضي فهو فرض عين على الإمام القائم بمصالح الرعايا وفرض عين على قاضي الإقليم إذا عجز عن النظر في جميع النواحي، فإن بعد عن الإمام يعين فرض الكفاية على القاضي إذا لم يبلغ الإمام الخبر، فإن بلغه فالفرض عليهما فأيهما ولي سقوط الفرض. ذكره الماوردي.  
وأما قبول التولية فهذا هو الذي ينظر فيه في الكفاية والعين.

وأما الثالث: فإيقاع القضاء بين المتنازعين فرض عين على الإمام بنفسه أو نائبه، وإذا ارتفعا إلى النائب فإيقاع القضاء بينهما فرض عين على النائب ولا يحل له أن يدفع القضية عن نفسه إذا كان في ذلك تعطيل الحال وتطويل النزاع بين الخصمين، وإذا تقرر ذلك علمت أن قول المصنّف فرض كفاية بمعناه قبول ولاية للقضاء لا نفس القضاء فلينبه لذلك. انتهى وهو تحقيق حسن، وقول الشيخ بالإجماع اعترضه ابن الرفعة بما حكاه بعد أسطر عن ابن كج أنه مكروه وأن في تعليق القاضي أبي الطيب أنه مستحب.

وأجاب في الخادم بأن الكراهة لما يخشى من العجز عن القيام بحقه مع أنه فرض كفاية، ثم قال أو يحتمل كلام ابن كج على كراهة طلبه والحرص عليه إلى آخر ما ذكره وفي كلا الجوابين نظر لأن المكروه مطلوب تركه وفرض الكفاية مأمور بتحصيله فلا يسلم له جواب الأول.  
أما الثاني ففيه خروج عن ظاهر اللفظ ونقل ابن الرفعة كلام القاضي أبي الطيب بالاستحباب وهو بناء في الوجوب، لكن قال ابن الرفعة أنه لم يره لغيره.

النبي ﷺ - قال: «إِنَّ اللَّهَ لَا يَقْدَسُ أُمَّةً لَيْسَ فِيهِمْ مَنْ يَأْخُذُ لِلضَّعِيفِ حَقَّهُ»<sup>(١)</sup>.

ويجوز أن يوضع على لفظ المسألة من الكتاب واو، لأن بعض الأصحاب فيما حكى القاضي ابن كج ذهب إلى أن القضاء مكروه؛ احتجاجاً بالأحاديث المَحْدَرَة في الباب.

كما روي أنه - ﷺ - قال: «مَنْ جُعِلَ قَاضِيًا، فَقَدْ ذُبِحَ بِغَيْرِ سِكِّينٍ»<sup>(٢)</sup>.

وروي أنه قال: «يُجَاءُ بِالْقَاضِيِ الْعَدْلُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ، فَيَلْقَى مِنْ شِدَّةِ الْحِسَابِ مَا يَتَمَنَّى أَنَّهُ لَمْ يَقْضِ بَيْنَ اثْنَيْنِ فِي تَمْرَةٍ قَطُّ»<sup>(٣)</sup> ومن قال بظاهر المذهب قال: المقصود من التحذير بيان خطره، وأن من استفضي، فقد حُمل على أمر تام الوقع، فإن جاز فيه هلك، وإن عدل فاز بخير كثير، وهكذا يكون تبيان الأمور الخطيرة، وأيضاً، فإن من الناس من يكره له القضاء، أو يحرم على ما سنبن من التفصيل، فليحمل التحذيرات

(١) رواه ابن خزيمة وابن ماجه [٤٠١٠] ابن حبان [١٥٥٤ - ٢٥٨٤] من حديث جابر بلفظ: كيف تقدس أمة لا يؤخذ لضعيفهم من شديدهم، وفيه قصة، وفي الباب عن بريدة رواه البيهقي [١٠/٩٤] وعن أبي سعيد رواه ابن ماجه، وعن قابوس بن المخارق عن أبيه رواه الطبراني وابن قانع، وعن خولة غير منسوبة يقال إنها امرأة حمزة، رواه الطبراني وأبو نعيم، وروى الحاكم [٢/٢٥٦] والبيهقي [١٠/٩٦] من حديث عثمان بن جبلة عن سماك عن شيخ، عن أبي سفيان بن الحارث ابن عبد المطلب رفعه: إن الله لا يقدر أمة لا تأخذ للضعيف من القوي حقه، وهو غير متنع، ورواه الحاكم من حديث شعبة عن سماك عن عبد الله بن أبي سفيان بن الحارث به في قصة، قال البيهقي: المرسل أصح، وقال الحاكم: الموصول صحيح، والمرسل مفسر لاسم المبهم الذي في الموصول، هذا معنى كلامه، وفيه نظر.

(٢) رواه أصحاب السنن أبو داود [٣٥٧١ - ٣٥٦٢] الترمذي وابن ماجه [٢٣٠٨] رواه أحمد [٢/٢٣٠ - ٣٦٥] والحاكم [٤/١٩] والبيهقي [١٠/٩٦] من حديث أبي هريرة، وله طرق، وأعله ابن الجوزي فقال: هذا حديث لا يصح، وليس كما قال، وكفاه قوة تخريج النسائي له، وذكر الدارقطني الخلاف فيه على سعيد المقبري، قال: والمحمفوظ عن سعيد المقبري عن أبي هريرة (تنبيه): قال ابن الصلاح: معناه ذبح من حيث المعنى، لأنه بين عذاب الدنيا إن رشد، وبين عذاب الآخرة إن فسد، وقال الخطابي ومن تبعه: إنما عدل عن الذبح بالسكين ليعلم أن المراد ما يخاف من هلاك دينه، دون بدنه، والثاني أن الذبح بالسكين يريح، وبغيرها كالخنق وغيره يكون الألم فيه أكثر، فذكر ليكون أبلغ في التحذير، ومن الناس من فتن بمحبة القضاء فأخرجه عما يتبادر إليه الفهم من سياقه، فقال: إنما قال ذبح بغير سكين ليشير إلى الرفق به، ولو ذبح بالسكين لكان أشق عليه، ولا يخفى فساد هذا.

(٣) رواه أحمد [٦/٧٥] والعقيلي [٣/٢٩٨] ابن حبان والبيهقي [١٠/٩٦] من حديث عائشة قال العقيلي: عمران بن حطان الراوي عن عائشة لا يتابع عليه، ولا يتبين لي سماعه عنها، قلت: وقع في رواية الإمام أحمد من طريقه، قال: دخلت على عائشة فذكرتها، حتى ذكرنا القاضي فذكره.

عليه جمعاً بين الأخبار، وإن قلنا: بالظاهر، فإذا قام بعض الصالحين للقضاء به، سقط الفرض عن الباقيين، وإن امتنع الكل أثموا، ثم الإمام يجبر واحداً منهم كيلاً تتعطل المصالح، أو لا يجبر؛ لئلاً يلتحق فرض الكفاية العين، فيه وجهان أشبههما الأول.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: لَكِنْ فِيهِ خَطَرٌ فَلَا يَتَّبِعِي أَنْ يُقَدِّمَ عَلَيْهِ إِلَّا مَنْ وَثِقَ بِنَفْسِهِ، وَأَخَذَهُ بِغَيْرِ سُؤَالٍ حَسَنٍ، وَأَخَذَهُ بِطَلَبٍ فِيهِ كَرَاهِيَةٌ، وَلَكِنْ إِنْ تَعَيَّنَ لِلْوَلَايَةِ وَلَمْ يَضْلُحْ غَيْرُهُ وَجَبَ الطَّلَبُ وَإِنْ خَافَ عَلَى نَفْسِهِ الْخِيَانَةَ لَكِنْ يَجِبُ عَلَيْهِ تَرْكُ الْخِيَانَةِ، وَإِنْ وَجَدَ مَنْ هُوَ أَضْلَحُ مِنْهُ حَرَمَ الطَّلَبُ، فَإِنْ قُلِدَ قَفِي أَنْعَقَادِ الْإِمَامَةِ لِلْمَفْضُولِ خِلَافًا، وَفِي الْقَضَاءِ تَرَدُّدٌ، وَالْأَصْحَحُ أَنَّهُ يَنْعَقِدُ، وَإِنْ وَجَدَ مَنْ هُوَ مِثْلُهُ جَارَ الْقَبُولِ وَكِرِهَ الطَّلَبُ إِذَا لَمْ يَكُنْ بِهِ حَاجَةٌ إِلَى رِزْقٍ، وَإِنْ وَجَدَ مَنْ هُوَ دُونَهُ وَقُلْنَا: لَا يَنْعَقِدُ لِلْمَفْضُولِ وَجَبَ الطَّلَبُ، وَإِنْ قُلْنَا: يَنْعَقِدُ لَمْ يَجِبْ وَجَارَ، وَفِي وُجُوبِ الْقَبُولِ إِذَا قُلِدَ مِنْ غَيْرِ طَلَبٍ وَجِهَانٍ، وَحَيْثُ لَا يَجِبُ الطَّلَبُ فَإِنَّمَا يَبَاحُ الْقَبُولُ وَالطَّلَبُ إِذَا لَمْ يَخَفْ عَلَى نَفْسِهِ الْخِيَانَةَ، فَإِنْ خَافَ فَلْيُخَذَرِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قَوْلُهُ: «لَكِنْ فِيهِ خَطَرٌ» أَرَادَ بِهِ أَنَّ الْوَلَايَةَ لَمَّا أَنَّهَا تَفِيدُ قُوَّةَ بَعْدِ ضَعْفٍ، وَقُدْرَةَ بَعْدِ عَجْزٍ، تَتَّخِذُهَا النَّفْسُ الْمَجْبُولَةُ عَلَى الشَّرِّ ذَرِيعةً إِلَى الْإِنْتِقَامِ مِنَ الْعَدُوِّ، وَالنَّظَرِ لِلصَّدِيقِ، وَتَتَّبِعُ الْأَغْرَاضَ الْفَاسِدَةَ، وَلَا يُوَثِّقُ بِحَسَنِ عَاقِبَتِهَا وَسَلَامَةِ مَجَاوِزَتِهَا، فَالْأَوْلَى أَلَّا يَطْلُبَ مَا أَمَكْنَ، وَلِذَلِكَ قَالَ - ﷺ - لِعَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ سَمُرَةَ: «لَا تَسْأَلِ الْإِمَارَةَ فَإِنَّكَ إِنْ أُعْطِيَتْهَا عَنْ مَسْأَلَةٍ وَكُلْتِ إِلَيْهَا، وَإِنْ أُعْطِيَتْهَا عَنْ غَيْرِ مَسْأَلَةٍ أُعِنْتَ عَلَيْهَا»<sup>(١)</sup> وَتَفْصِيلُ حَالِ النَّاسِ فِيهِ، أَنَّ الشَّخْصَ، إِمَّا أَلَّا يَصْلُحُ لِلْقَضَاءِ؛ فَلَا يَجُوزُ تَقْلِيدُهُ، وَلَا يَجُوزُ لَهُ التَّقْلِيدُ الطَّلَبِ، وَإِمَّا أَنْ يَصْلُحَ لَهُ؛ فِيمَا أَنْ يَتَّعِينَ، أَوْ يَكُونَ هُنَاكَ غَيْرُهُ.

الْحَالَةُ الْأَوْلَى: إِذَا تَعَيَّنَ لِلْقَضَاءِ، وَجَبَ عَلَيْهِ الْقَبُولُ، وَيَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يَطْلُبَهُ<sup>(٢)</sup>، وَيَشْهَرُ نَفْسَهُ عِنْدَ الْإِمَامِ، إِنْ كَانَ خَامِلًا، وَلَا يَعْذِرُ بِأَنْ يَخَافُ مِنْ نَفْسِهِ الْمَيْلَ وَالْخِيَانَةَ، بَلْ عَلَيْهِ أَنْ يَقْبَلَ وَيَتَحَرَّزَ، فَإِنْ أَمْتَنَعَ، عَصَى، وَهَلْ يَجْبِرُهُ الْإِمَامُ عَلَيْهِ، قِيلَ: لَا، لِمَا رَوَى أَنَّهُ - ﷺ - قَالَ: «إِنَّا لَا نُكْرَهُ عَلَى الْقَضَاءِ أَحَدًا»<sup>(٣)</sup>.

(١) تقدم.

(٢) قال في القوت: ينبغي أن يكون موضعه أي موضع لزوم الطلب ما إذا ظن الإجابة أو تردد فيها على السواء، أما إذا غلب على ظنه عدم إجابته لما علمه من فساد الزمان وأتمته فالظاهر أنه لا يلزمه الطلب نعم يجب عليه القبول إذا دعي.

(٣) قال الحافظ في التلخيص: لم أجده هكذا، وفي المعنى حديث أبي مسعود: بعثني رسول الله ﷺ ساعياً، وقال: لا ألقينك يوم القيامة تجيء وعلى ظهرك بعير له رغاء، قد غلغلت، قال: إذا لا أنطلق، قال: إذا لا أكرهك، أخرجه أبو داود.

والأكثر حملوا الحديث على حالة عدم التعيين، وحكموا بالإيجاب؛ لأن الناس مضطرون إلى علمه ونظره، فأجبر على البذل كما يجبر المالك على بذل الطعام للمضطر، وكما يجبر على القيام بسائر فروض الكفايات عند التعيين.

وربما تردد الناظر في الأخبار من جهة أن الامتناع من هذا الفرض الذي هو مناط المصالح العامة بعد ما يعين يشبه أن يكون من الكبائر، وحينئذ، فيفسق به، ويخرج عن أهلية القضاء، لفوات شرط العدالة، فكيف يؤلى ويجبر على القبول، ويمكن أن يكون المراد أنه يؤمر بالتوبة أولاً فإذا تاب يؤلى<sup>(١)</sup>.

**الحالة الثانية:** ألا يتعين بل يكون هناك غيره ممن يصلح للقضاء، فذلك الغير؛ إما أن يكون أصلح وأولى منه، أو يكون مثله، أو دونه، إن كان أصلح، فيرتب على أن الإمامة العظمى، هل تتعد للمفضول؟ وفيه قولان للمتكلمين والفقهاء:

**أحدهما:** المنع، رعاية لزيادة الفضيلة.

**وأصحهما:** الانعقاد؛ لأن تلك الزيادة خارجة عن حد الإمامة، فأشبهه إمامة الصلوات وسائر المناصب الدينية، والقضاء أولى بأن يجوز تفويضه إلى المفضول، لأن الغائب يتولى المفضول الإمامة لا يتدارك، والغائب في القضاء يتدارك بنظر من فوقه من الولاية، فإن لم نجوز للمفضول القضاء، حرمت توليته، وحرم عليه الطلب والقبول، وإن جوزناه، جاز القبول<sup>(٢)</sup>، وأما الطلب، فيكره أو يحرم فيه وجهان منقولان في «الوسيط»:

**أظهرهما، وهو المذكور في «التهذيب»:** الاقتصار على الكراهة، فإذا كان الأصلح لا يتولى القضاء، فهو كما لو لم يوجد الأصلح، وإن كان هناك مثله، فله

(١) قال النووي: وينبغي أن يقال: لا يفسق، لأنه لا يمتنع غالباً إلا متولاً، وهذا ليس بعاص قطعاً، وإن كان مخطئاً.

(٢) قال الشيخ البلقيني: محل ذلك في المفضول والفاضل المجتهدين أو المقلدين العارفين بمدارك مقلدهما، فأما إذا كان الفاضل مجتهداً والمفضول مقلداً أو كان الفاضل مقلداً عارفاً بمدارك مذهب إمامه والمفضول قاصراً عن ذلك فلا يجوز للمفضول القبول ولا يجوز تولية المفضول المقلد مع وجود المجتهد ولا تولية المقلد القاصر مع وجود المقلد العارف بمدارك مذهب إمامه، وهذا القيد الذي قيدنا به كلام المصنف يخرج من توجيه الأصحاب جواز تقليد المفضول مع وجود الفاضل بأن تلك الزيادة خارجة عن الحد المطلوب، والحد المطلوب هو الاجتهاد فثبت أنه لا بد من تساويهما في الاجتهاد وأنه لا يلزم مع هذا التساوي تعليل الأفضل وأنه إذا فقد المجتهد يراعى الأقرب إليه فيجب تقديم المقلد المستحق على المقلد القاصر ولا سيما إذا كان مع القصور جاهلاً بالمفضول وإلا فلا توقف في منع ولايته والحال ما ذكره.

وقال الشيخ البلقيني أيضاً قوله جاز القبول ثم أردفه بالخلاف في المطلب يقتضي أن القبول ليس بمكروه وليس كذلك فقد جزم القاضي الحسين بالكراهة وأنه يكره للإمام نصبه.

القبول، إذا قُلِّد، وفي الوجوب قولان قريبان من الوجهين في أنه، إذا امتنع الكل، هل يَجْبُرُ الإمامُ أحدهم؟ والأظهر ههنا عدم الوجوب، لأنه قد يقوم به غيره، وأما الطالب فإن كان خامل الذكر، ولو ولي القضاء، لاشتهر وانتفع الناس بعلمه، فيستحب له الطلب، وإن كان مشهوراً ينتفع بعلمه، فإن لم يكن له كفاية ولو ولي، لصار مكفياً من بيت المال.

فعبارة الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب والمعظم - رحمهم الله - أنه يستحب له الطلب أيضاً لينتفع به، وضائق بعضهم في الاستحباب ههنا، واقتصر على نفي الكراهية، وعن القائل أنه لا يُسْتَحَبُّ الطلب بحالٍ لظاهر حديث عبد الرحمن بن سمره، والأظهر الأول، وإن كان مع الشهرة مكفياً، فيكره له الطلب.

ومنهم من لا يُطْلَقُ لفظ الكراهية، ويقصر على أن الأولي ألا يطلب، والسبب فيه ما مر من التحذيرات، وكما يكره الطلب، والحالة هذه يكره القبول.

ولو قُلِّدَ من غير طلبٍ تفرعاً على القول بعدم الوجوب، وعلى ذلك ينزل امتناع السلف كامتناع ابن عمر - رضي الله عنهما - لما استقضاه عثمان - رضي الله عنه -، وكهرب أبي قلابة والثوري وأبي حنيفة - رحمهم الله -.

ويروى أن الشافعي - رضي الله عنه - أوصى المُنزِّي - رحمهم الله - في مرض موته بأن لا يتولَّى القضاء، وعرض عليه كتاب الرشيد بالقضاء، وأنه لم يُجِبْه إليه، وانتهى امتناع أبي علي بن خيران، لما استقضاه الوزير ابن الفرات؛ حتى ختمت دوره بالطين أياماً.

وإن كان هناك مَنْ هو دونه، فإن لم نجوز تولية المفضل، فهو كما لو تعيَّن، وإن جوزناه فيستحب له القبول، وفي الوجوب الوجهان، ويستحب له الطلب، إذا وثق بنفسه، وهكذا حيث استحَببنا الطلب والتقليد أو أوجبناهما، فذلك عند الوثوق وغلبة الظن بقوة النفس، وأما عند الاستشعار، فينبغي أن يحترز، فإن أهم الغنائم حفظ السلامة، ثم اغْرِفْ ههنا أموراً:

أحدها: التفصيل الذي ذكرناه في الطلب، فيما إذا لم يكن في الموضع المطلوب قضاؤه قاضٍ، فإن كان فيه من يلبس القضاء، نظر، إن لم يكن مستحقاً بجور أو جهل، فالحكم كما لو لم يكن قاضٍ، وإن كان مستحقاً، والطالب يروم عزله، قال أفضى القضاة الماوردي هذا الطلب محذور، والطالب بالتعريض له مجروح.

والثاني: حكم الطلب من غير بذل ما بيئناه، فأما إذا بذل مالا ليتولى، فإن ابن القاص وآخرين أطلقوا القول بأنه محذور، وبأن قضاؤه مردود، والأشبه تفصيل أورده القاضي الرؤياني - رحمه الله - وهو أنه إن تعيَّن عليه القضاء، أو كان ممن يُسْتَحَبُّ له القضاء، فله بذل المال، ولكن الآخذ ظالم بالأخذ، وهو كما إذا تعدر الأمر بالمعروف إلا ببذل مال، فإن لم يتعيَّن عليه، ولا هو ممن يُسْتَحَبُّ له القضاء، فلا يجوز له بذل

المال لِيُوَلِّيَ ويجوز له بذل المال بعد ما وُلِّيَ لثلاث يُعزَلُ.

والآخذ ظالم بالأخذ، وأما بذل المال لعزل مَنْ هو ملابس للقضاء؛ فإن لم يكن بصفات القضاة، فهو مُستَحَبٌّ لتخليص الناس منه، لكنَّ أخذه حرامٌ على الآخذ، وإن كان بصفات القضاة، فهو حرام، فإن فعل، وعزل الأول برشوة، وولى الباذل مكانه من غير رشوة، قال ابن القاص: توليته باطلَةٌ، والمعزولُ على قضائه، لأنَّ العزل بالرشوة حرامٌ، وتولية المرتشي الراشي حرامٌ، وليكن هذا محمولاً على الأصل الممهد في الشريعة، فأما عند الضرورات وظهور الفتن، فلا بدَّ من تنفيذ التولية والعزل جميعاً كتولية الباغين.

والثالث: طرق الأصحاب مُتَّفَقَةٌ في تعيين الشخص للقضاء وعدم تعيينه على النظر إلى البلد والناحية لا غير، وقضيته ألا يجب على مَنْ يصلح للقضاء طَلَبُ القضاء ببلدة أُخْرَى لا صالح بها ولا قبوله إذا وُلِّيَ ويجوز أن يُفَرَّقَ بينه وبين القيام بسائر فروض الكفايات المحوجة إلى السفر؛ كالجهاد وتعلم العلم، ونحوهما؛ بأنه يمكن القيام بتلك الأمور والعود إلى الوطن وعمل القضاء لا غاية له، فالانتقال له هجرة وترك للوطن بالكلية.

وقوله في الكتاب: «وإن وُجِدَ مَنْ هو أَصْلَحُ مِنْهُ، حَرَّمَ الطَّلَبُ» إنما يظهر الحكم بحرمة الطلب مع الأصلاح، إذا منعنا تولية المفضول، أما إذا جوزناها، فأظهر الوجهين على ما مرَّ؛ أنه يُكْرَهُ الطَّلَبُ، ولا يحرم، فيصح أن يُعْلَمَ قوله «حرم» بالواو.

وكذلك قوله: «وفي القضاء تردد» يجوز أن يُعْلَمَ بالواو، لما بيئنا أن الخلاف في القضاء مُرتَّبٌ على الخلاف في الإمامة، والترتيب يفيد طريقة قاطعةً بالجواز في القضاء، ويوضِّحه أنَّ الأصحاب - رحمهم الله - ربما احتجوا لقول انعقاد الإمامة للمفضول؛ بأن القضاء ينعقد له، وإنما يصدر هذا الاحتجاج ممن يقطع بانعقاد القضاء له.

وقوله: «وكره الطلب إذا لم يكن به حاجة إلى رزق» قضيته تعميم الكراهة، حيث لم يحتج إلى الرزق، لكننا بينا أن الخامل الذي لو ولى انتشر علمه، يُستَحَبُّ له الطلب، فلا بدَّ من استثناء هذه الصورة.

واعلم أن نظم الكتاب مصرح بوجوب الطلب، إذا تعيَّن الشخصُ، للقضاء وبحرمة الطلب، إذا لم يتعيَّن، وكان غيره أصالح منه، وبالكراهية إذا كان مثله، وبالجواز إذا كان دونه، وإذا استوعبت الأحوال، تبين أنه متى يُكْرَهُ؟ ومتى لا يُكْرَهُ؟ فلا حاجة إلى قوله أولاً أخذه بطَلَبٍ<sup>(١)</sup> فيه كراهية.

(١) في ز: بغير طلب.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّانِيَةُ: لَا بُدَّ لِلْقَاضِي مِنْ صِفَاتٍ، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ حُرّاً ذَكَرْنَا مُجْتَهِدًا (ح) بَصِيرًا (م و) عَدْلًا بَالِغًا، فَلَا يَجُوزُ قَضَاءُ الْمَرْأَةِ وَالْأَعْمَى وَالصَّبِيَّ وَالْفَاسِقَ وَالْجَاهِلَ وَالْمُقَلَّدَ بَلْ يَنْبَغِي أَنْ يَسْتَقْبَلَ بِالْاجْتِهَادِ، وَالَّذِي يَجْتَهِدُ فِي مَذَهَبِ أَحَدِ الْأَيْمَةِ لَهُ الْفَتْوَى عَلَى وَجْهِهِ وَيَكُونُ مُقَلَّدًا لِلْإِمَامِ الْمَيِّتِ وَلَا يَنْتَصِبُ لِلْقَضَاءِ هَذَا هُوَ الْأَضْلُ، فَإِنْ تَعَدَّرَتْ الشَّرُوطُ وَعَلَبَ عَلَى الْوَلَايَاتِ مُتَغَلِّبُونَ فَسَقَّةٌ، فَكُلُّ مَنْ وُلَاهُ صَاحِبٌ شَوْكَةً نَفَذَ حُكْمَهُ لِلضَّرُورَةِ كَمَا يَنْفُذُ حُكْمَ الْبَغَاةِ وَإِنْ لَمْ يَضِدْرُ عَنْ رَأْيِ الْإِمَامِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ قَضَاءَ الْأُمِّيِّ الَّذِي لَا يَكْتُبُ جَائِزٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مقصود المسألة بيان الصفات المشروطة في القضاء، وقد تخللها كلامٌ في الفتوى، ونحن نأتي بفضلٍ من صفات القاضي وآخر بما يتعلق بالفتوى.

أما الفصل الأول، فأخدى الصفات المشروطة في القاضي الحرية؛ فلا يصلح الرقيق للقضاء، قنًا كان، أو غير قن؛ لأنه ناقص، ولأنه لا يتفرغ له.

والثانية: الذكورة، وقال أبو حنيفة يجوز أن تكون امرأة قاضية فيما يقبل شهادتها فيه. لنا: ما روي أنه - ﷺ - قال: «لَنْ يُفْلِحَ قَوْمٌ وَلَيْتَهُمْ أَمْرًا»<sup>(١)</sup> ولأنه لا يليق بحالها مجالسة الرجال، ورفع الصوت بينهم، ولا بد للقاضي من ذلك.

والثالثة: أهلية الاجتهاد، فلا يجوز تولية الجاهل بالأحكام الشرعية، وطرقها المحتاج إلى تقليد غيره لما روي أن النبي - ﷺ - قال: «الْقَضَاءُ ثَلَاثَةٌ؛ وَاحِدٌ فِي الْجَنَّةِ، وَاثْنَانِ فِي النَّارِ، فَالَّذِي فِي الْجَنَّةِ رَجُلٌ عَرَفَ الْحَقَّ فَقَضَى بِهِ، وَاللَّذَانِ فِي النَّارِ رَجُلٌ عَرَفَ الْحَقَّ فَجَارَ فِي الْحُكْمِ، وَرَجُلٌ قَضَى لِلنَّاسِ عَلَى جَهْلٍ»<sup>(٢)</sup> وعند أبي حنيفة: يجوز تولية العامي، ثم هو يسأل أهل العلم ويقضي، واحتج الأصحاب عليه بأنه لا يجوز الفتوى بالتقليد، فكذلك القضاء، وبل أولى؛ لأننا نعتبر في القضاء ما لا نعتبر في الفتوى وعلى ما سيظهر.

وإنما تحصل أهلية الاجتهاد بالعلم بأمور:

أحدها: كتاب الله تعالى جده ولا يعتبر العلم بجميعه، بل ما يتعلق منه بالأحكام، ولا يشترط حفظه عن ظهر قلب، ومن الأصحاب من ينازع ظاهر كلامه فيه.

(١) أخرجه البخاري [٤٤٢٥ - ٧٠٩٩] من حديث أبي بكر.

(٢) رواه أصحاب السنن أبو داود [٣٥٧٣] والترمذي [١٣٢٢] وابن ماجه [٢٣١٥] والحاكم [٩٠/٤] والبيهقي [١١٦/١ - ١١٧] من حديث بريدة، قال الحاكم في علوم الحديث: تفرد به الخراسانيون، ورواته مراوزة. قلت: له طرق غير هذه، قد جمعها في جزء مفرد.

والثاني: سنة رسول الله - ﷺ - لا جَمِيعُهَا، بل بما يتعلّق منها بالأحكام، وينبغي أن يعرف منهما العام، والخاص، والمطلق والمقيّد، والمُجْمَل والمبيّن، والتّاسِخ والمُنسوخ ومنّ السنة؛ المتواتر والآحاد والمرسل والمسند وحال الرواة قوّة وضعفاً.

والثالث: أقاويل علماء الصحابة - رضي الله عنهم - فمنّ بعدهم إجماعاً واختلافاً.

والرابع: القياس فيعرف جليّة، وخفيّة، ويميّز الصحيح منه من الفاسد.

والخامس: لسانُ العرب لغةٌ وإعراباً، فإنّ الشريعة ورَدّت بالعربية، ومنّ هذه الجهة يُعرَفُ عموم اللفظ وخصوصه، وإطلاقه وتقييده وإجماله وبيانه.

قال علماؤنا - رحمهم الله -: ولا يُعتَبَرُ التبحّر في هذه العلوم، بل يكفي معرفة كلّ جمل منها، وزاد المصنّف تحقيقاتٍ أوردّها في أصول الفقه.

منها: أنه لا حاجة إلى تتبع الأحاديث على تفرّقها وانتشارها، ولكن يكفي أن يكون له أصل مصحح، وقعت العناية فيه بجمع أحاديث الأحكام؛ كسنن أبي داود<sup>(١)</sup>، ويكفي أن يعرف مواقع كلّ باب، فيراجعه إذا احتاج إلى الفتوى في ذلك الباب.

ومنها: أنه لا يحتاج إلى ضبط جميع مواضع الإجماع والاختلاف، بل يكفي أن يعرف في المسألة التي يُفتي فيها أن قوله لا يخالف الإجماع، إما بأن يعلم أنه وافق قول بعض المتقدّمين، أو يغلب على ظنّه أن الواقعة متولّدة في ذلك العصر، لم يخض فيها الأولون، وعلى هذا، قياس معرفة الناسخ والمنسوخ.

ومنها: أن كلّ حديث أجمع السلف على قوله أو تواترت عدالته روايته، فلا حاجة إلى البَحْث عن رواته، وما عدا ذلك فينبغي أن يكتب في رواته بتعديل إمام مشهور عُرف صحّة مذهبه في التعديل، وإلا، فمنّ درَج في الأحوال الماضية، لا يُخْتَبَرُ، ولا

(١) قال النووي: لا يصح التمثيل بسنن أبي داود فإنه لم يستوعب الصحيح من أحاديث الأحكام ولا معظمه، وذلك ظاهر، بل معرفته، ضرورة لمن له أدنى اطلاع. وكم في صحيح البخاري ومسلم من حديث حكيم ليس في سنن أبي داود. وأما ما في كتابي الترمذي والنسائي وغيرهما من الكتب المعتمدة فكثرت وشهرته غنية عن التصريح بها. والله أعلم. وقد اعترض جماعة النووي فيما ذكره.

قال في القوت: وهذا الاعتراض الشنيع على الإمام الغزالي إنما أوجبه قول المصنّف «بجميع» تقليداً لبعض نسخ الرافعي والذي قاله الغزالي ونقله الرافعي وغيره عنه بجمع من غير ياء بعد الميم وهذا صحيح سبقه إليه البندنيجي ولا يخفى على من عنده أدنى علم ما ذكره وأنه لم يقع لأحد جمع جميع أحاديث الأحكام في تصنيف لأن ذلك غير ممكن وليس الاطلاع على جميعها شرطاً في صحّة الاجتهاد.



يُشَاهَد حاله، وتواتر السنة لا يكاد يوجد إلا في جماعة مغدودين<sup>(١)</sup>.

ومنها: اجتماع هذه العلوم، إنما يشترط في المجتهد المطلق الذي يفتي في جميع أبواب الشَّرْع.

وَيَجُوزُ أن يكون للعالم مُنْصِبُ الاجتهاد في باب دون باب، فالناظر في مسألة المشتركة يكفيهِ معرفة أصول الفرائض، ولا يضره ألا يعرف الأخبار الواردة في تحريم المسكر مثلاً، وعدَّ الأصحاب من شروط الاجتهاد معرفة أصول الاعتقاد، قال المصنّف: وعندي يكفي اعتقاد جازم، ولا يشترط معرفتها على طرق المتكلمين والأدلة التي يحررونها؛ لأن الصحابة - رضي الله عنهم - ما كانوا يُحْسِنُونَ تلك الصناعة.

والصفة الرابعة: أن يكون بصيراً، فلا يجوز التفويض إلى الأعمى؛ لأنه لا يعرف الخصوم والشهود، وعن مالك - رحمه الله - تجويزه وفي «جمع الجوامع» للقاضي الروياني وجهٌ يوافقهُ.

والخامسة: العدالة، فإنَّ الفاسق لا يصلح للشهادة، فللقضاء أولى.

والسادسة: البلوغ، فالصبي لا ينفذ قوله على نفسه، فعلى غيره أولى، وهل يجوز أن يكون القاضي أُمِّيًّا، فيه وجهان:

أحدهما: لا، للحاجة إلى مطالعة الحُجَج وإثباتها.

وأصحهما: نعم؛ لأن النبوة التي هي أضل القضاء لا يُشْتَرَطُ فيها معرفة الخط.

هذه هي الصفات المذكورة في الكتاب.

ويُشْتَرَطُ وراءها صفات أخرى.

منها: الإسلام، فلا يجوز تقليد الكافر القضاء لا على المسلمين ولا على الكفار، قال أفضى القضاة الماورددي: وما جرت به عادة الولاة من نضب حاكم بين أهل الذمة، فهو تقليد سياسة<sup>(٢)</sup> وزعامة لا تقليد حكم وقضاء، وإنما يلزمهم حكمه بالتزامهم لا للزومه، وحكي عن أبي حنيفة أنه يجوز تقليد الكافر للقضاء بين أهل دينه.

ومنها: أن يكون ناطقاً سميعاً، فلا يجوز تقليد الأخرس الذي لا تُعْقَلُ إشارته،

(١) قال النووي: هذه المسألة مما أطبق جمهور الأصحاب عليه. وشذ من شرط في التعديل اثنين، وقوله: «تواترت عدالة روايته» يعني مع ضبطهم. ولو قال: «أهلية روايته» كان أولى؛ ليشمل العدالة والضبط، وقوله: «أجمع السلف على قبوله» يعني على العمل به ولا يكفي عملهم على وقته، فقد يعملون على وقته بغيره.

(٢) في أ: رياسة.

وإن عَقَلْتُ فوجهان، خرجهما ابن القاصِّ، الأصح المنع أيضاً، ولا يُقْلَدُ الأصمُّ الذي لا يسمع أصلاً، وإن كان يسمع إذا صيحه به، فيجوز تقليده.

ومنها: الكفاية<sup>(١)</sup>، فلا يجوز قضاء المُعْغَلِّ، والذي اختل رأيه ونظره بكبيرٍ ومرضى ونحوهما.

وُسْتَحَبُّ أن يكون القاضي مع الصفات المشروطة وافر العقل حليماً متبناً ذا فطنةٍ وتيقظٍ كامل الحواسِّ والأعضاء عالماً بلغة الذين يُقْضِي بينهم يريئاً من الشخفاء بعيداً عن المطمع صدوقٍ اللهجة، ذا رأيٍ ووفاءٍ وسكينةٍ ووقارٍ وألاً يكون جباراً تهابه الخصوم، فلا يتمكنون من استيفاء الحجة، ولا ضعيفاً يستخفون به، ويطمعون في جنبه والأولى أن يكون قُرْشياً، ورعاية العلم والتقوى. أولى من رعاية النَّسَب.

إذا عُرِفَ ذلك، فلو أن الإمام عَرَفَ فيمن يولِّيه الصفات المشروطة، فذاك، وإلا، بَحَثَ عن حاله، واختبره، كما اختبر رسولُ الله - ﷺ - معاذاً - رضي الله عنه -.

ولو وُلِّيَ مَنْ لَمْ يجتمع فيه الصفات على علمٍ حاله، توجَّه الجرح على المُولِّي والمُولِّي، ولم يَنْفُذْ قضاؤه بصواب ولا خطأ، هذا هو الأصل في الباب.

قال في «الوسيط»: لَكُنْ اجتماع هذه الشروط متعذراً في عَضْرِنَا؛ لخلو العَضْر عن المجتهد المستقل فالوجه تنفيذ قضاء كلِّ من ولاه سلطاناً ذو شوكة، وإن كان جاهلاً أو فاسقاً؛ كيلا تتعطل مصالح الناس ويؤيده أنا ننفذ قضاء قاضي أهل البغي لمثل هذه الضرورة، وهذا حسن.

ولكن في بعض الشروح أن قاضي أهل البغي، إن كان منهم، نُظِرَ، إن كان بغيهم لا يوجب الفسق؛ كبغي معاوية - رضي الله عنه - جاز قضاؤه، وإن أوجب الفسق، كبغي أهل النهروان، لم يجز<sup>(٢)</sup>، وذَكَرَ أن القاضي العادل، إذا استقضاه أمير باغ، أجابه إليه، فقد سئِلَتْ عائشة - رضي الله عنها - عن ذلك لمن استقضاه زياد، فقالت: إن لم

(١) وفسر بعضهم الكفاية اللاتقة بالقضاء بأن يكون فيه قوة على تنفيذ الحق بنفسه فلا يكون ضعيف النفس جباناً، فإن كثيراً من الناس يكون عالماً ديناً ونفسه ضعيفة عن التنفيذ والإلزام والسطوة فيقطع في جانبه بسبب ذلك، لذلك قال ابن عبد السلام: للولاية شرطان: العلم بأحكامها والقدرة على تحصيل مصالحها وترك مفاسدها، فإذا فقد الشرطان حرمت الولاية.

(٢) قول النووي: هذا المنقول عن بعض الشروح مشهور، قد ذكره صاحب «المهذب» وغيره، ففي «المهذب» أن قاضي البغاة إن كان من يستبيح دم أهل العدل ومالهم، لم ينفذ حكمه، لأن شرطه العدالة والاجتهاد، وهذا ليس بعدل ولا مجتهد، وقد جزم الرافعي في «المحرر» بما ذكره الغزالي، فقال: إن تعذر اجتماع هذه الشروط، فولى سلطان ذو شوكة فاسقاً، أو مقلداً، نفذ قضاؤه للضرورة. والله اعلم.

يقض لهم خياركم، قضى لهم شراركم<sup>(١)</sup>.

فرع: من لا تقبل شهادته من أهل البدع لا يجوز تقليده القضاء، قال القاضي الماوردي: وكذا لا يجوز تقليد من لا يقول بالإجماع، أو لا يقول بأخبار الآحاد، وكذا القول في نفاة القياس، وهم الشيعة الذين لا يقولون بالاجتهاد أصلاً، بل يتتبعون النصوص، وإذا لم يجدوا أخذوا بقول سلفهم، وإن كانوا يجتهدون في فحوى الكلام، وينون الكلام على عموم النصوص وإشاراتها، ففي تقليدهم وجهان، والأظهر جوازه.

**الفضل الثاني:** في الفتوى، ومهما لم يكن في الموضوع إلا واحد يصلح للفتوى، تعين عليه أن يفتي، وإن كان هناك غيره، فهو من فروض الكفايات، ومع ذلك فلا يحمد التسارع وإليه كانت الصحابة - رضي الله عنهم - مع مشاهدتهم التنزيل، يحيل

قال في القوت: قال ابن شداد: ما ذكره الغزالي لم أجده بغيره، وقال ابن أبي الدم لا تصح ولاية الفاسق ولا ينفذ حكمه ولا يقبل قوله لأن لا تقبل شهادته فرد حكمه أولى فلو واه الإمام أو نائبه أو ذو الشوكة وحكم بين الناس على فسقه، لم تنفذ أحكامه قطعاً لا شك فيه لا يعرف فيه خلاف، وبه قطع المراقبون والمراورة إلا الغزالي فقال: كذا ولا أعلم أحداً نقله غيره مع تصفح شروح المذهب والمصنفات فيه وجرى على ذلك ابن الصلاح، انتهى.

وقال في المهمات رداً على ابن شداد وابن الصلاح أن الرافي حكي في البيغة عن المعترين أنه إذا كان قاضيهم لا يستحل دماء أهل العدل وأموالهم نفذ حكمه وإن استحلها لم ينفذ، ومنهم من أطلق نفوذه وبأن في البحر محتمل وجهين:

أحدهما: لا ينفذ ويتحاكمون إلى من هو أهل للقضاء، فإن لم يجدوا أهلاً له نفذت أحكامه. وقال الشيخ الإمام البلقيني أن الدارمي سبق الغزالي إلى كلام أعم مما قال فقال في الاستدكار إن ولي من ليس بأهل فعلى كل واحد عزله وتولية غيره، فإن لم يقدرُوا وأقضى لهم فقله قضى لهم يعني نفذ قضاؤه للضرورة. انتهى.

وقال ابن الرفعة: الحق أنه إذا لم يكن ثم من يصلح للقضاء نفذ حكمه قطعاً وإلا فتردد. وقال الشيخ البلقيني أيضاً في تصحيح المنهاج: التعذر فيما ذكره غير معتبر، فإن السلطان ذا الشوكة إذا ولي فاسقاً ينفذ قضاؤه للضرورة، فإن لم يتعذر جمع هذه الشروط، وإذا تعذر جمع هذه الشروط فتولية المقلد صحيحة، وإن صدرت من غير ذي الشوكة والعبارة السديدة في ذلك وإن تعذر المجتهد مع تولية المقلد وإن لم يتعذر وولى سلطان له شوكة مقلداً مع وجود المجتهد أو جاهلاً مع وجود عالم أو فاسقاً نفذ قضاؤه للضرورة. انتهى وهو في غاية التحقيق.

(١) قال الحافظ في التلخيص: قال عمر بن شبة في كتاب السلطان له، نا محمد بن حاتم نا إبراهيم ابن المنذر نا إبراهيم بن محمد بن عبد العزيز عن أبيه، عن ابن شهاب عن أبي سلمة بن عبد الرحمن قال: اجتمعت أنا ونفر من أبناء المهاجرين، فقلنا: لو رحلنا إلى معاوية، ثم قلنا: لو استشرنا أمنا عائشة، فدخلنا عليها، فذكرنا لها العيال والدين، فقالت: سبحان الله ما للناس بد من سلطانهم، قلنا: إنا نخاف أن يستعملنا، قالت: سبحان الله، فإذا لم يستعمل خياركم، يستعمل شراركم.

بعضهم في الفتاوى على بَعْضٍ ويحترزون<sup>(١)</sup> عن استعمال الرأي والقياس ما أمكَن<sup>(٢)</sup>، ثم الكلام في ثلاثٍ جُمِلَ:

إحداها: في طرف المُفتي؛ ويشترط فيه الإسلام والبلوغ والعدالة، فإن الفاسق لا يوثق بفتواه، نعم، يعمل لنفسه باجتهاده، ويشترط فيه التيقظ وقوة الضبط؛ فلا تُقبَلُ فتوى من تغلب عليه الغفلة والسهو، ذكره أبو القاسم الصيمري.

ويُشترط أيضاً أهلية الاجتهاد؛ ليأخذ غيره بقوله، كما أنه يُشترط الاجتهاد في القبلة، ليقلده غيره<sup>(٣)</sup> ممن لا يعرف القبلة، ويدل عليه ظاهرُ قولِهِ - ﷺ -: «مَنْ سئِلُ فَأَقْتَى بِغَيْرِ عِلْمٍ، فَقَدْ ضَلَّ وَأَضَلَّ»<sup>(٤)</sup> فلو عرف عرف العامي مسألةً أو مسائلَ بدليلها، لم يكن له أن يفتي فيها، ولم يكن لغيره أن يقلد فيها، ويأخذ بقوله، هذا هو الصحيح، ووراءه وجهان حكاهما الصيمري، والقاضي الروياني في البَحر:

أحدهما: أنه يجوز؛ لأنه عرف الحكم والدليل.

والثاني: الفَرْقُ بين أن يَكُونَ الدليلُ نقلياً، فيجوز، أو قياساً، فلا يجوز.

والعالم الذي لم يبلغ رتبة الاجتهاد، كالعالمي؛ في أنه لا يجوز تقليده على الصحيح، وموت المجتهد هل يخرج عن أن يُقلد، ويُؤخذ بقوله؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لخروجه عن أهلية الاجتهاد، كما لو فسق بعد عدالته. وأيضاً، فإنه لا قول له بعد موته، ألا ترى أن الواحد من الصحابة - رضي الله عنهم - إذا كان يخالف الباقيين في مسألة، لم يكن اتفاق الباقيين إجماعاً؟ فإذا مات ذلك الواحد، صار إجماعاً، فدل على أنه لم يبق له قولٌ بعد موته.

(١) وقع في «تلخيص الحبير»: ويحيدون.

(٢) رواه ابن أبي خيثمة والرامهرمزي من طريق عطاء بن السائب سمعت عبد الرحمن بن أبي ليلى يقول: لقد أدركت في هذا المسجد عشرين ومائة من الأنصار، ما منهم أحد يحدث إلا ود أن أخاه كفاه الحديث، ولا يستل عن فتيا إلا ود أن أخاه كفاه الفتيا، ومن طريق داود بن أبي هند قلت للشعبي: كيف كنتم تصنعون إذا سئلتم؟ قال: على الخير سقطت، كان إذا سئل الرجل قال لصاحبه افتهم، فلا يزال حتى يرجع إلى الأول، وأخرجه عبد الغني بن سعيد في أدب المحدث من هذا الوجه، وفي مسلم حديث أبي المنهال أنه سأل زيد بن أرقم عن الصرف، فقال: سل البراء بن عازب، فسأل البراء، فقال: سل زيدا، الحديث.

(٣) سقط من: ز.

(٤) قال الحافظ في التلخيص لم أره هكذا، وهو مأخوذ من المتفق عليه رواه البخاري [١٠٠ - ٧٣٠٧، مسلم ٢٦٧٣] من حديث عبد الله بن عمرو: إن الله لا يقبض العلم انتزاعاً، ففي آخره: فيأتي ناس جهال يستفتون، فيفتون برأيهم، فيضلون ويضلون، لفظ إحدى روايات البخاري، ولهما: اتخذ الناس رؤساء جهالاً، فسئلوا، فأفتوا بغير علم، فضلوا وأضلوا، وهي أشهر.

وأصحهما: أنه يجوز تقليده، والأخذ بقوله، كما إذا شهد الشاهد، ثم مات يجوز الحُكْم بشهادته، والمسألة المُستشْهَدُ بها ممنوعة، ولو بطل قول القائل بموته، لَبَطَلَ الإجماع بموت المجمِعين، ولصارت المسألة اجتهادية، وأيضاً فالخُلُقُ كالمُتَّقِينِ على أنه لا مجتهد اليوم<sup>(١)</sup> فلو مَنَعْنَا من تقليد الماضيين لتركنا الناس حَيَارَى، وبنوا على هذين الوجهين، أن مَنْ عَرَفَ مَذْهَبَ بعض المجتهدين وتبحر فيه، لكِنَّهُ لم يبلُغ رتبة الاجتهاد، هل له أن يفتي؟ وهل يُؤخَذُ بقوله؟ إن قلنا بالوجه الأوَّل، فلا يجوز، وإن قلنا بالثاني، الأصح، يجوزُ الأخذ بقوله، كأنه لا يقلده وإنما يقلد ذلك المجتهد، هكذا صوروا هذا الفرع.

ولك أن تقول: إن كان المأخوذ ما بيئنا، فلا فرق بين أن يكون متبحراً، أو غير متبحر، بل العامي، إذا عَرَفَ حُكْمَ المسألة عند ذلك المجتهد، فأخبر عنه، وأخذ غيره به تقليداً للمجتهد الميت، وجب أن يجوز على الأصح<sup>(٢)</sup>. إذا جَوَزْنَا الفتوى إخباراً عن مذهب الميت، فإن عِلْمَ مَنْ حاله أنه يُفتي على مذهب واحدٍ معيّن كفى إطلاق الجواب منه، وإلا فلا بد أن يضيفه إلى صاحب المذهب، وليس للمجتهد أن يقلد مجتهداً آخر لا يعمل به، ولا ليُفتي به غيره ولا إذا كان قاضياً ليقضي به، خلافاً لمالك وأحمد - رحمهما الله - فيما حكاه في «البحر»، ولأبي حنيفة - رحمه الله - في القاضي.

لنا: أنه يجد ما يتوصل به إلى معرفة الحُكْم، فلا يجوز له تقليد، كما في العقلات.

(١) قال في الخادم: هذا عجيب، فإن هذه المسألة خلافية بيننا وبين الحنابلة وممن سبق الرافعي إلى هذه العبارة الإمام فخر الدين الرازي وغيره ونازعه الشيخ ابن دقيق العيد في شرح العنوان وقال هذا إخبار عن أمر وجودي وهو ابتغاء المجتهد وعدمه من الأرض وهو أمر عسر الشبوت لدفع انتشار أقطار الأرض وتعدد الناظرين في الأحكام الشرعية، قال: وقالت الحنابلة لا يخلو العصر عن مجتهد وهذا هو المختار عندنا لكن إلى الحد الذي ترتفع فيه القواعد بسببه زوال الدنيا في آخر الزمان. انتهى.

وأخذ صاحب الخادم يؤيده بما ذكره في خادمه، لكن الرافعي ما ادعى الإجماع وإنما قال كالمجمعين فلم ينف الخلاف، وما ذكره الرافعي هو المنقول في المذهب.

(٢) قول النووي: هذا الاعتراض ضعيف أو باطل، لأنه إذا لم يكن متبحراً ربما ظن ما ليس مذهباً له مذهبه، لقصور فهمه، وقلة اطلاعه على مظان المسألة، واختلاف نصوص ذلك المجتهد، والمتأخر منها، والراجع وغير ذلك، لا سيما مذهب الشافعي رحمه الله الذي لا يكاد يعرف ما يفتي به منه إلا أفراد، لكثرة انتشاره، واختلاف ناقله في النقل والترجيح. فإن فرض هذا في مسائل صارت كالمعلومة علماً قطعياً عن ذلك المذهب، كوجوب النية في الوضوء، والفتاحة في الصلاة، ووجوب الزكاة في مال الصبي والمجنون، ووجوب تبييت النية في صوم الفرض، وصحة الاعتكاف بلا صوم، وعدم وجوب نفقة البائن الحامل، ووجوب القصاص في القتل بالمثقل وغير ذلك عند الشافعي رضي الله عنه، فهذا حسن محتمل.

ولا فرق بين أن يخاف الفوات، لضيق الوقت، أو لا يخافه، لأن الاجتهاد فرض عليه، فلا يسقط بضيق الوقت، كما أن فرض العامي، وهو الاستفتاء والسؤال لا يسقط لضيق الوقت، وقال ابن سُرَيْج، فيما حكاه عنه صاحب «التلخيص» سماعاً: يجوز له التَّقْلِيدُ عند ضيق الوقت؛ للعمل به، ولا يجوز لِيُفْتِيَ به غيره، وقياس ذلك ألاَّ نجوزه للقضاء بطريق الأولي، وفي «الشامل» و«التهذيب» طرد قول ابن سُرَيْج في التقليد للقضاء، وصور ضيق الوقت فيه فيما إذا تحاكم إليه مسافران، والقافلة تَزْتَجِل، وَمَنْ قال به، فينبغي أن يطرده في الفَتْوَى.

وهل على المجتهد تجديد الاجتهاد، إذا وقعت الحادثة مرةً أُخْرَى، أو سئل عنها مرةً أُخْرَى؟ أو يقتنع بما أدى إليه اجتهاده؟ الأول فيه وجهان، كما ذكرنا في الاجتهاد في القبلة<sup>(١)</sup>.

واعلم أن الذين يُقال لهم أصحابُ الشافعيِّ وأصحابُ أبي حنيفة ومالك - رحمهم الله - ثلاثة أصناف العوام، وتقليدهم إياهم مفرَّع على جواز تقليد الميت، وقد عرفته، والبالغون درجة الاجتهاد، وقد ذكّرنا أن المجتهد لا يُقلد المجتهد، وإنما يُنسب هؤلاء إلى الشافعيِّ - رضي الله عنه - وغيره؛ لأنهم يجرون على طريقتهم في الاجتهاد واستعمال الأدلة وترتيب بعضها على بعض، ويوافق اجتهادهم اجتهاد مُمَهِّدِي تلك الطرق، وإذا خالف أحياناً لم يُبَالُوا بالمخالفة، وهذا كما أن الشافعيِّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - يقول في كلامه: وقال بعض أصحابنا: ويريد به مالكا؛ لتوافقهما على اتباع السنة الماثورة عن رَسُولِ اللهِ - ﷺ -.. والصَّنْفُ الثالث: المتوسِّطون بين الصَّنَفَيْنِ الأوَّلَيْنِ، وهم الذين لم يبلغوا رتبة الاجتهاد في أصل الشرع ولكنهم وقفوا على أصول الإمام الذي ينتسبون إليه في الأبواب، وتمكنوا من قياس ما لم يجدوه منصوصاً له على ما وجد، وهؤلاء مقلدون له تفرّيعاً على تقليد الميت.

وكذا من يأخذ بقولهم من العوام تقليداً له، والمشهور: أنه لا يقلدُهم في أنفسهم؛ لأنهم مقلدون، وقد نجد ما يشعر بخلافه؛ هذا أبو الفتح الهَرَوِيُّ وهو من أصحاب الإمام - قدس الله روحه - يقول في الأصول: مذهب عامة أصحابنا أن العامي لا مذهب له، فإن وجد مُجتهداً قلده، وإلا ووجد متبحراً في مذهب، فإنه يفتيه على مذهب نفسه، وإن كان العامي لا يعتقد مذهبه، وهذا قول: بأنه يقلد المتبحر في نفسه، ثم ههنا فروع:

(١) قال النووي: أصحابهما لزوم التجديد، وهذا إذا لم يكن ذاكراً لدليل الأولى، ولم يتجدد ما قد يوجب رجوعه، فإن كان ذاكراً، لم يلزمه قطعاً، وإن تجدد ما يوجب الرجوع، لزمه قطعاً.

أحدها: المتبحران في مذهب واحد، قد يختلفان في المسألة؛ لاختلافهما في قياس أصوله، ومنه يتولد وجوه الأصحاب، ونقول: بأيهما يأخذ العامي؟ هو كما سنذكره فيما إذا وجد مجتهدين.

الثاني: إن نَصَّ صاحب المذهب على الحُكْم والعلّة، والحق، بتلك العلة غير المنصوص بالمنصوص، وإن اقتصر على الحُكْم، فهل يستنبط العلة، ويعدّي الحكم بها؟ حكي. والذي عن الإمام محمد بن يحيى - رحمهما الله - المنع من ذلك، وإنما جاز في نصوص الشارع، لأنه تعبدنا، وأمرنا بالقياس، والأشبه بصنيع الأصحاب خلافة، ألا تراهم ينقلون الحكم ثم يختلفون في أن العلة كذا وكذا وكل منهم يطرد الحُكْم في فروع علة.

الثالث: اختار الشيخ أبو إسحاق الشيرازي - رحمه الله - أنه إذا نَصَّ في واقعة على حكم، وفي أخرى بشبهها على نقيضه، لم يجوز نقل قوله من إحداهما إلى الأخرى، وتخريجها على قولين، وإن ما يقتصر على ما يقتضيه قول المجتهد، لا يجوز أن يُجعل قولاً له، إلا إذا لم يحتمل الفرق مثل أن يقول بَبَتَّ الشُّفْعَة في بيع الشُّفْص من الدار، فيجوز أن يُقال: قوله في الحانوت كذلك.

والمشهور في المذهب خلاف ما اختاره، نعم، الأولي أن يُقال: إنه قياس أصله أو قوله، ولا يُقال: إنه قوله. ويجوز للمفتي أن يشدد في الجواب بلفظ هو مؤوّل عنه زجراً وتهديداً في مواضع الحاجة<sup>(١)</sup>.

سئل ابن عباس - رضي الله عنه - عن توبة القاتل فقال: لا توبة له، وسأله آخر، فقال: له توبة ثم قال: رأيت في عيني الأول، أنه يقصد القتل، فمنعته، وكان الثاني صاحب واقعة يطلب المخرج.

الجملة الثانية في طرف المستفتي: وعليه مراجعة المفتي، والسؤال عنه، وإنما تسأل من عَرَفَ علمه وعدالته، فإذا لم يَعْرِفَ العلم، بحث عنه بسؤال الناس، وإن لم يَعْرِفَ العدالة، فلصاحب الكتاب فيه احتمالان، ذكرهما في الأصول:

أحدها: أن الجواب كذلك، وأشبههما الاكتفاء، فإن الغالب من حال العلماء

(١) قال النووي: المراد ما ذكره الصيمري وغيره قالوا: إذا رأى المفتي المصلحة أن يقول للعامي ما فيه تغليظ وهو لا يعتقد ظاهره، وله فيه تأويل، جاز زجراً، كما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه سئل عن توبة القاتل، فقال: لا توبة له، وسأله آخر فقال: له توبة، ثم قال: أما الأول، فرأيت في عيني إرادة القتل فمنعته، أما الثاني، فجاء مسكيناً قد قتل، فلم أقطه. قال الصيمري: وكذا إن سأله، فقال: إن قتلت عبدي، فهل علي قصاص، فواسع أن يقال: إن قتلتك قتلناك، فعن النبي ﷺ: «من قتل عبده قتلناه» ولأن القتل له معانٍ وهذا كله إذا لم يترتب على إطلاقه مفسدة.

العدالة، بخلاف البَحْث عن العِلْم، فإنه ليس الغالب من حال الناس أن يكونوا علماء ثم ذكر احتمالين في أنه، إذا وجب البَحْث، فَيَقْتَضِي إلى عددِ التَّوَاتُرِ أم يكفي إخبار عدل أو عدلَيْن؟ أقربهما الثاني<sup>(١)</sup>.

وإذا وَجَد من المفتين اثْنَيْنِ فَصَاعِداً، فهل عليه أن يجتهد فيسأل أعلمهم؟ فيه وجهان:

أحدهما: وَيُحْكَمُ عن ابن سُرَيْج: نعم، لأنه لا يتعذر عليه هذا القَدْر من الاجتهاد. بخلاف الاجتهاد في الأحكام، وهذا ما اختاره القاضي ابن كج، وكذلك القَفَّال، قال القاضي الحُسَيْن: إِنَّ رجلاً سأل القَفَّالَ عَلى رأس الحدادين بـ «مرو» عن مسألة، فقال القَفَّال: مَنْ أنا؟ فَقَالَ: أنتَ واحدٌ من الفقهاء، فقال: لا يحلُّ لك أن تعمل بقَوْلِي ما لم تَسْأَل عن الأَعْلَم في البلد.

وأصحُّهما: عن عامة الأصحاب: أنه يتخير، فيسأل من شاء منهم؛ لأن الأولين كانوا يسألون علماء الصحابة، على تفاوتهم في الفضل والعلم، ويعملون بقول من سألوهم من غير تكبير، وذكر صاحب الكتاب في الأصول: أنه إذا كان يعتقد أن أحدهم أعلم، بجزء أن يقلد غيره، وإن كان لا يجب عليه البَحْث عن الأَعْلَم، إذا لم يعتقد اختصاص أحدهم بمزيد<sup>(٢)</sup>.

وإذا سأل المستفتي، ووجد الجواب، فوَقعت الحادثة مرةً أُخرى، نُظِرَ، إن عرف

(١) قال النووي: الاحتمالان فيما إذا لم تعرف العدالة، هما فيمن كان مستوراً وهو الذي ظاهره العدالة ولم يختبر باطنه وهما وجهان ذكرهما غيره، أصحهما الاكتفاء، لأن العدالة الباطنة يعسر معرفتها على غير القضاة، فيعسر على العوام تكليفهم بها، وهذا الخلاف كالخلاف في صحة النكاح بحضور المستورين. أما الاحتمالان في اشتراط عدد التواتر، والاكتفاء بعدل، فهما محتملان، ولكن المنقول خلافهما، فالذي قاله الأصحاب إنه يجوز استفتاء من استفاضت أهليته، وقيل: لا يكفي الاستفاضة، ولا التواتر، بل إنما يعتمد قوله: أنا أهل للفتوى، لأن الاستفاضة والشهرة بين العامة لا وثوق بها، فقد يكون أصلها التلبيس، وأما التواتر، فلا يفيد العلم إذا لم يستند إلى معلوم محسوس، والصحيح الأول، لأن إقدامه عليها إخبار منه بأهليته لأن الصورة فيمن وثق بدينه. ويجوز استفتاء من أخبر المشهور المذكور بأهليته قال الشيخ أبو إسحاق وغيره: نقبل في أهليته خبر عدل واحد، وهذا محمول على من عنده معرفة يميز بها الملتبس من غيره، ولا يعتمد في ذلك خبر آحاد العامة لكثرة ما يتطرق إليهم من التلبيس في ذلك.

(٢) قال النووي: هذا الذي قاله الغزالي قد قاله غيره أيضاً وهو وإن كان ظاهراً، ففيه نظر لما ذكرنا من سؤال آحاد الصحابة رضي الله عنهم مع وجود أفاضلهم الذين فضلهم متواتر وقد يمنع هذا وعلى الجملة المختارة ما ذكره الغزالي. فعلى هذا يلزمه تقليد لورع العالمين، وأعلم الورعين، فإن تعارضاً قدم الأَعْلَم على الأصح.



استناد الجواب إلى نصّ أو إجماع، فلا حاجة إلى السؤال ثانياً وكذا لو كان المقلد ميثياً، وجوزنا، وإن عرّف استناده إلى الرأي والقياس، أو شكّ فيه والمقلد حيّ، فوجهان:

أحدهما: أنه لا يحتاج إلى السؤال ثانياً؛ لأن الظاهر استمراره على الجواب الأول.

وأصحهما: أن عليه السؤال ثانياً، وهما كان ذكرنا في تجديد المجتهد الاجتهاد، وفي الاجتهاد في القبلة.

ولو اختلف عليه جواب اثنتين في المسألة، فإن أوجبنا البحث وتقليد الأعم، لم يجب الجواب، وإن لم نوجهه فأوجه.

أصحهما: أنه يتخير، ويأخذ بقول أيهما شاء.

والثاني: يأخذ بأغلظ الجوابين احتياطاً.

والثالث: يأخذ بأخفهما.

والرابع: بقول من يبيّن قوله على الأثر دون الرأي.

وفي «البحر» وجه آخر: أنه يأخذ بقول من سأله أولاً؛ لأنه لزمه حين سأل<sup>(١)</sup>، وذكر وجهين في أن من استفتى فقيهاً، ولم تسكن نفسه إلى فتواه، يسأل ثانياً وثالثاً؛ لتسكن نفسه إليه، أم يجوز الاقتصار على جواب الأول، والقياس الثاني؟.

الجملة الثالثة: فيما يتعلّق بالطرفين؛ يجوز للمستفتي أن يسأل بنفسه، ويجوز أن يسأل برسول عدل يبعثه إليه، وبالرقعة، ويكفي ترجمان واحد، إذا لم يعرف لغته<sup>(٢)</sup>.

ومن آداب المستفتي ألا يسأل المفتي، وهو قائم أو مشغول بما يمنعه من إعطاء الفكرِ حقه، وألاً يقول إذا أجابه هكذا قُلْتُ أنا وألاً يطالبه بالحجّة على الجواب، فإن أراد معرفة الحجّة، سأل عنها في وقتٍ آخر، وإذا سأل بالرقعة، فليكن كاتبها حاذقاً؛ لبيّن موضع السؤال ولينقط مواضع الاشتباه؛ كيلا يذهب الوهم إلى غير ما وقع عنه السؤال، كما يُحكى أنه كتب غفلاً في زمان أبي الحسن الكرخي - رحمه الله -: ما يقول الفقهاء في رجل قال لامرأته: أنت طالق إن، ثم وقف عند «إن» فقرّوه إن تمّ وقف عبدان، أجابوا بأنه إن تمّ وقفه، طُلِّقَتْ وإلاً، فلا، فَعَرَضَتِ الرقعة على الكرخي، فلما

(١) قال النووي: وحكي وجه سادس أنه يسأل ثالثاً، فيأخذ بفتوى من وافقه. وهذا الذي صححه من التخيير هو الذي صححه الجمهور، ونقله المحاملي في أول «المجموع» عن أكثر أصحابنا لأن فرضه أن يقلد عالماً وقد حصل.

(٢) قال النووي: له اعتماد خط المفتي إذا أخبره من يقبل خبره أنه خطه، أو كان يعرف خطه ولم يشك فيه.

تأملها، عرف أنهم صحفوا، وأن الكاتب أراد أنه قال: أنتِ طالق إن، ثم أمسك بعد إن، ولم يذكر شرطاً.

وليتأمل المفتي الاستفتاء كلمة كلمة، وليكن اعتناؤه بآخر الكلام أشد لأنه موضع السؤال، وليثبت في الجواب، واضحة كانت المسألة أو مشكلة، وحسن أن يشاور في الجواب من عنده، وهو يصلح لذلك، إلا أن يكون فيها ما لا يحسن إظهاره وله أن ينقط مواضع الإشكال، وأن يصلح ما يرى فيه من خطأ ولحن فاحش، وإذا رأى في آخر بعض السطور بياضاً شغله بخط، بما قصد تغليظه كما يقال: إنه كتب إلى القاضي أبي حامد، ما يقول فيمن مات وخلف بنتاً واحدة؟ وجعلت هذه الكلمة في آخر سطر، وكُتِبَ في السطر الذي يليه، وابن عم، فأجاب؛ للبننت النصف، والباقي لابن العم، فألحق بموضع البياض، وأباً، وغلط في الجواب.

وليبين المفتي بخطه، وليكن قلمه بين قلمين ولو كتب مع الجواب حجةً من آية وخبر فلا بأس.

ولا يعتاد ذكر القياس وطرق الاجتهاد، ولكن لو تعلق الفتوى بقاض، حسن أن يومية إلى طريق الاجتهاد، وإذا رأى في الرقعة جواب من لا يستحق أن يفتي، لم يفت معه، قال الصيمري - رحمه الله -: وله أن يضرب عليه بإذن صاحب الرقعة ودون إذنه، ولا يحسبها إلا بإذنه، ولم يستحبوا أن يكون السؤال بخط المفتي، ومهما تغير اجتهاد المجتهد، دار المقلد معه، وعمل في المستقبل بقوله الثاني، ولا ينقض ما مضى، ولو نكح المجتهد امرأة خالعه ثلاثاً؛ لأنه رأى الخلع فسحاً، ثم تغير اجتهاده، قال صاحب الكتاب في «الأصول»: يلزمه تسريحها، وأبدى تردداً فيما إذا فعل المقلد مثل ذلك، ثم تغير اجتهاد مقلده قال: والصحيح أن الجواب كذلك، كما لو تغير اجتهاد مقلده والمقلد في الصلاة، فإنه يتحول.

ولو قال مجتهد للمقلد والصورة هذه خطأ بك من قلده، فإن كان الذي قلده أعلم من الثاني أو استويا، فلا أثر لقوله، وإن كان الثاني أعلم، فالقياس أننا إن أوجبتنا تقليد الأعم، فهو كما لو تغير اجتهاد مقلده، وإلا فلا أثر له<sup>(١)</sup>.

(١) قال النووي: هذا الذي زعم الإمام الرافعي رحمه الله أنه القياس ليس بشيء، بل الوجه الجزم بأنه لا يلزمه شيء، ولا أثر لقول الثاني، وهذا كله إذا كانت المسألة اجتهادية، وقد لخص الصيمري، والخطيب البغدادي وغيرهما من أصحابنا هذه المسألة بتفصيل حسن، فقالوا: إذا أفتى، ثم رجع، فإن علم المستفتي رجوعه ولم يكن عمل بالأول، لم يجز له العمل به، وكذا إذا نكح بفتواه، أو استمر على نكاح بفتواه، ثم رجع، لزمه فراقها، كتنظيره في القبلة. وإن كان علم به قبل الرجوع، فإن كان مخالفاً لدليل قاطع، لزم المستفتي نقض عمله، وإن كان في محل =

وإذا قلّد الأعمى في القبلة، ويُحرم بالصلاة، فقال له من هو أعلم من مقلّده: أخطأ بك، فالقياس، أن يخرج على هذا الخلاف، لكن أطلقوا الجواب أنه كتغير اجتهاد المجتهد، على ما مرّ في باب الاستقبال.

فزع: لا يجب أن يكون للمجتهد مذهب مدوّن؛ فإنّ علماء الصحابة - رضي الله عنهم - لم يدونوا، وإنما كانوا يجتهدون في النوازل بحسب الحاجة، وإذا دونت المذاهب، فهل يجوز للمقلّد أن ينتقل من مذهب إلى مذهب؟ إن قلنا: يلزمه الاجتهاد في طلب الأعمى وغلب على ظنه أن الثاني أعلم، وجب أن يجوز، بل يجب، وإن قلنا: يتخيّر، فينبغي أن يجوز أيضاً، كما لو قلّد في القبلة هذا أياماً، وهذا أياماً، ولو قلّد مجتهداً في مسائل وآخر من مسائل أخرى، واستوى المجتهدان عنده، أو قلنا: إنه يتخيّر فالذي يقتضيه فعل الأولين الجواز؛ لأنهم كانوا يسألون تارةً من هذا من غير تكبير.

وأيضاً، فإن الأعمى إذا قلنا: إنه لا يجتهد في الثياب والأواني، يجوز له أن يقلّد في الأواني المشتبهة بصيراً، وفي الثياب غيرّه، لكن الأصوليون منعوا منه للمصلحة، وحكى الحناطي وغيره عن أبي إسحاق، فيما إذا اختار من كل مذهب ما هو أهون عليه، أنّه يفسق به، وعن ابن أبي هريرة أنه لا يفسق<sup>(١)</sup>، والله أعلم.

= الاجتهاد، فلا، لأن الاجتهاد لا يتقضى بالاجتهاد، ولا يعلم خلاف هذا لأصحابنا، وما ذكره صاحب «المستصفى» و «المحصل»، فليس فيه تصريح بمخالفة هذا. قال الشيخ أبو عمرو بن الصلاح رحمه الله: وإن كان المفتي إنما يفتي على مذهب إمام معين، فرجع لكونه يتقن مخالفة نص إمامه، وجب نقضه، وإن كان اجتهادياً، لأن نص إمامه في حقه كنص الشارع في حق المستقل، وأما إذا لم يعلم المستفتي برجوعه، فكأنه لم يرجع في حقه، ويلزم المفتي إعلامه برجوعه قبل العمل، وذا بعده حيث يجب النقض، وإذا عمل بفتواه في إتلاف، ثم بان أنه أخطأ، وخالف القاطع، فقال الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني: إن كان أهلاً للفتوى، ضمن، وإلا، فلا، لأن المستفتي مقصر، وهذا الذي قاله فيه نظر، وينبغي أن يخرج على قولي الغرور أو يقطع بعدم الضمان مطلقاً إذ لم يوجد منه الإتلاف، ولا ألجأ إليه بالزام.

(١) قال النووي: قد استقصى الإمام الرافعي رحمه الله هذا الباب، فاستوعب وأجاد، وقد استوعبت أنا هذا الباب في أول شرح «المهذب» وجمعت فيه من مجموعات كلام الأئمة ومتفرقاتها هذا المذكور هنا مع مثله أو أمثاله، وأنا أذكر منه هنا نبذاً أشير إليها، ولا ألزم ترتيبه.

فيستحب للمعلم والمفتي الرفق بالمتعلم والمستفتي، ليتمكن من الفهم عنه، وقد استوعبت آداب العالم والمعلم في أول شرح «المهذب» وذكرت فيه ما لا ينبغي لطالب علم أن يخفى عليه شيء منه، قال الخطيب الحافظ أبو بكر البغدادي: ينبغي للإمام أن يتفقد أحوال المفتين، فمن صلح لها، أقره، ومن لم يصلح، منعه، وأمره أن لا يعود، ويواعده على العود. وطريقه في ذلك أن يسأل العلماء المشهورين من أهل عصره عن حاله، ويعتمد خبرهم، وينبغي أن يكون المفتي مع شروطه السابقة متنزهاً عن خوارم المروءة، فقيه النفس، سليم الذهن، رصين الفكر، حسن =

= التصرف والاستنباط، وسواء الحر والعبد، والمرأة والأعمى والأخرس إذا كتب أو فهمت إشارته. قال الشيخ أبو عمرو بن الصلاح رحمه الله: وينبغي أن يكون المفتي كالراوي في أنه لا تؤثر فيه القرابة والعداوة، وجر النفع، ودفع الضرر، لأنه في حكم من يخبر عن الشرع بما لا اختصاص له بشخص، فكان كالراوي لا كالشاهد وفتواه لا يرتبط بها إلزام بخلاف حكم القاضي. قال: ووجدت عن صاحب «الحاوي» أن المفتي إذا نابذ في فتواه شخصاً معيناً، صار خصماً معانداً، ترد فتواه على من عاداه، كما ترد شهادته. قال الصيمري: ويقبل فتاوى أهل الأهواء والخوارج، ومن لا يكفر ببدعته ولا بفسقه، وذكر الخطيب هذا ثم قال: وأما الشراة وهم بضم الشين المعجمة، والرافضة الذين يسبون السلف، وفتاويهم مردودة، وأقاولهم ساقطة. ومن كان من أهل الفتوى وهو قاض، فهو كغيره، فلا يكره له الفتوى هذا هو الصحيح الذي عليه الجمهور، وقيل: له أن يفتي في العبادات وغيرها، مما لا يتعلق بالأحكام، وفي الأحكام وجهان. قال ابن المنذر: يكره فتواه في الأحكام دون غيرها، وهل يشترط في المفتي أن يعرف من الحساب ما يصح به المسائل الحسابية الفقهية؟ وجهان، حكاهما الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني، وصاحبه أبو منصور البغدادي.

ويشترط في المفتي المنتسب إلى مذهب إمام كما سبق أن يكون فقيه النفس، حافظاً مذهب إمامه، ذا خبرة بقواعده، وأساليبه ونصوصه، وقد قطع إمام الحرمين وغيره بأن الأصولي الماهر المتصرف في الفقه لا يحل له الفتوى بمجرد ذلك، ولو وقعت له واقعة، لزمه أن يستفتي فيها، ويلتحق به المتصرف في البحوث في الفقه من أئمة الخلاف، وفحول المناظرين، لأنه ليس أهلاً لإدراك حكم الواقعة استقلالاً، لقصور آفته، ولا من مذهب إمام لعدم حفظه له على الوجه المعتمر. وإذا استفتى العامي عما لم يقع، لم يجب جوابه ولا يجوز للمفتي أن يتساهل في فتواه، ومن عرف بذلك، لم يجز أن يستفتي، وتساهله قد يكون بأن لا يثبت، ويسرع بالجواب قبل استيفاء الفكر والنظر، فإن تقدمت معرفته بالمسؤول عنه، فلا بأس بالإسراع، وعلى هذا يحمل ما نقل عن الماضين من المسارعة، وقد يكون تساهله بأن تحمله أغراض فاسدة على تتبع الحيل المحرمة المكروهة، والتمسك بالشبهة طلباً للترخيص على من يروم نفعه، أو التغليب على من يروم ضرره، ومن فعل هذا، فلا وثوق به. وأما إذا صح قصده، فاحتسب في طلب حيلة لا شبهة فيها، ولا تجر إلى مفسدة، ليخلص بها المستفتي من وريطة يمين ونحوها، فذلك حسن، وعليه يحمل ما جاء من بعض السلف من هذا. وينبغي أن لا يفتي في كل حال تغير خلقه، وتشغل قلبه، وتمنعه التثبت والتأمل كحالة الغضب أو الجوع أو العطش والحزن والفرح الغالب، والنعاس، والملاثة، والمرض المقلق، والحر المزعج، ومدافعة الأخبثين ونحو ذلك، ومتى أحس بشغل قلبه، وخروجه عن الاعتدال، لم يفت، فإن أفتى في شيء من هذه الأحوال وهو يعتقد أن ذلك لم يمنعه من إدراك الصواب، صحت فتواه، وإن كان مخاطراً. والأولى للمتصدي للفتوى أن يتبرع بذلك، ويجوز أن يأخذ عليه رزقاً من بيت المال إلا إذا تعين عليه، وله كفاية، فالصحيح أنه لا يجوز. ثم إن كان له رزق لا يجوز له أخذ أجره، وإن لم يكن له رزق، لم يجز له أخذ أجره من أعيان المستفتين كالحاكم. واحتال الشيخ أبو حاتم القزويني في حيلة، فقال: يقول للمستفتي: يلزمني أن أفنيك قولاً، ولا يلزمني أن أكتب لك، فإن استأجره على الكتابة، جاز، وهذا الذي ذكره وإن كان مكروهاً، فينبغي أن لا يأخذ من الأجرة إلا قدر أجره كتابة ذلك =

= القدر ولو لم يكن فتوى، لثلا يكون أخذاً زيادة بسبب الافتاء. قال الصيمري والخطيب وغيرهما: ولو اجتمع أهل البلد على أن جعلوا له رزقاً من أموالهم ليتفرغ لفتاويهم، جاز. وأما الهدية، فقال أبو المظفر السمعاني من أصحابنا: ويجوز له قبولها بخلاف الحاكم، لأنه يلزمه حكمه قال الشيخ أبو عمرو: وينبغي أن يحرم قبولها إن كانت رشوة على أن يفتيه بما يريد، كما في الحاكم وسائر ما لا يقابل بالأعراض. قال الخطيب: وعلى الإمام أن يفرض من بيت المال لمن نصب نفسه لتدريس العلم أو للفتوى في الأحكام ما يقنيه عن التكسب، ولا يجوز أن يفتي فيما يتعلق بالالفاظ كالإيمان والإقرار والوصايا ونحوها، إلا إذا كان من أهل بلد الالفاظ أو نازلاً منزلتهم في الخبرة بمراهم في العادة، وليس للمفتي والعامل على مذهب الإمام الشافعي في المسألة ذات الوجهين أو القولين أن يفتي أو يعمل بما شاء منهما من غير نظر وهذا لا خلاف فيه، بل عليه في القولين أن يعمل بالمتأخر منهما إن علمه، وإلا فبالذي رجحه الشافعي، فإن لم يكن رجح أحدهما ولا علم السابق، لزمه البحث عن أرجحهما، فيعمل به، فإن كان أهلاً للترجيح، اشتغل به متعرفاً ذلك من نصوص الشافعي، ومآخذه وقواعده، وإلا فليقلبه عن الأصحاب الموصوفين بهذه الصفة، فإن لم يحصل له ترجيح بطريق، توقف. وأما الوجهان فيتعرف أرجحهما بما سبق إلا أنه لا اعتبار بالتأخر إلا إذا وقعا من شخص واحد، وإذا كان أحدهما منصوباً للشافعي، والآخر مخرجاً، فالمنصوص هو الراجح المعمول به غالباً، كما إذا رجح الشافعي في أحد القولين، بل هذا أولى. ولو وجد من ليس أهلاً للترجيح خلافاً للأصحاب في الأرجح من القولين أو الوجهين، فليعتمد ما صححه الأكثر، والأعلم والأورع، فإن تعارض أعلم وأورع، قدم الأعلم، فإن لم يبلغه عن أحد ترجيح، اعتبر صفات الناقلين للقولين، والقائلين للوجهين فما رواه البويطي والمزني والربيع المرادي مقدم عند أصحابنا على ما رواها الربيع الجيزي وحرمله، كذا نقله الخطابي من أصحابنا عن أصحابنا، إلا أنه لم يذكر البويطي، وزدته أنا لكونه أجل من الربيع، وأقدم من المزني، وأخص بالشافعي منه. قال الشيخ أبو عمرو: ويرجح أيضاً ما وافق أكثر أئمة المذاهب. وحكى القاضي حسين فيما إذا كان للشافعي قولان، أحدهما كقول أبي حنيفة رضي الله عنه وجهين، قال الشيخ أبو حامد المخالف لأبي حنيفة رضي الله عنه أرجح، فلو لم يطلع الشافعي على معنى مخالف لما خالفه، والصحيح أن الموافق أولى، وبه قال القفال، وهذا إذا لم نجد مرجحاً مما سبق. ولو تعارض جزم مصنفين، فهو كتعارض الوجهين، فيرجع إلى البحث كما سبق، ويرجح أيضاً بالكثرة، فإذا جزم مصنفان بشيء، وجزم ثالث مساوٍ لأحدهما بخلافهما، رجحناهما عليه.

واعلم أن نقل أصحابنا العراقيين لنصوص الشافعي وقواعده مذهب، ووجوه المتقدمين من أصحابنا أتقن وأثبت من نقل أصحابنا الخراسانيين غالباً إن لم يكن دائماً وهذا مما يتعلق بما نحن فيه. ومما ينبغي أن يرجح به أحد القولين أن يكون الشافعي رحمه الله ذكره في بابه ومقلته، والآخر جاء مستطرداً في باب آخر.

واعلم أن هذا الكتاب الذي اختصرته وهذبته محصل لك جميع ما ذكرته ولا أقول هذا تبجحاً بل نصيحة للمسلمين ومناصحة للدين، وهما واجبان عليّ وعلى سائر المكلفين.

واعلم أنه يكره للمفتي أن يقتصر في جوابه على قوله: فيه قولان، أو وجهان، أو خلاف ونحو ذلك، فإن هذا ليس جواباً صحيحاً للمستفتي، ولا يحصل به مقصوده، وهو بيان ما يعمل به لما =

= ذكرنا، بل ينبغي أن يجزم بما هو الراجح، فإن لم يظهر له الراجح، انتظر ظهوره، أو امتنع من الإفتاء في المسألة، كما فعله كثير من أصحابنا وغيرهم.

واعلم أنه متى كان قولان قديم وجديد، فالعمل على الجديد إلا في نحو عشرين أو ثلاثين مسألة قد أوضحتها مفصلة في أول شرح «المهذب» مع ما يتعلق بها ويترتب بها، ويترتب عليها، وبالله التوفيق، وإذا كان في رقعة الاستفتاء مسائل، فحسن أن يرتب الجواب على ترتيب الأسئلة، وإذا كان في المسألة تفصيل لم يطلق الجواب، فإنه خطأ بالاتفاق، وليس له يكتب الجواب على ما يعلمه من صورة الواقعة إذا لم يكن في الرقعة تعرض له، بل يذكر جواب ما في الرقعة فإن أراد الجواب على خلاف ما فيها، فليقل، وإن كان هو المبتدئ بالاتفتاء في الرقعة، قال الصيمري وغيره: فالعادة قديماً وحديثاً أن يكتب في الناحية اليسرى، لأنه أمكن. قال الصيمري وغيره: ولو كتب وسط الرقعة، أو في حاشيتها، فلا عتب عليه، ولا يكتب فوق السملة بحال.

ويستحب عند إرادة الإفتاء أن يستعيز من الشيطان ويسمي الله تعالى ويحمده، ويصلي على النبي ﷺ، ويقول: لا حول ولا قوة إلا بالله، ويقول: «رب اشرح لي صدري» الآية، ويستحب أن يكتب في أول فتواه: الحمد لله، أو الله الموفق، أو حسبنا الله، أو حسبي الله ونحو ذلك، نقل ذلك الصيمري عن كثيرين، قال: وحذفه آخرون. قال: ولا يدع أن يختم جوابه بقوله: والله أعلم، أو وبالله التوفيق ونحوه. قال: ولا يقبح أن يقول: الجواب عندنا، أو الذي عندنا، أو الذي نذهب إليه كذا، لأنه من أهله قال: وإذا كان السائل قد أغفل الدعاء للمجيب، أو الصلاة على رسول الله ﷺ في آخر الفتوى، ألحق المفتي ذلك بخطه فإن العادة جارية به، ويكتب بعد: والله أعلم، ونحوه: كتبه فلان، أو فلان بن فلان الفلاني، فينتسب إلى ما يعرف به من قبيلة أو بلد أو غيرهما، ثم ينتسب إلى المذهب، فيقول الشافعي أو الحنفي ونحوهما، قال الصيمري: وإن كانت الفتوى تتعلق بالسلطان، دعا له، فقال: وعلى السلطان أو على ولي الأمر وفقه الله، أو أصلحه، أو سده، أو شد أزره، ولا يقول: أطال الله بقاءه، فإنه ليس من ألفاظ السلف. وقد نقل النحاس اتفاق العلماء على كراهية أطال الله بقاءه. وقد أوضحت هذه اللفظة وما يتعلق بها ويشبهها في آخر كتاب «الأذكار». وينبغي أن يختصر جوابه، ويكون بحيث يفهم للعامة فهماً جلياً، قال الصيمري والخطيب وغيرهما: وإذا سئل عن من قال: أنا أصدق من محمد بن عبد الله، أو الصلاة لغو ونحو هذه العبارات، فلا يبادر بقوله: هذا حلال الدم، أو عليه القتل، بل يقول: إن ثبت هذا بإقراره، أو ببينة، استتابه السلطان، فإن تاب، قبلت توبته، وإلا فعل كذا وكذا وأشيع القول فيه، وإن سئل عن شيء يحتمل وجوهاً يكفر ببعضها دون بعض قال: يسأل القاتل، فإن قال: أردت كذا، فالجواب كذا، وإن قال: أردت كذا، فالجواب كذا. وإذا سئل عن من قتل أو قلع سناً أو عيناً، احتاط في الجواب، فيذكر الشروط التي يجب باجتماعها القصاص، وإذا سئل عن فعل ما يقتضي تعزيره، ذكر ما يعزر به، فيقول: ضربه السلطان ما بين كذا وكذا، ولا يزداد على كذا، وينبغي أن يلصق الجواب بآخر الاستفتاء، ولا يدع بينهما فرجة مخافة أن يزداد السائل شيئاً يفسد الجواب. وإذا كان موضع الجواب ورقة ملصقة، كتب على موضع الإلصاق، وإذا ضاق آخر الورقة عن الجواب، لم يكتبه في ورقة أخرى، بل في ظهر هذه أو حاشيتها وأبهما أولى؟ فيه ثلاثة أوجه، ثالثها: هما سواء، والراجح أن حاشيتها أولى، وبه قطع الصيمري وغيره، وليحذر أن يميل في فتواه مع المستفتي أو خصمه، ووجوه الميل معروفة. ومنها أن يكتب ماله =

دون ما عليه، وليس له أن يعلم أحدهما ما يدفع به حجة صاحبه، وإذا ظهر له أن الجواب خلاف غرض المستفتي، وأنه لا يرضى بكتابته في ورقته، اقتصر على مشافهته بالجواب، ويجب عليه عند اجتماع الرقاع أن يقدم الأسبق فالأسبق، كالقاضي وهذا فيما يجب فيه الإفتاء، فإن تساوا وجعل السابق، أقرع والصحيح أنه يجوز تقديم المرأة، والمسافر الذي شد رحله، ويتضرر بتخلفه عن رفقته إلا إذا كثر المسافرون والنساء بحيث يتضرر غيرهم تضرراً ظاهراً، فيقدم حينئذ بالسبق، ثم القرعة، ثم لا يقدم أحداً إلا في فتيا واحدة. قال الصيمري وغيره: إذا سئل عن ميراث، فالعادة أن لا يشترط في الورثة عدم الرق والكفر والقتل وغيرهما مما يمنع الإرث، بل المطلق محمول على ذلك بخلاف ما إذا أطلق الإخوة والأخوات، ولا بد أن يقول في الجواب: من أبوين أو أب أو أم، وإذا سئل عن المنبرية وهي زوجة وأبوان وبتتان، لا يقول: للزوجة الثمن، ولا التسع، لأنه لم يطلقه أحد من السلف، بل يقول: لها الثمن عائلاً، وهو ثلاثة أسهم من سبعة وعشرين سهماً، أولها ثلاثة أسهم من سبعة وعشرين، وإذا كان في المذكورين من لا يرث أنصح بسقوطه، فقال: وسقط فلان، فإن كان سقوطه في حال دون حال، قال: في هذه الحالة ونحو ذلك، لئلا يتوهم أنه لا يرث بحال. قال: وينبغي أن يكون شديد الاحتراز في جواب المناسحات. قال الصيمري وغيره: وحسن أن يقول: تقسم التركة بعد إخراج ما يجب تقديمه من دين أو وصية إن كانا، قالوا وإذا رأى في الرقعة فتوى غيره ممن هو أهل للإفتاء، وخطه موافق لما عنده، كتب تحته الجواب صحيح، أو جوابي مثل هذا، أو بهذا أقول وله أن يكتب الجواب بعبارة أخصر من عبارة السابق. وإن كان فيها خطأ من ليس بأهل، قال الصيمري وغيره: لم يفت معه، لأن ذلك تقرير للخطأ، بل يضرب عليه، وينهر المستفتي، ويعرفه قبح ما فعله، وأنه كان واجباً عليه البحث عن أهل الفتوى. وإن رأى فيها اسم من لا يعرفه. سأل عنه، فإن لم يعرفه، فله الامتناع خوفاً مما قلناه. والأولى أن يأمر صاحبها بإبدائها، فإن أبي، أجابه شفاهاً، وإذا خاف فتنة من الضرب عليها، ولم تكن فتياه خطأ، امتنع من الإفتاء معه.

وهل يجوز للعامي أن يتخير ويقلد أي مذهب شاء، نظر إن كان منتسباً إلى مذهب، بني على وجهين، حكاهما القاضي حسين في أن العامي هل له مذهب أم لا؟ أحدهما: لا، لأن المذهب لعارف الأدلة، فعلى هذا له أن يستفتي من شاء، وأصحهما عند القفال له مذهب، فلا تجوز مخالفته. وإن لم يكن منتسباً، بني على وجهين، حكاهما ابن برهان بفتح الباء من أصحابنا في أن العامي هل يلزمه التقيد بمذهب معين؟ أحدهما: لا، فعلى هذا هل له أن يقلد من شاء أم يبحث عن أسد المذاهب. فيقلد أهله وجهان، كالبحث عن الأعلم. والثاني وبه قطع أبو الحسن إلْكِيَا: يلزمه. وهو جار في كل من يبلغ رتبة الاجتهاد من الفقهاء وأصحاب سائر العلوم، لئلا يتلقت رخص المذاهب بخلاف العصر الأول، ولم تكن مذاهب مدونة، فيتلقط رخصها. فعلى هذا يلزمه أن يختار مذهباً يقلده في كل شيء، وليس له التمهذ بمجرد التشهي، ولا بما وجد عليه أباه، هذا كلام الأصحاب. والذي يقتضيه الدليل أنه لا يلزمه التمهذ بمذهب، بل يستفتي من شاء، أو من اتفق، لكن من غير تلقط للرخص، ولعل من منعه لم يثق بعدم تلقطه. وإذا استفتى وأفتاه المفتي، فقال أبو المظفر السمعاني: لا يلزمه العمل به إلا بإلزامه، قال: ويجوز أن يقال: يلزمه إذا أخذ في العمل به، وقيل: يلزمه إذا وقع في نفسه صحته، قال: وهذا أولى الأوجه، والمختار ما نقله الخطيب وغيره، أنه إذا لم يكن هناك مفت آخر، لزمه بمجرد فتواه، =

وأما لفظ الكتاب فليعلم قوله «ذَكَرًا» بالحاء .

وقوله: «مجتهداً» كذلك .

وقوله: «بصيراً» بالميم والواو .

وقوله: «والجاهل والمقلد» لا ضرورة إلى الجمع بين اللفظين، فإنه لو اقتصر على المقلد لتناول العامي الصُرف وغيره، بل أهل الأصول يجعلون المقلد، كيف كان، جاهلاً، ويخصون في اصطلاح الباب اسم العالم بالمجتهد، وإذا جمع بينهما، فكأنه أراد بالجاهل العامي، الصُرف وبالمقلد الذي حصل شيئاً من العلم، ولم يبلغ رتبة الاجتهاد .

وقوله: «والذي يجتهد في مذهب أحد الأئمة، له الفتوى على وجه، ويكون مقلداً للإمام الميت» قد عرفت أنه إذا كان المأخذ أن الميت، هل يُقلد، فلا حاجة إلى كونه مجتهداً في المذهب، وليس قوله «إلا إخباراً عن مذهب الغير» وأما قوله: «فلا ينتصب للقضاء فإنه يوافق ما سبق من اشتراط الاجتهاد؛ لأنه مقلد، وإن كان مجتهداً في مذهب ذلك الإمام، قال في «الوسيط»: ويجب تقديمه للقضاء على مَنْ لم يبلغ رتبة الاجتهاد في المذهب .

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **الثَّالِثَةُ**: إِذَا نَهَى الْقَاضِي عَنِ الِاسْتِخْلَافِ لَمْ يَسْتَخْلِفْ، وَإِنْ أَطْلَقَ التَّوَلِيَةَ فِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجِبُهُ، وَفِي الثَّالِثِ يَسْتَخْلِفُ إِنْ اتَّسَعَتِ الْخَطَّةُ وَإِلَّا فَلَا، وَيَشْتَرِطُ فِي الْخَلِيفَةِ صِفَاتِ الْقَضَاةِ إِلَّا إِذَا لَمْ يَفُوضْ إِلَيْهِ إِلَّا سَمَاعَ شَهَادَةٍ وَنَقْلٍ فَلَا يَشْتَرِطُ إِلَّا عَلَى ذَلِكَ الْقَدْرِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَشْتَرِطَ عَلَى الثَّائِبِ الْحُكْمَ بِخِلَافِ اجْتِهَادِهِ أَوْ بِخِلَافِ مُعْتَقَدِ صَاحِبِهِ إِذَا جَوَّزْنَا تَوَلِيَةَ الْمُقْلِدِ عِنْدَ الضَّرُورَةِ .

= وإن لم تسكن نفسه، وإن كان هناك آخر لم يلزمه بمجرد إفتائه، إذ له أن يسأل غيره، وحيث قد يخالفه، فيجيء فيه الخلاف السابق في اختلاف المفتين، وينبغي للمستفتي أن يبدأ من المفتين بالأسن الأعلم وبالأولى فالأولى فإن أراد جمعهم في رقعة، وإن أراد أفرادهم في رقع، وبدأ بمن شاء، وتكون رقعة الاستفتاء واسعة، ويدعو في الورقة لمن يستفتيه، ويدفع الورقة إلى المفتي منشورة، ويأخذها منشورة، فيريه من نشرها وطبها، وإذا لم يجد صاحب الواقعة مفتياً في بلده ولا غيره، ولا من ينقل حكمها، قال الشيخ أبو عمرو: هذه مسألة فترة الشريعة الأصولية، وحكمها حكم ما قبل ورود الشرع، والصحيح في كل ذلك أن لا تكليف ولا حكم في حقه أصلاً، فلا يؤخذ إذا صاحب الواقعة شيء بصنعه. فهذا آخر النبذ التي يسر الله الكريم إلحاقها وهي وإن كانت طويلة بالنسبة إلى هذا المختصر فهي قصيرة بالنسبة إلى ما ذكرته في شرح «المهذب»، وموضع بسطها والزيادات والفروع هناك. وهذا الفصل مما يكثر الاحتياج إليه، فلماذا بسطناه أدنى بسط .



قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْمَسْتَحَبُّ لِلْإِمَامِ إِذَا وُلِيَ رَجُلًا لِلْقَضَاءِ، أَنْ يَأْذَنَ لَهُ فِي الْأَسْتِخْلَافِ؛ لِيَكُونَ أَسْهَلَ عَلَيْهِ، وَأَقْضَى إِلَى فَصْلِ الْخُصُومَاتِ، فَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ، فَإِذَا أُنْزِلَ يُطْلَقُ التَّوْلِيَةُ، أَوْ يَنْتَهَى عَنِ الْأَسْتِخْلَافِ.

الحالة الأولى: إذا أُطْلِقَ التَّوْلِيَةُ، فَيُنْتَظَرُ، إِنْ كَانَ مَا فُؤِضَ إِلَيْهِ مِمَّا يُمْكِنُهُ الْقِيَامُ بِهِ، كَقَضَاءِ بَلَدَةٍ صَغِيرَةٍ فَوْجِهَانَ:

أصحهما: أنه ليس له الاستخلاف، لأن الإمام لم يرض بنظر غيره.

والثاني: وبه قال مالك - رحمه الله - فيما حكى الإصطخري: أنه يجوز؛ لأنه ناظر في المصالح العامة، فَيُمْكِنُ مِنَ الْأَسْتِخْلَافِ، كَالْإِمَامِ، وَإِنْ لَمْ يُمْكِنَهُ الْقِيَامُ بِمَا فُؤِضَ إِلَيْهِ؛ كَقَضَاءِ بَلَدَتَيْنِ فَصَاعِدًا، أَوْ قَضَاءِ الْبَلَدَةِ الْكَبِيرَةِ فَلَهُ أَنْ يَسْتَخْلَفَ؛ لِأَنَّ قَرِينَةَ الْحَالِ مَشْعُرَةٌ بِالْإِذْنِ.

وشبهوه بما إذا دفع متاعاً إلى إنسان لبيعه، وهو ممن لا يعتاد الطواف بالأمته والنداء عليها، فإنه يكون إذناً في دفعه إلى من يقوم بذلك، ثم فيم يستخلف في القدر الزائد على ما يمكنه القيام أم في الكل فيه؟ وجهان:

أصحهما: الأول؛ لأن ذلك القدر هو المعلوم في القرينة، والقياس فيما إذا أذن له في الاستخلاف، أن يكون في القدر المستخلف فيه هذان الوجهان إلا أن يصرح بالإذن في الكل، وقطع القاضي ابن كج بأنه عند الإذن المطلق يستخلف في الكل.

الثانية: إذا نهاه عن الاستخلاف، لم يجز له الاستخلاف، فإن كان ما فُؤِضَ إِلَيْهِ أَكْثَرَ مِمَّا يُمْكِنُهُ الْقِيَامُ بِهِ، فَفِي «الشامل»: أن القاضي أبا الطيب جعل وجود النهي كعدمه، والأقرب أحد احتمالين، إما بطلان التولية، ويحكى هذا عن ابن القطن، أو اقتصاره على ما يقدر عليه، وترك الاستخلاف<sup>(١)</sup>.

وجميع ما ذكرنا في الاستخلاف العام، أما في الأمور الخاصة كتخليف وسماع بينة، فمنهم من جعله على الخلاف، وهو قضية إطلاق الأكثرين، وعن القفال: القطع بجوازه؛ لأن القاضي لا يُسْتَعْتَمَرُ عَنْهُ، وَهُوَ جَارٍ مَجْرَى التَّوَكِيلِ.

وقوله في الكتاب «وإن أُطْلِقَ التَّوْلِيَةُ فِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجِهَةٌ وَفِي الثَّلَاثِ يَسْتَخْلَفُ، إِنْ اتَّسَعَتِ الْحِطَّةُ، وَإِلَّا فَلَا» فِيهِ إِثْبَاتٌ وَجْهَيْنِ مُطْلَقَيْنِ:

أحدهما: الجواز، إن اتسعت خطة الولاية، وتعدّر القيام بما فُؤِضَ إِلَيْهِ، أَوْ لَمْ يَتَّسِعْ.

(١) قال النووي: هذا أرجحهما.

**والثاني:** المنع في الحالين والوجهان فيما إذا لم يتسع، ولم يتعدّر مشهوران، فأما مع الاتساع والتعذر، قليلاً ما يوجد للأئمة - رحمهم الله - حكاية الخلاف فيه، وإنما الذي ذكروه جواز الاستخلاف، كما بيّنا، لكنّ إثبات الخلاف فيه يتأيد، بأن جواز التوكيل مع كثرة التصرفات وتعذر القيام بها يختلف فيه كما سبق في الوكالة<sup>(١)</sup>، فكذلك هنا، ثم يتعلق بالاستخلاف فُرُوعٌ:

**أحدها:** يشترط في الخليفة ما يشترط في القاضي، قال الشيخ أبو محمد، وغيره؛ لو فوض إليه أمراً خاصاً، كفاه من العلم ما يحتاج إليه في ذلك الباب، حتى أن نائب القاضي في القرى إذا كان المفوض إليه سَمَاعَ البينة ونقلها دون الحكم، كفاه العلم بشرائط البينة، فلا يشترط فيه رتبة الاجتهاد.

**الثاني:** قال القاضي الرُّوياني في «التجربة»: نصُّ الشافعيّ - رضي الله عنه - في «المبسوط» يدل على أن الحاكم الشافعي لا يجوز أن يستخلف من يخالفه، والمذهب المشهور خلافه؛ لأن الحاكم يعمل بما يؤديه إليه اجتهاده، بل لو شرط على النائب أن يخالف اجتهاده ويحكم باجتهاد المنيب، لم يجز، وكذا إذا جاز تولية المقلد للضرورة فاعتقاد مقلده في حقه كاجتهاد المجتهد، فلا يجوز أن يشترط عليه الحكم بخلاف اعتقاد مقلده.

ولو خالف، وشرط الحنفي على النائب الشافعيّ الحكم بمذهب أبي حنيفة، قال في «الوسيط»: له الحكم في المسائل المتفقة بين الإمامين، وفي المختلف فيها لا يحكم، أما بمذهب أبي حنيفة، فلأنه يخالف معتقده، وأما بمذهب الشافعيّ - رضي الله عنه - فلأنه غير مأذون فيه، وهذا حكم بصحة الاستخلاف، ورعاية للشرط، ولكن أفضى القضاة الماورديّ، وصاحب «المهذب» و«التهذيب»، وغيرهم قالوا: لو قلّد الإمام رجلاً القضاء على أن يقضي بمذهب عيّنّه، بطل الشرط والتقليد جميعاً، فقضية هذا: بطلان الاستخلاف هناك.

وفي فتاوى القاضي الحسين: أن الإمام الحنفيّ، إذا ولى شافعيّاً بشرط ألا يقضي بشاهد ويمين، ولا على غائب تصح التولية، ويلغو الشرط، حتى يقضي بما يؤدي إليه اجتهاده، فقضية هذا: ألا يراعى الشرط هناك، قال الماورديّ: ولو لم تجز صيغة الشرط، ولكن قال الإمام: قلدتك القضاء، فأحكّم بمذهب فلان، ولا تحكّم بمذهب فلان، صح التقليد، ويلغو الأمر والنهي، وكان يجوز أن يجعل هذا الأمر شرطاً وتقييداً، كما لو قال: قلدتك القضاء، فأقض في موضع كذا، وفي يوم كذا.

ولو قال: لا تحكّم في قتل المسلم بالكافر، والحرّ بالعبد، جاز، وكان قَضراً

لعمله على بقية الحوادث، وحكى وجهين فيما لو قال: لا تقض فيهما بالقصاص: أنه يلغو، أو يكون منعاً له من الحكم بالقصاص نفيًا وإثباتاً.

الثالث: حيث لا يجوز الاستخلاف، فلو استخلف، فحكم الخليفة باطل، نعم، لو ترفع إليه الخصمان ورضيا بحكمه، فيكون كالحكم، وليس للقاضي إنفاذ حكمه، بل يستأنف الحكم بين الخصمين، وعن أبي حنيفة فيما حكاه صاحب «التلخيص»: إذا أنفذ القاضي حكمه، نفذ وإذا جاز الاستخلاف، فلو استخلف من لا يصلح للقضاء، فحكمه باطل أيضاً، ولا يجوز إنفاذه.

قَالَ الْعَزَائِيُّ: الرَّابِعَةُ: لَوْ نَصَّبَ فِي الْبَلَدِ قَاضِيَيْنِ كُلُّ وَاحِدٍ يَخْتَصُّ بِطَرْفٍ جَاوِزٍ، وَإِنْ شَرَطَ اتَّفَاقَهُمَا فِي كُلِّ حُكْمٍ لَمْ يَجْزِ، وَإِنْ أَثْبَتَ الْاِسْتِقْلَالَ لِكُلِّ وَاحِدٍ فَوَجْهَانِ، ثُمَّ إِذَا تَنَازَعَ الْخُصْمَانِ فِي الْاِخْتِيَارِ أَوْ أزدَحَمَ مُتَدَاعِيَانِ فَالْقَرْعَةُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا نَصَّبَ الْإِمَامُ قَاضِيَيْنِ فِي بَلَدٍ وَاحِدٍ، نُظِرَ؛ إِنْ خَصَّصَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِطَرْفٍ مِنَ الْبَلَدِ، أَوْ عَيْنٍ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا زَمَانًا، أَوْ جَعَلَ أَحَدَهُمَا قَاضِيًا فِي الْأَمْوَالِ وَالْآخَرَ فِي الدَّمَاءِ وَالْفُرُوجِ، جَازَ قَالَ الْقَاضِي ابْنُ كَيْج: وَكَذَا لَوْ وَأَهُمَا عَلَى أَنْ يَخْتَكُمَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي الْوَاقِعَةِ الَّتِي يَرْفَعُهَا إِلَيْهِ الْمُتَخَاصِمَانِ، وَإِنْ عَمِمَ وَلَا يَتَّهَمَا مَكَانًا وَزَمَانًا وَحَادِثَةً، فَإِنْ شَرَطَ عَلَيْهِمَا الْاِجْتِمَاعَ فِي الْحُكْمِ، لَمْ يَجْزِ، لِأَنَّ الْخِلَافَ فِي مَوَاقِعِ الْاِجْتِهَادِ مِمَّا يَكْثُرُ، فَتَنْفَى الْخُصُومَاتُ عَنْ مَقْصُودِهِ.

وَإِنْ أَثْبَتَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْاِسْتِقْلَالَ، فَوَجْهَانِ:

أحدهما: لا يجوز، كما في الولاية العظمى ولأن الخصمين يتنازعان في اختيارهما، وفي إجابة داعيها. وليس أحدهما بأولى من الآخر بخلاف الإمام مع القاضي، والقاضي مع الغائب، فعلى هذا إن ولاهما معاً، بطلت توليتهما. وإن ولى على التعاقب، صحّت تولية الأول، وأصحهما الجواز، كنصب الوكيلين والوصيين، فعلى هذا يُجاب من سبق داعيه، فإن جاء معاً، حكمت القرعة، وإذا تنازعا في اختيار القاضيين، أطلق في الكتاب أنه يحكم بالقرعة.

وقال القاضي الماوردي: القول قول الطالب دون المطلوب، فإن تساويا، حَضَرَ عِنْدَ أَقْرَبِ الْقَاضِيَيْنِ إِلَيْهِمَا، فَإِنْ اسْتَوَيَا فِي الْقُرْبِ، فَفِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ يَقْرَعُ، وَهُوَ الْأَطْهَرُ، وَفِي الْآخَرِ، يُمْنَعَانِ مِنَ التَّخَاصُمِ، حَتَّى يَتَّفَقَا عَلَى أَحَدِهِمَا، وَإِنْ أَطْلُقَ، نَصَبَ اثْنَيْنِ، وَلَمْ يَشْرَطْ عَلَيْهِمَا الْاِجْتِمَاعَ، وَلَا صَرَحَ بِالْاِسْتِقْلَالَ، فَعَن صَاحِبِ «التَّقْرِيبِ» يَحْمَلُ عَلَى إِثْبَاتِ الْاِسْتِقْلَالَ<sup>(١)</sup>، تَنْزِيلاً لِلْمُطَّلَقِ عَلَى مَا يَجُوزُ، وَعَنْ غَيْرِهِ: أَنَّ التَّوْلِيَةَ

(١) قال في المهمات: ويحتاج إلى الفرق بين هذه المسألة وبين ما إذا قال الموصي أو وصي إلى من =

فاسدة، ما لم يصرح بإثبات الاستقلال والله أعلم<sup>(١)</sup>.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الْخَامِسَةُ التَّحْكِيمُ جَائِزٌ عَلَى أَوْعَفِ الْقَوْلَيْنِ فِي الْأَمْوَالِ، وَفِي النَّكَاحِ خِلَافٌ مُرْتَبٌّ وَأَوْلَى بِالْمَنْعِ، وَفِي الْمُقْبَاتِ أَوْلَى بِالْمَنْعِ مِنَ النَّكَاحِ، فَإِنْ كَانَ فِي الْبَلَدِ قَاضٍ فَهُوَ أَبْعَدُهُ، ثُمَّ إِنْ جَوَزْنَا فَلَيْسَ لَهُ الْحَبْسُ وَأَسْتَيْفَاءُ الْمُقْبَاتِ، وَلَا يَنْفَعُهُ حُكْمُهُ عَلَى غَيْرِ الْمُتْرَاضِيَيْنِ حَتَّى لَا يَضْرِبَ دِيَةَ الْخَطَأِ عَلَى عَاقِلَةِ الرَّاضِي بِحُكْمِهِ، وَهَلْ يَجِبُ اسْتِثْنَاءُ الرَّضَا بَعْدَ الْحُكْمِ لِتَقْوِذِهِ فِيهِ وَجَهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: هَلْ يَجُوزُ أَنْ يُحْكَمَ الْخَصْمَانِ وَاحِدًا مِنَ النَّاسِ لِيُحْكَمَ بَيْنَهُمَا: وَهَلْ لِحُكْمِهِ اعْتِبَارٌ؟ فِيهِ قَوْلَانِ:

أحدهما: لا؛ لأن تقليد القضاء من مناصب الإمام، فلا يثبت للأحاد، ولأن فيه تفويت الحكومات على القاضي، وتفويت رأيه ونظره فيها.

والثاني: نعم؛ لما رُوِيَ أَنَّ عَمْرَوَ أَبِي بِنِ كَعْبٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - تَحَاكَمَا إِلَى زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ<sup>(٢)</sup>، وَأَنَّ عِثْمَانَ وَطَلْحَةَ تَحَاكَمَا إِلَى جُبَيْرِ بْنِ مُطْعَمٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ<sup>(٣)</sup> - وَرُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - قَالَ: «مَنْ حَكَمَ بَيْنَ اثْنَيْنِ تَرَاضِيًا بِهِ، فَلَمْ يَغْدُلْ، فَعَلَيْهِ لَعْنَةُ اللَّهِ»<sup>(٤)</sup> وَلَوْ لَمْ يَكُنْ لِحُكْمِهِ اعْتِبَارٌ وَلِزُومِ، لَمَا كَانَ لِهَذَا التَّهْدِيدِ مَعْنَى، وَهَذَا أَوْعَفُ الْقَوْلَيْنِ عِنْدَ الْإِمَامِ وَصَاحِبِ الْكِتَابِ - رَحِمَهُمَا اللَّهُ - وَأَقْوَاهُمَا عِنْدَ الْمُعْظَمِ، مِنْهُمْ الشَّيْخُ

= شتت أو إلى فلان ولم يقل عني ولا عنك، فصحح البغوي أنه يحمل على كونه عن الوصي حتى لا يصلح ولم ينزل المطلق على ما يجوز.

قال في هامش أسنى المطالب: قلت ويمكن الفرق بأن المصنف منع وصاية الوصي إلا أن صرح الموصي بأن يوصي عنه بخلاف تولية القضاء فإنه جائز والظاهر من اللفظ إرادة الاستقلال.

(١) قال النووي: قول صاحب «التقريب» أصح، وبه قطع الرافعي في «المحرر».

(٢) رواه البيهقي [١٣٦/١٠] من حديث عامر الشعبي قال: كان بين عمر وأبي خصومة في حائط، فقال عمر: بيني وبينك زيد بن ثابت، فانطلقا، فطرق عمر الباب، فعرف زيد صوته، فقال: يا أمير المؤمنين ألا بعثت إلي حتى أتيتك، فقال: في بيته يؤتى بالحكم.

(٣) رواه البيهقي [٢٦٨/٥] من رواية ابن أبي مليكة: أن عثمان ابتاع من طلحة أرضاً بالمدينة، بأرض له بالكوفة، ثم ندم عثمان فقال: بعثك ما لم أره، فقال طلحة: إنما النظر لي لأنك بعثت ما رأيت، وأنا ابتعت مغيباً، فجعل بينهما جبير بن مطعم حكماً، فقضى على عثمان: أن البيع جائز، وأن النظر لطلحة لأنه ابتاع مغيباً.

(٤) قال ابن الجوزي في التحقيق: ذكر عبد العزيز من أصحابنا من نسخة عبد الله بن جراد فذكره، وتعبه صاحب التنقيح فقال: هي نسخة باطلة، كما صرح هو به في الموضوعات، وبالغ في الحط على الخطيب، لاحتجاجه بحديث منها فيما مضى من كتاب التحقيق.

أبو حامد وأتباعه والقاضي الروياني - رحمهم الله - ثم اختلفوا في محلّ القولين من وجهين:

أحدهما: هل يجري القولان في جميع ما يقع فيه التداعي؟ فيه طريقتان:  
أحدهما: وهو اختيار القاضي ابن كج - لا، بل يختص بالأموال، فأما النكاح واللعان والقصاص وحد القذف، فلا يجوز التحكيم فيها؛ لأنها أمور خطيرة، فتنطأ بنظر القاضي ومنصبه.

والثاني: وبه قال الأكثرون أن الخلاف جارٍ في جميع ما يقع فيه التداعي؛ لإطلاق الخبر السابق، وحدودُ الله تعالى لا يُحكّم فيها، إذ ليس لها طالبٌ معيّن، وفي «التهذيب» وغيره ما يقتضي ذهاب بعضهم إلى إجراء الخلاف فيها.

والثاني: هل من فرق بين أن يكون في البلد قاضٍ أو لا يكون؟ فيه طرق:  
أظهرهما: أنه لا فرق، وقال قائلون: القولان فيما إذا كان هناك قاضٍ، أما إذا لم يكن، فيجوز للضرورة، وعكس عاكسون، فقالوا: القولان فيما إذا لم يكن قاضٍ، فإن كان، لم يَجْزُ بلا خلاف محافظةً على منصب القاضي.

التفريع: إذا جوزنا التحكيم، فيشترط في المُحكّم صفات القاضي ولا ينفذ حكمه إلا على مَنْ رضي بحُكمه، حتى لا يضرب دية القتل الخطأ على العاقلة، إذا لم يرضوا بحكمه، ولا يكفي رضي القاتل، وفيه وجه آخر: أنه يكفي، والعاقلة تبع له.

قال الشيخ أبو الفَرَج السَّرْحَسِيُّ: هذان الوجهان مخصوصان بقولنا: إن الدية تجب على الجاني، ثم على العاقلة يتحمّلون عنه. فأما إن قلنا: إنها تجب على العاقلة ابتداءً، فلا خلاف في أنه لا تُضْرَب عليهم عند عَدَم الرّضى وهذا حسن.  
وذكر في الفصل شيئين آخرين:

أحدهما: أن رضا المتحاكمين إنما يُشترط، إذا لم يكن أحد المتحاكِمَيْن القاضي نفسه، فإن كان فهل يُشترط رضا الآخر؟ حكى فيه اختلاف نص، وأن الظاهر أنه لا يُشترط، وليكن هذا مَبْنِيًّا على جواز الاستخلاف، إن جاز، فالمرجع إليه نائب القاضي.

والثاني: أنه يُشترط على أحد الوجهين أن يكون المتحاكِمَان، بحيث يجوز للمحكّم أن يحكم لكل واحد منهما، حتى إذا كان أحدهما ابنة أو أباه، لم يَجْز التحكيم وليس للمحكّم الحبس، بل عليه الإثبات والحكم، وفيه وجه بعيد: أنه يحبس كالقاضي، وبم يلزم حكمه؟ فيه قولان، ويُقال وجهان:

أحدهما: بتراضيهما بعد الحكم، وبه قال المزنّي؛ لأن رضاهما مُعْتَبَرٌ في

الحكم، فكَذَلِكَ فِي لُزُومِهِ، وَهَذَا أَشْبَهَ بِمَا قِيلَ فِي قِسْمَةِ مَنْ تَرَاوَى الشَّرِيكَانَ بِقِسْمَتِهِ عَلَى مَا سَيَأْتِي.

- وَأَصْحُهُمَا: عَلَى مَا ذَكَرَ الْقَاضِي الرَّوْيَانِيُّ، وَيُحَكَّمُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَمَالِكٍ وَأَحْمَدَ - رَحِمَهُمَا اللَّهُ - أَنَّهُ يَلْزَمُ بِنَفْسِهِ كَحَكْمِ الْحَاكِمِ، وَيَدُلُّ عَلَيْهِ الْخَبَرُ الَّذِي سَبَقَ.

وَمَهْمَا رَجَعَ أَحَدُ الْخَصْمَيْنِ قَبْلَ أَنْ يَحْكُمَ، امْتَنَعَ عَلَيْهَا الْحَكْمَ حَتَّى لَوْ أَقَامَ الْمُدْعَى شَاهِدِينَ، فَقَالَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ: عَزَلْتُكَ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَحْكُمَ، وَعَنْ الْإِصْطِخْرِيِّ - رَحِمَهُ اللَّهُ - فِيمَا إِذَا أَحْسَسَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ بِالْحَكْمِ تَخْرُجُ وَجْهَيْنِ؛ فِي أَنَّهُ هَلْ يُمَكِّنُ مِنَ الرَّجُوعِ وَالظَّاهِرِ الْأَوَّلِ، وَإِذَا جَوَّزْنَا التَّحْكِيمَ فِي غَيْرِ الْأَمْوَالِ، فَإِذَا خَطَبَ رَجُلٌ امْرَأَةً وَحَكَمَا رَجُلًا فِي التَّزْوِيجِ، كَانَ لَهُ أَنْ يَزُوجَ، قَالَ الرَّوْيَانِيُّ: وَهَذَا هُوَ الْأَصْحَ، وَاخْتِيَارَ الْأُسْتَاذِ أَبِي إِسْحَاقَ وَأَبِي طَاهِرِ الزِّيَادِيِّ، وَغَيْرَهُمَا مِنَ الْمَشَايخِ، وَإِنَّمَا يَجُوزُ فِيهِ التَّحْكِيمُ، إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلِيٌّ خَاصٌّ مِنْ نَسَبٍ أَوْ مُعْتَقٌ، وَشَرَطَ فِي بَعْضِ الشُّرُوحِ الْأَنَّ يَكُونُ هُنَاكَ حَاكِمٌ.

وَحَكَى صَاحِبُ «الْعُدَّة».

الْقَاضِي أَبُو الْمَكَارِمِ الطَّبْرِيُّ ابْنَ أُخْتِ الرَّوْيَانِيِّ وَجْهَيْنِ فِي اشْتِرَاطِهِ، وَلِيَكُنْ هَذَا مَبْنِيًّا عَلَى الطَّرِيقَةِ الْفَارِقَةِ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ فِي الْبَلَدِ حَاكِمًا أَوْ لَا يَكُونُ، وَإِذَا رُفِعَ حُكْمُ الْمَحْكَمِ إِلَى الْقَاضِي، لَمْ يَنْقُضْهُ إِلَّا بِمَا يَنْقُضُ قَضَاءَ غَيْرِهِ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَهُ نَقْضُهُ إِذَا لَمْ يُوَافِقْ رَأْيَهُ، بِخِلَافِ قَضَاءِ الْقَاضِي وَقَوْلِهِ فِي الْكِتَابِ «وَفِي النِّكَاحِ خِلَافٌ مَرْتَبٌ» إِلَى آخِرِهِ، يَشِيرُ إِلَى الطَّرِيقَتَيْنِ الْمَذْكُورَتَيْنِ فِي أَنَّ الْخِلَافَ، هَلْ يَجْرِي فِي غَيْرِ الْأَمْوَالِ؟ وَوَجْهَ تَرْتِيبِ النِّكَاحِ عَلَى الْأَمْوَالِ أَنَّهُ أَمُّ خَطَرًا، وَأَجْدَرُ بِالِاحْتِيَاطِ، وَوَجْهَ تَرْتِيبِ الْعُقُوبَاتِ عَلَى النِّكَاحِ؛ أَنَّهُ يَسْعَى فِي دَفْعِهَا، وَلَا يُوسِعُ بَابَهَا.

وَقَوْلُهُ: «فَلَيْسَ لَهُ الْحَبْسُ» مَعْلَمٌ بِالْوَاوِ.

٢ وَقَوْلُهُ «وَاسْتِيفَاءُ الْعُقُوبَةِ»، أَرَادَ بِهِ أَنَّهُ وَإِنْ حَكَمَ بِشَيْءٍ مِنَ الْعُقُوبَاتِ كَالْقِصَاصِ وَحَدِّ الْقَذْفِ، فَإِنَّهُ لَا يَسْتَوْفِيهِ، قَالَ فِي «الْوَسِيطِ»: لِأَنَّ ذَلِكَ يَخْرُمُ أَبْهَةَ الْوَلَاةِ.

هَذَا شَرْحُ الْفَضْلِ الْأَوَّلِ الْمَعْقُودِ فِي التَّوَلِيَةِ وَنَخْتَمُهُ بِمَسَائِلٍ أُخْرَى تَعْلُقُ بِالتَّوَلِيَةِ.

يَجِبُ عَلَى الْإِمَامِ نَصْبُ الْقَاضِي فِي كُلِّ بَلَدَةٍ وَنَاحِيَةٍ عَرَفَ أَنَّهَا خَالِيَةٌ عَنِ الْقَاضِي؛ إِمَّا بِأَنْ يَبْعَثَ إِلَيْهِمْ قَاضِيًّا مِنْ عِنْدِهِ، أَوْ بِأَنْ يَخْتَارَ مِنْهُمْ مَنْ يَصِلِحُ لَذَلِكَ، ثُمَّ إِنْ عَرَفَ مِنْ حَالٍ مِنْ يَوْلِيهِ عِلْمًا وَعَدَالَةً، فَذَلِكَ، وَإِلَّا أَحْضَرَهُ وَجَمَعَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ؛ لِيَقِفَ عَلَى قَدْرِ عِلْمِهِ، وَيَسْأَلَ عَنْ سِيرَتِهِ جِيرَانَهُ وَخِلَطَاءَهُ، وَإِذَا وَلَّى مِنْ لَا يَعْرِفُ حَالَهُ، لَمْ تَتَعَدَّ التَّوَلِيَةُ، وَإِنْ عَرَفَ مِنْ بَعْدِ أَنَّهُ بِصِفَاتِ الْقَضَاةِ.

ويجوز أن يجعل الإمام نصب القاضي إلى والي الإقليم، وأمين البلدة، وإن لم يكن المجمعول إليه صالحاً للقضاء، لأنه سفير محض، وكذا لو فرض إلى رجل من عُرُض الناس اختيار قاض، وليس له أن يختار والدَهُ وولَدَهُ، كما لا يختار نفسه، ولو قال لأهل بَلَدَةٍ: اختاروا رجلاً منكم، وقلدوه القضاء؟ حكى القاضي ابن كج فيه وجهين.

أشبههما: الجواز، ولا بدّ في التولية من تعيين محلّ ولايته من بلدة أو قرية أو ناحية؛ ولا بدّ من تعيين المُوَلَّى، فلو قال وَلَيْتُ أَحَدَ هَذَيْنِ، أو من رغب في القضاء ببلدة كذا من علمائها، لم يجز، ولو قال: فوضت إلى فلان وفلان، فهذا نصب قاضين.

وفي كتاب «الأحكام السلطانية» للقاضي الماوردِيّ - رحمه الله - أن تولية القضاء تنعقد بما ينعقد به الوكالة، وهو المشافهة باللفظ، والمراسلة، والمكاتبة عند الغيبة، ويجيء في المراسلة والمكاتبة خلاف كما مرّ في الوكالة، وإن كان الظاهر ما ذكره، وفيه أن صريح اللفظ قوله: وليتك، واستخلفتك، واستنبتك، ولم يذكر التفويض بصيغة الأمر، بأن يقول: اقض بين الناس، أو احكم ببلدة كذا. وهو ملحق بالصريح كما في الوكالة، وفيه أن الكنايات اعتمدت عليك في القضاء، أو عولت عليك أو رَدَدْتَهُ إِلَيْكَ، أو فَوَّضْتُ، أو وَكَلْتُ، أو أَسْنَدْتُ، فينبغي أن يقترن بها ما يلحقها بالصريح، ولا يكاد يتضح فرق بين أن يقول: وليتك القضاء، وبين أن يقول: فوضته إليك<sup>(١)</sup> وفيه أن عند المشافهة يُعْتَبَرُ الْقَبُولُ عَلَى الْفُورِ، وفي المراسلة والمكاتبة: لا يُعْتَبَرُ الْفُورُ، كما سبق في الوكالة، خلاف في أنه هل يُشْتَرَطُ الْقَبُولُ؟ وذكرنا أنه إن كان شرطاً، فالأظهر أنه لا يُعْتَبَرُ فِيهِ الْفُورُ، فليكن كذلك ههنا.

ويجوز تعميم التولية وتخصيصها، إما في الأشخاص، بأن يوليه القضاء بين سُكَّانِ محله أو قبيلة أو في خصومات شخصين معينين، وكذا لو ولّاه القضاء بين من يرده في داره، أو مسجده من الخصوم، وإما في الحوادث، بأن يوليه في الأنكحة دون الأموال، أو في قدر معيّن من المال، وإما في طرف الحكم؛ بأن يوليه القضاء بالإقرار دون البيّنة، وإما في الأمكنة، وهو ظاهر، وإما في الأزمان؛ بأن يوليه سنة أو يوماً معيناً أو يوماً سماه من كل أسبوع، وذكر القاضي ابن كج وجهاً: أنه إذا قال: قُلْدْتُكَ سَنَةً، بَطَلَتْ التَّوَلِيَّةُ، كما في الإمامة، والظاهر الأول تشبيهاً بالوكالة، ولو كان كالإمامة، لما جاز سائر التخصيصات.

ومن ولى القضاء مطلقاً، استفاد بالتولية المطلقَةَ سَمَاعَ الْبَيْتَةِ والتحليف، وفصل

(١) قال النووي: الفرق واضح فإن قوله: وليتك متعين لجعله قاضياً، وفوضت إليك محتمل أن يراد توكيله في نصب قاض.

الخصومات بحكم باتٍ أو يصلح عن تراضٍ، واستيفاء الحقوق، والحبس عند الحاجة، والتعزير وإقامة الحدود، وتزويج اللواتي ليس لهن وليٌّ خاصٌّ، والولاية في مال الصغار والمجانين والسفهاء، والنظر في الضُوال، وفي الوقوف حفظاً للأصول، وأيضاً إيصالاً للغلات إلى مصارفها بالفحص عن حال المتولّي، إذا كان لها متولّي، وبالقيام به، إذا لم يمكن، قال القاضي الماوردّي: ويعمم في الوقوف العامة والخاصة؛ لأن الخاصة تنتهي إلى العموم أيضاً، والنظر في الوصايا، وتعيين المصروف إليه، إذا كانت الوصية لجهة عامة، بالقيام بها، إن لم يكن وصيٌّ، وبالفحص عن حاله، إن كان، والنظر في الطرق، والتعدي فيها بالأبنية، وإشراع ما لا يجوز إشراعه من الأجنحة، قال القاضي أبو سعد الهروي: ونصب المفتين المُحتسين وأخذ الزكوات.

وفصل الماوردّي أمر الزكوات؛ فقال: إن أقام الإمام لها ناظراً، أخرجت من عموم ولاية القاضي، وإلا، فوجهان، ويشبه أن يطرد هذا التفصيل في المحتسين، وكذلك القول في إمامة صلاة الجمعة والعيدين، ويقرب من هذه الأمور نصب الأئمة في المساجد، وليس للقاضي جباية الخراج والجزية بالتولية المطلقة في أظهر الوجهين.

قَالَ الْعَرَّالِيُّ: الْفَضْلُ الثَّانِي فِي الْعَزْلِ: وَفِيهِ مَسَائِلُ: الْأَوْلَى: أَنَّ طَرِيْقَانِ الْجُنُونِ وَالْعَمَى وَالنَّسْيَانِ يُوجِبُ الْأَنْعِزَالَ، وَكَذَا طَرِيْقَانِ الْفِسْقِ عَلَى الْأَظْهَرِ، وَلَوْ جُنُّ ثُمَّ أَفَاقَ عَادَتْ وَلايَتُهُ عَلَى أَضْعَفِ الْوَجْهَيْنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِي عَزْلِ الْقَاضِي وَانْعِزَالِهِ مَسَائِلُ:

إحداها: إذ جُنُّ أو أُعْمِيَ عليه أو عمي أو خرس أو خرج عن أهلية الضبط والاجتهاد بغفلة أو نسيان لم ينفذ حكمه في هذه الأحوال<sup>(١)</sup>، وكذا لو فسق في أصح الوجهين، بخلاف الإمام الأعظم إذا فسق، لما في إبطال ولايته من اضطراب الأمور وحدث الفتن.

وإذا طرأت هذه الأحوال وزالت، ففي عود ولاية القاضي وجهان، قد ذكرناهما في باب الوصاية.

(١) يستثنى من طرو العمى ما إذا سمع البينة وهو بصير، وقبل البينة واستوفى الشروط ولم يبق إلا قوله حكمت، ولم يحتج الحكم إلى إشارته فإنه ينفذ حكمه على الأصح في تلك الواقعة كما ذكره المصنف في الباب الثالث في مستند علم الشاهد.

وقال الشيخ البلقيني: ويصير العمى مانعاً من الحكم فيما يحتاج إلى الإبصار إلا أنه يحصل به العزل مطلقاً كالفسق وفيما ذكر أي وهو الصورة المذكورة لا يحتاج إلى الإبصار ينفذ حكمه فيه لبقاء ولايته وعدم المانع من نفاذ الحكم، انتهى.

وقول الشيخ المصنف لم ينفذ حكمه أي لانعزاله على الصحيح.



وأصحهما: أنها لا تعود إلا بتولية مستأنفة، وبالثاني أجاب صاحب «التلخيص» تخريجاً من قول الشافعي - رضي الله عنه - في أهل البغي؛ لأنهم لا يقاتلون حتى يناظرُوا وَيُسألُوا ماذا يَتَقَمُونَ؟ فقد يَسألون عزل عامل يذكرون جُوزة، فلو كان العامل ينعزل بالجور، لقال: يَدْعُونَ انعزاله بالجور، ولم يقل يَسألون عزله، إلا أنه لم يطرد جوابه في صورة الردة، وسلم أنه إذا تاب بعد الردة، احتاج إلى عقد جديد.

قال الشيخ أبو زيد: والقياس: التسوية، وفي «أمالي أبي الفرج السرخسي»: القطع بأنه إذا زال الإغماء، عادت الولاية، بخلاف الجنون، ولو أخبر الإمام بموت القاضي أو فسقه، فولى قاضياً، ثم بان خلافه، لم يقدح ذلك في تولية الثاني.

وقوله في الكتاب «يوجب الانعزال» أراد بالانعزال بطلان الحكم والنظر في الحال، لا البطلان الكلي؛ إذ لو أراد البطلان الكلي، لم يحسن ذكر الوجهين بعد ذلك في عود الولاية.

ومسألة عود الولاية بعد الإفاقة من الجنون، قد ذكرناها مرة في باب الوصاية، وكذا مسألة طريان الفسق، إلا أنه لم يذكر الخلاف هناك، واقتصر على الجواب الأصح، ولفظ الانعزال في ذلك الباب أيضاً محمول على ما ذكرناه، والله أعلم.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: الثَّانِيَّةُ: يَجُوزُ الْعَزْلُ عِنْدَ ظُهُورِ خَلَلٍ، وَيَجُوزُ بِمَنْ هُوَ أَفْضَلُ مِنْ غَيْرِ خَلَلٍ، وَبِمِثْلِهِ وَمَنْ دُونَهُ لَا يَجُوزُ إِلَّا لِمَصْلَحَةٍ لَكِنْ إِنْ فَعَلَ نَفَذَ لِلْمَصْلَحَةِ وَطَاعَةِ السُّلْطَانِ، وَهَلْ يَقِفُ الْانْعِزَالُ عَلَى بُلُوغِ الْخَبَرِ؟ قِيلَ: هُوَ كَالْوَكِيلِ، وَقِيلَ: يَفْطَعُ بِأَنَّهُ لَا يَنْعَزِلُ لِلضَّرَرِ، وَلَوْ قَالَ: إِذَا قَرَأْتَ كِتَابِي فَأَنْتَ مَعزُولٌ أَنْعَزَلْ إِذَا قُرِئَ عَلَيْهِ، وَلَا يَنْعَزِلُ قَبْلَ الْقِرَاءَةِ، وَيَنْعَزِلُ بِأَنْعِزَالِهِ كُلُّ مَأذُونٍ فِي شُغْلِ مَعِينٍ، وَفِي نَائِبِهِ فِي كُلِّ نَاحِيَةٍ خِلَافٌ، وَالْقَضَاءُ لَا يَنْعَزِلُونَ بِمَوْتِ الْإِمَامِ وَأَنْعِزَالِهِ لِلضَّرَرِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مقصود المسألة بيان أمور:

أحدها: أن العزل متى يجوز؟ فإن ظهر من القاضي خلل، فلإمام عزله، قال في «الوسيط»: ويكفي فيه غلبة الظن، وإن لم يظهر خلل، فإن لم يكن ثم من يصلح للقضاء، فلا يجوز عزله، ولو عزله، لم ينعزل، وإن كان هناك صالح آخر، فإن كان أفضل، جاز عزله به، وانعزل المفضول، وإن كان مثله، أو دونه، قال الإمام: يُنظَرُ؛ إن كان في العزل به مصلحة من تسكين فتنة ونحوه، فلإمام أن يعزله به، وإن لم يكن فيه مصلحة لم يجز عزله به، ولو فعله، هل ينفذ؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، لأنه لا خلل في الأول ولا مصلحة في عزله.

وأشبههما: نعم، للمصلحة وطاعة السلطان، وهذا هو المذكور في الكتاب واختيار الإمام.

ومهما كان العزل في محل النظر، واحتمل أن يكون فيه مصلحة، فلا اعتراض فيه على الإمام، ويُحكم بنفوذه، وفي بعض الشروح: ذكر وجهين في أن تولية قاض بعد قاض، هل يكون عزلاً للأول؟ وليكونا مبنيين على أنه، هل يجوز أن يكون في بلد قاضيان؟ وللقاضي أن يعزل نفسه كالوكيل، وفي الإقناع للماوردي: أنه إذا عزل نفسه، لم يُعزَلْ إلا بعلم من قلده.

والثاني: هل ينعزل القاضي قبل أن يبلغه خبر العزل؟ فيه طريقتان:

أحدهما: أنه على قولين، كالوكيل، وبهذا قال صاحب «التلخيص» والقاضي ابن كج.

وأصحهما: وبه قال أبو زيد: القطع بأنه لا ينعزل؛ لعظم الضرر في ردّ أفضيته<sup>(١)</sup> بعد العزل، وقبل بلوغ الخبر، ثم الخلاف فيما إذا عزله لفظاً أو كتب إليه: أني عزلتك، أو أنت معزول، فأما إذا كتب إليه: إذا أتاك كتابي هذا، فأنت معزول، فلا ينعزل قبل أن يأتيه الكتاب بحال، وإن كتب: إذا قرأت كتابي، فأنت معزول، فلا ينعزل قبل القراءة.

ثم إذا قرأ بنفسه، فذاك، وإن قرىء عليه، فوجهان:

أحدهما: لا ينعزل كصورة اللفظ.

وأصحهما: الانعزال، وهو المذكور في الكتاب<sup>(٢)</sup>، لأن غرض الإمام إعلامه

(١) قال الشيخ البلقيني في تصحيحه كلامه يقتضي أن يبلغه الخبر ينعزل وليس كذلك فالمتعين لا ينعزل وإن بلغه خبر عزله وغير المتعين إذا بلغه الخبر وله نواب لم يبلغهم خبر عزل أصلهم وكانوا ممن ينعزلون بعزله لا ينعزلون حتى يبلغهم خبر عزله وتبقى ولايته مستمرة حكماً وإن كان لا ينفذ حكمه ويستحق ما رتب على الولاية التي يحصل بها سد الوظيفة حتى يبلغ نوابه خبر عزله ولو انعكست المسألة بأن بلغ النائب خبر عزل أصله ولم يبلغ أصله ذلك فالقياس أن النائب لا ينعزل حتى يبلغ أصله خبر العزل وينفذ حكمه كما ينفذ حكم أصله ولم أر من تعرض لذلك، انتهى وهو فقه حسن.

(٢) قال الشيخ البلقيني في التصحيح أيضاً كلامه يقتضي أنه لا ينعزل حتى يتلفظ بلسانه بقراءته بحيث يسمع نفسه حتى يسمي قرأه وليس كذلك بل إذا تأمله وعرف ما فيه وإن لم يقرأه بلسانه فإنه ينعزل وإنما قلنا ذلك لأن القراءة في كتب الرسائل لها عرف خاص في قراءتها وهو النظر مع معرفة ما في الكتاب فيقال في العرف قرأ الكتاب بمجرد تأمله للعارف، وذلك يقتضي الانعزال.

قال الشيخ: ولم أر من تعرض لذلك وهو من النفاثس هذا ما كتبه أولاً ثم وجدت في النهاية في الطلاق لم يختلف علماؤنا أنها إذا طالعت وفهمت ما فيه أن تبع الطلاق وإن لم يتلفظ بشيء لحمدت الله تعالى على موافقة ما اتفقوا عليه وقد حكى الرافعي ذلك في الطلاق عن الإمام =

صورة الحال لا قِرَاءَتُهُ بنفسه، ففي مثله في الطلاق، الأظهر ألا يقع الطلاق؛ لأن الطلاق قد يعلق على قرائتها خاصة فيتبع اللفظ، ولو كان أمياً؛ تفریباً على جوازه، فقرأه عليه، فالحكم بالانعزال أولى، والظاهر في مثله من مسألة الطلاق الوقوع.

والثالث: فيمن يعزل بموت القاضي وانعزاله وينعزل به كل مأذون له في شغل معين؛ كبيع على ميت أو غائب، وسماع شهادة في حادثة معينة، وأما من استخلفه في القضاء، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: يعزل كالوكيل بموت الموكل، وهذا ما أورده القاضي الرؤياني.

والثاني: المنع رعاية لمصلحة الناس.

وأظهرها: أنه يعزل، إن لم يكن القاضي مأذوناً في الاستخلاف لأن الاستخلاف في هذه الحالة، إنما يجوز لحاجته إلى من يعاونه في العمل، فإذا زالت ولايته بطلت المعاونة، وإن كان مأذوناً في الاستخلاف، فيُنظر؛ إن قال: استخلف عني، فاستخلف عنه، لم يعزل خليفته، لأنه مأذون من جهة الإمام، وكان الأول سفيراً في التولية، وإن قال: استخلف عن نفسك، أو أطلق، فينعزل؛ لظهور غرض المعاونة وبطلان المعاونة وبطلان ولايته.

ولو نصب الإمام نفسه نائباً عنه، فقد ذكر الشيخ أبو الفرج السرخسي: أنه لا يعزل بموت القاضي وانعزاله؛ لأنه مأذون من جهة الإمام، ويجوز أن يُقال: إذا كان الإذن مقيداً بالنيابة، ولم يبق الأصل، لا يبقى النائب، ويتخرج على هذا الخلاف والتفصيل؛ أن القاضي هل له أن يعزل الخليفة.

القوام على الأيتام والأوقاف جعلهم صاحب الكتاب في «الوسيط» في معنى الخلفاء، والمشهور أنهم لا يعزلون بموت القاضي وانعزاله من غير خلاف. كيلاً تختل أبواب المصالح، وصار سبيلهم سبيل المتولين المنصوبين من قبل الواقفين<sup>(١)</sup>.

= والمصنف في الروضة تبعاً له ولم أكن مستحضراً لذلك حين كتابتي هذا في القاضي، وإذا كان هذا في الزوجة مع أن مراعاة حقائق الألفاظ في تعليق الطلاق معتبرة، ففي القاضي أولى، انتهى.

(١) قال في القوت: ما يستفيد القاضي بالولاية من الأوقاف على ضربين: أحدهما: أن يؤول إليه لكون الواقف لم يشترط لوقفه ناظراً أو ينقرض من شرط له بالنظر أو يخرج عن الأهلية.

والثاني: أن يقول الواقف في شرطه والنظر فيه لحاكم المسلمين ببلد كذا ونحو هذا فهل حكم من منصبه القاضي في الضربين واحد حتى لا يعزل بموته وانعزاله على ما جزم به المصنف أو أن المراد الضرب الأول فقط أم الضرب الثاني، وله يعزل المنسوب فيه من جهة المعزول ويعود النظر فيه إلى القاضي الجديد. الظاهر انعزاله قطعاً لأنه آك إلى القاضي الجديد بشرط الواقف كما =

والقضاة والولاة لا ينزلون بموت الإمام الأعظم وانعزاله، لشدة الضرر؛ في تعطيل الحوادث إلى أن يُنصَّب إمام، وتُنصَّب قضاة والله أعلم.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: **الثالثة:** لَوْ قَالَ بَعْدَ الْعَزْلِ: قَضَيْتُ بِكَذَا لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ إِلَّا بِحُجَّةٍ، وَلَوْ شَهِدَ مَعَ عَدْلٍ أَنَّ هَذَا قَضَى بِهِ قَاضٍ وَلَمْ يَذْكُرْ نَفْسَهُ فَوَجْهَانِ، وَقَبِلَ الْعَزَلِيُّ قَوْلَهُ بِغَيْرِ حُجَّةٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا قال القاضي بعد العزل: كُنْتُ حَكَمْتُ لفلان بكذا، لم يُقْبَلْ؛ لأنه لا يملك الحكم حينئذٍ، فلا يقبل إقراره به، وإنما يثبت حكمه بالبينة<sup>(١)</sup>، فإن شهد مع آخر على أنه حكم به، ففي قبول شهادته وجهان: أحدهما: وبه قال الإصطخري: أنها تُقْبَلُ، لأنه لا يُجْرِي بِشهادته نفعاً إلى نفسه، ولا يدفع ضرراً.

والثاني: لا يُقْبَلُ؛ لأنه يشهد على فعل نفسه<sup>(٢)</sup> وهذا أصح باتفاق الأصحاب.

كما إذا شهدت المرضعة على فعل نفسها؛ فقالت: أرضعتها، ففي قبول شهادتها وجهان المذكوران في «الرِّضَاع» واختلفوا في الراجح منهما؛ فمن رجح الوجه الذاهب إلى عَدَمِ القبول هناك؛ استوى البابان عنده، وَمَنْ رَجَّحَ القبول؛ فرق بأنَّ فَعَلَ الحاكم مقصود، وفعل المرضعة لا اعتبار به، وإنما المعتبر وصول اللبن إلى الجوف، وبأن شهادته على حكمه يتضمن تزكية نفسه؛ لأن الحاكم لا بدَّ وأن يكون عَدْلًا، والمرضعة بخلافه، وإن قلنا: بالأصح، فلو شهد المعزول مع غيره أن حاكماً جائز الحكم حَكَمَ بكذا، ولم يضيف إلى نفسه فوجهان:

= لو شرطه لزيد ثم لعمره فنصب زيد لنفسه نائباً فيه ثم مات زيد فإنه ينزل نائبه لا محالة ويصير النظر لعمره بالشرط، انتهى. وهذا موضع مهم ثم رأيت كلام الشيخ البلقيني في ذلك فقال: ويستثنى من ذلك ما إذا شرط الواقف النظر لقاضي البلدة فلأن ما قام عنه ناظراً ثم مات القاضي فإنه ينزل الناظر الذي أقامه من جهته لأنه ليس نظره بوصف القضاء مطلقاً بل بوصف القضاء بقيد تعيينه، فإذا زال عنه القضاء بعزل وانعزال أو بموت انعزل نائبه لأنه ليس نائب نظر قضاء صرف وصار نائب النظر المعين ينزل بانعزاله. انتهى، وهذا ضرب غير الضريين الأولين من جهة تعيينه.

(١) قال الشيخ البلقيني: يستثنى منه ما إذا انعزل بالعمى فإنه يقبل قوله بعد عماه حكمت بكذا لأنه إنما انعزل بالعمى فيما يحتاج إلى الإبصار، وقوله: حكمت بكذا لا يحتاج إلى إِبْصَارٍ فيقبل قوله فيه لِبْقَاءِ ولايته فيه، قال: ولم أرَ من تعرض لذلك وهو فقه دقيق وبالقبول حقيق وهو مستمد من إنشاء الحكم بعد العمى. انتهى وهو في غاية التحقيق.

(٢) سقط من: ز.

**أقربهما: القبول، كما لو شَهِدَتِ الْمَرْضِعَةُ عَلَى رِضَاعٍ مُحْرَمٍ، وَلَمْ تَذَكَرْ فِعْلَهَا.**

ووجهُ المَنع: أنه قد يريد نَفْسَه، فلا بدَّ من البيان؛ ليزول الالتباس، والوجهان يَتَفَرَّعان على أنه إذا قامت البَيِّنَةُ على حَكْمَةِ حاكمٍ من الحُكَّام، يُقْبَلُ ولا حاجة إلى التعيين، وهو المشهور، وأشار بعضهم إلى وجه آخر، فعَلَى ذلك الوجه لا تُقْبَلُ شهادة واحدٍ منهما، ثم يجوز أن يُقالَ الوجهان فيما إذا لم يَعْلَمِ القاضِي أنه يشهد على نفسه، أما إذا علمه، فلا فرق بين المطلق والمضاف.

ويجوز أن يعكس، ويقال: الوجهان فيما إذا علم أنه يشهد على حكم نفسه، أما إذا لم يعلم، فيُقْبَلُ لا محالة؛ لجواز أنه يريد حكم غيره، وعلى هذا الاحتمال، فلو شهد المعزول على أن حاكماً حكم به، وشهد الذي معه أن المعزول قد حكم به، وجب أن نقبل؛ لأننا لا نعتني على هذا التقدير إلا بأن نصحح الصيغة<sup>(١)</sup>، ولا يشهد على فعل نفسه، ولو أن المعزول شهد على أنه ملك فلان، أو على أن فلاناً أقر في مجلس حكمي بكذا، قُبِلَتْ شهادته؛ أنه لم يشهد على حكمه.

وقول القاضي في غير محلِّ ولايته: حكمتُ لفلانٍ، بكذا، كقول المعزول، وأما قبل العزل؛ فإذا قال: حَكَمْتُ بكذا؛ يُقْبَلُ، لقدرته على الإنشاء في الحال، حتى لو قال على سبيل الحكم: نَسَاءَ هذه القرية طوالق من أزواجهن، يُقْبَلُ ولا حاجة إلى حجة<sup>(٢)</sup>

(١) قال النووي: الاحتمال الأول هو الصحيح.

(٢) قال في القوت ما ذكره من قبول قوله في دوام ولايته حكمت بكذا بلا حجة ظاهر في القاضي الكامل المجتهد، وأما المقلد ففي قبوله منه وقفة إلا أن يكون مجتهداً في مذهب إمامه ولا ريب عندهم في عدم قبوله من الجاهل والفاسق الذي ينفذ قضاؤه للضرورة، أما الفاسق فواضح، وأما الجاهل فقد يظن ما ليس بحكم ملزم حكماً وقد استخرت الله تعالى وأفتيت فيمن سأل من قضاة العصر عن مستند قضاة فلم يذكر شيئاً أنه يلزمه بيان ذلك لأنه قد يظن ما ليس بمستند مستنداً كما هو كبير أو غالب وفيما ذكره القبول وإن منعنا القضاء بالعلم نظر إذ علة العلم من القبول موجودة هنا وقول الرافعي حتى لو قال على سبيل الحكم إلى آخره يشبه أن يكون محله في قرية قليل عدد أهلها، أما لو كانوا غير محصورين لسعة البلدة أو في مصر كدمشق وبغداد فلا للقطع ببطان قوله ومجازفته، انتهى.

وقال في الخادم بعد ذكره كلام الرافعي ولا يخفى أن الكلام في القاضي الكامل، أما الفاسق والجاهل فالمتجه القطع بإيجاب البيان، وساق ما ذكره صاحب القوت وزاد فقال: هذا إذا لم يسأل فإن سأل المحكوم عليه عن السبب فعزم صاحب الحاوي وتبعه الروياني بأنه يلزمه بيانه إذا كان قد حكم بنكوله وعين الطالب لأنه يقدر على دفعه بالبينة باليد قالاً: ولا يلزم إذا كان قد حكم بالإقرار أو بالبينة بحق في الذمة وخرج من هذا تخصيص قول الأصحاب إن الحاكم لا يسأل عن مستنده أي سؤال اعتراض، أما سؤال من يطلب الدفع عن نفسه فيتعين على الحاكم =

ويجوز أن يُعْلَمَ قوله في الكتاب «لم يُقْبَلُ قَوْلُهُ إِلَّا بِحُجَّةٍ» بالألف: لأن عند أَحْمَدَ؛ يُقْبَلُ قوله بعد العزل، كما قُبِلَ الْعَزْلُ، وأن يُعْلَمَ قوله «وَقَبِلَ الْعَزْلُ يُقْبَلُ قوله بِغَيْرِ حُجَّةٍ» بالميم؛ لأن عن مالك أنه لا يُقْبَلُ إِلَّا بِحُجَّةٍ.

فَرُعَانَ: ذكرهما أبو سعد الهزوي في «شرح أدب القضاء» للشيخ أبي عاصم العبادي.

أحدهما: قال القاضي بعد العزل: المال الذي في يد هذا الأمين دفعته إليه لزيد أيام قَضَائِي، وقال الأمين: إنه لِعَمْرٍو، وما قبضته، منك، فالقول قول الأمين، وإن سلم القبض منه، فالقول قول القاضي.

الثاني: يجوز أن يكون الشاهدان على حكم القاضي هما اللذان شهدا عند القاضي، فَرْتَبَ، الْحَكْمَ عَلَى شهادتهما؛ لأنهما الآن يشهدان على فعل القاضي، وحكي أن الأستاذ أبا طاهر قال: على هَذَا تَفَقَّهْتُ، وأدركت القضاة والله أعلم.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: لَوْ أَدْعَى عَلَى مَعزُولٍ رَشْوَةَ أَحْضَرَهُ الْقَاضِي وَفَصَلَ الْخُصُومَةَ، وَكَذَا إِنْ قَالَ: أَخَذَ الْمَالَ مِنِّي بِشَهَادَةِ عَبْدَيْنِ، وَإِنْ لَمْ يَذْكُرِ الْأَخْذَ فَمِنِّي سَمَاعِ الدَّعْوَى وَجِهَانِ إِذْ فِي وَجُوبِ الْعَزْمِ عَلَى الْقَاضِي خِلَافٌ إِذَا لَمْ يَأْخُذْ، وَلَوْ نَائِبِ الْمَعزُولِ: أَخَذْتُ هَذَا الْمَالَ أُجْرَةَ عَمَلِي لَمْ يُقْبَلْ وَإِنْ صَدَّقَهُ الْمَعزُولُ إِلَّا بِحُجَّةٍ، وَهَلْ يَكْفِيهِ يَمِينُهُ فِي مِقْدَارِ أُجْرَةِ الْمِثْلِ فِيهِ وَجِهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: ليس على القاضي تتبع أحكام من قبله من القضاة، اكتفاءً بأن الظاهر منها السداد؛ لعلمهم وعدالتهم، وفي جواز تتبعها وجهان مذكوران في «المهذب» اختيار الشيخ أبي حامد، منها - الجواز؛ احتياطاً، وإذا جاءه متظلم من القاضي المعزول، وطلب منه إحضاره، لم يتسارع إلى إجابته، فإنه قد يقصد ابتذاله، بل يسأله عما يريد فيه فإن ذكر أنه يدعي عليه عيناً وديناً على معاملة، أو إتلافاً، أو غصباً، أحضره، وفصل الخصومة بينهما، كما يفصل بين سائر الناس، ولو قال: أخذت مني كذا، على سبيل الرشوة المحرمة، أو أخذت مني بشهادة عبدین أو غيرهما، ممن لا يُقْبَلُ شهادته، ودفعه إلى فلان، فكذلك الجواب؛ لأن هذا الأخذ كالغصب<sup>(١)</sup>، وفلان الذي يدعي الدَّفْعَ

= الإبداء ليجر المحكوم عليه التخلص ثم قال في الخادم أيضاً هذا إذا لم يكن حكمه نقضاً لحكم غيره، فإن كان فالظاهر أنه لا يقبل حتى يبين السبب ويحتمل قبوله مطلقاً إذا كان الثاني غير متهم والأول فيه ريبة.

(١) قال الشيخ البلقيني في تصحيحه: ظاهره بغير إحضار القاضي المعزول وليس كذلك بل للمعزول =

إليه، إن قال: أخذته بحكم المعزول لي، لم يُقْبَلْ قوله، ولا قول المعزول له بل يحتاج إلى بينة تشهد على حكم المعزول له أيام قضاته، فإن لم تكن بينة، انتزع المال منه، وإن اقتصر على أنه لي، ولم يتعرض للأخذ من المدعي، ولا لحكم المعزول، فالقول قوله مع يمينه.

ولو أن المتظلم لم يتعرض للأخذ، ولكن قال حُكِمَ عَلَيَّ بشهادة عَبدَيْنِ، ومن في معناهما، فكلام مُعْظَم الأئمة يخالف ما في الكتاب، قال المُعْظَم: في إحضاره وجهان: أحدهما: يحضره؛ ليجيب عن دعواه، كما لو طلب إحضار غيره.

والثاني: أنه لا يحضره إلا ببينة تقوم على ما يدعيه، أو على إقرار المعزول بما يدعيه؛ لأنه كان أمين الشرع، والظاهر أن أحكامه على الصواب، فيكتفي بهذا الظاهر، إلى أن تقوم الحجّة على خلافه، وهذا أصح عند صاحب «التهذيب» والأول أصح عند القاضي الرُوياني وغيره.

وإذا قلنا بالثاني، فليس ذلك على معنى أن البينة تُقَام في غيبته، ويكتفي بها، ولكن الغرض أن يكون إحضاره عن بَيِّنَةٍ، فيُحْضِر المدعي الشهود، ليعرف القاضي منهم أن لدعواه حجةً وحقبةً، ثم إذا حضر المعزول ادّعى المدعي، وشهد الشهود في وجهه على المعهود، وإذا حضر بعد البينة، أو دونها وأقر، طُولِبَ بمقتضاه. وإن أنكر صدق، وكيف يُصدّق؟ بيمين، أو بغير يمين؟ فيه وجهان:

أحدهما: بيمين، وهو اختيار العراقيين والقاضي الرُوياني، كالمودع وسائر الأئمة، إذا ادّعيَتْ عليهم خيانة.

والثاني: بغير يمين، وبه قال الإصطخري، وصاحب «التلخيص»، لأنه كان أمين الشرع؛ فيصان منصبه عن التحليف والابتدال بالمنازعات الباطلة، وهذا أحسن، وأصح عند الشيخ أبي عاصم، وصاحب «التهذيب»، وبه قال صاحب «التقريب» والقاضي الماوردي ولا فرق في ذلك بين أن يدعي عليه الحكم في مال أو دم حتى إذا ادّعى عليه؛ أنه قتل أباه ظلماً بالحكم جرى الخلاف في أن إحضاره؛ هل يتوقف على البينة وفي أنه هل يحلف إذا حضر وأنكر؟ فهذا ما ذكره، وهم متفقون على أن الدعوى مسموعة في الجملة وعلى أن بينة المدعي محكوم بها، وأما صاحب الكتاب، فإنه

= أن يرسل وكيله ولا يحضر وقد ذكر ذلك صاحب المطلب جازماً به وهو واضح لا توقف فيه لأن في إحضار المعزول من الأئمة ما لا يستحقه المدعي بمجرد دعواه، وقول الشيخ بشهادة عبيد، قال الشيخ البلقيني: أي وهو عالم بأنهما عبدان، ومن عقيدته أنه لا يحكم بشهادة العبيد، وقول المصنف أيضاً ودفعه إلى فلان أي الذي قامت له شهادة العبيد أو غيرها ممن لا يقبل شهادته.

نصب الخلاف في سماع أصل الدَّعْوَى، وقال: إنه مَبْنِيٌّ عَلَى الخلاف في أن الحكم بشهادة العَبْدَيْنِ، ومن في معناهما؛ هل يقتضي غُرْمًا؟.

وهذا الخلاف غير معروف، نعم، إذا كان المحكوم به قطعاً، أو قتلاً. فعن الإِصْطَخْرِيِّ: أن القَاضِيَّ، إنما يضمن إذا استوفى بنفسه، أو أمر به من استوفاه، أما إذا استوفاه الوليُّ بإذن القاضي، فلا ضمان على القاضي، وخالفه الأكثرون، وقالوا: لا فرق؛ فإن القاضي هو الذي سلَّطَ الوليُّ، فيمكن أن يجيء هذا الخلاف في الأموال، والقول في أن القَاضِيَّ كَيْفَ يغرَم؟ يُسْطَطُ في موضعه إن شاء الله تعالى - والدعوى على نائب المعزول في القضاء كاللِدَعْوَى على المعزول.

وأما أمانؤه الذين يجوز لهم الأجره، فلو حُوسِبَ بغَضْهِمْ، فبَقِيَ عليه شيءٌ، فقال: أخذتُ هذا المال أجره عَمَلِي، فصدقه المعزول، لم ينفعه تصديقه، لكن يُسْتَرَدُّ منه ما يزيد على أجره المثل، وهل يُصَدَّقُ بيمينه في أجره المثل؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، بل عليه البينة على جريان ذِكْرِ الأجره.

والثاني: نعم؛ لأن الظاهر أنه لا يعمل مجاناً، قال الإمام: والخلاف مني على أن من عمل لغيره، ولم يجر ذكر أجره، هل يستحقُّ أجره المثل<sup>(١)</sup>.

وقد تبيَّن بما ذكرنا أن قوله «ولو قال نائب المعزول» ليس المراد نائِبُهُ في القضاء، فإن القاضي لا يأخذ أجره، وإنما المراد الأمانة.

وقوله «لم يُقْبَلْ»، وإن صدَّقه المعزول إلا بحجة» ظَاهِرُهُ يقتضي قبول الحجة على الإطلاق. ومعلوم أن الزيادة على أجره المثل، لا تُقْبَلُ فيها الحجة بحال، وأما قدر أجره المثل، فيحتاج فيه إلى حجة أم يكفي اليمين؟ فيه الوجهان، هذا حكم الدعوى على المعزول.

وأما الولي فإن ادعى عليه مدَّع بما لا يتعلَّق بالحكم، حكم بينهما خليفة أو قاضٍ آخر، وإن ادعى ظلماً في الحكم، وأراد تغريمه لم يُمَكَّنْ، ولم يحلف القاضي، ولا تغني إلا البينة، وكذا لو ادعى على الشاهد: أنه شهد بالزور، وأراد تغريمه؛ لأنهما

(١) لم يفصح الشيخ بترجيح وقضية البناء عدم الاستحقاق.

قال الأذري: وهذا البناء نقله ابن شداد عن بعض الأصحاب بعد قوله إن الوجهين في استحقاقه أجره المثل كالوجهين فيما إذا ادعى راكب الدابة إعارتها والمالك إيجارها، فإن قلنا له الأجره فلأمين أجره مثله وإلا فلا.

وقال الماوردي والرويانى أنهما مأخوذان من ذينك القولين وقضية التشبيه والأخذ بترجيح الاستحقاق بخلاف قضية البناء المذكورة والتشبيه أقرب من البناء.



أمينان شرعاً، ولو فُتِحَ بابُ تحليفهما، لاشتد الأمر، ورغب القضاة عن القضاء، والشهود عن أداء الشهادة<sup>(١)</sup>.

وكذا الحكم لو قال للقاضي: قد عزلت، فأنكر، وعن الشيخ أبي حامد أن قياس المذهب التحليف في جميع ذلك، كسائر الأماناء إذا ادعت عليهم خيانة. والله أعلم.

### البَابُ الثَّانِي فِي جَامِعِ آدَابِ الْقَضَاءِ، وَفِيهِ فُصُولٌ

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الْفَضْلُ الْأَوَّلُ فِي آدَابِ مُتَفَرِّقَةٍ: وَهِيَ عَشْرَةٌ آدَابِ: الْأَدَبُ الْأَوَّلُ: أَنْ يُشِيعَ الْوِلَايَةَ قَبْلَ قُدُومِهِ، فَإِنْ قَدِمَ مِنْ غَيْرِ إِشَاعَةٍ وَلَا كِتَابٍ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ، فَإِنْ كَانَ مَعَهُ كِتَابٌ مِنْ غَيْرِ شَاهِدَيْنِ فَفِي لُزُومِ الطَّاعَةِ بِمَجْرَدِهِ وَجَهَانِ، وَحَيْثُ تَظَهَّرَ أَمَارَةُ التَّلْبِيسِ يَجُوزُ التَّوَقُّفُ لَا مَحَالَةَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لِيَكْتَبَ الْإِمَامُ كِتَابَ الْعَهْدِ لِمَنْ يُولِيهِ الْقَضَاءَ<sup>(٢)</sup>، كَمَا كَتَبَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ - لِعَمْرٍو بْنِ حَزْمٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - لَمَّا بَعَثَهُ إِلَى الْيَمَنِ<sup>(٣)</sup>، وَكَمَا كَتَبَ أَبُو بَكْرٍ لِأَنْسِ -

(١) قال في الخادم: المتبادر من كلامه أن المراد أن الدعوى على القاضي بالجور في الحكم صحيحه ويغرمه إذا كانت له بينة بما ادعاه لاحتمال أن ينكر فإن أنكر لم يحلف ويحتمل أن يكون مراده أنه لا تسمع عليه الدعوى بالجور ويستحضر بها إلا بعد إقامة البينة كما هو أحد الوجهين في المعزول ولا يحلف هنا إلا عند أبي حامد وزعم بعض المتأخرين أن قضية كلام الغزالي أن الدعوى على القاضي فاسدة وأن مقتضاه أنه لا تسمع البينة وهو صحيح لأنه نائب الشرع فقلوه أصدق من البينة، وفي كلام الرافي ما يقتضي سماع البينة كقلوه ولا يعني إلا البينة ووافق ابن الرفعة وليس بصحيح ويمكن أن يدل قوله ولا يعني إلا البينة على أن البينة تقام بالمحكوم به على مضادة الحكم الأول فينقض الحكم، انتهى. وهو حمل بعيد ياباه كلام الرافي وقد جزم في باب القسمة بأنه لو أقام بينة ظلم القاضي يعني في الحكم سمعت وصرح به غيره وأما ما نقله عن قضية كلام الغزالي فإنما ذكره بالنسبة إلى دعوى أنه حكم له بكذا وأنكر لا في الدعوى عليه بالجور وهما مسألتان معاً صرح القاضي شريح في أدب القضاء بالخلاف في سماع الدعوى حيث قال لو ادعى على القاضي أنه قضى بشهادة فساق قال بعض أصحابنا لا تسمع هذه الدعوى ولو أمر بإقامة البينة وقال بعضهم تسمع الدعوى، فعلى هذا لو أنكره القاضي قبل لا يحلف وقال أبو حامد إنه قضية توجيه الشافعي رضي الله عنه منع التحليف بأنه لو حلف لاشتد الأمر ورغبت القضاة عن القضاء وإلا ففساد الزمان موجب التوقف عن إجراء كلامهم على إطلاقه، انتهى ما أردته منه.

وقوله وزعم بعض المتأخرين يعني به الشيخ السبكي وجميع ما ذكره أخذه من كلام طويل للأذري في القوت وترك أشياء.

(٢) قال الأذري أي استجباً وكذلك القاضي الكبير لمن يوليه في أعماله الخارجة عن موضع إقامته.

(٣) تقدم في «الديات».

- رضي الله عنه - لما بعثه إلى «البحرين»<sup>(١)</sup> وعمرُ لابن مسعود - رضي الله عنه - لما بعثه قاضياً إلى الكوفة<sup>(٢)</sup>: ولْيَذْكُرْ فِيهِ مَا يَحْتَاجُ الْقَاضِي إِلَى الْقِيَامِ بِهِ، وَلِيَعِظُهُ فِيهِ، ثُمَّ إِذَا كَانَ يَبْعَثُ إِلَى بَلَدٍ آخَرَ، فَيَنْظُرُ، إِنْ كَانَ بَعِيداً لَا يَنْتَشِرُ الْخَبْرُ إِلَيْهِ، فَلْيَشْهَدْ شَاهِدَيْنِ عَلَى التَّوْلِيَةِ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي تَضَمَّنَهُ الْكِتَابُ، وَلِيَقْرَأْ الْإِمَامَ عَلَيْهِمَا، وَإِنْ قَرَأَ غَيْرَ الْإِمَامِ، فَالْأَحْوَطُ أَنْ يَنْظُرَ الشَّاهِدَانِ فِيهِ ثُمَّ يَخْرُجَ الشَّاهِدَانِ<sup>(٣)</sup> مَعَهُ فَيَخْبِرَانِ بِالْحَالِ هُنَاكَ.

قال الأئمة - رحمهم الله -: وليس ذلك على قواعد الشهادات إذ ليس هناك قاضٍ يؤدي عنده الشهادات، وإن كان البلد قريباً ينتشر الخبر إليه ويستفيض، فإن أشهد شاهدين يخرجان معه، كما ذكرنا، فذاك، وإلا، ففي الاكتفاء بالاستفاضة وجهان:

أحدهما: المنع، وبه قال أبو إسحاق، لأن التولية عقدٌ، والعقود لا تثبت بالاستفاضة، كالإجارة والوكالة.

وأظهرهما: الاكتفاء بهما، وبه، قال الإصطخريُّ إذ لم يُؤثِرْ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ - ﷺ -، وَلَا عَنِ الْخُلَفَاءِ بَعْدَهُ الْإِشْهَادُ، بَلْ كَانُوا يَقْنَعُونَ بِالِاشْتِهَارِ وَبِالِاسْتِفاضةِ، وَمِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ يَطْلُقُ الْوَجْهَيْنِ مِنْ غَيْرِ فَرْقٍ بَيْنَ أَنْ تَكُونَ الْبَلَدُ بَعِيداً أَوْ قَرِيباً، وَيَشْبَهُ أَلَّا يَكُونَ فِي هَذَا خِلَافٍ، وَلَكِنْ الْإِنْتِشَارُ وَالِاسْتِفاضةِ، إِنَّمَا يَحْصُلُ فِي مَدَّةٍ، وَتَخْتَلِفُ الْمَدَّةُ بِحَسَبِ قَرْبِ الْمَسَافَةِ وَبَعْدِهَا؛ فَمَنْ قَالَ: لَا بُدَّ فِي الْبَلَدِ الْبَعِيدَةِ مِنَ الْإِشْهَادِ، إِنَّمَا قَالَ؛ لِأَنَّ الْاسْتِفاضةَ لَا تَحْصُلُ بِهَا غَالِباً فِي مَدَّةٍ مَسِيرِ الْقَاضِي، وَمَنْ أَطْلَقَ، فَلأنَّهُ إِذَا تَأَخَّرَ مَسِيرُهُ لِعَارِضٍ حَتَّى حَصَلَتْ الْاسْتِفاضةُ، فَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْقَرْبِ وَالْبَعْدِ.

وَحَكَى فِي «الْوَسِيطِ» وَجْهَيْنِ فِي أَنْ مَجْرَدَ الْكِتَابِ مِنْ غَيْرِ اسْتِفاضةٍ وَلَا شَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ، فَهَلْ تَعْتَمِدُ عَلَيْهِ؟.

أحدهما: نعم، لبعد الجراءة في مثل ذلك على الإمام.

والثاني: لا، بل لا بدَّ من عدلين يخبران عن التولية، وهذا هو المفهوم من كلام عامة الأصحاب - رحمهم الله - وهو قياسٌ أضلنا في امتناع الاعتماد على الخط.

وقوله في الكتاب «من غير إشاعة ولا كتاب»، ظاهره يقتضي ألا يكفي قول عدلين، لكننا سنذكر أن الاعتماد في كتاب القاضي إلى القاضي على الشهود دون الكتاب، فليكن كذلك هنا.

(١) تقدم في الزكاة.

(٢) أخرجه البيهقي من طريق ابن عيينة عن عامر بن شقيق، أنه سمع أبا وائل يقول: إن عمر استعمل ابن مسعود على القضاء وبيت المال، وذكر القصة.

(٣) سقط في: ز.

وقوله فإن كان معه كتابٌ من غير شاهدين يتناول بإطلاقه ما إذا حصلت الاستفاضة، وفيها الوجهان المذكوران أولاً، وما إذا لم يخصل، وفيها الوجهان المنقولان عن «الوسيط».

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّانِي: أَنَّهُ كَمَا قُدِّمَ يُفْتَشُّ عَنِ الْمَحْبُوسِينَ فَيُطْلَقُ كُلُّ مَنْ حُبِسَ بِظُلْمٍ أَوْ فِي تَغْزِيرٍ، وَمَنْ أَقْرَبَ بِالْحَقِّ رُدًّا إِلَى الْحَبْسِ، وَمَنْ قَالَ: أَنَا مَظْلُومٌ أُطْلَقَ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، فَإِنْ حَضَرَ خَضْمُهُ فَلَيْسَتْ أَنْفِ الْخُصُومَةِ وَلَيَقِمُ الْحُجَّةَ عَلَى أَنَّ الْقَاضِي الْمَضْرُوفَ حَكَمَ عَلَيْهِ بِالْحَقِّ، وَإِنْ قَالَ الْمَحْبُوسُ: لَا أَذْرِي لِمَ حُبِسْتُ تُودِي عَلَيْهِ فِي طَلَبِ خَضْمِهِ فَإِنْ لَمْ يَحْضُرْ أُطْلَقَ، وَإِنْ ذَكَرَ خَضْمًا غَائِبًا وَزَعَمَ أَنَّهُ مَظْلُومٌ فَإِطْلَاقُهُ أَوْلَى، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يُطْلَقُ فَيَرْتَابُ وَلَا يَخْلَى وَلَا يُحْبَسُ إِلَى أَنْ يَحْضُرَ خَضْمُهُ، وَيَكْتَبُ إِلَى خَضْمِهِ لِيَجْعَلَ، فَإِنْ لَمْ يَجْعَلْ أُطْلَقَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا أَرَادَ الْقَاضِي الْخُرُوجَ إِلَى بَلَدٍ قَضَائِهِ، يَنْبَغِي أَنْ يُسْأَلَ عَنْ حَالٍ مِنْ فِيهِ مِنَ الْعُلَمَاءِ وَالْعُدُولِ، فَإِنْ لَمْ يَتَيَسَّرْ، سَأَلَ فِي الطَّرِيقِ حَتَّى يَدْخُلَ عَلَى عِلْمٍ بِحَالِ الْبَلَدِ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ مِنْ يُسْأَلُهُ، سَأَلَ حِينَ يَدْخُلُ، وَاسْتَحَبَّ أَنْ يَدْخُلَ يَوْمَ الْاِثْنَيْنِ<sup>(١)</sup>؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - دَخَلَ يَوْمَ الْاِثْنَيْنِ<sup>(٢)</sup>، وَأَنْ يَكُونَ عَلَيْهِ عِمَامَةٌ سُودَاءَ فَإِنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - دَخَلَ مَكَّةَ يَوْمَ الْفَتْحِ، وَعَلَيْهِ عِمَامَةٌ سُودَاءَ، وَأَنْ يَنْزَلَ فِي وَسْطِ الْبَلَدِ أَوْ النَّاحِيَةِ؛ كَيْلَا يَطُولَ الطَّرِيقَ عَلَى بَعْضِهِمْ.

وإذا دخل، فإن رأى أن يشتغل بقراءة كتاب العهد في الحال فعل، وإن رأى نزل في منزله، وأمر منادياً ينادي يوماً أو أكثر، أو أقل على حسب كبر البلد وصغرها، ألا إن فلاناً قدِمَ قاضياً، وأنه يخرج يوم كذا لقراءة العهد، فمن أحب فليحضر، فإذا اجتمعوا، قرأ عليهم العهد، وإن كان معه شهود شهدوا، ثم ينصرف إلى منزله.

ويستحضر الناس، فيسألهم عن الشهود، والمُزَكِّينَ سرّاً وعلانيةً، قال الأصحاب - رحمهم الله -: ويتسلّم ديوان الحكم، وهو ما كان عند الحاكم قبله من المحاضر والسجلات وحجج الأيتام والأوقاف، وحجج الناس المودوعة في الديوان؛ لأنها كانت في يد الأول بحكم الولاية، وقد انتقلت الولاية إليه، ثم إذا أراد النظر في الأمور، نظر أولاً في المحبوسين؛ لأن الحبس عذابٌ، فليُنظر؛ هل يَسْتَحِقُّونَ أم لا<sup>(٣)</sup>؟ ويأمر قبل أن

(١) قال النووي: قال الأصحاب: فإن تعسر يوم الاثنين فالخمس، وإلا فالسبت.

(٢) رواه البخاري عن عائشة في حديث الهجرة، وهو طويل.

(٣) قال الشيخ البلقيني في تصحيحه محله إذا لم يكن هناك أمر أهم من النظر في المحبوسين فإن كان =

يجلس للنظر في أمرهم منادياً ينادي يوماً، أو أكثر على حسب الحاجة، ألا إن القاضي ينظر في أمر المحبوسين يومَ كذا، فمن له محبوسٌ، فليخضُر، وليبعث إلى الحَبْسِ أميناً من أمنائه، ليكتب اسم كل محبوس، وما حَبِسَ به، ومَنْ حَبِسَ له في رُقْعَةٍ.

وفي «المجرد» للقاضي أبي الطيب أنه يبعث أمينين، وهو أحوط، فإذا جلس اليوم الموعود، وحضر الناس، وَضَعَتْ تِلْكَ الرَّقَاعُ بَيْنَ يَدَيْهِ ويخرجه، وهكذا فيأخذُ واحدةً واحدةً وينظر في الاسم المثبت فيها، ويسأل عن خَصْمِهِ، فمن قال: أنا خَصْمُهُ، بعث معه ثقة إلى الحَبْسِ؛ ليأخذُ بيده، ويخرجه هكذا، يحضر من المحبوسين بقدر ما يعرف أن المجلس يحتمل النظر في أمرهم، وفي «أمالي» أبي الفرج: أنه يقرع بينهم للبداية، وإذا جمع المحبوس وخصمه عنده سأل المحبوس عن سبب حبسه، والجواب يُفَوِّضُ على وجوه.

منها: أن يعترف بالحَبْسِ بالحق، فإذا كان ما حبس به مالا، أمر بأدائه، فإن قال: أنا مُعَسِّرٌ، فعلى ما ذكرنا في التفليس، ثم إذا لم يؤدِّ، ولم يَثْبُتِ الإِعْسَارُ، فَيُرَدُّ إلى الحَبْسِ، وإن أدى، أو أثبت الإِعْسَارَ، نودي عليه، فلعل له خصماً آخر في مال أو غيره، فإن لم يحضر أحدٌ، خُلِّيَ، وإن كان ما حبس به حداً، أقسم عليه، وخُلِّيَ على ما ذكرنا.

ومنها: أن يقول: شهدت على البينة، فحبسني القاضي؛ لبيحث عن حال الشهود، فللأصحاب - رحمهم الله - في جواز الحَبْسِ بهذا السبب اختلاف، يأتي من بعد، فإن قلنا: لا يُحْبَسُ به لم يردده إلى الحَبْسِ، وإن قلنا: يُحْبَسُ رده، ويبحث عن حال الشهود. ومنها: أن يقول: حَبِسْتُ بِخَمْرٍ، أو كلب أتلفته على ذمِّي، والقاضي لا يعتقد التخريم بذلك، فأصح القولين: أنه يمضيه. والثاني: يتوقف، ويسعى في اصطلاحهما على شيء.

ومنها: أن يقول: حَبِسْتُ ظُلْماً، فإن كان الخَصْمُ معه، فعلى الخَصْمِ الحُجَّةُ، والقول قول المَحْبُوسِ مع يمينه، وإن ذَكَرَ خَصْماً غائباً، فطريقان:

أحدهما: القطع بأنه يُطْلَقُ، لأن الحبس عذابٌ، وانتظارُ الغائبِ يطولُ.

وأظهرهما: أنه على وجهين، فإن قلنا: يُطْلَقُ فحسن أن يُؤَخَّذَ منه كفيل، وإن

= هناك أمر أهم من المحبوسين قدمه فمن ذلك المحاجير الجائعون الذين تحت نظره وما أشرف على الهلاك من الحيوانات في التركات وغيرها وما أشرف من الأوقاف وأملاك محاجير على السقوط بحيث تعين الفوز في تداركه ونحو ذلك.

(١) أي إذا كان الخصم غائباً فإن لم يفعل أطلق حينئذ.

قال الشيخ البلقيني: أطلق إحضار هذا الغائب ولو كان بمسافة القصر فما فوقها لقضية لم يتوجه =

قلنا: لا يُطَلَّقُ، فيكتب إلى خصمه في الحضور<sup>(١)</sup>، فإن لم يفعل، فحينئذ يُطَلَّقُ، وإن قال: لا خصم لي أصلاً، أو قال: لا أذري، لِمَ حُسِنْتُ، نودي عليه في طلب الخصم، فإن لم يحضر أحد، حلف، وأُطِيقَ؛ وإنما حلف ههنا ولم يحلف في الأجوبة السابقة؛ لأن هناك ظهر الخصم، وفصل الأمر، فدعوى أنه ليس له خصم آخر، لا تخالف الظاهر، وأما الحبس من غير خصم، فإنه خلاف الظاهر.

قال في «الوسيط»: وفي مدة المناداة لا يُحْبَسُ، ولا يُخَلَى بالكليّة، ولكن يُرْتَقَبُ، وحيث أُطِيقَ الذي ادّعى: أنه مَظْلُومٌ، فَهَلْ يُطَالَبُ بِكَفِيلٍ؟ فيه وجهان:

أظهرهما: لا.

وأما لفظ الكتاب، قوله «فَيُطَلَّقُ كُلُّ مَنْ حُجِسَ «بظلم» كان المراد فيه، إذا اعترف الخصم بأنه ظلمه، أو كان القاضي عالماً، وقلنا: إنه يقضي بعلمه، فأما إذا قال المَحْبُوسُ: أنا مظلوم، فهو مذكور من بعد. وقوله: «أو في تعزير» إطلاق من حبس تعزيراً، وقد ذكره ههنا، وفي «الوسيط» وسَكَتَ مُعْظَمُ الكُتُبِ عنه، ولعل وجه ما ذكره أن التعزير يتعلّق بنظر الحاكم الذي بانّت عنده الجنائية، ولا يُدْرَى أن الحاكم المضرووف، هل كان يديم حبسه لو لم يُضْرَفْ، لكن لو بانّت جنائية عند الثاني، ورأى إدامة حبسه، فالقياس الجواز.

وقوله: «ومن أقر بالحقّ رُدَّ إلى الحبس» أي: إذا اقتضاه الحال بأن لم يؤدّ ولم يثبت إعساراً. وقوله: «فإن حضر خصمه، فليستأنف الخصومة» بعد قوله: «أطلق على أحد الوجهين» تفريع على وجه الإطلاق، والمعنى؛ أنه يُطَلَّقُ، ثم إذا حضر خصمه مجلس الحكم، وادعى، فعليه إثبات الحق الذي يدعيه بينة تقوم على نفس الحقّ، أو على أن القاضي المضرووف، حكم عليه بذلك، وفي «أمالي» أبي الفرج: أنه يكفي لاستدامة الحبس قيام البيّنة، على أن القاضي المضرووف حبسه بحقّ على هذا المدّعي، وإن لم يبيّن جنس الدين وقدره.

وقوله فيما إذا ذكر خصماً غائباً، «فإطلاقه أولى» أشار بهذا الترتيب إلى الطريقتين

= عليه فيها طلب وتمطل عليه أحواله ويتفق فيها أمواله وقد اعترف المحبوس أن القاضي حبسه للمذكور وإجابته إلى إحضاره من العجائب أن يصير المطلوب المحبوس طالباً لمن له الحق عليه بمقتضى الظاهر من حبس القاضي المتصرف إلى آخر ما ذكره في تصحيحه على المنهاج وأجاب صاحبه الشيخ ولي الدين بن العراقي بأنه ليس المراد إلزامه بالحضور بل إعلامه بذلك ليلحق بحجته في إدامة حبس المحبوس إن كان له بذلك حجة.

وقال الأذرعى في القوت قوله فإن كان غائباً كتب إليه يحضر أي أو يوكل وقياس ما سلف أن يقال كتب إلى قاضي بلده لا إليه نفسه ويشبه أنه المراد أن لا يكتب القاضي إلى من لا يعرفه ولا إلى بعض من يعرفه والفرض إعلامه كيف اتفق ولو بإبلاغ عدل فيما أراه.

السابقين في الغائب. وقوله: «فإن قلنا: لا يُطَلَّقُ قَيْرَاقُبٌ ولا يَخْلَى، ولا يُخْبَسُ إلى أن يَخْضَرَ حَضْمُهُ» هذا لم يذكره في «الوسيط» ههنا، وإنما ذكره فيما إذا قال: لا أذري، لم حُبِسْتُ؟ على ما بيّناه والله أعلم.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَإِذَا فَرَّغَ مِنَ الْمَحْبُوسِينَ نَظَرَ فِي الْأَوْصِيَاءِ وَمَالِ الْأَطْفَالِ إِذْ لَا رَافِعَ لَوْ قَاتِعِهِمْ إِلَيْهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا فَرَّغَ الْقَاضِي مِنَ الْمَحْبُوسِينَ، نَظَرَ فِي حَالِ الْأَوْصِيَاءِ، لِأَنَّ الْوَصِيَّ يَتَصَرَّفُ فِي حَقِّ مَنْ لَا يُمْكِنُ الْمَرَاغَةَ وَالْمَطَالِبَةَ، كَالْأَطْفَالِ، وَأَصْحَابِ الْجِهَاتِ الْعَامَةِ، وَإِذَا حَضَرَ مِنْ يَزْعَمُ: أَنَّهُ وَصِيٌّ بِفَحْصِ الْقَاضِي عَنْ شَيْئَيْنِ:

أحدهما: أصل الوصاية، فإن أقام بيّنة على أن القاضي المضروف نفذ وصايته، وأطلق تصرّفه، قرره، ولم يغرّله، نعم، إذا طرأ فسق وانعزال فينزع المال منه، وإن شك في عدالته فوجهان<sup>(١)</sup>. قال الإصطخري: يقرر المال في يده؛ لأن الظاهر الأمانة، وقال أبو إسحاق: ينزعه حتى يتحقق عدالته وإن وجده ضعيفاً، أو كان المال كثيراً لا يمكنه القيام بحفظه والتصرّف فيه، ضم القاضي إليه من يعينه.

والثاني: تصرفه في المال فإن قال: فرقت ما أوصى به، نُظِرَ إِنْ كَانَتْ الْوَصِيَّةُ لِمُعَيَّنَيْنِ، لم يتعرض له؛ لأنهم يطالبون لو لم يصل إليهم، وإن كانت لجهة عامة فإن كان عدلاً، أمضى تصرّفه، ولم يضمّنه، وإن كان فاسقاً، ضمّنه؛ لتعديده، بالتفريق لا عن ولاية<sup>(٢)</sup> ولو أن غير الوصي فرق الثلث الموصى به، خوفاً عليه من أن يضيع، نُظِرَ:

(١) لم يفصح الشيخ بترجيح، قال في القوت: الأقرب إلى كلام الشيخين بل هو ظاهر كلام الجمهور عدم الانتزاع، قال: ولك أن تسأل عن صورة المسألة هل هي فيما إذا قامت بيّنة عنده بأصل الوصية ثم بعدالة الوصي من غير أن يتقدم لغيره من الأحكام نظر في ذلك بتنفيذ أو غيره ونفي عنده من البيّنة شك أم هي فيما إذا نفذ غيره الوصية، والذي قاله البندنجي وابن الصباغ وغيرهما أنه لو أقام الوصي بيّنة أن القاضي المنصرف نفذ وصيته وأطلق تصرفه في المال لم يكن للثاني التعرض له وبمضيه على ما ثبت عنده من حكم الأول لأن الظاهر أن الأول لم ينفذ إلا بعد ثبوت أهليته نعم تراعيه فإن تغير حاله من الأحوال الثلاثة عامله بما ذكرناه، ولعل صورة المسألة فيما إذا طرأ عليه الشك في عدالته بعد ظهورها له على كلا التقديرين إلى آخر ما ذكره، وقوله من الأحوال الثلاثة أشار به إلى أحوال قدمها في القوت فلا يطيل بذكرها.

(٢) قال الشيخ البلقيني في كلامه فيما إذا كانت الوصية لمعنيين نظر، فإنه إذا كانت لمعنيين لكن فوض التساوي والتفضيل إلى اجتهاد الوصي وكان فاسقاً فينبغي أن يضمّنه لأنه تعدى بالتفريق بغير ولاية صحيحة، وقال في الخادم مقتضى قوله يعني الرافعي أمضاه أنه لا يطالب بحسابه، وقال القاضي الحسين في تعليقه: القاضي بالخيار إن شاء حاسبه وإن شاء تركه.

قال صاحب الخادم: ويشبه أنه خيار اجتهاد لا خيار شهوة، قال وأطلق القول بتضمين الفاسق وفصل الماوردي بأن يكون فسقاً خفياً يفتقد إلى اجتهاد فينفذ تصرفه ولا يضمّن إلا بالتعدي ما لم =

إن كانت الوصاية لمعينين، وقع الموقع؛ لأن لهم أن يأخذوه من غير واسطة، وإلا، ففي الضمان وجهان:  
أظهرهما: الوجوب.

ثم بعد النظر في الأوصياء، ينظر في أمناء الحكام المنصوبين على الأطفال في تفرقة الوصايا؛ فمن تغير حاله بفسق أو ضعف، فعلى ما ذكرنا في الأوصياء ومن لم يتغير حاله، أقره قال القاضي الروياني: وله أن يعزله، ويولي، وينصب غيره بخلاف الأوصياء لأن الأمين مؤلى من جهة القاضي بخلاف الوصي.

ثم ينظر في الأوقاف العامة، والمتولين لها، وفي اللقطة، والضوال مما لا يجوز تملكه، أو يجوز، ولم يختر التملك بعد الحول حفظ على صاحبه، أو باعه، وحفظ ثمنه لمصلحة الحال، وله أن يحفظ هذه الأموال معزولة عن أمثالها في بيت المال وله أن يخلطها بمثلها، فإذا ظهر المالك، غرم له من بيت المال.

ويقدم من كل نوع من ذلك الأهم فالأهم وإن عرضت حادثة، وهو مشغول بهذه المهمات، استخلف من ينظر في تلك الحادثة وفيما هو فيه والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: **الثَّالِثُ**: أَنْ يَتَرَوَى بَعْدَ ذَلِكَ فِي تَرْتِيبِ الْكَاتِبِ وَالْمُرَكَّبِ وَالْمُتَرَجِّمِ، وَلِيَكُنِ الْكَاتِبُ عَدْلًا عَاقِلًا عَفِيفًا عَنِ الْمَطَامِعِ، وَيَشْتَرَطُ الْعَدْدُ فِي الْمُرَكَّبِ وَالْمُتَرَجِّمِ دُونَ الْكَاتِبِ، وَفِي عَدَدِ الْمُسْمِعِ إِذَا كَانَ بِالْقَاضِي صَمٌّ ثَلَاثَةٌ أَوْجِهٌ يُفَرَّقُ فِي الثَّالِثِ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْخَضْمَ أَوْ فَيُعْجَزَ عَنِ الْإِنْكَارِ لَوْ غَيَّرَ الْمُسْمِعُ، فَإِنْ شَرَطَ الْعَدْدُ فِيهِ أَشْتَرَاطَ لَفْظِ الشَّهَادَةِ وَجِهَانٍ، فَإِنْ لَمْ يَشْتَرَطْ فِيهِ اعْتِبَارِ الْحُرِّيَّةِ وَجِهَانٍ، فَإِنْ طَلَبَ الْمُسْمِعُ أُجْرَةَ فَهَلْ يَجِبُ فِي مَالِ صَاحِبِ الْحَقِّ؟ وَجِهَانٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يُرْتَّبُ الْقَاضِي بَعْدَ مَا ذَكَرْنَا أَمْرَ الْكُتَّابِ، وَالْمُرَكَّبِينَ، وَالْمُتَرَجِّمِينَ. أَمَّا الْكُتَّابُ؛ فَلِلْحَاجَةِ إِلَى كِتَابَةِ الْمَحَاضِرِ، وَالسُّجَلَاتِ، وَالْكُتُبِ الْحَكْمِيَّةِ، وَالْحَاكِمِ لَا يَتَفَرَّغُ لَهَا غَالِبًا، وَمِنَ الْمَشْهُورِ أَنَّهُ كَانَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ - كُتَّابٌ، مِنْهُمْ زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ (١)

= يحكم القاضي بفسقه، وإن كان فسقه ظاهراً لا يقتصر إلى اجتهاد رد تصرفه وعزه إذا لم يمكن التدارك كما إذا فرق على المساكين، قال وليس له أن يرجع على المساكين بما فرقه وإن صدقوه على الوصية لأنه يقر بوصوله إليهم بحق، انتهى ما أردته منه. وقوله إنه خيار اجتهاد لا شهوة أخذه من القوت ولم يعزه له وما نقله عن الماوردي أيضاً أخذه من القوت.

(١) ذكره البخاري تعليقاً، ووصله أبو داود عن زيد بن ثابت قال: لما قدم النبي ﷺ المدينة، فذكر قصة فيها: فكتبت أكتب له إلى اليهود وأقرأ كتبهم إليه، وفي الصحيح من حديث أبي بكر أنه قال =

- رضي الله عنه - ويُسْتَرَطُّ أن يكونَ الكاتبُ عارفاً بما يكتب من المَحَاضِرِ وغيرها، لئلاَّ يفسده. وأن يكون مسلماً عدلاً؛ ليؤمن خيانتَه، وفي «المهذب» حكايةٌ وجِهٍ آخر: أنه لا يُسْتَرَطُّ الإسلام والعدالةُ، ولكن يُسْتَحْبَبان، لأنَّ القاضي لا يُمْضِي ما كتبه حتى يقف عليه، ويُسْتَحَب أن يكون وافر العقل عفيفاً عن المطامع الفاسدة، كيلا يُخَدَع من غرِّه بمال، وأن يكون فقيهاً، لا يُؤْتَى، من جهل، وأن يكون جيِّد الحَظِّ، ضابطاً للحروف لئلا يقع العَلَطُ والاشتباه، والأوَّلَى أن يُجْلِسُ الحاكمُ الكاتبَ بين يديه؛ ليملي عليه، ويشاهد ما يَكْتُب.

وأما المَزْكُونُ؛ فالحاجة إليهم ظاهرة، وفي التزكية فضلٌ مفردٌ من بعد.

وأما المترجمون؛ فلأن القاضي قد لا يعرف لسان بغضِ الخُصوم والشهود، فلا بدَّ مِمَّن يطلعه عليه. ويشترط في المُتَرْجِمِ العدالة والتكليف والحرية؛ لأنه ينقل قولاً إلى القاضي لا يَعْرِفُه القاضي؛ فأشبه الشهادة، ويمثل هذا نقول باسْتِراطِ العَدَدِ فيه، وفي المَزْكِيِّ، بخلاف الكاتب؛ فإنه لا يُثَبِّت شيئاً، وعند أبي حنيفة: يكفي مترجِمٌ واحدٌ ومذَكٌّ واحدٌ، ثم قال الأصحاب: إن كان الحقُّ مما يثبت برَجُلٍ وامرأتين، فتقبل الترجمةُ من رجلين، ومن رجُلٍ وامرأتين، وقال صاحب «التهذيب»: «وجب ألا يقبل إلا من رجلين، كما لا يثبت الشهادة على الشهادة بقول النساء، وإن كان الحقُّ مما يثبت برجل وامرأتين، وهذا ما أورده الإمام - رحمه الله - وأما العِثْقُ والنكاح وما لا يثبت برجل وامرأتين؛ فلا يَقْبَلُ الترجمة فيه إلا من رجلين، وفي الزنا: يكفي رجلان أم لا بدَّ من أربعة؟ فيه قولان، كما في الشهادة على الإقرار بالزنا، وقيل: يكفي رجلان بلا خلاف، ولو كان الشاهدان معاً أَعْجَمَيْنِ؟ فيه قولان كالقولين في شهود الفرع، وبالأول أجاب أبو الحسن العَبَّادِيُّ في «الرُّمِّم» وهل يجوز أن يكون المُتَرْجِمُ أعمى؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز، كما لا يجوز أن يكون شاهداً.

وأصحهما: نعم؛ لأن الترجمة تَفْسِيرٌ للفظ لا يحتاج فيه إلى معاينة وإشارة، وإذا كان بالقاضي صَمَمٌ، واحتاج إلى من يُسْمِعُه، فثلاثة أوجه:

أصحها: اشتراط العَدَدِ كالمترجم.

والثاني: المنع، لأن المُسْمِعَ، لو غَيَّرَ أنكر عليه الخُصم والحاضرون، فلا حاجة فيه إلى العدد، والمترجم لا يعرفون لِسَانَهُ.

= يزيد بن ثابت: إنك شاب عاقل لا نتهمك، وقد كنت تكتب الوحي لرسول الله ﷺ، الحديث، وقال القاضي: كان زيد بن ثابت يكتب عنه للملوك، مع ما كان يكتب من الوحي، وكان الزبير وجهم يكتبان أموال الصدقات.



والثالث: أنه إن كان الخصمان سميعين، فلا يُشترط العدد، وإن كانا أصميين أيضاً، يُشترط فإن الحاضرين لا يعتنون بما يقوله اعتناء الخصوم.

ومنهم من قطع باشتراط العدد، إذا كان الخصمان أصميين، وهذا في إسماع خصم القاضي، فأما إسماع الخصم ما يقوله القاضي، وما يقوله الخصم، فقد حكى القاضي الروياني في «جمع الجوامع» عن القفال: أنه لا حاجة فيه إلى العدد، وإذا شرطنا العدد في المسمع، ففي اشتراط لفظ الشهادة، وجهان:

أصحهما: اشتراطه، فيقول: أشهد أنه كذا وكذا.

والثاني: المنع، لأننا، وإن استظهرنا بالعدد، فليست هي شهادة محققة، فإن لم يشترط العدد، ففي اشتراط الحرية، وجهان، كما في شهادة هلال رَمضان، والأصح الاشتراط وأنه لا يسلك به مسلك الروايات، وليجر الخلاف في لفظ الشهادة، وفي الحرية على بعده من المترجم، ويشبه أن يكون الاكتفاء بإسماع رجل وامرأتين في المال على ما ذكرنا في المترجم، وأجاب في «الوسيط» بالمنع، كما ذكره صاحب «التهذيب» هناك.

ورأى الإمام أن يُطرَد في المترجم الوجه المذكورة في اشتراط العدد في المسمع.

والوجه الثالث: فيه أن يقال: إن كان الخصمان عارفين بالعربية، لكن لا يحسنان التعبير، لم يُشترط العدد. وإن كانا لا يعرفانها، فيشترط، وميله إلى ترجيح الوجه الثالث فيهما جميعاً، والله أعلم.

وبقيت مسألة في الفضل؛ وهي أن المسمع لو طلب شيئاً ممن يُعطي، وتقدم عليها: أن القاضي، وإن لم يجد كفاية، فيجوز له أن يأخذ رزقاً من بيت المال؛ ليتفرغ للقضاء. روي أنه - عليه السلام - قال: «أَيُّمَا عَامِلٍ أَسْتَعْمَلْتَاهُ وَفَرَضْنَا لَهُ رِزْقَهُ فَمَا أَصَابَ بَعْدَ رِزْقِهِ، فَهُوَ غُلُولٌ»<sup>(١)</sup> وروي أن أبا بكر الصديق - رضي الله عنه - كان يأخذ كل يوم من بيت المال درهمين<sup>(٢)</sup>، وأن عمر - رضي الله عنه - كان يَرْزُقُ شَرِيحاً - رحمه الله - كل شهر مائة درهم<sup>(٣)</sup> وإن وجد كفاية، فيُنظَرُ، إن تعين عليه القضاء، لم يجز له أخذ

(١) رواه أبو داود والحاكم من حديث بريدة.

(٢) قال الحافظ في التلخيص: لم أره هكذا، وروى ابن سعد بسند صحيح إلى ميمون الجزري والد عمرو، قال: لما استخلف أبو بكر جعلوا له ألفين، قال: زيدوني فإن لي عيالا، وقد شغلتموني عن التجارة، فزواده خمسمائة.

(٣) قال الحافظ في التلخيص: لم أره هكذا، وروى عبد الرزاق في مصنفه عن الحسن بن عمارة عن الحكم، أن عمر رزق شريحاً وسلمان بن ربيعة الباهلي على القضاء، وهذا ضعيف منقطع، وفي البخاري تعليقا: كانت شريح يأخذ على القضاء أجراً، وقد ذكرت من وصله في تعليق التعليق.

شَيْءٍ، لأنه يؤدي فرضاً تَعَيَّنَ عليه، وإن لم يتعيَّن، فيجوز، والمستَحَبُّ تركه<sup>(١)</sup>، ولا يجوز عَقْدُ الإِجَارَةِ عَلَى الْقَضَاءِ، لما سبق في الإِجَارَةِ.

وفي فتاوى القاضي الحُسَيْنِ إلحاقه بالأذان، حتى يجوز الإِجَارَةُ عليه على رأي؛ لأن كل واحد منهما يُعَوِّدُ نفعه إلى عَامَّةِ المُسْلِمِينَ، وينبغي للإمام أن يجعل من بيت المال مع رزق القاضي شيئاً لثمن القراطيس التي تُكْتَبُ فيها المَحَاضِرُ والسجلات، ولأجرة الكاتب، فإن لم يكن في بيت المال مال، واختيَجَ إليه لِمَا هُوَ أهم، فإن أتى المدعي بصحيفة يثبت فيها خصومته، وشهادة شهوده، وأتى بأجرة الكاتب، فذاك، وإلا، فلا يُجْبِرُ عليه. ولكنه يعلمه القاضي؛ أنه إذا لم يثبت ما جرى فقد ينسى شهادة الشهود وحكم نفسه، وحينئذٍ، فلا تُقْبَلُ شهادة الشهود على ما جرى بل لا بد من التَّدَكُّرِ، كما سيأتي، ولو أثبت ما جرى، حفظه في ديوانه، تذكره بعلاماته.

وليكن رزق القاضي بقدر كفايته، وكفاية عياله، على ما يليق بحالهم من النفقة والكسوة وغيرهما، وكذا الإمام يأخذ لنفسه ما يليق من الخيل والغلمان والدار الواسعة ولا يجب الاكتفاء بما اكتفى به رسول الله - ﷺ - والخلفاء الراشدون - رضي الله عنهم - بعده؛ لأن الناس قد تَغَيَّرُوا، وبعد العهد بزمان الثبوة التي كانت سبب الثضرة، وإلقاء الرعب في القلوب، ولو اقتصر الإمام على مثل ذلك اليوم، لم يُطْعَ وتعتلت الأمور، ولو رَزَقَ الإمام القاضي من مال نفسه، أو رزقه أهل ولايته أو واحد منهم، فالذي خرج صاحب «التلخيص» أنه لا يجوز له قبوله لكن ذكراً في «باب الأذان» أنه كما

(١) قال في القوت نقلاً عن الماوردي ويكون هذا الرزق جعالة ولا يكون أجرة لأن الأجرة مستحقة بعقد لازم والجعالة مستحقة بعقد جائز والقضاء من العقود الجائزة دون اللازمة وإنما يرزق الإمام على القضاء إذا لم يجد متطوعاً به فإن وجد لم يجز أن يعطي عليه رزقاً، انتهى.

قال في الخادم نقلاً عن الماوردي إنما يستحقه من تصدى به للنظر بعد وصوله إلى عمله وإن لم ينظر كالأجيرة إذا سلم نفسه يستحق، وإن لم يستعمله المستاجر وإن لم يتصد للنظر فلا يستحقه، انتهى وأخذه من القوت، قال في الخادم: وهذا مما لا شك فيه وبهذا يعلم مكاره ما يفعله جهلة القضاة إذا ولاهم الإمام بلداً بعيداً ووصلوا إليه طالبوا بالجعل من حين الولاية، وكذلك يفعل نظار الأوقاف والتداريس ونحوها مع عدم مباشرتهم في تلك المدة ولا شك أن فاعل ذلك مع جهله غير معذور ومع العلم يقدر في ولايته لإصراره على طلب ما لا يستحقه.

ونقل صاحب الوافي عن تعليقه: المذهب أنه متى ترك النظر في الحكم الشهر فما زاد لا يعطي الأجرة وكذلك إذا مرض مدة طويلة لا يدفع إليه لأنه لم يعمل.

قال صاحب الوافي: وينبغي إذا استخلف في زمان عذره عن النظر واختلاله ثم صار لا يسترد شيئاً من رزقه، انتهى.

وفي قوله واختلاله نظر لأنه إن أراد اختلاله عن أهلية القضاء فغير مسلم لانعزاله وانعزال نائبه تبعاً له، وإن أراد غير ذلك فلا يقال فيه اختلال، فليتأمل.

يجوز أن يكون رزق المؤذن من بيت المال، يجوز أن يكون من مَالِ الإمام أو واحد من الرعية. وذكر الصيمري في «المفتي»: أنه يجوز أن يرزقه أهل بلده، ويمكن أن نفرق بأن ذلك لا يورث تهمَةً وميلاً في حق المؤذن؛ لأن عمله لا يختلف، والقاضي أجدر بالاحتياط من المفتي، وكما يُرزقُ الإمام والقاضي من بيت المال، فكذلك يُرزقُ مَنْ ترجعُ مصلحةُ عمله إلى عامة المسلمين؛ كالأمين، والمفتي، والمحتسب، وإمام الصلاة، والمؤذن، ومَنْ يُعلِّمُ الناس القرآن، ومن يُقيِّمُ الحدود، وكالقاسم، وكتاب الصكوك، وإن لم يكن في بيت المال مال، فلا يعين قساماً ولا كاتباً، كيلا يغالي في الأجرة، وألحق بهؤلاء المقوم.

وفي المترجم وجهان:

أقربهما: أنه يُرزقُ من بيت المال أيضاً كهؤلاء.

وثانيهما: المنع، كالوكيل، وهذا ما خرج به صاحب «التلخيص» ويحكى عن أبي زيد أيضاً، وعلى هذا، فمؤنة من يترجم للمدعى عليه على المدعى عليه، والمُسمِعُ كالمترجم؛ ففي مؤنثه هذان الوجهان، فهذه مسألة الكُتَّاب والوجهان جاريان في المزكي، والقول في الشاهد أُخْرِنَاهُ إلى «كتاب الشهادات».

فَرَعُ: قال القاضي ابن كج: ذكر جماعة من فقهاء أصحاب الشافعي - رضي الله عنه - وأبي حنيفة - رحمه الله -: أنه إذا لم يكن للقاضي شيء من بيت المال، فله أن يأخذ عُشْرَ ما يتولاه من أموال اليتامى والوُفُوف؛ للضرورة، ثم بالغ في الإنكار عليه. وَقَالَ: إنَّه لا ضرورة في هَذَا، إن لم يتفرَّغ للقضاء من غير رزق؛ فليمتنع منه، ومن ذهب إليه، فكانه ذكر العُشْر تمثيلاً وتقريباً، ولا بد من النُّظَر إلى كفايته، وإلى قَدْر المال والعمل.

أخْرُ: في شرح «أدب القضاء» لأبي سعد الهروي: أن القاضي إذا لم يكن له رزق من بيت المال، وكان محتاجاً، ولم يتعيَّن عليه القضاء، فله أن يأخذ من الخصم أجرةً مِثْلَ عَمَلِهِ، وإن تعيَّن، قال أصحابنا: لا يأخذ عنه بدلاً، وقال القاسم يعني: صاحب «التقريب»: إن شاء الله يأخذ كصاحب الطعام في المخمصة، والفَرَعُ غريبٌ مُشْكِلٌ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ الرَّابِعُ: أَنْ يَتَّخِذَ لِلْقَضَاءِ مَجْلِساً رَفِيحاً فَسِيحاً لَا يَتَأَذَى فِيهِ بِزَيْدٍ وَلَا حَرٍّ فَيَمْلُ، وَيُنْكَرُهُ أَنْ يَتَّخِذَ الْمَسْجِدَ مَجْلِساً لِلْقَضَاءِ فَتَرْفَعُ فِيهِ الْأَصْوَاتُ، وَلَا يُنْكَرُهُ فَضْلُ قَضَائِنَا مُتَّفَرِّقَةً فِي الْمَسْجِدِ، وَهَلْ لَهُ أَنْ يَتَّخِذَ بَوَاباً وَحَاجِباً؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ ثَلَاثُ مَسَائِلَ:

إحداها: المُسْتَحَبُّ أن يكون مجلس القضاء فسيحاً، لا يتأذى الحاضرون لِضِيْقِهِ، وأن يكون بارزاً، لا يكون دونه حجاب؛ ليهتدي إليه المتوطن الغريب، ويصل إليه كلُّ

واحد، فلا يجلس للقضاء في كن كبير، وإن أقام على بابه من يأذن له؛ لأنه لا يظهر جلوسه فيه، ولا يهتدى إليه الغرباء، نزهاً، لا يؤذي فيه الحر، والبرد، والروائح، والغبار، والدخان، فيجلس للصيف، حيث يليق به، وللرياح والشتاء حيث يليق به، واستحب أبو عبيد بن حريويه وغيره أن يكون موضع جلوسه مشرفاً؛ كدكة ونحوها؛ ليسهل عليه النظر إلى الناس، وعليهم المطالبة؛ وحسن أن توطأ له الفرش، وتوضع الوسائد؛ ليعرفه كل واحد؛ وليكون أهيب عند الخصوم، وأرفق فلا يمل، والأولى أن يكون مستقبل القبلة<sup>(١)</sup>، ولا يتكىء.

الثانية: المستحب ألا يتخذ المسجد مجلساً للقضاء، وهل يُكره اتخاذ مجلساً فيه؟ وجهان:

أحدهما: لا، وبه قال مالك وأحمد - رحمهما الله - وكذلك أبو حنيفة في إحدى الروایتين، كما لا يُكره الجلوس فيه للفتوى، وتعلم القرآن، والعلم.

وأصحهما: نعم، لما زوي أنه - ﷺ - قال: «جَنَّبُوا مَسَاجِدَكُمْ صِبْيَانَكُمْ وَمَجَانِينَكُمْ، وَسَلَّ سُيُوفَكُمْ، وَخُصُومَاتِكُمْ، وَرَفَعَ أَصْوَاتِكُمْ»<sup>(٢)</sup> ومعلوم أن مجلس القضاء ترتفع فيه الأصوات، وقد يحتاج فيه إلى إحضار الصبيان والمجانين، وأيضاً، فقد تحضره الخيضة والكفار والكرهة في إقامة الحد في المسجد أشد؛ لخوف التلويث مع رفع الصوت، ثم كراهية اتخاذ المسجد مجلساً على التنزيه دون التحريم، فلا يَأثم به، قال أبو الحسن العبادي: ولا يدع الخُصوم يجتمعون فيه ويتشامتون، ولكن يقعدون خارج المسجد، وينصب من يدخل عليه خُصمين خُصمين، ولو اتفقت قضية أو قضايا وقت حضوره المسجد للصلاة أو غيرها، فلا بأس بفصلها.

الثالثة: عن الصيدلاني رواية وجهين: أنه هل يُكره أن يتخذ القاضي حاجباً وبواباً؟ ويمكن أن يُوجه أحدهما بما روي أنه - ﷺ - قال: «مَنْ وَلِيَ مِنْ أُمُورِ النَّاسِ شَيْئاً فَأَحْتَجَبَ حَاجِبَهُ اللَّهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»<sup>(٣)</sup>.

(١) قال في الخادم: هذا هو المشهور وحكى الشيخ أبو علي وجهاً أنه يستدبرها كالخطيب يوم الجمعة وهو ما أورده القاضي في أدب القضاء وهذا أقرب فإنه الجاري من أفعال النبي ﷺ في مواعظهم.

(٢) رواه ابن ماجه من حديث مكحول وواثلة به وأتم منه، وقد تقدم للبيهقي عنه عن أبي أمامة وواثلة جميعاً، قال البيهقي: وروي عن مكحول عن يحيى بن العلاء عن معاذ، وليس بصحيح، وقال ابن الجوزي: إنه حديث لا يصح، ورواه البزار من حديث ابن مسعود وقال: ليس له أصل من حديثه، وله طريق أخرى عن أبي هريرة واهية.

(٣) رواه أبو داود والحاكم من حديث القاسم بن مخيمرة عن أبي مريم، وفيه قصة له مع معاوية، وأورد الحاكم له شاهداً عن عمرو بن مرة الجهني، وعنه رواه أحمد والترمذي، ورواه الطبراني في الكبير من حديث ابن عباس بلفظ: أيما أمير احتجب عن الناس فأهمهم احتجب الله عنه يوم =

والثاني: بأنه، لو دخل عليه مَنْ شاء متى شاء، لَبَطَلَتْ هيبته وسقط وقعه، لكن المفهوم من كلام أَكْثَرِهِمْ أن الوجهين لَيْسَا بمُطْلَقَيْنِ، بل إذا جلس للقضاء، ولا زحمة، وفي أوقات خلوته، والأظهر الكراهة في الحالة الأولى دون الثانية.

وقوله في الكتاب «مجلساً رقيقاً» مأخوذ من الرفق، واتبع فيه لفظ الشافعي - رضي الله عنه - حيث قال: في أرفق الأماكن.

وقوله: «أن يتخذ المسجد» مُعَلِّمٌ بالميم والألف والحاء والواو والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الْخَامِسُ: لَا يَقْضِي فِي حَالِ غَضَبٍ وَجُوعٍ وَحَالَةٍ يُسْرَعُ إِلَيْهِ الْغَضَبُ فِيهَا أَوْ يَنْدَهَشُ عَنْ تَمَامِ الْفِكْرِ، وَمَا يَحْكُمُ بِهِ فَيَكْتُبُ بِهِ مَخْضَرًا دِيوَانِيًّا يَحْفَظُهُ فِي خَرِيطَةٍ مَخْتُومَةٍ حَتَّى لَا يَنْسَى، وَيُعْطِي صَاحِبَ الْحَقِّ مِنْهُ نُسْخَةً أُخْرَى، وَهَلْ يَجِبُ ذَلِكَ إِنْ طَلَبَهُ صَاحِبُ الْحَقِّ فِيهِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ مَسْأَلَتَانِ:

إحدهما: لا يقضي القاضي في حال الغضب، لما رُوِيَ أنه - ﷺ - قال: «لَا يَقْضِي الْقَاضِي بَيْنَ اثْنَيْنِ، وَهُوَ غَضْبَانٌ»<sup>(١)</sup> وكذلك لا يقضي في كل حال يسوء خلقه فيها، ويتغير عقله، كجوع وشبع مفرط، ومرض مؤلم، وخوف مزعج، وحزن، وفرح شديد، وكغلبة نَعَاسٍ، ومَلَالٍ، وكذا لو حضره طعامٌ، ونفسه تتوقُّ إليه أو آذاه أخطاه، والمقصود أنه يتمكَّن من استيفاء الفكر والنظر، وقد رُوِيَ أنه - ﷺ - قال: «لَا يَقْضِي الْقَاضِي، إِلَّا وَهُوَ شَبَعَانُ رِيَّانٌ»<sup>(٢)</sup> ثُمَّ ههنا كلمتان:

إحدهما: قولنا: «لا يقضي القاضي في حال الغضب»<sup>(٣)</sup> نَظَّمْ قد نعني به أن فعله مكروه، وقد نَعْنِي به مجرد أولوية التُّرْك، وهذا من القبيل الأول، فقد صرح بالكراهية

= القيامة، قال ابن أبي حاتم عن أبيه في العلل: هذا حديث منكر.

(١) متفق عليه من حديث أبي بكره بمعناه، ورواه ابن ماجه باللفظ المذكور. حديث الزبير والأنصاري اللذين اختصما في شراج الحرة، متفق عليه، وتقدم في إحياء الموات.

(٢) رواه الطبراني في الأوسط، والحاثر في مسنده، والدارقطني والبيهقي من حديث أبي سعيد، وفيه القاسم العمري، وهو متهم بالوضع.

(٣) واستغرب ذلك في البحر، قال البلقيني والمعتمد الاستثناء لأن الغضب لله يؤمن معه التعدي بخلاف الغضب لحظ النفس.

قال الأدرعي: الراجح من حيث المعنى والموافق لإطلاقه الأحاديث وكلام الشافعي والجمهور أنه لا فرق لأن المحذور تشويش الفكر وهو لا يختلف بذلك نعم تنفي الكراهة إذا دعت الحاجة إلى الحكم في الحال وقد يتعين الحكم على الفور في صور كثيرة.

ابن الصَّبَّاحِ والقاضي الروياني - رحمهما الله - وغيرهما .

والثانية: ذكر جماعة من الأئمة، منهم الإمام، وصاحب «التهذيب» أن المنع من القضاء في حالة العُضْب مخصوص بما إذا لم يَكُنِ الغضبُ لله تعالى جُده، فأما إذا غَضِبَ لله تعالى في حكومة، وهو ممن يملك نفسه فيما يتعلّق بحظّه؛ فلا بأس بقضائه، لحديث الزبير - رضي الله عنه - والأنصاري؛ حين تخاصما في شراج الحرّة، وقد أوردناه في إحياء الموات ولكن احتج آخرون بهذا الحديث على أنه لو قضى في حال من الغضب، نفذ، وإن كان مكروهاً وهذا مصير منهم إلى قيام الكراهية في ذلك النوع من العُضْب .

المسألة الثانية: إذا ادعى حقاً على إنسان عند القاضي، فأقر به المُدَّعى عليه، أو نكل، وحلف المُدَّعي اليمين المردودة، ثم سأل المُدَّعي القاضي أن يشهد على أنه أقر عنده، أو على أنه نكل، وحلف المدعي؛ فعلى القاضي إجابته إليه؛ لأنه قد ينكر من بعد، فلا يتمكن القاضي من الحكم عليه، إن قلنا: إنه لا يقضي بعلمه، وإن قلنا: إنه يقضي بعلمه، فربما ينسى، أو يُعزّل، فلا يُقبلُ قوله، ولو أنه أقام البيّنة على ما ادعاه، وسأل القاضي الإشهادَ عليه فهل يلزم؟ فيه وجهان:

أقربهما: نعم، كما في الصورة السابقة.

والثاني: لا؛ لأن له بيّنة فلا حاجة إلى بيّنة أخرى.

ولو أنكر المُدَّعى عليه، وحلف، وسأل القاضي الإشهاد؛ ليكون حجة له، فلا يطالبه مرة أخرى، فكذاك يجيبه إليه، وإن سأله أحد المتداعيين أن يكتب له محضراً بما جرى، ليحتج به إذا احتاج، فيُنظَرُ، إن لم يكن عنده قرطاسٌ من بيت المال ولم يأت به الطالب، لم تجب إجابته، وإن كان فيجب الإجابة أو يستحب فيه وجهان:

أحدهما: يجب توثيقاً لحقّه كما يجب الإشهاد.

وأظهرهما: الاقتصارُ على الاستحباب؛ لأن الحق يثبت بالشهود، لا بالكتاب، وأيضاً، فإن النبي - ﷺ - ومن بعده من الأئمة كانوا يحكمون ولا يكتبون المحاضر والسجلات.

قال صاحب الشامل وغيره؛ إن طلب صاحب الحق أن يحكم له بما ثبت، له أن يحكم؛ فيقول: حكمتُ له به، أو أنفذتُ الحكمَ به، أو ألزمت صاحبه الحق، وإذا حكم، فلو طلب الإشهاد على حكمه، لزمه الإشهاد. وإن طلب أن يكتب به سجلاً، فعلى التفصيل، والخلاف المذكور في كتابة المحضر، ونقل القاضي ابن كج وجهاً ثالثاً: وهو أنه يجب التسجيل في الدّين المؤجّل، وفي الوقوف، وأموال المصالح، ولا

يجب في الدُّيُونِ الحَالَّةِ، والحقوقِ الخاصَّةِ، وسواء أوجينا الكتابة أو استحبيناهما، فتحتاج إلى بيان المكتوب، وإلى بيان أنه كيف يُضَبِّطُ ويُحَفَظُ؟ أمَّا الأوَّلُ، فالمكتوبُ محضٌ وسجَّلٌ، أما المحضُ، فصورته «بسم الله الرحمن الرحيم أحضر القاضي فلان ابن فلان، وأحضر معه فلان بن فلان» ويزفَعُ في نسبهما قَدْرَ ما يفيد التمييز، وهذا إذا عرفهما القاضي، ويُسْتَحَبُّ مع ذلك التعرُّضُ لحليتهما طولاً وقصراً في القَدِّ، وسمرَةً، وشقرةً في الوجه، ويصف منهما الحاجب، والعين والقم والأنف.

وإن لم يعرفهما، كتب حضرَ رَجُلٍ، ذُكِرَ أنه فلان بن فلان بن فلان وأحضر معه رجلاً، ذكر ذلك المخضَّرُ أنه فلان بن فلان، ولا بدَّ، والحالة هذه، من التعرُّض لحليتهما ثم يكتب: وأدعى عليه كذا من عَيْنِ أو ذَيْنِ، بصفتها، فأقرَّ المدعى عليه بما ادعى، وإن أنكر وأقام المدعي البينة، كتب، فأنكر، فأحضر المدعي فلاناً، وفلاناً شاهدين. وسأل القاضي سماع شهادتهما، فسمعها في مجلس حكمه، وثبت عنده عدالتهما، فسأله أن يكتب محضراً بما جرى، فأجابه إليه، وذلك في تاريخ كذا، وثبت على رأس المخضَّرِ علامته؛ من الحمدلة، وغيرها، ويجوز أن يُبَيِّنَ ذُكْرَ الشاهدين، فيكتب: وأحضرَ شاهدين، عدلين، فشهدا له بما ادعاه.

ولو كان مع المدعي كتابٌ فيه خطُّ الشاهدين، فإن كتب تحتَ خطوطهما، شهداً عندي بذلك، وأثبت علامته على رأس الكتاب، واكتفى به عن المحض، جاز، وإن كتب المحض، وضمنه ذلك الكتاب، جاز، وعلى هذا قياسُ المخضَّرِ، يذكر تحليف المدعى عليه، أو تحليف المدعي بعد نكول المدعى عليه.

وأما السَّجَّلُ فصورته بسم الله الرحمن الرحيم. هَذَا ما أشهد عليه فلان القاضي بموضع كذا، في تاريخ كذا، أنه ثبت عنده كذا بإقرار فلان لفلان، أو شهادة فلان لفلان، ثبتت عدالتهما عنده أو يمينه بعد نكول المدعى عليه، وأنه حكم بذلك لفلان على فلان، وأنفذه بسؤال المحكوم له.

ويجوز أن يكتب، ثبت عنده ما في كتاب، هذا نسخته، وينسخ الكتاب إلى آخره، ثم يكتب، وأنه حكم بذلك.

وكيفية التعرُّض لنسب المتداعيين، وحليتهما على ما ذكرنا في المخضَّرِ، وفي تغليق الشيخ أبي حامد أن ابن خَيْرَانَ، لم يجوز للقاضي التسجيل، إذا لم يعرف المتداعيين، والمذهب الأوَّلُ، وإذا كان التَّدَاعِي بين رجل وامرأة أو بين امرأتين، واحتاج إلى إثبات الحلية؛ فليكن النظرُ لذلك، كالنظر لتحمُّل الشهادة، وأما أنه كيف يضبط ويحفظ فينبغي للقاضي أن يجعل المحاضر والسجلات على نسختين؛ يدفع منها واحدة إلى صاحب الحق غير مختومة، ويحفظ الأخرى لديوان القضاء ويختمها،

ويكتب على رأسها اسم الخصمين، ويضعهما في خريطة أو قِمَطَرٍ<sup>(١)</sup> وهو السَّفَط الذي يجمع فيه المحاضر والسَّجَلات، ويكون بين يديه إلى آخر المجلس، فإذا أراد أن يقوم ختمه بنفسه، أو ختمه أمين له بمرأى منه، وأمر بحمله إلى موضعه، ثم يدعو به في اليوم الثاني.

وينظر في الختم، يُفكه بنفسه، أو يفكه أمينه، وهو ينظر إليه، ويضع فيه كتب اليوم الثاني؛ كما ذكرنا، وهكذا يفعل حتى يمضي أسبوعٌ فإن كثرت، جعلها في إضبارة، وكتب عليها خصومات أسبوع كذا، من شهر كذا، من سنة كذا.

وسجلاته، وعزلها، وإن لم يكثر، تركها إلى أن يمضي شهرٌ ثم يعزلها، فإذا مضت سنةٌ جمعها، وكتب عليها سنة كذا، وذلك ليسهل الوقوف عليها عند الحاجة، وليجعلها في موضع لا يصل إليه غيره، وإذا احتاج إلى شيء منها تولى الأخذ بنفسه، ونظر أولاً إلى ختمه وعلاماته.

وقوله في الكتاب «وحالة يسرع إليه الغضب فيها»، لا ضرورة إليه بعد قوله: «في حال غضب وجوع» ولو اقتصر على قوله: «في حال غضب وجوع وحالة يدهش عن تمام الفكر لحصل الغرض.

وقوله: «وما يحكمُ به، فيكتب محضراً ديوانياً» سمي الكتاب المشتمل على الحكم محضراً، والمشهور من اصطلاح الأصحاب أن السَّجَل ما يشتمل على الحُكْم، والمَحْضَر الذي فيه ذكْر ما جرى من غير حُكْم على ما بيَّناه.

فَرَعٌ: ذكر القاضي أبو سعد الهَرَوِيُّ: أن أخذ الأجرة على السجل، يبني على الخلاف في وجوبه، إذا طلب صاحب الحق. وقد أطلق في بعض المُسَوِّدات القول بجواز استئجار القاضي؛ ليسَجَل، وهو منطبقٌ على مَنع الوجوب الذي هو أظهر الوجهين، وكذلك استئجار المُفْتِي ليكتب الفتوى.

آخر: قيل: الوجهان في أنه، هل يجوز أن يكون القاضي أُمِّيًّا؟ يمكن بناؤهما على الوجهين في أنه، هل يجب على القاضي كتابة المَحْضَر والسَّجَل؟ وفي «الوسيط» ما يقرب من هذا لكن يشبه أن يكون هذا الخلاف في أن القاضي، هل يجب عليه تحصيل الكتاب؟ حجة للطالب، إما بنفسه أو بغيره، لا في مباشرته الكتابة بنفسه والله أعلم.

قَالَ الْعَرَّالِيُّ: السَّادِسُ: أَنْ يَخْرُجَ بَعْدَ اجْتِمَاعِ الْفُقَهَاءِ وَيُشَاوِرَهُمْ لِتَنْتَهِي التُّهْمَةُ.

(١) القمطر بكسر القاف وفتح الميم وسكون الطاء، الوعاء الذي تضاف فيه الكتب كذا قاله في الصحاح وفسره الرافعي بما ذكره المصنف والسفط بفتح السين والفاء واحد الأسفاط. قال في الخادم: تفسير الجوهري أعم من تفسير الرافعي.



قَالَ الرَّافِعِيُّ: المشاورة مستحبة على ما قال تعالى: ﴿وَشَاوِرْهُمْ فِي الْأَمْرِ﴾ [آل عمران: ١٥٩] قال الحسن البصري - رحمه الله -: كان النبي - ﷺ - غنياً عن مشاورتهم، ولكن أراد أن يستنَّ به الحاكم بعده، ولأن المشاورة أبعد من التهمة؛ وأطيب لنفوس الخصوم، وإنما يشاور العلماء الأئمة<sup>(١)</sup>، ويُستحبُّ أن يَجْمَعَ أصحاب المذاهب المختلفة؛ ليذكر كلُّ واحد منهم دليلَ مذهبه: فيتأمل القاضي فيها، ويأخذ الأرجح عنده، ثم الذين يشاورهم، إن شاء جَمَعَهُمْ عنده، وإن شاء أَعَدَّهُمْ ناحيةً، فإذا احتاج، استدعاهم، وموضع المشاورة موضع تعارض الآراء واختلاف وجوه النظر، وأما الحكمُ المعلومُ بنصٍّ أو إجماعٍ أو قياسٍ جليٍّ فإنه لا يحتاج فيه إلى مشاورة.

وإذا حضر الذين يشاورهم، فإنما يذكرون ما عندهم، إذا سألهم، ولا يبتدئون بالاعتراض والرَّد على حُكْمِهِ، إلا إذا كان حكماً مستحقَّ النقض، على ما سيأتي تفصيله.

وقوله في الكتاب «أن يخرج بعد اجتماع الفقهاء»، كالصريح في أنه يُحْضِرُهُمْ قبل أن يجلس للحكم، وهذا، وإن لم يتعرَّض له المعظم، يجوز أن يُوجَّهَ بأنهم بانتظاره أو لئى منه بانتظارهم. وهذا كقولنا: الإمام يخرج إلى المصلى بعد اجتماع الناس والله أعلم.

قَالَ الْعَزَائِيُّ: السَّايِعُ: الْأَيْ شَتْرِي بِنَفْسِهِ وَلَا بِوَكِيلٍ مَعْرُوفٍ حَتَّى لَا يَسَامَحَ فِي الْبَيْعِ، وَلَا يَقْبَلَ هَدِيَّةً مِمَّنْ لَهُ خُصُومَةٌ، فَإِنْ قَبِلَهَا فَهَوَّ سَخَتْ، وَفِي دُخُولِهِ فِي مَلِكِهِ وَجَهَانٍ، وَمَنْ لَا خُصُومَةَ لَهُ فَلَا يَحْرُمُ أَخْذَهُ، وَالْأَوْلَى الْأَيُّ أَخْذَهُ أَوْ يَتَّيَّبَ عَلَيْهِ إِنْ أَخَذَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فيه مسألتان:

إحدهما: يُكْرَهُ<sup>(٢)</sup> للقاضي أن يتولَّى البيع والشراء بنفسه، أما في غير مجلس

(١) قال في القوت: قال جماعة من أصحابنا وهم الذين يجوز توليتهم القضاء، وقال آخرون الذين يجوز لهم الإنشاء وهو الظاهر فيشاور الأعمى والعبد والمرأة لكن لا تحضر النسوة المجلس كما قاله الماوردي ولا يشاور الفاسق، قال وفي جواز مباحثته وجهان. قال القاضي الحسين وإنما يشاور من فوِّقه أو مثله في العلم إلا من دونه على الأصح وفيه نظر.

قال القاضي وإذا أشكل الحكم تكون المشاورة واجبة وإلا فمستحبة. انتهى.

(٢) تعبير المصنف بالكراهة أحسن من قضية كلام النووي في المنهاج أنه يندب أن لا يشتري ويبيع بنفسه لأنه لا يلزم من ترك المندوب الكراهة بل قد يكون خلاف الأولى.

قال الشيخ البلقيني في تصحيح المنهاج محل ندب ما ذكره فيما إذا احتمل وجود محاباة، فأما إذا تحقق عدم المحاباة فلا يكون مخالفاً للندب وكذلك محله فيما إذا أمكن أن يفعل ذلك غيره فإن لم يمكن ذلك فتعاطى ذلك بنفسه لم يكن مخالفاً للندب ولكن لا يتعاطى ذلك في مجلس الحكم. انتهى وأخذه صاحبه الزركشي في خادمه وزاده حسناً فعبر بالكراهة إنما عبر بالندب منزلاً على ما في المنهاج لا أنه يرى عدم الكراهة.

الحكم: فلأنه قد يُحَابَى بسبب القضاء، فيميل قلبه إلى مَنْ حاباه، إذا وقعت بينه وبين غيره حكومة، وربما خاف خَصْمٌ من غائلة مَنْ مَثِلُ القاضي إليه، فيمتنع مِنْ رَفْعِهِ، وأما في مجلس الحكم، فهذا المعنى، وَلَثَلَا يشتغل قلبه ويتجرّد النظر والاجتهاد.

وقد رُوِيَ عن سُرَيْح - رضي الله عنه - أنه قال: اشترطَ عَلِيٌّ عمر - رضي الله عنه - حين ولَّيَ الأُبيَّعَ، ولا أَبَاعَ، ولا أَقْضِي، وأنا غضبان<sup>(١)</sup>، وسبيله فيما يحتاج إليه مِنْ بيع وشراء أن يوكل، فإذا عَرَفَ الشَّخْصُ بوكالته، أَبَدَلَهُ بِآخَرَ، فإن لم يجد مَنْ يوكله، عقد بنفسه لضرورة ثم إذا وقعت خصومة لمن عامله، أناب من يحكم بينه وبين خصمه، خوفاً من أن يميل إِلَيْهِ ولا يختص هذا الحُكْمُ بالبيع والشراء بل يعم الإجارة، والاستئجارَ وسائر المعاملات في معناهما بل عن نص الشافعي - رضي الله عنه - في «الأم» أنه لا ينظر في نفقة عياله، ولا أمر ضيعته، ويكمله إلى غيره، تفريراً لقلبه، وعن أبي حنيفة لا يُكْرَهُ له مباشرة البيع والشراء.

الثانية: الرُّشُوة محرمة، لما رُوِيَ عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَعَنَ اللهُ الرَّاشِيَّ وَالْمُرْتَشِيَّ فِي الْحُكْمِ»<sup>(٢)</sup> ولأن الحكم الذي يأخذ عليه المَال، إما أن يكون بغير حق، فيحرم أخذ المال في مقابلته؛ لأنه حرام، أو يكون بحق، فلا يجوز توقيعه<sup>(٣)</sup> على المال، وهذا إذا أخذ من بيت المال رزقاً على القضاء.

أما إذا لم يأخذ، فَإِنَّ الشُّنَيْخَ، أبا حامد قد ذكر أنه، لو قال للخصمين: لا أقضي بَيْنَكُمَا، حَتَّى تَجْعَلَا لِي رِزْقًا، جاز، وحِكْمِي مثله عن القاضي أبي الطَّيِّب وغيره، وهذا كما حكينا عن القاضي أبي سَعْدِ الهَرَوِيِّ: أن له أخذ الأجرة على عمله، إن لم يتعيَّن عليه القضاء، وإن تعيَّن فكذلك، جواب صاحب التقريب، قال: والأكثر من مَنَعُوا منه،

= قال في الخادم ما ذكره من الاستتابة في هذه الحالة هو على جهة الندب كما أشار إليه الماوردي. وقال صاحب الوافي على هذا يكون من الأعداء التي يباح له الاستخلاف لأجله وإن لم يكن أذن له الإمام فيه.

(١) قال الحافظ في التلخيص: لم أجده.

(٢) رواه أحمد والترمذي وابن حبان، قال الترمذي: وفي الباب عن عبد الله بن عمرو، وعائشة، وأم سلمة، قلت: وفيه أيضاً عن عبد الرحمن بن عوف، وثوبان، أما حديث عبد الله بن عمرو: فرواه أحمد وأبو داود وابن ماجه وابن حبان، قال الترمذي: وقواه الدارمي، وأما حديث عائشة وأم سلمة: فينظر من أخرجهما، وأما حديث عبد الرحمن بن عوف، فرواه الحاكم من حديث أبي سلمة عن أبيه، وروي عن أبي سلمة عن عبد الله بن عمرو وهو أصح، قاله الدارقطني في العلل، وقال الترمذي: لا يصح عن أبيه، وأما حديث ثوبان: فرواه أحمد والحاكم، وفي إسناده ليث بن أبي سليم، وذكر البزار أنه تفرد به.

(٣) في أ: توقيفه.

فأما إذا رَزَقَهُ أهل ولايته، أو واحدٌ من الناس، فقد تقدم، ويشبه أن يجوز ذلك، إذا جاز الأخذ من الخصمين<sup>(١)</sup>.

ويحرم على باذل الرشوة البذل، إن كان يبذلها لحُكْمٍ بغيرِ حَقٍّ، أو لدَفْعِ حُكْمٍ بحق، وإن كان يبذل لِيَصِلَ إلى حَقِّه، فلا كفاءة الأسير، هذا حكم الرشوة.

وأما الهدايا، فالأَوْلَى أَنْ يَسُدَّ الباب، ولا يقبلها، لأنه أبعد عن التَّهْمَةِ، ثم يُنظَر، فإن كان للمُهْدِي خصومةٌ في الحال، حرم قبول هديته؛ لأنه يدعو إلى الميل إليه، وينكسر به قلبُ خصمه، وإن لم يكن له خصومة، فإن لم يعهد منه الهدية، قبل تولِّي القضاء، حَرُمَ قبول هديته في محلِّ ولايته؛ لأن هذه هديةٌ سببها العملُ ظاهراً، وقد رُوِيَ أنه - ﷺ - قال: «هَدَايَا الْعَمَالِ غُلُولٌ»<sup>(٢)</sup> وَيُرْوَى «سُحْتٌ»<sup>(٣)</sup> وهديته في غير محلِّ

(١) ما نقله المصنف عن الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب جرى عليه ابن الصباغ والجرجاني والرويانى في البحر كما قاله في الخادم قال: وحيث قلنا بالجواز فله شروط.

منها: أن يكون العمل مما يستحق الأجرة فإن كان يحصل الحكم بالكلمة أو الكلمتين من غير كلفة فلا يستحق شيئاً فإنه لا يقابل بأجرة وهذا ذكره صاحب البيان بالتشبه إلى المقتي.

ومنها: أن يكون مشغولاً في معاشه بحيث يقطعه النظر عن اكتساب المادة، ذكره البندنجي والماوردي واعتبر الماوردي من ذلك ثمانية شروط في جواز الارتزاق من الخصوم سبق بيانها والذي سبق له أحدها أن يعلم به الخصمان قبل التحاكم إليه فإن لم يعلم به إلا بعد الحكم لم يجز أن يرتزقهما.

ثانيها: أن يكون عليهما ولا يأخذ من أحدهما لثلا يصير متوهماً.

ثالثها: أن يأذن له الإمام وإلا لم يجز.

رابعها: أن لا يجد الإمام متطوعاً، فإن وجده لم يجز.

خامسها: أن يعجز الإمام عن دفع رزقه وإلا امتنع.

سادسها: أن يكون ما يرتزقه من الخصوم غير مؤثر عليهم ولا مضر بهم ولا إثم.

سابعها: أن لا يسترد إلا على قدر حاجته، فإن زاد عليها لم يجز.

ثامتها: أن يكون قدر المأخوذ مشهوراً يتساوى فيه جميع الخصوم وإن تفاضلوا في المطالبات لأنه يأخذ عن زمان النظر فلم يعتبر بمقادير الحقوق، فإن فاضل بينهم لم يجز إلا أن يتفاضلوا في الزمان في مثل هذا معسرة تدخل على جميع المسلمين. وسبقه لنقل ذلك الأذري في القوت ونقله أيضاً الشيخ جلال الدين البلقيني في حاشيته وقال إنه حسن وينبغي أن يعمل بهذه الشروط في ذلك، وقال الزركشي هنا أن هذا قول شاذ لا يعول عليه والذي جوزوه إنما قاله عند الضرورة كالمخمصة وفيه معيرة على المسلمين، انتهى ولا يخفى ما في ذلك من الهجوم على كلام الأئمة.

(٢) رواه البيهقي وابن عدي من حديث أبي حميد، وإسناده ضعيف، والطبراني في الأوسط من

حديث أبي هريرة، وإسناده أشد ضعفاً، وفيه عن جابر أخرجه سنيد بن داود في تفسيره عن عبدة ابن سليمان عن إسماعيل بن مسلم، عن الحسن بن جابر، وإسماعيل ضعيف.

(٣) رواه الخطيب في تلخيص المتشابه من حديث أنس.

ولايته، كهدية من لم يعهد منه الهدية قبل تولي القضاء؛ لقراءة أو صداقة، ولا يحرم قبولها؛ لأنها ليست حادثة بسبب العمل.

وحكى صاحب «الشامل»: أن بعض الأصحاب حكم بتحريمه، وهو قضية ما أطلقه الماوردي، فإن زاد المهدي على القدر المغهود<sup>(١)</sup>، صارت هديته كهدية من لم تعهد منه الهدية. وحيث حكمنا: أن القبول ليس حراماً، فله الأخذ والتملك، فالأولى أن يثيب عليها، أو يضعها في بيت المال، وإذا قلنا، بالتحريم، فلو قيل: هل يملك؟ فيه وجهان:

أحدهما: ويحكى عن صاحب «التقريب» نعم؛ لوجود التملك والقبول.

وأشبههما: لا؛ لأنه قبول محرم، فلا يفيد الملك وشبهه الوجهان بالوجهين فيمن وهب الماء، وهو محتاج إليه للوضوء من غير عطش بالمتهب، وذكر العراقيون تفرعاً على أنه لا يجوز القبول وجهين أو قولين فيما يصنع بها لو قبل:

أحدهما: أنه يضعها في بيت المال.

والثاني: يردها على مالكةا، وهذا فيه اضطراب، والقياس ما حكاه أبو الفرج الزاز، وهو أنه إذا لم يملك، ردها على مالكةا، فإن لم يعرفه، وضعها في بيت المال. وإذا عرفت أن قول الرشوة حراماً مطلقاً، وقبول الهدية جائز في بعض الأحوال، طلبت الفرق بينهما، وقلت: باذل المال راضٍ فيهما جميعاً، فبم نميز بينهما؟ والذي وجدته في الفرق بينهما شيان:

أحدهما: في كلام القاضي ابن كج: أن الرشوة هي التي يشترط على باذلهما الحكم بغير الحق، أو الامتناع عن الحكم بالحق، والهدية، هي العطية المطلقة.

والثاني: قال المصنف في الإحياء المال إما أن يُبذل لغرض عاجل، فهو قرينة وصدقة، وإن كان لغرض عاجل، فهو إما مال، فهو هبة بشرط الثواب، أو توقع ثواب، أو عمل، فإن كان ذلك العمل حراماً أو واجباً متعيناً، فهو رشوة، وإن كان مباحاً،

(١) قال الشيخ البلقيني في التصحيح: يقتضي أي قول المنهاج إذا زاد يكون المحرم هو الزائد لا القدر المعتاد، ومقتضى كلام الروضة تبعاً للشرح تحريم الكل ثم ساق عبارة الروضة ثم قال: ويحتمل أن يعود الضمير في هديته إلى الزائد فيوافق ما في المنهاج والمعتمد في ذلك أن يقال إن تميزت الزيادة بأن كان يهدي إليه طعاماً فأهدي إليه طعاماً على العادة ومعه ثوب مثلاً فالثوب حرام دون الطعام وإن كان لا يتميز بأن انتقل من الطعام إلى الثياب فالكل حرام ولا يجوز أن يقبل من ذلك بقدر قيمة الطعام لأنه مخالف لقصد المهدي انتهى.

وأخذ صاحب الخادم كلام شيخه ولم يعزه له.

فإجارةً أو جَعَالَةً، وأما التقرب والتودد إلى المُهْدَى إِلَيْهِ، وذلك إمَّا أن يطلبه لنفسه، فهو هديَّةٌ، أو ليتوسَّلَ بجاهه إلى أغراض ومقاصد، فإن كان جاهه بالعِلْم أو بالنِّسب، فهو هدية، وإن كان بالقضاء والعمل، فهو رشوةٌ، والله أعلم.

وقوله في الكتاب: «فإن قبلها، فهو سُخْتٌ» بعد قوله: «ولا يقبل الهدية ممن له خصومةٌ» ولا بأس به ليتبين أن المراد من قوله لا يقبل التحريم؟ وليرتب عليه قوله وفي دُخُولِهِ في ملكه وجهان: وقوله: «من لا خصومة له، فلا يَحْرُمُ أَخْذُهُ» ظاهر إطلاقه نفي التحريم، إن كان المُهْدِي مِمَّنْ لَمْ تَجْرِعْ عَادَتَهُ بالهدية، وكذلك في «الوسيط» صريحاً، والمشهور خلافه كما بيناه.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: الثَّامِنُ: أَلَا يَعَزَّرَ مَنْ أَسَاءَ أَدَبُهُ فِي مَجْلِسِهِ إِلَّا بَعْدَ الرَّجْرِ بِاللِّسَانِ وَالْإِضْرَارِ، فَإِنَّ كَذِبَ الشَّاهِدِ عَزْرَةٌ عَلَى الْمَلَأِ وَنَادَى عَلَيْهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مقصود الفصل أنه كيف يُعَزَّرُ من أساء أديه في مجلسه ومن شهد بالزور عنده، أما الأول، فمن أساء من الخصوم الأدب في مجلسه؛ بأن صرح بتكذيب الشهود، أو ظَهَرَ منه مع الخصوم لَدَدٌ ومجاوزةٌ حُدِّ، فَيُزَجَرُ عنه، وينهاه، وإن عاد ثانياً هدَّده، وصاح عليه، فإن لم ينزجر، عزَّره على ما يقتضيه الاجتهاد من التوبيخ وإغلاظ القول له، بأن يقول: أنت متعدٌّ غيِّرٌ منصف، ومن الحبس والضرب، ولا يحبس بمجرّد ظهور اللُدِّ، وعن الإصطخري؛ أنه على قولين، وذكر في التتمة: أنه إنما يضربه بالدرة، دون السياط إذ الضرب بالسياط من شأن الحُدود.

وهذا غيرُ مسلّم، بل الضرب بالسياط مشروع في غير الحدود، ألا تَرَى أن لَفْظَ الشافعي - رضي الله عنه - في تعزير القاضي شاهد الزور، حيث قال: عزَّره، ولم يبلغ بالتعزير أربعين سوطاً، ومثال اللدد أن يتوجَّه اليمين على الخضم، فيطلب يمينه، ثم يقطعها عليه، ويزعم أن له بيئَةً ثم يحضره ثانية وثالثة، ويفعل مثل ذلك، وكذا لو حَضَرَ إنساناً، وأدعى عليه، وقال: لي بيئَةٌ سأحضرها، وفعل ذلك مرةً ثانية وثالثة إيذاءً وتعتاً.

ولو اجترأ خضمَّ على القاضي، وقال: أنت تجورُ أو تميلُ أو أنت ظالمٌ، جاز أن يعزَّره، وأن يغفوَ عنه: والعفو أولى؛ إن لم يحمل على ضعفه، والتعزيرُ أولى إن حُمِلَ عليه. وأما الثاني: فشهادة الزور من الكبائر؛ يُزَوَى أنه - ﷺ - قال: «عِدَلْتُ شَهَادَةَ الزُّورِ بِالْإِشْرَاكِ بِاللَّهِ تَعَالَى»<sup>(١)</sup> وتلا قوله سبحانه وتعالى: «فَأَجْتَبِيُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ وَاجْتَنِبُوا

(١) رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه من حديث خريم بن فاتك بهذا وأتم منه، وإسناده مجهول، ورواه أحمد أيضاً والترمذي من حديث أيمن بن خريم، وقال: لا نعرف لأيمن سماعاً من النبي ﷺ، قال: وإنما نعرفه، وأشار إلى حديث خريم.

قَوْلُ الزُّورِ ﴿[الحج: ٣٠] وإذا ثبت من رجل أنه شهد بالزور، عزَّره القاضي بما يراه من حَسْبٍ وضربٍ وتوبيخٍ، ويشهر حاله، ويأمر بالنداء عليه في سوقه، إن كان من أهل السوق أو قبيلته أو مَسْجِدِهِ، إن كان من أهل المسجد، تحذيراً للناس، وتأكيذاً للأمر.

وإنما يثبت شهادة الزور بإقرار الشاهد أو بيقين القاضي؛ بأن شهد على أن فلاناً زنا يَوْمَ كذا بالكُوفَةِ، والقاضي قد رآه في ذلك اليوم ببغداد، هكذا أطلقه الشافعي - رضي الله عنه - والأصحاب - رحمهم الله -: وَلَمْ يخرجوه على أن القاضي هل يحكم بعلمه؟ ولا يغنى قيام البيِّنة على أنه شهد بالزور، فقد تكون هذه البيِّنة بيِّنة زور.

ويجوز إعلام قوله في الكتاب: «عزَّره، ونادى عليه» بالحاء؛ لأن عن أبي حنيفة: أنه لا يُعزَّر شاهد الزور، ولا يُنادى عليه.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: التَّاسِعُ: لَا يَقْضِي لَوْلِيهِ وَلَا عَلَى عَدُوِّهِ بَلْ يُحِيلُ عَلَى غَيْرِهِ، فَإِنْ قَضَى بِنَفْسِهِ فِي التَّنَوُّذِ وَجْهَانِ، فَإِنْ مَتَعْنَا قَضَاءَهُ فِي نَائِبِهِ وَجْهَانِ، وَوَصَّى الْيَتِيمَ إِذَا وَلِيَ الْقَضَاءَ قَضَى لِلْيَتِيمِ عَلَى الْأَصْحَحِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ صُور:

إحداها: لا ينفذ قضاء القاضي لنفسه<sup>(١)</sup>، ولا لمملوكه القن<sup>(٢)</sup>، وغير القن، ولا

(١) استثنى الشيخ البلقيني من قضائه لنفسه صوراً يتضمن حكمه فيها لنفسه، وهو نافذ:

الصورة الأولى: الحاكم يحكم لمن تحت نظره بجهة الحكم من يتيم ومجنون وسفيه بالمال وإن تضمن ذلك أن يستولي على المال ويتصرف فيه.

الصورة الثانية: وصي اليتيم يتولى القضاء في البلد التي فيها اليتيم فهل له أن يسمع البيِّنة ويحكم لليتيم فيه وجهان:

أحدهما: وبه أجاب ابن الحداد المنع، وصوبه القاضي أبو الطيب وقال إن خلافه ليس بصحيح لأنه إذا حكم فقد أثبت الولاية لنفسه على ذلك المال والتصرف فيه وصح المصنف في الروضة تبعاً للشرح الجواز، وبه قال القفال وصححه الغزالي لأن القاضي يلي أمر الأيتام كلهم، فإن لم يكن وصياً من قبل فلا تهمة وعلى هذا التصحيح أوردنا هذه الصورة على إطلاق المنهاج، والأرجح عندنا ما قاله ابن الحداد وفاقاً للقاضي أبي الطيب وفي المطلب أنه الرجح إلى آخر ما قاله، والمصنف يوافق في ذلك الشيخ السبكي، وهذه الصورة ذكرها الشيخ المصنف فيما بعد فلا ترد عليه، ثم قال الشيخ البلقيني:

الصورة الثالثة: الأوقاف التي يجب نظر الحكم بجهة حكم يقتضي فيها بالمال على من عليه من مستأجر أو غيره، وإن كان يتضمن الحكم لنفسه لأنه إنما يستفيد ذلك بجهة الحكم ولهذا إذا انزل انقطع تصرفه وهي نظير المسألة الأولى بالنسبة إلى محجور الحكم.

الصورة الرابعة: ناظر وقف خاص تولى الحكم ارتفعت إليه قضية تتعلق بالوقف الذي هو ناظره =

= ففي حكمه في ذلك الخلاف السابق في صورة الوصي على اليتيم يتولى الحكم ببلد اليتيم. الصورة الخامسة: الأوقاف التي فيها شرط النظر للحاكم أو انقطع فيها شرط الناظر الخاص وصار النظر لجهة الحكم للحاكم أن يحكم بصحتها وبموجبها وإن كان ذلك يتضمن الحكم نفسه من الاستيلاء والتصرف.

الصورة السادسة: إذا مات من لا وارث له أو من له من الورثة من لا يستغرق ماله وارتفعت إلى الإمام قضية أو قضية تتعلق بأمالك بيت المال فإنه يحكم في ذلك كله وإن كان فيه استيلاء عليه لكن بجهة الإمامة اغتفر ذلك والقاضي غير الإمام يحكم في ذلك وإن كان يصرف إليه منه في جامعيته ونحو ذلك ولكن التهمة هنا أبعد منه في الذي قبله وهو قريب من صورة من شهد على شخص بما يقتضي قلته وكان ماله منتقلاً لبيت المال هل يجوز أن يصرف له شيء من ماله، فيه وجهان: وجه الجواز أن تهمة الاستعجال غير محققة فيه لأنه لا يتعين مصرفاً له، وقال المصنف في الروضة في أول الفرائض من زيادته الأصح، والصحيح المنع وليس كما قاله وفي جواز صرفه إلى من أوصى له بشيء وجهان، إلى أن قال في الروضة من زيادته الأصح الجواز. انتهى. وقول الشيخ المصنف قد يفهم جواز الحكم على نفسه، قال في القوت: قال الماوردي وأما حكمه على نفسه فقبول وهل يكون إقراراً أو حكماً فيه وجهان:

أحدهما: أن يكون إقراراً فعلى هذا يصح في كل ما يصح الإقرار به ويرد فيما لا يلزم بالإقرار كشفعة الجواز إذا قال حكمت بها على نفسي للجار لم ينفذ بها حكمه على نفسه. والثاني: يكون حكماً على نفسه، فإذا حكم عليها بشفعة الجوار لزمته، وإذا حكم بمقاسمة الإخوة للجد في الميراث وكان جداً نفذ حكمه عليها، وإن كان الحاكم أخاً له لم ينفذ حكمه لأنه حكم لها. انتهى.

وقال الشيخ البلقيني: المعتمد أنه لا ينفذ حكمه لئلا يؤدي إلى اتحاد الحاكم والمحكوم عليه، والحاكم لا بد أن يكون غير المحكوم عليه ثم ساق المصنف كلام الماوردي وأخذ صاحب الخادم كلام شيخه البلقيني ولم يعزه له على عادته.

(٢) قال الشيخ البلقيني: يستثنى من ذلك صور:

إحداها: إذا وجب لرقيقه شيء قبل أن يكون رقيقاً له بأن جنى مسلم أو ذمي أو معاهد على حر ذمي أو معاهد فقطع طرفه ثم نقض المجني عليه العهد والتحق بدار الحرب ثم استرق ووصل ملكه إلى حاكم فادعى عند الحاكم المذكور على الجاني الذي جنى عليه بالجناية الصادرة في حال حرية فإن الحاكم مالك المذكور يسمع الدعوى ويحكم على الجاني المذكور بالبينة أو بإقراره أو بما يقتضيه الحال وإنما جوزنا له ذلك لأنه بالتشبه إلى الجناية المذكورة كحر أو كعبد غيره ومجرد كونه مالكاً لا يمنع الحكم في هذه الصورة، ثم قال ولم أر من تعرض لذلك ثم إن كان حكمه بالمال فإنه توقف فإن عتق فهو له وإن مات رقيقاً فالأظهر من القولين إنه يكون فيئاً لأن الرقيق لا يورث، وفي قول للوارث، وقيل للسيد وعلى هذا الوجه الضعيف لا يمنع الحكم إلى آخر ما ذكره.

الصورة الثانية: العبد الموصي بأعتاقه الخارج من الثلث إذا قلنا إن كسبه له دون الوارث وكان الوارث حاكماً فادعى العبد عند الوارث لكونه حاكماً فإنه يسمع دعواه ويحكم له فإنه لا حق له في الكسب، واحتمال أن يموت فينقل له بعد لا يمنع نفسه بخلاف المنذور إعتاقه، ثم ذكر المصنف صورتين وأجاب عنهما.

لشريكه فيما له فيه شركة<sup>(١)</sup>، ولا لشريك مكاتبه، فيما له فيه شركة، ولا يقضي أيضاً لواحد من أصوله، وإن علا، وفروعه وإن سفلوا، ولا لمملوكه، ولا لشريكه فيما له فيه شركة، ولو فعل، ففيه وجهان:

أصحهما: أنه لا ينفذ؛ لأنهم أبعاضه، فأشبه قضاءه لنفسه.

والثاني: ينفذ؛ لأن القاضي أسيرُ البيّنة، فلا يظهر فيه تهمّة بخلاف الشهادة؛ فإنّها تتعلّق بالشاهد خاصّة، فإن أراد أن يقضي لهم بعلمه لم ينفذ على الوجهين جميعاً، وإن جوزنا للقاضي أن يقضي بعلمه، وصاحب «التلخيص» عبّر عن الخلاف في المسألة بقولين مخرجين من قولين حكاهما في شهادة الرّجل لأصوله وقروعه.

الجديد المشهور: المنع، والقديم الجواز، ويجوز أن يقضي القاضي على أصوله وفروعه، كما يقبل الشهادة عليهم.

وفصّل في «التهذيب» ما يكون حُكماً للولد، وما لا يكون حُكماً له، فقال: يجوز أن يُخلف القاضي ابنه على نفي ما يدعى عليه، لأنه قطع الخصومة، وليس حكماً له، ويجوز أن يسمع بينة المدعي على ابنه، ولا يجوز أن يسمع بينة الدّفع من ابنه، وهل يحكم القاضي بشهادة ابنه فيه وجهان<sup>(٢)</sup>؛ لأن القضاء بشهادته يتضمّن تعديله، وإن عدله شاهداً، فالمتجه أنه يقضي.

فرع: تحاكمَ إليه ابنه وأبوه، هل له أن يحكم لأحدهما؟ فيه وجهان منقولان في «المُهذّب»:

أظهرهما: وهو المذكور في «التهذيب»، لا، كما لو كانت الخصومة لأحدهما مع أجنبي.

والثاني: أن يعارض جانبيهما بدفع التهمة.

الثانية: إذا امتنع حكمه لنفسه ولأبعاضه، فالطريق، إذا وقعت له خصومة أو

(١) استثنى الشيخ البلقيني من ذلك ما إذا حكم لشريكه في المشترك بشاهد ويمين الشريك فإنه يجوز أن يحكم حينئذٍ لأن المعنى المقتضي لمنع الحكم في المشترك أنه يلزم منه القضاء لنفسه لأنه يشاركه فيما يقضي له بعد وهذا لا يتأتى هنا لأن المنصوص المعتمد عند الأصحاب أن الذي يثبت للشريك بالمشاهد واليمين لا يشاركه فيه شريكه، قال: ولم أر من تعرض لذلك كذا قاله في تصحيح المنهاج.

(٢) لم يرجح المصنف من الوجهين شيئاً، وفي الكفاية أن الأرجح في البحر وغيره المنع.



لبعض أبعاضه، أن يَنْظَرُ فِيهِ الإمام، أو قاضي بلدةٍ أُخْرَى، وفي نائبه وجهان:  
أحدهما: أن ما لا يجوز له لا يَجُوزُ لِنَائِبِهِ.

وأظهرهما: الجواز؛ لأنه حاكمٌ، وإن كان نائباً، فأشبهه سائر الحكام.

ويَتَرَا هذا الخلافَ على أن نائب الحاكم؛ هل يَنْعَزِلُ بِمَوْتِهِ وانعزاله؟ إن قلنا: لا،  
فقد أَلْحَقْنَا بالحكام المستقبليين.

الثالثة: كما لا يقضي لولده، لا يقضي على عدوه، اعتباراً بالشهادة، هذا هو  
المشهور والمذكور في الكتاب، وقال القاضي الماوردي في «الأحكام السلطانية»: يجوز  
له أن يحكم عليه، بخلاف الشهادة؛ لأن أسباب الحكم ظاهرة، وأسباب الشهادة خفية،  
وهذا يشكل بالتسوية بينهما في حق الأبعاض.

الرابعة: إِذَا كَانَ لِلْيَتِيمِ وَصِيٌّ، فَوَلَّى قِضَاءَ الْبَلَدَةِ، فهل له أن يَسْمَعَ الْبَيْتَةَ لليتيم  
ويحكم له؟ فيه وجهان:

أحدهما: وبه أجاب ابن الحداد: لا؛ لأنه إذا حَكَمَ، فقد أثبت الولاية لنفسه.

وأصحهما: نعم، وبه قال القفال؛ لأن القاضي يلي أمر الائتام كلهم، وإن لم  
يكن وصياً من قبل، فلا تُهْمَةُ وَاللهِ أَعْلَمُ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الْعَاشِرُ أَلَّا يَنْقُضَ قِضَاءَ نَفْسِهِ وَقِضَاءَ غَيْرِهِ إِذَا خَالَفَ أَمْرًا مَقْطُوعاً  
بِهِ أَوْ مَظْهُوناً بِخَبَرٍ وَاحِدٍ أَوْ بِقِيَاسٍ جَلِيٍّ، وَلَمْ يَنْقُضْ عُمَرَ قِضَاءَهُ فِي مَسْأَلَةِ الْمُشْرَكَةِ،  
وَالنَّصُّ أَنَّهُ يَنْقُضُ قِضَاءَ مَنْ حَكَمَ بِنِكَاحِ الْمَفْقُودِ زَوْجَهَا بَعْدَ أَرْبَعِ سِنِينَ مَعَ أَنَّهُ مَذْهَبُ  
عُمَرَ، وَيَنْقُضُ قِضَاءَ الْحَتَمِيِّ فِي خِيَارِ الْمَجْلِسِ وَالْعَرَايَا وَذَكَاءَ الْجَنِينِ لظُهُورِ الْخَبَرِ، وَفِي  
الْقَتْلِ بِالْمُتَقَلِّ لظُهُورِ الْقِيَاسِ، وَإِذَا لَمْ يَنْقُدْ فِي نَفْسِهِ إِمْكَانَ الصُّوَابِ أَنْفِدَاحاً لَهُ وَقَعَ مَا،  
فَلَهُ التَّقْضُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْفَصْلُ يَجُوجُ إِلَى التَّعْرُضِ لِقَوَاعِدِ:

إحداها: الأصول التي يَقْضِي بِهَا الْقَاضِي، ويفتي بها الْمُفْتِي؛ كتاب الله تعالى،  
وسنة رسول الله - ﷺ - والإجماع والقياس، وقد يقتصر على الكتاب والسنة، ويُقَالُ:  
الإجماع يَصُدُّرُ عَنْ أَحَدِهِمَا، وَالْقِيَاسُ الرَّدُّ إِلَى أَحَدِهِمَا فَهَذَا الْأَصْلَانِ.

وهنا مسألان:

إحديهما: قول الواحد من الصحابة، إن لم ينتشر فيهم فهل هو حجة؟ فيه

قولان:

القديم، نعم، لما روي أنه - ﷺ - قال: «أَقْتَدُوا بِاللَّذِينَ مِنْ بَعْدِي؛ أَبِي بَكْرٍ وَعُمَرُ»<sup>(١)</sup> وأنه قال: «عَلَيْكُمْ بِسُنَّتِي، وَسُنَّةِ الْخُلَفَاءِ الرَّاشِدِينَ مِنْ بَعْدِي»<sup>(٢)</sup> وأنه - ﷺ - قال: «أَصْحَابِي كَالنُّجُومِ بَأْيَهُمْ أَقْتَدَيْتُمْ أَهْتَدَيْتُمْ»<sup>(٣)</sup> وأيضاً فإن قوله إن استند إلى نص، وجب اتباعه، وإلا، فاجتهاده أقوى؛ لأنه شاهد الوحي وسمع الألفاظ ورأى القرائن. والجديد: لا، لأنه غير مغضوم عن الخطأ، فأشبهه التابعي ولأن غيره يساويه في

- (١) رواه أحمد والترمذي وابن ماجه، وابن حبان والحاكم من حديث عبد الملك بن عمير عن ربعي عن حذيفة، واختلف فيه على عبد الملك، وأعله ابن أبي حاتم عن أبيه، وقال العقيلي بعد أن أخرجه من حديث مالك عن نافع عن ابن عمر: لا أصل له من حديث مالك، وهو يروى عن حذيفة بأسانيد جيد تثبت، وقال البزار وابن حزم: لا يصح، لأنه عن عبد الملك عن مولى ربعي وهو مجهول، عن ربعي، ورواه وكيع عن سالم المرادي عن عمرو بن مرة عن ربعياً عن رجل من أصحاب حذيفة عن حذيفة، فتبين أن عبد الملك لم يسمعه من ربعي، وأن ربعياً لم يسمعه من حذيفة، قلت: أما مولى ربعي فاسمه هلال، وقد وثق، وقد صرح ربعي بسماعه من حذيفة في رواية، وأخرج له الحاكم شاهداً من حديث ابن مسعود، وفي إسناده يحيى بن سلمة بن كهيل وهو ضعيف، ورواه الترمذي من طريقه وقال: لا نعرفه إلا من حديثه.
- (٢) رواه أحمد وأبو داود والترمذي، وابن ماجه وابن حبان والحاكم من حديث العرياض بن سارية، قال البزار: هو أصح سنداً من حديث حذيفة، قال ابن عبد البر: هو كما قال، وطرقه الحاكم في العلم من مستدركه، وقال: قد استقصيت في تصحيح هذا الحديث بعض الاستقصاء.
- (٣) أخرجه عبد بن حميد في مسنده من طريق حمزة النصيبي عن نافع عن ابن عمر، وحمزة ضعيف جداً، ورواه الدارقطني في غرائب مالك من طريق جميل بن زيد عن مالك، عن جعفر بن محمد عن أبيه عن جابر، وجميل لا يعرف، ولا أصل له في حديث مالك ولا من فوقه، وذكره البزار من رواية عبد الرحيم بن زيد العمي عن أبيه، عن سعيد بن المسيب عن عمر وعبد الرحيم كذاب، ومن حديث أنس أيضاً وإسناده واهي، ورواه القضاعي في مسند الشهاب له من حديث الأعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة، وفي إسناده جعفر بن عبد الواحد الهاشمي وهو كذاب، ورواه أبو ذر الهروي في كتاب السنة من حديث مندل عن جوير عن الضحاك بن مزاحم منقطعاً، وهو في غاية الضعف، قال أبو بكر البزار: هذا الكلام لم يصح عن النبي ﷺ، وقال ابن حزم: هذا خبر مكذوب موضوع باطل، وقال البيهقي في الاعتقاد عقب حديث أبي موسى الأشعري الذي أخرجه مسلم في فضائل الصحابة (٢٠٧) بلفظ: النجوم أمانة أهل السماء، فإذا ذهب النجوم أتى أهل السماء ما يوعدون، وأصحابي أمانة لأمتي، فإذا ذهب أصحابي أتى أمتي ما يوعدون، قال البيهقي: روي في حديث موصول بإسناد غير قوي - يعني حديث عبد الرحيم العمي - وفي حديث منقطع - يعني حديث الضحاك بن مزاحم - مثل أصحابي كمثل النجوم في السماء، من أخذ بنجم منها اهتدى، قال: والذي روينا هنا من الحديث الصحيح يؤدي بعض معناه، قلت: صدق البيهقي، هو يؤدي صحة التشبيه للصحابة بالنجوم خاصة، أما في الاقتداء فلا يظهر في حديث أبي موسى نعم يمكن أن يتلمح ذلك من معنى الاهتداء بالنجوم، وظاهر الحديث إنما هو إشارة إلى الفتن الحادثة بعد انقراض عصر الصحابة، من طمس السنن، وظهور البدع، وفشو الفجور في أقطار الأرض، والله المستعان.

آلة الاجتهاد، فلا يكون قوله حجةً عليه، وذكر الشيخ أبو إسحاق الشيرازي وغيره؛ أن مالكا وأحمد - رحمهما الله - قالاً بالقول الأول، وأن أصحاب أبي حنيفة قالوا: إن خالف قول القياس، فهو توقيفٌ تقدّم على القياس، وعلى ذلك بنوا الحكم في نذر ذبح الولد؛ لقول ابن عباس - رضي الله عنهما - ثم في موضع القولين طريقان فعن أبي بكر الصيرفي، والقفال أيضاً: أن القولين، فيما إذا لم يكن مع قوله قياساً أصلاً، أما إذا كان معه قياسٌ ضعيفٌ، فيحتج به، ويرجح على القياس القوي، وقال الأكثرون: لا فرق، فإن قلنا: بالقديم، وجب الأخذ به، وترك القياس، وفي تخصيص العموم به وجهان: وجه الجواز أنه يجوز تخصيصه بالقياس فيما تقدم عليه أولى، ووجه المنع: أنهم كانوا يتركون أقوالهم بالعموميات، فأولى أن يتركها غيرهم، فإن قلنا: بالجديد، فهو كقول سائر المجتهدين.

نعم، لو تعارض قياسان، أحدهما يوافق قول الصحابي، قال صاحب الكتاب في الأصول: قد يميل نفس المجتهد إلى ما يوافق قول الصحابي، ويرجح عنده، هذا إذا لم ينتشر قوله، فإن انتشر، فإما أن يخالفه غيره ويوافقه سائر الصحابة، ويقولوا بمثل ذلك أو يسكتوا، فإن خالفه غيره، فعلى الجديد، هو كاختلاف سائر المجتهدين، وعلى القديم هما حجتان تعارضتا.

فإن اختص أحد الطرفين بكثرة العدد، أو بموافقة أحد الخلفاء الأربعة يرجح، نص عليه في القديم في موافقة أبي بكر وعمر وعثمان - رضي الله عنه - وعلي - عليه السلام - في معنائهم، لكنه اكتفى بذكرهم، وقيل بخلافه؛ لأنهم كانوا في دار الهجرة، والصحابة متوافرون، وكانوا في حكمهم وفتواهم يتشاورون، وعلي - رضي الله عنه - انتقل إلى الكوفة، وتفرقت الصحابة، ولم يوجد واحد من الأمرين في واحد من الطرفين أو وجد في كل واحد منهما أحد الأمرين فهما سواء.

ولو كان في أحد الطرفين أبو بكر وعمر، وفي الآخر علي وعثمان - رضي الله عنهم -، فيستويان، أو يترجح طرف الشيخين؟ فيه وجهان، ويشبه أن يجيء مثلهما في تعارض الشيخين حتى يستوي الطرفان على وجه، ويترجح طرف أبي بكر على الثاني، وإن وافقه سائر الصحابة، وقالوا بما قاله، فهذا إجماعٌ منهم على الحكم، ولا يشترط فيه انقراض عصر المجمعين على أصح الوجهين، ولا يتمكن أحد منهم من الرجوع، بل يكون قوله الأول مع قول سائر المجمعين حجةً عليه، كما هو حجة على غيرهم.

وإن سكتوا، فاختيار صاحب الكتاب في الأصول أنه ليس بحجة، والمشهور عند الأصحاب خلافة؛ لأنهم، لو لم يساعده، لاغترضوا عليه، نعم، ذكروا وجهين في أنه، هل يعد ذلك إجماعاً؟ قال القاضي الروياني: وهذا إذا لم تظهر أمارات الرضا ممن

سكت، فإن ظهرت، فهو إجماع بلا خلاف، قالوا: وأصح الوجهين ههنا انقراض العصر في كونه حجةً أو إجماعاً وهل يُفرق بين أن يكون ذلك القول مجرد فتوى أو حكماً من إمام أو حاكم؟ فيه طرق عن ابن أبي هريرة: أنه، إن كان فتوى وسكتوا، انتهضت الحجة، وفي الحكم بخلافه؛ لأن الاعتراض على الإمام ليس من الأدب، فلعل السكوت كان لذلك، وعن أبي إسحاق عكسه؛ لأن الحكم يصدّر عن مشاورة ومراجعة.

وقال الأكثرون: لا فرق وكانوا يعترضون على الإمام؛ كما يعترضون على غيره، ألا ترى أنهم خالفوا أبا بكر في الجَدِّ، وعمر - رضي الله عنه - في المُشْرَكة، هذا إذا نُقِلَ السكوت، أما إذا لم ينقل قول ولا سكوت فيجوز ألا يلحق بهذا، ويجوز أن يستدل به على السكوت؛ لأنه لو قال شيئاً، لنقل كما نقل اختلافهم في مسائل الاختلاف.

المسألة الثانية: قد يستحسن والشيءُ بدليل يقوم عليه في كتاب أو سنة، أو إجماع، أو قياس، فيتبع ويستحسن لأمر يهجنس في النفس أو لعادة الناس من غير دليل، أو على خلاف الدليل، وهذا لا يجوز اتباعه وبناء<sup>(١)</sup> الحكم عليه، وعن أبي حنيفة - رضي الله عنه - أنه يتبع ما يستحسن بالعادة ويترك له القياس، وخبر الواحد دون الكتاب والسنة المتواترة، ومثل ذلك بقوله في أربعة شهدوا على رجل بالزنا في بيت واحد. وعين كل واحد منهم زاويةً غير ما عين أصحابه، أن القياس أن الشهود قدفة يُحدون، وتردّ شهادتهم<sup>(٢)</sup> ولكن استحسن قبول شهادتهم ورجم المشهود عليه، وفسر متأخرو أصحابه الاستحسان بأن يترك القياس بالسنة، وربما قالوا: هو القول بأقوى القياسين.

وعلى هذا فلا خلاف بيننا وبينهم.

القاعدة الثانية: اختلفت عبارات الأصحاب في تقسيم القياس، والأقرب إلى كلام الشافعي - رضي الله عنه - أن القياس نوعان جلبي وغيره، أما الجلبي، فهو الذي يُعرف به موافقة الفرع للأصل، بحيث لا يبقى احتمال مفارقتها، أو يبعد ذلك، كظهور التحاق الضرب بالتأيف في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقُلْ لَهُمَا أَفْ﴾ [الإسراء: ٢٣] وما فوق الذرة في قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَعْملْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ﴾ [الزلزلة: ٨] وما فوق التقيير، بالتقيير في قوله تعالى: ﴿وَلَا يُظَلِّمُونَ تَقْيِرًا﴾ [النساء: ٢٤] والدينار بالقنطار في قوله تعالى: ﴿وَمِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ مَنْ إِنْ تَأَمَّنْهُ بِقَنْطَارٍ يُؤَدِّهِ إِلَيْكَ﴾ والقنطار بالدينار في قوله عز وجل:

(٢) سقط من: أ.

(١) سقط من: أ.

﴿وَمِنْهُمْ مَنْ إِنْ تَأَمَّنْهُ بِدِينَارٍ لَا يُؤَدُّهُ إِلَيْكَ﴾ [آل عمران: ٧٥] ومن عرف شيئاً من هذه النصوص، لم يرتب في هذه الإلحاقات؛ لأن الفروع أولئى بهذه الأحكام من الأصول.

وبعض الأصحاب لم يسم هذا النوع قياساً، ويقول: هذه الإلحاقات مفهومة من النصوص ويقرب منها التحاق العمياء بالعوراء، في حديث المَنع من التضحية بالعوراء<sup>(١)</sup>، ويليها التحاق سائر التغيرات المزعجة بالغضب، في قوله - ﷺ -: «لا يَقْضِي الْقَاضِي، وَهُوَ غَضْبَانٌ»<sup>(٢)</sup> وسائر الميتات بالفأرة وغير السَّمْنِ بالسَّمْنِ، في قوله في الفأرة تقع في السَّمْنِ، إن كان جامداً فألقوها، وما حَوْلَهَا، وإن كان مائعاً فأريقوه».

والغائط بالبول في قوله - ﷺ -: «لَا يَبُولَنَّ أَحَدُكُمْ فِي الْمَاءِ الرَّائِدِ»<sup>(٣)</sup>.

ومن الجلي ما ورد النص فيه على العلة، كما روي أنه - ﷺ -: قال: «إِنَّمَا نَهَيْتُكُمْ مِنْ أَجْلِ الرَّأْفَةِ»<sup>(٤)</sup> وجعل ذَكَرَ المعاني في ترتيب الأحكام عليها، كما روي أنه - ﷺ -: سَهَا، فسجد<sup>(٥)</sup>، وأن ما عَزَأَ زَنِى، فَرَجِمَ<sup>(٦)</sup>، وأن بريرة عَتَقَتْ، فُخِرَّتْ<sup>(٧)</sup> عن النص على العلة، وكذلك قوله تعالى: ﴿وَأَتَيْنَهُمْ إِحْدَاهُنَّ قَنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾ إلى قوله: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ﴾ [النساء: ٢٠، ٢١] لأنه بيّن أن العلة الإفضاء.

والنوع الثاني: وهو غير الجلي، وهو ما لا يزيل احتمال المفارقة، ولا يبعده كل البعد فمنه ما كانت العلة فيه مستنبطة، كقياس الأرز على البر، بعلّة الطعم، وعن ابن القاص أنه من الجلي أيضاً، والظاهر الأول، ومنه قياس الشبه، وهو أن تشبه الحادثة أصليين، إما في الأوصاف، بأن يشارك كل واحد من الأصليين في بعض المعاني، والأوصاف الموجودة فيه أو في الأحكام، كما أن العبد يشارك الأحرار في بعض الأحكام والأقوال في بعضها، فيُلْحَقُ بما المشاركة معه أكثر من الأصليين.

وربما يُسَمَّى قياس الشبه خفياً والذي قبله من غير الجلي واضحاً، وربما خص اسم الجلي ببعض النوع الأول وهو ما كان الفرع فيه أولئى بحكم الأصل، وسمى ما عداه واضحاً، وهذه أمور اصطلاحية.

القاعدة الثالثة: للأصحاب طريقتان في المسائل الشرعية التي هي محل الاختلاف واختلاف المجتهدين.

- |                      |                      |
|----------------------|----------------------|
| (١) تقدم في بابه.    | (٢) تقدم.            |
| (٣) تقدم في الطهارة. | (٤) تقدم في الأضاحي. |
| (٥) تقدم في الصلاة.  | (٦) تقدم في الحدود.  |
| (٧) تقدم في النكاح.  |                      |

أشهرهما: أن فيها قولين:

أصحهما: أن الحقَّ فيها واحدٌ، والمجتهد مأمور بإصابته، ومن ذهب إلى غيره فهو مخطيءٌ، لما روي أنه - ﷺ - قال: «إِذَا اجْتَهَدَ الْحَاكِمُ فَأَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ، وَإِذَا اجْتَهَدَ فَأَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ»<sup>(١)</sup> وأيضاً فإنَّ الصحابةَ - رضي الله عنهم - خَطَأَ بَعْضُهُمْ بَعْضاً فِي مَسَائِلِ الْاِخْتِلَافِ.

وروي عن أبي بكرٍ - رضي الله عنه - أنه قال في الكلالة أقول فيها برأي إن كان صواباً فمن الله، وإن كان خطأً فمَنِّي، وأستغفر الله<sup>(٢)</sup> ويُروى مثله في وقائع مختلفة عن عَمَرَ وَعَلِيٍّ وَابْنِ مَسْعُودٍ - رضي الله عنهم<sup>(٣)</sup> - فَدَلَّ ذَلِكَ عَلَى أَنَّ الْمُجْتَهِدِينَ، إِصَابَةٌ وَخَطَأٌ.

والثاني: أن كل مجتهد مصيبٌ؛ لأنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مَأْمُورٌ بِالْعَمَلِ بِمَا آدَاهُ اجْتِهَادُهُ إِلَيْهِ، وَغَيْرِ الْحَقِّ يُوَثِّرُ بِالْعَمَلِ بِهِ، وَلِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ، لَتَبَرَأَ الْأَوْلُونَ مَنْ يَخَالَفُ الْحَقَّ، وَلَمَنْعُوهُمْ كَمَا فَعَلُوا بِمَانِعِي الزَّكَاةِ.

والطريق الثاني: القطع بالقول الأول، قال أبو إسحاق والقاضي أبو الطَّيِّبِ، فَإِنَّ قُلْنَا: إِنَّ الْمُصِيبَ وَاحِدٌ، فَالْمَخْطِئُ مَعْدُورٌ غَيْرِ آثِمٍ، وَذَكَرَ الشَّيْخُ أَبُو إِسْحَاقَ الشَّيْرَازِيُّ: أَنَّ الْقَاضِيَ أَبَا بَكْرَ الْأَشْعَرِيَّ حَكَى عَنْ أَبِي عَلِيٍّ بْنِ أَبِي هُرَيْرَةَ: أَنَّ الْمَخْطِئَ آثِمٌ الْمَذْهَبِ الْأَوَّلُ، وَالْخَبْرُ السَّابِقُ دَلِيلٌ عَلَيْهِ، وَعَلَامٌ يُؤَجِّرُ الْمَخْطِئَ؟ فِيهِ وَجْهَانٌ؛ عَنْ أَبِي إِسْحَاقَ:

أحدهما: وَهُوَ ظَاهِرُ النَّصِّ، وَاخْتِيَارُ الْمَزْنِيِّ - رَحِمَهُ اللَّهُ -: أَنَّهُ يُؤَجَّرُ عَلَى الْقَضْدِ إِلَى الصَّوَابِ، وَلَا يُؤَجَّرُ عَلَى الْجَهْدِ؛ لِأَنَّهُ اجْتِهَادٌ أَقْضَى بِهِ إِلَى الْخَطَأِ، وَكَأَنَّهُ لَمْ يَسْلُكِ الطَّرِيقَ الْمَأْمُورَ بِهِ.

(١) تقدم قريباً.

(٢) رواه عبد الرحمن بن مهدي عن حماد بن زيد عن سعيد، عن محمد بن سيرين قال: لم يكن أريب لما لا يعلم بعد رسول الله من أبي بكر، ولا بعد أبي بكر من عمر، وإنما نزلت بأبي بكر فريضة، فلم يجد الله في كتاب الله أصلاً، ولا في السنة أثراً، فقال: أقول فيها برأيي، فإن يكن صواباً فمن الله، وإن يكن خطأً فمني، وأستغفر الله، أخرجه قاسم بن محمد في كتاب الحجّة، والرد على المقلدين، وهو منقطع.

(٣) أما عمر ففي البيهقي من طريق الثوري عن الشيباني عن أبي الضحى عن مسروق قال: كتب كاتب لعمر: هذا ما أرى الله أمير المؤمنين عمر، فانتهره، وقال: لا، بل اكتب هذا ما أرى عمر، فإن كان صواباً فمن الله، وإن كان خطأً فمن عمر، إسناده صحيح، وأما عليّ ففي قصة أمهات الأولاد نحوه كما سيأتي، وأما ابن مسعود ففي قصة بروع بنت واشق، رواه النسائي وغيره، وقد تقدم في الصداق.

والثاني: أنه يُؤجَرُ عليه، وعلى الاجتهاد جميعاً؛ لأنه بذل ما في وسعه في طلب الحق، والوقوف عليه، وربما سلك الطريق في الابتداء، ولم يتيسر له الإتمام.

وإن قلنا: إن كل مجتهدٍ مصيبٌ، فهل نقول: الحكمُ والحقُّ في كل واحد من المجتهدين: ما غلب وعلى ظنّه، أو نقول: الحقُّ واحدٌ، وهو أشبه مطلوب إلا أن كلَّ واحدٍ منهم مُكَلَّفٌ بما غلب على ظنّه، لا بإصابة الأشبه؟ فيه وجهان:

اختيار صاحب الكتاب منهما الأوّل، وبالثاني أجاب أصحابنا العراقيون، وحكوه عن القاضي أبي حامد، والدَّارِكِيِّ.

وهذه قواعد أصوليةٌ تكلمنا فيها على طريقة المذهبيّين. ولم نشيع إذا عرّفت ذلك، فمهما قضى القاضي بالاجتهاد، ثم بان له الخطأ في قضائه، فله حالتان:

إحدهما: أنه، إذا بان أنه خالفَ أمراً مقطوعاً به، كنصِّ كتاب، أو سنةٍ متواترةٍ أو إجماع، أو مظنوناً ظناً محكماً بخبر الواحد، وبالقياس الجليّ؛ لزمه نقض قضائه.

رُوي أن عمر - رضي الله عنه - كان يفاضل بين الأصابع في الدية؛ لفاوت منافعتها حتى رُوي له الخبر في التُسوية، فنقض حكمه<sup>(١)</sup>، وأنه كتب إلى أبي موسى - رضي الله عنه -: لا يمنعك قضاء قضيتّه، ثم راجعت فيه نفسك، فهديت لرُشدِهِ، أن تنقضه، فإن الحق قوام، لا ينقضه شيءٌ، والرجوع إلى الحق، خيرٌ من التماذي في الباطل<sup>(٢)</sup>، وعن عليّ - رضي الله عنه - أنه نقض قضاء سُريج - رحمه الله - بأن شهادة المولى لا تُقبل بالقياس الجليّ، وهو أن ابن العم يُقبلُ شهادته مع أنه أقرب من المولى.

وهل على القاضي تعريفُ الخصمين صورةَ الحال؛ لitraفاعا إليه، فينقض الحكم حكى القاضي ابن كج عن ابن سُريج: أنه لا يجب إذا عرّفاه أنه بان الخطأ، فإن ترافاعا إليه، نقض، وعن سائر الأصحاب: أنه يجب، وإن علما أنه بان الخطأ؛ لأنهما قد يتوهّمان أنه لا ينقض الحكم، وإن بان الخطأ فيعرفهما أنه على النقض؛ لitraفاعا إليه، هذا إذا كان الحكم فيما يتعلّق بحقوق آدميين.

(١) رواه الخطابي في المعالم عن سعيد بن المسيب: أن عمر كان يجعل في الإبهام خمسة عشر، وفي التي تليها عشرة، وفي الوسطى عشرين، وفي التي تلي الخنصر بتسع، وفي الخنصر بست، حتى وجد كتاباً عند عمرو بن حزم عن رسول الله ﷺ أنه قال: إن الأصابع كلها سواء، فأخذ به؛ وروى الشافعي في الرسالة عن سفيان والثقفى عن يحيى بن سعيد، عن سعيد بن المسيب مثله، إلا من قوله حتى وجد إلى آخره، فذكره في اختلاف الحديث.

(٢) رواه الدارقطني والبيهقي من حديث عمر أتم منه، وساقه ابن حزم من طريقين، وأعلهما بالانقطاع، لكن اختلاف المخرج فيهما، مما يقوي أصل الرسالة، لا سيما وفي بعض طرقه أن راويه أخرج الرسالة مكتوبة.

فإن كان فيما يتعلّق بحدود الله تعالى: فيبادر إلى تداركه، إذا بان الخطأ، وما لا يمكن تداركه، فحكم الضمان فيه، على ما هو مذكور في موضعيه.

الحالة الثانية: إذا ظهر بقياسٍ خفيٍّ، رجحَ عنده على ما حكم به، ورأى الصواب، فيحكم من بعد في أخوات الحادثة، بما ظهر له، ولكن لا يُنقض قضاؤه الأول، بل يمضيه؛ لأن الظنون المتعادلة لو نُقض بعضها ببعض؛ لما استمر حكم، ولشق الأمر على الناس، ومشهور من عُمر - رضي الله عنه - أنه حكم بحزمان الأخ من الأبورين في المشركة، ثم شرك بعد ذلك، ولم ينقض قضاءه الأول، وقال: ذلك على ما قضيناه، وهذا على ما نقضي.

وما ينقض به قضاء نفسه، ينقض به قضاء غيره وما لا ينقض لا ينقض، لا فرق بينهما إلا أنه لا يتبع قضاء غيره وإنما ينقضه، إذا رُفِعَ إليه، وله أن يتبع قضاء نفسه؛ لينقض، ولو كان المتصدّي للقضاء قبله، ممن لا يصلح للقضاء؛ ففي «المهذب» و«التهذيب» وغيرهما: أنه يُنقض قضاياه كلها، أصاب فيها أو أخطأ؛ لصدورها ممن لا يُنفذ حكمه.

وقوله في الكتاب: «إلا إذا خالف أمراً مقطوعاً به أو مظنوناً بخبر واحد أو بقياس جليٍّ» يجوز إعلامه بالحاء والميم؛ لأن عن أبي حنيفة ومالك - رحمهما الله - أنه لا يُنقض بخبر الواحد هو القياس الجلي، ولا بكل مقطوع به، وإنما يُنقض إذا بان له مخالفة الإجماع، ولا ينقض ما وافق قول بعض العلماء، ثم لم يفيا بهذا الضبط، فعن أبي حنيفة أنه ينقض قضاء من بدأ القسامة بيمين المدعي، ومن أبطل السراية في العتق، ومن صحح بيع متروك التسمية، ومن قضى بالشاهد واليمين.

وعن مالك: أنه لا ينقض قضاء من أثبت الشفعة للجار، فهذا هو القول الجملي في الحكم الذي يُنقض، والذي لا يُنقض، وحاول في الكتاب ضبط ذلك، فقال: «وإذا لم ينقدح في نفسه إمكان الصواب انقداحاً له، وقَع فله فله التُّقُّض» وذلك في النصوص، لصحة موردها، وصراحة لفظها، ويُعدها عن قبول التأويل، في الأقيسة موضحها وموافقها الأصول، وإذا لم تكن كذلك، وتقارب النظران، فلا نقض، ويختلف الحال في ذلك بالمجتهدين، وآحاد الأدلة ثم تكلموا في صور فردة.

منها: لو قضى قاضٍ بصحة نكاح المفقود زوجها بعد أربع سنين، ومضى مدة العدة؛ ففيه وجهان:

أشهرهما، وهو ظاهر النص: حكمه منقوض بمخالفة القياس الجلي؛ بأن يُجعل حياً في المال، فلا يُقسَم على ورثته، ويُجعل ميتاً في النكاح.



والثاني: المنع، كما في معظم المجتهدات، قال القاضي الروياني: وهو الصحيح، وقرب من هذا الخلافُ الخلافُ في نقض قضاء مَنْ قَضَى بحصول الفرق في اللعان، بأكثر الكلمات الخمس، وبسقوط الحد عن نكح أمة، ووَطئها.

ومنها: قضاء الحنفي ببطلان خيار المجلس والعرايا بالتقييد الذي يجوز.

وفي ذكاة الجنين، قيل: إنه منقوض؛ لظهور الأخبار وبُعْدِهَا عن التاويلات التي يدعونها، وكذلك في القتل بالثقل؛ لأنه على خلاف القياس الجلي في عصمة النفوس، وهذا ما أورده الإمام، وصاحب الكتاب، وبمثله أجاب محققون في الحكم بصحة النكاح بلا ولي.

وفي بيع أم الولد، وثبوت حرمة الرضاع بعد الحولين، وصحة النكاح بشهادة الفاسقين من غير إعلان، ونكاح الشغار، ونكاح المتعة، وفي الحكم بقتل المسلم بالذمي، وبأنه لا قصاص بين الرجل والمرأة، في الطرف، وبجريان التوارث بين المسلم والكافر، ويرد الزوائد مع الأضل في الرد بالعيب على ما ذهب إليه ابن أبي ليلى.

ومن الأصحاب من منع النقض<sup>(١)</sup>؛ وقال: هي مسائل اجتهادية، والأدلة فيها متقاربة، قال القاضي الروياني: وهو الصحيح، وكذلك ذكره القاضي ابن كج في الحكم ببطلان خيار المجلس، ويوافق ما ذكرناه في باب النكاح، في الحكم بالنكاح بلا ولي، ويُقضى قضاء من حكم بالاستحسان الفاسد.

فَرَج: ما ينقضه من الحكم إذا كتب به إليه، فلا يخفى أنه لا يقبله، ولا ينفذه، وأما ما لا ينقضه، ويرى غيره أصوب منه. فقد حكى القاضي ابن كج عن نص الشافعي - رضي الله عنه - أنه يعرض عنه، ولا ينفذه، كما لا ينقضه، لأن التنفيذ إعانة على ما هو خطأ عنده.

وقال ابن القاض في «أدب القاضي»: لا أحب أن ينفذه، كما لا يبتدىء الحكم بما يرى غيره أصوب منه، وفي قوله: «لا أحب» إشعار بأصل التجوز، فيشبه أن تكون المسألة على وجهين، وقد صرح بنقلها أبو الفرج السرخسي - رحمه الله - فقال: إذا رفع إليه حكم الحاكم قبله، فلم ير فيه ما يقتضي النقض، لكن أدى اجتهاده إلى غيره، فوجهان:

(١) قال الشيخ البلقيني: ذكر المصنف في كتاب أمهات الأولاد أن قاضياً لو قضى بجواز بيعها ما نصه: حكى الروياني عن الأصحاب أنه يقض قضاؤه وما كان فيه من خلاف بين القرن الأول فقد انقطع وصار مجمعاً على منعه ونقل الإمام فيه وجهين، انتهى. وهذا يخالف ما ذكره عن الروياني هنا. انتهى كلام المصنف.

أحدهما: أنه يعرض عنه .

وأصحهما: أنه ينفذه، وهذا ما عليه العمل، وبه قال أبو حنيفة: أنه لو حكم بنفسه، ثم تعيّر اجتهاده تغيراً لا يقتضي النقض، وترافع خضماً الحادثة إليه، فإنه يمضي حكمه الأول، وإن أدى اجتهاده إلى أن غيره أضوب منه .

فرغ: المقلد المستقصى للضرورة، لو حكم بمذهب غير مقلده؛ قال صاحب الكتاب في الأصول: إن قلنا لا يجوز للمقلد تقليد من شاء، بل عليه اتباع مقلده الذي هو أعلم عنده؛ فينقض حكمه، وإن جوزنا له تقليد من شاء، فلا ينقض والله أعلم .

قال الغزالي: ثم الحكم عند الله في الباطن لا يتغير (ح)، ولا يحل للشفعوي شفعة الجار وإن قضى بها له الحنفي ولكن القاضي لا يمنعه من الطلب اعتماداً على اعتقاد نفسه .

قال الرافي: حكم القاضي قسمان:

أحدهما: ما ليس ناشئاً، وإنما هو تنفيذ لما قامت الحجة عليه، فينفذ ظاهراً، لا باطناً، حتى لو حكم بشهادة الزور وبظاهر التعديل، لم يفد حكمه الجلل باطناً، سواء كان الحكم بمال أو نكاح أو غيرهما، وبه قال مالك، وأحمد .

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - ينفذ في العقود والفسوخ ظاهراً وباطناً، حتى إذا قضى القاضي بالنكاح بشهادة الزور، حلّ للمشهد له وطؤها، وإذا قضى بالطلاق، حرم على المشهد عليه الوطء وساعدنا في الأملاك المطلقة، أنه لا ينفذ فيها إلا ظاهراً؛ لنا: ما روي أنه - ﷺ - قال: «إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي له على ما أسمع، فمن قضيت له بشيء من حق أخيه، فلا يأخذنه، إنما أقطع له قطعة من نار»<sup>(١)</sup> ويروى «إنما أخكم بالظاهر، والله يتولى السرائر»<sup>(٢)</sup> .

(١) متفق عليه من حديث أم سلمة، وله الفاظ .

(٢) هذا الحديث استنكره المزني، فيما حكاه ابن كثير عنه في أدلة التنبيه، وقال النسائي في سننه: باب الحكم بالظاهر، ثم أورد حديث أم سلمة الذي قبله، وقد ثبت في تخريج أحاديث المنهاج للبيضاوي، سبب وقوع الوهم من الفقهاء في جعلهم هذا حديثاً مرفوعاً، وأن الشافعي قال في كلام له: وقد أمر الله نبيه أن يحكم بالظاهر، والله متولي السرائر، وكذا قال ابن عبد البر في التمهيد: أجمعوا أن أحكام الدنيا على الظاهر، وأن أمر السرائر إلى الله، وأغرب إسماعيل بن علي بن إبراهيم بن أبي القاسم الجنزوي في كتابه إدارة الأحكام، فقال: إن هذا الحديث ورد في قصة الكندي، والحضرمي، اللذين اختصما في الأرض، فقال المقضي عليه: قضيت علي، والحق لي، فقال ﷺ: إنما أفضي بالظاهر، والله يتولى السرائر، وفي الباب حديث عمر: إنما كانوا يؤخذون بالوحي على عهد النبي ﷺ، وإن الوحي قد انقطع، وإنما نأخذكم الآن بما ظهر =

وأيضاً فإنه قضى بشهادة الزور، فلا يفيد الحِلُّ، كالأملاك المطلقة، وإذا كان المحكوم به نكاحاً، لم يحل للمحكوم له الوطء، وعليها الامتناع والهرب ما أمكنها، فإن أُكْرِهَتْ، فلا إثمَ عليها، وعن الشيخ أبي حامد أن المحكوم له، زان، إذا وطئ، محدود.

ولم يأخذ به صاحبُ «الشامل»، والقاضي الروياني، لأن أبا حنيفة يجعلها منكوحَةً بحكم القاضي، فيكون وطؤه وطئاً في نكاحٍ مختلفٍ في صحته، وهو شبهة دائرة للحدِّ. ولو كان المحكوم به الطلاق، حل للمحكوم عليه وطؤها، إن ظفرَ بها، لكثرة يكرهه، لأنه يعرض نفسه للثمة، والحدِّ، وينفي التوارثَ بينهما، ولا يُنفى النفقة؛ للحيلولة، وإذا تزوجت بآخر فالحلُّ مستمر للمحكوم عليه.

نعم لو وطئها الثاني جاهلاً بالحال، فهو وطءٌ شبهة، فتحرم في مدة العدة على الأول، وإن كان الثاني عالماً، أو نكحها أحدُ الشاهدين، فقد قبل: إن وطأه لا يحرمها على الأول، ويوجب الحدَّ عليه، والأشبه ما ذكره الروياني؛ وهو أنه يُجعلُ وطء شبهة؛ لما سبق، قال: وقد سمعته من بعض شيوخنا في النظر، ولم أره في كتب المذهب.

والقسم الثاني: الإنشاءات؛ كالتمييز بين المتلاعنين، وفسخ النكاح بالغيب، والتسليط على الأخذ بالشفعة، وما أشبههما، فإن ترتبت على أصلٍ كاذبٍ، فالحكمُ كما في القسم الأول.

ومثاله؛ الفسخ بغيبٍ قامت عليه شهادة زورٍ وإن ترتبت على أصلٍ صادقٍ، مما لم يكن في محل اختلاف المجتهدين، فهو نافذ ظاهراً وباطناً، وما كان مختلفاً فيه فينفذ ظاهراً، وفي الباطن وجهان:

أحدهما: المنع، وبه قال الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني؛ لتعارض الأدلة، وتقابل النظر.

والثاني: أنه ينفذ، لتتفق الكلمة، ويتم الانتفاع، وإلا فإذا حكم الحنفي للشافعي بما لا يعتقد الشافعي، لم يتبهاً للشافعي الأخذ، وإذا حكم الشافعي على الحنفي بما يعتقد، سرفه الحنفي، إذا وجد فرصة، وقد أشير إلى هذا، بناءً هذا الخلاف. على أن كلَّ مجتهد مصيب، أو الصواب في واحد، إن قلنا بالأول، نفذ ظاهراً وباطناً. وإن قلنا بالثاني، لم ينفذ باطناً وفي «التهذيب» وجه ثالث فارق بين من يعتقد حكمه من الخصمَيْن، فنفذ في حقه باطناً أيضاً، ومن لا يعتقد، فلا ينفذ، وهذا يشبه الخلاف في

= لنا من أعمالكم، أخرجه البخاري، وحديث أبي سعيد رفعه: إنني لم أؤمر أن أنقب عن قلوب الناس، وهو في الصحيح في قصة الذهب الذي بعث به علي، وحديث أم سلمة الذي قبله، وحديث ابن عباس الذي بعده.

أنه، إذا اقتدى الحنفي بالشفعويّ تعين<sup>(١)</sup> اعتقاد الإمام اعتقاد المأموم، وإذا مَنَعْنَا النفاذ باطناً، أما مطلقاً أو في حق من لا يعتقدده، فلا يحل للشافعيّ الأخذ، إذا حكم له الحنفيّ بشفعة الجوار، أو بالتوريث بالرّجم، وهذا ما أورده في الكتاب.

والأصح عند جماعة؛ منهم صاحب «التهذيب»، والشيخ أبو عاصم العبادي: أنه ينفذ باطناً في حق من يعتقدده، وفي حق من لا يعتقدده، وإذا قيل بما في الكتاب، فمنعه القاضي ظاهراً؛ لاعتقاده أو لا يمنعه لاعتقاد نفسه، حكى في «الوسيط» فيه تردداً، والصحيح: أنه لا يُمنعُ ومَن منعه، فقد قال: لا ينفذ القضاء في حقّه، لا ظاهراً، ولا باطناً<sup>(٢)</sup>.

وقوله في الكتاب: «ثم الحكم عند الله تعالى في الباطن لا يتغير مُرْتَب على الكلام في الحكم الذي يُنقَض، والذي لا يُنقَض، إشارة إلى أنه، وإن لم ينقض في الظاهر فإنه لا يحل الحكم في الباطن.

وليعلم قوله: «ولا يحل للشفعويّ شفعة الجار» بالواو، وكذا قوله: «ولكن القاضي لا يمنعه من الطلب» لما قد تبين.

فَرَع: قال في التهذيب: هل يقبل شهادة الشاهد على ما لا يعتقدده كالشافعي يشهد بشفعة الجار؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا كما لا يقضي القاضي بخلاف ما يعتقدده.

والثاني: نعم، لأنه مجتهد فيه والاجتهاد إلى الشاهد<sup>(٣)</sup>.

فَرَع: لو تقدّم إلى القاضي خصمان، وقال: بيننا خصومة في كذا فصلها القاضي الذي كان بيننا، وحكم بكذا، ولكننا نريد أن نستأنف الحكم بيننا باجتهادك، ونرضى بحكمك واجتهادك، فهل يجيبهما إليه، أو يتعين إمضاء الحكم الأول، ولا يُنقض الاجتهاد بالاجتهاد؟ حكى القاضي ابن كج فيه وجهين:

أشبههما: الثاني.

هذا تمام الكلام في الآداب العشرة التي أودعها هذا الفضل، وهي غير محتومة إلا

(١) في ز: يعتبر.

(٢) قال النووي: الأصح القول. والله أعلم.

وللشهادة حالان:

أحدهما: أن يشهد بنفس الجوار وهو جائز.

ثانيهما: أن يشهد باستحقاق الأخذ بالشفعة أو بشفعة الجوار، وينبغي عدم جوازه لاعتقاده

خلافه، كذا قاله الأسنوي.

العائير، فإنه محتوم، وكذا التاسع على الأصح، ووراءها آداب، وأعمالٌ أُخِرُ.  
منها: ما أورده في الفصل الثالث والرابع من الكتاب.

ومنها: إذا وُلِّيَ القاضي، فالمستحبُّ أن يدعو الأصدقاء والأمناء، ويلتمس منهم أن يُطْلِعوه على عُيوبه، ليسعى في إزالتها، ويُسْتَحَبُّ أن يكون راكباً في مسيره إلى مجلس الحكم، وأن يسلم على الناس في طريقه، وعلى القوم إذا دَخَلَ، وأن يَدْعُو إذا جلس ويسأل اللّه تعالى التوفيق والسداد، وأن يقوم على رأسه أمينٌ يُنادي: هل مِنْ خَصْمٍ؟ ويرتّب الناس ويقدم الأول فالأول، وعن أبي بكر بن المنذر: أن الأولي أن يكونَ حصيناً لمكان النساء، ويجوز أن يعين للقضاء يوماً أو يومين على حسب حاجة الناس ودعائهم.

وأن يعين وقتاً في النهار، ثم إذا خَصِرَ خصمان في غير الوقت المعين، سمع كلامهما، إلا أن يكون في صلاةٍ أو في حَمَامٍ، أو على طعام، فيؤخَّرُ قدر ما يفرغ منه، وينبغي أن يكون للقاضي درة يؤدّب بها عند الحاجة، كما كانت لعمر - رضي الله عنه - وأن يتخذ سجنًا للحاجة إليه في التعزير، واستيفاء الحق من المماطلين<sup>(١)</sup>. وقد روي أن عمر - رضي الله عنه - اشترى داراً بمكة بأربعة آلاف، وجعلها سجنًا<sup>(٢)</sup>.

وهذه فروعٌ تتعلق بالحبس، قال أبو العباس بن القاص - رحمه الله - إذا استشعر القاضي من المديون بعد ما حبسه الفراز من حبسه، فله نقله إلى حبس الجرائم، ولو دعا المحبوس أمته، أو زوجته إلى فراشه، لم يُمنع، إن كان في الحبس موضع خالٍ، فإن امتنعت، أُجبرَت الأمة، ولا تُجبرُ الزوجة الحرّة؛ لأنه لا يصلح للسكنى، وإنما هو حبس، ولا حَبْسٌ عليها والزوجة الأمة تُجبرُ، إن رضي سيدها، وكان يجوز أن يُقال:

(١) كما اتخذهما عمر رضي الله عنه، قال الشعبي وهي أهيب من سيف الحجاج قال ابن عبد السلام: الحبس أنواع:

منها: حبس الجاني عند غيبة المستحق حفظاً لمحل القصاص.

ومنها: الممتنع من دفع الحق الحال إلى مستحقه.

ومنها: حبس التعزير درءاً عن المعاصي.

ومنها: حبس كل ممتنع من تصرف واجب لا تدخله النيابة كحبس من أسلم على أختين وامتنع من تعيين إحداهما أو أقر بإحدى عينين وامتنع من تعيينهما.

ومنها: من امتنع من أداء حقوق الله التي لا تدخلها النيابة كصيام رمضان، وذكر الإمام في نكاح الشركات عن الأصحاب أن للحاكم أن يجمع بين الحبس والتعزير إن رأى ذلك في حق كل من توجه عليه حق وامتنع من الأداء وليس بمعسر سواء أكان محجوراً عليه أم غيره أميناً أم خائناً.

(٢) رواه البيهقي من حديث نافع بن عبد الحارث: أنه اشترى من صفوان بن أمية دار السجن لعمر بن الخطاب بأربعة آلاف، وعلقه البخاري.

الْحَبْسُ زَجْرٌ وَتَأْدِيبٌ فَإِنْ اقْتَضَى الْحَالُ أَنْ نَمْنَعُ مِنْهُ زَوْجَتَهُ أَوْ أُمَّتَهُ، فَعَلَّ، وَلَوْ أَرَادَ مُسْتَحَقُّ الدِّينِ أَنْ يَلْزِمَهُ بَدَلًا عَنِ الْحَبْسِ، مُكَّنَ، فَإِنَّ الْمَلَاذِمَةَ أَحْفَى، إِلَّا أَنْ يَقُولَ لِلْقَاضِي: إِنَّهُ يَشُقُّ عَلَيَّ الطَّهَارَةَ وَالصَّلَاةَ بِسَبَبِ الْمَلَاذِمَةِ، فَأَمْنَعُهُ مِنْهَا، وَاحْبِسْنِي، فَيُرَدُّهُ إِلَى الْحَبْسِ، قَالَ أَبُو الْعَبَّاسِ: وَقَدْ خَلَفَ فِي أَنْ الْأَبَ، هَلْ يُحْبَسُ بَدِينِ وَلَدِهِ؟ وَقِيَاسُ حَبْسِهِ، أَنْ يُحْبَسَ الْمَرِيضُ وَالْمَخْدُورُ وَابْنُ السَّبِيلِ، مَنْعًا لَهُمْ مِنَ الظُّلْمِ؛ وَالحِكَايَةُ عَنْ أَبِي عَاصِمِ الْعَبَادِيِّ أَنَّ هَؤُلَاءَ لَا يُحْبَسُونَ، وَلَكِنْ يُوَكَّلُ بِهِمْ لِيُحِيلُوا أَوْ يُؤَدُّوا.

قال: وَلَا يُحْبَسُ الْأَبُ فِي حَقِّ الصَّغِيرِ، وَلَا الْقَيْمِ، وَلَا الْوَكِيلِ، فِي ذَيْنِ لَمْ يَجِبْ بِمَعَامَلَتِهِمْ. وَيُحْبَسُ الْأَمْنَاءُ فِي ذَيْنِ وَجِبْ بِمَعَامَلَتِهِمْ، وَلَا يُحْبَسُ الصَّبِيُّ وَالْمَجْنُونُ وَلَا الْمَكَاتِبُ بِالْجُورِ، وَلَا يُحْبَسُ الْعَبْدُ الْجَانِي، وَلَا سَيِّدُهُ لِيُؤَدِيَ، أَوْ يَبِيعَ بِلِ يَبَاعَ عَلَيْهِ، إِذَا وَجَدَ رَاغِبًا، وَامْتَنَعَ، وَنَقَلَ الْقَاضِي أَبُو سَعْدِ الْهَرَوِيُّ وَجْهَيْنِ فِي حَبْسِ كُلِّ غَرِيمٍ، قَدَرْنَا عَلَى مَالِهِ وَتَمَكَّنَّا مِنْ بَيْعِهِ، وَأَجْرَةُ السَّجَّانِ عَلَى الْمَخْبُوسِ، وَأَجْرَةُ الْمُوَكَّلِ عَلَى مَنْ وَكَلَ بِهِ، إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي بَيْتِ الْمَالِ مَالًا، وَانصَرَفَ إِلَى جِهَةٍ أَهَمَّ مِنْ هَذِهِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الْفَضْلُ الثَّانِي فِي مُسْتَنْدِ قَضَائِهِ: وَإِنَّمَا يَقْضِي بِالْحُجَّةِ، وَلَا يَقْضِي بِعَلْمِهِ عَلَى أَصْحَ الْقَوْلَيْنِ، لَكِنْ إِنْ عَلِمَ فَسَقَ الشَّاهِدِ أَوْ كَذَبَهُ تَوَقَّفَ عَنِ الْقَضَاءِ، وَيُغْنِيهِ عِلْمُهُ بَعْدَالَةِ الشُّهُودِ عَنِ الْمُزَكِّينِ، وَيَقْضِي عَلَى مَنْ أَقْرَ فِي مَجْلِسِ الْقَضَاءِ دُونَ مَنْ أَقْرَ عِنْدَهُ سِرًّا، وَلَا يَكْفِي شَاهِدٌ وَاحِدٌ مَعَ عِلْمِهِ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَقْصُودُ هَذَا الْفَصْلِ: الْكَلَامُ فِي أَنَّ الْقَاضِي، بِمِ يَقْضِي؟ وَإِلَامِ يَسْتَنْدُ قَضَائِهِ؟ أَمَا أَنَّهُ يَقْضِي بِالْحُجَّةِ فَوَاضِحٌ، وَلَوْ لَمْ يَقُمْ عِنْدَهُ حُجَّةٌ، إِلَّا أَنَّهُ عَلِمَ صَدَقَ الْمُدْعَى، فَهَلْ يَقْضِي بِعَلْمِهِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ:

أَحَدُهُمَا: لَا، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ وَأَحْمَدٌ - رَحِمَهُمَا اللَّهُ - لَمَا رُوِيَ أَنَّهُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - قَالَ فِي قَضِيَةِ الْمَلَاعِنَةِ: «لَوْ كُنْتُ رَاجِعًا مِنْ غَيْرِ بَيِّنَةٍ لَرَجُمْتُهَا»<sup>(١)</sup> وَلِأَنَّ فِيهِ تَهْمَةً، وَالتَّهْمَةُ تَمْنَعُ الْقَضَاءَ، وَلِذَلِكَ لَا يَقْضِي لَوْلَدِهِ وَوَالِدِهِ.

وَالثَّانِي: نَعَمْ، وَبِهِ قَالَ الْمَرْزُوقِيُّ - رَحِمَهُ اللَّهُ - لِأَنَّهُ يَقْضِي بِشَهَادَةِ الشَّاهِدِينَ، وَالحَاصِلُ مَجْرُودُ ظَنٍّ، فَلِأَنَّ يَقْضِي بِالْيَقِينِ كَانَ أَوْلَى، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فِي «كِتَابِ الرِّسَالَةِ»: صَحَّ عِنْدِي، وَثَبِتَ لَدَيْ، وَهُوَ أَقْوَى مِنْ شَاهِدِينَ، وَرَجَّحَ فِي الْكِتَابِ الْقَوْلَ الْأَوَّلَ، وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي الرَّوْيَانِيُّ: لِفَسَادِ الْقَضَاءِ، وَحِكَايَةِ عَنِ ابْنِ سَرِيحٍ،

(١) أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ، وَفِيهِ قِصَّةٌ.

لكن الثاني أصح عند عامة الأصحاب، وأجابوا عن معنى التهمة؛ بأن القاضي لو قال: ثبت عندي، وصح لدي كذا، لزم قبوله، ولم يبحث عما صحَّ، وثبت به، والتهمة قائمة.

ويجوز أن يُعَلِّمَ لفظ القولين في الكتاب بالواو؛ لأن من الأصحاب من حكى طريقة قاطعة بالقول الثاني؛ بناءً على ما نقل عن الربيع أن الذي كان يذهب إليه الشافعي رضي الله عنه - أن القاضي يقضي بعلمه وما كان يبوح به مخافة القضاة السوء، ولا فرق على القولين بين ما علمه في زمان ولايته ومكان ولايته وما علمه في غيرها، وعند أبي حنيفة: يقضي بما علمه في زمان ولايته، ومكان ولايته بشرط بقاءه مولى من يوم العلم، إلى يوم القضاء.

ولا يقضي بما علم على غير هذا الوجه، فإن قلنا: لا يقضي بعلمه، فذاك، فيما إذا كان مستند القضاء مجرد علمه بالمحكوم فيه أما إذا شهد عنده شاهدان يعرف عدالتهما، فله أن يقضي، ويغنيه علمه بعدالتهما عن مراجعة المزكين، وفيه وجه آخر؛ لقيام التهمة.

ولو أقر بالمدعي في مجلس قضاته، قضى بعلمه، وذلك قضى بإقراره، لا يعلم القاضي، إن أقر عنده سراً، فعلى القولين في القضاء بالعلم، ومنهم من خصص القولين بما إذا علم المحكوم بنفسه، وقال: ههنا نحكم بالإقرار المعلوم، لا بمجرد العلم بالمحكوم فيه.

ولو شهد عنده شاهد واحد، فهل يغنيه علمه عن الشاهد الثاني؟ فيه وجهان:

أظهرهما: لا؛ لأن الحجة لم تتم.

والثاني: ويحكى عن مالك: نعم؛ لانكسار سَوْرَةِ التهمة، وأما إذا قلنا: إنه يقضي بعلمه، فذلك في الأموال، وأما في القصاص وحدِّ القذف، فقولان؛ لأن وجه المنع، أن العقوبات يُسَعَى في رَفْعِهَا، ولا يُوسَعُ بابها، والأظهر الجواز؛ اعتماداً على حصول العلم، وبهذا أجاب في العدة؛ تفريعاً على هذا القول.

وإذا منعنا القضاء بالعلم في القصاص وحدِّ القذف<sup>(١)</sup>، ففي حدود الله تعالى أولى

(١) سواء أعلمه في زمن ولايته ومكانها أم في غيرهما وسواء أكان في الواقعة بينة أم لا لأنه نقض بالبينه وهي إنما تنفيذ ظناً فبالعلم أولى لكنه مكروه كما أشار إليه الشافعي في الأم. فلو رام البينة نفياً للبرية كان أحسن. قاله الغزالي في خلاصته، قال الزركشي: وليس لنا في الحجج ما لا يلزم معه الحكم إلا هذا. وذكر الماوردي والروياتي أنه لا ينفذ إلا مع التصريح بأن مستنده علمه بذلك فيقول قد علمت أن له عليك ما ادعاه وحكمت عليك بعلمي، فإن اقتصر على أحدهما لم ينفذ الحكم.

أن نمنع وإن جوزناها، ففيها قولان<sup>(١)</sup>:

الأصح: المنع، وبه قال أبو حنيفة؛ لأن الحاكم مأمور بالتسُّرُّ، وقد رُوِيَ عن أبي بكر - رضي الله عنه - أنه قال: لو رأيت رجلاً على حدٍّ، لم أخذه، حتى يشهد عندي بذلك شاهدان<sup>(٢)</sup>، ويجوز أن يُتْرَكَ الترتيب والتفريع، وَيُقَالُ في القضاء بالعلم ثلاثة أقوال؛ يجوز مطلقاً، ولا يجوز مطلقاً، ويجوز في الأموال دون العقوبات، أو أربعة أقوال، يجوز، لا يجوز، يجوز في الأموال لا غير، يجوز فيما سوى الحدود لا غير.

ولا خلاف أن القاضي لا يقضي بخلاف علمه، بل إذا علم أن المدعي أبرأه عما يدعيه، ويقيم الشهود عليه، أو أن المدعي قبله حي، أو رآه قبله غير المدعي عليه، أو سمع مدعي الرُّقِّ قد أعتق، ومدعي النكاح قد طلق ثلاثاً، وتحقق كذب الشهود، فإنه يمتنع<sup>(٣)</sup> القضاء، وكذا إذا علم أن الشهود فسقة، وهذا ما أراد في الكتاب بقوله: «لكن إن علم فسق الشاهد أو كذبه توقَّف عن القضاء» ولْيُعْلَمَ قوله: «ويغنيه علمه بعدالة الشهود» وقوله: «دون من أقر عنده سرّاً» بالواو لما تقدّم، واعلم أن الائمة - رحمهم الله - مثلوا القضاء بالعلم الذي هو محلُّ القولين؛ بما إذا ادعى عليه مالاً، وقد رآه القاضي أقرضه ذلك، أو سمع المدعي عليه أقر بذلك، ومعلوم أن رؤية الإقراض وسماع الإقرار لا يفيد اليقين بثبوت المحكوم به وقت القضاء، فيدل على أن ليس المراد بالعلم اليقين، بل الظن المؤكد.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: وَأَمَّا الْخَطُّ فَلَا يَنْعَمُهُ الشَّاهِدُ وَلَا الْقَاضِي إِذَا لَمْ يَتَدَكَّرْ لِإِمْكَانِ

(١) قال الأذري: وإذا أنفذنا أحكام القاضي الفاسق للضرورة كما مر فينبغي أن لا ينفذ قضاؤه بعلمه بلا خلاف إذ لا ضرورة إلى تنفيذ هذه الجزئية النادرة مع فسقه الظاهر وعدم قبول شهادته بذلك قطعاً.

(٢) رواه أحمد بسند صحيح إلا أن فيه انقطاعاً: لو رأيت رجلاً على حد من حدود الله ما أخذته، ولا دعوت له أحداً حتى يكون معي غيري، وأخرجه البيهقي من وجه آخر منقطعاً. قلت: وفي البخاري تعليقاً، قال عمر لعبد الرحمن بن عوف: لو رأيت رجلاً على حد؟ قال: أرى شهادتك شهادة رجل من المسلمين، قال: أصبت، ووصله البيهقي.

(٣) نوزع المصنف في نفي الخلاف بأن الماوردي والرويانى حكيا الخلاف في ذلك وإذا قلنا لا نقضي فهل نقضي بالشهادة عنده وجهان، وقال الشاشي ولا يقضي بعلمه أيضاً في هذه الصورة. قال في المهمات في هذا التعبير تجوز، فإن من يقضي بشهادة شاهدين لا يعلم كذبهما ولا صدقهما قاض بخلاف علمه مع أن قضاء نافذ بالاتفاق، فالصواب أن نقول ولا يقضي بما يعلم خلافه وبه غير الماوردي قال الشيخ البلقيني: والاعتراض غير صحيح لأن الذي يقضي به القاضي هو الذي شهد به الشاهدان لأصدقهما فلم يقبل حينئذ على خلاف علمه ولا بما يعلم خلافه فالعبارتان مستورتان على ما قررناه.



التزويرِ عَلَيْهِ، وَلَوْ كَانَ الْخَطُّ مَحْفُوظًا عِنْدَهُ وَأَمِنَ التَّحْرِيفَ فَهَذَا يُسَلِّطُ عَلَى رِوَايَةِ الْحَدِيثِ، وَهَلْ يُسَلِّطُ عَلَى الْحُكْمِ، وَالشَّهَادَةِ؟ الْمَشْهُورُ أَنَّهُ لَا يُسَلِّطُ، وَفِيهِ وَجْهٌ، وَلَيْسَ لِلْمُحَدِّثِ الرَّوَايَةُ مَعَ اِخْتِمَالِ التَّحْرِيفِ وَالغَلَطِ، وَلَهُ أَنْ يَخْلِفَ اعْتِمَادًا عَلَى خَطِّ أَبِيهِ إِذَا غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا رَأَى الْقَاضِي حِجَّةً فِيهَا ذَكَرَ حُكْمَ لِإِنْسَانٍ، وَطَلَبَ ذَلِكَ الْإِنْسَانَ مِنْهُ إِمضاه، والعمل به نُظِر؛ إِنْ تَذَكَّرَ الْقَاضِي، أَمْضَاه وَعَمِلَ بِهِ كَمَا لَوْ طَلَبَ مِنْهُ الْعَمَلُ فِي الْإِبْتِدَاءِ، فِي أَمَالِي أَبِي الْفَرَجِ الزَّازِ - رَحِمَهُ اللَّهُ - طَرِيقَةً أُخْرَى: إِنْ أَمْضَاه عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِي أَنَّ الْقَاضِي، هَلْ يَقْضِي بِعِلْمِهِ، وَإِنْ لَمْ يَتَذَكَّرْ، لَمْ يَعْتَمِدْهُ؛ لِإِمْكَانِ التَّزْوِيرِ<sup>(١)</sup> وَمِشَابَهَةِ الْخَطِّ، وَكَذَا الشَّاهِدِ، لَا يَشْهَدُ بِمَضْمُونِ الْخَطِّ، إِذَا لَمْ يَتَذَكَّرْ، هَذَا، إِذَا لَمْ يَكُنِ الْكِتَابُ مَحْفُوظًا، عِنْدَهُ، فَإِنْ كَانَ، وَبَعْدَ اِحْتِمَالِ التَّزْوِيرِ وَالتَّحْرِيفِ، كَالْمَحَاضِرِ وَالسَّجَلَاتِ الَّتِي يَخْتِطُّ فِيهَا الْقَاضِي عَلَى مَا سَبَقَ، فَالْمَشْهُورُ وَالْمَنْصُوصُ أَنَّهُ لَا يَقْضِي أَيْضًا مَا يَتَذَكَّرُ؛ لِإِمْكَانِ التَّحْرِيفِ، وَإِنْ بَعُدَ، وَكَذَا الشَّاهِدُ فِي مِثْلِ هَذِهِ الْحَالَةِ، لَا يَشْهَدُ، وَعَنْ الشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ وَغَيْرِهِ وَجْهٌ: أَنَّهُ يَجُوزُ الْاعْتِمَادُ عَلَيْهِ، إِذَا وَثِقَ بِهِ وَلَمْ يَتَدَاخَلْهُ رَيْبَةٌ، وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَحْمَدَ، وَإِذَا قُلْنَا بِالْأَوَّلِ، فَفِي رِوَايَةِ الْحَدِيثِ؛ اعْتِمَادًا عَلَى الْخَطِّ الْمَحْفُوظِ عِنْدَهُ، وَجِهَانِ:

أحدهما: المنع إلى أن يتذكر كما في الشهادة، ولا يكفيه رؤية السماع، اعتماداً على خطه، أو خط ثقة.

حكى هذا الوجه الصيدلاني، والشيخ أبو إسحاق الشيرازي، وأفتى به القاضي الحسين.

وأظهرهما: وهو المذكور في الكتاب: الجواز، لعمل العلماء به، سلفاً وخلفاً، وقد يتساهل في الرواية بما لا يتساهل به في الشهادة؛ ألا ترى أن الفرع يُروى مع حضور الأصل؟ ولا يشهد أنه لو قال: حدّثني فلان عن فلان؛ أنه يروى كذا، يُقبَل:

(١) قال في الخادم: أطلق التذكر والظاهر أنه لا بدّ من ذكر القضية بتفاصيلها ولا يكفي بذكر الحادثة على الإجمال وبه صرح الجاجري في الإيضاح وأشار إليه الماوردي حيث قال وإن عرف صحة خطه ولم يذكر وقت حكمه لم يجوز أن يحكم بخطه وإن صح في نفسه وبه قال أبو حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يجوز أن يحكم بخطه إذا عرف صحته وإن لم يذكر، قال وهو عرف القضاة في عصرنا. انتهى. قال صاحب الخادم: وقد عمت البلوى من القضاة في هذه الأزمنة من الحكم بمقتضى ذلك عند غلبة الظن بصحة الخط من غير تذكر تفاصيل الواقعة، فإن كان ذلك عن تقليد لمذهب الشافعي فممنوع. انتهى وأصل ما ذكره الأذري.

ولو قال: حَدَّثَنِي فلان عن فلان أنه يشهد بكذا، لا يقبل، وإذا كتب إليه شيخٌ بالإجازة، وعرف خطه جاز، له؛ تقريباً على اعتماد الخط أن يُزوى عنه، فيقول: أَخْبَرَنِي فلان في كتابه، أو كتب إليّ، وهذا على تجويز الرواية بالإجازة، وهو الصحيح، ويُزَوَّى عن أبي حنيفة ومالك - رحمهما الله - وأفتى القاضي الحُسَيْنُ بمنعها<sup>(١)</sup>، كما لو قال: أَدْنْتُ لك في أن تشهد على شهادتي في كل موضع عَرَفْتُ شهادتي، ولو رأى بخط معروف: سَمِعْتُ من فلان كذا، لم تجز الرواية عنه، وإن اعتمدنا الخط؛ لأنه، وإن سمعه يقول: هذا خطي، لا يجوز الرواية؛ إذ الإنسان قد يسمع ويكتب ما لا يرويه.

نعم، يجوز أن يقول: رأيت بخط فلان، أني سمعت كذا، هذا حكم القضاء والشهادة والرواية بناءً على الخط.

(١) قال النووي: وقد منعها أيضاً الماوردي في «الحاوي» ونقل هو منعها عن الفقهاء، وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله، ولكن أظهر قوليه، والمشهور من مذاهب السلف والخلف، والذي عليه العمل صحة الإجازة، وجواز الرواية بها، وجوب العمل بها. ثم هي سبعة أنواع قد لخصتها بفروعها وأمثلتها وما يتعلق بها في «الإرشاد» في مختصر علوم الحديث، وأنا أذكر منها رموزاً إلى مقاصدها تقريباً على الصحيح، وهو جوازها. الأول: إجازة معين لمعين، كأجزتك رواية صحيح البخاري، أو ما اشتملت عليه فهرستي وهذه أعلى أنواعها.

الثاني: إجازة معين لمعين، كأجزتك مسموعاتي أو مروياتي والجمهور على أنه كالأول، فتصح الرواية به، ويجب العمل بها، وقيل بمنعه مع قبول الأول.

الثالث: أن يجيز لغير معين بوصف العموم، كأجزت المسلمين، أو كل أحد أو من أدرك زماني ونحوه، فالأصح أيضاً جوازها، وبه قطع القاضي أبو الطيب، وصاحبه الخطيب البغدادي وغيرهما من أصحابنا، وغيرهم من الحفاظ. ونقل الحافظ أبو بكر الحازمي المتأخر من أصحابنا أن الذين أدركهم من الحفاظ كانوا يميلون إلى جوازها.

الرابع: إجازة مجهول أو لمجهول، كأجزتك كتاب السنن وهو يروي كتباً من السنن، أو أجزت لزيد بن محمد وهناك جماعة كذلك، فهذه باطلة. فإن أجاز لمسمين معينين لا يعرف أعيانهم ولا أنسابهم ولا عددهم، صحت، كما لو سمعوا منه في مجلسه في مثل هذا الحال.

الخامس: الإجازة لمعدوم، كأجزت لمن يولد لفلان أو لفلان، ومن يولد له، فالصحيح بطلانها، وبه قطع القاضي أبو الطيب، وابن الصباغ، وجوزه الخطيب وغيره. والإجازة للطفل الذي لا يميز صحيحة على الصحيح، وبه قطع القاضي أبو الطيب، ونقله الخطيب عن شيوخه كافة.

السادس: إجازة ما لم يسمعه المجيز، ولم يتحملة بوجه ليرويه المجاز له إذا تحمله المجيز، وهي باطلة قطعاً.

السابع: إجازة المجاز وهي صحيحة عند أصحابنا، وهو الصواب الذي قطع به الحفاظ الأعلام من أصحابنا وغيرهم، منهم الدارقطني وأبو نعيم الأصفهاني، والشيخ أبو الفتح نصر المقدسي وغيرهم من أصحابنا. وإذا كتب الإجازة استحب أن يتلفظ بها، ولو اقتصر على الكتابة مع قصد الإجازة، صحت كالقراءة عليه مع سكوته.

أما اليمين؛ فقد قال الأصحابُ: يجوز له أن يَخْلِفَ على استحقاق الحقِّ، وأداء الحقِّ؛ اعتماداً على خطِّ أبيه<sup>(١)</sup>، إذا وثق بخطه وأمانته وضبطه قال القفال: وضابط وثوقه بأن يكون بحيث لو وجد في تلك التذكيرة أن لفلان عليّ كذا، لا يجد من نفسه أن يحلف على نفي العلم به، بل يؤديه من التركة، وفرقوا بينه وبين القضاء والشهادة؛ بأن القضاء والشهادة بناءً على الخطِّ ينجر إلى خطر عظيم.

وفي اليمين: لا يلزم ضرر عام، ولأن القضاء والشهادة تتعلق به، ويمكن فيه التذكير والرجوع إلى اليقين، وخط المورث لا يُتَوَقَّعُ فيه اليقين، فجاز بناء الأمر على غلبة الظن، حتى لو وجد بخط نفسه: أن له على فلان كذا وأنه أدى دين لم يجر له الحلف، حتى يتذكر، قاله في الشامل.

فَرَعُ: قال الصَّيْمَرِيُّ: أولى الأمور بالشاهد الاستعانة بالأسباب المغنية عن التذكر عند الأداء، وذلك بأن يثبت حلبة المقر، إذا لم يعرفه بعد ذكر الشهادة، ويقرب من ذلك ذكر التاريخ وموضع تحمل الشهادة، ومن كان معه حين تحمّل وما أشبه ذلك، وحكى أبو محمد الحدّاد من الأصحاب - رحمهم الله - أن بعض علمائنا ممن ولى قضاء البصرة كان يكتب: أن الذي شهدت عليه يشبه فلاناً، يعين رجلاً قد قبله علماً، ويستعين بذلك على التذكّر. وهذا أبلغ من إثبات الحلبة والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ شَهِدَ عِنْدَ الْقَاضِي شَاهِدَانِ بِقَضَائِهِ وَلَمْ يَتَذَكَّرْ لَمْ يُقْضَ بِهِ، وَالْمُحَدِّثُ يُحَدِّثُ عَمَّنْ أَخْبَرَهُ بِحَدِيثِهِ فَيَقُولُ: حَدَّثَنِي فَلَانٌ عَنِّي، وَلِقَاضٍ آخَرَ أَنْ يَفْضِي بِالشَّاهِدَيْنِ عَلَى قَضَائِهِ إِنْ لَمْ يَكْذِبْهُمَا، وَمِنْ أَدْعَى عَلَيْهِ أَنَّهُ قَضَى لَهُ فَأَنْكَرَ لَمْ يَكُنْ لَهُ التَّخْلِيفُ كَمَا لَا يُحْلَفُ الشَّاهِدُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ مَسْأَلَتَانِ:

(١) ذكر الأب في كلام الشيخ المصنف مثال لا قيد.

قال في الخادم: حتى لو رأى بخط مكاتبه الذي مات في أثناء الكتابة قبل العتق أو خط مأذونه القرن بعد موته أو عامله في القراض أو شريكه في التجارة شيئاً من ذلك ووثق بأمانته، جاز له الحلف عليه، فإن عمدة الإقدام الظن المؤكد وهو موجود، ولهذا قال الفوراني في الإبانة وسليم في المجرّد وصاحب البحر وغيرهم لو أخبره ثقة عدل أن لأبيك على فلان كذا، جاز له أن يدعيه ويحلف عليه، وجرى عليه الدارمي في الاستذكار ولم يشترط العدالة وأخذ صاحب الخادم من القوت بلفظه ولم يعزه له على عادته. وقال في المهمات أن الشيخين اختلفت كلامهما في خط نفسه فقالا في هذا الباب أنه لا يحلف على خط نفسه وقالوا في باب الدعاوى أنه يحلف على خط نفسه، قال وما ذكره في باب الدعاوى هو الصحيح.

إحدهما: لو شهد عنده شاهدان: أنك حَكَمْتَ لفلانٍ بكذا، وهو لا يتذكر، لم يقبل شهادتهما، ولم يحكم بقولهما، إلا أن يشهدا على الحق بعد إعادة الدعوى، وقال أحمد: يقبل شهادتهما ويمضي حكمه، وعن ابن القاصِّ تخريجُ قول مثله للشافعيّ - رضي الله عنه - وجه ظاهر المذهب: أن حكمه فعله، والرجوع إلى اليقين هو الأصل في فعل الإنسان.

وكذلك نأخذ عند الشك في عدد الركعات باليقين، ولو شهد شاهدان: أنك تحمَّلتَ الشهادة في واقعة كذا، ولم يتذكَّر، لم يجز له أن يشهد، ويخالف ما نحن فيه، رواية الحديث، فإنَّ الراوي إذا نسي، يجوز له أن يقبل ممن سمعه منه؛ كما اشتهر أن سُهَيْلَ بْنَ أَبِي صَالِحٍ - رضي الله عنه - يروي حديث القضاء بالشاهد واليمين عن أبيه عن أبي هريرة - رضي الله عنه - وسمعه منه ربيعة - رضي الله عنه - ثم إنه اختل حفظه بشجَّة أصابته، وكان يقول: أخبرني ربيعة: أني أخبرته عن أبي هريرة، والفرق ما سبق أن الرواية مبنية على المسامحة، ولذلك لم يشترط فيها العدد، وقبِلت من العبد والمرأة، بخلاف الشهادة على أنَّ القاضِيَّ ابن كج حَكَى وجهاً عن بعض الأصحاب: أن الحكم في الرواية كما ذكرنا في القضاء، وإذا لم يتذكر القاضي، فحقه أن يتوقف، ولا يقول: لم أحكم، وهل للمدعي، والحالُ هذه، تحليف الخصم على أنه لا يعرف حكم القاضي؟ قال صاحب «التهذيب»: يَحْتَمِلُ وجهين<sup>(١)</sup>، ولو شهد الشاهدان على حكمه عند قاضٍ آخر؛ فيقبل شهادتهما، ويمضي حكم الأول، إلا إذا قامت البينة على أن الأول أنكر حكمه وكذبهما.

وإن قامت البيِّنة على أنه توقَّف، فوجهان، أوفقهما لكلام الأكثرين أنه يقبل شهادتهما وقال الأودنيُّ وصاحب «المهذب»: لا تقبل؛ لأن موقفه يورث التهمة، وعلى هذا، فلو شهد شاهدان على أن شاهدي الأصل توقَّفًا في الشهادة، لم يجزِ الحكم بشهادة الفُرُوع.

الثانية: إذا ادَّعى على القاضي: أنك حَكَمْتَ لي بكذا حكى الإمام في «النهاية» عن الأصحاب: أنه ليس له أن يرفعه إلى قاضٍ آخر، ويحلفه كالشاهد، إذا أنكر الشهادة لا يحلف، وعن القاضي الحُسَيْن: أنا، إن جعلنا اليمين المردودة كالإقرار، فله أن يحلفه؛ ليحلف إن نكل، فيكون كقول القاضي: نعم حَكَمْتُ إذا ادَّعى عليه، وهو قاضٍ.

(١) سكت المصنف عن ترجيح أحد الاحتمالين.

قال في الخادم: إن البغوي بناهما في التعليق على الخلاف في اليمين المردودة إن قلنا كالبينة فلا يحلف أو كالإقرار فيحلف لأن إقرار المدعى عليه يقول لكن الراجح المنع فإن القاضي الحسين والشيخ إبراهيم المروزي نقلوا منع الحلف عن الأصحاب.

وإن ادَّعِيَ عليه بعد عزله، أو في غير محل ولايته، وقد رفعه إلى قاضٍ هناك، فقد حكى الإمام أنه يجوز سماع البيّنة، ولا يُقْبَلُ إقراره، ولا يَخْلِفُ، إن جعلنا اليمين المردودة كالإقرار، وإن جعلناها كالبيّنة، فيحلف، ولك أن تقول: قبول قول المولى حكمت بكذا، وعدم القبول من المعزول واضحٌ مقررٌ من قبل، لكن سماع الدعوى عليه معزولاً كان أو غير معزول؛ بأنه حكم ليس على قواعد الدعاوى الملزمة، وإنما المقصود منها التدرج إلى التزام الخصم، فإن كانت له بيّنة بلغها في وجه الخصم، وما ينبغي أن يسمع على القاضي بيّنة، ولا أن يُطالب بيمين، كما إذا ادعى على إنسان أنك شاهدي والله أعلم.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: الْفَضْلُ الثَّلَاثُ فِي التَّسْوِيَةِ: وَلَيْسَ بَيْنَ الْخُضْمَيْنِ فِي الْقِيَامِ وَالنَّظَرِ وَجَوَابِ السَّلَامِ وَأَنْوَاعِ الْإِكْرَامِ، وَلَهُ أَنْ يَزْفَعَ الْمُسْلِمَ عَلَى الذَّمِّ فِي الْمَجْلِسِ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، ثُمَّ يَقُولُ مِنَ الْمُدَّعِي مِنْكُمْ، فَإِذَا ادَّعَى طَالِبَ الثَّانِي بِالْجَوَابِ، فَإِنْ أَقْرَبَتْ الْحَقُّ مِنْ غَيْرِ قَوْلِهِ فَضَيْتُ عَلَى الْأَصْحَحِ، وَإِنْ أَتَكَرَّرَ قَالَ لِلْمُدَّعِي: أَلَكِ بَيِّنَةٌ؟ فَإِنْ قَالَ: لَا بَيِّنَةٌ لِي ثُمَّ جَاءَ بَيِّنَةٌ سَمِعْتَ عَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ فَلَعَلَّهُ تَذَكَّرَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ مَسْأَلَتَانِ:

إحدهما: يسوي القاضي بين الخضمين في الدخول عليه، وفي القيام لهما، وفي النظر والاستماع وطلاقة الوجه وسائر أنواع الإكرام، ولا يخصص، أحدهما بشيء من ذلك؛ لأنه ينكسر به قلب الآخر، ويمنعه من إقامة حجته، وكذلك يسوي بينهما في وجوب السلام؛ فإن سلما أجابهما معاً، وإن سلم أحدهما دون الآخر، قال الأصحاب: يصبر حتى يسلم الآخر، فيجيبهما، وقد يتوقف في ذلك عند طول الفضل؛ فإنه يمنع من استنهاضه جواباً.

وذكروا: أنه لا بأس أن يقول الآخر: سلّم، فإذا سلّم، أجابهما وفي هذا اشتغال منه بغير الجواب وكأنهم احتملوا جميع ذلك، لئلا يبطل معنى التسوية، وحكى الإمام: أنهم جوزوا له ترك الجواب مطلقاً، واستبعده<sup>(١)</sup>.

(١) قال الزركشي: وحكى الماوردي فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: يرده على المسلم وحده في الحال.

ثانيها: بعد الحكم.

ثالثها: يرده عليهما معاً في الحال ولم يحك ما نقله المصنف وجهاً بل عزاه لبعض الفقهاء يعني من غير أصحابنا والمختار ما مال إليه الإمام من وجوب الرد عليه في الحال وبه جزم القاضي أبو الطيب وشريح الروياني وغيرهما وصححه الجرجاني.

ويسوي بينهما في المجلس، فيجلس أحدهما عن يمينه، والآخر عن شماله، إذا كانا شريقتين، أو يجلسهما بين يديه، وهو الأولى على الإطلاق، لما رُوِيَ أن النبي - ﷺ - قضى أن يجلس الخصمان بين يدي القاضي؛ ولأن النظر إليهما والاستماع لكلامهما حيثُذ، يكون أسهل نعم، لو كان أحدهما مسلماً، والآخر كافراً، فوجهان:

أصحهما: وهو الذي أورده العراقيون: أنه يَزَعُ المُسْلِمُ في المجلس؛ لما روي أن علياً - رضي الله عنه - جلس بجنب شَرِيح في خصومة له مع يَهُودِيٍّ، وقال: لو كان خَصْمِي مسلماً، لَجَلَسْتُ معه بين يديك، وَلَكِنِّي سَمِعْتُ رسول الله - ﷺ - يقول: «لَا تُسَاوِرُهُمْ فِي الْمَجْلِسِ»<sup>(١)</sup>.

والثاني: أنه يسوي بينهما أيضاً؛ للخبر السابق، ولأنه يسوي بينهما في الإقبال عليهما، والاستماع منهما، وكذلك في المجلس، ويمكن أن يكون الوجهان في رفع المجلس جاريتين في سائر وجوه الإكرام، ثم التسوية بين الخَصْمَيْنِ في الأمور المذكورة مُسْتَحَبَّةٌ أو واجبة؟ اقتصر صاحب «الشامل» على الاستحباب، ونص الأكثرون على الوجوب.

وَلْيُقْبَلِ الْقَاضِي عَلَى الْخَصْمَيْنِ بِمَجَامِعِ قَلْبِهِ، وَعَلِيهِ السَّكِينَةُ، وَلَا يَمَازِحْ أَحَدَهُمَا، وَلَا يَضَاحِكْهُ، وَلَا يَشِيرْ إِلَيْهِ وَلَا يُسَازُهُ، وَلَا يَنْهَرُهُمَا، وَلَا يَصِيحْ عَلَيْهِمَا، إِذَا لَمْ يَفْعَلْ مَا يَقْتَضِي التَّأْدِيبَ، وَلَا يَتَعَنَّتِ الشُّهُودُ، بَأَن يَقُولَ بِمِ تَشْهَدُونَ، وَمَا هَذِهِ الشَّهَادَةُ؟! فَيَشُوْشُ عَلَيْهِمْ، وَلَا يَلْقَنَ الْمُدْعَى الدَّعْوَى؛ بَأَن يَقُولَ: أَدْعُ عَلَيْهِ كَذَا، وَلَا الْمُدْعَى عَلَيْهِ الإِقْرَارَ وَالْإِنْكَارَ، وَلَا يَجْرِي الْمَآثِلُ<sup>(٢)</sup> إِلَى النُّكُولِ عَلَى الْيَمِينِ، وَكَذَا لَا يَلْقَنُ الشَّاهِدَ الشَّهَادَةَ وَلَا يَجْرِيهِ إِذَا مَالَ إِلَى التَّوَقُّفِ، وَلَا يَشْكِكُهُ، وَلَا يَمْنَعُهُ إِذَا أَرَادَ الشَّهَادَةَ وَهَذَا فِي حَقِّقِ الْآدَمِيِّينَ.

وأما في حدود الله تعالى جده فالقاضي يرشد إلى الإنكار على ما هو مبين في موضعه، وإذا كان يدعي دعوى غير محررة، قال الإصطخري: يجوز أن يبين له كيفية

(١) قال الحافظ في التلخيص رواه أبو أحمد والحاكم في الكنى في ترجمة أبي سمير عن الأعمش عن إبراهيم التيمي، قال: عرف على درعاً له مع يهودي، فقال: يا يهودي درعي سقطت مني، فذكره مطولاً، وقال: منكر، وأورده ابن الجوزي في العلل من هذا الوجه. وقال: لا يصح، تفرد به أبو سمير، ورواه البيهقي من وجه آخر من طريق جابر عن الشعبي قال: خرج علي إلى السوق، فإذا هو بنصراني يبيع درعاً، فعرف على الدرع، فذكره بغير سياقه، وفي رواية له: لولا أن خصمي نصراني، لجثيت بين يديك، وفيه عمرو بن شمر عن جابر الجعفي، وهما ضعيفان، وقال ابن الصلاح في الكلام على أحاديث الوسيط: لم أجد له إسناداً يثبت، وقال ابن عسكر في الكلام على أحاديث المذهب: إسناده مجهول.

(٢) في ز: المسائل.

الدعوى الصحيحة، وقال غيره: لا يجوز؛ لأنه يكسر قلب الآخر، وتعريف الشاهد كيفية أداء الشهادة على هذين الوجهين، قال في «العدّة»: والأصح: الجواز، ولا بأس بالاستفسار مثل أن يدعي دراهم؛ فيقول: أهي صحاح أم مكسرة؟ وعن أبي حنيفة منعه أيضاً.

ويستحب للحاكم إذا أراد الحكم، أن يجلس المحكوم عليه، ويقول: قامت البينة عليك بكذا، ورأيت الحكم عليك؛ ليكون أطيب لقلبه، وأبعد عن التهمة، وعن نضه - رضي الله عنه - في «الأم»: أنه يندبهما إلى الصلح بعد ظهور وجه الحُكْم، ويؤخّر الحكم اليوم واليومين، إذا سألهما، فجعله في حل من التأخير، فإن لم يجتمعا على التحليل، لم يؤخّر.

المسألة الثانية: إذا جلس الخصمان بين يدي القاضي، فله أن يسكت حتى يتكلمان وله أن يقول: ليتكلم المدعي منكما<sup>(١)</sup>، وأن يقول للمدعي، إذا عرفه: تكلم<sup>(٢)</sup> ولو خاطبهما بذلك الأمين الواقف إلى رأسه، كان أولى فإذا ادعى المدعي، طالب خصمه بالجواب، وقال: ماذا تقول؟ وفيه وجه أنه لا يطالبه حتى يسأله المدعي، كما لا يطالب بإيفاء المال حتى يسأل المدعي، ثم ينظر في الجواب؛ إن أقر بالمدعي، فللمدعي أن يطلب من القاضي الحكم عليه، قال الشيخ أبو حامد: وحينئذ يُحْكَمُ بأن يقول له: أخرج من حقه، أو كلفتك الخروج من حقه، أو ألزمتك. وما أشبههما وثبت المدعي بمجرد الإقرار أم يفتر ثبوته إلى قضاء القاضي؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه يفتر إليه، كالثبوت بعد إقامة البينة.

وأصحهما: المنع؛ فإن دلالة الإقرار على الحق بيينة، إذ الإنسان على بصيرة والبيينة تحتاج في قبولها إلى النظر والاجتهاد، هكذا ذكرت المسألة، والطَّبْعُ لا يكاد يقبل الخلاف فيها؛ لأنه إن كان الكلام في ثبوت الحق المدعى في نفسه، فمعلوم أنه لا يتوقف على الإقرار، فكيف على الحكم بعد الإقرار، وإن كان المراد المطالبة والإلزام، فلا خلاف في أن للمدعي الطَّلَبَ بعد الإقرار، وللقاضي الإلزام، وإن نظرنا ناظر إلى وجه ذكرناه في الإقرار أن الإقرار المطلق لا يكفي للمواخذة، بل يسأل المُقِرَّ عَنْ سبب النزوم، وقال: إذا كان الإقرار المطلق مختلفاً فيه، كان في محل النظر والاجتهاد،

(١) قال في الخادم: مقتضى تعيينه بالجلوس أنه المشروع، وبه صرح الماوردي والرويانى فقالا لا تسمع الدعوى بينهما وهما قائمان حتى يجلسا بين يديه تجاه وجهه. انتهى، وما يفعل الآن من التحاكم قياماً خلاف الأدب، انتهى كلام الخادم وأخذه من قوت الأذرعى.

(٢) قال الزركشي تبع فيه البغوي وابن شداد: قال ابن الرفعة والذي ذكره القاضي أبو الطيب وابن الصباغ وغيرهما أنه لا يقول له ذلك.

قال الزركشي: وهو مقتضى إطلاق الجمهور لأنه ميل.

فاعتبر قضاء القاضي على رأي، فهذا شيء لا يختص بالإقرار بعد الدَعْوَى في مجلس القاضي، بل ينبغي أن يطرد في محل الإقرار وإن أنكر المدعى عليه، فللقاضي أن يسكت، وله أن يقول للمدعي: ألك بينة<sup>(١)</sup>، وقد روي ذلك عن النبي - ﷺ - في تداعي الحضرمي والكندي على ما سيأتي - إن شاء الله تعالى - وفي وجه: لا يقول ذلك؛ لأنه كالتلقين، ثم إن قال المدعي: لي بينة، وأقامها، فذاك، وإن قال: لا أقيمها، وأريد يمينه، مكن منه، لأنه، إن تورع عن اليمين وأقر، سهل الأمر على المدعي، واستغنى عن إقامة البينة، وإن حلف، أقام البينة، وإن بان كذبه وخيائته، فله إذن في التحليف غرض ظاهر، وإن قال: ليست لي بينة حاضرة، فحلف المدعى عليه، ثم جاء المدعي ببينته، سمعت، وإن قال: لا بينة لي حاضرة ولا غائبة، أو قال: كل بينة أقيمها، فهي باطلة، أو كاذبة أو بيته زور، ثم جاء ببينته، فوجهان:

أظهرهما: على ما ذكر صاحب الكتاب والعراقيون - رحمهم الله - أنها تسمع؛ لأنها ربما لم تعرف أو نسي ثم عرف وتذكر.

والثاني: المنع، للمناقضة إلا أن يذكر لكلامه هذا التأويل، فيقول: كنت جاهلاً أو ناسياً، وإن قال: لا بينة لي، واقتصر عليه، ففي «التهذيب»: أنه، كما لو قال: لا بينة لي حاضرة، ومنهم من قال: هو كما لو قال: لا بينة لي<sup>(٢)</sup> حاضرة ولا غائبة، حتى يكون على الوجهين، وهذا ما أورده في الكتاب، ولو قال: شهودي عبيد أو فسقة، ثم أتى بشهود تقبل شهادتهم، إن مضى زمان قابل للعتق والاستبراء.

فَرَعَ: حكى القاضي أبو سعد وجهين في أن الحق يجب بفرغ المدعي من اليمين المردودة أو لا بد من حكم الحاكم وأشار إلى بنائهما على أن اليمين المردودة كالإقرار أو كالبينة، والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: فَإِنْ تَزَاحَمَ الْمُدْعُونَ قُدِّمَ السَّابِقُ، فَإِنْ تَسَاوَا أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ، وَلَا يُقَدَّمُ لِشَرَفِ إِلَّا الْمُسَافِرُ الْمُسْتَوْفِرُ وَالْمَرْأَةُ فَيَقْدَمُهُمَا إِنْ رَأَى فِيهِ مَضْلَحَةً، وَكَذَلِكَ يَفْعَلُ الْمُفْتِي وَالْمُدْرَسُ عِنْدَ التَّزَاحِمِ، ثُمَّ السَّابِقُ بِالْقُرْعَةِ يَقْنَعُ بِخُصُومَةٍ وَاحِدَةٍ وَلَا يَزِيدُ وَإِنْ اتَّحَدَ

(١) نعم إن جهل المدعي أن له إقامة البينة فلا يسكت بل يجب إعلامه بأن له ذلك كما أنهم كلام المهذب وغيره.

قال البلعيني: إن علم علمه بذلك فالسكوت أولى، وإن شك فالقول أولى وإن علم جهله به وجب إعلامه.

ولو عبر المصنف بالحجة بدل البينة كان أولى لشمولها الشاهد مع اليمين إذا كانت في جانب المدعي لكونه أميناً أو في قسامة أو في قذف الزوج زوجته فإن الحق يثبت بلعانه.

(٢) سقط من: ز.



الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، وَلَوْ سَبَقَ أَحَدُهُمَا إِلَى الدَّعْوَى فَقَالَ الْآخَرُ: كُنْتُ أَنَا الْمُدَّعِي لَمْ يَنْفَعَهُ بَلْ يَجِيبُ أَوْلَا تُمْ يَدْعِي.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ ثَلَاثُ مَسَائِلَ:

إحداها: إِذَا أزدَحَمَ جماعةٌ من المدَّعين، نُظِرَ، إِنْ جاءوا على التعاقب، وعرف الترتيب قدم منهم الأسبق فالأسبق والاعتبار بسبق المدَّعي دون المدَّعى عليه، وإِنْ جاءوا معاً أقرع، وإِنْ لم يعرف الترتيب، وقدم من خرجت قرعته، وإِنْ كثروا وعَسُرَ الإقراع كُتِبَ أسماءُهم في رقاع وصبت بين يَدَيِ القاضي؛ ليأخذها واحدةً بعد واحدة، ويسمع دعوى مَنْ خرج أسمُه في كل مرَّة، ويستحب للقاضي أَنْ يرتب ثقةً يثبت أسماءَ الحاضرين يوم قضاة، ليعرف الترتيب معهم، ولو قدم الأسبق غيره على نفسه جاز، والمفتي والمدرس عند الأزدحام يقدِّمان أيضاً بالسبق أو بالقرعة، نعم، لو كان الفَنُّ الذي يعلِّمه خارجاً عن فروض الكفایات، فالاختيار إليه في تقديم من شاء، ولا يقدم بَعْضُ المدَّعين بشرف غيره إلا في موضعين:

أحدهما: إِذَا كان المدعون مسافرين مستوفزين، وهم الذين شدوا الرحال؛ ليخرجوا، ولو أخرج أمرهم لتخلَّفوا عن رفقاتهم، فإن قلوا، قدموا؛ لثلاث يتضرر بالتخلف، وإِنْ كثروا لمساواة المسافرين أهل البلد أو زيادتهم بالحجيج بمكة، لم يقدموا، وكانوا كالمقيمين، فيراعي السبق والقرعة، وفي «المهذب» وغيره وجهُ آخر أنه لا يقدم بالسفر أصلاً.

والثاني: لو كان في الحاضرين نسوة، ورأى القاضي تقديمهن، لينصرفن قدمهن، وفيه وجه آخر أنهن لا يقدمن، ولكن التقديم فيما إذا لم يكثرن، كما في المسافرين، وما ينبغي أن يفرق بين أن يكون المسافر مدعياً أو مدعى عليه، والظاهر أن تقديم السافر والمرأة ليس بمستحق، وإنما هو نوع رخصة يجوز الأخذ به، وبذلك يشعر لفظ المختصر، ويوافقه قوله في الكتاب «إِنْ رأى فيه مصلحة» ومنهم من يشعر بإيراده بالاستحقاق، ثم لا يخفى أن السفر والأنوثة إنما يقتضيان التقديم على المقيمين وعلى الرجال، فأما المسافرون بَعْضُهم مع بعض<sup>(١)</sup> والنسوة بعضهم مع بعض، فالرجوع فيهم إلى السبق والقرعة.

(١) قال الأزرعي: لا يبعد أن يقال يجوز تقديم المسافر الذي شد رحله وخاف الضرر والانقطاع عن الرفقة على المسافر الذي ليس كذلك بل هو مقيم اليوم واليومين أو لا يخشى التخلف عن الرفقة أو لا يتضرر به لكثرة الرفاق وأمن الطريق وقرب مقصده وأن يقدم المسافر لضرورة أو حاجة معتبرة على المسافر لتزهة وبطالة.

الثانية: المقدم بالسبق أو بالقرعة، إنما يقدم في دعوى واحدة، ولا يمكن أن يزيد، فيضر بالآخرين بل ينصرف إلى أن يحضر في مجلس آخر أو ينتظر فراغ القاضي من سماع دعوى سائر الحاضرين، فحينئذ تسمع دعواه الثانية، إن لم يضجر، ولا فرق بين أن تكون الدعوى الثانية والثالثة على الذي ادعى عليه والدعوى الأولى، أو على غيره، وفيه وجه أن الزيادة على الدعوى الأولى مسموعة، إذا اتحد المدعى عليه، ويجعل اتحاد المتداعيين كاتحاد الدعوى، ثم الناقلون لهذا الوجه منهم من أطلق، وقيد في «الوسيط» فقال: تسمع إلى ثلاث دعاوى، وتسمع على من ادعى عليه دعوى ثان وثالث؛ لأن الدعوى للمدعي، وقد تعدد المدعون، ونقل القاضي ابن كج ههنا وجهين غريبين:

أحدهما: أن المقدم بدعوى واحدة لا يسمع منه الدعوى الثانية إلا في مجلس آخر، وإن فرغ القاضي من سماع دعوى الحاضرين، فعليهم بعد ذلك ترفيحه.  
والثاني: أنه لا يسمع على الواحد إلا دعوى واحدة، كما لا تسمع من الواحد إلا دعوى واحدة.

فزع: المقدم بالسفر يجوز ألا يقدم أيضاً إلا بدعوى واحدة، ويجوز أن يقدم بجميع دعاويه، لأن الغرض من تقديمه ألا يتخلف عن الرفقاء، ويجوز أن يقال: إذا عرف أن له دعاوى، فسيبيله سبيل المقيمين، لأن في تقديمه بجميع الدعاوى إضراراً بغيره وتقديمه بالدعوى الواحدة لا يخلُصُ الغرض<sup>(١)</sup>.

الثالثة: تنازع الخصمان، وزعم كل واحد منهما أنه هو المدعى نُظر، إن سبق أحدهما إلى الدعوى، لم يلتفت إلى قول الآخر، أتى كنت المدعي، بل عليه أن يجيب ثم يدعي إن شاء، وإن لم يسبق وتشاجرا، سأل القاضي العون، فمن أحضر العون، فهو المدعى عليه، فيدعي الآخر عليه، وكذا لو قامت بينة لأحدهما أنه أحضر الآخر؛ ليدعي عليه، وإن استوى الطرفان أقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة ادعى وقيل: يُقدم القاضي أحدهما باجتهاده والله أعلم.

(١) قال النووي: الأرجح أن دعاويه إن كانت قليلة، أو ضعيفة بحيث لا يضر بالباقيين إضراراً بيناً، قد جميعها، وإلا فيقدم بواحدة، لأنها مأذون فيها، وقد يقنع بواحدة، ويؤخر الباقي إلى أن يخصه. والله أعلم.

واعترضه الأسنوي بأن ما ذكره من التقديم بواحدة فقط ممنوع بل القياس على ما قاله أن يسمع في عدد لا يضر بالباقيين كما لو لم يكن معه غيره أي من المسافرين أو النساء.  
قال الأزرعي: وهذا لا يكاد ينضب، هذا كله إن قل المسافرون أو النساء وإلا قدم بالسبق ثم بالقرعة كما في بعض كل منهما من بعضه الآخر كما صرح به المصنف.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَحْضُرَ وَلَا يَمَّ الْخَصْمَيْنِ وَلَا بِأَسْ بَوْلِيمَةٍ غَيْرِهِمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ هُوَ الْمَقْصُودَ بِالِدَّعْوَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: القول في أن الإجابة إلى الوليمة تجب أو تُستحبُّ مستوفى<sup>(١)</sup> في «باب الوليمة والنثر» وذلك في حق غير القاضي، فأما القاضي، فلا يحضر وليمة أحد الخصمين في حال تخاصمهما، ولا وليمتها؛ لأن أحدهما قد يزيد في إكرامه، فيميل قلبه إليه، فأما وليمة غيرهما، فعن بعض الأصحاب، فيما رواه صاحب «الإفصاح» وغيره: أنه يجيء قولٌ وجوب الإجابة في حق القاضي أيضاً، وفي «أمالي» أبي الفرج: أن بعضهم قال: لا يجوز الإجابة أصلاً؛ لأنه أجبر المسلمين ولا يدري متى يتحاكم إليه الخصمان، وظاهر المذهب التوسط، وهو أنها لا تجب، ولا تحرم، ولكنها مستحبةٌ بشرط التعميم، فإن كثرت وقطعته عن الحكم ترك إجابة الكل، ولم يخص بعض الناس، نعم، لو كان يخص أناساً قبل الولاية بإجابة وليمته، فعن نصِّ الشافعي - رضي الله عنه - فيما حكاه القاضي ابن كج أنه لا بأس بالاستمرار عليه، ويكره الإجابة إلى دعوى اتخذت للقاضي خاصة وللأغنياء، ودعى فيهم، ولا تكره الإجابة إلى ما اتخذ للجيران، وهو منهم أو للعلماء، ودعى فيهم، واغلمن أن إجابة الوليمة من الدعوات مستحبة، وظاهرة ما أطلقه الأئمة ثبوت الاستحباب في حق القاضي أيضاً، وإن كان الاستحباب في الوليمة أكد، ومنهم من خصص الاستحباب بالوليمة، ويحكى هذا عن ابن القاص، ولا يضيف القاضي أحد الخصمين دون الآخر، لأنه ينكسر قلبه، ويجوز أن يضيفهما معاً؛ لما روي عن علي - كرم الله وجهه - أن النبي - ﷺ - قال: لَا يُضِيفُ أَحَدُكُمْ أَحَدَ الْخَصْمَيْنِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ خَضَمُهُ مَعَهُ<sup>(٢)</sup> وَعَنْ أَبِي الْحُسَيْنِ أَنَّ أَبَا إِسْحَاقَ قَالَ: لَا تُضِيفُهُمَا مَعاً أَيْضاً؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَتَوَهَّمُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّ الْمَقْصُودَ بِالِدَّعْوَةِ صَاحِبُهُ، وَأَنَّهُ تَبِعَ، فَيَنْكَسِرُ قَلْبُهُ، وَلَكِنْ هَذَا يُشْكَلُ بِسَائِرِ وَجُوهِ التَّسْوِيَةِ، وَلِلْقَاضِي أَنْ

(١) في ز: مشتق.

(٢) رواه البيهقي بإسناد ضعيف منقطع، وهو في مسند إسحاق بن راهويه قال أنا محمد بن الفضل عن إسماعيل بن مسلم عن الحسن قال: جاء رجل فنزل على علي فأضافه، فلما فرغ قال: إني أريد أن أخاصم، فقال: تحول، فإن النبي ﷺ نهانا أن نضيف الخصم إلا ومعه خصمه، وأخرجه عبد الرزاق من هذا الوجه، ولكن رواه ابن خزيمة في صحيحه عن موسى بن سهل الرملي عن محمد بن عبد العزيز الرملي عن القاسم بن غصن عن داود بن أبي هند عن أبي حرب بن أبي الأسود عن أبيه، عن علي قال: كان النبي ﷺ لا يضيف الخصم إلا وخصمه معه، ذكره البيهقي أنه قرأه في كتابه، وأخرجه الطبراني في الأوسط عن علي بن سعيد الرازي، عن موسى بن سهل الرملي به بلفظ: نهى النبي ﷺ أن يضيف أحد الخصمين دون الآخر، وقال: تفرد به الواسطي، انتهى والقاسم بن غصن مضعف.

يشفع لأحدهما، وأن يؤدي المال عنمن عليه؛ فإنه ينفعهما جميعاً.

فرع: القاضي يعود المرضى ويشهد الجنائز، ويזור القادمين؛ لما فيها من البر والثواب، وإذا لم يمكنه الاستيعاب، أتى بما أمكنه من كل نوع ويخص به من عرفه، وقرب منه، وفرقوا بين هذه الأمور، وبين إجابة الوليمة حيث يترك الكل، إذا لم يمكنه الاستيعاب بما لا تسكن النفس إليه، وهو أن أظهر الأغراض في إجابة الوليمة إكرام صاحبها، فالتخصيص إيثار وميل وأظهر الأغراض في العبادة وما في معناها الثواب، فلا يترك المقدور منها؛ كيلا يفوته الثواب، ولعدم إيضاح هذا الفرق ذهب القاضي أبو حامد فيما حكاه ابن المرزبان عنه، سماعاً أنه كالإجابة إلى الوليمة، إما أن يستوعب أو يترك الكل، ولم يفرق الأكثرون في العبادة وشهود الجنائز بين المتخصصين وبين سائر الناس، وذلك مناسب لقولهم: إن النظر فيها إلى الثواب دون الأشخاص، وفي أمالي أبي الفرج أنه لا يعود الخصم إذا مرض، ولا يزوره إذا قدم لكن يشهد جنازته إذا مات، والله أعلم.

قال العزالي: الفضل الرابع في التزكية: ويحب على القاضي الاستزكاء مهنماً شك وإن سكت الخصم إلا أن يقر الخصم بعد التهماء.

قال الرافعي: المقصود الآن الكلام في البحث عن حال الشهود وتزكيتهم.

وأول ما نذكره أنه لا يجوز للقاضي أن يتخذ شهوداً معينين لا يقبل شهادة غيرهم؛ لما فيه من التضييق على الناس، فإنه قد يتحمل الشهادة غيرهم، فإذا لم يقبل ضاع الحق، وقد قال تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] فأطلق، وإذا شهد عنده شهود، نظر؛ إن عرف فسقهم، رد شهادتهم، ولم يحتج إلى بحث، وإن عرف عدالتهم، قبلت شهادتهم ولا حاجة إلى التعديل، وإن طلبه الخصم، وفيه وجه ذكرناه في «فصل القضاء بالعلم» وعن أبي حنيفة فيما رواه صاحب «التهذيب»: أنه إذا طلب الخصم، فلا بد من التعديل وإن لم يعرف القاضي حالهم في الفسق والعدالة، لم يجز له قبول شهادتهم، والحكم بها إلا بعد الاستزكاء والتعديل سواء طعن الخصم أو سكت، وبهذا قال مالك وأحمد - رحمهما الله - وساعدنا أبو حنيفة فيما إذا كانت الشهادة على القصاص والحدود، وقال في المال: إذا عرف إسلام الشهود، لم يحتج إلى البحث عن عدالتهم، إلا أن يطعن فيهم الخصم واحتج الخصم بأنه حكم بشهادة، فيشترط فيه البحث عن شرط الشهادة، كما إذا طعن الخصم، وكما إذا كانت الشهادة على القصاص، وكما إذا جهل إسلام الشهود، فإنه يجب البحث عنه، على ما سنذكر، ولا يجوز الاكتفاء بأن الظاهر من حال المسلم العدالة، كما لا يجوز الاكتفاء بأن الظاهر من حال من في دار الإسلام الإسلام، وإن أقر الخصم بعدالة الشاهدين، ولكن قال: أخطأ في هذه الشهادة، ففيه وجهان:

أحدهما: أنا إنما كُتِّبْتُ لبحث لحقِّه، فإذا اعترف بعدالتهما أغتاتنا عن البحث والتعديل.

**والثاني:** لا بدّ من البحث والتعديل لحق الله تعالى، ولهذا لا يجوز الحكم بشهادة الفساق، وإن رضي الخصم به، وأيضاً، فالحكم بشهادة الإنسان، يتضمن الحكم بعدالته، والحكم بالعدالة بتعديل واحد لا يجوز، وهذا أقوى في المعنى، وإليه يميل كلام صاحبي «المهذب» و«التهذيب» والمذكور في الكتاب هو الأول، ولو صدقهما فيما شهدا به، فيقضي القاضي عليه بإقراره بالحق، ويستغني عن البحث عن حال الشاهدين، وكذا لو شهد واحدٌ فصدقه<sup>(١)</sup>، ولو شهد شاهدان معلوما العدالة، ثم أقرَّ المشهودُ عليه بما شهد به قبل أن يحكم القاضي، فالحكم يستند إلى الإقرار دون الشهادة، أو يستند إليهما جميعاً، حكى القاضي أبو سعد الهروي في وجهين، قال: والمذهب منهما الأول، والثاني حكاة الفوراني في «المناظرة»، وذكر أنه لو أقر بعد الحكم بشهادة الشاهدين، فقد مضى الحكم مستنداً إلى الشهادة، سواء وقع إقراره بعد تسليم المال إلى المشهود له أو قبله، وفيما إذا أقر قبل التسليم وجهاً آخر، وأنه لو قال الخصم للشاهد: قبل أداء الشهادة ما تشهد به عليّ، فانت عدلٌ صادقٌ، لم يكن ذلك إقراراً، لكنه تعديل للشاهد، إن كان من أهل التعديل، ولو جهل القاضي إسلام الشاهد، لم يقنع بظاهر الدار، ولكن يبحث عنه، ويكفي فيه الرجوع إلى قول الشاهد، لأن أعرابياً شهد عند رسول الله برؤية الهلال فسأله عن إسلامه، وقيل شهادته<sup>(٢)</sup>، ولو جهل حريته يَبْحَثُ أيضاً، وهل يكفي فيها قول الشاهد على وجهين:

أحدهما: نعم، كما في الإسلام.

وأظهرهما: على ما قاله في «المهذب»: لا، كما في العدالة ويخالف الإسلام، فإنه يستقل به، فيقبل قوله فيه، وليست الحرية كذلك.

وقوله في الكتاب «ويجب على القاضي الاستزكاء مهما شك» أشار بقوله مهما شك إلى أنه إذا علم حال الشهود لا يستزكي على ما سبق.

وقوله «وإن سكت الخصم» مُغْلَمٌ بالحاء، ويجوز أن يعلم بالواو أيضاً؛ لأن

(١) ظاهر كلامه في قوله وكذا لو شهد واحد فصدقه أي فإنه يكون لقرار أنه مخالف لما قدمه في كتاب الإقرار حيث قال التاسعة: شهد عليه شاهد فقال هو صادق أو عدل فليس بالإقرار وإن قال صادق فيما شهد به أو عدل فيه كان إقراراً. قاله في المهذب.

قال النووي: من زيادته في لزومه بقوله عدل فيه نظر، فإن حمل كلام الشيخ هنا على ما إذا صدقه فيما شهد به اندفع الاعتراض.

(٢) تقدم في الصيام.

القاضي أبا القاسم ابن كج زوى عن بعض الأصحاب أن الاستزكاء إنما يجب، إذا طلبه الخضم، لأنه حقه.

فزع: قال في «العدة»: لو استفاض فسق الشاهدَيْن بين الناس، فلا حاجة إلى البحث والسؤال، وينزل المستفيض منزلة المعلوم.

قال الغزالي: وَلْيَكْتُبْ إِلَى الْمُرْكَبَيْنِ أَسْمَ الشَّاهِدَيْنِ وَالْخَضْمَيْنِ فَلَعَلَّهُ يَغْرِفُ بَيْنَهُمْ عَدَاوَةً، وَقِيلَ: يَكْتُبُ قَدْرَ الْمَالِ أَيْضاً فَرُبَّمَا يَغْدِلُ فِي الْيَسِيرِ دُونَ الْكَثِيرِ، وَقِيلَ: الْعَدَالَةُ لَا تَتَجَرَّأُ.

قال الرافعي: غرض الفصل بيان كيفية الاستزكاء، وأعرف أولاً شيئين:

أحدهما: أن القاضي ينبغي أن يكون له مزكون وأصحاب مسائل، والمزكون هم المرجوع إليهم؛ ليبينوا حال الشهود، وأصحاب المسائل الذين يعثمهم القاضي إلى المزكين؛ ليبحثوا أو يسألوا، وربما فسر أصحاب المسائل في لفظ الشافعي - رضي الله عنه - المزكين أنفسهم، إما لأنهم مسؤولون، أو لأنهم، إذا لم يعرفوا سألوا من يعرف من الجيران، وأهل الحرفة ورفقاء السفر والمعاملين.

والثاني: المخبرون عن فسق الشهود وعدالتهم ضربان:

أحدهما: من نصبه الحاكم للجزح والتعديل إما مطلقاً أو في واقعة خاصة فيسمع الشهادة عليها، وما يثبت عنده أنها إلى القاضي.

والثاني: من يشهد بالعدالة أو الفسق، ثم من هؤلاء من يشهد أصالة، ومنهم من يشهد بناء على شهادة غيره، والأول قد يعرف الحال، فيشهد، وقد لا يعرف، فيأمره القاضي بالبحث والتفحص؛ ليعرف، فيشهد كما يوكل القاضي بالغريب الذي يدعي الإفلاس من يبحث عن حاله، ويخالطه؛ ليعرف إفلاسه، فيشهد، وأما الثاني، فهو شاهد فرع، والقياس الظاهر أنه لا يشهد إلا عند غيبة الأصل أو عذر مانع من الحضور، وكذلك ذكره القاضي أبو سعد الهروي، ويجيء من بعد ما ينازع فيه، إذا تقرّر ذلك، فإذا أراد القاضي البحث عن حال الشهود، كتب اسم الشاهد وكنيته، إن اشتهر بها، وولاءه إن كان عليه ولاء، واسم أبيه وجده، وحليته وحرفته، وسوقه ومسجده، وكل ذلك؛ لئلا يشبهه بغيره، فإن كان الرجل مشهوراً، وحصل التمييز ببعض هذه الأوصاف، اكتفى به، ويذكر في الكتاب اسم المشهود عليه، فقد يكون بينه وبين الشاهد عداوة، واسم المشهود له فقد يكون بينه وبين الشاهد ولادة أو شركة تمنع قبول الشهادة، وفي قدر المال وجهان:

أحدهما: لا يذكره، لأن العدالة لا تختلف بقلّة المال وكثرته، ولا تتجرأ.

وأظهرهما: وهو المنصوص: أنه يذكره، وقول الأول أن العدالة تتجزأ، حكى أبو العباس الرؤياني فيه اختلافاً عن الأصحاب، مِنْهُمْ مَنْ منعه، وقال: قبول الشهادة مبني على غلبة الظن بصدق الشاهد، وقد يغلب على الظن الصدق في القليل دون الكثير، ومنهم من سلمه، وقال: إنما يذكره؛ لأن الكثير أجدر بالاحتياط، وذكر المال، قد يكون أطيب لقلب المزكي، وبنى على الخلاف في أن العدالة، هل تتجزأ أنه لو عدل، وقد شهد بمال قليل، ثم شهد في الحال بمال كثير، هل يحتاج إلى التزكية، ويكتب إلى كل مزكي كتاباً، ويدفعه إلى صاحب مسألة، ويخفى كل كتاب عن غير من يدفعه إليه وغير من يبعثه إليه احتياطاً، ثم إذا وقف القاضي على ما عند المزكين، فإن كان جرحاً، لم يظهره، وقال للمدعي: زد في الشهود، وإن كان تعديلاً، عمل بمقتضاه، وحكوا وجهين، والحالة هذه، أنه بم يحكم، بقول المزكين، أم بقول أصحاب المسائل؟ لأن قولهم شهادة على شهادة، فكيف يقبل مع حضور الأصل، وإنما هو رسل، وعلى هذا يجوز أن يكون صاحب المسألة واحداً فإن عاد بالجرح توقّف القاضي، وإن عاد بالتعديل، دعا مُزكّن؛ ليشهدا عنده بعدالة الشاهد، ويشير إليه ويأمن بذلك من الغلط من شخص إلى شخص، وعن الإصطخري: أنه إنما يحكم بقول أصحاب المسائل، وعلى هذا قال الشيخ أبو حامد: إنه يبنى على ما يثبت عنده ثم يقول المزكين، وفي «الشامل»: إنه، إن كان شهادة على شهادة تقبل للحاجة، لأن المزكي لا يكلف الحضور عند الحاكم، وقول الإصطخري أصح عند الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب وغيرهما: قالوا: وعلى هذا إنما يعتمد القاضي قول اثنين من أصحاب المسائل، فإن وصفاه بالفسق، فعلى ما سبق، وإن وصفاه بالعدالة، أحضر الشاهدين ليشهدا بعدالته علانية، ويشير إليه، وقد يفيدك التأمل في كلام الأصحاب أن تقول: ما ينبغي أن يكون في هذا خلاف محقق، ولكن إن ولي صاحب المسألة الجرح والتعديل، فحكم القاضي مبني على قوله، ولا يعتبر العدد؛ لأنه حاكم، وإن أمره بالبحث، فبحث ووقف على حال الشاهد، وشهد بما وقف عليه، الحكم أيضاً مبني على قوله، ويعتبر العدد؛ لأنه شاهد، وإن أمره بمراجعة مزكّين فصاعداً، أو بأن يعلمه بما عندهما، فهو رسول محض، والاعتماد على قولهما، فليحضرا، وليشهدا، وكذا لو شهد على شهادتهما، لأن شهادة الفرع مع حضور الأصل غير مقبولة.

وقوله في الكتاب «فلعله يعرف بينهم عداوة» يعني بين الشاهد والمشهود عليه إما العداوة وبينهما وبين المشهود له، فإنها لا يقدح في الشهادة.

وقوله: «وقيل العدالة لا تتجزأ» أي فلا يكتب قدر المال، وفيه ما بيناه، والله أعلم.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَصِفَةُ الْمُزَكِّي كَصِفَةِ الشَّاهِدِ لَكِنْ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ خَيْرًا بَيَاطِنٍ مَنْ يَعْدِلُهُ بِصُحْبَةٍ مَعَهُ، وَلَا يَعْتَمِدُ فِي الْجَرْحِ إِلَّا الْعِيَانُ، وَلَهُ أَنْ يَخْكُمَ بِشَهَادَةِ عَدْلَيْنِ إِنْ نَصَبَ حَاكِمًا فِي التَّعْدِيلِ، وَيَجِبُ أَنْ يُشَافَةَ الْقَاضِي بِهِ وَيَأْتِي بِلَفْظِ الشَّهَادَةِ فَيَقُولُ أَشْهَدُ أَنَّهُ عَدْلٌ مَقْبُولُ الشَّهَادَةِ قَرُبَ عَدْلٍ مُعَقَّلٍ لَا تَقْبَلُ شَهَادَتَهُ، وَلَا تَكْفِي الرُّقْعَةُ مَعَ شَهَادَةِ رَسُولَيْنِ عَدْلَيْنِ، وَيَجِبُ ذِكْرُ سَبَبِ الْجَرْحِ دُونَ التَّعْدِيلِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ مَسَائِلُ:

أحدها: من نصبه حاكماً في الجرح والتعديل اعتبر فيه صفات القضاة، ومن شهد بالعدالة والفيستق، اعتبر فيه صفات الشهود، ويعتبر مع ذلك العلم بالعدالة والفيستق، وأسبابهما ويعتبر أيضاً أن يكون العدل خبيراً بباطن حال من يعدله، إما لصحبة وجوار ومعاملة أو نحوه، روي أن شاهدين شهدا عند عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - فقال لهما: إني لا أعرفكما ولا يضركما أن لا أعرفكما أثبتا بمن يعرفكما فأتيا برجل، فقال له عمر - رضي الله عنه -: كيف تعرفهما؟ قال: بالصلاح والأمانة، قال: هل كنت جازراً لهما، تعرف صباحهما ومساءهما ومدخلهما ومخرجهما؟ قال: لا، قال: هل عاملتهما بهذه الدراهم والدنانير التي تعرف بها أمانات الرجال، قال: لا قال: فهل صاحبتهما في السفر الذي يسفر عن أخلاق الرجال؟ قال: لا فأنت لا تعرفهما، أثبتا بمن يعرفكما<sup>(١)</sup> والمعنى فيه أن الإنسان يخفي أسباب الفسق غالباً، فلا بد من معرفة بباطن حاله، وهذا كما أن في الشهادة على الإفلاس يعتبر الخبرة الباطنة، لأن الإنسان مشغوف بإخفاء المال، وفي الشهادة على أن لا وارث سواء، تعتبر الخبرة الباطنة، لأنه قد يتزوج في السفر أو في الحضر، ويخفيه، فيولد له، قال في «الوسيط»: ويجب على القاضي أن يعرف أن المزكي، هل خبر بباطن الشاهد في كل تزكية إلا إذا علم من عادته أنه لا يزكي إلا بعد الخبرة، وظاهر لفظ الشافعي - رضي الله عنه - اعتبار التقادم في المعرفة الباطنة، ووجه ذلك بأنها، إذا لم تتقدم، لم يمكن الاختبار في يوم أو يومين، ويشبه أن يقال: شدة التفحص والإمعان فيه يقوم مقام التقادم، ويمكن الاختبار في المدة اليسيرة، وليس ذكره التقادم على سبيل الاشتراط، لأن الغالب أن المعرفة الباطنة حينئذ تحصل، ويوضحه ما ذكرنا أن القاضي قد يأمر بالبحث والتفحص عن حال الشاهد؛ ليعرف،

(١) أخرجه العجلي، والخطيب في الكفاية، والبيهقي من حديث داود بن رشيد عن الفضل بن زياد عن شيبان، عن الأعمش عن سليمان بن مسهر، عن خرشة بن الحر قال: شهد رجل عند عمر، فذكره أتم من هذا، قال العجلي: الفضل مجهول، وما في هذا الكتاب حديث لمجهول أحسن من هذا، وصححه أبو علي بن السكن.



فيشهد، ولو اعتبرنا التقادّم، لطالت المدة وتضرّر المتداعيان بالتأخّير الطويل، هذا في التعديل، وأما في الجرح، فيعتمد المعاينة أو السماع، فالمعاينة بأن رآه يزني أو يشرب الخمر، والسماع كما إذا سمعه يقذف أو يُقرُّ على نفسه بالزنا وشُرب الخمر، وإن سمع من غيره نظر، إن بلغ المخبرون حدّ التواتر، جاز الجرح؛ لحصول العلم، وإن لم يبلغوا حدّ التواتر، لكنه استفاض وانتشر، فكذلك الجواب فيما حكى ابن الصّبّاغ وصاحب «التهذيب» وغيرهما، ولا يجوز الجرح بناءً على خبر الواحد والعَدَدِ اليسير، نعم، له أن يشهد على شهادتهم بشرط الشهادة على الشهادة، وذكره في «المهذب» تفرّيعاً على قول الإصطخري؛ لأنني لم أجده في «التهذيب» وهو موجود تفرّيعاً<sup>(١)</sup> على ما سبقت حكايته عن الإصطخري؛ أن القاضي إنما يحكم بقول أصحاب المسائل؛ أنه يجوز أن يكون الخبر من الجيران أصحاب المسائل واحداً إذا وقع في نفوسهم صدّقه هل يشترط التعرّض بسبب رؤية الجرح أو سماعه، قال قائلون: نعم، فلا بدّ وأن يقول: رأيت يزني، وسمعته يقذف<sup>(٢)</sup>، وعلى هذا القياس استفاض عندي، وفي «الشامل» أنه لا حاجةً إليه، وليس للحاكم أن يقول: من أين عرفت حاله، وعلام بنيت شهادتك، كما في سائر الشهادات، وهذا أقيس، ويحكي عن ابن أبي هريرة، والأول أشهر، ولا يجعل الجرح بذكر الزنا قاذفاً للحاجة، كما لا يجعل الشاهد قاذفاً، فإن لم يساعده غيره ليكن كما لو شهد ثلاثة بالزنا، هل يجعلون قذفة<sup>(٣)</sup>، وينبغي أن يكون المزكّون وافرّي العقول؛ لئلا يخدعوا برآء من الشحنة والعصية في النسب والمذهب خوفاً من أن يحملهم ذلك على جرح عدلٍ أو تزكية فاسقٍ، ويجتهد القاضي في إخفاء أمرهم، حتى لا يشتهروا في الناس بالتزكية، وهل يشترط لفظ الشهادة من المزكّي فيه وجهان، كما ذكرنا في المُسْمِعِ:

أظهرهما: نعم، فيقول؛ أشهد أنه عدل، وهذا ما أورده في الكتاب، وقال في

- (١) سقط من: أ.  
 (٢) لأن أسباب الجرح مختلفة وقد يظن الشاهد أن ما ليس بجرح عند القاضي جرحاً ولا حاجة إلى بيان سبب التعديل لأن أسبابه غير منحصرة. قاله الإسوي.  
 وليس المراد بعدم قبول الشهادة بالجرح من غير ذكر سببه إنها لا تقبل أصلاً حتى تقدم عليها بينة التعديل، بل المراد أنه يجب التوقيف عن العمل بها إلى بيان السبب كما ذكره النووي في شرحه على مسلم في جرح الراوي، ولا فرق في ذلك بين الرواية والشهادة.  
 قال الأذرعى: وفي عدم الفرق وقفة للمتأمل.  
 (٣) قال النووي: المختار أو الصواب أنه لا يجعل قاذفاً، وإن لم يوافق غيره، لأنه معذور في شهادته بالجرح، فإنه مسؤول عنهما وهي في حقه فرض كفاية أو متعينة فهو معذور بخلاف شهود الزنى، فإنهم مندوبون إلى الستر، فهم مقصرون.

«الوسيط»: إن اعتبرنا مشافهة القاضي، فلا بدّ من لفظ الشهادة، وإن لم نعتبره، ففي اشتراطه في الكتابة بالرسالة وجهان، ولا يجوز أن يزكي أحد الشاهدين.

الثاني: وفيه وجه آخر: أنه نذكره في «باب الشهادة» وعن كتاب حرملة: أنه لو شهد شاهدان، وعدّهما آخران لا يعرفهما القاضي وزكّى الآخرين مزكّيان للقاضي جاز.

المسألة الثانية: لا يثبت العادلة لمجرد رفعه المزكي؛ لأن الخط لا يعتمد على ما سبق، وإنما يكتب القاضي إلى المزكي، لأنه قد يحتاج إلى البحث والتدبر الطويل، وكانت المراجعة بالرقاع أحسن، ثم الاعتماد على ما يجري أخيراً، وعن القاضي الحسين جواز الاعتماد على الرقعة، كما عليه العمل ثم ذكر في «الوسيط» تفرعاً على الأول: أن الإصطخري قال: يكفي رسولان مع الرقعة، وإن أظهر وجوب المشافهة، وهذا ما أورده في الكتاب، وهو بيّن، إن كان القاضي يحكم بشهادة المزكين، أما إذا ولي بعضهم للحكم بالعدالة والجرح، فليكن كتابه ككتاب القاضي إلى القاضي، وليكن الرسولان كالشاهدين على كتاب القاضي.

الثالثة: لا يقبل الجرح المطلق بل لا بدّ من بيان سببه<sup>(١)</sup>، خلافاً لأبي حنيفة. لنا: أن الجراح قد يُبني<sup>(٢)</sup> على ظنّ خطأ، كما قال الشافعي - رضي الله عنه - رأيت بمصر مزكياً يجرح رجلاً، فسئل عن سببه وألح عليه، فقال: رأيت يبول قائماً، قيل: وما في ذلك؟ قال: يرد الريح من رشاشه على بدنه وثيابه، فيصلي فيه قيل: قد رأيت قد أصابه الرشاش، وصلى فيه قبل أن يغتسل ما أصابه، قال: لا وأيضاً، فالمذاهب فيما يوجبُ الفسق مختلفة، فلا بدّ من البيان؛ ليعمل القاضي باجتهاده، ويجوز أن يقال: إذا عرف القاضي أنه لا يطلق الفسق، إلا إذا تحقق سببه، يجوز اعتماده، كما ذكرنا في الخبر عن نجاسة الماء في أبواب الطهارات، وأما التّعديل، فلا حاجة فيه إلى بيان السبب؛ لأن العدالة بالتحرز عن أسباب الفسق، وهي كثيرة يعسر ضبطها وعدّها، وفي «العدة» ذكر وجه ضعيف أنه يجب بيان سبب التّعديل أيضاً، وهل يكفي أن يقول: هو عدل، قال في «الأمم» و«المختصر»: لا يقبل التّعديل، حتى يقول: هو عدل عليّ ولي فأخذ بظاهره أخذون، وعلّلوا اشتراطه بمعنيين:

أحدهما: عن أبي إسحاق: أن الإنسان قد يعدل على الإطلاق، وقد يعدل في شيء دون شيء، وعلى شخص دون شخص، وقوله: «هو عدل بمجرد» لا يفيد

(١) يستثنى ما لو قال أنا مجروح ففي الأشراف للهروي أنه يقبل قوله على نفسه وإن لم يفسر الجرح، ثم أشار إلى تخريج وجه بعدم القبول وعزاه بعضهم للروياتي في البحر وقال في الخادم إنه أشبه.

(٢) سقط من: ز.

العدالة المطلقة، كقولنا: «فلان صادق» فإذا ضم إليه قوله: «على ولي» فقد أشار إلى العدالة المطلقة.

**والثاني:** أن اشتراطه؛ لبيّن أنه ليس بوالد ولا ولد، فإن تزكية الوالد لولده غير مقبولة، كالحكم لهما، وقال آخرون، منهم الإصطخري وأبو علي الطبري: يكفي أن يقول: هو عدل والزيادة عليه تأكيد، وهذا أقوى وأصح؛ على ما ذكره صاحب «التهذيب» وغيره، والمعنيان ضعيفان، أما الأول؛ فلأن العدالة قضية عامة لا يوصف بها إلا من واطب على المفروضات، واجتنب المحرمات، ويتقدير أن يكون الرجل عدلاً في شيء دون شيء، وقوله: «على ولي» لا يفيد العدالة المطلقة، كقول القائل «فلان صادق على ولي» فإنه لا يقتضي صدقه في كل شيء، وأما الثاني، فمن وجهين: أحدهما: أن قبول تزكية الوالد والولد وجّهان، إن قبلناها سقط الكلام، وهو الذي أجاب به أبو الحسن العبادي، فلا نسلم أن قوله «عدل على ولي» يفهم أنه ليس بوالد ولا ولد، وهذا لأن العَدْلَ عَدْلٌ على أبيه وابنه ولهما إلا أنه لا يقبل شهادته لهما؛ لمعنى البعضية، ويتقدير أن يفهم، نفي البعضية فالمعتبر ألا يكون هناك بعضية فأما أن يتعرض له مطلقاً [.....] (١)، وهذا كما أن الشاهد لغيره ينبغي ألا يكون أباً له ولا ابناً، ولا يشترط أن يقول: لست بأب ولا ابن.

**والثاني:** أنه، لو كان الغرض بيان أنه ليس بأب ولا ابن، فهذا الغرض يحصل بقوله: هو عدل على ولي، فإن من تُقبل شهادته له، لا يكون أباً ولا ابناً، فليخرج قوله عليه مما يؤيد الوجه الثاني: أن القاضي ابن كج نقل عن جماعة من الأصحاب أنهم جعلوا قول المزكي هو عدل مرضي أو رضي أو مقبول الشهادة وافياً مغنياً عن قوله: «على ولي»، وحكوه عن نصح في حرملته، ومعلوم أن هذه الزيادات لا تشتمل على معنى «علي ولي» فدل على أن ذكره جرى تأكيداً، ثم حكى هذا القاضي؛ تفرعاً على اعتبار كلمتي «على ولي» وجهين؛ أن اعتبارهما مخصوصاً باختيار المسؤولين أصحاب المسائل، أو شامل لأخبارهم إياهم ولأخبار أصحاب المسائل القاضي ولا فقه في الفرق ولا يحصل التعديل بقوله: لا أعلم منه إلا خيراً؛ لأنه قد لا يعرف منه إلا الإسلام، ويقول: لا أعلم منه ما يوجب ردّ الشهادة، لأنه قد لا يعرف ما يوجب القبول أيضاً، والله أعلم، ولا يخفى بعد ما ذكرنا المواضع المستحقة للعلامات من لفظ الكتاب، وأن قوله «ولا يعتمد في الجرح إلا العيان» غير معمول بإطلاقه.

وقوله في الكتاب: «فيقول: أشهد أنه عدل مقبول الشهادة» ينبغي أن يعرف فيه

شيطان:

(١) بياض في أ، وفي ز: «فلم» ولا يظهر لها معنى.

أحدهما: أن الوصف بأنه مقبول الشهادة يجب أن يغني عن الوصف بالعدالة.

والثاني: أن في هذا الكلام إشعاراً بأن المزكي يتوَلَّف عليه بيان أن شهادته مقبولة في الحادثة، ويوافقه قولنا من قبل: إن القاضي يكتب اسم المشهود عليه، فقد يكون بينه وبين الشاهد عداوةً واسم المشهود له فقد يكون بينهما ولادةً، وعلى هذا، فالمزكي كما يحتاج إلى البحث عن العدالة، إذا لم يعرف بنفسه يحتاج إلى البحث عن المروءة، وعن التيقظ ولكن يشبه أن يقال: إن الحال يختلف بحسب سؤال القاضي، إن سأل عن قبول شهادته في الحادثة تعرَّض المزكي للقبول واحتاج إلى الأبحاث المذكورة، إذا لم يعرف، وإنه سأل عن عدالته، كفاه التعرض لها.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: فَإِنْ أَرْتَابَ الْقَاضِي بَعْدَ التَّرْكِيبِ لِتَوَهُمٍ غَلَطَ الشَّاهِدِ فَلْيُنَبِّحْهُ وَلْيَسْأَلْ عَنِ التَّفْصِيلِ فَرُبَّمَا يَخْتَلِفُ كَلَامُ الشَّاهِدِ، فَإِنْ أَصْرَ عَلَى إِعَادَةِ الْكَلَامِ الْأَوَّلِ جَازَ لَهُ ذَلِكَ، وَعَلَى الْقَاضِي الْحُكْمُ بَعْدَ الْبَحْثِ وَإِنْ بَقِيَ الرَّيْبُ، وَبَيَّنَّ الْجَرْحَ تَقَدَّمَ عَلَى بَيِّنَةِ التَّعْدِيلِ، وَقَوْلُ الْوَاحِدِ فِي الْجَرْحِ لَا يُقَابِلُ بَيِّنَةَ التَّعْدِيلِ، وَلَا يَجُوزُ الْجَرْحُ وَالتَّعْدِيلُ بِالتَّسَامُعِ، وَإِنْ شَهِدَ مَرَّةً أُخْرَى رَجَعَ الْمَرْكُوبُ ثَانِيًا إِنْ طَالَ الزَّمَانُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ فُرُوعٌ:

أحدها: إذا ارتاب القاضي بالشهود أو توهم غلطهم؛ لخفة عقل وجدها فيهم، فينبغي أن يفرقهم، ويسأل كل واحد منهم عن وقت تحمُّل الشهادة عامًّا وشهراً ويوماً وغدوةً وعشيةً، وعن مكاناً ومحلّه، وسكةً وداراً وصفةً أو صحناً، ويسأل أنه تحمل وحده أو كان هناك غيره وأنه كتب شهادته أم لا، وكتب قبل ما كتب فلان أو بعده، وكتبوا بحبر أو بمداد وما أشبه ذلك؛ ليستدل على صدقهم، إن اتفقت كلمتهم، ويقف على عوره، وإن لم يتفق، ويقال: إنَّ أَوَّلَ مَنْ فَرَّقَ الشُّهُودَ دَانِيَالُ النَّبِيِّ - عَلَيْهِ السَّلَامُ - شَهِدَ عِنْدَهُ شُهُودٌ بِالزُّنَا عَلَى امْرَأَةٍ، فَفَرَّقَهُمْ وَسَأَلَهُمْ، فَقَالَ، أَحَدُهُمْ: زَنْتُ بِشَابِّ تَخْتُ شَجْرَةَ كُمَّشْرَى، وَقَالَ آخَرُ: تَحْتِ شَجْرَةِ تَفَّاحٍ، فَعَرَفَ كَذِبَهُمْ<sup>(١)</sup>، وَإِذَا أَجَابَ بَعْضُهُمْ عَمَّا سَأَلَ، لَمْ يَدْعُهُ يَرْجِعْ إِلَى الْبَاقِينَ حَتَّى يَسْأَلَهُمْ أَيْضاً كَيْلَا يَخْبِرَهُمُ الْأَوَّلُ بِجَوَابِهِ، وَمَهْمَا اتَّفَقُوا فِي الْجَوَابِ، أَوْ لَمْ يَتَعَرَّضْ لِلتَّفْصِيلِ، وَرَأَى أَنْ يَعْظُمَ وَيَحْذَرَهُمْ عَقُوبَةَ

(١) رواه البيهقي من رواية أبي إدريس قال: كان دانيال أول من فرق بين الشهود، فذكره مطولاً، وقد روى الحسن بن سفيان في مسنده، وابن عساكر في ترجمة سليمان من طريقه من حديث ابن عباس قصة طويلة لسليمان بن داود، في الأربعة الذين شهدوا على المرأة بالزنا، لكونها امتنعت منهم أن يزنا بها، فأمر داود برجمها، فمروا على سليمان، ففرق بين الشهود، ودرأ الحد عنها، فعلى هذا هو أول من فرق.

شهادة الزور، فَعَل، فإن أصروا وجب القضاء، إذا تحقق شروطه، ولا عبرة بما يبقى من ريبة، وإن لم يجد فيهم خفة عقل ومخيلة نقص، فالمنصوص والمشهور أنه لا يفرقهم؛ لأن فيه غضاً منهم، وذكر القاضي الروياني في «جمع الجوامع» أنه يفرقهم أيضاً، ليقف على عورة إن كانت، وقال في «التهذيب»: إن فرقههم بمسألة الخصم، فلا بأس، فإن قلت: متى يفرقهم القاضي قبل التزكية أو بعدها؟ وهذا التفريق والاستفصال واجب أو مستحب؟ قلنا: أما الأوّل فإن صاحب الكتاب أمر بالبحث والاستفصال بعد التزكية، والذي ذكره أصحابنا العراقيون وغيرهم أنه يقدم التفريق والاستفصال على الاستزكاء، وهو الوجه، فإنه إن طلع على عورة استغنى عن الاستزكاء والبحث عن حالهم، وإن لم يطلع، فإن عرفهم بالعدالة، قضى، وإن لم يعرفهم، فحيثئذ يستزكي.

وأما الثاني: فإن الإمام وصاحب الكتاب في «الوسيط» حكما بالوجوب، وقالوا: لو ترك الاستفصال، وقضى مع الارتباب، لم ينفذ قضاؤه، وعامة الأصحاب، ومنهم القاضي ابن كج وصاحب «التهذيب» - رحمهم الله - اقتصروا على الاستخباب، وهو الموافق بـ «المختصر»، وربما أورد بعضهم الفرق بين أن يسأل الخصم التفريق، فيجب؛ لأنه قد يعرف منهم ما لا يعرفه القاضي، أو لا يسأل، فلا يجب.

الثاني: تقدم بينة الجرح على بينة التعديل؛ لأن عند الجارح زيادة على ما خفي على المعدل؛ وذلك لأن المعدل يبنى على ما هو الأصل الظاهر من حال المسلم، والجارح أطلع على ما نسخ ذلك الأصل، فنقل عنه، وشبه ذلك بما لو قامت بينة على الحق، وبينت على الإبراء، ولو انعكست القضية بأن قال المعدل: قد عرفت السبب الذي ذكره الجارح، لكنه قد تاب، وحسنت حالته، فتقدم بينة التعديل؛ لأن مع المعدل، والصورة هذه، زيادة علم، كذلك ذكره جماعة منهم صاحب «الشامل» وقول الواحد في الجرح لا يقابل بينة التعديل فضلاً عن التقدم، لأن نصاب الجرح لم يتم.

الثالث: إذا عدل الشاهد، ثم شهد في واقعة أخرى، نُظِر، إن لم يطل الزمان، يحكم بشهادته، ولا يطلب تعديله ثانياً، وإن طال فوجهان:

أحدهما: أن الجواب كذلك؛ لأن عدالته ثبّت من قبل، والأصل استمرارها.

وأظهرهما: وهو المذكور في الكتاب، وبه قال: أبو إسحاق: يطلب تعديله ثانياً، لأن طول الزمان يغيّر الأحوال، ويجتهد الحاكم في طول المدة وقصرها<sup>(١)</sup>.

(١) قال في الخادم: إن الخلاف عن الطول في غير الشهود المرتبين عند الحاكم، أما هم فلا يجب طلب التعديل قطعاً، قاله الشيخ عز الدين في قواعده وقد يجيء فيه وجه وبالخلاف فيه صرح الهروي في الأشراف قال إلا إن الأصح أنه لا يطلب لأنه أشق كما ينقذ النكاح بشهادة المستور =

وأما قوله في الكتاب «ولا يجوز الجرح والتعديل بالتسامع» فيه توقف، أما طرف الجرح، فقد ذكر الإمام - قدس الله روحه الجواب - كما ذكره، لكننا بيئنا من قبل أن جماعة من الأصحاب جوزوا الجرح بالاستفاضة، والتسامع والاستفاضة متقاربان إلا أن يقال: المراد من التسامع مُطَلِّقٌ بِلَوْغِهِ سماعاً، وذلك غَيْرُ كَافٍ، فإنه لو سمع شَخْصَيْنِ أو عدداً يسيراً، لم يجز الجرح بالاتفاق، والاستفاضة تُحْصَلُ بَعْدَ وافرٍ، فلا يختلف النقلان، وأما في طرف التعديل، فقد مرَّ أنه يعتبر في المعدل الخبرة الباطنة، فيوافقه القول بأنه لا يجوز التعديل بالتسامع، ولكن المخبرين الذين تحصل بهم الاستفاضة، لو كانوا خبيرين بباطن حاله، وسمع منهم عدالته، فلا يبعد أن يجوز له التعديل، وتقام خبرتهم مقام خبرته، كما أقيم في الجرح رؤيتهم مقام رؤيته، والله أعلم.

شهادة المسافرَيْنَ والمجتازينِ مِنَ القوافِلِ كشهادة غَيْرِهِمْ في الحاجة إلى التعديل، فإن حصل التعديل مِنْ مزكين في البلد أو عدل مزكيان اثنين من رُفَقَاءِ القافلة، ثم هما عدلاً شاهدين، قُبِلَت الشهادة، وإلا، فلا، وعن مالك: أن شهادتهم مقبولة عند توهم الخير والصلاح فيهم، وذكر ابن القاص: أن القاضي، لو سأل عن عدالة الشهود بَعْدَ ما خرج عن محل ولايته فعدلوا، يجوز أن يقضي بشهادتهم بَعْدَ العود إلى محل ولايته<sup>(١)</sup>، إذا جوزنا له أن يقضي بعلم نفسه، ولم يرتضه أبو عاصم العبادي وآخرون، وقالوا: القياس منعه، كما لو سمع البينة خارج ولايته.

ويقبل شهادة الحسبة على العدالة والفسق؛ لأن البحث عن حال الشهود في امتناع الحكم بشهادة الفاسق لحق الله تعالى، ذَكَرَهُ القاضي أبو سعيد الهروي، ولو عدل الشاهد والقاضي مُتَحَقِّقٌ فسقه بالتسامع، قال الإمام: الذي يجب القطع به أنه يتوقف ولا يقضي، والله أعلم.

### أَلْبَابُ الثَّلَاثِ فِي الْقَضَاءِ عَلَى الْغَائِبِ

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَهُوَ نَافِذٌ (ح و) وَيَتَعَلَّقُ النَّظَرُ بِأَرْكَانِ الرُّكْنِ الْأَوَّلِ: الدَّعْوَى: وَلْيَكُنْ مَغْلُومًا أَعْنِي جِنْسَ الْمَالِ وَقَدْرَهُ، وَصَرِيحًا وَهُوَ أَنْ يَقُولَ: إِنِّي مُطَالِبٌ بِهِ، وَلَا يَكْفِي

= للمشفقة، ثم قال أعني صاحب الخادم قضيته أي كلام الرافي تكرر هذه الأمور في كل واقعة وفيه مشقة وتعذر وقال في البحر إذا أعاد البحث مراراً واستقرت عدالته فإن تجددت منه استرابة أعاد البحث والكشف، وإن لم يتجدد لم تعد وهذا هو المختار.

(١) ظاهرة ترجيح الثاني وادعى صاحب الخادم أن الصواب الأول كما لو علم شيئاً قبل ولايته فإن له الحكم بذلك بعد ولايته والتسوية بينهما ليست ظاهرة لأن علمه بالتي ليس فيه إخبار غيره له، وأما إخبار غيره له في غير محل الولاية فليس شهادة لأنه غير قاض هناك، وشرط الشهادة عند قاض.

قَوْلُهُ: لِي عَلَيْهِ كَذَا، وَلَيْكُنْ مَعَهُ بَيِّنَةٌ، وَيَدْعِي جُحُودَ الْغَائِبِ، وَإِنْ أَقْرَبَ بَأَنَّهُ مُعْتَرِفٌ لَمْ تَسْمَعْ بَيِّنَتَهُ، وَإِنْ لَمْ يَتَعَرَّضْ لِجُحُودِهِ فَوَجْهَانِ:

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْقَضَاءُ عَلَى الْغَائِبِ جَائِزٌ فِي الْجُمْلَةِ، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ وَأَحْمَدُ - رَحِمَهُمَا اللَّهُ - وَأَخْتَجَّ الْأَصْحَابُ لَهُ بِمَا رَوَى أَنَّهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ لِيَهْتَدِ: «خُذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدِكَ بِالْمَعْرُوفِ»<sup>(١)</sup> وَكَانَ ذَلِكَ قَضَاءً مِنْهُ عَلَى زَوْجِهَا أَبِي سَفْيَانَ، وَهُوَ غَائِبٌ، وَبِأَنَّ عَمْرَ بْنَ الْخَطَّابِ قَالَ فِي خُطْبَتِهِ فِي قَضِيَةِ الْأَسْفِيعِ: «مَنْ كَانَ لَهُ عَلَيْهِ ذَيْنٌ فَلْيَأْتِنَا عَدَاً فَإِنَّا بَائِعُو مَالِهِ وَقَاسِمُوهُ بَيْنَ غُرْمَائِهِ»<sup>(٢)</sup> وَكَانَ ذَلِكَ الرَّجُلُ غَائِباً، وَبِأَنَّ الْبَيِّنَةَ مَسْمُوعَةٌ بِالِاتِّفَاقِ عَلَى الْغَائِبِ، فَلِيَجْرَ الْحُكْمُ بِهَا كَالْبَيِّنَةِ الْمَسْمُوعَةِ عَلَى الْحَاضِرِ السَّامِتِ، وَبِأَنَّ الْحُكْمَ عَلَى الْمَيِّتِ وَالصَّغِيرِ جَائِزٌ، وَالْمَوْتُ وَالصَّغَرُ أَعْظَمُ مِنَ الْعَفْوِ عَنِ الدَّفْعِ مِنَ الْغَيْبَةِ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَا يَجُوزُ الْقَضَاءُ عَلَى الْغَائِبِ إِلَّا إِذَا كَانَ لِلدَّعْوَى اتِّصَالٌ بِحَاضِرٍ بِأَنَّ قَالَ: لِي عَلَى فُلَانٍ الْغَائِبِ كَذَا وَفُلَانٌ كَفِيلُهُ أَوْ شَرِيكُهُ أَوْ أَحَالَنِي عَلَى هَذَا الْحَاضِرِ أَوْ بَاعَ مِنْ هَذَا الْحَاضِرِ كَذَا، وَأَنَا شَفِيعٌ مُطَالِبٌ أَوْ ادْعَتِ الزَّوْجَةُ النِّفْقَةَ عَلَى زَوْجِهَا الْغَائِبِ فِي أَنْ لَهُ عَلَى هَذَا كَذَا وَفِي يَدِ هَذَا كَذَا أَوْ ادْعَى إِتْلَافَ مَالٍ عَلَى جَمَاعَةٍ أَحَدُهُمْ حَاضِرٌ، وَالْبَاقُونَ غُيِّبَ، وَعَنْ صَاحِبِ «التَّقْرِيبِ»: أَنَّ حَرْمَلَةَ رَوَى فِي الْمَسْأَلَةِ قَوْلَ كَمْذَهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَالْمَذَهَبُ الْمَشْهُورُ مَا سَبَقَ، إِذَا عَرَفَ ذَلِكَ، فَالْكَلَامُ فِي الْقَضَاءِ عَلَى الْغَائِبِ يَتَعَلَّقُ بِأَطْرَافٍ، كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا رُكْنٌ، فَمَسْأَلُ الْبَابِ:

أَحَدُهَا: الدَّعْوَى، وَيَشْتَرَطُ فِي الدَّعْوَى عَلَى الْغَائِبِ مَا يَشْتَرَطُ فِي الدَّعْوَى عَلَى الْحَاضِرِينَ مِنْ بَيَانِ جِنْسِ الْمُدْعَى وَقَدْرِهِ وَصِفَتِهِ، وَقَوْلُهُ: إِنِّي مُطَالِبٌ بِالْمَالِ، وَلَا يَكْفِي الْاِقْتِصَارُ عَلَى قَوْلِهِ: «لِي عَلَيْهِ كَذَا» عَلَى مَا سَيَأْتِي ذَلِكَ بِشَرْحِهِ فِي بَابِ الدَّعْوَى، وَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ، وَإِلَّا فَلَا فَائِدَةَ لِلدَّعْوَى عَلَى الْغَائِبِ، وَأَنْ يَدْعِي جُحُودَ الْغَائِبِ، فَإِنْ قَالَ: هُوَ مَقْرَرٌ، لَمْ تَسْمَعْ بَيِّنَتَهُ وَلَغَتْ دَعْوَاهُ، وَإِنْ لَمْ يَتَعَرَّضْ لِجُحُودِهِ وَلَا إِقْرَارِهِ، فَوَجْهَانِ: مِيلَ الْإِمَامِ مِنْهُمَا إِلَى أَنْ يَبَيِّنَتَهُ تَسْمَعُ؛ لِأَنَّهُ قَدْ لَا يَعْلَمُ جُحُودَهُ فِي غَيْبَتِهِ، وَيَحْتَاجُ إِلَى إِثْبَاتِ الْحَقِّ، فَلِيَجْعَلَ غَيْبَتَهُ كَسُكُوتِهِ.

وَالثَّانِي: لَا تَسْمَعُ إِلَّا عِنْدَ التَّعَرُّضِ لِلْجُحُودِ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ إِنَّمَا يَحْتَاجُ إِلَيْهَا عِنْدَ الْجُحُودِ، فَعَلَى هَذَا يَشْتَرَطُ أَنْ يَقُولَ: هُوَ جَاحِدٌ، وَعَلَى الْأَوَّلِ الشَّرْطُ أَلَّا يَقُولَ: هُوَ مَقْرَرٌ، وَرَأَيْتُ فِيهَا جَمْعٌ مِنْ فَتَاوَى الْقَفَّالِ<sup>(٣)</sup> أَنَّ هَذَا كُلَّهُ فِيهَا إِذَا أَرَادَ إِقَامَةَ الْبَيِّنَةِ عَلَى مَا

(١) تقدم في النفقات.

(٢) تقدم في الحجر، وهو من الموطأ.

(٣) قال في القوت: وقفت على نسختين مما جمع من فتاوى القفال ورتبت مسألها على الأبواب فإنها مبددة فلم أر بعد التقصي فيها ما نقله الرافعي وهو الثقة الأمين فلعلها عن غيره أو أغفلت أو =

يدعيه؛ ليكتب القاضي به إلى حاكم بلد الغائب، فأما إذا كان للغائب مال حاضر، وأراد إقامة البينة على دينه؛ ليوفيه القاضي، فإن القاضي يسمع بيته، ويوفيه، سواء قال: هو مقر أو جاحد أو قال: لا أدري، أهو مقر أو جاحد؟ وهل على القاضي سماع الدعوى على الغائب أن ينصب مسخراً يُنكر على الغائب؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لتكون البينة على إنكار منكر.

وأصحهما: على ما ذكره في «التهذيب» لا لأن الغائب قد يكون مقرأ، فيكون إنكار المسخر كذباً، وقضية هذا التوجيه ألا يجوز نصب المسخر، لكن الذي ذكره أبو الحسن العبادي وغيره أن القاضي مخير إن شاء نصب عنه، وإن شاء لم ينصب.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: الرُّكْنُ الثَّانِي: الْمُدَّعِي: وَيَحْلِفُ الْقَاضِي بَعْدَ الْبَيِّنَةِ عَلَى عَدَمِ الْإِبْرَاءِ وَالْإِسْتِيْفَاءِ وَالْإِعْتِيَاضِ، وَيَجِبُ ذَلِكَ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَإِنْ كَانَ الدَّعْوَى عَلَى صَبِيٍّ أَوْ مَجْنُونٍ أَوْ مَيِّتٍ وَجِبَ وَجْهًا وَاحِدًا، وَلَا يَجِبُ التَّعَرُّضُ فِي الْيَمِينِ لِصِدْقِ الشُّهُودِ، وَإِنْ أَدْعَى وَكَيْلَهُ عَلَى الْغَائِبِ فَلَا يُنْكِرُ الْيَمِينِ وَيَسْلَمُ الْحَقَّ، بَلْ لَوْ قَالَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ الْحَاضِرُ لَوْ كَيْلِ الْمُدَّعِي: أَبْرَأَنِي مُوَكَّلَكَ الْغَائِبِ لَمْ يَنْفَعَهُ بَلْ يُسَلِّمُ الْمَالَ ثُمَّ يَثْبُتُ الْإِبْرَاءِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: كما يعتبر في الدَّعْوَى على الغائب ما يعتبر في الدعوى على الحاضر وزيادة، وهي أن يحلف مع البينة، وأعلم أنه لو ألحق التحليف برُكْنِ الدعوى، وأقام البينة برُكْنِ المدعي، فقيل: يعتبر التحليف في الدَّعْوَى على الغائب، وللمدعي على الغائب لا بُدَّ له من البينة على عكس ما في الكتاب، لجاز، وليس في هذا ترتيب محقق، ثم في التحليف ثلاث مسائل:

أحداها: في وقت التحليف وكيفيته، فحلف القاضي المدعي على الغائب بعد قيام البينة وتعديلها بأنه ما أبراه عن الدين الذي يدعيه، ولا عن شيء منه ولا اعتراض ولا استوفى، ولا أحال عليه، ولا أحد من جهته، بل هو ثابت في ذمة المدعي عليه، يلزمه توفيته، ويجوز أن يقتصر، فيحلفه على ثبوت المال في ذمته، ووجوب التسليم وإنما يحلف مع البينة، لأن المدعي عليه، لو كان حاضراً، لكان له أن يدعي شيئاً من الجهات المذكورة، فيحلفه، فينبغي للقاضي أن يحتاط له، وكذلك يحلف مع البينة، إذا كانت الدعوى على صبيٍّ أو مجنونٍ أو مَيِّتٍ، ليس له وارثٌ خاصٌّ، وإن كان، فيحلف بمثله الوارث.

= جمع له فتاوى أخرى ثم ساق الذي رآه ولم يكن فيه شيء من الذي نقله عن الرافعي ولعل النسخ مختلفة وما نقل عن القفال فقهه ظاهر جلي. قاله البركي.



ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب «ويحلفه القاضي» بالألف والزَّاي والواو؛ لأن أشهر الروايتين عن أحمد أنه لا يحلفه، ويكتفي بالبينة.

وحكى القاضي ابن كج عن المَزْنِي مثله، وذكر الشيخ أبو عاصم أن أبا الحَسَنِ ابْنَ القَطَّانِ روى عن أَبِي الحَسَنِ الطرسوسي من أصحابنا أَنَّ للشافعي - رضي الله عنه - قولاً مثله، ولا يشترط التعرض في اليمين لصدق الشهود بخلاف اليمين مع الشاهد؛ لأن البينة ههنا كاملة، وفيه وجه أنه يشترط.

الثانية: هذا التحليف واجبٌ أو مستحبٌ؟ فيه وجهان، ويقال قولان:

أظهرهما: الوجوب.

والثاني: أنه يستحبُّ لأرباب التدارك، إن كان هناك دافعٌ غير منحسم، والوجوب في الصبي والمجنون والميتِ أو لئى لعجزهم عن التدارك، لكن الخلاف مطرد، وكذلك حكاه أبو الحسن العبادي وجماعة، وبنى على هذا الخلاف ما لو أقام قِيمُ الطُفْلِ البيئَةَ على قيم طفل، فإن قلنا: يوجب التحليف، فينظر إلى أن يبلغ المدعي له، فيحلف، وإن قلنا: بالاستحباب، فيقضي بها<sup>(١)</sup> ونقل صاحب الكتاب القَطْع بالوجوب في

(١) استشكل الشيخ السبكي ما رجحه المصنف وقال لم يرَ للمسألة ذكر إلا في كلام القاضي الحسين فذكر فيها احتمالين وأطال وحاصل كلامه أن الحاكم يقضي بهذه البينة ولا يؤخر الحكم للبلوغ لأجل الحلف وسبقه الشيخ ابن عبد السلام في فتاويه لذلك فقال: إذا ثبت دين لطفل أو مجنون على تركه مستحقها كذلك أنه يؤخذ في الحال ولا يتوقف أخذه على بلوغه ويمينه إذ لا يجوز تأخير حق يجب على الفور لأمر محتمل قال ولا يشهد لذلك شيء من أصول الشرع، وقال الشيخ البلقيني ما جزم به تبعاً لأصله من الانتظار حتى يبلغ المدعي له فيحلف يمكن أن تلمح له لو كان بلوغه قريباً دون الغيبة التي تقضي فيها على الغائب فأما لو كانت المدة طويلة ويؤدي الحال بالتأخير إلى الضياع فإن المعتمد أخذ المال ولا حاجة إلى الحيلولة لما فيها من عدم الفائدة لجواز أن يتلف المأخوذ فإن بقي الدين أضربنا بالمديون وإن لم يبق أضربنا بصاحب الدين فلم يبق إلا إسقاط الاستظهار للاحتياط في أخذ المال فإن يمين الاستظهار إنما شرعت للاحتياط والاحتياط أن يؤخذ لأنه قبل الأخذ بصدد الضياع وبعد الأخذ ثبت الحق والأصل عدم ما يقتضي إسقاطه، وقد ذكر المصنف في صورة الوكيل والصبي الذي ادعى له الولي على الحاضر وقال الحاضر أتلف على من حبس ما يدعيه إلى آخره ما يخالف هذا أو ذلك هو المعتمد فإن يمين الاستظهار عبارة عن تحليفه على ما لو دعاه الحاضر لحلف عليه، انتهى. ومسألة الصبي ذكرها في المهمات وصورتها كما عبر به في الروضة وكذا لو ادعى ولي الصبي ديناً للصبي فقال المدعي عليه أنه أتلف عليه من جنس ما يدعيه قدر دينه لم يتفعه بل عليه إذا ما أثبت الولي فإذا بلغ الصبي حلفه فقال في المهمات إن الراعي خالف أي دعوى قيم طفل على قيم طفل بأسطر.

قال في الخادم: وهذا عجيب لأنه في هذه الصورة ثبت الحق بالإقرار فلا وجه للتأخير، وقوله في الدفع غير مقبول بخلافه في التي قبلها وهذا الرد فيه نظر لأن الحق في الأخيرة قد ثبت بالبينة =

الدعوى على الصبي والمجنون والميت، فحصلت طريقتان.

**الثالثة:** لو لم يدع نفسه ولكن ادعى وكيله على الغائب، فلا يحلف، ويوفر الحق، إن كان المدعى عليه هناك<sup>(١)</sup> قال: ولو كان المدعى عليه حاضراً، وقال للمدعي بالوكالة بعد ما أقام البينة: أبرأني موكلك الغائب، وأراد التأخير إلى أن يحضر الموكل، فيحلف، لم يمكن منه، بل عليه تسليم الحق، ثم يثبت الإبراء من بعد أن كانت له حجة، ويقال: إن المسألة وقعت بمرور، وتوقف فيها فقهاء الفريقين، ثم أفتى القفال بما ذكرناه، ووجدت في تعليق الشيخ أبي حامد مثل هذا الجواب في «كتاب الوكالة» والسبب فيه أنا، لو وقفنا الأمر إلى أن يحضر الموكل لا تجر الأمر إلى أن يتعذر استيفاء الحقوق بالوكلاء، وكذا لو ادعى قيم الصبي ديناً للصبي، فقال المدعى عليه: إنه ألتف علي من جنس ما يدعيه ما هو قضاء لدينه، لم ينفعه بل عليه أداء ما أثبتته القيم، فإذا بلغ الصبي حلفه، ولو أن المدعي عليه قال في مسألة الوكيل: أبرأني موكلك الغائب، فأخلف أنت أنك لا تعلم ذلك، قال الشيخ أبو حامد: عليه أن يحلف على نفي العلم، ومن الأصحاب من يخالفه فيه، ولا يحلف الوكيل، ولك أن تقول: قضية ما ذكره الشيخ أن يخلف القاضي وكيل المدعى الغائب على نفي العلم بالإبراء وسائر الأسباب المسقطه نيابة عن المدعى عليه فيما ينكر منه، لو حضر كما ناب عنه في تحليف من يدعي بنفسه.

**فزع:** يجوز القضاء على الغائب بشاهد ويمين، كما يجوز على الحاضر، ويكفي يمين واحدة أم لا بد من يمينين؛ أحدهما لتكميل الحجة، والأخرى لنفي المسقطات؟ فيه وجهان:

**أشبههما: الثاني.**

**آخر:** تعلق بإنسان، وقال: أنت وكيل فلان الغائب، ولي عليه كذا، وادعى عليك وأقيم البينة في وجهك، فإن علم أنه وكيل، وأراد ألا يخاصم، فليعزل نفسه، وإن لم يعلم، فينبغي أن يقول؛ لا أعلم أنني وكيل، ولا يقول لست بوكيل، فيكون مكذباً لبينة عساها تقوم على الوكالة، وهل للمدعي إقامة البينة على وكالة من تعلق به؟ فيه وجهان، ظاهر كلام أبي عاصم العبادي: نعم؛ لأن له فيها فائدة، وهي أن يستغني عن ضم اليمين إلى البينة، وأن يكون القضاء مجمعاً عليه، والأظهر الجمع، لأن الوكالة حقه، فكيف تقام البينة عليها قبل دعواه.

= ولم يعترف وقوله قدر دينه أي الذي ثبت بالبينة والشيخ البلقيني مع جلاله قدره جرى على ذلك. قاله البكري.

(١) عبارة الروضة: لا يحلف بل يعطى المال إن كان المدعى عليه هناك مال.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الرُّكْنُ الثَّلَاثُ: إِنَّهَا الْحُكْمُ إِلَى الْقَاضِي الْآخِرِ: وَذَلِكَ بِأَنْ يَشْهَدَ شَاهِدَانِ عَلَى تَفْصِيلِ حُكْمِهِ، وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَكْتُبَ ذَلِكَ فِي كِتَابٍ مَخْتُومٍ، وَالْاعْتِمَادُ عَلَى الشَّهَادَةِ فَلَوْ شَهِدَ بِخِلَافِ مَا فِي الْكِتَابِ جَارًا، وَلَوْ قَالَ الْقَاضِي: أَشْهَدُكُمْ عَلَى أَنْ مَا فِي الْكِتَابِ خَطِي لَمْ يَكْفِ ذَلِكَ، فَلَوْ قَالَ: مَا فِي الْكِتَابِ حُكْمِي فَلَا أَظْهَرُ أَنَّهُ لَا يَكْفِي مَا لَمْ يَفْضَلْ لَهُمَا مَا حَكَمَ بِهِ، وَلَوْ قَالَ الْمُقْرَأُ: أَشْهَدُكُمْ عَلَى مَا فِي الْقِبَالَةِ وَأَنَا عَالِمٌ فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَكْفِي حَتَّى إِذَا حَفِظَ الشَّاهِدُ الْقِبَالََةَ أَوْ مَا فِيهَا وَشَهِدَ عَلَى إِقْرَارِهِ جَارًا إِذِ الْإِقْرَارُ بِالْمَجْهُولِ صَحِيحٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْقَاضِي بَعْدَ سَمَاعِ الدَّعْوَى وَالبَيِّنَةِ عَلَى الْغَائِبِ تَارَةً يَقْتَصِرُ عَلَيْهِ، وَيُنْهَى الْحَالَ إِلَى قَاضِي بَلَدِ الْغَائِبِ؛ لِيَحْكُمَ وَيَسْتَوْفِي<sup>(١)</sup> وَتَارَةً يَحْلِفُ كَمَا مَرَّ، وَيَحْكُمُ، وَعَلَى التَّقْدِيرِ الثَّانِي، فَقَدْ يَكُونُ لِلْغَائِبِ مَالٌ حَاضِرٌ، يُمْكِنُ تَوْفِيرُ الْحَقِّ مِنْهُ، فَيُوفَّرُ، وَقَدْ لَا يَكُونُ كَذَلِكَ، فَيَسْأَلُ الْمُدْعَى الْقَاضِي إِتْمَانَهُ الْحُكْمَ إِلَى قَاضِي بَلَدِ الْغَائِبِ، فَيَجِيهَ إِلَيْهِ، وَلِلْإِتْمَانِ طَرِيقَانِ:

أحدهما: أَنْ يَشْهَدَ عَلَى حُكْمِهِ عَدْلَيْنِ يَخْرُجَانِ إِلَى ذَلِكَ الْبَلَدِ، وَالْأَوْلَى أَنْ يَكْتُبَ بِذَلِكَ كِتَابًا أَوْ لَآئِمًا يَشْهَدُ، أَمَا الْكِتَابُ، فَصُورَتُهُ: حَضَرَ عَاقَانَا اللَّهُ وَإِيَاكَ فَلَانَ، وَأَدْعَى عَلَى فَلَانِ الْغَائِبِ الْمَقِيمِ بِلَدِكَ كَذَا وَكَذَا، وَأَقَامَ عَلَيْهِ شَاهِدَيْنِ، وَهُمَا فَلَانٌ وَفَلَانٌ، وَقَدْ عُدَلَا عِنْدِي، وَحَلَفْتُ الْمُدْعَى، وَحَكَمْتُ لَهُ بِالْمَالِ، فَسَأَلَنِي أَنْ أَكْتُبَ إِلَيْكَ فِي ذَلِكَ، فَأَجَبْتُهُ إِلَيْهِ، وَأَشْهَدُ عَلَيْهِ فَلَانًا وَفَلَانًا وَلَا يَشْتَرُ تَسْمِيَةَ الشَّاهِدَيْنِ عَلَى الْحُكْمِ، وَلَا ذَكَرَ أَصْلَ الْإِشْهَادِ وَلَا النَّصَّ عَلَى أَسْمَاءِ شُهُودِ الْحَقِّ، بَلْ يَكْفِي أَنْ يَكْتُبَ: شَهِدَ عِنْدِي شُهُودٌ عَدُولٌ، وَيَجُوزُ أَلَّا يَصْفَهُمُ بِالْعَدَالَةِ، فَيَكُونُ الْحُكْمُ بِشَهَادَتِهِمْ تَعْدِيلًا لَهُمْ ذَكَرَهُ فِي «الْعُدَّة» وَيَجُوزُ أَلَّا يَتَعَرَّضَ لِأَصْلِ شَهَادَةِ شُهُودِهِ، فَيَكْتُبُ: حَكَمْتُ بِكَذَا بِحُجَّةٍ أُوجِبَتْ الْحُكْمَ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَحْكُمُ بِشَاهِدٍ وَبِغَيْرِهِ، وَقَدْ يَحْكُمُ بِعِلْمِهِ، إِذَا جُوزَ الْقَضَاءُ بِالْعِلْمِ، وَهَذِهِ حِيلَةٌ يَدْفَعُ بِهَا الْقَاضِي قَدْحَ أَصْحَابِ الرَّأْيِ، إِذَا حَكَمَ بِشَاهِدٍ وَبِغَيْرِهِ فِي فَحْوَى كَلَامِ الْأَصْحَابِ وَجَهٌ مَانِعٌ مِنْ إِبْهَامِ الْحُجَّةِ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ سُدِّ بَابِ الطَّعْنِ وَالْقَدْحِ عَلَى

(١) قضية كلامهم أنه لا يشترط في عمل القاضي المكتوب إليه بكتاب القاضي الكاتب أن يكون الثاني عالماً بصحة ولاية الأول وبصحة أحكامه وكمال عدالته وإن اشترط ذلك الماوردي فإن الجمهور جوزوا الكتاب المطلق والكتاب إلى معين وإلى كل من يبلغه من قضاة المسلمين.

قال الأذري: ومن المعلوم أن غالب قضاة البلاد المتباعدة والأقطار المتناثرة لا يعرف بعضهم من حال بعض شيئاً فيتعذر العمل بالكتاب في أكثر الأحوال إن لم يكن له مال حاضر أو كان فطلب المحكوم له إنهاء الأمر إلى قاضي بلد الغائب.

الخَضَم، وَيُسْتَحَبُّ لِلْقَاضِي أَنْ يَخْتَمَ الْكِتَابَ، وَيُدْفَعُ إِلَى الشَّاهِدَيْنِ بِنَسْخَةٍ غَيْرِ مَخْتومة لِيَطَالَعَاهَا، وَيَتَذَكَّرَا عِنْدَ الْحَاجَةِ، وَأَنْ يَذَكَرَ فِي الْكِتَابِ نَقْشَ خَاتَمِهِ الَّذِي يَرِيدُ الْخَتْمَ بِهِ، وَأَنْ يَثْبِتَ أَسْمَ نَفْسِهِ وَأَسْمَ الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ فِي بَاطِنِ الْكِتَابِ، وَفِي الْعُنْوَانِ أَيْضاً، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَشْتَرُطُ خَتْمَ الْكِتَابِ، وَإِثْبَاتَ الْأَسْمِينَ فِي الْبَاطِنِ، وَأَمَّا الْإِشْهَادُ، فَإِنْ أَشْهَدَهُمَا عَلَى أَنَّهُ حَكَمَ بِكَذَا وَلَا كِتَابَ شَهِدَا بِهِ، وَقَبِلْتَ شَهَادَتَهُمَا، وَإِنْ أَنْشَأَ الْحَكْمَ بَيْنَ يَدَيْهِمَا، فَلَهُمَا أَنْ يَشْهَدَا، وَإِنْ لَمْ يَشْهَدَهُمَا، وَإِنْ كَتَبَ، ثُمَّ أَشْهَدَ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَقْرَأَ الْكِتَابَ أَوْ يَقْرَأَ بَيْنَ يَدَيْهِ عَلَيْهِمَا، وَيَقُولُ لَهُمَا: أَشْهَدَا عَلَيَّ بِمَا فِيهِ أَوْ عَلَيَّ بِحُكْمِي الْمَبِينِ فِيهِ، وَفِي «الشَّامِلِ»: أَنَّهُ لَوْ اقْتَصَرَ عَلَيَّ قَوْلُهُ بَعْدَ الْقِرَاءَةِ «هَذَا كِتَابِي إِلَيَّ فُلَانٍ» أَجْزَاءً<sup>(١)</sup>، وَحَكَى الْقَاضِي ابْنُ كَيْسَانَ وَجْهًا: أَنَّهُ يَكْفِي مَجْرَدَ الْقِرَاءَةِ عَلَيْهَا، وَالْأَحْوَابُ أَنْ يَنْظُرَ الشَّاهِدَانِ فِي الْكِتَابِ وَقَدْ قُرِئَتْ عَلَيْهِمَا، وَلَوْ لَمْ يَقْرَأْ الْكِتَابَ عَلَيْهِمَا، وَلَمْ يَعْلَمَا مَا فِيهِ، وَقَالَ الْقَاضِي: أَشْهَدْتُكُمَا عَلَيَّ أَنْ هَذَا كِتَابِي، وَمَا فِيهِ خَطِي، لَمْ يَكْفِ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُمَا أَنْ يَشْهَدَا عَلَيَّ حُكْمَهُ، فَإِنَّ الشَّيْءَ، قَدْ يَكْتُبُ مِنْ غَيْرِ قَصْدِ تَحْقِيقِهِ تَحْقِيقَهُ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ، إِذَا وَقَعَ الْكِتَابُ إِلَيْهِمَا مَخْتوماً، وَقَالَ: هَذَا كِتَابِي، وَكَفَى، وَلَوْ قَالَ: أَشْهَدْتُكُمَا، عَلَيَّ أَنْ مَا فِيهِ حُكْمِي أَوْ عَلَيَّ قَضَيْتُ بِمَضْمُونِهِ، فَفِيهِ وَجْهَانِ:

أظهرهما: أنه لا يكفي ما لم يُفَصَّلْ لهما ما حَكَمَ بِهِ.

والثاني: وبه قال الإصطخري: يكفي لإمكان معرفة التفصيل بالرجوع إليه، ويجري الخلاف فيما لو قال المقرُّ أشهدتك على ما في هذه القبالة، وأنا عالم به، لكنَّ الصحيح عند صاحب الكتاب في الإقرار أنه يكفي حتى لو سلَّم القبالة إلى الشاهد، وحفظها الشاهد، وأمن التحريف، جاز له أن يشهد على إقراره، وفُرِّقَ بينهما بأنه مقر على نفسه، والإقرار بالمجهول صحيح، وأما القاضي، فإنه مخبر عن نفسه بما يرجع ضرره إلى الغير، فالاحتياط فيه أهم، والذي أجاب به الصنميري في «مختصر» جمعه في أحكام الشهادات: أنه لا يكفي ذلك في الإقرار أيضاً، حتى يقرأه، ويحيط بما فيه، وذكر أنه مذهب الشافعي، وأبي حنيفة - رحمهما الله - ويشبه أن يكونَ هذا الخلافُ في أنَّ الشاهد، هل يشهدُ على أنه أقر بمضمون القبالة، على التفصيل، وأما الشهادة على أنه أقر بما في هذا الكتاب مبهماً، فما ينبغي أن يكون فيه خلافٌ كسائر الأقارير المبهمة، وسواء شهد هكذا أو هكذا، فإنما يشهد، إذا كان الكتابُ محفوظاً عنده، وأمن التصرف فيه، ثم ههنا مسألتان:

أحدهما: أن التعويل على شهادة الشهود، والمقصودُ من الكتاب التذکر، ومن

الختم الاحتياط وإكرام المكتوب إليه، فلو ضاع الكتاب أو انمحي أو انكسر الختم، وشهدا بمضمونه المضبوط عندهما، قبلت الشهادة، وقضى بها، فلو شهدا بخلاف ما في الكتاب عمل بشهادتهما، وعن أبي حنيفة: أن الشهادة لا تقبل إلا على الكتاب، ولا يكفي الكتاب المجرد؛ لما سبق أنه لا اعتماد على الخط، وعن مالك: أن المكتوب إليه، إذا وثق بالخط والختم قبله، وفي «المهذب» وجه مثله عن الإصطخري.

والثانية: لا بد من إسهاد رجلين عدلين، فلا يقبل في الباب شهادة رجل وامرأتين، خلافاً لأبي حنيفة، وحكى القاضي ابن كج وجهاً للأصحاب مثله، إذا تعلقت الحكومة بمال، وذكر أنه لو كان كتاب القاضي رؤية هلال رمضان، كفى شهادة واحد على قولنا: إنه يثبت الهلال بشهادة واحد للإجراء للكتاب مُجرى المكتوب فيه، وإنه لو كتب في الزنا، وجوزنا كتاب القاضي إلى القاضي في العقوبات، فيثبت بشهادة رجلين أم لا بد من أربعة؟ فيه وجهان كالقولين من الإقرار بالزنا، والله أعلم.

قَالَ الْعَرَّابِيُّ: ثُمَّ لِلشَّاهِدِ عَلَى الْحَكْمِ أَنْ يَشْهَدَ عِنْدَ الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ وَعِنْدَ غَيْرِهِ وَإِنْ لَمْ يَكْتُبِ (ح) الْقَاضِي فِي كِتَابِهِ أَنَّهُ إِلَى مَنْ يَصِلُ إِلَيْهِ مِنَ الْقَضَاةِ، وَكَذَلِكَ يَشْهَدُ (ح) وَإِنْ مَاتَ الْكَاتِبُ وَالْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ، وَلَيْكُنْ عَدَالَةً شُهُودِ الْكِتَابِ وَخَنُومَهُ ظَاهِرَةً عِنْدَ الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ، وَلَا يَكْفِي تَعْدِيلُهُمَا فِي ذَلِكَ الْكِتَابِ الَّذِي كُتِبَ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَثْبُتُ بِشَهَادَتَيْهِمَا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: كِتَابُ الْقَاضِي وَحَامِلِهِ، إِذَا انْتَهَى إِلَى قَاضِي الْبَلَدِ الْآخَرَ، فَيَحْضُرُ الْخِصْمَ فَإِنْ أَقْرَبَ بِالْمُدْعَى اسْتَوْفَاهُ، وَإِلَّا، شَهِدَ الشَّاهِدَانِ أَنَّ هَذَا كِتَابُ الْقَاضِي فَلَانِ وَخَتَمَهُ، حَكَمَ فِيهِ لِفَلَانٍ بِكَذَا عَلَى هَذَا، وَقَرَأَهُ عَلَيْنَا وَأَشْهَدْنَا بِهِ، وَلَوْ لَمْ يَقُولُوا: أَشْهَدْنَا، جَازَ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ، وَلَا يَجُوزُ إِلَّا يَتَعَرَّضُ لِحُكْمِهِ، وَيَقْتَصِرُ عَلَى ذِكْرِ الْكِتَابِ وَالْخَتْمِ، خِلَافاً لِأَبِي حَنِيفَةَ، ثُمَّ فِي «التَّهْذِيبِ» وَ«الرِّقْمِ»: أَنَّ الْقَاضِي إِذَا نَقَضَ الْخَتْمَ بَعْدَ شَهَادَةِ الشُّهُودِ، وَتَعَدَّلِيهِمْ وَذَكَرَ الْقَاضِي أَبُو سَعْدِ الْهَرَوِيُّ أَنَّهُ يَفْتَحُ الْقَاضِي الْكِتَابَ أَوَّلًا، ثُمَّ يَشْهَدُ الشُّهُودَ، وَيُؤَافِقُ هَذَا قَوْلَ كَثِيرٍ مِنَ الْأَصْحَابِ أَنَّ الشُّهُودَ يَقْرَؤُونَ الْكِتَابَ، ثُمَّ يَشْهَدُونَ، لِيَقْفُوا عَلَى مَا فِيهِ وَيَعْرِفُوا أَنَّهُ عَرَفَ مَا فِيهِ، وَلَيْسَ هَذَا خِلَافاً فِي الْجَوَازِ، وَكَيْفَ، وَقَدْ عَرَفْتَ أَنَّ الْخَتْمَ مِنْ أَصْلِهِ لَا اعْتِبَارَ بِهِ، وَكَمَا يَقْبَلُ الشَّهَادَةَ عَلَى مَا لَا خَتْمَ عَلَيْهِ يَقْبَلُ عَلَى الْمَفْضُوضِ الْخَتْمَ، فَضَهُ الْقَاضِي أَوْ غَيْرِهِ، وَإِنَّمَا الْكَلَامُ فِي الْأَدَبِ وَالْإِحْتِيَاظِ.

ويحسن أن يقال: إن كان ما في الكتاب مضبوطاً لهم فالأولى ألا يفض حتى يتم الشهادة والتعديل، وإلا احتاجوا إلى مطالعة وتذكر، فيشهدون على الكتاب والختم، ثم يفض فيقرأ عليهم، ثم يشهدون على حكمه بما فيه، وقد ذكر ابن القاص في أدب القاضي قريباً من هذا، إذا عرف ذلك ففي الفضل مسألتان:

إحدهما: يجوز أن يكتب إلى قاضٍ معين، ويجوز أن يطلق، فيكتب إلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين، وعن أبي حنيفة: أنه لا يجوز الإطلاق الكلّي، وللقاضي أبي سعد الهروي حكاية مبنية على ذلك، قال: تحمّلت شهادة مع الشيخ أبي سعيد المتولي على كتاب حكمي من قاضي هذا إلى مجلس القاضي الحسين، وكانت الشهادة على الختم، والعنوان إلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين، فرد القاضي الكتاب، وقال الشهادة على الختم دون مضمون الكتاب غير مقبولة عند الشافعي - رضي الله عنه - والعنوان من غير تعيين المكتوب إليه غير جائز عند أبي حنيفة، فلا أقبل كتاباً اجتمع الإمامان - رضي الله عنهما - على رده، كما أن من احتجم ومسّ ذكره، وصلى لا تصح صلته على المذهبين، وإذا كان الكتاب إلى معين، فشهد شاهدان بالحكم عند حاكم آخر، فإنه يقبل شهادتهما، ويمضيه، وإن لم يكتب إليه، وإلى كل من يصل إليه من القضاة؛ اعتماداً على الشهادة، وعن أبي حنيفة، لا يقبل غير المعين شهادتهما إذا لم تكتب، وإلى كل من يصل إليه، ويجري هذا الخلاف فيما إذا مات الكاتب، وشهد الشاهدان على حكمه عند المكتوب إليه أو مات المكتوب إليه، وشهد عند من قام مقامه، فعند أبي حنيفة لا يقبل شهادتهما، ولا يعمل بالكتاب، وعندنا يقبل شهادتهما، ويمضي الحكم، وأما إذا كان الكتاب بالحكم المبرم، فكما لو قامت البيّنة على حكم القاضي بعد موته، وأما إذا كان مقبول الشهادة، فلأنه مشبه بالشهادة على الشهادة، وشهادة الفرع بعد موت الأصل مقبولة، والعزل والجئون والعمى والخرس كالموت، ولو كتب القاضي إلى خليفته، ثم مات القاضي أو عزل تعذر على الخليفة القبول والإمضاء، إن قلنا: إنه يعزل بانعزال الأصل، ولو ارتد الكاتب أو فسق، ثم وصل الكتاب إلى المكتوب إليه، فجواب ابن القاص، وبه أخذ صاحباً «المهدّب» و«التهذيب» وآخرون: أن الكتاب، إذا كان بالحكم المبرم أمضى، ولم يزد، لأن الفسق الحادث لا يؤثر في الحكم السابق، وإن كان بسمع الشهادة، فلا يقبل، ولا يحكم به، كما لو فسق الشاهد قبل أن يحكم بشهادته وأطلق القاضي ابن كج القول بأنه لا يقبل كتابه، إذا حدث الفسق من غير فرق بين كتاب وكتاب، وفرق بينه وبين الموت بأن ظهور الفسق يشعر بالحنث، وقيام الفسق يوم الحكم، وهذا قضية إيراد الشيخ أبي حامد وابن الصبّاغ<sup>(١)</sup>، والله أعلم.

(١) كلام المصنف يشعر بترجيح الأول وصرح به في الشرح الصغير، قال في القوت: وهو ما أورده المحاملي في المقنع والماوردي والبندنجي والقاضي أبو الطيب في مجرده وغيره والجرجاني في شافيه وتحريره وشرع الروياني وصاحب البيان ولم أر في الكتب بعد التنقيب غيره، ثم نازع الرافعي فيما نقله عن الشيخ أبي حامد إلى أن قال فلم يبق إلا ما حكاه عن إطلاق ابن كج فإن لم يؤول فهو وجه شاذ.

الثانية: شهود الكتاب والحكم، لا بُدُّ من ظهور عدالتهم عند المكتوب إليه، وهل يثبت عدالتهم بتعديل الكاتب إياهم؟ فيه وجهان:  
عن القفال الشاشي: نعم، للحاجة.

والأصح: المنع؛ لأنه تعديل قبل أداء الشهادة، ولأنه كتعديل المدعي شهوده، ولأن الكتاب إنما يثبت بقولهم، ولو ثبتت عدالتهم بالكتاب لثبت عدالتهم بقولهم، والشاهد لا يزكي نفسه، والله أعلم.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَلْيُذَكَّرَ فِي الْكِتَابِ اسْمُ الْمَحْكُومِ عَلَيْهِ وَأَسْمُ أَبِيهِ وَجَدِّهِ وَحَلِيِّهِ بِحَيْثُ يَتَمَيَّزُ بِهِ، وَإِنْ أَدْعَى الْمَأْخُودُ أَنَّ فِي الْبَلَدِ مَنْ يُشَارِكُهُ فِي تِلْكَ الصِّفَاتِ وَأَظْهَرَهُ أَنْصَرَفَ الْقَضَاءُ عَنْهُ، وَإِنْ أَنْكَرَ كَوْنَهُ مُسَمًّى بِذَلِكَ الْاسْمِ حَلَفَ وَأَنْصَرَفَ عَنْهُ الْقَضَاءُ، وَإِنْ نَكَلَ حَلَفَ الْمُدَّعِي وَتَوَجَّهَ الْحُكْمُ، فَإِنْ لَمْ يَخْلِفْ عَلَى نَفْيِ الْاسْمِ بَلْ عَلَى أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ لَمْ يَقْبَلْ، وَلَوْ قَصَرَ الْقَاضِي فَلَمْ يَكْتُبْ إِلَّا أَنِّي حَكَمْتُ عَلَى مُحَمَّدِ بْنِ أَحْمَدَ فَالْحُكْمُ بَاطِلٌ حَتَّى لَوْ أَقْرَأَ رَجُلٌ أَنَّهُ مُحَمَّدُ بْنُ أَحْمَدَ وَأَنَّهُ الْمَغْنِيُّ بِالْكِتَابِ وَلَكِنَّهُ أَنْكَرَ الْحَقُّ لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ (و) بِالْقَضَاءِ الْمُبْنَهَمِ فِي نَفْسِهِ، أَمَّا الْكِتَابُ الْمُجْرَدُ مِنْ غَيْرِ شَهَادَةٍ عَلَى الْحُكْمِ فَلَا أَثَرَ لَهُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يَنْبَغِي أَنْ يَثْبُتَ الْقَاضِي فِي الْكِتَابِ اسْمَ الْمَحْكُومِ لَهُ وَالْمَحْكُومِ عَلَيْهِ، وَكُنْيَتَهُمَا وَأَسْمَ أَبِيهِمَا وَجَدَّهُمَا وَحَلِيِّتَهُمَا وَصَنْعَتَهُمَا وَسَكْنَتَهُمَا وَقَبِيلَتَهُمَا؛ لِيَسَهَلَ التَّمْيِيزُ، نَعَمْ، لَوْ كَانَ الرَّجُلُ مَشْهُورًا بَعِيدَ الصِّيتِ، وَحَصَلَ الْإِعْلَامُ بِبَعْضِ مَا ذَكَرْنَا، اِكْتَفَى بِهِ، وَإِذَا اثْبُتَ الْأَوْصَافُ، كَمَا ذَكَرْنَا فَحَمَلَ الْكِتَابَ إِلَى الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ، وَالْمَقْرُوبِ الْحَاصِلِ عِنْدَهُ فِي زَعْمِهِ مَحْكُومًا عَلَيْهِ، نُظِرَ إِنْ شَهِدَ شُهُودَ الْكِتَابِ بِالْحُكْمِ عَلَى عَيْنِهِ أَنْ الْقَاضِي الْكَاتِبَ حَكَمَ عَلَيْهِ، طَوْلَبَ بِالْحَقِّ، وَإِنْ لَمْ يَشْهَدُوا عَلَى عَيْنِهِ، وَلَكِنْ شَهِدُوا عَلَى رَجُلٍ مَوْصُوفٍ بِالصِّفَاتِ الْمَذْكُورَةِ فِي الْكِتَابِ، فَأَنْكَرَ الْمُحْضِرَانِ مَا فِي الْكِتَابِ اسْمَهُ وَنَسَبَهُ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ، وَعَلَى الْمُدَّعِي إِقَامَةَ الْبَيِّنَةِ عَلَى أَنَّهُ اسْمُهُ وَنَسَبُهُ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةً، وَنَكَلَ الْمُحْضِرُ، حَلَفَ الْمُدَّعِي، وَتَوَجَّهَ عَلَيْهِ الْحُكْمُ، وَإِنْ قَالَ: لَا أَحْلِفُ عَلَى أَنَّهُ لَيْسَ اسْمِي وَنَسَبِي، وَلَكِنْ أَحْلِفُ عَلَى أَنَّهُ لَا يَلْزَمُنِي تَسْلِيمُ شَيْءٍ، إِلَيْهِ، فَالْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ، وَهُوَ اخْتِيَارُ الْإِمَامِ أَنَّهُ لَا يَقْبَلُ مِنْهُ الْيَمِينَ هَكَذَا، وَحَكِينَا عَنِ الصِّيدَلَانِيِّ الْقَبُولِ، كَمَا لَوْ ادَّعَى عَلَيْهِ فَرَضٌ، فَأَنْكَرَ، وَأَرَادَ أَنْ يَخْلِفَ عَلَى أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ، فَإِنَّهُ يَقْبَلُ، ثُمَّ فَرَقَا بَيْنَ الْمَسْأَلَتَيْنِ بِأَنَّ مَجْرَدَ الدَّعْوَى، لَيْسَ بِحُجَّةٍ عَلَيْهِ، وَهَهُنَا قَامَتِ الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمَسْمُومِ بِهَذَا الْاسْمِ، وَذَلِكَ بِوَجْهِ الْحَقِّ عَلَيْهِ إِنْ ثَبِتَ كَوْنُهُ مُسَمًّى بِهَذَا الْاسْمِ، وَلَكِنْ أَنْ تَقُولَ: حَكِينَا فِي تَنَازُعِ الْمَتَبَايَعِينَ فِي قَدَمِ الْعَيْبِ وَحُدُوثِهِ أَنْ الْبَائِعَ إِنْ

قال: إنه لا يستحق الردَّ عليَّ فيحلف هكذا، وإن قال: ما أقبضته إلا سلماً، وأراد أن يحلف على أنه لا يستحق الردَّ عليه، لم يمكن عليَّ أظهر الوجهين، بل يلزمه التعرُّض لما أجاب به، وإنما يفيد هذا الأصل في الدعاوى والبيئات، إذا تذكَّرت ذلك، فالمسألة ههنا مصوَّرة فيما إذا أنكركونه مسمىً بذلك الاسم، وحينئذٍ، فالقول بأنه لا يكفيه الحلف عليَّ أنه لا يلزمه تسليم شيءٍ إليه على هذا الوجه، كأنه ظاهر، إنما يكفيه ذلك، إذا كان جوابه في الابتداء، أنه لا يلزمه تسليم شيءٍ إليه ونظيره ههنا: أن يقول المحضر: لا يلزمني تسليم شيءٍ إليه، وأراد الحلف عليه، فيشبهه أن يمكن منه، وحينئذٍ، فلا فرق بين المسألتين، وإن قامت البينة عليَّ أنه اسمه ونسبه، فقال: نعم، لكنني لست المحكومَ عليَّ، فإن لم يوجد هناك من يشاركه في الاسم والصفات المذكورة، لزمه الحكم، لأن الظاهر أنه المحكوم عليه، وإن وجد إما بأن عرفه القاضي أو قامت عليه بيِّنة، وأحضر الذي يشاركه، ويُسأل، فإن اعترف بالحق، طُوِّبَ به، وخلص الأول، وإن أنكرك، بعث ذلك الحاكم إلى الكاتب بما وقع من الإشكال، حتى يحضر الشاهدَين، ويطلب منهما مزيدَ صفةٍ يتميِّز بها المشهود عليه من غيره، فإن ذكراً مزيداً، كتب به ثانياً، وإلا، وقف الأمر حتى ينكشف، ولو أقام المحضر بيِّنةً عليَّ موصوف بتلك الصفات، كان هناك، وقد مات، فإن مات بعد الحكم، فقد وقع الإشكال، وإن مات قبله، فإن لم يعاصره المحكوم، فلا إشكال، وإن عاصره فوجهان:

**أظهرهما:** حصول الإشكال، وبه قال صاحب «التقريب» ووجه الثاني بأنه، لو كانت الشهادة على الميت، لتعرُّض الشهود لتعلق الحق بتركته ويذكر ورثته، لكن ربما لم يعرفوا موته، واستصحبوا، فهذا إذا أثبت القاضي اسم المحكوم عليه ونسبه ووصفه، كما قدَّمنا أما إذا اقتصر على قول حكمتُ عليَّ محمد أحمد مثلاً، فالحكم باطل؛ لأن المحكوم عليه مبهم، لم يتعيَّن بإشعار ولا وصف كامل، بخلاف ما إذا استقصى الوصف، ولم يقصر، وظهر اشتراك واشتباة على الندور حتى لو اعترف رجل في بلد المكتوب إليه بأنه محمد بن أحمد، وأنه المعنيُّ بالكتاب، لم يلزمه ذلك الحكم لبطلانه في نفسه، إلا أن يقر بالحق، فيؤاخذ به، هذا ما نقله الإمام وصاحب الكتاب وغيرهما، وهو المتوجَّه إلا أن في «آداب القاضي» لابن القاصِّ وفي «إيضاح» أبي عليٍّ أنه إذا ورد الكتاب أحضر القاضي المكتوب عليه، وقرأ عليه الكتاب، فإن أقر أنه المكتوب عليه أخذه به، سواء كان قد رفع في نفسه أو لم يرفع، وذكر صناعته، أو لم يذكر، والله أعلم، ولا شك أنه لو شهد الشهود على الحكم، كما ينبغي إلا أنه أبهم في الكتاب اسم المكتوب عليه تقبل الشهادة، ويعمل بمقتضاها، لما سبق أن الاعتبار بشهادة الشهود لا بالكتاب.

وقوله في الكتاب «وأما الكتاب المجرد من غير شهادة على الحكم فلا أثر له» هذا قد اندرج في الفصل السابق، ويجوز أن يعلم بالواو والميم؛ لما مرَّ والله أعلم.



قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ شَافَهُ الْقَاضِي الْآخَرَ لَمْ يَكْفِ لِأَنَّ السَّامِعَ وَالْمُسْمِعَ لَا بُدَّ وَأَنْ يَكُونَ فِي غَيْرِ مَحَلٍّ وَلَايَتِهِ فَلَا يَصِحُّ سَمَاعُهُ وَلَا يَصِحُّ إِسْمَاعُهُ إِلَّا إِذَا جَوَّزْنَا قَاضِيَيْنِ فِي بَلَدَةٍ وَاحِدَةٍ أَوْ تَنَادَيَا مِنْ طَرَفَيْهِ وَلَايَتَهُمَا فَذَلِكَ أَقْوَى مِنَ الشَّهَادَةِ فَيُعْتَمَدُ، أَمَا إِذَا كَانَ الْمُسْمِعُ فِي مَحَلٍّ وَلَايَتِهِ دُونَ السَّامِعِ فَرَجَعَ السَّامِعُ إِلَى مَحَلِّ وَلَايَتِهِ وَحَكَمَ بِهِ صَحَّ إِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ يَقْضِي بَعْلِمِهِ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ كَشَّاهِدَةٍ يَسْمَعُهَا فِي غَيْرِ وَلَايَتِهِ فَلَا يَصِحُّ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: ذَكَرْنَا أَنْ إِنْهَاءَ الْحُكْمِ إِلَى قَاضِيِ الْبَلَدِ الْآخِرِ يَحْصُلُ بِطَرِيقَتَيْنِ وَقَدْ فَرَعْنَا مِنْ بَيَانِ أَحَدَهُمَا، وَهُوَ الْإِشْهَادُ وَالْمَكَاتِبَةُ، وَالثَّانِي الْمَشَافَهَةُ، وَيَصَوَّرُ مِنْ وَجْهِهِ أَحَدَهَا: أَنْ يَجْتَمِعَ الْقَاضِي الَّذِي حَكَمَ، وَقَاضِي بَلَدِ الْغَائِبِ فِي غَيْرِ الْبَلَدَيْنِ، فَيُخْبِرُهُ بِحُكْمِهِ.

وَالثَّانِي: أَنْ يَنْتَقِلَ الَّذِي حَكَمَ إِلَى بَلَدِ الْغَائِبِ، وَأُخْبِرَهُ، فَفِي الْحَالَتَيْنِ، لَا يَقْبَلُ قَوْلَهُ، وَلَا يَمْضِي حُكْمُهُ، لِأَنَّ إِخْبَارَهُ<sup>(١)</sup> فِي غَيْرِ مَوْضِعٍ وَلَايَتِهِ كِإِخْبَارِ الْقَاضِي بَعْدَ الْعَزْلِ.

وَالثَّلَاثُ: لَوْ حَضَرَ قَاضِي بَلَدِ الْغَائِبِ فِي بَلَدِ الَّذِي حَكَمَ، فَأُخْبِرَهُ، فَهَلْ يَمْضِيهِ، إِذَا عَادَ إِلَى مَحَلِّ وَلَايَتِهِ يَنْبَنِي عَلَى أَنْ الْقَاضِي، هَلْ يَقْضِي بَعْلِمَ نَفْسِهِ، إِنْ قُلْنَا: يَقْضِي بَعْلِمَهُ فَتَعْمُ وَإِلَّا فَلَا فَعَنْ بَعْضِهِمْ تَجْوِيزُهُ أَيْضًا، وَالْأَصْحَحُّ، وَبِهِ قَالَ الْإِمَامُ: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ، كَمَا لَا يَجُوزُ الْحُكْمُ بِشَهَادَةِ سَمِعَهَا فِي غَيْرِ مَحَلٍّ وَلَايَتِهِ، كَمَا لَوْ قَالَ ذَلِكَ الْقَاضِي: سَمِعْتُ الْبَيْتَةَ عَلَى فُلَانٍ بَكْدَا، فَإِنَّهُ لَا يَرْتَبُ الْحُكْمَ عَلَيْهِ، إِذَا عَادَ إِلَى مَحَلِّ وَلَايَتِهِ.

وَالرَّابِعُ: إِذَا كَانَا جَمِيعًا فِي مَوْضِعِ الْوِلَايَةِ بِأَنْ وَقَفَ الَّذِي حَكَمَ فِي طَرَفِ وَلَايَتِهِ، وَنَادَى الَّذِي حَكَمَ صَاحِبَهُ أَنِّي حَكَمْتُ بِكَدَا، فَعَلَى صَاحِبِهِ إِمْضَاؤُهُ، لِأَنَّهُ أَبْلَغُ مِنَ الشَّهَادَةِ وَالْكِتَابِ، وَأَوْلَى بِأَنْ يُعْتَمَدَ عَلَيْهِ، وَكَذَا لَوْ كَانَ فِي الْبَلَدَةِ قَاضِيَانِ، وَجَوَّزْنَا، فَقَالَ أَحَدُهُمَا لِلْآخَرَ: حَكَمْتُ بِكَدَا، فَإِنَّهُ يُمْضِيهِ، وَكَذَا إِذَا قَالَ الْقَاضِي لِنَائِبِهِ فِي الْبَلَدِ وَبِالْعَكْسِ، وَلَوْ خَرَجَ الْقَاضِي إِلَى قَرْيَةٍ لَهُ نَائِبٌ فِيهَا، فَأُخْبِرَ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ عَنْ حُكْمِهِ، أَمْضَاهُ الْآخَرَ، لِأَنَّ الْقَرْيَةَ مَحَلٌّ وَلَايَتَهُمَا جَمِيعًا، وَلَوْ دَخَلَ النَّائِبُ الْبَلَدَ، فَقَالَ الْقَاضِي: حَكَمْتُ بِكَدَا، لَمْ يَقْبَلْهُ، وَلَوْ قَالَ لَهُ الْقَاضِي: حَكَمْتُ بِكَدَا<sup>(٢)</sup> فَفِي إِمْضَائِهِ إِيَّاهُ، إِذَا عَادَ إِلَى قَرْيَتِهِ، الْخِلَافُ فِي الْقَضَاءِ بِالْعِلْمِ.

وَأَمَّا لَفْظُ الْكِتَابِ فَقَوْلُهُ: «لِأَنَّ السَّامِعَ وَالْمُسْمِعَ لَا بُدَّ وَأَنْ يَكُونَ فِي غَيْرِ مَحَلٍّ وَلَايَتِهِ» أَي: هَكَذَا يَتَّفَقُ، وَيَكُونُ حَيْثُ نَدِيَ فِي غَالِبِ الْأَمْرِ، وَقَدْ يَوْجَدُ فِي النُّسخِ لِأَنَّ السَّامِعَ وَالْمُسْمِعَ لَا بُدَّ، وَأَنْ يَكُونَ فِي مَحَلٍّ وَلَايَتِهِ وَلَهُ وَجْهٌ أَيْضًا، وَالْمَعْنَى أَنَّ كُلَّ

(١) فِي ز: اخْتِيَارُهُ.

(٢) سَقَطَ مِنْ: أ.

واحدٍ منهما ينبغي أن يكون في محلِّ ولايته؛ ليتمكن الاعتمادُ، وأنه غير حاصل عند المشافهة، فلا يصح السماع، والإسماع.

وقوله «إلا إذا جَوَزْنَا الاستثناء» يعود إلى قوله أولاً «لم يكف».

وقوله: «أما إذا كان المُسْمِع في محلِّ ولايته دون السَّمْع» إلى آخره، فهو أحد الطريقتين اللتين ذكرناهما أولاً، فقال: لأن السامع والمسمع إلى أن قال: «فلا يصح سماعه ولا إسماعه» والحاصل أنه حكم بأن سماع مَنْ ليس في محلِّ ولايته غير صحيح أولاً، ثم أعاد الصورة على الأثر، وبناهما على الخلاف في أن القاضي، هل يقضي بعلمه، وليس ذلك بمستحسن، بل كان ينبغي أن يُفْضَلَ فيقول: إسماعٌ من ليس في محل ولايته غير صحيح، وسماعٌ من ليس في محل ولايته على الخلاف في القضاء بالعلم.

فَرَعَ: في «الوسيط»: أن القاضي، إذا حكم بالحق، وشافه به والياً غير القاضي؛ ليستوفي، فله أن يستوفي في محلِّ ولاية القاضي، وكذا خارجه على الصحيح؛ لأن سماع الوالي مشافهةً كشهادة الشهود عند القاضي، قال: ولا يكاتب القاضي والياً غير القاضي؛ لأنَّ الكتاب، إنما يثبت بشهادة الشهود ومنصب سماع البيئنة يختص بالقضاة، وليحمل هذا على الوالي الذي لا يَصْلُح للقضاء، والذي لم يفوض إليه الإمام نظر القضاة، وإن كان صالحاً، فأما الصالح الذي مكن من النَّظَر بنفسه ومن تقليد مَنْ يراه، فإنه يجوز للقاضي مكاتبته، كما يجوز مكاتبته الإمام الأعظم، نصَّ عليه في «المختصر»، والله أعلم.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: هَذَا كُلُّهُ إِذَا قَضَى عَلَى الْغَائِبِ، أَمَا لَوْ ائْتَصَرَ عَلَى سَمَاعِ الْبَيِّنَةِ وَكَتَبَ إِلَى قَاضٍ آخَرَ حَتَّى يَقْضِيَ جَازَ مَهْمَا ذَكَرَ أَسْمَ شُهُودِ الْوَاقِعَةِ، وَعَلَى الْمَكْتُوبِ إِلَيْهِ أَنْ يَبْحَثَ عَنِ عَدَالَةِ الشُّهُودِ وَكَأَنَّ الْأَوَّلَ نَابَ عَنْهُ فِي سَمَاعِ الْبَيِّنَةِ فَقَطْ فَعَلَيْهِ التَّعْدِيلُ وَالْحُكْمُ، فَإِنْ كَتَبَ الْأَوَّلُ عَدَالَتَهُمَا وَأَشْهَدَ عَلَيْهِ جَازَ أَنْ يَعْتَمِدَهُ إِذَا رَأَى ذَلِكَ، ثُمَّ الْخَضْمُ إِنْ أَدْعَى جَزْحاً فَلْيُظْهِرْهُ بِشَاهِدَيْنِ، وَيُنْمَلُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، وَإِنْ قَالَ: لَا أَتَمَكَّنُ مِنْ جَزْحِهِمْ إِلَّا فِي بِلَادِهِمْ فَلَا يُمْكَنُ مِنْهُ بَلْ يُسَلَّمُ الْمَالُ ثُمَّ إِنْ ظَهَرَ الْجَزْحُ ائْتَرَدَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قد بان في أول الركن أن القاضي بعد سماع البيئنة على الغائب قد يحكم عليه، وينهي الحال إلى قاضي البلد الآخر، وقد يقتصر على السماع وينهي، أما القسم الأول، فقد تكلمنا فيه، والغرض الآن الكلام في الثاني، ونقدم عليه فضلاً فيما يمتاز به أحد القسمين عن الثاني، وفي فروع تتعلق بالحكم، أعلم أن صيغ الحكم مثل أن يقول: حكمت على فلان لفلان بكذا، أو ألزمته على ما ذكرنا في الأدب الخامس من الباب الثاني، فلو قال: ثبت عندي كذا بالبيئنة العادلة أو صحَّ، فهل هو حكمٌ؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنه إخبار عن حصول الشيء وتحقيقه جزماً.

وأصحهما: لا، لأنه قد يراد به قبول الشهادة واقتضاء البيئة صحة الدعوى، فأشبه ما إذا قال: سمعتُ البيئة وقبلتها، واحتج في «العدة» لهذا الوجه بأن الحكم هو الإلزام والثبوت ليس إلزام، ويقرب من هذا اللفظ ما اعتاد القضاة إثباته، على ظهور الكتب الحكمية وهو: صح ورود هذا الكتاب عليّ، فقبلته قبول مثله، وألزمت العمل بموجبه، قال القاضي أبو سعد الهروي: سئلتُ عنه في الدار النظامية بأصبهان، هل هو حكم فقلت: يرجع إلى الحاكم، فإن قال: أردت الحكم، فهو حكم، وإن تعذر الرجوع، فالاعتماد على عرف الحكام، إن اعتقده حكماً، فهو حكم قال: ثم استقراري، لَمَّا وليت قضاء همدان على أنه ليس بحكم؛ لاحتمال أن المراد تصحيح الكتاب وإثبات الحجّة، وهذا هو الصواب، ولا يجوز الحكم على المدعى عليه إلا بعد سؤال المدعي في أصح الوجهين، ذكره في «العدة» وفي «الجزائيات» لأبي العباس الروياني حكاية وجهين في أنه هل يصح أن يلزم القاضي الميّت بموجب ما أقر به في حياته، ولا بدّ في الحكم من تعيين ما يحكم به، ومن يحكم له، لكن القاضي قد يتلى بظالم يتوقع منه ما لا يجوز له، ولا يستغنى عن ملاينته، فرخص له في رفعه بما يخيل إليه أنه أسعفه بما توقع.

مثاله: أقام خارجُ بيّنةً وداخلُ بيّنةً، والقاضي يعرف فسق بيّنة الداخل، ولكنه ممن لا بُدّ من ملاينته، وهو يطلب الحكم؛ بناءً على ترجيح بيّنة الداخل، فيكتب: حكمتُ بما هو قضيةُ الشّرع في معارضة بيّنة فلان الداخل، وبيّنة فلان الخارج، وقررت المحكوم به في يد المحكوم له وسلطته عليه، ومكنته من التصرف فيه، إذا تقرّر ذلك، فإذا لم يحكم القاضي، وأنهى ما جرى من الدعوى، وإقامة الحجّة بالكتاب، سمّي ذلك «كتاب نقل الشهادة» و«كتاب التثبيت» أي تثبيت الحجّة، ويجوز أن يراد به تثبيت المدعي بناءً على أن قوله «يثبت عندي كذا» ليس بحكم، وينص على الحجّة فيذكر أنه قامت عنده بيّنة أو شاهد ويمين، أو نكل المدعى عليه، وحلف المدعي، وهذا الثالث إنما يكون عند حضور المدعى عليه، وإنما ينص على الحجّة؛ ليعرف المكتوب إليه أنه بم يحكم، وقد لا يرى بعض ذلك حجة، وهل يجوز أن يكتب بعلم نفسه؛ ليقضي المكتوب إليه، قال في «العدة»: لا يجوز وإن جوّزنا القضاء بالعلم؛ لأنه، إذا لم يحكم به، فهو كالشاهد، والشهادة لا تتأدى بالكتابة، وفي «أمالى» السرخسي أنه يجوز، ويقضي المكتوب إليه، إذا جوّزنا القضاء بالعلم؛ لأن إخباره عن علمه إخبار عن قيام الحجّة، فليكن كإخباره عن قيام البيئة، وإذا كتب بسماع البيئة، فليسم الشاهدَيْن، والأوّلَى أن يبحث عن حالهما ويعدلّهما؛ فإن أهل بلدهما أعرف بحالهما، فإن لم يفعل، فعلى المكتوب إليه البحث والتعديل، وإذا عدل، فهل يجوز أن يترك اسم الشاهدَيْن لفظ صاحب الكتاب يُشعر بالمنع منه، وقد صرح في «الوسيط» وكذلك ذكره

الإمام، والقياس التجويزُ، كما أنه إذا حكم، استغنى عن تسمية الشهود، وهذا هو المفهوم من إيراد صاحب «التهذيب» وغيره، ويجوز أن يقدر فيه خلاف بناءً على ما سيأتي أن كتاب القاضي إلى القاضي بسماع البيّنة نقلٌ للشهادة أو حكم بقيام البيّنة إن قلنا: حكم، فلا حاجة إلى التسمية، وكفى قوله: قامت عندي بيّنة عادلةٌ بكذا، وإن قلنا: نقل، فلا بد من التسمية، كما أنه لا بد من أن يسمى شاهد الفرع شاهد الأصل، ويأخذ المكتوب إليه بتعديل الكاتب أم له البحث وإعادة «التعديل» لفظ الكتاب يشعر بالثاني؛ لأنه قال «جاز أن يعتمد إذا رأى ذلك والقياس أنه أخذ بذلك التعديل»<sup>(١)</sup>، أما إذا جعلناه حكماً، فظاهر، وأما إذا جعلناه نقلاً، فلأن شاهد الفرع، إذا عدل شاهد الأصل، وهو صفة المزكّين، يكفي تعديله على ظاهر المذهب على ما سيأتي، ولا حاجة في هذا القسم إلى تحليف المدعي، والقول في إشهاد القاضي، وفي أداء الشهود الشهادة عند المكتوب إليه، وفي دعوى الخصم، إن كان هناك من يشاركه في الاسم على ما مرّ في القسم الأول، وإذا عدل الكاتب وشهود الحق، ولكن جاء بيّنة على جرحهم فتسمع وتقدم على التعديل، وإن استمهل، ليقم بينة الجرح، أمهل ثلاثة أيام، فإنها مدة يسيرة، لا يعظم ضرر المدعي بتأخير الحكم فيها، وبالمدعى عليه حاجة إلى مثلها، لاستحضار البيّنة، هكذا ذكره الأصحاب على طبقاتهم، وكذا لو قال: أبرأني أو قضيت الحق، واستمهل؛ ليقم البيّنة عليه، وقال: أمهلوني، حتى أذهب إلى بلدهم وأجرحهم، فإني لا أتمكن من جرحهم إلا هناك، أو قال: لي بيّنة أخرى دافعةٌ هناك، لم يُجب إليه، بل يؤخذ الحق منه، ثم إذا ثبت الجرح أو الدفع من وجه آخر، يسترد، قال في «الوسيط»: ولا يخرج ذلك على ما إذا كان الخصم حاضراً، وظهر فسق الشهود بعد الحكم، ففي الاسترداد ونقض الحكم، والحالة هذه، قولان، والفرق أن هذا معذور، والحاضر عند الشهود مقصّر، ولا فرق في ذلك بين كتاب الحكم وكتاب نقل الشهادة، وفي «العدة»: أنه لو سأل المحكوم عليه إحلاف الخصم على أنه لا عداوة بينه وبينهم، وقد حضر الخصم عند المكتوب إليه إجابة إليه، ولو سأل إحلافه على عدالتهم، لم يجبه، وكفى تعديل الحاكم إياهم، وأنه لو ادّعى قضاء الدّين، وسأل إحلافه أنه لم يستوفه، لم يحلف؛ لأن القاضي الكاتب، قد أحلفه، وذكر صاحب «التهذيب» في مثله في دعوى الإبراء يحلفه على أنه لم يبرئه، فحصل في المسألة وجهان، والله أعلم.

وقوله في الكتاب فإن كتب الأول عدالتهما، وأشهد عليه التعرض للإشهاد غير محتاج إليه في هذا الموضع؛ لأنه قد تبين من قبل أن الاعتماد على الشهود دون

(١) قال النووي: هذا الذي جعله القياس هو الصواب.

الكتاب، وإذا عرفنا أصلاً فنحن أغنياء عن إعادته في أفراد المسائل ويقرب من ذلك لفظ الشاهدين في قوله «فليظهره بشاهدين» نعم يمكن أن يشار به إلى أنه لا بُدَّ من البيّنة، ولا سبيل إلى تحليف الخصم على عدالتهم، كما بيّناه، والله أعلم.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: فَرَعُ: لَوْ كَانَ فِي الْبَلَدِ قَاضِيَانِ وَجَوَزْنَا ذَلِكَ فَقَالَ أَحَدُهُمَا لِلْآخَرِ: سَمِعْتُ الْبَيْتَةَ فَأَقْضِ فَجَوَّازُ الْقَضَاءِ بِنَاءٍ عَلَى أَنْ ذَلِكَ نَقْلٌ لِلشَّهَادَةِ أَوْ حُكْمٌ فَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ نَقْلٌ فَكَيْفَ يَقْبَلُ مَعَ حُضُورِ الْأَضِلِّ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ حُكْمٌ وَلَوْ كَانَ نَقْلاً لَمَا أَكْتَفَى بِقَوْلِ وَاحِدٍ عِنْدَ الْغَيْبَةِ لَكِنَّهُ حُكْمٌ بِقِيَامِ الْبَيْتَةِ فَقَطْ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: كما أَنَّ الْحُكْمَ الْمُبْرَمَ يَنْهِيهِ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي تَارَةً بِالْكِتَابِ وَالشَّهَادَةِ، وَتَارَةً بِالمَشَافَهَةِ كَذَلِكَ سَمَاعِ الْبَيْتَةِ يَفْرَضُ فِيهِ الطَّرِيقَانِ، فَلَمَّا تَكَلَّمَ لِسَمَاعِ الْبَيْتَةِ عَقَدَ هَذَا الْفَرَعُ لِيَتَكَلَّمَ فِي الْمَشَافَهَةِ بِهِ، فَإِذَا نَادَى قَاضٍ مِنْ طَرَفٍ وَلايَتَهُ قَاضِيًا آخَرَ فِي طَرَفٍ وَلايَتَهُ أَنِّي سَمِعْتُ الْبَيْتَةَ بِكَذَا أَوْ جَوَزْنَا فِي بَلَدِ قَاضِيَيْنِ، فَقَالَ أَحَدُهُمَا لِلْآخَرِ: هَلْ لِلْآخَرِ أَنْ يَحْكُمَ بِنِي الْإِمَامِ وَصَاحِبِ الْكِتَابِ ذَلِكَ عَلَى أَنْ سَمَاعِ الْبَيْتَةِ وَإِنهاءِ الْحَالِ إِلَى الْقَاضِي الْآخَرَ نَقْلَ الشَّهَادَةِ الشُّهُودِ، كَنَقْلِ الْفُرُوعِ شَهَادَةَ الْأَصُولِ أَوْ حُكْمَ بَقِيَامِ الْبَيْتَةِ وَفِيهِ جَوَابَانِ وَوَجْهٌ:

أولهما: بأنه، لو كان حكماً، لما افتقر إلى تسمية الشهود.

وثانيهما: بأنه لو كان نقلاً لما كفى ناقل واحد، وقد اكتفينا بالقاضي المنهي، فعلى الأول؛ لا يجوز للمقول له الحكم، كما لا يجوز الحكم بشهادة الفروع مع حضور الأصول، وعلى الآخر؛ يجوز كما في الحكم المبرم، وهذا أظهر عند الإمام والمصنّف، لكن عامة الأصحاب منعوها، وقالوا أيضاً: كتاب السماع، إنما يقبل إذا كانت المسافة بين الكاتب وبين الذي بلغه الكتاب بحيث يقبل في مثلها الشهادة على الشهادة، وهي مسافة القصر، وأما ما فوق مسافة العدوى على اختلاف سياطي في موضعه، أما إذا كانت المسافة دونها، فلا يقبل، وهذا ما نصّ عليه في «عيون المسائل» ويخالف الكتاب بالحكم المبرم حيث يقبل قربت المسافة أم بعدت، وفرقوا بأن الحكم هناك قد تم وليس بعده إلا الاستيفاء، وسماع البيّنة بخلافه، فإنه إذا لم تبعد المسافة ولم يعتبر إخصار الشهود عند القاضي الآخر، ووجدت في نسختين من «أمالي» أبي الفرج السرخسي عكس ما أورده الجمهور، وهو أن «كتاب السماع» يقبل مع قرب المسافة وبعدها، وكتاب الحكم لا يقبل، إلا إذا بعدت المسافة، وهو غلط ناقل أو ناسخ، وليس وجهاً آخر، وإذا قال الحاكم لخليفته: أسمع دعوى فلان وبينته، ولا تحكم حتى تعرفني، ففعل، هل للحاكم أن يحكم به، القياس أنه كإنهاء أحد القاضيين

في البلد إلى آخر؛ لإمكان حضور الشهود عنده، لكن الأشبه ههنا أن له الحُكْم؛ لأنه تجويز الاستخلاف للاستعانة بالخليفة، وذلك يقتضي الاعتداد بسماعه بخلاف سماع القاضي المستقل، وبهذا أجاب أبو العباس الروياني في «الجزجائيات» على تلوم فيه.

وقوله في الكتاب: «فقال أحدهما للآخر: سمعتُ البينة فاقض كلمة «فاقض» ليست بشرط في صور المسائل، إذا جوزنا القضاء للمنقول إليه، فيكتفى بقوله: «سمعت البينة»، لكن يستفاد من قوله: «فاقض» تعديل الشهود، واستغناء المنقول إليه عن البحث.

وقوله: «لما اكتفى بواحد عند الغيب» يعني إذا كان بينهما مسافة، وكان لإنهاء بالكتاب وقوله: «ولكن حكم بقيام البينة فقط» هذا اللفظ إنما يتوجه إذا سمع وعدل، فأما إذا اقتصر على السماع، فينبغي أن يقال: إنه حكم بالشهادة، والله أعلم.

قَالَ الْعَرَّالِيُّ: الرُّكْنُ الرَّابِعُ: الْمَحْكُومُ بِهِ: وَذَلِكَ لَا يَخْفَى فِي الدِّينِ وَالْعَقَارِ الَّذِي يُنْكَرُ تَغْرِيفُهُ بِالْحَدِّ، أَمَا الْعَبْدُ وَالْفَرَسُ وَمَا يَتَمَيَّزُ بِعَلَامَةٍ فَإِنْ كَانَ غَائِبًا فَقِي الْحُكْمَ عَلَى غَيْبِهِ ثَلَاثَةَ أَقْوَالٍ: أَحَدُهَا: أَنَّهُ يَجُوزُ التَّغْرِيفُ بِالْحِلْيَةِ كَالْمَحْكُومِ عَلَيْهِ وَالثَّانِي: أَنَّهُ كَالْكِرْزَانِسِ وَسَائِرِ الْأُمْتِعَةِ فَيَتَعَلَّقُ الْحُكْمُ بِقِيَمَتِهِ، وَيَجِبُ ذِكْرُ الْقِيَمَةِ، وَلَا يَجِبُ ذِكْرُ الصِّفَاتِ، وَلَا بَأْسَ لَوْ ذَكَرَهَا فِي الْكِتَابِ، أَمَا قِيَمَةُ الْعَقَارِ وَمَا يَتَعَلَّقُ بِالْمَعِينِ لَا يَجِبُ ذِكْرُ قِيَمَتِهِ عَلَى الْأَصَحِّ وَالثَّلَاثُ: أَنَّهُ يَسْمَعُ الْبَيِّنَةَ وَلَا يَقْضِي بَلْ يَكْتُبُ بِالسَّمَاعِ إِلَى الْقَاضِي الْآخَرَ، وَفَائِدَتُهُ أَنْ يُسَلِّمَ عَيْنَ الْعَبْدِ الْمَوْصُوفِ إِلَيْهِ لِيَحْمِلَهُ إِلَى بَلَدِ الشُّهُودِ لِيُعَيِّنُوهُ بِالْإِشَارَةِ، وَيَلْزِمُهُ كَفِيلٌ بِالْبَدَنِ لِيَأْخُذَ الْعَبْدَ مِنَ صَاحِبِ الْيَدِ، وَفِي وَجْهِ لَا يَكْفِي ذَلِكَ بَلْ يَلْزِمُهُ أَنْ يَشْتَرِيَ الْعَبْدَ وَيَضْمَنَ عَنْهُ الثَّمَنَ ضَامِنًا، فَإِنْ ثَبَتَ مَلِكُهُ فِيهِ بَانَ بَطْلَانُ الشَّرَاءِ، وَفِي وَجْهِ يَلْزِمُ تَسْلِيمَ الْقِيَمَةِ فِي الْحَالِ لِلْحَيْلُولَةِ ثُمَّ يَسْتَرِدُّ لَوْ ثَبَتَ مَلِكُهُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مقصود هذا الفصل الكلام في الحكم بالشيء الغائب بالغيبة؛ لأن القاضي يحتاج إلى مكاتبه قاضٍ آخر؛ لغيبة المدعى عليه تارة، ولغيبة المدعي أخرى، واعلم أن الحضور والغيبة، إنما يعتبران الأعيان، فأما إذا كانت الدعوى في نكاح أو طلاق أو رجعة أو إثبات وكالة، فلا يوصف المدعي بغيبة ولا حضور، وكذلك إذا كان المدعى ديناً، ومهما ادعى عيناً، فإن كانت حاضرة مشاراً إليها، فيسلم إلى المدعي، إذا تمت حجته، وإن كانت غائبة، فينظر، فهي غائبة عن البلد أم غائبة عن مجلس الحكم دون البلد.

الحالة الأولى: إذا كانت غائبة عن البلد، فهي إما عين يؤمن فيها الاشتباه

والاختلاط؛ كالعقار والعد والفرس المعروفين، وإما غيرها أما القسم الأول، فالقاضي يسمع البينة عليه، ويحكم ويكتب إلى قاضي بلد ذلك المال، ليسلمه إلى المدعي، ويعتمد في العقار على ذكر البقعة والسكة والحدود، وينبغي أن يتعرض لحدوده الأربعة، ولا يجوز الاقتصار على حدين أو ثلاثة كذلك ذكره ابن القاص في أدب القاضي، ولا يجب التعرض للقيمة على أصح الوجهين؛ لحصول التمييز دونه.

وأما القسم الثاني كغير المعروف من العبيد والدواب وغيرها، فهل تسمع البينة على عينها، وهي غائبة فيه قولان أحدهما: تسمع كما يسمع الخصم اعتماداً على الجلية والصفة، لأنه قد يحتاج إلى إثباته في الغيبة، فأشبهه العقار.

والثاني المنع؛ لكثرة الاشتباه فيه والصفات، والحلي تشابه أيضاً، وبهذا قال أبو حنيفة والمزني - رحمهما الله - ورجح طائفة من الأصحاب، منهم أبو الفرج الزاز، والأول اختيار الكرابيسي والإصطخري، ورجحه ابن القاص، وأبو علي الطبري، وبه أجاب القفال في «الفتاوى»: وإذا قلنا به، فهل نحكم للمدعي بما أقام البينة عليه؟ فيه قولان: أحدهما: نعم، كما في العقار.

وأصحهما: المنع؛ لأن الحكم مع الجهالة، وخطر الاشتباه بعيداً، وإذا ترك الترتيب حصلت ثلاثة أقوال لا يسمع البينة عليها، ولا يحكم. تسمع ويحكم.

تسمع ولا يحكم، هذه طريقة عامة الأصحاب، وطردها في جميع المنقولات التي لا تعرف، وقال الإمام وصاحب الكتاب: ما لا يؤمن فيه الاشتباه والاختلاط ضربان:

أحدهما: ما لا يمكن تعريفه وتمييزه بالصفات.

والثاني: كالرقين والدواب وما لا يمكن لكثرة أمثاله كالكرباس، وجعل الضرب الأول على الأقوال الثلاثة، وقطعاً في الكرباس ونحوه؛ بأنه لا ترتبط الدغوى والحكم بالعين.

التفريع: إن قلنا تسمع البينة، فينبغي أن يبالغ المدعي في الوصف بما يمكن من الاستقصاء والتعرض للثبات والشامات، وبم يضبط بعد ذكر الجنس والنوع؟ حكى القاضي أبو سعد الهروي وغيره فيه قولين:

أحدهما: أنه يتعرض للأوصاف التي يعسر ذكرها في السلم.

والثاني: أنه يتعرض للقيمة، ويستغني بها عن ذكر الصفات، قالوا: والصحيح أن الركن في تعريف ذوات الأمثال ذكر الصفات، وذكر القيمة مستحب، وفي تعريف ذوات

القيم الركنُ القيمة، وذكر الصفات مستحبٌ وأما الإمام وصاحب الكتاب، فإنهما لَمَّا ذكرا على طريقتهما أنَّ في الكرباس ونحوه لا يرتبط الدغوى بالعين، قَالَا: لا بد من ذكر القيمة، فإنها التي ترتبط الدعوى والبينة والحُكْمُ بها، فيدعي كرباساً قيمته عشرة دراهم مثلاً، وكذلك في العبد، إذا لم تسمع البينة على عينه، هذا ما أراد بقوله في الكتاب «فيتعلق الحكم بقيمته» ويجب ذكر القيمة، ولو بحث عن قولهما، بأن الدعوى والحكم والبينة ترتبط بالقيمة دون العين، لوُلد البحث إشكالاً صعباً؛ لأنَّ العين، إن تلفت، فالمطالبة بالمثل أو القيمة دغوى الدَّين، وليس ذلك مما نَحْنُ فيه في شيء، وما دامت العينُ باقيةً، فالمدعي لا يَسْتَحِقُّ القيمةَ، فكيف يطلبها، وكيف يحكم القاضي بها، وإن كان المراد أنَّه يدعي قدر القيمة من المال في يده، ويحكم له بذلك من غير تعيين، فهذا شيء لا عَهْدَ به، وإن كان المرادُ أنه يعتمد في طلب العين والحكم بها، ذكر القيمة دون الصفات والحلي، فهذا ذهاب إلى أنه يسمع الدعوى بالعين، ويحكم بها، لكن اعتماداً على القيمة دون الصفة، وذلك لا يلائم نظم الكتاب وسياقه، والله أعلم، وذكرنا بناءً على طريقتهما أوصاف السلم، لا يكتفي بها في الدعوى بحالٍ، لأنَّ المقصود ها هنا التعيين فيراعي ما كان أفصح<sup>(١)</sup> إليه والمسلم فيه دينٌ فيحترز فيه عن الاستقصاء المؤدِّي إلى عِزَّةِ الوجود ثم يكتب القاضي إلى قاضي بلد المال بما جرى عنده من مُجرَّد قيام البينة، أو مع الحكم إن جَوَزنا الحكم المبرم، فإن أظهر الخصم هناك عبداً آخر بالاسم والصفات المذكورة في يده أو في يد غيره، وقد صار القضاء مُبهماً وانقطعت الطَّلَبَةُ في الحال كما سبق بيانه في المحكوم عليه وإن لم يأت بمدفع فإن كان الكتاب كتاب حكم على قولنا بتجويزه فيحلف المدعي أن هذا المال هو الذي شهد به شهوده عند القاضي فلان ويسلم إليه كذلك ذكره ابن القاصِّ في «أدب القضاء» وإن كان كتاب سماع البينة فينتزع المكتوب إليه المال ويبعث به إلى بلد المكاتب ليشهد الشهود على عينه وفي طريقه قولان أشهرهما وهو الذي أورده ابن الصبَّاح وغيره أنه يُسلمه إلى المدعي ويأخذ منه كفيلاً لَبَّرْتَه وقال أبو الحسن العبادي: يكفله قيمة المال فإن ذهب إلى القاضي الكاتب وشهد الشهود على عينه وسَلَّم له كتب القاضي بذلك لِيَبْرَأ الكفيل وإلا فعلى المدعي الرد ومُؤْتِنَتِهِ وتُختم العين عند تسليمها إليه بختم لازم حتى لو كان المُدعى عبداً فتجعل في عنقه قِلادةً ويختم عليها والمقصود من الختم ألا يبدل المأخوذ بما لا يستريب الشهود في أنه له وأخذ الكفيل خَتْمٌ والخَتْمُ ليس بخَتْمٍ كذلك حكى المتلقي عن أبي بكر الأَرغِياني الإمام وعلى هذا القول لو كانت المدعوة في جارية فقد أطلق في الإبانة وجهين في أنه هل يبعث المكتوب إليه بها إلى الكاتب ومنهم من

(١) في أ: أفضى.



قال لا فَرَقَ بينها وبين العبد وقيل لا يسلمها إلى المدعي ولكن إلى أمين في الرفقة وهذا حسن<sup>(١)</sup> ثم المفهوم من كلام الجمهور أن الشهود إن شهدوا على عينه عند القاضي الكاتب فيسلمها إلى المدعي.

وقد تم الحكم له، ثم تكتب لإبراء الوكيل على ما ذكرنا، في «الفروق» للشيخ أبي محمد: أنه يختم على رقبته ختماً ثانياً، ويكتب أنني حكمتُ به لفلان، ويسلمه إلى المكتوب إليه، حتى يرده إلى القاضي الثاني، فيقرأ الكتاب، ويطلق الكفيل، ويسلم العبد إلى المدعي.

**والقول الثاني:** أن القاضي بعد الانتزاع يبيعه للمدعي، ويقبض الثمن، ويضعه عند عدل، ويكفله بالثمن، فإن سلم للمدعي بشهادة الشهود على عينه عند القاضي الكاتب كتب برد الثمن أو براءة الكفيل وبان بطلان البيع، وإلا، فالبيع صحيح، ويسلم الثمن إلى المدعي عليه، وهذا بيع يتولاه القاضي للمصلحة، كما يبيع الضوال، وحكى الفوارني بدل هذا القول أنه يُسَلَّمُ إليه المال، ويأخذ القيمة، فيدفعها إلى المدعي عليه، للحيلولة بينه وبين ما يزعمه ملكاً له، ثم هذه القيمة مستردة، سواء ثبت أن المال للمدعي أو لم يثبت، أما إذا ثبت، فظاهر، وأما إذا لم يثبت، فلأننا أخذناها للحيلولة، فإذا ارتد المال إلى المدعي عليه، فلا بد من رد القيمة، وبعد، فلتتكلّم في لفظ الكتاب قوله: «الركن الرابع: المحكوم به» لفظ المحكوم به، وإن شمل الحاضر والغائب، وما لا يوصف بحضور ولا غيبة، كالدين وحدّ القذف، لكن الغرض ههنا الكلام في المحكوم به للغائب، فكذا قال: لا يخفى في الدين.

وقوله: «والعقار الذي يمكن تعريفه بالحدّ» يعني: أنه، وإن كان ببلد آخر، يجوز الحكم به لتعيّنه وتميّزه بالحدود.

وقوله «أما العبد والفرس وما يتميز بعلامة» قصد بقوله «وما يتميز بعلامة» تقييد الأقوال المذكورة ببعض المنقولات، وهي التي تتميز بالصفات والعلامات والأنساب دون التي تشابه ولا تتميز بعلامة واسم ونسب، على ما حكيناه عن نقله ونقل الإمام.

وقوله «ففي الحكم على غيبته ثلاثة أقوال» الأقوال الثلاثة لا تجري في الحكم وخده، وإنما تحصل إذا أخذنا سماع البيّنة، والحكم معاً، حتى يفرق بينهما في الثالث فإذا نُزِلَ اللفظ يفترق إلى إضمار.

وقوله: «والثاني: أنه كالكرباس وسائر الأمتعة» بنى هذا على طريقته القاطعة؛ بأن

(١) قال النووي: هذا هو الصحيح أو الصواب.

الكرباس ونحوه لا يسمع البينة عليه، ولا يحكم به، وهو غائب، فجعله مقيساً عليه، لأحد الأقوال في العبد والفرس، ثم بين حينئذ أن الحكم يتعلق بالقيمة، فيجب ذكرها، وعاد إلى العقار فبين أن العقار، وأن العبد والفرس على القول الأول لا يحتاج إلى ذكر قيمتها على أصح الوجهين.

وقوله: «وفي وجه لا يكفي ذلك» التعبير عن هذا الخلاف بالقول أكثر منه بالوجه.

وقوله: «ثم يسترد لو ثبت ملكه» عرفت أنها تسترد، وإن لم يثبت الملك، إذا ارتفعت الحيلولة.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: أَمَا إِذَا كَانَ الْمَخْكُومُ عَلَيْهِ حَاضِراً وَالْمَبْدُ حَاضِراً وَلَمْ يَخْضِرْهُ الْمُدْعَى عَلَيْهِ طَوْلَبَ بِإِخْضَارِهِ بَعْدَ قِيَامِ الْحُجَّةِ عَلَى الصِّفَةِ، وَإِنْ عَرَفَ الْقَاضِي الْمَبْدَ حَكَمَ بِهِ دُونَ الْإِخْضَارِ، وَإِنْ أَنْكَرَ وَجُودَ مِثْلِ هَذَا الْمَبْدِ فِي يَدِهِ فَعَلَى الْمُدْعَى بَيِّنَةٌ عَلَى أَنَّهُ فِي يَدِهِ، فَإِنْ أَقَامَ أَوْ حَلَفَ بَعْدَ نُكُولِ اسْتِفَادٍ بِهِ حَسَنَةً إِلَى أَنْ يَخْضِرَهُ وَيَتَخَلَّدَ عَلَيْهِ الْحَبْسُ فَلَا يَتَخَلَّصُ إِلَّا بِإِخْضَارِهِ أَوْ دَعْوَى التَّلْفِ حَتَّى تُقْبَلَ مِنْهُ الْقِيَمَةُ، وَتُقْبَلَ دَعْوَى التَّلْفِ لِلضَّرُورَةِ كَيْلَا يَتَخَلَّدَ الْحَبْسُ، وَإِنْ حَلَفَ عَلَى أَنَّهُ لَيْسَ فِي يَدِهِ هَذَا الْمَبْدُ الْمَوْصُوفُ وَلَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ بَطَلَ الدَّعْوَى فَسَبِيلُ الْمُدْعَى إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ يَخْلِفُ أَنْ يُحَوَّلَ الدَّعْوَى إِلَى الْقِيَمَةِ فَإِنَّ ذَلِكَ يَثْبُتُ بِالشَّهَادَةِ عَلَى الصِّفَةِ، فَلَوْ قَالَ: أَدْعِي عَبْدًا قِيَمَتُهُ عَشْرَةٌ فَإِنَّمَا أَنْ يَرُدَّ الْعَيْنَ أَوْ الْقِيَمَةَ فِيهِ صِحَّةُ الدَّعْوَى مَعَ التَّرُدِّ وَجِهَانِ، وَأَضْطَلَحَ الْقَضَاةُ عَلَى قَبُولِهَا لِلْحَاجَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الحالة الثانية: إذا كانت العين المدعاة غائبة عن مجلس الحكم دون البلد، فإن كان الخصم حاضراً، فيؤمر بإحضارها؛ ليقم البيئة على عينها، ولا تسمع البينة على الصفة، هذا هو الجواب في فتاوى القفال؛ تشبيهاً بها إذا كان المدعى عليه حاضراً في البلد، لا تسمع الشهادة، وهو غائب عن مجلس الحكم، واعلم أن في هذه الصورة المشبه بها خلافاً سيأتي من بعد، ويشبه أن يجيء ذلك الخلاف ههنا أيضاً، فإن جاء انتظم أن يرتب، فيقال: إن لم تسمع البينة على العين الغائبة عن البلد اعتماداً على الصفة، فأولئك ألا تسمع، إذا كانت حاضرة ويؤمر بإحضارها وإن سمعناها هناك فههنا وجهان ثم إنما يؤمر بإحضار ما يمكن إحضاره بتيسر، أما ما لا يمكن إحضاره؛ كالعقار فيحده المدعي، ويقم البينة عليه بتلك الحدود، فإن قال الشهود: نعرف العقار بعينه، ولا نعرف الحدود، بعث القاضي من يسمع البينة على عينه أو حضر بنفسه، فإن كان المشار إليه بالحدود المذكورة في الدعوى، حكم، وإلا لم يحكم، ولو كان العقار معروفاً لا يشتهه، فلا حاجة إلى التحديد وأما ما يعسر إحضاره، كالشيء الثقيل، وما أثبت في الأرض أو ركب في الجدار، وأورث قلعه ضرراً، فيصفه المدعي، ويحضر

القاضي عنده، أو يبعث من يسمع الشهادة على عينه، وإن لم يكن وصفه حضر القاضي عنده أو يبعث لسماع الدعوى على عينه، وذكر صاحب الكتاب ههنا وفي «الوسيط» أن العبد المدعي، لو كان يعرفه القاضي، حكم به دون الإحضار، وجعل هذه الصورة كالمستثناة عن صورة وجوب الإحضار، وهذا إذا كان المراد منه العبد المعروف بين الناس، فهو واضح، كما ذكر في العقار المعروف بين الناس، وفي العبد المشهور الغائب عن البلد، فأما الذي يختص القاضي بمعرفته، فإن كان عالماً يصدق المدعي، وحكم بناءً على علمه؛ تفرعاً على جواز القضاء بالعلم، فهو مرتب أيضاً، أما إذا كان يحكم بالبيينة فالبيينة تقوم على الصفة، فإذا لم تسمع البيينة على الصفة، وجب أن يمتنع الحكم والله أعلم، وذكر في «الوسيط» أيضاً: أنه لا يلزم إحضار الكرياس ونحوه، لأنه يتمثل، وإن حضر، وهذا إشعار بأن الكرياس الحاضر لا يمكن توجيه الدعوى والبيينة على عينه، ولا شك في بُعد هذا الكلام، ومتى قلنا، يلزم الإحضار، فذلك إذا اعترف المدعي عليه بأشتمال يده على مثل تلك العين، فإن أنكر اشتمال يده على عين بالصفة المذكورة فالقول قوله مع يمينه، فإن حلف، كان للمدعي أن يدعي القيمة عليه، لاحتمال أنها هلكت، قاله صاحب «التهذيب» وغيره، وإن نكل، حلف المدعي، أو أقام البيينة، إن أنكر، ويكلف إحضاره، وحبس، ولا يطلق إلا بالإحضار أو بأن يدعي التلّف، وتؤخذ منه القيمة، وتقبل منه دعوى التلّف، وإن كان على خلاف قوله الأول ضرورة أنه قد يكون صادقاً، ولو لم يقبل قوله ليتخذ عليه الحبس، وفي كلام بعض الأصحاب: أنه لا يطلق إلا بإحضاره أو بأن يقيم بينته على التلّف، وإذا لم يدر المستحق أن العين باقية ليطالب بها أو تالفة ليطالب بقيمتها وأدعى على التردد، وقال: غصب مني كذا، فإن كان باقياً، فعليه رده، وإن كان تالفاً بقيمته ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لا تسمع هذه الدعوى، لأنها غير جازمة، بل يدعي العين، ويحلف عليها، ثم ينشئ دعوى القيمة، ويحلف عليها ويحكى هذا عن القاضي الحسين.

وأولاهما: وعليه اصطلاح القضاة: أنها تُسمع؛ للحاجة، وعلى هذا، فيحلف على أنه لا يلزمه رد العين، ولا قيمتها، ويجري الوجهان فيما إذا سلم ثوباً إلى دلال لبيعه، فطالبه به، فجحد، فلم يدر صاحب الثوب أنه باعه ليطالبه بالقيمة أو هو باق ليطالبه بالعين، فعلى الوجه الأول: يدعي العين في دعوى، ويدعي القيمة في أخرى والتمن في أخرى وعلى الثاني؛ يدعي عليه رد الثوب أو ثمنه، إن باع وأخذ ثمنه أو قيمته، ويحلف الخصم يميناً واحدة؛ بأنه لا يلزمه تسليم الثوب ولا ثمنه ولا قيمته، وقد ذكر هذه الصورة في الكتاب في «الدعوى والبيئات» وجميع ما ذكرنا فيما إذا كان الخصم حاضراً، فإن كان غائباً، والمال في البلد، كما وصفنا، فيحضر مجلس الحكم أيضاً، ويؤخذ ممن في يده ليشهد الشهود على عينه.

وقوله في الكتاب «طوب بإحضاره بعد قيام الحجة على الصفة» هذا التقييد غير مساعدٍ عليه، بل الحجة على الصفة، والحالة هذه، غير مسموعة، وإنما تسمع على عينه على ما في «فتاوى القفال»، وقد صرح بعض من دَرَس على الإمام بأنه يلزم المدعى عليه الإحضار قبل تمام البينة، كما يلزمه الحضور بنفسه.

وقوله «وإن حلف أنه ليس في يده هَذَا العبدُ الموصوفُ» إلى قوله: «فإن ذلك يثبت بالشهادة على الصفة» قد يفهم منه أن دعوى العين، إذا لم تمش، بطلت دعواه بالكلية، فالجزم إذا عرف أن المدعى عليه لا يبالي باليمين، ولم يكن له يمينه أن يدعي القيمة من الابتداء، لكننا بيننا أنه، إذا انقطعت دعوى العين، كان له أن يدعي القيمة، ولا يسقط طلبه بالكلية، فليكن معنى الكلام أنه إذا لم يجد بينة، وعرف أن الخصم يحلف، فلا فائدة في دعوى اليمين<sup>(١)</sup> فليعرض عنها، وليدع القيمة.

وقوله «فإن القيمة تثبت بالشهادة على الصفة» إن كان المراد منه أنه إذا شهد الشهود على أنه غصب منه عبداً مثلاً بصفة كَيْتٍ وكَيْتٍ، ثم فرض تلف العبد، يستحق المشهود له بتلك الشهادة قيمته على تلك الصفة<sup>(٢)</sup>، فهذا صحيح، وقد حكاها صاحب «العدة» ولكن طلب القيمة من غير أن يعلم موته، فيه إشكال على ما مرَّ.

فَرَعَ: لو كان الخصم حاضراً، والمدعي ببلدة أخرى، فقياس ما في الفصل السابق أننا، إن قلنا: تسمع البينة بالمال الغائب، فيحكم به القاضي عليه، وإن لم نجور إلا السماع فإذا سمع البينة أمر بنقل المدعي إلى مجلسه، ليشهد الشهود على عينه، كما يفعله القاضي المكتوب إليه عند غيبة الخصم والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: فَرَعَ: لَوْ أَحْضَرَ الْعَبْدَ الْغَائِبَ فَلَمْ يُثْبِتْ مِلْكَ الْمُدْعِي فَعَلَيْهِ مَوْئِنَةُ الْإِحْضَارِ وَمَوْئِنَةُ الرَّدِّ وَلَا يُغْرَمُ مَنَفَعَةُ الْعَبْدِ الَّتِي تَعَطَّلَتْ كَمَا لَا يُغْرَمُ مَنَفَعَةُ الْمَحْكُومِ عَلَيْهِ وَيُحْتَمَلُ هَذَا لِلْحَاجَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: ذكرنا أن المدعي، إن كان في البلد يكلف المدعى عليه إحضاره، وإن كان غائباً عن البلد يبعثه القاضي المكتوب إليه على يدي المدعي، ولم يقل: إنه يكلف المدعي عليه الإحضار، كان الفرق بعد الشقة وكثرة المشقة كما يكلف الحضور هناك، ولا يكلف ههنا، إذا عرف ذلك، فحيث يؤمر المدعي بالإحضار، قال في التهذيب: إن ثبت أنه للمدعي فمؤنة الإحضار عليه، وإلا، فعلى المدعي مؤنة الإحضار

(١) في ز: العين.

(٢) قال في الخادم ما جزم به من اعتبار القيمة بقولهم شاذ مخالف لما صححه في باب الغصب أن القول قول الغاصب في القيمة.

والرد جميعاً، وحيث يبعثه القاضي المكتوب إليه إلى بلد الكاتب ولم يثبت أنه للمُدَّعي، فعليه رده إلى موضعه بمؤناته، وتستقر عليه مؤنة الإحضار إن تحملها من عنده، وإن ثبت أنه له، فقياس ما حكينا عن «التهذيب»: أنه يرجع بمؤنة الإحضار على المُدَّعي عليه، وفي «أمالي» أبي الفرج السرخسي أن القاضي ينفق على النُّقل من بيت المال، فإن لم يكن في بيت المال شيء، استقرض، فإن ثبت كون المال للمُدَّعي عليه، رد الفرض لظهور تعديده، وإلا، كلف المدعي رده، لظهور تعديده، وذكر أصحابنا العراقيون وصاحب «التهذيب» وغيرهم أنه، إذا نقل المُدَّعي المال إلى بلد القاضي الكاتب، ولم يثبت كونه له يجب على المدعي مع مؤنة الرد أجره المثل لمدة الحيلولة، ولم يتعرضوا لذلك في مدة تعطل المنفعة، إذا أحضر المدعي عليه، وهو في البلد، فأفهم سكوئهم عنه أنهم سامحوا به في هذه الحالة، ولم يوجبوا الأجرة، وعلى هذا المفهوم جرى في الكتاب، فقال: «ولا يلزم منفعة العبد التي تعطلت» وليحمل ما ذكره على إحضار المدعي عليه العبد الغائب عن مجلس الحكم دون البلد خاصة، لأنه، لو أجرى على إطلاقه، لكان ما ذكره مخالفاً لكلام الأصحاب في الغائب عن البلد، وسبب احتمال تعطل المنفعة توقيف مجلس القاضي واقتضاء مصلحة الإيالة ترك المضايقة في حضوره، وسبب الفرق بين الحالتين زيادة الضرر هناك.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: الرُّكْنُ الْخَامِسُ: الْمَحْكُومُ عَلَيْهِ: وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ غَائِباً فَوْقَ مَسَافَةِ الْعَدْوَى، فَإِنْ كَانَ فِي الْبَلَدِ فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ سَمَاعُ الْبَيِّنَةِ دُونَ حُضُورِهِ، وَإِنْ تَوَارَى أَوْ تَعَدَّرَ فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَقْضَى عَلَيْهِ كَالْغَائِبِ، وَمَهْمَا غَابَ إِلَى مَسَافَةِ الْعَدْوَى وَلَمْ يَكُنْ فِي مَوْضِعِهِ حَاكِمٌ جَارٍ لِلْقَاضِي إِحْضَارُهُ وَلَكِنْ بَعْدَ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ، أَمَا بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى فَلَا، وَإِنْ كَانَ لِلْغَائِبِ مَالٌ فِي الْبَلَدِ وَجَبَ التَّوْفِيقُ مِنْهُ، وَهَلْ يُطَالَبُ بِكَفِيلٍ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الفصل يشير إلى ثلاث قَوَاعِدَ:

إحداها: الأصل ألا يسمع القاضي البيينة، ولا يحكم إلا بحضرة الخصم، أما ألا يسمع البيينة؛ فليأمن من خطأ الشهود في المشهود عليه، وليطعن فيه الخصم، إن وجد مطعناً، وليمتنعوا، إن كانوا كذبة؛ حياء منه أو خوفاً، وأما ألا يحكم، فليأتي بمذفع، إن وجده، إلا أن هذا الأصل قد يترك لأسباب تقتضيه، وتفصيلها أن يقال: إذا لم يكن الخصم حاضراً في مجلس الحكم، فإما أن يكون في البلد أو لا يكون، إن كان في البلد، نُظِرَ؛ إن كان ظاهراً يتأتى إحضاره، فأصح الوجهين، وقطع به بعضهم أنه لا يجوز سماع الدعوى والبيينة عليه؛ لأن أمر القضاء مبني على الفصل بأقرب الطرق ولو أحضر، ربما أقر، فأعنتى عن سماع البيينة والنظر فيها.

والثاني: الجواز؛ لأنه، إما منكر، فهذا سماع بينة على المنكر، أو مقر، فيؤكد البينة إقراره، وعلى هذا، فهل يحكم عليه؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، كالثائب، لَمَّا سمع عليه البينة، حَكَمَ.

وأصحهما: المنع، بل يجب إحضاره، ليأتي بمطعن، إن أمكنه، بخلاف الغائب عن البلد، فإن انتظاره يطول، وأجرى الخلاف في الحاضر في مجلس الحكم، هل يسمع البينة عليه، ويحكم من غير سؤاله ومراجعته، والمنع ههنا أظهر وأولى، ولو كان يتعذر إحضاره بأن كان متوارياً أو متعذراً متغلباً فيجوز سماع الدعوى والبينة، والحكم عليه، وإلا، اتخذ الناس التوارى والامتناع ذريعة إلى إبطال الحقوق، وعن القاضي الحسين، وجه آخر: أنه لا يجوز ولا يلحق الامتناع بالعجز، كما لا يلحق منع الثمن بالعجز في ثبوت حق الفسخ للبائع، وإن لم يكن في البلد، نُظِر؛ إن غاب إلى مسافة بعيدة، جاز الحكم عليه، كما سبق، وإن كانت قريبة، فهو كالحاضر في البلد، وبم يضبط القرب والمُعد؟ فيه وجهان:

أحدهما: أن المسافة البعيدة هي التي تقصر فيها الصلاة، والقريبة ما دونها.

وأرجحهما: على ما ذكره صاحب الكتاب: أن المسافة التي يتمكن المنكر إليها من الرجوع إلى مسكنه ليلاً قريبة، وتسمى، هذه مسافة العُدوى، فإن زادت، فهي بعيدة، وللقاضي أن يحكم على من غاب إذا عاد إليها؛ لأن في إحضاره مفارقة الأهل بالليل.

وقوله في الكتاب «المحكوم عليه وشرطه أن يكون غائباً فوق مسافة العُدوى» المراد: المحكوم عليه الغائب؛ إذ الغيبة ليست شرطاً في المحكوم عليه مطلقاً، بل الحكم على الحاضر أجود منه على الغائب، لكن الباب من أصله معقود في القضاء على الغائب، فأراد أن يبين أن الغيبة المجوزة للقضاء أية غيبة هي.

ويجوز أن يُنَلَمَ قوله: «فإن كان في البلد فالصحيح» يجوز إعلام لفظ «الصحيح» بالواو؛ لطريقة من قطع بالمنع، وقد حكاه القاضي ابن كج وغيره.

وقوله في المتواري والمتعذر، «الصحيح أنه يقضي عليه كالغائب» يمكن أن يستفاد من التشبيه والإلحاق بالغائب؛ أنه يحلف المدعي، كما يحلف المدعي على الغائب، وقد صرح به بعضهم، وفي «العدة»: أنه لا يحلف ههنا لأن الخصم قادر على الحضور، ولو كان للمتمرد وكيل نصبه بنفسه، فهل يتوقف التحليف على طلبه؟ فيه جوابان لأبي العباس الروياني؛ لأن الاحتياط، والحالة هذه، من وظيفة الوكيل، وكذا لو كان الغائب وكيلاً.

الثانية: من أتى القاضي مُسْتَعْدِيًّا عَلَى خصمه؛ ليحضره، فخصمه، إما أن يكون في البلد أو خارجه:

**الحالة الأولى:** إذا كان في البلد، وكان ظاهراً يمكن إحضاره، وجب إحضاره<sup>(١)</sup>، وقال مالك: إن كان من أهل المروءات، لم يُخْضِرْه، إلا أن يعرف بينهم معاملة؛ صيانة له عن الابتدال، وعن ابن سُرَيْج: أنه يحضر ذوي المروءات في داره لا في مجلس الحكم، والمذهب: أنه لا فرق، ثم الإحضار قد يكون بختم من طِينِ رَطْبٍ أو غيره يدفعه إلى المُدْعِي؛ ليعرضه على الخصم وليكن مكتوباً عليه؛ أجب القاضي فلاناً، وقد يكون بمخضِرٍ من الأعوان المرتبئين على باب القاضي، ويكون مؤنته على الطالب، إن لم يرزقوا من بيت المال، وإن بعث بالختم، فلم يجب بعث العون إليه، وإذا ثبت عند القاضي امتناعه من غير عذر أو سوء أدب بكسر الختم ونحوه، واستعان على إحضاره بأعوان السلطان، فإذا حضر عَزَّرَه على ما يراه، ويكون مؤنة المُخْضِرِ، والحالة هذه، على المطلوب لامتناعه، وفي «الجرجانيات» وجه آخر: أنها على المدعي أيضاً، فإن استخفى، بعث من ينادى على باب داره، أنه، إن لم يحضر إلى ثلاث، سمر باب داره أو ختم عليه، فإن لم يحضر بعد الثلاث، وسأل المدعي التسمير أو الختم، أجابه إليه، وينبغي أن يتقرر عنده؛ أن الدار داره، وإذا عرف له موضع، قال ابن القاص: يبعث القاضي نقرأ من النسوة والصبيان يهجمون عليه على هذا الترتيب، ويفتشونه، ومتى كان للمطلوب عذر مانع من الحضور، لم يكلفه الحضور، بل يبعث إليه من يحكم بينه وبين خصمه، أو يأمره بنصب وكيل الخصم عنه، فإن دعت الحاجة إلى تكليفه، بعث إليه من يحلفه، والعذر كالمرض وحسب الظالم والخوف منه، وفي كون المرأة المخدرة خلاف سيأتي.

**الحالة الثانية:** إذا كان خارج البلد فينظر، إن كان خارجاً عن محل ولاية القاضي، لم يكن له أن يحضره، وإن كان في محل ولايته، فإن كان له في ذلك الموضوع نائب، لم يحضره، بل يسمع البينة، ويكتب إليه، وحكى أبو العباس الروياني وجهاً: أنه يلزم إحضاره، إذا طلب الخصم، وهذا قضية إيراد صاحب «التهذيب» فيما إذا كان المطلوب على مسافة العذوى، وبه أجاب في «العدة» وفي أمالي أبي الفرج السرخسي؛ يخير القاضي بين أن يحضر المطلوب، وبين أن يسمع البينة، ويكتب إلى نائبه، وإن لم يكن هناك نائب، فثلاثة أوجه:

(١) قيده البلقيني بأن لا يعلم القاضي كذبه فإن علمه لم يحضره وقد ذكره الماوردي وغيره وأن يلزمه الحكم بينهما فلو استعدى معاهد على معاهد لم يلزم الحاكم إحضاره كما لا يلزمه الحكم.

أحدهما: وبه أجاب أصحابنا العراقيون: أنه يحضره، قُرِبَتِ المسافةُ أمْ بُعِدَتْ، نعم، له أن يبعث إلى بلد المطلوب مَنْ يحكم بينه وبين المستعدي.

والثاني: إن كان على ما دُونَ مسافة القَصْر أحضره، فَإِنْ زادت، فلا.

والثالث: إن كان على مسافة العَدْوَى، أحضره، وإن زادت، فلا، وهذا أظهر عند الإمام، وهو الذي أورده في الكتاب، فقال «ومهما غاب إلى مسافة العَدْوَى» فقيده بالحكم بمسافة العَدْوَى وقوله: «ولم يكن في موضعه حاكم» يجوز إعلامه بالواو؛ لما عرفت أن في وجهه يخضر، وإن كان هناك حاكمٌ، وإن قلنا: إن كان هناك حاكمٌ، فكذلك لا يحضره، إذا كان هناك من يتوسط، ويصلح بينهما؛ بأن يكتب إليه أن يتوسط، ويصلح، فإن تعذر عليه، فحينئذ يحضره، وحيث قلنا: يحضر الخارج عن البلد، فقد ذكر الإمام وصاحب الكتاب، أنه إنما يحضر، إذا أقام المدعي بينةً على ما يدعيه، فإنه قد لا يكون له حجةٌ، ويتضرر الخضم بالإحضار، وبه أجاب في «العدة» لكن قد لا يكون له حجة ويريد تحليفه، فلعله ينزجر، ولم يتعرض الأكثرون، لما ذكره، ولكن قالوا: يبحث القاضي عن دعواه وعن جهتها، فقد يريد مطالبته بما لا يعقده كالدعي يريد إحضار المسلم للمطالبة بضمان الخمر التي أراقها عليه. بخلاف الحاضر في البلد لا يحتاج في إحضاره إلى تقديم البحث، لأنه ليس في الحضور هناك مؤنةً ومشقةً شديدةً.

فَرَضَ: لو كان الاستعداد على امرأةٍ خارجةٍ عن البلد، هل يحضرها<sup>(١)</sup>، وهي عورة، وهل يُشترط أن يكون الطريقُ آمناً، ومعها نسوةٌ ثقاتٌ، وهل على القاضي أن يبعث إليها محرماً لها؛ لتحضر معه، قال أبو العباس الروياني: كل ذلك على وجهين:

الأصح: أنه يبعث إليها محرماً أو نسوةً ثقاتٍ كما في الحج.

الثالثة: إذا ثبت على الغائب دَيْنٌ، وله مالٌ<sup>(٢)</sup> حاضر، فعلى القاضي توفيةً الدَّين

(١) وقد جزم في الأنوار وغيره بشرط أمن الطريق ونقل الزركشي عن نص الشافعي أنه يكتفي بالمرأة الواحدة.

(٢) إطلاق الشيخ لفظ المال يشمل العين والدين فإذا كان للغائب دين فللقاضي قبض ذلك ووفاء دين الغائب وهذا الذي ذكرته هو الذي فهمه الشيخ ولي الدين العراقي وأفتى به، وقال الشيخ جلال الدين البلقيني ظاهر كلام المصنف في التفليس ولا يحجر لدين الغائبين لأنه لا يستوفي ما لهم في الذمم وإنما يحفظ أعيان أموالهم أن القاضي لا تدخل له في ذلك وإنما يوفي من المال الحاضر والغرماء لا يدعون على المذهب كما ذكره أيضاً في التفليس. انتهى.

والظاهر الأول ولا يرد قول المصنف في التفليس لأنه لا يستوفي ما لهم في الذمم لأنه إذا استوفى ذلك صار أمانة وقد يحصل تلف فيفوت عليه وما في الذمم مضمون. فإذا كان عليه دين أمن هذا المحذور.



منه، إذا طلبه المدعي، وإذا وُفي، هل يطالب المدعي بكفيل؟ فيه وجهان:  
 أحدهما: نعم؛ لأن الغائب قد يكون له مدفع، إذا حضر، فيحاط له.  
 وأظهرهما: المنع؛ لأن الحكم قديم في الحال، والأصل عدم الدفع.  
 قَالَ الْغَزَالِيُّ: فُرُوعٌ: الْأَوَّلُ: فِي الْقَضَاءِ عَلَى الْغَائِبِ فِي الْعُقُوبَاتِ قَوْلَانِ، وَلَا  
 يُقْبَلُ كِتَابُ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي وَلَا الشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ فِي عُقُوبَةِ عَلَى قَوْلٍ، وَفِي  
 الْقِصَاصِ أَوْلَى بِالْقَبُولِ مِنَ الْحُدُودِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: بَيَّنَّا أَنَّ الْقَضَاءَ عَلَى الْغَائِبِ جَائِزٌ، وَذَلِكَ فِي غَيْرِ الْعُقُوبَاتِ، وَأَمَّا  
 الْعُقُوبَاتِ، فَمَا كَانَ حَقًّا لَلَّهِ تَعَالَى؛ كَحَدِّ الزَّانَا وَالشَّرْبِ وَقَطْعِ الطَّرِيقِ فَقَوْلَانِ:  
 أَحَدُهُمَا: الْجَوَازُ أَيْضًا، كَمَا فِي الْأَمْوَالِ، وَيَكْتَبُ الْقَاضِي إِلَى قَاضِي بَلَدِ الْمَشْهُودِ  
 عَلَيْهِ؛ لِيَأْخُذَهُ بِالْحَقِّ.  
 وَأَصْحَهُمَا: الْمَنْعُ؛ لِمَعْنِيَيْنِ:

أحدهما: أن الحدود يُسعى في دزئها، ولا يُوسع بابها.

والثاني: أن حقوق الله تعالى، يبنى على المساهلة؛ لاستغنائه، وحقوق العباد  
 على المضايقة والتشديد؛ لاحتياجهم، وأما حقّ الآدمي؛ كالقصاص وحد القذف  
 فالصحيح المنصوص الجواز، وفيه قول مخرّج من حدود الله تعالى وقد يرتب، فيقال:  
 إن جوازنا في حقّ الله تعالى، ففي حقّ الآدمي أولى، وإن منعنا هناك، فهنا قولان؛ بناءً  
 على المعنيين، إن قلنا؛ المنع هناك؛ لأن الحدود يسعى في درئها، وندفع بالشبهة،  
 فكذلك هنا، وإن قلنا: لأن حدود الله تعالى مبنية على المساهلة، فهذا المعنى مفقود  
 هنا، فيجوز، وإذا أخذت مطلق العقوبة، وتركت الترتيب، قلت: في القضاء على  
 الغائب في العقوبات ثلاثة أقوال؛ ثالثها الفرق، وكذلك أورد صاحب الكتاب في «باب  
 الشهادة» والخلاف في الشهادة على الشهادة مع كتاب القاضي إلى القاضي هنا، وأعاد  
 ذكر كتاب القاضي إلى القاضي مع الشهادة على الشهادة في بابها، ولو اقتصر على ذكر  
 كل واحد منهما في موضعه أو على ذكرهما جميعاً في موضع، لكفئ، ولا فرق في  
 كتاب القاضي إلى القاضي بين «كتاب الحكم» و«كتاب النقل» في كلام الجمهور، وفي  
 «الإبانة» للفوراني: أن الخلاف في «كتاب النقل» فأما «كتاب الحكم» فإنه يقبل في حقّ  
 الله تعالى، وفي حقّ الآدمي قولاً واحداً والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّانِي: لَوْ عَزَلَ الْقَاضِي بَعْدَ سَمَاعِ الْبَيِّنَةِ ثُمَّ وُلِّيَ وَجَبَ الْأَسْتِعَادَةُ،  
 وَلَوْ خَرَجَ مِنْ وِلَايَتِهِ ثُمَّ عَادَ فَبِي الْأَسْتِعَادَةَ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا سَمِعَ الْقَاضِي بَيْتَهُ، فَعَزَلَ، ثُمَّ وُلِّيَ، لَمْ يَحْكَمْ بِالسَّمَاعِ الْأَوَّلِ؛

لبطلانه بالعزل، بل يجب الاستعادة<sup>(١)</sup>، ولو خرج من محلّ ولايته، ثم عاد فوجهان:

أحدهما: أن الجواب كذلك؛ لعروض ما يمنع الحكم.

وأظهرهما: أن له أن يحكم به، ولا حاجة إلى الاستعادة، لأن ولايته باقية، وإنما فقد شرط نفوذ الحكم، ولهذا إذا عاد، لم يحتج إلى تولية جديدة، وهذا الفرع لا اختصاص له بالقضاء على الغائب.

ولو سمع القاضي الشهادة على الغائب وقدم الغائب قبل أن يحكم، لم تجب الاستعادة، ولكنه يخير به ويمكن من الجرح، ولو قدم الغائب بعد الحكم، فهو على حجته في إقامة البيّنة على القضاء والإبراء، وفي القدح في الشهود، ولكن لا بد وأن يؤرّخ الجارح فسقه بيوم الشهادة، لأنه إذا أطلق، أمكن حدوثه بعد الحكم، وبلوغ الصبي بعد سماع البيّنة عليه أو بعد الحكم كقدوم الغائب.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّالِثُ: الْمُخَدَّرَةُ لَا تَحْضُرُ مَجْلِسَ الْحُكْمِ لِلتَّخْلِيفِ بَلْ يَبْعَثُ إِلَيْهَا الْقَاضِي مَنْ يُحَلِّفُهَا، وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ يُلْزِمُهَا الْحُضُورَ، وَقِيلَ الْمُخَدَّرَةُ هِيَ الَّتِي لَا تَخْرُجُ أَضْلًا إِلَّا لِلضَّرُورَةِ، وَقِيلَ: هِيَ الَّتِي لَا تَخْرُجُ إِلَى الْحَمَامِ وَإِلَى الْعَرَائِ وَالزَّيَارَاتِ إِلَّا نَادِرًا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْمَرْأَةُ الْمُخَدَّرَةُ، هَلْ تَكْلَفُ حُضُورَ مَجْلِسِ الْحُكْمِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أحدهما: ويحكى عن القفال: نعم، كسائر الناس ولا اعتبار بالتخدير، ولهذا لو حضر شهود يشهدون على امرأة، فقالوا: نشهد على عينها، ولا نعرف نسبها، فإن القاضي يأمرها بكشف الوجه، ومعلوم أن هذا أعظم عليها من مجرد الخروج وعلى هذا؛ لو حضر القاضي دارها؛ ليحكم بينها وبين خصمها أو بعث من يحكم، كان للخصم أن يمنع من دخول دارها، ويطلب إخراجها.

وأظهرهما: وبه قال أبو حنيفة: أنها لا تكلف الحضور؛ كالمريض، وسبيل القاضي في حقها كما سبق في المريض، واستشهدوا لهذا الوجه بقوله - ﷺ - في قصة العسيف «وَأَعْدُ يَا أُتَيْسَ عَلَى أَمْرَاءَ هَذَا، فَإِنْ اعْتَرَفْتَ، فَأَرْجُمُهَا»<sup>(٢)</sup> بعث إليها، ولم يحضرها، وعلى هذا؛ قال في «الشامل»: إذا حضر دارها من بعثه القاضي، تكلمت من وراء الستر، إن اعترف الخصم بأنها خصمه أو شهد اثنان من محارمها؛ أنها هي التي ادعى عليها، وإلا تلفتت بإزار، وخرجت من الستر ومن المخدرة لا شك أن التي لا

(١) استفتى الشيخ البلقيني في تصحيح المنهاج ما إذا حكم بقبول البيّنة من غير أن يحكم بإلزام الحق فلا يجب الاستعادة إذا عزل ثم ولي.

(٢) تقدم في حد الزنا.

تخرج أصلاً إلا لضرورة فهي مخدرة، وأما التي لا تخرج إلا نادراً لعزاء أو زيارة أو حمام، هل هي مخدرة؟ فيه وجهان:

أشبههما: ويحكى عن القاضي الحسين: نعم، ويكفي أنه لا تصير مبتدلة بكثرة الخروج للحاجات المتكررة، كشرء الخبز والقطن وبيع الغزل ونحوها، ومنهم من لم يجعل الخروج إلى الحمام بالليل مبطلاً للتخدير.

وقوله في الكتاب «والمخدرة لا تحضر مجلس الحكم للتحليف» تخصيص التحليف بالذكر كأنه لامتناع النيابة فيه، فأما ما عدا ذلك، فيقع بالتوكيل فيه من المخدرة وغيرها.

وقوله «وقيل المخدرة هي التي لا تخرج أصلاً إلا لضرورة» هذا يخص التخدير فيه على هذا الوجه، وقوله بعده «وقيل: هي التي لا تخرج إلى العزاء والزيارات إلا نادراً» لا يمكن حمله على الحصر؛ فإن التي يندر خروجها إذا كانت مخدرة، فالتي لا تخرج أصلاً أولى أن تكون مخدرة، وإنما المقصود أن التي يندر خروجها للعزاء والزيارات مخدرة أيضاً، ولو أكثر الخروج لذلك، بطل التخدير كالمبتدلة بالخروج للحاجات المتكررة.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الرَّابِعُ: لَيْسَ لِلْقَاضِي أَنْ يُزَوِّجَ امْرَأَةً خَارِجَةً عَنْ مَحَلِّ وِلَايَتِهِ إِلَّا إِذَا دَخَلَتْ وِلَايَتَهُ، وَلَهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مَالِ حَاضِرٍ لِيَتِيمٍ غَائِبٍ عَنْ وِلَايَتِهِ، لَكِنْ إِذَا أَشْرَفَ عَلَى الْهَلَاكِ كَمَا يَفْعَلُ فِي مَالِ كُلِّ غَائِبٍ فَهَلْ لَهُ نَصَبُ الْقِيَمِ فِي ذَلِكَ الْمَالِ؟ فِيهِ تَرَدُّدٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْقَاضِي يُزَوِّجُ مَنْ لَا وِلِيَّ لَهَا فِي مَحَلِّ وِلَايَتِهِ مِنَ الْبَلَدِيَّاتِ وَالْغُرَبِيَّاتِ، وَلَا يُزَوِّجُ امْرَأَةً خَارِجَةً عَنْ مَحَلِّ وِلَايَتِهِ، وَإِنْ رَضِيَتْ، وَلَا يَكْفِي حُضُورَ الْخَاطِبِ فَإِنَّ الْوَلَايَةَ عَلَيْهَا لَا تَتَعَلَقُ بِذَلِكَ الْخَاطِبِ، بِخِلَافِ مَا لَوْ حَكَّمَ الْحَاضِرُ عَلَى الْغَائِبِ، لِأَنَّ الْمُدْعِيَّ حَاضِرًا، وَالْحَكْمَ يَتَعَلَّقُ بِهِ، وَبِخِلَافِ مَا لَوْ كَانَ لِيَتِيمٍ غَائِبٍ عَنْ مَحَلِّ وِلَايَتِهِ مَالٌ حَاضِرًا، فَإِنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِيهِ؛ لِأَنَّ الْوَلَايَةَ عَلَيْهِ تَرْتَبُ بِمَالِهِ، ثُمَّ تَصْرِفُهُ فِي مَالِ الْيَتِيمِ الْغَائِبِ يَكُونُ بِالْحَفِظِ وَالتَّعَهُدِ، وَإِذَا أَشْرَفَ عَلَى الْهَلَاكِ، أَتَى بِمَا يَقْتَضِيهِ الْحَالُ بِشَرْطِ الْغَبْطَةِ اللَّائِقَةِ، وَهَذَا سَبِيلُهُ فِي مَالِ كُلِّ غَائِبٍ أَشْرَفَ عَلَى الْهَلَاكِ، فَلَوْ كَانَ حَيَوَانًا، وَخِيفَ عَلَيْهِ الْهَلَاكِ يَبِيعُهُ وَإِنْ حَصَلَتْ الصِّيَانَةُ بِالْإِجَارَةِ، اقْتَصَرَ عَلَيْهَا، وَهَلْ لَهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مَالِ الْيَتِيمِ الْغَائِبِ لِلِاسْتِنَاءِ، وَأَنْ يَنْصَبَ قِيَمًا كَذَلِكَ؟ فِيهِ وَجْهَانُ:

عَنِ الْقَاضِي الْحُسَيْنِ: لَا؛ أَنْ نَصَبَ الْقِيَمِ يَرْتَبُ بِالْمَالِ وَالْمَالِكِ جَمِيعًا، فَلَوْ جَازَ النِّصْبَ لِحُضُورِ الْمَالِ، جَازَ لِقَاضِي بَلَدِ الْيَتِيمِ النِّصْبَ لِحُضُورِ الْمَالِكِ، وَحِينَئِذٍ تَمَانَعُ تَصْرِفَاتُهُمَا، قَالَ فِي «الْوَسِيطِ»: وَالْأَوْلَى أَنْ يَلْحَظَ مَكَانَ الْيَتِيمِ دُونَ الْمَالِ.

وقوله في الكتاب «لكن إذا أشرف على الهلاك» أشار به إلى أنه إنما يتصرف في مال اليتيم الغائب بالحفظ والصيانة عن الهلاك، وهل يتصرف للتجارة وطلب الفائدة كما يتصرف في أموال اليتامى الحاضرين؟ فيه وجهان، كما في نصب القيم لهذا الغرض، ويجوز نصبه للحفظ والصيانة بلا خلاف<sup>(١)</sup>، ويجوز للقاضي إقراض مال الغائب؛ ليقطع عنه غرر الغيبة، ويخصه بدمّة ملي، يحكى ذلك عن صاحب «التلخيص» وهو موافق لما مر في «باب الحجر» أن له أن يقرض مال الصبي لكن ذكرنا هناك أن غير القاضي أباً كان أو غيره؛ لا يقرض مال الصبي<sup>(٢)</sup> إلا لضرورة نهب وغيره، وعن صاحب «التلخيص»: أنه جوز للأب ما جوزه للقاضي، فهذا وجه آخر، وأما ما لا يتعين له مالك، وحصل اليأس عن معرفته، ذكر بعضهم أن له أن يبيعه، ويصرف ثمنه إلى المصالح، وأن له أن يحفظه<sup>(٣)</sup>، واعلم أن الفزع الثالث والرابع لا اختصاص لهما بالباب، كما ذكرنا في الفزع الثاني، وهذا آخر شرح الباب، ويدخل فيه مسائل أخر نورد منها ما الحاجة إليه أهم، والله الموفق.

«كتاب قاضي أهل البغي» مقبول ككتاب قاضي أهل العدل، وعن القديم قول أنه لا يقبل<sup>(٤)</sup> كتاب أهل البغي، وأطلق بعضهم؛ أنه لا يجوز للقاضي أن يكتب كتاباً في غير محل ولايته، ويستمر على أضل الشافعي - رضي الله عنه - ما ذكره ابن القاص، وهو أنه لا يحكم، ولا يشهد في غير محل ولايته، فأما الكتاب، فلا بأس به، وإذا حكم القاضي بينة رجل أقامها وكيل رجل في وجه وكيل آخر، ثم حضر المدعى عليه، وقال: كنت عزلت وكيلي قبل أن أقمت البينة في وجهه، لم ينفعه؛ لأن القضاء على الغائب جائز، ولو حضر المدعي، وقال: كنت عزلت وكيلي، وقلنا: إن الوكيل ينزل قبل بلوغ الخبر لم يصح الحكم؛ لأن القضاء للغائب غير جائز، وشهود الكتاب الحكمي إذا أرادوا التخلف في الطريق، نُظر؛ إن كانوا يتخلفون في موضع فيه قاض وشهود، فحامل الكتاب إما أن يشهد على كل واحد منهم شاهدين يحضران معه، ويشهدان عند القاضي الذي يقصده، وإما أن يعرض الكتاب على قاضي البلد الذي يتخلفون فيه؛ ليشهدوا به عنده، فيضمنه، ويكتب به إلى القاضي الذي يقصده، وإن

(١) قال في الخادم: مقتضاه رجحان مقالة الغزالي في ملاحظة مكان اليتيم فإنه لم يكره وقد رجحه ابن الرفعة في المطلب أيضاً وهو ظاهر لأنه وليه في النكاح فكذا في المال وحرّم به البغوي في التهذيب ثم ساق لفظ التهذيب ثم نقل الخوارزمي كذلك.

(٢) سقط من: ز.

(٣) قال النووي: هذا المحكي عن بعضهم متعين، وقد قاله جماعة، ولا نعرف خلافه.

(٤) قال في الخادم: محل القولين كما قاله في البحر إذا كان ممن يقبل شهادته فإن كان من الخطأ فيه لم يقبل بلا خلاف.

أرادوا التخلف حيث لا قاضي ولا شهود، قال في «التهذيب»: ليس لهم ذلك، بل عليهم الخروج إلى موضع فيه قاضٍ وشهودٌ، فإن طلبوا أجره الخروج، إليه، فليس إلا نفقتهم وكرء دوابهم بخلاف ما لو طلبوا أكثر من ذلك عند ابتداء الخروج من بلد القاضي الكاتب؛ حيث لا يكلفون الخروج والقناعة به؛ لأن هناك يمكن إسهاد غيرهم، وههنا حامل الكتاب مضطر إليهم، وإذا لزم المكتوب إليه الخصم، وطالب أن يكتب له كتاباً بقبض الحق، هل على القاضي إجابته؟ فيه وجهان، قال الإصطخري: نعم؛ كيلا يطالب به مرة أخرى، وبهذا أجاب أبو الفرج الزاز، وقال أكثرهم، لا؛ فإن الحاكم إنما يطالب بالزام ما حكم به وثبت عنده، ويكفي للاحتياط والاستيثاق إسهاد المدعي على قبض الحق، ولو طالبه بتسليم الكتاب الذي ثبت الحق به، لم يلزمه دفعه إليه، وكذا من له كتاب بدين فاستوفاه، أو بعقار فباعه، لا يلزمه دفعه إلى المستوفى منه، وإلى المشتري؛ لأنه ملكه، ولأنه قد يظهر استحقاق فيحتاج إليه. والله أعلم.

### الباب الرابع في القسمة

قال الغزالي: وهي إن كانت بالإجبار فهل يشترط العَدَدُ في القاسم؟ فيه قولان، والمَقومُ يشترط فيه العَدَدُ، وليس للقاضي أن يقضي بالتقويم ببصيرة نفسه وإن قلنا: يقضي بعلمه لأنه مجرد تخمين وتحكم بالعدالة ببصيرة نفسه.

قال الرافعي: الحاجة داعية إلى تجويز القسمة<sup>(١)</sup> بيئة وذلك؛ لأنه قد يتبرم الشركاء أو بعضهم بالمشاركة، ويريدون الاستبداد بالتصرف، وفي كتاب الله تعالى جده ﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَى﴾ [النساء: ٨] الآية، وكان رسول الله - ﷺ - يُقسم الغنائم بين الغانمين، ثم القسمة قد يتولأها الشركاء بأنفسهم، وقد يتولأها غيرهم، وهو إما منصوب الإمام أو منصوبهم، ويشترط في منصوب الإمام الحرية، والعدالة<sup>(٢)</sup>،

(١) بكسر القاف وهي تمييز بعض الأنصبا من بعض، والقسام الذي يقسم الأشياء بين الناس، قال لييد:

فارض بما قسم المليك فلنما قسم المعيشة بيننا قسامها

والأصل فيها قبل الإجماع قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ﴾ الآية. وخبر «الشفعة فيما لم يقسم»، وكان ﷺ يقسم الغنائم بين أربابها، رواها البخاري «والحاجة داعية إليها ليمكن كل واحد من الشركاء من التصرف في ملكه على الكمال ويتخلص من سوء المشاركة واختلاف الأيدي».

(٢) قال الأذري: كان الأحسن أن يقول مقبول الشهادة إذ لا بد من كونه ضابطاً سميماً بصيراً، وعبرة الترغيب ومن كان من جهة القاضي يشترط فيه صفات القضاة وزيادة علم الحساب وكيفية =

والتكليف، والذكورة؛ لأنه ملتزم؛ كالحاكم من حيث إن الحاكم ينظر في الحجة، ويجتهد، ثم يلزم بالحكم والقاسم يجتهد مساحةً وتقديراً، ثم يلزم بالإقراء، ويشترط أن يكون عالماً بالمساحة، والحساب، وحكى أبو الفرج الزاز وجهين<sup>(١)</sup> في أنه، هل يشترط أن يحسن التقويم؛ لأن في أنواع القسمة ما يحتاج إليه، ولا يشترط في منسوب الشركاء العدالة والحريّة، فإنه وكيل من جهتهم<sup>(٢)</sup>، كذلك أطلقوه، وينبغي أن يكون توكيل العبد في القسمة على الخلاف في توكيله في البيع والشراء، ولو حكم الشركاء رجلاً يقسم بينهم، قال أصحابنا العراقيون، هل هو على القولين في التحكيم إن جوزناه فالذي حكموه كمنسوب القاضي، ومهما كان في سهم المصالح من بيت المال ما يتفرع كمؤنة القاسمين، فعلى الإمام أن ينصب بها في كل بلد قاسماً، فإن لم يحصل الكفاية بواحد، زاد بحسب الحاجة، وإن لم يكن فيه مال أو لم يتفرع لهذه الجهة، فقد ذكرنا في آداب القاضي أنه لا يعين حينئذ قساماً؛ لثلاثيغالي في الأجرة، وأيضاً كيلاً يغرّه بعض الشركاء، فيجيب، بل يدع الناس ليستأجروا من شاءوا، وإذا لم يكن في القسمة تقويم فيكفي قاسم واحد أم لا بدّ من اثنين؟ فيه قولان ووجهها بأن منصب القاسم منصب الحاكم أو منصب الشاهد، والأصحّ الأوّل، ولم يجب المَعظم إلا به، وقطع به قاطعون، وإن كان فيها

= القسمة وهذا قضية كلام جماعة حيث جعلوه خليفة القاضي.

وقال الجرجاني في الشافي؛ يفارق منسوب الحاكم الحاكم في أربعة أشياء أن الحاكم يجب أن يكون مجتهداً في أحكام الشرع كلها ولا يلزم في حق القاسم أكثر من أن يكون مجتهداً فيما إليه من أحكام القسمة.

والثاني: أن يكون القاسم عارفاً بالحساب بخلاف الحاكم أي على الصحيح.

والثالث: أن الحاكم يكون واحداً وذكر التفصيل السابق عن العراقيين في القسام.

والرابع: أن للحاكم أخذ الرزق من بيت المال دون الأجرة لأن عمله مجهول كالإمام، وللقاسم أخذ الرزق من بيت المال وأخذ الأجرة منه لأن عمله معلوم فجاز أخذ الأجرة عليه أيضاً كبناء القناطر والمساجد واعتبر الماوردي والبغوي وغيرهما أن يكون قليل الطمع نزه النفس حتى لا يرتشي فيما يلي ويخون. انتهى ما أردته من كلام الأذري.

(١) سكت المصنف عن الترجيح، قال في القوت: يقتضي سكوت المحرر والمنهاج وغيرهما عن ذكره بينهم أنه ليس بشرط وهو الأقرب إلى كلام الجمهور.

(٢) قال في القوت: هذا فيما إذا كانوا بأجمعهم مطلقي التصرف، أما لو كانوا منهم محجور عليه لصغر أو جنون أو سفه فقسام عنه وليه أو وصيه أو قيمه حيث يجوز فلا بدّ في المنسوب أن يكون عدلاً بكل حال ورأيت في روضة الحكام إذا قسم الشركاء فليس للإمام أن يعين قاسماً بغير رضا، فإن كان أحد الشركاء صيباً أو غائباً فتعين القاسم إلى الإمام وكان مراده في صغيرة الصبي ونحوه ضمن وليه الثاني ويحتمل أن يجب على الوصي والقيم مراجعته لينصب قاسماً بخلاف الأب والجد ويؤيده قول الدارمي إذا كان في الشركاء صبي أو مجنون أو مولى عليه فقسّموا من غير أمر الحاكم المولى فباطل وهذا إذا أراد بالولي الأب والجد خاصة. انتهى.

تقويم، فلا بد من العدد أن يشترط العدد في المقوم، ويجوز أن ينصب الإمام قاسماً، ويجعله حاكماً في التقويم، فيعتمد في التقويم قول عدلّين، ويُقسّم بنفسه، وهل للقاضي أن يحكم ببصيرة نفسه في التقويم؟ حكى في «الوسيط» فيه طريقتين:

أحدهما: أنه على القولين في أن القاضي، هل يقضي بعلمه.

والثاني: القطع بالمنع؛ لأن التقويم تخمين مجرد، وللأولين أن يقولوا: إنه، وإن كان تخميناً، فلا يُعَدُّ أن يَقالَ ظنُّه مقام الشهادة المبنية على الظن، كما أُقيِمَ علمُه مقام الشهادة المبنية على العلم، وأيضاً قد مرّ أن القاضي يعتمد في عدالة الشهود على بصيرة نفسه، ومعلوم أن المستند في الظن، والطريق الثاني هو المذكور في الكتاب، والأول أشبه، وهو اختيار الإمام، فيما أظن.

وقوله في الكتاب «وهي إن كانت بالإيجاب فهل يُشترطُ العدد في القاسم؟ فيه قولان» يجوز أن يعلم لفظ «القولين» بالواو؛ لقطع من قطع بالاكْتفاء، بواحد، وتخصيص القولين بقسمة الإيجاب لم يتعرّض له في «الوسيط» بل أطلقهما إطلاقاً، وكذلك قول القاضي الروياني، فيمكن أن يُقالَ: أشار بهذا التقييد إلى أن الشركاء لو فوضوا القسمة إلى واحد بالتراضي، جاز لا محالة؛ لأنه وكيل من قبلهم.

وقوله: «وليس للقاضي أن يقضي بالتقويم ببصيرة نفسه» معلم بالواو؛ للطريق الآخر.

وقوله: «ويحكم بالعدالة ببصيرة نفسه» هذا قد سبق ذكره في موضعه، وكأنه أعاد لينبه على بُعده عن الحكم بالتقويم ببصيرة نفسه على الطريقة التي ذكرناها، فإنه لا يقضي بالتقويم ببصيرة نفسه، وإن قلنا: إنه يقضي بعلمه، وفي العدالة يقضي ببصيرة نفسه، وإن قلنا إنه لا يقضي بعلمه، والله أعلم.

قال الغزالي: وَأَجْرَةُ الْقَسَامِ الرَّوْسِي عَلَى قَدْرِ الْحِصَصِ أَوْ عَلَى عَدَدِ فِيهِ قَوْلَانِ كَالشُّفَعَةِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ عَلَى قَدْرِ الْحِصَصِ قَطْعاً، وَإِذَا كَانَ الْقَسَامُ يُقْسَمُ بِرِضَا الشَّرْكَاءِ، فَلَيْسَ لِوَاحِدٍ أَنْ يَتَفَرَّدَ بِاسْتِجَارِهِ فَيَجِبَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مَا سَمِيَ فِي الْإِجَارَةِ، وَتَجِبُ فِي حِصَّةِ الطِّفْلِ إِذَا طُولَبَ بِالْقِسْمَةِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ غِبْطَةٌ لَكِنَّ الْقِيمَ لَا يَطْلُبُ الْقِسْمَةَ إِلَّا عِنْدَ الْغِبْطَةِ.

قال الرافعي: ذكرنا أن القاسم المنسوب من جهة الإمام يدر رزقه عليه من بيت المال<sup>(١)</sup>، وفي شرح «مختصر الجويني» وجه عن أبي إسحاق: أنه لا يدر من بيت المال لأنه لا يحتاج إلى تفرغ النفس لهذا العمل، بخلاف القاضي، والمذهب المشهور هو

(١) ويكون من سهم المصالح العامة وحكى الماوردي عن علي رضي الله عنه فعل ذلك، ولا يزداد على أجرة مثله كما صرح به الدارمي.

الأول، وإذا لم يكف مؤنته من بيت المال، فأجرته على الشركاء، سواء طلب جميعهم القسمة أو بعضهم دون بعض، وعن أبي حنيفة الأجرة على الطالب خاصة، حكى القاضي ابن كج وجهاً مثله عن ابن القطن وغيره<sup>(١)</sup>، والظاهر الأول، ثم يُنظر؛ إن استأجر الشركاء قاسماً وسموا له أجرة، وأطلقوا، فتلك الأجرة تتوزع على قدر الحصص أو يكون على عدد الرؤوس؟ فيه طريقان:

أحدهما: أنه على القولين كما في الشفعة.

أصحهما: وبه قال أحمد: أنها تتوزع على قدر الحصص؛ لأنها من مؤنات الملك، فأشبهت النفقة.

والثاني: على عدد الرؤوس<sup>(٢)</sup>، وبه قال أبو حنيفة، ويحكى عن مالك أيضاً؛ لأن عمله في الحساب والمساحة يقع لهم جميعاً، وقد يكون الحساب في الجزء القليل أغمض، وأيضاً، فإن قلة النصب توجب كثرة العمل؛ لأن القسمة تقف بحسب أقل الأجزاء<sup>(٣)</sup>، وإن لم تجب على من قل نصيبه زيادة، فلا أقل من التساوي.

والطريق الثاني: القطع بالقول الأول بخلاف الشفعة؛ لأن أصل الشركة سبب للأخذ بالشفعة، وقد اشتركا في أصل الشفعة، وههنا الأجرة في مقابلة العمل، والعمل فيمن يزداد نصيبه أكثر بالكيل في المكيلات، والوزن في الموزونات، وعلى هذا الخلاف ما إذا استأجروا القاسم استنجاراً فاسداً، فقسم أن أجرة المثل كيف توزع؟ وكذلك إذا أمروا قاسماً، فقسم، ولم يذكروا أجرة، إذا حكمنا بوجود أجرة المثل في مثل ذلك، ويطرُد هذا الخلاف في قسمة الإيجار، إذا أمر القاضي قاسماً، فقسم، ولو استأجروا قاسماً وسمى كل واحد منهم أجرة، التزمها، على كل واحد منهم ما التزم، وانقطع النظر عن الحصص والرؤوس جميعاً، وهذا واضح إن فرض اجتماعهم على الاستنجار بأن قالوا: استأجرناك، لتقسم بيننا كذا بدينار على فلان ودينارين على فلان، ووكلوا وكيلاً يعقد لهم، كذلك وإن فرضت عقوداً مترتبة، فقد ذكروا فيه إشكالاً وهو أن الشركاء، إذا كانوا ثلاثة، فعقد واحد لإفراز نصيبه، ثم الثاني كذلك، فعلى القسام إفراز

(١) وليس للإمام حينئذ نصب قاسم معين بل يدع الناس يستأجرون من شاؤوا لثلا يغالي المعين في الأجرة أو يواطئه بعضهم فيحيف، كذا ذكره الرافي فيحتمل أنه حرام كما قاله القاضي حسين وأنه مكروه كما قاله الفوراني والأول أوجه. ذكره الخطيب.

(٢) ووجهه أن العمل في النصب القليل كالعمل في الكثير، وهذه طريقة ذكرها المراوزة، وطريقة العراقيين الجزم بالأول.

قال ابن الرفعة: وهي أصح باتفاق الأصحاب.

(٣) في ز: الأجرة.



النصيبين، فإذا أفرزهما تميّز نصيب الثالث، فعقد الثالث إذن استتجاراً على عمل مستحقّ على الأجير، وأجاب القاضي الحسين بأن إفراز النصيبين من غير عمَل في نصيب الثالث بالمساحة والتخطي فيه ممّا لا يتأتى، فيقع استتجار الثالث على ذلك، ولم يرتض الإمام هذه المفاوضة سؤالاً وجواباً؛ لأنهما جميعاً مبنيان على تجوز استقلال بعض الشركاء باستتجار القسام؛ لإفراز نصيبه، ولا سبيل إليه؛ لأن إفراز نصيبه لا يمكن إلا بالتصرف في نصيب الآخرين؛ تردداً وتقديراً، ولا سبيل إليه إلا برضاهم، نعم يجوز أن ينفرد واحد منهم برضا الباقيين، فيكون أصيلاً ووكيلاً، ولا حاجة إلى عقد الباقيين، وحينئذ، إن فصل ما على كل واحد منهم بالتراضي فذاك، وإن أطلق، عاد الخلاف في كيفية التوزيع، وإلى هذا أشار في الكتاب بقوله: «وإذا كان القسام يقسم برضا الشركاء، فليس لواحد أن ينفرد باستتجاره، يعني: إن كانت القسمة بالإجبار أمكن أن يتصرف القسام في نصيب الممتنع بأمر القاضي، فأما إذا لم يكن إجباراً، فلا بد من اتفاق الجميع، وإذا اتفقوا، فعلى كل واحد ما سمى عليه، فإن أطلقوا، فعلى الخلاف».

هذه مسألة والمسألة الثانية من الفصل، إذا كان أحد الشريكين طفلاً، نُظِرَ؛ إن كان في القسمة غبطة له، فعلى الولي طلب القسمة وبذل الحصة من الأجرة من مال الطفل، وإن لم يكن فيها غبطة، فلا يطلبها، وإن طلبها الشريك الآخر، أُجيب، إن قلنا: الأجرة على الطالب خاصة فذاك، وإن قلنا: على الكل، فهنا وجهان:

أحدهما: وبه أجاب في «العدة»: أنها على الطالب أيضاً؛ لأن أخذ الأجرة من مال الطفل، ولا غبطة، إجحاف لا يحتمله الصبي.

وأصحهما: أن حصة الصبي تُؤخذ من ماله؛ لأن الإجابة إلى القسمة واجبة، والأجرة من المؤنات التابعة لها.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَأَسْلَمَ: أَنَّ الْإِجْبَارَ إِنَّمَا يَجْرِي فِي قِسْمَةِ الْإِفْرَازِ وَهِيَ أَنْ يَكُونَ الشَّيْءُ قَابِلًا لِلْقِسْمَةِ إِلَى أَجْزَاءٍ مُتَسَاوِيَةِ الصَّفَاتِ وَيَبْقَى الْاِئْتِفَاعُ كَدَوَاتِ الْأَمْثَالِ أَوْ كَالْكَرْنِاسِ وَالْأَرْضِ وَكَيْفِيَّةِ قِسْمَةِ الْأَرْضِ: أَنْ تَقْسَمَ بِالْأَجْزَاءِ بِحَسَبِ أَقْلِ الْأَجْزَاءِ، فَإِنْ كَانَ الْأَرْضُ بَيْنَ ثَلَاثَةِ لَوَاجِدٍ يَضْفَعُهَا وَلَاخِرَ ثُلُثُهَا وَلَاخِرَ سُدُسُهَا قُسِمَ بِسِتَّةِ أَجْزَاءٍ مُتَسَاوِيَةٍ فِي الْمَسَاحَةِ وَيَكْتُبُ أَسْمَى الْمَلَائِكِ عَلَى ثَلَاثِ رِقَاعٍ وَيُدْرِجُهَا فِي بِنَادِقٍ مُتَسَاوِيَةٍ يُخْرِجُهَا مَنْ لَا يَعْرِفُ ذَلِكَ وَيَقِفُ الْقِسَامَ عَلَى طَرَفِ الْأَرْضِ فَإِذَا خَرَجَ مَثَلًا أَسْمُ صَاحِبِ النُّضْفِ سَلَّمَ إِلَيْهِ الْجُزْءَ الْأَوَّلَ وَمَا يَلِيهِ إِلَى تَمَامِ النُّضْفِ، ثُمَّ يُخْرِجُ أَسْمُ الْآخِرِ كَذَلِكَ، أَمَّا الطَّاحُونَةُ وَالْحَمَامُ وَمَا لَا يَبْقَى مُنْتَفِعاً بِهِ لَا يُجْبَرُ فِيهَا عَلَى الْقِسْمَةِ، وَلَوْ مَلَكَ مِنْ دَارٍ عَشْرًا لَا يَضْلَحُ لِلْمَسْكَنِ لَوْ أَفْرَزَ فَطَلَبَ الْقِسْمَةَ فَلَا يُجَابُ عَلَى الْأَصَحِّ وَلَوْ طَلَبَ صَاحِبُهُ

لَزِمَتَهُ الْإِجَابَةُ عَلَى الْأَطْهَرِ الْمَنْفَعَةَ بَعْدَ الْقِسْمَةِ إِنْ أَحْدَثَ مُسْتَوْقَدًا وَبِئْرٍ فِي الْإِجْبَارِ  
وَجِهَانٍ:

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مسائل الباب مختلطة غير مهذبة الترتيب، فإن احتجنا كذلك إلى تقديم وتأخير، فلا تُنْكِرْهُ، واعلم أن العَيْنَ المُشْتَرَكَةَ، إما أَنْ يَعْظُمَ الضَّرَرُ فِي قِسْمَتِهَا، أَوْ لَا يَعْظُمَ.

الحالة الأولى: إذا عظم الضرر في القسمة، وطلب أحدهما القسمة، وامتنع الآخر، فلا يجبر الممتنع وفي ضبط الضرر المانع في القسمة، ثلاثة أوجه أسلفناها في «باب الشفعة» فلا يكسر الجوهْرُ النفيسُ، ولا يقطع الثوبُ الرفيع، ولا يُقَسِّمَ زَوْجًا الخُفُّ بِمَضْرَاعًا الباب، إن طلبه أحدهما، وإن تراضى الشركاء بالقسمة في مثل ذلك، والتمسوها من القاضي، فإن كانت المنفعة تُبْطَلُ بالكلية، لم يجنبهم، ويمنعهم من أن يقتسموا بأنفسهم أيضاً؛ لأنه سفه، وإن كان لا تبطل المنفعة بالكلية؛ كالسيف يكسر، فلا يُجِيبُهُمْ أيضاً في أصح الوجهين، ولكن لا يمنعه من أن يقتسموا بأنفسهم، وما تُبْطَلُ القسمةُ مِنْفَعَتَهُ المقصودة منه؛ كالطاحونة والحمام الصغيرين<sup>(١)</sup>، إذا امتنع أحد الشريكين من قسمته، لا يجبر عليها في أظهر الوجوه المشار إليها، وهو المذكور في الكتاب، وقال مالك: يُجْبَرُ، فإن كانا كبيرين، وأمكن أن يَجْعَلَ الطاحونة طاحونتين، والحمام حمامين، فيجبر الممتنع، فإن كان يحتاج إلى إحداث مستوقد أو بئر، فوجهان:

أحدهما: أنه لا يجبر الممتنع؛ لتعطل المنفعة إلى إحداث ما يحتاج إليه.

وأشبههما: الإجمار؛ ليتيسر التدارك<sup>(٢)</sup> بأمر مرتب.

وإن تضرر أحد الشريكين بالقسمة دون الآخر كدار بين اثنين لأحدهما عُشْرُهَا، وللآخر باقيها، ولو قسمت، لم يصلح العشر للمسكن، فإن طلب صاحب العُشْرِ القسمة، فوجهان:

أحدهما: وبه قال أبو حنيفة: أنه يجبر الآخر لتمييز ملكه.

وأصحهما: المنع؛ لأنه مضيع لماله متعنت، وإن طلب الآخر القسمة، فوجهان، نسيهما العبادي إلى ابن سريج.

(١) وفي لفظ صغيرين تغليب للمذكر على المؤنث، فإن لفظ الطاحونة وهي الرحى كما في الصحاح مؤنثة والحمام مذكر.

(٢) قال الأدرعي: وإنما يسر ذلك إذا كان ما يلي ذلك مملوكاً له أو مواتاً فلو كان ما يليه وقفاً أو شارعاً أو ملكاً لمن لا يسمح ببيع شيء منه فلا، وحيثئذٍ يجزم بنفي الإجمار.

أحدهما: أنه لا يُجَزَّرُ صاحبُ العُشْرِ للضَّرْرِ الذي يلحقه.

وأصحُّهُمَا: الإِجْبَارُ، لأنَّ الطالبَ يتنفعُ بالقسمة، وضررُ صاحبِ العُشْرِ لا ينشأ من مجردِ القسمة، بل سببه قلة نصيبه وقال ابنُ أبي لَيْلَى وأحمدُ يَبَاعُ العَيْنُ ويقسَمُ الثمن بينهما، لما فيه من الضرر؛ كالجوهره المشتركة<sup>(١)</sup>.

ولو كان نصفُ الدَّارِ لواحدٍ، والنصفُ بينَ خمسة، فطلبَ صاحبُ النصفِ إفرازَ نصيبه، أُجِيبَ إِلَيْهِ، والباقون، إن اختاروا القسمة قُسم، وإن لم يصلح العشر للمسكن؛ لأن في القسمة فائدة لِبَغْضِ الشركاء، وإن استمروا على الشيوخ، جاز، ثم لو طلب أحدُهم القسمة بعد ذلك، لم يجبر الآخرون؛ لأن هذه القسمة تضر الجميع، ولو طلب الخمسة إفراز النصفِ، ليكون بينهم شائعاً، أُجِيبُوا إِلَيْهِ ذكره القاضي الروياني وغيره. وكذا لو كان بين عَشْرَةٍ، وطلب خمسة منهم القسمة، ليكون النصف بينهم يُجَابُونَ.

الحالة الثانية: إذا لم يغظُم ضررُ القسمة، فإما أن يقسم المشترك من غير ردٍّ من أحد الشريكين أو الشركاء أو يقسم بردٍّ، فإن قسم من غير ردٍّ، فإما أن يقسم باعتبار الأجزاء، ويُسمَّى «قسمة المشابهات» أو باعتبار القيمة وتُسمَّى «قسمة التعديل» فهذه ثلاثة أنواع:

الأول: قسمة المشابهات، وإنما يجري في الحبوب والأدهان والدراهم وسائر المثليات، وفي الدار المُتَّفِقَةَ الأبنية، والأرض المتشابهة الأجزاء، وما في معناها، فيعدل الأنصِبَاءَ في المكيلات، والموزونات بالكيل والوزن والأرض المتشابهة الأجزاء تجزأ أجزاءً متساويةً بعدد الأنصِبَاءِ، إن كانت متساويةً، كما إذا كانت بين ثلاثة أثلاثاً، فيجعل ثلاثة أجزاءً متساويةً، ثم يُؤخَذُ ثلاث رفاع متساوية، ويُكْتَبُ عَلَى كل واحدة اسمُ شريكٍ من الشُّركاء أو جزءٍ من الأجزاء، ويُمَيِّزُ بعضها عن بعض بحدٍّ أو جهةٍ أو غيرها، ويُدرَجُ في بنادقٍ متساويةٍ وزناً وشكلاً، إما من طين يُجفَّفُ أو من شمع، وتُجعلُ في حجرٍ من لم يحضر الكتابة والإدراج، فإن كان صيباً أو أعجمياً كان أولئى، ثم يُؤمَرُ بإخراج رقعةٍ على الجزء الأول، إن كُتِبَ في الرفاع أسماء الشركاء، فمن خرج اسمه يأخذه، ثم يُؤمَرُ بإخراج رقعةٍ على الجزء الذي يلي الأول، فَمَنْ خرج اسمه من الآخرين، أخذه، وتعيَّن الثالث للثالث وإن كُتِبَ في الرفاع أسماء الأجزاء أُخْرِجَتْ رقعةٌ باسم زَيْدٍ ثم أُخْرِجَتْ باسم عمرو وتعيَّن الثالث للثالث، ويعيَّن من يتدىء به من الشركاء والأجزاء منوطٌ بنظر القسَّام، فيقف أولاً على أي طرفٍ شاء، ويُسمَّى أيُّ شريكٍ شاء،

(١) سقط من: أ.

وإن كانت الأنصباة مختلفة، كما إذا كان لزيد نصف، وعمرو ثلث، وثلث سدس فيجزى القسام الأرض على أقل السهام، وهو سدس؛ لأنه ينادي به القليل والكثير، فيجعلها ستة أجزاء، ثم نص الشافعي - رضي الله عنه - أنه يثبت أسماء الشركاء في رقا، ويخرج الرقا على الأجزاء، وقال في العتق: يُكْتَبُ على رقتين رق، وعلى رقعة حرية، ويخرج على أسماء العبيد، ولم يقل: ويكتب أسماء العبيد، وفيها طريقان للأصحاب:

أحدهما: أنها على قولين بالنقل والتخريج، ففي قول: يثبت أسماء الشركاء والعبيد، وفي الثاني: يثبت الأجزاء ههنا، والرق والحرية هناك، وعامتهم فرقوا، وقالوا: في العتق يسلك ما شاء من الطريقتين، وههنا لا يثبت الأجزاء على الرقا؛ لأنه لو أثبتها وأخرج الرقا على الأسماء، فرُبَّمَا يخرج لصاحب السدس الجزء الثاني أو الخامس، فيفرق ملك من له النصف والثلث أيضاً، قال في «المهذب»: لو جعلنا ذلك، ربَّمَا خرج السهم الرابع لصاحب النصف، فيقول: آخذه وسهمين قبله، ويقول الآخرون: بل خذْه وسهمين بعده، فيقضي إلى التنازع، وهذا الخلاف في الجواز أو الأولوية؟ وعبارة كثير من شيوخنا تُشعر بوضع الخلاف في الجواز، وذكر طائفة منهم الإمام وصاحب الكتاب - رحمهما الله - أنه في الأولوية، وهو الأولى، وسنوضح ما يحصل به الاحتراز عن تفريق الملك، وأما ما ذكره في «المهذب» فيجوز أن يقال: لا يبالي برأي الشركاء، بل يتبع نظر القسام، كما في الجزء المبتدأ به، واسم الشريك المبتدأ به، فإن أثبت أسماء الشركاء، فمن تأمل: يثبت أسماءهم على ثلاث رقا، ويأمر بإخراج رقعة على الجزء الأول، فإن خرج اسم صاحب السدس، آخذه، وأخرجت رقعة على الجزء الثاني، فإن خرج اسم عمرو آخذه، وأخذ الجزء الثالث معه، وتعيّن الثالثة الباقية لزيد، وإن خرج اسم زيد، أخذ الثاني والثالث والرابع، وتعيّن الآخرون لعمرو وإن خرج أولاً اسم عمرو، أخذ الأول، والثاني، ثم تُخْرَجُ رقعة على الجزء الثالث، فإن خرج اسم الثالث، آخذه، وتعيّن الثالثة الباقية لزيد، وإن خرج اسم زيد، أخذ مع الرابع والخامس، وتعيّن السادس للثالث، وإن خرج أولاً اسم زيد، أخذ الأول والثاني والثالث، ثم يخرج رقعة على الرابع، فإن خرج اسم الثالث، آخذه، وتعيّن الآخرون لعمرو، وإن خرج اسم عمرو، أخذ الرابع والخامس، وتعيّن السادس للثالث، ومن قائل: يثبت أسماءهم في ست رقا، اسم زيد في ثلاث، واسم عمرو في اثنين، واسم الثالث في واحدة، ويخرج على ما ذكرنا، وليس في هذا إلا أن اسم زيد يكون أسرع خروجاً، لكن سرعة الخروج لا توجب حيفاً؛ لأن السهام متساوية، فالوجه تجويز كل واحد من الطريقتين، وإن أثبت الأجزاء في الرقا، فلا بد من إثباتها من ست رقا، وحينئذٍ بالتفريق المحذور لازم، وإنما يلزم إذا خرج أولاً اسم صاحب السدس، وهو مستغن عنه، بأن يبدأ باسم صاحب النصف، فإن خرج الأول باسمه، فله الأول

والثاني والثالث، وإن خرج الثاني، فكذلك يُعْطَى مع الثاني ما قبله وما بعده، وإن خرج الثالث، ففي «شرح مختصر الجويني»: أنه يتوقف فيه، ويخرج لصاحب الثلث، فإن خرج للأول، فله الأول، والثاني، ولصاحب النصف الثالث، واللذان بعده وكذا لو خرج الثاني، وإن خرج الخامس، فله الخامس والسادس، ثم أهمل الكلام هكذا، ولم يستوعب باقي الاحتمالات وكان يجوز أن يُقَالَ: إذا خرج لصاحب النصف الثالث، فله الثالث واللذان قبله، وإن خرج الرابع، فله الرابع واللذان قبله، ويتعين الأول لصاحب السادس، وإن خرج الخامس، فله الخامس واللذان قبله، ويتعين السادس لصاحب السادس، وإن خرج السادس، فله السادس واللذان قبله، وإذا أخذ زيد حقه، يتعين حق الآخرين، فيخرج رقعة أخرى باسم أحد الآخرين، فلا يقع تفريق على أنه يمكن أن يُقَالَ: يبدأ باسم صاحب السادس، فإن خرج باسم الجزء الأول دفع الأول إليه، وإن خرج السادس، دفع إليه السادس، ثم يخرج باسم أحد الآخرين، فلا يقع تفريق، وإن خرج له الثالث، دفع إليه، وتعين الأول والثاني لصاحب الثلث، والثلاثة الأخيرة لصاحب النصف، وإن خرج له الرابع دفع إليه، وتعين الخامس والسادس لصاحب الثلث والثلاثة الأولى لصاحب النصف.

ويمكن أن يبدأ باسم صاحب الثلث، فإن خرج له الأول أو الثاني، دفع إليه الأول والثاني، وإن خرج الخامس أو السادس، دفع إليه الخامس والسادس، ثم يخرج باسم أحد الآخرين، وإن خرج الثالث، فله الثالث والثاني، وتعين الأول لصاحب السادس، والثلاثة الأخيرة لصاحب النصف، وإن خرج الرابع، فله الرابع والخامس، وتعين السادس لصاحب السادس، والثلاثة الأولى لصاحب النصف.

ولك أن تَقْتَصِرَ عَلَى ثلاث رقع، وتكتب في إحداها الأَوَّلَ والثَّانِيَّ والثَّالِثَ والرَّابِعَ، وفي الثانيةِ الثَّانِيَّ والثَّالِثَ والرَّابِعَ والخامِسَ، وفي الثالثةِ الثَّالِثَ والرَّابِعَ والخامِسَ والسادِسَ، ويخرجها على أسمائهم، فإن خرجت الأولى أولاً لزيد صاحب النصف الثانية، أو الثالثة لعمرو صاحب الثلث، فلزيد الأول والثاني والثالث، و لعمرو، الرابع والخامس، وللآخر السادس، وكذا الحكم، لو خرجت الثالثة أولاً لعمرو، فإنه لا يمكن أن يُعْطَى الثالث والرابع؛ لأنه يتفرق ملك زيد، فيُعْطَى الرابع والخامس، وحينئذٍ، فيتعين السادس للثالث، والثلاثة الأولى لزيد، وإن خرجت الأولى لزيد، ثم الثانية أو الثالثة للثالث، فلزيد الأول والثاني والثالث والرابع، و لعمرو الخامس والسادس، وإن خرجت الثانية لزيد أولاً، فله الثاني والثالث والرابع، ويتعين الأول والثالث والخامس والسادس لعمرو، وكذا لو خرجت الأولى للثالث، ثم الثانية لعمرو؛ لأنه لا يمكن أن يُعْطَى الثالث والرابع، وكذا لو خرجت الأولى للثالث، والثانية لزيد، وإن خرجت الأولى لعمرو، والثانية أو الثالثة لزيد، فلعمرو الأول والثاني، ولزيد الثالث

والرابع والخامس، ويتعيّن السادس للثالث، وإن خرجت الأولى، لعمرو، والثانية للثالث، فلعمرو الأول والثاني، والثالث للثالث، ولزيد الثلاثة الأخيرة وإن خرجت الأولى للثالث، ثم الثانية لعمرو، ثم الثالثة لزيد، فللثالث الأول، ولعمرو الثاني والثالث، ولزيد الثلاثة الأخيرة، وضابط هذه الطريقة أن يُعطى مَنْ خرجت رقعةً باسمه قَدْرَ حقه، فيما فيها الأول، فالأول فإن تعدّر، فهما بعد الأول للأقرب فالأقرب، والغرض قد يَحْصُلُ بإخراج رقعةٍ واحدةٍ، وقد يحتاج إلى رقتين، وهو الأغلب كما تفصل وكما يجوز القسمة بالرقاع المدرجة في البنادق، ويجوز بالأفلام والعِصِيّ ونحوها، وإذا أثبت صورة القسمة، فمتى امتنع أحد الشركاء من نوع القسمة الذي نحن فيه، وهو قسمة المتشابهات، فيجبر عليها سواء كانت الأنصباء متساوية أو متفاوتة، ونقل القاضي ابن كج عن أبي الحسين، عن ابن أبي هريرة أنه لا إيجاب عند تفاوت الأنصباء، لأنه لا يمكن أن يدفع إلى صاحب السُدُسِ الجزء الثاني ولا الجزء الخامس ولا إلى صاحب الثالث والرابع وإنما يَحْصُلُ الإيجاب، إذا استوى الشركاء في احتمال أخذ كل واحدٍ من الأجزاء، والمذهب الأول.

وقوله في الكتاب «إن الإيجاب إنما يجري في قسمة الإفراز أراد بقسمة الإفراز هنا قسمة المتشابهات، وفي كونها إفرازاً أو بيعاً خلاف سيأتي من بعد، لكن صاحب الكتاب رأى الأصح أنها إفرازٌ على ما نص عليه في «كتاب الرهن» فسماها «قسمة الإفراز» لذلك.

وقوله: «ويبقى الانتفاع» أشار به إلى أن الإيجاب مشروط ببقاء المنفعة بعد القسمة، ليخرج الطاحونة والحمام الصغيرين على ما فصله آخراً.

وقوله: «أو كالكرباس والأرض» يعني: الأرض المتشابهة الأجزاء.

وقوله: «بحسب أقل الأجزاء» يعني أقل الأنصباء إذا كانت متفاوتة.

وقوله: «وتكتب أسامي الملاك» يمكن إعلامه بالواو، لما مرّ أن في طريقه يثبت الأجزاء في الرقاع، وكذا قوله «على ثلاث رقاع» لقول من قال: إنه يثبتها في ست رقاع، وكيفية إدراج الرقاع وإخراجها على الوجه المذكور لا يختص بقسمة المتشابهات، بل هي في قسمة التعديل، إذا عدلت الأجزاء بالقيمة كذلك وقوله في مسألة الطاحونة والحمام «لا يجبر» معلّم بالميم والواو.

وقوله: «فلا يجاب» معلم بالحاء والميم، والله أعلم.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: فَرَعٌ: إِذَا ادَّعَى غَلَطًا فِي قِسْمَةِ الْإِجْبَارِ لَمْ يُسْمَعْ عَلَى قِسَامِ الْقَاضِي دَعْوَاهُ وَلَا تَتَوَجَّهُ الِيمِينُ، لَكِنْ إِنْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ أُعِيدَتِ الْقِسْمَةُ، وَإِنْ كَانَ قِسْمَةُ التَّرَاضِي وَقَلْنَا: إِنَّهُ بِنِعْ وَجَرَى لَفْظُ مَلِكٍ فَلَا يَنْفَعُهُ الْغَلَطُ بَلْ هُوَ كَالْغَبْنِ لَا يُوجِبُ التَّقْضَ، وَفِيهِ

وَجَهْ آخَرَ أَنَّهُ يُنْقَضُ، وَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ إِفْرَازٌ فَتَوَجَّهَ الِیَمِیْنُ وَنُقِضَ عِنْدَ قِیَامِ الْبِیْنَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا قَسَمَ الْقَاضِي بِالْإِجْبَارِ، ثُمَّ ادَّعَى أَحَدَ الشَّرِیْکِیْنِ غَلَطًا أَوْ حَیْفًا، نَظَرَ؛ إِنْ لَمْ یَبِیْنْ مَا یَزَعُمُ بِهِ الْحَیْفَ أَوْ الْغَلَطَ، ثُمَّ یَلْتَفِتُ إِلَى قَوْلِهِ، وَإِنْ بَیَّنَهُ، لَمْ یُمْکِنْ مِنْ تَحْلِیْفِ الْقَسَامِ، کَمَا لَا یُحْلَفُ الْقَاضِي عَلَیْ أَنْهُ لَمْ یَظْلِمْ، وَالشَّاهِدُ عَلَیْ أَنْهُ لَمْ یَکْذِبْ، وَلَکِنْ إِذَا لَوْ أَقَامَ بَیْتَهُ، سَمِعَتْ وَنُقِضَتِ الْقِسْمَةُ، کَمَا لَوْ قَامَتِ الْبِیْنَةُ عَلَیْ ظَلْمِ الْقَاضِي، وَکَذْبِ الشُّهُودِ، وَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ وَغَیْرُهُ: وَطَرِيقُهُ أَنْ یَحْضُرَ قَاسِمَیْنِ حَادِقَیْنِ؛ لِیَنْظُرَا وَیَمْسَحَا؛ لِیَعْرِفَا الْحَالَ وَیَشْهَدَا، وَأَلْحَقَ أَبُو الْفَرَجِ السَّرْحَسِيُّ بِقِیَامِ الْبِیْنَةِ مَا إِذَا عَرَفَ أَنَّهُ یَسْتَحِقُّ أَلْفَ ذِرَاعٍ، وَمَسَحَ مَا أَخَذَهُ، فَإِذَا هُوَ تَسْعَمَائَةٌ وَلَوْ لَمْ تَقُمْ حِجَّةٌ، وَأَرَادَ تَحْلِیْفَ الشَّرِیْکِ، مُکِّنٌ مِنْهُ، فَإِنْ نَکَلَ، حَلَفَ الْمُدَّعِي، وَنُقِضَتِ الْقِسْمَةُ، وَلَوْ حَلَفَ بَعْضُ الشَّرِکَاءِ، وَنَکَلَ بَعْضُهُمْ، فَحَلَفَ الْمُدَّعِي، لَنَکُولُ بَعْضُهُمْ، قَالَ فِي «الْوَسِیْطِ» تَقْضَى الْقِسْمَةُ فِي حَقِّ النَّاکِلِیْنِ دُونَ الْحَافِلِیْنِ، وَلَا یَطَالِبُ الشَّرِیْکُ بِإِقَامَةِ الْبِیْنَةِ عَلَیْ أَنْ الْقِسْمَةَ الْجَارِیَةَ عَادِلَةٌ؛ اِکْتِفَاءً بِأَنَّ الظَّاهِرَ الصَّوَابُ، وَفِي كِتَابِ الْقَاضِي ابْنِ کَیْجٍ: أَنَّ أَبَا الْحُسَیْنِ ذَكَرَ أَنَّ ابْنَ أَبِي هَرِيرَةَ حَكَی قَوْلًا أَنَّ عَلَیَّ الشَّرِیْکَ الْبِیْنَةَ عَلَیْ أَنَّهَا عَادِلَةٌ، وَأَنَّ مُدَّعِي الْغَلَطِ لَا یَحْتَاجُ إِلَى الْبِیْنَةِ، وَأَنَّ أَبَا إِسْحَاقَ فَضَّلَ؛ فَقَالَ: إِنْ قَالَ مُدَّعِي الْغَلَطِ: إِنْ الْقَسَامَ الَّذِي قَسَمَ لَا یَحْسُنُ الْقِسْمَةَ وَلَا یَعْرِفُ الْمَسَاحَةَ وَالْحِسَابَ، فَالْأَصْلُ مَا یَقُولُهُ وَعَلَى صَاحِبِ الْبِیْنَةِ، وَإِنْ قَالَ: إِنَّهُ سَهَا، فَعَلِیْهِ الْبِیْنَةُ، وَلَوْ اعْتَرَفَ الْقَسَامَ بِالْغَلَطِ أَوْ الْحَیْفِ، فَإِنْ صَدَقَهُ الشَّرِکَاءُ، نُقِضَتِ الْقِسْمَةُ، وَإِلَّا، لَمْ یُنْقَضْ، وَعَلِیْهِ رُدُّ الْأَجْرَةِ، قَالَ فِي «التَّهْذِیْبِ»: وَهُوَ کَمَا لَوْ قَالَ الْقَاضِي: غَلَطْتُ فِي الْحُکْمِ أَوْ تَعَمَّدْتُ الْحَیْفَ، فَإِنْ صَدَقَهُ الْمَحْکُومُ لَهُ، اسْتَرَدَّ الْمَالَ، وَإِلَّا، لَمْ یَسْتَرُدَّ، عَلَی الْقَاضِي الْغَرَمَ، وَأَمَّا إِذَا جَرَتْ الْقِسْمَةُ بِالْتَرَاضِي، فَإِنْ نَصَبَا قَسَامًا أَوْ اقْتَسَمَا بَأَنْفُسِهِمَا، ثُمَّ ادَّعَى عَلَی أَحَدِهِمَا غَلَطًا، فَإِنْ لَمْ نَعْتَبِرِ الرِّضَا بَعْدَ خُرُوجِ الْقِرْعَةِ، فَالْحُکْمُ کَمَا إِذَا ادَّعَى الْغَلَطَ فِي قِسْمَةِ الْإِجْبَارِ، وَإِنْ اعْتَبَرْنَاهُ وَتَرَاضِيَا بَعْدَ خُرُوجِ الْقِرْعَةِ، فَفِي الْکِتَابِ أَنَّهُ مَبْنِيٌّ عَلَی أَنَّ الْقِسْمَةَ بَیْعٌ أَوْ إِفْرَازٌ حَقٌّ؟ إِنْ قُلْنَا: إِنَّهَا إِفْرَازٌ حَقٌّ فَالْإِفْرَازُ لَا یَتَحَقَّقُ مَعَ التَّفَاوُتِ، فَتَقْضَى الْقِسْمَةُ، إِنْ قَامَتِ عَلَی الْبِیْنَةِ، وَیَحْلَفُ الْخَصْمُ، إِنْ لَمْ تَقُمْ، وَإِنْ قُلْنَا: بَیْعٌ، فَوَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ الْجَوَابَ کَذَلِكَ؛ لِأَنَّهَا تَرَاضِيًا لِعَقْدِهِمَا أَنَّهَا قِسْمَةٌ عَدْلٍ.

وَأَظْهَرُهُمَا: أَنَّهُ لَا فَائِدَةَ لِهَذِهِ الدَّعْوَى، وَلَا أَثَرَ لِلْغَلَطِ وَإِنْ تَحَقَّقَ کَمَا لَا أَثَرَ لِلْعَيْنِ

فِي الْبَیْعِ وَالشَّرَاءِ، وَهَذَا مَا أَجَابَ بِهِ أَكْثَرُهُمْ؛ كَأَنَّهُمْ اقْتَصَرُوا عَلَی الْجَوَابِ الْأَرْجَحِ.

وقوله في الكتاب «وجرى لفظ ملك» ظاهره يشعر باعتبار لفظ البيع أو التمليك،

ويقرب منه عبارته في «الوسيط»: «لكنا إذا جعلنا القسمة بيعاً لا يشترط لفظ البيع

والتمليك» وذلك يرجع إلى ما حكينا من اعتبار الرضا بعد خروج القرعة، ويتبين ما لكل

واحد من الشريكين والله أعلم.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَلَوْ ظَهَرَ دَيْنٌ بَعْدَ قِسْمَةِ التَّرِكَةِ نُقِضَتْ إِلَّا إِذَا وَفُوا بِالذَّيْنِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ يَتَبَيَّنُ الْبُطْلَانَ بِكُلِّ حَالٍ، وَلَوْ اسْتَحَقَّ بَعْضُ الْمَالِ شَائِعاً أَنْتَقَضَ فِي الْمُسْتَحَقِّ دُونَ الْبَاقِي، وَقِيلَ يَنْتَقِضُ لِتَفْرِيقِ الصِّفَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا قَسَمْتَ التَّرِكَةَ بَيْنَ الْوَرِثَةِ، ثُمَّ ظَهَرَ دَيْنٌ، فَإِنْ جَعَلْنَا الْقِسْمَةَ إِفْرَازَ حَقٍّ فِيهَا صَحِيحَةً، ثُمَّ يَبِيعُ الْأَنْصِبَاءُ فِي الدَّيْنِ، وَإِنْ جَعَلْنَاهَا يَتَّعاً، فَقَدْ ذَكَرْنَا فِي «كِتَابِ الرَّهْنِ» وَجْهَيْنِ فِي بَيْعِ الْوَارِثِ التَّرِكَةَ قَبْلَ قِضَاءِ الدَّيْنِ، وَبَيَّنَّا أَنَّهُ لَوْ تَصَرَّفَ وَلَا دَيْنٌ ظَاهِراً، ثُمَّ ظَهَرَ دَيْنٌ، فَالْأَظْهَرُ صِحَّةُ التَّصَرُّفِ، فِيهِ الْقِسْمَةُ ذَلِكَ الْوَجْهَانِ، إِنْ رَجَّحْنَا الْبَيْعَ، فَالْقِسْمَةُ الْجَارِيَةُ صَحِيحَةٌ، فَإِنْ وَفُوا الدَّيْنِ، اسْتَمَرَّتْ، وَإِلَّا نُقِضَتْ، وَيَبِيعُ التَّرِكَةَ فِي الدَّيْنِ، وَإِنْ لَمْ تَصْحَحْ، فَالْقِسْمَةُ بَاطِلَةٌ، وَلَوْ جَرَتْ قِسْمَةٌ، ثُمَّ اسْتَحَقَّ بَعْضُ الْمَقُومِ، فَمَا أَنْ يُسْتَحَقَّ جِزَاءٌ شَائِعٌ أَوْ شَيْءٌ مَعْيْنٌ، إِنْ اسْتَحَقَّ جِزَاءً شَائِعاً كَالثَّلَاثِ، فَتَبْطُلُ الْقِسْمَةُ فِي الْمُسْتَحَقِّ، وَفِي الْبَاقِي طَرِيقَانِ، قَالَ ابْنُ أَبِي هُرَيْرَةَ: إِنَّهُ عَلَى الْخِلَافِ فِي تَفْرِيقِ الصِّفَةِ، فِي قَوْلٍ: يَبْطُلُ فِيهِ أَيْضاً، وَفِي قَوْلٍ: يَصْحَحُ، وَبَيَّنَّا الْخِيَارَ، وَهَذَا مَا أوردَهُ فِي الْكِتَابِ، وَبِهِ أَخَذَ أَكْثَرُهُمْ، وَقَالَ أَبُو إِسْحَاقَ: تَبْطُلُ الْقِسْمَةُ قَوْلًا وَاحِدًا، إِذِ الْمَقْصُودُ مِنَ الْقِسْمَةِ تَمْيِيزَ الْحَقُوقِ، وَإِذَا ظَهَرَ الْاسْتِحْقَاقُ كَانَ الْمُسْتَحَقُّ شَرِيكَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ فَلَا يَحْضُلُ التَّمْيِيزُ، وَأَيْضاً، فَقَدْ بَانَ أَنَّ الْمُسْتَحَقَّ شَرِيكَ وَانْفِرَادَ بَعْضِ الشَّرَكَاءِ بِالْقِسْمَةِ مَمْتَنِعٌ، وَبِهَذَا أَجَابَ الْقَاضِي الرَّوَّانِيُّ فِي «الْحَلِيَّةِ» وَإِنْ اسْتَحَقَّ شَيْءٌ مَعْيْنٌ، نَظَرَ، إِنْ اخْتَصَّ الْمُسْتَحَقُّ بِنَصِيبِ أَحَدِهِمَا أَوْ كَانَ الْمُسْتَحَقُّ مِنْ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا أَكْثَرَ، بَطَلَتِ الْقِسْمَةُ؛ لِأَنَّ مَا يَبْقَى لِكُلِّ وَاحِدٍ لَا يَكُونُ قَدْرَ حَقِّهِ بَلْ يَحْتَاجُ أَحَدَهُمَا إِلَى الرَّجُوعِ عَلَى الْآخَرِ وَتَعْمُودُ الْإِشَاعَةُ، وَإِنْ كَانَ الْمُسْتَحَقَّانِ مَتَمَاثِلَيْنِ، بَقِيََتِ الْقِسْمَةُ فِي الْبَاقِي وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ: أَنَّهَا تَبْطُلُ لِمَعْنَى التَّفْرِيقِ، وَلَوْ ظَهَرَتْ وَصِيَّةٌ بَعْدَ قِسْمَةِ التَّرِكَةِ، فَإِنَّ كَانَتْ مُرْسَلَةً، فَكَمَا لَوْ ظَهَرَ دَيْنٌ فِي التَّرِكَةِ، وَإِنْ كَانَ بِجِزَاءٍ شَائِعٍ أَوْ مَعْيْنٍ، فَعَلَى مَا ذَكَرْنَا، فِي الْاسْتِحْقَاقِ، وَاعْلَمْ أَنَّ ظُهُورَ الدَّيْنِ وَالْاسْتِحْقَاقَ لَا يَخْتَصُّ بِقِسْمَةِ الْمُتَشَابِهَاتِ وَكَذَلِكَ دَعْوَى الْغُلَطِّ عَلَى مَا تَبَيَّنَ فِي الْفَصْلِ السَّابِقِ، وَلَوْ أوردَ هَذِهِ الصُّورَةَ بَعْدَ عَدِّ أَنْوَاعِ الْقِسْمَةِ كُلِّهَا، لَكَانَ أَحْسَنَ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: أَمَّا قِسْمَةُ التَّعْدِيلِ: فَبِالْإِجْبَارِ عَلَيْهَا وَجْهَانِ وَهُوَ أَنْ يُخْلَفَ عَلَى ثَلَاثَةِ بَيْنِينَ ثَلَاثَةٌ أَعْبِيدُ مُتَسَاوِيَةِ الْقِيَمَةِ أَوْ عَبْدًا وَطَاحُونَةً وَحَمَامًا أَوْ أَقْمِشَةً يُمَكِّنُ تَعْدِيلُ سَهَامِهَا بِالْقِيَمَةِ، أَمَّا إِذَا خُلِفَ قِطْعَ أَرْضٍ يَقْبَلُ قِسْمَةَ الْإِفْرَازِ فَلَا يُجْبَرُ فِيهَا عَلَى قِسْمَةِ التَّعْدِيلِ أَصْلًا، وَلَوْ كَانَ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ عَرَصَةٌ وَالثُّلُثُ بِالْمَسَاحَةِ نَصْفٌ بِالْقِيَمَةِ لِقَرْنِهِ مِنَ الْمَاءِ فَيُجْبَرُ عَلَيْهِ وَلَا يُنْظَرُ إِلَى ذَلِكَ، وَالدَّارُ الْمُخْتَلِفَةُ الْأَبْنِيَّةِ مِنْ جَمَلَةٍ قِسْمَةَ التَّعْدِيلِ، وَاللَّبَنَاتُ الْمُخْتَلِفَةُ الْقَوَالِبِ كَذَلِكَ، فَإِنْ تَسَاوَتِ الْقَوَالِبُ فَيُجْبَرُ.



قَالَ الرَّافِعِيُّ: التَّوَعُّ الثَّانِي: قِسْمَةُ التَّعْدِيلِ وَالشَّيْءِ الَّذِي تُعَدَّلُ سَهَامُهُ بِالْقِيَمَةِ يَنْقَسِمُ إِلَى مَا يُعَدُّ شَيْئاً وَاحِداً وَإِلَى مَا يُعَدُّ شَيْئَيْنِ فَصَاعِداً.

الْقِسْمُ الْأَوَّلُ: مَا يُعَدُّ شَيْئاً وَاحِداً؛ كَالْأَرْضِ الَّتِي تَخْتَلَفُ قِيَمَةُ أَجْزَائِهَا؛ لِاخْتِلَافِهَا فِي مَدَةِ الْإِنْبَاتِ وَفِي الْقُرْبِ مِنَ الْمَاءِ وَالْبَعْدِ مِنْهُ أَوْ فِي أَنَّ بَعْضَهَا يُسْقَى مِنَ النَّهْرِ، وَبَعْضُهَا مِنَ النَّضْحِ؛ فَيَكُونُ ثَلَاثُهَا لِجُودَتِهِ بِالْقِيَمَةِ مِثْلُ ثَلَاثِهَا مِثْلاً فَيُجْعَلُ هَذَا سَهْماً وَهَذَا سَهْماً، إِنْ كَانَتْ بَيْنَهُمَا بِالسُّوِيَّةِ، فَإِنْ اخْتَلَفَتْ الْأَنْصَابُ، كَنْصَفٍ وَثُلُثٍ وَسُدُسٍ؛ فَيَجْعَلُ سِتَّةَ أَسْهُمٍ بِالْقِيَمَةِ دُونَ الْمَسَاحَةِ، وَإِذَا طَلَبَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ الْقِسْمَةَ، فَهَلْ يُجَابُ إِلَيْهِ، وَيُخْبِرُ الْمَمْتَنِعَ؟ فِيهِ قَوْلَانِ:

أَحَدُهُمَا: نَعَمْ؛ إِحْقَاقاً لِلتَّسَاوِي فِي الْقِيَمَةِ بِالتَّسَاوِي فِي الْأَجْزَاءِ.

وَالثَّانِي: لَا؛ لِاخْتِلَافِ الْأَغْرَاضِ وَالْمَنَافِعِ، وَإِذَا قَلْنَا بِالْإِجْبَارِ، فَأَجْرَةُ الْقِسْمِ تَوْزَعُ بِحَسَبِ الشَّرِكَةِ فِي الْأَصْلِ أَوْ بِحَسَبِ الْمَأْخُودِ قَلَّةً وَكَثْرَةً؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أَقْرِبُهُمَا الثَّانِي: لِأَنَّ الْعَمَلَ فِي الْكَثِيرِ أَكْثَرَ، وَأَعْلَمُ أَنَّ الْخِلَافَ فِي الْإِجْبَارِ كَمَا أَنَّهُ يَجْرِي فِيهَا إِذَا كَانَ اخْتِلَافُ الْأَجْزَاءِ لِاخْتِلَافِ الصِّفَاتِ يَجْرِي فِيهَا إِذَا كَانَ<sup>(١)</sup> الْاخْتِلَافُ لِاخْتِلَافِ، الْجِنْسِ؛ كَالْبِسْتَانِ الَّذِي بَعْضُهُ نَخِيلٌ، وَبَعْضُهُ كَرْمٌ، وَالذَّارُ الْمَبْنِي بَعْضُهَا بِالْأَجْرِ، وَبَعْضُهَا بِالْخَشْبِ وَالطِّينِ، فَإِنَّ صَاحِبَ «التَّهْذِيبِ» رَجَّحَ مِنَ الْقَوْلَيْنِ مَنَعَ الْإِجْبَارِ؛ لَكِنَّ أَصْحَابَنَا الْعِرَاقِيِّينَ وَغَيْرَهُمْ رَجَّحُوا الْإِجْبَارَ، وَلَوْ لَمْ يَقُلْ بِذَلِكَ؛ لِامْتِنَاعِ الْإِجْبَارِ فِي الْبُسْتَانِ الْمَشْتَمَلِ عَلَى الْأَشْجَارِ الْمُخْتَلِفَةِ، وَفِي الدَّارِ الْمَشْتَمَلَةِ عَلَى الْحَيْطَانِ وَالْأَجْدَاعِ وَالْأَبْوَابِ، وَهُوَ شَأْنُ الْبَسَاتِينِ وَالذُّورِ غَالِباً، وَيَنْجَرُّ ذَلِكَ إِلَى الْأَيُّثِ فِيهَا الشُّفْعَةُ؛ كَالطَّاحُونَةِ وَالْحَمَّامِ، وَمَعْلُومٌ بَعْدَهُ وَأَنَّهُ يَشْبَهُ أَنْ يَكُونَ الْخِلَافُ فِي الْإِجْبَارِ مَخْصُوصاً بِمَا إِذَا لَمْ يَمَكُنْ قِسْمَةُ الْجَيِّدِ وَخَدَهُ، وَقِسْمَةُ الرَّدِيءِ وَخَدَهُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنِ الْخِلَافُ مَخْصُوصاً بِهِ فَإِنَّ أَمَكْنَ أَنْ يُقَسَّمَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَخَدَهُ، فَلَا يُجْبَرُ عَلَى قِسْمَةِ التَّعْدِيلِ، كَمَا لَوْ كَانَا شَرِيكَيْنِ فِي أَرْضَيْنِ، يَمَكُنُ قِسْمَةَ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا بِالْأَجْزَاءِ لَا يَجْرِي الْإِجْبَارُ عَلَى التَّعْدِيلِ.

الْقِسْمُ الثَّانِي: مَا يُعَدُّ شَيْئَيْنِ فَصَاعِداً، وَلِتَكَلُّمِ فِي الْعَقَّارِ ثُمَّ فِي غَيْرِهِ.

أَمَّا الْعَقَّارُ، فَإِذَا اشْتَرَكَا فِي دَارَيْنِ<sup>(٢)</sup> أَوْ فِي حَانُوتَيْنِ مُتَسَاوِيَيْنِ، الْقِيَمَةَ، وَطَلَبَ أَحَدُهُمَا الْقِسْمَةَ بِأَنْ يَجْعَلَ لِهَذَا دَاراً، وَلِهَذَا دَاراً، لَمْ يُجْبَرِ صَاحِبُهُ، سِوَاءَ تَجَاوَزِ

(١) سقط من: أ.

(٢) يستثنى من الدارين ما إذا كانت الداران لهما بملك القرية المشتملة عليهما وشركتهما بالنصف وطلب أحدهما قسمة القرية واقتضت القسمة نصفين جعل كل دار نصيباً فإنه يجبر على ذلك.

الجانوتان والدار أو تباعدًا؛ لشدة اختلاف الأغراض باختلاف المحال والأبنية، فيلحقان بالجنسين المختلفين، وعن مالك: أنه يُجَبَّرُ عند المتجاوز، وعن أبي حنيفة: أنه يُجَبَّرُ، إن كان إحدى الدارين حجرةً للأخرى، وفي «الرقم» للعبادي وجه: أنه يُجَبَّرُ عن غير فزق بين التجاوز والتباعد، ولو كانت بينهما ذكائين صغارًا متلاصقةً، لا يَحْتَمِلُ أحدهما القسمة، ويقال لها العضايد، وطلب أحدهما أن يقسم هل يجبر الممتنع فيه وجهان: أحدهما: لا، كالذور، وكما لو كانت متفرقة.

وأصحُّهما: على ما ذكره القاضي الروياني وغيره: نعم، للحاجة، فينزل منزلة الجدار المشتمل على البيوت والمساكن، هكذا صور هذه الصورة أكثر ناقليها، وهو القديم، وصور صاحب «المهذب» فيما إذا أَحْتَمَلَتْ كُلُّ واحدةٍ منهما القسمة، وحكى وجهين فيما إذا طلب أحدهما قسمتها أعياناً، والآخر قسمة كل واحدة منهما، يُجَابُ الأول؛ إلحاقاً لها بالدار المشتملة على البيوت، والثاني؛ إلحاقاً لها بالذور، وأما الأقرحة<sup>(١)</sup>، إن كانت متفرقة، فهي كالذور، وإن كانت متجاوزةً، ففي «الشامل»، أن أبا إسحاق نزلها منزلة القراح الواحد المختلف الأجزاء وأن غيره قال: إنما يكون القراح الواحد، إذا اتحد المشرب والطريق، فإن تعذر، فهو كما لو تفرقت، وهذا أشبه بكلام الشافعي - رضي الله عنه -.

وأما غير العقار، فإذا اشتركا في عبيد أو دواب أو أشجار أو ثياب، فإما أن يكون من نوع واحد أو لا يكون.

الحالة الأولى: إذا كانت من نوع واحد، وأمكن التسوية بين الشريكين عدداً أو قيمة كعبدین متساوي القيمة بين اثنين، وكثلاث دواب متساوية القيمة بين ثلاثة فظاهر المذهب: أنه يُجَبَّرُ على صحة قسمتها أعياناً، ويكتفى بالتساوي في القيمة بخلاف الذور؛ لشدة اختلاف الأغراض فيها، وعن أبي علي بن خيران وابن أبي هريرة: أنها كالذور، وحكى ابن الصَّبَاغِ القطع في العبيد بجواز الإخبار، كما جزأ النبي ﷺ - العبيد الستة الذين أعتقهم الأنصاري - رضي الله عنه - في مرضه ثلاثة أجزاء<sup>(٢)</sup>، وخصَّ الخلاف بغير العبيد، وعن أبي حنيفة أنه لا إخبار في العبيد ولا في الخيل والإبل، وإن لم يمكن التسوية في العدد؛ كثلاثة أعبد من اثنين على السواء؛ أحدهم يساوي الآخر في القيمة، فإن قلنا بالإخبار عند إمكان التسوية، فهنا قولان: يُنظَرُ في أحدهما إلى

(١) القراح من الأرض: المخلّاة للزرع وليس عليها بناء. جمعها: أقرحة. ينظر: المعجم الوسيط ٢/٧٢٤.

(٢) رواه مسلم وسيأتي في العتق.

تعادل القيمة، وفي الثاني إلى اختلاف العَدَد وتفاوت الأغراض بذلك، وهذان القولان كالقولين في الأرض المختلفة الأجزاء؛ لإلحاقنا الأعيان المتماثلة بالأرض المتشابهة الأجزاء، فإن كانت الشركة لا ترتفع إلا عن بغض الأعيان؛ كعبدَيْن بَيْن اثْنَيْن، قيمة أحدهما مائة، وقيمة الآخر مائتان وطلب أحدهما القيمة؛ ليختص مَنْ خرجت له قرعة الخسيس بالخسيس<sup>(١)</sup>، ويكون له مع ذلك رُبُع النفيس، فهذا يترتب على الصورة السابقة، فإن قلنا: لا إجبار هناك فهنا أولى، وإن قلنا بالإجبار هناك فهنا وجهان أو قولان، والأصح المنع؛ لأن الشركة لا ترتفع بالكلية.

**الحالة الثانية:** إذا لم يكن الأعيان من نوع واحد بل كانت أنواعاً من جنس واحد؛ كالعبد التركي مع الهندي، وثوب الإبريسم مع الكتان أو كانت أجناساً مختلفة، كالعبد والثوب والحنطة والشعير والدابة والدار، فطلب أحدهما أن يقسم أنواعاً وأجناساً، فلا يجبر الآخر، وإنما يقسم كذلك، إذا تراضيا، ولو اختلفت الأنواع، وتعدّر التمييز، كالتمر الجيد مع الرديء، فلا قسمة إلا بالتراضي، هذا ما أورده الجمهور، وقطعوا به وأجزي أبو الفرج السرخسي عند اختلاف النوع الخلاف في الإجبار، وزاد الإمام وصاحب الكتاب فأجزيه عند اختلاف الجنس، والصحيح الأول.

ونعود الآن إلى ما يتعلق بلفظ الكتاب.

قوله: «وهي أن يحلف على ثلاث بين ثلاثة أعبد» لا يخفى أن هذا ليس تفسيراً لقسمة التعديل، وإنما هو مذكور على سبيل التمثيل.

وقوله: «أو عبداً» أو طاحونة وحماماً ينبغي أن يُعلم بالواو؛ لأنه عدّ هذه الصورة من قسمة التعديل مع اختلاف الجنس فيها، والمشهور خلافه، كما عرفت.

وقوله: «أما إذا خلف قطع أرض يقبل قسمة الإفراز فلا يجبر فيها على قسمة التعديل» يمكن إعلامه بالواو؛ لأن الفوراني أشار فيه إلى خلاف، وهو كما حكيناه عن رواية العبادي في الدارين.

وقوله: «وإن كان بين شريكين عرصة، والثلث بالمساحة تُصَف بالقيمة، لقربه من الماء؛ فيجبر، ولا يُنظر إلى ذلك» أراد به أنه يجبر على هذه القسمة<sup>(٢)</sup> ولا يُخرج على الخلاف السابق، وهكذا ذكره في «الوسيط» لكثته غير مسلم؛ بل المفهوم من كلام الأصحاب تصريحاً وتلويحاً، أن هذه الصورة من قسمة التعديل.

وقوله: «والدار المختلفة الأبنية» من جملة قسمة التعديل اختلاف الأبنية، إن كان

(١) في ز: الجنس بالجنسين.

(٢) سقط من: ز.

لاختلاف المبنى به، كالأجر مع اللبن، فلا كلام في أن قسمة من جملة قسمة التعديل، وإن كان لاختلاف هيئات البناء وأشكالها، وسعتها، وضيقها، فعن بعضهم أن الجواب كذلك، قال الإمام: إذا كان في شرفي الدار صفة وبيت، وكذلك في غزبها وتأتي بعض العرصة، فقد أشتمل كل حصة على مثل ما أشتملت عليه الأخرى، فيجوز أن يقال يجري الإخبار على مثل هذه القسمة، ولا يختلف الأمر باختلاف الجهة فاغتر تمائل الحصتين في الأبنية، ومنهم من قطع بالإخبار مع اختلاف أشكال الأبنية وهيئاتها، والقياس الأول.

وقوله: «واللبنات المختلفة القوالب كذلك» يعني أنه إذا اختلفت القوالب تختلف الأغراض، فيجزي الإخبار على القسمة، وفيه الخلاف، أما إذا تساوت، كانت كالمشابهات، فيجبر فيه على القسمة.

فزع: دار بين اثنتين، لها علو وسفل، فطلب أحدهما قسمتها علواً وسفلاً، أُجبر الآخر عند الإمكان، وإن طلب أحدهما أن يجعل العلو لواحد، والسفل لآخر، لم يجبر عليه، هكذا أطلقوه، ووجهه بأن العلو تابع، والسفل متبوع، فلا يجوز أن يجعل أحد النصيبين تابعاً، والآخر متبوعاً، وبأن العلو مع السفل كدائرته متلاصقتين؛ لأن كل واحد منهما يصلح أن يتخذ مسكناً، ويجوز أن يقال: «إن لم تكن القسمة سفلاً وعلواً، يجعل السفل لأحدهما، والعلو للآخر من جملة قسمة التعديل، وإن طلب أحدهما أن يقسم السفل بينهما، ويترك العلو على الإشاعة، لم يجبر الآخر عليه، لأنهما قد يقسمان العلو بعد ذلك، فيقع ما فوق نصيب هذا من السفل لذلك.

قال العزالي: أما قسمة الرد وهو أن يخلف عبدين قيمة أحدهما ألف وقيمة الآخر ستمائة فلو رد أخذ النفيس مائتين استوتوا ولا إخبار على هذا أصلاً، ولو أنفرد أحدهما بالخسيس وخمس النفيس لتزول الشركة عن أحد العبدان استوتوا ولكن الظاهر أنه لا يجبر عليه؛ لأن أصل الشركة قائم، وقيل: إنه كقسمة التعديل.

قال الرافعي: النوع الثالث قسمة الرد، وصورتها أن يكون في أحد جانبي الأرض بئر أو شجر أو في الدار بيت لا يمكن قسمته، فتضبط قيمة ما أختص به ذلك الجانب، فتقسم الأرض والدار على أنه يزود من يأخذ الجانب الذي فيه البئر، أو الشجر، أو البيت، تلك القيمة، وهذا لإجبار عليه؛ لأنه دخله ما لا شركة فيه، وكذلك لو كان بينهما عبدان بالسوية، وقيمة أحدهما ألف، وقيمة الآخر ستمائة واقتسما على أن يردهم أخذ النفيس مائتين، استوتوا، هذا هو المشهور، وفي «أمالي» أبي الفرج أن من أصحابنا من خرج قولاً مأخوذاً من الخلاف فيما إذا كان بينهما عبدان، قيمة أحدهما ألف، وقيمة

الآخر ستمائة، فطلب صاحب أحدهما القسمة، ليخلص الخسيس<sup>(١)</sup> لأحدهما، وهذه الصورة هي التي ذكرها صاحب الكتاب في الأثر، وقد أدرجناها في الفصل السابق، وحاصل ما فيها طريقان، كما في الكتاب:

أحدهما: القطع بأنه لا إجبار.

وثانيهما: أنه على الخلاف في قسمة التّعدّل، لكنّ إطلاق القول بالترجيح بعيد؛ لأنه لا ردّ في تلك الصّورة، ولا تصرف إلا في المشترك بخلاف ما نَحْنُ فيه، ولو لم يكن ردّ، ونزل ما فيه الفضل على الإشاعة، فالصورة كالصّورة، وكذلك قال بعض المتلقّين عن الإمام: لا يجري الإيجاب في قدر الردّ، والمثل في الباقي إلى المنع، فأشار إلى تخصيص الخلاف بما وراء قدر الردّ، وإذا حصل التراضي على قسمة الردّ، فيجوز أن يتفق على من يأخذ التّفيس، ويردّ ويجوز أن يحكما القزعة، ليردّ من خرج له التّفيس.

قال الغزالي: ثم قسمة المتشابهات بيع أو إفراز حقّ فيه قولان، والصّحيح أنّ قسمة التّعدّل بيع، وقيل قولان، ثمّ يجب الرضا حيث لا يجبر، ويكفي قوله: رضيت بعد خروج القرعة، والرضا قبله هل يكفي؟ فيه وجهان، ولا يكفي مجرد قوله رضيت ما لم يقل: رضيت بالقسمة أو قاسمت إن قلنا إنه بيع.

قال الرافعي: في الفصل قاعدتان:

أحدهما: قسمة المتشابهات إفراز حقّ أو بيع؟ فيه قولان:

أحدهما: وبه قال أحمد: أنها إفراز حقّ؛ لأنها لو كانت بيعاً، لما دخلها الإيجاب، وفي الإيجاب الاعتماد على القرعة، ومعنى قولنا: «إفراز» أن القسمة تبين أن ما خرج لكل واحد منهما هو الذي ملكه.

والثاني: أنها بيع؛ لأنه ما من جزء من المال إلا، وكان مشتركاً بينهما، فإذا اقتسما، فكأنه باع كل واحد منهما ما كان له في حصّة صاحبه في بما في حصّته، وما الأصح من القولين وما محلّهما.

أمّا الأصح، فقد ذكر صاحب «التهديب» وآخرون: أن الأصح كونها بيعاً، واعتذر عن دخول الإيجاب فيها بالحاجة الداعية إليه، وذلك لا يخرجها عن كونها بيعاً، كما أن الحاكم يبيع مال المذنبون قهراً وإجباراً، وذكر صاحب الكتاب في «باب الرهن»: أن

(١) في ز: الجنسين.

الأصح جعلها إفرازاً ويوافقه جواب الأصحاب في مسائل متفرقة تنفرع على القولين<sup>(١)</sup>، وذكر في «العدة» أن الفتوى عليه، وأما المحل، ففيه طريقتان:

أحدهما: أن القولين فيما إذا جرت هذه القسمة بالإيجاب، أما إذا جرت بالتراضي، فهي بيع لا محالة.

والثاني: أنهما مطردان، إن جرت بالتراضي أو بالإيجاب، وحكى الطريقتين صاحب «التهذيب».

وقال: الأصح الأول<sup>(٢)</sup>، واعلم أن القول بأن القسمة بيع لا يمكن إجراؤه على إطلاقه؛ لأن النصف الأيمن الذي يأخذه زيد كما أنه لم يكن كله لزيد، حتى يقال: القسمة إفراز، والنصف الأيسر لم يكن كله له، حتى يقال: إنه باعه من عمرو بل النصف الذي أخذه، كان نصفه له، ونصفه لصاحبه، فالقسمة إفراز، فيما كان له فيه، وبيع فيما كان لصاحبه، وأما قسمة التعديل، ففيها طريقتان:

أحدهما: طرد القولين، وهو قضية إيراد صاحب «المهذب» وأبي الحسن العبادي أيضاً.

والثاني: القطع بأنها بيع، وهو الأصح عند صاحب الكتاب، وحكى الصيدلاني

(١) قال النووي: أشار الرافعي في «المحرر» إلى اختيار الإفراز، فإنه قال فيه قولان ذكر أن الفتوى على الإفراز هذا كلامه، فالمختار ترجيح الإفراز. والله أعلم.

قال الشيخ البلقيني ما ذكره تبعاً لأصله عن تصحيح البغوي وهم فالبغوي لم يصحح هذا وإنما صحح الطريق الثاني فقال والصحيح أنه لا فرق بين أن يكون قسمتها بالتراضي أو بالجبر أنه على القولين، وقيل هما إذا اقتسما جبراً فإن كان بالتراضي فهو بيع قولاً واحداً على أن الذي ذكره المصنف تبعاً لأصله وإن وهم فيه فهو الراجح عندنا لأن القسمة التي يجبر عليها إذا جرت بالتراضي يعتبر فيها الرضى بعد خروج القرعة وذلك يقتضي الرضى بتملك شيء واحد وذلك في معنى البيع، انتهى.

وقال في القوت في محل القولين طريقتان:

أحدهما: أنهما فيما إذا جرت بالإيجاب، فإن جرت عن تراض فهي بيع لا محالة.

والثاني: طردهما في الحالين ووقع في الشرح الصغير والروضة وبعض نسخ الكبير أن البغوي قال إن الطريق الأول أصح، وفي بعض نسخ الكبير أنه قال الأصح الثاني وهو الصواب الموافق لما رأته في نسخ التهذيب ثم ساق لفظه ثم أطل في ذلك وفي الرافعي في باب الربا أنها بيع وكذلك في باب الزكاة.

(٢) قال الإسئوي: هذا غلط على البغوي فإنه صحح في تهذيبه الطريق الثاني لكنه انعكس على الرافعي.

قال الأذرعى: وفي بعض نسخ الرافعي الأصح الثاني وهو الصواب.

الطريقين عن القفال الثاني منهما حفظاً، والأول عن كتابه ويُشبه أن يكونا مبنيين على  
 قسمة التعديل، هل يُجَبَّرُ عليها، إن قلنا: نعم، ففيها القولان، وإن قلنا: لا، فهي بيعٌ،  
 وخصَّص في «الوسيط» الطريقين<sup>(١)</sup> بقولنا: إن قسمة التعديل يُجَبَّرُ عليها، وقال: إذا لم  
 نُقَلَّ بالإجبار، فهي بيع لا محالة، وأما قسمة الردِّ، فهي بيع على المشهور، وقيل: هي  
 بيعٌ في القدر الذي يقابل المردودَ، ويجيء فيما وراء الخلاف في قسمة التعديل.

التفريع: إن جعلنا القسمة بيعاً، فأقسما شيئاً من أموال الرِّبَا، وجب التقابض في  
 المجلس، ولم يجز قسمة المكييل بالوزن، والموزون، بالمكيل، ولم يجز قسمة الرُّطْبِ  
 والعنب وما أثرت فيه النَّازُ فيه بتعقيد الأجزاء، وإن جعلناها إفرأزاً، فالحكم بخلافه  
 ويجوز قسمة الجصِّ، والثورة بالكيل، والوزن، على القولين، ولا تُقسَّمُ الثمار على  
 رؤوس الأشجار بالخرص، إن جعلناها بيعاً كما لا تُباع خرصاً، وإن قلنا: إفرأز، فإن  
 كانت ثمرة غير النخل والكرم، جازت القسمة خرصاً، كما يجوز خرضها للفقراء، وإن  
 كانت بينهما، أرض مزروعة، فأراد قسمة الأرض وخذها، جاز، وإن طلبها أحدهما  
 أُجِبَرُ الآخر، ويجيء، على قولنا: إن القسمة بيعٌ، وجهٌ مذكورٌ في البيع، وإن أراد  
 قسمة الأرض وما فيها، لم يجز إن اشتد الحب أما إذا جعلناها إفرأزاً، وكذا لو كان  
 بذراً، لم ينبت بعد، وإن كان فصيلاً، فيجوز، لأنه معلومٌ مشاهدٌ، وإن أراد قسمة ما  
 فيها وخذها، فكذلك الحكم، إن لم يثبت بعد، ولو اشتد الحب، لم يجز، وإن كان  
 فصيلاً فيجوز وإن طلب أحدهما قسمة الأرض وما فيها أو قسمة ما فيها وخذها، وامتنع  
 الآخر، والحال حال جواز القسمة بالتراضي، فالذي ذكره الشيخ أبو حامد: أنه لا يُجَبَّرُ  
 الآخر، وعلى ذلك جرى صاحب «المهذب» و «التهديب» ولم يوجِّهوه بشيء يُقنِع.

ولو اقتسم الشريكان، ثم تقايلا، فإن جعلنا القسمة بيعاً، صحَّت الإقالة، وعاد  
 الشبوع، وإلا، فهي لاغية.

وقسمة الملك عن الوقف لا تجوز، إن جعلناها بيعاً وإن جعلناها إفرأزاً، فيجوز،  
 قال القاضي الروياني: وهو الاختيار<sup>(٢)</sup> وقسمة الوقف بين الموقوف عليهم، لا تجوز  
 على القولين لما فيها من تغيير شرط الواقف، وفيه وجه على قول الإفرأز؛ لأنه قد  
 يشرف على البوار، ويريد بعضهم العمارة، فيبقى عرض الواقف في المعمور، وهذا  
 الوجه حكاه القاضي ابن كج عن أبي الحسين وخذها، وخصَّصه بقولنا إن الملك في

(١) سقط من: ز.

(٢) قال النووي: هذا الذي اختاره الروياني هو المختار، وهذا إذا لم يكن فيها رد أو كان رد من أصحاب الوقف، فإن كان من صاحب الملك، لم يجز، لأنه يأخذ بإزائه جزءاً من الوقف ذكره صاحب المهذب وغيره.

الوقف للموقوف عليه ثم قال إن أنقض البطن الأول، وصار الوقف للثاني، أنتقضت القسمة.

القاعدة الثانية: قسمة الإجمار لا يُعتبر فيها الرضا، لا عند خروج القرعة ولا بعد خروجها، ولو تراضى الشركاء بقاسم يقيس بينهما، فهل يعتبر التراضي بعد خروج القرعة أم يكفي الرضا الأول؟ فيه قولان كالقولين فيما إذا حكما رجلاً، فحكم بينهما والذي يميل إليه كلام المعبرين: أنه يُعتبر، وذكروا أنه المنصوص، وبه أجاب الشيخ أبو حامد فيما إذا اقتسما، وفي قسمة الرد لا بد من الرضا بعد خروج القرعة كما في الابتداء، وعن الأصطخري وجه: أنه يلزم بخروج القرعة، وإذا اعتبرنا الرضا بعد خروج القرعة، فصيغته أن يقول: رضينا بهذه القسمة، أو بما أخرجته القرعة، أو بما جرى، ولا يُشترط لفظ البيع وإن جعلنا القسمة بيعاً، هذا هو الظاهر، وفيه وجهان آخران، بناء على أن القسمة بيع.

أحدهما: أنه لا بد من لفظ البيع أو التملك.

والثاني: أنه لا يكفي قولهما «رضينا بما جرى، أو بهذا» بل لا بد من أن يتلفظ بالقسمة، بأن يقول: «تقاسمنا أو رضينا بهذه القسمة» ليؤدي معنى التملك والتملك<sup>(١)</sup>، وهذا الثاني هو الذي أورده بقوله في الكتاب ولا يكفي مجرد قوله: «رضيت» ما لم يُقل: «رضيت بالقسمة» إلى آخره.

وقوله من قبل «ويكفي قوله: رضيت بعد خروج القرعة» هو الوجه الظاهر وبينهما مسألة متخللة، وقد يقتضي ظاهر نظم الكتاب الاكتفاء بالرضا بعد خروج القرعة، والاستغناء به عن الرضا قبله، وهذا الظاهر غير معمول به، بل حيث يجب الرضا، فلا بد منه في الابتداء، والخلاف في أنه، هل يعتبر في الانتهاء.

قال الغزالي: فزعان: الأول: القنأة والحمام وما لا يقبل القسمة تجري فيها المهايأة ولكن لا يجبر (و) عليها ولا تلزم بل له الرجوع، ولكن يرجع في الحال أم يضبر إلى أن يستوفي نوبته ثم يرجع فيه وجهان، فإن جوزنا حرم قيمة ما استوفاه، ولو تنازع الشركاء وأصرُوا تركناهم ولم تبع عليهم.

قال الرافعي: كما أن الأعيان تُقسّم، فالمنافع تُقسّم، وطريق قسمتها المهايأة مياومة أو مشاهرة، أو مسانهة، فإن كانت العين قابلة للقسمة، فلا إجمار فيها على المهايأة بها بحال، وكذا لو طلب أحدهما أن يزرع هذا بغض الأرض، وهذا بغضها أو



يسكن هذا بعض الدار، وهذا بعضها من غير أن تُقسَم الأرض، وامتنع الآخر فلا يُجَبَّر الممتنع عليه، وإن لم تكن العينُ قابلةً للقسمة كالقناة، والحمام، والعبد، والبهيمة، فإن اتفق الشريكان في منافعها على المهايأة، فذاك، وقد يتفقان على من البداية، وقد يتنازعان، فتَحْكُمُ القرعة، وإن طلبها أحدهما، وامتنع الآخر، فوجهان: أحدهما، ويحكى عن ابن سُرَيْج: أنه يجبر الممتنع كما في قسمة الأعيان، ولثلا يُعْطَلُ الشريك على الشريك المال بحاجاً، وعلى هذا، فالحكْمُ فيمن يبدأ به القرعة، ويجوز أن يكون الحكمُ في قذر النوبة كذلك.

**وأصحُّهُما:** وهو المذكور في الكتاب: أنه لا يُجَبَّر؛ لأن بالمهايأة، يُعَجَّلُ حقُّ أحدهما، ويتأخَّرُ حقُّ الآخر بخلاف قسمة الأعيان، وأيضاً فالاشتغال في الأصل يقتضي الاشتراك في المنفعة، وانفراد أحدهما بالمنفعة مع الاشتراك في الأصل، لا يكون إلا على سبيل المعاوضة، والمعاوضات بعيدة عن الإيجاب، وإذا رضينا بالمهايأة ثم رجع المبتدئ بالانتفاع قبل استيفاء نوبته، مكن، فإن مضت مدة لمثلها أجره، عرِّم نصف أجره المثل، وإن رجع بعد استيفاء نوبته، فوجهان، إن قلنا: لا إيجاب على المهايأة، فيمكن، ويُعَرِّمُ نصف الأجرة، وإن قلنا بالإيجاب، فلا يمكن ويستوفي الآخر نوبته، وإن استوفي الأول نوبته، وامتنع الآخر من أن ينتفع ويستوفي نوبته، فإن قلنا بالإيجاب، فهو مضيع حق نفسه، ولا أجره له، وإن قلنا: لا إيجاب، فله ذلك، ويأخذ من الأول نصف أجره المثل، وكذا لو انهدمت الدار أو مات العبد بعد نوبة الأول، فلآخر عليه نصف أجره المثل، وإذا لم نقل بالإيجاب وأصرنا على النزاع في المهايأة، فهل يبيع القاضي عليهما؛ قطعاً للنزاع؟ فيه وجهان:

**أصحُّهُما:** وهو المذكور في الكتاب: أنه لا يبيع؛ لأنهما كاملان مطلقاً التصرف، لا حق لغيرهما عليهما، وعلى هذا؛ فما الذي يفعل؟ ذكر في «الوسيط» أنه يتركهما إلى أن يضطربا، وهذا يشعر بأنه لا يؤجر عليهما والذي أورده القاضي ابن كج وصاحب «التهذيب»؛ أنه يؤخره ويوزع الأجرة عليهما ولو استأجر اثنان أرضاً، فطلب أحدهما المهايأة، وامتنع الآخر، وجب أن يعود الخلاف في الإيجاب، وإن أراد قسمتها، ففي فتاوى القاضي الحسين: أنها جائزة على قول ابن سُرَيْج، ثم إذا اقتسما، وحدث بنصيب أحدهما عيب، فله الفسخ، قال: وينبغي أن يقال لشريكه: الفسخ أيضاً، ولو طلب أحدهما هذه القسمة، وامتنع الآخر، هل يُجَبَّرُ، جعله على وجهين، وإذا جرت المهايأة في العبد المشترك بين المالكين أو في العبد الذي بغضه حر بينه وبين مالك الباقي، فالأكساب، العامة والمؤن العامة تدخل في المهايأة، وفي الأكساب النادرة كما يقبله بالهبة والوصية، والمؤن النادرة كأجرة الطيب والفضاد والحجام خلاف ذكرناه في غير موضع، والأظهر دخولها أيضاً، وينبغي أن يدخل في الكسوة إلى قدر النوبة حتى يبقى

على الاشتراك، إن جرت المهايأة مياومة، ولا يجوز المهايأة في الحيوان اللبون، ليحلب هذا يوماً، وهذا يوماً، وفي الشجر المثمرة ليكون ثمرها لهذا عاماً، ولهذا عاماً؛ لما فيها من الزيادة والثقصان<sup>(١)</sup>، وقوله في الكتاب «ولكن لا يُجبر عليها» إلى أن قال: «إلا أن يستوفي نوبته ثم يرجع فيه وجهان» يقتضي إثبات وجهين في الرجوع بعد استيفاء الثوبة مع الحكم بأنه لا إيجاب في الابتداء، وهو محتمل حملاً له على وفاء وتسوية بين الشريكين الأشهر الاقتصار، على بناء الوجهين، والله أعلم.

قال الغزالي: الثاني: لو تقدم جماعة وأتمسوا القسمة من القاضي ولا بينة لهم على الملك فالصحيح أنه يجب ويكتب أنه قسم بقولهم، وفيه قول أنه لا يجب (ح) بغير حجة.

قال الرافعي: جماعة في أيديهم دار أو أرض تقدموا إلى القاضي، فطلبوا قسمة بينهم، فإن أقاموا بينة على أنها ملكهم، أجابهم إلى القسمة، هذا هو المشهور والمنصوص، واعترض ابن سريج فقال: إنما تقام البينة، وتسمع على خصم، ولا خصم هنا، وأجاب ابن أبي هريرة بأن القسمة تتضمن الحكم لهم بالملك، وقد يكون لهم خصم غائب، فيسمع البينة؛ ليحكم لهم عليه، وإن لم يقيموا بينة، فطريقان: أظهرهما: أن المسألة على قولين:

أحدهما: أنه لا يجيبهم إلى القسمة؛ لأنها قد تكون في أيديهم بإجارة وإعارة، فإذا قسمها بينهم، لم يؤمن أن يدعوا ملكها محتجين بقسمة القاضي<sup>(٢)</sup>.

والثاني: يجيبهم، وبه قال أحمد اكتفاء بدلالة اليد على الملك، لكن يكتب في الذكر، ويشهد أنه، إنما قسم بقولهم: لثلا يتمسكوا بقسمته.

الطريق الثاني: وبه قال أبو الطيب بن سلمة: القطع بالقول الأول، وإذا أثبتنا القولين، فما أظهر منهما، ذكر الإمام وصاحب الكتاب أن الثاني أصح، وإليه ميل ابن

(١) قال النووي: طريقها والحالة هذه أن يبيع كل واحد نصيبه لصاحبه مدة.

(٢) قال البلقيني: وخرج من هذا أن القاضي لا يحكم بالموجب بمجرد اعتراف العاقدين بالبيع ولا بمجرد إقامة البينة عليهما بما صدر منهما لأن المعنى الذي قيل هنا يأتي هناك، والأوجه خلاف ما قاله لأن معنى الحكم بالموجب أنه إن ثبت الملك صح، فكأنه حكم بصحة الصيغة، واعترض ابن سريج على إجابة القاضي لهم إذا أثبتوا عنده الملك بأن البينة إنما تقام وتسمع على خصم ولا خصم هنا. وأجاب ابن أبي هريرة بأن القسمة تتضمن الحكم لهم بالملك وقد يكون لهم خصم غائب فيسمع البينة ليحكم لهم عليه.  
قال ابن الرفعة وفي الجواب نظر.

الصَّبَاغ، وقال الشيخ أبو حامد وطبقته: الأصحُّ الأول، ويدل عليه أن الشافعي - رضي الله عنه - لما ذكر القول الثاني، قال: «ولا يعجبني هذا القول»<sup>(١)</sup> وهذا في العقار، ولو تراءفوا في منقول في أيديهم، حكى القاضي ابن كج في طريقتين:

أظهرهما: أنه كالعقار.

والثاني: القطع بأنه يقسم، وإن لم تكن بينة؛ لأنَّ العَقَار يتأبَّد ضرره، فيكون أجدر بالاحتياط، ولذلك خصَّ بإثبات الشُّفْعَة فيه وإذا قلنا: لا بدُّ من البينة، فلا فَرْقَ بين رجلين ورجلٍ وامرأتين، قال القاضي ابن كج: ولا يكفي شاهدٌ ويمينٌ؛ لأنَّ اليمين إنما شرع؛ حيث يكون هناك خضْمٌ يردُّ عليه، لو فرض نكول، وعن ابن أبي هريرة: أنه يكفي<sup>(٢)</sup>، وقال أبو حنيفة: يجب إلى القسمة بقولهم، في غير العقار، وفي العقار، لا

(١) قال النووي: المذهب أنه لا يجيبهم. والله أعلم.

قال في القوت: قيل قضية كلام الإمام أن الخلاف في الجواز وعبارة الأكثرين هل يجيبهم أم لا ولم يبينوا هل يمتنع الإجابة أو أن ذلك يفوض إلى رأي الحاكم، وقال ابن الرفعة في الكفاية: اعلم أن الخلاف في جواز إقدام القاضي على القسمة أما وجوبها عليه فلا خلاف في عدمه كما قال القاضي الحسين والفوراني وصاحب البحر وعكس الإمام فقال: وليس ينقدح عندي الامتناع عن القسمة بوجه نعم يجوز القطع بجوازها، وأما وجوبها ولم يثبت عند القاضي الملك ففيه تردد من جهة أن الوجوب يستدعي موجباً فأما الجواز فيكفي فيه ظاهر الحال ولذلك قال في البسيط ولا يتجه خلاف في جواز الإجابة بل يجب القطع بجوازها، فإن اتجه ففي الوجوب من حيث إن الإيجاب عليه من غير تثبيت فيه نظر، فأما الجواز بناءً على الظاهر مع تقييد المكتوب بالاعتماد على قولهم لا يبين لمنعه وجه، وقال في الذخائر: إن لم يثبتوا الملك لم يجب عليه إجابتهم قولاً واحداً، وهل يجوز إجابتهم فيه طريقان ولم يخرج على كلام البسيط مع أنه عمدته غالباً وعبارة البغوي «فهل له أن يقسم بينهم» فيه قولان والمشهور ذكر الخلاف في الجواز لا في الوجوب، انتهى.

وقال في الخادم بعد نقله ذلك وقال الجاجرمي في الإيضاح الأصح أن له القسمة بينهم لكن لا يجب عليه إجابتهم على الأصح ما لم يقيموا بينة فأثبت الخلاف في الحالين.

وقال في الخادم أيضاً وللقولين شروط:

منها: أن لا يكون ثم منازع في الملك، فإن كان فليس له القسمة بلا بينة قطعاً لأنها إثبات لملكهم، قاله الماوردي. قال: وكذا لو ادعى كل أنه المالك.

ومنها: أن لا يعلم أنها بينهم، فإن علم كان له ذلك قطعاً بناءً على القضاء بالعلم أشار إليه الدارمي في الاستذكار.

(٢) وقال - أعني صاحب القوت -: وهو المختار ثم نقل عن الدارمي أنه قال وعنده يسمع شهادة دون

يمينه يعني قول شاهد واحد دون يمينه، وكان وجهه أن القاضي يستأنس به في جواز الإقدام على القسمة وتضعف معه التهمة وكونه ملكاً للغير وإن لم يثبت بالشاهد الواحد ملك وهذا قبول خبر لا شهادة محضه وله نظائر تأتي إن شاء الله تعالى. انتهى.

يُجيب، إن نسبوه إلى إزث، ويجوز أن يُعَلِّمَ قوله في الكتاب «وَيَكْتُبُ» أنه قُسِّمَ بقولهم بالواو؛ لأن في «أمالي» أبي الفرج السرخسيّ وجهاً أنه لا يحتاج إلى هذا التقييد، وتغبيره عن هذا الخلاف في المسألة بالوجه خلاف المشهور، ولو طلب بعضهم القسمة، وامتنع الآخرون، لكنهم جميعاً متفقون على الملك، فهل يقسم القاضي فيه هذا الخلاف.

ونختم الباب بمسائل نثرها.

إن كانت القسمة بالإيجاب، والقاسم على ولايته، فقوله: «قسمت» مقبول كقول الحاكم، وهو على ولايته، وإن لم يكن كذلك، لم يُقْبَلْ قوله: «وهل يُسْمَعُ شهادته لأحد الشريكين؟» فيه وجهان كشهادة القاضي بعد العزل، الأصح أنها لا تسمع، وقال الإصطخري: تُسْمَعُ إلا أن يطلب أجره، وعند أبي حنيفة شهادته مسموعة.

ولو جرت قسمة، ثم تنازع الشريكان في يتي أو قطعة من أرض، وقال كل واحد منهما: هذا نصيبي، ولا بينة، تحالفا، وتُقَضَّتْ القسمة، قال الشيخ أبو حامد: فإن أختص أحدهما باليد، فما تنازعا فيه، فهو المصدّق بيمينه، ولو أطلع أحدهما على عيب بما صار إليه، فله فسخ القسمة، والديون المشتركة في ذمم الناس، أطلق مُطْلَقُونَ أنه يمتنع قسمتها؛ منهم صاحب «العدة» وفصل أبو الفرج السرخسي، وقال: إن أذن أحد الشريكين للآخر في قبض ما على زيد على أن يخلص له، فهل يخلص، إذا قبض فيه قولان:

أصحهما: المنع: لما فيه من مقابلة ما للقابض بما في ذمة الآخر بما لشريكه فيما قبض من زيد وبيع الدين من غير ما عليه باطل، وإن تراضيا على أن يكون ما في ذمة زيد لهذا وما في ذمة عمرو لهذا، فطريقان:

أحدهما: أنه على هذين القولين.

وأصحهما: القطع بالمنع؛ لأن القسمة، إن كانت بيعاً، فهذا بيع ذين في ذمة بدين في ذمة أخرى، وإن كانت إفرازاً إفرازاً ما في الذمة ممتنع لعدم قبضه ولا يدخل الإيجاب في قسمة الديون بحال، والقول في قسمة الجدار وعرضته قد مرّ في «كتاب الصلح» فلا حاجة إلى إعادته هنا.

تم الجزء الثاني عشر، ويليه الجزء الثالث عشر

وأوله: «كتاب الشهادات»

## الفهرس

### كتاب الصيد والذبائح

	للذبح أربعة أركان وهي:
٣.....	الركن الأول: الذبائح
٨.....	الركن الثاني: الذبيح
	الثالث: الآلة وهي ثلاثة أقسام
١٤.....	الأول: جوارح الأسلحة
١٥.....	الثاني: المثقلات
١٨.....	الثالث: جوارح الحيوان
٢٤.....	الركن الرابع: نفس الذبيح والاصطياد
٣٧.....	أسباب الملك وهو فصلان:
٣٧.....	الفصل الأول: في الانفراد
٣٧.....	القول في بيان ما يملك به الصيد
٤٥.....	الفصل الثاني: في الاشتراك

### كتاب الضحايا

	للتضحية أحكام وأركان أولها الأركان وهي أربعة:
٥٩.....	الركن الأول: الذبيح
٧٣.....	الركن الثاني: الوقت
٧٦.....	الركن الثالث: الذبائح
٧٩.....	الركن الرابع: الذبيح
٩١.....	أحكام الضحايا
٩١.....	الحكم الأول: يتعلق بتلفها وإتلافها
٩٨.....	الحكم الثاني: التعيب

الحكم الثالث: في الأكل ..... ١٠٥

### كتاب الأطعمة

- ١٢٣..... الفصل الأول: في حال الاختيار ..... وهو عشرة أصول:
- الأول: ما نص الكتاب على تحريمه كالخنزير والخمر وغيرهما ..... ١٢٣
- الثاني: في معنى الخمر ..... ١٢٧
- الثالث: يحرم كلُّ ذي ناب من السباع ..... ١٢٧
- الرابع: ما أمر بقتله كالقواسق الخمس ..... ١٣٥
- الخامس: ما نهى عن قتله ..... ١٣٦
- السادس: ما استخبثته العرب فحرام ..... ١٤٣
- السابع: ما لا نص في تحريمه ..... ١٤٨
- الثامن: الحلال إذا خالطته نجاسة ..... ١٥٠
- التاسع: ما حكم بحله ..... ١٥٣
- العاشر: ما اكتسب بمخامرة نجاسة ..... ١٥٥
- الفصل الثاني: في حال الاضطرار ..... ١٥٨

### كتاب السبق والرمي

- الباب الأول: في السبق ..... ١٧٢
- وشروطه ستة وهي:
- الأول: أن يعقد على عده القتال ..... ١٧٢
- الثاني: الإعلام ..... ١٧٨
- الثالث: إذا كانوا جماعة ..... ١٧٩
- الرابع: أن يكون فيهم محلل ..... ١٨١
- الخامس: أن يكون سبق كل واحد ممكناً ..... ١٨٥
- السادس: تعيين الفرسين وإحضارهما ..... ١٨٧
- الباب الثاني: في الرمي ..... ١٩٤
- وشروطه ستة وهي:
- الأول: المحلل ..... ١٩٤
- الثاني: اتحاد الجنس وتعيينه ..... ١٩٥
- الثالث: أن تكون الإصابة المشروطة ممكنة ..... ١٩٧
- الرابع: يجب إعلام مقدار المال وعدد الإصابة ..... ١٩٨

- ٢٠٤ ..... الخامس: أن يرد العقد على رماة معينين  
 ٢٠٨ ..... السادس: تعيين الموقف شرط مع التساوي  
 ٢٠٩ ..... حكم العقد

### كتاب الأيمان

- ٢٢٧ ..... الباب الأول: في نفس اليمين  
 ٢٥٣ ..... الباب الثاني: في الكفارة  
 ٢٨١ ..... الباب الثالث: فيما يقع به الحنث  
 موجب الألفاظ وهي أنواع:  
 ٢٨١ ..... النوع الأول: ما يتعلق بدخول الدار  
 ٢٨٩ ..... - النوع الثاني: ألفاظ الأكل والشرب  
 ٣٠٥ ..... النوع الثالث: في العقود  
 ٣١٤ ..... النوع الرابع: في الإضافات والصفات  
 ٣٢٧ ..... النوع الخامس: في الكلام  
 ٣٣١ ..... النوع السادس: في تأخير الحنث وتقديمه  
 ٣٣٦ ..... النوع السابع: في الخصومات

### كتاب النذور

- ٣٥٥ ..... النظر في الأركان والأحكام  
 والأركان ثلاثة هي:  
 ٣٥٥ ..... الركن الأول: الملتزم  
 ٣٥٥ ..... الركن الثاني: اللفظ  
 ٣٥٥ ..... الركن الثالث: الملتزم  
 ٣٦٤ ..... النظر الثاني في أحكام النذر  
 أنواع أحكام النذر وهي:  
 ٣٦٥ ..... النوع الأول: الصوم  
 ٣٨٠ ..... النوع الثاني: الحج  
 ٣٨٧ ..... النوع الثالث: إتيان المساجد  
 ٣٩٥ ..... النوع الرابع: في الضحايا والهدايا

## كتاب أدب القضاة

- ٤٠٥..... الباب الأول: في التولية والعزل
- ٤٠٥..... الفصل الأول: التولية
- ٤٤٠..... الفصل الثاني: في العزل وفيه مسائل
- ٤٤٠..... المسألة الأولى: في عزل القاضي
- ٤٤١..... المسألة الثانية: جواز العزل عند ظهور حلل
- ٤٤٤..... المسألة الثالثة: لا يقبل إقرار حكم بعد العزل
- ٤٤٩..... الباب الثاني: في جامع آداب القضاة
- ٤٤٩..... الفصل الأول: في آداب متفرقة
- وهي عشرة آداب:
- ٤٤٩..... الأدب الأول: أن يشيع الولاية قبل قدمه
- الأدب الثاني: إذا أراد القاضي الخروج إلى بلد قضائه، يسأل عن حال من
- فيه من العلماء والعدول
- ٤٥١.....
- ٤٥٥..... الأدب الثالث: تروي القاضي في ترتيب الكاتب والمزكي والمترجم
- ٤٥٩..... الأدب الرابع: أن يتخذ للقضاء مجلساً رفيعاً فسيحاً
- ٤٦١..... الأدب الخامس: لا يقضي في حال غضب
- ٤٦٤..... الأدب السادس: أن يخرج بعد اجتماع الفقهاء فيشاورهم لتتفي التهمة
- ٤٦٥..... الأدب السابع: يكره للقاضي تولي البيع والشراء بنفسه
- ٤٦٩..... الأدب الثامن: ألا يعزر من أساء أدبه في مجلسه إلا بعد الزجر والإصرار
- ٤٧٠..... الأدب التاسع: لا يقضي لولده ولا على عدوه
- ٤٧٣..... الأدب العاشر: كراهية نقض قضاء نفسه وقضاء غيره إلا لضرورة
- ٤٨٦..... الفصل الثاني: في مستند قضائه
- ٤٩٣..... الفصل الثالث: في التسوية
- ٥٠٠..... الفصل الرابع: في التزكية
- ٥١٠..... الباب الثالث: في القضاء على الغائب
- ٥١٠..... الركن الأول: الدعوى
- ٥١٢..... الركن الثاني: المدعي
- ٥١٥..... الركن الثالث: إنهاء الحكم إلى القاضي الآخر
- ٥٢٦..... الركن الرابع: المحكوم به
- ٥٣٣..... الركن الخامس: المحكوم عليه
- ٥٤١..... الباب الرابع: في القسمة



# العقود

شرح الوجيز  
المعروف بالشرح الكبير

تأليف

الإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الراعي الفزويني الشافعي

المؤلف سنة ٦٢٣ هـ

تحقيق وتعليق

إشيخ علي محمد معوض شيخ عادل أحمد عبد الموجود

الجزء الثالث عشر

يحتوي على الكتب التالية:

الشهادات - الرعاوى والبيّنات - العتق - التبرير  
الكتابة - عتق أمّتهات الأولاد

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

## جميع الحقوق محفوظة

جميع حقوق الملكية الادبية والفنية محفوظة لدار الكتب العلمية بيروت - لبنان ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تنضيد الكتاب كاملاً أو مجزأً أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو برمجته على اسطوانات ضوئية إلا بموافقة الناشر خطياً.

Copyright ©  
All rights reserved

Exclusive rights by DAR al-KOTOB al-ILMIYAH Beirut - Lebanon. No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

الطبعة الأولى  
١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م

دار الكتب العلمية  
بيروت - لبنان

العنوان : رمل الزريف، شارع البحتري، بناية ملكارت  
تلفون وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦١١٢٥ - ٦٠٢١٢٣ (٩٦١ ١) ٠٠  
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH

Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif, Bohtory st., Melkart bldg., 1st Floore.  
Tel. & Fax : 00 (961 1) 60.21.33 - 36.61.35 - 36.43.98  
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

### كِتَابُ الشَّهَادَاتِ، وَفِيهِ أَبْوَابُ سِتَّةَ

#### الْبَابُ الْأَوَّلُ فِيمَا يُفِيدُ أَهْلِيَّةَ الشَّهَادَةِ

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَهِيَ التَّكْلِيفُ وَالْحُرِّيَّةُ وَالْإِسْلَامُ، وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ كَافِرٍ أَضْلًا، وَلَا عَلَى كَافِرٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: تَعَرَّضُ الْكِتَابُ وَالسَّنَّةُ لِلشَّهَادَةِ<sup>(١)</sup> وَأَحْكَامِهِ مُسْتَفِيضٌ وَاضِحٌ؛ كَقَوْلِهِ

(١) الشَّهَادَاتُ: جَمْعُ شَهَادَةٍ: وَتَجْمَعُ بِاعْتِبَارِ أَنْوَاعِهَا، وَإِنْ كَانَتْ فِي الْأَصْلِ مُصَدَّرًا تَعْرِيفَ الشَّهَادَةِ: لِلشَّهَادَةِ فِي اللُّغَةِ مَعَانٍ:

مِنْهَا: الْإِخْبَارُ بِالشَّيْءِ خَيْرًا قَاطِعًا، تَقُولُ: شَهِدَ فُلَانٌ عَلَى كَذَا، أَيْ أَخْبَرَ بِهِ خَيْرًا قَاطِعًا.

بِهَا وَمِنْهَا: الْحَضُورُ تَقُولُ شَهِدَ الْمَجْلِسُ أَيْ حَضَرَ قَالَ تَعَالَى: ﴿فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾ وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «الْغَيْمَةُ لِمَنْ شَهِدَ الْوَقْعَةَ» أَيْ: حَضَرَهَا.

بِهَا وَمِنْهَا: الْإِطْلَاعُ عَلَى الشَّيْءِ، وَمَعَانِيَّتُهُ تَقُولُ: شَهِدْتُ كَذَا، أَيْ: اطَّلَعْتُ عَلَيْهِ، وَعَايِنْتُهُ.

بِهَا وَمِنْهَا: إِدْرَاكُ الشَّيْءِ تَقُولُ: شَهِدْتُ الْجُمُعَةَ. أَيْ أَدْرَكْتُهَا.

بِهَا وَمِنْهَا: الْحَلْفُ تَقُولُ: أَشْهَدُ بِاللَّهِ لَقَدْ كَانَ كَذَا، أَيْ: حَلَفْتُ.

بِهَا وَمِنْهَا: الْعِلْمُ، قَالَ تَعَالَى: ﴿وَاللَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدٌ﴾ أَيْ عَلِيمٌ، وَالْفِعْلُ مِنْ بَابِ عِلْمٍ، وَقَدْ تَسَكَّنَ هَاؤُهُ فَتَقُولُ: شَهِدَ فُلَانٌ شَهَادَةً، وَجَمْعُ الشَّاهِدِ بِشَهِدٍ وَشُهُودٌ وَأَشْهَادٌ، وَالْمَشَاهِدَةُ: الْمَعَايِنَةُ.

وَفِي عَرَفَ أَهْلَ الشَّرْعِ: - إِخْبَارٌ صَدَقَ لِإثْبَاتِ حَقِّ بَلْفِظِ الشَّهَادَةِ فِي مَجْلِسِ الْقَضَاءِ، وَلَوْ بِلَا دَعْوَى، فَالْإِخْبَارُ كَالْجَنْسِ يَشْمَلُ الشَّهَادَةَ وَغَيْرَهَا مِنَ الْأَخْبَارِ وَقَوْلُنَا: صَدَقَ فَصَلَّ يَخْرُجُ الْأَخْبَارُ الْكَاذِبَةُ، فَإِطْلَاقُ الشَّهَادَةِ عَلَى الزُّورِ مَجَازٌ مِنْ حَيْثُ الْمَشَابَهَةُ الصُّورِيَّةُ، كِإِطْلَاقِ الْيَمِينِ عَلَى الْغُمُوسِ، فَإِنَّ حَقِيقَةَ الْيَمِينِ عَقْدُ يَتَقَوَّى بِهِ عِزْمُ الْحَافِلِ عَلَى الْفِعْلِ أَوْ التَّرِكِ فِي الْمُسْتَقْبَلِ. وَالْغُمُوسُ: الْحَلْفُ بِهَا كَذِبًا عَمْدًا، وَقَوْلُنَا: لِإثْبَاتِ حَقِّ يَخْرُجُ قَوْلُ الْقَائِلِ فِي مَجْلِسِ الْقَضَاءِ أَشْهَدُ بِكَذَا لِبَعْضِ الْعَرَفِيَّاتِ، وَنَحْوُ أَشْهَدُ بَأَنَّ النَّارَ مَحْرَقَةٌ، أَوْ السَّرَاجُ مُضِيءٌ، وَأَمْثَالُ ذَلِكَ مِمَّا لَمْ يَقْصِدْ بِهِ إِثْبَاتَ حَقِّ.

وَقَوْلُنَا: بَلْفِظِ الشَّهَادَةِ: يَخْرُجُ الْإِخْبَارُ بَلْفِظَ آخَرَ غَيْرَ هَذَا اللَّفْظِ كَالْعِلْمِ وَالْيَقِينِ فَيَتِمُّ لَفْظُ أَشْهَدُ الْمَتَضَمِّنِ مَعْنَى الْمَشَاهِدَةِ، وَالْقَسَمِ، وَالْإِخْبَارِ فِي الْحَالِ، فَكَانَ الشَّاهِدُ قَالَ: أَقْسَمُ بِاللَّهِ لَقَدْ اطَّلَعْتُ عَلَى ذَلِكَ، وَأَنَا أَخْبِرُ بِهِ، وَهَذِهِ الْمَعَانِي مَفْقُودَةٌ فِي غَيْرِهِ مِنَ الْأَلْفَاظِ فَلِهَذَا اقْتَصَرَ عَلَيْهِ، وَلَا يَخْلُو مِنْ مَعْنَى التَّعْبُدِ.

تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ﴾ [البقرة: ٢٨٣] وقوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وكما زوي أنه - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - سُئِلَ عَنِ الشَّهَادَةِ، فَقَالَ لِلسَّائِلِ: تَرَى الشَّمْسَ، قَالَ: نَعَمْ، فَقَالَ: «عَلَى مِثْلِهَا فَاشْهَدْ أَوْ فَدَعْ»<sup>(١)</sup> وأنه - ﷺ - قال: «أَكْرَمُوا الشُّهُودَ»<sup>(٢)</sup>، وأنه - ﷺ - قال لِيَغْضِ الْمُدْعَيْنَ: لَيْسَ لَكَ إِلا شَاهِدَاكَ أَوْ يَمِينُهُ وَلَا يَخْفَى أَنَّهُ لَا تَقْبَلُ شَهَادَةَ كُلِّ مَنْ شَهِدَ، وَأَنَّهُ لَيْسَ لِلشَّاهِدِ أَنْ يَجَازِفَ وَيَشْهَدَ بِمَا شَاءَ، بَلْ لَا يَدْءُ فِي الشَّاهِدِ مِنْ صِفَاتٍ، وَالشَّاهِدُ مَنْ عَلِمَ مَا يَشْهَدُ بِهِ، وَالصِّفَاتُ الْمَعْتَبَرَةُ فِي الشَّاهِدِ تَنْقَسِمُ إِلَى مَعْتَبَرَةٍ فِي الْعُمُومِ، كَالْحَرِّيَّةِ، وَإِلَى مَعْتَبَرَةٍ فِي بَعْضِ الْأُمُورِ؛ كَالذِّكُورَةِ، وَإِذَا شَهِدَ وَاحِدٌ، فَمِنْ اجْتِمَعَتْ فِيهِ الصِّفَاتُ الْمَعْتَبَرَةُ، فَقَدْ يَحْكُمُ بِقَوْلِهِ، وَقَدْ يُخْتِاجُ إِلَى ضَمِيمَةٍ أُخْرَى، وَهُوَ الْأَغْلَبُ، وَتِلْكَ الضَّمِيمَةُ، إِمَّا قَوْلُ شَاهِدٍ حُرٍّ أَوْ أَكْثَرٍ، وَإِمَّا يَمِينُ الْمُدْعِي، ثُمَّ الشَّاهِدُ قَدْ يَشْهَدُ الْوَاقِعَةَ نَفْسَهَا، وَقَدْ يَشْهَدُ بِشَهَادَةٍ مِنْ شَهِدَ بِهَا وَعَلَى التَّقْدِيرَيْنِ، فِيمَا أَنْ يَسْتَمِرَّ عَلَى مَا يَشْهَدُ بِهِ أَوْ يَزْجِعَ عَنْهُ، فَقِيدَ الْمَصْنِفُ لِبَيَانِ هَذِهِ الْفُصُولِ سِتَّةَ أَبْوَابٍ:

أحدها: في الصفات المعتبرة في الشاهد على العموم.

وثانيها: في الذكورة المعتبرة على الخصوص، وفي العدد المرعي في الشهود.

= وقولنا: في مجلس القضاء: يخرج إخباره في غير مجلس القضاء فلا يعتبر، وإنما قيدنا: بمجلس القاضي، وإن كان المحكم كذلك، لأن المحكم لا يتقيد حكمه بمجلس بل كل مجلس حكم فيه كان مجلس حكمه أي بخلاف القاضي فإنه يتقيد بمجلس حكم المعين من الإمام ومحل ولاية. وقولنا: بلا دعوى؛ لإدخال شهادة الحسبة، كما في عتق الأمة، وطلاق الزوجة، فليس الدعوى شرط صحتها مطلقاً.

وقد عرفها بعض الفقهاء بقوله: وفي اصطلاح أهل الشرع: عبارة عن إخبار صادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة فالإخبار كالجنس. وقوله: صادق يخرج الأخبار الكاذبة، وما بعد يخرج الأخبار الصادقة غير الشهادات، ويرد عليه قول القائل في مجلس القضاء: أشهد بروية كذا لبعض العرفيات، فالأولى أن يزداد لإثبات حق، كما في التعريف الأول.

(١) رواه العقيلي والحاكم وأبو نعيم في الحلية وابن عدي والبيهقي من حديث طائوس عن ابن عباس، وصححه الحاكم، وفي إسناده محمد بن سليمان بن مسمول، وهو ضعيف، وقال البيهقي: لم يرو من وجه يعتمد عليه.

(٢) رواه العقيلي في الضعفاء من حديث ابن عباس، وقال: لا يعرف إلا من رواية عبد الصمد بن علي، وتفرد به إبراهيم بن عبد الصمد عن أبيه عبد الصمد بن موسى، عن إبراهيم بن محمد الإمام عنه، انتهى. وقال ابن طاهر في التذكرة: رواه ابن أبي ميسرة عن عبد الصمد بن موسى أيضاً، وقال العقيلي: هذا الحديث غير محفوظ، وأورده في ترجمة إبراهيم بن محمد الهاشمي، وصرح الصغاني بأنه موضوع.

(٣) متفق عليه من حديث الأشعث بن قيس دون قوله ليس لك إلا، وسيأتي في الدعوى والبيئات.

وثالثها: فيما تستند إليه الشهادة.

ورابعها: في الشاهد واليمين.

وخامسها: في الشهادة على الشهادة.

وسادسهما: في الرجوع.

أما الباب الأول: فمن الصفات المعتمدة على العموم التكليف، فلا تُقبل شهادة مجنون ولا صبي، وقال مالك: تقبل شهادة الصبيان في الجراحات الحاصلة بينهم في اللعب ما لم يتفرقوا، وعن أحمد ثلاث روايات كمدّهننا ومذّهب مالك، والثالثة قبول شهادتهم مطلقاً بشرط التمييز، واحتجّ الأصحاب بأن الصبي لا يقبل قوله على نفسه بالإقرار فأولئى الأ يقبل على غيره بالشهادة، ويقول تعالئ: ﴿فَأَسْتَشْهِدُوا شَهِدِينَ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وقالوا: لفظ الرجال لا يقَع على الصبيان.

ومنها: الحرية؛ فلا يُقبل شهادة الرقيق قننا كان أو مُدبراً أو مكاتباً أو أمً وُلد، وقال أحمد - رحمه الله -: تُقبل.

لنا: أن القول على الغير نوع ولاية، فيعتبر فيها الحرية، كما في سائر الولايات، وأيضاً، فالرقيق لا يشتغله بخدمة السئد لا يتفرغ لتحمل الشهادة، ولا لأدائها.

ومنها: الإسلام فلا تُقبل شهادة الكافر ذمياً كان أو حربياً <sup>شهِد</sup> شهيداً على مسلم أو كافر، وقال أبو حنيفة - رحمه الله - يُقبل شهادة الكافر على الكافر اتحدت ملتتهما أو اختلفت، وعن أحمد فيما رواه صاحب الشامل أنه يُقبل شهادته على المسلم في الوصية إذا لم يكن هناك مسلم لنا ما روي أنه - ﷺ - «قال لا تُقبل شهادة أهل دين على غير أهل دينهم إلا المسلمون فإنهم عدول على أنفسهم وعلى غيرهم»<sup>(١)</sup>.

قال العزالي: ووراء هذه ثلاث صفات: الأولى: العدالة: ومن يُقدم على كبيرة أو يُصر على صغيرة فهو فاسق لا تُقبل (ح) شهادته، وأما الإمام بكذبة أو غيبة أو صغيرة جرى عن هفوة أو فترة مع استسعار ندم وخوف فلا تبطل الثقة.

قال الرافعي: لما كانت الصفات الثلاث التي سبقت حقيقة المؤنة، سردها سرداً

(١) رواه البيهقي من طريق الأسود بن عامر شاذان كنت عند سفيان الثوري، فسمعت شيخاً يحدث عن يحيى أبي كثير عن أبي سلمة عن أبي هريرة نحوه، وأتم منه، قال شاذان: فسألت عن اسم الشيخ فقالوا: عمر بن راشد، قال البيهقي: وكذا رواه الحسن بن موسى وعلي بن الجعد، عن عمر بن راشد، وعمر ضعيف، وضعفه أبو حاتم، وفي معارضه حديث جابر: أن النبي ﷺ: أجاز شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض، أخرجه ابن ماجه، وفي إسناده مجالد، وهو سىء الحفظ.

ثم صرّف العناية إلى بيان صفاتٍ أحرّ، فطَوَّل النَّظْرَ فيها، فقال: ووراء هذه ثلاث صفات:

إحداها: العدالة، فهي شرطُ القَبُولِ الشهادة، قال الله تعالى: ﴿إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا﴾ [الحجرات: ٦] وقال تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] وقال عزّ اسمه: ﴿مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، والفاسيقُ ليسَ بمرضيّ الحال، وروِيَ أَنَّهُ - ﷺ - قال: «لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ خَائِنٍ وَلَا خَائِنَةٍ وَلَا زَانٍ وَلَا زَانِيَةٍ»<sup>(١)</sup> والقولُ في أَنَّ العَدْلَ مَنْ هو يحتاج إلى تقديم أضل، وهو أن المعاصي تَقْسِمُ إلى كَبَائِرٍ وصغائرٍ، قال الله تعالى: ﴿إِنْ تَجْتَنِبُوا كَبَائِرَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ﴾ [النساء: ٣١] وقال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَجْتَنِبُونَ كَبَائِرَ الْإِثْمِ﴾ [الشورى: ٣٧] ثم قال الإمام - رحمه الله - : مِنْ أُمَّتِنَا مَنْ يَقُولُ: لَا صَغِيرَةَ فِي الذُّنُوبِ، وهو اختيارُ الأستاذِ أَبِي إِسْحَاقَ، والظاهر المشهور الأولُ، ثم اختلفت الصحابةُ فمن بعدهم في الكبائرِ، وفي الفَرْقِ بينها وبين الصغائرِ، وللأصحابِ في تفسير الكبيرة وجوهٌ:

أحدها: أَنَّهَا المعصيةُ الموجبةُ للحدِّ.

والثاني: أَنَّهَا التي يَلْحَقُ صاحبها الوعيدُ الشديدُ بنصِّ كتابٍ أو سُنةٍ، وهذا أكثر ما يوجَدُ لهم، وهم إلى ترجيح الأول أميلٌ، ولكن الثاني أوفقٌ لما ذكروه عند تفصيل الكبائر.

والثالث: قال الإمامُ في «الإرشاد» وغيره: كلُّ جريمةٍ تُؤدِّنُ بقلةٍ اكتراثٍ مرتكبها بالدين ورقةً الديانة، فهي مبطلَةٌ للعدالة.

والرابع: ذكر القاضي أبو سعید الهروي - رحمه الله - أن الكبيرة كلُّ فعلٍ نصَّ الكتابُ على تحريمه، وكلُّ معصيةٍ توجبُ في جنسها حدًّا من حبسٍ أو غيره وتزكُّ كلُّ فريضةٍ مأمورٍ بها على الفور والكذب في الشهادة والرواية واليمين، هذا ما ذكروه على سبيل الضبط، وفصل القاضي الروياني، فقال: الكبائرُ سَبْعٌ؛ قَتْلُ النَّفْسِ بغيرِ الحقِّ، والزنا، واللواطُ، وشربُ الخمرِ، والسرقَةُ، وأخذُ المالِ غصباً، والقذفُ وشربُ كُلِّ

(١) رواه أبو داود وابن ماجة والبيهقي من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وسياقهم أتم، وليس فيه ذكر الزاني والزانية إلا عند أبي داود، وسنده قوي، ورواه الترمذي والدارقطني والبيهقي من حديث عائشة، وفيه يزيد بن زياد الشامي وهو ضعيف، وقال الترمذي: لا يعرف هذا من حديث الزهري إلا من هذا الوجه، ولا يصح عندنا إسناده، وقال أبو زرعة في العلل منكر، وضعفه عبد الحق وابن حزم وابن الجوزي، ورواه الدارقطني والبيهقي من حديث عبد الله بن عمرو، وفيه عبد الأعلى وهو ضعيف، وشيخ حنبل بن سعيد الفارسي ضعيف، قال البيهقي: لا يصح من هذا شيء عن النبي ﷺ.

مسكر ملحق بشرب الخمر، ولا فَرْق في الخمر بين القدر المسكر<sup>(١)</sup> واليسير الذي لا يُسْكَر، قال أبو سعيد: وفي الشرب من غير الخمر خلاف، إذا كان الرُّجُل شافعياً، وشرط في غصب المال أن يبلغ ديناراً، وضم في «الشامل» إلى السبع المذكورة شهادة<sup>(٢)</sup> الزور، وأضاف إليها «صاحب العُدَّة» أكل الرِّبَا، والإِفْطَار في رَمَضَانَ بلا عذر، واليمين الفاجرة، وقطع الرجم، وعقوق الوالدين، والفراغ من الرُّخْف، وأكل مال اليتيم، والحيانة في الكيل، والوزن، وتقديم الصلاة على وقتها وتأخيرها عن وقتها بلا عذر، وضرب المسلم بغير حق<sup>(٣)</sup>، والكذب على النبي - ﷺ - عمداً، وسب الصحابة - رضي الله عنهم<sup>(٤)</sup> - وكتمان الشهادة بغير عذر وأخذ الرشوة، والديانة، والقيادة بين الرجال والنساء، والسعاية عند السلطان، ومنع الزكاة، وتزك الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر مع القدرة، ونسيان القرآن بعد تعلمه، وإحراق الحيوان، بالنار، وامتناع المرأة من زوجها بلا سبب، والياس من رحمة الله تعالى، والأمن من مكروهه، ويقال: الوقعة<sup>(٥)</sup> في أهل العلم وحملة القرآن، ومما يعد من الكبائر الظهار وأكل لحم الخنزير، والميتة من غير ضرورة، وللتوقف مجال في بغض هذه الخصال؛ كقطع الرحم وتزك الأمر بالمعروف على إطلاقها، ونسيان القرآن، وإحراق مطلق الحيوان بالنار، وقد أشار صاحب الكتاب في «الإحياء» إلى مثل هذا التوقف، وفي «التهديب» حكاية وجه: أن ترك الصلاة الواحدة إلى أن يخرج وقتها ليس بكبيرة، وإنما

(١) سقط من: أ.

(٢) شهادة «الزور من أكبر الكبائر وأعظم المصائب حيث تؤدي إلى أمور من الحظورة بمكان. وقد نقر منها الشارع الحكيم قال تعالى في وصف الصالحين «والذين لا يشهدون الزور وإذا مروا باللغو مروا كراماً» وفي الحديث الشريف عن أبي بكر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «ألا أنبئكم بأكبر الكبائر» قالوا بلى يا رسول الله قال: «الإشراك بالله وعقوق الوالدين» ثم جلس وكان متكئاً فقال: - «ألا وقول الزور. ألا وقول الزور. ألا وقول الزور». إن شهادة الزور أمر يتعفف عنه أولوا الطباع السليمة وأصحاب الضمائر الحية ولا يقدم عليه إلا ممقوت مردول خان نفسه وربه وضميره ولطخ جبينه بالعار والخذلان فهو يسيء الهيئة الاجتماعية كما يسيء إلى القاضي بتضليله عن الصواب وإذا أعمن النظر وجدناه أيضاً أساء إلى المشهود له فضلاً عن المشهود ضده.

(٣) قال في الخادم: التمثيل بالمسلم لا مفهوم له، فالذمي كذلك.

(٤) قال في القوت في باب الردة نقلاً عن القاضي الحسين أنه حكى وجهين في أن من سب الشيخين أو الختتين وهما عثمان وعلي رضي الله عنهم هل يكفر أو يفسق واستغرب الشيخ ولي الدين ذلك في شرح جمع الجوامع.

(٥) قال في الخادم: فسر الجوهري الوقعة بالغيبة ثم قال بعد ذلك وهو مبني على أن الغيبة من الكبائر وفيه خلاف.

وفي فتاوى البديعي من الحنفية من استخف بالعالم طلقت امرأته، وكأنه جعله ردة. انتهى.

تُرَدُّ الشهادة به، إذا أعتاده<sup>(١)</sup>، قال في «العُدَّة»؛ ومن الصغائر النظر بالعين إلى ما لا يجوز، والغيبة<sup>(٢)</sup> والضحك من غير عجب، والكذب الذي لا حدَّ فيه، ولا ضرر والاطلاع على بيوت النَّاس، وهجرة المسلم فوق ثلاث وكثرة الخصومات، وإن كان الشخص مُحَقَّقًا والسكوت على الغيبة، والنياحة، والصياح، وشقُّ الجنب في المصيبات، والتَّبَخُّر في المشي، والجُلُوس مع الفساق إيناساً لهم، والصلاة المكروهة في الأوقات المكروهة المنهيَّة، والبيع والشراء في المسجد، وإدخال الصغار والمجانين والنجاسات المسجد، وإمامة القوم، وهم كارهون له لعيب به، والعبث في الصلاة، والضحك فيها، وتخطي رقاب الناس يوم الجمعة، والكلام والإمام يخطب، والتغوُّط مستقبل القبلة، وفي طريق المسلمين، وكشف العورة في الحمام، ولك أن تتوقَّف في كثرة خصومات المحقِّق، وتقول: ما ينبغي أن يكون معصيةً أصلاً إذا راعى حدَّ الشَّرع، وفي تخطي رقاب النَّاس يوم الجمعة، فإنه معدودٌ من المكروهات دون المحرَّمات<sup>(٣)</sup>، وكذا

(١) قال النووي: قد روى أبو داود والترمذي أن رسول الله ﷺ قال: «عرضت علي ذنوب أمتي، فلم أزد ذنباً أعظم من سورة من القرآن أو آية أقرتها رجل، ثم نسيها» لكن في إسناده ضعيف، وتكلم فيه الترمذي. ومن الكبائر السحر ثبت في صحيح مسلم أن رسول الله ﷺ جعله من السبع الموبقات ونقل المحاملي في كتاب الحيض من «مجموعه» أن الشافعي رحمه الله تعالى قال: الوطء في الحيض كبيرة، وفي صحيح البخاري أن النبي ﷺ جعل النيمية كبيرة.

(٢) قال صاحب الخادم: لم أر لصاحب العدة مساعداً على جعلها صغيرة، والصواب أنها كبيرة وقد نص عليه الشافعي فيما نقله الكرايسي في كتابه المعروف بأدب القضاء من القديم واستدل بقوله عليه الصلاة والسلام: «إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا»، وجزم به الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني في عقيدته في الفصل المعقود للكبائر، وكذلك الجيلي في شرح التنبيه وغيره من الأصحاب وكذلك الكواشي في تفسيره وهو معدود من الشافعية، وقال إنها من عظام الذنوب إلى أن قال: ولم أر من صرح بكونها صغيرة إلا صاحب العدة والغزالي، والعجب من سكوت الرافعي عليه وقد نقل قبل ذلك أن الوقعة في أهل العلم من الكبائر وأخذ ذلك من كلام الأذرعي.

(٣) قال النووي: المختار أن تخطي الرقاب حرام للأحاديث فيه، والصواب في الخصومات ما قاله الرافعي، وأن البيع والشراء في المسجد وإدخاله الصبيان إذا لم يغلب تنجيسهم إياه، والعبث في الصلاة من المكروهات مشهور في كتب الأصحاب، وفي كون الصلاة في وقت النهي مكروهة أو محرمة خلاف سبق. ومن الصغائر القبلة للصائم الذي يحرك الشهوة، والوصول في الصوم على الأصح، والاستمئاء وكذا مباشرة الأجنبية بغير جماع، ووطء الزوجة المظاهر منها قبل التكفير والرجعية، والخلوة بالأجنبية، ومسافرة المرأة بغير زوج ولا محرم، ولا نسوة ثقات، والنجش والاحتكار، والبيع على بيع أخيه، وكذا السوم والخطبة، وبيع الحاضر للبادي، وتلقي الركبان، والتصرية، وبيع المعيب من غير بيانه، واتخاذ الكلب الذي لا يحل اقتناؤه، وإمساك الخمر غير المحترمة، وبيع العبد المسلم لكافر، وكذا المصحف وسائر كتب العلم، واستعمال النجاسة في البدن بغير حاجة، وكشف العورة في الخلوة لغير حاجة على الأصح، وأشباه هذه.



الكلام وإلا فلا يخطب، على الأصح.

إذا تقرر ذلك، قال الأصحاب: يُعتبر في العدالة الاجتناب عن الكبائر، فمن ارتكب كبيرة، فسق وزدت شهادته، وأما الصغائر، فقليلاً ما يسلم الإنسان منها، حتى أشتهر في الخبر «مَا مِثًا إِلَّا مَنْ عَصَى أَوْ هَمَّ بِمَعْصِيَةٍ إِلَّا يَخِيئُ بِنِزَارٍ صَلَوَاتُ اللَّهِ عَلَيْهِمَا»<sup>(١)</sup> فلا يشترط تجنبها بالكلية، لكن الشزط ألا يُصِرَّ عليها، فإن أصر، كان الإصرار ارتكاب الكبيرة، وأما الإصرار السالب للعدالة فهو المداومة على نوع من الصغائر أم الإكثار منها، سواء كانت من نوع واحد أو من أنواع مختلفة منهم من يفهم كلامه الأول ومنهم من يفهم كلامه الثاني ويوافقه قول الجمهور من تغلب طاعته معاصيته، كان عدلاً، ومن تغلب معاصيه طاعته، كان مردود الشهادة، ولفظ الشافعي - رضي الله عنه - في «المختصر» قريب منه، وإذا قلنا به، لم تضر المداومة على نوع واحد من الصغائر، إذا غلبت الطاعات، وعلى الاحتمال الأول يضر.

وقوله في الكتاب «لا تُقبل شهادته» أُغْلِمَ بالحاء، لأن في «النهاية» أن أبا حنيفة يُقبل شهادة الفاسق الذي يغلب على الظن احتراؤه عن الكذب.

وقوله: «وأما الإمام بكذبة أو غيبة» إلى آخره فيه مع بيان الحكم وهو أن ارتكاب الصغيرة لا يبطل العدالة، أشار إلى سببه، وهو أن الإنسان غالباً لا يخلو عن الابتلاء بالصغائر، ويُقدِّم عليها أحياناً لفترة تقع، وشهوة تغلب، فلا يدل ذلك على قلة الديانة والمبالاة، لا سيما إذا كان المُقدِّم عليها نادماً خائفاً، بخلاف الكبيرة، فإنها عظيمة الرفع، ارتكابها مشعر بقلة المبالاة، فأسقط الثقة بقول مرتكبها والله أعلم.

قَالَ الْعَرَّالِيُّ: وَاللَّعِبُ بِالشُّطْرَنِجِ (ح م و) وَالْحَمَامُ (ح م) وَسَمَاعُ الْغِنَاءِ وَالرَّقِصِ وَنَظْمُ الشُّعْرِ الَّذِي لَا هَجْوَ فِيهِ وَلَا فُحْشَ وَلَا تَشْبِيبَ بِأَمْرَاءِ مُعَيَّنَةٍ وَسَمَاعُ الدُّفِّ وَإِنْ كَانَ فِيهِ جَلَاغِلٌ وَكَذَا سَمَاعُ الطَّبْلِ إِلَّا طَبْلَ الْمُخْتَلِيِّ كُلِّ ذَلِكَ لَيْسَ بِحَرَامٍ، لَكِنَّ الْمُوَاطَبَةَ عَلَيْهَا قَدْ تَحْرَمَ الْمُرُوءَةُ فِي حَقِّ بَعْضِ النَّاسِ فَيَفْدَحُ، وَأَمَّا التَّرْدُّ وَسَمَاعُ الْأَوْتَارِ وَالْمَعَارِفِ وَالْجِزْمَارِ الْعِرَاقِيِّ وَمَا هُوَ شِعَارُ الشُّرْبِ وَنَظْمُ الْهَجْوِ وَإِنشَادُهُ وَلَبْسُ الْحَرِيرِ وَالْجُلُوسُ عَلَيْهِ

(١) رواه أحمد وأبو يعلى والحاكم من حديث ابن عباس وهذا لفظه، ولفظهما: ما من أحد من ولد آدم إلا قد أخطأ أو هم بخطيئة ليس يحيى بن زكريا، وهو من رواية علي بن زيد بن جدعان عن يوسف بن مهران وهما ضعيفان، وله طريق أخرى عند البزار من رواية محمد بن عون الخراساني، وهو ضعيف، وفي الباب عن أبي هريرة في الطبراني في الأوسط، وكامل ابن عدي في ترجمة حجاج بن سليمان، وأخرجه البيهقي بإسناد صحيح إلى الحسن عن النبي ﷺ مرسلأ، وأخرجه عبد الرزاق من طريق سعيد بن المسيب مرسلأ أيضاً.

والتَّحْتُمُ بِالذَّهَبِ كُلُّ ذَلِكَ حَرَامٌ وَلَكِنْ لَا تَرُدُّ الشَّهَادَةَ بِالْمَرَّةِ الْوَاحِدَةِ بَلْ بِالْإِضْرَارِ إِلَّا فِي بَلَدَةٍ يَغْضُمُ عَنْدَهُمْ سَمَاعُ الْأَوْتَارِ، وَالْإِقْدَامُ مَرَّةً يُشْعِرُ بِالْانْحِلَالِ، وَلَا يَخْلُو الْإِنْسَانُ عَنْ غِيْبَةٍ وَكَذِبٍ وَنَمِيمَةٍ وَلَعْنٍ وَسَفَاهَةٍ فِي عَضَبٍ فَلَا يَرُدُّ شَهَادَتَهُ بِسَبِّهَا إِلَّا عِنْدَ الْإِضْرَارِ .

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِي الْفَصْلِ مَسَائِلُ:

إِحْدَاهَا: اللَّعْبُ بِالشُّطْرَنْجِ <sup>(١)</sup> مَكْرُوهٌ؛ لِمَا رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ - ﷺ - أَنَّهُ مَرَّ بِقَوْمٍ

### (١) «الشطرنج».

هو بكسر أوله وفي لغة بالسين وفيه أربع لغات كسر الشين وفتحها والإعجام - والإهمال - والأشهر الإعجام مع الكسر ويجمع على شطارج وأصله في اللغة الأعجمية «شسن رنك» ومعناه ستة ألوان لأن شسن ستة . . ورنك ألوان وهي الستة الشاة - والفرزان . والفيل والفرس - والرخ - والبيدق - ثم أول من وضعه كما ذكره ابن خلكان وصاحب الفرر - «وصه بن داهر الهندي» وضعه (لبلهيت) ويقال له شَهْرَامُ بكسر الشين المعجمة . وقصد الواضع للشطرنج مضاهاة لأزدشير أول ملوك الفرس الأخيرة واضع النرد لتمثيل الدنيا وأهلها كما تقدم بيانه واقتخرت الفرس بذلك .

ثم لما قارن حكماء ذلك العصر بينهما قضوا بترجيح الشطرنج على النرد - حيث إن الشطرنج وضع على أساس قاعدة أن لا قضاء ولا قدر مؤثرين بذاتهما وأن الإنسان قادر بسعيه واجتهاده أن يبلغ المراتب العلية والخطط السنية فكان في ذلك إبطال القاعدة الأساسية التي بنى عليها وضع النرد كما أن الإنسان لو أهمل السعي والاجتهاد هوى به إلى الخصيص وأخرجه من روض الغيس الأربص .

ومما يدل على ذلك أن البيدق ينال بحركته وسعيه منزلة «الفرزان» في الرياضة .

ثم جعلها الواضع مصورة تماثيل على صورة الناطق والصامت وجعلها درجات ومراتب فجعل «الشاة» الرئيس والمدبر، والفرس والفيل مركوبين له (والفرزان) وزيره (والبيادق ورعاباه فالواحد من الرعية لو أعطى الاجتهاد حقه في تهذيب نفسه كان ذلك عوناً على أن ينال رتبة (الفرزان) أي وزيراً وكذلك (الفرزان) إذ علت همته وتمكنت قدرته طمحت نفسه إلى نبيل رتبة (الشاة) أي الملك ونازعه الملك ولو أدى إلى مقاتلته وهكذا الحكم في كل قطعة من القطع التي تليها وقيل إن الواضع للشطرنج بعض الحكماء ليبينوا للناس ما خفي عنهم من مكاييد الحروب وكيفية ظفر الغالب وخذلان المغلوب - وبينوا فيها التدبير والحزم والاحتياطة المكيدة والاحتراس - والتعبية والنجدة - والقوة والجلد والشجاعة والبأس فمن عدم شيئاً من ذلك علم موضع تقصيره ومن أين أتى بسوء تدبيره لأن خطأها لا يستقال والعجز فيها متلف المهج والأموال لأنه معلوم بالبداهة أن في ترك الحزم ذهاب الملك وضعف الرأي جالب للعطب والهلاك - والتقصير سبب الهزيمة . . والتلف وعدم المعرفة بالتعبية دافع إلى الانكشاف أمام العدو وقال بحله مالك والشافعي مع الكراهة قال بعض المحققين إنما حرم اللعب بالنرد ولم يحرم . . اللعب بالشطرنج لأن المخطيء في الشطرنج إنما يحيل خطأه على فكره وأما في النرد فيحيل خطأه على القدر وهذا كفر وما يفضي إلى الكفر حرام فحرم النرد لذلك ا هـ .

يُعبون به، فقال «مَا هَذِهِ التَّمَائِيلُ الَّتِي أَنْتُمْ لَهَا عَاكِفُونَ»<sup>(١)</sup> ولأنه صَرَفَ للعمر إلى ما لا يُجدي، وفيما عُلِقَ عن الإمام وجهه: أنه مباح لا كراهة فيه.

**والصحيح:** إثبات الكراهة، إلا أنه ليس بمحرّم؛ زوي اللعِبُ به عن ابن الزبير وأبي هريرة - رضي الله عنهما - وعن سعيد بن جبير - رضي الله عنه - أنه كان يلعبُ به أستدباراً<sup>(٢)</sup>، وعن أبي حنيفة ومالك: أن اللعبَ بالشطرنج حرامٌ، وإليه ميل الحلبي، واختاره القاضي الروياني، وإذا قلنا: بظاهر المذهب، فلو اقترن به قمارٌ أو فُحشٌ في الكلام أو إخراجُ صلاةٍ عن الوقتِ عمداً، رُدَّتْ شهادتهُ بتلك القرينة، وإنَّما يَحْضَلُ القمارُ، إذا شَرِطَ المَالُ من الجائِزِينَ، وكان كلُّ واحدٍ منهما يَبِينُ أن يَغْلِبَ، فيَغْنَمَ أو يَغْلِبَ، فيغرم، أمّا إذا أُخْرِجَ أحدهما شيئاً؛ لِيَبْدُوهُ، إن غلبَ، ويمسكه، إن غلبَ، لم يكن قماراً، ولم تُرَدِّدْ به الشهادةُ، ولكن عقد مسابقةٍ فيما ليس من آلات القتالِ، فلا يصحُّ، ولو لم يُخْرَجِ الصلاةُ عن الوقتِ عمداً، ولكن شغله اللعِبُ به، حتى خرج الوقتُ، وهو غافلٌ، فإن لم يتكرَّرَ منه ذلك، لم تُرَدِّدْ شهادته، وإن كَثُرَ وتكرَّرَ، فسق ورُدَّتْ شهادتهُ بخلاف ما إذا تَرَكَها مراراً ناسياً، لأنَّهُ شَغَلَ نَفْسَهُ ههنا بما فات به الصلاةُ، هكذا ذكره، وفيه إشكالٌ لما فيه من معصية الغافلِ واللاهِي، ثم قِيَّاسُهُ الطَّرْدُ في شغل النفس بسائر المباحات<sup>(٣)</sup>، وأشار القاضي الروياني إلى وجهه أنه يَفْسُقُ مطلقاً تَكَرَّرَ أو لم يتكرَّرَ، وفي «المهذب» اشتراطُ التَّكْرَارِ في إخراجها عن الوقتِ، وإن كان ذلك مع العِلْمِ، وهو خلافُ ما قدَّمنا، أن إخراج الفريضة عن الوقتِ عمداً من الكبائر، وعبر الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني عن سلامته عن القرائنِ الفاسدة؛ بأن قال: وقد سُئِلَ عن اللعِبِ بالشطرنج إذا سلم المال عن الخسران، والصلاة عن النسيان، واللسان عن البهتان أرى ذلك أنسا بين الخلال وحكاه القاضي الروياني في جمع الجوامع ورأيته بخط والدي منسوباً إلى الصعلوكي. وأما النرد ففي اللعب به وجهان:

أحدهما: أنه كاللعب بالشطرنج لكن الكراهية فيه أشدُّ وَيُحْكِي هذا عن ابن خيران وأبي إسحاق المَرْوَزِيِّ والإسفراييني، وهو ظاهر إيراده في «الأم» واختاره القاضي أبو الطيب.

(١) رواه ابن أبي الدنيا في ذم الملاهي من طريق ميسرة بن حبيب عنه، ورواه البيهقي وله طرق عنده وألفاظ مختلفة، وحمله الصولي في جزء المشهور على أنه كان تمائيل.

(٢) رواه الشافعي وحكاه أيضاً عن محمد بن سيرين وهشام بن عروة.

(٣) وما استشكل به أجاب عنه الشافعي رضي الله عنه بأن في ذلك استخفافاً من حيث إنه عاد إلى ما علم أنه يورثه الغفلة. نقله الأسنوي.

وأما القياس المذكور فأجيب عنه بأن شغل النفس بالمباح يفجوها ولا قدرة على دفعه بخلاف هنا وبأن ما شغلها به هنا مكروه وثم مباح.

وأصحهما: التحريم، وبه قال ابن أبي هريرة وابن القاص؛ لما روي أنه - ﷺ -  
 قَالَ: مَنْ لَعِبَ بِالزُّدِّ، فَقَدْ عَصَى اللَّهَ وَرَسُولَهُ<sup>(١)</sup> وروي «مَنْ لَعِبَ بِالزُّدِّ شَيْراً، فَكَأَنَّمَا  
 غَمَسَ يَدَيْهِ فِي لَحْمِ خَنْزِيرٍ»<sup>(٢)</sup> وفرق بينه وبين الشطرنج في شدة الكراهية على وجه  
 الأول، وفي التحريم على الثاني؛ بأن التعويل في الزد على ما يُخرجه الكعبان، فهو  
 كالأزلام، وفي الشطرنج يُبنى الأمر على الفکر والتأمل، وأنه ينفع في تدابير الحزب،  
 وعلى الثاني، فقد حكى الإمام عن الشيخ أبي محمد: أنه من الصغائر، قال: والصحيح  
 أنه من الكبائر.

فَرَع: قال في «الأم» وأكره اللعِب بالحنة<sup>(٣)</sup>، والقرق، والكلام في تفسيرهما، ثم  
 في الحكم أما التفسير فالحنة: قطعة من خشب يحفر فيها حفر في ثلاثة أسطر، ويُجعل  
 في الحفر حصى صغاراً يلعب بها، وقد يُسمى الأربعة عشر.

والقرق: أن يُحط على الأرض مربع يجعل في وسطه خطان، كالصليب، ويُجعل  
 على رؤوس الخط حصى صغاراً يلعب بها، والقرق فيما رأيت بخط القاضي الروياني،  
 بفتح القاف والراء، وبغضهم قيد «القرق» بكسر القاف وتسكين الراء، ولم أجدها في  
 كتب اللغة بهذا المعنى، نعم، في الصحاح<sup>(٤)</sup> أن القرق، بكسر الراء: المكان  
 المستوي، ومعلوم أن الخط للعب غالباً يقع في المكان المستوي، فيمكن أن يكون ما  
 نحن فيه من هذا، وأن يكون اللفظ كما كره، وأما الحكم ففي «الشامل»: أن اللعِب  
 بهما كاللعب بالنرد، وفي تعليق أبي حامد: أنه كالشطرنج<sup>(٥)</sup>، ويمكن أن يُقال: ما

(١) رواه مالك وأحمد أبو داود وابن ماجه والحاكم والدارقطني والبيهقي، من حديث أبي موسى  
 الأشعري، وهم من عزاه إلى تخريج مسلم.

(٢) رواه مسلم بلفظ: غمس، بدل: صبغ، وقال أحمد أخبرنا مكي بن إبراهيم نا الجعيد عن موسى  
 ابن عبد الرحمن الخطمي، أنه سمع محمد بن كعب يسأل عبد الرحمن أخبرني ما سمعت أباك؟  
 فقال: سمعت أبي يقول سمعت النبي ﷺ يقول: مثل الذي يلعب بالنرد، ثم يقوم فيصلي، مثل  
 الذي يتوضأ بالقبح ودم الخنزير، ثم يقوم فيصلي.

(٣) الحنة بفتح الحاء المهملة وتشديد الزاي، فسرها المصنف تبعاً لأصله بأنها قطعة خشب يحفر فيها  
 حفر في ثلاثة أسطر يجعل فيها حصى إلى آخر ما ذكره.

قال في الخادم: وتسمى المنقلة، وقول المصنف قال في الأم الشيخ رأي الإمام عبارة الرافعي  
 قال في الأم: ويستفاد منها أنه رأى الأم من هذا الموضع وفيه رد على من يقول إن الرافعي لم ير  
 الأم نعم الرافعي في مواضع من الشرح يقول وعن نص الأم فينقل ذلك النص عن غيره محتمل  
 أنه لم ير الأم كاملة أو في ذلك المحل ما يراجع الأم واكتفى بالنقل عن غيره.

(٤) ينظر الصحاح ١٥٤٧/٤ (قرق).

(٥) قال في القوت: جعله كالنرد وهو ما في الحاوي والشامل والبيان ولفظ الحاوي والصحيح الذي  
 ذهب إليه الأكثرون تحريم اللعب بالنرد وأنه الذي يفسق وترد الشهادة به وهكذا اللعب بالأربعة =

يعتمد فيه على إخراج الكعيبين، فهو كالنرد، وما يُعْتَمَدُ فيه على الفِكر، فهو كالشَطْرُنْج.

الثانية: اتَّخَذَ الحَمَامَ لِلْبَيْضِ، والفرخ، وللأنس بها، ولحمل الكُتْبِ جائزٌ بلا كراهة، وأما اللعبُ بها بالتطير والمسابقة، ففيه وجه أن حكمه كذلك؛ لأنَّ فيه تعليمها، وترشيحها؛ لإنهاء الأخبار، والظاهرُ أنه مَكْرُوهٌ، كالشَطْرُنْج، وهذه الفائدةُ تتعلَّقُ بتطيرها دون المسابقة واللعب بها، ثم لا تُردُّ الشهادةُ بمجردة، فإن انضم إليه قَمَارٌ وما في معناه رُدَّتْ الشهادةُ، وقال مالكٌ وأبو حنيفة - رحمهما الله - تُردُّ الشهادةُ بمجردة.

الثالثة: غِنَاءُ الإنسان، إما أن يُفْرَضَ بمجرد صوته، أو بِآلَةٍ من آلات الغناء.

أما القسمُ الأوَّلُ، فهو مَكْرُوهٌ، وسماعه مَكْرُوهٌ، وليساً بمحرَّمين، أما أنهما مكروهان؛ فلقول الله تعالى؛ ﴿وَمِنَ النَّاسِ مَنْ يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ﴾ [لقمان: ٦] قال ابن مسعود - رضي الله عنه -: هو الغناء<sup>(١)</sup>، وَرَوَى أَنَّهُ - ﷺ - قَالَ: «الْغِنَاءُ<sup>(٢)</sup> يُنْبِتُ التَّفَاقُ فِي الْقَلْبِ، كَمَا يُنْبِتُ الْمَاءُ الْبَقْلَ»<sup>(٣)</sup> وأما أنهما ليسا بمحرَّمين؛ فلأن عائشة - رضي الله عنها - قَالَتْ: دَخَلَ أَبُو بَكْرٍ - رضي الله عنه - وَعِنْدِي جَارِيَتَانِ مِنْ جَوَارِي الْأَنْصَارِ يُعْتَبَانِ بِمَا تَقَاوَلَتِ الْأَنْصَارُ يَوْمَ بُعَاثَ، وَلَيْسَا بِمُعْتَبَيْنِ، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: «أَمْرَامِيرُ الشَّيْطَانِ فِي بَيْتِ رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَذَلِكَ فِي يَوْمِ عَيْدٍ، فَقَالَ: «يَا أَبَا بَكْرٍ، لِكُلِّ قَوْمٍ عَيْدٌ، وَهَذَا عَيْدُنَا»<sup>(٤)</sup> وَيُرَوَّى أَنَّ عُمَرَ - رضي الله عنه - «كَانَ دَاخِلًا فِي دَارِهِ يَتَرْتَمُ بِالْبَيْتِ وَالْبَيْتَيْنِ»<sup>(٥)</sup> وَعَنْ عُثْمَانَ - رضي الله عنه -: «أَنَّ جَارِيَةً

= عشر المفوضة إل الكعاب وما ضهاها فهي في حكم النرد في التحريم وقضية هذا وكلام الرافعي في تحريم اللعب بما تسميه العامة الطاب والدك فإن الاعتماد فيه على ما يخرج القضبان الأربع وفي النفس منه شيء إذا خلا عن القمار والسخف، لكنه قد يجز إلهما. وقال في الخادم: إن الظاهر التحريم، قال ومثله الكنجفة.

(١) رواه ابن أبي شيبة بإسناد صحيح: أن عبد الله سئل عن قوله تعالى: ﴿ومن الناس من يشتري لهو الحديث﴾ قال: الغناء، والذي لا إله غيره، وأخرجه الحاكم وصححه البيهقي.

(٢) قال الحافظ من التلخيص: قال بعض الصوفية: إنما المراد بالغناء هنا غني المال، ورده بعض الأئمة بأن الرواية إنما هي الغناء بالمد، وأما غني المال فهو مقصور. قلت: ويدل عليه حديث ابن مسعود الموقوف فإن فيه، والذكر ينبت الإيمان في القلب، كما ينبت الماء البقل، ألا تراه جعل ذكر الله مقابلاً للغناء، لكونه ذكر الشيطان، كما قابل الإيمان بالتفان.

(٣) رواه أبو داود بدون التشبيه، والبيهقي من حديث ابن مسعود مرفوعاً، وفيه شيخ لم يسم، ورواه البيهقي أيضاً موقوفاً، وفي الباب عن أبي هريرة رواه ابن عدي، وقال ابن طاهر: أصح الأسانيد في ذلك أنه من قول إبراهيم.

(٤) متفق عليه من طرق.

(٥) قال الحافظ في التلخيص: ذكره المبرد في الكامل في قصة، وذكره البيهقي في المعرفة عن عمر =

لَهُ كَأَنَّ تُعْنِي بِاللَّيْلِ، فَإِذَا كَانَ وَقْتُ السَّحْرِ، قَالَ: أَمْسِكِي، فَهَذَا وَقْتُ الاسْتِغْفَارِ<sup>(١)</sup> وحيث ثبتت الكراهة، فالسَّماعُ في الأجنبيَّة أشدُّ كراهةً، وَحَكَى القَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ تَخْرِيْمَهُ، وَهَذَا هُوَ الْخِلَافُ الَّذِي سَبَقَ فِي أَنَّ صَوْتَهَا هَلْ هُوَ عَوْرَةٌ؟ فَإِنْ كَانَ فِي السَّماعِ مِنْهَا خَوْفٌ فَتَنَةٌ، حَرْمٌ لَا مُحَالَةً، وَكَذَا السَّماعُ مِنْ صَبِيٍّ يُخَافُ مِنْهُ الْفِتْنَةَ، هَذَا هُوَ الْمَشْهُورُ فِي الْغِنَاءِ وَسَمَاعِهِ وَحَكَى أَبُو الْفَرَجِ الزَّازُ وَرَاءَهُ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يَحْرُمُ كَثِيرُهُ دُونَ قَلِيلِهِ.

**وثانيهما:** أَنَّهُ حَرَامٌ عَلَى الْإِطْلَاقِ وَالْحَدَاءِ وَسَمَاعِهِ مَبَاحًا، لَمَّا فِيهِ مِنْ إِقْبَاطِ التَّوَامِ وَتَنْشِيطِ الْإِبِلِ لِلسَّيْرِ، وَقَدْ رُوِيَ أَنَّهُ - ﷺ - قَالَ لِعَبْدِ اللَّهِ بْنِ رَوَاحَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: حَرِّكْ بِالْقَوْمِ فَأَنْدَفَعَ يَرْتَجِزُ<sup>(٢)</sup> وَتَحْسِينُ الصَّوْتِ لِقِرَاءَةِ الْقُرْآنِ جَائِزٌ، بَلْ مَدْرُوبٌ إِلَيْهِ، رُوِيَ أَنَّهُ - ﷺ - قَالَ: «زَيَّنُوا الْقُرْآنَ بِأَصْوَاتِكُمْ»<sup>(٣)</sup> وَسَمِعَ رَسُولُ اللَّهِ - ﷺ - عَبْدَ اللَّهِ بْنَ قَيْسٍ يَقْرَأُ، فَقَالَ: لَقَدْ أُوتِيَ هَذَا مِزْمَارًا مِنْ مِزَامِيرِ آلِ دَاوُدَ<sup>(٤)</sup>، وَقَالَ - ﷺ - «لَيْسَ مِنَّا مَنْ لَمْ يَتَعَنَّ بِالْقُرْآنِ»<sup>(٥)</sup> وَحَمَلَهُ الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - عَلَى تَحْسِينِ الصَّوْتِ دُونَ الاسْتِغْنَاءِ، بِهِ وَتَحْسِينِ الصَّوْتِ لِلْقُرْآنِ بِالتَّرْتِيلِ، وَهُوَ التَّائِي فِي التَّلَاوَةِ، وَبِالْحَذْرِ وَالتَّخْرِينِ، قَالَ أَبُو الْفَرَجِ الزَّازُ: وَالْحَذْرُ أَنْ يَرْفَعَ الصَّوْتُ مَرَّةً، وَيُخَفِّضُهُ أُخْرَى، وَالتَّخْرِينُ أَنْ يَلِينِ الصَّوْتُ، وَأَمَّا الْقِرَاءَةُ بِالْأَلْحَانِ، فَقَدْ قَالَ فِي «المختصر»: لَا بَأْسَ بِهَا، وَعَنْ رِوَايَةِ الرَّبِيعِ بْنِ سَلِيمَانَ

= وغيره، ورواه المعافى النهرواني في كتاب المجلس والأئیس، وابن مندة في المعرفة في ترجمة أسلم الحادي في قصة، وروى أبو القاسم الأصبهاني في الترغيب شيئاً من ذلك في قصة.

(١) قال الحافظ في التلخيص: لم أجده موصولاً.

(٢) رواه النسائي من حديث قيس بن أبي حازم عن عمر بن الخطاب، ورواه أيضاً من حديث قيس عن ابن رواحة مرسلأ.

(٣) رواه أحمد وأبو داود والنسائي، وابن ماجه وابن حبان والحاكم، من حديث البراء بن عازب. قلت: وعلقه البخاري بالجزم، ولا بن حنان عن أبي هريرة، وللبزار عن عبد الرحمن بن عوف، وللحاكم من طريق أخرى عن البراء: زينوا أصواتكم بالقرآن، وهي في الطبراني من حديث ابن عباس، ورجح هذه الرواية الخطابي، وفيه نظر لما رواه الدارمي والحاكم بلفظ: زينوا القرآن بأصواتكم، فإن الصوت الحسن يزيد القرآن حسناً، فهذه الزيادة تؤيد معنى الرواية الأولى.

(٤) متفق عليه من حديث أبي موسى عبد الله بن قيس الأشعري بنحوه، ورواه الحاكم من حديث بريدة بن الحصيب بلفظ أقرب إلى اللفظ الذي ذكره المصنف.

(٥) رواه البخاري وأحمد من حديث أبي هريرة، وأحمد وأبو داود وابن ماجه، والحاكم وابن حبان من حديث سعد بن أبي وقاص وفي الباب عن ابن عباس وعائشة في الحاكم وعن أبي لبابة في سنن أبي داود قال الشافعي: معنى هذا الحديث تحسين الصوت بالقرآن، وفي رواية أبي داود: قال ابن أبي مليكة: يحسنه ما استطاع، وقال ابن عيينة: يجهر به، وقال وكيع: يستغنى به، وقيل غير ذلك في تأويله.

الجِيزِيُّ: أنها مكروهة، وليس في هذا اختلاف قول عند عامة الأصحاب، ولكن موضع الكراهية أن يُفْرَطَ في المد، وفي إشباع الحركات حتى يتولد من الفتحة ألفٌ ومن الضمة واوٌ، ومن الكسرة ياءٌ، أو يدغم في غير موضع الإدغام، فإن لم ينته إلى هذا الحد، فلا كراهة، وفي «أمالي» أبي الفرج وجهٌ أنه لا كراهة، وإن أفرط<sup>(١)</sup>؛ احتجاجاً بمطلق قوله - ﷺ - «لَيْسَ مِثْلًا مَنْ لَمْ يَتَعَنَّ بِالْقُرْآنِ».

والثاني: أن يغني ببعض آلات الغناء ممّا هو من شعار شاربِي الخمر، وهو مطرب كالتنبور، والعود، والصنج، وسائر المعازف، والأوتار فيخروم استعماله، والاستماع إليه، قال ابن عباس - رضي الله عنه - في تفسير قوله تعالى: ﴿وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ﴾ [لقمان: ٦]: إنه الملاهي، وفي اليراع وجهان:

أحدهما: أنه حرام، كالمزمار.

والثاني: المنع؛ لأنه ينشط على السير في الأسفار ويؤوى أن داوّد - عليه السلام - كان يضربه في أغنامه، وعن الصحابة الترخيص فيه، والأصح الأول عند صاحب «التهذيب» وعند صاحب الكتاب، وهو الأقرب، وليس المراد من اليراع كل قصب، بل المزمار العراقي، وما يضرب به الأوتار حرام بلا خلاف<sup>(٢)</sup>، وأما الدفّ فضره مباح في الإملاك والختان، روي أنه - ﷺ - قال: «أَعْلِنُوا النَّكَاحَ وَأَضْرِبُوا عَلَيْهِ بِالْغُرَبَالِ»<sup>(٣)</sup> يريد الدفّ، وعن عمر - رضي الله عنه - أنه كان إذا سمع الدفّ بعث، فإن كان في النكاح

(١) قال النووي: الصحيح أنه إذا أفرط على الوجه المذكور، فهو حرام، صرح به صاحب «الحاوي» فقال: هو حرام يفسق به القاريء، ويأثم المستمع، لأنه عدل به عن لهجة التقويم، وهذا مراد الشافعي بالكراهة. ويسن ترتيل القراءة وتدبرها، والبكاء عندها، وطلب القراءة من حسن الصوت، والجلوس في حلق القراءة ولا بأس بترديد الآية للتدبر، ولا باجتماع الجماعة في القراءة، ولا بإدارتها وهو أن يقرأ بعض الجماعة قطعة، ثم البعض قطعة بعدها، وقد أوضحت هذا كله وما يتعلق به من النفائس في «آداب حملة القرآن».

(٢) قال النووي: الأصح أو الصحيح تحريم اليراع، وهو هذه الزمارة التي يقال لها الشبابة وقد صنف الإمام أبو القاسم الدولي كتاباً في تحريم اليراع مشتملاً على نفائس، وأطنب في دلائل تحريمه.

(٣) رواه الترمذي وابن ماجه والبيهقي عن عائشة، وفي إسناده خالد بن الياس، وهو منكر الحديث قاله أحمد، وفي رواية الترمذي، عيسى بن ميمون وهو يضعف، قاله الترمذي وضعفه ابن الجوزي من الوجهين، نعم روى أحمد وابن حبان والحاكم من حديث عبد الله بن الزبير: أعلنوا النكاح، وروى أحمد والنسائي والترمذي، وابن ماجه والحاكم من حديث محمد بن حاطب: فصل ما بين الحلال والحرام، والضرب بالدف.

(تنبيه): ادعى الكمال جعفر الأدفوي في كتاب الإمتاع بأحكام السماع، أن مسلماً أخرج حديث الباب في صحيحه، وهم في ذلك وهماً قبيحاً.

وَالخِتَانِ، سَكَتَ، وَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِهِمَا عَمَلٌ بِالذَّرَّةِ وَأَمَّا فِي غَيْرِ الإِمْلَاقِ وَالخِتَانِ:

ففي «المهذب» و«التهذيب» وغيرهما: إطلاق القول بأنه حرام، ويدل عليه أثر عُمَرَ - رضي الله عنه - .

ومنهم: من أطلق حله، وعلى ذلك جرى الإمام، وصاحب الكتاب، وقد رجح له ما رُوِيَ أَنَّ امْرَأَةَ أَنْتِ النَّبِيِّ - ﷺ - قَالَتْ: إِنِّي نَذَرْتُ أَنْ أَضْرِبَ بِالذُّفِّ بَيْنَ يَدَيْكَ إِنْ رَجَعْتَ مِنْ سَفَرِكَ سَالِمًا، فَقَالَ - ﷺ - «أَوْفِي بِنَذْرِكَ»<sup>(١)</sup> وأيضاً، فقد يراد إظهار السرور؛ لأسباب حادثة، كما يراد للإملاك والختان، وحيث قلنا بالحل، فذلك، إذا لم يكن فيه جلال، وإن كان، فوجهان:

أشبهَهُمَا: الحِلُّ أيضاً، وبه أجاب صاحب الكتاب ههنا، وفي «الإحياء» ولا يحرم ضرب الطبول إلا الطبل الذي يُسَمَّى الكوبة، فإنه حرام؛ لما رُوِيَ أَنَّهُ - ﷺ - قَالَ: «إِنَّ اللَّهَ حَرَّمَ عَلَيَّ أُمَّتِي الخَمْرَ، وَالْمَيْسِرَ وَالْكُوبَةَ»<sup>(٢)</sup> في أشياء عدها، والكوبة الطبل المتسع الطرفين الضيق الوسط، قال الإمام: وليس فيه من جهة المعنى ما يميزه عن سائر الطبول إلا أن المخثنين يعتادون ضربه ويتولعون به، قال: والطبول التي تهيأ لملاعب الصبيان، وإن لم تلحق بالطبول الكبار، فهي كالذف، وليست كالكوبة بحال، والضرب بالصفافير حرام كذلك ذكره الشيخ أبو محمد وغيره، لأنه من عادة المخثنين، وتوقف الإمام فيه؛ لأنه لم يرد فيه خبر بخلاف الكوبة، وفي ضرب القضيب على الوسائط وجهان؛ الذي أورده العراقيون: أنه مكروه غير محرّم؛ لأنه لا يفرد عن الغناء، ولا يضرب وحده بخلاف الآلات المطربة، وأشار صاحب «التهذيب» إلى ترجيح التحريم، والرقص غير محرّم، فإنه مجرد حركات على استقامة، ومشهور أن النبي - ﷺ - وَقَفَ لعائشة - رضي الله عنها - يسترها حتى نظرت إلى الحبشة، وهم يلعبون، ويزفنون<sup>(٣)</sup>، والزفن هو الرقص، نعم، قال الحليمي الرقص الذي فيه تكسر وتثن، ويشبه أفعال المخثنين، حرام على الرجال والنساء.

(١) تقدم.

(٢) رواه أحمد وأبو داود وابن حبان والبيهقي، من حديث ابن عباس بهذا، وزاد: وهو الطبل، وقال: كل مسكر حرام، وبين في رواية أخرى أن تفسير الكوبة من كلام رواه علي بن بزيمه، ورواه أبو داود من حديث ابن عمرو، وزاد: والغبراء، وزاد أحمد فيه: والمزمار، ورواه أحمد من حديث قيس بن سعد بن عبادة.

(تنبيه): الغبراء اختلف في تفسيرها فقيل: الطنبور، وقيل: العود، وقيل: البربط، وقيل السكركة بضم الكاف الأولى وتسكين الراء: مزر يصنع من الذرة أو من القمح.

(٣) متفق عليه عن عائشة عن طرق.



الرابعة: إنشاء الشعر في الجملة وإنشاده والاستماع إليه جائز، كيف لا، وكان للنبي ﷺ - شعراء يَضْعِي إِلَيْهِمْ، حَسَانُ بْنُ ثَابِتٍ، وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ رَوَاحَةَ - رضي الله عنهما - واستنشد الشريد شعر أمية بن أبي الصلت، واستمع إليه، وفي حفظ دواوين العرب أبلغ معونة على ذلك أحكام الكتاب والسنة ومعانيهما، وقال الشافعي - رضي الله عنه -: «الشعرُ كلامٌ، فَحَسَنُهُ كَحَسَنِهِ، وَقَبِيحُهُ كَقَبِيحِهِ» وفضله على الكلام أنه سائر، وإن هجا الشاعر في شعره بما هو صادق فيه أو كاذب رُدَّتْ شَهَادَتُهُ؛ لذلك قال القاضي الروياني: وليس إثمُ حَاكِي الهَجْوِ كإِثْمِ مَنْشِئِهِ<sup>(١)</sup>، ويُشْبِهُ أن يكون التعريض هجواً كالـتصريح، وقد يزيد بعض التعريض على التصريح، وقال القاضي ابن كج: لا يكونُ التعريض هجواً<sup>(٢)</sup>، وكذلك تُرَدُّ شهادة الشاعر، إذا كان يفحش أو يشبب بامرأة بعينها لما فيه من الإيذاء والإشهار والقذف إن صرح، وإن كان صادقاً في أنه فعل كذا، فلفسقه بما أخبر عنه أيضاً، وكذا تُرَدُّ شهادته، لو كان يصف الأعضاء الباطنة؛ لما فيه من هتك السر، فإن كانت التي شَبَّبَ بها جاريتَهُ، أو زوجته، فمن الأصحاب مَنْ قال بأنه يجوز، ولا تُرَدُّ شهادته، وهذا القائل يقول: لو لم تكن المرأة معينة لا تُرَدُّ شهادته لجواز أن يريده من تجلُّ له، ومنهم من قال: تُرَدُّ شهادته إذا كان يذكر جاريته أو زوجته بما حقه الإخفاء؛ لأنه ساقط المروءة، وهذا هو الحق، على ما سيأتي في «فضل المروءة» ولو كان يشبب بغلام، ويذكر أنه يعشقه، قال القاضي الروياني يفسق، وإن لم يعين؛ لأن النظر بالشهوة إلى الذكور حرام بكل حال، وفي «التهديب» وغيره: اعتبارُ التعيين في الغلام، كما في المرأة، وإذا كان يمدح الناس، ويُطْرِي نُظْرًا؛ إن أمكن حملهُ على ضَرْبِ مِبَالِغَةٍ، فهو جائز، ألا تَرَى أن رسول الله - ﷺ - قَالَ لِغَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ: أَمَّا مُعَاوِيَةُ، فَصُغْلُوكُ؛ لَا مَالَ لَهُ، وَأَمَّا أَبُو جَهْمٍ، فَلَا يَضَعُ عَصَاهُ عَن عَاتِقِهِ<sup>(٣)</sup> ومعلوم أنه كان يَضَعُ كثيراً، وإن لم يكن حملهُ على المبالغة، وكان كذباً مخضاً، فهل هو كسائر أنواع الكذب، قال عامة الأصحاب - رحمهم الله - وهو ظاهر كلام الشافعي - رضي الله عنه -: نعم، حتى إذا أكثر منه، رُدَّتْ شهادته، كما إذا أكثر الكذب في غير الشعر،

(١) نعم لو كان المهجو معروفاً. قال الأذرعى: فيظهر أن إثم الحَاكِي أعظم من إثم المنشئ إذا كان قد سمعه منه سراً فأذاعه وهتك به ستر المهجو.

(٢) ومحل تحريم الهجاء إذا كان لمسلم، فإن كان لكافر أي غير معصوم جاز كما صرح به الروياني وغيره لأنه ﷺ أمر حسناً بهجاء الكفار ومن هنا صرح الشيخ أبو حامد بأنه مندوب ومثله في جواز الهجو المبتدع كما ذكره الغزالي في الإحياء والفاسق المعلن كما قاله العمراني وبحثه الأسنوي وظاهر كلامهم جواز هجو الكافر المعين وعليه فيفارق عدم جواز لعنه بأن اللعن الإبعاد من الخير ولاعنه لا يتحقق بعد منه فقد يختم له بخير بخلاف الهجو.

(٣) تقدم في النكاح.

وعن القفال والصيدلاني: لا يلتحق بالكذب؛ لأن الكاذب يرى الكذب صدقاً، ويروجه، وليس غرض الشاعر أن يصدق في شعره، وإنما هو صناعة، وعلى هذا، فلا فرق بين القليل والكثير، وهذا حسن بالغ، وينبغي أن يقال على قياسه: إن التشبيب بالنساء والعلمان من غير تعيين لا يخل بالعدالة، وإن أكثر منه؛ لأن التشبيب فن وعرض الشاعر إظهار الصناعة في هذا الفن تحقيق المذكور، وكذلك ينبغي أن يكون الحكم لو سمي امرأة لا يذري من هي.

الخامسة: القول في تحريم لبس الحرير وتحريم الجلوس عليه والتحلّي بالذهب قد سبق في صلاة الخوف والعيدنين والزكاة، فلا نعيده، بقي في الفصل بعد هذه المسائل كلامان:

أحدهما: ما حكمنا بإباحته في هذه الصورة يقتضي الإكثار منه ردّ الشهادة، لكونه خارماً للمروءة فمن داوم على اللعب بالشطرنج والحمام، زدّت شهادته، وإن لم يقترن به ما يوجب التحريم؛ لِمَا فيه من ترك المروءة، وكذا من داوم على سماع الغناء أو على الغناء، وكان يأتي الناس ويأتيه الناس لذلك، وكذا، لو اتخذ غلاماً أو جارية ليغنيا للناس، وكذا المداومة على الرقص وضرب الدف، فإن الإكثار من جميع ذلك إعراض عن الجدّ ودخول في زمرة الهازلين الذين تشبههم الظنون، ولا يوثق بقولهم، وكذا إنشاء الشعر وإنشاده، إذا أكثر منه، فترك به مهمّاته، كان خارقاً حجاب المروءة، كذا ذكره الإمام، قال: وكذا الشاعر يكتسب بشعره، والمزجج، في المداومة والإكثار إلى العادة، ويختلف الأمر فيه بعادات التواحي والبلاد، ويستقبّح قدر من شخص لا يستقبّح من غيره، وللأمكنة تأثير فيه أيضاً، فاللعب بالشطرنج في الخلوة مراراً لا يكون كاللعب مرّة في السوق على ملا من الناس، وقد ينساق هذا إلى أن يقال: لما استمرت العادة بأن الشاعر يكتسب بشعره وعدّ صنعة الغناء المباح حرفة ومكسباً، فالاشتغال به ممن يليق بحاله لا يكون تركاً للمروءة، وكلام الأصحاب محمول على من لا يليق بحاله وقد رأيت ما ذكرته في الشاعر يكتسب بشعره لابن القاص، والله أعلم.

وقوله في الكتاب يخرم المروءة في حق بعض الناس «فيه إشارة إلى ما ذكرنا.

الثاني: ما حكمنا بتحريمه في هذه المسائل كالنزد، وسماع الأوتار، ولبس الحرير، والجلوس عليه، فهو من الكبائر حتى تردّ الشهادة بالمرّة الواحدة أو من الصغائر حتى يُعْتَبَر المداومة والإكثار منه وجهان؛ ميل كلام الإمام إلى ترجيح أولهما، والأشبه الثاني، وهو المذكور في «التهذيب» وغيره، وزاد الإمام شيئاً آخر، فقال: ليُنظَر أولاً إلى عادة القطر والناحية، فحيث يستعظمون النزد، وسماع الأوتار، تُردّ الشهادة بالمرّة الواحدة؛ لأن الإقدام في مثل تلك الناحية لا يكون إلا من جسور منحل عن ربة

المروءة، فسقط الثقة بقوله، وحيث لا يستعظمون، لا يَكُونُ مَطْلَقُ الإِقْدَامِ مُشْعِراً بِتَرْكِ المبالاة، وسقط «المروءة» فحينئذ يقع النظر في أنه من الصغائر أو الكبائر، وهذا ما عناه صاحب الكتاب بقوله «إلا في بلدة يُعْظَمُ عندهم» إلى آخره أي فتردُّ شهادته، وإن لم يَفْسُقْ وقوله: في أول الفصل «واللعب بالشطرنج» ليعلم «الشطرنج» بالحاء والميم والواو، «والحمام» بالحاء، والميم و «سماع الغناء» بالواو، وكذا قوله: «وإن كان فيه جلاجل» وكذا لفظ «الترد» والمعازف هي الملاهي التي يُلْعَبُ بها يُقَالُ: عَزَفَ عَزَافاً، واسمُ المعازِفِ تشمَلُ الأوتار، والمزامير.

وقوله: «وما هو من شِعَارِ الشُّزْبِ» الشُّزْبُ جمع شَارِبٍ كَصَاحِبٍ وَصَحْبٍ، ويمكن أن يقرأ بضم الشين أي شِعَارِ شُزْبِ الخمر.

وقوله: «ولكن لا تُرَدُّ الشهادة بالمرّة الواحدة» يعلم بالواو.

وقوله: «وليس يخلو الإنسان عن كِذْبَةٍ» إلى آخره مخضٌ تكرارٍ، وقد ذكر في الفصل السابق ما يفيد معناه.

قَالَ العَزَالِيُّ: وَالنَّصُّ أَنَّ الحَنَفِيَّ إِذَا شَرِبَ التَّيْبِذَ حُدَّ وَقَبِلَتْ شَهَادَتُهُ، وَفِيهِ وَجْهٌ أَنَّهُ لَا يُحَدُّ، وَوَجْهٌ أَنَّهُ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الحَمْرُ العِنْبِيَّةُ التي لم يَشْبُهْها ماءٌ ولا طَبِخَتْ بنازٍ محرمةٌ بالإجماع، ومن شربها عالماً بحالها، فهو محدودٌ مردود الشهادة، سواء شرب قدرًا يُسْكَرُ أو قدرًا لا يسكر، قال أصحابنا العراقيون: وكذلك حُكْمُ بائِعِها وَمُشْتَرِيْها في ردِّ الشهادة ولا تُرَدُّ الشهادة بَاتِّخَاذِها وإمساكها، إن قصد به التخلل أو التخليل، والمطبوخ من عصير العنب المختلف في تحريمه وسائر الأنبذة، إن شرب منها القدرُ المُسْكَرُ، يُحَدُّ وتردُّ شهادته أيضاً، وإن شرب منها القليل، فإما أن يعتقد إباحته، كالحنفي، أو يعتقد تحريمه، أما الأول، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه لا يحدُّ، لشبهة اختلاف العلماء، ولا تردُّ شهادته، لأنه لم يرتكب ما يعتقدُه محظوراً حتى يسقط الوثوق به.

والثاني: وبه قال مالك: أنه يُحَدُّ وتردُّ شهادته، أما الحدُّ، فَلقوة أدلة التحريم والحاجة إلى الزجر، وأما ردُّ الشهادة؛ فلأنه شرب ما يُسْكَرُ، فتردُّ شهادته، كما لو سكر.

وثالثها: وبه قال أحمد: أنه يُحَدُّ ولا تُرَدُّ شهادته، وهو الأظهر عند عامة الأصحاب - رحمهم الله -، واستبعده المُزْنِيُّ، فقال: الحدُّ أعظم من ردِّ الشهادة، فكيف يحدُّ ولا تردُّ شهادته، قيل: هذا ذهابٌ منه إلى أنه تردُّ شهادته، قيل كما يحدُّ، وقيل: بل إلى أنه لا يحدُّ كما لا تردُّ شهادته، وأجاب الأصحاب بأن الحدُّ إلى الإمام، فاعتبر

فيه اعتقاده، وردُّ الشهادة يَعتَمِدُ عقيدةَ الشَّاهد، ولهذا لو عَصَبَ جاريةً وَوَطَّئَهَا على اعتقادٍ أنه يَزْنِي ثم تَبَيَّنَ أَنَّها كانت مملوكته يَفْسُقُ وتردُّ شهادته، ولو وطئَ جاريةَ الغَيْرِ عَلَيَّ ظَنُّ أَنَّها جاريته لا تردُّ شهادته، وأيضاً، فَإِنَّ الحَدَّ للزَّجْرِ، وشزْبُ النَبِيذِ يحتاج إلى الزجر ورد الشهادة لسقوط الثقة بقوله إذا لم يعتقد التحريم، لم تسقط الثقة، وأما إذا كان الشاربُ مَمَّنْ يعتقدُ تحريمه، فإن قلنا يُحَدُّ معتقِدُ الحِلِّ، فهذا أولي، وإن قلنا لا يُحَدُّ، فوجهان.

أظهرهما: المنع أيضاً؛ لشبهة الاختلاف، وأما ردُّ الشهادة، فإن ردذناها هناك، فهنا أولي، وإن لم نردّها، فوجهان:

أحدهما: أن الجوابَ كَذَلِكَ؛ لأنَّ استحلال الشَّيء أشدُّ من فعله، وإذا لم تردُّ شهادة مستحلِّ الشُّزْبِ، فشهادة الشاربِ أولي، وعلى هذا فإنما نحكم بالفسق وردُّ الشهادة، إذ ارتكب مُجمِعاً على تحريمه.

والثاني: أنها تردُّ؛ لأنه، إذا لم يرتكب ما يعتقدُه مخطوراً، لم تؤمَّن جرائته على شهادة الزور وسائر المخطورات، والأظْهَرُ من الوجهين الأول عند ابن الصَّبَّاحِ وصاحب «المهذب» وَيُحْكِي عن ابن أبي هُرَيْرَةَ، والثاني عند القاضي أبي الطَّيِّبِ الروياني وغيرهما، ويحكي، عن أبي إسحاق، وهو الذي أورده الإمامُ ويوافقُه ما حَكَى الروياني في «جمع الجوامع» عن القفال أنَّ من نكح بلا وليٍّ، ووطئ، لا تُردُّ شهادته، إن اعتقد الحِلَّ، وتُردُّ، إن اعتقد التحريم، وعلى هذا قياسُ سائر المجتهدات، لكن قد حُكِيَ عن نص الشافعي - رضي الله عنه - أنه لا تُردُّ شهادة المستحلِّ لنكاح المُتَنَعَةِ، والمفتي به والعامِلُ به، ونقل أبو الفياض مثله<sup>(١)</sup> في تنمة «الجامع الصغير» لأبي حامد القاضي، والفرقُ في الحدِّ حيث أوجبناه في شزْبِ النَبِيذِ على الظاهر، ولم نوجبُه في الوطء بالنكاح بلا وليٍّ مذكورٍ في النكاح.

وقوله في الكتاب «إذا شرب النبيذ» يعني القدر الذي لا يسكر، فأما إذا شرب ما أسكره، فسُق بلا خلاف، وأَعْلِمِ قولُه «وَقَبِلْتُ شهادته» بالميم، وقوله «لا يحدُّ» بالألف؛ لما عرَّفْتُهُ، والله أعلم.

(١) قال النووي: قال ابن الصَّبَّاحِ: قال في «الأم» إذا أخذ من الثار في الفرح لا ترد شهادته، لأن من الناس من يحل ذلك، وأنا أكرهه، قال في «الأم»: ومن ثبت أنه يحضر الدعوة بغير دعاء من غير ضرورة، ولا يستحل صاحب الطعام، وتكرر ذلك منه، ردت شهادته، لأنه يأكل محرماً إذا كانت الدعوة دعوة رجل من الرعية، وإن كانت دعوة سلطان، أو من يتشبه بالسلطان فهذا طعام عام، فلا تأثير به. قال ابن الصَّبَّاحِ: وإنما اشترط تكرر ذلك، لأنه قد يكون له شبهة حتى يمنعه صاحب الطعام، فإذا تكرر، صار دناءة، وقلة مروءة.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الْوَصْفُ الثَّانِي: الْمُرُوءَةُ: فَمَنْ يَزْتَكِبُ مَا لَا يَلِيْقُ بِأَمثَالِهِ مِنْ الْمُبَاحَاتِ بِحَيْثُ يُسَخَّرُ بِهِ كَالْفَقِيهِ يَلْبَسُ الْقَبَاءَ وَالْقَلَنْسُوَةَ وَيَأْكُلُ وَيَبُولُ فِي الْأَسْوَاقِ أَوْ أَكْبَ عَلَى اللَّعْبِ بِالشُّطْرَنْجِ أَوْ الْحَمَامِ أَوْ الرَّقْصِ أَوْ الْغِنَاءِ فَكُلُّ ذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى خَبَلٍ فِي عَقْلِهِ أَوْ قِلَّةٍ مُبَالَاةٍ فِيهِ فَتَسْقُطُ الثَّقَّةُ بِقَوْلِهِ وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ، وَيَخْتَلِفُ ذَلِكَ بِالأَشْخَاصِ وَالْأَحْوَالِ، وَالصَّحِيحُ أَنَّ شَهَادَةَ الْكَنَّاسِ وَالدَّبَّاعِ وَالْحَجَّامِ وَالْحَائِكِ وَذَوِي الْحِرْفِ الْحَسِيْسَةِ مُقْبُولَةٌ إِذَا كَانَ ذَلِكَ مِنْ صِنْعَةِ آبَائِهِمْ، فَأَمَّا اخْتِيَارُ ذَلِكَ مِنْ لَّا يَلِيْقُ بِهِ يَدُلُّ عَلَى خَبَلٍ فِي الْعَقْلِ وَيَخْرُمُ الْمُرُوءَةُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْأَشْهَرُ وَالْأَحْسَنُ مِنْ أَصْطِلَاحِ الْأَصْحَابِ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - إِخْرَاجُ الْمُرُوءَةِ عَنْ حَدِّ الْعَدَالَةِ، وَعَدُّ الْمُرُوءَةِ صِفَةً بِرَأْسِهَا، وَعَلَى ذَلِكَ جَرَى فِي الْكِتَابِ، وَمِنْهُمْ مَنْ يُدْرَجُ الْمُرُوءَةُ فِي الْعَدَالَةِ، وَكَذَلِكَ السَّابِقَةُ، وَهِيَ التَّكْلِيْفُ، وَالْإِسْلَامُ، وَالْحَرِيَّةُ، وَيَقُولُ: الْعَدْلُ هُوَ الَّذِي تَعْتَدِلُ أَحْوَالُهُ دِينًا وَمُرُوءَةً وَأَحْكَامًا، فَالاعتدالُ فِي الدِّينِ أَنْ يَكُونَ مُسْلِمًا عَفِيْفًا، وَفِي الْمُرُوءَةِ مَا يَبِيْنُهُ هَذَا الْفَصْلُ، وَفِي الْأَحْكَامِ: الْأَنْ يَكُونَ نَاقِصَ الْحُكْمِ بِصَبَا أَوْ جُنُونٍ أَوْ رِقٍّ، وَالْفَقْهُ أَنَّهُ لَا يُقْبَلُ شَهَادَةٌ مِنْ لَّا مُرُوءَةَ لَهُ، لِأَنَّ طَرِحَ الْمُرُوءَةِ، إِمَّا أَنْ يَكُونَ بِخَبَلٍ وَنَقْصَانٍ أَوْ لِقَلَّةِ مُبَالَاةٍ وَحَيَاءٍ، وَعَلَى التَّقْدِيرَيْنِ تَبْطُلُ الثَّقَّةُ وَالاعْتِمَادُ بِقَوْلِهِ: أَمَّا الْمُخْبَلُ، فَظَاهِرٌ، وَأَمَّا مِنْ لَّا حَيَاءٍ لَهُ فَيَصْنَعُ مَا شَاءَ عَلَى مَا وَرَدَ مَعْنَاهُ فِي الْحَدِيثِ<sup>(١)</sup>، وَفِي ضَبْطِ الْمُرُوءَةِ عِبَارَاتٌ مُتَقَارِبَةٌ، قِيلَ: صَاحِبُ الْمُرُوءَةِ هُوَ الَّذِي يَصُونُ نَفْسَهُ عَنِ الْأَدْنَسِ، وَلَا يَشِينُهَا عِنْدَ النَّاسِ، وَقِيلَ: الَّذِي يَتَحَرَّزُ عَمَّا يُسَخَّرُ مِنْهُ وَيُضْحَكُ بِهِ، وَقِيلَ: الَّذِي يَسِيرُ سِيْرَةَ أَمثَالِهِ فِي زَمَانِهِ، وَكَأَنَّهُ مِمَّنْ تَرَكَ الْمُرُوءَةَ لِبَسِّ مَا لَا يَلِيْقُ بِأَمثَالِهِ كَمَا إِذَا لَبَسَ الْفَقِيْهُ الْقَبَاءَ وَالْقَلَنْسُوَةَ وَتَرَدَّدَ فِيهِمَا فِي الْبِلَادِ الَّتِي لَمْ تَجْرَ عَادَةُ الْفُقَهَاءِ فِيهَا بَلْبَسَ هَذَا النَّوعِ مِنَ الثِّيَابِ كَمَا إِذَا لَبَسَ التَّاجِرُ ثَوْبَ الْجَمَّالِيْنَ، أَوْ تَعَمَّمَ الْجَمَالَ، أَوْ تَطَيَّلَسَ، أَوْ رَكِبَ الْبِغْلَةَ الثَّمِينَةَ، وَتَطَوَّفَ فِي الْأَسْوَاقِ مَكْشُوفَ الرَّأْسِ، وَيَتَخَذُ نَفْسَهُ ضَحِكَةً، وَمِنَ الْمَشْيُ فِي الْأَسْوَاقِ مَكْشُوفَ الرَّأْسِ وَالْبَدَنِ، إِذَا لَمْ يَكُنْ الشَّخْصُ مِمَّنْ يَلِيْقُ بِهِ مِثْلُهُ، وَكَذَا مَدُّ الرَّجْلَيْنِ فِي مَجَالِسِ النَّاسِ، وَمِنَ الْأَكْلِ فِي السُّوقِ، وَالشُّرْبِ مِنْ سَقَايَاتِ السُّوقِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الشَّخْصُ سُوقِيًّا أَوْ شَرِبَ لَعْلَبَةَ عَطَشٍ، وَمِنَ أَنْ يُقْبَلَ الرَّجُلُ زَوْجَتَهُ أَوْ جَارِيَتَهُ بَيْنَ يَدَيْ النَّاسِ، وَحَكَى لَهُمْ مَا يَجْرِي فِي الْخَلْوَةِ، وَأَنْ يَكْثُرَ مِنَ الْحِكَايَاتِ الْمَضْحَكَةِ، وَمِنْهُ: أَنْ يَخْرُجَ عَنِ حَسَنِ الْعَشْرَةِ مَعَ الْأَهْلِ وَالْجِيرَانِ، وَالْمَعَامِلِيْنَ، وَيَضَاقِقُ فِي الْيَسِيرِ الَّذِي لَا يَسْتَقْصِي فِيهِ،

(١) كَأَنَّهُ يَشِيرُ إِلَى حَدِيثٍ: إِذَا لَمْ تَسْتَحْيِ فَاصْنَعْ مَا شِئْتَ. رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ وَأَحْمَدُ وَالتَّطْبِرَانِيُّ مِنْ حَدِيثِ أَبِي مَسْعُودِ الْبَدْرِيِّ.

ومنه الإكباب على اللَّعِبِ بالشُّطْرَنْجِ وَالْحَمَامِ وَالغِنَاءِ عَلَى مَا سَبَقَ، وَمِنْهُ أَنْ يَتَذَلَّ الرَّجُلُ الْمَعْتَبَرُ بِنَقْلِ الْمَاءِ وَالْأَطْعَمَةِ إِلَى بَيْتِهِ، إِذَا كَانَ ذَلِكَ عَنْ شَحٍّ وَضَيْئَةٍ وَإِذَا كَانَ عَنْ أَسْتِكَانَةِ وَاقْتِدَاءِ بِالسَّلْفِ التَّارِكِينَ لِلتَّكْلِيفِ، لَمْ يَقْدَحْ ذَلِكَ فِي الْمُرُوءَةِ، وَكَذَا لَوْ كَانَ يَلْبَسُ مَا يَجْدُ وَيَأْكُلُ حَيْثُ يَجْدُ؛ لِتَعَلُّلِهِ وَبِرَاءَتِهِ مِنَ التَّكَلُّفَاتِ الْعَادِيَّةِ، وَهَذَا يَعْرِفُ بِتَنَاسُبِ حَالِ الشَّخْصِ فِي الْأَعْمَالِ وَالْأَخْلَاقِ وَظُهُورِ مَخَايِلِ الصُّدُقِ وَلَا يَبْدِيهِ، وَقَدْ يُؤَثَّرُ فِيهِ الزِّيُّ وَاللِبْسَةُ وَأَهْلُ الْجِرْفِ الدِّنْيَةِ؛ كَالْحَجَّامِ وَالْكَئَّاسِ وَالذَّبَّاعِ وَالْقِيمِّ فِي الْحَمَامِ وَالْحَارِسِ وَالنُّخَالِ، قَالَ صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» وَغَيْرُهُ: وَالْإِسْكَافُ وَالْقَصَابُ فِي شَهَادَتِهِمْ وَجِهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَهَا لَا تُقْبَلُ؛ لِأَنَّ اشْتِغَالَهُمْ بِهَذِهِ الْجِرْفِ وَرِضَاهُمْ بِهَا يُشْعِرُ بِالْحَسَةِ وَقَلَّةِ الْمُرُوءَةِ.

فَأَصْحَهُمَا: الْقَبُولُ، لِأَنَّهَا حَرْفٌ مَبَاحَةٌ، وَالنَّاسُ مُحْتَاجُونَ إِلَيْهَا، وَلَوْ رَدَدْنَا شَهَادَتَهُمْ، لَمْ يُؤْمَنْ أَنْ يَتْرُكُوهَا، فَيَعْمُ الضَّرْرُ، وَفِي الْحَيَاكَةِ طَرِيقَانِ:

أَحَدُهُمَا: الْقَطْعُ بِالْقَبُولِ، وَاخْتَارَهُ الْقُقَالُ، وَتَوَجَّهَ بِأَنَّ مَحَلَّ عَمَلِهِمْ مَا هُوَ مَحَلَّ عَمَلِ الْخِيَاطِ، إِلَّا أَنْ هَذَا مَنْسُوجٌ وَذَلِكَ غَيْرُ مَنْسُوجٍ.

وَأَشْبَهُهُمَا: طَرْدُ الْوَجْهَيْنِ، لِإِزْرَاءِ النَّاسِ بِهِمْ، وَعَدَّهُمُ النَّسَبَةَ إِلَى الْحَيَاكَةِ سَبًّا وَإِذَاءً، وَحَكَّى أَبُو الْعَبَّاسِ<sup>(١)</sup> وَجْهًا فَارِقًا بَيْنَ مَا يُخْرُجُ إِلَى مَخَامَرَةِ الْقَاذُورَاتِ، وَالنَّجَاسَاتِ وَيَبِينُ مَا لَا يَخْرُجُ إِلَيْهِ، فَيَقَعُ الْحَارِسُ وَالنُّخَالُ وَالْحَائِكُ فِي الْقِسْمِ الثَّانِي، وَالْبَاقُونَ فِي الْأَوَّلِ، وَفِي كِتَابِ الْقَاضِي ابْنِ كَجَّ أَنَّ بَعْضَ الْأَصْحَابِ أَلْحَقَ الصَّبَّاعِينَ وَالصَّوَاغِينَ بِمَنْ تُرَدُّ شَهَادَتُهُمْ، وَالصَّحِيحُ الْقَطْعُ بِالْقَبُولِ، نَعَمْ، مِنْ يَكْثُرُ مِنْهُمْ وَمِنْ سَائِرِ الْمُحْتَرَفَةِ الْكُذْبِ وَالْخُلْفِ فِي الْوَعْدِ، تُرَدُّ شَهَادَتُهُ لَذَلِكَ، ثُمَّ الْكَلَامُ فِي مَوْضِعِ الْوَجْهَيْنِ مِنْ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: قَالَ صَاحِبُ الْكِتَابِ: الْوَجْهَانِ فَيَمُنُّ بِهِ هَذِهِ الْجِرْفُ، وَكَانَ ذَلِكَ مِنْ صِنْعَةِ آبَائِهِ، فَأَمَّا غَيْرُهُ، إِذَا اخْتَارَهَا، وَاشْتَغَلَ بِهَا، سَقَطَتْ مُرُوتُهُ، وَهَذَا حَسَنٌ، وَقَضِيَّتُهُ أَنْ يُقَالَ: الْإِسْكَافُ وَالْقَصَابُ، إِذَا اشْتَغَلَا بِالْكَئْسِ بَطَلَتْ مِرْوَةٌ بِخِلَافِ الْعَكْسِ<sup>(٢)</sup>.

وَالثَّانِي: الَّذِينَ يَخَامِرُونَ النَّجَاسَاتِ، إِنَّمَا يَجْرِي فِيهِمُ الْوَجْهَانِ، إِذَا حَافَظُوا عَلَى الصَّلَوَاتِ، وَاتَّخَذُوا لَهَا ثِيَابًا طَاهِرَةً، وَإِلَّا، فَتُرَدُّ شَهَادَتُهُمْ بِالْفِسْقِ<sup>(٣)</sup>.

(١) في ز: الفياض.

(٢) قال النووي: لم يتعرض الجمهور لهذا القيد، وينبغي أن لا يقيد بصنعة آبائه، بل ينظر هل يليق به هو أم لا.

(٣) قال في القوت: قال القاضي الحسين إن استعمال الإسكاف شعر الخنزير ولم يغسل ثوبه ويديه منه، لم يقبل منه وكذا إن غسلهما في الأصح وإن استعمال غيره وغسل النجاسة قبلت شهادته على الأصح. وفي تعليق البغوي أن استعمال الهلب هل يكون فسقاً يحتمل وجهين إن قلنا فسق ردت شهادته وإلا فوجهان، انتهى.

فَرَعُ: الذي يترك السُّنَنَ الروائِبَ وتسيبِحَاتِ الرُّكُوعِ والسُّجُودِ أحياناً، لا تُرَدُّ شهادته، وإن اعتاد تزكُّها رُدَّتْ شهادته؛ لتهاونه بالسُّنَنِ، ذكره في «التهذيب» وسببه إشعارُ هذا التهاونِ بقلَّةِ المبالاةِ والاهتمامِ بالمهمَّاتِ، وحكى الشيخُ أبو الفَرَجِ في غير الوترِ ورَكَعتي الفجرِ من الروائِبِ وجهاً، أنه لا تُرَدُّ الشهادةُ باعتياده تزكُّها، وعن نصِّ الشافعيِّ - رضي الله عنه - أن المستحلَّ للأنبذة، إن كان يديم المقاومةَ عليها والحُضُورَ مع أهل السُّفَّةِ، رُدَّتْ شهادته؛ لطرحِهِ المروءة، وإن لم يفسق المستحلُّ وشهادةُ الطوافِ على الأبوابِ وسائرِ السُّؤَالِ مقبولةٌ إلا أن يُكثِرَ الكذبَ في دعوى الحاجة، وهو غيرُ محتاجٍ أو يأخذُ مَا لا يَجِلُّ له أخذه، فيفسقُ لذلك، وعن أبي حنيفة رُدُّ الشهادةِ بسببِ الطُّوفِ على الأبوابِ، وهو قضية الوجهِ الذاهبِ إلى رُدِّ شهادة أصحابِ الحِرْفِ الدنيئة؛ لأن اختيارَ ذلك يدلُّ على الخسة.

وقوله في الكتاب «أو أكبَّ على اللَّعِبِ بالشرطنج أو الحَمَامِ، أو الرُقْصِ، أو الغناءِ» مكرره، قد ذُكِرَ من قَبْلُ ما يفيدُه.

وقوله: «والحائِك» يجوزُ إعلامه بالواو؛ لطريقة مَنْ قَطَعَ بقبولِ شهادته.

قَالَ الْعَرَّائِيُّ: الْوَضْفُ الثَّلَاثُ: الْإِنْفِكَاءُ عَنِ الثَّمَمَةِ: وَلَهَا أَسْبَابٌ: الْأَوَّلُ: أَنْ يَجْرُ إِلَى نَفْسِهِ بِشَهَادَتِهِ نَفْعاً كَمَنْ يَشْهَدُ أَنَّ فُلاناً جَرَحَ مُورَثَهُ، أَوْ يَدْفَعُ كَالْعَاقِلَةِ إِذَا شَهِدَتْ يَفْسُقُ شُهُودَ الْقَتْلِ الْخَطَأَ فَلَا يَقْبَلُ، وَلَوْ شَهِدَ بِمَالِ آخَرَ لِمُورَثِهِ الْمَجْرُوحِ أَوْ الْمَرِيضِ قَبْلَ، وَلَوْ شَهِدَا لِرَجُلَيْنِ بِوَصِيَّةٍ لَهُمَا مِنْ تَرَكَةٍ فَشَهِدَ لِلشَّاهِدَيْنِ أَيْضاً بِوَصِيَّةٍ فِيهَا قُبِلَتِ الشَّهَادَاتُ (ح)، وَكَذَا رُقَاءُ الْقَافِلَةِ فِي قَطْعِ الطَّرِيقِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: عَنْ ابْنِ عَمَرَ - رضي الله عنهما - أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - قَالَ: «لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ ظَنِينٍ وَلَا خَضَمٍ» وَالظَّنِينُ الْمُتَهَمُ، وَلِلتَّهْمَةِ أَسْبَابٌ:

منها: أَنْ يَجْرَ إِلَى نَفْسِهِ بِشَهَادَتِهِ نَفْعاً أَوْ يَدْفَعُ بِهَا ضَرراً، فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ السَّيِّدِ لِمَكَاتِبِهِ وَلِعَبْدِهِ الْمَأْدُونِ<sup>(١)</sup> بِدَيْنٍ وَلَا عَيْنٍ، وَلَا شَهَادَةُ الْوَارِثِ لِمَنْ يَرِثُهُ، وَلَا شَهَادَةُ الْغَرِيمِ لِلْمَيْتِ، وَلَا لِلْمَفْلِسِ الْمَخْجُورِ عَلَيْهِ، وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الْغَرِيمِ لِمَدْيُونِهِ الْمَوْسِرِ،

(١) استثنى البلقيني من ذلك شهادته له على شخص بأنه كذبه فتقبل، قاله تخريجاً قال: ولو شهد لعبده بأن زوجته تسلمت منه الصداق من كسبه في أيام بائعه أو مشتريه وقلنا إنه يعود للبائع كله بالفسخ قبل الدخول أو شطره بالطلاق قبل الدخول وهو الأصح في أيام بائعه خلافاً للمصحح في أصل الروضة في الصداق. قال والعبد الموصي بإعتاقه لو شهد له الوارث على شخص استوفى منفعتة مدة قبلت، وإن كان بعده لأنه لا يجر إلى نفسه نفعاً ولو استلحق عبده لقيطاً وقلنا لا يصح استلحاقه فشهد له مالكة قبلت.

وكذا المغسِرِ قبل الحجرِ في أصحِّ الوجهين؛ لأن قبل الحجرِ يتعلَّق الحقُّ بذمته لا بعينِ أمواله.

**والثاني:** المنع؛ لأن المغسِر لا مطالبةَ عَلَيْهِ، فإذا أثبت له شيئاً، أثبت لنفسه المطالبة، ولا تُقبَلُ شهادةُ الضَّامِنِ للمضمَّنِ عنه بالأداء أو الإبراء ولا شهادة الوكيل للموكل فيما هو وكيلٌ فيه، ولا شهادة الوصي والقيم في محلِّ تصرفهما، ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو شريكٌ فيه بأن يقول: هذه الدارُ أو العبدُ بيِّننا، ويجوز أن يشهد بالنصف لشريكه، ولا تُقبَلُ شهادةُ الشريك لشريكه ببيعِ الشَّقِصِ ولا للمشتري من شريكه؛ لأن شهادته تتضمن إثبات الشفعة لنفسه، فإن لم يكن فيه شفعةً بأن كان ممَّا لا ينقسم، قال الشيخ أبو حامد: يُقبَل، وكذا لو عفا عن الشفعة، ثم شهد، ولو شهد أن فلاناً جرح مورثه، لم يُقبَل للتهمة، ولو شهد بمال آخر لمورثه المجروح أو المريض، نُظِر؛ إن شهد بعد الاندمال، قُبِل، إلا أن يكون من الأصول أو الفروع، وإن شهد قبل الاندمال، فوجهان:

أحدهما: وبه قال أبو إسحاق: لا تُقبَلُ كما لو شهد أن مورثه جرح.

وأصحُّهما: القبول، والفرق أن الجرح سبب الموتِ الناقل للحقِّ، فإذا شهد بالجرح، فشهادته بالسبب الناقل للحق، وههنا بخلافه، وهذا الوجهُ هو الذي أورده صاحبُ الكتاب ههنا، وذكر الوجهين معاً في كتاب «دعوى الدم» وفي شرح «أدب القضاء» لأبي عاصم العبادي أنه لا تُقبَلُ شهادة المودع للمودع، إذا نازعه أجنبيُّ في الوديعة؛ لأنه يستديم اليدَ لنفسه وتنقل للأجنبي في الوديعة وكذا شهادة المرتهن للراهن، لا تُقبَل، ويقبَلُ للأجنبي، وأن شهادة الغاصبِ على المَغْصُوبِ منه لا تقبل لنفسه، ولأنه ينقل الضمان الثابتَ عَلَيْهِ من المستحقِّ إلى غيره، ويدفع مؤنة الرَّدِّ، فإن شهد بعد الرَّدِّ، قُبِلَتِ الشَّهَادَةُ، وإن شهدَ بعد التلف، لم تُقبَل، لنقل الضمان، وأن شهادة المشتري شراءً فاسداً بعد ما قبض لا تُقبَلُ للأجنبي؛ لمثل ذلك، وأن شهادة المشتري شراءً صحيحاً بعد الإقالةِ والرَّدِّ بالعَيْبِ لا تُقبَلُ للبائع؛ لأنه يستبقي لنفسه الغلاتِ والفوائد، إذا كان المدعي يدعي المِلْك من تاريخ متقدِّم على البيع، ولو شهد بعد الفسخ بخيار الشرطِ أو المجلس، فوجهان؛ بناءً على أنه يرفع العقد من أصله وترتد الفوائد إلى البائع لا مِنْ حينه، أم من حينه ولا ترتد، وأنه لو كان لميت دَيْنٌ على شخصين، فشهد أجنبيان لرَجُلٍ بأنه أخو الميت، ثم شهد الغريمان لآخر بأنه أبْنُهُ، لم تُقبَلْ شهادة الغريمتين؛ لأنهما ينقلان ما وجب للأخ عليهما إلى من يشهدان له بالبنوة بخلاف ما لو تقدَّمت شهادة الغريمتين، وأنه لا تُقبَلُ شهادة الوارثين على موت المورث وشهادة الموصي لهما على موت الموصي، وتُقبَلُ شهادة الغريمتين على موت من له



الدَّيْنِ؛ لأنهما لا ينتفعان بهذه الشهادة، ولا ينظر ههنا إلى نقل الحق من شخص إلى شخص لأن الوارث خليفة المورث، فكأنه هو، ذكر ذلك كله القاضي أبو سعيد الهروي شارحه، وإذا شهد شهودٌ بقتل الخطأ، فشهد اثنان من العاقلة بفسق الذين شهدوا بالقتل لم يُقبل شهادتهما؛ لأنهما يذفَعانَ ضَرَرَ التَّحْمُلِ، وكذا لو كان أحدهم مزكياً بجُرح شهود القتل، وكذا لو شهد اثنان على مفلس بدين، فشهد غرماؤه الظاهرون بفسقهما، لم يُقبل شهادتهما، لأنهم يذفَعون بها ضَرَرَ مزاحمة المدعي ولو شهد اثنان لاثنين بوصية من تركه، فشهد المشهود لهما للشاهدين بوصية من تلك التركة أو شهد الواحد فشهد المشهود له مع آخر بوصية للشاهدين، فعن صاحب «التقريب»: أنها لا تُقبل لتهمة المواطأة، ويُقال: إنه رواه الربيع عن النص، ومذهب أبي حنيفة، وليكن المنع المطلق فيما إذا شهد الآخران قبل أن يحكم القاضي بشهادة الأولين، فإن حكم ثم شهد الآخران، فيجوز أن يختص المنع بالآخرين، ويجوز أن يجعل بمثابة ما إذا بان فسق الشهود بعد الحكم، والصحيح قبول الشهادتين؛ لأن كل بينة منفصلة عن الأخرى، ولا يجزأ شاهد بشهادته نفعاً إلى نفسه ولا يدفع بها ضرراً؛ ولذلك نقول: رفقاء القافلة يجوز أن يشهد بعضهم لبعض في قطع الطريق، إذا قال كل واحد منهم: أخذ مالي فلان، ولم يقل: مالنا، على ما هو مذکور في «باب قاطع الطريق».

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّانِي: الْبَعْضِيَّةُ: فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْوَالِدِ وَالْوَالِدِ، بَلَى لِلْفُرُوعِ وَالْأَصُولِ وَكُلٌّ مَنْ يَسْتَحِقُّ التَّفَقُّةَ، وَتُقْبَلُ (ح م) شَهَادَةُ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ لِلاَّخَرِ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ، وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ عَلَى زَوْجَتِهِ بِالزَّوْنِ مَعَ ثَلَاثَةِ مِنَ الْعُدُولِ، وَتُقْبَلُ عَلَى الْوَالِدِ وَعَلَى الْوَالِدِ وَإِنْ كَانَتْ بِعُقُوبَةٍ. وَفِي حَبْسِ الْوَالِدِ بِدَيْنِ وَلَدِهِ وَجَهَانِ، وَلَوْ شَهِدَ بِمَالٍ مُشْتَرَكٍ بَيْنَ وَلَدِهِ وَأَجْنَبِيٍّ رَدُّ فِي حَقِّ وَلَدِهِ، وَفِي حَقِّ الْأَجْنَبِيِّ وَجَهَانٍ لِتَبْعِيضِ اللَّفْظِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: وَمِنْ أَسْبَابِ التَّهْمَةِ الْبَعْضِيَّةُ، فَلَا يُقْبَلُ شَهَادَةُ الْوَالِدِ لَوْلَدِهِ، وَلَا لَوْلَدِ وَلَدِهِ، وَإِنْ سَقَلَ، وَلَا شَهَادَةُ الْوَالِدِ لَوَالِدِهِ، وَلَا لَوَاحِدٍ مِنْ أَصُولِهِ، وَإِنْ عَلَا؛ لِأَنَّ الْمَشْهُودَ لَهُ بَعْضُهُ، فَشَهَادَتُهُ لَهُ كَشَهَادَتِهِ لِنَفْسِهِ، وَقَدْ زُوِيَ أَنَّهُ - عليه السلام - قَالَ: «لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ خَائِنٍ، وَلَا خَائِنَةٍ، وَلَا ظَنِينٍ فِي قَرَابَةٍ»<sup>(١)</sup> وَزُوِيَ فِي الْخَبَرِ «لَا يَجُوزُ شَهَادَةُ الْوَالِدِ لِلْوَالِدِ، وَلَا الْوَالِدِ لِلْوَالِدِ» وَعَنْ ابْنِ الْقَاصِّ رَوَايَةَ قَوْلِ عَنِ الْقَدِيمِ: أَنَّ شَهَادَةَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِلآخَرَ مَقْبُولَةٌ، وَبِهِ قَالَ الْمُزْنِيُّ وَاخْتَارَهُ أَبُو الْمُنْذِرِ - رَحِمَهُمَا اللَّهُ - وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ وَسَاعَدْنَا عَلَيْهِ أَبُو حَنِيفَةَ - رَحِمَهُ اللَّهُ - وَكَذَلِكَ مَالِكٌ فِيمَا نَقَلَهُ ابْنُ الصَّبَّاحِ - رَحِمَهُمَا اللَّهُ - وَغَيْرُهُ، وَفِي «التَّهْدِيبِ» أَنَّ عِنْدَهُ تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْوَالِدِ لِلْوَالِدِ، وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْوَالِدِ لِلْوَالِدِ؛

(١) تقدم من حديث عائشة وغيرها.

لأن الولد وماله لأبيه<sup>(١)</sup>، وهذه رواية عن أحمد - رحمه الله - وعنه رواية أخرى كذهبتنا رواية ثالثة أنها تقبل من الطرفين، إذا لم يظهر تهمة بأن شهد بالنكاح أو الطلاق أو شهد بالمال، وهو غني، ولا تُقبل شهادة الوالد للولد وبالعكس، ولا تُقبل الشهادة لمكاتب الولد والوالد وما دونهما، ولو شهد اثنان أن أباهما قذّف ضرّة أمهما، ففي قبول شهادتهما قولان، ويُقال: إن المُزنيّ نقلهما في «الجامع الكبير»:

أحدُهُما: المنع؛ لأن القبول يُخوِّجُه إلى اللعان، وأنه سببُ الفرقة فشهادتهما تجزئ نفعاً إلى أمهما.

وأصحُّهُما: القبول ولا عبرة بمثل هذا الجزّ وذكر في «المهذب»؛ أن الأول من القولين القديم.

والثاني: الجديد، ويجريان فيما لو شهد أنه طلق ضرّة أمهما وخالعهما، ولو أدعت امرأة بالطلاق، وشهد لها أبناها، لم تُقبل شهادتهما، ولو شهدا حسبة ابتداءً قُبلت، وكذلك الرضاع، ولو شهد الأب مع ثلاثة على زوجة ابنه بالزنا، فإن سبق من الابن

(١) حديث: أنت ومالك لأبيه، ابن حبان من حديث عطاء عن ابن عباس وابن ماجه وبقي بن مخلد والطحاوي من طريق يوسف بن أبي إسحاق عن ابن المنكدر عن جابر، قال الدارقطني في الأفراد: غريب من حديث يوسف، تفرد به عيسى بن يونس، ورواه البزار من طريق هشام بن عروة عن ابن المنكدر، وقال: إنما يعرف عن هشام عن ابن المنكدر مرسلًا، وكذا أخرجه الشافعي عن ابن عيينة عن ابن المنكدر مرسلًا، وقال: ابن المنكدر غاية في الفضل والثقة، ولكننا لا ندري عنمن قبل حديثه هذا، قال البيهقي: قد روي من أوجه أخر موصولاً لا يثبت مثلها، وأخطأ من وصله عن جابر، وقاله ابن أبي حاتم عن أبيه، وروى الطبراني في الصغير من طريق حماد بن أبي سليمان عن إبراهيم عن علقمة، عن ابن مسعود أن النبي ﷺ قال لرجل: أنت ومالك لأبيك، وفيه معاوية بن يحيى وهو ضعيف، وقال ابن أبي حاتم عن أبيه إنما هو حماد عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة بلفظ، إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه، وإن ابنه من كسبه، فأخطأ فيه إسناداً ومتناً، انتهى. وحديث الأسود أخرجه أبو داود وابن حبان والحاكم كما سيأتي في النفقات، وروى ابن أبي حاتم في العلل من طريق أخرى عن عائشة مرفوعاً: إنما أنت ومالك سهم من كنانته، ونقل عن أبيه أنه منكر، وقال الدارقطني: روي موصولاً ومرسلًا، والمرسل أصح، ورواه الطبراني في الكبير والبزار من حديث ابن عمر، وسمرة بن جندب، وقال العقيلي بعد تخريجه من حديث سمرة: في الباب أحاديث وفيها لين، وبعضها أحسن من بعض، وأخرج أبو يعلى حديث ابن عمر أيضاً، ورواه أحمد وأبو داود وابن ماجه والبزار، من حديث مطر عن عمرو بن شعيب، عن سعيد بن المسيب عن عمر، قال البزار: لا نعلمه يروي عن عمر إلا من هذا الوجه، وقد رواه غير مطر، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وروى البيهقي من طريق قيس بن أبي حازم قال: حضرت أبا بكر الصديق قال له رجل: يا خليفة رسول الله إن هذا يريد أن يأخذ مالي كله ويحتاحه، فقال له أبو بكر، إنما لك من ماله ما يكفيك - الحديث - وفيه: أنت ومالك لأبيك، مرفوعاً، في إسناد المنذر بن زياد الطائي متروك.

قَذَفَ، فَطُولِبَ بِالْحَدِّ، فحاول إقامة البينة، لدفع الحد عن نفسه، لم تُقبَل شهادته للابن، وإن لم يقذف أو لم يُطالب بالحد، وشهد الأب حسيبة، قُبِلَت شهادته، وهل تُقبَل شهادة أحد الزوجين للآخر؟ فيه قولان:

أحدهما: لا، وبه قال أبو حنيفة، ويُرْوَى عن مالك وأحمد أيضاً - رحمهم الله - لأن كل واحدٍ منهما وارث لا يُحجَب، فأشبه الأب والابن.

وأصحُّهما: القَبُول؛ لأنَّ الحاصلَ بينهما عقدٌ يطرأ ويزول، فلا يمنع قَبُول الشهادة، كما لو شهد الأجيرُ للمستأجر، وزاد بعضهم قولاً آخرَ فارقاً، وهو ردُّ شهادة الزوجة لزوجها دون شهادة الزوج لزوجته؛ لأنَّها تستحقُّ النفقةَ عليه، فهي متهمَةٌ، والأقوال كالأقوال في قطع أحدهما بسرقة مال الآخر، وحكى صاحب «التهذيب» طريقة قاطعةً بالقَبُول ورجحها، وتُقْبَل شهادة أحد الزوجين على الآخر إذ لا تهمة، إلا أن الزوج لا يُقبَل شهادته على زوجته بالزنا؛ لأنه ينسبها إلى خيانة في حقه، فلا يُقبَل قوله، كما إذا ادعى المالكُ خيانةً على المودع، ولأنه خَصَم لها فيما يقوله وتقبل شهادة الوالد على الولد، وبالعكس، فإنه لا تهمة، ولا فَرْقَ بَيْن أن تكون الشهادة بمالٍ أو عقوبة، وفيه وجه أنه لا تُقبَل شهادة الولد على الوالد بالقصاص وحد القذف؛ لأنه لا يجوز أن يكون الابن سبباً لعقوبة الأب، كما لا يقتض به، ولا يحد بقذفه، والظاهر الأول ثم في الفصل فرعان:

أحدهما: وقد ذكره في «التفليس»: في حبس الوالد بدَيْن الولد وجهان، وقد ذكرنا هناك أن الأصحَّ، عند صاحب الكتاب، الحسن، ويُقال: إنَّه اختيار أبي زيد، وأنَّ الأصحَّ عند صاحب التهذيب، المنعُ قال الإمام، وإليه صارَ مُعْظَمُ أئمتنا - رحمهم الله - ونقل وجهاً ثالثاً، وهو أنه يحبس في نفقة ولده، ولا يحبس في سائر الديون، وهذا اختيار صاحب «التلخيص» وهو قريب مما حكينا عن أبي حنيفة هناك.

الثاني: شهد بأن هذا العبد أو الدار لولده ولفلان الأجنبي، فشهادته في حق الولد مردودة، وهل تُردُّ في حق الأجنبي؛ لأن الصيغة مُتَّجِدَةٌ، وقد اختلَّت برد بعض مقتضاها أو لا تُردُّ؛ لاختصاص المانع بالولد؟ فيه وجهان، ويُقال: قولان، والخلاف كالخلاف المشهور في تفریق الصفة بل هو هو، وقد تعرَّضنا لهذا النوع في مواضع.

وإذا عرفت ما ذكرنا، أعلمت قوله في الكتاب «فلا تُقبَل» بالواو والزاي والألف.

وقوله: «والولد» بالميم؛ لرواية صاحب «التهذيب».

وقوله: «وتقبل شهادة أحد الزوجين» بالحاء والألف والميم.

وقوله: «على أحد القولين» بالواو؛ للطريقة القاطعة.

وقوله: «وإن كَانَتْ بعقوبة» بالواو.

وقوله: «وكلُّ من يستحق النفقة لآ حَاجَةً إِلَيْهِ» لأن المقصود ههنا الاستحقاق بجهة القرابة.

وفي قوله: «بل الأصول والفروع» ما يفيد الضبط.

فروع: عَبْدٌ فِي يد زيد ادَّعى مدع أنه اشتراه من عمرو بعدما اشتراه عمرو من زيد صاحب اليد، وقبضه، وطالبه بالتسليم، وأنكر زيد جميع ذلك، فشهد ابنه للمدعي بما يقوله، حكى القاضي أبو سعد فيه قولين.

أحدهما: ردّ شهادتهما؛ لتضمّنها إثبات الملك لأبيهما.

وأصحُّهما: القبول؛ لأن المقصود بالشهادة في الحال المدعي، وهو أجنبي عنهما، والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّالِثُ: الْعَدَاوَةُ: فَلَا تُقْبَلُ عَلَى الْعَدُوِّ وَتُقْبَلُ لَهُ، وَالْعَدَاوَةُ هِيَ الَّتِي تَنْهَرُ الْغَضَبَ وَتَحْمِلُ عَلَى الْفَرَحِ بِالْمُصِيبَةِ وَالنَّمِّ بِالسُّرُورِ، وَتُقْبَلُ الشَّهَادَةُ لِلْمُصَدِّقِ وَالْأَخ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: وَمِنْ أَسْبَابِ التُّهْمَةِ الْعَدَاوَةُ، فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْعَدُوِّ عَلَى الْعَدُوِّ، خِلَافاً لِأَبِي حَنِيفَةَ.

لَنَا مَا رَوَى أَنَّهُ - ﷺ - قَالَ: «لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ خَائِنٍ، وَلَا خَائِنَةٍ، وَلَا ذِي غَمْرٍ عَلَى أَخِيهِ»<sup>(١)</sup> وَيُرْوَى «لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ خَضَمٍ وَلَا ظَنِينٍ»<sup>(٢)</sup> قِيلَ: الْمَرَادُ مِنَ الْخَضَمِ الْعَدُوُّ، وَالْعَدَاوَةُ الَّتِي تُرَدُّ بِهَا الشَّهَادَةُ هِيَ الَّتِي تَبْلُغُ حَدًّا يَتِمَّنِي هَذَا زَوَالِ نِعْمَةٍ ذَاكَ، وَيَفْرَحُ بِمُصِيبَاتِهِ، وَيَحْزَنُ بِمَسْرَاتِهِ، وَذَلِكَ قَدْ يَكُونُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ، وَقَدْ يَكُونُ مِنْ أَحَدِهِمَا،

(١) تقدم.

(٢) تقدم من طريق عبد الله بن عمرو بزيادة واو بمعناه ورواه مالك من حديث عمر موقوفاً وهو منقطع: وقال الإمام في النهاية: اعتمد الشافعي خبراً صحيحاً وهو أنه ﷺ قال: لا تقبل شهادة خصم على خصمه، قلت: ليس له إسناده صحيح، لكن له طرق يقوي بعضها ببعض، وروى أبو داود في المراسيل من حديث طلحة بن عبد الله بن عوف: أن رسول الله ﷺ بعث منادياً إنه لا تجوز شهادة خصم، ولا ظنين، وروى أيضاً والبيهقي من طريق الأعرج مرسلًا: أن رسول الله ﷺ قال: لا تجوز شهادة ذي الظنة، والجنة، يعني الذي بينك وبينه عداوة، وروى الحاكم من حديث العلاء عن أبيه عن أبي هريرة رفعه مثله، وفي إسناده نظر، وفي الترمذي من حديث عائشة في حديث أوله: لا تجوز شهادة خائن، الحديث، وفيه: ولا ذي غمر على أخيه، ولأبي داود من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مثله، وقد تقدما في أوائل الباب.

فيختصُّ بردُّ شهادته على الآخر، فإن اقتضت العداوة إلى ارتكاب ما يوجبُ الفسق، فهو مردودُ الشهادة على الإطلاق، وإذا عاذه من يريد أن يشهد عليه، وبالغ في خصومه، فلم يُجب، وسكتت، ثم شهد عليه، قُبِلت شهادته، وإلا اتخذ الخصماء ذلك ذريعةً إلى إسقاط الشهادات، هكذا حكاه القاضي الروياني عن القفال، وذكره جماعة، منهم صاحبُ «التهذيب» وأورد في «باب اللعان» بأن شهادة المقدوف على القاذف قبل طلب الحدِّ مقبولة، وبعد الطلب غيرُ مقبولة؛ لظهور العداوة، وأنه لو شهد بعد الطلب، ثم عفا، وأعاد تلك الشهادة، لا يُقبل؛ كالفاسق، إذا شهد، ثم تاب، وأعاد تلك الشهادة<sup>(١)</sup> وأنه لو شهد قبل الطلب، ثم طلب قبل الحكم، لم يحكم بشهادته، كما لو فسق الشاهد قبل الحكم، لكن في «تعليق الشيخ» أبي حامد وغيره: أن الشافعي - رضي الله عنه - صور العداوة الموجبة للردِّ فيما إذا قذف رجل رجلاً، وأدعى عليه أنه قطع الطريق عليه، وأخذ ماله، فقال: يصيران عدوين، فلا تُقبل شهادة واحد منهما على الآخر، فاكتفى بالقذف دليلاً على العداوة، ولم يتعرض لطلب الحد، قال القاضي الروياني: ولعل القفال أراد غير صورة القذف، ثم على ما ذكره في «التهذيب»: الحكم غير منوط بأن يطلب المقدوف الحد بل بأن يظهر العداوة؛ لأنه قال: لو شهد رجل على رجل، وقال: قذفتني، وقذف زوجتي، وفلاناً، ثم تُقبل شهادته لفلان؛ لأنه أظهر العداوة بقوله: قذفتني وقذف زوجتي<sup>(٢)</sup>، بينه وبين المشهود عليه، ولو قال: قذف أمي وفلاناً، لم تُقبل شهادته للأم، وفي قبولها لفلان قولاً التبعيض، قال: لأن سبب الرد في الصورة الأولى العداوة بينه وبين المشهود عليه، فيعمُّ أثرها، وسبب الرد في الصورة الثانية البعضية، فجاز أن يختصُّ أثرها بالأم والردُّ هنا للبعضية، فلا يورث تهمة في غير الأم بالأم.

وقد يقول الناظر: لم كان قوله: «قذف زوجتي» إظهاراً للعداوة، ولم يكن قوله: «قذف أمي» إظهاراً لها، وقد يقول: إن كان قول المقدوف «قذفتني» دليلاً على العداوة، فتفسد قذف القاذف أدل عليها، فهلاً اكتفى به كما دل عليه النص، ولا شك أنه لو شهد على إنسان، فقذف المشهود عليه، لم يمنع ذلك من الحكم بشهادته، وقد نص عليه.

والعداوات الدينية لا توجب ردَّ الشهادة، بل تُقبل شهادة المسلم على الكافر والسني على المبتدع، وكذا من أبغض الفاسق لفسقه، لم تردَّ شهادته عليه، ولو قال العالم الناقد: لا تسمعوا الحديث من فلان فإنه مخلط ولا تستفتوا منه، فإنه لا يُحسن الفتوى لم تردَّ شهادته لأن هذا نُصح للناس، نص عليه الشافعي - رضي الله عنه - وتقبل

(١) سقط من: أ.

(٢) في ز: أو قذف.

شهادة العدو تهمة، والعصية: نص عليه الشافعي - رضي الله عنه - وتقبل شهادة العدو لعدوه إذ لا تهمة، والعصية: هو أن يَبْغِضَ الرجل؛ لأنه من بني فلان إن أنضم إليها دعوة الناس وتألّفهم للإضرار به، والوقية فيه، فيقتضي ردّ شهادته عليه، ومجردها لا يقتضيه، ولَيْسَ من العصية أن يُحِبَّ الرجلُ قومه وعترته، فيقبل شهادته لهم وعليهم، ويقبل شهادة الصديق للصديق، كما يقبل للأخ والعَمّ وغير الأصول والفروع، وقال مالك: لا تُقْبَلُ شهادة الصديق للصديق، وكذا شهادة الأخ للأخ، إذا كان منقطعاً إليه بصلةٍ وبِئْرُهُ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الْمُتَبَدِّعَةِ إِذِ الصَّحِيحُ أَنَّهُمْ لَا يَكْفُرُونَ، وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ مَنْ يَطْمَعُنْ عَلَى الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ وَيَقْدِفُ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا لِأَنَّهَا مُخَصَّنَةٌ بِنَصِّ الْكِتَابِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: جُلُّ الْفُقَهَاءِ مِنْ أَصْحَابِنَا وَغَيْرِ أَصْحَابِنَا يَمْتَنِعُونَ مِنْ تَكْفِيرِ أَهْلِ الْقِبْلَةِ، نَعَمْ اشْتَهَرَ عَنِ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - تَكْفِيرُ الَّذِينَ يَنْقُورُونَ عِلْمَ اللَّهِ تَعَالَى بِالْمَعْدُومِ، وَيَقُولُونَ: لَمْ يَعْلَمْ إِلَّا الْأَشْيَاءَ حَتَّى يَخْلُقَهَا، وَرَوَى الْعِرَاقِيُّونَ عَنْهُ تَكْفِيرَ النَّافِينَ لِلرُّؤْيَةِ، وَالْقَائِلِينَ بِخَلْقِ الْقُرْآنِ، وَأَوْلَهُ الْإِمَامُ - رَحِمَهُ اللَّهُ - وَقَالَ: ظَنَنْتِي أَنَّهُ نَاطِرٌ بَعْضَهُمْ، فَأَلْزَمَهُ الْكُفْرَ فِي الْحِجَابِ، فَقِيلَ: إِنَّهُ كَفَّرَهُ فِيمَنْ<sup>(١)</sup> يَكْفُرُ، وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ، وَمَنْ لَا يُكْفَرُ مِنْ أَهْلِ الْبَدْعِ وَإِهْوَاءِ، نَصَّ الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فِي «الْأَمِّ وَالْمَخْتَصَرِ» عَلَى قَبُولِ شَهَادَتِهِمْ، إِلَّا شَهَادَةَ قَوْمٍ يَرَوْنَ الْكُذِبَ كَفْرًا، وَيَشْهَدُ أَحَدُهُمْ لِمُصَاحِبِهِ، إِذَا سَمِعَهُ يَقُولُ: لِي عَلَى فُلَانٍ أَوْ عِنْدَهُ كَذَا، فَيُصَدِّقُهُ بِبَيِّنٍ أَوْ بَعْدِيٍّ يَمِينٍ، وَيَشْهَدُ لَهُ اعْتِمَادًا عَلَى أَنَّهُ لَا يَكْذِبُ وَهُوَ لَا يُسَمُّونَ الْخَطَائِيَّةَ، وَالْأَصْحَابُ فِيهِ عَلَى ثَلَاثَةِ فِرْقٍ، ففِرْقَةٌ جَرَتْ عَلَى نَصِّهِ فِي الْكِتَابَيْنِ، وَقَبِلَتْ شَهَادَةَ جَمِيعِهِمْ، وَهُمْ الْأَكْثَرُونَ، مِنْهُمْ ابْنُ الْقَاصِّ، وَابْنُ أَبِي هُرَيْرَةَ، وَالْقَفَّالُ، وَالْقَضَاءُ ابْنُ كَجٍّ، وَأَبُو الطَّيِّبِ، وَالرُّوْيَانِيُّ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - وَوَجَّهَهُمْ بِأَنَّ هَؤُلَاءِ مُصَيَّبُونَ فِي زَعْمِهِمْ، وَلَمْ يَظْهَرْ مِنْهُمْ مَا يَسْقُطُ الثِّقَةَ بِقَوْلِهِمْ، وَفِيهِمْ طَوَائِفٌ يَشُدُّونَ أَمْرَ الْكُذِبِ، فَيَتَأَكَّدُ الظَّنُّ بِصَدَقَتِهِمْ، وَإِلَى هَذَا أَشَارَ الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - بِقَوْلِهِ: وَشَهَادَةُ مَنْ يَرَى كِذْبَهُ شِرْكَاً بِاللَّهِ وَمَعْصِيَةً يَجِبُ بِهَا

(١) قال النووي: أما تكفير منكري العلم بالمعدوم أو بالجزئيات، فلا شك فيه، وأما من نفي الرؤية أو قال بخلق القرآن، فالمختار تأويله، وسنقل إن شاء الله تعالى عن نصح في «الأم» ما يؤيده، وهذا التأويل الذي ذكره الإمام حسن، وقد تأوله الإمام الحافظ الفقيه الأصولي أبو بكر البيهقي رضي الله عنه وآخرون تأويلات متعارضة، على أنه ليس المراد بالكفر الإخراج من الملة، وتحتم الخلود في النار. وهكذا تأولوا ما جاء عن جماعة من السلف من إطلاق هذا اللفظ، واستدلوا بأنهم لم يلحقوهم بالكفار في الإرث والأنكحة، ووجوب قتلهم وقتالهم وغير ذلك.

النارُ أولى أن يطيب النفسُ بقبولها مِنْ شهادة من يخفف المأثم فيه وقبل هؤلاء شهادة من يسب هؤلاء الصحابة والسلف - رضي الله عنهم - فإنه يقدم عليه عن اعتقاد لا عن عداوة، قالوا: ولو شهد خطيبي، وذكر في شهادته ما يقطع احتمال الاعتماد على قول المدعي؛ بأن قال: سمعتُ فلاناً يقر بكذا لهذا ورأيتُه أقره، قُبِلتْ شهادته.

وفرقه أخرى منهم الشيخ أبو حامد ومن يحذو حذوه حملوا النص على المخالفين في الفروع، وردوا شهادة أهل الأهواء كلهم، وقالوا: إذا ردذنا شهادة من نفسقه، فأولى أن نردَّ شهادة من نضلله، ونسبه إلى البدعة.

وفرقه ثالثة توسطوا، فردت شهادة بعضهم دون بعض، فعن أبي إسحاق أنه قال: من أنكر إمامة أبي بكر - رضي الله عنه - رُدَّتْ شهادته؛ لمخالفة الإجماع ومن فضل علياً على أبي بكر - رضي الله عنهم - لم تُردَّ شهادته، وردَّ الشيخ أبو محمد شهادة الذين يسبون الصحابة - رضي الله عنهم - ويقذفون عائشة - رضي الله عنها - فإنها محصنة على ما نطق به القرآن، قال الله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ [النور: ٢٣] وقذف سائر المحصنات يُوجب ردَّ الشهادة، فقذفها أولى، وعلى هذا جرى الإمام وصاحب «التهذيب» والمصنف - رحمهم الله - وخيّر الأمور أوساطها، وفي «الرقم» أن شهادة الخوارج مردودة؛ لتكفيرهم أهل القبلة<sup>(١)</sup>، ووافق أبو حنيفة الفرقة الأولى من الأصحاب، ومالك الثانية، وأحمد ردَّ شهادة ثلاثة أصناف؛ القدرية، والجهمية والروافض، فيجوز إعلام قوله في الكتاب «وتقبل شهادة المبتدعة» بالميم والألف والواو.

قال الغزالي: الرابع: بالتعافل: فرب عدل يكثر سهوه وهمه ولا يستقيم تحفظه وضبطه فلا تقبل شهادته إلا إذا علم أنه في موضع لا يختم الغلط.

قال الراعي: ومن أسباب التهمة الغفلة وكثرة الغلط، فلا تقبل شهادة المغفل

(١) قال النووي: الصواب ما قالته الفرقة الأولى وهو قبول شهادة الجميع، فقد قال الشافعي رحمه الله في «الأم»: ذهب الناس في تأويل القرآن والأحاديث إلى أمور تباينوا فيها تبايناً شديداً، واستحل بعضهم من بعض ما تطول حكايته، وكان ذلك متقادماً، منه ما كان في عهد السلف إلى اليوم، فلم نعلم أحداً من سلف الأمة يقتدى به، ولا من بعدهم من التابعين ردَّ شهادة أحد بتأويل، وإن خطأه وضلله، ورآه استحل ما حرم الله تعالى عليه، فلا ترد شهادة أحد بشيء من التأويل كان له وجه يحتمله، وإن بلغ فيه استحلال المال والدم. هذا نصه بحروفه وفيه التصريح بما ذكرنا، وبيان ما ذكرناه في تأويل تكفير القائل بخلق القرآن، ولكن قاذف عائشة رضي الله عنها كافر، فلا تقبل شهادته. ولنا وجه أن الخطابي لا تقبل شهادته وإن بين ما يقطع، لاحتمال اعتماده، وقول صاحبه.

الذي لا يَحْفَظُ ولا يَضْبِطُ؛ لأنه لا يُوثِقُ بقوله، فإن شهد مُفسراً وبَيَّنَ وقتَ التحمّل ومكّانه، فزالَتِ الرِيبَةُ عن شهادته، قُبِلَتْ، ولا تُقْبَلُ أيضاً شهادةٌ من يَكْثُرُ غَلَطُهُ ونِسْيَانُهُ، وأما الغلطُ القليلُ، فإنَّهُ لا يَفْدَحُ في الشَّهادة؛ لأنَّ أحداً من النَّاسِ لا يَسْلَمُ منه، قال الإمامُ - رحمه الله - ومُعْظَمُ شهادات العوامِّ ويشوبها جهلٌ وغرَّةٌ، فيحوج إلى استِفصاليه، كما مرَّ في «أدب القضاء».

قَالَ الْعَرَالِيُّ: الْعَامِسُ: دَفَعُ عَارِ الْكَذِبِ: فَمَنْ رُدَّتْ شَهَادَتُهُ: بِفَسْقِ قَتَابٍ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ إِلَّا إِذَا أَعَادَ تِلْكَ الشَّاهِدَةَ لِأَنَّهُ يَدْفَعُ بِذَلِكَ عَارَ الْكَذِبِ، وَتُقْبَلُ الشَّاهِدَةُ الْمَعَادَةُ مِنَ الْعَبْدِ وَالْكَافِرِ وَالصَّبِيِّ إِذَا زَالَ نُقْصَانُهُمْ، وَهَلْ تُقْبَلُ الْمَعَادَةُ مِنَ الْفَاسِقِ الْمُغْلَبِ وَالْعَدُوِّ وَالسَّيِّدِ إِذَا شَهِدَ لِمُكَاتِبِهِ فِيهِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: وَمِنْ أَسْبَابِ التَّهْمَةِ: أَنْ يَدْفَعَ بِالشَّاهِدَةِ عَارَ الْكَذِبِ عَنْ نَفْسِهِ، فَإِذَا شَهِدَ فَاسِقًا، فَرَدَّ الْقَاضِي شَهَادَتَهُ، ثُمَّ تَابَ، كَمَا سَنَصِّفُ التَّوْبَةَ، فَشَهَادَاتُهُ مَقْبُولَةٌ بَعْدَ ذَلِكَ، لَكِنْ لَوْ أَعَادَ تِلْكَ الشَّاهِدَةَ، لَمْ يُقْبَلْ، خِلَافًا لِلْمَزْنِيِّ، وَلَوْ شَهِدَ عَبْدٌ أَوْ كَافِرٌ أَوْ صَبِيٌّ، فَلَمْ يَتَعَدَّ بِشَهَادَتِهِمْ ثُمَّ عَتَقَ الْعَبْدُ وَأَسْلَمَ الْكَافِرُ وَبَلَغَ الصَّبِيُّ، فَأَعَادُوا شَهَادَاتِهِمْ، قُبِلَتْ، خِلَافًا لِمَالِكٍ وَأَحْمَدَ - رَحِمَهُمَا اللَّهُ - وَالْفِرْقَ مِنْ وَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ الْعِدَالَةَ وَالْفَسْقَ يَدْرَكَانِ بِالنَّظَرِ وَالاجْتِهَادِ، وَالظَّاهِرُ مِنْ حَالِ الْمُسْلِمِ الْعِدَالَةُ، لَكِنَّ الْقَاضِيَّ بَعْدَ الْبَحْثِ قَدْ يُوَدِّي اجْتِهَادَهُ إِلَى فِسْقِ الشَّاهِدِ، فَيَحْكُمُ بَرْدَهَا، وَمَا حَكَمَ بَرْدَهُ لَا يَحْكُمُ بِقَوْلِهِ؛ كَعَقْدِ أَبْطَلِهِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَصْحَحَهُ، وَالْعَبْدُ وَالصَّبِيُّ وَالْكَافِرُ لَيْسَ لَهُمْ أَهْلِيَّةُ الشَّاهِدَةِ، وَمَا أَتَوْا بِهِ لَيْسَ بِشَهَادَةٍ حَتَّى يُقْبَلَ أَوْ يَرُدَّ، وَلَوْ عَلِمَ الْقَاضِي حَالَهُمْ، لَمْ يَضَعْ إِلَى كَلَامِهِمْ، وَهَذَا الْفَرْقُ هُوَ الَّذِي أَشَارَ إِلَيْهِ الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -.

وَالثَّانِي: قَالَ الْأَصْحَابُ: الْعَبْدُ وَالْكَافِرُ وَالصَّبِيُّ لَا يَتَعَيَّرُ بَرْدُ الشَّاهِدَةِ، أَمَا الْعَبْدُ وَالصَّبِيُّ، فَلَيْسَ إِلَيْهَا نُقْصَانُهُمَا، وَأَمَا الْكَافِرُ، فَلَا يَتَعَدَّدُ كُفْرُهُ نَقْصًا بَلْ يَفْتَخِرُ بِهِ، وَلَا يَبَالِي بَرْدُ شَهَادَتِهِ، لِتَمَسُّكِهِ بِدِينِهِ، وَالْفَاسِقُ يَتَعَيَّرُ بِالرَّدِّ؛ لِأَنَّ الرَّدَّ يُظْهِرُ فِسْقَهُ الَّذِي يَسْعَى فِي إِخْفَائِهِ وَيَعْرِفُ بِأَنَّهُ نَقْصٌ، وَلِأَنَّهُ مَتَّهَمٌ بِالْكَذِبِ وَالْمَجَازَفَةِ، إِذَا رُدَّتْ شَهَادَتُهُ، فَإِذَا أَعَادَ تِلْكَ الشَّاهِدَةَ، فَقَدْ يَرِيدُ دَفْعَ غَضَاظَةِ الْكَذِبِ، أَوْ يَرَى أَنَّهُ كَانَ الْقَاضِي مَخْطِئًا فِي ظَنِّ الْفَسْقِ بِهِ فَلَمَّا تَبَيَّنَ لَهُ خِلَافُهُ، قِيلَ شَهَادَتُهُ، وَقَدْ يَتَوَهَّمُ أَنَّهُ عَلَى فِسْقِهِ، لَكِنْ أَظْهَرَ التَّوْبَةَ لِيَعِيدَ الشَّاهِدَةَ، وَيَدْفَعُ الْعَارَ وَمِثْلَ هَذَا لَا يَنْقَدِحُ فِي بُلُوغِ الصَّبِيِّ وَمَا فِي مَعْنَاهُ، فَإِنْ كَانَ الْفَاسِقُ مُغْلَبًا بِالْفَسْقِ حِينَ شَهِدَ، فَفِي قَبُولِ شَهَادَتِهِ الْمَعَادَةَ بَعْدَ التَّوْبَةِ وَجْهَانِ، وَالْأَثْمَةُ إِلَيْهَا لَا تُقْبَلُ أَيْضًا أَمِيلٌ، وَاخْتَارَهُ الْقَاضِي الرَّوْيَانِيُّ، وَيُنَسَّبُ إِلَى ابْنِ أَبِي هُرَيْرَةَ، وَاخْتِيَارُ الْقَاضِي أَبِي الطَّيِّبِ الْقَبُولُ، وَيُنَسَّبُ إِلَى أَبِي إِسْحَاقَ، وَالْوَجْهَانِ



يُخْرِجَانِ عَلَى الْفَرَقَيْنِ إِنْ قُلْنَا بِالثَّانِي، فَرَدَّ شَهَادَتَهُ لَا يُظْهِرُ فَسْقَهُ، فَإِنَّهُ ظَاهِرٌ، وَهُوَ غَيْرُ مَبَالٍ بِفُسْقِهِ يَعُدُّهُ عَارًا، كَالْكَافِرِ، فَوَجِبَ أَنْ يُقْبَلَ وَإِنْ قُلْنَا بِالْأَوَّلِ، فَقَدْ جَرَى الْحُكْمُ بِرَدِّ شَهَادَتِهِ لَكِنْ بِفُسْقِهِ هَذَا إِنَّمَا يَتَضَحَّ أَنْ لَوْ أَصْغَى الْقَاضِي إِلَى شَهَادَتِهِ مَعَ ظُهُورِ فَسْقِهِ، فَإِنَّهُ ظَاهِرٌ، وَهُوَ غَيْرُ مَبَالٍ بِفُسْقِهِ ثُمَّ رَدَّهَا فِيهِ وَجِهَانِ، الَّذِي ذَكَرَهُ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ، وَاسْتَحْسَنَهُ الْإِمَامُ - رَحِمَهُمَا اللَّهُ - أَنَّهُ لَا يَصْغَى إِلَيْهَا كَشَهَادَةِ الْعَبْدِ وَالصَّبِيِّ، وَلَوْ كَانَ الْكَافِرُ مُسْتَسِرًّا بِكُفْرِهِ، وَرَدَّتْ شَهَادَتُهُ، ثُمَّ أَسْلَمَ، وَأَعَادَهَا حَكِي الْقَاضِي ابْنُ كَجَّ فِي قَبُولِهَا وَجِهَيْنِ، لَكِنَّ قِيَاسَ الْفَرِيقَيْنِ جَمِيعًا أَلَّا يَقْبَلَ، أَمَّا الْأَوَّلُ؛ فَلِأَنَّ شَهَادَتَهُ تَحْتَاجُ إِلَى النَّظَرِ وَالْاجْتِهَادِ؛ لِاسْتِسْرَارِهِ، فَإِذَا جَرَى الْحُكْمُ بِرَدِّهَا، وَجِبَ أَلَّا يَقْبَلَ، وَأَمَّا عَلَى الثَّانِي، فَلِأَنَّ رَدَّ شَهَادَتِهِ يُظْهِرُ دِينَهُ، فَيَفْتَضِحُ بِهِ وَيَتَغَيَّرُ، فَيَكُونُ مَتَهَمًا فِي الْإِعَادَةِ.

ولو شهد على إنسان، فردت شهادته لعداوة بينهما، ثم زالت العداوة فأعاد تلك الشهادة، فوجهان أيضاً.

وجه القبول: أن العداوة سبب ظاهر، فالرد بها لا يورث عاراً، ووجه المنع: أنها شهادة زدت للتهمة، فإذا أعيدت، لم يقبل شهادة الفاسق، وهذا أصح؛ على ما ذكر صاحباً «المهذب» و«التهذيب» - رحمهما الله - ويجري الوجهان فيما لو شهد لمكاتبه بمالٍ أو لعبده بنكاح، فردت شهادته، فأعادها بعد عتقهما، والذي أجاب به ابن القاص في هذه الصورة القبول، ويجريان فيما إذا شهد اثنان من الشفعاء بعفو شفيح ثالثاً قبل أن يعفو فردت شهادتهما ثم أعادها بعد ما عفا وفيما إذا شهد اثنان يرثان من رجلٍ بجراحةٍ عليه غيره مندملة، فردت شهادتهما، ثم أعادها بعد اندمال الجراحة.

فرع: عن «أمالي» أبي الفرج: شهد فرعان على شهادة أضل، فردت شهادتهما بفسق الأصل، فقد صارت شهادة الأصل مردودة، فلو تاب، وشهد بنفسه، وأعاد الفرعان شهادتهما على شهادته أو شهد على شهادته فرعان آخران، لم تقبل، ولو زدت شهادة الفرعين، لفسقهما، لم تتأثر به شهادة الأضل.

قال العزالي: السادس: الحِرْضُ عَلَى الشَّهَادَةِ بِالْمُبَادَرَةِ قَبْلَ الدَّعْوَى فَلَا تُقْبَلُ، وَيَعْدُ الدَّعْوَى وَقَبْلَ الْاسْتِشْهَادِ وَجِهَانِ، فَإِنْ لَمْ تُقْبَلْ فَهَلْ يَصِيرُ بِهِ مَجْرُوحاً فِيهِ وَجِهَانِ، وَلَوْ جَلَسَ مُخْتَبِئاً فِي زَاوِيَةٍ لَتَحْمَلَ شَهَادَةَ قَبْلَتْ (م) وَلَا تُحْمَلُ عَلَى الْحِرْضِ.

قال الرافعي: ومن أسباب التهمة الحِرْضُ عَلَى الشَّهَادَةِ بِالْمُبَادَرَةِ، وَاَعْلَمُ أَنَّ الْحَقُوقَ عَلَى ضَرْبَيْنِ، ضَرْبٌ لَا يَجُوزُ الْمُبَادَرَةُ إِلَى الشَّهَادَةِ عَلَيْهِ، وَضَرْبٌ يَجُوزُ، وَتُسَمَّى الشَّهَادَةُ عَلَيْهِ عَلَى وَجْهِ الْمُبَادَرَةِ شَهَادَةَ الْحِسْبَةِ، وَاسْتَعْرِفَ أَنْوَاعَهَا فِي الْفَضْلِ الثَّانِي لِهَذَا الْفَضْلِ: فَحَيْثُ لَا يَجُوزُ، فَالْمُبَادِرُ مَتَّهَمٌ، فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ، وَفِي الْخَبَرِ أَنَّهُ -

ﷺ - قال في مَعْرِضِ الدَّمِ ثُمَّ يَجِيءُ قَوْمٌ يُعْطُونَ الشَّهَادَةَ قَبْلَ أَنْ يُسْأَلُوها<sup>(١)</sup> وروى أنه - ﷺ - قال: «خَيْرُ الشُّهَدَاءِ الَّذِي يَأْتِي بِالشَّهَادَةِ قَبْلَ أَنْ يُسْأَلَهَا»<sup>(٢)</sup> فَجُمِعَ بَيْنَ الْحَدِيثَيْنِ بِحَمْلِ الثَّانِي عَلَى مَا يَجُوزُ الْمَبَادَرَةَ إِلَيْهِ وَحَمْلِ الْأَوَّلِ عَلَى مَا لَا يَجُوزُ، وَالْمَبَادَرَةُ أَنْ يَشْهَدَ مِنْ غَيْرِ تَقَدُّمِ دَعْوَى، فَإِنْ شَهِدَ فِي غَيْرِ مَوْضِعِ الْحَاجَةِ بَعْدَ الدَّعْوَى، وَقَبْلَ أَنْ يَسْتَشْهَدَ، فَوَجْهَانِ:

أحدهما: القبول؛ لأنه شهد وقت الحاجة إلى إقامة البيّنة، والأظهر المنع للثّمة، ولفظ الخبر الأوّل شهد له، وهو الذي أورده في «التّهذيب» وإذا ردّنا شهادة المبادر، ففي صيرورته مجروحاً وجهان مشهوران في كلام الأصحاب - رحمهم الله - أشبههما المنع ويحكي القطع عن أبي عاصم العبادي إن كانت المبادرة عن جهل منه وظاهر هذا الإيراد كون الخلاف في سقوط عدالته على الإطلاق ويؤيده أن القاضي أبا سعد الهروي قال: الوجهان مبيان على أن المبادرة من الصغائر أو الكبائر لكن منهم من يفهم كلامه وقوع هذا الخلاف في قبول تلك الشهادة وحدها إذا أعادها لا في سقوط العدالة مطلقاً - هذا صاحب الكتاب يقول في الوسيط في باب دعوى الدم في وجه لا تقبل تلك الشهادة منه إذا أعادها كالشهادة المردودة بعلّة الفسق وعلى وجه تقبل وعلى وجه إن تاب عن المبادرة تقبل، وفي التّهذيب أن إذا قلنا يصير مجروحاً فلا يشترط استبراء الحال حتى لو شهد في حادثة أخرى تقبل فأشعر ذلك في اختصاص الخلاف في تلك الشهادة لا غير.

وتقبل شهادة من اختبأ وجلس في زاوية مستخفياً لتحمل الشهادة ولا تحمل على الحرص إذ الحاجة قد تدعو إليه بأن يقر منّ عليه الحق إذا خلا به المستحق ويجحد إذا

(١) رواه الترمذي من حديث عمران بلفظه، وهو متفق عليه من حديث عمران بن حصين بلفظ: خير القرون قرني، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم، ثم يأتي من بعدهم قوم يشهدون ولا يستشهدون، الحديث، وروى ابن حبان في صحيحه من حديث عمر في خطبته وفيه: ثم يفسوا الكذب حتى يحلف الرجل على اليمين قبل أن يستحلف عليها، ويشهد على الشهادة قبل أن يستشهد عليها، الحديث.

(٢) رواه مسلم من حديث زيد بن خالد الجهني.

جمع بين هذا الحديث والذي قبله، بحمل الأول على حقوق الآدميين، والثاني على حقوق الله، أو حمل الأول، على شاهد الزور، والثاني على الشاهد على الشيء يؤدي شهادته ولا يمنع من إقامتها، أو الأول على الشهادة في الأيمان كمن يقول أشهد بالله ما كان كذا، ووجه كراهة ذلك أنه نظير الحلف وإن كان صادقاً، وقد كره، والثاني على ما عدا ذلك، أو الأول على الشهادة على المسلمين بأمر المغيب، كما يشهد أهل الأهواء على مخالفينهم أنهم من أهل النار، والثاني على من استعد للآداء وهي أمانة عنده، أو الأول على ما يعلم بها صاحبها، فيكره التسرع إلى أدائها، والثاني على ما إذا كان صاحبها لا يعلم بها.

حضر غيره، وعن مالك أن المشهود عليه إن كان جلدأ لا يخضع فتقبل هذه الشهادة، وإن كان ممن يخضع فلا تقبل، وحكى الفوراني عن مذهب مالك أن شهادة المختبىء لا تقبل أصلاً، وأن للشافعي - رضي الله عنه - قولاً مثله في القديم، وأن على المذهب الصحيح يستحب أن يخبر الخصم أنني شهدت عليك حتى لا يبادر إلى تكذيبه إذا شهد فيعذر القاضي، ولو قال رجلان لثالث توسط بيننا لتحاسب وتتصادق على ألا تشهد علينا بما يجري، فهذا الشرط لاغ وله بل عليه أن يشهد بما علم<sup>(١)</sup>.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَتَقْبَلُ شَهَادَةُ الْحِسْبَةِ أَيْدَاءً فِيمَا لِلَّهِ فِيهِ حَقٌّ مُؤَكَّدٌ كَالطَّلَاقِ وَالْعِتَاقِ وَالْخُلْعِ وَالْعَفْوِ عَنِ الْقِصَاصِ وَتَحْرِيمِ الرِّضَاعِ، وَأَخْتَلَفُوا فِي الْوَقْفِ عَلَى مُعَيَّنٍ وَفِي النَّسَبِ وَفِي شِرَاءِ الْقَرِيبِ الْمُوجِبِ لِلْعَتَقِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: غرض الفصل بيان ما تقبل فيه شهادة الحسبة وهو ما يتمحض حقاً لله تعالى أو له فيه حق مؤكد لا يتأثر برضى الأدميين فمنه الطلاق وهل تقبل شهادة الحسبة في الخلع؟ أطلق في التهذيب المنع، وقال الإمام تقبل في الفراق ولا تثبت في المال، قال: ولا أعييرُ ثبوته تبعاً، ولا أن يثبت الفراق دون البيونة، ومنه العتاق ويستوي فيه العبد والأمة. وقال أبو حنيفة: تقبل في عتق الأمة دون العبد.

تقبل في الاستيلاء قال في التهذيب ولا تقبل في التدبير وفي تعليق العتق به كان شيخي القاضي يقول: تقبل كالاستيلاء؛ كأن الفرق عند من فرق أن الاستيلاء يفضي إلى العتق لا محالة وهما بخلافه، قال: وكذا لا تقبل شهادة الحسبة في الكتابة وإن أدى النجم الأخير شهدوا على العتق وفي شراء القريب وجهان: في وجهه تقبل شهادة الحسبة بحق العتق والأشبه وهو جواب القاضي الحسين المنع لأنهم يشهدون على الملك والعتق شيء مرتب عليه وليس كالخلع إذا قلنا يثبت بشهادتهم الفراق دون المال لأن المال في الخلع تابع وفي الشراء مقصود، فإثباته دون المال محال ومنه العفو عن القصاص فالصحيح وهو المذكور في الكتاب أن شهادة الحسبة مقبولة فيه وحكى القاضي أبو سعد الهروي فيه وجه آخر لأن ترك القاضي الدعوى مع الحرص على الحياة يورث التهمة في شهادتهم، ومنه تحريم الرضاع، ومنه الوقف فإن كان على جهة عامة فتقبل فيه شهادة الحسبة وكذا الوصية للفقراء، وفي الوقف على الجهات الخاصة وجهان عن الصيدلاني أن الجواب كذلك وهذا ما أورده الروياني في «جمع الجوامع» وحكى

(١) فشرط قبولها أن يكون الشاهد نظراً للمقر يسمع كلامه ويراد كما ذكره الصيمري في شرح الكفاية وشريح الروياني في روضته وهو مقتضى كلام الرافي في الباب الثالث في مستند علم الشاهد، وعن البندنجي حكاية عن الأصحاب ما يخالفه.

الإمام عن المعظم المنع لتعلقه بحفظ خاصة قال صاحب الكتاب في الوسيط وهو الصحيح، ومنه النسب فعن القاضي الحسين أنه لا تقبل فيه شهادة الحسنية، وحكم المصنف في الباب: الثالث بأنه الأصح، الذي أورده الصنيدلاني وصاحب «التهديب» القبول، وهو الأظهر؛ لأنه متعلق بحقوق الله تعالى، كالطلاق والعتاق، ومنه بقاء العدة وانقضاءها وتحريم المصاهرة، وكذا الزكوات والكفارات والبلوغ والكفر والإسلام والحدود التي هي حق الله تعالى؛ كحد الزنا، وقطع الطريق، والسرقه، لكن الأولى فيها الشتر، وفي حد السرقه وجه آخر مذكور في «باب السرقه» قال القاضي أبو سعيد، ومنه الإحصان والتعديل، وقد ذكرناه في «التزكية» وأما ما هو حق العباد كالقصاص وحد القذف والبيوع والأقارير، فلا تقبل فيه شهادة الحسبة، فإن لم يعلم صاحب الحق بالحق أخبره الشهود حتى يدعي، ويستشهدهم، فيشهدوا، فإن هذا هو المذهب المشهور، وفيه وجهان آخران، ذكرهما الإمام في «دعوى القتل».

أحدهما: أنه يقبل في الدماء؛ لحظرها.

والثاني: يقبل في الأموال أيضاً، وذكر أن «صاحب التقريب» خرجه من الوجهين في جواز انتزاع المغصوب من الغاصب ليوصله إلى المالك، وإلى هذا أشار في الكتاب بقوله في «باب دعوى الدم»: «وشهادة الحسبة لا تقبل في حقوق الأدميين في أصح الوجهين» ثم القائلون بالقبول، منهم من أطلق، وعن الأستاذ أبي طاهر تخصيص القبول بما إذا لم يعلم المستحق بالحق، ويجوز أن يعلم لذلك قوله في الكتاب «فلا تقبل» في الفصل السابق بالواو.

فروع: ما تقبل فيه شهادة الحسبة هل تقبل فيه دعوى الحسبة فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن الثبوت بالبيئة، وهي غنية عن الدعوى، وهذا هو الجواب في «فتاوى القفال».

والثاني: عن القاضي الحسين: أنها تسمع؛ لأن البيئة قد لا تساعد، ويراد استخراج الحق بإقرار المدعى عليه<sup>(١)</sup>.

(١) قال الشيخ البلقيني الأصح ما ذكره القاضي الحسين وما اعتقد أن القفال يخالف فيما إذا لم يكن بينة وادعى العبد على السيد أنه اعتقد أن الدعوى تسمع ليحلف السيد أو يقر أو ينكل فترد اليمين على العبد فيحلف العبد ويثبت العتق، وإنما كلام القفال في صورة وجود الشهود فإن الحال حيثئذ غني عن الدعوى بشهادتهم حسبه.

وقد يقول القفال ليس هذه دعوة حسبة بل هي دعوى المظلوم بالرق أو يحمل كلام القفال على حدود الله تعالى، فأما الطلاق فإنه تسمع دعوى الزوجة فيه بلا خلاف وكذلك دعوى العبد العتق. انتهى، ووافق صاحب الخادم شيخه البلقيني.

وشهودُ الحسبة يجيئون إلى القاضي، ويقولون: نَشْهَدُ عَلَى فُلَانٍ بِكَذَا، وأحضره  
لنشهد عليه، وإن جاءوا وقالوا: إن فلاناً زَنَّا، فهُمْ قَدْفَةٌ، وفي الفتاوى أنه لو جاء  
رَجُلَانِ، فشهدا بأن فلاناً أَخُو فلانةٍ في الرِّضَاعِ لم يَكْفِ حتى يقولان: وهو يريد أن  
ينكحها، وأنه لو شَهِدَا اثْنَانِ بِالطَّلَاقِ، وقضى القاضي بشهادتهما، ثم جاء آخران يشهدان  
بأخوة الرضاع بين المتناكحين، لم تقبل هذه الشهادة، إذ لا فائدة لها في الحالِ بقولهما  
ولا عبرة بكونها يشهدان لثلاث يتناكحان من بعد، وأن الشهادة على أنه أعتق إنما تُسْمَعُ،  
إذا كان المشهودُ عَلَيْهِ يَسْتَرْقُ من أعتقه، وهذه الصورة تُفْهِمُ أن شهادة الحسبة إنما تُسْمَعُ  
عند الحاجة، ولو جاء عبداً إنسان إلى القاضي، وقالوا: إن سيّدنا أعتق أحدنا، وقامت  
على ما يقولان بيّنة، سُمِعَتْ، ولو كانت الدغوى فاسدة؛ لأن البيّنة على العتق مستغنية  
عن تقدّم الدغوى.

ولِيُعْلَمَ من لفظ الكتاب قوله: «والعتاق» بالحاء، وقوله: «والعفو عن القصاص»  
بالواو؛ لما بيّناه، والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَقَبْلُ شَهَادَةِ الْبَدَوِيِّ عَلَى الْقَرَوِيِّ وَالْقَرَوِيِّ عَلَى الْبَدَوِيِّ، وَشَهَادَةُ  
الْمَحْدُودِ فِي الْقَذْفِ إِذَا تَابَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لما تكلم في الصفات المعبرة في الشهود وبيّن في خلالها ما يمنع  
قبول الشهادة تكلم في أمور ظن ظانون أنها من موانع القبول.

منها: شهادة البدوي على القروي وبالعكس مقبولة، وقال أحمد: لا تُقبل شهادة  
البدوي على القروي وبه قال مالك إلا في القتل والجراحات، قالوا؛ لأن القروي لا  
يدخل إلى البادية للإشهاد لكن البدوي قد يدخل القرية فيشهد والأمر في هذا لا  
ينضببط.

ومنها: شهادة المحدود في القذف وغيره بعد التوبة مقبولة في جنس ما حدّ به  
وفي غيره، وعند أبي حنيفة شهادة المحدود في القذف لا تقبل وإن تاب، وقال مالك  
كل من حد في معصية لم تُقبل شهادته فيما حد فيه، ومن هذا القبيل شهادة ولد الزنا  
مقبولة ويجوز أن يكون قاضياً ولكن لا يمكن أن يكون إماماً؛ لأن النسب مشروط في  
الإمامة وقال مالك لا تُقبل شهادة ولد الزنا، واعلم أن شهادة الأخرس الذي لا يعقل  
الإشارة لا اعتبار بها، وإن كان يعقل الإشارة فقولان عن تخريج ابن سريج:

أحدهما: أنها مقبولة اعتماداً على الإشارة كما في عقوده ويُحكى هذا عن مالك  
واختيار الحناطي والقاضي أبي الطيب - رحمهم الله - .

والثاني: المنع؛ لأن الإشارة لا تصرح وإنما تفيد ظناً، ونحن في غنية عن شهادته

بشهادة غيره، ويخرج عليه عقوده، وهذا أظهر عند الأكثرين منهم ابنُ القاص والشيخ أبو حامد وبه قال أبو حنيفة وأحمد - رحمهم الله - وإيانا وعلى هذا فيعتبر في الشاهد وراء الصفات المذكورة في أول الباب أن يكون ناطقاً، وذكر أبو القاسم الصيمري في مختصر جمعه في أحكام الشهادات أنه لا يجوز شهادة المحجور عليه بالسفَه فإن كان كذلك زادت صفة أخرى<sup>(١)</sup> والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَيَكْفِيهِ أَنْ يَقُولَ ثُبْتُ وَلَا أَعُوذُ إِلَّا إِذَا أَقَرَّ عَلَى نَفْسِهِ بِالْكَذِبِ فَهُوَ فَاسِقٌ يَجِبُ اسْتِنْرَاؤُهُ كَكُلِّ فَاسِقٍ يَقُولُ: ثُبْتُ فَإِنَّهُ لَا يُصَدَّقُ حَتَّى يُسْتَبْرَأَ مَدَّةً فَيَعْلَمَ بِقَرَائِنِ الْأَخْوَالِ صَلَاحِ سَرِيرَتِهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: أَخَذَ فِي الْكَلَامِ فِي تَوْبَةِ الْقَاضِي، ثُمَّ اخْتَلَطَ بِهِ الْكَلَامُ فِي التَّوْبَةِ عَلَى سَائِرِ أَنْوَاعِ الْفِسْقِ، وَوَجْهَ الْحَاجَةِ إِلَيْهِ بَيِّنٌ، فَإِنَّ مَنْ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لِفِسْقِهِ، إِذَا تَابَ، وَظَهَرَ اعْتِرَاضُهُ عَمَّا كَانَ فِيهِ، فَيَجِبُ مَعْرِفَةُ أَنَّ التَّوْبَةَ مَا هِيَ وَبِمِ تَحْصُلُ؟.

قال علماء الأصحاب - رحمهم الله -: التوبة تنقسم إلى ما هي بين العبد وبين الله تعالى جده وهي التي يندفع بها الإثم، وإلى توبة في الظاهر، وهي التي تتعلق بها عودُ الشهادات، والولايات:

أما التوبة الأولى: فهي أن يندم على ما مضى ويترك وعله في الحال ويعزم على ألا يعود إليه<sup>(٢)</sup>، إن كانت المعصية لا يتعلق بها حق الله تعالى ولا للعباد، كوطء الأجنبية فيما دون الفرج وتقبلها، فلا شيء عليه سوى ذلك، وإن تعلق بها حق مالي، كمنع الزكاة، وكالعصب، والجنانات في أموال الناس، فيجب مع ذلك تبرئة الذمة عنه؛ بأن يؤدي الزكاة، ويرد أموال الناس، إن بقيت ويغرم بدلها، إن لم تبق، أو يستحل، فيبرئه المستحق ويوجب أن يخبر المستحق، وإن لم يعلم به وأن يوصله، إليه، إذا كان

(١) ما ذكره الصيمري هو المنقول عن ابن كج في التجريد والدارمي في الاستدكار كلاهما في باب الحجر، وجزم به المصنف في باب الوصايا.

قال في الخادم: أهمل الرافي من الشروط السمع والبصر أي فيما لا يقبل فيه شهادة الأعمى.

(٢) قال في المهمات: أهمل شرطاً رابعاً وهو أن يكون ذلك لله تعالى حتى لو عوقب على جريمة فندم وعزم على عدم العود لما حل به وخوفاً من وقوع مثله لم يكف، قاله أصحابنا الأصوليون ومثله بما إذا قتل ولده وندم لكونه ولده أو بذل شحيح مالا في معصية وندم للغرم ولا بد منه. وقال البلقيني: هذا الإيراد عندنا غير معتبر لأن التوبة عبادة، والعبادة لا بد أن تكون لله، وإذا لم يكن ذلك فلا توبة ولا عبادة.

قال الرملي: هذا التوجب فيه اعتراف باعتبار الإيراد.

غائباً، إن كان قد غَصَبه منه هنالك، ونقله، فإن مات سلَّمه إلى وارثه، فإن لم يكن وارثاً أو غاب، وانقطع خبره، دفعه إلى قاضٍ تعرف سيرته وديانته، فإن تعذر، تصدَّق به على الفقراء بنية الغرامة له، ذكره العباديُّ في «الرقم» وصاحب الكتاب في غير الكتب الفقهية، وإن كان مُعْسِراً، نوى الغرامة، إذا قدر، فإن مات قبل أن يقدر، فالمرجُو من فضل الله تعالى جُده المغفرة<sup>(١)</sup>.

وإن تعلق بالمعصية حقٌ ليس بمالي، فإن كان حدًّا لله تعالى كما لو زنا أو شرب فإن لم يظهر، فيجوز أن يظهره ويقرَّ به ليُقَامَ عَلَيْهِ الحدُّ، ويجوز أن يسْتُرَ عَلَى نفسه، وهو الأولي، وإن ظهر، فقد فات السُّتْر، فيأتي الإمام ليقِيمَ عَلَيْهِ الحدَّ، قال في «الشامل»: إلا إذا تقادم العهد، وقلنا: إنه يسْفُطُ الحد، وإن كان حقاً للعباد؛ كالقصاصِ وحدِّ القذف، فيأتي المستحقُّ، ويمكنه من الاستيفاء، فإن لم يعلم المستحقُّ، فيجب في القصاص أن يُخْبِرَه، ويقول: أنا الذي قتلْتُ أباك، ولزمني القصاصُ، فإن شئت، فاقتصر، وإن شئت فأعف، وفي حدِّ القذف، هل يخبره، ذكر في الكتاب في أول الباب تردداً في أنه، إذا أتى، ببغضِ كنايات القذف، وأراد القذف، ولم يحلفه المقذوفُ على البينة، فيخبر المقذوفُ أو يخفيه، ولا يؤديه، وجواب العباديُّ وغيره ههنا أنه يخبره عن القذف، كما في حقِّ القصاص وفي مثله في الغيبة رأيت في فتاوى الحنَّاطي؛ أنها إذا لم تبلغ المغتاب، كفي الندم والاستغفار، وإذا بلغت أو طرد طارداً قياسَ القصاص والقذف فيها، فالطريق أن يأتي المغتاب ويستحلَّ منه، فإن تعذر بموته، أو عسر لغيبته الشاسعة، فيستغفر الله تعالى جُده، ولا اعتبار بتحليل الورثة، كذلك ذكره الحنَّاطي وغيره، قال العباديُّ: والحسد كالغيبَةِ، وهو أن يهوئَ زوالَ نعمةٍ الغير، ويُسرَّ ببليته، فيأتي المحسود، ويخبره بما أضمره، ويستحلَّه، ويسأل الله تعالى أن يزيل عنه هذه الخلة، وفي إلزام الإخبار عن مجرَّد الإضرار بغيره<sup>(٢)</sup>.

فَرَع: سئل أبو عبد الله الحنَّاطي عن قَصْر فيما عليه من الدَّين والمظلمة، ومات

(١) قال النووي: ظواهر السنن الصحيحة تقتضي ثبوت المطالبة بالظلامة وإن مات معسراً عاجزاً إذا كان عاصياً بالتزامها، فأما إذا استدان في مواضع يباح له الاستدانة، واستمر عاجزه عن الوفاء حتى مات، أو أتلف شيئاً خطأ، وعجز عن غرامته حتى مات، فالظاهر أن هذا لا مطالبة في حقه في الآخرة، إذ لا معصية منه، والمرجو أن الله تعالى يعوض صاحب الحق، وقد أشار إلى هذا إمام الحرمين في أول كتاب النكاح: وتباح الاستدانة لحاجة في غير معصية ولا سرف إذا كان يرجو الوفاء به جهة، أو سبب ظاهر.

(٢) قال النووي: المختار بل الصواب أنه لا يجب إخبار المحسود، بل لا يستحب، ولو قيل: يكره لم يبعد. وهل يكفي الاستحلال من الغيبة المجهولة، أم يشترط معرفتها للعافي؟ فيه وجهان سبقا في كتاب الصلح.

المستحق، واستحقه وارث بعد وارث يتعلّق به في الآخرة صاحب الحقّ أولاً أو الأخير من ورثته وورثة ورثته، فقال: يرثه الله تعالى، بعد موت الكلّ، ويُزَدُّ إليه في القيامة، وحكّى وجهاً آخر عن الأصحاب لآخر مَنْ مات من الوارثين، وفي «الرقم»: أنه يُكْتَبُ الأجرُ لكل وارثٍ مدّةَ عمّره، ثم يكون الثواب لمن بعده، ولو دَفَعَ إلى بعض الوارثين عند انتهاء الاستحقاقِ إليه، خَرَجَ عن المظلمة إلا بما سَوَّفَ وماطَل.

وأما التوبة الظاهرة، فالمعاصي تنقسم إلى فعلية وقولية، أما الفعلية؛ كالزنا والسرقة والشرب، فإظهار التوبة عنها لا يكفي في قبول الشهادة وعود الولاية؛ لأنه لا يؤمّن أن يكون له في الإظهار غائلةً وغرضٌ فاسدٌ، فيختبر لمدّة يغلب على الظنّ فيها أنه قد أصلح عمله وسريرته، وأنه صادقٌ في توبته، وهل تتقدّر تلك المدّة قال قائلون: لا، إنّما المعتبرُ حصولُ غلبة الظنّ بصدقه، ويختلف الأمر فيه بالأشخاص وأمارات الصدق، هذا ما اختاره الإمام، والعبّادِي وإليه أشار صاحبُ الكتاب بقوله: حتى يُستَبْرَأَ مدّةً فيعلم إلى آخره، وذهب آخرون إلى تقديرها، وفيه وجهان، قال أكثرهم: يستبرأ سنةً، فإنّ لمعنى الفصول الأربعة تأثيراً بيّناً في تهنيج النفوس وانبعاثها لمشتبهاتها، فإذا مضت على السلامة أشعَرَ ذلك بحسن السريرة، وقال جماعةٌ: يكفي ستة أشهر؛ لظهور عوده، وإن كانت ونَسَبوا ذلك إلى النصّ، وأما القولية، فمنها القذف، ولا بدّ من التوبة عنه بالقول، كما أن التوبة عن الرّدة بكلمتي الشهادة، قال الشافعيّ - رضي الله عنه - وتوبةُ القاذِبِ إِكْذَابُهُ نَفْسَهُ، فأخذ الإصطخريّ بظاهره وشرّط أن يقول: كذبتُ بما قذفته به، ولا أعودُ إلى مثله؛ لما رُوِيَ عن النبيّ - ﷺ - أنه قال: «تُوبَةُ الْقَاذِبِ إِكْذَابُهُ نَفْسَهُ»<sup>(١)</sup> ويحكّى هذا عن أحمد - رحمه الله - وقال ابن أبي هريرة والجمهور - رحمهم الله - لا يكلفُ أن يقول: كذبتُ، فإنّه قد يكون صادقاً فكيف نأمره بأن يكذب، ولكن يقول: القذْفُ باطلٌ، وإني نادِمٌ على ما فعلتُ ولا أعودُ إليه أو يقول: ما كنتُ مُحِقّاً في قذفي، وقد تبتُ منه، وما أشبه ذلك، والخبرُ محمولٌ على الرّجوع والإقرار ببطلان ما صدر منه، فإنه نوعُ إكذاب، وكذلك لفظ الشافعيّ - رضي الله عنه - وقد قال عقيّب ما حكّيناه: والتوبة منه أن يقول: «القذْفُ باطلٌ» كأنه جعل هذا اللفظ توبةً ولا فرق في ذلك بين القذف على سبيل السّبِّ والإيذاء وبين القذف على صورة الشّهادة، إذا لم يتمّ عدد الشهود، إن قلنا: بوجود الحدّ على من شهد، فإن لم نوجب، فلا حاجة بالشاهد إلى التوبة، ويشبه أن يشترط في هذا الإكذاب جريئته بين يدي القاضي، ثم إذا تاب

(١) قال الحافظ في التلخيص: لم أره مرفوعاً وفي البخاري معلقاً عن عمر: أنه قال لأبي بكر: تب قبل شهادتك، ووصله البيهقي كما سيأتي في آخر الباب، وفيهما أيضاً عن أبي الزناد قال: الأمر عندنا إذا رجع عن قوله، وأكذب نفسه، واستغفر ربه، قبلت شهادته.



بالقول، فهل يستبرأ المدة المذكورة، إذا عُرِفَ عدلاً إلى أن قَدَفَ، يُنظَرُ؛ إن كان القذف على صورة الشهادة، فلا حاجة إليه وحكى الإمام طريقة أخرى؛ أنه على قولين، كما سنذكر في القذف على صورة السب والإيذاء، والظاهر الفرق، فإن ذلك فسق مقطوع فيه، والفسق عند الشهادة غير مقطوع به، ولهذا تُقبل رواية من شهد بالزنا، وإن لم يتعب؛ ألا ترى أنهم كانوا يَزُونُ عن أبي بكر الثقفِي - رضي الله عنه - ولم يتب ورواية مَنْ قَدَفَ سباً غير مقبولة ويتأيد ذلك بقول عمر - رضي الله عنه - في القصة المشهورة لأبي بكر: «تُبُّ أَقْبَلُ شَهَادَتِكَ»<sup>(١)</sup> وإن كان قَدَفَ سباً وإيذاءً فظاهر نص «المختصر»: أنه لا يُشترطُ الاستبراء وتُقبل شهادته في الحال، وعن نصه - رضي الله عنه - في «الأم»: أنه يُشترطُ، وفيهما طريقان؛ الأشهر أن المسألة على قولين:

أحدهما: لا يُشترطُ؛ لأن القاذف يحتمل أن يكون صادقاً، فلا حاجة فيه إلى التشديد والاحتياط، ويحكى هذا عن أحمد - رحمه الله - .

وأصحهما: الاشتراط؛ على ما قال تعالى ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا﴾ [آل عمران: ٨٩] وصار كما في سائر المعاصي، وتركهما منزلون على حالين، وذكروا للتنزيل وجوهاً:

أحدها: حمل ما في «المختصر» على ما إذا لم يصرح بتكذيب نفسه، وحمل ما في «الأم» على ما إذا صرح.

والثاني: حمل الأول على ما إذا طال الزمانُ بعد القذف، وحسنت السيرة، ثم تاب بالقول، وحمل الثاني على ما إذا لم يطل.

(١) قال الحافظ في التلخيص: [رواه] البيهقي من طريق الشافعي أنا سفيان سمعت الزهري يقول: زعم أهل العراق أن شهادة المحدود لا تجوز، فأشهد لقد أخبرني فلان أن عمر بن الخطاب قال لأبي بكر: تب نقبل شهادتك، أو إن تب قبلت شهادتك، قال سفيان: سمي الزهري الذي أخبره، فحفظته ونسيته، وشككت فيه، فلما قمنا سألت من حضر، فقال لي عمر بن قيس: هو سعيد بن المسيب، قال الشافعي: فقلت فهل شككت فيما قال لك؟ قال: لا، هو سعيد بن المسيب من غير شك، وقد رواه غيره من أهل الحفظ عن سعيد بلا شك، ورواه البيهقي من طرق، وعلقه البخاري بالجزم، وأما قول الرافعي: وكان الصحابة يروون عنه ولم يتب، فقد روى عنه عمر بن شبة في أخبار البصرة أنه أبى أن يتوب من ذلك، وروى محمد بن إسحاق عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال: جلد عمر بن الخطاب أبا بكر، ونافعاً، وشبلاً، ثم استتاب نافعاً، وشبلاً، فتابا، فقبل شهادتهما، واستتاب أبا بكر فأبى، وأقام، فلم يقبل شهادته، وكان أفضل القوم، وروى أبو داود الطيالسي عن قيس بن الربيع عن سالم الأفطس عن سفيان بن عاصم، قال: كان أبو بكر إذا أتاه رجل ليشهده، قال: اشهد غيري، وأما قوله: وكانت الصحابة يروون عنه، ففيه نظر، فإني لم أقف في شيء من الأسانيد على رواية أحد من الصحابة عن أبي بكر، وأكبر من روى عنه أبو عثمان النهدي، والأحنف بن قيس.

والثالث: حمل الأول على ما إذا جاء شاهداً، ولم يتمّ العدوّ، وحمل الثاني على ما إذا قذف على سبيل السبّ والإيذاء.

واعلم أن اشتراط التوبة بالقول في القذف لا وضوح له، وإلحاقه بالردة تشبيه مجرد لا توجيه مقنع، ولئس اشتراط كلمتي الشهادة مخصوصاً بالردة القولية، فإن الردة الفعلية كالقاء المصحف في القاذورات يُشترط فيها كلمتا الشهادة أيضاً، وبالجملة، فلم يشترط في القول أن يقول: ما كنتُ مُحِقّاً في قول كذا، فلا يُشترط في الفعل أن يقول: ما كنتُ مُحِقّاً في فعل كذا، وما السبب الفارق، ثم قضية ما يقول في القذف أن يُشترط التوبة بالقول في سائر المعاصي القولية، كشهادة الزور، والغيبة، والنميمة، وقد صرح صاحب «المهذب» بذلك في شهادة الزور، فقال: التوبة عنها أن يقول: كذبتُ فيما فعلتُ، ولا أعودُ إلى مثله، والله أعلم.

وأعلم قوله في الكتاب «ويكفيه أن يقول: تبتُّ» بالواو؛ لوجه الإصطخري؛ حيث لم يكتب بذلك، واعتبر أن يقول: كذبتُ.

وقوله يجب «استبراؤه» بالألف لما تقدّم.

فروع: حكى الإمام وجهاً فيمن قذف، وأتى بالبينة على زنا المقدوف: أنه لا تُقبل شهادته؛ لأنه ليس له أن يقذف ثم يأتي بالبينة، بل كان ينبغي أن يجيء مجيء الشهود، والأصح أنها تُقبل؛ لأن صدقه قد تبين بالبينة، وكذا الحكم لو اعترف المقدوف، وكذا لو قذف زوجته، ولا عن ولا فرق في ردّ الشهادة وكيفية التوبة بين أن يقذف محصناً أو غير محصن، حتى لو قذف عبداً نفسه، ترد شهادته، ويكفي تحريم القذف سبباً للرد، وشاهد الزور يُستبرأ كسائر الفسقة، فإذا ظهر صلاحه، قُبِلت شهادته في غير تلك الواقعة ومن غلط في الشهادة، فلا حاجة إلى استبرائه، وتُقبل شهادته في غير واقعة الغلط، لا تُقبل فيما ذكره في «التهذيب»<sup>(١)</sup>.

(١) قال النووي: التوبة من أصول الإسلام المهمة، وقواعد الدين، وأول منازل السالكين، قال الله تعالى: ﴿وتوبوا إلى الله جميعاً أيها المؤمنون﴾ فالتوبة من المعصية واجبة على الفور بالاتفاق، وقد تقدمت صفتها، وتصح التوبة من ذنب وإن كان ملبساً ذنباً آخر مصراً عليه، ولو تاب من ذنب، ثم فعله مرة أخرى، لم تبطل التوبة، بل هو مطالب بالذنب الثاني دون الأول. ولو تكررت التوبة، ومعاودة الذنب، صحت، هذا مذهب الحق في المسلمين خلافاً للمعتزلة. قال إمام الحرمين في «الارشاد»: والقتل الموجب للقتل تصح التوبة منه قبل تسليم القاتل نفسه ليقص منه، فإذا ندم، صحت توبته في حق الله تعالى، وكان منعه القصاص من مستحقه معصية مجددة، ولا يقدر في التوبة، بل يقتضي توبة منها. ومن باب عن معصية ثم ذكرها قال الإمام القاضي أبو بكر بن الباقلاني رحمه الله: يجب عليه تجديد الندم عليها كلما ذكرها إذ لو لم يندم، لكان =

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَإِنْ ظَهَرَ لِلْقَاضِي بَعْدَ الْحُكْمِ أَنَّهُ قَضَى بِقَوْلِ عَبْدَيْنِ أَوْ كَافِرَيْنِ أَوْ صَبِيَّيْنِ نَقَضَ الْحُكْمَ، وَإِنْ كَانَ بِقَوْلِ فَاسِقَيْنِ نَقَضَ أَيْضاً عَلَى أَظْهَرِ الْقَوْلَيْنِ، إِلَّا أَنْ يَفْسُقَ بَعْدَ الْحُكْمِ فَلَا يَقْدَرُ اسْتِنَادُ الْفُسُقِ إِلَى الْمَاضِي عَلَى أَصَحِّ الرَّأْيَيْنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا حَكَمَ الْقَاضِي بِشَهَادَةِ اثْنَيْنِ، ثُمَّ بَانَ لَهُ أَنَّهُمَا كَانَا عَبْدَيْنِ أَوْ كَافِرَيْنِ، أَوْ صَبِيَّيْنِ، أَوْ امْرَأَتَيْنِ، فَيَنْقُضُ حُكْمَهُ، لِأَنَّهُ تَيَقَّنَ الْخَطَأَ فِي الْحُكْمِ، كَمَا لَوْ حَكَمَ بِاجْتِهَادِهِ، ثُمَّ بَانَ النَّصُّ بِخِلَافِهِ، وَلَوْ تَبَيَّنَ لِقَاضٍ آخَرَ أَنَّهُ حَكَمَ بِشَهَادَتَيْهِمَا، نَقَضَ حُكْمَهُ أَيْضاً، وَاعْتَرَضَ عَلَيْهِ بِأَنَّ الْعُلَمَاءَ اخْتَلَفُوا فِي قَبُولِ شَهَادَةِ الْعَبِيدِ، فَلَمْ يَنْقُضِ الْحُكْمَ فِي مَحَلِّ الْاِخْتِلَافِ وَالْاجْتِهَادِ، وَأَجِيبَ عَنْهُ بِأَنَّ الْفُرْضَ فِيمَنْ لَا يَعْتَقِدُ الْحُكْمَ بِشَهَادَةِ الْعَبْدَيْنِ وَحُكْمَ بِشَهَادَةِ اثْنَيْنِ ظَنَّهُمَا حَرِّينَ، وَلَا اعْتِدَادَ بِمِثْلِ الْحُكْمِ، وَأَيْضاً فَإِنَّمَا لَا يَنْقُضُ الْحُكْمَ، إِذَا لَمْ يَخَالَفِ الْقِيَاسَ الْجَلِيَّ، وَهَذَا يَخَالَفُهُ، فَإِنَّ الْعَبْدَ نَاقِصَ فِي الْوِلَايَةِ، وَسَائِرِ الْأَحْكَامِ، فَكَانَتِ الشَّهَادَةُ فِي مَعْنَاهَا، وَإِنْ بَانَ أَنَّهُ حَكَمَ بِشَهَادَةِ فَاسِقَيْنِ، نَصٌّ فِي «الْمَخْتَصَرِ» عَلَى أَنَّهُ يَنْقُضُ أَيْضاً<sup>(١)</sup>، قَالَ الْمُرْنِيُّ: وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ: إِنْ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ، إِذَا طَلَبَ الْجَرْحَ مَكَّنَهُ مِنْهُ، وَأَمْهَلَهُ مَدَّةً قَرِيبَةً، فَإِنْ لَمْ يَأْتِ بِالْجَرْحِ فِي الْمُدَّةِ وَأَتَى بِهِ بَعْدَهَا، لَمْ يَرُدَّ الْحُكْمَ عَنْهُ، وَهَذَا يُشْعِرُ بِأَنَّهُ لَا تُقْبَلُ الْبَيِّنَةُ الْقَائِمَةُ عَلَى الْفُسُقِ بَعْدَ ذَلِكَ، فَلَا يَنْقُضُ الْحُكْمَ الْأَوَّلَ، وَلِلْأَصْحَابِ فِيهَا طَرِيقَانِ:

أَشْهَرُهُمَا: أَنَّ الْمَسْأَلَةَ عَلَى قَوْلَيْنِ، وَبِهِ قَالَ ابْنُ سُرَيْجٍ.

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ لَا يَنْقُضُ الْحُكْمَ الْأَوَّلَ، فَإِنْ فَسَقَهُمْ إِنَّمَا يَعْرِفُ بَيِّنَةً تَقُومُ عَلَيْهِ

= مستهيناً بها، وذلك ينافي الندم. واختار إمام الحرمين أنه لا يجب، ولا يلزم من ذكرها بلا ندم الاستهانة، بل قد يذكر، ويعرض عنها. قال القاضي: وإذا لم يجدد التوبة كان ذلك معصية جديدة، والتوبة الأولى صحيحة، لأن العبادة الماضية لا ينقضها شيء بعد فراغها، قال: فيجب تجديد توبة عن تلك المعصية، وتجب توبة من ترك التوبة إذا حكمنا بوجودها. قال الإمام: وإذا أسلم الكافر، فليس إسلامه توبة عن كفره، وإنما توبته ندمه على كفره، ولا يتصور أن يؤمن ولا يندم على كفره، بل تجب مقارنة الإيمان للندم على الكفر، ثم وزر الكفر يسقط بالإيمان، والندم على الكفر بالإجماع، هذا مقطوع، وما سواه من ضروب التوبة، فقبوله مظنون غير مقطوع به، وقد أجمعت الأمة على أن الكافر إذا أسلم وتاب عن كفره، صحت توبته، وإن استدام معاصي آخر، هذا كلام الإمام، وهذا الذي قاله إن القبول مظنون هو الصحيح. وقال جماعة من متكلمي أصحابنا: هو مقطوع.

(١) قال في الخادم: صورة المسألة ما إذا كان الفسق ظاهراً غير مجتهد فيه فإن كان مجتهداً فيه كشرب النبيذ فلا خلاف أنه لا ينقض لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد، كذا قاله القاضي والبنوي أبو محمد الجويني في مختصره والغزالي في الخلاصة وأشار إليه الرافي في أنهم نزلوا النص بالمنع على ما إذا شهد على فسق مجتهد فيه كشرب النبيذ.

وعدالة تلك البينة لا تُذَرَكُ إلا بالاجتهاد، والاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد، وهذا يوافق مذهب أبي حنيفة؛ لأنه لا يسمع بيعة الفسق على الشاهدين.

وأصحُّهُمَا: النقض، كسائر المسائل المذكورة وبلى أولى؛ لأن اعتبار العدالة منصوصٌ عليه، قال تعالى: ﴿إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا﴾ [الحجرات: ٦] والقول بأن عدالة الشهود تُذَرَكُ بالاجتهاد لا تُقَدِّحُ كما أن خبر الواحد العَدْلُ يُنْقَضُ به الحُكْمُ، وإن كانت عدالته لا تُذَرَكُ إلا بالاجتهاد، وكما لو بان كون الشاهدين صبيَّين أو كافرين.

والطريق الثاني: القطع بالنقض، وحمل ما قاله في الموضوع الآخر على ما إذا شهدوا على الفسق مطلقاً، ولم ينصوا على فسقه يومَ الحكم، فلا ينقض به الحكم؛ لاحتمال حدوثه بعد الحكم أو على ما إذا شهدوا على فسقٍ مجتهدٍ فيه، كشزب النبيذ، ولو سمع القاضي شهادة شاهدين عدلين، ثم فسقاً قبل أن يحكم بشهادتهما، لم يجزِ الحكم؛ لوقوع الريية، فإن الفسق يخفى غالباً، فرئما كانا فاسقين يوم الشهادة، ولو ارتدَّا، وكذلك؛ لأن الردة توقع الريية أيضاً، وتُشعر بخبث كامن، وفيها وجهان آخران:

أحدهما: أن حدوثها لا يمنع الحكم بشهادتهما المسموعة.

والثاني: عن الداركي: الفرق بين أن يرتد إلى كفرٍ يستسر أهله به فيكون كالفسق، أو إلى غيره.

ولو شهدا عنده في حدٍّ أو مالٍ، ثم ماتا، أو جُنا أو عمياً أو خرساً، لم يمنع حدوث هذه الأحوال الحكم بشهادتهما؛ لأنها لا تُوقَعُ ريبة فيما مضى، ويجوز أن يقع التعديل بعد حدوثها، وألحق المُرَبِّي ظهور الفسق والردة بعروض هذه الأحوال، ولم يجعلها ما يعين من الحكم، ولو فسق الشاهدان، أو ارتدَّا بعد الحكم والاستيفاء، لم يؤثر بحال، ولو فسقاً، أو ارتدَّا بعد الحكم وقبل الاستيفاء، فهو كرجوع الشاهدين بعد الحكم وقبل الاستيفاء، وفيه تفصيل واختلاف، يُذكر في «باب الرجوع» والأصح أنه لا أثر له في المال، بل يستوفي ولا يُقدَّر استنادُ الفسق بعد نفوذ الحكم إلى القاضي، وهذه الصورة هي التي عناه في الكتاب بقوله: «إلا أن يفسق بعد الحكم، فلا يقدر» إلى آخره.

وأصحاب الطريقة القاطعة بالتقضى فيما إذا بان أنه حكم بشهادة فاسقين، منهم من يُنزِلُ الخلاف على هذه الصورة.

ويجوز أن يُعلم قوله: «نقض» بالحاء.

وقوله: «على أظهر القولين» بالواو، لما بيَّناه.

فُرُوعٌ: قال القاضي بعد الحكم بشهادة شاهدين قد بان لي أنهما كانا فاسقين، ولم يظهر بيعة تشهد بفسقهما، قال صاحب الكتاب في «الفتاوى»: إذا لم يتهم في قضائه

بعلمه مَكُنْ من ذلك أيضاً ولو قال: أكرهني السلطانُ على الحُكْمِ بقولِهِمَا، وكنتُ أعرفُ فسَقَهُمَا، قُبِلَ قوله من غير بيّنة الإكراه، ولو بان بالبيّنة أن الشاهدين كانا والذّين للمشهود له، أو ولذّين، أو عدوّين للمشهود عليه، فكذلك ينقض الحكم، والله أعلم.

### البَابُ الثَّانِي فِي الْعَدَدِ وَالذُّكُورَةِ

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَا تَثْبُتُ بِشَهَادَةِ وَاحِدٍ إِلَّا فِي هِلَالِ رَمَضَانَ عَلَى رَأْيِي، وَلَكِنْ لِلشَّهَادَاتِ ثَلَاثَ مَرَاتِبٍ: الْأُولَى: الرُّنَا: وَيَجِبُ فِيهِ أَرْبَعَةٌ عُدُولٍ يَشْهَدُونَ أَنَّهُ أَدْخَلَ فَرْجَهُ فِي فَرْجِهَا كَالْمِزْوَدِ فِي الْمُكْحَلَةِ، وَهَلْ يَجُوزُ لِلْعَدْلِ النَّظَرُ إِلَى الْعَوْرَةِ قِصْدًا لِتَحْمَلِ الشَّهَادَةِ؟ فِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهٌ، وَفِي الثَّلَاثِ لَا يَجُوزُ فِي شَهَادَةِ الرُّنَا، وَيَجُوزُ فِي عَيُونِ النِّسَاءِ وَعَظِيمِهَا، وَهَلْ يَثْبُتُ الْإِقْرَارُ بِالرُّنَا بِشَاهِدَيْنِ أَمْ لَا يَبْدُ مِنْ أَرْبَعَةٍ فِيهِ قَوْلَانِ، وَإِنْ لَمْ يُوجِبْ بِاللُّوْاطِ إِلَّا التَّعْزِيرُ فَهَلْ يُحْتَاجُ إِلَى أَرْبَعَةٍ؟ فِيهِ قَوْلَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَقْصُودُ الْبَابِ بَيَانُ الْعَدَدِ الْمُعْتَبَرِ فِي الشَّهَادَاتِ، وَمَوَاضِعِ اعْتِبَارِ الذُّكُورَةِ، وَعَدَمِ اعْتِبَارِهَا.

وَأَعْلَمُ أَنَّ قَوْلَ الشَّاهِدِ الْوَاحِدِ لَا يَكْفِي لِلْحُكْمِ بِهِ، نَعَمْ، قَدِمَ الْخِلَافُ فِي أَنَّ هِلَالَ رَمَضَانَ، هَلْ يَثْبُتُ بِوَاحِدٍ<sup>(١)</sup> أَمْ لَا؟ وَأَنَّهُ إِنْ ثَبِتَ، فَسَبِيلُهُ سَبِيلُ الشَّهَادَاتِ، أَمْ

(١) استدرك في المهمات ما لو شهد بإسلام الذمي قبل موته فإنه لا يحكم به بالنسبة إلى الإرث وفي قبولها في الصلاة عليه وجهان مبنيان على القولين في هلال رمضان ونازعه في الخادم وقال إنه إخبار والذي في شرح المهذب كما قاله في المهمات، وزاد في الخادم مسائل: منها: لو نذر صوم شعبان مثلاً فشهد واحد باستهلاله فوجهان في البحر مبنيان على أن النذر يسلك به مسلك جائز الشرع أو واجبه.

ومنها: لو شهد واحد بطلوع فجر رمضان، هل يلزمه الإمساك عن الطعام أو لا بد من اثنين فيه احتمالان لوالد الروياني مبنيان على قبول شهادة الواحد في هلال رمضان حكاها عنه قبل باب الأيام المنهي عن صياها ومقتضاه ترجيح القبول.

ومنها: المسموع للخصم كلام القاضي أو الخصم يقبل فيه الواحد وهو من باب الشهادة كما ذكره الرافعي قبل باب القضاء على الغائب.

ومنها: سبق أن القاضي يكتفي بقول العون في امتناع الخصم المتعذر من الحضور وتعذره بذلك.

ومنها: العيب في البيع يقبل فيه قول الواحد كما حكاه الرافعي في بابه عن التهذيب ثم حكى عن المتولي خلافه ولم يرجح شيئاً، واستدرك الشيخ بهاء الدين بن شداد الحلبي صورة أخرى فقال: وقد حكى كلام الذخائر في حصر الاستثناء في هلال رمضان، وعجيب منه هذا الكلام وقد تقدم تقديره أنه إذا أقام شاهداً واحداً استحق الحيلولة والوقف في صور متعددة وهو حق ثبت بالشاهد الواحد فلعله أراد بذلك أن هذه أمور تابعة لحقوق لا أنها مقصودة، انتهى. والعجب منه فإنه =

سبيل الروايات؟ فَإِنْ قُلْنَا: لا يثبت، أو ثبت، وسبيله سبيل الروايات، فلا استثناء في اعتبار العدد في الشهادات وإن أثبتناه، وجعلنا سبيله سبيل الشهادات، وهو الأصح، فهذه الصورة مستثناة عنه.

ومسألة الشاهد واليمين ينقض قولنا: إن قول الشاهد الواحد غير مكتفٍ به للحكم، وإن قيل على وجه: إن القضاء هناك بالشاهد على ما سيأتي؛ لأن ذلك القائل لا ينافي في كون اليمين شرطاً؛ لجواز الحكم بالشاهد، فلا يكون قول الشاهد مكتفٍ به.

وإذا عُرف ذلك، فإن صاحب الكتاب رتب الشهادات عدداً وصفة على ثلاث مراتب:

إحداها: الشهادة على الزنا، وإنما يثبت الزنا بشهادة أربعة من الرجال، قال الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزُمُونَ الْمُهَضَّمَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾ [النور: ٤] قال تعالى: ﴿لَوْلَا جَاءُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾ [النور: ١٣] وَقَالَ عَزَّ أَسْمُهُ: ﴿فَأَسْتَشْهَدُوا عَلَيْنَهُنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ﴾ [النساء: ١٥] وَقَالَ سَعْدُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، أَرَأَيْتَ لَوْ وَجَدْتُ مَعَ أَمْرَاتِي رَجُلًا، أُمَهَلُهُ حَتَّى آتِي بِأَرْبَعَةٍ مِنَ الشُّهَدَاءِ فَقَالَ: نَعَمْ وَعَنِ الزُّهْرِيِّ أَنَّهُ قَالَ: مَضَّتِ السُّنَّةُ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَالْحَلِيفَتَيْنِ بَعْدِهِ أَلَّا تُقْبَلَ شَهَادَةُ النِّسَاءِ فِي الْحُدُودِ<sup>(١)</sup> وَفِي الْإِقْرَارِ بِالزَّنَا قَوْلَانِ:

أحدهما: أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِأَرْبَعَةٍ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِهِ إِقَامَةُ الْحَدِّ، فَأَشْبَهَ نَفْسَ الزَّنَا.

والثاني: يثبت بشاهدين؛ لأن المشهود عليه قول، وإقرار، فأشبهه سائر الأقوال والأقارير، قال القاضي الرُّوماني: وهذا أصح، وعن الشيخ أبي عاصم نقل قولٍ غريبٍ: أن القذف إنما يثبت بشهادة أربعة؛ لأنه نسبة إلى الزنا، فكان كالإقرار، والصحيح خلافه؛ واللواط وإتيان البهيمة، إن أوجبنا بهما الحد، فلا يثبتان إلا بأربعة، وإن لم نوجب إلا التعزير، فوجهان: وقال صاحب الكتاب: قَوْلَانِ:

أحدهما: الثبوت بشاهدين كسائر الجنائيات، وبهذا قال ابن خيران، ويحكى عن المزيبي أيضاً.

وأصحهما: المنع، ووجهه بأنه إيلاج فرج في فرج، فكانت الشهادة عليه كالشهادة على الزنا.

= الشاهد الواحد على القول بالحيلولة والوقف به لا يثبت به الحق المدعي إنما هي حيلولة ووقف وليس من الحكم في شيء.

(١) روي عن مالك عن عقيل عن الزهري بهذا، وزاد: ولا في النكاح، ولا في الطلاق، ولا يصح عن مالك، ورواه أبو يوسف في كتاب الخراج عن الحجاج عن الزهري به، ومن هذا الوجه أخرجه ابن أبي شيبة عن حفص بن غياث عن حجاج به.

ثم الفضل يشتمل على مسألتين:

إحدهما: وقد تعرّض لها مرّة في الكتاب في باب السرقة، وليس لها اختصاص بهذا الموضوع: يُشترط في الشهادة على الزنا أن يذكروا التي زنا بها، وأن يذكروا الزنا مفسراً، فيقولوا: رأيناه أَدْخَلَ فَرْجَهُ فِي فَرْجِهَا؛ كالمزود في المُكْحَلَةِ، أو كالرُشَا في البِثْرِ، ولا يكفي إطلاق الزنا؛ فإنهم قد يظنون المفاخدة زناً، فقد ورد في الحَبْرِ «زَنَا الْعَيْنَيْنِ النَّظْرُ»<sup>(١)</sup> وقد تكون الموطوءة أمةً مشتركةً بينه وبين غيره أو جاريةً ابنه، فالشاهد يظنُّ إصابتها زناً، وليس كما إذا ادّعت وطء شبهة، وطالبت بالمهر حيث يكفي شهادة الشهود على الوطاء، ولا يُشترط أن يقولوا: رأينا ذلك منه في ذلك منها؛ لأن المقصود هناك المال، فلم يلزم هذا الاحتياط.

الثانية: هل يجوز النَّظْرُ إلى الفَرْجِ، لثَحْمَلِ شهادة الزنا والشهادة على الولادة، أو شيء من العيوب الباطنية أو لا يجوز وإنما يشهد عليها عند وقوع النَّظْرِ عليه اتفاقاً فيه وجوه؛ ذكرناها في أول النكاح، وأصحهما: الجواز، وهو الذي أورده صاحب الكتاب هناك في شهادة الزنا، ويحكى هذا عن نص الشافعي - رضي الله عنه - في «أحكام القرآن» وغيره، وبه قال أبو إسحاق، وابن القاص.

والثاني: المنع مطلقاً.

والثالث: لا يجوز؛ كشهادة الزنا ويجوز لغيرها.

وهذه الثلاثة أوردها هنا.

والرابع: أنه يجوز للزنا، ولا يجوز لغيره؛ لأن الزائنين هتكا حُرْمَتَهُمَا بالزنا، ويُقال: إنَّ أبا الطيّب بن سلمة كان يقول بهذا، ثم رجع إلى الأول.

وقوله في الكتاب: «إلا في هلال رمضان» لو أعلم بالميم؛ لما مر في الصوم، جاز.

وقوله: «للشهادات ثلاث مراتب؛ الأولى الزنا» قال: «الثانية: ما عدا الزنا» يعني الشهادة في الزنا والشهادة فيما عدا الزنا، فحذف لوضوحه.

وقوله: «أَدْخَلَ فَرْجَهُ فِي فَرْجِهَا» لا يخفى أن الحكم منوطٌ بقدر الحشفة لا بجميع الفَرْجِ، وأن الشاهد يتعرّض مع ذلك؛ لكونه على سبيل الزنا، ولم يعدّه في كلام الشهود؛ اكتفاءً بأن الكلام في الزنا، والتشبيه بالمزود والمُكْحَلَةِ زيادةً بيان، وليس بشرط، كذلك ذكره القاضي أبو سعيد.

(١) رواه مسلم من حديث أبي هريرة وقد مضى في اللعان.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: الثَّانِيَةُ: مَا عَدَا الرُّنَا مِمَّا لَيْسَ بِمَالٍ وَلَا يَبْوُولُ إِلَى مَالٍ كَالنِّكَاحِ وَالرَّجْعَةِ وَالطَّلَاقِ وَالْعِتْقِ وَالْإِسْلَامِ وَالرُّدَّةَ وَالْبُلُوغَ وَالْوِلَاةَ وَالْعِدَّةَ وَالْجَرْحَ وَالتَّعْدِيلَ وَالْعَفْوَ عَنِ الْقِصَاصِ حَتَّى الْوَصَايَا وَالْوَكَاةَ فَيُثْبِتُ بِرَجُلَيْنِ، وَلَا يَثْبِتُ بِرَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ، أَمَا مَا لَا يَظْهَرُ لِلرُّجَالِ كَالْوِلَاةِ وَعُيُوبِ النِّسَاءِ وَالرِّضَاعِ فَإِنَّهُ يَثْبِتُ بِأَرْبَعِ نِسْوَةٍ، وَلَا تَثْبِتُ الْوِلَاةُ بِقَوْلِ الْقَابِلَةِ وَحَدَّهَا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: المِرتبة الثانية للشهادة فيما ليس بمالٍ، ولا يُقصدُ منه المالُ، وهو إمَّا عقوبة أو غيرها.

أما قسم العقوبات، فإنها لا تثبت إلا برجلين/يستوي فيه حقُّ الله تعالى؛ كحدِّ الشرب، وقَطْعِ الطَّرِيقِ، والقَتْلُ بالرُّدَّةِ، وحقُّ العباد، كالقصاص في النَّفْسِ، والطَّرْفِ، وحدِّ القذف، والشهادة على الإفْرارِ بها كالشهادة بِنَفْسِهَا، والتعزيرُ كالحَدِّ، فلا مدخلُ لشهادة النساءِ فيها، لما مر من حديث الزُّهْرِيِّ - رضي الله عنه - .

والقسم الثاني: في غير العقوبات، فإمَّا أَنْ تَطَّلِعَ عَلَيْهِ الرِّجَالُ غَالِبًا أَوْ لَا يَطَّلِعُ، ويختص معرفته بالنساء غالباً.

الضرب الأول: ما يطلع عليه الرجال غالباً، كالنكاح، والرجعة، والطلاق، والعِتَاقُ، والإسلام، والردة، والبلوغ، والولاء، وانقضاء العدة وجرح الشهود، وتعديلهم، والعفو عن القصاص، وكل ذلك لا يثبت إلا برجلين أيضاً، ولا تُقبلُ فيه شهادة رجلٍ وامرأتين؛ خلافاً لأبي حنيفة.

واحتج الأصحابُ بقياسها على القصاص، لجامع أنَّ ذلك ليس بمال، ولا المَقْصِدُ منه المال، وهو مما يطلع عليه الرجال، ومن هذا الضربُ الوكالة، والوصاية، وإن كانتا في المال؛ لأن كل واحدةٍ منهما في نفسها ولايةٌ وسلطنةٌ، ومن ادَّعاهما فإنما يدَّعي ويثبت قولاً للغير لا مالاً؛ ومنه الإيلاءُ، والظَّهَارُ، والموتُ، والإعسارُ، والخُلْعُ من جانب المرأة، والكتابةُ، والتذبيرُ، والاستيلاءُ، إذا ادَّعاهما المملوكُ، وحكى القاضي ابن كج في الكتابة وجهاً: أنه يثبت برجلٍ وامرأتين، والشركةُ والفِرَاضُ معدودان في «التهذيب» مما نحن فيه؛ لأن كل واحدٍ منهما توكيلٌ وتفويضٌ يُضَرَفُ إِلَى الْغَيْرِ، وأدرج في «الوسيط» الشركة فيما يثبت برجلٍ وامرأتين، والأول أظهر، ومنه القضاء والولاية إن أحوجنا فيهما إلى البيئَةِ، والشهادة على الشهادة، والإحصانُ، وكفالة البدن، والشهادة برؤية هلال غير رمضان.

والضرب الثاني: ما لا يطلع عليه الرجال غالباً، يختصُ بمعرفة النساء، فتقبلُ فيه شهادتهن على انفرادهنَّ، لما رُوِيَ عن الزُّهْرِيِّ - رضي الله عنه - أنه قال: «مَضَّتِ السُّنَّةُ



بِأَنْ يَجُوزَ شَهَادَةُ النِّسَاءِ فِي كُلِّ شَيْءٍ لَا يَلِيهِ غَيْرُهُنَّ»<sup>(١)</sup> وذلك كالولادة، والبكارة، والثيابة، والرثق، والقرن، والحَيْض، والرُّضَاع<sup>(٢)</sup>، واستهلال المَوْلُود؛ وفي الاستهلال قول آخر عن رواية الربيع، والظاهر الأول، وعيب المرأة من برص، وغيره تحت الإزار، حرّة كانت، أو أمة من هذا القبيل.

قال في «التهديب»: والعيب في وجه الحرّة، وكفّها، لا يثبت إلا برجلين، بناء على أنهما ليسا من العورة وفي وجه الأمة، وما يبدو منها عند المهنة، يثبت برجل وامرأتين؛ لأن المقصود منه المال، والجراحة التي تصيب فرج المرأة لا تُلْحَقُ بالعيب؛ لأن جنس الجراحة مما يُطَّلَعُ عليه الرجال غالباً كذلك ذكره، لكن جنس العيب أيضاً مما يُطَّلَعُ عليه الرجال غالباً إنما الذي لا يُطَّلَعُونَ عليه العيب الخاص<sup>(٣)</sup>، وذلك الجراحة الخاصة، وكل ما هو من هذا الضرب فلا يثبت بأقل من أربع نسوة، تنزيلاً لانتين منهن منزلة رجل، وما يثبت بهن، يثبت برجل وامرأتين، وبرجلين بطريق الأولى.

وقال أبو حنيفة: تثبت الولادة بشهادة القابلة وُحدها في حق الزوجة عند ظهور الحمل ولا يثبت في حق المطلقة، قال: ولا يثبت الرضاع بشهادة النساء المنفردات، وعند أحمد: يثبت الرضاع بشهادة المُرْضُعة وحدها، وعند مالك: يكفي شهادة امرأتين في هذا الضرب.

ويجوز أن يُعَلِّمَ قوله في الكتاب: «فإنه يثبت بأربع نسوة» بعلاماتهم، لمذاهبهم. وأن يُعَلِّمَ قوله: «ولا تثبت الولادة» بالحاء.

وكذلك قوله من قبل «ولا تثبت برجل وامرأتين».

وقوله في أول الفصل: «ولا يؤول إلى مال» محمول على ما قاله الأصحاب، وهو أنه ليس المقصد منه ومن إثباته المال والله أعلم.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: **الثَّالِثَةُ: الْأَمْوَالُ: وَحَقُوقُهَا كَالْأَجْلِ وَالْحِيارِ وَالشُّفَعَةِ وَالْإِجَارَةِ وَقَتْلِ الْخَطَا وَكُلِّ جُرْحٍ لَا يُوجِبُ إِلَّا الْمَالَ فَيُثْبِتُ بِرَجُلٍ وَأَمْرَاتَيْنِ، وَكَذَا فَسَخِ الْمَقْوودِ وَقَبْضِ**

(١) ابن أبي شيبة نا عيسى بن يونس عن الأوزاعي عن الزهري به بلفظ: فيما لا يطلع عليه غيرهن، ورواه عبد الرزاق عن ابن جريج، عن ابن شهاب، قال: مضت السنة، أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن، من ولادات النساء وعيوبهن.

(٢) أي يختص بالنساء. قال في القوت: قال الفقهاء والقاضي الحسين والمتولي الرضاع من لبن حلب آتية لا يثبت إلا برجلين والشهادة بأن هذا من لبن هذه المرأة يثبت بشهادتهن.

(٣) قال النووي: الصواب إلحاق الجراحة على فرجها بالعيوب تحت الثياب، وعجب من البغوي كونه ذكر خلاف هذا، وتعلق بمجرد الاسم.

نُجُومِ الْكِتَابَةِ إِلَّا النَّجْمَ الْأَخِيرَ فِيهِ وَجْهَانِ لِيَتَرْتَّبَ الْعِنَقُ عَلَيْهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْمُرْتَبَةُ الثَّلَاثَةُ الشَّهَادَةُ فِيهَا هُوَ مَالٌ، أَوْ الْمَقْصُودُ مِنْهُ الْمَالُ، كَالْأَعْيَانِ، وَالذِّيُونِ، وَالْعُقُودِ، وَالْمَالِيَةِ، فَتَثْبِتُ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ ثُبُوتَهَا بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَأَنْتُمْ شَاهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: ٢٨٢] فَلَا يَثْبِتُ بِشَهَادَةِ النِّسَاءِ وَخَذَهْنَ، فَمِنْ هَذِهِ الْمُرْتَبَةِ الْبَيْعُ، وَالْإِقَالَةُ، وَالرُّدُّ بِالْعَيْبِ، وَالْإِجَارَةُ، وَالْوَصِيَّةُ بِالْمَالِ، وَالْحَوَالَةُ وَالضَّمَانُ، وَالصَّلْحُ، وَالْقَرْضُ، وَالشُّفْعَةُ، وَالْمُسَابَقَةُ، وَخِيُولُ السَّبْقِ<sup>(١)</sup> وَالصَّدَاقُ فِي النِّكَاحِ، وَفِي الْوَطءِ بِالشُّبُهَةِ، وَالْعَضْبِ، وَالْإِتْلَافِ، وَالْجَنَائِيَّاتِ الَّتِي لَا تَوْجِبُ إِلَّا الْمَالُ، كَالْقَتْلِ الْخَطَأِ، وَقَتْلِ الصَّبِيِّ، وَالْمَجْنُونِ، وَقَتْلِ الْحُرِّ بِالْعَبْدِ، وَالْمُسْلِمِ بِالذَّمِيِّ، وَالْوَالِدِ بِالْوَلَدِ، وَالسَّرْقَةِ الَّتِي لَا قَطْعَ فِيهَا.

وَكذَلِكَ حَقُوقُ الْأَمْوَالِ، وَالْعُقُودِ؛ كَالْخِيَارِ، وَشَرْطِ الرَّهْنِ، وَالْأَجَلِ، وَفِي الْأَجَلِ وَجْهٌ تَوْجِيهًا بِأَنَّهُ ضَرْبُ سُلْطَنَةٍ فَكَأَنَّهُ كَالْوَكَالَةِ.

وَمِنْهَا: قَبْضُ الْأَمْوَالِ، وَمَنْ جَمَلْتَهَا نَجُومُ الْكِتَابَةِ، وَفِي النَّجْمِ الْأَخِيرِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ لَا يَثْبِتُ إِلَّا بِرَجُلَيْنِ؛ لِتَعَلُّقِ الْعِتْقِ.

وَأُصْحُهُمَا: عَلَى مَا ذَكَرَهُ صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ»: أَنَّهُ كَسَائِرُ النَّجُومِ، وَالْعِتْقُ يَحْصُلُ بِالْكِتَابَةِ وَأَدْرَكَ جَمِيعَ النَّجُومِ لَا بِالنَّجْمِ الْأَخِيرِ.

وَمِنْهَا: الْإِبْرَاءُ، وَالرَّهْنُ عَلَى الْمَشْهُودِ، وَفِي شَرْحِ الْمَوْفُوقِ بْنِ طَاهِرٍ: أَنَّ الرَّبِيعَ قَالَ: لَا يَثْبِتُ الْإِبْرَاءُ إِلَّا بِرَجُلَيْنِ، وَحَكَى الْقَاضِي ابْنَ كَيْجٍ فِي الرَّهْنِ وَجْهًا مِثْلَهُ.

وَمِنْهَا: طَاعَةُ الْمَرْأَةِ؛ لِاسْتِحْقَاقِ الْمَنْفَعَةِ، وَقَتْلُ الْكَافِرِ؛ لِاسْتِحْقَاقِ السَّلْبِ، وَإِدْمَانُ الصَّيْدِ لِتَمْلِكِهِ وَعَجْزُ الْمَكَاتِبِ عَنِ النَّجُومِ.

وَمِنْهَا: الْوَقْفُ، وَفِي ثُبُوتِهِ بِرَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ عَلَى مَا سَنَذَكُرُ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى، فِي ثُبُوتِهِ بِالشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ فِي الْبَابِ الرَّابِعِ<sup>(٢)</sup>.

وَمِنْهَا: لَوْ مَاتَ سَيِّدُ الْمُدَبِّرِ، فَأَدَّعَى الْوَارِثُ؛ أَنَّهُ كَانَ قَدْ رَجَعَ عَنِ التَّدْبِيرِ، إِذَا قَلْنَا يَجُوزُ الرَّجُوعُ ثَبِتَ دَعْوَاهُ بِرَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ.

وَلَوْ أَدَّعَى رِقًّا لِشَخْصٍ، أَوْ أَدَّعَى جَارِيَةً فِي يَدِ الْغَيْرِ؛ أَنَّهُ أُمُّ وَلَدِهِ، ثَبِتَ دَعْوَاهُ

(١) كَذَا وَفِي فِي بَعْضِ نَسَخِ الشَّرْحِ، وَقَالَ فِي الْقُوَّةِ الصَّوَابِ حَصُولُ كَمَا أوردَهُ الرَّافِعِيُّ أَي فِي النِّسَخِ الصَّحِيحَةِ وَأَطَالَ فِي ذَلِكَ تَبَعًا لِلْمَهْمَاتِ.

(٢) فِي ز: وَإِنْ مَاتَ.

برجل وامرأتين؛ لأنه يدعي مالا، ولو توافق الزوجان على الطلاق، وقال: طلقْتُك على كذا، وقالت: بل مَجَاناً؛ ثبت دَعْوَى الزوج برجل وامرأتين وكذا لو قال لعبد: أعتقتك على كذا، وقال: بل مَجَاناً.

ولو توافق الزوجان على النكاح، واختلفا في قدرِ الصِّدَاقِ، أو صفته، أو على الخُلْعِ، واختلفا في قدرِ العوضِ، أو صفته، ثبت برجل وامرأتين، وكذا لو توافق السيد والعبد على الكتابة، واختلفا في قدرِ النجومِ، أو صفِّتها، والإقرارُ بكلِّ ما يثبت برجلين يثبت برجلٍ وامرأتين.

وقوله في الكتاب «وكذا فسخ العقود» يعني العقود المالية، فأما فسوخُ النكاحِ، فهي كالطلاق.

فَرَعٌ: شهادة الخُنثى المُشكِلة كشهادة المرأة، والله أعلم.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَإِذَا شَهِدَ عَلَى السَّرِقَةِ أَوْ الْعَمِدِ رَجُلٌ وَأَمْرَاتَانِ ثَبِتَ الْمَالُ وَإِنْ لَمْ تَثْبُتِ الْعُقُوبَةُ، وَيُثْبِتُ مَهْرَ النِّكَاحِ وَإِنْ لَمْ يَثْبُتِ النِّكَاحُ بِهِ، وَلَوْ عَلَّقَ طَلَّاقَهَا عَلَى الْوِلَادَةِ يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ وَلَا يَقَعُ الطَّلَاقُ، وَلَوْ ثَبِتَ عَلَيْهَا الْغَضَبُ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ وَأَمْرَاتَيْنِ فَقَالَ الزَّوْجُ: إِنْ كُنْتُ غَضِبْتُ، فَأَنْتِ طَالِقٌ وَقَعَ بِخِلَافِ مَا لَوْ تَقَدَّمَ التَّغْلِيقُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لو شهد على السرقة رجل وامرأتان، ثبت المال، وإن لم يثبت القطع؛ لأن المال يثبت برجل وامرأتين، والعقوبات لا تثبت، ومنهم من حكى في المال قولاً آخر، كما لو شهد على القتل العمد رجل وامرأتان؛ فإنه لا يثبت الدية، كما لا يثبت القصاص، والظاهر الأول، وفرَّقوا بأن السرقة توجب القطع والمال جميعاً، فما تمت حجته، ثبتت، وما لم يتم، لا يثبت، والقتل لا يوجبهما معاً، إما أن نوجب القصاص بعينه، ولم تقم حجته، فإذا لم يثبت، لم يثبت بدله، وإما أن نوجب أحدهما لا بعينه، وإنما يتعيَّن الاختيار، فلو أثبتنا المال على التغييبين، لم يف بموجبه.

ولو شهد رجل وامرأتان على صداق في نكاح ادَّعته امرأة، ثبت الصِّدَاقُ، وإن لم يثبت النكاح، فإن الصِّدَاقُ هو الذي يفصده، ولو علَّق طلاق امرأته، أو عتق عبده على الولادة، فشهد بالولادة أربع نِسْوَةٍ، ثبتت الولادة، ولا يقع الطلاق، والعتق، وكذا لو علَّقهما على الغضب أو الإنثلاف فشهد بهما رجل وامرأتان، ثبت الغضب والإنثلاف، ولم نحكم بوقوع الطلاق، ولا بحصول العتق، نص عليه.

وهو كما مر في الصوم؛ أنا إذا أثبتنا هلال رمضان بشاهدين واحد، لم نحكم بوقوع الطلاق والعتق المعلقين برمضان، ولا بحلول الدين المؤجل به، وهذا إذا تقدّم التعليق وذكر ابن سريج وواقفه عامة الأصحاب - رحمهم الله -: أنه لو ثبت الغضب أولاً بشهادة

رجُل وامرأتين، وحكم الحاكم به، ثم جرى التعليق؛ فقال لزوجته: إن كُتبتِ غضبتِ، فأنت طالق وقد ثبت عليها الغضبُ، كما وصفنا، وقع الطلاق، بخلاف ما لو تقدّم التعليق على الشهادة والحكم، وهذا ما أورده صاحب الكتاب، وقياسه أن يكون الحكم كذلك في التعليق بـرمضان، وحكى الإمام أن شيخه حكى وجهاً آخر: أنه لا يقع، كما لو تقدّم التعليق، وقد يُفرق بينهما بأن التعليق بعد حكم القاضي واقعٌ بعد ثبوت الغضب في الظاهر، فيُنزّل عليه، وإلا، فهو مراغمةٌ لحكم القاضي، وقد صرح فيه، والتعليق قبله منصرفٌ إلى نفس الغضب، فإذا شهد رجلٌ وامرأتان، لم يقع الطلاق، وإن ثبت الغضب.

كما لا ثبت القطع في السرقة، وإن ثبت المال، وذكر القاضي الروياني في تقرير كلام ابن سريج؛ أنه قد يترتب على البينة ما لا يثبت بتلك البينة؛ ألا ترى أن النسب والميراث يترتبان على الولادة وثبتت الولادة بشهادة النساء وخذهن، ولا يثبتان بشهادة النساء وخذهن؟ ولكن هذا يدفع الفرقة، ويقتضي وقوع الطلاق والعتق، وإن تقدّم التعليق على الشهادة، وحكم الحاكم، ويؤيده أنا إذا قبلنا شهادة الواحد في هلال رمضان، وضمنا ثلاثين، نفطر، وإن لم نر الهلاك على أظهر الوجهين، كما مرّ في موضعه.

وفي هذه الصورة انتشار واضح ظاهر، وربما أمكن لم بعض الشعث بأن يقال: ما شهد به رجلٌ وامرأتان، لم يخل؛ إما أن يكون نفسه مما ثبتت بشهادتهم، أو لا تثبت، إن لم تثبت، كالسرقة، والقتل، فإن كان له موجب يثبت بشهادتهم كالمال الذي هو أحد موجبي السرقة، يثبت، والقاضي، والحالة هذه، لا يحكم بالسرقة، وإنما يحكم بالمال في سرقة شهدوا بها، وإن لم يكن له موجب بشهادتهم، لم يثبت شيء؛ كالمقصاص الذي هو موجب العمد، على أحد القولين، وكأحد الأمرين، إذا قلنا: إنه موجبه أحد الأمرين.

فإن شهادة رجل وامرأتين، إنما تصلح للذبة على التغيين، لا لأحدهما على الإطلاق الذي جعلنا موجباً على هذا القول، وإن ثبت نفس المشهود به بشهادتهم، فالمرتب عليه، إما شرعي، أو وضعي، إن كان شرعياً كالنسب، والميراث، المرتبين على الولادة، فيثبتان؛ تبعاً للولادة؛ لأن الترتيب الشرعي يُشعر بعموم الحاجة، وتعذر الانفكاك، أو تعسره.

ومن هذا القبيل الإفطار بعد الثلاثين، وإن كان وضعياً، كترتيب الطلاق، والعتق بالتغيين، وترتب الحلول بالتأجيل، فلا ضرورة في ثبوت الثاني بثبوت الأول، فإن علق به بعد ثبوته، ألزمناه ما أثبتناه، كما ذكره ابن سريج، والله أعلم.

وقوله في الكتاب «إذا شهد على السرقة، أو العمد رجلٌ وامرأتان، ثبت المال، وإن لم تثبت العقوبة» فيه تسوية بين أن يشهدوا على السرقة وبين أن يشهدوا على القتل

العَمْد، في أن يثبت المال، ولا تثبت العُقُوبَة، وهذا الحكمُ صحيحٌ في السرقة، وقد ذكره مرةً في السرقة أما في القتل العمد، فهو خلافُ ما نصَّ عليه الأصحابُ على ما بيَّنناه، وليس له في «الوسيط» ذكرٌ، بل فرَّق في «باب السرقة» بين شهادتهم على السرقة، وشهادتهم على القتل، كما فعل غيره، ولا محمل لِمَا جَرَى ههنا إلا السهو.

وليُعَلِّمَ قوله: «يثبت» بالواو؛ للوجه المذكور في السرقة.

وقوله: «وقع» بالواو؛ للوجه المسوي بين أن يتقدَّم التعليق أو يتأخر.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: فَرَعَ: مَنْ أَقَامَ شَاهِدَيْنِ قَبْلَ التُّزْكِيَةِ لَهُ أَنْ يَطْلُبَ الْحَيْلُولَةَ إِنْ كَانَ الْمَالُ مُشْرِفًا عَلَى الْهَلَاكِ أَوْ الثَّقَلِ، وَفِي الْعَقَارِ وَجْهَانِ، وَلِلْعَبْدِ طَلَبُ الْحَيْلُولَةِ عِنْدَ إِقَامَةِ الشَّاهِدَيْنِ عَلَى الْعِتْقِ، وَفِي الْأَمَةِ يَجِبُ عَلَى الْقَاضِي ذَلِكَ وَإِنْ لَمْ يَطْلُبْ، وَهَلْ لَهُ طَلَبُ الْحَجْرِ فِي دَعْوَى الدِّينِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَفِي جَمِيعِ ذَلِكَ هَلْ يَنْزِلُ شَاهِدٌ وَاحِدٌ مَنزِلَةَ شَاهِدَيْنِ فِي إِيْجَابِ الْحَيْلُولَةِ فِيهِ قَوْلَانِ، ثُمَّ إِذَا قُلْنَا بِهِ فَلَا نَزِيدُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، وَإِنْ لَمْ يَسْمُ الْبَيْتَةَ رَفَعَ الْحَيْلُولَةَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا ادَّعَى مَالًا عَلَى إِنْسَانٍ، وَشَهِدَ لَهُ بِذَلِكَ شَاهِدَانِ نُظِرَ. إِنْ كَانَ عَيْنًا، وَطَلَبَ الْمُدَّعِي الْحَيْلُولَةَ بَيْنَ الْمَالِ الْمُدَّعَى، وَبَيْنَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، وَوَقَفَهَا إِلَى أَنْ يُزَكِّي الشَّاهِدَانِ، أُجِيبَ إِلَيْهِ، إِنْ كَانَ الْمَالُ مِمَّا يُخَافُ عَلَيْهِ التَّعْيِبُ وَالضِّيَاعُ، وَإِنْ كَانَ عَقَارًا، فَفِيهِ وَجْهَانِ حَكَاهُمَا الْإِمَامُ:

أشبههما: وهو قضية إطلاق أكثرهم أنه لا فرق.

والثاني: لا يُجَابُ؛ لأنه مأمون الضياع.

وحكى الشيخ أبو الفرج عن الإصطخري: أنه لا يَنْزَعُ العين أصلاً، وإن كان المدعى ديناً، فلا يُسْتَوْفَى قبل التزكية، وذكر القاضي ابن كج أن أبا الحسين بن القطان روى وجهاً، أنه يُسْتَوْفَى وَيُوقَفُ، والظاهر الأول، ولو طلب المدعى أن يحجر القاضي عليه، ففيه وجهان أوردَهُمَا الْإِمَامُ.

نقل عن الأكثرين أنه لا يجيبه، لأن ضرر الحجر في غير المشهود به عظيم، وعن القاضي الحسين؛ إن كان يُتَوَهَّمُ فِيهِ الْحَيْلَةُ، حَجَرَ عَلَيْهِ، كَيْلَا يَضِيْعَ مَالُهُ بِالتَّصَرُّفَاتِ، وَالْأَقَارِيرِ، وَسَكَتَ عَامَةً حَامِلِي الْمَذْهَبِ عَنِ الْحَجْرِ، لَكِنْ قَالُوا: هَلْ يُحْبَسُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، إِذَا كَانَ الْمُدَّعَى دَيْنًا؟ فِيهِ وَجْهَانِ، قَالَ صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ»:

أصحهما: أنه يُحْبَسُ، لِأَنَّ الْمُدَّعِيَّ أَتَى بِمَا عَلَيْهِ، فَالْبَحْثُ بَعْدَ ذَلِكَ مِنْ وَظِيفَةِ الْقَاضِي، وَظَاهِرِ الْحَالِ الْعَدَالَةِ، وَبِهَذَا قَالَ أَبُو إِسْحَاقَ.

والثاني: وَبُحْكِي عن الإصطخري المنع؛ لأنَّ عدالة الشاهدين غير معلومة، والأصل براءة الذمَّة، وعلى هذا؛ قيل: إنَّ تكفُّل، فللمدَّعي ملازمته إلى أن يُعْطِيَه كفيلاً، وأجرة من يبعثه القاضي معهما للتكفيل على المدَّعي، وإنَّ كان المدَّعي قصاصاً، أو حد قذف، يُخْبَسُ المشهود عليه، لأنَّ الحقَّ متعلِّقٌ ببدنه، فيحتاط له<sup>(١)</sup> وفي حدود الله تعالى لا يُخْبَسُ.

وفي دَعْوَى النكاح تُغزَلُ المرأة عند امرأة ثقة، وتمنع من الانتشار والخروج، وفيه وجه ضعيفٌ وعلى هذا؛ هل يُؤخَذُ منها كفيلاً؟ فيه وجهان عن صاحب التَّقريب، قال القاضي أبو سَعْد: فإنَّ كانت المرأة تحت زوج، لم يَمْنَعُ منها الزوج قبل التعديل؛ لأنه ليس مدَّعي عليه، وليس البُضْعُ في يده، فلا معنى لإيقاع الحَجْرِ عليه قبل التعديل، ولو شهد شاهدان لعَبْدٍ بأنَّ سيِّده أعتقه، وطلب العَبْدُ الحيلولة قبل التزكية، فيجيبه القاضي إليه ويحول بينه وبين سيِّده، ويؤخِّره، وينفق عليه، فما فضل، فهو موقوفٌ بينه وبين سيِّده فإن لم يكن له كسبٌ، أنفق عليه من بيت المال، ثم يُرَجَّعُ على سيِّده، إنَّ بان جرح الشهود واستمر الرقُّ، وكذلك الأعيان المنتزعة يؤجرها وهل يتوقَّفُ الحيلولة على طلب العَبْد؟ فيه وجهان، الذي أوردَه، الإمام أنَّه إذا رأى القاضي أن يحول بينهما. فَعَلَّ، ولا حاجة إلى طلب العبد وفي الأئمة تنحتم الحيلولة، احتياطاً للبُضْعِ وكذا لو ادَّعتِ المرأة الطلاق، وأقامت شاهدين، ففرق الحاكم بينهما قبل التزكية، والوجهان في أنَّ طلب العبد، هل يُشترط للحيلولة جاريان في انتزاع العين المدَّعاة، ويقربُ منهما وجهان حكاهما القاضي ابن كج في أنَّ إجارة العبد تفترق إلى طلب اليد أو العبد أو يؤجره القاضي، وإن لم يطلب واحد منهما، والثاني أقرب إلى ظاهر النصِّ، هذا كلُّه فيما إذا أقام المدَّعي شاهدين.

ولو أقام شاهداً واحداً، وطلب الانتزاع قبل أن يأتي بآخر، هل يُجَابُ فيه قولان: أحدهما: نعم، كما لو تمَّ العَدُّ، وبقيت الحاجة إلى التزكية.

والثاني: لا؛ لأنَّ الشاهد الواحد ليس بحجَّة، وهناك قد تمت حُجَّتُه، وليست التزكية جزءاً من الحجَّة، وإنما تبين بها قيام الحجَّة، وهذا أصحُّ عند عامة الأصحاب، واختار القاضي الرويائي الأول.

وعن أبي إسحاق: أنه قطع به، لأنَّ المال يثبتُ بشاهدٍ ويمين، وله أن يحلف معه متى شاء، فكأنَّ الحجَّة تامَّة، وحكى أبو الفرج طريقة قاطعة بالثاني؛ لأنه متمكِّن من إتمام حُجَّتِه بالحلف، فإذا لم يفعل، كان مقصراً، وله يُخْبَسُ المدَّعي عليه في القذف

(١) قال النووي: قال البغوي: سواء قذف زوجته أو أجنبياً.

والقصاص بشاهدٍ واحدٍ؟ فيه القولان، ولا يجيء الطريقان، ويجري الخلاف في دعوى النكاح تعديلاً ثم تكفيلاً، إن لم يعدل.

وفي دعوى العتق والطلاق، هل يحتال؟ فيه القولان، ثم ذكر العراقيون والقاضي الروياني؛ أن الحيلولة والحبس قبل التعديل بيقين إلى ظهور الأمر للقاضي بالتزكية والجرح، ولا يقدر له مدة، والحيلولة والحبس بشاهدٍ واحدٍ، إذا قلنا به لا يزدادان على ثلاثة أيام، وعن أبي إسحاق أن قول تأثير الشاهد الواحد موضحه ما إذا أقام شاهداً، وقال: إن الشاهد الآخر قريب، وإن قال: إنه غائب لا يحضر إلى ثلاثة أيام، فلا حيلولة ولا حبس بحال.

وعلى هذا ينزل قوله في الكتاب وإذا قلنا به، فلا يزيد على ثلاثة أيام إلى آخره، أي: إذا أوجبنا الحيلولة بشاهدٍ واحدٍ، يجوز أن يُعلم قوله في الكتاب «قولان» بالواو، للطريقتين القاطعتين في دعوى المال، وكذلك في أول الفرع له، إن بطلت الحيلولة، لما سبق.

واعلم أن هذا النوع ليس له كثير اختصاص بالباب بل هو بـ «أدب القاضي» أو بـ «الدعوى والبيئات» أليق، وإنما أوردته ههنا على ما يشعر به سياق «الوسيط» لأنه تبين في الباب أن العدد معتبر في الشهادة، وأن شهادة الواحد غير محكوم بها، فأراد أن يتكلم في شهادة الواحد، له تُعتبر في شيء؟ وإن لم يكف الحكم؟ ثم إنه قدم عليه أثر إقامة الشاهدين قبل التزكية.

فَرَعُ: قال في «التهذيب»: إذا حال القاضي بين العبد والسيد، وانتزع العين المدعاة بعد شهادة الشاهدين، وقبل التزكية، لم ينفذ تصرف المتداعيين فيه، نعم، لو أقر أحدهما بالوقوف لإنسان، أو أوصى به أو ذبر، أو أعتق، أنتظرنا ما يستقر الأمر عليه آخراً وحكى القاضي أبو سعيد وجهين في نفوذ التصرف، وصور فيما إذا وقع القاضي الحجر على المشهود عليه في المشهود به، فإن أراد بإيقاع الحجر عليه نفس الحيلولة، فقد تحصّلنا من نقله على خلاف، وإن أراد التلقظ بالحجر، أشعر ذلك باعتبار الحجر القولّي لامتناع التصرف، قال: وإذا قامت البيعة، وحصل التعديل، والقاضي ينظر في وجه الحكم، فينبغي أن يوقع الحجر عليه في مدة النظر، وإذا وقع، لم ينفذ تصرف، قال صاحب «التهذيب»: وقبل الحيلولة والانتزاع لا ينفذ تصرف المدعي، وينفذ تصرف المدعى عليه، إن قلنا: إن طلب المدعي شرط في الوقف، وإلا فوجهان:

آخر: الثمرة والغلة الحادثان بعد شهادة الشاهدين وقبل التزكية للمدعي، وبين شهادة الشاهد الأول والثاني لا يكون للمدعي إلا إذا أرخ الثاني ما شهد به بيوم شهادة

الأول، أو بما قبله، فإن استخدم السيد العبد المدعي للعتق بين شهادة الأول والثاني على قولنا، لا يُحَال بينهما، وشهد الثاني هكذا، فعليه أجره المثل والله أعلم.

### الباب الثالث في مُسْتَدِّ عِلْمِ الشَّاهِدِ

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَالْأَصْلُ فِيهِ الْيَقِينُ الْوَاضِحُ كَالشَّمْسِ، وَذَلِكَ بِالْإِبْصَارِ الْمَجْرَدِ فِي الْإِفْعَالِ، وَبِالسَّمْعِ وَالْبَصْرِ جَمِيعاً فِي الْأَقْوَالِ، فَيَقْبَلُ شَهَادَةَ الْأَصَمِّ عَلَى الْأَفْعَالِ، وَلَا يَقْبَلُ شَهَادَةَ الْأَعْمَى عَلَى الْأَقْوَالِ وَلَا عَلَى رُوحَتِهِ الَّتِي يَطُوقُهَا فَإِنَّ الْأَصْوَاتَ تَتَشَابَهُ إِلَّا أَنْ يَتَعَلَّقَ بِالْمَقَرِّ وَيَجْرَهُ إِلَى الْقَاضِي فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَقْبَلُ، وَفِي رِوَايَةِ الْأَعْمَى وَجَهَانَ، أَمَا مَا سَمِعَهُ قَبْلَ الْعَمَى فَيُرْوَى، بَلْ يَشْهَدُ أَيْضاً عَلَى مَعْرُوفِ النَّسَبِ بِمَا أَبْصَرَهُ قَبْلَ الْعَمَى، وَفِي الْمُتَرَجِّمِ الْأَعْمَى وَجَهَانَ، وَالْقَاضِي إِذَا عَمِيَ بَعْدَ سَمَاعِ الْبَيِّنَةِ فِيهِ الْقَضَاءِ بِهَا وَجَهَانَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَقْصُودُ الْبَابِ شَيْئَانِ:

أحدهما: بيان ما تستند إليه الشهادة.

والثاني: القول في حكم تحملها أولاً، وأدائها آخرًا، إلا أنه لم يتعرض للثاني في تزجئة الباب، والشهادة تحتاج في مستندها تارة إلى الإبصار، وتارة لا تحتاج إليه، بل يكفي لها السماع، فرتب الباب على ثلاثة فصول:

أحدها: فيما يحتاج إلى الإبصار.

والثاني: فيما يكفي فيه السماع.

والثالث: في التحمل والأداء، إلا أنه ترك التفصيل ولم يصرح بالفصل الأول ثم اندفع الفصل الثاني والثالث ولا بأس لو ألحق بأول الباب، وفيه فصول:

الأول: فيما يحتاج إلى الإبصار، والأصل في الشهادة البناء على العلم واليقين، قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾ [الإسراء: ٣٦] وقال تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾ [الزخرف: ٨٦] ونقلنا في أول الشهادات أن النبي - ﷺ - قال: «عَلَى مِثْلِ الشَّمْسِ فَأَشْهَدُ أَوْ فَدَعُ» ولهذه اللفظة، قال في الكتاب «اليقين الواضح كالشمس» إلا أن من الحقوق ما لا يحصل اليقين فيه، ولا يستغنى، عن إقامة البينة عليه، فأقيم الظن المؤكد فيه مقام اليقين وجوزت الشهادة بناءً على ذلك الظن كما سيأتي، وقد قسم الشافعي والأصحاب - رحمهم الله - المشهود به على ثلاثة أقسام:

أحدها: ما يكفي فيه السماع، ولا يحتاج إلى الإبصار، وموضع بيانه الفصل

الثاني من الباب.



**والثاني:** ما يكفي فيه الإبصار، وهو الأفعال، كالزنا، والشرب، والغضب، والإتلاف، والولادة، والرضاع، والاصطياد، والإحياء، وكون المال في يد الشخص؛ فيشترط فيها الرؤية المتعلقة بها وبفاعلها، ولا يجوز بناء الشهادة فيها على السماع من الغير، وتقبل فيها شهادة الأصم.

**والثالث:** ما يحتاج إلى السمع والبصر معاً؛ كالأقوال، فلا بد من سماعها، ومن مشاهدة قائلها، وذلك كالنكاح<sup>(١)</sup> والطلاق، والبيع، وجميع العقود، والفسوخ، والإقرار بها، فلا تقبل فيها شهادة الأصم الذي لا يسمع شيئاً، ولا تقبل شهادة الأعمى فيما يحتاج إلى الإبصار<sup>(٢)</sup>، ولا يصح فيه التحميل؛ اعتماداً على الصوت، فإن الأصوات تتشابه، ويتطرق إليها التخيل والتلبيس، وقال مالك وأحمد - رحمهما الله -: له التحمل والشهادة، اعتماداً على الصوت، كما له أن يطأ زوجته، ويميز بينها وبين غيرها بالصوت ونحوه، وأجاب الأصحاب بأن الشهادة مبيئة على العلم ما أمكن، والوطء يجوز بالظن، وأيضاً، فالضرورة تدعو إلى تجويز الوطء له، ولا تدعو إلى الشهادة؛ فإن في البصر غنية عنه، ويُسْتثنى عن هذه القاعدة صورة الضبط، وهي أن

(١) قال البلقيني: يحتاج إلى شرط ثالث وهو أن يكون الشاهدان عارفين باللغة التي يعقد بها النكاح على الصحيح.

فإن قيل هذا شرط لانعقاد النكاح والكلام في شرط الأداء في الأقوال، قلنا أداء الشهادة مبني على صحة التحمل، وإذا لم يصح لا يصح أداء الشهادة.

(٢) أورد في المهمات على الحصر باقي الحواس. قال في الخادم: وهذا الاعتراض اعترض به على الشافعي وقد أجاب عنه الأصحاب بأنه قصد به وجوه العلم التي تقع بها الشهادة فإنه لا يحتاج إلى الذوق والشم في تحمل الشهادة ومعظم الشهادة أن يكون بالوجوه الثلاثة، قال - أعني صاحب الخادم -: وما جزم به يعني الرافي هنا في الشهادة على اليد من عدم السماع بالاستعاضة هو بحث له وليس له المنقول فإنه قال بعد ذلك بأوراق أن ابن كج ذكر أنه يجوز الشهادة على اليد بالاستفاضة وقد تنازع فيه لإمكان مشاهدة اليد، وقول المصنف لا تقبل شهادة الأعمى فيما يحتاج إلى الإبصار، وكذا قال في المنهاج ولا يجوز شهادة على فعل كزنا وغضب وإتلاف ولاية إلا بإبصار.

قال الشيخ البلقيني في تصحيح المنهاج مقتضاه أن الأعمى لا مدخل له في ذلك وليس كذلك فيتصور شهادته في هذه الأمور كلها ففي الزنا إذا وضع يده على ذكر داخل في فرج امرأة أو دبر صبي فأمسكهما ولازمهما حتى شهد عند الحاكم بما عرفه بمقتضى وضع اليد، فهذا أبلغ من الرؤية وفي الغصب أو الإتلاف لو جلس الأعمى على بساط لغيره فغصبه غاصب أو أتلفه فأمسكه الأعمى في تلك الحالة والبساط وتعلق به حتى شهد بما عرفه جاز، وفي الولادة وضعت العمياء يدها على قبل المرأة وخرج منها الولد وهي واضعة يدها على رأسه إلى أن يكمل خروجه وتعلقت بهما حتى شهدت بولادتها مع غيرها قبلت.

يضع رجلُ فمه على أذنه، ويد الأعمى على رأسه يتيقن أنه يسمع منه، فيقرُّ بطلاق، أو إعتاق، أو لرجلٍ معروفِ النسب والاسم بمال، وتعلّق به الأعمى، ولا يزال يضبطه حتى يشهد بما سمع منه عند القاضي، وأصحُّ الوجهين قبولُ الشهادة منه، والحالة هذه، لحصول العلم والثاني اطرادُ المنع؛ لأن التصوير المذكور فيه عسرٌ وتدقيقٌ، واللائقُ حَسْمُ الباب كما أننا لا نقبلُ شهادةَ الفاسق على الإطلاق، وإن كان يغلبُ على ظنِّنا صدقُه، وأما روايةُ الأعمى، ففيها وجهان:

أحدهما: المنع؛ لأنه قد يُلبس عليه وقت السماع.

والثاني: أنّها مقبولة، إذا حصل الظنُّ الغالب، واختجَّ له بأن عائشة وسائر أمهات المؤمنين - رضي الله عنهنَّ - كنَّ يزوين من وراء الستّر، ثم يروى السامعونُ منهنَّ، ومعلوم أن البصراء، والحالة هذه، كالعميان، والأول أظهر عند الإمام، وبالثاني أجاب الجمهور، وقالوا: يُحتملُ في الرواية ما لا يُحتملُ في الشهادة على ما تقدّم.

وهذا الخلاف فيما سُمِعَ بعد العمى، أما ما سمعه قبل العمى، فله أن يرويه بلا خلاف، ولو تحمّل شهادةً تحتاج إلى البصر، وهو بصيرٌ، ثم عمي، فيُنظرُ، إن تحمّل على رجلٍ معروفِ الاسم والنسب، يقر لرجلٍ بهذه الصفة، فله أن يشهد بعد ما عمي؛ لحصول العلم بالمشهود عليه، وبالمشهود له، وكذا لو عمي، ويد المقر في يده، فشهد لمعروفِ الاسم والنسب، وإن لم يكن كذلك، لم تُقبلُ شهادته، لأنّه لا يمكنه تعيينُ المشهود عليه، أو الإشارة إلى المشهود له.

وفي المترجم الأعمى وجهان عن صاحب «التقريب»:

أصحهما: أنه يجوز الاعتمادُ على قوله، وقد ذكرنا المسألة من قبل.

ولو عمي القاضي بعد سماع البيّنة وتغديّلها، فهل يُنفذ قضاؤه في تلك الواقعة؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لانعزاله بالعمى كما لو انعزلَ بسببٍ آخر.

وأشبههما: وبه أجاب القاضي الحسين: أنه ينفذ، إن لم يحتج إلى الإشارة، كما لو تحمّل، وهو بصير، ثم عمي، وأما شهادة الأعمى فيما يثبت بالتسامع، فنذكرها في فضل التسامع.

وقوله في الكتاب «ولا تُقبلُ شهادةُ الأعمى في الأقوال» معلّم بالميم والألف، ويجوز أن يُعلّم بالواو؛ لوجهٍ ضعيفٍ حكيناه في «أدب القضاء» أن العمى لا يقدح في القضاء، وذلك الوجهُ على ضعفه يطرد في الشهادة.

وليس قوله: «في الأقوال» للتخصيص، بل كما لا تُقبلُ شهادته في الأقوال، لا

تُقْبَلُ شهادته في الأفعال؛ فَإِنَّ الاعتماد فيها على البَصَرِ وحده.

وقوله: «على زوجته التي يطأها» أشار به إلى أن شهادته كما لا تُقْبَلُ على الأجنبي، لا تُقْبَلُ على زوجته التي يجوز له وطؤها؛ لما سبق، وعن القفال: أن مالكاً سئل ببخاري على شهادة الأعمى، وقصدوا التشنيع عليه، فقال: ما قولكم في أعمى يطأ زوجته، وأقرت تحته بذرهم، فشهد عليها، أتصدقونه في أنه عرفها؛ حتى استباح بضغما؟ ويقولون: إنه لم يعرفها للإقرار بذرهم، فانعكس التشنيع إلى أن يحقق الأمر.

وقوله: «يُقْبَلُ في مسألة الضبط» معلم بالحاء، وكذا قوله: «بل يشهد أيضاً على معروف النسب» فإن عند أبي حنيفة لا تُقْبَلُ شهادة الأعمى بحال وقوله: «بل يشهد على معروف النسب» أي لمعروف النسب، وإلا فيحتاج إلى الإشارة إلى المشهود له، وهو غير متمكن منها والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَمَنْ لَا يَعْرِفُ نَسَبَهُ فَلَا بُدَّ مِنَ الشَّهَادَةِ عَلَى عَيْنِهِ، فَإِنْ مَاتَ أَخْضَرَ مَجْلِسَ الْحُكْمِ، فَإِنْ دُفِنَ فَلَا يُنْبَشُ قَبْرُهُ وَقَدْ تَعَدَّرَتِ الشَّهَادَةُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا شَاهَدَ فَعَلَهُ مِنْ إِنْسَانٍ، أَوْ شَاهَدَهُ، وَسَمِعَ مِنْهُ قَوْلًا، فَإِنْ كَانَ يَعْرِفُهُ بِعَيْنِهِ وَأَسْمَهُ وَنَسَبِهِ، فَيَشْهَدُ عَلَيْهِ عِنْدَ حُضُورِهِ بِالْإِشَارَةِ إِلَيْهِ، وَعِنْدَ غَيْبَتِهِ وَمَوْتِهِ بِأَسْمِهِ وَنَسَبِهِ، فَإِنْ كَانَ يَعْرِفُهُ بِأَسْمِهِ وَأَسْمِ أَبِيهِ دُونَ جَدِّهِ، قَالَ فِي «الْوَسِيطِ» يُقْتَصَرُ عَلَيْهِ فِي الشَّهَادَةِ، فَإِنْ عَرَفَهُ الْقَاضِي بِذَلِكَ، جَازَ، وَكَانَ يَجُوزُ أَنْ يُقَالَ: هَذِهِ شَهَادَةٌ عَلَى مَنْجُوهٍ؛ فَلَا يُعْتَدُّ بِهَا كَمَا ذَكَرْنَا فِي «بَابِ الْقَضَاءِ عَلَى الْعَائِبِ» أَنَّ الْقَاضِيَّ، لَوْ لَمْ يَكْتُبْ إِلَّا أَنِّي حَكَمْتُ عَلَى مُحَمَّدَ بْنِ أَحْمَدَ، فَالْحُكْمُ بَاطِلٌ.

وقد ذكر الشيخ أبو الفرج؛ أنه إذا لم يعرف نسبه قدر ما يحتاج إلى رفعه، لم يحل له أن يشهد إلا بما عرف، لكن الشهادة، والحالة هذه لا تنفد، وقال الإمام: لو لم يعرفه إلا باسمه، لم يتعرض لاسم أبيه، لكن الشهادة على مجرد الاسم، قد لا تنفع في الغيبة.

وبالجملة فلا يشهد ولا يُجْزَى على ما لا معرفة له به، فلو سمع اثنين يشهدان، أن فلاناً وكل هذا الرجل يبيع داره، وأقر الوكيل بالبيع، شهد على إقراره بالبيع، ولم يشهد على الوكالة، وكتب القفال في مثله؛ أنه يشهد على شهادة شاهدي الوكالة، وكأنهما كانا أشهاداً على شهادتهما، ولو حضر عقد نكاح زعم الموجب أنه ولي المخطوبة، أو وكيل وليها، وهو لا يعرفه وكيلاً، أو ولياً، أو عرف الولاية، والوكالة، لكن لم يعرف رضا المرأة، وهي ممن يُعْتَبَرُ رضاها، فلا يشهد على أنها زوجته، ولكن يشهد أن فلاناً زوج فلانة من فلان، وقيل: فلان، فإن لم تعرف المرأة بنسبها، لم يشهد

إلا أن فلاناً قال؛ زوّجت فلانةً من فلان، ويُقال: إنّه ورد على القمّال من القاضي؛ ليزوج فلانة من<sup>(١)</sup> خاطبها من أحمد بن عبيد الله، وكان الخاطب من جيران القمّال، فقال: إنما أعرفك بأحمد بن عبد الله، لا بأحمد بن عبيد الله، فلم يزوّجها منه.

وفي مثل هذه الصورة لئس للمكتوب إليه أن يسمع الشهادة على أنه أحمد بن عبيد الله؛ لأن القاضي لم يفوض إليه سماع البينة، وإن كان يعرف المشهود عليه بعينه دون اسمه ونسبه، ويشهد عليه حاضراً، لا غائباً ولا ميتاً، وإذا مات أخضِرَ ليشاهد صورته، ويشهد على عينه، فإن دُفِنَ، فعن القاضي الحسين: أنه لا يُنبَشُّ، وقد تعدّرت الشهادة، وهذا ما أورده في الكتاب، وما استثنيت عنه في «الوسيط» ما إذا اشتدت الحاجة، ولم يطل العهد بحيث بتغيّر المنظر، وهذا ما أورده الإمام على سبيل الاحتمال، وقال: الأظهر ما ذكره القاضي.

ومن لا يعرف اسم المشهود عليه ونسبه، لم يكن له أن يُعتمد قوله، أنه فلان بن فلان، فيشهد على اسمه ونسبه، لكن لو تحمّل الشهادة، وهو لا يعرف اسمه ونسبه، ثم سمع الناس من بعد يقولون: إنّه فلان بن فلان، واستفاض عنه ذلك، فله أن يشهد في غيبته على اسمه ونسبه، ويكون كما لو عرّفها عند التحمل<sup>(٢)</sup>.

ولو قال عدلان عند التحمّل أو بعده: هو فلان بن فلان، قال الشيخ أبو حامد: له أن يعتمده عليه، ويشهد على اسمه ونسبه، وهذا مبني على أنه يجوز الشهادة على النسب بالسماع من عدلين، وفيه خلاف سيأتي في «فصل التسامح» وكما أن المشهود عليه تارة تقع الشهادة على عينه، وأخرى على اسمه ونسبه فكذلك المشهود له تارة يُشهد على أنه أقر لهذا، وتارة على أنه أقر لفلان بن فلان.

وكذلك عند غيبة المشهود له وإذا شهد الشاهدان على أن لهذا على فلان بن فلان

(١) سقط من: أ.

(٢) قال في الخادم: فيه أمران:

أحدهما: أن ما قطع به من منع الاعتماد على قوله في النسب ينبغي البينة له فقد غلب على شهود الزمان وبعض القضاة إذا حضرهم خصم لا يعرفونه قط أن يكتبوا أقر فلان بكذا أو باع أو اشترى يشهدون بالزور وهم لا يعلمون، فإن المنقول عن الشافعي في مثل هذه القضية إذا صدرت من الشاهد أنه إقرار بالعقد والنسب جميعاً.

الثاني: ما ذكره في التحمل عند الاستفاضة بالنسب موضعه إذا لم يحققه بعينه، فإن تردد فيه أو غلب على ظنه أنه هو لم يشهد كما هو قضية كلام القفال في فتاويه فقال: إلا أن يكون قد شهد ذلك الرجل بعد مدة مديدة وتسامع الناس يقولون إنه فلان بن فلان وهو عند ذلك ممن بينه بغيته أنه الذي يحمل شهادته فحينئذ إذا عرف اسمه ونسبه يجرز له أن يشهد عليه بعد غيبته وموته.

الفلائي كذا، فقال الخضم: لست فلان بن فلان الفلاني وفي فتاوى القفال: أن على المدعي البينة على أن اسمه ونسبه ما ذكره، فإن لم تكن بيته، حلفه، وإن نكل، حلف، واستحق، وإن سلم ذلك الاسم والنسب، وادعى؛ أن هناك من يشاركه فيهما، لم يقبل منه حتى يقيم البينة على ما يدعيه، فإن أقامها، احتاج المدعي إلى إثبات زيادة، يمتاز بها المدعى عليه عن الآخر.

وهذا كما ذكر في كتاب القاضي إذا بلغ المكتوب إليه، وأحضر من زعم المدعي أنه المحكوم عليه، وليكن التصوير فيما إذا ادعى أنه يستحق على هذا الحاضر كذا، واسمه ونسبه كذا، وأنه يستحق على من أسمه ونسبه كذا، وهو هذا الحاضر، وأقام البينة على الاستحقاق على فلان بن فلان، فيستفيد بها مطالبة الحاضر، إن اعترف بذلك الاسم والنسب، أو يقيم بيته أخرى على الاسم والنسب، إن أنكر، ثم يطالبه، وإلا، فكيف يدعي على فلان بن فلان من غير أن يربط الدعوى بالحاضر؟.

وفي الفتاوى أيضاً: أنه لو أحضر رجلاً عند القاضي، وقال: إن هذا أقر لفلان ابن فلان بكذا، وأنا ذلك المقر له، فقال الرجل: نعم، أقررت، ولكن ههنا، أو بموضع آخر رجل بهذا الاسم والنسب، وإنما أقررت له، فعليه إقامة البينة على ما يدعيه، فإذا أقامها سئل ذلك الآخر، فإن صدقه، دفع المقر به إليه، ويحلفه الأول على أنه لا شيء عليه.

وإن كذبه، فهو للمدعي، وإن قال: ههنا رجل آخر بهذا الاسم والنسب، وأنا أقررت لأحدهما، لا أثبت عينه، وأقام البينة على رجل آخر، فيسأل ذلك الآخر، فإن قال: لا شيء لي على المقر، فينبغي أن يجب عليه التسليم إلى الأول، كما لو كانت عنده وديعة فقال: هي لأحدكما، ولا أدري أنها لأيكما، فقال أحدهما: إنها ليست لي، تكون للآخر، وإن صدقه الآخر، فهو كما في صورة الوديعة، إذا قال كل واحد منهما: إنها لي.

واعلم أنا في الوكالة ذكرنا فيما لو وكل رجلاً بالخصومة عنه، ثم غاب الموكل، والقاضي لا يعرفه، وأراد الوكيل الخصومة عنه، بناء على اسم ونسب ذكره أنه لا بد من البينة على أنه وكله فلان بن فلان، أو على أن الذي وكله عند القاضي هو فلان بن فلان، وحكي عن القاضي الحسين أن هذه البينة يكتفي القضاة فيها بالعدالة الظاهرة، ويتساهلون في البحث والاستزكاء، وعن القاضي أبي سعد الهروي: أنه يجوز الاكتفاء فيه بتعريف واحد وكل واحد من هذين الكلامين ينبغي أن يعود ههنا حيث احتاج إلى إثبات أنه فلان بن فلان.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَلَا يَجُوزُ تَحْمُلُ الشَّهَادَةِ عَلَى الْمَرْأَةِ الْمُتَنَقِّبَةِ إِلَّا أَنْ يُكْشَفَ وَجْهَهَا وَيُمَيَّزَهَا عِنْدَ الْأَدَاءِ عَنْ أُمَّثَلِهَا بِالْإِشَارَةِ وَالْمَعْرِفَةِ الْمُحَقَّقَةِ، وَإِنْ عَرَفَهَا رَجُلَانِ فَلَا يَشْهَدُ عَلَيْهَا بَلْ عَلَى شَهَادَتَيْهِمَا بَأَنَّ فُلَانَةَ أَقْرَتْ وَذَلِكَ عِنْدَ غَيْبَتِهَا لِأَنَّهُ فَرَعُهُمَا، وَيَجُوزُ النَّظَرُ إِلَيْهَا لِحَاجَةِ التَّحْمُلِ، وَإِذَا قَامَتِ الْبَيِّنَةُ عَلَى عَيْنَيْهَا بِدَيْنٍ وَرَعَمَتْ أَنَّهَا بِنْتُ زَيْدٍ وَإِنْ أَقْرَتْ بِالنَّسَبِ وَلَا إِنْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ عَلَى أَنَّهَا بِنْتُ زَيْدٍ إِذِ الْبَيِّنَةُ عَلَى النَّسَبِ مِنْ غَيْرِ تَقَدُّمِ دَعْوَى لَا يَسْمَعُ عَلَى الصَّحِيحِ، وَلَكِنْ لِلْقَاضِي أَنْ يَنْصَبَ مَنْ يَدْعِي عَلَى بِنْتِ زَيْدٍ دَيْنًا وَتُنَكَّرَ هِيَ أَنَّهَا بِنْتُ زَيْدٍ فَيَقَامُ الْبَيِّنَةُ عَلَيْهَا بِالنَّسَبِ ثُمَّ إِذَا ثَبَتَ سَجَلٌ وَيَجُوزُ هَذِهِ الْحِيلَةُ لِلْحَاجَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ مَسْأَلَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: الْمَرْأَةُ الْمُتَنَقِّبَةُ؛ لَا يَجُوزُ [تَحْمُلُ] <sup>(١)</sup> الشَّهَادَةُ عَلَيْهَا، اعْتِمَادًا عَلَى الصَّوْتِ؛ فَإِنَّ الْأَصْوَاتَ تَنْشَبُهُ، كَمَا لَا يَجُوزُ أَنْ يَتَحْمَلَ الْأَعْمَى، اعْتِمَادًا عَلَى الصَّوْتِ. وَكَذَا الْبَصِيرُ فِي الظُّلْمَةِ، وَمَنْ وَرَاءَ حَائِلٍ صَفِيحٍ، وَفِي الْحَائِلِ الرَّقِيقِ، وَجِهَانِ مَذْكُورَانِ فِي الْعِدَّةِ:

أَصْحُهُمَا: أَنَّهُ يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْنَعُ الْمُشَاهَدَةَ؛ وَإِذَا لَمْ يَجْزِ التَّحْمُلُ بِالصَّوْتِ، فَإِنْ عَرَفَهَا مُتَنَقِّبَةً بِاسْمِهَا، وَنَسَبِهَا، أَوْ بِعَيْنِهَا، لَا غَيْرَ، جَازَ التَّحْمُلُ، وَيَشْهَدُ عِنْدَ الْأَدَاءِ بِمَا يَعْلَمُ.

وَإِنْ لَمْ يَعْرِفَهَا، فَيُكْشَفُ <sup>(٢)</sup> عَنْ وَجْهَهَا، لِيَرَاهَا الشَّاهِدُ، وَيَضْبِطُ حَلِيَّتَهَا، وَصُورَتَهَا، لِيَتِمَّ كَنْ مِنَ الشَّهَادَةِ عَلَيْهَا عِنْدَ الْحَاجَةِ إِلَى الْأَدَاءِ؛ وَيُكْشَفُ وَجْهَهَا حِينَئِذٍ أَيْضًا. وَلَا يَجُوزُ التَّحْمُلُ، بِتَعْرِيفِ عَدَلٍ أَوْ عَدْلَيْنِ أَنَّهَا فُلَانَةُ بِنْتُ فُلَانٍ، وَإِذَا قَالَ عَدْلَانِ: نَشْهَدُ أَنْ: هَذِهِ فُلَانَةُ بِنْتُ فُلَانٍ تَقْرُ بِكَذَا، فَهِيَ شَاهِدَةٌ الْأَصْلُ. وَالَّذِي يَسْمَعُ مِنْهُمَا شَاهِدٌ، فَرَعٌ يَشْهَدُ عَلَى شَهَادَتَيْهِمَا عِنْدَ اجْتِمَاعِ <sup>(٣)</sup> الشَّرَائِطِ. وَلَوْ سَمِعَهُ مِنْ عَدَلٍ وَاحِدٍ فَيَشْهَدُ عَلَى شَهَادَتِهِ.

وَالشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ، وَالْحَالَةُ هَذِهِ، تَكُونُ عَلَى الْاسْمِ، وَالنَّسَبِ، دُونَ الْعَيْنِ. هَذَا مَا ذَكَرَهُ أَكْبَرُ الْمُتَكَلِّمِينَ فِي الْمَسْأَلَةِ.

وَحَكَوْا عَنِ الْقَفَالِ: أَنَّهُ كَتَبَ فِي صُورَةِ الْمَسْأَلَةِ شَهَادَتَهُ عَلَى شَهَادَةِ الْمَعْرِفِينَ ثُمَّ

(٢) فِي أ: فَكْشَفَ.

(١) سَقَطَ فِي أ.

(٣) فِي ز: إِجْمَاع.

أخضراً للآداء، فامتنع، وقال: كيف أشهد؟ والشاهدان في السوق، ووراء ذلك وجوه:  
أحدها: عن الشيخ أبي مُحَمَّدٍ: يكفي [له] (١) لتحمل الشهادة عليها مُعْرَفٌ وَاحِدٌ  
سَلُوكاً به مَسَلَكُ الإِخْبَارِ. وعلى ذلك، جرى جَمَاعَةٌ من المُتَأَخِّرِينَ، منهم القاضي ابن  
كج والرويانى.

والثاني: أنه يجوز التَّحْمُلُ إذا سمع من عَدْلَيْنِ أنها فُلَانَةٌ بنت فلان، وَيَشْهَدُ على  
اسمِهَا، وَنَسَبِهَا، عند الغيبة. وهذا، ما حكيناه عن الشيخ أبي حَامِدٍ؛ بِنَاءٍ على أنه:  
تجوز الشَّهَادَةُ على النَّسَبِ بِالسَّمَاعِ من عَدْلَيْنِ.

والثالث: عن الإِضْطِحْرِيِّ: أنه إذا كان يَعْرِفُ نَسَبَ امْرَأَةٍ، ولا يعرف عَيْنَهَا،  
فدخل دَارَهَا، وفيها نِسْوَةٌ سِوَاهَا، فقال لابنها الصَّغِيرِ: أيتهن أُمُّكَ، أو لجارتها: أيتهن  
سَيِّدَتُكَ، فأشارت [إلى] (٢) امرأة، فسمع إقْرَارَهَا، جاز له أن يَشْهَدَ: أن فلانة بنت فُلَانٍ  
أَقْرَأْتُ بكذا. حَكَاهُ القاضي ابن كَجِّ، ولم يَقم قَوْلُ شَاهِدَيْنِ، على قول الإِضْطِحْرِيِّ مَقَامَ  
إِخْبَارِ الصَّغِيرِ، والجارية، وأدعى: أن ذلك أَشَدُّ وَقَعاً في القَلْبِ، وأُثْبِتُ.

ولك أن تقول: مَا يَنْبَغِي أن يَتَوَقَّفَ جَوَازُ التَّحْمُلِ على كَشْفِ الوَجْهِ، ولا على  
المعرف (٣)؛ لأن حُضُورَ امْرَأَةٍ، أو شَخْصٍ تحت الثُّقَابِ، وإقرار ذلك الحاضر مُتَيَقِّنٌ،  
فإذا رفعت المرأة إلى القاضي، والمُتَّحَمِلُ يَلْزَمُهَا، يتمكن من الشهادة على عَيْنِهَا، بأنها  
أَقْرَأْتُ بكذا، وهو نظير صورة الضبطة، في شهادة الأعمى. وقد يحضر قَوْمٌ، يُكْتَفَى  
بإخبارهم في السَّمَاعِ، قبل أن تَغِيبَ المرأة، إذا لم نَعْتَبِرْ في السَّمَاعِ طُولَ المُدَّةِ. كما  
سيأتي، فيخبرون عن اسمِهَا، وَنَسَبِهَا، فيتمكن من الشَّهَادَةِ على اسمِهَا، وَنَسَبِهَا، بل  
ينبغي أن يقال: لو شَهِدَ اثْنَانِ، تَحْمَلًا الشَّهَادَةَ على امرأة لا يَعْرِفَانِهَا، أن امرأة حَضَرَتْ

(١) سقط في: ز.

(٢) سقط في: ز.

(٣) قضية قوله: «كشف الوجه» أنه لا بد من كشف الجميع، وحكى الماوردي عن جمهور الفقهاء  
اشتراط الجميع؛ لأن جميعه ليس بصورة قال: واختلف الناس في جواز النظر إلى كفيها،  
والأكترون على المنع لاختصاص المعرفة بالوجه دون الكفين، وقيل: لا ينظر لجميع الوجه، بل  
ينظر منه ما تعرف به. وقيل: إن كانت شابة نظر إلى بعضه أو عجوزاً فإلى جميعه. وقيل: إن  
كانت ذات جمال نُظِرَ إلى بعضه، وإلا فإلى جميعه. قال: والصحيح من هذا الاختلاف أن له أن  
ينظر إلى ما يعرفها به، فإن كان لا يعرفها إلا بالنظر إلى جميع وجهها جاز له النظر إلى جميعه،  
وإن عرفها بالنظر إلى بعضه لم يكن له أن يتجاوزها إلى غيره ولا يزيد على نظرة واحدة إلا أن لا  
يتحققها إلا بنظرة ثانية فيجوز.

يوم كذا، مَجْلِس كذا، فَأَقْرَثُ لفلان بكذا، وشهد عَدْلَانِ أَنَّ الْمَرْأَةَ الْمُحْضَرَةَ يومئذ في ذلك الْمَكَانِ، كانت هذه، يَثْبُتُ الْحَقُّ بِالْبَيِّنَتَيْنِ. أَلَيْسَ لَوْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ عَلَى أَنَّ فُلَانًا بن فلان الْفُلَانِيَّ أقر بكذا، وقامت أُخْرَى عَلَى أَنَّ هَذَا الْحَاضِرَ، هو فلان بن فلان يَثْبُتُ الْحَقُّ؟ فما الْفَرْقُ بين<sup>(١)</sup> تعريف الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ الْمُطْلَقَ بِاسْمِ، وَنَسْبِ، وبين تَعْرِيفِهِ بِزَمَانٍ وَمَكَانٍ؟ وإذا اشْتَمَلَ التَّحْمُلُ عَلَى هَذِهِ الْفَوَائِدِ، وَجَبَ أَنْ يَجُوزَ مُطْلَقًا، ثم إن لم يعرض ما يُفِيدُ جَوَازَ الشَّهَادَةِ عَلَى الْعَيْنِ، أو عَلَى الْاسْمِ، وَالنَّسْبِ، أو لم يَنْضَمَّ إِلَيْهِ ما يتم<sup>(٢)</sup> به الْإِثْبَاتُ، فَذَلِكَ شَيْءٌ آخَرَ.

وقوله في الكتاب: «ولا يجوز تَحْمُلُ الشَّهَادَةِ عَلَى الْمَرْأَةِ الْمُتَنَقِّبَةِ، إلا أن تكشف وجهها، غير مُجْرَى عَلَى ظَاهِرِهِ، بل لو عَرَفَهَا فِي الثَّقَابِ، لم يفتقر إِلَى الْكَشْفِ عَلَى مَا [مر]<sup>(٣)</sup> صرح به صاحب الْعِدَّةِ وَغَيْرِهِ.

وقوله: «وتميزها عند الْأَدَاءِ عَنْ أَمْثَالِهَا»، لا يمكن أن يكون شَرْطًا فِي التَّحْمُلِ، فَإِنَّ الْأَدَاءَ يَتَأَخَّرُ عَنِ التَّحْمُلِ، فكيف يَجُوزُ أَنْ يُقَالَ: لا يجوز التَّحْمُلُ ما لم يتميز عند الْأَدَاءِ؟ لكن الْمُرَادَ، أنه لا يَجُوزُ التَّحْمُلُ، ما لم تَكْشِفَ وَجْهَهَا، ليتمكن من التَّمْيِيزِ عِنْدَ الْأَدَاءِ، وما أَشْبَهَ ذَلِكَ.

وقوله: «فلا يشهد عليها» مُعَلَّمٌ بِالْوَاوِ، لما عَرَفْتُ.

وقوله: «ويجوز النَّظَرُ إِلَيْهَا لِحَاجَةِ التَّحْمُلِ»، يعني النَّظَرَ إِلَيْهَا، إِلَى وَجْهَهَا.

وذكر الصميري: أنه لو نَظَرَ إِلَى أَكْثَرِ وَجْهَيْهَا، وسمع كَلَامَهَا، جَازَ أَيْضًا. وفي لَفْظِ الْكِتَابِ، تَغْلِيلُ جَوَازِ النَّظَرِ لِحَاجَةِ التَّحْمُلِ. لكن ذكرنا في أَوَّلِ النَّكَاحِ وَجْهَيْنِ، وَإِنَّمَا يَنْتَظِمُ ذَلِكَ عَلَى الْوَجْهِ الْآخَرِ، وأما عند خَوْفِ الْفِتْنَةِ، فيَحْرُمُ النَّظَرُ إِلَى وَجْهَيْهَا، بلا جَلَافٍ. ويشبه أن يُقَالَ: من يخاف الْفِتْنَةَ، لا يَنْظُرُ لِلتَّحْمُلِ؛ لأن فِي غَيْرِهِ غُثْبَةٌ عَنْهُ. فَإِنْ تَعَيَّنَ، فيَنْظُرُ وَيَحْتَرِزُ.

الْمَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ: إذا قامت الْبَيِّنَةُ عَلَى عَيْنِ رَجُلٍ، وامرأَةٍ، بِحَقِّ، وأراد الْمُدْعِي أَنْ يُسَجَّلَ لَهُ الْقَاضِي، فَالْتَّسْجِيلُ عَلَى الْعَيْنِ مَمْتَنَعٌ، لكن يجوز أَنْ يُسَجَّلَ بِالْحَلِيَّةِ<sup>(٤)</sup>، ولا

(١) في ز: من.

(٢) سقط في: أ.

(٤) في ز: بالحيلة. والتسجيل بالحيلة مشكل كما قاله ابن أبي الدم لأنه إن كان الغرض منه التذكر عند حضورها فصحيح، وإن كان الغرض منه المكاتبه به إلى بلد آخر إذا غاب المدعى عليه ليعمل بمقتضاه وتقابل حليته به ويلزمه إن أنكر ففي غاية الإشكال.



سَبِيلَ إِلَى التَّسْجِيلِ بِالاسْمِ، وَالتَّسْبِ، مَا لَمْ يَثْبُتَا. وَلَا يَكْفِي فِيهِمَا قَوْلُ الْمُدَّعِي، وَلَا إِقْرَارُ مَنْ قَامَتْ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ؛ فَإِنْ نَسَبَ الشُّخْصَ، لَا يَثْبُتُ بِإِقْرَارِهِ. وَلَوْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ عَلَى نَسْبِهِ، عَلَى سَبِيلِ الْحَسْبِيَّةِ، فَيَبْنِي عَلَى أَنْ شَهَادَةَ الْحَسْبِيَّةِ فِي النَّسْبِ، هَلْ يُقْبَلُ إِنْ قَبِلْنَاهَا؟ أَثْبَتَ الْقَاضِي النَّسْبَ، وَسَجَّلَ. وَإِنْ لَمْ يَقْبَلْهَا، وَهُوَ اخْتِيَارُ الْقَاضِي الْحَسِينِ؛ فَقَدْ قَالَ هَا هُنَا: الطَّرِيقُ أَنْ يُنْصَبَ الْقَاضِي مَنْ يَدَّعِي عَلَى فُلَانِ ابْنِ فُلَانٍ دَيْنًا، أَوْ عَلَى فَاطِمَةَ بِنْتِ زَيْدٍ، أَوْ يَدَّعِي (١) عَلَى زَيْدٍ، وَيَقُولُ: هَذِهِ ابْنَتُهُ، [وَتَرَكْتُهُ عِنْدَهَا] (٢)، وَيَنْكَرُ الْمُدَّعِي عَلَيْهِ فَيَقِيمُ (٣) الْمُدَّعِي الْبَيِّنَةَ عَلَيْهِ.

قال: وَتَجُوزُ هَذِهِ الْحِيلَةُ لِلْحَاجَةِ، كَمَا أَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَامِلَ «حَئِيرٍ» بِبَيْعِ الْجَمْعِ بِالْدِرَاهِمِ، وَشِرَاءِ الْجَنِيبِ (٤) بِهَا.

وَاعْتَرَضَ الْإِمَامُ بِأَنَّ الدَّعْوَى الْبَاطِلَةَ، كَلَّا دَعْوَى؛ فَكَيْفَ تَجُوزُ بِنَاءَ الشَّهَادَةِ عَلَيْهَا؟ وَكَيْفَ يَأْمُرُ الْقَاضِي بِهَا؟ وَأَنَّى يَشْبَهُ (٥) هَذَا، قِصَّةَ «حَئِيرٍ»، وَالنَّبِيِّ ﷺ، أَمْرَ بِبَيْعِ، وَشِرَاءِ صَحِيحَيْنِ.

لَكِنِ الْوَجْهَ: أَنْ يُقَالَ: وَكَلَاءُ الْمَجْلِسِ يَتَفَتَنُونَ (٦) لِمِثْلِ ذَلِكَ، وَإِذَا نَصَبُوا مُدَّعِيًا، لَمْ يَتَفَحَّصْ الْقَاضِي، وَلَمْ يَضِيقْ، بَلْ يُضْغِي إِلَى الدَّعْوَى وَالْبَيِّنَةَ لِلْحَاجَةِ، وَلَوْ أَمَرَ الْمُدَّعِي الَّذِي ثَبَّتَ لَهُ الْحَقُّ بِالْبَيِّنَةِ، بِأَنْ يَنْقُلَ الدَّعْوَى عَنِ الْعَيْنِ، إِلَى الدَّعْوَى عَلَى بِنْتِ زَيْدٍ، فَيَقِيمُ الْبَيِّنَةَ عَلَى النَّسْبِ، كَانَ أَقْرَبَ مِنْ نَصَبِ مُدَّعٍ جَدِيدٍ وَأَمْرِهِ بِدَعْوَى بَاطِلَةٍ.

وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «لَا يَسْمَعُ عَلَى الصَّحِيحِ»، إِشَارَةٌ إِلَى الْخِلَافِ الَّذِي سَبَقَ فِي أَنْ النَّسْبَ، هَلْ يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ الْحَسْبِيَّةِ؟ وَتَرْجِيحِ الْمَنْعِ، غَيْرِ مُسَاعَدِ عَلَيْهِ، عَلَى مَا بَيَّنَّا هُنَا، وَيَجُوزُ أَنْ يُعْلَمَ قَوْلُهُ: «وَلَكِنْ لِلْقَاضِي أَنْ يَنْصَبَ» بِالْوَاوِ لِإِعْتِرَاضِ الْإِمَامِ.

وَكَذَا قَوْلُهُ: «وَيَجُوزُ هَذِهِ الْحِيلَةُ، لِلْحَاجَةِ». وَقَوْلُهُ: «وَتَنْكَرُ هِيَ، أَنَّهَا بِنْتُ زَيْدٍ»،

= وَكَذَا إِنْ كَانَ الْغَرَضُ الْاعْتِمَادَ عَلَيْهَا عِنْدَ الْحَاجَةِ إِلَى الْإِبْتِهَاتِ وَالْحُكْمِ تَامًا وَلَا أَحْسَبَ أَحَدًا يَقُولُهُ وَلَا شَكَّ أَنَّهُ لَا يَقْضَى بِمَا بَعْدَ الْمَوْتِ وَالِدْفِنِ لِحُصُولِ التَّقِيدِ، وَتَنْزِيلِ إِطْلَاقِهِنَّ عَلَى الْحَالَةِ الْأُولَى بِأَبَاهُ كَلَامِهِمْ فِي آدَبِ الْقَضَاءِ فَإِنَّهُمْ جَعَلُوا الْحَلِيَّةَ فِي الْمَجْهُولِ كَالِاسْمِ وَالنَّسْبِ فِي الْمَعْرُوفِ لَكِنِ فِيهِ نَظَرٌ. وَالْمَقْصُودُ بِالْحَلِيَّةِ التَّذَكُّرُ خَاصَّةً، وَبِذَلِكَ صَرَّحَ الْمَاوَرِدِيُّ وَالرُّوْيَانِيُّ فِي بَابِ التَّحْفِظِ فِي الشَّهَادَةِ فَقَالَا: إِنْ تَحَلِيَّةَ الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ إِذَا كَانَ مَجْهُولًا قَالَ قَوْمٌ: يَجِبُ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى الْمَعْرُوفِ قَالَهُ فِي الْخَادِمِ.

(١) فِي ز: مُدَّعِي.

(٢) فِي ز: مُدَّعِي.

(٣) فِي ز: مُدَّعِي.

(٤) فِي ز: مُدَّعِي.

يُشْعِرُ بِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ إِتْكَارِهَا. وَكَانَ التَّضْوِيرُ فِيمَا إِذَا لَمْ تَعْرِفْ<sup>(١)</sup> قَبْلُ بِأَنَّهَا بِنْتُ زَيْدٍ، وَإِلَّا، فَكَيْفَ يُؤَمَّرُ بَأَنٍ يَرْجِعُ عَمَّا أَقْرَبَتْ؟ وَقَدْ تَبَيَّنَ مِمَّا أُجْرِنَاهُ، أَنَّهُ لَا فَرْقَ فِي الْمَسْأَلَةِ بَيْنَ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ.

فَرْعٌ:

عَنْ فَتَاوَى الْقَفَّالِ: شَهِدَ الشُّهُودُ عَلَى امْرَأَةٍ بِاسْمِهَا، وَنَسَبِهَا، وَلَمْ يَتَّعَرَّضُوا لِمَعْرِفَةِ عَيْنِهَا، صَحَّحْتَ شَهَادَتَهُمْ. فَإِنْ سَأَلَهُمُ الْحَاكِمُ: هَلْ تَعْرِفُونَ عَيْنَهَا؟ فَلَهُمْ أَنْ يَسْكُتُوا، وَلَهُمْ أَنْ يَقُولُوا: لَا يَلْزِمُنَا الْجَوَابُ عَمَّا تَقُولُهُ وَاللَّهِ أَعْلَمُ.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: الْفَضْلُ الثَّانِي فِي التَّسَامُعِ: وَالنَّسَبُ يَثْبُتُ بِالسَّمَاعِ مِنْ قَوْمٍ لَا يَنْحَصِرُونَ عِنْدَ الشَّاهِدِ فَيَشْهَدُ بِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ رُؤْيَيْتَهُ، وَفِي النَّسَبِ مِنَ الْأُمِّ وَجِهَانٍ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ رُؤْيَيْتَهُ، وَالْأَصْحَحُ ثُبُوتُهُ، وَأَخْتَلَفُوا فِي الْوَلَاءِ وَالْعِتْقِ وَالْوَقْفِ وَالنِّكَاحِ وَمَا يَتَوَقَّفُ الطَّبَاعُ عَلَى إِشَاعَتِهِ أَنَّهُ هَلْ يُلْحَقُ بِالنَّسَبِ؟ وَالصَّحِيحُ أَنَّ الْمَوْتَ كَالنَّسَبِ لَا كَالْعِتْقِ، ثُمَّ لَا يَخْضُلُ التَّسَامُعُ بِقَوْلِ عَدْلَيْنِ، بَلْ مِنْ جَمَاعَةٍ لَا يَجْمَعُهُمْ رَابِطَةٌ التَّوَاتُؤُ إِلَّا أَنْ يُشْهَدَ عَلَى شَهَادَتَيْهِمَا، وَلَا يَجُوزُ الشَّهَادَةُ عَلَى النَّسَبِ بِأَن تَسْمَعَ رَجُلًا يَسْتَخْلِفُ صَبِيًّا أَوْ كَبِيرًا سَاكِنًا لَا يَنْكِرُهُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: عَقْدَ الْفَضْلِ لِيَبَيَّنَ مَا يَجُوزُ الشَّهَادَةُ فِيهِ بِالسَّمَاعِ<sup>(٢)</sup>؛ فَمِنْهُ النَّسَبُ؛ فَيَجُوزُ أَنْ يُشْهَدَ بِالتَّسَامُعِ، أَنَّ هَذَا الرَّجُلُ ابْنُ فُلَانٍ، أَوْ أَنَّ هَذِهِ الْمَرْأَةَ، إِذَا عَرَفَ عَيْنَهَا بِنْتُ فُلَانٍ، أَوْ أَنَّهَا مِنْ قَبِيلَةٍ كَذَا<sup>(٣)</sup>؛ لِأَنَّهُ أَمْرٌ لَا مَدْخَلَ لِلرُّؤْيِيَّةِ فِيهِ، وَعَايَةُ الْمُمَكِّنِ، رُؤْيَيْتُهُ الْوِلَادَةَ عَلَى فِرَاشِ الْإِنْسَانِ، لَكِنَّ النَّسَبَ إِلَى الْأَجْدَادِ الْمُتَوَقِّفِينَ، وَالْقَبَائِلِ الْقَدِيمَةَ، لَا تَتَّحَقُّ الرُّؤْيَيْتُهُ فِيهِ، وَمَعْرِفَةُ الْفِرَاشِ. فَدَعَتِ الْحَاجَّةُ إِلَى اعْتِمَادِ التَّسَامُعِ.

(١) فِي أ: تَعْرِفُ. (٢) فِي أ: السَّمَاعُ.

(٣) قَالَ فِي الْقَوْتِ: وَاعْلَمْ أَنَّ كَلَامَ الرَّافِعِيِّ وَغَيْرِهِ يَقْتَضِي التَّسَوِيَةَ فِيمَا ذَكَرْنَاهُ بَيْنَ الشَّهَادَةِ بِنَسَبِ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ وَكَلَامِ الْمَاوَرِدِيِّ يَقْتَضِي أَنَّ الْأَمْرَ فِي الشَّهَادَةِ بِنَسَبِهَا أَشَدُّ حَيْثُ قَالَ: إِنَّ الشَّهَادَةَ فِي نَسَبِ الْمَرْأَةِ أَغْلَظُ مِنْهَا فِي نَسَبِ الرَّجُلِ لِبُرُوزِهِ وَخَفَرِهَا وَإِبَاحَةِ نَظَرِهِ دُونَهَا فَصَارَتْ بِهِذَيْنِ الْأَمْرَيْنِ أَغْلَظُ فَاحْتَاجُ فِي الْعِلْمِ بِنَسَبِهَا إِلَى أَمْرَيْنِ آخَرَيْنِ: أَحَدُهُمَا: مَعْرِفَةُ عَيْنِهَا عَلَى وَجْهِ مَبَاحٍ، وَبَيْنَ لَهُ وَجْهًا ظَاهِرًا.

وَالثَّانِي: أَنَّ يَحْتَاجُ بَعْدَ مَعْرِفَةِ عَيْنِهَا فِي مَعْرِفَةِ نَسَبِهَا إِلَى الْخَبْرِ الْمَتَظَاهِرِ بِأَنَّ فُلَانَةَ هَذِهِ بَعِينُهَا هِيَ ابْنَةُ فُلَانٍ، وَيَكُونُ مَعْرِفَةُ الْمَخْبَرِ بِنَسَبِهَا بِعَيْنِهَا كَمَثَلِ مَعْرِفَتِهِ ثُمَّ يَنْظُرُ فِي مَظَاهِرِ الْخَبْرِ، فَإِنْ كَانَ بَيْنَ رِجَالٍ وَنِسَاءٍ وَصَغَارٍ وَكِبَارٍ وَأَجْرَارٍ وَعَبِيدٍ فَهُوَ الْأَوْكَدُ فِي مَظَاهِرِ الْخَبْرِ بِنَسَبِهَا، وَإِنْ انْفَرَدَ بِهِ النِّسَاءُ وَالْعَبِيدُ صَحَّحَ.

وفي النَّسَبِ مِنَ الْأُمِّ وَجْهَانِ:

أحدهما: أنه لا يجوز الشَّهَادَةُ عليه بِالسَّمَاعِ، لِإِمْكَانِ رُؤْيَةِ الْوِلَادَةِ.

والثاني: يجوز، كما في [جَانِبِ] <sup>(١)</sup> الرَّجُلِ، وهذا أَصَحُّ عند صَاحِبِ الْكِتَابِ. وَحِكْمِي فِي «الْوَسِيطِ»، الْقَطْعُ بِهِ عَنْ بَعْضِهِمْ. ثُمَّ ذَكَرَ الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَالْأَصْحَابُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - فِي صِفَةِ السَّمَاعِ: أَنَّهُ يَتَّبِعِي أَنْ يَسْمَعَ الشَّاهِدَ الْمَشْهُودَ بِنَسَبِهِ؛ فَيُنْسَبُ <sup>(٢)</sup> إِلَى ذَلِكَ الرَّجُلِ، وَالْقَبِيلَةِ. وَسَمِعَ النَّاسُ يَنْسِبُونَهُ إِلَيْهِ.

وَهَلْ يُعْتَبَرُ فِيهِمَا التَّكْرَارُ وَامْتِدَادُ مُدَّةِ السَّمَاعِ؟

قال كثيرون: نعم، فَالظَّنُّ حِينَئِذٍ يَتَأَكَّدُ، وَبِهَذَا أَجَابَ الْقَاسِمُ الصَّيْمَرِيُّ، وَقَالَ آخَرُونَ: لَا، بَلْ لَوْ سَمِعَ انْتِسَابَ الشَّخْصِ، وَحَضَرَ جَمَاعَةً، لَا يُرْتَابُ فِي صِدْقِهِمْ، فَأَخْبَرَهُ <sup>(٣)</sup> بِنَسَبِهِ، دُفْعَةً وَاحِدَةً، جَازَ لَهُ الشَّهَادَةُ. وَهَذَا مَا رَأَى الْقَاضِي ابْنَ كَيْجِ الْقَطْعَ بِهِ، وَهُوَ جَوَابُ صَاحِبِ «التَّهْذِيبِ» فِي انْتِسَابِهِ نَفْسِهِ <sup>(٤)</sup>. وَإِذَا قُلْنَا بِالْأَوَّلِ، فَلَيْسَتْ الْمُدَّةُ مَحْدُودَةً بِسَنَةِ، وَيُعْتَبَرُ مَعَ انْتِسَابِ الشَّخْصِ، وَنَسَبَةِ النَّاسِ أَلَّا يِعَارِضَهُمَا مَا يورث التُّهْمَةَ وَالرِّيْبَةَ. فَلَوْ كَانَ الْمَنْسُوبُ إِلَيْهِ حَيًّا، وَأَنْكَرَ، لَمْ تَجْزِ الشَّهَادَةُ. وَإِنْ كَانَ مَجْتُونًا، جَازَتْ الشَّهَادَةُ، كَمَا لَوْ كَانَ مَيِّتًا.

وفيه وجه؛ لأنه قد يُفِيقُ، فَيُنْكَرُ.

وَطَعْنُ مَنْ يَطْعَنُ مِنَ النَّاسِ فِي ذَلِكَ الْانْتِسَابِ، وَالنَّسَبِ، هَلْ يَمْنَعُ جَوَازَ الشَّهَادَةِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أشبههُمَا، أَنَّهُ يَمْنَعُ، لِاخْتِلَالِ الظَّنِّ.

وهل تجوز الشَّهَادَةُ فِي الْوِلَاءِ، وَالْعِتْقِ، وَالْوَقْفِ، وَالزَّوْجِيَّةِ بِالسَّمَاعِ <sup>(٥)</sup>، فِيهِ

(١) سقط في: أ.

(٢) في أ: وأخبروه.

(٤) لم يصرح المصنف بترجيح. قال في القوت: والصحيح المختار اعتبار التكرار وعليه اقتصر الروياني وقال في البحر قال الشافعي: ويسعه الشهادة على النسب إذا سمعه زماناً ينتسب إلى نسب وينسبه غيره إلى ذلك النسب ولم يسمع دافعاً ولا دلالة يرتاب بها فهذه شروط أربعة: طول الزمان في انتسابه إلى ذلك النسب، ونسب غيره إياه إليه، وعدم الدافع، وعدم الأدلة التي هي سبب الريبة. وكذا قال الماوردي.

(٥) في ز: فالتسامح.

(٢) في أ: يتسب.

وجهان، وهما في الشَّهَادَةِ على أَنه مَوْلَى فلان، أو أعتق، أو وقف أو أَنها زَوْجَةٌ فلان، لا على الإنشاءات<sup>(١)</sup>. قال أبو إسحاق: لا تَجُوزُ الشَّهَادَةُ عليها بالتَّسَامُعِ؛ لأنَّ أَسْبَابَهَا غير مُتَعَدِّدَةٍ، ومُشَاهَدَتُهَا مَقْيَسَةٌ<sup>(٢)</sup>.

وقال الإصطخري: يجوز، لأن هذه أُمُورٌ مُؤَبَّدَةٌ، وإذا طالت مُدَّتُهَا، عسيرَ إِقَامَةِ البَيِّنَةِ على أَبْتِدَائِهَا، فَتَمَسَّ الحَاجَةُ إلى إثباتها بالتَّسَامُعِ، ولأنها شَهَادَةٌ على الحَاصِلِ بالعَقْدِ، فأشبهت الشَّهَادَةَ على المِلْكِ المُطْلَقِ.

وبهذا قال أحمد، وابن القَاصِرِ، وأبو عَلِيٍّ بن أبي هُرَيْرَةَ، والطَّبْرِيِّ، وَرَجَّحَهَا ابن الصَّبَّاحِ، وبه أجاب القَاضِي ابن كَجِّجٍ، في الوَلَاءِ.

والأول هو الجَوَابُ في فَتَاوَى القَفَّالِ، والأصحُّ ما ذكره الإمام، وأبو الحَسَنِ العَبَّادِيُّ، والقَاضِي الرُّوْيَانِيُّ، في «جمع الجوامع» قال هؤلاء: لا يمكن الإثبات بالشَّهَادَةِ على شُهُودِ الأَصْلِ، واستَحْبَبُوا للحاكم أن يجدد شُهُودَ كُتُبِ الوَقْفِ، مهما خَافَ انقِرَاضَ الأَصُولِ، وَفَرَّقُوا بينها، وبين المِلْكِ، بأنَّ أَسْبَابَ المِلْكِ مُتَعَدِّدَةٌ، وَتَعَدُّدُهَا يُورِثُ عُسْرَ الوُقُوفِ عليها، فلذلك جَوَزْنَا الإِعْتِمَادَ على التَّسَامُعِ، وأما هذه فَأَسْبَابُهَا مُتَّحِدَةٌ.

وذكر صاحب العُدَّة أَن هذا ظَاهِرُ المَذْهَبِ، لكن الفَتَاوَى الجَوَازُ؛ للحاجة<sup>(٣)</sup>.

(١) في ز: الأنساب.

(٢) في ز: مقبسة.

(٣) قال النووي: الجواز أقوى وأصح وهو المختار والله أعلم.

قال الشيخ البلقيني في تصحيح المنهاج محل الخلاف في الولاء يشتهر اشتهاً شائعاً في الآفاق كنافع مولى ابن عمر وعكرمة مولى ابن عباس قال ومحل الخلاف أيضاً في الوقف الذي لم يشتهر اشتهاً ببناء كأرض السواد، وقال أيضاً محله عندي فيما إذا أضيف إلى ما يصح الوقف عليه، فأما مطلق الوقف فلا يجوز لاحتمال أن يكون مالكة وقفه على نفسه، واستفاض أنه وقف، وهو وقف باطل، وهذا مما لا يتوقف فيه، وقال الشيخ المشار إليه في حاشيته على الروضة حكى المصنف تبعاً لأصله الخلاف في ثبوت الوقف بالاستفاضة ولم يتعرض لثبوت معرفة بالاستفاضة، وحكى عن أبي سعيد الأصبخري المنع والذي رأيته في الحاوي للماوردي ما يقتضي ثبوت المصنف أيضاً إذا أثبتنا الوقف بالاستفاضة، وحكى الأصبخري الثبوت خلاف ما نقله المصنف عنه قال ما معناه، وأما ثبوت عقد الوقف بالتسامع ومظاهر الجزية فلا يجوز؛ لأنه يمكن سماع لفظ الوقف من الوقف، وأما ثبوت كونه وقفاً مطلقاً والشهادة أن هذا وقفه إلى فلان أو وقف فلان على الفقراء والمساكين، ففي ثبوته وجهان:

أحدهما: لا، ثم قال.

والثاني: وبه قال الإصطخري يجوز لأننا لو لم نجوزه لأدى لاندراس الوقف وانقطاع سبله فاقضى الحال تجويزه للضرورة. انتهى.

والذي صححه المصنف في الفتاوى أن الشروط لا تثبت بالاستفاضة، قال بل إن كان وقفاً على =

وفي جَوَازِ الشَّهَادَةِ عَلَى الْمَوْتِ بِالِاسْتِفَاضَةِ، طَرِيقَانِ عَنِ الْقَاضِي الْحُسَيْنِ [أَنَّهُ عَلَى الْخِلَافِ] <sup>(١)</sup> فِي الْوَلَاءِ، وَمَا فِي مَعْنَاهُ، لِأَنَّهُ <sup>(٢)</sup> يُمْكِنُ فِيهِ الْمُعَايَنَةُ. وَالصَّحِيحُ الْمَشْهُورُ، الْقَطْعُ بِالْجَوَازِ كَالنَّسَبِ؛ لِأَنَّ أَسْبَابَ الْمَوْتِ مِمَّا يَكْثُرُ، مِنْهَا مَا يَخْفَى، وَمِنْهَا مَا يَظْهَرُ، وَقَدْ يَعْسُرُ الْأَطْلَاحُ عَلَيْهَا، فَجَازَ أَنْ يَتَعَمَّدَ عَلَى الْإِسْتِفَاضَةِ؛ وَلِأَنَّهُ [قَدْ يَقَعُ] <sup>(٣)</sup> فِي الْأَقْوَامِ، وَيَتَشَرُّ كَالنَّسَبِ، [ثُمَّ] <sup>(٤)</sup> فِي الْفَضْلِ مَسْأَلَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: فِي الْعَدَدِ الْمُعْتَدِّ بِهِ فِي التَّسَامُعِ؛ وَفِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يَجُوزُ الْاِعْتِمَادُ فِيهِ عَلَى خَبَرِ عَدْلَيْنِ، كَمَا يَجُوزُ لِلْحَاكِمِ الْحُكْمَ بِشَهَادَةِ عَدْلَيْنِ، وَهَذَا مَا اخْتَارَهُ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ، وَأَبُو حَاتِمٍ الْقَزْوِينِيُّ، وَأَلِيهِ مِثْلُ الْإِمَامِ <sup>(٥)</sup> - رَحِمَهُمُ اللَّهُ [وإِيَانًا] <sup>(٦)</sup>.

وَالثَّانِي: لَا بُدَّ مِنْ جَمْعِ كَثِيرٍ يَقَعُ الْعِلْمُ، أَوْ الظَّنُّ الْقَوِيُّ بِخَبَرِهِمْ، وَوُجُوهٌ تَوَاطَوْهُمْ عَلَى الْكَذِبِ، وَلَا يَكْفِي قَوْلُ عَدْلَيْنِ، نَعَمْ، لَوْ أَشْهَدَاهُ، شَهِدَ عَلَى شَهَادَتِهِمَا. وَهَذَا مَا اخْتَارَهُ أَقْضَى الْقَضَاةِ - الْمَاوَرِدِيُّ، وَابْنُ الصَّبَّاحِ أَيْضًا، وَهُوَ أَشْبَهُ بِكَلَامِ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -، وَبِهِ أَجَابَ صَاحِبُ الْكِتَابِ.

وَحَكَى أَبُو الْفَرَجِ السَّرْحَسِيُّ وَغَيْرُهُ وَجْهًا ثَالِثًا: وَهُوَ جَوَازُ الْاِعْتِمَادِ عَلَى خَبَرِ

= جماعة معينين أو جماعة متعددة قسمت الغلة بين الجميع بالسوية، وإن كان على مدرسة مثلاً وتعذرت معرفة الشروط صرف الناظر الغلة على ما يراه من مصلحتها، وذكر في المهمات أن الأرجح ما في فتاوى ابن الصلاح أنه إن شهد بها منفردة لم يثبت أو ذاكراً لها في شهادته بأصل الوقف في معرض بيان شرط الواقف سمعت لرجوعه إلى بيان كيفية الوقف ونقل من خط ابن الصلاح أنه لو شهد بالنظر على الوقف الفلاني لزيد من لم يذكر مستنده حمل على أن مستنده الاستفاضة والشروط لا يثبت بمثل ذلك.

قال الشيخ البلقيني: محل الخلاف في غير حدود العقار، فإن الحدود لا تثبت بالاستفاضة كما ذكره ابن عبد السلام في تسجيل له في تركة الجيش كما وقفت عليه وفيه: ولم يثبت حدودها إذ الحدود لا تثبت عنده بالاستفاضة.

- (١) سقط في: ز.  
(٢) في أ: لا.  
(٣) سقط في: أ.  
(٤) سقط في: أ.  
(٥) فيه أمران:

أحدهما: نقله الوجه الأول عمن ذكر فيه نظر، أما الماوردي فإنه اعتبر اليقين لا الظن القوي، وعبارته بعد أن ذكر التسامع وأصل الخبر المتظاهر فيه أن يكون من العدد المعتمد في التواتر. انتهى وكذا نقل عنه صاحب البيان.

الثاني: لم يبين ضابط الظن القوي، وقد أشار إليه الغزالي في كلامه على الملك فقال: لا يكفي بحصول مبادئ الظنون بل لا بد من ظهور ظن يعسر طلب الزيادة عليه.

- (٦) سقط في: أ.

الشَّخْصِ الْوَاحِدِ، إِذَا سَكَنَ الْقَلْبُ إِلَيْهِ، وَلَا يُعْتَبَرُ عَدَدُ الشَّهَادَةِ، كَمَا لَا يُعْتَبَرُ، لَفْظُ الشَّهَادَةِ.

وإذا قلنا بِالْوَجْهِ الثَّانِي، فَيَنْبَغِي أَلَّا تُعْتَبَرَ الْعَدَالَةُ، وَلَا الْحُرِّيَّةُ، وَلَا الذُّكُورَةُ<sup>(١)</sup>.

الثَّانِيَةُ: إِذَا سَمِعَ رَجُلًا يَقُولُ لِآخَرَ: هَذَا ابْنِي، وَصَدَقَهُ الْآخَرُ، أَوْ: أَنَا ابْنُ فُلَانٍ، [وَصَدَقَهُ فُلَانٌ]<sup>(٢)</sup>.

قَالَ كَثِيرٌ مِنَ الْأَصْحَابِ<sup>(٣)</sup>: يَجُوزُ أَنْ يَشْهَدَ بِهِ عَلَى النَّسَبِ، وَكَذَا لَوْ اسْتَلْحَقَ صَبِيًّا، أَوْ بِالْغَا، وَسَكَتَ؛ لِأَنَّ السُّكُوتَ فِي النَّسَبِ كَالِإِفْرَارِ. أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ بُشِّرَ بَوْلَدِهِ<sup>(٤)</sup> فَسَكَتَ عَلَيْهِ لِحَقِّهِ؟ بِخِلَافِ مَا إِذَا أَنْكَرَ الْمُسْتَلْحَقَ، فَإِنَّ النَّسَبَ لَا يَثْبُتُ حَيْثُذ.

وَفِي «الْمَهْذَبِ» وَجْهٌ: أَنَّهُ [لَا]<sup>(٥)</sup> يَشْهَدُ عِنْدَ السُّكُوتِ، إِلَّا إِذَا تَكَرَّرَ عِنْدَهُ الْإِفْرَازُ. وَالسُّكُوتُ، وَالَّذِي أَجَابَ بِهِ الْإِمَامُ، وَصَاحِبُ الْكِتَابِ: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ الشَّهَادَةُ عَلَى النَّسَبِ، بِذَلِكَ، وَإِنَّمَا يَشْهَدُ الشَّاهِدُ وَالْحَالَةُ هَذِهِ عَلَى الْإِفْرَارِ، وَالِاسْتِلْحَاقِ. وَهَذَا قِيَاسٌ ظَاهِرٌ، وَرَبِمَا أَمَكَّنَ تَنْزِيلُ إِيزَادِ بَعْضِ الثَّقِيلِينَ عَلَيْهِ، وَبِتَقْدِيرِ أَلَّا يَكُونَ مَكَانَ النَّسَبِ، فَارَقَ سَائِرَ الْأَمْوَالِ<sup>(٦)</sup> الْمَقْرَبَةَ سَعْيًا فِي إِثْبَاتِهِ، وَقَدْ وَجَّهَ بِأَنَّ الْوَقْفَ عَلَى تَوَافُقِ الْمُسْتَلْحَقِ أَكْثَرُ فِي إِشَارَةِ الظَّنِّ فِي السَّمَاعِ مِنْ غَيْرِهِمَا، وَلَا يَخْفَى أَنَّ قَوْلَهُ فِي الْكِتَابِ: «إِلَّا أَنْ يَشْهَدَ عَلَى شَهَادَتِهِمَا»، لَيْسَ بِاسْتِثْنَاءٍ مُحَقَّقٍ. وَيُمْكِنُ أَنْ يُعْلَمَ قَوْلُهُ: «ثُمَّ لَا يَحْصُلُ التَّسَامُعُ بِقَوْلِ عَدْلَيْنِ». وَقَوْلُهُ: «بَلْ بِجَمَاعَةٍ» [بِالْحَاءِ]<sup>(٧)</sup>؛ لِأَنَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ تَجُوزُ الشَّهَادَةُ عَلَى الْمَوْتِ بِقَوْلِ عَدْلٍ وَاحِدٍ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَأَمَّا الْمَلِكُ فَإِذَا اجْتَمَعَ فِيهِ الْيَدُ وَالْتَّصَرُّفُ وَالْتَّسَامُعُ جَارَتْ الشَّهَادَةُ فَإِنَّهُ لَا يَبْصُرُ وَهُوَ مُنْتَهَى الْإِمْكَانِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ مُجَرَّدَ الْيَدِ وَالْتَّصَرُّفِ يَكْفِي دُونَ التَّسَامُعِ،

(١) مَا أَشَارَ إِلَيْهِ مِنْ عَدَمِ اشْتِرَاطِ الْعَدَالَةِ وَالْحُرِّيَّةِ وَالذُّكُورَةِ وَاقْتَضَى كَلَامُهُ أَنَّهُ لَمْ يَقِفْ فِيهِ عَلَى نَقْلِ، وَفِي الْمَسْأَلَةِ وَجْهَانِ حَكَاهُمَا ابْنُ عَبْدِانٍ فِي كِتَابِهِ شُرَاطِ الْأَحْكَامِ لَكِنَّهُ قَالَ: الصَّحِيحُ مِنَ الْمَهْذَبِ اشْتِرَاطُ الْعَدَالَةِ وَالْإِسْلَامِ وَصَرَحَ غَيْرُهُ مِنْ أَصْحَابِنَا الْقَدَمَاءِ فِي كِتَابِهِمُ الْأَصُولِيَّةِ بِأَنَّهُ لَا يَشْتَرِطُ ذَلِكَ فِي التَّوَاتُرِ.

(٢) سَقَطَ فِي: أ.

(٣) مَا نَسَبَهُ لِكَثِيرٍ مِنَ الْأَصْحَابِ عَزَاهُ الْإِمَامُ لِلْعِرَاقِيِّينَ، وَقَالَ: إِنَّهُ فِي قِيَاسِ الْفَقْهِ خَطَأٌ صَرِيحٌ. فَإِنَّ قَوْلَ الشَّخْصِ الْوَاحِدِ مِنْ غَيْرِ إِشَاعَةٍ فِي حُكْمِ الدَّعْوَى، وَنَحْنُ إِنْ كُنَّا نَثْبِتُ الْوَلَدَ بِالدَّعْوَى فَيَسْتَحِيلُ أَنْ يَجُوزَ اعْتِمَادُهَا كَالشَّهَادَةِ عَلَى النَّسَبِ مُطْلَقًا. نَعَمْ يَشْهَدُ عَلَى الدَّعْوَى ثُمَّ يَقَعُ عَلَى الْحُكْمِ بِمُوجِبِهَا قَالَهُ فِي الْخَادِمِ.

(٤) فِي ز: بَوْلَدِ.

(٥) سَقَطَ فِي: ز.

(٦) فِي ز: الْأَمْوَالِ.

(٧) سَقَطَ فِي: ز.

وَالصَّحِيحُ أَنْ مُجَرَّدَ التَّسَامُعِ لَا يَكْفِي، ثُمَّ نَغْنِي بِالتَّصْرُفِ الْبِنَاءَ وَالْهَذْمَ أَوْ الْبَيْعَ وَالرَّهْنَ وَهُوَ تَصْرُفُ الْمَلِكِ، أَمَا مُجَرَّدُ الْإِجَارَةِ وَإِنْ تَكَرَّرَتْ فِيهِ وَجْهَانِ إِذْ قَدْ يَضُدُّ ذَلِكَ مِمَّنِ اسْتَأْجَرَ مَدَّةً طَوِيلَةً، وَأَمَا الْإِعْسَارُ فَإِنَّمَا يَجُوزُ الشَّهَادَةُ عَلَيْهِ بِخَبْرَةِ الْبَاطِنِ وَشَهَادَةِ الْقَرَائِنِ كَصَبْرِهِ عَلَى الضَّرِّ وَالْجُوعِ فِي الْخَلْوَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ مَسْأَلَتَانِ:

أحدهما: فيما يتعلق بالتَّسَامُعِ الْمَلِكِ، فَإِنْ نَفَسَ الْمَلِكُ لَيْسَ مِمَّا يَبْصُرُ أَوْ يَسْمَعُ، وَالشَّهَادَةُ عَلَيْهِ تُبْنَى عَلَى ثَلَاثَةِ أُمُورٍ وَهِيَ: الْيَدُ، وَالتَّصْرُفُ، وَالتَّسَامُعُ.

أما اليد: فهي بِمُجَرَّدِهَا لَا تُفِيدُ جَوَازَ الشَّهَادَةِ عَلَى الْمَلِكِ، لَكِنْ إِذَا رَأَى الشَّيْءَ فِي يَدِ إِنْسَانٍ، جَازَ أَنْ يَشْهَدَ لَهُ بِالْيَدِ.

وفي «التهذيب»: أنه إنما يشهد إذا رآه في يده مَدَّةً طَوِيلَةً.

وحكى الإمام في إِفَادَةِ الْيَدِ وَخَذَهَا، جَوَازَ الشَّهَادَةِ عَلَى الْمَلِكِ [قولاً آخر<sup>(١)</sup>]. وَالظَّاهِرُ الْمَنْعُ، وَالتَّصْرُفُ الْمُجَرَّدُ، كَالْيَدِ الْمُجَرَّدَةِ، لَا يَفِيدُ جَوَازَ الشَّهَادَةِ عَلَى الْمَلِكِ<sup>(٢)</sup>. وَإِنْ اجْتَمَعَ الْيَدُ وَالتَّصْرُفُ نُظِرَ؛ إِنْ قَصُرَتِ الْمُدَّةُ، فَالْحُكْمُ كَمَا فِي الْيَدِ الْمُجَرَّدَةِ. وَإِنْ طَالَتْ، فَوْجْهَانِ قَالَ أَبُو إِسْحَاقَ: لَا تَجُوزُ الشَّهَادَةُ لَهُ بِالْمَلِكِ؛ لِأَنَّ الْعَاصِبَ، وَالْوَكِيلَ وَالْمُسْتَأْجَرَ، أَصْحَابَ يَدٍ، وَتَصْرُفٍ.

وقال الإِصْطَخَرِيُّ: يَجُوزُ؛ لِأَنَّ امْتِدَادَ الْيَدِ وَالتَّصْرُفِ مِنْ غَيْرِ مُنَازَعَةٍ [منازع<sup>(٣)</sup>] يَغْلِبُ ظَنُّ الْمَلِكِ. وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَكَذَلِكَ أَحْمَدُ، وَهُوَ الْأَصْحَحُ عِنْدَ صَاحِبِ «التهذيب»، وَحَكَاهُ الْإِمَامُ عَنْ اخْتِيَارِ الْجُمْهُورِ.

وعن الشيخ أبي مُحَمَّدٍ: الْقَطْعُ بِهِ، فَإِنْ انْضَمَّ إِلَى الْيَدِ وَالتَّصْرُفِ اسْتِفَاضَةٌ، وَنَسَبَةٌ النَّاسِ الْمَلِكِ إِلَيْهِ، جَازَتْ الشَّهَادَةُ بِالْمَلِكِ عَلَى الْوَجْهَيْنِ، وَهُوَ غَايَةُ مَا تُبْنَى عَلَيْهِ هَذِهِ الشَّهَادَةُ.

ونقل القاضي الرُّوْيَانِيُّ عَنِ «المنهاج» قَوْلًا: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ الشَّهَادَةُ عَلَى الْمَلِكِ، حَتَّى يُعْرَفَ سَبَبُهُ. وَالصَّحِيحُ الْمَشْهُورُ الْأَوَّلُ.

(١) لَا يَنْبَغِي نَسَبَتُهُ لِلْإِمَامِ فَإِنَّ الْإِمَامَ نَقَلَهُ عَنْ حِكَايَةِ الشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ، ثُمَّ قَالَ: لَعَلَّهُ لَمْ يَصْدُرْ عَنْ مُثَبِّتٍ فَإِنِّي لَمْ أَرِ أَحَدًا غَيْرَهُ حَكَاهُ، وَهَذَا لَا أَعْتَدُ بِهِ وَلَا أَعِدُّهُ مِنَ الْمَذْهَبِ، وَحَاوَلَ ابْنُ الرَّفْعَةِ أَخْذَهُ مِنَ الْقَوْلِ فِي أَنَّ بَيْنَةَ الدَّخْلِ هَلْ يَكْفِي فِيهَا الْإِطْلَاقُ كَمَا فِي بَيْنَةِ الْخَارِجِ، أَوْ لَا بَدَّ مِنْ ذِكْرِ الْمَلِكِ لَجَوَازِ أَنْ يَشْهَدَ بِالْمَلِكِ مِنْ أَجْلِ الْيَدِ الَّتِي قَدْ زَالَ حُكْمُهَا بَيْنَةَ الْمُدْعَى، وَفِيهِ قَوْلَانِ الْجَدِيدِ الْأَوَّلُ.

(٢) سَقَطَ فِي: أ.

(٣) سَقَطَ فِي: أ.

قال الأَصْحَابُ: وَمُشَاهِدَةُ السَّبَبِ؛ لا يفيد مَعْرِفَةَ الْمَلِكِ، فإنه وإن رآه يَشْتَرِي، فقد لا يكون المَبِيعُ مِلْكَاً للبايع. وإن رآه يَضْطَاطُ، فربما اضْطَاطَ غَيْرَهُ. ثم أَقْلَتِ، وأما التَّسَامُعُ وَحَدَهُ فهل يَجُوزُ به الشَّهَادَةُ على الْمَلِكِ؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، كالتَّسَبُّبِ، والمَمَرِ، [وهذا؛ لأن أسباب الْمَلِكِ كَثِيرَةٌ، ومنها ما يخفى، وَيَعْسُرُ الوُقُوفُ عَلَيْهِ] (١) وهذا أَقْرَبُ إلى إِطْلَاقِ الأَكْثَرِينَ.

والثاني: لا يجوز، ما لم تَنْضَمَ إليه اليَدُ والتَّصَرُّفُ، كما لا تَجُوزُ الشَّهَادَةُ بالتَّسَامُعِ على أسبابِ الْمَلِكِ. وَيُحْكَى هذا عن نَصِّهِ في حَزْمَلَةَ (٢)، واختاره القاضي الحُسَيْنُ، والإمام، وصاحب الْكِتَابِ - رحمهم الله وإيانا -.

وهو الجَوَابُ في «الرِّقْمِ»، ويوافقه مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ - رحمه الله -.

واغْلَمَ أن جَوَازَ الشَّهَادَةِ على الأَمْلَاقِ بالتَّسَامُعِ، مشهور في المَذْهَبِ. فلعل من لا يَكْتَفِي به، يكتفي بانضِمامِ أَحَدِ الأَمْرَيْنِ، من اليَدِ أو التَّصَرُّفِ إليه. أو يعتبرهما جميعاً، ولكن لا يُعْتَبَرُ طُولُ المُدَّةِ فيهما، إذا انضَمَّا إلى التَّسَامُعِ، وإلا فهما إذا طَالَتْ مُدَّتُهُمَا، كَأَيَّانِ [في جَوَازِ الشَّهَادَةِ على الأَظْهَرِ].

فلا يبقى للتَّسَامُعِ أَثَرٌ، وَيُشْتَرَطُ [٣] في جَوَازِ الشهادة، بِنَاءً على التَّسَامُعِ، أو على اليَدِ والتَّصَرُّفِ، ألا يعرف له مُنَازَعَةً فيه، فإن الظَّنَّ حيثُذُ يَتَأَكَّدُ.

ونقل القاضي ابنُ كَحَّجٍ وَجْهَيْنِ في أن مُنَازَعَةً من لا حُجَّةَ معه هل تَمْنَعُ (٤) من الشَّهَادَةِ؟ ثم الكلام في شَيْئَيْنِ:

أحدهما: طول المُدَّةِ والتَّصَرُّفِ، لا يَتَقَدَّرُ، بل الرُّجُوعُ فيه إلى العَادَةِ كذلك ذكره صاحب «التَّهْذِيبِ»، وغيره. وكان المُعْتَبَرُ مُدَّةً يحصل فيها غَلْبَةُ الظَّنِّ.

وفيه وجه: أن أَقْلَّ المُدَّةِ الطَّوِيلَةَ سَنَةً، وهذا كَوَجْهِ ذِكْرِنَاهُ في مدة التَّسَامُعِ، إذا اعتبرنا امْتِدَادَ مُدَّتِهِ.

(١) سقط في: أ. (٢) قال في الخادم: فيه أمران:

أحدهما: ما توقف في نسبته للأكثرين، ولم يصرح به قد صرح الماوردي بنسبته إليهم بل حكى في موضع الاتفاق عليه، وهو المحكي عن العراقيين وجزم به الفوراني وغيره.

الثاني: أن الخلاف قولان لا وجهان، فإن الأول قد نص عليه الشافعي في الأم في باب التحفظ عن الشهادة، والثاني فقد حكاه المصنف عن نص حرمله وهو ظاهر نص البويطي.

(٣) سقط في: أ.

(٤) قال في المطلب: إن كان المنازع قد أقام البينة لم يشهد للمتصرف بالملك، إن لم يكن ثم بينة فالمشهور من إطلاقهم أنه لا يشهد أيضاً، وبه صرح في الخلاصة.



وعن الشيخ أبي عاصم أن في ما دون عشرة أيام وجهين: وإذا زادت المدة على عشرة أيام، جازت الشهادة. والقول في عدد المخبرين ها هنا، وامتداد المدة كما مر في النسب.

ونقل القاضي ابن كنج وجهين في أنه: هل يشترط أن يقع في قلب السامع صدق المخبرين؟ ويشبه أن يكون هذا عين الخلاف المذكور في أنه، هل يعتبر خبر عدد يؤمن منهم التواطؤ، وذكر أنه تجوز الشهادة على اليد بالاستيفاضة.

وقد تنازع فيه لإمكان مشاهدة اليد. ولا يكفي أن يقول الشاهد: سمعت الناس يقولون: أنه لفلان، وكذلك في النسب.

وإن كانت الشهادة مبنية عليه، بل يشترط أن يقول: أشهد بأنه له، وبأنه ابنه، لأنه قد يعلم خلاف ما سمعه من الناس. لكن عن الشيخ أبي عاصم: أنه لو شهد شاهد بالملك، والآخر بأنه في يده من مدة طويلة، يتصرف فيه بلا منازع، تمت الشهادة. وهذا على ما ذكره الشارح لكلامه مصير منه إلى الاكتفاء بذكر السبب، والظاهر الأول<sup>(١)</sup>.

ولا فرق في الشهادة على الملك بالتصرف، والتسامع بين العقار، وبين العبد، والثوب<sup>(٢)</sup>، إذا كان تميز المشهود به عن أمثاله.

الثاني: التصرف المعتبر في الباب، وهو تصرف الملاك من السكنى، والدخول، والخروج، والهدم، والبناء، والبيع، والفسخ بعده، والرهن، وفي مجرد الإجارة وجهان: وجه عدم الاكتفاء؛ أنها وإن تكررت، فقد تصدُر ممن استأجر مدة طويلة ومن<sup>(٣)</sup> الموصى له بالمنفعة، وليجر هذا الخلاف في مجرد الرهن؛ لأن الرهن قد يصدُر من المستعير، والأوفق لإطلاق<sup>(٤)</sup> الأصحاب الاكتفاء بهما، واعتماد أن الغالب صدور هذه التصرفات من المالكين، ولا يكفي التصرف مدة واحدة؛ فإنه لا يبيح الظن<sup>(٥)</sup>.

(١) قال في الخادم: إن ما ذكره أن كلام أبي عاصم يقتضي الاكتفاء بذكر السبب مطلقاً فيه نظر، فقد يقال إنه لم يكتف به إلا في شاهد واحد إلى أن تمت الشهادة فتركب منهما الجزم بأن المشهود به الملك؛ لأن الثاني شهد بمستند الأول فهما متعاضان فلا يلزم من هذا مع كونه غير مسلم الاكتفاء بذكر السبب مطلقاً ونظيره لو شهد ثلاثة بالزنا ووصفوه، وشهد الرابع ولم يصفه فإنهم لا يحدون على قول لمثل ما ذكرناه.

(٢) في أ: والدواب.

(٣) في ز: وفي.

(٤) في أ: لكلام.

(٥) قال في الخادم فيه أمران:

أحدهما: أن المكتفي بالإجارة يشترط فيها التكرار. حكاه في الذخائر ثم قال: ويحتمل أن يكفي بها من غير تكرار كالبيع والهدم والبناء ونحوه، والحال التي اعتمد عليها الأول يتطرق مثله فيما ذكرناه من التصرفات فإنها قد صدرت من وكيل. انتهى.

المسألة الثانية: الإغسارُ ليس مما يُشاهدُ، وَيَعَسُرُ الاطلاعُ عليه، فتبني الشهادة فيه على القرائن، ومراقبة الشخص في الخلوات، ليُعرف صبره على الضرِّ والإضافة.

والمسألة بشرحها مذكورة في التفتيس ويُعتبر فيمن يشهد به، الخبرة الباطنة، كالشهادة على أن لا وارث لفلان إلا فلان، بخلاف الشهادة على الملك؛ لأن الأسباب المفيدة للظن ها هنا حفيّة، يختص بها من مخالطة الرجل، ومجالسته، وأسباب الملك ظاهرة، لا يختص فيها المخالطون.

فروع:

أحدها: حكى القاضي أبو سعد الهرويَّ وجهاً استغربه<sup>(١)</sup> في الدين: أنه تجوز الشهادة به بالسَّماع، والاستفاضة كالعين<sup>(٢)</sup> ولابن الصَّبَّاحِ إمامٌ بما ذكره.

الثاني: في قبول شهادة الأعمى، فيما تجوز الشهادة فيه بالاستفاضة والسَّماع وجهان منقولان في «جمع الجوامع».

أحدهما: وبه قال ابن سُرَيْج: أنها تُقبل؛ لأن الاغتماد فيه على السَّماع، وهو في السَّماع كالْبَصِيرِ.

والثاني: المنع، لأنه لا بُدَّ من مشاهدة المُخْبِرِينَ، ومعرفة أحوالهم، ليحصل العلم. وهذا أصحُّ عند القاضي، والأول هو جواب معظم الأصحاب؛ إلا أن شهادته، إنما تُقبل، إذا لم يحتج إلى تعيين، وإشارة، بأن يكون الرجل معروفاً باسمه، ونسبه الأذنَى. ويحتاج إلى إثبات<sup>(٣)</sup> نسبه الأعلى؛ ككونه هاشمياً، أو علويّاً، فيشهد الأعمى بنسبه الأعلى.

وصور أيضاً في النسب الأدنى، بأن يصف الشخص، فيقول: الرجل الذي اسمه كذا، وكُنْيَتُهُ كذا، وسُوقُهُ، ومُصَلَّاهُ، ومَسْكَنُهُ، وكذا [بأنه]<sup>(٤)</sup> فلان ابن فلان، ثم يقيم<sup>(٥)</sup> الرجل بيته أُخرى، على أنه الذي اسمه كذا، وكُنْيَتُهُ كذا، إلى آخر الصفات.

وصورته في الملك، أن يشهد الأعمى في دار معروفة، أنها لفلان ابن فلان.

ويمكن أن يُقال: الوجه الذاهب إلى أن شهادته لا تُقبل، مخصوص بما إذا كان

= الثاني: أن منعه الاكتفاء بالمدة الواحدة هو خلاف قضية كلام الذخائر ويظهر أن ذكر المدة لا مفهوم له بل والمدتين كذلك ولا سيما مع قرب زمان الثاني من الأول.

(١) في أ: أشعر به. (٢) في ز: كالعبد.

(٣) في ز: إتيان. (٤) سقط في: ز.

(٥) في ز: يضم.

السَّمَاعُ مِنْ عَدَدٍ لَا يُؤْمَنُ تَوَاطُؤُهُمْ، كَشَخْصِينَ، وَثَلَاثَةَ، فَأَمَّا إِذَا حَصَلَ السَّمَاعُ مِنْ جَمْعٍ كَثِيرٍ، فَلَا حَاجَةَ فِيهِ إِلَى الْمَشَاهِدَةِ، وَمَعْرِفَةِ حَالِ الْمُخْبِرِينَ.

الثالث: ما يجوز الشَّهَادَةُ بِهِ اعْتِمَاداً عَلَى السَّمَاعِ، وَالِاسْتِفَاضَةِ، يَجُوزُ الْحَلْفُ بِهِ اعْتِمَاداً عَلَيْهِمَا وَبَلْ أَوْلَى لِمَا مَرَّ، أَنَّهُ يَجُوزُ الْحَلْفُ اعْتِمَاداً عَلَى خَطِّ الْأَبِّ، وَلَا تَجُوزُ الشَّهَادَةُ<sup>(١)</sup>.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: الْفَضْلُ الثَّلَاثُ فِي التَّحْمَلِ وَالْأَدَاءِ وَيَجِبُ الْأَدَاءُ عَلَى كُلِّ مُتَعَيِّنٍ لِلشَّهَادَةِ مُتَّحَمِلٍ لَهَا إِذَا دُعِيَ مِنْ دُونِ مَسَافَةِ الْعَدْوَى، فَإِنْ دُعِيَ مِنْ فَوْقِهَا وَدُونَ مَسَافَةِ الْقَضْرِ أَوْ لَمْ يَكُنْ مُتَعَيِّناً أَوْ لَمْ يَتَّحَمَلْ قَضِداً لَكِنْ وَقَعَ بَصَرُهُ فِيهِ الْوُجُوبِ وَجَهَانِ، وَلَوْ تَعَيَّنَا فَأَمْتَنَعَ أَحَدُهُمَا وَقَالَ: أَخْلِفْ مَعَ الْآخِرِ أَيْمٌ، وَلَوْ لَمْ يَتَّعَيَّنْ وَأَمْتَنَعَ جَمِيعُهُمْ أَيْمُوا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْكَلَامُ فِي بَيَانِ<sup>(٢)</sup> أَحْكَامِ الشَّهَادَةِ آخِراً، وَتَحْمِلُهَا أَوْلَى. أَمَّا الْأَدَاءُ، فَهُوَ وَاجِبٌ فِي الْجُمْلَةِ، وَالْكُتْمَانُ مَمْنُوعٌ مِنْهُ - قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ﴾ الْآيَةُ [البقرة - ٢٨٣].

وَذَكَرَ صَاحِبُ الْكِتَابِ لِضَبْطِ مَوْضِعِ الْوُجُوبِ قِيُوداً، فَقَالَ: «وَيَجِبُ الْأَدَاءُ عَلَى كُلِّ مُتَعَيِّنٍ لِلشَّهَادَةِ، مُتَّحَمِلٍ لَهَا، إِذَا دُعِيَ مِنْ دُونِ مَسَافَةِ الْعَدْوَى».

أَحَدُهَا: التَّعَيِّنُ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي الْوَاقِعَةِ إِلَّا شَاهِدَانِ؛ بَانَ لَمْ يَتَّحَمَلْ سِوَاهُمَا، أَوْ مَاتَ الْبَاقُونَ، أَوْ جُثُوا، أَوْ غَابُوا، فَيَجِبُ عَلَيْهِمَا الْأَدَاءُ، وَمِنْ أَبِي عَصَى.

وَلَوْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا، وَأَمْتَنَعَ الْآخَرُ، وَقَالَ: أَخْلِفْ مَعَ الَّذِي شَهِدَ، فَهُوَ عَاصٍ أَيْضاً، فَإِنْ مِنْ مَقَاصِدِ الْإِشْهَادِ، التَّوَرُّعُ عَنِ الْيَمِينِ.

قَالَ الْإِمَامُ: وَكَذَا الشَّاهِدَانِ عَلَى رَدِّ الْوَدِيعَةِ؛ إِذَا أَمْتَنَعَ، وَقَالَ لِلْمُودِعِ: أَخْلِفْ عَلَى الرَّدِّ. وَلَوْ لَمْ يَكُنْ فِي الْوَاقِعَةِ إِلَّا شَاهِدٌ وَاحِدٌ، فَإِنْ كَانَ الْحَقُّ مِمَّا يَثْبُتُ بِشَاهِدٍ، وَيَمِينٍ، فَعَلِيهِ الْأَدَاءُ، وَإِلَّا، لَمْ يَجِبْ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ لَا يَخْضَلُ بِهِ.

وَحَكَى الْقَاضِي ابْنُ كَيْجٍ وَجْهاً آخَرَ: أَنَّهُ يَجِبُ؛ لِأَنَّهَا أَمَانَةٌ لِرِمَّتِهِ، وَالْمُدَّعِي يَنْتَفِعُ بِأَدَائِهَا فِي انْدِفَاعِ بَعْضِ تَهْمَةِ الْكَذِبِ، وَإِنْ لَمْ يَنْتَفِعْ فِي ثُبُوتِ الْحَقِّ، وَإِنْ كَانَ فِي

(١) قوله: «اعتماداً على الاستفاضة جواز الحلف فيما يعتمد الشهادة» فيه اليقين من باب أولى، ولهذا ذكر الروياني في الفروق والجرجاني في المعاينة أن كل ما جاز للإنسان أن يشهد به جاز له أن يحلف عليه ولا يتعكس، واستدلّاه بأن باب اليمين أوسع أن يحلف الفاسق والعبد ومن لا يقبل شهادته ثم لا يشهدون.

(٢) في ز: شأن.

الوَاقِعَةَ شُهُودًا، فَالْأَدَاءُ فَرَضٌ عَلَى الْكِفَايَةِ، إِذَا قَامَ بِهِ اثْنَانِ مِنْهُمْ، سَقَطَ الْفَرَضُ عَنِ الْبَاقِينَ. وَإِنْ طُلِبَ الْأَدَاءُ مِنْ اثْنَيْنِ، فَفِي وَجُوبِ الْإِجَابَةِ عَلَيْهِمَا وَجْهَانِ، وَعَنْ ابْنِ الْقَاصِّ؛ قَوْلَانِ:

أحدهما: لا يجب، كما أن من دُعِيَ لِلتَّحْمَلِ، لا يجب عليه الإجابة، إذا لم يَتَّعَيْنَ. وبهذا أجاب الصيمري.

وأصحهما: وبه قال أبو إسحاق: يجب، وإلا، لَأَفْضَى إِلَى التَّوَاكُلِ<sup>(١)</sup>. ولأن من عَيَّنَهُ، قد يكون أَظْهَرَ عَدْلًا، فَيَسَارِعُ الْقَاضِي إِلَى قَبُولِ قَوْلِهِ، وليس كالتَّحْمَلِ؛ لأنَّ هُنَاكَ يُطَلَّبُ مِنْهُ تَحْمَلُ أَمَانَةٍ، وَهِيَ هُنَا يُطَلَّبُ أَدَاءُ أَمَانَةٍ تَحْمَلُهَا.

قال الإمام: وموضع الِوَجْهَيْنِ، ما إذا عَلِمَ الْمُدْعُونَ، أن في الشُّهُودِ مَنْ يَزْعَبُ فِي الْأَدَاءِ، أو<sup>(٢)</sup> لم يعلم من حالهم رغبة، ولا إِبَاءً<sup>(٣)</sup>.

أما إذا عَلِمَ إِبَاءَهُمْ، فليس ذلك مَوْضِعَ الْخِلَافِ.

القَيْدُ الثَّانِي: كونه مَتَّحَمَلًا لَهَا عَنْ قَضْدٍ. أما من سمع الشيء، أو وقع عليه بَصْرُهُ اتِّفَاقًا، ففي الْوُجُوبِ وَجْهَانِ مذكوران في «الْثَّهَائِيَّةِ»:

أحدهما: لا يجب، لأنه لم يُوجَدَ مِنْهُ التَّزَامُ، وَإِذَا تَحَمَّلَ قَضْدًا، كان مُلتَزِمًا، فَيَجْعَلُ كَضَمَانِ الْأَمْوَالِ، وَأَوْفَقَهُمَا لِإِطْلَاقِ أَكْثَرِهِمْ؛ أَنَّهُ كالتَّحْمَلِ قَضْدًا؛ لأنه أَمَانَةٌ حَصَلَتْ عِنْدَهُ، فعليه الْخُرُوجُ مِنْهَا<sup>(٤)</sup>، وهذا كما أن الْأَمَانَاتِ الْمَالِيَّةِ، تَأْرَةُ تَخْصُلُ عِنْدَهُ بِقَبُولِ الْوَدِيْعَةِ، وَتَأْرَةُ بِتَطْيِيرِ الرِّيحِ.

القَيْدُ الثَّالِثُ: أن يُدْعَى لِأَدَاءِ الشَّهَادَةِ مِنْ مَسَافَةٍ قَرِيبَةٍ. ومهما كان القاضي في الْبَلَدِ، فَالْمَسَافَةُ قَرِيبَةً، وكذا لو دُعِيَ إِلَى مَسَافَةٍ، يَتِمَكَّنُ الْمُبَكَّرُ إِلَيْهَا مِنَ الرَّجُوعِ إِلَى

(١) في أ: التوكيل.

(٢) في ز: و.

(٣) قال في الخادم: فيه أمران:

أحدهما: أن هذه العبارة تقتضي أنه إذا علم رغبتهم يجوز قطعاً أو إِبَاءَهُمْ فيمتنع قطعاً وأن موضع الخِلاف إذا لم يعلم الحال، وليس كذلك وينبغي أن يخرج عن موضع الخِلاف فيما إذا علموا أن منهم من يرغب في الأداء بخلاف ما لو علم المدعون أن إِبَاءَهَا يُوْدِي إِلَى ضِيَاعِ الْحَقِّ وَتَأْخِيرِهِ مَعَ ضَرُورَةِ الْمُسْتَحَقِّ وَقَرَبِ مَجْلِسِ الْحَكْمِ فِيهِمَا وَبَعْدَ غَيْرِهِمَا مِنْهُ، وَيَحْتَمِلُ التَّفْصِيلُ مَنْ يَحْمَلُ قَضْدًا وَمَنْ يَحْمَلُ اتِّفَاقًا، وَلِهَذَا عُلِلَ الرَّوْيَانِي وَجْهَ الْإِلْزَامِ بِأَنَّهُ فَرَضَ أَلْزَمَهُ نَفْسَهُ.

الثاني: حكاه عن الإمام جزم به في الروضة على خلاف أصله نعم جزم الرافعي به في الشرح الصغير من غير عزو إليه. (بتصرف).

(٤) في ز: عنها.

أَهْلِهِ، وَجَبَّتِ الْإِجَابَةُ لِلْحَاجَةِ إِلَى الْإِثْبَاتِ، وَتَعَدَّرَ الْإِثْبَاتُ بِالشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ، وَالْمَسَافَةُ هَذِهِ وَهَذِهِ تَسْمَى مَسَافَةَ الْعَدْوَى.

وقد بيّنا في النكاح سبب هذه التسمية، فإن ادعى إلى مسافة القصد، لم تجب الإجابة، وإن كانت دون مسافة القصر<sup>(١)</sup>. ولكن لا يتمكن المبكر إليها من الرجوع، فوجهان؛ بناءً على أن الشهادة على الشهادة في مثلها، هل يقبل؟ أقربهما، القبول، وعدم وجوب الإجابة، للمشقة. وهذا كله تفريع على أن الشاهد، يجب عليه الحضور عند القاضي لإداء الشهادة، وهو الصحيح. وإلا، لتعب القاضي في الطوف على أبواب الشهود، وسقط وقعه، أو ضاعت الحقوق.

وعن القاضي أبي حامد: أنه ليس على الشاهد إلا أداء الشهادة، إذا اجتمع مع القاضي. وقوله في الكتاب: «فإن دعي إلى من فوقها»، بعد قوله: «من دون مسافة العدوى»، [ظاهره عود الكتابة إلى مسافة العدوى وحينئذ فحكم مسافة العدوى]<sup>(٢)</sup>، يكون مسكوتاً عنه.

ولو قال: فإن دعي من فوقه لعادت الكتابة إلى ما دون مسافة العدوى، ولدخل فيه مسافة العدوى، وما فوقها، فهذه هي القيود في الكتاب.

ورواه قيّد رابع: وهو أن يكون الشاهد عدلاً، فإن كان فاسقاً، ودعي لإداء الشهادة؛ نظر، إن كان فسقاً مجمعاً عليه، إما ظاهراً، أو خفياً، لم يجوز له أن يشهد، فضلاً عن الوجوب، وإن كان مجتهداً فيه كشرب النبيذ، فعليه أن يشهد، وإن عهد من القاضي التمسق، وردّ الشهادة به؛ لأنه قد يتغير اجتهاده. هذا هو الأظهر وفي أمالي أبي الفرج السرخسي وجّه: أنه لا يجب في الفسق المجتهد فيه، إذا كان ظاهراً<sup>(٣)</sup>، لأن الظاهر استمرازه على اجتهاده.

وفي كتاب القاضي ابن كج: إطلاق القول: بأن عليه أن يشهد، إن كان فسقاً خفياً، وإطلاق وجهين فيما، إذا كان ظاهراً وحكى وجهين في أنه، هل للشاهد أن يشهد بما يعلم، أن القاضي يرتب عليه ما لا يعتقد الشاهد، كالبيع الذي يرتب عليه الشفعة، بالجوار والشاهد لا يعتقد الجوار شيئاً للشفعة؟

وإذا كان أحد الشاهدين عدلاً، والآخر فاسقاً فسقاً مجمعاً عليه؛ لم يجب على

(١) سقط في: أ.

(٢) سقط في: أ.

(٣) ما ذكره في المجمع عليه صحيح في الفسق الظاهر، أما الفسق الخفي فلا لأنها شهادة بحق وإعانة على حق في نفس الأمر ولا إثم على القاضي إذا لم يقصر، وإنما هذا شيء قاله القاضي الحسين والبغوي وتبعهما الرافي.

الْعَدْلِ الْأَدَاءُ؛ تَفْرِيعاً عَلَى الصَّحِيحِ، إِذَا كَانَ الْحَقُّ لَا يَثْبُتُ بِشَاهِدٍ، وَيَمِينٍ.

وَقَيْدٌ خَامِسٌ: وَهُوَ أَلَّا يَكُونَ مَعْدُوراً بِمَرَضٍ، وَنَحْوِهِ؛ فَإِنَّ الْمَرِيضَ الَّذِي يَشُقُّ عَلَيْهِ الْحُضُورُ، لَا يَكْلَفُ أَنْ يَحْضُرَ، وَيُؤَدِّي، بَلْ إِمَّا أَنْ يُشْهَدَ عَلَى شَهَادَتِهِ، أَوْ يَنْعَتَ الْقَاضِي إِلَيْهِ مَنْ يَسْمَعُ شَهَادَتَهُ، وَالْمَرْأَةَ الْمَخْدَرَةَ، كَالْمَرِيضِ، وَفِيهَا الْخِلَافُ الَّذِي سَبَقَ فِي الْبَابِ الثَّلَاثِ مِنْ «أَدَبِ الْقَضَاءِ».

وغير المَخْدَرَةِ يَلْزُمُهَا الْحُضُورُ وَالْأَدَاءُ، وَعَلَى الزَّوْجِ أَنْ يَأْذَنَ لَهَا: ذَكَرَهُ الْقَاضِي ابْنُ كَعْبٍ. وَإِذَا اجْتَمَعَتِ شَرَايِطُ الْوُجُوبِ، فَلَا يُرْهَقُ الشَّاهِدُ إِزْهَاقاً؛ بَلْ لَوْ كَانَ فِي صَلَاةٍ، أَوْ حَمَامٍ، أَوْ عَلَى طَعَامٍ، فَلَهُ التَّأْخِيرُ إِلَى أَنْ يَفْرَعُ.

وعن أبي الحُسَيْنِ بْنِ الْقَطَّانِ حِكَايَةَ قَوْلَيْنِ: أَنَّهُ هَلْ يُمَهَّلُ إِلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ<sup>(١)</sup>؟ قَالَ الْقَاضِي ابْنُ كَعْبٍ وَالظَّاهِرُ: الْمَنْعُ، وَذَكَرَ أَنَّهُ لَوْ شَهِدَ، وَرَدَّ الْقَاضِي شَهَادَتَهُ بِعَلَّةِ الْفِسْقِ، ثُمَّ طَلَبَ الْمُدْعَى مِنْهُ أَنْ يَشْهَدَ عِنْدَ قَاضٍ آخَرَ؛ فَعَلِيهِ الْإِجَابَةُ.

وعند ذلك القاضي لا يجب.

وفيه وجه: أَنَّهُ لَوْ دُعِيَ لِأَدَاءِ الشَّهَادَةِ عِنْدَ أَمِيرٍ أَوْ وَزِيرٍ، فَعِنْدَ ابْنِ الْقَطَّانِ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ أَدَاءُ الشَّهَادَةِ عِنْدَهُمَا، وَإِنَّمَا يَلْزَمُ عِنْدَ مَنْ لَهُ أَهْلِيَّةٌ سَمَاعِ الشَّهَادَةِ وَهُوَ الْقَاضِي. قَالَ: وَعِنْدِي يَجِبُ إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ يَصِلُ بِهِ الْحَقُّ إِلَى الْمُسْتَحِقِّ<sup>(٢)</sup>.

(١) قال في الخادم: اقتصره على حكاية قولين في ثلاثة أيام. قال ابن كعب: والظاهر المنع. هذا لفظه، وقد صرح بحكايتهما الدارمي مع طريقة ثالثة فقال: إن سألا النظرة فليس عليه إلا حسب العرف. وقيل: قولان كالنزهي. وقيل: لا ينظر قولاً واحداً.

(٢) قال النووي: قول ابن كعب أصح. والله أعلم.

قال في الخادم: وينبغي حمل كلام ابن كعب والشيخ أبي حامد وغيرهما أي ممن وافق ابن كعب على ما إذا علم أن الحق لا يتخلص إلا عند الأمير أو الوزير وإليه يرشد قول ابن كعب إذا علم أنه يصل إلى الحق وما استشهد به لا دلالة فيه فإنه يصدق بما ذكره مع قدرة القاضي على اتصال حقه. نعم لو قال ابن كعب إذا علم أنه لا يصل إلى حقه إلا به لظهر ذلك، ثم قال في الخادم بعدما تقدم أما إذا علم أن القاضي يقدر على تخليصه فلا وجه لإقامة الشهادة عند من ليس أهلاً لسماعها، وقد جزم في الروضة في باب القضاء على الغائب بأن منصب سماع الشهادة يختص بالقضاة فلا يعدل عن ذلك لضرورة، ولعل ما نقله في المهمات عن ابن سراقه من أن الأكثرين على المنع محمول على هذه الحالة، ولا يعارض ذلك كلام ابن كعب وغيره ثم هذا كله في العدل، أما الجائز فلا يجب قطعاً وقد صرح بذلك الدارمي فقال إذا دعي ليشهد عند غير حاكم كأمر ونحوه فإن كان جائزاً لم يجب، وإن كان عدلاً فوجهان، وفي فتاوى القاضي أبي بكر الشاشي صاحب القاضي أبي الطيب إذا استدعي ليشهد عند سلطان جرت عاداته أن يقابل على الجنائية بأكثر من عقوبتها لم يجز له أن يشهد عنده، وفصل الماوردي والروياتي فقالا إن دعي =

فرع:

حكى الشيخ أبو الفرج وجهين: في أنه هل يجب الحضور عند القاضي الجائر والمتعتت، وأداء الشهادة؟ لأنه لا يأمن الشاهد ردَّ شهادته جوراً، وتعتتاً؟ فيتعين، وعلى هذا فعدالة القاضي واستجماعه الصفات المرعية، شرط آخر من شرائط الوجوب<sup>(١)</sup>.

فرع:

إذا امتنع الشاهد عن أداء الشهادة بعد وجوبه حياً من المشهود عليه، قال القاضي الحسين: يغصي، ولا يجوز للقاضي قبول شهادته في شيء أصلاً، حتى يتوب، ويوافق هذا ما قيل: إن المدعي لو قال للقاضي: لي عند فلان شهادة، وهو ممتنع<sup>(٢)</sup> من أدائها، فأحضره ليشهد، لم يجبه القاضي؛ لأنه فاسق بالامتناع بزعمه، فلا ينتفع بشهادته<sup>(٣)</sup>. والله أعلم.

قال الغزالي: ولا يستحق الشاهد أجره إلا أجره المزكوب، ثم له أن لا يزكب، والكاتب يستحق، والتحمل في عقد النكاح من فروض الكفایات، وفي سائر المعاملات وجهان، إذ يستغني عنها الأنعقاد دون الإثبات، وكذا كتابة الصكوك من فروض الكفایات على أحد الوجهين.

قال الرافعي: في هذه البقية، التعرض لثلاثة أمور: وهي أن الشاهد هل يأخذ شيئاً؟ وحكم تحمل الشهادة في الابتداء، وحكم كتابة الصكوك، وأخذ الأجرة عليها.

ونحن نذكرها من غير رعاية ترتيب الكتاب: أحد الأمور الثلاثة: حكم [التحمل]<sup>(٤)</sup> وهو من فروض الكفایات في النكاح، لتوقف الانعقاد عليه، فلو امتنع الكل عنه، أمموا، ولو طلب من اثنين التحمل، وهناك غيرهما، لم يتعينا، بخلاف ما إذا تحمّل جماعة، وطلب من اثنين منهم الأداء لما مر.

وأما في التصرفات المالية، والإقرار، فهل التحمل من فروض الكفایات؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، وإنما هو مندوب إليه؛ لأن صحتها واستيفاء مقاصدها، لا يتوقف عليه.

= ليشهد عند جائر، فإن كان جوره في الحق المشهود به لم يلزمه الإجابة، وإن كان في غيره لزمه.

(١) قال النووي: الراجح الوجوب. (٢) في ز: يمتنع.

(٣) قال النووي: ينبغي أن يحمل هذا على ما إذا قال: هو ممتنع بلا عذر.

(٤) سقط في: ز.

وَأَشْهَدُهُمَا: وَبِهِ أَجَابَ الْعِرَاقِيُّونَ وَغَيْرِهِمْ: نَعَمْ؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ تَمَسُّ إِلَى تَأْكِيدِهَا، وَتَمْهِيدِ طَرِيقِ إِثْبَاتِهَا<sup>(١)</sup> عِنْدَ التَّنَازُعِ، وَمَصَالِحِ الْخَلْقِ لَا تَتِمُّ إِلَّا بِهَا.

وَعَنْ ابْنِ الْقَطَّانِ: تَخْصِيصُ الْخِلَافِ بِمَا إِذَا لَمْ يَتَقَابَضَا، لِتَأْجِيلِ، أَوْ غَيْرِهِ. فَأَمَّا بَعْدَ التَّقَابُضِ، فَلَا يَجِبُ التَّحْمُلُ بِحَالٍ.

وَمِنْهُمْ مَنْ يَقْتَضِي إِزَادَةَ طَرْدِ الْخِلَافِ فِي النِّكَاحِ أَيْضًا.

وَإِذَا قَلْنَا بِالْإِفْرَاضِ، فَذَلِكَ، إِذَا أَحْضَرَهُ الْمُحْمَلُ، أَمَا إِذَا دُعِيَ لِلتَّحْمَلِ. فَقَدْ حَكَى الْقَاضِي ابْنُ كَجَّحٍ عَنِ بَعْضِ الْأَصْحَابِ: أَنَّ عَلَيْهِ الْإِجَابَةَ، كَمَا إِذَا دُعِيَ لِلْأَدَاءِ.

وَعَنْ الْقَاضِي أَبِي حَامِدٍ: أَنَّهُ لَا يَجِبُ، وَهَذَا مَا أوردَهُ صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ»، وَأَبُو الْفَرَجِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمُحْمَلُ مَعْدُورًا بِمَرَضٍ أَوْ حَسَبٍ، فَتَجِبُ الْإِجَابَةُ.

وَكَذَا فِي الْمَرْأَةِ الْمُخَدَّرَةِ إِذَا أُثْبِتْنَا التُّخْدِيرَ أَثْرًا، وَكَذَا إِذَا دَعَاهُ الْقَاضِي لِيَشْهَدَ عَلَى أَمْرٍ ثَبِتَ عِنْدَهُ، فَعَلِيهِ الْإِجَابَةُ، كَيْلَا يَخْتَجَّجُ الْقَاضِي إِلَى التَّرَدُّدِ عَلَى أَبْوَابِ الشُّهُودِ، فَتَنْتَعِلُ مَصَالِحُ النَّاسِ.

وَالثَّانِي: إِنْ تَطَوَّعَ الشَّاهِدُ بِتَّحْمَلِ الشَّهَادَةِ، وَأَدَائِهَا، فَقَدْ أَحْسَنَ. وَإِنْ طَمِعَ فِي شَيْءٍ، فَذَلِكَ؛ إِمَّا رِزْقٍ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ، أَوْ شَيْءٍ مِنْ مَالِ الْمَشْهُودِ لَهُ.

وَأَمَّا الرِّزْقُ [مِنْ بَيْتِ الْمَالِ]<sup>(٢)</sup> فَقَدْ ذَكَرَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ، وَابْنُ الصَّبَّاحِ، وَآخَرُونَ: أَنَّ الشَّاهِدَ لَيْسَ لَهُ [أَخْذُ]<sup>(٣)</sup> الرِّزْقِ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ؛ لِتَحْمَلِ الشَّهَادَةِ. وَقِيلَ لَهُ [ذَلِكَ]<sup>(٤)</sup>: فَإِنْ قَلْنَا بِالْأَوَّلِ، وَهُوَ الْأَقْرَبُ، فَلَوْ رَزَقَهُ الْإِمَامُ مِنْ مَالِهِ، أَوْ رَزَقَهُ وَاحِدٌ مِنْ

(١) فِي أ: لِثَبَاتِهَا.

(٢) سَقَطَ فِي: ز.

(٣) فِي ز: لَهُ فِي أَخْذِ.

(٤) سَقَطَ فِي ز، هَذَا وَقَدْ سَأَقَ النَّوَوِيُّ فِي رُوضَتِهِ عِبَارَةَ الرَّافِعِيِّ كَمَا هُنَا، وَتَعَقَّبَ.

فَقَالَ فِي الْخَادِمِ: إِنْ الْمَصْنُفُ تَبِعَ بَعْضَ النُّسخِ السَّقِيمَةِ مِنَ الرَّافِعِيِّ وَالصَّوَابِ مَا ثَبِتَ فِي النُّسخَةِ الصَّحِيحَةِ فَذَكَرَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ وَابْنُ الصَّبَّاحِ وَآخَرُونَ أَنَّهُ لَوْ أَخَذَ الرِّزْقَ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ عَلَى ذَلِكَ كَالْقَاضِي.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاصِ لَا يَأْخُذُ الرِّزْقَ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ لِتَحْمَلِ الشَّهَادَةِ وَلَا غَيْرِهِ فَإِنْ قَلْنَا بِالْأَوَّلِ وَهُوَ الْأَقْرَبُ فَلَوْ رَزَقَهُ الْإِمَامُ مِنْ مَالِهِ إِلَى آخِرِهِ، وَإِنَّمَا قَلْتُ هَذِهِ النُّسخَةَ الصَّحِيحَةَ لِأَنَّ لَفْظَ ابْنِ الْقَاصِ فِي كِتَابِهِ أَدَبَ الْقَضَاءِ، فَأَمَّا الْعَدْلُ فَلَا يَجُوزُ لَهُ أَخْذُ الرِّزْقِ عَلَى ذَلِكَ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ وَلَا غَيْرِهِ كَمَا لَا يَجُوزُ لِلشَّاهِدِ أَنْ يَأْخُذَ شَيْئًا عَلَى شَهَادَتِهِ. قَلْتُهُ تَخْرِيجًا، انْتَهَى.

وَكَذَا نَقَلَهُ عَنْهُ الرَّوْيَانِيُّ فِي بَابِ الْقِسْمَةِ مِنَ الْبَحْرِ نَعَمْ مَا نَقَلَهُ الرَّافِعِيُّ عَنِ ابْنِ الصَّبَّاحِ وَأَبِي حَامِدٍ لَيْسَ كَذَلِكَ فَإِنَّ ابْنَ الصَّبَّاحِ قَالَ فِي الشَّامِلِ فِي أَوَّلِ أَدَبِ الْقَضَاءِ أَنَّ الْقَاضِيَّ يَجُوزُ لَهُ أَخْذُ الرِّزْقِ =



الثَّاسِ، فيكون الحُكْمُ، كما ذكرنا في القاضي. وأما مَالُ المَشْهُودِ له، فليس لِلشَّاهِدِ أَخْذُ أَجْرَةٍ على أداءِ الشهادة، وَوَجْهُهُ، بأنَّ الأَدَاءَ فَرَضُ، فَتَوَجَّهَ عليه، فلا يَأْخُذُ عليه شيئاً<sup>(١)</sup>. وقد يوجَّهُ أيضاً، بأنه كَلَامٌ يَسِيرٌ، لا أَجْرَةٌ لِمِثْلِهِ، وأما إتيان القاضي والحضور عنده، فقد أَطْلَقَ صَاحِبُ الكِتَابِ: أن له أن يَطْلُبَ أَجْرَةَ المَرْكُوبِ، من غير فَرْقٍ بين أن يَكُونَ القَاضِي معه في البَلَدِ، أو لا يكون لكنه على مَا حَكَى الإمام، وصاحب «التهديب»، مَخْصُوصٌ بما إذا لم يكن معه في البَلَدِ، بل كان يَأْتِيهِ من مَسَافَةِ العَدَوِيِّ، فما فوقها.

فأما إذا كان مَعَهُ في البَلَدِ، فلا يَأْخُذُ شَيْئاً. وضم في «التهديب» نَفَقَةَ الطَّرِيقِ، إلى أَجْرَةِ المَرْكُوبِ. وَحَكَى وَجْهَيْنِ فيما لو دَفَعَ إليه شَيْئاً لِيَصْرِفَهُ إلى نَفَقَةِ الطَّرِيقِ.

وكذا المَرْكُوبِ، وهل له أن يَصْرِفَهُ إلى غَرَضٍ آخَرَ، وَيَمْشِي رَاجِلاً؟ - قال: وهما كالوَجْهَيْنِ، فيما إذا دَفَعَ إلى فَقِيرٍ شَيْئاً، قال: اشتر به لنفسك ثوباً، هل له أن يصرفه<sup>(٢)</sup> إلى غير الثَّوبِ؟

والأشبه: الجَوَازُ، وهو الجَوَابُ في الكتاب. فهذا ما قيل: [في]<sup>(٣)</sup> أن الشَّاهِدَ يَأْخُذُهُ من مَالِ المَشْهُودِ له، لم يَتَعَرَّضْ أَكْثَرُهُمْ لما سِوَى ذلك.

نعم، في تَعْلِيقِ الشَّيْخِ أَبِي حَامِدٍ: أنه لو كان الشَّاهِدُ فَقِيرًا؛ يَكْتَسِبُ قُوتَهُ يَوْمًا بيوم [وكان]<sup>(٤)</sup> في صرف الزمان إلى أداءِ الشَّهَادَةِ ما يشغله عن كَسْبِهِ، فلا يَلْزَمُهُ الأَدَاءُ، إلا إذا بَدَلَ المَشْهُودُ له قدر ما يَكْتَسِبُهُ في ذلك الوَقْتِ؛ هذا في طرف الأَدَاءِ.

ولو طلب الشاهد أَجْرَةً، لِيَتَحَمَّلَ، فإن لم يَتَّعِنَ، فله الأَخْذُ، وإن تَعَيَّنَ، فوجهان:

أظهرهما: الجَوَازُ، كما ذكرنا في الإِجَارَةِ. إذا تَعَيَّنَ شَخْصٌ لِتَجْهِيزِ المَيِّتِ، أو تعليم الفَاتِحَةِ.

= على القضاء إن لم يتعين عليه فإن تعين وكان له كفاية لم يجز وإلا جاز ثم قال: وهكذا الحكم في تحمل الشهادة وأدائها وكذا ذكره أصحاب الشيخ أبي حامد في الموضوع المذكور منهم المحاملي في التجريد وسليم في المجرد والقاضي أبو الطيب في التعليق والبنديجي وغيرهم ونقله في البحر في باب القسمة عن الأصحاب قياساً على القضاء ولا فرق بينهما وحكى في البيان في أول الشهادات وجهين فيمن لم يتعين عليه وجزم بالمنع في المتعين.

وقال في الخادم أيضاً أن قوله فإن قلنا بالأول صوابه بالثاني فإن الرافي إنما ذكره تفرعاً على الجواز وهو الصواب فإن على قول المنع لا يتجه في المنع بخلافه على قول الجواز فينبغي أن يكون فيه خلاف والقاضي أولى بالمنع.. إلى آخر ما ذكره. قاله البركي.

(١) في ز: شاء.

(٢) في ز: صرفه.

(٣) سقط في: ز.

(٤) سقط في: ز.

قال الشيخ أبو الفرج: وهذا إذا دُعِيَ لِيَتَحَمَّلَ، فأما إذا أتاه المحمل، فليس للتحمل، والحالة هذه، أجرة، وليس له أن يأخذ شيئاً.

واعلم أن قضيّة قولنا: إنه يَطْلُبُ الأجرة، [إذا دُعِيَ للتحمل، أن يَطْلُبُ الأجرة]<sup>(١)</sup>، إذا دعي للأداء، من غير فَرْقٍ بين أن يكون القَاضِي مَعَهُ فِي البَلَدِ، أو لا يكون. كما لا فَرْقٍ فِي التَّحْمَلِ، وأن يكون النَّظَرُ إِلَى الأجرة مُطْلَقاً، لا إِلَى نَفَقَةِ الطريق، وكذا المركوب خاصّةً. ثم هو يَصْرِفُ المَأخُودَ إِلَى ما يَشَاءُ، ولا يَمْنَعُ من ذلك كَوْنُ الأداءِ فَرْضاً عَلَيْهِ، كما ذكرنا فِي التَّحْمَلِ مع تَعْيِينِهِ عَلَى أَظْهَرِ الوَجْهَيْنِ<sup>(٢)</sup>.

والثالث: كتابة الصُّكُوكِ؛ هل هي من فُرُوضِ الكِفَايَاتِ؟ فِيه وجهان:

أشبههما: وهو المَذْكُورُ فِي أمالي أبي الفرج السَّرْحِيسِيِّ نَعْمَ؛ لأنه لا يُسْتَعْتَى عنها فِي عِصْمَةِ الحُقُوقِ، والأموالِ، ولها أثرٌ ظَاهِرٌ فِي التَّذَكُّرِ.

وإن لم يَجْزِ الاغْتِمَاذُ عَلَى الخَطِّ وَخَذَهُ، وهما كالوجهين فِي التحمل، لكن التَّحْمَلُ أَوْلَى بِالإفْرَاضِ؛ لأن الحُجَّةَ بالشهود<sup>(٣)</sup> لا بِالكِتَابِ.

وإن قلنا: لا تجب الكِتَابَةُ أو قلنا: تَجِبُ. ولم يَتَّعَيْنِ الشَّخْصُ للكتابة، فله طَلَبُ الأجرة. وإن تَعَيَّنَ، فكذلك فِي أَظْهَرِ الوجهين. وهذا إذا لم يَزُرُقِ الإِمَامُ لِكِتَابِ الصُّكُوكِ من بَيْتِ المالِ، فإن رزق، قَنَّعَ به، ولا أجرة له.

وقوله فِي الكتاب: «إلا أجرة المركوب»، يجوز أن يُعَلِّمَ بالواو لما نَقَلْنَا من تَغْلِيْقِ الشَّيْخِ أَبِي حَامِدٍ.

وكذا قوله: «ثم له أن [لا] يركب»؛ لأحد الوجهين المَخْكِئِينَ عن «التهذيب».

ويمكن أن يُعَلِّمَ قوله: «والكاتب يَسْتَحِقُّ» أيضاً لأنه مطلق، وقد عَرَفْتَ وَجْهاً: أنه لا يَسْتَحِقُّ، إذا قلنا: إن الكتابة<sup>(٤)</sup> فَرْضٌ وتعين.

(١) سقط في: أ.

(٢) قال النووي: هذا الذي أورده الرافعي رحمه الله ضعيف مع أنه خلاف قول الأصحاب كما سبق، فإن فرض من يحتاج إلى الركوب في البلد، فهو محتمل، والوجوب ظاهر حيثئذ. والله أعلم. قال في الخادم: وليس كلام الرافعي بالنازل ولا هو متفرد به عن الأصحاب، فإن القاضي الحسين والبغوي ذكرا في تعليقيهما أن أخذ الأجرة في التحمل على قطع المسافة إذ لا يلزم المشي على نفس الشهادة فإنه لا يؤخذ عليها أجرة، وهذا بعينه يأتي في الأداء وتنفي التهمة حيثئذ نعم حكاة الإمام عن القاضي واستشكله بأن المشي إذا لم يكن مستحقاً فليس عليه أن يمشي وكونه مستحقاً مع أخذ الأجرة.

(٤) في أ: الكتبه.

(٣) في ز: بالمشهور.

هذه آدابُ التَّحْمُلِ والأداءِ، مَنقُولَةٌ من مختصر أبي القاسم الصَّيْمَرِيِّ في هذا الباب. لا ينبغي للشَّاهد أن يَتَحْمَلَ الشَّهَادَةَ، وبه ما يَمْنَعُهُ من الضَّبْطِ، وتَمَامِ الفَهْمِ، كَجُوعٍ وَعَطَشٍ، وَهَمٍّ، وَعَضْبٍ.

كما لا يقضي القاضي في هذه الأحوال<sup>(١)</sup>، وإذا أتاه من لا يجوز الشَّهَادَةَ عليه، كَصَبِيٍّ، وَمَجْنُونٍ، لم يَلْتَفِتْ إليه. وإذا أتى بكتاب، أنشئ على ما لا يجوز بالإجماع، فكذلك؛ ويتبين فساده. وإن أنشئ على ما يَخْتَلِفُ الفُقَهَاءُ فيه، وهو لا يَغْتَقِدُهُ. فعن بعض الأصحاب: أنه يُعْرِضُ عنه. قال: وليس كذلك، بل، تَبَيَّنَتْ شَهَادَتُهُ فيه، وَيَتَقَلَّبُ إلى الحَاكِمِ عند الحَاجَةِ، فيحكم باجتهاده. وقد مرَّ هذا الخِلافُ، أو مِثْلُهُ.

وإذا رأى في الكتاب كَلِمَةً مَكْرُوهَةً، أو مُعَادَةَ، فلا بأس بالضرب عليها، سيما إذا لم يَسْبِقْهُ بالشَّهادة أحدٌ، فإن أغفل الكاتب<sup>(٢)</sup> ما لا بُدُّ منه، أَلْحَقَهُ؛ وإن رأى سَطْرًا ناقصًا، شغَلَ مَوْضِعَ التُّفْصَانِ بخط أو خطتين<sup>(٣)</sup>.

وإذا قرأ الكتاب على المُتَبَايَعِينَ مَثَلًا، وقال: عرفتما ما فيه، أشهد عليكما، فقالا: نعم، أو أجل، أو بلى، كفى للتَّحْمُلِ<sup>(٤)</sup>. ولا يَكْفِي أن يقول المحمل: الأمرُ إِلَيْكَ، أو إن شئت، أو كما ترى، أو أسْتَخِيرُ الله، والله أعلم.

وإذا سمع إقراراً بدين، أو عتق، أو طلاق، فله أن يَشْهَدَ به ولكن لا يَقُولُ، ولا يكتب؛ أَشْهَدُنِي بذلك. وَيُثَبِّتُ الشَّاهِدُ في الكتاب الذي يَتَحْمَلُ فيه اسمَهُ، واسمَ أبيه، وجَدِّه، ويجوز أن يترك اسمَ الجَدِّ، وأن يَتَخَطَّى إلى جَدِّ أَعْلَى؛ لِشَهْرَتِهِ.

ولا يُثَبِّتُ الكُنْيَةَ إلا أن يكون في الشُّهُودِ من يشاركه في الاسم، والنَّسَبِ فيميز بالكنية. وَيُسْتَحَبُّ الاستِيعَانَةُ بما يفيد التذکر<sup>(٥)</sup> كما قَدَّمْنَا في الباب الثاني من «أدب القضاء».

(١) قال في الخادم: هذا إذا احتمل الحال التأخير أو كان هناك غيره وإلا تحمل واحتاط في الضبط وأخذه من القوت وزاد عليه ويحتمل مجيء التفصيل في الغصب بين أن يكون لله تعالى أو لغيره.

(٢) في ز: الكتاب.

(٣) ذكره الجرجاني في الشافعي أنه يقابل السطور لثلاث يكتب في خلالها غيرها ويتأمل غلط الورقة ودقتها لثلاث يحك ويلصق غيره عليه قال: ويقابل ظاهر الكتاب وباطنه لثلاث يكون مطبقاً فيقطع منه ويكتب غيره.

قال: ويعلم الوصل ويكتب شهادته بخطه الصحيح من غير استرسال، وإن نَسَخَ الشهادات عنده ليرجع إليها وقت الحاجة كان أولى.

(٤) قال في القوت: سبق وجه في قوله أشهد أنه لا يكفي.

(٥) في ز: الذکر.

وإذا أشهده القاضي على شيء، سجّل به كتب الشهادة على إنقاد القاضي ما فيه، أو حكمه بما فيه، ولا يكتب الشهادة على إقراره، كأنه يعني إذا حضر الإنشاء، والأولى في كتاب الدين المؤجل، أن يقرّر من له الدين، أولاً بأن يقول: ما الذي لك على هذا؟ فإذا قال: كذا مؤجلاً. قرّر من عليه الدين، لأنه لو أقر من عليه الدين أولاً، فقد ينكر صاحبه الأجل، فيقع في الخلاف.

وفي السلم يقرر المسلم أولاً؛ خوفاً من أن ينكر السلم، لو أقر صاحبه أولاً، ويطلبه بالمدفوع إليه.

وإذا أتى القاضي الشاهد، لأداء الشهادة، أفعده عن يمينه. وإذا كانت شهادته مثبتة في كتاب، أخذه، وتأمله. فإذا سأله المشهود له، استأذن القاضي ليصني إليه.

وعن أبي عاصم العبدي أن الشهادة قبل استئذان القاضي، أو سؤاله لا تصح. والظاهر الأول: نعم، لو شهد<sup>(١)</sup> من غير استئذانه.

وقال القاضي: كنت ذاهلاً<sup>(٢)</sup> لم أسمع، لم يعتد بما جرى والله أعلم.

### الْبَابُ الرَّابِعُ فِي الشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَكُلُّ مَا يَثْبُتُ بِرَجُلٍ وَأَمْرَاتَيْنِ يَثْبُتُ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ إِلَّا عُيُوبَ النِّسَاءِ وَبَابَهَا، إِلَّا أَنَّ الْأَثُوتَةَ أَخْتَمِلْتُ فِيهَا لِحَاجَةِ النِّسَاءِ، ثُمَّ الْقَضَاءُ بِالشَّاهِدِ أَوْ بِالْيَمِينِ أَوْ بِهِمَا فِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجِبُ، وَيَظْهَرُ أَثَرُهُ فِي الْعَزْمِ عِنْدَ الرَّجُوعِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يَجُوزُ الْقَضَاءُ فِي الْجُمْلَةِ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ، وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ وَأَحْمَدُ، خِلَافاً لِأَبِي حَنِيفَةَ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - . لَنَا مَا رَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ، وَجَابِرٍ، وَأَبِي هُرَيْرَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ [قَضَى بِالشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ<sup>(٣)</sup>].

(٢) في ز: وأهلاً.

(١) في ز: أو.

(٣) مسلم وأبو داود والنسائي، وابن ماجه والحاكم والشافعي، وزاد فيه عن عمرو بن دينار أنه قال: وذلك في الأموال، قال الشافعي: وهذا الحديث ثابت لا يرده أحد من أهل العلم، لو لم يكن فيه غيره، مع أن معه غيره مما يشده، وقال النسائي: إسناده جيد، وقال البزار: في الباب أحاديث حسان، أصحابها حديث ابن عباس، وقال ابن عبد البر: لا مطعن لأحد في إسناده، كذا قال، وقد قال عباس الدوري في تاريخ يحيى بن معين عنه: ليس بمحفوظ وقال البيهقي: أعله الطحاوي بأنه لا يعلم قيساً يحدث عن عمرو بن دينار بشيء، قال: وليس ما لا يعلمه الطحاوي لا يعلمه غيره، ثم روى بإسناده حديثاً من طريق وهب بن جرير عن أبيه عن قيس بن سعد، عن عمرو بن دينار بحديث الذي وقصته ناقتة وهو محرم، قال: وليس من شرط قبول الأخبار كثرة =

وَرَوَى أَنَّهُ ﷺ [قضى بالشَّاهِدِ الْوَاحِدِ، مع يمين الطَّالِبِ<sup>(١)</sup> .

ثم الكلام في ثلاثة فُصولٍ:

أحدها: في مَوْضِعِهِ - وفيه عِبَارَتَانِ:

إحدهما: المذكورة في الْكِتَابِ: أن ما يُثْبِتُ بَرَجْلٍ وامرأتين، يَثْبُتُ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ، إلا عُيُوبَ النِّسَاءِ، وما في معناها<sup>(٢)</sup>، وما لا يَثْبُتُ بِرَجْلٍ وامرأتين، لا يَثْبُتُ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ .

والثانية: أن الثَّابِتَ بِالشَّاهِدِ واليمين هو الْأَمْوَالُ؛ بِأَعْيَانِهَا، وَذُيُونَهَا، وما يقصد<sup>(٣)</sup> منه المال، كالْيُوعِ، وَالْهَبَاتِ، وَالْقِرَاضِ، وَالْمُسَاقَاةَ، وَكَيْثَلِ الْأَمْوَالِ<sup>(٤)</sup>، وَالجِنَايَاتِ

= رواية الراوي عن روى عنه، بل إذا روى الثقة عن لا ينكر سماعه منه حديثاً واحداً وجب قبوله، وإن لم يروه عنه غيره، على أن قيساً قد توبع عليه، رواه عبد الرزاق عن محمد بن مسلم الطائفي عن عمرو بن دينار، أخرجه أبو داود، وتابع عبد الرزاق، أبو حذيفة، وقال الترمذي في العلل: سألت محمداً عن هذا الحديث، فقال لم يسمعه عندي عمرو من ابن عباس، قال الحاكم: قد سمع عمرو من ابن عباس عدة أحاديث، وسمع من جماعة من أصحابه، فلا ينكر أن يكون سمع منه حديثاً، وسمعه من بعض أصحابه عنه، وأما رواية عصام البلخي وغيره ممن زاد فيه بين عمرو وابن عباس طواساً فهم ضعفاء، قال البيهقي: ورواية الثقات لا تعلق برواية الضعفاء. قاله الحافظ في التلخيص.

(١) أخرجه أحمد والترمذي وابن ماجه والبيهقي، من حديث جعفر بن محمد عن أبيه عنه، وفي آخره قال الترمذي: رواه الثوري وغيره عن جعفر عن أبيه مرسلأ، وهو أصح، وقيل: عن أبيه عن علي أخرجه الدارقطني بلفظ الباب بتمامه، وقال ابن أبي حاتم في العلل عن أبيه وأبي زرعة: هو مرسل، وقال الدارقطني في العلل: كان جعفر ربما أرسله، وربما وصله، وقال الشافعي والبيهقي: عبد الوهاب وصله وهو ثقة، قال البيهقي: رواه إبراهيم ابن أبي حية عن جعفر عن أبيه عن جابر رفعه: أتاني جبرئيل، وأمرني أن أقضي باليمين مع الشاهد، وقال إن يوم الأربعاء يوم نحس مستمر، وإبراهيم ضعيف جداً، رواه ابن عدي وابن حبان في ترجمته.

(فائدة) ذكر ابن الجوزي في التحقيق عدد من رواه فزادوا عشرين صحابياً، وأصح طرقه حديث ابن عباس، ثم حديث أبي هريرة أخرجه أبو داود وحسنه الترمذي: وقد تقدم في أدب القضاء. قاله الحافظ في التلخيص.

(٢) قال الشيخ البلقيني في تصحيح المنهاج: يستثنى من ذلك العيب الذي يتعلق به المال فإنه يثبت بشاهد ويمين ويستثنى أيضاً الترجمة في الدعوى بالمال والشهادة به فإنه يثبت برجل وامرأتين ولا مدخل للشاهد واليمين فيها لأن ذلك ليس بمال وإنما هو إخبار عن معنى المدعى أو المشهود.

(٣) في ز: يفصل.

(٤) اختلف الفقهاء في الحكم بشاهد واحد مع يمين المدعي.

فذهب الشافعي، ومالك، وأحمد، وعمر بن عبد العزيز، والحسن، وشريح والفقهاء السبعة إلى جواز الحكم بشاهد، ويمين في الأموال خاصة. وَرَوَى هذا عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي =

رضي الله عنهم وذهب أبو حنيفة، وأصحابه، والأوزاعي، والشعبي، والنخعي، وزيد بن علي، وابن شبرمة، والإمام يحيى إلى عدم جواز الحكم بشاهد ويمين. وقال محمد بن الحسن من قضى بشاهد ويمين نقضت حكمه. وقال الحكم: القضاء بشاهد ويمين بدعة وأول من حكم به معاوية.

الأدلة: استدلت المجوزون بما يأتي:

١ - عن سيف بن سليمان عن قيس بن سعد عن عمرو بن دينار عن ابن عباس - رضي الله تعالى عنهما -: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضَى بِيَمِينٍ وَشَاهِدٍ. رواه أحمدُ وأبو داود وابن ماجه. وفي رواية لأحمد إنما كان ذلك في الأموال.

٢ - عن جعفر بن محمد عن أبيه عن أمير المؤمنين علي رضي الله تعالى عنه. أن النبي صلى الله تعالى عليه وسلم قضى بشهادة شاهد واحد ويمين صاحب الحق، وقضى به أمير المؤمنين علي بالعراق. رواه أحمد والدارقطني. وذكره الترمذي.

٣ - عن ربيعة عن سهيل بن أبي صالح عن أبيه عن أبي هريرة. قال قضى رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم باليمين مع الشاهد الواحد. رواه ابن ماجه والترمذي. وأبو داود، قال عبد العزيز الدراوردي فذكرت ذلك لسهيل. فقال أخبرني ربيعة، وهو عندي ثقة أني حدثته إياه ولا أحفظه. قال عبد العزيز كان أصاب سهيلاً علة أذهبت بعض عقله، ونسي بعض حديثه. فكان سهيل بعد يحدثه عن ربيعة عنه عن أبيه.

واحتج المانعون بما يأتي.

١ - بقوله تعالى: ﴿وَأَشْهَدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَآمْرُ اثْنَيْنِ يُضَمَّنَ تَرْضُوعًا مِنَ الشَّهَادَةِ﴾. وجه الاستدلال أن الآية قد انتظمت شيئين من أمر الشهود. أحدهما العدد والآخر الصفة، وهي العدالة المأخوذة من قوله تعالى: ﴿وَمَنْ تَرْضُوعًا مِنَ الشَّهَادَةِ﴾. تنافي الشركة. وحيث إنه لم يجز إسقاط العدالة والاقتصار على ما دونها، لم يجز إسقاط العدد. لأن الآية مقتضية استيفاء الأمرين في تنفيذ الحكم بها، فعزير جائز إسقاط واحد منهما. وأيضاً، فلما أراد الله الاحتياط في إجازة شهادة النساء، أوجب شهادة المرأتين، وقال: ﴿أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾ لو أجزى الحكم بشاهد ويمين، لما كان هناك حاجة، لأن تذكر إحدى المرأتين الأخرى، إذا ما ضلت، لأن الشاهد وحده مع اليمين كاف، ثم قوله تعالى: ﴿ذَلِكَ مِمَّا أَمْسَطَ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَى أَلَّا تَرْتَابُوا﴾ ينفي قبول الشاهد واليمين، لما فيه من الحكم بغير ما أمر الله من الاحتياط، والاستظهار، ونفي الريبة والشك، وفي قبول يمين الطالب أعظم الريب والشك وأكبر التهمة؛ وذلك خلاف مقتضى الآية.

وأيضاً، لو قبلت شهادة شاهد واحد مع يمين الطالب، لكان زيادة على ما جاء به القرآن، والزيادة نسخ، وأخبار الأحاد لا تنسخ المتواتر.

بما روي عن ابن عباس أن النبي ﷺ قضى باليمين على المدعى عليه، وأخرجه الطبراني من رواية سفيان عند نافع عن ابن عمر بلفظ «البينة على المدعى واليمين على من أنكز» وأخرجه البيهقي من طريق عبد الله بن إدريس عن ابن جريج وعثمان بن الأسود عن أبي مليكة قال: كنت قاضياً لابن الزبير على الطائف، فذكر قصة المرأتين اللتين ادعت إحداهما على الأخرى أنها جرحتها، فكتبت إلى ابن عباس، فكتب إلي أن رسول الله ﷺ قال: «لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ، لَأَدْعَى =

رَجَالٌ دِمَاءٌ قَوْمٌ وَأَمْوَالُهُمْ، وَلَكِنَّ الْبَيِّنَةَ عَلَى مَنْ أَدْعَى وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ...» بدل قول النبي ﷺ «البينة على من ادَّعى، واليمين على من أنكر على التفريق بين البينة واليمين، وغير جائز أن تكون اليمين بيينة، إذ لو جاز، لكان بمنزلة قول القائل «البينة على المدعى، والبينة على المدعى عليه» وحيث إن اليمين خلاف البينة. وقد قسم النبي ﷺ بين الخصميين فجعل على المدعى البينة، وعلى المنكر اليمين، فلا يجوز الحكم بشاهد ويمين.

وأيضاً جعل النبي صلى الله تعالى عليه وسلم جنس البينة على المدعى، وجنس الأيمان على المنكر. وحيث أن تكون جميع أفراد البينة على المدعين، وجميع أفراد اليمين على المنكرين. فلو حلف المدعى مع الشاهد كان مخالفاً للنص.

وقول الرسول عليه الصلاة والسلام: «لَوْ أُعْطِيَ النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ... الخ». يدل على بطلان القول بالشاهد واليمين. إذ إن اليمين هي دعواه، لأنه مخبرها ومخبر دعواه واحد فلو استحق يمينه كان مستحقاً بدعواه. وقد منع النبي صلى الله تعالى عليه وسلم ذلك.

٣- بما روى عن علقمة بن حجر عن أبيه في الحضرمي الذي خاصم الكندي في أرض ادَّعَاها في يده وجحد الكندي. فقال النبي عليه الصلاة والسلام للحضرمي: «شاهدك أو يمين ليس لك إلا ذلك» نفى النبي صلى الله تعالى عليه وسلم أن يستحق شيئاً بغير شاهدين، وأخبر أنه لا شيء له غير ذلك.

ويرد على أدلة المجوزين ما يأتي.

١- يرد على حديث ابن عباس أن سيف بن سليمان ضعيف. ثم إن الطحاوي أعلل هذا الحديث بأنه لا يعلم قيساً يحدث عن عمرو بن دينار. وقال الترمذي في العلل. سألت محمداً يعني البخاري عن هذا الحديث فقال: «لم يسمعه عندي عمرو منه ابن عباس».

٢- قال البيهقي في حديث جعفر روى إبراهيم بن أبي هنيذ عن جعفر عن أبيه عن جابر رفعه. أتاني جبريل وأمرني أن أقضي باليمين مع الشاهد وإبراهيم ضعيف جداً رواه ابن عدي، وابن حبان في ترجمته. وقيل: إنه أخطأ فيه فذكر فيه جابراً. وإِنَّمَا هو عن أبي جعفر محمد بن علي ابن النبي صلى الله عليه وسلم.

٣- يرد على حديث أبي هريرة، أن سهيلاً: أنكر أنه حدث به ربيعة، «مثل هذا الحديث لا يثبت به شريعة مع إنكار من روى عنه إِيَّاهُ وفقد معرفته به. ولكن الحافظ في «الفتح» قال في هذا الحديث رجال مَدِينُونَ ثقات، ولا يضر أن سهيل بن أبي صالح نسيه بعد أن حدث به ربيعة، لأنه كان بعد ذلك يرويه عن ربيعة عن نفسه.

هذا ما ورد على سند هذه الأحاديث، ثم هي بعد يحتمل أن يكون المعنى قضى تارة بشاهد يعني بجنسه، وتارة بيمين فلا دلالة فيها على الجمع بينهما. ولئن سلم أن هذه الأحاديث تقتضي الجمع فليس فيها ما يدل على أن اليمين هو يمين المدعى. بل يجوز أن يكون المراد يمين المدعى عليه. ويحتمل أن يكون الحكم بشاهد ويمين فيمن اشترى جارية وأدعى عيباً في موضع لا يجوز النظر إليه إلا لعذر، فتقبل شهادة الشاهد الواحد في وجود العيب، ويُسْتَحْلَفُ المشتري مع ذلك بالله ما رضي به، فيكون قد قضى بالرد على البائع بشهادة شاهد مع يمين الطالب، وهو المشتري ورد على أدلة المانعين ما يأتي.

١- يرد على الاستدلال بالآية. أنه دلالتها على عدم جواز الحكم بشاهد ويمين إِنَّمَا هي =

بالمفهوم، والمانعون لا يقولون به فضلاً عن مفهوم العدد.

ويرد على قولهم أن الزيادة نسخ، وأخبار الأحاد لا تنسخ المتواتر. أن النسخ رفع الحكم ولا رفع هنا؛ لأن الذي ثبت بالأخبار حكم سكت عنه الكتاب قبيلة السنة، وأيضاً فإن النسخ والمنسوخ لا بد أن يتوارد على محل واحد، وهذا غير متحقق في الزيادة على البعض، ثم لو كانت كل زيادة نسخاً للزم على المانعين أن يبيحو الجمع بين البنت، وعمتها، لأن التحريم زيادة على النص. «وَأَحَلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ»، ولكنهم لا يقولون بِإِيَّاحَةِ الجمع، وحيث كان كذلك علم أنه السنة الصحيحة إِذَا أُثْبِتَتْ حكماً سكت عن الكتاب، وجب قبوله. وعلم أنه ليس بنسخ إِذْ ليس في السنة الصحيحة ما يخالف كتاب الله.

قال أَبُو الْقَاسِمِ فِي «الطرق الحكمية»: «والذي يجب على كل مسلم اعتقاده أن ليس في سنة رسول الله ﷺ الصحيحة سنة واحدة تخالف كتاب الله. بل السنن مع كتاب الله على ثلاث منازل:

المنزلة الأولى: سنة موافقة شاهدة بنفس ما شهدت به الكتب المنزلة.

المنزلة الثانية: سنة تفسر الكتاب، وتبين مراد الله منه وتقيد مطلق.

المنزلة الثالثة: سنة متضمنة لحكم سكت عنه الكتاب قبيلته بياناً مبتدأ، ولا يجوز رد واحدة من هذه الأقسام الثلاثة، وليس للسنة مع كتاب الله منزلة رابعة.

ويرد على قولهم إِذَا كَانَ يَكْتَفِي بِشَهَادَةِ شَاهِدٍ، وَيَمِينِ الْمُدْعَى مَا كَانَ هُنَاكَ حَاجَةً لِأَن تَذَكَّرَ إِحْدَى الْمَرَاتَيْنِ الْآخَرَى. أَن الْحَاجَةَ إِلَى إِذْكَارِ إِحْدَاهُمَا الْآخَرَى، إِنَّمَا هُوَ فِيمَا إِذَا شَهِدْتَ، فَأَمَّا إِذَا لَمْ تَشْهَدْ قَامَتْ مَقَامَهُمَا يَمِينُ الطَّالِبِ بَيَانِ السَّنَةِ الثَّابِتَةِ.

ويرد على الاستدلال بالحديث البينة على من ادعى. أن الحكمة التي من أجلها جعلت البينة على المدعي واليمين على المنكر أن جانب المدعي ضعيف، لأن يقول خلاف الظاهر. فكلف الحجة القوية وهي البينة لأنها لا تجلب لنفسها نفعاً، ولا ترفع عنها ضرراً. فيقوى بها ضعف المدعي. وجانب المدعى عليه قوي؛ لأن الأصل فراع ذمته فاكتفى منه باليمين، وهي حجة ضعيفة، لأن الحالف يجلب لنفسه النفع ويرفع عنها الضرر فكان ذلك في غاية الحكمة. فإذا ما شهد شاهد فقد قوى جانب المدعي فتكون اليمين من جهته. إِذْ إِنَّهَا تَكُونُ مِنْ جَانِبِ أَقْوَى الْمُتَدَاعِيَيْنِ.

ويرد على استدلالهم بقول الرسول - صلى الله تعالى عليه وسلم -: «لَوْ أُعْطِيَ النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ» إن لم يعط بدعواه، وَإِنَّمَا أُعْطِيَ بِالشَّاهِدِ، وَالْيَمِينِ تَقْوِيَةً لِهَذَا الشَّاهِدِ، وَلِذَا لَوْ رَجَعَ الشَّاهِدُ كَانَ الضَّمَانُ كُلَّهُ عَلَيْهِ.

٣- يرد على الاستدلال بحديث شاهداك أو يمينه، أن لا يَدُلُّ على عدم جواز الحكم بشاهد ويمين إلا بالمفهوم، والمانعون لا يقولون به.

الإجابة عما ورد على الأدلة:

أجيب عما ورد على سند الأحاديث التي استدلت بها المجوزون أنها رويت من طرق كثيرة بعضها صحيح لا مطعن فيه ورواها ثِيْفٌ وَعَشْرُونَ صحابياً. وَخَرَجَ مُسْلِمٌ رِوَايَةَ الشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ. وَأَمَّا كَوْنُهَا مُحْتَمَلَةً فَقَدْ رَدَّ عَلَى ذَلِكَ أَبُو الْعَرَبِيِّ بِقَوْلِهِ: «وَأُظْرَفُ مَا وَجَدْتُ لَهُمْ فِي رَدِّ الشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ أَمْرَانِ. أَحَدُهُمَا أَنَّ الْمُرَادَ قَضَى بِيَمِينِ الْمُنْكَرِ مَعَ شَاهِدِ الطَّالِبِ. وَالْمُرَادُ أَنَّ الشَّاهِدَ الْوَاحِدَ لَا يَكْفِي فِي ثُبُوتِ الْحَقِّ فَيَجِبُ الْيَمِينُ عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ. فَهَذَا الْمُرَادُ بِقَوْلِهِ قَضَى بِالشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ، وَتَعَقَّبَهُ ابْنُ الْعَرَبِيِّ بِأَنَّهُ جَهْلٌ بِاللُّغَةِ لِأَنَّ الْمَعْنَى تَقْتَضِي أَنْ تَكُونَ مِنْ شَيْئَيْنِ فِي جِهَةٍ وَاحِدَةٍ لَا فِي =



المتضادين. ثانيهما حمله على صورة مخصوصة، وهي أنَّ رجلاً اشترى عبداً فادعى المشتري أنَّ به عيباً، وأقام شاهداً واحداً فقال البائع: بَعْتُهُ بالبراءة فيحلف المشتري أن ما اشتراه بالبراءة، ويرد العبد. وتعقبه بأنها صورة نادرة، ولا يحمل الخبر على النادر. هذا ما أجيب به عما ورد على أدلة المجوزين، ولم تجب أحد فيما نعلم عما ورد على أدلة المانعين.

وانتصار المذهب المجوزين. قال أبو عبيد أنَّ القضاء بشاهد، ويمين هو الذي يختاره اقتداء رسول الله ﷺ واقتصاصاً لأثره. وليس ذلك مخالفاً لكتاب الله عند من فهمه. والسنة مفسرة للكتاب و مترجمة عنه. وعلى هذا كثير من الأحكام التي أخذنا بها نحن، ومن خالفنا في الشاهد واليمين كقوله رسول الله ﷺ «لَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ» والرجم على المحصن، والنهي عن نكاح المرأة على عمتها أو خالتها، والتحریم من الرضاع ما يحرم من النسب. وقطع الموارثة بين أهل الإسلام، والكفر، وتحريم كل ذي ناب من السباع ومخلب من الطير وعدم قتل الوالد بالولد... في شرائع كثيرة لا يوجد لفظها في ظاهر الكتاب، ولكنها سنة شرعها رسول الله ﷺ فعلى الأمة اتباعها كاتباع الكتاب، وكذلك الشاهد واليمين لما قضى رسول الله ﷺ بهما. وإمّا في الكتاب فرجل وامرأتان، فعلم أنَّ ذلك إذا وجدنا فإذا عدمتا قامت اليمين مقامهما. كما علم حين مسح النبي ﷺ على الخفين أن قوله تعالى: ﴿وَأَزْجَلِكُمْ﴾ معناه: أن تكون الأقدام بادية، وكذلك لما رجم المحصن في الزنى علم أن قوله تعالى: ﴿فَأَجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾ للبكرين، وكذلك ما ذكرنا من السنن فما بال الشاهد، واليمين ترد من بينها.

وقال ابنُ تَيْمِيَّةَ والقرآن لم يذكر الشاهدين، والرجل والمرأتين في طرق الحكم التي يحكم بها الحاكم وإمّا ذكر هذين النوعين من البيئات في الطرق التي يحفظ بها الإنسان حقه. ثم قال: وما تحفظ به الحقوق شيء، وما يحكم به الحاكم شيء آخر. فَإِنَّ طرق الحكم أوسع من الشاهدين والرجل والمرأتين فَإِنَّ الحاكم يحكم بالنكول ولا ذكر له في القرآن. فَإِنَّ كان الحكم بشاهد ويمين مخالفاً لكتاب الله فالحكم بالنكول أشد مخالفة.

وقال الرُّبَيْعُ: قال الشافعي: قال بعض الناس في اليمين مع الشاهد قولاً أسرف فيه على نفسه قال: أَرُدُّ حكم من حكم بهما، لأنه مخالف للقرآن. فقلت له: الله أمر بشاهدين، أو شاهد وأمرأتين، قال نعم. فقلت أحتم من الله ألا يجوز أقل من شاهدين؟ قال: فَإِنَّ قلته. قلت فقله. قال قد قلته. قلت: وتجد في الشاهدين الَّذِينَ أَمَرَ اللهُ بهما حداً. قال نعم. حران مسلمان بالغان عدلان. قلت: ومن حكم بدون ما قلت، خالف حكم الله. قال: «نعم» قلت له: إن كان كما زعمت فقد خالفت حكم الله قال وأين؟ قلت: أجزت شهادة أهل الذَّمَّة وهم غير الذين شرط الله إن تجوز شهادتهم. وأجزت شهادة القابلة وحدها على الولادة، وهذا إن وجهان أعطيت بهما من جهة الشهادة، ثم أعطيت بغير شهادة في القسامة وغيرها، قلت: والقضاء بالشاهد، واليمين ليس يخالف حكم الله، بل هو موافق لحكم الله إذ فرض الله طاعة رسوله فاتبعت رسول الله ﷺ سبحانه وتعالى قبلت كما قبلت عن رسوله.

وقال الشوكاني: إنَّ جميع ما أورده المانعون من الحكم بشاهد ويمين. غير نافق في سوق المناظرة عند من له الإمام بالمعارف العلمية. وأقل نصيب من إنصاف. فالحق أن أحاديث العمل بشاهد ويمين زيادة على ما دل عليه قوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾. وعلى ما دل عليه قوله ﷺ: شاهدك أو يمين. غير منافية للأصل. فقبولها متمم، وغاية ما يقال على =

التي توجب المَالَ؛ كَالْخَطَأِ، وَشِبْهِ الْعَمْدِ، وَكَالْجَوَائِفِ، وَكَذَلِكَ حُقُوقُ الْأَمْوَالِ؛ كَالرَّهْنِ، وَالْأَجْلِ، وَالخِيَارِ عَلَى مَا تَبَيَّنَ، فِيمَا يَثْبِتُ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ.

وَإِنَّمَا اخْتَصَّ الْقَضَايَا بِالشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ بِالْأَمْوَالِ وَحَقُوقِهَا؛ لِأَنَّ عَمْرَو بْنَ دِينَارٍ رَأَى الخَبَرَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا - لَمَّا رَوَى الخَبَرَ قَالَ: وَذَلِكَ فِي الْأَمْوَالِ، وَقَوْلُ الرَّأْيِ مُتَّبِعٌ فِي تَفْسِيرِ مَا يَزِيدُهُ، وَتَخْصِيصُهُ.

وأيضاً فقد رُوِيَ عن أَبِي هُرَيْرَةَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «اسْتَشْرْتُ جَبْرِيلَ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي الْقَضَاءِ بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ، فَأَسَارَ عَلَيَّ بِذَلِكَ فِي الْأَمْوَالِ لَا

= فرض التعارض. وإن كان فرضاً فاسداً أن الآية والحديث المذكورين يدلان بمفهوم العدد على عدم قبول الشاهد واليمين، والحكم بمجردهما، وهذا المفهوم المردود عند أكثر الأصوليين لا يعارض المنطوق، وهو ما ورد في أحاديث العمل بشاهد ويمين على أن يقال العمل بشهادة المرأتين مخالف لمفهوم شاهدك أو يمين. فَإِنْ قَالُوا: قَدَّمْنَا عَلَى هَذَا الْمَفْهُومِ مَنْطُوقَ الْآيَةِ الْكَرِيمَةِ قُلْنَا: وَنَحْنُ قَدَّمْنَا عَلَى ذَلِكَ الْمَفْهُومِ مَنْطُوقَ أَحَادِيثِ الْبَابِ هَذَا عَلَى فَرْضِ أَنَّ الْخَصْمَ يَعْمَلُ بِمَفْهُومِ الْعَدَدِ، فَإِنْ كَانَ لَا يَعْمَلُ بِهِ، فَالْحِجَّةُ عَلَيْهِ أَوْضَحُ وَأَتَمُّ.

وبعد أن ذكرنا أدلة الطرفين وما نوقشت به. لا يسعنا إلا أن نقول أن الحكم بشاهد ويمين جائز. إذ يبعد كثيراً أن يختلق أولئك الرواة العديدون على رسول الله ﷺ بشاهد ويمين. وأيضاً فقد يحصل أن يتعامل بعض الناس ولا يحضره إلا شاهد واحد. ففي مثل هذه الصورة نقول للمدعى أنك قصرت حيث لم تستشهد شاهدين؟ ولذلك قد ضاع حقه. وذهب مالك إلى أن العدل كل العدل أن يقضي بالشاهد واليمين في مثل هذا اقتداء برسول الله.

نعم إن الزهري قال في الشاهد واليمين أن هذا بدعة. وأول من أجازها معاوية والزهري من أعلم أهل المدينة في وقته. فلو كان خبر الشاهد واليمين ثابتاً لما خفي عليه. ولكن العقل يجوز أن يخفي الخبر على الزهري مع مكانته العلمية ولا يجوز أن يخطأ نيف وعشرون صحابياً منهم الخلفاء الأربعة رضوان الله عليهم.

الحق كما يبدو لنا أن الحكم بشاهد ويمين جائز. والمصلحة داعية إلى الأخذ بهما هذا ومما نستنكره أن من الأئمة الأجلاء والعلماء الباحثين في هذا الموضوع من وجه إلى مخالفتهم الحنفية ومن وافقهم ألفاظاً تنقص من مكانتهم العلمية.

قال الإمام مالك بعد أن سرد أن الحكم بشاهد ويمين حكم به الصحابة. قال وإنه ليكفي من ذلك ما مضى من عمل السنة أترى هؤلاء تنقض أحكامهم. ويحكم ببدعتهم هذا غفال شديد ونظر غير سديد.

ويقول القرطبي رداً على المانعين وهذا كله غلط وظن لا يفنى من الحق شيئاً وليس من نفي وجهل كمن أثبت وعلم.

ويقول ابن العربي أنه جهل باللغة.

ولئن جاز في عرف البسطاء أن ينالوا من مخالفتهم. وأن ينقصوا من أقدارهم. أثناء بحثهم ونقاشهم. ما كان يجوز مطلقاً أن يحصل هذا ممن لهم منزلتهم ومكانتهم.

تَعْدُو ذَلِكَ<sup>(١)</sup>. وإنما اُمتنعَ القَضَاءُ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ فِي عُيُوبِ النِّسَاءِ، وَمَا فِي مَعْنَاهَا؛ لِأَنَّهَا أُمُورٌ خَطِيرَةٌ، بِخِلَافِ الْأَمْوَالِ، وَقَبُولُ شَهَادَةِ النِّسَاءِ فِيهَا، مِنْ جِهَةِ أَنَّ الرَّجَالَ لَا يَطْلِعُونَ عَلَيْهَا غَالِبًا، وَهَلْ يَجُوزُ الْقَضَاءُ بِشَهَادَةِ امْرَأَتَيْنِ مَعَ الْيَمِينِ؟

أما في الأموال فلا، خِلافًا لِمَالِكٍ، وَاحْتِجَ الْأَصْحَابُ بِأَنَّ الْمُنْضَمَّ إِلَى الْيَمِينِ، إِذَا شَهِدَتْ امْرَأَتَانِ، أضعفَ شَطْرِي الْحُجَّةَ، فلا يقنع بانضمام الضعيف إلى الضعيف، كما لا يقنع بانضمام شهادة امرأتين إلى شهادة امرأتين.

وأما فيما يثبتُ بشهادة النساءِ وَخَدَهْنِ، فإن أبا الفرج السرخسي حكى عن طائفةٍ منهم الشيخ أبو علي: أنه يجوزُ؛ لأنَّ الْمُنْضَمَّ حَيْثُ تَدَّ، شَطْرُ تَامُّ لِأضعفَ الشَّطْرَيْنِ. وعن آخرين: المنع؛ لأنه لم ينضمَّ إليها أقوى الشَّطْرَيْنِ، فلم يكن في معنى المنصوص. وهذا أوفق لإطلاقِ عامةِ الثَّقَلَيْنِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ.

والثاني: هل القَضَاءُ بِالشَّاهِدِ، أو بِالْيَمِينِ، أو بِهِمَا، فِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهُ:

أحدها: أنه بالشاهد؛ لِأَنَّ إِبْتِاتَ الْحَقِّ بِالْيَمِينِ بَعِيدٌ، لَكِنْ يُؤَكِّدُ بِهَا الْحُجَّةَ، كَالْحُجَّةِ الْمُقَامَةَ عَلَى الْغَائِبِ وَالْمَيِّتِ.

والثاني: بِالْيَمِينِ وَالشَّاهِدِ يَقْوَى جَانِبَ الْمُدْعِي، كَاللُّوْثِ فِي الْقَسَامَةِ؛ لِأَنَّ الشَّاهِدَ الْوَاحِدَ لَيْسَ بِحُجَّةٍ، وَالْيَمِينُ حُجَّةٌ فِي الْحُكْمِ، وَرَبِمَا اسْتَأْنَسَ صَاحِبُ هَذَا الْوَجْهِ بِرِوَايَةٍ مَنْ رَوَى: أَنَّهُ قَضَى بِالشَّاهِدِ الْوَاحِدِ مَعَ يَمِينِ الطَّالِبِ، وَجَعَلَا مَا دَخَلَ عَلَيْهِ كَلِمَةُ «مَعَ» شَرْطًا.

وأصحهما: أَنَّ الْقَضَاءَ يَقَعُ بِهِمَا جَمِيعًا، كَمَا يَقَعُ بِالشَّاهِدِ.

وفائدة الاختلافِ تَظْهَرُ فِيهِمَا لَوْ رَجَعَ الشَّاهِدُ، فَعَلَى الْأَوَّلِ؛ يَغْرَمُ، إِذَا جَعَلْنَا الرُّجُوعَ سَبَبًا لِلغُرْمِ. وَعَلَى الثَّانِي؛ لَا يُغْرَمُ، وَعَلَى الثَّلَاثِ؛ يُغْرَمُ النُّصْفَ.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَيَحْتَمِلُ عَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي أَنْ يُخْرَجَ الْغُرْمُ عَلَى الْخِلَافِ فِي أَنْ الْمُزَكِّيَ هَلْ يُغْرَمُ؛ لِأَنَّ الْقَضَاءَ وَإِنْ كَانَ بِالْيَمِينِ، فَقَوْلُ الشَّاهِدِ هُوَ الَّذِي نَفَّذَهُ، وَيُجْزَىءُ مِثْلُ هَذَا فِي النُّصْفِ عَلَى الْوَجْهِ الثَّلَاثِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْفَصْلُ الثَّلَاثُ: فِي كَيْفِيَّتِهِ:

وَإِنَّمَا يَخْلِفُ الْمُدْعِي بَعْدَ شَهَادَةِ الشَّاهِدِ، وَتَعْدِيلِهِ، فَإِنْ جَانِبَهُ إِنَّمَا يَتَّقَوِي حَيْثُ تَدَّ، وَإِنَّمَا يَخْلِفُ مَنْ قَوِيَ جَانِبُهُ، وَكَذَلِكَ يَخْلِفُ الْمُدْعَى عَلَيْهِ، فَإِنَّ الْأَصْلَ يَقْوَى جَانِبَهُ، وَيَحْلِفُ الْمُدْعِي إِذَا نَكَلَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ التُّكُولَ قَوَى جَانِبَهُ.

(١) أخرجه الدارقطني بإسناد ضعيف قاله الحافظ في التلخيص.

وعن ابن أبي هُرَيْرَةَ: أنه يجوز تَقْدِيمُ الْيَمِينِ، كما يجوز أن تَتَقَدَّمَ شَهَادَةُ الْمَرْأَتَيْنِ على شَهَادَةِ الرَّجُلِ. حكاه عنه الْقَاضِي أَبُو حَامِدٍ، فيما ذكره الشيخ أَبُو حَامِدٍ.

وللإمام: احتمال التَّقْدِيمِ على تَعْدِيلِ الشَّاهِدِ، ويجب أن يَتَعَرَّضَ الْمُدْعِي فِي الْيَمِينِ بِصِدْقِ الشَّاهِدِ، فيقول: وَاللَّهِ إِنْ شَهِدِي لَصَادِقٍ، وَإِنِّي مُسْتَحِقٌّ لَكَذَا.

قال الإمام: ولو قَدَّمَ ذِكْرَ الْحَقِّ، وَأَخَّرَ تَصْدِيقَ الشَّاهِدِ، فلا بَأْسَ ولم أجد أحداً يَضَاقِقُ فِيهِ، وَوَجَّهُوا اشْتِرَاطَ التَّعَرُّضِ لِصِدْقِ الشَّاهِدِ؛ بَأْنَ الْيَمِينِ وَالشَّاهِدَةَ حُجَّتَانِ مُخْتَلِفَتَا<sup>(١)</sup> الْجِنْسِ، فَاعْتَبِرْ اِزْتِبَاطَ أَحَدَهُمَا بِالْآخَرِ، لِيَصِيرَا كَالنُّوعِ الْوَاحِدِ. وهذا التَّوَجُّهِ قَوِيٌّ أَمْ ضَعِيفٌ؟ إِنَّمَا يَنْتَظِمُ عَلَى قَوْلٍ مِنْ يَقُولُ بِاسْتِنَادِ الْقَضَاءِ إِلَيْهِمَا جَمِيعاً.

وإذا فَسَقَ الشَّاهِدُ بَعْدَ الْقَضَاءِ لَمْ يُنْقِضِ الْحُكْمَ، وَإِنْ فَسَقَ قَبْلَهُ صَارَ كَأَنَّ لَا شَاهِدَ، فَيَحْلِفُ الْمُدْعَى عَلَيْهِ، فَإِنْ نَكَلَ رُدُّ الْيَمِينِ عَلَى الْمُدْعِي، وَلَمْ يَعْتَدِ بِمَا مَضَى، وَلَوْ لَمْ يَخْلِفِ الْمُدْعَى مَعَ شَهِدِهِ، وَطَلَبَ يَمِينَ الْخَصْمِ، فَهَذَا ذَلِكَ، فَإِنْ حَلَفَ سَقَطَتِ الدَّعْوَى.

قال ابن الصَّبَّاحِ: وليس له أن يَخْلِفَ بَعْدَ ذَلِكَ مَعَ شَاهِدٍ، بخلاف ما لو أقام بَيِّنَةً بَعْدَ يَمِينِ الْمُدْعَى عَلَيْهِ، حيث يَسْمَعُ، لَأَنَّ الْبَيِّنَةَ قَدْ يَتَعَدَّرُ عَلَيْهِ إِقَامَتُهَا [بَعْدَرًا]<sup>(٢)</sup>، وَالْيَمِينِ إِلَيْهِ بَعْدَ شَهَادَةِ الشَّاهِدِ الْوَاحِدِ فَلَا عُذْرَ لَهُ فِي الْاِمْتِنَاعِ، وَإِنْ نَكَلَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ<sup>(٣)</sup>، فَأَرَادَ الْمُدْعَى أَنْ يَخْلِفَ يَمِينَ الرَّدِّ، فقولان:

أصحهما: أنه يُمَكِّنُ مِنْهُ، وَهَذِهِ الصُّورَةُ مَذْكُورَةٌ فِي الْكِتَابِ؛ فِي «بَابِ دَعْوَى الدَّمِّ»، وَيَجْرِيانِ فِيهَا إِذَا ادَّعَى مَالاً، وَنَكَلَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ، وَلَمْ يَخْلِفِ الْمُدْعَى يَمِينَ الرَّدِّ، ثُمَّ أَقَامَ شَاهِدًا وَاحِدًا، وَأَرَادَ أَنْ يَحْلِفَ مَعَهُ، فَإِنْ قُلْنَا: لَيْسَ لَهُ أَنْ يَخْلِفَ يَمِينَ الرَّدِّ، فَالْمَنْقُولُ؛ أَنَّهُ يَحْبِسُ الْمُدْعَى عَلَيْهِ حَتَّى يَخْلِفَ، أَوْ يَقْرَأَ لِأَنَّ يَمِينَهُ حَقُّ الْمُدْعَى، فَلَا يَتِمَكَّنُ مِنْ إِسْقَاطِهِ.

لكن على هذا القول التَّقْصِيرِ مِنْهُ حَيْثُ لَمْ يَخْلِفَ مَعَ شَاهِدِهِ، فَيَمَّا يَنْبَغِي أَنْ يَحْلِفَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ<sup>(٤)</sup>.

(١) فِي ز: مُخْتَلَفًا. (٢) سَقَطَ فِي: ز.

(٣) قَالَ الشَّيْخُ الْبَلْقِينِي: ظَاهِرُ مَا نَقَلَهُ عَنِ ابْنِ الصَّبَّاحِ مُخَالَفَةُ نَصِّ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فِي الْمَخْتَصَرِ فِي بَابِ الْاِمْتِنَاعِ مِنَ الْيَمِينِ وَلَفْظُهُ قَالَ الشَّافِعِيُّ وَإِنْ حَلَفَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ أَوْ لَمْ يَحْلِفْ وَنَكَلَ الْمُدْعَى وَأَبْطَلْنَا يَمِينَهُ ثُمَّ جَاءَ بِشَاهِدَيْنِ أَوْ بِشَاهِدٍ حَلَفَ مَعَ شَاهِدِهِ وَأَخَذَ مَالَهُ بِحَقِّهِ وَالْبَيِّنَةُ الْعَادِلَةُ أَحَقُّ مِنَ الْيَمِينِ الْفَاجِرَةِ. انْتَهَى.

(٤) فِي الرَّوْضَةِ: فَيَنْبَغِي أَلَّا يَحْبِسَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ.

وقد ذكر صاحب «الشامل» نحواً من هذا<sup>(١)</sup>.

وعند مالك: إذا نكَل المدعى عليه، قضى عليه، ولا حاجة إلى يمين المدعي، وليس ذلك؛ لأنه يذهب<sup>(٢)</sup> إلى القضاء بالثكول، لكنه جعل نكول المدعى عليه، مع شاهد المدعي كتكول المدعى عليه، مع يمين المدعي، واحتج الأصحاب بأنه، لو نكَل المدعى عليه، ولو أن المدعي بعدما امتنع عن الحلف مع شاهده، واستحلف الخصم، أراد أن يعود، ويخلف مع شاهده، حكى المحاملي: أنه ليس له ذلك؛ لأن اليمين قد انقلب من جانبه إلى جانب صاحبه، إلا أن يعود إلى مجلس آخر، فيستألف الدعوى، ويقيم الشاهد، فحيثئذ يخلف معه. والله أعلم.

قال العزالي: ولو أدهى عبداً في يد غيره أنه كان ملكه فأعتقه فلا يكفيه شاهد ويمين لأنه يثبت الحرية دون الملك، ولو أدهى في جارية وولدها أنها مستولدة والولد منه وحلف مع الشاهد الواحد ثبت ملك المستولدة وعققت عند موته بإقراره، ولا يثبت نسب الولد وحرثته على أقيس القولين إذ لا معنى لتبعيته في الحجة وهو مستقل، وهذه الحجة لا تكفي للحرية والنسب.

قال الرافعي: فيه صورتان، ترتبط إحداهما بالأخرى، وتدخل فيها فتؤدبهما، على ما لهما من المداخلة، والارتباط، ونقول: جارية وولدها في يد رجل يسرقها، فجاء مدع، وقال: هذه مستولدي، والولد مني، علقته به في ملكي، فإن أقام عليه شاهدين، يثبت ما يدعيه. وإن أقام شاهداً واحداً وحلف معه، أو رجلاً وامرأتين، يثبت الاستيلاء؛ لأن المستولدة ومنافعها للسيد، وسبيلها سبيل الأموال الثابتة بالحجة الناقصة، فتسلم إليه، وإذا مات حكم بعقوبتها، بإقراره<sup>(٣)</sup>، وهل يحكم له بالولد؟ فيه قولان:

أحدهما: نعم؛ لأننا حكمنا له بالجارية، والولد فرعها، فأشبه ما إذا أثبت غضب الجارية، يحكم له بالولد الحاصل منها في يد الغاصب، وأيضاً فإن الولد في دغواه

(١) قال الشيخ البلقيني ما قاله المصنف تبعاً لأصله أنه المنقول. ذكره في الحاوي عن أبي حامد الإسفرايني وقال إنه خطأ انتهى.

وما نقله الشيخ أبو حامد هو المنقول عن القاضي أبي الطيب والقاضي الحسين وابن الصباغ والمحاملي والعمرائي وما ذكره الشيخ احتمالاً فقهه ظاهر.

(٢) في ز: مذهب.

(٣) قال الشيخ البلقيني: جزم بأن المستولدة يحكم بعقوبتها بإقراره وقضية ثبوت الاستيلاء بإقراره وهو أحد وجهين حكاهما الماوردي والثاني أن ذلك بالشاهد واليمين ويخرج من نص الشافعي في الأم رأي ثالث أن ذلك بالمجموع.

حُرٌّ، كما في الجارية، وبه يثبت الاستيلاء، فإذا اختص بالجارية على صفة أمية الولد تعدى الاختصاص إلى الولد، هكذا وجهوه.

وعلى هذا، فينتزع الولد، ويكون حراً نسبياً بإقرار المدعي.

والثاني: المنع؛ لأنه لا يدعي ملك الولد، وإنما يدعي نسبه، وحرية، وهما لا يثبتان<sup>(١)</sup> بهذه الحجة، فعلى هذا؛ يبقى الولد في يد صاحب اليد. وهل يثبت نسبه بإقرار المدعي؟ فيه ما ذكرناه في الإقرار، واللقط في استلحاق عبد الغير.

واختار المزي من القولين الأول، واحتج بأن الشافعي - رضي الله عنه - نص فيما لو كان في يد رجل عبد بزعمه، يسترقه، فجاء آخر، وأدعى أنه كان له، وأنه أعتقه، وصاحب اليد ظالم باسترقاقه، وأقام عليه شاهداً واحداً، وحلف معه، أو رجلاً وامرأتين، أنه ينتزع من يد صاحب اليد، ويحكم بأنه عتيق على المدعي، بإقراره.

وموجب قول المدعي ها هنا الحرية، كما أن موجب قوله هناك حرية الولد، وكما انتزع المدعي، وقضى بكونه مولى له، وجب أن ينتزع الولد، ويقضى بكونه ابناً له.

وللأصحاب في صورة الاختجاج طريقتان:

أحدهما: أن فيها قولين أيضاً:

أحدهما: أنه لا ينتزع، ولا تقبل بيته؛ لأنه يشهد بملك متقدم، فصار كما إذا ادعى مدع ملكاً في الحال، وشهد شهوده بأنه كان ملكاً له من قبل. والثاني: ينتزع، وتقبل بيته، لأنها موافقة للدعوى، بخلاف ما إذا ادعى الملك في الحال، وشهد الشهود بالملك المتقدم، وعلى هذا فنحكم بحريته بإقراره. فمن قال بهذه الطريقة، قال: أحاب الشافعي - رضي الله عنه - على أحد القولين فلا احتجاج.

والثاني: القطع<sup>(٢)</sup> بالقبول، والانتزاع، وبه قال أبو إسحاق، وفرق الصائرون إليه بين هذه الصورة، وصورة المستولدة، بأن المدعي يدعي ههنا ملكاً متقدماً في العبد، وحجته تصلح لإثبات الملك، وإذا ثبت الملك، ترتب العتق عليه بإقراره. وفي صورة الاستيلاء، إنما قدمت الحجة على ملك الأم، لا جرم أثبتناه ورببنا عليه العتق، إذا جاء وقتة بإقراره.

وأما الولد، فقضية الدعوى في الحجة كونه حراً الأصل نسبياً، والحرية والنسب لا يثبتان بهذه الحجة، فلذلك افترقا.

(١) في ز: ينسبان.

(٢) رجح النووي في روضته طريقة القطع وقال في الكفاية: إن الجمهور على القطع.

ولو أن المدعي في مسألة الاستيلاء قال لصاحب اليد: استؤذنتها في ملكك، ثم اشتريتها مع الولد، فعتيق الولد عليّ، وأقام عليه حجة ناقصة، فالعتق الآن ترتب على المملك الذي قامت به الحجة الناقصة، فتكون على الطريقتين؛ كذلك حكي عن الفقهاء، هذا كلام الأصحاب على طبقاتهم - رحمهم الله [وإيانا]<sup>(١)</sup> - في صورتين.

والأشبه في مسألة الاستيلاء، وبه أجاب الروياني في «الحلية»، أن الولد لا ينتزع، والأظهر في صورة العبد، أنه ينتزع، ويحكم بأنه عتيق بإقراره، وبه أجاب صاحب «التهديب»، والروياني، وانحاز الإمام، وصاحب الكتاب، عن الأصحاب. فحكما أن اختيار المزي، أن حرية الولد لا تثبت، ولا تقبل هذه الحجة في حق الولد، وأن النص الذي نقله في مسألة العبد، أن المدعى لا يثبت، ويقر العبد في يد المدعى عليه، وأنه رجع، وقال: إذا لم يثبت العتق هناك مع أن قصر دعوته وحجته ترتبه على المملك، وتواردتهما على شخص واحد، فلائ لا تثبت في الولد، وهو شخص مستقل بقيام الحجة على المملك في الأم، كان أولى، ثم نقلنا عن الأصحاب طريقتين:

أحدهما: طرد القولين في مسألة العبد.

ثانيهما: القطع بأنه لا يثبت المدعى، ولا ينتزع العبد، ولا يحكم بعتقه؛ لأن صورة الاستيلاء الحجة صالحة للاستيلاء، والاستيلاء يقتضي ولداً، وفي العتق لا متشبك تتعلق بها الحجة، وهذا كله محال عن وجهه فإن شئت<sup>(٢)</sup> فراجع «المختصر» تبيّن أن الأمر على ما حكينا.

وأعلم قوله في الكتاب: «فلا يكفيه شاهد» بالواو.

واعلم أن الأظهر عند الأصحاب أنه يكفي شاهد ويمين، لثبوت المملك السابق، ثم يرتب عليه الحرية بإقراره.

ويجوز أن يعلم قوله: «على أقيس القولين» بالواو؛ لأن أبا الفرج حكى طريقة قاطعة بثبوت النسب والحرية. وتأثير هذه الحجة في الولد، وهي غريبة.

قال الغزالي: فروع: الأول إذا حلف الورثة مع شاهد واحد على دين للمورث استحقوا، فإن حلف واحد استحق الحالف نصيبه دون الناكِل، وليس لولد الناكِل بعد موته أن يخلف، فإن مات قبل التكوّل فلولده أن يخلف، وفي وجوب إعادة الشهادة وجهان، ولو نكل الوارث وللميت غريم فهل يخلف؟ فيه قولان، ولو كان فيهم غائب

(١) سقط في: أ.

(٢) في ز: يثبت.

حَلَفَ إِذَا حَضَرَ مِنْ غَيْرِ إِعَادَةِ الشَّهَادَةِ، وَكَذَا إِذَا بَلَغَ صَبِيًّا، وَلَوْ كَانَ التُّزَاعُ فِي وَصِيَّةٍ لِشَخْصَيْنِ، فَإِذَا قَدِمَ الْغَائِبُ فَعَلَيْهِ أَنْ يَحْلِفَ بَعْدَ إِعَادَةِ الشُّهُودِ لَا كَالْمِيرَاثِ فَإِنَّهُ كَالْمُسْتَجِدِّ وَلِلذَلِكَ يَخْرُجُ بِحَلْفِ أَحَدِ الْوَارِثِينَ نَصِيبُ الْغَائِبِ مِنْ يَدِ الْخَضَمِ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ بِخِلَافِ شَرِيكَ الْوَصِيَّةِ إِذَا أَقَامَ شَاهِدَيْنِ اسْتَوْفَى نَصِيبَ الْمَجْنُونِ وَالصَّبِيِّ الَّذِي لَمْ يَدَعِ الْبُلُوغَ وَيُوَخِّدُ نَصِيبَ الْغَائِبِ إِنْ كَانَ عَيْنًا، وَيَكْفِي دَعْوَى الْحَاضِرِ، وَإِنْ كَانَ دَيْنًا فَوَجْهَانِ يَجْرَبَانِ فِي كُلِّ مَنْ أَقْرَّ لَغَائِبٍ بِدَيْنِ أَنْ الْقَاضِي هَلْ يَسْتَوْفِيهِ أَمْ يَنْزُكُهُ؟ وَمَا يَسْتَوْفِيهِ الْحَاضِرُ مِنْ حِصَّتِهِ مِنَ الدَّيْنِ لَا يُسَاهِمُهُ الْغَائِبُ فِيهِ إِذَا رَجَعَ، وَإِنْ كَانَ عَيْنًا يُسَاهِمُهُ لِأَنَّ كُلَّ جُزْءٍ شَائِعٌ بَيْنَهُمَا، وَأَمَّا الدَّيْنُ فَإِنَّمَا يَتَعَيَّنُ بِالْتَّعْيِينِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: اللَّفْظُ فِي أَكْثَرِ النَّسَخِ «فُرُوعٌ» بِالْجَمْعِ، وَلَكِنْ لَمْ يَنْصُرْ عَلَى الثَّلَاثِ وَكَانَ نَقْضُهُ، صُورَةٌ وَقَفِ التَّشْرِيكَ الْمَذْكُورَةَ آخِرًا. فَإِنَّهُ جَعَلَهَا فِي «الْوَسِيَّةِ» مَسْأَلَةً بِرَأْسِهَا، وَالْآخَرِيَيْنِ فِي هَذَا وَالْفَقْهَ أَنَّهُ إِذَا ادَّعَى وَرَثَتَهُ مَيِّتَ دَيْنًا لِمُورَثِهِمْ، أَوْ عَيْنًا، فَإِنَّمَا يُحَكِّمُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ إِذَا ثَبِتَ لَهُمْ ثَلَاثَةٌ أَشْيَاءَ: الْمَوْتُ، وَالْوَرَاثَةُ، وَأَصْلُ الْمَالِ<sup>(١)</sup>.

وَالأُولُ وَالثَّانِي لَا مَدْخَلَ فِيهِمَا لِلشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ، بَلْ طَرِيقُ ثُبُوتِهِمَا إِقَامَةُ شَاهِدَيْنِ، وَإِقْرَارُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ.

وَأَمَّا الْمَالُ، فَلِلشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ مَدْخَلٌ فِيهِ، فَإِنْ حَضَرَ جَمِيعُ الْوَرَثَةِ، وَهُمْ كَامِلُونَ، وَأَقَامُوا شَاهِدًا وَاحِدًا، وَحَلَفُوا مَعَهُ، اسْتَحَقُّوا، وَالْمَأْخُودُ تَرِكَةً يُقْضَى مِنْهَا<sup>(٢)</sup> دِيُونُ الْمَيِّتِ، وَيَنْفَذُ وَصَايَاهُ، وَإِنْ امْتَنَعَ جَمِيعُهُمْ. وَعَلَى الْمَيِّتِ دَيْنٌ، فَهَلْ لِلغَرِيمِ أَنْ يَحْلِفَ؟

ذَكَرْنَا فِي التَّفْلِيسِ أَنَّهُ عَلَى قَوْلَيْنِ:

الْجَدِيدُ مِنْهُمَا، الْمَنُوعُ. وَالْقَوْلَانِ جَارِيَانِ فِيمَا إِذَا كَانَ قَدْ أَوْصَى لِإِنْسَانٍ، وَلَمْ يَحْلِفِ الْوَرَثَةُ، هَلْ يَحْلِفُ الْمَوْصَى لَهُ؟ فَإِنْ كَانَتْ الْوَصِيَّةُ بَعِيْنًا، وَادَّعَاهَا فِي يَدِ الْغَيْرِ، فَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ هَذَا مَوْضِعَ الْخِلَافِ، بَلْ يَجُوزُ لَا مَحَالَةَ.

وَإِنْ حَلَفَ بَعْضُ الْوَرَثَةِ دُونَ بَعْضٍ، وَأَخَذَ الْحَالِفُ نَصِيبَهُ، وَالنَّصُّ أَنَّهُ لَا يُشَارِكُهُ فِيهِ مِنْ لَمْ يَحْلِفَ. وَنَصُّ فِي كِتَابِ الصُّلْحِ: أَنَّهُمَا لَوْ ادَّعِيَا دَارًا إِزْنًا، فَصَدَقَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَحَدُهُمَا فِي نَصِيبِهِ يَشَارِكُهُ الْمُكَذَّبُ.

فَعَنْ ابْنِ الْقَاصِرِ وَغَيْرِهِ: أَنْ بَعْضَ الْأَصْحَابِ خَرَجَ فِيمَا ذَكَرَ فِي الصُّلْحِ قَوْلًا هَذَا: هُنَا: أَنْ مَا أَخَذَهُ الْحَالِفُ يُشَارِكُهُ فِيهِ مِنْ لَمْ يَحْلِفَ؛ لِأَنَّ الْإِزْنَ يَثْبِتُ عَلَى الشُّيُوعِ،

(٢) فِي ز: فِيهَا.

(١) فِي أ: وَأَهْل.



وامتنع عامتهم من هذا التخريج، وقطعوا بأنه لا شركة لها هنا، كما نص عليه، ولما افتقرت صورتان، نقل الإمام فيه طريقين، عن الأصحاب.

قال قوم: لأن صورة كتاب الصلح مصورة في العين<sup>(١)</sup>، وأعيان الشركة مشتركة بين الورثة، والمصدق معترف بأنه من الشركة، والتصوير لها هنا في الدين، والدين إنما يتعين بالتعيين، والقبض. فالذي أخذه الحالف تعين لنصيبه بالقبض، فلم يشاركه الآخر<sup>(٢)</sup> فيه، ومن قال بهذا قال: لو فرضت مسألة الصلح في الدين، لم تثبت الشركة، ولو فرض الشاهد ويمين بعض الورثة في العين، تثبت الشركة.

وقال آخرون: بل السبب ما يثبت ههنا، يثبت بالشاهد واليمين، فلو أثبتنا الشركة، لملكنا التاكيل بيمين غيره، وبعيد أن يمتنع الإنسان من الحلف، ونحن نملكه بحلف غيره، مع أن اليمين لا تجرى فيها النيابة، وهناك ما ثبت ثبت بإقرار المدعى عليه، ثم ترتب على ما أقر به إقرار المصدق، بأنه إرث، وعلى هذا فلا فرق ههنا بين العين والدين، ولا في صورة إقرار المدعى عليه.

وهذا الطريق الثاني هو الذي أوردته جمهور الأصحاب، وضحه الإمام، وخالفهم صاحب الكتاب في «الوسيط» من وجهين:

أحدهما: أنه أشار إلى إثبات الخلاف في صورتين، بالثقل، والتخريج في مسألة الصلح مما نحن فيه، ولم يتعرضوا له.

والثاني: أنه اعتمد في طريقه الفرق على معنى العين، والدين. وهل يقضى من نصيب الحالف جميع الدين؟ أم يقضى بالحصّة؟

قال في «الشامل»: يبنى على أن العريم، هل يحلف؟ إن قلنا: يحلف، لم يلزمه إلا قضاء حصته. وإن قلنا: لا يحلف، فيبنى على أن من لم يحلف من الورثة، هل يشارك الحالف؟ إن قلنا: نعم، فيقضى منه جميع الدين، لانا أعطيتناه حكم الشركة.

وإن قلنا: لا، [لم]<sup>(٣)</sup> يلزم إلى الحصّة هذا هو الكلام في نصيب الحالف.

أما من لم يحلف؛ فإن كان حاضراً، كامل الحال، وتكفل، ذكر الإمام: أن حقه يبتل بالكول، ولو مات، لم يكن لوارثه أن يحلف.

وفي كتاب القاضي ابن كج ما ينازع فيه، وقد توجه بأنه حقه، فله تأخيرهُ. قال الإمام: ولو أراد وارثه أن يقيم شاهداً آخر ليحلف معه، لم يتمكّن من الحلف أيضاً.

(٢) في ز: الأخذ.

(١) في أ: العين.

(٣) سقط في: أ.

لكن هل يُضْمُ هذا الشَّاهِدُ إِلَى الشَّاهِدِ الْأَوَّلِ لِيُحْكَمَ لَهُ بِالْبَيِّنَةِ؟ فِيهِ اخْتِمَالَانِ جَارِيَانِ، كَمَا لَوْ أَقَامَ مُدْعٍ شَاهِدًا فِي خُصُومَةٍ، ثُمَّ مَاتَ، فَأَقَامَ وَارِثُهُ شَاهِدًا آخَرَ، يَجُوزُ أَنْ يُقَالَ: لَهُ الْبِنَاءُ عَلَيْهِ. وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ: عَلَيْهِ تَجْدِيدُ الدَّعْوَى، وَإِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ الْأُولَى<sup>(١)</sup>، وَأَنَّهُ لَوْ أَقَامَ الْوَرِثَةُ شَاهِدًا، وَحَلَفَ مَعَهُ بَعْضُهُمْ، وَمَاتَ بَعْضُهُمْ، قَبْلَ أَنْ يَخْلِفَ أَوْ يَنْكُلَ، كَانَ لَوَارِثِهِ أَنْ يَخْلِفَ.

لكن هل يحتاج إلى إعادة الدَّعْوَى، والشاهد؟ فيه التَّرَدُّدُ المذكور.

وَالْأَشْبَهُ أَنَّهُ لَا يَحْتَاجُ، وَإِنْ كَانَ الَّذِي يَخْلِفُ غَائِبًا، أَوْ صَبِيًّا، أَوْ مَجْنُونًا، فَقَدْ نَصَّ الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فِي الْمَجْنُونِ: أَنَّهُ يُوقَفُ نَصِيْبُهُ، وَاخْتَلَفُوا فِي مَعْنَاهُ.

قَالَ أَبُو إِسْحَاقَ وَعَامَّةُ الْأَصْحَابِ: الْمُرَادُ؛ أَنَا نَمْتَنِعُ عَنِ الْحُكْمِ فِي نَصِيْبِهِ، وَتَتَوَقَّفُ إِلَى أَنْ يُعْتَقَ، وَيَحْلِفَ، أَوْ يَنْكُلَ، وَلَا يُؤْخَذُ نَصِيْبِهِ.

وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: أَرَادَ يُؤْخَذُ نَصِيْبِهِ، وَيُوقَفُ. وَهَذَا أَحَدُ قَوْلَيْهِ فِي أَنَّهُ، هَلْ تَثَبَّتِ الْخَيْلُولَةُ بِشَاهِدٍ وَاحِدٍ؟ لِأَنَّ الشَّاهِدَ الَّذِي يُقِيمُهُ أَحَدُ الْوَرِثَةِ مَقَامَ الْكُلِّ؟ وَقَدْ يُطْلَقُ لِهَذَا الْاِخْتِلَافِ فِي الْمَسْأَلَةِ وَجِهَانِ، أَوْ قَوْلَانِ.

وَالصَّبِيُّ وَالْغَائِبُ مُلْحَقَانِ بِالْمَجْنُونِ<sup>(٢)</sup>، وَيَنْبَغِي<sup>(٣)</sup> أَنْ يَكُونَ الْحَاضِرُ الَّذِي لَمْ يَشْرَعْ فِي الْخُصُومَةِ، أَوْ لَمْ يَشْعُرْ بِالْحَالِ، كَالصَّبِيِّ، وَالْمَجْنُونِ، وَالْغَائِبِ، فِي بَقَاءِ حَقِّهِ، بِخِلَافِ مَا سَبَقَ فِي التَّائِلِ.

وَإِنْ فَرَعْنَا عَلَى الْأَظْهَرِ، وَهُوَ أَنَّهُ لَا يُؤْخَذُ نَصِيْبُ الْمَعْدُورَيْنِ، فَإِذَا زَالَ عَذْرُهُمْ، حَلَفُوا، وَأَخَذُوا نَصِيْبَهُمْ، وَلَا حَاجَةَ بِهِمْ إِلَى إِعَادَةِ الشَّهَادَةِ، بِخِلَافِ مَا لَوْ كَانَتْ الدَّعْوَى، لَا عَنْ جِهَةِ الْإِزْثِ. فَإِنْ قَالَ: أَوْصَى لَكَ، وَلِي، وَالْأَخِي الْغَائِبِ [أَوْ الصَّبِيِّ]<sup>(٤)</sup> أَبُوكَ بِكَذَا، أَوْ اشْتَرَيْتَ مَعَ أَخِي الْغَائِبِ مِنْكَ كَذَا، وَأَقَامَ شَاهِدًا، وَحَلَفَ مَعَهُ، فَإِنَّهُ إِذَا قَدَّمَ الْغَائِبَ، وَبَلَغَ الصَّبِيَّ، يَخْتَاجَانِ إِلَى تَجْدِيدِ الدَّعْوَى، وَإِعَادَةِ الشَّهَادَةِ، أَوْ إِقَامَةِ شَاهِدٍ آخَرَ، فَلَا يُؤْخَذُ نَصِيْبَهُمَا قَبْلَ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الدَّعْوَى فِي الْجَمِيعَاتِ عَنْ شَخْصٍ وَاحِدٍ وَهُوَ الْمَيْتُ، وَكَذَلِكَ يُقْضَى دَيْنُهُ [مِنْ]<sup>(٥)</sup> الْمَأْخُودِ، وَفِي غَيْرِ الْجَمِيعَاتِ الدَّعْوَى وَالْحَقُّ لِأَشْخَاصٍ، فَلَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يَدْعِيَ، وَيُقِيمَ الْبَيِّنَةَ عَنْ غَيْرِهِ، مِنْ غَيْرِ إِذْنٍ، وَلَا وَلايَةٍ.

(١) مقتضى كلام الماوردي الجزم بالأول ويشهد له الترجيح في المسألة التي بعدها.

(٢) ومقتضاه أن الصبي والغائب يلحقان به ولكن ابن الصباغ نقل النص في الصبي والمجنون وكذا حكاه ابن المنذر في الأشراف عن الشافعي.

(٣) في ز: وينبغي.

(٤) سقط في: أ.

(٥) سقط في: ز.

وما ذكرنا في أن الميراث، أنه لا حاجة إلى إعادة الشهادة، مفروض فيما إذا لم يتغير حال الشاهد، فإن تغير قال الشيخ أبو الفرج: فيه وجهان:

أحدهما: وبه قال القفال: لا يقدح، وللصبي والمجنون والغائب إذا زال عذرهم، أن يحلفوا؛ لأنه قد اتصل الحكم بشهادته، فلا أثر للتغيير بعده.

وثانيهما: وهو اختيار الشيخ أبي علي: أنهم لا يحلفون؛ لأن الحكم اتصل بشهادته في حق الحالف دون غيره<sup>(١)</sup>. ولهذا لو رجع، لم يكن لهم أن يحلفوا.

ولو مات الغائب، أو الصبي، فلوارثه أن يحلف، ويأخذ حصته. فإن كان وارثه الحالف لم تحسب يمينه الأولى، وبهذا يتأكد أخذ الاحتمالين المذكورين، فيمن مات قبل أن يحلف وينكل.

ولو ادعى إنسان على ورثة رجل: أن مورثكم أوصى لي ولأخي، أو لأجنبي بكذا، وأقام شاهداً، وحلف معه، فأخذ نصيباً لا يشاركه الآخر فيه، بلا خلاف، لكن سبق في الصلح؛ أنه لو قال رجلان: اشتريتنا منك معاً كذا، وصدق أحدهما دون الآخر، يكون الحكم كما في الإزث، في أظهر الوجهين.

فعلى ذلك الوجه، إذا قال: أوصى لنا معاً بكذا، ينبغي أن يعود فيه، ما في دعوى الإزث، ثم ذكر الشيخ أبو الفرج: أن من يحلف من الورثة على دين، أو عين للمورث، يحلف على الجميع، لا على حصته، سواء حلف كلهم، أو بعضهم، دون بعض.

وكذا الغريم والموصى له، إذا قلنا: إنهما يحلفان، وفي كلام غيره ما يشعر بخلافه، ويؤيده قولنا: إن من لم يحلف، لا يشارك الحالف، فإذا خصصنا المأخوذ به، ولم نعطه حكم التركة، فأشبه ما إذا ادعى قدر حصته، ولم يتعرض للإزث. وجميع ما ذكرنا فيما إذا أقام بعض الورثة شاهداً وحلف معه.

وأما إذا أقام بعضهم شاهدين، فيثبت المدعى.

فإذا حضر الغائب من الورثة، أو بلغ صبيهم، أو أفاق مجنونهم، أخذ نصيبه، ولا حاجة إلى تجديد دعوى، وإقامة بيته، وانتزع القاضي بعد تمام البيته نصيب الصبي، والمجنون، ديناً كان المدعى أو عيناً. ثم يأمر بالتصرف فيه بالغنطة؛ كيلا يضيع عين ماله [وأما نصيب الغائب، فإن كان عيناً انتزعها]<sup>(٢)</sup>.

(١) لم يرجع المصنف شيئاً من الوجهين.

قال في الخادم: الراجح الثاني وهو قياس ما ذكره في باب الشهادة على الشهادة.

(٢) سقط في: أ.

وقال أبو حنيفة: إن كان المشهود به، مما لا يُثقل لم ينتزع نصيب الغائب، ممن في يده، [ثم] <sup>(١)</sup> الذي يشعر به إيراد الناقلين، أن هذا الانتزاع واجب عليه، وهو الظاهر. لكن ذكرنا في باب الوديعة: أن العاصب، لو حمل المغضوب إلى القاضي، والمالك غائب، ففي وجوب قبوله وجهان: فيجوز أن يعود ذلك الخلاف ههنا، وإن قامت البيّنة، وإن كان المدعى ديناً، ففي انتزاع نصيب الغائب وجهان جاريان، فيمن أقر لغائب بدين، وحمله إلى القاضي، هل على القاضي أن يستوفيه؟

وهذه الصورة قد سبقت في الوديعة، ويبتأ أن أظهر الوجهين فيهما عدم الوجوب، وكذلك ذكره القاضي ابن كج فيما نحن فيه، وحكاه عن الثمن.

واعلم أنه قد سبق في كتاب الشركة، أن أحد الوارثين لا ينفرد بقبض شيء من دين التركة، ولو قبض، شاركه الآخر فيه.

وها هنا قالوا: يأخذ الحاضر حصته، كأنهم جعلوا غيبة الشريك عذراً ومكثوا الحاضر من الانفراد حيثنذ، ولو ادعى على رجل؛ أن أباه أوصى له ولفلان بكذا، وأقام عليه شاهدين، وفلان غائب، أو صبي، لم يؤخذ نصيب فلان بحال، وإذا حضر أو بلغ، فعليه إعادة الدعوى، والبيّنة، لما ذكرنا أن الدعوى في الإزث عن شخص واجد.

وأما لفظ الكتاب فقوله: «وفي وجوب إعادة الشهادة وجهان»؛ هما الاحتمالان المنقولان عن كلام الإمام أقامهما وجهين.

وقوله: «وإن كان النزاع في وصيته لشخصين»؛ أي: ادعى على ورثة ميت؛ أن مورثهم أوصى له، ولفلان الغائب.

وقوله: «وما يستوفيه الحاضر من حصته من الدين لا يساهمه الغائب فيه إذا رجع؛ وإن كان عيناً، مساهمة...» إلى آخره. ذكره بعد صورة إقامة الشاهدين، لكنه أراد ما إذا أقام الحاضر شاهداً واحداً، وحلف معه، على ما هو مبين في ترتيب «الوسيط». والذي أجب به هو ما رجحه في «الوسيط» <sup>(٢)</sup> كما أسلفناه.

وأعلم قوله: «لم يساهمه» - وقوله: «سأهمه» بالواو، للخلاف الذي سبق. والظاهر عند الأصحاب في العين، أنه لا يساهمه، بخلاف ما أوردته. وأما في صورة إقامة الشاهدين، فإن كان المدعى عيناً، فقد ذكرنا: أنه ينتزع نصيب الغائب، وإذا رجع وهو طالب، أخذه. ولا معنى لمساهمته للحاضر في نصيبه، وإن كان ديناً، وقلنا: إنه يؤخذ نصيبه فكذلك. وإن قلنا: لا يؤخذ، فينبغي أن يأخذه من المدعى عليه، ولا يساهم الحاضر فيما أخذه لنفسه.

(١) سقط في: أ.

(٢) سقط في: أ.

فرع:

لو كان للغائب من الوَرْتَةِ وَكَيْلٍ، وقد أقام الحاضر البيّنة ذكر الشنخ أبو عاصم: أن الوكيل هو الذي يَفْبِضُ نَصِيبَ الْغَائِبِ، دون القاضي، وإن لم يكن، فالقاضي يَفْبِضُ، ويؤجر كيلا يُقَوِّتَ المنافع والله أعلم.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: (الثاني) لَوْ أَدْعَى أَنْ أَبَاهُمَا وَقَفَ عَلَيْهِمَا ضَبْعَةً وَقَفَ تَرْزِيبِ ثَبِتَ الْوَقْفُ بِيَمِينِ وَشَاهِدٍ، فَإِنْ نَكَلَ أَحَدُهُمَا لَمْ يَسْتَحِقْ نَصِيبَهُ وَأَسْتَحِقَّ الْآخَرُ، فَأَمَّا إِذَا مَاتَا فَنَصِيبُ الْحَالِفِ لَا يَسْتَحِقُّهُ الْبَطْنُ الثَّانِي بِغَيْرِ يَمِينٍ تَفْرِيعاً عَلَى أَصْحَاحِ الْقَوْلَيْنِ وَهُوَ أَنَّ الْبَطْنَ الثَّانِي يَأْخُذُ الْحَقَّ مِنَ الْوَاقِفِ لَا مِنَ الْبَطْنِ الْأَوَّلِ، وَنَصِيبُ التَّكْلِ يَثْبُتُ لِلْبَطْنِ الثَّانِي أَيْضاً إِذَا حَلَفُوا، وَإِذَا نَكَلُوا جَمِيعاً حَلَفَ الْبَطْنُ الثَّانِي إِذَا مَاتُوا، وَإِنْ حَلَفُوا أَخَذَ الْبَطْنُ الثَّانِي بِالْيَمِينِ، وَلَوْ مَاتَ الْحَالِفُ وَخَذَهُ صُرِفَ نَصِيبُهُ إِلَى التَّكْلِ فِي وَجْهِهِ، وَإِلَى وَوَلَدِ الْحَالِفِ فِي وَجْهِهِ، وَيُحْكَمُ بِأَنَّهُ تَعَدَّرَ مَضْرُفُهُ فِي وَجْهِهِ، وَيَبْطُلُ الْوَقْفُ فِيهِ أَوْ يُصْرَفُ إِلَى أَقْرَبِ النَّاسِ إِلَى الْوَاقِفِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: هل يثبت الوقف بشاهد ويمين؟

إن قلنا: إن الملك فيه للواقف، أو الموقوف عليه، فنعم.

وإن قلنا: لله تعالى - فوجهان، أو قولان:

أحدهما: وبه قال المزني وأبو إسحاق: لا، كالعتيق.

والثاني: وبه قال ابن سريج، وأبو الطيب بن سلمة، نعم؛ لأن المقصود منه استحقاق المنافع، والفوائد، فأشبهه [استجاراً]<sup>(١)</sup> بدين الحر، وليس كالعتيق؛ لأن المقصود هناك تكميل الأحكام، وإثبات الولايات، ولأن الوقف لا ينفك عن أحكام الملك، ألا ترى أنه إذا أتلّف وجبت قيمته بخلاف العتيق؟ والعراقيون يميلون إلى ترجيح الأول، وينسبونه إلى عامة الأصحاب، لكن الثاني أقوى في المعنى، وهو المنصوص عليه للشافعي - رضي الله عنه -.

والأصح عند الإمام، وصاحب «التهذيب»، وغيرهما، والمذكور في الكتاب<sup>(٢)</sup>.

(١) سقط في: ز.

(٢) قال الشيخ البلقيني: محل ما ذكر فيما إذا لم يكن المقصود إلا ثبوت الوقف فإن كان المقصود ثبوت الملك كما إذا نازع منازع الواقف، ادعى أنه ملك له وأنه وقفه فأقام شاهداً وحلف معه ثبت الملك وثبت الوقف بإقراره.

ولو ادَّعَى وَرَثَةٌ مَيِّتٍ عَلَى رَجُلٍ؛ أَنَّهُ عَصَبَ هَذِهِ الدَّارِ، وَقَالُوا: كَانَتْ لِأَيِّنَا، وَقَفَّهَا عَلَيْنَا، وَعَلَى فُلَانٍ، فَدَعَا عَصَبَ الْعَصَبِ، تَثْبُتُ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ، [وَتَثْبُتُ أَيْضاً بِهِمَا - إِنْ أَثْبَتَا - الْوَقْفَ، بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ،] <sup>(١)</sup> وَإِلَّا، فَيَثْبُتُ بِإِقْرَارِ الْوَرَثَةِ، كَمَا ذَكَرْنَا، فِيمَا إِذَا ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ أَنَّ هَذَا الَّذِي يَسْتَرِقُّهُ كَانَ عَبْدِي، عَصَبَةٌ بَعْدَمَا أَعْتَقْتَهُ، أَوْ أَنَّ هَذِهِ الْجَارِيَّةُ أُمُّ وَلَدِي، إِذَا عُرِفَ ذَلِكَ، فَلَوْ ادَّعَى ثَلَاثَةٌ بَيْنَ مَنْ وَرَثَةٌ مَيِّتٍ؛ أَنَّ آبَاهُمْ وَقَفَّ عَلَيْهِمْ هَذِهِ الدَّارَ، وَأَنْكَرَ سَائِرَ الْوَرَثَةِ، وَأَقَامُوا شَاهِداً وَاحِداً، لِيَضْمُوا إِلَيْهِ الْيَمِينِ، تَفْرِيعاً عَلَى ثُبُوتِ الْوَقْفِ بِالشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ، فَالْوَقْفُ الْمُدَّعَى يُصَوَّرُ عَلَى وَجْهَيْنِ:

أحدهما: أَنْ يَدَّعُوا وَقَفَّ التَّرْتِيبِ؛ فَيَقُولُوا: وَقَفَّ عَلَيْنَا، وَبَعَدْنَا عَلَى أَوْلَادِنَا، أَوْ عَلَى الْفُقَرَاءِ، فَلَهُمْ بَعْدَ إِقَامَةِ الشَّهَادَةِ، أَحْوَالٌ ثَلَاثٌ؛ لِأَنَّهُمْ إِمَّا أَنْ يَخْلِفُوا جَمِيعاً، أَوْ يَنْكَلُوا، أَوْ يَخْلِفَ بَعْضُهُمْ، وَيَنْكَلُ بَعْضٌ.

الحالة الأولى: أَنْ يَحْلِفُوا جَمِيعاً؛ فَيَثْبُتَ لَهُمُ الْوَقْفُ، وَلَا حَقَّ لِسَائِرِ الْوَرَثَةِ فِي الدَّارِ.

ثم إِذَا انْقَرَضَ الْمُدَّعُونَ؛ إِمَّا مَعاً، أَوْ عَلَى التَّعاقِبِ، فَالْبَطْنُ الثَّانِي يَأْخُذُونَ الدَّارَ وَقَفّاً بِغَيْرِ يَمِينٍ، أَمْ يَأْخُذُونَهَا بِالْيَمِينِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَيُقَالُ: قَوْلَانِ: وَهُمَا عَلَى مَا ذَكَرَ الْقَفَّالُ، وَطَرَائِفُ الْأَصْحَابِ، يَنْبِيئَانِ <sup>(٢)</sup> عَلَى أَنَّ الْبَطْنَ الثَّانِي يَأْخُذُونَ الْحَقَّ مِنَ الْبَطْنِ الْأَوَّلِ، [أَوْ مِنَ الْوَاقِفِ، إِنْ قَلْنَا: مِنَ الْبَطْنِ الْأَوَّلِ] <sup>(٣)</sup>، فَلَا حَاجَةَ إِلَى الْيَمِينِ، كَمَا إِذَا اثْبَتَ لِلْوَارِثِ مِلْكَاً بِالشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ، ثُمَّ مَاتَ، يَأْخُذُهُ وَارِثُهُ بِغَيْرِ يَمِينٍ؟

وَإِنْ قَلْنَا: مِنَ الْوَاقِفِ، لَمْ يَأْخُذُوا إِلَّا بِالْيَمِينِ، كَالْبَطْنِ الْأَوَّلِ. وَبِهِ قَالَ ابْنُ سُرَيْجٍ، وَقَضِيَّةُ هَذَا الْبِنَاءِ. أَنَّ يَكُونُ الْأَصْحَ، أَنَّهُمْ يَأْخُذُونَ بِالْيَمِينِ؛ لِأَنَّ الْأَصْحَ، أَنَّهُمْ يَتَلَقَّوْنَ مِنَ الْوَاقِفِ. وَسَنَذْكَرُ فِي مَا بَعْدَ هَذَا الْفَضْلِ مَا يُؤَيِّدُهُ، لَكِنِ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ، وَطَبَقَتُهُ، [وَالْقَاضِيَيْنِ أبا] <sup>(٤)</sup> الطَّيِّبِ، وَالرُّوْيَانِيَّ - وَغَيْرَهُمْ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - اسْتَعْنَاؤُهُمْ عَنِ الْيَمِينِ، وَهُوَ ظَاهِرٌ نَصُّهُ فِي «الْمَخْتَصَرِ»، وَبِهِ قَالَ أَبُو إِسْحَاقَ، وَجَهْوُهُ، بِأَنَّهُ قَدْ يَثْبُتُ كَوْنُهُ وَقَفّاً؛ بِحُجَّةٍ يَثْبُتُ بِهَا الْوَقْفُ، فَيَدَامُ، كَمَا لَوْ ثَبَتَ بِالشَّاهِدَيْنِ، وَبِهِ حَقٌّ يَثْبُتُ لِمَسْتَحِقٍّ، فَلَا يَفْتَقِرُ الْمُسْتَحِقُّ بَعْدَهُ، إِلَى الْيَمِينِ، كَمَا لَوْ كَانَ الْمُدَّعَى مِلْكَاً، وَبَانَ الْبَطْنَ الثَّانِي، وَإِنْ كَانُوا يَأْخُذُونَ عَنِ الْوَاقِفِ خَلْفاً عَنِ الْمَسْتَحِقِّينِ، أَوَّلًا، فَلَا يَخْتَاجُونَ إِلَى الْيَمِينِ، كَمَا إِذَا اثْبَتَ الْوَارِثُ مِلْكَاً لِلْمَيِّتِ بِشَاهِدٍ، وَيَمِينٍ، وَلِلْمَيِّتِ غَرِيمٍ، فَإِنَّ لَهُ أَنْ يَأْخُذَهُ مِنْ غَيْرِ يَمِينٍ، فَإِذَا انْتَهَى الِاسْتِحْقَاقُ إِلَى الْبَطْنِ الثَّالِثِ، وَالرَّابِعِ، عَادَ هَذَا الْخِلَافُ.

(٢) فِي ز: مَبْنِيَّاتٍ.

(١) سَقَطَ فِي: أ.

(٤) فِي ز: وَالْقَضِيَّانِ أَبُو.

(٣) سَقَطَ فِي: أ.

فإن قلنا: يأخذون باليمين، فلو كان الاستحقاق بعد الثلاثة المُدْعِينَ، للمساكين، أو الفقراء، يُنظر، إن كانوا محضورين [كفقراء قريّة، أو محلّة، وكذلك الجواب. وإن لم يكونوا محضورين]<sup>(١)</sup>، فيبطل الوقف، وتعود الدار إزناً، أو يصرف إليهم بغير يمين. فيه وجهان.

وعن «المجرد»، للقاضي أبي الطيّب؛ أنه يُصرف إلى أقرب الناس، إلى الواقف، بناء على أنه تعدّد مضرّفه، كالوقف الذي يقع فيه انقطاع، وفيه اختلافٌ مذكور في الوقف<sup>(٢)</sup>. فلو مات أحد الحالفين، فيصرف نصيبه إلى الآخرين، فإن مات ثان، صرف الكل إلى الثالث؛ لأن استحقاق البطن الثاني بعد انقراض الأولين، وأخذ الآخرين يكون بيمين، أو بغير يمين.

إن أغنيتنا البطن الثاني عن اليمين، فهما أولى، وإن أخوجناهم إليها، فوجهان: في أحدهما - يحلفان لانتقال الحق إليهما من غيرهما، وفي أظهرهما - لا يحلفان؛ لأنهما قد حلّفاً مرّة، وصارا من أهل الوقف، فيستحقان بحسب شرط الواقف تارة أقل، وتارة أكثر.

الحالة الثانية: إذا نكلوا جميعاً عن اليمين مع الشاهد، فالدار تركّة، تقضى منها الديون، والوصايا، ويُقسّم الباقي على الورثة، ويكون حصّة المدعين وقفاً، بإقرارهم، وحصّة سائر الورثة طلقاً لهم، فإذا ماتوا، فالذي ذكره القاضي ابن كج، والإمام، وصاحب «التهذيب»، في كتبهم: أنه لا تُصرف إلى أولادهم بغير يمين، يعنون على سبيل الوقف، ولا يكون إقرار الأولين [لأنها لهم]<sup>(٣)</sup>.

وفي «الشامل»، وأما أبي الفرج: أن حصّتهم تكون وقفاً على أولادهم، حسب ما أقرّوا به. ولا حاجة بهم إلى اليمين. ويمكن أن يكون هذا الاختلاف مبنياً على؛ أن البطن الثاني يأخذون من الواقف، أو من البطن الأول، فإن أراد الأولاد أن يحلفوا، ويأخذوا جميع الدار وقفاً، فهل لهم ذلك؟ فيه قولان:

سواء قلنا: إنه لو لم يحلفوا ألا يكون شيء منها وقفاً أو قلنا: إن حصة الأولين تبقى وقفاً وإن لم يحلفوا، واختلفوا في محلّ هذين القولين. فمن قائل: هما متأصّلان. غير مبنيين على شيء، يُوجّه أحدهما بأن البطن الثاني تبع<sup>(٤)</sup> الأول، وإذا لم يحلفوا، لم يحلفوا.

(١) سقط في: أ.

(٢) قال النووي: الأصح يأخذون بلا يمين وتسقط هنا لتعذرهما ولا يبطل الوقف بعد صحته ووجود المصرف بخلاف المنقطع.

(٣) في ز: لأن ما عليهم. (٤) في أ: يمنع.

والثاني: وهو الأصح؛ فإنهم أصحاب حق، كالأولين، فإن أَبْطَلَ الْأَوَّلُونَ حَقَّهُمْ  
بِالتَّكْوِيلِ، فلهم ألا يطلوا حقوقهم.

ومن ذاهب إلى أنهما مَبِينَانِ على أَصْلٍ، واختلف هؤلاء على طريقتين:

أظهرهما: بِتَأْوُهُمَا على أن البَطْنَ الثاني يَتَلَقَّوْنَ من البَطْنِ الأول، أم من الواقف؟  
فإن قلنا: من البَطْنِ الأول، لم يَخْلِفُوا، وإلا حلفوا.

والثاني: بِتَأْوُهُمَا على أن الوَقْفَ الْمُتَقَطَّعَ الابتداء متصل<sup>(١)</sup>، أم لا؟ إن قلنا: لا،  
حَلَفَ البَطْنُ الثاني، ولم يَصْرُ انْقِطَاعُ أَوْلِهِ بِتَكْوِيلِ الأولين، وإن قلنا: يَنْطَلُ، لم يَخْلِفُوا،  
ثم حكى القاضي ابن كَجِّ، والشيخ أبو حامد خلافاً في أن القولين، هل يَجْرِيَانِ في حياة  
الأولين إذا نَكَلُوا؟ فمن الأصحاب من أَجْرَاهُمَا؛ لِبَطْلَانِ حَقَّهُمْ، وَتَعَدُّرِ الصَّرْفِ إِلَيْهِمْ،  
بِتَكْوِيلِهِمْ، كما لو ماتوا.

ومنهم من خَصَّصَ القولين فيما بعد مَوْتِ الأولين؛ لأن اسْتِحْقَاقَ البَطْنِ الثاني  
[مشروط]<sup>(٢)</sup> بِانْقِرَاضِهِمْ. وإليه مَالُ الشَّيْخِ أَبُو حَامِدٍ.

الحالة الثالثة: إذا حلف بَعْضُهُمْ دون بعض.

فإذا حلف وَاحِدٌ وَنَكَلَ اثْنَانِ، فَيَأْخُذُ الحَالِفُ التُّلْكَ وَقَفًا، وَأَمَّا الباقِي فهو تَرْكَةٌ؛  
تُقَضَى منها الدُّيُونُ، وَالوَصَايَا، فما فضل؛ ففي «الشامل»: أنه يقسم بين جميع الوَرَثَةِ،  
فما يَخْصُ البَيْنِ الثلاثة يكون وَقَفًا على التَّاكِلِينَ؛ لأن الحالف يعترف لهم بذلك.

والذي ذكره المُحَامِلِيُّ، وصاحب «التهذيب» وغيرهما: أنه يُقَسَّمُ الفَاضِلُ بين  
المنكرين من الوَرَثَةِ، والذين نَكَلُوا دون الحالف؛ لأنه مُقَرَّرٌ بِانْحِصَارِ حَقِّهِ فيما أخذه؛  
وأن الباقِي لِإِخْوَتِهِ وَقَفًا، ثم حِصَّةُ النَّاكِلِينَ تكون وَقَفًا بِإِقْرَارِهِمَا. وإذا مات التَّاكِلَانِ،  
والحالف حَيٌّ، فَتَصِيبُهُمَا للحالف، على ما شَرَطَ الواقف بِإِقْرَارِهِمْ [و]<sup>(٣)</sup> في حَاجَتِهِ  
إلى اليَمِينِ، ما سبق من الوجهين.

فإذا مات الحَالِفُ، فالاسْتِحْقَاقُ للبطن الثاني. وفي حلفهم الخِلافَ الذي مَرَّ،  
وإن كان الحَالِفُ مَيِّتًا عند مَوْتِ التَّاكِلِينَ، فأراد أولادهما أن يَخْلِفُوا، فعلى القولين  
المَذْكُورَيْنِ في أولادِ الجميع إذا نَكَلُوا الأصْح - أن لهم الحَلِيفَ، وما حكم نصيب  
الحَالِفِ المَيِّتِ قبلهما؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدهما: أنه يُصْرَفُ إلى النَّاكِلِينَ قَضِيَّةً لِنُوقِفِ، وعلى هذا ففي حَلِيفِهِمَا الخِلافَ

(٢) سقط في: ز.

(١) في ز: يتصل.

(٣) سقط في: ز.



الذي مَضَى، فَإِنْ قَلْنَا: يَخْلِفَانِ، فَتَكَلَّأَ، سَقَطَ هَذَا الْوَجْهَ.

والثاني: أَنَّهُ يُضَرَفُ إِلَى الْبَطْنِ الثَّانِي؛ لِأَنَّهُمَا لَمَّا تَكَلَّأَ، أَبْطَلَا حَقَّهُمَا وَصَارَا كَالْمَعْدُومِينَ. وَإِذَا عُدِمَ الْبَطْنُ الْأَوَّلُ، كَانَ الْاسْتِحْقَاقُ لِلثَّانِي، وَالثَّلَاثُ. أَنَّ هَذَا وَقْفٌ، تَعَدَّرَ مَضْرَفُهُ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ الضَّرْفُ إِلَى الْآخِرِينَ لِتُكْوِلِهِمَا، وَلَا إِلَى الْبَطْنِ الثَّانِي؛ لِأَنَّ شَرْطَ اسْتِحْقَاقِهِمْ انْقِرَاضُ الْأَوَّلِينَ.

وَإِذَا تَعَدَّرَ مَضْرَفُ الْوَقْفِ، فَيَبْطُلُ، أَوْ يَبْقَى، وَإِذَا بَقِيَ، فَيُضَرَفُ إِلَى أَقْرَبِ النَّاسِ إِلَى الْوَقْفِ، أَمْ كَيْفَ الْحَالُ؟ فِيهِ خِلَافٌ مَذْكُورٌ بِتَوْجِيهِهِ<sup>(١)</sup>، وَتَفْرِيغِهِ فِي الْوَقْفِ.

وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَبْقَى وَقْفًا، وَيُضَرَفُ إِلَى أَقْرَبِ النَّاسِ إِلَى الْوَقْفِ، وَعَلَى هَذَا إِذَا زَالَ التَّعَدُّرُ، بَانَ مَاتَ التَّائِيْلَانِ، فَيُضَرَفُ إِلَى الْبَطْنِ الثَّانِي.

قَالَ الْإِمَامُ: وَيَجِيءُ فِي حَلْفِ أَقْرَبِ النَّاسِ، إِذَا قَلْنَا: إِنَّهُ يُضَرَفُ إِلَيْهِمْ، الْخِلَافُ، وَأَبْعَدُ الْأُجُوهِ الثَّلَاثَةُ فِي الْمَسْأَلَةِ عِنْدَهُ، الضَّرْفُ إِلَى الْبَطْنِ الثَّانِي، وَهُوَ أَصَحُّهُمَا عِنْدَ الْأَكْثَرِينَ، وَتَقْلُوهُ عَنِ إِشَارَةِ نَصِّهِ فِي «الْأَمِّ» - وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَأَمَّا لَفْظُ الْكِتَابِ، فَإِنَّهُ صَوَّرَ فِيهَا إِذَا ادَّعَى الْوَقْفَ اثْنَانِ، وَالْعَرَضُ لَا يَخْتَلِفُ، لَكِنَّهُ لَمْ يَفِ بِمَوْجِبِ التَّضْوِيرِ، بَلْ قَالَ [بَعْدَ ذَلِكَ: إِذَا نَكَلُوا ثُمَّ قَالَ]<sup>(٢)</sup> وَإِنْ حَلَفُوا، لَمْ يَبْنَؤْا وَتَعَدَّرَ قَوْلُهُ: «ثَبَتَ الْوَقْفُ بِشَاهِدِ يَمِينٍ». بِالْوَاوِ، لَمَّا سَبَقَ.

وَقَوْلُهُ: فِيهَا إِذَا حَلَفَ أَحَدُهُمَا، وَتَكَلَّأَ الْآخَرُ: «فَإِذَا مَاتَا، فَتَنْصِيبُ الْحَالِفِ، لَا يَسْتَحِقُّهُ الْبَطْنُ الثَّانِي بغيرِ يَمِينٍ، تَفْرِيغًا عَلَى أَصَحِّ الْقَوْلِينَ، إِلَى آخِرِ جَوَابِ مَنْ يَقُولُ: إِنَّهُمْ إِذَا حَلَفُوا جَمِيعًا، يَحْتَاجُ الْبَطْنُ الثَّانِي إِلَى الْيَمِينِ، وَهُوَ الرَّاجِحُ عِنْدَ مَنْ [بَنَى]<sup>(٣)</sup> الْخِلَافَ فِي أَنَّ الْبَطْنَ الثَّانِي عَمَّنْ يَتَلَفَّوْنَ الْوَقْفَ، كَمَا فَعَلَهُ صَاحِبُ الْكِتَابِ.

وَقَدْ ذَكَرْنَا: أَنَّ مِنْهُمْ مَنْ لَا يَبْنِي الْخِلَافَ عَلَى ذَلِكَ الْخِلَافِ، وَيُرْجِحُ اسْتِغْنَاءَهُمْ عَنِ الْيَمِينِ. وَقَوْلُهُ: «وَنَصِيبُ التَّائِيْلِ يَثْبُتُ لِلْبَطْنِ الثَّانِي أَيْضًا إِذَا حَلَفُوا»، يَجُوزُ إِعْلَامُهُ بِالْوَاوِ، لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّهُ عَلَى الْخِلَافِ الْمَذْكُورِ، فِيهَا إِذَا تَكَلَّأَ الْبَطْنُ الْأَوَّلُ جَمِيعًا، هَلْ يَحْلِفُ الْبَطْنُ الثَّانِي بَعْدَ مَوْتِهِمْ؟ وَكَذَا قَوْلُهُ: «فِيهَا إِذَا نَكَلُوا جَمِيعًا حَلْفَ الْبَطْنِ الثَّانِي».

وَكَذَا قَوْلُهُ: «بِالْيَمِينِ فِيهَا إِذَا حَلَفُوا جَمِيعًا الْخِلَافَ فِي أَنَّهُمْ هَلْ يَخْتَاجُونَ إِلَى الْيَمِينِ؟ وَقَوْلُهُ: «وَلَوْ مَاتَ الْحَالِفُ وَخَذَهُ» يَعْنِي فِي الصُّورَةِ الَّتِي ابْتَدَأَ بِذِكْرِهَا؛ وَهِيَ أَنَّ يَخْلِفَ أَحَدُهُمَا، وَيَتَكَلَّأَ الْآخَرُ.

(١) فِي ز: مِنْ جِهَةٍ.

(٢) فِي ز: يَبْنِي.

(٣) سَقَطَ فِي: ز.

وقوله: «والى ولد الحالف في وجه» ظاهره يقتضي تخصيص ولد الحالف به، ولا معنى للتخصيص؛ لأننا على هذا الوجه نلحق التاكيل بالمعدوم، فليثبت الاستحقاق لجميع البطن الثاني.

وقد صرح الإمام بهذا، فقال: لا فرق على هذا الوجه بين ولد الحالف، وولد التاكيل في الاستحقاق.

واعلم أن قوله في أول الفرع: «لو<sup>(١)</sup> ادعيا أن أباهما وقف عليهما...» إلى آخره، وإن كان مطلقاً في دعوى الابنتين، ولكن المراد [ما] إذا كان معهما وارث آخر، وأنكر. وأما إذا كانا جائزين، فيكفي تصادقهما لثبوت الوقف، فلا حاجة إلى شاهد ويمين<sup>(٢)</sup>.

### «فرع»:

ادعوا على رجل داراً في يده؛ أنه وقفها عليهم، أو على ورثة رجل، أن مورثهم وقفها عليهم، وأقاموا شاهداً واحداً؛ فينظر، أيخلفون مع شاهدهم؟ أم ينكلون؟ أم يحلف بعضهم ويتكلم بعضهم؟ والأحوال على ما ذكرنا في المسألة المشروحة، لكن حيث جعلنا كل المدعى، أو بعضه تركة هناك، فترك ههنا في يد المدعى عليه والله أعلم.

قال الغزالي: فإن كان الوقف بالتشريك فحلقاً ثم ولد لأحدهما ولد وجب إخراج ثلث الوقف من يدهما، فإن بلغ الطفل وحلف استحق، وإن نكل فقد تعدر مضرته، وفيه قول أنه يرد إليهما والتاكيل كالمعدوم، ولا خلاف أنه لا يرد على المدعى عليه أولاً.

قال الرافعي: قد سبق أن دعوى الوقف تصور على وجهين، وقد فرغنا من أحدهما، وهو دعوى وقف الترتيب.

الوجه الثاني: دعوى وقف التشريك بأن يقول البتون الثلاثة في المثال المذكور: إنه وقف علينا، وعلى أولادنا، وأولاد أولادنا، ما تناسلنا، فإن انقرضنا، فعلى الفقراء، وأقاموا على ذلك شاهداً واحداً، فينظر، إن حلقوا معه، أخذوا الدار وقفاً.

(١) في أ: أو.

(٢) قال في الخادم: هذا محله إذا لم يكن على الميت دين تستغرقه التركة ولم يقضوه من مالهم، فإن كان فلا بد من البيعة كما قاله في البحر قال: وينظر فإن كان الوقف في المرض بطل لأنه وصية تبطل باستغراق الديون، وإن كان في الصحة سمعت بيئتهم وثبت بالشاهد واليمين، وإن عدت البيعة حلف أرباب الديون وصرفت في ديونهم، فإن نكلوا ردت على الورثة، فإن حلقوا ثبت الوقف وإن نكلوا صرف في أرباب الدين. انتهى. وما ذكره لا يخلو من إشكال.

ثم حَدَّثَ لأحدهم وَاَلَدًا، فَقَضِيَّةُ الْوَقْفِ شِرْكَتُهُ<sup>(١)</sup>، فَيُوقَفُ رِبْعٌ<sup>(٢)</sup> غَلَّةِ الْوَقْفِ إِلَى أَنْ يَبْلُغَ، فَيُضْرَفُ إِلَيْهِ، إِنْ حَلَفَ وَلَمْ يَجْعَلُوهُ عَلَى الْخِلَافِ الْمَذْكُورِ فِي أَنَّ الْبَطْنَ الثَّانِي، هَلْ يَحْتَاجُونَ إِلَى الْيَمِينِ إِذَا حَلَفَ الْبَطْنُ الْأَوَّلُ، وَأَحْوَجُوهُ إِلَى الْيَمِينِ بَعْدَ الْبُلُوغِ.

وَأَبْدَى ابْنُ الصَّبَّاحِ بِجَوَابِهِمْ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ، قَوْلَ ابْنِ سُرَيْجٍ، وَمَنْ سَاعَدَهُ: أَنَّ الْبَطْنَ الثَّانِي يَحْتَاجُونَ إِلَى الْيَمِينِ؛ لِأَنَّ الثَّلَاثَةَ الْحَالِفِينَ هَا هُنَا وَاسِطَةٌ [بَيْنَ الْوَالِدِ الْحَادِثِ وَبَيْنَ الْوَأَقِفِ، وَإِنْ كَانَ الثَّانِي مِنْهُ. كَمَا أَنَّ الْبَطْنَ الْأَوَّلَ وَاسِطَةٌ]<sup>(٣)</sup> بَيْنَ الْبَطْنِ الثَّانِي، وَبَيْنَ الْوَأَقِفِ.

وَأَجْرَى أَبُو الْفَرَجِ السَّرْحَسِيُّ وَجْهًا فِي هَذِهِ الصُّورَةِ أَيْضًا، وَنَقَلَ وَجْهَيْنِ فِي أَنَّ الرِّبْعَ الْمَوْقُوفَ [يُوقَفُ]<sup>(٤)</sup> فِي يَدِ الْبَيْنِ الثَّلَاثَةِ؛ أَمْ يُتَزَعُّ، وَيُجْعَلُ فِي يَدِ أَمِينٍ؟ وَالْأَقْرَبُ الثَّانِي، وَإِنْ تَكَلَّفَ بَعْدَمَا بَلَغَ، ضَرَفَ الْمَوْقُوفُ إِلَى الثَّلَاثَةِ، وَجُعِلَ كَأَنَّهُ لَمْ يَلِدْ.

هَذَا هُوَ النَّصُّ، وَاعْتَرَضَ الْمُزْنِيُّ تَفْرِيعًا عَلَى أَنَّ الْوَقْفَ يُثَبِّتُ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ، بِأَنَّهُمْ مُعْتَرِفُونَ بِأَنَّ الْمَوْقُوفَ لَهُ، فَكَيْفَ يَجُوزُ لَهُمْ [أَخْذُهُ]<sup>(٥)</sup> بِامْتِنَاعِهِ مِنَ الْيَمِينِ؟ بَلْ يَجِبُ أَنْ يُوقَفَ إِلَى أَنْ يَخْلِفَ، أَوْ يَمُوتَ، فَيَقُومَ وَارِثُهُ مَقَامَهُ.

وَالنَّاصِرُونَ لِلنَّصِّ أَجَابُوا بِوَجْهَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ صُورَةَ النَّصِّ مَا إِذَا شَرَطَ الْوَأَقِفُ شِرْكَةَ مَنْ يَحْدِثُ، إِنْ رَغِبَ فِي الْوَقْفِ وَلَمْ يَزِدْهُ، وَإِذَا لَمْ يَخْلِفْ مَعَ الشَّاهِدِ، فَكَأَنَّهُ رَدٌّ.

فَإِنْ أَطْلَقَ، حَكَى الشَّيْخُ أَبُو حَاتِمٍ الْقَزْوِينِيُّ عَنِ بَعْضِ الْأَصْحَابِ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - أَنَّ الْجَوَابَ، كَمَا ذَكَرَ الْمُزْنِيُّ.

وَعَنْ آخَرِينَ أَنَّ الْحُكْمَ لَا يَخْتَلِفُ، وَيُحْمَلُ الْوَقْفُ عَلَيْهِ وَإِنْ أَطْلَقَ وَهَذَا أَشْهَرُ، وَبِالْأَوَّلِ أَجَابَ الْقَاضِي ابْنُ كَيْسٍ.

وَالثَّانِي: أَنَّ الْوَأَقِفَ جَعَلَ الثَّلَاثَةَ أَضْلًا فِي الْاسْتِحْقَاقِ، ثُمَّ أَدْخَلَ مَنْ يَحْدِثُ عَلَى سَبِيلِ الْعَوْلِ<sup>(٦)</sup>، فَإِذَا سَقَطَ الدَّاحِلُ، فَالْقِسْمَةُ عَلَى الْأَصُولِ كَمَا كَانَتْ.

وَشَبَّهَهُ فِي «التَّهْذِيبِ» بِمَا إِذَا مَاتَ إِنْسَانٌ عَنْ أَلْفٍ، وَجَاءَ ثَلَاثَةٌ، وَادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ أَلْفًا عَلَى الْمَيِّتِ، وَأَقَامَ شَاهِدًا، فَإِنْ حَلَفُوا مَعَهُ فَالْأَلْفُ بَيْنَهُمْ، وَإِنْ حَلَفَ اثْنَانِ فَهُوَ

(٢) فِي أ: رِبْعٌ.

(٤) سَقَطَ فِي: أ.

(٦) فِي ز: الْقَوْلِ.

(١) فِي أ: شِرْكَةٌ.

(٣) سَقَطَ فِي: أ.

(٥) سَقَطَ فِي: أ.

لهما، وإن حَلَفَ وَاحِدٌ، فكذلك الْوَاحِدُ، [لكن] <sup>(١)</sup> قال الإمام: إن المزني لا يُسَلَّمُ الْمَسْأَلَةَ، ويقول: ليس لِصَاحِبِ الدِّينِ الْأَوَّلِ إذا لم يحلف الثاني إلا أَخَذَ حِصَّتِهِ. نعم، لو أَزْبَأَ الثَّانِي، كان للأول أَخْذُ الْجَمِيعِ؛ لأن الثاني أَبْطَلَ حَقَّهُ، والتُّكُولُ لا يَبْطُلُ الْحَقَّ.

ألا ترى أنه لو لم يَخْلِفْ مع الشَّاهِدِ ثُمَّ أتمَّ الْبَيْتَةَ، تسمع، وَيُحَكِّمُ بها؟ وكيف ما قدر الجواب. فالظَّاهِرُ عند الْأَصْحَابِ مُوَافَقَةُ النَّصِّ.

ورأى الإمام أن يجعل ما اعترض به الْمَزْنِيُّ قَوْلًا مُخْرَجًا؛ لقوته، واستَحْسَنَهُ. وإذا قيل به، فَتَصِيبُ الْمَوْلُودِ وَقَفَّ تَعَدَّرَ مَضْرُفُهُ، فيجيء فيه الْخِلَافُ السَّابِقُ.

ولو مات الْمَوْلُودُ قبل بلوغه، أو بعد بُلُوغِهِ، وقبل النكول، قام وَارِثُهُ مَقَامَهُ، فَيَخْلِفُونُ، وَيَسْتَحِقُّونَ الْعَلَّةَ الْمَوْقُوفَةَ. ولو مات بعد الْبُلُوغِ والتُّكُولِ، لم يَسْتَحِقُّوا الْعَلَّةَ؛ لأنه أَبْطَلَ حَقَّهُ بالنكول، وهذا في الْعَلَّةِ الْمَوْقُوفَةِ.

فأما رَقَبَةُ الْوَقْفِ، وَعَلَّتْهَا من بعد قَضِيَّةٍ <sup>(٢)</sup> الشَّرْطِ عند مَوْتِهِ، أن يستغرقها الثلاثة الحالفون، وهل عليهم تَجْدِيدُ الْيَمِينِ؟ قال الإمام: إن فَرَعْنَا على ما قال الْمَزْنِيُّ، ففيه الْخِلَافُ الْمَذْكُورُ، فيما إذا مَاتَ بَعْضُ الْبَطْنِ الْأَوَّلِ في وقف الترتيب، وقد حَلَفَ الْكُلُّ، هل يحتاج الْبَاقُونَ إلى التَّجْدِيدِ؟

وإن فَرَعْنَا على النَّصِّ، فلا حَاجَةَ إلى التَّجْدِيدِ، فإنَّا نَقْدُرُ أن الْمَوْلُودَ لم يكن، ولو مات وَاحِدٌ من الْحَافِلِينَ في صِغَرِ الْمَوْلُودِ، وقف من يوم موته للمولود ثلث الْعَلَّةِ؛ لأن الْمُسْتَحِقِّينَ عَادُوا إلى ثَلَاثَةٍ، فإن بلغ وحَلَفَ أَخْذَ الرَّبِيعِ، والثلث الْمَوْقُوفِينَ، [وإن نَكَلَ صرف الربيع إلى الابنين الْبَاقِينَ] <sup>(٣)</sup>، وإلى وَرَثَةِ الْمَيْتِ، وصرف الثلث إلى الْبَاقِينَ خَاصَّةً، ويعود فيه كَلَامُ الْمَزْنِيِّ.

ولو أن الْمَوْلُودَ بَلَغَ مَجْتُونًا، أَدَمْنَا الْوَقْفَ طَمَعًا فِي إِفَاقَتِهِ، فإن ولد له قبل أن يَضِيقَ وقف له الْخُمْسُ، ولِلْمَجْتُونِ من يوم ولادة ولده الْخُمْسُ؛ لأن الْمُسْتَحِقِّينَ صاروا خَمْسَةً. فإن أَقَاقَ الْمَجْتُونُ وبلغ وَلَدُهُ، وحَلَفَا أَخْذَ الْمَجْتُونِ الرَّبِيعَ من يوم ولادته إلى يوم ولادة ولده الْخُمْسَ من يومئذ، وأخذ وَلَدُهُ الْخُمْسَ من يومئذ.

ولو مات المجنون في جنونه بعدما ولد له، فالعَلَّةُ الْمَوْقُوفَةُ لِوَرَثَتِهِ، إذا حلفوا، وَيُوقَفُ لِوَلَدِهِ من يوم مَوْتِهِ ربيع الْعَلَّةِ. هذا كُلُّهُ، إذا حَلَفَ المدعون الثلاثة أولاً.

وإن نَكَلُوا عن التَّيْمِينِ مع الشَّاهِدِ، فلمن يَخْذُلُ بعدهم أن يَخْلِفَ بلا خلاف <sup>(٤)</sup>؛

(٢) في ز نقضه.

(٤) في ز: خوف.

(١) سقط في: أ.

(٣) سقط في: أ.

لأنه شريك الأولين بتلقي من الواقف لا محالة. وإن حلف بَعْضُهُمْ دون بعض، أخذ الحالف نَصِيْبَهُ، وبقي الباقي على ما كَانَ.

فأما لَفْظُ الكتاب، فإنه فرض فيما إذا ادَّعى اثنان، كما فعل في وَقْفِ الترتيب.

ولْيَعْلَمْ قوله: «وَجَبَ إِخْرَاجُ ثُلُثِ الْوَقْفِ مِنْ يَدَيْهِمَا» [بالواو]<sup>(١)</sup> لوجه حكيمناه؛ أنه يُوقَفُ فِي يَدَيْهِمَا وَلَا يَخْرُجُ.

وقوله: «وإن نكل فقد تَعَذَّرَ مصرفه»، هذا هو الذي ذكره الْمُزْنِي، وإيراد الكتاب يُشْعِرُ بِتَرْجِيحِهِ. وَالظَّاهِرُ مَا ذَكَرَهُ آخَرًا، وهو أنه يَزِدُّهُ إِلَيْهِمَا كَمَا تَبَيَّنَ.

وأما قوله: «ولا خِلَافَ أنه لا يردُّ على المُدْعَى عَلَيْهِ أَوْلَا» فالْمُرَادُ منه، أنه لو قال لِلْمُدْعَى عليه: إذا بلغ المَوْلُودُ، وَنَكَلَ، رُدُّوا عَلَيَّ مَا وَقَفْتُمْ له، فإن الْحُجَّةَ لم تَبْتِمَ؛ لاعتِرافِ الْمُسْتَحْقِّينَ بأنهم لا يستحقونه، فلا يُجَابُ [إليهما]<sup>(٢)</sup>.

وقال الإمام: كما لا يُجَابُ فِي وَقْفِ الترتيب، إذا حلف البَطْنُ الأول، ونكل الثاني، وسببه، أن يَدَهُ [أزيلت]<sup>(٣)</sup> بِحُجَّةٍ قامت عليه، وانقطع تَعَلُّقُهُ عنه، فلا يَعُودُ بما يفرض من تَعَذُّرِ المصرف، وكأنه أَرَادَ تَصْوِيرَ المسألة فيما إذا ادَّعَوْا على رَجُلٍ؛ أن مورثه وَقَفَ الدَّارَ التي في يَدِهِ على المدعين، وعلى أولادِهِمْ دون أن يدعي بَعْضُ الوَرَثَةِ على بعض في دَارِ التَّرَكَةِ، وإلا، فإذا لم يَثْبُتِ الْوَقْفُ تكون الدار تَرَكَةً، فلا معنى في تركها في يد المُدْعَى عليه والله أعلم.

### الْبَابُ الْخَامِسُ فِي الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَيَجْرِي فِي كُلِّ مَا لَيْسَ بِمَقْبُوتَةٍ، وَفِي الْمُقْبُوتَاتِ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ، وَفِي الثَّالِثِ يَجْرِي فِي عُقُوبَاتِ الْأَدْمِيَيْنِ دُونَ حُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى؛ لِأَنَّ فِيهَا شُبُهَةً لِأَنَّهَا بَدَلٌ، وَيَجْرِي الْخِلَافُ فِي كِتَابِ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي وَفِي التَّوَكُّيلِ بِأَسْتِيْقَاءِ الْقِصَاصِ، فَإِذَا مَتَّعْنَا لَمْ تُسْمَعْ الدَّعْوَى بِالْقِصَاصِ عَلَى غَائِبٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ مَقْبُولَةٌ؛ لِدَعَاءِ الْحَاجَةِ إِلَيْهَا، فَإِنْ شُهِدَ الْوَاقِعَةَ قَدْ يَغْيِبُونَ، أَوْ يَمُوتُونَ، وَأَيْضًا فَإِنَّ الشَّهَادَةَ [حَقٌّ لِأَزْمِ الْأَدَاءِ، أَتَجُوزُ الشَّهَادَةُ]<sup>(٤)</sup> عَلَيْهِ كَسَائِرِ الْحُقُوقِ؟

وَأَيْضًا فَإِنَّ الشَّهَادَةَ طَرِيقٌ يُظَهِّرُ الْحَقَّ كَالْإِقْرَارِ، هَذَا فِي غَيْرِ الْعُقُوبَاتِ؛ وَتَدْخُلُ

(٢) في ز: إليه.

(٤) سقط في: أ.

(١) سقط في: ز.

(٣) في ز: إن مات.

فيه الأموال، والأَتِكْحَة، والبُبُوعُ، والرَّهْنُ، وسَائِرُ العُقُودِ، والفُسُوحُ، والطَّلَاقُ، والعِتَاقُ، والرِّضَاعُ، والوِلَادَةُ، وَعُيُوبُ النِّسَاءِ؛ ولا فرق [في ذلك] <sup>(٥)</sup> بين حُقُوقِ الأَدَمِيِّينَ، وحُقُوقِ الله تعالى؛ كالأَزْكَوَاتِ، وَوَقْفِ المَسَاجِدِ، والجِهَاتِ العَامَّةِ.

وأما العُقُوبَاتُ؛ فحكم الشَّهَادَةِ على الشَّهَادَةِ فيها على مَا بَيَّنَّا في كتاب القَاضِي إلى القَاضِي، والأَصْحَحُ؛ المنع في حُدُودِ الله تعالى، والقَبُولِ في القِصَاصِ، وَحَدِّ القَذْفِ <sup>(٦)</sup>.

(١) سقط في: ز.

(٢) الشهادة على الشهادة جائزة استحساناً لا قياساً.

وجه القياس أن الشهادة عبادة بدينة وحيث على الأصل والنيابة في العبادة البدنية غير جائزة ولأن فيها زيادة احتمال. فإن في شهادة الأصول تهمة الكذب. وفي شهادة الفروع تلك التهمة. مع إمكان الاحتراز بجنس الشهود. بأن يزيدوا في عدد الأصول عند شهادتهم حتى إذا تعذر إقامة بعضهم قام الباقون.

وجه الاستحسان. أن الأصل قد يعجز عن أداء الشهادة لبعض العوارض فلو لم نجز لأدى إلى التواء الحقوق ولهذا جوزت وإن كثرت.

قَالَ الإمامُ أبو حنيفة، وأصحابه، وأحمد، والنخعي، والشعبي. الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة، فلا تقبل في الحدود، والقصاص؛ لأنها تندرى بالشبهات، والشهادة على الشهادة فيها شبهة من حيث البدلية. أو من حيث إن فيها زيادة أختِمَالِ. وَدَقَّبَ الإمامُ مالكٌ إلى جواز الشهادة على الشهادة في جميع الحقوق.

وفي التبصرة لابن قَرُونٍ. قال ابنُ عَبْدِ السَّلَامِ، وقد اختلف العلماء في الحكم بالشهادة على الشهادة، فمذهب مالك - رضي الله تعالى عنه - قبولها وإعمالها في سائر الحقوق مالمَّا كان أو عقوبة.

وعند الإمام الشافعي تقبل الشهادة على الشهادة في غير عقوبة كمال وطلاق، وفي عقوبة الأدمي على المذهب، كقصاص وحد قذف بخلاف عقوبة الله تعالى كحد الزنى والشرب، لأن حق الله تعالى مبني على المساهلة بخلاف حق الأدمي.

شروط جواز الشهادة على الشهادة: هي

١ - أن تتعذر شهادة الأصل بموت أو غيبة أو مرض أو كون المرأة مخدرة. وبهذا قال الأئمة الأربعة.

وعن أبي يوسف أنه إذا كان في مكان لو غدا الأداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت في أهله قبلت الشهادة على الشهادة إحياء الحقوق الناس.

وفي الذخيرة أخذ كثير من المشايخ بهذه الرواية منهم الفقيه أبو الليث.

وعن محمد تجوز الشهادة كيفما كانت حتى روى أنه إذا كان الأصل في زاوية المسجد فشهد الفرع في زاوية أخرى تقبل.

الغيبية التي تجوز الشهادة على الشهادة عند الحثية سفر ثلاثة أيام. وعند الشافعية مسافة العدوى. وهي التي يرجع فيها مبكراً. وقيل مسافة القصر. وعند المالكية إن كانت الشهادة في الحدود لم =

وعن ابن القاص: أن الشهادة على الشهادَةِ في الإحصان تُخْرَجُ، على الخلاف في أن الشهادة على الشهادة؛ هل تُقْبَلُ في الحدود.

ولو شهد شاهدان على شهادة شاهدين أن الحاكم حد فلاناً، فلا خلاف في القبول؛ لأنه حق الأدبي، فإنه يسقط الحكم عن نفسه. قاله في «الشامل».

= تقبل إلا في الغيبة البعيدة. لا في ثلاثة أيام. ويجوز اليومان في غير الحدود. وقال سحنون إن كانت المسافة تقصر فيها الصلاة أو الستين ميلاً جاز النقل ولم يفرق بين حد ومال ولكننا نقول أن هذا تساهل غير مقبول ولا يتفق والحكمة التي من أجلها جازت الشهادة على الشهادة.

وروي عن الشعبي أنها لا تقبل إلا أن يموت شاهدا الأصل لأنها إذا كانا حين رجي حضورهما فكانا كالحاضرين.

وهذا الرأي ليس بسديد إذ يلزم عليه ضياع الحقوق. ولا سيما إذا كان شاهد الأصل في مكان بعيد.

٢ - أن يشهد كل من الأصليين على شهادته رجلين أو رجلاً وامرأتين. وإذا شهد رجلان على شهادة أحد الأصليين جاز لهما أن يشهدا على شهادة الآخر. لأن الشاهد يجوز له أن يتحمل الشهادة على حوادث كثيرة.

وفي قول للشافعي يشترط لكل رجل أو امرأتين. لأن شهادتهما على واحد قائمة مقام شهادته فلا تقوم مقام شهادة غيره.

ثم لا بد من الاسترعاء وهو أن يشهد شاهد الأصل شاهد الفرع فيقول أشهد على شهادتي. أني أشهد أن لفلان على فلان كذا. أو أقر عندي بكذا. أما إذا سمع شاهداً يشهد غيره فلا يجوز له أن يشهد. وعند مالك في هذه قولان: أما إذا سمع شاهداً يشهد عند الحاكم بحق أو سمع يشهد بحق يغريه إلى سبب نحو أن يقول أشهد أن لفلان على فلان ألفاً من ثمن مبيع فهل يشهد به؟

ذكر القاضي أن له الشهادة به. وهو مذهب الشافعي لأنه بالشهادة عند الحاكم ونسبة الحق إلى سبب يزول الاحتمال. ويرتفع الإشكال. فتجوز له الشهادة على شهادته كما لو استرعاه. وذهب أبو حنيفة وأبو عبيد إلى عدم الجواز لأن الشهادة على الشهادة فيها معنى الإنابة فلا ينوب عنه إلا بإذنه.

٣ - أن يعينا شاهدي الأصل ويسميأهما.

وقال ابن جرير إذا قالا ذكر ابن حريز عدلين جاز. وإن لم يسميا. لأن الغرض معرفة الصفات دون العين. وليس هذا بصحيح لجواز أن يكونا عدلين عندهما مجروحين عند غيرهما. ولأن المشهود عليه ربما أمكن جرح الشهود فإذا لم يعرف أعيانها تعذر عليه.

٤ - ألا يخرج الأصول عن أهلة الشهادة بفسق أو جنون أو عمى أو ردة أو غير ذلك أما إذا ماتوا أو غابوا فشهادة الفرع مقبولة.

٥ - ألا ينكر الأصل تحميل الشهادة للفرع. فإنه أنكرها وقال أشهدت غيرهما فلا تقبل شهادة الفرع للتعارض.

٦ - ألا يحضر الأصل قبل الحكم فلو شهد شاهدا الفرع فلم يحكم بشهادتهما حتى حضر شاهدا الأصل وقف الحكم على سماع شهادتهما لأن قدر على الأصل قبل العمل بالبدل فلم يجر أمل به كالتيمم يقدر على الماء قبل الصلاة.

وَلِيَعْلَمَ قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «وَعُقُوبَاتِ الْأَدْمِيَيْنِ» بِالْحَاءِ، لِأَنَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لَا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ فِي الْقِصَاصِ فِي النَّفْسِ، كَمَا فِي حَقُوقِ اللَّهِ تَعَالَى. وَقَوْلُهُ: «دُونَ حُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى» بِالْمِيمِ، لِأَنَّ عِنْدَ مَالِكٍ تُقْبَلُ فِيهَا الشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ.

وقوله: «لأن فيها شبهة، لأنها بدل» يعني؛ أن [شهادة الفرع]<sup>(١)</sup> بدل عن شهادة الأصل؛ وذلك يورثُ الشبهة؛ لانضمام احتمال الخيانة في الفروع إلى احتمالها في الأصول. وقوله: «ويجري الخلاف في كتاب القاضي إلى القاضي، وفي التوكيل باستيفاء القصاص» أشار به أن الخلاف في الصورة مبني على معنى البدلية، وتأثيره في زيادة الشبهة.

وقوله: «فإذا منعنا» - يعني كتاب القاضي - «لم تسمع دعوى القصاص على غائب»؛ لأنه لا يتمكن من استيفائه، ولا يجوز أن يكتب به إلى موضع [الغائب]<sup>(٢)</sup> المدعى عليه والله أعلم.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: ثُمَّ النَّظَرُ فِي أَرْبَعَةِ أُمُورٍ: (الأول): أَنَّهُ لَا يَجُوزُ تَحْمُلُ الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ إِلَّا إِذَا قَالَ الشَّاهِدُ أَشْهَدُكَ عَلَى شَهَادَتِي أَوْ رَأَى الْفَرْعَ وَقَدْ شَهِدَ بَيْنَ يَدَيْ حَاكِمٍ فَلَهُ أَنْ يَشْهَدَ عَلَى شَهَادَتِهِ وَإِنْ لَمْ يَشْهَدْ، وَلَوْ قَالَ فِي غَيْرِ مَجْلِسِ الْقَضَاءِ: لِفُلَانٍ عَلَى فُلَانٍ حَقٌّ وَعِنْدِي بِهِ شَهَادَةٌ لَمْ يَجْزِ التَّحْمُلُ، لِأَنَّهُ يَتَسَاهَلُ فِي غَيْرِ مَجْلِسِ الْحُكْمِ، نَعَمْ لَوْ قَالَ: عِنْدِي شَهَادَةٌ مَجْزُومَةٌ لِفُلَانٍ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ: أَشْهَدُ أَنَّ لَهُ عَلَيْهِ كَذَا لَمْ يَتَّحَمَلْ فَلَعَلَّهُ أَرَادَ الْوَعْدَ، وَلَوْ قَالَ: عَلَيَّ لِفُلَانٍ أَلْفٌ لَمْ يُحْمَلْ عَلَى الْوَعْدِ وَجَارَتْ الشَّهَادَةُ إِذْ لَا يَتَسَاهَلُ فِي الْإِقْرَارِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: أَدْرَجَ مَسَائِلَ الْبَابِ بَعْدَمَا بَيَّنَّ أَنَّ الشَّهَادَةَ [على الشهادة]<sup>(٣)</sup> فِيمَ تَجْرِي، وَفِيمَ لَا تَجْرِي، فِي أَرْبَعَةِ فُصُولٍ:

أحدها: فِي تَحْمُلِ الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ؛ وَإِنَّمَا يَجُوزُ التَّحْمُلُ، إِذَا عَرَفَ أَنَّ عِنْدَ الْأَصْلِ شَهَادَةً جَازِمَةً بِحَقِّ ثَابِتٍ. وَلِمَعْرِفَتِهِ سَبَابٍ:

أحدها: أَنْ يَسْتَرْعِيَهُ الْأَصْلُ، فَيَقُولُ: إِنِّي شَهِدْتُ بِكَذَا، وَأَشْهَدُكَ عَلَى شَهَادَتِي، [أو يقول: أشهدك، وأشهد على شهادتي بكذا،]<sup>(٤)</sup> أو يقول: إِذَا اسْتَشْهَدْتُ<sup>(٥)</sup> عَلَى شَهَادَتِي، فَقَدْ أَذْنْتُ لَكَ فِي أَنْ تَشْهَدَ.

(٢) سقط في: ز.

(٤) سقط في: أ.

(١) في ز: الشهادة.

(٣) سقط في: أ.

(٥) في ز: استشهد.



أما إذا سمع إنساناً يقول: لفلان على [فلان] كذا، أو أشهد أن لفلان على [فلان] كذا، لا على صورة أداء<sup>(٢)</sup> الشهادة، فلا يجوز أن يشهد على شهادته، لأنه قد يريد عدة كان قد وعدّها، وقد ليشير بكلمة «علي» أن مكارم الأخلاق الوفاء بها، وتنزيلها منزلة الديون، وأيضاً قد يتساهل بإطلاق ذلك، لغرض صحيح، أو فاسد، فإذا آل الأمر إلى [إقامة]<sup>(٣)</sup> الشهادة أحجم. وكذا لو عندي شهادة بكذا، ولكن لو قال: عندي شهادة مجزومة، أو شهادة أديتها ولا أماري فيها وما أشبه ذلك، ففي جواز التحمل وجهان؛ نقلهما الإمام، والموافق فيهما لإطلاق الأكثرين المنع أيضاً، ولا بد من تعرض الأصل للفظ الشهادة، فلو قال: أعلم، أو أخبر، أو أستيقن، لم يكف، كما لو أتى الشاهد عند إقامة الشهادة بهذه الألفاظ، فإنه لا يحكم بها القاضي.

قال الإمام: وأبعد بعض أصحابنا، فأقام اللفظ الذي لا يتردّد فيه، مقام لفظ الشهادة، ولا يشترط أن يقول في الاسترعاء: أشهدك على شهادتي [أو عن شهادتي]<sup>(٤)</sup> لكنه أتم بقوله: أشهدك على شهادتي تحمیل.

وقوله: «عن شهادتي إذن في الأداء»، كأنه يقول: أدها عني، ولاذنه أثر في الطرفين، ألا تراه لو قال له بعد التحميل: لا تؤدّ عني تلك الشهادة امتنع عليه الأداء وفي «الشامل» أن بعض الأصحاب شرط في الاسترعاء ذلك، وإذا حصل الاسترعاء لم يختص التحمل بمن استرعاه كأنه يقول للفرع: اقبل على شهادتي وتحملها؟

والثاني: إذا سمعه يشهد عند القاضي أن لفلان على فلان كذا، فله أن يشهد على شهادته، وإن لم يسترعه؛ لأنه لا يتصدى إقامة الشهادة عند القاضي إلا بعد تحقّق الوجوب.

وللقاضي أيضاً أن يشهد على شهادته عند قاض آخر، والشهادة عند المحكم، كالشهادة<sup>(٥)</sup> عند الحكيم، سواء جوزنا التحكيم، أو لم يجوزها؛ لأنه لا يشهد عند المحكم أيضاً إلا وهو جازم بثبوت المشهود به.

وعن الإضطخري: أنه إنما تجوز الشهادة عند المحكم، إذا جوزنا التحكيم. أما على القول الآخر، فلا.

والثالث: إذا بين تشييت الوجوب، فقال: أشهد أن لفلان على فلان كذا في ثمن مبيع، أو قرض، أو أرض جنائية، فتجوز الشهادة على شهادته، وإن لم يشهد عند

(١) سقط في: أ.

(٢) في ز: إذا.

(٣) سقط في: أ.

(٥) في أ: بالشهادة.

(٤) سقط في: ز.

القاضي، ولا وُجِدَ منه استِزْعَاءٌ؛ لأن الإِسْنَادَ إلى السَّبَبِ، يَقْطَعُ احتمال الوَعْدِ، والتَّسَاهُلِ. هذا ما يوجد لِعَامَّةِ الْأَصْحَابِ.

وحكى الإمام وَجْهًا آخَرَ: أَنَّ الإِسْنَادَ إلى السَّبَبِ لا يكفي لِلتَّحْمُلِ؛ ورآه أَظْهَرَ، وهذا الوَجْهُ قد رَوَاهُ الشَّيْخُ أَبُو حَاتِمٍ القَزْوِينِي أَيْضًا، [وروى] <sup>(١)</sup> وَجْهًا آخَرَ: أَنَّ الشَّهَادَةَ عند القاضي لا تَكْفِي أَيْضًا، بل لَا بُدَّ من الاستِزْعَاءِ. وَيُحْكَى عن أبي حَنِيْفَةَ مِثْلُ ذلك.

فيجوز أن يُعْلَمَ قوله في الكتاب: «أو رآه الفرع، وقد شهد بين يدي حاكم» بالحاء والواو. وقوله: «ولو قال: أشهدُ أن له عليه كذا، لم يتحمل، فلعله أراد الوعد». يمكن حَمْلُهُ على ما ذكرنا أن المَشْهُودَ عليه ربما أراد الوَعْدَ، ويمكن حَمْلُهُ على أن القَائِلَ ربما أراد الوَعْدَ بِالشَّهَادَةِ، لا أن عنده شهادة في الحال، فَيَنْضَمُّ هذا إلى معنى التَّسَاهُلِ الذي ذَكَرَهُ، فيما إذا قال: عندي شهادة بكذا؛ والحُكْمُ فيها وَاحِدٌ.

وأما قوله: «ولو قال: عَلَيَّ لفلان ألف، لم يحمل على الوَعْدِ، وَجَارَتْ الشَّهَادَةُ. فاعلم أن الْأَصْحَابَ - رحمهم الله - لما ذَكَرُوا في هذا المَوْضِعِ؛ أنه لا يجوز التَّحْمُلُ، بأن يُسْمَعَ من الأصل: أني أشهدُ بكذا، أو عندي شَهَادَةٌ بكذا، تَكَلَّمُوا في أنه: هل يكفي لِلتَّحْمُلِ أن يسمعه يقول: لفلان علي كذا؟

وعن أبي إِسْحَاقَ: أن هناك أَيْضًا لا يجوز التَّحْمُلُ بهذا القَدْرِ، بل لَا بُدَّ مع ذلك من قَرِينَةٍ تُشْعِرُ بالوجوب، بأن يسنده إلى سَبَبٍ؛ فيقول: من ثَمَنَ مبيع، أو يسترعيه فيقول: فاشهد علي به. والصحيح، وهو المَذْكُورُ في الكتاب: أن مُجَرَّدَ الإِثْرَارِ كَافٍ لِلتَّحْمُلِ، وَفَرَّقُوا بينه وبين تَحْمُلِ الشَّهَادَةِ على الشَّهَادَةِ من وجهين:

أحدهما: أن الشَّهَادَةَ يُعْتَبَرُ فيها ما لا يُعْتَبَرُ في الإِثْرَارِ، ألا تَرَى أنه لا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الفَاسِقِ والمُعْتَمَلِ؟ والشهادة بالمَجْهُولِ والإِثْرَارِ يخالفه فجاز أن يُعْتَبَرَ في تَحْمُلِ الشَّهَادَةِ ما لا يُعْتَبَرُ في تَحْمُلِ الإِثْرَارِ.

والثاني: أن المقر مُخْبِرٌ عن نفسه، والشَّاهِدُ مُخْبِرٌ عن غيره، والمُخْبِرُ عن نفسه بما يَضُرُّ به لا يخبر إلا عن تَحْقِيقِ، ولا يكاد يَتَّسَاهَلُ، والمخبر عن غيره قد يَتَّسَاهَلُ، فَيُحْتَاجُ فيه إلى الاحتياط.

فرع:

الْفَرْعُ عند أداءِ الشَّهَادَةِ يُبَيِّنُ جِهَةَ التَّحْمُلِ، فإن استِزْعَاءَهُ الأصل، قال: أشهد أن فلانًا، شهد أن لفلان على فلان كذا، وأشهدني على شهادتي، وإن لم يَسْتَرْعِهِ، بين أنه

شهد عند القاضي، أو أنه أسند المشهود به إلى سببه. قال الإمام: وذلك لأن الغالب على الناس الجهل بطريق التحمل، فإن كان ممن يعلم، وثق به القاضي، [جاز أن يكتفي بقوله: أشهد على شهادة فلان بكذا، ويستحب للقاضي أن<sup>(١)</sup> يسأل: بأي سبب ثبت هذا المال<sup>(٢)</sup>؟ وهل أخبرك به الأصل؟ وهذا إذا لم يبين السبب.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّانِي فِي الطَّوَارِيءِ وَلَا بِأَسْ بِمَوْتِ شَاهِدِ الْأَصْلِ وَعَيْبَتِهِ وَمَرَضِهِ، وَأَمَّا إِذَا طَرَأَ عَلَيْهِ الْفِسْقُ أَوْ الْعَدَاوَةُ أَوْ الرَّدَّةُ أَمْتَنَعَ شَهَادَةَ الْفَرْعِ، وَلَوْ طَرَأَ الْجُنُونُ فَوَجْهَانِ، وَلَوْ طَرَأَ الْعَمَى فَوَجْهَانِ مُرْتَبَانِ وَأَوْلَى بِأَنْ لَا يُنْتَعِ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُمَا لَا يُنْتَعَانِ، أَمَّا إِذَا كَذَّبَ الْفَرْعُ أَمْتَنَعَ الشَّهَادَةَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْفَصْلُ الثَّانِي - فِي صِفَاتِ شَاهِدِ الْأَصْلِ، وَمَا يَطْرَأُ عَلَيْهِ. لَا يَصِحُّ تَحْمُلُ الشَّهَادَةِ عَلَى شَهَادَةِ الْفَاسِقِ، وَالْكَافِرِ، وَالْعَبِيدِ، وَالصَّبِيِّ، وَالْعَدُوِّ؛ لِأَنَّهُمْ غَيْرُ مَقْبُولِي الشَّهَادَةِ. وَإِنْ تَحْمَلُ وَالْأَصْلُ بِصِفَاتِ الشُّهُودِ، ثُمَّ عَرَضَ مَا يَمْنَعُ قَبُولَ شَهَادَتِهِ، أَوْ الْوُضُوعُ إِلَيْهَا، فَإِنْ كَانَ الْعَارِضُ الْمَوْتَ، أَوْ الْعَيْبَةَ، أَوْ الْمَرَضَ، فَلَا أَثَرَ لَهُ، بَلْ شَهَادَةُ الْفَرْعِ حَيْثُ يُحْتَاجُ إِلَيْهَا، كَمَا سَيَأْتِي.

وَإِنْ عَرَضَ فِسْقٌ، أَوْ عَدَاوَةٌ، أَوْ رِدَّةٌ، لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَةُ الْفَرْعِ، وَبِالْأَصْلِ هَذِهِ الْأَحْوَالُ. وَوَجَّهَهُ الْإِمَامُ: بِأَنَّ هَذِهِ الْحَالَاتِ لَا تَهْجِمُ دَفْعَةً وَاحِدَةً، بَلِ الْفِسْقُ يورث الرِّبِّيَّةَ فِيمَا تَقَدَّمَ، وَالرِّدَّةُ تُشْعِرُ بِخُبْرٍ فِي الْعَقِيدَةِ سَابِقِ، وَالْعَدَاوَةُ لَضَعَائِنِ كَانَتْ مُسْتَكْبَهَةً، وَلَيْسَ لِمُدَّةِ [الرِّبِّيَّةِ]<sup>(٣)</sup> مِنْ قَبْلِ ضَبْطِ فَتَنْعَطَفُ<sup>(٤)</sup> إِلَى حَالَةِ التَّحْمُلِ، فَإِنْ زَالَتْ؛ فَهَلْ لِلْفَرْعِ أَنْ يَشْهَدَ بِالتَّحْمُلِ الْأَوَّلِ؟ أَمْ يَحْتَاجُ إِلَى تَحْمُلٍ جَدِيدٍ؟

[عَنْ ابْنِ سُرَيْجٍ فِيمَا حَكَى أَبُو الْعَبَّاسِ الرَّوْيَانِيُّ: أَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى تَحْمُلٍ جَدِيدٍ<sup>(٥)</sup> وَهَذَا مَا صَحَّحَهُ الْإِمَامُ بِنَاءً عَلَى أَنْعَاطِ الرِّبِّيَّةِ إِلَى حَالَةِ التَّحْمُلِ، وَرَوَى وَجْهًا آخَرَ: أَنَّهُ لَا حَاجَةَ إِلَيْهِ، وَهَذَا قَضِيَّةٌ يُرَادُ «التَّهْذِيبُ»، وَلَوْ حَدَثَ الْفِسْقُ، أَوْ الرَّدَّةُ بَعْدَ الشَّهَادَةِ، وَقَبْلَ الْقَضَاءِ، أَمْتَنَعَ الْقَضَاءُ. كَمَا لَوْ شَهِدَ الْأَصْلُ وَقَسَقَ قَبْلَ الْقَضَاءِ، وَلَوْ

(١) سقط في: أ.

(٢) وهذا التفصيل ذكره الإمام وزعم أنه من تصرفه وأن ظاهر كلام الجمهور اشتراط بيان جهة التحمل مطلقاً ولهذا عد الماوردي أداء الشهادة على الصفة التي يحتملها شرطاً وليس كذلك، فإن الشافعي - رضي الله عنه - قال في المختصر: وإن شهد الشاهد بالمال فأحب ألا يقبل هذا منه قال في الشامل: ليست هذه المسألة من باب الشهادة على الشهادة وإنما هي من باب شاهدي الأصل.

(٤) في ز: منعطف.

(٣) سقط في: أ.

(٥) سقط في: أ.

حدث بالأصل جُنُونٌ؛ فوجهان مَثْقُولَانِ في «النهاية»:

أحدهما: امْتِنَاعُ شَهَادَةِ الْفَرْعِ، كما في الْفِسْقِ، وإنما قَبِلْنَا في الْمَوْتِ وَالْمَرَضِ للحاجة.

وأصحهما: جواب الْجُمْهُورِ: أنه لا أثر له كالمَوْتِ؛ لأنه لا يُوقِعُ رَبِيَّةً [فيما مضى]<sup>(١)</sup>. والوجهان جَارِيَانِ فيما لو عَمِيَ، وأولى بالأثر يؤثر لأن العمى لا يبطل أهلية الشَّهَادَةِ بِالْكَلِيَّةِ.

ولو أغمى عليه، قال الإمام: لم يُؤَثِّرْ إن كان غَائِباً، وإن كان حَاضِراً، لم يَشْهَدِ الْفَرْعُ، بل ينتظر زَوَالَهُ؛ فإنه<sup>(٢)</sup> قريب الزُّوَالِ.

وقَضِيَّتُهُ؛ أن يكون الجَوَازُ كذلك، في كل مَرَضٍ يُتَوَقَّعُ زَوَالُهُ، كتَوَقُّعِ زَوَالِ الإِغْمَاءِ<sup>(٣)</sup>، ولا أثر لحدوث شيءٍ من هذه المَعَانِي بعد الْقَضَاءِ<sup>(٤)</sup> وكذا لو شهد الْفَرْعُ في غَيْبَةِ الْأَصْلِ، ثم حَضَرَ بعد الْقَضَاءِ لم يؤثر، وإن حضر قَبْلَهُ، امتنع الْقَضَاءُ، لحصول الْقُدْرَةِ على الْأَصْلِ، وكذا لو كذب الْأَصْلُ الْفَرْعُ قبل الْقَضَاءِ، امتنع الْقَضَاءُ. والتَّكْذِيبُ بعده لا يُؤَثِّرُ.

ولو قضى القاضي، ثم قامت الْبَيِّنَةُ على أن الْأَصْلَ قد كَذَّبَ الْفَرْعَ قبل الْقَضَاءِ؛ فالْقَضَاءُ مَنفُوضٌ: ذكره الإمام<sup>(٥)</sup>، هذا هو القول في صفات الْأَصْلِ.

(١) سقط في: أ.

(٢) في أ: لأنه.

(٣) قال النووي في زيادته: ليس كما قال الرافعي - رحمه الله -، بل الصواب أن المرض لا يلحق بالإغماء، وإن توقع زواله قريباً، لأن المريض أهل لشهادة بخلاف المغمى عليه. والله أعلم. وتعقب فقال في الخادم وهذا الكلام لعله صدر عن غير رؤية فإنه إذا انتظر إفاقة المغمى عليه مع عدم أهليته فانتظار المريض مع أهليته أولى، وقال ابن الرفعة في المطلب: الصواب مع الرافعي؛ لأن الإغماء لم يجعل مانعاً من الشهادة بدليل أنه لا يؤثر في حال الغيبة اتفاقاً فصار كالمرض فانتفى ما ذكره من الفرق نعم لو ذكر له حالة إغماء وكانت تطول، فالظاهر أنه يسلك به مسلك تزويج موليته كما ذكرنا في النكاح بل لولي.

(٤) قال في الخادم: هذا إذا لم يكن في قصاص وحد قذف فإن كان وجوزنا الشهادة على الشهادة فيهما وهو الأصح فإنه يصير بمنزلة الشاهد الأصلي يحصل ذلك والمذهب فيه أنه لا يستوفى كما في الرجوع عن الشهادة بعد القضاء.

(٥) قضيته أنه ذكر للتكذيب صورتين إحداهما: سماع القاضي تكذيب الأصل الفرع، والثانية: قيام بينة عنده على تكذيب الأصل بطلت شهادة الفرع بحضور الأصل لا بالتكذيب، ثم حاول تصويره بصورتين: إحداهما أن الأصل حضر وكذب الفرع فبطلت شهادته بالحضور وجاء التكذيب بعده، فإذا غاب الأصل المسافة المعتبرة لم يقبل الفرع قولاً واحداً لا لطريان الحضور، لأنه قد زال بل لطريان التكذيب. وهذا حسن لطيف.

وأما الفَرْعُ فلو تَحَمَّلَ الشَّهَادَةَ، وهو فَاسِقٌ، أو عَيْدٌ، أو صَبِيٌّ، أو أَخْرَسٌ، صحَّ تَحْمَلُهُ، كَتَحْمَلِ الْأَصْلِ الشَّهَادَةَ فِي هَذِهِ الْأَحْوَالِ، ثُمَّ الْأَدَاءُ يَكُونُ بَعْدَ زَوَالِهَا، وَلَا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ، إِلَّا مِنَ الرِّجَالِ، وَلَا مَدْخَلٌ فِيهَا لِشَّهَادَةِ النِّسَاءِ، وَإِنْ كَانَتْ الْأَصُولُ أَوْ بَعْضُهُمْ إِنَاثًا، وَكَانَتِ الشَّهَادَةُ فِي وِلَادَةٍ، أَوْ رِضَاعٍ، أَوْ مَالٍ، لَمَا سَنَدَكَرَهُ - إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى - أَنْ شَهَادَةَ الْفَرْعِ تُثَبِّتُ شَهَادَةَ الْأَصْلِ، لَا مَا شَهِدَ بِهِ الْأَصْلُ.

وَنَفْسُ الشَّهَادَةِ لَيْسَ بِمَالٍ، وَيَطَّلِعُ عَلَيْهَا الرِّجَالُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ فِي النِّسَاءِ، فِيمَا يُقْبَلُ فِيهِ شَهَادَةُ النِّسَاءِ. وَنَقَلَ الْقَاضِي ابْنُ كَيْجٍ وَجْهًا مِثْلَهُ فِي الْوِلَادَةِ.

قَالَ الْعَرَّالِيُّ: الثَّلَاثُ: الْعَدَدُ وَلَيْشْهَدَ عَلَى كُلِّ شَاهِدٍ شَاهِدَانِ، فَإِنْ شَهِدَا عَلَى شَهَادَتَيْهِمَا جَمِيعًا، جَازَ عَلَى أَتَيْسِ الْقَوْلَيْنِ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَشْهَدَ أَحَدُ شَاهِدِي الْأَصْلِ، مَعَ شَاهِدٍ آخَرَ، عَلَى شَهَادَةِ الْأَصْلِ الثَّانِي، وَشَهَادَةِ الرَّثْنَا كَالْإِقْرَارِ بِالرَّثْنَا، فَتَثْبُتُ بِشَاهِدَيْنِ أَمْ بِأَرْبَعَةٍ؟ فِيهِ قَوْلَانِ، وَيَجْتَمِعُ مِنْ هَذِهِ الْأَخْتِلَافَاتِ فِي شُهُودِ الْفَرْعِ فِي الرَّثْنَا، إِنْ قَبَلْنَاهَا أَرْبَعَةً أَقْوَالٍ، فَيَجِبُ سِتَّةَ عَشَرَ، أَوْ ثَمَانِيَةَ، أَوْ أَرْبَعَةَ، أَوْ اثْنَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْفَصْلُ الثَّلَاثُ: فِي عَدَدِ الشُّهُودِ<sup>(١)</sup>.

الفرع:

فَإِنْ شَهِدَ شَاهِدَانِ عَلَى شَهَادَةِ أَصْلٍ وَآخِرَانِ عَلَى شَهَادَةِ الثَّانِي، فَقَدْ تَمَّ النَّصَابُ بِلَا كَلَامٍ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَشْهَدَ فَرْعٌ عَلَى شَهَادَةِ أَصْلٍ، وَآخِرٌ عَلَى شَهَادَةِ الثَّانِي، خِلَافًا لِأَحْمَدَ. وَاحْتِجَّ الْأَصْحَابُ بِأَنَّ الْفَرْعَ يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ الْأَصْلِ، وَلَا يَكْفِي وَاحِدًا لِإثْبَاتِ شَهَادَةِ كُلِّ أَصْلٍ؛ كَمَا لَوْ شَهِدَ اثْنَانِ عَلَى شَهَادَةِ مَقْرِينِ.

كَذَلِكَ لَوْ شَهِدَ اثْنَانِ عَلَى شَهَادَةِ الْأَصْلَيْنِ مَعًا، فَفِيهِ قَوْلَانِ:

أَحَدُهُمَا: وَهُوَ اخْتِيَارُ الْمُزْنِيِّ: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّهُمَا إِذَا شَهِدَا عَلَى شَهَادَةِ أَحَدِ الْأَصْلَيْنِ، كَانَا كَشَاهِدٍ وَاحِدٍ قَامَ شَهَادَةُ أَحَدِ الشُّطْرَيْنِ، فَلَا يَقُومُ بِهَا الشُّطْرُ الثَّانِي، كَمَنْ

= الثَّانِيَةِ: أَنْ يَسَافِرَ الْأَصْلُ عَنْ بَلَدِ الْفَرْعِ إِلَى بَلَدٍ آخَرَ ثُمَّ اتَّفَقَ سَفَرُ الْقَاضِي هُنَاكَ فَشَافَهُهُ الْأَصْلُ بِتَكْذِيبِ الْفَرْعِ فِيهِ مِنْ عَمَلِ الْقَاضِي فَلَهُ الْعَمَلُ بِتَكْذِيبِهِ قَوْلًا وَاحِدًا وَإِلَّا كَانَ عَلَى قَوْلِي الْعِلْمِ وَهَذِهِ الصُّورَةُ أَغْرُوسٌ مِنَ الْأُولَى. انْتَهَى وَالظَّاهِرُ أَنَّ الْإِمَامَ جَمَعَ بَيْنَ الْحَضُورِ وَالتَّكْذِيبِ لِأَنَّهُمَا مَانِعَانِ قِطْعًا بِخِلَافِ الْحَضُورِ الْمَجْرُودِ فِيهِ خِلَافٌ، وَلِهَذَا قَالَ فِي الْبَسِيطِ: وَمِنَ الْمَوَانِعِ قِطْعًا حَضُورَ شُهُودِ الْأَصْلِ وَتَكْذِيبِهِمْ شُهُودِ الْفَرْعِ، فَإِنْ قَامَتِ الْبَيِّنَةُ عَلَى تَكْذِيبِهِمْ وَهُمْ غَيْبٌ فَذَلِكَ يَمْنَعُ.

(١) فِي أ: شُهُودٌ.

شَهِدَ مَرَّةً عَلَى شَيْءٍ، لَا يَشْهَدُ مَرَّةً أُخْرَى. وكما لو شهد أصالةً، ثم شهد [الثاني] <sup>(١)</sup> مع فَرَعٍ عَلَى شَهَادَةِ الْأَصْلِ، الثاني - وبه قال أبو حنيفة، ومالك، وأحمد - رحمهم الله -: يجوز؛ لأنهما شهدا على قول اثنين، فصار كما لو شهد على إقرار رجلين.

والقولان فيما ذكره الشيخ أبو حامد، وطبقته مبيّان على أن الفروع يقومون مقام الأصول؛ ويثبت الحق بشهادتهم ثبوته بشهادة الأصول، أو الفروع يثبتون شهادة الأصول، والحق يثبت بشهادتهم.

وفيه قولان، توجه أولهما - بأن الواحد، لا يجوز أن يشهد أصالةً مع فرع، على شهادة الأصل الثاني، ولولا قيام الفروع مقام الأصول في إثبات الحق، لجاز؛ لأن شهادتهما <sup>(٢)</sup> [حينئذ] <sup>(٣)</sup> تتوجهان نحو شيئين مختلفين.

وثانيهما: وهو الأصح: بأنهم مصرحون بالشهادة على شهادة الأصول، ولم يشهدوا فعلاً، ولا سمعوا قولاً.

فإن قلنا بالأول، فمن قام بأحد شرطَي البيّنة، لا يقوم بالثاني كالأصول.

وإن قلنا بالثاني، فلا بأس، كما لو شهد على إقرار شخصين.

ويمكن أن يكون الخلاف الذي مرّ في أن التساهل لهنّ مدخل في الشهادة على الشهادة مبيّناً على هذا الأصل؛ وقضيته <sup>(٤)</sup> إثبات خلاف في أنه هل يجوز أن يشهد فرع على شهادة هذا؟ وفرع على شهادة هذا؟ لكن لم يذكروا فيه خلافاً.

ثم في «التهذيب» أن أصحّ القولين: أنه لا يجوز أن يشهد اثنان على شهادة الأصلين معاً، وكذا ذكره أبو الفرج السرخسي. وربما سموه الجديد ومقابله القديم، ولكن أصحابنا العراقيون رجحوا الجواز، وإليه ذهب الإمام، وصاحب الكتاب، والروائي، وصاحب العدة - رحمهم الله -.

فإن قلنا بالمنع، فلو أقام شاهدين على شهادة الأصلين معاً، فله أن يجيب على أيهما شاء ويخلف معه، ولو شهد أربعة على شهادة الأصلين فوجهان:

أحدهما: المنع أيضاً؛ لأنهم جميعاً إذا قاموا مقام شاهدين واحد، لا يقومون مقام الثاني.

والثاني: يجوز، لأنه قد شهد اثنان منهم على شهادة زيد، واثنان على شهادة عمرو، فلا يضرّ تعرّض شاهدي زيد، لشهادة عمرو، وبالعكس.

(٢) في ز: شهادتيه.

(٤) في ز: وقضية.

(١) سقط في: أ.

(٣) سقط في: أ.

قال الإمام: وهذا هو الذي لا يُجوزُ غيره، وجميع ما ذكرنا فيما إذا شهد الفروع على شهادة رجلين، فإن شهدوا على شهادة رجل وامرأتين، فعلى القول الأول، لا بُدَّ من ستة؛ يشهد كل اثنين منهم على شهادة واحد، وعلى الثاني، يكفي شهادة الاثنين على شهادة الكل؛ وإن شهدوا على شهادة أربع نسوة في ولادة، أو رضاع، فعلى الأول، لا بُدَّ من ثمانية؛ يشهد كل اثنين على شهادة واحدة، وعلى الثاني، يكفي اثنان لكل.

وعلى الوجه الثاني، نقله القاضي ابن كج في أن شهادة النساء على [شهادة]<sup>(١)</sup> النساء مقبولة في الولادة.

وحكى وجهين في أنه يكفي شهادة أربع على شهادة أربع، أم لا بُدَّ من ستة عشرة؟ ليشهد كل أربع منهن على واحدة، ولو شهد على شهادة الفروع فروع، واعتبرنا أن يشهد فرعان على شهادة أصل، وآخران على شهادة الأصل الثاني، فيجب أن يشهد على شهادة كل فرع من الفروع الأربعة الثمان، [فيجتمع]<sup>(٢)</sup> ثمانية ثم شهادتهم لا تثبت إلا بستة عشر. وعلى هذا القياس.

وإذا قلنا: بجريان الشهادة على الشهادة في حدود الله تعالى، فتثبت شهادة الزنا بأربعة؟ أم يكفي اثنان؟ فيه قولان كالقولين في الإقرار بالزنا.

وجه السبب، أن كل واحد منهما قولٌ يثبت به الزنا، ويتولد من ازدواج هذا الأصل، والأصل السابق، وهو أنه هل يُعتبر أن يشهد على شهادة كل أصل فرعان؟

أربعة أقوال في عدد الفروع في الزنا. فإن قلنا: تثبت شهادة الزنا باثنين، وقلنا: تجوز شهادة فرعين على شهادة الأصلين معاً، كفي اثنان.

وإن قلنا: تثبت شهادة الزنا باثنين، ولكن يُعتبر أن يشهد على شهادة كل أصل فرعان، فلا بد من ثمانية. وإن قلنا: إن شهادة الزنا لا تثبت إلا بأربعة، فإن قلنا: تجوز شهادة فرعين على شهادة الأصلين معاً، كفي ههنا أن يشهد أربعة على شهادة الأربعة الأصول فإن قلنا: يُعتبر أن يشهد على شهادة كل أصل فرعان، فههنا يجب أن يشهد على شهادة كل واحد من الأربعة أربعة. فيجتمع ستة عشر. وهذا إذا فرغنا على جريان الشهادة على الشهادة في الحدود، والأصح المنع على ما تقدم. والله أعلم.

قال الغزالي: الرابع: أنه لا يسمع شهادة الفرع إلا إذا مات الأصل أو مريض مريضاً يشق عليه الحضور أو غاب فوق مسافة القصر، فإن كان دونها وفوق مسافة العدوى فوجهان، وخوف الغريم وكل ما تترك به الجمعة كالمرض.

(١) سقط في: ز.

(٢) في ز: يجتمع.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الفصل الرَّابِعُ في أن شَهَادَةَ الفرع<sup>(١)</sup>، متى تُسْمَعُ؟ وإنما تُسْمَعُ شَهَادَةُ الفرع، إذا تَعَدَّرَ الوُضُوءُ إلى شَهَادَةِ الأَصْلِ، أو تَعَسَّرَ، وإلا ازداد اِخْتِمَالُ الخَطِئِ والخَلَلُ من غير ضَرْوَرَةٍ حَاجَةٍ حَاقَةٍ. ويخالف الرواية، فإنها أَوْسَعُ بَابًا.

وحكى القاضي أبو سَعِيدِ الهَرَوِيُّ وَجْهًا عن نقل صاحب «التلخيص»<sup>(٢)</sup>، أنه تُقْبَلُ شَهَادَةُ الفُرُوعِ، وإن حَضَرَ الأَصُولُ، والمَذْهَبُ المَشْهُورُ الأَوَّلُ.

فمن وجوه التَّعَدُّرِ مَوْتُ الأَصْلِ، وأَلْحَقَ به العَمَى، ومن وجوه المَرَضِ، ولا يشترط ألا يمكنه الحضور، وإنما المُمْتَعَبُ، أن يَنَالَهُ في الحضور مَشَقَّةٌ ظَاهِرَةٌ، ويلحق خوف الغَرِيمِ وسائر ما يترك به الجمعة بالمرض، هكذا أَطْلَقَ الإمامُ، وصاحب الكتاب. ولكن ذلك في الأَعْدَارِ الخاصة<sup>(٣)</sup> دون ما يَعْمُ الأَصُولُ، والفروع، كالمَطَرِ، والوَخْلِ الشَّدِيدِ<sup>(٤)</sup>.

ولا يكلّف القاضي أن يحضر عند شاهد الأصل، أو يبعث إليه نَائِبَهُ، لما فيه من الإيْتِدَالِ.

ومنها الغَيْبَةُ إلى مَسَافَةِ القَصْرِ، وإن كانت دون مَسَافَةِ القَصْرِ، فمنهم مَنْ أَطْلَقَ وجهين، وكذلك، يُحْكَى عن ابن القَطَّانِ.

والأَشْبَهُ، أنه إن كانت المَسَافَةُ بحيث لو خَرَجَ الأَصْلُ بكَرَّةً لأداء الشَّهَادَةِ، أمكنه الرجوع إلى أهْلِهِ ليلًا فلا تُسْمَعُ شَهَادَةُ الفرع. وتُسَمَّى هذه المَسَافَةُ، مَسَافَةَ العَدْوَى. وإن كانت بحيث لا يمكنه الرُّجُوعُ، فهو مَوْضِعُ الوجهين، والتَّفْصِيلُ هو المَذْكُورُ في الكتاب.

(٢) في أ: الأصحاب.

(١) في أ: الفروع.

(٣) في أ: الحاصلة.

(٤) قال الزركشي فيه أمران:

أحدهما: أن هذا الضابط الذي ذكره الإمام في المرض أنه ما يجوز لأجله ترك الجمعة بعيد نقلًا وعقلًا أما النقل فإن الشيخ أبا علي قال: المرض المجوز هنا أن يكون صاحب فراش في المرض. حكاه عنه ابن أبي الدم وقال: إنه ظاهر، وفي البحر ما يمنع من حضور مجلس الحكم. وأما العقل فلأن العجز هنا مخالف للعجز في الجمعة فلا يحسن اعتبار أحد البابين بالآخر ألا ترى أن الزمن القادر على أجره يصرفها إلى من يحمله إلى الجمعة يجب عليه صرف أجره المثل في ذلك، وقد قالوا: الزمانة في الشهادة بمنزلة المرض وليست كالمرض في الجمعة فإن المرض عليه بذل أجره تحمله إلى الجمعة. ذكره ابن أبي الدم وهو ظاهر.

الثاني: أن إلحاقه سائر أَعْدَارِ الجمعة بالمرض لا يمكن القول به على إطلاقه، فإن أكل ما له ريح كربه ونحوه عذر في الجمعة ولا يقول أحد ها هنا إن أكل شهود الأصل ذلك يسوغ سماع الشهادة على شهادتهم.



وَالطَّرِيقَانِ كَمَا ذَكَرْنَا مِنَ الطَّرِيقَيْنِ فِيمَا إِذَا غَابَ الْوَلِيُّ الْأَقْرَبُ، إِلَى مَا دُونَ مَسَافَةِ الْقَصْرِ أَنَّهُ هَلْ يَكُونُ ذَلِكَ كَالْغَيْبَةِ إِلَى مَسَافَةِ الْقَصْرِ؟ لَكِنِ الْأَظْهَرُ هَهُنَا فِيمَا فَوْقَ مَسَافَةِ الْعَدْوَى، قَبُولُ شَهَادَةِ الْفَرْعِ؛ لِأَنَّ الْوَلِيَّ إِذَا رُوجِعَ، لَمْ يَحْتَجْ إِلَى الْحُضُورِ، بَلْ يُوَكَّلُ. وَالشَّاهِدُ يَحْتَاجُ إِلَى الْحُضُورِ، وَأَيْضاً فَالْحُضْمُ قَدْ يَهْرَبُ، فَيَفُوتُ الْحَقُّ، وَالنِّكَاحُ لَا يَفُوتُ غَالِباً بِهَذَا الْقَدْرِ مِنَ التَّأخِيرِ.

وَعِبَارَةٌ جَمَاعَةً مِنَ الْأَصْحَابِ: أَنَّ الْغَائِبَ إِنْ كَانَ يَلْحَقُهُ مَسَقَّةٌ غَلِيظَةٌ فِي الْمَجِيءِ إِلَى مَجْلِسِ الْحُكْمِ، لَمْ يَكْلَفْ، وَسُمِعَتْ شَهَادَةُ الْفُرُوعِ.

وَهَذَا يَجُوزُ أَنْ يُحْمَلَ عَلَى الْمَسَقَّةِ اللَّاحِقَةِ بِالْمَجِيءِ فِيمَا فَوْقَ مَسَافَةِ الْعَدْوَى، وَيَجُوزُ أَنْ يَجْعَلَ أَعْمَ مِنْ ذَلِكَ، وَإِلَى الْمَحَلِّ الْأَوَّلِ، مِثْلُ ابْنِ الصَّبَّاحِ. وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «أَنَّهُ لَا تُسْمَعُ شَهَادَةُ الْفَرْعِ...» إِلَى آخِرِهِ، يُمْكِنُ أَنْ يُعْلَمَ بِالْوَاوِ؛ لِأَنَّ مَا نَقَلَهُ صَاحِبُ «التَّلْخِصِ»، يَسْمَعُهَا وَإِنْ لَمْ يَوْجِدْ شَيْءَ مِنَ الْحَالَاتِ الْمُسْتَثْنَاةِ<sup>(١)</sup>.

وَقَوْلُهُ: «أَوْ غَابَ فَوْقَ مَسَافَةِ الْقَصْرِ»، كَلِمَةٌ «فَوْقَ»، لَا حَاجَةَ إِلَيْهَا، بَلْ مَسَافَةُ الْقَصْرِ كَمَا فَوْقَهَا فِي الْحُكْمِ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَيْسَ عَلَى شُهُودِ الْفَرْعِ تَزْكِيَةُ الْأَصْلِ، لَكِنِ لَوْ زُكُوا ثَبَّتَتْ عَدَالَتُهُمْ وَشَهَادَتُهُمْ بِقَوْلِ الْفَرْعِ، وَلَيْسَ عَلَيْهِمْ أَنْ يَشْهَدُوا عَلَى صِدْقِ شُهُودِ الْأَصْلِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يَجِبُ عَلَى الْفُرُوعِ تَسْمِيَةُ شُهُودِ الْأَصْلِ، وَتَعْرِيفُهُمْ؛ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ مَعْرِفَةِ عَدَالَتِهِمْ. وَمَا لَمْ يَعْرِفُوا، لَا<sup>(٢)</sup> تَعْرِفُ عَدَالَتَهُمْ، وَلَوْ وَصَفُوا الْأَصُولَ بِالْعَدَالَةِ، وَلَمْ يُسْمُوهُمْ؛ بَأَنَّ قَالُوا: يَشْهَدُ عَلَى شَهَادَةِ عَدْلَيْنِ، أَوْ عُدُولٍ، لَمْ يَجْزِ؛ لِأَنَّ الْقَاضِيَّ قَدْ يَعْرِفُهُمْ بِالْجَرَحِ<sup>(٣)</sup> لَوْ سَمَوْا، وَلِأَنَّهُ يَسُدُّ بَابَ الْجَرَحِ عَلَى الْحُضْمِ، وَلَا يُشْتَرَطُ فِي شَهَادَةِ الْفَرْعِ تَزْكِيَةُ<sup>(٤)</sup> شُهُودِ الْأَصْلِ، بَلْ لَهُمْ إِطْلَاقُ الشَّهَادَةِ، ثُمَّ الْقَاضِيَّ يَبْحَثُ عَنْ عَدَالَتِهِمْ.

وَيُرْوَى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَمَالِكٍ - رَحِمَهُمَا اللَّهُ - اشْتِرَاطُهَا، وَنَقَلَهُ صَاحِبُ «التَّهْدِيبِ» وَجْهًا لِلْأَصْحَابِ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - أَيْضاً.

وَفِي «الْمُزْجَانِيَّاتِ» لِأَبِي الْعَبَّاسِ الرُّوْيَانِيِّ تَفْرِيعاً عَلَى مَا مَرَّ، أَنَّهُ لَوْ فَسَقَ شَاهِدُ الْأَصْلِ، ثُمَّ تَابَ، لَمْ يَكُنْ لِلْفَرْعِ أَنْ يَشْهَدَ عَلَى شَهَادَتِهِ إِلَّا بِإِشْهَادِ جَدِيدٍ<sup>(٥)</sup> أَنَّهُ لَا بَدَّ لِلْفَرْعِ مِنْ أَنْ يَقُولُوا: أَشْهَدْنَا عَلَى شَهَادَتِهِ، وَكَانَ عَدَلاً إِلَى الْيَوْمِ، أَوْ إِلَى أَنْ مَاتَ،

(١) فِي أ: الْمُنْشَأُ.

(٢) فِي ز: الْأ.

(٣) فِي ز: بِالْخُرُوجِ.

(٤) فِي ز: تَرَكْتَهُ.

(٥) فِي ز: شَهَادَةُ الْأَبَاءِ شَهَادَةٌ جَدِيدَةٌ، حِكَايَةٌ وَجْه.

[إِنْ كَانَ قَدْ مَاتَ] (١). وَإِذَا قَلْنَا بَعْدَ الْاِشْتِرَاطِ، فَلَوْ أَنَّهُمْ زَكَّوْهُمْ وَهَمَّ بِصِفَاتِ الْمُزَكِّينَ، فَالْمَشْهُودُ أَنَّهُ تَثَبَّتْ عَدَالَتُهُمْ وَالْمَشْهُورُ فِيمَا إِذَا شَهِدَ اثْنَانِ فِي وَاقِعَةٍ، وَزَكَّى أَحَدُهُمَا الثَّانِي، أَنَّهُ لَا تَثَبَّتْ عَدَالَةُ الثَّانِي، فَمِنْهُمْ مَنْ جَعَلَهَا عَلَى وَجْهَيْنِ، كَأَنَّهُ خَرَجَ فِي كُلِّ صُورَةٍ مِنَ الْأُخْرَى.

وَالصَّحِيحُ الْفَرْقُ، وَوُجْهٌ: بِأَنَّ تَزْكِيَةَ الْفُرُوعِ الْأُصُولَ مِنْ تَيْمَّةِ شَهَادَتِهِمْ، وَلِذَلِكَ شَرَطَ شَارِطُونَ تَعَرُّضَهُمْ لَهَا، وَهَنَّاكَ قَامَ الَّذِي يَزْكِي بِأَحَدِ شَطْرِي الشَّهَادَةِ، فَلَا يَجُوزُ لَهُ الْقِيَامُ بِالثَّانِي، وَلَا يَجِبُ أَنْ يَتَعَرَّضَ الْفُرُوعُ فِي شَهَادَتِهِمْ لِصِدْقِ الْأُصُولِ؛ فَإِنَّهُمْ لَا يَعْرِفُونَهُ. بِخِلَافِ مَا إِذَا حَلَفَ الْمُدْعِي مَعَ الشَّاهِدِ الْوَاحِدِ، حَيْثُ يَتَعَرَّضُ لِصِدْقِهِ؛ لِأَنَّهُ يَعْرِفُهُ. وَلَيَعْلَمُ لِمَا ذَكَرْنَا قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «وَلَيْسَ عَلَى شُهُودِ الْأَصْلِ» بِالْحَاءِ، وَالْمِيمِ، وَالْوَاوِ. وَقَوْلُهُ: «تَثَبَّتْ عَدَالَتُهُمْ» بِالْوَاوِ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

### الْبَابُ السَّادِسُ فِي الرَّجُوعِ

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَالنُّظْرُ فِي الْعُقُوبَةِ وَالْبُضْعِ وَالْمَالِ (أَمَّا الْعُقُوبَةُ): فَالرَّجُوعُ قَبْلَ الْقِصَاصِ يَمْنَعُ الْقِضَاءَ، وَيَجِبُ حُدُّ الْقَذْفِ إِنْ شَهِدُوا بِالزَّنَا، وَإِنْ قَالُوا: عَلِطْنَا، فَفِي الْحَدِّ وَجْهَانِ، وَإِنْ لَمْ يُصْرِّحْ بِالرَّجُوعِ، وَلَكِنْ قَالَ لِلْقَاضِي: تَوَقَّفْ ثُمَّ عَادَ. وَقَالَ: أَقْضِ، فَفِي جَوَازِ الْقِضَاءِ بِهِ وَجْهَانِ، فَإِنْ جَارَ، فَفِي وُجُوبِ الْإِعَادَةِ وَجْهَانِ، فَإِنْ رَجَعَ بَعْدَ الْقِضَاءِ، فَفِي الْأَسْتِيفَاءِ ثَلَاثَةٌ أَوْجِهٍ، وَعَلَى الثَّلَاثِ يَسْتَوْفَى حُقُوقَ الْأَدْمِيَّةِ دُونَ حُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى، أَمَّا الْمَالُ فَيَسْتَوْفَى قِطْعًا، وَإِنْ رَجَعَ بَعْدَ اسْتِيفَاءِ الْقَتْلِ، وَجَبَ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ إِنْ قَالَ: تَعَمَّدْتُ، وَلَوْ رَجَعَ وَلِي الْقَاضِي، وَهُوَ الَّذِي بَاشَرَ فَعَلَيْهِ الْقِصَاصُ، وَالشَّاهِدُ مَعَهُ كَالْمُنْسِكِ أَوْ كَالشَّرِيكِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَالْمُرْكِي إِذَا رَجَعَ كَالْمُنْسِكِ مَعَ الشَّاهِدِ أَوْ كَالشَّرِيكِ؟ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ بِنُغْضِهِمْ: أَخْطَأْتُ فَلَا قِصَاصَ عَلَى الْعَامِدِ؛ لِأَنَّهُ شَرِيكَ خَاطِئَةٍ، وَلَوْ قَالَ كُلِّ وَاحِدٍ: تَعَمَّدْتُ وَأَخْطَأْتُ شَرِيكِي، فَفِي الْقِصَاصِ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ: تَعَمَّدْتُ، وَلَكِنْ مَا عَلِمْتُ أَنَّهُ يُقْتَلُ بِقَوْلِي، فَلَا قِصَاصَ عَلَى الْأَظْهَرِ، وَلَوْ صَرَّحَ بِصَرِيحَةٍ يَفْتُلُ الْمَرِيضَ دُونَ الصَّحِيحِ، وَلَمْ يَعْلَمْ أَنَّهُ مَرِيضٌ، وَجَبَ الْقِصَاصُ عَلَى الْأَظْهَرِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: رُجُوعُ الشُّهُودِ عَنِ الشَّهَادَةِ؛ إِمَّا أَنْ يُفْرَضَ قَبْلَ الْقِضَاءِ بِشَهَادَتِهِمْ، أَوْ

بعده:

(١) سقط في: أ.

الحالة الأولى: إذا رجعوا قبل القضاء؛ فيمتنع القضاء، لأنه لا يذري أنهم صدقوا في الأول، أو في الآخر، فلا يبقى ظن الصدق.

ثم إن اعترفوا بأنهم تعمّدوا الكذب، فهم فسقة يستترون، وإن قالوا: غلطنا<sup>(١)</sup>، لم يفسقوا<sup>(٢)</sup>، لكن لا تقبل تلك الشهادة لو أعادوها.

وقد ذكرنا هذا من قبل، ولو كانوا قد شهدوا بالزنا، فرجعوا، واعترفوا بالتعمّد، فسقوا، وحُدوا حدّ القذف. وإن قالوا: غلطنا، ففي حدّ القذف وجهان:

أحدهما: المنع؛ لأن الغلط معذور.

وأظهرهما: الوجوب؛ لما فيه من التغيير. وكان من حقهم التثبت، والاحتياط، وعلى هذا تردّ شهادتهم. وإن قلنا: لا حدّ، فلا ردّ.

ولو قال الشهود للقاضي بعد الشهادة: توقّف في القضاء، وجب التوقيف فإن قالوا بعد ذلك: أفضّ فنحن على شهادتنا، ففي جواز القضاء بشهادتهم وجهان:

المنع؛ لأن قولهم: توقّف، يورث الريبة، والثمّة، في شهادتهم، ولأنه طرأ على الشهادة ما يمتنع الحكم بها، فأشبه ما لو طرأ الفسق.

وأقربهما، وبه أجاز بعض أصحاب الإمام؛ الجواز لأنه لم يتحقّق رجوع. ولا بطلت<sup>(٣)</sup> أهليّة، وإن عرّض شكّ، فقد زال. وعلى هذا فهل يجب إعادة الشهادة؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ ليُطلان تلك الشهادة بما عرّض من التوقف.

وأولاهما: لا؛ لأنها صدّرت من أهل الشهادة، جازم بها، والتوقف الطارىء قد زال، وكأنه لم يكن.

(١) في ز: أغلظنا.

(٢) قال الشيخ جلال الدين البلقيني: إذا رجع بعضهم قبل القضاء فإن بقي النصاب لم يمتنع الحكم، وإن بقي دون النصاب كان بقي واحد، فإن كان الحق مما يثبت بالشاهد واليمين فللمدعي أن يحلف مع شاهده الثابت على شهادته ولا يكون رجوع رفيقه قدحاً في شهادتهم. وقال أيضاً: لو قال الشاهدان كنا فاسقين وقت أداء الشهادة فقد ذكر المصنفان في كتاب النكاح أنه لا اعتبار بقول الشاهدين كنا فاسقين حالة العقد كما لا اعتبار بقولهم كنا فاسقين بعد الحكم بشهادتهما.

ومقتضى ذلك أنه لو كان قبل الحكم بشهادتهما كان ذلك مانعاً له من الحكم، وقياسه لو قالوا كنا عدوين للشهود عليه، إن كان بعد الحكم لم يؤثر، وإن كان قبله امتنع عليه القضاء.

(٣) في ز: ولا يطلب.

الحالة الثانية: إذا رَجَعُوا بعد القضاء، فَرُجِعُوا؛ إما أن يكون قَبْلَ الاستيفاء، أو بعده. وإن رَجَعُوا قبل الاستيفاء، نُظِرَ: إن كانت الشَّهَادَةُ في مال فَيُسْتَوْفَى؛ لأنَّ القَضَاءَ قد نَقَذَ به، وليس هو مما يُسْقَطُ الشُّبُهَةَ، حتى يَتَأَثَّرَ بالرجوع. هذا هو المَنْصُوصُ.

والأصح، وفيه وجه؛ أنه لا يُسْتَوْفَى إذ الحُكْمُ لم يَسْتَقِرَّ بعد، والظَّنُّ قد اِخْتَلَّ بالرجوع. وعلى هذا، فلو كانت الشهادة في القِصَاصِ، أو حُدِّ القَذْفِ، فعدم الاستيفاء أَوْلَى، لكونهما عُقُوبَتَانِ تَسْقَطَانِ بالشبهة.

وعلى الأول، فيه وجهان: أحدهما المنع، أيضاً لما ذكرنا.

وَوَجْهُ جَوَازِ الاستيفاء؛ أن حُقُوقَ الآدَمِيِّينَ مَبْنِيَّةٌ عَلَى الضَّيْقِ، وإن كانت الشَّهَادَةُ في حدود الله تعالى؛ فَأَوْلَى بِالْأَسْتَوْفَى. وإن كانت الشَّهَادَةُ في شيء من العُقُودِ، فتمضى على الأَصَحِّ، كما أن الأموال تُسْتَوْفَى. ومنهم من جعل النكاح كَحُدِّ القَذْفِ، والقِصَاصِ. ويخرج من الخلاف المَثْقُولِ في العُقُوبَاتِ، فمطلقها، ثلاثة أوجه، كما ذكر في الكتاب.

ثالثها: الفرق بين عُقُوبَاتِ الآدَمِيِّينَ، وبين حُدُودِ الله تَعَالَى. وحيث قارنا بالاستيفاء بعد الرجوع، فاستوفى، فالحُكْمُ كما لو رجعوا بعد الاستيفاء، وإن رَجَعُوا بعد الاستيفاء، لم يُنْقَضِ الحُكْمُ، خلافاً لِمَالِكٍ فيما يُحْكَى.

ثم لا يخلو ما إن كانت الشَّهَادَةُ فيما يُتَعَدَّرُ رَدُّهُ، وتَدَارُكُهُ، أو فيما لا يُتَعَدَّرُ.

القِسْمُ الأول: ما يُتَعَدَّرُ تَدَارُكُهُ؛ وهو نوعان:

أحدهما: العُقُوبَاتُ؛ فإذا شهدوا بالقتل، فاقْتَصَّ من المَشْهُودِ عليه، ثم رجعوا، وقالوا: تَعَمَّدْنَا قَتْلَهُ، فعليهم القِصَاصُ، أو الدِّيَةُ المَعْلُظَةُ، مُوزَعَةً على عدد رُؤُوسِهِمْ، على ما هو مذكور، مع خِلافِ أَبِي حَنِيفَةَ في الجَنَائِيَاتِ.

وكذا الحُكْمُ لو شهدوا بالرَّدَّةِ، فُقِّلَ، أو على المُخَصَّنِ بالزنا فرُجِمَ، أو على غير المُخَصَّنِ، فَجُلِدَ، ومات منه، أو على إِنْسَانٍ بالسَّرِقَةِ، أو بالقَطْعِ، فُقِّطِعَتِ يَدُهُ<sup>(١)</sup> أو بالقَذْفِ، وشُرِبِ الخَمْرِ، فَجُلِدَ وَمَاتَ منه، ثم رجعوا؛ وَيُحَدِّثُونَ في شهادة الزُّنَا كَحُدِّ القَذْفِ أو لا ذكر أبو الحسن العَبَادِيُّ اِحْتِمَالَيْنِ في أَنَّهُمْ يُزَجَمُونَ، أو يُقْتَلُونَ بالسَّيْفِ، والأظهر الأول. ثم الكلامُ في صُورِ:

إحداها<sup>(٢)</sup>، لو رجع القاضي دُونَ الشَّهُودِ، واعترف بالتعمُّدِ، فعليه القِصَاصُ، أو الدِّيَةُ المَعْلُظَةُ بِكَمَالِهَا.

(٢) في ز: إحداهما.

(١) في ز: به.

ولو رجع القاضي والشهود جميعاً، فعليهم القصاص.

وإن قالوا: أخطأنا، أو عفى عنهم، فالدية مُصَفَّة<sup>(١)</sup>؛ نصفها على القاضي، والنصف على الشهود. هكذا أورد المسألة صاحب «التهذيب»، وغيره، وقياسه: ألا يجب كمال الدية عند رجوعه وخذته، كما لو رجع بغض الشهود<sup>(٢)</sup>. ولو رجع ولي الدم وخذته، فعليه القصاص، أو كمال الدية. ولو رجع مع الشهود فوجهان:

أحدهما: أن القصاص، أو الدية بكمالها، على الولي؛ لأنه المباشِر، وهم معه. كالمُسيك<sup>(٣)</sup> مع القاتل<sup>(٤)</sup>، ولا قصاص، ولا دية، وهذا أظهر عند الإمام.

والثاني: وهو الأصح، عند صاحب «التهذيب»، أنهم معه كالشريكين، لتعاونهم على القتل، ولتسوا كالمُسيك مع القاتل؛ فإنهم صَوَّرُوهُ بِصُورَةِ المحصن<sup>(٥)</sup>، وعلى هذا، فعليهم جميعاً القصاص، أو الدية مُصَفَّة؛ نصفها على الولي، والنصف على الشهود.

ولو رجع القاضي معهم فالدية مُثَلَّثَةٌ؛ ثلثها على القاضي، وثلثها على الولي، وثلثها على الشهود. وينبغي ألا يجب على هذا الوجه، كمال الدية على الولي؛ إذا رجع وحده<sup>(٦)</sup>.

(١) في أ: مناصفة.

(٢) وما ذكره من قياس لإيجاب النصف على القاضي فيما إذا رجع وحده ممنوع والفرق أن القاضي قد يستقل بالمباشرة فيما إذا قضى بعلمه بخلاف الشاهد وقد رده ابن الرقعة أيضاً وقال: لو صح ما قاله الرافعي من أنه لا يطالب المنفرد إلا بما يطالب عند الاجتماع لاقتضى ألا يجب على الشهود إذا انفردوا بالرجوع سوى النصف بل لا يطالبون بشيء بناء على أن الكل إذا رجعوا يختص الغرم بالولي، ولاقتضى ألا يطالب القاضي بشيء عند انفراده على أن النصاب إذا بقي بعد الرجوع لا يغرر المرجح شيئاً بل توجه الأصحاب القول بوجود الغرم على القاضي، والشهود عند رجوعهم بأنهم بمنزلة القاتلين يقتضي عدم الانفرد القطع بإيجاب الجميع؛ لأن أحد القاتلين لو انفرد لغرم الجميع وفارق رجوع أحد الشهود فإنهم بجملتهم كالقاتل الواحد إذ لا ينفرد أحدهم بالقتل. انتهى. قاله في الخادم.

(٤) في ز: القابل.

(٣) في ز: كالمسك.

(٥) في ز: المحقين.

(٦) قال النووي: لم يرجع الرافعي واحداً من الوجهين، بل حكى اختلاف الإمام والبيهقي في الصحيح، والأصح ما صححه الإمام وقد سبق في أول كتاب الجنائيات من هذا الكتاب القطع به، فهو الأصح نقلاً ودليلاً. والله أعلم.

قال الشيخ البلقيني: لم يسبق في أول كتاب الجنائيات هذه الصورة وهي رجوع الولي والشهود، والذي ذكر في الجنائيات أن يعترف الولي بكونه عالماً بكذبهم فيما شهدوا به وهذا أخص من صورة رجوع الولي مع الشهود التي فيها الخلاف.

الثانية: رجوع المزكي هل يتعلّق به ضمانة وقصاص؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا، لأنه لم يتعرّض للمشهود عليه، وإنما أتى على الشاهد، والحكم إنما يقع بشهادة الشاهد، فكان كالمُسيك مع القاتل.

والثاني: نعم؛ لأن التزكية تُلجى القاضي إلى الحكم المُفصي إلى القتل. والأول، أصح عند صاحب «التهذيب»، ولكن الثاني أوفق لكلام أكثرهم، وهو الذي أورده أبو الحسن العبادي. وفيه وجه ثالث: أنه يتعلّق به الضمان دون القصاص. ثم عن القفال - رضي الله عنه - أن الخلاف فيما إذا قال المُزكيان: عَلِمْنَا أن الشاهدين كانا كاذبين.

أما إذا قالوا: عَلِمْنَا أنهما كانا فاسقين، فلا شيء عليهما؛ لأنهما قد يكونان صادقين مع الفسق، وطرّد الإمام الخلاف في الحالتين<sup>(١)</sup>.

الثالثة: ما ذكرنا في وجوب القصاص على الشهود الراجعين، فيما إذا قالوا: تَعَمَّدْنَا. أما إذا قالوا: أَخْطَأْنَا، وكان القاتل، أو الزاني غيره، فلا قصاص، وتجب الدية مُحَقَّقَةً، لكن في ما لهم؛ لأن إقرارهم لا يلزم العاقلة، فإن صدقهم العاقلة، فهي عليهم.

قال الإمام: وقد يرى<sup>(٢)</sup> القاضي، والحالة هذه، تغزير الشهود، لتركههم التحفظ. ولو قال أحد شاهدي القتل: تَعَمَّدْتُ، ولا أدري أن صاحبي تَعَمَّدَ، أم لا؟ أو اقتصر على قوله: تَعَمَّدْتُ، وقال صاحبه: أَخْطَأْتُ. فلا قصاص على واحد منهما.

أما من قال: أَخْطَأْتُ، فظاهر، وأما الآخر، فلأنه شريك مُخْطِئٌ، وشريك المُخْطِئِ لا يُقتل في الجرح، وقسط المخطئ من الدية يكون مُحَقَّقاً، وقسط التعمد مُعْلَظاً. ولو قال كل واحد منهما: تَعَمَّدْتُ، وأخطأ صاحبي، ففي القصاص وجهان:

أحدهما: يجب القصاص، لاعتراف كل واحد منهما بالعمدية، وثبوتها باعترافه.

(١) ما حكاه عن القفال تبع فيه البغوي في التهذيب، لكن الذي في فتاوى القفال ما نصه: إذا رجع المزكون دون الشهود نظر، فإن قالوا كانوا فسقة ولكننا زكيناهم متممدين، وكذبنا في التزكية، فلا شيء على المزكين بهذا القول، وإن قالوا: علمنا أنهم كاذبون، لأنهم قالوا: لسنا شهوداً ولكن نريد أن نشهد بالكذب فلا شيء على المزكين أيضاً بالرجوع على ظاهر المذهب، ومن أصحابنا من قال: يجب الغرم بقسطه وإن قالوا: إنهم كانوا فاسقين ولكننا تعمدنا ذلك ورجع الشهود، وقالوا: كذبنا في هذه الشهادة فلا شيء على المزكين ههنا أما إن رجع الشهود وقال المزكون: نحن كذبنا في التعديل فإنهم كانوا كذبة ونحن نعلم، فإنها هنا رجوع المزكين، وهنا يتصور رجوعه فعلى أحد الوجهين يجب على المزكين نصف الغرم، ثم إذا رجع المزكيان، والشاهدان فالغرم مناصفة، نصفه على المزكين، ونصفه على الشاهدين. انتهى. قاله في الخادم.

(٢) في ز: بريء.

وأصحهما: المنع؛ لأن كُلاً واحداً منهما لا يُقَرُّ إلا بِقَتْلِ صَدْرٍ من شريكين؛ أحدهما، مُخْطِئٌ، وأنه لا يوجب القِصاصَ. ولا خِلافٌ في أن الدِّيَةَ تجب عليهما مُعْلَظَةً.

ولو قال أحدهما: تَعَمَّدْتُ، وأخطأ صاحبي، أو قال: لا أدري أن صاحبي تَعَمَّدَ، أو أخطأ، وصاحبه غائب، أو ميت، لا يمكن مُراجَعَتُهُ، فلا قِصاصَ عليه. وإن قال: تَعَمَّدْتُ، وتَعَمَّدَ صاحبي، وصاحبه غائب، أو ميت، فعليه القِصاصُ. وإن قال: تَعَمَّدْتُ، ولا أدري حال صاحبي، وقال صاحبه مثل ذلك، أو اقتصر على قوله: تَعَمَّدْتُ، فالجوابُ في «التهذيب» وغيره، وجوب القِصاصِ عليهما.

ولو قال أحدهما: تَعَمَّدْتُ أنا وصاحبي، وقال صاحبه: أخطأت، أو أخطأنا معاً، فلا قِصاصَ على الثاني، وفي الأول وجهان:

أصحهما: الوجوب؛ لإقراره بتعمدهما جميعاً.

ووجه الثاني: أن قول الثاني في أنه مُخْطِئٌ مقبول، فيكون الأول شريك المُخْطِئِ.

ولو قال أحدهما: تَعَمَّدْتُ أنا وصاحبي، وقال صاحبه: تَعَمَّدْتُ، وأخطأ هو، فيجب القِصاصُ على الأول. وفي الثاني وجهان: الأصح - المنع؛ لأنه لم يَعرَفْ إلا بِقَتْلِ شريكه فيه مُخْطِئٌ. ولو رجع أحد الشاهدين، وأصر الآخر، وقال الرجاع: تَعَمَّدْنَا، فعليه القِصاصُ. وإن اقتصر على قوله: تَعَمَّدْتُ، فلا.

الرابعة: ما ذكرنا من وجوب القِصاصِ على الشهود، والراجعين فيما إذا قال: تَعَمَّدْنَا، وعلمنا أنه يقتل بما شهدنا عليه. أما إذا قالوا: تَعَمَّدْنَا، ولكن لم نعلم أنه يقتل، فإن كان ممن لا يخفى عليهم [ذلك]،<sup>(١)</sup> وجب القِصاصُ، ولا اغتياز بما يقولون؛ كمن رمى سهماً إلى إنسان، واعترف بأنه قَصَدَهُ، ولكن قال: لا<sup>(٢)</sup> أعلم أنه يبلغه.

وإن<sup>(٣)</sup> كانوا ممن يجوز خفاؤه عليهم، لقرَّب عهدهم بالإسلام، فالمشهور: أنه شبه عميد، لا يوجب القِصاصَ.

ومال الإمام إلى وجوبه؛ أخذاً مما لو ضرب المريض ضرباً يقتل المريض دون الصحيح، وهو لا يعلم أنه مريض، فيجب القِصاصُ<sup>(٤)</sup> على الأظهر، كما هو مبين في الجَنَائِاتِ.

(٢) في ز: لم.  
(٤) في أ: فإنه يجب.

(١) سقط في: أ.  
(٣) في أ: فإن.

وذكر القاضي الروياني نحو ذلك، وقال: سَمِعْتُهُ مِنْ بَعْضِ أَصْحَابِنَا فِي النَّظْرِ.  
هذا حكم القصاص.

وأما الدِّية؛ فالذي أوردَه عامَّةُ الأصحاب: أنها تجب مُثَلَّةً، مُؤَجَّلَةً، لكن في مَالِهِمْ، إلا أن تصدقهم العاقلة، فتكون عليهم. وحكى الفُوزاني عن نَصِّ الشافعي - رضي الله عنه -: أنها تَجِبُ حَالَةً، وأن صاحب التَّقْرِيب<sup>(١)</sup> حمل النَّصَّ على ما إذا كان قد مَضَى من قبل القَتْلِ ثَلَاثَ سِنِينَ.

وإن القَفَّال قال: تجب حَالَةً بكلِّ حَالٍ؛ لِتَعْدِيهِمْ، وَتَعْمُدِهِمْ.  
ولنعد إلى ما يَخْتَصُّ بلفظ الكتاب.

قوله: «والنظر في العقوبة والبضع، والمال»، يَزِجُ في المعنى إلى التَّسْمِيمِ الذي قَدَّمَناهُ، وهو أن المشهود به، إما أن يَتَعَدَّرَ تَدَارُكُهُ، أو لا يَتَعَدَّرَ، والمُتَعَدَّرُ العُقُوبَاتُ، والأَبْضَاعُ. وَغَيْرُ المُتَعَدَّرِ الأَمْوَالُ. لكن قوله: «فالرجوع قبل انقضاء» إلى قوله: «ففي وجوب الإعادة وجهان»؛ لا اختصاص له بالعُقُوبَةِ، بل هو شَامِلٌ لكل مشهود<sup>(٢)</sup> به.

وقوله: «وإن رجع بعد القضاء»؛ يعني في العُقُوبَاتِ، وذلك بَيِّنٌ من تخصيصه<sup>(٣)</sup> على المَالِ من بَعْدُ، حيث قال: «أَمَّا المَالُ فيستوفى قطعاً» فكان الأَحْسَنُ أَلَّا يُدْرَجَ المَسَائِلُ فِي قِسْمِ العُقُوبَاتِ؛ بل يذكرها قبل الشُّرُوعِ فِي الأَقْسَامِ، ثم يَخُوضُ فِي الأَقْسَامِ، وَيُورِدُ فِي كُلِّ وَاحِدٍ ما يَخْتَصُّ بِهِ.

وقوله: «ثلاثة أوجه»، يجوز إِغْلَامُهُ بالواو؛ لأن من الأَصْحَابِ مَنْ قَطَعَ بِأَن حُدُودَ اللَّهِ، لا يجوز اسْتِيفَاؤُهَا بعد الرُّجُوعِ.  
وقوله: «ويستوفى قطعاً» كذلك لما سبق.

وقوله: «وجب عليه القصاص»، مُعَلِّمٌ بالحاء.

وقوله: «أنه كالممسك، أو كالشريك، فيه وجهان»؛ [الوجهان]<sup>(٤)</sup>، يَشْمَلَانِ القِصَاصَ، والدِّيةَ؛ لأن المُمْسِكَ، ليس عليه قِصَاصٌ، ولا دِيَّةٌ. والشريك، يَتَعَلَّقُ بِفِعْلِهِ القِصَاصُ، والدِّيةُ. ثم ذكر الوجه الثالث الفارق بين القِصَاصِ، والدِّيةِ.

وقوله: «ولو قال: تعمدت، ولكن ما علمت أنه يُقْتَلُ بِقَوْلِي». هذا يَدْخُلُ فِيهِ ما إذا قال: لم أعلم أنه يقتل بما شهدت عليه؛ بل ظَنَنْتُ أنه يحبس، أو يُوْخَذُ مِنْهُ المَالُ وهي الصُّورَةُ التي ذَكَرْنَاها، وَفَرَّقْنَا بَيْنَ أَنْ يَكُونَ قَرِيبَ العَهْدِ بِالإِسْلَامِ، أو بَعِيدَهُ.

(٢) في ز: شهود.

(٤) سقط في: أ.

(١) في ز: القريب.

(٣) في أ: موضعه.



وَيَدْخُلُ فِيهِ، مَا إِذَا قَالَ: لَمْ أَعْلَمْ أَنَّهُ يُقْتَلُ بِقَوْلِي؛ لِأَنِّي ظَنَنْتُ أَنِّي أَجْرَحُ<sup>(١)</sup> بِأَسْبَابِ تَقْتِصِي الْجَرَحِ، وَيُمْكِنُ أَنْ يَجْعَلَ هَذَا حَطًّا.

قوله: «ولو ضربه ضرباً يقتل المريض دون الصحيح». هذه الصورة مكررة، وغرض الاستشهاد على ما حكينا عن الإمام دعى إلى إعادتها.

فرع:

حكى القاضي ابن كج: أن أبا الحسين قال: لو رجع المشهود، وقالوا: أخطأنا، وأدعوا: أن العاقلة تعرف أنهم أخطأوا، وعليهم الدية، فقالت العاقلة: لا نعلم، ليس للمشهد تخليفهم، وإنما يطالب العاقلة، إذا قامت البينة قال القاضي: ويحتمل أن يقال: لهم تخليفهم؛ لأنهم لو أقرؤا، لغرموا. والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الطَّرْفُ الثَّانِي فِي الْبُضْعِ فَإِذَا رَجَعُوا بَعْدَ الشَّهَادَةِ عَلَى الطَّلَاقِ، وَبَعْدَ الْقَضَاءِ، نَفَذَ الطَّلَاقَ، وَعَلَيْهِمُ الْغَرْمُ، وَكَذًا فِي الْعِنَقِ وَالرِّضَاعِ الْمُحَرَّمِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: النَّوْعُ الثَّانِي مِمَّا يَتَعَدَّرُ تَدَارُكُهُ غَيْرَ الْعُقُوبَاتِ، فَمِنَهُ الْأَبْضَاعُ، فَإِذَا شَهِدَ عَلَى طَلَاقِ بَائِنٍ، كَالطَّلَاقِ بِالْعَوْضِ، وَالطَّلَاقِ الثَّالِثَةِ، أَوْ عَلَى رِضَاعِ مُحَرَّمٍ، أَوْ لِعَانٍ، أَوْ فُسْخِ بَعِيْبٍ، أَوْ غَيْرِهَا مِنْ جِهَاتِ الْفِرَاقِ، وَقَضَى الْقَاضِي بِشَهَادَتَيْهِمَا، ثُمَّ رَجَعَا، لَمْ يُرْدُ الْفِرَاقُ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُمَا فِي الرَّجُوعِ مُحْتَمَلٌ، فَلَا يُرْدُ الْقَضَاءُ بِقَوْلٍ مُحْتَمَلٍ. لَكِنْ يَجِبُ الْغَرْمُ عَلَى الشَّاهِدَيْنِ، سِوَاءِ كَانِ قَبْلَ الدُّخُولِ، أَوْ بَعْدَهُ؛ لِأَنَّهُمْ قَوَّتَا عَلَيْهِ مَا يَتَّقُونَ، فَيُغْرَمَانِ، كَمَا لَوْ شَهِدَا بِعِنَقِ عَبْدٍ، ثُمَّ رَجَعَا.

وقال أبو حنيفة، ومالك، وأحمد - رحمهم الله -: لا غرم عليهما بعد الدخول، ثم الذي يغرمان عندنا بعد الدخول، مهر المثل بتمامه؛ لأنه قيمة ما قوتاه، وفيه قول: أنهما يغرمان المسمى؛ لأنه الذي فات على الزوج متقوماً، والبضع ليس بمتقوم في الحقيقة.

وأما قبل الدخول، فرواية المزني: أنهما يغرمان مهر المثل بتمامه، ويحكى مثله عن رواية حزملة، وروى الربيع: أنهما يغرمان نصف مهر المثل.

ونص فيما إذا أضرعت زوجته الكبيرة زوجته الصغيرة، وانفسخ النكاح: أن الكبيرة تُغرم نصف مهر المثل للصغيرة.

وللأصحاب - رحمهم الله - طروق في مسألة الشهود:

أظهرهما: إثبات قولين: إما أخذاً برواية راوي المذهب، الربيع والمزني - رضي

(١) في ز: أخرج.

الله عنهما -، وإما تَصْرُفًا من نَصَبِهِ ههنا، ونصه في الرِّضَاعِ بالتَّخْرِيمِ، وإليه ذهب الإِسْطَخْرِيُّ:

أحدهما: وهو اختيار المَزْنِيِّ: أن الشَّاهِدَيْنِ لا يُعْرَمَانِ إلا النُّصْفَ؛ لأنه الذي فَاتَ على الزَّوْجِ، والنصف الثاني عَادَ إليه سَلِيمًا، فصار كما لو شَهِدَ على المُشْتَرِي بالإِقَالَةِ، وقضى القاضي، ثم رَجَعَا لا يُعْرَمَانِ شَيْئًا؛ لأنهما وإن قَوَّتَا عليه السَّلْعَةَ، ردًا إليه الثَّمَنَ.

وأصحهما: أنهما يُعْرَمَانِ جميعه؛ لأنه بَدَلَ ما أَتْلَفُوهُ. والنظر في الإِتْلَافِ، إلى المُتْلَفِ، لا إلى ما قام به على المُسْتَحَقِّ، ولهذا لو أَبْرَأْتُهُ عن الصَّدَاقِ، وشهد الشَّاهِدَانِ بالطلاق، ورجعا، يُعْرَمَانِ، وإن لم يَفُتْ على الزوج شيء.

وأصحاب الطريق اِفْتَرَقُوا؛ فمن مثبت للقولين في صورة الرِّضَاعِ أيضاً، مخرج لإحدهما من ههنا، ومن قَاطِع بوجوب النُّصْفِ هناك.

والفَرْقُ أن الرِّضَاعَ يَقْطَعُ النِّكَاحَ حَقِيقَةً، كالطلاق، ولا يَفُوتُ عليه من المَهْرِ إلا النُّصْفَ، فلا يُعْرَمُ له، إلا النُّصْفَ.

وههنا اعترف الشَّاهِدَانِ بالكَذِبِ. ولا فِرَاقَ في الحقيقة كما يَزْعُمَانِ، لكن حَلا بينه وبين حَقِّهِ، فَيُعْرَمَانِ تَمَامَ القِيمَةِ، كالعَاصِبِ، يَحُولُ بين المالك ومَلِكِهِ.

والطريق الثاني: القَطْعُ بأن الشاهدين يُعْرَمَانِ مَهْرَ المِثْلِ.

والثالث: القَطْعُ بأنهما يُعْرَمَانِ النُّصْفَ، وجعل ما قاله المزنِي غَلَطًا: حَكَاهُ الشَّيْخُ أبو علي.

والرابع: إن كان الزَّوْجُ قد سَلَّمَ إليها الصَّدَاقَ، فَيُعْرَمُ الشَّاهِدَانِ جَمِيعَ مهر المثل؛ لأنه لا يتمكن من اسْتِرْدَادِ شيء، لِزَعْمِهِ أَنَّها زَوْجَتُهُ، وأنها تَسْتَحِقُّ جميع الصَّدَاقِ، [و]عليه يُحْمَلُ مَنقُولُ المزنِي.

وإن كان قبل التَّسْلِيمِ، فلا يُعْرَمَانِ إلا النُّصْفَ؛ لأنها لا تُطَالِبُهُ إلا بالنُّصْفِ، وعلى هذا، يُحْمَلُ مَنقُولُ الرِّبِيعِ. وَحُكْيَ في المسألة على طَرِيقَةِ إثبات الخلاف، قَوْلَانِ آخِرَانِ:

أحدهما: عن القديم، وبه قال أبو حَنِيفَةَ: أنهما يغرمان<sup>(١)</sup> نصف المسمى؛ لأنه القَائِثُ على الزَّوْجِ [لا مَهْرَ المِثْلِ، ولا نصفه].<sup>(٢)</sup>

والثاني: يُعْرَمَانِ جَمِيعَ المَسْمَى؛ لأنه قد بذل، والتَّشَطُّرُ أمرٌ يَخْتَصُّ بالزَّوْجَيْنِ، فَيُجْعَلُ في المسألة أربعة أقوال، كما هي مَذْكُورَةٌ في الكتاب في باب الرِّضَاعِ.

(٢) سقط في: أ.

(١) في ز: أنها نصف المسمى.

ولو كان النكاح قد جرى على صُورَةِ التَّفْوِيضِ، وشهدا بالطلاق قبل الدخول، والفرض. وقضى القاضي بالطلاقِ والمُتَعَّةِ، ثم رَجَعَا، فالخلاف في أن الشَّاهِدَيْنِ يُعْرَمَانِ مَهْرَ المِثْلِ، أو نِصْفَهُ، كما في غير صورة التَّفْوِيضِ.

وعلى ما حَكِيَ عن القديم: أنهما يُعْرَمَانِ المُتَعَّةَ التي عَرَمَهَا الزَّوْجُ، وهو مذهب أبي حَنِيفَةَ، وبه أجاب ابنُ الحَدَّادِ.

قال الأَصْحَابُ: وهو خَطَأٌ، إلا أن يريد التخريج على القديمِ.

هذا كله فيما إذا شهدا على الطَّلَاقِ البَائِنِ أما إذا شهدا على طَّلَاقِ رَجْعِيٍّ، ثم رجعا، نُظِرَ: إن رَجَعَهَا، فلا غرم<sup>(١)</sup>، إذا لم يُقْتِ عليه بشهادتهما شَيْءٌ، وإن لم يُرَاجِعْهَا حتى انقَضَتِ العِدَّةُ، أَلْتَحَقَّ بِالطَّلَاقِ البَائِنِ، ووجب العُزْمُ. هكذا ذكره صاحب «التهذيب». وحكى أبو الفَرَجِ السَّرْحَسِيُّ عن القاضي الحُسَيْنِ وَجْهًا: أنه لا عُزْمَ، إذا لم يراجع لتقصيره بِتَرْكِ التَّدَاوِكِ، وأطلق القاضي ابن كَجَّ وَجْهَيْنِ في أن الشَّهَادَةَ على الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ، والرجوع عنها، هل يقتضي عُزْمًا؟ ومَالَ إلى المنع، وحكاه عن ابن أبي هُرَيْرَةَ.

فرعان:

أحدهما: شهدا بالطلاق، وقضى القاضي، ثم رَجَعَا، وقامت بَيِّنَةٌ على أنه كان بينها وبَيْنَتُهُ رِضَاعٌ مُخَرَّمٌ، أو شَهِدَ له بأنه طَلَّقَهَا التَّيَوْمَ، وَرَجَعَا، وقامت بَيِّنَةٌ على أنه طَلَّقَهَا ثَلَاثًا أَمْسَ، فلا شَيْءٌ على الراجعين؛ لَأَنَا بَيِّنَاتُ: أن شهادتهما لم تُفَوِّتْ عليه شَيْئًا، ولو عُزِمَا قبل تَمَامِ البَيِّنَةِ، استردا المَعْرُومَ.

الثاني: شهدا على امرأة: أنها زَوْجَةُ فلانِ بِأَلْفِ، وقضى القاضي بشهادتهما، ثم رَجَعَا، فَالجَوَابُ في «التهذيب»: أنه لا عُزْمَ عليهما.

وحكى ابن الصَّبَّاحِ: أنه إن كان بعد الدخول، غرماً ما نَقَصَ عن مَهْرِ المِثْلِ، إذا كان الألف دُونَهُ، [قال]<sup>(٢)</sup>: وعلى هذا، لو كان قبل الدخول، ثم دَخَلَ بها، يَنْبَغِي أن يُعْرَمَا ما نقص. وهذا ما أطلقه القاضي ابن كَجَّ<sup>(٣)</sup>.

(١) في ز: غريم.

(٢) قال في الروضة: «قال ابن الصَّبَّاحِ». والرافعي إنما قال: «حكى ابن الصَّبَّاحِ». والذي في الشامل فقد حكى بعض أصحابنا أنه إن كان قبل الدخول لم يرجع أو بعده غرماً ما نقص عن مهر المثل إن كان المسمى دونه، وينبغي أن يقال: إذا كان قبل الدخول ثم دخل بها أن يرجع عليهم إن كان المسمى دون مهر المثل ببقيته. انتهى وكذا حكاه في البيان والذخائر عنه، وأفرده في البحر من غير نسبه إليه على عادته.

هذا أمر، والثاني: أن الراجح ما قاله البغوي وهو الذي أفرده الشيخ أبو علي في شرحه الكبير =

ولو شهدا على أنه طَلَّقَهَا على ألف، ومَهَّرَهَا ألفان، فعن ابن الحَدَّادِ، وهو الذي ذكره في «التهذيب»: عليهما ألف. وقد وَصَلَ إليه من المرأة ألفٌ، وفي كتاب القاضي ابن كَجَّحٍ أن عليهما مَهَرَ المِثْلَ بعد الدخول، ونَصَفَهُ قبل الدخول، كما لو لم يذكر عَوْضًا. والألفُ إن قبضه، مَحْفُوظٌ عنده للمرأة؛ لأنه لا يَدْعِيهِ، وإن لم يقبضه فيقر عند المَرَأَةِ إلى أن يَدْعِيهِ.

ومن النوع الثاني العِتْقُ؛ فإذا شهدا على عِتْقِ عَبْدٍ، وقضى القاضي، ثم رَجَعَا غُرْمًا قِيمَةَ العَبْدِ، ولم يرد العتق، ولا فَرَّقَ بين أن يكون المَشْهُودُ بِعِتْقِهِ قَتًّا، أو مُدَبِّرًا، أو مُكَاتِبًا، أو أُمَّ وَلَدٍ، أو مُعَلَّقٌ العِتْقِ بِصِفَةٍ<sup>(١)</sup>، خلافاً لأبي حَنِيفَةَ في أُمَّ الوَلَدِ حيث قال: لا غُرْمَ.

ولو شهدا على تَدْبِيرٍ، أو اسْتِيْلَادٍ جَارِيَةٍ، ثم رجعا بعد القضاء، لم يُعْرَمَا في الحَالِ؛ لأن المِلْكَ لم يَزُلْ، فإذا مات غُرْمًا بالرجوع السَّابِقِ.

قال في «التهذيب». وهكذا لو شهدا على تعليق<sup>(٢)</sup> العِتْقِ، أو الطَّلَاقِ بصفة، ثم رَجَعَا، وفيهما وجه: أنه لا غُرْمَ؛ لأنهما لم يَشْهَدَا بما يُزِيلُ المِلْكَ. ولو شهدا بِكِتَابَةِ عَبْدٍ، ثم رَجَعَا، وأدَّى العَبْدُ التُّجُومَ، وعتق ظَاهِرًا، ففيما يُعْرَمَانِ وجهان<sup>(٣)</sup>:

أحدهما: ما بين قِيمَتِهِ وبين التُّجُومِ.

على المذهب قال: وسواء دخل بها الزوج أم لا لأن الشهود لم يوجد منهم إلا الشهادة بالنكاح وإتلاف منافع البضع حصل بفعل الزوج بخلاف ما لو شهدوا بالطلاق ثم رجعوا حيث يغرمون لأن نفس الشهادة تضمنت الإتلاف، فإن قيل إتلاف منافع البضع وإن حصل من الزوج لكن شهادته تضمنت إباحته فوجب أن يغرموا كما لو شهدوا بالقتل فاستوفى منه ثم رجعوا أغرموا وإن وجد الإتلاف من ولي الدم. قلنا: الفرق من وجهين: أحدهما أن مباشرة القتل وإن وجد من الولي فهو ملجأ إليه والشهود الجؤوا القاضي للحكم، فإذا لم يجب على الولي وجب على المَلْجِئِ، وهو الشاهد، وأما ما هنا فالواطئء غير ملجأ إلى الوطاء بل مختار فيه وقد غرم الموطوءة، فإذا وجب على المباشر لا يجب على الشهود شيء.

والثاني: أنهم وإن أتلفوا عليها منافع البضع بشهادتهم فقد حصلوا بأدائها المهر في ملكها فالتفريط من جهتها حيث أنكرت النكاح ولم تأخذ المهر بخلاف شهود القتل. قاله في الخادم.

(١) قال في الخادم: محل الغرم إذا خلا العتق عن العوض، فإن شهدوا بأنه أعتق هذا العبد على ضمان مائة وقيمته مائة، فلا رجوع بشيء وإن كانت قيمته مائتين. فقال ابن الحداد والبغوي: يرجع عليهم بمائة تمام قيمته وهو ما أورده المصنف بعد ذلك.

(٢) في ز: تعلق.

(٣) لم يرجع المصنف شيئاً قال في الخادم: والأشبه الأول وعزاه الدارمي لابن سريج ولم يحك غيره.

والثاني: جميع القِيَمَة؛ لأن المؤدّي من كَسْبِهِ، وكَسْبُهُ لِلسَّيِّدِ.

ولو شهدا: أنه أَعْتَقَهُ على مَالٍ هو دون القِيَمَة، فقد سَوَى بينه وبين ما إذا شهدا على أنه طَلَّقَهَا على أَلْفٍ، ومَهْرٌ مِثْلُهَا أَلْفَان. ويمكن أن يُفْرَقَ؛ لأن العَبْدَ يُؤدِّي من كَسْبِهِ، [وأنه للسَّيِّد<sup>(١)</sup>] والزَّوْجَةَ بخلافه.

ومنه إذا شهدا على أنه وَقَفَ عَلَى مَسْجِدٍ، أو جَهَةَ عَامَّةٍ، ورجعا بعد الْقَضَاءِ، عُرْمًا قِيَمَتَهُ، ولم يُرَدِّ الْوَقْفُ. وكذا لو شهدا على أنه جعل هذه الشَّاةَ ضَحِيَّةً. ويمكن أن يعلم قَوْلُهُ في الكتاب: «وعليهم العُرْمُ» بالحاء، والميم، والألف؛ لأنه أَطْلَقَ، وهم لا يُوجِبُونَ العُرْمَ، إذا كان بعد الدُّخُولِ على ما تبين.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَلَوْ شَهِدَ عَلَى الْمَالِ رَجُلٌ وَأَمْرَاتَانِ أَوْ عَشْرٌ، فَتَنَصَّفَ الْعُرْمَ عَلَى الْمَرْأَةِ، وَنِصْفَهُ عَلَى جَمِيعِ النِّسَاءِ، وَلَوْ شَهِدَ عَلَى رَضَاعٍ مُحَرَّمٍ وَعَشْرٍ نِسْوَةٍ، وَرَجَعُوا، فَعَلَى الرَّجُلِ سُدُسٌ، وَعَلَى كُلِّ أَمْرَأَةٍ نِصْفُ سُدُسٍ، وَيُنزَلُ كُلُّ أَمْرَأَتَيْنِ مَنزَلَةَ رَجُلٍ؛ لِأَنَّ هَذَا يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ النِّسْوَةِ، فَلَا يَتَوَقَّفُ شَطْرُهُ عَلَى الرَّجُلِ، وَلَوْ رَجَعُوا إِلَّا أَرْبَعَ نِسْوَةٍ، فَالصَّحِيحُ أَنْ لَا عُرْمَ لِقِيَامِ مَا يَسْتَقِلُّ بِكَوْنِهِ حُجَّةً، وَقِيلَ: يَجِبُ حِصَّتُهُمْ، وَلَوْ رَجَعُوا إِلَّا ثَلَاثَ نِسْوَةٍ، فَفِي وَجْهِ تَجِبُ حِصَّتُهُمْ، وَعَلَى الصَّحِيحِ يَجِبُ عَلَى جَمِيعِ الرَّاجِعِينَ رُبْعُ الْعُرْمِ، إِذْ لَمْ يَنْطَلِ إِلَّا رُبْعُ الْحُجَّةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: هَذَا الْفَصْلُ وَالَّذِي بَعْدَهُ، لَا اخْتِصَاصَ لَهُ بِهَذَا الطَّرْفِ. وَلَوْ ذَكَرَ حُكْمَ الْعُرْمِ فِي الْأَطْرَافِ الثَّلَاثَةِ جَمِيعًا، ثُمَّ أَتَى بِهَذَا الْفَصْلِ، وَالَّذِي بَعْدَهُ، كَانَ أَحْسَنَ فِي النُّظْمِ.

وَالْفَقْهُ: أَنْ الرَّجُوعَ الْمُعْرَمَ؛ إِمَّا أَنْ يَفْرَضَ وَالْمُحَكَّمُ بِشَهَادَتِهِمْ عَلَى الْحَدِّ الْمُعْتَبَرِ [فِي الْبَابِ، أَوْ يَفْرَضُ وَهْمُ أَكْثَرُ عَدَدًا مِنْهُ. فَإِنْ كَانُوا عَلَى الْحَدِّ الْمُعْتَبَرِ<sup>(٢)</sup>، كَمَا لَوْ حُكِمَ فِي الْعِتْقِ، أَوْ الْقَتْلِ بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ، ثُمَّ رَجَعَا، فَعَلَيْهِمَا الْعُرْمُ بِالسُّوِيَّةِ. وَإِنْ رَجَعَ أَحَدُهُمَا، فَعَلَيْهِ النُّصْفُ.

وكذا لو رُجِمَ فِي الزَّنَا بِشَهَادَةِ أَرْبَعَةٍ، فَإِنْ رَجَعُوا جَمِيعًا، فَعَلَيْهِمُ الدِّيَّةُ أَرْبَاعًا، وَإِنْ رَجَعَ بَعْضُهُمْ، فَعَلَيْهِ حَصَّتُهُ مِنْهَا، وَإِنْ زَادُوا عَلَى الْحَدِّ الْمُعْتَبَرِ، كَمَا لَوْ شَهِدَ بِالْعِتْقِ، أَوْ الْقَتْلِ ثَلَاثَةً، أَوْ بِالزَّنَا خَمْسَةً، فَإِنْ رَجَعَ الْكُلُّ، فَالْعُرْمُ مُوزَعٌ عَلَيْهِمْ بِالسُّوِيَّةِ؛ وَإِنْ رَجَعَ الْبَعْضُ، فَمَا أَنْ يَثْبُتَ الْعَدَدُ الْمُعْتَبَرُ عَلَى الشَّاهِدَةِ، أَوْ لَا يَثْبُتَ إِلَّا بَعْضُهُمْ.

(٢) سقط في: أ.

(١) سقط في: أ.

الحالة الأولى: إذا ثبت العَدَدُ الْمُعْتَبَرُ، كما لو رجع من الثلاثة في العِتْقِ، أو من الخمسة في الرِّثَا واحد، فوجهان، ويقال: قَوْلَانِ:

أصحهما: وبه قال أبو حنيفة، وابن سُرَيْج، والإِصْطَخْرِيُّ، وإِبْنُ الْحَدَّادِ: لا عَزْمَ على الرجاع؛ لأنه بقي<sup>(١)</sup> من تَقْوَمُ به الحُجَّةُ، ولو لم يَشْهَدْ في الابتداء سِوَى من بَقِيَ، لاكتفينا بِشَهَادَتِهِ، فكانَ الرَّاجِعُ لم يَشْهَدْ.

والثاني: وهو اختيار المُزْنِي، وأبي إِسْحَاقَ: أن على الرجاع حِصَّةً من العَزْمِ، إذا وزع عليهم جميعاً؛ لأن الحُكْمَ وَقَعَ بِشَهَادَةِ الْجَمِيعِ، وكل منهم قد قَوَّتْ قِسْطاً، فَيُعَزَّمُ ما قَوَّتْ.

قال في «التهذيب»: لا خِلَافَ أن القِصَاصَ لا يجب، والحَالَةُ هذه، لكن قال الشيخ أبو مُحَمَّدٍ في «الفروق»: حكى [لي]<sup>(٢)</sup> من أَعْتَمِدُهُ عن الشيخ القُقَالِ: إنه إذا رَجَعَ وَاحِدٌ من شهود القَتْلِ، وقال: تَعَمَّدْنَا جَمِيعاً، فعليه القِصَاصُ<sup>(٣)</sup>.

وإن ثبت من تَقْوَمُ به الحُجَّةُ؛ لأن الرَّاجِعَ اعْتَرَفَ على نَفْسِهِ بِالْقَتْلِ، والمال إنما<sup>(٤)</sup> يلزم الرجاع، إذا أثرت شهادته تَقْوِيَةً. وإذا ثبت من يُكْتَفَى بِشهادته للحكم، يَتَحَقَّقُ التَّقْوِيَةُ في شهادته الثانية، إذا لم يَثْبُتْ في العَدَدِ الْمُعْتَبَرِ، إلا بعضهم، كما إذا رجع من الثلاثة أو الخمسة اثْنانِ، فعلى الوَجْهَيْنِ في الحالة الأولى: إن قلنا: لا عَزْمَ على الرَّاجِعِينَ هناك؛ فَيُوزَعُ العَزْمُ ها هنا على العَدَدِ الْمُعْتَبَرِ، وحِصَّةً من نقص عن العدد الْمُعْتَبَرِ تُوزَعُ على مَنْ رَجَعَ بالسِوِيَّةِ، ففي صُورِهِ الثلاثة، يكون نِصْفُ العَزْمِ على الرَّاجِعِينَ، لبقاء نصف الحُجَّةِ.

وفي صورته الخمسة عليهما رُبْعُ العَزْمِ، لبقاء ثلاثة أرباع الحُجَّةِ، وإن أَوْجَبْنَا العَزْمَ على مَنْ رَجَعَ هناك، فعلى الرَّاجِعِينَ من الثلاثة ثُلثَا العَزْمِ، وفي الخمسة خمساه.

(١) في ز: هي.

(٢) سقط في: أ.

(٣) حكى النووي في الخلاف وجهين وعمدته في قول صاحب البيان أنه الذي حكاه العراقيون يعني، وهم أعرف بالنصوص من غيرهم لكن كونه قولان حكاه الفوراني في العمدة والبغوي في تعليقه والإمام في النهاية ونسبوا التفرغيم لرواية البويطي والمنع لرواية المزني والربيع، وفي ذلك نظر، بل الذي في البويطي عدم التفرغيم، ولهذا حكاه الروياني عنه كذلك.

هذا أمر، والثاني: أن ما نسب لاختيار ابن الحداد نازعه في المهمات، فإن الذي قاله ابن الحداد إنما هو التفرغيم. كذا قاله في فروع.

والثالث: أن ما نسب للقفال إنما هو احتمال له. كذا ذكره القاضي الحسين في تعليقه، وبه جزم في شرح الفروع. قاله في الخادم.

(٤) في ز: إنها.

وَرَجَّحَ صَاحِبُ «التَهْذِيبِ» وَغَيْرُهُ مِنْ هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ وَجُوبَ التَّنْصِيفِ عَلَى الرَّاجِعِينَ مِنَ الثَّلَاثَةِ، وَفَاءَ بِرَجْحَانِ<sup>(١)</sup> الْأَصْلِ الْمَنِيِّ عَلَيْهِ، وَهُوَ أَنَّهُ لَا غَرْمَ هُنَاكَ.

وَفِي «الشَّامِلِ»: أَنَّ الْأَصْحَحَ وَجُوبُ الثَّلَاثِينَ عَلَيْهِمَا؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ إِذَا نَقَصَ عَدَدُهَا، زَالَ حُكْمُهَا، وَصَارَ الضَّمَانُ مُتَعَلِّقًا بِالْإِتْلَافِ، وَقَدْ اسْتَوْفَى فِيهِ.

وَهَذَا كُلُّهُ فِيمَا إِذَا كَانَ جَمِيعُ الشُّهُودِ ذُكُورًا، أَوْ إِنَاثًا، كَمَا فِي الرِّضَاعِ، وَمَا يَثْبِتُ بِشَهَادَةِ النِّسَاءِ الْمُتَمَحِّضَاتِ.

أَمَّا إِذَا انْفَسَمُوا إِلَى الذُّكُورِ، وَالْإِنَاثِ، فَإِنْ لَمْ يَزِيدُوا عَلَى أَقْلٍ مَا يَكْفِي، كَرَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ فِي الرِّضَاعِ، أَوْ فِي الْأَمْوَالِ، فَنِصْفُ الْغَرْمِ عَلَى الرَّجُلِ عِنْدَ الرَّجُوعِ، وَعَلَى كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا الرُّبْعُ. وَإِنْ زَادُوا عَلَى الْأَقْلِ، فَالْمَشْهُودُ بِهِ: إِذَا يَثْبِتُ بِشَهَادَةِ النِّسَاءِ وَخَدَهِنَّ، أَوْ لَا يَثْبِتُ.

الْقِسْمُ الْأَوَّلُ: مَا يَثْبِتُ بِشَهَادَةِ النِّسَاءِ وَخَدَهِنَّ، كَالرِّضَاعِ، وَهُوَ مُؤَخَّرٌ<sup>(٢)</sup> فِي نَظْمِ الْكِتَابِ. فَإِذَا شَهِدَ أَرْبَعُ نِسْوَةٍ مَعَ رَجُلٍ، وَرَجَعُوا جَمِيعًا، فَعَلَى الرَّجُلِ ثُلُثُ الْغَرْمِ، وَعَلَيْهِنَّ ثُلُثَاةُ، وَإِنْ رَجَعَ الرَّجُلُ وَخَدَهُ، فَلَا شَيْءَ عَلَى أَصْحَابِ الْوَجْهَيْنِ؛ لِبَقَاءِ الْحُجَّةِ. وَكَذَا لَوْ رَجَعَتِ امْرَأَتَانِ. وَعَلَى الثَّانِي عَلَيْهِ أَوْ عَلَيْهِمَا ثُلُثُ الْغَرْمِ.

وَلَوْ شَهِدَ رَجُلٌ وَعَشْرُ نِسْوَةٍ، وَرَجَعُوا، فَعَلَيْهِ سُدُسُ الْغَرْمِ، وَعَلَى كُلِّ وَاحِدَةٍ نِصْفُ سُدُسِهِ. وَإِنْ رَجَعَ<sup>(٣)</sup> الرَّجُلُ وَخَدَهُ، أَوْ مَعَ وَاحِدَةٍ، أَوْ اثْنَتَيْنِ، أَوْ ثَلَاثَ، أَوْ أَرْبَعَ، أَوْ خَمْسَ، أَوْ سِتَّ، فَلَا غَرْمَ عَلَى الْأَصْحَحِ؛ لِبَقَاءِ الْحُجَّةِ.

وَعَلَى الثَّانِي - يَجِبُ عَلَى مَنْ رَجَعَ حِصَّتُهُ، وَإِنْ رَجَعَ مَعَ سَبْعِ، فَعَلَى أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ السَّابِقَيْنِ، عَلَيْهِمْ رُبْعُ الْغَرْمِ؛ لِإِبْطَالِ رُبْعِ الْحِجَّةِ، وَإِنْ رَجَعَ [مَعَ ثَمَانِ، فَنِصْفُهُ؛ لِإِبْطَالِ نِصْفِ الْحُجَّةِ، وَإِنْ رَجَعَ<sup>(٤)</sup> مَعَ تِسْعِ، فَعَلَيْهِ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ؛ فَيَكُونُ مَا عَلَى الذَّكَرِ مِثْلُ مَا عَلَى الْأُنثَيْنِ.

وَعَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي - عَلَيْهِمْ مَا هُوَ حِصَّتُهُمْ، لَوْ رَجَعُوا جَمِيعًا. وَلَوْ رَجَعَ النِّسَاءُ وَخَدَهِنَّ، فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ الْغَرْمِ فِي أَظْهَرِ الْوَجْهَيْنِ. وَخَمْسَةُ أَسْدَاسِهِ فِي الثَّانِي.

وَالْقِسْمُ الثَّانِي: مَا لَا يَثْبِتُ بِشَهَادَةِ النِّسَاءِ الْمُتَمَحِّضَاتِ، كَالْأَمْوَالِ؛ فَإِذَا أَوْجِبْنَا الْغَرْمَ فِيهَا بِالرُّجُوعِ، فَشَهِدَ رَجُلٌ وَأَرْبَعُ نِسْوَةٍ، وَرَجَعُوا، فَوَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّ عَلَى الرَّجُلِ ثُلُثُ الْغَرْمِ، وَعَلَيْهِنَّ ثُلُثَاةُ، كَمَا فِي الرِّضَاعِ.

(٢) فِي ز: مَوْجَز.

(٤) سَقَطَ فِي: أ.

(١) فِي ز: وَمَا يَرْجِحَانِ.

(٣) فِي ز: رَجُل.

والثاني: أن يُضَفَ الغُزْمُ عليه، ونصفه عليهن، بخلاف الرِّضَاعِ؛ لأنَّ المَالَ لا يَثْبُتُ بشهادة النِّسَاءِ - وإن كَثُرْنَ - فنصف الحُجَّةِ. تقوم بالرجل مَعَهُنَّ كم كُنَّ.

ويُحَكِّى الرَّجُلُ عن أبي حَنِيْفَةَ، ومالك، وأبي إِسْحَاقَ، وابن القَاصِّ، وبه أَجَابَ كَثِيرٌ من العِرَاقِيِّينَ. لكن الثاني - أَقْوَى من جهة المعنى - ويُرْوَى عن ابن سُرَيْجٍ، واختيار القَفَّالِ، والشيخ أبي عَلِيٍّ، والإمام، وصاحب «التَهذِيبِ»، وهو المذكور في الكتاب، وإذا قلنا به، فلو رَجَعَ النِّسَاءُ، فعليهن يُضَفُ الغُزْمُ. ولو رجعت امرأتان، فلا شَيْءَ عليهما لِبَقَاءِ الحُجَّةِ على الأَصَحِّ، كما<sup>(١)</sup> حكينا عن اختيار المُزْنِي، وأبي إِسْحَاقَ، عليهما ربع الغُزْمِ.

ولو شهد رَجُلٌ وعشر نسوة، ورجعوا، فعلى الرجل يُضَفُ الغرم، وعلى النسوة النصف، إذا قلنا بالأصح، وعلى الوجه الآخر، على الرجل سُدُسُ الغرم، والباقي عليهن. ولو رجع الرجل دُونَهُنَّ، فعلى الرجل النُّصْفُ على الأَصَحِّ، وعلى الآخر عليه السدس.

ولو رجع النساء دُونَهُ، فعليهن يُضَفُ الغرم [على الأصح]<sup>(٢)</sup> وعلى الوجه الآخر، خمسة أسداسه، وإذا عَلَقْنَا بِضَفِّ الغُزْمِ برجوع الرجل، فلو رَجَعَ مع ثَمَانِ نسوة، فعليه النصف، ولا شَيْءَ عليهن؛ بناءً على أنه لا يثبت بشهادتهن إلا نصف الحق، وقد بَقِيَ من النساء من يتم<sup>(٣)</sup> به الحَقُّ، وعلى ما اختاره المُزْنِي، عليهن أربعة أخماس النُّصْفِ، كما لو رَجَعُوا جميعاً. ولو رجعوا<sup>(٤)</sup> مع تِسْعِ نسوة، فعليه النُّصْفُ، وعليهن الرُّبْعُ، لبقاء ربع الحُجَّةِ، وعلى ما اختارَهُ، عليهن تِسْعَةُ أعشار النصف.

وإن رجع ثَمَانِ نسوة لا غَيْرَ، فلا شَيْءَ عليهن؛ لبقاء نِصْفِ الحُجَّةِ التي تتعلق بهن، وعلى ما اختارَهُ عليهن أربعة أخماس النُّصْفِ.

وقوله في الكتاب: «ولو شهد على المال رجل وامرأتان، أو عشر»، إنما قال: «أو عشر»، إشارةً إلى أنه لا فَرْقَ على وَجْهِ التنصيف [بين]<sup>(٥)</sup> أن يَقِلَّ عَدَدُ النساءِ، أو يَكْثُرَ.

ويجوز أن يُعَلَّمَ بالواو لِلوَجْهِ الآخرِ المذكور في صورة العشر، أما في صورة الرجل والمرأتين، لا يَخْتَلِفُ تَفْرِيعُ الوجهين.

قَالَ المُزْنِيُّ: وَفِي وَجُوبِ الغُزْمِ عَلَى شُهُودِ الإِخْصَانِ مَعَ شُهُودِ الرِّثَا ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ: (أَحَدُهَا): لَا يَجِبُ شَيْءٌ (وَالثَّانِي): أَنَّهُ يَجِبُ الشُّطْرُ عَلَيْهِمْ (وَالثَّلَاثُ): أَنَّهُ يَجِبُ الثُّلُثُ

(٢) سقط في: ز.

(٤) في ز: لو رجع.

(١) في ز: على ما.

(٣) في ز: يتميز.

(٥) سقط في: أ.



عَلَيْهِمْ إِذْ أَقْلُ شَهَادَةِ الْإِحْصَانِ اثْنَانِ وَأَقْلُ شَهَادَةِ الزُّنَا أَرْبَعَةٌ، فَلَوْ رَجَعَ وَاحِدٌ مِنْ شُهَدِ  
الزُّنَا وَالْإِحْصَانِ اجْتَمَعَ مِنَ الْأُصُولِ أَقْوَالٌ لَا تَخْفَى، وَالْقَوْلَانِ جَارِيَانِ فِي أَنَّ شُهُودَ  
التَّغْلِيْقِ فِي الطَّلَاقِ هَلْ يُعْرَمُ مَعَهُمْ شُهُودُ الصَّفَةِ أَوْ يَنْفَرِدُ شُهُودُ التَّغْلِيْقِ بِالْعُرْمِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: هَلْ يَتَعَلَّقُ الْعُرْمُ بِرُجُوعِ شُهَدَاءِ الْإِحْصَانِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ فِي رِوَايَةِ  
جَمَاعَةٍ؛ مِنْهُمُ الْمُحَاطِلِيُّ، وَصَاحِبُ «التَّهْذِيبِ»، وَقَوْلَانِ فِي رِوَايَةِ آخَرِينَ؛ مِنْهُمُ الْإِمَامُ،  
وَصَاحِبُ الْكِتَابِ، وَالْقَاضِي الرَّوْيَانِي - رَحِمَهُمُ اللَّهُ -:

أَحَدُهُمَا: نَعَمْ؛ لِأَنَّ الرَّجْمَ يَتَوَقَّفُ عَلَى ثُبُوتِ الزُّنَا، وَالْإِحْصَانِ جَمِيعًا، وَعَلَى  
هَذَا، فَلَوْ قَالُوا: تَعَمَّدْنَا جَمِيعًا، لَزِمَهُمُ الْقِصَاصُ<sup>(١)</sup>، كَشُهُودِ الزُّنَا.

وَالثَّانِي: وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَا؛ لِأَنَّهُمْ لَمْ يَشْهَدُوا بِمَا يُوجِبُ عَلَيْهِ عُقُوبَةً، وَإِنَّمَا  
وَصَفَوْهُ بِصِفَةٍ كَمَالٍ، وَالْخِلَافُ جَارٍ فِي أَنَّ شُهُودَ الصَّفَةِ مَعَ شُهَدَاءِ التَّغْلِيْقِ الطَّلَاقِ، أَوْ  
الْعِتَاقِ، هَلْ يُعْرَمُونَ إِذَا رَجَعُوا؟ أَمْ يَخْتَصُّ الْعُرْمُ بِشُهَدَاءِ التَّغْلِيْقِ؟

وَالصَّحِيحُ عَلَى مَا ذَكَرَ صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ»: أَنَّ رُجُوعَ شُهَدَاءِ الْإِحْصَانِ، وَشُهَدَاءِ  
الصَّفَةِ لَا يَقْتَضِي عُرْمًا. وَعَنْ بَعْضِ الْأَصْحَابِ: أَنَّهُ يُفَرَّقُ فِي شُهَدَاءِ الْإِحْصَانِ، بَيْنَ أَنْ  
تَتَقَدَّمَ شَهَادَتُهُمْ عَلَى شَهَادَةِ الزُّنَا، فَلَا عُرْمَ إِذَا رَجَعُوا، وَبَيْنَ أَنْ يَتَأَخَّرَ، فَيُعْرَمُونَ؛ لِتَرْتِبِ  
الرَّجْمِ عَلَى شَهَادَتِهِمْ. وَإِذَا قُلْنَا: يَتَعَلَّقُ [بِتَعَلُّقِ]<sup>(٢)</sup> الْعُرْمُ بِرُجُوعِهِمْ، فَكَيْفَ يُورَعُ  
عَلَيْهِمْ، وَعَلَى شُهَدَاءِ الزُّنَا؟ وَجْهَانِ:

أَصْحَبُهُمَا: أَنَّهُ يُعْتَبَرُ نِصَابُ الشَّهَادَتَيْنِ؛ فَيَكُونُ ثُلُثًا الْعُرْمُ عَلَى شُهَدَاءِ الزُّنَا، وَثُلَاثًا  
عَلَى شُهَدَاءِ الْإِحْصَانِ.

وَالثَّانِي: أَنَّ نِصْفَهُ عَلَى شُهَدَاءِ الزُّنَا، وَنِصْفَهُ عَلَى شُهَدَاءِ الْإِحْصَانِ؛ لِأَنَّهُمَا  
صِنْفَانِ<sup>(٣)</sup> مُخْتَلِفَانِ، فَأَشْبَهُهُ مَا إِذَا رَجَعَ الْقَاضِي، وَالشُّهُودُ، يَكُونُ نِصْفُ الدِّيَةِ عَلَيْهِ،  
وَنِصْفُهَا عَلَيْهِمْ، وَلَا يَجِيءُ فِي شُهَدَاءِ الصَّفَةِ، إِذَا عَلِقْنَا الْعُرْمَ بِرُجُوعِهِمْ، إِلَّا النِّصْفَ.

إِذَا عُرِفَ ذَلِكَ، فَلَوْ شَهِدَ أَرْبَعَةٌ بِالزُّنَا، وَاثْنَانِ سِوَاهُمَ بِالْإِحْصَانِ، وَرَجَعُوا جَمِيعًا  
بَعْدَمَا رُجِمَ، فَالضَّمَانُ عَلَى شُهَدَاءِ الزُّنَا، إِنْ لَمْ يُعْرَمِ شُهَدَاءُ الْإِحْصَانِ. وَعَلَى الصَّنْفَيْنِ<sup>(٤)</sup>  
جَمِيعًا، إِنْ عَرَمْتَاهُمُ بِالسُّوِيَّةِ إِنْ نَصَّفْنَا، أَوْ أَثْلَاثًا إِنْ ثَلَّثْنَا.

وَإِنْ رَجَعَ وَاحِدٌ مِنْ شُهَدَاءِ الزُّنَا، وَوَاحِدٌ مِنْ شَاهِدِي الْإِحْصَانِ، فَإِنْ لَمْ يُعْرَمِ  
شُهُودُ الْإِحْصَانِ، فَعَلَى الرَّاجِعِ مِنْ شُهَدَاءِ الزُّنَا، [رُبُعُ الْعُرْمِ، وَإِنْ عَرَمْتَاهُمُ، فَإِنْ نَصَّفْنَا،

(١) فِي أ: الْقَضَاءُ.

(٢) سَقَطَ فِي: ز.

(٣) فِي ز: ضَعِيفَانِ.

(٤) فِي أ: الصَّنْفَيْنِ.

فعلى الراجع من شهود الزنا<sup>(١)</sup> ثَمُنُ الْعَزْمِ، وعلى الآخر رُبْعُهُ.  
وإن ثَلُثْنَا، فعلى كل واحد منهما سُدُسُهُ.

وإن رجع واحد من أحد الصنفتين لا غير، ففيما عليه هذا الخلاف.

ولو شهد أربعة بالزنا، والإحصان جميعاً، ثم رَجَعَ أَحَدُهُمْ، فإن لم يُعَرِّم شهود الإحصان، فعليه رُبْعُ الْعَزْمِ، وإن عَرَّمْتَاهُمْ، فقد بقي ههنا من تَقْوَمُ به حجة الإحصان، فإن عَرَّمْنَا الراجع مع ثَبَاتٍ من تَقْوَمُ به الْحُجَّةُ، فعليه الرُّبْعُ أيضاً، كما لو رَجَعُوا جميعاً، وإن لم يُعَرِّم، فلا ضَمَانَ بِسَبَبِ الإحصان، وأما بسبب الزنا؛ فإن نَصَفْنَا، فعليه ثَمُنُ الْعَزْمِ، وإن ثَلُثْنَا فَسُدُسُهُ، وإن رجع ثلاثة، وثَبَّتَ واحد، فقد بَطَلَ ثلاثة أرباع حجة الزنا، ونصف حجة الإحصان.

فإن لم نعزم<sup>(٢)</sup> شهود الإحصان، فعليهم ثلاثة أرباع الْعَزْمِ، وإن عَرَّمْتَاهُمْ، فعلى كل واحدٍ إن نَصَفْنَا للرجوع عن شهادة الزنا ثمن الْعَزْمِ، والرجوع عن شهادة الإحصان نصف سُدُسِهِ، بتوزيع نصف عَزْمِ الإحصان عليهم.

وإن ثَلُثْنَا، فعلى كل واحد الرجوع عن شَهَادَةِ الزنا سدس الْعَزْمِ، توزيعاً للثلاثين على الأربعة؛ وللرجوع على شَهَادَةِ الإحصان ثَلْثُ سُدُسِهِ، توزيعاً لنصف عَزْمِ الإحصان على الراجعين. ولو شهد أربعة بالزنا، واثنان منهم بالإحصان، ورجعوا بعدما رَجِمَ، فإن لم يُعَرِّم شهود الإحصان في المسائل السابقة، فكذا ههنا، ولا أثر لشهادة الإحصان. وإن عَرَّمْتَاهُمْ، فهل يُعَرِّمُ شهود الإحصان ههنا زيادة؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ كما في الصورة السابقة.

والثاني: لا؛ لأن الشَّهَادَةَ، والرجوع، كَجِنَايَةٍ على جانبيين<sup>(٣)</sup> يستون في الدية، وإن قلنا: بالأول عاد الخلاف، إن نَصَفْنَا على اللذين شهدا بالإحصان ثلاثة أرباع الْعَزْمِ؛ النصف لشهادة الإحصان، والرابع لشهادة الزنا وعلى الآخرين الرُّبْعُ.

وإن ثَلُثْنَا، فعلى الذين شهدا بالإحصان الثلث، لشهادة الإحصان، والثلث لشهادة الزنا. وعلى الآخرين الثلث.

فإن رَجَعَ واحدٌ منهم، فإن لم يُعَرِّم شهود الإحصان، فعليه رُبْعُ الْعَزْمِ، وإن عَرَّمْتَاهُمْ، فإن الراجع من اللذين شهدا بالإحصان، فإن نَصَفْنَا، فعليه ثلاثة أثمان الْعَزْمِ، ثمن لشهادة الزنا، والباقي<sup>(٤)</sup> لشهادة الإحصان.

(٢) في أ: يعرف.

(٤) في ز: والثاني.

(١) سقط في: أ.

(٣) في ز: جنائيتين.

وإن ثلثنا، فعليه ثلث الغرم، سدس لهذه، وسدس لهذه، وإن كان الرَّاجِعُ من الآخرين، فإن نَصَفْنَا، فعليه ثُمْنُ الغرم. وإن ثلثنا فالسُدُسُ.

ولو شهد ثمانية بالزنا والإحصان، ثم رجع أحدهم، فلا غرم على الأصح؛ لبقاء الحجتين. وكذا لو رجع ثانٍ، وثالث، ورابع، وإن رجع خامس؛ فقد بطلت حجة الزنا، ولم تبطل حجة الإحصان، فإن لم يُعْرَمْ شهود الإحصان، فعلى الخمسة رُبُعُ الغرم؛ لبطان ربع الحجة، وإن عرمتهم فلا غرم ها هنا، لِشَهَادَةِ الإحصانِ على الأصح؛ لبقاء حجته. ويُعْرَمُ الراجعون، رُبُعُ غرم الزنا، والسدس، إن ثلثنا والثلث، إن نَصَفْنَا.

وإن رجع ستة، فعليهم نصف غرم الزنا، وهو الثلث إن ثلثنا، والربع إن نَصَفْنَا، وإن رجع سبعة، فقد بطلت الحجتان، ولا يخفى قياسه مما ذكرنا. وقوله في الكتاب: «اجتمع في الأصول أقوال لا تخفى» أحد الأصول المشار إليها، أن شهود الإحصان، هل يُعْرَمُونَ؟

والثاني: أنهم إن غرموا، كم يُعْرَمُونَ؟

والثالث: أنه إذا رجع بعض الشهود، وبقي من تقوم به الحجة، هل يُعْرَمُ مَنْ رجع؟ وقد عرفت هذه الأصول والأقوال الحاصلة منها. والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الطَّرْفُ الثَّلَاثُ: الرُّجُوعُ فِي عَيْنِ مَالٍ يَتَوَقَّعُ رُجُوعَهُ بِإِقْرَارِ الْخَصْمِ هَلْ يُوجِبُ الْغَرْمَ فِي الْحَالِ لِلْحَيْلُولَةِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: تقدم أن المشهود به؛ إما أن يتعذر تداركه، أو لا يتعذر. وقد فرغنا من القول فيما يتعذر تداركه.

والقسم الثاني: ما لا يتعذر؛ وهي الأموال، أعيانها، ودُيُونُهَا، وإذا شهد الشهود لإنسان<sup>(١)</sup> بمال، ثم رجعوا بعد دفع المال إليه، لم يُنْقَضِ الْحُكْمُ، وَيُرَدُّ الْمَالُ إِلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ، لاحتمال أنهم كاذبون في الرجوع.

وفي «العدة» حكاية وجه: أنه يُنْقَضُ الْحُكْمُ، وَيُرَدُّ الْمَالُ إِلَى الْمَخْكُومِ عَلَيْهِ، والمذهب الأول، وهل يُعْرَمُ الشُّهُودُ لِلْمَخْكُومِ عَلَيْهِ؟

نقل المزماني: أنهم لا يُعْرَمُونَ، وقد قطع به من الأصحاب طائفة؛ منهم: ابن خَيْرَانَ، وتوجهها بأن الشهود لم يثبتوا<sup>(٢)</sup> اليد على المال، ولم يتلقوه، فلا يضمنون.

وإن أتوا بما يُفْضِي إِلَى الْفَوَاتِ، كمن حبس المالك<sup>(٣)</sup> عن ما يبيته حتى ضاعت،

(٢) في ز: يتبينوا.

(١) في أ: لفلان.

(٣) في أ: المال.

وليس كالتَّشَاهِدَةِ عَلَى الطَّلَاقِ، وَالْعَتَقِ؛ لِأَنَّ هُنَاكَ وَجَدَ التَّفْوِيتَ حَقِيقَةً، فَإِنَّمَا لَا يَرِيدَانِ، وَإِنْ صَدَّقَ الْعَبْدُ وَالْمَرْأَةُ الشُّهُودَ فِي الرَّجُوعِ، وَهَهُنَا لَمْ يَجِدْ تَفْوِيتَ حَقِيقَةً؛ لِأَنَّ الْمَشْهُودَ عَلَيْهِ لَوْ صَدَقَهُمْ فِي الرَّجُوعِ، لَزِمَهُ رَدُّ الْمَالِ، وَأَكْثَرُ الْأَصْحَابِ، وَفِيهِمْ ابْنُ سُرَيْجٍ، وَأَبُو إِسْحَاقَ. قَالُوا: فِي الْمَسْأَلَةِ قَوْلَانِ:

أحدهما: أَنَّهُمْ لَا يُعْرَمُونَ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ.

وَالثَّانِي: وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَمَالِكٌ، وَأَحْمَدٌ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ -: أَنَّهُمْ يُعْرَمُونَ، لِحُصُولِ الْحَيْثُورَةِ بِشَهَادَتِهِمْ. وَمَا يَضْمَنُ بِالتَّفْوِيتِ [بِغَيْرِ الشَّهَادَةِ، يَنْبَغِي أَنْ يُضْمَنَ بِالتَّفْوِيتِ] <sup>(١)</sup> بِالشَّهَادَةِ، كَالنَّفْسِ. وَهَذَا الْقَوْلُ عِنْدَ الْعِرَاقِيِّينَ، وَالْإِمَامِ، وَغَيْرِهِمْ، أَرْجَحُ.

وَذَكَرَ فِي «الْعُدَّة»: أَنَّ الْقَتَوِيَّ عَلَيْهِ وَأَنَّ ظَاهِرَ الْمَذْهَبِ: أَنَّهُمْ لَا يُعْرَمُونَ، وَاسْتَلْفُوا فِي حَالِ الْقَوْلَيْنِ فَذَكَرَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ وَمَنْ اتَّبَعَهُ: أَنَّهُمَا <sup>(٢)</sup> مَنْصُوصَانِ، وَالتَّغْرِيمُ فِيهِمَا لِلْقَدِيمِ <sup>(٣)</sup> وَقِيلَ: الْمَنْصُوصُ، أَنَّهُمْ لَا يُعْرَمُونَ، وَالْآخِرُ مُخْرَجٌ.

وَقِيلَ: هُمَا مَبْنِيَّانِ عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِيمَا إِذَا قَالَ: غَضِبْتُ هَذِهِ الدَّارَ مِنْ فُلَانٍ، [بَلْ مِنْ فُلَانٍ] <sup>(٤)</sup>، تَدْفَعُ الدَّارَ إِلَى الْأَوَّلِ.

وَهَلْ يُعْرَمُ الثَّانِي؟ عَلَى قَوْلَيْنِ فَيَنْزِلُ رَجُوعُ الشَّاهِدِ مَثَلَةَ رُجُوعِ الْمُقَرِّ.

وَذَكَرَ الْقَاضِي ابْنُ كَعْبٍ: أَنَّ النَّصَّ فِيمَا إِذَا شَهِدُوا بِعَيْنٍ، ثُمَّ رَجَعُوا، أَنَّهُمْ لَا يُعْرَمُونَ. وَفِيمَا إِذَا شَهِدُوا بِدَيْنٍ، ثُمَّ رَجَعُوا، أَنَّهُمْ يُعْرَمُونَ، فَحَصَلَ الْقَوْلَانِ مِنْ تَخْرِيجِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي صُورَةِ الْآخِرِ.

وَيَجُوزُ أَنْ يُعْلَمَ لَفْظُ «الْقَوْلَيْنِ» فِي الْكِتَابِ بِالْوَاوِ لَطَرِيقَةً مَنْ قَطَعَ بِنَفِي الْعُرْمِ.

فُرُوع:

شَهِدَ الشُّهُودُ عَلَى أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ فِي الرَّقِيقِ؛ أَنَّهُ أَغْتَقَ نَصِيبَهُ، وَهُوَ مُوسِرٌ، فَقَضَى الْقَاضِي بِعَتَقِهِ، وَبِالسَّرَايَةِ، ثُمَّ رَجَعُوا، فَعَلَى الشُّهُودِ قِيمَةَ نَصِيبِ الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ.

وَفِي قِيمَةِ نَصِيبِ الشَّرِيكِ الْخِلَافُ، فِي غُرْمِ الْمَالِ، وَشُهُودِ الْقَتْلِ الْخَطَأِ، إِذَا رَجَعُوا بَعْدَمَا غَرَمَ الْعَاقِلَةَ، هَلْ يُعْرَمُونَ؟ فِيهِ الْخِلَافُ.

وَلَوْ حَكَمَ الْقَاضِي بِشَهَادَةِ شُهُودِ الْفِرْعِ، ثُمَّ رَجَعُوا، غُرْمُوا.

وَلَوْ رَجَعَ شُهُودُ الْأَصْلِ، وَقَالُوا: كَذَبْنَا، فَكَذَلِكَ يُعْرَمُونَ، خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ.

(١) سَقَطَ فِي: أ.

(٢) فِي ز: أَنَّهُمْ.

(٣) فِي ز: الْقَدِيمِ.

(٤) سَقَطَ فِي: أ.

ولو رجع الأصول، والفروع جميعاً، فالعزم على شهود القرع؛ لأنهم يُنكَرُونَ  
إشهاد الأصول، ويقولون: كذبنا فيما قلنا، والحكم وقع بِشهادتهم، وحيث وَجَبَ على  
الراجع عُقُوبَةٌ من قِصاصٍ، أو حَدٌّ قَذْفٍ، دخل التَّعْزِيرُ فيها. فإذا لم تجب عُقُوبَةٌ،  
واعترف بالعمد، فَيُعْزَرُ.

ولو شَهِدَ أَرْبَعَةٌ على إنسانٍ بأربعمائة، ثم رَجَعَ واحدٌ منهم عن مائة، وآخَرُ عن  
مائتين، وثالثٌ عن ثلاثمائة، والرابعُ عن الجميع؛ فالْيَتَةُ بَاقِيَةٌ بِتَمَامِهَا في مائتين، وأصح  
الْوَجْهَيْنِ: أنه لا يجب عَزْمُهُمَا، وَيَجِبُ على الأربعة عَزْمُ المائة. المَرْجُوعُ عنها بِاتِّفَاقِهِمْ،  
وعلى الثاني، والثالث، والرابع، ثَلَاثَةُ أرباع المائة التي اخْتَصُّوا بالرجوع عنها.

والوجه الثاني: أن عَلَى كُلِّ رَاجِعٍ حِصَّتُهُ فيما رجع عنه، فعلى الأول، خمسة  
وعشرون، وعلى الثاني خمسون، وعلى الثالث خمسة وسبعون، وعلى الرابع، مائة.

والشَّهَادَةُ على الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ، والرجوع عنها، هل تَقْتَضِي عَزْمًا؟ فيه تفصيل،  
وإِخْلَافٌ أَسْلَفْنَاهُمَا. قال أبو الحَسَنِ العَبَادِيُّ: إن أَوْجَبْنَا العَزْمَ في الحال، وغرم  
الشهود، ثم راجعها الزَّوْجُ، فهل عليه رَدُّ ما أخذ؟

فيه احتمالان؛ بِنَاءِ على ما إذا وَطِئَ الرَّجْعِيَّةُ، ثم رَاجَعَهَا - هل يَلْزَمُهُ المَهْرُ؟

قَالَ العَرَّالِيُّ: أَمَّا إِذَا ظَهَرَ كَوْنُ الشَّاهِدِ عَبْدَيْنِ أو كَافِرَيْنِ أو صَبِيَّيْنِ بَانَ بِطُلَانِ  
القَضَاءِ وَأَنْدَفَعَ الطَّلَاقُ وَالْعِتَاقُ، وَإِنْ كَانَ فِي قَتْلِ وَجَبَ العَزْمُ عَلَى القَاضِي لِخَطِيئِهِ، وَفِي  
رُجُوعِهِ عَلَى الشُّهُودِ كَلَامٌ سَبَقَ فِي مَوْضِعِهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا قَضَى القَاضِي بِشَهَادَةِ اثْنَيْنِ، ثم بَانَ أَنَّهُمَا كَانَا عَبْدَيْنِ، أو  
كَافِرَيْنِ، أو صَبِيَّيْنِ مُرَاهِقَيْنِ، [فقد] <sup>(١)</sup> مَرَّ في آخر الباب الأول من الشَّهَادَاتِ، أنه  
[يُنْقَضُ] <sup>(٢)</sup> حُكْمُهُ، وكذا لو [بانا] <sup>(٣)</sup> فاسِقَيْنِ في أَصَحِّ القولين.

وقوله ههنا: «بان بطلان الحكم» إِشَارَةٌ إلى ما ذكره الإمام؛ أن القَضَاءَ ليس أمراً  
يعقد ويحل، وإنما المُرَادُ تَبْيِينُ الأمرِ على خلاف ما ظَنَّهُ، وحَكَمَ به <sup>(٤)</sup>، فإن كان المَشْهُودُ

(١) سقط في: ز.

(٢) سقط في: ز.

(٣) سقط في: ز.

(٤) ومعنى هذا أن القضاء لم ينفذ ويظهر ثمرة هذا في الفوائد الحادثة من العين المحكوم بها من وقت  
الحكم إلى أن يتغير فيكون لرب العين، وهذا الذي نقله عن الإمام وأقره خلاف ما جزم به غيره  
بل صرح الروياني أنه المذهب فيما إذا بان أنه يقف على النقص. وقال الماوردي: إذا بانا كافرين  
لم يحتج إلى النقص أي بل يبين بذلك وقوعه باطلاً وأما إذا بانا عبيدين فوجهان مبنيان على  
الخلاف في رد شهادة العبد.

به طَلَاقًا، أو عتاقًا، أو عَقْدًا من العقود، فقد بَانَ أنه لا طَلَاقَ، ولا عِتَاقَ، ولا عَقْدَ.

فإن كانت المَرْأَةُ قد ماتت [فقد ماتت] <sup>(١)</sup> وهي مَنكُوحَتُهُ، فإن <sup>(٢)</sup> مات العَبْدُ، مات وهو رَقِيقٌ، ويجب ضَمَانُهُ على ما سنذكره في ضَمَانِ الْأَمْوَالِ؛ وإن كان المَشْهُودُ به قَطْعًا، أو قَتْلًا، أو حَدًّا، واستوفى وتَعَدَّرَ التَّدَارُكُ، فَضَمَانُهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ، وَعَلَى عَاقِلَةِ الْقَاضِي فِي أَظْهَرِهِمَا عَلَى مَا هُوَ مُقَرَّرٌ فِي بَابِ ضَمَانِ الْوَلَادَةِ، وَإِنَّمَا تَعَلَّقَ الضَّمَانُ بِالْقَاضِي؛ لِأَنَّهُ أَهْلَكَهُ بِحُكْمِهِ الَّذِي أَخْطَأَ فِيهِ، وَكَانَ مِنْ حَقِّهِ أَنْ يَتَفَحَّصَ، وَيَتَّبِعَ، وَلَا يَجِبُ الْغَرْمُ عَلَى المَشْهُودِ لَهُ؛ لِأَنَّهُ يَقُولُ: اسْتَوْفَيْتُ حَقِّي.

ولا يضمن الشهود؛ لأنهم ثابِتُونَ عَلَى شَهَادَتِهِمْ، زَاعِمُونَ صَدَقَهُمْ، بخلاف ما في صُورَةِ الرَّجُوعِ.

وإذا غرم العاقلة، أو بيت المال، فهل يَبْتُئُ الرَّجُوعُ عَلَى الشُّهُودِ؟

فيه خلاف، وتفصيل مذكوران في باب ضَمَانِ الْوَلَاةِ.

والذي أَجَابَ بِهِ أَصْحَابُنَا الْعِرَاقِيُّونَ: أَنَّهُ لَا رُجُوعَ عَلَيْهِ. قالوا: وكذا لا رَجُوعَ عَلَى الْمَزْكِينِ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ غَيْرَ مَبْنِيٍّ عَلَى شَهَادَتِهِمْ.

وعن القاضي أَبِي حَامِدٍ: أَنَّ الْعَارِمَ يَرْجِعُ عَلَى الْمَزْكِينِ <sup>(٣)</sup>، وَيَسْتَقِرُّ عَلَيْهِمُ الضَّمَانُ، بخلاف الشُّهُودِ؛ لِأَنَّهُ يَثْبُتُ عِنْدَ الْقَاضِي، أَنَّ الْأَمْرَ عَلَى خِلَافِ مَا ذَكَرَهُ الْمَزْكُونُ، وَلَمْ يَثْبُتْ أَنَّهُ عَلَى خِلَافِ مَا ذَكَرَهُ الشُّهُودُ، وَإِلَى هَذَا مَالُ الْقَاضِيَانِ - أَبُو الطَّيِّبِ، وَالرُّوْيَانِيُّ - وَمَفْهُومُ مَا ذَكَرُوهُ: أَنَّهُ يَجُوزُ تَغْرِيمُ الْمَزْكِيِّ أَوْلًا، ثُمَّ لَا رَجُوعَ لَهُ عَلَى الْقَاضِي.

وَأَلَّمَ الْإِمَامُ بِمِثْلِ ذَلِكَ فِي الشُّهُودِ، إِذَا قُلْنَا بِثُبُوتِ الرَّجُوعِ عَلَيْهِمْ، وَلَا فَرْقَ فِيمَا ذَكَرْنَاهُ فِي تَعْلِيقِ الضَّمَانِ؛ بِالْقَاضِي <sup>(٤)</sup> بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْحُكْمُ فِي حَدِّ اللَّهِ تَعَالَى، أَوْ فِي قِصَاصِ الْأَدْمِيِّ، وَلَا إِذَا كَانَ <sup>(٥)</sup> فِي قِصَاصِ بَيْنَ أَنْ يَسْتَوْفِيَهُ الْمُدْعِي، وَبَيْنَ أَنْ يَسْتَوْفِيَهُ الْقَاضِي بِنَفْسِهِ، أَوْ يَفُوضَ اسْتِيفَاءَ بِلَاذْنِ الْمُدْعِي إِلَى غَيْرِهِ.

وقد مرَّ في «أدب القضاء» عن الإِضْطِخْرِيِّ: أَنَّ الْمُدْعِيَّ إِنْ اسْتَوْفَاهُ بِنَفْسِهِ،

(١) سقط في: ز.

(٢) في أ: وإن

(٣) ما نسبه إلى العراقيين فالأصح خلافه وكلامه في الرجوع على ما قررناه، وما ذكره القاضي أبو حامد. ومال إليه القاضيان هو المعتمد. قاله في الخادم.

(٤) في ز: فالقاضي. (٥) في الروضة: وسواء في.

فَالضَّمَانُ عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا يَتَعَلَّقُ الضَّمَانُ بِالْقَاضِي، إِذَا بَاشَرَ الِاسْتِيفَاءَ، أَوْ فَوَّضَهُ إِلَى غَيْرِ المُدْعِي بِإِذْنِهِ.

وَإِن كَانَ المَحْكُومُ بِهِ مَالًا؛ فَإِن كَانَ بَاقِيًا عِنْدَ المَحْكُومِ لَهُ، انْتزَعَ وَرَدَّ، وَإِن كَانَ تَالِفًا، أَخَذَ مِنْهُ ضَمَانَهُ.

وَحَكَى الشَّيْخُ أَبُو حَاتِمٍ القَزْوِينِي وَجْهًا: أَنَّهُ إِذَا كَانَ التَّلَفُ بِآقَةِ سَمَاوِيَّةٍ، لَمْ يَلْزِمَهُ الضَّمَانُ، وَالمَشْهُورُ الأَوَّلُ، وَفَرَّقُوا بَيْنَهُ وَبَيْنَ [الإتلافات، حيث] <sup>(١)</sup> قَلْنَا: لَا عَزْمَ عَلَيْهِ، فِيهَا بَأَن [الإتلافات] <sup>(٢)</sup> إِنَّمَا تُضْمَنُ إِذَا وَقَعَ عَلَى وَجْهِ التَّعَدِّي، وَحَكَمَ القَاضِي أَخْرَجَهُ عَنِ أَنْ يَكُونَ مُتَعَدِّيًا، وَأَمَّا المَالُ فَإِذَا حَصَلَ فِي يَدِ إِنْسَانٍ بِغَيْرِ حَقٍّ، كَانَ مَضْمُونًا، وَإِن لَمْ يُوجَدْ مِنْهُ تَعَدُّ، فَإِن كَانَ المَحْكُومُ لَهُ مُعْسِرًا، أَوْ غَائِبًا، فَلِلْمَحْكُومِ عَلَيْهِ مُطَالَبَةٌ القَاضِي، لِيُغْرَمَ لَهُ مِنْ بَيْتِ المَالِ عَلَى أَحَدِ القَوْلَيْنِ، وَمَنْ خَالَصَ مَالَهُ عَلَى الثَّانِي؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِدَلِّ النَّفْسِ حَتَّى يَتَعَلَّقَ بِالعَاقِلَةِ، ثُمَّ الحَاكِمُ يَرْجِعُ عَلَى المَحْكُومِ لَهُ، إِذَا ظَفَرَ بِهِ مُوسِرًا، وَهَلْ لَهُ الرُّجُوعُ عَلَى الشُّهُودِ؟ جَعَلَهُ الإِمَامُ عَلَى الخِلَافِ.

والتفصيل المُشَارُ إِلَيْهِ فِي الإِتْلَاقَاتِ وَيُجِيءُ <sup>(٣)</sup> أَنْ يُقَالَ عَلَى قِيَاسِ مَا مَرَّ؛ أَنَّ المَحْكُومَ عَلَيْهِ يَتَخَيَّرُ فِي تَغْرِيمِ القَاضِي، وَتَغْرِيمِ المَحْكُومِ لَهُ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

(٢) سقط في: ز.

(١) سقط في: ز.

(٣) في ز: ويحكي.

## كِتَابُ الدَّعَاوَى وَالْبَيِّنَاتِ

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَمَجَامِعُ الْخُصُومَاتِ تَدُورُ عَلَى خَمْسَةِ: الدَّعْوَى وَالْجَوَابُ وَالْيَمِينُ وَالنُّكُولُ وَالْبَيِّنَةُ، الْأَوَّلُ: الدَّعْوَى وَفِيهِ مَسَائِلُ: الْأَوْلَى فِيمَنْ يَخْتِاجُ إِلَى الدَّعْوَى، وَمَنْ غَصِبَ مِنْهُ شَيْءٌ وَقَدَرَ عَلَى اسْتِزَادِهِ قَهْرًا مِنْ غَيْرِ تَخْرِيكِ فِتْنَةٍ جَارَ لَهُ ذَلِكَ وَلَمْ يَلْزَمَهُ الرُّفْعُ إِلَى الْقَاضِي، فَإِنْ كَانَ حَقُّهُ عُقُوبَةً فَلَا بُدَّ مِنَ الرُّفْعِ إِلَى الْقَاضِي، وَإِنْ كَانَ حَقُّهُ دَيْنًا وَمَنْ عَلَيْهِ مَقْرٌ مُمَاطِلٌ فَلَا بُدَّ مِنْ رَفْعِهِ، وَإِنْ كَانَ يَتَعَدَّرُ رَفْعُهُ بِتَعَرُّزِهِ أَوْ تَوَارِيهِ فَإِنْ ظَفِرَ بِجِنْسٍ حَقَّهُ فَلَهُ أَخْذُهُ، وَإِنْ كَانَ قَدْ ظَفِرَ بِغَيْرِ جِنْسٍ حَقَّهُ فَقَوْلَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يُقَالُ: ادَّعَيْتُ عَلَى فُلَانٍ كَذَا ادِّعَاءً. وَالاسْمُ الدَّعْوَى، وَالادِّعَاءُ: افْتِعَالٌ<sup>(١)</sup> مِنَ الدَّعْوَةِ؛ كَانَ الْمُدَّعِي يَدْعُو الْمُدَّعَى<sup>(٢)</sup> إِلَى نَفْسِهِ<sup>(٣)</sup>، وَلَا يُشْتَرَطُ فِي وَقْعِ اسْمِ الْمُدَّعَى عَلَى الشَّخْصِ مِنْ جِهَةِ اللَّغَةِ أَنْ يَكُونَ الْمُدَّعَى فِي يَدِ غَيْرِهِ، أَوْ فِي ذِمَّتِهِ،

(١) فِي ز: أفعال. (٢) فِي أ: الدعاء.

(٣) هِيَ قَوْلٌ مَقْبُولٌ يَقْصَدُ بِهِ الْإِنْسَانُ إِجْبَابَ حَقِّ لَهْ عَلَى غَيْرِهِ سِوَاهُ كَمَا كَانَ ذَلِكَ حَالِ الْمُنَازَعَةِ أَوْ لَا وَتَقُولُ الْعَرَبُ ادَّعَى كَذَا ادِّعَاءً زَعَمَ أَنْ لَهْ حَقًّا وَبِاطِلًا وَالاسْمُ مِنْهُ الدَّعْوَى وَالْجَمْعُ دَعَاوَى بِالْفَتْحِ وَدَعَاوِي وَبِالْكَسْرِ وَهُوَ الرَّاجِعُ عِنْدَ سَبَبِيهِ عِنْدَ الْإِضَافَةِ إِلَى الضَّمِيرِ وَغَلَبَ الْكَسْرُ فِي دَعْوَى النَّسَبِ وَالْفَتْحُ فِي الْمَادِيَةِ وَاسْمُ الْمُدَّعَى يَتَنَاوَلُ فِي الْعَرَفِ مِنْ لَا حِجَّةَ لَهْ وَلَا يَتَنَاوَلُ مِنْ لَهْ حِجَّةٌ وَلِذَا يُقَالُ لِمُسْلِمَةَ الْكُذَّابِ مَدْعَى النَّبُوَّةِ وَلَا يُقَالُ ذَلِكَ بِالنِّسْبَةِ لِلنَّبِيِّ ﷺ لِأَنَّ نُبُوَّتَهُ ثَبَّتَتْ بِالْمُعْجَزَةِ فَالْمَطْلَبُ بِحَقِّهِ قَبْلَ قِيَامِ حِجَّةٍ يُسَمَّى مَدْعِيًّا وَيُعَدُّهَا يُسَمَّى مَحْقًا.

### تعريف الدعوى في الاصطلاح

هِيَ قَوْلٌ مَقْبُولٌ عِنْدَ الْقَاضِي يَقْصَدُ بِهِ الْإِنْسَانُ طَلْبَ حَقِّ قَبْلَ غَيْرِهِ أَوْ دَفْعَهُ عَنِ حَقِّ نَفْسِهِ: سَبَبُهَا الْمَحَافَظَةُ عَنِ تَحْصِيلِ الْحَقُوقِ الَّتِي يَتَرْتَبُ عَلَيْهَا بَقَاءُ النَّوْعِ الْإِنْسَانِيِّ أَوْ شَخْصِ الْمُدَّعَى مِنْ تَقْوَى عَلَيْهَا فَمِثَالُ مَا يَتَرْتَبُ عَلَيْهِ بَقَاءُ النَّوْعِ النِّكَاحُ وَمَا يَتَرْتَبُ عَلَيْهِ بَقَاءُ الشَّخْصِ الْأَمْوَالُ بِجَمِيعِ أَنْوَاعِهَا وَمَا يَرْتَبُ بِهَا.

يَنْظُرُ: تَبْيِينُ الْحَقَائِقِ ٢٩٠/٤، فَتْحُ الْقَدِيرِ ١٥٢/٨، وَالْمَشْرَحُ الصَّغِيرُ ٦٩٣/٢، وَالْكَافِي ٢/٩٢١، الْإِشْرَافُ ٣٥١/٢، الصَّحَاحُ ٢٣٣٦/٦، وَالْمَصْبَاحُ الْمُنِيرُ ٢٦٥/١.



بل يقع الاسم عليه مع كون الشيء عنده. ومنه الادعاء في الحزب، وهو الاعتزاز بأن يقول: أنا فلان ابن فلان.

وقيل: الدعوى في اللغة التمني؛ ومنه قوله عز وجل: ﴿وَلَكُمْ فِيهَا مَا تَدْعُونَ﴾ [فصلت - ٣١].

وأما لفظ البيئته فهي بيئته، والأحاديث التي هي أصول الباب مشهورة، نحو ما روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ قال: «البيئته على المدعي، واليمين على المدعى عليه»<sup>(١)</sup> ويروى: «لو أعطيت الناس بدعواهم، لادعى ناس دماء قوم وأموالهم»<sup>(٢)</sup>.

ويروى أن رجلاً من «حضر موت» وآخر من «كندة» أتيا رسول الله ﷺ فقال الحضرمي: يا رسول الله: إن هذا غلبني على أرض لي كانت لأبي، فقال الكندي: هي أرضي في يدي أزرعها، ليس له فيها حق، فقال النبي ﷺ للحضرمي: «ألك بيئته؟». قال: لا. قال: «فلك يمين». قال: يا رسول الله: إن الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه - قال: «ليس لك منه إلا ذلك»<sup>(٣)</sup>.

هذا تمهيد الكتاب.

قال حجة الإسلام: «ومجاميع الخصومات تدور على خمسة: الدعوى، والجواب، واليمين، والبيئته، والنكول». وذلك لأن المتخاصمين في الخصومات الشرعية، أحدهما طالب، وطلب الحق هو: الدعوى، وحجته عليه: البيئته، والآخر مطلوب منه، فإن أجاب بالإقرار فذاك، وإن أنكر فحجته اليمين، وإن نكل لم يقنع منه بذلك، بل ترد اليمين على الطالب، وكلام الكتاب في بيان هذه الأمور الخمسة، وأحكامها.

الأول: الدعوى - وفيه مسائل:

(١) أخرجه البيهقي ٢٥٢/١٠.

من طريق الفريابي عن سفيان بن عمار بن عمر، عن ابن أبي مليكة عن ابن عباس وفيه قصة، وهو في المتفق عليه بلفظ: اليمين على المدعى عليه، حسب، وعزاه ابن الرفعة لمسلم فوهم، وزعم الأصلي أن قوله لكن البيئته إلى آخره من قول ابن عباس، أدرج في الخبر، حكاه القاضي عياض، وفي الباب عن مجاهد عن ابن عمر لابن حبان في حديث، وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده للترمذي، والدارقطني وإسناده ضعيف.

(٢) أخرجه البخاري [٤٥٥٢]، ومسلم [١٧١١] عن ابن عباس.

(٣) أخرجه مسلم [١٣٩] من حديث وائل بن حجر بتمامه، والحضرمي هو وائل المذكور، والكندي هو امرؤ القيس بن عباس، واسمه ربيعة.

إحداها: في أن المستحق متى يَحْتَاجُ إلى المَرَفَعَةِ والدَّعْوَى، والْحَقُّ إما عُقُوبَةٌ أو مَالٌ؛ إن كان عُقُوبَةٌ كَالْقَصَاصِ، وَحَدُّ الْقَذْفِ، فَلَا بُدَّ فِيهِ مِنَ الرَّفْعِ إِلَى الْحَاكِمِ، لِعَظْمِ خَطَرِهِ، وَالِاحْتِيَاظِ فِي [إثباته] <sup>(١)</sup> أَوْلَا <sup>(٢)</sup>، وَاسْتِيفَائِهِ عَلَى مَا تَقْتَضِيهِ السِّيَاسَةُ مِنْ وَجْهِ النَّاسِ ثَانِيًا. وَإِنْ كَانَ مَالًا، فَهُوَ إِمَّا عَيْنٌ، أَوْ دَيْنٌ؛ إِنْ كَانَ عَيْنًا، فَإِنْ قَدَّرَ عَلَى اسْتِرْدَادِهَا مِنْ غَيْرِ تَحْرِيكِ فِتْنَةٍ، اسْتَقْلَّ بِهِ، وَإِلَّا فَلَا بُدَّ مِنَ الرَّفْعِ <sup>(٣)</sup>.

وَأَمَّا الدَّيْنُ فَإِنْ كَانَ مَنْ عَلَيْهِ مُقِرًّا غَيْرَ مُمْتَنِعٍ مِنَ الْأَدَاءِ، فَيُطَالِبُهُ لِيُؤَدِّيَ، وَليْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ شَيْئًا مِنْ مَالِهِ؛ لِأَنَّ الْخِيَارَ فِي تَغْيِينِ الْمَالِ الْمَدْفُوعِ إِلَى مَنْ عَلَيْهِ، فَإِنْ خَالَفَ وَأَخَذَ شَيْئًا مِنْ مَالِهِ رَدَّهُ، فَإِنْ تَلَيَّفَ عِنْدَهُ وَجَبَ ضَمَانُهُ، فَإِنْ اتَّفَقَا جَاءَ خِلَافُ التَّقَاصُّصِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ، فِيمَا أَنْ يُمَكَّنَ مِنْ تَحْصِيلِ الْحَقِّ مِنْهُ بِالْقَاضِي، أَوْ لَا يُمَكَّنَ.

إِنْ لَمْ يُمْكِنَ بَأَنَّ كَانَ مُنْكَرًا وَلَا بَيِّنَةً لِمُصَاحِبِ الْحَقِّ، فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ جِنْسَ حَقِّهِ مِنْ مَالِهِ، إِنْ ظَفَرَ بِهِ، وَلَا يَأْخُذُ غَيْرَ الْجِنْسِ، وَهُوَ ظَافِرٌ بِالْجِنْسِ.

وَفِي «التَّهْذِيبِ» وَجْهٌ: أَنَّهُ يَجُوزُ، وَإِنْ لَمْ يَجِدْ إِلَّا غَيْرَ الْجِنْسِ. حَكَى جَمَاعَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ مِنْهُمْ الْقَوْرَانِيُّ [وَالْإِمَامُ] <sup>(٤)</sup>، وَصَاحِبُ الْكِتَابِ فِي جَوَازِ

(١) سقط في: ز.

(٢) عن الماوردي أنه قال في باب أصول الفحل أن من وجب له على شخص تعزير أو حد قذف وكان في بادية بعيداً عن السلطان له استيفاؤه.

قال الشيخ ابن عبد السلام في قواعده: لو انفرد بحيث لا يرى فينبغي أن لا يمنع من القصاص ولا سيما إذا عجز عن إثباته.

وقول المصنف «فلا بد من الرفع إلى الحاكم» كان ينبغي أن يقول أو محكم لثلاث يومهم أن المحكم ليس ذلك وهو كالقاضي في ذلك، وكذا لو استوفاه بدون رفع إلى الحاكم فإن القصاص يقع وإن أساء فيما فعل، ويستثنى من إطلاق الشيخ مسألتان:

إحداهما: إذا قتل من لا وارث له فلا يشترط فيه الدعوى عند قاض لأن الحق للمسلمين فتقبل فيه شهادة الحسبة ولا يحتاج إلى دعوى الحسبة بل في سماعها خلاف.

ثانيهما: قتل قاطع الطريق الذي لم يتب قبل القدرة عليه لا يشترط فيه دعوى لأنه لا يتوقف على طلب.

(٣) أطلق المصنف العين، وقال في القوت: الظاهر أن هذا الكلام إنما هو في ذي اليد العارية ومن في حكمها، أما لو كانت بيد أمين باذل لم يجز له أخذها بغير إذنه أو علمه ولا دخول منزله لأجلها وإن لم يخف ضرراً بل سبيله الطلب، وكذلك المبيع إن كان الثمن مؤجلاً أو مقبوضاً، والبايع باذل له في ذلك من الأذى بظن الذهاب ألا تراهم بوبوا باب أخذ الحق ممن يمنعه وجرى على ذلك في الخادم.

(٤) سقط في: أ.

الْأَخْذُ قَوْلِينَ<sup>(١)</sup>: أحدهما: المنع؛ لأنه لا يَتَمَكَّنُ من تَمَلُّكِهِ، وليس له أن يَبِيعَ مَالَ غَيْرِهِ لِنَفْسِهِ.

والثاني: الْجَوَازُ - وهو الَّذِي أَوْزَدَهُ عَامَّةُ الْأَصْحَابِ - رَحْمَهُمُ اللهُ - لما رُوِيَ عَنِ عَائِشَةَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهَا - أَنَّ هِنْدًا قَالَتْ: يَا رَسُولَ اللهِ - إِنَّ أَبَا سَفِيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ وَإِنَّهُ لَا يُعْطِينِي مَا يَكْفِينِي وَوَلَدِي إِلَّا مَا أَخَذْتُ مِنْهُ سِرًّا وَهُوَ لَا يَعْلَمُ - فَهَلْ عَلَيَّ فِي ذَلِكَ شَيْءٌ؟ فقال النَّبِيُّ ﷺ: «خُذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدِكَ بِالْمَعْرُوفِ»<sup>(٢)</sup> جَوَزَ لَهَا الْأَخْذَ من غير فَرْقٍ بين الْجِنْسِ وغير الجنس.

وقال أبو حنيفة: يأخذ جنس حقه، ولا يأخذ غير الجنس، إلا أن يكون حقه الذَّاهِمَ، فيأخذ الدَّنَائِرَ، وبالعكس.

وعن أحمد أنه لا يأخذ الجنس، وهذه رواية عن مالك، والأشهر عنه، أنه [إن]<sup>(٣)</sup> لم يكن على المَدْيُونِ دَيْنٌ آخَرَ، فله أخذه، وإن كان فلا يأخذ إلا قَدْرَ حِصَّتِهِ، وإن أَمَكَّنَ تحصيل<sup>(٤)</sup> الحق بالقاضي؛ بأن كان مُقْرَأً، لكنه يَمْتَنِعُ من الأداء، أو كان مُنْكَرًا، وللمستحق بَيِّنَةٌ، فهل يَسْتَقْبَلُ بالأخذ، أم تجب<sup>(٥)</sup> المُرَافَعَةُ؟ فيه وجهان:

أحدهما: المَنعُ من الاستيفال، كما لو أَمَكَّنَهُ تَحْصِيلُ الْحَقِّ بِالْمُطَالَبَةِ وَالْتِقَاضِي. ومن قال بهذا، قال: لو كان مُنْكَرًا ولا بَيِّنَةٌ، ولكن صاحب الحق يَرْجُو إِفْرَارَهُ لو أَحْضَرَهُ عند القاضي، وعَرَضَ عليه اليَمِينُ، وجب إِحْضَارُهُ أيضًا.

وأصحهما: على ما ذكر القاضيان: أبو الطيب، والرويانى ويُحْكِي عن أبي إسحاق وابن أبي هريرة أنه يَجُوزُ الاستيفال<sup>(٦)</sup>، لحديث هِنْدٍ بأنه ﷺ لم يَأْمُرْهَا بِالْمُرَافَعَةِ؛ لأن في المرافعة مَوْنَةً وَمَسْقَةً وَتَضْيِيعَ زَمَانٍ، والمذكور في الكتاب هو الرَّجْحُ الأول.

وقوله: «وإن تَعَدَّرَ رَفَعَهُ بِتَعَزُّزِهِ، أو تَوَارِيهِ، فإن ظَفَرَ بِجِنْسِ حَقِّهِ، فله أخذه». الحكم على ما ذَكَرَهُ مَثُوطٌ بِتَعَدُّرٍ رَفَعَ الْحَضْمَ إلى القاضي. وعلى هذا فَالْعَائِبُ كَالْمَتَعَدِّرِ وَالْمُتَوَارِي، وكذلك هو في كلام الإمام ونَاطُ صاحب «التهذيب» وغيره الْحُكْمَ بِتَعَدُّرٍ

(١) عبارة الروضة: «جاز الأخذ على المذهب» وفيه إثبات طريقتين وقال الرويانى في البحر: قال بعض أصحابنا بخراسان فيه قولان وهو غلط بل نص الشافعي على قول واحد أنه لا يجوز.

(٢) تقدم. (٣) سقط في: ز.

(٤) في ز: يحصل.

(٥) في ز: يحيا.

(٦) قال في الخادم: تسويته بين المقر المماطل والمنكر الذي عليه البينة في جريان الخلاف ذكره الماوردي لكن مقتضى كلام من سبق عنه المنع وبذلك صرح الإمام والغزالي وقالوا: إن المقر المماطل لا يجري فيه الخلاف بل يمتنع عليه قطعاً لإقراره، وسبقه بذلك الأذري.

تحصيل الحق لا بتعذر رفع الخصم، وقضيته أن يكون العائِب والمُتَوَارِي والمتعذر كالحاضر المقر؛ لإمكانِ تحصيل الحق منهم، بإقامة البيّنة عند القاضي. ولا بأس لو أعلم قوله: «فله أخذه» بالميم والألف؛ لما سبق.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: وَإِنْ قُلْنَا: يَأْخُذُ فَيَرْفَعُهُ إِلَى الْقَاضِي حَتَّى يَبِيعَ فِي حَقِّهِ بَعْدَ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ عَلَى أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ الْمَالَ، وَقِيلَ: إِنَّهُ يَسْتَقِيلُ بِالْبَيْعِ بِجِنْسِ حَقِّهِ، وَقِيلَ: بَلْ يَتَمَلَّكُ مِنَ الْعَيْنِ بِمِقْدَارِ حَقِّهِ، وَلَوْ تَلَفَ قَبْلَ الْبَيْعِ وَالتَّمَلُّكِ، فَهُوَ مِنْ ضَمَانِهِ، وَإِنْ لَمْ يَبَادِرْ إِلَى الْبَيْعِ حَتَّى نَقَصَتِ الْقِيَمَةُ، فَهُوَ مَحْسُوبٌ عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَظْفَرْ إِلَّا بِمَتَاعٍ يُسَاوِي أَكْثَرَ مِنْ حَقِّهِ لَمْ يَضْمَنْ الزِّيَادَةَ وَإِنْ تَلَفَ لِأَنَّهُ مَعْدُورٌ فِي حَقِّهِ فِي أَخْذِهِ حَتَّى لَوْ نَقَبَ الْجِدَارَ لِيَأْخُذَهُ فَلَيْسَ عَلَيْهِ أَرْشُ الثُّقْبِ، وَفِيهِ وَجْهٌ أَنَّهُ يَضْمَنْ الزِّيَادَةَ، وَلَوْ كَانَ حَقُّهُ دَرَاهِمَ صِحَاحًا فَأَخَذَ الْمُنْكَسِرَةَ وَرَضِيَ بِهَا جَارًا، وَإِنْ كَانَ بِالْمَعْكِسِ لَمْ يَجْزِ إِلَّا أَنْ يَبِيعَ بِالْذَّنَانِيرِ وَيَشْتَرِيَ بِهَا جِنْسَ حَقِّهِ، وَلَوْ جَحَدَ مَنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلَهُ عَلَى الْمُسْتَحَقِّ مِثْلُهُ جَارًا لَهُ أَيْضًا أَنْ يَجْحَدَ وَيَحْضُلَ التَّقَاضِ لِلضَّرُورَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَهْمَا جَارَ لِلْمُسْتَحَقِّ أَنْ يَأْخُذَ مَالَ مَنْ عَلَيْهِ، فَلَوْ لَمْ يَصِلْ إِلَى الْمَالِ إِلَّا بِكُسْرِ الْبَابِ، وَثُقْبِ الْجِدَارِ، مُكَّنَّ مِنْهُ، لِيَصِلَ إِلَى حَقِّهِ، وَلَا يَضْمَنْ مَا قَوَّتَهُ، كَمَنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى دَفْعِ الصَّائِلِ إِلَّا بِاتِّلَافٍ<sup>(١)</sup> مَالِهِ، فَأَتْلَفَهُ لَا يَضْمَنْ.

وَنَقَلَ بَعْضُهُمْ وَجْهًا: أَنَّهُ يَضْمَنْ، ثُمَّ إِذَا كَانَ الْمَأْخُودُ مِنْ جِنْسِ الْحَقِّ، فَلَهُ تَمَلُّكُهُ<sup>(٢)</sup>، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ جِنْسِهِ، لَمْ يَكُنْ لَهُ التَّمَلُّكُ.

وَحَكَى الْإِمَامُ وَجْهًا: أَنَّهُ يَتَمَلَّكُ مِنْهُ بِقَدْرِ حَقِّهِ، وَيَسْتَقِيلُ بِالْمُعَاوَضَةِ، كَمَا يَسْتَقِلُّ بِالتَّعْيِينِ عِنْدَ أَخْذِ الْجِنْسِ.

(١) فِي ز: الْإِتْلَافِ.

(٢) قَالَ الْأَذْرَعِيُّ قَضِيَّةُ كَلَامِ التَّنْبِيهِ أَنَّهُ يَمْلِكُهُ بِالْأَخْذِ وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى إِحْدَاثِ بَمْلِكِ جَدِيدٍ، وَعِبَارَةٌ تَعْلِيْقُ إِبْرَاهِيمَ الْمَرْوَزِيِّ فَإِنْ أَخَذَ جِنْسَ حَقِّهِ إِنْ كَانَ مِنْ ذَلِكَ النُّوعِ بِتِلْكَ الصِّفَةِ كَمَا أَخَذَهُ مَلِكُهُ وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى اخْتِيَارِ التَّمَلُّكِ. انْتَهَى.

وَوَجْهُهُ إِذَا أَخَذَهُ مُسْتَوْفِيًا بِإِذْنِ الشَّارِعِ فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَقْبَضَهُ إِيَّاهُ الْحَاكِمُ فَإِنَّهُ يَمْلِكُهُ بِالْأَخْذِ، وَعِبَارَةٌ الْحَاوِي وَيَصِيرُ بِأَخْذِهِ فِي ضَمَانِهِ، وَعَلَى مَلِكِهِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَحْمَلَ كَلَامَ الشَّيْخَيْنِ عَلَى هَذَا، وَيَكُونُ الْمُرَادُ بِقَوْلِهِمَا فَإِنَّهُ تَمَلُّكُهُ أَوْ تَمَوْلُهُ وَالتَّصَرُّفُ فِيهِ بِالْأَخْذِ، لَا أَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى إِحْدَاثِ قَصْدِ تَمَلُّكِ بَعْدَ الْأَخْذِ، وَهَذَا ظَاهِرٌ إِنْ أَخَذَهُ بِقَصْدِ الْاسْتِيفَاءِ، أَمَا لَوْ لَمْ يَقْصِدْهُ فَلَا بَدَّ مِنْ تَمَلُّكِ يَحْدُثُهُ.

والمشهور الأول، وما الذي يفعل به؟ أيزفَعُهُ إلى القاضي لبيعه، أو يَسْتَقِيلُ؟  
فيه وجهان<sup>(١)</sup> ويُقَالُ: قولان<sup>(٢)</sup>.

أحدهما: أنه يرفع الأمر إليه، وإلا فكيف يلي التصرف في مال غيره لنفسه.

والثاني: أن له أن يبيعه بنفسه، وامتناع مَنْ عليه يُسلطُهُ على البيع، كما يسلط على الأخذ. وإيراد الكتاب يقتضي تزجيج الأول، إلا أن العراقيين، والقاضي الروياني، وأبا الحسن العبادي ذكروا أن الأصح الثاني. وبه أجاب صاحب «التهذيب»، ولكن فيما إذا كان القاضي جاهلاً بالحال، ولا بيّنة للأخذ<sup>(٣)</sup>.

وأما إذا كان القاضي عالمًا، فظاهر المذهب أنه لا يبيعه إلا بإذنه.

وبنى الشيخ أبو محمد في «السلسلة» الخلاف في المسألة على الخلاف في أن ملتقط اللقيط إذا وجد معه مالا مشدوداً على ثوبه، وأراد إنفاقه عليه، هل يرفع الأمر إلى القاضي أم يستقبل به؟ هكذا وضع الخلاف في الإنفاق. ويحكى مثل هذا عن القفال، لكن المذكور في باب اللقيط، أنه لا يستقبل بالإنفاق من غير التعرض لخلاف فيه، وإنما الخلاف في أنه، هل يستقبل بالحفظ؟

فإن أزمانه الأخذ، ورفع الأمر إلى القاضي، فهل للقاضي أن يأذن له في بيعه، أو يفوضه<sup>(٤)</sup> إلى غيره؟ حكى الشيخ أبو حاتم القزويني فيه وجهين، والأشبه الأول. وكيف طريقه عند الرفع؟ ذكر في الكتاب، أن القاضي يبيعه عليه بعد إقامة البيّنة على استحقاق المال، وهذا يُبطل فائدة تجويز البيع عند العجز عن البيّنة.

وقيل: يواطئ رجلاً يقر له بالحق، ويمتنع من الأداء، ويقر له الأخذ بالمال حتى يبيعه القاضي، وهذا إرشاد إلى الكذب من الطرفين. ويضعف التفريع على وجوب الرفع، يقوي وجه الاستقلال بالبيع ثم عند البيع إن كان الحق من جنس نقد البلد، فيباع المأخوذ به، وإن لم يكن، فإن ظفر بثوب، والدين حنطة، فيباع الثوب بنقد البلد، ويشترى به الحنطة.

وحكى الإمام - قدس الله روحه - عن محققي الأصحاب - رحمهم الله - أنه يجوز أن يشتري الحنطة بالثوب، ولا يتوسط النقد<sup>(٥)</sup> بينهما، وقد سبق نظيره وهل يكون

(١) في أ: قولان.

(٢) في أ: وجهان.

(٣) مرادهم بالبيّنة البيّنة على الحق، لكن هو وإن كانت له بيّنة على الحق، فليس له بيّنة على أن المال الذي ظفر به ملك للغائب المدعى عليه، فلا بد من تقييد المسألة بذلك.

(٤) في ز: تفويضه.

(٥) في ز: النقل.

الْمَأْخُودُ مَضْمُونًا عَلَى الْآخِذِ حَتَّى إِذَا تَلَفَ قَبْلَ الْبَيْعِ وَتَمَلَّكَ، تَلَفَ مِنْ ضَمَانِهِ؟  
فيه وجهان: في وجه نعم<sup>(١)</sup>؛ لأنه أَخَذَهُ لِعَرَضِ نَفْسِهِ، فَأَشْبَهَ الْمُسْتَأْمَرَ وَبِئِذَا أُوْلَى؛ فَإِنَّ  
الْمَالِكَ لَمْ يَأْذَنْ فِيهِ، وَلِأَنَّ الْمُضْطَّرَّ إِذَا أَخَذَ ثَوْبَ الْغَيْرِ لِدَفْعِ الْحَرِّ، وَتَلَفَ فِي يَدِهِ يَضْمَنُ.  
وكذلك ههنا وفي آخر: لا؛ لأنه مأخوذٌ لِلتَّوْتُقِ، وَالتَّوَصَّلُ بِهِ إِلَى الْحَقِّ، فَأَشْبَهَ الرَّهْنَ.

وَإِذْنُ الشَّرْعِ فِي الْأَخْذِ، يَقُومُ مَقَامَ إِذْنِ الْمَالِكِ. وَهَذَا أَصَحُّ عِنْدَ الْقَاضِي  
الرُّوْيَانِيِّ، وَالْأَوَّلُ أَقْوَى فِي الْمَعْنَى، وَهُوَ الَّذِي أَوْرَدَهُ الصَّيْدَلَاوِيُّ، وَالْإِمَامُ، وَصَاحِبُ  
الْكِتَابِ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ [وَأَيُّنَا]<sup>(٢)</sup>.. - وَإِذَا قِيلَ: بِهِ يَنْبَغِي أَنْ يُبَادَرَ إِلَى الْبَيْعِ بِحَسَبِ  
الْإِمْكَانِ، فَإِنَّ قَصْرَ، فَتَقَصَّتْ قِيَمَتَهُ؛ ضَمِنَ التَّقْصَانَ.

وَإِذَا فَرَضَ فِي الْقِيَمَةِ انْخِفَاضُ وَازْتِفَاعُ، وَتَلَفَ، فَهِيَ مَضْمُونَةٌ عَلَيْهِ بِالْأَكْثَرِ،  
كَذَلِكَ ذَكَرَهُ فِي «التَّهْدِيدِ».

لَوْ اتَّفَقَ رَدَّ الْعَيْنِ، لَمْ يَضْمَنُ تَقْصَانَ الْقِيَمَةِ، كَالْغَاصِبِ لَوْ بَاعَهُ، وَتَمَلَّكَ ثَمَنَهُ،  
ثُمَّ وَفَى الْمُسْتَحَقَّ ذَيْتَهُ عَلَيْهِ، فَفِيمَا عُلِقَ عَنِ الْإِمَامِ: أَنَّهُ يَجِبُ أَنْ يَرُدَّ إِلَيْهِ قِيَمَةُ الْمَأْخُودِ؛  
كَمَا إِذَا<sup>(٣)</sup> ظَفَرَ الْمَالِكِ بِغَيْرِ جِنْسِ الْمَغْضُوبِ مِنْ<sup>(٤)</sup> مَالِ الْغَاصِبِ<sup>(٥)</sup>، وَأَخَذَهُ، وَبَاعَهُ،  
ثُمَّ رَدَّ الْغَاصِبُ الْمَغْضُوبَ، كَانَ عَلَى الْمَالِكِ: أَنْ يَرُدَّ قِيَمَةَ مَا أَخَذَهُ وَبَاعَهُ، لَكِنْ أَخَذَ  
الْمُسْتَحَقَّ، وَبَيْعَهُ، وَتَمَلَّكَهُ بِالثَّمَنِ، نَازِلٌ مَثْرَلَةً دَفَعَ الْمُسْتَحَقَّ عَلَيْهِ.

وَمَا دَامَ الْمَغْضُوبُ بَاقِيًا، فَهُوَ الْمُسْتَحَقُّ، وَالْقِيَمَةُ تُوْخَذُ لِلْحَيْلُولَةِ، فَإِذَا رَدَّ الْعَيْنَ،  
فَتَرُدُّ الْقِيَمَةُ؛ كَمَا لَوْ دَفَعَ الْقِيَمَةَ بِنَفْسِهِ. وَهَذَا هُنَا الْمُسْتَحَقُّ الدَّيْنِ، فَإِذَا بَاعَ وَأَخَذَ، فَمَا  
يَنْبَغِي أَنْ يَرُدَّ شَيْئًا، وَلَا أَنْ يُوقَّرَ عَلَيْهِ بَعْدَ ذَلِكَ شَيْءٌ - وَاللَّهُ أَعْلَمُ..

(١) مقتضاه جريان هذا الخلاف فيما إذا كان المأخوذ من جنس حقه أو غيره، لكن الأصحاب إنما  
صوروه في غير الجنس ليستوفي من ثمنه بيعه فتلف قبل ذلك، أما إذا كان من جنسه فقد سبق أنه  
يملكه بالأخذ ولا يحتاج إلى إحداث تملك جديد، وحيث قد يدخل في ضمانه بمجرد الأخذ بهذا  
القصد بلا خلاف. وقال بعضهم: الخلاف في الضمان وعدمه في غير الجنس إذا لم يتمكن من  
بيعه فإن تمكن واستعادها ضمن وجهاً واحداً. قاله الماوردي، وفي الكفاية القطع بالضمان إذا  
ظفر بغير جنسه وقيمه قدر حقه وأتلف في يده.

(٢) سقط في: أ. (٣) في ز: إن.

(٤) في ز: في.

(٥) هذا الذي نقله عن التعليق عن الإمام أنه يجب أن يرد إليه جزم به القاضي الحسين في تعليقه،  
وكذلك هو موجود في النهاية للإمام فيما إذا غصب عيناً، وظفر بعين غيرها لا في الدين، وما  
حاوله من أنه ينبغي ألا يرد شيئاً ولا يعطي شيئاً تخرج منه التفصيل بين أن يكون المستحق الدين  
فلا يرد والعين المغصوبة فيرد لكن القاضي الحسين صرح في إحدى التعليقتين بذلك في العين  
المغصوبة وصرح في الأخرى بالآخر فقال: فإن رد الدين عليه يوماً يرد عليه قيمة ما أخذ.

وليس له الانتفاع بالعين المأخوذة. فإن انتفع، فعليه أجره المثل. ثم في باقي الفصل صور:

إحداها: لا يأخذ المستحق أكثر من حقه؛ إذا أمكنه الاقتصاص عليه، فإن زاد، فالزيادة مضمونة عليه، فإن لم يمكنه، بأن يوقر عليه بعد ذلك شيء - والله أعلم -.

وليس له الانتفاع بالعين المأخوذة. فإن انتفع، فعليه أجره المثل. ثم في باقي الفصل صور:

إحداها: لا يأخذ المستحق أكثر من حقه؛ إذا أمكنه الاقتصاص عليه، فإن زاد، فالزيادة مضمونة عليه، فإن لم يمكنه، بأن لم يظفر [إلا] <sup>(١)</sup> بمتاع تزيد قيمته على حقه <sup>(٢)</sup>، فإن قلنا: لو كان المأخوذ قدر حقه كان مضموناً عليه. ففي الزيادة وجهان: أحدهما: أنها مضمونة كالأصل.

وأرجحهما: على ما يقتضيه نظم الكتاب: المنع؛ لأنه لم يأخذه بحقه، وهو مغدور في أخذه؛ وإن قلنا: إن المأخوذ بقدر الحق لا يضمن، فكذلك الزيادة.

وإن كان المأخوذ أكثر من الحق، فإن كان مما لا يتجزأ <sup>(٣)</sup>، باع منه بقدر حقه.

وينبغي في رد الباقي إليه بهبة ونحوها. وإن كان مما لا يتجزأ <sup>(٤)</sup> فإن قدر على بيع البعض، مما هو حصته لو بيع الكل؛ باعه، ويسعى في رد الباقي على ما ذكرنا، وإن لم يقدر عليه، باع الكل، وأخذ من ثمنه قدر حقه، ويحفظ الباقي إلى أن يرد عليه، ذكره ابن الصباغ، والقاضي الروياني.

الثانية: لو كان حقه ذراهم صحاحاً، وظفر بالمكسر، فله أن يأخذها، ويتملكها بحقه. وإن استحق المكسرة، وظفر بالصحاح، حكى الإمام فيه طريقين:

(١) سقط في: ز.

(٢) قال الشيخ البلقيني: قوله: «بأن لم يظفر إلا بمتاع» ليس قيداً وإنما هو مثال حتى لو فرضنا أنه وجد دراهم أكثر من حقه ولكن لم يمكنه إلا أخذ الكل مثلاً لم يكن ضامناً الزيادة على الأصح، ولو أفرز الزيادة جاء بردها على المديون بطريق هبة ونحوها، فأخذت منه في الطريق بوجه لا يضمن المودع به، فإنه لا يبقى عليه عهدة بخلاف ما لو جاء ليقترض مبلغاً فأخرج له المقرض أكثر منه على ظن أنه قدر المبلغ المطلوب، فإن المقرض إذا جاء فوجده زائداً فأفرز الزيادة ثم أراد ردها فأخذت منه على وجه لا يقتضي تضمين الأمين فإنه يكون الذاهب شائعاً في المقرض، وفي الزائد والباقي عند كذلك، والعرض أن القرض هنا اختيار، فلا قسمة إلا بالتراضي واستقلاله بالقسمة يتعذر وهنا يشرع فيه الأخذ للضرورة، فسلط الأخذ على القسمة للضرورة أيضاً.

(٤) في ز: يتحرى.

(٣) في ز: يتحرى.

أحدهما: جَوَازُ الْأَخْذِ لِاتِّحَادِ<sup>(١)</sup> الْجِنْسِ.

والثاني: أنه على الْخِلَافِ الْمَذْكُورِ فيما إذا ظَفِرَ بغيرِ الْجِنْسِ؛ لِاخْتِلَافِ الْعَرَضِ بِاخْتِلَافِ الصِّفَاتِ، كاخْتِلَافِهِ بِاخْتِلَافِ الْأَجْزَاءِ.

وإذا كان أخذها لم يكن له أن يَتَمَلَّكَهَا، ولا أن يَشْتَرِيَ بها الْمُكْسَرَةَ، لا مع التَّفَاضُلِ لما فيه من الرِّبَا ولا بِصِفَةِ التَّسَاوِي؛ لِاخْتِلَافِ المَالِيَةِ، وَالإِجْحَافِ بِالْمَأْخُوذِ منه، وَلَكِنْ يَبِيعُ صِحَاحَ الدَّرَاهِمِ بِالذَّنَائِيرِ يَشْتَرِي بها الدَّرَاهِمَ الْمُكْسَرَةَ.

الثالثة: شخصان، ثَبَّتَ لكل واحد منهما على الآخرِ مِثْلُ ما للآخر عليه. ففي حصولِ التَّفَاضُلِ أَقْوَالٌ معروفة، أوردَها صاحبُ الْكِتَابِ في كتابِ الْكِتَابَةِ. فإن قلنا: لا يحصل التَّفَاضُلُ، وَجَدَّ أحدهما حَقَّ الآخرِ فهل للآخر أن يَجْحَدَ حَقَّهُ؟

قال في «الوسيط»: فيه وجهان يلتفتان<sup>(٢)</sup> إلى الظَّفَرِ بغيرِ جِنْسِ الْحَقِّ [كان اختلاف]<sup>(٣)</sup> الدينين بِمَثَابَةِ اختلافِ الجنس<sup>(٤)</sup>؛ كما ذكرنا في اختلافِ المَالَيْنِ في الصُّحَّةِ والتَّكْسِيرِ. والمذكور في الكتاب؛ أن له أن يَجْحَدَ، ويحصل التَّفَاضُلُ لِلضَّرُورَةِ، وهو مُوَافِقٌ لما مرَّ في تَجْوِيزِ الْأَخْذِ عندِ الظَّفَرِ بغيرِ الْجِنْسِ، وَمَوَاضِعِ الْعَلَامَاتِ من<sup>(٥)</sup> الفصل لا تخفى.

فرع:

كما يجوز الأخذ من مال الغريم الجاحِدِ، أو المماطل، يجوز الأخذ من مال غريمه، كما إذا كان لِزَيْدٍ على عمرو دَيْنٌ، ولعمرو على بكرٍ مِثْلُهُ، يجوز لزيد أن يأخذ مَالَ بَكْرٍ بِمَالِهِ على عمرو، ولا يمتنع من ذلك ردَّ عمرو إِقْرَارَ بَكْرٍ له، ولا جُحُودَ بَكْرٍ استحقاقَ زيد على عمرو<sup>(٦)</sup>.

آخر: جحد دَيْتُهُ، وله عليه صكٌ بِدَيْنٍ آخر قد قَبَضَهُ، وشهود الصِّكِّ لا يعلمون

(١) في ز: لإيجاد.

(٢) في ز: يلتقيان.

(٣) سقط في: أ.

(٤) لم يجزم الرافعي بالتصحيح إلا أنه نقل عن الوسيط التفات الخلاف إلى الظفر بغير جنس الحق ومقتضاه ترجيح الجواز فهذا أفصح به في الروضة لكن قال ابن الصلاح في مشكله: قول الوسيط «يلتحقان على الظفر بغير جنس حقه» فيه إشكال من حيث إن الدينين متجانسان فلم يلتحق بالظفر بغير جنس حقه.

(٥) في ز: في.

(٦) هذا الذي جزم به تبع فيه البغوي ومقتضى كلام المتولي المنع فإنه قال في باب التفليس في الفصل الثالث في قضاء دين البيع: إذا كان له دين على جاحد وللغريم دين على آخر فظفر بمال غريم غريمه فهل له أن يأخذ منه؟ فيه وجهان.



الْقَبْضُ؛ قال القاضي أبو سعيد: يَدْعِي ذلك، ويقيم البيئَةَ، ويقبضه بِدَيْنِهِ الآخر.

وفي فتاوى القفال: أنه ليس له إِقَامَةُ أولئك الشهود؛ لأنهم لو شَهِدُوا، وقال المدعى عليه؛ إني قَضَيْتُ ما شهدوا به، واستخلفَهُ، لم يكن له الحلف، وذلك يَدُلُّ على أن ما يَشْهَدُونَ به غير ما يَدْعِيهِ<sup>(١)</sup>. والله أعلم.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: الثَّانِيَةُ فِي حَدِّ الْمُدْعِي وَفِيهِ قَوْلَانِ: (أَحَدُهُمَا): أَنَّهُ الَّذِي يُحْلَى وَسُكُوتُهُ (وَالثَّانِي) أَنَّهُ الَّذِي يَدْعِي أَمْرًا خَفِيًّا عَلَى خِلَافِ الظَّاهِرِ، فَلَوْ أَسْلَمْنَا قَبْلَ الْمَسِيْسِ فَقَالَ: أَسْلَمْنَا مَعًا وَالتَّكَاحُ دَائِمٌ بَيْنَنَا وَقَالَتْ: بَلْ عَلَى التَّعَابِقِ فَالزَّوْجُ هُوَ الَّذِي حُلِّي وَسُكُوتُهُ لَكِنَّ الْمَرْأَةَ هِيَ الَّتِي تَدْعِي أَمْرًا ظَاهِرًا، فَإِنَّ تَسَاوُقَ الْإِسْلَامِ بَعِيدٌ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ يُخْرِجُ عَلَى الْقَوْلَيْنِ، وَأَمَّا الْمَوَادِعُ إِذَا ادَّعَى رَدَّ الْوَدِيعَةَ صُدِّقَ بِبَيِّنِهِ لِلرُّخْصَةِ، وَلِأَنَّهُ اعْتَرَفَ لَهُ بِالْأَمَانَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: عَرَفْنَا بِالْخَبَرِ، أَنَّ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمُدْعِي، وَالتَّيْمِينَ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ.

وَاسْتَنْبَطَ سَبَبُهُ؛ فَقِيلَ: جَانِبُ الْمُنْكَرِ أَقْوَى، لِمُؤَافَقِهِ الظَّاهِرِ، وَالبَيِّنَةُ أَقْوَى مِنَ التَّيْمِينِ لِإِبْرَاءَتَيْهَا عَنْ تَهْمَةِ جَلْبِ النِّفَعِ. فَجُعِلَتِ الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدْعِي لِتَجْبِرَ قُوَّةَ الْحُجَّةِ ضَعْفَ الْجَنَبَةِ، وَمُنِعَ مِنَ الْمُنْكَرِ بِالْحُجَّةِ الضَّعِيفَةِ، لِقُوَّةِ جَنَبَتِهِ، وَهَذِهِ الْقَاعِدَةُ تُخَوِّجُ إِلَى مَعْرِفَةِ الْمُدْعِي وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ، لِيُطَالَبَ هَذَا بِحُجَّتِهِ، وَهَذَا بِحُجَّتِهِ، إِذَا تَخَاصَّمَا، فَجَعَلَ صَاحِبُ الْكِتَابِ الْمَسْأَلَةَ الثَّانِيَةَ: فِي حَدِّ الْمُدْعِي وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَفِيهِ قَوْلَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّ الْمُدْعِي مِنَ الْمُتَخَاصِمِينَ هُوَ الَّذِي لَوْ سَكَتَ حُلِّي، وَلَمْ يُطَالَبْ بِشَيْءٍ، وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ مَنْ لَا يُحْلَى وَلَا يُقْنَعُ مِنْهُ بِالسُّكُوتِ.

وَالثَّانِي: أَنَّ الْمُدْعِي مِنَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ يَخَالِفُ الظَّاهِرَ، وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ مَنْ يُؤَافِقُ قَوْلَهُ الظَّاهِرَ.

فَإِذَا ادَّعَى زَيْدٌ دَيْنًا فِي ذِمَّةِ عَمْرٍو، أَوْ عَيْنًا فِي يَدِهِ، وَأَنْكَرَ، فَزَيْدٌ هُوَ الَّذِي لَوْ سَكَتَ تَرَكَ، وَهُوَ الَّذِي يَذْكَرُ خِلَافَ الظَّاهِرِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ بَرَاءَةُ ذِمَّةِ عَمْرٍو، وَقَرَأَ يَدِهِ عَنِ حَقِّ الْعَيْبَرِ. وَعَمْرٍو هُوَ الَّذِي لَا يَتَرَكَ وَسُكُوتَهُ، وَيُؤَافِقُ قَوْلَهُ الظَّاهِرَ. فَزَيْدٌ مُدَّعٍ بِمَوْجِبِ الْعِبَارَتَيْنِ. وَعَمْرٍو مُدَّعَى عَلَيْهِ، وَلَا يَخْتَلِفُ مَوْجِبُهُمَا فِي الْأَغْلَبِ؛ وَقَدْ يَخْتَلِفُ: كَمَا إِذَا أَسْلَمَ الزَّوْجَانِ قَبْلَ الْمَسِيْسِ، وَاخْتَلَفَا، فَقَالَ الزَّوْجُ: أَسْلَمْنَا مَعًا،

(١) قال النووي: الصحيح قول أبي سعد ولو حدثت من المأخوذ زيادة قبل تملكه حيث جوز أو قبل بيعه، فهي على ملك المأخوذ منه.

والتَّكَاحُ بَاقٍ بَيْنَنَا، وقالت المَرَأَةُ: بل على التَّعَاقِبِ، ولا نكاح بيننا. فَإِنْ قلنا: إن المُدَّعِي من لو سَكَتَ تُرِكَ. فالمرأة المدَّعِيَّة، والزوج مُدَّعَى عليه؛ لأنه لا يَتْرَكَ لو سكت؛ فإنها تَزْعُمُ انْفِسَاحَ النِّكَاحِ. فيختلف، ويحكم باستمْرَارِ النِّكَاحِ إذا حلف.

وإن قلنا: إن المدَّعَى، من يخالف قوله الظاهر، فالزَّوْجُ، هو المدَّعَى؛ لأن التساوق<sup>(١)</sup> الذي يَزْعُمُهُ، خِلَافُ الظاهر، والمرأة: مُدَّعَى عليها لِمُوَافَقَتِهَا الظاهر، فتحلف، وإذا حَلَفَتْ، حُكِمَ بارتفاع النكاح.

ولو قال الزوج: أَسَلَمْتُ قبلي، فلا نِكَاحَ، ولا مَهْرَ. وقالت: بل أَسَلَمْنَا معاً، وهما بحالهما، فقوله في الفراق يلزمه<sup>(٢)</sup>.

وأما المَهْرُ: فالقول قَوْلُ الزَّوْجِ، إن قلنا: إن المدَّعَى عليه، مَنْ يُوَافِقُ قَوْلَهُ الظاهر. لأن التَّعَاقِبَ الذي يدعيه، هو الظاهر. وقول المرأة إن قلنا: إن المدَّعَى [عليه]<sup>(٣)</sup>، من [لا]<sup>(٤)</sup> يترك لو سكت؛ لأنها لا تُتْرَكَ بالسكوت؛ إذ الزوج يزعم سقوط المَهْرِ. فإذا سكت ولا بَيِّنَةٌ، جُعِلَتْ نَاكِلَةً. وحلف الزَّوْجُ، وحُكِمَ بالسُّقُوطِ، وقد يوهم إيرادُ الفوراني؛ أن القَوْلَيْنِ في حَدِّ المدَّعَى والمدَّعَى عليه مَنصُوصَانِ. لكن المَعْتَمَدُ المشهور، أنهما مُسْتَتَبَّطَانِ من اختلاف قول الشافعي - رضي الله عنه - في مسألة إسلام الزوجين. وقد ينبه الخلاف في الفَرْعِ على الخلاف في الأضل المَبْنِيَّ عليه، والأظهر منهما على ما يُشْعِرُ به لَفْظُ «المختصر» ويقتضيه كلام أكثر<sup>(٥)</sup> الأصحاب.

وصرح به الروياني أن المدَّعَى مَنْ يخالف الظاهر، والمدَّعَى عليه من يُوَافِقُهُ.

قال الأئمة: والأَمَنَاءُ الذين يصدقون في الرَّدِّ يمينهم مُدَّعُونَ؛ لأنهم يَزْعُمُونَ الرَّدَّ الذي هو خِلَافُ الظاهر. لكن اكتفى منهم باليمين؛ لأنهم أثبتوا أيديهم لغرض المَالِكِ، وقد اثْتَمَنَهُمْ، فلا يَحْسُنُ تكليفهم بينة على الرد.

وتكَلَّفَ أبو الحسن العبادي فقال: إنهم يَدَّعُونَ ما يوافق الظاهر؛ لأن المَالِكِ قد سَاعَدَهُمْ على الأمانة، حيث اثْتَمَنَهُمْ، فهم يَسْتَبْتُونَ الأمانة، وهو يزعم ارتفاعها، فكان الظاهر معهم.

قال: وأما على الحدِّ الآخر، فهم المدعى عليهم؛ لأن المَالِكِ هو الذي لو سَكَتَ ترك، قال القاضي الروياني وغيره: وقد يكون الشَّخْصُ مُدَّعِيًا ومُدَّعَى عليه في المُنَازَعَةِ الواحدة؛ كما في صورة التَّحَالُفِ. هذا منقول الأصحاب في هذا المَوْضِعِ، ووراءه كَلِمَاتُ:

(١) التساوق هو المقارنة والمعية.

(٢) في أ: لم يلزمه.

(٣) سقط في: أ.

(٤) سقط في: أ.

(٥) في ز: أكبر.

أحدها: يمكن أن يعكس ما ذكره من البناء ويُقال: إن قلنا: إن المُدعي من ترك وسكوته، والمُدعي في مسألة اختلاف الزوجين، إنما هو الزَّوجُ. لأن النكاح حقه، فلو تركها ولم يطالبها، ترك، وهي لا تُترك لو سكتت، وأعرضت، فإن<sup>(١)</sup> قلنا: إن المدعي: من يخالف الظاهر، فهي المدعية؛ لأنها تزعمُ اِزْتِفَاعَ النِّكَاحِ، والظاهر دَوَامُهُ.

والثانية: ما المعنى بالظاهر في قولنا: إن المُدعي من يُخالف الظاهر أيعني به مُطْلَقٌ ما يَدُلُّ عليه دَلِيلٌ؟ أم يعني الظَّنَّ الْأَرْجَحَ والأغْلَبَ؟ استصحاب<sup>(٢)</sup> ما كان من وجود، أو عدم؟ إن عَتَيْنَا الْأَوَّلَ، لَزِمَ أن يكون كُلُّ واحد من المُتَدَاعِيَيْنِ أبدأً؛ لأن دليلاً ما يَدُلُّ على صِدْقِ هذا، وآخر يَدُلُّ على<sup>(٣)</sup> بَرَاءَةِ هذا. وإن عَتَيْنَا الظَّنَّ الْأغْلَبَ والأرجح، فهذا يختلف بالأشخاص، والأحوال، والقرائن الواقعة في الحادثة. فتارة؛ يغلب على الظَّنَّ صِدْقُ الطالب، وأخرى صِدْقُ المنكر. وإن عَتَيْنَا استصحاب ما كان فلم تجعل المَرَأَةَ مُدْعَى عليها: إذا قلنا: إن المدعى عليه، من يُوافق الظاهر، وهي لا تستصحب شيئاً، بل ينزل<sup>(٤)</sup> استصحاب الأصل الذي كان.

والثالثة: لا شك أن التنازع في كيفية الإسلام ليس مُعَيَّنًا لِعَيْنِهِ، وإنما الزَّوجُ يبغى استِدَامَةَ النِّكَاحِ، وهي تزعمُ اِزْتِفَاعَهُ، فيشبه أن يقال: كُلُّ واحد منهما مُدْعٍ بشيء.

فأما الزوج: فإنه في استِدَامَةِ النِّكَاحِ، وطلب طاعتها، كطالب مالٍ من غيره.

وأما هي: فدافعة كمن يقول: إنك أبرأتني، أو إني أدَيْتُهُ.

فإن قلنا: يخلف الزَّوجُ فهي على قِياسِ دَعْوَى الدوافع.

وقد ذكر في «التهذيب»: أنه الأصح.

وإن قلنا: تحلف المَرَأَةُ، فيشبه تقوي جانبها بظاهر الحال، وإن كانت مُدْعِيَةً؛ كما يحلف المودع على الرد والهلاك. وإن كان مُدْعياً للمعنى الذي سبق، وهذا طريق يغني عن تخريج القولين على الأصل المذكور.

وإعلم أن المراد من قولهم: إن المُدعى عليه: من يُوافق قَوْلُهُ الظاهر، أو من يَدْعِي أمراً جليلاً، أنه لو أنكر ونازع الطالب، كان كذلك. لأنه<sup>(٥)</sup> يتوقف كونه مُدْعَى عليه، على أن ينكر، ويتنازع.

وقوله في الكتاب في حق المودع؛ «يصدق بيمينه للحاجة» وفي بعض النسخ: «للرخصة» معناه: أنه يُسْتَشْتَنَى من قولنا: إن المُدعي يحتاج إلى البيئته، فإنه مُدْعٍ للرد،

(٢) في ز: استحباب.

(٤) في ز: ترك.

(١) في ز: واعترضت وإن.

(٣) سقط في: ز.

(٥) ز. ل أنه.

وسببه ما تقدم ومسألة اختلاف الزوجين، قد سبق حكمها<sup>(١)</sup> في النكاح. وإنما أعادها لِيُبَيِّنَ أن الخلاف فيها مَبْنِيٌّ على الأصل المذكور. والله أعلم.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: ثُمَّ حَدَّ الدَّعْوَى الصَّحِيحَةَ أَنْ تَكُونَ مَعْلُومَةً مُلْزِمَةً، فَلَوْ قَالَ: عَلَيْهِ شَيْءٌ لَمْ يُسْمَعِ، وَلَوْ قَالَ وَهَبَ مِنِّي أَوْ بَاعَ لَمْ يُسْمَعْ حَتَّى يَقُولَ وَيُلْزِمَهُ التَّنْصِيحُ إِلَيَّ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لَمَا تَكَلَّمَ فِي الدَّعْوَى نَفْسَهَا، أزدفَهُ بالكلام في شرط صحتها، وهي أن تكون مَسْمُوعَةً، مُحَوَّجَةً إلى الجواب. فاعتبر في صحتها وَصَفَيْنِ:

أحدهما: الْعِلْمُ بِالْمُدَّعَى، وَالْأَصْلُ اغْتِيَابُ الْعِلْمِ بِهِ، كَاغْتِيَابِ الْعِلْمِ بِالْمَشْهُودِ بِهِ، وَالْمَعْقُودِ عَلَيْهِ بِالْبَيْعِ وَغَيْرِهِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْمَقْصُودَ فَضْلُ الْأَمْرِ وَاتِّصَالُ الْحَقِّ إِلَى الْمُسْتَحَقِّ، وَذَلِكَ يَسْتَدْعِي الْعِلْمَ.

فَإِنْ كَانَتِ الدَّعْوَى فِي الْأَثْمَانِ، فَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ الْجِنْسِ، وَالنَّوْعِ، وَالْقَدْرِ. قَالَ فِي «الشامل»: وَإِنْ اخْتَلَفَ الصَّحَّاحُ وَالْمَكْسَّرَةُ بَيْنَ أَنَّهَا صِحَّاحٌ، أَوْ مَكْسَّرَةٌ، وَمُطْلَقٌ الدِّيْنَارِ يَنْصَرَفُ إِلَى الدِّيْنَارِ الشَّرْعِيِّ، فَلَا حَاجَةَ إِلَى بَيَانِ الْوِزْنِ، ذَكَرَهُ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ.

وَإِنْ كَانَتِ فِي غَيْرِ الْأَثْمَانِ، نَظَرٌ: إِنْ كَانَ يَدْعِي غَنِيًّا، وَهِيَ مِمَّا تُضْبَطُ بِالصَّفَةِ؛ كَالْحُبُوبِ، وَالْحَيَوَانِ، وَالنَّبَاتِ، فَيَصِفُهَا بِصِفَاتِ السَّلْمِ، وَلَا حَاجَةَ إِلَى ذِكْرِ الْقِيَمَةِ عَلَى الْأَصْحَحِ، وَإِنْ كَانَتِ الْعَيْنُ تَأْلِفَةً، كَفَى الضُّبْطُ بِالصِّفَاتِ، إِنْ كَانَتِ مِثْلِيَّةً، وَلَا حَاجَةَ إِلَى ذِكْرِ الْقِيَمَةِ، وَإِنْ كَانَتِ مُتَقَوِّمَةً، فَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ الْقِيَمَةِ؛ لِأَنَّهَا الْوَاجِبَةُ عِنْدَ التَّلْفِ.

وَإِنْ ادَّعَى عَلَيْهِ شَيْئًا مُحَلًى، قَالَ فِي «الشامل»: لَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ الْقِيَمَةِ، وَيُقَوِّمُهُ، بِالذَّهَبِ، إِنْ كَانَ مُحَلًى بِالْفِضَّةِ، وَبِالْفِضَّةِ إِنْ كَانَ مُحَلًى بِالذَّهَبِ، وَإِنْ كَانَ مُحَلًى، بِهِمَا<sup>(٢)</sup> قَوْمَهُ بِأَحَدِهِمَا لِلضَّرُورَةِ<sup>(٣)</sup>.

وَفِي الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ الْمَغْشُوشَةِ يَدْعَى عَشْرَةَ دَرَاهِمٍ مِنْ نَقْدٍ كَذَا، قِيَمَتُهَا كَذَا دِينَارًا، أَوْ دِينَارًا مِنْ نَقْدٍ كَذَا، قِيَمَتُهُ كَذَا دِرْهَمًا ذَكَرَهُ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ وَغَيْرُهُ، وَكَأَنَّهُ جَوَابٌ عَلَى أَنَّ الدَّرَاهِمَ وَالدَّنَانِيرَ الْمَغْشُوشَةَ مُتَقَوِّمَةٌ، فَإِنْ جَعَلْنَاهَا مِثْلِيَّةً، فَيَنْبَغِي أَلَّا يَشْتَرَطَ التَّعَرُّضُ<sup>(٤)</sup> لِقِيَمَتِهَا.

(١) فِي ز: حَلَّهَا.

(٢) فِي ز: هُمَا.

(٣) الْمُرَادُ بِقَوْلِهِ: «قَوْمَهُ بِأَحَدِهِمَا» يَعْنِي بِأَيِّهِمَا شَاءَ، وَمَا ذَكَرَهُ مِنَ الضَّرُورَةِ مَدْفُوعٌ بِأَنَّهُ يُمْكِنُ تَقْوِيمُ السِّيفِ بِمَا فِيهِ مِنْ أَحَدِ النَّقْدَيْنِ بِالنَّقْدِ الْآخَرَ، وَيَقُومُ النَّقْدُ الَّذِي لَمْ يَضْفِءَ إِلَى تَقْوِيمِ السِّيفِ بِالنَّقْدِ الْمَضَافِ مَعَ سِيفٍ، ثُمَّ إِنْ سَلِمَ مَا قَالُوهُ فَإِنَّمَا يَظْهَرُ عِنْدَ التَّفَاوُتِ فِي الْمَقْدَارِ، أَمَا لَوْ غَلِبَ أَحَدُهُمَا فَيَنْبَغِي أَنْ يَقُومَ بِالنَّقْدِ الْآخَرَ.

(٤) فِي ز: الْعَرَضُ.

وفي العَقَارِ يَتَعَرَّضُ لِلنَّاحِيَةِ، وَالْبَلَدَةِ، وَالْمَحَلَّةِ، وَالسَّكَّةِ وَيَبِينُ الْحُدُودَ، وَقَدْ مَرَّ بِعُضْ هَذِهِ التَّعْرِيفَاتِ فِي بَابِ الْقَضَاءِ عَلَى الْغَائِبِ، وَالْمَذْكُورِ هَهُنَا أَيْضًا، وَأَوْفَى.

وَيُسْتَشْنَى عَنْ اعْتِبَارِ الْعِلْمِ صُورًا:

إِحْدَاهَا: إِنَّمَا يُتَّصَرُّوْا اغْتِبَارُهُ إِذَا كَانَ الْمَطْلُوبُ مُتَعَيَّنًا، فَأَمَّا مَنْ حَضَرَ لِيُعَيَّنَ وَيَفْرَضُ لَهُ الْقَاضِي كَالْمَفُوضَةِ؛ تَطْلُبُ الْفَرْضَ عَلَى قَوْلِنَا: لَا يَجِبُ الْمَهْرُ بِالْعَقْدِ، وَكَالْوَاهِبِ؛ يَطْلُبُ الثَّوَابَ إِذَا قَلْنَا: إِنَّ الْهَبَةَ تَقْتَضِيهِ، وَلَمْ يَقْدِرِ الثَّوَابُ، فَلَا يُتَّصَرُّ مِنْهُ إِغْلَامًا وَتَعْيِينًا<sup>(١)</sup>.

الثَّانِيَةُ: أَدْعَى [عَلَى إِنْسَانٍ]<sup>(٢)</sup> أَنْ مُورَثُهُ أَوْصَى لَهُ بِشُوبٍ، أَوْ بِشَيْءٍ سُمِعَتْ الدَّعْوَى؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ تَحْتَمِلُ الْجَهَالََةَ، فَكَذَلِكَ دَعْوَاهَا.

وَأَلْحَقَ مُلْحِقُونَ دَعْوَى الْإِقْرَارِ بِالْمَجْهُولِ بِدَعْوَى الْوَصِيَّةِ بِالْمَجْهُولِ.

وَمِنْهُمْ مَنْ تَنَازَعَ كَلَامَهُ فِيهِ<sup>(٣)</sup>، وَيُثَبَّتُ الْاِخْتِلَافَ الْخِلَافَ فِي أَنَّ دَعْوَى الْإِقْرَارِ بِالْمَالِ تُسْمَعُ، أَمْ يَجِبُ أَنْ يَدْعِيَ نَفْسَ الْمَالِ؟ وَكَذَا تَصْحُحُ دَعْوَى الْإِبْرَاءِ عَنِ الْمَجْهُولِ إِنْ صَحَّحْنَا الْإِبْرَاءَ عَنِ الْمَجْهُولِ.

الثَّلَاثَةُ: أَدْعَى أَنْ لَهُ طَرِيقًا فِي مِلْكِ الْغَيْرِ، وَأَدْعَى حَقَّ إِجْرَاءِ الْمَاءِ، فَلَا تُشْهَرُ فِيهَا حِكْمَةُ الْقَاضِي أَبُو سَعِيدٍ: أَنَّهُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى إِغْلَامِ مِقْدَارِ الطَّرِيقِ وَالْمَجْرَى وَيَكْفِي لِصِحَّةِ الدَّعْوَى تَحْدِيدَ الْأَرْضِ الَّتِي يَدْعِي فِيهَا الطَّرِيقَ وَالْمَجْرَى، وَكَذَا تَصِحُّ الشَّهَادَةُ الْمُرْتَبَةُ عَلَيْهَا.

(١) قَالَ فِي الْقُوْتِ: وَمِنَ الْأَمْثَلَةِ الْحُكُومَاتِ وَمَتْعَةُ الطَّلَاقِ كَمَا صَرَحَ بِهِ الْأَمَّةُ. وَقَالَ فِي التَّصْحِيحِ وَالصُّوَابِ صَحَّةُ دَعْوَى الْمَجْهُولِ فِي الْمَتْعَةِ، وَفَرْضُ الْمَفُوضَةِ وَالرِّضْخِ وَنَحْوِهَا وَتَقْدِيرُهَا إِلَى رَأْيِ الْحَاكِمِ، وَزَادَ فِي الْخَادِمِ عَلَى ذَلِكَ الْمَكَاتِبِ يَدْعِي عَلَى سَيِّدِهِ حَطَّ شَيْءٌ مِمَّا عَلَيْهِ إِذَا لَمْ نُوْجِبْ أَقْلَ مَتْمُولٍ، وَلَوْ قَالَ مِنْ دَلْنِي عَلَى الْقَلْعَةِ فَلَهُ جَارِيَةٌ، فَدَلَّهُ وَجِبَتْ مَجْهُولَةٌ، وَيَدْعِي بِهَا كَمَا وَجِبَتْ، وَطَعْمَةُ خَادِمِ الزَّوْجَةِ وَكَسَوْتَهَا إِنْ صَحَّحْنَا الْإِجَارَةَ كَذَلِكَ عَلَى وَجْهِهِ، وَغَدَاءُ الزَّوْجَةِ وَالْأَمَّةُ وَعِشَاؤُهُمَا عَلَى وَجْهِ حِكَاةِ الْمَاوَرِدِيِّ إِذَا سَلِمَتْ لَيْلًا فَقَطَّ، وَالدَّعْوَى بِالْغَرَّةِ وَفِيمَا إِذَا ادَّعَى ثَوْبًا إِنْ كَانَ بَاقِيًا عَلَى عَيْنِهِ أَوْ تَالِفًا فَقِيْمَتَهُ أَوْ مَعْيَبًا فَرَدَّهُ مَعَ الْأَرْضِ صَحَّتِ الدَّعْوَى كَذَلِكَ مَعَ التَّرَدُّدِ وَتَصْحُحُ الدَّعْوَى بِالْمَعْدُومِ كَثْمَرَةٍ لَمْ تَخْلُقْ وَوَلَدٌ لَمْ يَخْلُقْ وَلَمْ تَحْمَلْ أُمُّهُ بِهِ أَوْ مَخْتَارِ الْوَصِيَّةِ وَالثَّمْرَةَ تَجِبُ أَيْضًا بِالسَّاقَاةِ وَشَرْطُ مَا يَبْرِحُ مِنَ الْقِرَاضِ قَبْلَ الرِّبْحِ وَالْمَنَافِعِ الَّتِي تَجِبُ بِعَقْدِ الْإِجَارَةِ.

(٢) سَقَطَ فِي: أ.

(٣) مَا جَزَمَ بِهِ مِنْ صَحَّةِ الدَّعْوَى بِالْوَصِيَّةِ بِالْمَجْهُولِ قَطَعَ بِهِ الْجُمْهُورُ مِنْهُمْ الْقَاضِي الْحُسَيْنُ فِي بَابِ مَا عَلِقَ الْقَاضِي فِي الْخُصُومِ، وَعَلَّلَهُ بِأَنَّ الدَّعْوَى مُقَابِلَةٌ بِالتَّمْلِيكِ، وَالتَّمْلِيكِ بِالْوَصِيَّةِ لَا يُقَابَلُهَا الْجَهَالََةُ، فَكَذَلِكَ الدَّعْوَى بِهَا، وَحِكَاةُ فِي كِتَابِ الْإِقْرَارِ عَنِ الْأَصْحَابِ.

وعن أبي علي التقي: أنه لا بُدَّ من إغلامِ قَدْرِ الطريقِ والمجرى.

قال: وكذا لو باع بيتاً من دارٍ، وسمّى له طريقاً، ولم يُبين قَدْرَهُ لا يصح.

قال القاضي: والذي عندي، أنه لا يُشترطُ هذا الإغلامُ في الدعوى، ولكن يُؤخذُ على الشهودِ إغلامُ الطريقِ، ومسيل<sup>(١)</sup> الماءِ بالذرعانِ؛ لأنَّ الشهادَةَ أعلى شأنًا، فإنها تستقبلُ بإيجابِ الحُكمِ، بخلافِ الدَعْوَى. ولو أحضر المُدَّعي قِطْعَةً بيّاضِ حَرَرٍ فيها<sup>(٢)</sup> دَعْوَاهُ، وقال: أدعي ما فيها، وأدعى ثوباً بالصفاتِ المكتوبةِ في تلكِ القِطْعَةِ، هل يكفي ذلك لِحَصَّةِ الدَعْوَى؟ فيه وجهان<sup>(٣)</sup>.

الوصف الثاني: كون الدعوى مُلزِمةً، فلو قال: وهبَ مِنِّي كذا، أو باع، لم تُسمع دَعْوَاهُ، حتى يقول: ويلزمه التَّسليمُ إليّ؛ لأنه قد يهبُ ويرجع، ويبيع ويفسخ. هكذا نَقَلَ الفُوزانِيُّ وغيره، وهو المذكورُ في الكتاب. ويقرَّبُ منه ما ذَكَرَ القاضي أبو سَعْدٍ؛ أنه يقول في دَعْوَى الدَّيْنِ: لي في ذِمَّتِهِ كذا، وهو يَمْتَنِعُ من الأداءِ الواجبِ عليه.

قال: وإنما يتعرَّضُ لوجوبِ الأداءِ، لأنَّ الدَّيْنَ المُوجَلَّ لا يجب أدَاؤُهُ في الحال، وكان هذا فيما إذا قَصَدَ بالدَعْوَى تَحْصِيلَ المدعى، ويجوز أن يكون المَقْصُودُ بالدَعْوَى دَفْعَ المُنَازَعَةِ، فلا يُشترطُ التَّعَرُّضُ لوجوبِ التَّسليمِ.

وذكر في «الشامل» أنه لو قال: هذه الدَّارُ لي، وأنه مَنَعَنِي منها، تَصَحَّحَ الدعوى، ولا يُشترطُ أن يقول: إنها في يَدِهِ، لأنه يَجُوزُ أن يُنَازِعَهُ، وإن لم تكن في يَدِهِ<sup>(٤)</sup>.

وإذا ادَّعى، ولم يقل للقاضي مره بالخروجِ عن حَقِّي، أو سلَّهُ جَوَابَ دَعْوَايَ، فهل يُطَالِبُهُ القاضي؟

(١) في أ: ومثل. (٢) في ز: منها.

(٣) لم يرجح شيئاً وينبغي تخريج أنه لا يكتفي بدعوى ما حرره في الورقة إذا لم يقرأ فقد سبق في باب الدعوى على الغائب أن القاضي لو لم يقرأ الكتاب عليهما ولكن قال: أشهدكما على أن ما فيه حكمي أو على أي قضيت بمضمونه فوجهان أصحهما لا يكفي حتى يفصل ما حكم به.

(٤) قال في الخادم: ما نقله عن ابن الصباغ من الاكتفاء بقوله ويمنعني منها، غير كاف، لا بد أن يقول: ويمنعني بغير حق، وقد أوضح ذلك شريح الروياني في روضته في باب الدعوى الناقصة.

قال الشافعي: ولو تقدم رجلان إلى القاضي فادعى كل واحد منهما داراً وأنها في يده، لم يسمع القاضي هذه الدعوى، فإن قال أحدهما: هي في يدي، وهذا يعترض عليّ فيها، ويمنعني من سكنها، فالمذهب أنها لا تسمع فقد تكون في يده غضباً أو عارية، وتكون لخصمه فيجوز أن يمنعه منها.

ولو قال يعترض عليّ فيها بغير حق تمت الدعوى، وهكذا نقله الأذرعى أيضاً في القوت.

فيه وجهان:

أحدهما: نعم، لِلْعِلْمِ بأنه العَرَضُ من الحضور، وإنشاء الدعوى. وهذا أظهر عند ابن الصَّبَّاحِ.

والثاني: لا، لأنه حَقُّهُ، فلا يُسْتَوْفَى إِلَّا بِسُؤَالِهِ، واقتراحه، كاليمين. وهذا مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ، فيما حكى القاضي أبو سَعْدٍ، وذكر أنه الأصحُّ، فإن أصل الوجْهَيْنِ الْمُعَاظَاةَ فِي الْبَيْعِ، والخلاف في أنه إذا جَلَسَ بين يدي خَلِيقٍ فَخَلَقَ، هل يَسْتَحِقُّ الأَجْرَةَ؟

وعلى الثاني فطلب الجَوَابِ أيضاً شَرْطٌ فِي صِحَّةِ الدَّعْوَى، وسواء شَرْطًا هَذَا الْاِقْتِرَاحَ مِنَ الْمُدْعَى، أو لم نشترطه، لكنه اقْتَرَحَهُ. فيمكن أن يُقَالَ: يغني ذلك عن قوله: ويلزمه التسليم إِلَيَّ. وإن مَنْ شَرَطَ التَّعَرُّضَ لَهُ، شَرَطَهُ جَوَابًا عَلَى أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ الْاِقْتِرَاحُ الْمَذْكُورُ مِنَ الدَّعْوَى.

فرع:

لا يُشْتَرَطُ لِسَمَاعِ الدَّعْوَى أَنْ يُعْرَفَ بَيْنَهُمَا مُحَالَطَةٌ، أو مُعَامَلَةٌ، ولا فرق فيه بين طبقات الناس.

وعن مالك: أنه لا تُسْمَعُ دعوى الدُّنْيَى عَلَى الشَّرِيفِ، إذا لم يُعْرَفَ بَيْنَهُمَا سَبَبٌ.

وعن الإصْطَخَرِيُّ: أنه إذا شهدت قَرَائِنُ الْحَالِ بِكَذِبِ الْمُدْعَى، لم يلفت إلى دعواه؛ مثل أن يدَّعي الدُّنْيَى اسْتِثْجَارَ الْأَمِيرِ، أو الفقيه لِعَلْفِ دَوَائِهِ، وَكُنْسِ بَيْتِهِ، ومثل دعوى المعروف بالتعنت، وَجَرَّ دَوِي الْأَقْدَارِ إِلَى مَجْلِسِ الْقَضَاةِ، [واستحلافهم]<sup>(١)</sup> ليفتدوا بشيء.

آخر: ادَّعى مَالًا مَعْلُومًا عَلَى إِنْسَانٍ، وأقام شَاهِدَيْنِ عَلَى إقراره بشيء، أو قال<sup>(٢)</sup>: يعلم أن له عليه مَالًا، ولا نعرف قَدْرَهُ. هل تُسْمَعُ شَهَادَتُهُمَا هَكَذَا؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم، وَيُرْجَعُ فِي التَّفْسِيرِ إِلَى الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ، كما لو أَقْرَأَ بِمُبْهَمٍ.

وأشبههما: الْمَنْعُ؛ لأن من شَأْنِ الْبَيِّنَةِ أَنْ تُبَيِّنَ، وليست كالإقرار؛ إذ يُشْتَرَطُ فِيهَا ما لا يُشْتَرَطُ فِي الْإِقْرَارِ؛ حكى الوجهين صاحب «التهذيب» في باب الإقرار، وذكرها عَنِيْرَةً أَيْضًا. وعلى هذا الْخِلَافِ ما إذا شَهِدَا عَلَى غَضَبٍ عَنِيْدٍ، أو تَوْبٍ، ولم يَصِفَاهُ<sup>(٣)</sup>.

(١) سقط في: أ.

(٢) في ز: مالا.

(٣) ما رجحه من المنع خالفه بعض المتأخرين فقال: الراجح القبول وضعف التوجيه المذكور بأن البيئتين ما وقع ولهذا سمعت الدعوى بالوصية بالمجهول والبيئتين وجزم به الفقهاء في فتاويه كما سيأتي.

الثالث: عن فتاوى القفال: ادعى ذراهم مجهولة، لا يسمع القاضي دعواه. ويقال له: بين الأقل الذي تتحققه.

وإن ادعى ثوباً ولم يصفه أصلاً، لم يضع إليه فإن قال: هو كيزباس<sup>(١)</sup> ولم يصفه، أمره أن يأخذ بالأقل، وفي هذا أولاً إرشادٌ وضربٌ تلقين، ثم الأخذ بالأقل في قدر الذراهم مستقيم، لكن الأخذ بالأقل من صفة الثوب المدعى عنه لا وجه له.

قال العزالي: الثالثة من قامت عليه بيئة فليس له أن يحلف المدعي ما لم يقدم دعوى صحيحة كبيع أو إبراء، فلو ادعى فسق الشهود وعلم الخصم به فهل يحلفه؟ فيه وجهان، وكذا لو ادعى أنه أقر لأن الإقرار ليس عين الحق، وكذا إذا ادعى من توجه عليه اليمين بأنه قد حلف مرة وأراد يمينته ففي كل ذلك وجهان، فإنه ليس بعين الحق لكن ينفع في الحق، ولا خلاف أنه ليس له تخليف الشاهد والقاضي وإن كان ينفع تكذيبهم أنفسهم.

قال الرافعي: لو قامت البيئة على المدعى عليه فطلب من القاضي تخليف المدعى [عليه]<sup>(٢)</sup> على استحقاق ما يدعيه، لم يجبه إليه؛ لأنه تكليف حجة [بعد قيام حجة]<sup>(٣)</sup>، ولأنه كالطعن في الشهود.

وإن ادعى إبراء، أو أداء في الدين، أو بيعاً، أو هبة أو إقباضاً في العين، نُظر إن ادعى حدوث شيء من ذلك بعد إقامة البيئة، حلف المدعي على نفي ما يقوله إن مضى زمان إمكانه، وإلا لم يلتفت إلى قوله.

وإن ادعى جريانه قبل أن يشهد [الشهود]<sup>(٤)</sup>. فإن لم يحكم القاضي بعد حلف المدعي على نفيه، وإن حكم فوجهان:

أحدهما: أن الجواب كذلك؛ لاختمال ما يدعيه، وجواب<sup>(٥)</sup> اعتماد الشهود ظاهر الحال.

والثاني: المنع لثبوت المال عليه بالقضاء.

وذكر في «التهذيب» أن هذا أصح، ويمكن أن يُبنى على هذين الوجهين الخلاف في أن تخليف المدعي على الغائب مستحب، أو واجب؟

(١) الكرياس، بكسر الكاف: الثوب الخشن، فارسي معرب، والجمع كرابيس.

(٢) سقط في: أ.

(٣) سقط في: أ.

(٤) سقط في: أ.

(٥) سقط في: أ.



إن قلنا: تُسْمَعُ دَعْوَاهُ بَعْدَ الْحُكْمِ، فَهُوَ مُسْتَحَبٌّ.

وإن قلنا: لا تُسْمَعُ فَوَاجِبٌ، كَيْلَا يُقَوَّتَ بِالْحُكْمِ عَلَيْهِ الدَّعْوَى وَبِالتَّحْلِيفِ، أَلَا يَحْصُلُ الْعَيْبُ عُدْرًا مَانِعًا مِنَ الْقَوَاتِ.

ولو قال المُدْعَى عَلَيْهِ: إن الشهود فسقة، أو كذّبة، وزعم أن الخصم عالمٌ بذلك، فهل له تحليفه على أنه لا يعلم؟

فيه وجهان:

أحدهما: نعم، لأنه لو أقرّ به لبطلت شهادتهم.

والثاني: لا، ويكتفى بظاهر العدالة، وتعديل المزكين، وطردها هذا الخلاف في كل صورة ادعى ما لو أقرّ به الخصم لنفعه لكن لم يكن المدعى عين حق له؛ كما لو قال المدعى عليه في الجواب: إنه أقرّ لي بما يدعيه، وكما إذا ادعى على إنسان، إنك أقررت لي بكذا، وما إذا توجهت اليمين عليه، فقال: إن المدعى قد حلفني مرة، وأراد تحليفه، وفيما إذا كذب إنساناً، فأريد منه الحد، وادعى أن المقذوف زناً، وأراد تحليفه، ففي وجه - لا يُسْمَعُ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ، وَلَا يُمْكِنُ مِنَ التَّحْلِيفِ، وَيُشْبَهُ أَنْ يَكُونَ الْأَظْهَرُ الثَّانِي - لِيَصْدُقَ الْخَصْمُ، فَيَنْتَفِعَ بِهِ، أَوْ يَنْكُلَ فَيُخْلِفُ، وَيُؤَيِّدُهُ مَا مَرَّ مِنْ قَوْلِ الْأَصْحَابِ: إن دَعْوَى الْإِفْرَارِ بِالْمَجْهُولِ صَحِيحَةٌ، وإن جواب الأكثر في مسألة القذف، أنه يحلف المقذوف على أنه لم يزّن، وإن كان المقذوف ميتاً، وأراد القاذف تحليف الوارث على أنه لا يعلم زنا مورثه. فكذلك يحلف، وهذه الصورة تُخْجَى عَنْ نَصِّ الشافعي - رضي الله عنه - لكن ذكره صاحب «التهذيب» فيما إذا ادعى فسق الشهود، أو كذبهم، أن الأصح أنه لا يحلف المدعى.

وأما تحليف القاضي والشاهد، فلا يجوز، وإن كان ينفع تكذيبهما أنفسهما؛ لما مرّ أن منصبهما يأبى التحليف؛ وقد يُقال: الضبط الذي ذكره لصور الوجهين، يقتضي اطّرادهما فيما إذا ادعى الأداة؛ لأنه ليس الأداة في نفسه حقاً، ولكن ينفعه في اندفاع المدعى عنه. والله أعلم.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: الرَّابِعَةُ لَوْ قَالَ مَنْ قَامَتْ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ: أَنَهْلُونِي فَلِي بَيِّنَةٌ دَافِعَةٌ، أَنَهْلَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، وَقِيلَ: يَوْمٌ وَاحِدٌ، وَلَوْ قَالَ: أَبْرَأَنِي فَحَلْفُوهُ يَخْلِفُ قَبْلَ أَنْ يَسْتَوْفِي، وَلَوْ قَالَ: أَبْرَأَنِي مُوَكَّلُكَ وَكَذِّبَهُ اسْتَوْفِي فِي الْحَالِ، وَلَوْ قَالَ: أَبْرَأَنِي عَنِ الدَّعْوَى فَهَذَا لَا يُسْمَعُ إِذْ لَا مَعْنَى لِإِبْرَاءِهِ عَنِ الدَّعْوَى.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا قَامَتِ الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ، وَادْعَى أَنْ الْمُدْعَى بَاعَ مِنْهُ الْعَيْنَ الْمُدْعَاةَ، أَوْ بَاعَهَا مِنْ بَائِعِهِ، أَوْ ادَّعَى أَنَّهُ أَبْرَأُ عَنِ الدَّيْنِ الْمُدْعَى، وَأَنْكَرَ، فَلَا يَخْفَى أَنْ الْقَوْلَ قَوْلَهُ، وَأَنَّ الْمُدْعَى عَلَيْهِ مُدَّعٍ فِيمَا يَذْكُرُهُ، يَحْتَاجُ إِلَى الْبَيِّنَةِ، فَإِنْ اسْتَمْهَلَ لِيَأْتِيَ بِالْبَيِّنَةِ، أَمَهَلَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ؛ لِأَنَّ هَذِهِ مُدَّةٌ قَرِيبَةٌ، لَا يَعْظُمُ الضَّرْرُ فِيهَا، وَمَقِيمُ الْبَيِّنَةِ يَحْتَاجُ إِلَى مِثْلِهَا، لِاسْتِثْنَائِ الشُّهُودِ، وَالْفَخْصِ عَنْ غَيْبَتِهِمْ، وَحُضُورِهِمْ، وَاسْتِخْضَارِ الْغَائِبِ مِنْهُمْ.

وقد ذكرنا في باب القضاة على الغائب نحو ذلك، وعن القاضي الحسين وجه آخر: أنه لا يمهل أكثر من يومٍ واحدٍ، وهذا يقتضي أن يعلم قوله في ذلك الباب: «ويمهل ثلاثة أيام» بالواو.

ولو ادَّعَى الإبراء، ولم يأت ببيّنة، وقال: حلفوه أنه لم يبرئني، فيجأ إليه، ولا يكلف توفية الدين أولاً.

وعن القاضي وجه: أنه يستوفى منه الدين أولاً، ثم إن شاء حلف، فإنه دغوى جديدة. والظاهر الأول، وليس كما إذا قال لوكيل المدعي: أبرأني موكلك، حيث يستوفى الحق منه، ولا يؤخر إلى حضور الموكل، وحلفه ليعظم الضرر في التأخير؛ وههنا التحليف متيسر في الحال، وكان التعرض لدغوى إبراء الموكل ههنا، الإشارة إلى الفرق، وإلا فقد ذكر المسألة مرة في القضاء على الغائب.

ولو قال: أبرأني عن هذه الدعوى، فهل يسمع ويحلف المدعي؟ فيه وجهان عن الإضطخري:

[أحدهما]<sup>(١)</sup>: نعم، ويحلف أنه لم يبرئ.

والثاني: المنع؛ لأن الإبراء عن نفس الدعوى، لا معنى له، إلا بتصوير صلح على الإنكار، وأنه باطل، وهذا ما أوردته في الكتاب، واختاره القفال.

وادعى الروياني في «التجربة»: أن المذهب الأول، ووجه بأنه لو أقر أنه لا دغوى له عليه، برىء.

فرع:

مُدْعَى الدَّفْعِ إِنْ قَالَ: قَضَيْتَ، أَوْ أَبْرَأَنِي<sup>(٢)</sup>، فَذَلِكَ، وَإِنْ أَطْلَقَ، وَقَالَ: لِي بَيِّنَةٌ دَافِعَةٌ، كَمَا هُوَ لَفْظُ الْكِتَابِ، فَيُشْبِهُ أَنْ يَسْتَفْسِرَ<sup>(٣)</sup>، لِأَنَّهُ قَدْ يُتَوَهَّمُ مَا لَيْسَ بِدَافِعٍ دَافِعًا، إِلَّا أَنْ يَعْرِفَ فِقْهَهُ، وَمَعْرِفَتَهُ، وَإِذَا عَيَّنَ جِهَةً، وَلَمْ يَأْتِ بِالْبَيِّنَةِ عَلَيْهَا، وَادْعَى عِنْدَ انْقِضَاءِ

(٢) في ز: أبدا لي.

(١) سقط في: ز.

(٣) في أ: يستفسر.

مُدَّةُ الْمُهَلَّةِ، جهة أخرى، واستُثْمِلَ، فما ينبغي أن يُجَابَ، وإن ادَّعى في المُدَّةِ، أو في آخِرِهَا، جهة أخرى، وأقام البيِّنة عليها، وجب أن يُسْمَعَ<sup>(١)</sup>.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الْحَامِيسَةُ: يَنْبَغِي أَنْ يَدَّعِيَ فِي النِّكَاحِ أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا بِوَلِيِّي وَشَاهِدَيْنِ وَرِضَاهَا، فَإِنْ أَطْلَقَ فَالْتُّصُّ أَنَّهُ لَا يُسْمَعُ (ح م)، وَفِي الْبَيْعِ يُسْمَعُ، وَقِيلَ قَوْلَانِ بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ، وَلَوْ قَالَ: هِيَ زَوْجَتِي كَفَاهُ الْإِطْلَاقُ عَلَى الصَّحِيحِ، وَدَعْوَى الْقِصَاصِ لَا بُدَّ مِنْ تَفْصِيلِهَا، لَا بُدَّ مِنْ أَنْ يَدَّعِيَ بَيْعاً صَحِيحاً فَيَذْكَرَ الصَّحَّةَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الدَّعْوَى أَنْوَاعٌ:

منها: دَعْوَى الدَّمِّ، وَلَا بُدَّ فِيهَا مِنَ التَّفْصِيلِ عَلَى مَا هُوَ مُبَيَّنٌّ فِي الْقَسَامَةِ.

ومنها: دَعْوَى النِّكَاحِ، وَالبَيْعِ، وَسائرِ الْعُقُودِ.

قال الشافعي - رضي الله عنه -: ولو ادَّعى أنه نكح امرأة، لم أقبل منه، حتى يقول: نكحتها بولي وشاهدي عدل.

والأصحاب - رحمهم الله - فيه مُخْتَلِفُونَ؛ فمنهم من اِكْتَفَى فِي دَعْوَى النِّكَاحِ بِالْإِطْلَاقِ، وَلَمْ يَشْتَرِطِ التَّعَرُّضَ لِهَذَا التَّفْصِيلِ، كَمَا يُكْتَفَى فِي دَعْوَى اسْتِحْقَاقِ الْمَالِ بِالْإِطْلَاقِ، وَكَمَا أَنَّهُ لَا يَجِبُ فِي دَعْوَى النِّكَاحِ التَّعَرُّضُ لِعَدَمِ الْمَوَانِعِ، كَالرَّذَّةِ، وَالْعِدَّةِ، وَالرِّضَاعِ، وَحَمَلِ هَوْلَاءِ نَصَّةٍ<sup>(٢)</sup> عَلَى الْاسْتِخْبَابِ، وَالتَّأَكِيدِ.

ومنهم من قال: إن ادَّعى ابْتِدَاءَ النِّكَاحِ، وَجِبَ التَّفْصِيلُ، وَإِنْ ادَّعى دَوَامَهُ، لَمْ يَجِبْ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ لَا تُعْتَبَرُ فِي الدَّوَامِ، وَبِهِ قَالَ أَبُو عَلِي الطَّبْرِيُّ.

وأخذت عامة الأصحاب بظاهر النَّصِّ وَأَوْجِبَتْ<sup>(٣)</sup> التَّفْصِيلَ، وَالتَّعَرُّضَ لِلشَّرْطِ، سِوَاهُ كَانَ الْمُدَّعَى ابْتِدَاءَ نِكَاحٍ، أَوْ دَوَامَهُ؛ لِأَنَّ أَمْرَ الْفُرُوجِ، مُبَيَّنٌّ عَلَى الْاِحْتِيَاظِ، كَأَمْرِ الدَّمَاءِ وَالْوَطءِ<sup>(٤)</sup> الْمُسْتَوْفَى يَتَدَارَكُ<sup>(٥)(٦)</sup> كَالدَّمِّ الْمَهْرَاقِ.

(١) عبارة الروضة وإن ادعى في المدة جهة أخرى وجب أن تسمع.

(٢) في ز: فقيه.

(٣) في ز: وأوجب.

(٤) في ز: الوطء.

(٥) في ز: لاستدراك.

(٦) قال الشيخ البلقيني: إنما يشترط التعرض لذلك في غير أنكحة الكفار، فأما أنكحة الكفار إذا حصل فيها دعوى في حال الكفر فلا يشترط ذلك، وإنما الشرط أن يقول: تزوجتها في حال كفره وكفرها نكاحاً صحيحاً مقرأً عليه، وإن كان بعد الإسلام، فالشرط أن يقول: تزوجها في حال كفره، وكفرها ووجد الإسلام على حال يقتضي تقرر النكاح، وينبغي أن يستفصله الحاكم عند ظهور غباوته بالنسبة إلى نكاح المحارم ونحوه، وإن كانت الزوجة أمة، ووقع العقد في حال =

وأما استشهد الأولين بِدَعْوَى استحقاق المال؛ فإن كان المُدْعَى نَفْسَ المال، فإنما اكتفى بالإطلاق، لأن الأسباب التي يستحق بها المال تكثر، وتتكثّر، وفي ضَبْط الأقدارِ الحاصلة بتلك الأسبابِ حَرَجٌ شديدٌ، فأغنى عنه، بخلاف النكاح.

وإن كان المُدْعَى عَقْداً يرد على المال، كالبيع، والهبة، والإجارة، فثلاثة أوجه:

أحدها: وينسب إلى ابن سُرَيْجٍ أنه لا بُدَّ من التّفصِيل، والتّعرُّضِ للشّرَاطِطِ كالنكاح.

والثاني: الفَرْقُ بين أن يَتَعَلَّقَ العَقْدُ بِجَارِيَةٍ، فيجب التّفصِيلُ<sup>(١)</sup> احتيَاطاً للْبُضْعِ. وبين أن يَتَعَلَّقَ بِغَيْرِهَا، فلا يَجِبُ.

والثالث: وهو الأصح: أنه لا حَاجَةَ إلى التّفصِيلِ، لأن المَقْصُودَ، المال. والعُقُودُ الماليّةُ أَحْفُ حُكْماً من عَقْدِ النكاح، ولذلك لا يُشْتَرَطُ فيها الإِشْهَادُ، وإن تَعَلَّقَ العَقْدُ بِجَارِيَةٍ، والنكاح بخلافه.

وأما أنه لا يجب التّعرُّضُ للموانع، ففيه - نزاعٌ؛ لأن الشيخ وأبا عاصم رويَا عن الأستاذ أن محمد بن إبراهِيمَ العَبَّادِي<sup>(٢)</sup> من أَصْحَابِنَا - رحمهم الله - أوجِبَهُ، والصحيح التسليم. وفَرَّقُوا بأن الشُّرُوطَ تُعْتَبَرُ وجودها<sup>(٣)</sup>، ليصحَّ العَقْدُ، والموانع يُعْتَبَرُ عَدْمُهَا، والأصل العَدَمُ، فَكُنْتُمْ بِهِ، ولأن المَوَانِعَ كَثِيرَةً، وَعَدْمَهَا عَسِيرٌ.

التفريع: إن شرطنا التّفصِيلَ في النكاح، فنقول: نكحها<sup>(٤)</sup> بولي وشاهدين. والأشهر: أنه لا بُدَّ من وَضْفِهِم بِالْعَدَالَةِ. قالوا: وإنما لم يَتَعَرَّضِ الشافعي - رضي الله عنه - لِعَدَالَةِ الوَلِيِّ في النص<sup>(٥)</sup> المُنْقُولِ في أوَّلِ الفِصْلِ، بِنَاءً على أن الفَاسِقَ ليس بولي، أو أراد رد لفظ العَدْلِ إلى الوَلِيِّ، والشاهدين جميعاً.

وحكى ابن الصَّبَّاحِ وَجْهاً آخر: أنه لا حَاجَةَ إلى التّعرُّضِ [للعَدالة، وقياس

= إسلام الزوج، فلا يحتاج أن يقول: ولي، بل يقول زوجتيها مالكةا الذي يصح منه إنكاحها، وهي مسلمة، وإنما يشترط التعرض لفقدها الطول وخوف العنت إذا كان الزوج حراً مسلماً، فإن كان فيه رق لم يشترط ذلك ولم يذكروا في الشاهدين سوى العدالة، وينبغي أن يتعرض لحال الشهود المشترط وجودها لصحة النكاح، ومقتضى اعتبار تفصيل الشهود أن يقول نكحتها بولي وشاهدين فيهما الصفات المعتبرة في شاهدي النكاح، ويقول في الولي إذا كان مجبراً نكحتها بولي مجبراً أب وجد في حال بكارتها أو في حال جنونها، وقد يقال: منعتي ذكر الولي غير ذلك وفي نفسه يقول: إن كان سفيهاً أو عبداً تزوجتها بإذن ولي، ويقول العبد بإذن مالكي، وضابط ذلك اعتبار الشرط دون التعرض لانتفاء الموانع.

(١) في ز: الفصل.

(٢) في ز: العبد.

(٣) في أ: وجوبها.

(٤) في ز: نكحتها.

(٥) في ز: النصف.

وجوب التّعريض للعدالة وجوب التعرض<sup>(١)</sup> لسائر الصفات المُعْتَبَرَة في الأولياء، ولا يجب تعيين الشاهدين.

والمفهوم مما أوردته الأئمة حكماً<sup>(٢)</sup> وتوجيهاً، أنه لا حاجة إلى تعيين الولي أيضاً، والغرض؛ أن يُعْتَرَفَ أن النكاح لم يُعْرَ عن الولي والشهود، ولا بُدُّ من التعرض لِرِضَاءِ المرأة، إن كانت مِمَّنْ تَزُوجُ بِرِضَاهَا.

وفي نكاح الأمة: هل يُشْتَرَطُ التعرض لِلْعَجْزِ عن الطولِ وَلِخَوْفِ العنتِ؟

قال في «الشامل»: فيه وجهان:

أقسامهما: الاشتراط.

وإذا شرطنا التّفصِيلَ في دعوى البيع، ذكروا أنه يقول: تَعَاقَدْنَاهُ بِشَمْنٍ معلوم، ونحن جائزاً الأمر، وتفرّقنا عن تراضٍ، ويشتَرَطُ في الشّهادة على النكاح التفصيل، إذا قلنا باشتراطه في دعوى النكاح.

وفي فتاوى القفال: أنه يجب أن يقولوا بعد تفصيل النكاح؛ من ابتدائه، ولا نعلم أنه فارقها، أو وهي اليوم زوجته. والإقرار بالنكاح يكفي فيه الإطلاق فإن كفى الإطلاق في الشّهادة والدعوى، وإن شرطنا التّفصِيلَ فيهما، ففي الإقرار وجهان في «الوسيط».

[إن]<sup>(٣)</sup> أظهرهما؛ الاكتفاء بالإطلاق، والفرق؛ أن المُقَرَّرَ لا يُقَرُّ إلا عن تحقيق، وتثبت، وفي الشهادة على إقرارها [لا يشترط]<sup>(٤)</sup> أن يقولوا: ولا نعلم أنه فارقها. ولتكن الشّهادة على البيع، والإقرار، إذا أوجبنا التّفصِيلَ في البيع، على قياس ما ذكرنا في النكاح.

ونقلوا في اشتراط تقييد النكاح والبيع<sup>(٥)</sup>، المدعين بالصحة وجهين:

وجه الاشتراط وقوع الاسم على الصحيح والفاسد. ووجه الثاني: انصراف المطلق إلى الصحيح. وبالأول أجاب صاحب الكتاب.

وذكر في «الوسيط»: أن الوجه القطع باشتراطه في النكاح، وأشار إلى أن الوجهين، مُفَرَّغَانِ على قولنا: إنه لا يُشْتَرَطُ تفصيل الشرائط، فإيراد القاضي أبي سعيد يفتضي أطرادهما، مع اشتراط التفصيل، لِيَتَضَمَّنَ ذكر الصحة تقي الموانع<sup>(٦)</sup>.

(١) سقط في: أ.

(٢) في أ: تعييناً.

(٣) سقط في: أ.

(٤) في ز: ألا يشترطان.

(٥) في ز: المبيع.

(٦) قال في الخادم: أطلق السماع، ويشترط فيه التفصيل والعرض للشرائط، نص عليه الشافعي في الأم وحكاها في الأشراف أيضاً قال: وقيل تسمع الدعوى طليقة لأن المقصود هو المهر ولا يبعد مجيء الثالث هنا.

وقوله في الكتاب: «فالنص أنه يُسْمَعُ» لِيَعْلَمَ بالحاء والألف؛ لأن عندهما تُسْمَعُ، ولا حَاجَةَ إلى التفصيل.

وقوله: «وفي البيع يُسْمَعُ»، يُشْعِرُ ظاهره بأن النَّصَّ في البيع السَّماعُ، وبأن الأَصْحَابَ، تفرقوا<sup>(١)</sup> في النصين تَقْرِيراً من البعض، [وَنَقْلًا، وَتَخْرِيجًا، من البعض]<sup>(٢)</sup> على المَشْهُودِ من مسائل الثَّقَلِ، والتخريج. لكن الكتب المشهورة سَاكِنَةٌ عن ذلك. نعم في كتاب القَاضِي ابْنِ كَيْجٍ: أن نَصَّهُ في البيع ونحوه جَوَازُ الإِطْلَاقِ.

وقوله: «ولو قال: هي زَوْجَتِي، كَفَاهُ الإِطْلَاقُ». هذه صورة الدَّوَامِ، وَتَزْجِيحِ الاكْتِفَاءِ بالإِطْلَاقِ، لا يُوَافِقُ اخْتِيَارَ المعظم.

وقوله: «ولا بُدُّ من ادَّعى بيعاً»<sup>(٣)</sup> صحيحاً، فيذكر الصحة معلم بالواو.

واعلم أن دعوى النكاح؛ تَارَةً تكون على المَرْأَةِ، وأخرى على الوَلِيِّ؛ إذا كان مُجْبِراً، كما بَيَّنَّاهُ في كتاب النُّكاحِ، في مسألة تزويج الوَلِيِّين من شخصين، وذكرنا هناك، أن الأئمة قالوا: إن ادَّعى كُلُّ وَاحِدٍ من الزوجين سبق نكاحه، وعلم المرأة به، فَيُنْبِئِي على أن إقْرَارَ المَرْأَةِ بالنكاح هل هو مَقْبُولٌ؟ إن قلنا: إنه غير مَقْبُولٍ، فلا تُسْمَعُ دَعْوَاهُمَا عليها؛ لأن غَايَتَهَا أن تُقَرَّ وإن قلنا: إنه مَقْبُولٌ، وهو الصحيح فَتُسْمَعُ، وهذا يَفْتَضِي أن يكون سماع دعوى النكاح على المرأة، [أبداً]<sup>(٤)</sup> مُخْرَجاً على ذلك الخِلافِ، فكأنهم لم يذكره ها هنا، اقتضاراً على الصحيح.

قَالَ العَرَالِيُّ: السَّادِسَةُ: دَعْوَاهَا الزَّوْجِيَّةُ لَا تُسْمَعُ عَلَى الأَصْحَحِ مَا لَمْ يَتَعَرَّضَ لِمَهْرٍ أَوْ نَفَقَةٍ، فَإِنْ قُلْنَا: يَسْمَعُ فَهَلْ تَنْدَفِعُ بِمُجَرَّدِ إنْكَارِهِ؟ فِيهِ خِلَافٌ مَأْخُذُهُ أَنَّ الإنْكَارَ طَلَاقٌ أَمْ لَا حَتَّى لَوْ رَجَعَ بَعْدَ ذَلِكَ يُسَلِّمُ الزَّوْجَةَ إِلَيْهِ وَفِيهِ خِلَافٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: دَعْوَى المَرْأَةِ النُّكاحِ؛ إما أن يَفْتَرِنَ بها طَلَبُ حَقٍّ من حُقُوقِ النكاحِ، كَصَدَاقٍ، وَنَفَقَةٍ، وَقَسَمٍ، وَمِيرَاثٍ بعد موته، فهي مَسْمُوعَةٌ لا مَحَالَةَ. وإما أَلَا يَفْتَرِنَ، وَتَتَمَحَّضُ دَعْوَى الزَّوْجِيَّةِ، ففي سَمَاعِهَا وجهان:

أحدهما: المَنْعُ؛ لأن بَقَاءَ النُّكاحِ حَقُّ الزوج عليها، فكأنها تَدْعِي كَوْنَهَا رَقِيقَةً، وهذه دَعْوَى غير مُلْزِمَةٍ.

والثاني: أنها تُسْمَعُ؛ لأن النُّكاحَ وإن كان حَقًّا له فهو مَقْضُودٌ لها من تَعَلُّقِ حقوقِ فَيْئْتِئُهُ، وَيَتَوَسَّلُ به إلى تلك الحُقُوقِ.

(١) في ز: تصرفوا.

(٢) في ز: به.

(٣) سقط في: أ.

(٤) سقط في: أ.

وذكر صاحبُ الكتاب: أن الأولَ أصحُّ، والأئمة جايحونَ إلى تزجيجِ الثاني. وكذلك فعل صاحبُ الكتاب في «الوسيط»، في باب النكاح، فإن سمعنا دَعْوَاهَا، نظر، إن سَكَتَ المُدْعَى عَلَيْهِ، وَأَصْرَ عَلَى السُّكُوتِ، وأقامت<sup>(١)</sup> البيّنة عليه، وإن أنكر، فَإِنكَارُهُ طَلَاقٌ أم لا؟

فيه وجهان، كما ذكرنا فيما إذا جرى نكاح، ثم قال الرُّوجُ: كان الشَاهِدَانِ فَاسِقَيْنِ، وأنكرت المرأة والأصح منهما على ما ذكره الإمام أنه ليس بِطَلَاقٍ، فإن جعلنا إِنْكَارَهُ طَلَاقًا سقط ما يدعيه، ولها أن تُنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ، ولو رَجَعَ عَنِ الْإِنْكَارِ<sup>(٢)</sup> وقال: غَلَطْتُ فِي الْإِنْكَارِ، لم ينفعه الرُّجُوعُ، وإن لم يجعله طَلَاقًا، فَإِنكَارُهُ كَسُّكُوتِهِ، حتى يقيم البيّنة عليه، ولو رَجَعَ قَبْلَ رُجُوعِهِ، وسَلِمَتِ الزَّوْجَةُ إِلَيْهِ وهذا ما اخْتَارَهُ الْفُقَّالُ، وشَبَّهَهُ بما إذا قَالَتْ: انْقَضَتْ عِدَّتِي قَبْلَ الرَّجْعَةِ، ثم قالت: غَلَطْتُ، وسَلِمَتِ صَاحَةُ الرَّجْعَةِ، فإنه يُقْبَلُ رُجُوعُهَا، ولو لم تكن بَيِّنَةٌ، وَحَلِفَ الرَّجُلُ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وله أن يَنْكِحَ أُخْتَهَا، وَأَزْبَعًا سِوَاهَا، وليس لها أن تُنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ، إذا لم تجعل الْإِنْكَارَ طَلَاقًا.

وإن اندفع النكاح ظاهراً، إلى أن يُطَلِّقَهَا، أو يموت. قال في «التهديب»: أو يفسخ بإعساره، أو لامتناعه، إذا جعلنا الامتناع مع القدرة ممكناً من الفسخ، وليكن هذا مَبِينًا على أن لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَفْسَخَ بِنَفْسِهَا، أما إذا أَخَوَجَّأَهَا إِلَى الْقَاضِي، فما لم يظهر له النكاح، كيف [يفسخ أو]<sup>(٣)</sup> يَأْذُنُ فِي الْفَسْخِ<sup>(٤)</sup>؟

وينبغي أن يَرْفُقَ الْحَاكِمُ بِهِ حتى يقول: إن نَكَحْتَهَا فَقَدْ طَلَقْتَهَا، ليحل<sup>(٥)</sup> لها النكاح، فإن نَكَلَ الرَّجُلُ، حَلَفَتْ هِيَ، وَاسْتَحَقَّتِ الْمَهْرَ، وَالثَّقَفَةَ.

فرعان:

عن «التهديب» وغيره:

أحدهما: امرأَةٌ تحت رَجُلٍ، ادَّعَى أَحْرَ أنها زَوْجَتُهُ، فالصَّحِيحُ: أن هذه الدَّعْوَى عَلَيْهَا، لا على الرجل، لأن الْحُرَّةَ لَا تَدْخُلُ تحت الْيَدِ.

ولو أقام كُلُّ واحدٍ منهما بَيِّنَةً، لم تُقدم بَيِّنَةٌ من هي تحته، بل هما كائنين<sup>(٦)</sup>، أقام

(١) في أ: إقامة. (٢) سقط في: ز.

(٣) سقط في: أ.

(٤) وقد تقدم في الفسخ بالإعسار أن الغزالي قال في البسيط: إذا لم يكن في الناحية قاض ولا محكم فالوجه إثبات الاستقلال بالفسخ، وإنما قال الغزالي ذلك للتعذر، وهذا المعنى موجود فيما إذا أنكر الزوج الزوجية ولا بيّنة فينبغي أن يفسخ مطلقاً كما أطلق البغوي.

(٥) في أ: أطلقها. (٦) في ز: كائنين.

كُلُّ واحد منهما بَيِّنَةٌ، على نكاح خَلِيَّةٍ، فَيُنْظَرُ: إِنْ كَانَتْ مُؤَرَّخَتَيْنِ بِتَارِيخٍ واحد، أو مُطْلَقَتَيْنِ، فقد تَعَارَضَتَا، ولا يَجِيءُ قَوْلًا الْفُرْعَةَ، والقِسْمَةَ.

وإن كانتا مُؤَرَّخَتَيْنِ بتاريخين مختلفين، قدمت البَيِّنَةُ التي سَبَقَ تَارِيخُهَا، بخلاف ما إذا كان هَذَا التَّعَارُضُ فِي الْأَمْلاكِ؛ ففي التَّرْجِيحِ بالسَّبْقِ، قولان؛ لأنَّ الاِنتِقَالَ، وَتَدَاوُلَ الْأَيْدِي، غَالِبٌ فِي الْأَمْوَالِ، دون المَنْكُوحَاتِ.

ولو قامت بَيِّنَةٌ أحدهما على النِّكَاحِ، وبَيِّنَةٌ الأخرى على إِقْرَارِهَا بالنِّكَاحِ، فالأول<sup>(١)</sup> أَوْلَى، كما لو أقام هذا بَيِّنَةً على أنه غَضِبَ منه كذا، وَأَخْرَجُ بَيِّنَةً<sup>(٢)</sup> على أنه أقر [له]<sup>(٣)</sup> بذلك. وإن أقرت لِأَحَدِهِمَا، فعلى ما ذكرنا، فيما إذا زَوَّجَهَا وليان من شَخْصَيْنِ، وأدَّعَى كُلُّ واحد منهما سَبْقَ نِكَاحِهِ.

الثاني: ادَّعَتْ امْرَأَةٌ ذات وِلْدٍ، أنها منكوحه، وأن الولدَ منه، وسمعنا دَعْوَى النِّكَاحِ منها، فإن أنكر النِّكَاحَ، والتَّسَبُّبَ، فالقول قوله، مع اليمين وإن قال: هذا وَلَدِي من غَيْرِهَا، أو اقْتَصَرَ على قوله: هذا وَلَدِي، لم يكن مُقَرَّراً بالنِّكَاحِ.

وإن قال: هو وَلَدِي منها، وَجِبَ المَهْرُ؛ لأنَّ الاعْتِرَافَ بالتَّسَبُّبِ، اعتراف بالإصابة ظاهراً، والإصابة تَقْتَضِي المَهْرَ. وإن أقرَّ بالنِّكَاحِ، فعليه المَهْرُ، والثَّقَفَةُ، والكُسُوءَةُ.

فإن قال: كان نكاح تَفْوِيضٍ، فلها مُطالَبَتُهُ بالفرض<sup>(٤)</sup>، إن لم يَجِرْ دُخُولٌ، وإن جرى، فقد وجب المَهْرُ بالدخول، ولا معنى لِإِنْكَارِهِ.

قَالَ الْعَزَّالِيُّ: السَّابِعَةُ العَبْدُ إِذَا ادَّعَى أَنَّهُ حُرٌّ الْأَصْلُ صَدَقَ بِبَيِّنَتِهِ، وَإِنْ ادَّعَى الْإِعْتِقَاقَ فَعَلَيْهِ البَيِّنَةُ، وَالصَّغِيرُ المُمَيِّزُ هَلْ يَقْبَلُ دَعْوَاهُ الحُرِّيَّةَ فِيهِ وَجِهَانٍ، فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَسْمَعُ فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ إِذَا بَلَغَ سَمِعَتْ وَصَدَقَ بِبَيِّنَتِهِ وَلَا تَأْثِيرَ لِلْيَدِ لِإِنْتِطَالِ الدَّعْوَى السَّابِقَةِ، وَيَجُوزُ شِرَاءُ العَبْدِ البَالِغِ اعْتِمَادًا عَلَى ظَاهِرِ اليَدِ مَعَ سُكُوتِ العَبْدِ، وَقِيلَ: لَا بُدَّ مِنْ إِقْرَارِهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَنْ ادَّعَى رِقًّا بَالِغٍ، وَقَالَ البَالِغُ: أَنَا حُرٌّ الْأَصْلُ، فَالقول قوله<sup>(٥)</sup>،

(١) في ز: فالأولى.

(٢) سقط في: أ.

(٣) سقط في: أ.

(٤) في ز: بالفرض.

(٥) وهذا نص عليه الشافعي في الأم وقال الإمام في باب الدعوى على مذهب أبي حنيفة أنه لم يختلف أصحابنا في ذلك لأن ظاهر الدار الحرية، وهي الأصل، فمدعيها متمسك بالأصل والظاهر، لكن في روضة الحكام لشريح الروياني عن بعض أصحابنا أن المذهب أن القول قول ذي اليد، وعلى المشهور فإننا لم نجعل ليد مدعي رق البالغ أثراً؛ لأن اليد إنما تدل على الملك فيما هو مال في نفسه، والنزاع ها هنا في مالية الشخص، والأصل انفكاكه عن المالية. كذا قرره في البسيط.



وعلى المُدَّعيِ البَيِّنَةُ، ولا فَرْقَ بين أن يكون إنكارُهُ مَسْبُوقاً باستخدام<sup>(١)</sup> المُدَّعيِ؛ وتَسَلُّطِهِ عليه، أو لا يَكُونُ، ولا بين أن تَتَدَاوَلَهُ الأيدي، وَيَجْرِي عليه البَيْعُ، والشَّرَاءُ مِراراً، وبين ألا يكون كذلك فإن كان قد اشترَاهُ من غيره، وحَلَفَ على نَفْسِ الرُّقِّ، فهل يرجع المشتري على بائعه بالثَّمَنِ؟ هذا سنذكره في المَسْأَلَةِ الرَّابِعَةَ من الرُّكْنِ الثاني. فإن قال البالغ<sup>(٢)</sup> لمن في يَدِهِ: إنك أعتقتني<sup>(٣)</sup>، أو أعتقتني من باعني منك، فَيَطَالِبُ بالبَيِّنَةِ.

ومن ادَّعى رِقّاً صَغِيرًا؛ فإن لم يكن في يَدِهِ، لم يُصَدَّقْ، إلا ببَيِّنَةٍ، وإن كان في يَدِهِ، نُظِرَ: إن أسندت إلى التقاط<sup>(٤)</sup>، فكذلك الحُكْمُ في أصحَّ القولين.

والثاني: أنه يُقْبَلُ قوله، ويُحَكَّمُ له بالرُّقِّ، وإن لم يُعْرَفْ إسنادُ ما إلى الالتقاط، فَيُصَدَّقُ، ويُحَكَّمُ له، كما إذا ادَّعى المِلْكُ في ذَابَّةٍ، أو ثوب في يده، فلو كان الصَّغِيرُ مَمِيْزاً، فأنكره، فهو كإنكار البالغ، حتى يحتاج مُدَّعي الرُّقِّ إلى البَيِّنَةِ، أو لا عِبْرَةَ بإنكاره، كما لو كان [غير]<sup>(٥)</sup> مُمَيِّزٍ، حتى يُحَكَّمُ بِرِقِّهِ؟

فيه وجهان:

أصحهما: الثاني.

وإذا جَرَيْنَا على قول المُدَّعيِ، ثم بلغ الصَّغِيرُ، وأنكر الرُّقِّ، فهل يحتاج المُدَّعي إلى البَيِّنَةِ وَيُصَدَّقُ مُنْكَرُ الرُّقِّ إذا لم تكن بَيِّنَةٌ، أو يَسْتَمِرُّ الرُّقُّ، إلا<sup>(٦)</sup> أن تقوم بينة على حُرِّيَّتِهِ؟ فيه وجهان:

أصحهما: الثاني. وكل ذلك مذكور بالشَّرْحِ في باب اللَّقِيْطِ، ولا فَرْقَ بين أن يدَّعي في الصَّغِيرِ مِلْكَهُ، ويستخدمه، ثم<sup>(٧)</sup> يبلغ، وينكر، وبين أن يَتَجَرَّدَ الاستِخْدَامُ، والاستِجَارُ إلى البُلُوغِ، ثم يدَّعي مِلْكَهُ، وينكر المستخدم في جَرَيَانِ الوجهين.

كذلك ذكر القاضي الرُّومَانِيُّ وغيره، واليَدُ على البالغ المُسْتَرَقِّ، وإن لم يُغْنِ عن البَيِّنَةِ عند إنكاره، فهي غير ساقِطَةٍ الاغْتِيَارِ بالكلية، بل يجوز الاغْتِمَادُ عليها في الشَّرَاءِ. وإن سَكَتَ المُسْتَرَقُّ اِكْتِفِيَّ بَأَن الظاهر أن الحر لا يُسْتَرَقُّ.

وعن الشيخ أبي مُحَمَّدٍ: أنه كما لا يَجُوزُ شِرَاؤُهُ مع الإنكارِ للرُّقِّ، لا يجوز شِرَاؤُهُ مع سُكُوتِهِ، بل يُسْأَلُ أولاً، فإن أقرَّ، اشترى.

(٢) في أ: البائع.

(٤) في ز: التلقط.

(٦) في أ: إلى.

(١) في ز: باستحلام.

(٣) في أ: أعتقته.

(٥) سقط في: أ.

(٧) في ز: حتى.

وقوله في الكتاب: «والصغير المميز، هل يُقبل دعواه الحرية؟» أي: هل يؤثر كلامه حتى يحتاج مدعي الرق إلى البيّنة؟ أو يُجعل لغواً؟ وقد يُبنى الوجهان على الخلاف، في صحّة إسلاميه، وتُدبیره.

وقوله: «فالصحيح أنه إذا بلغ سمعت، وصدق بيمينه»، يعني أنه يُعتبر إنكاره، حيثثد، فيحتاج المدعي إلى البيّنة، فإن لم تكن بيّنة، حلف، وحكم بحريّته.

وهذه المسألة مُكرّرة؛ قد ذكرها مرّة في كتاب اللقيط، لكنه أرسل ذكر الوجهين هناك وههنا رجح اعتبار إنكاره، وتصديقه بيمينه، والأزجح عند أكثرهم خلافه.

وقوله: «ولا تأثير لليد»، أي: ليد المدعي [ولا لإبطال الدعوى] (١) السابقة الجارية في حال التمييز.

قال الغزالي: الثامنة: الدعوى بالدين المؤجل فيه وجهان؛ لأنه لا يلزم به شيء في الحال، ودعوى الاستيلاء تُسمع، ودعوى التدبير وتعليق العتق بصفة كالدّين المؤجل.

قال الزافعي: في سماع الدعوى بالدين المؤجل وجهان:

أحدهما: المنع، لأنه لا يتعلّق بها إلزام في الحال، ومطالبة.

والثاني: يُسمع، ليثبت في الحال، ويُطالب في الاستقبال، وقد يموت من عليه فيتعجل (٢) الطلبة، وبهذا أجاب بعض أصحاب الإمام.

والأول هو الجواب في فتاوى القائل.

وذكر القاضي أبو سعيد الهروي: أنه الأصح.

وفيه وجه ثالث: وهو أنه إن كانت له بيّنة، فتُسمع دعواه، ليُسجل، فيأمن غيبتها وقولها، وإن لم يكن، فلا تُسمع. وفي دعوى الجارية الاستيلاء، والرقيق والتدبير وتعليق العتق بالصفة، فيه طريقتان:

أحدهما: أنها تُسمع؛ لأنها حقوق ناجزة ترتبط بها الدعوى.

والثاني: أنها على الخلاف في دعوى الدين المؤجل؛ لأن المقصود منها العتق في المستقبل، والاستيلاء، أو لاها بأن تُسمع دعواه، لتتنجز آثاره من انتفاع (٣) البيع، والرهن، وغيرهما.

ولذلك اختاره في الكتاب وفي الاستيلاء بالطريقة الأولى، وفي التدبير وتعليق

(١) سقط في: ز.

(٢) في ز: امتناع.

(٣) في ز: متعجل.

العِتْقِي، وطريق التخرّيج، على الخلاف في الدَّيْنِ الْمُؤَجَّلِ، إذا لم نجوز الرُّجُوعَ عن التَّدْبِيرِ، فَإِنْ جَوَّزْنَاهُ، فَإِنكَارُ السَّيِّدِ<sup>(١)</sup> رَجُوعٌ يَبْطُلُ مَقْصُودَ المَدْعَى<sup>(٢)</sup>.

فروع:

من أَدْعَى عَلَيْهِ ذَيْنَ مُؤَجَّلَ قَبْلَ المَحَلِّ، فَلَهُ أَنْ يَقُولَ فِي الجَوَابِ: لَا يَلْزَمُنِي دَفْعُ شَيْءٍ إِلَيْهِ الآنَ، وَيَخْلِفُ عَلَيْهِ، وَهَلْ لَهُ أَنْ يَقُولَ: لَا شَيْءَ عَلَيَّ مُطْلَقًا؟

عَنْ القَّضَالِ، فِيهِ وَجْهَانِ مَبْنِيَّانِ عَلَى وَجْهَيْنِ ذُكِرَا فِي أَنَّ الدَّيْنَ الْمُؤَجَّلَ؛ هَلْ يُوصَفُ قَبْلَ الحُلُولِ بِالوَجُوبِ<sup>(٣)</sup>؟

(١) فِي أ: فَإِنْ كَانَ للسَّيِّدِ.

(٢) قَالَ الشَّيْخُ البَلْقِينِي فِي تَصْحِيحِ المَنْهَاجِ: مَحَلُّ المَنْعِ مَا إِذَا كَانَتِ الدَّعْوَى بِالمُؤَجَّلِ عَلَى طَرِيقِ الاستِقْلَالِ، فَأَمَّا لَوْ كَانَتِ عَلَى سَبِيلِ التَّبَعِيَةِ فَإِنَّهَا تَسْمَعُ، وَذَلِكَ فِي مَوَاضِعَ:

مِنْهَا: إِذَا ادَّعَى عَلَى القَاتِلِ بِقَتْلِ خَطَا أَوْ شَبِهَ عَمْدَ فَإِنَّهُ تَسْمَعُ الدَّعْوَى قِطْعًا، وَقَدْ جَزَمَ النُّووي بِذَلِكَ فِي الرُّوضَةِ فِي الكَلَامِ عَلَى العَاقِلَةِ مَعَ أَنَّ الخَطَا وَشَبِهَ العَمْدِ إِنَّمَا يُوْجِبُ دِيَةَ مُؤَجَّلَةٍ فِي ثَلَاثِ، وَلَكِنْ لِمَكَانِ حَرَمَةِ الدَّمَاءِ سَمَعْنَا الدَّعْوَى فِيهَا عَلَى القَاتِلِ جَزْمًا مَعَ أَنَّ مَحَطَّ الدَّعْوَى إِنَّمَا هِيَ الدِّيَةُ، وَمَعَ هَذَا فِيهِ مُؤَجَّلَةٌ.

وَمِنْهَا: إِذَا كَانَ بَعْضُ الدَّيْنِ حَالًا، وَبَعْضُهُ مُؤَجَّلًا، فَإِنَّهُ تَسْمَعُ الدَّعْوَى بِالكُلِّ جَزْمًا بِذَلِكَ المَاورِدِي فِي الحَاوِي فِي أَوَّلِ كِتَابِ الدَّعْوَى وَالبَيِّنَاتِ وَقَالَ المَاورِدِي عَقِبَ هَذَا: فَلَوْ كَانَ المُؤَجَّلُ فِي عَقْدٍ قَصِدَ بَدْعُوهُ تَصْحِيحَ المَطَالِبَةِ كَالسَّلْمِ المُؤَجَّلِ صَحَّ دَعْوَاهُ؛ لِأَنَّ المَقْصُودَ بِهِ يَسْتَحِقُّ فِي الحَالِ. قَالَ وَمَا ذَكَرَهُ مِنَ المَطَالِبَةِ لَا مَعْنَى لَهُ، وَلَعَلَّهُ أَرَادَ تَصْحِيحَ المَعَاقِدَةِ، وَلَوْ ادَّعَى البَائِعُ عَلَى المَشْتَرِي أَنَّهُ بَاعَهُ، وَكَذَا بِشَمْنِ مُؤَجَّلٍ، وَقَصِدَ بَدْعُوهُ إِظْهَارَ صِحَّةِ العَقْدِ، قِيَاسًا مَا ذَكَرَهُ المَاورِدِي سَمَاعَ الدَّعْوَى فِي هَذَا أَيْضًا، وَيَزَادُ هُنَا أَنَّهُ يَرِيدُ مِنْهُ أَنْ يَتَسَلَّمَ المَبِيعَ لِيُزُولَ عَنْهُ ضَمَانُ العَقْدِ، وَيُقَاسَ عَلَى هَذَا مَا كَانَ فِي مَعْنَاهُ، وَلَوْ ادَّعَى أَنَّهُ أَجْرَهُ دَارَهُ بِأَجْرَةٍ مُؤَجَّلَةٍ كَانَ الحُكْمُ مَا سَبَقَ فِي صِحَّةِ الدَّعْوَى لِإِظْهَارِ صِحَّةِ العَقْدِ.

وَيُضَافُ إِلَيْهِ إِجْبَارُ المَسْتَأْجِرِ عَلَى التَّسَلُّمِ لِثَلَاثِ تَقَوُّتِ المَنَافِعِ قَبْلَ أَنْ يَتَسَلَّمَ بِلا أَجْرَةٍ.

وَقَالَ فِي القَوْتِ: الأَصْحَحُ عِنْدَ أَكْثَرِ الأَصْحَابِ سَمَاعُ الدَّعْوَى لِفَرَضِ التَّسْجِيلِ عِنْدَ حَذْفِ مَوْتِ الشُّهُودِ أَوْ طَوَّلِ غَيْبَتِهِمْ.

(٣) سَكَتَ المَصْنِفُ عَنِ التَّرْجِيحِ وَقَالَ فِي الخَادِمِ: المَذْهَبُ المَنْعُ، كَذَا حَكَاهُ الرُّوْيَانِي فِي الرُّوضَةِ عَنِ جَدِّهِ قُتَالٍ: وَلَوْ ادَّعَى عَلَيْهِ دَيْنًا مُؤَجَّلًا فَخَلَفَ أَنَّهُ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ فَوْجِهَانَ، قَالَ جَدِّي: المَذْهَبُ أَنَّهُ يَحْتَجُّ إِلَّا أَنْ يَحْلِفَ أَنَّهُ لَا شَيْءَ لَهُ عَلَيْهِ يَلْزَمُهُ تَوْفِيرُهُ عَلَيْهِ فَلَا يَحْتَجُّ.

قَالَ فِي الخَادِمِ: وَمَا اسْتِثْنَاهُ الظَّاهِرُ أَنَّهُ حَيْثُ نَوَاهُ وَإِلَّا فَلَوْ صَرَّحَ بِهِ لَمْ يَقْنَعِ القَاضِي بِهِ وَلَا يَضُرُّ التَّوْرِيَةَ فِي مِثْلِهِ؛ لِأَنَّهُ مَحْقٌ.

وَقَالَ القَاضِي الحُسَيْنِي فِي تَعْلِيْقِهِ فِي آخِرِ التَّفْلِيْسِ: لَوْ ادَّعَى عَلَيْهِ دَيْنًا فَلَهُ أَنْ يَحْلِفَ أَنَّهُ لَا لَزْمَةَ تَسْلِيمِهِ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ مُؤَجَّلًا، وَقِيلَ يَنْبَغِي عَلَى أَنَّهُ لَوْ أَقْرَ بِالأَجْلِ هَلْ يَقْبَلُ، فَإِنْ قُلْنَا: لَا يَقْبَلُ لَمْ يَجِزْ لَهُ أَنْ يَحْلِفَ عَلَى نَفْسِهِ وَجُوبِ التَّسْلِيمِ.

وعنه: أن من أقيم عليه البيئته بألف. فقال: عَلِيَّ أَلْفٌ، لكنه مُؤَجَّلٌ، فَحَلَفُوهُ أَنَّهُ مُعَجَّلٌ، فقد سقط أثر الشهادة. وهذا شخص أقر لغيره بِدَيْنٍ مُؤَجَّلٍ، ففي قَبُولِ قَوْلِهِ فِي الْأَجَلِ قولان؛ إن قبلناه، فله تَحْلِيلُ الْمُدْعِي عَلَى نَفِي الْأَجَلِ<sup>(١)</sup>.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: التَّاسِعَةُ لَوْ سَلَّمَ ثَوْبًا قِيمَتُهُ خَمْسَةٌ إِلَى دَلَالٍ لِيَسْبِعَهُ بِعَشْرَةٍ فَجَحَدَ فَلَهُ أَنْ يَقُولَ: لِي عَلَيْهِ ثَوْبٌ إِنْ تَلَفَ فَعَلَيْهِ خَمْسَةٌ وَإِنْ بَاعَ فَعَلَيْهِ عَشْرَةٌ وَإِنْ كَانَ قَائِمًا فَعَلَيْهِ رَدُّ الثَّوْبِ وَيَقْبَلُ مَعَ التَّرَدُّدِ لِلْحَاجَةِ، وَقِيلَ: يَنْبَغِي أَنْ يُعَيَّنَ كُلُّ قَسَمٍ فِي دَعْوَى، ثُمَّ إِذَا نَكَلَ عَنْ وَاحِدٍ فَلَهُ أَنْ يَسْتَدِلَّ بِنُكُولِهِ عَلَى كَذِبِهِ فَيَحْلَفُ فِيهِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مسألة الدلال هذه قد ذكرناها مع أختها التي أوردتها في الكتاب في آخر الركن الرابع من «باب القضاء على الغائب»؛ وهي أن يتردد في بقاء العين، ولا يدري، أيطالب بالعين أو القيمة؟ وبيئنا أن أقرب الوجهين أنه يجوز أن يدعي على التمثيل فيقول: غُصِبَ مِنِّي كَذَا. فإن بقي، فعليه رده، وإلا قيمته، أو مثله. ويقول في هذه المسألة: أخذ مني ثوباً، فعليه رده، أو ثمنه، أو قيمته.

والوجه الثاني: أنه لا بد في الدعوى في طلب جازم؛ فيفرد لكل واحد من المطالب دعوى برأسها. فإن قلنا بالأول، فإنما أنكر المدعى عليه، ولا بيئته، يحلف على نفي الجميع، وإن نكل ردت اليمين على المدعي، فيحلف على التردد. كما إذا ادعى على التردد، أم لا بد في الحلف من التعيين؟  
حكى الإمام فيه وجهين.

فإن قلنا: نفرد لكل مطلب دعوى، فإذا ادعى ما رآه أقرب، ونكل الخصم، فنكوله يؤكد ظن المدعي بكذبه، فهل له أن يحلف اليمين المرذودة بذلك؟  
فيه وجهان:

أشبههما: نعم. استدلالاً بنكوله على كذبه، كما يستدل بخط أبيه. وأجري الوجهان فيما إذا أنكر المودع التلف وتأكد ظنه بنكول المودع، هل يحلف اليمين المرذودة؟ وفي فتاوى القفال: أنه لو ادعى ثوباً، فقال: كان في يدي، وقد هلك فأغرم القيمة - فقال المدعي للحاكم: قد أقر بالثوب، فحلفه، أنه لا يلزمه تسليم الثوب إلى حليفه، فإن حلف، منع منه بالقيمة، وإن نكل وحلف المدعي على بقاء الثوب، طوِّب بالعين، والله أعلم.

(١) قال في القوت: هكذا وقع في كتاب الرافعي على كثرة نسخه، وفيه خلل وهو أنه يقال إن قبلناه فالتقول قوله فيه مع يمينه، وإلا فله تحليف المدعي على نفي الأجل، انتهى.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: الرُّكْنُ الثَّانِي: جَوَابُ الْمُدْعَى عَلَيْهِ وَهُوَ إِفْرَارٌ أَوْ إِنْكَارٌ إِذِ السُّكُوتُ كَالْإِنْكَارِ، وَقَوْلُهُ: لِي عَنْ دَعْوَاكَ مَخْرَجٌ أَوْ لِفُلَانٍ عَلَيَّ أَكْثَرُ مِمَّا لَكَ اسْتِهْزَاءٌ وَلَيْسَ بِإِفْرَارٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: المُدْعَى عَلَيْهِ: إما أَنْ يُجِيبَ بِالإِفْرَارِ، أَوْ بِالإِنْكَارِ، أَوْ يَسْكُتَ. وَإِنَّمَا قَالَ: السُّكُوتُ كَالْإِنْكَارِ؛ لِأَنَّ المُدْعَى عَلَيْهِ، إِذَا أَصْرَّ عَلَى السُّكُوتِ، جُعِلَ كَالْمُنْكَرِ النَّاكَلِ. وَتُرَدُّ الِیْمِینُ عَلَى المُدْعَى، فَهُوَ فِي الحُكْمِ كَالْإِنْكَارِ<sup>(١)</sup>، وَالكَلَامُ فِي الإِفْرَارِ وَصِبْغَتِهِ، مَا مَرَّ فِي بَابِ الإِفْرَارِ.

وقول المُدْعَى عَلَيْهِ: لِي عَنْ دَعْوَاكَ مَخْرَجٌ، لَيْسَ بِإِفْرَارٍ، يَجُوزُ أَنْ يَزِيدَ المَخْرَجُ بِالإِنْكَارِ. وَكَلِمَةُ لِفُلَانٍ عَلَيَّ أَكْثَرُ مِمَّا لَكَ، لَيْسَ بِإِفْرَارٍ لِلْمَخَاطَبِ، فِيمَا ادَّعَاهُ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمَلُ أَنْ يَزِيدَ الاسْتِهْزَاءَ، وَأَيْضاً يَحْتَمَلُ أَنْ يُرِيدَ: لِفُلَانٍ عَلَيَّ حُزْمَةً، وَحَقٌّ أَكْثَرَ مِمَّا لَكَ.

وقد ذكر القاضي أبو سَعْدٍ أَنَّهُ لَوْ قَالَ: لَكَ عَلَيَّ أَكْثَرُ مِمَّا ادَّعَيْتَ، لَمْ يَكُنْ إِفْرَاراً؛ لِاخْتِمَالِ أَنْ يُرِيدَ: لَكَ مِنَ الحَقِّ عِنْدِي، مَا يَسْتَحِقُّ لَهُ أَكْثَرَ مِمَّا ادَّعَيْتَ. وَكَمَا لَا يَكُونُ قَوْلُهُ: لِفُلَانٍ عَلَيَّ أَكْثَرُ مِمَّا لَكَ إِفْرَاراً لِلْمَخَاطَبِ، فَلَا يَكُونُ إِفْرَاراً لِفُلَانٍ أَيْضاً، لِاخْتِمَالِ أَنْ يَزِيدَ مَعِيَ الحَقِّ وَالحُزْمَةَ، نَعَمْ لَوْ قَالَ: لِفُلَانٍ مَالٌ أَكْثَرَ مِمَّا ادَّعَيْتَ، فَهَذَا يَكُونُ إِفْرَاراً لِفُلَانٍ، إِلا أَنَّهُ يَقْبَلُ تَفْسِيرَهُ بِمَا ذُوْنَهُ فِي القَدْرِ؛ تَنْزِيلاً عَلَى كَثْرَةِ التَّرَكَةِ، أَوْ الرُّغْبَةِ عَلَى مَا أَوْضَحْنَاهُ فِي الإِفْرَارِ.

وقوله فِي الكِتَابِ: «اسْتِهْزَاءٌ وَلَيْسَ بِإِفْرَارٍ». أَيُّ هُوَ يَحْتَمَلُ الاسْتِهْزَاءَ. وَلَا شَكَّ

(١) قَالَ الشَّيْخُ البَلْقِينِيُّ فِي التَّصْحِيحِ: مَحَلُّ مَا ذَكَرَهُ المَصْنِفُ إِذَا لَمْ يَكُنِ المُدْعَى عَلَيْهِ نَائِباً عَنِ المُدْعَى عَلَيْهِ، فَإِنْ كَانَ نَائِباً بِوَكَاةٍ فَيَجْعَلُ كَالْمُنْكَرِ، وَلَا يَجْعَلُ كَالنَّاكِلِ؛ لِأَنَّ الِیْمِینَ لَا يَتَوَجَّهُ عَلَيْهِ فَلَا يَكُونُ كَالنَّاكِلِ وَيَحْتَمَلُ أَنْ يُقَالَ عَلَى بَعْدِ الوَكِيلِ إِذَا أَصْرَّ عَلَى السُّكُوتِ، فَإِنْ كَانَ مَوْكَلَهُ حَاضِراً رَاضِياً بِذَلِكَ فَلَا يَقْنَعُ مِنَ الوَكِيلِ بِالسُّكُوتِ؛ لِأَنَّهُ خِلَافٌ مَا وَكَلَ فِيهِ وَلَا يَكُونُ المُدْعَى عَلَيْهِ هُنَا كَالْمُنْكَرِ، وَأَمَّا الوَلِيُّ المُدْعَى عَلَيْهِ مِنْ جِهَةٍ مَا يَتَعَلَّقُ مِمَّنْ هُوَ فِي وِلَايَتِهِ فَلَا يَحِلُّ لَهُ السُّكُوتُ وَيَجِبُ عَلَيْهِ مِنْ جِهَةٍ مَا يَتَعَلَّقُ مِمَّنْ هُوَ فِي وِلَايَتِهِ فَلَا يَحِلُّ لَهُ السُّكُوتُ وَيَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يَجِيبَ بِمَا يَعْرِفُهُ مِنَ الحَالِ، فَإِنْ أَصْرَّ عَلَى السُّكُوتِ فَإِنْ كَانَ أَباً أَوْ جَدّاً أَوْ وَصِيّاً مِنْ جِهَةٍ أَحَدُهُمَا عَرَفَهُ الحَاكِمُ أَنَّ هَذَا الَّذِي تَعَمَدَهُ مِنَ السُّكُوتِ لِقَصْدِ التَّعْنَتِ وَالإِصْرَارِ قَادِحٌ فِي الوِلَايَةِ، فَإِنْ أَنْتَ بَادَرْتَ إِلَى الجَوَابِ وَأَقْلَعْتَ عَنِ هَذَا التَّعْنَتِ فَأَنْتَ عَلَى وِلَايَتِكَ وَإِلا فَلَا وِلَايَةَ لَكَ، وَهَذَا السُّكُوتُ لَهُ شَبُهٌ بِالفَضْلِ وَالكَلَامِ فِيهِ مَعْرُوفٌ، وَإِنْ كَانَ المُدْعَى عَلَيْهِ قِيماً مِنْ جِهَةِ الحَاكِمِ زَجَرَهُ الحَاكِمُ وَأَقَامَ غَيْرَهُ عِنْدَ إِضْرَارِهِ، وَلَا يَجْعَلُ كَالْمُنْكَرِ. ائْتَهَى.

وقال الأذرعى فى القوت: إمساك الأخرس عن الإشارة المفهمة للجواب كسكوت الناطق، ومن لا يفهم لا يصح الدعوى عليه، كالمجنون، وأما الأصم الذى لا يسمع أصلاً فإن كان بصيراً يفهم الإشارة البيّنة فكالأخرس المفهم، وإلا فكمن لا يفهم، وإن كان أعمى فكطفل، نعم لو كان البصير أو الأخرس الذى لا يفهم كاتباً فيشبه أن يقال: كتابته دعوى وجواباً كعبارة الناطق.

أنه لو قَسَرَهُ بما هو إقرار، يكون إقراراً. ولو قال: الْحَقُّ أَحَقُّ أَنْ يُؤَدَّى، لم يكن إقراراً، لأنه المعنى حيث يكون حقاً فأما أنا فبريء.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَفِيهِ مَسَائِلُ: الْأُولَى لَوْ قَالَ: لِي عَلَيْكَ عَشْرَةٌ فَقَالَ: لَا يَلْزَمُنِي الْعَشْرَةُ لَمْ يَكْفِهِ الْيَمِينُ مُطْلَقاً بَلْ يَخْلِفُ بِأَنَّهُ لَيْسَ عَلَيْهِ عَشْرَةٌ وَلَا شَيْءٌ مِنْهَا، فَإِنْ اقتصَرَ كَانَ نَاقِلًا عَنِ الْيَمِينِ فِيمَا دُونَ الْعَشْرَةِ، وَلِلْمُدَّعِي أَنْ يَخْلِفَ عَلَى الْعَشْرَةِ إِلَّا شَيْئاً إِلَّا إِذَا أَضَافَ إِلَى عَقْدٍ بِأَنْ قَالَتْ: نَكَحْتَنِي بِخَمْسِينَ فَحَلَفَ أَنَّهُ نَكَحَ لَا بِخَمْسِينَ فَلَا يُمَكِّنُهَا الْحَلْفُ عَلَى مَا دُونَ الْخَمْسِينَ لِمُنَاقِضَةِ الدَّعْوَى.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا ادَّعَى عَشْرَةَ عَلَى إِنْسَانٍ فَقَالَ: لَا يَلْزَمُنِي الْعَشْرَةُ، لَمْ يَكُنْ هَذَا جَوَاباً تَاماً، وَإِنَّمَا الْجَوَابُ أَنْ يَضِيفَ إِلَيْهِ وَلَا شَيْءَ مِنْهَا، أَوْ وَلَا بَعْضَهَا وَهَكَذَا يَحْلِفُ، إِنْ حَلَفَ؛ لِأَنَّ مَدْعَى الْعَشْرَةِ، مُدَّعٍ لِكُلِّ جُزْءٍ مِنْهَا، فَلَا بَدَّ وَأَنْ يَطَابِقَ الْإِنْكَارُ وَالْيَمِينُ دَعْوَاهُ.

وَعَنِ الْقَاضِي الْحَسِينِ: أَنَّهُ لَا يَكْلِفُ فِي الْإِنْكَارِ أَنْ يَقُولَ وَلَا شَيْءَ مِنْهَا وَإِنَّمَا يُكْلَفُ ذَلِكَ فِي الْيَمِينِ، وَإِذَا حَلَفَهُ الْقَاضِي، عَلَى أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ الْعَشْرَةُ، وَلَا شَيْءٌ مِنْهَا<sup>(١)</sup>، فَحَلَفَ عَلَى نَفْيِ الْعَشْرَةِ، وَاقْتَصَرَ عَلَيْهِ، فَلَا تَلْزَمُهُ الْعَشْرَةُ، بِتَمَامِهَا، [وَهُوَ]<sup>(٢)</sup> نَاكِلٌ عَمَّا دُونَ الْعَشْرَةِ، [فَلِلْمُدَّعِي أَنْ يَخْلِفَ عَلَى اسْتِحْقَاقِ مَا دُونَ الْعَشْرَةِ]<sup>(٣)</sup> بِشَيْءٍ قَلِيلٍ، وَيَأْخُذُهُ<sup>(٤)</sup>. وَلَوْ نَكَلَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ عَنِ مُطْلَقِ الْيَمِينِ، وَأَرَادَ الْمَدْعَى أَنْ يَخْلِفَ عَلَى بَعْضِ الْعَشْرَةِ.

قال في «التهذيب»: إِنْ عَرَضَ الْقَاضِي عَلَيْهِ الْيَمِينِ، عَلَى الْمُدَّعَى، وَعَلَى كُلِّ جُزْءٍ مِنْهُ، فَلَهُ أَنْ يَخْلِفَ عَلَى بَعْضِهَا، وَإِنْ عَرَضَ عَلَيْهِ الْيَمِينِ عَلَى الْمَدْعَى وَحْدَهُ، لَمْ يَكُنْ لَهُ الْحَلْفُ عَلَى الْبَعْضِ [بَلْ تُسْتَأْنَفُ الدَّعْوَى لِلْبَعْضِ الَّذِي يَرِيدُ الْحَلْفَ عَلَيْهِ، وَحَيْثُ جَوَزْنَا لِلْمَدْعَى الْحَلْفَ عَلَى بَعْضِ الْمُدَّعَى، وَذَلِكَ إِذَا لَمْ يَسْنِدِ الْمُدَّعَى إِلَى عَقْدٍ]<sup>(٥)</sup>.

أما إذا أسنده؛ كما إذا قالت المرأة: نَكَحْتَنِي بِخَمْسِينَ، وَطَالَبْتُهُ بِهِ، وَتَكَلَّ الزَّوْجُ، فَلَا يُمَكِّنُهَا الْحَلْفُ عَلَى أَنَّهُ نَكَحَهَا بِبَعْضِ الْخَمْسِينَ؛ لِأَنَّهُ يَتَنَاقُضُ مَا ادَّعَتْهُ أَوَّلًا.

ولو ادَّعَى أَنْ الدَّارَ الَّتِي فِي يَدِ هَذَا مِلْكِي، يَلْزَمُهُ تَسْلِيمُهَا إِلَيَّ، فَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ إِذَا أَنْكَرَ، يَخْلِفُ أَنَّهُ لَيْسَ مِلْكاً لَهُ، وَلَا شَيْءَ مِنْهَا، وَأَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ تَسْلِيمُهَا إِلَيْهِ، وَلَا تَسْلِيمُ شَيْءٍ مِنْهَا.

(٢) سقط في: أ.

(٤) في أ: وماخذه.

(١) سقط في: أ.

(٣) سقط في: أ.

(٥) سقط في: ز.

ولو ادّعى أنه باعها منه، يَكْفِيهِ أَنْ يَخْلِفَ أَنَّهُ لَمْ يَبِعْهَا، عَلَى الْقِيَاسِ الَّذِي تَمَهَّدَ فِي الْفَصْلِ.

وقوله في الكتاب: «فَأَقْرَأْ أَنَّهُ نَكَحَ لَا بِالْخَمْسِينَ، التَّقْيِيدُ بِإِقْرَارِهِ بِالنِّكَاحِ، كَالْمُسْتَعْتَبِ عَنْهُ، فَإِنَّ الْمَرْأَةَ إِنَّمَا تَدْعِي، وَتَطْلُبُ الصَّدَاقَ، وَذَلِكَ فِيمَا يَرْجِعُ إِلَى الْحَلْفِ، وَالتَّخْلِيفِ، وَلَا يَخْتَلِفُ بَيْنَ أَنْ يَقْرَأَ بِالنِّكَاحِ، أَوْ لَا يَقْرَأَ.»  
وقوله: «فَلَا يُمَكِّنُهَا الْحَلْفُ عَلَى مَا دُونَ الْخَمْسِينَ». أي: عَلَى النِّكَاحِ بِمَا دُونَ الْخَمْسِينَ، فَإِنَّ اسْتَأْنَفَتْ وَادَّعَتْ عَلَيْهِ بَعْضَ الْخَمْسِينَ الَّذِي جَرَى النِّكَاحُ عَلَيْهِ، فِيمَا رَزَعَمَتْ، وَنَكَلَ، وَجِبَ أَنْ يَجُوزَ لَهَا الْحَلْفُ عَلَيْهِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: الثَّانِيَةُ لَوْ قَالَ: مَرَّضْتُ ثَوْبِي وَلِي عَلَيْكَ الْأَرْضُ فَيَكْفِيهِ أَنْ يَقُولَ: لَا يَلْزُمُنِي الْأَرْضُ وَلَا يَلْزُمُهُ التَّعَرُّضُ لِلتَّمْرِيقِ، وَكَذَا إِذَا ادَّعَى مِلْكَاً أَوْ دِينَناً فَيَكْفِيهِ أَنْ يَقُولَ: لَا يَلْزُمُنِي التَّسْلِيمُ، فَإِنْ كَانَ الْمَلِكُ فِي يَدِهِ بِإِجَارَةٍ أَوْ رَهْنٍ وَخَافَ أَنْ أَقْرَأَ أَنْ يُطَالَبَ بِالْبَيْتَةِ فَقَدْ قِيلَ: الْقَوْلُ قَوْلُهُ لِأَنَّ الْيَدَ تَصَدَّقَتْ فِي الرِّهْنِ وَالْإِجَارَةِ، فَإِنْ قُلْنَا: الْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ فَحِيلَتُهُ أَنْ يُفْضَلَ الْجَوَابُ وَيَقُولَ: إِنْ ادَّعَيْتَ مِلْكَاً مُطْلَقاً فَلَا يَلْزُمُنِي التَّسْلِيمُ، وَإِنْ ادَّعَيْتَ مَرْهُوناً عِنْدِي فَحَتَّى أُجِيبَ، وَقِيلَ: هَذَا لَا يُسْمَعُ مُرَدِّدًا وَلَكِنْ حِيلَتُهُ أَنْ يُنْكَرَ مِلْكَهُ إِنْ أَنْكَرَ هُوَ دَيْنَهُ وَيَلْتَمِسَ إِلَى الظَّفَرِ بِغَيْرِ جِنْسٍ حَقِّهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا ادَّعَى مَالاً، وَأَسْنَدَهُ إِلَى جِهَةٍ؛ بَأَن قَالَ: أَقْرَضْتُ مِنْكَ كَذَا، وَطَالَبَهُ بِدَلِيلِهِ، أَوْ قَالَ: غَصَبْتُ عِنْدِي، وَتَلَفَ عِنْدَكَ، فَعَلَيْكَ [كَذَا، ضَمَاناً]<sup>(١)</sup>. أَوْ قَالَ: مَرَّضْتُ ثَوْبِي، فَعَلَيْكَ كَذَا أَرْضاً، أَوْ اشْتَرَيْتَ مِنْكَ كَذَا، وَأَقْبَضْتُكَ ثَمَنَهُ، فَعَلَيْكَ تَسْلِيمُهُ، أَوْ اشْتَرَيْتَ مِنِّْي كَذَا، فَعَلَيْكَ ثَمَنُهُ، وَطَالَبَهُ بِالْمُدَّعَى، فَلَيْسَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَنْ يَتَّعَرَّضَ فِي الْجَوَابِ لِتِلْكَ الْجِهَةِ، بَلْ يَكْفِيهِ أَنْ يَقُولَ: لَا يَسْتَحِقُّ عَلَيَّ شَيْئاً، وَلَا يَلْزُمُنِي تَسْلِيمُ شَيْءٍ إِلَيْكَ، وَكَذَا يَكْفِيهِ فِي جَوَابِ طَالِبِ الشُّفْعَةِ: لَا شُفْعَةَ لَكَ عِنْدِي، أَوْ لَا يَلْزُمُنِي تَسْلِيمُ هَذَا الشُّفْعِصِ إِلَيْكَ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمُدَّعِيَّ قَدْ يَكُونُ صَادِقاً فِي الْإِقْرَاضِ، وَالغَضَبِ، وَالشَّرَاءِ، وَالْبَيْعِ. وَتَعَرَّضَ مَا يُسْقِطُ الْحَقَّ مِنْ أَدَاءٍ، أَوْ إِبْرَاءٍ، أَوْ هِبَةٍ، فَلَوْ نَفَى الْإِقْرَاضَ، وَمَا فِي مَعْنَاهُ، كَانَ كَاذِباً. وَلَوْ اعْتَرَفَ، طُولِبَ بِإِقَامَةِ الْبَيْتَةِ عَلَى مَا يَزْعُمُ عَرُوضَهُ، فَقَدْ لَا يَسَاعِدُهُ، فَاقْتَضَتْ الْحَاجَةُ قَبُولَ الْجَوَابِ الْمُطْلَقِ<sup>(٢)</sup>.

(١) سقط في: أ.

(٢) ما جزم به من الاكتفاء بالجواز المطلق قد أشار إلى خلاف فيه في الباب الرابع من كتاب الرهن فيما إذا ادعى المرتهن الأرض أن ما بها من شجر رهن مع الأرض، فأنكر الراهن وجود الشجر حالة الرهن كفى.

وعلى هذا، إذا قالت المرأة: طَلَّقْتَنِي. فقال: أَنْتِ زَوَّجْتَنِي. كَفَاهُ هَذَا الْجَوَابُ. وإذا اقْتَصَرَ المدعى عليه على الجواب المطلق؛ فَأَفْضَى الأمر إلى الحَلْفِ، حلف على ما أوجب، ولم يُكَلِّف التَّعَرُّضَ في نَفْيِ الجِهَةِ المُدَّعَاةِ. ولو حَلَفَ على نَفْيِ الجِهَةِ المُدَّعَاةِ بعد الجواب المطلق؛ جاز. قاله في «التهديب».

ولو تَعَرَّضَ في الجواب للجِهَةِ المُدَّعَاةِ، فقال: ما بعث، أو ما أَقْبَضْتَنِي، أو ما مَرَّقْت. فالجواب صَحِيحٌ أيضاً، ثم إن حَلَفَ على وَفْقِ الجواب، فذاك، وإن أَرَادَ أن يَفْتَصِرَ في الحَلْفِ، على أنه لا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ، فيمكن، كما لو أجاب في الابتداء كذلك، أو لا يمكن، لِتَطَابُقِ الِیْمِینِ الإِنْكَارِ؟ فيه وجهان المذكوران في مَسْأَلَةِ اخْتِلَافِ المُتَبَايَعِیْنِ في قَدَمِ العَیْبِ وَحُدُوثِهِ في مواضع سواها.

والأظهرُ الثاني، ويُحَكِّى عن نَصِهِ - رضي الله عنه - وعن أبي حَنِيفَةَ أيضاً، وعلى قِیَاسِ البَابِ، لو كان في يَدِهِ مَرْهُونٌ، أو مُسْتَأْجِرٌ، وأدَعَاهُ مَالِكُهُ، فيكفيه في الجَوَابِ أن يقول: لا يَلْزَمُنِي تَسْلِيمُهُ، ولا يجب التَّعَرُّضُ لِلْمِلْكِ، فإن أقام المُدَّعِي بَيِّنَةً على المِلْكِ، نُقِلَ في «الوسيط» عن القاضي: أنه يجب عليه تَسْلِيمُهُ، واغْتَرَضَ عليه، بأنه قد يصدق في الشهود، ولا يجب التَّسْلِيمُ، لإِجَارَةٍ، أو رَهْنٍ، ولو أنه اعترف بالمِلْكِ، وادعى رَهْنًا، أو إِجَارَةً، وَكَذَبَهُ المُدَّعِي، فمن المُصَدِّقِ مِنْهُمَا؟<sup>(١)</sup>

فيه وجهان، وهما اللذان سَبَقَ ذَكَرَهُمَا في الرَهْنِ، في باب الاختلاف، فإن صُدِّقَ صَاحِبُ البِدِ، فذاك، وإن صُدِّقَ المَالِكُ، وهو المذهب، فَمُدَّعِي الرَهْنِ، والإِجَارَةِ، يحتاج إلى البَيِّنَةِ<sup>(٢)</sup>، فإن كانت لا تُسَاعِدُهُ البَيِّنَةُ، وخاف على جُحُودِ الرَاهِنِ، لو اعترف

(١) في ز: فيهما.

(٢) قال في الخادم: نازعه في المطلب لأن الاختلاف المذكور في الرهن كما ذكره هو وغيره فيما إذا توافق المالك والمرتهن على صدور الرهن واختلفا في أن الإذن في القبض هل وجد أم لا، وكانت العين في يد المرتهن وبين هذه الصورة، وما نحن فيه فرق ظاهر يعرفه من وقف على المسألة هناك، ولذلك جزم الإمام في باب الامتناع عن اليمين تبعاً للقاضي والفوراني أنه لو أقر بالملك بالراهن وادعى الرهن لا يصدق، وحكى الخلاف في مسألة الرهن في كتاب الرهن.

قال صاحب الخادم: وهو كما قال والواقع في الرافي هنا وهم ولا يعرف في المذهب خلاف في تصديق المالك في نفي الرهن أو الإجارة، وإنما الوجهان السابقان فيما إذا اتفقا على الرهن واختلفا في القبض ويقع في بعض النسخ في باب اختلاف المتبايعين وما ذكره في الخادم أصله كلام شيخه البلقيني فإنه قال: هذا وهم فلا يعرف في المذهب خلاف في أن المصدق المالك في نفي الرهن والإجارة. إلى آخر ما ذكره.



له [بالمَلِكِ] <sup>(١)</sup>، فما جِيلَتُهُ؟

فيه وجهان - عن القَقَالِ: أن جِيلَتُهُ، أن يُفصل الجواب؛ فيقول: إن ادعيت مِلْكَ مُطلقاً، فلا يَلْزُمُنِي التسليم، وإن ادعيت مَرْهُوناً عندي، فحتى أجيِب.

وعن القاضي الحُسَيْنِ: أن الجواب، لا يُسْمَعُ مع التَّرَدُّدِ. ولكن جِيلَتُهُ، أن يَجْحَدَ مِلْكَهُ، إن جحد صَاحِبُهُ الدَّيْنَ، والرَّهْنُ، وعلى عكسه، لو ادَّعى المرتهنُ الدَّيْنَ، وخاف الرَّاهِنُ جُحُودَ الرَّهْنِ، لو اعترف بالدَّيْنِ، فعلى الوجه الأول، يُفْصَلُ فيقول: إن ادَّعَيْتَ أَلْفاً لي عندك به كذا رَهْنًا؟ فحتى أجيِب، وإن ادَّعَيْتَ أَلْفاً مُطلقاً فلا يَلْزُمُنِي.

وعلى الثاني: صارت العَيْنُ مَضْمُونَةً عليه بالجُحُودِ، فلمن عليه الدَّيْنُ أن يَجْحَدَ، ويجعل هذا بذاك، وَيُشْتَرَطُ التَّسَاوِي.

وَنظْمُ الكتابِ يَفْتَضِي تَرْجِيحَ الوجه الأول، وهو الذي أوردَهُ الفوراني. وذكر أن المَدَّعى عليه يُفْصَلُ الجَوَابَ أبداً، ولا يكون ذلك إقْراراً بشيء، كما إذا ادَّعى عليه أَلْفاً فقال: إن ادَّعَيْتَ عن ثَمَنٍ كذا، فحتى أجيِب. وإن ادَّعَيْتَ عن جِهَةٍ أُخرى، فلا يَلْزُمُنِي. هذا ما بَلَّغَنِي في هذا المَوْضِعِ، ووراءه كَلَامَانِ:

أحدهما: أنا إذا سَمِعْنَا الجَوَابَ المُرَدَّدَ، كما ذكره الفوراني، لَزِمْنَا أن يَقْتَعِ منه بذلك، ويحوج المَدَّعى إلى تعيين <sup>(٢)</sup> أحد القسمين، وحينئذ فإما <sup>(٣)</sup> أن يُحَوِّجَهُ إلى بَيِّنَةٍ، وينص على تلك الجِهَةِ، أو يُكْتَفَى بِبَيِّنَةٍ مُطلقة، [إن اكتفينا بِبَيِّنَةٍ مُطلقة] <sup>(٤)</sup> لم ينتفع المَدَّعى عليه بالتَّفْصِيلِ، وإحواج المدعى إلى تَعْيِينِ أَحَدِ القسمين إن أَحَوِّجْنَا إلى بَيِّنَةٍ معينة، تَضَرَّرَ المدعى به، لأنه قد ساعده <sup>(٥)</sup> البَيِّنَةُ على إقْرارِ الخُضْمِ بِألف مُطلق، ولا يساعده على الجِهَةِ، وقد يَجِدُ شُهُوداً، يَعْرِفُونَ أنه كان [له] <sup>(٦)</sup> عليه أَلْفَانِ بِجِهَتَيْنِ، وَعَرَفُوا أنه أَدَّى أَلْفاً عن إِحْدَاهُمَا، ولم يعرفوها بِعَيْنِهَا، فيمكنهم أن يَشْهَدُوا بِألف <sup>(٧)</sup>، ولا يمكنهم تَعْيِينِ الجِهَةِ، وكما أَكْتَفَيْنَا بالجواب المُطلق من المدعى عليه، كيلا يَلْزُمَهُ ما ليس بِإِلْزَمٍ، ولو عين [الجِهَةَ] <sup>(٨)</sup> وعجز عن البَيِّنَةِ الدَّافِعَةِ، وجب أن يكتفي بإطلاق المدعى [من جهة المدعى] <sup>(٩)</sup> ولا يُحَوِّجُهُ إلى تَعْيِينِ الجِهَةِ، كيلا يُفَوِّتَ عليه ما هو فَائِثٌ للعجز عن البَيِّنَةِ المعينة.

(١) سقط في: أ.

(٢) في ز: تغيير.

(٣) في ز: قلما.

(٤) في أ: قد لا تساعده.

(٥) في ز: بألف.

(٦) سقط في: أ.

(٧) سقط في: ز.

**والثاني:** أن الوجه الثاني على ما أشار إليه في الكتاب، مأخوذ من مسألة الظفر بغير الجنس، وحيث أن الحُجُودَ بناءً على جعل شيء، في مُقَابِلِهِ شيء، كأنه مُصَوَّرٌ، فيما إذا عرف المرتهن في الصورة الأولى جُحُودَ الرَّاهِنِ الرَّهْنِ، والدين، قيل: إن ادعى الرَّاهِنُ عليه أن له في يده كذا، وَعَرَفَ الرَّاهِنُ في الصورة الثانية، جُحُودَ المرتهن كَوْنُ العَبْدِ في يده قبل أن يَدْعِيَ العَبْدُ عليه، فأما إذا لم يَعْرِفِ الحُجُودَ من قبل، فربما لا يَجْحَدُ صَاحِبُهُ، لو أقر فكيف يَجُوزُ له الإِنْكَارُ بِالْوَهْمِ؟ وكيف نعرف شيئاً بشيء ولم نعرف جُحُودَ الخُصْمِ، وتعذر حصول<sup>(١)</sup> الحق منه.

فرع:

أَدَعَتْ عَلَى رَجُلٍ أَلْفًا صَدَاقًا، يَكْفِيهِ أَنْ يَقُولَ فِي الْجَوَابِ: لَا يَلْزَمُنِي تَسْلِيمُ شَيْءٍ إِلَيْهَا، قِيلَ لِلْقَائِلِ: هَلْ لِلْقَاضِي أَنْ يَقُولَ: هَلْ هِيَ زَوْجَتُكَ؟ فَقَالَ: مَا لِلْقَاضِي وَلِهَذَا السُّؤَالِ. لَكِنْ لَوْ سَأَلَ فَقَالَ: نَعَمْ. قَضَى عَلَيْهِ بِمَهْرِ الْمِثْلِ، إِلَّا أَنْ يَقِيمَ الْبَيْتَةَ، أَنَّهُ نَكَحَهَا بِكَذَا. وَلَا يَلْزَمُهُ أَكْثَرُ مِنْهُ<sup>(٢)</sup>.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: الثَّلَاثَةُ: إِذَا أَدَعَى عَلَيْهِ مَلَكًا فَقَالَ: لَيْسَ لِي إِتْمَا هُوَ وَقَفَّ عَلَى الْفُقَرَاءِ أَوْ عَلَى وَلَدِي أَوْ هُوَ مَلِكٌ طِفْلِي أَنْصَرَفَتِ الْخُصُومَةُ عَنْهُ وَلَا يُمَكِّنُ تَخْلِيفُ الطِّفْلِ وَلَا وَلِيَهُ وَلَا يُنْجِي إِلَّا الْبَيْتَةَ، وَإِنْ قَالَ: لَيْسَ لِي أَوْ هُوَ لِمَنْ لَا أَسْمِيهِ لَمْ يَنْصَرِفْ عَنْهُ الْخُصُومَةُ، وَقِيلَ: يَأْخُذُهُ الْقَاضِي إِلَى أَنْ يَقِيمَ حُجَّةً لِمَالِكٍ، وَلَوْ قَالَ: هُوَ لِفُلَانٍ فَيُخْضَرُ فَإِنْ صَدَقَهُ أَنْصَرَفَتِ الْخُصُومَةُ عَنْهُ وَلَوْ كَذَبَهُ فَالصَّحِيحُ أَنَّ الْقَاضِيَّ يَأْخُذُهُ لِيَتَبَيَّنَ مُسْتَحَقَّهُ، وَقِيلَ: يُسَلَّمُ إِلَى الْمُدْعِي إِذْ لَا مَنَازِعَ لَهُ، وَقِيلَ: يَتْرُكُ فِي يَدِهِ إِلَى قِيَامِ حُجَّةٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا أَدَعَى عَقَارًا، أَوْ مَنَقُولًا عَلَى إِنْسَانٍ؛ فَقَالَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ: إِنَّهُ لَيْسَ لِي، فَيَنْظُرُ؛ أَيَقْتَصِرُ<sup>(٣)</sup>؟ أَوْ يَضِيفُهُ إِلَى مَجْهُولٍ؟ أَوْ يَضِيفُهُ إِلَى مَعْلُومٍ؟

الحالة الأولى والثانية أن يقتصر عليه، أو أضافه إلى مجهول، فإن قال: هو لرجل لا أعرفه، أو لا أسميه، ففي انصراف الخصومة عنه، وانتزاع المال من يده، وجهان عن ابن سريج:

(١) في ز: تحصيل.

(٢) قال في الخادم: إذا قالت المرأة للقاضي سله، فهل عليه السؤال وعلى الزوج الجواب، قال في البسيط في الاختلاف في الصداق نقل في هذا خلاف، وهو بعيد لا وجه له، وكلامه يقتضي القطع بأنه لا يجب ذلك.

(٣) في ز: أيقض.

أحدهما: **يَنْصَرِفُ**؛ لأنه **تَبَرُّأ** من المُدْعَى، وينتزع الحاكم المَالَ من يَدِهِ. فإن أقام المُدْعَى بَيِّنَةً على الاستِحْقَاقِ فذاك، وإلا حفظه إلى أن يظهر مالكة.

وأصحهما: أنها لا **تَنْصَرِفُ**، ولا يُتَنَزَعُ المَالَ من يده؛ لأن الظاهر أن ما في يده **مِلْكُهُ**، وما **صَدَرَ** عنه ليس **بِمُرْبِلٍ**، ولم يظهر لغيره استِحْقَاقاً، وعلى هذا؛ فإن أقرَّ بعد ذلك **لِمُعَيَّنٍ قَبْلَ**، وانصرفت **الْحُصُومَةُ** إلى ذلك **المُعَيَّنِ**، وإلا فيقيم <sup>(١)</sup> المدعي **البَيِّنَةَ** عليه، أو يحلفه، وهل يمكن من أن يعود فيه لنفسه؟ ذكروا فيه وجهين <sup>(٢)</sup>.

وفي المسألة **وَجَهٌ** ثالث، وهو أنه **يُسَلَّمُ** المَالَ إلى المُدْعَى؛ لأنه لا **مُزَاجِمَ** له في **دَعْوَاهُ**.

ولو قال في الجواب: **نِصْفُهُ** لي، والنصف الآخر لا أدري لمن هو؟ ففي النصف الآخر الوجوه الثلاثة.

**الحالة الثالثة: إذا أَصَافَهُ** إلى مَعْلُومٍ، فالمُضَافُ إليه **ضَرْبَانِ**:

أحدهما: من **يَمْتَنِعُ** **مُخَاصَمَتَهُ** وتحليفه؛ كما إذا قال: هو **وَقَفَ** على **الْفُقَرَاءِ**، أو على **مَسْجِدِ كَذَا**، أو على **ابني الطُّفْلِ**، أو هو **مِلْكٌ** له، فالجواب في الكتاب: أن **الْحُصُومَةَ** **تَنْصَرِفُ** عنه، ولا **سَبِيلٌ** إلى **تَحْلِيْفِ** **الْوَالِي**، ولا **طِفْلِهِ**، ولا **يَغْنِي** إلا **البَيِّنَةَ**.

وكذلك ذكر الشيخ أبو الفرج، وقال: إذا قضى **القَاضِي** له **بالبَيِّنَةِ**، كتب صورة **الحال** في **السَّجَلِ**، ليكون **الطُّفْلُ** على **حُجَّتِهِ** إذا بلغ.

وقال في «التهديب»: لو قال في الجواب: إنه لابني **الطُّفْلِ**، أو **وَقَفَ** عليه، فلا **تَسْقُطُ** **الدَّعْوَى** بهذا، فإن أقام **بَيِّنَةً** أخذها، وإلا **حَلَفَ** **المُدْعَى** عليه؛ أنه لا **يَلْزَمُهُ** **تَسْلِيمُهَا** إليه، إذا كان هو **قِيَمُ** **الطُّفْلِ** <sup>(٣)</sup>.

**والضرب الثاني: مَنْ** لا **يَمْتَنِعُ** **مُخَاصَمَتَهُ**، و**تَحْلِيْفُهُ**، كما إذا أَصَافَ إلى شخص **مُعَيَّنٍ**، فهو إما **حَاضِرٌ** في **البلد**، أو **غَائِبٌ** عنه.

**القسم الأول: الحَاضِرُ** في **البلد** **فَيَرَا جَعُ**، فإن صدق المدعي عليه، انصرفت **الْحُصُومَةُ** عنه إلى **المُقَرَّرِ** له، وإن كذبه، ففيه ثلاثة أوجه على ما سبق **ذِكْرُهَا** في الإقرار.

ففي وجه: **يُتْرَكُ** في يد **المُدْعَى** عليه، وفي وجه - ينتزع <sup>(٤)</sup> **ويُحْفَظُ**، إلى أن يظهر

(١) في ز: فيضم. (٢) لم يرجح المصنف منهما شيئاً.

قال في الخادم: قال في الانتصار إنه تقبل منه دعواه لنفسه على أصح الوجهين.

(٣) قال النووي: اختار في «المحرر» قول البغوي.

(٤) في أ: ينتزع.

مَالِكُهُ، وَيُخَكِّي هَذَا عَنْ ابْنِ سُرَيْجٍ.

وفي وجه: يُسَلِّمُ للمدعى، لأنه لا مُتَارَعَ له، وَيُخَكِّي هَذَا عَنْ أَبِي إِسْحَاقَ. وفي «الشامل» وجه: أنه يقال للمدعى [عليه]<sup>(١)</sup>. من أقررت له كذبتك؛ فإما أن تَدْعِيَهُ لنفسك، فتكون الخَصْمَ، أو لمن يصدقك، فيكون هو الخَصْمَ. فإن امتنعت، جَعَلْنَاكَ نَاكِلاً، وحلفنا المُدْعِي.

وأما لفظ الكتاب، فقوله: «انصرفت الخصومة عنه».

وقوله: «ولا وليه»، يمكن إغلامها بالواو، لما نُقِلَتْهُ عَنْ «التهذيب».

وقوله: «وهو لفلان فيحضر»<sup>(٢)</sup> أي: في البلد.

وقوله: «ولو كذبه، فالصحيح «إلى آخره».

الوجه الأول: وهو أن القاضي يأخذه؛ لِيَتَبَيَّنَ مُسْتَحِقَّهُ.

والثالث: وهو أن يُتْرَكَ في يَدِهِ، قد ذكرهما في باب الإقْرَارِ، وإذا كذب المقر، ولم يُرْجَحْ وَاحِدٌ منهما هناك، وها هنا رُجِحَ وَجْهُ الانْتِزَاعِ والحفظ، وكذلك فعل صاحب «التهذيب» و«التتمة»، والأَكْثَرُونَ على ترجيح التَّرْكِ في يَدِ الْمُقَرِّ على ما بَيَّنَّا هناك.

قَالَ الْعَرَّالِيُّ: وَلَوْ أَضَافَ إِلَى غَائِبٍ فِيهِ أَنْصِرَافِ الْخُصُومَةِ عَنْهُ وَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَنْصَرِفُ يَغْرَضُ عَلَيْهِ الْيَمِينُ حَتَّى يَسْتَفِيدَ الْمُدْعِي بِتُكْوِيلِهِ الْيَمِينِ وَأَنْتِزَاعِ الشَّيْءِ مِنْ يَدِهِ أَوْ يَقِيمَ الْبَيِّنَةَ وَيَأْخُذَ ثَمَّتَهُ، ثُمَّ الْغَائِبُ إِنْ رَجَعَ كَانَ هُوَ صَاحِبَ الْيَدِ فَيَسْتَأْنِفُ الْخُصُومَةَ، وَإِنْ قُلْنَا: يَنْصَرِفُ عَنْهُ فَلَوْ كَانَ لِلْمُدْعِي بَيِّنَةٌ فَهُوَ قَضَاءٌ عَلَى الْغَائِبِ فَيَحْتَاجُ إِلَى يَمِينٍ مَعَهُ، فَلَوْ كَانَ لِصَاحِبِ الْيَدِ بَيِّنَةٌ عَلَى أَنَّهُ لِلْغَائِبِ سَمِعَتْ إِنْ أَثْبَتَ وَكَالَتْ نَفْسِهِ وَقُدِّمَتْ عَلَى بَيِّنَةِ الْمُدْعِي، فَإِنْ لَمْ يَثْبِتِ الْوَكَالََةَ فَهَلْ يَسْمَعُ إِنْ قُلْنَا إِنَّ لِلْمُدْعِي تَخْلِيفَهُ رَجَاءً أَنْ يُقَرَّ لَهُ فَيَغْرَمَ بِالْحَيْلُولَةِ فَلَهُ غَرَضٌ فِي إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ لِيَنْصَرِفَ هَذِهِ الْيَمِينُ عَنْ نَفْسِهِ فَبِيهِ وَجْهَانِ، أَظْهَرُهُمَا أَنَّهُ لَا يَسْمَعُ إِذْ لَيْسَ بِمَالِكٍ وَلَا وَكِيلٍ، فَإِنْ أَدْعَى لِنَفْسِهِ حَلْقَةَ رَهْنٍ أَوْ إِجَارَةَ فَوْجْهَانِ وَأَوْلَى بِأَنْ يَسْمَعَ، فَإِنْ سَمِعَتْ لِصَرَفِ الْيَمِينِ عَنْهُ فَبَيِّنَةُ الْمُدْعِي فِي الْحَالِ مُقَدَّمَةٌ، فَإِنْ رَجَعَ الْغَائِبُ وَأَعَادَ الْبَيِّنَةَ قُدِّمَتْ بَيِّنَتُهُ، وَإِنْ سَمِعْنَا لِعَلْقَةِ الْإِجَارَةِ وَالرَّهْنِ فَأَيُّ الْبَيِّنَتَيْنِ يُقَدَّمُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْقِسْمُ الثَّانِي - الْغَائِبُ:

(٢) في ز: وهو حاضر فحضر.

(١) سقط في: ز.

فإذا أضاف المدعى إلى غائب، ففي انصراف الخصومة عنه فيه وجهان: المذكور في «التهذيب»، و«الرقم»، وظاهر لفظ «المختصر»: لا ينصرف؛ لأن المالك في يده، والظاهر أنه له، فلا يمكن من صرف الخصومة عن نفسه [بالإضافة]<sup>(١)</sup> إلى غائب، قد يرجع، وقد لا يرجع [ويخالف]<sup>(٢)</sup> ما إذا أضاف إلى صبي أو مجنون، فإن هناك يمكن مخاصمة وليه.

وأظهرهما، وهو جواب أكثرهم: أنها تنصرف؛ لأن المال بظاهر الإقرار لغيره.

ألا ترى أن الغائب إذا عاد وصدقته، أخذه، وإذا كان لغيره، وجب أن تكون الخصومة معه، ثم عن أبي عاصم العبادي: أن الوجهين فيما إذا قال: إنه لفلان، وهو في يدي بإجارة، أو إعارة، أو ودیعة، أو غيرها، فأما إذا اقتصر على أنه ليس لي، وإنما هو لفلان، ولم تذكر ليد جهته، لم تنصرف الخصومة عنه بحال، والجمهور لم يفرقوا بين الحالتين.

التفريع: إن قلنا: لا تنصرف الخصومة عنه، نظر: إن لم يكن للمدعي بيته، فله تخليف المدعى عليه، على أنه لا يلزمه تسليمه إليه، فإن نكل، حلف المدعى، وأخذ المال من يده، ثم إذا عاد الغائب، وصدق المقر، فيرد المال عليه بلا حجة؛ لأن اليد له بإقرار<sup>(٣)</sup> صاحب اليد، والمدعى يستأنف الخصومة معه، وإن أقام المدعي بيته على الحاضر، أخذ المال أيضاً، ثم هو قضاء على الحاضر، الذي تجري الخصومة معه، أو على الغائب؛ لأن المال له بموجب الإقرار؟

فيه وجهان نقلهما صاحب «التهذيب» وغيره، المستمر<sup>(٤)</sup> منهما على الوجه الذي عليه، يفرغ أنه قضاء على الحاضر، حتى لا يحتاج المدعى مع البيته إلى اليمين، ويكتب القاضي في السجل، أنه قضى له بالبيته، بعدما أقر المدعى عليه، أنه لفلان الغائب؛ ليكون الغائب على حجته فإذا عاد، وأقام البيته فيقضي<sup>(٥)</sup> له لترجح جانبه باليد، وإن لم يقم، أقر المال في يد المدعي، فإن التمس من القاضي، أن يزيد<sup>(٦)</sup> في التسجيل، أن الغائب قد قدم، ولم يأت بيته، أجابه إليه.

وإن قلنا: تنصرف الخصومة عنه، فإن لم يكن للمدعي بيته، فيوقف الأمر إلى أن يحضر الغائب. وإن كانت له بيته، فيقضي له بالمال. وهذا قضاء على الغائب، أو على الحاضر الذي تجري الخصومة معه.

(٢) سقط في: ز.

(٤) في ز: المسمى منها.

(٦) في ز: يؤيد.

(١) سقط في: أ.

(٣) في أ: فأقرار.

(٥) في ز: فيقتضي.

ذكر العراقيون وغيرهم فيه وجهين:

أحدهما: أنه قضاة على الغائب، فيحتاج معه إلى اليمين.

وثانيهما: أنه قضاة على الحاضر، فلا حاجة إلى اليمين، وبه قال أبو إسحاق، ورَجَّحَ العراقيون والروائي هذا الوجه، لكن الأول أقوى، وألْتَقَى بالوجه المُفْرَع عليه، وهو المَذْكُورُ في الكتاب؛ واختيَارُ الإمام وهذا كله، فيما إذا لم يُقَمِّ المُدْعَى [عليه]<sup>(١)</sup> بَيِّنَةٌ، على أن المَالِ لِلْغَائِبِ، [فإن أقام عليه بَيِّنَةٌ، نظر: إن ادَّعى أنه وَكَيْلٌ من جِهَةِ الغائب، وَأَثَبَتِ الْوَكَالَهَ، فَبَيَّنَتْهُ على أن المَالِ لِلْغَائِبِ]<sup>(٢)</sup> مَسْمُوعَةٌ، وهي حُجَّةٌ على بَيِّنَةِ المدعى. وإن لم يثبت الْوَكَالَهَ، فقد<sup>(٣)</sup> حَكَى الإمامُ في سَمَاعِ بَيِّنَتِهِ ثلاثة أوجه:

أحدها: وبه قال الشيخ أبو محمد: أنها لا تُسْمَعُ؛ لأنه ليس بِمَالِكٍ، ولا نَائِبٍ عنه، وإِقَامَةُ البيئَةِ فُضُولٌ منه. فعلى هذا الحُكْمُ، كما لو لم يُقَمِّ بَيِّنَةً.

والثاني: أنها مَسْمُوعَةٌ لدفع التُّهْمَةِ عنه بالاحتياط<sup>(٤)</sup> في الإِضَافَةِ إلى الغائب.

والثالث: إن اقتصرت البيئَةُ على أنه لفلان الغَائِبِ، لم تُسْمَعُ، وإن تَعَرَّضَتْ مع ذلك لكونه في يَدِ المُدْعَى عليه، بعارية، أو غيرها، من الجِهَاتِ، سُمِعَتْ.

وهكذا نقل الوجوه صاحب الكتاب في «الوسيط»، وبنى ها هنا سماع البيئَةِ على أن المُدْعَى، هل يحلفه؟

إذا قلنا: بانصراف الخُصُومَةِ عنه، لِيُعْرَمَهُ الْقِيَمَةُ، إن أَقَرَّ له، على ما سنذكره إثر هذا الفُضْلِ وفيه خلاف. إن قلنا: لا نُعْرَمُهُ، فلا يحلفه، ولا تُسْمَعُ البيئَةُ، وإن حكمتنا بالتَّغْرِيمِ، والتحلّيف، ففي سَمَاعِ البيئَةِ وجهان:

أظهرهما: على ما ذكره: المنع؛ لأنه ليس بِمَالِكٍ، ولا وَكَيْلٍ.

ووجه الثاني: أنه يستفيد بالبيئَةِ صَرَفَ اليمين عن نَفْسِهِ.

قال الإمام وصاحب الكتاب: وإذا قلنا: لا تُسْمَعُ البيئَةُ الْمُقَامَةُ على أن المَالِ لفلان، فلو ادَّعى لِنَفْسِهِ فيه حَقًّا لَازِمًا، كَرَهْنٍ، وَإِجَارَةٍ، وتعرضت البيئَةُ لذلك أيضًا، ففي السَمَاعِ وجهان؛ لِتَعَلُّقِ حَقِّهِ به.

وإذا سمعنا [بيئته]<sup>(٥)</sup> تصرف اليمين عنه، فنحكم للمُدْعَى بِبَيِّنَتِهِ.

(٢) سقط في: أ.

(٤) في ز: بالإحبال.

(١) سقط في: أ.

(٣) في ز: ففي.

(٥) سقط في: ز.

فإن رجع الغائب، وأعاد البيّنة، قُدِّمَتْ بَيِّنَتُهُ. وإذا سمعناها لِعُلْقَةِ الرَّهْنِ، والإجارة، فَتَقَدَّمَ هَذِهِ الْبَيِّنَةُ، أو بيّنة المدعى؟

فيه وجهان: قال في الوسيط. أظهرهما: تقديم بيّنة المدعى، وتَصِيرُ فَائِدَةُ بَيِّنَتِهِ صَرْفَ الْيَمِينِ عَنْهُ. هذا ما ذكرناه، والذي فَهَمْتُهُ مِنْ كَلَامِ الْأَصْحَابِ، وَبِنَبْغِي أَنْ يَفْتِيَ<sup>(١)</sup> بموجبه؛ أن المدعى، وقد أَضَافَ المدعى عليه المَالَ إلى الغائب، خصومة معه، وأخرى مع الغائب.

فإذا أقام البيّنة انصرفت الخصومة عنه، لا محالة، ولا يجيء فيه الوجهان المذكوران، فيما إذا اقتصر على الإفراز للغائب، فَتُسْمَعُ الْبَيِّنَةُ الَّتِي يَضُمُّهَا فِي حَقِّهِ، ليصرف الخصومة عنه، لدفع التُّهْمَةِ [عنه]<sup>(٢)</sup> أيضاً، ولدفع اليمين أيضاً.

إذا قلنا: إن المُدْعِيَّ يَتَمَكَّنُ مِنْ تَحْلِيفِهِ، وَبِنَا<sup>(٣)</sup> على انصراف الخصومة عنه، أن المدعى لو أقام البيّنة، والحالة هذه، فَلَا بُدَّ لَهُ مِنَ الْيَمِينِ، والقضاء قضاءً على الغائب وجهاً واحداً.

وأما بالإضافة إلى الغائب، فهي غير مسموعة، حتى لا يُحْكَمَ للغائب بِالْمَلِكِ، بِالْبَيِّنَةِ الَّتِي يَضُمُّهَا الْحَاضِرُ، على أنه للغائب. فإن تعرّض الشهود مع ذلك لِكَوْنِهِ فِي رَهْنِ الْحَاضِرِ، أو إِجَارَتِهِ، فيه وجهان عن أبي إسحاق: أن من الأصحاب من قال: تُسْمَعُ هَذِهِ الْبَيِّنَةُ لِلْغَائِبِ أَيْضاً؛ لأن الحاضر يدعي لنفسه حقاً، ويقيم البيّنة عليه، فَلَا بُدَّ مِنْ إِثْبَاتِهِ، وَلَا يَثْبُتُ حَقُّهُ إِلَّا بِثُبُوتِ مَلِكِ الْغَائِبِ.

وعلى هذا فترجح بيّنة على بيّنة المدعى، لتقويمها باليد.

والثاني: أنه لا يتمكّن من إثبات المليك للغائب مقصوداً ولا يتمكّن منه في ضمن إثبات الحق لنفسه. وعلى هذا فالعملُ ببيّنة المدعى. والناقلون رجّحوا الوجه الثاني، ولا بأس بالأول، ويتوجّب. وقوله في الكتاب: «وإن قلنا ينصرف عنه» يجوز أن يعلم لفظ الانصراف بالحاء؛ لأنه يحكى عن أبي حنيفة أنها لا تنصرف.

وقوله: «فهو قضاء على الغائب». وقوله: «فيحتاج إلى يمين معه» معلّمان بالواو لما بيّناه. والله أعلم.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: وَحَيْثُ تَنَصَّرَفَ الْخُصُومَةُ عَنْهُ فَلِلْمُدْعِي تَحْلِيفُهُ بِنَاءً عَلَى الْأَصَحِّ فَإِنَّهُ لَوْ أَقَرَّ الثَّانِي عَرِمَ لَهُ الْقِيَمَةُ.

(٢) سقط في: أ.

(١) في ز: يغني.

(٣) في ز: وسواء.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِنْ حَكَمْنَا بِانْصِرَافِ الْخُصُومَةِ عَنِ الْمُدْعَى عَلَيْهِ، إِمَّا بِإِقْرَارِهِ لِحَاضِرٍ، أَوْ بِإِقْرَارِهِ لِغَائِبٍ، أَوْ مَجْهُولٍ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، فَهَلْ لِلْمُدْعَى تَحْلِيفُهُ؟ وَفِيهِ قَوْلَانِ مَبْنِيَانِ<sup>(١)</sup> عَلَى أَنَّهُ لَوْ أَقْرَأَ لَهُ بَعْدَمَا أَقْرَأَ لِغَيْرِهِ، هَلْ يُعْرَمُ الْقِيَمَةُ؟ وَفِيهِ خِلَافٌ مَشْرُوحٌ فِي مَوْضِعِهِ. إِنْ قُلْنَا: نَعَمْ، يَحْلِفُ؛ فَلَعَلَّهُ يُقْرَأُ، فَيُعْرَمُ الْقِيَمَةُ.

وَإِنْ قُلْنَا: لَا، فَإِنْ قُلْنَا: التُّكُولُ، وَرَدُّ الِیْمِینِ، كَالِإِقْرَارِ، فَلَا يُحْلَفُ؛ لِأَنَّهُ وَإِنْ أَقْرَأَ، أَوْ تَكَلَّمَ، وَحَلَفَ الْمُدْعَى - لَمْ يَسْتَفِذْ شَيْئًا. وَإِنْ قُلْنَا: كَالْبَيْئَةِ، فَلَهُ التَّحْلِيفُ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَتَكَلَّمُ، فَيَحْلِفُ الْمُدْعَى، وَإِذَا حَلَفَ، أَخَذَ الْقِيَمَةَ، وَكَأَنَّ الْعَيْنَ تَأَلَّفَتْ.

وَفِي مَا عُلِقَ عَنِ الْإِمَامِ وَجْهٌ: أَنَّهُ يَسْتَرِدُّ الْعَيْنَ مِنْ<sup>(٢)</sup> الْمَقْرَأِ، وَفَاءً بِتَنْزِيلِهِ مَنْزِلَةَ الْبَيْئَةِ. وَإِذَا قُلْنَا بِوُجُوبِ الْقِيَمَةِ، وَأَخَذَهَا بِإِقْرَارِ الْمُدْعَى عَلَيْهِ ثَانِيًا، أَوْ بِیْمِینِ الْمُدْعَى بَعْدَ تَكْوِيلِهِ، ثُمَّ سَلِمَتْ لَهُ الْعَيْنُ بِالْبَيْئَةِ، أَوْ بِیْمِینِهِ بَعْدَ تَكْوِيلِ الْمُقْرَأِ لَهُ، فَعَلَيْهِ رَدُّ الْقِيَمَةِ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا أَخَذَ الْقِيَمَةَ، لِلْحَيْلُولَةِ وَقَدْ زَالَتْ.

### فروع:

ادْعَى أَنْ هَذِهِ الدَّارُ وَقَفَّ عَلَيَّ، وَقَالَ مَنْ فِي يَدِهِ: هِيَ مِلْكٌ لِفُلَانٍ، وَصَدَّقَهُ فُلَانٌ، وَانْتَقَلَتِ الْخُصُومَةُ إِلَيْهِ. قَالَ فِي «التَّهْذِيبِ»<sup>(٣)</sup>: لَيْسَ لَهُ طَلَبُ الْقِيَمَةِ مِنَ الْمُقْرَأِ؛ لِأَنَّهُ يَدْعَى الْوَقْفَ، وَلَا يُعْتَاضُ عَنِ الْوَقْفِ، وَكَانَ لَا يَبْعُدُ طَلَبُ الْقِيَمَةِ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ مَضْمُونٌ عِنْدَ الْإِتْلَافِ، وَالْحَيْلُولَةُ فِي الْحَالِ كَالِإِتْلَافِ.

وَلَوْ رَجَعَ الْعَائِبُ، وَكَذَبَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ فِي إِقْرَارِهِ، فَالْحَكْمُ كَمَا ذَكَرْنَا، فِيمَا إِذَا أَضَافَ إِلَى حَاضِرٍ وَكَذَبَهُ. وَلَوْ أَقَامَ الْمُقْرَأُ لَهُ الْحَاضِرَ، أَوْ الْعَائِبَ بَعْدَ رَجُوعِهِ، بِالْبَيْئَةِ عَلَى الْمِلْكِ، لَمْ يَكُنْ لِلْمُدْعَى تَحْلِيفُ الْمَقْرَأِ لِيُعْرَمَهُ. فَإِنَّ الْمِلْكَ اسْتَقَرَّ بِالْبَيْئَةِ، وَخَرَجَ بِالإِقْرَارِ<sup>(٤)</sup> عَنِ أَنْ يَكُونَ لِلْحَيْلُولَةِ.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: الرَّابِعَةُ إِذَا خَرَجَ الْمَبِيعُ مُسْتَحَقًّا فَلَهُ الرُّجُوعُ عَلَى الْبَائِعِ بِالثَّمَنِ، فَإِنْ صَرَّحَ فِي نِزَاعِ الْمُدْعَى بِأَنَّهُ كَانَ مِلْكُ الْبَائِعِ فَبِالرُّجُوعِ وَجْهَانِ أَحْسَنُهُمَا أَنَّهُ يَرْجِعُ، وَلَوْ أَخَذَ جَارِيَةً بِحُجَّةٍ فَأَخْبَلَهَا ثُمَّ كَذَبَ نَفْسَهُ فَالْوَالِدُ حُرٌّ وَالْجَارِيَةُ مُسْتَوْلَدَةٌ وَعَلَيْهِ قِيَمَتُهَا لِلْمَقْرَأِ

(١) في أ: بناء.

(٢) في ز: في.

(٣) هذا الذي نقله عن البغوي قال القاضي الحسين لا خلاف فيه لكنه صور المسألة بما إذا قال المدعي وهي وقف علي ثم قال المدعي عليه هي وقف علي فقال: لا خلاف أنه ليس للمدعي طلب تحليفه لأجل التفرغ لأنه إنما يحلف على ما يدعيه أنه فوت عليه وها هنا قيمة الدار لو أخذها لا تقوم مقام الوقفية قال: لكن له أن يجيء كل شهر ويدعي عليه أجره ذلك.

(٤) في ز: الإقرار.



لَهُ مَعَ الْمَهْرِ، وَيَقِيلُ: إِنَّ الْجَارِيَةَ لِلْمَقْرَرِ لَهُ إِنْ أَقْرَتْ بِصِدْقِهِ فِي الرَّجُوعِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا اشْتَرَى ثَوْبًا، أَوْ عَبْدًا مِنْ إِنْسَانٍ، فَجَاءَ آخَرَ، وَادَّعَى أَنَّهُ لَهُ، نَظَرٌ: إِنْ سَاعَدَهُ الْمُشْتَرِي، وَأَقْرَّ لَهُ بِمَا ادَّعَاهُ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَزِجَعَ بِالثَّمَنِ عَلَى بَائِعِهِ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ لَا يُلْزِمُ الْبَائِعَ عَرَفًا، وَلَا يَنْهَضُ حُجَّةً عَلَيْهِ. وَإِنْ اسْتَحْلَفَ، فَتَكَلَّمَ، وَحَلَفَ الْمُدَّعِي، وَأَخَذَ الْمَالَ، قَالَ الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ: لَيْسَ لَهُ الرَّجُوعُ بِالثَّمَنِ أَيْضًا، وَجَهًا وَاحِدًا، لِتَقْصِيرِهِ بِالتُّكُولِ، وَحَلْفِ الْمُدَّعِي بَعْدَ تَكْوِيلِهِ قَائِمَ مَقَامِ إِقْرَارِهِ.

وَيَجُوزُ أَنْ يَفْرَضَ فِي هَذَا الْخِلَافِ (١) بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ كَالْبَيْتَةِ (٢).

وَإِنْ أَثَبَّتَ الْمُدَّعِي الْاسْتِحْقَاقَ بِالْبَيْتَةِ، وَأَخَذَ الْمَالَ، فَيُنْتَظَرُ: إِنْ لَمْ يُصْرَحْ فِي مُتَارَعَةِ الْمُدَّعِي، بِأَنَّهُ كَانَ مِلْكًا لِبَائِعِي، وَلَا بِأَنَّهُ مِلْكٌ لِي، بِأَنَّ سَكَتَهُ، فَأَقِيمَتِ الْبَيْتَةُ عَلَيْهِ، فَلَهُ الرَّجُوعُ بِالثَّمَنِ لَا مَحَالَةَ، وَإِنْ صَرَّحَ بِذَلِكَ فَوَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: لَا يَرْجِعُ؛ لِأَنَّ الْمُدَّعِي ظَالِمٌ بِاعْتِرَافِهِ، وَالْبَائِعُ غَيْرُ مُقْصِرٍ، فَلَا يَظْلَمُهُ الْمَشْتَرِي، بِأَنَّ ظَلَمَهُ.

وَأُصْحَبُهُمَا: الرَّجُوعُ مَهْمَا قَالَ ذَلِكَ عَلَى رَسْمِ الْخُصُومَةِ، وَاعْتَمَدَتْ (٣) ظَاهِرُ الْيَدِ، ثُمَّ تَبَيَّنَ خِلَافُ ذَلِكَ الظَّاهِرَ بِالْبَيْتَةِ، وَيَجْرِي الْوَجْهَانِ فِيمَا إِذَا قَالَ فِي الْإِبْتِدَاءِ، يَعْنِي هَذَا الْعَبْدَ، فَإِنَّهُ مِلْكُكَ.

ثُمَّ قَامَتِ الْبَيْتَةُ عَلَى الْاسْتِحْقَاقِ وَلَا يَجْرِيَانِ فِيمَا إِذَا كَانَ الْمَوْجُودُ مُجَرَّدَ الشَّرَاءِ [وَإِنْ كَانَ الشَّرَاءُ] (٤) إِقْرَارًا لِلْبَائِعِ بِالْمَلِكِ.

وَقَرُّوا بِأَنَّ ذَلِكَ إِقْرَارٌ، تَضَمَّنَهُ الشَّرَاءُ، فَيَبْطُلُ بِبُطْلَانِ الْمُبَايَعَةِ، وَالْإِقْرَارُ الْمُسْتَقِلُّ بِخِلَافِهِ.

وَمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا فِي الظَّاهِرِ، فَقَالَ: أَنَا حُرٌّ الْأَصْلُ، فَقَدْ [مَرَّ أَنْ] (٥) الْقَوْلُ قَوْلَهُ، وَأَنَّ عَلَى الْمَشْتَرِي إِقَامَةَ الْبَيْتَةِ عَلَى رِقِّهِ، أَوْ عَلَى إِقْرَارِهِ بِالرَّقِّ لَهُ، أَوْ الَّذِي بَاعَهُ (٦) مِنْهُ. فَإِذَا حَلَفَ، حُكِمَ فِي الظَّاهِرِ بِحُرِّيَّتِهِ، ثُمَّ أُطْلِقَ ابْنُ الْحَدَّادِ، أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ الْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ بِالثَّمَنِ.

(١) فِي ز: اخْتِلَافٍ.

(٢) قَالَ النَّوَوِيُّ: هَذَا ضَعِيفٌ أَوْ بَاطِلٌ، لِأَنَّ الْمَذْهَبَ أَنَّهُ إِنَّمَا يَكُونُ كَالْبَيْتَةِ فِي حَقِّ الْمُتَنَازِعِينَ دُونَ غَيْرِهِمَا، وَكَذَا نَقَلَ الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ تَحْرِيرَ الْمَذْهَبِ الْإِتِّفَاقِ عَلَى عَدَمِ الرَّجُوعِ.

(٣) فِي ز: وَاعْتَمَدْتُ.

(٤) سَقَطَ فِي: ز.

(٥) فِي أ: أَبَاعَهُ.

(٦) سَقَطَ فِي: ز.

وَفَصَّلَ أَكْثَرَهُمْ فَقَالُوا: إِنْ لَمْ يُصْرِّحْ فِي مُنَازَعَتَيْهِ، بِأَنَّهُ رَقِيقٌ، فِيرْجِعْ. كَمَا لَوْ أَقَامَ بَيِّنَةً عَلَى الْحُرِّيَّةِ، لِأَنَّهُ لَمْ يَوْجَدْ<sup>(١)</sup> مِنْهُ مَا يَبْطُلُ الرَّجُوعُ، وَإِنْ صَرَّحَ بِذَلِكَ، فَعَلَى الْوَجْهَيْنِ. وَقَطَعَ الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ: بِأَنَّهُ لَا يَرْجِعُ، وَفَرَّقَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْبَيِّنَةِ، لِقُوَّةِ الْبَيِّنَةِ.

فروع:

مَثْنُوَّةٌ عَنِ كَلَامِ الْقَاضِي أَبِي سَعْدِ الْهَرَوِيِّ:

إِذَا أَقَرَّ الْمُشْتَرِي لِلْمُدْعَى بِالْمَلِكِ، ثُمَّ أَرَادَ إِقَامَةَ الْبَيِّنَةِ عَلَى أَنَّهُ لِلْمُدْعَى، لِيَرْجِعَ بِالثَّمَنِ عَلَى الْبَائِعِ، لَمْ يُمَكَّنْ؛ لِأَنَّهُ [لَمْ]<sup>(٢)</sup> يَثْبِتَ الْمَلِكَ لغيره، مِنْ غَيْرِ نِيَاةٍ، وَلَا وَكَالَةٍ. كَيْفَ وَالْمُدْعَى لَوْ أَرَادَ إِقَامَةَ الْبَيِّنَةِ - وَالْحَالَةَ هَذِهِ - لَمْ يُلْتَفَتْ إِلَيْهِ؛ لِاسْتِغْنَائِهِ عَنِ الْبَيِّنَةِ بِالْإِقْرَارِ.

وَيَجُوزُ لَهُ تَخْلِيْفُ الْبَائِعِ؛ لِأَنَّهُ رُبَّمَا يُقَرُّ فِيرْجِعُ، فَإِنْ نَكَلَ، فَهَلْ يَخْلِفُ الْمُشْتَرِي يَمِينَ الرَّدِّ؟ إِنْ قُلْنَا: التُّكْوُلُ وَالْيَمِينُ كَالْإِقْرَارِ، فَنَعَمْ. وَإِنْ قُلْنَا: كَالْبَيِّنَةِ، فَلَا.

المسترق المشتري، إِذَا ادَّعَى أَنَّهُ حُرٌّ الْأَصْلَ، وَاعْتَرَفَ بِهِ الْمُشْتَرِي، ثُمَّ أَرَادَ إِقَامَةَ الْبَيِّنَةِ عَلَى أَنَّهُ حُرٌّ الْأَصْلَ، مُكَّنْ؛ لِأَنَّ الْحُرِّيَّةَ حَقُّ اللَّهِ [تَعَالَى]<sup>(٣)</sup>، وَلِكُلِّ أَحَدٍ إِثْبَاتُهَا.

وَإِذَا ثَبَّتَ الْحُرِّيَّةَ، ثَبَتَ الرَّجُوعُ، وَلَا يَكْفِي لِلرَّجُوعِ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ عَلَى مُطْلَقِ الْحُرِّيَّةِ، لِاحْتِمَالِ أَنَّ الْمُشْتَرِي هُوَ الَّذِي أَعْتَقَهُ، وَلَوْ أَقَامَ الْمُشْتَرِي بَعْدَمَا أَقَرَّ الْمُدْعَى الْبَيِّنَةَ عَلَى إِقْرَارِ الْبَائِعِ بِالْمَالِ لِلْمُدْعَى؛ فَهِيَ مَقْبُولَةٌ، وَيَثْبِتُ بِهَا حَقُّ الرَّجُوعِ؛ لِأَنَّهُ لَمَا تَبَيَّنَ إِقْرَارُ الْبَائِعِ مِنْ قَبْلِ، لُغِيِّ إِقْرَارِ الْمُشْتَرِي.

هَكَذَا ذَكَرَهُ الشَّيْخُ أَبُو عَاصِمٍ. قَالَ أَبُو سَعْدٍ: وَهُوَ الظَّاهِرُ وَغَيْرُهُ مُخْتَمَلٌ، لِأَنَّ إِقْرَارَهُ فِي الْإِبْتِدَاءِ تَقْصِيرٌ، وَلَوْ أَقَامَ مُدْعَى الْإِسْتِحْقَاقِ الْبَيِّنَةَ، وَأَخَذَ الْمَالَ، ثُمَّ قَامَتْ بَيِّنَةٌ<sup>(٤)</sup> عَلَى أَنَّ الْبَائِعَ، كَانَ قَدْ اشْتَرَاهَا مِنْ هَذَا الْمُدْعَى، سَمِعَتْ، وَرَدَّ الْحُكْمَ الْأَوَّلَ، وَكَانَتِ الْجَارِيَةُ لِلْمُشْتَرِي بِالْمُبَايَعَةِ السَّابِقَةِ. هَذَا هُوَ الْكَلَامُ فِي إِحْدَى صُورَتَيْ الْفَضْلِ.

والثانية: جَارِيَةٌ فِي يَدِ رَجُلٍ ادَّعَى مُدَّعٍ أَنَّهَا لَهُ، وَأَنْكَرَ صَاحِبُ الْيَدِ، فَأَقَامَ الْمُدْعَى الْبَيِّنَةَ، أَوْ حَلَفَ بَعْدَ تَكْوِيلِ صَاحِبِهِ، فَحُكِمَ لَهُ بِهَا، فَأَخَذَهَا وَعَادَ بَعْدَمَا غَشِيَهَا، فَقَالَ: كَذَبْتُ فِي دَعْوَايَ، وَيَمِينِي، وَالْجَارِيَةُ لِلَّذِي كَانَتْ فِي يَدِهِ، فَعَلِيهِ أَنْ يَرُدَّهَا، وَيُعَرِّمَ مَهْرَهَا، وَأَرْشَ النَّقْصِ إِنْ حَدَثَ فِيهَا نَقْصٌ، وَلَا يَقْبَلُ قَوْلَهُ: إِنَّهَا كَانَتْ زَانِيَةً؛ لِأَنَّهَا تَنْكَرُ مَا يَقُولُ.

(٢) سقط في: ز.

(٤) في ز: منه.

(١) في ز: يؤخذ.

(٣) سقط في: أ.

وإن أولدّها، ثم كذّب نفسه، لم يُقبَل قوله في إبطالِ حرية<sup>(١)</sup> الولد، وفي الاستيلاء؛ لأن إفرازه لا يلزم غيره، ولكن عليه قيمة<sup>(٢)</sup> الولدِ والأم مع المهر، وليس له وطؤها بعد ذلك، إلا أن يشتريها منه، وتعتق بموته، ولاؤها مؤقوف. وإن وافقته الجارية في الرجوع، ففي بطلان الاستيلاء وجهان:

أظهرهما: المنع، ولا يرتفع الاستيلاء المخكوم به برجوع محتمل.

والثاني: يبطل؛ لأنهم توافقوا عليه، والحق لا يغدوهم، ولو أن صاحب اليد أنكز، وحلف، وأولد الجارية، ثم عاد وقال: كنت مُبطلاً في الإنكار، والجارية للمدعي، فالكلام في المهر، وقيمة الولد، والجارية، والاستيلاء، على ما ذكر في طرّف المدعي.

وقوله في الكتاب: «فلو صرح في نزاع المدعي بأنه كان ملكاً للبايع، ففي الرجوع وجهان»؛ الوجهان لا يختصان بما إذا قال: كان ملكاً للبايع، بل يجريان فيما إذا قال: هو ملكي، ولا فرق بينهما، على ما بيّناه.

وقوله: «ولو أخذ جارية بحجة»، أطلق لفظ الحجة، لينتظم ما إذا أخذ بالبيّنة. وفيه صور في «الوسيط»، وما إذا أخذ باليمين بعد التكول، وفيه صور ابن الحداد وأكثر من تكلم في المسألة.

واعلم: أن الصورة الثانية، لا اختصاص لها بالركن الذي فيه الكلام، وهو جواب المدعي عليه، وكذا الصورة الأولى، إلا من جهة أنه فرض التصريح، بكونه للبايع في جواب المدعي، والنزاع معه، لكن عرفت أنه لا فرق بين أن يكون هذا التصريح في جواب المدعي؛ أو في ابتداء الشراء. والوجهان جريان في الحالتين. والله أعلم.

قال العزالي: الخامسة: جواب دعوى القصاص على العبد يُطلب من العبد، ودعوى الأرض يُطلب جوائها من السيد ولكن له تخليف العبد ليتعلق بذمته إن قلنا: يتعلق بذمته وسمعتا الدعوى بالذنين المؤجل أيضاً.

قال الرافعي: ما يقبل إقرار العبد فيه؛ كالقصاص، وحدّ القذف، فالدعوى فيه تكون على العبد، والجواب يكون منه، وما لا يقبل إفرازه فيه؛ وهو الأرض، وضمّان الأموال، فلتوجه الدعوى فيها على السيد، فإن الرقبة التي هي متعلقها، حق السيد، فإن وجهت الدعوى على العبد، فمفهوم ما نقل الأئمة - رحمهم الله - فيه طريقتان:

أحدهما: وهو الذي يشتمل عليه الكتاب - المنع؛ لأن إفرازه بها غير مقبول.

(١) في ز: حرمة.

(٢) في ز: قيمته.

نعم، هل للمدعي تَحْلِيْفُهُ؟ يُبْتَنَى ذلك على أن الأُرُوشَ<sup>(١)</sup> المتعلقة بالرَّقْبَةِ، هل يَتَعَلَّقُ بالذِّمَّةِ أيضاً؟ وفيه قولان مَذْكُورَانِ في موضعهما.

فإن قلنا: يَتَعَلَّقُ، فلا طلبه، ولا إلْزَامٌ في الحال، وإنما هو شَيْءٌ يَتَوَقَّعُ<sup>(٢)</sup> من بعد فيكون كالذِّينِ الْمُؤَجَّلِ، ويَجِيءُ الخِلَافُ الذي مَرَّ في سَمَاعِ الدَّعْوَى، بالذِّينِ الْمُؤَجَّلِ، فإن سَمِعْنَاهَا، فله تَحْلِيْفُ العَبْدِ، فإن نَكَلَ وحَلَفَ المدعى اليمينَ المَرْدُودَةَ، لم يكن التعلق<sup>(٣)</sup> بالرَّقْبَةِ، لأن اليمينَ المَرْدُودَةَ، وإن جُعِلَتْ كالبيئَةِ، فلا تُؤَثِّرُ إلا في حَقِّ المُتَدَاعِيَيْنِ، والرَّقْبَةُ حق السَّيِّدِ، وفيه وجه: أن له التَّعَلُّقَ بالرَّقْبَةِ، إذا جعلناها كالبيئَةِ. هذا ما حكاه صَاحِبُ الكتاب ههنا، وفي «الوسيط». وذكر الإمام نُحْوَأُ منه.

والثاني: وهو المذكور في «التهديب» في باب مُدَايِنَةِ العَبِيدِ، أن الدَّعْوَى مَسْمُوعَةٌ على العَبْدِ<sup>(٤)</sup> إن كان للمدعي بيئَةٌ، وإن لم يكن له بيئَةٌ، فإن جَعَلْنَا التُّكُولَ وَرَدَ اليمينِ كالبيئَةِ، سَمِعَتْ أيضاً. فلعنه يَنْكُلُ فيحلف المدعي.

وإن قلنا: إنها كالإِقْرَارِ، فلا تُسْمَعُ. وفي<sup>(٥)</sup> كل واحد من الطريقتين حيلة<sup>(٦)</sup>.

أما الأول؛ فلأن قَضِيَّةَ البناء على الأَصْلَيْنِ المَذْكُورَيْنِ، أن يسمع الدَّعْوَى عليه لإِقَامَةِ البيئَةِ، والتَّحْلِيْفِ جميعاً، ولا يَخْتَصُّ التحليف بالنظر والكلام، وهم إنما تَكَلَّمُوا في التَّحْلِيْفِ.

وأما الثاني: فلأن ظَاهِرَهُ تَعَلُّقُ الأُرُوشِ بالرَّقْبَةِ بإقامة البيئَةِ في وجه العبد، لكن الرَّقْبَةُ للسَّيِّدِ، فينبغي أن تُقَامَ البيئَةُ في وجهه، أو وجه نائبه. والمتوجه أن يُقَالَ: تُسْمَعُ الدَّعْوَى [عليه]<sup>(٧)</sup> لإثبات الأُرُوشِ في ذِمَّتِهِ، تَفْرِيعاً على الأَصْلَيْنِ المذكورين؛ ولا تُسْمَعُ الدَّعْوَى والبيئَةُ عليه، لِتَعَلُّقِهِ بالرَّقْبَةِ. والله أعلم.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَإِذَا أَدْعَى وَلَمْ يَخْلِفْ وَقَالَ: لِي بِيئَةٌ فَاطْلُبُوا مِنْهُ كَفِيلًا لَمْ يَلْزَمَهُ (و) ذَلِكَ وَإِنْ جَرِيَ بِهِ رَسْمُ القَضَاةِ، وَإِذَا أَقَامَ فَلَهُ طَلَبُ الكَفِيلِ قَبْلَ التَّغْدِيلِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَنْ أَدْعَى على إنسانٍ عَيْنًا، أو ذِينًا ولم يحلفه<sup>(٨)</sup>، وطلب كَفِيلًا منه، ليأتي بالبيئَةِ، لم يَلْزَمَهُ إعطاء كَفِيلِ، وإن اعتاد<sup>(٩)</sup> القضاة خلافه، هذا هو المشهور.

(٢) في ز: متوقع.

(٤) في ز: العبيد.

(٦) في ز: حبكة.

(٨) في ز: يحلف.

(١) في ز: الأرش.

(٣) في أ: التعليق.

(٥) في ز: ومن.

(٧) سقط في: أ.

(٩) في ز: أعاد.

ورأيت لبعض المتأخرين أن الأمر فيه إلى رأي الحاكم، وإن أقام شاهدين، وطلب الكفيل إلى أن يعدلاً طولب به؛ لأنه أتى بما عليه، والنظر في حال الشهود من وظيفة القاضي، والظاهر العدالة، فإن امتنع من إعطاء الكفيل، حُبس لهذا الامتناع، لا لثبوت الحق والامتناع منه، هكذا أطلق الإمام وصاحب الكتاب لكن يجيء فيه الخلاف من وجوه:

أحدها: أن في أصل كفالة البدن قولاً مذكوراً في باب الضمان، أنها لا تصح.  
والثاني: أن في فتاوى القفال: أنه لا يلزمه أن يعطي كفيلًا؛ لأن الحق لم يثبت بعد، لكن للحاكم أن يطالبه به، إذا أدى اجتهاده إليه، وخاف منه الهرب.  
والثالث: أنا ذكرنا في آخر الباب من الشهادات المدعى إذا كان عيناً فيترع في هذه الحالة، وإن كان ديناً فيحبس المدعى عليه على أحد الوجهين، وكل واحد من الانتزاع والحبس، فيجوز ألا يجاب أيضاً لما المكفول بيده من تحمل منه الكفيل، ولا يخفى أن المسألة لا اختصاص لها بركن الجواب والله أعلم بالصواب.

قال الغزالي: الركن الثالث في الحلف: والنظر في الحلف والحالف والمخلوف عليه والحكم أما الحلف فيجري فيه التغليب إلا فيما هو دون نصاب الزكاة، ولو أنكر السيد عن عبد حسيب لم تغلظ يمينه، فإن نكل غلظ على العبد لأنه مدعي العتق، وكل ما لا يثبت بشاهد ويمين يجري في التغليب، ويجري أيضاً في عيوب النساء، وكيفية وكونه مستحقاً أو مستحباً ذكرناه في اللعان، ويغلظ على المخدرة بحضور الجامع، ولا تذر بالتخدر، وشرط اليمين أن يطابق الإنكار وأن يقع بعد عرض القاضي، فلو بادر قبل طلب القاضي لم يعتد به.

قال الرافعي: أحد الأركان التي تدور عليها الخصومات الشرعية، [اليمين]<sup>(١)</sup> على ما مر، وقد تكلم في هذا الركن في أربعة أطراف: نفس الحلف، وما يخلف عليه، ومن يحلف، وما يخلف له. وهو فائده، وحكمه.

فأما ما يحلف به؛ فموضوع بيان، كتاب الأيمان. وأما من يحلف له، فهو الخصم، وأمره ظاهر. أما الطرف الأول، فهو نفس الحلف فصيح اليمين مستوفاة في موضعها، والقصد<sup>(٢)</sup> الآن بيان قاعدتين:

أحدهما: للتغليب<sup>(٣)</sup> مدخل في الأيمان المشروعة في الدعوى، مبالغة للزجر، وتأکید الأمر. وفيه مسائل:

(٢) في ز: والمقصد.

(١) سقط في: أ.

(٣) في أ: التغليب.

[إحداها]: التَّغْلِيظُ يَقَعُ بِوَجْهِهِ:

أحدها: التَّغْلِيظُ اللفظي، وهو على ضَرْبَيْنِ:

أحدهما: التعديد، والتكرير. وهو مَخْصُوصٌ بِالْقَسَامَةِ، وَاللَّعَانِ، وواجب فيهما.

والثاني: زِيَادَةُ الأَسْمَاءِ، وَالصِّفَاتِ، بَأَن يَقُولُ: وَاللَّهِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ، عَالِمُ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ، الرَّحْمَنُ الرَّحِيمُ، الَّذِي يَعْلَمُ مِنَ السِّرِّ مَا يَعْلَمُ مِنَ الْعَلَانِيَةِ. وَيَقُولُ: يَا اللَّهُ الطَّالِبُ، الْعَالِبُ، الْمَدْرَكُ، الْمَهْلِكُ، الَّذِي يَعْلَمُ السِّرَّ وَأَخْفَى. وَهَذَا الضَّرْبُ مُسْتَحَبٌّ. فَلَوْ اقْتَصَرَ عَلَى قَوْلِهِ: يَا اللَّهُ، كَفَى. وَاسْتَحَبَّ الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنْ يَثْرَأَ عَلَى الْحَالِفِ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا﴾ [آل عمران - ٧٧] وَأَنْ يَحْضُرَ الْمُضْحَفُ وَيُوضَعُ فِي حِجْرِ الْحَالِفِ. وَذَكَرَ بَعْضُ الْأَصْحَابِ أَنَّهُ يَحْلِفُ قَائِمًا زِيَادَةً فِي التَّغْلِيظِ<sup>(١)</sup>.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: التَّغْلِيظُ بِالْمَكَانِ.

وَالثَّلَاثُ: التَّغْلِيظُ بِالزَّمَانِ. وَهِيَ بِتَفْصِيلِهِمَا مَذْكُورَانِ فِي بَابِ اللَّعَانِ. وَالتَّغْلِيظُ بِالْمَكَانِ، مُسْتَحَبٌّ، أَوْ وَاجِبٌ، حَتَّى لَا يُعْتَدَّ بِالْحَلْفِ فِي مَكَانٍ آخَرَ، فِيهِ قَوْلَانِ:

أَصْحَهُمَا: الْأَوَّلُ. وَفِي التَّغْلِيظِ بِالزَّمَانِ، طَرِيقَانِ: مِنْهُمَنْ جَعَلَهُ عَلَى الْقَوْلَيْنِ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَطَعَ فِيهِ بِالِاسْتِحْبَابِ.

وَعَنْ ابْنِ الْقَاصِّ: الْقَطْعُ بِالِاسْتِحْبَابِ فِي التَّغْلِيظِ بِالْمَكَانِ أَيْضًا.

وَرَأَى الْإِمَامَ طَرِزَةَ الْخِلَافِ فِي الضَّرْبِ الثَّانِي مِنَ التَّغْلِيظِ اللفظي أَيْضًا<sup>(٢)</sup> وَمِنْ وَجْهِهِ التَّغْلِيظُ الْمَذْكُورُ فِي اللَّعَانِ، التَّغْلِيظُ بِحَضُورِ جَمْعٍ، وَلَمْ يَذْكُرْهُ هَهُنَا. وَيُشَبَّهُ أَنْ يُقَالَ: الْأَيْمَانُ الَّتِي تَتَعَلَّقُ بِإثْبَاتِ حَدٍّ أَوْ<sup>(٣)</sup> دَفْعِ حَدٍّ، يَكُونُ التَّغْلِيظُ فِيهِ بِالْجَمْعِ. كَمَا فِي اللَّعَانِ. ثُمَّ التَّغْلِيظُ، يَكُونُ بِطَلْبِ الْخَصْمِ. أَمْ يَغْلِظُ الْقَاضِي وَإِنْ لَمْ يَطْلُبِ الْخَصْمَ؟

حَكَى الْقَاضِي ابْنُ كَيْجٍ فِيهِ وَجْهَيْنِ، وَذَكَرَ أَنَّ الْأَصَحَّ مِنْهُمَا الثَّانِي، وَيُشَبَّهُ أَنْ يَكُونَ جَارِيَيْنِ، سِوَا قَلْنَا بِالِاسْتِحْبَابِ، أَوْ بِالِإِيجَابِ.

(١) وَهَذَا مَا ذَكَرَهُ ابْنُ الصَّبَاغِ وَقَالَ فِي جَمِيعِ الْأَيْمَانِ كَمَا فِي اللَّعَانِ وَمَقْتَضَى كَلَامَ ابْنِ أَبِي الدَّمِ تَضَعِيفُهُ فَإِنَّهُ قَالَ: لَا يَشْرَعُ الْقِيَامُ فِي شَيْءٍ مِنَ الْأَيْمَانِ إِلَّا فِي يَمِينِ اللَّعَانِ، ثُمَّ قَالَ: لَكِنْ فِي الْأَشْرَافِ لِابْنِ الْمَنْدَرِ قَالَ الشَّافِعِيُّ: رَأَيْتُ حُكَّامَنَا يَسْتَحْلِفُونَ قَائِمًا.

(٢) وَهَذَا لَمْ يَنْفَرِدْ بِهِ الْإِمَامُ كَمَا يَشْعُرُ بِهِ كَلَامُهُ بَلْ ذَكَرَهُ غَيْرُهُ وَفِي الذِّخَائِرِ: وَفِي التَّغْلِيظِ بِالزَّمَانِ وَاللَّفْظِ طَرِيقَانِ قَالَ أَكْثَرُ الْعِرَاقِيِّينَ: مُسْتَحَبٌّ. وَقَالَ الْخُرَاسَانِيُّونَ وَبَعْضُ الْعِرَاقِيِّينَ فِيهِ خِلَافٌ.

(٣) فِي ز: بِإِثْبَانِ حَدٍّ وَدَفْعٍ.

المسألة الثانية: يجري التَّغْلِيظُ في دَعْوَى الدَّمِّ، والنُّكَاحِ، والطلاقِ، والرجعة، والإيلاءِ، واللَّعَانِ، والعِتْقِ، والحَدِّ، والزَّوَالِءِ، والوِكَاالَةِ، والوَصَايَةِ، وكل ما ليس بمال، ولا القصيد<sup>(١)</sup> منه المال<sup>(٢)</sup>؛ حتى يَجْرِي في الوِلَاذَةِ، والرُّضَاعِ، وَعُيُوبِ النِّسَاءِ.

وليس قَبُولُ شَهَادَةِ النِّسَاءِ وَخَدَهُنَّ فِيهَا، لِقَلَّةِ خَطَرِهَا؛ ولكن لأن الرِّجَالَ لَا يَطْلُبُونَ عَلَيْهَا غَالِبًا.

وَتَوَقَّفَ الإمام في الوِكَاالَةِ [وقال: الوِكَاالَةُ]<sup>(٣)</sup> في ذَرَاهِمَ خَسِيصَةٍ، أَحْسَنُ مِنْ مَلِكِهَا؛ فَإِنْ تَصَرَّفَ المُلَّاكُ، أَقْوَى مِنْ تَصَرُّفِ الوُكَّالَاءِ.

والتغليظ إنما يَلِيْقُ بما يعظم خَطَرُهُ، وليس اشْتِرَاطُ الذُّكُورَةِ في شهود الوِكَاالَةِ لِشَرَفِ الوِكَاالَةِ؛ لكن للشارع تَعَبُّدٌ في [نصاب]<sup>(٤)</sup> الشهادات فيتبع.

وأما الأموال، فَيَجْرِي التَّغْلِيظُ في كثيرها دون قَلِيلِهَا على ما وَرَدَ في الآثارِ.

رَوِيَ أَنَّ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ عَوْفٍ - رضي الله عنه - رأى قَوْمًا يَخْلِفُونَ بَيْنَ المَقَامِ والبَيْتِ، فقال: أَعْلَى دَمٌ؟ قالوا: لا. قال: أَفَعْلَى عَظِيمٍ<sup>(٥)</sup> مِنَ المَالِ؟ قالوا: لا. قال: خَشِيْتُ أَنْ يَتَهَاوَنَ النَّاسُ بِهَذَا البَيْتِ وَيُرَوَى أَنْ يَبْهَأَ النَّاسُ بِهَذَا البَيْتِ. يُقَالُ: بَهَأْتُ بِالشَّيْءِ، إِذَا أُنْسِتَ بِهِ حَتَّى سَقَطَ هَيْبَتُهُ قَلِيلَهُ<sup>(٦)</sup> والكثير من المَالِ مَا يَبْلُغُ عَيْنًا، أَوْ قِيَمَةٌ نِصَابِ الزُّكَاةِ؛ وَهُوَ عَشْرُونَ دِينَارًا، أَوْ مِائَتَا دِرْهَمٍ<sup>(٧)</sup>، والقليل ما دُونَ ذلك، فلا تُغْلَظُ فِيهِ، إِلا أَنْ يَرَى القَاضِي التَّغْلِيظَ [لِجَرَاةٍ: يَجِدُهَا فِي الحَالِفِ، فَله التَّغْلِيظُ]<sup>(٨)</sup>.

(١) في ز: المقصد.

(٢) قال الشيخ البلقيني: الحقوق التي ليست مالا ولا يقصد منها المال كالسرجين والكلب المعلم وما جرى مجرى ذلك ليست مالا ولا يقصد بها المال، ومع ذلك فلا تغليظ فيها.

(٣) سقط في: أ.

(٤) سقط في: ز.

(٥) في ز: عظم.

(٦) في ز: هي قليل.

(٧) قال الشيخ البلقيني: المنصوص عليه في الأم والمختصر اعتبار عشرين دينارا عيناً أو قيمة ذلك وهذا هو المعتمد حتى لو كان المدعى به من الدراهم اعتبر بالذهب وقال الشيخ البلقيني أيضاً لو اختلفا بالثمن فقال البائع عشرون ديناراً وقال المشتري عشرة فلا تغليظ هنا لأن الذي تعلق به التفويت أو الإثبات عشرة دنائير وإن كان جملة الثمن عشرين ديناراً قال ولم أر من تعرض له.

(٨) سقط في: أ.

وعن مالك: أن الضنبط بنصاب السرقفة، فيجري التخليط فيما بلغ رُبع دينار، ولا يجري فيما دونه، وأما أبو حنيفة، وأحمد، فلا تخلط عندهما بالمكان، ولا بالزمان أصلاً.

الثالثة: ما يجري [فيه] <sup>(١)</sup> التخليط يستوي فيه يمين المدعى عليه، واليمين المرذودة، واليمين مع الشاهد. [وقد يقتضي] <sup>(٢)</sup> الحال تخليط اليمين في أحد الطرفين دون الآخر، كما إذا ادعى العبد على سيده عتقاً، أو كتابة، فأنكر السيد؛ فإن بلغت قيمته نصاباً، فيغلظ عليه في اليمين؛ لأنه ينفي استدامة مال كثير، فإن لم يبلغ قيمته نصاباً، فلا يغلظ عليه؛ فإن نكل السيد، فالعبد يغلظ عليه بكل حال؛ لأنه يدعي العتق.

والوقف من جانب المدعى عليه لا تخلط فيه، إلا إذا بلغ نصاباً، وكذلك من جانب المدعي إن أثبتاه بشاهد ويمين، وإن لم تثبته فيغلظ فيه كالعتق.

وعن حكاية صاحب «التقريب» <sup>(٣)</sup> وجه: أن ما يغلظ فيه من أحد الطرفين يغلظ من الآخر، تسوية بين الخصمين.

وإذا ادعى الزوج الخلع على مال، وأنكرت الزوجة فالبينونة حاصلة بقوله، وتصدق الزوجة في إنكار المال بيمينها، وينظر في التخليط إلى قدر المال: أهو كثير أم قليل؟ فإن ردت اليمين، وحلفت الزوج، فكذلك؛ لأن مقصوده المال.

وإن ادعت هي الخلع، وأنكر الزوج، فتغلظ اليمين عليه؛ لأن مقصوده استدامة النكاح. وإن نكل، وحلفت الزوجة، فكذلك؛ لأن مقصودها الفراق.

الرابعة: من به مرض أو زمانة، لا تغلظ عليه في المكان لعذره. وكذا الحائض، إذ لا يمكنها اللبث في المسجد، والمرأة المخدرة في إحصارها مجلس الحكم، خلاف سبق، فإن أخضرت، فهي كالرجل في التخليط. وإن قلنا: لا تخضرت؛ بل ينعث القاضي إليها من يحكم بينها وبين خصمها، فإذا أفضى الأمر إلى تخليفها، فهل تغلظ عليها بالمكان، وتكلف حضور الجامع؟

فيه وجهان محكيان في «الشامل» وغيره:

أحدهما: نعم؛ ويراعى التخليط من هذا الوجه، كما يراعى باللفظ.

والثاني: لا؛ لأننا ألحقنا التحذر بالمرض في حضور مجلس الحكم، فكذلك <sup>(٤)</sup>، في حضور الجامع.

(٢) سقط في: أ.

(٤) في أ: وكذلك.

(١) سقط في: أ.

(٣) في ز: القريب.



والأول هو المَذْكُورُ في الكتاب، وبه أجاب الشيخ أبو حامد، ومن تابعه، ولكن قيل يبتنى<sup>(١)</sup> هذا الخلاف على الخلاف في أن التَّغْلِيظَ مُسْتَحَقٌّ، أو مُسْتَحَبٌّ. وقضية هذا البناء تَرْجِيحُ الوجه الثاني.

فرع:

من تَوَجَّهَتْ عليه اليمين، لو كان<sup>(٢)</sup> قد حَلَفَ بِالطَّلَاقِ أَلَا يَحْلِفُ يَمِينًا مُعْلَظَةً، فإن جعلنا التَّغْلِيظَ مُسْتَحَقًّا، فعليه أن يَحْلِفَ اليمين المُعْلَظَةَ، والحنث، وإذا امتنع، جُعِلَ نَاكِلًا، وإن جعلناه مُسْتَحَبًّا، فلا يحنث.

القاعدة الثانية: يُشْتَرَطُ في اليمين أن تكون مُطَابِقَةً لِلإِنكَارِ، فإذا ادَّعَى عليه إتْلَافَ ثَوْبٍ قيمته عشرة، فإن قال في الجَوَابِ: ما أَتَلَفْتُ، حلف كذلك. وإن قال: لا يَلْزُمُنِي شَيْءٌ، حَلَفَ كذلك. وهذا قد مرَّ.

والشرط أيضاً وَقُوعُهَا بعد تَحْلِيْفِ القَاضِي، فلو حلف [قبله]<sup>(٣)</sup> لم يُعْتَدَ به، واحتجَّ له، بأن رُكَّانَةَ<sup>(٤)</sup> طَلَّقَ امْرَأَتَهُ أَلْبَتَّةً. وقال: وَاللَّهِ ما أردت إلا وَاحِدَةً. قال النبي ﷺ: «مَا أَرَدْتُ إِلَّا وَاحِدَةً؟» فقال: والله، ما أردت إلا وَاحِدَةً<sup>(٥)</sup>.

فقيل: كانت امْرَأَتُهُ تَدَّعِي أَنه أراد أكثر من طَلَقَةٍ، فكان<sup>(٦)</sup> عليه أن يَحْلِفَ، فلم يُعْتَدَ بيمينه قبل التَّحْلِيْفِ، وأعاد عليه ولو قال الحَاكِمُ في تَحْلِيْفِهِ: قل: بالله. فقال: بِالرَّحْمَنِ، لم يُحْسَبْ، وكان نُكُولًا. ولو قال: قل: بالله، فقال: وَاللَّهِ، أو تالله، فوجهان<sup>(٧)</sup>:

أحدهما: أَنه نُكُولٌ؛ لأنه حَلَفَ، لا على الوَجْهِ الذي حُلِفَ، فَأَشْبَهَتْ الصَّوْرَةَ الأُولَى.

والثاني: المَنَعُ؛ لأنه حَلَفَ بِالاسْمِ الذي حُلِفَ به، وَالتَّفَاوُتُ في مُجَرِّدِ الصَّلَةِ. ويجري الوَجْهَانِ فيما إذا غُلِظَ عليه بِاللَّفْظِ، فامتنع وأقْتَصَرَ على أن قال: بالله. وفيما إذا أراد التَّأَكِيدَ عليه بِالزَّمَانِ، أو المَكَانِ، فامتنع. وقد حَكَى الخِلافَ في التَّغْلِيظِ

(١) في ز: بينا.

(٢) سقط في: ز.

(٣) في أ: وكان.

(٤) في أ: وكان.

(٥) تقدم.

(٦) لم يرجح المصنف منهما شيئاً، وقال الشيخ البلقيني نص الشافعي في الأم في التحفظ في اليمين من أبواب القسامة ظاهر في الاكتفاء بذلك فإنه قال فيقول للحالف قل والله، فإن قال الحالف بالله كان كقوله والله لأن ظاهرهما معاً يمين، قال ولو لحن الحالف فقال والله بالرفع أو النصب أحببت أن يعيد القول حتى يضحج ولو مضى على اليمين بغير إضجاع لم يكن عليه إعادة. انتهى.

(٧) المعزیز شرح الوجیز ج ١٣/م ١٣

اللَّفْظِي الْقَاضِي الرُّوْيَانِي عَنِ الْقَفَالِ، وَذَكَرَ أَنَّ الْأَصْحَاحَ: أَنَّهُ يَكُونُ نَاكِلاً؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ رَدُّ اجْتِهَادِ الْقَاضِي، وَقَطَعَ بَعْضُهُمْ فِي الْأَمْتِنَاعِ مِنَ التَّغْلِيظِ اللَّفْظِيِّ، أَنَّهُ لَا يَكُونُ [نَاكِلاً] <sup>(١)</sup>.  
وَفِي التَّغْلِيظِ الزَّمَانِيِّ وَالْمَكَانِيِّ، أَنَّهُ يَكُونُ نَاكِلاً.

وَالْفَرْقُ؛ أَنَّ التَّغْلِيظَ اللَّفْظِيَّ مِنْ جِنْسِ الْمَأْتِي بِهِ، وَهُوَ ذَكَرُ اللَّهِ - تَعَالَى الَّذِي هُوَ <sup>(٢)</sup> مَنَاطُ الْحُزْمَةِ، وَالتَّعْظِيمِ، وَالتَّغْلِيظِ الزَّمَانِيِّ، وَالْمَكَانِيِّ، لَيْسَا مِنْ جِنْسِ الْمَأْتِي بِهِ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ الْأَمْتِنَاعُ مِنْهُمَا <sup>(٣)</sup>.

وَلْيُعَلِّمُ قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «إِلَّا فِي مَالٍ دُونَ نِصَابِ الزَّكَاةِ» بِالْمِيمِ، لَمَّا عَرَفْتَ مِنْ مَذْهَبِهِ أَنَّهُ يَجْرِي التَّغْلِيظُ فِيمَا دُونَ نِصَابِ الزَّكَاةِ، إِذَا لَمْ يَكُنْ دُونَ نِصَابِ السَّرْقَةِ وَبِالْوَاوِ أَيْضاً؛ لِأَنَّ الْقَاضِي ابْنَ كَجَّ حَكَى عَنِ أَبِي الْحُسَيْنِ وَجْهًا: أَنَّ الْمَالَ الْوَاجِبَ بِالْجِنَائِيَّةِ، عَمْدًا كَانَ، أَوْ حَطًّا، يَجْرِي فِيهِ التَّغْلِيظُ، وَإِنْ كَانَ دُونَ نِصَابِ الزَّكَاةِ.

وَقَوْلُهُ: «لَمْ تَغْلِظْ يَمِينَهُ»، وَقَوْلُهُ: «وَتَغْلِظْ عَلَى الْمُخَدَّرَةِ»، مَرْقُومَانِ بِالْوَاوِ لَمَّا تَقَدَّمَ، وَيُمْكِنُ إِعْلَامُ قَوْلِهِ: «وَشَرَطَ الْيَمِينِ أَنْ يَطَابِقَ الْإِنْكَارَ» أَيْضاً بِالْوَاوِ؛ لِأَنَّا أَسْلَفْنَا وَجْهَيْنِ فِي أَنَّ الْمُدْعَى عَلَيْهِ، لَوْ أَنْكَرَ الْجِهَةَ الَّتِي أَسْتَدَّ الْمُدْعَى إِلَيْهَا دَعْوَاهُ مِنْ إِفْرَاضِ، أَوْ إِتْلَافِ، ثُمَّ أَرَادَ أَنْ يَقْتَصِرَ فِي يَمِينِهِ عَلَى نَفْيِ اللُّزُومِ، وَلَا يَتَعَرَّضُ لِتِلْكَ الْجِهَةِ، هَلْ يُمَكِّنُ مِنْهُ؟ فَإِنَّ مَكْنَاهُ، لَمْ يَكُنْ مِنْ شَرْطِ الْيَمِينِ أَنْ يَطَابِقَ الْإِنْكَارَ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَأَمَّا الْمَخْلُوفُ عَلَيْهِ فَيُخْلِفُ عَلَى الْبَتِّ فِي كُلِّ مَا يَنْسِبُهُ إِلَى نَفْسِهِ مِنْ نَفْيِ أَوْ إِثْبَاتِ وَيُخْلِفُ عَلَى الْبَتِّ فِي الْإِثْبَاتِ الْمُنْسُوبِ إِلَى غَيْرِهِ كَبَيْعِ، وَفِي النَّفْيِ يَكْفِي الْحَلْفُ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ فَيَقُولُ: لَا أَعْلَمُ عَلَى مُورَثِي ذِينَا وَلَا أَعْلَمُ مِنْهُ إِتْلَافًا وَبَيْعًا، وَهَلْ يَثْبُتُ فِي نَفْيِ أَرْضِ الْجِنَائِيَّةِ عَنِ الْعَبْدِ وَجْهَانِ، وَفِي نَفْيِ الْإِتْلَافِ عَنِ بَهِيمَتِهِ الَّتِي قَصَرَ بِتَشْرِيحِهَا يَجِبُ الْبَتُّ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْحَالِفُ تَارَةً يَخْلِفُ عَلَى الْبَتِّ، وَأُخْرَى عَلَى الْعِلْمِ، وَمَقْصُودُ الْفَضْلِ، بَيَانُ مَوْضِعِ الْقَسْمَيْنِ؛ فَإِنْ كَانَ يَخْلِفُ عَلَى فِعْلِ نَفْسِهِ، فَيُخْلِفُ عَلَى الْبَتِّ، سِوَاهُ كَانَ يُثْبِتُهُ، أَوْ يَنْفِيهِ؛ لِأَنَّهُ يَعْرِفُ حَالَ نَفْسِهِ، وَيَطَّلِعُ عَلَيْهَا. وَإِنْ كَانَ يَخْلِفُ عَلَى فِعْلِ الْغَيْرِ، فَإِنْ كَانَ فِي إِثْبَاتِ، فَيُخْلِفُ عَلَى الْبَتِّ؛ لِأَنَّهُ يَسْهَلُ الْوُقُوفُ عَلَيْهِ، وَهَذَا كَمَا أَنَّهُ يَشْهَدُ بِهِ.

وَإِنْ كَانَ [يُخْلِفُ] <sup>(٤)</sup> عَلَى النَّفْيِ، فَيُخْلِفُ عَلَى أَنَّهُ لَا يَعْلَمُهُ؛ لِأَنَّ النَّفْيَ الْمُطْلَقَ

(٢) في ز: «و» مكان «والذي هو».

(٤) سقط في: ز.

(١) سقط في: ز.

(٣) في ز: منها.

يَعْسُرُ الْوُقُوفُ عَلَى سَبَبِهِ. ولهذا لا تجوز الشّهادة على النفي، وقد يُعَبَّرُ عن العَرَضِ بِعِبَارَةٍ أُخْرَى فيقال: إن كان الحَلْفُ على الإِثْبَاتِ، فيجب البتُّ، سواءً كان المثبت فعل نفسه، أو غيره.

وإن كان على النَّفْيِ، فإن نَفْيَ فِعْلٍ نَفْسِهِ، حلف على البتِّ أيضاً، وإن حَلَفَ على فِعْلٍ غَيْرِهِ، حَلَفَ على العِلْمِ وقد يختصر<sup>(١)</sup> فيقال: اليَمِينُ على البتِّ أبداً، إلا إذا حَلَفَ على نَفْيِ فِعْلٍ غَيْرِ<sup>(٢)</sup>، إذا تقرر ذلك، فمن ادَّعِيَ عليه مال، فأثَّكَرَ، حلف على البتِّ. وإن ادَّعَى إِبْرَاءً، أو قِضَاءً، وأنكر المُدَّعَى، حَلَفَ على البتِّ.

ولو ادعى وَارِثٌ على إنسان، أن لِمُورِثِي عَليكَ كذا، فقال المُدَّعَى عَلَيْهِ: إنه قد أَبْرَأَنِي، أو قَبَضَهُ، حلف المدعي على نَفْيِ العِلْمِ بإبراء المُورِثِ، وقبضه [ولو كان]<sup>(٣)</sup>. في يده دارٌ، وجاء مُدَّعٍ، وقال: عَصَبَهَا مِنِّي أبوك، أو بَائِعُكَ، فأنكر، حَلَفَ على نَفْيِ العِلْمِ بأنهما عَصَبَا.

ولو ادعى إنسان على وَارِثٍ مَيِّتٍ ذَيْناً على المَيِّتِ، لم يكفِ ذِكْرُ الدِّينِ وَوَضْفُهُ، بل يذكر مع ذلك مَوْتٌ مَنْ عَلَيْهِ، وأنه حَصَلَ في يَدِهِ من التَّرِكَةِ ما يَفِي بجميعه، أو ببعضه، وأنه يَعْلَمُ ذَيْتَهُ على مورثه. وهكذا كل ما يَخْلِفُ المنكر فيه على العلم، يُشْتَرَطُ

(١) في ز: دون.

(٢) قال الشيخ البلقيني: المراد بفعله ما صدر منه ولو قولاً، ومع ذلك فعبارته ناقصة فإن الذي يدعي على الإنسان ما لا فعل له مستنداً إليه لا يدخل في العبارة المذكورة ويحلف فيه على البت قطعاً وفي بعض صورته على الأصح كما إذا وقع الاختلاف بين البائع والمشتري في قدم العيب اختلافاً ممكناً، فإن القول قول البائع ويحلف على البت، وليس هنا فعل له ومثل الشيخ بما إذا أبق العبد عند المشتري وأجاب ولي الدين العراقي بأن هذا فعل عبده فيحلف فيه على البت وفي الجواب نظر لأنه وإن كان فعل عبده، لكن ليس فعله. وليس النزاع في الحكم وأورد الشيخ البلقيني أيضاً حلف مدعي النسب اليمين المردودة فيحلف بتأ أنه ابنه ولا فعل له في النسب. وأجاب الشيخ ولي الدين أيضاً بأنه يرجع إلى الحلف على أنه ولد على فراشه وهو إثبات وقد عرف أن الحلف فيه على البت وإن لم يكن فعله، وأورد الشيخ أيضاً الإعسار فيحلف فيه على البت وليس فعل نفسه وإنما هو صفة له، وأجاب أيضاً بأنه ففي ملك نفسه زيادة على أمر مخصوص.

وأورد الشيخ أيضاً حلف أحد الزوجين على عيب صاحبه اليمين المردودة فهو على البت إذا لم يكن فعلاً لخصمه وأجاب أيضاً بأنه فعل أمر الله تعالى به فهو حلف على فعله غيره إثباتاً. انتهى. وما ذكره الشيخ البلقيني من الصورتين في اليمين المردودة كلام الرافعي في باب الرضاع يقتضي أن اليمين المردودة على البت مطلقاً سواء كانت على إثبات أو نفي يتعلق به أو بغيره، وعلى هذا فينبغي تقييد كلامهم هنا بذلك.

(٣) سقط في: أ.

في الدعوى<sup>(١)</sup> عليه التَّعَرُّضُ، فيقول: إن مُورَثَكَ غَضَبَ كَذَا، وَأنت تَعْلَمُ أَنَّهُ غَضَبُهُ، ثم إذا تَعَرَّضَ لجميع ذلك، فإن أَنْكَرَ الوَارِثُ الدِّينَ، حَلَفَ على نَفْيِ العِلْمِ، فإن تَكَلَّمَ، حَلَفَ المُدْعِي على البَيْتِ، وإن أَنْكَرَ مَوْتَ مَنْ عَلَيْهِ، فثلاثة أوجه:

أحدها: عن ابن القاصِّ، والشيخ أبي عاصمٍ: أنه يَخْلِفُ على البَيْتِ؛ لأن الظَّاهِرَ اِطْلَاعُهُ عَلَيْهِ.

وأصحهما: أنه يَخْلِفُ على العِلْمِ، كما لو أَنْكَرَ غَضَبَهُ وإِتْلَاقَهُ، وقد يكون موته في الغَيْبَةِ، فلا يَطْلُعُ الوَارِثُ عَلَيْهِ.

وثالثها: عن الشيخ أبي زَيْدِ الفَرُوقِ بين من عَهَدَ حاضراً، أو غائِباً، وإن أنكر حُصُولَ التَّرِكَةِ عنده، حَلَفَ على البَيْتِ، وإن أَنْكَرَ الدِّينَ وحُصُولَ التَّرِكَةِ معاً، وأراد أن يَخْلِفَ على نَفْيِ التَّرِكَةِ وَخَدِّهِ، وأراد المدعي تَخْلِيْفَهُ على نَفْيِ التَّرِكَةِ، وعلى نَفْيِ العِلْمِ بالدِّينِ معاً، فعن ابن القاصِّ: أنه يَخْلِفُ عليهما؛ لأن للمُدْعِي عَرَضاً في إثْبَاتِ الدِّينِ، وإن لم يكن عند الوَارِثِ شَيْءٌ، فلعله يَظْفَرُ بوجبة، أو دَيْنٍ له على إنسان، وأخذ منه حَقُّهُ.

ولو ادَّعَى على رجل، أن عبدك جنى عَلَيَّ بما يُوجِبُ كَذَا، وأنكر، فوجهان:

أحدهما: وهو المذكور في «الشامل»: أنه يَخْلِفُ على نَفْيِ العِلْمِ؛ لأنه حَلَفَ يَتَعَلَّقُ بفعل الغَيْرِ.

وأصحهما: أنه يَخْلِفُ على البَيْتِ، لأن عِبْدَهُ ماله، وفِعْلُهُ كفعل نَفْسِهِ، ولذلك سمعنا الدَّعْوَى<sup>(٢)</sup> عَلَيْهِ. وربما بَيَّنَّ الوَجْهَانِ على أن أَرَشَ الجِنَايَةَ يَتَعَلَّقُ بِمَخْضِ الرِّقْبَةِ؟ أم يَتَعَلَّقُ بِالرِّقْبَةِ وَالدِّمَّةِ معاً، حتى يتبع بما فعل بعد العِتْقِ؟ فإن قلنا بالأوَّلِ، حلف على البَيْتِ؛ لأنه يَخْلِفُ وَيُخَاصِمُ لِنَفْسِهِ.

وإن قلنا بالثاني<sup>(٣)</sup> فعلى العِلْمِ؛ لأن لِلْعَبْدِ على هذا ذِمَّةٌ تَتَعَلَّقُ بِهَا الحُقُوقُ، والرِّقْبَةُ؛ كالمترهنة<sup>(٤)</sup> بما عليه.

(١) و(٢) في أ: المدعي.

(٣) استثنى الشيخ البلقيني من محل الخلاف صورتين:

إحدهما: إذا كان العبد مجنوناً ضارباً بطبعه كالبهيمة فعلى السيد حفظه، فإن قصر السيد فأتلف هذا الضاري شيئاً فهو كالبهيمة أي فيحلف قطعاً.

الثانية: إذا أمر عبده الذي لا يميز والأعجمي الذي يعتقد وجوب طاعة السيد في كل ما أضر به فالجاني هو السيد ويحلف على البت قطعاً ولا يأتي فيه ما تقدم في البهيمة أي من إشارة الغزالي إلى خلاف لوجود أمره المنزل منزلة قوله. انتهى.

(٤) في ز: كالمترهنة.

وإذا ادّعى عليه أن بهيمته أثلفت زرعاً، وغيره، بحيث يجب الضمان بإتلاف البهيمية، فأنكر، يخلف على البت؛ لأنه لا ذمة لها والمالك لا يضمن بفعل البهيمية، وإنما يضمن بالتقصير في حفظها. وهذا أمر يتعلق بنفس الحالف، ولو نصب البائع وكيلاً ليقبض<sup>(١)</sup> الثمن، ويسلم<sup>(٢)</sup> المبيع، فقال له المشتري: إن موكلك أذن في تسليم المبيع، وأبطل حق الحبس، وأنت تعلم، فقولان عن حكاية ابن القاص: أحدهما: أنه يخلف على نفي العلم، ويؤيد الحبس إلى استيفاء الثمن.

والثاني: وهو اختيار أبي زيد: أنه يخلف على البت؛ لأنه يثبت لنفسه استحقاق اليد على المبيع.

وعن ابن القاص: أنه إذا طوّل البائع بتسليم المبيع، فادعى حدوث عجز عنه، وقال المشتري: أنت<sup>(٣)</sup> عالم به، فأنكر، يخلف على البت؛ لأنه يستفيد<sup>(٤)</sup> بيمينه وجوب تسليم المبيع إليه، وأنه لو مات عن ابن في الظاهر، فجاء آخر وقال: أنا أخوك، والميراث بيننا، فأنكر، يخلف على البت أيضاً؛ لأن الأخوة رابطة جامعة بينهما، فهو حالف في نفسه، وتازعه منازعون في الصورتين، وقالوا: يخلف على العلم<sup>(٥)</sup> والله أعلم.

قال العزالي: ثم يحل له اليمين البت بظن يخصل له من خط أو قرينة حال من تكول خصم وغيره، وينظر في اليمين إلى نية القاضي وعقيدته فلا يصح توريته الحالف ولا قوله: إن شاء الله بحيث لا يسمع القاضي، ولا يحل للشعوي أن يخلف عند القاضي الحففي على نفي اللزوم في شفعة الجار بتأويل اعتقاد نفسه بل إذا ألزمه القاضي صار لازماً ظاهراً وعليه أن يخلف، وهل يلزمه باطناً؟ فيه خلاف، وقيل: إن كان مجتهداً لم يلزمه، وإن كان مقلداً يلزمه باطناً.

قال الرافي: فيه مسألتان:

إحداهما: ما يحلف فيه على البت، لا يشترط فيه اليقين، بل يجوز البت على ظن مؤكد، [منشأ]<sup>(٦)</sup> من خطه، أو من خط أبيه، أو تكول خصمه على ما سبق.

ولو استخلف القاضي على البت، حيث تجب فيه اليمين على العلم، وقد عدل عن نهج الصواب، والعدل، إلا أن اليمين يحسب، وتحمّل على نفي العلم، كما إذا

(٢) في أ: وتسلم.

(٤) في ز: يستقي.

(٦) سقط في: ز.

(١) في أ: لقبض.

(٣) في ز: إنه.

(٥) قال النووي: نفي العلم هو الصحيح.

شَهِدَ الشُّهُودُ أَنَّهُ لَا وَارِثَ لَهُ، وَإِلَّا فَلَا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ، وَتُحْمَلُ عَلَى أَنَّهُ لَا يَغْلَمُ وَإِرثًا  
غَيْرَهُ.

الثانية: النَّظَرُ فِي الْيَمِينِ إِلَى نِيَّةِ الْقَاضِي الْمُسْتَحْلِفِ وَعَقِيدَتِهِ. [و] (١) أما النية  
فالتَّوْرِيَّةُ، وَالتَّأْوِيلُ عَلَى خِلَافِ قَصْدِ الْقَاضِي لَا يُغْنِي، وَلَا يَدْفَعُ إِثْمَ الْيَمِينِ الْفَاجِرَةَ.

ولو اسْتَنْتَى، أَوْ وَصَلَ بِاللَّفْظِ شَرْطاً بِقَلْبِهِ، وَنِيَّتِهِ، أَوْ فَعَلَ ذَلِكَ بِلِسَانِهِ، وَلَكِنْ لَمْ  
يَسْمَعْهُ الْحَاكِمُ، فَكَذَلِكَ.

وَإِنْ سَمِعَهُ الْحَاكِمُ، عَزَّزَهُ، وَأَعَادَ عَلَيْهِ الْيَمِينَ (٢).

وَإِنْ وَصَلَهُ بِكَلَامٍ لَمْ يَفْهَمْهُ الْقَاضِي، مَنَعَهُ [مِنْهُ] (٣)، وَأَعَادَ الْيَمِينَ عَلَيْهِ، كَذَلِكَ  
ذَكَرَهُ فِي «التَّهْذِيبِ». فَإِنْ قَالَ: كُنْتُ أَذْكَرُ اللَّهَ تَعَالَى، قِيلَ لَهُ: لَيْسَ هَذَا وَقْتاً لَهُ.

وَأَمَّا الْعَقِيدَةُ؛ فَإِذَا ادَّعَى حَنْفِي (٤) عَلَى شَافِعِيٍّ، شَفَعَةَ الْجَوَازِ. وَالْقَاضِي يَرَى  
إِبْطَانَهَا، فَأَنْكَرَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَخْلِفَ، بِنَاءً عَلَى اغْتِقَادِهِ فِي شَفَعَةِ الْجَارِ، بَلْ

(١) سقط في: أ.

(٢) قال في المهمات: محل ما ذكره إذا كان التحليف بالله تعالى فإن كان القاضي يرى التحليف  
بالطلاق فحلف به نفعت التورية كما قاله المصنف - رحمه الله - في أذكاره ونازعه الزركشي في  
خادمه بأن هذا النقل غير مطابق فإن لم يذكر ذلك فيما إذا كان القاضي يرى ذلك بل لو حلفه  
القاضي بالطلاق أو العتاق تنفعه التورية ويكون الاعتبار بنية الحالف لأن القاضي ليس له التحليف  
بهما وفي البحر قال الشافعي - رضي الله عنه - ومتى بلغ الإمام أن حاكماً استحلف الناس بالطلاق  
والعتاق عزله عن الحكم لأنه جاهل.

قال صاحب الخادم: نعم هذا ظاهر إذا كان الحاكم لا يراه، فإن رآه كالحنفي فيحتمل أنه  
كالتحليف بالله تعالى لا ينفع التورية فيه، والظاهر خلافه لمخالفة النص في امتناع الحلف بغير الله  
تعالى إلى آخر ما ذكره.

قال في المهمات أيضاً الحكم ببطان اليمين عند اتصال الاستثناء دليل على أن الاستثناء ينفع في  
الماضي حتى قال والله ما قمت إن شاء الله تعالى وكان قد قام فإنه لا يحنث والأمر كذلك وقد  
صرح به في التتمة وهذا الذي فهمه سبقه إليه القاضي شرف الدين البارزي زاد الشيخ فنقله عن  
التتمة غلط، قال المتولي: إنما نص على أن الاستثناء يمنع أن يعقد اليمين لا أنها تتعقد وينفع  
الاستثناء في الماضي ثم ساق لفظ التتمة وفي التعليل نظر.

وقال الشيخ البلقيني لا أثر لنية مخالف لظاهر اللفظ الواجب في الحلف، فلو كان له دين بغير  
صك لم يقبضه وأقام شاهداً بالدين الذي بالصك وحلف معه وبنيت الحلف على الذي بلا صك  
ونية القاضي الذي بالصك فلا أثر لنية القاضي لأن اللفظ الواجب في الخلاف استحقيقه الدين  
المدعى به لا الدين الذي بالصك وكذا حكم يمين الرد والاستظهار إلى آخر ما ذكره.

(٤) في ز: حق.

(٣) سقط في: أ.

عليه أَتْبَاعُ الْقَاضِي وَيَلْزَمُهُ<sup>(١)</sup> فِي الظَّاهِرِ [مَا أَلْزَمَهُ الْقَاضِي]<sup>(٢)</sup> وَهَلْ يَلْزَمُهُ فِي الْبَاطِنِ؟  
حَكَى الْمُصَنِّفُ فِيهِ وَجْهَيْنِ.

وهذا الخلاف كالخلاف المذكور في الباب الثاني من «أدب القضاء»، أن الحنفية إذا حكم للشافعية بشفعة الجار، هل يحل له، أو هو هو؟

وميل الأكثرين إلى الحل، كما ذكره في الكتاب هناك، وهو الجواب في فتاوى القفال ويوافقه<sup>(٣)</sup> ما اتفقوا عليه ههنا من ترجيح لزوم باطناً.

وعن صاحب «التقريب»: أن القضاء في المجتهدات يتفد في حق المقلد ظاهراً، وباطناً، ولا يتفد في حق المجتهد باطناً، حتى لو كان الحالف مجتهداً وحلف على موجب اجتهاده، لم يأثم<sup>(٤)</sup>. هذا ما يتعلّق بالطرف الثاني<sup>(٥)</sup> وهو المخلوف عليه. والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَأَمَّا الْحَافِلُ فَهُوَ كُلُّ مَنْ تَوَجَّهَ عَلَيْهِ دَعْوَى صَحِيحَةٍ فَيُخَلِّفُ (ح م) فِي إِنْكَارِ النَّسَبِ وَالْوَلَاءِ وَالرَّجْعَةِ وَالنِّكَاحِ وَالظَّهَارِ وَالْإِبْلَاءِ، وَلَا يَخْلِفُ فِي حُدُودِ اللَّهِ تَعَالَى إِذْ لَا نِزَاعَ فِيهَا، وَلَا يَخْلِفُ الْقَاضِي وَالشَّاهِدُ، وَيَخْلِفُ الْقَاضِي بَعْدَ الْعَزْلِ، وَلَا يَخْلِفُ الصَّبِيَّ إِذَا أَدْعَى الْبُلُوغَ بَلْ يَصْدُقُ، وَلَوْ قَالَ: أَنَا صَبِيٌّ لَمْ يَخْلِفْ بَلْ يَنْتَظَرُ بُلُوغَهُ، إِلَّا الصَّبِيَّ الْمُشْرَكَ إِذَا أَدْعَى أَنَّهُ اسْتَنْبَتَ الشُّعْرَ بِالْعِلَاجِ فَإِنَّهُ إِنْ لَمْ يَخْلِفْ قُتِلَ، وَقِيلَ: يُعْبَسُ حَتَّى يَبْلُغَ ثُمَّ يَخْلِفُ فَإِنْ نَكَلَ قُتِلَ، وَلَا يَخْلِفُ الْوَصِيَّ وَالْقَيْمِ إِذْ لَا يَقْبَلُ إِفْرَاقَهُمَا

(١) في ز: ولزمه.

(٢) سقط في: ز.

(٣) في ز: وموافقته.

(٤) دعواه اتحاد الحالف فيه نظر لأن الخلاف في لزومه باطناً راجع إلى الحكم لا إلى اليمين وذلك أن ما هنا شيئين، أحدهما، اليمين والآخر الحكم فاليمين لازمة جزماً راعياً مع نفسه اعتقاده أثم وأما الحكم ففيه الخلاف.

(٥) قال النووي: هذا إذا حلفه القاضي أو نائبه، أما إذا حلف الإنسان ابتداءً، أو حلفه غير القاضي من قاهر، أو خصم، أو غيرهما، فالاعتبار بنية الحالف بلا خلاف، وينفعه التورية قطعاً، سواء حلف بالله تعالى، أو بطلاق وعناق وغيرهما صرح به الماوردي، ونقله ابن الصباغ عن الأصحاب ذكره في كتاب الطلاق. والله أعلم.

نقله الاتفاق على ذلك فيه نظر فقد قال ابن سراقه في التلقين في باب الإيمان وإذا استحلف رجل رجلاً فاليمين على نية المستحلف إلا أن يكرهه عليها. انتهى ولم يخص قاضياً ولا غيره، وقد أحق الشيخ عز الدين في القواعد الخصم بالقاضي عملاً بقوله ﷺ يمينك على ما يصدقك عليه صاحبك. قال: أراد به الخصم.

أَعْنِي بِالَّذِينَ عَلَى الْمَيْتِ، وَلَا يَخْلِفُ (ح ز و) مَنْ يَنْكِرُ الْوَكَالَهَ بِاسْتِيفَاءِ الْحَقِّ، فَإِنَّهُ وَإِنْ عَلِمَ أَنَّهُ وَكَيْلٌ فَيَجُوزُ جُحُودُ الْمُوَكَّلِ، وَهَلْ يَجُوزُ لِلْوَكِيلِ بِالْخُصُومَةِ إِقَامَةُ الْبَيْتَةِ عَلَى وَكَالَتِهِ مِنْ غَيْرِ حُضُورِ الْخَصْمِ فِيهِ وَجَهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الطَّرْفُ الثَّلَاثُ: الْحَالِفُ؛ وَهُوَ كُلُّ مَنْ تَوَجَّهَ عَلَيْهِ دَعْوَى صَحِيحَةٌ. وَقِيلَ<sup>(١)</sup>: مَنْ تَوَجَّهَتْ عَلَيْهِ دَعْوَى [صَحِيحَةٌ]<sup>(٢)</sup> لَوْ أَقْرَبَ بِمَطْلُوبِهَا، أَلْزَمَ بِهِ، فَإِذَا أَنْكَرَ، يَخْلِفُ عَلَيْهِ، وَتُقْبَلُ مِنْهُ. وَلَا بُدَّ مِنْ اسْتِثْنَاءِ صَوْرٍ عَنْ هَذَا الضَّبْطِ، فنوردها<sup>(٣)</sup> مع مَا يَخْرُجُ مِنْهُ، ويدخل فيه مسائل:

إحداها: يجزىء التَّخْلِيفُ فِي النِّكَاحِ، وَالطَّلَاقِ، وَالرَّجْعَةِ، وَالْفَيْئَةِ فِي الْإِبْلَاءِ، وَفِي الْعِتْقِ، وَالْإِسْتِيلَادِ، وَالْوَلَاءِ، وَالنَّسَبِ.

قال أبو حنيفة: لا يحلف المدعى عليه في هذه الأبواب، إبناء على أن المطلوب من التَّخْلِيفِ الْإِقْرَارُ، أَوِ النُّكُولُ، لِيَحْكَمَ بِالنُّكُولِ. وَالنُّكُولُ نَازِلٌ مَنزِلَةُ الْبَدْلِ، وَالْإِبَاحَةِ. وَلَا مَدْخَلَ لِلْبَدْلِ، وَالْإِبَاحَةِ فِي هَذِهِ الْأَبْوَابِ<sup>(٤)</sup>. وقال مالك، وأحمد: يَجْرِي التَّخْلِيفُ فِيمَا لَا يَثْبُتُ [لَا]<sup>(٥)</sup> بِشَاهِدِينَ ذَكَرْنِي إِحْقَاقًا لَهُ بِالْحُدُودِ.

وعن أحمد رواية أخرى: [لَا]<sup>(٦)</sup> يَجْرِي التَّخْلِيفُ فِي الْقِصَاصِ، وَحَدِّ الْقَذْفِ، وَالطَّلَاقِ، وَالْعِتَاقِ.

لَنَا مُطْلَقُ قَوْلِهِ ﷺ: «وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ». وَحَدِيثُ رُكَاةَ حَيْثُ حَلَفَهُ ﷺ<sup>(٧)</sup> [لَا]<sup>(٨)</sup> فِي الطَّلَاقِ، وَأَيْضًا فَإِنَّهُ أَنْكَرَ مَا تَوَجَّهَتْ بِهِ الدَّعْوَى، فَيَحْلِفُ كَسَائِرِ مَا يَخْلِفُ فِيهِ.

والثانية: حُدُودُ اللَّهِ تَعَالَى، لَا تُسْمَعُ فِيهَا الدَّعْوَى، وَلَا يُطَلَّبُ الْجَوَابُ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ حَقًّا لِلْمُدَّعِي، وَمَنْ لَهُ الْحَقُّ، لَمْ يَأْذَنْ فِي الطَّلَبِ، وَالْإِثْبَاتِ، بَلْ أَمْرٌ فِيهِ بِالْإِعْرَاضِ، وَالِدَّفْعِ بِمَا أَمَكَرَ.

نعم لو تعلق به حق آدمي، كما إذا قذف غيره، وطلب المَقْدُوفَ حَدِّ الْقَذْفِ، فقال القاذف: حَلْفُوهُ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَزِنْ، فالظاهر أنه يَخْلِفُ، كما ذكرنا في شرح المسألة الثالثة من ركن<sup>(٩)</sup> الدعوى، فإن حلف، أقيم الحد على القاذف، وإن نكل، وحلف

(٢) سقط في: أ.

(١) في أ: قد.

(٤) سقط في: أ.

(٣) في أ: لتوذيها.

(٦) سقط في: أ.

(٥) سقط في: ز.

(٨) سقط في: أ.

(٧) تقدم.

(٩) في أ: ذكر.



القَاضِ، سَقَطَ حَدُّ الْقَذْفِ عَنْهُ، وَلَمْ يُثْبِتْ بِحَلْفِهِ حَدُّ الزُّنَا عَلَى الْمَقْدُوفِ، وَلَوْ ادَّعَى سَرَقَةً مَالاً<sup>(١)</sup>، سُمِعَتْ دَعْوَاهُ لِلْمَالِ، وَحَلَفَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، فَإِنْ نَكَلَ، حَلَفَ الْمُدَّعَى، وَاسْتَحَقَّ الْمَالَ، وَلَمْ يَقْطَعِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ حُدُودَ اللَّهِ - تَعَالَى - لَا تُثْبِتُ بِالْيَمِينِ الْمَرْدُودَةَ، وَإِذَا<sup>(٢)</sup> أَقْرَبَ مَا يُوجِبُ الْحَدَّ، وَادَّعَى شُبُهَةً، كَمَا إِذَا وَطِئَ جَارِيَةً ابْنِهِ، وَقَالَ: ظَنَنْتُهَا تَحِلُّ لِي، وَهُوَ مِمَّنْ يَجُوزُ أَنْ يُشْتَبَهَ عَلَيْهِ مِثْلُهُ، حَلَفَ، وَسَقَطَ بِحَلْفِهِ الْحَدُّ، وَلَزِمَ الْمَهْرُ، وَسَمِعَ الدَّعْوَى. وَيَجْرِي التَّحْلِيلُ فِي الْقِصَاصِ، وَحَدُّ الْقَذْفِ، وَكَذَا فِي الشُّمِّ، وَالضَّرْبِ الْمَوْجِبِينَ لِلتَّعْزِيرِ.

الثالثة: لو ادَّعى على القاضي: أنه ظلمه في الحكم، أو على الشاهد أنه تعمّد الكذب، أو غلط، أو ادَّعى عليه ما يوجب سقوط شهادته، فهذا شيء لو اعترف القاضي، أو الشاهد، لأفاد اعترافهما التَّغْرِيمَ، وانفع به المدعى. لكن منصبهما يأبى التَّحْلِيلَ على ما تقدّم في آخر الباب الأوّل من «أدب القضاء». ومرة أخرى في كتاب الدعاوى.

ولو ادعى على المَغرُولِ أنه حكم أيام قضايته عليه ظلماً، وأنكر، فقد ذكرنا وجهين في أنه يحلف، أو يُصدّق بغير يمين. والذي<sup>(٣)</sup> أجاب به في الكتاب ههنا؛ أنه يحلف، فيعلم بالواو للوجه الآخر. والكلام على ما تبين هناك ماثل إلى ترجيحه، وهذا في الدعوى التي تتعلّق بالحكم.

أما ما لا يتعلّق بالحكم كدعوى الأموال وغيرها، فسبيله سبيل سائر الناس في الخصومات الشرعية، ويحكم فيها بينه وبين المدعي خليفته، أو قاضٍ آخر.

الرابعة: [الصبي]<sup>(٤)</sup> إذا ادَّعى البلوغ بالاختلام في وقت الإمكان، صدق، ولا يخلف على ما بيّناه في الإقرار. ومن ادَّعى عليه شيء فقال: أنا صبيّ بعد، وهو محتمل، لم يخلف ووقفت الخصومة إلى أن يتحقّق بلوغه. وإن وقع في السبي من أثبت، وقال: استنبت الشعر بالعلاج، وأنا غير بالغ، فهذا يثبت على أن إنبات العانة عين البلوغ، أو علامته، وفيه قولان قد سبق ذكرهما في الحجر.

فإن قلنا بالأوّل، فلا حاصل لكلامه، وإن قلنا بالثاني - وهو الأصح - فالمشهور، والمنقول عن النص: أنه يخلف، وفيه إشكال من جهة أنه يدعي الصبا، وتحليف من يدعي الصبا لا وجه له على ما تقرّر في الإقرار. فعن أبي الحسين [بن القطان]<sup>(٥)</sup> أن هذا التَّحْلِيلَ نوع احتياط، واستظهار، وكذلك، ذكره القفال في «شرح التلخيص».

(٢) في أ: فإذا.

(٤) سقط في: ز.

(١) في أ: ماله.

(٣) في أ: فالذي.

(٥) سقط في: أ.

وَقَضِيَّةٌ كَلَامَ الْأَكْثَرِينَ أَنَّهُ وَاجِبٌ، وَصَرَّحَ بِهِ الْقَاضِي الرَّوْيَانِي، وَنَفَى الْخِلَافَ فِيهِ، وَاعْتَمَدَ هَؤُلَاءُ فِي تَحْلِيلِهِ عَلَى دَلِيلِ الْإِتْبَاتِ، وَقَالُوا: كَيْفَ يَتْرَكَ<sup>(١)</sup> الدَّلِيلَ الظَّاهِرَ بِزَعْمِ مُجَرَّدٍ؟ وَإِذَا حَلَفَ، فَإِنْ حَلَفَ بِالذَّرَارِيِّ وَحَقَّرَ دَمَهُ، وَإِنْ نَكَلَ، فَالَّذِي حَكَاهُ ابْنُ الْقَاصِّ عَنِ النَّصِّ: أَنَّهُ يُقْتَلُ وَعَدَّهُ فِي جَمَلَةِ صَوْرٍ، ادَّعَى أَنَّهُ يَحْكُمُ فِيهَا بِالنُّكُولِ عَلَى خِلَافِ الْمَشْهُورِ مِنْ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَقَالَ غَيْرُهُ: لَيْسَ هَذَا حُكْمًا بِالنُّكُولِ، وَلَكِنْ قَامَ الدَّلِيلُ عَلَى الْبُلُوغِ، وَلَمْ يَظْهَرْ دَافِعٌ، فَأَجْرِي عَلَيْهِ حُكْمُهُ.

وفي المسألة وراء<sup>(٢)</sup> المنقول عن النص وجوه:

أحدها: أَنَّهُ يُخْلَى<sup>(٣)</sup> وَلَا يَقْضَى عَلَيْهِ بِالْقَتْلِ.

والثاني: أَنَّهُ يُخْبَسُ حَتَّى يَخْلِفَ، أَوْ يَقْرَأَ.

والثالث: وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ: أَنَّهُ يُخْبَسُ إِلَى تَحْقُقِ بُلُوغِهِ، ثُمَّ يَحْلِفُ عَلَى مَا ادَّعَاهُ مِنَ الْاسْتِعْجَالِ، فَإِنْ لَمْ يَحْلِفْ فَيُقْتَلُ وَهَذَا يَحْتَرِزُ<sup>(٤)</sup> مِنْ تَحْلِيلِ مَنْ يَدْعِي أَنَّهُ صَبِيٌّ. وَاعْلَمْ أَنَّ صُورَةَ دَعْوَى الْاسْتِثْنَاءِ بِالْعِلَاجِ، قَدْ جَرَى لَهَا ذِكْرٌ فِي بَابِ السَّيْرِ، إِلَّا أَنَّ الْمَذْكُورَ هُنَا: أَنَّهُ إِذَا حَلَفَ، يُصَدَّقُ. وَالْمَذْكُورُ هَا هُنَا الطَّرْفُ الْآخَرُ، وَهُوَ أَنَّهُ إِذَا نَكَلَ، مَاذَا يَفْعَلُ؟

الخامسة: ادَّعَى مُدَّعٍ دَيْنًا عَلَى مَيِّتٍ، أَوْ ادَّعَى أَنَّهُ أَوْصَى لَهُ بِشَيْءٍ، وَلِلْمَيِّتِ وَصِيٌّ فِي قَضَاءِ الدِّيُونِ، وَتَنْفِيذِ الْوَصَايَا، فَأَنْكَرَ، نَظَرَ، إِنْ كَانَ لِلْمُدَّعِي بَيِّنَةٌ، حُكِمَ بِهَا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ، وَأَرَادَ تَحْلِيلَ الْخَضْمِ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ بِذَلِكَ، لَمْ يُمْكِنْ<sup>(٥)</sup> لِأَنَّ مَقْصُودَ التَّحْلِيلِ، أَنَّ يُصَدَّقَ الْخَضْمُ، فَيَقْرَأُ إِنْ كَانَ الْمُدَّعِي مُجْهَقًا.

والوصي لا يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ بِالذِّينِ، وَالْوَصِيَّةِ، فَلَا مَعْنَى لِتَحْلِيلِهِ<sup>(٦)</sup>.

نعم، لو كان واريثاً فحلِف<sup>(٧)</sup> بحقِّ الوارثةِ، وَقِيمَ الْقَاضِي فِي ذَلِكَ كَالْوَصِيِّ، وَمَنْ عَلَيْهِ حَقٌّ إِذَا طَالَبَهُ بِهِ مُطَالِبٌ، وَزَعَمَ أَنَّهُ وَكَيْلٌ صَاحِبِ الْحَقِّ، وَلَمْ يَأْتِ بِبَيِّنَةٍ وَأَرَادَ

(١) في ز: يقول.

(٢) في ز: يحكى.

(٣) في ز: يخن.

(٤) وذلك لأن صاحب الدين يشترط تحليفه على نفي المسقطات للدين، وفي المسألة نظر لأن الوصي إذا علم الدين وأنكر تبريد جلدة الميت ولم يعلم الحاكم بذلك فلم لا يقضيه الوصي العالم به من ماله لكن قد يقال يمينه على نفي المسقطات من الإبراء ونحوه مستحقة فكيف يستقل بإيفاء الدين وكيف يغرّم الوصي من غير ضمان ولا سبب يوجب ذلك.

(٥) في أ: فيحلِف.

تَحْلِيْفُهُ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ بِالْوَكَالَةِ، لَمْ يُمَكِّنْ؛ لِأَنَّهُ وَإِنْ اعْتَرَفَ بِالْوَكَالَةِ، لَا يَلْزَمُهُ التَّسْلِيمُ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ لَا يَأْمَنُ جُحُودَ صَاحِبِ الْحَقِّ الْمُوَكَّلِ<sup>(١)</sup>. هَذَا مَا أَطْلَقَهُ فِي الْكِتَابِ، وَهُوَ مُسْتَمِرٌّ عَلَى ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ، لَكِنْ قَدْ مَرَّ فِي آخِرِ كِتَابِ الْوَكَالَةِ نَقْلَ خِلَافٍ فِي أَنَّهُ هَلْ يَلْزَمُهُ التَّسْلِيمُ إِذَا اعْتَرَفَ بِالْوَكَالَةِ؟ وَبَيَّنَّا أَنَّهُ إِنْ لَزِمَهُ، كَانَ لِلْمُدَّعِي تَحْلِيْفُهُ، وَأَنَّهُ وَإِنْ لَمْ يَلْزَمَهُ التَّسْلِيمُ يُمَكِّنُ مِنْ تَحْلِيْفِهِ أَيْضًا.

إِذَا قُلْنَا: إِنْ الِیْمِینَ الْمَرْذُودَةَ كَالْبِیِّنَةِ.

فِيَجُوزُ أَنْ يُعْلَمَ لِذَلِكَ<sup>(٢)</sup> قَوْلُهُ هَهُنَا: «وَلَا يَحْلِفُ مِنْ يَنْكُرُ الْوَكَالَةَ» بِالْوَاوِ وَقِيَاسِ مَا نَقَلْنَا هُنَاكَ إِعْلَامَهُ بِالْحَاءِ، وَالزَّايِ، أَيْضًا.

ثُمَّ هَذِهِ الْمَسَائِلُ مَخْتُومَةٌ بِفَرْعٍ، وَهُوَ أَنَّ الْوَكِيلَ بِالْخُصُومَةِ، هَلْ لَهُ إِقَامَةُ الْبِیِّنَةِ عَلَى وَكَالَتِهِ مِنْ غَيْرِ حُضُورِ الْخَصْمِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

حَكَى الْإِمَامُ عَنِ الْقَاضِي الْحُسَيْنِ، أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ عَلَيْهِ، وَعَنْ غَيْرِهِ، أَنَّهُ لَا حَاجَةَ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ يُثْبِتُ وَلَايَةَ لِنَفْسِهِ. وَذَكَرْنَا فِي الْوَكَالَةِ أَنَّ الْإِمَامَ حَكَى عَنِ الْقَاضِي، إِذَا كَانَ الْخَصْمُ غَائِبًا عَنِ الْبَلَدِ، يَنْصِبُ الْقَاضِي مَسْخَرًا عَنْهُ، كَانَ الْمُرَادُ هَهُنَا مَا إِذَا كَانَ حَاضِرًا فِي الْبَلَدِ، وَهُنَاكَ مَا إِذَا كَانَ غَائِبًا عَنِ الْبَلَدِ، وَالْأَظْهَرُ سَمَاعُ الْبِیِّنَةِ، وَأَنَّهُ لَا حَاجَةَ إِلَى حُضُورِهِ، وَلَا إِلَى نَصْبِ مَسْخَرٍ.

وَلَوْ وَكَلَّ بِالْخُصُومَةِ فِي مَجْلِسِ الْحُكْمِ، اسْتَعْنَى عَنْ حُجَّةِ يُقِيمُهَا، إِنْ كَانَ الْخَصْمُ حَاضِرًا هُنَاكَ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ، فَلْتَبَيَّنْ<sup>(٣)</sup> عَلَى أَنَّ الْقَاضِي هَلْ يَقْضِي بِعِلْمِهِ؟

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَأَمَّا حُكْمُ الْيَمِينِ فَهُوَ انْقِطَاعُ الْخُصُومَةِ فِي الْحَالِ لِابْرَاءَةِ الذَّمِّ بَلِّ لِلْمُدَّعِي بَعْدَ ذَلِكَ أَنَّ يُقِيمَ الْبِیِّنَةَ وَيَعْتَدِرَ بِأَنَّهُ لَمْ يَعْلَمْ أَنَّ لَهُ بِیِّنَةً، فَإِنْ أَقْرَبَ بِأَنَّهُ لَا بِیِّنَةَ لَهُ حَاضِرَةً وَغَائِبَةً فِي الْقَبُولِ وَجْهَانِ، وَلَوْ قَالَ: كَذَبَ شُهُودِي بَطَلَتِ الْبِیِّنَةُ، وَفِي بَطْلَانِ دَعْوَاهُ وَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: لَا تَبْطُلُ فَادَّعَى الْخَصْمُ إِقْرَارَهُ بِكَذِبِ الشُّهُودِ وَأَرَادَ أَنْ يُقِيمَ عَلَيْهِ شَاهِدًا وَيَخْلِفَ مَعَهُ لِيَسْقِطَ الْبِیِّنَةَ لَمْ يَجُزْ لِأَنَّ مَقْصُودَهُ الطَّغْنُ، وَإِنْ قُلْنَا: تَبْطُلُ دَعْوَاهُ جَارَتْ الْحُجَّةُ النَّاقِصَةَ لِإِسْقَاطِ الدَّعْوَى بِالْمَالِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الطَّرْفُ الرَّابِعُ: فَائِدَةُ الْيَمِينِ وَحُكْمُهَا، وَهُوَ انْقِطَاعُ الْخُصُومَةِ، وَالْمُطَابَقَةُ فِي الْحَالِ، وَلَا سُقُوطُ الْحَقِّ، وَابْرَاءَةُ الذَّمِّ.

(١) فِي ز: التَّوَكِيلِ.

(٢) فِي ز: فَلَیْسَ.

(٣) فِي ز: كَذَلِكَ.

رُوي عن ابن عَبَّاس - رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ أَمَرَ رَجُلًا بَعْدَمَا حَلَفَ بالخروج من حَقِّ صَاحِبِهِ<sup>(١)</sup>، كَانَهُ عَرَفَ أَنَّهُ كَاذِبٌ، فَدَلَّ أَنَّ اليمينَ، لَا تُوجِبُ البرَاءَةَ.

فلو أقام المُدْعِي بَيِّنَةً بَعْدَمَا حَلَفَ المُدْعَى عليه، سَمِعَتْ، وَقُضِيَ بِهَا. وكذا لو رُدَّت اليمين على المُدْعِي، وَنَكَلَ، ثم أقام بَيِّنَةً.

وهذا إذا لم يتعرض وقت التحليف للبيّنة، وإن كان قد قال حينئذ: لا بَيِّنَةٌ لي حَاضِرَةً، ولا غَائِبَةً، فهذه الصُّورَةُ قد ذكرنا في شرح الفصل الثَّانِي من الباب الثاني من «أدب القضاء»، مَضْمُونَةً إلى الصورة التي أوردَهَا هناك، وهي أن يقول: لا بَيِّنَةٌ، واقتصر عليه. وفيهما جَمِيعُ الخلاف. والأظْهَرُ السماعُ أيضاً، وَبَيِّنًا هناك أنه لو قال: لا بَيِّنَةٌ لي حَاضِرَةً، ثم جاء بيينة سمعت فَلَعَلَّهَا حضرت.

وأنه لو قال: لي بَيِّنَةٌ، ولكن لا أقيّمُهَا، وأريد يمينه، يُجِيبُهُ القاضي إليه، ويحلفه. هذا هو المَشْهُورُ. وفي فتاوى القُقَالِ: أنه لا يَجِبُ على القاضي تَحْلِيفُهُ، بل يقول: أَحْضِرِ البَيِّنَةَ. هذه إحدى مسألتي الفصل.

والثانية: لو أن مُدْعِيًا أقام على ما يدْعِيهِ شُهُودًا، ثم قال: كَذَبَ شُهُودِي، أو شَهِدُوا مبطلين، فلا شَكَّ في سقوط بَيِّنَتِهِ، وامتناع الحكم.

وفي بُطْلَانِ دَعْوَاهُ وَجْهَانِ عن صاحب «التقريب»: تبطل، وينزل تَكْذِيبُ الشُّهُودِ مَنزِلَةَ تَكْذِيبِهِ نَفْسَهُ، وليس له أن يُقِيمَ بعد ذلك بَيِّنَةً أُخْرَى.

وأظهرهما: المَنْعُ، لاحتمال أن يكون هو مُحَقِّقًا في دَعْوَاهُ، والشهود مبطلين؛ لِشَهَادَتِهِمْ بما لا يحيطون به عِلْمًا، وفي مثل ذلك يقول الله تَعَالَى: «وَاللَّهُ يَعْلَمُ إِنَّكَ

(١) أخرجه أحمد [٢٩٦/١ - ٣٢٢] والنسائي والحاكم [٩٥/٤ - ٩٦] من حديث عطاء بن السائب عن أبي يحيى الأعرج، عن ابن عباس قال: جاء رجلان يختصمان في شيء إلى رسول الله ﷺ، فقال للمدعي: أقم البينة، فلم يقمها، فقال للآخر: احلف، فحلف بالله الذي لا إله إلا هو ماله عندي شيء، فقال رسول الله ﷺ: بلى قد فعلت، ولكن غفر لك بإخلاص قول لا إله إلا الله، وفي رواية الحاكم فقال: بل هو عندك، ادفع إليه حقه، ثم قال: شهادتك أن لا إله إلا الله كفارة يمينك، وفي رواية أحمد: فنزل جبرئيل على النبي ﷺ فقال: إنه كاذب، إن له عنده حقه، فأمره أن يعطيه وكفارة يمينه معرفة لا إله إلا الله، وأعله ابن حزم بأبي يحيى، قال: وهو مصدع المعقب، وكذا قال ابن عساكر: إنه مصدع، وتعقبه المزي بأنه وهم، قال: بل اسمه زياد، كذا سماه أحمد والبخاري وأبو داود [٣٢٧٥] في هذا الحديث، وأعلم أبو حاتم برواية شعبة عن عطاء بن السائب عن البخاري بن عبيد، عن ابن الزبير مختصراً: أن رجلاً حلف بالله كاذباً فغفر له، قال: وشعبة أقدم سماعاً من غيره، وفي الباب عن أنس من طريق الحارث بن عبيد عن ثابت عنه، قال أبو حاتم: ورواه حماد بن سلمة عن ثابت عن ابن عمر، قلت: أخرجهما البيهقي [١٨٠/١٠] والحارث بن عبيد هو أبو قدامة. قاله الحافظ في التلخيص.

لرَسُولُهُ وَاللَّهُ يَشْهَدُ إِنَّ الْمُنَافِقِينَ لَكَاذِبُونَ ﴿﴾ [المنافقون - ١].

وَيُنَبِّئُ عَلَى الْوَجْهِينِ، ما إذا أَقَامَ الْمُدْعِي شُهُودًا، فزعم المُدْعَى عَلَيْهِ أن المدعي أَقَرَّ بِأن شُهُودَهُ كَذِبَةٌ، وأقام عليه شاهداً واحداً، وأراد أن يَخْلِفَ معه، هل يُمَكِّنُ؟ وهل يُحْكَمُ بشاهده ويمينه؟ إن قلنا: هذا الإقراز لا يَبْطُلُ أَصْلُ الدَعْوَى، فلا؛ لأن المَقْضُودَ حِينَئِذٍ الطَّعْنُ فِي الشُّهُودِ، وإخْرَاجُ شَهَادَاتِهِمْ عَنْ أَنْ يُحْكَمَ بِهَا، وجرح الشهود، والطَّعْنُ فِيهِمْ، لا يَثْبُتُ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ، وإن كانت الشهادة في مَالٍ.

وإن قلنا: إنه يبطل أصل الدعوى، مُكِّنَ؛ لأن المَقْضُودَ، والحالة هذه، إسْقَاطُ الدَعْوَى بِالمال، فهو بِمَثَابَةِ، ما لو ادَّعى الإِبْرَاءَ؛ فإنه يثبت بشاهد ويمين.

فروع:

مما جمع في «فتاوى القفال» وغيره:

أقام شاهدين في هذه الحادثة؛ أنهما استبَاعَا الدَّارَ مِنْهُ، واندفعت شهادتهما<sup>(١)</sup>، ولو أقام شاهدين على أن هذه الدار ملكه، فأقام المشهود عليه شاهدين، على أن شاهدي المدعي<sup>(٢)</sup> قد قالا: لا شَهَادَةٌ لَنَا فِي ذَلِكَ، فسألهما الحاكم: متى قال ذلك شَاهِدَا المُدْعِي؟ فإن قالا: قالاه أمس، أو منذ شهر، لم يندفع بشهادتهما بذلك؛ لأنهما قد لا يَكُونَا شاهدين، ثم يصيرا شاهدين.

وإن قالا: حين قَصَدْنَا لإِقَامَةِ الشَّهَادَةِ، اندفعت شهادتهما.

ولو أقام المشهود عليه شاهدين، أن المدعي أَقَرَّ بِأن شاهديه شَرِبَا الخَمْرَ وَقَتَ كَذَا، فَإِنْ طَالَتِ المُدَّةُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَداءِ الشَّهَادَةِ، لم يَقْتَضِ ذَلِكَ رَدَّ الشَّهَادَةِ. وإن كانت المُدَّةُ يَبْسِرَةً، رُدَّتْ، شهادتهما.

وإن شهدا أنه أَقَرَّ بِأنهما شَرِبَا الخَمْرَ مِنْ غير تَعْيِينِ وَقْتٍ، سُئِلَ المدعي عن وَقْتِهِ، وَحُكِمَ بِمَا يَقْتَضِيهِ تَعْيِينُهُ.

ولو أَقَامَ المُدْعِي بَيِّنَةً، ثم قال للقاضي: لا تَحْكُمْ بِشيءٍ حَتَّى تُحْلِفَهُ، كانت بَيِّنَتُهُ

(١) قال في القوت: إن عبارة الراعي ومما جمع من فتاوى القفال وغيره أقام شاهدين أن هذه الدار ملكه ورثها من أبيه فقال المدعى عليه إن شاهدي المدعي ذكرا بعد موت الأب أنهما ليسا بشاهدين في هذه الحادثة أو أنهما ابتاعا هذه الدار منه اندفعت شهادتهما. انتهى.

قال أعني صاحب القوت ويشبه أنه سقط من نسخة الأصل من قول شاهدين إلى قوله شاهدين ثانياً فأصلحه ما ذكره.

(٢) في أ: الدعوى.

باطلةً، ووجه ذلك بأنه كالمعترف بأن بيّنته مما لا يجوزُ الحكم بها<sup>(١)(٢)</sup>.

وقوله في الكتاب: «ويعذر بأنه لم يَعْلَمْ أن له بيّنة». هذا الاغْتِدَارُ ليس بِشَرْطٍ لإقامة البيّنة، على ما تَقَرَّرَ من أصلنا. نعم، حُكِيَ في «التهذيب»: أن مالكا قال: إن كان عالماً عند التخليف أنه له بيّنة، بَطَلَ حَقُّهُ عن البيّنة، يجوز أن يَعْلَمْ لذلك قوله: «بل للمدعي بعد ذلك أن يُقِيمَ البيّنة» بالميم. والله أعلم.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: وَلَوْ قَالَ: حَلَفَنِي مَرَّةً فَلْيُخَلِّفْ عَلَيَّ أَنَّهُ مَا حَلَفَنِي سَمِعَ عَلَيَّ أَحَدٍ الْوَجْهَيْنِ، فَلَوْ أَجَابَهُ بِأَنَّهُ حَلَفَنِي مَرَّةً عَلَيَّ أَنِّي مَا حَلَفْتُهُ فَلْيُخَلِّفْ عَلَيَّ أَنَّهُ مَا حَلَفَنِي لَمْ يُسْمَعْ لِأَنَّ ذَلِكَ يَتَسَلَّلُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا طَلَبَ الْمُدْعَى يَمِينَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ، بَيْنَ يَدَيِ الْحَاكِمِ، فَقَالَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ لِلْحَاكِمِ: قَدْ حَلَفَنِي مَرَّةً عَلَيَّ هَذَا بِالْتِمَاسِهِ، وَلَيْسَ لَهُ تَخْلِيْفِي، فَإِنْ كَانَ الْقَاضِي يَحْفَظُ مَا يَقُولُهُ، لَمْ يَحْلِفْهُ. وَمَنْعَ الْمُدْعَى مِمَّا يَبْغِيهِ، وَإِنْ لَمْ يَحْفَظْهُ، حَلَفَهُ، وَلَا تَنْفَعُ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ فِيهِ؛ لِمَا مَرَّ أَنَّ الْقَاضِي مَتَى يَذْكَرُ حُكْمَهُ، أَمْضَاءً، وَإِلَّا لَمْ يَعْتَمِدْ عَلَيَّ الْبَيِّنَةَ. وَعَنْ ابْنِ الْقَاصِّ: يَجُوزُ سَمَاعُ الْبَيِّنَةِ فِيهِ، حَكَاهُ الْقَاضِي أَبُو سَعْدٍ الْهَرَوِيُّ. وَحَقُّهُ الطَّرْدُ فِي كُلِّ بَابٍ. وَإِنْ قَالَ حَلَفَنِي عِنْدَ قَاضٍ آخَرَ، أَوْ أَطْلَقَ، وَأَرَادَ تَخْلِيْفَهُ عَلَيْهِ، فَوَجْهَانِ عَنِ أَبِي سَعِيدِ الْإِصْطَخَرِيِّ:

أَحَدُهُمَا: الْمَنْعُ؛ وَحُكِيَ هَذَا عَنِ ابْنِ الْقَاصِّ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَا يَأْمَنُ أَنْ يَدَّعِيَ الْمُدْعَى أَنَّهُ حَلَفَهُ عَلَيَّ أَنَّهُ مَا حَلَفَهِ. وَهَكَذَا يَدُورُ الْأَمْرُ، وَلَا يَنْفَصِلُ.

وَأَظْهَرُهُمَا: وَهُوَ الْمَذْكَورُ فِي «التهذيب» وَغَيْرِهِ: أَنَّهُ يُمَكِّنُ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ مُحْتَمَلٌ غَيْرُ مُسْتَبْعَدٍ، وَلَا يُسْمَعُ مِثْلُ ذَلِكَ مِنَ الْمُدْعَى، كَيْلَا يَتَسَلَّلَ، وَعَلَى هَذَا، فَإِنْ كَانَتْ لَهُ

(١) في ز: به.

(٢) قال النووي: هذا مشكل، فقد يقصد تخليفه ليقيم البيّنة، ويظهر إقدامه على يمين فاجرة، أو غير ذلك من المقاصد التي لا تقتضي قدحاً في البيّنة، فيبغى أن لا تبطل البيّنة. والله أعلم. قال في القوت: هذا عجيب إذ الغرض أنه أقام البيّنة والظاهر أن كلام القفال حصل في نقله خلل والصواب ما قدمته والذي قدمه بعد كلام سبق له ما نصه وكذا لو أقام بيّنة فقبل أن يحكم قال لا تحكم بشيء حتى تحلفه لم يسمع منه إلا أن يريد أن بيّنته باطلة، قال وظاهر هذا الكلام أن مجرد قوله لا يحكم حتى يحلفه لا يقدح في البيّنة بمجرد، ثم ساق عبارة الرافعي والروضة وذكر ما قدمته.

وقال في الخادم: إن صاحب المطلب قال بعد نقله كلام الروضة هذا الكلام من سبق فهمه إلى أن المسألة مصورة بما إذا قال ذلك قبل إقامة البيّنة وهي مصورة بما إذا قاله بعد إقامتها فبطل كل ما أباده من الفائدة.

بَيِّنَةٌ، أقامها، وتخلص عن الخُصُومَةِ، وإن استمهل ليقيم<sup>(١)</sup> البيِّنَةُ، فقياس البيِّنَاتِ الدَّوَاعِ أَنْ يُمَهَّلَ ثَلَاثًا<sup>(٢)</sup>. وعن القاضي الحسين: أنه قال: أَرَى أَلَا يُمَهَّلُ أَكْثَرَ مِنْ يَوْمٍ؛ لِأَنَّهُ كَالْمُرَاوِغِ الْمُتَعَنَّتِ. وإن لم تكن بَيِّنَةٌ، حلف المدعي: أنه ما حَلَفَهُ، ثم يُطَلَّبُ المَالُ<sup>(٣)</sup>.

وإن نَكَلَ، حَلَفَ المُدْعَى عليه، وَسَقَطَتِ الدعوى، فلو أراد أن يَحْلِفَ يَمِينًا<sup>(٤)</sup> الأصل، لا يمين التحليف المَرْدُودَةَ عليه.

قال في «التهذيب»: ليس له ذلك، إلا بعد اسْتِثْنَاءِ الدَّعْوَى؛ لِأَنَّهُمَا الآن فِي دَعْوَى أُخْرَى. ولو قال المدعي في جَوَابِ المُدْعَى عليه: قد حَلَفْتَنِي مَرَّةً عَلَى أَنِّي مَا حَلَفْتُهُ مَرَّةً، وأراد تَحْلِيفَهُ، لم يجب؛ لِأَنَّهُ يُفْضِي إِلَى مَا لَا يَتَنَاهَى.

ولو ادعى مالا على رَجُلٍ، فأنكر، وحلف، ثم جاء المُدْعَى بعد أيام، وقال: حَلَفْتُ يَوْمَئِذٍ لِأَنَّكَ كُنْتَ مُغْسِرًا، ولم يلزمك تَسْلِيمُ شَيْءٍ إِلَيَّ، فقد أَيْسَرْتَ الآن فهل تُسْمَعُ؟ فيه وجهان:

في وجه: تُسْمَعُ، ويحلف المدعي عليه لِإِمْكَانِهِ.

وفي وجه: لا؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَنَاهَى، ويفضي إلى أَلَا يُفْصِلُ الأَمْرَ بَيْنَهُمَا بحال<sup>(٥)</sup>. فروع:

إنما يحلف المُدْعَى عليه إذا طلب المُدْعَى يَمِينَهُ، فإن لم يطلب فلم يقلع عن المُخَاصَمَةِ، لم يحلفه القاضي، ولو حلفه، لم يُعْتَدَ بتلك الِيمِينِ. وحكى أبو الفَرَجِ الرَّاؤُ وَجْهًا أُخْرَى: أنه لا يَتَوَقَّفُ التَّحْلِيفُ عَلَى طَلْبِهِ؛ لِأَنَّ لِلْمُدْعَى عَلَيْهِ عِوَضًا عَنِ<sup>(٦)</sup> الِيمِينِ، وهو سُقُوطُ المُطَالَبَةِ والمُلازِمَةِ، وادعى أن هذا الوَجْهَ أَصَحُّ، ونقله القاضي أبو سَعْدِ الهَرَوِيُّ عَنِ القَفَّالِ الشَّاشِي والمَشْهُورِ الأَوَّلِ، وإن امتنع من تحليفه بالدعوى

(١) في ز: لقيم.

(٣) قال الشيخ البلقيني: هذا وهم، وصوابه ثم يطلب حلف المدعي عليه بالنسبة إلى أصل الدعوى، فإن حلف انقطعت الخصومة، وإن نكل ردت على المدعي فيحلف على استحقاق المال، فإن قيل الدعوى الأولى قد بطلت؛ ولهذا قال البيهقي: لا بد من استئناف الدعوى، قلنا: هذا الذي ذكره البيهقي مردود، فالدعوى باقية لم تبطل، والذي جرى من العارض قد زال حكمه فلا وجه لإبطال الدعوى، ألا ترى أن المدعي في الدم لو ادعى عهداً فاستفصل فذكر في الاستفصال ما ليس بعمد لا تبطل أصل الدعوى على الأصح، وها هنا لا تبطل الدعوى قطعاً؛ لأن الذي جرى يتعلق بالدعوى الأصلية، فلما انفصل أمره عدنا إلى أصل الدعوى، انتهى.

(٤) في ز: اليمين.

(٥) قال النووي: الأصح أنه يسمع إلا إذا تكرر.

(٦) في ز: في.

السَّابِقَةِ، جاز؛ لأنه لم يسقط حَقُّه عن اليمين<sup>(١)</sup>.  
فإن قال: أبرأتك عن اليمين، سقط حَقُّه من اليمين في هذه الدعوى، وله  
استثناؤه الدعوى، وتحليفه، ذكره في «التهديب»<sup>(٢)</sup>.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: الرُّكْنُ الرَّابِعُ: النُّكُولُ وَلَا يَثْبُتُ الْحَقُّ بِهِ وَلَكِنْ تُرَدُّ عَلَى الْمُدْعِي إِذَا  
تَمَّ نُكُولُهُ، وَيَتِمُّ بِأَنْ يَقُولَ لَا أَخْلِفُ أَوْ أَنَا نَاكِلٌ أَوْ سَكَتَ وَقَالَ الْقَاضِي: قَضَيْتُ بِالنُّكُولِ  
أَوْ قَالَ لِلْمُدْعِي: أَخْلِفْ، وَيَتَّبِعِي أَنْ يَغْرِضَ الْقَاضِي الْيَمِينَ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ وَيَشْرَحَ لَهُ حُكْمَ  
النُّكُولِ، فَإِنْ لَمْ يَشْرَحْ وَقَضَى بِالنُّكُولِ فَرَجَعَ وَقَالَ: لَمْ أَعْرِفْ حُكْمَ النُّكُولِ فَمِنِّي جَوَازِ  
الْحَلْفِ خِلَافًا، وَحَيْثُ مَنَعْنَاهُ فَلَوْ رَضِيَ الْمُدْعِي بِيَمِينِهِ فَمِنِّي جَوَازِهِ وَجِهَانٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا أَنْكَرَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ، وَاسْتَحْلَفَ، فَتَكَلَّ عَنِ الْيَمِينَ، لَمْ يُفْضَ عَلَيْهِ  
بِالنُّكُولِ، وَلَكِنْ تُرَدُّ الْيَمِينُ عَلَى الْمُدْعِي، فَإِذَا حَلَفَ قُضِيَ لَهُ. وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ،  
وَأَحْمَدَ: يُقْضَى عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ بِنُكُولِهِ. وَاسْتَشْنَى أَبُو حَنِيفَةَ الْقِصَاصَ فِي النَّفْسِ،  
وَوَافَقْنَا مَالِكًا عَلَى: أَنَّهُ لَا يُقْضَى بِالنُّكُولِ، لَكِنْ قَالَ: مَا يَثْبُتُ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ، يَرُدُّ فِيهِ  
الْيَمِينَ عَلَى الْمُدْعِي، وَمَا لَا يَثْبُتُ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ، لَا تُرَدُّ فِيهِ الْيَمِينُ؛ بَلْ يُحْبَسُ الْمُدْعَى  
عَلَيْهِ حَتَّى يَحْلِفَ أَوْ يَقْرَأَ. وَاحْتَجَّ الْأَصْحَابُ بِمَا رُوِيَ عَنِ ابْنِ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا -:  
أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ رَدَّ الْيَمِينَ عَلَى طَالِبِ الْحَقِّ.

[وعن عمر - رضي الله عنه - تحويل اليمين إلى المدعي،]<sup>(٣)</sup> قالوا: والنكول،  
كما يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ تَوْرَعًا<sup>(٤)</sup> عَنِ الْيَمِينِ الْكَادِبَةِ، يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ تَوْرَعًا عَنِ الْيَمِينِ  
الصَّادِقَةِ؛ فَلَا يُقْضَى بِهِ مَعَ التَّرَدُّدِ، وَالْإِحْتِمَالِ إِذَا عَرَفَ ذَلِكَ، فَلَوْ لَمْ يَعْرِفِ الْمُدْعَى

(١) قال في الروضة على نحو ما قاله الرافعي هنا، وتعقب فقال في الخادم: تبع في هذا بعض النسخ  
السقيمة، والثابت في نسخة معتمدة وإن امتنع من تحليفه بعد الدعوى، لكن الرافعي إنما أخذ هذا  
من التهذيب وعبارته، وكذا الكافي ولو امتنع المدعي من تحليفه ثم أراد تحليفه بالدعوى السابقة  
له ذلك، وهذا هو الصواب فكأنه سقط من نسخة الرافعي من تحليفه إلى تحليفه، ولهذا قال  
الشيخ في المهذب: فإن أسك المدعي عن إحلاف المدعي عليه ثم أراد أن يحلفه بالدعوى  
المتقدمة، جاز. قال الفارقي: ولا فرق بين أن يكون في هذا المجلس أو غيره طال الفصل أم  
لا. انتهى.

(٢) قال في الخادم: قال ابن الرفعة ولعله مبني على مذهب العراقيين الذي سيذكره، أما إذا قلنا  
بمذهب المراوزة، أي: وهو الذي رجحه الرافعي فيظهر أنه لا يشرع له الدعوى ثانياً.  
وقال الفارقي: إنما يملك الاستئناف في مجلس آخر، وفي هذا المجلس إذا تخلل بين الدعوى  
الأولى والثانية زمان يحصل به الفصل بينهما.

(٣) في ز: تحراً.

(٤) سقط في: أ.



تَحْوِيلَ اليمينِ إليه بنكول<sup>(١)</sup> المدعى عليه، عَرَفَهُ القاضي، وبين أنه إن حَلَفَ، استحق، وإنما يَحْصُلُ النكول، بأن يعرض القاضي اليمينَ عليه، فيمتنع، وفُسِّرَ العَرَضُ؛ بأن يقول: قُلْ: واللَّهِ، والامْتِنَاعُ، بأن يقول: لا أُحْلِفُ، وأنا نَاكِِلٌ.

قال الإمام: وقوله: قل: والله، ليس أمراً جازماً، وإنما المرادُ بأنه<sup>(٢)</sup> وَثَّتِ اليمين المَعْتَدُ بها للمدعى عليه. ولو قال: احلف، فقال: لا، فهذا ليس بنكول. ولو ابْتَدَرَ حين سَمِعَ هذه الكلمة، وحَلَفَ لم يعتد به؛ لأنه استخبار لا استخلاف. ولو قال: احلف، فقال: لا احلف، ففي «التهذيب»: أنه ليس بنكول أيضاً.

وقال الإمام: هو نكول، وهو وَاضِحٌ، ولا فَرْقَ بين قوله: قل: باللَّهِ، وبين قوله: احلف بالله<sup>(٣)</sup>. ولو اسْتَحْلِفَ فلم يحلف، ولا تَلَفُّظَ بأنه ناكل [أو]<sup>(٤)</sup> ممتنع، فسكوته نكول، كما أن السُّكُوتَ عن الجواب في الابتداء نازلٌ منزلةُ الإنكارِ ثم ذكر الإمام وغيره: أنه إن صرح بالنكول، فلا حاجةً إلى حكم القاضي بأنه ناكلٌ، وإن سكت فَيَحْكُمُ القاضي بأنه ناكلٌ، ليثبت<sup>(٥)</sup> عليه [رد]<sup>(٦)</sup> اليمين.

وقول القاضي لِلْمُدْعَى: احلف، نازلٌ منزلةُ قوله: حَكَمْتُ بأن المدعى عليه ناكلٌ، وهذا ما أَرَادَهُ بقوله، ويتم بأن يقول: لا أُحْلِفُ، أو أنا ناكلٌ، [أو]<sup>(٧)</sup> سكت، فقال القاضي: قَضَيْتُ بالنكول، أو قال للمدعى: احلف، فقوله: «أو سكت» مُتَعَلِّقٌ بقوله، «بأن يقول: لا أُحْلِفُ». وقوله: «أو قال للمدعى»: احلف مُتَعَلِّقٌ بقوله: «أو قال القاضي: قَضَيْتُ بالنكول».

وإنما يَحْكُمُ القاضي بأنه ناكلٌ، إذا لم يَظْهَرْ كون السُّكُوتِ لِدَهْشَةٍ، أو غَبَاوَةٍ، ونحوهما وَيُسْتَحَبُّ للقاضي أن يعرض اليمينَ على المدعى عَلَيْهِ ثَلَاثَ مراتٍ؛ والاستِخْبَابُ فيما إذا سَكَتَ، أكثر منه فيما إذا صرَّح بالنكول.

وعن أبي حنيفة أن العَرَضَ ثلاثاً، شرط. فإذا تفرس فيه سلامة جانب، شرح له حكم النكول، فإن لم يَشْرَحْ، وحكم بأنه ناكلٌ. قال المدعى عليه: لم أعرف حُكْمَ النكول، ففي نفوذ الحكم اِحْتِمَالَانِ:

قال الإمام: أظهرهما: النفوذ، وكان من حَقِّه أن يبحث، ويعرف قبل أن يَنْكُلَ، ولو أراد المدعى عَلَيْهِ بعد الامتناع أن يعود، فيحلف، نظر: إن كان ذلك بعد أن حَكَمَ

(٢) في ز: إيابة.

(٤) سقط في: أ.

(٦) سقط في: أ.

(١) في ز: نكول.

(٣) في أ: أتحلف بالله.

(٥) في ز: الترتيب.

(٧) سقط في: أ.

القاضي بأنه ناكِلٌ، أو قال لِلْمُدَّعِي: احلف، لم يكن له الحَلِفُ. وإن أَقْبَلَ عليه يحلفه، ولم يقل [له] <sup>(١)</sup> بعد: احلف، فهل هو كما لو قال: اخْلِفْ؟ فيه وجهان عن القاضي الحُسَيْنِ. وإن لم يَجْرِي شيء من ذلك، فله الحَلِفُ حتى لو هَرَبَ المُدَّعَى عَلَيْهِ قبل أن يَحْكُمَ القاضي عليه؛ بأنه ناكِلٌ وقبل أن تُعْرَضَ اليَمِينُ على المُدَّعِي، لم يكن للمدعي أن يَخْلِفَ اليَمِينَ المَرْدُودَةَ، وكان للمدعي عليه الحَلِفُ، إذا عاد. هكذا أَطْلَقَ صاحب «التهذيب»، وغيره. وقضيته؛ التَّسْوِيَةُ بين التَّضْرِيحِ بالنُّكُولِ، وبين السُّكُوتِ، حتى لا يمتنع <sup>(٢)</sup> من العَوْدِ إلى اليَمِينِ في الحَالَتَيْنِ إلا بعد الحُكْمِ بأنه ناكِلٌ، أو بعد عَرْضِ اليَمِينِ على المُدَّعِي.

وقد يُفْهَمُ مِنْ قول مَنْ قال: إنه لا حَاجَةَ عند التَّضْرِيحِ بالنُّكُولِ إلى حكم الحاكم، امْتِنَاعُ العَوْدِ إلى الحَلِفِ عند التَّضْرِيحِ بالنكول، وإن لم يُوْجَدْ حكم ولا عَرْضُ يَمِينٍ، وحيث مَنَعْتَاهُ من العَوْدِ إلى الحلف، فذاك <sup>(٣)</sup>، وإذا لم يرض المدعي.

فإن رَضِيَ فوجهان:

أحدهما: أن حَقَّ حَقُّهُ قد بَطَلَ، فلا يُؤَثِّرُ فيه الرِّضَا.

وأظهرهما: أن له العَوْدَ إليه، فإن الحَقَّ لا يَغْدُوهُمَا.

وقال في «الرقم»: وإذا رَضِيَ بأن يَخْلِفَ المُدَّعَى عليه - والحالة هذه - ثم إنه لم يَخْلِفْ، لم يكن للمدعي أن يَعُودَ إلى يَمِينِ الرَّدِّ؛ لأنه أَبْطَلَ حَقُّهُ، حيث رَضِيَ بيمين المدعي عليه. وليَعْلَمَنَّ قوله في الكتاب: «ولا يثبت الحق» - بالحاء والألف والميم - لما مرَّ من مَذَاهِبِهِمْ.

وقوله: «ويتم النكول...» إلى آخره في لفظه إشْكَالٌ؛ فإنه جَعَلَ أَحَدَ طرفي تمام النُّكُولِ حُكْمَ القَاضِي بالنُّكُولِ، ومَعْلُومٌ أن القاضي إنما يَحْكُمُ بالنُّكُولِ، إذا تَمَّ النكول، فكيف يكون تَمَامُ النُّكُولِ بالحكم المَوْقُوفِ على تمام النكول؟ وأراد أن حُكْمَ النُّكُولِ يَثْبُتُ بالتَّضْرِيحِ بالنكول، أو بالسُّكُوتِ، وحكم القاضي.

وقوله: «ففي جَوَازِ الحَلِفِ خِلَافٌ». أي هل يُنْتَقَدُ الحكم بأنه ناكِلٌ من غير عِلْمِهِ بحكم النُّكُولِ، أو لا يُنْتَقَدُ حتى يجوز له الحَلِفُ؟ وعَبَّرَ بالخلاف <sup>(٤)</sup> عن الاختِمَالَيْنِ اللذَيْنِ نَقَلْنَاهُمَا عن الإمام.

(١) سقط في: ز.

(٢) في ز: يمنع.

(٣) في أ: فذلك.

(٤) في ز: عن الخلاف.

فرع:

نقل القاضي الروياني في «جمع الجوامع»: أن قول القاضي للمدعي: أتخلف أنت؟ كقوله: احلف حتى لا يتمكن المدعى عليه من الحلف بعد ذلك. قال: وعندي فيه نظر. والله أعلم.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: ثُمَّ الْمُدْعَى إِنْ نَكَلَ فَنُكُوْلُهُ كَحَلْفِ الْمُدْعَى عَلَيْهِ، فَلَوْ حَلَفَ فَهُوَ كِإِقْرَارِ الْحَضْمِ أَوْ كَبَيْتِيهِ فِيهِ خِلَافٌ، وَلَا شَكَّ فِي أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ الْحَقَّ بِهِ، وَإِنْ قَالَ الْمُدْعَى: أَنَّهُ لَمْ يَمَهْلُوهَا ثَلَاثًا لِأَنَّهُ عَلَى اخْتِيَارِهِ فِي تَأْخِيرِ الطَّلِبِ، أَمَا الْمُدْعَى عَلَيْهِ فَلَا يَمَهْلُ، فَلَوْ لَمْ يَزَجِعْ بَعْدَ ثَلَاثِ بَطْلِ حَقِّهِ مِنَ الْيَمِينِ وَكَانَ كُنُكُوْلِهِ، وَفِيهِ وَجْهٌ أَنَّهُ عَلَى خَيْرَتِهِ أَبَدًا، وَكَذَا الْكَلَامُ فِيمَا لَوْ أَقَامَ شَاهِدًا وَأَرَادَ أَنْ يَخْلِفَ مَعَهُ ثُمَّ نَكَلَ فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَقْبَلُ مِنْهُ بَعْدَ ذَلِكَ إِلَّا بَيِّنَةٌ كَامِلَةٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْمُدْعَى إِذَا رُدَّتِ الْيَمِينُ عَلَيْهِ؛ إِمَّا أَنْ يَخْلِفَ، أَوْ يَمْتَنِعَ.

الحالة الأولى: أن يخلف فيستحق المدعى، ويؤممه بعد نكول المدعى عليه بمنزلة بيئة يقيمها، أو بمنزلة إقرار المدعى عليه؟ فيه قولان:

أحدهما: أنها كالبيئة؛ لأن الحججة اليمين، واليمين وجدت منه.

وأصحهما: وهو المنصوص في «المختصر» في باب النكول: أنها بمثابة إقرار المدعى عليه؛ لأنه بنكوله توصل إلى الحق؛ فأشبهت إقراره<sup>(١)</sup>.

وللقولين فروع كثيرة مذكورة في مواضعها.

ومنها: أن المدعى عليه لو أقام بيئة على أداء المال، أو على الإبراء عنه بعدما حلف المدعى؛ فإن جعلنا يمينه كبينة<sup>(٢)</sup> سمعت بيئة المدعى عليه، وإن جعلناها كإقرار المدعى عليه، لم تسمع، لكونه<sup>(٣)</sup> مكذباً للبيئة بالإقرار<sup>(٤)</sup>.

(١) قال الشيخ البلقيني: محل ذلك في غير حد الزنا، أما النكول في الزنا فلا يوجب الحد سواء قلنا كالبينة أو كالإقرار.

(٢) في ز: كبيته.

(٣) في ز: لنكوله.

(٤) قال الشيخ البلقيني: قوله: «وإن قلنا كالإقرار فلا» ممنوع؛ لأن الإقرار تقديراً ليس فيه تكذيب، كذا قاله في حاشيته وزاد في التصحيح فقال: وهو الذي ذكره الرافعي في كتبه وتابعه المصنف عليه هو شيء انفرد به القاضي الحسين وهو ضعيف، والمذكور في التهذيب في صورة الداخل والخارج يرد على ما ذكره الرافعي هنا، وقد جزم الرافعي فيها على ما في التهذيب، والذي في التهذيب أن بيئة الداخل تسمع كما لو أقام الخارج البينة، ثم أطال في ذلك.

وحكى القاضي أبو سَعْدِ الهَرَوِيُّ اختِلافاً للأصحاب في: أنه يَجِبُ الحَقُّ بِفَرَاغِ المُدْعِي من اليمين المَرْدُودَةِ، أم لا بد من حكم الحاكم؟ ويمكن أن يُبْتَنَى هذا على القَوْلَيْنِ، إن جَعَلْنَاهَا كَالْبَيْتَةِ. فلا بُدَّ من الحكم، وإن جعلناها كإِقْرَارِ المُدْعَى عليه؛ فلا حَاجَةَ إليه. على أن في الإقرار أيضاً خِلافاً قد مرَّ في «أدب القضاء».

[الحالة<sup>(١)</sup>] الثانية: أن يمتنع<sup>(٢)</sup> عن الحَلِفِ، فيسأله القَاضِي عن سَبَبِ امْتِنَاعِهِ، فإن لم يَتَعَلَّلْ بشيء، أو قال: لا أريدُ أن أخلفَ، فهذا نُكُوفٌ، ليسقط حَقُّهُ من اليمينِ، وليس له مُطَالَبَةُ الخُضْمِ وَمُلازِمَتُهُ<sup>(٣)</sup>، ثم قَضِيَةُ قوله في الكتاب: «أن نكوله كَحَلِفِ المدعى عليه»، ألا يَتَمَكَّنُ من اسْتِثْنَائِ الدعوى، وتحليفه في مَجْلِسِ آخر، كما لو حَلَفَ المُدْعَى عليه، فلا ينفع بعد ذلك إلا البَيْتَةُ.

وكذلك ذكره صاحب «التهديب»، وصرَّحَ به الإمامُ، ووجَّهَ بأننا لو لم نُقَلِّ بهذا، لرفع<sup>(٤)</sup> خصمه كل يوم إلى القاضي، والخُضْمُ نَاكِلٌ وهو لا يَخْلِفُ اليمينَ المَرْدُودَةَ، فيعظم الحُطْبُ، ولا يَتَمَرَّغُ القاضي من<sup>(٥)</sup> خُصُومَتِهِ إلى شُغْلِ آخر.

والذي ذكره العَرَاقِيُّونَ، والقاضي الروياني أنه لو جَدَّدَ الدعوى في مجلس آخر، وَنَكَلَ المُدْعَى عليه ثانياً يُرَدُّ اليمينُ على المُدْعِي، وهذا ما أوردَهُ القاضي أبو سَعْدِ الهروي وَلَا شَكَّ أن الأَوَّلَ أَحْسَنُ، وَأَقْوَى، وإن ذَكَرَ المُدْعِي لامْتِنَاعِهِ سَبَباً، فقال: أريد أن آتِيَ بالبَيْتَةِ، أو أسألَ الفُقَهَاءَ، أو أَنْظَرَ في الحِسَابِ، تُرِكَ، ولم يبطل حَقُّهُ من

(١) سقط في: أ.

(٢) في ز: منع.

(٣) قيد الشيخ البلقيني ذلك بقيدتين:

أحدهما: أن يكون حلف المدعي يثبت له حقاً يأخذه من المدعى عليه، فإن كان حلفه يسقط حقاً عنه للمدعى عليه، فإنه إذا كان عن اليمين فله مطالبة خصمه بالحق المدعى به كما إذا ادعى على شخص ألفاً من ثمن مبيع فقال أقبضته له فأنكر البائع، فالقول قوله بيمينه في عدم القبض، فإن حلف استحق الألف وإن نكل وحلف المشتري انقطعت الخصومة وإن نكل المشتري عن اليمين أيضاً وهو المدعي للقبض فالصحيح في أصل الروضة في الشركة أن المشتري يلزم بالألف.

قال الرافعي: وليس هذا حكماً بالنكول وإنما هو مواخذة له بإقراره، ويلزم المال بالشراء ابتداءً، ثم قال الشيخ: القيد الثاني ألا يكون هناك حق لله تعالى مؤكدا يسقط عن المدعي بحلفه، فإن كان لم يسقط بنكول المدعي عن اليمين وذلك فيما إذا ولدت وطلقها ثم اختلفا فقال الزوج ولدت ثم طلقتك فعليك العدة فقالت بل طلقني، وأنا حامل، ثم ولدت بعد الطلاق فلا عدة عليّ، ولم يتفقا على وقت ولادة ولا طلاق، فالقول قول الزوج بيمينه كما جزم به النووي في الروضة تبعاً للشرح في العدة في الفرع الذي قبل الباب الثاني في اجتماع عدتين، فإن حلف فعليها العدة وإن نكل وحلفت هي فلا عدة عليها وإن نكلت عن اليمين أن عليها العدة. ثم قال: قال الأصحاب: وليس هذا قضاء بالنكول بل الأصل بقاء النكاح وآثاره فيعمل بهذا الأصل ما لم يظهر دافع.

(٥) في ز: في.

(٤) في ز: لدفع.

اليمين<sup>(١)</sup>. وهل يُقَدَّرُ لِإِمْنَالِهِ مُدَّةٌ؟ فيه وجهان:

أظهرهما: عند الإمام وصاحب الكتاب: يُنْمَهَلُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، وَلَا يُزَادُ، وَإِلَّا لَمْ يُؤْمَرْ مِنَ الْمَلَاةِ، وَالْمِرَافَعَةِ مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى، وَقَدْ يَتَعَبُ الْخَصْمُ وَالْقَاضِي.

والثاني: أنه لا تَقْدِيرٌ؛ لِأَنَّ الْيَمِينَ حَقُّهُ، فَلَهُ تَأْخِيرُهُ إِلَى أَنْ يَشَاءَ كَالْبَيْتَةِ يَتِمَكَّنُ مِنْ إِقَامَتِهَا مَتَى شَاءَ<sup>(٢)</sup>، وَهَذَا مَا أَوْزَدَهُ فِي «التَّهْذِيبِ». وَلَمَنْ قَالَ بِالْأَوَّلِ: أَنْ يُفَرَّقَ بَأَنَّ الْبَيْتَةَ قَدْ لَا تَسَاعِدُهُ، وَلَا تَحْضُرُ، وَالْيَمِينَ إِلَيْهِ. وَلَمْ يَذْكَرِ الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فِيمَا إِذَا امْتَنَعَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ عَنِ الْيَمِينِ أَنَّهُ يَسْأَلُ عَنْ سَبَبِ امْتِنَاعِهِ.

فَعَنْ ابْنِ الْقَاصِّ: أَنَّ قِيَاسَ ذِكْرِهِ<sup>(٣)</sup> امْتِنَاعِ الْمُدْعَى، أَنَّ يَسْأَلُ الْمُدْعَى عَلَيْهِ عَنِ سَبَبِ الْامْتِنَاعِ أَيْضًا.

وَامْتِنَاعُ عَامَّةِ الْأَصْحَابِ مِنْ هَذَا الْإِلْحَاقِ فَارْقِينَ بِأَنَّ امْتِنَاعَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ يَثْبِتُ لِلْمُدْعَى حَقَّ الْحَلْفِ<sup>(٤)</sup>، وَالْقَضَاءُ بِيَمِينِهِ؛ فَلَا يُؤَخَّرُ حَقُّهُ بِالْبَحْثِ [وَامْتِنَاعَ الْمُدْعَى لَا يُثْبِتُ حَقًّا لِغَيْرِهِ، وَلَمْ يَضُرَّ السُّؤَالُ]<sup>(٥)</sup> عَنْ سَبَبِ الْامْتِنَاعِ. وَكَانَ يَجُوزُ أَنْ يُقَالَ: إِنَّ امْتِنَاعَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ، إِنَّمَا يُثْبِتُ الْحَقَّ لِلْمُدْعَى، إِذَا امْتِنَعَ بِلا سَبَبٍ، فَأَمَّا إِذَا تَعَلَّلَ بِعُذْرٍ، كَمَا سَنَذَكُرُهُ عَلَى الْأَثَرِ، فَلَا يَنْتَقِلُ حَقُّ الْيَمِينِ مِنْ جَانِبِهِ إِلَى جَانِبِ الْمُدْعَى، وَإِذَا لَمْ يَكُنِ الْامْتِنَاعُ الْمُطْلَقَ نَاقِلًا لِلْحَقِّ، لَمْ يَكُنِ السُّؤَالُ تَأْخِيرًا لِلْحَقِّ، وَلَوْ أَنَّ الْمُدْعَى عَلَيْهِ حِينَ اسْتَحْلَفَ قَالَ: أَمْهَلُونِي لِأَنْظُرَ فِي الْحِسَابِ، أَوْ أَسْأَلَ الْفُقَهَاءَ؛ فَوَجْهَانِ:

أشهرهما<sup>(٦)</sup>: وهو المذکور في الكتاب: أنه لا يُنْمَهَلُ، إِلَّا أَنْ يَرْضَى الْمُدْعَى؛ لِأَنَّهُ مَجْبُورٌ<sup>(٧)</sup> مَخْمُومٌ عَلَى الْإِقْرَارِ، وَالْيَمِينُ بِخِلَافِ الْمُدْعَى؛ فَإِنَّهُ مُخْتَارٌ فِي طَلَبِ حَقِّهِ، وَفِي تَأْخِيرِهِ.

والثاني: وبه قال صاحب «الإفصاح»: أنه يُنْمَهَلُ؛ لِلْحَاجَةِ، وَلَا يُزَادُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، كَيْلَا يَنْضَرَّرَ الْمُدْعَى.

واختار القاضي الرَوْيَانِيُّ وَجْهَ الْإِمْنَالِ، وَقَالَ فِيمَا إِذَا اسْتَمْهَلَ لِيَسْأَلَ الْفُقَهَاءَ<sup>(٨)</sup>:

(١) ما جزم به من عدم إبطال حقه في اليمين هو المشهور، وحكى الإمام في كتاب الإقرار وجهاً أن القاضي يفصل الخصوم كما لو امتنع الخصم وأولى؛ لأنه مختار من الحضور متمكن بين الفكر بقلبه، وهو متجه جداً.

(٢) في ز: شاهد.

(٣) في ز: ذكر في.

(٤) قضيته تفرد ابن القاص وليس كذلك فقد قاله ابن سريج كذا حكاها اللبيلي في أدب القضاء.

(٥) سقط في: أ.

(٦) في ز: أظهرهم.

(٧) في ز: إليه عنها.

(٨) في ز: مخبور.

إِنْ قُضَاةً بَلَدِنَا اسْتَحْسَنُوا الإِمهَالَ يوماً، ولو اسْتَمَهَلَ المُدْعَى عليه في ابتداء الجَوَابِ، لينظر في الحساب. ذكر القاضي أبو سَعِيدٍ: أنه يُمهَلُهُ إلى آخِرِ المَجْلِسِ إن شاء، وإذا عَلَّلَ المدعي امْتِنَاعَهُ بِعُذْرٍ، كما بَيَّنَّا، ثم عاد بعد مُدَّةٍ لِيُخْلِيفَ، مُكِّنَ منه.

قال في «التهذيب»: فإن لم يذكر القاضي نُكُولَ خَصْمِهِ، أَثْبَتَهُ بِالْبَيِّنَةِ، وكذا لو أَثْبَتَ عند قَاضٍ آخر نُكُولَ خَصْمِهِ، له أن يحلف، وكذا، لو نَكَلَ المدعي عليه في جواب وَكَيْلِ المدعي، ثم حَضَرَ الموكَّلَ، له أن يحلف ولا يَحْتَاجُ إلى اسْتِثْنَائِهِ<sup>(١)</sup> الدَّعْوَى، ومن أَقَامَ شَاهِداً وَاحِداً لِيُخْلِيفَ معه، إنه لم يَخْلِيفَ، فهو كما لو ردت<sup>(٢)</sup> اليمينُ إلى المُدْعَى، فلم يَخْلِيفَ، وإن عَلَّلَ الامْتِنَاعَ بِعُذْرٍ، عاد الِوَجْهَانِ في أنه على خَيْرَتِهِ أبدأ، أو لا يُزَادُ إِمهَالُهُ على ثلاث<sup>(٣)</sup>.

وإن لم يَتَعَلَّلْ بشيء، أو صَرَخَ بِالنُّكُولِ، فعلى ما في الكتاب و«التهذيب»، يبطل حَقُّهُ من الحَلْفِ، وليس له العَوْدُ إليه، واستمر العِرَاقِيُّونَ على ما ذَكَرُوهُ هناك<sup>(٤)</sup>.

قال المُحَامِلِيُّ في «التجريد»: ولو امْتَنَعَ من الحَلْفِ مع شَاهِدِهِ، واستحلف الخَصْمَ، انتقلت اليمينُ من جَانِبِهِ إلى جَانِبِ صَاحِبِهِ، فليس له أن يَعودَ فَيُخْلِيفَ، إلا إذا عاد في مَجْلِسٍ آخر، واستأنفَ المُدْعَى الدَّعْوَى، وأقام الشَّاهِدَ، له أن يَخْلِيفَ معه.

فإن قُلْنَا بالأول، لم تَنْفَعُهُ إلا بَيِّنَةٌ كَامِلَةٌ. وأما لفظ الكتاب فقوله: «فنكوله كحلف المدعي عليه»؛ يجوز إِغْلَامُهُ بالواو؛ لأن من قال بِرَدِّ اليمينِ عند تَجْدِيدِ دَعْوَى ونكول، لا يكون نُكُولُهُ كحلف<sup>(٥)</sup> المدعي عليه.

وقوله: «وإن قال المُدْعَى: أمهلوني، أمهلناه ثلاثاً»، مَحْمُولٌ على ما إذا قال: أمهلوني لأَطَالِحِ الحِسَابِ، أو أَرَاجِعِ القَضِيَّةِ، فأما إذا اقْتَصَرَ على قوله: أمهلوني، فيشبه أن يقال: هو كما إذا لم يذكر عذراً<sup>(٦)</sup> وقوله: «وأما المُدْعَى عليه فلا يُمهَلُ»، مُعَلَّمٌ بالواو.

وقوله: «فلو لم يرجع» أي المدعي فلفظ النكول في قوله: «أقام شاهداً وأراد أن يَخْلِيفَ معه، ثم نَكَلَ»، ما ينبغي أن يُحْمَلَ على النُّكُولِ المُطْلَقِ، والامتناع بلا عُذْرٍ، بل يُحْمَلُ على الاستِمهَالِ، والتَّمَسُّكِ بِعُذْرٍ.

فإن ذلك هو صُورَةُ الوجهين في الامْتِنَاعِ عن اليمين المَرْدُودَةِ، لا مُطْلَقِ الامتناع، وحينئذ فقوله: «لا تُقْبَلُ منه بعد ذلك إلا بيينة<sup>(٧)</sup> كاملة» [أي<sup>(٨)</sup>] إلا بعد الثلاث لينظر

- |                  |                      |
|------------------|----------------------|
| (١) في ز: إذا.   | (٢) في ز: ارتدت.     |
| (٣) في ز: تلاف.  | (٤) في ز: هناك معي.  |
| (٥) في ز: يحلف.  | (٦) في ز: عذر أصلاً. |
| (٧) في ز: بيينة. | (٨) سقط في: ز.       |

[ولي] (١) الحاكم (٢) على المذكور في اليمين المردودة. والله أعلم.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَيَتَعَدَّرُ رُدُّ الْيَمِينِ حَيْثُ يَكُونُ الْمُدْعِي السُّلْطَانَ، فَإِنْ نَكَلَ رَبُّ مَالِ الزَّكَاةِ لَمْ يَخْلِفِ السَّاعِي، بَلْ يَقْبِضُ بِالنُّكُولِ عَلَى وَجْهِهِ، وَيُخْبَسُ عَلَى وَجْهِهِ حَتَّى يَخْلِفَ أَوْ يُقِرَّ، وَالذَّمُّ إِذَا أَدْعَى أَنَّهُ اسْلَمَ قَبْلَ انْقِضَاءِ السَّنَةِ، ثُمَّ نَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ، فَيُخْبَسُ عَلَى وَجْهِهِ، وَيُقْضَى عَلَيْهِ عَلَى وَجْهِهِ، وَلَا يُطْلَبُ مِنْهُ شَيْءٌ عَلَى وَجْهِهِ، وَوَلَدُ الْمُزْتَرِّقَةِ إِذَا أَدْعَى الْبُلُوغَ وَأَتَوْهُمْ وَنَكَلَ لَمْ يَنْبِتِ اسْمُهُ إِلَى أَنْ يُغْلَمَ بُلُوغُهُ، وَمَنْ مَاتَ وَلَا وَارِثَ لَهُ فَأَدْعَى الْقَاضِي لَهُ دَيْنًا عَلَى إِنْسَانٍ فَتَكَلَّ حُبْسَ عَلَى وَجْهِهِ حَتَّى يُقِرَّ أَوْ يَخْلِفَ، وَقُضِيَ عَلَيْهِ بِالمَالِ عَلَى وَجْهِهِ، وَتَرَكَ عَلَى وَجْهِهِ، وَهُوَ أَبَعَدَ هَهُنَا مِنْهُ فِي الذَّمِّ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَا ذَكَرْنَا: أَنَّهُ تَرَدُّ الْيَمِينِ عَلَى الْمُدْعِي، فَلَا يُقْضَى بِالنُّكُولِ، هُوَ الْأَصْلُ الْمُقَرَّرُ فِي الْمَذْهَبِ (٣)، لَكِنَّهُ قَدْ يَتَعَدَّرُ رُدُّ الْيَمِينِ، وَحَيْثُذَ فَمِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ يَذْهَبُ إِلَى الْقَضَاءِ بِالنُّكُولِ، وَيَبَيِّنُهُ بِصُورٍ - مِنْهَا إِذَا طُولِبَ رَبُّ المَالِ بِالزَّكَاةِ، فَقَالَ: بَادَلْتُ النُّصَابَ فِي أَثْنَاءِ الحَوْلِ، أَوْ دَفَعْتُ الزَّكَاةَ إِلَى سَاعٍ آخَرَ، أَوْ غَلِطَ الخَارِصُ فِي الخَرْصِ، أَوْ أَصَابَتِ الثَّمَارَ جَائِحَةً، وَأَتَهَمَهُ السَّاعِي، فَيَحْلِفُ عَلَى مَا يَدْعِيهِ إِيجَابًا وَاسْتِخْبَابًا، عَلَى اخْتِلَافٍ مذكور فِي الزَّكَاةِ؛ فَإِنْ نَكَلَ، لَمْ يُطَالَبْ بِشَيْءٍ إِنْ قَلْنَا بِالاسْتِخْبَابِ، وَإِنْ قَلْنَا بِالإِيجَابِ، فَإِنْ انْحَصَرَ المَوْضُوفُونَ بِصِفَاتِ الاسْتِحْقَاقِ فِي البَلَدِ، وَقَلْنَا: بِامْتِنَاعِ الثَّقَلِ، فَتَرَدُّ الْيَمِينُ عَلَيْهِمْ، وَإِلَّا يَتَعَدَّرُ الرُّدُّ إِلَى السَّاعِي وَالسُّلْطَانَ. وَمَا الَّذِي يُفَعَّلُ؟

فِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهُ:

أظهرها: أَنَّهُ تُؤْخَذُ مِنْهُ الزَّكَاةُ، وَكَيْفَ سَبِيلُهُ؟

رَأَى ابْنَ القَاصِّ هَذَا حُكْمًا بِالنُّكُولِ، وَرَوَاهُ عَنِ ابْنِ سُرْنَجٍ، وَسَبَبُ تَجْوِيزِهِ دُعَاءُ الضَّرُورَةِ إِلَيْهِ. وَقَالَ أَكْثَرُهُمْ: لَيْسَ هَذَا حُكْمًا بِالنُّكُولِ، وَلَكِنْ قَضِيَّةٌ بِمِثْلِ النُّصَابِ، وَمُضَى الحَوْلِ الوُجُوبُ. فَإِذَا لَمْ يَثْبِتْ دَافِعَ أَخَذْنَا الزَّكَاةَ.

وَالوَجْهُ الثَّانِي: أَنَّهُ لَا يُطَالَبُ بِشَيْءٍ؛ لِأَنَّهُ لَمْ تَقُمْ عَلَيْهِ حُجَّةٌ.

وَالثَّلَاثُ: أَنَّهُ يُخْبَسُ حَتَّى يُقِرَّ، فَتُؤْخَذُ مِنْهُ الزَّكَاةُ، أَوْ يَحْلِفُ فَيُعْرَضُ عَنْهُ. وَمِنْهُمْ

(١) سقط في: أ.

(٢) في ز: الحكم.

(٣) علم أَنَّهُ إِنَّمَا يَرُدُّ الْيَمِينِ عَلَى الْمُدْعِي إِذَا ادَّعَى لِنَفْسِهِ حَقًّا فَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَمَا فِي الرَّابِطِ لِذَابَةِ غَيْرِهِ وَالزَّرَاعِ لِأَرْضِهِ، لَا يَرُدُّ عَلَيْهِ الْيَمِينِ إِذَا نَكَلَ مَالِكُهَا عَنِ الْيَمِينِ فِي دَعْوَى الإِجَارَةِ؛ لِأَنَّهُمَا لَا يَدْعِيَانِ حَقًّا عَلَى المَالِكِ.

من فَرَّقَ بين أن يكون رَبَّ المال على صُورَةِ المدعى؛ بأن يقول: [أديت في بلدة أخرى أو إلى ساع، فتؤخذ منه الزَّكَاةُ إذا لم يحلف، وبين أن يكون على صُورَةِ المدعى عليه بأن يقول: ]<sup>(١)</sup> ما تَمَّ حَوْلِي، أو ما في يدي لفلان المُكَاتِبِ، فلا يُؤخَذُ منه شيء.

وهذا وجه رابع، وقد نَسَبَهُ صاحب «التهذيب» في باب الزَّكَاةِ إلى ابن سُرَيْجٍ وَرَجَّحَهُ. ومنها: الذَّمِّيُّ إذا مات في أَثْنَاءِ السَّنَةِ، يلزمه في الجِزْيَةِ قِسْطُ ما مضى؟ أو لا يَلْزَمُهُ شيء؟

فيه قولان مذكوران في موضعهما؛ فإن غَابَ ذِمِّيٌّ، ثم عاد وهو مُسْلِمٌ فقال: أَسْلَمْتُ قبل تمام السَّنَةِ، فليس عَلَيَّ تَمَامُ الجِزْيَةِ، أو ليس عَلَيَّ شيءٌ منها. فقال غَامِلُ الجِزْيَةِ: بل أَسْلَمْتُ بعدها، وعليك تَمَامُ الجِزْيَةِ، فيحلف الذَّمِّيُّ اسْتِحْبَاباً على وَجْهِهِ، وإِجْبَاباً على وجهه. فإن قلنا: بالإِجْبَابِ، فَيُقْضَى عليه بالجِزْيَةِ، أو لا يُطَالَبُ بشيءٍ، أو يَجْلِسُ ليقر، فتؤخذ منه الجِزْيَةُ، أو يحلف ويترك<sup>(٢)</sup>؛ فيه الوجوه الثلاثة المذكورة في الصورة السابقة<sup>(٣)</sup>.

قال الإمام: وَقَيَّدَ صَاحِبُ «التخليص» الْمَسْأَلَةَ بما إذا غاب، ثم عاد وهو مُسْلِمٌ، وظاهر هذا - أنه لو كان عندنا، فَصَادَفْتَاهُ مُسْلِمًا في آخر السَّنَةِ، فادَّعى أنه أَسْلَمَ قبل تَمَامِهَا، وَكَتَمَ إِسْلَامَهُ، لا يُقْبَلُ قوله؛ لأن الظَّاهِرَ أن من أَسْلَمَ في دارِ الإسلام، لا يكتُم إسلامه. ومنها: ولد المُرْتَزِقَةِ؛ إذا ادَّعى البُلُوغَ بالاختِلَامِ، وطلب إثباتَ اسمِهِ في الدِّيوانِ، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يُصَدَّقُ من غير يَمِينٍ؛ لأنه وإن كان كاذباً، فكيف يُحَلِّفُهُ وهو صَبِيٌّ؟ وإن كان صادقاً وجب أن يُجَابَ.

وأظهرهما: أنه يَخْلِفُ عند التُّهْمَةِ، فإن نَكَلَ، فلا يُجَابُ، ولا يُثَبَّتُ اسمُهُ إلى أن يَظْهَرَ بُلُوغُهُ. وهذا ما أوردَهُ في الكتاب.

ويَقْرُبُ منه أن بَعْضُ من شَهِدَ الوَقْعَةَ من المُرَاهِقِينَ، إذا ادَّعى الاختِلَامَ، وطلب سهم المقاتلة<sup>(٤)</sup>، يُعْطَى إن حَلَفَ، وإن لم يحلف، فَوَجْهَانِ:

أحدهما: أنه يُعْطَى ويُوَجَّهُ هذا بطريقتين:

أحدهما: أنه يُصَدَّقُ بغير يَمِينٍ؛ لأن احتلامه<sup>(٥)</sup> إنما يُعْرَفُ من جِهَتِهِ، فأشبهه ما إذا

(١) سقط في: ز.

(٢) في ز: فترك.

(٣) في أ: الثالثة.

(٤) في ز: منهم المقابلة.

(٥) في ز: اختلافه.



عَلَّقَ الْعِتْقُ، أَوْ الطَّلَاقُ بِالْمَشِيئَةِ، قَالَ: شَتَّ، يَصْدُقُ بِلَا يَمِينٍ.

والثاني: أن شهود الوقعة، وحصول الغناء به، يقتضي استحقاق السهم.

وأظهرهما: أنه لا يُعْطَى إذا لم يَخْلِفْ، وجعل صاحب «التلخيص»<sup>(١)</sup> هذا حُكْمًا بالنكول. وقال غيره: إنما لم يُعْطَ؛ لأن حُجَّتَهُ إذا قلنا: إنه يحلفه، إنما هي اليمين، فإذا [لم يحلف]<sup>(٢)</sup> لم يُقْضَ له بعدم الحجة، لا أنه قضى عليه بالنكول.

ومنها: إذا مات ولا وَاْرثَ له؛ فَأَدَّعَى الْقَاضِي، أَوْ مَنْصُوبُهُ ذَيْنَا لَهُ عَلَى إِنْسَانٍ وَجَدَهُ فِي تَذَكْرَتِهِ، فَأَنْكَرَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، وَنَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ، فِيهِ وَجُوهٌ:

أحدها: أنه يُجْبَسُ حَتَّى يَبْرَأَ، أَوْ يَخْلِفَ.

والثاني: أنه يُقْضَى عَلَيْهِ بِالنكول، فَيُؤْخَذُ مِنْهُ الْمَالُ؛ لِأَن وَرَثَتَهُ الْمُسْلِمُونَ، وَرَدَّ الْيَمِينِ عَلَيْهِمْ مُتَعَدِّزٌ.

والوجه الثالث: أنه يُعْرَضُ عَنْهُ، وَلَا يَتَّعَرَّضُ لَهُ. نَعَمْ لَوْ كَانَ [مُعَانِدًا]<sup>(٣)</sup>، فَهُوَ عَاصٍ آتَمٌ.

وقوله في الكتاب: «هُوَ أَبْعَدُهَا هُنَا مِنْهُ فِي الذَّمِّ»، إِنَّمَا ذَكَرَ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ هَذَا الْوَجْهَ مَشْهُورٌ فِي مَسْأَلَةِ الزُّكَاةِ، وَإِسْلَامِ الذَّمِّ، وَهُوَ غَرِيبٌ هَهُنَا. لَمْ يُحْكَمْ إِلَّا عَنِ الشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ. وَسَبَبُ الْفَرْقِ أَنَّهُ مَبْنِيٌّ هُنَاكَ عَلَى اسْتِحْبَابِ الْيَمِينِ، وَ[اليمين]<sup>(٤)</sup> هَهُنَا مُسْتَحَقَّةٌ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، فَالْإِعْرَاضُ عَنْهُ بِنكوله إسقاطٌ لليمين، وَإِبْطَالٌ لِفَائِدَتِهِ.

ويجري الخلاف المذكور فيما إذا ادعى وصي ميت على واريثه: أنه أوصى بثلثه للفقراء، وأنكر الوارث، ونكل. [ولو ادعى ولي الصبي، والمجنون ذيناً له على إنسان، فَأَنْكَرَ، وَنَكَلَ،]<sup>(٥)</sup> ففي الرد على الولي وجوه:

أحدها: أن اليمين تُرَدُّ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ الْمُسْتَوْفِي، وَالصَّبِيُّ وَالْمَجْنُونُ لَيْسَ لهُمَا أَهْلِيَّةُ الْيَمِينِ.

والثاني: المنع؛ لأن إنبات الحق للإنسان بيمين غيره مُسْتَبَعَدٌ.

والثالث: أنه إن ادعى ثبوته لسبب باشرة بنفسه رد عليه، وإلا فلا، وَأَجْرِي هَذَا الْخِلَافُ فِيمَا إِذَا أَقَامَ شَاهِدًا وَاحِدًا، هَلْ يَخْلِفُ مَعَهُ؟ وَفِيمَا إِذَا ادَّعَى عَلَى الْوَلِيِّ ذَيْنَا فِي ذِمَّةِ الصَّبِيِّ، هَلْ يَخْلِفُ إِذَا أَنْكَرَ؟ وَالْوَصِيِّ وَالْقَيْمِّ فِي ذَلِكَ كَالْوَلِيِّ.

(١) في أ: النكول.

(٢) سقط في: أ.

(٣) سقط في: أ.

(٤) سقط في: أ.

(٥) سقط في: أ.

ويجري في قِيم المسجد، ومُتَوَلِّي الوَقْفِ إذا ادعى للمسجد، أو الوَقْفِ، وأنكَرَ المُدْعَى عليه، ونَكَلَ. وتَحْلِيفُ الولي والصبي<sup>(١)</sup> لَهُ ذِكْرٌ فِي الكِتَابِ فِي البَابِ الأَخِيرِ مِنَ الصَّدَاقِ فَلْيَتَذَكَّرْ.

ثم مال المذهبيون إلى تَرْجِيحِ المَنعِ مِنَ الوُجُوهِ الثلاثة، ولا بَأْسَ بوجه التفصيل<sup>(٢)</sup> ولقد رَجَحَهُ أَبُو الحَسَنِ العَبَّادِيُّ، وبه أَجَابَ السَّرْحَسِيُّ فِي «الأَمَالِي». فَإِن مَنَعْنَا رَدَّ الِيمِينِ إِلَى الوَلِيِّ وَالوَصِيِّ<sup>(٣)</sup>، فَيُنْتَظَرُ بِلُوحِ الصَّبِيِّ، وَإِفَاقَةَ المَجْتُونِ.

ويكتب القاضي المحضر بنكول المدعى عليه، وصَيْرُورَتِهِ الِيمِينِ مَوْقُوفَةً عَلَى البُلُوغِ، وَإِلِفَاقَةَ، وَيَعُودُ فِي المَدْعَى<sup>(٤)</sup> لِلْمَسْجِدِ وَالوَقْفِ الِوَجْهَانِ فِي أَنَّهُ يُقْضَى عَلَيْهِ بِالنُّكُولِ؛ أَوْ يُخْبَسُ لِيُحْلِفَ، أَوْ يَقْرَ.

والأصح في هذا الخلاف في مَسْأَلَةِ لا وَارِثَ لَهُ، أَنَّهُ لَا يُقْضَى بِالنُّكُولِ، وَلَكِنْ يُخْبَسُ لِيُحْلِفَ، أَوْ يَقْرَ، وَإِنَّمَا حَكَمْنَا فِيمَا قَبْلَ ذَلِكَ مِنَ الصُّورِ بِالمَالِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ سَبَقَ أَصْلُ يَقْتَضِي الِوَجُوبَ، وَلَمْ يَظْهَرْ دَافِعٌ فَأَخَذْنَا بِذَلِكَ الأَصْلِ، وَهَهُنَا لَا مُسْتَنَدَ إِلا النُّكُولِ، وَالنُّكُولُ المَخْضُ لَا اِعْتِمَادَ عَلَيْهِ، عَلَى أَصْلِنَا. وَقِيمُ المَخْجُورِ عَلَيْهِ إِذَا ادْعَى لَهُ، وَنَكَلَ المَدْعَى عَلَيْهِ لِيُحْلِفَ<sup>(٥)</sup> المَخْجُورُ أَنَّهُ يَلْزَمُهُ تَسْلِيمُ هَذَا المَالِ. وَلَكِنْ لَا يَقُولُ: إِلَيَّ<sup>(٦)</sup>. وَقِيمُهُ يَقُولُ فِي الدَّعْوَى: يَلْزَمُكَ تَسْلِيمُهُ إِلَيَّ.

ومنها للقاذف: أَن يُحْلَفَ المَقْدُوفَ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَزِنْ، كَمَا مَرَّ، فَإِن نَكَلَ، حَكِيَ القَاضِي أَبُو سَعْدٍ وَجْهًا: أَنَّهُ يَسْقُطُ بِنُكُولِهِ حَدُّ القَذْفِ عَنِ القَاضِفِ، فَلَا تُرَدُّ الِيمِينُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ قَضِيَّةَ يَمِينِهِ إِثْبَاتُ حَدِّ الزُّنَا عَلَى المَقْدُوفِ، وَلَا يَمُكِنُ إِثْبَاتُ الحَدِّ بِالِيمِينِ. وَالمَشْهُورُ مَا تَقَدَّمَ: أَنَّهُ تُرَدُّ الِيمِينُ عَلَى القَاضِفِ، وَأَثَرُ يَمِينِهِ انْدِفَاعُ حَدِّ القَذْفِ عَنْهُ، لَا إِثْبَاتُ حَدِّ الزُّنَا عَلَى القَاضِفِ، كَمَا أَنَّ الِيمِينِ تُرَدُّ عَلَى مُدْعِي السَّرْقَةِ، وَتُؤَثِّرُ يَمِينُهُ فِي إِثْبَاتِ المَالِ دُونَ القَطْعِ. [وَاللهُ أَعْلَمُ]<sup>(٧)</sup>.

قَالَ العَزَالِيُّ: الرُّكْنُ الحَامِسُ: البَيِّنَةُ وَقَدْ ذَكَرْنَا شُرُوطَهَا، فَإِن تَعَارَضْنَا وَلَا تَرْجِيحَ فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنَّ يَكُونُ المَدْعَى فِي أَيِّدِيهِمَا أَوْ فِي يَدِ ثَالِثٍ، فَإِن كَانَ فِي يَدِ ثَالِثٍ فَالبَيِّنَتَانِ يَتَسَاقَطَانِ (ح) عَلَى قَوْلٍ. وَتُوجِبُ القِسْمَةَ بَيْنَهُمَا عَلَى قَوْلٍ وَيَفْرَعُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَوْلٍ فَيَسْلُمُ لِمَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ، وَيَتَوَقَّفُ إِلَى الصُّلْحِ عَلَى قَوْلٍ، وَلَا يَجْرِي قَوْلُ القِسْمَةِ

(٢) فِي ز: الفِصْل.

(٤) فِي ز: الدَّعْوَى.

(٦) فِي أ: المَالِي.

(١) فِي ز: وَالوَصِي.

(٣) فِي أ: وَالصَّبِي.

(٥) فِي ز، هَلْ يَحْلِفُ.

(٧) سَقَطَ فِي: ز.

وَالصُّلْحِ فِي الرُّوْجَةِ الْمُتَنَازِعَةِ بَيْنَ رَجُلَيْنِ، وَفِي جَرَيَانِ قَوْلِ الْقَرْعَةِ خِلَافٌ، فَإِذَا تَكَادَبَتِ الْبَيِّنَاتُ صَرِيحاً لَمْ يَتَّبِعْهُ إِلَّا التَّهَاتُرُ كَمَا لَوْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا عَلَى الْقَتْلِ فِي وَقْتٍ وَشَهِدَ الْآخَرُ عَلَى الْحَيَاةِ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ نَفْسِهِ، وَقِيلَ بِطَرْدِ بَقِيَّةِ الْأَقْوَالِ أَيْضاً، وَلَوْ أَقْرَأَ الثَّالِثُ لِأَحَدِهِمَا فَهَلْ يَنْزِلُ إِقْرَارُهُ مَنْزِلَةَ الْيَدِ حَتَّى تَرْجِيحَ الْبَيِّنَةُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: أَحَدُ الْأَرْكَانِ فِي الْخُصُومَاتِ الشَّرْعِيَّةِ الْبَيِّنَةُ فِيهَا يَظْهَرُ الْحَقُّ، وَيَنْفَصَلُ الْأَمْرُ، فَالْقَوْلُ فِي شَرْطِ الشُّهُودِ مَفْرُوعٌ مِنْهُ فِي الشَّهَادَاتِ، وَالْقَصْدُ هَهُنَا بَيَانُ الْحُكْمِ عِنْدَ تَعَارُضِ الْبَيِّنَتَيْنِ، فَإِذَا تَعَارَضَتَا فَمَا أَنْ تَفْقِدَ أَسْبَابَ الرَّجْحَانِ، أَوْ يُوجَدَ مَرْجِحٌ:

القسم الأول: إذا لم يوجد مرجح، فإما أن يكون المدعى في يد ثالث، أو في أيديهما<sup>(١)</sup> جميعاً. ولا يَدْخُلُ فِي هَذَا الْقِسْمِ مَا إِذَا كَانَ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ أَسْبَابِ الرَّجْحَانِ عَلَى مَا سَيَأْتِي.

وهذا القسم مفقود فيما إذا فقدت الأسباب.

الحالة الأولى: إذا ادعى اثنان عينا في يد ثالث فلا يخفى أنه يخلف المدعى عليه يمينا لكل واحد منهما، إن ادعاهما لنفسه، ولا بيئة لواحد منهما، وأنه إن اختص أحدهما بإقامة البيئة على ما يدعيه، يقضى له، وإن أقام كل واحد بيئته، فقولان:

أصحهما: ويُنسبُ إِلَى الْقَدِيمِ: وَبِهِ قَالَ أَحْمَدُ، وَكَذَلِكَ مَالِكٌ فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ: أَنَّهُمَا يَتَسَاقَطَانِ؛ لِأَنَّهُمَا مُتَنَاقِضَتَا الْمَوْجِبِ، وَلَا تَرْجِيحَ، فَأَشْبَهَ الدَّلِيلَيْنِ إِذَا تَعَارَضَا، وَلَا تَرْجِيحَ، فَعَلَى هَذَا كَأَنَّهُ لَا بَيِّنَةَ، وَيُصَارُ إِلَى التَّخْلِيفِ.

والثاني: أَنَّهُمَا يُسْتَعْمَلَانِ، صِيَانَةٌ لَهُمَا عَنِ الْإِسْقَاطِ، وَالْإِبْطَالِ، بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ، وَتُنْتزَعُ الْعَيْنُ مِنْ صَاحِبِ الْيَدِ؛ لِأَنَّهُ قَضِيَّةٌ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنَ الْبَيِّنَتَيْنِ [ثم<sup>(٢)</sup>] فِيمَا يَفْعَلُ ثَلَاثَةٌ أَقْوَالٌ:

أحدهما: أَنَّ الْعَيْنَ الْمُدَّعَاةَ تُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ، وَكَذَلِكَ مَالِكٌ، مَا رَوَى عَنْ أَبِي مُوسَى: أَنَّ رَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي بَعِيرٍ، فَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ [منهما]<sup>(٣)</sup> الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ لَهُ، فَجَعَلَهُ النَّبِيُّ ﷺ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ<sup>(٤)</sup>.

(١) قال الشيخ البلقيني: لا ينبغي أن نذكر في هذا الباب إذا كان في أيديهما لأن كل واحد في النصف الذي هو في يده داخل، فالترجيح قائم لكل واحد فيما هو في يده.

(٢) سقط في: ز. (٣) سقط في: ز.

(٤) أخرجه أحمد [٤/٤٠٢] (١٠/٢٥٤) وأبو داود [٣٦١٣ - ٣٦١٤ - ٣٦١٥] والنسائي [٨/٢٤٨]، والحاكم [٤/٩٤ - ٩٥] والبيهقي، وذكر الاختلاف فيه على قتادة، وقال: وهو معلول، =

وأيضاً فالبيئَةُ حُجَّةٌ كَالْيَدِ.

ولو تَدَاعَيْتَا، وَالشَّيْءُ فِي أَيْدِيهِمَا، يُجْعَلُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ، فَكَذَلِكَ هُنَا. وَأَيْضاً:  
فَلَوْ أَنَّ رَجُلَيْنِ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً عَلَى أَنَّهُ أَوْصَى لَهُ بِهَذِهِ الدَّارِ؛ تُجْعَلُ بَيْنَهُمَا،  
فَكَذَلِكَ هُنَا.

والثاني: أَنَّهُ يُفْرَعُ بَيْنَهُمَا، وَيُرْجَحُ جَانِبَ مَنْ خَرَجَتْ فُرْعَتُهُ<sup>(١)</sup>؛ لِمَا رُوِيَ؛ أَنَّ  
خَضَمَيْنِ أَتَى النَّبِيَّ ﷺ، وَأَتَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِشُهُودٍ، فَأَسْهَمَ بَيْنَهُمَا، وَقَضَى لِمَنْ خَرَجَ  
السَّهْمُ لَهُ<sup>(٢)</sup>.

= فقد رواه حماد بن سلمة عن قتادة عن النضر بن أنس عن بشر بن نهيك، عن أبي هريرة ومن هذا الوجه أخرجه ابن حبان في صحيحه، واختلف فيه على سعيد بن أبي عروبة، وقيل: عنه عن قتادة عن سعيد بن أبي بردة عن أبيه عن أبي موسى، وقيل عنه عن سماك بن حرب رواه عن ابن ماجه [٢٣٣٠] عن تميم بن طرفة، قال: أنبئت أن رجلاً، قال البخاري قال سماك بن حرب: أنا حدثت أبا بردة بهذا الحديث، فعلى هذا لم يسمع أبو بردة هذا الحديث من أبيه، ورواه أبو كامل مظفر بن مدرك عن حماد عن قتادة عن النضر بن أنس عن أبي بردة مرسلًا قال حماد: فحدثت به سماك بن حرب فقال: أنا حدثت به أبا بردة، وقال الدارقطني والبيهقي والخطيب: الصحيح أنه عن سماك مرسلًا، ورواه ابن أبي شيبة عن أبي الأحوص عن سماك عن تميم بن طرفة: أن رجلين ادعيا بغيراً، فأقام كل واحد منهما البيئَةَ أَنَّهُ لَهُ، فَقَضَى النَّبِيُّ ﷺ بِهِ بَيْنَهُمَا، وَوَصَلَهُ الطَّبْرَانِيُّ بِذِكْرِ جَابِرِ بْنِ سَمُرَةَ فِيهِ بِإِسْنَادَيْنِ، فِي أَحَدِهِمَا حِجَابُ بْنُ أَرْطَاةَ، وَالرَّوَايُ عَنْهُ سَوِيدُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ، وَفِي الْآخِرِ يَاسِينَ الزِّيَاتِ، وَالثَّلَاثَةُ ضَعْفَاءُ.

(١) سكت المصنف عن الترجيح من الأقوال الثلاثة المفرعة على الاستعمال.

قال في الخادم: كأنهم هونوا أمرها لما كانت مفرعة على الضعيف، وجزم في باب التحالف في البيع بالوقف، وقال الشيخ جلال الدين البلقيني: لا فرق في الحكم بالتعارض بين أن يقعا معاً قبل أن يحكم القاضي، وبين أن يحكم القاضي بواحدة ثم يقوم الأخرى بعد ذلك فإنه ينقض القضاء على الأظهر، وقد ذكر الرافعي وتبعه النووي ما يرشد إلى هذا الفرع في أثناء المسألة الثالثة سئل قال لعبدِه إن مات في رمضان فانت حر، وأقام بيئَةَ أَنَّهُ مَاتَ فِي رَمَضَانَ، وَالْوَارِثُ أَنَّهُ مَاتَ فِي شَوَّالٍ، فَإِنَّهُ يَقْدَمُ بَيِّنَةُ الْعَبْدِ عَلَى الْأَظْهَرِ مَا نَصَّهُ، وَلَوْ حَكَمَ الْقَاضِي بِشَهَادَةِ شَاهِدِي رَمَضَانَ ثُمَّ شَهِدَ آخِرَانَ أَنَّهُ مَاتَ فِي شَوَّالٍ فَهَلْ يَنْقُضُ الْحُكْمَ، وَيَجْعَلُ كَمَا لَوْ شَهِدْتَ الْبَيِّنَتَانِ مَعًا خَرَجَهُ ابْنُ سَرِيحٍ عَلَى قَوْلَيْنِ كَمَا لَوْ بَانَ فَسَقَ الشُّهُودُ، وَذَكَرَ أَيْضاً هُنَا فَائِدَةً أُخْرَى وَهِيَ إِذَا لَمْ يَدْعُهَا لِنَفْسِهِ وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ بَيِّنَةَ أَنَّهَا لَهُ مَا حَكَمَهُ ظَاهِرُ كَلَامِ الْمَاورِدِيِّ فِي بَابِ اللَّقْطَةِ أَنَّهَا تَنْزَعُ قِطْعًا، ثُمَّ يَبْقَى التَّعَارُضُ بَيْنَ الْمُتَدَاعِيَيْنِ وَالْمُعْتَمَدِ أَنَّهَا لَا تَنْزَعُ بِالْبَيِّنَتَيْنِ إِذَا تَعَارَضَا لِأَنَّهُ يَصِيرُ كَأَنَّ لَهَا بَيِّنَةٌ.

(٢) أخرجه أبو داود في المراسيل عن سعيد بن المسيب ونحوه، ووصله الطبراني في الأوسط بذكر أبي هريرة فيه، وفيه شيخه علي بن سعيد الرازي وهو من أوهامه، ورواه البيهقي [٢٥٩/١٠] مرسلًا، وقال: اعتضد هذا المرسل بطريق أخرى، ثم ساقه من طريق ابن لهيعة عن أبي الأسود عن عروة وسليمان بن يسار نحوه، وأخرج أيضاً من جهة أبان عن قتادة عن خلاص عن أبي رافع عن أبي هريرة نحوه، موقوفاً.

وأيضاً فالقُرْعَةُ [مرجحة] <sup>(١)</sup> عند استواءِ الجانبين كما في العتق، والقسمة، والمُسَافِرَةَ بإحدى النساء، وما يُشْبِهُهَا، وهل يَخْتَأَجُ على هذا من خرجت قُرْعَتُهُ إلى اليمين؟ فيه قولان في رواية أَكْثَرِهِمْ، ووجهان عن رِوَايَةِ الْقَفَالِ، أَوْقَفَهُمَا لظاهر لفظ الكتاب: أنه لا حَاجَةَ إلى اليمين، والقُرْعَةُ ترجح بيته.

والثاني: أنه لا بُدُّ من اليمين، والقُرْعَةُ تَجْعَلُ أحدهما أَحَقَّ باليمين. وعلى هذا حكى القاضي الروياني: أنه يَخْلِفُ من خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ؛ إن شهوده شَهِدُوا بِالْحَقِّ، ثم يُقْضَى له.

والقول الثالث: أنه يُوقَفُ إلى أن يُتَبَيَّنَ الأَمْرُ، أو يَضْطَلِحَ؛ لأنه أَشْكَلُ الحال فيما يُزْجَى انكشافُهُ، فَيُوقَفُ، كما لو زوجها وليان ونسباً <sup>(٢)</sup> السابق من العَقْدَيْنِ.

وأيضاً فإن أحدهما مُسْتَحِقُّ، وإلا فالبَيِّنَتَانِ كَادِبَتَانِ، والمُسْتَحِقُّ منهما غَيْرُ مُتَعَيِّنٍ، فَيُوقَفُ؛ كما لو طَلَّقَ إحدى امرَأَتَيْهِ، ومات قبل البيان، يُوقَفُ <sup>(٣)</sup> المِيرَاثُ إلى الاصطلاح. واغْتَدَرَ الناصرون لِلتَّسَاقُطِ عن حَدِيثِ أَبِي مُوسَى - رضي الله عنه - أنه يُخْتَمَلُ أنه كان المدعي <sup>(٤)</sup> في أيديهما، فأبطل البَيِّنَتَيْنِ، وقسم <sup>(٥)</sup> بينهما.

وعن الحديث الآخر: أنه لما كان التَّنَازُعُ في قِسْمَةِ، أو عتق. وعما اِخْتِجَّ به للتوقف، بأن كونها زَوْجَةً لأحدهما، وَكَوْنُ المِيرَاثِ لأحدهما مَعْلُومًا، واستحقاق أحدهما غير مَعْلُومٍ ههنا، فلا يَلْزَمُ من التَّوَقُّفِ هناك التَّوَقُّفُ ههنا.

واعترف بعد هذا: أنه قد يُضَمُّ أقوالُ الاستعمال إلى قول التَّسَاقُطِ، ويُقَالُ في المسألة أَرْبَعَةُ أقوال. كما نَسَّقَهَا في الكتاب، وأنه إذا كان التَّسَاقُطُ مَنْسُوبًا إلى القديم، وكان هو الأظْهَرُ عند الأصحاب، كانت المَسْأَلَةُ من المَسَائِلِ التي يرجح فيها القديم.

وإن الإمام، وصاحب الكتاب، حَكَيَا في مَحَلِّ القولين [في] <sup>(٦)</sup> التَّسَاقُطِ والاستعمال طَرِيقَيْنِ:

أحدهما: أن القولين فيما إذا لم تَتَكَادَبِ البَيِّنَتَانِ <sup>(٧)</sup> صَرِيحًا، فإن تَكَادَبَا <sup>(٨)</sup> صَرِيحًا، تَسَاقَطَ لَمْ مَحَالَّةً.

(١) سقط في: أ.

(٢) في ز: ونسبت.

(٣) في أ: وقف.

(٤) في ز: أن المدعي كان.

(٥) سقط في: أ.

(٥) في ز: وقسمه.

(٨) في ز: وإن تكادبا.

(٧) في ز: البيئات.

والثاني: طَرُدُ القولين في الحَالَتَيْنِ، وهذا أَشْهَرُ، والأول أَرْجَحُ عند صاحب الكتاب، والمُرَادُ من صَرِيحِ التَّكَادُبِ؛ أَلَا يَتَأْتَى الجَمْعُ، ولا يَنْقَدِحُ فيه تَأْوِيلٌ، كما إذا شَهِدَتْ بَيِّنَةٌ على القَتْلِ في وقت [معين]<sup>(١)</sup> والأخرى على الحَيَاةِ في ذلك الوقت. فإن تُوهِمَ الجَمْعُ بِضَرْبٍ من التَّوِيلِ، فليس ذلك بصريحِ التَّكَادُبِ. وذلك، كما إذا شَهِدَتْ هذه، على مِلْكٍ زِيدٍ، وهذه على مِلْكٍ عَمْرٍو؛ فإنه يجوز أن يقال: عرفت كل واحدة سبباً كشرء، أو وصية، واستصحب حكم العَقْدِ الذي عرفته.

وكما إذا شَهِدَتْ هذه، على أنه أَوْصَى بهذه العَيْنِ لِرَزِيدٍ، وهذه على أنه أَوْصَى بها لِعَمْرٍو؛ فإنه ربما أَوْصَى بها مَرَّتَيْنِ.

وإن القاضي الروياني نَقَلَ في «جمع الجوامع» طريقتين من وَجْهِ آخر:

أحدهما: أن القولين فيما إذا لم يمكن الجَمْعُ، فإن أَمْكَنَ، قُسِمَ بينهما لا مَحَالَةً.

والثاني: طَرُدُ القولين في الحَالَتَيْنِ، فَتَحَصَّلَ من النقلين ثَلَاثَةُ طُرُقٍ؛ القَطْعُ بِالتَّسَاقُطِ فيما إذا لم يمكن الجَمْعُ، والقَطْعُ بالاستعمال إذا أمكن طَرُدُ القولين في الحَالَتَيْنِ، وأن إِيْرَادَ أَبِي الحَسَنِ [العبادي]<sup>(٢)</sup> يَنْسَاقُ إلى طريقة أخرى تَنْفِي الخِلافَ، ويقطع بِالتَّسَاقُطِ عند اسْتِيقَانِ الكَذِبِ في إحداهما، وبِالاستعمال عند إِمْكَانِ صِدْقِهِمَا كما في الوَصِيَّةِ.

وإن أبا الفَيَاضِ حَكِيَ؛ أن من الأصحاب من لم يُثَبِّتْ قول التوقيف<sup>(٣)</sup>، وأن القاضي ابن كَجِّحَ رَوَى عن أَبِي حَامِدِ القَاضِي، أن الأقوالَ الثلاثة لا تجتمع، بل موضع<sup>(٤)</sup> قول القِسْمَةِ، ما إذا أمكن الجَمْعُ، وموضع قول الفُرْعَةِ، ما إذا لم يمكن.

وأَعْلَمَ من لفظ الكتاب ما سوى قول التَّسَاقُطِ بالزاي<sup>(٥)</sup>؛ لأن اخْتِيَارَ المُرْنِيِّ هو التَّسَاقُطُ، ولْيَعْلَمَ بالألف أيضاً، لما بَيَّنَّاهُ، وما سوى قَوْلِ القِسْمَةِ بالحاء.

ثم في الفصل صورتان: إحداهما إذا كان التَّنَازُعُ في رَوْجِيَّةِ امرَأَةٍ، وأقام كل واحد بَيِّنَةً، وتَعَارَضَتَا، فقول التَّسَاقُطِ بحاله<sup>(٦)</sup>، ولا مَجَالَ لِلْقِسْمَةِ، وذكر صاحب الكتاب في «الوسيط»، أن قَوْلَ الوَقْفِ لا يجري أيضاً تَعْلِيلًا بأن الصُّلْحَ غير مُمَكِّنٍ، وهذا ما أراد بقوله ههنا.

ولا يَجْرِي قَوْلُ القِسْمَةِ والصُّلْحِ، فعبر عن الوَقْفِ بالصُّلْحِ. والذي رواه صاحب

(٢) سقط في: ز.

(٤) في ز: توضع.

(٦) في ز: محالة.

(١) سقط في: ز.

(٣) في ز: التوقف.

(٥) في ز: بالرأي.

«التهديب» وغيره جَرَيَانُ قَوْلِ الْوَقْفِ، وهو الوجه كما يُتَوَقَّفُ في التي أَنْكَحَهَا وَلِيَّاهَا، وليس الصلح مقصوراً<sup>(١)</sup> على أن يأخذ هذا شيئاً من المدعى، وهذا شيئاً آخر منه، بل من الصلح أن يَثُوبَ الْكَاذِبُ، وَيُصَدَّقَ الصَّادِقُ.

وأما قول القُرْعَةِ، ففي جَرَيَانِهِ وَجْهَانِ مَنْقُولَانِ في الكتاب وغيره:  
أحدهما: تجري كما في بيتي المَالِ.

وأصحهما: وهو الجواب في «التهديب»: المنع، كما لا تَجْرِي القُرْعَةُ في التي أَنْكَحَهَا وَلِيَّاهَا. وفيما<sup>(٢)</sup> إذا طَلَّقَ إِحْدَى زَوْجَتَيْهِ، ومات<sup>(٣)</sup>.

الثانية: أقر صَاحِبُ الْيَدِ لأحدهما بعدما أقام<sup>(٤)</sup> البيتين، إن قلنا: بِالتَّسَاقُطِ قَبْلَ إقراره وَحُكْمِ به، وإن قلنا بِالِاسْتِعْمَالِ، فوجهان:

أحدهما: أن الْمُقَرَّرَ له يصير كَصَاحِبِ الْيَدِ حتى تُرْجَحَ بَيِّنَتُهُ.

والثاني: لا؛ لأن يَدَهُ بعد الْبَيِّنَةِ مستحقة الْإِرَازَةِ<sup>(٥)</sup>، فلا تُأَيِّرُ لها، ولا اغْتِيَارَ بِإقرار صاحبها، وإن أقرَّ تَمَامَ البيتين، قَبْلَ إقراره. وصار الْمُقَرَّرُ له صَاحِبُ يَدِ.

والوجهان في الكتاب وإن كانا مُطْلَقَيْنِ، ولكن قوله: «فهل ينزل<sup>(٦)</sup> إقراره منزلة اليد، يُفْهِمُ أَنَّهُمَا مُقَرَّرَانِ على قَوْلِ الْاسْتِعْمَالِ.

فأما على قول التَّسَاقُطِ، فلا نقول: الْإِرَازُ يرجح الْبَيِّنَةَ بِحَالِ، ولكن كأنهما لم يقيما بَيِّنَةً، فَيُقْضَى بموجب الْإِرَازِ والله أعلم.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: (الْحَالَةُ الثَّانِيَةُ) أَنْ يَكُونَ فِي يَدَيْهِمَا، وَلَا يَخْفَى إِنْ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ بَيِّنَةٌ أَنْ تَجْرِي الْأَقْوَالُ، وَلَكِنْ إِذَا قُلْنَا بِالتَّهَاتُرِ فَهَهُنَا تَبْقَى الدَّارُ فِي أَيْدِيهِمَا، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بَيِّنَةٌ فَكُلُّ وَاحِدٍ مُدْعٍ فِي النُّصْفِ مُدْعَى عَلَيْهِ فِي النُّصْفِ فَيُخْلِفُ، كُلُّ وَاحِدٍ عَلَى نَفْسِ مَا يَدْعِيهِ صَاحِبُهُ وَلَا يَلْزَمُهُ التَّعَرُّضُ لِلْإِثْبَاتِ بِخِلَافِ التَّحَالِفِ فِي الْبَيْعِ إِذِ النُّصْفُ هَهُنَا مُمَيِّزٌ عَنِ النُّصْفِ وَثَمَّةٌ لَا يَتَمَيَّزُ الْمُدْعَى عَنِ الْمُدْعَى عَلَيْهِ، وَقِيلَ فِي وَجُوبِ الْجَمْعِ بَيْنَ النَّفْيِ وَالْإِثْبَاتِ فِي الْمَسْتَلْتَيْنِ قَوْلَانِ بِالثَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ، ثُمَّ إِنْ حَلَفَ الْأَوَّلُ عَلَى النَّفْيِ فَتَكَلَّلَ الثَّانِي رُدَّ عَلَيْهِ الْبَيْعُ فَيُخْلِفُ عَلَى الْإِثْبَاتِ، وَإِنْ تَكَلَّلَ الْأَوَّلُ الَّذِي بَدَأَ بِهِ الْقَاضِي تَحْكِيمًا أَوْ

(١) في ز: مقصوداً.

(٢) في أ: ومما.

(٣) في ز: وماتت.

(٤) في ز: أما.

(٥) سكت المصنف تفریباً عن المرجوح.

قال في الخادم: والأقوى الثاني، وذكر تعليل المذكور ثم قال فلا اثر لإقراره.

(٦) في ز: يترك.

بِالْفُرْعَةِ أَجْتَمَعَ عَلَى الثَّانِي يَمِينُ الثَّقِي لِلنُّصْفِ الَّذِي فِي يَدِهِ وَيَمِينُ الْإِنْبَاتِ لِلنُّصْفِ الَّذِي فِي يَدِ شَرِيكِهِ فَيَكْفِيهِ يَمِينٌ وَاحِدَةٌ تَجْمَعُ بَيْنَ الثَّقِي وَالْإِنْبَاتِ، وَقِيلَ: لَا بُدَّ مِنْ يَمِينَيْنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: تَكَلَّمْنَا فِيمَا إِذَا ادَّعَى اثْنَانِ عَيْنًا فِي يَدِ ثَالِثٍ، فَأَمَا إِذَا كَانَتْ فِي يَدَيْهِمَا، وَادَّعَاهَا كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، فَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً، قَالَتْ طَائِفَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ؛ مِنْهُمْ الْفُورَانِي، وَصَاحِبُ الْكِتَابِ: يَجْرِي فِيهِ قَوْلًا [التساقط والاستعمال، إن قلنا: بالتساقط]<sup>(١)</sup> والتهاوتر، فيبقى المَالُ في أيديهما كَمَا كَانَ.

وَإِنْ قُلْنَا بِالِاسْتِعْمَالِ، فعلى [قول]<sup>(٢)</sup> الْقِسْمَةِ تُجْعَلُ بَيْنَهُمَا مِلْكًا. قَالَ الْفُورَانِي: وَلَا يَجِيءُ قَوْلُ الْوَقْفِ، إِذْ لَا مَعْنَى لِلتَّوَقُّفِ مَعَ ثُبُوتِ الْيَدِ. وَحَكَى وَجْهَيْنِ فِي مَجِيءِ قَوْلِ الْفُرْعَةِ.

وَقَالَ آخَرُونَ؛ مِنْهُمْ ابْنُ الصَّبَّاحِ، وَصَاحِبُ «التَّهْذِيبِ»، إِذَا أَقَامَا الْبَيِّنَةَ، يُجْعَلُ الْمَالُ بَيْنَهُمَا؛ لِأَنَّ بَيِّنَةَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا تَرْجَحُ [باليد]<sup>(٣)</sup> فِي النُّصْفِ الَّذِي هُوَ صَاحِبُ يَدِهِ فِيهِ<sup>(٤)</sup> وَكَانَ هُوَ لَا مُتَعْتَعًا مِنْ إِجْرَاءِ [هذه]<sup>(٥)</sup> الْأَقْوَالِ. وَقَالُوا: مُؤْضِعُ الْأَقْوَالِ مَا إِذَا حَلَّتِ الْبَيِّنَتَانِ عَنِ التَّرْجِيحِ، وَالْيَدُ مِنْ أَسْبَابِ التَّرْجِيحِ، وَالحَاصِلُ لِلْفَتْوَى عَلَى الطَّرِيقَيْنِ مَعًا إِنْقَاءُ الْمَالِ فِي أَيْدِيهِمَا كَمَا كَانَ، وَلَكِنْ الطَّرِيقَتَانِ مَعًا، فِيمَا إِذَا شَهِدَ شُهُودٌ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِأَنَّ جَمِيعَ الْمَالِ لَهُ، فَأَمَا إِذَا شَهِدَ شُهُودٌ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالنُّصْفِ الَّذِي [هُوَ]<sup>(٦)</sup> فِي يَدِ صَاحِبِهِ، فَالْبَيِّنَتَانِ لَمْ تَتَوَارَدَا عَلَى شَيْءٍ وَاحِدٍ حَتَّى يَجِيءَ أَقْوَالُ التَّعَارُضِ، وَلَا يَدُ الْمُدْعِي فِي الْمَشْهُودِ بِهِ حَتَّى يَرْجَحَ جَانِبَهُ.

وَلَكِنْ يَخْتَكُمُ الْقَاضِي لَزِيدٍ، بِمَا كَانَ فِي يَدِ عَمْرٍو، وَلِعَمْرٍو بِمَا كَانَ فِي يَدِ زَيْدٍ، وَيَكُونُ الْمَالُ فِي يَدَيْهِمَا أَيْضًا كَمَا كَانَ؛ وَلَكِنْ [لا]<sup>(٧)</sup> بِجَهَةِ التَّسَاقُطِ، وَلَا بِجَهَةِ التَّرْجِيحِ [باليد]<sup>(٨)</sup>، ثُمَّ قَالَ الْأَيْمَةُ: مِنْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ أَوْلَى، وَتَعَرَّضَ شُهُودُهُ لِلْكَلِّ، لَمْ تَضُرَّ، فَإِنْ كَانَ صَاحِبُ يَدِهِ فِي النُّصْفِ، وَقُلْنَا: إِنْ بَيِّنَةُ صَاحِبِ الْيَدِ لَا تُسْمَعُ ابْتِدَاءً عَلَى مَا سَيَأْتِي الْخِلَافُ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ مُسْتَعْنَى هُنَاكَ عَنِ الْبَيِّنَةِ، وَهَهُنَا لَا يُسْتَعْنَى عَنِ الْبَيِّنَةِ لِلنُّصْفِ الَّذِي يَدْعِيهِ، ثُمَّ إِذَا أَقَامَ الثَّانِي الْبَيِّنَةَ عَلَى الْكُلِّ، سَمِعَتْ، وَتَرْجَحَتْ بَيِّنَتُهُ فِي النُّصْفِ الَّذِي [هُوَ]<sup>(٩)</sup> فِي يَدِهِ، [فِيحْتَاجُ الْأَوَّلِ إِلَى إِعَادَةِ الْبَيِّنَةِ لِلنُّصْفِ الَّذِي هُوَ فِي يَدِهِ]<sup>(١٠)</sup>.

(١) سقط في: ز.

(٢) سقط في: ز.

(٢) سقط في: ز.

(٥) سقط في: ز.

(٤) في أ: فيها.

(٧) سقط في: ز.

(٦) سقط في: أ.

(٩) سقط في: أ.

(٨) سقط في: أ.

(١٠) سقط في: أ.



وقال في «الوسيط»: لا يبعد أن يُتَسَاهَلَ في الإِعَادَةِ، وإن كان لأحد المدعيين<sup>(١)</sup> بَيِّنَةٌ دُونَ الْآخَرِ، فَيُقْضَى لَهُ بِالْكَلِّ، وشُهُودُهُ قد يَشْهَدُونَ بِالنُّصْفِ الذي في يد صاحبه، وقد يَشْهَدُونَ بِالْكَلِّ، ولا يَضُرُّ كونه صَاحِبَ يَدٍ في النصف على ما تبين.

وإن لم يكن لواحد منهما بَيِّنَةٌ، فَكُلُّ وَاحِدٍ مُدَّعٍ في النصف، مُدَّعَى عَلَيْهِ في النُّصْفِ، فَيُخْلِفُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا على نَفْيِ مَا يَدَّعِيهِ الْآخَرُ، ولم يَتَعَرَّضْ واحد منهما في يَمِينِهِ لِإِثْبَاتِ مَا فِي يَدِهِ، بل يَتَصَرَّفُ على أنه لا حَقَّ لِصَاحِبِهِ فيما في يَدِهِ. نَصَّ عَلَيْهِ، وَذَكَرَ في باب التَّحَالُفِ في البَيْعِ، أن ظَاهِرَ النُّصْرِ، أن كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا في التَّحَالُفِ يجمع بين النُّفْيِ والإِثْبَاتِ، وَبَيِّنًا أن لِلْأَصْحَابِ فِيهِمَا طَرِيقَيْنِ:

أصحهما: تَقْرِيرُ النُّصْنِ؛ لأن [النُّصْفَ]<sup>(٢)</sup> الذي يَنْفِيهِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَتَمَيَّزُ عن النُّصْفِ الذي يَثْبُتُهُ، وهناك العَقْدُ واحد، والتَّرَاغُ في صِفَتِهِ. فكأن الدعوى واحدة، ولا يَتَمَيَّزُ المُدَّعِي عن المُدَّعَى عَلَيْهِ.

والثاني: أنهما غير مُقَرَّرَيْنِ بحالهما، ولكن يخرج من نَصِهِ<sup>(٣)</sup> في هذه المَسْأَلَةِ قول [في]<sup>(٤)</sup> التَّحَالُفِ، وفي التَّخْرِيجِ من التَّحَالُفِ اخْتِلَافٌ لِأَصْحَابِ الطَّرِيقَةِ الثَّانِيَةِ؛ فإن قلنا: تخرج، حَصَلَ فِيهِمَا قَوْلَانِ بِالثَّقَلِ، والتخريج، على ما ذَكَرَهُ في الكتاب.

وكل ذلك<sup>(٥)</sup> قد أَوْضَحْتَاهُ في باب التَّحَالُفِ.

وإذا قلنا بالأصح، فإن حَلْفًا، أو نَكَلًا، تُرِكَ المُدَّعَى في يَدَيْهِمَا كما كان.

وإن حَلَفَ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ، فُضِيَ لِلْحَالِفِ بِالْكَلِّ، ثم إن حَلَفَ الذي بَدَأَ القَاضِي بِتَحْلِيْفِهِ، وَنَكَلَ الْآخَرُ بَعْدَهُ، فَيُخْلِفُ الْأَوَّلُ الْيَمِينَ المَرْدُودَةَ، وإن نَكَلَ الْأَوَّلُ، وَرَغِبَ الثَّانِي في الْيَمِينِ فقد اجْتَمَعَ عَلَيْهِ يَمِينُ النُّفْيِ لِلنُّصْفِ الذي ادَّعَاهُ صَاحِبُهُ، وَيَمِينُ الإِثْبَاتِ لِلنُّصْفِ الذي<sup>(٦)</sup> ادَّعَاهُ هو؛ فهل يكفيه الآن يَمِينُ وَاحِدَةٍ، يجمع فيها بين النُّفْيِ والإِثْبَاتِ؛ لأن كِلَا مِنْهُمَا قد دَخَلَ وَقْتَهُ أم لا بَدَأَ من يَمِينِ اللُّفْيِ، وَأَخْرَجَ لِلإِثْبَاتِ؟ فيه وجهان: لفظ الكتاب يُشْعِرُ بِتَرْجِيحِ أَوْلِهِمَا، وهو الذي أَوْرَدَهُ أَبُو الفَرَجِ الرَّازِي، وَحِينَئِذٍ فيحلف: إنَّ الْجَمِيعَ له، لا حَقَّ لِصَاحِبِهِ فِيهِ. أو يَقُولُ: لا حَقَّ له في النُّصْفِ الذي يَدَّعِيهِ، والنُّصْفِ [الْآخَرَ]<sup>(٧)</sup> لي.

(١) في أ: المدعين.

(٢) سقط في: أ.

(٣) في أ: نص.

(٤) سقط في: ز.

(٥) في أ: واحد.

(٦) في أ: للذي.

(٧) ما ذكرناه في كيفية الحلف من الحلف على الجميع خالفه في باب الصلح فيما إذا تداعيا حائطاً من دار بينهما أو سقفاً بين سفل وعلو أنه يحلف كل واحد منهما على النصف، ولا يحلف على الكل على الأصح.

وقوله في الكتاب في خِلَالِ الكَلَامِ الذي بَدَأَ به القَاضِي: «تحكيمياً»<sup>(١)</sup> أو بالقرعة»، المراد بالتحكيم<sup>(٢)</sup> رأي القَاضِي، واجتهاده، وظاهر اللَّفْظِ، تَخْيِيرُ القَاضِي بين أن يُفْرغَ، وبين أن يَعمَلَ بما تَعرُنُ له ولا يُفْرغَ، وبه يُشعرُ لفظه في «الوسيط»؛ فإنه [قال]<sup>(٣)</sup>: يَبْدَأُ القَاضِي بمن يَرَاهُ، أو بالقرعة، ويمكن أن يُحمَلَ ذلك على وَجْهَيْنِ؛ ذكرناهما<sup>(٤)</sup> في باب التَّحَالُفِ، تَفْرِيعاً على أنه لا يَبْدَأُ بالبائع، ولا بالمُشْتَرِي، بل يَتَسَاوِيَانِ. أحدهما: أن القَاضِي يَتَخَيَّرُ فَيَقْدُمُ من يَرَاهُ.

والثاني: أن المُعْتَبَرَ بالقرعة. ويجوز أن يقال: كل واحد منهما مُدْعٍ، ومُدْعَى عليه ههنا، فينبغي أن يُنظَرَ إلى السَّبْقِ؛ فمن سَبَقَ دَعْوَاهُ، بُرِيَءٌ بتحليف صَاحِبِهِ. فروع:

الأول: ادَّعَى رَجُلٌ نِصْفَ دَارٍ، وَالْآخَرُ كُلَّهَا، وَأَقَامَ كُلُّ واحدٍ منهما بَيِّنَةً، والدَّارُ في يَدِ ثَالِثٍ، فَالْبَيِّنَتَانِ مُتَعَارِضَتَانِ فِي النِّصْفِ، فَإِنِ قَلْنَا بِالتَّهَاتُرِ، فَهَمَا سَاقِطَتَانِ فِي النِّصْفِ الذي فِيهِ التَّعَارُضُ.

وأما النِّصْفُ الْآخَرُ؛ فَعَن ابْنِ سُرَيْجٍ، وَأَبِي إِسْحَاقَ، وَغَيْرِهِمَا أَنَّهُ عَلَى قَوْلَيْنِ فِي تَبْعِيضِ الشَّهَادَةِ، فَإِنِ لَمْ تُبْعَضْهَا، بَطَلَتْ فِي ذَلِكَ النِّصْفِ أَيْضاً، وَصَارَ كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنْ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ، وَإِنِ بَعَضْنَاهَا، سَلَّمَ النِّصْفُ لِمَدْعِي الْكُلِّ.

وَأَمْتَنَعَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ مِنْ تَخْرِيجِهِ عَلَى ذَلِكَ الْخِلَافِ، وَقَالَ: مَوْضِعُ الْخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الرُّدُّ فِي الْبَعْضِ لِتَهْمَةٍ مِنْ عَدَاوَةٍ وَغَيْرِهَا.

فَأَمَّا إِذَا كَانَ الرُّدُّ فِي الْبَعْضِ بِسَبَبِ التَّعَارُضِ فَمَا يَنْبَغِي أَنْ يَتَأَثَّرَ بِهِ الثَّانِي.

أَلَا تَرَى أَنَا إِذَا قُلْنَا بِالْقِسْمَةِ عِنْدَ التَّعَارُضِ، تَرُدُّ كُلُّ بَيِّنَةٍ فِي بَعْضِ مَا شَهِدَتْ بِهِ؟ وَلَا يُخْرِجُ الثَّانِي عَلَى ذَلِكَ الْخِلَافِ، وَهَذَا أَصَحُّ عِنْدَ الشَّيْخِ أَبِي عَلِيٍّ. وَإِنِ قَلْنَا: بِالِاسْتِعْمَالِ، فَيَسَلِّمُ النِّصْفُ لِمَدْعِي الْكُلِّ، وَيُقَسَّمُ النِّصْفُ الْآخَرُ.

= سبق هناك إلى المنسوب في الحاوي والبحر إلى الجمهور أنه يحلف على الجميع؛ لأنه يحلف على ما يدعيه وهو يدعي جميعه.

قال في الذخائر: وهو الصحيح، وقال ابن أبي الدم هنا يحلف كل واحد منهما أنه مالك لنصفها، وإن كان مدعياً لجميعها، وفيه وجه أنه يحلف على الجميع اعتباراً بالدعوى، هكذا ذكره الماوردي وذكر القاضي أبو الطيب في التعليق أنه يحلف على النصف ولا يجوز أن يحلف على الكل. قال: ومن صار إلى أنه يحلف على الكل فقد أخطأ.

(١) في أ: تحكمتنا. (٢) في أ: بالتحكم.

(٣) سقط في: أ. (٤) في ز: ذكرهما.

إن قلنا بالقِسْمَةِ، فيكون لِمُدْعِي الكُلِّ ثَلَاثَةٌ أَرْبَاعِيهَا. وإن قلنا بالفِرْعَةِ، فَيُفْرَعُ لِلنُّصْفِ، وإن قلنا: بِالرُّوقِ، فَيُوقَفُ، ولو أَنَهُمَا تَدَاوَعَا كَذَلِكَ، وَالذَّارُ فِي يَدِهِمَا، فَالْقَوْلُ قَوْلُ مُدْعِي النُّصْفِ فِي النِّصْفِ الَّذِي فِي يَدِهِ، فَإِنِ أَقَامَ مُدْعِي الكُلِّ بَيْنَةَ، قُضِيَ لَهُ بِالكُلِّ، وَإِنِ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ بَيِّنَةً عَلَى مَا يَدْعِيهِ، بَقِيَتِ الذَّارُ فِي يَدِهِمَا، كَمَا كَانَتْ.

ولكن التّصوِيرَ فيما إذا أَقَامَ مُدْعِي الكُلِّ أَوَّلًا؛ لأن الآخَرَ لَا يَدْعِي إِلَّا النُّصْفَ، وَهُوَ صَاحِبُ يَدٍ فِيهِ، وَسَيَأْتِي أَنَّ صَاحِبَ اليَدِ لَا يَخْتَاجُ إِلَى البَيِّنَةِ فِي الْإِبْتِدَاءِ عَلَى اخْتِلَافٍ فِيهِ، فَإِذَا أَقَامَهَا<sup>(١)</sup> أَقَامَ مُدْعِي<sup>(٢)</sup> النِّصْفِ بَيْنَتَهُ فَيَرْجِعُ<sup>(٣)</sup> بِالْيَدِ، وَلَا يَضُرُّ تَعَرُّضَ شُهُودِ مُدْعِي الكُلِّ لِلْكَلِّ، وَإِنِ كَانَ مُسْتَعْنِيًّا عَنِ البَيِّنَةِ فِي النُّصْفِ الَّذِي فِي يَدِهِ لَمَا تَقَدَّمَ. وَلَوْ أَقْتَصَرُوا عَلَى أَنَّ النُّصْفَ الَّذِي فِي يَدِ صَاحِبِهِ لَهُ، حَصَلَ الْعَرَضُ [أَيْضًا]<sup>(٤)</sup>.

ولو ادَّعَى أَحَدُ الْمُدْعِيَيْنِ الثُّلُثَ، وَالْآخَرَ الكُلَّ، فَإِنِ كَانَتِ الذَّارُ فِي يَدِ ثَالِثٍ، فَعَلَى قَوْلِ التَّهَاتُرِ يَسَاقَطَانِ فِي الثُّلُثِ. وَهَلْ تَبْطُلُ بَيِّنَةُ الكُلِّ فِي الثَّلَاثِينَ؟

فِيهِ مَا سَبَقَ مِنَ التَّخْرِيجِ عَلَى الْخِلَافِ فِي تَبْعِيضِ الشَّهَادَةِ. وَإِنِ اسْتَعْمَلْتَاهُ، فَعَلَى قَوْلِ القِسْمَةِ، يَحْصُلُ لِمُدْعِي الكُلِّ خَمْسَةٌ أَسْدَاسِيهَا. وَلَا يَخْفَى الْقَوْلَانِ الْآخِرَانِ.

وَإِنِ كَانَتِ الذَّارُ فِي يَدِهِمَا، وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ بَيْنَةَ تَثَبَّتْ عِنْدَ مُدْعِي<sup>(٥)</sup> الثَّلَاثِ [فِي]<sup>(٦)</sup> الثَّلَاثِ، وَيَكُونُ الْبَاقِي لِمُدْعِي الكُلِّ.

وَالثَّانِي: دَارٌ فِي يَدِ إِنْسَانٍ، ادَّعَى زَيْدٌ نِصْفَهَا، فَصَدَّقَهُ، وَعَمَرُو نِصْفَهَا، فَكَذَّبَهُ صَاحِبُ اليَدِ، وَزَيْدٌ مَعًا، وَلَمْ يَدْعِهِ وَاحِدٌ مِنْهُمَا لِنَفْسِهِ، فَالنِّصْفُ الَّذِي يَدْعِيهِ الْمَكْذِبُ، يُسَلَّمُ إِلَيْهِ، أَوْ يُوقَفُ فِي يَدِ صَاحِبِ اليَدِ، أَوْ يَنْتَزَعُهُ<sup>(٧)</sup> الْقَاضِي وَيَحْفَظُهُ إِلَى ظَهْوَهِ مَالِكِهِ، فِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهُ حَكَاهَا الْفُورَانِيُّ<sup>(٨)</sup>.

الثَّلَاثُ: ادَّعَى وَاحِدٌ دَارًا، وَآخَرُ ثَلَاثِيهَا، وَآخَرُ نِصْفَهَا، وَآخَرُ ثُلُثِهَا، وَالذَّارُ فِي يَدِ خَامِسٍ، وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْأَرْبَعَةِ بَيِّنَةً، فَلَا تَعَارُضُ فِي الثُّلُثِ الَّذِي يَخْتَصُّ بِمُدْعِي الكُلِّ بِدَعْوَاهُ، وَفِي الْبَاقِي، يَقَعُ التَّعَارُضُ فِي السُّدُسِ الزَّائِدِ عَلَى النِّصْفِ، يَتَعَارَضُ بَيِّنَةُ

(١) فِي ز: أَقَامَ.

(٢) فِي ز: وَيَرْجِعُ.

(٣) فِي ز: وَلِمُدْعِي.

(٤) فِي أ: يَنْتَزَعُهُ.

(٥) قَالَ النَّوَوِيُّ فِي زِيَادَاتِهِ: أَقْوَاهَا الثَّلَاثُ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَدْ يُقَالُ هَذَا التَّرْجِيحُ مُخَالَفٌ لِمَا ذَكَرَ فِي بَابِ الْإِقْرَارِ فِي مَنْ أَقْرَ لَزِيدٍ بِشَيْءٍ فَكَذَّبَهُ فَإِنَّهُ يَبْقَى فِي

يَدِ الْمَقْرَعِ عَلَى الْأَصْحَحِ.

مُدَّعِي الكُلِّ و[بيئة]<sup>(١)</sup> مُدَّعِي الثَّلَثَيْنِ. [و]في<sup>(٢)</sup> السُّدُسِ الزَّائِدِ عَلَيِ الثَّلَثِ بَتَّعَارُضٍ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَهُ مُدَّعِي النُّصْفِ، وَفِي الثَّلَثِ الْبَاقِي تَتَّعَارُضُ بَيِّنَاتُ الْأَرْبَعَةِ، فَإِن قَلْنَا: بِالْتَهَاتِرِ، سَقَطَ الْبَيِّنَاتُ فِي الثَّلَثَيْنِ، وَفِي الثَّلَثِ يَعُودُ الْكَلَامُ فِي تَبْعِيضِ الشَّهَادَةِ. وَالظَّاهِرُ - أَنَّهُ يَسْلَمُ لِمُدَّعِي الكُلِّ.

وَإِن قَلْنَا: بِالِاسْتِعْمَالِ، فَإِن قَسَمْنَا فَالسُّدُسُ<sup>(٣)</sup> الزَّائِدُ عَلَيِ النُّصْفِ لِمُدَّعِي الكُلِّ، وَمُدَّعِي الثَّلَثَيْنِ بِالسُّوِّيَّةِ، وَالسُّدُسُ الزَّائِدُ عَلَيِ الثَّلَثِ لِهَمَا، وَلِمُدَّعِي النُّصْفِ أَثْلَانًا، وَالثُّلُثُ الْبَاقِي لِلْأَرْبَعَةِ أَزْبَاعًا، فَتُجْعَلُ الدَّارُ سِتَّةً وَثَلَاثِينَ سَهْمًا، لِحَاجَتِنَا إِلَى عَدَدٍ يَنْقَسِمُ سِدْسَهُ عَلَيِ اثْنَيْنِ، وَعَلَى ثَلَاثَةِ فَيُضْرَبُ اثْنَيْنِ فِي سِتَّةٍ، ثُمَّ فِي ثَلَاثَةٍ، لِمُدَّعِي الكُلِّ ثَلَاثًا، اثْنَا عَشَرَ وَنُصْفَ السُّدُسِ الزَّائِدِ عَلَيِ النُّصْفِ ثَلَاثَةٌ، وَثَلَاثُ السُّدُسِ الزَّائِدِ عَلَيِ الثَّلَثِ اثْنَانِ، وَرَبِيعُ الثَّلَثِ الْبَاقِي وَهُوَ ثَلَاثَةٌ، فَالْمَبْلُغُ عَشْرُونَ. وَهِيَ<sup>(٤)</sup> خَمْسَةٌ أَتْسَاعُ الدَّارِ، وَلِمُدَّعِي الثَّلَثَيْنِ ثَلَاثَةٌ أَنَّهُمْ مِنَ السُّدُسِ الزَّائِدِ عَلَيِ النُّصْفِ، [و]سَهْمَانِ مِنَ السُّدُسِ الزَّائِدِ عَلَيِ الثَّلَثِ وَثَلَاثَةٌ مِنَ الثُّلُثِ الْبَاقِي فَالْمَبْلُغُ ثَمَانِيَّةٌ وَهِيَ تُسْعَا الدَّارِ، وَلِمُدَّعِي النُّصْفِ<sup>(٥)</sup> سَهْمَانِ مِنَ السُّدُسِ الزَّائِدِ عَلَيِ الثَّلَثِ، وَثَلَاثَةٌ مِنَ الثُّلُثِ الْبَاقِي، فَالْمَبْلُغُ خَمْسَةٌ وَهِيَ تُسْعُ وَرُبْعُ تُسْعٍ، وَلِمُدَّعِي الثَّلَثِ ثَلَاثَةٌ مِنَ الثُّلُثِ الْبَاقِي لَا غَيْرَ.

وَإِن قَلْنَا: بِالْفَرْعَةِ، فَيَفْرَعُ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ؛ مَرَّةً فِي السُّدُسِ الزَّائِدِ عَلَيِ النُّصْفِ بَيْنَ مُدَّعِي الكُلِّ وَمُدَّعِي الثَّلَثَيْنِ، وَأُخْرَى فِي السُّدُسِ الزَّائِدِ عَلَيِ الثَّلَثِ بَيْنَهُمَا وَبَيْنَ مُدَّعِي النُّصْفِ، وَأُخْرَى فِي الثَّلَثِ بَيْنَ الْأَرْبَعَةِ.

وَإِن قَلْنَا بِالْوَقْفِ تَوَقَّفْنَا، وَإِن كَانَتِ الدَّارُ فِي يَدِ الْمُتَدَاعِيَيْنِ الْأَرْبَعَةِ، وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ بَيِّنَةً، جُعِلَتِ الدَّارُ بَيْنَهُمْ أَزْبَاعًا؛ لِأَنَّ بَيِّنَةَ كُلِّ وَاحِدٍ تُرْجَحُ فِي الرُّبْعِ الَّذِي فِي يَدِهِ بِالْيَدِ. وَإِن لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةً، فَالْقَوْلُ قَوْلُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا<sup>(٦)</sup> فِي الرُّبْعِ الَّذِي فِي يَدِهِ. فَإِذَا حَلَفُوا، كَانَتِ بَيْنَهُمْ أَزْبَاعًا أَيْضًا.

الرَّابِعُ: دَارٌ فِي يَدِ ثَلَاثَةٍ؛ ادَّعَى أَحَدُهُمْ نِصْفَهَا، وَالثَّانِي ثُلُثَهَا، وَالثَّلَاثُ سُدُسَهَا،

= قَالَ فِي الْخَادِمِ: وَالَّذِي يَتَخَيَّلُ فِي الْفَرْقِ بَيْنَهُمَا أَنَّ هُنَاكَ صَرَحَ بِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ وَهَنَا لَمْ يَكْفِهِ عَنِ نَفْسِهِ صَرِيحًا وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ النُّصْفُ لَهُ بِسَبَبِ لَمْ يَقْرَبْهُ ثُمَّ يَظْهَرُ لَهُ بَعْدَ ذَلِكَ مِنْ وَصِيَّةٍ أَوْ مِيرَاثٍ عَنْ مَيِّتٍ لَمْ يَعْرِفْ ذَلِكَ الْوَقْتِ فَهُوَ إِذْنٌ أَوْ غَيْرُهُ فِي احْتِمَالِ هَذَا النُّصْفِ لَهُ سِوَا فَيَنْزِعُ مِنْ يَدِهِ إِلَى أَنْ يَبَيِّنَ حَالَهُ.

(١) سقط في: أ.

(٢) سقط في: أ.

(٣) في ز: بالسُّدُسِ.

(٤) سقط في: أ.

(٥) سقط في: أ.

(٦) سقط في: أ.

ولا بَيِّنَةٌ، تُجْعَلُ بَيْنَهُمْ أَثْلًا. نَصَّ عَلَيْهِ فِي «المختصر»<sup>(١)</sup>، واغْتَرَضَ عَلَيْهِ بِأَنْ مُدَّعِي السُّدُسِ، لَا يَدَّعِي إِلَّا السُّدُسَ، فَكَيْفَ تَجْعَلُ لَهُ الثَّلْثَ؟ وَأَجَابَ الْأَصْحَابُ بِأَنْ صُورَةَ مَسْأَلَةِ النَّصِّ، مَا إِذَا كَانَ يَدَّعِي كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ اسْتِحْقَاقَ الْيَدِ فِي جَمِيعِهَا، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْأَوَّلُ يَقُولُ: النُّصْفُ مِلْكِي، وَالنُّصْفُ [الآخر]<sup>(٢)</sup> لِفُلَانِ الْغَائِبِ، وَهُوَ فِي يَدِي عَارِيَةٌ، أَوْ وَدِيعَةٌ. وَالْآخِرَانِ يَقُولَانِ نَحْوَ ذَلِكَ، فَكُلُّ<sup>(٣)</sup> وَاحِدٍ مِنْهُمُ يُجْعَلُ صَاحِبَ يَدٍ فِي الثُّلْثِ، وَتَبَقَى الدَّارُ فِي أَيْدِيهِمْ، كَمَا كَانَتْ، ثُمَّ يُجْعَلُ بَعْضُ<sup>(٤)</sup> الثُّلْثِ الَّذِي هُوَ فِي يَدِ مُدَّعِي السُّدُسِ، لِذَلِكَ الْغَائِبِ، بِحُكْمِ الْإِقْرَارِ<sup>(٥)</sup>.

فَأَمَّا إِذَا اقْتَصَرَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى أَنْ لِي مِنْهَا كَذَا، فَلَا يُجْعَلُ لِمُدَّعِي السُّدُسِ إِلَّا السُّدُسَ، وَلَا يَتَحَقَّقُ بَيْنَهُمْ<sup>(٦)</sup> وَالْحَالَةَ هَذِهِ، تَنَازُعٌ وَتَنَازُكٌ. وَهَذَا التَّصْوِيرُ وَإِنْ أَرَادَ الْاِغْتِرَاضَ الْمَذْكُورَ، فَفِيهِ إِشْكَالٌ آخَرَ؛ وَذَلِكَ أَنَّ مُدَّعِي النُّصْفِ، وَمُدَّعِي الثَّلْثِ، لَيْسَ فِي يَدَيْهِمَا إِلَّا مَا يَدَّعِيَانِيهِ. فَقَوْلُهُمَا: أَنَّ الْبَاقِي لِفُلَانِ الْغَائِبِ، لَيْسَ إِقْرَارًا، وَلَكِنَّهُ دَعْوَى لِلْغَائِبِ؛ فَيَحْتَاجُ إِلَى وَكَّالَةٍ مِنْ جِهَتِهِ، فَإِذَا لَمْ يَتَعَرَّضَا لِلْوَكَّالَةِ، أَوْ لَمْ يُثَبِّتَاهَا، أَشْبَهَ أَنْ يَقَالَ: الْحُكْمُ كَمَا لَوْ اقْتَصَرَ<sup>(٧)</sup> كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى أَنْ لِي كَذَا.

وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمُ بَيِّنَةً عَلَى مَا يَدَّعِيهِ لِنَفْسِهِ، فَيُحْكَمُ لِمُدَّعِي الثَّلْثِ بِالثَّلْثِ؛ لِأَنَّ لَهُ فِيهِ بَيِّنَةٌ وَبَدَأَ وَلِمُدَّعِي السُّدُسِ بِالسُّدُسِ لِمِثْلِ ذَلِكَ، وَبِمَا يُحْكَمُ لِمُدَّعِي النُّصْفِ فِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: النُّصْفُ؛ لِأَنَّ لَهُ فِي الثُّلْثِ يَدًا وَبَيِّنَةً، وَفِي السُّدُسِ الْبَاقِي بَيِّنَةً، وَالْآخِرَانِ لَا يَدَّعِيَانِيهِ.

وَالثَّانِي: يُحْكَمُ لَهُ بِالْثُلْثِ وَنُصْفِ السُّدُسِ؛ لِأَنَّ السُّدُسَ الرَّائِدَ عَلَى مَا فِي يَدِهِ لَا يَدَّعِيهِ عَلَى مُدَّعِي السُّدُسِ خَاصَّةً، إِنَّمَا يَدَّعِيهِ شَائِعًا<sup>(٨)</sup> فِي بَقِيَّةِ الدَّارِ. وَهِيَ فِي يَدَيْهِمَا جَمِيعًا، وَلِذَلِكَ يَسْتَحْلِفُهُمَا لَوْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةً، وَإِنْ كَانَ السُّدُسُ مُدَّعِي<sup>(٩)</sup> عَلَى الشُّبُوعِ؛ فَنُصْفَهُ الْمُدَّعَى عَلَى مُدَّعِي [الثَّلْثِ عَارِضَتْ فِيهِ بَيِّنَتُهُ بَيِّنَةُ مُدَّعِي النُّصْفِ، وَتَرَجَّحَتْ بِالْيَدِ، وَنُصْفَهُ الْمُدَّعَى عَلَى مُدَّعِي]<sup>(١٠)</sup> السُّدُسِ، يُحْكَمُ بِهِ لِمُدَّعِي النُّصْفِ [بَيِّنَتِهِ؛ لِأَنَّ

(١) قَالَ فِي الْخَادِمِ: مَا ذَكَرُوهُ مِنْ حَمْلِ صُورَةِ النَّصِّ عَلَى ذَلِكَ أَيْدِيهِ يَقُولُ الشَّافِعِيُّ وَجَحَدَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا فَإِنَّهُ لَوْ كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ يَدَّعِي مَا ذَكَرَهُ، وَلَا يَتَعَرَّضُ لِذِكْرِ الْبَاقِي، لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمَا بِجَاحِدٍ. قَالَهُ فِي الشَّامِلِ وَحَكَى فِي الذَّخَائِرِ هَذَا التَّصْوِيرَ عَنْهُ.

(٢) سَقَطَ فِي: أ.

(٣) فِي أ: وَكُلِّ.

(٤) فِي الرَّوْضَةِ نِصْفٍ.

(٥) فِي أ: نَحْكَمُ بِالْإِقْرَارِ.

(٦) فِي أ: مِنْهُمْ.

(٧) فِي ز: أَمْضَى.

(٨) فِي ز: تَبَايَعًا.

(٩) فِي أ: يَدَّعِي.

(١٠) سَقَطَ فِي: أ.

بَيِّنَةٌ مُدَّعِي السُّدْسِ لَا تُعَارِضُهَا، فَيَحْضُلُ لِمُدَّعِي النُّصْفِ<sup>(١)</sup> ثُلُثٌ، وَنِصْفُ سُدْسٍ.

ولمدعي الثلث ثلث، والباقي يقولون: لمدعي السُّدْسِ سُدْسٌ، وَنِصْفٌ، وَاللَّائِقُ بِالتَّضْوِيرِ الْمَذْكُورِ أَنْ يُقَالَ: وَيَبْقَى فِي يَدِ مُدَّعِي السُّدْسِ سُدْسٌ وَنِصْفٌ، وَهَذَا الْوَجْهُ الثَّانِي قَرِيبٌ مِنَ الطَّبَعِ، لَكِنْ بِالْأَوَّلِ أَجَابَ الْقَاضِي ابْنُ كَيْجٍ، وَهُوَ الْمَحْكِيُّ عَنِ الْقَفَالِ، وَذَكَرَ الرُّوْيَانِي: أَنَّهُ الْمَذْهَبُ.

وَأَجْرَى أَبُو الْفَرَجِ الْبَزَّازُ الْوَجْهَيْنِ فِي أَنْ الْمُدَّعِي فِي السُّدْسِ الزَّائِدَ عَلَى مَدَى السُّدْسِ وَخَدَهُ، أَوْ عَلَيْهِمَا جَمِيعاً. وَاعْلَمْ أَنَّ مُدَّعِي الثَّلَاثِ وَمُدَّعِي السُّدْسِ، لَا يَحْتَاجَانِ<sup>(٢)</sup> إِلَى إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ فِي الْإِبْتِدَاءِ، وَلَكِنْ مُدَّعِي النُّصْفِ يَحْتَاجُ إِلَى إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ؛ لِلْسُّدْسِ<sup>(٣)</sup> الزَّائِدَ عَلَى مَا فِي يَدِهِ، فَلْيَصَوِّرْ إِقَامَةَ الْبَيِّنَةِ مِنْ جِهَتِهِمْ، فِيمَا إِذَا أَقَامَ مُدَّعِي النُّصْفِ أَوَّلًا، ثُمَّ أَقَامَ الْآخَرَانِ عَلَى نَحْوِ مَا ذَكَرْنَا فِي الْفَرْعِ الْأَوَّلِ.

وَإِنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يُفْرَضَ مِنَ مُدَّعِي السُّدْسِ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ عَلَى السُّدْسِ لِلْغَائِبِ، مَعَ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ عَلَى أَنَّ السُّدْسَ لَهُ؛ بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ إِذَا أَقْرَبَ بِمَا فِي يَدِهِ لَغَائِبٌ، يَجُوزُ لَهُ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ عَلَى أَنَّهُ لِلْغَائِبِ، وَقَدْ بَيَّنَّا<sup>(٤)</sup> مِنْ قَبْلُ.

الخامس: دَارٌ فِي يَدِ ثَلَاثَةٍ: ادَّعَى أَحَدُهُمْ كُلَّهَا، وَالثَّانِي نِصْفَهَا، وَالثَّلَاثُ ثُلُثَهَا؛ وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْأُولَيْنِ الْبَيِّنَةَ عَلَى مَا ادَّعَى، دُونَ الثَّلَاثِ، فَلِمُدَّعِي الْكُلِّ الثَّلَاثِ، بِالْبَيِّنَةِ وَالْيَدِ، وَلِمُدَّعِي النُّصْفِ كَذَلِكَ، وَلِمُدَّعِي الْكُلِّ نِصْفُ مَا فِي يَدِ الثَّلَاثِ أَيْضاً بِبَيِّنَتِهِ السَّلِيمَةِ عَنِ الْمَعَارِضِ. وَفِي النُّصْفِ الْآخَرَ تَتَعَارَضُ بَيِّنَتُهُ وَبَيِّنَةُ مُدَّعِي النُّصْفِ؛ فَإِنْ قَلْنَا بِالتَّسَاقُطِ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الثَّلَاثِ فِي السُّدْسِ، وَفِي بَطْلَانِ الْبَيِّنَتَيْنِ. فِيمَا عَدَا السُّدْسِ، بِنَاءً عَلَى تَبْعِيضِ الشَّهَادَةِ مَا مَرَّ. وَإِنْ قَلْنَا بِالاسْتِعْمَالِ، لَمْ يَخْفَ التَّوَقُّفُ وَالْإِقْرَاعُ.

وَإِنْ قَلْنَا: بِالْقِسْمَةِ، فَسَمَّ بَيْنَهُمَا. فَيَحْصُلُ لِمُدَّعِي الْكُلِّ نِصْفٌ وَنِصْفُ سُدْسٍ؛ وَلِمُدَّعِي النُّصْفِ ثُلُثٌ وَنِصْفُ سُدْسٍ.

هَكَذَا أورد الْمَسْأَلَةَ الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ وَغَيْرُهُ. وَقَدْ يُقَالُ: مُدَّعِي النُّصْفِ لَا يَدَّعِي السُّدْسَ الزَّائِدَ عَلَى مَا فِي يَدِهِ عَلَى الثَّلَاثِ خَاصَّةً، لَكِنْ يَدَّعِيهِ شَائِعاً عَلَى الْآخَرِينَ مَعاً، فَيُصْفُ السُّدْسَ الَّذِي يَدَّعِيهِ عَلَى مُدَّعِي الْكُلِّ، يَتَدَفَعُ بِبَيِّنَةِ مُدَّعِي الْكُلِّ وَيَدُهُ، وَالنُّصْفُ الْآخَرُ الَّذِي يَدَّعِيهِ عَلَى الثَّلَاثِ هُوَ الَّذِي يَقَعُ فِيهِ التَّعَارُضُ؛ وَهُوَ الَّذِي يَتَّبِعِي أَنْ يُقَسَّمِ إِذَا قَلْنَا بِالْقِسْمَةِ، وَالباقِي مِمَّا فِي يَدِ الثَّلَاثِ وَهُوَ الرَّابِعُ<sup>(٥)</sup> يُسَلِّمُ لِمُدَّعِي الْكُلِّ بِبَيِّنَتِهِ<sup>(٦)</sup>. وَعَلَى

(٢) في أ: يحتاجون.

(٤) في ز: بينا.

(٦) في أ: وبينه.

(١) سقط في: أ.

(٣) في أ: للسيدة.

(٥) في ز: الرابع.

هذا فَالْحَاصِلُ لمدعي الكل ثلث، وربع، وربع سدس. ولمدعي النصف الباقي.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: أَمَا إِذَا وَجَدَ التَّرْجِيحُ فَمَدَارِكُ التَّرْجِيحِ ثَلَاثَةٌ الْمَذْرُوكُ الْأَوَّلُ قُوَّةُ الْحُجَّةِ فَيَقْدُمُ شَاهِدَانِ عَلَى شَاهِدٍ وَيَمِينٍ فِي أَصْحَحِ الْقَوْلَيْنِ، فَلَوْ اقْتَرَنَتِ الْيَدُ بِالْحُجَّةِ الضَّعِيفَةِ فَوَجَّهَانِ: (أَحَدُهُمَا): أَنَّ الْيَدَ أَوْلَى (وَالثَّانِي): أَنَّهُمَا يَتَعَادَلَانِ، أَمَا إِذَا كَانَ شَهُودُ أَحَدِهِمَا أَكْثَرَ أَوْ أَعْدَلَ فَلَا تَرْجِيحُ بِهِ فِي الْقَوْلِ الْجَدِيدِ أَضْلًا بِخِلَافِ الرُّوَايَةِ، وَكَذَا لَا تَرْجِيحُ عَلَى رَجُلٍ وَأَمْرَاتَيْنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْقِسْمُ الثَّانِي: إِذَا تَعَارَضَتِ الْبَيِّنَتَانِ، وَهَنَّاكَ مَا يُرْجَحُ إِحْدَاهُمَا، فَيُعْمَلُ بِالرَّاجِحَةِ؛ وَلِلتَّرْجِيحِ (١) سَبَابُ:

منها: أَنْ تُخْتَصَّ إِحْدَى الْبَيِّنَتَيْنِ بِمَزِيدِ قُوَّةٍ، وَفِيهِ صُور:

إِحْدَاهَا: لَوْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا شَاهِدَيْنِ، وَالْآخَرَ شَاهِدًا، وَحَلَفَ مَعَهُ، فَقَوْلَانِ:

أَحْدَهُمَا: أَنَّهُمَا يَتَعَادَلَانِ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حُجَّةٌ كَافِيَةٌ فِي الْمَالِ.

وَأَصْحَبُهُمَا: عَلَى مَا ذَكَرَهُ الْإِمَامُ، وَصَاحِبُ الْكِتَابِ: يُرْجَحُ الشَّاهِدَانِ؛ لِأَنَّ شَهَادَةَ

الشَّاهِدَيْنِ حُجَّةٌ بِالْإِجْمَاعِ، وَالشَّاهِدُ وَالْيَمِينُ، مُخْتَلَفٌ فِيهِ.

وَأَيْضًا فَالَّذِي يَخْلِفُ مَعَ شَاهِدِهِ يُصَدِّقُ نَفْسَهُ، وَالَّذِي يَقِيمُ (٢) شَاهِدِينَ يُصَدِّقُهُ

غَيْرُهُ؛ فَهُوَ أَقْوَى جَانِبًا، وَأَبْعَدُ عَنِ التُّهْمَةِ. وَعَلَى هَذَا فَكَانَتِ الْيَدُ مَعَ صَاحِبِ الشَّاهِدِ

وَالْيَمِينِ، فَوَجَّهَانِ:

أَحْدَهُمَا: أَنَّ الْيَدَ وَقُوَّةَ الْحُجَّةِ الْآخَرَى يَتَقَابَلَانِ.

وَأُشْبِهَهُمَا: أَنَّ جَانِبَ صَاحِبِ الْيَدِ يُرْجَحُ؛ لِاعْتِضَادِهِ بِالْيَدِ الْمَخْسُوسَةِ.

هَكَذَا نَقَلَ الْإِمَامُ وَصَاحِبُ الْكِتَابِ، وَحُكِيَ فِي «التَّهْذِيبِ» الْخِلَافُ فِي الْمَسْأَلَةِ

قَوْلَيْنِ، وَلَمْ يَحُلْ (٣) التَّعَادُلَ، لَكِنْ قَالَ: أَحَدُ الْقَوْلَيْنِ تَرْجِيحُ صَاحِبِ الْيَدِ.

وَالثَّانِي: تَرْجِيحُ الْآخَرَ لِقُوَّةِ حُجَّتِهِ قَالَ: وَيُمْكِنُ بِنَاءُ الْقَوْلَيْنِ عَلَى أَنَّ صَاحِبَ

الْيَدِ، هَلْ يَخْلِفُ مَعَ الْبَيِّنَةِ، أَمْ لَا؟

وَسِيَئَاتِي الْخِلَافُ فِيهِ. إِنْ قُلْنَا: يَخْلِفُ، فَيَمِينُهُ كَشَاهِدٍ آخَرَ، فَيُرْجَحُ جَانِبُهُ بِالْيَدِ.

وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَخْلِفُ، فَيُرْجَحُ جَانِبُ الْآخَرَ؛ لِأَنَّ جَانِبَ صَاحِبِ الْيَدِ عَلَى هَذَا إِنَّمَا

يُرْجَحُ إِذَا انضَمَّتِ الْبَيِّنَةُ إِلَى الْبَيِّنَةِ الْكَامِلَةِ.

(١) فِي ز: وَلِلرَّاجِحَةِ.

(٢) فِي ز: يَحَالُ.

(٣) فِي ز: يَضْمُ.

الثانية: لو زاد عَدَدُ الشُّهُودِ فِي أَحَدِ الْجَانِبِينَ، فَنَصَّهُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فِي «المختصر»: أَنَّهُ لَا تَرْجِيحَ.

وعن القديم نقل<sup>(١)</sup> قَوْلُ فِيهِ<sup>(٢)</sup>، وللأصحاب - رحمهم الله - [فيه]<sup>(٣)</sup> طريقتان:

أشبههما، وهو المَذْكُورُ فِي الكِتَابِ: أَنِ الْمَسْأَلَةُ عَلَى قَوْلَيْنِ:

الجديد: أَنَّهُ لَا تَرْجِيحَ لِكَمَالِ<sup>(٤)</sup> الْحِجَّةِ مِنَ الطَّرَفَيْنِ، وَالْقَدِيمُ؛ وَيُحَكِّى عَنْ مَالِكٍ: أَنَّهُ يُرْجَحُ جَانِبٌ مِنْ زَادَ عَدَدَ شُهُودِهِ؛ لِأَنَّ الْقَلْبَ إِلَى قَوْلِهِمْ أَمِيلٌ.

والثاني: الْقَطْعُ بِالْقَوْلِ الْأَوَّلِ، وَحَمَلَ مَا نُقِلَ عَنِ الْقَدِيمِ عَلَى حِكَايَةِ مَذْهَبِ الْغَيْرِ. وَلَوْ اخْتَصَّتْ إِحْدَى الْبَيْتَيْنِ بِزِيَادَةِ وَرَعٍ، أَوْ فِقْهِ، جَرَى الطَّرِيقَانِ.

قال فِي «الوسيط»: وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ لَوْ كَانَ فِي أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ شَهَادَةٌ أَحَدِ الْخُلَفَاءِ الْأَرْبَعَةِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - وَفِي الرِّوَايَةِ يُثْبِتُ الرَّجْحَانَ بِهَذِهِ الْأُمُورِ، وَفَرَّقُوا بِأَنَّ لِلشَّهَادَةِ نِصَاباً مَقْدَرًا، فَيَتَّبِعُ. وَلَيْسَ لِلرِّوَايَةِ ضَبْطٌ فَمِنْهُمْ مَنْ رَجَحَ بِأَغْلَبِ الظَّنِّينِ. وَمِنْهُمْ مَنْ أَلْحَقَ الرِّوَايَةَ بِالشَّهَادَةِ، وَالظَّاهِرُ الْأَوَّلُ.

الثالثة: لَوْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا رَجُلَيْنِ، وَالْآخَرَ رَجُلًا وَامْرَأَتَيْنِ، فَالْمَشْهُورُ أَنَّهُ لَا تَرْجِيحَ لِقِيَامِ الْحُجَّةِ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالِاتِّفَاقِ.

وعن المَاسَرَجِسِيِّ رِوَايَةَ قَوْلِ آخَرَ، وَهُوَ تَرْجِيحُ الرَّجُلَيْنِ؛ لِزِيَادَةِ الوُثُوقِ بِقَوْلِهِمَا. وَلِذَلِكَ يُثْبِتُ بِقَوْلِ رَجُلَيْنِ، مَا لَا يُثْبِتُ بِقَوْلِ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ.

ونقل الفوراني ومثل ذلك أيضاً.

ويجوز أن يُعَلِّمَ قَوْلُهُ فِي الكِتَابِ: «وَلَا تَرْجِيحَ بِهِ» بِالْمِيمِ.

وقوله: «فِي الْقَوْلِ الْجَدِيدِ» بِالْوَاوِ، لِطَرِيقَةٍ مِنْ نَقْيِ الْخِلَافِ.

وقوله: «فَخِلَافُ الرِّوَايَةِ» بِالْوَاوِ؛ لِلْوَجْهِ الْمَذْكُورِ فِيهَا<sup>(٥)</sup>.

وقوله: «وَكَذَا لَا يُرْجَحُ رَجُلَانِ عَلَى رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ»، أَرَادَ<sup>(٦)</sup> عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ عَلَى مَا بَيَّنَّهُ فِي «الوسيط». وَلَمْ يُرِدِ الْقَطْعَ بَعْدَ التَّرْجِيحِ.

(١) فِي ز: يَمِيلُ.

(٢) قَدْ رَجَحَ النَّوَوِيُّ طَرِيقَةَ الْقَطْعِ وَهَذَا خِلَافٌ مَا رَجَحَهُ الرَّافِعِيُّ فَإِنَّهُ قَالَ: وَلِلْأَصْحَابِ طَرِيقَانِ أَشْهَرُهُمَا أَنَّهُ عَلَى قَوْلَيْنِ وَالثَّانِي: الْقَطْعُ بِالْأَوَّلِ وَحَمَلَ مَا نُقِلَ عَنِ الْقَدِيمِ عَلَى حِكَايَةِ مَذْهَبِ الْغَيْرِ. وَتَمَّتْ. وَمَا فَعَلَهُ النَّوَوِيُّ هُوَ الصَّوَابُ الَّذِي عَلَيْهِ الْجُمْهُورُ كَمَا قَالَ الْمَاوَرِدِيُّ.

(٣) فِي ز: إِكْمَالِ.

(٤) سَقَطَ فِي: ز.

(٥) فِي أ: زَادَ.

(٦) سَقَطَ فِي: أ.



قَالَ الْعَزَلِيُّ: الْمَدْرِكُ الثَّانِي: الْيَدُ فَتَقْدَمُ بَيِّنَةُ الدَّاخِلِ عَلَى بَيِّنَةِ الْخَارِجِ وَلَكِنْ إِذَا أَقَامَهَا بَعْدَ بَيِّنَةِ الْخَارِجِ، وَلَوْ أَرَادَ إِقَامَتَهَا قَبْلَ دَعْوَى مُدْعِي التَّسْجِيلِ لَمْ يَجُزْ، وَلَوْ أَقَامَ بَعْدَ الدَّعْوَى لِإِسْقَاطِ الْبَيِّنِ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ، وَلَوْ أَقَامَ بَعْدَ بَيِّنَةِ الْخَارِجِ وَقَبْلَ التَّعْدِيلِ فَوَجْهَانِ، أَمَّا إِذَا أَقَامَ بَعْدَ إِزَالَةِ يَدِهِ بِبَيِّنَةِ الْخَارِجِ أَوْ أَدْعَى مِلْكاً سَابِقاً فَهَلْ يُقَدَّمُ بِسَبَبِ يَدِهِ الَّتِي سَبَقَ الْقَضَاءُ بِإِزَالَتِهَا؟ فِيهِ وَجْهَانِ، . وَلَوْ أَقَامَ بَعْدَ الْقَضَاءِ وَقَبْلَ التَّسْلِيمِ فَوَجْهَانِ مُرْتَبَانِ وَأَوْلَى بِأَن تَقْدَمَ، ثُمَّ إِذَا قَدَّمْنَا بَيِّنَةَ الدَّاخِلِ فَهَلْ يَخْتِاجُ إِلَى أَنْ يَخْلِفَ مَعَهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ لَا يَسْتَعْمَلُ بَيِّنَتَهُ إِلَّا فِي إِسْقَاطِ بَيِّنَةِ الْخَارِجِ فَيَنْقُضُ عَلَيْهِ الْبَيِّنُ كَمَا كَانَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: وَمِنْ أَسْبَابِ التَّرْجِيحِ: الْيَدُ، فَإِذَا أَدْعَى عَبْنًا فِي يَدِ غَيْرِهِ، وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَى أَنَّهَا مِلْكُهُ، وَأَقَامَ مَنْ هِيَ فِي يَدِهِ بَيِّنَةً أَنَّهَا مِلْكُهُ، تُسْمَعُ بَيِّنَتُهُ، وَتُرْجَحُ عَلَى بَيِّنَةِ الْخَارِجِ<sup>(١)</sup>. وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ.

وقال أبو حنيفة لا تُسْمَعُ بَيِّنَةُ صَاحِبِ الْيَدِ، وَلَا يُخَكَّمُ بِهَا إِلَّا فِي ثَلَاثِ صُورٍ: إِحْدَاهَا: دَعْوَى التَّنَاجِ وَهُوَ أَنْ يَتَنَازَعَا [دَابَّةً]، وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ بَيِّنَةً عَلَى أَنَّهَا مِلْكُهُ هُوَ تَنَجَّهَا.

والثانية: أَنْ يَتَنَازَعَا<sup>(٢)</sup> ثَوْبًا لَا يُسَجُّ إِلَّا مَرَّةً، وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً [عَلَى]<sup>(٣)</sup> أَنَّهُ مِلْكُهُ، هُوَ نَسَجَهُ، وَمِنَ الْمُسُوجَاتِ مَا يُسَجُّ أَكْثَرَ مِنْ مَرَّةٍ، كَالْحَزِّ وَالنَّسِيجِ.

والثالثة: أَنْ يُسَنَدَ الْمِلْكُ إِلَى شَخْصٍ وَاحِدٍ؛ بَأَن أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْبَيِّنَةَ عَلَى

(١) قال في الخادم قال ابن أبي الدم في أدب القضاء مذهبنا أن بيينة الداخل تقدم على بيينة الخارج إلا في مسائل.

منها: إذا أقام الخارج بيينة أنه اشتراها من ذي اليد وأقام ذو اليد بيينة أنها ملكه مطلقاً رجحت بيينة الخارج.

ومنها: إذا أقام الخارج بيينة أنه اشتراها من ذي اليد، وأقام ذو اليد بيينة أنه ورثها من أبيه فبيينة الخارج أولى. ذكره القاضي الحسين في تعليقه.

ومنها: إذا أقام الخارج بيينة أن العين ملكه وأن اليد غضبها منه وأقام ذو اليد بيينة أنها ملكه مطلقاً، قال القاضي الحسين في موضعين من تعليقه: الخارج أولى، قال: وفيه إشكال وعند الأصحاب بيينة ذي اليد أولى.

وحكى البغوي فيها وجهين وصحح الثاني مخالفاً لما أفتى به أستاذه. وقال العراقيون بيينة الخارج أولى.

وقال الشيخ أبو علي: الصحيح أنه يقضي لذي اليد. انتهى كلام الخادم والمسألة الثانية المذكورة في الشرح والروضة وصححا تقديم بيينة الخادم، وكذا ما رجحه البغوي.

(٢) سقط في: ز.

(٣) سقط في: ز.

أنه اشترى من زيد أو أنهب. ففي هذه الصور ساعدنا على أنه تُسْمَعُ بَيِّنَةُ الدَاخِلِ،  
وَيُحْكَمُ بِهَا. وعن أحمد ثلاث روايات:

إحداها كمدھبنا. والأخرى كمدھب أبي حنيفة، إلا أنه لم يُفَرَّقْ فِي بَيِّنَةِ النَّسِيجِ  
بين ما لا يُنْسَجُ إِلَّا مَرَّةً، وبين غيره.

وأظهرهما: أنه لا تُسْمَعُ بَيِّنَةُ الدَاخِلِ، ولا يُحْكَمُ بِهَا عَلَى الإِطْلَاقِ.

واحتج الأصحاب على أبي حنيفة بالقياس على ما سلمه، وأنهما تَسَاوَيَا فِي  
الْبَيِّنَةِ. وانفرد صاحب اليد باليد، فُحِكِمَ لَهُ، كما لو انْفَرَدَ بِالْيَدِ وَلَا بَيِّنَةَ.

وعلى أحمد بما روي أن رجُلَيْنِ تَدَاعَا دَابَّةً، وأقام كل واحد منهما بَيِّنَةَ أَنَّهَا دَابَّةٌ  
تَنَجَّهَا، فقضى بها رسول الله ﷺ للذي هي في يده. وهل يُشْتَرَطُ فِي سَمَاعِ بَيِّنَةِ الدَاخِلِ  
أَنْ يُبَيِّنَ سَبَبَ الْمِلْكِ، من شراء، أو إرث، أو غيرهما؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنهم ربما اعْتَمَدُوا ظَاهِرَ الْيَدِ.

وأصحهما: أنها تُسْمَعُ وَإِنْ كَانَتْ مُطْلَقَةً كَبَيِّنَةِ الْخَارِجِ، فإنها تُقْبَلُ مُطْلَقَةً، مع  
احتمال أن الشهود اعْتَمَدُوا يَدًا سَابِقَةً، ولا فَرْقَ فِي تَرْجِيحِ بَيِّنَةِ الدَاخِلِ، أن يبين الخارج  
والداخل سَبَبَ الْمِلْكِ، وبين أن يُطْلَقَا.

وكذا لا فَرْقَ بَيْنَ إِسْنَادِ الْبَيِّنَتَيْنِ، وإطلاقهما، إذا سمعنا بَيِّنَةَ الدَّاخِلِ مع الإِطْلَاقِ.  
وإذا وقع التَّعَرُّضُ لِلْسَبَبِ؛ فلا فَرْقَ أَنْ يَتَّفَقَ السَّبَبَانِ، أو يَخْتَلِفَا، ولا بين أن يُسْنَدَ  
الْمِلْكُ إِلَى شَخْصٍ وَاحِدٍ؛ بأن يقول: هذا اشتريته من زيد، وهذا مثل ذلك. أو تقول  
المرأة وهي أحد المتداعيين: أضدقني زوجي. ويقول خصمها: اشتريتها من زوجك.  
وبين أن يُسْنَدَ أَحدهما إِلَى شَخْصٍ، وَالْآخَرَ إِلَى آخَرَ.

وحكى الفوراني وجهاً: أنه إذا أقام كل واحد منهما بَيِّنَةَ عَلَى الْإِنْتِقَالِ من شخص  
معين يَتَسَاوَيَانِ؛ لأنهما اتَّفَقَا عَلَى أَنَّ الْيَدَ كَانَتْ لِثَالِثٍ، وكل واحد منهما يَزْعُمُ الْإِنْتِقَالَ  
إِلَيْهِ، ثم في الفَضْلِ مَسْأَلَتَانِ:

إحداهما: فِي أَنَّ بَيِّنَةَ الدَّاخِلِ مَتَى تُسْمَعُ؟ ولها أحوال:

إحداها: أن يقيمها قبل أن يُدْعَى عَلَيْهِ شَيْءٌ، فظاهر المذهب أنها لا تُسْمَعُ؛ فإن  
الحُجَّةَ إِنَّمَا تُقَامُ عَلَى شَخْصٍ، فإذا لم يكن خَصْمٌ، فلا حَاجَةَ إِلَى حُجَّةٍ.

وفيه وجه: أنها تُسْمَعُ؛ بغرض التَّسْجِيلِ.

والثانية: أن يُقِيمَهَا بَعْدَ الدَّعْوَى، وقبل أن يُقِيمَ المدعي البَيِّنَةَ؛ فإن سَمِعْنَا فِي  
الحَالَةِ الْأُولَى، فها هنا أَوْلَى. وإلا فوجهان:

أظهرهما: أنها لا تُسْمَعُ أيضاً؛ لأن الأَصْلَ في جانبه اليمين، فلا معدل<sup>(١)</sup> عنها ما دَامَتْ يَكْفِي<sup>(٢)</sup> بها.

وعن ابن سُرَيْج: أنها تُسْمَعُ؛ لِيُسْقَطَ اليمينَ عن نَفْسِهِ، كالمودع تُسْمَعُ البيّنة منه على الرّد والتّلف، وإن كانت يَمِينُهُ كافية.

الثالثة: أن يقيمها بعد أن أقام الخَارِجَ البيّنة، ولكن قبل أن يعدل، فإن سمعنا في الحالة الثانية، فها هنا أوّلَى. وإلا فوجهان:

أحدهما: لا تُسْمَعُ؛ لأنه مُسْتَعْنٍ عنها بعد.

وأصحهما: أنها تُسْمَعُ، ويُحَكَّمُ بها؛ لأن يَدَهُ بعد إقامَةِ البيّنة مُشْرِقةٌ على الزوال، فَتَمَسُّ الحَاجَةَ إلى تأكيدها، ودَفَعِ الطَّاعِنِ فيها.

الرابعة: إذا أقامها بعد بيّنة المدعي، وتعدّلها، فقد أقامها في أوّلِ إقامتها، وإن لم يُقِمَّهَا حتى قَضَى القَاضِي للمدعي، وسَلَّمَ المَالَ إليه؛ فإن لم يُسْتَدِ المَلِكُ إلى الأوّل، فهو الآن مُدْعٍ خارج. وإن ادعى ملكاً مُسْتَدِداً إلى ما قبل إزَالَةِ اليَدِ، واعتَدَرَ بِعَيَّةِ الشهود ونحوها، فهل تُسْمَعُ بيّنتُهُ؟ وهل تقدم باليد<sup>(٣)</sup> المزالة بالقضاء؟ فيه وجهان:

أحدهما: المنع؛ لأن تلك اليَدَ مَقْضِيٌّ بزوالها [وبطلان حكمها]<sup>(٤)</sup> فلا ينقض القضاء.

وأصحهما: أن بيّنتُهُ مِسْمُوعَةٌ كبينة حتى يُقِيمَهَا بعدما قَضَى القَاضِي للمدعي، وَيُنْقُضُ القضاءَ الأوّل؛ لأنه إنما أزيلت لعدم الحجّة، وقد قامت الحجّة الآن.

وإن أقام البيّنة بعد القضاء للمدعي، وقبل الانتزاع والتسليم إلى المدعي، فوجهان: مرتبان وأوّلَى بأن تُسْمَعُ بيّنتُهُ، ويقدم جانبه لبقاء اليَدِ حَسّاً<sup>(٥)</sup>.

وإلى الوجّه الآخر ذَهَبَ القَاضِي الحُسَيْنُ، فإن أبا سعد الهَرَوِيّ قال: قال القاضي الحسين: أشكّلت عليّ هذه المسألة نيفاً وعشرين سنة؛ لما فيها من نقض الاجتهاد [بالاجتهاد]<sup>(٦)</sup>، وتردّد جوابي فيها؛ فذكرت مرّة: أنه إن تأكّد الحكم بالتسليم، لم

(١) في ز: تعدل.

(٢) في أ: مكفي.

(٣) في ز: اليد.

(٤) سقط في: ز.

(٥) ما رجحه من السماع ونقض القضاء الأوّل قطع به الماوردي والقاضي أبو الطيب وادعى فيه الإجماع والشيخ في المهذب والعبادي في الزيادات وعزاه في الذخائر للعراقيين ثم قال: وحكى الخراسانيون وجهاً لأنها لا تسمع وكذا قال ابن أبي الدم قطع به العراقيون.

(٦) سقط في: أ.

يُنْقَضُ، وإن لم يَتَأَكَّدْ، فوجهان: ثم اسْتَقَرَّ رَأْيِي عَلَى أَنَّهُ لَا يُنْقَضُ، سواء كان قبل التَّسْلِيمِ، أو بعده.

المسألة الثانية: هل يَخْلِفُ الدَّاخِلُ مَعَ بَيْتِهِ لِيُقْضَى لَهُ<sup>(١)</sup> فيه وجهان أو قولان:

أصحهما، وَيُحْكِي عَنْ نَصِّهِ - رضي الله عنه في القديم: أنه لا يَخْلِفُ، كما لا يحلف الخَارِجُ مَعَ الْبَيْتِ، وهذا ما حَكِيَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ؛ حيث قال: يُقْضَى لِلدَّاخِلِ.

والثاني: يحلف لاخْتِمَالِ أَنْ الشُّهُودَ شَهِدُوا بِظَاهِرِ الْيَدِ وَبِنَوَا<sup>(٢)</sup> هذا الْخِلَافَ عَلَى أَنْ الْقَضَاءَ لِلدَّاخِلِ بِالْيَدِ، أم بالبيئة الْمُرْجَّحَةَ بِالْيَدِ، أحد المأخذين؛ أَنْ الْقَضَاءَ بِالْيَدِ؛ لِأَنَّ الْبَيْتَيْنِ إِذَا تَعَارَضَتَا تَسَاقَطَتَا، وصار كأنه لا بَيْتَةَ، فعلى هذا لا بُدَّ مِنَ الْيَمِينِ.

والثاني: أَنْ الْقَضَاءَ بِالْبَيْتَةِ، وَأَنَّهَا<sup>(٣)</sup> تَرَجَّحَتْ بِالْيَدِ، كما يَتَرَجَّحُ الدَّلِيلُ فِي الْأَحْكَامِ الشَّرْعِيَّةِ عَلَى مُعَارَضَةٍ. وإنما تسقط الْبَيْتَانِ إِذَا تَعَارَضَتَا بِلَا تَرْجِيحٍ. فعلى هذا لا حَاجَةَ إِلَى الْيَمِينِ.

وقوله في الكتاب عَقِيبَ ذِكْرِ الْوَجْهَيْنِ. «وقيل: إنه لا يَسْتَعْمَلُ بَيْتَهُ إِلَّا فِي إِسْقَاطِ بَيْتِ الْخَارِجِ، فيبقى الْيَمِينُ عَلَيْهِ، كما كان» يمكن حَمْلُهُ عَلَى طَرِيقَةٍ جَازِمَةٍ بِالتَّخْلِيفِ؛ بِنَاءِ عَلَى مَا ذَكَرَ فِي «الْوَسِيطِ»؛ أَنْ الْأَصْحَابَ - رحمهم الله - اِخْتَلَفُوا فِي أَنْ بَيْتِي الدَّاخِلِ وَالخَارِجِ يَتَهَاتَرَانِ، أو تَتَرَجَّحُ بَيْتُهُ الدَّاخِلُ بِالْيَدِ، وإن قلنا بِالْأَوَّلِ؛ فلا بد من التَّخْلِيفِ.

وإن قلنا بالثاني، ففي التَّخْلِيفِ وَجْهَانِ يَفْرُبَانِ مِنَ الْخِلَافِ فِي التَّخْلِيفِ.

وإذا قلنا بِالْقُرْعَةِ وَتَرَجَّحَتْ إِحْدَى الْبَيْتَيْنِ بِهَا. وإن قدرنا ما<sup>(٤)</sup> ذكره تَوْجِيهًا لِأَحَدِ الْوَجْهَيْنِ وَهُوَ التَّخْلِيفُ، وتعبيراً عن مَأْخِذِ التَّهَاتُرِ، لا طَرِيقَةَ أُخْرَى [فليقرأ]<sup>(٥)</sup> قَبِيلَ بِالْيَاءِ.

قَالَ الْعَرَّالِيُّ: فَرَعَانِ: الْأَوَّلُ: الدَّاخِلُ إِذَا قَامَتْ عَلَيْهِ الْبَيْتَةُ فَأَدْعَى الشَّرَاءَ مِنَ الْمُدْعَى أَوْ ثَبَتَ الدَّيْنُ فَأَدْعَى الْإِبْرَاءَ، فَإِنْ كَانَتِ الْبَيْتَةُ حَاضِرَةً سَمِعَتْ قَبْلَ إِزَالَةِ الْيَدِ وَتَوْفِيَةِ الدَّيْنِ، وَإِنْ كَانَتْ غَائِبَةً طُولِبَ فِي الْوَقْتِ بِالتَّسْلِيمِ، ثُمَّ إِذَا أَقَامَ اسْتَرَدَّ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا أُطْلِقَ الْخَارِجُ دَعْوَى الْمَلِكِ، وَأَقَامَ عَلَيْهِ الْبَيْتَةَ. [وقال الدَّخَلُ: هو ملكي اشتريته منك، وأقام عليه البيئته]<sup>(٦)</sup> فالداخل أولى؛ لأن مع بيئته زِيَادَةٌ عِلْمٍ؛ وهي الْإِنْتِقَالُ الْحَادِثُ، ولأن الدَّاخِلَ مُقَدَّمٌ<sup>(٧)</sup> عِنْدَ إِطْلَاقِهِمَا الدَّعْوَى

(١) سقط في: أ.

(٢) في ز: وسواء.

(٣) في ز: وذاته.

(٤) في ز: بناء.

(٥) سقط في: ز.

(٦) سقط في: ز.

(٧) في ز: يتقدم.

والبيّنة، فإذا قُيِّدَ، كان أوّلَى بالتقديم. ولو قال الخارج: هو مِلْكِي وَرِثَتُهُ من أبي، وقال الدّاخلُ: هو مِلْكِي اشْتَرَيْتُهُ من أبيك، فكذلك الحكم.

ولو انعكست<sup>(١)</sup> الصورة؛ فقال الخارج: هو مِلْكِي اشْتَرَيْتُهُ منك، وأقام عليه بيّنة، وأقام الدّاخل بيّنة [على]<sup>(٢)</sup> أنه مِلْكُهُ، فالخارج أوّلَى؛ لزيادة علم بيّنته<sup>(٣)(٤)</sup>.

ولو قال كل واحد [منهما]<sup>(٥)</sup> لصاحبه: اشتريته منك، وأقام عليه بيّنة، وخفي الثّاريخُ، فصاحِبُ اليَدِ أوّلَى. حكاها القاضي الرّوياني وغيره.

وعن أبي حنيفة: مُسَاعَدَتُنَا في هذه الصّورة إذا عرف ذلك، ففي الصّورة الأولى وهي أن يُطلق الخارج، ويقول الدّاخل: اشترَيْتُهُ منك لا تُزَالُ يده قبل إقَامَةِ البيّنة.

وعن القاضي الحسّين: أنها تُزَالُ، ويؤمَرُ بالتسليم إلى المدّعي؛ لاغْتِرَافِهِ بأنه كان له، ثم يثبت ما يدّعيه من الشراء. الظّاهرُ الأول؛ لأن البيّنة إذا كانت حاضرة، فالثّأخِرُ إلى إقَامَتِهَا سهل. فلا مَعْنَى للانْتِزَاعِ، والرد.

نعم، لو زعم أن بيّنته غائبة<sup>(٦)</sup>؛ فلا يَتَوَقَّفُ، بل يُؤمَرُ في الحال بالتسليم، ثم إن أثبت ما يدّعيه، استردّ، [ويجري الخِلافُ فيما إذا ادّعى ديناً، فقال المدّعي عليه: أبرأني، وأراد إقَامَةَ البيّنة، لا يُكَلِّفُ تَوْفِيَةَ الدّينِ على قول الأكثرين. وعلى ما ذكر القاضي يُكَلِّفُ، إذا ثبت ما يقوله استردّ]<sup>(٧)</sup> وهذا كما ذكِرَ في أول كتاب الدعوى: أنه لو قال: أبرأني، فَحَلَفُوهُ، يَخْلِفُ قبل أن يُسْتَوْفَى.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: الثّاني: مَنْ أَقْرَ لِعَبْرِهِ بِمِلْكٍ لَمْ تُسْمَعْ بَعْدَ دَعْوَاهُ حَتَّى يَدْعِيَ تَلْقَى الْمَلِكِ مِنَ الْمُقْرَ لَهُ، وَلَوْ أَخَذَ مِنْهُ بِحُجَّةٍ فَهَلْ يَخْتِاجُ بَعْدَهُ فِي الدَّعْوَى إِلَى ذِكْرِ التَّلْقَى مِنْهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَالْأَجْبَبِيُّ لَا يَخْتِاجُ إِلَيْهِ إِذِ الْبَيِّنَةُ لَيْسَتْ بِحُجَّةٍ عَلَيْهِ فَلَهُ دَعْوَى الْمَلِكِ مُطْلَقاً.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَنْ أَقْرَ بَعَيْنٍ لِإِنْسَانٍ، ثُمَّ ادَّعَاهَا، لَمْ تُسْمَعْ دَعْوَاهُ، إِلَّا أَنْ يَذْكَرَ

(١) في ز: انقلبت.

(٢) في ز: العلم مع بيّنته.

(٤) هكذا جزم به في الصورتين والمدرك فيهما واحد، وفي كل منهما نزاع أن ابن أبي الدم قال في أدب القضاء: إذا أقام الخارج بيّنة أن العين ملكه اشتراها من فلان أو اتهمها وقبضها وبين سبب الملك وأقام ذو اليد بيّنة أنها ملكه وأطلقت ولم يبين شيئاً نص الشافعي - رضي الله عنه - أن بيّنة الدّاخل أوّلَى لأن معه بيّنة ويد وعند ابن سريج بيّنة الخارج أوّلَى؛ لأن معها زيادة علم انتهى وحكاها عنه ابن الرّفعة في الكفاية وأقره.

(٥) سقط في: أ.

(٦) في ز: عليه.

(٧) سقط في: أ.

تَلَقَّى الْمَلِكُ عَنْهُ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمُقِرَّ مُؤَاخَذٌ بِإِقْرَارِهِ فِي الْمُسْتَقْبَلِ. أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ أَقْرَأَ أَمْسَ يُطَالَبُ بِهِ الْيَوْمَ؟ وَلَوْلَا ذَلِكَ، لَمْ يَكُنْ فِي الْإِقْرَارِ كَثِيرٌ فَائِدَةٌ. وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ، فَيُسْتَضْحَبُ مَا أَقْرَأَ بِهِ، إِلَى أَنْ يَثْبُتَ الْإِنْتِقَالُ.

وَمَنْ أَخَذَتْ مِنْهُ بَيِّنَةٌ قَامَتْ، ثُمَّ جَاءَ يَدْعِيهَا، فَهَلْ يَحْتَاجُ إِلَى ذِكْرِ التَّلَقِّي مِنْهُ؟ فِيهِ وَجْهَانُ:

وَجْهٌ قَوْلُنَا: نَعَمْ، إِنَّهُ صَارَ مُلْزَمًا بِتِلْكَ الْحُجَّةِ، فَيُؤَاخَذُ بِمَوْجِبِهَا، كَمَا لَوْ أَقْرَأَ.

وَوَجْهُ الثَّانِي: إِلْحَاقُهُ بِالْأَجَانِبِ، وَلَا خِلَافَ أَنَّهُ لَوْ أَدْعَى عَلَيْهِ أَجَنِبِي وَأَطْلَقَ يُسْمَعُ. وَمَا الْأَطْهَرُ مِنْ هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ؟ دَكَرَ بَعْضُ أَصْحَابِ الْإِمَامِ ذَهَابَ الْأَكْثَرِينَ إِلَى أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ التَّلَقِّي، لَكِنَّا حَكَيْتُنَا عَنِ الْأَصْحَابِ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ -: فِي أَحْوَالِ، إِقَامَةِ الدَّخْلِ الْبَيِّنَةِ أَنَّهُ لَوْ أَقَامَهَا بَعْدَ مَا انْتَزَعَتِ الْعَيْنُ مِنْهُ، هَلْ تُسْمَعُ بَيِّنَتُهُ؟ وَهَلْ يُقْضَى لَهُ؟ وَبَيِّنًا أَنَّ الْأَصْحَحَ، السَّمَاعُ، وَالْقَضَاءُ، وَذَلِكَ الْاِخْتِلَافُ مَفْرُوضٌ فِيمَا إِذَا أُطْلِقَ دَعْوَى الْمَلِكِ، وَلَمْ يَذْكُرِ التَّلَقِّي.

فَأَمَّا إِذَا أَدْعَى التَّلَقِّي، فَلَا بَدَّ أَنْ تَسْمَعَ دَعْوَاهُ، وَقَدْ صَرَّحَ بِهِ أَبُو الْحَسَنِ الْعَبَادِي.

وَإِذَا كَانَ الْاِخْتِلَافُ فِي إِطْلَاقِ الدَّعْوَى، وَرَجَحْنَا وَجْهَ السَّمَاعِ، لَزِمَ أَنْ يَكُونَ الرَّاجِحُ هَهُنَا أَنَّهُ لَا حَاجَةَ إِلَى ذِكْرِ التَّلَقِّي.

فِرْوَعُ:

أَكْثَرُهَا عَنْ ابْنِ سُرَيْجٍ: أَقَامَ الْخَارِجُ بَيِّنَةً عَلَى أَنَّ هَذِهِ الْعَيْنَ مِلْكِي، غَضَبَهَا مِنْهُ الدَّخْلُ. أَوْ قَالَ: أَجْرَتْهَا مِنْهُ، أَوْ أَوْدَعَتْهَا إِيَّاهُ، وَأَقَامَ الدَّخْلُ بَيِّنَةً عَلَى أَنَّهُ مِلْكُهُ، فَأَحَدُ الْوَجْهَيْنِ: أَنَّهُ يُقْضَى لِصَاحِبِ الْبَيْتِ. هَذَا مَا صَحَّحَهُ صَاحِبُ «التَّهْدِيدِ».

وَالثَّانِي: وَهُوَ الْمَنْقُولُ عَنْ ابْنِ سُرَيْجٍ: أَنَّهُ يُقْضَى لِلْخَارِجِ. وَهَذَا مَا ارْتَضَاهُ الْعِرَاقِيُّونَ، وَبِهِ أَجَابَ الْقَاضِي أَبُو سَعْدٍ. وَلَوْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةً، وَنَكَلَ الدَّخْلُ عَنِ الْيَمِينِ، فَرُدَّتْ عَلَى الْخَارِجِ، وَحُكِمَ لَهُ، ثُمَّ جَاءَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ بِبَيِّنَةٍ، تُسْمَعُ. كَمَا لَوْ أَقَامَهَا بَعْدَ بَيِّنَةِ الْمُدْعَى. وَفِيهِ وَجْهٌ: أَنَّهَا لَا تُسْمَعُ، بِنَاءً عَلَى أَنَّ النُّكُولَ، وَرَدَّ الْيَمِينِ، كَالْإِقْرَارِ<sup>(١)</sup>.

(١) قَالَ فِي الْقَوْتِ: ظَاهِرُ هَذَا تَرْجِيحُ الْقَوْلِ بِأَنَّ الْيَمِينِ الْمُرَدَّةَ كَالْبَيِّنَةِ لَا كَالْإِقْرَارِ عَكْسَ الْمُرْجَحِ فِيمَا تَقْدَمُ، وَسَبَقَهُ بِذَلِكَ فِي الْمَهْمَاتِ وَادْعَى أَنَّ الْمَصْحُوحَ الْمَذْكُورَ هُنَا.

وَقَالَ فِي الْخَادِمِ: بَلِ الصَّحِيحُ الْمَذْكُورُ هُنَا لِأَنَّ كَوْنَهُ بِمَنْزِلَةِ الْإِقْرَارِ أَمْرٌ تَقْدِيرِي لَا تَحْقِيقِي وَلَمْ يَصْدُرْ مِنْهُ مَا يَقْتَضِي تَكْذِيبَ الْبَيِّنَةِ صَرِيحًا، وَأَخَذَهُ مِنْ كَلَامِ شَيْخِهِ الْبَلْقِينِيِّ، وَحَاصِلُ كَلَامِهِ وَكَلَامُ شَيْخِهِ أَنَّهَا تَسْمَعُ مَعَ قَوْلِنَا أَنَّهَا كَالْإِقْرَارِ وَعَلَى هَذَا فَلَا تَنَاقُضَ.

ولو تَنَازَعَا شَاةً مَذْبُوحَةً؛ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا رَأْسُهَا وَجِلْدُهَا وَسَوَاقِطُهَا، وَفِي يَدِ الْآخَرِ بَاقِيهَا، وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً عَلَى أَنَّ الشَّاةَ لَهُ، يُقْضَى لَهُ بِمَا فِي يَدِهِ.

وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: يُقْضَى لَهُ بِمَا فِي يَدِ صَاحِبِهِ، بِنَاءً عَلَى أَنَّ بَيِّنَةَ الْخَارِجِ مَقْدَمَةٌ. وَلَوْ قَالَتْ<sup>(١)</sup> كُلُّ بَيِّنَةٍ: الشَّاةُ [لَهُ]<sup>(٢)</sup>، نَتَجَتْ فِي مَلِكِهِ، وَدُبِحَتْ فِي مَلِكِهِ، قُضِيَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمَا فِي يَدِهِ بِالِاتِّفَاقِ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ قَدْ تَعَرَّضَتْ لِلتَّجَاحِ، فَيَقْدُمُ الدَّخِلُ.

وَلَوْ كَانَتْ فِي يَدِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا شَاةٌ، فَادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ أَنَّ الشَّاتَيْنِ لَهُ، وَأَنَّ الَّتِي فِي يَدِ صَاحِبِهِ نَتَجَتْ مِنَ الَّتِي فِي يَدِهِ، وَأَقَامَا عَلَيْهِ الْبَيِّنَةَ، فَهِيَ مُتَعَارِضَتَانِ؛ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الَّتِي فِي يَدِهِ؛ لِأَعْتِضَادِ بَيِّنَتَيْهِ بِيَدِهِ. وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْبَيِّنَةَ عَلَى أَنَّ الَّتِي فِي يَدِ الْآخَرِ مَلِكُهُ، قُضِيَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمَا فِي يَدِ الْآخَرِ.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: الْمَذْرُوكُ الثَّلَاثُ: أَشْتِمَالُ إِحْدَى الْبَيِّنَتَيْنِ عَلَى زِيَادَةِ وَهِيَ أَقْسَامُ: الْأَوَّلُ زِيَادَةُ التَّارِيخِ فَإِذَا شَهِدَتْ بَيِّنَةٌ أَنَّهُ مَلِكُهُ مِنْذُ سَنَةٍ وَالْآخَرَى مِنْذُ سَنَتَيْنِ فَبِهِ تَقْدِيمُ السَّابِقِ قَوْلَانِ، وَإِنْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا مُطْلَقَةً وَالْآخَرَى مُؤَرَّخَةً أَوْ مُضَافَةً إِلَى سَبَبٍ مِنْ بِنَاجٍ أَوْ شِرَاءٍ أَوْ زِرَاعَةٍ فَقَوْلَانِ مُرْتَبَانِ وَأَوْلَى بِأَنَّ لَا يُرْجَحُ الْمُقَيَّدُ، فَإِنْ جَعَلْنَا لِلْسَّبِقِ أَثْرًا فَكَانَ السَّبِقُ فِي جَانِبِ وَالْيَدِ فِي جَانِبِ قَدَّمَ الْيَدِ عَلَى وَجْهِهِ، وَالسَّبِقُ عَلَى وَجْهِهِ، وَيَتَعَادَلَانِ عَلَى وَجْهِهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: تَرَجَّمَ هَذَا الْمَذْرُوكُ بِالزِّيَادَةِ فِي الْبَيِّنَةِ، وَأَرَادَ اخْتِصَاصَ الشَّهَادَةِ، يَتَأَيَّدُ بِأَصْلِ أَوْ بِزِيَادَةِ عِلْمٍ. وَالْمَذْرُوكُ الْأَوَّلُ بِقُوَّةِ الْحُجَّةِ، وَأَرَادَ اخْتِصَاصَ الشُّهُودِ بِصِفَةِ تَفِيدِ<sup>(٣)</sup> زِيَادَةَ الْوُثُوقِ بِقَوْلِهِمْ. وَفِي تَرْتِيبِ الْكِتَابِ مِنْ هَهُنَا إِلَى آخِرِ الْبَابِ نَوْعُ اضْطِرَابٍ؛ فَإِنَّهُ قَالَ وَهِيَ أَقْسَامُ:

الأول: زِيَادَةُ التَّارِيخِ، ثُمَّ قَالَ: الطَّرْفُ الثَّانِي فِي الْعُقُودِ، وَالثَّلَاثُ فِي الْمَوْتِ، وَالرَّابِعُ فِي الْعِتْقِ، وَالْوَصِيَّةِ، وَزِيَادَةُ التَّارِيخِ تَدْخُلُ فِي الْعُقُودِ، كَمَا تَدْخُلُ فِي الْأَمْلاكِ الْمُطْلَقَةِ.

وَلَا يَنْبَغِي أَنْ تَدْخُلَ بَعْضُ أَقْسَامِ التَّقْسِيمِ فِي بَعْضٍ، وَيَنْتَظِمُ أَنْ يُقَالَ: فِي أَوَّلِ الرُّكْنِ تَعَارُضُ الْبَيِّنَتَيْنِ، وَقَدْ تَقَعُ فِي الْأَمْلاكِ، وَقَدْ تَقَعُ فِي غَيْرِهَا، كَالْعُقُودِ، وَالْمَوْتِ فِي الْوَصِيَّةِ. فَهَذِهِ أَطْرَافٌ تَحْتَاجُ إِلَى التَّنْظِيرِ فِيهَا.

الأول، فِي الْأَمْلاكِ؛ فِيمَا أَنْ تَخْلُوَ الْبَيِّنَتَانِ الْمُتَعَارِضَتَانِ مِنْهَا عَنِ التَّرْجِيحِ، أَوْ يَكُونُ هُنَاكَ تَرْجِيحٌ.

(٢) سقط في: أ.

(١) في أ: قال.

(٣) في ز: تقبل.

وللترجيح أسباب ثلاثة: ثالثها - اشتِمَالُ إحدى البيّتين على زيَادَةِ التَّارِيخِ، فيسلك التاريخ مسلكَ الْمُقْصُودِ من رُكْنِ البيّنة إلى آخر الباب في هذا الترتيب.

وَفَقَهُ الفصل: أنه إذا أُرْخَتْ كُلُّ بَيِّنَةِ الْمَلِكِ بتاريخ، نظر، إن تَوَافَقَ التَّارِيخَانِ، فلا تَرْجِيحَ، وإن اختلفا، كما إذا قَامَتِ بَيِّنَةٌ هذا على أنه مَلَكُهُ منذ سَنَةٍ، وبَيِّنَةٌ هذا على أنه مَلَكُهُ منذ سنتين، ففيه طريقتان؛ المشهور منهما: أن في تَرْجِيحِ أُسْبِقِيهِمَا تَارِيخًا<sup>(١)</sup> قولين:

أحدهما: وَيُحَكِّى عن نَصِّهِ - رضي الله عنه - في البُؤْرِيطِيِّ: أنه لا تَرْجِيحَ؛ لأن مَنَاطَ الشَّهَادَةِ الْمَلِكُ في الحال. وقد اسْتَوَيَا فيه، فَأُشْبِهَ ما إذا كَانَتَا مُطْلَقَتَيْنِ، أو مُؤَرَّخَتَيْنِ بِتَارِيخٍ وَاحِدٍ.

وثانيهما: وَيُحَكِّى عن رواية الربيع - وبه قال أبو حنيفة، واختاره المزني: أنه يُرْجَحُ أُسْبِقِيهِمَا تَارِيخًا؛ لأنها ثبتت الملك في وقت لا تُعَارِضُهَا الأخرى فيه، وفي وقت تُعَارِضُهَا الأخرى يتساقطان في مَحَلِّ التَّعَارُضِ. وتثبت موجبهما<sup>(٢)</sup> فيما قبل مَحَلِّ التعارض.

والأصل في الثابت دَوَامُهُ، وَأَصَحُّ القولين، الأوَّلُ عند القاضي ابن كَجِّ وشِرْذِمَةَ - رحمهم الله -.

والثاني عند أَكْثَرِهِمْ؛ منهم الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ، وسالكو طريقته، وصَاحِبَا «المُهَذَّبِ»، و«التَهْدِيبِ» - رحمهم الله وإِيَانَا -.

والطريق الثاني: نقل القاضي ابنُ كَجِّ عن ابن سُرَيْجٍ، وابن سلمة، وابن الوكيل؛ أنهم قَطَعُوا بنفي التَّرْجِيحِ، ولم يُثْبِتُوا القَوْلَ الأخر، والمُثْبِتُونَ<sup>(٣)</sup> للخلاف، طَرَدُوهُ في بَيِّنَتِي شخصين يَتَنَازَعَانِ في نِكَاحِ امرأة، وإذا أُرْخَتَا بتاريخين مُخْتَلِفَيْنِ، وأيضاً فيما إذا

(١) قال في المهمات إن الرافي صرح عكس هذا في كتاب اللقيط وعبر بالأصح.

قال في الخادم: وعبارته هناك فيما إذا أقاما بيئتين على الالتقاط وقيدنا بتاريخين مختلفين حكم لمن سبق تاريخه بخلاف المال حيث لا يحكم بسبق التاريخ في أصح القولين وفرقوا بأن أمر الأموال مبني على الانتقال وربما انتقل الأول إلى الثاني وليس كذلك الالتقاط فإنه لا ينقل ما كانت الأهلية باقية، وإذا ثبت السبق لزم استمراره. انتهى.

والظاهر أن قوله أصح سبق قلم أو غلط من ناسخ، ولهذا قال في الشرح الصغير هناك في أحد القولين لا في أصح القولين، وكان مراده أن يفرق بين اللقيط والأموال حيث جزموا بالتقديم فيه واختلفوا في الأموال نعم التناقض ظاهر كلام الروضة، والصواب المذكور هنا وهو ما عليه الجمهور، والرافي تابع البغوي فإنه قاله هناك هكذا ترجيحاً وفرقاً، ثم رجح هنا تقديم الأسبق.

(٢) في ز: متوجهاً. (٣) في ز: والمثبوت.



تَعَرَّضْنَا مع اِخْتِلَافِ التَّارِيخِ لِسَبَبِ الْمَلِكِ، كما إذا أَقَامَ أَحَدُهُمَا بَيِّنَةً أَنَّهُ اشْتَرَاهُ من زِيدٍ مُنْذُ سَنَةٍ، وَالْآخَرُ بَيِّنَةً عَلَى أَنَّهُ اشْتَرَاهُ من عمرو منذ سنتين، ولو نَسَبَا الْعَقْدَيْنِ إِلَى شَخْصٍ وَاحِدٍ، فَأَقَامَ هَذَا بَيِّنَةً عَلَى أَنَّهُ اشْتَرَاهُ من زِيدٍ من سَنَةٍ، وَهَذَا بَيِّنَةً عَلَى أَنَّهُ اشْتَرَاهُ من زِيدٍ منذ سنتين. فَالسَّابِقُ أَوْلَى لا مَحَالَةَ<sup>(١)</sup>.

وَطَرَدُوهُ أَيْضاً، فِيمَا إِذَا تَنَازَعَا أَرْضاً مَزْرُوعَةً فَأَقَامَ<sup>(٢)</sup> أَحَدُهُمَا بَيِّنَةً أَنَّهَا أَرْضُهُ زَرَعَهَا، وَالْآخَرُ بَيِّنَةً أَنَّهَا مِلْكُهُ مُطْلَقاً؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ الَّتِي تَشْهَدُ بِالزَّرْعِ، تَثْبِتُ الْمَلِكَ من وقت الزَّرَاعَةِ. هَكَذَا ذَكَرَ صَاحِبُ «التَّهْدِيبِ» تَصْوِيرًا، وَتَوْجِيهًا. وَفِيهِ مَا تَبَيَّنَ<sup>(٣)</sup> أَنَّ سَبْقَ التَّارِيخِ لا يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ بِزَمَانٍ مَعْلُومٍ، حَتَّى لو قَامَتِ بَيِّنَةٌ عَلَى أَنَّهُ مَلَكَهُ منذ سَنَةٍ، وَأُخْرَى عَلَى أَنَّهُ مَلَكَهُ أَكْثَرَ من سَنَةٍ؛ كَانَ مَوْضِعَ الْخِلَافِ، فَإِنْ رَجَحْنَا أَسْبَقَ الْبَيِّنَتَيْنِ تَارِيخًا قَضَيْنَا بِهَا، وَلِصَاحِبِهَا الْأَجْرَةَ، وَالزُّيَادَاتِ الْحَادِثَةَ من يَوْمِئِذٍ، وَإِنْ لَمْ نَرْجَحْهَا، ففِيهَا الْخِلَافُ السَّابِقُ فِي تَعَارُضِ الْبَيِّنَتَيْنِ.

وَإِنْ كَانَتْ إِحْدَى الْبَيِّنَتَيْنِ مُطْلَقَةً، وَالْأُخْرَى مُؤَرَّخَةً، فَمِنْ قَطْعٍ من مَخْتَلَفِي التَّارِيخِ بَأَنَّهُ لا تَرْجِيحَ فَهِنَا أَوْلَى، وَمِنْ أَثْبَتَ الْخِلَافَ هُنَاكَ تَحَزَّبُوا فَمِنْ طَارِدٍ لِلْقَوْلَيْنِ هُنَا بِوَجْهِ تَرْجِيحِ الْمُوَرَّخَةِ<sup>(٤)</sup>؛ بِأَنَّهَا تَثْبِتُ الْمَلِكَ من وقت مُعَيَّنٍ، وَالْأُخْرَى لا تَقْتَضِي إِلا إِثْبَاتَ الْمَلِكِ الْحَالِ. وَالتَّسْوِيةُ بَيْنَهُمَا فَإِنَّ الْمَطْلُوقَةَ، كَمَا لا تَقْتَضِي الْإِثْبَاتَ قَبْلَ الْحَالَةِ الرَّاهِنَةِ لا تَقْيِيهِ أَيْضاً، وَلَعَلَّهُ لو بَحِثَ عَنْهَا أَثْبَتَ الْمَلِكَ قَبْلَ ذَلِكَ الْوَقْتِ.

وَمِنْ قَاطِعٍ بِالتَّسْوِيةِ، وَكَيْفَ فَرَضَ؟ فَالظَّاهِرُ التَّسْوِيةُ هُنَا.

ثُمَّ احْتَجَّ الْمُزَنِّيُّ لِلْقَوْلِ الَّذِي اخْتَارَهُ: بِأَنَّهُمَا لو تَنَازَعَا دَابَّةً؛ أَقَامَ أَحَدُهُمَا بَيِّنَةً عَلَى أَنَّهَا مِلْكُهُ، وَالْآخَرُ بَيِّنَةً أَنَّهَا مِلْكُهُ، وَهُوَ الَّذِي نَتَجَّهَا، تُقَدِّمُ الْبَيِّنَةَ الْمُتَعَرِّضَةَ لِلنَّتَاجِ، وَاخْتَلَفَ الْأَصْحَابُ.

وَلَمْ يُسَلِّمْ لَهُ أَكْثَرُهُمْ مَا ادَّعَاهُ، وَحَكَمُوا<sup>(٥)</sup> بِأَنَّ الْمَسْأَلَةَ عَلَى الْقَوْلَيْنِ. أَوْ أَجْرُوهُمَا فِي كُلِّ بَيِّنَتَيْنِ؛ أَطْلَقَتْ إِحْدَاهُمَا [الملك] <sup>(٦)</sup> وَنَصَّتِ الْأُخْرَى عَلَى الْمَلِكِ، وَسَبَبِهِ مِنَ الْإِزْتِ، وَالشَّرَاءِ، وَغَيْرِهِمَا.

(١) قد صرح النووي في الروضة بنفي الخلاف وتصريحه بنفي الخلاف لم يصرح به الرافعي، لكنه قضية كلامه حيث قال: «السابق أولى لا محالة».

(٢) في ز: أقام.

(٣) في أ: بين.

(٤) قد رجح النووي وطريقة القطع وترجيحه طريقة القطع لم يقله الرافعي بل حكى الخلاف ثم قال وكيف ما كان فالظاهر التسوية.

(٥) في ز: وحكوا.

(٦) سقط في: ز.

ومنهم من سلّم له ما ذكره في صورة التّناج، [وَفَرَّقُوا بَيْنَهَا وَبَيْنَ بَيِّنَتِي الْمَلِكِ المطلق؛ بأن بيّنة التّناج]<sup>(١)</sup> تُثَبِّتُ ابْتِدَاءَ الْمَلِكِ لَهُ، والتي هي أَسْبَقُ تَارِيخاً لا تثبت ابتداء الملك. فهذا التّوجيّه يقتضي اطّراد الطريقتين فيما إذا تنازعا ثمرة، أو حنطة، فشهدت بيّنة بأنها حدثت من شجرته أو بذره. ولا يقتضي جريان الثانية فيما إذا تعرّضت إحداهما للشراء، وسائر الأسباب؛ فإنها لا توجب ابتداء الملك.

واغلم أن المسألة من أصلها مفروضة فيما إذا كان المدعى في يد ثالث. فأما إذا كان في يد أحدهما وقامت بيّتان مختلفتا التاريخ، فإن كانت بيّنة الداخل أسبق تاريخاً، فهو المُقدّم لا محالة. وإن كانت بيّنة الآخر أسبق تاريخاً فإن لم نجعل سبق التاريخ مرجحاً، فكذلك يُقدّم الداخل. وإن جعلناه مرجحاً، فثلاثة أوجه:

أصحها: ترجيح اليد؛ لأن البيّنتين تتساويان في إثبات الملك في الحال، فيساقطان فيه، ويبقى من أحد الطرفين اليد، ومن الآخر إثبات الملك السابق.

واليد أقوى من الشّهادة على الملك السابق؛ ألا ترى أنها لا تُزال بها؟

والثاني: ترجيح سبق؛ لأن مع أحدهما ترجيحاً من جهة البيّنة، ومع الثاني ترجيحاً من جهة اليد، والبيّنة تتقدّم على اليد، فكذلك الترجيح من جهة البيّنة مقدم<sup>(٢)</sup> على الترجيح من جهة اليد.

والثالث: أنهما يتساويان، لتعارض المعنيين.

وقوله في الكتاب: «ففي تقديم السابق قولان». يجوز أن يُعلم لفظ القولين منه بالواو للطريقة القاطعة.

وقوله في تعارض البيّتين؛ المطلقة، والمؤرخة، والمطلقة، والمضافة إلى التناج، والشراء: قولان مرتبان، وأولى بالأول يرجح المقيد القولان في المطلقة والمؤرخة، وترتيبهما ظاهر، وهذا الإيراد، وما ذكرناه من الطريقتين في هذه الصورة، يرجعان إلى معنى واحد. وأما في المطلقة والمضافة إلى الشراء والتناج، فالترتيب على ما ذكره. لم يتعرّض له الأصحاب - رحمهم الله.

وإن فرض ترتيب، فهو بالعكس فيما ذكره، ألا ترى أن في صورة التناج طريقة قاطعة بالتقديم<sup>(٣)</sup>؟ فليحمل قوله: «وأولى بأن لا ترجح للمقيد»<sup>(٤)</sup> على المقيد بزيادة التاريخ دون المقيد بالإضافة إلى السبب.

(٢) في ز: يتقدم.

(٤) في ز: المقيد.

(١) سقط في: أ.

(٣) في ز: بالتقديم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: فُرُوعٌ: الْأَوَّلُ: لَوْ شَهِدَتِ الْبَيِّنَةُ بِمِلْكِهِ بِالْأَمْسِ وَلَمْ تَتَعَرَّضْ لِلْحَالِ لَمْ تُسْمَعْ حَتَّى يَقُولَ: هُوَ مَلِكُهُ فِي الْحَالِ أَوْ لَا أَعْلَمُ لَهُ مَزِيلاً، فَإِنْ قَالَ: لَا أَذْرِي زَالَ أَمْ لَا لَمْ يَقْبَلْ، وَإِنْ قَالَ: أَعْتَقِدُ أَنَّهُ مَلِكُهُ بِمَجْرَدِ الْأَسْتِضْحَابِ فَفِي قَبُولِهِ خِلَافٌ، أَمَا لَوْ شَهِدَ بِأَنَّهُ أَقْرَ لَهُ بِالْأَمْسِ ثَبَتَ الْإِقْرَارُ وَيُسْتَضْحَبُ مُوجِبُ الْإِقْرَارِ وَإِنْ لَمْ يَتَعَرَّضْ الشَّاهِدُ لِلْمَلِكِ فِي الْحَالِ، وَلَوْ قَالَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ: كَانَ مِلْكُكَ بِالْأَمْسِ فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَنْتَزِعُ مِنْ يَدِهِ لِأَنَّهُ يُخْبِرُ عَنِ تَحْقِيقِ فَيْسْتَضْحَبُ بِخِلَافِ الشَّاهِدِ فَإِنَّهُ يُخْبِرُ عَنِ تَحْمِينِ حَتَّى لَوْ قَالَ الشَّاهِدُ: هُوَ مَلِكُهُ بِالْأَمْسِ اشْتَرَاهُ مِنَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ أَوْ أَقْرَ لَهُ الْمُدْعَى عَلَيْهِ بِالْأَمْسِ فَيُسْمَعُ فِي الْحَالِ؛ لِأَنَّهُ اسْتَنَّدَ إِلَى تَحْقِيقِي، وَلَا خِلَافَ أَنَّهُ لَوْ شَهِدَ عَلَى أَنَّهُ كَانَ فِي يَدِ الْمُدْعَى بِالْأَمْسِ قَبْلَ وَجْعِلِ الْمُدْعَى صَاحِبَ يَدِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا ادَّعَى ذَاراً، أَوْ عَبْدًا فِي يَدِي رَجُلٍ، فَشَهِدَتْ لَهُ الْبَيِّنَةُ بِالْمَلِكِ فِي الشَّهْرِ الْمَاضِي، أَوْ بِالْأَمْسِ، وَلَمْ تَتَعَرَّضْ لِلْحَالِ. نَقَلَ الْمُزْنِيُّ وَالرَّبِيعُ أَنَّهَا لَا تُسْمَعُ، وَلَا يُحْكَمُ بِهَا. وَعَنْ رِوَايَةِ الْبُيْطِيِّ: أَنَّهَا تُسْمَعُ، وَيُقْضَى بِهَا.

وَاللَّضْحَابِ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - فِيهِ طَرِيقَانِ:

أَشْهَرُهُمَا - وَبِهِ قَالَ ابْنُ سُرَيْجٍ: أَنَّ الْمَسْأَلَةَ عَلَى قَوْلَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يُسْمَعُ؛ لِأَنَّهَا تُثَبِّتُ الْمَلِكَ سَابِقاً، وَالشَّيْءُ إِذَا ثَبَتَ، فَالْأَصْلُ فِيهِ الدَّوَامُ وَالِاسْتِمْرَارُ.

وَأَصْحَهُمَا: الْمَنْعُ؛ لِأَنَّ دَعْوَى الْمَلِكِ السَّابِقِ لَا تُسْمَعُ، فَكَذَلِكَ الْبَيِّنَةُ عَلَيْهِ.

وَلِأَنَّ ثُبُوتَ الْمَلِكِ سَابِقاً إِنْ افْتَضَى بَقَاءَهُ قَيْدَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ، وَتَصَرَّفَهُ يَدُلُّ عَلَى الْاِئْتِقَالِ إِلَيْهِ، وَلَا يَخْصُلُ ظَنُّ الْمَلِكِ فِي الْحَالِ.

وَالثَّانِي: وَيُحْكَى عَنِ أَبِي إِسْحَاقَ: الْقَطْعُ بِأَنَّهَا لَا تُسْمَعُ، وَحَمَلَ هَؤُلَاءِ الْمَخْكَي عَنِ الْبُيْطِيِّ عَلَى أَنَّهُ ذَكَرَهُ مِنْ عِنْدِ نَفْسِهِ، وَيَجْرِي الْخِلَافُ فِيهَا إِذَا ادَّعَى الْيَدَ، وَشَهِدَ الشُّهُودُ عَلَى أَنَّهُ كَانَ فِي يَدِهِ أَمْسٍ. وَاعْلَمْ أَنَّ لِلْقَوْلَيْنِ فِي هَذَا الْفَرْعِ تَعَلُّقًا بِالْقَوْلَيْنِ، فِيمَا إِذَا أَرَحَتِ الْبَيِّنَتَانِ الْمَلِكَ بِتَارِيخَيْنِ مُخْتَلَفَيْنِ؛ هَلْ يُقَدَّمُ أَسْبَقُهُمَا تَارِيخاً؟ أَمْ يَتَسَاوَيَانِ؟ ثُمَّ مِنْهُنَّ مَنْ يَبْنِي الْقَوْلَيْنِ هَهُنَا عَلَى الْقَوْلَيْنِ هُنَا، وَمِنْهُنَّ مَنْ يَعْكُسُ الْبِنَاءَ. وَقَرِيبًا مِنَ الْوَجْهَيْنِ فِيمَا إِذَا قَالَ: كَانَ لِفُلَانٍ عَلَيَّ كَذَا، أَوْ كَانَتْ هَذِهِ الدَّارُ لِفُلَانٍ. هَلْ يَكُونُ إِقْرَاراً؟

وَإِذَا قُلْنَا: بِأَنَّ الشَّهَادَةَ لَا تُسْمَعُ عَلَى الْمَلِكِ السَّابِقِ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَشْهَدَ الشَّاهِدُ عَلَى الْمَلِكِ فِي الْحَالِ. أَوْ يَقُولُ: كَانَ مِلْكاً لَهُ وَلَمْ يَزَلْ.

أو يقول: لا أعلم له مُزِيلاً، ويجوز أن يَشْهَدَ بِالْمَلِكِ فِي الْحَالِ؛ اسْتِضْحَاباً [لِحَكْمِ مَا] (١) عرفه من قبل، كشراء، وإرث، وغيرهما (٢)، وإن كان يَجُوزُ لَهُ زَوَالُهُ، ولو صرح في شهادته: أَنَّهُ يَتَّعَمِدُ اسْتِضْحَابَ فَوْجِهَانَ.

حكى في «الوسيط» عن الأصحاب: أَنَّهُ لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الرِّضَاعِ عَلَى امْتِصَاصِ الثَّدْيِ، وَحَرَكََةِ الحُلْفُومِ. وعن القاضي الحسين: القَبُولُ؛ لَأَنَّا نَعْلَمُ أَنَّهُ لَا مَسْتَدَ لَهُ سِوَاهُ، بخلاف الرِّضَاعِ، فَإِنَّهُ يُدْرِكُ بِقَرَائِنٍ لَا تَدْخُلُ فِي الْعِبَارَةِ.

ولو قال: لَا أَدْرِي، أَزَالَ مَلِكُهُ أَمْ لَا؟ لَمْ تُقْبَلْ؛ لِأَنَّ هَذِهِ صِبْغَةُ المُرْتَابِينَ، وَهِيَ بَعِيدَةٌ عَنِ أَذْيَاءِ الشَّهَادَةِ. ولو شهدت البيئته على أَنَّهُ أَقْرَأُ أَمْسٍ لِّلْمُدْعَى بِالْمَلِكِ، قُبِلَتْ الشَّهَادَةُ، وَاسْتُدِيمَ حُكْمُ الإِقْرَارِ، وَإِنْ لَمْ يُصْرَحِ الشَّاهِدُ بِالْمَلِكِ فِي الْحَالِ.

ومما علق عن الإمام أَن مِنْهُمْ مَنْ طَرَدَ الْقَوْلَيْنِ فِيهِ.

والظاهر الأول، وَلَوْلَاهُ لَبَطَلَتْ قَائِدَةُ الأَقَارِيرِ.

ولو قال المدعى عليه: كَانَ مَلِكًا (٣) بِالْأَمْسِ. فَوْجِهَانَ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ لَا يُؤَاخِذُ بِهِ، وَلَا يُنْتَزَعُ المَالُ مِنْ يَدِهِ، كَمَا لَوْ قَامَتِ البَيِّنَةُ عَلَى أَنَّهُ كَانَ مَلِكُهُ أَمْسٍ.

وأظهرهما: الانْتِزَاعُ كَمَا لَوْ شَهِدَتِ البَيِّنَةُ عَلَى أَنَّهُ أَقْرَأُ أَمْسٍ، وَيَفَارِقُ الإِقْرَارُ البَيِّنَةَ مِنْ جِهَةِ أَنَّ المُقْرَأَ لَا يُقْرَأُ إِلَّا عَنِ تَحْقِيقٍ؛ وَالشَّاهِدُ قَدْ يَتَسَاهَلُ، وَيَبْنِي عَلَى التَّخْمِينِ.

فإذا لم يَنْضَمَّ إِلَيْهِ الْجَزْمُ فِي الْحَالِ، ضَعْفٌ، حَتَّى لَوْ اسْتَنْدَتِ الشَّهَادَةُ إِلَى التَّحْقِيقِ أَيْضاً، بَأَنَّ قَالَ الشَّاهِدُ: هُوَ مَلِكُهُ بِالْأَمْسِ، اشْتَرَاهُ مِنَ المُدْعَى عَلَيْهِ بِالْأَمْسِ، أَوْ أَقْرَأَ لَهُ المُدْعَى عَلَيْهِ بِالْأَمْسِ، قُبِلَتْ الشَّهَادَةُ. وَكَذَلِكَ نَقَلَهُ صَاحِبُ الكِتَابِ هُنَا.

وفي «الوسيط»: وَلَمْ يَثْبِتِ الشَّيْخُ أَبُو نُضْرٍ بِنُ الصَّبَاغِ الوَجْهَيْنِ فِيمَا إِذَا قَالَ المُدْعَى عَلَيْهِ: كَانَ مَلِكًا بِالْأَمْسِ. وَحَكَى القَطْعُ بِأَنَّهُ يُؤَاخِذُ بِإِقْرَارِهِ. وَرَدَّ الوَجْهَيْنِ إِلَى مَا إِذَا قَالَ: كَانَ فِي يَدِكَ أَمْسٍ. وَفَرَّقَ بَيْنَ المَلِكِ وَالْيَدِ؛ بِأَنَّ اليَدَ قَدْ تَكُونُ مُسْتَحِقَّةً، وَقَدْ لَا تَكُونُ؛ فَإِذَا كَانَتْ قَائِمَةً، أَخَذْنَا بِأَنَّ الظَّاهِرَ مِنْهَا الاسْتِضْحَابُ، فَإِذَا زَالَتْ ضَعُفَتْ

(١) فِي أ: لَمَا.

(٢) إِنَّمَا يَجُوزُ الشَّهَادَةُ لِلْمَشْتَرِي وَالْوَارِثِ وَغَيْرِهِمَا بِالْمَلِكِ إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ كَانَ مَمْلُوكًا لِلْمَسْتَقِلِّ عَنْهُ بِحَيْثُ يَسُوغُ لَهُ الشَّهَادَةُ بِالمَلِكِيَّةِ وَإِلَّا فَمَجْرَدُ الشَّرَاءِ وَالْإِرْثِ مَعَ جَهْلِهِ بِمَلِكِيَّةِ البَايِعِ وَالمُورِثِ لَا يَسُوغُ لَهُ قِطْعاً فَلْيَتَبَنَّهُ لَهُ، فَإِنَّ أَكْثَرَ مَنْ يَشْهَدُ بِذَلِكَ بِهَذِهِ المَثَابَةِ، وَقَدْ أَشَارَ إِلَى ذَلِكَ الفُقَّالُ فِي فِتَاوِيهِ.

(٣) فِي أ: مَلِكُهُ.

دلائلها وإذا عرفت ما يحتاج الشاهد إلى التّعرض له على قولنا: إن الشّهادة عن المملّك السابق لا تُسمَع، فكذلك إذا قلنا: إن الشّهادة على اليد السّابقة لا تُسمَع، فينبغي أن تتعرّض الشّهادة لزيادة، بأن يقول: كان في يد المدّعي، وأخذهُ المدعى عليه منه، أو غصبهُ، أو قهرهُ عليه، أو بعث العبد في شغل، أو أبق منه، فاعترضهُ هذا، وأخذه. فحينئذ تقبل<sup>(١)</sup> الشهادة، ويُقضى بها للمدّعي، فيُجعل صاحب يد.

وقوله في الكتاب: «لم تُسمَع حتى يقول: وهو ملكه»، يمكن حملهُ من جهة اللفظ، أن يجعل جواباً على الطريقة القاطعة، ويمكن أن يُجعل جواباً. على الأصح، على طريقة إثبات الخلاف. وعلى التّفديرين فليُعلمم بالواو.

وكذا قوله: «ويُستصحب موجب الإقرار» لما حكيناه من الخلاف، ونقل في «الوسيط» أن القاضي مال إلى ذلك الوجه. وقوله: «أو أقر له المدعى عليه بالأمس»، يجوز أن يُعلمم بالواو؛ لأن هذه الصّورة بعينها هي الصّورة السابقة<sup>(٢)</sup> وهي قوله: «أما لو شهدت<sup>(٣)</sup> بأنه أقر له بالأمس... إلى آخره.

وقوله: «ولا خلاف أنه لو شهد على أنه كان في يد المدعى أمس قبّل، وجعل المدّعي صاحب يد». هذا غير مسلم، بل طرّق الأصحاب ناصّة على أنه كما لو قامت البيّنة على المملّك بالأمس، بلا قرق، بل في صوَرَة اليد. تكلم الشافعي - رضي الله عنه - في «المختصر»، وحكم بعمد القبول.

فروع:

ذكرنا أن الشّهود على المملّك السابق، لو قالوا: لا نعلم زوّال ملكه، قبّلت شهادتهم.

ثم عن ابن المنذر: أن الشافعي - رضي الله عنه - قال: يخلف المدّعي مع البيّنة، فإن ذكروا مع ذلك أنه غاصب، فلا حاجة إلى اليمين. قال القاضي أبو سعد: وهذا غريب<sup>(٤)</sup>، ووجهه: أن البيّنة قامت على خلاف الظاهر، ولم يتعرّض لإسقاط ما مع المدّعي عليه من الظاهر فأضيف إليها اليمين.

(١) في أ: وحينئذ تقبل.

(٢) في ز: السالفة.

(٣) في ز: شهد.

(٤) قد حكاه هكذا أبو عاصم العبادي وشريح الروياني ومقتضاه أنه يجب اليمين ولا يتوقف على طلب الخصم لكن نقل الدبيلي عن نص الشافعي في البويطي أنه لو أقام بيّنة على سلعة أنها له، فإن قالوا في شهادتهم لا نعلم أنه باع ولا وهب فذاك وإلا قضيت له بشهادتهم الأولى أنها له فإن أراد المشهود عليه أن يحلفه أنها في ملكه أحلفته. هذا لفظه ولا يبعد تنزيل ما نقله ابن المنذر على هذه الحالة ولا يستغرب.

آخر: دَارٌ فِي يَدِ رَجُلٍ ادَّعَاهَا آخِرَانِ<sup>(١)</sup>، وَأَقَامَ أَحَدُهُمُ الْبَيِّنَةَ؛ أَنْ الدَّارَ لَهُ، غَضَبَهَا الْمُدْعَى عَلَيْهِ مِنْهُ، وَأَقَامَ الآخَرَ الْبَيِّنَةَ أَنْ مَنْ فِي يَدِهِ أَقْرَ لَهُ، فَلَيْسَ<sup>(٢)</sup> بَيْنَ هَاتَيْنِ الْبَيِّنَتَيْنِ مَنَافَاةٌ، فَيُسَبِّتُ الْمَلِكُ وَالْغَضَبُ بِالْبَيِّنَةِ الْأُولَى، وَإِذَا تَبَّتْ ذَلِكَ، لُغِي إِقْرَارُ الْغَاصِبِ، لِغَيْرِ الْمَعْضُوبِ مِنْهُ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: الْفَرْعُ الثَّانِي: الْبَيِّنَةُ الْمُطْلَقَةُ لَا تُوجِبُ تَقَدُّمَ رَوَالِ الْمَلِكِ عَلَى مَا قَبْلَ الْبَيِّنَةِ حَتَّى لَوْ شَهِدَ عَلَى ذَاتِهِ فَنِتَاجُهَا قَبْلَ الْإِقَامَةِ لِلْمُدْعَى عَلَيْهِ، وَالثَّمَرَةُ الْبَادِيَةُ عَلَى الشَّجَرَةِ أَيْضًا كَذَلِكَ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ الْجَنِينَ حَالَ الشَّهَادَةِ لِلْمُدْعَى عَلَيْهِ بِطَرِيقِ التَّبَعِيَّةِ وَإِنْ أَمَكَّنَ اتِّفَاقَهُ بِالْبَيْعِ وَالْوَصِيَّةِ، وَمَعَ هَذَا فَالْمَذْهَبُ أَنَّ الْمُشْتَرِي إِذَا أَخَذَ مِنْهُ بِحُجَّةٍ مُطْلَقَةٍ رَجَعَ عَلَى الْبَائِعِ، بَلْ لَوْ أَخَذَ مِنَ الْمُتَّهَبِ أَوْ مِنَ الْمُشْتَرِي رَجَعَ الْأَوَّلُ أَيْضًا، وَيُحْمَلُ مُطْلَقُهُ إِذَا لَمْ يَدْعُ عَلَى الْمُشْتَرِي قَبْلَ إِزَالَةِ مَلِكِهِ مِنْهُ عَلَى أَنَّ الْمَلِكَ سَابِقٌ فَيُطَالَبُ الْبَائِعُ بِالثَّمَنِ، وَعَجِيبٌ أَنْ يَتْرَكَ فِي يَدِهِ نِتَاجَ حَصَلٍ قَبْلَ الْبَيِّنَةِ وَبَعْدَ الشَّرَاءِ، ثُمَّ هُوَ يَرْجِعُ عَلَى الْبَائِعِ وَلَكِنْ أَطْلَقَ الْأَصْحَابُ الْكَلَامَ كَذَلِكَ فَلَا يَبْعُدُ أَنْ يُقَالَ: لَا يَرْجِعُ إِلَّا إِذَا أُدْعِيَ مَلِكٌ سَابِقٌ عَلَى شِرَائِهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: بَيِّنَةُ الْمُدْعَى لَا تُوجِبُ ثُبُوتَ الْمَلِكِ لَهُ، وَلَكِنهَا تُظْهِرُهُ، فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ الْمَلِكُ سَابِقًا عَلَى إِقَامَتِهَا. وَلَكِنْ لَا يُشْتَرَطُ السَّبْقُ بِزَمَانٍ طَوِيلٍ، بَلْ يَكْفِي لِصِدْقِ الشُّهُودِ بِلَحْظَةِ لَطِيفَةٍ، فَلَا يُقَدَّرُ مَا لَا ضَرُورَةَ إِلَيْهِ حَتَّى لَوْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَى مَلِكٍ ذَاتِيَّةً، أَوْ شَجَرَةً، لَمْ يَسْتَحِقَّ النَّتَاجَ، وَالثَّمَرَةَ، الْحَاصِلَتَيْنِ قَبْلَ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ.

وَالثَّمَرَةُ الظَّاهِرَةُ عِنْدَ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ تَبْقَى لِلْمُدْعَى عَلَيْهِ<sup>(٣)</sup>، وَفِي الْحَمْلِ الْمَوْجُودِ عِنْدَهَا وَجِهَانٌ:

أظهرهما: أَنْ الْمُدْعَى يَسْتَحِقُّهُ، وَيَكُونُ تَبَعًا لِلأَمِّ كَمَا فِي الْعُقُودِ.

وَالثَّانِي: الْمَنْعُ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْحَمْلُ لِغَيْرِ مَالِكِ الأَمِّ بِسَبَبِ وَصِيَّةٍ بِالْحَمْلِ<sup>(٤)</sup>.

وَقَضِيَّةٌ هَذَا الْأَصْلُ أَنْ يُقَالَ: مَنْ اشْتَرَى شَيْئًا فَادَّعَاهُ مُدَّعٍ، وَأَخَذَ مِنْهُ بِحُجَّةٍ مُطْلَقَةٍ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى بَائِعِهِ بِالثَّمَنِ، لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ الْمَلِكُ مُنْتَقِلًا مِنْ

(١) فِي ز: آخِرُونَ.

(٢) وَقِيمَتُهُ الْقَطْعُ بِهِ لَكِنْ فِي الْمَسْأَلَةِ وَجِهَانٌ لِابْنِ سَرِيحٍ حَكَاهُمَا الْمُحَامِلِيُّ فِي التَّجْرِيدِ فِي كِتَابِ الْبَيْعِ.

(٤) وَجَعَلَهُ الْمَنْعُ وَجِهًا مَمْنُوعًا وَإِنَّمَا هُوَ اِحْتِمَالٌ أَبْدَاهُ الْإِمَامُ وَالْمَنْقُولُ الْأَوَّلُ مِنْ غَيْرِ خِلَافٍ، وَقَدْ حَكَاهُ الْإِمَامُ عَنْهُمْ.

المُشْتَرِي إلى المُدْعَى، فتكون المُبَايَعَةُ صَحِيحَةً مُصَادِفَةً مَحَلَّهَا، لكن المَشْهُورَ في المَذْهَبِ ثُبُوتُ الرُّجُوعِ إذا انتزَع المَالُ منه بِالْحُجَّةِ المَطْلُوقَةِ، بل لو باع المُشْتَرِي، أو وهب، وانتزَع من المُتَّهَبِ، أو من المُشْتَرِي منه، كان لِلْمُشْتَرِي الأَوَّلِ الرُّجُوعُ أيضاً. وَسَبَبُهُ مَسِيئَةُ الحَاجَةِ إليه في عَهْدَةِ العَقُودِ، وأيضاً فإن الأَضْلَ أن لا مُعَامَلَةٌ بين المُشْتَرِي والمُدْعَى، ولا انتقال منه فَيَسْتَنْدُ المِلْكُ المَشْهُودُ به إلى ما قبل الشَّرَاءِ.

وعن القاضي الحُسَيْنِ إِبْدَاءَ وَجْهِ: أنه لا رُجُوعَ إلا إذا كان المُدْعَى مِلْكاً سَابِقاً، وَقَاءً بِالْأَضْلِ المَذْكَورِ، وَحُمِلَ ما أطلقه الأصحاب عليه. وذكر القاضي أبو سَعْدِ الهَرَوِيُّ: أن الفَقِيهَ أبا نُصْرٍ البَلْخِيَّ من أصحاب الرُّأْيِ، حَكَى عن أصحابنا: أن قِيَامَ البَيِّنَةِ تَقْتَضِيهِ سَبْقَ المِلْكِ حتى يكون النَّتَاجُ لِلْمُدْعَى.

ولما كان الجَمْعُ بين إِبْقَاءِ النَّتَاجِ في ملكه، وبين تَمَكُّنِهِ من الرُّجُوعِ باليمين<sup>(١)</sup> بعيداً تاباه الطَّبَاعُ، دفع تَارَةً بأن قيل: لا رُجُوعَ. وأخرى بأن قيل: لا يَبْقَى النَّتَاجُ له. ويُعْلَمُ لهذا الوجه قوله في الكتاب: «فَتَنَاجُهَا قبل الإِقَامَةِ للمُدْعَى عليه» بالواو.

وكذلك قوله: «وَالثَّمَرَةُ البَادِيَةُ على الشجرة أيضاً» بذلك. وقوله: «وَتُحْمَلُ مَطْلُوقَةً إذا لم يَدْعَ على المُشْتَرِي قبل إِزَالَةِ مِلْكِهِ عنه، على أن المِلْكُ سَابِقٌ»، أشار به إلى أن ظَاهِرَ المَذْهَبِ ثُبُوتُ الرُّجُوعِ، سواء قَيَّدَ المِلْكُ المُدْعَى بما قبل الشَّرَاءِ، أو أَطْلَقَ الدَّعْوَى.

وإنما يَمْتَنِعُ الرُّجُوعُ إذا ادَّعى على المُشْتَرِي أنه نَقَلَ المِلْكُ إليه، وأقام البَيِّنَةَ كذلك. وعلى الوجه الآخر إنما يَثْبُتُ الرُّجُوعُ إذا ادَّعى مِلْكاً سَابِقاً على الشَّرَاءِ، وأقام البَيِّنَةَ عليه.

وقوله: «وَعَجِيبٌ أن يُتْرَكَ في يَدِهِ نَتَاجُ حَصَلَ قبل البَيِّنَةِ، وبعد الشَّرَاءِ، ثم هو يَرْجِعُ على البائع». أراد الاستِيعَادَ الذي بَيَّنَّاهُ. وقد حُكِيَ عن القاضي الحُسَيْنِ: أنه أَكْثَرَ البَحْثِ عنه، وأنه قال: لم أَجِدْ عند أَحَدٍ من الجواب ما يَسْتَحِقُّ أن يُحْكَى؛ إلا أَنِي سَأَلْتُ عنه فَقِيهاً من أصحابِ أَبِي حَنِيفَةَ، إنما يَثْبُتُ الرُّجُوعُ؛ لأن البَائِعَ بالبَيْعِ كأنه ضَمِنَ سَلَامَةَ المَبِيعِ للمُشْتَرِي، وإذا لم يسلم وأخَذَ منه، كان له أن يَرْجِعَ بحكم الضَّمَانِ الذي تَضَمَّنَهُ البَيْعُ.

وقوله: «فلا يَبْعُدُ أن يقال: لا يَرْجِعُ إلا إذا ادَّعى مِلْكاً سابقاً على شرائه». ذَكَرَ هذا الكلامَ ذَكَرَ من هو مُبْتَدِئٌ بالشَّيْءِ، لكنه قد حَكَاهُ في «الوسيط» عن القاضي الحُسَيْنِ. وكذلك الإمام وغيرهما - رحمهما الله -.

(١) في ز: باليمن.

فرع:

المُشْتَرَى من المُشْتَرِي إذا اسْتَحَقَّ المَال في يَدِهِ وَاثْتَرَعَ مِنْهُ وَلَمْ يَظْفَرْ بِبَائِعِهِ، هَلْ لَهُ أَنْ يُطَالِبَ الأَوَّلَ بِالمَنْ؟ فِي فَتَاوَى القَاضِي الحُسَيْنِ أَنَّ الأَصْحَحَ، أَنَّهُ لَا يُطَالِبُهُ، وَيُشْبِهُ ذَلِكَ مَنْ مَاتَ، وَعَلَيْهِ دَيْنٌ، وَادَّعَى وَارِثُهُ دَيْنًا لَهُ عَلَى غَيْرِهِ، وَأَنْكَرَ المُدَّعَى عَلَيْهِ، وَنَكَلَ الوَارِثُ، هَلْ يَخْلِفُ العَرِيْمُ؟

قَالَ العَرَالِيُّ: الثَّالِثُ إِذَا ادَّعَى مِلْكًا مُطْلَقًا فَذَكَرَ الشَّاهِدَ المِلْكَ وَسَبَّهَ لَمْ يَضُرَّ، وَلَكِنْ لَوْ ارَادَ التَّرْجِيحَ بِالسَّبَبِ وَجَبَ إِعَادَةُ البَيِّنَةِ بَعْدَ الدَّعْوَى لِلسَّبَبِ، وَلَوْ ذَكَرَ الشَّاهِدَ سَبِيًّا آخَرَ سِوَى مَا ذَكَرَهُ المُدَّعِي تَنَاقَضَتِ الشَّهَادَةُ وَالدَّعْوَى فَلَا تُسْمَعُ عَلَى أَضْلِ المِلْكَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا ادَّعَى مِلْكًا مُطْلَقًا فَشَهِدَ الشُّهُودَ بِالمِلْكَ، وَذَكَرُوا سَبَبَهُ، لَمْ يَضُرَّ، بِخِلَافِ مَا إِذَا ادَّعَى أَلْفًا، فَشَهِدَ الشُّهُودَ بِأَلْفَيْنِ، حَيْثُ تَرُدُّ شَهَادَتُهُمْ فِي الزِّيَادَةِ عَلَى الأَلْفِ، وَفِي الأَلْفِ [الأخرى]<sup>(١)</sup> اخْتِلافَ مَذْكَورٍ فِي بَابِ الإِقْرَارِ.

وَالفَرْقُ؛ أَنَّ ذِكْرَ سَبَبِ المِلْكَ تَابِعٌ لِلمِلْكَ، وَلَيْسَ مَقْصُودًا فِي نَفْسِهِ، بِخِلَافِ الأَلْفِ مَعَ الأَلْفِ، فَلَوْ ارَادَ المُدَّعِي تَقْدِيمَ بَيِّنَتِهِ بِذِكْرِ السَّبَبِ، بِنَاءً عَلَى أَنَّ ذِكْرَ السَّبَبِ يَفْتَضِي التَّرْجِيحَ، لَمْ يَكْفِ لِلتَّرْجِيحِ تَعَرُّضُهُمْ لِلسَّبَبِ؛ [أولاً]<sup>(٢)</sup> لَوُقُوعِهِ قَبْلَ الدَّعْوَى وَالاِسْتِشْهَادِ، بَلْ يَدْعِي المَلِكُ وَسَبَبِهِ، وَهَمَّ يُعِيدُونَ الشَّهَادَةَ، فَحَيْثُ تَرَجَّحَ بَيِّنَتُهُ.

وَفِيهِ وَجْهٌ: أَنَّهُ لَا حَاجَةَ إِلَى إِعَادَةِ البَيِّنَةِ، وَيَكْفِي أَنْ تَكُونَ الشَّهَادَةُ عَلَى مَا هُوَ المَقْصُودُ، وَاقِعَةً بَعْدَ الدَّعْوَى وَالاِسْتِشْهَادِ.

وَلَوْ ادَّعَى المِلْكَ، وَسَبَّهَ، وَشَهِدَ الشُّهُودَ بِالمِلْكَ، وَلَمْ يَذَكَرُوا السَّبَبَ، قُبِلَتْ شَهَادَتُهُمْ؛ لِأَنَّهُمْ شَهِدُوا بِالمَقْصُودِ. وَلَا تَنَاقُضَ.

وَلَوْ ادَّعَى المِلْكَ، وَسَبَّهَ، وَذَكَرَ الشُّهُودَ سَبِيًّا، سِوَى مَا ذَكَرَهُ. فَالوَجْهُ الصَّحِيحُ، إِطْطَالُ شَهَادَتِهِمْ؛ لِمَا بَيَّنَّهَا وَبَيْنَ الدَّعْوَى مِنَ التَّنَاقُضِ.

وَقِيلَ: تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ عَلَى أَضْلِ المِلْكَ، وَيَلْغُو ذِكْرُ الشُّهُودِ السَّبَبِ.

وَلَوْ شَهِدَ شَاهِدٌ بِأَلْفٍ عَنِ ثَمَنِ مَتَاعٍ، وَشَاهَدَ بِأَلْفٍ عَنِ قَرْضٍ، وَالدَّعْوَى مُطْلَقَةً، فَقَدْ ذَكَرْنَا فِي الإِقْرَارِ؛ أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ بِشَهَادَتِهِمَا شَيْءٌ. وَقِيَاسُ الوَجْهِ الثَّانِي عَلَى ضَعْفِهِ بُبُوثُ الأَلْفِ<sup>(٣)</sup>.

(١) سقط في: ز.

(٢) سقط في: ز.  
(٣) والفرق بين هذه المسألة والتي قبلها أن الإقرار ليس من شرطه تقدم دعوى بخلاف المسألة المتقدمة.



فرع:

دَارٌ فِي يَدِ إِنْسَانٍ، وَقَدْ حَكَمَ لَهُ حَاكِمٌ بِمِلْكِيَّتِهَا، فَجَاءَ خَارِجٌ وَادَّعَى انْتِقَالَ الْمَلِكِ مِنْهُ إِلَيْهِ، وَشَهِدَ الشُّهُودُ عَلَى انْتِقَالِهِ إِلَيْهِ بِسَبَبٍ صَحِيحٍ، وَلَمْ يُبَيِّنُوهُ.

قَالَ الْقَاضِي أَبُو سَعْدٍ: وَقَعَتْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ، فَأَفْتَى فِيهَا فُقَهَاءُ «هَمْدَانَ» بِسَمَاعِ هَذِهِ الْبَيْتَةِ، وَالْحُكْمُ بِهَا لِلْخَارِجِ، كَمَا لَوْ عَيَّنَا السَّبَبَ.

وَرَأَيْتُ فِي فَتَاوَى الْمَاوَرِدِيِّ، وَالْقَاضِي أَبِي الطَّيِّبِ بِحُطْمِهَا كَذَلِكَ، قَالَ: وَمَيَّلِي إِلَى أَنَّهَا لَا تُسْمَعُ، مَا لَمْ يُبَيِّنُوا، وَهُوَ طَرِيقَةُ الْقُقَالِ وَغَيْرِهِ؛ لِأَنَّ سَبَابَ<sup>(١)</sup> الْاِئْتِقَالِ مُخْتَلَفٌ فِيهَا بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ، فَصَارَ كَالشَّهَادَةِ. عَلَى أَنَّ فَلَانًا وَارِثٌ لَا تُقْبَلُ مَا لَمْ يُبَيِّنُوا جِهَةَ الْإِزْثِ. هَذَا تَمَامُ الْكَلَامِ فِي تَعَارُضِ الْبَيْتَيْنِ فِي الْأَمْلاكِ الْمُطْلَقَةِ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: الطَّرْفُ الثَّانِي فِي الْعُقُودِ وَفِيهِ مَسَائِلٌ: الْأُولَى: إِذَا قَالَ: أَكْرَيْتُكَ الْبَيْتَ بِعَشْرَةِ وَقَالَ الْمُكْتَرِي بَلْ أَكْرَيْتُ الدَّارَ بِالْعَشْرَةِ وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ بَيْتَةً فَالْأَصَحُّ أَنْ لَا تَرَجِيحٌ لِأَنَّ هَذِهِ زِيَادَةٌ فِي الْمَشْهُودِ بِهِ، وَكَذَلِكَ لَوْ ادَّعَى أَحَدُهُمَا الْكِرَاءَةَ عَشْرَةَ وَالْآخَرُ عَشْرِينَ فَيَتَعَارَضَانِ وَلَا يَجْرِي إِلَّا قَوْلُ التُّهَاتِرِ أَوْ الْفِرْعَةِ، أَمَّا الْقِسْمَةُ فَلَا يُمَكِّنُ إِذْ الزِّيَادَةُ يَدْحِيهَا أَحَدُهُمَا وَيَنْفِيهَا الْآخَرُ وَلَا يُثْبِتُهَا لِنَفْسِهِ، وَقَوْلُ الْوَقْفِ لَا يُمَكِّنُ إِذْ تَفَوُّتُ الْمَنَافِعِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا قَالَ الْمُكْرِي: أَكْرَيْتُكَ هَذَا الْبَيْتَ مِنَ الدَّارِ شَهْرًا كَذَا بِعَشْرَةِ، وَقَالَ الْمُكْتَرِي: بَلْ أَكْرَيْتُ جَمِيعَ الدَّارِ بِالْعَشْرَةِ. فَهَذَا اخْتِلَافٌ بَيْنَ الْمُتَكَرِّرِينَ فِي قَدْرِ الْمَكْرِي، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيْتَةً، فَيَتَحَالَفَانِ، ثُمَّ يُفْسَخُ الْعَقْدُ، أَوْ يَنْفَسَخُ، عَلَى مَا تَبَيَّنَ فِي بَابِ التَّحَالُفِ، وَعَلَى الْمُكْتَرِي أَجْرَةٌ مِثْلُ مَا سَكَنَ مِنَ الدَّارِ، أَوْ الْبَيْتِ.

وَإِنْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا الْبَيْتَةَ عَلَى مَا يَقُولُهُ دُونَ الْآخَرِ، فَضِيَّ بِالْبَيْتَةِ الْمَقَامَةَ.

وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْبَيْتَةَ، فَقَوْلَانِ، وَيُقَالُ: وَجْهَانِ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ مِنْهُمَا مِنْ تَخْرِيجِ ابْنِ سُرَيْجٍ:

أَحَدُهُمَا: وَيُحْكَى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ بَيْتَةَ الْمُكْتَرِي أَوْلَى؛ لِأَنَّهَا لَاشْتِمَالِهَا عَلَى زِيَادَةِ وَهِيَ أَكْثَرُ جَمِيعِ الدَّارِ. وَاسْتَشْهَدَ لِذَلِكَ بِمَا لَوْ شَهِدَتْ بَيْتَةُ الْبَالِفِ، وَبَيْتَةُ الْبَالِفِينَ، يُثْبِتُ الْأَلْفَانَ.

وَأَصْحَهُمَا: وَهُوَ الْمَنْصُوصُ: أَنَّ الْبَيْتَيْنِ مُتَعَارَضَتَانِ، وَالزِّيَادَةُ الْمَرْجُوحَةُ هِيَ الْمَشْعُورَةُ بِمَزِيدِ عِلْمٍ، وَوُضُوحِ حَالٍ فِي أَحَدِ جَانِبَيْ مَا فِيهِ التَّنَافِي، كَاسْتِنَادِ إِلَى سَبَبِ

(١) فِي ز: إِثْبَاتِ.

وَسَبَقَ وَانْتَقَالَ عَنِ اسْتِصْحَابِ أَصْلٍ، وَالزِّيَادَةُ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ لَيْسَتْ كَذَلِكَ، وَإِنَّمَا هِيَ زِيَادَةٌ فِي الْمَشْهُودِ بِهِ.

وَيُقَارِقُ بَيِّنَةُ الْأَلْفِ وَبَيِّنَةُ الْأَلْفَيْنِ، فَإِنَّمَا لَا يَتَنَافِيَانِ؛ لِأَنَّ الَّتِي تَشْهَدُ بِالْأَلْفِ لَا تَنْفِي الْأَلْفَيْنِ<sup>(١)</sup>. وَهَهُنَا الْعَقْدُ وَاحِدٌ، وَكُلُّ كَيْفِيَةٍ تُنَافِي الْكَيْفِيَةَ الْأُخْرَى، فَيُثَبِتُ التَّعَارُضَ، فَعَلَى هَذَا تُخْرَجُ الْمَسْأَلَةُ عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِي التَّعَارُضِ.

فَإِنْ قُلْنَا بِالتَّهَاتُرِ، سَقَطَتِ الْبَيِّنَتَانِ، وَرَجَعْنَا إِلَى التَّحَالُفِ. وَإِنْ قُلْنَا: بِالاسْتِعْمَالِ، فَيَجِيءُ قَوْلُ الْقُرْعَةِ، وَفِي الْحَلْفِ مَعَهَا مَا مَرَّ فِي مَوْضِعِهِ.

وَعَنْ أَبِي الطَّيِّبِ بْنِ سَلَمَةَ: أَنَّهُ لَا يُفْرَعُ؛ لِأَنَّ الْقُرْعَةَ إِنَّمَا يُصَارُ إِلَيْهَا عِنْدَ تَسَاوِي الْجَانِبَيْنِ، وَلَا تَسَاوَى، بَلْ جَانِبُ الْمُكْرِي أَوْي؛ لِمَلِكِ الرَّقَبَةِ، وَأَمَّا قَوْلُ الْقِسْمَةِ وَالْوَقْفِ، فَالْمَشْهُورُ أَنَّهُمَا لَا يَجِبَانِ.

أَمَّا الْقِسْمَةُ فَلَوْجِهَيْنِ:

أحدهما: أَنَّ التَّرَاعُ هَهُنَا فِي الْعَقْدِ، وَالْعَقْدُ لَا يُصَوَّرُ أَنْ يُقَسَّمْ، بِخِلَافِ الْمَلِكِ.

وَالثَّانِي: وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ: أَنَّ الْقِسْمَةَ إِنَّمَا تَجْرِي، إِذَا ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الشَّيْءَ لِتَقْسِيمِهِ. وَهَهُنَا الزِّيَادَةُ يَدَّعِيهَا أَحَدُهُمَا، وَيَنْفِيهَا الْآخَرُ، وَلَا يُثَبِّتُهَا لِنَفْسِهِ.

وَأَمَّا الْوَقْفُ؛ فَلَوْجِهَيْنِ أَيْضًا:

أحدهما: وَهُوَ الَّذِي ذَكَرَهُ أَكْثَرُهُمْ: أَنَّ الْعُقُودَ [لَا]<sup>(٢)</sup> تَوْقِفُ عَلَى أَضْلَيْتَا، وَالتَّرَاعُ هَهُنَا فِي الْعَقْدِ.

وَالثَّانِي: وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ: أَنَّ الْمَنَافِعَ تُتَوَقَّتُ فِي مُدَّةِ الْوَقْفِ، وَفِي هَذِهِ التَّوَجِيهَاتِ تَرَدَّدٌ.

أَمَّا الْوَجْهُ الْأَوَّلُ فِي الْقِسْمَةِ، فَالْعَقْدُ غَيْرُ مَقْصُودٍ فِي نَفْسِهِ، وَإِنَّمَا الْمَقْصُودُ، الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ، فَجَازَ أَنْ تَرَدَّدَ الْقِسْمَةُ عَلَى مَا فِيهِ التَّنَازُعُ مِنَ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ، كَمَا لَوْ تَنَازَعَا فِي مَلِكٍ، وَذَكَرَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا: أَنَّهُ اشْتَرَاهُ مِنْ فُلَانٍ وَقَتَّ كَذَا، وَأَقَامَا بَيِّنَتَيْنِ.

وَأَمَّا الثَّانِي: فَالْقَوْلُ بِأَنَّ الزِّيَادَةَ يَنْفِيهَا أَحَدُهُمَا، وَلَا يُثَبِّتُهَا لِنَفْسِهِ - مَمْنُوعٌ، بَلْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَدَّعِيهَا. هَذَا بِحَكْمِ الْإِجَارَةِ، وَهَذَا بِحَكْمِ الْمَلِكِ<sup>(٣)</sup> الرَّقَبَةِ، وَانْحِصَارِ الْإِجَارَةِ فِي الْبَيْتِ، فَلَمْ لَا يَكْفِي هَذَا الْقَدْرُ لِلْقِسْمَةِ؟ وَأَمَّا الْوَجْهُ الْأَوَّلُ فِي الْوَقْفِ، فَإِنَّ الْوَقْفَ الَّذِي لَا نَقُولُ بِهِ - هُوَ أَنْ تَتَخَلَّفَ بَعْضُ شُرُوطِ الْعَقْدِ، فَيَحْكَمُ بِانْعِقَادِهِ مَوْقُوفًا إِلَى أَنْ

(١) فِي أ: الْأَلْفِ.

(٢) فِي أ: مَلِكٍ بِحَكْمِ.

(٣) سَقَطَ فِي: ز.

يوجد ذلك الشرط، كإذن المالك في بيع الفضولي، وليس هذا الوقف كذلك، بل معنى الوقف ههنا: أنا نتوقف، ولا نمضي حكماً، إلى أن ينكشف الحال، أو يضطربها. ومثل هذا معهود في أصولنا.

وأما الثاني: فإنما تفوت المنافع لو عطلت، ويمكن أن يقال: إن الزيادة تؤجر، وتوقف الأجرة إلى الانكشاف، والاضطلاح.

وربما تولد من هذه الإشكالات قول نقله الموقف بن طاهر عن رواية الماسرجسي: أنه تجوز القسمة في الملك، والوقف في الأجرة، وإن<sup>(١)</sup> اختلف المتكاريان، والزيادة في جانب المكري. بأن قال: أكريتك كذا بعشرين، وقال المكري: بل أكريتيه بعشرة، فقول التعارض بحاله. وعلى المخكي عن ابن سريج بيته المكري<sup>(٢)</sup> راجحة للزيادة، ويترد<sup>(٣)</sup> ما ذكره فيما إذا اختلف المتبايعان، وأقام كل واحد منهما بيته، وفي إحداهما زيادة. ولو وجدت الزيادة في كل واحد من الجانبين؛ بأن قال المكري: أكريتك هذا البيت بعشرين، وقال المكري: بل جميع الدار بعشرة فلاين سريج ريان<sup>(٤)</sup>:

أحدهما: الرجوع إلى التعارض لتقابل الزياتين.

وأضعفهما: أنه يأخذ بالزيادة الجانبين، فتجعل جميع الدار تُكرى بالعشرين. وهذا خلاف قول المتداعيين والشهود جميعاً.

ثم قال العراقيون، والقاضي الروياني، وغيرهم: هذا كله فيما إذا كانت البيئتان مطلقتين، أو مؤرختين بتاريخ واحد، أو إحداهما مطلقاً، والأخرى مؤرخة.

فأما إذا كانتا مؤرختين بتاريخين مختلفين؛ بأن أقام أحد المتكاريين بيته على أن كذا مكرى سنة<sup>(٥)</sup> من أول رمضان، وأقام آخر بيته على أن كذا مكرى سنة من أول شوال، فأيهما يقدم؟ حكى القاضي أبو سعد فيه قولين:

أحدهما، وهو جواب العراقيين والرويانى؛ أن التي هي أسبق تاريخاً، أولى؛ لأن السابق من العقدین صحيح لا محالة، فإنه إن سبق العقد [على الدار، صح، ولخي العقد الوارد على البيت بعده. وإن سبق العقد على<sup>(٦)</sup> البيت صح، والعقد الوارد على الدار بعده يبطل في البيت، ويخرج في باقي الدار على الخلاف في تفريق الصفقة، فرجح الأولى بذلك.

(١) في أ: فإن.

(٢) في ز: المكري.

(٣) في أ: فيترد.

(٤) في ز: فلاين صريح رايات.

(٥) في ز: بيته.

(٦) سقط في: أ.

والثاني: أن البيئَةَ الأخرى أولى، وقد يُوجَّهُ بأن العَقْدَ الثاني ناسخٌ للأول، وربما تخللتها<sup>(١)</sup> إقالةٌ وعن صاحب «التقريب» وغيره: أن مَوْضِعَ هذين القولين ما إذا لم يَتَّفِقَا على أنه لم يَجْرِ إِلا عَقْدٌ وَاحِدٌ، فَإِن اتَّفَقَا عَلَيْهِ، فَالْبَيْتَانِ مَتَعَارِضَتَانِ أَيْضاً.

ولك أن تقول: وجب أن يُقال: مَوْضِعُ التَّعَارُضِ فِي الْبَيْتَيْنِ الْمُطْلَقَتَيْنِ، وَفِي اللَّتَيْنِ إِحْدَاهُمَا مُطْلَقَةٌ، وَالْأُخْرَى مُؤَرَّخَةٌ أَيْضاً - مَا إِذَا اتَّفَقَا عَلَى أَنَّهُ لَمْ يَجْرِ إِلا عَقْدٌ وَاحِدٌ، فَإِن لَمْ يَتَّفِقَا عَلَيْهِ، فَلَا تَنَافِي بَيْنَ الْبَيْتَيْنِ؛ لِحُجُوزِ أَن يَكُونَ تَأْرِيخُ الْمُطْلَقَتَيْنِ مُخْتَلِفًا. وَأَن يَكُونَ تَأْرِيخُ الْمُطْلَقَةِ غَيْرَ تَأْرِيخِ الْمُؤَرَّخَةِ، وَإِذَا لَمْ يَكُن تَنَافٍ، ثَبِتَ أَكْثَرُ الرِّيَاذَةِ بِالْبَيْئَةِ الزَّائِدَةِ.

وقوله في الكتاب: «فالأصح ألا ترجيح» معلّم بالحاء لما سبق.

وقوله: «وكذلك إذا ادعى أحدهما الكراء<sup>(٢)</sup> بعشرة...» إلى آخره، يعني الأصح في هذه الصورة أيضاً، أنه لا ترجيح، بل يتعارضان في صورتين.

وقوله: «أو القرعة» معلّم بالواو، لما ذكرنا عن ابن سلمة. وأيضاً فالذاهبون إلى القسمة، أو الوقف في صورة التعارض، منهم من يرجع<sup>(٣)</sup> إلى التساقط عند تعددهما لا إلى الفرعة. وقوله: «أما القسمة فلا يمكن».

وقوله: «وقول الوقف لا يمكن» معلّم بالواو، لرواية الماسرجسي.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: الثَّانِيَةُ ادَّعَى رَجُلَانِ دَارًا فِي يَدِ ثَالِثٍ يَزْعُمُ كُلُّ وَاحِدٍ أَنَّهُ اشْتَرَاهَا مِنْهُ، وَوَقَّرَ الثَّمَنَ، فَإِن سَبَقَ تَأْرِيخُ أَحَدِهِمَا قُدِّمَ، وَإِلَّا جَرَتْ الْأَقْوَالُ الْأَرْبَعَةُ، لَكِنْ إِذَا لَمْ يُسَلِّمْ لِأَحَدِهِمَا شَيْءٌ مِنَ الدَّارِ إِذَا بِقِرْعَةٍ أَوْ قِسْمَةٍ رَجَعَ إِلَى الثَّمَنِ إِذْ لَا تَضَادٌ فِي اجْتِمَاعِ الثَّمَنَيْنِ، فَلَوْ قَضَيْنَا بِالْقِسْمَةِ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ خِيَارُ الْفَسْخِ فَإِذَا فُسِّخَ أَحَدُهُمَا رَجَعَ إِلَى الثَّمَنِ وَكَانَ لِلْآخَرِ أَخْذُ جَمِيعِ الدَّارِ، وَفِي الْمَسْأَلَةِ قَوْلُ خَامِسٍ أَنَّهُ يَسْتَعْمَلُ الْبَيْئَةَ فِي فُسْخِ الْعَقْدَيْنِ لِتَعَدُّرِ الْإِمْضَاءِ، فَيَرْجِعَانِ إِلَى الثَّمَنَيْنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: دَارٌ فِي يَدِ رَجُلٍ، جَاءَ اثْنَانِ، ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنِّي اشْتَرَيْتُهَا مِنْ صَاحِبِ الْيَدِ بِكَذَا، وَوَقَّرَ الثَّمَنَ، وَطَالَبَهُ بِتَسْلِيمِ الدَّارِ، فَيَنْظُرُ: إِنْ أَقَرَّ لِأَحَدِهِمَا سَلِّمَتْ الدَّارُ إِلَيْهِ، وَهَلْ لِلْآخَرِ تَخْلِيفَةٌ؟

قال الشيخ أبو الفرج: إن قلنا: إن إئتلاف البائع كافة سماوية، فليس له

(١) في ز: يحلها.

(٢) لي ز: الكذا.

(٣) في ز: رجع.

تَحْلِيفُهُ<sup>(١)</sup>؛ لَأَن قَضِيَّةَ قَوْلِهِ: إِنْ الْبَيْعُ قَدْ انْفَسَخَ بِتَقْوِيَةِ الْبَائِعِ عَلَيْهِ.

وَإِنْ قُلْنَا: [إِنَّه] <sup>(٢)</sup> كِاثِلَافِ الْأَجْنَبِيِّ، وَأَثْبِتْنَا الْخِيَارَ فَاجَازَ، وَأَرَادَ أَنْ يَطْلُبَ مِنَ الْبَائِعِ قِيَمَتَهُ، فَيَبْتِنَى التَّحْلِيفَ عَلَى الْخِلَافِ فِي أَنَّهُ لَوْ أَقْرَأَ لِلثَّانِي بَعْدَ الْإِقْرَارِ الْأَوَّلِ، هَلْ يُعْرَمُ؟ وَقَدْ سَبَقَ نَظِيرُهُ، وَلَا تَمْتَنِعُ دَعْوَى الثَّمَنِ عَلَى الْآخِرِ؛ فَإِنَّهُ كَهَلَالِ الْمَبِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ فِي رُغْبِهِ، وَإِنْ أَنْكَرَ مَا ادَّعَى، وَلَا بَيِّنَةَ، حَلَفَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَمِينًا، وَقُرِّرَتْ الدَّارُ فِي يَدِهِ <sup>(٣)</sup>. وَإِنْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا بَيِّنَةً سُلِّمَتِ الدَّارُ إِلَيْهِ، وَلَيْسَ لِلْآخِرِ تَحْلِيفُهُ، لِتَغْرِيمِ الْعَيْنِ؛ فَإِنَّهُ لَمْ يَفُوتْهَا عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا أُخِذَتْ بِالْبَيِّنَةِ <sup>(٤)</sup> وَلَهُ دَعْوَى الثَّمَنِ.

وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ بَيِّنَةً، نَظَرْنَا، فَإِنْ كَانَا مُؤَرِّخَتَيْنِ بِتَارِيخَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ، قُضِيَ بِأَسْبَقِيَّتِهِمَا تَارِيخًا؛ لِأَنَّهُ إِذَا بَاعَ مِنْ أَحَدِهِمَا، لَمْ يَتَمَكَّنْ مِنَ التَّبَيُّعِ مِنَ الثَّانِي، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ، فَمَا أَنْ يَسْتَمِرَّ صَاحِبُ الْيَدِ عَلَى الْإِنْكَارِ وَالتَّكْذِيبِ، أَوْ يُصَدِّقَ بَعْدَ قِيَامِ الْبَيِّنَتَيْنِ.

أَحَدُهُمَا الْحَالَةَ الْأُولَى: إِذَا اسْتَمَرَ عَلَى التَّكْذِيبِ، فَالْبَيِّنَتَانِ مُتَعَارِضَتَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: بِالتَّهَاتُرِ سَقَطْنَا، وَحَلَفَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنْ بَيِّنَةً، وَهَلْ لِهَذَا اسْتِزَادَ الثَّمَنِ؟... فِيهِ وَجْهَانِ مَثْقُولَانِ فِي «الْإِبَانَةِ»:

أَحَدُهُمَا: لَا؛ لِحُكْمِنَا بِسُقُوطِ الْبَيِّنَتَيْنِ.

وَأَظْهَرُهُمَا: نَعَمْ؛ لِأَن بَيِّنَةَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا شَهِدَتْ بِتَوْفُرِ الثَّمَنِ، وَإِنَّمَا يَسْقُطَانِ فِيمَا فِيهِ التَّعَارُضُ، وَهُوَ رَقَبَةُ الدَّارِ دُونَ الثَّمَنِ، وَهَذَا إِذَا لَمْ تَتَعَرَّضِ الْبَيِّنَةُ لِقَبْضِ الْمَبِيعِ. فَإِنْ فُرِضَ التَّعَرُّضُ لَهُ، فَلَا رُجُوعَ بِالثَّمَنِ؛ إِذِ الْعَقْدُ قَدْ اسْتَقَرَّ بِالْقَبْضِ، وَلَيْسَ عَلَى الْبَائِعِ عَهْدَةٌ مَا يَحْدُثُ بَعْدَهُ.

وَإِنْ قُلْنَا: بِالِاسْتِعْمَالِ، فَالْأَشْهَرُ، أَنَّهُ لَا يَجِيءُ قَوْلُ الْوَقْفِ، بِنَاءٍ عَلَى أَنْ التَّرَاغُ فِي الْعَقْدِ وَالْعُقُودِ لَا تَوْقِفُ.

(١) قضيته ترجيح منع التحليف وتزداد على قول الروياني: ليس لنا موضع يقر لأحد المدعين ولا يحلف للآخر إلا في مسألة العتق وقال الماوردي: إن صدق أحدهما وكذب الآخر كانت العين المبيعة للمصدق. فإن طلب المذكور إحلاف البائع نظر إن كان قد سبق بالدعوى فله إحلافه لأنه استحق اليمين بإنكاره قبل دعوى المصدق وإن ادعى بعد تصديق الآخر فلا يمين عليه إلا على تخريج يذكره فإن عاد البائع فصدق الثاني بعد تصديقه الأول بالمبيع الأول ليقدم إقراره له.

(٢) سقط في: أ.

(٣) قضية سكوتة عن الثمن أنه لا يغرمه، وفي البيان هل لهما استرداد الثمن وجهان حكاهما المسعودي أحدهما نعم لاتفاق البيتين على أنه يسلمه والثاني المنع لأننا قد حكمنا بتساقطهما.

(٤) في ز: البينة.

وَالْأَوْجَهُ، وهو المذكور في الكتاب مَجِيئُهُ لَأَنَا لَا نُوقِفُ نَفْسَ الْعَقْدِ، وإنما نحن نَتَوَقَّفُ؛ لِيُنْكَشِفَ الْحَالُ عَلَى مَا مَرَّ. وعلى هذا تُتَرَعُّ الدَّارُ مِنْهُ.

قال الإمام: وكذا الثَّمَانِ، وَيُوقَفُ الكَل.

وإن قُلْنَا: بِالْقُرْعَةِ، فمن خرجت له الْقُرْعَةُ تُسَلَّمُ إِلَيْهِ الدَّارُ بِالثَّمَنِ الذي سَمَّاهُ، وَالْآخَرَ يَسْتَرِدُّ الثَّمَنَ الذي أَدَّاهُ. وإن قلنا: بِالْقِسْمَةِ، فلكل واحدٍ منهما نِصْفُ الدَّارِ بنِصْفِ الثَّمَنِ الذي سماه، ولكل واحدٍ منهما خِيَارُ الْفَسْخِ؛ لأنه لم يُسَلَّمْ له جَمِيعُ ما اشْتَرَاهُ، فَإِنْ فَسَخَا جَمِيعاً، اسْتَرَدَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا جَمِيعَ الثَّمَنِ الْمَشْهُودِ بِهِ.

وإن أجازا [جميعاً]<sup>(١)</sup> اسْتَرَدَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَ الثَّمَنِ الْمَشْهُودِ بِهِ؛ بِنَاءِ عَلَى الصَّحِيحِ. وهو أن الإِجَازَةَ بِالْقِسْطِ، لا بِجَمِيعِ الثَّمَنِ.

ويجوز أن يُجِيزَ أَحَدُهُمَا، وَيُفَسِّخَ الْآخَرَ، وَيَسْتَرَدَّ جَمِيعَ الثَّمَنِ، ثم إن سَبَبَتْ الإِجَازَةُ الْفَسْخَ، رَجَعَ الْمُجِيزُ بِنِصْفِ الثَّمَنِ، ولم يكن له أن يَأْخُذَ النُّصْفَ الْمَرْدُودَ، ويضمه إلى ما عنده؛ لأنه حين أجازَ، رَضِيَ بِالنِّصْفِ.

وإن سَبَقَ الْفَسْخُ الإِجَازَةَ، فهل لِلْمُجِيزِ أَخْذَ الْجَمِيعِ؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لَأَنَا تَتَكَلَّمُ عَلَى قَوْلِ الْقِسْمَةِ، [ولا يَأْخُذُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِلَّا مَا تَقْتَضِيهِ الْقِسْمَةُ]<sup>(٢)</sup>، وَالْمَرْدُودُ يَعودُ إِلَى الْبَائِعِ.

وأظهرهما: وبه أجاب العِراقِيُّونَ: له ذلك؛ لأن بَيِّنَتَهُ قد قَامَتْ عَلَى الكُلِّ، وإنما لم يَأْخُذَ الكُلَّ لِمُرَاحَمَةِ الْآخَرَ، فإذا انْتَفَت<sup>(٣)</sup> زحمته أَخْذَ، وليس كَالصُّورَةِ السَّابِقَةِ؛ فإنه قَنَعَ هناك بِالنُّصْفِ، وانفصل أمره<sup>(٤)</sup>.

وبالقول الآخر وهو الْقِسْمَةُ، أجاب الشَّافِعِيُّ - رضي الله عنه - في هذه المسألة، وَرَوَى الرَّبِيعُ قَوْلًا آخَرَ في المسألة: وهو أن الْبَيْعَيْنِ مَفْسُوخَانِ ويرجع إلى قول المدعى عليه، فيقضي [بموجب قوله]<sup>(٥)</sup> وَاْمْتَنَعَ جَمَاعَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ مِنْ إِيْتَابِهِ قَوْلًا لِلشَّافِعِيِّ - رضي الله عنه -، منهم من خَطَّأَهُ، ومنهم من قال: هو من كيسه وتخريجه.

الحالة الثانية: إذا صَدَّقَ صَاحِبُ الْبَيْدِ أَحَدَ الْمُتَدَاعِيَيْنِ وشهوده، فعلى قول التَّهَاتُرِ، تُسَلَّمُ الدَّارُ إِلَى الْمُصَدِّقِ، وهو كما لو لم تكن بَيِّنَتُهُ، وأقر لأحدهما.

وإن قلنا: بِالِاسْتِغْمَالِ، فوجهان - قال ابن سُرَيْجٍ يقدم من صدقه البائع؛ لأن الدَّارَ

(٢) سقط في: أ.

(٤) في ز: أجره.

(١) سقط في: أ.

(٣) في ز: انقطعت.

(٥) سقط في: أ.

في يده، فمن صدقه كأنه نقل إليه يده، فتنجيم البيّنة واليد. والأصح المنع؛ لأنّفاق البيّتين على إسقاط يده، وانتراع المال منه بأنفاق الأقوال.

واليد المزالة لا تقتضي ترجيحاً، فعلى هذا الحكم كما لو لم يصدق واحد [منهما] <sup>(١)</sup> وقدماه، ثم اعرف شيئين:

أحدهما: أن الأصحاب لم يفرقوا فيما إذا لم تكن البيّتان مؤرختين بتاريخين مختلفين وبين أن يكونا مطلقتين، أو مؤرختين بتاريخ واحد، أو إحداهما مطلقة، والأخرى مؤرخة، بل صرّحوا بالتشوية. إلا أن أبا الفرج لزاز استدرك فقال: هذا إذا لم تقدم البيّنة المؤرخة على المطلقة، فإن قدمناها، قضينا لصاحب البيّنة المؤرخة، ولا تجيء الأقوال <sup>(٢)</sup>.

والثاني: خصصوا الوجهين في أن تضديق صاحب اليد، هل يقتضي الترجيح؟ بما إذا فرغنا على قول استعمال البيّتين.

وأما على قول التهاثر، فلم يفرقوا بين أن يصدق، أو لا يصدق. كما حكينا، ولكن قياس جعل التصديق مرجحاً، أن يقال: يترجح <sup>(٣)</sup> جانب من صدقه، وليست حاله التضديق موضع خلاف التهاثر والاستعمال، كاليد وسائر ما يوجب الترجيح.

ولنعذ إلى لفظ الكتاب قوله: «إذا ادعى رجلان داراً... إلى آخره، وليس في التصوير ذكر إقامة كل واحد منهما البيّنة على ما ادعاه، فلا بد من تقديره <sup>(٤)</sup>. وقوله: «وإذا جرت الأقوال الأربعة»، يريد بها التساقط، والوقف، والقرعة، والقسمة. وليعلم بالواو لما حكينا في الوقف. أيضاً فعن الشيخ أبي محمد أن قول القرعة، لا يجري، إلا إذا تحققتا صدق أحدهما، وكذب الآخر؛ بأن أرخا بتاريخ واحد.

فأما إذا احتمل أن يكونا صادقين، فإن أطلقا، أو أطلق أحدهما، وأرخ الآخر، فإنه لا يجري.

وأيضاً فقد ذكرنا في أول ركن البيّنة طرقات في موضع الأقوال؛ منها ما ينفي <sup>(٥)</sup> اجتماع الأقوال الأربعة ههنا وقوله: «فإذا فسخ <sup>(٦)</sup> أحدهما رجع إلى الثمن، وكان الآخر، أخذ جميع الدار»، المراد منه ما إذا تقدم الفسخ.

(١) سقط في: أ.

(٢) وقد نازع بعضهم في هذا الاستدراك من جهة أن القول بتقديم المؤرخة على المطلقة علته أن الإطلاق في الوقت والملك ونحوهما.

(٣) في ز: بترجيح.

(٤) في أ: تقريره.

(٥) في ز: انفسخ.

(٦) في ز: يبقى.

وقوله: «أخذ جميع الدار» معلّم بالواو؛ للوجه الذي ذكرناه.

وقوله: «في المسألة قول خامس»، معلّم بالواو؛ لما عرفت أن من الأصحاب من لم يُثبته. ولفظ الكتاب في حكاية هذا القول مُصرّح بِفَسْخِ الْعَقْدَيْنِ، لكن الأثبت من رواية هذا القول، بطلانُ العقدَيْنِ، لا إنشاء الفسخ.

قال الفارسي في «عيون المسائل»: قال الربيع في موضع آخر: إن البيع فاسدٌ، وهو أولى. فأطلق لفظ الفساد، وهو الذي آزاد من نقله؛ أنه مفسوخ. والشافعي - رضي الله عنه - كثيراً ما يطلق لفظ المفسوخ، ويريد به الباطل.

فرع:

عن الشيخ أبي عاصم: أنه لو تعرّضت إحدى البيتين لكون الدار ملكاً للبائع وقت البيع، أو لكونها ملكاً للمشتري اليوم، كانت مقدّمة، وإن لم يذكر تاريخاً، وأنه لو كانت في إحدى البيتين ذكر نقد الثمن دون الأخرى، كانت مقدّمة على الأخرى، سواء كانت سابقة، أو مسبقة<sup>(١)</sup>؛ لأن التي تتعرض لنقد الثمن تُوجب التسليم، والأخرى لا تُوجبه؛ ليقاء حقّ الحبس للبائع، فلا تكفي المطالبة بالتسليم.

فرع:

دار في يد إنسان جاء اثنان يدعيانها، قال أحدهما: اشتريتها من زيد، وهو يملكها. وقال الآخر: اشتريتها من عمرو، وهو يملكها، [وكان] أو نسيباً معاً الشراء إلى شخص واحد، وأقام كل واحد بيته على ما يقوله، فهما متعارضتان، فإن قلنا: بالتساقط، فكانه لا بيته، ويحلف صاحب اليد لكل واحد يميناً.

وإن قلنا: بالاستعمال، ففي مجيء قول الوقف الخلاف الذي سبق، ويجيء قولاً الفرعية، والقسمة، والتفريع كما سبق، إلا أنّ على قول القسمة إذا اختار أحدهما فسح العقد، والآخر إجازته. لم يكن للمجيز أخذ النصف الآخر [سواء]<sup>(٢)</sup> تقدم الفسخ، أو تقدّمت الإجازة، إذا ادعى الشراء من شخصين؛ لأن المرؤود يعود إلى غير من يدعي المجيز الشراء منه؛ فكيف يأخذه.

وحيث قلنا بثبوت الخيار على قول القسمة، فذلك إذا لم تتعرض البيته لقبض المبيع، ولا اعترف به المدعي، وإلا فإذا جرى القبض، استقرّ العقد، وما يحدث

(١) وهذا جزم به الماوردي أيضاً فقال: وإن كانت الشهادة تملكه من إحدى البيتين حكم بالبيع لمن شهدت بيته بالبيع والملك تعارضتا.

(٢) سقط في: ز.



بعده، فليس على البائع عُهْدَتُهُ<sup>(١)</sup>، وإنما شَرَطْنَا في صُورَةِ الْفَرْعِ أن يقول كل واحد منهما وهو يَمْلِكُهَا؛ لأن من ادَّعَى مَالاً في يَدِ إِنْسَانٍ، وقال: اشْتَرَيْتُهُ من فلان، لم تُسْمَعْ دَعْوَاهُ حتى يقول [اشتريته منه]<sup>(٢)</sup> وهو يملكه، ويقوم مقامه، أن يقول: وَتَسَلَّمْتُهُ منه، أو سَلَّمَهُ إِلَيَّ؛ لأن الظاهر أنه إنما يَتَصَرَّفُ بالتسليم فيما يَمْلِكُ.

وفي دَعْوَى الشراء من صَاحِبِ الْيَدِ لا يحتاج أن يقول: وأنت تملكه، ويكتفي بأن اليد تَدُلُّ على المِلْكِ<sup>(٣)</sup>، وكذلك يشترط<sup>(٤)</sup> أن يقول الشَّاهِدُ [في الشهادة]<sup>(٥)</sup>: اشْتَرَاهُ من فلان، وهو يَمْلِكُهَا، أو اشْتَرَاهُ، وَتَسَلَّمْتُهُ منه، أو سَلَّمَهُ هو إليه.

قال الإمام: ويجوز أن يُقِيمَ شُهوداً على أنه اشْتَرَى من فلان، وآخرين على أن فلاناً كان يَمْلِكُهَا، إلى أن باعَ منه، لكن الآخرين إنْ شهدوا هكذا، فقد شهدوا على البيع والمِلْكِ. وكان المراد، ما إذا أقام شُهوداً على أنه اشْتَرَى منه وَقَتَ كذا، وآخرين على أنه كان يَمْلِكُهَا إلى وَقْتِ كذا.

وإذا أقام أحد المدعيين<sup>(٦)</sup> بَيِّنَةً أنه اشْتَرَى الدَّارَ من فلان، وكان يَمْلِكُهَا، وأقام الآخرُ البَيِّنَةَ على أنه اشْتَرَاهَا من مُقِيمِ البَيِّنَةِ الأولى، يُحْكَمُ بيئته<sup>(٧)</sup> الثاني، ولا يحتاج أن يقول المقيم البَيِّنَةَ وأنت تَمْلِكُهَا. كما لا يحتاج أن يقول لِصَاحِبِ الْيَدِ؛ لأن البَيِّنَةَ تَدُلُّ على المِلْكِ، كما أن اليد تَدُلُّ عليه.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: الثَّالِثَةُ: أَنْ يَدَّعِي كُلُّ وَاحِدٍ عَلَيْهِ الْفَأْ مِنْ فَمَنْ دَارٍ فِي يَدِهِ، فَالصَّحِيحُ (و) أَنْ لَا تَعَارُضَ وَيَثْبُتَ لِكُلِّ وَاحِدٍ فِي ذِمَّتِهِ، إِلَّا إِذَا عَيَّنَّا وَقْتًا يَسْتَحِيلُ فِيهِ تَقْدِيرُ عَقْدَيْنِ مُتَعاقِبَيْنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: هذه الْمَسْأَلَةُ غير الثانية؛ هناك ادَّعَى اثْنَانِ شِرَاءَ ما في يَدِهِ منه، وكل يطالب به ههنا ادَّعَى اثْنَانِ بَيْعَ ما في يَدِهِ منه، وكُلُّ<sup>(٨)</sup> يُطَالِبُهُ بِالثَّمَنِ؛ وصورتهَا دَارٌ فِي

(١) وصور في البيان المسألة بما إذا ادعى أحدهما أنه نقذ الثمن ولم يسلم الدار إليه والآخر نقده الثمن ولم يسلمها.

(٢) سقط في: ز.

(٣) هذا الذي جزم به هو المشهور وقال البغوي في فتاويه: إنه ظاهر النص فلو قال: اشتراه من فلان لم يسمع قال: ويحتمل ألا تشترط هذه اللفظة؛ لأنه قد يشتريه من فلان شراء صحيحاً، ولا يكون البائع مالكاً له بل وكيلاً بالبيع.

(٤) في أ: شرط.

(٥) سقط في: أ.

(٦) في أ: المتداعيين.

(٧) في ز: بيته.

(٨) سقط في: أ.

يَدِ إِنْسَانٍ، جَاءَ اثْنَانِ، فَقَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا: بَعْتُ مِنْكَ هَذِهِ الدَّارَ، وَكَانَتْ مِلْكِي بِكَذَا، فَادَّعَى التَّمَنَ. فَإِنْ أَقَرَّ لَهَا، طُولِبَ بِالتَّمَنَيْنِ.

وإن أَقَرَّ لأحدهما، طُولِبَ بالتَّمَنِ الذي سَمَّاهُ، وَحَلَفَ الآخَرُ<sup>(١)</sup>. وإن أنكر ما ادَّعِيَاهُ، ولا بَيِّنَةٌ، حلف لهما يَمِينَتَيْنِ. وإن أَقَامَ أحدهما البَيِّنَةَ، قُضِيَ لَه، وَحَلَفَ للآخَرِ. وإن أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا البَيِّنَةَ، فَيُنْظَرُ إن أَرُخَّتَا بِتَارِيخَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ، فعليه التَّمَنَانِ؛ لِإِمْكَانِ اجْتِمَاعِهِمَا.

وإن أَرُخَّتَا بِتَارِيخٍ وَاحِدٍ، بَانَ عَيْنًا أَوَّلَ الطُّلُوعِ، أَو الزَّوَالِ، فهما مُتَعَارِضَتَانِ؛ لِامْتِنَاعِ كَوْنِ الشَّيْءِ الْوَاحِدِ مِلْكًا فِي وَقْتٍ وَاحِدٍ، لِهَذَا وَحَدِهِ، وَلِهَذَا وَحَدِهِ، فعلى قول التَّهَاتُرِ كَأَنَّهُ لَا بَيِّنَةٌ. وعلى قول القُرْعَةِ، يُقْرَعُ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَه القُرْعَةُ، قُضِيَ لَه بِالتَّمَنِ الذي شَهِدَ بِهِ شَهِودُهُ، وللآخَرِ تَحْلِيلُهُ لَا مَحَالَةَ؛ لِأَنَّهُ لَوْ اعْتَرَفَ بِهِ بَعْدَ ذَلِكَ، لَزِمَهُ.

وعلى قول القِسْمَةِ لكل واحد منهما نِصْفُ التَّمَنِ الذي سَمَّاهُ، وكان الدَّارَ كانت لهما، فَبَاعَاهُ بِتَمَنَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ، أَو مُتَّفِقَيْنِ. وفي مجيء قول الوقف الخِلافُ السَّابِقُ، والظاهر مَجِيئُهُ. وإن كانت البَيِّنَتَانِ مُطْلَقَتَيْنِ، أَو إِحْدَاهُمَا مُطْلَقَةٌ، وَالْأُخْرَى مُؤَرَّخَةٌ، فوجهان:

أصحهما: عند صاحب الكتاب والإمام: أنهما كالمؤرَّختين بتاريخين مختلفين، ويلزمه<sup>(٢)</sup> التَّمَنَانِ؛ لِأَنَّ التَّنَافِيَّ غَيْرَ مَعْلُومٍ، وَالْعَمَلُ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ البَيِّنَتَيْنِ مُمَكِّنٌ.

والثاني: أنهما كالمؤرَّختين بتاريخ واحد؛ لأنهما زَيَّمَا شَهِدَا<sup>(٣)</sup> [على<sup>(٤)</sup>] البيع في وَقْتٍ وَاحِدٍ، والأصلُ بَرَاءَةُ ذِمَّةِ المُشْتَرِي، فلا يُؤَاخَذُ إِلَّا بِالْبَيِّنِ.

قال القاضي ابنُ كَيْجٍ: وبهذا قال القاضي أبو حامد، وأبو الحسين وغيرهما، وَوَجَّهَهُ أَيْضًا: بَانَ المدعيين مُتَّفِقَانِ [على أنه<sup>(٥)</sup>] لم يَجْرِ إِلَّا بَيِّعَةٌ وَاحِدَةٌ مِنْهُمَا، وَكُلُّ مِنْهُمَا يَقُولُ: أَنَا صَاحِبُهَا. فعلى هذا يَعُودُ خِلافُ التَّعَارُضِ. وحكى الشيخ أبو حاتم الفزويني طَرِيقَةً أُخْرَى قَاطِعَةً بِالْوَجْهِ الْأَوَّلِ؛ وَذَكَرَ هُوَ، وَأَبُو الْفَيْضِ: إن مِنَ الْأَصْحَابِ

(١) ما جزم به من أنه يحلف للآخر فيما إذا أقر لأحدهما لا خلاف فيه في المذهب، وذلك لأنه لم يتعلق بما أقر له به حق لغيره ومقتضى ذلك أنه لو كان التمن الذي يدعيانه معيناً أنه لا يقطع التحليف وهو كذلك، والقياس فيه أن يجيء فيه ما تقدم فيما إذا قال كل واحد منهما اشتريتها من صاحب اليد وسلمت إليه التمن.

(٢) في أ: ويلزمهما.

(٣) سقط في: أ.

(٤) سقط في: أ.

(٥) سقط في: ز.

مَنْ قَالَ: إِنْ شَهِدْتَ الْبَيْتَانِ عَلَى الْإِقْبَاضِ مَعَ الْبَيْعِ، وَجِبَ الثَّمَانِ لَا مَحَالَةَ.

ولو قامت البيتان على إقرار المدعى عليه بما ادّعى، فالأظهر أن الحكم كما لو قامتا على البيعين نفسيهما. فينظر أقامتا على الإقرار مطلقاً، أو على الإقرار بالشراء من زيد في وقت، ومن عمرو كذلك؟ وقيل يجب الثمان، وإن كانت الشهادة على الإقرارين مطلقاً، بخلاف الشهادة على البيعين مطلقاً؛ لأن الشهادة على الإقرار [مطلقاً] قد يثبت بها ما لا يثبت بالشهادة على نفس المقرّ به، ألا ترى أنه لو قامت بيّنة على إقراره بالعصب من زيد، وأخرى على إقراره بالعصب من عمرو يلزمه قيمتان؟ ولو قامتا على نفس العصب من زيد، والعصب من عمرو كانتا متعارضتين<sup>(١)</sup>؟ فإذا استعملتا، لم يجب إلا قيمة واحدة.

وقوله في الكتاب: «فالصحيح ألا تعارض...» إلى قوله: «يستحيل فيه تقدير عقدين متعاقبين». أشار إلى أن التعاقب الملزّم للثمنين، يقتصر إلى زمان يفرض فيه العقد الأول، ثم الانتقال من المشتري إلى البائع الثاني، ثم العقد الثاني، فإذا عين الشهود وقتاً، لا يتأتى فيه ذلك. لم يتصور لزوم الثمنين، وحصل التناقض، وفيما عدا ذلك حكم يلزم الثمنين. [ويدخل فيه ما إذا أرختا بتاريخين ولا خلاف في لزوم الثمنين]<sup>(٢)</sup> فيه، وما إذا أطلقت إحدهما، وأرخت الأخرى، وفيه الخلاف الذي سبق.

قال الإمام: ولو شهد شاهدين على أنه باع من فلان ساعة كذا، وشهد آخران على أنه في تلك الحالة كان ساكناً، أو شهد اثنان على أنه قتل فلاناً ساعة كذا، وشهد آخر على أنه كان [ساكناً]<sup>(٣)</sup> في تلك الساعة، لا يتحرك، ولا يعمل شيئاً، ففي قبول الشهادة الثانية خلاف للأصحاب؛ لأنها شهادة على الثفي وإنما تقبل الشهادة على الثفي في المضايق، وأحوال الضرورات، فإن سمعناه فيتصف<sup>(٤)</sup> التعارض بهذا الطريق أيضاً.

فرعان:

أحدهما: ذكر الأكثرون في صورة المسألة: أن يقول كل واحد منهما: بعث منك كذا، وهو ملكي. وكذلك لفظ الشافعي - رضي الله عنه - في «المختصر»، وهو موافق لما مر؛ أنه إذا ادعى الشراء عن صاحب اليد، يقول: اشتريته منه، وهو ملكي<sup>(٥)</sup>. وفي «تنمة الجامع الصغير» لأبي الفياض، أنه لا فرق بين أن يقول كل واحد: [و] هو ملكي، أو لا يقول.

(٢) سقط في: أ.

(٤) في ز: متصور.

(٦) سقط في: أ.

(١) في أ: متعارضين.

(٣) سقط في: أ.

(٥) في أ: ملكه.

والثاني: إذا قلنا بالقِسْمَةِ عند تَعَارُضِ الْبَيْتَيْنِ فِي الْمَسْأَلَةِ فقسّم الثمن، لم يكن لصاحب اليد الْخِيَارُ؛ لأنه يَحْضُلُ لَهُ تَمَامُ الْبَيْعِ، وَلَا عَرَضُ لَهُ فِي عَيْنِ (١) الْبَائِعِ. وعن أَبِي الْحُسَيْنِ بْنِ الْقَطَّانِ ثُبُوتُهُ؛ لأنه قد يَرْضَى بِمُعَامَلَةٍ وَاحِدٍ، وَلَا يَرْضَى بِمُعَامَلَةٍ اثْنَيْنِ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الرَّابِعَةُ: أَدْعَى عَبْدٌ أَنْ مَوْلَاهُ أَعْتَقَهُ وَأَدْعَى آخَرُ أَنْ مَوْلَاهُ بَاعَهُ مِنْهُ فَالْبَيْتَانِ مُتَعَارِضَتَانِ وَلَا يَقْدَمُ (ز) جَانِبُ الْعَبْدِ بِتَقْدِيرِ أَنَّهُ فِي يَدِ نَفْسِهِ، وَعَلَى قَوْلِ الْقِسْمَةِ يُعْتَقُ نِصْفُ الْعَبْدِ وَلَا يَسْرِي (و) لِأَنَّهُ مَحْكُومٌ بِهِ قَهْرًا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: عَبْدٌ فِي يَدِ رَجُلٍ؛ ادعى أن مَوْلَاهُ أَعْتَقَهُ، وَأَدْعَى آخَرُ أَنَّهُ بَاعَهُ مِنْهُ بِكَذَا، وَأَنْكَرَ صَاحِبُ الْيَدِ مَا ادعاه (٢)، وَلَا بَيِّنَةٌ، حَلَفَ لَهَا يَمِينَيْنِ، وَإِنْ أَقْرَبَ بِالْعِتْقِ، ثَبَّتَ الْعِتْقُ، وَلَمْ يَكُنْ لِلْمَشْتَرِي تَحْلِيفُهُ، إِنْ قُلْنَا: إِنْ إِتْلَافَ الْبَائِعِ كَالْآفَةِ السَّمَاءِيَّةِ؛ لِأَنَّهُ بِالْإِفْرَارِ بِالْعِتْقِ مُثَلَّفٌ قَبْلَ الْقَبْضِ، فَيَنْفَسِخُ الْبَيْعُ.

نعم لو ادعى تَسْلِيمَ الثَّمَنِ، حَلَفَهُ لَهُ.

وَإِنْ أَقْرَبَ بِالْبَيْعِ قُضِيَ بِهِ، وَلَمْ يَكُنْ لِلْعَبْدِ تَحْلِيفُهُ؛ لِأَنَّهُ وَإِنْ اعْتَرَفَ بِهِ، لَمْ يَقْبَلْ، وَلَمْ يَلْزِمَهُ عَزْمٌ. قَالَ الْقَاضِي الرَّوْيَانِيُّ: وَلَا يَوْجَدُ مَوْضِعٌ يَقْرَأُ لِأَحَدِ الْمُدْعِيَيْنِ، وَلَا يَخْلِفُ لِلْآخَرِ قَوْلًا وَاحِدًا، إِلَّا هَذَا (٣).

وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً، نُظِرَ؛ إِنْ أَرُخْنَا بِتَارِيخَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ، قُضِيَ بِأَسْبَقِيهِمَا تَارِيخًا. وَإِنْ أَرُخْنَا بِتَارِيخٍ وَاحِدٍ، فَهِيَ مُتَعَارِضَتَانِ، وَفِيهِمَا الْقَوْلَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: بِالتَّهَاتُرِ، فَالْحُكْمُ كَمَا لَوْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ. وَإِنْ قُلْنَا: بِالِاسْتِعْمَالِ، فَفِي مَجِيءِ قَوْلِ الْوَقْفِ الْخِلَافُ السَّابِقُ. وَإِنْ قُلْنَا: بِالْقُرْعَةِ، قُضِيَ لِمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ.

وَعَنْ ابْنِ سُرَيْجٍ أَنَّهُ يَقْوَى فِي هَذِهِ الصُّورَةِ قَوْلُ الْقُرْعَةِ؛ لِاسْتِمَالِ الْخُصُومَةِ عَلَى دَعْوَى الْعِتْقِ. وَإِنْ قُلْنَا: بِالْقِسْمَةِ، عُتِقَ نِصْفُ الْعَبْدِ، وَنِصْفُهُ لِمُدْعِي الشَّرَاءِ بِنِصْفِ الثَّمَنِ. وَهُوَ الْخِيَارُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَسْلَمْ لَهُ جَمِيعُ مَا اشْتَرَاهُ. فَإِنْ فَسَخَ، فَالْمَشْهُورُ أَنَّهُ يَعْتَقُ النِّصْفَ الْآخَرَ أَيْضًا؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ قَامَتْ عَلَى أَنَّهُ اعْتَقَ الْجَمِيعَ.

وَإِنَّمَا لَمْ يُحْكَمْ بِمَوْجِبِهَا لِزُخْمَةِ مُدْعِي الشَّرَاءِ، فَإِذَا انْقَطَعَتْ رَحْمَتُهُ، حُكِمَ بِهِ.

(١) فِي ز: غَيْرِ. (٢) فِي ز: ادعاه.

(٣) مَا جُزِمَ بِهِ مِنْ أَنَّهُ لَيْسَ لِلْعَبْدِ تَحْلِيفُهُ مَوْضِعُهُ فِيمَا إِذَا أَقْرَبَ بِالْبَيْعِ وَلَا يَشْتَرِطُ إِلَّا يَكُونُ هُنَاكَ خِيَارٌ لِلْبَائِعِ يَنْفَذُ فِيهِ إِشْءَ عَقْدِهِ، فَإِنْ كَانَ لِلْمَقْرَبِ خِيَارٌ فَلِلْعَبْدِ أَنْ يَحْلِفَهُ جُزْمًا؛ لِأَنَّهُ لَوْ أَقْرَبَ بِالْعِتْقِ لَقَبِلَ، وَقَدْ ذَكَرَ الرَّافِعِيُّ فِي بَابِ الْغَضَبِ مَا يَقْتَضِيهِ ثُمَّ هُوَ مَفْرَعٌ عَلَى أَمْرَيْنِ: أَحَدُهُمَا: عَلَى الْمَذْهَبِ فِي أَنَّ مَنْ بَاعَ عَبْدًا ثُمَّ اعْتَرَفَ بِعَقْدِهِ لَا يَقْبَلُ حَيْثُ كَانَ اعْتِرَافُهُ فِي زَمَنِ الزُّرْمِ.

وفيه وَجْهٌ آخَرُ، أنه لا يعتق؛ لأن قَضِيَّةَ الْقِسْمَةِ افْتِصَارُ الْعِتْقِ عَلَى النِّصْفِ.

وإيراد «التهديب» يُشْعِرُ بِتَرْجِيحِ هَذَا الْوَجْهِ وَإِنْ أَجَازَ مُدْعَى الشَّرَاءِ، فَإِنْ كَانَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ مُغْسِرًا، لَمْ يَسِرِ الْعِتْقُ إِلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ مُوسِرًا فَقَوْلَانِ؛ أَوْ وَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّ الْجَوَابَ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ عِتْقٌ مَحْكُومٌ بِهِ قَهْرًا، كَمَا إِذَا وَرَثَ بَعْضُ قَرِيْبِهِ (١) يُعْتَقُ عَلَيْهِ، وَلَا يَسْرِي.

والثاني: لقيام البيّنة على أنه أعتق باختياره. والأوّل هو المذكور في الكتاب.

والثاني - أصحُّ عند القاضي الروياني. ونقل أبو الفيّاض وغيره وجهاً؛ أن قول القسمة لا يجري ههنا تحزراً من تبويض العتق.

وقال المزني: القياس عندي، تقديم بيّنة العتق؛ لأن العبد في يد نفسه، وبيّنة صاحب اليد مقدّمة، وخرج هذا قولاً للشافعي - رضي الله عنه -.

لكن الأصحاب ضَعَفُوهُ، وامتنعوا من إثباته قولاً، وقالوا: إنما يكون في يد نفسه، أن لو ثبتت حرّيته، والكلام فيه؛ لأنه لو كان في يد نفسه، لكانت الدعوى عليه على السيد، ولو كانت البيّتان مطلقتان، أو إحداهما مطلقة، والأخرى مؤرّخة. فالحكم كما لو أرّختا بتاريخ واحد.

وحكى الإمام طريقة قاطعة؛ بأنه لا يجري قول التّهاتر؛ لأن صدقهما ممكن، بأن باع صاحب اليد من مدعي الشراء، ثم انتقل منه إلى صاحب اليد، ثم أعتق. وهذا أحد الطرق المذكورة من قبل في موضع أقوال التعارض.

وتصديق صاحب اليد بعد قيام البيّنتين ولا يوجب الرجحان؛ خلافاً لابن سريج على ما تقدّم.

قال الغزالي: الطرف الثالث في الموت وفيه ثلاث مسائل: الأولى ابن مسلم وآخر نصراني ادعى المسلم أن أباه أسلم ثم مات فالقول قول النصراني والمقدم بيّنة المسلم إن تعارضتا لأن الناقلة أولى من المستصحبة، وكذلك إذا ادعى الابن الإرث في دار وأدعت زوجة الأب أن أباه أضدقها أو باعها فدمت بيّنتها، ولو شهدت بيّنة نصراني أنه نطق بالتصير ومات عقيبه فهما متعارضتان ويجري (و) قول القسمة وإن كان لا يشترك مسلم وكافر في إرث، ولو كان الميت مجهول الدين فادعى كل واحد أنه مات على دينه فلا ترجيح (ح) و) ليبيّنة الإسلام، وإن لم تكن بيّنة فليس أحدهما أولى من الآخر بالتصديق

(١) في ز: قرينه.

فَيَجْعَلُ كَأَنَّ الْمَالَ فِي يَدَيْهِمَا، وَإِنْ كَانَ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا لَمْ يُخَصَّ بِالتَّصْدِيقِ بَعْدَ إِفْرَارِهِ بِأَنَّهُ مِنْ جِهَةِ الْإِزْثِ، وَيُصَلَّى عَلَى هَذَا الْمَيِّتِ أَحْتِيَاظًا فَلَعَلَّهُ مُسْلِمٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَفْضُودٌ هَذَا الطَّرْفِ، الْكَلَامُ فِي التَّدَاعِي وَتَعَارُضِ الْبَيِّنَتَيْنِ فِي الْمَوْتِ، وَالْمِيرَاثِ. فَمِنْ مَسَائِلِهِ:

مات رجل عن اثنين، مُسْلِمٍ وَنُضْرَانِيٍّ مَثَلًا، وَاخْتَلَفَا، فِيمَا مَاتَ عَلَيْهِ الْأَبُ؛ فَقَالَ الْمُسْلِمُ: مَاتَ مُسْلِمًا، فَلِي الْمِيرَاثُ. وَقَالَ النُّضْرَانِيُّ: مَاتَ نَصْرَانِيًّا، فَلِي الْمِيرَاثُ.

فِيمَا أَنْ يَكُونَ الْأَبُ مَعْرُوفَ الدِّينِ، أَوْ لَا يَكُونُ، الْحَالَةَ الْأُولَى - إِذَا كَانَ الْأَبُ مَعْرُوفًا بِالتَّنْضِيرِ، فَقَالَ الْمُسْلِمُ: أَسْلَمَ، ثُمَّ مَاتَ. وَقَالَ النُّضْرَانِيُّ: بَلِ مَاتَ عَلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ. فَالْقَوْلُ قَوْلُ النُّضْرَانِيِّ، مَعَ يَمِينِهِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ كُفْرِهِ.

وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً؛ نُظِرَ، إِنْ أُطْلِقَتَا؛ فَقَالَتْ بَيِّنَةُ الْمُسْلِمِ: إِنَّهُ مَاتَ مُسْلِمًا. وَقَالَتْ بَيِّنَةُ النُّضْرَانِيِّ: إِنَّهُ مَاتَ نُضْرَانِيًّا، فَبَيِّنَةُ الْمُسْلِمِ مُقَدَّمَةٌ؛ لِأَنَّ مَعَهَا زِيَادَةَ عِلْمٍ، وَهِيَ انْتِقَالُهُ مِنَ النُّضْرَانِيَّةِ إِلَى الْإِسْلَامِ، وَالْبَيِّنَةُ الْأُخْرَى اسْتَضْحَبَتْ، وَشَهِدَتْ بِالْأَصْلِ، وَالتَّاقِلَةُ أَوْلَى مِنَ الْمُسْتَضْحَبَةِ. وَلَمَثَلِ ذَلِكَ قَدَمْنَا بَيِّنَةَ الْجَرْحِ عَلَى التَّعْدِيلِ.

وَلَوْ مَاتَ رَجُلٌ عَنْ ابْنٍ، وَزَوْجَةٍ؛ فَقَالَ الْابْنُ: دَارُهُ هَذِهِ مِيرَاثُ بَيْنِنَا، وَقَالَتْ الزَّوْجَةُ: بَلَى هِيَ لِي أَوْصَدَقِيهَا أَبُوكَ، أَوْ بَاعَهَا مِنِّي. وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ بَيِّنَةً، فَبَيِّنَتُهَا أَوْلَى.

وَلَوْ ادَّعَى مَجْهُولٌ أَنَّكَ عَبْدِي، وَأَقَامَ عَلَيْهِ بَيِّنَةً، وَأَقَامَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بَيِّنَةً أَنَّهُ كَانَ مَلَكَ لِفُلَانٍ، فَأَعْتَقَهُ. تُقَدَّمُ الْبَيِّنَةُ الثَّانِيَّةُ؛ لِإِعْلَمِهَا بِالْانْتِقَالِ مِنَ الرَّقِّ إِلَى الْحُرِّيَّةِ. وَعَلَى هَذَا قِيَاسُ الْمَسَائِلِ؛ فَلَوْ قُيِّدَتِ الْبَيِّنَتَانِ؛ بَأَنَّ تَكَلَّمَ فِي آخِرِ عُمُرِهِ بِكَلِمَةٍ فَقَالَ: الْابْنُ الْمُسْلِمُ، كَانَتْ تِلْكَ الْكَلِمَةُ كَلِمَةَ الْإِسْلَامِ، وَأَقَامَ عَلَيْهِ بَيِّنَةً. وَقَالَ النُّضْرَانِيُّ: بَلِ كَانَتْ كَلِمَةَ التَّنْضِيرِ، وَأَقَامَ عَلَيْهِ بَيِّنَةً. فَإِنْ قُلْنَا بِالسُّقُوطِ، يَسْقُطَانِ، وَيَصِيرُ كَأَنَّ لَا بَيِّنَةَ، وَيُصَدَّقُ النُّضْرَانِيُّ بِيَمِينِهِ.

وَإِنْ قُلْنَا: بِالِاسْتِعْمَالِ، فَعَلَى قَوْلِ الْوَقْفِ تَوَقَّفِ التَّرِكَةُ، لَا مَحَالَةَ؛ لِأَنَّ الْمُدَّعَى مَالٌ. وَعَلَى الْفُرْعَةِ يُفْرَعُ، فَمَنْ خَرَجَ لَهُ الْفُرْعَةُ، فَلَهُ التَّرِكَةُ، وَعَلَى قَوْلِ الْقِسْمَةِ، تُقَسَّمُ؛ فَيَجْعَلُ النُّصْفُ لِهَذَا، وَالنُّصْفُ لِهَذَا. كَمَا لَوْ كَانَ التَّنَازُعُ فِي غَيْرِ الْمِيرَاثِ.

وَقَالَ أَبُو إِسْحَاقَ: لَا يَجِيءُ قَوْلُ الْقِسْمَةِ هَهُنَا؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ بِالْقِسْمَةِ حَكْمٌ بِالْخَطِ يَقِينًا، وَلِأَنَّ الشَّخْصَ لَا يَمُوتُ كَافِرًا مُسْلِمًا وَفِي غَيْرِ صُورَةِ الْمِيرَاثِ. لَيْسَتْ الْقِسْمَةُ حَكْمًا بِالْخَطِ يَقِينًا؛ لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ الْمُدَّعَى مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا، كَمَا قَسَمْنَا، وَلِأَنَّ الْكَافِرَ وَالْمُسْلِمَ لَا يَشْتَرِكَانِ فِي الْمِيرَاثِ، وَالظَّاهِرُ الْأَوَّلُ. وَلَيْسَتْ الْقِسْمَةُ حَكْمًا مِمَّا بَأَنَّهُ مَاتَ كَافِرًا مُسْلِمًا، وَلَا تَشْرِيكًا مِمَّا فِي الْإِزْثِ، وَلَكِنْ بَيِّنَةٌ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا

اقتضت<sup>(١)</sup> أن يَكُونَ جَمِيعُ الْمَالِ لَهُ، إلا أن البيئَةَ الأخرى عارضتها، فعملنا<sup>(٢)</sup> بكلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا، بِحَسَبِ الإِمْكَانِ.

قال العراقيون: وليس صَرَفُ النُّصْفِ إلى كل واحد منهما خَطَأً يقيناً؛ لاحتمال أنه مَاتَ نَصْرَانِيًّا، وهما نَصْرَانِيَّانِ، فورث مَالَهُ، ثم أسْلَمَ أَحَدُهُمَا، وادعى موته مُسْلِمًا؛ لِيَقُورَ بِالْجَمِيعِ.

الحالة الثانية: إذا لم يكن الأبُ مَعْرُوفَ الدِّينِ، وادَّعى كُلُّ واحد من الاثْنَيْنِ أنه كان على دِينِهِ، فإن لم تَكُنْ بَيِّنَةٌ، نُظِرَ؛ إن كان الْمَالُ في يَدِ غيرهما، فالقَوْلُ قوله، وإن كان في يَدِهِمَا، فَيُخْلَفُ كُلُّ واحد منهما لِصَاحِبِهِ، وَيُجْعَلُ بينهما.

وإن كان في يَدِ أَحَدِهِمَا، فالذي ذَكَرَهُ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ، وجماعة: أن القول قَوْلُهُ، مع يَمِينِهِ، وَنَسَبَ الإمام هذا الْوَجْهَ إلى القاضي الحُسَيْنِ، كأنه أَجَابَ بِمِثْلِ جوابهم.

والصحيح، وهو المذكور في الكتاب: أنه يُجْعَلُ بينهما أَيْضًا، ولا أثرٌ لِيَدِ بعد اغْتِرَافِ صَاحِبِ الْيَدِ بأنه كَانَ لِيَمِينَتِهِ<sup>(٣)</sup>، وأنه يأخذه إِزْتِأً، وإن أقام كُلُّ واحد بَيِّنَةً، فالبَيِّنَتَانِ مُتَعَارِضَتَانِ، ولا فَرْقٌ في هذه الْحَالَةِ بين أن يكونا مطلقتين، أو مقيدتين.

ويجيء في جَرَيَانِ قَوْلِ الْقِسْمَةِ خِلافَ أَبِي إِسْحَاقَ، وفيه وجه: أن بَيِّنَةَ الإِسْلَامِ مُقَدِّمَةٌ؛ لأن الظَّاهِرَ من حال مَنْ [في]<sup>(٤)</sup> دار الإِسْلَامِ، إنما هو الإِسْلَامُ.

والمشهورُ الأول، وَيُصَلَّى على هذا المَيِّتِ المشكوك في دِينِهِ، وَيَدْفِنُهُ في مقابر المسلمين. وتعتد النية<sup>(٥)</sup> في الصَّلَاةِ فيقول: أَصَلِّي عليه إن كان مُسْلِمًا، كما لو اِخْتَلَطَ مَوْتَى المُسْلِمِينَ بموتى الكُفَّارِ، وقد مرَّ ذكره في الجَنَائِزِ.

وَنَحْنُ الْمَسْأَلَةَ بِفَوَائِدَ عن الشيخ أبي عاصم: أنه فَسَّرَ كلمة «التَّنَصُّرِ» فيما إذا شَهِدَتِ البَيِّنَتَانِ على آخر ما تَكَلَّمَ به، بأن يقول: لا إله إلا الله، عيسى رَسُولُ الله.

قال القاضي أبو سَعِيدٍ: وفيه إشْكَالٌ ظَاهِرٌ، فإن المسلمين يُثْبِتُونَ نُبوَّةَ عيسى عليه السَّلَامِ - وإثبات نُبوَّتِهِ لَيْسَ نَفْيًا - لِئُبُوَّةِ [نبينا]<sup>(٦)</sup> مُحَمَّدٍ ﷺ، سيما عند مُنْكَرِي المفهوم

(١) في ز: أمضت.

(٢) في ز: فعلنا.

(٣) قال في الخادم ما ذكره فيما إذا لم يكن بينة يخالف ما أطلقه في الفرع الآتي إذا مات عن زوجة وأخ مسلمين وأولاد كفرة وقال المسلمان مات مسلماً وقال الأولاد مات كافراً، فإن كان أصل دينه الكفر صدق الأولاد كذا ذكره الشيخ فيما بعد.

(٤) سقط في: ز.

(٥) في ز: وتفيد البينة.

(٦) سقط في: ز.

فيجب أن تُفسَّر كلمة التَّنَصُّر بما يَخْتَصُّ به النَّصْرَانِيُّ، كقولهم: إن الله نَالِكٌ ثَلَاثَةَ.

وحكى القاضي ابن كَجَّ وجهين: في أنه هل يَجِبُ على الشهود تَفْسِيرُ كلمة الإسلام؛ لأنهم [قد]<sup>(١)</sup> يَغْتَقِدُونَ ما لَيْسَ بإسلام إسلاماً؟ وجهين في أن على قول القِسْمَةِ، هل يَخْلِفُ كُلُّ واحد من الاثنين<sup>(٢)</sup> للآخر؟ والأصحُّ المنع.

وجهين في كَيْفِيَّةِ القِسْمَةِ إذا مات عن ابن وبنت، وتنازعا في دين الأب، وقلنا بالقِسْمَةِ، عن أبي الطَّيِّبِ بن سلمة: أنه يُقَسِّمُ المَالَ بينهما نصفين.

وعن غيره أنه يُقَسِّمُ أثلاثاً: قِسْمَةَ الميراث. وليسوا ولا واحد منهما بِقَوِيمٍ، بل يجب أن يُقال: هما كَشَخَصَيْنِ يَدَّعِي أحدهما جَمِيعَ الدار، والآخر نصفها، وأقاما بَيِّنَتَيْنِ. وقد مرَّ على أن قول القِسْمَةِ للأول ثلاثة أرباعها، وللثاني رُبُعُها.

وليُعرف وراء ما حَكَيْتَا شيثان:

أحدهما: أن المَوْتِ على كَلِمَةِ الإسلام يوجب الإزْتِ للابن المسلم، لكن المَوْتِ على كلمة التَّنَصُّر بِمُجَرَّدِهِ ولا يُوجبُ الإزْتِ للابن النَّصْرَانِي؛ لاحتمال أنه أسْلَمَ، ثم تَنَصَّرَ. وحينئذ فلا يورث عنه، وكان العَرَضُ فيما إذا تَعَرَّضَ الشُّهُودُ لاسْتِمْرَارِهِ على النَّصْرَانِيَّةِ إلى أن جَعَلَهَا آخر كلامه؛ أو اكتفوا باستِصْحَابِ ما عرف من دينه، مَضْمُوماً إلى الحكم عليه، وإن لم يَتَعَرَّضْ له الشهود.

والثاني: أن تَقْيِيدَ البَيِّنَتَيْنِ معاً؛ بأن آخر كلامه كان كذا، غير مُخْتِاجٍ إليه؛ لِزَوَالِ التَّرْجِيحِ بِزِيَادَةِ العِلْمِ، بل تَقْيِيدَ بَيِّنَةِ النَّصْرَانِي بأنه تَكَلَّمَ آخرأ بكلمة التَّنَصُّرِ كَافٍ<sup>(٣)</sup> فيه.

وقوله في الكتاب: «ادَّعَى المسلم أن أباه أسْلَمَ، ثم مات»، تبين أن التَّصْوِيرَ أولاً، فيما إذا كان الميْتُ مَعْرُوفاً بالكُفْرِ، فإن كان مَجْهُولَ الدِّينِ، فقد ذكر من بَعْدُ.

وقوله: «فهما مُتَعَارِضَتَانِ»، يجوزُ إِغْلَامُهُ بالحاء؛ لأن الحِكَايَةَ عن أبي حَنِيْفَةَ: أنه يُغْلَبُ بَيِّنَةُ الإسلام بكل حال.

وقوله: «يَجْرِي قَوْلُ القِسْمَةِ» بالواو؛ لوجه أبي إِسْحَاقَ.

وقوله في مجهول الدِّينِ: «فلا تَرْجِيحَ»، بالحاء، والواو؛ للوجه الذي ذكرناه آخرأ. وكذا قوله: «لم يَخْتَصُّ بالتَّصْديْقِ».

فرع:

مات رَجُلٌ عن زوجة، وأخ، مُسْلِمَيْنِ، وعن أولادِ كَفْرَةٍ، فقال المسلمان: مات

(٢) في أ: الابنين.

(١) سقط في: ز.

(٣) في ز: كان.



مُسْلِمًا، وقال الأَوْلَادُ: بل كَافِرًا. فَإِن كَانَ أَضْلُ دِينِهِ الْكُفْرَ، فَالْقَوْلُ الْقَوْلُ الْأَوْلَادِ. وَإِن أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الطَّائِفَتَيْنِ بَيِّنَةً؛ فَإِن أُطْلِقْنَا قَدَمْتِ<sup>(١)</sup> بَيِّنَةُ الزَّوْجَةِ وَالْأَخِ، وَإِن قِيدْنَا فَعَلَى الْخِلَافِ فِي التَّعَارُضِ، وَإِن لَمْ يُعْرَفْ أَضْلُ دِينِهِ، وَقَفَّ الْمَالُ حَتَّى يَنْكَشِفَ الْحَالُ، أَوْ يَضْطَلِحُوا.

وَإِن أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ بَيِّنَةً، فَعَلَى الْخِلَافِ فِي التَّعَارُضِ، وَيَعُودُ خِلَافُ أَبِي إِسْحَاقَ فِي جَرَيَانِ قَوْلِ الْقِسْمَةِ.

وَإِذَا رَجَعْنَا طَائِفَةً، قُسِّمَ الْمَالُ بَيْنَهُمْ، كَمَا يُقَسَّمُ لَوْ أَنْفَرَدُوا.

وَإِن جَعَلْنَا الْمَالَ بَيْنَ الطَّائِفَتَيْنِ تَفْرِيعًا عَلَى الْقِسْمَةِ مَثَلًا فَالْنِصْفُ لِلزَّوْجَةِ وَالْأَخِ، وَالنُّصْفُ لِلْأَوْلَادِ، وَفِيمَا تَأْخُذُ الزَّوْجَةُ مِنَ النِّصْفِ؟ وَجِهَانِ:

أَحَدُهُمَا: تَأْخُذُ زُبْعَهُ، وَكَأَنَّهُ كُلُّ التَّرِكَةِ، وَهَذَا مَا أَوْزَدَهُ أَبُو الْفَرَجِ السَّرْحِيئِيُّ.

وَالثَّانِي: تَأْخُذُ نِصْفَهُ؛ لِيَكُونَ لَهَا زُبْعُ التَّرِكَةِ، فَإِنِ الْأَخُ مُعْتَرِفٌ بِهِ وَالْأَوْلَادُ لَا يُخَجَّبُونَ بِقَوْلِهَا. وَهَذَا مَا أَوْزَدَهُ الْإِمَامُ - رَحِمَهُ اللَّهُ -<sup>(٢)</sup>.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: الثَّانِيَةُ: مَاتَ نَضْرَانِي فِي رَمَضَانَ فَأَدْعَى أَحَدَ ابْنَيْهِ أَنَّهُ أَسْلَمَ فِي سُؤَالِ فَيْرْتُهُ، وَقَالَ الْآخَرُ بَلْ فِي شُعْبَانَ فَلَا تَرْتُهُ فَبَيَّنَتْهُ النَّضْرَانِيُّ أَوْلَى لِأَنَّهَا نَاقِلَةٌ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْلِمِ إِذَا لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةً لِأَنَّ الْأَضْلَ بَقَاءُ الْكُفْرِ، وَلَوْ أَسْلَمَ الْآبْنُ فِي رَمَضَانَ لَكُنْ أَدْعَى أَنَّ الْآبَ مَاتَ فِي شُعْبَانَ فَتَقَدَّمَ بَيِّنَتُهُ لَكِنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ النَّضْرَانِيِّ لِأَنَّ الْأَضْلَ دَوَامُ الْحَيَاةِ إِلَى سُؤَالِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: ابْنَا مَيْتٍ: نَضْرَانِيٌّ وَمُسْلِمٌ تَنَازَعَا. فَقَالَ الْمُسْلِمُ: أَسْلَمْتُ بَعْدَ مَوْتِ أَبِيْنَا، فَالْمِيرَاثُ بَيْنَنَا. وَقَالَ النَّضْرَانِيُّ: بَلْ قَبْلَهُ، فَلَا تَرْتُهُ. فَلَهُمَا ثَلَاثُ أَحْوَالٍ:

أَحَدَاهُمَا: أَنْ يَقْتَصِرَا عَلَى هَذَا الْقَدْرِ، وَلَا يَتَعَرَّضَا لِتَارِيخِ مَوْتِ الْآبِ، وَلَا لِتَارِيخِ إِسْلَامِ الْمُسْلِمِ.

وَالثَّانِيَةُ: أَنْ يَتَّفَقَا عَلَى تَارِيخِ مَوْتِ الْآبِ كَرَمَضَانَ مَثَلًا، فَقَالَ الْمُسْلِمُ: أَسْلَمْتُ فِي سُؤَالِ. وَقَالَ النَّضْرَانِيُّ: بَلْ أَسْلَمْتُ فِي شُعْبَانَ. ففِي الْحَالَتَيْنِ إِنْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةً، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُسْلِمِ؛ لِأَنَّ الْأَضْلَ اسْتِمْرَارُهُ عَلَى دِينِهِ، فَيُصَدَّقُ بِبَيِّنَتِهِ، وَيَشْتَرِكَانِ فِي الْمَالِ.

(١) فِي ز: مَذْهَب.

(٢) قَالَ النَّوَوِيُّ: الْأَوَّلُ أَصَحُّ، لِأَنَّهَا مُعْتَرَفَةٌ أَيْضًا بِاسْتِحْقَاقِ الْآخِ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ التَّرِكَةِ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.  
قَالَ فِي الْمَطْلَبِ: إِنَّهُ لَا يَجُوزُ غَيْرُهُ، وَنَقَلَهُ فِي الْكِفَايَةِ عَنِ الْجُمْهُورِ وَفِي الْحَاوِي: أَنَّ الَّذِي عَلَيْهِ الْجُمْهُورُ لَا يَصِحُّ تَخْرِيجُ قَوْلِي الْقِسْمَةِ هَهُنَا.

وإن أقام أحدهما بيئته فُضِيَ بها. وإن أقام كل واحد بيئته، فبيئته النصراني أولى؛ لأنها تُثقله من التُّضْرَائِيَّةِ إلى الإسلام في شعبان، والأخرى تستصحب دينه إلى شوال فمع الأولى زيادة علم.

والثالثة: أن يتفقاً على تاريخ إسلام المسلم؛ بأن اتفقاً على أنه أسلم في رَمَضانَ، لكن ادعى المسلم أن الأب مات في شعبان، وقال التُّضْرَائِيُّ: بل مات في شَوَالٍ، فالقول قول التُّضْرَائِيِّ؛ لأن الأصل دَوَامُ الحَيَاةِ.

وإن أقاما بيئتين، فبيئته المسلم أولى؛ لأنها تُثقلُ من الحَيَاةِ إلى المَوْتِ في شعبان، والأخرى تستصحبُ الحَيَاةِ إلى شوال، فمع الأولى زيادة علم.

واعترض الإمام: بأن بيئته التُّضْرَائِيُّ تُثبِتُ الحَيَاةَ في شعبان؛ لأنها تشهد على المَوْتِ في شوال، والموت إنما يكون عن حَيَاةٍ، والحَيَاةُ صِفَةٌ ثابتة يُشْهَدُ عليها كالمَوْتِ، فليحكم بتعارضهما، وجريان أقوال التعارض.

لكن هذا الكلام لا اختصاص له بهذه الحالة، بل يمكن أن يقال في الحالتين السابقتين. وقد قدمنا بيئته التُّضْرَائِيِّ؛ أن بيئته المسلم تُثبِتُ التُّضْرَائِيَّةَ في شعبان؛ لأنها تشهد على الإسلام في شَوَالٍ، والإسلام إنما يكون عن كُفْرٍ، فليحكم بالتعارض. والوجه؛ أن يُرَاعَى كَيْفِيَّةُ الشهادة، فإن أُطْلِقَتِ البيئتان، فترجح التي تنقل، ويعرض حدوث يئتي على ما سبق.

وإن شهدت بيئته التُّضْرَائِيُّ في الحالة التي نحن فيها؛ بأنهم عاينوه حياً في شَوَالٍ، وشهدت بيئته المسلم في الحالتين الأوليين؛ بأنهم كانوا يسمعون كلمة التَّنْصُرِ منه إلى انتصاف شوال مثلاً؛ فتعارض البيئتان.

ولو مات مسلم، وله ابنان؛ أسلم أحدهما قبل موت الأب بالاتفاق، وقال الآخر: أسلمت أيضاً قبله. وقال المتفق على إسلامه: بل أسلمت بعد موته، فعلى الأحوال الثلاث؛ إن اقتصرُوا على ذلك، أو اتفقاً على أن الأب مات في رَمَضانَ، وقال قديم الإسلام: أسلمت في شوال. فقال: بل أسلمت في شعبان، فَيُصَدَّقُ قديم الإسلام.

وإن أقاما البيئته، تُقدِّمُ بيئته الآخر، وإن اتفقاً على أن الآخر أسلم في رمضان؛ فقال قديم الإسلام: إن الأب مات في شعبان، وقال الآخر: بل في شَوَالٍ، فالمُصَدَّقُ الآخر، والمُقدِّمُ بيئته قديم الإسلام.

وفي هذه الصورة تكلم الشافعي - رضي الله عنه - في «المختصر»، وعمامة الأَصْحَابِ - رحمهم الله - لا في صورة الكتاب والمقصود واحد.

وعلى هذا يُقَاسُ نَظَائِرُهُمَا، كما لو مات الأبُ حُرّاً. وأحد الابنين حُرّاً بالانفاق، واختلّفَا في أن الآخرَ عَتَقَ قبل موته، أو بعده. ولو أنّهُمَا في صُورَةِ «المختصر» اتَّفَقَا في حَقِّ أحدهما؛ أنه لم يَزَلْ مُسْلِماً. وقال الآخرُ: لم أزل مُسْلِماً أيضاً، ونَازَعَهُ الأوّلُ، وقال: كنت نَضْرَانِيّاً، وإنما أَسْلَمْتُ بعد موت الأب، فالقول قوله في: أني لم أزل مُسْلِماً؛ لأن ظَاهِرَ الدَّارِ يَشْهَدُ له، وليس مع صاحبه أَضَلُّ يُسْتَضْحَبُ.

ولو قال كُلُّ واحد منهما: لم أزل مُسْلِماً، وكان صَاحِبِي نَضْرَانِيّاً أَسْلَمَ بعد مَوْتِ الأب، فعن القَوالِ تَخْرِيجُهُ على وجهين:

أحدهما: أنه لا يَضْرَفُ شيء إلى وَاحِدٍ منهما؛ لأنَّ الأضَلَ عَدَمُ الاستِحْقَاقِ.

وأصحهما: أنه يَخْلِفُ كُلُّ واحد منهما، وَيُجْعَلُ المَالُ بينهما؛ لأن ظَاهِرَ الدَّارِ يَشْهَدُ لكل واحد منهما فيما يَقُولُهُ في حَقِّ نَفْسِهِ.

ولو مات رَجُلٌ، وَخَلَفَ أبوين كَافِرَيْنِ، وابنين مُسْلِمَيْنِ، فقال الأبوان: إنه مات كَافِراً، وقال الابنان: بل مُسْلِماً. قال ابن سُرَيْجٍ: فيه قولان<sup>(١)</sup>:

أشبهُهُمَا بقول العلماء: أن القول قول الأبوين لأن الولد محكوم بكفره في الابتداء تبعاً للأبوين فَيُسْتَضْحَبُ إلى أن يعلم خلافة.

والثاني: أنه يُوقَفُ المَالُ إلى أن يَنكَشِفَ الأمرُ، أو يَضْطَلِحُوا. والتبعية تُرْفَعُ بالبُلُوغِ، وحصول الاستقلالِ.

وفيه وجه آخر: أن القَوْلَ قول الابنين؛ لأن ظَاهِرَ الدَّارِ يَدُلُّ على ما يقولانه<sup>(٢)</sup>.

فرع:

رجل له زَوْجَةٌ، وابن، فماتا، فاختلف الرجل، وأخ الزوجة؛ فقال الرَّجُلُ: ماتتِ الزَّوْجَةُ أولاً، فَوَرِثْتُهَا أنا وابني، ثم مات الابن، فَوَرِثْتُهُ. وقال الأخ: مات الابن أولاً، فَوَرِثْتُهُ مع أختي، ثم ماتتِ الأخت فَوَرِثْتَاهُ. فإن لم يكن لواحد منهما بَيِّنَةٌ، فالقول قول الأخ في مَالِ أَخِيهِ؛ وقول الرجل في مَالِ ابنه. فإن خَلَفَا، أو نَكَلَا فهي صورة استيهام المَوْتِ، فلا يُورَثُ أَحَدُ الميتين من الآخر، بل مال الابن لأبيه، ومال الزَّوْجَةِ للزوج والأخ.

(١) مراد ابن سريج قولان يعني وجهين له لا أنهما منصوبان للشافعي، كذا قاله جمع من العراقيين منهم الشيخ في المذهب وكذا الروياني في البحر.

(٢) قال النووي: الوقف أرجح دليلاً، ولكن الأصح عند الأصحاب أن القول قول الأبوين، وأنكروا على صاحب «النتية» ترجيحه قول الابنين، وهو ظاهر الفساد.

وإن أقام كل واحد بَيِّنَةً تَعَارَضَتَا، وجاء أقوالُ التَّعَارُضِ، هذا إذا لم يَتَّفِقَا على وَقْتِ مَوْتِ أَحَدِهِمَا، فَإِن تَّفَقَا عَلَيْهِ، وَاخْتَلَفَا فِي أَن الآخَرَ مَاتَ قَبْلَهُ، أَوْ بَعْدَهُ، فَالْمُصَدِّقُ مَن يَقُولُ: مَاتَ بَعْدَهُ؛ لِأَن الأَصْلَ دَوَامُ الحَيَاةِ. وَإِن أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ بَيِّنَةً، قَدِّمَتْ بَيِّنَةُ مَن يَقُولُ: مَاتَ قَبْلَهُ؛ لِأَن مَعَهَا زِيَادَةٌ عِلْمٍ.

ولو مات رجل عن زَوْجَةٍ، وأولاد، فقالوا لها: كُنْتُ أَمَةً فَعَتَقْتَ بِمَوْتِ أَبِيْنَا. أَوْ ذِمِّيَّةً، فَأَسْلَمْتَ بَعْدَ مَوْتِهِ<sup>(١)</sup> وَقَالَتْ: بَلِ عَتَقْتُ، أَوْ أَسْلَمْتُ قَبْلَ مَوْتِهِ، فَهَمَّ الْمُصَدِّقُونَ. وَإِن قَالَتْ: لَمْ أَرِّزْ مُسْلِمَةً، أَوْ حُرَّةً، فَهِيَ الْمُصَدِّقَةُ؛ لِأَن الظَّاهِرَ مَا تَقُولُهُ.

وعن رواية الرَّبِيعِ قول: إِنَّهَا تُصَدِّقُ فِي الحُرِّيَّةِ دُونَ الإِسْلَامِ؛ لِأَن الأَصْلَ فِي النَّاسِ الحُرِّيَّةُ، فَإِنَّهُمْ يُخْلَقُونَ أَحْرَارًا، وَفِي الَّذِينَ يُخْلَقُونَ مُنْقَسِمِينَ؛ إِلَى مُسْلِمِينَ، وَكُفَّارٍ. وَخَرَجَ قول: أَنَّهُم المَصْدُقُونَ جَمِيعًا؛ لِأَن الأَصْلَ عَدَمُ وَرَائِيهَا وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ العَزَالِيُّ: الثَّالِثَةُ لَوْ قَالَ: إِنْ قُتِلْتُ فَأَنْتَ حُرٌّ فَقَامَتْ بَيِّنَةُ الوَارِثِ أَنَّهُ مَاتَ حَتْفَ أَنفِهِ وَبَيِّنَةُ العَبْدِ أَنَّهُ قُتِلَ فَقَوْلَانِ: أَحَدُهُمَا: التَّسْوِيَةُ، وَالأُخْرَى: تَقْدِيمُ بَيِّنَةِ القَتْلِ لِمَا فِيهَا مِنَ الزِّيَادَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: سَيِّدٌ قَالَ لِعَبْدِهِ: إِنْ قُتِلْتُ، فَأَنْتَ حُرٌّ، وَتَنَازَعَ بَعْدَهُ العَبْدُ وَالْوَارِثُ، فَأَقَامَ العَبْدُ بَيِّنَةً؛ أَنَّهُ قُتِلَ، وَالْوَارِثُ بَيِّنَةً؛ أَنَّهُ مَاتَ حَتْفَ أَنفِهِ. فَقَوْلَانِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّهُمَا يَتَعَارَضَانِ<sup>(٢)</sup>، لِمَا بَيَّنَّهُمَا مِنَ المُتَافَاةِ.

والثَّانِي: أَن بَيِّنَةَ العَبْدِ أَوْلَى؛ لِأَن عِنْدَهُ زِيَادَةٌ عِلْمٍ<sup>(٣)</sup> بِالقَتْلِ، فَإِن قُلْنَا: بِالتَّهَاتُرِ فَكَانَهُ لَا بَيِّنَةَ [فِيحلف الوَارِثُ]<sup>(٤)</sup> وَتَسْتَمِرُّ الرُّقُّ.

وَإِن قُلْنَا: بِالقِسْمَةِ، عَتَقَ نِصْفَهُ، وَإِن قُلْنَا: بِالقُرْعَةِ، عَتَقَ، إِنْ خَرَجَتْ لَهُ القُرْعَةُ، وَرُقٌّ إِنْ خَرَجَتْ لِلْوَارِثِ. وَالوَقْفُ لَا يَخْفَى، وَالظَّاهِرُ مِنَ القَوْلِينَ فِي المَسْأَلَةِ عَلَى مَا ذَكَرَ أَبُو الحَسَنِ العِبَادِي تَقْدِيمُ بَيِّنَةِ العَبْدِ، وَنَقْلُ طَرِيقَةِ قَاطِعَةٍ بِهِ، قَالَ: وَلَا شَكَّ أَنَّ القِصَاصَ لَا يَجِبُ؛ لِأَن الوَارِثَ مُنْكَرٌ لِلقَتْلِ، فَإِن ادَّعَى الوَارِثُ القَتْلَ، وَأَقَامَ المُدَّعِي بَيِّنَةً؛ أَنَّهُ مَاتَ حَتْفَ أَنفِهِ، جَرَى القَوْلَانِ. وَلَوْ قَالَ: إِنْ مَاتَ فِي رَمَضَانَ، فَعَبْدِي حُرٌّ، وَأَقَامَ العَبْدُ بَيِّنَةً؛ أَنَّهُ مَاتَ فِي رَمَضَانَ، وَالْوَارِثُ بَيِّنَةً؛ أَنَّهُ مَاتَ فِي شَوَالٍ. فَعَلَى القَوْلِينَ:

أحدهما: التَّعَارُضُ.

(١) في ز: متعارضتان.

(٢) في أ: بعده.

(٣) سقط في: أ.

(٤) في ز: العلم.

والثاني: تقديم بيّنة العَدْب؛ لزيادة العِلْمِ بِحُدُوثِ المَوْتِ فِي رَمَضَانَ.

وعن المَزِينِي: تَقْدِيمُ بَيِّنَةِ الوَارِثِ؛ لأنَّ مَعَهَا زِيَادَةٌ عِلْمٍ؛ وَهِيَ اسْتِمْرَارُ الحَيَاةِ إِلَى سُؤالٍ. وَمِنْ شَرْطِهِ<sup>(١)</sup> أَنْ يَطْرُقَ فِي نَظَائِرِ المَسْأَلَةِ مِنْ قَبْلُ، وَمَنْ بَعْدُ.

وَلَوْ أَقَامَ الوَارِثُ البَيِّنَةَ عَلَى أَنَّهُ مَاتَ فِي شَعْبَانَ، فَالْقِيَّاسُ مَجِيءُ التَّعَارُضِ، وَأَنعَكَاسُ القَوْلِ الثَّانِي وَالمَحْكِيُّ عَنِ المَزِينِي.

وَلَوْ حَكَمَ القَاضِي بِشَهَادَةِ شَاهِدِي رَمَضَانَ، ثُمَّ شَهِدَ شُهُودٌ عَلَى أَنَّهُ مَاتَ فِي سُؤالٍ، فَهَلْ يُنْقَضُ الحُكْمُ وَيُنزَلُ مَنزِلَةٌ مَا لَوْ شَهِدَتِ البَيِّنَتَانِ مَعًا؟

وعن ابن سُرَيْجٍ تَخْرِيجُ قَوْلَيْنِ فِيهِ كَمَا لَوْ بَانَ فِسْقُ الشُّهُودِ بَعْدَ الحُكْمِ<sup>(٢)</sup>. وَلَوْ قَالَ لِسَالِمٍ: إِنْ مِتُّ فِي رَمَضَانَ، فَأَنْتَ حُرٌّ، فَأَنْتَ حُرٌّ، وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ بَيِّنَةً عَلَى مَا يَقْتَضِي حَرِيَّتَهُ، فَقَوْلَانِ:

أَحَدُهُمَا: التَّعَارُضُ.

والثاني: تُقَدَّمُ بَيِّنَةُ سَالِمٍ؛ لِأَنَّ مَعَهَا زِيَادَةٌ عِلْمٍ؛ وَهِيَ حُدُوثُ المَوْتِ فِي رَمَضَانَ.

وعن المَزِينِي وَابن سُرَيْجٍ: تَقْدِيمُ بَيِّنَةِ غَانِمٍ.

وَإِنْ قَلْنَا بِالتَّعَارُضِ، فَعَلَى التَّهَاتُرِ، يُرْقُ العَبْدَانِ.

وَعَلَى القِسْمَةِ، يُعْتَقُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ نِصْفُهُ. وَلَوْ قَالَ لِسَالِمٍ: إِنْ مِتُّ مِنْ مَرَضِي، فَأَنْتَ حُرٌّ. وَقَالَ لَغَانِمٍ: إِنْ بَرِئْتُ مِنْهُ، فَأَنْتَ حُرٌّ، فَأَقَامَ سَالِمٌ بَيِّنَةً عَلَى المَوْتِ فِيهِ، وَغَانِمٌ بَيِّنَةً عَلَى البَرِّ مِنْهُ، فَفِي وَجْهِ البَيِّنَةِ الأُولَى، أَوْلَى؛ لِزِيَادَةِ عِلْمِهَا بِالمَوْتِ.

وَفِي وَجْهِ الثَّانِيَةِ، أَوْلَى؛ لَعَلْمِهَا بِالبُرْءِ.

وَيُحْكِي هَذَا عَنِ ابْنِ القَطَّانِ، وَالصَّحِيحُ التَّعَارُضُ؛ لِتَقَابُلِ الزِّيَادَتَيْنِ<sup>(٣)</sup>. وَإِذَا

(١) فِي أ: شَرْطُهُ.

(٢) قَضِيَّةُ هَذَا التَّشْبِيهِ تَرْجِيحُ النِّقْصِ وَبِصِيرِ الأَمْرِ كَمَا كَانَ عَلَيْهِ قَبْلَ الحُكْمِ نَعْمَ فِي هَذَا التَّخْرِيجِ نَظَرُ وَالظَّاهِرُ تَخْرِيجُهُ عَلَى مَسْأَلَةِ الدَّخْلِ فِيهَا إِذَا أَقَامَ الخَارِجُ بَيِّنَتَهُ عَلَى أَنَّ هَذِهِ الدَّارُ مَلَكَهُ وَحَكَمَ القَاضِي بِالبَيِّنَةِ وَسَلَمَهَا إِلَيْهِ ثُمَّ أَقَامَ الدَّخْلُ بَيِّنَةً وَأَسْنَدَ المَلِكُ إِلَى مَا قَبْلَ إِزَالَةِ اليَدِ وَاعْتَدَرَ بِغِيْبَةِ الشُّهُودِ وَنَحْوِهِ فَهَلْ تَسْمَعُ بَيِّنَتَهُ؟ وَجِهَانِ: أَصْحَبُهُمَا تَسْمَعُ وَيُنْقَضُ الأَوَّلُ وَيَقْدَمُ عَلَيْهِ بِاليَدِ الزَّائِلَةُ؛ لِأَنَّهَا إِنَّمَا أَزِيلَتْ لَعَدَمِ الحِجَّةِ، وَعَلَى هَذَا تَجْعَلُ البَيِّنَةَ وَاقِعَةً قَبْلَ الحُكْمِ فَتَكُونُ فِي مَسْأَلَتِنَا كَمَا لَوْ شَهِدَا مَعًا.

(٣) مَا صَحَّحَهُ مِنَ التَّعَارُضِ نَصَّ عَلَيْهِ الشَّافِعِيُّ فِي الأَمِّ كَمَا حَكَاهُ فِي البَيَّانِ وَأَنَّهُ قَالَ: يَتَعَارَضَانِ قَوْلًا وَاحِدًا وَقَالَ إِنَّهُ الَّذِي نَقَلَهُ العِرَاقِيُّونَ، ثُمَّ قَالَ وَحَكَى المَسْعُودِيُّ فِيهِ قَوْلَيْنِ. وَذَكَرَ صَاحِبُ الذِّخَائِرِ أَنَّهُمَا يَتَعَارَضَانِ قَوْلًا وَاحِدًا ثُمَّ ذَكَرَ أَنَّ الفُورَانِيَّ حَكَى وَجْهَيْنِ.

تَعَارَضَتَا، جاء الخِلافُ السَّابِقُ. وحكى القاضي ابنُ كَجَّجٍ عن بعض الأَصْحَابِ: إنه إذا وُجِدَ التَّعَارُضُ في مثل هذا، غلبتِ الحرية<sup>(١)</sup>.

خاتمة لهذا الطرف: من ادَّعى وِرَاثَةَ إنسان، وطلب تَرِكَتَهُ، أو شَيْئاً منها، فَلْيَبِينْ جِهَةَ الوِرَاثَةِ؛ من بنوة، وأخوة<sup>(٢)</sup>، وغيرهما. وذكر أبو الفرج السَّرْحَسِيُّ: إنه لا يكفي لِطَلْبِ التَّرِكَةِ ذِكْرُ الجِهَةِ على المذهب، بل يَتَعَرَّضُ مع الجِهَةِ لِلوِرَاثَةِ؛ فيقول: أنا أخوه، وَوَارِثُهُ. وإذا شهد عَدْلَانِ، وهما من أَهْلِ الخِبْرَةِ بباطن حَالِ المَيِّتِ، أن هذا ابنه، لا نعرف له وَاِثْماً سِوَاهُ، دُفِعَتْ إليه التَّرِكَةُ.

وإن شهدا لصاحب فَرَضَ دُفِعَ إليه فَرَضُهُ، ولا يُطَالَبَانِ بِضَمِيمِ؛ فَإِنْ طَلَبَ الضَّمِيمِ مع قِيَامِ البَيِّنَةِ كالتَّطْعِنِ فِي الشُّهُودِ. وحكى الفوراني: أنه لا بُدَّ من ثَلَاثَةِ شُهُودٍ ههنا، كما ذكره في شَهَادَةِ الإِفْلَاسِ. والمشهور الأول.

وإذا لم يكن الشهود من أَهْلِ الخِبْرَةِ، أو كانوا من أَهْلِ الخِبْرَةِ، ولم يقولوا: لا نَعْلَمُ وَاِثْماً سِوَاهُ، فالمَشْهُودُ له؛ إما أن يكون له سَهْمٌ مُقَدَّرٌ، أو لا يَكُونُ.

فإن لم يكن له سَهْمٌ مُقَدَّرٌ، فلا يُعْطَى في الحال، بل يَتَفَحَّصُ القَاضِي عن حَالِ المَيِّتِ في البِلَادِ التي سَكَنَهَا، أو طَرَفَهَا؛ فيكتب إليها لِلإِسْتِكْشَافِ، أو يأمر من يُنَادِي فيها: أَلَا إِنْ فَلَاناً قَدْ مَاتَ، فَإِنْ كَانَ له وَاِثْ، فَلْيَأْتِ القَاضِي، أو لِيَبْعَثْ إليه. فإذا تَفَحَّصَ [في مدة]<sup>(٣)</sup> يغلب على الظَّنِّ في مِثْلِهَا، أنه لو كان له وَاِثْ هناك، لظهر، ولم يظهر، فحينئذ يُدْفَعُ المَالُ إليه. ويكون البَحْثُ والتَّفْحُصُ قائماً<sup>(٤)</sup>. مقام خِبْرَةِ الشهود.

وفي «أمالي» أبي الفرج حِكَايَةُ قول: أنه لا يُدْفَعُ المَالُ إليه بعد التَّفْحُصِ أيضاً، وَيُشْتَرَطُ قِيَامُ البَيِّنَةِ على النَّسَبِ الذي سبق. وفيه وجه: أنه يُفَرَّقُ بين أن يكون المَشْهُودُ له مِمَّنْ يَخْجُبُهُ غيره؛ كالأخ، فلا يُدْفَعُ إليه المَالُ بعد التَّفْحُصِ، وبين أن يكون مِمَّنْ لا يَخْجُبُهُ غيره؛ كالابن. فَيُدْفَعُ. والظاهر عند الأكثرين الأول. وإذا دُفِعَ المَالُ إليه. فهل يُؤْخَذُ منه ضَمِيمٌ؟ ظاهر لفظه - رضي الله عنه - في «المختصر»، أنه يُؤْخَذُ، ولا بُدَّ منه.

وقال - رضي الله عنه - في «الأم»: وأَجِبُ أن يُؤْخَذَ منه ضَمِيمٌ، فاختلف الأَصْحَابُ على طريقتين:

أشهرهما: أن المَسْأَلَةَ على قولين:

(١) قال النووي: معنى تغليبها أنه لا يحكم بسقوط البيتين.

(٢) في ز: وأخوة (٣) سقط في: ز.

(٤) في ز: فإنما.

أحدهما: أنه لا بُدُّ من أخذِ الضَّيِّينِ، احتِياطاً واستِئْشافاً.

وأظهرهما: أنه لا حَاجَةَ إليه، اِكْتِفَاءً بأن الظَّاهِرَ أنه لا وَارِثَ سِوَاهُ. نعم، هو

مُستحب.

والثاني: نَفْيُ الخِلافِ، واختلف هُوَلاءٌ؛ ففقط قاطِعُونَ بِنَفْيِ الوجوبِ، وحملوا

ما في «المختصر» على الاستِخْبَابِ، وحملها آخرون على مَحْمَلَيْنِ؛ فمنهم من قال: حيث ذكر: أنه لا بُدُّ منه. أَرَادَ الأَخُ، ومن يجوز<sup>(١)</sup> أن يحجب وحيث ذكر الاستِخْبَابِ أَرَادَ الابنَ ومن لا يُحجَبُ. ومنهم من حَمَلَ الأَوَّلَ على ما إذا لم يكن [ثِقَةً]<sup>(٢)</sup> مُوسِراً.

والثاني: على [الثِقَةِ]<sup>(٣)</sup> المُوسِرِ، وإن كان ممن لهم سَهْمٌ مُقَدَّرٌ فإن كان ممن لا

يُحجَبُ دُفِعَ إليه أَقْلُ فَرَضِهِ، عَائِلاً قَبْلَ البَحْثِ والتَّفْحُصِ.

فإنه مستيقن، فالزَّوْجَةُ يُدْفَعُ إليها رُبُعُ الثَّمَنِ، عَائِلاً على تَقْدِيرِ أنه تَرَكَ أبوين،

وبِئْتَيْنِ، وأربعَ زَوَجاتٍ.

والزوج يُدْفَعُ إليه الرُّبُعُ، عَائِلاً على تَقْدِيرِ أنها تَرَكَتْ أبوين، وبِئْتَيْنِ، وزَوْجاً.

والأبوان يُعْطَيَانِ السُّدُسَ، عَائِلاً:

أما الأب، فعلى تَقْدِيرِ أن الوَرَثَةَ أبوان، وبِئتان، وزوج، أو زوجة.

وأما الأم، فعلى تَقْدِيرِ أن الوَرَثَةَ أختان لأب وأختان لأم وزوج، أو زوجة. بل لو

حضر مع الزوجة ابن، دُفِعَ إليها رُبُعُ الثَّمَنِ، غير عائل؛ لِأَنَّ المَسْأَلَةَ لا تَعُولُ إذا كان فيها ابن. ثم إذا تَفَحَّصَ، ولم يَظْهَرْ غيره، أُعْطِيَ تَمَامَ حَقِّهِ.

وفيه وجه: [أنه لا يُعْطَى تَمَامَ حَقِّهِ]<sup>(٤)</sup> إلا أن تَقُومَ بَيِّنَةٌ. بخلاف الأَخ؛ فإنه لم

يَأْخُذُ شيئاً. فلو لم يُعْطَ بعد التَّفْحُصِ، كان مَخْرُوماً بالكلية. والصحيح، الأول.

ولا يُوْخَذُ لِلْمُسْتَيْقِنِ ضَمِينٌ، وفي أَخْذِهِ للزيادة الخِلافُ.

وإن كان ممن يُحجَبُ، لم يُدْفَعْ إليه قَبْلَ التَّفْحُصِ شَيْءٌ، وبعد التَّفْحُصِ يُدْفَعُ.

وفيه الوجه<sup>(٥)</sup> المذكور فيمن ليس له سَهْمٌ مُقَدَّرٌ، وهو ممن يَحجَبُهُ غيره. ولو قَطَعَ

الشهود بأنه لا وَارِثَ سِوَاهُ، فقد أخطئوا بالقَطْعِ في غير مَوْضِعِ القَطْعِ، ولا تبطل به

شَهَادَتُهُمْ.

(١) في ز: وفي تجوز.

(٢) سقط في: ز.

(٣) سقط في: ز.

(٤) في أ: الخِلاف.

(٥) سقط في: أ.

ولو قال الشهود: هذا ابنة، ولم يذكروا كَوْنَهُ وَاثِثًا، فقد أُلْطِقَ في «التهديب»: أنه لا يُحْكَمُ بشهادتهم، حتى يذكروا: أنه وَاثِثٌ؛ لأنه قد يكون ابناً، ولا يكون وَاثِثًا. والعراقيون جَعَلُوا هذه الصُّورَةَ كما لو لم يَكُنِ الشهود من أَهْلِ الْخَبْرَةِ الْبَاطِنَةِ، أو كانوا من أَهْلِ الْخَبْرَةِ، ولم يذكروا: أنه لا وَاثِثٌ سِوَاهُ. وقالوا: يُتَنَزَعُ الْمَالُ مِنْ يَدِهِ بِهذه الشَّهَادَاتِ، وَيُدْفَعُ الْمَالُ إِلَيْهِ بَعْدَ التَّفْحِصِ الْمَذْكُورِ.

ونقلوا عن ابن سُرَيْجٍ فيما إذا شَهِدُوا أنه أَخُوهُ. ولم يَتَعَرَّضُوا لِلْوَرْتَةِ: أنه لا يُضْرَفُ إِلَيْهِ شَيْءٌ بَعْدَ التَّفْحِصِ؛ لأن الابن لا يحجبه غيره، فَقَرَابَتُهُ مَوْرَثَةٌ. والأخ يَحْجِبُهُ غيره، فَقَرَابَتُهُ غير مَوْرُوثَةٌ على تَجْرِيدِهَا وَأَجَابَ<sup>(١)</sup> الإمام في الابن بما ذَكَرَهُ العراقيون. وحكى في الأَخِ وَجْهَيْنِ فَحَصَلَ فِيهِمَا وَجْهَانِ.

فرع:

قال القاضي الروياني: الْقِيَّاسُ، أنه لا يَصِحُّ الضَّمَانُ ما لم يدفع المال، وهكذا هو في ضَمَانِ الْعَهْدَةِ.

فرع:

لو قال الشهود: لا نعرف له في البلد وَاثِثًا سِوَاهُ، لم يُدْفَعْ إِلَيْهِ شَيْءٌ، خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ، وَأَحْمَدَ فِيمَا رَوَاهُ ابْنُ الصَّبَّاحِ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ [وإيانا]<sup>(٢)</sup> - .

قَالَ الْعَرَّالِيُّ: الطَّرْفُ الرَّابِعُ فِي الْعِتْقِ وَالْوَصِيَّةِ وَفِيهِ ثَلَاثُ مَسَائِلَ: الْأُولَى إِذَا ثَبَتَ عِتْقُ عَبْدَيْنِ بَيِّنَتَيْنِ كُلُّ وَاحِدٍ ثُلُثُ مَالِ الْمَرِيضِ الْمُعْتَقِ عِتْقٌ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ نِصْفُهُ إِذِ الْغَالِبُ أَنَّهُمَا مَتَاعِقَابَانِ فَيُعْتَقُ السَّابِقُ وَلَيْسَ أَحَدُهُمَا أَوْلَى مِنَ الْآخِرِ، وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ: إِذَا أَشْكَلَ السَّابِقُ فَهُوَ كَمَا لَوْ اجْتَمَعَا عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ كَمَا فِي الْجُمُعَتَيْنِ وَالتَّكَاحِنِ، فَإِنْ جُعِلَ كَالِاجْتِمَاعِ فَيُفْرَعُ لِكِنْ لَوْ كَانَ أَحَدُ الْعَبْدَيْنِ سُدَسَ الْمَالِ وَخَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ عِتْقٌ وَعِتْقٌ مِنَ الْآخِرِ نِصْفُهُ لِتَكْمِلَةِ الثُّلُثِ، وَإِنْ رَأَيْنَا الْقِسْمَةَ فَيُعْتَقُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ ثُلُثَاهُ، وَفِيهِ وَجْهٌ أَنَّهُ يُعْتَقُ مِنَ التَّفْيِيسِ ثَلَاثَةُ أَرْزَاعِهِ وَمِنَ الْحَسْبِيسِ نِصْفُهُ لِأَنَّ نِصْفَ التَّفْيِيسِ حُرٌّ بِكُلِّ حَالٍ تَقَدَّمَ أَوْ تَأَخَّرَ، وَإِنَّمَا الرُّحْمَةُ فِي النِّصْفِ الثَّانِي.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: من الأصول الممهدة، أن المريض مَرَضَ الموت، إذا أَعْتَقَ عَبْدَيْنِ، كل واحد منهما ثُلُثُ مَالِهِ على الترتيب. ولم يُجْزِ الْوَرْتَةُ يُنْحَصِرُ الْعِتْقُ فِي الْأُولِ، وَإِذَا أَعْتَقَهُمَا مَعًا يُفْرَعُ بَيْنَهُمَا أَيْضًا، وَلَوْ عُرِفَ سَبْقُ أَحَدِهِمَا، وَلَمْ يُعْلَمْ عَيْنُ السَّابِقِ، فَقَوْلَانِ:

(٢) سقط في: ز.

(١) في ز: واختار.



أحدهما: أنه يُفْرَعُ كما لو أَعْتَقَهُمَا معاً، وهذا لأن مَعْرِفَةَ السَّبِقِ من غير أن يُعْرِفَ السَّابِقَ، لا تَنْفَعُ شيئاً.

والثاني: أنه يُعْتَقُ من كل واحد نِصْفُهُ؛ لأننا لو أقرعنا<sup>(١)</sup>، لم نَأْمَنُ خروج الرُّقِّ على السابق، فللسابق حَقُّ الحُرِّيَّةِ، فيلزم منه إِزْقَاقُ حُرِّ، وَتَحْرِيرُ رَقِيبٍ، وأيضاً فلو أَوْصَى لهذا بثلث مَالِهِ، ولهذا بِثُلُثِهِ، ولم يُجْزِ الوَرَثَةُ، يُجْعَلُ بينهما نِصْفَيْنِ. فكذلك ههنا. والقَوْلَانِ على ما ذكر جماعة من الأئمة كالقولين في الجمعيتين، والنكاحين مثل هذه الحالة، فإن قلنا بِطُلَانِ الجمعيتين<sup>(٢)</sup>، والنكاحين، أقرعنا بينهما، كما لو وَقَعَا معاً. وإن تَوَقَّفْنَا في النكاحين، وَأْمَرْنَا الجميع بالظهر، أَعْتَقْنَا من كل واحد نِصْفَهُ. ولو عَرِفَ من سبق إِعْتَاقُهُ بعينه، ثم اشْتَبَهَ - فطريقان:

أحدهما: طَرُدُ القولين.

والثاني: وهو الذي أوردَهُ أَبُو الفَرَجِ السَّرْحَسِيُّ، وغيره: أنه يُعْتَقُ من كل [واحد]<sup>(٣)</sup> نصفه، وهو المُوَافِقُ لما هو الظاهرُ في مِثْلِ هذه الحالة من الجمعيتين، والنكاحين.

ولو عَلَّقَ عَبْدَيْنِ بالموت، أو أَوْصَى بِعِتْقِهَا، ومات، وكل واحد [ثُلث]<sup>(٤)</sup> مَالِهِ، فَيُفْرَعُ، سِوَاءَ وَقَعِ التَّعْلِيقَانِ، أو الوَصِيَّتَانِ معاً، أو فرض بينهما ترتب<sup>(٥)</sup>، إذا تَقَرَّرَ ذلك. فلو قامت بَيِّنَةٌ على أن المَرِيضَ أَعْتَقَ سَالِماً، وأُخْرَى على أنه أَعْتَقَ غَانِماً، وكل وَاحِدٍ منهما ثلث ماله، فإن أُرْخِنَا بِتَارِيخَيْنِ مختلفين، عتق من أعتقه أولاً، وإن أُرْخِنَا بِتَارِيخٍ وَاحِدٍ، أُفْرِعَ بينهما.

وإن [أَطْلَقْنَا، أو]<sup>(٦)</sup> وَأَطْلَقْنَا إحداهما، ففي «التهذيب»: أنه يُفْرَعُ [بينهما]<sup>(٧)</sup> أيضاً؛ لاحتمال الترتيب، والمَعِيَّةِ.

وقال جماعة - منهم صاحب الكتاب والإمام - رحمهم الله -: احتمال الترتيب أَقْرَبُ، وأغلب<sup>(٨)</sup> من احتمال المَعِيَّةِ. والسابق منهما غير معلوم، وإذا كان كذلك، وَتَعَارَضَتِ البيئتان<sup>(٩)</sup>، وأطلقنا، عرفنا أن أحد المُعْتَقَيْنِ سَابِقٌ، ولم نعرفه بِعَيْنِهِ، فَيَجِيءُ فيه القولان في أنه يُفْرَعُ بينهما، أو يُعْتَقُ من كل واحد نِصْفَهُ.

(١) في أ: قرعنا.

(٢) في أ: الجمع.

(٣) سقط في: ز.

(٤) سقط في: ز.

(٥) سقط في: ز.

(٦) سقط في: ز.

(٧) سقط في: ز.

(٨) سقط في: ز.

(٩) سقط في: ز.

(١٠) سقط في: ز.

(١١) سقط في: ز.

(١٢) سقط في: ز.

(١٣) سقط في: ز.

(١٤) سقط في: ز.

(١٥) سقط في: ز.

(١٦) سقط في: ز.

ثم في لفظ الكتاب شَيْئَانِ؛ أحدهما: أَنْ نَظَمَهُ يُشْعِرُ بِتَرْجِيحِ قَوْلِ الْقِسْمَةِ، وَقَدْ رَجَّحَهُ الْقَاضِي الرَّوْيَانِي وَغَيْرُهُ، وَهُوَ يُوَافِقُ قَوْلَ الذَّاهِبِ فِي الْجُمُعَتَيْنِ إِذَا عَلِمْتَ السَّابِقَةَ، وَلَمْ يَتَّعِنَ إِلَى أَنَّهُمْ يَصْلُونَ الظُّهْرَ جَمِيعًا؛ لِصِحَّةِ الْجُمُعَةِ السَّابِقَةِ.

وقد بيَّنَّا فِي الْجُمُعَةِ مِثْلَ الْأَصْحَابِ [إِلَيْهِ] <sup>(١)</sup> وَقَوْلِهِمْ: إِنَّهُ الْقِيَاسُ. وَرَجَّحَ آخَرُونَ قَوْلَ الْقُرْعَةِ، وَهُوَ يُوَافِقُ مَا ذَكَرْنَا فِي النِّكَاحِينَ؛ أَنَّ ظَاهِرَ الْمَذْهَبِ وَالصُّورَةَ مِثْلَ هَذِهِ؛ أَنَّ الْحُكْمَ فِيمَا إِذَا لَمْ يُعْرِفِ السُّبُوقَ، وَلَا الْمَعِيَةَ.

والثاني: سياق الكتاب يَقْتَضِي إِثْبَاتَ طَرِيقَتَيْنِ:

أحدهما: الْقَطْعُ بِالْقِسْمَةِ.

والثانية: إِثْبَاتُ قَوْلَيْنِ:

أحدهما: الْقِسْمَةُ.

والثاني: الْقُرْعَةُ. لَكِنَّهُ لَمْ يَرِدْ ذَلِكَ، وَإِنَّمَا حَكِيَ قَوْلُ الْقِسْمَةِ الْمَنْصُوصِ عَلَيْهَا، ثُمَّ بَيَّنَّ أَنَّهُمْ كَيْفَ خَرَجُوهُ، وَذَكَرَ الْمَأْخُذَ <sup>(٢)</sup> الَّذِي يَنْزِلُ عَلَيْهِ هَذَا الْقَوْلُ مَعَ قَوْلِ الْقُرْعَةِ.

ويعرف ذلك عند التأمل في لفظ «الوسيط». وفرع على القولين ما لو قَامَتِ الْبَيِّنَتَانِ كَذَلِكَ، لَكِنْ أَحَدُ الْعَبْدَيْنِ سُدَسُ الْمَالِ، فَإِنْ قَلْنَا بِالْقُرْعَةِ، فَإِنْ خَرَجَتِ الْقُرْعَةُ لِلْعَبْدِ الْخَسِيسِ عِتْقًا، وَعِتَقَ نِصْفَ الْآخَرِ؛ لِيَكْمَلَ الثَّلَاثَ.

وإن خرجت لِلتَّفِيسِ، انحصر العتق فيه. وإن قلنا هناك: يُعْتَقُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ نِصْفُهُ، فَهَهُنَا وَجْهَانِ:

الذي أوردته أكثرهم: أَنَّهُ يُعْتَقُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ ثُلَاثًا؛ لِأَنَّ مَا زَادَ عَلَى الثَّلَاثِ مِنَ التَّبْرُوعِ يُنْسَبُ إِلَى جَمِيعِ التَّبْرُوعِ، وَيَنْقُصُ بِتِلْكَ النِّسْبَةِ <sup>(٣)</sup> مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ.

وإذا نسبتنا الزائد على الثلث؛ وهو السدس ههنا إلى جميع التبرع؛ وهو النصف، كان ثلثه. فَيَرِدُ الْعِتْقُ فِي ثَلَاثِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَيُنْفَقُ [فِي ثَلَاثِيهِ] <sup>(٤)</sup>، وَصَارَ كَمَا لَوْ أَوْصَى لِوَاحِدٍ بِثُلُثِ مَالِهِ، وَآخَرَ بِسُدْسِهِ [يَكُونُ] <sup>(٥)</sup> لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثُلَاثًا مَا أَوْصَى لَهُ.

والثاني، ويحكى عن أبي حنيفة: أَنَّهُ يُعْتَقُ مِنَ التَّفِيسِ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِهِ، وَمِنَ الْخَسِيسِ نِصْفُهُ؛ لِأَنَّهُ إِنْ سَبَقَ إِعْتَاقُ التَّفِيسِ، فَجَمِيعُهُ حُرٌّ، وَإِنْ سَبَقَ إِعْتَاقُ الْآخَرِ، فَنِصْفُهُ حُرٌّ. فَأَحَدُ نِصْفَيْهِ عَلَى التَّقْدِيرَيْنِ حُرٌّ. وَإِنَّمَا الرُّحْمَةُ فِي النِّصْفِ الثَّانِي، وَهُوَ قَدْرُ سُدْسِ

(١) سقط في: أ.

(٢) في ز: وذكروا أخذ.

(٣) في ز: القسمة.

(٥) سقط في: ز.

(٤) في أ: ثلثه.

المال، فَيَقْسَمُ بينهما، فَيُعْتَقُ من النفيس رُبْعُهُ، ومن الخسيسِ نِصْفُهُ.

ولو قامت البيِّنَتَانِ على تَغْلِيْقِ عِتْقِ عِبْدَيْنِ بِالْمَوْتِ، أو الوصية بِعِتْقِهِمَا، وكل واحد منهما ثلث المال، ولم يُجْزِ الْوَرَثَةُ، فَيُفْرَعُ بينهما، سِوَاءِ أَرْخِطِ الْبَيِّنَتَانِ، أو أَطْلَقْتَا؛ لَأَنَّ الْعِتْقَيْنِ الْمُعْلَقَيْنِ بِالْمَوْتِ كَالْوَأَقِعَيْنِ [معاً]<sup>(١)</sup> في الْمَرَضِ.

هذا هو الظاهر، وفيه خلاف ذكره على الأثر.

واعلم أن الْمُزْنِيَّ روى في «المختصر»: أن الشَّافِعِيَّ - رضي الله عنه - قال: ولو شَهِدَ أَجْنَبِيَّانِ بَأَنَّ فُلَانًا الْمُتَوَفَّى أَعْتَقَهُ، وهو الثلث في وَصِيَّتِهِ، وشَهِدَ وَارِثَانِ لِعَبْدٍ غَيْرِهِ، بَأَنَّهُ أَعْتَقَهُ وهو الثلث في وَصِيَّتِهِ، فَسِوَاءِ، وَيُعْتَقُ من كل واحد نِصْفُهُ.

ثم قال الْمُزْنِيُّ: قِيَاسُ قَوْلِهِ: أن يُفْرَعَ بينهما.

وأطال الأصحاب نَفْسَهُمْ في شَرْحِ الْمَسْأَلَةِ، ونحن نُورِدُ منه ما يتهدَّب<sup>(٢)</sup> به المَقْصُودُ:

أما الفرض، فيما إذا كان شاهداً أَحَدِ الْعَبْدَيْنِ أَجْنَبِيَّيْنِ، وشاهداً الْآخَرَ وَارِثَيْنِ، فسيأتي في الْفَصْلِ التَّالِي لِهَذَا الْفَصْلِ بَيَانُ ما يَفْتَرَقُ<sup>(٣)</sup> فيه شَهَادَةُ الْأَجَانِبِ وَالْوَرَثَةِ، وما لا يَفْتَرَقُ<sup>(٤)</sup>. ثم تَحَرَّبَ الْأَصْحَابُ فيما هو الْمُرَادُ من صورة المسألة.

فقال جِزْبُ مِنْهُمْ: المراد الْعِتْقُ [في المرض]<sup>(٥)</sup> المنجز: لأنه قال: أَعْتَقَهُ.

وقوله: «في وَصِيَّتِهِ»؛ أي: في مَرَضِهِ الذي هو وَقْتُ الوصية، وأثبت هؤلاء قَوْلَيْنِ - ما ذكره الشافعي - رضي الله عنه -، وما خَرَّجَهُ الْمُزْنِي، وهذا ما اختاره<sup>(٦)</sup> أَصْحَابُنَا الْعِرَاقِيُّونَ.

وقال الْجِزْبُ الثَّانِي - وَمِنْهُمْ أَبُو إِسْحَاقَ: الْمُرَادُ، الْعِتْقُ الْمُضَافُ إِلَى ما بعد الموت لقوله<sup>(٧)</sup>: أَعْتَقَ في وَصِيَّتِهِ؛ أي أَمْضَى<sup>(٨)</sup> بِعِتْقِهِ، ثم اِخْتَلَفُوا؛ فقال قائلون: الْجَوَابُ، ما قاله الْمُزْنِي، وَحُكْمِي عن نَصِّهِ - رضي الله عنه - في «الأم»، ثم مِنْ هَؤُلَاءِ مَنْ يُحَاوِلُ تَأْوِيلَ الْمُنْقُولِ [عن الشَّافِعِيَّ]<sup>(٩)</sup> - رضي الله عنه -.

ومنهم من يقول: إنه غَلِطَ من ناقل. وذهب بعضهم إلى إِبْتِاتِ الْقَوْلَيْنِ مع

(١) سقط في: ز.

(٢) في ز: تفرق.

(٣) سقط في: ز.

(٤) في ز: بقوله.

(٥) سقط في: أ.

(٦) في ز: تهدب.

(٧) في ز: تفرق.

(٨) في ز: أجزاه.

(٩) في ز: وصى.

التصوير في الوصية بالعتق، وأشار القاضي ابن كج إلى طريقة أخرى قاطعة بالقسمة تشبهاً<sup>(١)</sup> بالوصية لشخصين. والله أعلم.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: الثَّانِيَةُ: شَهِدَ أَجْنَبِيَّانِ أَنَّهُ أَعْتَقَ غَانِمًا وَهُوَ ثُلُثٌ وَشَهِدَ وَاِثْنَانِ بِأَنَّهُ رَجَعَ عَنْهُ وَأَعْتَقَ سَالِمًا وَهُوَ ثُلُثٌ رُفُّ غَانِمٍ وَعْتَقَ سَالِمًا إِذْ لَا تَهْمَةَ عَلَى الْوَارِثِ لِمَا ذُكِرَ لِلرُّجُوعِ بَدَلًا، فَإِنْ كَانَ سَالِمٌ سُدُسَ الْمَالِ صَارَ مُتَهَمًا فَيُعْتَقُ غَانِمًا بِالشَّهَادَةِ وَيُعْتَقُ سَالِمًا بِالْإِقْرَارِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ يُقْرَعُ أَيْضًا وَيَلْغُو شَهَادَةَ الرَّجُوعِ وَيَبْقَى شَهَادَةُ الْعِتْقِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لَا فَرْقَ فِي شُهُودِ الْعِتْقِ وَالرُّجُوعِ بَيْنَ أَنْ يَكُونُوا أَجَانِبَ، أَوْ وَاِثْنَيْنِ؛ إِلَّا أَنَّ الْوَارِثَ قَدْ يَجْرُ بِشَهَادَتِهِ نَفْعًا إِلَى نَفْسِهِ فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ. وَإِلَّا أَنْ شَهَادَةَ الْوَارِثِ قَدْ تَنْتَضِمْنَ إِقْرَارًا لِلْمَشْهُودِ بِهِ، فَيُؤَاخِذُ بِهَا فَلَوْ<sup>(٢)</sup> شَهِدَ أَجْنَبِيَّانِ، أَنَّهُ أَوْصَى بِعِتْقِ غَانِمٍ، وَهُوَ ثُلُثُ مَالِهِ، وَشَهِدَ وَاِثْنَانِ، أَنَّهُ رَجَعَ عَنْ تِلْكَ الْوَصِيَّةِ، وَأَوْصَى بِعِتْقِ سَالِمٍ، وَهُوَ ثُلُثُ مَالِهِ أَيْضًا، قُبِلَتْ شَهَادَتُهُمَا عَلَى الرَّجُوعِ عَنِ الْوَصِيَّةِ الْأُولَى، وَتَثَبَتْ<sup>(٣)</sup> بِهَا الْوَصِيَّةُ الثَّانِيَةُ؛ لِأَنَّهُمَا أَثْبَتَا لِلرُّجُوعِ<sup>(٤)</sup> عَنْهُ بَدَلًا يُسَاوِيهِ فَارْتَفَعَتِ التَّهْمَةُ، وَلَا نَظَرَ إِلَى تَبْدِيلِ الْوَلَاءِ.

وقد يكون الثاني أهدي إلى الكسب وجمع المال، فإنه<sup>(٥)</sup> قد لا يُتَّفَقُ أَخْذُ شَيْءٍ بِالْوَلَاءِ، وَمُجَرَّدُ هَذَا الْإِحْتِمَالِ لَوْ أَوْجَبَ رَدَّ الشَّهَادَةِ، لَمَا قُبِلَتْ شَهَادَةُ قَرِيبٍ لِقَرِيبٍ يَرْتُهُ.

وعن أبي حنيفة ومالك: أنه لا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا عَلَى الرَّجُوعِ، وَيُعْتَقُ الْعَبْدَانِ مَعًا. هَذَا إِذَا كَانَ الْوَارِثَانِ عَدْلَيْنِ. فَإِنْ كَانَا فَاسِقَيْنِ، لَمْ يَثْبِتِ الرَّجُوعُ بِقَوْلِهِمَا، وَيُحْكَمُ بِعِتْقِ غَانِمٍ بِشَهَادَةِ الْأَجْنَبِيِّينَ؛ لِأَنَّ الثَّلْثَ يَحْتَمِلُهُ، وَيُعْتَقُ مِنْ سَالِمٍ قَدْرَ مَا يَحْتَمِلُهُ ثُلُثُ الْبَاقِي مِنَ الْمَالِ بَعْدَ غَانِمٍ، وَهُوَ ثَلَاثًا. وَكَأَنَّ غَانِمًا [هَلَكَ، أَوْ]<sup>(٦)</sup> غَصِبَ مِنَ الثَّرِكَةِ، فَإِنْ قَالَ الْوَارِثَانِ: أَوْصَى بِعِتْقِ سَالِمٍ، وَلَمْ يَتَّعَرَّضَا لِلرُّجُوعِ عَنِ وَصِيَّةِ غَانِمٍ، فَالْحَكْمُ كَمَا ذَكَرْنَا فِيمَا إِذَا كَانَ رِجَالُ الْبَيْتَيْنِ كُلَّهُمْ أَجَانِبَ، فَالظَّاهِرُ الْقُرْعَةُ، وَيَجِيءُ فِيهِ الْخِلَافُ الْمَذْكُورُ فِي الْفَضْلِ السَّابِقِ.

ولو كانت المسألة بحالها، ولكن سألماً سدس المال، فالوارثان متهمان برّد العتق من الثلث إلى السدس، فلا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا عَلَى الرَّجُوعِ فِي النِّصْفِ الَّذِي لَمْ يَثْبِتْ لَهُ بَدَلًا.

وفي الباقي الخلاف في تبعض<sup>(٧)</sup> الشهادة؛ فإن قلنا: إنها لا تبعض، وبه أجاب

(١) في ز: تشبهاً.

(٢) في ز: لو.

(٣) في ز: للرجوع.

(٤) سقط في: ز.

(٥) في أ: وأثبت.

(٦) سقط في: ز.

(٧) في ز: تبعض.

الشّافعيّ - رضي الله عنه - في هذه الصورة، فتردّ شهادتهما فيه أيضاً، ويُعتق الأول بشهادة الأجنبيين، ويُعتق الثاني بإقرار الوارثين؛ لأن شهادتهما تتضمّن الإقرار بأنه مُستحقّ العتق. فإن لم يكونا جائزين عتق منه قدر ما يستحقّانِه ومنهم من يقول: يُعتق من الثاني بقدر ما يحتمله ثلث الباقي من المال. وليس هذا خلافاً في المعنى؛ فإن كل<sup>(١)</sup> الثاني وهو سدس المال، يحتمله<sup>(٢)</sup> ثلث الباقي بعد الأول.

وإن قلنا: إنها تبعض، فيعتق نصف الأول، وجميع الباقي؛ وهو قدر الثلث.

وفيه وجه آخر: أن الرجوع المشهود به لا يتبعض. فإذا لم يثبت في البعض، لا يثبت في الباقي، وتبقى الشهادة على الوصية بعتق الباقي<sup>(٣)</sup>، فيفترق بينهما على ما مرّ.

وهذا الخلاف فيما إذا لم يكن في التركة وصية أخرى.

فإن كان قد أوصى بثلث ماله لإنسان، وقامت البيّتان لغانيم وسالم هكذا، تُقبل شهادة الوارثين على الرجوع عن الوصية بإعتاق غانيم؛ لأن للورثة<sup>(٤)</sup> ردّ الزيادة على الثلث، فليس في الشهادة على الرجوع تهمّة عليهم. وإذا ثبت الرجوع بشهادتهم، جعل الثلث أثلاً بين الموصى له بالثلث، وبين عتق سالم؛ فيعطى الموصى له ثلثا الثلث، ويُعتق منه ثلثاه، وهو ثلث الثلث. هكذا ذكروه.

لكن ردّ الزائد على الثلث لا يوجب جريان بعض أرباب الوصايا، بل يوزع عليهم الثلث. وقبول الشهادة الرجوع يوجب إزقاق غانيم وجزمائه عن التبرع، وهو محلّ التهمّة؛ لتعلّق الأغراض بأعيان العبيد والأموال، بل قبول شهادة الرجوع من الورثة، وإن أثبتوا بدلاً مساوياً لا يصفو عن الإشكال؛ لأنه قد يتعلّق الغرض باستيفاء<sup>(٥)</sup> غانيم، وإن كان سالمًا مثله في القيمة.

وإن كان الوارثان فاسقين عتق غانيم بشهادة الأجنبيين، وعتق سالم بإقرارهما؛ وهو دون ثلث الباقي من المال بعد غانيم، ولو كانت قيمة من شهد له [الأجنيان سدس المال، وقيمة من شهد له]<sup>(٦)</sup> الوارثان ثلث المال، قبلت شهادتهما على الرجوع. وعتق الثاني.

فإن كانا فاسقين عتق الأول، وعتق ثلث الباقي من المال بعد الأول؛ وهو خمسة أسداس الثاني<sup>(٧)</sup> وكانه غصب<sup>(٨)</sup> الأول.

(٢) في ز: تحمله.

(٤) في ز: الورثة.

(٦) سقط في: أ.

(٨) في الروضة: تلف.

(١) في ز: كان.

(٣) في ز: الثاني.

(٥) في أ: باستيفاء.

(٧) في أ: المال.

ولو شهد أجنبيان أنه نَجَزَ عِتْقَ غَانِمٍ فِي الْمَرَضِ، ووارثان أنه نَجَزَ عِتْقَ سَالِمٍ، وكل واحد منهما ثلث المال فَيُنْظَرُ إِنْ كَذَبَ الْوَارِثَانِ الْأَجْنِبِيِّينَ وَقَالَا: لَمْ يَعْتَقِ غَانِمًا، وَإِنَّمَا أَعْتَقَ سَالِمًا، فَيُعْتَقُ الْعَبْدَانِ جَمِيعًا.

أما غَانِمٌ فَبِشَهَادَةِ الْأَجْنِبِيِّينَ، وَأما سَالِمٌ فَبِشَهَادَةِ<sup>(١)</sup> الْوَارِثِينَ أَنْ الْعَيْتِقَ سَالِمٌ دُونَ غَانِمٍ. فَإِنْ لَمْ يَكُنَا جَائِزِينَ عِتْقَ مَنْ حِصَّتُهُمَا، وَاسْتَدْرَكَ بَعْضُ الْمَتَأَخِّرِينَ فَقَالَ: قِيَاسٌ مَا سَبَقَ أَلَّا يُعْتَقَ مِنْ سَالِمٍ إِلَّا قَدْرُ مَا يَحْتَمِلُهُ ثُلُثُ الْبَاقِي مِنَ الْمَالِ بَعْدَ غَانِمٍ<sup>(٢)</sup>، وَكَأَنَّ غَانِمًا عَصَبٌ مِنَ التَّرَكَةِ. وَهَذَا جَيِّدٌ.

وَإِنْ لَمْ يَكْذِبَاهُمَا، بَلْ قَالَا: أَعْتَقَ سَالِمًا، وَلَا نَدْرِي هَلْ أَعْتَقَ غَانِمًا أَمْ لَا؟ فَإِنْ كَانَ الْوَارِثَانِ عَدْلَيْنِ، فَالْحُكْمُ كَمَا ذَكَرْنَا فِيمَا إِذَا كَانَ شُهُودُ الْعَبْدَيْنِ مَعًا أَجَانِبَ. وَإِنْ كَانَا فَاسِقَيْنِ، فَيُعْتَقُ غَانِمٌ بِشَهَادَةِ الشُّهُودِ، وَأما سَالِمٌ، فَقَدْ ذَكَرَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ، وَتَابِعَهُ كَثِيرٌ مِنَ الْأَصْحَابِ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ -: أَنَّهُ يُعْتَقُ مِنْهُ نِصْفُهُ إِذَا فَرَّغْنَا أَنَّهُ يُعْتَقُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ نِصْفُهُ لَوْ كَانَا عَدْلَيْنِ؛ لِأَنَّ الْوَارِثِينَ مُعْتَرِفَانِ فِي ضَمَنِ الشَّهَادَةِ بِاسْتِحْقَاقِهِ عِتْقَ النِّصْفِ، فَلَزِمَهُمَا مَا اعْتَرَفَا بِهِ.

وَقَالَ ابْنُ الصَّبَّاحِ: هَذَا سَهْوٌ؛ لِأَنَّ غَانِمًا أَيْضًا لَا يَسْتَحِقُّ بِقَوْلِ الْوَارِثِينَ إِلَّا عِتْقَ النِّصْفِ. وَقَدْ حَكَمْنَا<sup>(٣)</sup> بِعِتْقِ جَمِيعِهِ نِصْفَهُ كَالْمَغْضُوبِ، أَوْ الْهَالِكِ فِي حَقِّ الْوَرِثَةِ، وَنِصْفُهُ سُدَسُ التَّرَكَةِ فَيَنْبَغِي أَنْ يُعْتَقَ عَبْدٌ إِلَّا سُدَسَ عَبْدٍ. وَقَدْ أَعْتَقْنَا نِصْفَ عَبْدٍ، فَيَبْقَى ثُلُثُ عَبْدٍ بَلَا مَزِيدٍ. لَكِنِ الْعَبْدِينَ سَوَاءً فِي اسْتِحْقَاقِ الْعِتْقِ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يُعْتَقَ مِنْ أَحَدِهِمَا أَكْثَرُ مِمَّا يُعْتَقُ مِنَ الْآخَرِ. وَيَلْزَمُ مِنْ ذَلِكَ أَنْ يَنْقُصَ مَا عِتْقَ مِنَ الْأَوَّلِ عَنِ النِّصْفِ، وَأَنْ يَزِيدَ مَا يَعْتَقُ مِنَ الثَّانِي عَلَى الثُّلُثِ.

وَسَنَبِينِ<sup>(٤)</sup> ذَلِكَ بِأَنْ يُقَالَ: عِتْقَ مِنَ الْأَوَّلِ شَيْءٌ، وَالبَاقِي مَغْضُوبٌ. وَعِتْقَ مِنَ الثَّانِي شَيْءٌ، وَالبَاقِي لِلْوَرِثَةِ مَعَ الثُّلُثِ الْكَامِلِ مِنَ التَّرَكَةِ. فَمَعَهُمْ إِذَنْ ثُلُثَانِ سِوَى شَيْءٍ.

(١) فِي ز: فِي إِقْرَارِ.

(٢) هَذَا الِاسْتَدْرَاكُ الَّذِي لَمْ يَبِينِ قَائِلُهُ هُوَ لِصَاحِبِ الْكَافِي، كَذَا رَأَيْتُهُ فِيهِ وَعِبَارَتُهُ «وَإِنْ كَذَبَ الْوَارِثَانِ الْأَجْنِبِيِّينَ وَقَالَا لَمْ يَعْتَقِ سَالِمًا، وَإِنَّمَا أَعْتَقَ غَانِمًا عِتْقَ الْعَبْدَانِ الْأَوَّلِ بِشَهَادَةِ الْأَجْنِبِيِّينَ، وَالثَّانِي: بِإِقْرَارِ الْوَارِثِينَ إِذَا كَانَا يَرِثَانِ جَمِيعِ الْمَالِ، فَإِنْ كَانَ مَعَهُمَا وَارِثٌ آخَرَ عِتْقَ مِنَ الثَّانِي بِقَدْرِ حِصَّتِهِمَا؛ لِأَنَّ تَكْذِيبَهُمَا لَا يَبْطُلُ شَهَادَةَ الْأَجْنِبِيِّينَ، وَيَزْعَمُهُمَا أَنَّ الثَّانِي حُرٌّ لِأَنَّ الْأَوَّلَ رَقِيقٌ. هَذَا قَوْلُ عَامَةِ الْأَصْحَابِ وَقِيَاسُ مَذْهَبِنَا أَنْ يَعْتَقَ الْأَوَّلُ بِشَهَادَةِ الْأَجْنِبِيِّينَ وَمَنْ الثَّانِي بِقَدْرِ مَا يَخْرُجُ مِنَ ثُلُثِ الْبَاقِي وَيَجْعَلُ الْعَبْدَ الْأَوَّلَ كَالْهَالِكِ أَوْ الْمَغْضُوبِ مِنَ التَّرَكَةِ فِي حَقِّهِمَا، هَذَا إِذَا لَمْ يَكُنْ مَعَهُمَا وَارِثٌ فَإِنْ كَانَ يَعْتَقُ مِنَ الثَّانِي بِقَدْرِ مَا يَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ مِنْ نِصْبِيهِمَا. انْتَهَى.

(٣) فِي ز: حُكْمًا. (٤) فِي ز: سَبِينِ.

وذلك يَغْدِلُ ضِعْفَ ما عتق؛ وهو أربعة أشياء فيجبر. ويقابل فثلثا التركة تَغْدِلُ خمسة أشياء، فالشَّيْءُ خمس ثلثي التَّرِكَةِ، وخمس الثلثين خُمُسًا الثلث، وكل عَبْدٌ ثلث، فَيُعْتَقُ من الأول خُمُسًا، والباقي مَغْضُوبٌ، ومن الثاني خُمُسًا، يبقى ثلاثة أخماسه لِلْوَرَثَةِ مع الثلث الكَامِلِ، وهي ثمانية أخماس، ضعف ما عتق.

ولو شهد أجنبيّانِ لِعَانِمٍ وَوَارِثَانِ لِسَالِمٍ كما ذكرنا، إلا أن سَالِمًا سدس المال، فإن كَذَّبَ الوَارِثَانِ الأجنبيّين<sup>(١)</sup> عَمَتًا جميعاً، وإن لم يُكذِّبَاهُمَا، فإن كانا عَدْلَيْنِ، وكما إذا كان شهود العبدَيْنِ أجنبيّين. والأول ثلثُ المال والباقي سدسه، وقد مرَّ حُكْمُهُ في الفصل السَّابِقِ.

وإن كانا فَاسِقَيْنِ، نقل صاحب «التهذيب»: أن الأول حُرٌّ بشهادة الأجنبيّين، ويُفْرَعُ بينهما، فإن خَرَجَتِ الْفُرْعَةُ له، انحصَرَ الْعِتْقُ فيه. وإن خَرَجَتْ لِلثَّانِي، عَتِقَ الأول بالشَّهَادَةِ، وَعَتِقَ من الثَّانِي ثُلُثٌ ما بَقِيَ من المال؛ بِإِقْرَارِ الوارثين. قال في «التهذيب»: وقياس هذا أن يُفْرَعُ أيضاً إذا كان كُلُّ واحد من العبدَيْنِ ثُلُثَ المال، وكان الوَارِثَانِ فَاسِقَيْنِ، وكان هذا جَوَاباً على قول الْفُرْعَةِ، فيما إذا كان الشُّهُودُ كلهم أجنبيّين. وما نَقَلْنَا عن الشيخ أبي حَامِدٍ وغيره على قَوْلِ الْقِسْمَةِ - والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّلَاثَةُ إِذَا شَهِدَتْ بَيِّنَةً بِأَنَّهُ أَوْصَى لِزَيْدٍ بِالسُّدُسِ وَشَهِدَتْ أُخْرَى بِأَنَّهُ أَوْصَى لِبَكْرٍ بِالسُّدُسِ وَشَهِدَتْ أُخْرَى بِأَنَّهُ رَجَعَ عَنِ إِحْدَى الْوَصِيَّتَيْنِ، فَعَلَى وَجْهِ تَبْطُلُ الشَّهَادَةُ بِالرُّجُوعِ الْمُبْتَهَمِ وَيُسَلَّمُ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ سُدُسٌ، وَعَلَى وَجْهِ يَصِحُّ لِتَعْيِينِ الْمَشْهُودِ لَهُ وَالْمَشْهُودِ عَلَيْهِ فَيُقَسَّمُ عَلَيْهِمَا سُدُسٌ وَاحِدٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا شَهِدَ اثْنَانِ بَأَنَ فُلَانًا الْمَيِّتَ أَوْصَى لِزَيْدٍ بِالثَّلْثِ وَآخِرَانِ<sup>(٢)</sup> بِأَنَّهُ أَوْصَى لِبَكْرٍ بِالثَّلْثِ، فَلَا يَخْفَى أَنَّهُ يُجْعَلُ الثَّلْثُ بَيْنَهُمَا بِالسُّوِيَةِ؛ فَإِنِ ذَكَرَ الْآخِرَانِ: أَنَّهُ رَجَعَ عَنِ الْأَوَّلِ، وَأَوْصَى لِبَكْرٍ بِالثَّلْثِ، سَلَّمَ لَهُ الثَّلْثُ، وَيَسْتَوِي فِي الرُّجُوعِ شَهَادَةُ الْوَارِثِ، وَالْأَجْنَبِيِّ، إِذَا جَرَى ذِكْرُ الْبَدَلِ. ولو شهد اثْنَانِ: أَنَّهُ رَجَعَ عَنِ وَصِيَّةِ بَكْرٍ أَيْضاً، وَأَوْصَى بِالثَّلْثِ لِعَمْرٍو سَلَّمَ الثَّلْثُ لِعَمْرٍو ولو شهد اثْنَانِ أَنَّهُ أَوْصَى بِالثَّلْثِ لِزَيْدٍ أَوْ اثْنَانِ أَنَّهُ أَوْصَى بِهِ لِبَكْرٍ، ثُمَّ شَهِدَ اثْنَانِ أَنَّهُ رَجَعَ عَنِ إِحْدَى الْوَصِيَّتَيْنِ، فَإِنِ عَيْنَا الرُّجُوعَ عَنْهَا، ثَبَّتَ الرُّجُوعَ وَكَانَ الثَّلْثُ كُلُّهُ لِلْآخِرِ.

وفي كتاب القاضي ابن كَجَّج: أن أبا الحسين قال: لا يكون للثاني إلا السُدُسُ؛ لأنه إذا أَوْصَى بِالثَّلْثِ لهذا، وبالثَّلْثِ لهذا، فَكَأَنَّهُ أَوْصَى بِالسُّدُسِ لكل واحد منهما.

(٢) في ز: وآخر.

(١) في أ: الأجنبيان.

وإنما يُسَلَّمُ الثُّلُثُ لِلآخِرِ، إِذَا ثَبَّتَ أَنْ وَصِيَّتَهُ وَقَعَتْ بَعْدَ الرَّجُوعِ عَنِ الْوَصِيَّةِ الْآخَرَى. وَإِنْ لَمْ يُعَيَّنْ شَاهِدَ الرَّجُوعِ الْوَصِيَّةِ الْمَرْجُوعِ عَنْهَا، نَصَّ فِي «الْمَخْتَصِرِ» - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: أَنْ الثُّلُثُ يَكُونُ بَيْنَهُمَا. وَلَمْ ذَلِكَ؟

قال أكثر الأصحاب: لأنهما أبهما الرجوع، والإبهام يمنع قبول الشهادة، كما لو شهدا: أنه أوصى لأحد هذين، أو لفلان كذا على أحد هذين. وإذا لم تُقبَلْ شَهَادَةُ الرَّجُوعِ وَالْوَرَثَةُ لَا تَجِيزُ أَكْثَرَ مِنَ الثَّلَاثِ، يَكُونُ الثُّلُثُ بَيْنَهُمَا. وَقَالَ بَعْضُهُمْ، وَاخْتَارَهُ الْقُقَالُ: هَذِهِ الشَّهَادَةُ مَقْبُولَةٌ؛ لِتَعْيِينِ الْوَارِثِ الْمَشْهُودِ لَهُ، وَعَيْنِ الْمَشْهُودِ عَلَيْهِمَا.

وَإِنْ وَقَعَ الْإِبْهَامُ، فَالْوَصِيَّةُ تَحْتَمِلُ الرَّجُوعَ، وَالْإِبْهَامُ، وَيُنْقَسِمُ الرَّجُوعُ <sup>(١)</sup> بَيْنَهُمَا، وَيُجْعَلُ كَأَنَّهُ رَدٌّ وَصِيَّةٌ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِلَى السُّدْسِ.

وتظهر فائدة الخلاف فيما إذا شهدت بيته: أنه أوصى لزيد بالسدس، وأخرى أنه أوصى ليكر بالسدس، وأخرى أنه رجع عن إحدى الوصيتين، وهي الصورة المذكورة في الكتاب، فعلى ما ذكره أكثرهم، لا تُقبَلُ شَهَادَةُ الرَّجُوعِ الْمُبْهَمِ. وَيُدْفَعُ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدْسُ. وَعَلَى مَا اخْتَارَهُ الْقُقَالُ، تُقبَلُ، وَيُجْعَلُ كَأَنَّهُ رَجَعُ عَنْ نِصْفِ كُلِّ وَصِيَّةٍ. فَيُدْفَعُ إِلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا [نِصْفُ] <sup>(٢)</sup> سُدْسٍ.

وَاعْلَمْ أَنَّ هَذِهِ الْكُتُبَ الثَّلَاثَةَ أَدَبَ الْقَضَاءِ، وَالشَّهَادَاتِ، وَالِدَّعَاوَى وَالْبَيِّنَاتِ، يَتَعَلَّقُ بِبَعْضِهَا بَعْضٌ. وَقَدْ يَتَفَقَّ ذَلِكَ <sup>(٣)</sup> الْمَدَاخِلَةَ فِي مَسَائِلِهَا. وَإِذْ يَسَّرَ اللَّهُ - تَعَالَى - الْفَرَاغَ مِنْ شَرْحِ مَا فِي الْكِتَابِ [مِنْ ثَلَاثِهَا] <sup>(٤)</sup> فَإِنَّا نَرَى خَتْمَهَا بِبَيِّنٍ:

أحدها: في مسائل وَصُورٍ تَدْخُلُ فِي هَذِهِ الْكُتُبِ؛ مِنْهَا مَا هِيَ كَالشَّهَادَةِ عَنِ الْأُصُولِ الْمَذْكُورَةِ [فِيهَا] <sup>(٥)</sup> وَمِنْهَا مَا هِيَ مُسْتَخْرَجَةٌ عَلَيْهَا. لَكِنْ التَّنْصِيصُ عَلَيْهَا يَفِيدُ الدُّزْبَةَ وَيَهْذِبُ الْأُصُولَ. وَالْبَابُ الثَّانِي فِي دَعْوَى <sup>(٦)</sup> السُّبِّ؛ وَقَدْ أُورِدَهُ فِي الْكِتَابِ، وَلَهُ اِزْتِيَاظٌ بِهَذِهِ الْكُتُبِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ نَوْعٌ اِدْعَاءٍ. لَكِنَّهُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى الْبَيِّنَةِ <sup>(٧)</sup> مِنْ حَيْثُ إِنَّ الْقَائِفَ شَبِيهَ بِالْحَاكِمِ.

أَمَّا الْبَابُ الْأَوَّلُ: فَيَأْتِي بِالْمَسَائِلِ مَثْوَرَةً؛ وَنَقُولُ مُسْتَوْفِقِينَ بِاللَّهِ تَعَالَى جَدُّهُ.

يَوْمَ الْجُمُعَةِ كَسَائِرِ الْأَيَّامِ فِي إِخْضَارٍ مِنْ يُطْلَبُ إِخْضَارُهُ مَجْلِسَ الْحُكْمِ. نَعَمْ، إِذَا صَعَدَ الْخَطِيبُ الْمُنْبَرِ، فَلَا يَحْضُرُ أَحَدٌ إِلَى الْفَرَاغِ مِنَ الصَّلَاةِ، وَالْيَهُودِيُّ يَحْضُرُ يَوْمَ

(٢) سقط في: أ.

(٤) سقط في: أ.

(٦) في أ: دعوة.

(١) في ز: المرجوع.

(٣) في ز: لذلك.

(٥) سقط في: ز.

(٧) في ز: النية.



السَّبَبِ ويكسر عليه سبته. شَهِدَ اثْنَانِ: أَنَّهُ غَضِبَ كَذَا، أَوْ سَرَقَهُ غُدُوَّةً، وَأَخْرَانِ: أَنَّهُ سَرَقَهُ، أَوْ غَضِبَهُ عَشِيَّةً، فَتَتَعَارَضُ الْبَيِّنَتَانِ، وَلَا يُحْكَمُ بِوَاحِدَةٍ مِنْهُمَا، بِخِلَافِ مَا لَوْ شَهِدَ شَاهِدٌ هَكَذَا، وَآخِرُ هَكَذَا، حَيْثُ يَخْلِفُ الْمُدْعِي مَعَ أَحَدِهِمَا، وَيَأْخُذُ الْغَرِيمُ؛ لِأَنَّ الشَّاهِدَ لَيْسَ بِحُجَّةٍ حَتَّى يَفْرُضَ تَعَارُضٌ<sup>(١)</sup>.

شَهِدَ شَاهِدٌ عَلَى إِتْلَافِ ثَوْبٍ قِيَمَتُهُ رُبْعُ دِينَارٍ، وَآخِرُ عَلَى إِتْلَافِ ذَلِكَ الثَّوْبِ بَعِينَهُ، وَقَالَ: قِيَمَتُهُ ثَمَنُ دِينَارٍ يَثِبُ الْأَقْلُ، وَلِلْمُدْعِي أَنْ يَخْلِفَ مَعَ الْآخِرِ.

لَوْ شَهِدَ اثْنَانِ عَلَى إِتْلَافِ ثَوْبٍ قِيَمَتُهُ رُبْعُ، وَشَهِدَ آخِرَانِ عَلَى أَنَّهُ أَتْلَفَ ذَلِكَ الثَّوْبَ وَقِيَمَتُهُ ثَمَنُ دِينَارٍ أَيْضاً؛ لِأَنَّهُ الْمُتَّفَقُ عَلَيْهِ. وَأَمَّا الزِّيَادَةُ، فَالْبَيِّنَتَانِ مُتَعَارِضَتَانِ فِيهَا. وَبِهَذَا قَالَ أَحْمَدُ.

وقال أبو حنيفة: الأكثرُ عليهما.

لَوْ شَهِدَ اثْنَانِ عَلَى أَنْ وَزَنَ الذَّهَبَ الَّذِي أَتْلَفَهُ دِينَارٌ، وَآخِرَانِ عَلَى أَنْ وَزَنَهُ نِصْفُ دِينَارٍ، يَثِبُ الدِّينَارُ؛ لِأَنَّ مَعَ الشَّاهِدَيْنِ بِهِ زِيَادَةٌ عِلْمٌ، بِخِلَافِ الشَّهَادَةِ عَلَى الْقِيَمَةِ، فَإِنَّ مَدْرَكَهَا الاجْتِهَادَ، وَقَدْ يَقِفُ شَاهِدٌ الْقَلِيلَ عَلَى عَيْبٍ بِهِ.

أَدْعَى عَبْدًا فِي يَدِ رَجُلٍ، وَأَقَامَ بَيِّنَةً: أَنَّهُ وَلَدُ أُمَّتِهِ، لَمْ يُفَضَّ لَهُ بِهَذِهِ الْبَيِّنَةِ. فَرِيماً وَلَدَتْهُ قَبْلَ أَنْ مَلَكَهَا. وَإِنْ قَالَ: إِنَّهُ وَلَدُ أُمَّتِهِ، وَلَدَتْهُ فِي مِلْكِهِ، نَصٌّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: أَنَّهُ يُفَضَّى لَهُ بِهَذِهِ الْبَيِّنَةِ، لَكِنَّا شَهَادَةُ بِمِلْكٍ سَابِقٍ، وَهُوَ الْمَلِكُ يَوْمَ الْوِلَادَةِ.

وقد سبق أن البيئنة على أنه ملكه لا يفضى بها في أصح القولين. فخرج ابن سريج قولاً ههنا أيضاً، وامتنع سائر الأصحاب عنه، وفرقوا بأن النماء تابع للأصل. فإذا تعرضت البيئنة للأصل، تبعه النماء في الملك.

ألا ترى أنه إذا قامت البيئنة على ملك الشيء منذ سنة يأخذه المدعي مع زيادة في البيئنة<sup>(٢)</sup>؟ وهناك الشهادة على الأصل، فاعتبر التعرض للملك في الحال، [لكن صورة الاستشهاد قامت الشهادة على ملك الأصل في الحال]<sup>(٣)</sup>، وأرخت الملك وليس قولهم: ولدت في ملكه، إثبات ملك الأصل في الحال.

ولو شهدوا: أن هذه الشاة نتجت في ملكه، وهذه الثمرة حصلت من شجرته، في ملكه، فهو كقولهم: ولدت أمته في ملكه، ولا تكفي أن يقولوا: هذه نتاج شاتيه، وثمره

(١) الجزم بالتعارض في الأولى فيه نظر، ويحتمل خلافه فإنه يمكن الجمع بأن يسترجعه منه ثم يفرضه أو يسترجعه لا سيما إذا ادعى المالك ذلك عند إقامة البيئنة الثانية وكانت دعواه الأولى مبطلّة.

(٢) سقط في: أ.

(٣) في ز: السنة.

شَجَرَتِهِ. ولو شَهِدُوا: أن هذا الغَزَلَ من قُطْنِهِ، والْفَرْخَ من بَيْضِهِ، أو الدَّقِيقَ من حِنْطَتِهِ، أو الخُبْزَ من دَقِيقِهِ، كفى؛ لأن ذلك عَيْنُ مَلِكِهِ. تَغَيَّرَتْ صِفَتُهُ، بخلاف وَلَدِ الْجَارِيَةِ، وَثَمَرَةِ الشَّجَرَةِ.

أقام بَيِّنَةً على رِقِّ شخص، وأقام المُدْعَى عليه بَيِّنَةً على أنه حُرُّ الْأَصْلِ فَبَيِّنَةٌ المُدْعَى أَوْلَى؛ لأن معها زِيَادَةٌ عِلْمٍ؛ وهي إِبْتِثَاتُ الرِّقِّ<sup>(١)</sup>.

ادَّعى دَيْنًا على إِنْسَانٍ، وشَهِدَ شَاهِدَانِ، لكن ذكر أحدهما موصولاً بشهادته: أنه قَضَاءٌ، أو أن المُسْتَحِقَّ أَزْرَأُ، فشهادته باطلة لِلتَّضَادِّ. وإن ذَكَرَهُ مَفْصُولاً عن الشهادة. فإن كان بَعْدَ الحُكْمِ، لم يُؤَكِّزْ للمدعى عليه أن يَخْلِفَ معه على القَضَاءِ، أو الإِبْرَاءِ.

(١) ما جزم به المصنف وتبعه النووي تبعاً فيه البغوي والقاضي الحسين والقفال والشيخ أبا حامد الاسفرايني.

وقال الهروي في الأشراف عن الأصحاب أنه يقدم بينة الحرية ولم ينقل تقدم بينة الرق إلا عن الشيخ أبي حامد، وذكر شريح الروياني في روضته كما ذكر الهروي وكذا الجرجاني في المعاياة وهو من العراقيين وصححه بعد حكايته وجهين قاله في الخادم، وقال إنه الراجح، قال وللمسألة نظائر.

أحدهما: إذا باع شيئاً وشهدت بينة بالرشد حالة البيع ثم قامت بينة أخرى بأنه كان سفيهاً، أفتى ابن الصلاح فيها بتقديم بينة السفه كما تقدم الخارجة على المعدلة، وقال في موضع آخر: يختلف ذلك بحسب اختلاف صور ما تقع به الشهادة، فإذا شهدت بينة السفه بتدبير أو فسق مقارن للبلوغ مستمر إلى حين البيع تقدم على بينة الرشد تقديم البينة الخارجة على المعدلة وإن شهدت بينة بأنه غير رشيد وبينة أنه كان عند العقد رشيداً فبينة الرشد أولى وكذا ما جرى هذا المجرى.

الثانية: تعارض بيتي الجنون والعقل: أطلق القاضي الحسين في فتاويه تقديم بينة الجنون لأن عندها زيادة علم وهو حدوث الجنون، وقال صاحبه البغوي إن لم يعرف له جنون سابق فبينة الجنون أولى، وإن كان يجن أحياناً وعرف منه فاليبتان متقابلتان.

الثالثة: تعارض بينة الصحة والمرض: أفتى النووي وغيره من معاصريه بتقديم بينة المرض وخالفهم الشيخ تاج الدين ابن الفركاح إلى أن قال صاحب الخادم والصواب ما أفتى به النووي وجزم به القفال في فتاويه وهو قضية كلام الأصحاب لأن مع بينة المرض زيادة علم، والظاهر أن بينة الصحة مستصحة والناقلة تقدم عليها.

الرابعة: تعارض بيتي الإكراه والاختيار: والمجزم به في الشرح والروضة في آخر الباب الأول من الإقرار تقديم بينة الإكراه.

الخامسة: تعارض بيتي الإقرار والإبراء في فتاوى ابن الصلاح فيما لو أقام المدعي بينة بأنه أقر له بألف في يوم كذا فأقام المدعى عليه بينة بأن المدعي أقر في ذلك اليوم بعينه بأنه لا يستحق قبل المدعى عليه دعوى ولا طلبه أجاب بأن بينة الإقرار بالدين المثبت تقدم، وهذا فيه إطلاق مخالف للمثقول ففي روضة شريح شهدا بالمال وآخران بالإبراء، فشاهدا الإبراء أولى إن أطلقا، وإن وقتا فالأخيرة أولى، وإن أطلقت بينة وأرخت الأخرى فعن ابن أبي هريرة أن بينة البراءة أولى لأنها إنما تكون بعد الوجوب. قال شريح: ويحتمل أن يجعل كما لو ذكرنا واحداً فيعارضان.

وإن كان قبل الحكم سُئِلَ: متى قَضَاهُ؟ فإن قال: قبل أن شَهِدْتُ، فكذلك الجَوَابُ عند صاحب «التلخيص».

وذكر فيما إذا شَهِدَ على إِقْرَارِهِ بِالذِّينِ شَاهِدَانِ، ثم عاد أَحَدُهُمَا، وقال: إنه قَضَاهُ، أو أَبْرَأَهُ المستحق، بعد أن شهدت: أن شَهَادَتَهُ لَا تَبْطُلُ. بل يُقْضَى بِالذِّينِ، وَيُؤْخَذُ، إلا أن يَخْلِفَ المدعى عليه مع شَاهِدِ الْقَضَاءِ، والإبراء.

والفَرْقُ: أن هناك شَهِدَ على نفس الحَقِّ، والقَضَاءِ، والإِبْرَاءِ، يُتَأْفِيَانِيهِ، فَبَطَلَتْ الشَّهَادَةُ. وها هنا شهد على الإِقْرَارِ، والقَضَاءِ، والإِبْرَاءِ، لا يُتَأْفِيَانِيهِ، فلا تَبْطُلُ الشَّهَادَةُ.

وعن أبي زيد وَجْهٌ: أن شَهَادَتَهُ على نفس الحَقِّ، لا تبطل أيضاً.

والظاهر، الفرقُ وَيَقْرُبُ من هذا الخِلافِ فيما إذا ادعى أَلْفًا، وشَهِدَ له شَاهِدَانِ بِأَلْفِ مُؤَجَّلٍ، ولكن قال أحدهما قُضِيَ منه خمسمائة.

ففي وَجْهِ: لا تَصِحُّ شهادتهما إلا في خمسمائة، نعم لِلْمُدَّعِي أن يَخْلِفَ لِلخَمْسِمِائَةِ الأخرى مع الشَّاهِدِ الأخر.

وفي وجه: تَصِحُّ شَهَادَتُهُمَا على الألفِ، وللمدعى عليه أن يَخْلِفَ مع شاهد القَضَاءِ. وذكر الفوراني وَجْهًا آخر: أنه لا يثبت بشهادتهما شيء؛ لأنهما لم يَتَّفِقَا على ما ادَّعَاهُ. ويقرب من الخِلافِ قولان لابن سُرَيْجٍ، فيما إذا شَهِدَ اثْنَانِ: أن فلاناً وَكُلَّ فُلَانًا، ثم عادَ أحدهما، وقال: إنه عَزَلَهُ بعد أن شَهِدْتُ<sup>(١)</sup>.

ففي قول: تَبْطُلُ شهادته. وفي قول: قد تَمَّتْ شَهَادَةُ الوِكَالَةِ، فَيَعْمَلُ بها، والعَزْلُ لا يثبت بواحد.

ادَّعَى شريكان فَصَاعِدًا حَقًّا على إنسان، فَأَنْكَرَهُ، يحلف لكل<sup>(٢)</sup> واحد يَمِينًا، فإن رَضِيَ الكُلُّ بيمين وَاحِدَةٍ، فوجهان:

في أحدهما: يجوز؛ لأن الحَقَّ لهم.

وفي الثاني: لا يجوز [كما لا يجوز]<sup>(٣)</sup> الحكم بشاهد واحد، وإن رضي الخَضْمُ<sup>(٤)</sup>. شهد اثْنَانِ على أن المَيِّتَ أَوْصَى بِعِنْتِي غَانِمٍ، وهو ثَلْثُ مَالِهِ، فحكم الحاكم بِعِنْتِيهِ، ثم رَجَعَا عن الشَّهَادَةِ، وشَهِدَ آخَرَانِ: أنه أَوْصَى بِعِنْتِي سَالِمٍ، وهو ثَلْثُ [ماله]<sup>(٥)</sup>.

(١) قال في الخادم: كذا ثبت في عدة نسخ أي من الرافي بعد أن شهدت وصوابه قبل أن شهدت حتى يبقى وزن الصورة الأولى وإلا لم يصح الفرق بينهما وهذا واضح.

(٢) في أ: كل.

(٣) سقط في: ز.

(٥) سقط في: ز.

(٤) قال النووي: الأصح: المنع.

أيضاً، ولم يُجَزِ الوَرْتَةَ إِلَّا التُّلْتُ. حُكِيَ فِي «التَّهْدِيبِ»: أَنَّهُ يُفْرَعُ بَيْنَهُمَا؛ فَإِنْ خَرَجَتْ لِلأَوَّلِ، رُزِقَ الثَّانِي، وَالرَّاجِعَانِ يُعْرَمَانِ قِيمَةَ الأَوَّلِ لِلوَرْتَةِ؛ لِإِقْرَارِهِمَا بِأَنَّهُمَا أَتْلَفَاهُ عَلَيْهِم. وَإِنْ خَرَجَتْ لِلثَّانِي، عُتِقَ، وَرُزِقَ الأَوَّلُ، وَلَا عُرْمَ عَلَى الرَّاجِعِينَ؛ لِأَنَّهُمَا لَمْ يَتَلْقِيَاهُ<sup>(١)</sup>، إِذْ أَرْقَنَاهُ.

قال: وعندي يُعْتَقُ الثَّانِي بِلا فُرْعَةٍ وَعَلَى الرَّاجِعِينَ قِيمَةَ الأَوَّلِ لِلوَرْتَةِ؛ لِأَنَّا لَوْ أَفْرَعْنَا فَخَرَجَتْ الفُرْعَةُ لِلأَوَّلِ، وَأَرْقَنَا<sup>(٢)</sup> الثَّانِي، لَمْ يَذْهَبْ مِنَ التَّرِكَةِ شَيْءٌ فِي الوَصِيَّةِ. شَهِدَ أَحَدُ الشَّاهِدِينَ: أَنَّهُ وَكَّلَهُ بِكَذَا، وَالآخِرُ أَنَّهُ<sup>(٣)</sup> قَوَّضَهُ إِلَيْهِ، أَوْ سَلَّطَهُ عَلَيْهِ، تَبَيَّنَتْ الوَكَاةُ. وَلَوْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ قَالَ: وَكَّلْتُكَ بِكَذَا، وَالآخِرُ أَنَّهُ أَقْرَبُ بِوَكَاةِهِ لَمْ يَثْبِتْ. وَلَوْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ وَكَّلَهُ بِالبَيْعِ وَالآخِرُ أَنَّهُ وَكَّلَهُ بِالبَيْعِ، وَقَبِضَ الثَّمَنَ، يَثْبِتُ البَيْعَ. أَدْعَى رَجُلٌ عَلَى رَجُلٍ: أَنَّهُ اشْتَرَى مِنْهُ هَذَا العَبْدَ، وَنَقَدَهُ الثَّمَنَ، وَأَعْتَقَهُ، وَأَقَامَ عَلَيْهِ بَيِّنَةً. وَادْعَى آخَرُ: أَنَّهُ اشْتَرَاهُ، وَنَقَدَ الثَّمَنَ، وَأَقَامَ عَلَيْهِ بَيِّنَةً؛ فَهَذَا مُتَعَارِضَتَانِ. وَذَكَرَ العِتْقُ لَا يَقْتَضِي تَرْجِيحاً.

وفيه وجه [آخر]<sup>(٤)</sup>: لِأَنَّ العِتْقَ كَالقَبْضِ. وَعَنْ نَصِّهِ فِي «الأم»: أَنَّهُ لَوْ أَدْعَى ذَابَّةً فِي يَدِ غَيْرِهِ، وَأَقَامَ بَيِّنَةً أَنَّهُ لَهَا مِنْذَ عَشْرِ سِنِينَ، فَنظَرَ الحَاكِمُ فِي سِنِّ الذَّابَّةِ، فَإِذَا لَهَا ثَلَاثُ سِنِينَ، لَمْ تُقْبَلْ هَذِهِ البَيِّنَةُ؛ لِلْعِلْمِ بِأَنَّهَا كاذِبَةٌ<sup>(٥)</sup>.

وإنَّ المسْتَاةَ الحَائِلَةَ بَيْنَ نَهْرٍ شَخِصٍ، وَأَرْضٍ آخَرَ فِي يَدَيْهِمَا كَالجِدَارِ الحَائِلِ؛ لِأَنَّ الأَوَّلَ يَجْمَعُ بِهَا المَاءَ فِي نَهْرِهِ، وَالثَّانِي يَمْنَعُ بِهَا المَاءَ عَنْ أَرْضِهِ. أَدْعَى مِائَةَ ذِرْهَمٍ عَلَى إِنْسَانٍ فَقَالَ: قَضَيْتُ خَمْسِينَ [لَمْ يَكُنْ مُقِرّاً بِالمِائَةِ. وَكَذَا لَوْ قَالَ: قَضَيْتُ مِنْهَا خَمْسِينَ]<sup>(٦)</sup>؛ لِجَوَازِ<sup>(٧)</sup> أَنْ يَزِيدَ مِنَ المِائَةِ الَّتِي يَدْعِيهَا، وَلَيْسَ عَلَى غَيْرِ الخَمْسِينَ.

اختلف الزَّوْجَانِ فِي مَتَاعِ البَيْتِ، إِنْ كَانَ لِأَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ قُضِيَ بِهَا، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةً، فَمَا اخْتَصَّ أَحَدُهُمَا بِاليَدِ عَلَيْهِ حَسّاً<sup>(٨)</sup>، أَوْ حُكْماً؛ بِأَنَّ كَانَ فِي مِلْكِهِ، فَالقول قَوْلُهُ، مَعَ يَمِينِهِ. وَمَا كَانَ فِي يَدَيْهِمَا حَسّاً، أَوْ كَانَ فِي البَيْتِ الَّذِي يَسْكُنَانِهِ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا تَخْلِيفُ الآخَرِ فِيهِ، فَإِنْ حَلَفَا، جُعِلَ بَيْنَهُمَا. وَإِنْ حَلَفَ أَحَدُهُمَا دُونَ الآخَرِ،

(١) وهذا الذي نقله عن البغوي حكاه عن ابن الحداد آخر باب العتق وذكر هناك اعتراضاً لابن الصباغ وهو أنه ينبغي أن يعتق الثاني بكل حال ويقرع بينهما لمعرفة حال الأول.

(٢) في ز: وأيضاً. (٣) في ز: بأنه.

(٤) سقط في: ز. (٥) في ز: كإذنه.

(٦) سقط في: أ. (٧) في أ: يجوز.

(٨) في ز: حساً.

فُضِيَ لِلْحَالِفِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْاِخْتِلَافُ فِي دَوَامِ الزَّوْجِيَّةِ، أَوْ بَعْدَ الْفِرَاقِ، وَلَا بَيْنَ أَنْ يَخْتَلِفَا هُمَا، أَوْ وَرَثَتُهُمَا، أَوْ أَحَدُهُمَا، وَوَرَثَةُ الْآخَرِ، وَلَا بَيْنَ مَا يَصْلُحُ لِلزَّوْجِ كَالسَّيْفِ، وَالْمِنْطَقَةِ، أَوْ لِلزَّوْجَةِ كَالْحَلِيِّ، وَالغَزْلِ، أَوْ لهُمَا.

وساعدنا أبو حنيفة فيما في يدهما [حسناً]<sup>(١)</sup>، وقال فيما في يدهما حكماً: إن ما يصلح للرجل، يُجَعَلُ فِي يَدِ الرَّجُلِ، وَمَا يَصْلُحُ لِلْمَرْأَةِ، يُجَعَلُ فِي يَدِ الْمَرْأَةِ، وَمَا يَصْلُحُ لَهُمَا، فَيُزَوَّى أَنَّهُ يُجَعَلُ فِي يَدِهِمَا، وَيُزَوَّى أَنَّهُ يُجَعَلُ فِي يَدِ الزَّوْجِ.

هذا في حال بقاء الزوجية، وبعد الفراق يُجَعَلُ لِلزَّوْجِ، وَإِذَا مَاتَ أَحَدُهُمَا يُجَعَلُ لِلْحَيِّ. مَالِكُ الدَّارِ وَسَاكِنُهَا بِالْإِجَارَةِ اخْتَلَفَا فِي مَتَاعِ الدَّارِ، الْقَوْلُ فِيهِ قَوْلُ السَّاكِنِ، فَإِنْ تَنَازَعَا فِي رَفِّ فِيهَا، نُظِرَ؛ إِنْ كَانَ مُسَمَّراً، مُشْتَبَهاً<sup>(٢)</sup>. فالقول، قَوْلُ الْمَالِكِ؛ لِأَنَّهُ مِنْ أَجْزَاءِ الدَّارِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُشْتَبَهاً، نَصَّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّهُ يُجَعَلُ بَيْنَهُمَا، بِخِلَافِ الْأُمْتَعَةِ؛ لِأَنَّ مَالِكَ الدَّارِ إِذَا أَكْرَأَ الدَّارَ، تُنْقَلُ الْأُمْتَعَةُ ظَاهِراً، وَالرَّفُّ تَارَةً يُنْقَلُ، وَتَارَةً يَتْرَكَ، وَكُلُّ مُحْتَمَلٍ<sup>(٣)</sup>.

تَنَازَعَا أَرْضاً، وَأَحَدُهُمَا فِيهَا زَرْعٌ، أَوْ بِنَاءٌ، أَوْ غِرَاسٌ، فَهِيَ فِي يَدِهِ، أَوْ ذَابَّةٌ، أَوْ جَارِيَةٌ حَامِلَةٌ، وَالْحَمْلُ لِأَحَدِهِمَا بِالِاتِّفَاقِ، فَهِيَ فِي يَدِهِ، أَوْ دَاراً وَأَحَدُهُمَا فِيهَا مَتَاعٌ، فَهِيَ فِي يَدِهِ. فَإِنْ لَمْ يَكُنِ الْمَتَاعُ إِلَّا فِي بَيْتٍ، لَمْ يُجَعَلْ فِي يَدِهِ، إِلَّا ذَلِكَ الْبَيْتُ. هَكَذَا ذَكَرُوهُ. وَلَوْ تَنَازَعَا عَبْدًا، وَأَحَدُهُمَا عَلَيْهِ ثِيَابٌ، لَا يُجَعَلُ صَاحِبَ يَدِ فِي الْعَبْدِ؛ لِأَنَّ مَنَفَعَةَ الثَّوْبِ الْمَلْبُوسِ تَعُودُ إِلَى الْعَبْدِ، لَا إِلَى الْمُدْعِي.

مدعيان، قال أحدهما: استأجرت هذه الدار من زيد سنة في أول رمضان، وقال الثاني: استأجرتها منه سنة من<sup>(٤)</sup> أول شوال، وأقام كل واحد منهما بيئته. قال في «الإبانة»: فيه قولان: أظهرهما - وهو المذكور في «التهديب»، وغيره: أن بيئته رمضان أولى؛ لأنها أسبق تاريخاً.

والثاني: بيئته شوال أولى؛ لأنها ناسخة للأول. ويحتمل أنهما تقابلاً، واستأجر الثاني في شوال، وليجيء هذا في بيتي<sup>(٥)</sup> البيع على ضعفه.

قامت بيئته على أن هذا ابنه، لا يعرف له وارثاً سواه، وبيئته الآخر على أن هذا ابنه، لا يعرف له وارثاً سواه، يثبت نسبهما؛ فلعل كل واحدة أطلعت على ما لا تطلع عليه الأخرى.

(١) سقط في: ز.

(٢) في ز: ميبناً.

(٤) في أ: في.

(٣) في أ: يحتمل.

(٥) في ز: سنن.

وفيما جَمِعَ في فتاوى الفقَّالِ، وغيره: أن الضَّيعةَ إذا كانت معلومةً بثلاثة حُدودٍ، جاز الاقتصارُ على ذكرها، وهذا خلافُ ما نقلناه في «باب القضاء على الغائب» عن إطلاق ابن القاصِّ. [قال]: لكن لو ذكر الشُّهُودُ الحُدودَ الأربعةَ، وأخطئوا في واحد، لا تصحُّ شهادتهم. وترك الذَّكْر، خير من الحَطِّ؛ لأنهم إذا أخطئوا لم تكن بتلك<sup>(١)</sup> الحدود ضيعةً في يد المدعى عليه.

وإذا غلِطَ المدعي، فقال المُدعى عليه: لا يلزمني تسليمُ دار بهذه الصِّفةِ، كان صادقاً، ولو حلف كان بازاً، وإن لم يُنكِرْ، وقال [لا]<sup>(٢)</sup> أمنعه الدار التي يدعيها، سقط دَعْوَى المدعي، وإن ذهبَ إلى الدَّارِ التي في يده ليدخلها، فله أن يَمْنَعَهُ، ويقول: [هي]<sup>(٣)</sup> غير ما ادَّعيت.

فأما عند الإصَابَةِ في الحُدودِ، إذا قال: لا أمتنعُ منها، لم يكن له المَنعُ إذا ذهب ليدخلها. فإن قال: ظننتُ أنه غلِطَ في الحدود، لم يُقبل. وإن قال: إنما قلت: لا أمتنعُ؛ لأن الدَّارَ لم تكن في يدي يومئذ، ثم صارت في يدي، وملكي، قبلتُ منه، وكان له المَنعُ إذا حلفَ عليه.

وفيه أن دعوى العبد على سيِّده: أنه أذن له في التَّجَارَةِ، لا تُسمعُ إن لم يشتر، ولم يَبِعْ شيئاً. وإن اشترى ثوباً، وجاء البائع يطلبُ الثَّمَنَ من كَسْبِهِ، فأنكر السيِّدُ الأذنَ، فللبائع أن يحلفَهُ على نفي الإذنِ، فإن حلف، فَلِلْعَبْدِ أن يحلفَهُ مرَّةً أخرى؛ ليسقط الثَّمَنُ عن ذمِّه.

وإن باع العبدَ عَيْناً [لِلسَّيِّدِ]،<sup>(٤)</sup> وقبض الثمن، وهلك في يده، وجاء المُشترى يطلبُ تلك العينَ، فقال السيِّدُ: لم أذن له في البيع، حلف، فإن حلف، حَكِمَ بِبُطْلَانِ البيع، وللعبد تخليفُهُ؛ لإسقاط الثَّمَنِ عن ذمِّه.

وإنه لو ادَّعى ألقاً [على]<sup>(٥)</sup> غيره، وأقام شاهداً، وأراد أن يحلفَ معه، وأقام المدعى عليه شاهداً بأن المُدعى أقرَّ أنه لا حقَّ له عليه، له أن يحلفَ مع شاهديه، وإذا حلف، سقط دَعْوَى المدعي.

وإنه يجوز لِلْمَالِكِ أن يدعي على الغائب<sup>(٦)</sup>، وعلى الغاصب من الغاصبِ، فإن ادعى على الأوَّلِ؛ أنه يلزمه ردُّ الثَّوبِ بِصِفَةِ كذا، أو قيمته<sup>(٧)</sup> كذا، فليس لِلْغَاصِبِ أن

(٢) في ز: تلك.

(٤) سقط في: أ.

(٦) في ز: الغاصب.

(١) سقط في: ز.

(٣) سقط في: أ.

(٥) سقط في: ز.

(٧) في أ: قيمة.

يحلف على أنه لا يَلْزَمُهُ؛ لأنه إن قدر على الانتزاع، [لزمه] <sup>(١)</sup> الانتزاع، والرد، وإلا فعليه القيمة.

وإنهم لو شهدوا على أن هذه الدار اشتراها المدعي من فلان، وهو يملكها، ولم يقولوا: إنها الآن ملك المدعي، ففي قبول هذه الشهادة قولان؛ كما لو شهدوا: أنها كانت ملكه بالأمس، والمفهوم من كلام الأكثرين أنها مقبولة كافية.

وأنه إذا ادعى على إنسان حق القصاص لقتل نَسَبه إليه، وكان عند الحاكم أن لا يقصاص بذلك، فجاء رجل، وروى خبراً عن رسول الله ﷺ: أنه يوجب القصاص، فاقتص الحاكم منه، ثم رجع الراوي وقال: كذبت، وتعمدت، لم يجب القصاص عليه، بخلاف الشهادة؛ لأن الرواية لا تختص بالواقعة.

وأنه إذا غصب المَرهُون من المُرْتَهِن، كان لكل واحد من الرّاهن والمُرْتَهِن أن يدعيه على الغاصب، والراهن يقول في دَعْوَاهُ: إن لي ثوباً كنت رهنته من فلان، وإنه غصب منه، ويلزمه الرّد إليّ. ولو اقتصر على قوله: إن لي عنده ثوباً صفته كذا، ويلزمه التسليم إليّ، جاز. ولا بعد في أن يقول: ويلزمه التسليم إليّ. فإن يد المُرْتَهِن يد الرّاهن، ولهذا لو نازعه مُتَنَازِع في المَرهُون، كان القول قول الراهن. وإن كان المَرهُون في يد المُرْتَهِن؛ لأن يده يده.

وإن الغريب الذي دخل البلد لا تجوز الشهادة على أنه حرّ الأصل، إنما تجوز الشهادة على أن فلاناً حرّ الأصل، إذا عرف حال أبيه وأمه، وعرف النكاح، وحدوثه بينهما. وتجاوز الشهادة وإن لم يشاهد الولادة، كما تجوز الشهادة على أنه ابن فلان.

وأنه إذا ادعى داراً في يدي رجل، وأقام بيّنة؛ أنه اشتراها منه، وأقام صاحب اليد بيّنة أنه وهبها منه، ولم تتعرض البيّنتان لتأريخ، فيتعارضان. ولهذا الاختلاف أثر عند ظهور الاستحقاق، وإذا وجد عيباً، وأراد رده، واستزداد الثمن

وأنه إذا ادعى داراً في يد إنسان، وأقام بيّنة؛ أنها ملكه، فادعها آخر <sup>(٢)</sup>، وأقام بيّنة على أنه اشتراها من فلان؛ رجل آخر يوم كذا، ولم يقولوا: إنه كان يملكها يومئذ، ولكن أقام بيّنة أخرى؛ أنه كان يملكها. يومئذ سمعت هاتان البيّنتان، وصارتا كبيّنة واحدة، فيحصل التعارض بينها وبين بيّنة المدعي الأول.

وأنه إذا ادعى داراً، وأقام بيّنة [على] <sup>(٣)</sup> أنها ملكه، وانتزعتها من يدي المدعي

(١) في أ: والرد فعليه.

(٢) سقط في: أ.

(٣) في ز: وجاء آخر يدعيها.

عليه، وجاء آخر بعد مُدَّةٍ طويلة، أو يَسِيرَةً [و<sup>(١)</sup> يَدْعِيهَا، وأقام بَيِّنَةً على أنه اشتراها من المُدْعَى عليه، الذي كانت الدَّارُ في يده، وكان يَمْلِكُهَا يومئذ، يُقْضَى بالدار للمدعي، وكان كما لو أقام صاحب اليد البَيِّنَةَ قبل الانْتِزَاعِ منه.

وأنه إذا ادَّعى اثنانِ دَاراً في يدِ ثَالِثٍ، وأقام أحدهما بَيِّنَةً أنها مِلْكُهُ، ثم أقام الثاني بَيِّنَةً على أنه اشْتَرَاهَا من المُدْعَى الأول؛ فإن قامت بَيِّنَةُ الثاني بعد الْقَضَاءِ للمدعي الأولِ بَيِّنَةً، فَيُقْضَى <sup>(٢)</sup> للثاني على الأولِ، ولا نشترط أن يقول شُهُودُهُ: اشْتَرَاهَا من الأولِ، وهي مِلْكُهُ، فإن قامت قبل الْقَضَاءِ للأولِ، فإن قالوا: اشْتَرَاهَا منه وهو يَمْلِكُهَا، انْتَزَعَتْ الدَّارُ من صاحب اليدِ، وقُضِيَ بِهَا للثاني [وإن لم يَتَعَرَّضُوا لِلْمِلْكِ، فلا يُقْضَى بها للثاني] <sup>(٣)</sup> ما لم يُقْضَ للأولِ بِالْمِلْكِ ولكن تُسْمَعُ بَيِّنَةُ الثاني على الأولِ. وإن لم يُقْضَ له بعدُ.

وهذه الْمَسْأَلَةُ قد حَكَيْنَاهَا من قَبْلُ، وهذا التَّفْصِيلُ كالشرح، والإيضاح [لما مرَّ] <sup>(٤)</sup>. وأنه لو كانت في يدِ رَجُلٍ دَارٌ، فادَّعى إِنْسَانٌ أنه اشْتَرَاهَا من ثالث بعدما اشْتَرَاهَا الثالث من صاحب اليدِ، وأنكر صَاحِبُ اليدِ، فله أن يُقِيمَ بَيِّنَةً على البَيِّعِينَ، وله أن يُقِيمَ على هذا بَيِّنَةً، وعلى هذا بَيِّنَةً، ولا بأس بما يَتَّقُو من التَّقْدِيمِ، والتَّأخِيرِ.

وأنه إذا أَرَادَ الشُّهُودُ إِقَامَةَ الشَّهَادَةِ على شراءِ دَارٍ قد تَبَدَّلَتْ حُدُودُهَا في يومِ الشراءِ، فَيَشْهَدُونَ: أنه اشْتَرَى دَاراً منذ عشر سنواتٍ <sup>(٥)</sup> مثلاً من فُلَانٍ، وهو يَمْلِكُهَا، وكان يومئذ ينتهي أحد حُدُودِهَا إلى كَذَا، والثاني إلى كَذَا، ثم على المُدْعَى أن يُقِيمَ بَيِّنَةً على كيفية تَبَدُّلِ تلك الحُدُودِ، فيشهد الشهود؛ بأن الدَّارَ التي كانت في يدِ فُلَانٍ قد انْتَقَلَتْ إلى فُلَانٍ، والتي كانت في يدِ فُلَانٍ [قد] انْتَقَلَتْ إلى فُلَانٍ، حتى يُقْضَى له.

وأنه إذا ادَّعى دَاراً في يدِ غيره، وأقام بَيِّنَةً على أنها مِلْكُهُ، وقال القاضي: عُرِفَتْ هذه الدَّارُ مِلْكَاً لِفُلَانٍ، وقد مات، وانتَقَلَ إلى [فُلَانٍ] <sup>(٦)</sup> وارثه فأقيم <sup>(٧)</sup> بينة على تَمَلُّكِهِ [فيه] <sup>(٨)</sup> فله ذلك، وتَدْفَعُ بَيِّنَتُهُ. وليكن هذا جَوَاباً على أنه يُقْضَى بعلمه.

وأنه لو ادَّعى دَاراً في يدِ غيره، فقال المُدْعَى عليه: ليست الدَّارُ في يدي، ولا أَحْوَلُ بَيِّنَتِكَ وبينها. فقد أَسْقَطَ الدَّعْوَى عن نفسه، فيذهب المُدْعَى إلى الدار. فإن لم يَدْفَعْهُ أحد، فذاك، وإن دَفَعَهُ ادَّعى على الدَّافِعِ، فإن قال المدعي: إنه يَكْذِبُ في قوله:

(٢) في أ: فقضى.

(٤) سقط في: ز.

(٦) سقط في: ز.

(٨) في ز: وأقيم.

(١) سقط في: ز.

(٣) سقط في: أ.

(٥) في ز: سنين.

(٧) سقط في: ز.



إن الدَارَ ليست في يدي، وإني غير حَائِلٍ، لم يُلْتَفَتْ إليه.

وأنه لو بَاعَ دَاراً، ثم قَامَتْ بَيْتُهُ<sup>(١)</sup> الحسبة، أن أبا البائع قد وَقَفَهَا، وهو يَمْلِكُهَا على ابنه البَائِعِ، وبعده على أولَادِهِ، ثم على المَسَاكِينِ، انْتَزَعَتِ الدار من المشتري<sup>(٢)</sup>، وَزَجَعُ بالثمن على البائع.

والغَلَّةُ الحاصلة في حَيَاةِ البائع تُصْرَفُ إلى البائع إن كَذَبَ نَفْسَهُ، وصدق الشهود. وإن أَصْرَّ على الإنكار<sup>(٣)</sup>، الوَقْفُ لم يُصْرَفَ إليه، بل يُوقَفُ، فإذا مات صُرِفَ إلى أَقْرَبِ الناس إلى الوَاقِفِ. ولو ادعى البَائِعُ: أنه وقف، لم تُسْمَعُ بَيْتُهُ.

والتقييد<sup>(٤)</sup> بالبينة يُشْعِرُ بأنه تُسْمَعُ دَعْوَاهُ، وله أن يُحْلَفَ الحِصْمَ<sup>(٥)</sup>. وذكر العراقيون: أنه تُسْمَعُ بَيْتُهُ أيضاً، إذا لم يُصْرَحْ بأنه ملكه، بل اقْتَصَرَ على البيع.

وفي «التجربة» للرويانى: أنه لو بَاعَ شَيْئاً، ثم قال: بعته، وأنا لا أَمْلِكُهُ، ثم ملكته بالإرث<sup>(٦)</sup> من فلان. فإن قال حين باع: أنه ملكه [أي قال: إنه ملكي]<sup>(٧)</sup> لم تسمع دعواه، ولا بَيْتُهُ. وإن لم يقل<sup>(٨)</sup> ذلك، بل اقْتَصَرَ على قوله: بِعْتُكَ، سُمِعَتْ دعواه.

وإن لم تكن بَيْتُهُ، حلف المُشْتَرِي: أنه باعه وهو يَمْلِكُهُ، قال: وقد نص - رضي الله عنه - في «الأم»، وَعَلَطَ من قال غيره، وكذا لو ادعى: أن المِيعَ وقف عليه.

سُئِلَ القاضي الحسين عن كَيْفِيَّةِ الشهادة على التَّحْدِيدِ، فقال بالفَارِسِيَّةِ: (نهفته دانم ادرا بگرمارت وقصها ونظارة ویناز او یرون)<sup>(٩)</sup> إلا عند الحاجة والضَّرُورَةِ.

وفي «فتاويه»: أنه لو ادَّعَى عليه عشرة، فقال: لا يَلْزُمُنِي تَسْلِيمُ هذا المَالِ اليوم، لا يُجْعَلُ مُقَرَّراً به؛ لأن الأَقَارِيرَ لا تَثْبُتُ بالمفهوم. وإن بَيَّنَّتِي المَلِكُ والوَقْفُ تَتَعَارَضَانِ كَيْتِي المَلِكِ.

(١) في ز: بيته.

(٢) ما ذكره من انتزاع الدار بمجرد قيام البينة بالوقف على ما ذكره من غير تعرض لقبوله الوقف أو قبول الأب عنه لصغره لعله مفرغ على أن الوقف على معين لا يشترط فيه القبول لكن الأصح اشتراطه، وحينئذ ففي الحكم المذكور نظر إذ لا يلزم الوقف بمجرد قول الأب ما لم يثبت قول الابن أو القبول له من أبيه كما لو قامت بيته بأنه أوجب بيعها لزيد ولم يتعرض لقبول زيد الشراء.

(٤) في ز: والقيد.

(٣) في أ: إنكار.

(٥) ما ذكره في الإشعار أفتى به القاضي أبو بكر الشاشي في فتاويه، وهذا النص نقله الرويانى في البحر في آخر كتاب الغصب عن حكاية القاضي أبي الطيب.

(٧) سقط في: ز.

(٦) في ز: فالإرث.

(٨) في ز: يقبل.

(٩) جملة بالفارسية ومعناها (اعرافها) بالحمام وسرا وحكاياتها داراؤها واحتياجاتها بالخارج.

وأنه إذا ماتت امرأة، وخلفت زَوْجاً [واخاً]<sup>(١)</sup>، وأختاً، فأدعى الزوج: أن التَّرِكَهَ كُلَّهَا له، يُجْعَلُ الْمَالُ نِصْفَيْنِ: أحدهما: للزوج بحكم اليد، والثاني: للميتة، إلا أن النُّصْفَ الذي يُجْعَلُ في يد الزَّوْجِ، إنما يُجْعَلُ بعد اليمين لاحتمال أنها لو كانت حَيَّةً، لادعت الكل، وحَلَفَ الزَّوْجُ.

فإن كان الأخ غَائِباً، والأخت حَاضِرَةً، يحلف في حَقِّ الأخت، فإذا رجع الأخ، حلف أيضاً، فإن أَقَامَتِ الأخت بَيِّنَةً على أن الكلُّ لها، ولأخيها، سُمِعَتْ بيئتها، وَثَبَتَ حَقُّ الأَخِ.

وإن من حبسه القاضي لم يَجُزْ إطلاقه إلا بِرِضَاءِ خَصْمِهِ، أو ثبوت إغْدَامِهِ وإذا ثبت، أَطْلَقَهُ وإن لم يَرْضَ الخَصْمُ، وإن أطلقه بِرِضَاءِ الخَصْمِ، فأراد إقامة البَيِّنَةِ على إغْدَامِهِ، لم تُسْمَعْ؛ لأنه لا حَبْسَ عليه، والحالة هذه، بخلاف ما إذا كان الحَبْسُ مستحقاً عليه.

وإن حَقَّ إِجْرَاءُ الْمَاءِ في أَرْضِ الغير، أو على سَطْحِهِ، أو طَرَحَ الثَّلْجُ في ملكه، تَجُوزُ الشهادة عليه، إذا رآه مُدَّةً مَدِيدَةً من غير مَانِعٍ<sup>(٢)</sup>، ولا يكفي أن يقول الشهود: رَأَيْنَا ذلك سِنِينَ وإن<sup>(٣)</sup> كان ذلك [مستند شهادتهم]<sup>(٤)</sup>.

سُئِلَ الشيخ أبو إِسْحَاقَ الشيرازي عن رجلين تَنَازَعَا في حِصَّةٍ، ادعى أحدهما: أنها مِلْكٌ له، وأقام بَيِّنَةً عليه، وادعى الآخر<sup>(٥)</sup> أنها وَفَقَ [عليه]<sup>(٦)</sup> ولم يقيم [عليه]<sup>(٧)</sup> بيئته، فحكم الحاكم لمُدْعِي المِلْكِ، ثم تَنَازَعَ فيها مُدْعِي المِلْكِ، وآخر يدعي وَفَقَهَا، فأقام مُدْعِي المِلْكِ البَيِّنَةَ على حُكْمِ الحاكم له [بالملك فيها]<sup>(٨)</sup>.

وأقام مُدْعِي الوَفِّقِ البَيِّنَةَ على الوَفِّقِيَّةِ، فَرَجَحَ الحَاكِمُ بَيِّنَةَ المِلْكِ، ذَهَاباً إلى أن المِلْكِ الذي حكم به، يَتَقَدَّمُ على الوَفِّقِ الذي لم يحكم به، ثم تَنَازَعَ مُدْعِي المِلْكِ فيها مع آخر؛ يدعي وَفَقَهَا، وأقام مُدْعِي المِلْكِ البَيِّنَةَ على حُكْمِ الحاكم له بالمِلْكِ، وتقديم جانبِهِ، وأقام الآخرُ البَيِّنَةَ على أن الوَفِّقَ الذي يدَّعِيه، قَدْ قُضِيَ بِصِحَّتِهِ قَبْلَ الحُكْمِ

(١) سقط في: أ.

(٢) ما أطلقه من جواز الشهادة به محله إذا لم يطلقوا بأن شهدوا بأن له حق مسيل ماء في دار جاره سواء قالوا ماء المطر فقط أو قالوا ماء دائماً كالوضوء والغسل، فأما إذا شهدوا بأن له مسيل ماء ولم يضيفوا إلى شيء مما ذكرنا فالقول قول صاحب الدار مع يمينه كذا قاله القاضي شريح في روضة الحكام.

(٣) في ز: وإذا.

(٤) سقط في: ز.

(٥) في أ: آخر.

(٦) سقط في: ز.

(٧) سقط في: أ.

(٨) سقط في: أ.

بالمَلِكِ، وترجيحه على الوَقْفِ، هل يرتد حُكْمُ الحاكم بذلك؟ فقال: نعم، يُقَدَّمُ الحُكْمُ بالوَقْفِ على الحكم بالمَلِكِ<sup>(١)</sup>، [وَيُنْقَضُ الحكم بالوَقْفِ للحكم بالملك]<sup>(٢)</sup>.

وسُئِلَ عمن اشْتَرَى ضَيْعَةً، وَبَقِيَتْ في يده مُدَّةٌ، فخرجت الضَيْعَةُ وَقَفًا، وانْتَزَعَتْ، هل عليه أَجْرَةُ المِثْلِ للمدة التي كانت في يده؟ فقال: نعم.

وسُئِلَ عن رجل وَقَفَ مَلَكًا، وأَقْرَأَ أن حَاكِمًا حكم بِصِحَّتِهِ، ولم يُسَمِّ الحاكم، ولا عينه، ثم رجع عنه، وَرَفَعَ الأَمْرَ إلى حَاكِمٍ يرى جَوَازَ الرُّجُوعِ. هل له الحكم بِتُقُودِ الرُّجُوعِ؟ فقال: لا.

وفي فتاوى صاحب الكتاب: أنه إذا ادَّعَى ذَارَأً في يَدِ غَيْرِهِ؛ فقال المدعى عليه: اشْتَرَيْتَهَا من زيد، فأَقَامَ المُدْعِي بَيِّنَةً على إِقْرَارِ زيد له بالدار قبل البَيْعِ، وأَقَامَ المُدْعَى عليه بَيِّنَةً على إِقْرَارِ المدعي لزيد بها قبل البَيْعِ، وَجُهْلَ التَّارِيخِ قررت الدَّارُ في يد المُدْعَى عليه. وأنه إذا خَرَجَ المَبِيعُ مُسْتَحَقًّا، فادَّعَى المُشْتَرِي على البَائِعِ، وقال: سلمته إليه في مجلس العَقْدِ، فأنكر، وأراد إِقَامَةَ البَيِّنَةِ بأنه لم يقبض منه شيئاً في مَجْلِسِ العَقْدِ، لم تُسْمَعِ هذه البَيِّنَةُ؛ لأنها على التُّفِي، وإنما تُسْمَعُ البَيِّنَةُ على التُّفِي في مواضع الحَاجَةِ؛ كالإِغْسَارِ، وقد يقع التُّسْلِيمُ على غَفْلَةٍ منه في لَحْظَةٍ يَبِيرَةٍ.

وأنه إذا ادعت المَرْأَةُ أنه نَكَحَهَا، ثم طَلَّقَهَا، وطلبت شَطْرَ الصَّدَاقِ، أو أنها زَوْجَةٌ فلان المَيِّتِ [وطلبت الميراث]<sup>(٣)</sup> فَمَقْضُودَهَا المال؛ فَيُنْبِئُ بِشاهد ويمين، وبشَهِيد وامرأتين. في فتاوى الشيخ الحُسَيْنِ الفَرَّاءِ: أنه إذا ادَّعَى رَجُلٌ نِكَاحَ امرأة، فأقرت<sup>(٤)</sup> بأنها زَوْجَتُهُ منذ سَنَةٍ، ثم جاء آخر، وأقام بَيِّنَةً: أنها زَوْجَتُهُ؛ نَكَحَهَا منذ شهر. يُحْكَمُ لِلْمُقَرَّرِ له؛ لأنه قد يَبْتُ بِإقرارها النِكَاحَ للأول.

فما لم يثبت الطَّلَاقُ لا حُكْمٌ للنكاح الثاني، وأنه إذا تَحَاكَمَ رجل وامرأة بِكُرٍّ إلى فُقَيْهِ لِيُزَوِّجَهَا منه، وَجَوَّزْنَا التُّحْكِيمَ فيه، فقال المُحْكَمُ: حكمتني<sup>(٥)</sup> لِأَزْوَجَك من هذا؟ فَسَكَتَتْ، كان سُكُوتُهَا إِذْنًا. كما لو اسْتَأْذَنَهَا الوَلِيُّ فَسَكَتَتْ.

(١) قال في الخادم: وكذا أجب القاضي الحسين في فتاويه فقال: وكذلك بعدما قضى القاضي بالوقف جاء آخر وادعى أنها ملكي، وأقام البيّنة، فحكم القاضي بالوقف مقام وهذا جواب منها على الترجيح بحكم الحاكم وقد حكى الماوردي عن ابن سريج في الترجيح بذلك وجهين، وكلام الرافعي وغيره في الكلام على من أزيلت يده إذا أقام بيّنة أنه لا يقتضي الترجيح، وزعم في المهمات أن هذه المسألة تخالف ما سبق من أن بيتي الملك الوقف يتعارضان وليس كذلك وإنما هو ترجيح بالحكم المتقدم إلى آخر ما ذكره.

(٢) سقط في: أ.

(٣) سقط في: أ.

(٤) سقط في: أ.

(٥) في أ: فأقر.

وأنه إذا حَضَرَ عند القَاضِي رَجُلٌ وامرأةٌ، واستَدَعَتْ تَزْوِيجَهَا من الرجل، وذكرت: أنها زَوْجَةُ فلان، وطلَّقَهَا، أو مات عنها، فلا يُزَوِّجُهَا القاضي ما لم تَقُمْ حُجَّةٌ على الطَّلَاقِ، أو الموت؛ لأنها أَقْرَتْ بالنكاح لفلان.

وعن ابن القَاصِ: أن من أنكَرَ الحَلِيفَ بالطلقات الثلاث، يحلف أنه ما قَالَ لها: إن دَخَلتِ الدَّارَ، فَأَتتِ طَالِقٌ ثلاثاً. ولا هي بَائِنٌ منه بثلاث.

[وعن الشيخ أبي زَيْدٍ: أنه يكفيه الاقتصارُ على أنها لم تَبَيِّنْ بثلاث]. ووجه الأول؛ بأنه قد يَخْلِفُ متأولاً على قول حَجَّاحِ بن أَرْطَاطَةَ، ومن تَابَعَهُ - رحمهم الله -: أن الطلقات الثلاث لا تَقَعُ مَجْمُوعَةً، أو على قول من يُصَحِّحُ اليمينَ الدائرة. فتسدّد عليه ليعرض للحادثة. ويجوز أن يُقَالَ: يُنظَرُ إلى جَوَابِهِ إذا ادعت الطَّلَاقَ؛ فإن قال: لم تَبَيِّنْ مني، كَفَاهُ اليمينُ عليه. وإن قال: لم أَخْلِفْ بِطَلَاقِهَا، حلف عليه.

حكى القاضي أبو سَعْدٍ عن العبادي: أن من ادعى عليه ودیعة فقال: لا يُلْزِمُنِي دَفْعُ شَيْءٍ إِلَيْهِ، لم يكن هذا جَوَاباً؛ لأن المودِعَ لا يلزمه الدَفْعُ، وإنما عليه التَّخْلِيَةُ.

والجواب الصَّحِيحُ؛ أن ينكر أَضْلَ الإيداع، أو يقول: هَلَكْتُ في يدي، أو رَدَدْتُهَا. وهذا يُخَالِفُ ظاهر كَلَامِ الأئمة - رحمهم الله -؛ أَلَا تَرَى أَنَا نَقُولُ: فِيمَنْ جَحَدَ الوَدِيعَةَ، فقامت بَيِّنَةٌ على الإيداع، فادعى تَلْفَاً، أو رَدّاً قبل الحُجُودِ، يُنظَرُ؟ إن كانت صِيعَةً جُحُودِهِ، إنكَارَ أَضْلِ الوَدِيعَةِ، فالحكم كذا، وإن كانت صِيعَةً جُحُودِهِ: لا يلزمني تَسْلِيمُ شَيْءٍ إِلَيْكَ، فالحكم كذا؟

فأما أن يُقَدَّرَ خلاف، أو يووَلُ ما أَطْلَقُوهُ<sup>(١)</sup> وأنه لو أقام بَيِّنَةٌ أنه أَجِيرُ فلان لِحَفِظِ سَفِينَتِهِ هذه بعشرة ذَرَاهِمَ، وأقام صاحب السَفِينَةِ بَيِّنَةً: أنه أَجَرَهَا إِيَّاهُ<sup>(٢)</sup> بعشرة ذَرَاهِمَ، فَالْبَيِّنَتَانِ مُتَعَارِضَتَانِ.

وعن أبي حَنِيفَةَ أن بَيِّنَةَ الأَجِيرِ أَوْلَى أنه لو<sup>(٣)</sup> شهد شَاهِدَانِ بَأَن الكَلْبَ وَلَعَّ في هذا الإِنَاءِ، ولم يَلْعُ في هذا [الإِنَاءِ]<sup>(٤)</sup> وأخران على ضد ذلك، تَتَعَارَضُ البَيِّنَتَانِ، ولو لم يقولوا: لم يَلْعُ في هذا، فَالإِنَاءُ إِنْ نَجَسَانِ. وهذه شَهَادَةٌ على إثبات، ونفي. ويمكن

(١) قال النووي في زيادته: الذي قاله ابن القاص صحيح، وتأويل كلامهم متعين، وهو أنهم أرادوا إذا جرى منه هذا اللفظ، فحكمه كذا، لأن القاضي يقنع منه بهذا الجواب مع طلب الخصم الجواب. والله أعلم وتعقب بأنه سبق قلم وصوابه العبادي، وقال ابن الزنجاني في مختصر شرح الوجيز: ما ذكره العبادي ظاهر لا سيما إذا كان المودع فقيهاً.

(٢) في ز: منه.

(٣) في ز: أنه لو.

(٤) سقط في: ز.

أَنْ يُصَوِّرَ التَّعَارُضُ مِنْ غَيْرِ التَّعَارُضِ. لِلنَّفْيِ؛ بَأَنْ عَيْنًا وَقْتًا لَا يُمْكِنُ فِيهِ إِلَّا وُلُوعٌ وَاحِدٌ<sup>(١)</sup>. وَإِنِ لَوْ شَهِدَ شَاهِدَانِ بِالْقَتْلِ عَلَى رَجُلٍ فِي وَقْتٍ مُعَيَّنٍ، وَأَخْرَانِ بِأَنَّهُ لَمْ يَقْتُلْ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ؛ لِأَنَّهُ كَانَ مَعَنَا، وَلَمْ يَغِبْ عَنَا تَتَعَارَضُ الْبَيِّنَاتَانِ. وَقَدْ سَبَقَ مِنْ نَظَائِرِ هَذَا مَا يُخَالِفُهُ<sup>(٢)</sup>. وَإِنْ مِنْ أَرَادَ أَنْ يَدَّعِي وَيَقِيمَ الْبَيِّنَةَ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَغْتَرَفَ لِلْمَدْعَى عَلَيْهِ بِالْيَدِ، فَطَرِيقُهُ<sup>(٣)</sup> أَنْ يَقُولَ: الْمَوْضِعُ الْفُلَانِيُّ مِلْكِي، وَهَذَا يَمْتَنِعُنِي مِنْ تَعَدِّيَا، فَمَرُهُ يُمْكِنُنِي مِنْهُ.

## بَابُ دَعْوَى النَّسَبِ وَالْحَاقِ الْقَائِفِ

قَالَ الرَّافِعِيُّ: وَلَهُ أَزْكَانٌ: (الْأَوَّلُ: الْمُسْتَلْحَقُّ) وَيَصِحُّ اسْتِلْحَاقُ الْحُرِّ وَالْعَبْدِ وَالْمُعْتَقِ، وَفِي الْعَبْدِ وَالْمُعْتَقِ وَجْهٌ أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى لِمَا فِيهِ مِنْ قَطْعِ الْوَلَاءِ، وَيَصِحُّ اسْتِلْحَاقُ الْمَرْأَةِ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَفِيهِ وَجْهٌ ثَالِثٌ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ إِلَّا إِذَا كَانَتْ خَلِيَّةً مِنَ الزَّوْجِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مُغْظَمُ مَقْصُودِ الْبَابِ، الْكَلَامُ فِي الْقَائِفِ، وَشَرْطُهُ. فَأَمَّا الْاسْتِلْحَاقُ، وَمَا يُعْتَبَرُ فِيهِ فِي الْمُسْتَلْحَقِ، [وَالْمُسْتَلْحَقِ]<sup>(٤)</sup> فَالْقَوْلُ فِيهَا، قَدْ مَرَّ بَعْضُهُ فِي كِتَابِ اللَّيْقِطِ، وَأَكْثَرُهُ فِي بَابِ الْإِفْرَارِ بِالنَّسَبِ.

وَصَدَّرَ الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - الْكَلَامَ فِي الْقِيَاقَةِ بِمَا رُوِيَ عَنْ عَائِشَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - قَالَتْ: دَخَلَ عَلَيَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَعْرَفَ السُّرُورَ فِي وَجْهِهِ. فَقَالَ: «أَلَمْ تَرَي [أَنَّ]<sup>(٥)</sup> مُجَزَّرًا الْمُدَلِّجِي نَظَرَ إِلَى أَسَامَةَ وَزَيْدٍ عَلَيْهِمَا قَطِيفَةٌ قَدْ غَطَّيَا رُؤُوسَهُمَا وَبَدَّتْ أَقْدَامُهُمَا فَقَالَ: إِنَّ هَذِهِ الْأَقْدَامَ بَعْضُهَا مِنْ بَعْضٍ»<sup>(٦)</sup>.

(١) قال النووي: هذه المسألة ذكرتها في كتاب الطهارة مستوفاة مختصرة، وفي هذا الذي ذكره العبادي فيها من إثبات التعارض تصريح بقبول شهادة النفي في المحصور كما سبق قريباً.

(٢) قال النووي: يعني أن البيئتين الثانية شهدت بالنفي، وقد سبق أن شهادة النفي لا تقبل إلا في مواضع الضرورة، كالإعسار، هذا مراد الرافي هنا، وقد تقدم في الفصل السابق عن فتاوى الغزالي ما يوافق، ولكنه ضعيف مردود، بل الصواب أن النفي إذا كان في محصور يحصل العلم به، قبلت الشهادة به، وقد سبق ذكرى لهذه المسألة في الشهادات.

(٣) في ز: بطريقه. (٤) سقط في: أ.

(٥) سقط في: أ.

(٦) متفق عليه البخاري [٣٥٥٥ - ٣٧٣١ - ٦٧٧٠ - ٦٧٧١ مسلم ١٤٥٩] قال الرافي: كان المشركون يطعنون في نسب أسامة لأنه كان طويلاً أفتى الأنف أسود، وكان زيد قصيراً أخنس الأنف بين السواد والبياض، وقصدوا بالطنع مغايظة رسول الله ﷺ، لأنهما كانا حبه، فلما قال المدلجي ذلك، ولا يرى إلا أقدامهما سره ذلك، انتهى فأما ألوانهما، فقال أبو داود: كان زيد =

ثم احتج بعض الرواة<sup>(١)</sup> فقال: لو لم تُكُنِ الْقِيَافَةُ عِلْمًا، لم يكن لها اغْتِيَارٌ، ولا عليها اغْتِمَادٌ، لمنعه من الْمُجَازَفَةِ. وقال له: لا تَقُلْ بِمِثْلِ هَذَا؛ فَإِنَّكَ إِنْ أَصَبْتَ فِي شَيْءٍ، أَخْطَأْتَ فِي غَيْرِهِ، وَكَانَ فِي خِطَابِكَ قَدْ فُتِّمَتْ مُخَصَّنِيَّةٌ، وَتَفِي نَسْبٌ. والنبي ﷺ لا يَقْرَأُ إِلَّا عَلَى الْحَقِّ، وَلَا يُسْرُ إِلَّا بِالْحَقِّ.

قال الأئمة - رحمهم الله -: وَسَبَبُ سُرُورِهِ بِمَا قَالَ مَجْزُؤٌ؛ أَنَّ الْمَشْرِكِينَ كَانُوا يَطْعَمُونَ فِي نَسْبِ أَسَامَةَ؛ لِأَنَّهُ كَانَ طَوِيلًا، أَفْتَى الْأَثْفِ، أَسْوَدَ، وَكَانَ زَيْدٌ قَصِيرًا، أَخْنَسَ الْأَثْفِ، بَيْنَ السَّوَادِ وَالْبِيَاضِ، وَقَصِدَ بَعْضُ الْمُتَأَفِّقِينَ بِالطُّغْنِ، مَغَايِظَةً<sup>(٢)</sup> رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، لِأَنَّهُمَا كَانَا جَنِيهًا. فَلَمَّا قَالَ الْمُدَلِّجِيُّ ذَلِكَ، وَهُوَ لَا يَرَى إِلَّا أَقْدَامَهُمَا، سُرَّ بِهِ.

وَرَوَى أَنَّ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - دَعَا قَائِفًا فِي رَجُلَيْنِ، ادْعَا مَوْلُودًا<sup>(٣)</sup>، [وَشَكََّ أَنَسُ بْنُ مَالِكٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - [فِي ابْنِ لَهُ]<sup>(٤)</sup>، فَدَعِيَ لَهُ الْقَائِفُ<sup>(٥)</sup>. وَسَاعَدَنَا مَالِكٌ، وَأَحْمَدٌ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - فِيمَا رَوَى الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ وَغَيْرُهُ عَلَى اغْتِيَارِ قَوْلِ الْقَائِفِ.

وقال أبو حنيفة: لا اغْتِيَارَ بِهِ، وَمِمَّا يَتَعَجَّبُ مِنْهُ فِي شَأْنِ الْقِيَافَةِ، مَا حَكَى الصَّيْدَلَانِيُّ وَغَيْرُهُ عَنِ الْقَمَّالِ عَنِ الشَّيْخِ أَبِي زَيْدٍ عَنِ أَبِي إِسْحَاقَ قَالَ: كَانَ لِي جَارٌ بِبَغْدَادٍ، لَهُ مَالٌ وَيَسَارٌ، وَكَانَ لَهُ ابْنٌ يَضْرِبُ إِلَى السَّوَادِ، وَلَوْنُ الرَّجُلِ لَا يُشْبِهُهُ، فَكَانَ يُعَرِّضُ بِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْهُ. قَالَ: فَآتَانِي، وَقَالَ: عَزَمْتُ عَلَى الْحَجِّ، وَأَكْثَرَ قَضِيدي أَنْ أَسْتَضْحِبَ ابْنِي، وَأُرِيَهُ [بَعْضُ]<sup>(٦)</sup> الْقَائِفَةِ، فَتَهَيَّئْهُ، وَقُلْتُ: لَعَلَّ الْقَائِفَ يَقُولُ بَعْضُ مَا تَكْرَهُ، وَلَيْسَ لَكَ ابْنٌ غَيْرُهُ. فَلَمْ يَثْبِتْهُ، وَخَرَجَ. فَلَمَّا رَجَعَ قَالَ لِي: اسْتَحْضَرْتُ مَدَلِّجِيًا، وَأَمَرْتُ بِعَرَضِهِ عَلَيْهِ فِي عِدَّةٍ<sup>(٧)</sup> رَجَالٍ، كَانَ فِيهِمُ الَّذِي يُرْمَى<sup>(٨)</sup> بِأَنَّهُ مِنْهُ، وَكَانَ مَعْنَى فِي الرَّقْمَةِ، وَغَبِثْتُ عَنِ الْمَجْلِسِ، فَنَظَرَ الْقَائِفُ فِيهِمْ، فَلَمْ يَلْحَقْهُ بِأَحَدِهِمْ، فَأُخْبِرْتُ بِذَلِكَ،

= أبيض، وكان أسامة أسود، ونقل عبد الحق عن أبي داود أنه قال: كان زيد شديد البياض، وقال إبراهيم بن سعد كان زيد أشقر، وكان أسامة أسود كالليل، وأما كونهما كانا حبه، ففي صحيح مسلم [٢٤٢٦] من حديث ابن عمر في بعث أسامة وأنه ﷺ قال في خطبته: وإن كان أبوه لمن أحب الناس إلي، وإن هذا لمن أحب الناس إلي بعده، ونقل عياض: أن زيداً كان أزهر اللون، وكان ابنه أسامة أسود. قاله الحافظ في التلخيص.

(١) في ز: بعد الرواية. (٢) في ز: مغايظة.

(٣) أخرجه الشافعي والبيهقي [٢٦٣/١٠] بسند صحيح إلى عروة: أن عمر دعا قائفاً، فذكره، وعروة عن عمر منقطع. قاله الحافظ في التلخيص.

(٤) سقط في: أ.

(٥) أخرجه الشافعي وابن أبي شيبة رواه البيهقي [٢٦٤/١٠] رواية حميد عن أنس به.

(٦) سقط في: أ.

(٧) في أ: عشرة.

(٨) في أ: يدعي.

وقيل لي: اخضر، فلعله يُلحِقُهُ بك، فأقبلت على نَاقَةٍ يَفُودُهَا عَبْدٌ لَنَا أَسْوَدٌ كَبِيرٌ، فلما وقع بَصْرُهُ عَلَيْنَا قال: اللَّهُ أَكْبَرُ، ذَاكَ الرَّايِبُ، أَبُو الْعَلَامِ. والقائد الأَسْوَدُ أَبُو الرَّايِبِ، فَعُشِي عَلَيَّ مِنْ صُعُوبَةٍ مَا سَمِعْتُ، ولما رجعت، أَلْحَحْتُ عَلَى والدتي لِتُخْبِرَنِي، فأخبرتني: أن أَبِي طَلَّقَهَا ثَلَاثًا، ثم نَدِمَ. فأمر هذا العَبْدَ بِنِكَاحِهَا؛ لِلتَّحْلِيلِ، ففعل، فَعَلِقْتُ منه، وكان ذَا مَالٍ كَثِيرٍ، قد بلغ الكبر<sup>(١)</sup>، وليس له وَلَدٌ فاستلحقك، ونكحني ثانية.

وقوله في الكتاب: «وله ثلاثة أركان»؛ أي الباب بترجمته، ولا يحسن رَدُّ الكتابة إلى إلحاقِ القَائِفِ؛ لأنه جعل أحدَ الأركان المستلحق، والاستلحاق.

ولا يُشْتَرَطُ فِي إلْحَاقِ القَائِفِ، بل الولد قد يُعْرَضُ عَلَى القَائِفِ، ويلحقه القَائِفُ من غير استلحاق، على ما سيأتي.

والاستلحاق لا يحوج إلى إلحاقِ القَائِفِ فِي الأَغْلَبِ.

وهل يُعْتَبَرُ فِي المستلحق الحرية؟ فيه خلاف قد ذكرناه في باب اللقيط. والأصح، أنه لا يُعْتَبَرُ، بل يَصِحُّ اسْتِلْحَاقُ العَبْدِ كاسْتِلْحَاقِ الحُرِّ. ويجري الخِلافُ فِي المَعْتَقِ<sup>(٢)</sup> بالترتيب. وكيف الترتيب؟ ذكرنا في [باب]<sup>(٣)</sup> اللقيط أن المَعْتَقَ أَوْلَى. بأن يَصِحُّ اسْتِلْحَاقُهُ؛ لأنه قَادِرٌ عَلَى النِكَاحِ وَالتَّسْرِي اسْتِقْلَالًا.

ومنهم من عكس، وقال: اسْتِلْحَاقُهُ أَوْلَى بِالْمَنْعِ؛ لأن الوَلَاءَ حَاصِلٌ عَلَيْهِ فِي الحال، وهو بالاستلحاق يقطعه، والعَبْدُ لَا وِلَاءَ عَلَيْهِ فِي الحال.

وقوله: «وفي العَبْدِ وَالمَعْتَقِ وجه». المشهور في المَسْأَلَةِ اختلاف القول، لا اختلاف الوجه. ويمكن أن يُعْلَمَ بالواو؛ لطريقتين ذكرناهما في باب اللقيط.

وقوله: «لا يثبت نسبه بمجرّد الدعوى»، يعني أنه لا يَكْفِي لِلإِسْتِلْحَاقِ وحده، بل لا بد من ظُهور نِكَاحٍ أَوْ وِطْءٍ شَبَهَةٍ؛ لِثَبْتِ النِّسَبِ. وهل يُشْتَرَطُ الذكورة في المستلحق أم يَصِحُّ اسْتِلْحَاقُ المَرَأَةِ؟ فيه ثلاثة أوجه قد ذكرها، وذكرناها في اللقيط، وهي مُكْرَرَةٌ ههنا.

قَالَ العَرَالِيُّ: (الرُّكْنُ الثَّانِي: المُلْحِقُ:) وَهُوَ كُلُّ مَذَلِجِي مُجْرَبٍ أَهْلِ لِلشَّهَادَةِ، وَفِي غَيْرِ المَذَلِجِي إِذَا تَعَلَّمَ القِيَافَةَ وَجَهَانَ، وَتَجَرِبَتُهُ بِأَن يُعْرَضَ وَلَدٌ بَيْنَ ثَلَاثَةِ أَصْنَافٍ مِنَ النِّسْوَةِ لَيْسَ فِيهِنَّ أُمُّهُ ثُمَّ فِي صِنْفٍ رَابِعٍ فِيهِنَّ أُمُّهُ، فَإِنِ أَصَابَ فِي الكُلِّ قَبْلَ قَوْلِهِ بَعْدَ ذَلِكَ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ فِي القَائِفِ الذُّكُورَةُ وَالحُرِّيَّةُ، وَلَا يُشْتَرَطُ العَدَدُ.

(١) في ز: الكثر.

(٢) في أ: العتق.

(٣) سقط في: ز.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: [المُلْحَقُ: هو القَائِفُ،<sup>(١)</sup> وليكن فيه صِفَاتٌ؛ منها ما اتَّفَقُوا على اغْتِيَابِهَا، ومنها ما اختلفُوا فيه، فمنها كونه مُدْلَجِيًّا؛ وفيه وجهان: أحدهما: أنه شَرِطٌ؛ لأن الصَّحَابَةَ - رضي الله عنهم - رَجَعُوا إلى بني مُدْلَجٍ دون سَائِرِ النَّاسِ<sup>(٢)</sup>. وقد يَخْصُصُ اللهُ - تعالى جَدَّهُ - جَمَاعَةً بنوع من المَنَاصِبِ، والْفَضَائِلِ، كما خَصَّ قُرَيْشًا بالإمامة.

والثاني: أنه ليس بِشَرِطٍ، وسَائِرُ النَّاسِ من العَرَبِ، والعَجَمِ، يشاركونهم فيه؛ لأن القِيَافَةَ نَوْعٌ من العِلْمِ، فمن تَعَلَّمَهُ، عَمِلَ بِعِلْمِهِ.

والأول، أصح عند الإمام، وصاحب الكتاب.

والثاني أصح، عند العراقيين، وأكثر الأَصْحَابِ - رحمهم الله -.

إن بني<sup>(٣)</sup> مدلاج على ما ذكر القاضي ابنُ كَجِّ بَطْنٌ من خَزَاعَةَ، ويُقال: من أَسَدِ.

ومنها كونه مُجَرَّبًا، فمن لم يُعْرِفْ علمه في هذا النوع، لا يُعْتَمَدُ قوله، كما أن من لم يُعْرِفْ عِلْمُهُ بالأحكام، لا يُجْعَلُ قَاضِيًا.

وكيفية تجربته<sup>(٤)</sup>؛ التي أوردَهَا في الكتاب: أن يُعْرَضَ عليه وَلَدٌ في نِسْوَةٍ، ليست فيهن أُمُّهُ، ثم في نِسْوَةٍ ليست فيهن أُمُّهُ، ثم في نِسْوَةٍ ليست فيهن أُمُّهُ، ثم في صِنْفٍ رابع فيهن أُمُّهُ، فإذا أصاب في الكل، قُبِلَ قوله بعد ذلك. وفي هذه الكيفية شَيْئَانِ:

أحدهما: عَرَضُ الأَمْرِ، هل يَخْتَصُّ التجربة؟ أم يجوز أن يُعْرَضَ عليه المَوْلُودُ مع أبيه؟ فيه وجهان:

الذي ذكره القَفَّالُ، وأوردَهُ صاحب «التهذيب»؛ الاختصاص، وامْتِنَاعُ التجربة بالأب؛ لأن لِحُوقَ الوَلَدِ بالأب، لا يُعْلَمُ يَقِينًا. وهذا يوافق سِياقَ الكتاب.

وأشبههما: وبه أجاب العِرَاقِيُّونَ، وغيرهم: أنه يجوز التَّجَرِبَةُ، بعرض الوَلَدِ عليه مع أبيه، إلا أن العَرَضَ مع الأُمِّ أَوْلَى. وحكوا هذا عن نَصِّه - رضي الله عنه - في «الأم».

والثاني: تَكَرُّرُ العَرَضِ ثلاثًا. واختلف التَّاقِلُونَ فيه؛ فمنهم من قال: يُعْرَضُ عليه مَوْلُودٌ مع أبيه في رجال، أو مع أُمِّهِ في نِسْوَةٍ؛ فيقال: الحقه بأمه.

أو يُعْرَضُ عليه أولاد<sup>(٥)</sup> نِسْوَةٍ وامرأة منهن؛ فيقال: ألْحِقْ ولدها به ولم يَشْتَرِطُوا

(١) سقط في: أ.

(٢) قال الحافظ في التلخيص: «قوله يروى عن الصحابة أنهم رجعوا إلى بني مدلاج دون سائر الناس» لم أجد له أصلاً.

(٣) في ز: وبنو.

(٤) في ز: تجريبه.

(٥) في ز: أولاً.



التكرير. ومنهم من قال: لا يكفي العَرَضُ مرّةً واحدة؛ فإنه قد يُصِيبُ فيها اتِّفَاقًا؛ ولكن يُعَرِّضُ عليه ثلاثَ مرات. وإليه ذهب الشيخ أبو حامد وأصحابه.

وذكر الإمام: أنه لا معنى لاعتبار التَّكَرُّارِ ثلاثاً؛ بل المُعْتَبَرُ عِلْبَةُ الظَّنِّ، بأن ما يقوله، [يقوله]<sup>(١)</sup> عن خَبْرَةٍ، وبصيرَةٍ، لا عن وفاقٍ، والظَّنُّ قد يَخْصُلُ بما دون الثلاث. وهذا كالتَّوسُّطِ بين الوَجْهَيْنِ الأولين.

وإذا حصلت التَّجْرِبَةُ اعْتَمِدَ على إلْحَاقَاتِهِ، ولا تُجَدِّدُ التَّجْرِبَةَ لكل إلْحَاقٍ.

ومنها أهْلِيَّةُ الشَّهَادَةِ، فيجب أن يكون القَائِفُ مُسْلِمًا، عَاقِلًا، بَالِغًا، عَدْلًا.

وفي اشتراط الحُرِّيَّةِ والدُّكُورَةِ وجهان:

أصحهما: الاِشْتِرَاطُ كما في القاضي.

والثاني: يجوز الرُّجُوعُ إلى العَبْدِ والمرأة، كما في الفَتَوَى، وبيناهما<sup>(٢)</sup> في «الإبانة»، على أن القِيَافَةَ كالحُكْمِ، أو كالقِسْمَةِ. ووجه مشابهتها القِسْمَةُ، اشْتِمَالُهَا على التمييز بالنُّفْيِ، والإثْبَاتِ. وإنما يَتَّصَرُّ فَرَضُ الرُّقِّ في القَائِفِ على تَقْدِيرِ اخْتِصَاصِ القِيَافَةِ ببني مدلج، إذا لجوزنا<sup>(٣)</sup> استِرْقَاقَ العرب، وإلا فالمدلجي لا يكون إلا حُرًّا.

وذكر القاضي ابنُ كَجِّ بِنَاءً على اعتبار أهْلِيَّةِ الشَّهَادَةِ؛ أن قِيَافَةَ الأَعْمَى، والأخْرَسِ، لا تجوز، وأنه إذا كان القَائِفُ من أحد المتداعيين:

فإن أَلْحَقَ الولد بغير أبيه، قُبِلَ، وإن أَلْحَقَهُ<sup>(٤)</sup> بأبيه لم يُقْبَلْ. وإذا كان بين القَائِفِ وأحدهما عَدَاوَةً، فإن أَلْحَقَهُ بالعَدُوِّ، قُبِلَ. وإن أَلْحَقَهُ بغير العَدُوِّ لم يقبل؛ لأنها كالشَّهَادَةِ على العَدُوِّ. وفي اشتراط العَدُوِّ وَجْهَانِ:

أحدهما: أنه لا بُدَّ من قَائِفَيْنِ، كما في التَّزْكِيَةِ والتقويم.

وأصحهما: الاِكْتِفَاءُ بِقَوْلِ الوَاحِدِ، كما في القَضَاءِ، والفَتَوَى. ويُخَكِّي هذا عن نَصِّهِ - رضي الله عنه - في «الأم». وربما اخْتُجَّ له بحديث المدلجي. ولو كان القاضي قَائِفًا، فهل يُقْضَى بِعِلْمِهِ؟ فيه الخِلَافُ في القضاء بالعلم.

قَالَ العَزَالِيُّ: (الرُّكْنُ الثَّلَاثُ: مَحَلُّ العَرَضِ عَلَى القَائِفِ) فَالْمَوْلُودُ إِذَا تَدَاعَاهُ اثْنَانِ لَمْ يَلْحَقْهُمَا بَلْ يُعَرِّضُ عَلَى القَائِفِ إِذَا كَانَ كَوْنُهُ مِنْهُمَا مُمَكِّنًا شَرْعًا، وَذَلِكَ بِأَن يَطَأَ فِي طَهْرٍ وَاحِدٍ، فَإِنَّ وَطِئَ الثَّانِي بَعْدَ تَحَلُّلِ حَيْضَةِ أَنْقَطَعَ الإِمْكَانُ عَنِ الأوَّلِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ

(١) سقط في: أ.

(٢) في ز: وبيناهما.

(٣) في ز: إذا جوزنا.

(٤) في ز: الحق.

الأوّل زَوْجاً فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ، فَإِنْ كَانَ فِي نِكَاحٍ فَاسِدٍ فَقَبِي أَنْقَطَعَ إِمكَانُهُ قَوْلَانِ، وَمَنْ أَنْفَرَدَ بِدَعْوَةِ مَوْلُودٍ صَغِيرٍ فِي يَدِهِ لِحَقِّهِ، فَإِنْ بَلَغَ فَأَنْتَفَى عَنْهُ هَلْ يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِيهِ قَوْلَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْمَقْصُودُ الْآنَ بَيَانُ أَنَّ الْوَلَدَ مَتَى يُعْرَضُ عَلَى الْقَائِفِ؟ وَه

موضعان:

أحدهما: أَنْ يَتَدَاعَى اثْنَانِ مَوْلُوداً مَجْهُولاً مِنْ لَقِيْبٍ وَغَيْرِهِ، فَيُعْرَضُ عَلَى الْقَائِفِ [على ما سبق شرحه في اللَّقِيْبِ].

والثاني: أَنْ يَشْتَرِكَ اثْنَانِ، فَصَاعِداً فِي وَطءِ امْرَأَةٍ، فَأَتَتْ بِوَلَدٍ، لَزِمَ أَنْ يُمَكِّنَ أَنْ يَكُونَ مِنْهُمَا، وَادَّعَاهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، فَيُعْرَضُ عَلَى الْقَائِفِ<sup>(١)</sup>. وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي أَحَدِ الْمَوْضِعَيْنِ يُلْحَقُ الْوَلَدُ بِهِمَا، أَوْ بِهِمْ. وَلَا اغْتِيَابَ بِقَوْلِ الْقَائِفِ.

[وَاحْتِجَ الْأَصْحَابُ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - لاعتبار قول القَائِفِ]<sup>(٢)</sup> بِمَا سَبَقَ، وَلا مِتْناعَ الْإِلْحَاقِ بِاِثْنَيْنِ فَصَاعِداً، بَأَنَّ الْوَلَدَ لَا يَتَعَقَّدُ مِنْ [مَاءِ]<sup>(٣)</sup> شَخْصَيْنِ؛ لِأَنَّ الْوَطءَ لَا بَدَّ وَأَنْ يَكُونَ عَلَى التَّعاقِبِ، وَإِذَا اجْتَمَعَ مَاءُ الْأَوَّلِ، مَعَ مَاءِ الْمَرْأَةِ، وَانْتَعَقَدَ الْوَلَدُ مِنْهُ، حَصَلَتْ عَلَيْهِ غِشَاوَةٌ تَمْنَعُ مِنْ اخْتِلَاطِ مَاءِ الثَّانِي بِمَاءِ الْأَوَّلِ وَمَائِهَا.

وأيضاً فإنه لو تداعى الولد، مُسَلِّمٌ، وَكَافِرٌ، لَا يُلْحَقُ بِهِمَا بِالْإِتْمَاقِ. فَكَذَلِكَ إِذَا تَدَاعَاهُ مُسْلِمَانِ، ثُمَّ الْاشْتِرَاكُ فِي الْوَطءِ عَلَى الْوَجْهِ الْمَذْكُورِ يُفْرَضُ مِنْ وَجْهِهِ:

مِنْهَا أَنْ يَطَّأَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالشُّبْهَةِ؛ بَأَنَّ يَجِدُهَا عَلَى فِرَاشِهِ فَيَطَّئُهَا زَوْجَتَهُ، أَوْ أُمَّتَهُ. وَلَوْ كَانَتْ فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ، فَوَطَّئَتْ بِالشُّبْهَةِ؛ فَعِنَ الْقَاضِي أَبِي الطَّيِّبِ - وَهُوَ الَّذِي أَوْزَدَهُ [صَاحِبُ] <sup>(٤)</sup> «الشَّامِلُ»: أَنَّ الْوَلَدَ يُلْحَقُ بِالزَّوْجِ؛ لِأَنَّهَا فِرَاشُهُ، وَالْفِرَاشُ أَقْرَى مِنَ الشُّبْهَةِ، كَمَا إِنَّهُ إِذَا طَلَّقَهَا زَوْجَهَا، وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا، وَنَكَحَهَا زَوْجَ آخَرَ، فَأَتَتْ بِوَلَدٍ، يُلْحَقُ بِالثَّانِي. وَإِنْ أُمَّكَنَّ أَنْ يَكُونَ مِنَ الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّهَا فِرَاشُ الثَّانِي. وَالْأَظْهَرُ، عَلَى مَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي الرَّوْيَانِيُّ وَغَيْرِهِ، وَهُوَ الَّذِي أَوْزَدَهُ الْإِمَامُ: أَنَّهُ لَا يَتَّعَيْنُ الزَّوْجُ لِلْإِلْحَاقِ، بَلِ الْمَوْضِعُ مَوْضِعُ الْاشْتِيَابِ، وَالْعَرَضُ عَلَى الْقَائِفِ. وَليْسَ كَالصُّورَةِ الْمُسْتَشْهَدِ بِهَا؛ لِأَنَّ الْعِدَّةَ أَمَارَةٌ ظَاهِرَةٌ فِي حُضُورِ الْبِرَاءَةِ عَنِ الْأَوَّلِ، وَههنا بخلافه.

ومِنْهَا أَنْ يَطَّأَ الرَّجُلُ زَوْجَتَهُ فِي النِّكَاحِ [الصَّحِيحِ]، ثُمَّ يُطَلِّقُهَا فَيَطَّوُّهَا غَيْرِهِ بِالشُّبْهَةِ، أَوْ فِي النِّكَاحِ<sup>(٥)</sup> الْفَاسِدِ؛ بَأَنَّ يَنْكِحُهَا فِي الْعِدَّةِ، وَهُوَ جَاهِلٌ بِكُونِهَا فِي

(٢) سقط في: أ.

(٤) سقط في: ز.

(١) سقط في: ز.

(٣) سقط في: ز.

(٥) سقط في: أ.

العِدَّة. وعن مالك: أن الولد يُلْحَقُ بالزوج؛ لأنه وَطِئَ في نكاحِ صَحيح، فهو أقوى جانباً. حكاها ابن الصَّبَّاح عنه.

ومن قال بهذا، وقد طَلَّقَهَا الزَّوْجُ، فأوَّلَى أن يقول به، والنِّكَاحُ مُسْتَمِرٌّ بينهما. ومنها: أن يَطَّأ كل واحد منهما في نِكَاحِ فَاسِدٍ.

ومنها: أن يَطَّأ الشَّرِيكَانِ الجَارِيَةَ المُشْتَرَكَةَ بينهما.

ومنها: أن يَطَّأ أُمَّتَهُ، وَيَبِيعَهَا فَيَطْوُهَا المُشْتَرِي. ولم يَسْتَبْرَأَ واحد منهما. فإذا وَطِئَ اثنان على بَعْضِ هذه التصويرات في طَهْرٍ واحد، وأتت المرأة بِوَلَدٍ لأقل من أربع سنين، [وأكثر من] <sup>(١)</sup> سِتَّةِ أشهر من الوطئين، وَأَدْعِيَاهُ جميعاً، رُوجِعَ القَائِفُ.

وإن تَحَلَّلَ بين الوَطِئَيْنِ حَيْضَةٌ، فهي أَمَارَةٌ ظَاهِرَةٌ في حُصُولِ البَرَاءَةِ عن الأول. فَيَقْطَعُ تَعَلُّقَهُ، إلا أن يكون الأولُ زَوْجاً في نِكَاحِ صحيح، والثاني واطئاً بالشُّبْهَةِ، أو في نِكَاحِ فَاسِدٍ؛ فلا يَنْقَطِعُ تَعَلُّقُ الأول؛ لأن إِمْكَانَ الوطءِ مع فراش النكاح قائم مقام نفس الوطء، والإمكَانُ حَاصِلٌ بعد الحَيْضَةِ.

وإن كان الأولُ زَوْجاً في نِكَاحِ [فَاسِدٍ] <sup>(٢)</sup>، ففي انْقِطَاعِ تَعَلُّقِهِ بِتَحَلُّلِ الحَيْضَةِ

قولان:

أحدهما: أنه كَالنِّكَاحِ الصَّحِيحِ.

وأظهرهما: خلافه؛ لأن المَرْأَةَ في النِّكَاحِ الفَاسِدِ لا تَصِيرُ فِرَاشاً، ما لم توجد حَقِيقَةُ الوطء. هكذا نقل الصُّورَتَيْنِ الإمام وصاحب الكتاب. ولا فَرْقٌ بين أن يكون المُتَدَاعِيَانِ مُسْلِمَيْنِ، أو أحدهما مسلماً والآخر ذُمِّيًّا. ولا بين أن يكونا حُرِّينِ، أو أحدهما حُرّاً، والآخر عَبْدًا. على ما سبق في اللَّقِيطِ. وكذلك لا فَرْقٌ بين أن يكون الوَاطِئَانِ مُسْلِمَيْنِ، وحُرِّينِ، أو مختلفي الحال.

قَالَ الغَزَالِيُّ: وَإِنْ ادَّعَى نَسَبَ بَالِغٍ فَأَنْكَرَ لَمْ يَلْحَقْهُ وَإِنْ أَلْحَقَهُ القَائِفُ، وَإِنْ سَكَتَ أَلْحَقَهُ القَائِفُ، وَإِنْ أَقَرَّ فَلَا حَاجَةَ إِلَى القَائِفِ، وَمَنْ ادَّعَى نَسَبَ مَوْلُودٍ عَلَى فِرَاشِ غَيْرِهِ بِأَن ادَّعَى وَطِئاً بِالشُّبْهَةِ لَمْ يَقْبَلْ وَإِنْ وَاثَقَهُ الزَّوْجَانِ بَلْ لَا بُدَّ مِنْ بَيِّنَةٍ عَلَى الوَطِئِ لِحَقِّ المَوْلُودِ، وَإِنْ تَدَاعِيَا صَبِيًّا وَهُوَ فِي يَدِ أَحَدِهِمَا لِحَقِّ بِصَاحِبِ اليَدِ خَاصَّةً، وَمَنْ اسْتَلْحَقَ وَأَنْكَرَتْ زَوْجَتُهُ وَلَادَتْهُ فَهَلْ يَلْحَقُهَا بِمَجْرَدِ دَعْوَى الأبِّ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِي الفَضْلِ صُورٌ مُكْرَرَةٌ، وَغَيْرُ مَكْرَرَةٍ.

فمن المكررة: اسْتَلْحَقَ صَبِيًّا مَجْهُولاً فِي يَدِهِ، أو لا فِي يَدِهِ، وَأَلْحَقْنَاهُ بِهِ ثُمَّ بَلَغَ

(٢) سقط في: أ.

(١) سقط في: أ.

وَأَنْتَفَى عَنْهُ، هَلْ يَنْدَفِعُ نَسْبُهُ؟. قَالَ: فِيهِ قَوْلَانِ: وَالْمَسْأَلَةُ مَشْهُورَةٌ بِالرَّوْجِهَيْنِ. وَقَدْ ذَكَرَهَا مَرَّةً فِي الْإِقْرَارِ، وَأُخْرَى فِي اللَّقِيطِ. وَمِنْهَا: اسْتَلْحَقَ بِالْعَا، فَأَنْكَرَ، لَا يَلْحَقُهُ. وَقَدْ أَوْزَدَهَا فِي الْبَابَيْنِ الْمَذْكُورَيْنِ أَيْضاً.

وَالْحَاقِ الْقَائِفِ وَالْحَالَةَ هَذِهِ، لَيْسَ بِحُجَّةٍ عَلَيْهِ، وَإِنْ سَكَتَ الْبَالِغُ، فَقَدْ ذَكَرَ صَاحِبُ الْكِتَابِ: أَنَّهُ يُلْحِقُهُ الْقَائِفُ. وَهَذَا لَمْ أَجِدْهُ لغيره: وَلَيْسَ هُنَاكَ إِلَّا وَاحِدٌ يَدْعِيهِ. نَعَمْ، لَوْ ادَّعَاهُ اثْنَانِ فِي مَوَاضِعِ الْأَشْتِيَاءِ، وَهُوَ سَاكِنٌ، يُعْرَضُ عَلَى الْقَائِفِ. وَكَذَلِكَ ذَكَرَهُ فِي «الْوَسِيطِ». قَالَ: فَإِنْ وَافَقَ أَحَدُهُمَا، لِحَقِّهِ، وَلَمْ يُقْبَلْ قَوْلُ الْقَائِفِ؛ عَلَى خِلَافِهِ. وَمِنْهَا: لَوْ تَدَاعَى اثْنَانِ صَبِيّاً مَجْهُولاً، فَقَدْ أُطْلِقَ هُنَا؛ أَنَّهُ يُلْحَقُ بِصَاحِبِ الْيَدِ. كَذَلِكَ نَقَلَهُ الْقَاضِي الرَّوْيَانِيُّ عَنِ الْقَفَالِ، وَالْأَشْبَهُ بِالْمَذْهَبِ، تَفْصِيلُ ذِكْرِهِ فِي اللَّقِيطِ؛ وَهُوَ أَنَّهُ إِنْ كَانَ يَدُهُ عَنِ التَّقَاطِطِ، لَمْ يُؤْتَرِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَنِ التَّقَاطِطِ، فَيَقْدَمُ صَاحِبُ الْيَدِ، إِنْ تَقَدَّمَ اسْتِلْحَاقُهُ عَلَى اسْتِلْحَاقِ الْآخَرِ، وَإِلَّا فَوْجِهَانِ. وَأَمَّا غَيْرُ الْمُكْرَرِ فَصُورَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: إِذَا ادَّعَى نَسَبَ مَوْلُودٍ عَلَى فِرَاشٍ غَيْرِهِ بِسَبَبِ وِطْءِ شَبَهَةٍ اتَّفَقَ، فَإِنْ قَلْنَا: إِنْ وِطَّ الشُّبُهَةِ، إِذَا كَانَتِ الْمَرْأَةُ فِرَاشاً لِلزَّوْجِ، لَا أَثَرَ لَهُ، وَالْوَلَدُ يُلْحَقُ بِالزَّوْجِ، فَلَا اغْتِيَابَ بِقَوْلِهِ. وَإِنْ جَعَلْنَاهُ مُؤْتَرّاً، فَلَا يَكْفِي اتَّفَاقُ الزَّوْجَيْنِ عَلَيْهِ، بَلْ لَا بُدَّ مِنَ الْبَيِّنَةِ عَلَى الْوِطْءِ؛ لِأَنَّ لِلْمَوْلُودِ حَقّاً فِي النَّسَبِ وَاتِّفَاقَهُمَا لَيْسَ بِحُجَّةٍ عَلَيْهِ.

فَإِذَا قَامَتِ الْبَيِّنَةُ، عُرِضَ عَلَى الْقَائِفِ. فَإِنْ كَانَ الْمُدَّعِي نَسَبُهُ بِالْعَا، وَاعْتَرَفَ بِجَرِيَانِ وِطْءِ الشُّبُهَةِ، وَجِبَ أَنْ يَكْفِيَ.

الثَّانِيَةُ: إِذَا اسْتَلْحَقَ مَجْهُولاً، وَلَهُ زَوْجَةٌ، فَانْكَرَتْ لِوَلَدَتِهِ، فَهَلْ يَلْحَقُهَا بِاسْتِلْحَاقِهِ؟ فِيهِ وَجِهَانِ:

أَحْدَاهُمَا: نَعَمْ؛ لِأَنَّ وِلْدَتَهُ مِنْهَا ظَاهِراً.

وَأَصْحَاهُمَا: الْمَنْعُ؛ لِجَوَازِ أَنَّهُ مِنْ وِطْءِ الشُّبُهَةِ<sup>(١)</sup>، أَوْ زَوْجَةٍ أُخْرَى.

وَهُمَا كَوَجْهَيْنِ ذَكَرْنَاهُمَا فِي اللَّقِيطِ، فِي أَنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا اسْتَلْحَقَتْ، وَقَبْلُنَا<sup>(٢)</sup> اسْتَلْحَاقَهَا، هَلْ يُلْحَقُ الْوَلَدُ زَوْجَهَا؟ وَلَوْ اسْتَلْحَقَ مَجْهُولاً، وَلَهُ زَوْجَةٌ، فَانْكَرَتْ لِوَلَدَتِهِ، وَاسْتَلْحَقَتْهُ امْرَأَةٌ لَهَا زَوْجٌ، فَأَنْكَرَتْ، حَكَى فِي «الْوَسِيطِ»: فِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجِه:

أَحْدَاهَا: أَنَّ أُمَّهُ الَّتِي اسْتَلْحَقَهَا دُونَ الْمُنْكَرَةِ، وَرَبْمَا اتَّفَقَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ صَاحِبِ الْيَدِ وَوِطْءِ شَبَهَةٍ.

وَالثَّانِي: أَنَّ أُمَّهُ زَوْجَةٌ صَاحِبِ الْيَدِ، فَإِنَّهَا فِرَاشُ زَوْجِهَا.

(٢) فِي أ: وَقَلْنَا.

(١) فِي أ: شَبَهَةٍ.

والثالث: يُعْرَضُ عَلَى الْقَائِفِ، فَأَيْتَهُمَا الْحَقُّ [بها]<sup>(١)</sup>، فَهِيَ أُمُّهُ.

ولو كانت الصورة بِحَالِهَا، وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدِ الْبَيْتَةِ. فَعَنْ ابْنِ سُرَيْجٍ أَرْبَعَةَ أَوْجِهٍ:  
أَحَدُهَا: أَنْ بَيْتَةُ الدَّخْلِ أَوْلَى؛ لِأَنَّ لَوِ الْأَحْقَنَاءَ بِالْمَرْأَةِ، لِأَنَّهَا تَحْتَقُّ بِالزَّوْجِ مَعَ انْتِكَارِهِ،  
فِيصِيرُ الرَّجُلُ تَبَعًا لِلْمَرْأَةِ. ثُمَّ إِذَا لَحِقَهُ، لَحِقَ امْرَأَتُهُ.

وَالثَّانِي: بَيْتَةُ الْمَرْأَةِ أَوْلَى؛ لِأَنَّ وِلَادَتَهَا مَحْسُوسَةٌ، ثُمَّ لَا يَلْزَمُ مِنْ أَنْ يَلْحَقَهَا أَنْ  
يَلْحَقَ زَوْجَهَا.

وَالثَّلَاثُ: أَنَّهُمَا يَتَعَارَضَانِ.

وَالرَّابِعُ: أَنَّهُ يُعْرَضُ عَلَى الْقَائِفِ، فَإِنْ لَحِقَ الْوَالِدُ بِالرَّجُلِ، لَحِقَ، وَلَحِقَ زَوْجَتَهُ.  
وَإِنْ أَلْحَقَهُ بِالْمَرْأَةِ، لَحِقَهَا دُونَ زَوْجِهَا. حَكَى الْأَوْجُهَ هَكَذَا، الْقَاضِي الرَّوْيَانِي عَنْ رِوَايَةِ  
الصَّيْدَلَانِيِّ.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَإِذَا لَمْ يَجِدْ قَائِفًا أَوْ تَحْيِيرًا، فَإِنْ بَلَغَ الصَّبِيُّ حَبْسَنَاهُ حَتَّى يَتَسَبَّبَ إِلَى  
أَحَدِهِمَا، وَيَكُونُ اخْتِيَارُهُ كَالْحَقِ الْقَائِفِ حَتَّى لَا يَقْبَلَ رُجُوعُهُ كَمَا لَا يَقْبَلُ رُجُوعُ  
الْقَائِفِ، وَلَا يُنْتَقَتُ إِلَى اتِّسَابِ الصَّغِيرِ الْمُمَيَّزِ، وَإِنْ وَطِنًا فِي طَهْرٍ وَاحِدٍ، وَحَبَلَتْ لَكِنْ  
أَدْعَى أَحَدَهُمَا الْوَالِدَ، وَسَكَتَ الْآخَرُ، فَفِي قَوْلٍ يُعْرَضُ عَلَى الْقَائِفِ، وَفِي قَوْلٍ: يَخْتَصُّ  
بِالْمُدَّعِي، وَنَفَقَةُ الْوَالِدِ قَبْلَ الْإِحْقَاقِ الْقَائِفِ عَلَيْهِمَا، ثُمَّ يَرْجِعُ مَنْ قَطَعَ الْقَائِفُ نَسَبَهُ، وَإِنْ  
مَاتَ الْوَالِدُ عَرِضَ عَلَى الْقَائِفِ قَبْلَ أَنْ يَتَغَيَّرَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِي هَذِهِ الْبَقِيَّةِ مَسَائِلٌ:

إِحْدَاهَا: إِذَا لَمْ [يَجِدْ]<sup>(٢)</sup> قَائِفًا، أَوْ تَحْيِيرًا وَلَمْ يَجِدْ جَوَابًا، أَوْ الْحَقَّ الْوَالِدَ بِهِمَا، أَوْ  
نَفَاهُ عَنْهُمَا، وَقَفْنَا إِلَى أَنْ يَبْلُغَ، فَإِذَا بَلَغَ، أَمْرَانَهُ بِالْإِتِّسَابِ إِلَى أَحَدِهِمَا بِحَسَبِ الْمَيْلِ  
الَّذِي يَجِدُهُ، فَإِنْ امْتَنَعَ، حُسِبَ لِيخْتَارَ، وَإِذَا اخْتَارَ، كَانَ اخْتِيَارُهُ كَالْحَقِ الْقَائِفِ.

وَإِنْ قَالَ: لَا أَجِدُ مَيْلًا إِلَى أَحَدِهِمَا، بَقِيَ الْأَمْرُ مَوْقُوفًا، وَلَا عَيْبَةَ بِإِخْبَارِهِ قَبْلَ  
الْبُلُوغِ. وَإِنْ كَانَ مُمَيَّزًا، وَفِيهِ وَجْهٌ؛ أَنَّهُ يُخَيَّرُ إِذَا صَارَ مُمَيَّزًا، كَمَا يُخَيَّرُ بَيْنَ الْأَبوين فِي  
الْحَضَانَةِ. وَكُلُّ هَذَا مَذْكُورٌ بِالشرحِ فِي اللَّقِيْطِ.

وَعَنْ أَحْمَدَ: أَنَّهُ إِذَا أَلْحَقَهُ<sup>(٣)</sup> الْقَائِفُ بِهِمَا جَمِيعًا، أَلْحَقَ بِهِمَا.

الثَّانِيَةُ: إِذَا أَلْحَقَهُ الْقَائِفُ بِأَحَدِهِمَا، ثُمَّ رَجَعَ، وَأَلْحَقَهُ بِالْآخَرِ، لَمْ يَقْبَلْ عَلَى مَا مَرَّ  
فِي اللَّقِيْطِ. وَكَذَا لَوِ الْأَحْقَنَاءَ قَائِفٌ بِأَحَدِهِمَا، فَجَاءَ بِقَائِفٍ آخَرَ، فَالْحَقُّ بِهِ؛ لِأَنَّ الْاجْتِهَادَ

(٢) سقط في: ز.

(١) سقط في: ز.

(٣) في أ: لحقه.

لا يُنْقَضُ بِالاجْتِهَادِ. وهذا هو المشهور في صورتين. وذكر القاضي ابن كَجَّ: أنه إذا أَلْحَقَهُ قَائِفٌ بهذا، وقَائِفٌ بهذا، تَعَارَضَا، وصار كان لا قَائِفٌ.

وأنه إن رَجَعَ القَائِفُ بعد تَنْفِيذِ الحُكْمِ بقوله، لم يُنْتَفَتْ إلى رُجُوعِهِ. وإن رجع قبل أن يُنْفَذَ الحَاكِمُ الحُكْمَ، قيل: رُجُوعُهُ كرجوع الشُّهُودِ، لكن لا يُقْبَلُ قوله في حَقِّ الآخر؛ لسقوط الثَّقَّةِ بقوله، ومعرفته.

وإذا أَلْحَقَهُ القَائِفُ بهما؛ فعن القَّالِ، وغيره: أنه يُسْتَدَلُّ بذلك على أنه لا يَعْرِفُ الصَّنْعَةَ، فلا يُعْتَدُّ بقوله من بَعْدُ، إلا أن يَمْضِيَ زَمَانٌ، يمكن العِلْمُ فيه، فَيُمْتَحَنُ حَيْثُ، ثم يُعْتَمَدُ. وكذا لو كانا توأمين، فألحق القَائِفُ [أحدهما]<sup>(١)</sup> بأحدهما، والآخر بالآخر فهو كما لو ألحق الواحد بهما فإذا انتسب المَوْلُودُ إلى أحدهما، يَثْبُتُ نَسَبُهُ منه، فلا يُقْبَلُ رُجُوعُهُ عنه. وإن انتسب إليهما، لغى، وأمر بالانْتِسَابِ إلى أحدهما.

ولو اختلف التوأمين في الانْتِسَابِ، لم يُعْتَبَرِ قولهما، فإن رجع أحدهما إلى قول الآخر، قُبِلَ.

الثالثة: إذا وَطَّأ في طَهْرٍ واحد، وأتت بولد، يمكن [أن يكون]<sup>(٢)</sup> منهما. كما سبق تَصْوِيرُهُ، فأدعاهُ أَحَدُهُمَا، وسَكَتَ عنه الآخر، أو أنكره، فقولان:

أحدهما: أنه يَخْتَصُّ بالمدعى كما لو كان في يد اثنين ادَّعَاهُ أحدهما دون الآخر، يُجْعَلُ له.

وأظهرهما: وهو الذي أوردَهُ القاضي ابن كَجَّ: أنه يُعْرَضُ على القَائِفِ؛ أن الولدَ صَاحِبُ حَقِّ في النَسَبِ، فلا يَسْقُطُ حَقُّه بالإِنْكَارِ، وترك الدعوى.

وإن أنكره معاً، يُعْرَضُ على القَائِفِ، ولا يُعْطَلُ نَسَبُهُ<sup>(٣)</sup>.

الرابعة: نَفَقَةُ الوَلَدِ إلى أن يُعْرَضَ على القَائِفِ، وفي مُدَّةِ التَّوَقُّفِ إلى الانْتِسَابِ عليهما، فإذا التَّحَقَّ بأحدهما، رَجَعَ الآخرُ عليه بما أنْفَقَ. وهل تجب الثَّقَّةُ في حالِ الاجْتِنَانِ؟ بُنِيَ ذلك على أن الحَمْلَ؛ هل يَعْلَمُ إن قلنا: نعم فنعم، وإلا فلا إن أوجبناها فكان أحد المدعين زَوْجاً قد طَلَّقَهَا، والآخر واطناً بالشُّبْهَةِ؟

فإن قلنا: إن الثَّقَّةُ للحامل<sup>(٤)</sup>، فهي على المَطْلُوقِ.

(١) سقط في: ز.

(٢) سقط في: ز.

(٣) وهذا الإطلاق يشمل صورة الزوجية وقد قال الإمام في كتاب اللعان عند نسبة الزوج الولد إلى وطء الشبهة أن الرجوع إلى القافة إنما يجري إذا اعترف الواطئ بالوطء.

(٤) في ز: للحائل.

وإن قلنا: للحمل، أخذًا بها إلى أن يظهر الأمر. وإن أوصى للطفل في وقت التوقف، فليقبلا الوصية جميعاً.

الخامسة: إذا مات المولود قبل العرض على القائف، فإن تغيّر، فقد تعدّ العرض. وإن لم يتغيّر، فينظر، إن دُفن، لم يُنثَر، وإن لم يُدْفَن، فوجهان:

أظهرهما: وُحِكِيَ عن أبي إسحاق: أنه يُعرض؛ لأن الشبه لا ينطَل بالموت.

والثاني: المنع؛ لأن القائف قد يني على الحركة، والكلام. وما يبطل بالموت.

وإذا مات أحد المتداعيين، عرض أبوه، أو أخوه، أو عمه مع المولود؛ قاله في «التهذيب»<sup>(١)</sup>.

فروع:

في الرعاة من يلتقط السخال في ظلمة الليل، ويُلقِيها في وعاءٍ معه، فإذا أصبح، ألقى كل سخالٍ بين يدي أمها. ولا يُخطيء؛ لمعرفة بها وبأمها.

فمن الإضطخري: أنه يُعمل بقول مثل هذا الراعي، إذا تنازع اثنان في سخالٍ، والظاهر خلافه. وإنما عمل بقول القائف، لشرف الأدمي كيلا يضيع نسبه.

وحكى القاضي ابن كجّ الديتوري عن تخريج أبي الحسين وجهين في أن القيافة أولى بالرعاية بعد بلوغ المولود؛ أو الانتساب. وادعى أن الظاهر [الثاني، وأنه لا رجوع إلى القائف بعد بلوغ المولود، والظاهر]<sup>(٢)</sup> خلافه، على ما سبق في اللقيط.

وأنه لو ألحق المولود قائف بأحد المتداعيين بالأشباه الظاهرة، وآخر بالثاني بالأشباه الخفية؛ كالخلق وتشاكل الأعضاء، فأيهما أولى؟

فيه وجهان: أظهرهما: الثاني؛ لأن فيهما زيادة حدق وبصيرة.

وإذا تداعاه مسلم، وذمي، وأقام أحدهما بينة، تبعه نسباً ودينياً. وإن ألحقه القائف بالذمي، تبعه نسباً، لا دينياً. ولا تجعل خصائمه للذمي. وإذا تداعاه حرٌّ وعبد، وألحقه القائف بالعبد، يثبت النسب، وكان حرّاً؛ لاحتمال أنه وُلد من حرّة.

هذا تمام الكلام في هذه الأبواب.

(١) قال في الخادم: عجيب اقتصاره على حكايته عن البغوي مع أن الشافعي قد نص عليه في الأم.

(٢) سقط في: أ.

## كِتَابُ الْعِتْقِ (١)

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَا يَخْفَى أَنَّهُ يَصِحُّ مِنْ كُلِّ مَالِكٍ مُكَلَّفٍ لَا يُصَادِفُ إِغْتَاقَهُ حَقًّا لَازِمًا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِي أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ﴾ [الأحزاب - ٣٧]. قَالَ الْمَفْسُورُونَ: أَيِ أَعْتَقَهُ.

وقال تعالى: ﴿فَكَ رَقَبَةً﴾ [البلد - ١٣] أي الجواز على العقبة كفك الرقبة. وأمر الله تعالى بتحرير الرقبة في مواضع من الكفارات.

عن رسول الله ﷺ: «مَنْ أَعْتَقَ رَقَبَةً أَعْتَقَ اللَّهُ بِكُلِّ عَضْوٍ مِنْهَا عَضْوًا مِنْهُ مِنَ النَّارِ

(١) العتق لغة: الحرية، يقال منه: عتق يعتق عتقاً وعتقاً: بكسر العين وفتحها، عن صاحب «المحكم» وغيره، وعتيقة وعتاقاً وعتاقة فهو عتيق، وعتاق، حكاها الجوهري، وهم عتقاء، وأمة عتيق، وعتيقة، وإماء عتائق، وحلف بالعتاق، بفتح العين، أي: بالإعتاق. قال الأزهري هو مشتق من قولهم عتق الفرس: إذا سبق ونجا، وعتق الفرخ: إذا طار واستقل، لأن العبد يتخلص بالعتق، ويذهب حيث يشاء. قال الأزهري: وغيره: إنما قيل لمن أعتق نسمة: إنه أعتق رقبة، وفك رقبة، فحُصِّت الرقبة دون سائر الأعضاء، مع أن العتق يتناول الجميع، لأن حكم السيد عليه، وملكه له كحبل في رقبته، وكالغل المانع له من الخروج، فإذا أعتق، فكأن رقبته أطلقت من ذلك.

انظر: ترتيب القاموس ١٢٩/٣.

اصطلاحاً:

عرفه الحنفية بأنه: خروج الرقيق عن الملك لله تعالى.

عرفه الشافعية بأنه: إزالة الرق عن آدمي.

عرفه المالكية بأنه: خلوص الرقيق من الرق بصيغة.

عرفه الحنابلة بأنه: تحرير الرقيق وتخليصه من الرق.

انظر: البحر الرائق ٢٣٨/٤، تبیین الحقائق ٦٦/٣، مغني المحتاج ٤٩١/٤، بلغة السالك ٢/

٤٤١، كشاف القناع ٥٠٨/٤، الكافي ٩٦١/٢، الإشراف ٣٧١/٢.



حتى فَرَّجَهُ بِفَرَجِهِ»<sup>(١)</sup>.

وروى «مَنْ أَعْتَقَ رَقَبَةً مُؤَمَّنَةً كَانَ فِدَاؤُهُ مِنَ النَّارِ»<sup>(٢)</sup> والإجماع منعقد على صحة الإِغْتِاقِ، وعلى أنه من القُرْبَاتِ<sup>(٣)</sup>، ويصحُّ من كل مالك مكلف لا يصادف إعتاقه متعلق حق لازم للغير فغير المالك لا يصح إعتاقه إلا بوكالة، أو ولاية<sup>(٤)</sup>، ولا يصح إعتاق الصبي، والمجنون ولا إعتاق المحجور عليه بالسَّفَه، وفي إغْتِاقِ المحجور عليه بِالْفَلَسِ خلاف مذكور في «التَّفْلِيسِ»، وليس للعبد المأذون في التَّجَارَةِ الإِغْتِاقِ إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ السيد في الإعتاق عنه، والمريض مرض الموت يُعْتَبَرُ إِغْتِاقُهُ مِنَ الثَّلَاثِ، وفي إغْتِاقِ العبد المرهون الخلاف المذكور في «الرهن» وفي إعتاق العبد الجاني خلاف ذكرناه في «البيع»، وهما المقصودان بقوله في الكتاب: «لَا يُصَادِفُ إِغْتِاقُهُ حَقًّا لِأَرَمًا».

ولا يصح إعتاق الموقوف عليه العبد الموقوف؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَالِكٍ، ويبطل حق من بعده، ويصح إعتاق الكافر ذمياً كان أو حربياً.

وإذا أعتق الحربي عبده ثم أسلماً فولأوه ثابت عليه.

وعند أبي حنيفة: لا يصح عتقه، ولا ولاء عليه، وله أن يوالي من شاء. وأختج الأصحاب أن من نفذ عتقه في عبده المسلم، وجب أن ينفذ عتقه في عبده الكافر كالمسلم. والله أعلم.

قَالَ الْعَزَّالِيُّ: وَصَرِيحُ لَفْظِهِ الإِغْتِاقُ وَالتَّخْرِيرُ، أَمَا فَكُ الرَّقَبَةِ فَهَوَ صَرِيحٌ عَلَى وَجْهِهِ، وَلَوْ قَالَ: يَا حُرَّةٌ ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ نِدَاءَهَا بِأَسْمِهَا الْقَدِيمِ لَمْ يُقْبَلْ ظَاهِرًا إِلَّا أَنْ يَكُونَ

(١) متفق عليه البخاري [٢٥١٧ - ٦٧١٥]، مسلم (١٥٠٩) من حديث أبي هريرة، وفيه تقييد الرقبة بكونها مسلمة، وأخرجه الحاكم من حديث عقبة بن عامر، وواثلة، وأحمد من حديث مالك بن الحارث، ومرة بن كعب، وعمرو بن عتبة، وتقدم في الوصايا.

(٢) رواه أحمد [١٤٧/٤] من حديث عقبة بن عامر.

(٣) محل كونه رقبة في العتق المنجز أما المعلق فليس رقبة كما ذكره الرافعي في كتاب الصداق ونقله منه في المطلب وأقره ويبحث صاحب الخادم في ذلك وأخذ كلام الرافعي فقال: والظاهر أن مراد الرافعي انتفاء القرية عن عقد التعليق، ولذلك قال: بخلاف التدبير، ولم يرد انتفاء القرية من العتق الذي تضمنه التعليق، فكل عتق رقبة أكان ضمن تعليق أم لا، والتعليق نفسه ليس بقرية وهو الذي صرح به الرافعي هناك، وساق لفظه.

(٤) قال الشيخ جلال الدين البلقيني: يدخل في الولاية إعتاق عبد بيت المال وقد ذكر الأصحاب هذا الفرع في كتاب الهدنة في العبد الذي جاءنا بعدما أسلم عندهم في بلاد الحرب والحال حال هدنة، فإن الماوردي قال لا يحكم بعتقه ولكن لا يسلمه الإمام إلى سيده بل يباع لمسلم أو يشتره الإمام للمسلمين ويعتقه عنهم وولأوه لهم. انتهى. وما ذكره الشيخ يرد على من قال لا يصح من الإمام عتق عبد بيت المال.

أَسْمُهَا فِي الْحَالِ حُرَّةٌ، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: (يَا إِذَا ذَمَرْتُ) ثُمَّ قَالَ أَرَدْتُ الْوَصْفَ بِالْجُودِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَسْمُهُ إِذَا ذَمَرْتُ أَوْ كَانَ مَعَهُ قَرِينَةٌ تَدُلُّ عَلَى الْمَذْحِ، وَلَوْ قَالَ لَهُ: يَا سَيِّدِي وَلِجَارِيَّتِهِ يَا كَذَبَانُوا فَهُوَ لَيْسَ بِكِنَايَةٍ، وَلَوْ قَالَ: يَا مَوْلَايَ فَهُوَ كِنَايَةٌ، وَلَوْ قَالَ لِعَبْدٍ غَيْرِهِ: أَعْتَقْتُكَ لَعَلَّ إِنْ فَهِمَ مِنْهُ الْإِنْشَاءَ، وَإِنْ فَهِمَ مِنْهُ الْإِقْرَارُ فَإِذَا اشْتَرَاهُ كَانَ مُؤَاخَذًا بِهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يَحْصُلُ الْعَتَقُ بِالصَّرِيحِ وَالْكِنَايَةِ:

أما الصريح: فالتحرير والإعتاق صريحان<sup>(١)</sup>، فإذا قال لعبده: أنت حرٌّ أو مُحَرَّرٌ، أو حررتك، أو أنت عتيق أو معتق<sup>(٢)</sup> أو أعتقتك، عتق العبد، وإن لم ينو، ولا أثر للخطأ في التذكير والتأنيث؛ بأن يقول لعبده: أنت حرٌّ، أو لجاريته: أنت حرٌّ. وفي فك الرقبة، أهو صريح أو كناية؟ وجهان قد ذكرهما في الكتاب في أول «الخُلْع» والأرجح على قياس نظائره أنه صريح.

والكناية: كقوله لعبده: لا ملك لي عليك، أو لا سبيل، أو لا سلطان أو لا يد، أو لا أمر، أو لا خدمة، أو أزلت ملكي عنك، أو حرمتك، أو أنت سائبة وصرائح الطلاق وكناياتها كلها كناية في العتق<sup>(٣)</sup>. وفي قوله: «أنت علي كظهر أمي» وجهان أيضاً؛ لاقتضائه التحريم، كما لو قال: حرمتك.

وفي قوله: «أنت لله» كناية أيضاً، خلافاً لأبي حنيفة.

ولو قال: «وهبت نفسك منك» ونوى العتق دون التملك، حصل العتق أيضاً، وإن قصد التملك، فعلى ما سنذكر فيما إذا قال: بعث نفسك منك.

ثم الكلام في صور:

إحداها: إذا كانت أمته تُسَمَّى قبل جريان الرُّقِّ عليها حرة فقال لها: يا حُرَّة. فإن لم يخطر له النداء بأسمها القديم<sup>(٤)</sup>؛ عتقت لا محالة وإن قصد نداءها به ففيه وجهان

(١) قال الشيخ البلقيني في التصحيح: التحرير الذي هو المصدر ليس بصريح وإنما الصريح ما اشتق من هذا المصدر من فعل بصيغة الماضي، وهو حررتك واسم فاعل، وهو أنا محررك إذا صرح بالآن أو بعده إلى أن قال: وأما المصدر نفسه مثل أنت تحرير فهذا كناية كما في قوله أنت طلاق على الأصح فكان ينبغي أن يقول فصريحه ما اشتق من التحرير.

(٢) سقط في: ز.

(٣) يستثنى من ذلك ما لو قال أنا منك حر، فإنه ليس كناية في العتق وإن كان قوله: «أنا منك طالق» كناية الطلاق، ويستثنى أيضاً ما لو قال لعبده اعتد أو استبري رحمك ونوى العتق، فإنه لا ينفذ.

(٤) وهذا مما يستثنى من الصريح كما تقدمت الإشارة إليه بالمكس عن عبده فقال: إنه حر، وليس بعد، وقصد الإخبار، لم يعتق فيما بينه وبين الله تعالى، وهو كاذب في خبره، مقتضى هذا أن لا =

عن الْقَاضِي الْحُسَيْنِ، وبه أَجَابَ فِي الْكِتَابِ أَنَّهَا تَعْتَقُ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ صَرِيحٌ وَإِنَّمَا كَانَتْ تَسْمَى حُرَّةً حِينَ كَانَتْ حُرَّةً، وَإِذَا طَرَأَ الرِّقَ انْمَحَى ذَلِكَ الْاسْمُ.

قال الشيخ «أبو مُحَمَّدٍ»: لا تعتق؛ لتمكن الاحتمال، وهذا أشبه وأظهر عند الإمام.

ولو كان أَسْمُهَا فِي الْحَالِ حُرَّةً فَقَدْ ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ فِي «بَابِ الطَّلَاقِ» أَنَّهُ إِذَا كَانَ يُسَمَّى الْعَبْدَ حُرًّا فَقَالَ: «يَا حُرٌّ» عَلَى قِصْدِ النِّدَاءِ لَمْ يَعْتَقْ، وَإِنْ أُطْلِقَ فَوْجِهَانَ وَبَيِّنًا أَنْ هُنَاكَ أَنْ الْأَشْبَهَ أَنَّهُ لَا يُعْتَقُ، وَكَذَا الْحُكْمُ لَوْ كَانَ يَتَّسَمَّى بِ«عَتِيقٍ» أَوْ بِ«بَازَادِرُودِيٍّ»<sup>(١)</sup> فَقَالَ: «يَا عَتِيقٌ» أَوْ يَا «بَازَادِرُودِيٍّ»<sup>(٢)</sup> وَلَيَعْلَمُ لَمَّا ذَكَرْنَا قَوْلَهُ فِي الْكِتَابِ: «لَمْ يَقْبَلْ ظَاهِرًا» بِالْوَاوِ.

وقوله: «إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَسْمُهَا فِي الْحَالِ حُرَّةً» وَلَيْسَ بِاسْتِثْنَاءٍ مُحَقَّقٍ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْحَالَةَ لَا تَدْخُلُ فِيهَا إِذَا كَانَ أَسْمُهَا قَدِيمًا حُرَّةً فَبُدِّلَ حَتَّى يَسْتَنِي، وَالْمَعْنَى نَعَمْ لَوْ كَانَ أَسْمُهَا فِي الْحَالِ حُرَّةً، وَقِصْدُ نِدَائِهَا بِأَسْمِهَا لَمْ تَعْتَقْ. وَفِي «فَتَاوَى صَاحِبِ الْكِتَابِ»: أَنَّهُ إِذَا أُجْتَنَزَ بِصَاحِبِ الضَّرِيَّةِ فَخَافَ أَنْ يَطَالِبَهُ بِالضَّرِيَّةِ عَنِ عِبْدِهِ فَقَالَ: «إِنَّهُ حُرٌّ وَلَيْسَ بَعِيدٌ وَقِصْدُ الْإِخْبَارِ، لَمْ يَعْتَقْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى، وَهُوَ كَاذِبٌ فِي خَبْرِهِ. وَهَذَا النِّظْمُ يُشِيرُ إِلَى أَنَّهُ لَا يَقْبَلُ فِي الظَّاهِرِ، وَإِنَّهُ إِذَا قَالَ: أَفْرَغْ مِنْ هَذَا دُونَ الْعَشِيِّ وَأَنْتَ حُرٌّ. ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ أَنَّهُ حُرٌّ مِنَ الْعَمَلِ دُونَ الْعَتَقِ يُدِينُ، وَلَا يَقْبَلُ ظَاهِرًا، وَهَذَا قَرِيبٌ مِنْ جَوَابِ الْكِتَابِ فِي النِّدَاءِ بِالْأَسْمِ الْقَدِيمِ، وَأَنَّهُ إِذَا زَاخَمْتَهُ أَمْرًا فِي الطَّرِيقِ فَقَالَ: تَأْخِرِي يَا حُرَّةً فَبَانَتْ أُمَّتُهُ لَمْ تَعْتَقْ<sup>(٣)</sup> وَهَذَا إِنْ أَرَادَهُ<sup>(٤)</sup> فِي الظَّاهِرِ فَيُمْكِنُ أَنْ يَفْرُقَ بَأَنَّهُ لَا يَدْرِي مَنْ يُخَاطَبُ هَا هُنَا، وَعِنْدَهُ أَنَّهُ يَخَاطَبُ غَيْرَ أُمَّتِهِ وَهُنَاكَ خَاطَبَ الْعَبْدَ بِاللَّفْظِ الصَّرِيحِ.

الثانية: إِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ: [يَا إِزَادِمَرْدُ]<sup>(٥)</sup> ثُمَّ قَالَ: أَرَدْتُ وَصْفَهُ بِالْجُودِ، لَمْ يَقْبَلْ، وَحُكْمُ بَعْتَقِهِ ظَاهِرًا. نَعَمْ لَوْ كَانَ أَسْمُهُ «إِزَادِمَرْدٌ» وَقِصْدُ نِدَائِهِ بِأَسْمِهِ لَمْ يَعْتَقْ، وَلَوْ كَانَ هُنَاكَ قَرِينَةٌ تُشْعِرُ بِأَنَّهُ قِصْدُ مَدْحِهِ وَالثَّنَاءِ عَلَيْهِ فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ وَلَا يَعْتَقْ، هَكَذَا أُطْلِقَ فِي الْكِتَابِ، وَفِي «الْوَسِيطِ» أَنَّهُ عَلَى الْخِلَافِ الْمَذْكُورِ فِيهَا إِذَا قَالَ لِأَمْرَأَتِهِ وَهُوَ يَحِلُّ وَثَاقًا

= يقبل ظاهراً. وذكر صاحب المهمات أن مقتضى المذهب خلافه، وهذا أيضاً يستثنى من الصريح.

(١) كلمة فارسية معناها: «به الحر».

(٢) كلمة «رودي» ليس لها معنى، وقد تكون «روي» بمعنى: اذهب [يعني: فأنت حر].

(٣) كلام الشيخ يفهم أنها لا تعتق في الظاهر، وهو الذي علله الراعي وهذه القضية وقعت للإمام الشافعي - رضي الله عنه - كما نقله الماوردي ولم تملك الجارية فيحتمل أنه فعل ذلك ورعاً ويحتمل أن العتق وقع.

(٤) في ز: أراد به. (٥) جملة فارسية معناها: يا عتيق.

[منها]<sup>(١)</sup> أنت طالق وقال: أردت طلاقها<sup>(٢)</sup> منه، فيجوز أن يعلم. قوله في الكتاب «أو كان معه قرينة تدل على المدح [بالواو]<sup>(٣)</sup>» كذلك، وفي «فتاوى الأقفال» أنه إذا بعث غلامه في حاجة فأبطل عليه فلما رجع [قال]<sup>(٤)</sup>: [أذازمدى كوا]<sup>(٥)</sup> يحكم عليه بالعتق، وحكى بعض أئمة طبرستان وجهاً آخر أنه: لا يعتق في الحال<sup>(٦)</sup>، للقرينة الدالة على أنه قصد التهكم والذم<sup>(٧)</sup>.

الثالثة: قوله لبعده: يا مولاي كناية. فإن المولى مشترك<sup>(٨)</sup> بين معانٍ منها المعتق.

ولو قال: يا سيدي - فعن القاضي الحسين: أنه لا يعتق، وإن نوى؛ لأنه من السؤدد وتبين المنزل وليس فيه ما يقتضي العتق، وهذا ما أوردته في الكتاب.

قال الإمام: والذي نراه أنه كناية.

ولو قال لأميته: [يا «كديبانو» أو «كديبانوي» مني]<sup>(٩)</sup> فهو كقوله للبعد: يا سيدي وبكونه كناية أجاب صاحب التهذيب وكذا لو قال للبعد [تومتراى مني]<sup>(١٠)</sup>.

الرابعة: إذا قال لبعده غيره: أنت حر، فهذا إقرار بحريته، وهو مردود في الحال، لكن لو تملكه يوماً من الدهر، حكم بعته؛ مواخذة له بإقراره قال الإمام: وإنما يجعل إقراراً<sup>(١١)</sup>؛ لأنه لا مساغ للإنشاء فيه بخلاف ما إذا قال المالك لبعده: أنت حر فإنه إنشاء كقول الزوج لزوجته: «أنت طالق». فلو قال لبعده الغير: قد أعتقتك. قال صاحب الكتاب: إن ذكره في معرض الإنشاء فهو لغو، وإن ذكره في معرض الإقرار يؤخذ به لو تملكه. وعن القاضي الحسين: أنه إذا قال قد أعتقتك كان إقراراً؛ لأن «قد» يؤكد معنى المضي في الفعل الماضي.

قال الإمام: ومجرى كلامه أن قوله: أعتقتك بلا «قد». قد لا يكون إقراراً وإن كانت الصيغة في الوضع الماضي، وعندني لا فصل بينهما.

والوجه: أن يُراجع القائل ويُحكم بموجب قوله، فإن لم يفسر ترك وينبغي الأ يفرق بين قوله: «أنت حر» وبين قوله: «أعتقتك».

(١) في ز: عنها.

(٢) سقط في: ز.

(٣) جملة فارسية معناها: رجل حر.

(٤) في ز: الحكم.

(٥) في أ: يشترك.

(٦) جملة فارسية معناها: أنت ولي (أنت مولاي).

(٧) في ز: الإقرار.

(٨) في ز: إطلاقها.

(٩) في ز: فقال.

(١٠) في أ: التحكم والذمة.

(١١) جملة فارسية معناها: يا سيده أو سيدتي.

وقوله في الكتاب: «إِنْ فَهِمَ مِنْهُ الْإِنْسَاءُ، وَإِنْ فَهِمَ مِنْهُ الْإِقْرَارُ» أي: إن ذكره في معرضِ يَفْهَمُ مِنْهُ هذا أو ذاك.

وَأَعْلَمُ أَنَّهُ يَصِحُّ تَعْلِيْقُ الْعَتَقِ بِالصِّفَاتِ، وَالْإِعْتَاقُ عَلَى الْعَوْضِ <sup>(١)</sup> كَمَا فِي الطَّلَاقِ، وَأَنَّهُ لَوْ قَالَ: «جَعَلْتُ عِتْقَكَ إِلَيْكَ أَوْ خَيْرَتُكَ وَنَوَى <sup>(٢)</sup> تَفْرِيزِ الْعَتَقِ إِلَيْهِ، فَأَعْتَقَ نَفْسَهُ فِي الْحَالِ عَتَقَ كَمَا فِي الطَّلَاقِ. وَلَوْ قَالَ: أَعْتَقْتُكَ عَلَيَّ كَذَا فَقَبِلَ فِي الْحَالِ أَوْ قَالَ الْعَبْدُ: أَعْتَقْنِي عَلَيَّ كَذَا؛ فَأَجَابَهُ عَتَقَ وَعَلَيْهِ مَا التَزَمَ.

وَلَوْ قَالَ: أَعْتَقْتُكَ عَلَى كَذَا إِلَى شَهْرٍ فَقَبِلَ، عَتَقَ فِي الْحَالِ، وَالْمُلْتَزِمُ مُؤَجَّلٌ وَلَوْ أَعْتَقَهُ عَلَى خَمْرٍ أَوْ خَنْزِيرٍ عَتَقَ وَعَلَيْهِ قِيَمَتُهُ. وَكَذَا لَوْ قَالَ: أَعْتَقْتُكَ عَلَى أَنْ تَخْدُمَنِي، وَلَمْ يَبَيِّنْ مَدَّةً. أَوْ قَالَ: عَلَى أَنْ تَخْدُمَنِي أَبَدًا. وَلَوْ قَالَ: عَلَى أَنْ تَخْدُمَنِي شَهْرًا، أَوْ تَعْمَلْ لِي كَذَا وَفَصَلِّهِ فَقَبِلَ عَتَقَ وَعَلَيْهِ مَا التَزَمَ. وَلَوْ خَدَمَهُ نِصْفَ شَهْرٍ وَمَاتَ، فَلِلْمَلِكِ نِصْفَ قِيَمَتِهِ فِي تَرَكِّيهِ <sup>(٣)</sup>.

فُرُوعٌ: أَكْثَرُهَا عَنْ أَبِي سُرَيْجٍ:

(١) قَالَ الشَّيْخُ الْبَلْقِينِيُّ فِي تَصْحِيحِ الْمَنْهَاجِ: مَقْتَضَى كَلَامُهُ أَنَّهُ يُعْتَبَرُ فِي تَعْلِيْقِ الْإِعْتَاقِ إِطْلَاقَ التَّعْرِيفِ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ فَإِنَّهُ يَصِحُّ تَعْلِيْقُ الْإِعْتَاقِ مِنَ الرَّاهِنِ الْمَعْسَرِ وَالْمَوْسَرِ عَلَى صِفَةٍ لَا تَوْجِدُ إِلَّا بَعْدَ الْفِكَ، أَوْ كَانَتْ مُحْتَمَلَةً أَنْ تَوْجِدَ قَبْلَ الْفِكَ وَأَنْ تَوْجِدَ بَعْدَهُ، وَكَذَلِكَ مِنَ مَالِكِ الْعَبْدِ الْجَانِي الَّذِي تَعَلَّقَتْ الْجَنَایَةُ بِرَقْبَتِهِ وَكَذَلِكَ مِنَ الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ بِفُلْسٍ أَوْ رَدِهِ.

(٢) عِبَارَةُ النَّوَوِيِّ فِي الرَّوْضَةِ: «حَرَرْتُكَ» أَيْ بِالْحَاءِ الْمَهْمَلَةِ وَالرَّاءِ الْمَكْرُورَةِ. وَتَقَبُّ.

فَقَالَ فِي الْقَوْتِ: هُوَ سَبِقَ قَلَمٍ وَوَقَعَ فِي نَسْخِ الشَّرْحِ حَيْزُوكَ كَالْمَحْرُورِ فِي نَسْخِ مَعْتَمِدَةٍ، حَرِيْتُكَ، وَكَذَا رَأَيْتَهَا بِنَسْخِ فِي التَّهْذِيبِ فَيَكُونُ قَدْ فَرَضَ إِلَيْكَ عَتَقَهُ بِصَرِيحِي لَفْظِ الْعَتَقِ وَالتَّحْرِيرِ وَيُؤَيِّدُهُ مَا سَيَأْتِي، وَفِي نَسْخِ بِالتَّهْذِيبِ كَالْمَحْرُورِ وَهِيَ الصَّحِيحَةُ، وَمِنْهَا أَخَذَ الرَّافِعِيُّ، وَقَوْلُ الشَّيْخِ «فِي الْحَالِ» أَحْسَنُ مِنْ قَوْلِهِ فِي الْمَنْهَاجِ «فِي الْمَجْلِسِ» لِانْقِضَاءِ عِبَارَةِ الْمَنْهَاجِ امْتِدَادَ ذَلِكَ إِلَى انْقِضَاءِ الْمَجْلِسِ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ.

(٣) قَالَ الشَّيْخُ الْبَلْقِينِيُّ: جَزَمَ الْمُصَنِّفُ وَتَبِعَهُ فِي الرَّوْضَةِ بِلِزُومِ الْقِيَمَةِ فِي الْمَسَائِلِ الْمَذْكُورَةِ وَهِيَ الْإِعْتَاقُ عَلَى خَمْرٍ أَوْ خَنْزِيرٍ أَوْ عَلَى أَنْ يَخْدُمَهُ وَلَمْ يَبَيِّنْ مَدَّةً، وَعَلَى أَنْ يَخْدُمَهُ أَبَدًا، فَأَمَّا مَسْأَلَةُ الْإِعْتَاقِ عَلَى الْخَمْرِ أَوْ الْخَنْزِيرِ فَقَدْ جَزَمَ بِهَا فِي بَابِ النِّكَاحِ فِي صُورَةِ إِعْتَاقِ الْأُمَّةِ عَلَى أَنْ يَنْكَحَهُ، وَهَذَا إِنَّمَا يَتِمُّشَى عَلَى الْقَوْلِ بِأَنَّهُ إِذَا تَعَذَّرَتْ الْخِدْمَةُ يَقُومُ بِنِسْبَةٍ مَا بَقِيَ مِنَ الْقِيَمَةِ، فَأَمَّا إِذَا فَرَعْنَا عَلَى أَنَّهُ يَغْرَمُ أَجْرَةَ الْمَثَلِ لَهَا بَقِي، فَقَدْ جَعَلْنَاهُ ضَمَانًا عَقْدَ كَمَا فِي الصَّدَاقِ، وَبَدَلَ الْخَلْعِ فَيَلْزِمُهُ فِي الْإِعْتَاقِ عَلَى الْخَمْرِ أَوْ الْخَنْزِيرِ قِيَمَتَهُ بِتَقْدِيرِ الْعَصِيرِ أَوْ الْخَلِّ أَوْ عِنْدَ مَنْ يَزْعَمُ أَنَّ لَهُ قِيَمَةَ عَلَى مَا فَضَّلَ فِي نِكَاحِ الْمَشْرَكَاتِ وَتَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ وَالصَّدَاقِ وَغَيْرِهَا، وَلَكِنْ مَقْتَضَى ضَمَانُ الْعَقْدِ فِي الصَّدَاقِ إِجْبَابَ مَهْرِ الْمَثَلِ، وَمَقْتَضَاهُ هُنَا إِجْبَابَ قِيَمَةِ الْعَبْدِ، فَإِنَّ رَقْبَتَهُ هِيَ الَّتِي كَالْبَضْعِ، وَهَذَا مِنْ دِقَاقِ الْفِقْهِ، وَيَقْتَضِي ضَمَانُ الْيَدِ فِي الصَّدَاقِ إِجْبَابَ بَدَلِ ذَلِكَ الْمَصْدُوقِ وَكَذَلِكَ هُنَا فَكَأَنَّهُمْ فَرَعُوا عَلَى الْأَصَحِّ.

إذا قال: **أَوَّلُ مَنْ يَدْخُلُ الدَّارَ مِنْ عِبِيدِي**، أو **أَيُّ عَبْدٍ مِنْ عِبِيدِي** دخل أولاً فهو حر؛ فدخل اثنان معاً، ثم ثالث لم يَغْتَقِ أَحَدٌ مِنْهُمَا أَمَا الثَّالِثُ فَظَاهِرٌ وَأَمَا الْاِثْنَانِ فَلِأَنَّ واحداً منهما لا يُوصَفُ أنه أول عبد داخل، ولو كان اللفظ والصورة هذه: أول من يدخلها وحده، **عَتَّقَ الثَّالِثَ**، ولو دخل **وَاحِدٌ لَآ غَيْرُ**، فهل يُغْتَقُ؟ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَكُونُ أَوَّلًا إِذَا كَانَ هُنَاكَ ثَانٍ فِيهِ وَجِهَانِ عَنِ تَعْلِيقِ الشَّيْخِ أَبِي حَامِدٍ أَنَّ أَصْحَهُمَا أَنَّهُ يَعْتَقُ.

ولو قال: **آخِرُ مَنْ يَدْخُلُ الدَّارَ مِنْ عِبِيدِي** فهو حر فدخل بعضهم [بعد بعض] <sup>(١)</sup> لم يُحْكَمْ بِعِتْقِ وَاحِدٍ مِنْهُمْ إِلَى أَنْ يَمُوتَ السَّيِّدُ؛ فَيَنْتَبِهُنَّ الْآخِرُ <sup>(٢)</sup>. ولو قال لعبيده: إن لم أُحْجِ هذا العام فأنت حر، فَمَضَى الْعَامُ فَأَخْتَلَفَا فِي أَنَّهُ هَلْ حَجَّ؟ فَأَقَامَ الْعَبْدُ بَيْنَهُ أَنَّهُ كَانَ بِ«الْكُوفَةِ» يَوْمَ النُّحْرِ عَتَّقَ.

وعن أبي حنيفة: **أَنَّهُ لَا يَغْتَقُ**. ولو قال **لِعَبْدَيْنِ لَهُ إِذَا جَاءَ أَلْعَدُ فَأَحْدِكُمَا حَرٌ**، فَإِذَا جَاءَ الْغَدُ؛ عَتَّقَ أَحَدَهُمَا عَلَيْهِ التَّغْيِينُ. ولو باع أحدهما، أو أعتقه [أو مات] <sup>(٣)</sup> قبل مجيء الغد، ثم جاء الغد والآخر في مِلْكِهِ لم يَتَّعِنِ الْمُعْتَقُ، وعلل بأنه لا يملك حينئذ **إِعْتَاقَهُمَا** فلا يملك إيقاع العتق في أحدهما، كما لو قال لعبيده **وَعَبْدٌ غَيْرُهُ**: أحدكما حر، لا يكون له حكم، وهذا غير مسلم، أليس ذكرنا في «الطلاق» وجهين؟ فيما إذا قال لزوجته وأجنبية: **إِحْدَاكُمَا طَالِقٌ أَنَّهُ هَلْ يُقْبَلُ قَوْلُهُ: أَرَدْتُ الْأَجْنَبِيَّةَ؟** فقد اتفق الوجهان على أن له حكماً وأثراً، إنما الكلام في أنه هل يتمكن من الصرف عن الزوجة؟

ولو باع أحدهما أو كلاهما ثم **أَشْتَرَى** ما باع وجاء الغد وهما في ملكه فهو على الخلاف في عود **الْحَثِّ**.

= وقال ابن حزم في المحلى: في باب العتق فيما إذا عتق شخص عبداً بشرط أن يخدمه أربع سنين مثلاً فمات قبل الخدمة أن الشافعي قال: يؤخذ من تركته قيمة الخدمة للمدة المذكورة، انتهى. وبذلك يحصل في المسألة قولان، والقولان شاهدهما في الصداق والخلع والوصايا بالمنافع وقد ذكرهما المصنف الكتابة فقال قبل الشرط الثالث بيان قدر العوض والأجل: فرع: إذا قال لعبيده أعتقتك على أن تخدمني أبداً فقبل العبد عتق في الحال ورجع السيد عليه بقيمته، ولو قال على أن تخدمني شهراً من الآن فقبل عتق وعليه الوفاء، فإن تعذر بمرض وغيره فبيما يرجع عليه السيد به من أجره مثل الخدمة أو قيمة العبد قولان كالصداق وبدل الخلع، وهذا الذي سقناه يفيد قولاً ثالثاً فيما جزم به مثل هنا في قوله: «وكذا لو قال أعتقتك على أن تخدمني شهراً».

(١) سقط في: ز.

(٢) قال الشيخ البلقيني: عندي لا يحتاج في تعيين الآخر إلى موت السيد، بل إذا كانوا ثلاثة مثلاً فأخر من يدخل منهم هو العتق لنزول الصفة عليه، فإن قيل يحتمل أن يدخل غيره بعده، قلنا: الحلف لا يتناول إلا مرة وقد وجد فلا يعود.

(٣) سقط في: ز.

ولو باع نصف أحدهما وجاء الغد وفي ملكه نصفه الآخر، فإليه التعيين، فإن عين فيمن نصفه له؛ وقع النظر في السراية.

ولو قال: إذا جاء الغد وأحدكما في ملكي فهو حر، فَبَاعَ أَحَدَهُمَا ثم جاء الغد والآخر في ملكي، عَتَقَ، وإن باع أحدهما ونصف الآخر ثم جاء الغد؛ لم يعتق النصف؛ لأن الشرط وهو كون أحدهما في ملكه لم يحصل. والله أعلم.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَالنَّظَرُ فِي خَوَاصِّ الْعِتْقِ وَهِيَ خَمْسَةٌ (الْحَاصِيَةُ الْأُولَى: السَّرَايَةُ) وَمَنْ أَعْتَقَ بَعْضَ عَبْدِهِ سَرَى إِلَى الْبَاقِي، وَكَذَا لَوْ أَعْتَقَ عَضْوًا مُعَيَّنًا، وَلَوْ أَعْتَقَ شِرْكَاءَ لَهُ مِنْ عَبْدٍ قَوْمَ عَلَيْهِ الْبَاقِي بِأَرْبَعَةِ شُرُوطٍ: (الْأَوَّلُ) أَنْ يَكُونَ مُوسِرًا بِمَالٍ فَاضِلٍ عَنِ قُوْتِ يَوْمِهِ وَدَسِتِ ثَوْبٍ كَمَا كَانَ فِي الدُّيُونِ الَّتِي عَلَيْهِ، وَلَوْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ بِقَدْرِ مَالِهِ فَهُوَ مُغْسِرٌ عَلَى الْأَصْحَحِ، وَالْمَرِيضُ مُغْسِرٌ إِلَّا فِي قَدْرِ الثَّلْثِ، وَالْمَيْتُ مُغْسِرٌ مُطْلَقًا حَتَّى لَوْ قَالَ: إِذَا مِتُّ فَتَنْصِيبِي مِنْكَ حُرٌّ لَمْ يَسِرْ لِأَنَّ مِيرَاثَهُ صَارَ لِلوَرَثَةِ، وَلَوْ كَانَ مُوسِرًا بِالْبَعْضِ سَرَى بِذَلِكَ الْقَدْرِ عَلَى وَجْهِهِ، وَعَلَى وَجْهِهِ لَا يَسِرِي.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لَا يَنْبَغِي أَنْ يُفْهَمَ مِنَ الْخَوَاصِّ مَا يَنْفَرِدُ الْعِتْقُ بِهِ مِنْ بَيْنِ سَائِرِ التَّصَرُّفَاتِ؛ لِأَنَّهُ عَدُّ مِنْهَا الْأَمْتِنَاعَ بِالْمَرَضِ، وَهَذَا يَشْمَلُ جَمِيعَ التَّبَرُّعَاتِ، وَلَا يَخْتَصُّ بِهِ الْعِتْقُ، وَالْقَرْعَةُ جَارِيَةٌ فِي الْقِسْمَةِ وَإِنَّمَا أَرَادَ مَا لَا يُشَارِكُ الطَّلَاقُ فِيهِ الْعِتْقُ، وَيَخْتَصُّ بِهِ الْعِتْقُ وَيُوضِّحُهُ أَنَّهُ قَالَ فِي «الْوَسِيطِ»: الطَّلَاقُ وَالْعِتَاقُ يَتَّقَارَبَانِ، وَقَدْ فَصَّلْنَا حُكْمَ الْأَلْفَاظِ وَالتَّعْلِيلَاتِ فِي الطَّلَاقِ، فَلَا نَعِيدُهُ، بَلْ يَقْتَصِرُ عَلَى ذِكْرِ خَوَاصِّ الْعِتْقِ، وَانْدَفَعَ فِي بَيَانِهَا. إِذَا عَرَفْتَ ذَلِكَ. فِإِحْدَى الْخَوَاصِّ: السَّرَايَةُ وَمَنْ أَعْتَقَ بَعْضَ مَمْلُوكٍ فَإِنَّمَا أَنْ يَكُونَ بَاقِيَهُ لَهُ أَيْضًا، أَوْ لغيره.

الْحَالَةُ الْأُولَى: إِذَا كَانَ الْبَاقِي لَهُ؛ فَيَعْتَقُ كُلَّهُ؛ كَمَا فِي الطَّلَاقِ، إِذَا طَلَّقَ نِصْفَ الْمَرْأَةِ، يَكْمَلُ، وَلَا فَرْقَ فِي ذَلِكَ بَيْنَ الْمُغْسِرِ وَالْمُوسِرِ<sup>(١)</sup>.

وَفُهِمَ مِنْ قَوْلِهِ ﷺ: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَاءَ لَهُ فِي عَبْدٍ، وَلَهُ مَالٌ، قَوْمَ عَلَيْهِ الْبَاقِي» تَشْوِيفَ الشَّرْعِ إِلَى تَكْمِيلِ الْعِتْقِ، وَإِذَا كَمَلَ وَالْبَاقِي لغيره، فَلَأَنَّ يَكْمَلُ، وَالْبَاقِي لَهُ أَوْلَى

(١) محل ما أطلقه المصنف من إعتاق كله عند الإعسار ما إذا لم يتعلق ببعضه حق رهن أو جنانية ونحوهما، فإن تعلق كل لو رهن نصف عبد وأعتق باقيه فإنه لا يسري على الأصح كما هو المذكور في باب الرهن، وما أطلقه في يد الموسر يستثنى منه ما ذكره الشيخ في آخر الباب ولو وكل وكيلًا في عتق عبد فأعتق الوكيل نصفه، فإنه يعتق النصف خاصة، ولا يسري على الأصح عند الشيخين.

وقال أَبُو حَنِيفَةَ: لَا يَغْتَقُ الْبَاقِي فِي الْحَالِ، وَلَكِنَّهُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يَغْتَقَ أَوْ يُكَاتِبَ، أَوْ يَسْتَسْعِي.

قال الصَّيْدَلَانِيُّ: والكتابة وَالْأَسْتِسْعَاءُ عنده شيء واحد إلا أنه إذا كان برضا العبد وَمُعَاقَدَتِهِ، يسميه: كتابة، وإن كان دون رضاه يسميه: سَعَايَةً على الرق، فما لم يرد المال لا يعتق الباقي وكما يكمل العتق إذا أضافه إلى البعض الشائع يَكْمُلُ إذا أضافه إلى البعض<sup>(١)</sup> المعين كاليد والرجل كما في الطلاق وخلاف أبي حَنِيفَةَ المذكور في الطلاق عائد ها هنا، ثم في كيفية التكميل إذا أضاف العتق إلى الجزء الشائع وجهان:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يَخْضَلُ فِي الْجُزْءِ الْمَسْمُومِ، ثُمَّ يَسْرِي إِلَى الْبَاقِي.

والثاني: يَخْضَلُ فِي الْكُلِّ دَفْعَةً وَاحِدَةً وَيَكُونُ إِعْتَاقُ النِّصْفِ عِبَارَةً عَنِ إِعْتَاقِ<sup>(٢)</sup> الْكُلِّ، وَإِذَا أضافه إِلَى الْجُزْءِ الْمَعِينِ؛ فوجهان مرتبان، وأولى أن يحصل دَفْعَةً وَاحِدَةً، والفرق: أَنَّ الْجُزْءَ السَّابِقَ كَالْعَتَقِ فِي الْمَعِينِ وَقَدْ سَبَقَ ذِكْرُ هَذَا الْخِلَافِ فِي «الطَّلَاقِ» بِتَفَارِيغِهِ. ولو أعتق أُمَّتَهُ الْحَامِلَ وَالْحَمْلَ مَمْلُوكًا<sup>(٣)</sup> لَهُ أَيْضًا عَتَقَ الْحَمْلَ أَيْضًا لَا بِطَرِيقِ السَّرَايَةِ، فَإِنَّ السَّرَايَةَ فِي الْأَشْقَاصِ لَا فِي الْأَشْخَاصِ، وَلَكِنْ بِطَرِيقِ التَّبَعِيَّةِ كَمَا يَتَّبِعُ الْحَمْلَ الْأُمَّ فِي الْبَيْعِ، إِلَّا أَنَّ الْبَيْعَ يَبْطُلُ بِالْإِسْتِثْنَاءِ، وَالْعَتَقُ لَا يَبْطُلُ لِقُوَّتِهِ، وَهَذَا كَمَا أَنَّهُ لَوْ اسْتثنَى عَضُومًا فِي الْبَيْعِ، بَطُلَ الْبَيْعُ، وَلَوْ اسْتثنَى عَضُومًا فِي الْعَتَقِ؛ لَمْ يَبْطُلِ الْعَتَقُ، وَإِنْ أعتق الْحَمْلَ؛ نَفَذَ الْعَتَقَ فِيهِ وَلَمْ تَعْتَقِ الْأُمَّ، فَإِنَّ الْأُمَّ لَا تَتَّبِعُ الْحَمْلَ<sup>(٤)</sup>.

وعن الْأَسْتَاذِ أَبِي إِسْحَاقَ: أَنَّهَا تَعْتَقُ بِعَتَقِهِ كَمَا يَغْتَقُ بِعَتَقِهَا، وَالظَّاهِرُ الْأَوَّلُ.

ولو كانت الأم لواحد والحمل لآخر، فلا تعتق الجارية بإعتاق مالك الحمل ولا الحمل بإعتاق مالك الجارية، ولا أَسْتِثْبَاعَ مع اختلاف المالكين. وقد سبق ذكر هذه الصورة في «الْوَصَايَا» ويتعلق بما نحن فيه.

فُرُوعٌ:

منها إذا قال لِأَمَّتِهِ: «إِذَا وُلِدَتْ فَوَلَدُكَ حُرٌّ أَوْ كُلُّ وَلَدٍ تَلِدِيْنَهُ، فَهُوَ حُرٌّ، وَقَدْ ذَكَرْنَا

(١) في أ: العضو.

(٢) سكت المصنف عن الترجيح، لكن قوله فيما بعد وقد سبق هذا الخلاف بتفاريغها في الطلاق يشعر بترجيح السراية وكلامه هناك يقتضيه أيضاً.

(٣) في الروضة بمملوك له.

(٤) أي إذا كان بعد نفخ الروح، فإن ذُكِرَ في أواخر العتق عن فتاوى القاضي الحسين أنه لو كانت جارية حاملاً والحمل مضغة فقال: أعتقت مضغة هذه لجارية كان لغواً؛ لأن إعتاق ما لم ينفخ فيه الروح لغو.



في «الطلاق» أنها: إن كانت حاملاً عند التعليق فإذا ولدت؛ عتق الولد. وإن كانت حائلاً فوجهان:

أشبههُمَا: أنه يعتق أيضاً؛ لأنه وإن لم يملك الولد حينئذ، فقد ملك الأصل المفيد لملك الولد.

ولو قال لِأُمِّيهِ الْحَامِلِ: إن كان أول ما تَلِدِيْنَهُ غُلاماً؛ فهو حرٌّ وإن كان جارية؛ فَأَنْتِ حُرَّةٌ فَوَلَدَتْ غُلاماً وَجَارِيَةً، يُنْظَرُ: إن ولدت الغلام أولاً؛ عَتَقَ وَالْجَارِيَةَ وَالْأُمُّ رَقِيْقَانِ وَإِنِ وَلَدَتْ الْجَارِيَةَ أَوَّلًا؛ عَتَقَتِ الْأُمَّ وَيُعْتَقُ الْغُلامُ أَيْضًا؛ لكونه في البطن حين عَتَقَتِ الْأُمَّ، وتكون الْجَارِيَةُ رَقِيْقَةً؛ لأن عَتَقَ الْأُمَّ حَصَلَ بَعْدَ مُفَارَقَتِهَا فَإِنَّ<sup>(١)</sup> وَلَدَتْهُمَا مَعًا؛ فلا عتق؛ لأن التعليق بأول ولد تلد، وإذا ولدتهما معاً لم تلد واحد منهما أولاً، وإذا لم يعلم أولدتها معاً أو أحدهما قبل الآخر، فلا عتق أيضاً لأن الأصل بقاء المملك والعتق غير معلوم، وإن عَلِمَ سَبَقَ وَوَلَدَتْهُ أَحَدُهُمَا، وَأَشْكَلُ الْأَسْبَابِ، فالغلام حر بكل حال؛ لأنه إن سبقت ولادته عتق بالتعليق الأول، وإن سَبَقَ وَوَلَدَتْهُ الْجَارِيَةَ عَتَقَ بِتَبَعِيَّةِ الْأُمَّ وَالْجَارِيَةَ رَقِيْقَةً بكل حال؛ لأنه [إن]<sup>(٢)</sup> سبق ولادة الغلام لم يعتق غيره، وإن سبق ولادتهما؛ لم يعتق بتبعية الأم لتأخر عتق الأم عن مُفَارَقَتِهَا، وأما الأم فيحتمل أن تكون عَتِيْقَةً بسبق ولادة الجارية، ويحتمل أن تكون رقيقةً لسبق ولادة الغلام فَيُؤَمَّرُ السَّيِّدُ بِالْبَيَانِ، فإن مات قبل أن يُبَيِّنَ فَالأصح أنها رقيقة أخذاً بالأصل، وطرحاً لِلشُّكِّ.

وَقَالَ ابْنُ الْحَدَّادِ: يُقْرَعُ عَلَيْهَا بِسَهْمِ عَتَقِ وَسَهْمِ رَقٍّ، وذكر في «تَقْرِيبِهِ» أنه يقرع بينها وبين الغلام، فإن خرجت على الغلام؛ لم يَعْتَقْ غيره وإن خرجت عليها؛ عَتَقَتْ ولم يرق الابن، ويجوز أن يقرع بين شخصين وتعمل القرعة في أحدهما دون الثاني؛ أَلَا تَرَى أنه لو قال: إن كان هذا الطائر غُراباً فامرأتي طالق، وإن لم يكن غُراباً فعبدي حُرٌّ ولم يبين الحال، يُقْرَعُ؛ فإن خرجت على العبد عتق وإن خرجت على المرأة، لم تطلق.

قَالَ أَلْسُنِيخُ أَبُو عَلِيٍّ: وما ذكره ابْنُ الْحَدَّادِ غَلَطَ عند عامة الأصحاب؛ لأننا شَكَّكْنَا فِي عَتَقِهَا، والقرعة لا تُثَبِّتُ الْمَشْكُوكَ فِيهِ، وإنما تستعمل في تَعْيِينِ ما يَسْتَيْقِنُ أَصْلُهُ، ولو وجب الإقراع ما هنا لوجب فيما إذا قال لزوجته: «إن كان أول ما<sup>(٣)</sup> تَلِدِيْنَهُ غُلاماً؛ فَأَنْتِ طَالِقٌ فَوَلَدَتْ غُلاماً وَجَارِيَةً واشتبه الحال، أن يُوقَفَ عنها، لأن ما يوجب الإقراع في العتق، يُوجِبُ الْوَقْفَ فِي النِّكَاحِ؛ أَلَا تَرَى أنه لو أَعْتَقَ أَحَدَ عَبْدَيْهِ يُقْرَعُ بَيْنَهُمَا إِذَا مَاتَ، ولو طَلَّقَ إِخْدَى أَمْرَأْتِيهِ يُوقَفُ عَنْهُمَا، وكما لا يوقف عند الشك في أصل الطلاق

(٢) سقط في: ز.

(١) في ز: وإن.

(٣) في ز: ولد.

وجب، ألا يقرع عند الشك في أصل العتاق، وفي مسألة الغراب المُستشهاد بها: أصل الحنث مُستيقن فأقرع للحرية.

قَالَ الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ: هذا كله إذا ولدت في صحّة السَّيِّدِ، أمّا إذا ولدت في مرض موته، فَيَنْظُرُ إن كان الثلث يفي بالجميع؛ لم يختلف الجواب وإلا كما إذا لم يكن له إلا هذه الأمة، وما ولدت، فَيُقْرَعُ بين الغلام والأم فإن خرجت على الغلام عَتَقَ وَخَدَهُ إن خرج من الثلث، وإن خرجت على الأم قومت هي حاملاً بالغلام يوم ولدت الجارية أو [ولدتها]<sup>(١)</sup> أولاً، وَيَعْتَقُ مِنْهَا ومن الغلام قَدَرَ الثلث فإن<sup>(٢)</sup> كانت قيمة الجارية مائة، وقيمة الأم حاملاً بالغلام مائتين فَيُعْتَقُ نِصْفَهَا، ونصف الغلام، وقيمتها مائة ويبقى لِلْوَرَثَةِ النُّصْفَانِ مائة والجارية، وهي مائة أيضاً.

**الْحَالَةُ الثَّانِيَّةُ:** إذا كان الباقي لغيره فَيُعْتَقُ نِصْبُهُ؛ لأنه جائز التَّصْرُفِ، وقد وجه العتق على ملكه، ثم إن كان الْمُعْتَقُ مُوسِراً بقيمة باقي العبد؛ لَزَمَهُ قِيَمَتُهُ لِلشَّرِيكِ ويعتق الباقي<sup>(٣)</sup> عليه، ويكون ولأء جميع العبد له، وإن كان مُعْسِراً بقي الباقي على مَلِكِ الشَّرِيكِ وَلَا يَسْرِي العتق إليه، لِمَا رَوَى عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَاً لَهُ فِي عَبْدٍ وَكَانَ لَهُ مَالٌ يَبْلُغُ ثَمَنَ الْعَبْدِ قَوْمَ عَلَيْهِ الْعَبْدُ قِيَمَةٌ عَدْلٍ فَأَعْطَى شُرَكَاءَهُ حِصَصَهُمْ وَعَتَقَ عَلَيْهِ الْعَبْدَ وَإِلَّا فَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ مَا عَتَقَ» وَيُرْوَى «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَاً لَهُ فِي عَبْدٍ عَتَقَ مَا بَقِيَ فِي مَالِهِ إِذَا كَانَ مَالُهُ يَبْلُغُ ثَمَنَ الْعَبْدِ»<sup>(٤)</sup>.

وعند أَبِي حَنِيفَةَ: لا تَقْوِيمَ ولا سَرَايَةَ، ولكن إن كان المعتق موسراً؛ فَيُخَيَّرُ الشَّرِيكُ بَيْنَ ثَلَاثَةِ أُمُورٍ:

أَنْ يَعْتَقَ نِصْبَ نَفْسِهِ، وَأَنْ يَسْتَسْعَى الْعَبْدَ حَتَّى يُوْدِيَ قِيَمَةَ نِصْبِهِ وَيُعْتَقَ، وَعَلَى التَّقْدِيرَيْنِ يَكُونُ وَلَاؤُهُ بَيْنَهُمَا، وَإِنْ تَضَمَّنَ الْمُعْتَقُ قِيَمَةَ نِصْبِهِ ثُمَّ المَعْتَقُ يَسْتَسْعَى الْعَبْدَ فِيمَا عَرِمَ فَإِذَا أَدَاهُ عَتَقَ، وَكَانَ جَمِيعَ الْأَوْلَاءِ لَهُ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِراً فَلَا يَضْمَنُ الشَّرِيكُ

(١) في ز: ولدتها.

(٢) في أ: وإن.

(٣) استثنى الشيخ البلقيني مسائل لا غرم فيها على المعتق مع يساره:

منها: إذا وهب الأصل لفرعه شقصاً من رقيق وقبضه ثم أعتق الأصل الباقي على ملكه فإنه يسري إلى نصيب الفرع مع اليسار ولا يغرم له شيئاً على الأرجح.

ومنها: باع شقصاً من رقيق ثم حجر على المشتري بالفلس فأعتق البائع نصيبه فإنه يسري إلى الباقي الذي لو الرجوع فيه بشرط اليسار ولا يغرم له شيئاً لأن عتقه صادف ما كان له أن يرجع فيه.

ومنها: إذا كان لبيت المال شقص في رقيق فأعتقه الإمام فيحتمل السراية مع الغرم وعدمه وعدم السراية وهو واضح فلا استثناء.

(٤) متفق عليه.

ويتخير بين الخصلتين الأوليين، وليعلم لهذا قوله في الكتاب: «قَوْمٌ عَلَيْهِ الْبَاقِي»  
بالحاء، ثم إِنَّهُ ذَكَرَ أَنَّ التَّقْوِيمَ بِأَرْبَعَةِ شُرُوطٍ:

أَحَدُهَا: كَوْنُ الْمَعْتَقِ مُوسِرًا، فَلَوْ كَانَ مُعْسِرًا لَمْ يَعْتَقْ نَصِيبَ الشَّرِيكِ وَاسْتَقَرَّ فِيهِ  
تَبَعُضُ الرِّقِّ وَالْحَرِيَّةِ، وَقَدْ سَبَقَ أَحْكَامُ مَنْ بَعْضُهُ حُرٌّ وَبَعْضُهُ رَقِيقٌ فِي أَبْوَابِ، وَأَكْسَابِهِ  
مُشْتَرَكَةٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ السَّيِّدِ، فَإِنْ جَرَتْ مَهَابِئُهُ بَيْنَهُمَا أَكْتَسَبَ يَوْمًا لِلْسَّيِّدِ وَيَوْمًا لِنَفْسِهِ، أَوْ  
اسْتَخْدَمَهُ السَّيِّدُ يَوْمًا وَتَرَكَهُ يَوْمًا، وَالْمَهَابِئُ تَكُونُ بِالْتَّرَاضِي، وَلَا تَلْزَمُ عَلَى الْأَظْهَرِ، وَقَدْ  
سَبَقَ ذِكْرُ ذَلِكَ، وَفِي الشَّرْطِ مَسَائِلٌ:

إِحْدَاهَا: لَيْسَ الْمَقْصُودُ مِنَ الْمَوْسِرِ الَّذِي يُعَدُّ مِنَ الْأَغْنِيَاءِ لَكِنْ إِذَا كَانَ لَهُ مِنَ  
الْمَالِ<sup>(١)</sup> مَا يَبْقَى بِقِيَمَةِ نَصِيبِ شَرِيكِهِ، فَيَقُومُ عَلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَمْلِكْ غَيْرَهُ؛ لظَاهِرِ الْخَبَرِ  
الَّذِي تَقَدَّمَ وَيُضْرَفُ إِلَى هَذِهِ الْجِهَةِ كُلِّ مَا يَبَاعُ وَيَصْرَفُ إِلَى الدَّيُونِ<sup>(٢)</sup> فَلَا يَبْقَى مَسْكَنُهُ  
وَخَادِمُهُ وَكُلُّ مَا يَفْضَلُ عَنْ قُوْتِ يَوْمِهِ وَقُوْتِ مَنْ تَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ، وَدَسْتِ ثَوْبِ يَلْبَسُهُ،  
وَسَكْنَى يَوْمٍ وَلَيْسَ الْيَسَارُ الْمُعْتَبَرُ فِي الْبَابِ كَالْيَسَارِ الْمُعْتَبَرِ فِي الْكِفَارَةِ الْمُرْتَبَةِ، وَإِلَى  
هَذَا أَشَارَ بِقَوْلِهِ فِي الْكِتَابِ: «كَمَا فِي الدَّيُونِ الَّتِي عَلَيْهِ»، وَالْأَعْتِبَارُ فِي الْيَسَارِ بِحَالَةِ  
الْإِعْتِقَاقِ فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا، حِينَئِذٍ ثَبَتَ الْعِتْقُ، وَاسْتَحَقَّ الْعِتْقُ فِي الْبَاقِي، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ  
مُوسِرًا وَقَدْ إِيْتَقِيَ ثُمَّ أَيْسَرَ؛ فَلَا اعْتِبَارَ بِهِ، وَقَدْ اسْتَقَرَّ الْبَعْضُ.

الثَّانِيَةُ: لَوْ مَلَكَ الْمَعْتَقُ قِيَمَةَ نَصِيبِ الشَّرِيكِ، وَلَكِنْ عَلَيْهِ مِنَ الدَّيْنِ مِثْلَ مَا يَمْلِكُهُ  
أَوْ أَكْثَرَ، فَهَلْ يَمْنَعُ الدَّيْنُ التَّقْوِيمَ عَلَيْهِ وَالسَّرَايَةَ؟ فِيهِ قَوْلَانِ: كَالْقَوْلَيْنِ فِي أَنَّ الدَّيْنَ هَلْ  
يَمْنَعُ الزَّكَاةَ؟ وَالْجَامِعُ أَنَّ سَرَايَةَ الْعِتْقِ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى، وَهُوَ مُتَعَلِّقٌ بِحِطِّ الْأَدْمِيِّ كَالزَّكَاةِ.

وَالْأَصْحَحُ: أَنَّهُ لَا يَمْنَعُ وَجَعَلَ الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ الْخَلَّافُ فِي الْمَسْأَلَةِ وَجْهَيْنِ، وَقَالَ: مِنْ  
الْأَصْحَابِ مَنْ قَالَ: لَا تَقْوِيمَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُوسِرٍ بِمَا يَمْلِكُهُ بَلْ هُوَ فَقِيرٌ مِنْ فُقَرَاءِ  
الْمُسْلِمِينَ، وَكَذَلِكَ تَجَلُّ لُهُ الزَّكَاةُ فَإِنْ أَبْرَأَ مِنَ الدَّيْنِ، لَمْ يَقُومْ عَلَيْهِ أَيْضًا كَالْمُعْسِرِ يُوسِرُ.  
وَقَالَ الْكَثِيرُونَ وَمِنْهُمْ<sup>(٣)</sup> أَبُو الْحَدَّادِ: يَقُومُ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ مَالِكٌ لِمَا فِي يَدِهِ نَافِذُ النَّصْرِفِ.

وَلَوْ اشْتَرَى بِهِ عَبْدًا وَأَعْتَقَهُ نَفَذَ فَكَذَلِكَ يَجُوزُ أَنْ يَقُومَ عَلَيْهِ، فَعَلَى هَذَا يُضَارِبُ  
الشَّرِيكَ بِقِيَمَةِ نَصِيبِهِ مَعَ الْغُرْمَاءِ، فَإِنْ أَصَابَهُ بِالْمُضَارَبَةِ مَا يَبْقَى بِقِيَمَةِ جَمِيعِ نَصِيبِهِ فَذَلِكَ،  
وَالْأَقْتَصَرَ عَلَى حِصَّتِهِ وَيُعْتَقُ جَمِيعُ الْعَبْدِ إِنْ قَلْنَا: تَحْضُلُ السَّرَايَةُ بِنَفْسِ الْإِعْتِقَاقِ، وَإِنْ  
قَلْنَا لَا تَحْضُلُ بِنَفْسِ الْإِعْتِقَاقِ فَيُعْتَقُ مِنْ نَصِيبِهِ بِقَدْرِ حِصَّتِهِ [أَيِ الَّتِي جَعَلَتْ مِنْ  
الْمُضَارَبَةِ]<sup>(٤)</sup> وَيَبْقَى الْبَاقِي رَقِيقًا، فَإِنْ حَدَثَ لَهُ بَعْدَ ذَلِكَ مَالٌ لَمْ يَقُومْ عَلَيْهِ الْبَاقِي، لَكِنْ

(١) فِي أ: مَالٌ مَكَانَ «مِنَ الْمَالِ».

(٢) فِي ز: التَّبْعِيضُ.

(٤) سَقَطَ فِي: ز.

(٣) فِي أ: وَفِيهِمْ.

لو ظهر مال كان يملكه يوم الإعتاق ضَارَبَ الشريك بقيمة الباقي فيه إلى أن يعتق الجميع . ولو كان بين شريكين عبد قيمته عشرون، فجاء إنسان وقال لأحدهما: أعتق نصيبك من هذا العبد عني على هذه العشرة، وهو لا يملك غيرها فأجابهُ، عتق نصيبهُ عن المُستدعي ولا سراية؛ لأنه زال ملكه عن العشرة بما جرى، وهو لا يملك غيرها .

ولو قال: على عشرة في ذمتي فإن قلنا: إن الدَّيْن يمنع التقويم والسراية لم يُقَوِّم عليه؛ لأنه يملك عشرة وعليه بالإلتماس والإجابة مثلها وإن قلنا: إنه لا يمنع فإن قلنا السراية تحصل بنفس الإعتاق؛ عتق جميع العبد وتقسّم العشرة بين الشريكين بالسوية، ويبقى لكل واحد منهما خُمُسُهُ في ذمته، وإن قلنا: لا تحصل السراية بنفس الإعتاق فيعتق من نصيب الشريك بالسراية حصة الخمسة، وهي: ربع العبد، ويبقى الباقي على الرق، وللشريك المستدعي منه خمسة في ذمته .

ولو كانت المسألة بحالها ولكن قيمة العبد عشرة وقلنا: الدَّيْن لا يمنع التقويم، فإن قلنا: السراية تَحْصُلُ بنفس الإعتاق، فيعتق جميع العبد ويتضارب الشريكان في العشرة أثلاثاً؛ لأن المستدعي منه يستحق عشرة، وللآخر قيمة نصفه وهي خمسة وإن قلنا لا تحصل بالإعتاق فيعتق منه بالسراية بقدر حصته من العشرة، وهي: ثلاثة وثُلُث، وذلك ثلث العبد فينضم ما عتق باستدعائه، فيكون جميع ما عتق من العبد خمسة أسداسيه، ولو كانت المسألة بحالها، لكن قيمة العبد: ثلاثون وقلنا: الدَّيْن لا يمنع التقويم فإن قلنا تحصل السراية بنفس الإعتاق فيعتق من العبد خمسة أسداسيه النصف بالأسدعاء والإجابة، والثُلُث؛ لأنه مُوسِرٌ بقيمة الثلث ويتضاربان في العشرة بالسوية؛ وإن قلنا السراية لا تحصل بالإعتاق فيعتق بالسراية بقدر حصته من العشرة وهي: خُمُسُهُ وَذَلِكَ سُدُسُ المال، فجملة ما يعتق من العبد ثلثاها، ويجيء في هذه الصورة وجه: أنه لا تقويم عليه بسبب آخر، وهو أنه مُوسِرٌ بقيمة بعض نصيب الشريك لا بقيمة كُله، ويجيء ذكر هذا الخلاف في الفصل .

ولو مَلَكَ نِصْفَيْنِ من عبيدٍ متساويي القيمة فأعتق نصيبه منهما، وهو موسر، بنصف قيمة أحدهما فيُنظَرُ إن أعتقهُمَا معاً؛ عتق نصيبه منهما وسرى<sup>(١)</sup> إلى نصف نصيب الشريك من كل واحد منهما، فيكون جملة ما يعتق من كل واحد منهما ثلاثة أرباعه، وهذا إذا حكمنا بالسراية في الحال، وقلنا: إن اليَسَارَ بقيمة بعض النصيب يَفْتَضِي السراية بالقسط<sup>(٢)</sup>، وإن أعتق على الترتيب؛ سرى إلى جميع الأول، ثم إن قلنا

(١) في أ: ويسرى .

(٢) قال الشيخ البلقيني: ما جزم به من أنه يعتق من كل واحد ثلاثة أرباعه يتعجب منه مع ذكره عقب =

إن الدّين يمنع السّراية؛ فلا سراية في العبد الباقي؛ لأنّ قيمة نصيب الشريك من الأوّل دَيْنٌ عليه، وإن قلنا لا يمنع فيسرى وما في يده يصرف إلى الشريك، والباقي في ذمته، وإن كان الشقصان لشخصين صرف إلى كل واحد منهما نصفه.

ولو ملك الشقصين وأعتقَهُمَا معاً ولا مال له غيرهما، فلا سراية؛ لأنّه مُغسِرٌ، وإن أعتق على الترتيب فَبَعْتَقَ كُلَّ الأوّل؛ لأنّ في نصيبه من العبد الآخر وفاء بباقي العبد الذي أعتق شقصه، ثم إذا أعتق نصيبه من الباقي نَفَذَ العِتْقُ في نصيبه ولا سراية؛ لأنّه معسر، وأَعْتَرَضَ عليه بأنه إذا وجب بإعتاق نصيبه من الأوّل قيمة نصيب الشريك؛ صار نصيبه من الثاني مُسْتَحَقُّ البيع لحق الشريك؛ لأنه لا يملك غيره، فوجب ألاّ ينفذ إعتاقه فيه كما إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه من العبد المشترك، وقلنا: «لا سراية في الحال، لا ينفذ من الشريك الآخر إعتاق نصيبه على الأصح؛ لتعلق حق الأوّل به، وأجيب عنه بأن الحقّ هناك تعلق بعين<sup>(١)</sup> ذلك النصيب؛ ألا تَرَى أنّهما لو اتَّفَقَا على إقامة عبد آخر مقامه لا يجوز، وما هنا لم يتعلّق بعنق نصيبه<sup>(٢)</sup> من العبد الثاني لو أدى المال من موضع آخر؛ يجوز.

قَالَ الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ هَذَا عَلَى [القول الذي يقول]<sup>(٣)</sup> إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه، وهو مُوسِرٌ عَتَقَ الْكُلُّ فِي الْحَالِ، أما إذا قلنا لا يعتق إلاّ بوصول<sup>(٤)</sup> القيمة إليه فإذا أعتق نصيبه من الثاني نفذ<sup>(٥)</sup> العتق وبطل التقويم؛ لأنه لم يبق له مال، وتعذر

= ذلك أنه إذا أعتق مرتباً يعتقان جميعاً، ويصرف ما في يده إلى الشريك، والباقي في ذمته وقياسه أن يقال: فيما إذا أعتقهما معاً أن يكون الحاكم كذلك، بل أولى؛ لأن العلقه في ذمته، وقياسه أن يقال فيما إذا أعتقهما معاً أن يكون الحاكم كذلك، بل أولى؛ لأن العلقه إذا لم تؤثر مع الترتيب؛ فلأن لا مؤثر مع المعية أولى، ولو قيل يقرع بين العبدین لكان أولى من هذين الرأيين؛ لأن الاعتبار لا يشقص بل يثبت القرعة ويدل لهذا أن المريض لو ملك نصفين من عبيدين متساويي القيمة فأعتقهما في مرض موته، والصورة أنه يخرج من الثلث نصيباه، ونصيب أحد الشريكين فأعتق النصيبين معاً ففيها وجهان حكاهما المصنف تبعاً للبخاري وبه قال ابن الحداد يعتق من كل واحد ثلاثة أرباعه.

والثاني يقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة عتق كله، ولم يعتق من الآخر إلا نصيبه؛ لأن القرعة مشروعة في العتق، ولا يصار إلى الشقص مع إمكان التكميل، قلت: الأصح عندي من الوجهين الثاني، ويقضي ذلك أن تكون الفتوى في صورة الصحيح على الإقراع، وهو الأقرب الموافق للأحاديث الواردة في التكميل والقرعة.

(١) في ز: بغير.

(٢) في ز: بعين نفسه.

(٣) في ز: القولين.

(٤) في ز: لا يعتق الأصول.

(٥) في ز: بعد.

وصول القيمة إلى الثاني وهذا ليس بواضح، وينبغي أن يكون في ذمته إلى أن يجد، فإن مات معسراً، فسيأتي في التفريع على الأقوال، والمسألة التي قبلها من مولدات أبْنِ الْحَدَّادِ - رَحْمَةُ اللَّهِ عَلَيْهِ.

**الثالثة:** إِذَا أَعْتَقَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ نَصِيْبَهُ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ؛ نُظِرَ إِنْ خَرَجَ جَمِيعَ الْعَبْدِ مِنْ ثُلْثِ مَالِهِ؛ فَوُومٌ عَلَيْهِ نَصِيبُ الشَّرِيكِ وَعَتَقَ؛ لِأَنَّ تَصْرَفَ الْمَرِيضِ فِي ثُلْثِ مَالِهِ كَتَصْرَفِ الصَّحِيحِ فِي الْجَمِيعِ.

وعن أَحْمَدَ رَوَايَةً: أَنَّهُ لَا تَقْوِيمَ فِي حَالِ الْمَرَضِ، وَفِي طَرِيقَةِ الصِّدْقِ لِأَنَّي: أَنْ إِعْتَاقَ الشَّقِصِ فِي الْمَرَضِ لَا يُوَثِّرُ فِي الْبَاقِي، وَيَجُوزُ أَنْ يَعْلَمَ لِذَلِكَ قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «إِلَّا فِي قَدْرِ الثُّلْثِ بِالْحَاءِ وَالْأَلْفِ، فَإِنَّهُ لَا اسْتِثْنَاءَ عَلَى مَا ذَكَرَاهُ وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلْثِ إِلَّا نَصِيبُهُ؛ عَتَقَ نَصِيبَهُ، وَلَا تَقْوِيمَ، وَإِنْ خَرَجَ نَصِيبُهُ وَبَعْضُ نَصِيبِ الشَّرِيكِ فَوُومٌ عَلَيْهِ ذَلِكَ الْقَدْرُ»، وَيَجِيءُ فِيهِ خِلَافٌ نَذَرَهُ فِي يَسَارِ الْمَعْتَقِ بِبَعْضِ نَصِيبِ الشَّرِيكِ دُونَ بَعْضِ، وَبِالْجُمْلَةِ فَالْمَرِيضُ فِي الثُّلْثِ كَالصَّحِيحِ فِي الْكُلِّ، وَفِيمَا زَادَ عَلَى الثُّلْثِ وَهُوَ مُعَسِّرٌ.

وَاحْتِجَّ الْقَاضِي الطَّبْرِيُّ وَغَيْرُهُ بِاعْتِبَارِ الثُّلْثِ، عَلَى أَنَّ التَّقْوِيمَ يَكُونُ بَعْدَ مَوْتِ الْمَرِيضِ؛ لِأَنَّ الثُّلْثَ مُعْتَبَرٌ حَالَةَ الْمَوْتِ، حَتَّى إِذَا لَمْ يَفِ الثُّلْثُ بِجَمِيعِ الْعَبْدِ فِي حَالِ إِعْتَاقِهِ، ثُمَّ اسْتَفَادَ مَالاً وَوَفَى عِنْدَ الْمَوْتِ يَقُومُ عَلَيْهِ جَمِيعُ الْعَبْدِ، وَفِي «التَّهْذِيبِ» أَنَّهُ لَوْ مَلَكَ نَصِيفَيْنِ مِنْ عِبْدَيْنِ مَتَسَاوِيَيْنِ<sup>(١)</sup> الْقِيَمَةَ فَأَعْتَقَهُمَا فِي مَرَضِ الْمَوْتِ؛ يُنْظَرُ إِنْ خَرَجَ الْعَبْدَانِ جَمِيعاً مِنَ الثُّلْثِ؛ عَتَقَا سَوَاءً أَعْتَقَهُمَا مَعاً، أَوْ عَلَى التَّرْتِيبِ، وَعَلَيْهِ قِيَمَةُ نَصِيبِ الشَّرِيكِ، وَإِنْ لَمْ يُخْرَجْ مِنَ الثُّلْثِ إِلَّا نَصِيبَاهُ فَإِنَّ نَصِيبَاهُ مَعاً؛ عَتَقَ نَصِيبَاهُ وَلَا سَرَايَةَ، وَإِنْ أَعْتَقَهُمَا عَلَى التَّرْتِيبِ؛ عَتَقَ الْأَوَّلَ بِتَمَامِهِ وَلَمْ يَعْتَقِ مِنَ الثَّانِي شَيْءً؛ لِأَنَّهُ لَزِمَهُ قِيَمَةُ نَصِيبِ الشَّرِيكِ مِنَ الْأَوَّلِ، فَصَارَ نَصِيبُهُ مِنَ الثَّانِي مُسْتَحَقٌّ لِصَرْفِ إِلَيْهِ، وَإِنْ خَرَجَ مِنَ الثُّلْثِ نَصِيبَاهُ وَنَصِيبُ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ فَإِنَّ أَعْتَقَهُمَا عَلَى التَّرْتِيبِ؛ عَتَقَ جَمِيعَ الْأَوَّلِ، وَلَا يَعْتَقُ مِنَ الثَّانِي إِلَّا نَصِيبَهُ، وَإِنْ أَعْتَقَهُمَا مَعاً فَوْجَهَانِ:

أَحَدُهُمَا: وَبِهِ قَالَ أَبْنُ الْحَدَّادِ: يُعْتَقُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ ثَلَاثَةٌ أَرْبَاعُهُ بِعَتَقِ نَصِيبِهِ، وَنَصِيفِ نَصِيبِ الشَّرِيكِ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ كَمَا لَوْ أَعْتَقَهُمَا فِي الصَّحَّةِ وَهُوَ مُوسَّرٌ بِنَصِيبِ أَحَدِهِمَا.

وَالثَّانِي: يُفْرَعُ بَيْنَهُمَا فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقِرْعَةُ؛ عَتَقَ كُلَّهُ وَلَمْ يَعْتَقِ مِنَ الْآخِرِ إِلَّا نَصِيبَهُ، لِأَنَّ الْقِرْعَةَ مَشْرُوعَةٌ فِي الْعَتَقِ، وَلَا يَصَارُ إِلَى التَّشْقِيقِ مَعَ إِمْكَانِ التَّكْمِيلِ<sup>(٢)</sup>

(١) فِي ز: مَتَسَاوَيْنِ.

(٢) قَالَ الشَّيْخُ الْبَلْقِينِي: لَمْ يَصَحَّ شَيْئاً مِنَ الْوَجْهَيْنِ، وَرَجَّحَ الْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ فِي شَرْحِ الْفُرُوعِ: وَجْهَ ابْنِ الْحَدَّادِ، وَقَالَ عَنِ الْوَجْهِ الْآخِرِ: إِنَّهُ لَيْسَ بِصَّحِيحٍ.

وإن لم يُخْرَج من الثُلثِ إلاَّ أحد نصيبه فإن أعتقهما معاً فوجهان :  
أحدهما : يعتق من كل واحد نصف نصيبه ، وهو زُبُعُ كُلِّ عَبْدٍ .

والثاني : يقرع بينهما ، فمن خرجت له القرعة عُتِقَ منه جميع نصيبه ولا يعتق من الآخر شيء .

قال : وهذا أصحُّ ، وظاهر اللفظ في أحكام هذه الصورة يُنطَبِقُ على أَنَّ السَّرَايَةَ تحصل بنفس العقد ، ولو أعتق النصيبين ، ولا مال له إلاَّ النصيبان قال الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ في «الشرح» : إن أعتقهما على الترتيب ؛ عَتِقَ ثُلُثًا نصيبه من العبد الأول ، وهو ثُلُثُ جَمِيعِ مَالِهِ وهو ثلث ذلك العبد ويبقى للورثة سُدُسُ ذَلِكَ العبد ونصف العبد الآخر ، وإن أعتقَهُمَا معاً ومات ؛ أقرَعَ بينهما فمن خرجت له القرعة ؛ عَتِقَ منه ثُلُثًا نصيبه وهو ثُلُثُ ماله .

ولو أوصى أحد الشريكين بِإِغْتَاقِ نَصِيبِهِ بعد موته فلا سَرَايَةَ ، وإن خرج كله من الثلث - لأن المال يتقل بالموت إلى الوارث ، ويبقى الميت مُعْسِرًا ، ولا تقويم على من لا يملك شيئاً وقت نُفُوزِ الْعِتْقِ في نصيبه ، بل لو كان العبد كله له فأوصى بِإِغْتَاقِ بعضه فَأَعْتَقَ ، لم يَسِرْ ، وكذا لو دَبَّرَ أَحدهما نصيبه فقال : إذا مت ؛ فنصيبى منك خُرٌّ وإن قال في الوصية : أَعْتَقُوا نَصِيبِي وَكَمَّلُوا الْعِتْقَ فَيَكْمُلُ إن خرج العبد من الثلث ، وإن لم يَخْرُجْ جَمِيعُهُ وَخَرَجَ منه شيء بعد النصيب ؛ نُفَذْتُ وَصِيَّتَهُ في ذلك القدر .

وها هنا فائدتان :

إِحْدَاهُمَا : قال الْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ : عندي إذا أوصى بِالْتَّكْمِيلِ فإنما يكمل باختيار الشريك ، لأن التقويم إذا لم يكن مستحقاً ؛ لا يصير مستحقاً باختيار الْمُعْتَقِ ؛ ألا ترى أن المعتق لو كان معسراً ثم أيسر أو قال : قَوْمُوهُ عَلَيَّ حَتَّى اسْتَقْرَضَ لا يجبر الشريك عليه ، والأكثرون أطلقوا الكلام إطلاقاً ؛ وَوَجَّهَهُ الْقَاضِي الرَّوَّيَانِيُّ<sup>(١)</sup> بأنه : مُتَمَكِّنٌ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي الثُّلُثِ ، وإذا أوصى بالتكميل فقد اسْتَبَقَى لِنَفْسِهِ قدر قيمة العبد من الثُلُثِ وكان مُوسِرًا به .

وَالثَّانِيَةُ : ذَكَرَ الْإِمَامُ وَصَاحِبُ الْكِتَابِ : أن صورة الوصية بالتكميل أن يقول : اشترى نصيب الشريك ، فأعتقه فأما إذا قال : أعتقه عِتَاقًا سَارِيًا فلا خير في هذه

(١) وهو في ذلك تابع لابن الصباغ فإنه حكى كلام القاضي ، ثم قال : وَأَصْحَابُنَا أَطْلَقُوا ذَلِكَ ، وما قالوه له وجه صحيح ؛ لأن التقويم لا يجب ؛ لأن العتق وقع في حال زوال ملك الميت عن المال فجرى مجرى المعسر ، فإذا أوصى بتكميله كانت قيمة النصف باقية على حكم تملكه فصار بمنزلة المعسر إذا أعتق . انتهى والذي قاله القاضي أبو الطيب متجه .

الوصية؛ لأنه لا سِرَايَةَ بعد الموت وإن أَعْتَقْنَا نَصِيْبِهِ، فالذي أتى به وصية بمحال، ولك أن تقول: إذا قال: أَشْتَرُوا نَصِيْبِهِ وَأَعْتَقُوهُ فهذا يتوقف على اختياره البيع لا مَحَالَةً فيعود الأمر إلى ما ذكره القاضي أَبُو الطَّيْبِ؛ وإن كان لا يتوقف الأمر على اختياره، فلا يبعد أن يقال: إنه كان متمكناً من إعتاق نَصِيْبِهِ، والتوسل إلى عِتْقِ نَصِيْبِ الشريك ببذل القيمة في حال صحته وفي مرضه أيضاً، إن كان يخرج العبد من الثُلُثِ من غير اختيار الشريك، فَتَنْفُذُ وَصِيَّتِهِ بما كان يتمكن منه بنفسه.

ولو مَلَكَ نصفين من عبيدين فأوصى بإعتاق نَصِيْبِهِ منهما بعد موته؛ يُعْتَقُ عَنْهُ النَّصِيْبَانِ وَلَا سِرَايَةَ. فلو قال مع ذلك: وكملوا العتق فيهما نُظِرَ إن خرج العبدان جميعاً من الثُلُثِ كَمَلَ الْعِتْقُ فيهما، وإن خَرَجَ مع نَصِيْبِهِ الباقي من أَحَدِهِمَا دون الآخر، ففيه طريقان المذكوران في «التَّهْذِيبِ»:

أحدهما: أنه على الوجهين فيما إذا أعتق في مرض الموت النَّصِيْبَيْنِ ولم يَخْرُجْ من الثلث إلا نَصِيْبَاهُ مع<sup>(١)</sup> الباقي من أحد العبيدين، ففي وجه يعتق من كل واحد منهما ثلاثة أرباعه. وفي آخر: يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة أُعْتِقَ بِتَمَامِهِ وَأُعْتِقَ مِنَ الْآخَرِ نَصِيْبُهُ لَا غَيْرَ.

وَالثَّانِي: القطع ها هنا بِالْقُرْعَةِ والفرق أنه قصد التكميل ها هنا حيث أوصى به فيراعى مقصوده<sup>(٢)</sup> بقدر الإمكان.

الرَّابِعَةُ: إذا كان الشريك الْمُعْتَقُ مُوسِراً ببعض قيمة الباقي دون بعض ففيه وجهان عن رواية صَاحِبِ «التَّقْرِيبِ»:

أَصْحُهُمَا - وَيُحَكِّي عَنْ نَصِهِ - رضي الله عنه - في الْأَمِّ: أنه يسري إلى القدر الذي هو مُوسِراً به، مثل أن يجد نصف قيمته؛ يعتق به نصف الباقي؛ ليقرب حاله من الحرية والاستقلال.

والثاني: أَلْمَنُحُ؛ لأن تَقْوِيمَ ذلك القدر لا يفيد الاستقلال، وثبوت أحكام الأحرار من الوِلَايَةِ، والشهادة، والإرث وغيرها، وأيضاً فلثلاثاً<sup>(٣)</sup> يتبعض عليه ملكه كالشفيع، إذا وجد بعض ثمن الشقص لا يأخذ قِسْطَهُ من الشقص.

ولو كان بين ثلاثة عبد فاعتق أثنان نَصِيْبَهُمَا. وأحدهما موسر دون الآخر؛ يقوم نصيب الثالث على الموسر بلا خلاف.

(٢) في هامش أ: نَصِيْبِهِ.

(١) في أ: من.

(٣) في ز: قليلاً.



قَالَ الْعَزَالِيُّ: الثَّانِي أَنْ يُعْتَقَ بِاخْتِيَارِهِ فَإِنْ وَرِثَ نِصْفَ قَرِيبِهِ فَعْتَقَ لَمْ يَسْرِ، وَإِنْ أَتَهَبَ أَوْ اشْتَرَى سَرَى.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: من شرط السَّرَايَةِ: أن يحصل العتق في نصيبه باختياره حتى لو وَرِثَ شَقِصاً من قريبه الذي يعتق عليه، فعتق لم يَسْرِ ولم يقوم عليه نصيب الشريك، بِخِلَافٍ ما إذا اشترى، وجملة القول فيه، أَنَّهُ إِذَا مَلَكَ إِذَا مَلَكَ بَعْضَ قَرِيبِهِ: الذي يُعْتَقُ عَلَيْهِ يَعْتَقُ الْقَدْرَ الذي يملكه، وينظر، إِنْ مَلَكَ لَا بِاخْتِيَارِهِ كَمَا إِذَا وَرِثَهُ لَمْ يَسْرِ؛ لِأَنَّ التَّقْوِيمَ سَبِيلَهُ سَبِيلَ غَرَامَةِ الْمُتَلَفَاتِ، ولم يوجد منه صُنْعٌ وَقَصْدٌ إِتْلَافٍ، وَإِنْ مَلَكَهُ بِاخْتِيَارِهِ فَمَا أَنْ يَحْصُلَ الْمَلِكُ بِطَرِيقٍ يَقْصِدُ بِهِ اجْتِلَابَ الْمَلِكِ أَوْ بِطَرِيقٍ لَا يَقْصِدُ بِهِ التَّمَلُّكُ غَالِباً، لَكِنَّهُ يَتَضَمَّنُ حُصُولَ الْمَلِكِ.

أما الأول: فكالشَّرَاءِ، وَقَبُولِ الْهَبَةِ، وَالْوَصِيَّةِ فَذَلِكَ يَقْتَضِي حُصُولَ السَّرَايَةِ كَمَا لَوْ تَلَفَظَ بِالْإِعْتِاقِ، وَإِنْ مَلَكَهُ بِمَا يَتَضَمَّنُ حُصُولَ الْمَلِكِ وَلَا يَقْصِدُ بِهِ التَّمَلُّكُ غَالِباً، كَمَا إِذَا كَاتَبَ عَبْدًا فَاشْتَرَى شَقِصاً مِمَّنْ يَعْتَقُ عَلَى سَيِّدِهِ ثُمَّ عَجَّزَهُ السَّيِّدُ، فَصَارَ الشَّقِصُ لَهُ، وَعْتَقَ عَلَيْهِ، وَفِي السَّرَايَةِ وَجْهَانِ:

أحدهما: يَسْرِي لِاخْتِيَارِهِ وَتَسْبِيهِ إِلَى الْمَلِكِ بِفَسْخِ الْكِتَابَةِ.

وَأَشْبَهَهُمَا: لَا - وَيُحْكَمُ عَنِ ابْنِ أَلْحَدَّادِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْصِدِ التَّمَلُّكَ وَإِنَّمَا قَصَدَ التَّعْجِيزَ وَحَصَلَ الْمَلِكُ ضَمْنًا، وَإِنْ عَجَّزَ الْمُكَاتِبُ نَفْسَهُ فَلَا يَسْرِي؛ لِأَنَّهُ حَصَلَ الْمَلِكُ، وَالْعَتَقُ بِغَيْرِ اخْتِيَارِ السَّيِّدِ وَتَسْبِيهِ كَمَا فِي الْإِزْثِ، وَلَوْ بَاعَ شَقِصاً مِمَّنْ يَعْتَقُ عَلَى وَارِثِهِ، كَمَا لَوْ بَاعَ ابْنُ أَخِيهِ بِثُوبٍ؛ وَمَاتَ وَوَارِثُهُ أَخُوهُ فَوَجَدَ بِالثُّوبِ عَيْبًا فَرَدَهُ وَاسْتَرَدَّ الشَّقِصَ، وَعْتَقَ عَلَيْهِ فِي السَّرَايَةِ الْوَجْهَانِ: فِي وَجْهِ: يَسْرِي لِتَسْبِيهِ إِلَى الْمَلِكِ بِالْفَسْخِ. وَفِي وَجْهِ: لَا -؛ لِأَنَّ مَقْصُودَهُ رَدُّ الثُّوبِ لَا اسْتِرْدَادَ الْعَوْضِ، وَكَذَلِكَ يَجْرِي أَلْرُدُّ فِي الثُّوبِ، وَالْعَوْضُ (١) تَأَلَّفَ.

ولو وجد مُشْتَرِي الشَّقِصَ بِهِ عَيْبًا فَرَدَهُ فَلَا سَرَايَةَ كَمَا فِي الْإِزْثِ، وَالْخِلَافُ فِي الصُّورَتَيْنِ شَبِيهٌ بِالْخِلَافِ فِيمَا إِذَا بَاعَ الْكَافِرُ عَبْدًا أَسْلَمَ فِي يَدِهِ بِثُوبٍ، ثُمَّ وَجَدَ بِالثُّوبِ عَيْبًا. هَلْ لَهُ اسْتِرْدَادُ الْعَبْدِ؟!

ولو أَوْصَى لِزَيْدٍ بِشَقِصٍ مِمَّنْ يَعْتَقُ عَلَى (٢) وَارِثِ زَيْدٍ، كَمَا إِذَا أَوْصَى لَهُ بِجَارِيَةٍ لِزَيْدٍ مِنْهَا: ابْنِ، أَوْ أَوْصَى لَهُ بِبَعْضِ ابْنِ أَخِيهِ، وَمَاتَ زَيْدٌ قَبْلَ قَبُولِ الْوَصِيَّةِ فَقَبِلَهَا ابْنُهُ، أَوْ أَخُوهُ عَتَقَ الشَّقِصَ. وَهَلْ تَخْصُلُ السَّرَايَةُ - فِيهِ وَجْهَانِ:

(٢) فِي هَامِشٍ أ: عَلَيْهِ.

(١) فِي أ: بِالْف.

أحدهما: نعم؛ لقصده التملك بالقبول<sup>(١)</sup> والأقرب لا لأن [بقبوله يدخل]<sup>(٢)</sup> الشقص في ملك المورث، ثم ينتقل إليه بالإرث<sup>(٣)</sup> ولو أوصى لزيد<sup>(٤)</sup> بشقص ممن يعتق عليه، فلا يعتق على وارثه، كما لو أوصى به بشقص من ابنه أو بشقص من أمه ووارثه أخوه من الأب فمات وقبِلَ الوَصِيَّةُ أخوه؛ عتق ذلك الشقص على الميت، ويسري إن كان له تركة يفي ثلثها بقيمة الباقي لأن قبُولَ وارثه، كقبوله في الحياة. قال الإمام: هكذا ذكره الأصحاب، وفيه وقفة؛ لأنَّ القَبُولَ حصل من غير اختياره.

فرع: لو باع عبداً من ابن ذلك العبد ومن أجنبي صَفَقَةً وَاحِدَةً عتق نصيب الابن وقومَ عَلَيْهِ نصيب الشريك. وعن أبي حنيفة: لا يضمن الأجنبي شيئاً؛ لأن ملكه لم يتم إلا بقبول شريكه، وكأنه أدّن له في إعتاق نصيبه - حكاه ابن الصباغ..

قال الغزالي: (الثالث) ألا يتعلّق بِمَحَلِّ السَّرَايَةِ حَقٌّ لَزِمَ، فَإِنْ كَانَ تَعَلَّقَ بِهِ رَهْنٌ أَوْ كِتَابَةٌ أَوْ تَدْبِيرٌ أَوْ اسْتِيلَادٌ فِيهِ الْكُلُّ خِلَافٌ، وَالْأَسْتِيلَادُ أَوْلَاهَا بِالْمَنْعِ، وَالتَّدْبِيرُ أَضْعَفُهَا.

قال الرافعي: إذا كاتب عبداً، ثم أعتقه أحدهما فالصحيح المشهور أنه سرى، ويقوم<sup>(٥)</sup> نصيب الشريك عليه، وهل يقوم في الحال أو بعد العجز عن أداء نصيب الشريك، فيه اختلاف قول، يُذَكَّرُ في الْكِتَابَةِ بتفاريعه وعن صاحب «التقريب» روايةٌ وَجِهَ أو قول: أنه [لا]<sup>(٦)</sup> يسري إذ لا سبيل إلى إبطال الكتابة، كما لا سبيل إلى فسخها، ولأن السراية تتضمن النقل إلى المعتق والمكاتب لا يقبل الكفْل.

الثالثة: إذا عتق أحد الشريكين نصيبه، ونصيب صاحبه مدير. هل يقوم عليه نصيب الشريك؟ فيه قولان:

أقواهما: نعم؛ لأن المدير كالقن في جواز البيع، فكذلك في التقوم.

والثاني: لا؛ لأن التقوم والسراية لتكامل عتق العبد، وقد يثبت للمدير سبب الحرية [فيجعل]<sup>(٧)</sup> التكامل به، وأيضاً فلئلا يبطل على الشريك قرينة مهّد سبيلها.

قال الإمام: هذا شديد الشبه عندي بما إذا دبّرت المرأة العبد المصدق، ثم طلقها

(٢) في ز: بتدخل مكان، «بقبوله يدخل».

(٤) سقط في: ز.

(٦) سقط في: ز.

(١) سقط في: ز.

(٣) في ز: الإرث.

(٥) في أ: ويقدم.

(٧) في ز: فيحصل.

الرَّوْجُ قَبْلَ الدَّخُولِ. ثُمَّ إِنْ قَلْنَا: لَا يَسْرِي فُلُو رَجَعَ السَّيِّدُ عَنِ التَّدْبِيرِ فَهَلْ يَسْرِي حَيْثُذ؟ قَالَ أَكْثَرُهُمْ: لَا - كَمَا لَوْ أَعْتَقَ وَهُوَ مَعْسَرٌ ثُمَّ أَيْسَرَ.

وعن رواية الشيخ أبي مُحَمَّدٍ رَوَايَةٌ وَجْهِ: أَنَّهُ يُسْرِي؛ لِأَنَّ مَنَعَ السَّرَايَةَ كَانَ عَلَى تَوَقُّعِ الْعَتَقِ لِمَوْجِبِ التَّدْبِيرِ، وَقَدْ بَطَلَ ذَلِكَ التَّوَقُّعُ، وَعَلَى هَذَا فَيَحْكُمُ بِالسَّرَايَةِ عِنْدَ ازْتِفَاعِ التَّدْبِيرِ أَمْ بَتَبِينَ اسْتِنَادَهَا إِلَى وَقْتِ الْإِعْتَاقِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

الرَّابِعَةُ: إِذَا أَعْتَقَ نَصِيْبِهِ، وَقَدْ ثَبِتَ حَكْمُ الْأَسْتِيْلَادِ فِي نَصِيْبِ الْآخِرِ بِأَنَّ كَانَ الْآخِرَ قَدْ اسْتَوْلَدَهَا وَهُوَ مُعْسِرٌ، فَهَلْ يَسْرِي الْإِعْتَاقُ؟ حَكَى صَاحِبُ الْكِتَابِ وَالْإِمَامُ فِيهِ اخْتِلَافَ وَجْهِ، الْأَصْحَحُ: الْمَنَعُ؛ لِأَنَّ السَّرَايَةَ تَتَضَمَّنُ الثَّقْلَ، وَأَمَّ الْوَلَدَ لَا تَقْبَلُ النُّقْلَ مِنْ مَالِكٍ إِلَى مَالِكٍ، وَقَدْ يُوْجِهُ الْآخِرُ: بِأَنَّ الْإِعْتَاقَ وَسَّرَايَتَهُ يَنْزِلُ مَثْرَلَةٌ الْإِثْلَافِ وَإِثْلَافِ أَمْ الْوَلَدَ يُوْجِبُ الْقِيَمَةَ.

وَلَوْ اسْتَوْلَدَهَا أَحَدُهُمَا، وَهُوَ مَعْسَرٌ وَقَفَ الْاسْتِيْلَادُ ثُمَّ اسْتَوْلَدَهَا الثَّانِي أَيْضًا، وَثَبِتَ حَكْمُ الْاسْتِيْلَادِ فِي نَصِيْبِهِ، ثُمَّ أَعْتَقَهَا أَحَدُهُمَا وَهُوَ مُوسِرٌ فِي السَّرَايَةِ مَا ذَكَرْنَا، فَإِذَا جَعَلْنَا هَذِهِ الْأُمُورَ مَانِعَةً مِنَ السَّرَايَةِ أَنْتَظِمَ أَنْ يُقَالَ: شَرَطَ السَّرَايَةَ أَلَّا يَتَعَلَّقَ بِمَحَلِّهَا حَقٌّ لَازِمٌ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الرَّابِعُ): أَنْ يَتِمَّكَنَ الْعِتْقُ مِنْ نَصِيْبِهِ أَوْلًا، فَلَوْ قَالَ: أَعْتَقْتُ نَصِيْبَ شَرِيكِي لَعَا قَوْلُهُ، وَلَوْ قَالَ: أَعْتَقْتُ نِصْفَ هَذَا الْعَبْدِ فَيُعْتَقُ جَمِيعَ نِصْفِهِ، وَلَكِنْ لَوْ قَالَ: بَعْتُ هَذَا الْعَبْدَ فَيُنْزَلُ عَلَى نِصْفِ شَائِعٍ لِيَبْتَطَلَ فِي الْبَعْضِ أَوْ يُخَصَّصُ بِنِصْفِهِ فِيهِ وَجْهَانِ، وَكَذَا فِي الْإِفْرَارِ، وَالْأَوْلَى تَخْصِيصُ الْبَيْعِ بِنِصْفِهِ وَإِسَاعَةُ الْإِفْرَارِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يُسْتَرَطُّ فِي السَّرَايَةِ: أَنْ يُوْجِهُ الْمُعْتَقُ الْإِعْتَاقَ عَلَى مَا يَمْلِكُهُ مِنَ الْعَبْدِ؛ لِيَتِمَّكَنَ الْعِتْقُ فِي نِصْفِهِ أَوْلًا ثُمَّ يَسْرِي وَذَلِكَ بِأَنَّ يَقُولُ: أَعْتَقْتُ نِصْبِي مِنْ هَذَا الْعَبْدِ، أَوْ النِّصْفَ الَّذِي أَمْلِكُهُ، فَلَوْ قَالَ: أَعْتَقْتُ نِصْبَ شَرِيكِي، أَوْ نِصْبَ شَرِيكِي مِنْ هَذَا الْعَبْدِ حُرٌّ، فَهُوَ<sup>(١)</sup> لَعَوَّ لَا يُوْثِرُ فِي نِصْبِ الشَّرِيكِ، وَلَا فِي نِصْبِهِ، وَإِنْ أَطْلَقَ وَقَالَ لِلْعَبْدِ وَهُوَ يَمْلِكُ نِصْفَهُ: أَعْتَقْتُ نِصْفَكَ، فَعَلَامَ يَحْمَلُ؟ - فِيهِ وَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: عَلَى النِّصْفِ الَّذِي يَمْلِكُهُ، فَإِنَّ الْإِنْسَانَ إِنَّمَا يَعْتَقُ مَا يَمْلِكُهُ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ يَجْرِي أَلْفُظٌ عَلَى إِطْلَاقِهِ وَنُحْمَلُ عَلَى النِّصْفِ شَائِعًا؛ لِأَنَّهُ لَا

(١) هَذَا الَّذِي جَزَمَ بِهِ مِنْ الْغَاءِ إِعْتَاقَ نِصْبِ شَرِيكِهِ ظَاهِرٌ فِيمَا إِذَا لَمْ يَنْوِ الْمَتَلَفْظَ بِمَا صَدَرَ مِنْهُ عِتْقَ حَصْتِهِ فَلَوْ قَصِدَ ذَلِكَ قَالَ ابْنُ الرَّفْعَةِ: فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَعْتَقُ إِذَا قَلْنَا يَسْتَحِيلُ السَّرَايَةَ؛ لِأَنَّ حِصَّةَ شَرِيكِهِ تَعْتَقُ بَعْتَقَ حَصْتِهِ فَكَانَ ذَلِكَ كِنَايَةً فِي عِتْقِ حَصْتِهِ.

يُخَصُّصُهُ بِمَلِكِ نَفْسِهِ، وَعَلَى التَّقْدِيرَيْنِ يَعْتَقُ جَمِيعَ الْعَبْدِ إِذَا كَانَ مُوسِرًا.

أما على التَّقْدِيرِ الْأَوَّلِ فَيَعْتَقُ نَصِيبَهُ الَّذِي يَمْلِكُهُ، ثُمَّ يَسْرِي، وَأَمَّا عَلَى الثَّانِي، فَلَأَنَّهُ يَعْتَقُ نَصِيبَ نَفْسِهِ<sup>(١)</sup> وَهُوَ زُبْعُ الْعَبْدِ، ثُمَّ يَسْرِي إِلَى بَاقِي نَصِيبِهِ ثُمَّ [يسري]<sup>(٢)</sup> إِلَى نَصِيبِ الشَّرِيكَ.

قَالَ الْإِمَامُ: وَلَا يَكَادُ يَظْهَرُ لِهَذَا الْخِلَافِ فَائِدَةٌ، إِلَّا أَنْ يَفْرَضَ تَعْلِيْقَ طَلَاقٍ أَوْ إِعْتَاقٍ بِأَنْ يَقُولَ: «إِنْ أَعْتَقْتَ نَصْفِي فِي هَذَا الْعَبْدِ فَأَمْرَاتِي طَالِقٌ»، فَإِذَا قُلْنَا نَصْفُكَ حُرٌّ وَقُلْنَا بِالْوَجْهِ الْأَوَّلِ؛ يَقَعُ الطَّلَاقُ وَإِنْ قُلْنَا بِالثَّانِي لَا يَقَعُ، وَإِذَا بَاعَ نَصْفَ الْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ عَلَى الْمَنَاصِفَةِ بِأَنْ قَالَ: بَعْتُ النِّصْفَ الَّذِي أَمْلِكُهُ مِنْ هَذَا الْعَبْدِ، أَوْ نَصِيبِي مِنْهُ، وَهَمَا يَعْلَمَانِ قَدْرَهُ؛ فَلَا إِشْكَالَ، وَإِنْ أَطْلَقَ وَقَالَ: بَعْتُ نَصْفَهُ فَوْجَهَانِ:

أَحَدُهُمَا: تَنْصَرِفُ اللَّفْظَةُ إِلَى مَا يَمْلِكُهُ، فَإِنَّ الَّذِي يَقْدَمُ عَلَى بَيْعِهِ مَا يَمْلِكُهُ.

وَالثَّانِي: يَقَعُ شَائِعًا لِإِطْلَاقِ الْأَلْفَظِ؛ فَعَلَى هَذَا يَكُونُ بَائِعًا لِنَصْفِ نَصِيبِ الشَّرِيكَ، فَلَا يَصِحُّ الْبَيْعُ فِيهِ، وَلِنَصْفِ نَصِيبِهِ فَيَكُونُ عَلَى تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ.

وَلَوْ أَقْرَّ لِإِنْسَانٍ بِنَصْفِ الْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ، فَفِيهِ هَذَانِ الْوَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا بِالْأَوَّلِ فَقَدْ أَقْرَّ بِنَصْفِ الْمَعْرُوفِ بِهِ، وَإِنْ قُلْنَا بِالثَّانِي، فَقَدْ أَقْرَّ بِنِصْفِ نَصِيبِ نَفْسِهِ وَنِصْفِ نَصِيبِ [شريكه]<sup>(٣)</sup>.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: يُحْمَلُ النِّصْفُ الْمُطْلَقُ فِي الْبَيْعِ عَلَى مَا يَمْلِكُهُ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْإِنْسَانَ لَا يَبِيعُ مَا لَا يَمْلِكُهُ، وَفِي الْإِقْرَارِ عَلَى الْإِشَاعَةِ؛ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ إِخْبَارٌ، وَلَا يَمْنَعُ أَنْ يُخْبَرَ أَنَّ مَا فِي يَدِ زَيْدٍ مِلْكُ عَمْرٍو وَأَسْتَحْسَنَ الْإِمَامُ هَذَا الْفَرْقَ، وَبِهِ أَجَابَ صَاحِبُ الْكِتَابِ فَقَالَ: «وَالأولى تَخْصِيسُ الْبَيْعِ بِنِصْبِهِ، وَإِشَاعَةُ الْإِقْرَارِ» وَفِي «التَّهْذِيبِ» أَنَّ الْأَصْحَحَ فِي الْبَيْعِ أَيْضًا الْحَمْلُ عَلَى الْإِشَاعَةِ<sup>(٤)</sup>. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

فَرَعَانِ: مِنَ الْمُؤَلَّدَاتِ:

أَحَدُهُمَا: إِذَا قَالَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ لِلْعَبْدِ: إِذَا دَخَلْتَ دَارَ كَذَا، فَأَنْتَ حُرٌّ، أَوْ فَنْصِيبِي مِنْكَ حُرٌّ، وَقَالَ لِلْآخَرِ مِثْلَ ذَلِكَ، فَإِذَا دَخَلَهَا عَتَقَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَصِيبَهُ، وَلَا تَقْوِيمٌ؛ لِأَنَّ النِّصْبَيْنِ عَتَقَا دَفْعَةً وَاحِدَةً وَإِنَّمَا يُقْوَمُ، إِذَا تَقَدَّمَ إِعْتَاقُ أَحَدُهُمَا، وَلَا

(١) فِي ز: نَصِيبِهِ.

(٢) سَقَطَ فِي: ز.

(٣) فِي ز: شَرِيكَهِ.

(٤) قَالَ النَّوَوِيُّ: الرَّاجِحُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَاللَّهُ أَعْلَمُ كَلَامَ الْمُصَنِّفِ هُنَا مُخَالَفَ لِمَا ذَكَرَهُ فِي كِتَابِ الْإِقْرَارِ مِنْ زَوَائِدِهِ أَنَّ أَفْقَهُ الْوَجْهَيْنِ حَمْلَهُ عَلَى مَا يَمْلِكُهُ.

فرق بين أن يكونا مُوسِرَيْنِ أو مُغْسِرَيْنِ أو أحدهما موسراً، والآخر معسراً، وكذا لو قال أحد الشريكين للبعد: إِذَا كَلَّمْتُ فَلَاناً فنصيبي منك حُرٌّ وقال للآخر: إِذَا سَتَمْتَهُ فنصيبي منك حرٌّ فَسَتَمْتَهُ؛ يعْتَقان معاً. وكذا الحكم لو وَكَّلَا رَجُلًا بِالْإِعْتَاقِ فَأَعْتَقَ كِلَهُ دَفْعَةً وَاحِدَةً، ولا أثر لوقوع التعليقين أو التوكيلين في وقتين مختلفين، وإنما العبرة<sup>(١)</sup> بوقت الوقوع؛ ألا ترى أنه لو قال لِأَمْرَأَتِهِ قَبْلَ الدَّخُولِ: إِذَا دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَةً ثُمَّ قَالَ بَعْدَ ذَلِكَ: إِذَا دَخَلْتِيهَا، فَأَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَتَيْنِ فَإِذَا دَخَلْتَهَا؛ تَطْلُقِ ثَلَاثًا كَمَا لَوْ قَالَ: فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا.

الثاني: إِذَا قَالَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ لِلْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ: أَنْتَ حُرٌّ قَبْلَ مَوْتِي بِشَهْرٍ [ونجز]<sup>(٢)</sup> الْآخَرَ عَتَقَهُ بَعْدَهُ يَوْمٌ مِثْلًا فَلَهُ أَحْوَالُ:

إِحْدَاهَا: أَنْ يَمُوتَ الْمُعَلَّقُ لَمَّا دُونَ شَهْرٍ مِنْ وَقْتِ التَّعْلِيقِ؛ فَيَعْتَقُ الْعَبْدُ كُلَّهُ عَلَى الثَّانِي الْمَنْجَزِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ، وَالْحَالَةُ هَذِهِ أَنْ يَعْتَقَ بِالتَّعْلِيقِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ عَتَقَ بِالتَّعْلِيقِ؛ لَعَتَقَ عَتَقًا مُتَقَدِّمًا عَلَى الْمَوْتِ بِشَهْرٍ وَلَوْ عَتَقَ هَكَذَا؛ لَعَتَقَ قَبْلَ التَّعْلِيقِ، وَكَذَا الْحُكْمُ لَوْ مَاتَ بَعْدَ مَضِيِّ شَهْرَيْنِ مِنْ أَوَّلِ شُرُوعِهِ فِي لَفْظِ التَّعْلِيقِ بِلا زِيَادَةٍ، وَمَا لَمْ يَمُضِ شَهْرٌ مِنْ وَقْتِ تَمَامِ التَّعْلِيقِ لَا يُمْكِنُ أَنْ يَعْتَقَ بِالتَّعْلِيقِ.

الثَّانِيَةُ: إِذَا مَاتَ لِأَكْثَرِ مِنْ شَهْرٍ<sup>(٣)</sup> مِنْ وَقْتِ التَّعْلِيقِ بِأَيَّامٍ؛ يُعْتَقُ جَمِيعُهُ عَلَى الثَّانِي أَيْضًا؛ لِأَنَّ الْعَتَقَ بِالتَّعْلِيقِ يَتَقَدَّمُ عَلَى الْمَوْتِ بِشَهْرٍ لَا يَنْعَطِفُ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ، وَإِعْتَاقُ الْمُنْجَزِ يَتَقَدَّمُ عَلَى الشَّهْرِ الْمُتَقَدِّمِ عَلَى الْمَوْتِ فَيُؤَخِّدُ قِيَمَتَهُ نَصِيبَ الْمُعَلَّقِ مِنَ الْمَنْجَزِ، وَيُدْفَعُ إِلَى وِرْثَةِ الْمُعَلَّقِ.

هَذَا إِذَا قَلْنَا: السَّرَايَةَ تَحْصُلُ بِالْإِعْتَاقِ، أَوْ قَلْنَا بِالتَّبْيِينِ، وَإِنْ قَلْنَا: إِنَّهَا تَحْصُلُ عِنْدَ آدَاءِ الْقِيَمَةِ، فَإِذَا سَبَقَ وَقْتُ الْعَتَقِ بِالتَّعْلِيقِ آدَاءَ الْقِيَمَةِ؛ كَانَ فِي نَفْوِذِ الْعَتَقِ عَنِ الْمُعَلَّقِ وَجِهَانٍ. عَلَى مَا سَنَذْكُرُهُ فِي تَفْرِيعِ أَقْوَالِ السَّرَايَةِ.

الثَّالِثَةُ: إِذَا مَاتَ عَلَى رَأْسِ شَهْرٍ مِنْ تَمَامِ صِيغَةِ التَّعْلِيقِ فَيَعْتَقُ جَمِيعَ الْعَبْدِ عَلَى الْأَوَّلِ؛ لِتَقَدُّمِ تَرْتِبِ الْعَتَقِ بِالتَّعْلِيقِ عَلَى التَّنْجِيزِ.

الرَّابِعَةُ: إِذَا مَاتَ عَلَى رَأْسِ شَهْرٍ مِنْ تَمَامِ كَلَامِ الْمَنْجَزِ؛ فَيَعْتَقُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَصِيبَهُ، وَلَا تَقْوِيمَ لَوُقُوعِ الْعِتْقَيْنِ مَعًا.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: ثُمَّ إِذَا وَجِدَتِ الشُّرُوطُ فَتَتَعَبَّلُ السَّرَايَةَ عَلَى قَوْلٍ، وَيَتَوَقَّفُ عَلَى آدَاءِ الْقِيَمَةِ عَلَى قَوْلٍ، وَعِنْدَ الْآدَاءِ يَتَّبِعُنْ إِسْنَادُ الْعَتَقِ عَلَى قَوْلٍ وَيَنْبِي عَلَى الْأَقْوَالِ مَسَائِلُ:

(٢) سقط في: ز.

(١) في أ: العمدة.

(٣) في أ: شهرين.

(الأولى) فِي تَفْجِيلِ تَسْرِيةِ الْأَسْتِيْلَادِ تَجْرِي فِيهِ الْأَقْوَالُ، وَالْعَتَقُ أَوْلَى بِالْتَفْجِيلِ لِأَنَّهُ تَنْجِيْزٌ، وَقِيلَ: عَكْسُهُ لِأَنَّ الْأَسْتِيْلَادَ فِعْلِيٌّ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَتَى تَثَبُّتِ السَّرَايةُ حَيْثُ يَحْكُمُ بِهَا فِيهِ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ: أَصْحَها - وَبِهِ أَجَابَ فِي «اِخْتِلافِ الْحَدِيثِ»، وَ«اِخْتِلافِ الْعِرَاقِيَيْنِ» وَ«كِتابِ الوَصَايا» أَنِها تَثَبَّتْ بِنَفْسِ إِعْتاقِ الشَّرِيكِ، وَبِهِ قَالَ أَحْمَدُ؛ لَمَّا رَوَى أَنَّهُ ﷺ قَالَ: «إِذَا كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَ اثْنَيْنِ فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيْبَهُ وَكَانَ لَهُ مَالٌ فَقَدْ عَتَقَ كُلَّهُ»<sup>(١)</sup>. وَيُرْوَى: «فَهُوَ حُرٌّ كُلُّهُ» وَيُرْوَى «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَاءَ لَهُ فِي عَبْدٍ وَكَانَ لَهُ مَالٌ يَبْلُغُ قِيْمَةَ الْعَبْدِ فَهُوَ عَتِيْقٌ»<sup>(٢)</sup> وَلِأَنَّ يَسارَهُ بِقِيْمَةِ الْباقيِ أَقِيمَ مَقامِ كَوْنِ الْباقيِ لَهُ فِي اقْتِضاءِ السَّرَايةِ فَيَحْصُلُ بِنَفْسِ اللَّفْظِ كَمَا لو أَعْتَقَ بَعْضَ عِبْدِهِ، وَلِأَنَّ الْباقيِ مُقَوِّمٌ عَلَيْهِ عَلى ما مَرَّ فِي الْخَبَرِ، وَالتَّقْوِيمُ عَلَيْهِ يُشْعِرُ بِحُصُولِ الْأَتْلَافِ.

والثاني: ويحكى عن القديم وغيره وبه قال مالك: أن السراية لا تحصل إلا إذا أدى قيمة نصيب الشريك؛ لأن التقويم لإزالة الضرر عن العبد والشريك، وفي إزالة ملك الشريك قبل حصول العوض إضراراً به، فإنه قد يفتوه بهرب وغيره، والضرر لا يزال بالضرر ولذلك نقول: يتوقف التملك بالشفعة على تسليم العوض.

والثالث: أنا نتوقف فإن<sup>(٣)</sup> أدى القيمة؛ بأن حصول العتق من وقت اللفظ، وإن فات؛ تبيّن أنه لم يعتق، ووجه بأن الحكم بالعتق يضرّ بالسيد [والتأخير]<sup>(٤)</sup> إلى أداء القيمة يضرّ بالعبد، والتوقف أقرب إلى العدل، ورعاية الجانبيين، وهذا القول فيما ذكر بعضهم مخرج للأصحاب. والأكثرون قالوا: هو منصوص في البويطي وحزملة، ويجوز أن يعلم لما بينا قوله في الكتاب: «فَتَتَعَجَّلُ السَّرَايةُ» بالميم.

وقوله: «وَيَتَوَقَّفُ عَلَى آداءِ الْقِيْمَةِ» بِالْأَلْفِ وقوله: «ويُتَبَيَّنُ إِسْنادُ الْعَتَقِ». بهما جميعاً. وأعلم أنه ساعد المُرْنِيّ على اختيار القول الأول مُعْظَمُ الْأَصْحَابِ - رَحِمَهُمُ اللهُ تَعَالَى - لَكِنْ ضَايِقُوهُ فِي التَّوْجِيهِ وَالتَّلْغِيلِ عَلى ذَأْبِهِمْ مَعَهُ، وَأَكْثَرُ ما اِحْتَجَّ بِهِ مِنَ الْوُجُوهِ يَصْلِحُ لِلتَّرْجِيحِ وَلَمْ أَطوُلْ بِحِجَاكَيْتِها فَيَتَعَلَقُ بِالْأَقْوَالِ، وَيَتَفَرَّغُ عَلَيْها مَسائِلُ مذكورة فِي

(١) هكذا أطلق وقيدته في المطلب بما إذا كان موسراً ورأينا تعجيل السراية، فإن قلنا: بتوقفها على دفع القيمة عتقت حصته، وهل يعتق حصة شريكه على الشريك أو لا يعتق ويوقف عتقها على أحد قيمتها من تركة المعلق، ينبغي أن يكون فيه خلاف ماخذه إن عتق الشريك هل ينفذ قبل دفع القيمة أم لا.

(٢) متفق البخاري [٢٤٩١ - ٢٥٠٣ - ٢٥٢١ - ٢٥٢٢ - ٢٥٢٣ - ٢٥٢٤ - ٢٥٢٥]، مسلم [١٥٠١] عليه بهذه الألفاظ كلها وزيادة.

(٣) في ز: فإذا.

(٤) في ز: وبالتأخر.

الكتاب وغير<sup>(١)</sup> مذكورة، ونقدم ما في الكتاب.

فمنها: إذا أولد أحد الشريكين الجارية المُشْتَرَكَةَ منهما بالسوية، فإن كان مُوسِراً سَرَى ألاسْتِيْلَادَ كالعتق، وسرى بنفس العلوق أو عند أداء القيمة أو يَتَبَيَّنُ بأدائها حصول السَّرَايَةِ عند العلوق، فيه الأقوال المذكورة في العتق.

وهل بين العتق والأسْتِيْلَادِ تَرْتُوبٌ أَمْ يَسْتَوِيَانِ؟ وبتقرير الترتيب فَالْعِتْقُ بِالسَّرَايَةِ أَوْلَى، أو الاستيلاء؟ فيه الاختلاف المذكور في الرهن، وعلى الأقوال يجب على المُسْتَوْلِدِ نِصْفَ المهر للشريك مع نصف قيمة الجارية. ثم إن قلنا: بحصول المَلِكِ بأداء القيمة؛ فيجب مع ذلك قسط نصيب الشريك من الولد.

وإن قلنا: يحصل بِالْعُلُوقِ أو قلنا: بِالتَّبْيِينِ فقد حكى الإمامُ خلافاً للأصحاب في أنه يثبت بعد العتق أو قبله إن قلنا بعده؛ وجب نصف قيمة الولد أيضاً، وإن قلنا قبله لم يجب، وهذا ما أجاب به في «التَهْذِيبِ»<sup>(٢)</sup> ولو وَطَّئَهَا الثاني قبل أداء القيمة؛ فإن أثبتنا السَّرَايَةَ بنفس العلوق فعلى الثاني كَمَالُ المَهْرِ للأول، وللثاني على الأول نِصْفُهُ فيقع نصف المهر للتقاص<sup>(٣)</sup> وإن قلنا: يحصل عند أداء القيمة؛ فعليه نصف المهر وله على الأول نصفه، فيقع في التقاص إن كان الذي أَوْلَدَ مُعْسِراً ثبت الاستيلاء في نصفه، ونصف الآخر قن ويكون الولد حراً كله، أو يَتَبَعُضُ فيه الرق والحرية. فيه وجهان أو قولان، والصورةُ مذكورة في الكتاب مشروحة في أحكام العَنَائِمِ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الثَّانِيَةُ): عِبْدٌ بَيْنَ ثَلَاثَةٍ لِأَحَدِهِمْ ثُلُثُهُ وَلِلْآخَرِ سُدُسُهُ فَأَعْتَقَا وَسَرَى رُؤُوسَهُمَا فَالْقِيَمَةُ لِلْسَّرَايَةِ عَلَى عَدَدِ أَوْ عَلَى قَدْرِ مَلِكِهِمَا فِيهِ قَوْلَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: عِبْدٌ بَيْنَ ثَلَاثَةٍ - لِأَحَدِهِمْ نِصْفَهُ وَلِلْآخَرِ ثَلَاثُهُ وَالثَّلَاثُ سُدُسُهُ، فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمْ نِصْبِيهِ وَهُوَ مُوسِرٌ يَسْرِي العتق إلى نصيب الشريكين؛ وإن كان مُوسِراً ببعض

(١) في أ: غيره.

(٢) قال في القوت: وقع في نسخ كتاب الرافعي على كثرتها تحريف من ناقله، وتبعها في الروضة فقال وإن قلنا يحصل بالعلوق أو قلنا بالتعيين فهل يثبت بعد العتق أو قبله وجهان والصواب أن يقال فهل يثبت بعد العلوق وهو كذلك في الشرح الصغير والنهاية وغيرها، وجرى عليه في الخادم وقال إن الرافعي ذكره على الصواب في باب وطء الأب جارية ابنه قال: أعني - صاحب الخادم - إن الراجح ما أجاز في التهذيب فقد جزم به في المحرر ونقل في البحر في باب أمهات الأولاد عن ترجيح القاضي أبي حامد.

وقال في الإيضاح إنه الأصح كما قلنا في إحيال الأب جارية الابن، فالحاصل أننا هل نقدر انتقال الملك بعد العلوق أو مع العلوق والمعلول بترتيب على العلة أو مع العلة، انتهى.

(٣) في ز: من التقابض.

قيمة الباقي، وقلنا بالصحيح قُومَ عليه بنسبة المقدور عليه من نصيب كل واحد منهما، فإذا كان مُوسِراً بِثُلُثِ الباقي قُومَ عليه ثُلُثُ نصيب كل واحد منهما.

ولو أَعْتَقَ اثْنَانِ مِنْهُمُ نَصِيبَهُمَا مَعاً أو علقا بشرط واحد، أو وَكَلَّأَ رَجُلًا بِالْإِعْتَاقِ عَنْهُمَا فَأَعْتَقَ نَصِيبَهُمَا دَفْعَةً وَاحِدَةً، فَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُوسِراً قُومَ عليه نصيب الثالث، وإن كانا مُوسِرَيْنِ قُومَ نصيب الثالث عليهما. وكيف يقوم عليهما؟ فيه طريقتان:

أحدهما: أن فيه قولين:

أحدهما: أنه يجعل القيمة عليهما بالسوية.

والثاني: أنها تجعل عليهما على قدر الْمَلِكَيْنِ فإذا أعتق صاحب النصف وصاحب السدس، غُرِمَ صاحب النصف ثلاثة أرباع قيمة الثلث، وصاحب السدس ربعها.

قال في «النهاية». والقولان مبنيان<sup>(١)</sup> على أن الشُّفْعَةَ على عدد الرؤوس أو على قدر الْأَنْصِبَاءِ.

والثاني: القطع بأنها على عدد الرؤوس بخلاف الشُّفْعَةَ على أحد القولين، وفرق بينهما: بأن الأخذ بالشُّفْعَةَ من فوائد الملك، ومرافقة، فيكون على قدر الملك كالشجرة والنتاج والقيمة الواجبة لها هنا سبيلها سبيل ضمان المتلفات، وفي ضَمَانِ الْإِثْلَاقَاتِ لا يفرق الحال بين أن تقلل الجناية أو تكثر؛ ألا تَرَى أنه لو جرح واحد جراحة، والآخر جراحات فمات المجروح منها تكون الدية عليهما بالسوية. وهذه الطريقة أظهر باتفاق فرق الأصحاب لكن الإمام أَرْتَضَى طَرِيقَةَ القولين وهي التي أوردَهَا صاحب الكتاب، وعن مَالِكٍ روايتين كالقولين.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الثالثة): إِذَا حَكَمْنَا بِتَأْخُرِ السَّرَايَةِ فَيَجِبُ أَقْصَى قِيَمَتِهِ مِنْ يَوْمِ الْإِعْتَاقِ إِلَى يَوْمِ الْأَدَاءِ، وَقِيلَ بَلْ يُعْتَبَرُ يَوْمُ الْأَدَاءِ، وَقِيلَ بَلْ يَوْمُ الْإِعْتَاقِ، وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي قَدْرِ الْقِيَمَةِ فَالْقَوْلُ الصَّحِيحُ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْغَارِمِ إِلَّا أَنْ يَدْعِيَ الْغَارِمُ نَقِيصَةَ طَارِيئةً فَيُخْرِجُ عَلَى قَوْلِي تَقَابُلِ الْأَصْلَيْنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إن قلنا: السَّرَايَةُ تحصل بنفس الإعتاق أو قلنا [بالتبيين]<sup>(٢)</sup>؛ فتعتبر قيمة يوم الإعتاق، وإن قلنا بتأخرها إلى الأداء فقد حكى الإمام وصاحب الكتاب وجوهاً:

أحدها: أن الْمُعْتَبَرَ قيمة يوم الأداء؛ لِأَنَّ التَّلَفَ يَحْصُلُ يَوْمئِذٍ.

(١) في أ: بينان.

(٢) سقط في: ز.



والثاني: يَعْتَبَرُ يَوْمَ الإِغْتَاقِ؛ لِأَنَّ الْحَجَرَ عَلَى الْمَالِكِ يَخْضَلُ يَوْمئِذٍ.

وَالثَّلَاثُ: أَنَّهُ يُعْتَبَرُ أَقْصَى الْقِيمِ مِنْ يَوْمِ الإِغْتَاقِ إِلَى يَوْمِ الأَدَاءِ؛ لِأَنَّ الإِغْتَاقَ سَبَبٌ يَدُومُ أَثَرُهُ إِلَى التَّلْفِ، فَيَكُونُ بِمِثَابَةِ [جِرَاحٍ] <sup>(١)</sup> الْعَبْدِ وَمِنْ جِرَاحِ عَبْدٍ ثُمَّ مَاتَ بَعْدَ مَدَّةٍ؛ يَعْتَبَرُ أَقْصَى الْقِيمِ مِنْ يَوْمِ الْجِرَاحِ إِلَى يَوْمِ الْمَوْتِ، وَكَذَا إِذَا غَضِبَ عَبْدٌ وَتَلَفَ فِي يَدِهِ أَقْصَى الْقِيمِ لِأَنَّا نَنْزِلُ <sup>(٢)</sup> الْغَضَبَ مَنْزِلَةَ التَّسَبُّبِ إِلَى التَّلْفِ وَهَذَا مَا رَأَى الإِمَامُ الصَّوَابُ وَنَظَّمَ الْكِتَابَ يَفْتَضِي تَرْجِيحَهُ؛ لَكِنِ الَّذِي أوردَهُ أَكْثَرُهُمْ [قِيَمَةُ يَوْمِ الإِغْتَاقِ] <sup>(٣)</sup> وَوَجَّهُوهُ بِأَنَّ الإِغْتَاقَ. هُوَ السَّبَبُ الْمَوْجِبُ لِلتَّقْوِيمِ، فَإِنَّ تَأَخَّرَ التَّقْوِيمُ فَهُوَ كَالْمَفْضُوزَةِ يَجِبُ لَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ بِالدَّخُولِ، بِاعْتِبَارِ يَوْمِ الْعَقْدِ؛ لِأَنَّ الْبِضْعَ دَخَلَ فِي ضَمَانِهِ يَوْمَئِذٍ، وَعَلَى أَنْ فِي الْمَفْضُوزَةِ وَجْهًا آخَرَ: أَنَّهُ يُعْتَبَرُ يَوْمَ الإِصَابَةِ.

ولو اختلفا في قيمة العبد فَقَالَ أَلْمَعْتَقُ: قِيَمَتُهُ مِائَةٌ وَقَالَ الشَّرِيكُ: بِلِ مِائَتَانِ، فَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ حَاضِرًا وَالْعَهْدُ قَرِيبَ فَصَلَّ الْأَمْرَ بِمِرَاجَعَةِ الْمُتَّقْوِمِينَ، وَإِنْ مَاتَ الْعَبْدُ أَوْ غَابَ أَوْ تَقَادَّمَ الْعَهْدُ فَمِنْ الْمَصْدُوقِ مِنْهُمَا بِالْيَمِينِ. فِيهِ قَوْلَانِ:

أَصْحُهُمَا - وَهُوَ اخْتِيَارُ الْمُزْنِيِّ: الْعَتَقُ <sup>(٤)</sup> - لِأَنَّهُ أَلْغَارِمُ وَهَذَا كَمَا أَنَّهُ إِذَا اختلف الغاصب والمالك في قيمة المغصوب بعد تلفه يُصَدَّقُ الْغَاصِبُ.

والثاني: أَنَّ الْمَصْدُوقَ - الشَّرِيكَ؛ لِأَنَّ الْمَعْتَقَ يَتَمَلَّكُ عَلَيْهِ قَهْرًا، فَيَصْدُقُ الْمَتَمَلَّكُ عَلَيْهِ كَمَا إِذَا اختلف الشَّفِيعُ مَعَ الْمُشْتَرِي فِي الثَّمَنِ الْمَأْخُوذِ بِهِ يَصْدُقُ الْمُشْتَرِي وَعَلَامٌ يَبْنِي الْقَوْلَانِ؟ قَالَ أَكْثَرُهُمْ: هُمَا مَبْنِيَانِ عَلَى أَنَّ السَّرَايَةَ تَتَعَجَّلُ بِاللَّفْظِ، أَوْ تَتَأَخَّرُ إِلَى أَدَاءِ الْقِيَمَةِ، إِنْ قَلْنَا: تَتَعَجَّلُ فَالْمَصْدُوقِ الْمَعْتَقُ؛ لِأَنَّهُ غَارِمٌ وَإِنْ قَلْنَا: يَتَأَخَّرُ فَالْمَصْدُوقِ الشَّرِيكَ؛ لِأَنَّ مَلِكَهُ بَاقٍ فَلَا يُتَنَزَّعُ إِلَّا بِمَا يَقُولُهُ، كَمَا فِي الْمُشْتَرِي مَعَ الشَّفِيعِ. وَعَنْ أَلْفَقَالِ: أَنَّ الْقَوْلَيْنِ جَارِيَانِ سِوَاءِ قَلْنَا: بِتَعَجُّلِ السَّرَايَةِ أَوْ تَأَخُّرِهَا، وَهُمَا كَمَا نَصَّ الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فِيمَنْ اشْتَرَى عَبْدَيْنِ وَمَاتَ أَحَدُهُمَا عِنْدَهُ وَوَجَدَ بِالْآخِرِ عِيْبًا، وَقَلْنَا: إِنْ لَهُ أَنْ يَفْرُدَهُ بِالرَّدِّ وَيَسْتَرِدُّ حِصَّتَهُ مِنَ الثَّمَنِ، [فَلَوْ اختلفا في قيمة العبد ليعرف حصة المردود من الثمن] فقد ذكر قولين:

أحدهما: أَنَّ الْمَصْدُوقَ الْبَائِعِ -؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ <sup>(٥)</sup> جَمِيعَ الثَّمَنِ، وَالْآنَ يَحْتَاجُ إِلَى الرَّدِّ فَهُوَ غَارِمٌ.

والثاني: أَنَّ الْمَصْدُوقَ الْمُشْتَرِي، لِأَنَّ الْبَائِعَ يَدْعَى عَلَيْهِ أَنْكَ تَمَلَّكَتِ الْعَبْدَ التَّالِفَ

(١) فِي ز: خِرَاجٍ. (٢) سَقَطَ فِي: ز.

(٣) فِي أ: وَالثَّانِي مَكَانَ «قِيَمَةُ يَوْمِ الْإِعْتِلَافِ».

(٤) فِي أ: الْعَتَقُ. (٥) فِي ز: مَلَّكَ.

بِثُلُثِي الْكَمَنِ مثلاً وهو يقول: تملكته بالنصف. قال الصَّيْدَلَانِيُّ: وفائدة الطريقتين في الأب إذا استولد جارية ابنه؛ فإن بنينا القولين على أَنَّ السَّرَايَةَ متى تحصل، وهناك<sup>(١)</sup> المصدق في قيمة الجارية الأب؛ لأنه ليس هناك قول أَنَّ الْأَسْتِيْلَادَ يتوقف على أداء القيمة، وإن لم يبين على ذلك الأصل فيها هنا أيضاً قولان:

أحدهما: يصدَّقُ الأب، لأنه غَارِمٌ.

والثاني: الابن - إذ الأصل ألا يستحق إلا بما يزعم، ولو اختلفا في صفة في العبد تزيد بها القيمة، وهما متفقان على قيمته، لو لم توجد تلك الصفة. مثل: أن يدَّعي الشريك أنه كان خبازاً وأنكر المعتق، فإن كان العبد حاضراً، وهو يحسن الصنعة ولم يَمْضِ من الزمان بعد الإعتاق ما يمكن تعلمها فيه؛ فيُصدَّقُ الشريك. وإن مضى من الزمان ما يمكن التعلم فيه، أو كان العبد غائباً أو ميتاً فَطَرِيقَانِ:

أحدهما: أن في المصدق منهما قولان، لأنهما مختلفان في قدر القيمة كما في الصورة السابقة:

وَأَصْحُهُمَا - وبه قال أبو إسحاق: الْقَوْلُ قول المعتق؛ لأن الأصل عدم الصفة التي يدعيها الشريك [وبراءة ذمته عن الزيادة التي يدعيها الشريك]<sup>(٢)</sup> وَلَا يُقْبَلُ قول العبد على الشريك: إني لست بخباز؛ لأنه قد يكتم الصنعة ولا على المعتق أنني أحسنها بل يجرب، ولو اختلفا في عيب بالعبد [ينقص القيمة]<sup>(٣)</sup>؛ يُنْظَرُ إِنْ ادَّعى المعتق عيباً في أصل الخلقة بأن قال: كان أكمه أو أخرس. وقال الشريك: بل كان بصيراً ناطقاً، وقد غاب العبد أو مات فيُصدَّقُ الْمُعْتَقُ بيمينه، لأن الأصل براءة ذمته، والأصل عدم ما يدعيه الشريك، ومنهم من يجعله<sup>(٤)</sup> على قولين، كما إذا اختلفا في مقدار القيمة مطلقاً، والظاهر الأول لكن حَصَصَهُ في «التَّهْذِيبِ» بما إذا ادَّعى [النقصية]<sup>(٥)</sup> في الأعضاء الظاهرة أما إذا ادعاها في الأعضاء الباطنة، فهو على القولين فيما إذا ادعى حدوث العيب بعد أصل السَّلَامَةِ، والفرق أن في الأعضاء الظاهرة يتمكن الشريك من إثبات السلامة، وإن ادعى حدوث عيب بعد السلامة: بأن زعم ذهاب بصره، أو كونه أبقاً أو سارقاً فَقَوْلَانِ:

أحدهما: أنه يُصدَّقُ الْمُعْتَقُ؛ لأنَّ الأصل بَرَاءَةُ ذِمَّتِهِ.

وَأَصْحُهُمَا [على]<sup>(٦)</sup> ما ذكره الرُّوْيَانِيُّ، و«صاحب التهذيب»: أن المصدق

(١) في ز: فهناك. (٢) سقط في: ز.

(٣) في ز: تنقص بالقيمة. (٤) في ز: جعله.

(٥) في ز: النقصية. (٦) سقط في: ز.

الشريك لأن الأصل عدم حدوث العيب، وعن الماسزجسي: بناء القولين على أن السراية تتعجل أو تتأخر إن تعجلت صدق المعتق؛ لأنه غارم وإلا فلا وقد سبق مثله، وخصص بعضهم القولين بما يشاهد، ويطلع عليه وقطع فيما لا يشاهد بتصديق الشريك لعسر إثباته بالبينه.

وقوله في الكتاب: «فيخرج على قولي تقابل الأصلين» المقصود منه ما بينه الإمام وصاحب الكتاب في «الوسيط»: وهو أنه ليس المعنى تقابل الأصلين نفاهما بحيث يستحيل الترجيح؛ لأن التعارض المحقق؛ يقتضي سقوط القولين ولا بد من الفتوى بأحدهما، وتخيير المعنى بين متناقضين لا وجه له. ولكن يُطلب الترجيح من وجه آخر، سوى استصحاب الأصول، فإن لم يظهر وجب التوقف إلى أن يظهر. نعم خُصصت المسائل التي يتداني فيها مأخذان، ويتقابل أصلان بحيث يدق فيها الترجيح بهذا اللقب وذلك كوجوب فطرة العبد المنقطع خبره، فالأصل براءة الذمة من جانب وبقاء الحياة من جانب، وكما في دعوى حدوث العيب في الفصل [بان] (١) الأصل عدم الحدوث من جانب، وبراءة الذمة من جانب، فإن لم يسلم الغارم أصل السلامة خرجت الصورة عن قالب التقابل.

قال الغزالي: (الرابعة): إن مات المعتق قبل الأداء على قول التوقف فالقيمة في تركه، وإن مات العبد ففي سقوط القيمة وجهان، ولا ينفذ بيع الشريك قبل الأداء، وفي إعتاقه وجهان، ومهما أعسر المعتق قبل الأداء أرتفع الحجر عن الشريك.

قال الرافعي: في الفصل جملتان:

إحدهما: إذا مات المعتق قبل أداء القيمة؛ أخذت من تركه أما إذا قلنا بتعجيل (٢) السراية، أو قلنا بالتبيين فظاهر، وأما إذا أخذناها إلى أداء القيمة فلأن الإعتاق وجد في الحياة، وصار عتق نصيب الشريك مستحقاً به، وذلك مما يوجب القيمة، وقد يوجد سبب الضمان في الحياة، ويتأخر الوجوب عنها، كمن حفر بئراً في محل عدوان، وتردى فيها بهيمة أو إنسان بعد موته، وإن أعسر بعد الإعتاق ومات مغسراً [فإن أثبتنا] (٣) السراية بنفس الإعتاق، فالقيمة في ذمته، وإن قلنا بالقولين الآخرين لم يعتق نصيب الشريك ذكره في «التهديب».

وقوله في الكتاب: «ولو مات المعتق قبل الأداء على قول التوقف» لم يرد به

(٢) في أ: يتعجل.

(١) في ز: فإن.

(٣) سقط في: ز.

التوقف في الحكم إلى أن يوجد الأداء أو لا يوجد، ولكن أراد توقف العتق على أداء القيمة كمن ذكر في التعبير عن الأقوال فيقال: ويتوقف على أداء القيمة على قول، ثم إن الحكم المذكور وهو أن القيمة في تركته لا يختص [بهذا]<sup>(١)</sup> القول بل هو على سائر الأقوال أظهر وإنما خصه بالذكر؛ لأنه موضع الشبهة.

ولو مات العبد قبل أداء القيمة فإن قلنا السراية تحصل بالإعتاق مات حراً موروثاً منه فيؤخذ قيمة نصيب الشريك، وإن قلنا بالتبيين وقف إلى أداء القيمة، فإذا أدت فإن الأمر كذلك، وإن قلنا تأخر السراية إلى وقت الأداء فوجهان:

أظهرهما: أنها تسقط؛ لأن وجوب القيمة ليحصل العتق والميت لا يعتق.

والثاني: المنع؛ لأنه مال استحق في الحياة فلا يسقط بالموت.

وذكر الإمام على هذا أنه يجب على المعتق قيمة نصيب شريكه ثم يتبين أن العتق حصل قبيل موته وهو يضاوي مذهب أبي حنيفة في أن المكاتب إذا خلف وفاء يؤدي النجوم منه. وفي «التهذيب» تفريعاً على تأخر السراية أنه يموت نصفه رقيقاً ثم ذكر الوجهين في أن للشريك أن يطالبه بقيمة نصيبه وهذا بعيد.

الجملة الثانية: إذا أعتق الشريك نصيبه قبل أخذ القيمة لم ينفذ أثبتنا السراية في الحال وإن أخرناها إلى أداء القيمة فوجهان:

أحدهما: لا ينفذ أيضاً؛ لأن المعتق استحق أن يملكه بالقيمة ليعتق عليه ويكون ولاءه له ولا يكون صرف العتق عن المستحق لغيره كما أن المستولدة لما صارت مستحقة العتق على السيد لم يجز صرف عتقها إلى غيره.

والثاني: وبه قال أبو حنيفة والإصطخري، وأبو علي بن خيران، وابن أبي هريرة - رحمهم الله - أنه ينفذ لمصادفته الملك، وأيضاً فلأن المقصود تكميل العتق والتكميل يحصل به ويغني عن القيمة، وهذا أظهر عند الصيدلاني والأول أظهر عند معظم الأصحاب، فإن قلنا ينفذ الإعتاق فعن القاضي الحسين: إن في البيع والهبة ونحوهما وجهين، وهو المذكور في الكتاب المنع، وعن الشيخ أبي محمد: القطع به، وإذا قلنا بنفوذ البيع فهل للشريك أن يشفع البيع بالنقض فيبذل القيمة كما [ينقض]<sup>(٢)</sup> الشفيع بيع المشتري فيه احتمال للإمام.

وللشريك مطالبة المعتق بقيمة نصيبه على الأقوال جميعها، أما على غير قول التأخير فظاهر وأما على قول التأخير فلأنه محجور ممنوع من التصرف والحيلولة من

(٢) في ز: تنقضي.

(١) في ز: لهذا.

أسباب [الضمان]<sup>(١)</sup>. قال الإمام: ويلزم على قولنا بنفوذ البيع ونحوه ألا يملك مطالبته به وأن يكون المعتق مختاراً في بذل القيمة كالشفيع في بذل الثمن وهو ضعيف وإذا دفع المعتق القيمة أجبر الشريك على قبولها إن وقفنا العتق على أدائها وإذا لم يدفع المعتق ولا طلب الشريك فللعبد طلب الدفع من هذا والقبض من هذا، فإن امتنع فللمحاكم مطالبتهما؛ لأن العتق متعلق حق الله تعالى فإن كان الشريك غائباً فيدفع القيمة إلى وكيله فإن لم يكن له وكيل جعله القاضي عند أمين، وله أن يقرها في يد المعتق إذا كان أميناً.

وإذا تعذرت القيمة لإفلاس أو هرب ففي كلام الصيدلاني والرويانى وحكاه الإمام عن الشيخ أبي علي: أنه يبقى نصيب الشريك رقيقاً ويرتفع الحجر عنه؛ إذ لا وجه لتعطيل ملكه عليه من غير بدل، ولالإمام قدس الله روحه فيه احتمال؛ لأن علته العتق فيثبت ويلزم، وأقام هذا الاحتمال في «الوسيط وجهاً» فقال: «الصحيح أن اعتبار العتق يرفع الحجر» وما حكينا عن «صاحب التهذيب»: أنه أعسر المعتق ومات معسراً يشعر بالجواب بذلك الوجه فإنه لم يكتب بالإعسار بل اعتبر الموت ولو عاد اليسار قال الشيخ أبو علي يعود التقويم؛ لأن حَقَّ الْعِتْقِ قَدْ ارْتَفَعَ بِتَحَلُّلِ الْأَعْسَارِ، وفيه احتمال أيضاً للإمام.

فَرَع: إذا قلنا: لا تحصل السراية قبل أداء القيمة، فلو وطئ الشريك الجارية قبل الأداء؛ وجب نصف المهر لنصفها الحر.

قال الإمام: وَلَيَقَعُ الْعَرَضُ فِي وَطْئِ مُخْتَرَمٍ أَوْ فِيمَا إِذَا كَانَتْ مُكْرَهَةً مَضْبُوطَةً، وفي النصف الآخر وجهان عن رواية «صاحب التفریب»: أَظْهَرُهُمَا: أنه لا يلزم لمصادفته ملكه.

والثاني: يَلْزَمُ وَيَصْرَفُ إِلَى الشَّرِيكِ الْمُعْتَقِ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ إِنْ كَانَ لِلوَاطِئِ فَهُوَ مُسْتَجِبُّ الْإِنْقِلَابِ إِلَيْهِ وَهَذَا الْوَجْهَ ذَكَرَ فِيمَا إِذَا بَاعَ جَارِيَةً بِشَرَطِ خِيَارٍ، وَقَلْنَا: إِنْ الْمَلِكُ لِلْبَائِعِ فَوُطِئَتْ بِشُبُهَةِ ثُمَّ لَمْ يَفْسَخِ الْعَقْدَ أَنَّ الْمَهْرَ لِلْمُشْتَرِي نَظراً إِلَى الْمَالِ.

قال الإمام: ويجوز أن يقال تفریباً على الوجه الثاني، أنه يكون للجارية؛ لأن مصيرها إلى العتق بتقدير الانقلاب إلى المعتق، وينبغي أن لا ينجز إزماءه بل يتبين عند [عدم]<sup>(٢)</sup> السراية، حتى لو ماتت الجارية، وقلنا لا سراية بعد الموت، فلا يوجب نصف المهر، كتبين استمرار الملك له، وإن قلنا تحصل السراية بنفس الإعتاق؛ فيجب جميع المهر لها ولا حد للاختلاف في ملكه والله أعلم<sup>(٣)</sup>.

(١) في ز: الدمار.

(٢) سقط في: ز.

(٣) سقط في: ز.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: (الْحَامِسَةُ): إِذَا قَالَ: مَهْمَا أَعْتَقْتَ نَصِيْبَكَ فَتَصِيْبِي حُرٌّ فَأَعْتَقَ الْمَقُولُ لَهُ وَهُوَ مُوسِرٌ عِتْقٌ كُلُّهُ عَلَيْهِ لِأَنَّ السَّرَايَةَ أَقْوَى مِنَ التَّعْلِيْقِ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِراً نَفَذَ عَلَى الْمُعْلَقِ، وَإِنْ قَالَ: فَتَصِيْبِي قَبْلَهُ حُرٌّ فَهُوَ دَوْرٌ وَيَمْتَنِعُ عَلَى الْمَقُولِ لَهُ عِنْدَ مَنْ يُبْطِلُ الدَّوْرَ اللَّفْظِيَّ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا قَالَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ لِلْآخَرِ: إِذَا أَعْتَقْتَ نَصِيْبَكَ؛ فَنَصِيْبِي حُرٌّ أَوْ قَالَ: فَجَمِيعُ الْعَبْدِ حُرٌّ [أَوْ قَالَ] (١): فَنَصِيْبِي حُرٌّ بَعْدَ عِتْقِ نَصِيْبِكَ، فَإِذَا أَعْتَقَ الْمَقُولُ لَهُ نَصِيْبَهُ نَظَرًا، إِنْ كَانَ مُعْسِراً عِتْقٌ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَصِيْبَهُ عَلَى الْمَقُولِ لَهُ بِالتَّجْزِيزِ، وَعَلَى الْمُعْلَقِ [بِمَقْتَضَى الْعِتْقِ] (٢) فَإِنْ كَانَ مُوسِراً عِتْقٌ نَصِيْبَهُ عَلَيْهِ ثُمَّ إِنْ قَلْنَا السَّرَايَةَ تَحْصُلُ بِنَفْسِ الْإِعْتَاقِ عِتْقُ الْكُلِّ عَلَيْهِ وَلِزِمَتْهُ قِيَمَةُ نَصِيْبِ الشَّرِيكِ، وَوَجْهٌ ذَلِكَ بِأَنَّ السَّرَايَةَ أَقْوَى مِنَ الْعِتْقِ بِالتَّعْلِيْقِ؛ لِأَنَّ السَّرَايَةَ فَهْرِيَّةٌ تَابِعَةٌ لِعِتْقِ النَّصِيْبِ، لَا مَدْفَعٌ لَهَا فَكَأَنَّ الْمَلِكَ الَّذِي تَنَصَّصَهُ السَّرَايَةَ مُخْتَطَفٌ مُنْتَرَعٌ مِنَ الْبَيِّنِ وَمَوْجِبُ التَّعْلِيْقِ قَابِلٌ لِلدَّفْعِ بِالْبَيْعِ وَنَحْوِهِ، وَإِنْ قَلْنَا بِالتَّبْيِينِ، فَكَذَلِكَ الْحُكْمُ إِذَا أُذِيَّتِ الْقِيَمَةُ وَإِنْ قَلْنَا بِتَأْخِرِ السَّرَايَةَ إِلَى آدَاءِ الْقِيَمَةِ فَنَصِيْبُ الْمُعْلَقِ عَمَّنْ يَعْتَقُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أحدهما: عن المعلق لوجود الصفة ونصيبه في ملكه.

والثاني: عن المعتق وعليه قيمته، وبنى ذلك على الخلاف في أنه إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه. هل ينفذ إعتاق الآخر قبل أداء القيمة؛ تفرعاً على هذا القول، إن قلنا: نعم. عتق نصيب المعلق عنه، وإن قلنا لا - عتق على المقول له إذا أدى القيمة.

ولو قال: إذا أعتقت نصيبك فنصيبني حُرٌّ مع عتق نصيبك، أو في حال عتق نصيبك فوجهان مع التفرع على أن السراية تحصل بنفس الإعتاق:

أحدهما: وبه قال ابن القاصِّ وصاحب «التقريب»: أنه يُعتق جميع العبد عليهما. نِصْفُهُ عَنِ الْمُعْتَقِ بِالإِعْتَاقِ، وَنِصْفُهُ عَنِ الْمُعْلَقِ بِوُجُودِ الصِّفَةِ، وَلَا شَيْءَ عَلَى الْمُعْتَقِ وَذَلِكَ أَنْ اِعْتِبَارَ الْمَعِيَّةِ يَمْنَعُ السَّرَايَةَ وَهَذَا مَا اخْتَارَهُ الْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ وَحَكَاهُ الرَّوَّانِيُّ عَنِ عَامَةِ الْأَصْحَابِ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - .

والثاني - وبه قال ألقفال: أنه يُعتق الجميع على المقول له أيضاً، ولا أثر لقوله: مع نصيبك، فإن المعلق لا يقارن المعلق عليه، بل يتأخر عنه لا محالة، وهذا ما أورده الشيخ أبو علي في شرح الفروع، وألحقه. بما حكى عن ابن سريج أنه: لو قال لعبد سألِم: أنت حر في حال عتق غانم أو قال: مهما أعتقت غانماً فأنت حر مع عتقه، ثم

(١) سقط في: ز.

(٢) في ز: يقفني التعليق.

أعتق غانماً في مَرَضِ الموت، وَالْثُلُثُ لا يفي إلا بأحدهما، لا يُفْرَعُ بينهما بل يتعين غانم للعتق؛ لأن عِتْقَ سَالِمٍ مَشْرُوطٌ بَعْتَقِهِ، فلا يُؤْخَذُ دُونَهُ، وهذه المسألة قد مَرَّتْ في «الوصايا» من غير تَعَرُّضِ المَعْلُوقِ لِلْمَعِيَّةِ وذكرنا وجهاً: أنه يُفْرَعُ بينهما والوجهان المذكوران فيما إذا قال: فنصبي حُرّاً مع نصيبك يجريانها هنا أيضاً، وبناهما الإمام على أنه إذا أَعْتَقَ عبيداً في مرض موته؛ لا مال له غيرهم وَرَدَّ الإِعْتَاقَ إِلَى الثُلُثِ، فكيف تقدر [أنقول]<sup>(١)</sup>: ثبت الإعتاق في الزائد على الثلث، ثم أبطل أو نقول يتبين في الحصر في الثلث أنه لم يثبت في غيره. فيه قولان يجريان في كل وَصِيَّةٍ زَائِدَةٍ على الثلث، فإن قلنا يَنْبُتُ العتق في الجميع ثم أبطل فَيُفْرَعُ بينهما، ويجعل كأنه أَعْتَقَ العبدين، وإذا خرجت القرعة على سالم عتق؛ لأنه [قد]<sup>(٢)</sup> ثبت عِتْقُ غَانِمٍ وتحققت الصفة ثم رُدَّ، وإن قلنا يتبين أنه لم ينفذ فلو أفرغ وخرجت القرعة لسالم؛ لزم ألا يعتق غانم؛ لأن القرعة لم تخرج له، إلا بعتق سالم؛ لأن شرط عِتْقِهِ عِتْقُ غَانِمٍ، وكيف يجوز أن يعتق عبدان يخرج أحدهما من الثلث ولا يعتق واحد منهما؛ فلذلك تَعَيَّنَ عِتْقُ غَانِمٍ، ولو قال: إذا أعتقت نصيبك؛ فنصبي حُرّاً قبل عتق نصيبك فَأَعْتَقَ المَقُولَ [له]<sup>(٣)</sup> نصيبه نُظِرَ إن كانا مُعَسَّرَيْنِ أو كان المَعْلُوقُ مُعَسِّراً عِتْقَ نصيب المُنْحَزِ، ونصيب المَعْلُوقِ يعتق عليه قبل ذلك بموجب التعليق، ولا سَرَايَةَ، وإن كان القاتل المعلق موسراً، قولنا السَرَايَةَ تَحْصُلُ بنفس الإعتاق ففيه وجهان: من صَحَّحَ الدُّورَ اللفظي كَابْنِ الحَدَّادِ يقول: لا يَنْفَذُ إعتاق المَقُولِ له في نصيبه؛ لأنه لو نَفَذَ لعتق نصيب القاتل قبله، ولو عتق لَسَرَى وَلَوْ سَرَى لَبَطَلَ عِتْقُهُ؛ فيلزم من نفوذ عتقه<sup>(٤)</sup> عدم نفوذه، وعلى هذا فلو قال السَيِّدُ لِعَبْدِهِ: مهما أعتقتك فأنت حر [مثله]<sup>(٥)</sup> لم يتمكن من إعتاقه كما سبق نظيره في «الطلاق»، ولو صدر هذا التعليق من الجانبين أَمْتَنَعَ الإِعْتَاقَ عليهما.

ولو قال أحدهما للآخر: مهما بعت نصيبك فنصبي حر قبله: لم ينفذ البيع.

والمستبعدون لصحة الدور وَأَنسَدَادِ بَابِ الطَّلَاقِ وَنَحْوِهِ أولى بالاستبعادها هنا لِتَضَمُّنِهِ الحَجَرَ على<sup>(٦)</sup> الغير<sup>(٧)</sup>، وَمَنْ لَا يُصَحِّحُ الدُّورَ، وهو الأظهر يقول: بَعْتَقِي نصيب كل واحد منهما عنه، ولا شيء لأحدهما على الآخر كما لو قال: مع نصيبك وإن قلنا:

(١) في أ: القول.

(٢) سقط في: ز.

(٣) سقط في: ز.

(٤) في ز: نفوذه.

(٥) سقط في: ز.

(٦) وأيد في المطلب قول من قال إن الدور هنا أبعد لقول الأصحاب فيما إذا قال لامرأته إذا انفسخ

نكاحك فأنت طالق قبله ثلاثاً ثم انفسخ نكاحها بردتها.

(٧) في الروضة: العين.

إِنَّ الْعِتْقَ<sup>(١)</sup> بِأداء القيمة فَإِنْ نَقَدْنَا قَبْلَهُ عَلَى الْمَعْلُوقِ، وَإِنْ لَمْ نَنْفِذْهُ. قَالَ الْإِمَامُ: تَدُورُ الْمَسْأَلَةُ أَيْضاً، لِأَنَّهُ إِذَا أَعْتَقَ نَصِيبَ الْمَعْلُوقِ أَوْلاً؛ صَادَفَ إِعْتَاقَ الثَّانِي مِنْهُ هُوَ مُسْتَحِقُّ الْعِتْقِ الْأَوَّلِ، فَلَا يَنْفِذُ، وَإِذَا لَمْ يَنْفِذْ لَا يَعْتَقُ نَصِيبَ الْمَعْلُوقِ؛ لِأَنَّهُ مُشْرُوطٌ بِهِ، وَفِي هَذِهِ الصُّورِ جَمِيعاً لَوْ أَعْتَقَ الْمَعْلُوقَ نَصِيبَهُ، عَتَقَ وَتَثَبَتِ السَّرَايَةُ إِذَا وَجَدَ شَرْطَهَا. وَاللَّهُ أَعْلَمُ<sup>(٢)</sup>.

قَالَ الْعَزَائِلِيُّ: (السَّادِسَةُ) لَوْ قَالَ: أَعْتَقْتُ نَصِيبَكَ وَأَنْتَ مُوسِرٌ فَأَنْكَرَ عِتْقَ نَصِيبِ الْمُدْعَى مَجَاناً وَلَهُ أَنْ يَحْلِفَهُ، فَإِنْ نَكَلَ اسْتَحَقَّ بِالْيَمِينِ الْمَرْدُودَةَ قِيمَةَ نَصِيبِهِ وَلَمْ يَعْتَقْ نَصِيبَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ، وَلَوْ قَالَ وَاحِدٌ: إِنْ كَانَ الطَّائِرُ غَرَاباً فَتَنْصِيبِي حُرٌّ وَقَالَ الْآخَرُ: إِنْ لَمْ يَكُنْ فَتَنْصِيبِي حُرٌّ لَمْ يَعْتَقْ شَيْءٌ لِلشُّكِّ، فَإِنْ اشْتَرَى الْعَبْدَ ثَالِثَ حُكْمٍ بِحُرِّيَةِ النُّصْفِ فِي يَدِهِ لِلْيَقِينِ. وَلَمْ يَكُنْ لَهُ عَلَى أَحَدِهِمَا رُجُوعٌ بِالثَّمَنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا ادْعَى أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ عَلَى الْآخَرِ، وَهُوَ مُوسِرٌ أَنْكَرَ أَعْتَقْتَ [نَصِيبَكَ]<sup>(٣)</sup> وَعَلَيْكَ قِيمَةَ نَصِيبِي؛ فَأَنْكَرَهُ نَظَرٌ؛ إِنْ كَانَ لِلْمُدْعَى بَيِّنَةٌ؛ حَكَمَ بِمُقْتَضَاهَا وَمَتَّى يَعْتَقُ نَصِيبَ الْمُدْعَى، فِيهِ الْأَقْوَالُ، وَإِذَا لَمْ تَكُنْ بَيْنَهُ فَالْمَصْدَقُ الْمُنْكَرُ مَعَ يَمِينِهِ، فَإِنْ حَلَفَ رَقَّ نَصِيبُهُ، وَإِنْ نَكَلَ حَلَفَ الْمُدْعَى الْيَمِينِ الْمَرْدُودَةَ وَاسْتَحَقَّ الْقِيمَةَ.

وَالصَّحِيحُ: أَنَّهُ لَا يُحْكَمُ بِعِتْقِ نَصِيبِ الْمُدْعَى عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الدَّعْوَى إِنَّمَا تُوَجَّهَتْ عَلَيْهِ؛ بِسَبَبِ الْقِيمَةِ، وَإِلَّا فَلَا مَعْنَى لِلدَّعْوَى عَلَى الْإِنْسَانِ [أَنَّهُ]<sup>(٤)</sup> أَعْتَقَ عَبْدَهُ وَإِنَّمَا ذَلِكَ مِنْ وَظِيفَةِ الْعَبْدِ، نَعَمْ. لَوْ شَهِدَ هَذَا الْمُدْعَى مَعَ آخَرٍ ثَبَتَ الْعِتْقُ بِشَهَادَةِ الْحَسْبَةِ.

قَالَ الْإِمَامُ: وَأَبْعَدُ [بَعْضُ]<sup>(٥)</sup> مِنْ لَا خَيْرَ لَهُ وَقَضَى بِالْعِتْقِ فِي نَصِيبِ الْمُدْعَى عَلَيْهِ بِيَمِينِ الرَّدِّ تَبَعاً لِلدَّعْوَى الْقِيمَةَ، وَهَلْ يُحْكَمُ بِعِتْقِ نَصِيبِ الْمُدْعَى إِذَا حَلَفَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ لَوْ نَكَلَ، وَحَلَفَ الْمُدْعَى إِنْ قَلْنَا: إِنْ السَّرَايَةُ تَتَعَجَّلُ فَتَنْعَمُ. لِأَعْتِرَافِهِ بِسَرَايَةِ إِعْتَاقِ الْمُدْعَى عَلَيْهِ إِلَى نَصِيبِهِ، وَإِنْ قَلْنَا بِالتَّأخِيرِ؛ لَمْ يَعْتَقْ وَإِذَا عُتِقَ نَصِيبُهُ فَلَا يَسْرَى إِلَى نَصِيبِ الْمُنْكَرِ وَإِنْ كَانَ الْمُدْعَى مُوسِراً؛ لِأَنَّهُ لَمْ [يَنْشَأْ]<sup>(٦)</sup> الْعِتْقُ فَأَشْبَهَ مَا إِذَا ادَّعَى أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ عَلَى رَجُلٍ أَنْكَرَ اشْتَرَيْتَ نَصِيبِي، وَأَعْتَقْتَهُ، وَأَنْكَرَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ يَعْتَقُ نَصِيبَ الْمُدْعَى، وَلَا يَسْرَى، وَوُجَّهَ أَيْضاً: بِأَنَّ نَصِيبَهُ عَتَقَ لَا بِاخْتِيَارِهِ بَلْ نَصِيبَهُ لِقَوْلِهِ: أَعْتَقْتُ نَصِيبَكَ فَصَارَ كَمَا لَوْ وُورِثَ بَعْضٌ مِنْ يَعْتَقُ عَلَيْهِ، يَعْتَقُ مَا وَرِثَهُ، وَلَا يَسْرَى وَإِنْ

(١) فِي أ: الْمَعْتَق.

(٢) فِي ز: نَفْسَكَ.

(٣) سَقَطَ فِي: ز.

(٤) فِي ز: بِأَنَّهُ.

(٥) سَقَطَ فِي: ز.

(٦) سَقَطَ فِي: ز.



قلنا: لا يُعْتَقُ إِلَّا بَعْدَ آدَاءِ الْقِيَمَةِ لَمْ يَعْتَقْ نَصِيبَ الْمُدْعَى بِقَوْلِهِ: أَعْتَقْتُ نَصِيبَكَ وَإِنْ صَدَّقَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ الشَّرِيكَ [فلا] <sup>(١)</sup> إشكال، وإن كان المُدْعَى عَلَيْهِ مُعْسِراً، وَأَنْكَرَ وحلف لم يعتق شيء من العبد، فإن اشترى المُدْعَى نَصِيبَ شَرِيكِهِ بَعْدَ ذَلِكَ؛ عَتَقَ مَا اشْتَرَاهُ؛ لِإِقْرَارِهِ بِأَنَّهُ أَعْتَقَهُ وَلَا يَسْرِي إِلَى الْبَاقِي.

أما إذا ادعى كل واحد من الشريكين [الموسرين] <sup>(٢)</sup> على صاحبه أنك أعتقت نصيبك، وطلبه بالقيمة وأنكر صاحبه؛ فكل واحد منهما يَصُدَّقُ بيمينه فيما أنكره، فإذا حلفا فلا مطالبة <sup>(٣)</sup> بالقيمة، ويحكم بعتق جميع العبد إن قلنا بتعجيل السراية؛ لاعتراف كل واحد منهما بِسَرَايَةِ الْعِتْقِ إِلَى نَصِيبِهِ وَالْوَلَاءِ مَوْقُوفٍ بَيْنَهُمَا، لَا يَدْعِيهِ هَذَا وَلَا ذَاكَ وَإِنْ قَلْنَا: بِتَأْخُرِ السَّرَايَةِ أَوْ بِالتَّوَقُّفِ، وَالتَّبَيُّنِ؛ فَالْعَبْدُ رَقِيقٌ، وَإِنْ كَانَا مُعْسِرَيْنِ وَقَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِلْآخَرِ: قَدْ أَعْتَقْتُ نَصِيبَكَ لَمْ يَعْتَقْ مِنْهُ شَيْءٌ، فَإِنْ اشْتَرَى أَحَدُهُمَا نَصِيبَ الْآخَرِ حُكْمٌ بِعِتْقِ مَا اشْتَرَاهُ لِاعْتِرَافِهِ بِأَنَ شَرِيكِهِ أَعْتَقَهُ وَلَا يَسْرِي؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُثْبِتْ إِعْتَاقًا وَذَكَرَ فِي «الْمُهَذَّبِ»: «إِنَّهُ لَوْ بَاعَ أَحَدُهُمَا مِنْ زَيْدٍ وَالْآخَرَ مِنْ عَمْرٍو؛ صَحَّ وَلَا عِتْقٌ، وَلَوْ بَاعَا مِنْ رَجُلٍ وَاحِدٍ حُكْمٌ بِعِتْقِ نِصْفِهِ؛ لِأَنَّ عِتْقَ أَحَدِ النِّصْفَيْنِ يَقِينُ وَقَدْ جَمَعَهُمَا مِلْكٌ وَاحِدٌ وَهَذَا لَا يَتَبَيَّنُ لَهُ وَجْهٌ، وَلَا يَقِينُ فِي وَاحِدٍ مِنَ النِّصْفَيْنِ لَجَوَازِ كَوْنِهِمَا كَاذِبَيْنِ، وَمَوْضِعُ هَذَا الْكَلَامِ: مَسْأَلَةُ الْغُرَابِ عَلَى مَا سَنَذَكُرُهَا عَلَى الْأَثَرِ وَلَا أُدْرِي - أَوْعَى الْخَلَلِ فِي النِّسْخَةِ أَمْ كَيْفَ الْحَالِ؟ وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُوسِراً وَالْآخَرَ مَعْسِراً أُعْتِقَ نَصِيبَ الْمَعْسِرِ عَلَى قَوْلِ تَعْجِيلِ السَّرَايَةِ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ يَتَضَمَّنُ السَّرَايَةَ إِلَى نَصِيبِهِ، وَوَلَاؤُهُ مَوْقُوفٌ وَلَا يَعْتَقُ نَصِيبَ الْمُوسِرِ فَإِنْ اشْتَرَاهُ الْمَعْسِرُ عَتَقَ كُلَّهُ، وَلَوْ طَارَ طَائِرٌ فَقَالَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ: إِنْ كَانَ هَذَا الطَّائِرُ غُرَاباً فَنَصِيبِي مِنْ هَذَا الْعَبْدِ حَرٌّ وَقَالَ الْآخَرُ: إِنْ لَمْ يَكُنْ غُرَاباً فَنَصِيبِي مِنْهُ حَرٌّ، وَلَمْ يَتَبَيَّنِ الْحَالُ فَإِنْ كَانَا مُعْسِرَيْنِ لَمْ يَحْكَمْ بَعْتَقِ نَصِيبِ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، كَمَا لَوْ جَرَى التَّعْلِيقَانِ مِنْ شَخْصَيْنِ فِي عَبْدَيْنِ أَوْ زَوْجَتَيْنِ لَكِنْ لَوْ اشْتَرَى أَحَدُهُمَا نَصِيبَ الْآخَرِ حُكْمٌ بِعِتْقِ أَحَدِ النِّصْفَيْنِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ جَمَعَهُمَا مِلْكٌ وَاحِدٌ وَأَحَدُ النِّصْفَيْنِ حَرٌّ بِتَقْيُنِ، وَفِي حَقِّ الشَّخْصَيْنِ اسْتِصْحَابِنَا يَقِينُ الْمَلِكُ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ، وَطَرَحْنَا أَلْسُنًا وَلَوْ بَاعَا النِّصْفَيْنِ مِنْ ثَالِثٍ فَكَذَلِكَ يَحْكَمُ بِعِتْقِ أَحَدِ النِّصْفَيْنِ، وَلَا رَجُوعَ لَهُ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَزْعَمُ أَنَّ نَصِيبَهُ مَمْلُوكٌ، هَذَا هُوَ الْأَصْحَحُ، وَالْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ وَبِهِ قَالَ الْقَفَّالُ وَحَكَى الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ: عَنْ بَعْضِ الْأَصْحَابِ: أَنَّهُ إِنْ أُقْدِمَ عَلَى الشَّرَاءِ وَهُوَ عَالِمٌ بِالتَّعْلِيقَيْنِ؛ فَلَا رَجُوعَ لَهُ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ ثُمَّ بَانَ لَهُ الْحَالُ؛ فَلَهُ الرَّدُّ كَمَا لَوْ اشْتَرَى عَبْدًا ثُمَّ بَانَ نِصْفُهُ حُرًّا وَعَلَى هَذَا فَيُرَدُّ الْعَبْدُ كُلُّهُ؛ لِأَنَّ أَحَدَ نِصْفَيْهِ حَرٌّ، وَالْآخَرَ

(٢) في ز: الموسر.

(١) في ز: بلا.

(٣) في أ: نطالبه.

قَسَطُ مِمَّنْ بَعْضُهُ حُرٌّ وَفِي ذَلِكَ نَقْصَانٌ وَعَيْبٌ قَالَ الشَّيْخُ: وَلَوْ اِخْتَلَفَ قَدْرُ النَّصِيبَيْنِ؛ لَمْ يَحْكَمْ إِلَّا بِعِتْقِ أَقْلَهُمَا وَلَوْ تَبَادَلَا<sup>(١)</sup> النَّصِيبَيْنِ، فَإِنْ لَمْ يَحْنُثْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا صَاحِبَهُ، وَاعْتَرَفَا بِالِإِشْكَالِ فَلَا يَحْكَمْ عَلَيَّ وَاحِدٌ مِنْهُمَا بَعْتَقُ شَيْءٍ وَالْحَكْمُ بَعْدَ الْمُبَادَلَةِ كَالْحَكْمِ قَبْلُهَا، وَإِنْ حَنْثَ وَاحِدٌ مِنْهُمَا الْآخَرَ؛ حُكِمَ بَعْتَقُ الْكُلِّ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ يَزْعَمُ أَنَّ نَصِيبَ الْآخَرِ قَدْ عَتَقْتُ ثُمَّ اشْتَرَاهُ، وَكَانَ كَمَنْ أَقْرَبَ بِحَرِيَّةِ عَبْدٍ فِي يَدِ غَيْرِهِ ثُمَّ اشْتَرَاهُ يَحْكَمْ بَعْتَقَهُ بِإِقْرَارِهِ السَّابِقِ، وَيَكُونُ وَلَاؤُهُ مَوْقُوفًا؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَقُولُ: لَمْ يَعْتَقْ عَلَيَّ مِنْهُ شَيْءٌ وَإِنَّمَا عَتَقْتُ نَصِيبَ صَاحِبِي.

وَإِنْ حَنْثَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ وَلَمْ يُحْنِثْهُ صَاحِبُهُ؛ حَكِمَ بَعْتَقُ مَا صَارَ لِلْمُحْنِثِ وَوَلَاؤُهُ مَوْقُوفٌ، وَلَا يَحْكَمْ بَعْتَقُ النَّصِيبِ الْآخَرَ، وَإِنْ كَانَ مُوسِرِينَ فَإِنْ قَلْنَا: تَتَعَجَّلُ السَّرَايَةُ عَتَقَ الْعَبْدُ؛ لِأَنَّهَا تَتَحَقَّقُ حَنْثَ أَحَدِهِمَا وَإِنْ لَمْ تَتِمَّكَنْ مِنَ التَّعْيِينِ فَيَعْتَقُ نَصِيبَهُ وَيَسْرِي إِلَى الْبَاقِي، وَالْوَلَاءُ مَوْقُوفٌ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَدْعِيَ قِيَمَةَ نَصِيبِهِ عَلَى الْآخَرَ وَيَحْلِفُهُ عَلَى الْبَيْتِ أَنَّهُ لَمْ يَحْنِثْ وَإِنْ قَلْنَا: لَا تَخْضَلُ السَّرَايَةَ إِلَّا عِنْدَ آدَاءِ الْقِيَمَةِ، فَلَا يَحْكَمْ بَعْتَقُ شَيْءٍ مِنْهُ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَالْحَكْمُ كَمَا فِي الْمُغْسِرِينَ.

قَالَ الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ: فَإِنْ أَدْعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ أَنَّهُ أَعْتَقَ نَصِيبَهُ، وَأَرَادَ طَلْبَ الْقِيَمَةِ حَلَفَهُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُوسِرًا وَالْآخَرَ مَعْسِرًا فَإِنْ قُلْنَا بِتَعْجِيلِ السَّرَايَةِ عَتَقَ نَصِيبَ الْمُغْسِرِ بِكُلِّ حَالٍ؛ لِأَنَّهُ إِذَا حَانَتْ أَوْ صَاحِبِهِ حَانَتْ، وَالْعَتَقُ سَارٍ إِلَيْهِ وَلَا يَعْتَقُ نَصِيبَ الشَّرِيكَ الْمَوْسِرِ لِلشُّكِّ وَإِنْ [أَخْرَنَا هُمَا]<sup>(٢)</sup> إِلَى آدَاءِ الْقِيَمَةِ لَمْ نَحْكَمْ بَعْتَقُ وَاحِدٍ مِنَ النَّصِيبَيْنِ فِي الْحَالِ، وَلِلْمَعْسِرِ أَنْ يَدْعِيَ التَّقْوِيمَ عَلَى الْمَوْسِرِ وَيَحْلِفُهُ.

فِرْعَانُ: مِنَ الْقَبِيلِ الَّذِي نَحْنُ فِيهِ مِنَ «الْمَوْلِدَاتِ»:

أَحَدُهُمَا: إِذَا قَالَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ: أَعْتَقْنَا الْعَبْدَ مَعًا وَأَنْكَرَ الْآخَرَ فَإِنْ كَانَ مُوسِرِينَ أَوْ كَانَ الْقَائِلُ<sup>(٣)</sup> مُوسِرًا فَقَدْ أَطْلَقَ أَبْنُ الْحَدَّادِ أَنَّهُ يَحْلِفُ الْمُنْكَرَ وَجَرَى عَلَى إِطْلَاقِهِ جَمَاعَةٌ.

وَقَالَ الشَّيْخُ: إِنَّمَا يَحْلِفُ عِنْدِي إِذَا قَالَ الْمَقْرُ: أَنْتَ أَعْتَقْتَ نَصِيبِي [وَأَنَا لَمْ]<sup>(٤)</sup> أَعْتَقْ وَأَرَادَ طَلْبَ الْقِيَمَةِ فَيَحْلِفُ أَنَّهُ لَمْ يَعْتَقْ مَعَهُ؛ لِأَخْذِ الْقِيَمَةِ فَإِنَّ الْمَقْرَ أَقْرَبُ مَا يَوْجِبُ الْقِيَمَةَ وَادْعَى مَعَهُ مَا يَسْقُطُهَا وَهُوَ الْمَوْافَقَةُ فِي الْإِعْتَاقِ فَيُدْفَعُ يَمِينَهُ الْمَسْقُطُ<sup>(٥)</sup>، فَأَمَّا إِذَا قَالَ: لَمْ تَعْتَقْ نَصِيبِي وَلَا أَنَا أَعْتَقْتُ فَلَا مُطَالَبَةَ بِالْقِيَمَةِ وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى الْيَمِينِ وَيَحْكَمْ بَعْتَقُ جَمِيعِ الْعَبْدِ بِإِقْرَارِ الشَّرِيكَ الْمَوْسِرِ إِنْ أَثْبَتْنَا السَّرَايَةَ بِنَفْسِ الْإِعْتَاقِ، وَإِنْ أَخْرَنَا إِلَى

(٢) فِي ز: أَخْرَنَاهَا.

(٤) سَقَطَ فِي: ز.

(١) فِي أ: تَنَاوَلَا.

(٣) فِي ز: الْمَعْتَقُ.

(٥) فِي أ: الْمَقْسُطُ.

أداء القيمة؛ فلا يُعتَقُ نصيب المنكر وليس يدعى قيمة بأحدها، وإذا حلف المنكر في التَّصْوِيرِ المذكور؛ أخذ القيمة من المقر ويحكم بعتق جميع العبد، وولاء نصيب الشريك موقوف فلو مات المُعْتَقُ ولا وارث له سوى السيد المقر؛ أَخَذَ نِصْفَ مَالِهِ بالولاء على نصفه وهل له أن يأخذ من النصف الآخر قدر نصف القيمة الذي غرمه للمنكر؟ فيه وجهان:

أحدهما: نَعَمْ - لِأَنَّهُ إِنْ صَدَقَ فِي قَوْلِهِ أَعْتَقَ شَرِيكِي مَعِيَ [فالشريك] <sup>(١)</sup> ظالم يأخذ القيمة، والنصف الآخر له، وقد ظَفَرَ بِمَالٍ مَنْ ظَلَمَهُ وَإِنْ كَذَبَ وَكَانَ مَقْرَأً <sup>(٢)</sup> بإعتاقه فجميع المال له بالولاء على جميعه.

والثاني: لا - لاختلاف الجِهَةِ فإنه يزعم الأخذ من جهة أنه مال ظالمه والشريك ينكره، وهو يَزْعُمُ أنه له بالولاء وهو ينكره والاختلاف في الجهة يمنع الأخذ، وَقَدْ تَقَدَّمَ نَظِيرُهُ. وَإِنْ رَجَعَ الْمُتَكِرُّ عَنْ إِنكَارِهِ وَصَدَّقَ الْمُقَرَّرَ مَا أَخَذَهُ <sup>(٣)</sup> من القيمة، وإن رجع المُقَرَّرُ واعترف بأنه أعتقه قبل وكان جميع الولاء له وقد يقال: أنه قد أَقَرَّ بِأَنَّهُ لَا وِلَاءَ لَهُ عَلَى النِّصْفِ <sup>(٤)</sup> فكيف يُقْبَلُ رَجوعه عنه؟

والجواب: أن الولاء يَلُو التَّسْبِ، ولو [نفى] <sup>(٥)</sup> وَلَدَأ بِاللَّعَانِ ثُمَّ اسْتَلْحَقَهُ وَرَجَعَ قُبُلًا؛ فَكَذَلِكَ الْوِلَاءُ.

والثاني: عَبد بين ثلاثة - شهد اثنان من مالكيه أن الثالث أَعْتَقَ نَصِيْبَهُ. فالثالث: إما مُعْسِرٌ أَوْ مُوسِرٌ. إِنْ كَانَ مُعْسِرًا قُبِلَتْ شَهَادَتُهُمَا وَحُكِمَ بَعْتَقِ نَصِيْبِ الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ، وَيَرِيقُ الْبَاقِي، وَإِنْ كَانَ مُوسِرًا فَالْأَظْهَرُ وَبِهِ أَجَابَ ابْنُ الْحَدَّادِ أَنَّ شَهَادَتَهُمْ بَاطِلَةٌ؛ لِأَنَّهُمَا [يجريان] <sup>(٦)</sup> نفعاً إلى أنفسهما بِإِثْبَاتِ الْقِيَمَةِ عَلَيْهِ، فَلَا يَعْتَقُ [نصيبه] <sup>(٧)</sup> وَلَا يَلْزِمُهُ الْقِيَمَةَ لِنَصِيْبِهِمَا وَيَعْتَقُ نَصِيْبَهُمَا لِاعْتِرَافِهِمَا بِسِرَايَةِ الْعَتَقِ.

وعن بعض الأصحاب: أنه تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا فِي عَتَقِ نَصِيْبِهِ وَإِنَّمَا تَرُدُّ فِي الْإِزَامِ الْقِيَمَةَ الَّذِي هُوَ مُنْشَأُ التَّهْمَةِ، وَالْحُكْمُ بَعْتَقِ نَصِيْبِهِمَا عَلَى الْأَوَّلِ مَفْرَعٌ عَلَى أَنَّ السَّرَايَةَ تَتَعَجَّلُ، أَمَّا إِذَا تَوَقَّفَتْ عَلَى آدَاءِ الْقِيَمَةِ فَلَا يَعْتَقُ شَيْءٌ مِنَ الْعَبْدِ، وَلَكِنْ يَنْقُدُ تَصَرُّفُهُمَا فِيهِ؛ لِإِقْرَارِهِمَا بِأَنَّ نَصِيْبَهُمَا مُسْتَحَقٌّ [العتق] <sup>(٨)</sup> عَلَى الشَّرِيكِ. هَكَذَا حَكَاهُ الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ عَنْ بَعْضِ الْأَصْحَابِ وَصَحَّحَهُ، وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ: قَدْ مَرَّ أَنَّ تَعَدَّرَ حُصُولِ الْقِيَمَةِ

(٢) في ز: مفرداً.

(٤) في ز: النصاب.

(٦) في ز: يجريان.

(٨) في ز: التحقق.

(١) سقط في: ز.

(٣) في أ: أخذ.

(٥) في ز: بقي.

(٧) في ز: نفسه.

بِالإِغْسَارِ وَغَيْرِهِ يَرْفَعُ الْحَجْرَ مِنَ الشَّرِيكِ [والتعذر]<sup>(١)</sup> حاصلها هنا.  
هذه فروع آخر تتعلّق بالسَّرَايَةِ:

**الأول:** إن قلنا السَّرَايَةُ تحصل بنفس الإعتاق؛ فله حكم الأحرار في الميراث والشهادات والحدود والجنايات، وإن لم يؤد القيمة، وإن أخرجناها إلى أداء القيمة؛ فله حكم الأرقاء فيها حتى يؤدي، وَإِنْ تَوَقَّفْنَا تَوَقَّفْنَا فِي هَذِهِ الْأَحْكَامِ أَيْضاً.

**الثاني:** عن «الألم»: أن العبد المُشْتَرَكُ إذا أعطى أحد مالكيه خمسين ديناراً لِعِتْقِ نَصِيْبِهِ مِنْهُ فَأَعْتَقَهُ يَرْجِعُ الشَّرِيكَ عَلَيْهِ بِنِصْفِ الْخَمْسِينَ وَبِنِصْفِ قِيَمَةِ الْعَبْدِ، وَيَرْجِعُ الْمَعْتَقَ عَلَى الْعَبْدِ بِخَمْسَةِ وَعَشْرِينَ.

قال أَبُو الصَّبَّاحِ: وينبغي أن يكون هذا فيما إذا لم يقع العتق على عين الخمسين، وإنما سَمِيَ خمسين، ثم دفعها عليه، وإلا فإذا وقع العتق على العين يجب أن يكون الرجوع بقيمة ما أعتق بالعرض المستحق قال: ويحتمل أن يريد ما إذا كانت قيمة العبد خمسين فَيَسْتَوِي العرض والقيمة، ولو كان المعتق قد قال: إن سلمت لي هذه<sup>(٢)</sup> الخمسون فأنت حر لم يُعْتَقْ؛ لأنها لم تسلم له.

**الثالث:** لو أعتق شركاً له في جارية [حبلی] وَهُوَ مُوسِرٌ وَلَمْ تَقُومْ عَلَيْهِ حَتَّى وَلَدَتْ؛ عتق مَعَهَا وَلَدَهَا تَفْرِيعاً عَلَى أَنْ الْعَتَقُ يَسْرِي فِي الْحَالِ، فَأَمَّا إِذَا أَخْرَجْنَا السَّرَايَةَ إِلَى دَفْعِ الْقِيَمَةِ فَعَنْ نَصْبِهِ: أنه ينبغي ألا يعتق الولد معها؛ لأنه إنما يُعْتَقُ بِعِتْقِهَا إِذَا كَانَ حَمَلاً. فَأَمَّا بَعْدَ الْوِلَادَةِ فَلَا. قال القاضي أَبُو حَامِدٍ: معناه: أن نصيب الذي لم يُعْتَقْ من الولد مملوك، فأما نصيب المعتق فيجب أن يعتق.

قال أَبُو الصَّبَّاحِ: عندي أنه أراد أن نصيب الذي لم يعتق من الولد، لا يعتق بدفع قيمة نصيبه من الجارية، وَعَتَقَهَا؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَّبِعُهَا بَعْدَ الْوَضْعِ. وإلا فقد عتق من الولد نصيب المعتق، وهو موسر فيجب أن يسرى.

**الرابع:** وَكُلُّ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ [الآخر]<sup>(٣)</sup> فِي عِتْقِ نَصِيْبِهِ، فَقَالَ الْوَكِيلُ لِلْعَبْدِ: أَعْتَقْتُ نِصْفَكَ. فَإِنْ قَالَ: أَرَدْتُ نَصِيْبِي قَوْمَ عَلَيْهِ نَصِيْبُ شَرِيْكِهِ وَإِنْ قَالَ: أَرَدْتُ نَصِيْبَ شَرِيْكِي قَوْمَ عَلَى الشَّرِيْكِ نَصِيْبُهُ، وَإِنْ أَطْلَقَ فَيَعْتَقُ عَنِ الْمُوَكَّلِ؛ لِأَنَّهُ أَعْتَقَ بَعْدَ أَمْرِهِ بِالْإِعْتَاقِ، أَوْ عَنِ الْوَكِيلِ؛ لِأَنَّ إِعْتَاقَهُ عَنِ نَفْسِهِ يَسْتَعْنِي عَنِ النِّيَّةِ، وَحَكَى فِي «الشَّامِلِ» وَجْهَيْنِ، وَلِهَذَا التَّفَاتُ<sup>(٤)</sup> إِلَى أَنْ النِّصْفَ الْمَطْلُوقَ يَحْمَلُ عَلَى مَلِكِهِ أَوْ يَشِيْعُ<sup>(٥)</sup>.

(١) في ز: والتعدد.

(٢) في أ: هذا.

(٣) سقط في: ز.

(٥) في ز: يشع.

(٤) في ز: البيان.

الخامس: على<sup>(١)</sup> طريقة الصَّيْدَلَانِيِّ: أنه إذا كان للمريض نصفاً عبدَيْنِ مُتَسَاوِيَيْنِ الْقِيَمَةَ ولا مال له غيرهما فقال: «أعتقت نصيبِي مِنْ سَالِمٍ وَمِنْ غَانِمٍ» وقلنا: تَخْصُلُ السَّرَايَةُ بِنَفْسِ اللَّفْظِ يَعْتَقُ ثُلُثًا نَصِيْبِهِ مِنْ سَالِمٍ وَهُوَ ثُلُثُ مَالِهِ وَلَا يَعْتَقُ مِنَ الْآخِرِ شَيْءٌ.

ولو قال: نصيبِي مِنْ هَذَيْنِ حُرٍّ عَتَقْتُ ثُلُثًا نَصِيْبِهِ مِنْ أَحَدِهِمَا فَيَقْرَعُ بَيْنَهُمَا فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقِرْعَةُ؛ عَتَقْتُ ثُلُثًا<sup>(٢)</sup> نَصِيْبِهِ مِنْهُ، وَهُوَ ثُلُثُهُ وَإِنْ كَانَ نِصْفًا الْعَبْدَيْنِ ثُلُثُ مَالِهِ فَقَالَ أَعْتَقْتُ نَصِيْبِي مِنْ سَالِمٍ وَمِنْ غَانِمٍ عَتَقْتُ سَالِمًا بِالْمَبَاشَرَةِ وَالسَّرَايَةَ وَلَا يَعْتَقُ مِنَ الْآخِرِ شَيْءٌ.

ولو قال: نصيبِي مِنْهُمَا حُرٌّ عَتَقْتُ النِّصْفَانِ وَلَا سَرَايَةَ.

السادس: اشْتَرَى أُمَّتَهُ حَامِلًا مِنَ الزَّوْجِ زَوْجَهَا وَأَبْنٌ لَهَا حُرٌّ [مَعَهَا]<sup>(٣)</sup> وَهُمَا مُوسِرَانِ فَالْحَكْمُ كَمَا ذَكَرْنَا فِيمَا لَوْ أَوْصَى مَالِكُهَا بِوَصِيَّةٍ لِهَاجِرَةٍ. وَقَبْلًا الْوَصِيَّةُ مَعًا، وَقَدْ ذَكَرْنَا فِي «الْوَصَايَا»، وَمُخْتَصَرَهُ أَنَّ الْأُمَّةَ تُعْتَقُ عَلَى الْإِبْنِ، وَالْحَمْلُ يَعْتَقُ عَلَيْهِمَا وَلَا يَقُومُ.

السابع: شَهِدَ شَاهِدَانِ عَلَى زَيْدٍ بِأَنَّهُ أَعْتَقَ نَصِيْبَهُ مِنَ الْعَبْدِ الْمَشْتَرَكِ<sup>(٤)</sup> وَهُوَ مُوسِرٌ، وَحَكْمُ الْقَاضِي بِشَهَادَتِهِمَا ثُمَّ رَجَعَا فَشَهَادَتُهُمَا تَثْبِتُ عَتَقَ نَصِيْبِهِ، وَتُوجِبُ عَلَيْهِ قِيَمَةَ نَصِيْبِ شَرِيكِهِ، فَيَغْرَمَانِ بِالرُّجُوعِ قِيَمَةَ نَصِيْبِهِ لَا مَحَالَةَ؛ لِأَنَّ شَهُودَ الْعَتَقِ يَغْرَمُونَ إِذَا رَجَعُوا، وَهَلْ يَغْرَمَانِ لَهُ قِيَمَةَ نَصِيْبِ الشَّرِيكِ الَّتِي غَرِمَهَا؟ فِيهِ قَوْلَانِ - لِأَنَّ فِي وُجُوبِ الْغُرْمِ عَلَى شَهُودِ الْمَالِ اخْتِلَافٌ قَوْلِ سَبْقٍ فِي مَوْضِعِهِ.

وَأَعْتَرَضَ ابْنُ الصَّبَّاحِ فَقَالَ: إِنَّهُمَا لَمْ يَشْهَدَا<sup>(٥)</sup> عَلَى الْمَالِ مَقْصُودًا، وَلَكِنْ تَضَمَّنَتْ الشَّهَادَةُ، وَكَمَا تَضَمَّنَتْ الْمَالُ تَضَمَّنَتْ إِعْتَاقَ نَصِيْبِ الشَّرِيكِ، فَإِنْ اقْتَضَى تَضَمُّنُهَا إِثْبَاتَ الْمَالِ التَّخْرِيجَ عَلَى الْقَوْلَيْنِ اقْتَضَى تَضَمُّنُهَا الْإِعْتَاقَ [لِلْجَزْمِ]<sup>(٦)</sup> بِوُجُوبِ الْغُرْمِ ثُمَّ الْجَوَابُ الَّذِي تَقْدِمُ فِيمَا إِذَا سَاعَدَ الشَّرِيكُ الشُّهُودَ، وَأَخَذَ الْقِيَمَةَ وَعَتَقَ جَمِيعَ الْعَبْدِ إِمَّا بِنَفْسِ الْإِعْتَاقِ، أَوْ عِنْدَ أَخْذِ الْقِيَمَةِ، فَأَمَّا إِذَا أَكْذَبَهُمْ وَقَالَ: لَمْ يَعْتَقِ زَيْدٌ نَصِيْبَهُ فَإِنْ قُلْنَا: تَتَعَجَّلُ السَّرَايَةَ عَتَقَ الْكُلُّ وَلَا يَلْزَمُهُ لِلشَّرِيكِ شَيْءٌ، وَإِنْ قُلْنَا تَتَأَخَّرُ إِلَى آدَاءِ الْقِيَمَةِ:

قال الشيخ أبو علي: يجبر على أخذ القيمة [ليكمل]<sup>(٧)</sup> العتق، ثم يلزمه رد ما أخذ إن كان موصراً على تكذيب الشهود، وكما لو جاء المكاتيب بالنجم الأخير فقال السيد هذا حراماً غصبت من فلان يجبر على أخذه ثم يرد على من أقر له.

ولو شهد شاهدان على أحد الشريكين بأنه أعتق نصيبه وآخران على الشريك الثاني

- |                  |                    |
|------------------|--------------------|
| (١) في ز: في.    | (٢) في أ: ثانياً.  |
| (٣) في ز: معاً.  | (٤) في أ: المشتري. |
| (٥) في ز: شهدا.  | (٦) في ز: الجزم.   |
| (٧) في ز: لتكمل. |                    |

بأنه أعتق نصيبه وهما مؤسيران فإن أُرْخِتِ الْبَيْتَانِ عتق الكل على الأول وإن أَثْبَتْنَا السَّرَايَةَ في الحال، وعليه قيمة نصيب الآخر، وإن أَخْزَنَا إلى أداء القيمة؛ فعلى الخلاف في أن إِعْتَاقَ الثاني قبل أداء القيمة هل يَنْفَعُ؛ إن قلنا لا، وهو الْأَظْهَرُ أخذت قيمة نصيبه من الأول ليعتق.

وإن لم يُؤْرَخَا عتق الْعَبْدُ كُلُّهُ، ولا تقويم؛ لأننا لا نعلم هل سبق أحدهما الآخر، ويتقدير السابق لا يعلم السابق، فلو رجع الشاهدان على أحد الشريكين عن شهادتهما لم [يغيرما] <sup>(١)</sup> شيئاً؛ لأننا لا ندري أن العتق في النصف الذي شهد به حَصَلَ بِشَهَادَتَيْهِمَا أو بشهادة الآخرين بالسَّرَايَةَ فلا توجب شيئاً بالشك وإن رَجَعُوا جميعاً فوجهان:

أحدهما: أن الجواب كذلك، لقيام الاحتمال في الطريقتين.

وأظهرهما: أنهم يَغْرُمُونَ قِيمَةَ الْعَبْدِ؛ لأنه إذا لم يَكُنْ تَارِيخُ فَالْحُكْمُ [بعنق] <sup>(٢)</sup> الْعَبْدِ يتعلق بشهادة أَرْبَعَتَيْهِم وَيَقْدَرُ كَأَنَّ [الإعتاقين] <sup>(٣)</sup> وقعا معاً، والفرع من «المولدات» - رحم الله من ولدها.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: (الْخَاصِيَّةُ الثَّانِيَةُ: ) عتق الْقَرَابَةِ: وَمَنْ دَخَلَ فِي مَلِكِهِ أَحَدُ أَبْعَاضِهِ أَعْنِي أَصُولَهُ وَفُرُوعَهُ عُنُقٌ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ التَّبَرُّعِ سِوَاهُ دَخَلَ قَهْرًا بِالْإِزْتِ أَوْ اخْتِيَارًا بِالْعَقْدِ، فَلَا يَغْتَقُ مِنْ عَدَا الْأَبْعَاضِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَنْ مَلَكَ أَبَاهُ أَوْ أُمَّهُ أَوْ أَحَدَ أَصُولِهِ مِنَ الْأَجْدَادِ وَالْجَدَاتِ، أَوْ مَلِكٍ وَاحِدًا مِنْ أَوْلَادِهِ وَأَوْلَادِ أَوْلَادِهِ <sup>(٤)</sup> عتق عليه، رُوِيَ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «لَا يَجْزِي وَلَدٌ وَالِدَهُ إِلَّا أَنْ يَجِدَهُ مَمْلُوكًا فَيَشْتَرِيَهُ فَيَغْتِقَهُ» <sup>(٥)</sup> يعني بالشراء، وفهم من قوله تعالى: «وَمَا يَنْبَغِي لِلرَّحْمَنِ أَنْ يَتَّخِذَ وَلَدًا» [مريم - ٩٢] الآية. ومن قوله تعالى: «وَقَالُوا اتَّخَذَ الرَّحْمَنُ وَلَدًا سُبْحَانَهُ بَلْ عِبَادٌ مُكْرَمُونَ» [الأنبياء - ٢٦] أن الولادة والعبودية لا يجتمعان ولا فرق بين أن يدخل في مَلِكِهِ قَهْرًا بِالْإِزْتِ أَوْ اخْتِيَارًا بعقد إما بعوض كالشراء، أو لا بعوض كالهبة، والوصية، وَفَرَقَ بَيْنَ عِتْقِ الْقَرِيبِ وَبَيْنَ السَّرَايَةِ، حيث لم تُثَبِّتِ السَّرَايَةَ إِلَّا عِنْدَ الْاِخْتِيَارِ، بَأَنَّ

(١) في ز: يغير.

(٢) في ز: يعتق.

(٣) في ز: للإعتاقين.

(٤) قال الأذريعي: لا خفاء أنه لو ورث قريبه مرهوناً أو جانباً في رقبته وكان على الميت دين مستغرق أو كان في مال قريبه المحجور عليه بالفلس، فمات القريب أنه لا يعتق على الوارث، وإن كان موسراً إذ لا يلزمه وفاء دين مورثه.

(٥) أخرجه مسلم وتقدم في خيار الخجلس.

العتق صلة وإكرام<sup>(١)</sup> للقريب، فلا يَسْتَدْعِي الاختيار، وَالسَّرَايَةَ تُوجِبُ التَّغْرِيمَ والمُواخَذَةَ، وإنما يليق ذلك بحال الاختيار، وَلَا يَغْتَقُ غَيْرَ الْأَبْعَاضِ مع الأصول والفروع. وقال أَبُو حَنِيفَةَ وَأَحْمَدُ - رحمهما الله -: يُعْتَقُ كل ذي رحمٍ محرمٍ بِالْمِلْكِ كالأخ، وابن الأخ، والعم والخال، وَالْحَقُّ مَالِكُ الْأَخُوَّةِ وَالْأَخَوَاتِ بالوالدين والمولودين، وَسَلَّمَ أَبُو حَنِيفَةَ أَنَّ الْمُكَاتِبَ إِذَا مَلَكَ أَخَاهُ، لم يُكَاتِبْ عَلَيْهِ، فقال الأصحاب - رحمهم الله -: قريب لا يُكَاتِبُ عَلَى الْمُكَاتِبِ فلا يعتق على الْحُرِّ كَبْنِي الْأَعْمَامِ.

وَلْيُعْلَمَ لما تَبَيَّنَ قوله في الكتاب: «ولا يعتق من عدا الْأَبْعَاضِ بِالْحَاءِ والميم والألف».

وقوله: «إِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ التَّبَرُّعِ» قصد به الاحتراز عن الصبي والذين يذكرهم في الفصل التالي لهذا الفصل.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَا يَشْتَرِي الطِّفْلَ قَرِيبَهُ وَلَكِنْ يَنْهَبُ الْوَلِيُّ لَهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ بِحَيْثُ تَحِبُّ التَّفَقُّةُ فِي الْحَالِ، وَإِنْ قَبِلَ لَهُ هِبَةٌ نَضِفَ قَرِيبَةً لَمْ يَصِحَّ حَذْرًا مِنَ السَّرَايَةِ، وَقِيلَ: يَصِحُّ وَلَا يَسْرِي، وَالْمَرِيضُ إِذَا اشْتَرَى قَرِيبَهُ عَتَقَ إِنْ وَفَى بِهِ ثُلُثَهُ وَإِلَّا لَمْ يُعْتَقْ، وَإِنْ مَلَكَهُ بِإِزْثٍ أَوْ هِبَةٍ فَيَحْسَبُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ أَوْ الثُّلُثِ فِيهِ وَجْهَانِ، وَإِنْ قُلْنَا: مِنْ رَأْسِ الْمَالِ عَتَقَ عَلَى الْمَخْجُورِ الْمُفْلِسِ أَيْضًا وَالْمَذْيُونِ وَالْمَرِيضِ، وَلَوْ اشْتَرَاهُ بِمُحَابَاةٍ فَقَدَّرَ الْمُحَابَاةُ يُخْرِجُ عَلَى الْوَجْهَيْنِ وَالْبَاقِي لَا يَعْتَقُ، وَلَوْ قَهَرَ الْحَزْبِيُّ حَزْبِيًّا مَلَكَهُ وَصَحَّ بِنِعْمَتِهِ مِنَ الْمُسْلِمِ، فَإِنْ قَهَرَ أَبَاهُ فَهَلْ يَصِحُّ بِنِعْمَتِهِ لَهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ مَأْخُذُهُمَا دَوَامُ الْقَهْرِ الْمُبْطِلِ لِلْعَتَقِ إِنْ فُرِضَ وَدَوَامُ الْقَرَابَةِ الدَّافِعَةَ لِمَلِكِ الْقَهْرِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ مَسَائِلُ:

إحداهما: ليس لمولى الصبي والمجنون أن يَشْتَرِيَ لهما قريبهما القرابة التي تقتضي العتق، فإن فعل فالشراء باطل. ولو وهب للصبي قريبه أو أوصى له به؛ نُظِرَ إِنْ كَانَ الصَّبِيُّ مُعْسِرًا فيجوز له قبوله، فإذا قَبِلَهُ عَتَقَ عَلَى الصَّبِيِّ؛ لأنه لا ضَرَرَ فِيهِ عَلَى الصَّبِيِّ، وفيه جمال ومنفعة، وقد يوسر فينْفِقُ عَلَى الصَّبِيِّ، ولا نظر إلى أن الصَّبِيَّ قد يوسر فتجب التَّفَقُّةُ في ماله وإنما يعتبر الحال وهل يجب عليه الْقَبُولُ؟ قال الإمام: هذا [فيه]<sup>(٢)</sup> تَرَدُّدٌ [وقضية]<sup>(٣)</sup> لَفْظِ الشَّافِعِيِّ - رضي الله عنه -: الوجوب، وعلى ذلك يجري

(٢) سقط في: ز.

(١) في أ: وإلزام.

(٣) في ز: وقضيته.

كلام الأصحاب؛ وإن كان الصبي مُوسِراً فإن كان القريب بحيث تجب نفقته في الحال، بأن يكون زمناً أو يَكُونَ غَيْرَ كَسُوبٍ على أحد القولين فلا يجوز للولي القبول؛ كَيْلاً يَتَضَرَّرُ الصبي بالإفناق من ماله، وإن كان لا تجب نفقته فعلى مَا ذَكَرْنَا في المعسر، فإن لم يقبل [الولي] <sup>(١)</sup> قبل الحاكم، فإن لم يفعل فَلِلصَّبِيِّ بعد بلوغه، أن يقبل كذلك. ذَكَرَهُ الرَّوَّانِيُّ وليكن هذا في الوصية.

هذا في هِبَةِ جَمِيعِ الْقَرِيبِ أو الوصية به فَأَمَّا إِذَا وَهَبَ بَعْضُهُ فَإِنْ كَانَ الصبي مُعْسِراً قَبْلَهُ الْوَلِي، وَإِنْ كَانَ مُوسِراً زَادَ النَّظْرُ فِي غَرَامَةِ السَّرَايَةِ وَإِنْ لَمْ تَجِبِ النِّفْقَةُ وَفِيهِ قَوْلَانِ:

أَظْهَرُهُمَا: أَنَّهُ لَا يَقْبَلُ؛ لِأَنَّهُ لَوْ قَبِلَ لَعَتَقَ عَلَى الصبي، وَإِذَا عَتَقَ سَرَى وَلَزِمَ قِيَمَةَ [نصيب] <sup>(٢)</sup> الشريك، وَفِيهِ إِضْرَارٌ بِالصبي.

والثاني: يَقْبَلُهُ وَيَعْتَقُ عَلَيْهِ، وَلَا يَسْرِي كَيْلًا يَتَضَرَّرُ الصبي وَوَجْهٌ أَيْضاً بِأَنَّهُ لَا اخْتِيَارَ لَهُ فِي حَصُولِ الْمَلِكِ، وَفِي «تَعْلِيقَةِ الشَّيْخِ أَبِي حَامِدٍ»: أَنَّ بَعْضَ الْأَصْحَابِ رَحِمَهُمُ اللَّهُ: قَطَعَ بِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَقْبَلَ، وَجَعَلَ الْقَوْلَيْنِ فِي أَنَّهُ إِذَا قَبِلَ هَلْ يَصِحُّ؟

الثانية: إِذَا اشْتَرَى الْمَرِيضُ مَرَضَ أَلْمَوْتِ قَرِيبَهُ فِيمَا أَنْ يَشْتَرِيهِ بِشَمْنِهِ أَوْ بِمُحَابَاةٍ، وَعَلَى التَّقْدِيرِ الْأَوَّلِ: فِيمَا أَنْ يَكُونَ عَلَيْهِ ذَيْنٌ أَوْ لَا يَكُونَ وَحُكْمِ الْأَحْوَالِ الثَّلَاثِ قَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي «الْوَصَايَا»، وَبَيْنَا إِذَا لَمْ يَكُنْ ذَيْنٌ وَلَا مُحَابَاةً فَيَعْتَبَرُ عَتَقُهُ مِنَ الثَّلْثِ، فَإِنْ خَرَجَ أَلْكُلُّ مِنَ الثَّلْثِ عَتَقَ كُلَّهُ وَإِلَّا عَتَقَ مِنْهُ قَدْرَ الثَّلْثِ، وَهَذَا هُوَ الْمَقْصُودُ مِنْ قَوْلِهِ هَا هُنَا: «عَتَقَ إِنْ وَفَى بِهِ ثَلَاثَةً، وَإِلَّا لَمْ يَعْتَقْ» أَي: لَمْ يَعْتَقْ كُلَّهُ، وَإِنْ مَلَكَه يَارِثُ فَيَعْتَقُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ حَتَّى يَعْتَقَ [محلّه] <sup>(٣)</sup> وَإِنْ لَمْ يَمْلِكْ شَيْئاً آخَرَ أَوْ مِنَ الثَّلْثِ حَتَّى لَا يُعْتَقَ إِلَّا أَلْثُلْتُ، إِذَا لَمْ يَمْلِكْ مَالاً آخَرَ فِيهِ وَجْهَانِ ذَكَرْنَاهُمَا هُنَاكَ، وَالْأَوَّلُ أَوْلَى بِالْتَّرْجِيحِ، وَهُوَ الَّذِي أوردَهُ <sup>(٤)</sup> صَاحِبُ الْكِتَابِ.

ثُمَّ لَوْ مَلَكَهُ بِالْإِتِهَابِ أَوْ بِقَبُولِ الْوَصِيَّةِ فَهُوَ مُرْتَبٌ عَلَى مَا لَوْ مَلَكَ بِالْإِزْثِ إِنْ قَلْنَا: هُنَاكَ يَحْسِبُ مِنَ الثَّلْثِ فَمَا هُنَا أَوْلَى وَإِنْ قَلْنَا مِنْ رَأْسِ الْمَالِ فَمَا هُنَا وَجْهَانِ: بِنَاءٍ عَلَى مَعْنَيْنِ عِلَلٍ بِهِمَا احْتِسَابِ الْمُرُوثِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ فَعَلَّلَ الْمَعْلُولُونَ بِأَنَّ الْمَلِكَ وَالْعَتَقَ حَصْلاً بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ، فَهُوَ خَارِجٌ عَنِ التَّبَرُّعَاتِ مُسْتَحَقٌّ [شرعاً] <sup>(٥)</sup>.

وَعَلَّلَ آخَرُونَ: بِأَنَّهُ مِلْكٌ بِلَا عَوَاضٍ بِذَلِكَ فِي مَقَابِلَتِهِ بِخِلَافِ مَا إِذَا اشْتَرَى فَمَنْ قَالَ

(١) سقط في: ز.

(٢) سقط في: ز.

(٣) سقط في: ز.

(٤) في أ: ذكره.

(٥) سقط في: ز.



بالأول، يحتسب الموهوب والموصى به من الثلث ومن قال بالثاني، يحتسب من رأس المال، فيعتق وإن كان على المريض دينٌ مستغرق وكذا المُفْلِسُ المَخْجُورُ عَلَيْهِ إذا قبل، ولا مُعْتَرِضٌ لِلْغَرْمَاءِ عليه، وإن قلنا يحتسب<sup>(١)</sup> مِنَ الثَّلَاثِ فلا يعتق، ويبيع في الدَّيْنِ، وَيُكْتَفَى بِهَذَا الْقَدْرَ هَا هُنَا فَالْمَسْأَلَةُ مَبْسُوطَةٌ فِي الْمَوْضِعِ الْمَحَالِّ عَلَيْهِ، وَإِذَا رَاجَعْتَهُ جُوزَتْ إِعْلَامُ قَوْلِهِ هَا هُنَا: «إِنْ وَقَى بِهِ ثَلَاثَهُ» بِالْوَاوِ؛ لَوَجْهِ ذِكْرِنَاهُ أَنَّ الْمَرِيضَ لَيْسَ لَهُ شِرَاءُ الْقَرِيبِ بِحَالٍ وَحَيْثُذُ فَلَا يَعْتَقُ.

الثالثة: من الأصول في «السير» أنه<sup>(٢)</sup> إذا [قهر]<sup>(٣)</sup> حربي حريباً ما ملكه، ويخالف ما إذا قهر مسلم حريباً وأسره، لا يجري الرق عليه حتى يرقه الإمام؛ لأن للإمام اجتهاداً في أسارى الكفار، والمسلم مأمور برعايته والحربي لا يؤخذ بمثل ذلك. قال الإمام، ولم يشرط الأضحاب قُضْدَ الْإِرْقَاقِ، بل اكتفوا [بصورة]<sup>(٤)</sup> القهر وعندني: لا بُدَّ مِنَ الْقَصْدِ، فَإِنَّ الْقَهْرَ قَدْ يَكُونُ بِالِاسْتِخْدَامِ، وَلَا يَتَمَيَّزُ قِصْدَ الْإِرْقَاقِ عَنْ غَيْرِهِ إِلَّا بِالْقُضْدِ. وإذا عرفت ذلك فلو قهر عبد سيده الحربي عتق العبد وصار السيد رقيقاً له، ولو قهر الزَّوْجَ زَوْجَتَهُ، وَأَسْتَرْقَهَا مَلَكَهَا، وَجَازَ لَهُ بَيْعُهَا، وَكَذَا لَوْ قَهَرَتْ الزَّوْجَةُ زَوْجَهَا وَلَوْ قَهَرَ حَزْبِيُّ أَبِيهِ [أَوْ]<sup>(٥)</sup> ابْنُهُ فَهَلْ لَهُ بَيْعُهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا: وَبِهِ قَالَ ابْنُ أَحَدَادٍ: لَا؛ لِأَنَّهُ يَعْتَقُ عَلَيْهِ بِالْمَلِكِ فَلَا يَسْتَقِرُّ لَهُ<sup>(٦)</sup> مَلِكٌ حَتَّى يَبِيعَهُ.

والثاني: نعم؛ لأن القهر دائم، فكما يَرْفَعُ أَبْتَدَاؤُهُ الْحَرِيَةَ الْأَصْلِيَّةَ يَرْفَعُ دَوَامَةَ الْعِتْقِ الْمُرْتَبِّ عَلَى الْمَلِكِ، وَبِهَذَا أَجَابَ الشَّيْخُ أَبُو زَيْدٍ حِينَ سَأَلَهُ الْحَلِيمِيُّ فِي مَسَائِلِ أَنْفَذَهَا إِلَيْهِ، يَسْتَفْتِيهِ فِيهَا كَذَلِكَ حَكَاهُ الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - وَيَشْبَهُ أَنْ يَرْجِعَ الْأَوَّلَ.

قال الإمام: وَيَنْجُ أَنْ يَقَالَ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ بِالْقَهْرِ لِاقْتِرَانِ [السبب]<sup>(٧)</sup> الْمُقْتَضِي لِلْعِتْقِ بِالْقَهْرِ [المقتضي]<sup>(٨)</sup> لِلْمَلِكِ، وَيَخَالَفُ الشِّرَاءَ فَإِنَّا جُوزْنَاهُ لَوْ قَوَّعَهُ ذَرِيْعَةً إِلَى تَخْلِيصِهِ مِنَ الرِّقِّ<sup>(٩)</sup>. وقوله في الكتاب: «صَحَّ بَيْعُهُ مِنَ الْمُسْلِمِ» لَيْسَ لِتَخْصِيصِ الْحُكْمِ بِالْمُسْلِمِ، بَلْ يَصَحُّ بَيْعُهُ مِنَ الْمُسْلِمِ، وَالذَّمِّيُّ وَالْحَزْبِيُّ، وَكَانَ الْغَرَضُ: أَنَّ الْمُسْلِمَ يَجُوزُ لَهُ الشِّرَاءُ اعْتِمَاداً عَلَى قَهْرِ بَعْضِهِمْ بَعْضاً.

(١) في ز: يحسب.

(٢) في ز: السراية.

(٣) في ز: و.

(٤) في ز: السيد.

(٥) في ز: سقط في: ز.

(٦) سكتوا عما إذا قهر معاهد معاهداً قال في الاستقصاء: لم أر لأصحابنا فيه شيئاً إلا أن أبا عبيدة

ذكر في كتاب الأموال عن الأوزاعي والليث بن سعد أنه يجوز.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَوْ اشْتَرَى نِصْفَ قَرِينِهِ عَتَقَ وَسَرَى عِنْدَ شُرُوطِهِ، وَلَوْ وَرِثَ لَمْ يَسِرْ، وَلَوْ قَبِلَ وَكَبِلَهُ فَأَخْتَبَارَ وَكَبِلَهُ كَأَخْتِبَارِهِ، وَلَوْ أَوْصَى لَهُ بِبَعْضِ ابْنِهِ فَمَاتَ قَبْلَ الْقَبُولِ فَقَبِلَهُ لَهُ أَخُوهُ سَرَى عَلَى الْمَمِيَّتِ إِنْ وَفَى بِهِ الثَّلْثُ وَكَأَنَّهُ قَبِلَ فِي الْحَيَاةِ، وَلَوْ أَوْصَى لَهُ بِبَعْضِ ابْنِ أَخِيهِ فَمَاتَ قَبْلَ أَخُوهُ لَهُ لَمْ يُعْتَقْ عَلَى الْأَخِ فِي وَجْهِهِ، لِأَنَّ الْمَلِكَ يَحْصُلُ لِلْمَمِيَّتِ ثُمَّ لَهُ فَكَأَنَّهُ حَصَلَ لَهُ غَيْرُ مَقْصُودٍ، وَيَجْرِي الْخِلَافُ فِيمَا لَوْ رَجَعَ إِلَيْهِ بَعْضُ قَرِينِهِ بَرْدٌ عَوَضَهُ بِالْعَيْبِ؛ لِأَنَّهُ رَجَعَ غَيْرُ مَقْصُودٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قد ذكر صاحب الكتاب مرة في شروط سِرَايَةِ العتق: أنه إذا اشْتَرَى نِصْفَ قَرِينِهِ عَتَقَ عَلَيْهِ ما اشتراه وسرى إلى الباقي، وفي معناه قبول الْهَبَةِ وَالْوَصِيَّةِ، وأنه لو وَرِثَ نِصْفَ قَرِينِهِ لا يَسْرِي، لأنه لا اختيار له فيه، وشراء الْوَكِيلِ وَقَبُولُهُ الْهَبَةَ والوصية كشرائه، وقبوله لصدوره عن اختياره، وكذلك قَبُولُ نَائِبِهِ شرعاً حتى لو أَوْصَى لِإِنْسَانٍ [ببعض ابنه]<sup>(١)</sup> فَمَاتَ قَبْلَ قَبُولِهِ الوصية، وَقَبِلَهَا أَخُوهُ عَتَقَ الشَّقِصُ عَلَى الْمَمِيَّتِ وَسَرَى إِلَى الْبَاقِي إِنْ وَفَى بِهِ<sup>(٢)</sup> الثَّلْثُ وينزل قبول الوارث مَنزِلَةَ قَبُولِهِ فِي حَيَاتِهِ وَلَوْ أَوْصَى لِإِنْسَانٍ ببعض مِمَّنْ يَعْتَقُ عَلَى وَاثَرِهِ كما لو أَوْصَى لَهُ ببعض ابن أخيه، فمات. قبل القبول، وقبل الأخ عَتَقَ الشَّقِصُ، وفي السَّرَايَةِ وجهان:

أَشْبَهُهُمَا: المنع -؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ يَحْصُلُ لِلْمَمِيَّتِ أَوَّلًا، ثُمَّ يَنْتَقِلُ إِلَيْهِ إِرْثًا فَكَأَنَّهُ لَمْ يَتَمَلَّكَه مَقْصُودًا، وَيَجْرِي الْخِلَافُ فِي السَّرَايَةِ حَيْثُ يَحْصُلُ الْمَلِكُ بِطَرِيقِ اخْتِيَارٍ، يَتَضَمَّنُ الْمَلِكُ، وَلَا يَقْصِدُ بِهِ التَّمَلُّكُ، كَمَا إِذَا بَاعَ مِنْ يَعْتَقُ عَلَى وَاثَرِهِ مِثْلَ: إِنْ بَاعَ ابْنُ أَخِيهِ بِتَوْبٍ وَمَاتَ، وَوَاثَرُهُ أَخُوهُ فَرَدَ الثَّوْبَ بَعِيْبٍ وَاسْتَرَدَّ الشَّقِصُ عَتَقَ عَلَيْهِ، وَهَلْ يَسْرِي إِلَى الْبَاقِي؟ وَهَذَا صُورَةٌ قَوْلِهِ فِي الْكِتَابِ: «لَوْ رَجَعَ إِلَيْهِ بَعْضُ قَرِينٍ بَرْدٌ عَوَضَهُ بِالْعَيْبِ؛ لِأَنَّهُ رَجَعَ غَيْرُ مَقْصُودٍ». وقوله: «لَمْ يُعْتَقْ عَلَى الْأَخِ فِي وَجْهِهِ» كَانَ الْأَحْسَنُ أَنْ يَقُولَ: لَمْ يَسِرْ وَلَا كَلَامٌ فِي أَنَّ الشَّقِصَ الْمَرْدُودَ؛ يَعْتَقُ عَلَيْهِ، وَأَرَادَ بِمَا ذَكَرَهُ «أَنَّهُ لَمْ يَعْتَقْ [كله]<sup>(٣)</sup> عَلَيْهِ» [فكُنِيَ]<sup>(٤)</sup> بِهِ عَنِ السَّرَايَةِ.

وَأَعْلَمُ أَنَّ هَذِهِ الصُّورَةَ قَدْ ذَكَرْنَا بِشَرْحِهَا فِي شُرُوطِ السَّرَايَةِ؛ لِأَنَّهُ ذَكَرَ بَعْضُهَا هُنَاكَ وَضَمَّهَا هُنَا إِلَى الْمَذْكُورِ هُنَاكَ صُورًا فَرَأَيْنَا إِيرَادَهَا مَجْمُوعَةً أَوْلَى وَأَكْثَرَ فَائِدَةً. وَلَوْ وَهَبَ مِنَ الْعَبْدِ بَعْضٌ مِنْ يَعْتَقُ عَلَى سَيِّدِهِ فَقَبِلَ وَقَلْنَا: لَا يَفْتَقِرُ قَبُولُهُ إِلَى إِذْنِ السَّيِّدِ

(١) فِي ز: بَابِنَه.

(٢) فِي أ: بِهَا.

(٣) سَقَطَ فِي: ز.

(٤) فِي ز: مُكْنَى.

عَتَقَ [الموهوب] (١) على السيد وَسَرَى؛ لأن قَبُولَ العبد كَقَبُولِهِ شرعاً (٢).

فرع: جَرَحَ ابْنُ رَقِيقٍ أَبَاهُ فاشتراه (٣) الأب ثم مات من تلك الجراحة: إن قلنا: تَصِحُّ الوَصِيَّةُ للقاتل عتق من ثلثه وإلا لم يعتق قال «صاحب التهذيب»: وعلى هذا فيجوز أن تُجْعَلَ صِحَّةُ الشراء على وجهين كما لو اشتراه، وعليه ذَيْنٌ (٤) والوجهان المذكوران في «كتاب الوصايا».

قَالَ الغَزَالِيُّ: (الخاصية الثالثة امتناع العتق بالمرض) فَإِذَا أُعْتِقَ عَبْدًا لَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُ عَتِقَ ثُلُثُهُ فَقَطْ، فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ ذَيْنٌ مُسْتَعْرَقٌ لَمْ يُعْتَقِ شَيْءٌ، فَإِنْ مَاتَ هَذَا الْعَبْدُ قَبْلَ السَّيِّدِ فَيَمُوتُ رَقِيقًا كُلَّهُ، أَوْ حُرًّا، أَوْ ثُلُثُهُ حُرًّا وَثُلُثَاهُ رَقِيقٌ فِيهِ ثَلَاثَةُ أَوْجِهٍ، وَتَظْهَرُ فَائِدَتُهُ فِيمَا لَوْ وَهَبَ وَأَقْبَضَ فَمَاتَ فِي مُؤَنَةِ التَّجْهِيزِ، أَمَا لَوْ قَتَلَهُ الْمُتَهَبُ فَعَلَيْهِ عَرَامَةٌ مَا وَرَاءَ الثُّلُثِ، وَلَوْ أُعْتِقَ ثَلَاثَةَ أَعْبِيدٍ وَمَاتَ وَاحِدٌ قَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ فَيُجْعَلُ كَالْمَعْدُومِ أَمْ يَدْخُلُ الْمَيْتُ فِي الْفُرْعَةِ؟ فِيهِ خِلَافٌ، فَإِنْ قُلْنَا: يَدْخُلُ فَلَوْ حَرَجَ عَلَيْهِ رِقُّ الْأَحْرَانِ، وَلَوْ حَرَجَ عَلَى إِحْدَى الْجَهْتَيْنِ لَمْ يُعْتَقِ إِلَّا ثُلُثَاهُ، وَمَوْتُهُ بَعْدَ مَوْتِ السَّيِّدِ وَلَكِنْ قَبْلَ امْتِدَادِ يَدِ الْوَارِثِ إِلَيْهِ هَلْ يَكُونُ كَالْمَوْتِ قَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ، فِيهِ وَجْهَانِ، وَمِنْهُمْ مَنْ طَرَدَ الْخِلَافَ فِي مَوْتِهِ قَبْلَ الْفُرْعَةِ وَإِنْ كَانَ بَعْدَ مَوْتِ السَّيِّدِ؛ لِأَنَّهُ مَخْجُورٌ عَنِ التَّصَرُّفِ فِيهِ.

(١) في ز: المرهون.

(٢) قال النووي في زيادته: هذا مشكل، وينبغي ألا يسري؛ لأنه دخل في ملكه قهراً كالإرث. والله أعلم.

قال النووي في باب الكتابة ما نصه: لو اتهب العبد القن من يعتق على سيده بغير إذنه بنى على أن اتهابه بغير إذن السيد هل ينفذ، وفيه خلاف سبق، إن قلنا لا، فلا كلام، وإن قلنا نعم، وهو الصحيح، فإن خيف وجوب النفقة على السيد في الحال بأن اتهب زمناً والسيد موسر لم يصح قبوله؛ لأن فيه إضراراً بالسيد، وإن لم تجب النفقة في الحال لكون الرقيق كسوباً أو السيد فقيراً صح القبول وعتق الموهوب على السيد، ولو اتهب بعض من يعتق على سيده بغير إذنه وصححنا اتهابه بغير إذن ولم يتعلق به لوازم النفقة صح القبول على الأظهر ولا يسري لحصول الملك قهراً. والثاني لا يصح قاله الشيخ أبو علي إلى آخر ما ذكره، وهو مخالف لما ذكره هنا، قال في القوت: والمذهب عدم السراية وكذا صححه الشيخ البلقيني، وقال: إن الذي في المنهاج غريب لا يلتفت إليه، وادعى في المهمات أن الصواب السراية.

(٣) في أ: واشتراه.

(٤) هذا الذي قاله من تخريج عتق الجراح على القولين في الوصية للقاتل إنما تظهر على طريقة ضعيفة في أن التبرعات المنجزة على القاتل في المرض تخرج على قول الوصية، لكن المذهب القطع بالصحة من غير تخريج على القولين.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: سبق في «الوصايا»: أن التبرعات في مرض الموت، تُعْتَبَرُ مِنَ الثَّلَاثِ، وَأَنَّ الْعَتَقَ مِنَ التَّبَرُّعَاتِ، وَقَدْ يَنْدَفِعُ [لِلذَلِكَ] (١) وَقُوْعُهُ فِي الْمَرَضِ وَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ الثَّلَاثُ بَعْدَ حِطِّ قَدْرِ الدَّيْنِ، فَلَوْ (٢) كَانَ الدَّيْنُ مُسْتَعْرِقاً لَمْ يُعْتَقَ مِنْهُ شَيْءٌ وَسَنَعُودُ إِلَى هَذَا.

وإذا عرف ذلك ففي الفصل مسألان:

إِحْدَاهُمَا: إِذَا أَعْتَقَ عَبْدًا لَا مَالَ لَهُ غَيْرَهُ؛ لَمْ يُعْتَقَ مِنْهُ إِلَّا ثُلُثُهُ وَإِنْ مَاتَ هَذَا الْعَبْدُ بَعْدَ مَوْتِ السَّيِّدِ مَاتَ [وَتِلْكَ حَرًّا] (٣)، وَإِنْ مَاتَ قَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ فَفِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجُهٌ:

أَحَدُهُمَا: أَنْ يَمُوتَ رَقِيقًا كُلُّهُ؛ لِأَنَّ مَا يُعْتَقُ يَنْبَغِي أَنْ يَخْصَلَ لِلوَرِثَةِ بِمِثْلَةِ مَا هُنَا لَمْ يَخْصَلَ لَهُمْ شَيْءٌ (٤)، وَيُوَثَّرُ عَنِ الشَّيْخِ أَبِي زَيْدٍ - أَنَّهُ قَالَ: أَجَبْتُ بِهِ فِي مَجْلِسِ الشَّيْخِ أَبِي بَكْرٍ الْمَخْمُودِيِّ فَرَضِيَّةً وَحَمْدَنِي عَلَيْهِ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ يَمُوتُ حَرًّا كُلُّهُ؛ لِأَنَّ مَا يَهْلِكُ فِي حَيَاةِ الْمُورِثِ لَا حَقَّ فِيهِ لِلوَرِثَةِ؛ حَتَّى يَرُدَّ تَبَرُّعُهُ لِحَقِّهِمْ، وَلِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِي إِزْقَاقِ شَيْءٍ مِنْهُ فَلَا (٥) يَحْصُلُ لِلوَرِثَةِ مِنْهُ شَيْءٌ.

وَالثَّلَاثُ - وَبِهِ قَالَ الْقَفَّالُ: أَنَّهُ يَمُوتُ ثُلُثُهُ حَرًّا، وَتُلُثَاهُ رَقِيقًا كَمَا لَوْ مَاتَ بَعْدَ مَوْتِ السَّيِّدِ؛ وَلِأَنَّهُ لَوْ عَاشَ عَاشَ عَلَى الرُّقِّ وَالْحَرِيَّةِ فَإِذَا مَاتَ مَاتَ عَلَيْهِمَا.

وَالأَصْحَحُ عِنْدَ الصَّيْدِلَانِيِّ الْوَجْهَ الْأَوَّلَ، وَلَمْ يَوْرَدْ فِي «التَّهْدِيبِ» إِلَّا الْوَجْهَيْنِ الْآخَرَيْنِ، وَبِنَاهُمَا عَلَى أَنَّهُ إِذَا زَادَ التَّبَرُّعُ عَلَى الثَّلَاثِ، وَأَجَازَهُ الْوَارِثُ؛ فَهُوَ تَنْفِيزٌ لِمَا فَعَلَهُ الْمَوْرِثُ أَوْ ابْتِدَاءٌ عَطِيَّةً، وَتَمْلِكُ مِنَ الْوَارِثِ؛ إِنْ قَلْنَا بِالْأَوَّلِ، فَيَمُوتُ حَرًّا؛ لِأَنَّ مَا فَعَلَهُ الْمَوْرِثُ تَنْفِيزٌ، وَإِنْ قَلْنَا بِالثَّانِي، فَلَا؛ لِأَنَّ تَبَرُّعَهُ غَيْرُ نَافِذٍ فِيمَا زَادَ عَلَى الثَّلَاثِ.

وتظهر فائدة الخلاف في شيئين:

أَحَدُهُمَا: وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ: إِذَا وَهَبَ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ عَبْدًا لَا مَالَ لَهُ غَيْرَهُ وَأَقْبَضَهُ، وَمَاتَ الْعَبْدُ قَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ فَإِنْ قَلْنَا فِي مَسْأَلَةِ الْعَتَقِ يَمُوتُ رَقِيقًا، فَهِيَ هُنَا يَمُوتُ عَلَى مِلْكِ الْوَاهِبِ، وَعَلَيْهِ مَوْتُهُ تَجْهِيْزُهُ، وَإِنْ قَلْنَا يَمُوتُ حَرًّا يَمُوتُ هَا هُنَا عَلَى مِلْكِ الْمَوْهُوبِ مِنْهُ وَعَلَيْهِ الْمَوْتُهُ، وَإِنْ قَلْنَا بِالْوَجْهِ الثَّلَاثِ؛ وَرَزَعَتِ الْمَوْتُهُ عَلَيْهِمَا.

وَالثَّانِي: إِذَا كَانَ لِهَذَا الْعَبْدِ وَلَدٌ مِنْ مُعْتَقَةٍ كَانَ وَلَاءُ الْوَلَدِ لِمَوَالِي أُمِّهِ فَإِنْ قَلْنَا: إِنَّهُ

(١) فِي ز: كَذَلِكَ.

(٢) فِي ز: حَرًّا تِلْكَ.

(٣) هَذَا مُخَالَفٌ لِمَا ذَكَرَهُ الشَّيْخُ فِي بَابِ الْوَصِيَّةِ مِنْ أَنَّ الصَّحِيحَ أَنَّهُ يَمُوتُ حَرًّا. قَالَ فِي الْخَادِمِ: وَهُوَ

الصَّوَابُ فَإِنَّ الْقَاضِي ذَكَرَ أَنَّ أَبَا سَهْلٍ الْأَبْتُورِدِيَّ حَكَاهُ عَنِ نَصِّ الشَّافِعِيِّ قَالَ يَمُوتُ حَرًّا كُلَّهُ.

(٥) فِي ز: وَلَا.

يموت حُرّاً، [فينجر] <sup>(١)</sup> الولاء إلى معتق الأب، وإن قلنا: يعتق ثلثه ينجز ولاء الثلث، وقد ينجز الولاء في بعض العتق دون بعض كما لو <sup>(٢)</sup> اشترى أبنا مملوك أمهما معتقة أباهما بالسوية، ينجز ولاء نصف كل واحد منهما إلى الآخر، ويبقى النصف الآخر لمعتق الأم.

ولو أعتق في المرض عبداً وله مال سواه فمات قبل موت المعتق؛ فقد ذكر الإمام: أن جماهير الأصحاب - رحمهم الله - قالوا: لا يحسب من الثلث ولا يزاحم أزبَابُ الوصايا، بل يجعل كأن ذلك العبد لم يكن؛ لأن الوصية إنما تتحقق بالموت، فإذا لم تبق إلى الموت؛ لم يدخل في الحساب، وأنه يجيء على قولنا: إن حكّمه بعد الموت، كحكّمه لو عاش أن يحسب من الثلث ويزاحم أرباب الوصايا.

ولو وهب عبداً، وأقبضه وله مال آخر فتلف في يد المتهب قبل موت الواهب، فهو كما لو أعتقه، وهذا كما أن هبته، ولا مال له سواه بمثابة إعتاقه، ولا مال له سواه، ولو أتلفه المتهب فهو كما لو كان باقياً حتى إذا <sup>(٣)</sup> كان له مال آخر فيحسب من الثلث الموهوب، وإذا لم يخرج من الثلث يغرّم المتهب للورثة ما يزيد على الثلث بخلاف ما إذا تلف، لأن الهبة ليست مضمّنة، والإتلاف مضمّن على كل حال. وأشار الإمام إلى أنه يحتمل أن تجب الضمان في صورة التلف، إذا قلنا: «أنه يحسب من الثلث»، فإن الزائد على الثلث حينئذ، يتبين أنه تلف في يده لغيره، فيكون كما لو وهب الغاصب المعضوب من غيره، وأقبضه فتلف في يد الموهوب منه فإننا قد نقول: باستقرار الضمان عليه.

قال: ويتقدير ألا يجب الضمان في التلف، فيجوز ألا يجب في صورة الإتلاف أيضاً، كما أن الواهب في [حياته] لا يطالب الموهوب منه بشيء سواء تلف الموهوب في يده، أو أتلفه.

الثانية: إذا أعتق ثلاثة أعبد قيمتهم سواء، وهو لا يملك غيرهم، فمات أحدهم قبل موت السيد، فالذي يوجد للأصحاب على اختلاف طبقاتهم، وهو منصوص الشافعي - رضي الله عنه -: أن الميت يدخل في القرعة، وذكر الإمام أن قياس ما ذكرنا في العبد الواحد، أن يجعل الفأث كالمعدوم، ويُقدّر كأنه أعتق عبيد، لا مال له سواهما، وأقام صاحب الكتاب هذا وجهاً <sup>(٤)</sup> فقال: «يُجعل الميت كالمعدوم، أم يدخل

(١) في ز: فيجزأ.

(٢) في ز: إذا.

(٣) في أ: لو.

(٤) واعلم أن الإمام بنى كلامه على الوجهين في أن العبد مات كله حراً أو رقيقاً ولم يبينه على مذهب القفال، ولا شك أن مذهبه يطرد في الجميع أيضاً. قال ابن أبي الدم: وقطع العراقيون وغيرهم بدخل الميت في القرعة من غير ملاحظة هذا البناء.

في القرعة؟ فيه خلاف». ولك أن تقول: [نحن]<sup>(١)</sup> في الصورتين جميعاً بقى للورثة مثلي ما مات [الموروث]<sup>(٢)</sup> عنه، ولا يدخل الغائب في حساب التركة على ما سيوضح في التفريع، لكن العدة من العبيد محل القرعة، وإذخاله في القرعة ينفع الورثة والعبد الواحد ليس محل القرعة وإذا أدخل الميت في القرعة، فإن خرج له سهم العتق بأن أنه مات حراً مؤزناً عنه ورقت الآخزان، وإن خرج له سهم الرق؛ لم يخصب على الورثة؛ لأنهم يستغنون بالمال، ومنفعتيه ويختسب به عن المعتق؛ لأن المعتق يبغي الشواب، وتعاد القرعة بين العبدین، كما لو لم يكن إلا عبدان فأعتقهما فمن خرج له سهم العتق، عتق ثلثاه ورقت<sup>(٣)</sup> ثلثه مع<sup>(٤)</sup> العبد الآخر، ولو خرج سهم العتق ابتداءً على أحد الحيين، فكذلك يعتق ثلثاه ويمكن أن يقال: إذا لم يكن الميئ من التركة وخرج سهم المعتق على أحد الحيين وأقمتا فيهما رسم الثلثين، فيفرد الميئ بالحكم حتى يجيء الخلاف في أنه يموت حراً أو رقيقاً، كما لو أعتق عبداً لا مال له غيره، ولو مات أحداهم بعد موت السيد، وقبل امتداد يد الوارث إلى التركة فالحكم كما لو مات قبل موت السيد.

ولفظ الصيدلاني يقتضي الاكتفاء [بالأ] يكون الميئ في يده لثبوت الحكم المذكور، وإن مات بعد امتداد يد [الوارث إلى التركة]<sup>(٥)</sup> وقبل الإقراع فيه وجهان:

أصحهما: أنه يخصب الميئ على الورثة، حتى لو خرجت القرعة لأحد الحيين يعتق كله، وذلك لأن الميت دخل في أيديهم وصمانهم.

والثاني: أن الحكم كما لو مات قبل ثبوت أيديهم على التركة؛ لأنهم لا يتسلطون على التصرف، وإن ثبتت يدهم الحسية.

وقوله في الكتاب: «وموته بعد موت السيد، ولكن قبل امتداد [يد الوارث]. إلى آخره في إثبات وجهين فيما قبل<sup>(٦)</sup> امتداد أيديهم، وفي أن بغضهم طرد الوجهين فيما إذا مات بعد امتداد أيديهم، والذي يوجد لغيره أن الحكم فيما إذا مات قبل الامتداد كهو فيما إذا مات قبل موت السيد وإن فيما بعد الامتداد وجهين، وكذلك ذكره الإمام، وصاحب الكتاب في «الوسيط» وما ساقه في الكتاب من تفرداته ولا يؤمن صدور مثله عن السهو، ولو كانت الصورة بحالها، ومات اثنان قبل موت السيد فعن ابن أبي هريرة: أنه يشرع بينهم، فإن خرج سهم العتق على أحد الميئين عتق نصفه، ويحصل للورثة مثلاً، وهو العبد الحي، وإن خرج سهم الرق عليه أفرغنا بين الميئ الآخر وبين

(٢) في ز: المورث.

(٤) في أ: عبد.

(٦) سقط في: ز.

(١) في ز: يجيء.

(٣) في أ: ويرق.

(٥) في ز: الورثة.

الْحَيِّ، فَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ الْعَتَقِ<sup>(١)</sup> عَلَى الْمَيِّتِ الْآخِرِ؛ أَعْتَقْنَا نِصْفَهُ الْآخَرَ، وَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ الرِّقِّ عَلَيْهِ؛ لَمْ يُحَسَبْ عَلَى الْوَرِثَةِ، وَأَعْتَقْنَا ثُلُثَ الْعَبْدِ الْحَيِّ.

وَلَوْ قُتِلَ أَحَدُ الْعَبِيدِ قَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ، أَوْ بَعْدَهُ؛ فَيَدْخُلُ الْقَتِيلُ فِي الْقِرْعَةِ لَا مُحَالَةً؛ لِأَنَّ قِيمَتَهُ تَقُومُ مَقَامَهُ فَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ الْعَتَقِ لِأَحَدِ الْحَيِّينَ عَتَقَ كُلَّهُ وَلِلْوَرِثَةِ الْآخَرَ وَقِيمَةُ الْقَتِيلِ فَإِنْ خَرَجَ لِلْقَتِيلِ بَانَ أَنَّهُ قَتِيلٌ حُرّاً، وَعَلَى قَاتِلِهِ الْأَدْيَةَ لَوَرَثَتِهِ، وَأَمَّا الْقِصَاصُ فَعَنْ بَعْضِ الْأَصْحَابِ: أَنَّهُ لَا يَجِبُ إِنْ كَانَ قَاتِلُهُ حُرّاً بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ: إِنْ جُرْحَتْ؛ فَأَنْتَ حُرٌّ قَبْلَهُ، فَجَرَحَهُ حُرٌّ، وَمَاتَ مِنَ الْجِرَاحَةِ حَيْثُ يَجِبُ الْقِصَاصُ؛ لِأَنَّ الْحُرِّيَّةَ مُتَعَيِّنَةً فِيهِ، وَهَذَا هُنَا التَّعْيِينُ بِالْقِرْعَةِ.

قَالَ «صَاحِبُ التَّهْذِيبِ»: يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ جَمِيعاً وَجِهَانٌ؛ لِأَنَّهُ قَتَلَ مِنْ أَعْتَقَ رِقْفَهُ، كَمَا لَوْ قَتَلَ مِنْ عَرَفَهُ رَقِيقاً فَبَانَ أَنَّهُ كَانَ عَتِقَ فِيهِ وَجُوبُ الْقِصَاصِ قَوْلَانِ.

وَأَعْلَمَ أَنَّ الْكَلَامَ فِي الْمَسْأَلَةِ الثَّانِيَةِ مِنْ فُرُوعِ الْقِرْعَةِ، وَالْخَاصِيَّةُ<sup>(٢)</sup> الرَّابِعَةُ أَحَقُّ بِأَنْ تَوَدَعَ<sup>(٣)</sup> فِيهَا، وَلَكِنْ لَمَّا ذَكَرْتُ<sup>(٤)</sup> مَوْتَ الْعَبْدِ الْوَاحِدِ إِذَا أَعْتَقَ؛ عَقِبَهُ بِالْقَوْلِ فِي مَوْتِ الْوَاحِدِ مِنَ الْجَمَاعَةِ، إِذَا أَعْتَقُوا وَقَدْ يُوْجَدُ فِي كَثِيرٍ مِنْ نَسْخِ الْكِتَابِ فِي آخِرِ الْفَصْلِ، «وَإِنْ كَانَ بَعْدَ مَوْتِ السَّيِّدِ» وَهُوَ غَلَطٌ وَالصَّوَابُ بَعْدَ ثُبُوتِ الْيَدِ أَوْ بَعْدَ امْتِدَادِ الْيَدِ.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: (الْخَاصِيَّةُ الرَّابِعَةُ): الْقِرْعَةُ وَمَحَلُّهَا أَنْ يَغْتَقَّ عَبِيداً مَعاً يَقْضُرُ الثُّلُثَ عَنْهُمْ، وَلَوْ أَعْتَقَ عَلَى تَرْزِيبِ فَالسَّابِقِ مُقَدِّمٌ، وَلَوْ أَوْصَى عَلَى تَرْزِيبِ أَوْ جَمَعَ أَقْرَعٌ، وَقِيلَ: لَا قِرْعَةَ فِي الْوَصِيَّةِ بَلْ يَقْسَمُ عَلَيْهِمْ، وَلَوْ قَالَ الثُّلُثُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ حُرٌّ فَبِي إِجْرَاءِ الْقِرْعَةِ وَجِهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَقْصُودُ الْخَاصِيَّةِ مُرْتَبٌ<sup>(٥)</sup> عَلَى طَرَفَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: فِي مَحَلِّ الْقِرْعَةِ - وَهُوَ أَنْ يَغْتَقَّ عَبِيداً فِي مَرَضِ مَوْتِهِ دَفْعَةً وَاحِدَةً يَقْضُرُ عَنْهُمْ ثُلُثَ مَالِهِ، وَلَمْ يَجِزْ لِلْوَرِثَةِ صَنْعِهِ فَيَقْرَعُ بَيْنَهُمْ لِتَجَمُّعِ الْحُرِّيَّةِ فِي بَعْضِهِمْ؛ فَيُعْتَقَ بِكَمَالِهِ، أَوْ يَقْرَبُ مِنَ الْعَتَقِ وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ، وَأَخْمَدُ.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَا يُقْرَعُ، بَلْ يُعْتَقُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ ثُلُثُهُ وَيُسْتَسْعَى فِي الْبَاقِي وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ مَعَ مُعْتَمِدِنَا فِي الْقِرْعَةِ، وَهُوَ خَبْرُ عِمْرَانَ بْنِ حُصَيْنٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فِي كَيْفِيَّةِ

(١) فِي ز: الرِّقِّ.

(٢) فِي أ: يُوْزَعُ.

(٣) فِي ز: ذَكَرَ.

(٤) فِي أ: يَتَرْتَبُ.

(٥) فِي أ: يَتَرْتَبُ.

احتساب التبرعات من الثلث من «كتاب الوصايا»، وفي [الضابط]<sup>(١)</sup> المذكور قيود:

أَحَدَهَا: وَقَوْعُ الْإِعْتَاقِ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ، فَإِنْ أَعْتَقَهُمْ لِأَفِي مَرَضِ الْمَوْتِ عَتَقُوا جَمِيعاً وَلَا قُرْعَةً.

والثاني: أَنْ يَغْتَقَهُمْ دَفْعَةً وَاحِدَةً، مِثْلُ: أَنْ يُوكَّلَ بِإِعْتَاقِ كُلِّ وَاحِدٍ وَكَيْلَا [فيعتقوا]<sup>(٢)</sup> معاً [أو]<sup>(٣)</sup> يقول: هؤلاء أحرار أو يقول لهم: أَعْتَقْتُكُمْ، أو أنتم أحرار فإن أَعْتَقَهُمْ عَلَى التَّرْتِيبِ يَاقَدِمُ الْأَوَّلُ فَالْأَوَّلُ إِلَى أَنْ يَتِمَّ الثَّلَاثُ وَذَلِكَ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ: سَالِمٌ حُرٌّ، وَغَانِمٌ حُرٌّ، وَفَاتِقٌ حُرٌّ، وَلَوْ قَالَ: سَالِمٌ وَغَانِمٌ وَفَاتِقٌ أَحْرَارٌ فَهُوَ مَحَلُّ الْقُرْعَةِ.

ولو قال: سَالِمٌ وَغَانِمٌ وَفَاتِقٌ حُرٌّ - فعن القاضي أَبِي حَامِدٍ: أَنَّهُ يَرِاجِعُ، فَإِنْ قَالَ: أَرَدْتُ حَرِيَّةَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ فَهُوَ كَمَا لَوْ قَالَ: أَحْرَارٌ؛ وَإِنْ قَالَ: أَرَدْتُ حَرِيَّةَ الْأَخِيرِ قَبْلَ وَلَا قُرْعَةً. وَإِنْ قَالَ: أَرَدْتُ حَرِيَّةَ غَيْرِهِ لَمْ يُقْبَلْ.

والثالث: أَنْ يَقْصُرَ عَنْهُمْ ثَلَاثَ مَالِهِ، وَلَا يَجِيزُ الْوَرِثَةَ فَإِنْ وَقِيَ الثَّلَاثُ بِالْمَعْتَقِينَ أَوْ أَجَازَ الْوَرِثَةَ عَتَقُوا جَمِيعاً.

ولو أوصى بإعتاق عبيد<sup>(٤)</sup> ولم يَفِ الثَّلَاثُ بِهِمْ، وَلَمْ يُجِزِ الْوَرِثَةَ فَيَقْرَعُ أَيْضاً وَلَا فَرْقَ هَا هُنَا بَيْنَ أَنْ يُوصِيَ بِإِعْتَاقِهِمْ دَفْعَةً وَاحِدَةً، وَبَيْنَ أَنْ يَقُولَ: أَعْتَقُوا عَبْدِي فَلاناً ثُمَّ يَقُولُ: أَعْتَقُوا فَلاناً؛ لِأَنَّ وَقْتَ الاسْتِحْقَاقِ وَاحِدٌ وَهُوَ الْمَوْتُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا رَتَّبَ الْإِعْتَاقَ الْمَنْجُزَ إِلَّا أَنْ يُقَيَّدَ يَقُولُ: أَعْتَقُوا فَلاناً ثُمَّ فَلاناً، وَلَوْ عَلَّقَ الْعِتْقَ بِالْمَوْتِ فَقَالَ: إِذَا مِتُّ فَأَنْتُمْ أَحْرَارٌ أَوْ أَعْتَقْتُكُمْ بَعْدَ مَوْتِي، أَوْ رَتَّبَ فَقَالَ: إِذَا مِتُّ فَفُلانٌ حُرٌّ ثُمَّ قَالَ: إِذَا مِتُّ فَفُلانٌ حُرٌّ يُقْرَعُ أَيْضاً، وَفِي الْوَصِيَّةِ وَتَعْلِيقِ الْعِتْقِ وَجْهٌ: أَنَّهُ لَا قُرْعَةَ بَلْ يُعْتَقُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ ثَلَاثَةٌ؛ لِأَنَّ الْقُرْعَةَ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ، وَإِنَّمَا وَرَدَ بِهَا الْخَيْرُ فِي الْإِعْتَاقِ الْمُنْجِزِ، وَقَدْ ذَكَرْنَا هَذَا فِي «الْوَصَايَا»، وَالظَّاهِرُ الْأَوَّلُ.

ولو قال: أَعْتَقْتُ ثَلَاثَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْكُمْ، أَوْ أَثَلَاثَ هؤلاء أَحْرَارٌ. فوجهان:

أحدهما: أَنَّهُ [لَا]<sup>(٥)</sup> يُقْرَعُ بَيْنَهُمْ، بَلْ يُعْتَقُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ ثَلَاثَةٌ لِتَضْرِيحِهِ بِالتَّبْعِيضِ وَأَصْحَبُهُمَا - عَلَى مَا ذَكَرَ فِي «التَّهْدِيبِ»: أَنَّهُ يُقْرَعُ أَيْضاً؛ لِأَنَّ الْعَبِيدَ لَهُ عَلَى الْخُلُوصِ، وَإِعْتَاقِ بَغْضِ الْعَبْدِ الْخَالِصِ كِإِعْتَاقِ كُلِّهِ وَصَارَ كَمَا لَوْ قَالَ: أَعْتَقْتُكُمْ - وَقَدْ سَبَقَ هَذَا فِي «الْوَصَايَا» أَيْضاً، وَسَبَقَ أَنَّهُ لَوْ قَالَ: أَعْتَقْتُ ثَلَاثَكُمْ - أَوْ ثَلَاثَكُمْ حُرٌّ فَهُوَ كَقَوْلِهِ: أَعْتَقْتُكُمْ أَوْ كَقَوْلِهِ: أَثَلَاثَ هؤلاء أَحْرَارٌ فِيهِ طَرِيقَانِ - وَأَنَّهُ لَوْ أَضَافَ إِلَى الْمَوْتِ فَقَالَ: ثَلَاثَ كُلِّ

(١) فِي ز: الضبط.

(٢) فِي ز: و.

(٣) سَقَطَ فِي: ز.

(٤) سَقَطَ فِي: ز.

(٥) فِي أ: عَبْد.



واحد حُرٌّ بَعْدَ موتي أو أثلَاثَ هَوْلَاءٍ أحرار بعد موتي، [فيعتق]<sup>(١)</sup> مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ ثُلُثُهُ وَلَا يُفْرَعُ؛ لِأَنَّهُ لَا سِرِّيَّةَ بَعْدَ الموت، وحكى<sup>(٢)</sup> وَجْهًا آخَرَ: أَنَّهُ يَقْرَعُ كَمَا لَوْ نَجَزَ فِي المَرَضِ وَالظَّاهِرُ الْأَوَّلُ، وَعَلَيْهِ فَرَعَ ابْنُ الْحَدَّادِ، وَلصاحب الوجه الآخر أن يقول: نعم لَا سِرِّيَّةَ بَعْدَ الموت، وَلَكِنَّ قَوْلَهُ: «ثُلُثُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْكُمْ حُرٌّ نَزَلْتُمُوهُ مِنْزَلَةً» قَوْلُهُ: «أَعْتَقْتُكُمْ جِئِينَ<sup>(٣)</sup> حَكَمْتُمْ بِالْقَرْعَةِ فِيهِ» فِي أَظْهَرِ الوَجْهَيْنِ، وَإِذَا نَزَلَ مِنْزَلَتَهُ فَلَوْ قَالَ: أَعْتَقْتُكُمْ بَعْدَ موتي يُفْرَعُ بَيْنَهُمْ فَكَذَلِكَ<sup>(٤)</sup> إِذَا قَالَ: ثُلُثُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْكُمْ حُرٌّ بَعْدَ موتي، فَأَعْتَدَ بَأَنِ أَحَدُهُمَا يَعْتَبَرُ لِمَعْرِفَةِ الثَّلْثِ فِيمَنْ أَعْتَقَهُ مِنْجَزًا فِي المَرَضِ قِيَمَةَ يَوْمِ الإِعْتَاقِ وَفِيمَنْ أَوْصَى بِعَتَقِهِ يَوْمَ الموت؛ لِأَنَّهُ وَقْتُ الْأَسْتَحْقَاقِ [وَفِيمَا]<sup>(٥)</sup> يَبْقَى لِلوَرِثَةِ أَقْلُ قِيَمَةٍ مِنْ يَوْمِ الموت إِلَى أَنِ يَقْبِضُوا التَّرَكَةَ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَتْ قِيَمَةُ يَوْمِ الموت أَقْلَ فَالزِّيَادَةُ حَصَلَتْ فِي مَلِكِهِمْ وَإِنْ كَانَتْ قِيَمَةُ يَوْمِ القَبْضِ أَقْلَ، فَمَا نَقَصَ قَبْلَ ذَلِكَ لَمْ يَدْخُلْ فِي يَدِهِمْ فَلَا يَحْسَبُ عَلَيْهِمْ كَمَا يَغْضَبُ أَوْ<sup>(٦)</sup> يَضِيعُ مِنَ التَّرَكَةِ قَبْلَ أَنِ يَقْبِضُوهُ، وَإِذَا نَجَزَ إِعْتَاقَ عَبْدٍ فِي المَرَضِ وَأَوْصَى بِإِعْتَاقِ آخَرَ قَوْمَنَا الْأَوَّلِ حَالَ إِعْتَاقِهِ وَالْآخَرَ [حَالَ الموت]<sup>(٧)</sup> وَبَقِيَةَ التَّرَكَةِ بِأَقْلِ القِيَمَتَيْنِ، فَإِنْ خَرَجَا مِنَ الثَّلْثِ عَتَقَا وَإِنْ خَرَجَ [أَحَدُهُمَا]<sup>(٨)</sup> أَعْتَقْنَا الْمَنْجَزَ إِعْتَاقَهُ وَإِنْ زَادَ الثَّلْثَ عَلَى أَحَدِهِمَا أَعْتَقْنَا بِقَدْرِ الزِّيَادَةِ مِنَ المَوْصَى بِإِعْتَاقِهِ وَإِنْ نَقَصَ الثَّلْثَ أَعْتَقْنَا بِقَدْرِهِ [مِنْ]<sup>(٩)</sup> الْمَنْجَزِ إِعْتَاقَهُ.

ولو أعتق في المرض عبداً مبهماً بأن قال: أحد هؤلاء حر، أو أوصى بإعتاق [واحد]<sup>(١٠)</sup> منهم أيضاً بأن قال<sup>(١١)</sup>: أعتقوا أحد هؤلاء - ففي «جمع الجوامع» للرويانى: أنه يكتب رقعة للعتق، وأخرى للوصية، ورفعتان للتركة، فمن خرج له العتق فكأنه أعتقه بعينه ومن خرج له الوصية فكأنه أوصى بإعتاقه بعينه ثم يكون الحكم كما سبق.

وفي «الشامل»: أنه يميز الثلث بالقرعة أو لا، ثم يميز بين المنجز إعتاقه وبين الآخر.

والثانية: كل عبد من المنجز إعتاقهم عتق بالقرعة يحكم بعتقه من يوم الإعتاق لا من يوم القرعة ويسلم له ما اكتسبه من وقت الإعتاق غير محسوب من الثلث سواء اكتسبه في حياة المعتق أو بعد موته وكل من بقي رقيقاً منهم فأكسبه قبل موت المعتق

(٢) في ز: وحكيئا.

(٤) في أ: وكذا.

(٦) في أ: و.

(٨) في ز: أحدهم.

(١٠) سقط في: ز.

(١) في ز: يعتق.

(٣) في أ: حتى.

(٥) في ز: ومنها.

(٧) في ز: حر.

(٩) في ز: في.

(١١) في ز: وقال.

تحسب على الوارث في الثلثين وأكسابه بعد موته وقبل القرعة لا تحسب عليه لحصوله على ملكه، فلو أعتق في مرضه ثلاثة أعبد لا مال له غيرهم قيمة كل واحد مائة، واكتسب أحدهم مائة، وأقرعنا فإن خرجت القرعة للمكتسب عتق وفاز بكسبه ورق الآخران، وإن خرجت لأحد الآخرين عتق، ثم تعاد القرعة بين المكتسب والثاني فإن خرجت للثاني عتق ثلثه وبقي [ثلاثه مع المكتسب]<sup>(١)</sup> وكسبه للورثة وإن خرجت للمكتسب وقع في الدور لأنه يعتق بعضه ويتوزع الكسب على ما عتق وعلى ما رق ولا [يحسب]<sup>(٢)</sup> عليه حصة ما عتق وتزيد التركة بحصة ما رق وإذا زادت التركة زاد ما عتق وتزيد حصته وإذا زادت حصته نقصت حصة التركة وطريق استخراجها قد بيناه في المسائل الدورية من «الوصايا» والحكم: إنه يعتق منه ربعه ويتبعه ربع كسبه، يبقى للورثة ثلاثة أرباعه وثلاثة أرباع كسبه مع العبد الآخر، وجملتها ضعف ما عتق.

ولو اكتسب أحدهم مائتين وخرجت القرعة الثانية لغير المكتسب عتق ثلاثه، وبقي ثلثه، والمكتسب وكسبه للورثة، وإن خرجت للمكتسب فقد عتق منه شيء وتبعه من الكسب شيان؛ لأن كسبه مثلاً قيمته تبقى للورثة أربعة أعبد إلا ثلاثة أشياء، وإن شئت قلت أربع مائة إلا ثلاثة أشياء تعدل ضعف ما عتق وهو عبدان وشيخان فبعد الجبر أربعة أعبد تعدل عبيدين وخمسة أشياء نسقط عبيدين بعبيدين يبقى عبدان [وشيخان]<sup>(٣)</sup> في مقابلة خمسة أشياء فالشيء خمس العبيدين وهما خمسا عبد وذلك أربعون فقد عتق مائة وأربعون وبقي للورثة ثلاثة أخماسه ستون وثلاثة أخماس كسبه مائة وعشرون والعبد الآخر وجملتها مائتان وثمانون.

ولو اكتسب أحدهم خمسين وخرجت القرعة الثانية لغير المكتسب عتق سدسه وهو ستة عشر وثلثان<sup>(٤)</sup> وبقي خمسة أسداسه والمكتسب وكسبه للورثة، وجملة ذلك مائتان وثلاثة وثلاثون وثلث ضعف ما عتق، وإن خرجت للمكتسب عتق منه شيء وتبعه من الكسب نصف شيء، يبقى للورثة عبدان ونصف سوى شيء ونصف شيء؛ وذلك عدل ضعف ما عتق وهو عبدان وشيخان فبعد الجبر يصير عبدان ونصف في معادلة عبيدين وثلاثة أشياء ونصف، نسقط عبيدين بعبيدين تبقى المعادلة بين نصف عبد وبين ثلاثة أشياء ونصف والشيء من ثلاثة أشياء ونصف سبعة أشياء سبعة نصف عبد وسبعة نصف عبد سبع عبد فعرنا أنه عتق منه سبعة وهو أربعة عشر وسبعان ويتبعه من الكسب سبعة غير محسوب عليه يبقى للورثة ستة أسباعه، وهي خمسة وثمانون وخمسة أسباع،

(١) في ز: ثلاثه للمكتسب.

(٢) في ز: يحسب.

(٣) سقط في: ز.

(٤) في ز: وثلث.

ومن الكسب ستة أسباعه، وهي اثنان وأربعون ستة أسباع، والعبد الآخر وهو مائة وجملة ذلك مائتان وثمانية وعشرون وأربعة أسباع ضعف ما عتق.

ولو كانت المسألة كما صورنا واكتسب كل واحد من العبيد مائة فمن خرجت له القرعة عتق وتبعه كسبه، ثم تعاد القرعة بين الآخرين، فمن خرجت له القرعة عتق منه شيء وتبعه من الكسب مثله يبقى مع الورثة أربعة أعبد سوى شيئين يعدل ضعف ما أعتقنا وهو عبدان وشيثان، فبعد الجبر يعدل أربعة أعبد عبيدين وأربعة أشياء فنسقط عبيدين بعبيدين يبقى عبدان في مقابلة أربعة أشياء فالشيء نصف العبد، فعلمنا أنه عتق من هذا العبد نصفه وتبعه نصف كسبه غير محسوب يبقى للورثة نصفه الآخر ونصف كسبه والعبيد الآخر وكسبه، وجملته ثلاثمائة ضعف ما عتق، وقد قدمنا لهذه الصورة نظائر في «الوصايا» فلا تطول، وهذا كله في الأكساب الحاصلة في حياة المعتق.

ولو اكتسب واحد من العبيد في المثل المذكور مائة بعد موته فإن خرجت القرعة للمكتسب عتق وتبعه كسبه غير محسوب كما لو اكتسب في الحياة وإن خرجت القرعة لغير المكتسب عتق ورق الآخران، وَلَا تُعَادُ الْقُرْعَةُ لِلْكَسْبِ بَلْ يَقُوزُ بِهِ الْوَرَثَةُ؛ لِحْصُولِهِ فِي مَلِكِهِمْ، وَكَسْبُ مَنْ أَوْصَى بِإِعْتَاقِهِ فِي حَيَاةِ الْمُوصَى، لِلْمُوصَى تَزِيدُ بِهِ التَّرِكَةُ وَالثَّلْثُ، وَكَسْبُهُ بَعْدَ مَوْتِهِ لَا تَزِيدُ بِهِ التَّرِكَةُ وَالْثَّلْثُ بِلَا خِلَافٍ. وَحَكَى ابْنُ الصَّبَّاحِ: فِي أَنَّهُ لِلْوَرَثَةِ، أَوْ لِلْعَبْدِ طَرِيقَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَن فِيهِ قَوْلَيْنِ، كَالْقَوْلَيْنِ فِي أَنَّ كَسْبَ الْعَبْدِ الْمُوصَى بِهِ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصَى، وَقَبْلَ الْقَبُولِ لِلْوَرَثَةِ أَوْ لِلْمُوصَى لَهُ.

وَأَصَحُّهُمَا: الْقَطْعُ بِأَنَّهُ لِلْعَبْدِ.

والفرق أنه استحق العتق. بموت الموصى استحقاقاً مستقراً والموصى غير مستقر، بل الموصى له بالخيار، بين الرد والقبول، وإذا زادت قيمة من نُجِزَ إِعْتَاقَهُ [بموت الموصى]<sup>(١)</sup> كانت الزيادة كالكسب. فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ قُرْعَةُ الْعَتَقِ؛ تَبَعَتْهُ الزِّيَادَةُ غَيْرَ مَحْسُوبَةٍ عَلَيْهِ، وَكَذَا لَوْ كَانَ مِنْ أَعْتَقَهُمْ جَارِيَةً فَوَلَدَتْ قَبْلَ مَوْتِ الْمَعْتَقِ؛ فَالْوَلَدُ كَالْكَسْبِ، فَإِذَا خَرَجَتْ الْقُرْعَةُ لَهَا؛ تَبِعَهَا الْوَلَدُ غَيْرَ مَحْسُوبٍ مِنَ الثَّلْثِ، وَإِنْ خَرَجَتْ لغير الذي زادت قيمته، أو الذي ولدت؛ وَقَعَ الدُّورُ<sup>(٢)</sup>، وَلَوْ أَعْتَقَ ثَلَاثَةَ أَعْبِيدٍ لَا مَالَ لَهُ غَيْرِهِمْ قِيمَةٌ كُلُّ وَاحِدٍ مِائَةٌ [فبلغت]<sup>(٣)</sup> قيمة أحدهم مائتين فهو كما لو اكتسبت [أحدهم]<sup>(٤)</sup> مائة [ولو أعتق جارتين قيمة كل واحدة مائة فولدت إحداها ولداً قيمته

(٢) في أ: فلو.

(٤) في ز: إحداها.

(١) سقط في: ز.

(٣) في ز: فيغلب.

مائة، فهو كما لو اكتسب أحدهما مائة<sup>(١)</sup> فَإِنْ خَرَجَتْ أَلْقُرْعَةُ لِلتِّي لَمْ تَلِدْ؛ عَتَقْتَ وَرَقَّتِ أَلْوَالِدَةُ وَوَلَدُهَا، وَهُمَا ضِعْفُ مَا أَعْتَقْنَا، وَإِنْ خَرَجَتْ لِلْوَالِدَةِ عَتَقَ<sup>(٢)</sup> مِنْهَا شَيْءٌ، وَتَبِعَهَا مِنَ الْوَلَدِ مِثْلَهُ؛ يَبْقَى مَعَ الْوَرِثَةِ ثَلَاثِمِائَةٍ سِوَى شَيْئَيْنِ تَعْدِلُ ضِعْفُ مَا أَعْتَقْنَا مَحْسُوبًا وَهُوَ شَيْئَانِ. فَبَعْدَ الْجَبْرِ يَعْدِلُ ثَلَاثِمِائَةً أَرْبَعَةَ أَشْيَاءَ فَالشَّيْءُ رُبْعُ الثَّلَاثِمِائَةِ، وَرُبْعُ الثَّلَاثِمِائَةِ: ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الْمِائَةِ، فَعَرَفْنَا أَنَّهُ عَتَقَ مِنْهَا ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِهَا وَتَبِعَهَا ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الْوَلَدِ، يَبْقَى مَعَ الْوَرِثَةِ رُبْعَهَا، وَرُبْعُ الْوَلَدِ وَالْجَارِيَةِ الْآخَرَى، وَجَمَلَةٌ ذَلِكَ مِائَةٌ وَخَمْسُونَ ضِعْفُ مَا عَتَقَ مِنْهَا، وَفَرَعٌ عَلَى هَذَا الْأَصْلِ أَنَّهُ لَوْ قَالَ لْجَارِيَةِ لَهُ حَامِلٌ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ: أَنْتِ حُرَّةٌ أَوْ مَا فِي بَطْنِكَ فَوَلَدَتْ لِمَا دُونَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ الْإِعْتِاقِ، وَلَمْ يَتَّفِقْ تَعْيِينَ فَيَقْرَعُ بَيْنَهُمَا، فَإِنْ خَرَجَتْ لِلْوَالِدِ عَتَقَ دُونَ الْأَمِّ، فَإِنْ لَمْ يَفِ بِهَ الثَّلَاثِ؛ عَتَقَ مِنْهُ بِقَدْرِ الثَّلَاثِ، وَإِنْ خَرَجَتْ لِلْأُمِّ عَتَقَتْ وَتَبِعَهَا الْوَلَدُ إِنْ وَفَى بِهُمَا الثَّلَاثِ، وَإِلَّا فَيَعْتَقُ مِنْهَا شَيْءٌ، وَتَبِعَهَا مِنَ الْوَلَدِ شَيْءٌ.

وطريق الأستخراج ما ذكرناه فيما إذا أعتق عبداً واحداً فاكتسب في «باب الوصايا»، وتقويم الولد إنما يكون في يوم الولادة، وهذا الذي ذكرناه فيما إذا ولدت الجارية قبل موت المُعتِقِ، فإن<sup>(٣)</sup> ولدت بعد موته؛ نُظِرَ إِنْ وُلِدَتْ لِأَكْثَرَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ الْمَوْتِ، فَالْوَلَدُ كَالْكَسْبِ الْحَاصِلِ بَعْدَ مَوْتِهِ، إِنْ خَرَجَتْ أَلْقُرْعَةُ لِلْوَالِدَةِ؛ عَتَقْتَ، وَتَبِعَهَا أَلْوَلَدُ، وَإِنْ خَرَجَتْ لِغَيْرِ الْوَالِدَةِ؛ عَتَقْتَ، وَلَا تَعَادُ أَلْقُرْعَةُ لِلْوَلَدِ؛ لِأَنَّهُ حَدَثٌ عَلَى مِلْكِ الْوَرِثَةِ، وَإِنْ وُلِدَتْ لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَهَلْ تَحْسَبُ عَلَى الْوَارِثِ حَتَّى تَعَادُ أَلْقُرْعَةُ؟

قال «صاحب التهذيب»: يُبْتَنَى عَلَى أَنَّ الْحَمَلَ هَلْ يَعْرِفُ؟ إِنْ قُلْنَا: لَا فَهُوَ كَالْحَادِثِ بَعْدَ الْمَوْتِ، فَلَا تَعَادُ، وَإِنْ قُلْنَا: نَعَمْ فَكَالْحَادِثِ بَعْدَهُ فَنَعَادُ، وَأَطْلَقَ الْصَّنْدَلَانِيُّ حِكَايَةَ وَجْهَيْنِ فِي أَنَّهُ: إِذَا وُلِدَتْ الْجَارِيَةُ بَعْدَ الْمَوْتِ، هَلْ يُحْسَبُ الْوَلَدُ عَلَى الْوَرِثَةِ مِنَ الثَّلَاثَيْنِ؟ وَلَوْ نَقَصْتَ قِيَمَةَ مَنْ نَجَزَ عَتَقَهُ قَبْلَ مَوْتِ الْمُعْتِقِ فَإِنْ كَانَ النِّقْصَانُ فَيَمْنُ خَرَجَتْ لَهُ قِرْعَةٌ الْعَتَقِ؛ فَهُوَ مَحْسُوبٌ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ مُحْكَمٌ بِعَتَقِهِ مِنْ يَوْمِ الْإِعْتِاقِ وَإِنْ كَانَ فَيَمْنُ رَقٌّ؛ فَلَا يُحْسَبُ عَلَى الْوَرِثَةِ إِذَا لَمْ يَحْصُلْ لَهُمْ إِلَّا النَّاقِصُ. فَلَوْ أَعْتَقَ عَبْدًا لَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُ قِيَمَتَهُ مِائَةً فَرَجَعَ<sup>(٤)</sup> إِلَى خَمْسِينَ. فَقَدْ ذَكَرْنَا طَرِيقَ اسْتِخْرَاجِهِ فِي «الْوَصَايَا».

وبإيراد آخر نقول: عتق منه شيء ورجع إلى نصف شيء يبقى خمسون ناقصة فنصف شيء يعدل ضيف ما عتق، وهو شيان، فبعد الجبر يعدل خمسون شيئين

(٢) في أ: أعتق.

(١) سقط في: ز.

(٤) في ز: فیرجع.

(٣) في أ: وإن.

ونصفَ شيءٍ، فَعَرَفْنَا أَنَّهُ يَعْتَقُ مِنْهُ خَمْسَةٌ؛ لِأَنَّ النِّصْفَ مِنْ شَيْئَيْنِ، وَنِصْفَ خَمْسٍ، وَإِنْ كَانَ قِيَمَتُهُ يَوْمَ الإِعْتَاقِ عِشْرِينَ فَعَادَ إِلَى عِشْرَةٍ، وَيَبْقَى لِلوَرِثَةِ أَرْبَعَةٌ أَمْسَاهُ وَقِيَمَتُهُ يَوْمَ المَوْتِ أَرْبَعُونَ، وَهِيَ ضَعْفُ مَا عَتَقَ، وَلَوْ أَعْتَقَ ثَلَاثَةَ أَعْبُدِ قِيَمَتُهُ كُلِّ وَاحِدٍ مِائَةٌ فَعَادَتْ قِيَمَةُ أَحَدِهِمْ إِلَى خَمْسِينَ، فَإِنْ خَرَجَتْ الْقَرْعَةُ لِلَّذِي انْتَقَصَ قِيَمَتُهُ عَتَقَ، وَلَا يُعْتَقُ مِنَ الآخِرِينَ شَيْءٌ؛ لِأَنَّهُ كَانَتْ قِيَمَتُهُ يَوْمَ الإِعْتَاقِ مِائَةً، فَيَنْبَغِي أَنْ يَبْقَى لِلوَرِثَةِ ضَعْفُهَا، وَإِنْ خَرَجَتْ لِأَحَدِ الآخِرِينَ عَتَقَ مِنْهُ خَمْسَةٌ أَسَدَاسَهُ، وَهِيَ بِالقِيَمَةِ ثَلَاثَةٌ وَثَمَانُونَ وَثَلَاثٌ، وَيَبْقَى لِلوَرِثَةِ سُدُسُهُ وَالْعَبْدُ الآخَرُ [وَأ] الَّذِي نَقَصَتْ قِيَمَتُهُ، وَجَمَلَتِهَا: مِائَةٌ وَسِتَّةٌ وَسِتُونَ وَثَلَاثًا وَهِيَ <sup>(١)</sup> ضَعْفُ مَا عَتَقَ، وَإِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ المَحْسُوبَ عَلَى الوَرِثَةِ البَاقِي بَعْدَ النِّقْصَانِ، وَهُوَ مِائَتَانِ وَخَمْسُونَ.

وَلَوْ أَعْتَقَ عَبْدَيْنِ قِيَمَةَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةً، وَلَا مَالٌ لَهُ سِوَاهُمَا فَعَادَتْ قِيَمَةُ أَحَدِهِمَا إِلَى خَمْسِينَ فَإِنْ خَرَجَتْ القَرْعَةُ لِلَّذِي لَمْ تَنْقُصْ قِيَمَتَهُ؛ عَتَقَ نِصْفَهُ وَيَبْقَى لِلوَرِثَةِ نِصْفُهُ وَالْعَبْدُ الآخَرُ، وَهِيَ ضَعْفُ مَا عَتَقَ، وَإِنْ خَرَجَتْ لِلَّذِي انْتَقَصَ وَقَعَ الأَدْوَرُ لِأَنَّا نَحْتَاجُ إِلَى إِعْتَاقِ بَعْضِهِ مُعْتَبَرًا بِيَوْمِ الإِعْتَاقِ، وَإِلَى إِبْقَاءِ بَعْضِهِ لِلوَرِثَةِ مُعْتَبَرًا بِيَوْمِ المَوْتِ، وَطَرِيقُهُ أَنْ يُقَالَ: عَتَقَ مِنْهُ شَيْءٌ، وَعَادَ إِلَى نِصْفِهِ يَبْقَى لِلوَرِثَةِ مِائَةٌ وَخَمْسُونَ سِوَى نِصْفِ شَيْءٍ، وَذَلِكَ يَعْدِلُ ضِغْفَ مَا أَعْتَقْنَا، وَضِغْفُ مَا أَعْتَقْنَا شَيْئَانِ، فَبَعْدَ الجَبْرِ يَعْدِلُ مِائَةٌ وَخَمْسُونَ شَيْئَيْنِ وَنِصْفَ شَيْءٍ وَالشَّيْءُ مِنْ شَيْئَيْنِ، وَنِصْفُ خُمْسَاءَ وَخُمْسَا مِائَةٍ وَخَمْسِينَ سِتُونَ، فَعَلِمْنَا أَنَّهُ عَتَقَ مِنَ الْعَبْدِ يَوْمَ الإِعْتَاقِ سِتُونَ، وَعَادَ هَذَا المَبْلُغُ إِلَى ثَلَاثِينَ يَبْقَى لِلوَرِثَةِ خُمْسًا: هَذَا الْعَبْدُ، وَهُوَ عِشْرُونَ، وَالْعَبْدُ الآخَرُ وَهُوَ مِائَةٌ، وَالْمِائَةُ وَالْعِشْرُونَ ضَعْفُ الشَّيْئَيْنِ، وَإِنْ حَدَّثَ النِّقْصَانُ بَعْدَ مَوْتِ المَعْتَقِ، وَقَبْلَ الإِفْرَاقِ فَهَلْ يَحْسَبُ النِّقْصَانُ عَلَى الوَرِثَةِ؟ قَالَ فِي «التَّهْذِيبِ»: إِنْ كَانَ الوَارِثُ [مَقْصُورًا] <sup>(٢)</sup> الأَيْدِ عَنِ التَّرِكَةِ؛ لَمْ يَحْسَبْ عَلَيْهِ، كَمَا فِي حَالِ الحَيَاةِ وَالْأَفْجَاهَانِ:

أَصْحُحُهُمَا: أَنَّهَا تَحْسَبُ عَلَيْهِ، وَهَذَا كَالخِلَافِ الَّذِي مَرَّ فِيمَا إِذَا مَاتَ بَعْضُهُمْ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ العَرَايِيُّ: وَأَسْهَلُ طَرِيقِ القَرْعَةِ إِذَا كَانُوا ثَلَاثَةً أَنْ يَكْتُبَ الرُّقَّ عَلَى رُفْعَتَيْنِ وَالْحُرِّيَّةَ عَلَى رُفْعَةٍ وَتُدْرَجُ فِي بِنَادِقٍ مُتَشَابِهَةٍ وَتُعْطَى صَبِيًّا حَتَّى يُعْطِيَ كُلَّ عَبْدٍ وَاحِدًا، وَلَا يَتَّعَيْنُ الكَاغِدُ بَلْ يَجُوزُ بِالخَشْبِ وَالنُّوَى، وَلَا يَجُوزُ بِشَيْءٍ آخَرَ فِيهِ خَطَرٌ؛ كَقَوْلِهِمْ: إِنْ طَارَ غُرَابٌ فَقَلَانٌ يَتَّعَيْنُ لِلْحُرِّيَّةِ.

(٢) فِي ز: مَقْصُودٌ.

(١) فِي أ: وَهُوَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الطَّرْفُ الثَّانِي فِي كَيْفِيَّةِ الْقُرْعَةِ وَالتَّجْزِئَةِ الَّتِي تَتَرْتَبُ عَلَيْهَا الْقُرْعَةُ، وَفِيهِ فَصْلَانُ:

الأول: فِي كَيْفِيَّةِ الْقُرْعَةِ - وَقَدْ مَرَّ فِي «بَابِ الْقِسْمَةِ»: أَنَّ لِلْقُرْعَةِ طَرِيقَيْنِ:

أحدهما: أَنَّ يَكْتُبَ أَسْمَاءَ الْعَبِيدِ فِي رِقَاعٍ ثُمَّ يَخْرُجُ عَلَى الرِّقِّ وَالْحَرِيَةِ.

والثاني: أَنَّ يَكْتُبَ فِي الرِقَاعِ «الرِّقَّ» وَ«الْحَرِيَةَ» وَيَخْرُجُ عَلَى أَسْمَاءِ الْعَبِيدِ. وَذَكَرْنَا أَنَّ مِنَ الْأَصْحَابِ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - مَنْ أَثْبَتَ قَوْلَيْنِ فِي أَنَّهُ يَقْرَعُ بِالطَّرِيقِ الْأَوَّلِ، أَوِ الثَّانِي؟ وَأَنَّ فِي كَوْنِ ذَلِكَ الْخِلَافَ فِي الْجَوَازِ، أَوِ الْأَوْلَوِيَّةِ؟ خِلَافاً آخَرَ، وَأَنَّ عَامَّتَهُمْ ذَهَبُوا إِلَى أَنَّ فِي الْعَتَقِ يَسْتَلُكُ مَا شَاءَ مِنَ الطَّرِيقَيْنِ وَلَفْظُ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فِي «الْمُخْتَصَرِ» يَدُلُّ عَلَيْهِ، وَإِثْبَاتُ الْأَسْمَاءِ وَالْإِخْرَاجُ عَلَى الرِّقِّ وَالْحَرِيَةِ أَخْصَرُ؛ لِأَنَّ إِثْبَاتَ الرِّقِّ وَالْحَرِيَةِ، وَالْإِخْرَاجُ عَلَى الْأَسْمَاءِ قَدْ يُخْرِجُ إِلَى إِعَادَةِ الْقُرْعَةِ مَرَّةً أُخْرَى كَمَا سَنَفَصِّلُ.

وَأَسْتَحَبُّ الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - عَلَى الطَّرِيقَيْنِ أَنَّ تَكُونَ الرِّقَاعُ صَغَاراً؛ لِتَكُونَ أَحْفَى، وَأَنَّ تَكُونَ مَتَسَاوِيَةً، وَأَنَّ تَدْرَجَ فِي بِنَادِقٍ، وَتَجْعَلَ فِي حَجَرٍ مِنْ لَمْ يَحْضُرَ هُنَاكَ عَلَى مَا بَيْنَا فِي «الْقِسْمَةِ»، وَأَنَّ تُعْطَى بِثَوْبٍ، وَيَدْخُلُ مِنْ يَخْرِجُهَا الْيَدِ تَحْتَهُ، وَكُلُّ ذَلِكَ لِيَكُونَ أَبْعَدَ عَنِ التُّهْمَةِ؛ وَلَا تَتَعَيَّنُ الرِقَاعُ، بَلْ تَجُوزُ الْقُرْعَةُ بِأَقْلَامٍ مَتَسَاوِيَةٍ وَبِالنَّوِي وَبِالْبَعْرِ.

وَقَدْ رُوِيَ أَنَّهُ ﷺ أَقْرَعَ فِي قِسْمَةِ بَعْضِ الْغَنَائِمِ بِالْبَعْرِ، وَأَنَّهُ أَقْرَعَ مَرَّةً بِالنَّوِي.

وَذَكَرَ الصَّيْدَلَاوِيُّ أَنَّهُ: لَا يَجُوزُ أَنْ يُقْرَعَ بِأَشْيَاءٍ مُخْتَلِفَةٍ كَدَوَاةٍ وَقَلَمٍ، وَحِصَاةٍ وَقَدْ يَتَوَقَّفُ فِي هَذَا؛ لِأَنَّ الْمَخْرَجَ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ مَا اخْتَارَهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ لَا يَظْهَرُ فِيهِ خَيْفٌ، وَيَدُلُّ عَلَيْهِ مَا ذَكَرَ الْإِمَامُ: أَنَّ الْغَرَضَ تَحْكِيمَ الْقُرْعَةِ عَلَى وَجْهِ لَا يَبْقَى فِيهِ خِيَالُ الْخِيَانَةِ، وَالْمَوَاطَأَةِ، وَلَسْنَا نَضْبِطُ وَجْهًا مِنَ الْقُرْعَةِ وَلِذَلِكَ قَالَ الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: «أَحَبُّ الْقُرْعَةِ إِلَيَّ وَأَبْعَدُهَا عَنِ الْحَيْفِ رِقَاعٌ صِغَارٌ...» إِلَى آخِرِهِ. وَلَا يَجُوزُ الْإِعْرَاضُ عَنِ الْقُرْعَةِ أَصْلًا، وَالتَّمْيِيزُ بِطَرِيقٍ آخَرَ، بَأَنَّ يَتَّفِقُوا عَلَى أَنَّهُ إِنْ طَارَ غُرَابٌ فَفَلَانٌ حَرٌّ، أَوْ أَنَّ مَنْ وَضَعَ عَلَى<sup>(١)</sup> صَبِي يَدِهِ فَهُوَ حَرٌّ، أَوْ أَنْ يَرِاجِعَ شَخْصٌ لَا غَرَضَ لَهُ فِي تَعْيِينِ عَبْدِ الرِّقِّ، أَوِ الْعَتَقِ، بَلْ يَتَّبِعُ مَا وَرَدَ بِهِ الْخَبِيرُ، وَلِلْإِمَامِ هَا هُنَا بَحْثَانُ<sup>(٢)</sup>:

أحدهما: إِذَا كُنَّا نَعْتِقُ عَبْدًا، وَنَرِقُّ عَبْدَيْنِ، وَرَأَيْنَا إِثْبَاتَ الرِّقِّ وَالْحَرِيَةِ فَقَدْ قَالَ الْأَصْحَابُ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ -: يَثْبُتُ الرِّقُّ فِي رَقْعَتَيْنِ، وَالْحَرِيَةِ فِي رَقْعَةٍ عَلَى نِسْبَةِ الْمَطْلُوبِ فِي الْقَلَّةِ، وَالكَثْرَةِ، فَإِنْ مَا يَكْثُرُ فَهُوَ أُخْرَى [بِسْبِقِ]<sup>(٣)</sup> الْيَدِ إِلَيْهِ وَفِي كَلَامِهِمْ مَا

(٢) سقط في: ز.

(١) في ز: عليه.

(٣) في ز: السابق.

يدل على استحقاق ذلك، ومنهم من عدّه احتياطاً وقال: يكفي رُقعةً للرق، وأخرى للحرية، ثم إذا خرجت واحدة باسم أحدهم وخرجت رقعة الحرية؛ انفصل الأمر، وإن خرجت رقعة الرق احتجنا إلى إدراجها في [البديقة]<sup>(١)</sup> مرة أخرى.

والثاني: قال: إذا أثبتنا الرق والحرية، فَقَالَ الْمُخْرِجُ: أَخْرِجْ عَلَى أَسْمِ هَذَا ونازعه الآخرون، وقالوا: أَخْرِجْ عَلَى أَسْمَانَا، وَأَثْبِتْنَا الْأَسْمَاءَ وَقَالَ الْمُخْرِجُ: أَخْرِجْ عَلَى الْحَرِيَةِ، وَقَالُوا: أَخْرِجْ عَلَى الرِّقِ أَوْ تَنَازَعِ الْوَرِثَةَ وَالْعَبْدَ. فقال الورثة: أَخْرِجْ عَلَى الرِّقِ، وَقَالَ الْعَبْدُ عَلَى الْحَرِيَةِ. فهذا لم يتعرض له الأصحاب وفيه أختِمَالَانِ، إن أثبت الرق والحرية:

أحدهما: أن يُقَرَّعَ بين العبيد أولاً، حتى يتعين من يعرض على الرق والحرية، فإذا تعين واحد أخرجت رقعة على أَسْمِهِ.

والثانية: أن يثبت الحرية على رقعة والرق على رقعتين، وَيُعْطِي الْمُخْرِجُ كُلَّ عَبْدٍ رُقعةً، وقد سبق في «باب الْقِسْمَةِ» أن تعين من يبتدأ به من الشركاء والإجراء<sup>(٢)</sup> مَنُوطٌ بِنَظَرِ الْقَسَامِ فَيُمْكِنُ أَنْ يُنَاطَ هَا هُنَا أَيْضاً بِنَظَرٍ مَن يَتَوَلَّى الْإِقْرَاعَ مِنْ قَاضٍ، أَوْ وَصِيٍّ حَيْثُ<sup>(٣)</sup> يَبْتَدِءُ بِمَنْ شَاءَ، وَلَا يَلْتَفِتُ إِلَى مَضَائِقَاتِهِمْ.

وقوله في الْكِتَابِ: «وَأَسْهَلُ طَرُقَ الْقُرْعَةِ...» إلى قوله: «حتى يعطي كل عبد واحداً» كأنه يعني به: أَنَّ إِبْتَاتِ الرِّقِ وَالْحَرِيَةِ، وَتَسْلِيمِ رُقْعَةٍ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ أَدْفَعُ لِلْمَنَازَعَةِ فِي الْبَدَايَةِ، وَهَذَا الْإِحْتِمَالُ الثَّانِي ذَكَرَهُ الْإِمَامُ، وَإِلَّا فَقَدْ بَيَّنَّا أَنَّ إِبْتَاتِ الْأَسْمَاءِ، وَالْإِخْرَاجَ عَلَى الرِّقِ. وَالْحَرِيَةَ أَخْصَرُ وَأَيْسَرُ، وَإِعْطَاءَ كُلِّ عَبْدٍ رُقْعَةً لَيْسَ بِشَرَطٍ فِي الْإِقْرَاعِ، بَلْ يَكْفِي الْإِخْرَاجَ بِأَسْمَائِهِمْ وَأَعْيَانِهِمْ وَيُمْكِنُ أَنْ يَعْلَمَ قَوْلُهُ: «وَأَسْهَلُ طَرُقَ الْقُرْعَةِ» بِالْوَاوِ؛ إِشَارَةً إِلَى قَوْلِهِ: مَنْ أَثْبَتَ الْخِلَافَ فِي أَنَّهُ الطَّرِيقُ هَذَا أَوْ هَذَا، فَإِنْ مِنْ عَيْنٍ طَرِيقاً لَا يَجْعَلُ لِلْقُرْعَةِ طَرِيقَيْنِ أَوْ طَرِيقاً حَتَّى يَكُونَ أَحَدُهَا أَسْهَلًا.

وقوله: «ولا يجوز بشيء آخر فيه خَطَرٌ» [لم يقل: بشيء فيه خطر]<sup>(٤)</sup> إِشَارَةً إِلَى أَنَّ فِي إِخْرَاجِ الْقُرْعَةِ خَطَرًا أَيْضًا لَكِنِ الشَّرْعُ عَيْنُهَا، فَلَا مَعْدِلَ عَنْهَا إِلَى غَيْرِهَا [وَاللَّهِ أَعْلَمُ]<sup>(٥)</sup>.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (أَمَّا كَيْفِيَّةُ التَّجْزِئَةِ) فَسَهْلٌ إِذَا أَمْكَنَ تَجْزِئَتُهُمْ بِثَلَاثَةِ أَجْزَاءٍ مُتَسَاوِيَةٍ فِي

(٢) في أ: الإجراء.

(٤) سقط في: ز.

(١) في ز: البديقية.

(٣) في ز: حتى.

(٥) سقط في: ز.

الْقِيَمَةَ وَلَا بَأْسَ إِنْ لَمْ يَتَسَاوَا عَدَدُهُمْ بَلْ يُجْزَى الْخَسِيسُ بِالثَّيْبِ، فَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْ كَمَا لَوْ كَانُوا ثَمَانِيَةَ أَعْبَدَ قِيَمَةَ كُلِّ وَاحِدٍ مِائَةً، فِي قَوْلٍ يَجِبُ تَجْرِئَتُهُمْ بِثَلَاثَةِ أَجْزَاءٍ تَقْرُبُ مِنَ الثَّلَاثَةِ فِي الْقِيَمَةِ فَيُجْزَوْنَ إِلَى ثَلَاثَةٍ وَثَلَاثَةِ وَاثْنَيْنِ، فَإِنْ خَرَجَ عَلَى ثَلَاثَةٍ أَنْحَصَرَ الْعَتَقُ فِيهِمْ، ثُمَّ يُفْرَعُ بَيْنَهُمْ بِسَهْمِ رِقٍّ وَسَهْمِي عِتْقٍ، فَمَنْ خَرَجَ لَهُ الرَّقُّ رَقٌّ ثَلَاثَةٌ لِيُزَجَعَ كُلُّ الْعِتْقِ إِلَى قَدْرِ الثَّلَاثِ، وَإِنْ خَرَجَ عَلَى اثْنَيْنِ عِتْقًا ثُمَّ يُعَادُ بَيْنَ السَّتَةِ إِلَى أَنْ يُخْرَجَ الْعَتَقُ لِوَاحِدٍ فَيُرَقُّ ثَلَاثَةٌ وَيُعْتَقُ ثَلَاثًا، وَالْقَوْلُ الثَّانِي أَنَّ الثَّلَاثَ لَا يَجِبُ بَلْ يَجُوزُ الْفُرْعَةُ كَيْفَ اتَّفَقَ إِلَى أَنْ يُؤَدِّيَ إِلَى الْمَقْصُودِ، وَقِيلَ: هَذَا الْخِلَافُ فِي الْأَسْتِحْبَابِ دُونَ الْأَسْتِحْقَاقِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْفَصْلُ الثَّانِي: فِي كَيْفِيَّةِ تَجْرِئَةِ الْعَبِيدِ. [وتجزئتهم]<sup>(١)</sup> تقع بحسب الحاجة، فلو أعتق عبدين لا مال له سواهما؛ أفرغ بينهما بإثبات أَسْمِيَهُمَا فِي رِقْعَتَيْنِ، وَإِخْرَاجِ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْحَرِيَّةِ، أَوْ الرِّقِّ، أَوْ بِإِثْبَاتِ الرِّقِّ وَالْحَرِيَّةِ فِي رِقْعَتَيْنِ عَلَى أَسْمِيَهُمَا، ثُمَّ إِنْ اسْتَوَتْ قِيَمَتُهُمَا فَمَنْ خَرَجَ لَهُ سَهْمُ الْحَرِيَّةِ عَتَقَ ثَلَاثًا وَرَقَّ بَاقِيَهُ مَعَ الْآخَرِ، وَإِنْ اخْتَلَفَتْ قِيَمَتُهُمَا كَمِائَةٍ وَمِائَتَيْنِ، فَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ الْحَرِيَّةِ لِلَّذِي قِيَمَتُهُ مِائَةٌ، عَتَقَ وَرَقَّ الْآخَرَ وَإِنْ خَرَجَ لِلْآخَرِ؛ عَتَقَ نِصْفَهُ وَرَقَّ بَاقِيَهُ وَالْأَوَّلِ، وَإِذَا [اِخْتَصَرَتْ]<sup>(٢)</sup> قُلْتُ: مَنْ خَرَجَ لَهُ سَهْمُ الْحَرِيَّةِ؛ عَتَقَ مِنْهُ قَدْرَ الثَّلَاثِ، فَإِنْ كَانَ الثَّلَاثُ أَكْثَرَ مِنْهُ تَمَّ مِنْهُ الثَّانِي<sup>(٣)</sup>، فَإِنْ أَعْتَقَ جَمَاعَةً مِنَ الْعَبِيدِ لَا مَالَ لَهُ سِوَاهُمْ وَأَرَدْنَا الْقِرْعَةَ، فَإِنْ كَانُوا ثَلَاثَةً وَاسْتَوَتْ قِيَمَتُهُمْ فَإِنْ شِئْنَا كَتَبْنَا أَسْمَاءَهُمْ وَقَلْنَا لِلْمُخْرِجِ: أَخْرِجْ رِقْعَةً عَلَى الْحَرِيَّةِ فَمَنْ خَرَجَ اسْمُهُ؛ عِتْقٌ، أَوْ قَلْنَا أَخْرِجْ عَلَى الرِّقِّ حَتَّى يَتَّعِينَ الْآخَرَ لِلْحَرِيَّةِ، وَالْإِخْرَاجُ عَلَى الْحَرِيَّةِ أَوْلَى؛ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ إِلَى فَصْلِ الْأَمْرِ، وَإِنْ شِئْنَا كَتَبْنَا عَلَى الرِّقِّ رِقْعَةً فِي رِقْعَتَيْنِ وَالْحَرِيَّةِ فِي رِقْعَةٍ، [وَقَلْنَا]<sup>(٤)</sup>: أَخْرِجْ عَلَى أَسْمِ سَالِمٍ أَوْ أُشْرِنَا إِلَى عَيْنِهِ. وَقَلْنَا: أَخْرِجْ عَلَى أَسْمِ هَذَا، فَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ الْحَرِيَّةِ؛ عَتَقَ، وَرَقَّ الْآخَرَانِ وَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ الرِّقِّ؛ رَقَّ، وَأَمَرْنَا بِإِخْرَاجِ رِقْعَةٍ أُخْرَى عَلَى اسْمِ غَانِمٍ، فَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ الْحَرِيَّةِ؛ عِتْقٌ، وَرَقَّ [الثَّالِثُ]<sup>(٥)</sup>، وَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ الرِّقِّ فَبِالْعَكْسِ، وَإِنْ اِخْتَلَفَتْ قِيَمَتُهُمْ كَمِائَةٍ، وَمِائَتَيْنِ، وَثَلَاثِمِائَةٍ فَمَا أَنْ نَكْتُبَ أَسْمَاءَهُمْ فَإِنْ خَرَجَ اسْمُ الْأَوَّلِ، عَتَقَ وَأَمَرْنَا بِإِخْرَاجِ رِقْعَةٍ أُخْرَى فَإِنْ خَرَجَ اسْمُ الثَّانِي؛ عِتْقٌ نِصْفُهُ، وَإِنْ خَرَجَ اسْمُ الثَّالِثِ؛ عِتْقٌ ثَلَاثًا [وَأَنْ خَرَجَ أَوَّلًا اسْمُ الثَّانِي عَتَقَ وَرَقَّ الْآخَرَانِ، وَإِنْ خَرَجَ اسْمُ الثَّالِثِ عَتَقَ ثَلَاثًا]<sup>(٦)</sup> وَرَقَّ بَاقِيَهُ وَالْآخَرَانِ، وَإِنَّمَا أَنْ يَكْتُبَ الرِّقِّ فِي رِقْعَتَيْنِ، وَالْحَرِيَّةِ فِي رِقْعَةٍ وَيُخْرَجَ عَلَى أَسْمَائِهِمْ،

(١) فِي ز: وَتَجْرِيَتُهُمْ.

(٢) فِي ز: وَقَلْتُ.

(٣) سَقَطَ فِي: ز.

(٤) فِي ز: وَتَجْرِيَتُهُمْ.

(٥) فِي أ: الْبَاقِي.

(٦) فِي ز: الثَّانِي.



وإن كانوا أكثر من ثلاثة، فإن أمكن تسوية الأجزاء عدداً وقيمة كَسَيْتَةً، وتسعة، وأثنى عشر قيمتهم متساوية جزأناهم [ثلاثة أجزاء]<sup>(١)</sup> وصنعنا صنيعنا في الثلاثة المتساوية القيمة<sup>(٢)</sup>، وكذلك الحكم في ستة، ثلاثة منهم قيمة كل واحد منهم مائة وثلاثة قيمة كل واحد منهم خمسون، فنضم إلى كل نَفِيسٍ خَيسِيًّا، ونجعلهم ثلاثة أجزاء وفي ستة اثنان قيمة كل واحد منهم ثلاثمائة، واثنان قيمة كل واحد منهما مائتان، واثنان قيمة كل واحد مائة فنجعل للذين قيمتهما أَرْبَعِمِائَةً جزءاً، وتضم إلى كل واحد من النفسين واحد من [الخصيسين]<sup>(٣)</sup> فتستوي الأجزاء عدداً وقيمة، وإن لم يمكن التسوية بالعدد وتيسرت بالقيمة كخمسة قيمة أحدهم مائة، وقيمة اثنين مائة جَزَأَانَهُمْ كذلك، وأقرعنا، وإن أمكن التسوية وتيسرت بالقيمة كسنة قيمة أحدهم مائة، وقيمة اثنين مائة، وقيمة ثلاثة مائة فكيف يعدلون؟! فيه وجهان: حكاهما الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ وَالْعِرَاقِيُّونَ - رحمهم الله .

[و]أَصْحُهُمَا<sup>(٤)</sup> - وَيُنْسَبُ إِلَى النَّصِّ: أَنَّهُمْ يُجَزَّءُونَ وَاحِداً وَاثْنَيْنِ وَثَلَاثَةً وَيُقْرَعُ

بينهم كما ذكرنا .

والثاني: يُجَزَّءُونَ بِالْعَدَدِ اتِّبَاعاً؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ فِي حَدِيثِ عِمْرَانَ وَعَلِيٍّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا<sup>(٥)</sup> - وَعَلَى هَذَا فَيَجْعَلُ اللَّذَانِ قِيَمَتَهُمَا مِائَةَ جِزْءٍ، وَالَّذِي قِيَمَتُهُ مِائَةٌ مَعَ وَاحِدٍ مِنَ الثَّلَاثَةِ الْبَاقِيْنَ جِزْءاً وَالْبَاقِيَانِ مِنَ الثَّلَاثَةِ جِزْءاً وَيُقْرَعُ بَيْنَهُمْ فَإِنْ خَرَجَتِ الْقِرْعَةُ لِلَّذِينَ قِيَمَتُهُمَا مِائَةٌ؛ عِتْقاً وَرَقٌّ الْبَاقُونَ، وَإِنْ خَرَجَتِ عَلَى الَّذِينَ قِيَمَةُ أَحَدِهِمْ مِائَةٌ، وَقِيَمَةُ الْآخَرِ ثَلَاثُ الْمِائَةِ؛ أُعِيدَتِ الْقِرْعَةُ بَيْنَهُمَا، فَإِنْ خَرَجَتِ لِلَّذِي قِيَمَتُهُ مِائَةٌ؛ عِتْقٌ وَرَقٌّ الْآخَرِ، وَإِنْ خَرَجَتِ لِلْآخَرِ؛ عِتْقٌ وَرَقٌّ<sup>(٦)</sup> مِنَ الْأَوَّلِ ثَلَاثًا؛ لِأَنَّهُ حَصَرَ الْعِتْقَ فِيهِمَا، وَإِنْ خَرَجَتِ لِلَّذِينَ قِيَمَتُهُمَا ثَلَاثُ الْمِائَةِ؛ عِتْقاً، وَأُعِيدَتِ الْقِرْعَةُ بَيْنَ [الْجُزْأَيْنِ]<sup>(٧)</sup> الْآخَرَيْنِ، فَإِنْ خَرَجَتِ عَلَى الَّذِينَ قِيَمَتُهُمَا مِائَةٌ أُعِيدَتِ الْقِرْعَةُ بَيْنَهُمَا، فَأَيُّهُمَا خَرَجَتِ عَلَيْهِ؛ عِتْقٌ ثَلَاثًا، وَإِنْ خَرَجَتِ عَلَى الَّذِينَ قِيَمَتُهُمَا مِائَةٌ وَثَلَاثٌ؛ أُعِيدَتِ بَيْنَهُمَا، فَإِنْ خَرَجَتِ عَلَى الَّذِي قِيَمَتُهُ ثَلَاثُ الْمِائَةِ، عِتْقٌ جَمِيعُهُ، وَإِنْ خَرَجَتِ عَلَى الْآخَرِ عِتْقٌ جَمِيعُهُ، وَهَذَا تَطْوِيلٌ بِلَا فَائِدَةٍ، وَفِي حَدِيثِ عِمْرَانَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّهُ كَانَتْ قِيَمَتُهُمْ مِتْسَاوِيَةً، وَإِذَا لَمْ تَكُنِ التَّسْوِيَةُ بِالْعَدَدِ، وَلَا بِالْقِيَمَةِ كَثْمَانِيَةً أُعْبِدَ قِيَمَتُهُمْ مِتْسَاوِيَةً فِيهِ قَوْلَانِ:

أَصْحُهُمَا: أَنَّهُمْ يُجَزَّءُونَ ثَلَاثَةَ أَجْزَاءٍ، بِحَيْثُ يَقْرَبُ مِنَ الثَّلَاثِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ أَقْرَبُ إِلَى فِعْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَيَجْزَءُونَ ثَلَاثَةً، وَثَلَاثَةً، وَاثْنَيْنِ، وَيُقْرَعُ بَيْنَهُمْ، فَإِنْ خَرَجَ سَهْمٌ

(١) سقط في: ز .

(٢) في ز: القيم .

(٣) في ز: الخسليين .

(٤) سقط في: ز .

(٥) في ز: عمر - رضي الله عنه .

(٦) في ز: وعتق .

(٧) في ز: الجزئين .

العتق على ثلاثة رَقَّ غيرهم، وانحصر العتق فيهم، ثم يُقْرَعُ بينهم بِسَهْمِي عِتْقِي وَسَهْمِي<sup>(١)</sup> رِقُّ، فمن خرج له الرق؛ رَقَّ ثُلْثُهُ، وعتق ثلثاه مع الآخرين وذلك تمام الثلث، وإن خَرَجَ سهم العتق على اثنين عتقًا، ثم تعاد القرعة بين الستة، ويجعل كل اثنين جزءاً، فإذا خرج سهم العتق بأسم اثنين، أَعَدْنَا الْقُرْعَةَ بينهما، فمن خرج له سهم العتق، عتق ثُلْثَاهُ وهذا إذا كتبنا في الرَّقَاعِ الرق والحرية، وإن كتبنا الأسماء فإذا خرج اسم اثنين وعتقًا؛ لم تعد القرعة بين الستة، بل يخرج رقعة أخرى ثم يقرع بين الثلاثة المسمين فيها، فمن خرج له سهم العتق عتق ثلثاه<sup>(٢)</sup>، ولا يجوز على هذا القول أن تُجَزَّءَهم أربعة واثنين واثنين لبعدها<sup>(٣)</sup> هذه التجزئة عن التثليث.

والقول الثاني: أنا لا نراعي التثليث، بل نراعي ما هو أقرب إلى فصل الأمر، فيجوز أن تكتب أسماؤهم في ثمان رقاع ويخرج واحدة بعد واحدة إلى أن يتم الثلث، ويجوز أن يجعلوا أرباعاً ثم إن شئنا أثبتنا اسم كل اثنين في رقعة، فإذا أخرجنا واحدة على الحرية عتقًا، ثم يخرج رقعة أخرى ويقرع بين الاثنين اللذين اسمهما فيها، فمن خرجت له القرعة عتق ثلثاه<sup>(٤)</sup> وإن [شئنا]<sup>(٥)</sup> أثبتنا الرق والحرية، فأثبتنا العتق في واحدة والرق في ثلاث، فإذا خرجت رقعة الحرية لائنين عتقًا، ويعيد القرعة بين الستة، فإذا خرجت الحرية لائنين آخرين، أقرعنا بينهما كما سبق ولا يبعد أن نجوز على هذا إثبات العتق في رقتين، والرق<sup>(٦)</sup> في رقتين ويعتق الاثنان اللذان خرجت لهما رقعة العتق أولاً، وَيُقْرَعُ بين اللذين تخرج لهما رقعة العتق الثانية، وإن كان العبيد سبعة فعلى القول الأول يُجَزَّءُهم ثلاثة، واثنين، واثنين، وعلى الثاني: نجزيء كيف شئنا، إلى أن يستوفى الثلث، وإن كانوا أربعة قيمتهم متساوية: فعلى القول الأول نجزءهم اثنين وواحدًا وواحدًا، فإن خرج سهم الحرية لأحد الواحدين؛ عتق ثم يعيد القرعة بين الثلاثة فمن خرج له سهم الحرية؛ عتق ثلثه، وإن خرج الاثنين أقرعنا بينهما فَمَنْ خرج له سهم الحرية؛ عتق كله، ومن الآخر ثلثه، وهذا على تقدير إثبات الرق والحرية في الرقاع.

وعلى القول الثاني: إما أن يثبت اسم كل واحد في رقعة ويخرج باسم الحرية، فمن خرج له اسمه أولاً؛ عتق، ومن خرج أسمهُ ثانياً؛ عتق ثلثه، وإن كانوا خمسة قيمتهم متساوية: فعلى الأول نُجَزَّءُهم اثنين اثنين، وواحدًا، وعلى الثاني: لنا إثبات أسمائهم في خمس رقاع. ثم القولان في الاستحباب، والاستحقاق أم في الاحتياط

(٢) في ز: ثلثه.

(٤) في الروضة ثلثه.

(٦) في أ: والعتق.

(١) في الروضة: وسهم.

(٣) في أ: فبعد.

(٥) سقط في: ز.

والاستحباب؟ حكى الإمام عن القاضي - رحمهما الله - أن الخلاف في الاستحباب وكل منهما جائز، وهذا ما اختاره.

وعن الصَّيْدَلَانِيِّ: أنه في الاستحقاق هذا ما يوافق إيراد الأكثرين وهو قضية نظم الكتاب، فإنه حكى القولين: في أنه هل يجب تجزئتهم بثلاثة أجزاء؟ ثم قال: وَقِيلَ هَذَا الْخِلَافُ فِي الْاِسْتِحْبَابِ، وَإِذَا أَعْتَقَ عَبِيداً [من عبيده] <sup>(١)</sup> عَلَى الْإِبْهَامِ؛ فَقَدْ يَحْتَاجُ إِلَى تَجْزِئَتِهِمْ أَرْبَعَةَ أَجْزَاءٍ <sup>(٢)</sup>، أَوْ خَمْسَةَ وَأَكْثَرَ فَيُجْزَأُونَ بِحَسَبِ الْحَاجَةِ، فَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ عَلَى الْمُعْتَقِ دِينَ عَلَى مَا سَنَذَكُرُ عَلَى الْآثَرِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (فُرُوعٌ، الْأَوَّلُ) إِذَا كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ بِقَدْرِ رُبْعِ التَّرِكَةِ وَلَا مَالٌ لَهُ إِلَّا عَبِيدٌ قَدْ أَعْتَقَهُمْ فَيُجْزَأُ الْعَبِيدُ بِأَرْبَعَةِ أَجْزَاءٍ وَيُقْرَعُ لِلدَّيْنِ وَالتَّرِكَةِ، فَإِذَا خَرَجَ عَلَى جُزْءِ سَهْمِ الدَّيْنِ بِيَعٍ أَوْلاً فِي الدَّيْنِ وَقَدَّرَ الْبَاقِي كَأَنَّهُ كُلُّ الْمَالِ فَيُقْرَعُ لِإِخْتِاقِ الثُّلُثِ مِنْهُمْ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُقْرَعَ دَفْعَةً وَاحِدَةً لِلدَّيْنِ وَالتَّرِكَةِ وَالْعِتْقِ لِأَنَّهُ رَبَّمَا يَسْبِقُ قُرْعَةُ الْعِتْقِ وَلَا يُمْكِنُ تَنْفِيذُهُ قَبْلَ قَضَاءِ الدَّيْنِ، وَقِيلَ بِأَنَّهُ يَجُوزُ ثُمَّ يَتَوَقَّفُ الْعِتْقُ عَلَى الْقَضَاءِ، وَإِذَا دَفَعْنَا بَعْضَ الْعِتْقِ لِأَجْلِ الدَّيْنِ فَظَهَرَ لِلْمَيِّتِ دَفِينٌ تَبَيَّنَا نَفُوذَ الْعِتْقِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا أَعْتَقَ فِي مَرَضٍ مَوْتَهُ عَبِيداً لَا مَالَ لَهُ غَيْرَهُمْ وَمَاتَ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ، نَظَرَ إِنْ كَانَ يَسْتَغْرِقُهُمْ فَأَلْدَيْنُ يُقَدَّمُ عَلَى الْعِتْقِ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ وَصِيَّةً، وَالدَّيْنَ مُقَدَّمٌ عَلَى الْوَصِيَّةِ، وَأَيْضاً فَحَقُّ الْوَرِثَةِ <sup>(٣)</sup> فِي الثَّلَاثِينَ يَتَقَدَّمُ عَلَى الْعِتْقِ، وَالدَّيْنُ مُقَدَّمٌ <sup>(٤)</sup> عَلَى حَقِّ الْوَرِثَةِ، فَأَوْلَى أَنْ يَقْدَمَ عَلَى الْعِتْقِ فَيُبَاعُونَ وَتَصْرَفَ أَثْمَانُهُمْ إِلَى الدَّيْنِ، وَإِنْ كَانَ لَا يَسْتَغْرِقُهُمْ وَيَحِيطُ بِبَعْضِهِمْ؛ فَيُقْرَعُ بَيْنَ الدَّيْنِ وَالتَّرِكَةِ لِيَصْرَفَ الْعِتْقَ عَمَّا يَتَعَيَّنُ لِلدَّيْنِ، فَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ بِقَدْرِ نِصْفِهِمْ؛ جَعَلْنَاهُمْ جِزَائِينَ وَأَقْرَعْنَا بَيْنَهُمَا بِسَهْمِ دَيْنِ وَسَهْمِ تَرِكَةِ ثُمَّ إِنْ شِئْنَا كَتَبْنَا أَسْمَاءَ كُلِّ جِزْءٍ فِي رُقْعَةٍ وَأَخْرَجْنَا رُقْعَةَ الدَّيْنِ، أَوْ التَّرِكَةِ، وَإِنْ شِئْنَا كَتَبْنَا الدَّيْنِ فِي رُقْعَةٍ وَالتَّرِكَةَ فِي أُخْرَى، وَأَخْرَجْنَا إِحْدَاهُمَا عَلَى أَحَدِ الْجِزَائِينَ <sup>(٥)</sup> وَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ بِقَدْرِ ثَلَاثِهِمْ [جِزَائِنَاهُمْ] ثَلَاثَةَ أَجْزَاءٍ، وَأَقْرَعْنَا بَيْنَهُمْ بِسَهْمِ دَيْنِ وَسَهْمِي تَرِكَةِ، وَإِنْ كَانَ بِقَدْرِ الرَّبْعِ جِزَائِنَاهُمْ أَرْبَعَةَ أَجْزَاءٍ، وَأَقْرَعْنَا بِسَهْمِ دَيْنِ وَثَلَاثَةِ أَسْهُمِ تَرِكَةِ، وَهَلْ يَجُوزُ أَنْ يُقْرَعَ لِلدَّيْنِ وَالْعِتْقِ وَالتَّرِكَةِ؟ بَأَنَّ يُقْرَعَ وَالصُّورَةُ هَذِهِ بِسَهْمِ دَيْنِ، وَسَهْمِ عِتْقِ، وَسَهْمِي تَرِكَةِ، أَوْ يُجْزَأُ ثَلَاثَةً أَوْ يَجْزَأُ بِقَدْرِ النِّصْفِ سِتَّةَ أَجْزَاءٍ، وَيُقْرَعُ بِثَلَاثَةِ أَسْهُمِ لِلدَّيْنِ وَسَهْمِ لِلْعِتْقِ وَسَهْمِينَ لِلتَّرِكَةِ. فِيهِ وَجْهَانِ:

(٢) في أ: أو.

(١) في ز: من عبيد.

(٤) في أ: يتقدم.

(٣) في أ: الحرية.

(٥) في روضة ٤١٧/٨ الحرين.

أصحهما: وهو المنصوص: لا؛ لأنه لا يمكن تنفيذ العتق قبل قضاء الدين، ولو تلف المعين للدين قبل [قضائه] انعكس الدين على الباقي من التركة، وكما لا يقسم شيء على الورثة قبل قضاء الدين لا يعتق قبله.

والثاني: يجوز؛ لأن العمل فيه أخف، فلا ينقص به حق ذي حق، وعلى هذا فالذي نقله في الكتاب: أنا نتوقف في تنفيذ العتق إلى أن يَفْضِيَ الدَّيْنُ وفي «التَّهْدِيبِ» ما يقتضي الحكم بالعتق في الحال، فإنه قَالَ فيما إذا كان العبيد ثلاثة متساوين في القيمة والدين يقدر قيمة أحدهم على هذا الوجه: يقرع بينهم بسهم دين، وسهم عتق، وسهم تركة، فمن خرج عليه سهم الدين، بيع فيه، ومن خرج عليه سهم العتق؛ عتق ثلثاه، ورَقَّ ثلثه مع الثالث.

وَدَكَرَ الصَّيْدَلَانِيُّ: أن الوجهين مبنيان على قولين سنذكرهما، فيما إذا أعتقنا ثلث العبيد بالقرعة، ولا دين ثم ظهر دين غير مستغرق هل يبطل أصل القرعة؟ إن قلنا: نعم - فلا يجوز أن يقرع للعتق ولم يحصل قضاء الدين. وإن قلنا: لا - فلا بأس بالجمع.

وإذا قلنا بالوجه الأصح، فإذا تعين بعضهم للدين يُبَاعُ ويقضي منه الدين ثم يقرع للعتق وحق الورثة.

ولو قال الورثة: [أقضى]<sup>(١)</sup> الدين من موضع آخر، [وأمضى]<sup>(٢)</sup> العتق في الجميع فهل ينفذ العتق؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن الدين هو الذي كان يمنع النفوذ فإذا سقط الدين بقضائهم من غير العبد؛ وجب أن ينفذ كما لو أسقط الورثة حقوقهم من ثلثي التركة، وأجازوا العتق في الجميع.

والثاني: لا؛ لأن تعلق الدين منع من نفوذه فلا يتقلب نافذاً بسقوطه، كما لو أعتق الراهن، وقلنا: لا ينفذ عتقه فقال: أنا أقضي الدين من غيره لينفذ، فإنه لا ينفذ إلا أن يبتدىء [إعتاقاً]<sup>(٣)</sup> وبني<sup>(٤)</sup> الوجهان على: أن تصرف الورثة في التركة قبل قضاء الدين هل<sup>(٥)</sup> ينفذ؟ هذه إحدى مسألتي الفضل.

والثانية: لو ظهر للميت دفين بعدما أعتقنا بعض العبيد الذين أعتقهم بالقرعة،

(١) في ز: يقضي.

(٢) في ز: ويمضي.

(٣) في ز: إعتاق.

(٤) في ز: أو.

(٥) وقد استنكر في المطلب هذا البناء وقال: لم أر من ذكره هنا، وإنما ذكره فيما إذا قالت الورثة ذلك بعد ظهور الدين.

قال النووي في زيادته: ينبغي أن يكون الأصح نفوذ العتق.

وَأَرْقَقْنَا البعض، فَإِنْ كَانَ بحيث يخرج جميعهم من الثلث بأن كَانَ الدَّيْنُ مثلي قيمتهم، فيحكم بعثتهم جميعاً، وَيُدْفَعُ إليهم أكسابهم من يوم إعتاقهم، ولا يرجع الوارث بما أنفق عليهم كمن نكح أُمْرَأَةً نكاحاً فاسداً على ظن أنه صحيح، ثم فرق القاضي بينهما لا يرجع الزوج بما أنفق، وإن خرج من الثلث بعض من أرققناهم أعتقناهم بالقرعة، وذلك كما إذا أعتقنا واحداً من ثلاثة، ثم ظهر [مال] <sup>(١)</sup> يخرج به عبد آخر من الثلث؛ يُقْرَعُ بين اللذين أرققناهما <sup>(٢)</sup> فمن خرج له سهم الحرية عتق، ولو أعتقنا بعض العبيد بالقرعة، ولم يكن عليه ديْنٌ ظاهر ثم ظهر ديْنٌ؛ نُظِرَ إن كَانَ مستغرقاً للتركة؛ فالعتق باطل، فإن قال الورثة: نحن نقضي الدَّيْنِ من موضع آخر، فعلى الوجهين السابقين، واستبعد الشَّيْخُ بِنَاءَهُمَا على الخلاف في تصرف الوارث في التركة قبل قضاء الدين. وقال هناك: الوارث ينشئ إعتاقاً من عنده، ولا يمضي ما صدر عن المورث وإنما الخلاف مبني على أن: إجازة الوَرْتَةِ الْوَصِيَّةُ بما زاد على الثلث تنفيذ لما فعله الْمَوْرَثُ أو ابتداء عطية من الوَرْتَةِ، إن قلنا: تنفيذ؛ فلهم إِمْضَاءُ عتقه بقضاء الدَّيْنِ من موضع آخر، وإن قلنا: ابتداء عطية فينبغي أن يقضوا الدَّيْنِ أولاً، ثم [يبتدئوا] إعتاقاً، وإن كَانَ الدَّيْنُ الذي ظهر غير مستغرق، فهل تبطل القرعة من أصلها؟ فيه وجهان ويقال قولان:

أحدهما: نعم؛ لأن الدَّيْنَ مستحق كالعتق، ولم يكن الدَّيْنُ ظاهراً فهو كما لو اقتسمه شريكان، ثم ظهر لهما شريك ثالث، وعلى هذا فيقرع الآن لِلدَّيْنِ وَالترَكَةِ، ولا يبالي بوقوع سهم الدَّيْنِ على من خرجت له قرعة العتق أولاً.

وأظهرهما: لا .. ولكن إن تبرع الوارث بأداء الدَّيْنِ؛ نَقَدَ العتق، وإلا فبإفراد العتق بقدر الدَّيْنِ، فإن كَانَ الدَّيْنُ نِصْفَ التركة رددنا العتق في نصف من أعتقنا، وإن كَانَ قدر ثلثها؛ رددناه في ثلثهم، فلو كَانَ العبيد ستة متساوين في القيمة، وأعتقنا اثنين منهم بالقرعة، ثم ظهر ديْنٌ بقدر قيمة عبيد [فنبيع] <sup>(٣)</sup> من الأربعة عبيد لِلدَّيْنِ، كيف اتفق؛ لأنه لا حق لهم في العتق [فإذا] <sup>(٤)</sup> وهب الدَّيْنُ اثنين بقي أربعة وثلثهم عبد وثلث، فيقرع بين اللذين خرجت لهما قرعة الحرية بسهم عتق وسهم رق، فمن خرج له سهم الرق رَقَّ ثلثاه، وعتق ثلثه مع الآخر وإن ظهر الدَّيْنُ بقدر قيمة ثلاثة منهم، يقرع بين اللذين كَانَ قد خرج لهما سهم الحرية، فمن خرج له سهم الحرية عتق ورق الآخر وإن كَانَ العبيد أربعة [وأعتقنا] <sup>(٥)</sup> بالقرعة عبداً وثلثاً، ثم ظهر ديْنٌ بقدر قيمة عبد، وقلنا بالوجه الثاني؛ فيباع في الدَّيْنِ واحد من الذين أرققناهم ويقرع بين الذين أعتقنا، فإن

(٢) في أ: أوققناهم.

(٤) في ز: وإذا.

(١) سقط في: ز.

(٣) في ز: فيباع.

(٥) في ز: وأعتقت.

خرجت للذي أعتقنا كله كان [حراً] <sup>(١)</sup> وَرَقَّ الْآخَرُ، وإن خرجت للذي أعتقنا ثلثه؛ فَثُلُثُهُ حُرٌّ وَمِنْ الْآخِرِ ثَلَاثًا، وذكر الصَّيْدَلَانِيُّ: أن الخلاف في المسألة مبني على: أن الورثة إذا اقتسموا ثم ظهر ذَيْن هل تنقض القسمة؟ وإذا اقتسموا مع العلم بالذَيْن فالقسمة باطلة أو موقوفة. والله أعلم.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: (الثاني): إِذَا أَبْهَمَ الْعِتْقُ بَيْنَ جَارِيَتَيْنِ هَلْ يَكُونُ الْوَطْءُ تَعْيِينًا لِلْمَلِكِ فِي الْمَوْطُوءَةِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَفِي اللَّمَسِ بِالشَّهْوَةِ وَجْهَانِ مُرْتَبَانِ، وَالاسْتِخْدَامُ لَا يَعْيِّنُ عَلَى الْأَصْحَحِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا قَالَ الرَّجُلُ لِعَبِيدِهِ: أَحَدِكُمْ حُرٌّ أَوْ اثْنَانِ حُرَّانِ أَوْ أَعْتَقْتُ أَحَدَكُمْ، فَمَا أَنْ يَرِيدَ مَعِينًا، أَوْ يَطْلُقَ اللَّفْظَ، وَلَا يَقْصِدُ مَعِينًا <sup>(٢)</sup>: أَرَدْتَ هَذَا؛ عِتْقًا، وَلِغَيْرِهِ أَنْ يَدْعِيَ [عَلَيْهِ] <sup>(٣)</sup>: أُنْكَ أَرَدْتَنِي، وَيُحْلِفُهُ فَإِنْ نَكَلَ السَّيِّدُ؛ فَلَهُ أَنْ يَخْلِفَ، وَيَعْتَقُ هُوَ أَيْضًا بِالْيَمِينِ الْمَرْدُودَةِ.

[فلو] <sup>(٤)</sup> عَيَّنَ وَاحِدًا - وَقَالَ: أَرَدْتَ هَذَا - ثُمَّ قَالَ: لَا، بَلْ هَذَا، عِتْقًا مُوَاحِدَةً لَهُ بِإِقْرَارِهِ. وَلَوْ قَتَلَ وَاحِدًا مِنْهُمْ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ بَيَانًا، بَلْ يَنْقَى الْأَمْرَ بِالْبَيَانِ، فَإِنْ قَالَ: أَرَدْتُ الْمَقْتُولَ؛ فَعَلِيهِ الْقِصَاصُ، وَلَوْ جَرَى ذَلِكَ فِي إِمَاءٍ أَوْ أَمْتِينَ، ثُمَّ وَطِئَ وَاحِدَةً، لَمْ يَكُنِ الْوَطْءُ بَيَانًا لِلْعِتْقِ فِي غَيْرِ الْمَوْطُوءَةِ، حَتَّى لَوْ بَيَّنَّ الْعِتْقَ فِيهَا، تَعَلَّقَ بِهِ الْوَطْءُ، وَالْمَهْرُ لَجْهَلِهَا بِأَنَّهَا الْعَتِيقَةُ، وَإِذَا مَاتَ قَبْلَ الْبَيَانِ فَفِيهِ طَرِيقَانِ:

أَظْهَرُهُمَا <sup>(٥)</sup>: أَنْ وَارِثُهُ يَقُومُ مَقَامَهُ، فَإِنَّهُ خَلِيفَتُهُ، وَرَبَّمَا ذَكَرَ ذَلِكَ لَهُ وَأَطْلَعَهُ عَلَيْهِ.

وَالثَّانِي: أَنْ فِيهِ قَوْلَيْنِ كَمَا فِي الْحَالَةِ الثَّانِيَةِ، فَإِذَا أَقْمَنَاهُ مَقَامَهُ فَبَيْنَ الْوَارِثِ أَحَدَهُمْ؛ عِتْقًا وَلِغَيْرِهِ تَحْلِيفَةً عَلَى نَفْسِ الْعِلْمِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ وَارِثٌ أَوْ قَالَ الْوَارِثُ: لَا أَعْلَمُ - فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يُقْرَعُ بَيْنَهُمْ؛ لِأَنَّهُ قَدْ أَشْكَلَ الْحَالَ وَالْقِرْعَةُ قَدْ تَعْمَلُ فِي الْعِتْقِ.

وفيه وجه أو قول: أنه لا يقرع؛ لأنه قد تخرج قرعة الرق على الحر، بل يوقف، وبهذا قال ابن أبي هريرة. ولو قال المعتق: نسيت من عيَّته فيومر بالتذکر.

قال الإمام: وفي الحبس، والحالة هذه احتمال، والذي أطلقه الأصحاب - رحمهم الله -: أنه يحبس، وإن <sup>(٦)</sup> مات قبل التذکر ففي بيان الورثة والقرعة إذا قالوا: لا نعلم ما مر وهكذا يكون الحكم لو سمي واحداً وأعتقه ثم قال: نسيت من سميته.

(٢) في ز: ويجبر.

(٤) في ز: ولو.

(٦) في أ: فإن.

(١) في ز: جزءاً.

(٣) سقط في: ز.

(٥) في أ: أحدهما.

الحالة الثانية: إذا لم يرد معيناً فيؤمر بالتعيين ويوقف عنهم إلى أن يبين، ويلزمه الإِنْفَاقُ عليهم، فإذا عَيَّنَ أحدهم؛ عتق، وليس لغيره أن ينازع فيه مع تسليم أنه لم يقصد معيناً، وإذا قال: عينت هذا بل هذا عتق الأول، ولُغِيَ قوله للثاني؛ لأن التعيين حصل بالأول بخلاف قوله: عينت هذا، بل هذا فإنه إخبار ثم العتق في المعين يحصل في الحال أو يتبين حصوله من وقت اللفظ المبهم. فيه وجهان سبق نظيرهما في الطلاق، وقد يُعْبَرُ عن هذا الخلاف بِأَنَّ الإِبْهَامَ يوقِعُ<sup>(١)</sup> العتق في الحال أو<sup>(٢)</sup> هو التزام عتق في الذمة، وَخُرَجَ على الخلاف: أنه لو مات أحدهم فعينه - هل يصح؛ إن قلنا بحصول [العتق عند]<sup>(٣)</sup> التعيين، فلا يصح؛ لأن الميت لا يقبل العتق، وعلى هذا فلو كان الإبهام في عبيدين، فإذا بطل التعيين في الميت تعين الثاني، ولا حاجة إلى لفظ، وإن قلنا بالوقوع عند الإبهام صَحَّ تعيينه، والتعيين على هذا بيان أيضاً، ولو جرى ذلك في أُمَّتَيْنِ أو إِمَاءٍ - فهل يكون [الْوَطْءُ] تعيناً لغير المَوطُوءَةِ؟ فيه وجهان كما ذكرنا في «الطلاق».

ونقل<sup>(٤)</sup> أَبْنُ الصَّبَّاحِ أن التعيين قول أكثر الأصحاب - رحمهم الله - وهو اختيار المُرْزِي، وإذا لم نجعله تعيناً فلو عين العتق في الموطوءة فلا حد عليه، وبنى في «التَهْدِيْبِ» حكم المهر على أن العتق يحصل عند التعيين، أو بِاللَّفْظِ الأول، إن قلنا بالأول؛ لم يجب، وإن قلنا بالثاني؛ وجب.

وقال أَبُو حَنِيفَةَ: [الْوَطْءُ] لا يكون تعيناً إِلا إِذَا أَخْبَلَهَا، [الوطء] فيما دون الفَرْجِ، وَالْقَبْلَةَ وَاللَّمْسَ بالشهوة يترتب على [الوطء] إن لم يكن تعيناً فهذه أولى، وإن كان تعيناً فوجهان؛ لأنهما أَخْفُ من [الوطء] والاستخدام يترتب<sup>(٥)</sup> على هذه الأَسْتِمْتَاعَاتِ حكى ذلك عن أَلْقَاضِي الْحُسَيْنِ وغيره والصحيح أنه ليس يتعين.

قال الإمام - قَدَسَ اللَّهُ رُوحَهُ -: وهذا يوجب طَرْدَ الخلاف في أن الاستخدام في زمان الخيار يكون فسخاً، أو إجازة والعرض على البيع كالاستخدام، ولو باع بعضهم أو وَهَبَهُ، وَأَقْبَضَهُ أو أجزه.

قال في «التَهْدِيْبِ»: فيها وجهان [الوطء]؛ لأنها من تصرفات الملاك<sup>(٦)</sup> وعن أَبِي حَنِيفَةَ: أنها تكون تعيناً، والإعتاق ليس بتعيين، ثم إن عَيَّنَ فيمن أعتقه قبل، وإن عين في غيره عتقا، وقتل السَيِّدِ أَحَدَهُمْ ليس بتعيين، ثم إن عَيَّنَ في غير المقتول؛ لم يلزمه إلا الكفارة، وإن عين في المقتول؛ لم يجب القصاص للشبهة، وأما المال فإن قلنا:

(١) في أ: وقع.

(٢) في ز: عتق عبد.

(٣) في أ: ترتب.

(٤) في أ: و.

(٥) في أ: وذكر.

(٦) في ز: الهلاك.

العتق يحصل عند التعيين فلا يجب عليه وإن قلنا: يحصل عند الإبهام؛ فعليه ألدية لورثته، وإن قتل أجنبي أحدهم؛ فلا قصاص إن كان القاتل حراً، ثم إن عين في غير المقتول، فعليه القيمة، وإن عين فيه وقلنا: إن العتق يحصل عند التعيين، فكذلك كما لو نذر إعتاق عبد بعينه فقتل، وإن قلنا: يحصل عند [إبهام]<sup>(١)</sup> اللفظ؛ فعليه الدية لورثة المقتول.

ولو مات قبل التعيين فهل للورثة التعيين؟ فيه قولان - وَيُقَالُ وَجْهَانُ:

أحدهما: لا؛ لأن [ذلك]<sup>(٢)</sup> متعلق باختيار المبهم وقد فات؛ لأنه في حكم تكميل اللفظ فليؤخذ<sup>(٣)</sup> من الممتلئ.

وأظهرهما: نعم؛ لأنه خيار يتعلق بالمال [فيخلف]<sup>(٤)</sup> الوارث المورث فيه كما في خيار البيع والشفعة.

وعن القاضى الحسين بناء على الخلاف: على أن التعيين إيقاع، عتق في الحال، أو يستند إلى وقت الإبهام، إن قلنا إيقاع في الحال فيقوم الوارث فيه مقام [الموروث]<sup>(٥)</sup> كما يعتق عنه بأمره وفي تأدية كفارة، وإن قلنا ليس إيقاعاً في الحال فلا.

قال الإمام: وهذا عندنا بالعكس أولى [فإننا]<sup>(٦)</sup> إن جعلناه إيقاعاً فهو تيممة اللفظ، ولا يجوز أن ينقسم لفظ في الإيقاع بين<sup>(٧)</sup> شخصين. والله أعلم.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: (الثالث: ) إِذَا قَالَ لِمَمْلُوكِيهِ: أَوْلُ وَوَلِدِ تَلْدِينَهُ فَهُوَ حُرٌّ فَوَلَدَتْ مَيْتًا انْحَلَّتِ الْيَمِينُ وَلَمْ يُعْتَقِ الْحَيُّ بَعْدَهُ (الرابع: ) إِذَا قَالَ لِمَمْلُوكِيهِ: أَنْتَ ابْنِي عِتَقَ عَلَيْهِ وَلِحَقَّهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَكْبَرَ سِنًا مِنْهُ فَلَا يُعْتَقُ، وَإِنْ كَانَ مَشْهُورَ النَّسَبِ مِنْ غَيْرِهِ فَفِي الْعِتْقِ عَلَيْهِ وَجْهَانٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا قَالَ لِأَمْتِهِ: أَوْلُ وَوَلِدِ تَلْدِينَهُ فَهُوَ حُرٌّ فَوَلَدَتْ مَيْتًا ثُمَّ حَيًّا لَمْ يُعْتَقِ الْحَيُّ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ قَدْ حَصَلَ بِوِلَادَةِ الْمَيْتِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ قَالَ: إِذَا وُلِدَتْ فَأَنْتَ حُرٌّ يُعْتَقُ الثَّانِي؛ لِأَنَّ الْمَيْتَ لَيْسَ بِمَحَلِّ [زوال]<sup>(٨)</sup> العتق، وإذا وجدت الصفة ينحل اليمين.

وقال أبو حنيفة: يعتق الثاني وسلم أنه لو قال: أول عبد رأيت من عبيدي فهو حر فرأى واحداً منهم ميتاً؛ ينحل اليمين حتى إذا رأى بعده حياً لا يعتق.

وإذا قال لعبده: أنت أبنائي ومثله يجوز أن يكون ابناً له ثبت نسبه، وعتق إن كان

(٢) في ز: ذاك.

(٤) في ز: فيخلف.

(٦) سقط في: ز.

(٨) سقط في: ز.

(١) في ز: الإبهام.

(٣) في أ: ولو وجد.

(٥) في ز: المورث.

(٧) في ز: من.



صغيراً، أو بالغا، وصدقته، وإن كذبه عتق أيضاً، وإن كان هو المصدق في نفي النسب، وإن لم يمكن أن يكون ابناً له بأن<sup>(١)</sup> كان أكبر منه أو مثله في السن، أو أصغر على حد لا يتصور أن يكون ابنه لغى قوله ولم يعتق؛ لأنه ذكر محالاً.

وقال أبو حنيفة: يحكم بعته، هذا في مجهول النسب، وإن كان معروف النسب من غيره فلا يلحق به، وهل يحكم بعته؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن العتق يثبت بتبعية النسب وليس هو ممن يستلحق وأشبههما: نعم؛ لأن قوله يتضمن الإقرار بالنسب، والعتق، فإن لم يقبل في النسب لحق الغير لم يمتنع مؤاخذته بالعتق.

وقوله في الكتاب: «إلا أن يكون أكبر سناً منه» - الاستثناء غير منحصر في هذه الحالة على ما بيناه. ولو قال لزوجته: أنت ابنتي - قال الإمام الحكم في حصول الفراق وثبوت النسب كما في العتاق.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الْخَامِسُ:) إِذَا قَالَ: إِنْ أَعْتَقْتُ غَانِمًا فَسَالِمٌ حُرٌّ ثُمَّ أَعْتَقْتُ غَانِمًا وَكُلَّ وَاحِدٍ ثَلَاثَ مَالِهِ عَتِقَ غَانِمٌ وَلَا قُرْعَةَ لِأَنَّهُ رُبَّمَا يُخْرَجُ عَلَى سَالِمٍ فَيَعْتَقُ بِغَيْرِ وُجُودِ الصَّفَةِ (السَّادِسُ:) عَبْدٌ مُشْتَرَكٌ قَالَ أَحَدُهُمَا: إِنْ كَانَ الطَّائِرُ غَرَابًا فَتَصِيبِي حُرٌّ وَقَالَ الْآخَرُ: إِنْ لَمْ يَكُنْ فَتَصِيبِي حُرٌّ فَلَا يَعْتَقُ شَيْءٌ لِلشُّكِّ فَإِنْ اشْتَرَاهُ ثَالِثٌ حُكِمَ بِحُرِّيَّةِ نِصْفِهِ فِي يَدِهِ وَلَا رُجُوعَ لَهُ عَلَيْهِمَا بِالثَّمَنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الفرعان متكرران: أما الأول: فمذكور في [كتاب] (٢) «الوصية»، وأما الثاني: في الكتاب الذي نحن فيه، وإن بعد العهد بالوصية فهو بالعتق ليس ببعيد (٣) [والتكرار] (٤) فيه أبعد عن العذر.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (السَّابِعُ:) إِذَا قَالَ لِعَبْدِيهِ: أَعْتَقْتُ أَحَدَكُمَا عَلَى أَلْفٍ فَقَبِلَا وَمَاتَ قَبْلَ الْبَيَانِ وَقُلْنَا: الْوَارِثُ لَا يَقُومُ مَقَامَهُ فِي التَّغْيِينِ فَيَقْرَعُ بَيْنَهُمَا فَمَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ عَتِقَ وَعَلَيْهِ قِيمَةُ رَقَبَتِهِ لِفَسَادِ الْمَسْمِيِّ بِالْإِبْهَامِ، وَقِيلَ: يَصِحُّ الْمُسَمَّى.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إذا قال لِعَبْدَيْنِ له: أَعْتَقْتُ أَحَدَكُمَا عَلَى أَلْفٍ، أو أَحَدَكُمَا حر على ألف، فلا يعتق واحد منهما ما لم يقبلا؛ لتعلق العتق بِالْقَبُولِ كما إذا قال: أَحَدَكُمَا حر إن شئتما لا يعتق واحد منهما إلا إذا شاء فإذا قبلا جميعاً كل واحد منهما الألف؛ عتق

(٢) سقط في: ز.

(١) في أ: إن.

(٤) في ز: والنكران.

(٣) في ز: بُعِيد.

أحدهما، ويؤخذ السيد بالبيان كما لو أعتق أحدهما بغير عوض، فإن مات قبل البيان، ولم يقم الوارث مقامه في البيان أو لم يكن وارثاً أقرع بينهما، فمن خرجت قرعته؛ عتق ولا يعتق مجاناً؛ لأنه لم يتبرع بإعتاقه، وإنما أعتق على عوض وفيما يلزم العتيق وجهان:

أصحهما: وبه قال ابنُ الحَدَّاد: أنه يلزمه قيمته لفسادِ المُسمَى من جهة أنه لم يعين أحدهما فصار كما إذا قال: بعته من أحدهما بألف فقبلاً لم يصح، وإنما حصل العتق لتعلقه بالقبول، وهذا كما أنه لو قال لامرأته: إن أعطيتني عبداً فأنت طالق، فأعطته عبداً يقع الطلاق ولا يملك الزوج ذلك العبد، بل يرده ويرجع عليها بمهر المثل.

والثاني: ويحكى عن أبي زَيْد: أنه يلزمه المسمى؛ لأن المقصود العتق لا المعاوضة فيحتمل إبهام العوض تبعاً للعتق.

ولو قال لِأُمَّتِي: إحداكما حرة على ألف فقبَلْنَا ثم وطىء إحداهما - قال الشيخ أبو عَلِيٍّ: هل يكون الوطء اختياراً لِلْمَلِكِ في الموطوءة، وتعيين الأخرى للعتق؟ فيه وجهان: كما لو أعتق إحداهما بلا عوض، ووطىء، هذا ما ذكره في «الفروع» ويمكن أن يقال: إن لم يقصد أحدهما بعينه فلا بد من قبولهما وإن قصد أحدهما بعينه فيكفي قبول الذي قصده.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: (الثَّامِنُ) جَارِيَةٌ مُشْتَرَكَةٌ زَوْجَاهَا مِنْ ابْنِ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ فَوَلَدَتْ عِتْقَ نِصْفُهُ عَلَى أَحَدِهِمَا لِأَنَّهُ جَدُّ الْمَوْلُودِ وَلَا يَسْرِي إِذْ لَا اخْتِيَارَ، وَلَوْ غَرَّ بِجَارِيَةٍ أَبِيهِ فَفِي لُزُومِ قِيَمَةِ الْوَالِدِ وَجِهَانٍ لِأَنَّهُ كَانَ يُعْتَقُ عَلَى الْجَدِّ لَوْلَا ظَنُّهُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ مَسْأَلَتَانِ:

إحداهما: جارية بين شريكين زَوْجَاهَا من ابن أحدهما فأتت منه بولد يعتق نصفه على الجد، ولا يسري إلى النصف الآخر؛ لأن شرط السراية حصول العتق بالاختيار، ولم يوجد، ولا نظر إلى أنه زوج برضاه؛ لأن الوطء والعلوق لا يتعلقان باختيار المعلق، وَعَلَّلَ بعضهم امتناع السراية بأن نصفه انعقد حراً، والحرية الأصلية لا تسري، وإنما يسري العتق الوارد على الرق. ومن قال بالأول منع ذلك وقال: ينعقد الكل رقيقاً ثم يعتق النصف على الجد بالقرابة، وتوسط صاحبُ الْكِتَابِ بين القولين فقال: عندي يندفع رِقُّهُ لموجب العتق، وكذلك لو اشترى قريبه يندفع الملك والاندفاع في معنى الانقطاع.

الثاني: قد سبق في «النكاح» أن من نكح أمة غُرَّ بحريتها فأتت منه بولد ينعقد الولد حراً، ويجب على الْمَغْرُورِ قيمته لمالك الأمة؛ لفوات الرق عليه بظن المغرور. هذا هو المذهب الظاهر.

وحكى الشيخ أبو عَلِيٍّ: أن بعض الأصحاب ذكر وجهاً: أن الولد

يخلق<sup>(١)</sup> رقيقاً ثم يعتق على المغرور، وله وَلَاؤُهُ<sup>(٢)</sup> وإذا قلنا: ينعقد حرّاً فلا قيمة على المغرور، وهو غريب.

قال الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ، وفي القلب من وجوب القيمة على المغرور شيء؛ لأنه لم يتلف ملكاً على مالك الأمة وإنما منع دخول شيء في ملكه، لكن ليس فيه خلاف مُعْتَدُّ بِهِ. وأجمعت الصحابة - رضي الله عنهم - على وجوب الضمان فلا بد من متابعتهم. إذا عرف ذلك، فلو نكح جارية [ابنه]<sup>(٣)</sup> مغروراً بحريتها فأنت منه بولد هل يلزمه قيمة الولد؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا - لأنه إن انعقد حرّاً؛ فينبغي ألا يلزمه شيء، وإن انعقد رقيقاً فيعتق على الجَدِّ بالقرابة، وأيضاً فإنه لم يفوت بظن الحرية رقاً على الأب منتفعاً به؛ لأنه كان يعتق على الجَدِّ وإن لم يوجد هذا الظن.

وأصحهما: وبه قال أَبُو أَلْحَدَّادٍ: يجب؛ لأن الغرور أوجب انعقاده حرّاً ولم يملكه الجَدُّ حتى يعتق عليه، فَأَشْبَهَ سائر صور الغرور.

ولو نكحها عالماً بالحال فيملكه الجَدُّ ويعتق عليه، هذا هو الظاهر، ولم يستبعد الإمام أن يقال أنه ينعقد حرّاً ويرد هذه الفروع [المتفرقة]<sup>(٤)</sup> بفروع تتعلق بالباب.

منها: ذَكَرَ أَبُو أَلْحَدَّادٍ أنه لو زوج أمته من عبد غيره وقبض مهرها وأتلفه ومات، ولا مال له غيرها، والزوج لم يدخل بها بعد فأعتقها الوارث نَفَذَ عَتَقَهُ وَقَدَّمَ الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ في شرح الفروع فصلين:

أحدهما: إِذَا أَعْتَقَ الْوَارِثُ عَبْدَ التَّرَكَةِ، والموروث<sup>(٥)</sup> مديون، نُظِرَ إِنْ كَانَ الْوَارِثُ مَعْسِراً فَالْعَتَقُ غَيْرُ نَافِذٍ؛ لما في نفوذه من إبطال حق الغرماء، قطع به الشيخ أبو علي وعن الشيخ أبي محمد<sup>(٦)</sup> أن إعتاقه كإعتاق الراهن فيجزي في نفوذه قول، وإن كان معسراً، وَرَأَى الْإِمَامُ: الوجه الأول، لأن حق الوثيقة طَرَأَ عَلَى مَلِكِ الرَّاهِنِ وَدَامَ الْمَلِكُ لَهُ، والوارث يتلقى الملك بالخلافة وهي مشروطة بتقديم حق الميت.

وإن كان موسراً ففيه وجهان:

- 
- (١) في هامش أ: ينعقد.  
 (٢) ما صرح به من أن الشيخ أبا علي حكاها وجهاً بل إنما هو احتمال للشيخ أبي علي ثم رجع عنه وقال: هذا الوجه لا حقيقة له.  
 (٣) في ز: أبيه.  
 (٤) سقط في: ز.  
 (٥) في ز: المورث.  
 (٦) في ز: حامد.

أحدهما: وبه قال أَبُو الْحَدَّادِ: أَنَّهُ يَنْفَذُ وَيَنْتَقِلُ الدَّيْنُ إِلَى مَالِ الْوَارِثِ كَمَا لَوْ أَعْتَقَ السَّيِّدُ عَبْدَهُ الْجَانِيَّ، أَوْ أَعْتَقَ الْمَرِيضُ عَبْدَهُ، وَلَهُ مَالٌ يَفِي بِدَيُونِهِ يَنْفَذُ الْعَتَقَ، وَيَقْضِي الدَّيْنَ مِنْ سَائِرِ أَمْوَالِهِ. هَذَا لَفْظُ الشَّيْخِ وَنَقَلَ الْإِمَامُ عَنْهُ: أَنَا إِذَا نَفَذْنَا الْعَتَقَ، نَقَلْنَا الدَّيْنَ إِلَى ذِمَّةِ الْوَارِثِ إِذَا لَمْ يَخْلَفْ سِوَى الْعَبْدِ قَالَ: وَلَسْتُ أَرَى الْأَمْرَ كَذَلِكَ، فَالَّذِينَ لَا يَتَحَوَّلُ إِلَى ذِمَّةِ الْوَارِثِ قَطُّ وَلَكِنَّهُ بِالْإِعْتِاقِ مُتَلَفٌ لِلْعَبْدِ فَعَلِيهِ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنَ الدَّيْنِ وَقِيَمَةُ الْعَبْدِ.

والثاني: أَنَّهُ مَوْقُوفٌ، فَإِنْ أَدَّى الْوَارِثُ الدَّيْنَ مِنْ مَالِهِ؛ تَبَيَّنَ نَفُوذُ الْعَتَقِ وَإِلَّا بَاعَ الْعَبْدُ فِي الدَّيْنِ، وَبَانَ أَنَّ الْعَتَقَ لَمْ يَنْفَذْ، وَلَوْ بَاعَ الْوَارِثُ التَّرَكَةَ بِغَيْرِ إِذْنِ الْغُرَمَاءِ؛ لَمْ يَنْفَذْ بَيْعَهُ إِنْ كَانَ مُعْسِراً، وَإِنْ كَانَ مُوسِراً فَبِهِ ثَلَاثَةُ أَوْجِهٍ:

أحدها: أَنَّ الْبَيْعَ بَاطِلٌ؛ لِأَنَّهُ كَالْمَرْهُونِ بِدَيُونِ الْغُرَمَاءِ.

والثاني: أَنَّهُ يَصِحُّ؛ وَيَلْزَمُ وَسِيَّاتِي [تَفْرِيعُهُ] <sup>(١)</sup> إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

والثالث: أَنَّهُ مَوْقُوفٌ كَمَا ذَكَرْنَا فِي الْعَتَقِ، وَلِلْإِمَامِ هَا هُنَا أَبْحَاثٌ:

أحدها: يَحْكِي عَنِ الشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ: تَنْزِيلُ التَّرَكَةِ مَنْزِلَةَ الْعَبْدِ الْجَانِيِّ وَقَدْ سَبَقَ فِي بَيْعِ السَّيِّدِ الْعَبْدَ الْجَانِيَّ - إِطْلَاقُ قَوْلَيْنِ مِنْ غَيْرِ فَرْقٍ بَيْنَ الْمَعْسَرِ وَالْمُوسَرِ، فَيَجِيءُ قَوْلُ هَا هُنَا فِي بَيْعِ الْوَارِثِ، وَإِنْ كَانَ مَعْسِراً ثُمَّ فَرْقٍ بَيْنَ التَّرَكَةِ، وَالْعَبْدِ الْجَانِيِّ بِمَا فَرْقَ بِهِ بَيْنَهَا وَبَيْنَ <sup>(٢)</sup> الْمَرْهُونِ.

والثاني: ذَكَرَ الشَّيْخُ تَفْرِيعاً عَلَى صِحَّةِ الْبَيْعِ أَنَّ الثَّمْنَ يَصْرَفُ إِلَى الْغُرَمَاءِ وَأَنَّ الْمُشْتَرِيَّ لَوْ دَفَعَ الثَّمْنَ إِلَى الْوَارِثِ، فَتَلَفَ فِي يَدِهِ؛ كَانَ لِلْغُرَمَاءِ تَغْرِيمُ الْمُشْتَرِيِّ.

قَالَ الْإِمَامُ: وَالْوَجْهَ عِنْدِي الْقَطْعُ بِأَنَّهُمْ لَا يُطَالِبُونَ الْمُشْتَرِيَّ [وَإِنَّمَا] إِذَا أَلْزَمْنَا الْبَيْعَ كَانَ بِمَثَابَةِ الْإِعْتِاقِ الَّذِي عَوَّضَ لَهُ، وَبِتَقْدِيرِ أَنْ يَكُونَ الثَّمْنَ مُسْتَحَقّاً لِلْغُرَمَاءِ، فَمَا يَنْبَغِي أَنْ يَفْرُقَ بَيْنَ الْمَعْسَرِ وَالْمُوسَرِ.

والثالث: قَالَ: إِذَا زَامَ الْبَيْعَ بَعِيداً فَإِنَّ بَيْعَ الْعَبْدِ الْجَانِيِّ، وَإِنْ صَحَّحْنَاهُ لَا يَلْزَمُ؛ مَعَ أَنَّ تَعَلُّقَ الْأَرْضِ بِهِ أضعفُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا، فَيَبِيعُ الْوَارِثُ أَوْلَى بِأَنْ لَا يَلْزَمُ.

والرابع: فِي بَيْعِ الْمُفْلِسِ الْمُحْجُورِ عَلَيْهِ قَوْلٌ: أَنَّهُ يَنْتَعِقُدُ عَلَى التَّوَقُّفِ فَيَجُوزُ إِجْرَاؤُهُ فِي الْوَارِثِ الْمَعْسَرِ.

وَأَعْلَمُ أَنَّ جَمِيعَ مَا ذَكَرْنَاهُ مُفْرَعٌ عَلَى أَنَّ الدَّيْنَ لَا يَمْنَعُ الْمِيرَاثَ، أَمَا إِذَا قَلْنَا يَمْنَعُهُ، وَالتَّرَكَةَ مُقَرَّةً عَلَى مِلْكِ الْمَيِّتِ فَلَا يَصِحُّ تَصْرَفُ الْوَارِثِ بِحَالٍ، وَإِنْ ذَكَرْنَا فِي

(٢) فِي الْهَامِشِ أ: مِنْ .

(١) فِي ز: تَعْرِيفُهُ .

كتاب «الرهن» وجهاً: أن إغْتَاقَهُ لا ينفذ بحال كالبيع، ووجهين في أن تعلق الدَّيْنِ بالتركة كتعلق الدَّيْنِ بالمرهون، أو كتعلق الأَزْشِ بالجاني، وَأَنَّ الْأَظْهَرَ الْأَوَّلَ وحينئذ فيكون الأظهر في الإعتاق النفوذ، كما في إعتاق الراهن الموسر، وفي البيع المنع.

والفصل الثاني: ذكرنا في «النكاح» أن الأمة إذا أعتقت تحت عبد؛ كان لها الخيار فإن فسخت قبل الدخول سقط جميع المهر، وعلى السيد رده إن كان قد قبضه.

إذا تقرر ذلك فينفذ العتق في الحال في فرع أبْنِ الْحَدَادِ ثم إن كان الوارث معسراً، فلا خيار لها؛ لأنه لَوْ تَبَّتْ لها الخيار [و] (١) فسخت وجب رد مهرها، ولصار ذلك ذيناً على الميت، وذلك يَمْنَعُ نفوذ العتق من الوارث المعسر، وإذا لم يعتق فلا خيار لها ففي إثباتِ الخيار بقية والمسألة من الدائرات؛ وقد ذكرنا طرفاً منها في «النكاح»؛ وإن كان موسراً فإن قلنا يَنْفُذُ عتقه، فلها الفسخ، وإذا فسخت صار مهرها ديناً فيطالب به المعتق إن كانت قيمتها مثل المهر، لتفويته (٢) التركة، وإن كان مهرها أكثر لم يطالب إلا بقدر قيمتها؛ لأنه لم يفوت إلا ذلك القدر، وإن قلنا يتوقف نفوذ العتق على أداء الدَّيْنِ، فلا عتق، ولا خيار حَتَّى يرد الصداق إلى سيد العبد: هكذا ذكر الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ، وفيه إشكال؛ لأنه لا يَثْبُتُ لسيد العبد ذينٌ ما لم يفسخ فكيف يقضي الدَّيْنِ قبل ثبوته؟.

ومنها: مات رجل عن ابن حائز والتركة ثلاثة أعْبُدِ قيمتهم متساوية فقال الابن: أَعْتَقَ أَبِي فِي مَرَضِ مَوْتِهِ هَذَا - وَأَشَارَ إِلَى أَحَدِهِمْ. ثم قال: بل أعتق هذا، وهذا، يعني الأول، وآخر معاً. ثم قال: بل أعتق الثلاثة معاً.

قال أَبْنُ الْحَدَادِ: الأول [حر] (٣) بكل حال - لإقراره للأول ويقرع بينه وبين الثاني لإقراره الثاني، فَإِنَّ قَضِيَّتَهُ أَنْ الثَّانِي يَسْتَحِقُّ أَنْ يَقْرَعَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْأَوَّلِ، ويعتق إن خرجت القرعة له ويقرع بين الثلاثة مرة أخرى؛ لإقراره الثالث فَإِنَّ قَضِيَّتَهُ أَنْ يَقْرَعَ بَيْنَ الثَّلَاثَةِ، ويعتق من خرجت قرعته فيؤاخذ بموجب كل إقرار، ولا يمكن من الرجوع عن مقتضى واحد [منهما] (٤)، وإذا أقرعنا [في] (٥) المرتين فإن خرج سهم العتق للأول في المرتين لم يعتق غيره، وإن خرج للثاني في المرتين أو للأول في الأولى، وللثاني في الثانية أو بالعكس عتقا، وَرَقَّ الثَّالِثُ، وإن خرج للأول في الأولى، وللثالث في الثانية عتقا دون الثاني، وإن خرج للثاني في الأولى، وللثالث في الثالثة عتقوا جميعاً.

(٢) في ز: وأكثر لتفويته.

(٤) في ز: منها.

(١) سقط في: ز.

(٣) سقط في: ز.

(٥) سقط في: ز.

قال الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ: وإن كانت قيمتهم مختلفة كما إذا كانت قيمة الأول مائة، وقيمة الثاني المضموم إليه مائتين، وقيمة الثالث ثلاثمائة فالأول حر بكل حال لإقراره الأول، وهو دون الثلاثة<sup>(١)</sup>، وإذا أقرعنا بينه وبين الأول وخرج سهم العتق للأول؛ عتق وعتق من الثاني نصفه، وإن خرج للثاني عتق كله؛ لأن موجب إقراره الثاني أن يعتق الثاني بكماله، أو الأول ونصف الثاني وإذا أقرعنا بين الثلاثة لإقراره الثالث، فإن خرج سهم العتق للثالث، عتق ثلثاه، وثلثاه ثلث ماله، وإن خرج للثاني؛ لم يعتق الثالث سواء خرجت القرعة الأولى على الثاني، أو لم تخرج؛ لِأَنَّهُ ثلث ماله، وإن خرج للأول فهو نصف الثلث فتعاد القرعة، لإكمال الثلث بين الثاني والثالث، فإن خرج على الثاني رَقٌّ أَلْتَالُثٌ، ولا يعتق من الثاني إلا ما عتق بالقرعة الأولى وهو جميعه أو نصفه، وإن خرج على الثالث؛ عتق ثلثه؛ لأن ثلثه مع الأول ثلث جميع المال. والمفهوم من كلام الشَّيْخِ أَنَّهُ إِذَا أُخْرِجَ سَهْمُ الْعَتَقِ فِي الْقَرَعَةِ الثَّانِيَةِ بَيْنَ الثَّلَاثَةِ لِلثَّانِي لَا يُعْتَقُ مِنْهُ إِلَّا مَا عَتَقَ مِنْ قَبْلُ. وكذلك حكاه الإمام عنه، واعترض عليه بأن الثاني أَسْتَحَقَّ بِالْإِقْرَارِ [وَأ] الثاني أن يقرع بينه وبين الأول، وبالإقرار الثالث أن يقرع بينه، وبين الأولين فإن لم تكمل له الحرية في القرعة الأولى لخروج سهم العتق للأول؛ وجب أن يكمل في القرعة الثانية إذا خرج سهم العتق له؛ لأنه قضية الإقرار الثالث وكذلك عند استواء القيم إذا لم يعتق بالقرعة الأولى، يُعْتَقُ بِالثَّانِيَةِ إِذَا خَرَجَ السَّهْمُ لَهُ، فَإِنْ عَكَسَتْ أَلْتَضْوِيرَ فَقَلَّتْ: قيمة الأول ثلاثمائة، وقيمة الثاني مائتان، وقيمة الثالث مائة، فالجواب: أَنَّهُ يُعْتَقُ مِنَ الْأَوَّلِ ثَلَاثَةٌ ثُمَّ يُقَرَعُ بَيْنَهُ، وَبَيْنَ الثَّانِي، فَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ الْعَتَقِ لِلْأَوَّلِ [أَوْ الثَّانِي] <sup>(٢)</sup> لَمْ يَزِدْ شَيْءٌ وَإِنْ خَرَجَ لِلثَّانِي؛ عتق بكماله، ثم يقرع بين الثلاثة، فإن خرج للأول والثاني؛ لَمْ يَزِدْ شَيْءٌ عَلَى مَا عَتَقَ، وَإِنْ خَرَجَ لِلثَّلَاثِ، عتق بكماله، وقد عتق من قبل ما إذا ضم إليه ثم الثلث بل زاد.

ومنها: مات عن ثلاثة بنين، وله ثلاثة أعبُدٍ قيمتهم متساوية فَأَقْرَأَ أَحَدَ الْبَنِينَ بِأَن أَبَاهُ أَعْتَقَ فِي مَرَضِهِ هَذَا الْعَبْدَ، وَأَقْرَأَ آخَرَ أَنَّهُ أَعْتَقَهُ وَهَذَا الْآخَرَ مَعًا، وَأَقْرَأَ الثَّلَاثَ أَنَّهُ أَعْتَقَ الثَّلَاثَةَ مَعًا، فَيُعْتَقُ ثَلَاثُ الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ أَحَدُ الْبَنِينَ أَقْرَبَ بَعْتَقَهُ فَيَقْبَلُ إِقْرَارَهُ فِي حِصَّتِهِ، وَهِيَ الثَّلَاثُ ثُمَّ يُقَرَعُ بَيْنَهُ، وَبَيْنَ الْعَبْدِ الْمَضْمُونِ إِلَيْهِ؛ لِإِقْرَارِ الثَّانِي، فَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ الْعَتَقِ لِلْأَوَّلِ عتق منه ثلث آخر؛ لِأَنَّ قَضِيَّةَ إِقْرَارِ الثَّانِي عتق جميعه إذا خرجت القرعة له فيقبل قوله في حِصَّتِهِ، وَإِنْ خَرَجَ لِلثَّانِي؛ عتق ثُلُثُهُ لِهَذَا الْمَعْنَى، ثُمَّ يُقَرَعُ الثَّلَاثَةَ، فَمَنْ خَرَجَ لَهُ سَهْمُ الْعَتَقِ؛ عتق كله، وَإِذَا أُخْتَصِرَتْ قُلْتُ: إن خرج سهم العتق في المرتين

(١) في ز: الثلث.

(٢) سقط في: ز.

(٢) سقط في: ز.

للأول؛ عتق جميعه، وإن خرج في المرتين للثاني؛ عتق ثلثاه مع ثلث الأول، وإن خرج مرة للأول وأخرى للثاني؛ عتق ثلثا الأول، وثلث الثاني، وإن خرج مرة للثاني ومرة للثالث عتق من كل عبد ثلثه، وإذا حكمنا بعتق البعض من أحد العبيد فلا سِرَايَةَ؛ لأنهم لم يباشروا الإعتاق، ولا أقروا به على أنفسهم وإنما أقروا به على الأب، ومن أعتقنا بعضه بإقرار أحد البنين [لو وقع]<sup>(١)</sup> بالقسمة في نصيب ذلك المقر، أو صار له بوجه آخر؛ حكمنا عليه بعتقه؛ لإقراره بأنه حر كله، ولو كانت [قيمة] العبيد<sup>(٢)</sup> مختلفة، كما إذا كانت قيمة الأول مائة، وقيمة الثاني مائتين، وقيمة الثالث ثلاثمائة؛ فَيَعْتَقُ من الأول ثلثه؛ لأن الأول أقر بأن الأب أعتقه، لِكَيْتَهُ لا يملك منه إلا الثلث فَيُقْبَلُ إقراره في حِصَّتِهِ؛ ثم يقرع بينه، وبين الثاني، لإقراره الثاني، فإن خرج سهم العتق للثاني عتق ثلثه؛ لأن كله حر بزعم الثاني إذا خرج سهم العتق له فإنه ثلث المال، فيقبل إقراره في حصته، وإن خرج للأول عتق منه ثلث آخر، ومن الثاني سدسه؛ لأن قضية إقراره أن يعتق جميع الأول عند خروج القرعة له، وأن يعتق من الثاني نصفه؛ ليكمل الثلث فيؤاخذ بإقراره في حصته في كل الأول، ونصف الثاني ثم يقرع بين الثلاثة لإقرار الثالث، فإن خرج سهم العتق للثالث؛ عتق منه تسعاه؛ لأن قضية إقراره إذا خرجت القرعة له أن يعتق ثلثاه، فإن ثلثيه ثلث جميع المال فيؤاخذ بإقراره في حِصَّتِهِ، وهي ثلث الثلثين، وذلك تسعا الجملة، وإن خرج للثاني؛ عتق منه ثلثه؛ لأن قضية إقراره عتق جميعه [فإنه]<sup>(٣)</sup> ثلث المال فيؤاخذ به في حصته، وإن خرج للأول عتق منه ثلثه لمثل هذا المعنى لكنه لا بد من إكمال الثلث، فتعاد القرعة مرة أخرى ليعتق حصته من تمام الثلث، فإن خرج سهم العتق للثاني عتق منه سدسه؛ لأن نصفه مع الأول تمام الثلث، وَحِصَّتُهُ منه السدس، وإن خرج للثالث عتق منه تسعه؛ لأن ثلثه مع الأول تمام الثلث وحصته منه التسع.

ومنها: شهد شاهدان على مَيِّتٍ أنه أوصى بعتق عبده فلان، وهو ثلث ماله وقال الْوَارِثُ: إنه أوصى بعتق آخر، وهو ثلث أيضاً، فإن لم يُكذَّب الوارث الشاهد، واقتصر على أنه أوصى بعتق هذا، أعتق الأول بموجب البيينة، وأقرع بينه وبين الثاني لإقرار<sup>(٤)</sup> الوارث، فإن خرجت القرعة للأول لم يعتق الثاني، وإن خرجت للثاني، عتق ولم يَرِقَّ الأول؛ لأنه مُسْتَحِقُّ الْعِتْقِ بالبيينة، فلا يتمكن الوارث من إبطاله بالإقرار، وقد تعمل

(١) في ز: لوقع.

(٢) في ز: قيم.

(٣) في ز: فإن.

(٤) واعلم أنه قد سبق في آخر الدعاوى أنه لو شهد اثنان أنه أعتق سالماً ووارثان جائزان أنه أعتق غانماً ما يخالف المذكور هنا فإنه لم يذكر هنا إقراع.

القرعة في أحد الطرفين دون الثاني على ما تقدم، وإن أقرَّ الوارث بأنه أعتق الثاني، وكذب الشهود في الأول عتقا جميعاً الأول بالشهادة والثاني بالإقرار، وإن شهد أجنبيان بأنه: أوصى بإعتاق عَبْدٍ وهو ثلث ماله، وشهد وَاثَرَانِ بأنه أوصى بإعتاق آخر فإن كَذَبَ الْوَارِثَانِ الْأَجْنَبِيِّينَ عتقا<sup>(١)</sup> جميعاً الأول بشهادة الأجنبيين، والثاني بإقرار الوارثين أنه أوصى بإعتاق هذا دون الأول [وهو ثلث المال، وإن لم يكذباهما أفرع بينهما؛ لأن إعتاق الأول]<sup>(٢)</sup> ثَبَّتْ بشهادة الأجنبيين، وإعتاق الثاني [بإقرار الوارثين]<sup>(٣)</sup> فصار كما لو شهد اثنان بأنه أعتقهما معاً.

ومنها: ثلاثة أخوة في أيديهم أُمَّةٌ وَوَلَدُهَا، وهو مجهول النسب فقال أحدهم: هذه أُمُّ وَلَدِي، وهو ولدي منها، وقال الثاني: هِيَ أُمُّ وَلَدِ أَبِيْنَا وَالْوَلَدُ أَخُونَا، وقال الثالث: هِيَ أُمِّي وَالْوَلَدُ<sup>(٤)</sup> عَبْدِي فَالْكَلَامُ فِي أَحْكَامٍ: أحدها في نسب الولد، ولا يثبت نسبه من أبيهم؛ لأنه لم يَتَّقِ الورثة عليه وأما نسبه من الذي يستلحقه، فإن قلنا: إن من استلحق عبداً مجهول النسب لحقه فيثبت نسبه منه؛ لأن غايته أن يكون ملكاً لمن يدعي ملكه، وذلك لا يمنع ثبوت النسب، وإن قلنا: لا يلحقه فوجهان:

أظهرهما: أن الجواب كذلك؛ لِأَنَّ يَدَ مُدَّعِي الْمَلِكِ ثَابِتَةٌ عَلَى بَعْضِهِ، وَأَنَّهَا تَدُلُّ عَلَى الْمَلِكِ وَالْمَلِكُ يَمْنَعُ اللَّحُوقَ.

والثاني: يلحقه؛ لأن الرق<sup>(٥)</sup> لم يَعُمَّهُ فَإِنِ الْبَاقِي حَرٌّ بِقَوْلِ الْآخَرِينَ وَالنَّسَبُ لَا يَتَّبِعُ، وَهُوَ إِلَى الثَّبُوتِ أَقْرَبُ.

قال الإمام: وهذا القائل يقول لو كان بعض الشخص رقيقاً، وبعضه حراً واستلحق مستلحق نسبه لحقه، وهذا ليس بشيء، والثاني الذي يقول: هي أم ولد أبينا لا يَدَّعِي لِنَفْسِهِ شَيْئاً عَلَى الْآخَرِينَ [فلا يحلفهما. نعم لو ادعت الجارية ما تقوله، وقالت: عتقت بموت أبيكم، فيحلف الآخريين]<sup>(٦)</sup> على أنهما لا يعلمان أن الأب أولدها وأما الآخراَنِ فَيَدَّعِي كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا فِي يَدِ صَاحِبِهِ هَذَا يَقُولُ: مُسْتَوْلِدَتِي وَهَذَا يَقُولُ: مَلِكِي. فيحلف كل واحد منهما الآخر على نفي ما يدعيه في الثلث الذي في يده، والثالث الذي يقول: هي أم ولد أبينا لَا غَرْمَ لَهُ؛ لأنه لا يدعي لنفسه شيئاً، ولا عليه؛ لأنه أقر بالاستيلاد على أبيه لا على نفسه والثاني الذي يَدَّعِي الاستيلاد يلزمه الغرم للذي يدعي الملك فيها لاعترافه بأنه فوت عليه نصيبه من الأمة، ومن الولد

(٢) سقط في: ز.

(٤) في أ: والعبد.

(٦) سقط في: ز.

(١) في ز: أعتقا.

(٣) في ز: بالوارثين.

(٥) في ز: العتق.



بالاستيلاء هكذا عُلِّقَ وقضية الفرض فيما إذا سلم<sup>(١)</sup> أنه كان لمدعي الرق فيها نصيب الإرث أو غيره، وإلا فلا يُلزَمُ من دعواه أن الجارية مُسْتَوْلِدَةٌ؛ كون الجارية مشتركة من قبل، وكم يلزمه من الغُرم؟ فيه وجهان بناء على أن الجارية في يد من هي وفيه وجهان: أحدهما: أنه لا يَدَّ عَلَيَّهَا لِلَّذِي يَقُولُ: إنها مُسْتَوْلِدَةٌ أَيْبَانًا؛ لأنها حُرَّةٌ بزعمه بموت الأب فَتَصِيرُ الجارية في يد الآخرين نصفين.

وأظهرهما: أنها في أيدي الثلاثة حكماً، كما أنها في أيديهم حساً؛ فعلى الأول عليه لِمُدْعِي الرق نصف قيمة الجارية، وقيمة الولد، وعلى الأظهر ثلث قيمتها وبه أجاب أَبُو الْحَدَّادِ.

والرابع: الولد حر بقول مَنْ يَدْعِي أنها مستولدة للأب، ومن يَدْعِي أنها مستولدة. قال الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ: ويعتق عليه نصيب مُدْعِي الرُّق؛ لأننا لما أخذنا منه القيمة جعلناه له، ونصيبه من الجارية هكذا ينبغي أن يكون. ومنها: قال لعبدین له: أَحَدُكُمَا حُرٌّ، ثم غاب أحدهما، وحضر مكانه عبد ثالث فقال له وللذي لَمْ يَغِبْ: أحدكما حر ومات قبل البيان ويقال<sup>(٢)</sup> وقعت هذه المسألة بـ«نَيْسَابُورَ» فأجاب [الأستاذ]<sup>(٣)</sup> أَبُو إِسْحَاقَ فِيهَا: بأنه يُفْرَعُ بين العبدین الأولین للإعتاق الأول، فإن خرج سهم العتق لِلَّذِي غاب؛ عتق، وتعاد القرعة بين الآخرين لِلِإِعْتَاقِ الثاني، فمن خرجت له القرعة عتق أيضاً، وإن خرجت القرعة أولاً لِلَّذِي لَمْ يَغِبْ؛ عتق، ولا تعاد القرعة؛ لأن تعيين القرعة كتعيين المالك، ولو عَيَّنَ المالك الذي لم يغيب للعتق ثم قال له وَلِلَّذِي حَضَرَ آخراً: أحدكما حُرٌّ لكان صادقاً في قوله ولم يَقْتَضِ ذلك عتق الآخر، واستشهد لذلك بما إذا قال لزوجته وأجنبية: إحدكما طَالِقٌ لكن في هذه الصورة خلاف مذکور في «الطلاق» وكذلك الحكم فيما إذا قال لعبد [وَلِحُرٍّ]<sup>(٤)</sup>: أحدكما حُرٌّ. وأجاب الأستاذ أَبُو الْحَسَنِ الْمَاسَرَجِسِيُّ في المسألة بأن القرعة إذا خرجت للذي لم يغيب تعاد القرعة بينهما ثانياً؛ لأنه يحتمل أن يريد بقوله: الثاني الذي حضر آخراً. فإن خرجت القرعة الثانية لِلَّذِي لَمْ يَغِبْ أيضاً؛ لم يعتق غيره، وإن خرجت للآخر؛ عتق أيضاً، وقد تؤثر القرعة في أحد الطرفين دون الآخر، وإلى هذا مال الإمام وَرَجَّحَ الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ الْأَوَّلَ.

ومنها: إذا كان في ملكه أربع إماء فقال: كلما وَطَأْتُ واحدة منكن فواحدة منكن حرة، ثم وَطِئْتُ واحدة منهن فتعتق واحدة منهن، وهل تدخل المَوَطُوءَةُ في العتق الْمُبْتَهَم؟ يبنى على الوجهين السابقين في أن الوطاء يكون تعييناً للملك في الموطوءة

(١) في أ: أسلم.

(٢) في ز: فيقال.

(٣) سقط في: ز.

(٤) في ز: ولهم.

[وللعتق]<sup>(١)</sup> في غيرها إن قلنا: لا؛ دخلت، ويقرع بين الأربع، وإن قلنا نعم، وعليه فَرَعَ ابْنُ أَلْحَدَادِ فَأُولَ [الْوَطءِ] لا يتضمن التعيين؛ لأن العتق معلوم به، وما لم يوجد لا يثبت استحقاق العتق، فَلَوْ نَزَعَ بمجرد تَغْيِبِ أَلْحَشْفَةِ دَخَلَتْ أَلْمَوْطُوءَةُ فِي العتق المبهم، وإن أَسْتَدَامَ فهل تتضمن الاستدامة التعيين، وإخراج الموطوءة عن استحقاق العتق؟! فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأن الاستدامة تَدُلُّ على أنه ينبغي استبقاء الملك فيها وبهذا قال الشَّيْخُ أَبُو زَيْدٍ، فعلى هذا يُفْرَعُ بين الثلاث البواقي.

وأظهرهما: وبه قال ابْنُ أَلْحَدَادِ: لا؛ لأن الموجود وطء وبه يثبت استحقاق العتق فانتهأوه كالابتداء، ولذلك لا يستحق بالاستدامة عتق آخر، وعلى هذا فيقرع بين الأربع فمن خرجت لها القرعة؛ عتقت وهذا كما لو قال لِأَمْتِهِ: إن وطنتك فأنت حرة، فإن وَطَّئَهَا وَنَزَعَ فِي الحَالِ لم يلزمه المهر [فيه] وإن استدام فهل جعل الاستدامة كابتداء الوطاء بعد العتق حتى يتعلق بها المهر؟ فيه وجهان، ومثله الخلاف في أنه إذا قال لامرأته: إن وطنتك فأنت طالق ثلاثاً، فوطئها واستدام. هل يَلْزِمُهُ المهر؟

[و] لو وطء ثلاثاً منهن مع الاستدامة فقضية كل وطء عتق أمة؛ لِأَنَّ كُلَّمَا<sup>(٢)</sup> تقتضي التكرار فإن جعلنا [الوطء]<sup>(٣)</sup> تعييناً، والاستدامة متضمنة للتعيين أيضاً، فتعتق الأولى والثانية، والرابعة بلا قرعة، وَتَرَقُّ الثانية، ووجهه: أنه لما وَطَّئَ الأُولَى، وكما غيب أَلْحَشْفَةَ ثبت حق العتق [لواحدة، فإذا استدام خرجت عن أن تكون هي المستحقة لتعيينها للملك، والثانية والثالثة تعينتا للوطء بالملك أيضاً، فتتعين الرابعة للعتق، وإذا وطئ الثانية ثبت حق العتق]<sup>(٤)</sup> لها، أو للأولى أو للثالثة أما الرابعة فقد علقت بالوطء الأول، فإذا استدام خرجت هي عن الاستحقاق، وخرجت الثالثة أيضاً بوطئها فتعينت الأولى للعتق وإذا وطئ الثالثة، لَمْ يَبْقَ إِلَّا هي، والثانية، واستدامة الوطاء فيها إمساك لها فتعين العتق في الثانية، وإن جعلنا [الوطء] بعد الإبهام تعييناً، ولم نجعل الاستدامة تعييناً فتقرع بين الأولى، والرابعة، لأنه أمسك الثانية والثالثة للملك بوطئهما، والرابعة لم [يطئها]<sup>(٥)</sup> واستدامة وطء الأولى ليس بِإِمْسَاكِ، فتردد العتق المستحق بينهما فإن خرجت القرعة للرابعة عتقت [وبوطء]<sup>(٦)</sup> الثانية يستحق عتق آخر لكن لا حَظَّ فِيهِ للرابعة [لأنها عتقت بالوطء الأول، ولا للثالثة؛ لأنه أمسكها بالوطء، فإذا هو متردد بين الأولى والثانية، فيقرع بينهما، فمن خرجت لها القرعة عتقت وبوطء الثالثة تستحق عتق آخر،

(٢) في ز: كما.

(٤) سقط في: ز.

(٦) سقط في: ز.

(١) في ز: والعتق.

(٣) سقط في: ز.

(٥) سقط في: ز.

ولا حظ فيه للرابعة]؛ ولا<sup>(١)</sup> لمن عتقت من الأولى، والثانية فإن عتقت الأولى أقرعنا بين الثانية والثالثة فإن عتقت الثانية أقرعنا<sup>(٢)</sup> بين الأولى والثالثة، وإن خرجت القرعة [الأولى]<sup>(٣)</sup> للأولى دون الرابعة عتقت [بوطء] الثانية تَزَدَدَ العتق المستحق بينهما، وبين الرابعة فإن الأولى قد عَتِقَتْ والثالثة نَعَيْتَتْ [بالوطء] للإمساك فيقرع بينهما فمن خرجت لها القرعة؛ عتقت وبوطء الثالثة تستحق عتق [آخر] وَلَا حَظَّ فيه للأولى، ولا لمن عتقت من الثانية، والرابعة فإن عتقت الثانية، أقرعنا بين الثالثة، والرابعة وإن عتقت الرابعة أقرعنا بين الثانية والثالثة، وإن قلنا: [الوطء] ليس بتعيين أصلاً فيقرع ثلاث مرات لاستحقاق العتق لثلاث منهن، يقرع لوطء الأولى بين الأربع بسهم عتق وثلاثة أسهم رق فإن خرجت للرابعة؛ عتقت، ولا مهر لها فإنه لم [يطلبها] وإن خرجت للأولى عتقت، وهل تستحق المهر؟ يبني على أن استدامة الوطاء هل توجب المهر؟ وإن خرجت للثانية أو للثالثة عتقت، ولها المهر؛ لأنه تبين أنها عتقت بوطء الأولى فيكون ابتداء وطلبها بعد حصول عتقها، ثم يقرع لوطء الثانية بين الثلاث البواقي بسهم عتق، وسهمي رق، فإن خرجت الرابعة فلا شيء لها وإن خرجت للثانية ففي استحقاقها المهر الوجهان، وإن خرجت للثالثة استحققت، وإن خرجت قرعة الحرية في المرة الأولى للثانية أقرعنا لوطء الثانية بين الأولى، والثالثة والرابعة، فإن خرج سهم العتق للأولى فلا مهر لها بلا خلاف؛ لأن عتقها حصل [بوطء] الثانية، فيكون [وطؤها] واقعاً قبل العتق، وإن خرج للرابعة فكذلك؛ لأنه لم [يطلبها] وإن خرج للثالثة فلها المهر؛ لأنه تبين أنها عتقت قبل، وطلبها ثم يقرع [لوطء] الثالثة بين الاثنتين الباقيين بسهم عتق وسهم رق، فإن بقيت الثالثة والرابعة وخرجت القرعة للرابعة، فلا مهر، وإن خرجت للثالثة فهل لها المهر؟ فيه الوجهان. وإن بقيت للأولى والثانية، فلا مهر لمن خرجت لها القرعة منهما؛ لتقدم وطلبها على عتقها.

وفيه وجه آخر: أنه يقرع بين الأربع دفعة واحدة بثلاثة أسهم عتق وسهم رق فيعتق منهن ثلاث وترق واحدة. وهذا صحيح لمعرفة العتق، والرق ولكن لا يعرف به حكم المهر، وموضع الخلاف والوفاق - نعم إن قلنا إن الاستدامة توجب المهر، فتكفي القرعة على هذا الوجه، ومن عتقت بوطئها استحققت المهر. ولو وطئ الأربعة؛ عتقن جميعاً، ويحتاج للمهر إلى الإقراع ثلاث مرات يقرع بين الأربع مرة بسهم عتق، وثلاثة أسهم رق ثم مرة بين ثلاث منهن بسهم عتق وسهمي رق ثم بين الاثنتين الباقيين بسهم عتق وسهم رق، واستيعاب الاحتمالات يطول.

(٢) في أ: قرعنا.

(١) سقط في: ز.

(٣) سقط في: ز.

والضابط: أن ينظر في كل قرعة<sup>(١)</sup>، فمن بَانَ أنها عتقت قبل وطئها فلها المهر، ومن بَانَ أنها عتقت بعد وطئها، فلا مهر، ومن بَانَ أنها عتقت بوطئها فهل لها المهر؟ فيه الوجهان في أن الاستدامة هل توجب المهر؟ هذا كله فيما إذا قال: «كلما وطئت واحدة منكن فواحدة منكن حرة» أما إذا قال: فواحدة من صواحبها<sup>(٢)</sup> حرة ووطئهن جميعاً، فإن قلنا: إن الوطاء تعيين للملك في الموطوءة، عتقت الرَّابِعَةُ [بوطء] الأولى والأولى [بوطء] الثانية، والثانية [بوطء] الثالثة وَرَقَّتِ أَلْثَالِثَةُ. وإن قلنا: أنه ليس بتعيين، عتقت منهن ثلاث، وَرَقَّتِ واحدة فيقرع بين الثانية والثالثة والرابعة [بوطء] الأولى وإن خرجت القرعة للثانية؛ عتقت ثم يقرع لوطء الثانية بين الأولى والثالثة والرابعة، وإن خرجت للأولى أو الرابعة؛ عتقت وإذا وطئ الثالثة عتقت الثانية من الثلث، وهي الأولى أو الرابعة، ولا حاجة إلى القرعة، وإن خرجت القرعة الثانية للثالثة؛ عتقت، فإذا وَطِئَ الثَّالِثَةُ؛ أَقْرَعَ بين الأولى والرابعة، فَمَنْ خرجت لها القرعة عتقت، وأما المهر فلا مهر للثانية عتقت بعد [الوطء]، ويحل المهر للثانية تبين عتقها قبل الوطاء، وفي هذه الصورة لا تعتق الموطوءة بوطئها بحال وَأَعْلَمُ أن الإقراع في جميع هذه الصور فيما إذا مات قبل البيان فأما في حال حياته فيؤمر بالبيان.

ومنها: له أربع إماء وعبيد فقال: كلما وطئت واحدة من إمائتي فعبد من عبيدي حر، وكلما وطئت اثنتين فعبدان حران، وكلما وطئت ثلاثاً فثلاثة من عبيدي أحرار، وكلما وطئت أربعاً فأربعة، فَوَطِئَ الأربَع فهو كما لو قال: كلما طلقت واحدة فعبد من عبيدي حر إلى آخر التصوير، وقد تقدم في «الطلاق» والظاهر أنه يعتق خمسة عشر عبداً.

ومنها: اشترى في مرض موته [عبداً]<sup>(٣)</sup> بأكثر من قيمته، والمحابة بقدر الثلث كما إذا كان له ثلاثمائة، واشترى عبداً يساوي مائة بمائتين ثم أعتق ذلك العبد.

قال أَبْنُ أَلْحَدَّادِ: إن لم يوفر الثمن نفذ العتق وبطلت المحابة؛ لأن المحابة كالهبة، فإن لم يقترن بها القبض حتى جاء ما هو أقوى منها بطلت، ويمضي البيع بتمن المثل، وعلى البائع أن يقنع به وإن وفر الثمن نفذت المحابة، ورد العتق؛ لأن المحابة استغرقت الثلث.

قال الأصحاب: وهذا غلط من حيث أنه فرق في المحابة بين أن تكون مقبوضة أو لا تكون، ولا فرق؛ لأن المحابة تعلقت بالمعاوضة والمعاوضات تَلَزُمُ بنفس العقد، ولهذا لو حَابَى في المرض ولم يقترن القبض بمحاباته<sup>(٤)</sup>، ثم أراد إبطالها لم يتمكن

(٢) في أ: صواحبها.

(٤) في أ: بمحابة.

(١) في أ: رقعة.

(٣) في ز: عبيداً.

منه، ولو كانت كالهبة لتمكن من إبطالها قبل القبض في الصحة والمرض، وإذا لم يفرق الحال بين أن تكون مقبوضة أو لا تكون؛ فالجواب نفوذ المحاباة، ورد العتق؛ لتقدم المحاباة على العتق. قالوا: والقول بأنه يُلزَمُ البائع أن يقنع بقدر قيمة العبد غلط أيضاً، فإنه لم يرض بزوال ملكه إلا بالزيادة، بل ينبغي أن يقال أنه بالخيار بين أن يمضي البيع بقدر القيمة، وينفذ العتق وبين أن يفسخه ويبطل العتق.

ومنها: جارية بين شريكين حامل من زوج، أو زنا أعتق أحدهما نصيبه من الحمل، وهو مُوسِرٌ، ثم وضعت الحمل لوقت يعلم وجوده يوم الإعتاق، فإن وضعت لما دون ستة أشهر؛ فهو حر بالمباشرة، والسُرَايَة، وعلى المعتق قيمة نصيب الشريك يوم الولادة، ولا مجال للتقويم قبل الولادة، وإن ألقته ميتاً من غير جنابة جانٍ فلا شيء على المعتق لأننا لا ندري هل كان حياً، وهل عتق حتى يقال أثَلَفَ على الشريك ملكه، وإن انفصل ميتاً بجنابة فعلى عاقلة الجاني [غرة تصرف] <sup>(١)</sup> إلى ورثة الجنين؛ لأنه محكوم له بالعتق، وعلى المعتق نصف عشر قيمة الأم للشريك فإن الجنين الرقيق يضمن [بالعشر] <sup>(٢)</sup>.

هكذا أطلق أبْنُ الْحَدَّادِ.

وَعَنِ الْقَفَّالِ: أنه إنما يلزم نصف عشر قيمة الأم على المعتق إذا كان لا يزيد ذلك على نصف قيمة الْغُرَّةِ فإن زاد لم يلزم إلا نصف قيمة الْغُرَّةِ لأن سبب وجوب الضمان على المعتق الغرة ألا ترى أنه لو انفصل من غير جنابة؛ لم يجب شيء [و] <sup>(٣)</sup> كما يعتبر وجوب أصل الغرة يعتبر مقدارها وَرَأَى الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ: الأخذ بالإطلاق وقال: ينبغي ألا ينظر إلى قدر الْغُرَّةِ، فيلزم نصف العشر [بالغنا] ما بلغ؛ لأن انفصاله مضموناً كانفصاله حياً، ويدل عليه أن الغرة تصرف إلى الوارث النسيب، وقد لا يستحق المعتق منها شيئاً ومع ذلك يلزم الغرم وإنما كان يجب رعاية المناسبة من الغرمين أن لو كان الواجب غرماً بالجنابة <sup>(٤)</sup> للمعتق.

قال الشَّيْخُ: وهذا كله جواب على أن السُرَايَة تحصل بنفس الإعتاق، فإن قلنا: تَحْصُلُ عند أداء القيمة، فإذا وضعت الحمل، وَقُوْمَ ووصل نصف القيمة إلى الشريك فحينئذ يعتق الباقي، وإن ألقته ميتاً بجنابة جانٍ فنصفه حر، وهل يقوم الباقي على المعتق؟ فيه الخلاف المذكور فيما إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه، ومات العبد قبل وصول القيمة إلى الشريك، فإن قلنا: يسقط التقويم على الشريك فنصفه حر، ونصفه

(١) في ز: غيره يصرف.

(٢) سقط في: ز.

(٣) سقط في: ز.

(٤) سقط في: ز.

رقيق، فعلى عاقلة الجاني نصف عُزَّةٍ وإلى من تصرف؟ فيه الخلاف المذكور في أن من بعضه رقيق هل يورث عنه ويجب للنصف المملوك نصفُ عُزَّةٍ<sup>(١)</sup> قيمة الأم، فيكون في مال الجاني أو على عاقلته فيه الخلاف في أن بدل الرقيق هل يضرب على العاقلة؟

ومنها: خَلْفَ ثَلَاثَةِ أَعْبُدٍ قيمة كل واحد منهم مائة، ولا مال له غيرهم فشهد عدلان أنه أعتق في مرضه هذين، وأشار إلى اثنين من الثلاثة وأشار الوارث إلى أحدهما فقال: أما هذا فقد أعتقته، وأما الآخر فلم يَعْتِقْهُ، فلا يقبل قول الوارث في إبطال حق الآخر من العتق، ولكن يقرع بينهما، فإن خرج سهم العتق للذي عينه الوارث، فقد يوافق مقتضى الإقرار والشهادة، فَإِنَّ مُقْتَضَى الشَّهَادَةِ الْقِرْعَةَ فَيَعْتَقُ الَّذِي خَرَجَتْ لَهُ الْقِرْعَةُ، وَيَبْرُقُ الْآخَرَ، وَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ الْعَتَقِ لِلْآخَرِ عَتَقَ بِمُقْتَضَى الشَّهَادَةِ، وَيَعْتَقُ مِنْ عَيْنِهِ الْوَارِثَ بِإِقْرَارِهِ، وَإِنْ لَمْ يَكْذِبِ الْوَارِثُ الشَّاهِدِينَ وَقَالَ: أَعْتَقْتُ مَوْثِي هَذَا، وَلَا أَعْلَمُ حَالَ الْآخَرَ فَيَقْرَعُ بَيْنَهُمَا فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقِرْعَةُ؛ عَتَقَ دُونَ الْآخَرَ، وَلَوْ شَهِدَ الشَّاهِدَانِ أَنَّهُ أَعْتَقَ الثَّلَاثَةَ دَفْعَةً، وَأَشَارَ الْوَارِثَ إِلَى اثْنَيْنِ مِنْهُمَا وَقَالَ: إِنَّهُ أَعْتَقَهُمَا، وَلَمْ يَعْتَقِ الثَّلَاثَةَ.

قَالَ أَبُو الْحَدَّادِ وَيَقْرَعُ بَيْنَ الثَّلَاثَةِ، فَإِنْ خَرَجَ سَهْمُ الْعَتَقِ لِلَّذِي أَنْكَرَ الْوَارِثَ إِعْتَاقَهُ؛ عَتَقَ وَتَعَادَ الْقِرْعَةَ لِإِقْرَارِ الْوَارِثِ بَيْنَ الْآخَرِينَ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقِرْعَةُ عَتَقَ بِالْإِقْرَارِ وَإِنْ خَرَجَتْ الْقِرْعَةُ أَوْلَى لِأَحَدِ اللَّذَيْنِ أَقْرَبَ بِإِعْتَاقِهِمَا عَتَقَ وَيَبْرُقُ الْآخَرَ.

وعن [بعض]<sup>(٢)</sup> الأصحاب: أنه إذا خرجت القرعة [أولاً]<sup>(٣)</sup> لأحدهما، فُتْعَادُ الْقِرْعَةَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْآخَرَ؛ لِأَنَّ مُقْتَضَى الْإِقْرَارِ أَنْ يَقْرَعُ بَيْنَهُمَا مِنْ غَيْرِ ضَمِّ الثَّلَاثِ إِلَيْهِمَا، وَخُرُوجِ الْقِرْعَةِ حَيْثُذَى عَلَى أَحَدِهِمَا يَكُونُ أَقْرَبَ مِنْهُ إِذَا ضُمَّ إِلَيْهِمَا الثَّلَاثُ فَيَقْرَعُ بَيْنَ الثَّلَاثَةِ؛ لِأَنَّهُ مُقْتَضَى الْبَيِّنَةِ، وَيَقْرَعُ بَيْنَ الْإِثْنَيْنِ لِلْإِقْرَارِ، وَلَا يُعْتَبَرُ فِي الْقِرْعَتَيْنِ تَرْتِيبٌ، [فَإِذَا]<sup>(٤)</sup> أَعْدْنَا الْقِرْعَةَ بَيْنَهُمَا بَعْدَمَا عَتَقَ أَحَدَهُمَا، فَالْقِرْعَةُ بَيْنَ الثَّلَاثَةِ، فَإِنْ خَرَجَتْ الْقِرْعَةُ لِلَّذِي عَتَقَ لَمْ يَعْتَقِ غَيْرَهُ، وَقَدْ يُوَافِقُ مُوجِبِ الْقِرْعَتَيْنِ، فَإِنْ خَرَجَتْ لِلْآخَرِ عَتَقَا، وَهَذِهِ الْمَسَائِلُ كُلُّهَا مِنْ «الْمَوْلَاتِ».

ومن الفروع: إذا شهد شاهدان على أنه قال: أحد هذين العبيدين حر تقبل الشهادة، وَيُحْكَمُ بِمُقْتَضَاهَا، وَكَذَا لَوْ شَهِدَ شَاهِدَانِ عَلَى أَنَّهُ قَالَ: إِخْدَى أَمْرَأَتِي طَالِقٌ. وساعدنا أَبُو حَنِيفَةَ فِي الطَّلَاقِ دُونَ الْعِتَاقِ [وَسَلَّمَ أَنَّهُمَا لَوْ شَهِدَا بَعْدَ مَوْتِهِ بِأَنَّهُ أَوْصَى بِعَتَقِ أَحَدِهِمَا تَسْمَعُ.

(٢) سقط في: ز.

(١) في روضة ٤٣١/٨: عشر.

(٤) في ز: وإذا.

(٣) سقط في: ز.

ولولاً<sup>(١)</sup> قال لعبده: أنت حر كيف شئت. عن أبي حنيفة - أنه يعتق في الحال، ولا يتوقف على مشيئته. وعن صاحبيه - رحمهما الله -: أنه لا يعتق حتى يشاء.

قال ابن الصَّبَّاح وهو الأشبه: إذا ولدت المَزْنِيُّ بها ولدًا وملكه الزَّانِي لم يعتق عليه وقال أبو حنيفة: يعتق. إذا أوصى بعتق عبد يخرج من الثلث فعلى الوارث إعتاقه، فإن امتنع أعتقه السلطان؛ لأنه حق توجه عليه فإذا امتنع ناب عنه السلطان.

إذا كان عبده مقيداً فحلف بعتقه [أن]<sup>(٢)</sup> في قيده عشرة أرتال، وحلف بعتقه أنه لا يحله هو ولا غيره، فشهد عند القاضي شاهدان أن [في]<sup>(٣)</sup> قيده خمسة أرتال، وحكم القاضي بعتقه ثم حلَّ القيد فوجد فيه عشرة أرتال.

قال أبو حنيفة: يجب على الشاهدين قيمته بناءً على أن حكم الحاكم ينفذ باطناً وإن كان بشهادة الزور، فكأن الحكم وقع بشهادتهما.

و<sup>(٤)</sup> قال صاحباها: لا يجب عليهما شيء. قال ابن الصَّبَّاح وهو الصحيح: أن العتق حصل بحل القيد دون الشهادة لتحقق كذبهما.

عن ابن الحَدَّاد: إذا شهد شاهدان على أنه أعتق في مرضه هذا العبد وأوصى بعتقه، وحكم القاضي بشهادتهما، وشهد آخران على أنه أعتق عبداً آخر، وكل واحد منهما ثلث ماله ثم رجع الأولان، فلا يردُّ القضاء بعد نفوذه، ويقرع بينهما، فإن خرجت القرعة للعبد الأول، عتق، وعلى الشاهد العزم بالرجوع، ويرقُّ الثاني، وحيثئذ فيحصل للورثة التركة بتمامها، وإن خرجت للثاني، عتق ورَقَّ الأول، ولا شيء على الراجعين؛ لأن القرعة لم تفض إلى عتق من شهدا بعتقه.

واعترض ابن الصَّبَّاح فقال: ينبغي أن يعتق الثاني بكل حال، ويقرع بينهما لمعرفة حال الأول، فإن خرجت القرعة له عتق أيضاً وعزم الراجعان.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: (الْحَاصِيَةُ الْخَامِسَةُ الْوَلَاءُ) وَالنَّظَرُ فِي سَبَبِهِ وَحُكْمِهِ (أَمَّا السَّبَبُ) فَهُوَ زَوَالُ الْمَلِكِ بِالْحُرِّيَّةِ فَمَنْ زَالَ مَلِكُهُ بِالْحُرِّيَّةِ عَنْ رَقِيقٍ فَهُوَ مَوْلَاهُ سَوَاءً نَجَرَ عَنْتَهُ أَوْ عَلَّقَ أَوْ دَبَّرَ أَوْ اسْتَوْلَدَ أَوْ كَاتَبَ أَوْ أَعْتَقَ الْعَبْدَ بِعَوَاضٍ أَوْ بَاعَهُ مِنْ نَفْسِهِ، وَحَقِيقَةُ الْوَلَاءِ أَنَّهُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ فَإِنَّ الْمُعْتَقَ سَبَبٌ لَوْجُودِ الرَّقِيقِ لِنَفْسِهِ كَمَا أَنَّ الْأَبَّ سَبَبٌ، وَلِذَلِكَ تَحْرُمُ الصَّدَقَةُ فِي وَجْهِهِ عَلَى مَوَالِي بَنِي هَاشِمٍ، وَلَوْ أَوْصَى لِبَنِي فَلَانَ دَخَلَ مَوَالِيَهُمْ فِي وَجْهِهِ،

(٢) سقط في: ز.

(١) سقط في: ز.

(٤) في ز: أو.

(٣) سقط في: ز.

وَلِذَلِكَ لَوْ شَرَطَ نَفْيَ الْوَلَاءِ أَوْ ثُبُوتَهُ لِغَيْرِ الْمُعْتَقِ لَمَّا، وَلَا يَثْبُتُ الْوَلَاءُ بِالْمُؤَالَاةِ وَالْعَهْدِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قَالَ فِي «الْصَّحَاحِ»: يُقَالُ بَيْنَهُمَا وِلَاءٌ بِالْفَتْحِ: أَي قِرَابَةٌ. وَالْوَلَاءُ وِلَاءٌ الْمُعْتَقِ، وَالْوَلَاءُ الْمُوَالُونَ يُقَالُ: هُمْ وِلَاءٌ فُلَانٍ، وَالْمُؤَالَاةُ ضِدُّ الْمَعَادَاةِ، وَفِي الْبَابِ نِظْرَانُ:

أَحَدُهُمَا: فِي سَبَبِ الْوَلَاءِ، وَهُوَ زَوَالُ الْمَلِكِ بِالْحَرِيَّةِ عَنِ الرَّقِيقِ، وَقَدْ يُقَالُ: هُوَ عَتَقَ مَمْلُوكَ الْإِنْسَانَ<sup>(١)</sup> عَلَيْهِ، فَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا بِالْتَّجِيزِ؛ أَوْ بِالتَّعْلِيقِ وَوُجُودِ الصِّفَةِ ثُبِتَ لَهُ الْوَلَاءُ عَلَيْهِ. قَالَ ﷺ: «الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»<sup>(٢)</sup> وَكَذَا لَوْ دَبَّرَ عَبْدُهُ، وَاسْتَوْلَدَ جَارِيَتَهُ، فَعَتَقَهَا بِمَوْتِهِ، أَوْ كَاتِبَ فَعَتَقَ الْمَكَاتِبَ بِأَدَاءِ النُّجُومِ أَوْ بِالْإِبْرَاءِ، أَوْ التَّمَسُّعِ مِنْ مَالِكِ الْعَبْدِ أَنْ يَعْتَقَ عَبْدَهُ عَنْهُ بِعَوَضٍ أَوْ بِغَيْرِ عَوَضٍ، فَأَجَابَهُ فَإِنَّ الْعَتَقَ، وَقَعَ عَنِ الْمَلْتَمَسِ، أَوْ أَعْتَقَ نَصِيْبَهُ مِنَ الْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ فَسَرَى، أَوْ مَلِكٍ قَرِيْبِهِ [فَعَتَقَ]<sup>(٣)</sup> عَلَيْهِ.

وَلَوْ بَاعَ الْعَبْدُ مِنْ نَفْسِهِ فَسَيَاتِي الْقَوْلِ فِيهِ فِي «الْكِتَابَةِ» وَالصَّحِيْحُ صَحْتُهُ، وَحَيْثُنَا فَوَلَاؤُهُ لِلْسَّيِّدِ كَمَا لَوْ أَعْتَقَهُ عَلَى مَالٍ.

وَفِيهِ وَجْهٌ: أَنَّهُ لَا وِلَاءَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ يَزِيلُ الْوَلَاءَ عَنْهُ، وَلَا يَثْبُتُ لِلْعَبْدِ الْوَلَاءَ عَلَى نَفْسِهِ، وَقَدْ ذَكَرَ هَذَا الْوَجْهَ فِي الْكِتَابِ هُنَاكَ وَاقْتَصَرَ [هَا هُنَا]<sup>(٤)</sup> عَلَى إِيْرَادِ الْأَظْهَرِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَتَّفَقَ الْوَلَاءُ أَوْ يَخْتَلِفَ حَتَّى لَوْ أَعْتَقَ الْمُسْلِمُ عَبْدًا كَافِرًا، أَوْ الْكَافِرُ [عِيْبًا]<sup>(٥)</sup> مُسْلِمًا يَثْبُتُ [عَلَقَةً]<sup>(٦)</sup> الْوَلَاءَ، وَإِنْ لَمْ يَتَوَارَثَا كَمَا يَثْبُتُ عِلْقَةُ النِّكَاحِ، وَالنِّسْبُ بَيْنَ الْكَافِرِ وَالْمُسْلِمِ، وَإِنْ لَمْ يَتَوَارَثَا<sup>(٧)</sup>.

وَعَنْ مَالِكٍ: أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ الْوَلَاءُ مَعَ اخْتِلَافِ الْوَلَدَيْنِ وَالْوَلَاءُ مِنْ خَاصِيَةِ الْإِعْتِقِ، وَبِهِ يُشْعِرُ قَوْلُهُ ﷺ: «إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»<sup>(٨)</sup>. فَمَنْ أَسْلَمَ عَلَى يَدَيْهِ مُشْرِكًا، فَلَا وِلَاءَ لَهُ عَلَيْهِ، وَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا غَيْرَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ وَقَعَ الْعَتَقُ عَنْهُ، وَكَانَ الْوَلَاءُ لَهُ دُونَ الْمُعْتَقِ عَنْهُ خِلَافًا لِمَالِكٍ ثُمَّ «الْوَلَاءُ لِحِمَّةٍ كَلْحِمَّةِ النَّسَبِ» عَلَى مَا رَوَى عَنْ ابْنِ عَمْرٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «الْوَلَاءُ لِحِمَّةٍ كَلْحِمَّةِ النَّسَبِ لَا يَبَاعُ وَلَا يُوهَبُ»<sup>(٩)</sup> وَالْمَعْنَى

(١) فِي ز: لِلْإِنْسَانِ.

(٢) تَقْدِمُ.

(٣) فِي ز: فَيَعْتَقُ.

(٤) سَقَطَ فِي: ز.

(٥) سَقَطَ فِي: ز.

(٦) سَقَطَ فِي: ز.

(٧) فِي أ: وَلَا يَثْبُتُ الْمِيرَاثُ.

(٨) مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ.

(٩) رَوَاهُ الشَّافِعِيُّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ عَنْ ابْنِ عَمْرٍ بِهَذَا، وَرَوَاهُ ابْنُ حَبَانَ [٩١/٧] فِي صَحِيْحِهِ مِنْ طَرِيقِ بَشْرِ بْنِ الْوَلِيدِ عَنْ أَبِي يُوسُفَ، لَكِنْ قَالَ عَنْ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ، وَكَذَلِكَ رَوَاهُ الْبَيْهَقِيُّ [٢٩٢/١٠ - ٢٩٣]، وَقَالَ فِي الْمَعْرِفَةِ: كَانَ الشَّافِعِيُّ حَدَّثَ بِهِ مِنْ حِفْظِهِ، فَنَسِيَ عُبَيْدَ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍ مِنْ إِسْنَادِهِ، وَقَدْ رَوَاهُ مُحَمَّدٌ =



قراية، وَأَمْشَاجُ كَأَمْشَاجِ النَّسَبِ، وقد تفتح اللَّحْمَةُ مِنَ اللَّحْمَةِ.

وقوله: «لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ» - يعني أن نفس الولاء لا ينتقل من شخص إلى شخص بعوض، وبغير عوض كما أن القراية لا تنتقل، ويروى «النهي عن بيع الولاء وهبته»<sup>(١)</sup>، وكذلك لا يورث الولاء، ولكن يورث به كما أن النسب لا يورث ويورث به، وَمِمَّا يَدُلُّ عَلَيْهِ أَنَّهُ لَوْ كَانَ الْوَلَاءُ مَرُورًا لِاشْتِرَاقِهِ فِي اسْتِحْقَاقِهِ الرِّجَالَ، وَالنِّسَاءَ كَسَائِرِ الْحَقُوقِ، وَأَنَّهُ لَوْ مَاتَ الْمُعْتَقُ الْمُسْلِمُ عَنْ [ابْنِهِ]<sup>(٢)</sup> - مُسْلِمًا وَنَضْرَانِيًّا - فَاسْلَمَ النَّصْرَانِيُّ ثُمَّ مَاتَ الْعَتِيقُ فَإِنَّهُمَا يَسْتَوِيَانِ فِي الْإِرْثِ، وَلَوْ كَانَ الْوَلَاءُ مَرُورًا لِاخْتِصَافِهِ بِالْإِبْنِ الْمُسْلِمِ وَلَمَّا شَارَكَهُ النَّصْرَانِيُّ بِإِسْلَامِهِ الطَّارِئِ، وَأَنَّهُ لَوْ مَاتَ الْمُعْتَقُ عَنْ ابْنِهِ ثُمَّ مَاتَ أَحَدُهُمَا عَنْ ابْنِ ثُمَّ مَاتَ الْعَتِيقُ، فَمِيرَاثُهُ لِابْنِ الْمُعْتَقِ دُونَ ابْنِ الْوَلَاءِ عَلَى مَا سَيَأْتِي.

ولو كان الولاء موروثاً لانتقل نصيب الابن إلى ابنه.

وقوله في الكتاب: «فإن المعتق سبب لوجود الرقيق لنفسه» المقصود منه تحقق المشابهة [بين]<sup>(٣)</sup> أمتشاج النسب، وامتشاج الولاء، والمعنى أنه كما أن الأب سبب لوجود الأولاد فالمعتق سبب لوجود الرقيق لنفسه وذلك؛ لأن الرقيق كالمفقود لنفسه، والموجود لسيدته؛ ألا ترى أنه لا يستقل، ولا يملك، ولا يتصرف لنفسه، وإنما يملك ويتصرف لسيدته فإذا أعتقه فقد جعله موجوداً لنفسه، وإلى هذا أشار النبي ﷺ بقوله:

= ابن الحسن في كتاب الولاء له عن أبي يوسف عن عبيد الله بن عمر عن عبد الله بن دينار به، وقال أبو بكر النيسابوري: هذا خطأ، لأن الثقات روه عن عبد الله بن دينار بغير هذا اللفظ، وهذا اللفظ إنما هو رواية الحسن المرسل، ثم ساقه الدارقطني من طريق يزيد بن هارون عن هشام بن حسان عن الحسن، عن رسول الله ﷺ، قال البيهقي: ورويناه من طريق ضمرة عن الثوري عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر، قال الطبراني: تفرد به ضمرة، يعني باللفظ المذكور، قال البيهقي: وقد رواه إبراهيم بن محمد بن يوسف الفريابي عن ضمرة على الصواب، كرواية الجماعة، فالخطأ فيه ممن دونه، وقد جمع أبو نعيم طرق حديث النهي عن بيع الولاء وعن هبته، في مسند عبد الله بن دينار له، فرواه عن نحو من خمسين رجلاً أو أكثر من أصحابه عنه، ورواه الترمذي من حديث يحيى بن سليم عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر، وقال: أخطأ فيه يحيى بن سليم، وإنما رواه عبيد الله بن دينار، وروى الحاكم [٣٤١/٤] من طريق محمد بن مسلم الطائفي عن إسماعيل بن أمية عن نافع عن ابن عمر، مثل لفظ أبي يوسف، والطائفي فيه مقال، وتابعه يحيى بن سليم عن إسماعيل بن أمية، قال البيهقي: ويحيى بن سليم ضعيف سيء الحفظ، ورواه أبو جعفر الطبري في تهذيبه، وأبو نعيم في معرفة الصحابة، والطبراني في الكبير من حديث عبد الله بن أبي أوفى، وظاهر إسنادة الصحة، وهو يعكر على البيهقي حيث قال عقب حديث أبي يوسف: يروى بأسانيد أخر كلها ضعيفة.

(١) متفق عليه.

(٢) في ز: اثنين.

(٣) في ز: من.

«لَنْ يَجْزِيَ وَلَدٌ وَالِدَهُ...» الحديث<sup>(١)</sup> فإنه إذا سعى في إعتاق أبيه، فقد كافأه على حق الأبوة إذ صار سبباً لوجوده الحكمي، كما كان<sup>(٢)</sup> الأب سبباً لوجوده الحقيقي - ويوضحه قوله ﷺ: «مَوْلَى الْقَوْمِ مِنْهُمْ»<sup>(٣)</sup> ويؤيد التشبيه بين النسب والولاء مسائل:

إحداها: أن الزكاة تَحْرُمُ على موالي بني هاشم، وبني عبد المطلب على وجه، أو قول كما تحرم عليهم، وقد ذكرناه في «قسم الصدقات» وبيننا أنه الأصح. وليحمل لفظ «الصدقة» في الكتاب على الزكاة، فقد مر أن الأصح أن صدقة التطوع لا تحرم على بني هاشم وبني المطلب.

والثانية: لو أوصى لبني فلان، فقد ذكر بعض الأصحاب أن مواليتهم يدخلون في الوصية دخول المنتسبين إلى فلان، والأقرب إلى ألفت خلافة.

والثالثة: لو أعتق عبداً على أن لا ولاء له [عليه]<sup>(٤)</sup> أو أعتقه على أن يكون سائبة لغى الشرط ويثبت الولاء؛ لقوله ﷺ: «كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ، قَضَاءُ اللَّهِ أَحَقُّ وَشَرْطُهُ أَوْثَقُ. إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ»<sup>(٥)</sup>.

ولو شرط أن يكون ولاؤه للمسلمين، أو لفلان؛ فهو لغو أيضاً، ولا ينتقل الولاء عنه كما لا ينتقل النسب. وعن مالك: أنه يكون ولاؤه للمسلمين، ويسلم أنه لا يكون لفلان إلا إذا أعتق عنه على ما تقدم.

والرابعة: لا يثبت الولاء بالموالاة، والعهد كما لا يثبت بالنسب بالموالاة لأن هذا ثمرة الإنعام بالإعتاق كما أن ذلك ثمرة البعضية.

وقال أبو حنيفة: يصح عقد الموالاة بين اللذين لا يعرف نسبهما ولا ولاء عليهما ويتعلق به التوارث، وتحمل العقل ولهما فسخه ما لم يتحمل أحدهما عن الآخر فإن<sup>(٦)</sup> تحمل لزم، ولا فسخ بعده. وأعلم قوله في الكتاب: «لَعَلَّ» بالميم - وقوله: «ولا يثبت الولاء بالموالاة والعهد» لما بيناه. والله أعلم.

(١) إلا أن يجده مملوكاً فيتشربه فيعتق، تقدم.

(٢) في أ: أن.

(٣) رواه أصحاب السنن وابن حبان من حديث أبي رافع وفيه قصة، وفي الباب عن عتبة بن غزوان عند الطبراني، وعمرو بن عوف عنده، وعند إسحاق وابن أبي شيبة، وعن أبي هريرة عند البزار، وعن رفاعة بن رافع عند أحمد والحاكم وفي الأدب المفرد للبخاري.

(٤) سقط في: أ.

(٥) متفق عليه من حديث عائشة في قصة بريرة.

(٦) في أ: وإن.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَكَذَلِكَ يَسْتَرْسِلُ الْوَلَاءَ عَلَى أَوْلَادِ الْمُعْتَقِ وَأَحْفَادِهِ وَمُعْتِقِهِ وَمُعْتِقِ مُعْتِقِهِ، فَالْمَوْلَى إِمَّا الْمُعْتَقُ أَوْ مُعْتَقُ الْآبِ أَوْ مُعْتَقُ الْأُمِّ أَوْ مُعْتَقُ الْمُعْتَقِ، وَيَسْتَرْسِلُ الْوَلَاءَ عَلَى أَوْلَادِ الْمُعْتَقِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِيهِمْ مَنْ مَسَّهُ الرَّقُّ فَلَا وَلَاءَ عَلَيْهِ أَصْلًا إِلَّا لِمُعْتِقِهِ أَوْ عَصَبَاتِ مُعْتِقِهِ؛ لِأَنَّ الْمُبَاشَرَةَ أَقْوَى، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ فِيهِمْ مَنْ أَبُوهُ حُرٌّ أَصْلِيٌّ مَا مَسَّ الرَّقُّ أَبَاهُ، وَأَمَّا إِنْ كَانَتْ أُمُّهُ حُرَّةً أَصْلِيَّةً ثَبَتَ الْوَلَاءُ عَلَيْهِ نَظْرًا إِلَى جَانِبِ الْآبِ، وَمِنْهُمْ مَنْ سَوَى فِي إِبْطَاتِ الْوَلَاءِ، وَمِنْهُمْ مَنْ سَوَى فِي النَّفْيِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: [في] (١) هذه اللَّفْظَةُ يجوز أن تقرأ باللام أختجاجاً به على المشابهة بين النسب والولاء، والمعنى: أَنَّ الْقَرَابَةَ بَيْنَ الْأَصُولِ يَتَعَدَّى إِلَى الْفُرُوعِ وَالْأَوْلَادِ، فَكَذَلِكَ يَسْتَرْسِلُ الْوَلَاءَ بِتَوْسِطِ الْمَعْنَى (٢) عَلَى أَوْلَادِهِ وَأَحْفَادِهِ، وَيَجُوزُ أَنْ يقرأ بِالْكَافِ وَيَكُونُ ذَلِكَ مَعْطُوفاً عَلَى قَوْلِهِ فِي الْفَصْلِ السَّابِقِ: «فَمَنْ زَالَ مَلِكُهُ بِالْحَرِيَةِ عَنْ رَقِيقٍ فَهُوَ مَوْلَاهُ» وَالْمَقْصُودُ أَنَّهُ كَمَا يَثْبُتُ الْوَلَاءُ عَلَى الْمُعْتَقِ بِمُبَاشَرَةِ إِعْتَاقِهِ، أَوْ بَعْتَقِهِ فِي مَلِكِهِ يَثْبُتُ عَلَى أَوْلَادِهِ وَأَحْفَادِهِ وَمُعْتَقِهِمْ؛ لِأَنَّ النِّعْمَةَ عَلَى الْأَصْلِ نِعْمَةٌ عَلَى الْفَرْعِ، وَلِذَلِكَ يَثْبُتُ عَلَى مُعْتِقِهِ وَمُعْتَقِ مَعْتَقِهِ؛ لَمَا ذَكَرْنَا أَنَّ لِلْوَلَاءِ أَمْشَاجاً كَأَمْشَاجِ النِّسْبِ، وَيُعْرَفُ مِنْ هَذَا إِذَا عَكَسَ أَنَّ الْوَلَاءَ كَمَا يَثْبُتُ لِلْمُعْتَقِ يَثْبُتُ لِمُعْتَقِ الْآبِ، [وَسَائِرُ] (٣) الْأَصُولِ، وَلِمُعْتِقِ الْمُعْتَقِ، وَكَمَا يَثْبُتُ الْوَلَاءُ عَلَى وَلَدِ الْمُعْتَقِ، يَثْبُتُ عَلَى وَلَدِ الْمُعْتَقَةِ أَيْضاً وَبِالْأُولَى؛ لِأَنَّ الْوِلَادَةَ حِسِّيَّةٌ وَالْإِنْتِسَابَ إِلَى الْآبِ حَكْمِيٌّ، وَيَسْتثنَى عَنْ اسْتِرْسَالِ الْوَلَاءِ عَلَى أَوْلَادِ الْمُعْتَقِ وَأَحْفَادِهِ مَوْضِعَانِ:

أحدهما: إِذَا كَانَ فِيهِمْ مَنْ مَسَّهُ الرَّقُّ، وَالْعَتَقُ قَوْلًاؤُهُ لِمُعْتَقِهِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَلِعَصَبَاتِ مَعْتَقِهِ فَإِنْ لَمْ يَكُونُوا، فَالْمِيرَاثُ لِبَيْتِ الْمَالِ وَلَا وِلَاءَ عَلَيْهِ لِمُعْتَقِ الْأَصُولِ بِحَالٍ، فَإِنَّهُ أَعْتَقَ مُبَاشَرَةً، وَوِلَاءَ الْمُبَاشَرَةَ أَقْوَى وَصُورَتُهُ: أَنْ تَلِدَ رَقِيقَةً رَقِيقاً مِنْ رَقِيقٍ أَوْ حُرٍّ، فَأَعْتَقَ الْوَلَدَ وَأَعْتَقَ أَبَوَاهُ أَوْ أُمَّهُ أَيْضاً.

والثاني: مَنْ أَبُوهُ حُرٌّ أَصْلِيٌّ وَلَا وِلَاءَ عَلَيْهِ، وَأُمُّهُ مَعْتَقَةٌ، هَلْ يَثْبُتُ الْوَلَاءُ عَلَيْهِ لِمَوْلَى الْأُمِّ؟ فِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجَهٌ:

أَصْحَحُهَا - وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ: لَا؛ لِأَنَّ الْإِنْتِسَابَ إِلَى الْآبِ، وَالْآبُ حُرٌّ مُسْتَقِلٌّ لَا وِلَاءَ عَلَيْهِ، فَلْيَكُنِ الْوَلَدُ مِثْلَهُ، وَأَيْضاً فَإِنْ ابْتَدَأَ حَرِيَّةَ الْآبِ تَبْطَلُ دَوَامُ الْوَلَاءِ [لِمَوْلَى الْأُمِّ] (٤) فَاسْتِدَامَةُ الْحَرِيَّةِ أُولَى أَنْ تَمْنَعُ ثُبُوتَ الْوَلَاءِ لَهُمْ.

(٢) في ز: المعتق.

(٤) سقط في: ز.

(١) سقط في: ز.

(٣) في ز: ولسائر.

والثاني: يَثْبُتُ؛ لأن الأم معتقة، وقد تعذر إثبات الولاء عليه من جانب الأب فأشبهه ما إذا كان الأب رقيقاً.

والثالث: وبه قال أبو حنيفة: الفرق بين أن تكون حرية الأب مُسْتَيْقَنَةً بأن كان عربياً معلوم النسب، فلا<sup>(١)</sup> يثبت الولاء لموالي الأم وبين أن يكون الحكم بالحرية بناء على ظاهر الدار، أو أن الأصل في الناس الحرية فيثبت لضعف حرية الأب، ولو كان الأب معتقاً والأم حرة أصلية فظاهر المذهب ثبوت الولاء عليه، لموالي الأب؛ لأن الانتساب إلى الأب، وهو معتق، ولهذا يثبت الولاء على ولد المعتقة من المعتق.

وعن رواية الشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ وَجْهٌ ضَعِيفٌ: أنه لا ولاء عليه تَغْلِيْباً للحرية الأصلية من أحد الطرفين، وعلى هذا فإنما يَسْتَرْسِلُ الولاء على الأحفاد الذين ليس في أحد طرفيهم حر أصلي. وقوله في الكتاب: ثانياً «وَيَسْتَرْسِلُ الولاء على أولاد المعتق» هو الذي اشتمل عليه قوله أولاً، «ويسترسل الولاء على أولاد<sup>(٢)</sup> الْمُعْتِقِ وَأَحْفَادِهِ» وإنما أعاده لتعقيبه باستثناء ما يحتاج إلى استثناءه.

وذكر ظاهر المذهب فيمن أحد أبويه حر أصلي، وهو أنه لا ولاء على من أبوه حر أصلي ما مَسَّ الرق أباه، يعني: وأمه معتقة وإنه يثبت الولاء على من أمه حرة أصلية، وأبوه معتق، ثم أشار إلى وجه ثبوت الولاء في الصورة الأولى بقوله: «ومنهم مَنْ سَوَى فِي إِثْبَاتِ الْوَلَاءِ» ثم إلى الوجه الضعيف، فيما إذا كانت الأم حرة أصلية بقوله: «ومنهم من سوى في النفي». ويجوز أَنْ يُعْلَمَ قَوْلُهُ: وكذا إن كان فيهم من أبوه حر أصلي لمصيره إلى التفصيل المذكور.

وأن يعلم قوله: «[وكذا]<sup>(٣)</sup> في إثبات الولاء» بالميم.

فرع: مَنْ أُمَّهُ حرة أصلية، وأبوه رقيق لا ولاء عليه لأحد ما دام الأب رقيقاً، فإن أعتق فهل يثبت الولاء عليه لموالي<sup>(٤)</sup> الأب؟

قال الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ: فيه جوابان سمعتهما من شيخي في وقتين وهما محتملان:

أحدهما: يثبت؛ لأنه ثبت الولاء على الأب بالإعتاق، وإنما لم يثبت في الابتداء لرق الأب.

والثاني: المنع؛ لأنه لم يثبت في الابتداء؛ فلا يثبت بعده كما لو كان الأبوان حُرَيْنِ.

(٢) في ز: أفراد.

(٤) في ز: مولى.

(١) في ز: ولا.

(٣) سقط في: ز.

قَالَ الْعَزَّائِي: وَأَمَّا التَّفْدِيمُ فَلَا وِلَاءَ مَعَ مُبَاشَرَةِ الرَّقِّ لِغَيْرِهِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُبَاشِرًا بِأَنْ حَصَلَ فِي نِكَاحِ الْغُرُورِ مِنْ رَقِيقَيْنِ أَوْ مِنْ مُنْعَتَيْنِ فَالْوِلَاءُ لِمُعْتِقِ الْأَبِّ، وَإِنْ كَانَ الْأَبُّ رَقِيقًا بَعْدَ فَلِمُعْتِقِ الْأُمِّ إِلَى أَنْ يُنْعَقَ الْأَبُّ فَيَنْجَرُ إِلَيْهِ وَيَسْتَقِرُّ عَلَيْهِ، وَلَوْ كَانَ الْأَبُّ رَقِيقًا فَأَعْتَقَ أَبُّ الْأَبِّ أَنْجَرَ الْوِلَاءَ إِلَيْهِ ثُمَّ يَنْجَرُ مِنْهُ إِلَى مُعْتِقِ الْأَبِّ إِنْ أَعْتَقَ، وَقِيلَ: لَا يَنْجَرُ؛ لِأَنَّ الْأَبَّ رَقِيقًا، فَلَا يَنْجَرُ إِلَى أَبِيهِ، وَالْمَوْلُودُ مِنْ حُرَيْنِ إِذَا كَانَ أَجْدَادُهُ أَرْقَاءَ ثَبَتَ الْوِلَاءُ عَلَيْهِ لِمُعْتِقِ أُمِّ الْأُمِّ إِذَا أَعْتَقَهَا ثُمَّ يَنْجَرُ إِلَى مُعْتِقِ أَبِي الْأُمِّ ثُمَّ مِنْهُ إِلَى مُعْتِقِ أُمِّ الْأَبِّ ثُمَّ مِنْهُ إِلَى مُعْتِقِ أَبِي الْأَبِّ وَيَسْتَقِرُّ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْأَبُّ رَقِيقًا فَيَنْجَرُ إِلَى مُعْتِقِ الْأَبِّ وَيَسْتَقِرُّ عَلَيْهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: بَانَ فِي الْفَصْلِ السَّابِقِ أَنَّ الْوِلَاءَ عَلَى الشَّخْصِ يَثْبِتُ بِمُبَاشَرَةِ إِعْتَاقِهِ، أَوْ عَتَقَهُ فِي مِلْكِ الْإِنْسَانِ يَثْبِتُ أَيْضًا مُتَعَدِيًا مِنْ إِعْتَاقِ بَعْضِ أَصُولِهِ، وَالْغَرَضُ الْآنَ بِيَانِ التَّرْتِيبِ فَجِهَةٌ مُبَاشَرَةُ الْعَتَقِ مُتَقَدِّمَةٌ<sup>(١)</sup> عَلَى جِهَةٍ تَعَدِّيِ الْوِلَاءِ مِنَ الْأَصُولِ.

وَأَعْلَمْنَا أَنْ قَوْلَنَا: «تَقْدِمُ أَحَدَ الشَّخْصَيْنِ عَلَى الْآخَرِ» نُرِيدُ بِهِ فِي الْغَالِبِ أَنَّهُمَا إِذَا اجْتَمَعَا كَانَ الْأَوَّلُ أَوْلَى مِنَ الثَّانِي، إِذَا لَمْ يَوْجَدْ الْأَوَّلُ قَامَ الثَّانِي مَقَامَهُ كَمَا نَقُولُ: الْإِبْنُ مُقَدِّمٌ<sup>(٢)</sup> عَلَى ابْنِ الْإِبْنِ فِي الْعَصُوبَةِ، وَالْأَبُّ يَقْدَمُ عَلَى الْجَدِّ فِي الْوِلَايَةِ، وَلَيْسَ الْمَقْصُودُ الْآنَ هَذَا بَلْ مَهْمَا مَسَّ الشَّخْصَ رِقًّا [وَأَلْحَقَهُ إِعْتَاقًا، فَلَا وِلَاءَ عَلَيْهِ لِمُعْتِقِ أُمِّهِ وَأَبِيهِ، وَلَا وَاحِدًا مِنْ أَصُولِهِ عَلَى مَا تَبَيَّنَ فِي الْفَصْلِ السَّابِقِ.

وقوله في الكتاب: «فلا ولاء عليه مع مباشرة العتق لغيره»، ليس معناه: أنه لا ولاء لغيره مع وجوده فحسب، بل سواء وجد في الحال أو لم يوجد فالمباشر إعتاقه لا ولاء عليه لمعتقي أصوله، وذلك، لأن نعمة من أعتقه عليه أعظم من نعمة من أعتق بعض أصوله، فيختص بالولاء فإن لم يوجد فالولاء لعصباته، وأما إذا خُلِقَ الشَّخْصُ حُرًّا وَأَبُوهُ عَتِيقٌ؛ ثَبَتَ<sup>(٣)</sup> الْوِلَاءُ عَلَيْهِ لِمُعْتِقِ أَبِيهِ، وَهَذَا قَدْ يَصُورُ<sup>(٤)</sup> فِي الْأَبْوَيْنِ الرَّقِيقَيْنِ بَأَنَّ الرَّقِيقَ بَحْرِيًّا أُمَّةً فَيَنْكَحُهَا وَيُولِدُهَا عَلَى ظَنِّ الْحُرِّيَّةِ فَإِنَّ الْوَلَدَ يَكُونُ حُرًّا، أَوْ فِي وَطْءِ الشَّبْهَةِ بَأَنَّ يَطَأُ الرَّقِيقَ أُمَّةً الْغَيْرِ عَلَى ظَنِّ أَنَّهَا زَوْجَتُهُ الْحُرَّةُ، وَقَدْ يَصُورُ فِيمَا إِذَا كَانَتِ الْأُمُّ حُرَّةً أَصْلِيَّةً أَوْ مَعْتَقَةً، وَمُعْتِقُ الْأَبِّ أَوْلَى بِشَبُوتِ الْوِلَاءِ مِنْ مُعْتِقِ الْأُمِّ؛ لِأَنَّ الْوِلَاءَ تَلَوُّ النِّسْبِ وَالنِّسْبُ إِلَى الْآبَاءِ دُونَ الْأُمَّهَاتِ.

وَأَيْضًا فَإِنَّ الْوِلَاءَ وَالْإِرْثَ بِهِ مَبْنِيَانِ عَلَى الْأَقْوَى فَالْأَقْوَى، وَلِذَلِكَ يَنْفَرِدُ بِهِ الذَّكَورُ مِنْ أَوْلَادِ الْمُعْتَقِ وَجَانِبِ الْأَبِّ أَقْوَى مِنْ جَانِبِ الْأُمِّ، وَإِنْ كَانَ الْأَبُّ رَقِيقًا وَالْأُمُّ مَعْتَقَةً

(٢) فِي ز: يَقْدَمُ.

(١) فِي أ: مُقَدِّمَةٌ.

(٤) فِي ز: يَتَصَوَّرُ.

(٣) فِي ز: فَيَثْبِتُ.

فيثبت الولاء لمعتق الأم؛ لأننا عَجَزْنَا عن إثبات الولاء من جهة الأب إذ لا ولاء عليه، ولمعتق الأم نعمة عليه، فإنه عتق يعتق الأم، فإن مات والأب رقيق بعد ورث معتق الأم منه بالولاء، وإن عتق الأب في حياته إِنْجَرَ الولاء من معتق الأم إلى معتق الأب [و] (١) يروى ذلك عن عُمَرَ وَعُثْمَانَ وَعَلِيٍّ وَأَبْنِ مَسْعُودٍ وَزَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ - رضي الله عنهم - ولا مخالف لهم. والمعنى فيه أن ثبوت الولاء لموالي الأم كان لضرورة، أنه لا ولاء على الأب، فَإِذَا [أعتق] (٢) وثبت الولاء زَالَتِ الضرورة فرددنا إلى موالي الأب ولو مات الأب رقيقاً، وعتق أَلَجَدُ أَنْجَرَ أيضاً من موالي الأم إلى موالي الجد، ولو عتق الجد والأب رقيق - فهل يَنْجَرُ مِنْ موالي الأم إلى موالي الجد؟ فيه وجهان كالوجهين فيما إذا أَسْلَمَ أَلَجَدُ والأب حُرٌّ (٣) كَأَفْرِ هل يحكم بإسلام الطفل؟

أظهرهما: أنه يَنْجَرُ - وبه قال مَالِكٌ - وعلى هذا فلو عتق الأب بعد ذلك أَنْجَرَ من مولى أَلَجَدُ إلى مولى الأب؛ لأن أَلَجَدُ إنما جره؛ لكون الأب رقيقاً فإذا عتق كان هو أولى بالجر.

والثاني: لا يَنْجَرُ - وبه قال أَبُو حَنِيفَةَ وَأَبُو عَلِيٍّ بْنُ أَبِي هُرَيْرَةَ وَالطَّبْرِيُّ - رحمهم الله - وعلى هذا فلو مات الأب بعد عتق أَلَجَدُ هل ينجر من موالي الجد بالعتق السابق؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنه إنما لم ينجر لبقاء الأب رقيقاً، فإذا مات زال المانع.

والثاني: لا؛ لأنه لما امتنع أَنْجَرَ عند العتق واستقر الولاء لمولى الأم فلا حر بعد ذلك. وهذا كما أنه إذا أسلم الجد، والأب حُرٌّ كافر، وقلنا: لا يتبعه الطفل في الإسلام فإذا مات الأب كافراً لا يتبعه أيضاً، ولو سبى الطفل مع أبيه وهما كافرين؛ لا يحكم بإسلامه فإذا ماتا كافرين لا يحكم بإسلامه أيضاً لدوام السبي، وهذا أَصَحُّ عند الشَّيْخِ أَبِي عَلِيٍّ، والأول هو المذكور في «الْتَهْدِيْبِ».

وإذا ثبت الولاء لموالي الأم على ولد المعتقة لرق الأب فلو اشترى الولد أباه؛ ثبت له الولاء عليه، وعلى إِخْوَتِهِ وَأَخْوَاتِهِ الَّذِينَ هم أولاده وهل ينجر ولاء نفسه من موالي الأم؟ فيه وجهان:

أَصَحُّهُمَا - وهو المنصوص: لا؛ بل يبقى ولاؤه لموالي الأم؛ لأنه لا يمكن أن يكون له على نفسه ولاء، ولهذا إذا اشترى العبد نفسه، يعتق ويكون الولاء للسيد، وكذا المكاتب إذا أعتق (٤) بأداء النجوم، وإذا تعذر الجر بقي في موضعه.

(٢) في ز: عتق.

(١) سقط في: ز.

(٤) في ز: عتق.

(٣) في ز: حي.

والثاني: وَيُنْسَبُ إِلَى تَخْرِيجِ ابْنِ سُرَيْجٍ وَاخْتَارَهُ أَبُو خَلْفٍ السُّلَمِيُّ: أَنَّهُ يَنْجُرُ كَمَا لَوْ أَعْتَقَ الْأَبَ غَيْرَهُ لَمْ يَسْقُطْ، وَيَصِيرُ كَحَرِّ لَا وِلَاءَ عَلَيْهِ فَالَّذِي (١) خَلَقَ حَرًّا مِنْ أَبَوَيْنِ حَرِينِ إِذَا كَانَ أَجْدَادُهُ أَرْقَاءً، وَيَتَصَوَّرُ ذَلِكَ فِي نِكَاحِ الْغُرُورِ وَفِي الْوَطْءِ بِالشَّبْهَةِ إِذَا أَعْتَقْتَ أُمَّ أُمِّهِ؛ يَثْبُتُ الْوِلَاءُ عَلَيْهِ لِمَعْتَقِ أُمَّ الْأُمِّ فَإِنْ [أَعْتَقْتَ] (٢) أَبُو أُمِّهِ بَعْدَ ذَلِكَ أَنْجَرَ الْوِلَاءَ مِنْ مُعْتَقِ أُمَّ الْأُمِّ إِلَى مُعْتَقِ أَبِي الْأُمِّ، فَإِنْ أَعْتَقْتَ أُمَّ أَبِيهِ بَعْدَ ذَلِكَ أَنْجَرَ وَلَاؤَهُ مِنْ مَعْتَقِ أَبِي الْأُمِّ إِلَى مَعْتَقِ أُمَّ الْأَبِّ، فَإِنْ أَعْتَقَ أَبُو أَبِيهِ بَعْدَ ذَلِكَ أَنْجَرَ الْوِلَاءَ مِنْ مَعْتَقِ أُمَّ الْأَبِّ إِلَى مَعْتَقِ أَبِي الْأَبِّ.

ولو كانت المسألة بحالها لكن أبوه رقيق فأعتق الأب بعد عتق هؤلاء انجر الولاء من معتك أب الأب إلى معتك الأب، واستقر [عليه والسبب] (٣) في ذلك أن جهة الأبوة أقوى من جهة الأمومة؛ فينجر من الأضعف إلى الأقوى، ولو عتقوا على ترتيب آخر لم يَخْفَ الْحُكْمُ، وَإِذَا أَثْبَتْنَا الْوِلَاءَ لِمَوَالِي الْأُمِّ فَمَاتَ الْوَلَدُ أَخَذُوا مِيرَاثَهُ، فَإِنْ عَتَقَ الْأَبَ بَعْدَ ذَلِكَ لَمْ يَكُنْ لِمَعْتَقِهِ اسْتِرْدَادُهُ، بَلِ الْإِعْتِبَارُ بِحَالَةِ الْمَوْتِ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ وِلَاءٌ حَيْثُذَ لَيْسَ مَعْنَى الْأَنْجِرَارِ أَنَا نَتَبَيَّنُ أَنَّ الْوِلَاءَ لَمْ يَزَلْ فِي جَانِبِ الْأَبِّ بَلْ يَنْقَطِعُ مِنْ وَقْتِ عَتَقِ الْأَبِّ عَنِ مَوَالِي الْأُمِّ، [فَإِذَا] (٤) انجر الولاء إلى موالي الأب فلم يبق منهم أحد، فلا يعود إلى موالي الأم بل يكون الميراث لبيت المال، وكذلك إذا ثبت الولاء لموالي الأب فَفُتُّوا؛ لَمْ يَصِرْ الْوِلَاءُ لِمَوَالِي الْجَدِّ حَتَّى لَوْ مَاتَ الَّذِي انجر وَلَاؤُهُ مِنْ مَوَالِي جَدِّهِ إِلَى مَوَالِي أَبِيهِ، حَيْثُذَ فَمِيرَاثُهُ لِبَيْتِ الْمَالِ.

وقوله في الكتاب: «بأن حصل في نكاح الغرور من رقيقين» يعني ثم أعتق الأب، ولا يشترط للتصوير كون الأب رقيقاً عند الغرور، وَالْإِيْلَادِ بَلْ لَوْ كَانَ مَعْتَقاً كَانَ الْحُكْمُ كَذَلِكَ.

وقوله: «أو من معتقين» لا يتعلق بنكاح الغرور بل ولدهما حر على الإطلاق.

وقوله: «لم يَنْجُرْ الْوِلَاءُ عَلَيْهِ» معلم بالحاء.

وقوله: «ولا يَنْجُرْ» بالميم.

وقوله: «ثم ينجر منه إلى معتك أب الأم ثم منه إلى معتك أم الأب...» إلى آخره

يعني إذا أعتقوا على هذا الترتيب.

وقوله: «إلا أن يكون الأب رقيقاً» ليس باستثناء محقق؛ لأنه صور أولاً في

المولود من حرين فلا يدخل فيه ما إذا كان الأب رقيقاً حتى يستثنى منه؛ ولكنه استثناء منقطع.

(٢) في ز: عتق.

(٤) في ز: وإذا.

(١) في ز: والذي.

(٣) في أ: الأب والنسب.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: وَمَنْ أَعْتَقَ أُمَّةً حَامِلًا مِنْ مُعْتَقِ فَوَلَاءِ الْجَنِينِ لَهُ لِأَنَّهُ مُبَاشِرٌ، لَا لِمُعْتَقِ  
الْأَبِ لِكُنْ ذَلِكَ إِذَا آتَتْ بِوَلَدٍ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ إِعْتَاقِ الْأُمِّ، فَإِنْ كَانَ لِأَكْثَرِ وَالزَّوْجِ  
يَفْتَرِشُهَا فَالْوَلَاءُ لِمَوْلَى الْأَبِ، وَإِنْ كَانَ لَا يَفْتَرِشُهَا وَهُوَ لِأَقْلَ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ فَقَوْلَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا أَعْتَقَ جَارِيَتَهُ، وَهِيَ فِي نِكَاحِ مُعْتَقِ فَآتَتْ بِوَلَدٍ لِأَقْلَ مِنْ سِتَّةِ  
أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ الْإِعْتَاقِ [فَوَلَاءِ الْجَنِينِ] لِمُعْتَقِ الْجَارِيَةِ، لَا لِمُعْتَقِ أَبِيهِ لِأَنَّ تَيْقِنًا وَجُودَهُ يَوْمِ  
الْإِعْتَاقِ، فَمُعْتَقُهُ بَاشَرَ إِعْتَاقَهُ بِإِعْتَاقِهَا وَوَلَاءُ الْمُبَاشِرَةِ مُقَدَّمٌ عَلَى مَا مَرَّ، وَإِنْ آتَتْ بِهِ لِسِتَّةِ  
أَشْهُرٍ فَصَاعِدًا فَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ يَفْتَرِشُهَا فَوَلَاؤُهُ لِمُعْتَقِ الْأَبِ؛ لِأَنَّ لَا نَعْلَمُ وَجُودَهُ يَوْمِ  
الْإِعْتَاقِ وَالْأَصْلُ عَدَمُهُ، وَالْإِفْتِرَاشُ سَبَبُ ظَاهِرٍ لِلْحَدُوثِ بَعْدَهُ. وَإِنْ كَانَ لَا يَفْتَرِشُهَا  
وَأَتَتْ بِهِ لِأَرْبَعِ سِنِينَ مِنْ وَقْتِ الْإِعْتَاقِ؛ فَكَذَلِكَ وَإِنْ آتَتْ بِهِ لِأَقْلَ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ  
فَقَوْلَانِ؛ لِأَنَّ ثَبُوتَ النَّسَبِ يَدُلُّ عَلَى تَقْدِيرِ وَجُودِهِ حِينَئِذٍ، وَلَكِنَّ النَّسَبَ يَكْفِي فِيهِ  
الْإِمْكَانَ، وَقَدْ لَا يَكْتَفِي<sup>(١)</sup> فِي الْوَلَايَةِ وَتَثْبُتِ الْمَسْأَلَةِ فِي أَحْوَالِهَا عَلَى مَا إِذَا أُوصِيَ  
بِحَمْلِ فَلَانَةٍ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي «الْوَصِيَّةِ» وَبَيَّنَّا أَنَّ الْأَظْهَرَ فِي صُورَةِ الْخِلَافِ، أَنَّهُ يَسْتَحِقُّ  
الْوَصِيَّةَ فَعَلَى قِيَاسِهِ يَكُونُ الْوَلَاءُ لِمُعْتَقِ الْأُمِّ دُونَ مُعْتَقِ الْأَبِ.

وَلَوْ أَعْتَقَ جَارِيَتَهُ، وَهِيَ فِي نِكَاحِ رَقِيقٍ فَآتَتْ بِوَلَدٍ لِمَا دُونَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ  
الْإِعْتَاقِ فَوَلَاؤُهُ لِمُعْتَقِ الْأُمِّ بِالْمُبَاشِرَةِ، وَإِذَا أَعْتَقَ<sup>(٢)</sup> الْأَبَ لَمْ يَنْجَرْ الْوَلَاءَ إِلَى مُعْتَقِهِ، وَإِنْ  
آتَتْ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِدًا.

قَالَ فِي «الْتَهْذِيبِ»: إِنْ لَمْ يَفَارِقْهَا الزَّوْجُ، فَوَلَاؤُهُ لِمَوْلَى الْأُمِّ، فَإِذَا أَعْتَقَ الْأَبَ  
يَنْجَرُ الْوَلَاءُ إِلَى مُعْتَقِهِ؛ لِأَنَّ لَمْ نَتَحَقَّقْ وَجُودَهُ يَوْمَ إِعْتَاقِ الْأُمِّ وَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ قَدْ فَارَقَهَا،  
فَإِنْ آتَتْ بِهِ لِأَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ مِنْ يَوْمِ الْفِرَاقِ، فَالْوَلَدُ مَنَّيٌّ عَنِ الزَّوْجِ، وَوَلَاؤُهُ لِمُعْتَقِ  
الْأُمِّ أَبَدًا، وَإِنْ آتَتْ بِهِ لِأَقْلَ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ، فَالْوَلَدُ مُلْحَقٌ بِالزَّوْجِ، وَوَلَاؤُهُ لِمُعْتَقِ الْأُمِّ  
فَإِذَا أَعْتَقَ<sup>(٣)</sup> الْأَبَ فِي أَنْجَرِ الْوَلَاءِ إِلَى مُعْتَقِهِ قَوْلَانِ:

أَحَدُهُمَا: لَا يَنْجَرُ؛ لِأَنَّ جَعْلَنَاهُ مُوجُودًا يَوْمَ الْإِعْتَاقِ؛ لِثَبُوتِ النَّسَبِ مِنَ الزَّوْجِ  
فِيكَونُ عَتَقَهُ بِالْمُبَاشِرَةِ.

وَالثَّانِي: يَنْجَرُ وَنَجْعَلُهُ حَادِثًا بَعْدَ عَتَقِ الْأُمِّ، وَيُخَالِفُ النَّسَبَ فَإِنَّا نَثْبِتُهُ بِمُجَرَّدِ  
الْإِمْكَانِ. وَلَوْ نَفَى الزَّوْجُ الْمُعْتَقَ وَلَدَ زَوْجَتِهِ الْمُعْتَقَةَ بِاللِّعَانِ؛ لَمْ يَحْكَمْ بِأَنَّ وِلَاءَ الْوَلَدِ  
لِمَوْلَى الْأَبِ، وَيَكُونُ فِي الظَّاهِرِ لِمَوْلَى الْأُمِّ، فَإِنَّ كَذِبَ الْمَلَاعِنِ نَفْسَهُ لِحَقِّهِ الْوَلَدِ،

(٢) فِي ز: عَتَقَ.

(١) فِي أ: فَلَا يَكْفِي.

(٣) فِي ز: عَتَقَ.



وحكمنا بالولاء لمواليه، فإن كان قد مات الولد بعد اللعان، ودفعنا الميراث إلى موالي الأم استرددنا منهم بعد الاستحقاق ما أخذوا؛ لأنه تَبَيَّنَ أنه لم يكن لهم ولاء. ولو غر بحرية أمة فنكحها وأوردها على ظن أنها حرة، ثم علم أنها أمة فأَوْلَدَهَا ولدًا آخر، فالولد الأول حر، والثاني رقيق.

فلو أعتق السيد الأمة والولد الثاني، ثم [أعتق]<sup>(١)</sup> الأب آنَجَرَ ولاء الولد الأول إلى معتق الأب، ولم يَنْجَرَ إليه ولاء الثاني. لأن عليه ولاء المباشرة. ولو نكحها، وهو يعلم أنها أمة وأولدها ثم عتقت فأولدها ولدًا آخر فالثاني حر، وولأوه لمعتق الأب، والأول مملوك وولأوه لمُعْتِقِهِ. [والله أعلم]<sup>(٢)</sup>.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: النَّظَرُ الثَّانِي فِي الْحُكْمِ وَحُكْمِ الْوَلَاءِ الْعُصْبَةِ فَيُفِيدُ الْمِيرَاثَ وَوِلَايَةَ التَّزْوِيجِ وَتَحْمُلَ الْعَقْلِ وَالْوَلَاءِ لِلْمُعْتِقِ، فَإِنْ مَاتَ فَمِيرَاثُ الْعَتِيقِ لِأَوْلِي عَصْبَاتِهِ يَوْمَ مَوْتِ الْمُعْتِقِ، وَلَوْ خَلَفَ ابْنًا وَبِنْتًا وَأَبًا وَأُمًّا فَلَا مِيرَاثَ لِلْبِنْتِ وَالْأُمِّ بَلْ لَا يَثْبُتُ الْوَلَاءُ أَضْلًا لِامْرَأَةٍ إِلَّا إِذَا بَاشَرَتْ الْعِتْقَ فَلَهَا الْوَلَاءُ عَلَيْهِ وَعَلَى أَحْقَابِهِ وَعَتِيقِهِ وَعَتِيقِ عَتِيقِهِ كَالرَّجُلِ، وَالْأَخُ لَا يُقَاسِمُ الْجَدَّ فِي الْوَلَاءِ فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ بَلْ هُوَ أَوْلَى، وَأَبْنُ الْأَخِ أَيْضًا أَوْلَى مِنَ الْجَدِّ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ لِقُوَّةِ الْبُنُوَّةِ، وَالْأَخُ مِنَ الْأَبِ وَالْأُمُّ مُقَدَّمٌ عَلَى الْأَخِ لِلْأَبِ فِي أَصْحَ الْقَوْلَيْنِ، وَلَا يُعَادُ بِالْأَخِ لِلْأَبِ إِنْ رَأَيْنَا الْمُقَاسِمَةَ بَيْنَ الْجَدِّ وَالْإِخْوَةِ، وَإِذَا اجْتَمَعَ أَبُ الْمُعْتِقِ وَمُعْتِقُ الْأَبِ فَلَا وِلَاءَ لِمُعْتِقِ الْأَبِ أَضْلًا لِأَنَّ عَلَى الْمَيِّتِ وِلَاءَ الْمُبَاشَرَةِ فَالْمَالُ لِعَصْبَةِ مُعْتِقِهِ وَهُوَ الْأَبُ، وَكَذَلِكَ قَدْ يُظَنُّ أَنَّ مُعْتِقَ أَبِ الْمُعْتِقِ أَوْلَى مِنْ مُعْتِقِ مُعْتِقِ الْمُعْتِقِ وَهُوَ غَلَطٌ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قد ذكر في أول «الولاء» أن النظر في سببه وحكمه، وقد حصل [الفراغ]<sup>(٣)</sup> من النظر في سببه. أما حكمه فالولاء إحدى جهات العصوبة وَمَنْ يَرِثُ بِهِ لَا يَرِثُ إِلَّا [بالعصوبة]<sup>(٤)</sup> ويتعلق به ثلاثة أحكام: الميراث وولاية التزويج، وتحمل العقل؛ وقد ذكرناها في مواضعها.

وإذا مات العتيق، ولا وارث له من جهة النَّسَبِ فولأوه لمعتقه يرث جميع ماله وإن كان له من يرث بالفرضية، وفضل شيء أخذ المعتق ما فضل عن الفرض ثم في الفصل مسائل:

(٢) سقط في: ز.

(٤) في ز: بعصوبة.

(١) في ز: عتق.

(٣) في ز: الضرع.

إِخْدَاها: إن لم يكن المعتق حياً؛ وَرِثَ بولاية أَقْرَبِ عَصَبَاتِهِ وَلَا يَرِثُ أصحاب فروض المعتق ولا الذين يتعصبون بغيرهم فإن لم يجد للمعتق<sup>(١)</sup> عصابة من النسب فالميراث لمعتق المعتق فإن لم يبقى فلعصابات معتق المعتق فإن لم يوجد فلمعتق معتق المعتق، لعصباته ولا ميراث لمعتق لعصابات المعتق إلا لمعتق أبيه أو جده.

قال الإمام - رحمه الله -: وهذا بعينه هو الذي ذكرناه في تعدي الولاء يعني إلى الأولاد والأحفاد ومعتقيهم<sup>(٢)</sup>، وأوضحه بالمثل فقال: زيد أعتق سالمًا فولد لسالم ابن اسمه عبد الله فأعتق عبد الله عبدًا ومات عبد الله وأبو سالم وبقي معتق أبيه زيد ثم مات عتيق عبد الله ورثه زيد؛ لأنه لما ثبت له النعمة على سالم أبي عبد الله ورث بولائه، ثم للأصحاب - رحمهم الله - عبارة ضابطة لمن يرث بولاء المعتق إذا لم يكن المعتق حياً وهي أنه يرث العتيق فولاء المعتق ذكر يكون عصابة للمعتق لو مات المعتق يوم موت العتيق [بصفة]<sup>(٣)</sup> العتيق وخرجوا عليها مسائل:

منها: إذا مات العتيق وللمعتق ابن [و]<sup>(٤)</sup> بنت أو أب وأم أو أخ وأخت فالميراث للذكر في هذه الصورة دون الأنثى، ولا ترث النساء بولاء الغير أصلاً؛ نعم إذا باشرت المرأة الإعتاق أو عتق عليها مملوك ثبت لها الولاء عليه كما للرجل؛ لقوله ﷺ: «الولاء لمن أعتق» وروي أن بنت الحمزة أعتقت جارية فماتت الجارية عن بنت وعن المعتقة فجعل النبي ﷺ نصف ميراثها للبنت والنصف للمعتقة وكما يثبت لها الولاء على عتيقها يثبت على أولاده وأحفاده وعتيقه كالرجل، والقول في أن المرأة لا ترث بولاء الغير وترث بولاء المباشرة قد ذكر مرة على الاختصار في «الفرائض» وشرحناه حكماً وتوجيهاً.

ومنها: لو أعتق عبدًا ومات عن ابنه فولاء العتيق<sup>(٥)</sup> لهما فإن مات أحدهما وخلف ابناً فولاء العتيق لأخيه، وإن كان ميراثه لابنه؛ لأنه لو مات المعتق يوم موت العتيق كان عصبته الابن دون ابن الابن، وهذه الصورة ونحوها معنى ما روي عن عمر وعثمان - رضي الله عنهما - أن الولاء للكبر والمراد «الكبر في الدرجة والقرب دون السن».

ولو مات المعتق عن ثلاث بنين ومات أحد البنين عن ابن وآخر عن أربعة وآخر عن خمسة فالولاء بينهم بالسوية حتى إذا مات العتيق ورثوه أعشاراً؛ لأنه لو مات المعتق يومئذ ورثوه كذلك لو ظهر للمعتق مال كان ثلثه للابن وثلثه للأربعة وثلثه للخمسة؛ لأن المال انتقل إلى آبائهم ثم من الآباء إليهم، ولو أعتق عبدًا ومات عن أخ من الأبوين

(٢) في أ: فهو ومعتقهم.

(٤) سقط في: ز.

(١) في أ: المعتق.

(٣) في ز: نصفه.

(٥) في أ: العتق.

وآخر من الأب فماله للأخ من الأبوين وكذا ولاء عتيقه على الأصح فلو مات الأخ من الأبوين وخلف ابناً والأخ الآخر فولاء العتيق للأخ وإن كان ميراثه للابن؛ لأن المعتق لو مات [أولاً]<sup>(١)</sup> عن العتيق كان عصبته للأخ من الأب دون ابن الأخ من الأبوين.

ومنها: أعتق مسلم عبداً كافراً ومات عن ابنين - مسلم وكافر - ثم مات العتيق فميراثه للابن الكافر؛ لأنه الذي يرث المعتق لو مات المعتق [بصفة]<sup>(٢)</sup> الكفر. ولو أسلم العتيق، ثم مات فميراثه للابن المسلم ولو أسلم الابن الكافر ثم مات العتيق مسلماً فالميراث بينهما. ذكره في «التهذيب».

المسألة الثانية: الذين يرثون بولاء المعتق<sup>(٣)</sup> من عصباته يترتبون ترتب<sup>(٤)</sup> عصابات النسب إلا في مسائل مذكورة في «الفرائض»:

منها: أخ المعتق وجدّه، إذا اجتمعاً يتساويان في أحد القولين ويتقاسمان كما في النسب، ويتقدم الأخ في أحدهما، وإذا قلنا به تقدم ابن الأخ أيضاً، وإن [رأينا]<sup>(٥)</sup> المقاسمة فالأخ من الأبوين لا يعاد بالأخ من الأب على الظاهر.

وفيه وجه آخر: ذكرناه في «الفرائض» وإذا راجعت الشرح هناك أعلمت قوله ما هنا «والأخ لا يقاسم» بالحاء والألف وقوله: «لا يعاد» بالواو، ولو قدم قوله: «ولا يعاد بالأخ [من الأب]<sup>(٦)</sup>» على مسألة الأخ من الأبوين، والأخ من الأب لكان أحسن؛ لأنه يتعلق بصورة الجَدِّ والأخ. ومنها: في أخ المعتق من الأبوين مع أخيه من الأب طريقان:  
أصحهما<sup>(٧)</sup>: تقديم الأخ من الأبوين.

والثاني: أن فيه قولين - وهو المذكور في الكتاب، ويجوز إغلام لفظ القولين بالواو، والمسألَتان معاً مذكورتان في [الكتاب]<sup>(٨)</sup> في «الفرائض» معادتان ما هنا مع زيادات. ومنها حكى الإمام عن أبي حامد المرزوي - أنه إذا كان للمعتق ابنا عم أحدهما أخ لأم فالميراث كله للذي هو أخ لأم.

قال: ولم نر هذا إلا له، وهو غلط عند المحققين، فإن أخوة الأم لا توجب قوة في النسب، فكيف توجب قوة في الولاء، والوجه الحكم باستوائهما.

وقد أوردنا<sup>(٩)</sup> الصورة في «الفرائض».

(١) في ز: بدلاً.

(٢) في ز: نصفه.

(٤) في ز: ترتيب.

(٦) سقط في ز.

(٨) في ز: كتاب.

(٣) في أ: العتق.

(٥) في ز: رابعاً.

(٧) في أ: أحدهما.

(٩) في أ: ذكرنا.

وإذا تأملت ما أوردناه هناك عَرَفْتَ أن المذهب ما حكاه عن أبي حَامِدٍ، وتعجبت مما ساقه الإمام.

الثالثة: الانتساب في الولاء قد يَنْتَظِمُ مِنْ مَخْصِصِ الإِعْتِاقِ كَمَعْتَقِ المَعْتَقِ وَمَعْتَقِ مَعْتَقِ المَعْتَقِ وَقَدْ يَنْتَظِمُ مِنَ الإِعْتِاقِ وَالنَّسَبِ كَمَعْتَقِ الأبِّ، وَأبِ المَعْتَقِ، وَمَعْتَقِ أبِ المَعْتَقِ، وَقَدْ سَبَقَ تَصْوِيرَ مَعْتَقِ أبِ المَعْتَقِ وَأَنَّهُ وَارِثٌ فِي الجُمْلَةِ، وَإِذَا تَرَكْتَ الأسبابَ؛ فَقَدْ يَشْتَبِهُ حُكْمَ الوَلَاءِ، وَيُعَالِطُ بِهِ المُعَالِطُ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ: إِذَا اجْتَمَعَ أَبُو المَعْتَقِ وَمَعْتَقِ الأبِّ فَأَيُّهُمَا أَوْلَى؟

والجواب: أنه إذا كان للميت أبو المَعْتَقِ كان له مَعْتَقٌ [وكان] <sup>(١)</sup> قَدْ مَسَّهُ الرِّقُّ، وَلِحَقِّهِ العِتْقُ، وَحِينَئِذٍ فَلَا وِلَاءَ لِمَعْتَقِ أَبِيهِ أَصْلًا كَمَا سَبَقَ وَلَا <sup>(٢)</sup> مَعْنَى لِمُقَابَلَةِ أَحَدِهِمَا بِالْآخِرِ، وَطَلَبِ الأَوَّلِيَّةِ، وَإِذَا اجْتَمَعَ مَعْتَقُ أبِ المَعْتَقِ، وَمَعْتَقُ المَعْتَقِ فَمَعْتَقُ المَعْتَقِ أَوْلَى؛ لِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّ وِلَاءَ المَعْتَقِ بِالمَبَاشَرَةِ، وَمَعْتَقُ أَبِيهِ يَسْتَحِقُّهُ بِالسَّرَايَةِ، وَوِلَاءُ المَبَاشَرَةِ أَقْوَى، وَلِذَلِكَ لَا يَنْجُرُ وِلَاءُ المَبَاشَرَةِ، وَيَنْجُرُ وِلَاءُ السَّرَايَةِ.

وإذا اجتمع مَعْتَقُ أبِ المَعْتَقِ وَمَعْتَقُ مَعْتَقِ المَعْتَقِ فَقَدْ <sup>(٣)</sup> يَظُنُّ ظَنًّا غَلَطًا؛ لِأَنَّ الأَوَّلَ أَوْلَى لَا وِلَايَةَ بِالوِلَادَةِ، وَالصَّوَابُ أَنَّ الثَّانِيَّ أَوْلَى؛ لِأَنَّ المَعْتَقَ الأَخِيرَ فِي النِّسْبَةِ المَذْكُورَةَ انْتَسَبَ <sup>(٤)</sup> إِلَيْهِ شَخْصَانِ:

أحدهما: مَعْتَقُ أَبِيهِ.

والثاني: مَعْتَقُ مَعْتَقِهِ. وَمَنْ لَهُ مَعْتَقٌ مَعْتَقٌ، فَقَدْ مَسَّهُ الرِّقُّ وَيَثْبِتُ عَلَيْهِ وِلَاءُ المَبَاشَرَةِ، وَهُوَ أَقْوَى. ذَكَرَهُ الإِمَامُ وَعَظِيْرُهُ - رَحِمَهُمُ اللهُ -.

قَالَ العَرَزَالِيُّ: فَرُوعٌ: الأَوَّلُ إِذَا اشْتَرَى أَخًا وَأَخْتًا أَبَاهُمَا فَعَتَقَ عَلَيْهِمَا ثُمَّ أَعْتَقَ الأبَّ عِبْدًا وَلَمْ يَخْلَفِ العَتِيقُ إِلاَّ الأَخَّ والأَخْتِ فَالْمَالُ كُلُّهُ لِلأَخِ لِأَنَّهُ عَصَبَةُ المُعْتَقِ وَلَا شَيْءَ لِلأَخْتِ الَّتِي هِيَ مُعْتَقَةٌ المُعْتَقِ بَلْ لَوْ خَلَفَ ابْنُ عَمِّ المُعْتَقِ وَالبِنْتُ لَكَانَ ابْنُ العَمِّ أَوْلَى، وَلَوْ مَاتَ هَذَا الأَخُّ وَلَمْ يَخْلَفْ إِلاَّ أُخْتَهُ فَلَهَا ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ مِيرَاثِهِ النِّصْفُ بِالأَخْوَةِ وَنِصْفُ البَاقِي لِوِلَايَتِهَا عَلَيَّ نِصْفِ أَبِيهِ لِأَنَّ أَخَاهَا وَلَدٌ مُعْتَقٌ، وَكَذَلِكَ إِذَا مَاتَ الأبُّ وَلَمْ يَخْلَفْ إِلاَّ البِنْتُ فَلَهَا النِّصْفُ بِالبِنُوَّةِ وَنِصْفُ البَاقِي لِوِلَايَتِهَا عَلَيَّ نِصْفِ الأبِّ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا اشْتَرَتِ المَرْأَةُ أَبَاهَا، فَعَتَقَ عَلَيْهَا ثُمَّ أَعْتَقَ الأبَّ عِبْدًا، وَمَاتَ

(١) في ز: فلا.

(١) سقط في: ز.

(٤) في ز: انتسبت.

(٣) في أ: قد.

عَتِيقُهُ بعد موته؛ نُظِرَ إن لم يكن للأب عصابة من النسب فميراث العتيق للبنت، لا لأنها بنت معتقة، فقد سبق أن بنت المعتق لا ترث، ولكن؛ لأنها معتقة المعتق، وإن كان له عصابة من أخ [أو عم]<sup>(١)</sup> أو ابن عم قريب. أو بعيد، فميراث العتيق له؛ لأنه عصابة المعتق من النسب ولا شيء للبنت؛ لأنها معتقة المعتق ومعتق المعتق يتأخر عن عصابة النسب.

قال أَلَشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ: وسمعت بعض الناس يقول: قد أخطأ في هذه المسألة [أربعمائة] قاضٍ؛ لأنهم رَأَوْهَا أقرب، وهي عصابة له بولائها عليه.

ولو اشترى أخ، وأخت أباهما فعتق عليهما ثم أعتق عبداً، ومات العتيق بعد موت الأب، وَخَلَّفَ الأخ والأخت فميراثه للأخ دون الأخت من جهة أنه عصابة المعتق من النسب، وهي معتقة المعتق، بل لو كان الأخ قد مات قبل موت أبيه، وَخَلَّفَ ابناً، أو ابْنَيْنِ، أو كان للأب المعتق ابن عم بعيد فهو أولى من البنت.

ولو مات هذا الأخ بعد<sup>(٢)</sup> موت الأب، ولم يخلف إلا أخته، فلها نصف الميراث بالأخوة، ونصف الباقي؛ لأن لها نصف ولاء الأخ؛ لإعتاقها نصف الأب فَيَسْتَرْسِلُ الولاء على أولاده ويكون لها نصف ولاء الأخ، وللأخ نصف ولائها، فيجمع لها ثلاثة أرباع الميراث النصف بالأخوة والربع بأنها مُعْتَقَةٌ نصف الأب. ولو مات الأب ثم مات الابن، ثم مات العتيق، ولم يُخَلَّفْ إلا البنت؛ فلها ثلاثة أرباع الميراث أيضاً النصف؛ لأنها مُعْتَقَةٌ نِصْفِ الْمُعْتَقِ ونصف الباقي لثبوت ولاء السَّرَايَةِ على نصف الأخ، بإعتاقها نصف أبيه فهي معتقة نصف أبي معتق معتقة وَالرُّبْعِ الباقي في هذه الصورة والتي قبلها لبيت المال.

وأما قوله في الكتاب: «وكذلك إن مات الأب، ولم يُخَلَّفْ إلا البنت فلها النصف بالبنوة، ونصف الباقي لولائها على نصف الأب» فهذه الصورة لا ذكر لها في «الْوَسِيْطِ» ولم أرها في «النهاية» أيضاً، والمفهوم مما ساقه انحصار حَقِّهَا في النصف، والربع، ولكن كلام الأصحاب منهم أَلَشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ وَأَبُو خَلْفِ السُّلَمِيِّ في فرع آخر: ينازع [في]<sup>(٣)</sup> ذلك، وذلك أنهم قالوا: لو [اشترت]<sup>(٤)</sup> أختان أباهما بِالسُّوِيَّةِ فعتق<sup>(٥)</sup> عليهما ثم مات الأب فلهما الثلثان، والباقي بالولاء لو ماتت إحداهما بعد موت الأب، وَخَلَّفَ الأخرى فلها النصف بالأخوة والنصف الباقي لولائها على نصف الأخت بإعتاقها [نصف]<sup>(٦)</sup> أبيها أمَّا الربع الباقي فقد أطلق في «التَّهْدِيْبِ» أنه لبيت المال، وليحمل ذلك

(١) سقط في: ز.

(٣) سقط في: ز.

(٥) في أ: معتق.

(٢) في أ: قبل.

(٤) سقط في: ز.

(٦) في ز: النصف.

على ما إذا كانت أمهما حرة أصلية، فأما إذا كانت معتقة فلموالي الأم ولأه الأختين<sup>(١)</sup> بإعتاق الأم، فإذا أَعْتَقْنَا الأب، جَرَتْ كل واحدة منهما نصف ولأه أختها إلى نفسها. وَهَلْ تَجُرُّ ولأه نفسها، ويسقط أو يبقى لموالي الأم؟. فيه خلاف قد تقدم، فإن قلنا: يبقى لموالي الأم، وهو الظاهر فَالرُّبْعُ الباقي يكون لموالي الأم، وإن قُلْنَا: يجر ويسقط فهو لبيت المال، ولو ماتت إحدى الأختين ثم مات الأب وخلف الأخرى، فلها سبعة أثمان ماله النصف بِالْبُتُوَّةِ وهو أربعة من ثمانية ونصف الباقي، وهو سهمان؛ لأنها معتقة نصفه ونصف الربع الباقي، وهو سهم؛ لأن الربع الباقي كان للأخت الأخرى لو كانت باقية لولائها على نصف الأب، فإذا كانت ميتة أخذت هذه نصفه؛ لأن لها نصف ولأه الأخت بإعتاقها نصف أبيها، وأما الثمن الباقي إذا كانت أمهما معتقة فهو لموالي الأم على الأظهر؛ لأن نصف ولأه الميتة يبقى لهم وإن قلنا: لا يبقى؛ فَهُوَ لبيت المال.

وصورة الكتاب مثل هذه الصورة ولو اشترتا الأب، وعتق عليهما، ثم أنه أَعْتَقَ عبداً ومات العتيق بعد موته، وَخَلَّفَ البنيتين؛ فجميع المال لهما بالولاء لا لأنهما بنتا مُعْتَقَةٍ، لكن لأنهما معتقتا<sup>(٢)</sup> معتقة.

قَالَ الْعَرَّالِيُّ: أُخْتَانِ خَلَقْنَا حُرَّتَيْنِ اشْتَرَتْ إِحْدَاهُمَا أَبَاهُمَا وَالْأُخْرَى أُمَّهُمَا فَكُلُّ وَاحِدَةٍ مَوْلَاةٌ صَاحِبَتِهَا لِأَنَّ وِلَاءَ الْأُمِّ لَمْ يُمْكِنِ أَنْجِرَازُهُ إِلَى مُشْتَرِيَةِ الْأَبِ إِذْ لَا يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ مَوْلَى نَفْسِهِ، وَقِيلَ: إِنَّهُ يَنْجَرُّ وَيَسْقُطُ وِلَاءٌ عَلَى مُشْتَرِيَةِ الْأَبِ لِمُشْتَرِيَةِ الْأُمِّ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: أَخْوَانٌ أَوْ أُخْتَانٌ لَيْسَ عَلَيْهِمَا وِلَاءٌ مَبَاشِرَةٌ - وَإِلَيْهِ أَشَارَ فِي الْكِتَابِ بِقَوْلِهِ: «خَلَقْنَا حُرَّتَيْنِ»، وَأَبَوَاهُمَا مَمْلُوكَانِ اشْتَرَتْ إِحْدَاهُمَا [أَبَاهُمَا]<sup>(٣)</sup> فَعَتَقَ عَلَيْهَا وَالْأُخْرَى أُمَّهُمَا فَعَتَقَتْ عَلَيْهَا. وَتَصَوُّرُ الْمَسْأَلَةِ: فِيمَا إِذَا كَانُوا جَمِيعاً كُفَّاراً فَخَرَجَ إِلَيْهِ الْوَالِدَانِ مُسْلِمِينَ، ثُمَّ اسْتَرْقَقْنَا الْوَالِدَيْنِ وَفِيمَا إِذَا عَرَّ عَبْدٌ بِحُرِّيَّةِ أُمَّةٍ: فَنَكَحَهَا وَأَوْلَدَهَا عَلَى ظَنِّ الْحُرِّيَّةِ وَلِدَيْنِ، وَإِذَا عَرَفَ ذَلِكَ، فَوِلَاءُ الْأَبِ لِلَّتِي اشْتَرَتْهَا، فَإِذَا مَاتَ عَنْهُمَا فَلَهُمَا الثَّلَاثَانُ بِالْبُتُوَّةِ وَالْبَاقِي لَهَا بِالْوِلَاءِ، وَوِلَاءُ الْأُمِّ لِلَّتِي اشْتَرَتْهَا، فَإِذَا مَاتَ عَنْهُمَا فَلَهَا الثَّلَاثَانُ، وَالْبَاقِي لَهَا بِالْوِلَاءِ، أَمَا الْأُخْتَانِ فَلِمُشْتَرِيَةِ الْأَبِ الْوِلَاءُ عَلَى مُشْتَرِيَةِ الْأُمِّ تَبَعاً لِلْوِلَاءِ عَلَى الْأَبِ، فَإِذَا مَاتَ مُشْتَرِيَةُ الْأُمِّ وَخَلَفَتْ مُشْتَرِيَةُ الْأَبِ، فَلَهَا النِّصْفُ بِالْأُخُوَّةِ، وَالْبَاقِي بِالْوِلَاءِ، وَهَلْ لِمُشْتَرِيَةِ الْأُمِّ الْوِلَاءُ عَلَى مُشْتَرِيَةِ الْأَبِ؛ يُبَيِّنُ ذَلِكَ عَلَى أَنَّ مَنْ عَلَيْهِ الْوِلَاءُ لِمَعْتَقِ أُمِّهِ إِذَا اشْتَرَى أَبَاهُ، فَعَتَقَ عَلَيْهِ فَهَلْ يَبْقَى الْوِلَاءُ عَلَيْهِ لِمَعْتَقِ الْأُمِّ؟ أَوْ يَجْرُ وِلَاءُ نَفْسِهِ وَيَسْقُطُ وَفِيهِ خِلَافٌ قَدَّمَاهُ.

(٢) في أ: معتقاً.

(١) في أ: الآخر.

(٣) في ز: أباه.

وقوله في الكتاب: «لأن ولاء الأم لم يمكن انجراره إلى مشترية الأب» أراد به الوجه الأظهر من ذلك الخلاف، ووجه بأنه لو انجر لصار هو مولى نفسه، ولا يمكن أن يكون الإنسان<sup>(١)</sup> مولى نفسه. وقوله: «وقيل إنه يَنْجَرُ ويسقط»، وهو الوجه المنسوب إلى ابن سُرَيْج، وتخريجه. وقد ذكرناهما من قبل.

فإن<sup>(٢)</sup> قلنا: يبقى الولاء لمعتق الأم فَلِمُشْتَرِيَةِ الأم الولاء أيضاً على مُشْتَرِيَةِ الأب، وإذا ماتت فالحكم كما ذكرنا في الطرف الأول.

وإن قلنا: لا يبقى فلا ولاء لها على مُشْتَرِيَةِ الأب، وإذا ماتت فلها النصف بالأخوة، والباقي لبيت المال، فلو اشترت الأختان أباهما ثم اشترت إحداهما مع الأب أب الأب، وعتق عليها ثم مات الابن فَلِلْبَيْتَيْنِ الثلثان، وللأب السُدُسُ بِالْفَرْضِي، والباقي بِعُضُوبَةِ النَّسَبِ فإن مات أجدد بعد موت الأب، فَلِبَيْتِيِ الثلثان بالبنوة، والباقي وهو الثلث نصفه للتي اشترته مع الأب؛ لإعتاقها نصفه ونصفه الآخر بينهما لإعتاقهما معتق نصفه. ولو ماتت إحداهما بعد ذلك وخلفت الأخرى فعلى ما سبق.

ولو اشترت الأختان أمهما، ثم اشترت الأم أباهما وَأَعْتَقَتْهُ فَلِلْأُخْتَيْنِ الولاء على الأم بالمباشرة، وللأم الولاء على أبيهما بالمباشرة وعليهما؛ لأنها مُعْتَقَةٌ أبيهما، فإن ماتت الأم؛ فلها الثلثان بالبنوة، والباقي بالولاء، فإن مات الأب بعد ذلك فلهما الثلثان بِالْبُنُوَّةِ والباقي بالولاء؛ لأنهما مُعْتَقَتَا مُعْتَقِهِ<sup>(٣)</sup> والنساء يَرْتَنُّنَ من أعتق، وممن أعتقه من أعتق [فإن]<sup>(٤)</sup> ماتت إحدى الأختين بعد ذلك، وَخَلَفَتِ الأُخْرَى؛ فلها النصف بالأخوة ونصف ما بقي لإعتاقها نصف معتقة أبيها، والباقي لبيت المال.

ولو اشترت الأختان أباهما؛ ثم اشترت إحداهما مع الأب أخاً لها من الأب فعتق نصفه على الأب، وهو مُعَسِّرٌ وَأَعْتَقَتِ الْمُشْتَرِيَةُ النصف الآخر.

قَالَ أَبُو خَلْفٍ السُّلَمِيُّ: إن مات الأب فماله لأبيه وبنتيه: للذكر مثل حظ الأنثيين، فإن مات الأخ بعد ذلك فَلِأُخْتَيْهِ الثلثان، والباقي نصفه للأخت الْمُشْتَرِيَةُ لإعتاقها نصفه ونصفه الآخر حِصَّةُ الأب لو كان حياً، فيكون بعد موته لابنتيه لأنهما معتقاته فتكون القسمة من اثني عشر لمشتريه الأخ منها سبعة؛ وللأخرى خمسة.

ولو ماتت التي لم تشتت الأخ أولاً، ثم مات الأب، ثم مات الأخ فمال التي ماتت أولاً لأبيها، ومال الأب لابنه وبنته أثلاثاً، ومال الأخ<sup>(٥)</sup> نصفه لأخته بِالنَّسَبِ ولها<sup>(٦)</sup>

(٢) في أ: وإن.

(١) في أ: وهو.

(٤) في ز: وإن.

(٣) في أ: معتقاً معتقة.

(٦) في أ: ولهما.

(٥) في أ: الأخت.

نصف الباقي بإعتاقها نصفه والباقي وهو الربع حصة الأب لو كان حياً فيكون ل بنته؛ لأنهما معتقتاه وإحداهما مية فللباقية حصتها وحصّة الميعة تكون لمواليها، ومواليها الأخت الباقية وموالي الأم فيجعل بينهما بالسوية، هذا مفروض فيما إذا كانت معتقة وإلا فهو لبيت المال. والله أعلم.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: الثَّالِثُ: اشْتَرَتْ أُخْتَانِ أُمَّهُمَا ثُمَّ شَارَكَتِ الْأُمُّ أُجْنِبِيًّا فِي شِرَاءِ أَبِيهِمَا فَإِذَا مَاتَتْ إِحْدَى الْأُخْتَيْنِ وَلَمْ تُخَلَّفْ إِلَّا الْأُخْتُ الْأُخْرَى فَالنِّصْفُ لَهَا بِالْأُخُوَّةِ وَالْبَاقِي لِلْأُجْنِبِيِّ وَالْأُمُّ فَإِنَّهُمَا مُعْتَقَا أَبِيهِمَا لَكِنَّ الْأُمَّ مَيْتَةٌ فَيَرْجِعُ نَصِيبُهَا إِلَى الْأُخْتَيْنِ لِأَنَّهُمَا أَعْتَقَاهَا لَكِنَّ إِحْدَاهُمَا مَيْتَةٌ وَحَصَلَ لَهَا الثَّمَنُ فَيَرْجِعُ إِلَى الْأُجْنِبِيِّ وَأُمُّهَا وَمِنَ الْأُمِّ إِلَى الْمَيْتَةِ وَالْحَيَّةِ وَيَدُورُ وَلَا يَنْقَطِعُ فَالضُّوَابُ أَنْ يَقْسَمَ الْمَالُ مِنْ سِتَّةِ فَيَكُونُ لَهَا النِّصْفُ بِالْأُخُوَّةِ وَالْبَاقِي ثَلَاثَةَ يَقْسَمُ عَلَيْهَا وَعَلَى الْأُجْنِبِيِّ أَثْلَاثًا لِلْأُجْنِبِيِّ سَهْمَانِ وَلَهَا سَهْمٌ فَتَنْتَحِصِلُ هِيَ عَلَى أَرْبَعَةٍ لِأَنَّ الثَّمَنَ الدَّائِرَ كُلَّمَا رَجَعَ إِلَى الْمَيْتَةِ يَخْضُلُ لِلْأُجْنِبِيِّ ضِعْفَ مَا حَصَلَ لِلْأُخْتِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: أُخْتَانِ لَا وِلَاءَ عَلَيْهِمَا اشْتَرَتَا أُمَّهُمَا فَعَتَقَتْ عَلَيْهِمَا ثُمَّ إِنْ الْأُمُّ شَارَكَتِ أُجْنِبِيًّا فِي شِرَاءِ أَبِي الْأُخْتَيْنِ وَإِعْتَاقِهِ، فَلِلْأُخْتَيْنِ الْوِلَاءَ عَلَى أُمَّهُمَا وَلِلْأُمِّ وَالْأُجْنِبِيِّ الْوِلَاءَ عَلَى الْأَبِّ، وَعَلَى الْأُخْتَيْنِ؛ لِأَنَّهُمَا مُعْتَقَتَا<sup>(١)</sup> أَبِيهِمَا، وَلِكُلِّ<sup>(٢)</sup> وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَ وِلَاءٍ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا، ثُمَّ الْكَلَامُ فِي صُورٍ:

إِحْدَاهَا: إِذَا مَاتَ الْأُمُّ ثُمَّ الْأَبُّ ثُمَّ إِحْدَى الْأُخْتَيْنِ. أَمَّا الْأُمُّ: فَثَلَاثًا مَالَهَا لِلْأُخْتَيْنِ بِالْبِنُوَّةِ، وَالْبَاقِي لِهَاجِرًا بِالْوِلَاءِ، وَأَمَّا الْأَبُّ فَثَلَاثًا مَالَهُ لِهَاجِرًا أَيْضًا بِالْبِنُوَّةِ، وَمَا بَقِيَ فَلِلْأُجْنِبِيِّ نِصْفَهُ؛ لِأَنَّهُ أَعْتَقَ نِصْفَهُ، وَالنِّصْفَ الْآخَرَ وَهُوَ الرَّبْعُ لِأُجْنِبِيٍّ لِأَنَّهُ أَعْتَقَ نِصْفَ أَبِيهِمَا وَالرَّبْعَ الْبَاقِيَّ كَانَ لِلْأُمِّ لَوْ كَانَتْ حَيَّةً؛ لِأَنَّهَا مُعْتَقَةُ النِّصْفِ الْآخَرَ فَإِذَا كَانَتْ مَيْتَةً فَنِصْبُهَا لِلْأُخْتَيْنِ؛ لِأَنَّهُمَا مُعْتَقَاهَا فَتَأْخُذُ الْأُخْتُ الْبَاقِيَةَ نِصْفَهُ وَهُوَ الثَّمَنُ وَيَرْجِعُ الثَّمَنُ الَّذِي هُوَ حِصَّةُ الْمَيْتَةِ إِلَى مَنْ لَهَا وَلَاؤُهَا، وَهُوَ الْأُجْنِبِيُّ وَالْأُمُّ وَمَا لِلْأُمِّ يَرْجِعُ إِلَى الْحَيَّةِ وَالْمَيْتَةِ، وَحِصَّةُ الْمَيْتَةِ إِلَى الْأُجْنِبِيِّ وَالْأُمِّ، وَهَكَذَا يَدُورُ وَلَا يَنْقَطِعُ وَلِلذَلِكَ سُمِّيَ سَهْمُ الدُّورِ وَفِيهَا يَفْعَلُ بِهِ وَجِهَانٌ:

قَالَ أَبُو الْحَدَّادِ: يَجْعَلُ فِي بَيْتِ الْمَالِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ صَرْفُهُ بِالنِّسْبِ وَلَا بِالْوِلَاءِ.

وَالثَّانِي: حَكَاهُ الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ عَنِ بَعْضِ الْأَصْحَابِ وَحَكَاهُ الْإِمَامُ عَنِ الشَّيْخِ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ -: أَنَّهُ يُقْطَعُ السَّهْمُ الدَّائِرُ وَهُوَ الثَّمَنُ وَيَجْعَلُ كَأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ وَيَقْسَمُ الْمَالُ عَلَى بَاقِي السَّهَامِ وَهُوَ سَبْعَةٌ خَمْسَةٌ مِنْهَا لِلْأُخْتِ الْبَاقِيَةَ وَسَهْمَانِ لِلْأُجْنِبِيِّ، وَزَيْفُ الْإِمَامِ

(٢) فِي أ: فَكُلِّ.

(١) فِي أ: مُعْتَقَا.



الوجهين<sup>(١)</sup> بأن الولاء ثابت ونسبة الدور معلومة فيجب تنزيل السهم الدائر، وقسمته على تلك النسبة.

**والوجه الثاني:** أَنْ صَمَّ مَا تَسْتَحِقُّهُ الْأَخْتُ بالنسب إلى حساب الولاء وفض ما يؤخذ بالولاء على ما يؤخذ بالنسب لا معنى له، ولا سبيل إليه ثم قال: الوجه أن يفرد النصف، ولا يدخله في حساب الولاء وينظر في النصف المستحق بالولاء فيجد نصفه للأجنبي ونصفه للأم وما للأم يصير للأختين ثم نصيب كل واحدة منهما يرجع نصفه إلى الأجنبي، ونصف إلى الأم ومنها إلى الأختين فْتَبَيَّنَ من ذلك أن للأجنبي ضعف ما للأخت الواحدة؛ لأنه مثل ما للأم وما للأم ينتصف بين الأختين، فإذا المال بين الأجنبي<sup>(٢)</sup> وبين الأخت بِأَثْلَاثٍ فيحتاج إلى عدد له نصف ولنصفه ثلث وأقله ستة فنصرف نصف الستة إلى الأخت بالنسب يبقى ثلاثة - سهمان منها للأجنبي، وسهم للأخت فجملة مالها أربعة من ستة. وهذا ما أوردَه صاحب الكتاب، ويجوز أن يعلم قوله في الكتاب: «أن يقسم المال من ستة» بالواو؛ للوجهين السابقين على أن أَبَا خَلْفٍ الطَّبْرِيُّ قال: أكثر أصحاب الشافعي - رضي الله عنه - على أن سَهْمُ الدَّورِ لِبَيْتِ الْمَالِ كما ذكره ابْنُ أَحَدَادٍ وإلى [ترجيحه]<sup>(٣)</sup> يميل كلام ابْنِ أَلْبَانَ.

[الصورة]<sup>(٤)</sup> الثانية: إذا ماتت إحدى الأختين أولاً ثم ماتت الأم فمال الأخت لأبويهما للأم منه الثلث، وما بقي فللأب، وأما الأم فنصف ميراثها للبت بالبنوة، ولها نصف النصف الباقي لإِعْتَاقِهَا نصف الأم ونصفه الباقي للأب؛ لأنه عصبه معتقة النصف الآخر من النسب، ولا دور قال الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ وفي مثل هذه المسائل لا ترث بالزوجة إلا أن يشترط السائل في السؤال بقاء الزوجة.

**الثالثة:** مات الأب أولاً، ثم إحدى الأختين، ثم الأم فأما الأب فثلثا ماله لِلْبَيْتَيْنِ بالبنوة، والباقي للأم، والأجنبي بولانهما عليه وأما الأخت فللأم من مالها الثلث، وللأخت النصف، والباقي بين الأم والأجنبي؛ لأنهما معتقا أبيهما، وأما الأم فنصف مالها للبت الباقية بالبنوة، ولها من النصف الباقي النصف؛ لأنها أَعْتَقَتْ نِصْفَهَا ونصفه الباقي حصة البنت الأخرى، وكانت ناجزة لو كانت حية، وإذا كانت ميتة فهو لموليتها الأم، والأجنبي، لكن الأم ميتة فيأخذ الأجنبي نصفه وهو الثمن ويرجع الثمن إلى الأختين؛ لإِعْتَاقِهَا الأم، وهذا سهم الدور، وفيه الخلاف الذي تين، وذكر ابْنُ أَحَدَادٍ في هذه الصورة أن البنت بعدما أخذت نصف مال الأم بالنسب والربع بالولاء وأخذ

(١) في أ: الوجه الأول.

(٢) في أ: الأجنبية.

(٣) في ز: ترجمه.

(٤) سقط في: ز.

الأجنبي الثمن يأخذ من الثمن الباقي نصفه أيضاً، ويكون الباقي لبيت المال.

قال أَلْفَقَالُ وغيره - رحمهم الله -: وهذا غَلَطٌ فَإِنَّ الثَّمْنَ هُوَ السَّهْمُ الدَّائِرُ، وَلَوْ جَازَ أَنْ يُعْطِيَ الْبِنْتَ مِنْهُ شَيْئاً لِأَعْطَى الْأَجْنَبِيَّ مَرَّةً أُخْرَى، وَأَيْضاً فَإِنَّهُ طَرَحَ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ الْأُولَى سَهْمَ الدَّوْرِ بِتَمَامِهِ، وَجَعَلَهُ لِبَيْتِ الْمَالِ فَلَيْكُنْ كَذَلِكَ هَا هُنَا.

الرابعة: ماتت البنتان أولاً مالهما لأبيهما كما ذكرنا، فإن مات الأب بَعْدَهُمَا فماله للأم والأجنبي بالولاء، فإن ماتت الأم بعد ذلك فنصف مالها للأجنبي؛ لأنه معتق نصف أبي معتقها، والباقي لبيت المال.

مثال آخر للدور: بنتان من معتقتين اشترتا أباهما فعتق عليهما فإن قلنا أن معتق الأب لا يجر ولاء نفسه من معتق الأم، وهو الأظهر فيبقى نصف ولاء كل واحدة منهما لموالي أمها، ويثبت لكل واحدة منهما نصف ولاء الأب ونصف ولاء الأخرى؛ لأنها معتقة أبيها فإذا مات الأب فلهما ثلثا ماله بالبنوة، والباقي بالولاء فإن ماتت الكبرى بعده فنصف مالها لأختها بالأخوة، ولها نصف الباقي، وهو الربع؛ لأنها معتقة أبيها، والباقي لموالي أم الكبرى، فإن ماتت الصغرى بعد ذلك فنصف مالها لموالي أمها والنصف الآخر حصّة الكُبرى، وهي مئة فيكون لمن له ولاؤها وولاؤها لموالي أمها وللصغرى فيأخذ موالى أمها نصفه، وهو الربع ويبقى الربع الباقي وهو سهم الدور وفيه ما سبق من الخلاف، وإن ماتت البنتان أولاً ثم مات الأب فيقسم ماله على ثمانية أسهم لكل بنت أربعة فنصف نصيب الكبرى لموالي أمها؛ لأن لهم نصف الولاء عليها ونصفه للصغرى وهو ستة<sup>(١)</sup> فيكون نصفه، وهو الربع لموالي أمها ونصفه يرجع إلى الكبرى وهو سهم الدور ونصيب الصغرى يقسم هكذا أيضاً، فإن جُعِلَ سهم الدور لبيت المال؛ حَصَلَ لموالي كل واحدة منها ثلاثة<sup>(٢)</sup> أثمان مال الأب وليت المال ثمنه.

وَأَعْلَمُ أَنَّ الْفَرَضِيَيْنِ ضَبَطُوا مَوْضِعَ حَصُولِ الدَّوْرِ فَقَالُوا: إِنَّمَا يُحْصَلُ الدَّوْرُ<sup>(٣)</sup> فِي الْمَسْأَلَةِ إِذَا وَجَدَتْ ثَلَاثَةَ شُرُوطٍ:

أن يكون للمعتق ابنين فصاعداً.

وأن يكون قد مات منهم ابنان فصاعداً.

وألا يكون الباقي منهم حائزاً لمال الميت.

فإن اختلف أحد هذه الشروط فلا دور.

(١) في ز: وهي مئة.

(٢) في أ: دور الولاء.

(٣) في أ: ثمانية.

ونختم الكتاب بفصل يشتمل على فروع من الولاء وغيره .

يجوز أن يفرض شخصان كل واحد منهما مولى صاحبه من أعلى ومن أسفل، كما إذا أعتق عبداً فأعتق العتيقُ أبا المعتق الأول، وكما إذا أعتق كافرًا ثم استرق المعتق، وأسلم العتيق فملكه وأعتقه .

أختان لأب وأم أعتقهما إنسان فأسترقًا أباهما، وعتق عليهما فلكل واحدة منهما نصف ولاء أبيها ولا ولاء لواحدة منهما على الأخرى؛ لأن على كل واحدة منهما ولاء المباشرة، فإذا ماتت إحداهما فللأخرى نصف مالها بالأخوة، والباقي لمعتقها بالولاء .

أعتق [أب]<sup>(١)</sup> وابن عبداً ومات الأب عن ابنين أحدهما المشتري ثم مات العتيق فنصف ماله للابن المشتري، والباقي بينهما؛ لأنهما عصبتا معتق النصف، ولو مات الأب كما صورنا ثم مات الابن المشتري عن ابن ثم مات العتيق فنصف المال لولد الابن المشتري بولاء أبيه، ونصفه لعمه بولاء أبيه ولا شيء للحافد بولاء الجد .

اشتريت أختان لا ولاء عليهما أباهما فعتق عليهما ثم اشتريت إحداهما أمهما فعتقت عليها فلكل واحدة نصف ولاء الأب ونصف ولاء الأخرى تبعاً لولاء الأب، ولمعتقة الأم الولاء على الأم، وعلى نصف الأخت الأخرى بتبعية ولاء الأم، هذا هو الأظهر وعلى قول ابن سريج لا ولاء لمعتق الأم على من أبوه حر، فلا يثبت لمعتقة الأم ولاء النصف الآخر من الأخت، فلو مات الأب ثم ماتت التي لم تعتق الأم فمال الأب للبتين ثلثاه بالبنوة والباقي بالولاء، والتي لم تعتق الأم ثلث مالها للأم، ونصفه للأخت بالأخوة ونصف السُدس الباقي بولائها على نصفها؛ لإعتاق الأب ولها نصفه الآخر على الأظهر بولائها على نصفه الآخر لإعتاق الأم .

وعلى قول ابن سريج: نصف السُدس الآخر لبيت المال، فإن ماتت الأم بعد ذلك فللبنت الباقية النصف بالبنوة والباقي بالولاء فإنها التي أعتقها .

ولو ماتت التي أعتقت الأم بعد موت الأب فللأم الثلث وللأخت النصف بالنسب، ونصف السدس الباقي لإعتاقها نصف أبيها، والباقي لبيت المال فإن ماتت الأم بعدها فللبنت الباقية النصف بالبنوة ونصف الباقي بالولاء؛ لأنها معتقة نصف أبي معتقة [الأم]<sup>(٢)</sup>، والربع الباقي لبيت المال .

نكح عبدٌ حرةً أصليةً وأخرى مُعتقةً فأتت المعتقة بولد، وماتت فثلث ميراثه للأم، والباقي لمواليها لولائهم عليه، فإن أتت الأصلية بعد ذلك بابن لأقل من ستة أشهر من

(٢) سقط في: ز .

(١) سقط في: ز .

يوم موته أَسْتَرَدُّ ما أَخَذَهُ المَوالِي ودفع إليهم؛ لأن عصبه النسب تَتَقَدَّمُ على عصبه الولاء، وإن أتت به لسته أشهر وأكثر فلا يُسْتَرَدُّ؛ لاحتمال حدوثه بعد ذلك، وَلْيَجِيءَ فيه التَفْصِيلُ السابق في أَفْتِرَاشِ الرُّوْحِ وَعَدَمِهِ.

في «فتاوى أَلْفَقَالِ»: أن المَكَاتِبَ إذا اشترى نِصْفَ أبيه فعتق بعته كما يكتب<sup>(١)</sup> عليه ما دام مكاتباً، وإذا عتق فلا يقوم عليه الباقي؛ لأنه يقصد بأداء النجوم عتق نفسه وعتق الأب يحصل تبعاً بغير قصده واختياره.

وأنه إذا قال لِمَكَاتِبِ الْعَبْدِ: أَعْتَقْتُ عَبْدَكَ عَنِّي على كذا وهو مستأجر فأعتقه يجوز قولاً واحداً بخلاف البيع لقوة العتق<sup>(٢)</sup> وكذا يجوز في العبد المغضوب، والغائب إذا علم حياته.

في «فتاوى أَلْفَاضِي الْحُسَيْنِ»: أنه إذا قال لجاربه: [جان يدر]<sup>(٣)</sup> لا يعتق ولو قال لعبده شهره [آزاد مردی]<sup>(٤)</sup> يعتق.

وَأَنَّهُ إذا أَدْعَى عبد على سيده العتق عند الحاكم وَحَلَفَهُ فلما أتم يمينه قال على وجه السُّخْرِيَّةِ: قَمِ يَا حُرُّ. أو قال: [آزاد شوی]<sup>(٥)</sup> خَيْرَ يحكم عليه بالحرية؛ لما رُوِيَ أَنَّهُ ﷺ قال: «ثَلَاثُ جِدْهُنَّ جِدٌّ وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ...»<sup>(٦)</sup> وَعَدَّ مِنْهَا الْعِتَاقَ.

وَيُحَكِّى أَنَّهُ جَرَى ذلك في مجلس أَيْنَ أَبِي لَيْلَى فحكم بالعتاق فأنهى إلى جَفْفَرِ الصَّادِقِ - رضي الله عنه - فقال: لا يعتق؛ لأن المقصود سلب الحرية؛ لقوله تعالى: ﴿ذُقْ إِنَّكَ أَنْتَ الْعَزِيزُ الْكَرِيمُ﴾ [الدخان - ٤٩] وأنه إذا كانت جاريته حاملاً، والحمل مُضَعَّةٌ فقال: أعتقت مضغة هذه الجارية كان لغواً؛ لِأَنَّ إِغْتِاقَ ما لم تنفخ فيه الروح لا يصح، ولو قال: حمل هذه الجارية حُرٌّ فهو إقرار بأن الولد أُنْعَقَدَ حُرّاً وتصير الأم به أم ولد.

ولو أنه<sup>(٧)</sup> لو قال لعبده: إذا أخذك مُتَّعَلِّبٌ فَقُلْ: أَنَا حُرٌّ أو قال بالفارسية [الرازاز كَمَاتَانِ بَغِيرِ نَدِ تَوُگُو مِنْ آزَادَمِ]<sup>(٨)</sup> لا يُعْتَقُ بهذا وَهُوَ كَذِبٌ. وكان القاضي يلحق عبيده ذلك.

(١) في ز: يتكاتب.

(٢) في أ: المعتق.

(٣) جملة فارسية معناها: روح الوالد.

(٤) جملة فارسية معناها: رجل حر.

(٥) جملة فارسية معناها: تصير حراً.

(٦) الحديث تقدم في الطلاق، وأن لفظ العتاق لا يصح.

(٧) في ز: وأنه.

(٨) جملة فارسية معناها: إذا ما أمسك بك التركمان فكل: إني حر.

وكذا لو قال: [من زانم آزادان نصادم]<sup>(١)</sup> لا يعتق.

وأنه لو قال لعبده: أَعْتَقَكَ أَلَّةٌ أَوْ أَلَّةٌ أَعْتَقَكَ فقد قيل يفرق بين اللفظين؛ لأن الأول دعاء والثاني إخبار.

قال الْقَاضِي: وعندني لا يعتق في الموضعين.

وعن العبادي: أنه يعتق في الموضعين.

في «الزيادات» لِأَبِي عَاصِمٍ الْعَبَّادِيِّ: أنه إذا قال: من بشرني من عبيدي بقدوم فلان فهو حر، فبعث عَبْدٌ مِنْ عَبِيدَةٍ عَبْدًا آخر ليشهره بذلك فجاء وقال: عبدك فلان يبشرك بقدومه، وأخبرني لأخبرك فالمبشر هو الْمُرْسِلُ دون الرَّسُولِ.

وأنه إذا قال: إِنْ أَشْتَرَيْتُ عَبْدَيْنِ فِي صَفْقَةٍ فَلِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أَعْتَقَهُمَا. فاشترى ثلاثة، وجب إعتاق اثنين؛ لوجود الصَّفَقَةِ.

إذا ولدت المزني بها ولدًا فملكه الزاني؛ لم يعتق عليه كما لا يثبت نسبه وعند أَبِي حَنِيفَةَ يُعْتَقُ رَأَيْتُ بِخَطِّ الْقَاضِي أَبِي الْمَحَاسِنِ الرَّوَّانِيِّ فِي فُرُوعِ حِكَايَاهَا عَنْ وَالِدِهِ وَغَيْرِهِ مِنَ الْأُئِمَّةِ [رَحِمَهُمُ اللَّهُ]<sup>(٢)</sup> أنه إذا قال لعبده: أنت حر مثل هذا العبد، وأشار إلى عبد آخر يحتمل ألا تحصل الحرية لأن حرية البدن غَيْرُ ثَابِتَةٍ فِي الْمَشْبَهَةِ بِهِ، فَيَحْتَمِلُ عَلَى حَرِيَةِ الْخَلْقِ. وَأَنَّهُ لَوْ<sup>(٣)</sup> قَالَ: أَنْتَ حَرٌّ مِثْلَ هَذَا، وَلَمْ يَقُلْ هَذَا الْعَبْدُ فَيَحْتَمِلُ أَنْ يُعْتَقَا وَالْأَوْضَحُ أَنَّهُمَا لَا يَعْتَقَانِ.

وأنه لو قال لآخر: أنت تعلم أن العبد الذي في يدي حر حكم بعته.

ولو قال يظن أنه حر لم يحكم بعته لأنه لو لم يكن حرًا لم يكن القول له عالمًا بحريته، وقد اعترف السيد بعلمه وصورة الظن بخلافه.

ولو قال: ترى أنه حر، احتمل ألا يقع واحتمل أن تحمل [الرؤية]<sup>(٤)</sup> على العلم، ويقع. أنه لو ضرب عبد غيره فقال صاحب العبد للضارب: عبد غيري حر مثلك لا يحكم بحريته؛ لأنه لم يعين عبده.

وأنه إذا أعتق بعض مملوكه يسري إلى الباقي إذا كان قابلاً للعتق، إلا في مسألة ذكرها بعض الأصحاب وهي: أنه إذا وَكَّلَ إِنْسَانًا بِإِعْتَاقِ عَبْدِهِ، فَأَعْتَقَ الْوَكِيلُ نِصْفَهُ ففِي حَصُولِ الْعِتْقِ فِي النِّصْفِ وَجْهَانِ، وَبِالْحَصُولِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: وَعَلَى هَذَا ففِي عِتْقِ

(١) جملة فارسية معناها: لقد أطلقت عليك اسم الأحرار.

(٢) سقط في: ز.

(٣) في ز: إذا.

(٤) في ز: الرواية.

النصف الباقي<sup>(١)</sup> وجهان:

أَضَعَفُهُمَا: أنه يعتق - وبه قال أبو حنيفة - إلا أنه قال: يُسْتَسَعَى في الباقي.

في «جَمْعِ الْجَوَامِعِ» لِلْقَاضِي [الرويانى]<sup>(٢)</sup>: أنه لو كان بين شريكين عَبْدٌ فجاء أجنبي وقال لأحدهما: أُعْتِقْ نصيبك عني بكذا. فأعتقه عنه؛ فولأؤه [للأمر]<sup>(٣)</sup>، ويقوم نصيب الشريك على الْمُعْتِقِ دون [الأمر]<sup>(٤)</sup>؛ لأنه أعتقه لغرض نفسه، وهو أَلْعَوْضُ الذي يحصل له، وَأَنَّهُ لو قال أحد الشريكين للآخر: أُعْتِقْ نصيبك عني بكذا. فأعتقه عنه، فَوَلَاؤُهُ لِلْأَمْرِ، ويقوم نصيب الأمر على المعتق حكاه عن الْقَاضِي الطَّبْرِيِّ - وَاللَّهُ أَعْلَمُ -.

(٢) سقط في: ز.

(٤) في ز: الأم.

(١) في ز: الثاني.

(٣) في ز: للأمام.



أما الأركان: فهي: الصَّيغَةُ والأَهْلُ والمَحَلُّ. وترك [ذَكَرَ]<sup>(١)</sup> المحل لوضوحه، واقتصر على الكلام في الأولين:  
أحدهما: الصَّيغَةُ - وفيه مَسْأَلَتَانِ:

إحدهما: ينعقد التَّدْبِيرُ بالصَّرِيحِ وبالكِنَايَةِ مع النَّيَّةِ.

فالصريح: مثل أن يقول: أنت حرٌّ بعد موتي، أو: أَعْتَقْتُكَ أو حَرَّرْتُكَ بعد موتي<sup>(٢)</sup>، أو إذا، أو متى مِتُّ فأنت حرٌّ أو عَتِيقٌ. فإذا مات عتق ولو قال: دَبَّرْتُكَ، أو: أنت مُدَبِّرٌ، فَالنَّصُّ أنه صريح<sup>(٣)</sup>، ويعتق العَبْدُ إذا مات، ونص في الكتابة على أنه إذا

(١) سقط من ز.

(٢) قال الشيخ البلقيني في التصحيح: قوله في الصريح «أعتقتك بعد موتي» ممنوع لوجهين:

أحدهما: أن قوله أعتقتك فعل ماضٍ، والأفعال الماضية لا تكون من أفعال الشرط، وما نزل منزلة الجواب لا يكون إلا وعداً، ولا يكون جواباً لازماً، وقد نص الشافعي - رضي الله عنه - في الأم ما يقتضي ذلك ولو قال إن أعطيتني ألف درهم طلقتك فأعطته ألف درهم، لم يلزمه أن يطلقها، ويلزمه أن يرد الألف عليها، وهذا وعد لإيجاب طلاق، وكذلك إن قال إن أعطيتني ألف درهم طلقتك، ولا يلزمه طلاق بما أعطته حتى يقول إذا أعطيتني ألف درهم فأنت طالق فتعطيه ألف درهم في وقت الخيار، هذا نصه، وهذا قاض بما قرناه من أن قول مالك العبد إن سأعتك إن مت لا يلزم واحد منهما، ولا يلزم تدبير حتى يقول: إذا مت فأنت حر، أو أنت حر إذا مت، وأما قوله: «أنت حر بعد موتي» فإنه ينعقد به التدبير كما ينعقد التعليق فيما لو قال: أنت طالق بعد مضي يوم ونحو ذلك، وأما قوله: «طلقتك بعد يوم» فلا يلزم؛ لأنه ينحل إلى قول إذا مضي يوم طلقتك، وهو غير لازم كما قرناه.

الوجه الثاني: أن قوله: «أعتقتك بعد موتي» كلام محال فلا يعتق عبده بعد الموت، فإن قيل: يملكه بالتعليق بأن يقول إذا مت فأنت حر، قلنا: الذي صدر بعد الموت لا الإعتاق، والإعتاق إنما يحصل بالتعليق، ووجود الصفة، فإن قيل: إذا أوصى بإعتاق عبده بعد موته فإن الموصى إليه بعنقه بعد الموت قلنا: إعتاق الوصي بعد الموت بعبارة ينشئها بالإعتاق، والعتق الموصى لا الميت، ولو كان قوله أعتقتك بعد موتي على معنى أوصيت بإعتاقك بعد موتي لكان ينبغي أن يكون وصية قطعاً والمصحح عندي أنه تعليق عتق نصفه وظهر من ذلك أن قول المالك لعبده أعتقتك بعد موتي لا ينعقد به تدبير ولا وصية بإعتاقه وهذه الصيغة ذكرها المصنف وذكر معها حررتك بعد موتي، وهما في الرد سواء، واتبع الرافعي في هذا البغوي فإنه ذكر في التهذيب ذلك ولم أر ذلك في غير تهذيب البغوي.

(٣) قال في الخادم: نقل الرافعي في باب الكتابة عن الشيخ أبي حامد أن أبا إسحاق قال لو كان الرجل حديث عهد بالإسلام أو جاهلاً بالأحكام لا يعرف التدبير لا ينعقد بمجرد لفظ التدبير حتى ينضم إليه نية أو زيادة لفظ وهذا الظاهر أنه طريقة أخرى لصورة المسألة، فإن الماوردي قال إذا كان التدبير صريحاً ثبت حكمه في كل من تلفظ به في عبده سواء عرف حكمه أم لا كصريح العتق والطلاق، ثم حكى مقاله أبي إسحاق قال وهو غلط؛ لأن صريح الطلاق وكتابته يستوي فيه =



قال: كَاتِبْتُكَ عَلَى كَذَا لَمْ يَكْفِ حَتَّى يَقُولَ: فَإِذَا أَدَيْتِ فَأَنْتِ حُرٌّ، أَوْ يَنْوِيهِ. وَفِيهِمَا طَرِيقَانِ لِلأَصْحَابِ؛ نَقَلَ نَاقِلُونَ الجَوَابَ<sup>(١)</sup> فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ العَقْدَيْنِ إِلَى الآخرِ، وَخَرَّجُوهُمَا عَلَى قَوْلَيْنِ:

أحدهما: أَنَّهُمَا صَرِيحَانِ لِاشْتِهَارِهِمَا فِي مَعْنِيهَا اشْتِهَارَ البَيْعِ وَالهِبَةِ، وَسَائِرِ العُقُودِ فِي مَعَانِيهَا.

والثاني: كُنَايَتَانِ؛ لِخُلُوقِهِمَا عَنِ لَفْظِ العِتْقِ وَالْحُرِّيَةِ، وَلَا يَكَادَانِ يَسْتَعْمَلَانِ عَنِ إِنْشَاءِ العَقْدِ، إِلَّا مَعَ التَّعَرُّضِ لِلْحُرِّيَةِ.

وأظهرهما: الجَرَيَانُ عَلَى النِّصْنِ، وَفَرَّقُوا بَيْنَهُمَا بِوَجْهَيْنِ:

[أصحهما]<sup>(٢)</sup>: أَنَّ التَّدْبِيرَ ظَاهِرٌ المَعْنَى، مَشْهُورٌ عِنْدَ كُلِّ أَحَدٍ، [وَالكُنَايَةَ]<sup>(٣)</sup> كَمَعْنَاهَا لَا يَعْرِفُهَا إِلَّا الخَوَاصُّ.

والثاني: أَنَّ التَّدْبِيرَ كَانَ مَعْرُوفاً فِي الجَاهِلِيَّةِ فِي مَعْنَاهِ، وَالشَّرْعُ قَدْ قَرَّرَهُ، وَلَا يَسْتَعْمَلُ فِي مَعْنَى آخَرَ، وَالكِتَابَةُ تَقَعُ عَلَى العَقْدِ المَعْلُومِ، وَعَلَى المُخَارَجَةِ، وَهِيَ أَنْ يُوظَّفَ عَلَى العَبْدِ الكَسُوبُ كُلُّ يَوْمٍ خَرَاجاً، وَلَا يَعْتَقُ بِهِ، فَلَا بَدَّ مِنَ التَّمْيِيزِ بِاللَّفْظِ أَوْ النِّيَّةِ، وَالكُنَايَةَ؛ مِثْلَ أَنْ يَقُولَ: خَلَيْتُ سَبِيلَكَ بَعْدَ مَوْتِي، وَيَنْوِي العِتْقَ.

ولو قال: دَبَّرْتُ نِصْفَكَ، أَوْ رُبْعَكَ. صَح. وَإِذَا مَاتَ عِتْقَ ذَلِكَ الجُزْءِ وَلَمْ يَسْرِ.

ولو قال: دَبَّرْتُ يَدَكَ، أَوْ رَجْلَكَ. فَعِن القَاضِي الحُسَيْنِ: أَنَّ فِيهِ وَجْهَيْنِ، بِنَاءً عَلَى أَنَّ قَوْلَ القَائِلِ: زَنِي يَدَكَ هَلْ يَكُونُ قَدْفَأ؟ فِيهِ وَجْهٌ: يَصِحُّ، وَيَكُونُ كُلُّهُ مُدْبِرًا. وَفِي وَجْهِ يَلْتَعُو. وَعَنْ «الأم» أَنَّهُ لَوْ قَالَ: أَنْتِ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي، أَوْ لَسْتَ بِحُرٍّ. لَا يَصِحُّ التَّدْبِيرُ، كَمَا لَا يَحْصُلُ العِتْقُ، إِذَا قَالَ: أَنْتِ حُرٌّ، أَوْ لَسْتَ بِحُرٍّ، وَالتَّلَاقُ إِذَا قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، أَوْ لَسْتَ بِطَالِقٍ.

المسألة الثانية: يَصِحُّ التَّدْبِيرُ مُطْلَقاً، وَهُوَ أَنْ يُعْلَقَ العِتْقُ بِالمَوْتِ بِلا شَرْطٍ، وَيَفِيدُ الشَّرْطَ فِي المَوْتِ؛ مِثْلَ أَنْ يَقُولَ: إِنْ قُتِلْتُ أَوْ مِتُّ حَتْفَ أَنْفِي، أَوْ مِتُّ مِنْ مَرَضِي هَذَا، أَوْ فِي سَفَرِي هَذَا، أَوْ فِي هَذَا الشَّهْرِ، أَوْ فِي هَذَا البَلَدِ، فَأَنْتِ حُرٌّ، فَإِنَّ مَاتَ عَلَى الصِّفَةِ المَذْكُورَةِ، فَيُعْتَقُ، وَإِلَّا فَلَا.

= الجاهل والعالم وكذلك التدبير، انتهى. غير أن ما قاله أبو إسحاق قوي جداً فإن لفظ التدبير لإرادة العتق بعد الموت لا يعرفه إلا الفقهاء بخلاف صريح الطلاق والعتق، انتهى.

(٢) في ز: أضعفهما.

(١) في أ: قائلون.

(٣) في ز: والكتابة.

وفي «جمع الجوامع» للرويانبي: أنه قال في «البونيطي»: إذا قال: أنت حرٌّ إن ميتٌ من مَرَضِي هذا، أو في سفري هذا، فمات من مَرَضِيهِ، أو في سَفَرِهِ، كان حُرّاً، لكنه وَصِيَّتُهُ، وليس بِتَدْبِيرٍ. ونقل القاضي ابنُ كَجٍّ مثلهُ عن النَّصِّ، ويمكن أن يكون هذا مصيِّراً إلى أن التدبير هو تَغْلِيْقُ العِتْقِ بِمُطْلَقِ الموت، وأنه<sup>(١)</sup> لا يَنْقَسِمُ إلى مُطْلَقٍ ومُقَيَّدٍ، والظاهر الأوَّل.

وتظهر فائدةُ الخلاف في الرُّجُوعِ على ما سيأتي إن شاء اللهُ تعالى.

ولو قال: إذا ميتٌ ومضى شهرٌ، أو يومٌ، فأنت حر، أو قال: أنت حرٌّ بعد موتي بيومٍ، فيعتق العبدُ بعد يومٍ من مَوْتِهِ، ولا يحتاج إلى إِنْشَاءٍ إعتاق<sup>(٢)</sup> بعد المَوْتِ.

وقال أبو حَنِيفَةَ: لا بُدَّ من مُبَاشَرَةِ الإِعتَاقِ بعد موته بيومٍ، وكأنه أَوْصَى بِإِعتَاقِهِ. وسياق الكتاب [يُشْعِرُ]<sup>(٣)</sup> بِعَدِّ هذه الصُّورَةِ من التدبير المُقَيَّدِ، فإنه قال: «والتدبير المُقَيَّدُ كالمُطْلَقِ، وهو أن يقول: إن قُتِلْتُ أو مِتُّ من مَرَضِي هذا، فأنت حر، أو أنت حرٌّ بعد موتي بيومٍ». وَعَدَّ الصَّيْدَلَانِيُّ قوله: إذا ميتٌ، ودخلت الدار، فأنت حرٌّ. وقوله: إذا ميتٌ ومضى شهرٌ، فأنت حرٌّ - من التدبير المُطْلَقِ، من حيث إنه لم يَعْتَبَرْ من نفس الموت شَرْطاً.

والذي أوردَهُ أكثرهم، منهم الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ والقَاضِيَانِ: ابنُ كَجٍّ، والرويانبي، وابن الصبَّاح - رحمهم الله - أن ذلك ليس من التَّدْبِيرِ المطلق، ولا المُقَيَّدِ، وقالوا: مَهْمَا عَلَّقَ العِتْقُ بصفة بعد الموت، كقوله: إذا ميتٌ، وشِئْتَ الحُرِّيَّةَ، أو شاء فلان، أو إن ميتٌ، ثم دَخَلْتَ الدار، فأنت حر، أو أنت حرٌّ بعد موي، أو إذا خَدَمْتَ ابني سَنَةَ، فذلك ليس بِتَدْبِيرٍ، وإنما هو كَسَائِرِ التَّغْلِيْقَاتِ.

ويجوز تَغْلِيْقُ التدبير، كما يجوز تَغْلِيْقُ العتق؛ وذلك مثل أن يقول: إذا، أو متى دخلت الدار، فأنت حر، [أو أنت]<sup>(٤)</sup> بعد موتي، أو: فأنت مُدَبَّرٌ. فإذا دخل الدار صار مُدَبَّراً، ولا يشترط الدُخُولُ في الحال، ولكن يشترط حُصُولُهُ في حَيَاةِ [السيد]<sup>(٥)</sup>، كما في سائر الصِّفَاتِ المُعْلَقِ عَلَيْهَا، فلو مات السَّيِّدُ قبل<sup>(٦)</sup> الدخول، فلا تدبير، وَيُلْغَوُ التعليق، إِلَّا أن يُصْرَحَ، فيقول: إذا دَخَلْتَ الدار بعد موتي، أو إذا ميتٌ، ثم دَخَلْتَ الدار، فأنت حرٌّ، فإنما يُعْتَقُ بالدخول بعد الموت.

وَأَبْدَى الإمامُ في تعليق العتق بالدخول بعد المَوْتِ اِحْتِمَالاً مِنْ طَرِيقِ المعنى، وذكر أنه رَمَزَ إليه القاضي، ولا يشترط المُبَادَرَةُ إليه بعد الموت، بل متى دَخَلَ عتق،

(٢) في أ: عتق.

(٤) سقط في: ز.

(٦) في أ: بعد.

(١) في أ: فإنه.

(٣) سقط في: ز.

(٥) في أ: الموصى.

ولو قال: إذا مِتُّ، ودخلت الدار، فأنت حر. قال في «التهديب»: يُشترط الدخول بعد الموت، إلا أن يريد الدخول قبله. ولو قال: إذا مِتُّ، فدخلت الدار، أو إذا مِتُّ، فأنت حر إن دخلت الدار، فعلى ما سَنذكرُ في التعليق بالمسيئة.

ولو قال الشريكان للعبد المُشترَك: إذا مِتْنَا فأنت حر، فلا يعتق العبد، ما لم يموتا جميعاً، [إما]<sup>(١)</sup> على الترتيب، أو معاً؛ لأنهما علَقا عتقه. بموتهما.

ثم إن ماتا معاً، ففي «الكافي» للروائي وَجَهٌ: أن الحاصل عتق تَدبيرٍ؛ لانتصاليه بالموت، والظاهر أنه عتق بحصول الصفة؛ لتعلق العتق [بموته، وموت غيره، والتدبير أن يعلق العتق]<sup>(٢)</sup> بموت نفسه.

وإن ماتا على الترتيب: فعن أبي إسحاق: أنه لا تَدبير أيضاً، والظاهر أنه إذا مات أحدهما، يصير نصيب الثاني مُدبراً؛ لتعلق العتق بموته، وكأنه قال: إذا مات شريكي، فنصيب منك مُدبرٌ، ونصيب الميت لا يكون مُدبراً، وهو بين الموتين للورثة، فلهم التصرف فيه بما لا يزيل الملك؛ كالاستخدام والإجارة، وليس لهم بيعه؛ لأنه صار مُستحق العتق بموت الشريك الآخر، وكذا إذا قال: إن<sup>(٣)</sup> دخلت الدار بعد موتي فأنت حرٌ، ليس للوارث بيعه بعد الموت، وقبل الدخول؛ إذ ليس له إنطال تعليق الميت، وإن كان له أن يبطله، كما لو أوصى لإنسان بشيء، ومات لا يجوز للوارث بيعه، وإن كان للموصى أن يبيعه.

وكذا من أعار، له الرجوع في العارية. ولو قال: أغيروا دارِي من فلان، بعد موتي شهراً، وجب تنفيذ وصيته، ولم يملك الوارث الرجوع عن هذه العارية. هذا أظهر الوجهين.

وفي صورتين وَجَهٌ [آخر]<sup>(٤)</sup> ينسب إلى صاحب «التقريب» أن للورثة بيعه؛ لأن أحد شرطَي العتق لم يوجد، فصار كما إذا قال: إن أكلت هذين الرغيفين فأنت حر، فأكل أحدهما، لا يمتنع بيعه. وفي كَسب العبد بين موتيهما وجهان: أحدهما: أنه مغدودٌ من تركة الميت.

وأظهرهما: أنه للوارث خاصة، وربما بُني الوجهان على الخلاف في جواز البيع، إن جوزناه فهو للوارث، وإلا فمن التركة.

وإذا عرفت ما ذكرناه، فلك أن تعلم قوله في الكتاب: «وقيل: إن لفظ «التدبير»

(١) سقط في: ز.

(٢) سقط في: ز.

(٣) في ز: إذا.

(٤) سقط في: ز.

كِنَايَةً» بالواو للطريقة القاطعة، ويجوز أن يُعَلَمَ قوله: «والتدبير المقيد كالمُطَلَقِ» لما سنذكر في الرجوع عن التَّدْبِيرِ.

وقوله: «ولا يحتاج إلى الإنشاء» بالحاء وقوله: «ولكن ليس للوارث بِيَعُهُ» بالواو. وكذا قوله: «فإنه لا يبيعه قبل الدخول». وقوله: «كما لو قال: «إن دخلت الدار بعد موتي...» إلى آخره ليس أصلاً مُتَّفَقاً عليه.

فرع:

عن نَصَبِهِ - رضي الله عنه - في «الأم»: أنه لو قال الشريكان للعبد: أنت حَبِيسٌ على آخِرِنَا مَوْتًا، فإذا مات عتقت، فهو كما لو قال: إذا مِتْنَا فَأَنْتَ حُرٌّ، إِلَّا أَنْ هُنَاكَ الْمَنْفَعَةُ بَيْنَ الْمَوْتَيْنِ لِوَرَثَةِ الْأَوَّلِ.

وها هنا هي للآخر، وكذلك الكَسْبُ، وكان أولهما مَوْتًا أَوْصَى لِآخِرِهِمَا مَوْتًا.

ولو قال أحد الشَّرِيكَيْنِ: إذا مِتُّ فَأَنْتَ حُرٌّ، فإذا مات عتق نصيبه ولم يَسِرْ.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: وَلَوْ قَالَ: أَنْتَ مُدَبَّرٌ إِنْ شِئْتَ صَارَ مُدَبَّرًا إِنْ شَاءَ عَلَى الْفَوْرِ، وَإِنْ قَالَ: مَتَى شِئْتَ لَمْ يَشْتَرِطِ الْفَوْرَ، لَكِنْ لَا بُدَّ مِنَ الْمَشِيئَةِ فِي الْحَيَاةِ، إِلَّا إِذَا قَالَ: إِنْ شِئْتَ بَعْدَ الْمَوْتِ، فَلَا يَشْتَرِطُ الْفَوْرَ بَعْدَ الْمَوْتِ، وَإِذَا قَالَ: إِنْ مِتُّ فَأَنْتَ حُرٌّ إِنْ شِئْتَ، فَيَكْفِي مَشِيئَتَهُ فِي الْحَيَاةِ فِي وَجْهِهِ، وَيَكْفِي الْمَشِيئَةَ بَعْدَ الْمَوْتِ فِي وَجْهِهِ، وَلَا بُدَّ مِنْهُمَا فِي وَجْهِهِ، وَلَوْ قَالَ: إِنْ رَأَيْتَ الْعَيْنَ فَأَنْتَ حُرٌّ، عَتِقَ بِكُلِّ مَا يُسَمَّى عَيْنًا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ: أَنْتَ حُرٌّ إِنْ شِئْتَ، فَإِنَّمَا يُعْتَقُ إِذَا شَاءَ عَلَى الْفَوْرِ، كَمَا لَوْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ: أَنْتَ طَالِقٌ إِنْ شِئْتَ.

وعن صاحب «التقريب» والشيخ أبي علي روايةً وَجْهِهِ: أَنْ الْفَوْرَ لَا يَشْتَرِطُ، كَمَا لَوْ قَالَ: إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ. وَهَذَا الْوَجْهُ جَارٍ فِي الطَّلَاقِ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ هُنَاكَ.

ولو عَلَّقَ التَّدْبِيرَ بِمَشِيئَةِ الْعَبْدِ، فَقَالَ: أَنْتَ مُدَبَّرٌ إِنْ شِئْتَ، أَوْ: دَبَّرْتُكَ إِنْ شِئْتَ، أَوْ قَالَ: إِنْ شِئْتَ فَأَنْتَ مُدَبَّرٌ، أَوْ: فَأَنْتَ حُرٌّ إِذَا مِتُّ، أَوْ مَتَى مِتُّ، فَلَا يَصِيرُ مُدَبَّرًا إِلَّا بِالْمَشِيئَةِ. وَالظَّاهِرُ: اشْتِرَاطُ الْفَوْرِ فِيهَا، وَفِيهِ الْوَجْهُ الضَّعِيفُ.

ولو قَالَ: مَتَى شِئْتَ، أَوْ مَهْمَا شِئْتَ، فَلَا يَشْتَرِطُ الْفَوْرَ، وَيَصِيرُ مُدَبَّرًا مَتَى شَاءَ، وَفِي الْحَالَتَيْنِ يَشْتَرِطُ الْمَشِيئَةَ فِي الْحَيَاةِ، كَسَائِرِ الصِّفَاتِ الْمُعَلَّقِ عَلَيْهَا، إِلَّا إِذَا عَلَّقَ صَرِيحًا بِالْمَشِيئَةِ بَعْدَ الْمَوْتِ، فَإِنَّمَا يَخْضُلُ الْعَتَقُ بِمَشِيئَةِ بَعْدَ الْمَوْتِ، وَلَا يَمْنَعُ الْامْتِنَاعُ فِي الْحَيَاةِ مِنَ الْمَشِيئَةِ بَعْدَ الْمَوْتِ، ثُمَّ يُنْظَرُ فِي لَفْظِ التَّعْلِيقِ؛ إِنْ قَالَ: أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي إِنْ شِئْتَ بَعْدَ الْمَوْتِ، أَوْ اقْتَصَرَ عَلَى قَوْلِهِ: إِنْ شِئْتَ، وَقَالَ: أَرَدْتُ بَعْدَ الْمَوْتِ،

فالمذكور في الكتاب: أنه لا يُشترطُ الفَوْرُ بعد الموت لأنها إذا تأخرت عن الخِطَابِ، واعتبر وقوعها بعد الموت، لم يكن في [اشتراط<sup>(١)</sup>] اتِّصَالِهَا بالموت معنى، ولذلك لا يُشترطُ في قَبُولِ الوَصِيَّةِ.

ونفى الإمامُ الخِلافَ في ذلك، لكن في «التهديب» وغيره ذِكرُ وجهين، فيما إذا قال: إذا مِتُّ وشئتُ بعد موتي، فأنت حر - أن المَشِيئَةَ تكون على الفَوْرِ أو التَّرَاخِي، والصُّورة كالصُّورة. ولو قال: إذا مِتُّ فشئت، فأنت حُرٌّ، فهل يشترطُ اتِّصَالُ المَشِيئَةِ بالموت؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا - كما لو قال: أنت حُرٌّ بعد موتي إن شئت، وأراد إيقاعَ المَشِيئَةِ بعد الموت.

والثاني: نعم - لأن «الفاء» تقتضي التَّعْقِيبَ من غير تَخَلُّلٍ فَضْلٍ، والأولُ أَصَحُّ عند الصَّيْدَلَانِيّ، وبالثاني أجاب الأَكْثَرُونَ<sup>(٢)</sup>.

ويجري الخِلافُ في سائر التعليلات؛ مثل أن يقول: إن دَخَلْتُ الدارَ، وكَلَمْتُ زيدا، فأنت طالق، هل يشترطُ اتِّصَالُ الكلامِ بالدخول؟ ولو قال: إذا مِتُّ فمتي<sup>(٣)</sup> شئتُ فأنت حر، فلا يشترطُ اتِّصَالُ المَشِيئَةِ بالموت بلا خلاف.

ولو قال: إذا مِتُّ فأنت حُرٌّ إن شئت، أو قال: أنت حر إذا مِتُّ إن شئت، فيحتمل أن يُرادَ بهذا اللَّفْظِ المَشِيئَةَ في الحياة، ويحتمل أن يراد به المَشِيئَةُ بعد الموت، فيراجع ويعمل بمُقْتَضَى إرادته؛ فإن قال: أَطَلَقْتُ ولم أتو شيئا، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يحمل اللَّفْظَ على المَشِيئَةِ في الحياة؛ لأن قوله: إذا مِتُّ فأنت حر، بِمِثَابَةِ قوله: دَبَّرْتُكَ. ولو قال: دَبَّرْتُكَ إن شئت أو إذا شِئْتَ اغْتَبِرَتِ المَشِيئَةُ في الحياة، فكذلك ما هنا، فعلى هذا يكفي العِنُقُ المَشِيئَةَ في حياة السَّيِّدِ، ويعتبر أن يشاء على الفَوْرِ على الظاهر.

والثاني: أنه يحمل على المَشِيئَةِ بعد موت السَّيِّدِ؛ لأنه أَخْرَجَ ذِكرَ المَشِيئَةِ عن ذكر الموت [فالسابق]<sup>(٤)</sup> إلى الفَهْمِ منه المَشِيئَةُ بعد الموت، وهذا ما أجاب به أكثرهم؛ منهم أصحابنا الجَرَّائِيُّونَ، وشرطوا أن تكون المَشِيئَةُ بعد الموت على الفَوْرِ، وَقَضِيَّةٌ ما ذكره في الكتاب من قبل الأَليَّ يشترطُ الفَوْرَ.

والثالث: الأَليَّ يحصل العِنُقُ، إلا أن يَشَاءَ في الحياة، وَيَشَاءَ بعد الموت أيضاً؛ لأن

(٢) في ز: الكثيرون.

(٤) سقط في: ز.

(١) في ز: شرائط.

(٣) في أ: حتى.

اللفظ مُتَرَدِّدٌ بَيْنَ الْمَعْنَيْنِ، فَإِنْ لَمْ يَتَحَقَّقَا، لَمْ تَحْصُلِ الثَّقَةُ بِالْعَتَقِ، وَلِيُنَجِرَ هَذَا الْخِلَافُ فِي سَائِرِ التَّعْلِيقاتِ؛ مِثْلَ أَنْ يَقُولَ: إِذَا دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتَ طَالِقٌ إِنْ كَلِمْتَ فَلاناً؛ أُعْتَبِرَ الْكَلَامَ بَعْدَ الدَّخُولِ أَمْ قَبْلَهُ؟ وَنَشَأَ مِنْ هَذَا الْمُتَنَهَى إِشْكَالٌ فِي شَيْءٍ، وَهُوَ: أَنَّ الرَّجُلَ لَوْ قَالَ لِعَبْدِهِ: إِنْ رَأَيْتَ الْعَيْنَ فَأَنْتَ حُرٌّ، وَالْعَيْنُ اسْمٌ مُشْتَرِكٌ بَيْنَ الْبَاصِرَةِ، وَعَيْنِ الْمَاءِ، وَالْدِينَارِ، وَأَحَدِ الْإِخْوَةِ مِنَ الْأَبِّ وَالْأُمِّ، وَلَمْ يَنْوِ الْمَعْلَقُ شَيْئاً؛ فَهَلْ يُعْتَقُ الْعَبْدُ إِذَا رَأَى شَيْئاً مِنْهَا؟ فِيهِ تَرَدُّدٌ، وَالْوَجْهَ الْحُكْمُ بِأَنَّهُ يُعْتَقُ، وَبِهِ يَضَعُفُ اغْتِبَارُ الْمَشِيئَتَيْنِ فِي مَسْأَلَةِ الْمَشِيئَةِ.

وَلَكَّ أَنْ تَقُولَ: إِنْ لَمْ تَكُنِ الْمَسْأَلَةُ وَرَآنَ الْمَسْأَلَةَ، فَلَا التَّزَامَ، وَإِنْ كَانَتْ وَرَآنَهَا، فَلِيَحْصُلَ الْعِتْقُ بِالْمَشِيئَةِ فِي الْحَيَاةِ وَخَدَهَا هَذَا<sup>(١)</sup> وَجْهًا، وَبِالْمَشِيئَةِ بَعْدَ الْمَوْتِ وَخَدَهَا، كَمَا فِي مَسْأَلَةِ الْعَيْنِ، وَهَذَا وَجْهٌ وَرَاءَ الْوَجْهِ الثَّلَاثَةُ، ثُمَّ الْأَشْبَهُ أَنْ اللفظ المُشْتَرَكُ لَا يُرَادُ بِهِ جَمِيعُ مَعَانِيهِ، وَلَا يَحْمَلُ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ عَلَى جَمِيعِهَا، وَيُمْكِنُ أَنْ يُؤَمَّرَ بِتَعْيِينِ أَحَدِهِمَا، وَمَهْمَا اعْتَبِرَ الْمَشِيئَةَ بَعْدَ الْمَوْتِ عَلَى الْفَوْرِ، فَأَخَّرَهَا بَطْلَ التَّعْلِيْقِ، وَإِذَا لَمْ يَعْتَبِرَ الْفَوْرَ، كَمَا لَوْ قَالَ: فَأَنْتَ حُرٌّ مَتَى شِئْتَ - فَعِنَ الْقَاضِي أَبِي حَامِدٍ: أَنَّهُ تُعْرَضُ عَلَيْهِ الْمَشِيئَةُ، فَإِنْ امْتَنَعَ، فَلِلْوَرِثَةِ بَيْعُهُ، وَكَذَا لَوْ عُلِقَ بِدُخُولِ غَيْرِهِ بَعْدَ الْمَوْتِ، يُعْرَضُ عَلَيْهِ الدَّخُولُ، وَهَذَا كَمَا أَنَّهُ يُقَالُ لِلْمَوْصِي لَهُ: إِمَّا أَنْ تَقْبَلَ، وَإِمَّا أَنْ تَرُدَّ.

وَهَلْ لِلْوَرِثَةِ بَيْعُهُ قَبْلَ الْمَشِيئَةِ وَعَرْضُهَا عَلَيْهِ؟

فِيهِ الْخِلَافُ الْمَذْكُورُ فِي الْفَضْلِ السَّابِقِ، وَلِيَعْلَمَ مِنْ لَفْظِ الْكِتَابِ قَوْلُهُ: «عَلَى الْفَوْرِ» بِالْوَاوِ، وَكَذَا قَوْلُهُ: «فَلَا يَشْتَرُطُ الْفَوْرَ بَعْدَ الْمَوْتِ»، وَقَوْلُهُ: «عَتَقَ بِكُلِّ مَا يُسَمَّى عَيْناً». وَقَدْ أَشَارَ فِي «الْوَسِيْطِ» إِلَى الْخِلَافِ فِيهِ، كَمَا أَبْدَى الْإِمَامُ التَّرْدُّدَ.

فروع:

لَوْ قَالَ: إِنْ شَاءَ فُلَانٌ وَفُلَانٌ، فَعَبْدِي حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي لَمْ يَكُنْ مُدَبَّرًا، إِلَّا إِذَا شَاءَا جَمِيعًا. وَلَوْ قَالَ: إِذَا مِتُّ فَشِئْتَ، فَأَنْتَ مُدَبَّرٌ. فَهَذَا لَعُو<sup>(٢)</sup>؛ لِأَنَّ التَّدْبِيرَ لَا يَخْصُلُ بَعْدَ الْمَوْتِ. وَكَذَا لَوْ قَالَ: «إِذَا مِتُّ فَدَبَّرُوا هَذَا الْعَبْدَ».

وَلَوْ قَالَ: إِذَا مِتُّ فَعَبْدٌ مِنْ عِبِيدِي حُرٌّ، وَمَاتَ وَلَمْ يُبَيِّنْ أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ.

وَعَنْ نَصِّهِ فِي «الْأُمِّ»: أَنَّهُ لَوْ قَالَ: إِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ بَعْدَ مَوْتِي فَأَنْتَ حُرٌّ لَا يُعْتَقُ

(١) فِي أ: فِي.

(٢) هَذَا الَّذِي قَالَ فِيهِ نَظْرٌ، وَالْأَشْبَهُ الصَّحَّةُ، فَإِنَّ الْمَعْنَى فَأَنْتَ مَدْبِرُ الْآنَ وَحَمَلُ الْكَلَامِ عَلَى الْإِعْمَالِ أَوْلَى مِنَ الْإِهْمَالِ لَا سِيْمَا إِذَا كَانَ الْقَاتِلُ يَجْهَلُ أَنَّ الْفَاءَ لِلتَّعْقِيبِ، وَقَدْ قَالَ الدَّارِمِيُّ: لَوْ قَالَ إِنْ فَعَلْتَ كَذَا بَعْدَ مَوْتِي فَأَنْتَ مَدْبِرُ فَعَلَّ بَعْدَ مَوْتِهِ عَتَقَ.

إِلَّا بِقِرَاءَةِ جَمِيعِ الْقُرْآنِ، وَلَوْ قَالَ: إِذَا قَرَأْتَ قُرْآنًا يُغْتَقَى بِقِرَاءَةِ بَعْضِ الْقُرْآنِ، وَالْفَرْقُ التَّعْرِيفُ وَالتَّنْكِيزُ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الرَّحْمَنُ الثَّانِي: الْأَهْلُ، وَلَا يَصِحُّ التَّدْبِيرُ مِنَ الْمَجْثُونِ وَعَنِ الْمُمَيِّزِ، وَمِنَ الْمُمَيِّزِ قَوْلَانِ، وَمِنَ السَّفِيهِ يَنْفَذُ، وَقِيلَ قَوْلَانِ، وَمِنَ الْمُزْتَدِّ يُبْنَى عَلَى أَقْوَالِ الْمَلِكِ، وَإِنْ دَبَّرَ ثُمَّ أَرْتَدَّ لَمْ يَبْطُلْ، وَقِيلَ: يُبْنَى عَلَى أَقْوَالِ الْمَلِكِ، وَإِذَا بَطَلَ فَإِنْ أَسْلَمَ عَادَ، وَقِيلَ: يُبْتَنَى عَلَى عَوْدِ الْحِنِثِ، فَإِذَا مَاتَ مُزْتَدًّا، وَقُلْنَا: يَصِحُّ تَدْبِيرُهُ نَفَذًا مِنْ الثُّلُثِ، وَإِنْ كَانَ الْمَالُ لِلْقَيْءِ، وَالْكَافِرُ الْأَصْلِيُّ يَصِحُّ تَدْبِيرُهُ، وَلَكِنْ لَوْ أَسْلَمَ مُدْبِرُهُ يَبَاغُ عَلَيْهِ فِي قَوْلٍ، وَفِي قَوْلٍ: يُسْتَكْسَبُ لَهُ كَالْمُسْتَوْلَدَةِ، وَالْمُكَاتَبُ كَالْمُسْتَوْلَدَةِ، وَقِيلَ كَالْمُدْبِرَةِ، وَإِذَا دَبَّرَ نَصِيْبَهُ مِنْ عَبْدٍ مُشْتَرَكٍ لَمْ يَسِرْ إِلَى الْبَاقِي.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْفَصْلُ يَشْتَمِلُ عَلَى صُورٍ:

إِحْدَاهَا: لَا يَصِحُّ تَدْبِيرُ الْمَجْثُونِ، وَالصَّبِي الَّذِي لَا يُمَيِّزُ، وَفِي تَدْبِيرِ الصَّبِيِّ الْمُمَيِّزِ قَوْلَانِ، كَمَا فِي وَصِيَّتِهِ، وَقَدْ ذَكَرْنَا هُمَا فِي «الْوَصِيَّةِ». وَالْأَظْهَرُ: الْمَنْعُ، وَبِهِ قَالَ الْمَزْنِيُّ<sup>(١)</sup>.

وَعَنْ نَصِهِ فِي «الْبُيُوطِيِّ» أَنَّهُ قَالَ: إِذَا ثَبَّتَ حَدِيثَ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فَتَدْبِيرُهُ جَائِزٌ، وَإِلَّا فَلَآ، وَالْحَدِيثُ مَا رَوَى عَنْ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّهُ أَجَازَ وَصِيَّةَ غُلَامٍ لَهُ عَشْرَ سِنِينَ<sup>(٢)</sup>.

وَعَنْ مَالِكٍ رَوَايَتَانِ كَالْقَوْلَيْنِ، وَالْأَشْهَرُ: الْجَوَازُ، وَإِذَا صَحَّحْنَا تَدْبِيرَهُ، فَيَصِحُّ رَجُوعُهُ عَنْهُ بِالْقَوْلِ، إِنْ قُلْنَا: إِنْ التَّدْبِيرُ يَقْبَلُ الرَّجُوعَ بِالْقَوْلِ.

وَفِي تَعْلِيقَةِ إِبْرَاهِيمَ الْمَرُورِيِّ [فِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ]<sup>(٣)</sup> وَإِنْ قُلْنَا: لَا يُمْكِنُ الرَّجُوعُ عَنْهُ بِالْقَوْلِ، لَمْ يَصِحَّ فِيهِ التَّصَرُّفُ الَّذِي يَحْصُلُ بِهِ الرَّجُوعُ، وَلَكِنْ يَقُومُ الْوَلِيُّ فِي ذَلِكَ مَقَامَهُ، فَإِذَا رَأَى الْمَضْلَحَةَ فِي بَيْعِهِ بَاعَهُ، وَأَبْطَلَ التَّدْبِيرَ.

وَفِي تَدْبِيرِ السَّفِيهِ الْمَخْجُورِ عَلَيْهِ طَرِيقَانِ:

أَظْهَرُهُمَا: وَبِهِ قَالَ ابْنُ سُرَيْجٍ، وَأَبُو إِسْحَاقَ، وَابْنُ سَلَمَةَ، وَغَيْرُهُمْ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ -: الْقَطْعُ بِصِحَّتِهِ، لِأَنَّهُ صَحِيحٌ الْعِبَارَةِ، وَلَا ضَرَرَ عَلَيْهِ فِي التَّدْبِيرِ.

(١) هَذَا صَحْحُهُ الْمَرَاوِزَةُ لَكِنْ رَجَّحَ كَثِيرُونَ مِنْهُمْ الْقَاضِي أَبُو حَامِدٍ وَالْمَحَامِلِيُّ فِي التَّجْرِيدِ وَسَلِيمٌ فِي الْمَجْرَدِ وَغَيْرُهُمْ، وَجُزِمَ بِهِ صَاحِبُ الْخِصَالِ وَصَحْحُهُ الْفَارُوقِيُّ وَابْنُ عَصْرُونَ.

(٢) تَقَدَّمَ فِي الْوَصَايَا.

(٣) سَقَطَ فِي: ز.

والثاني: وبه قال الحسن<sup>(١)</sup> بن القَطَّانِ - أنه على القَوْلَيْنِ في تَدْبِيرِ الصَّبِيِّ المُمَيِّزِ .  
وعن «المنهاج» للشيخ أبي محمد: أن ظَاهِرَ كَلَامِ الشَّافِعِيِّ - رضي الله عنه - يُؤَافِقُ  
هذه الطَّرِيقَةَ .

وإذا قلنا بالصحة، فرجوعه كما ذكرنا في حَقِّ الصَّبِيِّ .  
وتدبير المُفْلِسِ المَخْجُورِ عليه كإعتاقه، وقد سبق في التَّفْلِيسِ<sup>(٢)</sup> .  
وفي تدبير السُّكْرَانِ الخِلافِ المذكور في سائر تَصَرُّفَاتِهِ<sup>(٣)</sup> .  
الثانية: تدبير المُرْتَدِّ يُبْنَى على الأقوال في مِلْكِهِ؛ إن قلنا: إن مِلْكَهُ باقٍ، صَحَّ  
تدبيره، وبه قال المُرْزِيُّ .

وإن قلنا: زَائِلٌ لم يصح .  
وإن قلنا: موقوف، فالتدبير أيضاً مَوْقُوفٌ، إن عاد إلى الإسلام بَأَثِّ صِحَّتِهِ، وإن  
هلك على الرُّدَّةِ بَانَ فَسَادُهُ .

وفي طريقة الصيدلاني قول آخر: أنه يَبْطُلُ التَّدْبِيرُ، وإن قلنا: إن المِلْكَ موقوف .  
ثم عن أبي الطَّيِّبِ بن سلمَةَ: أن البناء على الأقوالِ فيما إذا حَجَرَ القاضي عليه .  
فأما قبل الحَجْرِ، فيصح تَدْبِيرُهُ بلا خلاف .

وعن أبي إِسْحَاقَ: أن الأقوال فيما قبل الحَجْرِ، فأما إذا حَجَرَ عليه، فلا يصح  
تَدْبِيرُهُ بلا خلاف، وعن غيرهما طَرْدُ الأقوال في الحَالَتَيْنِ، وقد ذكرنا في «باب الرُّدَّةِ»  
أن صاحب «التهديب» قد جعل الوَقْفَ أَصَحَّ .

ويروي بعضهم أن الشافعي - رضي الله عنه - قال: أَشْبَهُه الأقوال بالصحة زوال  
المملك [بنفس]<sup>(٤)</sup> الرُّدَّةِ، وبه أقول: ولو دَبَّرَ عَبْدًا، ثم ازْتَدَّ، ففيه ثلاثة طرق:  
أحدها: وبه قال أبو إِسْحَاقَ - القَطَّعُ بأن التَّدْبِيرَ لا يَبْطُلُ، وإذا هلك على الرُّدَّةِ  
عَتَقَ العَبْدُ .

(١) في أ: إِسْحَاقَ .

(٢) الذي قدمه الشيخ المصنف في التفلين القطع بصحة التدبير، وأما عتقه فلا يصح .

(٣) مراد المصنف بالسكران السكران المتعدي بسكره، فأما من أكره على السكر أو ظنه غير مسكر  
فتدبيره باطل قطعاً .

قال في الخادم: هذا هو المتجه . انتهى .

وقد يقال هذا يستفاد من قول الشيخ الخلاف السابق في سائر تصرفاته، فإن الخلاف الذي أشار  
إليه الشيخ إنما هو في المتعدي بسكره، فأما غير المتعدي كالمغنى عليه .

(٤) في ز: بتيقن .



والمعنى فيه صِيَانَةٌ حَقَّ الْعَبْدِ عَنِ الْفَوَاتِ، كما يَصَانُ حَقُوقَ الْغُرَمَاءِ، وأيضاً فإن الرُّدَّةَ تُؤْتَرُ فِي الْعُقُودِ الْمُسْتَقْبَلَةِ دُونَ الْمَاضِيَةِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الرُّدَّةَ بَعْدَ الْبَيْعِ وَالرَّهْنِ وَالْهَبَةِ لَا تُبْطَلُهَا، وَنُظْمُ الْكِتَابِ يَقْتَضِي تَرْجِيحَ هَذَا الطَّرِيقِ.

وكذلك ذكر القاضي ابْنُ كَيْجٍ، والعراقيون مِنَ الْأَصْحَابِ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - .

والثاني: فيه قال أبو الطَّيِّبِ بن سلمة: إنه يُنْتَى عَلَى أَقْوَالِ الْمَلِكِ، إِنْ قَلْنَا بِيَقَاءِ<sup>(١)</sup> مَلِكِهِ، فَالتَّدْبِيرُ بِحَالِهِ. وَإِنْ قَلْنَا بِزَوَالِهِ بَطَلَ التَّدْبِيرُ، فَلَا يَعْتَقُ الْعَبْدُ إِذَا هَلَكَ السَّيِّدُ عَلَى الرُّدَّةِ. وَإِنْ قَلْنَا: إنه مَوْقُوفٌ، فَيَتَوَقَّفُ فِي بِنَاءِ التَّدْبِيرِ أَيْضاً.

والثالث: الْقَطْعُ بِبُطْلَانِهِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ بَقِيَ لَعَتَقَ الْعَبْدُ بِمَوْتِهِ مُرْتَدّاً وَعَتَقَ الْمَدْبِرُ يَنْفِذُ مِنَ الثَّلَاثِ، وَمَا يَنْفِذُ مِنَ الثَّلَاثِ يَشْتَرِطُ بَقَاءَ الثَّلَاثِينَ فِيهِ لِلْوَرْتَةِ، وَمَالُ الْمُرْتَدِّ لَا يَصْرَفُ [إِلَى الْوَرْتَةِ]<sup>(٢)</sup>، بَلْ هُوَ فَيءٌ، وَهَذَا ضَعِيفٌ، وَالْقَوْلُ بِأَنَّ مَا يَنْفِذُ مِنَ الثَّلَاثِ يَشْتَرِطُ فِيهِ بَقَاءَ الثَّلَاثِينَ لِلْوَرْتَةِ - مَشْهُوعٌ، بَلِ الشَّرْطُ سَلَامَةُ الثَّلَاثِينَ لِلْمُسْتَحِقِّينَ، وَهِيَ الْوَرْتَةُ تَارَةً، وَعَظِيمٌ أُخْرَى. وَمَنْ قَالَ بِالطَّرِيقَةِ الثَّلَاثَةِ: أَبْطَلَ الْوَصَايَا بِالرُّدَّةِ أَيْضاً.

التفريع: إِنْ قَلْنَا بِبُطْلَانِ التَّدْبِيرِ، فَلَوْ عَادَ الْمُرْتَدُّ إِلَى الْإِسْلَامِ عَادَ مَلِكُهُ، وَهَلْ يَعُودُ التَّدْبِيرُ؟ فِيهِ طَرِيقَانِ:

أحدهما: نعم؛ لِأَنَّ زَوَالَ مَلِكِهِ لَمْ يَكُنْ بِزَوَالِ إِثْبَاتِ، فَإِذَا عَادَ مَكَانَهُ. لَمْ يَزَلْ، وَهَذَا كَمَا أَنَّ الْعَصِيرَ الْمَرْهُونَ إِذَا تَخَمَّرَ يَزُولُ الْمَلِكُ وَالرَّهْنُ فِيهِ، وَإِذَا عَادَ خَلَا يَعُودَانِ.

والثاني: أَنَّهُ عَلَى قَوْلِي عَوْدِ الْحِنْثِ، وَهُوَ بِمَثَابَةِ مَا لَوْ بَاعَ الْمُدْبِرُ، ثُمَّ عَادَ إِلَى مَلِكِهِ، وَهَذَا مَا أوردته فِي «التَّهْذِيبِ»، وَالْأَوَّلُ أَشْبَهُ، وَنُظْمُ الْكِتَابِ يَقْتَضِي تَرْجِيحَهُ.

وَإِنْ قَلْنَا بِيَقَاءِ التَّدْبِيرِ عَتَقَ الْمُدْبِرُ مِنَ الثَّلَاثِ، وَجَعَلَ الثَّلَاثَانَ فَيَتَأ.

وَفِي «الْكَافِي» ذِكْرُ وَجْهِ: أَنَّ جَمِيعَهُ يُعْتَقُ، وَإِنْ<sup>(٣)</sup> رِعَايَةَ الثَّلَاثِ وَالثَّلَاثِينَ تَخْتَصُّ بِالْمِيرَاثِ، وَيَقَالُ: إِنَّهُ اخْتِيَارٌ صَاحِبُ «الْحَاوِي».

ويجوز أن يعلم لهذا قوله في الكتاب: «من الثلث» بالواو.

ولو اِزْتَدَّ الْمُدْبِرُ قَيْلًا: كَالْقَيْنِ، وَلَكِنْ لَا يَبْطُلُ التَّدْبِيرُ، كَمَا لَا يَبْطُلُ حَقُّ عِتْقِ الْمُسْتَوْلَدَةِ وَالْمُكَاتَبِ بِالرُّدَّةِ، فَلَوْ مَاتَ السَّيِّدُ قَبْلَ قَتْلِهِ عِتْقًا، وَلَوْ أَلْتَحَقَّ الْمُرْتَدُّ بِدَارِ الْحَرْبِ فَسَبِيًّا، فَهُوَ عَلَى تَدْبِيرِهِ، وَلَا يَجُوزُ اسْتِرْقَاقُهُ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ السَّيِّدُ حَيًّا فَهُوَ لَهُ، وَإِنْ مَاتَ قَوْلَاؤُهُ لَهُ، فَلَا يَجُوزُ إِبْطَالُهُ.

(١) في أ: يقي.

(٢) سقط في: أ.

(٣) في أ: فإن.

فإن كان السيد ذمياً، ففي جواز استزقاق معتقه خلاف سبق في موضعه.  
ولو استولى الكفار على مدبر مسلم ثم عاد إلى يد المسلمين، فهو مدبر كما كان.

الثالثة: الكافر الأصلي يصح تدبيره، وتعليقه العتق بصفة، كما يصح استيلاده ولا فرق بين الكتابي والمجوسي والوثني، ولا بين الذمي والحربي، ولا يمنع الكافر من حمل مدبره ومستولديه الكافرين إلى دار الحرب، وسواء جرى التدبير والاستيلاء في دار الحرب، ثم دخل [دار] (١) الإسلام بأمان أو حرباً في دار الإسلام.

وليس له حمل مكاتبه الكافر قهراً؛ لظهور استيلاكه (٢)، وإذا دبر الكافر عبده الكافر، ثم أسلم العبد، نظر إن رجع السيد عن التدبير بالقول وجوزناه، بيع عليه، وإلا ففي بيعه عليه قولان مخصوصان في «الأم».

أحدهما: وبه قال مالك، واختاره المزني - أنه يباع عليه، ويتنقض التدبير، لأن في بقاء ملكه فيه إذلاً للمسلم، ولا يؤمن أيضاً من أن يستخدمه ويستدله.

وأصحهما: وبه قال أبو حنيفة: أنه يباع ويبقى (٣) التدبير لتوقع [الحرية] (٤)، ولكن يخرج من يده، ويجعل في يد عدل، ويصرف كسبه إليه، كما لو أسلمت مستولده، فإن خرج سيده إلى دار الحرب، أنفق من كسبه عليه، وبعث ما فصل إلى السيد، فإذا مات عتق من الثلث، فإن بقي شيء منه للورثة بيع عليهم.

ولو أسلم مكاتب الكافر ففيه طريقتان:

أولاهما: القطع بإبقاء الكتابة، وبأنه لا يباع لانقطاع [سلطنة] (٥) السيد عنه، واستقلاله بالكتابة، وإن عجز عن أداء النجوم، فعجزه السيد فحيث يباع عليه.  
والثاني: أنه على القولين في المدبر.

(١) سقط في: ز.

(٢) أطلق جواز حمل المدبر والمستولد الكافرين وينبغي تقيده بالكفر الأصلي.

قال في القوت: أي إن كان العبد كافراً أصلياً، قال وقيدت إطلاقهم بالكافر الأصلي احترازاً من المرتد فإنه يمنع من حمله لبقاء علقه الإسلام، وكذا يمنع من حمل مكاتب المرتد إن أطاعه لما ذكرته في معنى المرتد ما لو انتقل العبد المدبر أو المعلق عتقه بصفة أو المكاتب أو أم الولد إلى دين آخر، وقلنا: لا يقر عليه، ولا يقع فيه إلا بالإسلام، وهذا كله ظاهر، ولم أره صريحاً وكنت أود أنه لو قيل إنه يمنع من حمل مدبره الذي يخالفه في دينه إلى دار الحرب؛ لأنه يحمله على دين نفسه، ولا سيما إذا كان طفلاً. وفي فتاوى ابن الصلاح ما يؤيد هذا.

(٣) في ز: ولا يبقى.

(٤) في ز: الجزية.

(٥) في ز: سلطة.

وقوله في الكتاب: «والمكاتب كالمستولدة» يعني: أنه لا يُبَاعُ إلا في الاستِخْسَابِ المذكور في صورة المُدَبِّرِ.

الرابعة: إذا دَبَّرَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ نَصِيْبَهُ مِنَ الْعَبْدِ الْمَشْتَرَكِ، فظاهر المذهب، وهو المذكور في الكتاب أنه لا يَسْرِي، ولا يُقَوِّمُ عَلَيْهِ نَصِيْبَ الشَّرِيكِ؛ لأنَّ التَّدْبِيرَ لا يَمْنَعُ الْبَيْعَ، فلا يَمْتَضِي السَّرَايَةَ كما لو علق عِتْقَ نَصِيْبِهِ [بِصَفَةِ] <sup>(١)</sup>، وأيضاً فالتَّدْبِيرُ إما [وصية] <sup>(٢)</sup> للعبد بالعتق، أو تعليق عِتْقٍ بِصِفَةِ، على ما سيأتي إن شاء الله تعالى، وكل واحد منهما بعيدٌ عن السَّرَايَةِ، وعلى هذا فلو مات المُدَبِّرُ، وعتق نَصِيْبَهُ، لم يَسِرْ إلى نَصِيْبِ شَرِيكِهِ أيضاً؛ لأنَّ الميِّتَ معسر، بخلاف ما إذا علق عتق نَصِيْبِهِ بِصِفَةِ، ووجدت الصَّفَةُ، وهو مُوسِرٌ يُعْتَقُ نَصِيْبَهُ وَيَسْرِي <sup>(٣)</sup>. وفيه قول آخر.

ومنهم من يقول: وجه، وبه قال مالك أن التدبير يسري، ويقوم عليه نصيب الشريك؛ لأنَّ التَّدْبِيرَ يوجب استحقاق العتق بالموت، فصار كالأستيلاذ، ومن نصّر المذهب قال: الاستيلاذ كالإتلاف؛ لأنه يمنع البيع، ولا سبيل إلى دفعه، والتدبير بخلافه، وإذا دَبَّرَ بعض عبده الخالص صح، ولا سراية على ما سبق. هذا ظاهر المذهب.

ومن قال بالسراية إلى نصيب الشريك، فأولى أن يقول بالسراية ها هنا.

ويجوز أن يُعَلِّمَ قوله في الكتاب: «لم يسر إلى الباقي» مع الميم والواو بالحاء؛ لأن عند أبي حنيفة إذا دَبَّرَ أَحَدُهُمَا نَفْسَهُ يَخِيْرُ الشَّرِيكَ بَيْنَ أَنْ يَضْمَنَهُ الْقِيَمَةَ، وَبَيْنَ أَنْ يَسْتَسْعِيَ الْعَبْدَ، وَبَيْنَ أَنْ يُدَبِّرَ نَصِيْبَهُ، أَوْ يَعْتَقَهُ.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: النَّظَرُ الثَّانِي فِي أَحْكَامِهِ وَلَهُ حُكْمَانِ الْأَوَّلُ: أَرْتَفَاعُهُ وَيَرْتَفِعُ التَّدْبِيرُ بِخَمْسَةِ أُمُورٍ (الْأَوَّلُ: إِزَالَةُ الْمَلِكِ) وَهُوَ أَنْ يَبِيْعَ الْمُدَبِّرُ، فَإِنْ عَادَ الْمَلِكُ فَهَلْ يَعُودُ التَّدْبِيرُ فِيهِ خِلَافٌ.

«القول في حكم التدبير»

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَقْصُودُ النَّظَرِ بَيَانُ حُكْمَيْنِ:

- (١) سقط في: ز.
- (٢) في ز: وصيته.
- (٣) مقتضاه أنه لا يسري على القولين سواء قلنا التدبير أو وصية أو تعليق عتق بصفة وقطع القاضي أبو الطيب سراية التدبير عليه.
- قال ابن أبي الدم: ولم أر أحداً من الأصحاب صرح بنفي السراية في تعليق العتق قولاً واحداً غير القاضي أبي الطيب ولم يذكر بين الوصية وتعليق العتق على صفة فرقاً والفرق بينهما مشكل.

أحدهما: ازْتِفَاعُ التدبير بعد صِحَّتِهِ .

والثاني: سرايته إلى الْوَالِدِ .

أما الأول: فقد [ذكرنا]<sup>(١)</sup> أن التَّدْبِيرَ يرتفع بخمسة أمور:

أحدها: إزالة الْمِلْكِ ويجوز للسيد إزالة الملك عن الْمُدْبِرِ بالبيع والهبة والوصية وغيرها، سواء كان التَّدْبِيرُ مُطْلَقاً أو مُقَيِّداً، خلافاً لأبي حَنِيفَةَ في الْمُطْلَقِ .

ولمالك في الْمُطْلَقِ والمقيد معاً .

وعن أحمد رَوَايَتَانِ: إحداهما كمذهبنا .

والأخرى: أن له يبيعه للدين .

واخْتَجَّ الْأَصْحَابُ بِالْخَبَرِ الْمَذْكُورِ فِي صَدْرِ الْبَابِ، وَقَالُوا: إِنْ النَّبِيُّ ﷺ بَاعَهُ بِأَذْنِ سَيِّدِهِ، إِلَّا أَنْ الرَّاوي لَمْ يَتَعَرَّضْ لَهُ؛ لِأَنَّ مَقْصُودَهُ مِنْ سِيَاقِ الْخَبَرِ بَيَانُ أَنَّ بَيْعَ الْمُدْبِرِ جَائِزٌ فِي الْجُمْلَةِ .

ومنهم من قال: باعه للدين . وللإمام يَبِيعُ مِلْكُ الْعَبْدِ بِعَيْرِ إِذْنِهِ لِلدَّيْنِ، وَيُرْوَى أَنَّ رَجُلًا مِنَ الْأَنْصَارِ أَعْتَقَ عَبْدًا لَهُ عَنْ دَبْرٍ مِنْهُ لَا مَالَ لَهُ غَيْرَهُ، وَعَلَيْهِ ذَيْنٌ، فَبَلَغَ ذَلِكَ النَّبِيُّ ﷺ فَبَاعَهُ، وَقَضَى الدَّيْنَ مِنْهُ، وَدَفَعَ الْفَضْلَ إِلَيْهِ، وَبِمَا<sup>(٢)</sup> رُوِيَ أَنَّ عَائِشَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - بَاعَتْ مُدْبِرَةً لَهَا سَحَرَتْهَا، وَلَمْ يَنْكَرْ أَحَدٌ مِنَ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - وَلَا خَالَفَهَا، وَبِأَنَّ عَتِقَهُ تَغْلِيْقٌ بِصِفَةٍ، انْفَرَدَ السَّيِّدُ بِالتَّعْلِيْقِ بِهَا، فَيُمْكِنُ<sup>(٣)</sup> مِنْ بَيْعِهِ، كَالْمُعْلَقِ عَتِقُهُ بِدخول الدار، واخْتَرَزُوا بِقَوْلِهِمْ: «انْفَرَدَ السَّيِّدُ بِالتَّعْلِيْقِ بِهِ» عَنِ الْكِتَابَةِ وَفَرَّقُوا بَيْنَ التَّدْبِيرِ وَالِاسْتِيْلَادِ بِأَنَّ سَبَبَ الْعِتْقِ فِي الْاسْتِيْلَادِ أَكْثَرُ وَأَقْوَى؛ أَلَّا تَرَى أَنَّهُ لَا يُعْتَبَرُ مِنَ الثَّلْثِ، وَلَا يَمْنَعُ مِنْهُ الدَّيْنُ، بِخِلَافِ التَّدْبِيرِ؟ وَإِذَا زَالَ الْمِلْكُ عَنِ الْمُدْبِرِ بِبَيْعٍ وَغَيْرِهِ، ثُمَّ عَادَ إِلَى مِلْكِهِ، فَهَلْ يَعُودُ التَّدْبِيرُ؟ يَبْنِي عَلَى أَنَّ التَّدْبِيرَ وَصِيَّةٌ لِلْعَبْدِ بِالْعِتْقِ، أَوْ هُوَ تَغْلِيْقٌ عِتْقٌ بِصِفَةٍ؟ وَفِيهِ قَوْلَانِ:

القديم، وَأَحَدُ قَوْلِي الْجَدِيدِ: أَنَّهُ وَصِيَّةٌ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ بَعْدَ الْمَوْتِ فَيُعْتَبَرُ مِنَ الثَّلْثِ .

والثاني: مِنْ قَوْلِي الْجَدِيدِ: أَنَّهُ تَغْلِيْقٌ عِتْقٌ بِصِفَةٍ، كَمَا لَوْ عَلَّقَ بِمَوْتِ الْغَيْرِ، وَيُوضِحُهُ أَنَّهُ لَا يَفْتَقِرُ إِلَى إِحْدَاثِ تَصَرُّفٍ بَعْدَ الْمَوْتِ، بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ، وَمَا الْأَظْهَرُ مِنَ الْقَوْلَيْنِ؟ اخْتَارَ الْمُزَنِّيُّ الْأَوَّلَ، وَإِلَى تَرْجِيحِهِ دَهَبَ الْقَاضِيَانِ: أَبُو الطَّيِّبِ وَالرُّوْيَانِيُّ، وَالْمَوْفَّقُ بْنُ طَاهِرٍ، وَالْأَكْثَرُونَ رَجَّحُوا الثَّانِي، وَمِنْهُمْ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ، وَمَنْ تَابَعَهُ،

(١) في ز: ذكر .

(٢) في ز: وما .

(٣) في ز: فيمكن .

والقاضي ابْنُ كَيْجٍ، وقالوا: إنه المنصوص في [أكثر]<sup>(١)</sup> كتبه الجَدِيدَة، وبه قال أبو إسْحَاقَ المَرْوَزِيّ. فإن قلنا: إنه وَصِيَّةٌ، ثم عاد إلى مِلْكِهِ.

وإن قلنا: تَغْلِيْقُ عِنْتِي، فهو على الْخِلَافِ في عَوْدِ الْحِنْثِ، وقد مرَّ أن الأَقْوَى من هذا الخلاف أن لا يَعُودُ الْحِنْثُ، ويخرج مما ذكرنا أن الأظهر أنه لا يَعُودُ التدبير.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: الثَّانِي: أَنَّ لَهُ صَرِيحَ الرُّجُوعِ إِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ وَصِيَّةٌ، وَإِنْ قُلْنَا: تَغْلِيْقُ فَلَا، وَلَوْ قَالَ: أَعْتَقُوهُ عَنِّي فَلَهُ الرُّجُوعُ، وَلَوْ قَالَ: إِذَا مِتُّ فَدَخَلْتَ الدَّارَ أَوْ شِئْتَ فَأَنْتَ حُرٌّ فَهُوَ تَغْلِيْقٌ وَلَا رُجُوعَ عَنْهُ بِالصَّرِيحِ، وَلَا يَنْقَطِعُ التَّدْبِيرُ بِالْأَسْتِيْلَادِ لِأَنَّهُ يُوَافِقُهُ بِخِلَافِ الْوَصِيَّةِ، وَقَوْلُهُ: إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتَ مُدَبَّرٌ رُجُوعٌ عَنِ التَّدْبِيرِ الْمُطْلَقِ.

[قَالَ الرَّافِعِيُّ]: هل يجوز الرُّجُوعُ عَنِ التَّدْبِيرِ بِصَرِيحِ الرُّجُوعِ، مثل أن يقول: رجعت عنه أو فَسَخْتُهُ، أو نَقَضْتُهُ، أو أَبْطَلْتُهُ، أو رَفَعْتُهُ، بنى ذلك على الخلاف الذي ذَكَرْنَاهُ آنفًا. إن قلنا: إن التدبير وَصِيَّةٌ، فيجوز.

وإن قلنا: تَغْلِيْقُ عِنْتِي بِصِفَةِ، فلا، كما في سائر التَغْلِيْقَاتِ، والخلاف مُطَرِّدٌ في التدبير الْمُطْلَقِ وَالْمُقَيَّدِ، على أظهر الطريقتين، ومنهم من خَصَّصَ الْخِلَافَ بالتدبير الْمُطْلَقِ، وقطع في الْمُقَيَّدِ بمنع الرجوع؛ لأنه لا يَتَعَلَّقُ بِمُطْلَقِ المَوْتِ، فهو بسائر التَغْلِيْقَاتِ أشبه، ولا خِلَافَ في أنه لو قال: أَعْتَقُوا فَلَانًا عَنِّي إِذَا مِتُّ، يجوز الرُّجُوعُ عنه بِصَرِيحِ لَفْظِ الرجوع، كما في سائر الْوَصَايَا، ولا في أنه إِذَا ضَمَّ إِلَى المَوْتِ صِفَةً أُخْرَى، فقال: إِذَا مِتُّ، فدخلت الدار، أو لَيْسَتْ [الحرير]<sup>(٢)</sup> فَأَنْتَ حُرٌّ، ولا يجوز الرجوع بِاللَّفْظِ، وإنما القولان في التَّدْبِيرِ.

واحتج المَزْنِيُّ بجواز الرُّجُوعِ عنه؛ بأنه قد نص على أنه لو قال: إن أَدْبَيْتَ بعد مَوْتِي إِلَى وَرَثَتِي كَذَا فَأَنْتَ حُرٌّ. كان ذلك رُجُوعًا، حتى لا يُعْتَقَ إِلَّا إِذَا أَدَّى مَا ذَكَرَهُ، وأنه لو وهب المُدَبَّرُ ولم يَقْبِضْهُ حصل الرجوع.

وأجاب الأَصْحَابُ - رحمهم الله - عن الأوَّلِ بأن ما ذَكَرَهُ تَفْرِيعٌ منه على قول جواز الرجوع لَفْظًا، فإن لم نُجَوِّزْهُ لم يكن ذلك رُجُوعًا، وإذا مات عِنْتِي المُدَبَّرُ.

وعن الثاني: بِمِثْلِ هذا الجواب، وذكر بعضهم أنه إِذَا وَهَبَهُ حصل الرجوع على الْقَوْلَيْنِ، وإن لم يقبضه؛ لأن إفضاء الهبة إِلَى زَوَالِ المِلْكِ.

قال الإمام: وَالْوَجْهُ الْقَطْعُ بِأَن مَجْرَدَ الهِبَةِ لا يبطل التدبير على قولنا: إنه تَغْلِيْقٌ.

(٢) في أ: التوب.

(١) سقط في: ز.

نعم إذا اتَّصَلَ بها الإِقْبَاضُ، فإن قلنا: يحصل المِلْكُ عند القَبْضِ، فحينئذٍ يَنْقَطِعُ التدبير، وإن قلنا: يتبين استِنَادُ المِلْكِ إلى حَالَةِ الهِبَةِ، فهل يَتَبَيَّنُ انْقِطَاعُ التدبير من وقت الهِبَةِ؟ فيه تَرَدُّدٌ، وكذا لو فرض بيع بشرط الخِيَارِ، وقلنا: إنه يُزِيلُ المِلْكَ، فَهَلْ يبطل التدبير قبل لزوم البَيْعِ؟

فيه تَرَدُّدٌ. قال: وأثُرُ ذلك أَنَا إذا قلنا: إنه لو زَالَ المِلْكُ على وجه اللزوم، وعاد التدبير فيقطع<sup>(١)</sup>، فلو زَالَ على الجَوَازِ، وعاد فهل يحكم بانقِطَاعِ التدبير؟ فيه تَرَدُّدٌ، والذي أَطْلَقَهُ صاحب «التَهْذِيبِ» أن البَيْعَ بِشَرْطِ الخِيَارِ يُبْطِلُ التَّدْبِيرَ على القولين، ولو باع يَضْفُ المُدَبِّرَ، أو وَهَبَ وأقبض، بطل التدبير في النُّصْبِ المبيع أو الموهوب، وبقي في الباقي.

وحكى القاضي ابنُ كَيْجٍ طَرَقًا في أن رَهْنَ المُدَبِّرِ هل يَرْفَعُ التدبير؟ أظهرهما: البِنَاءُ على أنه وَصِيَّةٌ، أو تَعْلِيقٌ عِنْتِ بصفة.

والثاني: أنه ليس بِرُجُوعٍ على القولين، لأن الرَهْنَ لا يزِيلُ الملك.

والثالث: أنه رُجُوعٌ على القولين، كما سبق مِثْلُهُ في الهِبَةِ قبل القَبْضِ، ومجرد الإِيجَابِ في الهِبَةِ والرَهْنِ، إن جعلناه وَصِيَّةً على الخِلَافِ المذكور في الوَصِيَّةِ أنه هل يكون رُجُوعًا وإن جعلناه تَخْلِيقًا، فلا أَثَرَ له، ولا يرتفع بالاستِخْدَامِ والتزويج على القولين، وإذا جعلناه وَصِيَّةً فترفع بالعَرَضِ على البيع، وسائر ما ذكرناه في باب الوَصِيَّةِ. نعم الوطء ليس برجوع عن التدبير، وإن جَعَلْنَاهُ وَصِيَّةً، سواء عَزَلَ، أو لم يَعْزَلْ، بخلاف ما في الوَصِيَّةِ، فإننا قد نجعل الوَطْءَ في تَرْكِ العَزْلِ رُجُوعًا؛ لأنه يَدُلُّ على قَضِيهِ الإِمْسَاكِ، وما هنا إذا ترك العَزَلَ، فَأَخْبَلَ يَحْضُلُ الاستِيْلَادُ، وأنه يحقق مَقْصُودَ التدبير، وَيُؤَكِّدُهُ، وهو العِنْتُ.

فإن استَوَلَدَهَا، فالذي أورده أَكْثَرُ سَلَفِ الأصحاب وَخَلَفُهُمْ - رحمهم الله - أنه يبطل التدبير؛ لأن الاستِيْلَادَ أَقْوَى، فيرتفع به الأَضْعَفُ، كما يرتفع [به]<sup>(٢)</sup> [مِلْكُ النِّكَاحِ بِمِلْكِ اليمين، ولو دَبَّرَ مستولده لم يَصِحَّ؟ لأنها تَسْتَحِقُّ العِنْتُ بالموت بِجِهَةِ هي أَقْوَى من التدبير، وفي طريقة الصَّيْدِ لَانِي: أنه لا يَبْطُلُ التَّدْبِيرُ، ويكون لِعِنْتِهَا يوم موت السَّيِّدِ سَبَبَانِ، وعلى هذا جَرَى الإِمَامُ، وصاحب الكتاب، مع اعتراف الإمام بأنه لا أَثَرَ لِقَاءِ التدبير.

وقال الرُّوْيَانِيُّ في «الكافي»: وقيل: لا يقول بِبُطْلَانِ التدبير، ولكنه يدخل في الاستِيْلَادِ، كما لو طَرَأَتِ الجَنَابَةُ على الحَدِيثِ، ولو كاتب المُدَبِّرَ فهل يرتفع التَّدْبِيرُ؟

(١) في ز: فقطع.

(٢) سقط في: ز.

فيه وجهان مبنيان<sup>(١)</sup> على الخِلافِ المذكور، إن جعلناه وَصِيَّةً، ارتفع، كما لو أَوْصَى لِإِنْسَانٍ بَعِيدٍ، ثم كاتبه.

وإن قلنا: تَعْلِيْقٌ عِتْقٌ بِصِفَةِ لَا<sup>(٢)</sup>؛ لَأَنَّ مَقْصُودَ الْكِتَابَةِ الْعِتْقُ أَيْضاً، فَيَكُونُ مَدْبِرًا أَوْ مُكَاتِبًا، كما لو دَبَّرَ عَبْدَهُ الْمُكَاتِبَ، فإذا أَدَّى التُّجُومَ عِتْقَ بِالْكِتَابَةِ، وَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ قَبْلَ الْأَدَاءِ، عِتْقٌ بِالتَّدْبِيرِ، فَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ التُّلْثِ عِتْقٌ قَدَرَ التُّلْثِ، وَبَقِيَ الْكِتَابَةُ فِي الْبَاقِي، فإذا أَدَّى قَسَطَهُ عِتْقٌ، وهذا ما يحكى عن نَصِّ الشافعي - رضي الله عنه - وهو الذي أَوْزَدَهُ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ وَجَمَاعَةٌ.

وزاد القاضي أَبُو حَامِدٍ، فقال: يسأل عن كتابته، فإن أَرَادَ بِهَا الرُّجُوعَ عَنِ التَّدْبِيرِ، ففِي ارْتِفَاعِهِ الْقَوْلَانِ.

وإن قال: لم أَقْصِدْ بِهَا الرُّجُوعَ، فهو مُدَبِّرٌ مُكَاتِبٌ عَلَى الْقَوْلَيْنِ جَمِيعاً. ورأى القاضي ابْنُ كَجَّ الْقَطْعَ بِأَنَّ الْكِتَابَةَ تَرْفَعُ التَّدْبِيرَ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ يَصِيرُ بِعَقْدِ الْكِتَابَةِ مَالِكاً لِنَفْسِهِ، فَكَانَ السَّيِّدُ أَرَادَ مِلْكَهُ عَنْهُ فَيَكُونُ الْحَكْمُ كَمَا لَوْ بَاعَ.

وَحَرَّجَ الْإِمَامُ عَلَى الْخِلَافِ فِي الْكِتَابَةِ مَا لَوْ [عَلِقَ]<sup>(٣)</sup> عِتْقَ الْمَدْبِرِ بِصِفَةٍ، لِأَنَّهُ لَوْ أَوْصَى بِهِ، ثُمَّ عَلَّقَ عِتْقَهُ بِصِفَةٍ كَانَ التَّعْلِيْقُ رُجُوعاً عَنِ الْوَصِيَّةِ.

والذي أَوْزَدَهُ صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» أَنَّهُ يَصِحُّ التَّعْلِيْقُ بِالصِّفَةِ الْأُخْرَى، وَيَبْقَى التَّدْبِيرُ بِحَالِهِ، كما لو دَبَّرَ الْمُعَلَّقُ عِتْقَهُ بِصِفَةٍ، يَجُوزُ، ثُمَّ إِنْ وَجَدْتَ الصِّفَةَ قَبْلَ الْمَوْتِ عِتْقٌ.

وإن مات قَبْلَهَا عِتْقٌ عَنِ التَّدْبِيرِ.

وفي «الوسيط» ما يَقْتَضِي تَفْصِيلاً.

وهو أَنَّهُ قَالَ: «إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتَ حُرٌّ» فَقَدْ زَادَ شَيْئاً آخَرَ لِلْحُرِّيَّةِ، وَلَيْسَ ذَلِكَ بِرُجُوعٍ. وَلَوْ قَالَ: «إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ بَعْدَ مَوْتِي» فَهُوَ رُجُوعٌ عَنِ التَّدْبِيرِ الْمَطْلُوقِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَأَمَّرُ تَعْلِيْقُ الْحُرِّيَّةِ بِمَجْرَدِ الْمَوْتِ.

وقد ذكر هذا الطَّرْفَ الثَّانِي فِي الْكِتَابِ.

واعلم أَنَّهُ: إِنْ أَرَادَ بِقَوْلِهِ: «هَذَا رُجُوعٌ، وَذَلِكَ لَيْسَ بِرُجُوعٍ»، أَنَّ هَذَا يَقْتَضِي نَقْضَ التَّدْبِيرِ الْمَطْلُوقِ، وَذَلِكَ لَا يَقْتَضِيهِ لِيَعْرِفَ أَنَّ مَا يَقْتَضِيهِ نَقْضُهُ يَكُونُ عَلَى الْخِلَافِ - فِي أَنَّ التَّدْبِيرَ هَلْ يَجُوزُ نَقْضُهُ مِنْ غَيْرِ إِزَالَةِ الْمَلِكِ - فَهَذَا صَحِيحٌ، فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى إِعْلَامِهِ بِالْوَاوِ.

وإن أَرَادَ أَنَّ هَذَا يَرْفَعُ التَّدْبِيرَ وَذَلِكَ لَا يَرْفَعُهُ فَلْيَعْلَمْ قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «رُجُوعٌ عَنِ

(٢) فِي ز: فَلَا.

(١) فِي أ: يَتَّبِعَانِ.

(٣) سَقَطَ فِي: ز.

التدبير المطلق» بالواو [و<sup>(١)</sup> كيف لا؟ وهذه الصُورَةُ مثل قوله: «إِن أَدَيْتَ إِلَى وَرَثَتِي بَعْدَ مَوْتِي كَذَا فَأَنْتَ حُرٌّ» وقد ذكرنا أنها مُحَرَّجَةٌ عَلَى الخِلافِ فِي أَنَّ الأَرْجَحَ أَنَّهُ لَا يَرْفَعُهُ ثُمَّ اعْلَمْ أَنَّ التَّفْصِيلَ المَذْكُورَ قَدْ نَسَبَهُ نَاسِبُونَ إِلَى نَصِّهِ فِي «الْأَم».

وَأَدْعَى القَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ قَوْلَهُ: «إِن دُخِلَتِ الدَّارُ بَعْدَ مَوْتِي» وَنَحْوَهُ، يَرْفَعُ التَّدْبِيرَ [عَلَى القَوْلَيْنِ]<sup>(٢)</sup> وَهُوَ كَاخْتِجَاجِ المَزْنِيِّ بِنَصِّهِ فِيمَا إِذَا قَالَ: «إِن أَدَيْتَ بَعْدَ مَوْتِي كَذَا».

«فُرُوعٌ»:

الأول: إِذَا قَالَ: قَدْ رَجَعْتُ عَنِ التَّدْبِيرِ فِي نِصْفِهِ، أَوْ رُبُعِهِ، بَقِيَ التَّدْبِيرُ فِي الجَمِيعِ، إِن قُلْنَا: لَا يَجُوزُ رَفْعُهُ بِلَفْظِ الرُّجُوعِ، وَإِن جَوَّزْنَاَهُ ارْتِفَاعَهُ فِيهِ، وَبَقِيَ فِي<sup>(٣)</sup> الباقِي.

الثاني: عَنِ نَصِّهِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - فِي «الْأَم». أَنَّهُ إِذَا دَبَّرَ عَبْدُهُ ثُمَّ خَرَسَ، فَإِن لَمْ تَكُنْ لَهُ إِشَارَةٌ مَفْهُومَةٌ وَلَا كِتَابَةٌ، فَلَا قَطْعَ عَلَى رَجُوعِهِ.

وَإِن كَانَ لَهُ إِشَارَةٌ وَكِتَابَةٌ، فَإِن أَشَارَ بِالبَيْعِ وَنَحْوِهِ، ارْتَفَعَ التَّدْبِيرُ، وَإِن أَشَارَ بِنَفْسِ الرُّجُوعِ، فَعَلَى الخِلافِ.

الثالث: ذَكَرْنَا فِيهِ خِلَالَ الكَلَامِ أَنَّهُ لَوْ دَبَّرَ عَبْدُهُ المُكَاتَبَ يَجُوزُ وَأَنَّهُ لَوْ أَدَّى التُّجُومَ قَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ عَتَقَ بِالكِتَابَةِ، وَحَيْثُ دَبَّرَ فِيبَطْلِ التَّدْبِيرِ، وَلَوْ عَجَزَ نَفْسَهُ، أَوْ عَجَزَهُ السَّيِّدُ بَطَلَتْ الكِتَابَةُ، وَبَقِيَ التَّدْبِيرُ، وَلَوْ مَاتَ السَّيِّدُ قَبْلَ الأَدَاءِ [والتَّعْجِيزِ]<sup>(٤)</sup>، فَيَعْتَقُ بِالتَّدْبِيرِ إِذَا احْتَمَلَهُ التُّلْثُ، وَحَيْثُ دَبَّرَ فَعَنِ الشُّيْخِ أَبِي حَامِدٍ: أَنَّهُ تَبَطَّلَ الكِتَابَةُ.

قال ابن الصَّبَّاحِ: وَعِنْدِي أَنَّهُ يَتَّبِعِي أَن يَتَّبِعَهُ وَلَدَهُ وَكَسْبَهُ، كَمَا لَوْ أَعْتَقَ السَّيِّدُ مُكَاتَبَهُ قَبْلَ الأَدَاءِ، وَكَمَا لَا يَمْلِكُ إِطْطَالَ الكِتَابَةِ بالإِعْتِاقِ، وَجَبَّ أَلَّا يَمْلِكُهُ بِالتَّدْبِيرِ.

قال: وَيَحْتَمَلُ أَن يَرِيدَ بِالبُطْلَانِ زَوَالَ العَقْدِ، دُونَ سَقُوطِ أَحكامِهِ<sup>(٥)</sup> وَقَوْلِهِ فِي الكِتَابِ:

(١) سقط في: ز.

(٢) سقط في: ز.

(٣) هذا إذا قلنا التدبير عتق بصفة فإن قلنا: وصية كان الرجوع في الصفة رجوعاً في الكل، قطع به الماوردي، وهو تفرع على أن تدبير المالك بعض عبده يسري.

(٤) في ز: والعجز.

(٥) لم يرجح شيئاً من المقالتين ثم إنه ذكره فيما إذا دبر المكاتب ولم يذكر شيئاً فيما إذا كاتب المرتد وقلنا ببقائه وإيضاح هاتين المسألتين يعلم مما ذكره في باب الكتابة في مسألة إجمال المكاتب أن السيد إذا مات عتقت بموته عن الكتابة وتبعها كسبها قطعاً؛ لأن العتق إذا وقع بالكتابة لا يبطل حكمها، كما لو باشرها به، وهل يعتق عن الكتابة أو عن الاستيلاء وجهان المرجح الأول، وحكاة ابن الرفعة عن إيراد ابن الصباغ أيضاً والبندنجي والإمام.



«ولو قال: إذا مِتُّ وأنت دخلت الدار، أو لبست كذا» هو في بعض النسخ، وفي بعضها: «إذا مِتُّ فدخلت الدار أو شئت» وكلاهما صَحِيحٌ مُؤَدَّ لِلْعَرَضِ.

وقوله: «ولا ينقطع التذبير بالاستيلاد» [معلم]<sup>(١)</sup> بالواو وجواب الأكثر الانقطاع كما بيَّنا.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: الثَّالِثُ إِنْكَارُ السَّيِّدِ رُجُوعٌ، وَقِيلَ: لَيْسَ بِرُجُوعٍ بَلْ يَخْلِفُ، وَكَذَلِكَ الْخِلَافُ فِي إِنْكَارِ الْوَصِيَّةِ وَالْوَكَالَةِ هَلْ هُوَ رُجُوعٌ؟ وَإِنْكَارُ الْبَيْعِ الْجَائِزِ لَيْسَ بِفَسْخٍ، ثُمَّ إِنَّ إِنْكَارَ الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ لَيْسَ بِرَجْعَةٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِنْ لَمْ نَجُوزِ الرَّجُوعَ عَنِ التَّدْبِيرِ بِلَفْظِ الرَّجُوعِ، فَإِنْكَارُ السَّيِّدِ التَّدْبِيرَ لَيْسَ بِرُجُوعٍ.

وإِنْ جَوَزْنَاَهُ فَهَلْ هُوَ رُجُوعٌ؟

وكذا إنكار الموصي للوصية والموكَّل للوكالة هل يكون رُجُوعاً؟  
فيه ثلاثة أوجهٍ جمعها الإمام - قَدَسَ اللهُ رُوحَهُ.

أحدهما: نعم، لأن هذه العُقُودُ عُرْضَةٌ لِلْفَسْخِ وَالرَّفْعِ<sup>(٢)</sup>، ولو قال: «لست مُدَبِّرًا، أو لست بِوَكِيلٍ مِنْ جِهَتِي، أو ليس هذا مُوصَى بِهِ وَجِبَ الْقَطْعُ بَارْتِفَاعِ هَذِهِ الْعُقُودِ، وكذلك إذا قال: لم أَذْبِرْ، ولم أُوَكِّلْ، ولم أُوَصِّ؛ لأن قَضِيَّتَهُ أَنَّهُ لَيْسَ بِمُدَبِّرٍ، ولا وکیل في الحال.

والثاني: لا؛ لأن الإِنْكَارَ إِخْبَارٌ عَمَّا مَضَى، فَإِذَا كَانَ كَذِبًا لَمْ يُؤْتَرْ، وَأَيْضًا فَإِنَّ إِنْكَارَ الْأَصْلِ يَنَافِي الرَّفْعَ، وَيُضَادُهُ، فَلَا يَحْصُلُ بِهِ الْإِزْتِفَاعُ.

والثالث: أن الوكالة ترتفع [لأن]<sup>(٣)</sup> فائدتها العُظْمَى تَتَعَلَّقُ بِالْمُوكَّلِ، وَلَا يَرْتَفِعُ التَّدْبِيرُ وَالْوَصِيَّةُ، لِأَنَّهُمَا عَقْدَانِ يَتَعَلَقُ بِهِمَا عَرَضٌ شَخْصِيْنِ، فَلَا يَجْعَلُ إِنْكَارُ أَحَدِهِمَا رَفْعًا لَهُ، وَهَذَا أَظْهَرُ، وَهُوَ الْمَنْصُوصُ عَلَيْهِ فِي التَّدْبِيرِ، وَالْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ فِي الْوَكَالَةِ، وَإِنْكَارُ الْبَيْعِ الْجَائِزِ<sup>(٤)</sup> لَا يَكُونُ فَسْخًا لِلْبَيْعِ.

قال الإمام: وفيه اِحْتِمَالٌ [أخذاً مما]<sup>(٥)</sup> قيل في التذبير والوصية، ولو ادَّعَتِ الْمَرْأَةُ [على]<sup>(٦)</sup> زَوْجَهَا طَلَاقًا رَجْعِيًّا، فَأَنْكَرَ، لَمْ يَكُنِ الْإِنْكَارُ رَجْعَةً بِالِاتِّفَاقِ، لِأَنَّ

(٢) في أ: والرد.

(٤) في أ: أخذاً مما.

(١) في ز: فعلهما.

(٣) في ز: فإن.

(٥) سقط في: ز.

الرَّجْعَةَ تَحْدِيدُ جِلٍّ، وَرَفَعُ تَحْرِيمِ وَاقِعٍ. فَلَا يَتَضَمَّنُ نَفْيُ مَوْصِيهَا إِِنْشَاءَهَا.  
إِذَا عَرَفْتَ ذَلِكَ، إِذَا ادَّعَى الْعَبْدُ عَلَى السَّيِّدِ أَنَّهُ دَبَّرَهُ، أَوْ عَلَّقَ عِنْتَهُ بِصِفَةٍ، فَبِئْسَ سَمَاعٌ هَذِهِ الدَّعْوَى خِلَافَ مَذْكَورٍ فِي «الدَّعَاوَى».

وَقَدْ بُيِّنَ الْخِلَافُ فِي دَعْوَى التَّدْبِيرِ عَلَى أَنَّهُ تَغْلِيْقُ عِنْتِي بِصِفَةٍ، أَوْ وَصِيَّةٌ<sup>(١)</sup> إِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ تَغْلِيْقُ عِنْتِي فَتَسْمَعُ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ لَا يَمْلِكُ الرَّجُوعَ عَنْهُ بِلَفْظِ الرَّجُوعِ.  
وَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ وَصِيَّةٌ، فَوَجْهَانِ؛ بِنَاءِ عَلَى أَنْ يُنْكَرَ هَلْ يَكُونُ رَجُوعًا؟  
إِنْ قُلْنَا: لَا فَتَسْمَعُ. وَإِنْ قُلْنَا: نَعَمْ فَلَا يُسْمَعُ. هَكَذَا رَتَّبَ جَمَاعَةٌ.

وَقَضِيَّةُ هَذَا الْبِنَاءِ وَالتَّرْتِيبِ مَجِيءُ طَرِيقَةٍ قَاطِعَةٍ بِأَنَّ دَعْوَى تَعْلِيْقِ الْعِنْتِ مَسْمُوعَةٌ، مَعَ إِثْبَاتِ الْخِلَافِ فِي دَعْوَى التَّدْبِيرِ. وَذَكَرَ الْإِمَامُ أَنَّا إِنْ لَمْ نَجْعَلِ الْإِنْكَارَ رَجُوعًا، فَبِئْسَ سَمَاعُ الدَّعْوَى الْوَجْهَانِ الْمَذْكَورَانِ فِي سَمَاعِ الدَّعْوَى بِالذَّيْنِ الْمُؤَجَّلِ.

وَوَجْهَ الْمَنْعِ: أَنَّ عِمَادَ الدَّعْوَى أَنْ يَسْتَحِقَّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ مُطَالَبَةً وَإِلْزَامًا، وَالْمُدْبِّرُ لَا يَسْتَحِقُّ شَيْئًا عَلَى السَّيِّدِ فِي الْحَالِ.

وَهَذَا يَطْرُدُ فِي دَعْوَى تَعْلِيْقِ الْعِنْتِ.

وَأَمَّا إِنْ جَعَلْنَا الْإِنْكَارَ رَجُوعًا، فَلَا يَبْعَدُ أَنْ تُسْمَعَ الدَّعْوَى؛ إِذْ لَا يَتَعَيَّنُ مُقَابَلَةُ الدَّعْوَى بِالْإِنْكَارِ، بَلْ قَدْ يَقْرَأُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَقَدْ يَسْكُتُ، فَلَا يَتَوَجَّهُ رَدُّ الدَّعْوَى فِي<sup>(٢)</sup> الْإِبْتِدَاءِ، وَأَنْ فِي سَمَاعِ [الدَّعَاوَى]<sup>(٣)</sup>، وَرَدُّ شَهَادَةِ الْحِسْبَةِ أَوْلَى؛ لِأَنَّ مَوْضِعَ الْحِسْبَةِ مَا إِذَا ثَبَّتَ اللَّهُ - تَعَالَى - حَقًّا، وَكَانَ ذَلِكَ الْحَقُّ مَجْحُودًا، فَيَتَهَضُّ الشَّاهِدُ لِإِثْبَاتِهِ مُخْتَسِبًا.

وَإِذَا تَوَجَّهَتِ الدَّعْوَى، وَأَنْكَرَ السَّيِّدُ، فَلَهُ أَنْ يُسْقِطَ الْيَمِينَ عَنْ نَفْسِهِ؛ بِأَنَّ يَقُولُ: إِنْ كُنْتُ دَبَّرْتُهُ، فَقَدْ رَجَعْتَ عَنْهُ، إِذَا جَوَّزْنَا الرَّجُوعَ بِاللَّفْظِ، وَكَذَا لَوْ قَامَتِ الْبَيِّنَةُ عَلَيْهِ، وَحُكْمَ الْحَاكِمِ، فَلَهُ الدَّفْعُ بِهَذَا الطَّرِيقِ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ.

وَلَوْ ادَّعَى عَلَى الْوَرِثَةِ أَنْ مَوْرَثَهُمْ دَبَّرَهُ، وَأَنَّهُ قَدْ عُنِقَ بِمَوْتِهِ، فَيَخْلِفُونَ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ<sup>(٤)</sup>. وَلَا تُثْبِتُ التَّدْبِيرَ إِلَّا بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِحَالٍ، وَهُوَ مِمَّا يَطَّلَعُ عَلَيْهِ الرِّجَالُ، وَنَثَبُ الرَّجُوعِ عَنْهُ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ، وَبِشَاهِدِ وَيَمِينٍ، لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهُ الْمَالُ.

(١) فِي ز: أَوْ تَدْبِيرِ.

(٢) فِي أ: الدَّعْوَى.

(٤) أَطْلَقَ حَلْفَهُمْ، وَقَالَ الْمَوْرِدِيُّ: إِذَا عَدِمَ الْبَيِّنَةَ أَحْلَفَ الْوَرِثَةَ وَكَانَ وَاجِبًا عَلَيْهِ أَنْ يَحْلِفَهُمْ لِثَلَا يَسْتَرْقَ بَعْدَ عِنْتِ، فَإِنْ حَلَفُوا كَانَ حَلْفَهُمْ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ دُونَ الْبَيْتِ، وَيَخِيرُوا بَيْنَ الْحَلْفِ عَلَى نَفْيِ التَّدْبِيرِ وَبَيْنَ الْحَلْفِ عَلَى نَفْيِ الْعِنْتِ، بِخِلَافِ الْبَيِّنَةِ فَإِنَّهَا لَا تَسْمَعُ إِلَّا عَلَى التَّدْبِيرِ دُونَ الْعِنْتِ.

وحكى الفُوزانيُّ فيه وَجْهاً آخراً، لأن مُدَّعي الرجوع ينفي حُصولَ الحرية بالموت.

وقوله في الكتاب: «إنكار السيد رجوع، وقيل: ليس برجوع بل يحلف» هذا السِّيَاقُ يُشعرُ بترجيح كَوْنِهِ رُجوعاً.

والأظهر عند<sup>(١)</sup> أكثر الأُصْحَابِ - رحمهم الله - على ما قَدَّمناهُ - أنه ليس برجوع، وقد يقرب الخِلافُ من الخِلافِ في أن إنكارَ الزَّوجِيَّةِ هل هو طَلاقٌ؟

والظاهر أنه لَيْسَ بِطَلاقٍ. وفي «التهذيب» وغيره: أن المذهب سماع الدُّعوى بالتدبير، وتعليق العِتقِ بالصفة.

قَالَ الْعَرَّالِيُّ: (الرَّابِعُ) مُجَاوِزَةُ الثُّلْثِ فَإِذَا دَبَّرَ عَبْدًا لَا مَالَ لَهُ غَيْرُهُ عَتِقَ بِمَوْتِهِ ثُلُثَهُ، وَكَذَلِكَ لَوْ دَبَّرَ فِي الصَّحَّةِ، وَلَوْ كَانَ لَهُ مَالٌ غَائِبٌ لَمْ يَتَنَجَّزْ عَتِقُ ثُلُثَهُ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ حَتَّى لَا يَتَسَلَّطَ الْعَبْدُ عَلَى شَيْءٍ قَبْلَ تَسَلُّطِ الْوَرَثَةِ عَلَى مِثْلِيهِ، وَكَذَلِكَ الْخِلافُ فِي الْوَصِيَّةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِي الْفَصْلِ مَسَائِلُ مِنْهَا مَا هُوَ مَذْكُورٌ فِي الْكِتَابِ، وَمِنْهَا مَا هُوَ غَيْرُ

مَذْكُورٌ:

إحداها: عتق المُدبِّرِ يعتبر من الثلث؛ لما روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - مَرْفُوعاً ومَوْقُوفاً «أن المدبر من الثلث<sup>(٢)</sup>».

وأيضاً، فإنه تَبَرُّعٌ يلزم بِالْمَوْتِ، فيكون من الثلث كالْوَصِيَّةِ.

(١) في ز: عن.

(٢) رواه البيهقي [٣١٤/١٠] من حديث نافع عنه، وفيه علي بن ظبيان عن عبيد الله بن عمر عن نافع، ورواه الشافعي [١٨/٨] عن علي بن ظبيان وقال: قلت لعلي: كيف هو؟ فقال: كنت أحدث به مرفوعاً، فقال لي أصحابي: ليس هو بمرفوع، فوقفته، قال الشافعي: والحفاظ يقفونه على ابن عمر، ورواه الدارقطني [١٣٨/٤] من حديث عبيدة بن حسان عن أيوب عن نافع مرفوعاً بلفظ: المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من الثلث، قال أبو حاتم: عبيدة منكر الحديث، وقال الدارقطني في العلل: الأصح وقفه. وقال العقيلي: لا يعرف إلا بعلي بن ظبيان وهو منكر الحديث، وقال: أبو زرعة: الموقوف أصح، وقال ابن القطان: المرفوع ضعيف وقال البيهقي الصحيح موقوف كما ورواه الشافعي وروى من وجه آخر عن أبي قلابة مرسلأ: أن رجلاً أعتق عبد الله عن دبر فجعله النبي ﷺ من الثلث وعن علي كذلك مرفوعاً عليه وروى لسنده عن عثمان عن أبي شيبة أنه قال: حديث علي بن خييلة خطأ.

والحديث من رواية علي بن ظبيان عن عبيد الله بن نافع عن ابن عمر.

أخرجه ابن ماجه أيضاً (٢٥١٤) قال أبو عبد الله - أي ابن ماجه - ليس له أصل.

وأيضاً: فَإِنَّ الإِغْتَاقَ فِي المَرَضِ أَقْوَى مِنَ التَّدْبِيرِ؛ لَأَنَّهُ مَنْجُزٌ وَلَا زِمٌّ لَا رُجُوعَ عَنْهُ، ثُمَّ هُوَ مُعْتَبَرٌ مِنَ الثَّلَاثِ، فَالتَّدْبِيرُ أَوْلَى أَنْ يُعْتَبَرَ مِنَ الثَّلَاثِ، وَإِنَّمَا يُعْتَقُّ المُدَبِّرُ مِنَ الثَّلَاثِ بَعْدَ الدُّيُونِ، كَمَا ذَكَرْنَا فِي «الْوَصَايَا» فَلَوْ كَانَ عَلَيْهِ ذَيْنَ مُسْتَعْرِقٍ لِلتَّرِكَةِ، لَمْ يُعْتَقْ مِنْهُ شَيْءٌ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ذَيْنٌ وَلَا مَالٌ سِوَاهُ، عَتَقَ مِنْهُ ثَلَاثَةَ، وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ ذَيْنَ يَسْتَعْرِقُ نِصْفَهُ، يَبِيعُ نِصْفَهُ فِي الدُّيْنِ، وَيَعْتَقُ مِنَ البَاقِي ثُلُثَهُ، وَلَا اسْتِسْعَاءً.

وعند أبي حنيفة: ومن «تعلية إبراهيم الحروروذبي»: أَنَّ الحِيلَةَ فِي أَنْ يُعْتَقَ جَمِيعَ العَبْدِ بَعْدَ المَوْتِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ سِوَاهُ، أَنْ يَقُولَ: «هَذَا العَبْدُ حَرٌّ قَبْلَ مَرَضِ مَوْتِي بِيَوْمٍ، وَإِنْ مِتُّ فَجَاءَ قَبْلَ مَوْتِي بِيَوْمٍ»، فَإِذَا مَاتَ بَعْدَ التَّعْلِيْقَيْنِ بِأَكْثَرِ مِنْ يَوْمٍ، عَتَقَ العَبْدَ مِنْ رَأْسِ المَالِ وَلَا سَبِيلَ عَلَيْهِ لِأَحَدٍ.

ولو اقتصَرَ على قوله: «أنت حرٌّ قبل موتي بيوم أو بشهر»، فإذا مات، نُظِرَ إِنْ كَانَ فِي أَوَّلِ اليَوْمِ، أَوِ الشَّهْرِ قَبْلَ المَوْتِ مَرِيضاً، فَيَعْتَبَرُ عِتْقُهُ مِنَ الثَّلَاثِ، وَإِنْ كَانَ صَاحِباً فَمِنْ رَأْسِ المَالِ، وَلَا فَرْقَ فِي الاِغْتِيَابِ مِنَ الثَّلَاثِ بَيْنَ أَنْ يَقَعَ التَّدْبِيرُ فِي الصَّحَّةِ، أَوْ فِي المَرَضِ كَالوَصِيَّةِ.

الثانية: إِذَا دَبَّرَ عَبْدٌ مَاتَ، وَبَاقِي مَالِهِ غَائِبٌ عَنِ بَلَدَةِ الوَرِثَةِ، أَوْ دِينَ عَلَى مَعْسَرٍ، فَلَا يُعْتَقُ جَمِيعَ المُدَبِّرِ، وَهَلْ يَعْتَقُ ثُلُثُهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

أحدهما: نَعَمْ، وَاخْتَارَهُ القَاضِي أَبُو حَامِدٍ؛ لِأَنَّ العَيَّةَ لَا تَزِيدُ عَلَى العَدَمِ، وَلَوْ لَمْ يَمْلِكِ إِلَّا هَذَا لَعَتَقَ ثَلَاثَةَ، فَكَذَلِكَ عِنْدَ الغِيْبَةِ. وَعَلَى هَذَا فَثَلَاثُ أَكْسَابِهِ بَعْدَ مَوْتِ السَّيِّدِ لَهُ، وَيُوقَفُ البَاقِي.

وأظهرهما: عَلَى مَا ذَكَرَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ، وَصَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» وَغَيْرُهُمَا: أَنَّهُ لَا يُعْتَقُ حَتَّى يَصِلَ المَالُ إِلَى الوَرِثَةِ؛ لِأَنَّ فِي تَجْهِيزِ العِتْقِ تَنْفِيذَ التَّبَرُّعِ مِنَ الثَّلَاثِ، قَبْلَ تَسَلُّطِ الوَرِثَةِ عَلَى الثَّلَاثِينَ. إِذْ لَا بَدَّ مِنَ التَّوَقُّفِ فِي الثَّلَاثِينَ إِلَى أَنْ يُتَبَيَّنَ حَالُ الغَائِبِ، وَعَلَى هَذَا فَتَوَقُّفُ الأَكْسَابِ؛ فَإِنْ حَضَرَ بَانَ عِتْقُ، وَأَنَّ الأَكْسَابَ لَهُ وَيَقَالُ: إِنْ الخِلَافَ فِي المَسْأَلَةِ قَوْلَانِ: مَنْصُوصٌ، وَمُخْرَجٌ. وَالمَنْصُوصُ الثَّانِي.

وَإِذَا كَانَتْ قِيَمَةُ المُدَبِّرِ مِائَةً، وَالغَائِبِ قَدْرُ مِائَتَيْنِ، فَحَضَرَتْ مِائَةٌ، فَعَلَى الوَجْهِ الأَوَّلِ؛ يَعْتَقُ ثُلَاثًا؛ لِأَنَّ ثَلَاثَةَ عِتْقٍ فِي الحَالِ إِذَا حَضَرَتْ مِائَةٌ عَتَقَ بِقَدْرِ ثَلَاثَتِهَا أَيْضاً.

وعلى الثَّانِي: يُعْتَقُ نِصْفَهُ؛ لِحَصُولِ مِثْلِهِ لِلوَرِثَةِ، إِذَا حَضَرَتْ مِائَةٌ، وَبَلَغَتْ مِائَةَ اسْتَقْرَرَّ العِتْقُ فِي ثَلَاثِهِ، وَتَسَلَّطَ الوَرِثَةُ عَلَى ثَلَاثِهِ وَعَلَى المِائَةِ.

وَفِي طَرِيقَةِ الصَّنِيدَلَانِيِّ تَفْرِيعاً عَلَى أَنَّهُ يُعْتَقُ مِنَ المُدَبِّرِ ثَلَاثَةَ أَنْ لِلوَارِثِ التَّصَرُّفَ فِي الثَّلَاثِينَ، فَإِنْ حَضَرَ المَالُ الغَائِبُ نَقِضَ تَصَرُّفَهُ، وَأَنَّهُ لَوْ أَعْتَقَ الوَارِثُ الثَّلَاثِينَ، وَلَمْ

يحضر المَالُ الغَائِبُ، فَوَلَاءُ الثَّلَاثِينَ لَهُ، وَإِنْ حَضَرَ؛ فَعَنْ ابْنِ سُرَيْجٍ أَنَّ الْجَوَابَ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ أَعْتَقَ وَلَهُ الْعِتْقُ. وَإِنْ فِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ: أَنَّ وِلَاءَ الْجَمِيعِ لِلْمَوْتِ؛ بِنَاءٍ عَلَى إِجَارَةِ الْوَرَثَةِ تَنْفِيزًا أَوْ ابْتِدَاءً عَطِيَّةً<sup>(١)</sup> وَاسْتَدًّا [نَكِيرًا]<sup>(٢)</sup> الْإِمَامِ عَلَى هَذَا، وَقَالَ: إِعْتَاقُ الْوَرِثَةِ أَنْفُسَهُمْ رَدًّا لِلتَّدْبِيرِ، وَلَا سَبِيلَ إِلَى رَدِّ التَّدْبِيرِ بِسَبَبِ غَيْبَةِ الْمَالِ، بَلِ الْوَجْهُ التَّوَقُّفُ، فَإِنْ حَضَرَ الْمَالُ بَانَ نُفُوذُ الْعِتْقِ فِي الْجَمِيعِ، وَلَكِنْ مُسْتَدًّا إِلَى وَقْتِ الْمَوْتِ، أَوْ عِنْدَ حَصُولِ الْقُدْرَةِ؟ فِيهِ اِحْتِمَالَانِ؛

أَوْجِهَهُمَا: الْأَوَّلُ.

فَإِنْ كَانَتِ التَّرِكَةُ بِحَيْثُ يَفِي مِثْلَهَا بِالْمُدْبِرِ، وَلَكِنْ كَانَ عَلَيْهِ ذَيْنَ مُسْتَعْرَقٍ [فَأَبْرَأَ مُسْتَحَقًّا]<sup>(٣)</sup> الذَّيْنِ عَنِ الذَّيْنِ بَعْدَ أَيَّامٍ مِنَ الْمَوْتِ، فَيَسْتَنْدُ الْعِتْقُ إِلَى وَقْتِ الْمَوْتِ، أَوْ يَتَنَجَّزُ مِنْ وَقْتِ سُقُوطِ الذَّيْنِ؟ فِيهِ اِحْتِمَالَانِ:

وَالْأُظْهَرُ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ الثَّانِي:

وَلَوْ كَانَ لَهُ ذَيْنَ فِي ذِمَّةِ إِنْسَانٍ لَيْسَ لَهُ غَيْرُهُ فَأَبْرَأَ عَنْهُ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ، أَوْ عَنِ ثُلَيْهِ، هَلْ تَحْصُلُ الْبَرَاءَةُ عَنِ الثَّلَاثِ قَبْلَ وُصُولِ الثَّلَاثِينَ؟

فِيهِ الْخِلَافُ الْمَذْكُورُ فِي أَنَّ الْعِتْقَ هَلْ يَنْفِذُ مِنَ الثَّلَاثِ، وَالْأَصْحَحُ: الْمَنْعُ.

وَيَجْرِي الْخِلَافُ فِيمَا إِذَا مَاتَ عَنْهُ اثْنَيْنِ وَلَمْ يَتْرِكْ إِلَّا ذَيْنًا عَلَى أَحَدِهِمَا؛ هَلْ يَبْرَأُ مِنْ عَلَيْهِ الذَّيْنِ عَنْ نِصْفِهِ؟

فَفِي وَجْهِ: لَا، وَإِلَّا [لَاخْتَصَّ بِحَقِّهِ]<sup>(٤)</sup> قَبْلَ أَنْ يَتَوَقَّفَ عَلَى أَخِيهِ حَقُّهُ، وَقَدْ أَمَرَ بِالتَّسْوِيَةِ بَيْنَهُمَا. وَفِي وَجْهِ: نَعَمْ، إِذْ لَا يُمْكِنُ أَنْ يَمْلِكَ عَلَى نَفْسِهِ ذَيْنًا.

وَلَوْ أَوْصَى [بِغَيْرِ]<sup>(٥)</sup> مَالٍ يَخْرُجُ مِنَ الثَّلَاثِ، وَبَاقِي مَالِهِ غَائِبٌ.

هَلْ يُسَلَّمُ إِلَى الْمَوْصِي لَهُ ثُلُكُ الْعَيْنِ، أَوْ يَنْتَظَرُ حُضُورَ الْغَائِبِ؟ فِيهِ مِثْلُ الْخِلَافِ الْمَذْكُورِ فِي الْعِتْقِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي «بَابِ الْوَصِيَّةِ». وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «وَكَذَا الْخِلَافُ فِي الْوَصِيَّةِ» مُعَادٌ هَا هُنَا.

(١) قَالَ فِي الْمَطْلَبِ: مَا ذَكَرَهُ الصِّدْلَانِي يُوَافِقُ قَوْلَ الْأَصْحَابِ فِي بَابِ الْوَصِيَّةِ إِنْ تَصَرَّفَ الْمَرِيضُ فِيمَا زَادَ عَلَى الثَّلَاثِ بِالتَّبَرُّعِ نَافِذًا فِي الْحَالِ، وَمَلَكَ الْمَشْتَرِي التَّصَرُّفَ فِيهِ، وَإِنْ كَانَ لَوْ مَاتَ مِنْ ذَلِكَ الْمَرِيضِ لِبَانَ بَطْلَانُ تَصَرُّفِهِ حَتَّى قَالُوا إِنَّهُ لَوْ أَعْتَقَ أُمَّةً لَا مَالَ لَهُ سِوَاهَا يَمْلِكُ قَرِيبَهَا تَزْوِيجَهَا، فَإِنْ ظَهَرَ أَنَّ الْعِتْقَ لَمْ يَشْمَلْ جَمِيعَهَا بَانَ بَطْلَانُ النِّكَاحِ إِنْ لَمْ يَجْزِ الْوَرِثَةُ أَوْ أَجَازُوا وَقَلْنَا: إِنَّهَا ابْتِدَاءٌ عَطِيَّةً، وَالْأَفْصَحُ الصَّحَّةُ.

(٢) سَقَطَ فِي: ز. (٣) فِي أ: فَإِنَّهُ اسْتَحَقَّ.

(٤) فِي ز: اخْتَصَّ لِحَقِّهِ. (٥) فِي ز: بَعِينٌ.

ولو أوصى بثلث ماله، وبغض ماله حاضراً، وبغضه غائباً، أو البعض عيناً، والبعض ديناً، فيدفع إلى الموصى له ثلث الحاضر، والعين يحضره وما يحصل من بعد، فيقسم كذلك.

الثالثة: إذا علق عتق عبده بصفة، فوجدت تلك الصفة في مريض الموت؛ يُنظر إن كان التعليق بصفة لا توجد إلا حينئذ، كما إذا قال: إن دخلت الدار في مريض موتي، فأنت حر، أو إذا مرضت مريض الموت. فيعتبر عتقه من الثلث، كما لو أعتقه حينئذ.

وإن كان يحتمل أن توجد في الصحة، ويحتمل أن توجد في المريض فقولان:

أصحهما: العتق من رأس المال؛ لأنه حينئذ علق ولم يكن متهماً بإنطال حق الورثة.

والثاني - وبه قال أبو حنيفة -: يُعتق من الثلث اعتباراً بوقت وجود الصفة فإن العتق حينئذ يحصل. وهذا كالخلاف في أنه إذا علق طلاقاً أمرأته في الصحة، ووجدت الصفة في المريض هل [يجعل فاراً]<sup>(١)</sup>.

قال الإمام: ومن هذا الأصل اختلف الأصحاب في أنه إذا شهد اثنان على تعليق العتق بصفة، وآخران على وجود الصفة، وحكم القاضي بنفوذ العتق، ثم رجعوا يكون الغرم عليهم جميعاً، أم يختص به شهود التعليق؛ لأن التعليق هو الموقع والصفة محل الوقوع أو وقته؟

وقياس اعتبار الصفة ها هنا تخصيص الغرم بشهود الصفة لكن لا صائر إليه.

والخلاف فيما إذا كانت الصفة محتملة الحصول في الصحة والمريض، ووجدت في المريض بغير اختياره، فإن وجدت باختياره اعتبر العتق من الثلث؛ لأنهم ذكروا أنه لو قال: إن دخلت الدار وكلمت فلاناً فأنت حر، ثم دخلها وكلمته من مريض موته، يعتبر العتق من الثلث؛ لأنه اختار حصول العتق في مريضه. ولو باع الصحيح بمحاباة، وشرط الخيار، ثم مرض في مدة الخيار، ولم يفسخ حتى مات، اعتبرت المحاباة من الثلث؛ لأنه [لزم]<sup>(٢)</sup> العقد في المريض باختياره، فأشبه ما إذا وهب في الصحة، وأقبض في المرض<sup>(٣)</sup>.

(٢) في أ: ألزم.

(١) سقط في: ز.

(٣) قال النووي: إنما يظهر هذا إذا قلنا: الملك في مدة الخيار للبايع، وترك الفسخ عامداً لا ناسياً.

فروع:

لو علق عتق عبده بصفة، وهو مُطلق التصرف فوجدت الصفة، وهو مخجور عليه بالفلس، عتق العبد، إن قلنا: الاعتبار بحالة التعليق، وإن قلنا: الاعتبار بحالة وجود الصفة؛ فهو كإعتاقِ الفليس، ولو علقه بصفة، فوجدت الصفة بعد ما جنَّ وحجر عليه بالسفة، يعتق وجهاً [واحداً]<sup>(١)</sup> كذلك ذكره في «التهذيب» وفرق بأن حَجَرَ المريض والمفلس كلاهما لِحَقِّ العتير، وهذا لِلوَرثَةِ، وهذا لِحَقِّ العَرَمَاءِ، بخلاف حَجْرِ [السفيه والمجنون]<sup>(٢)</sup>.

وعن صاحب «الإفصاح» أنه لو قال: إن جُنِئْتُ فأنت حُرٌّ. فَجُنُّ، ففي العتق وجهان:

أحدهما: لا يُعتَقُ كما لو أعتق في حال الجنون.

والثاني: يعتق؛ لأن الإيقاع حصل في الصحة.

وقد خرَّج هذا الخلاف فيما إذا كان التعليق بصفة غير الجنون، فوجدت في الجنون. ولو قال: إن مَرَضْتُ مَرَضاً مَخَوْفاً، فأنت حر. فَمَرَضُ مَرَضاً مَاتَ مِنْهُ، يعتق العبد، ويكون عتقه من الثلث. وعن أبي الحسين بن القطان وجه آخر: أنه يُعتَقُ من رأس المال؛ لأن التعليق وَقَعَ في الصحة.

ولو مَرَضَ مَرَضاً مَخَوْفاً، ثم برى منه يعتق، ويكون عتقه من رأس المال. وخرج القاضي ابن كَجَّ وَجْهاً: أنه لا يُعتَقُ أَخْذاً من الخِلافِ فيما إذا حَجَّ، وهو مَغْضُوبٌ ثُمَّ بَرِيَ.

ونختم الفضل بإعادة إشكال من الخلاف المشهور، من أن المُدَبِّرُ؛ هل يُعتَقُ في الحال عند غيبه باقي المال، قد ذكرناه في «باب الوصية»، وذلك، لأن الثلث عتق بكل حال، فلا معنى للتوقُّفِ والتأخير فيه، ولا فائدة للوارث في ذلك، فإنه ممنوع من التصرف في جميع العبد، فضلاً عن التصرف في الثلث.

وأيضاً فلو لم يعتق الثلث في الحال لَبَقِيَ المِلْكُ فيه والمملوك لا بُدَّ له من مالِك، ولا يمكن أن يكون ملكاً للميت، ولو كان ملكاً للوارث، لما عتق<sup>(٣)</sup> إلا بإعتاقه.

قَالَ العَرَالِيُّ: (الخامس) إِذَا جَنَى المُدَبِّرُ بَيْعَ فَإِنَّ فَدَاهُ السَّيْدُ بَقِيَ التَّدْبِيرُ، فَإِنْ مَاتَ

(٢) في ز: السفه والجنون.

(١) سقط في: ز.

(٣) في ز: عتق.

السَّيِّدُ فَلِلْوَرِثَةِ أَنْ لَا يَفْدُوهُ عَلَى قَوْلٍ وَإِنْ وَفَى الثُّلُثَ بِالْفِدَاءِ وَالْعِتْقِ، وَقِيلَ: يَجِبُ  
الْفِدَاءُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الجناية على المُدَبِّرِ كهي على القِنَّ، فإن قتل فللسيد القِصَاصُ أو  
القيمة، ولا يلزمه أن يشتري بها عبداً فيدبره، بخلاف ما إذا وَقَفَ مَتَاعاً فَأُتِلِفَ، فإنما قد  
نقول يشتري بقيمته مثله، ويوقف؛ لأن مقصود الوَقْفِ أن ينتفع به المَوْقُوفُ عليهم،  
وهم بَأَقْوَنَ. ومقصود التَّدْبِيرِ أن ينتفع به ذلك العَبْدُ، ولم يَبْقَ، وإن جنى على طرفه  
فَلِلسَّيِّدِ القِصَاصُ، أو الأَرْضُ، ويبقى التدبير<sup>(١)</sup> بِحَالِهِ. هذا حكم الجِنَايَةِ عليه.

وأما حكم جِنَايَتِهِ وهو [الذي]<sup>(٢)</sup> أورده في الكِتَابِ، فهو فيها كالقِنَّ أيضاً، فلو  
جَنَى على إنسانٍ بما يوجب القِصَاصَ اقْتَصَصَ منه وفَاتَ التَّدْبِيرُ.

وإن جَنَى بما يوجب المَالِ، وعاد بالعَفْوِ إليه، فللسيد أن يَفْدِيَهُ، وأن يُسَلِّمَهُ لِبَيْعٍ  
في الجِنَايَةِ، فإن فَدَاهُ بقي التدبير فيه، وفيما يَفْدِيهِ به من أَرْضِ الجِنَايَةِ، أو الأَقْلَ منه،  
ومن قيمته القولان السابقان من القِنَّ.

وإن سَلَّمَهُ للبيع وبيع جميعه ارتفع التَّدْبِيرُ فيه، فإن عاد إلى مِلْكِهِ، ففي عَوْدِ  
التدبير ما مَرَّ في الباب تَفْرِيعاً على أنه وصية، وعلى أن تَعْلِيْقَ عِتْقِ بصفة، وإن حصل  
العَرَضُ بِبَيْعِ بعضه بَقِيَ التَّدْبِيرُ في الباقي، وإن مَاتَ السيد قبل البَيْعِ، واختيار الفداء،  
ففيه طريقتان:

أظهرهما: أن حُصُولَ العِتْقِ على الخِلافِ في أن إِعْتِاقَ العَبْدِ الجاني هل ينفذ؛  
لأنه اجتمع العِتْقُ والجِنَايَةُ؟ فإن قلنا: ينفذ أخذ الفداء من تَرْكَةِ السَّيِّدِ؛ لأنه أعتقه بالتدبير  
السابق، وعلى هذا فالفداء بأقل الأمرين بلا خِلافٍ؛<sup>(٣)</sup> لأنه تعذر تسليمه للبيع.

وإن قلنا: لا يُعْتَقُ فالوَارِثُ بالخيار بين أن يَفْدِيَهُ فيعتق من الثلث، وبين أن يُسَلِّمَهُ  
لِلْبَيْعِ، وإن كان في ثلث المال سَعَةً، فإذا بَيْعَ، بَطَلَ التدبير.

واعلم أن الخِلافَ في أن إِعْتِاقَ الجاني؛ هل ينفذ؟

قد سبق في أوَّلِ «البيع»، وبيِّنَّا أن الأصَحَّ أنه إن كان مُوسِراً ينفذ، وإن كان مُعْسِراً  
لا ينفذ، ويُشْبِهُ أن يقال: الميت معسر على ما مَرَّ في سِرَايَةِ العِتْقِ.

[والطريق]<sup>(٤)</sup> الثاني: عن صاحب «التقريب» أنه إذا اتَّسَعَ الثلث، وَوَفَى بقيمة

(١) في أ: الأرض.

(٢) سقط في: ز.

(٣) وما ادعاه من نفي الخلاف ممنوع فإنه قد حكى في باب العاقلة الخلاف فيه.

(٤) سقط في: ز.



الرقبة والفداء، وجب على الورثة تحصيل العتق، ولا [يخرج]<sup>(١)</sup> على ذلك الخلاف. ولو كانت جنائيه المدبر تستغرق تلك الرقبة مثلاً، ومات السيد ففداه الوارث من ماله، ففي ولأ ذلك الثلث وجهان، حكاهما الصنيدلاني عن ابن سريج أنه للوارث. وقال القفال: فيه وجه آخر عندي؛ أن ولأ جميعه للوارث، بناء على أن إجازة الورثة تنفيذ أو ابتداء عطية.

وهذا الفداء من الوارث كالإجازة؛ لأنه متمم قصد المورث، وشبهها بالوجهين في عبد مزهون [جنى ففداه المرتهن]<sup>(٢)</sup> بشرط أن يكون العبد رهناً عنده بأصل الدين، وبالفداء؛ لأنه لما أشرف على الزوال للبيع في الجناية جعل باستيفائه كابتداء عقد منه. ولو جنت المدبرة، ولها ولد صغير وقلنا بسراية التدبير إليه على ما سيأتي الخلاف فيه، فلو بغنا الولد معها أبطلنا التدبير فيه، ولو لم تبعه معها، فرقنا بين الأم والولد، وفيه وجهان:

أحدهما: نبيعه جداراً من التفريق.

والثاني: يحتمل التفريق للضرورة، وهو كالخلاف فيما إذا رهن الجارية دون ولدها، واحتيج إلى بيع الجارية في الدين هل يباع الولد معها؟ وقوله في الكتاب: «إذا جنى المدبر بيع» يجوز أن يعلم [بالحاء]<sup>(٣)</sup>؛ لأن عند أبي حنيفة يجبر السيد على أن يقديه، كما في أم الولد. وقوله: «فللورثة ألا يقدوه على قول» أي من التركة، وهو إشارة إلى الطريقة الأولى.

وقوله: «وقيل: يجب الفداء»؛ [إشارة إلى]<sup>(٤)</sup> طريقة صاحب «التقريب».

قال الغزالي: الحكم الثاني: السراية وهل يسري التدبير إلى ولد المدبرة من زنا أو نكاح؟ فيه قولان، وتعليق العتق بالدخول هل يسري إلى الولد؟ فيه أيضاً قولان، فإن قلنا: يسري فقيل: معناه أن الولد يعتق بدخول الأم، وقيل بدخول نفسه، ثم إذا سرى التدبير صار كما لو دبّرهما، ولا يكون الرجوع عن أحدهما رجوعاً عن الآخر، ويفترغ بينهما إذا ضاق الثلث، أما ولد المدبر فيتبع الأم دون الأب.

قال الرافعي: يجوز وطء المدبرة والمعلقة عتقها بصفة لكمال الملك، ونفاذ التصرف فيهما.

(٢) في ز: حتى ففداه المرهن.

(٤) في ز: أراد به.

(١) في ز: حرج.

(٣) في ز: الحال.

روي أن ابن عمر - رضي الله عنهما: **دَبَّرَ جَارِيَتَيْنِ لَه، وَكَانَ يَطْوُهُمَا**<sup>(١)</sup>.  
 وأيضاً فإن **المُسْتَوْلَدَةَ** يجوز وطؤها، مع أن **حَقَّ العِتْقِ** [فيها]<sup>(٢)</sup> **أَكَّدَ، فَاَلْمُدْبِرَةُ**  
**أَوْلَى، وَتُخَالِفُ المُكَاتِبَةَ؛** لأنها صارت **أَحَقَّ** بنفسها؛ ألا ترى أنها إذا **وُطِئَتْ** يكون  
**المَهْرُ** لها، وإذا **جنى** عليها يكون **أزْشُ الجِنَايَةِ** لها، بخلاف **المُدْبِرَةِ** و**المُعَلَّتِ عِتْقَهَا**  
 بالصفة والمستولدة، فإن **المَهْرَ** و**أزْشَ الجِنَايَةِ** عليهن يكون **للسَّيِّدِ**.  
 ولو **أَوْلَدَهَا** السيد صارت **مُسْتَوْلَدَةَ**. والأظهر أن **التدبير** **يَبْطُلُ**.

وفيه وجه آخر وقد ذكرناهما من قَبْلُ، وبذلك **الْوَجْهَ** الآخر أجاب إبراهيم  
**المَرْوُزِيُّ**، وتظهر **فَائِدَةُ** الاختلاف فيها، إذا قال: كل مدبر لي<sup>(٣)</sup> حر؛ هل تعتق هي؟  
 وأما إذا أتت **المُدْبِرَةُ** بولَدٍ من **نِكَاحٍ** أو **زنى**؛ فهل **يَسْرِي** التدبير إليه؟ فيه  
 قولان<sup>(٤)</sup>:

أرجحهما عند الإمام وصاحب «التهذيب»: لا، وهو اختيار **المُزْنِي**؛ لأنه **عَقْدٌ**  
 يقبل **الرفع**، فلا **يَسْرِي** إلى **الْوَلَدِ كَالرَّهْنِ**.

وأظهرهما: كما ذكر الشيخان - أبو حامد والقفال - وغيرهما وبه قال أبو حنيفة  
 ومالك وأحمد - رحمهم الله -.

نعم: لأنها **تُعْتَقُ** بموت **سَيِّدِهَا**، فاتباعها **وَلَدُهَا** كالمستولدة، ولأن **وَلَدَ الحرة حُرٌّ**،  
**وَوَلَدَ الرقيقَة رَقِيقٌ**.

وإذا نذر **هَدِيًّا** أو **أَضْحِيَّةً**، يكون **للولد حُكْمُ** الأم، فكذلك **ها هنا**. ثم قيل:  
**القولان مَبْنِيَّانِ** على أن **التدبير وَصِيَّةٌ**، أو **تعليق عتق بصفة**، إن قلنا: وصية لم يتبعها  
**الْوَلَدُ**، وإن قلنا: **تعليق يتبعها**، وهذه طريقة **المزني**، والصحيح وبه قال **ابن سُرَيْجٍ** وأبو  
**إسحاق** - رحمهم الله -: **أنهما مَبْنِيَّانِ** على أنه **وَصِيَّةٌ** أو **تعليق**، بل **القولان جَارِيَانِ** على  
**القولين جميعاً؛** لأنه **نَصَّ** على **قولين** في أن **وَلَدَ المعلق عتقها؛** هل **يَتَّبَعُهَا** على ما  
**سندكر**، ويقال: إنه **مع التفرع** على أن **التدبير وَصِيَّةٌ**؛ ذكر في **وَلَدِ المدبرة** قولين.

وفي «الشامل» أن بعضهم قال: **القولان في الوَلَدِ مَخْصُوصَانِ** بما إذا قلنا: إن

(١) رواه مالك [١٦٢/٢] في الموطأ عن نافع عنه بهذا، والشافعي عنه به.

(٢) في ز: منها. (٣) في أ: مدبرك.

(٤) حكى هذا النووي عن الأكثرين وحكايته عن الأكثرين في أصل كلام المصنف ممنوع، فإنه لم  
 يقله، وإنما نقل الأول عن ترجيح الإمام والبخاري ونقل ترجيح السراية عن أبي حامد والقفال.  
 نعم صرح في الشرح الصغير بذلك فقال أظهرهما عند أكثرهم أنه يسري.

التدبير تَغْلِيْقٌ، وأما إذا جَعَلْنَاهُ وَصِيَّةً، فلا يتبعها الْوَلَدُ، بلا خلاف، كما لو أوصى بِجَارِيَةٍ لِإِنْسَانٍ، فَأَتَتْ بِوَلَدٍ، فهذه طَرِيقَةٌ ثَالِثَةٌ، وعن الشيخ أبي محمد أنه يحتمل أن يَجْرِي الْقَوْلَانِ فِي وَوَلَدِ الْمَوْصِي بِهَا لِإِنْسَانٍ<sup>(١)</sup>. قال الإمام: وَالْأَطْهَرُ الْقَطْعُ بِالْمَنْعِ.

والشافعي - رضي الله عنه - إنما رَدَّدَ الْقَوْلَ فِي وَوَلَدِ الْمُدَبِّرَةِ عَلَى مَذْهَبِ التَّشْبِيهِ بِالْمُسْتَوْلِدَةِ، وهذا التَّشْبِيهُ يَخْتَصُّ بِعَقْدِ الْعِتَاقَةِ، وَالْمُعْلَقُ عِنْتُهَا بِالصِّفَةِ إِذَا أَتَتْ بِوَلَدٍ؛ هَلْ يَتَّبِعُهَا؟ [أَيْضاً]<sup>(٢)</sup> فِيهِ قَوْلَانِ.

وَرَتَّبَ الصَّيْدَلَانِيُّ الْخِلَافَ هَا هُنَا عَلَى الْخِلَافِ فِي وَوَلَدِ الْمُدَبِّرَةِ، وَالْمَنْعُ هَا هُنَا أَوْلَى. وَجَعَلَ الْقَفَالُ وَغَيْرُهُ الْأَطْهَرَ<sup>(٣)</sup> وَقَالُوا: وَلَدِ الْمُدَبِّرَةِ إِنَّمَا يَتَّبِعُهَا لِمُشَابَهَتِهَا الْمُسْتَوْلِدَةَ مِنَ الْعِتْقِ بِمَوْتِ السَّيِّدِ.

وَالْأَطْهَرُ: أَنَّهُ لَا فَرْقَ مِنْ مَجِيءِ الْقَوْلَيْنِ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ التَّغْلِيْقُ بِمَا يَحْصُلُ لَا مَحَالَةَ كَطُلُوعِ الشَّمْسِ، أَوْ بغيرِهِ كَقُدُومِ زَيْدٍ، وَدُخُولِ الدَّارِ.

وَقِيلَ بِتَخْصِيصِ الْقَوْلَيْنِ بِالتَّغْلِيْقِ بِمَا يَوْجَدُ لَا مَحَالَةَ؛ لِأَنَّهُ يَشْبَهُ التَّذْبِيرَ، وَفِي غَيْرِهِ لَا يَتَّبِعُهَا بِلَا خِلَافٍ.

التفريع: إن<sup>(٤)</sup> جعلنا وَلَدَ الْمُدَبِّرَةِ مُدَبِّرًا، فلو ماتت الأم في حَيَاةِ السَّيِّدِ، لم يبطل التدبير في الولد، كما لو دَبَّرَ عَبْدَيْنِ، فمات أحدهما قبل موت السَّيِّدِ، وكما إذا ماتت الْمُسْتَوْلِدَةُ لا يبطل حَقُّ الْعِتْقِ فِي الْوَلَدِ، ولو رجع السَّيِّدُ عَنْ تَذْبِيرِهِ أَحَدَهُمَا، وَجَوَزَنَاهُ، أَوْ بَاعَ أَحَدَهُمَا لَمْ يَبْطُلِ التَّدْبِيرُ فِي الثَّانِي، وَلَوْ كَانَ الثُّلُثُ لَا يَبْقَى إِلَّا بِأَحَدَاهُمَا، فَعَنْ ابْنِ الْحَدَّادِ: أَنَّهُ يُفْرَعُ بَيْنَهُمَا، كَمَا لَوْ دَبَّرَ عَبْدَيْنِ، وَضَاقَ الثَّلَاثُ عَنْهُمَا، وَهَذَا هُوَ الْأَطْهَرُ، وَالْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ.

وفيه وَجْهٌ: أَنَّهُ يُقَسَّمُ الْعِتْقُ عَلَيْهِمَا؛ لِأَنَّا لَوْ أَقْرَعْنَا فَرِيضًا تَخْرُجُ الْقُرْعَةُ لِلْوَلَدِ، فَتَرْتَقِيَ الْأُمُّ وَهِيَ الْأَصْلُ فِي التَّدْبِيرِ، فَيَبْعَدُ أَنْ تَرْتَقِيَ، وَيَعْتَقُ الْوَلَدُ.

وَإِذَا قُلْنَا: إِنَّ الْمُعْلَقَ عِنْتُهَا بِالصِّفَةِ يَتَّبِعُهَا وَلَدُهَا، فَالْمَعْنَى بِهِ أَنَّ الصِّفَةَ إِذَا وَجَدَتْ فِي الْأُمِّ، وَعَتَقَتْ هِيَ [بِعِتْقِ الْوَلَدِ أَيْضًا وَلِتَعْتَبَرُ الصِّفَةُ فِيهِ - فَإِذَا عَلِقَ عِنْتُهَا]<sup>(٥)</sup> بِدُخُولِ الدَّارِ فَدَخَلَتْ عِنْتُهَا، وَعَتَقَ الْوَلَدُ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ، وَلَوْ دَخَلَ الْوَلَدُ بِنَفْسِهِ لَمْ يَعْتَقِ هَذَا هُوَ [الْمَشْهُورُ].<sup>(٦)</sup>

(٢) سقط في: ز.

(١) في أ: به.

(٤) في ز: ولو.

(٣) في ز: الأعم.

(٦) في ز: المشهود.

(٥) سقط في: ز.

وقال الشيخ أبو محمد [قضية<sup>(١)</sup>] سِرَايَةَ هذا التعليق أن يَتَعَلَّقَ عَتَقُهُ بدخوله من نفسه، وإلَّا فَهُوَ سِرَايَةُ عَتَقَ لا سِرَايَةَ تَعْلِيْقَ، فعلى هذا لا يُعْتَقُ بدخولها، ويعتق بدخوله، ولو بَطَلَ التعليق بدخول الدار فيها بأن ماتت بَطَلٌ في حَقِّ الولد أيضاً<sup>(٢)</sup>.

قال في «التهديب»: لأنه يَتَّبِعُهَا في [حق]<sup>(٣)</sup> العتق لا في الصِّفَةِ، بخلاف التَّدْبِيرِ، فإنه يَتَّبِعُهَا في التدبير، فيبقى فيه وإن بَطَلَ فيها.

وقال ابن الصَّبَّاح: الفَرْقُ بينه وبين التَّدْبِيرِ أن الشُّرْطَ دخول الأم الدار، وإذا ماتت فَاتَ ذلك الشُّرْطُ [والشرط]<sup>(٤)</sup> في المدبر صَمُوتُ السيد، ولم يفِث ذلك في حَقِّ الولدِ إلا أن يكون قد عَلَّقَهُ بفعل نفسه أو غيرها، فيكون كالمُدْبِرَةِ، ويُطْلَأُ التعليق بموت السيد كَبُطْلَانِهِ بموتها، وقضية ما ذكره الشيخ أبو مُحَمَّدٍ: ألا يبطل التعليق فيه ببطلانه فيها.

ولو قال لِأَمَّتِي: أنت حُرَّةٌ بعد موتي بعشر سنين مثلاً، فإنما تُعْتَقُ بعد مُضِيِّ تلك المدة من يوم المَوْتِ فإن آتت بولد قبل مَوْتِ السَّيِّدِ فهل يتبع الأم في حُكْمِ الصِّفَةِ؟ فيه القولان؛ وإن آتت به بعد مَوْتِ السيد وقبل مُضِيِّ المدة؛ فقد نَصَّ الشافعي - رضي الله عنه - أنه يَتَّبِعُهَا في حكمها، وفيه طَرِيقَانِ للأصحاب:

أحدهما: أنه على القَوْلَيْنِ، كما قبل الموت، وإنما أَجَابَ على أحد القولين.

والثاني: القَطْعُ بأنه يَتَّبِعُهَا؛ لأن سبب العتق قد تَأَكَّدَ ها هنا؛ إذ ليس للوارث التَّصَرُّفُ فيه، وإبطال العتق، فصارت كالمُسْتَوْلَدَةِ، وقبل الموت كان السَّيِّدُ بِسَبِيلِ من البيع والإبْطَالِ، وذكر على هذا أن الولدَ يعتق من رَأْسِ المال، كما في المُسْتَوْلَدَةِ. وأما ولد المُدْبِرَةِ، فلا يؤثر فيه تَدْبِيرُ أبيه، بل يَتَّبِعُ الأم في الرِّقِّ والحرية.

قَالَ العَرَّالِيُّ: فَإِذَا مَاتَ السَّيِّدُ وَالمُدْبِرَةُ حَامِلٌ عِتْقَ مَعَهَا حَمْلَهَا، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا عِنْدَ التَّدْبِيرِ فَفِي السَّرَايَةِ إِلَى الجَنِينِ وَجَهَانِ، فَلَوْ تَنَازَعَا وَقَالَتْ: وَلَدْتُ بَعْدَ التَّدْبِيرِ فَيَتَّبِعُنِي وَأَنْكَرَ السَّيِّدُ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ، وَلَوْ تَنَازَعَ الوَارِثُ وَالمُدْبِرُ فِي مَالٍ فِي يَدِهِ فَأَدَّحَى أَنَّهُ أَكْتَسَبَ بَعْدَ مَوْتِ السَّيِّدِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ لِأَجْلِ اليَدِ، وَلَوْ قَالَتْ: وَلَدْتُ الولدَ بَعْدَ مَوْتِ السَّيِّدِ فَهُوَ حُرٌّ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الوَارِثِ إِذْ لَا يَدَّ عَلَى الوَلَدِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: في هذه البقية مَسْأَلَتَانِ:

إحدهما: ما ذكرنا في وَلَدِ المُدْبِرَةِ مَفْرُوضٌ فيما إذا حَدَّثَ الولد بعد التدبير،

(٢) في ز: العتق بدلاً من الولد أيضاً.

(٤) سقط في: ز.

(١) سقط في: ز.

(٣) سقط في: ز.

وَأَنْفَصَلَ قَبْلَ مَوْتِ السَّيِّدِ، فَأَمَّا: إِذَا كَانَتِ الْمُدَبَّرَةُ حَامِلًا عِنْدَ مَوْتِ السَّيِّدِ، عَتَقَ مَعَهَا الْحَمْلُ، بِلَا خِلَافٍ، كَمَا لَوْ أَعْتَقَ جَارِيَةً حَامِلًا، فَإِنْ لَمْ [يَحْتَمِلْهَا] <sup>(١)</sup> الثَّلَاثُ حَامِلًا، عَتَقَ مِنْهَا قَدْرَ الثَّلَاثِ. وَكَذَا الْمُعَلَّقُ عَثَقَهَا بِالصَّفَةِ، لَوْ كَانَتِ حَامِلًا عِنْدَ وَجُودِ الصَّفَةِ، عَتَقَ الْحَمْلُ مَعَهَا. وَلَوْ كَانَتِ الْجَارِيَةُ حَامِلًا عِنْدَ التَّدْبِيرِ، فَفِيهِ طَرِيقَانِ:

أحدهما: أَنَّهُ يَبْنِي حُكْمَهُ عَلَى أَنَّ الْحَمْلَ هَلْ يُعْرَفُ؟ وَفِيهِ قَوْلَانِ: إِنْ قُلْنَا: يَعْرِفُ - وَهُوَ الْأَصْحَحُ - فَيَكُونُ الْوَلَدُ مُدَبَّرًا أَيْضًا.

وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَعْرِفُ، فَفِيهِ الْقَوْلَانِ الْمَذْكُورَانِ فِي الْوَلَدِ الْحَادِثِ.

وَأَصْحَهُمَا: الْقَطْعُ بِكَوْنِهِ مُدَبَّرًا، سِوَاءَ قُلْنَا: إِنْ الْحَمْلُ يَعْرِفُ أَوْ لَا يَعْرِفُ كَمَا يَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ بِلَا خِلَافٍ، وَقَدْ ذَكَرَ أَنَّهُ لَيْسَ ذَلِكَ عَلَى سَبِيلِ السَّرَايَةِ، وَلَكِنِ اللَّفْظُ يَتَنَاوَلُهُ [وَرِنَمَا] <sup>(٢)</sup> يَعْرِفُ كَوْنَهُ مَوْجُودًا يَوْمَ التَّدْبِيرِ، إِذَا أَتَتْ بِهِ لَمَّا دُونَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، فَإِنَّ أَتَتْ بِهِ لِأَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ مِنْ وَقْتِ التَّدْبِيرِ، فَهُوَ حَادِثٌ لَا مَحَالَةَ، وَإِنْ أَتَتْ بِهِ الْمُدَّتَيْنِ، فَيَنْظُرُ أَلَيْهَا زَوْجٌ يَفْتَرِشُهَا أَمْ لَا؟ وَقَدْ سَبَقَ مِثْلُهُ فِي مَوَاضِعَ.

فَإِنْ كَانَ لَهَا زَوْجٌ قَدْ فَارَقَهَا قَبْلَ التَّدْبِيرِ، وَأَتَتْ بِوَلَدٍ لَمَّا دُونَ أَرْبَعِ سِنِينَ مِنْ وَقْتِ الْفِرَاقِ فِيهِ قَوْلَانِ:

قَالَ فِي «التَّهْدِيبِ»: أَصْحَهُمَا: أَنَّهُ يَجْعَلُ مَوْجُودًا يَوْمَ التَّدْبِيرِ، كَمَا يَجْعَلُ مَوْجُودًا فِي ثُبُوتِ النَّسَبِ مِنَ الزَّوْجِ. إِذَا ثَبَتَ التَّدْبِيرُ فِي الْحَمْلِ، ثُمَّ انْفَصَلَ، فَرُجُوعُ السَّيِّدِ عَنِ التَّدْبِيرِ فِي أَحَدِهِمَا لَا يَرْفَعُ التَّدْبِيرَ فِي حَقِّ الْآخَرِ، كَمَا ذَكَرْنَا فِي الْوَلَدِ الْمُنْفَصَلِ.

وَإِنْ رَجَعَ قَبْلَ الْانْفِصَالِ عَنِ تَدْبِيرِ الْحَمْلِ، وَجَوَزْنَا الرَّجُوعَ عَنِ التَّدْبِيرِ اِزْتَمَعَ التَّدْبِيرُ فِيهِ، وَبَقِيَ فِي الْأُمِّ. وَفِي وَجْهِ: لَا يَجُوزُ الرَّجُوعُ عَنْهُ مَا دَامَ حَمَلًا، مَعَ بَقَاءِ التَّدْبِيرِ فِي الْأُمِّ، وَإِنْ رَجَعَ فِي تَدْبِيرِ الْأُمِّ، نُظِرَ إِنْ قَالَ: رَجَعْتُ عَنْ تَدْبِيرِهَا دُونَ تَدْبِيرِ الْوَلَدِ، فَلَا يَخْفَى الْحُكْمُ، وَإِنْ أَطْلَقَ، فَوَجْهَانِ:

أحدهما: أَنَّهُ يَتَّبِعُهَا فِي الرَّجُوعِ، كَمَا يَتَّبِعُهَا فِي التَّدْبِيرِ.

وَأَصْحَهُمَا: الْمَنْعُ، كَالرَّجُوعِ بَعْدَ الْانْفِصَالِ وَيُخَالِفُ التَّدْبِيرُ؛ لِأَنَّ فِيهِ مَعْنَى الْعِتْقِ، وَلِلْعِتْقِ قُوَّةٌ وَعَلَبَةٌ لَا تُنْكَرُ.

وَإِذَا رَجَعَ فِي تَدْبِيرِهَا دُونَ الْوَلَدِ، ثُمَّ أَتَتْ بِوَلَدٍ لَمَّا دُونَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، مِنْ وَقْتِ الرَّجُوعِ فَهُوَ مُدَبَّرٌ، وَإِنْ أَتَتْ بِهِ لِأَكْثَرِ مِنْ ذَلِكَ، وَلَهَا زَوْجٌ يَفْتَرِشُهَا لَمْ يَكُنْ مُدَبَّرًا؛ لِأَنَّهُ لَا يَعْلَمُ حُصُولَهُ قَبْلَ الرَّجُوعِ عَنِ تَدْبِيرِهَا.

(٢) فِي ز: دَائِمًا.

(١) فِي ز: يَحْمِلُهَا.

ولو دَبَّرَ الحَمْلُ من البَطْنِ وحده جاز، كما لو أَعْتَقَهُ، ولا يَتَعَدَى إلى الأم. وإذا مات السيد عتق الحَمْلُ دون الأم، فإن باع الأم، فقد قيل: إن قَصَدَ به الرُّجُوعُ حصل الرُّجُوعُ وصح البيع [في الأم والولد<sup>(١)</sup>] وإن لم يقصد لم يصح البيع<sup>(٢)</sup> في الولد، ويصير كأنه استثناه، وإذا لم يَصِحَّ في الولد لم يَصِحَّ في الأم على الظاهر كما لو باع جاريةً حاملاً بِحُرٍّ، والأصحُّ صحة البيع فيهما، وحصول الرجوع قَصْداً ولم يَقْصِدْ، كما لو باع مُدَبَّرَةً، ونسي التدبير يصح البيع، ويحصل الرجوع.

وقوله في الكتاب: «ففي السَّرَايَةِ إلى الجنين وجهان»، مَقْصُودُهُ ما قد تَبَيَّنَ، ولكن قد يُنَاقَشُ في لفظ «السَّرَايَةِ» لما قد قيل: إن ذلك على سبيل تَنَاقُولِ اللفظ له على وجه السَّرَايَةِ والتعدي من الشخص إلى الشخص<sup>(٣)</sup>.

فرع:

إذا دَبَّرَ أُمَّتَهُ، وقلنا: «ولد المدبرة» مدبر، وجوزنا الرجوع عن التدبير بالقول، فقال: إذا وَلَدَتْ أو كلما ولدت ولداً فقد رجعت في تدبيره لم يَصِحَّ الرُّجُوعُ فإذا أولدت<sup>(٤)</sup> مُدَبَّرَاتٍ حتى يرجع بعد الوِلَادَةِ؛ لأن الرجوع في التدبير إنما يَصِحُّ بعد ثُبُوتِ حُكْمِ التدبير للولد، وليس له حكم التدبير قبل الوِلَادَةِ، فأشبهه ما إذا قال: إذا دَبَّرْتُكَ فقد رجعت عن تَدْبِيرِكَ لا يَصِحُّ الرجوع.

المسألة الثانية: إذا قلنا: ولد المُدَبَّرَةِ مُدَبَّرٌ، فتنازع السيد والمدبرة في الولد، فقال السَّيِّدُ: وَلَدَتْهُ قبل التدبير فهو قِنْ وقالت: بل بعده، فَيَقْدُمُ السَّيِّدُ بيمينه؛ لأن الأَصْلَ بقاء مِلْكِهِ في وَلَدِ أُمَّتِهِ، وعدم التدبير.

ولو جرى هذا الاختلاف مع الوَارِثِ بعدما مات السَّيِّدُ، فقال الوارث: وَلَدَتْهُ قبل التدبير. وقالت: بَعْدَهُ، وعتق بموت السيد فالمُصَدِّقُ الوارث.

قال في «التهديب»: وتُسْمَعُ دَعْوَاهَا لولدها حسبة<sup>(٥)</sup> حتى لو كانت قِنَّةً<sup>(٦)</sup>، وأدَعَتْ على السيد أنك دَبَّرْتَ وَلَدِي تسمع.

(١) وتصحيح صحة البيع تابع فيه الإمام، ونسبه في البيان للشيخ أبي حامد وأكثر الأصحاب سواء نوى الرجوع أم لا؛ لأن البيع لا يفتقر إلى النية لكن نص الشافعي في الأم في باب تدبيرها في البطن على خلافه فقال: وإذا دبر ما في بطن أمته ليس له بيعها إلا أن يريد بيعها الرجوع عن التدبير. انتهى ولهذا قال الماوردي والبغوي: عليه بطلان البيع، ونقله في البحر وقال: هذا أصح عندي.

(٢) سقط في: أ.

(٣) في أ: الشخص.

(٤) في ز: إذا ولد.

(٥) في أ: حيثئذ.

(٦) في أ: فيه.

ولو قالت المدبرة: وَلَدْتُهُ بعد موت السَّيِّدِ فهو حُرٌّ.  
وقال الوارث: قبل التدبير. فالمُصَدِّقُ الوارث أيضاً، والتنازع على هذا التصوير يجري وإن لم نُقَلِّ بأن ولد المدبرة يَتَّبِعُ الأم في التدبير.  
وعن أبي الحُسَيْنِ بنِ القَطَّانِ: تخريج وجه في الصورة الأخيرة<sup>(١)</sup> أنه يصدق المدبرة؛ لأنها لم تسلمه لِلوَرَثَةِ يَدًا ولا مِلْكَاً. والظاهر الأَوَّلُ وهو المَذْكُورُ في الكتاب.  
ولو كان في يَدِ المُدَبِّرِ مال، فقال: اكَتَسَبْتُهُ بعد موت السَّيِّدِ، وقال الوارث: بل قَبْلَهُ فهو لي، صُدِّقَ المدبر بيمينه؛ لأنه صاحب يَدِ في المال، فرجح جانبه باليد، بخلاف ما إذا كان التَّنَازُعُ في الولد فإنها تزعم حُرِّيَّتَهُ، والحر لا يدخل تحت اليَدِ.  
ولو أقام كل واحد منهما بَيِّنَةً على [أن هذا]<sup>(٢)</sup> ما يقوله تُرَجِّحُ بَيِّنَةُ المُدَبِّرِ لاغْتِضَادِهَا باليد.

ولو أقام الوارثُ بَيِّنَةً على أن هذا المَالُ كان في يَدِ المُدَبِّرِ في حياة السيد، وقال المدبر: كان في يَدِي، لكنه كان لفلان فَمَلَكْتُهُ بعد موت السيد، فيصدق المُدَبِّرُ أيضاً.  
نص عليه، وَعَلَّلَ بأن البَيِّنَةَ لم تتعرض إلا لِلْيَدِ، وبأن البَيِّنَةَ تشهد بِيَدِ متقدمة، وَيَدُ المُدَبِّرِ ثابِتَةٌ في الحال. وإذا تَنَازَعَ السيد والمستولدة في ولدها وَلَدْتُهُ قبل الاستيلاء، أو بعده، أو الوارث والمستولدة [هل]<sup>(٣)</sup> ولدته قبل موت السَّيِّدِ، أو بعده فهو على ما ذكرنا في تَنَازُعِ السيد والمُدَبِّرَةِ.

وإذا قلنا سِرَايَةَ الكتابة إلى الولدِ، فقالت المُكَاتِبَةُ: وَلَدْتُهُ بعد الكتابة، وقال السَّيِّدُ: بل قبلها، فالمُصَدِّقُ السَّيِّدُ أيضاً كذلك حكاها الصَّيْدِلَانِيُّ وغيره.

وذكر القاضي ابنُ كَيْجٍ وَجْهًا آخَرَ ورجحه أن يصدق المُكَاتِبَةُ، وَفَرَّقَ بأن المكاتبَةَ يَثْبُتُ لها اليَدُ على نفسها وولدها، والمُدَبِّرَةُ لا يَدُ لها على نفسها ولا وَلَدِهَا، ولو اختلف السيد والمُكَاتِبُ في المال، فالمُصَدِّقُ المكاتب، كما ذكرنا في المدبرة.

فروع:

دَبَّرَ عَبْدُهُ، ثم ملكه أُمَّةً فَوَطَّئَهَا، وأولدها يبنى ذلك على أن العَبْدَ هل يملك بالتملك؟ إن قلنا: لا يملك، فالولد للسيد، ويثبت نَسَبُهُ من العَبْدِ، ولا حَدُّ عليه؛ لِلشُّبْهَةِ، ويحكى هذا عن نَصِّهِ في «الأم». وإن قلنا: يملك بالتملك، فالجَارِيَةُ للمدبر، والولد لا يحكم له بالحرية فإنه حَصَلَ من رَقِيقَيْنِ، وبأَيِّهَا يُلْحَقُ؟

فيه وجهان لابن سريج:

(٢) سقط في: ز.

(١) في ز: الأخرى.

(٣) في ز: أو.

أحدهما: أنه يتبع الأُم ويكون رَقِيقاً للسيد.

والثاني: يتبع الأب، فيكون مُدَبَّرًا، كما أن الحرَّ إذا أولد أُمَّتَهُ يكون الولد مُلْحَقًا به في الحرية.

جارية بين شريكين ذَبْرَاهَا، ثم أنت [بولدِ فَادْعَاهُ]<sup>(١)</sup> أحدهما، فهو ابنه، ويضمن نَصْفَ [قيمتها]<sup>(٢)</sup>، ونَصْفَ قيمته ونصف عقرها لشريكه وأخذ قيمتها يكون رُجُوعاً في التدبير.

وعن القاضي أبي الطَّيِّب أنه قال: عِنْدِي لا يقوم نَصِيبُ الشريك عليه إلا بِرِضَاهُ، لأنه قد ثبت له حَقُّ الْوَلَاءِ فِيهِ<sup>(٣)</sup> قول المدبر في حياته أو بعد موته: «رددت التدبير» لغو لا يَقْدَحُ في التدبير.

(١) في ز: بولدها فأرعاه.

(٢) سقط في: ز.

(٣) هذا الفرع حكاه في البحر عن نص الأم ثم حكى مقالة القاضي أبي الطيب قال: وعليه إذا دبره ثم أعتق أحدهما نصيبه وهو موسر وجب أن لا يقوم نصيب شريكه عليه إلا برضاه وقد ذكرنا فيه قولين. وقال القاضي أبو حامد: وفي قيمة الولد قول ثان أنها لا تلزمه. قال في الأم: ولو ألقى الولد الذي ادعى أنه منه لم يكن له قيمة، وهذا لا يختلف مذهبه فيه.



## كِتَابُ الْكِتَابَةِ

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَهِيَ عَقْدٌ لَيْسَ بِوَاجِبٍ وَلَكِنْ يُسْتَحَبُّ إِنْ أَلْتَمَسَ الْعَبْدُ وَكَانَ أَمِينًا قَادِرًا عَلَى الْكَسْبِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَمِينًا لَمْ يُسْتَحَبَّ، وَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ عَلَى الْكَسْبِ فَفِي الْأَسْتِحْبَابِ وَجْهَانِ.

[قَالَ الرَّافِعِيُّ]: ذَكَرَ الْأَيْمَةُ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - أَنَّ الْكِتَابَةَ<sup>(١)</sup> مَأْخُودَةٌ مِنَ الْكُتُبِ وَهُوَ الضَّمُّ وَالْجَمْعُ؛ يُقَالُ: كَتَبْتُ الْبَعْلَةَ، إِذَا ضَمَمْتُ بَيْنَ شَفْرَيْهَا بِحَلْقَةٍ أَوْ سَيْرٍ.

وَكَتَبْتُ الْقِرْبَةَ، إِذَا أَوْكَنْتُ رَأْسَهَا. وَمِنَ الْكِتَابَةِ؛ لِمَا فِيهَا مِنْ ضَمِّ بَعْضِ الْحُرُوفِ إِلَى بَعْضِ الْكُتُبِ لِانْتِصَامِ بَعْضِهِمْ إِلَى بَعْضٍ.

فَسُمِّيَ هَذَا الْعَقْدُ كِتَابَةً لِمَا يَنْضَمُ فِيهِ النَّجْمُ إِلَى النَّجْمِ.

وَقِيلَ: سُمِّيَتْ كِتَابَةً؛ لِأَنَّهَا تُؤْتَقُ بِالْكِتَابَةِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهَا مُؤَجَّلَةٌ مُنْجَمَةٌ، وَمَا يَدْخُلُهُ الْأَجَلُ يُسْتَوْتَقُ بِالْكِتَابَةِ. وَلِذَلِكَ قَالَ تَعَالَى: ﴿إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَآكْتُبُوهُ﴾ [البقرة - ٢٨٢] قَالُوا: وَعَقْدُ الْكِتَابَةِ خَارِجٌ عَنِ قِيَاسِ الْمُعَامَلَاتِ مِنْ جِهَةِ أَنَّهَا دَائِرَةٌ

(١) وهي بكسر الكاف على الأشهر.

لغة: الضمن والجمع، لأن فيها ضم نجم إلى نجم، والنجم يطلق على الوقت الذي يحل فيه مال الكتابة.

وشرعاً: عقد عتق بلفظها بعوض منجم بنجمين فأكثر. نهاية المحتاج ٤٠٤/٨.

ولفظها إسلامي لا يعرف في الجاهلية، وهي معدولة عن قواعد المعاملات من وجوه:

الأول: أن السيد باع ماله بماله لأن الرقبة والكسب له.

الثاني: يثبت في ذمة العبد لمالكه مال ابتداءً.

الثالث: يثبت الملك للعبد، فإن هذا العقد يقتضي تسليطه على المالك مع بقائه على الرق، لكن جوزها الشارع لمسيس الحاجة فإن العتق مندوب إليه والسيد قد لا يسمح به مجاناً والعبد لا مال له يفدي به نفسه، فإذا علق عتقه بالكتاب استفرغ الوسع وتناهى في تحصيل الاكتساب لإزالة الرق، فاحتمل الشرع فيها ما لا يحتمل في غيرها كما احتمل الجهالة في ربح القرض وعمل الجمعالة للحاجة.

بين السيد وعبيده، وأن العوضين للسيد، وأن المكاتب على رتبة متوسطة بين الرق والحرية، فليس له استقلال الأحرار، ولا عجز الممالك، ولذلك تكون تصرفاته مترددة بين الاستقلال وتقيضه، ولكن الحاجة داعية إليها، فإن السيد قد لا تسمح نفسه بالعق مَجَاناً والعبد [قد يستمر]<sup>(١)</sup> للكسب استمراره إذا علق عقده بالتحصيل والأداء، فاحتمل الشُرْع فيه ما لم يحتمل في غيره، كما احتمل [الجعالة]<sup>(٢)</sup> في ربح القِراض، وعمل الجعالة.

والأصل فيه الإجماع. وقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَبْتِغُونَ الْكِتَابَ بِمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور - ٣٣] وما روي من أنه ﷺ قال: «مَنْ أَعَانَ غَارِمًا أَوْ غَازِيًا أَوْ مُكَاتِبًا فِي كِتَابَتِهِ أَظَلَّهُ اللَّهُ يَوْمَ لَا ظِلَّ إِلَّا ظِلُّهُ»<sup>(٣)</sup>. وأنه قال: «المكاتب عبد ما بقي عليه ذرهم».

ولا يجب على السيد أن يكتب عبده بحال، كما لا يجب أن يدبر عبده وأن يشتري قربه وعن رواية صاحب «التقريب» قول: إن الكتابة واجبة إن طلبها العبد؛ لقوله تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ﴾ [النور - ٣٣] والمذهب الأول، والأبطل أثر الملك، واحتكم الممالك على المالكين نعم تستحب الإجابة إذا طلبها العبد إذا كان أميناً قادراً على الكسب، وبهما فسّر الشافعي - رضي الله عنه - «الخير» في قوله تعالى: ﴿إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور - ٣٣].

واعتبرت القُدرة على الكسب ليتمكن من تحصيل ما يؤديه، والأمانة، لثلا يضيع ما يحصله ويصرفه إلى السيد فيعتق، فإن فُقد الشرطان معاً لم تستحب الكتابة؛ لأنه يقوى رجاء العتق بها، وقد يجزم بالاستقلال أولاً<sup>(٤)</sup> ويعجز نفسه آخراً، ولكنها لا تُكره فَعَسَاهَا تَقْضِي إِلَى الْعِتْقِ.

وقال أحمد: تُكره، وبه قال أبو الحسين بن القطان<sup>(٥)</sup>.

وإن فُقدت الأمانة، وقدر على الكسب لم تستحب أيضاً؛ لأنه لا يوثق به.

وفي «الكافي» للرويانى وجه: أنها تستحب، ولكن الاستحباب ها هنا دون

(١) سقط في: ز.

(٢) رواه الحاكم [٢/٢١٧] من حديث سهل بن حنيف به بلفظ: من أعان مجاهداً في سبيل الله، أو غارماً في عسرته، أو مكاتباً في رقبته، أظله الله يوم لا ظل إلا ظله، والبيهقي [١٠/٣٢٠] عنه به.

(٣) قال الحافظ: رواه مالك في الموطأ عن نافع عن ابن عمر موقوفاً، ورواه ابن قانع من طريق أخرى عن نافع عن ابن عمر مرفوعاً، وأعله.

(٤) في ز: حالاً.

الاستِخْبَابِ فيما إذا اجتمع الوَضْفَانِ. وحكاها القاضي ابْنُ كَعَجٍ أيضاً، فيجوز أن يُعْلَمَ لذلك قوله في الكتاب «لم تستحب» بالواو. وإن لم يَقْدِرْ على الكَسْبِ، ولكن كان آميناً ففي الاستِخْبَابِ وجهان: مَذْكُورَانِ في الكتاب:

أحدهما: يُسْتَحَبُّ؛ لأنه إذا عرفت أمانتهُ أُعِينَ بِالصَّدَقَاتِ فيعتق.  
وأظهرهما: المنع، لِتَعَدُّرِ رَجَاءِ العتق بما لا يتوظف ولا يوثق به.  
وإذا طلب السَّيِّدُ الكِتَابَةَ لم يجبر العَبْدُ عليه.  
وروى القاضي ابْنُ كَعَجٍ أن عند مالك الجَبْرِ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَهَا أَرْكَانٌ وَأَحْكَامُ النَّظَرِ الْأَوَّلُ فِي أَرْكَانِهَا وَهِيَ أَرْبَعَةٌ: الْأَوَّلُ؛ الصِّيغَةُ وَهُوَ أَنْ يَقُولَ: كَاتِبْتُكَ عَلَى أَلْفٍ فِي نَجْمَيْنِ فَصَاعِدًا إِنْ أَدَيْتَهُ فَأَنْتَ حُرٌّ، فَإِنْ لَمْ يُصْرَحْ بِالتَّغْلِيْقِ وَتَوَوَّى كَفَى، وَلَا يَكْفِي مُجَرَّدُ لَفْظِ الكِتَابَةِ دُونَ صَرِيحِ التَّغْلِيْقِ أَوْ نَيْتِهِ، وَلَوْ قَالَ: أَنْتَ حُرٌّ عَلَى أَلْفٍ فَقَبِلَ عِتْقٌ فِي الْحَالِ وَالْأَلْفُ فِي ذِمَّتِهِ، وَلَوْ قَالَ إِنْ أُعْطَيْتَنِي أَلْفًا فَأَنْتَ حُرٌّ فَأَعْطَى مِنْ مَالٍ غَيْرِهِ إِذْ لَا مَالَ لَهُ هَلْ يُعْتَقُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا يُعْتَقُ فَهَلْ يَزْجَعُ إِلَى قِيَمَةِ الرُّقْبَةِ وَيَتَّبَعُهُ الكَسْبُ كَمَا فِي الكِتَابَةِ الْفَاسِدَةِ أَوْ هُوَ تَغْلِيْقٌ مَخْضٌ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ بَاعَ العَبْدُ مِنْ نَفْسِهِ صَحَّ وَلَهُ الْوَلَاءُ، وَقِيلَ: لَا وِلَاءَ لَهُ أَضْلًا لِأَنَّهُ عِتْقٌ عَلَى نَفْسِهِ.  
قَالَ الرَّافِعِيُّ: عَدَّ أَرْكَانَ الكِتَابَةِ أَرْبَعَةً:

أحدهما: الصِّيغَةُ؛ وهي أن يقول لِعَبْدِهِ: كَاتِبْتُكَ عَلَى أَلْفٍ مثلاً تُوَدِيهِ إِلَيَّ فِي نَجْمَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ، فإذا أديت فأنت حُرٌّ. فيقول العبد: قَبِلْتُ<sup>(١)</sup> ولو لم يصرح بِتَغْلِيْقِ الحرية بالأداء، ولكن نَوَّاهُ بقلبه: كاتبتك على كذا، صَحَّ الكِتَابَةُ أيضاً، وإن لم يُصْرَحْ بالتغليق ولا نَوَّاهُ لم تَصِحَّ الكِتَابَةُ، ولم يحصل العِتْقُ.

(١) قال الشيخ البلقيني في تصحيح المنهاج: يستثنى منه أي من عدم الكراهة ما إذا كان فاسقاً يضيع ما يكسبه في الفسق واستيلاء السيد عليه يمنعه من ذلك فتكره كتابته، وقد ينتهي الحال إلى التحريم. وقال في القوت: لا يبعد أن يقال إن كان العبد فاسقاً أو سارقاً والأمة فاجرة عاهرة، وفي معناها الأمرد الممكن من دبره وعلم السيد أنه لو كاتبهما مع العجز عن الكسب لوقعا بالكسب بالطرق المشار إليها أنه لا يجوز له لما يتضمنه من التمكين من الفساد والإعانة على غير السداد وكذلك العبد الزاني والشريب وغلب على ظنه أن كل ما يكتسبه يصرفه إليهما أنه يحرم إجابته إلى الكتابة، انتهى.

(٢) قال الأذرعي: أي ونحو ذلك من ألفاظ القبول كغيرها من العقود، ويشترط القبول على الفور كما في البيع وغيره من المفاوضات وهذا في الناطق، أما الأخرس المفهم فتكفي إشارته كسائر عقودهم وهل يكفي كتابة غير المفهم كما يكفي إشارة المفهم، فيه نظر ولم أر فيه شيئاً.

ومن الأصحاب من خَرَجَ من التدبير قولاً: أن لفظ «الكتابة» صريح مُغْنٍ عن التُّصْرِيحِ بالتعليق وَنَيْتِهِ. وقد ذكرنا في التدبير.

وَلْيَعْلَمَنَّ قوله في الكتاب: «ولا يكفي مجرد لفظ الكتابة دون صريح [التعليق]»<sup>(١)</sup> ونيته» مع الواو بالحاء والألف؛ لأنه صريح عندهما، ووراء هذا شيان: أحدهما: عن أبي إسحاق أنه إن كان الرَّجُلُ فَقِيهًا صَحَّحَتْ كِتَابَتُهُ لمجرد اللفظ، وإلا فَلَا بُدَّ من التعليق أو نَيْتِهِ.

وفي «تَعْلِيْقَةِ الشَّيْخِ أَبِي حَامِدٍ» بِنَاءُ هَذَا التَّفْصِيلِ عَلَى الْفَرْقِ بَيْنِ التَّدْبِيرِ وَالْكِتَابَةِ بِأَنَّ التَّدْبِيرَ مَشْهُورٌ عِنْدَ الْخَوَاصِّ وَالْعَوَامِّ، وَالْكِتَابَةُ لَا يَعْرِفُهَا إِلَّا الْخَوَاصُّ، وَقَدْ سَبَقَ هَذَا فِي «التَّدْبِيرِ»، وَذَكَرَ أَنَّ أَبَا إِسْحَاقَ قَالَ عَلَى هَذَا: لَوْ كَانَ الرَّجُلُ حَدِيثَ عَهْدٍ بِالإِسْلَامِ، أَوْ جَاهِلًا بِالْأَحْكَامِ لَا يَعْرِفُ التَّدْبِيرَ، لَا يَنْعَقِدُ تَدْبِيرَهُ بِمَجْرَدِ لَفْظِ التَّدْبِيرِ حَتَّى يُضَمَّ إِلَيْهِ نَيْتٌ أَوْ زِيَادَةٌ لَفْظٍ.

والثاني: حكى الصنيدلاني عن بعض الأصحاب إذا ذكر ما تتميز به الكتابة عن الْمُخَارَجَةِ كفى مثل أن يقول: تعاملني أو أضمن لك أزش الجناية، أو تستحق مني الإيتاء، أو من الناس سهم الرقاب، كفى ذلك ولا حاجة إلى تعليق الحرية بالأداء، ويؤيده ما ذكره الإمام أن قوله ها هنا: «إذا أديت فأنت حر»؛ ليس المقصود منه التعليق على الحقيقة، وإنما هو نطق بمضمون العقد على الغالب والغرض كله<sup>(٢)</sup> إزالة التردد في لفظ «الكتابة». [ولذلك قد]<sup>(٣)</sup> يحصل العتق بغير الأداء، ويكتفي بالنية [من غير لفظ التعليق، ولو كان التعليق مقصوداً لبعد حصوله بالنية]<sup>(٤)</sup> ولا يكفي قوله: كاتبك بحال، كما إذا قال: بعتك كذا، ولم يذكر العوض.

ثم في الفصل مسألتان:

إحدهما: إذا قال: أنت حر على ألف، فقبل العبد، عتق في الحال، ويثبت الألف في ذمته، وهو كما لو قال لزوجته: أنت طالق على ألف فقبلته.

ولو قال: إن أعطيتني ألفاً أو إن أدت إلي ألفاً فأنت حر فلا يمكنه أن يعطي من مال نفسه، فإنه لا يملك شيئاً، فهو كما لو قال لزوجته: إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق، فأنت بألف مغضوب.

وقد ذكرنا في «الخلع» وجهين في وقوع الطلاق، والأظهر أنه لا يقع، ففي

(١) في ز: العتق. (٢) في أ: أن.

(٣) في ز: وكذلك. (٤) سقط في: ز.

حُصُولِ الْعِتْقِ هَا هُنَا إِذَا أُعْطِيَ مِنْ مَالٍ غَيْرِهِ مِثْلُ ذَلِكَ الْخِلَافِ فَإِنْ فَرَعْنَا عَلَى أَنَّهُ يَعْتَقُ، فَعَنْ الشَّيْخِ أَبِي عَلِيٍّ رِوَايَةٌ وَجْهَيْنِ فِي «شَرْحِ التَّلْخِصِ» فِي أَنَّ سَبِيلَ هَذِهِ الْمُعَامَلَةِ سَبِيلُ الْكِتَابَةِ الْفَاسِدَةِ، أَوْ هِيَ تَغْلِيْقٌ مَخْضُ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهَا كَالْكِتَابَةِ الْفَاسِدَةِ، حَتَّى يَرُدَّ السَّيِّدُ مَا أَخَذَ، وَيَرْجِعُ عَلَى الْعَبْدِ بِقِيَمَةِ رَقَبَتِهِ حَتَّى يَتَّبِعَهُ [الْكَسْبُ] (١) وَالْأَوْلَادُ الْحَاصِلَةُ بَعْدَ التَّغْلِيْقِ.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ لَيْسَ لَهَا حُكْمُ الْكِتَابَةِ الْفَاسِدَةِ وَعَلَى هَذَا فَوْجَاهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَى الْعَبْدِ بِقِيَمَةِ رَقَبَتِهِ.

كَمَا أَنَّهُ إِذَا قَالَ لِرُزْجَتِهِ: إِنْ أَعْطَيْتَنِي أَلْفًا، فَأَعْطَتَهُ أَلْفًا مَغْضُوبًا، وَقَلْنَا بِوُقُوعِ الطَّلَاقِ، فَإِنَّهُ يَرْجِعُ عَلَيْهَا.

وَالثَّانِي: أَنَّهُ لَا رُجُوعَ لَهُ، وَالَّذِي جَرَى مَخْضُ تَغْلِيْقٍ، وَيُخَالِفُ الزَّوْجَةَ، فَإِنَّهَا أَهْلُ التَّزَامِ وَتَمَّتِ الْمُخَاطَبَةُ، وَالْعَبْدُ لَيْسَ أَهْلًا لَهُ. قَالَ فِي «الْوَسِيْطِ»: الظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا رُجُوعَ لِلسَّيِّدِ بِالْقِيَمَةِ، وَأَنَّهُ لَا يَتَّبِعُهُ [الْأَكْسَابُ] (٢) وَالْوَالِدُ.

الثَّانِيَةُ: إِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ: بَعْتُ مِنْكَ نَفْسَكَ بِكَذَا، فَقَالَ: اشْتَرَيْتَ، أَوْ قَالَ الْعَبْدُ: بَغَيْتَ نَفْسِي بِكَذَا فَقَالَ: بَعْتُ. صَحَّ الْبَيْعُ، وَثَبَتَ الْمَالُ فِي ذِمَّتِهِ، وَعَتَقَ فِي الْحَالِ، كَمَا لَوْ أَعْتَقَهُ عَلَى مَالٍ. هَذَا ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ.

وَعَنْ نَقْلِ الرَّبِيعِ، أَوْ تَخْرِيجِهِ قَوْلًا: أَنَّهُ لَا يَصِحُّ الْبَيْعُ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ لَا يُبَايِعُ عَبْدَهُ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا يَبِيعُ مِنْهُ مَالًا آخَرَ، وَأَيْضًا فَإِنَّ الْبَيْعَ لِإِثْبَاتِ الْمِلْكِ، وَهُوَ لَا يَمْلِكُ نَفْسَهُ وَاخْتَلَفُوا فِيهِ؛ فَمَنْ الْأَصْحَابِ مَنْ أَثَبَّتَ هَذَا قَوْلًا آخَرَ، [مِنْهُمْ] (٣) أَبُو حَامِدٍ الْقَاضِي، وَالشَّيْخُ، وَمِنْهُمْ مَنْ جَعَلَهُ مِنْ [كَيْسِ الرَّبِيعِ] (٤)، وَقَطَعَ بِالْأَوَّلِ، وَيَحْكِي ذَلِكَ عَنْ أَبِي إِسْحَاقَ، وَابْنِ أَبِي هُرَيْرَةَ. إِذَا قَلْنَا بِصِحَّةِ الْبَيْعِ، وَحُصُولِ الْعِتْقِ، فَلِلسَّيِّدِ الْوَلَاءَ عَلَيْهِ كَمَا لَوْ أَعْتَقَهُ عَلَى مَالٍ. وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرَ مَذْكَورٌ مِنْ قَبْلُ.

وَلَوْ أَقْرَأَ السَّيِّدُ بِأَنَّهُ بَاعَ مِنْهُ نَفْسَهُ، وَأَنْكَرَ الْعَبْدُ، عَتَقَ الْعَبْدُ بِإِقْرَارِ السَّيِّدِ، وَحَلَفَ الْعَبْدُ أَنَّهُ لَمْ يَشْتَرِ وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ.

وَلَوْ قَالَ: بَعْتُكَ نَفْسَكَ بِهَذِهِ الْعَيْنِ، أَوْ بِخَمْرٍ، أَوْ خِنْزِيرٍ فَإِنْ صَحَّحْنَا بَيْعَهُ مِنْهُ [وَأَثَبْنَا] (٥) الْوَلَاءَ لِلسَّيِّدِ، فَيَعْتَقُ (٦)، وَعَلَى الْعَبْدِ قِيَمَةُ رَقَبَتِهِ؛ كَمَا لَوْ قَالَ: أَعْتَقْتُكَ عَلَى

(١) فِي ز: الْاِكْتَابِ.

(٢) فِي ز: مِنْهُمَا.

(٣) سَقَطَ فِي: ز.

(٤) سَقَطَ فِي: ز.

(٦) وَهُوَ يَوْمُهُمْ أَنَّ فِي صِحَّةِ الْبَيْعِ بِهَذِهِ الْأَشْيَاءِ خِلَافًا، وَلَا يُمْكِنُ فِي ذَلِكَ لَكِنْ مُرَادُهُ فَإِنْ صَحَّحْنَا بَيْعَهُ بَشَرًا صَحِيحًا فِي ذِمَّتِهِ وَفِيهِ تَنْبِيهُ عَلَى أَنَّهُ إِذَا أَبْطَلْنَا ذَلِكَ فَهِيَ أَوْلَى.

خَمْرٍ، أَوْ خَنْزِيرٍ. وَإِنْ قُلْنَا: لَا وَلَاَ عَلَيْهِ فَلَا يَصِحُّ وَلَا يَعْتَقُ، كَمَا لَوْ بَاعَهُ مِنْ أَجْنَبِيٍّ بِخَمْرٍ، أَوْ خَنْزِيرٍ. وَلَوْ قَالَ: وَهَبْتُ مِنْكَ نَفْسَكَ، أَوْ مَلَكَتْكَ نَفْسَكَ. فَقَبِلَ عَتَقَ<sup>(١)</sup>.

وعند أبي حنيفة: يُعْتَقُ بِلَا قَبُولٍ. وَلَوْ أَوْصَى لَهُ بِرَقَبَتِهِ، فَإِذَا قَبِلَ بَعْدَ الْمَوْتِ عَتَقَ. وَاعْلَمْ أَنَّ الْإِعْتَاقَ عَلَى عَوْضٍ وَيَبِيعُ الْعَبْدُ مِنْ نَفْسِهِ يُشَارِكَانِ الْكِتَابَةَ فِي أَنْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَتَضَمَّنُ إِعْتَاقًا بَعْوَضٍ [ويفارقانها]<sup>(٢)</sup> فِي الشَّرْطِ وَالْأَحْكَامِ وَهُمَا عَقْدَانِ بِرَأْسِهِمَا.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الرُّكْنُ الثَّانِي: الْعَوْضُ وَشُرُوطُهُ أَرْبَعَةٌ: (الْأَوَّلُ) أَنْ يَكُونَ ذِينًا إِذْ لَوْ كَانَ عَيْنًا لَكَانَ مِنْ مِلْكٍ غَيْرِهِ إِذْ لَا مِلْكَ لَهُ، الثَّانِي الْأَجَلُ فَلَا تَصِحُّ الْكِتَابَةُ الْحَالَةَ لِأَنَّهُ يَنْعَجُزُ عَقِيبَ الْعَقْدِ إِذْ لَا بُدَّ مِنْ لِحْظَةٍ فِي الْاِكْتِسَابِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ نَصْفُهُ حَرًّا فَيَصِحُّ كِتَابَتُهُ بِغَيْرِ أَجَلٍ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ بَاعَ مِنَ الْمُفْلِسِ بِغَيْرِ أَجَلٍ بِثَمَنِ يَزِيدُ عَلَى قِيَمَةِ الْمِثْلِ فَيَنْعَجُزُ عَنْهُ وَلَكِنَّ الظَّاهِرَ صِحَّتُهُ، وَفِيهِ وَجْهٌ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: أَحَدُ شُرُوطِ الْعَوْضِ فِي الْكِتَابَةِ أَنْ يَكُونَ ذِينًا فَيَلْتَزِمُهُ فِي الذَّمَّةِ، ثُمَّ يَحْصِلُهُ فَيُؤَدِّيهِ.

وَأَمَّا الْأَعْيَانُ فَإِنَّهُ لَا يَمْلِكُهَا حَتَّى يُورِدَ الْعَقْدَ عَلَيْهَا.

وَالثَّانِي: أَنْ يَكُونَ مُؤَجَّلًا، وَوَجْهٌ اشْتِرَاطِ التَّأْجِيلِ بِأَمْرَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: اتِّبَاعُ السَّلْفِ؛ فَإِنَّهُمْ لَمْ يَعْقِدُوا الْكِتَابَةَ إِلَّا عَلَى عَوْضٍ مُؤَجَّلٍ.

وَالثَّانِي: أَنْ عَلَى تَقْدِيرِ الْحُلُولِ تَتَوَجَّهُ الْمُطَابَقَةُ فِي الْحَالِ، فَهُوَ عَاجِزٌ مِنَ الْأَدَاءِ حَيْثُذ، فَيَكُونُ كَالسَّلْمِ فِي شَيْءٍ لَا يَوْجَدُ عِنْدَ الْمَحَلِّ.

وَاعْتَرِضَ عَلَى الْمَعْنَى الثَّانِي؛ بِأَنَّهُ قَدْ يُوصِي لَهُ بِمَالٍ لَوْ قَبِلَ الْكِتَابَةَ، وَيَمُوتُ الْمَوْصِي قَبْلَ عَقْدِ الْكِتَابَةِ.

أَوْ [يَهَبُ]<sup>(٣)</sup> مِنْهُ عَقِيبَ الْعَقْدِ، فَلَا يَتَحَقَّقُ الْعَجْزُ؟

وَأَجِيبُ عَنْهُ بِأَنْ نَقُولَ: الْوَصِيَّةُ وَالْهَبَةُ لَا بَدَّ وَأَنْ تَتَأَخَّرَ عَنْ قَبُولِ<sup>(٤)</sup> الْكِتَابَةِ، فَيَكُونُ الْعَوْضُ لِأَزْمًا قَبْلَ الْفُدْرَةِ وَالتَّمَكُّنِ، وَقَدْ لَا يَتَيَسَّرُ الْقَبُولُ.

(١) وقد ذكره البخاري واعتبر فيه أمرين أحدهما: أن يقبل في المجلس أي على الفور فإن تراخى لم يعتق، والثاني: أن يقصد التملك فلو ذكره لا على قصد التملك بل نوى به العتق فهو كتابة يعتق من غير قبول ذكره بعض أصحابنا. انتهى وينبغي مراجعة السيد في أنه هل نوى العتق أم لا؟

(٢) في ز: وبقاتها.

(٣) في ز: لو وهب.

(٤) في أ: قبل.

واغترض أيضاً بأنه لو جرى عقد الكتابة على قدر من الملح وهما على مملحة، فيمكنه تسليم الملح عقيب الكتابة وأجيب عنه بأنه لا يملك الملح ما لم يأخذه، والأخذ يتأخر عن الكتابة، وقد يعوق عنه عائق، ولو ملك شقصاً من عبدي باقيه حرٌّ [فكاتب مالا]<sup>(١)</sup> يملكه منه حالاً، ففيه وجهان:

أظهرهما: المنع؛ اتباعاً لما جرى عليه الأولون.

والثاني: أنه يجوز؛ لأنه قد يملك [بعضه]<sup>(٢)</sup> الحر ما يؤديه، فلا يتحقق العجز في الحال، ويصح البيع من المعسر، لأن الحرية مظنة القدرة، وإن لم يملك شيئاً آخر، فإنه يقدر على أداء الثمن من المبيع، فإذا زاد الثمن على قيمة المبيع، فالمشهور الصحة أيضاً؛ لأنه قد يجد زبوناً يشتريه بقدر الثمن.

وعن رواية الشيخ أبي محمد وجهه: أنه لا يصح البيع والحالة هذه.

وذكر القاضي ابن كج نحواً من هذا على سبيل الاحتمال، فقال: متى اشترى شيئاً في ذمته، على أن يؤديه في الحال، ولم يقدر على ذلك، فلا يبعد أن يبطل. وعن القاضي [الحسين]<sup>(٣)</sup> ذكر وجهين، فيما إذا أسلم إلى المكاتب عقيب الكتابة، ووجه الجواز [تقدرته]<sup>(٤)</sup> برأس المال، والخلاف قريب من الخلاف في البيع من المعسر، والبيع أولى بالصحة؛ لأن الثمن يحتمل ما لا يختمله المسلم فيه؛ ألا ترى أنه لا يجوز الاعتراض عنه وفي الاعتراض عن الثمن خلاف.

وقوله في الكتاب: «ولو باع من المفلس»، المراد من المفلس ما هنا المعسر الذي لا شيء له دون المحجور عليه لحق الغرماء.

واعلم أنه يلزم من اشتراط التأجيل اشتراط [الدينية]<sup>(٥)</sup>؛ لأن الأعيان لا تقبل الأجل، فكان بسبيل من أن يستغنى عن ذكر الشرط الأول بذكر الشرط الثاني.

قال الغزالي: الثالث: أن يتجم نخبين فصاعداً؛ اتباعاً للسلف، ويجوز لو كاتب على خدمة شهر ودينار بعد العقد بيوم؛ لأن المنفعة تستحق عقيب العسر، وإنما التأخر بالتوفية، ولا يضرب الحلول فيه؛ لاتباع القدرة بالعقد، وإن كانت على خدمة شهرين؛ ليكون كل شهر نجماً، لم يجز؛ لأن الكل مستحق عند العقد، ولو أضاف استحقاق الشهر الثاني إلى الشهر الثاني، فوجهان، ولو اعتقه على أن يخدمه شهراً، عتق في

(١) في ز: مكاتب ما.

(٢) في ز: حسين.

(٣) سقط في: ز.

(٤) في ز: بتعبه.

(٥) في ز: يقدر به.

الْحَالِ، وَعَلَيْهِ الْوَفَاءُ، فَإِنْ تَعَذَّرَ، فَارْجِعْ إِلَى قِيَمَةِ الْمَنْفَعَةِ أَوْ قِيَمَةِ الرُّبُوبَةِ، فَعَلَى قَوْلَيْنِ؛ كَمَا فِي بَدَلِ الْخُلْعِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مِنْ شُرُوطِ الْعَوَظِ فِي الْكِتَابَةِ «التَّنْجِيمُ» نَجْمَيْنِ فَصَاعِدًا. وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَمَالِكٌ: تَصْحُحُ الْكِتَابَةُ عَلَى نَجْمٍ وَاحِدٍ لَنَا: أَنَّهُ الْمَأْتُورُ عَنِ الصُّخَابَةِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - فَمِنْ [بَعْدَهُمْ] <sup>(١)</sup> عَمَلًا وَقَوْلًا.

وَيُرْوَى عَنْ عُثْمَانَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّهُ غَضِبَ عَلَى عَبْدِ، فَقَالَ: لَأَعَايِبَنَّكَ، وَلَا كَاتِبَنَّكَ عَلَى نَجْمَيْنِ <sup>(٢)</sup>، وَفِيهِ إِشْعَارٌ بِأَنَّهُ الْغَايَةُ فِي التُّضْيِيقِ.

وَعَنْ عَلِيِّ - كَرَّمَ اللَّهُ وَجْهَهُ - أَنَّهُ قَالَ: الْكِتَابَةُ عَلَى نَجْمَيْنِ <sup>(٣)</sup> وَقَالَ [الْمَاسْرَجِيُّ] <sup>(٤)</sup>: رَأَيْتُ أَبَا إِسْحَاقَ فِي مَجْلِسِ النَّظَرِ قَرَّرَ ذَلِكَ، فَقَالَ: كَانَتْ الصُّخَابَةُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ يُسَارِعُونَ إِلَى الْقُرْبَاتِ وَالطَّاعَاتِ، فَلَوْ جَازَتْ الْكِتَابَةُ عَلَى نَجْمٍ وَاحِدٍ لَبَادَرُوا إِلَيْهَا.

وَعَنْ ابْنِ سُرَيْجٍ: الْإِحْتِجَاجُ بِمَا قَدَّمْنَا أَنَّ الْكِتَابَةَ مُشْتَقَّةٌ مِنْ ضَمِّ النُّجُومِ بَعْضُهَا إِلَى بَعْضٍ، وَأَقْلَ مَا يَحْصُلُ بِهِ الضَّمُّ نَجْمَانِ، وَالْمَعْنَى فِيهِ: أَنَّ الْكِتَابَةَ عَقْدُ إِزْفَاقٍ، وَمِنْ تَيَمَّةِ الْإِزْفَاقِ التَّنْجِيمُ، وَلِذَلِكَ ضُرِبَتْ الدِّيَةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ مُوجَّلةً مُنْجَمَةً [لِيَتَيَسَّرَ] <sup>(٥)</sup> عَلَيْهِمُ الْأَدَاءُ.

وَمِنْ بَعْضِهِ حُرٌّ، وَبَعْضُهُ رَقِيقٌ؛ هَلْ يَشْتَرَطُ فِي كِتَابَةِ الرَّقِيقِ مِنْهُ التَّنْجِيمُ، وَتَسْتَنِي هَذِهِ الصُّورَةُ؟

فِيهِ وَجْهَانُ كَالْوَجْهَيْنِ فِي اشْتِرَاطِ التَّاجِيلِ فِيهَا، وَهَلْ يَجُوزُ «أَنْ يُكَاتَبَ عَلَى مَالٍ كَثِيرٍ إِلَى نَجْمَيْنِ طَوِيلٍ وَقَصِيرٍ مَعَ شَرْطِ أَدَاءِ الْأَكْثَرِ فِي النَّجْمِ الْأَقْصَرِ؟ فِيهِ وَجْهَانُ:

أَظْهَرُهُمَا: نَعَمْ، لِتَحَقُّقِ الْإِمْكَانِ، كَمَا لَوْ أَسْلَمَ إِلَى مُعْبِرٍ فِي مَالٍ كَثِيرٍ.

وَالثَّانِي: الْمَنْعُ؛ لِأَنَّ مَا يَنْدَرُ الْاِقْتِدَارُ عَلَيْهِ يَلْحَقُ فِي الْمَعَامَلَاتِ بِالْمَعْجُوزِ عَنْهُ؛

(١) فِي ز: تَقْدِمُهُمْ.

(٢) رَوَاهُ الْبَيْهَقِيُّ [٣٢٠/١٠ - ٣٢١ - ٣٢٨] مِنْ طَرِيقِ مُسْلِمِ بْنِ أَبِي مَرْيَمَ عَنْ رَجُلٍ قَالَ: كُنْتُ مَمْلُوكًا لِعُثْمَانَ، فَذَكَرَهُ مَطْوَلًا، وَفِيهِ قِصَّةٌ لِلزَّبِيرِ مَعَهُ.

(٣) قَالَ ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ عَنْ عِبَادِ بْنِ الْعَوَامِ عَنْ حِجَّاجِ بْنِ حَسِينٍ [عَنِ الشَّعْبِيِّ عَنِ الْحَارِثِ] عَنْ عَلِيٍّ: قَالَ إِذَا تَتَابَعَ عَلَى الْمَكَاتِبِ نَجْمَانِ، فَلَمْ يُوَدَّ نَجُومَهُ، رَدَّ إِلَى الرَّقِيقِ.

قَوْلُهُ: اشْتَهَرَ عَنِ الصُّخَابَةِ وَمِنْ بَعْدِهِمْ قَوْلًا وَفِعْلًا الْكِتَابَةُ عَلَى نَجْمَيْنِ، رَوَاهُ الْبَيْهَقِيُّ [٣٤٢/١٠] مِنْ فِعْلِ عُمَانَ وَابْنِ عَمْرٍ، وَقَدْ ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ عَنْ عَلِيٍّ كَمَا تَرَى.

(٥) سَقَطَ فِي: ز.

(٤) فِي ز: الْمَاسْرَجِيُّ.



ألا تَرَى أَنَّهُ يَبْطُلُ السَّلْمُ فِيمَا يَعْزُ وَجُودُهُ، كَمَا يَبْطُلُ فِيمَا [يُسْتَيْقِنُ] <sup>(١)</sup> عَدَمُهُ، وَالْوَجْهَانِ ظَاهِرَانِ عَلَى طَرِيقَةٍ مِنْ يَقُولُ: يَشْتَرُ التَّأْجِيلُ فِي الْكِتَابَةِ لِتَحْصُلِ الْقُدْرَةِ عَلَى الْأَدَاءِ.

قال الإمام: ويمكن إجراؤُهُمَا مع الاعتمادِ على اتباع الأولين، فعلى أحد الوجهين يجوز لحصولِ صُورَةِ التَّأْجِيلِ والتَّشْجِيمِ.

وعلى الثاني: لا يَجُوزُ، فإننا وإن اتَّبَعْنَا، فلا [يتكرر] <sup>(٢)</sup> منهم معنى المُواَسَاةِ، وإذا بَعُدَ الإِمْكَانُ بَطَلَتْ المُواَسَاةُ، وهذا يَنَظُرُ اخْتِلافَ القَوْلِ فِي إلْحَاقِ المَحَارِمِ بِالْأَجْنَبِيَّاتِ فِي اللَّمْسِ النَّاقِصِ لِلطَّهَارَةِ.

ثم في الفصل مسألتان:

إحدهما: يجوز أن يُجْعَلَ عَوْضُ الْكِتَابَةِ مَنَفَعَةً؛ كِبَاءِ دَارٍ أَوْ خِيَاطَةِ ثَوْبٍ، وَخِدْمَةِ شَهْرٍ، كَمَا يَجُوزُ أَنْ تُجْعَلَ المَنَافِعُ ثَمَنًا وَأَجْرَةً.

وعن [مالك] <sup>(٣)</sup> مَنَعُهُ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكْتَفِيَ بِخِدْمَةِ شَهْرٍ أَوْ شَهْرَيْنِ، أَوْ سَنَةٍ عَوْضًا، وَتَقْدَرُ خِدْمَةُ كُلِّ عَشْرَةِ أَيَّامٍ نَجْمًا، أَوْ خِدْمَةُ كُلِّ شَهْرٍ مِنَ السَّنَةِ نَجْمًا؛ لِأَنَّ الجَمِيعَ نَجْمٌ وَاحِدٌ، وَالْمُطَالَبَةُ ثَابِتَةٌ بِهِ فِي الحَالِ، إِلَّا أَنَّهُ يَوْفَى بِمُضِيِّ الزَّمَانِ، وَلَوْ شَرَطَا صَرِيحًا أَنْ يَكُونَ خِدْمَةُ شَهْرٍ نَجْمًا، وَخِدْمَةُ الشَّهْرِ بَعْدَهُ نَجْمًا آخَرَ، فَوَجْهَانِ:

أصحهما: وَهُوَ المَنْصُوصُ فِي «الأم» -: المَنَعُ، لِأَنَّ مَنَفَعَةَ الشَّهْرِ الثَّانِي مُتَعَيَّنَةٌ، وَالمَنَافِعُ المَتَعَلِّقَةُ بِالْأَعْيَانِ لَا يَجُوزُ أَنْ يَشْرَطَ تَأْخِيرَهَا.

الثاني: يَجُوزُ، وَاتِّصَالَ ابْتِدَاءِ الشَّهْرِ الثَّانِي [بإينهاء] <sup>(٤)</sup> الْأَوَّلِ يُخْرِجُهُ عَنْ أَنْ يَكُونَ عَقْدًا عَلَى المَسْتَقْبَلِ.

وهذا كَالْخِلَافِ فِي إِجَارَةِ الدَّارِ السَّنَةَ القَابِلَةَ، أَوْ هُوَ هُوَ، فَإِنْ انْقَطَعَ مَبْتَدَأُ المُدَّةِ الثَّانِيَةِ عَنْ مُنْقَرَضِ <sup>(٥)</sup> الْأَوَّلِي؛ كَمَا لَوْ كَاتَبَهُ عَلَى خِدْمَةِ شَهْرٍ، وَخِدْمَةِ شَهْرٍ آخَرَ بَعْدَ ذَلِكَ الشَّهْرِ بَعَشْرَةَ أَيَّامٍ لَمْ يَجْزُ بِلَا خِلَافٍ. وَيَنْبَغِي أَنْ تَتَّصِلَ الخِدْمَةُ وَغَيْرُهَا مِنَ المَنَافِعِ المَتَعَلِّقَةِ بِالْأَعْيَانِ بِعَقْدِ الْكِتَابَةِ وَلَا تَتَأَخَّرُ عَنْهَا.

وهذا كما أن عين المبيع لا تقبل التأجيل، وتأخير التسليم.

ولو كَاتَبَهُ فِي رَمَضَانَ عَلَى خِدْمَةِ شَوَالٍ يَجْزُ <sup>(٦)</sup>، وَلَوْ كَاتَبَهُ عَلَى دِينَارٍ يُؤَدِّيهِ فِي آخِرِ الشَّهْرِ، وَعَلَى خِدْمَةِ شَهْرٍ بَعْدَ ذَلِكَ لَمْ يَجْزُ.

(٢) في ز: ينكر.

(٤) في ز: بأنها.

(٦) في أ: ينجز.

(١) في ز: يستقر.

(٣) في ز: ملك.

(٥) في أ: مفروض.

وعن أبي حنيفة: تجويره. وأما المنافع الملتزمة في الذمة؛ كخياطة ثوب معين، وبناء جدار موصوف، ودار موصوفة، فيجوز فيها التأجيل<sup>(١)</sup> ولو كاتبه على بناء دارين، وجعل لكل واحدة منهما وقتاً معلوماً صحت الكتابة.

إذا تقرر ذلك، فلو قال: كاتبك على خدمة شهر من الآن، وعلى دينار بعد انقضاء الشهر بيوم أو شهر، جاز؛ لحصول التأجيل والتنجيم.

ولو قال: على خدمة شهر، ودينار عند انقضاء الشهر، فظاهر كلام الشافعي - رضي الله عنه - أنه يجوز، بل عن نَصه في «الأم» أنه إذا شرط الدينار بعد الشهر، أو معه كان جائزاً.

واختلف الأصحاب فيه على وجهين: وعن ابن سريج [أن فيه قولين]<sup>(٢)</sup>:

أحدهما: وبه قال أبو إسحاق: لا يجوز لأن استحقاق الدينار يتصل بالفراغ من الخدمة، فيصيران معاً كالنجم الواحد، ويحكى هذا عن اختيار أبي الطيب ابن سلمة، والطبري والقاضي أبي حامد [وهؤلاء حملوا]<sup>(٣)</sup> ظاهر كلام الشافعي - رضي الله عنه - على ما إذا قال: ودينار بعد العقد بيوم أو شهر، وغلطوا الزبيع في رواية أو معه.

وأظهرهما: وبه قال ابن أبي هريرة، واختاره الشيخان أبو حامد والقفال -: الجواز؛ لأن المنفعة مستحقة في الحال، والمدة لتقديرها والتوفية [بها]<sup>(٤)</sup>، والدينار إنما يستحق المطالبة به عند انقضاء الشهر، وإذا اختلف الاستحقاق حصل التنجيم.

قالوا: ولا بأس بكون المنفعة حالة؛ لأن التأجيل يشترط لحصول القدرة، وهو قادر على الاشتغال بالخدمة في الحال، بخلاف ما لو كاتب على دينارين؛ أحدهما حال، والآخر مؤجل.

وبهذا يتبين أن الأجل - وإن كان يُطلق اشتراطه في عوض الكتابة - فليس ذلك بشرط في المنفعة التي تقدر<sup>(٥)</sup> على الشروع في توقيتها في الحال.

ولو كاتبه على خدمة شهر ودينار في أثناء الشهر، مثل أن يقول: ودينار بعد العقد بيوم، وهذه الصورة هي المذكورة في الكتاب.

(١) ومفهومه أنه يجوز فيها الخلاف أيضاً وهو ظاهر إذا كان النجم الآخر دراهم أو دنائير وضرب له أجلاً وكان العبد ممن يحسن المنفعة أما إذا عقد على خدمة شهر وخياطة ثوب على وجه الحلول فيتجه البطلان لعدم التفرغ للخياطة أو عقد على صناعة والعبد لا يعرفها فيشترط فيها التأجيل لا محالة.

(٢) في ز: وهو.

(٣) سقط في: ز.

(٤) في ز: يقدر.

(٥) في ز: فيها.

فمن أبي الحسين بن القطان القطع بالمنع، والظاهر إجراء الوجهين، والظاهر منهما الجواز، وهو المذكور في الكتاب، ويجوز أن يُعَلَّم قوله [في الكتاب]<sup>(١)</sup>:

«ويجوز لو كَاتَبَ على خِدْمَةِ شهر ودينارٍ بعد العقد بيوم» مع الواو بالميم؛ لما قَدَّمْنَا من مَذْهَبِ مالك. ولو قال: على خدمة شهرٍ من وَقْتِ العَقْدِ وعلى خياطة ثوب مؤصوفٍ بعد انقضاء الشهر، فهو كما [لو]<sup>(٢)</sup> قال: وعلى دينار بعد انقضاء الشهر.

وذكر في «التهذيب» أنه لا بُدَّ من بيان العمل في الخدمة إذا كاتب<sup>(٣)</sup> عليها.

وقال ابن الصبَّاح: يكفي إطلاق الخِدْمَةِ<sup>(٤)</sup>، نعم لو قال: على مَنْفَعَةٍ شهر، فلا يجوز لاختلاف [المنافع]<sup>(٥)</sup>. وإذا كانت على الخِدْمَةِ والدينار، فَمَرَضٌ في الشهر، وفَاتَتْ الخدمة انْفَسَخَتْ الكِتَابَةُ في قَدْرِ الخِدْمَةِ، وفي الباقي قيل: هو كما لو باع [عَبْدَيْنِ، فتلَف]<sup>(٦)</sup> أحدهما قبل القَبْضِ. ففي الباقي طريقان:

أحدهما: القَطْعُ بِنَقَاءِ العَقْدِ فيه.

والثاني: أن فيه قولين، وقيل: تبطل الكِتَابَةُ في الباقي بلا خلاف؛ لأن الكِتَابَةَ لا تَقِفُ على بعض العَبْدِ.

وهذا ما حكاه القاضي أبو الطيب.

المسألة الثانية: إذا قال لِعَبْدِهِ: أَعْتَقْتُكَ على أن تخدمني، أو على أن تخدمني أبداً، فَقَبِلَ العَبْدُ. عتق في الحال.

ويرجع السيد عليه بقيمته؛ لأنه لم يعتقه مجاناً.

ولو قال: على أن تخدمني شهراً من الآن فقبِلَ عتق، وعليه الوفاء، فإن تَعَدَّرَ لِمَرَضٍ أو غيره، فرجع السيد عليه بأجرةٍ مثل الخدمة، وهي قيمة المَنْفَعَةِ، أو بقيمة العبد فيه قولان؛ كالقولين في الصداق، وبذَلِ الخُلْعِ إذا تَلَفَا قَبْلَ القَبْضِ ولو قال: كَاتَبْتُكَ على أن تخدمني أبداً، فلا عتق.

ولو قال: على أن تخدمني شهراً، فقبل وخدمه [شهراً]<sup>(٧)</sup> عتق، ويرجع السيد

(١) سقط في: ز.

(٢) سقط في: ز.

(٣) في ز: كانت.

(٤) ما ذكره البغوي جزم به الماوردي فقال: ويصف الخدمة بما يوصف به الإجازة وما قاله ابن

الصبَّاح هو ظاهر النص قال: ويلزمه خدمة مثله.

(٥) في ز: المنافع.

(٦) في ز: عبد من متلف.

(٧) سقط في: أ.

عليه بِقِيمَتِهِ، والعبد على السيد بأجرةٍ مثلِ الخدمة؛ لأنها كِتَابَةٌ فَاسِدَةٌ، وإن خدمه أقلَّ من شهر لم يعتق. والله أعلم.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: الرَّابِعُ: إِغْلَامُ الْقَدْرِ وَالْأَجَلِ وَالنَّجْمِ وَتَمْيِيزُ مَحَلِّ كُلِّ نَجْمٍ، فَلَوْ كَاتَبَ عَلَى مِائَةٍ يُؤَدِّيَهَا فِي عَشْرِ سِنِينَ لَمْ يَجْزُ حَتَّى يَتَبَيَّنَ مَحَلُّ كُلِّ نَجْمٍ، وَلَوْ شَرَطَ فِي الْكِتَابَةِ أَنْ يَشْتَرِيَ فَسَدًا، وَلَوْ كَاتَبَهُ وَبَاعَهُ شَيْئًا عَلَى عِوَضٍ وَاحِدٍ دُفْعَةً وَاحِدَةً فَسَدَ الْبَيْعُ، وَفِي الْكِتَابَةِ قَوْلًا تَفْرِيقِ الصُّفْقَةِ، وَلَوْ كَاتَبَ ثَلَاثَةَ أَعْبُدِ عَلَى أَلْفٍ فِي صَفْقَةٍ وَاحِدَةٍ فَالْئِصُّ الصَّحَّةُ، وَفِي شِرَاءِ ثَلَاثَةِ أَعْبُدِ مِنْ ثَلَاثَةِ مُلَاكٍ فَالْئِصُّ الْفَسَادُ، وَفِي خُلْعِ نِسْوَةٍ وَنِكَاحِهِنَّ دُفْعَةً وَاحِدَةً بِعِوَضٍ وَاحِدٍ نَصٌّ عَلَى قَوْلَيْنِ فِقِيلٍ فِي الْكُلِّ قَوْلَانِ لِكُونَ الْعِوَضِ مَعْلُومِ الْجُمْلَةِ غَيْرِ مَعْلُومِ التَّفْصِيلِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ ثَلَاثُ مَسَائِلَ:

إحداها: لَا بُدَّ مِنْ إِغْلَامِ قَدْرِ الْعِوَضِ وَصِفَتِهِ وَأَقْدَارِ الْأَجَالِ وَمَا يُؤَدِّي عِنْد حُلُولِ كُلِّ أَجَلٍ؛ فَإِنْ كَاتَبَ عَلَى شَيْءٍ مِنْ [الْأَثْمَانِ] <sup>(١)</sup> كَفَى الْإِطْلَاقُ، إِنْ كَانَ فِي الْبَلَدِ نَقْدًا وَاحِدًا أَوْ نَقُودًا، وَالغَائِبُ فِيهَا <sup>(٢)</sup> وَاحِدًا، وَإِلَّا فَلَا بُدَّ مِنَ التَّبْيِينِ وَالتَّمْيِيزِ.

وَإِنْ كَاتَبَ عَلَى عِوَضٍ وَصِفَةٍ بِالصِّفَاتِ الْمُعْتَبَرَةِ فِي السَّلْمِ. وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَحْمَدَ: يَجُوزُ الْإِطْلَاقُ، وَيَحْمَلُ الْعَبْدَ الْمَطْلُوقَ عَلَى عِنْدِ وَسَطٍ.

وَلَوْ كَاتَبَ عَلَى عَيْنٍ وَصَفَهَا عَلَى أَنْ يُؤَدِّي نِصْفَهَا بَعْدَ انْقِضَاءِ سَنَةٍ، وَالنُّصْفَ الْآخَرَ بَعْدَ انْقِضَاءِ سَتَيْنِ. لَمْ يَصَحْ؛ لِأَنَّهُ إِذَا سَلَّمَ النُّصْفَ فِي السَّنَةِ الْأُولَى تَعَيَّنَ النُّصْفُ الثَّانِي [فِي الثَّانِيَةِ] <sup>(٣)</sup>، وَالْمَعِينُ لَا يَجُوزُ شَرْطُ الْأَجَلِ فِيهِ، وَلَا يُشْتَرَطُ تَسَاوِي الْأَجَالِ، وَلَا تَسَاوِي الْمَقَادِيرِ الْمُؤَدَّاةِ عِنْدَ حُلُولِ الْأَجَالِ.

وَإِذَا كَاتَبَهُ عَلَى مِائَةٍ، عَلَى أَنْ يُؤَدِّي نِصْفَهَا، أَوْ ثُلُثَهَا عِنْدَ انْقِضَاءِ خَمْسِ سِنِينَ، وَالبَاقِي عِنْدَ تَمَامِ الْعَشْرِ، أَوْ عَلَى أَنْ يُؤَدِّي عِنْدَ تَمَامِ كُلِّ سَنَةٍ عَشْرَةً. جَازَ.

وَلَوْ قَالَ: تُؤَدِّي بَعْضَهَا عِنْدَ انْقِضَاءِ نِصْفِ الْمُدَّةِ، وَالبَعْضَ عِنْدَ تَمَامِهَا، لَمْ يُجْزَ.

وَلَوْ قَالَ: تُؤَدِّيهَا فِي عَشْرِ سِنِينَ، لَمْ يَجْزَ. وَوَجْهُهُ بِمَعْنِيَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ كِتَابَةٌ إِلَى أَجَلٍ وَاحِدٍ.

وَالثَّانِي: أَنْ (مَنْ) لَا تَقْتَضِي إِلَّا الظَّرْفِيَّةَ، وَلَمْ يَبِينْ أَنَّهُ يُؤَدِّيهَا دُفْعَةً وَاحِدَةً، أَوْ فِي

دُفْعَاتٍ، وَلَا أَنَّهُ يُؤَدِّي فِي أَوَّلِهَا، أَوْ وَسَطِهَا، أَوْ آخِرِهَا.

(١) فِي ز: الْإِيمَانِ.

(٢) فِي ز: مِنْهَا.

(٣) فِي ز: لِلثَّانِيَةِ.

وفيه وجه: أنه يجوز وَيُوزَعُ الْمَالُ عَلَى عَدَدِ السنين. ولو قال: في شَهْرٍ كذا، أو في سَنَةٍ كذا، فهو مَجْهُولٌ، أو يحمل على أَوَّلِ الشَّهْرِ، وأوَّلِ السَّنَةِ؟

فيه وجهان، كما ذكر في «السُّلَمِ» مثلها، وكذا لو قال: في يوم كذا.

ولو قال: في وَسَطِ السَّنَةِ، فهو مَجْهُولٌ، أو يحمل على النُّصْفِ؛ لأنه الوَسَطُ في الحقيقة. حكى القاضي الرُّوْيَانِيُّ في «الكافي» وجهين فيه.

ولو قال: يُؤَدِّيها إلى عَشْرِ سِنِينَ لم يَجُزْ؛ لأنه كتابة إلى أَجَلٍ واحد.

ولو قال: كَاتَبْتُكَ عَلَى مِائَةِ تُوَدِّيها إِلَيَّ في ثلاثة أشهر، قَسَطُ كُلِّ شَهْرٍ عِنْدَ انْقِضَائِهِ؛ نقل القاضي ابْنُ كَجَّجٍ عن ابن سُرَيْجٍ أنه يجوز.

وعن ابن هُرَيْرَةَ وغيره - رحمهم الله - المَنْعُ إذا لم يعلم حصة كل شهر في الحال.

وقوله في الكتاب: «إِعْلَامُ الْقَدْرِ وَالْأَجْلِ وَالنَّجْمِ» كأنه يعني بِالْقَدْرِ جُمْلَةَ الْعَوَاضِ وَبِالنَّجْمِ «الْقَدْرَ الْمُؤَدِّيَّ عِنْدَ كُلِّ مَحَلٍّ، وَيُشْبِهُ أَنْ يُقَالَ: يَكْفِي إِعْلَامُ الْمُؤَدِّي عِنْدَ كُلِّ مَحَلٍّ، وَيَسْهَلُ فِيهِ مَعْرِفَةُ الْجُمْلَةِ إِذَا أَرَادَهَا.

و«النجم» في الْأَصْلِ الْوَقْتُ، يُقَالُ: كَانَتْ الْعَرَبُ لَا يَعْرِفُونَ الْحِسَابَ، وَيَبْتَنُونَ أُمُورَهُمْ عَلَى طُلُوعِ النُّجُومِ وَالْمَنَازِلِ. فيقول أحدهم: إذا طلع نَجْمُ الثُّرَيَّا أَدَيْتَ مِنْ حَقِّكَ كَذَا [فسميت] <sup>(١)</sup> الْأَوْقَاتُ نُجُومًا، ثم قد يسمى المؤدى في الوقت نَجْمًا.

فرعان:

الأول: لو كاتب عَبْدُهُ عَلَى دِينَارٍ إِلَى شَهْرٍ، وَدِينَارَيْنِ إِلَى شَهْرَيْنِ، عَلَى أَنَّهُ إِذَا أَدَى الدِينَارَ الْأَوَّلَ عَتَقَ، وَيُؤَدِّي الدِينَارَيْنِ بَعْدَ الْعِتْقِ.

فمن ابن سُرَيْجٍ: أَنْ فِي صِحِّحَةِ الْكِتَابَةِ قَوْلَيْنِ، وَهُمَا عِنْدَ بَعْضِهِمُ الْقَوْلَانِ فِي أَنْ الصَّفْقَةَ إِذَا جَمَعْتَ بَيْنَ عَقْدَيْنِ مُخْتَلَفَيْنِ؛ هَلْ يُحْكَمُ بِصِحِّحَتِهَا؟

وعند بعضهم مُتَأَصِّلَانِ، وَيُوجِهُ الْبُطْلَانُ بِأَنَّهُ شَرَطَ مَا يَخَالَفُ قَضِيَّةَ الْكِتَابَةِ؛ لِأَنَّ قَضِيَّتَهَا أَنْ يَعْتَقَ [بِأَدَاءِ] <sup>(٢)</sup> جَمِيعِ النُّجُومِ دُونَ الْبَعْضِ.

والصحة أنه لو كاتبه مُطْلَقًا، وَأَدَّى بَعْضَ الْمَالِ، ثُمَّ أَعْتَقَهُ عَلَى أَنْ يُؤَدِّي الْبَاقِي بَعْدَ الْعِتْقِ جَازٌ، فَكَذَا إِذَا شَرَطَهُ فِي الْإِبْتِدَاءِ، كَذَلِكَ نَقَلَهُ <sup>(٣)</sup> ابْنُ الصَّبَّاحِ وَغَيْرُهُ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ -.

(٢) سقط في: ز.

(١) في ز: قسمت.

(٣) في أ: ذكره.

الثاني: هل يُشترط أن يُعيّن موضع تسليم النجوم؟

ذكر القاضي ابن كجّ أن فيه الخلاف المذكور في «السلم». وذكر خلافاً في أنه إذا عيّن موضعاً، فخرّب ذلك الموضع يسلمها في ذلك الموضع، أو في أقرب المواضع إليه<sup>(١)</sup>.

فرع ثالث: إذا كاتب على مال الغير فسدت الكتابة خلافاً لأبي حنيفة في الدراهم والدنانير، بناءً على أنهما لا [يتعينان بالتعيين]<sup>(٢)</sup>.

والمقصود من الإشارة إليها المقدار.

ثم قال الصيّدلاني: إذا أذن بالمال في أن يُعطيه سيّده، فأعطاه حصل العتق، وإن أدى بغير إذن المالك لا يحصل العتق، بخلاف ما إذا قال: إن أدّيت هذا إليّ فأنت حرّ، فإنه إذا أدّاه عتق، وإن كان مُستحقاً؛ لأن ذلك مخصّ تعليق، وهذه كتابة تقتضي التملك وإذا وجد إذن المالك فقد وجد ما يقتضي الملك، لكنه يجب الرّد والرجوع إلى القيمة؛ لفساد الكتابة على ما سنذكر إن شاء الله - تعالى - في أحكام الكتابة الفاسدة.

المسألة الثانية: إذا شرط في الكتابة أن يشترى العبد منه شيئاً، أو يشترى هو من العبد. فسدت الكتابة؛ لأنه شرط عقداً في عقد. ولو كاتبه وباعه شيئاً على عوض واحد، فإن قال كاتبك وبعثت منك هذا الثوب بمائة إلى شهرين؛ يؤدّي منها خمسين عند الكتابة، أو قال: قبلتهما جميعاً؛ ففيه طريقان:

أحدهما: وبه قال صاحب «الإفصاح»: أنهما على القولين فيما إذا جمع في صفة واحدة عقدتين مختلفتي الحكم؛ ففي قول: يصحان.

وفي آخر: يبطلان.

(١) قال الشيخ البلقيني ما ذكره عن ابن كجّ في هذا الفرع متعقب فإن باب السلم باب احتياط، فاعتبر فيه ما لا يعتبر في غيره، ولهذا لم يذكر أحد من الأصحاب ذلك في عين المبيع ولا في أجرة الإجارة ولا في صداق ولا خلع ولا صلح عن دم، فالكتابة كذلك، انتهى.

وقال في الخادم: إن نص الشافعي في الأم صريح في الاشتراط فإنه قال في باب ما يجوز عليه المكاتب وإن كاتبه بعوض لم يجز إلا أن يكون العوض موصوفاً إلى أجل معلوم، وإذا كان لحمله مؤنة أنه لا بد من تعيين مكان التسليم وحكى الدارمي في المسألة طريقين:

إحدهما: علي قولين.

والثانية: بشرط أن يكون في بادية أو خراب يعني في موضع لا يصلح للتسليم، انتهى.

(٢) في ز: يبعان التعيين. في (٣) في ز: القضاء.

وأظهرهما - وهو المذکورُ في الكتاب -: أن البَيْعَ باطِلًا؛ [بِتَقْدَم] (١) أحد شِقَيْهِ على مَصِيرِ الْعَبْدِ من أهلِ مُبَايَعَةِ السَّيِّدِ، وإذا بطلَ البَيْعُ، ففي صِحَّةِ الْكِتَابَةِ قَوْلَانِ؛ لأنه جمع في الصَّفَقَةِ الواحدة بين ما يَجُوزُ وبين ما لا يجوز، كما لو باع عَبْدُهُ وَعَبْدَ غَيْرِهِ.

فإن قلنا: تَصِحُّ الْكِتَابَةُ، وهو الأظْهَرُ، فتصح بجميع العَوَاضِ في أحدِ القولين، وبالقِسْطِ في أصحهما، فيوزع ما سَمَّاهُ على قيمة العَبْدِ، وقيمة الثوب فما يَخُصُّ العَبْدَ يلزمه في التَّجْمِينِ، فإذا أَدَّاهُ عَتَقَ.

فإن قال: إنها فاسِدةٌ، فعليه أداء الجميع؛ لِتَحْضَلِ الصِّفَةُ، فيعتق ثم يَتَرَجَعَانِ.

قال الصَّيْدَلَايُيُّ: ويحتمل أن يخرج قول آخر، وهو أنه إذا أدى ما يَخُصُّ قِيَمَتَهُ يعتق، ثم يَتَرَجَعَانِ، وأدى الإمام الطريقتين على نَسَقٍ آخر مع زيادة، فقال: يفسر البَيْعُ؛ لِسَبْقِ إيجابِ البَيْعِ على تَمَامِ الْكِتَابَةِ. [وخرج] (٢) بعضهم فيه وَجْهًا: أنه يَصِحُّ، كما إذا قال: اشتريت عَبْدَكَ هذا بِأَلْفٍ، وَرَهْنَتْ داري بِالْأَلْفِ، فقال الْمُخَاطَبُ: بِعْتُ وَازْتَهَنْتُ، فإن النَّصَّ صِحَّةُ الرَّهْنِ مع تَقْدَمِ إيجابه على لُزُومِ الدَّيْنِ، إلا أن الرَّهْنَ من مَصَالِحِ البَيْعِ، فاحتمل مزجه به، وما نحن فيه بِخِلَافِهِ، فإن أفسدنا البَيْعَ، ففي صحة الْكِتَابَةِ قَوْلَا تَفْرِيقِ الصَّفَقَةِ، وإن صَحَّحْنَاهُ فَبِتَجَهِّ تَخْرِيجُهَا على القولين في الجمع بين عَبْدَيْنِ مختلفي الحكم، ولا يَجِيءُ هذا في الرَّهْنِ والبَيْعِ؛ لأن الرهن تابع للبَيْعِ، ولذلك يجوز شَرْطُهُ في البَيْعِ، ولا يجوز شَرْطُ البَيْعِ في الْكِتَابَةِ.

الثالثة: إذا [كاتب] (٣) ثلاثة أَعْبَدِ في صَفَقَةٍ واحدة، فقال: كاتبكم على ألفٍ إلى نجمين [معينين] (٤) فإذا أَدَيْتُمْ فأنتم أحرارٌ. فالنَّصُّ صِحَّةُ الْكِتَابَةِ، وإن اشترى ثلاثة أَعْبَدِ كل واحد منهم لواحد من مَلَائِكِهِمْ، فالحكاية عن النَّصِّ أن البَيْعَ باطِلٌ.

ولو خَالَعَ نِسْوَةَ على عَوَاضٍ وَاحِدٍ، أو نَكَحَ نِسْوَةَ على صَدَاقٍ [واحد] (٥) ففي صحة المُسَمَّى قولان نَصَّ عليهما، وقد سَبَقَ ذِكْرُ هذه الصور، وما [فيها] (٦) من طُرُقِ الأَصْحَابِ - رحمهم الله تعالى - في «كتاب الصَّدَاقِ» وهي مُكْرَرَةٌ ها هنا.

التفريع: إن حكمنا بِفَسَادِ هذه الْكِتَابَةِ، فلو أدوا المَالَ جميعه عتقوا بحكم التَّغْلِيْقِ، وإن أدى بعضهم (٧) حِصَّتَهُ؛ فهل يُعْتَقُ؟

فيه وجهان أو قولان: الْمَنْسُوبُ إلى نَصِّهِ في «الإملاء» أنه يعتق، ووجه بأن العتق

(١) سقط في: ز.

(٢) في ز: كانت.

(٣) في ز: وصرح.

(٤) سقط في: ز.

(٥) سقط في: ز.

(٦) في ز: أحدهم.

(٧) في ز: منها.

في الكتابة الفاسدة مَحْمُولٌ عَلَى الْمُعَاوِضَةِ، ولذلك نقول بأن السَّيِّدَ والعبد يَتَرَاجَعَانِ عَلَى مَا سَيَأْتِي. وقضية الْمُعَاوِضَةِ أن يعتق كل واحد منهم بأداء ما عليه.

وَأَقْبَسُهُمَا - وهو الذي صَحَّحَهُ القَاضِي ابْنُ كَيْجٍ، وَالْقَفَّالُ وغيرهما -: أنه لا يُعْتَقُ؛ لأن الصَّفَقَةَ<sup>(١)</sup> لم تكمل، فَأَشْبَهَ ما إذا قال: إِذَا دَخَلْتُمْ الدَّارَ، فَانْتُمْ أَحْرَارٌ، فَدَخَلَ بَعْضُهُمْ لا يَعْتَقُ، ثُمَّ إِنْ عَتَقَ يَرْجِعُ عَلَى السَّيِّدِ بِمَا أَدَّى، وَيَرْجِعُ السَّيِّدُ عَلَيْهِ بِقِيَمَتِهِ، وَالِاعْتِبَارُ بِقِيَمَةِ يَوْمِ الْعَتَقِ؛ لِأَنَّ سُلْطَنَةَ السَّيِّدِ بَاقِيَةٌ إِلَى وَقْتِ الْعَتَقِ [لِتَمَكِّنَهُ]<sup>(٢)</sup> مِنْ فَسْخِ الْكِتَابَةِ الْفَاسِدَةِ.

وإن قلنا: إنها صَحِيحَةٌ، وهو الْأَظْهَرُ، وبه قال أَبُو حَنِيفَةَ ومالك، فَيُوزَعُ الْمَالُ الْمُسَمَّى عَلَى الْعَبِيدِ. وكيف يُوزَعُ؟

فيه قولان:

أصحهما: وَقَطَعَ بِهِ فَاطِعُونَ أَنَّهُ يُوزَعُ عَلَى قِيَمَتِهِمْ، فَإِذَا كَانَتْ قِيَمَةُ أَحَدِهِمْ مِائَةً، وَقِيَمَةُ الثَّانِي مِائَتَانِ، وَقِيَمَةُ الثَّلَاثِ ثَلَاثِمِائَةٍ، فعلى الْأَوَّلِ سُدُسُ الْمُسَمَّى، وعلى الثَّانِي ثُلُثُهُ، وعلى الثَّلَاثِ نِصْفُهُ، وَالِاعْتِبَارُ بِيَوْمِ الْكِتَابَةِ؛ لِأَنَّ سُلْطَنَةَ السَّيِّدِ تَزُولُ يَوْمَئِذٍ.

والثَّانِي: نَقَلَهُ الصَّيْدَلَانِيُّ وَالْقَاضِي الْحَسِينُ وغيرهما - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - أَنَّهُ يُوزَعُ عَلَى عَدَدِ رُؤُسِهِمْ، وَأَجْرَى هَذَا الْقَوْلُ فِي عَوَاضِ الْخُلْعِ وَالصَّدَاقِ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ هُنَاكَ. وَذَكَرَ الْإِمَامُ: أَنَّهُ [لَوْ]<sup>(٣)</sup> طَرَدَهُ طَارِدٌ عَلَى ضَعْفِهِ فِي الْبَيْعِ لَمْ يَبْعُدْ. وَإِنْ قَضِيَّتْ الْحُكْمُ بِصَحَّةِ الْعُقُودِ كُلِّهَا لَارْتِفَاعِ الْجَهَالَةِ وَالتَّرَدُّدِ، وَاخْتِلَافِ الطَّرِيقِ إِنَّمَا تَجِيءُ إِذَا حَكَمْنَا بِالتَّوْزِيْعِ عَلَى الْقِيَمِ؛ لِأَنَّ مَا عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مَجْهُولٌ عِنْدَ الْعَقْدِ، ثُمَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْعَبِيدِ يُؤَدِّي مَا عَلَيْهِ إِمَّا عَلَى التَّفَاضُلِ أَوْ التَّسَاوِي فِي التَّجْمِينِ، فَإِذَا أَدَّى مَا عَلَيْهِ عَتَقَ، وَلَمْ يَتَوَقَّفْ عَتَقَهُ عَلَى آدَاءِ غَيْرِهِ، وَإِنْ مَاتَ بَعْضُهُمْ أَوْ عَجَزَ، فَهُوَ رَقِيقٌ وَغَيْرُهُ يُعْتَقُ بِآدَاءِ مَا عَلَيْهِ، وَلَا يَنْظُرُ إِلَى أَنَّ السَّيِّدَ عَلَّقَ عِتْقَهُمْ بِآدَاءِ جَمِيعِهِمْ، حَيْثُ قَالَ: فَإِذَا أَدَيْتُمْ، فَانْتُمْ أَحْرَارٌ، وَلِأَنَّ الْكِتَابَةَ الصَّحِيحَةَ يَغْلِبُ فِيهَا حُكْمُ الْمُعَاوِضَةِ وَالْمَلِكُ إِذَا أَبْرَأَ السَّيِّدَ الْمَكَاتِبَ عَتَقَ، وَإِذَا مَاتَ لَمْ تَبْطُلِ الْكِتَابَةُ، بِخِلَافِ التَّغْلِيْقَاتِ.

وعن أَبِي حَنِيفَةَ ومالك - رَحِمَهُمَا اللَّهُ - أَنَّهُ لَا يُعْتَقُ بَعْضُهُمْ بِآدَاءِ مَا عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا يُعْتَقُونَ مَعًا إِذَا أَدَوْا جَمِيعَ الْمَالِ.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: الرُّكْنُ الثَّلَاثُ: السَّيِّدُ وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ مُكَلَّفًا (ح) أَهْلًا لِلتَّبَرُّعِ فَلَا

(٢) فِي ز: لثله.

(١) فِي ز: الصفة.

(٣) سَقَطَ فِي: ز.



يَصِحُّ (ح م) كِتَابَةُ قِيمِ الطِّفْلِ وَلَا كِتَابَةُ الْمَرِيضِ إِذَا لَمْ يَفِ بِهِ الثَّلَاثُ، وَلَوْ كَاتَبَ فِي الصُّحَّةِ وَوَضَعَ النُّجُومَ فِي الْمَرَضِ أَعْتَبَرْنَا خُرُوجَ الْأَقْلِ مِنَ الثَّلَاثِ، فَإِنْ كَانَتْ قِيمَةُ الرَّقَبَةِ أَقْلَ فَلَيْسَ لَهُمْ إِلَّا ذَلِكَ لَوْ عَجَزَ نَفْسُهُ، وَإِنْ كَانَتْ النُّجُومُ أَقْلَ فَلَيْسَ لَهُمْ إِلَّا ذَلِكَ، وَكَذَا لَوْ أَوْصَى بِإِغْتَاقِهِ أَوْ وَضَعَ النُّجُومَ أَقْلَ فَلَيْسَ لَهُمْ إِلَّا ذَلِكَ، وَكَذَا لَوْ أَوْصَى بِإِغْتَاقِهِ أَوْ وَضَعَ النُّجُومَ عَنْهُ، وَلَوْ أَقْرَ فِي الْمَرَضِ بِقَبْضِ نُجُومِ كِتَابَتِهِ فِي الصُّحَّةِ قَبْلَ .

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يَعتبر فِي السَّيِّدِ لِتَصِحِّحِ الْكِتَابَةِ شَيْئَانِ:

أحدهما: التكليف؛ فلا تصحُّ كتابة الصَّبِيِّ والمجنون بِإِذْنِ الْوَالِيِّ وبدون إِذْنِهِ، وكذا إِغْتَاقُهُمَا عَلَى مَالٍ .

وقال أَبُو حَنِيفَةَ: تَجُوزُ كِتَابَةُ الْمَمِيذِ بِإِذْنِ الْوَالِيِّ .

والثَّانِي: أَنِ الْكِتَابَةُ تَبْرُعُ، وَاحْتَجُوا لَهُ بِوَجْهَيْنِ:

أحدهما: أَنِ الْمَكَاتِبِ وَكَسْبُهُ لِلْسَّيِّدِ، فَمَقَابِلَةُ أَحَدِهِمَا بِالْآخِرِ تَزُولُ عَنْ أَحَدِهِمَا بِلَا عَوْضٍ . وَاعْتَرَضَ عَلَيْهِ بِأَنَّهُ قَدْ يَكَاتِبُهُ عَلَى أَضْعَافِ قِيمَتِهِ، [يَبْتَدِي الْحَرَّ] (١) فِي الْاِكْتِسَابِ لِيُوقِعَ الْحَرِيَّةَ، وَيَعَانُ مِنَ الصَّدَقَاتِ، وَلَوْلَا الْكِتَابَةُ لَكَانَ الْأَمْرُ بِخِلَافِهِ .

[وَأَجِيبُ] (٢)، بِأَنَّهُ قَدْ يَثْلَفُ مَا يَكْتَسِبُهُ، وَمَا يَأْخُذُهُ مِنَ الصَّدَقَاتِ، وَيَعُودُ إِلَى الرُّقِّ، فَلَا يَحْصُلُ لِلْسَّيِّدِ إِلَّا الرَّقَبَةُ وَتَفُوتُ أَكْسَابُ مَدَّةِ الْكِتَابَةِ عَلَيْهِ .

والثَّانِي: أَنِ الْمَكَاتِبِ إِذَا عُنِقَ كَانَ وَلَاؤُهُ لِلْسَّيِّدِ كَالْعُنُقِ مَجَانًا؛ وَلَوْ كَانَ مَا يَأْخُذُهُ عَوْضًا مُحَقَّقًا لَمَا كَانَ الْوَلَاءُ لَهُ، كَمَا لَوْ أَعْتَقَهُ عَلَى عَوْضٍ بَدَلَهُ غَيْرِهِ، وَيَتَعَلَّقُ بِكَوْنِ الْكِتَابَةِ تَبْرُعًا، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَوَالِيِّ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ أَبًا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ أَنِ يَكَاتِبَ عَبْدَهُمَا؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ التَّبْرُعُ فِي مَالِهِمَا، وَكَذَلِكَ لَا يَعْتَقُ عَبْدَهُمَا عَلَى مَالٍ، خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ وَمَالِكٍ - رَحِمَهُمَا اللَّهُ - وَأَحْمَدَ فِيهَا وَفِي الْعُنُقِ عَلَى مَالٍ .

وَلَوْ أَدَّى الْعَبْدُ إِلَى الْوَالِيِّ مَا كَاتَبَهُ عَلَيْهِ، لَمْ يُعْتَقْ؛ لِيُطْلَأَنَّ التَّعْلِيْقَ .

وَكَذَا لَا تَصِحُّ كِتَابَةُ السَّفِيهِ الْمُحْجُورِ عَلَيْهِ، وَلَا يَحْصُلُ الْعُنُقُ بِتَسْلِيمِ الْمَالِ إِلَيْهِ لَا فِي حَالِ الْحَجْرِ، وَلَا بَعْدَ اِزْتِقَاعِهِ .

وَعَنِ الْفُورَانِيِّ حِكَايَةَ خِلَافٍ فِيهَا إِذَا أَسْلَمَ الْمَالُ إِلَيْهِ فِي حَالِ الْحَجْرِ، ثُمَّ رَفَعَ الْحَجْرَ أَنَّهُ هَلْ يُعْتَقُ بِالتَّسْلِيمِ السَّابِقِ .

(٢) فِي ز: أَوْجِبَ .

(١) فِي ز: فِيبْتَدِي الْحَدَّ .

وإذا كاتب في مَرَضِ الموتِ اعتبرتَ قِيمَةَ العَبْدِ من الثلث، سواء كَاتَبَهُ بمثل قِيمَتِهِ، أو بما فوقها، أو بما دُونَهَا، وقد سبق ذِكْرُ هذا في «الْوَصَايَا»، مع خلاف أبي حَنِيفَةَ فِيهِ، فَإِن كَانَ يَمْلِكُ عِنْدَ المَوْتِ مِثْلِي قِيمَتِهِ، صَحَّتِ الكِتَابَةُ؛ لِخُرُوجِهِ مِنَ الثلث، وَإِن لَمْ يَمْلِكْ شَيْئاً سِوَاهُ، وَأَدَّى النُّجُومَ فِي حَيَاةِ السَّيِّدِ، فَإِن كَاتَبَهُ عَلَى مِثْلِي قِيمَتِهِ، عُتِقَ كُلُّهُ؛ لِأَنَّهُ يَبْقَى لِلوَرَثَةِ مِثْلَهُ. وَإِن كَاتَبَهُ عَلَى مِثْلِ قِيمَتِهِ، عُتِقَ مِنْهُ ثُلُثَاهُ؛ لِأَنَّهُ إِذَا أَخَذَ مِائَةَ وَقِيمَتِهِ مِائَةَ، فَالْجَمْلَةُ مِائَتَانِ، فَيَنْفِذُ التَّبْرُؤَ فِي ثَلَاثِ المِائَتَيْنِ، وَهُوَ ثَلَاثُ المِائَةِ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ [نَسِيئَةً] فِي مَرَضِ المَوْتِ بِثَمَنِ المِثْلِ، وَأَخَذَ الثَّمَنَ، حَيْثُ يَصِحُّ البَيْعُ فِي الجَمِيعِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَبِيعْ لَمْ يَخْضُلْ لَهُ الثَّمَنُ، وَهَذَا هُنَا لَوْ لَمْ يَكْتُبْ فَحَصَلَتْ لَهُ أَكْسَابُهُ.

وإذا كاتبه على مثل قيمته، وَقَبِضَ نِصْفَ النُّجُومِ، صَحَّتِ الكِتَابَةُ فِي نِصْفِهِ، وَإِن لَمْ يُؤَدِّ النُّجُومَ حَتَّى مَاتَ السَّيِّدُ، نُظِرَ إِنْ لَمْ يَجْزِ الوَرِثَةُ مَا زَادَ عَلَى الثلثِ، فَثَلَاثَةُ مِكَاتِبَ، فَإِذَا أَدَّى حِصَّتَهُ مِنَ النُّجُومِ عُتِقَ.

وهل يُزَادُ فِي الكِتَابَةِ بِقَدْرِ نِصْفِ مَا أَدَى، وَهُوَ سُدَسُ العَبْدِ إِذَا كَانَتِ النُّجُومُ مِثْلَ القِيمَةِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ عَنِ ابْنِ سُرَيْجٍ:

أظهرهما: وَيَنْسَبُ إِلَى النِّصْفِ لَا؛ لِأَنَّ الكِتَابَةَ قَدْ بَطَلَتْ فِي الثَّلَاثَيْنِ، فَلَا يَعُودُ.

والثاني: نَعَمْ؛ كَمَا لَوْ ظَهَرَ لِلْمِيتِ دَفِينٌ، أَوْ نَضِبَ شَبَكَةً فِي الحَيَاةِ، فَيَعْقَلُ بِهَا صَيِّدٌ بَعْدَ المَوْتِ، فَإِنَّهُ يُزَادُ فِي الكِتَابَةِ. وَالوَجْهَانِ كَالوَجْهَيْنِ المَذْكُورَيْنِ فِي «كِتَابِ الوَصَايَا» فِيمَا إِذَا بَاعَ [نَسِيئَةً]، وَرَدَّ الوَرِثَةَ مَا زَادَ عَلَى الثلثِ، وَأَجَازَ المِشْتَرِي، هَلْ يَزِيدُ مَا يَصِحُّ البَيْعُ فِيهِ بِأَدَاءِ ثُلْثِ الثَّمَنِ.

فإن قلنا: يَزِيدُ فِي الكِتَابَةِ، وَكَانَ الأَدَاءُ بَعْدَ حُلُولِ النُّجُومِ، فَهَلْ عَلَيْهِ حِصَّةُ السُدَسِ مِنَ النُّجُومِ فِي الحَالِ، أَوْ يُضْرَبُ لَهُ مِثْلُ المُدَّةِ الَّتِي ضَرَبَهَا المِيتُ أَوْلاً؟

[فِيهِ] (١) وَجْهَانِ [وَهَكَذَا] عَبَّرَ الصَّيْدَلَانِيُّ وَغَيْرُهُ عَنِ الوَجْهِ الثَّانِي.

وقال في «التَهْدِيبِ»: هَلْ يُمَهَّلُ قَدْرَ الأَجَلِ المَضْرُوبِ؟

فِيهِ وَجْهَانِ وَالوَجْهَانِ (٢) مَبْنِيَّانِ عَلَى أَنَّ السَّيِّدَ إِذَا حَبَسَ المِكَاتِبَ مُدَّةً، هَلْ يَلْزَمُهُ أَنْ يُمَهَّلَهُ مِنْ وَقْتِ حُلُولِ الأَجَلِ مِثْلَ تِلْكَ المُدَّةِ؟ وَسَيَاتِي إِنْ شَاءَ اللهُ - تَعَالَى - الكَلَامُ فِيهِ. وَإِذَا زِيدَتِ الكِتَابَةُ بِقَدْرِ نِصْفِ الثلثِ، فَإِذَا أَدَّى نُجُومَهُ فَيَزِيدُ نِصْفَ السُدَسِ، وَهَكَذَا يَزِيدُ [نِصْفَ مَا] (٣) يُؤَدِي مَرَّةً بَعْدَ أُخْرَى، إِلَى أَنْ يَنْتَهِيَ إِلَى مَا لَا يَقْبَلُ التَّنْصِيفَ.

(١) سقط في: ز.

(٢) سقط في: ز.

(٣) في ز: نصفاً.

وإن قلنا: لا يُزَادُ في الكتابة، فالباقي قِنْ، ولا يخرج على الخلاف فيما إذا كاتب أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ نَصِيْبَهُ من العَبْدِ [المشترك] <sup>(١)</sup> فإن ذاك ائْتِدَاءُ كِتَابَةٍ، وها هنا [وردت] <sup>(٢)</sup> الكِتَابَةُ على الجميع، ثم دَعَتِ الحَاجَةَ إلى الإِبْطَالِ في البعض.

وحكى القاضي ابنُ كَبْجٍ عن بعض الأَصْحَابِ أنه يخرج صِحَّةَ الكتابة في الثلث، على الخلاف في كِتَابَةِ أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ نَصِيْبَهُ فإذا أجاز الوَرَثَةُ الكِتَابَةَ في جميعه صَحَّتِ الكِتَابَةُ في جميعه، وإذا أعتق بِأداءِ النُّجُومِ، فَوَلَاءُ الجميع للمورث، إن جعلنا إِجَازَتَهُمْ تَنْفِيْذًا، وإن جَعَلْنَاهَا ائْتِدَاءً عَطِيَّةً، فَوَلَاءُ الثلث للمورث، وَوَلَاءُ الثلثين لهم على قَدْرِ مَوَارِيثِهِمْ، وإن أجازوا في بعض الثلثين، فإن جَعَلْنَا إِجَازَتَهُمْ تَنْفِيْذًا صَحَّتِ الإِجَازَةُ فيما أجازوا، وحكم الباقي على ما بيَّناه.

وإن جعلناه ائْتِدَاءً عَطِيَّةً، فهو على الخِلافِ في تَبْعِيضِ الكتابة ويتبين بما ذكرنا أن قَوْلَهُ في الكتاب: «ولا كتابة المريض إذا لم يف به الثلث» ليس المرادُ منه أنها لا تَصِحُّ أصلاً، ولكن المراد أنها لا تَصِحُّ في جَمِيعِ العَبْدِ.

ولو كان له عبدان مُتَسَاوِيَا القِيَمَةِ لا مَالَ له سواهما، فكاتب في مَرَضٍ موته أَحَدَهُمَا، وباع الآخرَ نسيئةً، نُظِرَ إن جعلت النُّجُومُ والثلث في حَيَاتِهِ، فالكتابة والبيعُ صَحِيحَانِ، وإن لم تحصل حتى مات السَيِّدُ، ولم يجزِ الورثة ما زاد على الثلث صَحَّتِ الكِتَابَةُ في ثلث هذا، والبيعُ في ثلث هذا، فإذا حَصَلَتْ نجوم الثلث وثلث الثلث، فهل يُزَادُ في الكتابة والبيع؟

فيه الوجهان:

إن قلنا: نعم؛ يزداد فيهما جَمِيعاً، وتصح الكتابة في نِصْفِ السدس، والبيعُ كذلك.

وإن حصلت نُجُومُ الثلث، وثلث الثلث معاً صح كل واحد منهما من السدس.

ثم في الفصل مسألتان:

إحدهما: لو كاتب في الصَّحَّةِ، ثم أَبْرَأَهُ عن النجوم في المَرَضِ، أو قال: وضعت عنه النُّجُومُ، أو أعتقته، فإن خرج من الثلث عَتَقَ كله، وسَقَطَتْ عنه النُّجُومُ، وإلا فإن لم يكن له مال سواه، فإن اختار العَجَزَ عَتَقَ ثلثه، ورُقُّ ثُلُثَاهُ وإن اختار بقاء الكِتَابَةِ؛ فإن كانت النُّجُومُ مِثْلَ القِيَمَةِ، فأظهر الوجهين أنه يعتق ثلثه، وتبقى الكِتَابَةُ في الثلثين.

والثاني: وبه قال أبو عَلِيٍّ بنُ أَبِي هُرَيْرَةَ، والطبري: أنه لا يُعْتَقُ ثلثه ما لم يُسَلِّمِ الثلثان لِلْمَوْرَثَةِ، إما بأداء نجوم الثلثين، أو بالعجز، وإن كان بين النُّجُومِ والقِيَمَةِ

(١) سقط في: ز.

(٢) في ز: زادت.

[تفاوت]<sup>(١)</sup>، فيعتبر خُرُوجُ الأَقْلُ منهما من الثلث.

وقد ذكرنا جميع ذلك ووجوهه بطرق الحساب في «الوصايا» واعلم أنه ينظر في الخروج من الثلث إذا اعتقه في المرَض، أو أبرأه عن النجوم في قيمة العبد، وفي النجوم، فإن خرج كل واحد منهما من الثلث، نفذ عتقه ولا إشكال.

وإن تفاوتاً وخرج أقلهما من الثلث دون الآخر، اعتبر الأقل، فإن كان له سوى المكاتب مائتان، وكانت القيمة مائة وخمسين والنجوم مائة فنخرج النجوم من الثلث، ونعتبرها ونحكم بنفوذ العتق، أو كان الثمن مائة؛ [والنجوم مائة]<sup>(٢)</sup> وخمسين فنخرج النجوم من الثلث، فنعتبرها ونحكم بنفوذ العتق، وإنما كان كذلك؛ لأن ملك السيد إنما يستقر على الأقل منهما، فإن كانت النجوم أقل، فالكتابة لأزمة من جهته، وقد ضعف ملكه في المكاتب، وليس له إلا المطالبة بالنجوم التي صارت عوضاً. وإن كانت القيمة أقل، فهي التي تخرج من ملكه، وللعبء إسقاط النجوم بأن يعجز نفسه.

وإن لم يخرج واحد منهما من الثلث، فإن كان يملك سوى المكاتب خمسين، فيضم أقلهما إلى الخمسين، وينفذ العتق في الثلث من العبد، فإذا كانت القيمة مائة وخمسين، والنجوم مائة ضممتا النجوم إلى الخمسين، ونفذنا العتق في الثلث، وهو نصف العبد، وتبقى الكتابة في نصفه الآخر بنصف النجوم، فإن أداه إلى الورثة عتق، وإن عجز فلهم رده إلى الرق، وإن كان يملك سوى المكاتب مائة والقيمة والنجوم كما صورنا، فيعتق ثلثاه، وتبقى الكتابة في ثلثه بثلث مال الكتابة [وإن كانت القيمة مائة، والنجوم مائة وخمسين، فكذاك يعتق ثلثاه، وتبقى الكتابة في ثلثه بثلث مال الكتابة]<sup>(٣)</sup> وهو خمسون.

قال ابن الصباغ: وعندي أنه إذا أدت النجمين، فقد زاد مال السيد؛ لأنه ثبت هذا المال بعتق السيد، وورث منه، فينبغي أن يزيد ما يعتقه منه.

ولو أوصى السيد بإعتاق مكاتبه، أو بإبرائه، أو وضع النجوم عنه، فينظر أيخرج من الثلث أو لا يخرج؟ ويكون الحكم كما لو أعتقه السيد أو أبرأه بنفسه، إلا أن ها هنا نحتاج إلى [إنشاء]<sup>(٤)</sup> إعتاق، أو إبراء بعد موت السيد.

الثانية: إذا كاتب في صحته، وقبض النجوم في مرض الموت، أو قبضها وارثه بعد الموت صح القبض وإن كانت الكتابة من رأس المال؛ لأنه أقر بما يقدر على إنشائه، ولأن الإقرار لغير الوارث لا فرق فيه بين الصحة والمرض.

(٢) سقط في: ز.

(١) في ز: تقارب.

(٤) سقط في: ز.

(٣) سقط في: ز.

وقوله في الكتاب: «فقبض نُجُومُ مَكَاتِبِهِ فِي الصَّحَّةِ» لا ينبغي أن يعلق قوله: «في الصحَّة» بالقبض؛ فلا فَرْقَ أن يكون القَبْضُ المُقْرَبُ به في الصحَّة أو في المرض، ولكن التعلق بقوله: «فكاتبه» فإن الكِتَابَةَ ينبغي أن تَقَعَ في الصَّحَّة لِيَكُونَ الاغْتِيَارُ من رَأْسِ المَالِ.

قال الصَّيْدَلَانِيُّ: فَأَمَّا إِذَا كَانَتِ الكِتَابَةُ فِي المَرَضِ، فأصل الكتابة من الثلث، فلا يفيد الكَلَامُ في أن الإقْرَارَ كيف يقبل، بل يقبل<sup>(١)</sup> فيما صَحَّحْنَا فِيهِ الكِتَابَةَ. والله أعلم.

قَالَ العَرَالِيُّ: وَأَمَّا المُرْتَدُّ فَيُنْتَبِئُ كِتَابَتُهُ عَلَى أَقْوَالِ المَلِكِ، وَالكَاغِي تَصِحُّ كِتَابَتُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ العَبْدُ قَدْ أَسْلَمَ وَخُوطِبَ بَيْنَهُ وَكَاتَبَ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ كَاتَبَ ثُمَّ أَسْلَمَ العَبْدُ فَفِي الأَنْقِطَاعِ وَجْهَانِ مُرْتَبَانِ وَأَوْلَى بِأَنْ يَدُومَ الكِتَابَةُ، وَالحَزْبِيُّ تَصِحُّ (ح م) كِتَابَتُهُ وَلَكِنْ لَوْ قَهَرَهُ السَّيِّدُ عَادَ مَلِكُهُ قَبْلَ العِتْقِ وَيَعْدَهُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لا يشترط لِصِحَّةِ الكِتَابَةِ إِسْلَامُ السَّيِّدِ، بل تَصِحُّ كِتَابَةُ الكَاغِي فِي الجُمْلَةِ، كما يصحُّ إِغْتَاغُهُ، ثم فِيهِ مَسَائِلُ:

إحداها: ذكرنا في «التَّذْيِيرِ» أن تَدْبِيرَ المُرْتَدِّ عِنْدَهُ مَبْنِيٌّ عَلَى أَقْوَالِ [المَلِكِ]<sup>(٢)</sup> فِي المَرْتَدِ، وَلَوْ [كَاتَبَ المَرْتَدُ]<sup>(٣)</sup> عِنْدَهُ، فَفِيهِ طَرِيقَانِ:

أحدهما: وبه قال ابْنُ القَطَّانِ، وابن الوَكِيلِ، وَرَجَّحَهُ أَبُو إِسْحَاقَ وَيُحْكِي عَنْ اخْتِيَارِ الشَّيْخِ أَبِي حَامِدٍ: إِنْ كَانَتِ الكِتَابَةُ عَلَى الأَقْوَالِ أَيْضاً، فَإِنْ قَلْنَا بِزَوَالِ مَلِكِ المُرْتَدِّ فِيهِ بَاطِلَةٌ، وَإِنْ قَلْنَا بِبَقَايِهِ فَصَحِيحَةٌ، وَإِنْ قَلْنَا بِالتَّوَقُّفِ فِيهِ مَوْقُوفَةٌ أَيْضاً.

والثاني وبه قال القاضي أبو حَامِدٍ: أنه ليس في الكِتَابَةِ إِلَّا القَوْلَانِ الأَوَّلَانِ، وَلا يَجِيءُ فِيهَا التَّوَقُّفُ؛ لِأَنَّ الكِتَابَةَ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ، وَالعُقُودُ لا تُوقَفُ عَلَى أَصْلِ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - بِخِلَافِ التَّذْيِيرِ، فَإِنَّهُ تَغْلِيْقُ عِتْقِ، وَالتَّعَالِيقُ تَقْبَلُ الإِغْرَارَ وَمِنْ نَصْرِ الأَوَّلِ قَالَ الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ -: لا يَصِحُّ العَقْدُ لِلْمَالِكِ مَوْقُوفاً عَلَى إِجَارَتِهِ وَرِضَاةً. فَأَمَّا انْعِقَادُ العَقْدِ مَوْقُوفاً عَلَى مَا سَيَظْهَرُ وَيُنْكَشِفُ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ تَصَرُّفَ المَرِيضِ بِالهِبَةِ وَالبَيْعِ بِالمُحَابَاةِ يَنْعَقِدُ مَوْقُوفاً عَلَى إِجَارَةِ الوَرِثَةِ.

وَأَيْضاً فَإِنْ تَصَرَّفَ المُفْلِسُ يَنْعَقِدُ مَوْقُوفاً عَلَى أَحَدِ القَوْلَيْنِ وَقَدْ يُؤَدِّي غَرَضُ الطَّرِيقَيْنِ بِعِبَارَةٍ أَقْصَرَ مِنْ هَذِهِ، يُقَالُ: إِنْ قَلْنَا بِزَوَالِ مَلِكِ المُرْتَدِّ، لَمْ تَصِحَّ الكِتَابَةُ، وَإِنْ قَلْنَا بِبَقَايِهِ صَحَّتْ، وَإِنْ قُلْنَا بِالتَّوَقُّفِ، فَعَلَى الجَدِيدِ وَالقَدِيمِ أَنَّ العُقُودَ؛ هَلْ تَوَقَّفَ؟ ثُمَّ مَا مَوْضِعُ الخِلَافِ عَلَى اخْتِلَافِ الطَّرِيقَيْنِ فِيهِ طَرِقُ:

(١) فِي أ: يفيد.

(٢) سقط في: ز.

(٣) فِي ز: كانت.

أشبهها: وهو الذي أوردته الروياني وغيره - رحمهم الله - أن موضع الخلاف ما إذا لم يحجر الحاكم عليه، وقلنا: لا يحصل الحجر بنفس الردة، فأما إذا<sup>(١)</sup> كان في حال الحجر، فلا تصح الكتابة بحال.

والثاني: في كلام القاضي ابن كنج: أنا إذا قلنا: يصير مخجوراً بنفس الردة، ولم يخجر الحاكم عليه، فتصح كتابته بلا خلاف.

والثالث: ويحكي عن ابن سلمة وابن القطان طرد الخلاف في الحاليتين، ويخرج من هذه الاختلافات في كتابة المرتد وجوه أو أقوال خمسة:  
أحدها: أنها مؤقوفة.

الثاني: صحتها.

الثالث: صحتها قبل الحجر خاصة.

والرابع: بطلانها.

والخامس: بطلانها بعد الحجر خاصة.

والأشبه بالترجيح على ما أوردته صاحب «التهذيب» ها هنا وفي باب [الردة]<sup>(٢)</sup> الوجه الرابع.

وعن القاضي أبي حامد: أن الأظهر الثاني، وهو اختيار [المزني]<sup>(٣)</sup> التفرغ: إذا لم نحكم بحصول الحجر بالردة، ولم يحجر الحاكم عليه، وصححنا الكتابة؛ فلو دفع المكاتب النجوم إليه عتق، وكان له ولاؤه، وتكون النجوم ملكه؛ لأننا حكمنا ببقاء ملكه على هذا القول.

وإن أفسدنا الكتابة، لم يصح الأداء؛ لأنه ملك للمرتد، ولا يحصل العتق.

وإن قلنا: هي مؤقوفة؛ فالأداء أيضاً موقوف، فإن هلك على الردة بان بطلانها، وكان العبد قنأ، وإن صار السيد مخجوراً عليه بنفس الردة، أو بحجر الحاكم، فإن أفسدنا الكتابة فعلى ما ذكرنا فيما إذا لم يكن مخجوراً عليه، فإن صححناها، وقلنا بالتوقف، فلا يجوز دفع النجوم إليه؛ لأن المخجور عليه لا يصح قبضه، بل ينبغي أن يدفعها إلى الحاكم، فإن دفعها إلى السيد يعتق ويستردّها، ويدفعها إلى الحاكم، فإن تلفت وتعدّر الاسترداد؛ فإن كان معه ما يفي من النجوم، ودفعه إلى الحاكم فذاك، وإلا فله تعجيله.

(١) سقط في: ز.

(٢) سقط في: ز.

(٣) سقط في: ز.

ثم إن هَلَكَ السَّيِّدُ عَلَى الرَّدَّةِ بَعْدَمَا عَجَزَهُ، فَهُوَ رَقِيقٌ، وَإِنْ أَسْلَمَ فَهَلْ يُلْعَى التَّعْجِيزُ؟ فِيهِ قَوْلَانِ، أَوْ وَجْهَانِ:

أحدهما: لا، كما لو كان المَخْجُورِ عَلَيْهِ بِالسَّفَهِ دَيْنٌ عَلَى غَيْرِهِ فَأَخَذَهُ وَتَلَفَ عِنْدَهُ، ثُمَّ زَالَ الْحَجْرُ لَا يُحْسَبُ الْمَأْخُودَ عَلَيْهِ، وَلَا يَنْقَلِبُ قَبْضُهُ صَحِيحاً بِزَوَالِ الْحَجْرِ.

وأصحهما: وهو المَنْصُوصُ فِي «المختصر»: نعم؛ لأن المَنْعَ مِنَ التَّسْلِيمِ [إِلَيْهِ] <sup>(١)</sup> إِنَّمَا كَانَ لِحَقِّ الْمُسْلِمِينَ إِذَا أَسْلَمَ فَقَدْ سَقَطَ حَقُّ الْمُسْلِمِينَ، وَصَارَ الْحَقُّ لَهُ، فَيُعْتَدُ بِقَبْضِهِ، وَعَلَى هَذَا فَيُعْتَقُ لَوْ كَانَ قَدْ دَفَعَ إِلَيْهِ جَمِيعَ النُّجُومِ.

وحكى القاضي ابْنُ كَيْجٍ وَجْهًا: أَنَّهُ لَا يُعْتَقُ، وَلَا يَنْقَلِبُ الْقَبْضُ الْمَمْنُوعُ مِنْهُ صَحِيحاً، وَلَكِنْ يَبْقَى مُكَاتَبًا، فَيَسْتَأْنِفُ الْأَدَاءَ وَيَمَهِّلُ [مُدَّة] <sup>(٢)</sup> الرِّدَّةَ. وَالْمَشْهُورُ؛ الْأَوَّلُ.

ولو كاتب المسلم عَبْدًا ثُمَّ ارْتَدَّ، لَمْ تَبْطُلْ كِتَابَتُهُ، كَمَا لَا يَبْطُلُ بَيْعُهُ وَرَهْنُهُ بِالرِّدَّةِ، وَلَكِنْ لَا يَجُوزُ دَفْعُ النُّجُومِ إِلَيْهِ إِنْ قَلْنَا: إِنْ مَلَكَهَ زَائِلٌ، أَوْ صَارَ مَخْجُورًا عَلَيْهِ، فَإِنْ دَفَعَهَا إِلَيْهِ، فَعَلَى مَا ذَكَرْنَا.

ويجوز كِتَابَةُ الْعَبْدِ الْمُزْتَدِّ، كَمَا يَجُوزُ بَيْعُهُ وَتَدْبِيرُهُ وَإِعْتَاقُهُ، ثُمَّ إِنْ أَذَى النُّجُومَ فِي رِدَّتِهِ مِنْ أَكْسَابِهِ، أَوْ تَبَرَّعَ بِالْأَدَاءِ عَنْهُ مُتَبَرِّعٌ، عُتِقَ، ثُمَّ يَجْرِي عَلَيْهِ حُكْمُ الْمُرْتَدِّينِ.

وإن لم يُؤَدِّهَا، وَعَادَ إِلَى الْإِسْلَامِ، بَقِيَ مُكَاتَبًا، كَمَا كَانَ، وَإِنْ امْتَنَعَ قَتِيلٌ، وَكَانَ مَا فِي يَدِهِ لِسَيِّدِهِ، وَارْتَفَعَتِ الْكِتَابَةُ بِقَتْلِهِ. وَلَوْ ارْتَدَّ الْمُكَاتَبُ، لَمْ تَبْطُلِ الْكِتَابَةُ، فَإِنْ هَلَكَ عَلَى الرَّدَّةِ ارْتَفَعَتِ الْكِتَابَةُ، وَكَانَ مَا فِي يَدِهِ لِسَيِّدِهِ.

وعن أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ يُؤَدِّي النُّجُومَ مِنْهُ، وَمَا بَقِيَ فَهُوَ لِوَارِثِهِ، سِوَا أَكْتَسَبَهُ فِي حَالِ الرَّدَّةِ، أَوْ الْإِسْلَامِ. حَكَاهُ فِي «التَّهْذِيبِ».

فَرَعَانِ:

عَنْ نَصِّهِ فِي «الْأَمِّ» أَنَّهُ قَالَ:

لَا أُجِيزُ كِتَابَةَ السَّيِّدِ الْمُزْتَدِّ وَالْعَبْدِ الْمُزْتَدِّ، إِلَّا عَلَى مَا أُجِيزُ عَلَيْهِ كِتَابَةَ الْمُسْلِمِينَ، بِخِلَافِ الْكَافِرِينَ الْأَصْلِيِّينَ يُتْرَكَانِ عَلَى مَا يَسْتَحِلَّانِ مَا لَمْ يَتَحَاكَمَا إِلَيْنَا.

وَأَنَّهُ لَوْ لَحِقَ السَّيِّدُ بَعْدَمَا ارْتَدَّ بِدَارِ الْحَرْبِ، وَوَقَفَ الْحَاكِمُ مَالَهُ يَتَادَى بِأَخْذِ كِتَابَةِ مُكَاتَبِهِ، فَإِنْ عَجَزَ رَدُّهُ إِلَى الرَّقِّ وَإِذَا عَجَزَهُ ثُمَّ [جَاءَ سَيِّدُهُ] <sup>(٣)</sup> فَالتَّعْجِيزُ [قَاضٍ] <sup>(٤)</sup>، وَيَكُونُ هُوَ رَقِيقًا لَهُ، فَإِنْ أَسْلَمَ السَّيِّدُ، فَفِي الْاِعْتِدَادِ بِمَا دَفَعَهُ إِلَيْهِ مَا مَرَّ.

(٢) سقط في: ز.

(٤) سقط في: ز.

(١) سقط في: ز.

(٣) في ز: حاسده.

المَسْأَلَةُ الثَّانِيَةُ: تصح كِتَابَةُ الدُّمِيِّ كِتَابِيًّا كَانَ، أَوْ مَجُوسِيًّا؛ لِأَنَّهُ مَالِكٌ، وَالكِتَابَةُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ، وَفِيهَا تَغْلِيْقٌ عِنْتِ بَصْفَةٍ، وَهُمَا صَحِيحَانِ مِنْهُ.

وَكَذَا كِتَابَةُ الْمُسْتَأْمَنِ صَحِيحَةٌ، وَهَذَا إِذَا جَرَتْ كِتَابَتُهُمْ عَلَى شَرَائِطِ شَرْعِنَا.

فَأَمَّا إِذَا كَاتَبَ الدُّمِيُّ عَبْدَهُ عَلَى خَمْرِ أَوْ خِنْزِيرٍ، ثُمَّ أَسْلَمَا، أَوْ تَرَفَعَا إِلَيْنَا، فَيَنْظُرُ:

إِنْ كَانَ ذَلِكَ بَعْدَ قَبْضِ الْعَوَظِ الْمُسَمَّى فَالْعِتْقُ حَاصِلٌ، وَلَا رُجُوعٌ لِلسَّيِّدِ عَلَى الْعَبْدِ، وَلَا يَنْسَخُ الْعَقْدُ، وَلَا الْقَبْضُ الْحَاصِلُ فِي الشَّرْكِ.

وَإِنْ أَسْلَمَا، أَوْ تَرَفَعَا قَبْلَ الْقَبْضِ، حَكَمْنَا بِفَسَادِهَا وَإِبْطَالِهَا، فَإِنْ وَجَدَ الْقَبْضُ بَعْدَ ذَلِكَ لَمْ يَخْضُلِ الْعِتْقُ؛ لِأَنَّهُ لَا أَثَرَ لِلْكِتَابَةِ الْفَاسِدَةِ بَعْدَ الْفَسْخِ وَالْإِبْطَالِ.

وَإِنْ قَبِضَ بَعْدَ الْإِسْلَامِ، ثُمَّ تَرَفَعَا، حَصَلَ الْعِتْقُ؛ لِوُجُودِ الصَّفَةِ، وَيَرْجِعُ السَّيِّدُ عَلَى الْمَكَاتِبِ بِقِيَمَتِهِ، وَلَا يَرْجِعُ الْمَكَاتِبُ لِلخَمْرِ وَالخِنْزِيرِ بِشَيْءٍ.

نَعَمْ، لَوْ كَانَ الْمُسَمَّى مِمَّا لَهُ قِيَمَةٌ، فَلَهُ الرَّجُوعُ أَيْضًا، وَإِنْ قَبِضَ بَعْضُ الْمُسَمَّى فِي الشَّرْكِ، ثُمَّ أَسْلَمَا، أَوْ تَرَفَعَا إِلَيْنَا، فَحَكَمَ بِبَطْلَانِ الْكِتَابَةِ أَيْضًا.

فَإِنْ اتَّفَقَ قَبْضُ الْبَاقِي بَعْدَ الْإِسْلَامِ، وَقَبْلَ إِبْطَالِهَا، حَصَلَ الْعِتْقُ وَيَرْجِعُ السَّيِّدُ بِجَمِيعِ قِيَمَتِهِ عَلَيْهِ، وَلَا تُورَعُ الْقِيَمَةُ عَلَى الْمَقْبُوضِ قَبْلَ الْإِسْلَامِ وَالْمَقْبُوضُ بَعْدَهُ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ يَتَعَلَّقُ بِالنَّجْمِ الْأَخِيرِ، وَأَنَّهُ وَجَدَ فِي الْإِسْلَامِ، وَلَا يَثْبُتُ لِلنَّجْمِ حَقِيقَةُ الْعَوَظِيَّةِ إِلَّا إِذَا تَمَّتْ؛ أَلَّا تَرَى أَنَّهُ إِذَا عَرِضَ <sup>(١)</sup> عَجَزٌ لَمْ يَكُنِ الْمَقْبُوضُ مِنْ قَبْلِ عَوَظًا، بَلْ كَسَبَ رَقِيقًا، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ لَمْ تَكُنْ قَابِلَةً لِلتَّقْسِيطِ الْجَارِي فِي الْأَعْوَاضِ <sup>(٢)</sup>.

وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابَةِ: «وَالكَافِرُ تَصِحُّ كِتَابَتُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْعَبْدُ قَدْ أَسْلَمَ وَخَوِطَبَ بِبَيْعِهِ وَكَاتَبَ فِيهِ وَجِهَانٌ» لَيْسَ الْأَسْتِثْنَاءُ فِيهِ بِحَسَنِ الْمَوْقِعِ؛ لِأَنَّ كِتَابَةَ الْكَافِرِ قَدْ تَصِحُّ، وَقَدْ تَفْسُدُ كِتَابَةُ الْمُسْلِمِ، وَلَيْسَ الْفَسَادُ مَخْصُوصًا بِهَذِهِ الصُّورَةِ الْمُسْتِثْنَاءِ.

وَالَّذِي يَقْصِدُهُ الْقَائِلُ بِقَوْلِهِ: «إِنَّ الْكَافِرَ لَا تَصِحُّ كِتَابَتُهُ» أَنَّهَا تَصِحُّ مِنْهُ فِي الْجُمْلَةِ، وَإِنَّ الْكُفْرَ لَا يَمْنَعُ صِحَّتَهَا، وَهَذَا لَا يَحْتَاجُ إِلَى الْأَسْتِثْنَاءِ.

وَأَمَّا الصُّورَةُ الْمَذْكُورَةُ: فَإِذَا أَسْلَمَ عَبْدٌ لِذِمِّيٍّ، وَاشْتَرَاهُ، وَقَلْنَا بِصِحَّةِ الشَّرَاءِ، وَأَمْرَانَهُ بِإِزَالَةِ الْمِلْكِ عَنْهُ، فَكَاتَبَهُ فِي صِحَّةِ كِتَابَتِهِ قَوْلَانِ:

أَحَدُهُمَا: الْمَنْعُ، لِأَنَّهُ مَأْمُورٌ بِإِزَالَةِ الْمِلْكِ، وَالكِتَابَةُ لَا تُزِيلُ فَصَارَ كَمَا لَوْ ذَبَّرَهُ، أَوْ عَلَّقَ عِتْقَهُ بِصِفَةٍ.

(٢) فِي أ: الْأَعْرَاضِ.

(١) فِي ز: فَرَضِ.



وأقواهما وبه قال أبو حنيفة، واختاره المُرزُبِيُّ: أنها صَحِيحَةٌ؛ لأن المقصود قَطْعُ اسْتِيْلَاقِهِ عَنْهُ وَدَفْعُ الدُّلِّ، وَإِذَا كَاتَبَهُ خَرَجَ عَنْ تَصَرُّفِهِ، وَفِيهِ نَظَرٌ لِلْعَبْدِ لِتَوَقُّعِ الْعِثْقِ، فَإِنْ عَجَزَ، أَمَرْنَا بِإِزَالَةِ الْمَلِكِ عَنْهُ، وَعَلَى الْأَوَّلِ فَيُؤْمَرُ<sup>(١)</sup> بِإِزَالَتِهِ فِي الْحَالِ، فَإِنْ أَدَّى التُّجُومَ قَبْلَ أَنْ يَتَفَقَّ إِزَالَتُهُ الْمَلِكِ، عُتِقَ بِحُكْمِ الْكِتَابَةِ الْفَاسِدَةِ.

ويقال بإيراد آخر - وقد قَدِّمْنَاهُ فِي «الْبَيْعِ» - هل يكفي منه بِالْكِتَابَةِ؟ فيه وجهان:

إِنْ قُلْنَا: نَعَمْ، فَهِيَ صَحِيحَةٌ، وَإِلَّا فَبِي صِحَّتِهَا خِلَافٌ. وَلَوْ كَاتَبَ الذَّمِّيُّ عَبْدَهُ فَأَسْلَمَ الْمُكَاتَبُ؛ فَهَلْ تَرْتَفَعُ الْكِتَابَةُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ مُرْتَبَانِ عَلَى الْخِلَافِ فِي أَنَّهُ إِذَا أَسْلَمَ عَبْدُهُ وَكَاتَبَهُ هَلْ يَصِحُّ؟ أَوْ هَلْ يَكْفِي مِنْهُ بِالْكِتَابَةِ؟

إِنْ قُلْنَا: نَعَمْ؛ فَإِذَا طَرَأَ الْإِسْلَامُ عَلَى الْكِتَابَةِ لَمْ يُؤْتَرْ فِيهَا وَإِنْ قُلْنَا: لَا؛ فَفِي اِزْتِفَاعِهَا وَجْهَانِ، وَالْفَرْقُ قُوَّةُ الدَّوَامِ وَوَجْهَ الْمَنْعِ أَيْضاً بِأَنَّ الْكِتَابَةَ وَقَعَتْ صَحِيحَةً، وَلَا يُمْكِنُ أَنْ يُؤْمَرَ بِإِزَالَةِ الْمَلِكِ، فَإِنْ بَيَّعَ الْمُكَاتَبُ لَا يَجُوزُ، فَإِنْ عَجَزَ فَحَيْثُذُ يُؤْمَرُ.

وَاعْلَمْ أَنَّ هَذِهِ الصُّورَةَ مُكْرَرَةٌ؛ فَقَدْ ذَكَرَهَا مَرَّةً فِي «التَّدْبِيرِ» [مُضْمُومَةٌ]<sup>(٢)</sup> إِلَى مَا شَابَهَا؛ وَهُوَ مَا إِذَا دَبَّرَ الْكَافِرُ عَبْدَهُ ثُمَّ أَسْلَمَ مُدْبِرُهُ فَقَالَ: «وَالْمُكَاتَبُ كَالْمُسْتَوْلِدَةِ».

وَقِيلَ: كَالْمُدْبِرَةِ]. وَقَوْلُهُ: هَا هُنَا «فِيهِ وَجْهَانِ مُرْتَبَانِ»، فَيُؤَدِّي مَعْنَى الطَّرِيقَيْنِ، إِلَّا أَنَّ الْخِلَافَ هُنَاكَ عِنْدَ مَنْ أَثْبَتَهُ أَخَذَ مِنَ الْخِلَافِ فِي صُورَةِ التَّدْبِيرِ، وَهَذَا هُنَا مِنَ الْخِلَافِ فِي صِحَّةِ الْكِتَابَةِ إِذَا تَقَدَّمَ الْإِسْلَامُ عَلَيْهَا.

المسألة الثالثة: كما يصح كتابة الذمي، تصح كتابة الحرابي؛ لأنه مالك.

وعن مالك وأبي حنيفة خلاقه.

ثُمَّ لَوْ قَهَرَ السَّيِّدُ بَعْدَمَا كَاتَبَهُ، اِزْتَفَعَتِ الْكِتَابَةُ وَصَارَ قِتْنَاً. وَلَوْ قَهَرَ الْمُكَاتَبُ سَيِّدَهُ صَارَ حُرًّا، وَصَارَ السَّيِّدُ عَبْدًا؛ لِأَنَّ الدَّارَ دَارُ قَهْرٍ، وَلِذَلِكَ لَوْ قَهَرَ حُرٌّ حُرًّا هُنَاكَ مَلِكُهُ، بِخِلَافِ مَا لَوْ دَخَلَ السَّيِّدُ وَالْمُكَاتَبُ دَارَ الْإِسْلَامِ بِأَمَانٍ، ثُمَّ قَهَرَ أَحَدَهُمَا الْآخَرَ لَا يَمْلِكُهُ؛ لِأَنَّ الدَّارَ دَارُ حَقِّ وَإِنْصَافٍ.

وَإِنْ خَرَجَ الْمُكَاتَبُ إِلَيْنَا مُسْلِمًا، هَارِبًا مِنْ سَيِّدِهِ، بَطَلَتِ الْكِتَابَةُ، وَصَارَ حُرًّا؛ لِأَنَّهُ قَهَرَهُ عَلَى نَفْسِهِ، فَيُزُولُ مِلْكُهُ عَنْهَا. وَإِنْ خَرَجَ إِلَيْنَا غَيْرَ مُسْلِمٍ نَظَرُ:

إِنْ خَرَجَ بِإِذْنِهِ، وَبِأَمَانِنَا لِتِجَارَةٍ وَغَيْرِهَا، اسْتَمَرَّتِ الْكِتَابَةُ، كَمَا لَوْ خَرَجَ السَّيِّدُ إِلَيْنَا بِأَمَانٍ.

(١) فِي ز: أَمْرًا.

(٢) فِي ز: مُضْمُومَةٌ.

وإن خرج هارباً منه، بطلت وصار حُرّاً، ثم لا يُمكن من الإقامَةِ إلاّ بالجزية، فإن لم يقبل أو لم يكن ممن تُقبلُ منه الجزيةُ ألحقَ بِمَأْمِنِهِ.

وإن جاءنا السيدُ مُسْلِماً لم يتعرض لمكاتبه هناك، فإن دخل بِأَمَانٍ مع المكاتب، ولم [يقهر]<sup>(١)</sup> أحدهما الآخر، وأراد العودَ إلى دارِ الحزبِ، أو كاتبه بعدما دَخَلَ وَأَرَادَ العودَ، فلم يساعده المُكَاتِبُ، لم يكن له [أن]<sup>(٢)</sup> يحمله قهراً، كما لا يُسَافِرُ المُسْلِمُ بمكاتبه<sup>(٣)</sup> وقد مرَّ لهذا ذِكْرٌ في «التدبير»، ولكن يُوكَلُ من يَقْبِضُ عنه التُّجُومَ، فإن أراد أن يَقِيمَ طُولِبَ بالجزية، ثم إن عَتِقَ المُكَاتِبُ طُولِبَ بالجزية أيضاً أو رُدَّ إلى المَأْمِنِ، فإن عَجَزَ نفسه عَادَ قِتّاً للسيد.

قال ابنُ الصَّبَّاحِ: ويبقى الأمانُ فيه، وإن انتَقَصَ في نفس السيدِ بَعُودِهِ؛ لأن المَالَ يَنْفَرِدُ بِالأمانِ. ولذلك لو بعث الحزبيُّ بحاله إلى بَلَدِ الإسلامِ بِأَمَانٍ، ثبت الأمانُ للمال دون صَاحِبِهِ. وقد يجيء هذا الخِلافُ الذي سَبَقَ في «السير» فيما إذا رجع المُسْتَأْمِنُ، وَخَلَفَ عندنا مَالاً. ولو مات السَيِّدُ في دارِ الإسلامِ، أو بعد العودِ إلى دارِ الحرب، ففي مَالِ الكِتَابَةِ قولان:

أظهرهما، وهو اختيار المُزَنِّي: إنه يَبْقَى الأمانُ فيه، فيبعث إلى وَرَثَتِهِ؛ لأنه لا خِلافَ في أنهم وَرَثَتُهُ، ومن وَرِثَ مَالاً، وَرِثَهُ بِحَقِّهِ كَالرَّهْنِ وَالضَّمَانِ.  
والثاني: يبطل الأمانُ فيه، ويكون قِتّاً؛ لأنه مَالُ كَافِرٍ، لا أَمَانٌ له.

وإن سَبِيَ السَيِّدُ بعدما رَجَعَ إلى دارِ الحزبِ، نُظِرَ إن مَنَّ عليه، أو فدى<sup>(٤)</sup> أَخَذَ التُّجُومَ، وهو بما جَرَى في أَمَانٍ، ما دام في دارِ الإسلامِ، فإن رجع انتَقَصَ الأمانُ فيه، وفي المَالِ إن تركه عندنا ما سبق وإن اسْتَرَقَ زال مِلْكُهُ، وفي مالِ الكِتَابَةِ طريقتان:  
أحدهما: أن فيه قَوْلَيْنِ، كما في صورة المَوْتِ.

والثاني: القَطْعُ بأنه لا يبطل الأمانُ فيه؛ لأنه ينتظر عِتْقَهُ وَصَيْرُورَتَهُ أَهْلاً لِلْمِلْكِ، بخلاف الميت، وإن شِئْتَ قلت: يبقى الأمانُ فيه، ولا يصير قِتّاً، كما صُورَةُ المَوْتِ، فها هنا أَوْلَى، ويوقف إن عَتِقَ فهو له، وإن مات رِقِيقاً فهو فَيءٌ.  
وفي قول: إنه يُضَرَفُ إلى وَرَثَتِهِ.

(١) في ز: يفهم.

(٢) وما جزم به من التسوية من جريان المكاتب في دار الحرب ودار الإسلام خالف فيه الماوردي في باب كتابة الحربي فقال: إن جرى في دار الحرب ثم قدما إلينا ودامن عاماً لم يمنع من رده إلى دار الحرب لأنه عقد لم يجر عليه حرمة الإسلام بخلاف ما إذا كان في دار الإسلام.

(٤) في ز: يؤدى.

وإن قلنا: هناك يصير [فيئاً]<sup>(١)</sup>، فهذا قولان:

اختيار أبي إسحاق: أنه لا يكون [فيئاً]، ويوقف؛ لأنه يُرْجَى عَوْدُ الْمَالِكِيَّةِ.

وأما ولَاءٌ هذا المكاتب؛ فإن عَتِقَ قبل أن يُسْتَرْقَ السَّيِّدُ، فطريقان:

أحدهما: إن الولاءَ كالمالِ، فإن جَعَلْنَاهُ فيئاً، فالولاءُ لِأَهْلِ الْفَيْءِ، وإن تَوَقَّفْنَا، فكذلك نَتَوَقَّفُ فِي الْوَلَاءِ.

وأظهرهما: أنه يسقط ولأؤه؛ لأن الولاءَ لا يُورَثُ، ولا يَنْتَقِلُ مِنَ الشَّخْصِ إِلَى

الشَّخْصِ.

وإن اسْتَرْقَ السَّيِّدُ قَبْلَ عِتْقِ الْمُكَاتَبِ، فإن جعلنا ما في ذمته<sup>(٢)</sup> فيئاً، فإذا عَتِقَ يَذْفَعُهُ إِلَى الْحَاكِمِ، فِي الْوَلَاءِ الْوَجْهَانِ كَذَلِكَ. ذكره صاحب «الشامل» وغيره.

وإن قلنا: إنه مَوْقُوفٌ؛ فإن عَتِقَ السَّيِّدُ، دَفَعَ الْمُكَاتَبَ الْمَالَ إِلَيْهِ، وَكَانَ لَهُ الْوَلَاءُ،

وإن مات رَقِيقاً، وصار المالُ فيئاً ففي الولاءِ الوجهان.

ولو قال الْمُكَاتَبُ فِي مُدَّةِ التَّوْقِفِ: انْصُبُوا مِنِّي يَفِضُ الْمَالَ لِأَعْتَقَ، أُجِيبَ إِلَيْهِ،

وإذا عَتِقَ، فليكن فِي الْوَلَاءِ الْخِلَافُ.

وقد قيل: يُبْنَى ذَلِكَ عَلَى أَنَّ مُكَاتَبَ الْمُكَاتَبِ إِذَا عَتِقَ تَفْرِيعاً عَلَى أَنَّهُ تَصِحُّ كِتَابَتُهُ

يَكُونُ وَلَآؤُهُ لِسَيِّدِ الْمُكَاتَبِ أَوْ يَوْقِفُ عَلَى عِتْقِ الْمَكَاتَبِ، وَفِيهِ قَوْلَانُ:

إِن قَلْنَا بِالْأَوَّلِ؛ فَالْوَلَاءُ هَا هُنَا لِأَهْلِ الْفَيْءِ.

وإن قلنا بالثاني؛ فَيُوقَفُ.

قال الرُّوْيَانِيُّ فِي «جَمْعِ الْجَوَامِعِ»: وَالصَّحِيحُ عِنْدَ عَامَّةِ الْأَصْحَابِ فِي الْمَسْأَلَةِ أَنَّهُ

يُوقَفُ الْمَالُ، وَكَذَا الْوَلَاءُ، فَإِن عَتِقَ، فَلَهُ الْمَالُ وَالْوَلَاءُ، وَإِن مَاتَ رَقِيقاً، فَالْمَالُ لِأَهْلِ

الْفَيْءِ، وَيَسْقُطُ الْوَلَاءُ.

وقوله فِي الْكِتَابِ: «وَالْكَافِرُ تَصِحُّ كِتَابَتُهُ» لِيَحْمَلَ عَلَى الذَّمِّ، وَإِن أَمَكْنَ إِجْرَاؤُهُ

عَلَى إِطْلَاقِهِ عَلَى [مَا تَبَيَّنَ]<sup>(٣)</sup>؛ لِأَنَّهُ قَالَ بَعْدَهُ: «وَالْحَرْبِيُّ تَصِحُّ كِتَابَتُهُ»، وَلَوْ أُجْرِيَ ذَلِكَ

عَلَى إِطْلَاقِهِ، كَانَ الْأَحْسَنُ أَن يَقُولَ: وَالْحَرْبِيُّ إِن صَحَّحْتُ كِتَابَتَهُ، وَلَكِنْ لَوْ قَهَرَهُ

السَّيِّدُ... إِلَى آخِرِهِ.

«فروع»:

(١) فِي ز: قَنَأ.

(٢) فِي ز: مَا تَبَيَّنَ.

(٣) فِي أ: يَدُهُ.

كاتب المُسْلِمِ عَبْدًا كافرًا في دار الإسلام، أو في دار الحرب صَحَّحَتِ الْكِتَابَةُ، فإن عتق لم يُمَكَّنْ من الإِقَامَةِ في دار الإسلام إلا بِالْجِزْيَةِ، وإن وَقَعَ في الأَسْرِ [وكان في] (١) دار الحرب لم تبطل الكتابة؛ لأنه في أَمَانِ سَيِّدِهِ، وهذا كما أنه لا يُسْتَرْقُ مُعْتَقَهُ، وإن التَّحَقَّ بِدَارِ الْحَرْبِ.

وإذا اسْتَوْلَى الْكُفَّارُ على مَكَاتِبِ مُسْلِمٍ، لم تبطل الْكِتَابَةُ، وكذا لا يبطل التَّدْبِيرُ، والاسْتِيلَادُ؛ إذا اسْتَوْلَوْا على مُدَبِّرِهِ أو مُسْتَوْلَدَيْهِ.

وإذا اسْتَفْتَدَ الْمُسْلِمُونَ مَكَاتِبَهُ، فهل تُحْسَبُ مُدَّةُ الأَسْرِ من أصل مال الكتابة؟  
فيه طريقتان:

أحدهما: أنه على الْقَوْلَيْنِ، فيما إذا حَبَسَ السَّيِّدُ مَكَاتِبَهُ مُدَّةً.

وأظهرهما: الْقَطْعُ بِالِاخْتِسَابِ، بخلاف تلك الصُّورَةِ، فإن الْمَنَافِعَ قَاتَتْ عَلَيْهِ بِتَقْصِيرٍ وَتَعَدُّ من السيد وها هنا بخلافه.

ويُنْتَى على هذا الْخِلَافِ أنه: هل للسَّيِّدِ الْفَسْخُ، والتعجيز، وهو في الأَسْرِ؟

فإن قلنا باختِسَابِ المدة عليه، فله ذلك، ثم يفسخ بنفسه، كما لو كان الْمَكَاتِبُ حاضراً، أو يُرْفَعُ الأَمْرُ إلى الحاكم لِيَتَفَحَّصَ؛ هل له مَالٌ يَبْقَى بِالْكِتَابَةِ؟ فيه وجهان:

أظهرهما: الأول، ثم إذا فُسِّخَتِ الْكِتَابَةُ، وأقام الْبَيْتَةَ بعد الْخَلَاصِ، على أنه كان له مِنَ الْمَالِ ما يَبْقَى بِالْكِتَابَةِ، بَطْلُ الْفَسْخِ، وأدَّى الْمَالِ، وَعَقِبَ.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: الرُّكْنُ الرَّابِعُ: الْمَكَاتِبُ وَلَهُ شَرْطَانِ الأَوَّلُ أَنْ يَكُونَ مُكَلَّفًا فَلَا يَبْصِحُ كِتَابَةُ الصَّغِيرِ وَإِنْ كَانَ مُمَيَّزًا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يشترط لِصِحَّةِ الْكِتَابَةِ أَنْ يَكُونَ الْعَبْدُ مُكَلَّفًا؛ لِيَسْتَقِلَّ بِالْكَسْبِ، ويوثق بصرف ما يَكْتَسِبُهُ إلى السَّيِّدِ فلا تصح كِتَابَةُ الصَّبِيِّ مُمَيَّزًا كان أو غَيْرَ مُمَيَّزٍ، ولا كِتَابَةُ الْمَجْنُونِ. وعند أبي حَنِيفَةَ، وأحمد: تَصِحُّ كِتَابَةُ الصَّبِيِّ الْمُمَيَّزِ، بِنَاءً على أنه يَجُوزُ تَصَرُّفُهُ بِإِذْنِ الْوَالِي [وإيجاب] (٢) السيد إذن له في الْقَبُولِ.

واحتج الأَصْحَابُ - رحمهم الله - بأنه غَيْرُ مُكَلَّفٍ، فلا تصح كِتَابَتُهُ كَالْمَجْنُونِ.

وفي «جمع الجوامع» للرويانى: أنه لو كَاتَبَ عَبْدُهُ الصَّغِيرَ الَّذِي لَا يُمَيَّزُ وَالْمَجْنُونُ، وقبل السيد عنه يَجُوزُ عند أبي حَنِيفَةَ.

(٢) سقط في: ز.

(١) سقط في: ز.

واستؤنس لاعتبار التَّكْلِيفِ بقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَبْتِغُونَ الْكِتَابَ بِمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النور - ٣٣] وإنما يَتَحَقَّقُ الْاِبْتِغَاءُ مِنَ الْعَاقِلِ الْبَالِغِ.

وإن كاتب العَبْدِ لنفسه ولأولاده الصُّغَارِ، لم تصح الْكِتَابَةُ للأولاد، وفي صِحَّتِهَا لنفسه قَوْلًا تَفْرِيقِ الصُّفْقَةِ.

وحكى الصَّيْدَلَانِيُّ عن أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهَا تَصِحُّ فِي حَقِّ الْجَمِيعِ، وَذَكَرَ أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ سَاعَدَ عَلَى أَنَّهُ لَوْ كَانَ الْأَبُ حُرًّا، لَمْ تَصِحْ كِتَابَتُهُ لِأَوْلَادِهِ الصُّغَارِ، وَأَنَّ مَالِكًا قَالَ بِصِحَّتِهَا. إِذَا عَرَفَ أَنَّهُ لَيْسَ لِلسَّيِّدِ أَنْ يُكَاتِبَ عَبْدَهُ الصَّغِيرَ وَالْمَجْنُونَ، فَلَوْ أَنَّهُ فَعَلَ وَقَالَ فِي كِتَابَتِهِ: «إِذَا أُذْيِتْ كَذَا فَأَنْتَ حُرٌّ»، فَوُجِدَتْ الصُّفْقَةُ، حَصَلَ الْعِتْقُ. قَالَ الْإِمَامُ: وَفِي الثُّنُسِ مِنْ هَذَا شَيْءٌ؛ لِأَنَّهُ أَذَاءٌ مِنْ حَيْثُ الصُّورَةُ، وَلَا يُتَّصَرَّفُ مِنْهُمَا التَّمْلِيكُ، وَقَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ قَوْلَ الرَّجُلِ لِامْرَأَتِهِ: «إِنْ أُعْطَيْتِنِي أَلْفًا فَأَنْتِ طَالِقٌ»، يَقْتَضِي إِنْكَانَ التَّمْلِيكِ.

وَلَكَّ أَنَّ تَوْيِّدَ مَا ذَكَرَهُ بِاحْتِمَالِ قَدَمَتَاهُ فِيمَا إِذَا عَلَّقَ الطَّلَاقَ بِدُخُولِ الطِّفْلِ، فَوُجِدَ مِنْهُ صُورَةُ الدُّخُولِ أَنَّهُ لَا يَحْتَسِبُ، وَالْمَذْهَبُ حُضُورُ الْعِتْقِ، ثُمَّ حَكَى الْقَاضِي ابْنَ كَيْجٍ فِي كَيْفِيَّةِ حُضُورِهِ اخْتِلَافًا عَنِ الْأَصْحَابِ، مِنْهُمْ مَنْ قَالَ: يَحْصُلُ الْعِتْقُ حُضُورَهُ فِي الْكِتَابَاتِ الْفَاسِدَةِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَرْضَ بِعَتَقِهِ إِلَّا بِالْعَوَضِ، فَعَلَى هَذَا يَرْجِعُ السَّيِّدُ عَلَيْهِ بِالْقِيَمَةِ<sup>(١)</sup>.

وَظَاهِرُ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ يَحْضُلُ بِمَجْرَدِ حُضُورِ الصُّفْقَةِ الْمُعَلَّقِ عَلَيْهَا، وَأَنَّهُ لَيْسَ لِمَا جَرَى حُكْمُ الْكِتَابَاتِ الْفَاسِدَةِ فِي التَّرَاجِعِ وَغَيْرِهِ، فَلَا يَرْجِعُ السَّيِّدُ عَلَيْهِ بِقِيَمَتِهِ، وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ رَدُّ مَا أَخَذَهُ. أَمَّا أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ بِالْقِيَمَةِ، فَلِأَنَّ قَبُولَ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونَ وَالتَّزَامَهُمَا الْمَالِ بَاطِلَانِ، وَالْعَقْدُ مَعَهُمَا لَيْسَ بِعَقْدٍ؛ وَلِذَلِكَ لَوْ اشْتَرَى الصَّبِيُّ وَالْمَجْنُونَ شَيْئًا، وَهَلَكَ عِنْدَهُ لَا يَضْمَنُهُ بِعَقْدٍ.

وَلَوْ اشْتَرَى الْعَاقِلُ الْبَالِغُ شَيْئًا فِاسِدًا فَهَلَكَ [فَهَلْ]<sup>(٢)</sup> عِنْدَهُ يَضْمَنُهُ. وَأَمَّا أَنَّهُ لَا يَرُدُّ مَا أَخَذَهُ، فَلِأَنَّهُ كَسَبَ عَبْدَهُ. وَهَذَا الْخِلَافُ الَّذِي حَكَاهُ ابْنُ كَيْجٍ، كَخِلَافِ نَقْلِهِ فِيمَا إِذَا [كَاتَبَ] عَبْدَهُ الْمَجْنُونَ، وَأَخَذَ الْمَالَ الْمُسَمَّى.

رَوَى الْمُزْنِيُّ فِي «الْمَخْتَصِرِ» أَنَّهُ يَعْتَقُ الْعَبْدَ، وَلَا تَرَاجَعُ.

وَرَوَايَةُ الرَّبِيعِ أَنَّهُ يَثْبِتُ التَّرَاجُعَ؛ فَعَنْ ابْنِ سُرَيْجٍ وَابْنِ خَيْرَانَ: أَنَّ الْحُكْمَ مَا رَوَاهُ الرَّبِيعُ عَلَى مَا هُوَ دَأْبُ الْكِتَابَةِ الْفَاسِدَةِ، وَأَنَّ الْمُزْنِيَّ أَخْطَأَ فِي الثَّقَلِ، وَرَبِمَا حَمَلَ مَا رَوَاهُ عَلَى مَا إِذَا [كَاتَبَ عَبْدَهُ]<sup>(٣)</sup> كِتَابَةً صَحِيحَةً، ثُمَّ جُنَّ الْعَبْدُ، فَأَخَذَ الْمَالَ وَهُوَ

(١) قال النووي: الأصح أنها لا تصح.

(٢) سقط في: ز.

(٣) في ز: كانت عنده.

[مجنون]<sup>(١)</sup> يصح القَبْضُ، ولا يراجع والأصح وبه قال أبو إسحاق، والأكثر: أنه لا يراجع، كما رواه المزني؛ لأن المَجْنُونِ ليس من أهل العَقْدِ، فيبطل معنى المُعَاوَضَةِ، ويبقى مُجَرَّدُ التعليق.

ونقل الربيع وقع خطأ، وربما حمل على ما إذا [كاتب]<sup>(٢)</sup> عِنْدَهُ العَاقِلَ كِتَابَةً فَاسِدَةً، ثم جُنَّ فَادَى. وعن رِوَايَةِ القَاضِي أَبِي حَامِدٍ أن فِي المَسْأَلَةِ قولين.

وفي طريقة الصَيْدِلَانِيِّ الامْتِنَاعُ من إِجْرَاءِ الخِلَافِ فِي الصَّبِيِّ، وفرق بأن المجنون عارض [فهو]<sup>(٣)</sup> كعارض شرط فاسد في الكتابة بخلاف الصَّبِيِّ.

وأجرى صَاحِبُ «التهذيب» فِي الصَّبِيِّ ما قيل فِي المَجْنُونِ، كما قدمناه عن ابن كَجِّ، ثم مَنْ أَثَبَّتِ التَّرَاجُعَ، جعل ما فَضَّلَ من الكَسْبِ للعبد ولم يُثَبِّتْه جعله للسيد، وهو الأَصَحُّ.

### «فروع تدخل في الفصل».

لا يجوز كتابة العَبْدِ المَزْهُونِ؛ لأن الرهن [يحوج]<sup>(٤)</sup> إلى البَيْعِ، والكِتَابَةُ تمنع منه، ولا كِتَابَةُ العبد المُسْتَأْجِرِ، لأنه فِي تَصَرُّفِ الغَيْرِ، فلا يَتَفَرَّغُ للاكتساب لنفسه.

وفي كتاب [القاضي]<sup>(٥)</sup> ابن كَجِّ: أنه يجوز كِتَابَةُ المَعْلُوقِ عِثْقُهُ بصفة، وكتابة المُدَبِّرِ، فإن سَبَقَ مَوْتُ السيد، عُتِقَ بالتدبير، وإن سَبَقَ أداء النجوم، عُتِقَ بالكتابة.

وإنه يجوز كِتَابَةُ المُسْتَوْلَدَةِ، فإن مَاتَ السيد قبل أداء النجوم، عُتِقَتْ من رَأْسِ المال، وإن أبا الحُسَيْنِ خَرَجَ وَجْهًا: أنه لا يجوز كِتَابَتُهَا، وهذا ما نَقَلَهُ الرُّوْيَانِيُّ فِي «التجربة» عن إشارة النَّصِّ فِي «الأم»، وَوَجَّهَهُ بأن الكِتَابَةَ اغْتِيَاضُ عن الرِّقَبَةِ وَرَجَّحَهُ مُرْجِحُونَ، والأظْهَرُ الأول، وسيأتي إن شاء الله - تعالى - التَّفْرِيغُ عليه.

وأنه لو قَبِلَ الكِتَابَةَ من السَّيِّدِ [أجْنَبِيٍّ]<sup>(٦)</sup>، على أن يُؤَدِّيَ عن العَبْدِ كذا فِي نَجْمَيْنِ، فإذا أَدَاهُمَا، عُتِقَ العبد، ففي صِحَّتِهَا وَجْهَانِ:

أحدهما: الصحة، كَخُلْعِ الأجنبي.

والثاني: المنع، لأنها تخالف مَوْضُوعَ الباب، فإن صَحَّحْنَاهَا، فهل يجوز أن

تكون حالة؟

(٢) فِي ز: كانت.

(٤) فِي ز: يخرج.

(٦) سقط فِي: ز.

(١) سقط فِي: ز.

(٣) سقط فِي: ز.

(٥) سقط فِي: ز.

فيه وجهان، وإن لم نُصَحِّحْهَا فإِذَا أَدَّى، عَتِقَ الْعَبْدُ بِوَجُودِ الصِّفَةِ وَيَرْجِعُ الْمُؤَدَى عَلَى السَّيِّدِ بِمَا أَدَّى، وَالسَّيِّدُ عَلَيْهِ بِقِيَمَةِ الْعَبْدِ.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: الثَّانِي أَنْ يُكَاتَبَ كُلُّهُ، وَلَوْ كَاتَبَ نِصْفَ عَبْدِهِ، فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يَبْصَحُ، وَلَوْ كَاتَبَ مَنْ نِصْفَهُ حُرًّا جَازَ لِحُضُورِ الْأَسْتِقْلَالِ، وَلَوْ كَاتَبَ أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ بِغَيْرِ إِذْنِ شَرِيكِهِ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ بَاطِلٌ، وَلَوْ كَاتَبَ بِالْإِذْنِ فَقَوْلَانِ، وَالْأَظْهَرُ أَنَّهُ لَا يُضْرَفُ الصَّدَقَةُ إِلَى مَنْ نِصْفُهُ رَقِيقٌ، وَلَوْ كَاتَبَ عَلَى مَالٍ وَاحِدٍ جَازًا، وَأَنْقَسَمَتِ النُّجُومُ عَلَى قَدْرِ مَلَكَهُمَا، فَإِنْ شَرَطًا تَفَاوُتًا فِي الْقِسْمَةِ، فَقَدْ أَنْفَرَدَتْ كُلُّ صَفْقَةٍ وَهِيَ بِإِذْنِ الشَّرِيكِ، فَيُخْرِجُ عَلَى الْقَوْلَيْنِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لَكَ أَنْ تَقُولَ: إِزَادَ الْكِتَابَةَ عَلَى كُلِّ الْعَبْدِ لَيْسَ صِفَةً فِي الْعَبْدِ، حَتَّى يُقَالَ لِلْعَبْدِ<sup>(١)</sup> شَرَطَانِ، وَجَعَلَهُ شَرَطًا فِي نَفْسِ<sup>(٢)</sup> الْكِتَابَةِ أَحْسَنُ مِنْ جَعَلَهُ شَرَطًا لِلْعَبْدِ. وَالْفَيْهَةُ أَنَّهُ إِذَا [كَاتَبَ] بَعْضُ عَبْدٍ، فِيمَا أَنْ يَكُونَ بَاقِيَهُ حُرًّا، فَتَصَحُّ الْكِتَابَةُ؛ لِأَنَّهَا اسْتَعْرَقَتْ الرَّقِيقَ مِنْهُ، فَتَفِيدُ الْأَسْتِقْلَالَ، فَإِنْ كَاتَبَ جَمِيعَهُ، وَالصُّورَةُ هَذِهِ بَطَلَتْ فِي نِصْفِ الْحُرِّ، وَفِي الرَّقِيقِ قَوْلًا التَّفْرِيقِ.

وَكَذَا لَوْ كَانَ يُعْتَقَدُ الرَّقُّ فِي جَمِيعِهِ، فَبَانَ بَعْضُهُ حُرًّا؛ فَإِنْ قُلْنَا: يَفْسُرُ، فَلَا يُعْتَقُ حَتَّى يُؤَدَّى جَمِيعَ الْمُسَمَّى لِتَحَقُّقِ الصِّفَةِ فإِذَا عَتِقَ اسْتَرَدَّ مِنْهُ السَّيِّدُ مَا أَدَّى، وَلِلْسَّيِّدِ عَلَيْهِ قِسْطُ الْقَدْرِ الَّذِي كَاتَبَهُ مِنَ الْقِيَمَةِ.

وَإِنْ قُلْنَا: يَبْصَحُ، فَيَسْتَحِقُّ جَمِيعَ الْمُسَمَى، أَوْ قِسْطَ الرَّقِيقِ مِنَ الْقِيَمَةِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ، كَمَا فِي الْبَيْعِ: إِذَا أَجَازَ الْمُشْتَرِي الْبَيْعَ فِي الْمَمْلُوكِ.

وَإِمَّا أَنْ يَكُونَ بَاقِيَهُ أَوْ بَعْضَ الْبَاقِيِ رَقِيقًا، فَالْقَدْرُ الرَّقِيقِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ أَوْ لِغَيْرِهِ.

«الْحَالَةُ الْأُولَى»: إِذَا كَانَ لَهُ فَقَدْ نَصَّ أَنْ الْكِتَابَةَ لَا تَصَحُّ، لِأَنَّ الْمُكَاتَبَ يَحْتَاجُ إِلَى التَّرْدُدِ؛ حَضْرًا وَسَفْرًا؛ لِاِكْتِسَابِ النُّجُومِ، وَلَا يَسْتَقِلُّ بِذَلِكَ، إِذَا كَانَ بَعْضُهُ رَقِيقًا، فَلَا يَحْصُلُ مَقْصُودُ الْكِتَابَةِ، وَأَيْضًا فَلَا يُمْكِنُ صَرْفُ سَهْمِ [الْمَكَاتِبِينَ]<sup>(٣)</sup> إِلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ بَعْضُهُ مِلْكًا لِمَالِكِ الْبَاقِيِ - فَإِنَّهُ مِنْ أَكْسَابِهِ - بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ بَاقِيَهُ حُرًّا، فَإِنَّهُ يُمْكِنُ وَضْعُ الصَّدَقَةِ فِيهِ، وَفِي هَذَا شَيْءٌ سَنَذْكُرُهُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

وَعَنْ ابْنِ سُرَيْجٍ تَخْرِيجَ قَوْلِ آخَرَ أَخَذًا مِمَّا إِذَا كَاتَبَ أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ نَصِيبَهُ بِإِذْنِ

(٢) فِي أ: نَقَضَ.

(١) فِي أ: فِي الْعَبْدِ.

(٣) فِي ز: الْكُتَابِيِّينَ.

الآخر، فإنه إذا كَاتَبَ بَعْضَ ما يملكه، فقد كاتَبَ البَعْضَ بِإِذْنِ مَالِكِ الباقي.

وَنَحَا أَبُو الحُسَيْنِ بن القَطَّانِ نحوه، فَأَثَبَتْ في المسألة وَجْهَيْنِ، والجمهور قَطَعُوا بالمنصوص، وقالوا: أَحَدُ الشريكين لا يَتَمَكَّنُ من كتابة نَصِيبِ الآخر، والمَالِكُ الواحد يَتَمَكَّنُ من كِتَابَةِ جميع ما يملكه.

وإن صححنا كِتَابَةَ البَعْضِ؛ فإن كان بين السَيِّدِ وبينه مُهَيَّأَةً فاكتسب التُّجُومَ في نُورَتِهِ، وأدَاهَا، فَيُعْتَقُ القَدْرَ الذي كَاتَبَ وَيَسْرِي إلى الباقي.

وإن لم يكن بينهما مُهَيَّأَةً؛ فما يَكْتَسِبُهُ يكون بينهما، فإن وَقَرَ قَسَطَ السَيِّدِ، وما بقي بالنجوم من قَسَطِهِ عَتَقَ، فإن لم يُوقَرْ إلا قَدَرَ التُّجُومَ؛ ففي العِتْقِ خِلافٌ سنذكر نُظِيرَهُ وإن لم نصححها فهي كِتَابَةٌ فَاسِدَةٌ، فإن أَدَى المَالُ قبل أن يَفْسَحَها السيد عَتَقَ، والسَّرَايَةُ كما ذكرنا، ثم يرجع المُكَاتَبُ على السَيِّدِ بما أَدَى، ويرجع السَيِّدُ إليه بِقَسَطِ القَدْرِ المُكَاتَبِ من القيمة، ولا يرجع بقسط ما سَرَى العِتْقُ إليه؛ لأنه لم يعتق بحكم الكِتَابَةِ.

«الحالة الثانية»: إذا كان الباقي لغيره؛ فإذا كاتَبَ أَحَدُ الشريكين نَصِيبَهُ، نُظِرَ:

إما أن يَكَاتِبَ بِإِذْنِ الآخر، أو دون إِذْنِهِ. إن كاتَبَ بِإِذْنِهِ، ففيه قولان:

أصحهما: وهو المنصوص في «الأم»، واختاره المَزِينِيُّ، وبه قال مالك: أنه لا تَصِحُّ الكِتَابَةُ؛ لأن الشريك الآخر يَمْنَعُهُ من التَّرُدِّ والمُسَافَرَةِ، ولا يمكن أن يُصْرَفَ إليه سَهْمُ المُكَاتِبِينَ.

والثاني: قاله في «الإملاء» على مسائل مُحَمَّدِ بن الحَسَنِ: أنها تَصِحُّ؛ لأنه يَسْتَقِيلُ في البَعْضِ المُكَاتَبِ عليه، وإذا جاز إِفْرَادُ البعض بالإِغْتِاقِ، جاز إِفْرَادُهُ بالعَقْدِ المُفْضِي إلى العِتْقِ. وبهذا القول قال أبو حَنِيفَةَ وقال: إذا عتق نصيبه بأداء النجوم يَسْتَسْعِي في الباقي.

وعن أبي سلمة: القَطْعُ بالقول الأول، فيجوز أن يُعْلَمَ قوله في الكتاب: «قولان» [بالواو]<sup>(١)</sup> كذلك. وإن كاتَبَ بغير إِذْنِ الآخر، فَظَاهِرُ المذهب فَسَادُ الكِتَابَةِ؛ لعدم الاستِحْلَالِ؛ ولأن نَصِيبَ الشريك يَتَّقِصُّ، فَيَتَّصِرُ بِهِ.

وربما خرج القولان في حالة إِذْنِ الشريك على هَذَيْنِ المعنيين إن قُلْنَا بالأول لم يَصِحَّ، وإن قلنا بالثاني فقد أَسْقَطَ حَقَّهُ، ورضي بالضَّرَرِ الذي يُلْحَقُهُ.

وعن أبي علي الطَّبْرِيِّ وَجْهٌ آخر: أنها تَصِحُّ، وإن كاتَبَ بغير الإِذْنِ كما ينفرد أحد الشريكين بالإِغْتِاقِ والتعليق والتَّذْيِيرِ.

(١) سقط في: ز.



وقال الإمام: ذهبت طائفة إلى تخريج القولين في هذه الصورة، وهو مُنْقَدِحٌ؛ لأن إذن الشريك لا يفيده الاستقلال، فلا يبقى إلا تخيل تضرر الشريك، وهذا لا حاصل له مع نفوذ العتق عن الشريك.

التفريع: إن أفسدنا كتابة أحد الشريكين، فللسيد فسحها وإبطالها، كسائر الكتابات الفاسدة، فإن لم يفعل [ودفع] (١) العبد بغض كسبه إلى الذي لم يكتبه، وبغضه إلى المكاتب، بحسب الملك، حتى أدى مال الكتابة، عتق، ويقوم نصيب الشريك على المكاتب بشرط اليسار، ويرجع العبد إليه بما دفع، ويرجع هو على العبد يقسط القدر الذي كاتب من القيمة، وإذا دفع جميع ما اكتسبه إلى المكاتب، حتى تم قدر النجوم، ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يُعتق؛ لأن العتق في الكتابة الفاسدة يتعلّق بحصول الصفة، وقد حصلت.

وأصحهما: المنع؛ لأن المعاوضة تقتضي إعطاء ما يملكه ليتفجع بالمدفوع إليه. وفي طريقة الصيادلة نقلهما قولين، ونسبة الأول إلى ما أطلقه في كتاب ابن أبي ليلى.

والثاني: إلى رواية الربيع.

وأجرى الخلاف فيما إذا قال: إن أعطيتني عبداً فأنت حر، فأعطاه عبداً مستحقاً؛ هل يحصل العتق؟ فإن قلنا: لا يُعتق، فللذي لم يكتب أن يأخذ نصيبه، كما أخذه المكاتب فإنه ملكه، ثم إن أدى العبد تمام النجوم من حصته من الكسب، عتق، وإلا فلا.

وإن قلنا: يُعتق، فيأخذ نصيبه أيضاً والتراجع من المكاتب والعبد، وسراية العتق على ما تقدم.

وإن صححنا كتابة أحد الشريكين، فدفع العبد من كسبه حصته إلى المكاتب، أو جرت بينه وبين الذي لم يكتب مهاتمة، فدفع ما اكتسبه في نوبته إلى المكاتب حتى تمت النجوم، عتق، وقوم عليه نصيب الشريك إذا كان موسراً وكذا لو أبرأه عن النجوم، أو أعتقه، وإن دفع إليه كل ما اكتسبه حتى تم قدر النجوم ففي «جمع الجوامع» للقاضي الروياني أن بغض الأصحاب جعل حصول العتق على وجهين، أو قولين، كما ذكرنا تفرعاً على قول الفسّاد.

(١) في ز: ووضع.

والظاهر: القَطْعُ بالمنع، وفرق بأن الكِتَابَةَ إذا صحت غَلَبَ فيها معنى<sup>(١)</sup> المَعَاوِضَةِ، وفي المَعَاوِضَاتِ تَسْلِيمٌ غير المملوك كَعَدَمِهِ، وإذا فَسَدَتِ الكِتَابَةُ فيغلب حكم الصفة، ولذلك جاء الخِلافُ.

فروع:

أوردها القاضي ابنُ كَعَجٍ:

أحدها: إذا أَدِنَ الشَّرِيكَ في كتابة نَصِيبِهِ، فله أن يَرْجِعَ عن [الإِذْنِ]<sup>(٢)</sup> فإن لم يعلم الشَّرِيكَ برجوعه حتى كاتب، فعلى الخِلافِ من تَصَرُّفِ الوكيل بعد العزْلِ، وقبل العلم به.

الثاني: كاتب نَصِيبَهُ بِإِذْنِ شريكه، وجَوَازُهُ، فأراد الشريك الآخرُ كِتَابَةَ نَصِيبِهِ؛ هل يحتاج إلى إِذْنِ الأول؟

فيه وجهان:

الثالث: كاتب أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ، وقال الآخر: كَاتَبْتُهُ بِإِذْنِكَ وأنكر، فإن قال مع ذلك: وقد أَدَى المَالُ، عُتِقَ بِإِفْراره وقُومَ عليه نَصِيبُ الشريك إن كان مُوسِراً؛ وإن لم يُقَرَّ بالأداء، فالقول قولُ المُنْكَرِ مع يَمِينِهِ، فإن حَلَفَ بَطَلَّتِ الكِتَابَةُ، وإن نَكَلَ حَلَفَ الذي كَاتَبَ، فإن نَكَلَ رُدَّتِ اليَمِينُ على المُكَاتَبِ؛ هكذا ذكر ابنُ الفُطَّانِ قال: وعندي يَنْبَغِي أن يكون هذا التَّدَاعِي بين الشَّرِيكَ والمُكَاتَبِ، فإذا ادَّعَى المُكَاتَبُ الإِذْنَ، وأنكر الشريك صُدِّقَ، وإن نَكَلَ حَلَفَ المُكَاتَبُ، وثبتت الكِتَابَةُ.

هذا إذا انفرد أَحَدُ الشريكين بالكِتَابَةِ.

أما إذا كاتبا العَبْدَ المُشْتَرَكَ معاً، أو [وَكُلًّا]<sup>(٣)</sup> رَجُلًا، فكاتب جميعه، أو وَكَّلَ أَحَدُهُمَا الآخرَ فَكَاتَبَهُ، صحت الكتابة، إن اتفقت التُّجُومُ [جنساً وأجلاً وعدداً، وجعلاً حصّة كل واحد من النجوم]<sup>(٤)</sup> بحسب اشتراكهم في العَبْدِ، أو أطلقا، فإنها كذلك تَنْقَسِمُ، وإن اختلفت التُّجُومُ في الجِنْسِ، أو في قَدْرِ الأَجْلِ، أو العدد أو شرطاً تَفَاوُتاً في النجوم مع التَّساوي في المِلْكِ أو بالعكس، ففيه طريقتان:

أحدهما<sup>(٥)</sup>: وهو الذي أوردَهُ في الكتاب، وبه قال الفُقَّالُ - أن صِحَّةَ كتابتهما على القَوْلَيْنِ، فيما إذا انفرد أَحَدُهُمَا بكتابة نصيبه بِإِذْنِ الآخر.

(٢) في ز: الأذني.

(٤) سقط في: ز.

(١) في أ: حكم.

(٣) في ز: وَكَّلَ.

(٥) في ز: أظهرهما.

والثاني: القَطْعُ بالمنع، وبه قال القاضي أَبُو الطَّيِّبِ؛ لأننا لو جَوَّزْنَا ذلك لَزِمَ أن ينتفع أَحَدُهُمَا بِمَالِ الآخر؛ لأنه إذا اسْتَوَى المَلِكَانِ، ودفع إلى أحدهما مائة، وإلى الآخر مائتين فقد ترتفع الكِتَابَةُ بالعَجْزِ، فيحتاج الأول إلى أن يرجع على الثاني بخمسين، ويكون الثاني قد انتفع بها مُدَّةَ بقائها في يَدِهِ من غَيْرِ استحقاق. ولا يشترط استواء الشريكين في مِلْكِ العَبْدِ الذي يُكَاتِبَانِهِ.

وفي «الكافي» للروائي وَجْهٌ ضعيفٌ ولْيَعْلَمَ في الكتاب قوله: «فيما إذا كاتب أحد الشريكين بغير إذن الآخر، فالمدَّهَبُ أنه باطل» بالألف؛ لأن أحمد يُصَحِّحُ هذه الكِتَابَةَ.

وفي «شرح المَوْفَّقِ بن طاهر» عن أبي حَنِيْفَةَ مثله، ولذلك حكى عنه فيما إذا كَاتَبَ بَعْضُ عِبِيدِهِ، والله أعلم.

بقي الكلام في مَسْأَلَةٍ؛ وهي أن المَشْهُورَ أنه لا يجوز صَرْفُ الصَّدَقَةِ إلى مَنْ بعضه رَقِيقٌ؛ لما ذكرنا أن ما يأخذه ينقسم إلى القَدْرِ الرَّقِيقِ وغيره.

قال الإمام: ورأيت لِبَعْضِ الأصحاب ما يَدُلُّ على تَجْوِيزِهِ، وقد يمنع هذا القائل الانقِسَامَ، ويقول: تَخْتَصُّ الصَّدَقَةُ بِالقَدْرِ المكاتب؛ لأنه لا يجوز أن تكون الصَّدَقَةُ كَسْبَ رَقِيقٍ.

وفي «الكافي» للقاضي الروائي عن بعضهم: إطلاق قولين في المَسْأَلَةِ تفصيل حسنٌ، وإلى ترجيحه يميل<sup>(١)</sup> إيرادُه، وهو إن لم يكن بينهما مُهَيَّأَةً، فلا يَجُوزُ أن يأخذ من سَهْمِ الصدقات، وإن كان بينهما مُهَيَّأَةً، فله أخذه في يوم نفسه خَاصَّةً.

قال العزالي: فَرَعَ: لو كَاتَبَهُ ثُمَّ عَجَزَ أَحَدُهُمَا وَأَرَادَ الثاني إِنْقَاءَ الكِتَابَةِ في نَصِيبِهِ بِالإِنْظَارِ فَقولانٍ وأولى بالجواز؛ لِقُوَّةِ الدَّوَامِ، ولو كَاتَبَ واحِدٌ عِبْدًا ثُمَّ خَلَّفَ ابْنَيْنِ وَعَجَزَهُ أَحَدُهُمَا وَأَنْظَرَهُ الآخرُ فَهَذَا أَوْلَى بالمنع.

قال الرافعي: إذا اجتمع الشريكان على كتابة العبد، ثم عجز، فعجزه أحدهما، وفسخ الكتابة، وأراد الآخر إنظاره وإبقاء الكتابة، فأظهر الطرفين أنه كاتِبُ الكِتَابَةِ، فلا يجوز إبقاؤها من غير إذن الشريك، وفي إبقائها بإذنه قولان؛ وهل يكون التوافق على ابتداء الكِتَابَةِ إذناً في إبقائها؟ يُخْرَجُ مما أوردَه الإمامُ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنهما إذا تَوَافَقَا على الكِتَابَةِ، فقد رضيا بأحكامها؛ ومن أَحْكَامِهَا جَوَازُ الإِنْظَارِ عند العَجْزِ.

(١) في أ: يمثل.

وأشبههما: المنع، وجعل الإزفاق ناقصاً لما جرى به الإذن والموافق عليه.

ومنهم من قطع بالإذن، وقال: يحتمل التبويض في الانتِهَاء، وإن لم يحتمل في الابتداء؛ لأن الدوام أقوى من الابتداء<sup>(١)</sup>.

وقوله في الكتاب: «فقولان وأولى بالجواز لقوة الدوام» بنيه على الطريقتين.

ولو كاتب إنسان عبده، ومات عن ابنتين، وعجز المكاتب، فأزقه أحدهما، وأراد الثاني إنظاره، فيجري فيه الطريقتان، لأن الكتابة بعد الموت بين الوارثين ككتابة تصدُر من الشريكين، ولذلك يُعتق نصيب أحد الابنين بإبترائه عن حصته من النجوم، وهذه الصورة أولى بالألتبعض فيها الكتابة؛ لأنها صدرت من واحد في الانتِهَاء، وهناك تثبت من شخصين، والصفة تتعدّد بتعدّد العاقد.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: هَذَا بَيَانٌ مَا يَصِحُّ مِنَ الْكِتَابَةِ، وَمَا لَا يَصِحُّ، فَيُنْقَسِمُ إِلَى بَاطِلٍ وَقَاسِدٍ فَالْبَاطِلُ هُوَ الَّذِي اخْتَلَّ بِغَضِّ أَرْكَانِهِ بِأَنْ صَدَرَ الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ مِنْ غَيْرِ مُكَلَّفٍ، أَوْ غَيْرِ مَالِكٍ، أَوْ مُكْرَهٍ، أَوْ عَدَمِ قَضْدِ مَالِيَةِ الْعَوْضِ، كَمَا لَوْ كَاتَبَ عَلَى دَمٍ أَوْ حَشْرَاتٍ، أَوْ اخْتَلَّتِ الصَّيغَةُ بِأَنْ فَقِدَ لَفْظَ الْعَقْدِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لَمَا تَكَلَّمَ فِي الْأَرْكَانِ بِشُرُوطِهَا الَّتِي هِيَ مَنَاطُ الصَّحَّةِ أَرَادَ أَنْ يُبَيِّنَ حَالَ الْكِتَابَةِ الَّتِي لَا تَصْلِحُ وَتُنْقَسِمُ إِلَى بَاطِلَةٍ وَقَاسِدَةٍ.

أما الباطلة فهي التي اختلَّ بعض أركانها بأن كان السيد صبياً أو مخجوناً، أو مكزهاً على الكتابة، أو كان العبد كذلك، أو كاتب ولي الصبي والمجنون عبدهما، أو لم يجز ذكر عَوْضٍ، أو ذكر ما لا يقصد ولا مَالِيَّةٌ له كالدَّمِ وَالْحَشْرَاتِ، أو اختلفت الصَّيغَةُ بِأَنْ فَقِدَ الْإِيجَابَ أَوْ الْقَبُولَ، أو لم يوافق أحدهما الآخر.

وأما القاسدة فهي التي امتنعت صحتها لشرط فاسد، أو لقوات شرط في العوض، بأن كان خمراً، أو خنزيراً، أو مجهولاً، أو لم يؤجله، أو لم يُنجمه، أو كاتب بغض العبد. وضبطها الإمام فقال: إذا صدرت الكتابة إيجاباً وقبولاً ممن تصح عبارته، وظهر اشتمالها على قُضْدِ الْمَالِيَّةِ، لكنها لم تستجمع شرائط [الصحة]<sup>(٢)</sup> فهي الكتابة القاسدة.

إذا عرفت ذلك فالكتابة الباطلة لأغية، إلا أنه صرح بالتعليق، وهو ممن يصح

(١) وفيه طريقة ثالثة وهي القطع بالمنع لأن ذلك يؤدي إلى أن يبقى نصف العبد مكاتباً بغير رضئ الشريك والنص إبطال ذلك ابتداء فكذا في الدوام حكاها الإمام والغزالي في البسيط ووقع في الوسيط فيه خلل. قاله في الخادم.

(٢) سقط في: ز.

تَغْلِيْقُهُ، فَيُثْبِتُ مَقْتَضَى التَّعْلِيْقِ. وَأَمَّا الْفَاسِدَةُ، فَإِنَّهَا تُشَارِكُ الصَّحِيْحَةَ فِي بَعْضِ الْأَحْكَامِ، عَلَى مَا سَنَذْكُرُ عَلَى الْأَثَرِ، وَإِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ عَلَى خِلَافِ الْبَيْعِ، وَسَائِرِ الْعُقُودِ، حَيْثُ لَا يُفْرَقُ فِيهَا بَيْنَ الْبَاطِلِ وَالْفَاسِدِ<sup>(١)</sup>؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ هُوَ الْمَقْصُودُ مِنَ الْكِتَابَةِ، وَلِتَوْقُوعِ الْعِتْقِ صَحْحَاتِهَا وَإِلَّا فَهِيَ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ عَلَى مَا مَرَّ، وَتَعْلِيْقُ الْعِتْقِ لَا يَفْسُدُ، وَإِنْ فَسَدَتِ الْكِتَابَةُ، فَانْتَظَرُ الْعِتْقَ الَّذِي هُوَ الْمَقْصُودُ [أُحْوَج]<sup>(٢)</sup> إِلَى أَنْ يُثْبِتَ فِي الْفَاسِدَةِ بَعْضَ أَحْكَامِ الصَّحِيْحَةِ، هَكَذَا وَجَّهَ الْإِمَامُ.

لَكِنْ قَضِيَّةٌ هَذَا أَنْ تَكُونَ الْكِتَابَةُ الْبَاطِلَةَ إِذَا صَحَّ التَّعْلِيْقُ فِيهَا كَالْكِتَابَةِ الَّتِي سَمَّيْنَاهَا فَاسِدَةً. وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «أَوْ غَيْرِ مَالِكٍ» [أَوْ بَغَيْرِ إِذْنِ الْمَالِكِ]<sup>(٣)</sup>، وَقَوْلُهُ: «أَوْ مُكْرَاهٍ» بَيْنَ اشْتِرَاطِ الْإِخْتِيَارِ فِي السَّيِّدِ وَالْعَبْدِ جَمِيعاً، وَلَمْ يَذْكُرْهُ فِي الرُّكْنَيْنِ، وَقَدْ يَهْمَلُ مِثْلُ هَذَا لِوُضُوحِهِ.

وَقَوْلُهُ: «أَوْ عَدَمِ قَصْدِ مَالِيَّةِ الْعَوْضِ»، كَمَا لَوْ كَاتَبَ عَلَى دَمٍ أَوْ حَشْرَاتٍ، فِي قَوْلِهِ: «إِنَّ الدَّمَ لَا يَقْصَدُ» تَوَقَّفَ أَبْدِيْنَاهُ فِي «الْخُلْعِ».

وَعَدَّ الصَّيْدَ لِأَنِّي الْكِتَابَةَ عَلَى الْمَيْتَةِ وَالدَّمِ مِنْ صُورِ الْكِتَابَةِ الْفَاسِدَةِ، كَالْكِتَابَةِ عَلَى الْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

(١) فِي الْمَهْمَاتِ عَلَيْهِ بِيَابِ الْخُلْعِ وَالْعَارِيَةِ.

قَالَ فِي الْخَادِمِ: وَلَا يَرِدَانِ أَمَّا الْخُلْعُ فَإِنَّهُ فُسْخٌ أَوْ كَالْفُسْخِ إِنْ جَعَلْنَاهُ طَلَاقاً أَيْ وَهُوَ الْأَظْهَرُ وَكَلَامُ الرَّافِعِيِّ فِي الْعُقُودِ، أَمَّا الْعَارِيَةُ فَيُحْتَاجُ تَصْوِيرَهَا إِلَى تَأَمُّلٍ وَفِيهَا حَالَتَانِ ظَنَّ بَعْضُهُمْ أَنَّهَا مِنْ ذَلِكَ. أَحَدُهُمَا: إِذَا قَالَ أَعْرَتَكَ حِمَارِي بِشَرَطِ أَنْ تَعْبِرَنِي فَرَسَكَ فَوَجَّهْنَا أَنَّهَا إِجَارَةٌ فَاسِدَةٌ. وَالثَّانِي: عَارِيَةٌ بَاطِلَةٌ، وَخَرَجُوا عَلَى الْوَجْهِينِ وَجُوبِ الْأَجْرَةِ وَعَدَمِهِ وَوَجُوبِ الضَّمَانِ وَعَدَمِهِ وَلَيْسَ ذَلِكَ لِلتَّفَرُّقِ بَيْنَ الْفَاسِدِ وَالْبَاطِلِ وَإِنَّمَا هُوَ لِلتَّفَرُّقِ بَيْنَ الْإِجَارَةِ وَالْعَارِيَةِ. الثَّانِيَةُ: إِعَارَةُ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ لِلتَّزِينِ حَكَوْا فِيهَا وَجْهَيْنِ، فَإِنْ صَحَّتْ فَهِيَ مَضْمُونَةٌ، وَإِنْ فَسَدَتْ فَقَدْ حَكَوْا فِي الضَّمَانِ وَجْهَيْنِ:

وَجْهَ الضَّمَانِ: أَنَّ الْفَاسِدَ حَكَمَهُ الصَّحِيْحُ فِي الضَّمَانِ وَوَجْهَ عَدَمِ الضَّمَانِ أَنَّهَا عَارِيَةٌ بَاطِلَةٌ، كَذَا قَالَهُ الْغَزَالِيُّ فَأَخَذَ مِنْ هَذَا التَّفَرُّقِ بَيْنَ الْفَاسِدِ وَالْبَاطِلِ وَلَيْسَ كَذَلِكَ بَلْ فِي كَلَامِهِ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا عَارِيَةَ بِالْكَلِيَّةِ حَتَّى يَعْتَرِيهَا الْبَطْلَانُ بَلْ مَجْرَدُ تَسْلِيْطِ مِنَ الْمَالِكِ وَهَذَا التَّأْوِيلُ أَوْلَى مِنَ الْخُرُوجِ عَنِ الْقَاعِدَةِ مَعَ كَوْنِ الْعَارِيَةِ مِنَ الْعُقُودِ الْجَائِزَةِ.

وَقَدْ ذَكَرَ الْبَغَوِيُّ فِي الدَّقَائِقِ أَنَّ التَّفَرُّقَ مَنْحَصِرَةً فِي أَرْبَعَةِ أَبْوَابٍ: الْحَجِّ وَالْعَارِيَةِ وَالْخُلْعِ وَالْكِتَابَةِ. وَمَا ذَكَرَهُ مِنَ الْحَصْرِ مَمْنُوعٌ بَلْ يَجْرِي فِي صُورٍ:

إِحْدَاهَا: الْإِجَارَةُ الْفَاسِدَةُ يَجِبُ فِيهَا أَجْرَةُ الْمِثْلِ وَإِذَا اسْتَأْجَرَ مِثْلًا صَبِي رَجُلًا بِالْغَا فَعَمَلٌ لَهُ عَمَلًا لَمْ يَسْتَحِقْ شَيْئًا لِأَنَّهُ الَّذِي فُوتَ عَلَى نَفْسِهِ عَمَلُهُ وَتَكُونُ بَاطِلَةً.

(٢) سَقَطَ فِي: ز.

(٢) فِي ز: وَأَخْرَجَ.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: ثُمَّ الْفَاسِدُ يُسَاوِي الصَّحِيحَ فِي ثَلَاثَةِ أُمُورٍ: (أَحَدُهَا): أَنَّهُ يَخْضَلُ الْعِنْتُ بِالْأَدَاءِ، لَكِنْ بِحُكْمِ التَّغْلِيْقِ، فَلَا يَخْضَلُ بِالْإِبْرَاءِ وَالْإِعْتِيَاضِ. (وَالثَّانِي): أَنَّهُ يُسْتَقْبَلُ بِالْكَسْبِ وَيَسْتَتْبِعُ عِنْدَ الْعِنْتِ مَا فَضَّلَ مِنْ كَسْبِهِ، وَكَذَا وَلَدُهُ مِنْ جَارِيَتِهِ، أَمَا وَلَدُ الْمُكَاتِبَةِ فَبِي سِرَايَةِ الْكِتَابَةِ الْفَاسِدَةِ إِلَيْهِ قَوْلَانِ، كَمَا فِي سِرَايَةِ التَّغْلِيْقِ. (وَالثَّلَاثُ): أَنَّهُ يُسْتَقْبَلُ حَتَّى يُعَامِلَ السَّيِّدَ، وَتَسْقُطَ عَنْهُ نَفَقَتُهُ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يُسَافِرُ، وَفِي صَرْفِ الرِّكَازَةِ إِلَيْهِ وَجَهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قَالَ الْأَصْحَابُ؛ تَغْلِيْقُ الْعِنْتِ بِالصَّفَةِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ:

أَحَدُهَا: التَّغْلِيْقُ الْخَالِي عَنِ الْمُعَاوَضَةِ، كَقَوْلِهِ: إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ أَوْ إِنْ كَلِمْتَ فَلَانَا فَأَنْتَ حُرٌّ. وَمِنْ هَذَا الْقَبِيلِ قَوْلُهُ: إِنْ أَدَيْتَ إِلَيَّ كَذَا فَأَنْتَ حُرٌّ، فَإِنَّ الْمَالَ لَيْسَ مَذْكُورًا عَلَى سَبِيلِ الْأَعْوَاضِ، فَهَذَا لِأَزْمٍ مِنَ الْجَانِبَيْنِ، فَلَيْسَ لِلْعَبْدِ، وَلَا لِلْسَيِّدِ وَلَا لَهُمَا رَفْعُهُ بِالْقَوْلِ، وَيَبْطُلُ بِمَوْتِ السَّيِّدِ [وَإِذَا وَجِدْتَ الصَّفَةَ فِي حَيَاتِهِ عُنْتَقَ، وَكَسَبَ الْعَبْدُ] (١) قَبْلَ وَجُودِ الصَّفَةِ لِلْسَيِّدِ، وَلَوْ أَبْرَأَهُ فِي صُورَةِ التَّغْلِيْقِ بِأَدَاءِ الْمَالَ عَنِ الْمَالَ، لَمْ يُعْتَقَ، وَلَا تَرَاجَعُ بَيْنَ السَّيِّدِ وَبَيْنَهُ.

وَالثَّانِي: التَّغْلِيْقُ فِي عَقْدٍ يَغْلِبُ فِيهِ مَعْنَى الْمُعَاوَضَةِ، وَهُوَ الْكِتَابَةُ الصَّحِيْحَةُ، فِي عَقْدٍ فِيهِ مَعْنَى الْمُعَاوَضَةِ، وَيَغْلِبُ فِيهِ مَعْنَى التَّغْلِيْقِ، وَهُوَ الْكِتَابَةُ الْفَاسِدَةُ، وَهِيَ كَالصَّحِيْحَةِ فِي أَحْكَامٍ:

أَحَدُهَا: أَنَّهُ إِذَا أَدَّى الْعَبْدُ الْمُسَمَّى عُنْتَقَ بِمَوْجِبِ التَّغْلِيْقِ، وَلَا يُعْتَقَ بِإِبْرَاءِ السَّيِّدِ، وَلَا بِأَدَاءِ الْغَيْرِ عَنْهُ تَبْرَعًا؛ لِأَنَّ الصَّفَةَ الْمُعْلَقَ عَلَيْهَا لَا تَخْضَلُ بِهِمَا، بِخِلَافِ الْكِتَابَةِ الصَّحِيْحَةِ. وَحَكَى الصَّيْدَلَانِيُّ عَنِ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يُعْتَقُ بِهِمَا، وَلَوْ اِغْتَاضَ عَنِ الْمُسَمَّى لَمْ يُعْتَقَ أَيْضًا.

وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «فَلَا يَحْصُلُ بِالْإِبْرَاءِ أَوْ الْإِعْتِيَاضِ» وَتَبَّهَ عَلَى [أَنَّ الْعَتِيقَ] (٢) يَحْصُلُ بِمَوْجِبِ التَّغْلِيْقِ، لَا بِحُكْمِ الْمُعَاوَضَةِ وَإِلَّا فَهُوَ مِمَّا يُفَارِقُ فِيهِ الْكِتَابَةُ الْفَاسِدَةُ الْكِتَابَةَ الصَّحِيْحَةَ، وَذَكَرَهُ هُنَاكَ أَحْسَنُ.

وَقَوْلُهُ: [الْإِعْتِيَاضُ] (٣) قَدْ يَفْهَمُ مِنَ السِّيَاقِ الْمَذْكُورِ تَجْوِيزُ الْإِعْتِيَاضِ فِي الْكِتَابَةِ الصَّحِيْحَةِ، وَحُصُولِ الْعِنْتِ، لَكِنْ فِيهِ خِلَافٌ سِيَاطِيٍّ مِنْ بَعْدِ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

(٢) فِي أ: أَنَّهُ.

(١) سَقَطَ فِي: ز.

(٣) سَقَطَ فِي: ز.

والثاني: أنه يَسْتَقْبَلُ بالاكْتِسَابِ لِيَتَرَدَّدَ وَيَتَصَرَّفَ، فيؤدي المسمى، ويُعْتَقَ، وإذا أَدَّى فيما فَضَّلَ من الكَسْبِ، فهو له، وإنما كان كذلك؛ لأن الكِتَابَةَ الفاسدة كالصحيحة في حُصُولِ العتق بِأَدَاءِ المُسَمَّى والأداء يكون من الكَسْبِ، فيكون بمنزلة الصَّحِيحَةِ في الكَسْبِ. وولد المُكَاتِبِ من جَارِيَتِهِ بِمَثَابَةِ أَكْسَابِهِ لكن لا يبيعه فإنه مكاتب عليه، على ما سَنَذَكُرُ من بَعْدُ، إن يسر الله تعالى. فإذا عُتِقَ تَبِعَهُ، وعتق عليه.

والمُكَاتِبَةُ كِتَابَةٌ فاسدة؛ هل يتبعها وَلَدُهَا؟

فيه طريقان:

أظهرهما: على ما ذكره الإمام وغيره - رحمهم الله -، نعم كالأكْسَابِ.

والثاني: وهو المذكور في الكتاب، وحكاها الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ عن أَبِي زَيْدٍ أن فيه قولين؛ لأن العتق إنما يَحْضُلُ في الكتابة الفاسدة من جهة التعليق، وقد ذكرنا في «التَّذْيِيرِ» قولين في وَلَدِ المُعَلَّقِ عِتْقُهَا. هذا ما أوردَهُ.

وسنذكر في ولد المُكَاتِبَةِ كِتَابَةَ صَحِيحَةَ قولين، في أنه هل يتبعها؟ فيمكن أن يقال: الطريقان مُتَفَرِّعَانِ على قولنا بأنه يَتَّبِعُهَا هناك.

والثالث: أوردَ الإمام، وصاحب الكتاب أنه إذا اسْتَقْلَّ سقطت نَفَقَتُهُ عن السَّيِّدِ، وأن له مُعَامَلَةَ السيد كالمكاتب كتابة صحيحة.

والذي ذكره صاحب «التهديب» أنه لا تَجُوزُ مُعَامَلَتُهُ مع السيد، وأنه لا ينفذ تَصَرُّفُهُ فيما في يَدِهِ، كما في المُعَلَّقِ عِتْقُهُ بصفة، ولعل هذه أقوى.

واختلفوا في صُورَتَيْنِ:

إحدهما: هل للمكاتب كِتَابَةٌ فاسدة أن يُسَافِرَ دون إِذْنِ السيد؟

يبنى ذلك على أن للمكاتب كِتَابَةٌ صحيحة؛ هل <sup>(١)</sup> يسافر بغير إِذْنِهِ؟

وقد نَصَّ في باب كتابة بَعْضِ العبد في «المختصر» أنه يُسَافِرُ وعن «الإملاء»: منْعُهُ، وفيهما طريقان لِلأَصْحَابِ:

أحدهما: أن فيه قولين:

أحدهما: المنْعُ، وبه قال مالك؛ لما فيه من المُخَاطَرَةِ بالمال، ولهذا لم يكن لِلشَّرِيكِ أن يُسَافِرَ بغير الإِذْنِ بمال الشَّرِيكَةِ.

وأصحهما: الجَوَازُ، وبه قال أبو حَنِيفَةَ وأحمد - رحمهما الله - لأنه قد يَسْتَعِينُ

(١) في أ: أن.

بالسفر على الاكتساب، ولأن المكاتب في يد نفسه، والسيد يستحق عليه ديناً مؤجلاً، والدين المؤجل لا يمنع السفر.

والثاني: حملهما على حاليين، حيث جوز أراذ السفر القصير وحيث منع أراد السفر الطويل.

وقيل: حيث جوز أراد ما إذا لم يحل النجم؛ وحيث منع أراد ما إذا حل.

فإن قلنا: يسافر بغير إذن، ففي المكاتب كتابة فاسدة وجهان:

أحدهما: أن له ذلك أيضاً؛ لاستقلاله بالكسب.

وأظهرهما: المنع؛ لأن تمكينه من الخروج عن ضبط السيد ونظيره من غير عقد لازم بعد.

الثانية: يجب على السيد فطرة المكاتب كتابة فاسدة، وهل يصرف إليه سهم الرقاب؟ فيه وجهان عن حكاية القاضي الحسين<sup>(١)</sup>: أحدهما: نعم؛ لأنها من الأكتساب التي يتوصل بها إلى العتق، وهو مستعمل بالاكتساب.

وأصحهما: وهو المحكي عن النص: لا؛ لأن هذه الكتابة غير لازمة، والقبض فيها غير مؤثوق به، وعلى هذا فالمسألة مما يفارق فيها الكتابة الفاسدة الصحيحة، وكذا المسافرة إذا منعناها في الفاسدة، وجوزناها في الصحيحة. والله أعلم.

قال الغزالي: ويفارقه في أمرين: (أحدهما): أنه إذا أخذ ما علق به الأداء رده، ورجع إلى قيمة الرقبة لفساد العوض (والثاني): أنها لا تلزم من جانب السيد فله فسحها، ومهما فسح، أو قضى القاضي بردها، لم يعتق بحكم التعليق، وإن أقد؛ لأنه كان تعليقا في ضمن معاوضة، ولو اعتقه عن كفارته صح، وبرئت ذمته، وكان فاسخاً للكتابة حتى لا يتبعه الكسب، بخلاف الكتابة الصحيحة، فإنها تمنع الإجزاء عن الكفارة، ولو مات السيد فأدى إلى الوارث، لم يعتق؛ لأنه ليس القائل له: إذا أديت فأنت حر.

قال الرافعي: حق لفظ «الكتابة» تأنيث الكتابة، والتذكير ها هنا.

وفي قوله: «من قبل ثم الفاسد يساوي الصحيح» مرذود إلى العقد أو نحوه.

وفي الفصل مسائل:

(١) في ز: حسين.



إحداها: إذا أدى العَبْدُ المَسْمَى في الكتابة الفَاسِدَةَ، وحصل العِتْقُ، فيرجع السيد بما أدى؛ لأنه لم يَمْتَلِكْهُ، ويرجع السيد عليه بِقِيَمَةِ رَقَبَتِهِ؛ لأن فيها معنى المَعَاوِضَةِ، وقد تَلَفَ المعقود عليه بالعِتْقِ، فهو كما لو تَلَفَ المبيعَ بِيَعاً فَاسِداً في يَدِ المِشْتَرِي، يرجع على البائع بما أدى، ويرجع البَائِعُ عليه بِالْقِيَمَةِ، وكذا لو خَالَعَ على عَوْضِ فاسد، إلا أن الخُلْعَ لا مُسْتَدْرَكَ له، والكتابة تَقْبَلُ الرِّفْعَ، وإن كانت صَحِيحَةً، والاعتبار بقيمة يوم العِتْقِ، فإنه يوم التَّلْفِ.

وعن رواية ابن خَيْرَانَ قول: أنه يعتبر قِيَمَةَ يَوْمِ العَقْدِ.

[كما في الكتابة الصحيحة، فأما إذا احتجنا إلى قسمة العَوْضِ عن العبد يُرَاعَى قيمتهم يوم العقد] والظاهر المشهور: الأول، وإنما اعتبرنا فيه يوم العقد في الكتابة الصَّحِيحَةَ؛ لأنه وَثُقَ الخَيْلُولَةُ، وها هنا تحصل الخَيْلُولَةُ بِالْعِتْقِ، وإذا هلك المَسْمَى في يَدِ السَّيِّدِ، رجع العِتْقُ بِمِثْلِهِ أو قيمته، فإن كان الواجِبُ على السَّيِّدِ من جِنْسِ القيمة بأن كان غَالِبُ نَفْسِ البلد فهو على أَقْوَالِ التَّقَاصُ، وسيأتي ذِكْرُهَا في الكتاب إن شاء الله تعالى.

وإذا حصل التَّقَاصُ، وفضل لأحدهما شيءٌ رجع بالفَاضِلِ. وما ذكرنا من التراجع<sup>(١)</sup> فيما إذا كان المَسْمَى مِمَّا له قِيَمَةٌ، فإن كان خَمْرًا أو خِنْزِيرًا، فلا يرجع العِتْقُ على السَّيِّدِ بشيء، وهو يرجع على العِتْقِ بقيمة رَقَبَتِهِ.

**الثَّانِيَةُ:** للسيد فَسْخُ الكِتَابَةِ الفاسدة؛ لأن المَسْمَى فيها لا يسلم للسَّيِّدِ، فإن لَلْعَبْدِ اسْتِزْدَادَهُ، بخلاف الكتابة الصحيحة، ثم إن شاء فَسَخَ بنفسه، وإن شاء رَفَعَ<sup>(٢)</sup> الأَمْرَ<sup>(٣)</sup> إلى الحَاكِمِ، حتى يحكم بِإِبْطَالِهَا أو بِفَسْخِهَا.

قال القاضي الرُّوْبَانِيُّ: وهو كما لو وَجَدَ المِشْتَرِي بالمبيع عَيْبًا، له أن يفسخ البيع بنفسه، وله أن يرفع الأَمْرَ إلى الحاكم، حتى يفسخه ولا يبطلها الحاكم من غَيْرِ طَلْبِ السيد. ذكره في «التهديب».

ويجوز أن يُعْلَمَ قوله في الكتاب: «فله فسخها» بالواو. لأن القاضي ابنُ كَجَّ ذَكَرَ أن ابن القَطَّانِ حكى عن ابن سلمةَ وَجْهًا آخر: أنه لا سَبِيلَ إلى إِبْطَالِ الكِتَابَةِ الفاسدة بالقول؛ لأن العِتْقَ فيها يَخْصُلُ بحكم التَّعْلِيْقِ، والتعليق لا يجوز إِبْطَالُهُ، وَالظَّاهِرُ الأَوَّلُ.

وإذا فسخها، أو حكم الحاكم بِإِبْطَالِهَا، ثم أدى المَسْمَى لم يعتق.

وَوُجْهَ بأنه - وإن كان تَغْلِيْقًا - فهو تَغْلِيْقٌ في ضمن معاوضة، وإنما عقد طالباً

(١) سقط في: ز.

(٢) في أ: الإبراء.

(٣) في أ: بالتراجع.

لِلْعَوَضِ، وكأنه قال: إن أَدَيْتَ كذا في ضمن معاوضة فأنت حُرٌّ، فإذا ارتفعت المَعَاوِضَةُ ارتفع التَّعْلِيْقُ الَّذِي تَضَمَّنْتَهُ، وكأنه قال: إن أَدَيْتَ فأنت حُرٌّ ما لم أرجع، فَالْعِتْقُ يَتَعَلَّقُ بِالْأَدَاءِ، وعدم الرجوع، وقد بَطَلْتُ إحدى الصُّفَتَيْنِ.

وليشهد السيد على الفسخ فإن وجد أداء المسمى، واختلفا فقال العبد: أَدَيْتُهُ قَبْلَ أَنْ فَسَخْتُ، وقال السيد: بَلْ بَعْدَهُ. فَالْمُصَدِّقُ الْعَبْدُ؛ لَأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْفَسْخِ، وَعَلَى السَّيِّدِ الْبَيِّنَةُ. الثالث إذا أعتق المَكَاتِبُ كِتَابَةَ فَاسِدَةً، عِتْقٌ، لا عن جِهَةِ الْكِتَابَةِ، وَكَانَ إِعْتَاقُهُ فَسْخًا لِلْكِتَابَةِ، وليكن الحكم كذلك لو بَاعَهُ أَوْ وَهَبَهُ، وَعَلَى هَذَا فَلَوْ أَعْتَقَهُ عِنْدَ كَفَّارَتِهِ فِي جَزِيهِ، وَقَدْ سَبَقَ ذِكْرُ هَذَا مَرَّةً فِي «الْكَفَّارَاتِ» وَحَكَاهُ الشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ عَنِ النَّصِّ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - ثُمَّ قَالَ: إِذَا عِتِقَ لَا عَنْ جِهَةِ الْكِتَابَةِ لَمْ يَتَّبِعْهُ الْكَسْبُ وَالْأَوْلَادُ بِخِلَافِ الْكِتَابَةِ الصَّحِيحَةِ؛ لِأَنَّ الْمَكَاتِبَ هُنَاكَ اسْتَحَقَّ الْعِتْقَ عَلَى السَّيِّدِ بِعَقْدٍ<sup>(١)</sup> لِأَزْمِ، وَاسْتَحَقَّ [اسْتِبَاعَ]<sup>(٢)</sup> الْأَكْسَابِ وَالْأَوْلَادَ فَلَيْسَ لِلْسَّيِّدِ إِبْطَالُهُ، وَهَذَا هُنَا لَا اسْتِحْقَاقَ عَلَى السَّيِّدِ، فَجَعَلَ فَاسِخًا لِلْكِتَابَةِ.

قال: وَعَرَضْتُ هَذَا عَلَى الشَّيْخِ الْقَفَّالِ، فَاسْتَحْسَنَهُ، وَأَقْرَنِي عَلَيْهِ وَلَمْ يَرَ غَيْرَهُ.

وهذا ظاهر المذهب، والمذكور في الكتاب وليُعلم مع ذلك قوله في الكتاب: «لأبرئت ذمته»، [وقوله]<sup>(٣)</sup>: «وكان فاسخاً للكتابة».

وقوله: «حتى لا يتبعه الكسب» كلها بالواو، لا كما ذكرنا في الكفارة: إن الإمام قال: إجزأؤه عن الكفارة مرتب على أنه إذا أعتقه السيد، هل يستتبع عتقه الأكساب والأولاد؟ فيه خلاف محال على هذا الباب، فإن لم يستتبع كان إعتاقه فسخاً وإجزاء عن الكفارة، وإلا ففي الإجزاء وجهان.

وقوله: «فإنها تمنع الإجزاء عن الكفارة» يجوز أن يُعلم بالحاء والألف؛ لما ذكرنا في الكفارات.

«الرابعة»: تبطل الكتابة الفاسدة بموت السيد، فلا يحصل العتق بالأداء إلى الوارث بعد الموت. وعن أبي حنيفة وأحمد: أنه يخلص، كما في الكتابة الصحيحة.

لنا: أنها جائزة من الجانبين، فتبطل بالموت كالوكالة. وأيضاً؛ فإننا قد ذكرنا أن العتق فيها يخلص بحكم التعليق، فيبطل بالموت كسائر التعليقات.

نعم، لو قال: لو أديت كذا بعد موتي، فأنت حُرٌّ. عتق بالأداء إليهم،

(٢) في ز: استمتع.

(١) في أ: بفعل.

(٣) سقط في: ز.

كما لو قال: إن دخلت الدار بعد موتي. ولا يخفى أن الكتابة الفاسدة مفارقة للصحيحة في المسائل الأربع جميعاً، وقد ناقش لذلك في قوله في الكتاب: «وفارقه في أمرين» فإنه يفهم<sup>(١)</sup> الحصر، وليس بين المسائل الثلاث بين الأخيرة رنط حتى يجعل أفراد الرابع<sup>(٢)</sup> المذكور أولاً أفراد أيضاً.

فلا يجب الإتياء في الكتابة الفاسدة على ما سيأتي إن شاء الله تعالى. وإذا كاتب جارية كتابة فاسدة، وعجزت عن الأداء فارقها، أو فسخ الكتابة لم يجب الاستبراء، بخلاف ما في الكتابة الصحيحة.

ولو عجل النجوم في الكتابة الفاسدة؛ فهل يعتق كما في الكتابة الصحيحة، أو لا يعتق؛ لأن الصفة لم توجد على وجهها؟  
فيه وجهان<sup>(٣)</sup> هذا تمام الكلام في أركان الكتابة بتواضعه.

قال العزالي: النظر الثاني: في أحكامها، وهي خمسة: الأول ما يخصل به العتق وفيه مسائل ستة: الأولى أنه يخصل في الصحيحة بأداء النجوم، وبالإبراء، وبالاعتياض، ولا يخصل بجزء من النجوم جزء من الحرية حتى يؤدي الكل، ولو كاتب عبدنين دفعة عتق أحدهما بأداء نصيبه قبل أداء الثاني، ولو كاتباً عبداً لم يعتق نصيب أحدهما ما لم يؤد جميع النجوم إليهما، إلا أن يكاتب واحد، ويخلف ابنتين، فيعتق نصيب أحد الابنتين بأداء نصيبه.

قال الرافعي: قوله: «في أحكامها» يرجع إلى الكتابة المستجمعة الأركان بشرائطها، وهي الصحيحة، هذا هو المجهود من ترتيب صاحب الكتاب في المقدمة. وحينئذ فقوله في الصحيحة حيث قال: «يخصل في الصحيحة بأداء النجوم» مستغنى عنه. واعلم أنه جعل أحكام الكتابة الصحيحة خمسة أنواع، وأدرج فيها ما يحتاج إلى معرفته في هذا النظر:

أحدها: أن العتق بم يحصل، ولا شك في حصوله بأداء النجوم بتمامها، وكذلك بالإبراء عنها على قضيّة الإبراء عن الثمن والأجرة.

وأما قوله: «وبالاعتياض»؛ فهذا قد أرسله إرسالاً، والمفهوم منه إذا أخذ عن النجوم عوضاً حصل العتق لبراءة الذمة عن النجوم، لكن في جواز الاستبدال عن النجوم

(٢) في أ: التراجع.

(١) في ز: يظهر.

(٣) قال النووي في زيادته: أصحهما الثاني.

خِلَافٌ قَدْ [صَرَحَ] (١) بِهِ مِنْ بَعْدُ وَإِنَّمَا يَسْتَمِرُّ مَا أُطْلِقَهُ هَا هُنَا عَلَى تَجْوِيزِ الْاسْتِيْدَالِ، وَقَدْ أَجْرَى مِثْلَ هَذَا مِنْ خِلَافِ أَحْكَامِ الْكِتَابَةِ الْفَاسِدَةِ.

وَإِذَا جَوَزْنَا الْجَوَالَءَ بِالنُّجُومِ، أَوْ عَلَيْهَا، فَيَحْصُلُ الْعِتْقُ بِجَرَيَانِ الْجَوَالَةِ أَيْضًا، وَلَا يَحْصُلُ بِأَدَاءِ بَعْضِ النُّجُومِ، أَوْ بِالْإِبْرَاءِ عَنْ بَعْضِهَا عَنْ بَعْضِ الْعَبْدِ، بَلْ يَتَوَقَّفُ عَلَى أَدَاءِ الْكُلِّ، وَالْإِبْرَاءِ عَنِ الْكُلِّ؛ لَمَا رَوَى عَنْ عَمْرٍو بْنِ شُعَيْبٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «الْمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ ذِرْهُمٌ مِنْ كِتَابَتِهِ» (٢).

وَلَوْ كَاتَبَ عَبْدَيْنِ أَوْ عَيْدًا دَفْعَةً وَاحِدَةً، فَقَدْ ذَكَرْنَا خِلَافًا فِي صِحَّةِ هَذِهِ الْكِتَابَةِ، وَإِذَا صَحَّحْنَاهَا - وَهُوَ الْأَظْهَرُ - فَقَدْ بَيَّنَّا أَنَّهُ إِذَا أَدَّى بَعْضُهُمْ حِصَّتَهُ عِتْقًا، وَإِنْ لَمْ يُؤَدِّ الْآخَرَ، وَحَكِينًا خِلَافَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَمَالِكٍ - رَحِمَهُمَا اللَّهُ - فِيهِ، فَلْيُعَلِّمُ قَوْلَهُ: «عِتْقُ أَحَدِهِمَا» [بِالْحَاءِ وَالْمِيمِ، وَيَجُوزُ أَنْ يَعْلَمَ بِالْوَاوِ أَيْضًا؛ لِأَنَّ عِتْقَ أَحَدِهِمَا] (٣) بِأَدَاءِ نَصِيْبِهِ إِنَّمَا يَسْتَجِرُّ عَلَى قَوْلِنَا بِصِحَّةِ الْكِتَابَةِ. فَأَمَّا إِذَا حَكَمْنَا بِفَسَادِهَا فَقَدْ مَرَّ هُنَا أَنَّ الْأَقْيَسَ أَنَّهُ لَا يَعْتَقُ بَعْضُهُمْ بِأَدَاءِ حِصَّتِهِ خَاصَّةً.

وَلَوْ كَاتَبَ اثْنَانِ عَبْدًا مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا مَعًا، فَيَنْبَغِي أَنْ يَسُوِيَ بَيْنَهُمَا فِي الْأَدَاءِ، وَلَا يَعْتَقُ نَصِيبَ أَحَدِهِمَا بِأَدَاءِ نَصِيْبِهِ مِنَ النُّجُومِ عَلَى مَا سَيَأْتِي.

وَلَوْ كَاتَبَ إِنْسَانٌ عَبْدًا وَمَاتَ، وَخَلَفَ ابْنِينَ، فَأَدَّى نَصِيبَ أَحَدِ الْابْنَيْنِ بغيرِ إِذْنِ الْآخَرَ، لَمْ يَعْتَقِ نَصِيْبَهُ، وَإِنْ أَدَاةً بِالْإِذْنِ فَفِي عِتْقِ نَصِيْبِهِ خِلَافٌ سَنَشْرُحُهُ مِنْ بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

وَالَّذِي أُطْلِقَهُ هَا هُنَا جَوَابٌ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ، وَلِيَعْلَمَ بِالْوَاوِ لَمَا سَيَأْتِي.

وَقَوْلُهُ: «إِلَّا أَنْ يَكَاتِبَ وَاحِدًا وَيَخْلَفُ ابْنِينَ» لَا يَخْفَى أَنَّهُ لَيْسَ بِاسْتِثْنَاءٍ مُحَقَّقٍ، وَلَمَّا ذَكَرَ أَنَّ الْعِتْقَ لَا يَتَّبَعُ بَعْضُ النُّجُومِ أَدَاءً أَوْ إِبْرَاءً.

أَشَارَ بِذِكْرِ هَذِهِ الصُّورَةِ إِلَى أَنَّ ذَلِكَ فِيمَا إِذَا اتَّحَدَ الْمُكَاتَبُ وَالْمَالِكُ، فَأَمَّا إِذَا

(١) سقط في: ز.

(٢) رواه أبو داود [٣٩٢٦ - ٣٩٢٧] والنسائي والحاكم [٢/٢١٨] د رواه ابن ماجه [٢٥١٩] رواه الترمذي [٢٦٠] من طرق، رواه النسائي وابن حبان من وجه آخر من حديث عطاء عن عبد الله بن عمرو بن العاص في حديث طويل، ولفظه: ومن كان مكاتباً على مائة درهم، فقضاها إلا أوقية، فهو عبد، قال النسائي: هذا حديث منكر، وهو عندي خطأ، وقال ابن حزم: عطاء هذا هو الخراساني، ولم يسمع من عبد الله بن عمرو، وقال الشافعي من حديث عمرو بن شعيب: لا أعلم أحداً روى هذا إلا عمرو بن شعيب، ولم أر من رضى من أهل العلم يشبهه، وعلى هذا فتيا المفتين. قاله الحافظ في التلخيص.

تَعَدَّدَ الْمُكَاتَبُ فَقَدْ تَبَعَّضُ، وكذلك إذا تعدد المالك مما في مسألة الوارثين على رأي.

واعلم أن المسائل والصُورَ المتعلقة بقاعدة واحدة كثيراً ما وقعت مُتَبَدِّدَةً في الكتاب، وتَوَلَّدَ من ذلك بَعْضُ التطويل والتكْرَارِ، ولو وقعت مَجْمُوعَةً لكانت أَقْرَبَ إلى الفهم والاختصار، وكتابة الشريكين العبد المُشْتَرَكِ من هذا القليل، فتأمل صورها.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الثَّانِيَةُ إِذَا جُنَّ السَّيِّدُ وَقَبِضَ النُّجُومَ لَمْ يُعْتَقَ حَتَّى يُسَلَّمَ إِلَى الْقَيْمِ، وَإِنْ تَلَفَ فِي يَدِ السَّيِّدِ فَلَا ضَمَانَ لِلتَّقْصِيرِ بِالتَّسْلِيمِ إِلَيْهِ، وَلَوْ جُنَّ الْعَبْدُ فَقَبِضَ مِنْهُ السَّيِّدُ عَتِقَ لِأَنَّ فِعْلَهُ لَيْسَ بِشَرْطٍ أَمَّا الْكِتَابَةُ الْفَاسِدَةُ فَتَنْفَسِحُ بِجُنُونِهَا عَلَى وَجْهِ لِحَوَازِهَا، وَلَا تَنْفَسِحُ عَلَى وَجْهِ؛ لِأَنَّ مَصِيرَهَا إِلَى اللُّزُومِ، وَتَنْفَسِحُ عَلَى وَجْهِ بِجُنُونِ الْمَالِكِ دُونَ جُنُونِ الْعَبْدِ، لِأَنَّ الصَّحِيحَةَ أَيْضاً جَائِزَةٌ فِي حَقِّ الْعَبْدِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: لَا تَنْفَسِحُ الْكِتَابَةُ بِجُنُونِ السَّيِّدِ، وَلَا تَنْفَسِحُ بِجُنُونِ الْعَبْدِ، وَلَا بِإِعْمَائِهِمَا؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ لَازِمَةٌ مِنْ أَحَدِ الطَّرَفَيْنِ فَأَشْبَهَتِ الرَّهْنَ، وَإِنَّمَا تَنْفَسِحُ بِالْجُنُونِ الْمُعْثُودِ الْجَائِزَةَ مِنَ الطَّرَفَيْنِ كَالشَّرِكَةِ وَالْوَكَالَةِ.

ثم إذا جُنَّ السَّيِّدُ، فعلى الْمُكَاتَبِ تَسْلِيمُ الْمَالِ إِلَى قَيْمِهِ، فإن سلم إليه لم يُعْتَقْ؛ لِأَنَّ قَبْضَهُ فَاسِدٌ، ولو<sup>(١)</sup> تَلَفَ فِي يَدِهِ، فَلَا ضَمَانَ، لتقصيره بالتسليم إليه.

ثم إن لم يكن في يَدِ الْمُكَاتَبِ شيء آخر يُؤَدِّيهِ في الكتابة فَلِلْقَيْمِ تَعْجِيزُهُ، فلو حُجِرَ عَلَيْهِ بِالسَّفَةِ فهو كَالْوَجْهَيْنِ، فإذا أَدَّى الْمُكَاتَبُ إِلَيْهِ فِي حَالِ الْحَجْرِ وَعَجَزَ الْوَلِيُّ ثُمَّ رُفِعَ الْحَجْرُ عَنْهُ لَمْ يَلْغُ التَّعْجِيزُ.

ومنهم من أثبت فيه قولين، كما سبق في المُرْتَدِّ، إذا أُخِرَ<sup>(٢)</sup> النجوم وعجز الحاكم الْمُكَاتَبِ، ثم أسلم المُرْتَدِّ.

والظاهر الأول، وفرق بينهما بأن حَجَرَ السَّفِيهِ أَقْوَى؛ أَلَا تَرَى أَنْ تَصْرَفَهُ لَا يَنْفَذُ، وَتَصْرَفَ الْمُرْتَدِّ يَنْفَذُ فِي قَوْلِ، وبأن الحجر على السفية لحفظ<sup>(٣)</sup> ماله، فلو حُسِبَ عَلَيْهِ مَا أَخَذَهُ وَأَتْلَفَهُ فِي حَالِ الْحَجْرِ لَمْ يَحْصُلْ حِفْظُ الْمَالِ.

والحَجْرُ عَلَى الْمُرْتَدِّ لِرِعَايَةِ حَقِّ الْمُسْلِمِينَ؛ فَإِذَا عَادَ إِلَى الْإِسْلَامِ، فَلَا حَقَّ لَهُمْ فِي مَالِهِ وَلَا يَضُرُّهُمْ اخْتِسَابُ مَا أَخَذَهُ عَلَيْهِ. وَإِذَا جُنَّ الْعَبْدُ قَادِيَ فِي جُنُونِهِ، أَوْ أَخَذَهُ السَّيِّدُ مِنْ غَيْرِ<sup>(٤)</sup> أَدَاءٍ مِنْهُ يُعْتَقُ.

(٢) في ز: أخذ.

(٤) في أ: بغير.

(١) في ز: وإن.

(٣) في أ: يحفظ.

ووجه ذلك بأن قَبْضَ النجوم مُسْتَحَقٌّ، ولو أخذها المولى من غير إقباض من المَكَاتِبِ، وقع موقعه<sup>(١)</sup>، وإذا كان الأمر بهذه المَتَابَةِ، فبالأخذ تَبْرَأَ ذِمَّتُهُ، وإذا بَرِيَءٌ عَتَقَ. هذا هو المشهور المذكور في الكتاب.

وقال الإمام: إن عَسِرَ وُضُوعُ السَّيِّدِ إِلَى حَقِّهِ إِلَّا مِنْ جِهَةِ قَبْضِ مَا يَصَادَفُ، فله ذلك، وإن [أَمَكْنَ]<sup>(٢)</sup> مُرَاجَعَةَ مَنْ يَنْصِبُهُ الْقَاضِي نَاطِرًا لِلْمَكَاتِبِ، فَلَا وَجْهَ لِاسْتِبْدَائِهِ بِالْقَبْضِ عِنْدَنَا، وَلَوْ اسْتَبَدَّ لَمْ يَصِحَّ، وَإِذَا لَمْ يَصِحَّ؛ فَلَوْ أَقْبَضَ الْمَجْنُونُ لَمْ يَكُنْ لِإِقْبَاضِهِ حُكْمٌ.

وفي خلال كَلَامِ الإِمَامِ إِثْبَاتُ قَوْلِ أَوْ وَجْهِ فِي أَنَّ الْكِتَابَةَ تَنْفَسِخُ بِجُنُونِ الْمَكَاتِبِ، وَقَدْ تَعَرَّضَ لَهُ صَاحِبُ الْكِتَابِ مِنْ بَعْدُ، فَإِنْ ثَبِتَ ذَلِكَ رُخْصَ فِي إِعْلَامِ قَوْلِهِ هَا هُنَا: «عتق» بالواو وهذا في الكتابة الصحيحة وأما الفاسدة؛ فهل تبطل بجنونها وإغمائها؟ فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: نعم؛ لِجَوَازِهَا مِنَ الطَّرْفَيْنِ كَالشَّرِكَةِ وَالْوِكَالَةِ.

والثاني: لا؛ لِأَنَّ الْمُعْلَبَ فِيهَا التَّغْلِيْقُ، وَالتَّغْلِيْقُ لَا يَبْطُلُ بِالْجُنُونِ، وَيَحْكِي هَذَا عَنِ الشَّيْخِ أَبِي حَامِدٍ، وَهُوَ الْأَصْحَحُ عِنْدَ الإِمَامِ وَوَجْهَهُ بِأَنَّهَا - وَإِنْ كَانَتْ جَائِزَةً - فَمَصِيْرُهَا إِلَى اللُّزُومِ كَالْبَيْعِ فِي زَمَانِ الْخِيَارِ.

وأصحها عند الأكثرين - وهو ظاهر النص - أنها تبطل بجنون السيد وإغمائه بالحجر عليه، ولا تبطل بجنون العبد وإغمائه.

والفرق أن الحظ في الكتابة للعبد، لا للسيد؛ لما سبق أنها تبرع، فيؤثر اختلال عقل السيد، ولا يؤثر اختلال عقل العبد.

وأيضاً فإن العبد لا يتمكّن من فسح الكتابة، ورفعها صحيحة كانت أو فاسدة، وإنما يعجز نفسه، ثم السيد يفسح إن شاء، وإذا لم يملك الفسح لم يؤثر جنونه.

وأيضاً فإن الكتابة الصحيحة أيضاً جائزة في حق العبد، وجوازها لا يقتضي بطلانها بجنونه؛ فكذلك الكتابة الفاسدة، فإن قلنا: إنها لا تبطل، فلو أفاق وأدى المسمى عتق، وثبت التراجع، ويمثله أجابوا فيما إذا أخذ السيد في جنونه، وقالوا: ينصب الحاكم من يرجع له.

وينبغي أن يقال: لا يُعْتَقُ هَا هُنَا بِأَخْذِ السَّيِّدِ وَإِنْ قَلْنَا فِي الْكِتَابَةِ الصَّحِيْحَةِ: إِنَّهُ يُعْتَقُ؛ لِأَنَّ الْمُعْلَبَ هَا هُنَا التَّغْلِيْقُ، وَالصِّفَةُ الْمُعْلَقُ عَلَيْهَا الْأَدَاءُ مِنَ الْعَبْدِ، وَلَمْ يَوْجَدْ

(٢) سقط في: ز.

(١) في أ: موضعه.

وإذا قلنا: إنها تَبْطُلُ؛ فلو أَدَى المُسَمَّى، ففي حصول العِتْقِ وجهان:

أظهرهما: أنه لا يَخْصُلُ؛ لأن العِتْقَ بالتعليق في الكِتَابَةِ الفاسدة يَتَّبِعُ الكِتَابَةَ، فإذا ارْتَفَعَتِ ارتفع التَّعْلِيْقُ، كما لو فسخها السَّيِّدُ.

والثاني: يحصل؛ لوجود الصَّفَةِ المُعَلَّقِي عَلَيْهَا، ويخالف ما لو فَسَخَ السيد، فإن فَسَخَهُ رَفَعُ للتعليق من جِهَتِهِ.

وعلى هذا قال الإمام: الرَّجْحُ القَطْعُ بأنه لا تَرَاجِعُ؛ لأن التَّرَاجِعَ قَضِيَّةُ الكِتَابَةِ الفَاسِدَةِ، وقد زَالَتْ وبقي التعليق المَخْصُصُ. ومن أصحابنا مَنْ أَثَبَتَ الرَّجُوعَ على العَبْدِ بالقِيَمَةِ قال: وَمَسَافَهُ أَنْ يَتَّبِعَهُ الكَسْبُ، وهذا كالتَّدَمُّ على الحكم بارتفاع الكِتَابَةِ.

قَالَ العُرَاقِيُّ: الثَّالِثَةُ إِذَا كَاتَبَا عَبْدًا ثُمَّ أَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيْبَهُ عِتْقٌ وَسَرَى فِي الحَالِ عَلَى قَوْلٍ، وَفِي قَوْلٍ آخَرَ: لَا يَسْرِي إِلَّا أَنْ يَرِقَّ النِّصِيبُ الثَّانِي بِالْعَجْزِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَسْرِي فِي الحَالِ، فَتَنْفَسِخُ الكِتَابَةُ فِي مَحَلِّ السَّرَايَةِ، وَيَنْتَقِلُ مُكَاتَبًا وَيُعْتَقُ حَتَّى يَكُونَ الوَلَاءُ لِلشَّرِيكِ لَا لِمَنْ سَرَى عَلَيْهِ فِيهِ وَجْهَانِ، وَقِيلَ: إِنْ كَوْنُهُ مُكَاتَبًا يَمْنَعُ السَّرَايَةَ، ثُمَّ إِيزَاءُ أَحَدِهِمَا يَجْرِي مَجْرَى إِعْتَاقِهِ فِي السَّرَايَةِ وَكَذَا قَبْضُ نَصِيبِ نَفْسِهِ بِرِضَا صَاحِبِهِ إِنْ قَضَيْنَا بِأَنَّهُ يُوجِبُ العِتْقَ، فَيَسْرِي وَلَا نَقُولُ: هُوَ مُجْبَرٌ عَلَى القَبُولِ؛ لِأَنَّهُ اخْتَارَ أَضْلَ العَقْدِ، نَعَمْ أَحَدُ الأَبْتَيْنِ إِذَا قَبْضَ نَصِيبَهُ عِتْقٌ (و) وَلَمْ يَسِرْ (و) لِأَنَّهُ مَقْهُورٌ فِي القَبْضِ، وَلَمْ يَضُدِرْ العَقْدُ مِنْهُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا كَاتَبَ الشَّرِيكَانِ العَبْدَ المُشْتَرَكَ مَعًا، ثُمَّ أَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ عِتْقٌ، وَهَلْ يَسْرِي إِلَى نَصِيبِ الشَّرِيكِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا؟

عن حكاية صاحب «التقريب» وَجْهٌ أَوْ قَوْلٌ مُخْرَجٌ: أَنَّهُ لَا يَسْرِي.

وقد ذكرناه بتوجيهه في كتاب «العِتْقِ»، وهذا ما ذكره آخِرًا في الكتاب. فقال: «وقيل: إِنْ كَوْنُهُ مُكَاتَبًا يَمْنَعُ السَّرَايَةَ»، والمذهب المشهور ثُبُوتُ أَضْلِ السَّرَايَةِ، وَفِي وَقْتِهَا قَوْلَانِ:

أحدهما: أَنهَا تَثْبُتُ فِي الحَالِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ عِتِقَ بَعْضَهُ، وَالمَقْصُودُ مِنْ شَرَعِ السَّرَايَةِ أَلَّا تَتَّبِعُصَّ الحُرِّيَّةُ.

وأظهرهما: أَنهَا لَا تَثْبُتُ فِي الحَالِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ انْعَقَدَ سَبَبُ الحُرِّيَةِ لِلنَّصِيبِ الآخَرَ، وَقَدْ يُوَدِّي وَيُعْتَقُ. وَلِأَنَّ العَبْدَ يَضْرُرُّ بِهِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَنْقَطِعُ عَنْهُ الوَلَدُ وَالكَسْبُ. وَعَنْ أَبِي الطَّيِّبِ بْنِ سَلْمَةَ: القَطْعُ بالقول الثاني.

فإن قلنا بالسَّرَايَةِ في الحال، فَتَنْفِيسُ الْكِتَابَةِ في نَصِيبِ الشَّرِيكِ فَيْسِرِي (١) الْعِتْقُ مع بقاء الْكِتَابَةِ؟

فيه وجهان:

أظهرهما: - ولم يُورِدْ أكثرهم غَيْرَهُ - أنها تَنْفِيسُ؛ لأن الإِعْتَاقَ أَقْوَى من الكتابة، فعلى هذا يُعْتَقُ كُلُّهُ على الشَّرِيكِ المَعْتَقِ، ويكون الْوَلَاءُ له.

والثاني: يَسْرِي الْعِتْقُ إليه، مع بقاء الكتابة لثلاث تَبَعُضِ الْحُرِّيَّةِ، ولا يبطل حق الآخر، وعلى هذا قَوْلَاءُ النُّصْفِ الْآخَرِ للشَّرِيكِ، لا للذي أَعْتَقَ نَصِيبَهُ.

وإن قلنا: لا تثبت السَّرَايَةُ في الْحَالِ؛ فإن أَدَى نَصِيبِ الْآخَرِ من النجوم، عُتِقَ عن الكتابة، وكان الْوَلَاءُ بينهما. فإن عَجَزَ وعاد إلى الرُّقِّ، تثبت السَّرَايَةُ حيثُ، ويكون الْوَلَاءُ كله للشَّرِيكِ الْمُعْتَقِ، ويجيء الْخِلَافُ في أنها تُثَبِّتُ بنفس العجز، أو بأداء القيمة، أو يَتَيَّنُ بأداء القيمة حُصُولُ الْعِتْقِ من وقت العجز، ويجري هذا الْخِلَافُ على قولنا بثبوت السَّرَايَةِ في الحال. وأيضاً: وإن مات قبل الْأَدَاءِ أو العجز، فقد مات [حراً] (٢) وَيَعْضُهُ رَقِيقاً. وهل يورث عنه؟

فيه الْخِلَافُ المذكور في «الفَرَائِضِ». ولو أَبْرَأَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ عن نَصِيبِهِ من النجوم، فهو كما لو أَعْتَقَهُ والقول في السَّرَايَةِ، وفي وقتها، كما ذكرنا فيما لو أَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ، فلو قبض أحدهما نَصِيبَهُ من النجوم بِرِضَا صاحبه، فهل يعْتَقُ نَصِيبَهُ؟

فيه خلاف يأتي شَرْحُهُ إن شاء الله - تعالى - في المسألة الْخَامِسَةِ من الْحَكْمِ الثاني. فإن قلنا: يُعْتَقُ، فهو كَالِإِعْتَاقِ في السَّرَايَةِ وَوَقْتِهَا.

قال الإمام: ولا نقول: هو مُجَبَّرٌ على الْقَبْضِ، فلا يَسْرِي؛ لأنه مختار في إِنْشَاءِ الْكِتَابَةِ التي أَقْتَضَتْ إِجْبَارَهُ على الْقَبْضِ، فهو كما لو قال أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ: إذا طلعت الشَّمْسُ فَنَصِيبِي منك حُرٌّ. فإذا طلعت عُتِقَ نَصِيبَهُ، وَسَرَى؛ لأنه مُخْتَارٌ في التعليق.

نعم: إذا كاتب عَبْدًا، ومات عن ابْنَيْنِ، فقبض أحدهما نَصِيبَهُ وقلنا: إنه يُعْتَقُ نَصِيبَهُ على ما سَيَأْتِي إن شاء الله - تعالى - فلا يَسْرِي؛ لأنه مُجَبَّرٌ على الْقَبْضِ، وابتداء الْكِتَابَةِ لم تصدر منه ويجوز أن يُعْلَمَ قوله: «عتق» بالواو، وكذا قوله: «ولم يسر» لما سنذكر من بَعْدُ إن شاء الله تعالى.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: فَنَزَعٌ: لَوْ أَدَعَى الْعَبْدُ عَلَى الشَّرِيكَيْنِ أَنَّهُ وَقَاهُمَا بِالنُّجُومِ فَصَدَّقَهُ

(٢) سقط في: ز.

(١) في ز: أفيسري.



أَحَدُهُمَا عِتَقَ نَصِيبُ الْمُصَدِّقِ وَيَجْرِي الْخِلَافُ فِي السَّرَايَةِ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ مُخْتَارٌ فِي التَّصْدِيقِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا قَالَ الْعَبْدُ لِمَالِكِهِ - وَقَدْ كَاتَبَهُ -: قَدْ وَفَّيْتُ عَلَيْكَمَا النُّجُومَ. وَأَنْكَرَا، فَهَمَا الْمُصَدِّقَانِ بِالْيَمِينِ، وَإِنْ صَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا، وَكَذَّبَهُ الْآخَرُ، عِتَقَ الْمُصَدِّقُ، وَالْمُكَذَّبُ مُصَدِّقٌ بِيَمِينِهِ، وَهَلْ يَسْرِي الْعِتْقُ مِنْ نَصِيبِ الْمُصَدِّقِ إِلَى نَصِيبِ الْمُكَذَّبِ؟ فِيهِ اخْتِلَافٌ سَيُظْهِرُ فِي الْفَصْلِ، وَالظَّاهِرُ: الْمَنْعُ.

وَالْاِخْتِلَافُ فِي غَيْرِ [النَّجْمِ] <sup>(١)</sup> الْأَخِيرِ، كَالْاِخْتِلَافِ فِيهِ، إِلَّا أَنَّ الْعِتْقَ لَا يَحْصُلُ بِمَا سِوَى النَّجْمِ الْأَخِيرِ.

وَلَوْ قَالَ الْمُكَاتَّبُ لِأَحَدِهِمَا: دَفَعْتُ إِلَيْكَ جَمِيعَ النُّجُومِ، لِتَأْخُذَ نَصِيبَكَ، وَتَدْفَعُ نَصِيبَ الْآخَرِ إِلَيْهِ، فَقَالَ: دَفَعْتُ إِلَيَّ نَصِيبِي وَدَفَعْتَ نَصِيبَ الْآخَرِ إِلَيْهِ بِنَفْسِكَ، وَأَنْكَرَ الْآخَرَ الْقَبْضَ؛ عِتَقَ نَصِيبَ الْمُقَرَّرِ، وَصَدَّقَ فِي أَنَّهُ لَمْ يَقْبِضْ نَصِيبَ الْآخَرِ بِالْيَمِينِ، وَصَدَّقَ الْآخَرَ فِي أَنَّهُ لَمْ يَقْبِضْ نَصِيبَهُ، وَلَا حَاجَةَ إِلَى الْيَمِينِ؛ لِأَنَّ الْمُكَاتَّبَ لَا يَدَّعِي عَلَيْهِ شَيْئاً، ثُمَّ يَتَخَيَّرُ الْمُتَكِّرُ بَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ حِصَّتَهُ مِنَ النُّجُومِ مِنَ الْعَبْدِ، وَبَيْنَ أَنْ يَأْخُذَ مِنَ الْمُقَرَّرِ نِصْفَ مَا أَخَذَ؛ لِأَنَّ كَسْبَ الْمُكَاتَّبِ مُتَعَلِّقٌ حَقَّهُمَا بِالشَّرْكَةِ، وَيَأْخُذُ الْبَاقِي مِنَ الْعَبْدِ. وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْمُقَرَّرِ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ مُتَّهَمٌ بِدَفْعِ الشَّرْكَةِ عَنْ نَفْسِهِ، وَلِأَنَّ الْمُكَاتَّبَ لَا يَدَّعِي عَلَيْهِ شَيْئاً.

وَإِذَا عَجَزَ الْمُكَاتَّبُ عَمَّا طَالِبُهُ الْمُتَكِّرُ بِهِ، فَلَهُ تَعْجِيزُهُ وَإِرْقَاقُ نَصِيبِهِ، ثُمَّ عَنْ نَصْبِهِ فِي «الْإِمْلَاءِ» أَنَّهُ يَقُومُ مَا أَرْقَهُ عَلَى الْمُقَرَّرِ <sup>(٢)</sup> وَرَوَى أَنَّ ابْنَ سَلْمَةَ، وَابْنَ خَيْرَانَ نَقَلَاهُ إِلَى الصُّورَةِ السَّابِقَةِ، وَجَعَلُوا التَّقْوِيمَ <sup>(٣)</sup> عِنْدَ التَّعْجِيزِ فِي الصُّورَتَيْنِ عَلَى قَوْلَيْنِ.

وَوَجْهُ الْمَنْعِ بِأَنَّ الْمُقَرَّرَ لَمْ يَنْشِءْ إِعْتِاقاً، وَإِنَّمَا اسْتَوْفَى مَا ثَبِتَ لَهُ بِحُكْمِ الْكِتَابَةِ، فَصَارَ كَمَا لَوْ اسْتَوْفَى أَحَدُ ابْنَيْ الْمُكَاتَّبِ حِصَّتَهُ مِنَ النُّجُومِ، وَلَا يَقُومُ عَلَيْهِ نَصِيبُ أَخِيهِ.

وَالثَّانِي: بِأَنَّ الْعِتْقَ مِضَافٌ إِلَيْهِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَثْبُتُ لَهُ الْوِلَاةُ؟ وَفِي مَسْأَلَةِ الْاِبْنَيْنِ الْوِلَاةُ لِلْمُورِثِ. وَامْتِنَعَ الْأَكْثَرُونَ مِنْ ثَقْلِهِ إِلَى تِلْكَ الصُّورَةِ، وَقَرَّوْا بِأَنَّ الْعَبْدَ هُنَاكَ يَقُولُ: أَنَا حُرٌّ كَامِلٌ الْحَالِ، فَلَا يَسْتَحِقُّ التَّقْوِيمَ.

وَهَا هُنَا يَعْتَرَفُ بِأَنَّ نَصِيبَ الْمُنْكَرِ مِنْهُ لَمْ يُعْتَقَ.

وَفِي كِتَابِ الصَّنَدَلَانِيِّ طَرِيقَةٌ قَاطِعَةٌ بِالتَّقْوِيمِ فِي الصُّورَتَيْنِ.

(١) فِي ز: النُّجُومِ.

(٢) فِي أ: التَّقْوِيمِ.

(٣) فِي أ: الْمُنْكَرِ.

واعلم أن ما دَكَّرْنَاهُ من أنه: هل يُقَوِّمُ مَا رُقِيَ عند العجز يشبه أن يكون تَفْرِيعاً على أن السَّرَايَةَ تَثَبَّتْ عند العجز، وَإِنَّا إِذَا أَثْبَتْنَا السَّرَايَةَ هَا هُنَا يَجِيءُ الْقَوْلُ الْآخِرُ فِي أَنَّهَا تَثَبَّتْ فِي الْحَالِ.

وقد أَطْلَقَ الْإِمَامُ وَالْمُصَنِّفُ فِي مَسْأَلَةِ الْكِتَابَةِ قَوْلَيْنِ فِي أَنَّهُ إِذَا عَتَقَ نَصِيبَ الْمُصَدِّقِ؛ هل يَسْرِي الْعِتْقُ إِلَى نَصِيبِ الْمَكْذِبِ؟  
أحدهما: نعم؛ لأنه عتق نَصِيْبَهُ.

والثاني: لا؛ لأنه يقول: عَتَقَ النَّصِيبِيَّانِ مَعاً، فلا معنى لِإِلْزَامِهِ السَّرَايَةَ، وَتَمَامُ التَّفْرِيعِ عَلَى هَذَا الْإِيرَادِ أَنْ يُقَالَ: إِنْ قُلْنَا: لَا سِرَايَةَ فَذَلِكَ، وَإِنْ أَثْبَتْنَاهَا فَتَثَبَّتْ فِي الْحَالِ، أَوْ عِنْدَ الْعِجْزِ؟ فِيهِ الْقَوْلَانِ.

وقوله في الكتاب: «ويجري الخلاف في السَّرَايَةَ عَلَيْهِ؛ لأنه مختار في التصديق» مَحْمُولٌ عَلَى الْقَوْلَيْنِ اللَّذَيْنِ أَطْلَقَهُمَا الْإِمَامُ عَلَى مَا بَيَّنَّهُ فِي «الوسيط»، لكن ذكر الخلاف بالألف واللام ليس بِحَسَنِ الْمَوْجِعِ؛ لِأَنَّ الْخِلَافَ فِي [أَنَّهُ] <sup>(١)</sup> هَلْ يَسْرِي؟ لَمْ يَجْرِ لَهُ ذِكْرٌ حَتَّى يُعْرَفَ بِالْأَلْفِ وَاللَّامِ، وَرَدَهُ إِلَى مَا ذَكَرَ مِنْ قَبْلِ أَنْ الْكِتَابَةَ هَلْ تَمْنَعُ السَّرَايَةَ؟ بَعِيدٌ، وَكَانَ الْأَوَّلَى أَنْ يَقُولَ: وَفِي السَّرَايَةَ عَلَيْهِ خِلَافٌ.

وقوله: «لأنه مُخْتَارٌ فِي التَّصْدِيقِ» تَوْجِيهِ السَّرَايَةَ، كَأَنَّهُ يَقُولُ: هُوَ بِالتَّصْدِيقِ مَخْتَارٌ لِلْعِتْقِ، فَأَشْبَهَ مَا إِذَا أَعْتَقَ أَوْ أَبْرَأَ عَنِ النُّجُومِ.

ولو قال الْمُكَاتَبُ لِأَحَدِهِمَا: دَفَعْتَ النُّجُومَ إِلَيْكَ لِتَأْخُذَ نَصِيبَكَ، وَتَدْفَعُ نَصِيبَ الْآخَرِ إِلَيْهِ - كَمَا صَوَرْنَا - فَقَالَ فِي الْجَوَابِ: قَدْ فَعَلْتُ مَا أَمَرْتُ بِهِ، وَأَنْتَ عَتِيقٌ فَأَنْكَرَ الْآخَرَ، عَتِيقٌ نَصِيبِ الْمُقَرَّرِ، وَصَدَقَ الْمُنْكَرُ بِبَيْمِينِهِ، فَإِذَا حَلَفَ، بَقِيَ نَصِيبُهُ مُكَاتَباً، وَهَلِ الْخِيَارُ بَيْنَ أَخْذِ حِصَّتِهِ مِنَ الْمَكَاتِبِ، وَبَيْنَ أَخْذِهِ مِنَ الْمَقْرَرِ لِإِقْرَارِهِ بِأَخْذِهَا، وَمِنْ أَيِّهِمَا أَخَذَ عَتِيقٌ نَصِيبَهُ، ثُمَّ إِنْ أَخَذَهَا مِنَ الْمَكَاتِبِ، فَهَلِ الرَّجُوعُ عَلَى الْمُقَرَّرِ؛ لِأَنَّهُ وَإِنْ صَدَّقَهُ فِي الدَّفْعِ إِلَى الشَّرِيكَ - فَإِنَّهُ كَانَ يَنْبَغِي أَنْ يُشْهَدَ عَلَيْهِ.

وَإِنْ أَخَذَهَا مِنَ الْمَقْرَرِ، فَلَا رُجُوعَ لَهُ عَلَى الْمَكَاتِبِ لِاعْتِرَافِهِ بِأَنَّهُ مَظْلُومٌ، وَإِذَا اخْتَارَ الرَّجُوعَ عَلَى الْمَكَاتِبِ، فَهَلِ يَأْخُذُ حِصَّتَهُ مِنَ الْمَقْرَرِ، وَلَمْ يَدْفَعْهَا إِلَى الْمُنْكَرِ، وَعَجَزَ نَفْسَهُ، فَيُضْفَعُ حُرٌّ، وَنَصْفُهُ رَقِيقٌ، فَيُقَوِّمُ عَلَى الْمُقَرَّرِ، فَيَأْخُذُ الْمُنْكَرَ مِنْهُ قِيَمَةَ النِّصْفِ، وَيَأْخُذُ أَيْضاً مَا أَقْرَ لَهُ بِقَبْضِهِ، فَإِنَّهُ كَسَبَ النِّصْفَ الَّذِي كَانَ مِلْكَهُ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: الرَّابِعَةُ: أَحَدُ الْأَبْتَيْنِ الْوَالِدَيْنِ إِذَا أَعْتَقَ نَصِيبَهُ نَقَدًا، وَيَسْرِي عَلَى

قَوْلٍ، إِمَّا فِي الْحَالِ، وَإِمَّا عِنْدَ الْعَجْزِ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَسْرِي، وَرُقُّ النَّصِيبِ الْآخِرُ فَهَلْ يَتَّبِعُنَّ أَنْفَسَاخُ الْكِتَابَةِ فِي النُّصْفِ الَّذِي أُعْتِقَ حَتَّى يَكُونَ الْوَلَاءُ لِلْمُعْتَقِ خَاصَّةً، أَوْ نَقُولُ: لَمْ تَنْفَسِخْ، وَالْوَلَاءُ فِي ذَلِكَ النُّصْفِ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا فِيهِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا كَاتَبَ عَبْدًا، وَمَاتَ عَنِ ابْنَيْنِ، فَهَمَا قَائِمَانِ مَقَامَهُ، فِي أَنَّهُمَا إِذَا أَعْتَقَهُ، أَوْ أَبْرَأَهُ عَنِ النُّجُومِ عُتِقَ، وَكَذَا لَوْ اسْتَوْفَيَاها، وَلَوْ أَعْتَقَهُ أَحَدُهُمَا، أَوْ أَعْتَقَ نَصِيْبَهُ عَتَقَ نَصِيْبَهُ وَكَذَا لَوْ أَبْرَأَهُ أَحَدُهُمَا عَنِ نَصِيْبِهِ مِنَ النُّجُومِ.

وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَالْمُزْنِيَّ: لَا يُعْتَقُ نَصِيْبُهُ بِالْإِبْرَاءِ حَتَّى يَشْتَرِيهِ الْآخِرُ أَوْ يَسْتَوْفِي نَصِيْبَهُ، كَمَا لَوْ كَانَ الْأَبُ حَيًّا، فَأَبْرَأَهُ عَنِ بَعْضِ النُّجُومِ.

وَأَجَابَ الْأَصْحَابُ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - بِأَنَّهُ هُنَاكَ لَمْ يَبْرُئْهُ عَنِ جَمِيعِ مَا لَهُ عَلَيْهِ، وَأَحَدُ الْابْنَيْنِ إِذَا أَبْرَأَهُ عَنِ نَصِيْبِهِ مِنَ النُّجُومِ، فَقَدْ أَبْرَأَهُ عَنِ جَمِيعِ مَا لَهُ عَلَيْهِ، فَصَارَ كَمَا لَوْ أَبْرَأَهُ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ عَنِ نَصِيْبِهِ مِنَ النُّجُومِ. وَرَبَّمَا طُرِدَ خِلَافُ أَبِي حَنِيفَةَ فِي إِعْتَاقِ أَحَدِهِمَا نَصِيْبَهُ. وَالَّذِي ذَكَرْنَا أَنَّهُ إِذَا أَعْتَقَ نَصِيْبَهُ، أَوْ أَبْرَأَهُ عَنِ نَصِيْبِهِ مِنَ النُّجُومِ يُعْتَقُ نَصِيْبَهُ. هُوَ الْمَشْهُورُ الَّذِي أَطْلَقَهُ عَامَّةُ الْأَصْحَابِ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - .

وَقَالَ صَاحِبُ «التَّهْدِيبِ»: قِصَّةُ سِيَاقِ «المَخْتَصَرِ» حُصُولُ قَوْلَيْنِ فِي عَتَقِ نَصِيْبِهِ: أَحَدُهُمَا: الْعِتْقُ.

وَأَصْحُهُمَا: الْمَنْعُ، بَلْ يُوقَفُ، فَإِنْ أَذَى نَصِيبَ الْآخِرِ عُتِقَ كُلُّهُ وَالْوَلَاءُ لِلْأَبِ، وَإِنْ عَجَزَ؛ فَإِنْ كَانَ قَدْ أَعْتَقَ نَصِيْبَهُ، عُتِقَ الْآنَ نَصِيْبُهُ، ثُمَّ إِنْ كَانَ مُغْسِرًا، فَلَهُ وَلَاؤُهُ مَا عَتَقَ، وَالْبَاقِي لِلْآخِرِ، وَإِنْ كَانَ مُوسِرًا، قُومَ عَلَيْهِ الْبَاقِي وَبَطَلَتِ كِتَابَةُ الْأَبِ، وَكَانَ وَلَاؤُهُ الْكُلَّ لَهُ. وَإِنْ كَانَ قَدْ أَبْرَأَهُ عَنِ نَصِيْبِهِ مِنَ النُّجُومِ، فَلَا يُعْتَقُ شَيْءٌ مِنْهُ بِالْعَجْزِ، لِأَنَّ الْكِتَابَةَ تَبْطُلُ بِالْعَجْزِ وَالْعِتْقُ فِي غَيْرِ الْكِتَابَةِ لَا يَحْضُلُ بِالْإِبْرَاءِ.

وَيَجُوزُ أَنْ يُعْلَمَ لِمَا تَبَيَّنَ قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «نَفَذَ» بِالْحَاءِ وَالْوَاوِ.

وَإِذَا أُجْرِنَا عَلَى الْمَشْهُورِ، وَقُلْنَا: يُعْتَقُ نَصِيْبُهُ؛ فَإِنْ كَانَ الَّذِي أَعْتَقَ نَصِيْبَهُ، أَوْ أَبْرَأَهُ مُغْسِرًا، بَقِيَّتِ الْكِتَابَةُ فِي نَصِيبِ الْآخِرِ، فَإِنْ عَجَزَ عَادَ قِتًا، وَإِنْ أَذَى وَعُتِقَ، قَوْلًاؤُهُ لِلْأَبِ، وَأَمَّا وَلَاؤُهُ نَصِيبِ الْأَوَّلِ، فَقَدْ حَكَى الْقَاضِي ابْنُ كَعْبٍ فِيهِ وَجْهَيْنِ فِي صُورَةِ الْإِعْتَاقِ:

أَحَدُهُمَا: [أَنْ] <sup>(١)</sup> الْجَوَابِ، كَذَلِكَ وَهُوَ الْأَصْحَحُ.

وَالثَّانِي: عَنِ أَبِي الطَّيِّبِ بْنِ سَلْمَةَ أَنَّهُ لِلابْنِ، لِقَوْلِهِ ﷺ: «إِذَا مَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ» <sup>(٢)</sup>.

ولأنه عُتِقَ بِإِعْتَاqِهِ؛ لأن الأَدَاءَ على مُوجِبِ الكِتَابَةِ، وطريقين في صورة الإبراء:  
أحدهما: القَطْعُ بأنه لِلْأَبِ.  
وأظهرهما: طَرْدُ الوجهين.

وإن كان مُوسِراً، فهل يَسْرِي العتق إلى نصيب الشريك؟

إذا قلنا بالأصح، وهو أن الكِتَابَةَ لا تمنع السَّرَايَةَ، فيه قولان:

أحدهما: نعم؛ ويحكى عن اخْتِيَارِ الشَّيخِ أَبِي حَامِدٍ، كما لو كاتب الشريكَانَ العَبْدَ، ثم أَعْتَقَهُ أحدهما.

وأصحهما: ونقله المُزَنِيُّ في «الجامع الكبير» ونصره في «المختصر»: لا؛ لأن الكتابة السابقة تَقْتَضِي حُصُولَ العِتْقِ حُكْماً لها، والمَيْتُ لا يقوم عليه وكان [الابن]<sup>(١)</sup> يعتق علي سبيل النيابة، وبنى القولان على أن المُكَاتَبَ: هل يورث؟

إن قلنا: نعم، سَرَى، وإن قلنا: لا، فالعِتْقُ بحكم كِتَابَةِ الأب ولا سَرَايَةَ وعن القاضي [الحسين]<sup>(٢)</sup> بِنَاءِ هذا الخِلافِ، على أن الدَّيْنَ؛ هل يمنع حُصُولَ مَلِكِ الورثة في أَعْيَانِ التَّرِكَةِ؛ لأن المكاتب يستحق الصرف إلى العتق، كما أن [أعيان]<sup>(٣)</sup> التركة تستحق الصرف إلى الدَّيْنِ.

التفريع: إن قلنا بالسَّرَايَةَ، فتثبت السَّرَايَةَ في الحال، أو عند العجز؟ فيه قولان كما ذكرنا في الشَّرِيكَيْنِ إذا أعتق أحدهما والأظهُرُ الثَّانِي، وهو اختيار أبي إِسْحَاقَ.

وقوله في الكتاب: «إما في الحال، أو عند العجز» إِشَارَةٌ إلى هذين القولين، ويجوز أن يُعْلَمَا بالواو؛ لأنه حَكَى ها هنا طريقتان أخريان:

إحدهما: القَطْعُ بثبوت السَّرَايَةَ في الحال.

والثانية: القَطْعُ بتأخيرها إلى العجز؛ لأن أَحَدَ الوارثين ليس بِمُعْتَقٍ حَقِيقَةً، وأحد الشريكين مُعْتَقٌ.

وإن قلنا بالسَّرَايَةَ في الحال، فقد حكى الإمام وَجْهَيْنِ في انْفِسَاخِ الكتابة فيما سَرَى العِتْقُ إليه كما حَكَاهُمَا في صورة الشَّرِيكَيْنِ، والذي أَوْرَدَهُ معظمهم الانفساخ فيه وإثبات وَلَايِهِ للمعتق، وفي وَلَائِ النُّصَبِ الأول وجهان:

أحدهما: أنه للمعتق خَاصَّةً؛ لأن نصيب الآخر بَقِيَ رَقِيقاً.

(١) في ز: الإبراء.

(٢) في ز: حسين.

(٣) في ز: إعتاق.

وأصحهما: أنه لهما؛ لأنه عُتِقَ بحكم كِتَابَةِ الأب، ويثبت له الوَلَاءُ وينتقل إليهما بالعصوبة.

وإذا قلنا: لا تَنْفَسِخُ الكتابة فيما سَرَى إليه، فيكون وِلَاءُ الجميع للأب، وإن قلنا بأن السَّرَايَةَ تثبت عند العَجْزِ، فإن أدى نصيب الابن الآخر عُتِقَ كله، وَوَلَاؤُهُ للأب.

وإن عَجَزَ فطريقان:

أحدهما: إن الكتابة تبطل، ويكون وِلَاءُ الجميع له.

وأشبههما: أن وِلَاءَ مَا سَرَى العِتْقُ إليه، وَقَوْمٌ عليه له.

وفي وِلَاءِ النصف الأول الوجهان، ومنهم من خَصَّصَ الوجهين بصورة الإِغْتَاقِ، وَقَطَعَ في صورة الإِزْرَاءِ بأن وِلَاءَ النصف الأول للأب ينتقل إليهما.

أما إذا قلنا: بأنه لا سِرَايَةَ، فنصيب [الآخر]<sup>(١)</sup> مُكَاتَبٌ، كما كان، فإن عتق بأداء أو إعتاق، أو إبراء، فوِلَاءُ الكل للأب، وإن عَجَزَ بقي نِصْفُهُ رَقِيْقًا.

وفي وِلَاءِ النصف الأول؛ أهو للأول أو بينهما؟

فيه ما سَبَقَ من الوجهين، وَرَتَّبَهُمَا الإِمَامُ على أن الكِتَابَةَ إذا انفسخت في نصيب الثاني بالعَجْزِ، فهل تَنْفَسِخُ في نصيب الأول؛ لأن الكِتَابَةَ لا تقبل التَّبْعِيضَ؟ فيه وجهان:

أصحهما: المنع؛ ويحتمل التَّبْعِيضَ لانْقِسَامِ المُكَاتَبِ بين الوارثين. إن قلنا: تَنْفَسِخُ، فوِلَاءُ الأولِ للمعتق.

وإن قلنا: لا تَنْفَسِخُ فوجهان:

أحدهما: أن الجَوَابَ كذلك؛ لأنه يبعد أن يَسْتَوْفِيَ أحد الابنين حَقَّهُ من الرَّقَبَةِ رِقًا، ويشارك الآخر في الوِلَاءِ.

وأصحهما: أن الوِلَاءَ للأب، ويتلقيانه بالعصوبة، ويخرج ذلك على مَنْ بعضه حُرٌّ، وبعضه رَقِيْقٌ يورث.

ولو قبض أحد الابنين نَصِيْبَهُ من النجوم، فهذا [على]<sup>(٢)</sup> ما سيأتي إن شاء الله - تعالى - في الشريكين؛ إذا كَاتَبَا، إن كان بغير إِذْنٍ، فهو فاسد لا يحصل به العِتْقُ، وإن كان بِإِذْنِ الآخر؛ فقولان؛ فإن صَحَّحْنَاهُ فقد قال الإِمَامُ: لا سِرَايَةَ بلا خِلَافٍ؛ لأنه يجبر على القَبْضِ، ولا سِرَايَةَ، حيث حصل العِتْقُ بلا اختيار؛

ألا ترى أنه إذا ورث بعض من يعتق عليه، عُتِقَ ذلك البعض، ولم يَسِرْ وهذا ما

(٢) سقط في: ز.

(١) في ز: الأول.

ذكره صاحب الكتاب في آخر المسألة الثالثة، فقال: «نعم، أحد الابنين، إذا قبض نصيبه عتق، ولم يسر».

وفي «التهديب»: أنا إذا جَوَزْنَا الْقَبْضَ بِإِذْنِ الْآخِرِ، فالقول في عتق نصيبه، وفي السَّرَايَةِ على ما ذكرنا فيما إذا أعتق نصيبه، أو أبرأ عن نصيبه من النجوم بلا فَرْقٍ، ولمن ذهب إليه أن يَمْنَعُ كونه مجبراً على القبض، ويقول: هو بسبيل من الإعتاق والإبراء، وبتقرير: ألا يعتق ولا يبرأ، فَيُشْبِهُ أن يقال: لا يجبر على الانفراد بالقبض، وإن جَوَزْنَا؛ لأنه لو عجز عن أداء نصيب الثاني، [فيناظره]<sup>(١)</sup> الثاني فيما أخذ، فإنه يَمْتَنِعُ عن قبض ما عسى الثاني يزاحمه فيه. والله أعلم.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: فَرَعٌ: لَوْ حَلَفَ ابْنَيْنِ وَعَبْدًا؛ فَادَّعَى الْعَبْدُ كِتَابَةَ الْمُورَثِ لَهُ، فَصَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا، وَكَذَّبَهُ الْآخَرُ، وَحَلَفَ، فَنَصِيبُ الْمُصَدِّقِ مَكَاتِبٌ (و) فَإِنْ أَعْتَقَهُ سَرَى إِلَى الْبَاقِي، وَلَمْ يَخْرُجْ عَلَى الْخِلَافِ، لِأَنَّهُ رَقِيقٌ بِقَوْلِ الشَّرِيكِ، وَإِنْ أَبْرَأَ لَمْ يَسِرْ؛ لِأَنَّ الشَّرِيكَ يَقُولُ: إِبْرَؤُهُ لَأَخٍ؛ إِذْ لَا كِتَابَةَ، فَإِنْ عَتَقَ بِأَدَاءِ النُّجُومِ لَمْ يَسِرْ؛ لِأَنَّهُ مَقْهُورٌ عَلَى الْقَبُولِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: حَلَفَ ابْنَيْنِ وَعَبْدًا، فَادَّعَى الْعَبْدُ أَنْ أَبَاهُمَا كَاتِبُهُ، فَإِنْ كَذَّبَاهُ فَهَمَا الْمُصَدَّقَانِ بِالْيَمِينِ، وَيَكُونُ حَلْفُهُمَا عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ بِكِتَابَةِ الْأَبِ، فَإِنْ حَلَفَا فَذَلِكَ، وَإِنْ نَكَلَا وَحَلَفَ الْعَبْدُ الْيَمِينِ الْمَرْذُودَةَ ثَبَتَ الْكِتَابَةُ، وَإِنْ حَلَفَ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ، ثَبَتَ الرَّقُّ فِي نَصِيبِ الْحَالِفِ، وَتَرُدُّ الْيَمِينُ فِي نَصِيبِ التَّائِكِ، وَإِذَا أَرَادَ إِقَامَةَ الْبَيِّنَةِ اخْتِجَ إِلَى إِقَامَةِ عَدْلَيْنِ؛ لِأَنَّ مَقْصُودَ الْكِتَابَةِ الْعِتْقُ دُونَ الْمَالِ. [وإن صدقاه، أو قامت البيينة، فالحكم ما مر في الفصل السابق]<sup>(٢)</sup> وإن صدقه أحدهما، وكذبه الآخر، فالمكذب مُصَدِّقٌ بِيَمِينِهِ وَأَمَّا نَصِيبُ الْمُصَدِّقِ؛ ففِي كِتَابِ الْقَاضِي ابْنِ كَيْجٍ أَنَّ بَعْضَهُمْ خَرَجَ قَوْلًا أَنَّهُ لَا تَثْبِتُ الْكِتَابَةُ فِيهِ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ لَا تَتَّبَعُضُ، وَالصَّحِيحُ الْمَشْهُورُ ثُبُوتُهَا، وَهَذَا التَّبَعِيزُ لِمُضْرُورَةِ أَذْتِ إِلَيْهِ، بِخِلَافِ التَّبَعِيزِ فِي الْإِبْتِدَاءِ، وَأَطْلَقُوا الْقَوْلَ بِشَهَادَةِ الْمُصَدِّقِ عَلَى الْمُكْذِبِ.

وقال الإمام: إنه يُثْبِتُ بِشَهَادَتِهِ لِنَفْسِهِ حُقُوقًا فِي الْكِتَابَةِ؛ إِذِ النُّجُومُ مَوْزُونَةٌ فَقَبُولُ شَهَادَتِهِ بِعَقْدِ عَوْضِهِ لِلشَّاهِدِ مُحَالٌ، فَإِنْ فَرضت شهادته بعد الإبراء عن النجوم، فله أغراض في السَّرَايَةِ، فَإِنْ نَفِينَا السَّرَايَةَ اتَّجَعَتِ الْقَبُولُ، وَإِذَا وَقَعَ الْحُكْمُ بِأَنَّ نَصِيبَ الْمُصَدِّقِ مَكَاتِبٌ، وَنَصِيبَ الْآخَرِ قِنْ، فَنُصِفَ الْكَنْسِبُ لَهُ بِصَرْفِهِ إِلَى جِهَةِ النُّجُومِ، وَنُصِّفَهُ لِلْمُكْذِبِ.

وإن اتَّفَقَا عَلَى مُهَيَاةٍ لِيَكْتَسِبَ يَوْمًا لِنَفْسِهِ، وَيَوْمًا لِلْمُكْذِبِ، أَوْ بِخِدْمَةِ جَازٍ، وَلَا

(٢) سقط في: ز.

(١) سقط في: ز.

إِجْبَارَ عَلَيْهَا عَلَى الْأَظْهَرِ خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ، وَلَا تَقْدِيرَ لِلتَّوْبَتَيْنِ فِي الْمُهَيَّأَةِ.

وفي كتاب القاضي ابن كَجَّ: أنه يجوز المَهَيَّأَةُ يومين يومين، وثلاثة ثلاثة، فإن زادت كَسَنَةً وَسَنَةً؛ ففي الجَوَازِ وَجْهَانِ، وإذا أَدَّى النجوم، وَفَضَلَ شَيْءٌ مِمَّا اكْتَسَبَ لِنَفْسِهِ، فهو له. ثم إن أَعْتَقَ الْمُصَدِّقُ نَصِيبَ نَفْسِهِ، عَتِقَ. وهل يَسْرِي؟ فيه طريقيان:

قال أكثرهم: في السراية قولان، كما لو صدقاه معاً، إلا أنا إذا قلنا بالسراية، فهذا هنا تثبت السراية في الحال، [ولا يجيء فيه القول الآخر؛ لأن صاحبه ينكر الكتابة، فلا يمكن التوقف إلى العمد، وقال بعضهم - وهو المذكور في الكتاب -: تثبت السراية بلا خلاف في الحال] (١) لأن منكر الكتابة يقول: إنه رقيق لهما، فإذا أعتق صاحبه نصيبه ثبتت السراية بقوله، فإن قلنا: لا سراية، فوَلَاءٌ ما عتق يكون بينهما، أو ينفرد به المصدق؟ فيه وجهان:

وجه الأول: أنه عتق بحكم كتابة الأب.

ووجه الثاني: وهو الأشبه؛ أن المنكر أنطَلَحَ حَقَّهُ بِالْإِنْكَارِ، فيسلم للمصدق النصف، كما لو ادعى وراثان ديناً، وأقاما شاهداً، وحلف أحدهما معه، ولم يحلف الآخر - يأخذ الحالف نصفه، ويسلم له. وإذا جعلناه بينهما، فلو مات هذا العبد، ونصفه رقيق، وقلنا: إن مثله يورث، فتوقف حصّة المنكر.

وإن قلنا بالسراية، فوَلَاءٌ النصف الذي سَرَى العتق إليه للمعتق، وفي ولاء النصف الأول الوجهان.

ولو أبرأه المصدق عن نصيبه من النجوم، فالظاهر أنه لا سراية؛ لأن منكر الكتابة لا يعترف بعتق نصيبه، ويعد الإبراء لغواً.

قال الإمام: ويجيء مع هذا الخلاف في السراية؛ لأن قول المصدق مقبول في نصيبه، فإذا أتى بما يقتضي العتق، فالسراية بعده قهرية لا تربط بالرضا، وإن أدى نصيب المصدق من النجوم بلا سراية. قال الإمام وصاحب الكتاب: لأنه يُجْبَرُ عَلَى الْقَبُولِ لَا مَحِيصَ لَهُ عَنْهُ.

وقال غيرهما: لأنه عتق بحكم كتابة الأب، ولا سراية على الميت، فصار كما لو أقر أحد الابنتين بأن أباهما أعتق هذا العبد، وأنكر الآخر يعتق نصيب المقر، ولا يسري، وولاء ما عتق بالأداء بينهما، أو للمصدق خاصة، فيه الوجهان.

ولو عجزه المصدق عاد قِثاً، والكسب الذي في يده يكون للمصدق؛ لأن

(١) سقط في: ز.

المكذب قد أخذ حصته، فلو اختلفا في شيء من أكتسابه، فقال المصدق: اكتسبته بعد الكتابة، وقد أخذت نصيبك فهو لي، وقال المكذب: بل قبلها وكان للأب، فهو بيننا، فالمصدق المصدق؛ لأن الأضل أنه لم يكتسب قبل الكتابة.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: الْخَامِسَةُ: إِذَا قَبِضَ الثُّجُومَ فَوَجَدَهَا نَاقِصَةً فَلَهُ رَدُّهَا وَرَدُّ الْعِثْقِ إِذْ تَبَيَّنَ أَنَّهُ لَمْ يَخْضُلْ أَوْ حَصَلَ حُضُولًا غَيْرَ مُسْتَقَرٍّ بِحَسَبِ الْعَوَضِ، وَإِنْ رَضِيَ أَسْتَمَرَ الْعِثْقُ وَلَكِنْ مِنْ حِينَ الرِّضَا أَوْ مِنْ حِينَ الْقَبْضِ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ أُطْلِعَ عَلَى النُّقْصَانِ بَعْدَ تَلْفِ الثُّجُومِ جَازَ لَهُ رَدُّ الْعِثْقِ إِلَى أَنْ يُسَلَّمَ الْأَرْضَ، فَإِنْ عَجَزَ كَانَ لَهُ الْإِرْقَاقُ وَالْفَسْخُ كَالْعَجْزِ بِبَعْضِ الثُّجُومِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: نَذَرَ فِي ابْتِدَاءِ الْمَسْأَلَةِ أَضْلَيْنِ:

أحدهما: أن العوض في الكتابة لا يكون إلا ديناً، ويجوز أن يكون نقداً، وأن يكون عوضاً.

والثاني: مستحق الدين في ذمة الغير، إذا استوفاه، فلم يجده على الصفة المشروطة، فله رده، وطلب ما استحقه، ولا يرتفع العقد إن كان المقبوض من غير جنس حقه، لم يملكه إلا أن يعتاض حيث يجوز الاعتياض.

وإن أطلع على عيب به، فينظر إن رضي به؛ فهل نقول: ملكه بالرضا أو نقول: ملكه بالقبض، وتأكد الملك بالرضا؟ فيه قولان:

وإن رده، فهل نقول: ملكه بالقبض، ثم انتقض الملك بالرد، أو نقول: إذا رد تبين أنه لم يملكه؟ فيه قولان؛ ويبنى على هذا الخلاف مسائل لعلها قد سبقت:

منها: أن عقد الصرف إذا ورد على موصوف في الذمة، ثم جرى التقابض، وتفرقا، ثم وجد أحدهما بما قبض عيباً، ورده، فإن قلنا: إنه ملك بالقبض صح العقد.

وإن قلنا: تبين أنه لم يملك، فالعقد فاسد؛ لأنهما تفرقا قبل التقابض.

ومنها: إذا أسلم في جارية، وقبض جارية، فوجد بها عيباً، وردها فهل على المسلم إليه استبراء هذه الجارية؟ يبنى على هذا الخلاف.

ومنها: قال الإمام: الموصوف والمقبوض إذا وجد معيباً، فإن قلنا: إنه يملكه بالرضا، فلا شك أن الرد ليس على الفور، والملك موقوف على الرضا.

وإن قلنا: يحصل الملك عند القبض، فيجوز أن يقال: الرد على الفور، كما في شراء الأعيان.



والأوجه: المنع؛ لأنه ليس مَعْقُوداً عليه، وإنما يثبت الفَوْرُ فيما يُؤدِّي رَدَّهُ إلى رفع العَقْدِ؛ إِنْقَاءً للعقد.

إذا عرف ذلك، فلو وجد السَّيِّدُ ببعض النجوم المَثْبُوضَةِ، أو جميعها عَيْنياً، فله الخِيَارُ بين أن يرضى به، وبين أن يَرُدَّهُ، ويطالب ببدله، ولا فَرْقَ بين العَيْنِ السَّيِّرِ والفَاحِشِ، خلافاً لأبي حنيفة في السَّيِّرِ، فإن كان العَيْنُ في النُّجْمِ الأخير الذي يَتَعَلَّقُ به العِتْقُ فإما أن يرضى به، أو يريد الرد، فإن رضي به، فالعِتْقُ نافذٌ لا مَحَالَةَ، ويجعل رِضَاهُ بالعَيْنِ كالإبراء عن بعض الحَقِّ، ولكن يحصل العِتْقُ عند الرِّضَا، أو نقول: حصل من وَقْتِ القبض؟

فيه وجهان، ويشبه أن يرجع الثاني، وبه قال أبو إسحاق، وصاحب «التقريب» وغيرهما. وإن أراد الرد والاستبدال؛ فإن قلنا: يتبين بالرُّدِّ أن الملك لم يحصل بالقبض، فالعِتْقُ غير حَاصِلٍ، فإن أدَّى على الصفة المُسْتَحَقَّةِ بعد ذلك، فحينئذ يحصل العِتْقُ.

وإن قلنا: يَحْضُلُ المِلْكُ في المقبوض، وبالرد يرتفع، فَوَجْهَانِ:

أحدهما: أن العِتْقُ كان حَاصِلاً، إلا أنه كان بِصِفَةِ الجَوَازِ، فإذا رَدَّ العِوَضَ ازْتَدَّ. وأصحهما: أن العِتْقُ لم يحصل، إذ لَيْسَ العِتْقُ من التَّصَرُّفَاتِ التي يَتَطَرَّقُ النُّقْصُ إليها، فلو حَصَلَ لَمَا ازْتَفَعَ، ولا ثَبَّتَ العِتْقُ بصفة اللزوم باتفاق الأَصْحَابِ. وعن أحمد: أنه يَثْبُتُ، ولا يبطل العِتْقُ برد العِوَضِ.

واحتج الأَصْحَابُ بأن الكِتَابَةَ عقد مُعَاوَضَةٍ، يلحقه الفَسْخُ بالتَّرَاضِي، فوجب أن يفسخ بالعَيْنِ كالبيع. ولو تَلَفَ عند السَّيِّدِ ما قبضه، ثم عرف أنه كان مَعْيِياً؛ فقد قَدَّمَ الإمام عليه أنه إن اتَّفَقَ ذلك في عَيْنِ، فإن رَضِيَ، فالذي يَدُلُّ عليه فحوى كلام الأئمة أن الرِّضَا كَافٍ، ولا حَاجَةَ إلى إِنْشَاءِ إِبْرَاءٍ.

ووجهه: أن الأَرَشَ كالعِوَضِ عن حَقِّ الرُّدِّ، والرُّدُّ يَكْفِي في سُقُوطِهِ الرِّضَا، فكذا الأَرَشُ، فإن طلبه تفرد، ولم يسقط إلا بالإسْقَاطِ.

وأما النجوم؛ فإن رَضِيَ، فالعِتْقُ نافذٌ، ويعود الوجهان في أنه يحصل عند الرِّضَا، ويستند إلى القبض. وإن طلب الأَرَشَ يتبين أن العِتْقُ لم يحصل، فإذا أدَّى الأَرَشَ حصل حينئذ، وإن عَجَزَ، فَلِلسَّيِّدِ إِزْقَاقُهُ، كما لو عَجَزَ ببعض النُّجُومِ، ويجيء الوجه الآخر، وهو أن يرتفع العَقْدُ بعد حُصُولِهِ، ويوافقه لَفْظُ صاحب «الشامل» حيث قال: ويعود حكم الرِّقِّ في العَبْدِ، حتى يُؤدِّيَهُ، والأول هو المذكور في «الوسيط».

وقوله ها هنا: «جاز رَدُّ العِتْقِ إلى أن يسلم الأَرَشَ». مَحْمُولٌ عليه، وتأويله أن

ليس له أن يتوسَّل إلى الحُكْمِ بانتِفائِهِ أضلاً، أو ما أشبه ذلك، وأما الأَرُشُ فيه وجهان: أحدهما: ما ينقص من قِيَمَةِ رَقَبَةِ العبد، بحسب نُقْصَانِ العَيْبِ من قيمة النجوم على ما هو قِيَاسُ المُعَاوَضَاتِ. وهذا ما أوردَهُ أبو الفَرَجِ السَّرْحَسِيُّ.

والثاني: ما يتنقص من النجوم المَقْبُوضَةِ بسبب العَيْبِ.

وَوُجَّهٌ بَأَنِ المَقْبُوضِ عَنِ المُلتَزِمِ فِي الذِّمَّةِ لَيْسَ كَمَا فِي العَقْدِ، وَلِذَلِكَ لَا يَزِيدُ العَقْدُ بَرْدَهُ، فَلَا يَسْتَرِدُّ فِي مُقَابَلَةِ نَقْصَانِهِ جِزَاءً مِنَ العَوَضِ كَمَا لَا يَسْتَرِدُّ العَوَضُ<sup>(١)</sup> إِذَا كَانَ بَاقِيًا فَيُرَدُّ<sup>(٢)</sup> بِالْعَيْبِ. وَهَذَا مَا نَقَلَ القَاضِي الرُّوْيَانِيُّ رُجْحَانَهُ، وَأَجْرِي الرُّجْحَانِ فِي كُلِّ عَقْدٍ، وَرَدَّ عَلَى مَوْصُوفٍ فِي الذِّمَّةِ.

قال الإمام: وأمثلة منهما أن يُقال: يُغرَّمُ السَّيِّدُ ما قَبِضَ، ويطلب بالمُسَمَّى بالصفات المشروطة.

وقوله في الكتاب: «فوجدنا ناقصة»، يريد به النُقْصَانُ بِالْعَيْبِ، فأما إذا ظهر نُقْصَانٌ فِي الكَيْلِ، أو الوَزْنِ، فالعِتْقُ غير حاصل بلا خِلافٍ، سواء بقي المَقْبُوضُ فِي يَدِ السَّيِّدِ أو تلف، فإن رَضِيَ بِالتَّاقِصِ، فيعتق حينئذ بالإبراء عن الباقي.

وقوله: «ورد العتق»، يريد رَفَعَ الحُكْمَ بالعتق، أو غيره مما ينتظم على قولنا: إنه ما حَصَلَ العِتْقُ، وعلى قولنا: إنه حصل، ثم ارتفع؛ ألا تراه قال: إذ يتبين أنه لم يَخْضَلْ، أو حصل خُصُولًا غير مُسْتَقَرٍّ بحسب العِوَضِ؛ أي حصل غَيْرَ لَازِمٍ مَوْقُوفًا حَالَهُ عَلَى تَبَيُّنِ حَالِ العِوَضِ سَلَامَةً وَتَعْيِيًا.

قال الغزالي: السَّادِسَةُ: إِذَا خَرَجَتِ النُّجُومُ مُسْتَحَقَّةً تَبَيَّنَ أَنَّ لَاعِتْقَ، فَلَوْ كَانَ قَالَ لَهُ عِنْدَ القَبْضِ: أَذْهَبَ فَأَنْتَ حُرٌّ أَوْ عِتِقْتَ فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يُؤَاخَذُ بِهِ كَمَا لِلْمُشْتَرِي الرُّجُوعُ بِالثَّمَنِ عَلَى الصَّحِيحِ إِذَا خَرَجَ المَبِيعُ مُسْتَحَقًّا وَإِنْ أَدْعَى المَلِكَ لِلبَّائِعِ لِأَنَّ قَوْلَهُ كَانَ بِنَاءً عَلَى الظَّاهِرِ، وَيَلْزَمُ عَلَى هَذَا أَنَّ مَنْ أَقْرَبَ بِالطَّلَاقِ ثُمَّ قَالَ: كُنْتُ أَطْلَقْتُ لَفْظَةً ظَنَنْتُهَا طَلِاقًا ثُمَّ رَاجَعْتُ المُفْتِيَّ فَأَخْبَرَنِي بِأَنَّهُ لَا يَنْفَعُ أَنَّهُ يُقْبَلُ وَقَدْ قِيلَ بِهِ، وَكَذَا فِي العِتْقِ.

قال الرَّافِعِيُّ: إِذَا خَرَجَ بَعْضُ النُّجُومِ، أو جَمِيعُهَا مُسْتَحَقًّا تَبَيَّنَ أَنَّهُ لَا عِتْقَ؛ لِأَنَّ الأَدَاءَ لَمْ يَصِحَّ، وَإِنْ ظَهَرَ الاستِحْقَاقُ بَعْدَ مَوْتِ المَكَاتِبِ بِأَنَّهُ مَاتَ رَقِيقًا، وَأَنْ مَا تَرَكَهُ لِلسَّيِّدِ دُونَ الوَرَثَةِ. وَلَوْ قَالَ السَّيِّدُ عِنْدَ الأَخْذِ: أَذْهَبَ فَأَنْتَ حُرٌّ، أو فَقَدَ عِتْقَ، ثُمَّ تَبَيَّنَ الاستِحْقَاقُ؛ ففیه وجهان:

(٢) في ز: فرد.

(١) في ز: المعوض.

أحدهما: أنه يحكم بالحرية مؤاخَذة له بإقراره.

وأصحهما - وقد نص عليه - : أنه لا يُؤاخَذُ به، ويحمل قوله على ظاهر الحال؛ وهو صِحَّةُ الأَدَاءِ.

والوجهان كالوجهين فيما إذا خرج المبيع مُسْتَحَقًّا، وكان قد قال في مُخَاصِمَةِ المدعي: إنه كان ملكاً لفلان إلى أن ابتعته منه أنه: هل يرجع بالثمن على بائعه؟

واقصر صاحب «التهذيب» على إيرادِ الوَجْهِ الأَصَحِّ في المسألتين، ثم قال: ولو [اختلفا]<sup>(١)</sup> فقال المُكَاتِبُ: أعتقتني بقولك: أنت حرٌّ، وقال السيد: أردت أنك حرٌّ بما أَدَيْتَ، وبأنَّ أنه لم يَصِحَّ الأَدَاءُ، فالقول قَوْلُ السيد مع يَمِينِهِ.

وهذا السِّيَاقُ يَدُلُّ على أن مُطْلَقَ كَلَامِ السيد مَحْمُولٌ على أنه حرٌّ بما أدى؛ وإن لم يخبر عن<sup>(٢)</sup> إرادته. وذكر الصِّدْلَانِيُّ أن قِيَاسَ تَصْدِيقِ السيد في المسألة أنه لو قيل لرجل: طَلقت امرأتك؟ فقال: نعم طَلَّقْتُهَا. ثم قال: إنما قلت ذلك على ظَنِّ أن اللَّفْظَ الذي جرى بيننا طَلَّاقُهُ، ثم راجعت المفتيين فقالوا لا يَقَعُ بها شَيْءٌ، وقالت المَرْأَةُ: بل أردت إنشاء الطَّلَاقِ. والإقرار بِطَلَاقٍ آخر أنه يقبل قوله مع يَمِينِهِ.

وكذا الحُكْمُ في مثله في العِتْقِ، وهذا قد ذَكَرَهُ غيره، ونقله القاضي الرُّوْيَانِيُّ، ولم يعترض عليه. ولكن قال الإمام: هذا عندي وَهْمٌ وَعَلْطٌ، فإن الإقرارَ جرى بصريح الطَّلَاقِ، فَقبُولُ قوله بِنَاءٍ على ما يَدْعِيهِ، ويتعارض فيه صِدْقُهُ، وكذبه مُحَالٌ، ولو فتح هذا الباب لما اسْتَقَرَّ إقْرَارُ المقر به، وليس ذلك كإطلاق لفظ الحرية على أنه قَبْضُ النجوم، فإنه مَحْمُولٌ على الإخْبَارِ عما يقتضيه القَبْضُ.

وفي مسألة الطَّلَاقِ لم توجد الإِشَارَةُ إلى واقعة، وإنما وجد سؤال مطلق، وجواب مُطْلَقٌ<sup>(٣)</sup>.

(١) في ز: أخلفا.

(٢) في ز: يجزعي.

(٣) قال في الخادم: ما حكاه عن الصيدلاني والرويانى في مسألة الطلاق جزم به الشيخ أبو علي السنجى في شرح التلخيص والفروانى في الإبانة ولم يحكىا فيه خلافاً وجرى عليه في الوجيز وتابعه صاحب الحاوي الصغير ويشهد له ما قاله الخوارزمي في الكافي فيما إذا قال بعث هذه الدار من فلان ثم قال ظننت هذا البيع صحيحاً فأقررت ثم بان أن لا عيب فالأصح في زوائد الروضة بطلان الفسخ لأنه بغير حق لكن ذكر في تصحيح التنبيه أن الوارث إذا أجاز الوصية بأكثر من الثلث ثم قال أجزت لأن ظننت أن المال كثير وقد بان خلافه أن الأصح أنه لا يقبل قوله ومثله ما حكاه في البحر في آخر باب العفو عن المهر لو قال لرجل أبرأتك من ألف درهم، وهو لا يعلم أن له عليه شيئاً، ثم علم أنه كان له عليه ألف درهم، قال الأصحاب: تصح البراءة في الحكم، ولا يقبل قوله أنني لم أعلم ذلك، وهل يبرأ في الباطن فيما بينه وبين الله تعالى وجهان: =

واعلم أن في كلام الإمام إشعاراً بأن قوله: أنت حُرٌّ، إنما يقبل تنزيهه على الحرِّيَّة بموجب القَبْضِ إذا رَتَّبَهُ عَلَى الْقَبْضِ، كما صور في الكتاب، فلو قال له عند القَبْضِ: اذهب فأنت حُرٌّ. وإن في مسألة الطَّلَاقِ لو وجدت قَرِينَةً عند الإِفْرَاقِ بأن كانا يَتَخَاصِمَانِ في لفظة «أَطْلَقَهَا»، فقال ذلك، ثم أبْدَى التَّأْوِيلَ المذكور، يقبل أيضاً، فإن في الصورتين لو انفصلَ قوله عن القَرَائِنِ لم يقبل التَّأْوِيلُ.

وهذا التفصيل قَوِيمٌ لا بَأْسَ بِالْأَخْذِ بِهِ.

لكن قال في «الوسيط»: لا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ<sup>(١)</sup> قوله: أنت حُرٌّ جَوَاباً عَنْ سَوَالِ حُرِّيَّتِهِ أَوْ ابْتِدَاءً، وَبَيْنَ أَنْ يَكُونَ مَتَصِلاً<sup>(٢)</sup> بِقَبْضِ النُّجُومِ أَوْ غَيْرِ مُتَّصِلٍ لَشُمُولِ العُدْرِ، وَمَالَ كَذَلِكَ إِلَى قَبُولِ التَّأْوِيلِ فِي الإِفْرَاقِ بِالطَّلَاقِ وَغَيْرِهِ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ العَزَالِيُّ: الحُكْمُ الثَّانِي حُكْمُ الأَدَاءِ، وَفِيهِ سَبْعُ مَسَائِلَ: (الأولى) أَنَّهُ يَجِبُ الإِيتَاءُ بِحِطِّ شَيْءٍ مِنَ النُّجُومِ أَوْ بِذَلِكَ شَيْءٍ، وَلَا يَجِبُ فِي الكِتَابَةِ الفَاسِدَةِ عَلَى الأَظْهَرِ (و) لَا يَجِبُ فِي الإِعْتِاقِ بَعْوَضٌ، وَلَا فِي بَيْعِ العَبْدِ مِنْ نَفْسِهِ، وَلَا فِي الإِعْتِاقِ مَجَاناً، وَفِي وُجُوبِ تَقْدِيمِهِ عَلَى وَفْتِ العِتْقِ وَجِهَانٍ، وَيَكْفِي أَلُّ مَا يَتَمَوَّلُ، وَقِيلَ: بَلْ مَا يَلِيْقُ بِالحَالِ إِلاَّ أَنْ يَمُوتَ قَبْلَ الإِيتَاءِ فَتَكُونُ الزُّيَادَةُ فِي التَّرَكَّةِ كَوَاصِيَةً يُضَارِبُ بِهَا الوَصَايَا لَا كَدَيْنٍ، وَلَوْ بَقِيَ مِنَ النُّجُومِ قَدْرٌ لَا يَقْبَلُ فِي الإِيتَاءِ أَلُّ مِنْهُ إِذَا قُلْنَا يَجِبُ أَكْثَرُ مِمَّا يَتَمَوَّلُ فَلَيْسَ لِلسَّيِّدِ تَعَجُّيزُهُ، وَلَا يَحْصُلُ التَّقَاصُّ لِأَنَّ الإِيتَاءَ يَجُوزُ مِنْ غَيْرِ مَالِ الكِتَابَةِ وَلَكِنْ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مِنْ جِنْسِهِ، فَلَوْ عَدَلَ إِلَى غَيْرِ جِنْسِهِ فَفِيهِ وَجْهٌ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ تَعَبُّدُ كَمَا فِي الزُّكَاةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: يَجِبُ عَلَى السَّيِّدِ إِيْتَاءَ المُكَاتَبِ<sup>(٣)</sup>؛ بقوله تعالى: ﴿وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ

= المذهب المنع، لأنه إذا لم يعلم الدين فهو مجهول، قال وعلى هذا الخلاف إذا اعتقدت قبض مهرها فقالت أبرأتك عن مهري ثم بان بقاؤه عليه أو قال أبرأتك مما استحقه عليك من الشفعة وله الشفعة في الباطن وهو لا يعرفها في الظاهر هل يبرأ أم لا، وهكذا لو طلق امرأة ثم بان زوجته وأعتق جارية ونسي أن له جارية فبان جاريته وكان اعتقاده أنه يطلق ويعتق أجنبية، وجهان. انتهى.

(١) سقط في: ز. (٢) في ز: منفصلاً.

(٣) قال في القوت: استثنى في اللباب والروثق والشافعي والتحرير للجرجاني من وجوب الحط والإيتاء صورتين:

الأولى: أن يكتبه على منفعة نفسه.

والثانية: أن يكتبه والثالث لا يحتمل أكثر من قيمته.

وفي البيان وغيره أنه لو وهب لعبده النجوم عتق، وهل له أن يطالب سيده بالإيتاء فيه وجهان أرسلهما في كتاب الصداق من شرح الوسيط.

اللَّهُ الَّذِي آتَاكُمْ ﴿ [النور - ٣٣] وذهب أبو حنيفة ومالك: إلى أن الإيتاء يُستحب، وليس بواجب، واختاره القاضي الرؤياني في «الحلية».

والإيتاء بأن يخط عنه شيئاً من النجوم، أو يبذل شيئاً، ويأخذ النجوم. أما الثاني فظاهر، فإن البذل إيتاء؛ وهو المأمور به في الآية وأما الخط فقد روي ذلك عن الصحابة - رضي الله عنهم - قولاً وفعلاً منهم: علي وابن عمر - رضي الله عنهم - .  
وحكي خلاف عن الأصحاب - رحمهم الله - في أن الأضل في الإيتاء البذل، والخط بدل عنه أو الأمر بالعكس.

وجه الأول: أن ظاهر الآية يشعر به.

وجه الثاني: أن المقصود إعائته ليعتق، والإعائته في الخط محققة، وفي البذل موهومة؛ فإنه قد ينفق المال في جهة أخرى. وهذا أظهر، ويحكى عن نَصِه - رضي الله عنه - في «الأم»، ولذلك تقول: الخط أولى من البذل. ثم في الإيتاء مسائل:

إحداها: في محل الإيتاء، وهي الكتابة الصحيحة، وفي وجوبه في الفاسدة وجهان:

أظهرهما: المنع؛ ويتأهما بغضهم على أن الأضل الخط، أو البذل، إن قلنا بالأول لم يجب؛ فإن النجوم غير ثابتة فيها حتى يجب الخط، وإذا لم يثبت الأضل لم يثبت البذل وهو البذل وإن قلنا: الأضل البذل؛ فلا يمتنع إيجاب شيء على السيد تشبيهاً<sup>(١)</sup> للكتابة الفاسدة بالصحيحة، كما شابهتها في حصول العتق وغيره.

وإذا أوجبنا فيها الإيتاء، فمن قضايها: استحقاق السيد قيمة الرقبة، فلو خط شيئاً منها عن جهة الإيتاء كفى. ومن أعتق عبده على عوض، أو باعه من نفسه فلا إيتاء عليه في ظاهر المذهب، وهو المذكور في الكتاب. وعن رواية الشيخ أبي محمد وجه: أنه يجب الإيتاء في كل عقد عتاقة على عوض، ولا خلاف في أنه لا يجب في الإعتاق<sup>(٢)</sup> بغير عوض.

والثانية: في وقته ومتى يجب؟

فيه وجهان:

أحدهما: بعد العتق لتكون بلغة له؛ كما تجب المتعة بعد الطلاق.

وأصحهما - وبه قال أبو إسحاق -: أنه يجب قبل العتق ليستعين به على تحصيل

(٢) في ز: أي إعتاق.

(١) في ز: شبيهاً.

العِتْقِ، كما يُدْفَعُ إِلَيْهِمْ سَهْمُ الرُّقَابِ قَبْلَ العِتْقِ. وعلى هذا فإنما يَتَعَيَّنُ فِي التَّجْمِ الأَخِيرِ.

وأما وقت الجَوَازِ، فمن أول عَقْدِ الكِتَابَةِ، ويجوز بعد الأَدَاءِ، أو حصول العِتْقِ أيضاً، ولكنَّ سَبِيلَهُ سَبِيلُ القِضَاءِ إذا أوجبنا التَّقْدِيمَ على العِتْقِ.

وفي طريقة الصَّيْدَلَانِيِّ - نقل وَجْهٍ: أنه لا يجوز الإيتاءُ مما قبل التَّجْمِ الأَخِيرِ؛ بل يجب أن يحط منه ليرتب عليه العِتْقُ، أو يُؤْتِيَهُ بعد العِتْقِ؛ ليحصل التَّمْلِيكَ الكَامِلُ، وقد يشعر قوله في الكتاب: «وفي وجوب تقديمه على وقت العِتْقِ وجهان»؛ فإنَّ إذا لم تُوجِبِ التَّقْدِيمَ يجوز<sup>(١)</sup> التَّقْدِيمَ والتَّأخِيرَ جَمِيعاً.

ومنهم من يُشْعِرُ إِرَادَةَ بوجوب التأخير كما قَدَّمْنَا.

والثالثة: في قَدْرِهِ؛ وفيه وجهان:

أصحهما - وهو المنصوص في «الأم» -: أنه لا يتقدر<sup>(٢)</sup> بل يكفي ما يتمول، ويقع عليه الاسم؛ لأنه لم يَرِذْ فيه تَقْدِيرٌ.

وقوله: «مِنْ مَالِ اللّهِ»؛ يتناول القليل والكثير.

والثاني - ويحكى عن أبي إسحاق -: أنه يَنْبَغِي أن يكون قَدْرًا يَلِيْقُ بالحال، ويستعين به على العِتْقِ، دون القليل الذي لا وَقَعَ له. وعلى هذا، فيختلف الحال بِقَلَّةِ المال وكثرته، فإن لم يَتَّفَقَا على شيء قَدْرَهُ الحاكم بالاجتهاد، وينظر فيه إلى قُوَّةِ العبد واكتسابه. وعن رواية ابن القَطَّانِ وَجْهٌ: أنه يُعْتَبَرُ حَالُ السَّيِّدِ في اليسار والإعسار<sup>(٣)</sup>.

وعن الأَصْطَخْرِيِّ: أنه يحتمل أن يُقَدَّرَ بِرُبْعِ العُشْرِ، والمُسْتَحَبُّ قَدْرُ الرِّبْعِ، روي ذلك عن علي - كرم الله وجهه -.

وفي وجه ضعيف: التُّلْثُ، فإن لم تسمح نَفْسُهُ بذلك، فالسُّبْعُ مَخْبُوبٌ؛ لما روي أن ابن عمر - رضي الله عنهما - كَاتَبَ عَبْدًا له بخمسة وثلاثين ألف درهم، وَحَطَّ عنه خمسة آلاف<sup>(٤)</sup>، وخمسة سُبْعِ خمسة وثلاثين. قال في «الوسيط»: وكان السُّبْعُ إلى العشر لَأَتْقًا.

(١) في ز: لجواز. (٢) في ز: يتعدد.

(٣) ومقتضاه ترجيح الأول. وحكى الماوردي الوجه الثاني عن أبي إسحاق اعتباراً بالمنفعة. قال: ويعتبر ثلاثة أمور:

أحدها: كثرة مال الكتابة وقتله. والثاني: قوة العبد وضعفه فالضعيف الكسب أكثر وقوته أقل. والثالث: يسار السيد وإعساره.

(٤) رواه مالك في الموطأ بهذا، وأخرجه البيهقي [٢٣٠/١٠] من طريق أيوب عن نافع عن ابن عمر.

والرابعة: في جنسِهِ.

والإيتاء بِالْحَطِّ لا يكون إلا من عَيْنِ مَالِ الْكِتَابَةِ.

وأما الْبَذْلُ؛ فَإِنْ كَانَ الْمَبْدُولُ مِنْ جِنْسِ مَالِ الْكِتَابَةِ كَبَدْلِ الدَّرَاهِمِ عَنِ الدَّنَانِيرِ، فَلَا يُلْزَمُ الْمُكَاتَبُ قَبُولَهُ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ﴾ [النور - ٣٣] يريد مَالِ الْكِتَابَةِ.

قال الإمام: ووجدت في كَلَامِ بَعْضِ الْأئِمَّةِ - رحمهم الله - مَا يَدُلُّ عَلَى أَنْ غَيْرَ الْجِنْسِ مجزىء.

وقوله في الكتاب: «ففيه وجه: أنه لا يجوز تَعَبُّدًا كما في الزكاة»، يشير إلى ترجيح الْجَوَازِ. وقد صرح به في «الوسيط».

والظاهر الذي أوردَهُ الْأَكْثَرُونَ: الْمَنْعُ.

والمقصود من الْجَوَازِ وعدمه أنه هل يُجْبَرُ الْمُكَاتَبُ عَلَى قَبُولِهِ أَوْ لَا يُجْبَرُ؟ فَأَمَّا إِذَا رَضِيَ الْمُكَاتَبُ بِغَيْرِ الْجِنْسِ، فَيَجُوزُ لَا مَحَالَةَ، نص عليه. فَإِنَّ الْكِتَابَةَ مِنْ قَبِيلِ الْمُعَامَلَاتِ، فَلَا [يُنْحَى] <sup>(١)</sup> بِهَا عَلَى نَحْوِ الْعِبَادَاتِ، عَلَى أَنَّ الْإِمَامَ قَالَ: إِذَا مَنَعْنَا نَقْلَ الصَّدَقَةِ [وَانْحَصَرَ] <sup>(٢)</sup> الْمُسْتَحِقُّونَ، فَقَدْ نَقُولُ لَهُمْ: أَنْ يَتَعَاضُوا عُرُوضًا عَنْ حَقُوقِهِمْ.

ولو كان الْمَبْدُولُ مِنْ غَيْرِ مَالِ الْكِتَابَةِ، وَلَكِنْ مِنْ جِنْسِهِ، فَهَلِ عَلَيْهِ الْقَبُولُ؟

فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لظاهر الآية.

والأظهر - وهو الْمَذْكُورُ فِي الْكِتَابِ -: نعم؛ كما في الزكاة، ولأن الْمَقْصُودَ الْإِعَانَةَ، وَهِيَ حَاصِلَةٌ.

وفي الفصل وَرَاءَ مَا أوردناه فَرَعَانِ:

أحدهما: إِذَا مَاتَ السَّيِّدُ بَعْدَ أَخْذِ النُّجُومِ، وَقَبْلَ الْإِيْتَاءِ، فَعَلَى الْوَرِثَةِ الْإِيْتَاءُ، فَإِنْ كَانُوا صِغَارًا تَوَلَّاهُ الَّذِي يَلِي أَمْرَهُمْ، ثُمَّ لَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ مَالُ الْكِتَابَةِ أَوْ بَعْضُهُ بَاقِيًا [بِحَالِهِ] <sup>(٣)</sup> أَوْ لَمْ يَكُنْ إِنْ كَانَ بَاقِيًا، فَيُؤْخَذُ الْقَدْرُ الْوَاجِبُ مِنْهُ، وَلَا يَزَاحِمُ الْمُكَاتَبُ فِيهِ أَزْيَابَ الدِّيُونِ، وَلَا أَزْيَابَ الْوَصَايَا، [لأن حقه] <sup>(٤)</sup> فِي عَيْنِهِ، أَوْ هُوَ كَالْمَرْهُونِ بِحَقِّهِ هَكَذَا ذَكَرَهُ الْقَفَّالُ، وَحَكَاهُ الْقَاضِي ابْنُ كَعْبٍ عَنِ النَّصِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فِي «الْمَبْسُوطِ».

(١) سقط في: ز.

(٢) في ز: والحصر.

(٣) سقط في: ز.

(٤) في ز: لا رجعة.

وإن لم يكن بآقياً؛ فعن أبي إسحاق، وغيره وجه: أن الواجب<sup>(١)</sup> الإيتاء لكونه غير مُقَدَّرٍ ضعيف، فيؤخر عن الدين، ويجعل في مرتبة الوصايا.

وذكر وجه آخر: أن على قولنا: إن القاضي يُقَدِّرهُ باجتهاده، فُقَدَّرَهُ أَقْلُ ما يتمول منه في مرتبة الديون، والزيادة عليه في مرتبة الوصايا لضعفه وهذا ما أوردته في الكتاب مُسْتَثْنَى عن قولنا: إن الواجب ما يُقَدِّرهُ القاضي، ويليق بالحال، فقال: «إلا أن يموت قبل الإيتاء...» إلى آخره.

وكان مَنْ قَالَ به يقول: الزيادة على أَقْلٍ ما يتمول لا يليق بحال الميت؛ لأنه مُعْسِرٌ. وظاهر المذهب أن ما يحكم بوجوبه على اختلاف الوجهين كسائر الديون يُقَدَّمُ على الوصايا، فإن أوصى بزيادة على الواجب، فتلك الزيادة من الوصايا.

واعلم أن الحكاية عن نص الشافعي - رضي الله عنه - في «المختصر» أن المكاتب يُحَاصُّ بالذي له أهل الدين والوصايا.

واعترض المُرْزِيُّ وقال: يلزمه أن يقدمه على الوصايا، وكيف يُحَاصُّ الفريقين، والديون مُقَدَّمَةٌ على الوصايا، فإن حَاصُّ أهل الديون يقدم على الوصايا، وإن حَاصُّ أهل الوصايا تَقَدَّمَتِ الديون عليه. واختلف الأصحاب - رحمهم الله - في الجواب على وجه: أحدها: أن الكاتب غلط، وإنما قال الشافعي - رضي الله عنه - يُحَاصُّ أهل الديون دون الوصايا.

والثاني: عن ابن سريج تنزيل<sup>(٢)</sup> النص على ما إذا أوصى أن يكون الإيتاء والديون من الثلث، وكان الثلث يحتملها، والوصايا أيضاً؛ فيتخاصون<sup>(٣)</sup> جميعاً في الثلث.

والثالث: تنزيله على ما إذا قدر القاضي شيئاً باجتهاده فيحاصُّ أرباب<sup>(٤)</sup> الديون بأقل ما يتمول منه، وأرباب الوصايا بالزيادة. وهو الوجه الذي قَدَّمْنَاهُ.

والرابع: تنزيله على ما إذا أوصى السيد بزيادة على القدر الواجب، فيحاصُّ أرباب الديون بالواجب، وأرباب الوصايا بالزيادة.

وبهذا قال ابن خيران، وشبه ذلك بما أوصى بأن يمح عنه بالحجة الواجبة من بلده، فُقَدَّرَ أَجْرَةَ الحج من الميقات من رأس المال، والزيادة تُعْتَبَرُ من الثلث.

الفَرْعُ الثَّانِي:

إذا لم يبق من النجوم إلا القدر الواجب في الإيتاء، فلا تسقط ولا يَحْضُلُ

(٢) سقط في: ز.

(١) في ز: أنه واجب.

(٤) في ز: له باب.

(٣) في ز: فيتخاصمون.



التَّقَاضُ، لَأَنَا - وَإِنْ جَعَلْنَا الحَطَّ أَصْلًا - فَلِلسَّيِّدِ أَنْ يُؤْتِيَهُ بَدَلًا عَنْهُ، وَلَا يَجُوزُ لِلسَّيِّدِ تَعَجُّيزُهُ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ مِثْلَهُ، وَلَكِنْ يَرْفَعُهُ المُكَاتَّبُ إِلَى الحَاكِمِ حَتَّى يَرَى رَأْيَهُ، وَيَفْصَلُ الأَمْرَ بَيْنَهُمَا. وَإِنْ جَعَلْنَا الإِيتَاءَ أَصْلًا؛ فَعَنْ القَاضِي الحُسَيْنِ أَنَّ لَهُ تَعَجُّيزَهُ بِالبَاقِي إِذَا لَمْ يَجْبِرْهُ، وَإِذَا عَجَّزَهُ سَقَطَ الإِيتَاءُ وَارْتَفَعَ العَقْدُ مِنْ أَصْلِهِ.

قال الإمام: وهذا عندي غير صحيح، وإنما شرع الإيتاء لئلا يَعْجَزَ العَبْدُ بِقدره وَلَا يَفُوتَ العِتْقُ. وَلْيُعَلِّمَ مَا ذَكَرْنَا قَوْلَهُ فِي الكِتَابِ: «وَلَيْسَ لِلسَّيِّدِ تَعَجُّيزُهُ» بِالوَاوِ. «فروع»:

إذا قلنا: أيجتهد القاضي في القدر؟

فقد قال الإمام: ما يستيقن<sup>(١)</sup> أن له وقع له بالإضافة إلى مال الكتابة فهو غير كافٍ، وما [يستيقن أن له وقعا]<sup>(٢)</sup> فهو كافٍ. وإذا تردّد فعند التردّد يتعاضض فيه أضلان:

أحدهما: براءة ذمة السيد.

والثاني: بقاء الأمر بالإيتاء، ويلتحق بأطراف تقابل الأصليين والله أعلم.

قَالَ النُّزَلِيُّ: الثَّانِيَةُ: لَوْ عَجَّلَ النُّجُومَ قَبْلَ المَحَلِّ أُجِبَرَ عَلَى القَبُولِ كَمَا لَوْ عَجَّلَ دَيْنًا بِهِ رَهْنٌ، وَفِي سَائِرِ الدُّيُونِ وَجِهَانٍ، وَإِنْ كَانَ عَلَى السَّيِّدِ ضَرَرٌ أَوْ كَانَ وَقْتُ خَارَةِ لَمْ يَجُزْ، فَإِنْ كَانَ العَقْدُ أَنشِئَ فِي وَقْتِ الفَارَةِ فَوَجِهَانٍ، فَلَوْ كَانَ غَائِبًا قَبِضَ القَاضِي عَنْهُ، وَلَوْ قَالَ لَا أَخْذُ فَإِنَّهُ حَرَامٌ أُجِبَرَ عَلَى القَبُولِ وَالقَوْلِ قَوْلِ المُكَاتَّبِ، وَلَكِنْ هَلْ يَنْتَزِعُ مِنْ يَدِهِ بَعْدَ القَبُولِ لِأَجْلِ إِفْرَارِهِ؟ فِيهِ وَجِهَانٍ: أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يَنْتَزِعُ وَيُحْفَظُ فِي بَيْتِ المَالِ أَوْ يُسَلِّمُ إِلَى مَالِكِهِ إِنْ أَقْرَ لِمَالِكٍ مُعَيَّنٍ، وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَنْتَزِعُ فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُقْبَلُ رُجُوعُهُ وَيَنْتَفِذُ تَصَرُّفَهُ إِذَا كَذَّبَ نَفْسَهُ، وَلَوْ قَالَ السَّيِّدُ: إِنْ عَجَلْتُ بَعْضَ النُّجُومِ فَقَدْ أَبْرَأْتُكَ عَنِ البَاقِي لَمْ يَصِحَّ (ح و) الإِبْرَاءُ، وَلَوْ عَجَّلَ البَعْضَ بِشَرْطِ لَمْ يَصِحَّ (ح و) الأَدَاءُ، فَإِنْ وَقَى السَّيِّدُ وَأَبْرَأَ فَهَلْ يَنْقَلِبُ القَبْضُ صَاحِبًا بِرِضَاةِ السَّابِقِ المُعَلَّقِ عَلَى الأَدَاءِ؟ فِيهِ قَوْلَانِ، وَلَوْ أَنشَأَ رِضًا جَدِيدًا فَلَا شَكَّ أَنَّهُ يَنْقَلِبُ مِنْ حِينِهِ لِأَنَّ دَوَامَ القَبْضِ كَأَيَّدَاتِهِ.

قال الرافعي: في المسألة قواعِدُ يَتْلُوها فروع:

إِخْدَى القَوَاعِدِ: إِذَا عَجَلَ المُكَاتَّبُ النُّجُومَ قَبْلَ المَحَلِّ، نُظِرَ: إِنْ لَمْ يَلْحَقِ السَّيِّدَ

(٢) في ز: يستقر أنه له دفعا.

(١) في ز: يستقر.

ضَرَرَ فِي الْقَبُولِ؛ أَجْبَرَ عَلَيْهِ<sup>(١)</sup>؛ لِأَنَّ لِلْمَكَاتِبِ عَرَضًا ظَاهِرًا فِيهِ، وَهُوَ تَنْجِيزُ الْعَتَقِ، أَوْ تَقْرِيْبِهِ، وَلَا ضَرَرَ عَلَى السَّيِّدِ مِنْ قَبُولِهِ<sup>(٢)</sup>، وَلِأَنَّ الْمَحَلَّ حَقٌّ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ، فَإِذَا أَسْقَطَهُ يَنْبَغِي أَنْ يَسْقُطَ، وَقَدْ وَرَدَ فِيهِ الْأَثَرُ عَنْ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -؛ وَإِنْ لِحَقِّ السَّيِّدِ ضَرَرَ بِأَنَّ كَانَ لَا يَبْقَى بِحَالِهِ إِلَى وَقْتِ الْحُلُولِ، كَالطَّعَامِ الرَّطْبِ، أَوْ كَانَ يَلْزِمُهُ مُؤَنَّةٌ كَعَلْفِ الْحَيَوَانَ، وَمَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لِلْحِفْظِ، أَوْ كَانَ فِي أَيَّامِ فِتْنَةٍ وَعَارَةِ؛ فَلَا يُجْبَرُ عَلَى الْقَبُولِ.

نعم؛ لو أنشئ العقد في وقت الفتنه والعاره، ففيه وجهان:

أحدهما: يُجْبَرُ؛ لِاسْتِوَاءِ الْحَالَتَيْنِ، كَمَا لَوْ<sup>(٣)</sup> اسْتَوَى فِي الْأَمْنِ.

وأصحهما: المنع؛ لأنها قد تزول عند المحل.

ولو أتى بالنجوم في غير بلد العقد؛ فإن كان في الثقل مؤننه، أو كان الطريق، أو ذلك البلد مخوفاً لم يُجْبَرُ عَلَى الْقَبُولِ وَإِلَّا فَيُجْبَرُ.

وقوله في الكتاب: «وفي سائر الديون المؤجلة وجهان»، لا يمكن حملُه على ما سوى النجوم مطلقاً، وكيف وقد ذكر أنه لو عجل ديناً به رهن يُجْبَرُ عَلَى الْقَبُولِ لَفُكُّ الرَّهْنِ.

وقد سبق ذلك في «باب السلم»، وبيئنا هناك أنه إذا لم يكن للتعجيل عرض سوى براءة الذمة؛ ففي إجبار المستحق على القبول قولان:

أظهرهما: الإيجاب، فليحمل قوله: «وفي سائر الديون المؤجلة» على ذلك، أي الديون التي لا يتعلّق بتعجيلها عرض عتق<sup>(٤)</sup> وفك رهن، وغيرهما.

الثانية: إذا أتى المكاتب بالنجوم في محله، والسيد غائب، فيقبض القاضي عنه، وكذا يقبض عنه إذا امتنع وهو حاضر، ويعتق العبد. ولو أتى بالنجم قبل المحل والسيد غائب؛ فكذلك يقبض عنه إذا عرف أنه لا ضرر على السيد في أخذه.

قال الصيّدلاني: وبمثله لو كان لغائب دين على آخر، فأتى به الحاكم؛ هل يقبضه للغائب؟ فيه وجهان:

أظهرهما: المنع؛ لأنه ليس للموذي عرض إلا سقوط الدين عنه، والنظر للغائب

(١) قال في الخادم: زاد في المحرر فإن أتى قبضه القاضي، وليس ذلك في الشرح والروضة هنا ولكن ذكره فيما إذا أتى بالنجم والسيد غائب فقال: يقبضه عنه، وكذا يقبضه عنه إذا امتنع وهو حاضر.

(٢) في أ: في القبول.

(٣) سقط في: ز.

(٤) سقط في: ز.

أن يترك المَالَ في ذِمَّة المَلِيء فإنه خَيْرٌ من أن يصير أمانةً في يد الحاكم<sup>(١)</sup>.

الثالثة: إذا أتى المُكَاتِبُ بالنجوم، فقال السَّيِّدُ: هذا حَرَامٌ أو مَغْصُوبٌ؛ نُظِرَ: إن أقام على ما يقوله بَيِّنَةٌ لم يُجَبَّرَ على قَبُولِهِ [وتسمع هذه البَيِّنَةُ؛ لأن له في إقامتها غَرَضاً ظاهراً، وهو الامْتِنَاعُ عن الحرام. هكذا أطلقه كثيرون.

وقال الصَّيْدَلَانِيُّ: إنما يقيم البَيِّنَةُ<sup>(٢)</sup> ويسمع إذا عَيَّن له مَالِكاً، أما إذا لم يُعَيَّن فلا تَتَّصِرُ البَيِّنَةُ للمجهول، ولا معنى لقولهم: إنه مَغْصُوبٌ.

وللمطلقين أن يقولوا: إذا كان مَفْضُودٌ هذه البَيِّنَةُ الامْتِنَاعُ عن الحرام لم يبعد قَبُولُهَا على الإِطْلَاقِ، وإن لم تكن بَيِّنَةٌ، فالقول قول المُكَاتِبِ: إنه له مع يَمِينِهِ؛ لظاهر اليَدِ، فإن نَكَلَ حَلَفَ السَّيِّدُ، وكان كما لو أقام البَيِّنَةَ.

وعن ابن أبي هُرَيْرَةَ وَجْهٌ حكاها القاضي ابْنُ كَعْبٍ أن المُكَاتِبَ يحتاج إلى البيئنة. والمشهور الأول، ولا يثبت بَيِّنَةُ السَّيِّدِ حَقَّ المالك الذي عَيَّنَهُ، ولا يسقط بِحَلْفِ المكاتب حقه.

ثم إذا حَلَفَ العبد، فظاهر المَذْهَبِ أنه يجبر السَّيِّدُ على قَبُولِهِ، أو إِبْرَائِهِ عن ذلك القَدْرِ، فإن امتنع منهما أخذ الحاكم النُّجُومَ، وَعَتِقَ العبد. وقد نص الشافعي - رضي الله عنه - فيما إذا اشْتَرَى نَخِيلاً، وَأَقْلَسَ، ورجع البائع في النُّخِيلِ، وعليها ثمرة؛ فقال المُشْتَرِي: حدثت في مِلْكِي، وقال البائع: بل كانت على النُّخِيلِ وقت<sup>(٣)</sup> البيع، وصدق بعض العُرَمَاءِ المُشْتَرِي دون بعض، أنه يُصَدِّقُ المُشْتَرِي.

وأنه إذا حَلَفَ تُدْفَعُ الثمرة إلى مَنْ صَدَّقَهُ دون من كَذَبَهُ.

فحكى الشيخ أبو حَامِدٍ أن من الأَصْحَابِ من قال: قَضِيَّةُ قوله: لا تدفع الثمرة إلى المكذب إلا يجبر السَّيِّدُ على القَبُولِ ها هنا، وأن فيهما<sup>(٤)</sup> قولين بالثَّقَلِ والتخريج، والأكثرون امتنعوا منه.

وقالوا في الفَرَقِ إذا دفعت الثَّمَرَةُ إلى من صَدَّقَهُ، بَرِئَتْ ذِمَّتُهُ عن الدَّيْنِ بقدرها، ولم يتضرر. وها هنا لو لم يُجَبَّرِ السَّيِّدُ على الأَخْذِ تَضَرَّرَ بقاء الرُّقِّ.

ويجوز أن يُعَلَمَ لما بَيَّنَّا قوله في الكتاب: «أجبر على القبول» بالواو واللفظة

(١) قال في الخادم: وهذه المسألة وقع فيها اضطراب للرافعي وقد سبقت مواضع منها باب الشاهد واليمين وتعليل الرافعي يشعر بأن محل الخلاف في الملىء فإن كان غير مليء وجب أخذه جزماً.

(٢) سقط في: ز. (٣) في أ: يوم.

(٤) في ز: فيها.

تحتاج إلى ضميمته المعنى أُجِبَرَ على القَبُولِ، أو الإِبْرَاءِ عن ذلك القدر، أو أُجِبَرَ على القَبُولِ إن لم يبريء عنه. ثم إذا أخذه السَّيِّدُ، نُظِرَ إن عَيَّنَ له مَالِكًا أَمَرَ بِتَسْلِيمِهِ إليه مُؤَاخَذَةً له بإقراره، وإن لم يقبل قوله على المُكَاتَبِ - وإن لم يعين مالكا، واقتصر على قوله: «إنه حرام»، «أو مَفْصُوبٌ»، «أو مَسْرُوقٌ»، فوجهان:

أحدهما: أنه يَنْتَزِعُهُ الحاكم، ويحفظه في بَيْتِ المالِ إلى أن يَظْهَرَ مالكه. وأظهرهما: المَنْعُ؛ فإنه لم يقر لمعين.

وذكر الرُّوْيَانِيُّ وغيره - رحمهم الله - على هذا أنه يُقَالُ: له إمساكه إلى أن يَتَبَيَّنَ صَاحِبُهُ، ويمنع من التَّصْرُفِ فيه.

ولو كَذَّبَ نَفْسَهُ، وقال: هو لِلْمُكَاتَبِ، كما ادَّعَا.

قال الإِمَامُ: المذهب أنه يقبل وينفذ تَصْرُفَهُ. بحسبه، ويجوز أن يُوجَّهَ الآخر بأنه أَقْرَبُ بأنه حَرَامٌ عليه، فلا يتمكن من الرجوع عنه.

قال: وإن قلنا: إن الحاكم يزِيلُ يَدَهُ، فالظَّاهِرُ أنه لو كَذَّبَ نفسه لا يقبل.

وقوله في الكتاب: «فيه وجهان أحدهما أنه يُنْزَعُ، ويحفظ في بيت المال، أو يسلم إلى مالكه إن أقر لمالك معين» يشعر بِإثباتِ الخلاف في الانْتِزَاعِ مع الإقرار لِمُعَيَّنٍ ليسلم إليه، ولا خِلافٍ في أنه يُؤْمَرُ بالتسليم إليه، لكن لا يجوز<sup>(١)</sup> قَرْضُ الخلاف في أَنَا هل [ننزعه لنسلمه]<sup>(٢)</sup> إليه إذا كان غَائِبًا مَثَلًا. هذه هي القَوَاعِدُ.

وأما الفروع<sup>(٣)</sup>: فلو جاء المُكَاتَبُ بالنَّجْمِ عند المَحَلِّ، وشرط على السيد أن يُبْرِئَهُ، فالشرط لُغَوً، وللسَّيِّدِ أَخْذُهُ، ولا يلزمه الإِبْرَاءُ عن الباقي.

ولو عَجَّلَ قبل المَحَلِّ على أن يُبْرِئَهُ عن الباقي؛ فأخذه وأبرأه لم يَصِحَّ القَبْضُ ولا الإِبْرَاءُ، خلافاً لأبي حَنِيفَةَ وأحمد.

ولو قال السيد: أبرأتك عن كذا بشرط أن تُعَجَّلَ لي الباقي، وإذا عَجَلْتَ كذا، فقد أبرأتك عن الباقي، فَعَجَّلَ لم يَصِحَّ القَبْضُ ولا الإِبْرَاءُ أيضاً، وإذا لم يَصِحَّ لم يَحْضِلِ العِتْقُ، وعلى السيد رَدُّ المَأْخُوذِ. هذا ظاهر المذهب.

وأشار المُرْتَبِيُّ إلى تَرَدُّدِ قولٍ في صِحَّةِ القَبْضِ والإِبْرَاءِ، ولم يسلم له جمهور الأصحاب اِخْتِلافَ القَوْلِ في المَسْأَلَةِ، وحملوا التَّجْوِيزَ على ما إذا لم يَجْرِ شرط ابتدائه.

(١) في أ: ولكن يجوز.

(٢) في ز: الفرع.

(٣) في ز: ينتزعه ليسلمه.

وردّد صاحب [الكتاب في «الوسيط»]<sup>(١)</sup> تَرَدَّدَ القول إلى أنه إذا عَجَّلَ بشرط الإبراء وفي السيد فأبرأ؛ هل يَنْقَلِبُ الْقَبْضُ صحيحاً [ففي قول: ينقلب صحيحاً]<sup>(٢)</sup> لأنه رضي بالأداء بشرط الإبراء، فإذا حصل الشُرْطُ كان القبض مَرَضِيّاً به، وعلى هذا جَرَى في الكتاب.

ولو أُنْشَأَ رِضاً جديداً، فقبضه عما عليه يحكم بِصِحَّتِهِ، كما لو أذن للمشتري في أن يَقْبِضَ ما في يَدِهِ عن جهة الشراء، وللمرتهن<sup>(٣)</sup> في قبضه عن جهة الرهن. ويجوز أن يُعَلَمَ قوله في الكتاب: «لم يصح الإبراء» مع الحاء والألف بالواو؛ لما أشارَ إليه المزني.

وأيضاً ففي تَغْلِيْقِ الإِبْرَاءِ مُطْلَقاً خِلَافَ مَذْكُورٍ فِي «الضَّمَانِ»، ولو أخذ السيد ما عَجَلَهُ الْمُكَاتَبُ أو أبراه عن الباقي من غير شُرْطٍ لو عَجَزَ الْعَبْدُ نَفْسَهُ، فَأَخَذَ السَّيِّدُ ما معه وَأَبْرَأَهُ عن الباقي، أو أَعْتَقَهُ جازاً<sup>(٤)</sup>.

وذكر الشافعي - رضي الله عنه - مُشِيراً إلى جِلِّهِ بقيد حرية الْمُكَاتَبِ بما عَجَلَهُ أنه<sup>(٥)</sup> إن أَحَبَّ أن يصح فَلْيُرْضَ الْمُكَاتَبُ بِالْعَجْزِ، وَلْيُرْضَ السَّيِّدُ بأن يأخذ ما معه ويعتقه، ولكن في هذا<sup>(٦)</sup> مُحَاظَرَةٌ على العبد، فإنه لا يؤمن إلا في السَّيِّدِ بما وَعَدَ وَيَرَقُّهُ، ويأخذ ما في يَدِهِ من الأَكْسَابِ، فالطريق على ما حكى عن صاحب «الإفصاح» والأئمة - رحمهم الله - أن يقول: إذا عَجَزْتَ نَفْسَكَ، وَأَدْنَيْتَ إِلَيَّ كَذَا، فَأَنْتَ حُرٌّ، فإذا وجدت الصَّفَتَانِ يعتق، ويكون العِتْقُ على الكتابة.

قال في «التهديب»: لأنه لا ترتفع الكتابة بِمُجَرَّدِ تعجيزه نفسه، وإنما يرتفع إذا فَسَخَهَا بعد التَّعْجِيزِ، وإذا عُتِقَ عن الكتابة، كانت الأَكْسَابُ له، ثم يَتَرَجَّعَانِ، فيرجع العبد على السَّيِّدِ بما أخذه ويرجع السَّيِّدُ على الْعَبْدِ بقيمته؛ لأنه أَعْتَقَهُ على عَوْضٍ التَّعْجِيزِ، والمال المذكور، والتعجيز لا يصلح عَوْضاً، وكأنه أُعْتِقَ على عَوْضٍ فأسيد.

وقال في «الشامل»: لو لم يُعَلِّقْ هكذا، ولكن قال: إن أَعْطَيْتَنِي كَذَا فَأَنْتَ حُرٌّ،

(١) في ز: الوسيط في الكتاب.

(٢) سقط في: ز.

(٣) في أ: وللمريض.

(٤) أطلق الإبراء وهو يوهم أنه إذا تأخر عن التعجيل المشروط فيه الإبراء وقع مستقلاً لا يصح وليس كذلك وكان ينبغي أن يبين صورة المسألة وأن الإبراء صدر جواباً فإن للمسألة شرطين: أحدهما: أن يكون التعجيل مشروطاً بالإبراء.

والثاني: أن يقع الإبراء على الفور على وجه القبول بما شرطه الدافع كما في سائر العقود ولهذا أفسدوه لشبهة بربا الجاهلية.

(٦) في ز: هذه.

(٥) في ز: له.

فأعطاه عُتَيْقَ، ولكنه عَوَّضَ فَايِدًا؛ لأنَّ المُكَاتَبَ لا تَصِحُّ المُعَاوَضَةُ عَلَيْهِ، فَعُتَيْقٌ بِالصَّفَةِ، وَيَجِبُ عَلَيْهِ تَمَامُ قِيَمَتِهِ. وَاَعْلَمُ أَنَّ الْإِمَامَ أَطْنَبَ فِي إِيرَادِ الْإِشْكَالِ فِي هَذَا الْفَصْلِ وَفِي مَا أَوْزَدْنَاهُ يَحْصُلُ بِهِ الْإِنْفِصَالُ عَنْ أَكْثَرِهَا.

«فرع»:

لَوْ عَجَّلَ الْمُكَاتَبُ النِّجْمَ<sup>(١)</sup> عَلَى أَنْ يُعْتِقَهُ، وَيُبْرِئَهُ عَنِ الْبَاقِي فَفَعَلَ السَّيِّدُ ذَلِكَ، عُتِقَ الْمُكَاتَبُ، وَرَجَعَ السَّيِّدُ عَلَيْهِ بِقِيَمَتِهِ، وَيَرْجِعُ الْمُكَاتَبُ عَلَى السَّيِّدِ بِمَا آدَاهُ؛ لِأَنَّهُ أَعْتَقَهُ بِعَوَّضِ فَايِدٍ. حَكَاهُ الْقَاضِي عَنِ النَّصِّ<sup>(٢)</sup>.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: الثَّالِثَةُ لِتَعَدُّرِ النُّجُومِ خَمْسَةَ أَسْبَابٍ: إِذَا أَفْلَسَ بِجَمِيعِهَا أَوْ بِنَعْضِهَا فَلَهُ فَسْخُ الْكِتَابَةِ وَيُسَلِّمُ لَهُ مَا أَخَذَ إِلَّا مَا كَانَ مِنَ الصَّدَقَةِ فَيَجِبُ رَدُّهَا عَلَى مَالِكِهَا، وَلَيْسَ هَذَا الْفَسْخُ عَلَى الْقَوْرِ بَلْ لَهُ التَّأخِيرُ، وَلَا يَلْزَمُهُ الْإِنْظَارُ إِلَّا بِقَدْرِ مَا يَخْرُجُ الْمَالُ مِنَ الْمَخْرَزِ، فَإِنْ كَانَ مَالُهُ غَائِبًا فَلَهُ الْفَسْخُ، وَإِنْ كَانَ لَهُ عُرُوضٌ لَا يُشْتَرَى إِلَّا فِي زَمَانٍ فَلَهُ الْفَسْخُ عَلَى الْأَظْهَرِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَقْضُودُ الْمَسْأَلَةِ الْكَلَامُ فِيهَا إِذَا تَعَدَّرَ تَخْصِيلُ النُّجُومِ عِنْدَ مَحَلِّهَا، وَهُوَ أَسْبَابُ مِنْهَا:

الْإِفْلَاسُ: فَإِذَا حَلَّ نَجْمٌ عَلَى الْمُكَاتَبِ، وَهُوَ عَاجِزٌ عَنِ آدَائِهِ، أَوْ آدَاءِ بَعْضِهِ، فَلِلسَّيِّدِ فَسْخُ الْكِتَابَةِ [إِنْ شَاءَ فَسَخَ بِنَفْسِهِ]<sup>(٣)</sup>؛ لِأَنَّهُ فَسَخَ مُجْمَعٌ عَلَيْهِ كَفَسْخِ النَّكَاحِ بِالْعِتْقِ، وَإِنْ شَاءَ رَفَعَ الْأَمْرَ لِلْحَاكِمِ لِيُفْسَخَ.

وَفِي «تَغْلِيْقِ الشَّيْخِ أَبِي حَامِدٍ»: أَنَّهُ إِذَا ثَبَتَ عَجْزُهُ بِإِقْرَارِهِ أَوْ بِالْبَيِّنَةِ فَلِلسَّيِّدِ فَسْخُ الْكِتَابَةِ، وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَشْتَرَطَ إِقْرَارُهُ بِالْعَجْزِ، وَلَا قِيَامُ الْبَيِّنَةِ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّا سَنَذَكُرُ أَنَّهُ إِذَا امْتَنَعَ عَنِ الْآدَاءِ، ثَبَتَ حَقُّ الْفَسْخِ لِلسَّيِّدِ، وَإِذَا لَمْ يُؤَدِّ، فَهُوَ مُمْتَنِعٌ إِنْ لَمْ يَكُنْ عَاجِزًا، وَإِذَا رَفَعَ الْأَمْرَ إِلَى الْحَاكِمِ<sup>(٤)</sup> فَلَا بَدَّ مِنْ ثُبُوتِ الْكِتَابَةِ، وَحُلُولِ النَّجْمِ عِنْدَهُ وَمَهْمَا فَسَخَتِ الْكِتَابَةَ سَلَّمَ لِلسَّيِّدِ مَا أَخَذَهُ؛ لِأَنَّهُ كَسَبُ عَبْدِهِ<sup>(٥)</sup> نَعْمَ؛ مَا أَخَذَهُ مِنَ الصَّدَقَاتِ

(١) في أ: النجوم.

(٢) ومراده بالقاضي هو الحسين والنص موجود في الأم وعبارته: «وإن فعل هذا على أن يحدث للمكاتب عتقاً فأحده له فالمكاتب حر، ويرجع عليه سيده بالقيمة لأنه أعتقه ببيع فاسد كما قلت في أصل الكتابة الفاسدة.

(٣) سقط في: ز. (٤) في ز: للحاكم.

(٤) سقط في: ز.

(٥) في أ: عنده.

فَيَسْتَرِدُّهُ مُؤَدِّيهِ. وهذا قد سَبَقَ ذِكْرُهُ فِي «قَسَمِ الصَّدَقَاتِ».

ويجوز أن يُعْلَمَ قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «فَيَجِبُ رَدُّهَا» لِخِلَافِ بَيِّنَاتِهِ هُنَاكَ، وَلَيْسَ هَذَا الْفَسْخُ عَلَى الْفَوْرِ، بَلْ لَهُ تَأْخِيرُهُ إِلَى أَنْ يَشَاءَ، كَالْفَسْخِ بِالْإِعْسَارِ<sup>(١)</sup>.

وَإِذَا اسْتَنْظَرَهُ الْمُكَاتَبُ، فَيَسْتَحِبُّ لَهُ أَنْ يُنظَرَهُ. ثُمَّ لَا يُلْزَمُ الْإِمَهَالُ؛ بَلْ لَهُ الرَّجُوعُ إِلَى الْفَسْخِ مَهْمَا بَدَأَ لَهُ، خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ.

وَإِذَا طَالَبَهُ بِالْمَالِ، فَلَا بُدَّ مِنَ الْإِمَهَالِ بِقَدْرِ مَا يَخْرُجُ مِنَ الْمَالِ مِنَ الصَّنْدُوقِ وَالذُّكَّانِ وَالْمَخْرَزِينَ وَيَزْنَ<sup>(٢)</sup>، وَإِنْ كَانَ مَالُهُ غَائِبًا، فَقَدْ أَطْلَقَ الْإِمَامُ وَصَاحِبُ الْكِتَابِ: لِلسَّيِّدِ الْفَسْخُ، وَلِيُخَمَلَ عَلَى تَفْصِيلِ، ذَكَرَهُ ابْنُ الصَّبَّاحِ، وَصَاحِبُ «التَّهْذِيبِ» وَغَيْرُهُمَا - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - وَهُوَ أَنَّهُ إِنْ كَانَ عَلَى مَسَافَةِ الْقَضْرِ، لَمْ يُلْزَمُهُ التَّأْخِيرُ إِلَى أَنْ يُحْضِرَهُ؛ لِطَوْلِ الْمُدَّةِ، وَإِنْ كَانَ عَلَى مَا دُونَ مَسَافَةِ الْقَضْرِ، لَزِمَ التَّأْخِيرُ إِلَى أَنْ يَحْضِرَهُ، وَإِنْ كَانَ لَهُ ذَيْنَ عَلَى إِنْسَانٍ؛ فَإِنْ كَانَ حَلًّا، وَمِنْ عَلَيْهِ مَلِيٍّ، وَجِبَ التَّأْخِيرُ إِلَى اسْتِيفَائِهِ، كَمَا لَوْ كَانَتْ لَهُ وَدِيعَةٌ عِنْدَ غَيْرِهِ؛ فَإِنْ كَانَ مُؤَجَّلًا، أَوْ عَلَى مُعْسِرٍ، فَلَا يَجِبُ التَّأْخِيرُ.

وَإِنْ كَانَ الذَّيْنُ عَلَى السَّيِّدِ، وَهُوَ مِنْ جِنْسِ النُّجُومِ، فَفِيهِ الْخِلَافُ فِي التَّقَاصُ، وَإِنْ كَانَ مِنْ غَيْرِ جِنْسِيهِ أَدَاهُ لِيُضْرَفَهُ الْمُكَاتَبُ إِلَى جِنْسِ النُّجُومِ، وَلَوْ حَلَّ النَّجْمُ وَهُوَ نَقْدٌ، وَلِلْمُكَاتَبِ عُرُوضٌ، فَإِنْ تَأْتَى بِبِعْثِهَا عَلَى الْفَوْرِ، فَلَا يَفْسُخُ السَّيِّدُ وَتُبَّاعٌ، وَإِنْ اخْتَجَّ الْبَيْعُ إِلَى مُدَّةٍ لِكِسَادِ وَغَيْرِهِ، فَقَضِيَّةٌ مَا أَطْلَقَهُ الصَّنِيدَلَانِيُّ أَنَّهُ لَا يَفْسُخُ أَيْضًا.

وَرَأَى الْإِمَامَ جَوَازَ الْفَسْخِ، وَنَزَّلَهُ مَنزِلَةَ غَيْبَةِ الْمَالِ، وَهَذَا أَظْهَرَ وَضَبَطَ فِي «التَّهْذِيبِ» مُدَّةَ التَّأْخِيرِ<sup>(٣)</sup> لِلْبَيْعِ بِثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، وَقَالَ: لَا يُلْزَمُ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: (الثَّانِي): إِذَا غَابَ بِغَيْرِ إِذْنِ السَّيِّدِ فَلَهُ الْفَسْخُ مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ إِلَى الرُّفْعِ إِلَى الْقَاضِي، وَإِنْ كَانَ بِإِذْنِهِ بَعْدَ الْمَحَلِّ فَلَيْسَ لَهُ الْفَسْخُ حَتَّى يُخْبِرَهُ مُخْبِرٌ أَنَّهُ قَدْ نَدِمَ عَلَى الْإِنْظَارِ، فَإِنْ قَصَرَ فِي الْإِيَابِ فَلَهُ الْفَسْخُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا حَلَّ النَّجْمُ، وَالْمُكَاتَبُ غَائِبٌ، أَوْ غَابَ بَعْدَ الْحُلُولِ بِغَيْرِ إِذْنِ السَّيِّدِ، فَلِلسَّيِّدِ فَسْخُ الْكِتَابَةِ إِنْ شَاءَ بِنَفْسِهِ، وَإِنْ شَاءَ بِالْحَاكِمِ؛ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَ كَانَ يَنْبَغِي

(١) قَالَ ابْنُ أَبِي الدَّم: هَكَذَا قَطَعَ بِهِ الْإِمَامُ وَلَا يَبْعَدُ تَخْرِيجَ وَجْهِ فِيهِ أَنَّهُ عَلَى الْفَوْرِ مِنَ الْخِلَافِ فِي رَجُوعِ الْبَائِعِ إِلَى عَيْنِ مَتَاعِهِ إِذَا أَفْلَسَ الْمُشْتَرِي، وَيُؤَيِّدُهُ أَنَّ الْعِرَاقِيِّينَ الْحَقُّوْا إِثْبَاتَ الْفَسْخِ لِلسَّيِّدِ بِفَسْخِ الْبَيْعِ بِالرَّدِّ بِالْعَيْبِ وَبِالرَّجُوعِ إِلَى عَيْنِ السَّلْعَةِ فِي حَقِّ الْمَفْلَسِ.

(٢) قَالَ ابْنُ أَبِي الدَّم: هَكَذَا صَرَحَ الْإِمَامُ وَهُوَ خِلَافُ مَا ذَكَرَهُ الْأَصْحَابُ فَإِنَّهُمْ اتَّفَقُوا عَلَى أَنَّهُ يَمْهَلُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ.

(٣) فِي ز: التَّأْخِرُ.

أن يحضر، أو يبعث المَالَ إليه عند المَحَلِّ، ولا يجب على السَّيِّد تأخير الفَسْخِ بكون<sup>(١)</sup> الطريق مَخُوفًا، أو المَكَاتِبِ مَرِيضًا.

وفيه وَجْهٌ، وَيُنْسَبُ إلى أَبِي إِسْحَاقَ: أنه لا يفسخ بنفسه عند العَقْدِ؛ بل لا بد من الرُّفْعِ إلى القَاضِي، فإنه نَائِبُ [الغَيْبِ]<sup>(٢)</sup>، وقد سَبَقَ ذَكَرُ هَذَيْنِ الوَجْهَيْنِ فيما إذا أَمَرَ المَكَاتِبُ. والظاهر الأول. وإلى الوجه المذكور أَشَارَ بقوله في الكتاب: «من غَيْرِ حَاجَةٍ إلى الرفع»، فإن فسخ بنفسه، فليشهد عليه لثلاث يُكذِّبُهُ المَكَاتِبُ.

وإن رفع الأمر إلى الحاكم، فَلَا بُدَّ وأن يثبت عنده حُلُولِ النجم، وتعذر التحصيل، وَيُحْلَفُهُ الحَاكِمُ مع ذلك؛ لأنه قَضَاءٌ على الغائب.

قال الصَّيْدَلَانِيُّ: يُحْلَفُهُ أنه ما قَبِضَ من النجم منه، ولا من وَكَيْلِهِ، ولا أَبْرَأَهُ ولا أَحَالَ به، ولا يَعلَمُ له مَالًا حَاضِرًا. وَذَكَرُ الحَوَالَةَ [يَتَفَرَّغُ]<sup>(٣)</sup> على جَوَازِ الحَوَالَةِ بالثُّجُومِ. ولو كان مَالُ المَكَاتِبِ الغائب حَاضِرًا، لم يُؤَدِّ الحَاكِمُ الثُّجُومَ منه، ويمكن السيد من الفَسْخِ؛ لأنه ربما عَجَزَ نَفْسُهُ لو كان حَاضِرًا، ولم يُؤَدِّ المَالَ.

ولو أنظر المَكَاتِبِ بعد حُلُولِ النجم، وأذِنَ له في السَّفَرِ، ثم بَدَأَ له في الإِنظَارِ لم يكن له الفَسْخُ في الحال<sup>(٤)</sup> لأن المَكَاتِبَ غير مَقْصُرٍ ها هنا، وربما اِكْتَسَبَ في السَّفَرِ ما يَفِي بالوَاجِبِ، ولكن يَزْفَعُ السيد الأمر إلى الحاكم، ويقيم البيئَةَ على الحُلُولِ والغيبَةِ وَيَحْلِفُ مع ذلك، ويذكر أنه رَجَعَ عن الإِنظَارِ، فيكتب الحَاكِمُ إلى حَاكِمِ بَلَدِ المَكَاتِبِ ليعرفه الحال؛ فإن أظهر العَجَزَ كتب به إلى حَاكِمِ بَلَدِ السَّيِّدِ ليفسخ إن شاء. وإن قال: أُوَدِّي الوَاجِبَ، فإن كان للسَّيِّدِ وَكَيْلٌ هناك أمره<sup>(٥)</sup> بالتسليم، فإن أَبِي ثَبِتَ حَقُّ الفَسْخِ [بالامتناع]<sup>(٦)</sup> للسيد، وللوكيل الفَسْخُ أيضاً إن كان وَكَيْلًا به. وحكى القاضي ابْنُ كَعْبٍ قولاً آخر: أنه لا يَثْبُتُ حَقُّ الفَسْخِ بالامتناع من التسليم إلى الوَكِيلِ، لاحتمال العَزَلِ، وإن لم يكن هناك وَكَيْلٌ أمره الحاكم بإيصالِهِ إليه، إما بنفسه أو بغيره، وَيَلْزَمُهُ ذلك في أول رَفْقَةٍ تَخْرُجُ، أو في الحال إن كان لا يَحْتَاجُ إلى رَفْقَةٍ في ذلك الطريق، وعلى السَّيِّدِ الصبر<sup>(٧)</sup> إلى أن تَمْضِيَ مُدَّةُ إِمكَانِ الوُصُولِ، فإن مَضَتِ المُدَّةُ ولم يوصله مقصراً فللسَّيِّدِ الفَسْخُ.

(١) في أ: ويكون.

(٢) في ز: بتفريع.

(٣) في ز: الغائب.

(٤) هذا إذا علم البلد الذي فيه المكاتب فلو لم يعرف فيجوز أن يقال ليس للسيد الفسخ لأنظاره وعدم تقصير المكاتب ويجوز أن يقال يفسخ وإلا لزم الضرر على السيد ولم أر فيه نقلاً. قاله في الخادم.

(٥) سقط في: ز.

(٦) في ز: أمر.

(٧) في أ: المصير.



ويخرج مما ذكرنا: إنه لا يعتبر مُضِيّ مُدَّةً إِمْكَانِ الْمَسِيرِ إِلَى السَّيِّدِ إِنْ كَانَ لَهُ وَكَيْلٌ هُنَاكَ، وَأَنَّهُ يُعْتَبَرُ مُضِيَّهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ وَكَيْلٌ وَكَذَلِكَ نَقَلَهُ الرَّبِيعُ.

وعن رواية الْمُزْنِيّ أَنَّهُ لَا يَفْسُخُ حَتَّى تَمُضِيَ مُدَّةُ إِمْكَانِ الْمَسِيرِ، سِوَاهُ كَانَ هُنَاكَ وَكَيْلٌ، أَوْ لَمْ يَكُنْ وَعَدَّ ذَلِكَ سَهْوًا مِنْهُ.

وقوله في الكتاب: «فَلَيْسَ لَهُ الْفَسْخُ حَتَّى يَخْبِرَهُ أَنَّهُ نَدِمَ عَلَى الْإِنْظَارِ لَيْسَ فِي ظَاهِرِهِ تَعَرُّضٌ لِلرَّفْعِ إِلَى الْحَاكِمِ، وَلِكُتَابِ الْحَاكِمِ، لَكِنَّهُ الَّذِي ذَكَرَهُ الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَالْأَصْحَابُ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - بَلْ لَا بَدَّ مِنَ الْحَمْلِ عَلَيْهِ.

نعم؛ قال القاضي ابْنُ كَيْجٍ: لَوْ لَمْ يَكُنْ فِي بَلَدِ السَّيِّدِ حَاكِمٌ، فَكُتِبَ السَّيِّدُ إِلَى الْعَبْدِ، وَأَعْلِمَ الْحَالِ، وَأَمَرَهُ بِالتَّسْلِيمِ إِلَى رَجُلٍ عَيْنَهُ، فَامْتَنَعَ، فَعِنْدِي: أَنَّهُ كَمَا لَوْ امْتَنَعَ بَعْدَ كِتَابِ الْقَاضِي، إِذَا وَقَعَ لَهُ الْعِلْمُ بِهِ. وَذَكَرَ أَبُو الْحُسَيْنِ فِيهِ وَجْهَيْنِ، وَحَكَى وَجْهَيْنِ فِيمَا لَوْ سَلَّمَ الْمَكَاتِبُ إِلَى وَكَيْلِ السَّيِّدِ، وَبَانَ [أَنَّ] السَّيِّدَ عَزَلَهُ؛ هَلْ يَبْرَأُ الْمَكَاتِبُ؟

قال: وعندي أن الوجهين مخصوصان بما إذا قال الحاكم: إن فلاناً وكَّلَهُ، ولم يأمره بالتسليم إليه، فَيَبْرَأُ بِلَا خِلَافٍ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: الثَّلَاثُ: أَنْ يَمْتَنَعَ مَعَ الْقُدْرَةِ فَلَهُ الْفَسْخُ إِذِ الْكِتَابَةُ جَائِزَةٌ (ح و) مِنْ جَانِبِ الْعَبْدِ، وَلَهُ أَنْ يُعَجِّزَ نَفْسَهُ وَأَنْ يَفْسُخَ مَهْمَا شَاءَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: وَإِذَا امْتَنَعَ الْعَبْدُ مِنْ أَدَاءِ التُّجُومِ مَعَ الْقُدْرَةِ لَمْ يُعْجِزَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ جَائِزَةً مِنْ جَانِبِ الْعَبْدِ، فَلَهُ تَعَجُّيزُ نَفْسِهِ إِذَا شَاءَ. قَالَ الْأَصْحَابُ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ -: وَإِنَّمَا كَانَتْ الْكِتَابَةُ جَائِزَةً مِنْ جَانِبِ الْعَبْدِ، بِخِلَافِ جَانِبِ السَّيِّدِ؛ لِأَنَّ الْخَطَّ فِي الْكِتَابَةِ لِلْعَبْدِ، فَلَا يَتِمَّ كُنُّ السَّيِّدِ مِنْ إِسْقَاطِ مَا أَثْبَتَهُ مِنَ الْخَطِّ وَالْحَقِّ، وَصَاحِبِ الْخَطِّ بِالْخِيَارِ فِي حَقِّهِ.

وهذا كما أن الرهن جائز من جانب المرتهن، لازم من جهة الراهن، وأيضاً فالكتابة تتضمن تعليق العتق بصفة في العبد، والتعليق يلزم من جهة المعلق، والعبد لا يلزمه الإتيان بالصفة المعلق عليها.

وَإِذَا عَجَزَ نَفْسَهُ، فَالسَّيِّدُ بِالْخِيَارِ بَيْنَ أَنْ يَفْسُخَ، أَوْ يَجِيزَ، وَإِذَا اخْتَارَ الْفَسْخَ، فَلَهُ الْفَسْخُ بِنَفْسِهِ، وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى الرُّفْعِ إِلَى الْقَاضِي.

وهل للمكاتب الفسخ؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ إذ لا ضررَ عليه في بقاء الكتابة.

وأظهرهما - وهو المذكور في الكتاب -: نعم؛ كما أن للمرتهن أن يفسخ الرهن

أيضاً.

قال الإمام: تَجْوِيزُ الامْتِنَاعِ عن أداءِ النجوم، مع أنه لا يملك الفسخَ بعيداً<sup>(١)</sup>.  
وقال أبو حنيفة ومالك: إن كان في يده وفاء بالنجوم، لم يَجْزُ له تَعْجِيزُ نفسه،  
بل يُجْزِئُ على الأداءِ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الرَّابِعُ إِذَا جُنَّ الْعَبْدُ وَقُلْنَا: لَا يَنْفَسِحُ فَلَهُ الْفَسْحُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ مَالٌ  
فَلِلْقَاضِي أَنْ يُؤَدِّيَ عَنْهُ لِيَعْتَقَ إِنْ رَأَى الْمَضْلَحَةَ لَهُ فِي الْحُرِّيَّةِ، وَلِلسَّيِّدِ أَيْضاً أَنْ يَسْتَقْبَلَ  
بِأَخْذِ النُّجُومِ إِذْ تَمَكِّيْنَهُ مِنْ هَذَا أَوْلَى مِنْ مَنَعِهِ حَتَّى يَفْسَحَ وَيَأْخُذَ الْمَالَ مَجَاناً.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: قد مرَّ أن الكتابة لا تَنْفَسِحُ بِجُنُونِ الْعَبْدِ، فَإِنْ حَاوَلَ السَّيِّدُ الْفَسْحَ،  
فلا بد وأن يأتي الحَاكِمُ فَيُنْبِئُ عَقْدَ الْكِتَابَةِ، وَحُلُولَ النِّجْمِ وَيَبْدِي الْمَطَالِبَةَ بِهِ، وَيَحْلِفُهُ  
الْحَاكِمُ عَلَى بَقَاءِ الْاسْتِخْقَاقِ، ثُمَّ يَبْحَثُ فَإِنْ وَجَدَ لِلْمُكَاتَبِ مَالاً أَدَّاهُ عَنِ الْوَاجِبِ عَلَيْهِ  
لِيَعْتَقَ، وَيَخَالَفُ مَا إِذَا كَانَ الْمُكَاتَبُ غَائِباً، وَلَهُ مَالٌ حَاضِرٌ، حَيْثُ قَالَ: لَا يُؤَدِّيهِ عَنْهُ،  
وَفَرِقَ بَيْنَهُمَا بِأَنَّ الْغَائِبَ مِنْ أَهْلِ النَّظَرِ لِنَفْسِهِ، وَلَوْ كَانَ حَاضِراً فَرُبَّمَا امْتَنَعَ وَعَجَزَ نَفْسُهُ،  
وَرُبَّمَا فَسَخَ الْكِتَابَةَ فِي غَيْبَتِهِ.

والمجنون ليس من أهل النظر، فينوب عنه الحاكم.

ثم عامة الأصحاب أطلقوا القول بأن الحاكم يؤدي عنه.

وذكر صاحب الكتاب ها هنا وفي «الوسيط» أنه يؤديه إن رأى المضلحة له في  
الحرية، وإن رأى أنه يضيع إذا عتق فلا يؤديه، وهذا جيد، ولكنه قليل النفع، مع قولنا:  
إن السيد إذا وجد له مالا يستقبل بأخذه، إلا أن يقال: إن الحاكم يمنعه من الأخذ،  
والحالة هذه، وإن لم يجد الحاكم له<sup>(٢)</sup> مالا، فَيَمْكُنُ السَّيِّدُ مِنَ الْفَسْحِ؛ فَإِذَا فَسَخَ عَادَ  
الْمُكَاتَبُ قِتّاً لَهُ، وَعَلَيْهِ نَفَقَتُهُ.

ثم إن ظهر له مال، أو أفاق، وأتى بمال كان قد حصَّله قبل الفسخ دفع إلى السيد  
[و]أحكم بعقده، ونقص التعجيز هكذا أطلقوه. وأحسن الإمام فقال: إن ظهر المال في  
يَدِ السَّيِّدِ رَدَ التَّعْجِيزِ، وَإِلَّا فَهُوَ نَافِدٌ؛ لِأَنَّهُ فَسَخَ حِينَ تَعَدَّرَ عَلَيْهِ الْوُضُوءُ إِلَى حَقِّهِ،  
فَأَشْبَهَ مَا لَوْ كَانَ مَالَهُ غَائِباً، فَحَضَرَ بَعْدَ الْفَسْحِ.

وإذا حكمتنا بطلان التعجيز، وكان السيد جاهلاً بحال المال، فعلى المكاتب رد

(١) وهذا الذي رجحه نقله الإمام عن المراوزة، وحكى الأول عن العراقيين ثم غلطهم بتجويزهم  
الامتناع عن الأداء فيما قاله نظر، فإن نص الشافعي في الأم أن ولاية الفسخ بعد العجز أو عند  
الامتناع من الأداء للسيد مع التصريح بأن له الاعتراض عن الأداء.

(٢) في أ: المكاتب.

ما أنفق السَّيِّدُ عليه؛ لأنه لا يتبرع به، وإنما أنفق على أنه عَبْدُهُ. ولو أقام المُكَاتَبُ بعدما أَفَاقَ بَيِّنَةً، على أنه كان قد أَدَّى النُّجُومَ، حكم بِعِتْقِهِ، ولا رُجُوعَ للسَّيِّدِ عليه؛ لأنه ليس وَأَنفَقَ على عِلْمٍ بحريته فيجعل<sup>(١)</sup> مُتَبَرِّعاً، فلو قال: نسيت<sup>(٢)</sup> الأداة، فهل يقبل ليرجع؟ فيه وجهان:

وإن وجد السَّيِّدُ لِلْمُكَاتَبِ في جُثُونِهِ مَالاً، فقد تَقَدَّمَ أن له أن يَسْتَقِيلَ بِأَخْذِهِ، وحكىنا عن الإمام - رحمه الله - تَفْصِيلاً فيه.

وقوله في الكتاب: «إذ تمكنه من هذا أولى من منعه حتى يفسخ ويأخذ المال مَجَاناً»، ليس المقصودُ منه ما لو مَتَّعَهُ من الاستِفْلالِ بالأخذِ، يفسخ، ويأخذ المال من جِهَةٍ أنه كَسَبَ عَبْدِهِ، فإنه لا يفسخ إن<sup>(٣)</sup> كان هناك مال، ولكن يراجع الحاكم ليسلمه إليه، ولكنه أراد أنه لو لم يرض المُكَاتَبُ إذا أفاق بالعتق والأداء، فإن السَّيِّدُ يفسخ، ويأخذ المَالَ من جِهَةٍ أنه كَسَبَ عَبْدِهِ، ثم الإِغْتِاقُ بِيَدِهِ لا مَدْفَعُ له، وإذا كان كذلك، فَتَمَكُّنُهُ من الأخذِ، وَعِتْقُهُ من جِهَةِ الكتابةِ أَوْلَى، فقد يفضل شيءٌ من أكَسَابِهِ ويسلم له. وعبارة «الوسيط» تُفهِمُ ذلك.

قَالَ الْعَزَالِيُّ: الْحَامِسُ: الْمَوْتُ وَتَنْفِيسُ الْكِتَابَةِ بِمَوْتِ الْعَبْدِ وَإِنْ خَلَفَ وَفَاءً لَتَعْدُرِ الْعِتْقِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا مَاتَ الْمُكَاتَبُ قَبْلَ أَنْ يُؤَدِّيَ النُّجُومَ، انْفَسَخَتِ الْكِتَابَةُ، وَمَاتَ رَقِيقاً حَتَّى لَا يورث، وتكون أكَسَابُهُ للسَّيِّدِ، وَتَجْهِيزُهُ عَلَيْهِ، لأن مورد العَقْدِ الرَّقْبَةُ، والمقصود مُرْتَقَبٌ فِيهَا، فإذا فاتت كان قَوَائِمُهَا كَتْلَفُ المَبِيعِ قَبْلَ القَبْضِ، ولا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَخْلَفَ وَفَاءً بالنجوم أولاً يَخْلَفُ، ولا بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الباقِي مِنَ النُّجُومِ قَلِيلاً أَوْ كَثِيراً، وسواء حَطَّ شيئاً، أَوْ لَمْ يَحِطْ.

وإن كان الإيتاء واجباً؛ قال في «الشامل»: لأن الإيتاء غير معلوم، فلا يسقط به شيء معلوم. وعن نصه في «الأم» - رضي الله عنه - أنه لو أخضَرَ المُكَاتَبُ المَالَ ليدفعه إلى السَّيِّدِ، أَوْ دَفَعَ المَالَ إِلَى رَسُولِهِ؛ لِيُوصِلَهُ إِلَيْهِ، فمات قبل أن يَقْبِضَهُ السَّيِّدُ، مات رَقِيقاً أَيْضاً.

وأنه لو وَكَّلَ المُكَاتَبُ بِدَفْعِ النجم الأخير إلى السَّيِّدِ، ومات المكاتب، فقال أولاده الأحرار: إن الوكيل دَفَعَهُ قَبْلَ موته، وإن مات حُرّاً. وكذبهم السيد فهو

(٢) في ز: كسبت.

(١) في أ: فجعل.

(٣) في أ: إذا.

المُصَدَّقُ، فَإِنْ أَقَامُوا بَيِّنَةً عَلَى الدَّفْعِ يَوْمَ الْاِثْنَيْنِ، وَكَانَ قَدْ مَاتَ يَوْمَ الْاِثْنَيْنِ، لَمْ يَنْفَعَهُمْ إِلَّا أَنْ يَقُولَ الشُّهُودُ: إِنَّهُ دَفَعَ قَبْلَ مَوْتِهِ، أَوْ يَقُولُوا: [إِنَّه<sup>(١)</sup>] دَفَعَ قَبْلَ طُلُوعِ الشَّمْسِ، وَيَكُونُ السَّيِّدُ مُقْرَأً بِأَنَّهُ مَاتَ بَعْدَ الطُّلُوعِ.

وَإِنَّهُ لَوْ شَهِدَ وَكَيْلُ الْمُكَاتَبِ بِقَبْضِ السَّيِّدِ النُّجُومَ<sup>(٢)</sup> قَبْلَ مَوْتِ الْمُكَاتَبِ لَمْ تَقْبَلْ شَهَادَتُهُ، وَلَوْ شَهِدَ وَكَيْلُ السَّيِّدِ بِقَبْضِهِ تَقْبِلُ شَهَادَتَهُ، وَوَجْهُ ذَلِكَ بِأَنَّ وَكَيْلَ الْمُكَاتَبِ يَشْهَدُ لِمَوْلَاكَ فَهُوَ مُتَّهَمٌ، وَوَكَيْلُ السَّيِّدِ يَشْهَدُ عَلَى مُوَكَّلِهِ، فَهُوَ غَيْرُ مُتَّهَمٍ.

وَلْيَعْلَمْ قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «وَإِنْ خَلَفَ وَفَاءً» بِالْحَاءِ وَالْمِيمِ، لِأَنَّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: إِذَا مَاتَ، وَخَلَفَ وَفَاءً، مَاتَ حُرًّا، وَإِنْ لَمْ يَخْلَفْ وَفَاءً، وَلَهُ وَكَذَلِكَ يَسْتَسْعِي الْوَالِدَ حَتَّى يُؤَدِّيَ النُّجُومَ. وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَكَذَلِكَ أَيْضًا مَاتَ رَقِيقًا.

وَعَنْ مَالِكٍ: إِنْ خَلَفَ وَفَاءً، مَاتَ حُرًّا، وَإِلَّا فَإِنْ لَمْ يَخْلَفْ وَلِدًا أَوْ خَلَفَ وَلِدًا حُرًّا، أَوْ مَمْلُوكًا [وَلَوْ قَبْلَ عَقْدِ الْكِتَابَةِ، انْفَسَخَتِ الْكِتَابَةُ. وَإِنْ خَلَفَ وَلِدًا مَمْلُوكًا]<sup>(٣)</sup> وَلِدَ بَعْدَ عَقْدِ الْكِتَابَةِ كَلْفًا<sup>(٤)</sup> أَنْ يُؤَدِّيَ الْمَالَ الَّذِي كَانَ عَلَى أَبِيهِ، فَيَعْتَقُ وَيَتَّبِعُهُ<sup>(٥)</sup> الْوَالِدُ فِي الْحَرِيَةِ. وَيَحْكِي عَنْ مَذْهَبِهِمَا غَيْرُ هَذَا التَّفْصِيلِ:

### «فِرْعَوْنُ تَتَلَقُّ بِالْفَسْخِ وَالْاِنْفَسَاخِ»:

يَحْصُلُ الْفَسْخُ بِقَوْلِ السَّيِّدِ: فَسَخْتُ الْكِتَابَةَ، وَنَقَضْتُهَا، وَرَفَعْتُهَا، وَأَبْطَلْتُهَا وَعَجَزْتُ الْعَبْدَ.

وَلَوْ لَمْ يَطَالِبْهُ السَّيِّدُ بَعْدَ خُلُوعِ النُّجُومِ مُدَّةً، ثُمَّ أَحْضَرَ الْمُكَاتَبُ الْمَالَ؛ لَمْ يَكُنْ لِلْسَّيِّدِ الْاِمْتِنَاعُ مِنْ قَبْضِهِ. وَعَنْ نَصِّهِ فِي «الْأَمِّ» - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - أَنَّهُ لَوْ قَالَ بَعْدَ التَّعْجِيزِ: قَدْ قَرَرْتُكَ عَلَى الْكِتَابَةِ؛ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهَا حَتَّى يُجَدِّدَ لَهُ كِتَابَةً، وَقَدْ مَرَّ فِي «الْقَرَاظِ» مَا يَقْتَضِي إِثْبَاتَ خِلَافٍ فِيهِ.

وَلَوْ تَطَوَّعَ رَجُلٌ بِإِدَاءِ مَالِ الْكِتَابَةِ؛ فَهَلْ يُجْبَرُ السَّيِّدُ عَلَى الْقَبُولِ؟ أَوْ يُمْكِنُ مِنَ الْفَسْخِ؟ حَكَى الْقَاضِي ابْنُ كَيْجٍ فِيهِ وَجْهَيْنِ؛ وَالَّذِي أَوْرَدَهُ الْإِمَامُ - رَحِمَهُ اللَّهُ، مِنْهُمَا أَنَّهُ لَا يُجْبَرُ، وَلَوْ قَبِلَ فِيهِ وَقُوعِهِ عَنِ الْمُكَاتَبِ - إِذَا كَانَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ - وَجْهَانِ عَنِ رِوَايَةِ صَاحِبِ «التَّقْرِيبِ»: الْقِيَاسُ الْقَبُولُ.

وَإِذَا مَاتَ الْمُكَاتَبُ رَقِيقًا، أَوْ فَسَخَ السَّيِّدُ الْكِتَابَةَ لِعَجْزِهِ، رُقِيَ كُلُّ مَنْ يَكَاتِبُ عَلَيْهِ

(١) سقط في: ز.

(٢) سقط في: ز.

(٣) سقط في: ز.

(٤) في أ: يخلف.

(٥) في أ: وتبعه.

من وَالِدٍ وَوَلَدٍ، وصاروا جميعاً للسَّيِّدِ، وما في يَدِهِ من المال للسَّيِّدِ، على ما مرَّ إن لم يكن عليه ذَيْنٌ وإن كان<sup>(١)</sup> فسيأتي. إن شاء الله تعالى.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: فَرَعَ: لَوْ كَانَ اسْتَسَخَرَ الْمُكَاتَبَ شَهْرًا وَغَرَمَ الْأَجْرَةَ فَيَلْزَمُهُ إِنْظَارُ شَهْرٍ بَعْدَ الْمَحَلِّ فَعَسَاءَ يَكْتَسِبُ مَالًا، وَقِيلَ: لَهُ تَعَجُّزُهُ مِنْ غَيْرِ إِنْظَارٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا قَهَرَ السَّيِّدُ الْمُكَاتَبَ، وَاسْتَسَخَرَهُ فِي بَعْضِ أَعْمَالِهِ مُدَّةً، فَعَلِيهِ أَجْرَةٌ مِثْلُهُ، ثُمَّ إِذَا جَاءَ الْمَحَلَّ، فَعَلِيهِ إِمْهَالُهُ مِثْلَ تِلْكَ الْمُدَّةِ، أَوْ لَهُ التَّعَجُّزُ وَالْفَسْخُ؟ فِيهِ قَوْلَانِ:

أحدهما - ونظم الكتاب يقتضي تَرْجِيحَهُ - أن على السيد أن يُمْهَلَهُ مثل تلك المدة؛ لأن حَقَّ السيد أن يمكنه من الاكتساب، فإذا لم يفعل لم يكن له أن يعتد عليه بتلك المُدَّةِ، وقد يتفق له فتوح في مدة القَهْرِ والحَبْسِ وإن قصرت.

وأصحهما - أنه لا يَلْزَمُهُ الإمْهَالُ<sup>(٢)</sup>، كما إذا حبس مستحق الذَيْنِ المؤجل مدة [الأجل] لا يلزمه تأخير القضاء بعد المَحَلِّ، وما فوت عليه من المنافع صار مَجْبُورًا بالأَجْرَةِ. ولو حبسه غير السيد؛ فقد حَكَى الإمام عن العِرَاقِيِّينَ إِجْرَاءً<sup>(٣)</sup> الخِلافِ فِيهِ، وفيه طريقتان ذكرناهما<sup>(٤)</sup> فيما إذا أسر الكُفَّارُ الْمُكَاتَبَ مُدَّةً، ثم استنقذ وقوله في الكتاب: «وقيل له تعجيزه من غير إنظار»؛ لفظه «قيل» في وجوه الأصحاب أكثر استِعْمَالًا، والمسألة مشهورة بالقولين على ما بيَّنا، فليحمل اللفظ عليه.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الْمَسْأَلَةُ الرَّابِعَةُ فِي أَرْذِحَامِ الدُّيُونِ) وَلَهُ صُورٌ: الْأَوْلَى: إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ ذَيْنٌ إِلَّا لِلْسَّيِّدِ وَكَانَ لَهُ عَلَيْهِ ذَيْنٌ مُعَامَلَةٌ مَعَ التُّجُومِ فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ مَا فِي يَدِهِ بِالذَّيْنِ وَيُعَجِّرَهُ إِذَا لَمْ يَمْلِكْ إِلَّا مَا يَفِي بِأَحَدِهِمَا، وَإِنْ أَرَادَ تَعَجُّزَهُ قَبْلَ إِخْلَاءِ يَدِهِ عَنِ الْمَالِ يَأْخُذُهُ بِالذَّيْنِ فَبِهِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَقْصُودُ الْمَسْأَلَةِ؛ الْقَوْلُ فِيهَا إِذَا انْضَمَّتْ إِلَى النُّجُومِ ذُيُونٌ عَلَى الْمُكَاتَبِ؛ إِمَّا لِلْسَّيِّدِ وَحْدَهُ، أَوْ لِغَيْرِهِ، أَوْ لِهَمَا؛ وَأَنَّهَا كَيْفَ تُؤَدَّى فِي حَالِ بَقَاءِ الْكِتَابَةِ، وَبَعْدَ ارْتِفَاعِهَا؟

(١) سقط في: ز.

(٢) ومقتضاه أنه تجب الأجرة على السيد قطعاً ويجب معها الأنظار مثل تلك المدة على قول، وهو متابع للإمام وهو من مفردات الإمام كما قاله ابن أبي الدم والذي ذكره الأصحاب من الطريقتين خلاف ذلك.

(٣) في ز: وجهان ذكراهما.

(٤) في ز: أجراً.

ومقصود الصُورَةِ الأولى القَوْلُ فيما إذا كانت الدُّيُونُ للسيد وَخَدَهُ، وكانت الكتابة باقِيَةً؛ فإذا كان للسيد مع النُّجُومِ دَيْنٌ معاملة على المكاتب، أو أَرَشُ جِنَايَةٍ عليه، أو على ماله؛ فإن تَرَاضِيًا على تَقْدِيمِ الدَّيْنِ الآخِرِ وتَأخُرِ النجومِ فذاك، وإن تَرَاضِيًا على تقديم النُّجُومِ عُنُقٍ ثم الظاهر أن الدَّيْنِ الآخِرِ يسقط، فللسيد مُطَالَبَتُهُ به.

ولو كان ما في يَدِهِ وافيًا بالنجوم، ولم يَفِ بالدَيْنِ الآخِرِ؛ فإن أَدَاها عن النجوم برضا السيد، فالحكم ما بَيَّنَّا، وللسيد أن يَمْتَنِعَهُ من تَقْدِيمِ النجوم؛ لأنه لا يَجِدُ مَرْجَعًا للدَّيْنِ الآخِرِ، إذا تَقَدَّمتِ النجوم عُنُقٍ؛ فيأخذ ما في يَدِهِ عن الدَّيْنِ، ثم يعجزه.

وهل له تعجيزه قَبْلَ أَخْذِ ما في يَدِهِ؟ فيه وجهان:

أحدهما - لا؛ لأنه قادر على أداءِ النجوم فيما لم يخل يده عنها لا يحصل العَجْزُ. ويُنسَبُ هذا إلى اختيار الصَّيْدِ لِأَنِّي.

وأوجههما - عند الإمام وغيره رحمهم الله - نَعَم؛ لأنه يتمكن من مُطَالَبَتِهِ بالدَّيْنَيْنِ معاً وأخذ ما في يَدِهِ عنهما؛ وحيثذ فيعجز عن قَسْطِ من النجوم.

ولو دَفَعَ المُكَاتِبُ ما في يَدِهِ إلى السَّيِّدِ، ولم يتعرضا للجهة، ثم قال المكاتب: قصدت النُّجُومَ، وأنكر السَّيِّدُ، فعن القَفَّالِ: أن المُصَدِّقَ المُكَاتِبُ. كما لو كان على الرجل دَيْنَانِ، وكان قد رهن بأحدهما، فأدَّى، فقال: أردت ذلك الدَّيْنِ.

وقال الصَّيْدِ لِأَنِّي: ينبغي أن يصدق السيد؛ لأن الاختيار ها هنا إلى السَّيِّدِ، بخلاف سائر الديون.

ولو قال المكاتب: قَصَدْتُ النُّجُومَ، وسلم له السَّيِّدُ قصده، ولكن قال: قَصَدْتُ الدَّيْنِ الآخِرَ؛ فعلى ما ذكره القَفَّالُ: يُحْكَمُ بِقَوْلِ المُكَاتِبِ. وعلى ما ذكره الصَّيْدِ لِأَنِّي: بقَوْلِ السيد. والله أعلم.

قَالَ الغَزَالِيُّ: الثَّانِيَةُ: أَنْ يَكُونَ عَلَيْهِ لِلْأَجَانِبِ دَيْنٌ مُعَامَلَةٌ وَأَرَشُ جِنَايَةٍ فَقَوْلَانِ، النَّصُّ أَنْ يُورَعَ مَا فِي يَدِهِ عَلَيْهِمْ إِنْ ضَاقَ عَنْ جَمِيعِهِمْ، وَالثَّانِي: أَنَّهُ يُقَدِّمُ دَيْنَ الْمُعَامَلَةِ لِأَنَّ الْأَرْضَ لَهُ مُتَعَلِّقٌ بِالرَّقَبَةِ، ثُمَّ الْأَرْضُ يُقَدِّمُ عَلَى النُّجُومِ كَمَا يُقَدِّمُ عَلَى حَقِّ الْمَالِكِ هَذَا إِذَا كَانَ قَدْ حُجِرَ عَلَيْهِ بِالتَّمَّاسِ الْغَرَمَاءِ، فَأَمَّا قَبْلَ الْحَجْرِ فَلَهُ أَنْ يُقَدِّمَ مَنْ أَرَادَ مِنْهُمْ الثَّالِثَةُ: أَنْ يَعْجِزَ نَفْسَهُ وَعَلَيْهِ أَرَشُ وَدَيْنٌ مُعَامَلَةٌ فَقَدْ سَقَطَ النُّجُومُ وَمَا فِي يَدِهِ يُورَعَ عَلَى الدَّيْنَيْنِ بِالسُّوِيَّةِ، وَقِيلَ: يُقَدِّمُ دَيْنَ الْمُعَامَلَةِ لِيَرْجِعَ الْأَرْضُ إِلَى الرَّقَبَةِ، وَقِيلَ: يُؤَخَّرُ دَيْنَ الْمُعَامَلَةِ لِأَنَّ صَاحِبَهُ رَضِيَ بِلِمَّتِهِ، ثُمَّ لِمُسْتَحَقِّ الْأَرْضِ تَعْجِيزُ الْمُكَاتِبِ حَتَّى يَبِيعَ رَقَبَتَهُ، فَلَوْ أَرَادَ السَّيِّدُ فِدَاءَهُ لَتَبْقَى الْكِتَابَةُ فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَجِبُ قَبُولُهُ، وَأَمَّا صَاحِبُ دَيْنِ

المُعَامَلَةَ فَلَيْسَ لَهُ التَّعْجِيزُ إِذْ لَا يَتَعَلَّقُ حَقُّهُ بِالرَّقَبَةِ، وَلَوْ كَانَ لِلسَّيِّدِ ذَيْنُ مُعَامَلَةٍ فَلَا يُضَارِبُ الغُرْمَاءَ بِالنَّجْمِ وَيُضَارِبُ بِدَيْنِ المُعَامَلَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا اجْتَمَعَ عَلَى المَكَاتِبِ النُّجُومُ وَذَيُونُ المُعَامَلَاتِ؛ كَالْأَثْمَانِ، والقُرُوضِ، وَأَرْشُ الجِنَائِيَّاتِ؛ إِمَّا لِلسَّيِّدِ، أَوْ لِغَيْرِهِ، أَوْ لهُمَا؛ فَهُوَ كَالْحَرِّ فِي الحَجْرِ عَلَيْهِ، وَقِسْمَةُ مَالِهِ بَيْنَ أَرْبَابِ الدِّيُونِ.

وَهَلْ يَحُلُّ بِالحَجْرِ عَلَيْهِ الذُّيُونُ المَوْجِلَةُ؟ فِيهِ طَرِيقَانِ:

أَظْهَرُهُمَا: أَنَّ فِيهِ قَوْلَيْنِ، كَمَا ذَكَرْنَا فِي الحَرِّ إِذَا أَقْلَسَ.

وَالثَّانِي: القَطْعُ بِالحُلُولِ؛ لِأَنَّ هَا هُنَا يَجْتَمِعُ الحَجْرُ وَالرَّقُّ، وَلِلرَّقِّ أَثَرٌ ظَاهِرٌ فِي إِبْطَالِ الأَجَلِ.

أَلَا تَرَى أَنَّ الشَّافِعِيَّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - قَالَ: إِذَا اسْتَرَقَّ الحَرْبِيُّ، وَعَلَيْهِ ذَيْنُ مُؤَجَّلٍ يَحُلُّ الأَجَلَ، فَإِنَّ حَلَّتْ، فَيُقَسَّمُ المَالُ عَلَى الجَمِيعِ، وَإِلَّا فَعَلَى الذُّيُونِ الحَالَةِ.

إِذَا عَرَفَ ذَلِكَ فَإِنَّ كَانَ مَا فِي يَدِ المَكَاتِبِ وَافِياً بِمَا عَلَيْهِ مِنَ الذُّيُونِ، وَفِيَتْ جَمِيعاً، وَإِلَّا فَإِنَّ لَمْ يُحْجَزْ عَلَيْهِ بَعْدَ لَعْدَمِ التَّمَاسِ الغُرْمَاءِ أَوْ غَيْرِهِ فَلَهُ تَقْدِيمُ مَا شَاءَ مِنَ النُّجُومِ وَغَيْرِهَا كَالْحَرِّ المُغْسِرِ يَقْدَمُ مَا شَاءَ مِنَ الذُّيُونِ. وَلَهُ تَعْجِيلُ النُّجُومِ قَبْلَ المَحَلِّ، وَلَا يَجُوزُ تَعْجِيلُ الدِّيُونِ المُؤَجَّلَةِ لِغَيْرِ السَّيِّدِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ وَفِي جَوَازِهِ بِالإِذْنِ الخِلَافُ فِي تَبَرُّعَاتِ المَكَاتِبِ بِإِذْنِ السَّيِّدِ، وَفِي مَعْنَاهُ مَا إِذَا عَجَلَ سَائِرَ الدِّيُونِ لِلسَّيِّدِ.

وَمِنْهُمْ مَنْ أَجْرَى الخِلَافُ فِي تَعْجِيلِ النُّجُومِ، وَكَذَلِكَ أَوْزَدَهُ القَاضِي الرُّوْيَانِيُّ، وَقَالَ: هُوَ بِمَنْزِلَةِ الهَبَةِ: بِإِذْنِهِ، وَفِيهِ قَوْلَانِ؛ إِلا أَنَّهُ لَا يُوْدِي مَالِ الكِتَابَةِ مِنَ العَبْدِ الجَانِي؛ لِأَنَّ الأَرشَ مُتَعَلِّقٌ بِرَقَبَتِهِ، وَهُوَ مُرْتَبِنٌ بِهِ.

وَإِذَا أَدَى النُّجُومُ عِتْقَ، وَيَبْقَى ذَيْنُ الأَجَانِبِ عَلَيْهِ.

قَالَ فِي «الشَّامِلِ»: وَلَا يَجِيءُ فِيهِ الخِلَافُ فِي إِعْتَاقِ العَبْدِ الجَانِي؛ لِأَنَّ العِتْقَ يَحْصُلُ بِالصَّفَةِ السَّابِقَةِ عَلَى الجِنَائِيَّةِ؛ فَهُوَ كَمَا لَوْ عَلَّقَ عِتْقَ عَبْدِهِ بِصَفَةٍ، ثُمَّ جَنَى، فَإِنَّ الجِنَائِيَّةَ لَا تَمْنَعُ حُصُولَ العِتْقِ بِمُقْتَضَى التَّعْلِيلِ السَّابِقِ بِلَا خِلَافٍ، وَالأُولَى أَنَّ يَقْدَمُ ذَيْنُ المُعَامَلَةِ؛ فَإِنَّ فَضْلَ شَيْءٍ جَعَلَهُ فِي الأَرشِ، فَإِنَّ فَضْلَ شَيْءٍ صَرَفَهُ إِلَى النُّجُومِ.

وَسَيُظْهِرُ وَجْهَ هَذَا التَّرْتِيبِ.

وَإِنْ حَجَرَ الحَاكِمَ عَلَيْهِ، تَوَلَّى قِسْمَةَ مَا فِي يَدِهِ، وَفِي كَيْفِيَةِ القِسْمَةِ وَجْهَانِ -

وَيُقَالُ قَوْلَانِ -:

أَحَدُهُمَا - وَهُوَ ظَاهِرٌ نَصِّهِ فِي «المَخْتَصَرِ» - أَنَّهُ يُقَسَّمُ عَلَى أَقْدَارِ الذُّيُونِ، وَلَا

يُقَدَّمُ بَعْضُهَا عَلَى بَعْضٍ؛ لِأَنَّ جَمِيعَ الدُّيُونِ مُتَعَلِّقَةٌ بِمَا فِي يَدِهِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ مَا انْتَقَدَ مِنْهَا يَتَعَلَّقُ بِهِ؟ وَهَذَا مَا أَوْزَدَهُ فِي «التَّهْدِيبِ»، وَيَحْكِي عَنْ أَبِي إِسْحَاقَ، وَاخْتِيَارَ صَاحِبِ «التَّقْرِيبِ».

وَأَصْحَمَا: وَبِهِ قَالَ ابْنُ أَبِي هُرَيْرَةَ، وَالْقَفَّالُ، وَهُوَ الَّذِي أَوْزَدَهُ الْقَاضِي ابْنُ كَيْجٍ - أَنَّهُ يُقَدَّمُ دَيْنُ الْمُعَامَلَةِ؛ لِأَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِمَا فِي يَدِهِ لَا غَيْرَ، وَلِأَنَّ الْجَنَائِدَ مُتَعَلِّقَ آخَرَ، وَهُوَ الرَّقْبَةُ، وَكَذَلِكَ حَقُّ السَّيِّدِ بِتَقْدِيرِ الْعَجْزِ يَعُودُ إِلَى الرَّقْبَةِ، وَيَسُورُ بَيْنَ الْأَثْمَانِ وَالْقُرُوضِ، ثُمَّ يُقَدَّمُ أَرْضُ الْجَنَائِدِ عَلَى النُّجُومِ؛ لِأَنَّ الْأَرْضَ مُسْتَقَرَّةً، وَالنُّجُومَ عُرْضَةً السُّقُوطِ، إِذَا شَاءَ الْمُكَاتَبُ، وَلِأَنَّ حَقَّ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ يُقَدَّمُ عَلَى حَقِّ الْمَالِكِ فِي الْقِنِّ؛ فَكَذَلِكَ فِي الْمُكَاتَبِ.

وَعَنِ الْقَاضِي أَبِي الطَّيِّبِ: أَنَّهُ لَا يَخْتَلِفُ الْأَصْحَابُ فِي أَنَّ ذَلِكَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَحَمَلُوا مَا فِي «المَخْتَصَرِ» عَلَى مَا إِذَا رَضِيَ جَمِيعاً بِالتَّسْوِيَةِ وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «إِذَا ضَاقَ عَنْ جَمِيعِهِمْ» يُشِيرُ إِلَى أَنَّ مَوْضِعَ الْخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَفِ مَا فِي يَدِهِ بِالدُّيُونِ جَمِيعاً، فَإِنَّ وَفَى فَيُؤَدَى<sup>(١)</sup> الْكُلَّ.

وقوله: [هنا]<sup>(٢)</sup> كان قد حُجِرَ عَلَيْهِ بِالتَّيْمَاسِ الْغُرَمَاءِ؛ يَعْنِي الْمُسْتَحْقِينَ لِلدُّيُونِ سِوَى السَّيِّدِ؛ فَإِنَّهُ صَوَّرَ فِيمَا إِذَا كَانَتِ الدُّيُونُ لِلْأَجَانِبِ.

وَقَدْ ذَكَرَ فِي «الشَّامِلِ» أَنَّهُ لَا يُحْجَرُ عَلَيْهِ بِالتَّيْمَاسِ السَّيِّدُ التُّجُومَ؛ لِأَنَّهَا غَيْرُ مُسْتَقَرَّةٍ، وَالْعَبْدُ مُتَمَكِّنٌ مِنْ إِسْقَاطِهَا. ثُمَّ فِي الْفَصْلِ صُورًا:

إِحْدَاهَا: إِذَا عَجَزَ الْمُكَاتَبُ نَفْسَهُ، سَقَطَتِ التُّجُومُ، وَفِي دَيْنِ الْمُعَامَلَةِ لِلسَّيِّدِ وَجْهَانِ، الَّذِي ذَكَرَهُ الْإِمَامُ مِنْهُمَا: أَنَّهُ يَسْقُطُ أَيْضاً، وَيَصْرَفُ مَا فِي يَدِهِ إِلَى دُيُونِ الْأَجَانِبِ مِنَ الْمُعَامَلَاتِ وَالْأَرْضِ، فَإِنَّ لَمْ يَفِ بِالتَّوَعُّينِ؛ فَفِيهِ ثَلَاثَةٌ أَوْجَه:

أَرْجَحُهَا: عِنْدَ الشَّيْخِ أَبِي مُحَمَّدٍ، وَصَاحِبِ الْكِتَابِ وَغَيْرِهِمَا - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - أَنَّهُ يُسَوَّى بَيْنَهُمَا.

وَالثَّانِي: تَقْدِيمُ دَيْنِ الْمُعَامَلَةِ؛ لِأَنَّ لِلْأَرْضِ مُتَعَلِّقاً آخَرَ، وَهُوَ الرَّقْبَةُ، وَقَضِيَّةٌ مَا قَدَّمْنَا تَرْجِيحُ الرَّجْحِ، وَقَدْ وَفَى الْإِمَامُ بِهَذِهِ الْقَضِيَّةِ<sup>(٣)</sup>.

وَالثَّلَاثُ: عَنِ صَاحِبِ «التَّقْرِيبِ»: تَقْدِيمُ دَيْنِ الْأَرْضِ؛ لِأَنَّهَا تَثْبُتُ مِنْ غَيْرِ رِضَا أَرْبَابِهَا، وَفِي دُيُونِ الْمُعَامَلَةِ قَدْ رَضِيَ أَرْبَابُهَا بِدَمِيهِ.

(٢) سقط في: ز.

(١) في أ: يؤدي.

(٣) في أ: الصفة.



قال الإمام: وهذا المعنى يفتضي طرد الوجه الثالث قبل التعجيز، وما يبقى من دين المعاملة يتبع به بعد العتق، وما يبقى من الأرض يتعلّق بالرقبة، فيباع فيه.

ولو مات المكاتب قبل أن يقسم ما في يده انفسخت الكتابة، وسقطت النجوم وذكر جماعة - منهم صاحب «الشامل»، ويحكي عن ابن سريج - أن أروش الجنائيات تسقط أيضاً؛ لأنها تتعلّق بالرقبة، وقد تلفت، وتعلق بما في يده أيضاً بحكم الكتابة، فإذا انفسخت الكتابة بطل ذلك التعليق أيضاً، فعلى هذا يتعين صرف ما خلفه إلى ديون المعاملات، وأبقى مبقون الأرض وتعلّقها بالمال.

وعلى ذلك جرى الصيّد لأبي، والإمام، وصاحب «التهديب» - رحمهم الله - وعلى هذا؛ فإن سويتنا [في] <sup>(١)</sup> صورة التعجيز، فهذا هنا أولى.

وعلى الوجه المنقول <sup>(٢)</sup> عن صاحب «التقريب»: تقديم الأرض.

وإن قلنا هناك: [يقدم] <sup>(٣)</sup> دين المعاملة؛ فهذا هنا وجهان:

أحدهما: أن الجواب كذلك؛ استصحاباً لما كان في حال الحياة.

وأظهرهما: التسوية؛ لأن الدينين متعلقان بما خلفه، وتأخر الأرض في الحياة كان لتوقع توفيره من الرقبة، وقد بطل ذلك التوقع.

الثانية: إذا لم يكن في يد المكاتب مال، أو قسم الموجود إما على الديون جميعاً بالتسوية، أو على التقديم والترتيب، وبقيت النجوم أو بعضها؛ فللسيد تعجيزه ورده إلى الرق.

إن بقيت الأروش، أو بعضها، فلمستحق الأرض الباقي تعجيزه أيضاً لتباع رقبته في حقه، ولا يعجزه بنفسه؛ لأنه لم يعقد حتى يفسخ، ولكن يرفع الأمر إلى الحاكم حتى يعجزه. صرح الأصحاب بهذا.

وقال الإمام: ظاهر كلامهم أنه يعجزه بنفسه والوجه: الرفع إلى القاضي.

فلو <sup>(٤)</sup> أراد السيد أن يفديه، وتبقى الكتابة؛ فهل يمتنع على مستحق الأرض التعجيز؟ وهل يجب عليه قبول الفداء؟

قال الإمام: فيه احتمال متلقى من قول الأصحاب: يجوز أن يقال: لا، لأن السيد إنما يفدي إذا تعلّق الأرض بالرقبة، وهذا لا يتحقق ما دامت الكتابة باقية. وليست الكتابة كالاستيلاء حتى يجعل السيد مانعاً لها، كما يجعل مانعاً بالاستيلاء.

(٢) في ز: المذكور.

(٤) في ز: فإن.

(١) سقط في: ز.

(٣) في ز: تقديم.

ويجوز أن يقال: نعم؛ لأنه رَقِيقُ السَّيِّدِ، وله غَرَضٌ في تمام العتاقَةِ، وفي استبقائه لنفسه إن لم يتم، فيتمكُن<sup>(١)</sup> من الفِداءِ. والأولُ أصحُّ عند الإمام، وتابعه<sup>(٢)</sup> صاحبُ الكتاب.

[والثاني نعم]<sup>(٣)</sup> وهو الذي يُوجَدُ لسائر الأئمَّةِ - رحمهم الله -، وأما صاحبُ دَيْنِ المُعامَلَةِ، فليس له التَّعْجِيزُ؛ لأنَّ حَقَّهُ لا يَتَعَلَّقُ بِالرَّقَبَةِ على ما سنذكر إن شاء الله تعالى. ولو أمهَلَهُ السيد، ومُسْتَحِقُّ الأُرُوشِ، ثم بدا لِبَغْضِهِمْ، وأراد التَّعْجِيزَ، فله ذلك، خِلافًا لأبي حنيفة ومالك - رحمهما الله -.

وإذا تَحَقَّقَ التَّعْجِيزُ، سقطت التُّجُومُ، وَيُبَاعُ في أَرْضِ الجَنَابَةِ، إلا أن يَفْدِيَهُ السَّيِّدُ. ودَيْنُ المُعامَلَةِ لا يَتَعَلَّقُ بِالرَّقَبَةِ، ولا يَبَاعُ فيه، خِلافًا لأبي حنيفة حيث قال: متعلقه بِالرَّقَبَةِ، كما قال: يَتَعَلَّقُ دُيُونُ المُعامَلَةِ بِرَّقَبَةِ العَبْدِ المَأْدُونِ.

وعن رواية صاحب «التقريب» وجه مثله؛ فيجوز أن يُعَلَّمَ لذلك. قوله في الكتاب: «الأُ يتعلق حقه بالرقبة»؛ بالحاء والواو. وقضية الوَجْهِ المذكور أن يُمَكَّنَ صَاحِبُ دَيْنِ المُعامَلَةِ مِنَ التَّعْجِيزِ، وأن يسوى بين دَيْنِ المُعامَلَةِ، والأَرْضِ في الحياة.

الثالثة: عرفت أن الأظْهَرَ أن دُيُونَ الأَجَانِبِ مُقَدَّمَةٌ على النجوم، فلا يُضَارِبُ السَّيِّدُ معهم بالنجوم، إذا لم يَفِ ما في يَدِ المُكَاتِبِ بالجميع. وهل يُضَارِبُ بِمَالِهِ من دَيْنِ المُعامَلَةِ؟ فيه وجهان:

أشبههما: وهو المَذْكُورُ في الكتاب - نعم؛ لأنه إذا سَقَطَ لم يَكُنْ له بَدَلٌ كدُيُونِ العُرَمَاءِ، بخلاف النُجْمِ؛ فإنه إذا سَقَطَ عَادَ السَّيِّدُ إلى الرَّقَبَةِ.

والثاني: لا؛ لأن دُيُونَ السَّيِّدِ ضَعِيفَةٌ، فإنها عُرْضَةٌ للسقوط بالتعجيز. هكذا وجه الإمام، وذكَّرَ في غير هَذَا المَوْضِعِ أن ما كان للسَّيِّدِ من دَيْنِ مُعامَلَةٍ يسقط بالتعجيز.

ونقل صاحب «التهذيب» فيه وجهين؛ فإذا<sup>(٤)</sup> لم يسقط فَيُحَاصُّ السَّيِّدُ العُرَمَاءَ فيما كان في يَدِهِ. وأما ما للسَّيِّدِ من أَرْضِ جَنَابَةٍ على المُكَاتِبِ، ففي كتاب القاضي ابن كَجُّ أن السَّيِّدَ والأَجَنَبِيَّ يَسْتَوِيَانِ فيه في دَوَامِ الكتابة.

وأما [ما]<sup>(٥)</sup> بعد التعجيز، فَيُبَاعُ في أَرْضِ الجَنَابَةِ على الأجنبي، ويسقط ما كان للسَّيِّدِ؛ لأنه صار ملكاً له، ولا يَثْبُتُ للسَّيِّدِ على عِبْدِهِ أَرْضُ جَنَابَةٍ، ويجوز أن يُفْرَضَ

(٢) في ز: وتبعه.

(٤) في أ: فإن.

(١) في ز: فيمكن.

(٣) في ز: الثاني. صح.

(٥) سقط في: ز.

فيه خلاف. وقوله في الكتاب: «فلا يُضَارِبُ العَرْمَاءُ بالنجم»؛ يجوز أن يُعَلَّمَ بالواو لما تَقَدَّمَ أن على قولٍ أو وَجْهٍ يُورَعُ ما في يَدِهِ على النجوم وغيرها.

قَالَ العَرَالِيُّ: (المَسْأَلَةُ الخَامِسَةُ: ) إِذَا كَاتَبَا عِنْدَا فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَنْفَرِدَ بِقَبْضِ نَصِيبِ نَفْسِهِ لِأَنَّ كُلَّ مَا فِي يَدِ العَبْدِ كَالْمُشْتَرَكِ بَيْنَهُمَا، وَلَوْ سَلَّمَ إِلَى أَحَدِهِمَا جَمِيعَ النُّجُومِ لَمْ يُعْتَقَ مِنْهُ شَيْءٌ، وَقِيلَ يُعْتَقُ نَصِيبُ القَابِضِ، وَلَوْ رَضِيَ أَحَدُهُمَا بِتَقْدِيمِ الأُخْرِ بِنَصِيبِهِ فَقَبْضٌ فَهَلْ يُعْتَقُ نَصِيبُهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا كَانَ بَيْنَ اثْنَيْنِ عَبْدٌ بِالسُّوِّيَّةِ<sup>(١)</sup>، فَكَاتَبَاهُ مَعًا، لَمْ يَكُنْ لِلْمُكَاتَبِ أَنْ يُفْضَلَ أَحَدُهُمَا عَلَى الأُخْرِ فِي قَدْرِ المَدْفُوعِ، وَلَا أَنْ يُقَدَّمَ أَحَدُهُمَا عَلَى الأُخْرِ؛ لِأَنَّ أَكْسَابَهُ مُشْتَرَكَةٌ بَيْنَهُمَا؛ فَإِنْ دَفَعَ إِلَى أَحَدِهِمَا تَمَامَ حِصَّتِهِ بِغَيْرِ إِذْنِ الأُخْرِ، لَمْ يُعْتَقَ مِنْهُ شَيْءٌ؛ لِأَنَّ نِصْفَ المَأْخُوذِ لِشْرِيكِهِ، وَيَجِيءُ فِيهِ وَجْهٌ ضَعِيفٌ قَدْ سَبَقَ.

وإن دفع إليه [قبل]<sup>(٢)</sup> تمام النجوم، فكذلك.

وحكى الإمام وجهاً: أَنَّهُ يُعْتَقُ نَصِيبُ القَابِضِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَلْزُمُهُ رَفْعُ اليَدِ، إِلاَّ عَنِ نِصْفِ المَقْبُوضِ، فَلَيْسَتْ مِلْكُهُ فِي نِصْفِ المَقْبُوضِ، وَلَا خِلافٌ أَنَّ لِالشَّرِيكَ الأُخْرَ أَخَذَ حِصَّتَهُ مِمَّا قَبِضَ، وَلَا فِي أَنَّهُ إِذَا قَبِضَ أَحَدُهُمَا جَمِيعَ النُّجُومِ بِإِذْنِ الأُخْرِ عَتَقَ العَبْدَ.

وإن دفع إلى أحدهما حِصَّتَهُ مِنْ مَالِ الكِتَابَةِ بِإِذْنِ الأُخْرِ، وَرِضَاهُ بِتَقْدِيمِهِ؛ فَفِي صِحَّةِ القَبْضِ قولان؛ وَقَالَ صَاحِبُ الكِتَابِ: وَجْهَانِ:

أصحهما: عَلَى مَا قاله الرُّوْيَانِيُّ فِي «الحلية»، وَهُوَ اخْتِيارُ المُزَنِيِّ: أَنَّهُ لَا يَصِحُّ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ مَا فِي ذِمَّةِ المُكَاتَبِ، وَمَا فِي يَدِهِ مِلْكُهُ، فَلَا أَثَرَ لِالإِذْنِ فِيهِ، وَلِأَنَّهُ لَوْ جَاءَ بِالمَالِ لِيُعْطِيَهُمَا، فَرَضِي أَحَدُهُمَا بِأَنْ يَزِنَ لِالأُخْرِ أَوَّلًا، ففعل وأقبضه؛ لَمْ يُعْتَقَ حَتَّى يَزِنَ لِالأُخْرِ.

ولو هَلَكَ الباقِي قَبْلَ أَنْ يَدْفَعَهُ إِلَى الثَّانِي، كَانَ المَدْفُوعُ إِلَى الأَوَّلِ بَيْنَهُمَا؛ فَكَذَلِكَ

ها هنا.

والثاني: يَصِحُّ، لِأَنَّ الحَقَّ لَا يَغْدُوهُمْ، وَقَدْ اتَّفَقُوا عَلَيْهِ.

ويروى عن أَبِي حَنِيفَةَ مِثْلُ القَوْلَيْنِ.

وفي طريقة الصَّنَدَلَانِيِّ أَنَّ مِنَ الأَصْحَابِ مَنْ بَنَى القَوْلَيْنِ، عَلَى أَنَّهُ: هَلْ يَجُوزُ أَنْ يُكَاتَبَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ نَصِيبَهُ بِإِذْنِ الأُخْرِ؟  
إِنْ جَوَّزْنَاهُ صَحَّ القَبْضُ، وَإِلَّا فَلاَ.

(٢) سقط في: ز.

(١) في ز: بالتسوية.

وذكر غيره أنهما مَبْنِيَانِ على أن المُكَاتَبَ: هل تنفذ تَبْرَعَاتُهُ بِإِذْنِ السيد؛ لأن هذا التقديم<sup>(١)</sup> تبرع.

وتعرف الشيخ أبو محمد في «السلسلة» لِلْبَائِنِينَ جميعاً؛ فإن قلنا: لا يصح القَبْضُ، لم يُعْتَقْ نَصِيبُ الْقَائِضِ، ولِلْأَذْنِ طَلَبَ حِصَّتِهِ مِنَ الْمَقْبُوضِ، ثم إن أَدَى الْعَبْدُ الْبَاقِيَ عَتَقَ عَلَيْهِمَا، وَإِلَّا فَلَهُمَا التَّعْجِيزُ.

فإن قلنا: يصح القَبْضُ اسْتَبَدَّ الْقَائِضُ بِمَا قَبَضَهُ، وَعَتَقَ نَصِيبَهُ، ثم إن كان مُعْسِراً، لم يُعْتَقْ نَصِيبُ الْآخَرِ عَلَيْهِ، ولكن إن كان في يَدِ الْمُكَاتَبِ ما يفي بنصيب الآخر وأداه عتق نصيبه أيضاً وإلا فلآخر تَعْجِيزُهُ.

وإن كان الَّذِي قَبَضَ حِصَّتَهُ مُوسِراً قُومَ عَلَيْهِ نَصِيبُ الشَّرِيكِ، ومتى يُقَوِّمُ فِي الْحَالِ، أو عند التَّعْجِيزِ عن نصيب الشريك؟

فيه القولان المذکورانِ من قَبْلُ، فيما إذا أَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ.

فإن قلنا بالتَّقْوِيمِ فِي الْحَالِ، فجميع ما في يَدِ الْعَبْدِ لِلشَّرِيكِ الْآذِنِ<sup>(٢)</sup>؛ لحصوله في حال تَفَارُقِهِ واستيفاء<sup>(٣)</sup> الأول نصيبه.

وإن قلنا بالتَّقْوِيمِ عند الْعَجْزِ، فما اِكْتَسَبَهُ إِلَى أَنْ يُعْتَقَ نِصْفُهُ يكون للشريك الآذِنِ، وما اِكْتَسَبَهُ بعد ذلك يكون بَيْنَ الْمُكَاتَبِ وَالشَّرِيكِ الْآذِنِ؛ لأنه اِكْتَسَبَهُ بنصفه الحُرِّ، ونصفه المكاتب.

وإن مات قبل الأداء والتَّعْجِيزِ، فعلى ما سَبَقَ هناك.

هذا ما يوجد لأكثر الثَّقَلَيْنِ - رحمهم الله - .

وسلك الإمام - رحمه الله - طَرِيقَةً أُخْرَى فقال: إن كان في يَدِهِ وفاء بنصيب الشريك الآذِنِ، فالذي رَأَيْتُهُ للأصحاب - رحمهم الله - الْقَطْعُ بأنه لا سِرَايَةَ.

قال في «الوسيط»: ولا نقول بعْتَقِ نَصِيبِهِ، بل يؤدي نصيب الآذِنِ فإذا أَدَى عَتَقَ عَلَيْهِمَا، وإن عَجَزَ عن أداءِ نَصِيبِ الْآذِنِ؛ فقد حُكِيَ عن ابن سُرَيْجٍ: أنه لا يُشَارِكُ الْقَائِضُ فيما قَبَضَ؛ لأنه لما قدمه فقد رَضِيَ بِبَقَائِهِ حَقَّهُ فِي ذِمَّةِ الْمُكَاتَبِ، فعلى هذا

(١) في أ: التقويم.

(٢) قال في الخادم: كذا وقع في أكثر نسخ الرافعي وهو سهو، أما قوله: «فجميع ما في يده يكون للشريك الآذِنِ» فغلط بل الذي يأخذ منه النصف وبذلك قطع الأصحاب منهم القاضي أبو الطيب والماوردي وابن الصباغ وغيرهم ثم ساق عبارتهم.

(٣) في ز: استبقاء.

يُعْتَقُ نَصِيبُ الْقَابِضِ [وَأَفِي السَّرَايَةِ مَا ذَكَرَهُ الْأَكْثَرُونَ - وَعَنْ غَيْرِهِ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - : أَنْ  
الْأَذْنَ يُشَارِكُ الْقَابِضَ ؛ لِأَنَّ مَا قَبِضَهُ كَسَبُ عِبْدِهِمَا<sup>(١)</sup>، وَإِنَّمَا تَبَرَّعَ الْأَذْنَ بِالتَّقْدِيمِ، لَا  
بِالتَّمْلِيكِ، فَلَا يَخْلُصُ لَهُ الْمَقْبُوضُ ؛ فَعَلَى هَذَا لِهَمَّا تَعَجِيزُهُ وَإِرْقَاقُهُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

قَالَ الْعَزَلِيُّ : (فَرَعَ) : لَوْ أَدَّعَى أَنَّهُ وَقَاهُمَا النُّجُومَ فَصَدَّقَ أَحَدُهُمَا وَكَذَّبَ الْآخَرَ  
وَحَلَفَ فَلَهُ أَنْ يُشَارِكَ الْمُصَدِّقَ فِيمَا أَقْرَ بِقَبْضِهِ، وَلَهُ أَنْ يُطَالِبَ الْمُكَاتَبَ إِنْ شَاءَ بِتَمَامِ  
نَصِيبِهِ، ثُمَّ لَا يَزِجُ الْمُصَدِّقَ عَلَى الْمُكَاتَبِ فِيمَا أَخَذَ مِنْهُ وَلَا الْمُكَاتَبَ عَلَى الْمُصَدِّقِ .

قَالَ الرَّافِعِيُّ : قَدْ مَرَّ أَنَّ الشَّرِيكَيْنِ إِذَا كَاتَبَا عِنْدَهُمَا الْمُشْتَرَكَ، فَأَدَّعَى أَنَّهُ وَقَاهُمَا  
النُّجُومَ، فَصَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا، وَكَذَّبَهُ الْآخَرَ، أَنَّ الْمُكَذَّبَ مُصَدِّقٌ بِبَيْعِيهِ، إِذَا حَلَفَ  
تَقَدَّتْ الْكِتَابَةُ فِي نَصِيبِهِ، وَهُوَ بِالْخِيَارِ بَيْنَ أَنْ يُشَارِكَ الْمُصَدِّقَ، فَمَا أَقْرَ بِقَبْضِهِ فَيَأْخُذُ  
نِصْفَهُ، وَيَطَالِبُ الْعَبْدَ بِالبَاقِي، وَبَيْنَ أَنْ يُطَالِبَ [المُكَاتَبَ]<sup>(٢)</sup> بِتَمَامِ نَصِيبِهِ؛ لِأَنَّ كَسْبَهُ  
مُتَعَلِّقٌ حَقَّهُمَا بِالشَّرِكَةِ، فَلَهُ أَنْ يُشَارِكَ الْمُصَدِّقَ فِيمَا أَخَذَهُ .

وَذَكَرَ الْقَاضِي ابْنُ كَيْجٍ أَنَّ هَذَا التَّخْيِيرَ مَبْنِيٌّ عِنْدَ بَعْضِ الْأَصْحَابِ عَلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ  
أَنْ يَنْفَرِدَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ بِكِتَابَةِ نَصِيبِهِ .

فَأَمَّا إِذَا جَوَّزْنَا، فَلَا يَأْخُذُ مِنَ الشَّرِيكِ شَيْئاً، وَإِنَّمَا يَطَالِبُ الْمُكَاتَبَ بِتَمَامِ حِصَّتِهِ،  
وَهَذَا يُرْخِصُ فِي إِعْلَامِ قَوْلِهِ فِي الْكِتَابِ : «فَلَهُ أَنْ يُشَارِكَ الْمُصَدِّقَ» بِالرَّوَا .

الظَّاهِرُ ثُبُوتُ التَّخْيِيرِ<sup>(٣)</sup> عَلَى الْقَوْلَيْنِ ؛ لِأَنَّ - وَإِنْ جَوَّزْنَا انْفِرَادَ أَحَدِهِمَا بِالكِتَابَةِ -  
فَإِذَا كَاتَبَا مَعاً، فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَنْفَرِدَ بِأَخْذِ شَيْءٍ مِنْ كَسْبِهِ .

قَالَ ابْنُ الصَّبَّاحِ : وَإِنْكَارُهُ قَبْضَ الشَّرِيكِ لَا يَمْنَعُهُ مِنَ الرُّجُوعِ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ أَقْرَ  
بِالقَبْضِ، وَرَبِمَا قَبِضَ، وَهُوَ لَا يَعْلَمُ .

ثُمَّ إِذَا أَخَذَ الْمُكَذَّبُ حِصَّتَهُ مِنْهُمَا، أَوْ مِنَ الْعَبْدِ وَخَذَهُ، عُتِقَ بَاقِيَهُ، وَلَا يَرْجِعُ  
الْمُصَدِّقُ إِنْ أَخَذَ مِنْهُمَا بِشَيْءٍ عَلَى الْعَبْدِ؛ لِاعْتِرَافِهِ بِأَنَّهُ مَظْلُومٌ وَلَا يَرْجِعُ الْمَظْلُومُ عَلَى  
غَيْرِ<sup>(٤)</sup> ظَالِمِهِ . وَكَذَلِكَ لَا يَرْجِعُ الْعَبْدُ عَلَى الْمُصَدِّقِ بِمَا يَأْخُذُ مِنْهُ، وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ  
الْمُصَدِّقِ عَلَى الْمُكَذَّبِ؛ لِأَنَّهُ مُتَّهَمٌ بِدَفْعِ مُشَارَكَتِهِ فِيمَا أَخَذَ .

قَالَ الْعَزَلِيُّ : الْمَسْأَلَةُ السَّادِسَةُ : لَوْ كَاتَبَ عَبْدَيْنِ بِشَرْطِ أَنْ يَتَكَفَّلَ أَحَدُهُمَا بِنَصِيبِ  
الْآخَرَ فَسَدَّ الْعَقْدَ، وَلَوْ تَكَفَّلَ بِغَيْرِ شَرْطٍ لَمْ يَصِحَّ لِأَنَّ النُّجُومَ لَيْسَتْ بِإِلَازِمَةٍ فَكَيْفَ

(٢) سقط في: ز.

(٤) في ز: وعلى.

(١) في أ: عندهما.

(٣) في أ: الخلاف.

تُضْمَنُ، وَلَوْ تَبَرَّعَ أَحَدُهُمَا بِتَسْلِيمِ نُجُومِ الثَّانِي وَقُلْنَا: لَا يَجُوزُ التَّبَرُّعُ مَعَ الإِذْنِ فَلِلْمَوْدِي أَنْ يَسْتَرِدَّ قَبْلَ أَنْ يَغْتِقَ، وَالتَّصُّ أَنْهُ لَا يَسْتَرِدُّ بَعْدَ الْعِنْتِ وَنَصَّ أَنَّهُ لَوْ عَقَا عَنْ أَرْضِ جَنَابِيَّةٍ ثَبَتَ لَهُ عَلَى السَّيِّدِ وَقُلْنَا: لَا يَصِحُّ فَلَهُ طَلْبُهُ بَعْدَ الْعِنْتِ، وَقِيلَ فِي الْمَسْأَلَةِ قَوْلَانِ مَبْنِيَّانِ عَلَى أَنْ تَبَرَّعَ الْمُفْلِسُ إِذَا لَمْ يَنْفُذْ لِأَجْلِ الدَّيْنِ، فَلَوْ سَقَطَ الدَّيْنُ بِالإِبْرَاءِ فَهَلْ يَنْفُذُ الْآنَ؟ فِيهِ قَوْلَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا كَاتَبَ عَبْدَيْنِ فَصَاعِدًا، وَشَرَطَ أَنْ يَتَكَمَّلَ بَعْضُهُمْ عَنْ بَعْضٍ بِالنُّجُومِ، فَسَدَّتِ الْكِتَابَةُ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ فَايَسِدُ، فَإِنْ مَالَ الْكِتَابَةُ غَيْرَ لِأَرْجَمِ، وَضَمَانُهُ غَيْرٌ صَحِيحٌ. وَلَوْ ضَمِنَ بَعْضُهُمْ عَنْ بَعْضٍ بِغَيْرِ شَرْطٍ، لَمْ يَصِحَّ.

وَحَكَى الْقَاضِي ابْنُ كَيْحٍ قَوْلًا آخَرَ: أَنَّ الْكِتَابَةَ لَا تَفْسُدُ بِالشَّرْطِ الْمَذْكُورِ، وَنَسَبَهُ الْإِمَامُ إِلَى الْقَدِيمِ، وَوَجَّهَهُ بِأَنَّ هَذَا الضَّمَانَ مِنْ مَضْلَحَةِ الْعَقْدِ، فَإِنَّ السَّيِّدَ قَدْ يُرِيدُ ائْتِيَانَهُ بِبَعْضِهِمْ بَعْضٌ، فَيَتَعَاوَنُوا عَلَى الْاِكْتِسَابِ، فَلَا يَفْسُدُ الْعَقْدُ [بِاشْتِرَاطِهِ] <sup>(١)</sup>، وَيَصِحُّ ضَمَانُ بَعْضِهِمْ عَنْ بَعْضٍ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ؛ لِلْحَاجَةِ وَالْمَضْلَحَةِ كَضَمَانِ الدَّرَكِ <sup>(٢)</sup>. وَالظَّاهِرُ الْأَوَّلُ.

وَكَذَلِكَ لَوْ كَاتَبَ عَبْدَهُ بِشَرْطِ أَنْ يَضْمَنَ عَنْهُ فَلَانَ؟ لَمْ تَصِحَّ الْكِتَابَةُ وَلِيَعْلَمَ لِلْقَوْلِ الَّذِي نَقَلْنَاهُ قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «فَسَدَ الْعَقْدُ» بِالْوَاوِ، وَيَجُوزُ أَنْ يُعْلَمَ بِالْحَاءِ وَالْمِيمِ أَيْضًا؛ لِأَنَّ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، وَمَالِكٍ - رَحِمَهُمَا اللَّهُ - أَنَّهُ إِذَا كَاتَبَ عَبْدَيْنِ فَصَاعِدًا وَكُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ضَامِنٌ عَنِ الْآخَرِ، وَإِنْ لَمْ يَوْجَدْ تَضَرِيحًا بِالضَّمَانِ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ أَدَاءَ الْجَمِيعِ إِذَا طَالَبَهُ السَّيِّدُ، فَإِذَا أَدَّى عَقَبُوا، وَرَجَعَ عَلَى أَصْحَابِهِ بِحُصَصِهِمْ.

وَعَنْ مَالِكٍ: أَنَّهُ إِذَا امْتَنَعَ بَعْضُهُمْ عَنِ الْاِكْتِسَابِ، كَانَ لِلْآخَرِينَ إِجْبَارُهُ، وَأَنَّهُ لَوْ أَعْتَقَ السَّيِّدُ أَحَدَهُمْ، وَهُوَ غَيْرُ كَسُوبٍ لَمْ يَنْفُذْ عَقْبُهُ؛ لِأَنَّ فِيهِ إِضْرَارًا بِالْآخَرِينَ.

وَإِذَا ثَبَتَ التَّضَامُنُ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ، فَعِنْدَ الْاِشْتِرَاطِ أَوْلَى.

وَاحْتِجَ الْأَصْحَابُ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - بِأَنَّ الْكِتَابَةَ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ، فَإِذَا كَانَ فِي أَحَدٍ طَرَفِيهَا أَكْثَرُ مِنْ وَاحِدٍ، لَمْ يَلْزِمَهُ عِنْدَ الإِطْلَاقِ جَمِيعُ الْمَالِ كَالْبَيْعِ وَغَيْرِهِ.

وَلَوْ أَدَّى بَعْضَ الْمُكَاتِبِينَ عَنْ بَعْضٍ، بِلَا شَرْطٍ وَلَا ضَمَانٍ، أَوْ كَاتَبَ عَبْدَيْنِ فِي عَقْدَيْنِ، فَأَدَّى أَحَدَهُمَا عَنِ الْآخَرِ، نُظِرَ:

إِنْ أَدَّى بَعْدَ مَا عَقِقَ جَازًا، فَإِنْ أَدَاءَ الدَّيْنِ عَنِ الْغُرْمَاءِ جَائِزًا، ثُمَّ إِنْ أَدَّى بِإِذْنِهِ رَجَعَ

(٢) سقط في: ز.

(١) في ز: إشراطه.

عليه، وإلا فلا. وإن أدى قبل العتق، فهو تبرُّع، وتبرُّع المكاتب بغير إذن سيِّده غير جائز، وبإذنيه فيه قولان؛ يأتيان من بعد إن شاء الله تعالى.

فإن لم يعلم السيد بأنه يؤدِّي عن غيره، بأن ظنَّ أنه كَسِبَ المؤدِّي عنه، وأنه يؤدِّي بإذنيه، فهو تبرُّع بغير إذن السيد، وإن علم الحال فوجهان:

أظهرهما: أنه تبرُّع بالإذن، وأخذه عن علمٍ بالحال قائم مقام صريح الإذن.

والثاني: - وهو اختيار صاحب «التهذيب» - أنه لا يجعل ذلك إذناً، بل لا بد من التَّصْرِيح بالإذن، فإن صَحَّحْنَا الأداء لم يرجع المؤدِّي على السيِّد، ويرجع على المؤدِّي عنه إن أدى بإذنيه، ولا يرجع إن أدى بغير إذنيه.

وإذا ثبت له الرجوع عليه - بأن كان قد عتق - فذلك، وإلا فيأخذه مما في يده، ويُقدَّم على النجوم؛ لأنه لا [بدل] <sup>(١)</sup> له، ولحقَّ السيد بدَلٌ عند العُدْر، وهو رَقَبَةُ العبد، ولأن دَيْنَ الرَّاجِعِ لَأَرْمَ لا يمكن إسقاطه، والنجوم يمكن إسقاطها، بأن يعجز المكاتب نفسه.

وإن لم نصحح الأداء، فلا رُجُوع للمؤدي على المؤدِّي عنه، ولكنه <sup>(٢)</sup> يَسْتَرِدُّ من السيد ما دَفَعَهُ إليه ما لم يُعْتَق، والسيد يُطالِبُ المؤدِّي عنه بما عليه، فإن حَلَّ نَجْمٌ على المؤدِّي وَقَعَ في النَّقَاصِ، وإن لم يَسْتَرِدُّ من السيد، حتى أدى النُّجُومَ، وعتق، فالنَّصُّ أنه لا يَسْتَرِدُّ حينئذٍ، ونَصُّ فيما إذا جَنَى السيِّدُ على مَكَاتِبِهِ، فعفا عن الأَرْضِ الثَّابِتِ له على السيد، وأبطلْنَا العَفْوَ، بِنَاءٍ على رَدِّ تَبَرُّعَاتِهِ، ثم عتق أن له أَخَذَ الأَرْضِ.

فقال أَكْثَرُ الأَصْحَابِ: في الصورتين قولان، وأطلق مُطْلِقُونَ في المسألة وجهين من غير تَعَرُّضٍ لِلنَّصِّينِ:

أحدهما: لا يأخذ شيئاً؛ لأن المَانِعِ من صِحَّةِ تَبَرُّعِهِ الرُّقُّ، وخوف فوات العتق، وقد ارتفع هذا المَانِعُ.

والثاني: يأخذ؛ لأن أداءه وَعَفْوَهُ لم يَصِحَّ حينئذٍ، فلا يَنْقَلِبُ صحيحاً بزوال الرُّقِّ، وبنى الخلاف على القولين في تَصَرُّفَاتِ المُفْلِسِ؛ أهي باطلة أو موقوفة؟ إن أبطلْنَاها؛ فالأداء والعَفْوُ باطِلَانِ.

وإن قلنا: هي موقوفة، فالأداء والعفو موقوفان، فإذا عتق بآن صِحَّتْهُمَا.

ولو كاتب رجلان كل واحد منهما عبده، ثم أدى أحدهما عن الآخر، بغير إذن السيد، لم يصح أداءه، وإن أدى بإذن السيِّد، ففيه قولان. وعن القفال: أنه إذا <sup>(٣)</sup> انضمَّ

(٢) في أ: ولكن.

(١) في ز: لا يدل.

(٣) في أ: إن.

إِذْنُ الْمُؤَدِّي عَنْهُ إِلَى إِذْنِ سَيِّدِهِ يَصِحُّ بِلَا خِلَافٍ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ إِقْرَاضاً، وَالْإِقْرَاضُ بِإِذْنِ السَّيِّدِ جَائِزٌ بِلَا خِلَافٍ<sup>(١)</sup>، فَإِنْ لَمْ يَصِحَّ أَدَاؤُهُ، فَلَهُ الِاسْتِزَادُ، وَإِنْ عُتِقَ قَبْلَ الِاسْتِزَادِ، فَفِيهِ الْخِلَافُ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (فَرَعٌ): لَوْ كَانَا مُتَّفَاعِلِي الْقِيَمَةِ فَقَالَ الْخَسِيسُ: أَدِينَا النُّجُومَ عَلَى عَدَدِ الرَّؤُوسِ وَقَالَ الْآخَرُ: بَلْ عَلَى قَدْرِ النُّجُومِ وَكَانَا قَدْ جَاءَا بِهِ مَعَا فَالصَّحِيحُ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلٌ مَنْ يَدْعِي الِاسْتِزَاءَ لِأَنَّهُ فِي أَيْدِيهِمَا.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْمُكَاتَّبُونَ دَفْعَةً وَاحِدَةً إِذَا اخْتَلَفُوا فِيمَا دَفَعُوهُ إِلَى السَّيِّدِ، فَقَالَ مَنْ قَلَّتْ قِيَمَتُهُ: أَدِينَا النُّجُومَ عَلَى عَدَدِ الرَّؤُوسِ وَقَالَ مَنْ كَثُرَتْ قِيَمَتُهُ: بَلْ عَلَى أَقْدَارِ الْقِيَمِ<sup>(٢)</sup>؛ فَقَدْ نَصَّ فِي «الْمَخْتَصِرِ» أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلٌ مَنْ قَلَّتْ قِيَمَتُهُ.

وَعَنْ نَصِّهِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فِي مَوْضِعٍ آخَرَ: أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلٌ مَنْ كَثُرَتْ قِيَمَتُهُ، وَفِيهِمَا طَرِيقَانِ لِلْأَصْحَابِ:

أظهرهما: أن فيه قولين:

أصحهما: أن القول قول من قلَّت قيمته؛ لأن ما أدوه وسلَّموه كان في أيديهم، وصاحب اليد يصدق أن<sup>(٣)</sup> في يده ملكه.

والثاني: أن القول قول من كَثُرَتْ قيمته؛ لأن الظاهر من حال من عليه دين الأ يزيد عن أداء ما عليه.

والثاني: تنزيل النَّصِّينِ عَلَى حَالِيْن، فحَيْثُ قَالَ: الْقَوْلُ قَوْلٌ مَنْ قَلَّتْ قِيَمَتُهُ، أَرَادَ مَا إِذَا أَدَّوَا بَعْضَ الْمَالِ، وَكَانَ الْمُؤَدِّي، بِحَيْثُ لَوْ وَرَّعَ عَلَى عَدَدِ رُؤُوسِهِمْ لَمْ يَخْصُصْ وَاحِدًا مِنْهُمْ أَكْثَرَ مِمَّا كَانَ عَلَيْهِ.

وحيث قال: الْقَوْلُ قَوْلٌ مَنْ كَثُرَتْ قِيَمَتُهُ، أَرَادَ مَا إِذَا أَدَّوَا الْجَمِيعَ، وَالَّذِي قَلَّتْ قِيَمَتُهُ يَدْعِي أَنَّهُ أَكْثَرُ مِمَّا عَلَيْهِ، وَأَنَّ ذَلِكَ وَدِيعَةٌ لَهُ عِنْدَ السَّيِّدِ، أَوْ قَرْضٌ عَلَى كَثِيرِ الْقِيَمَةِ؛ فَيَطَالِبُ بِالْيَتِيَّةِ.

وربما قيل: إن كان الخِلافُ فيما سِوَى النُّجُومِ الأخيرِ، فَيُصَدَّقُ مَنْ قَلَّتْ قِيَمَتُهُ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يُؤَدِّي زِيَادَةً لِيَحْتَسِبَ بِهَا عَنِ النُّجُومِ الأخيرِ.

(١) وقد اعترض عليه في نفي الخلاف بحكايته بعده أن تبرعات المكاتب كالهبة والإبراء والإقراض أن وجدت بإذن السيد ففيها القولان وجوابه أن الذي قاله هنا قد حكاها عن القفال وهناك قطع بالقولين فيحصل من الموضعين في الإقراض طريقان.

(٢) سقط في: ز.

(٣) في أ: إقرار بالقيم.



فإن كان في النجم الأخير، وأراد استزادَ شيء فيحتاج إلى البيّنة، وقطع القاضي ابن كَجِّ فيما إذا كان الخلاف في النجم الأخير.

[وأجرى القاضي الروياني<sup>(١)</sup> الخلاف فيما لو اشترى اثنان شيئاً على الثقاوتِ، وأديا الثمنَ، واختلفا في أنهما أدّيا على الثقاوتِ أو التساوي.

وقوله في الكتاب: «وقال الآخر: بل على قدر النجوم»، يعني نُجُومَ كُلِّ واحد منهما، وهو راجعٌ إلى العبارة التي سبقت، وهي أقدارُ القيم؛ لأن المسمى يُوزَعُ على قدرِ القيمِ على الصحيح كما تقدّم.

قال العزالي: (المسألة السابعة في النزاع) ولهُ صَوْرٌ: إِحْدَاهَا: أَنْ يَخْتَلَفَ السَّيِّدُ وَالْعَبْدُ فِي أَضْلِ الْكِتَابَةِ أَوْ أَضْلِ الْأَدَاءِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ، وَتَثْبُتُ دَعْوَى الْعَبْدِ بِشَاهِدٍ وَأَمْرَاتَيْنِ فِي الْأَدَاءِ، وَهَلْ تَثْبُتُ دَعْوَى الْكِتَابَةِ وَدَعْوَى النَّجْمِ الْأَخِيرِ الَّذِي يَتَعَلَّقُ بِهِ الْعِتْقُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ.

قال الرافعي: إذا ادّعى العبدُ على سيّده أنك كاتبتي، فأنكر، فهو المُصدِّقُ بيمينه، وكذا لو ادّعى على وارثه بعد موته أن مورثك كاتبني، فأنكر، ويحلف الوارثُ على نفي العلم.

ولو قال السيد: كاتبتك وأنا مجنون، أو مخجورٌ علي، وقال العبد: بل كنت<sup>(٢)</sup> في حال الكمال، فإن عرّف للسيد جُنُونًا، أو حَجْرًا فهو المُصدِّقُ، وإلا فالمُصدِّقُ العبدُ.

ولو قال السيد: كاتبتك وأنكر العبدُ؛ ففي كتاب<sup>(٣)</sup> القاضي ابن كَجِّ: أنه إن لم يعترف بأداء المال، فيعود إلى الرقِّ، ويجعل إنكاره تعجيزاً لنفسه. وإن قال السيد وأدّيت المال وعتقت؛ فهو حرٌّ بإقرار السيد. فإن قال العبدُ: الذي دفعته إليه لم يكن لي وإنما هو وديعةٌ زَيْدٍ، وادّعاهُ زَيْدٌ، صدق.

ولو اختلفا في أداء المال، فالمُصدِّقُ السَّيِّدُ، فإن أراد المُكاتبُ أن يُقيمَ بيّنةً على الأداء، أمهل ثلاثة أيام، وذكّر وجهان في أن هذا الإمهال واجب أو مُستحبٌّ؟

ولا تثبت دعوى الكتابةِ بِشَاهِدٍ وامرأتين، ولا بِشاهدٍ ويمين؛ لأن مقصودها في الحالِ مِلْكُ اليَدِ والتصرف، وفي المال العتق، فلا بد من دَكْرَيْنِ<sup>(٤)</sup> عدلّين، ويشترط التّعريضُ للتّنجيمِ، ولمقدار كلّ نجمٍ، وميقاته في الشّهادة.

(١) في أ: قال الروياني.

(٢) في ز: كتبت.

(٣) في ز: فعن.

(٤) في أ: ذكر.

وتثبت دَعْوَى الأَدَاءِ بِشَاهِدٍ وَبِمِيزٍ، وَبِرَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ؛ لِأَنَّ مَقْصُودَهَا الْمَالُ. هَذَا فِي غَيْرِ النَّجْمِ الْآخِرِ. وَفِي النَّجْمِ الْآخِرِ الَّذِي يَتَعَلَّقُ بِهِ الْعِتْقُ وَجِهَانُ:  
أَظْهَرَهُمَا: أَنَّ الْجَوَابَ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ الْمَالُ، إِلَّا أَنَّهُ يَتَضَمَّنُ الْعِتْقَ، وَشُبُهَةٌ ذَلِكَ بِمَا إِذَا ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ بَاعَ مِنْهُ أَبَاهُ، وَعَتَقَ عَلَيْهِ، وَأَقَامَ شَاهِدًا وَامْرَأَتَيْنِ، ثَبَتَ الْبَيْعُ وَتَبِعَهُ<sup>(١)</sup> الْعِتْقُ. وَقَدْ مَرَّتِ الْمَسْأَلَةُ فِي «الشَّهَادَاتِ».

«فِرْع»:

حَكَى الْقَاضِي الرَّوْيَانِيُّ فِي «الكَافِي» أَنَا إِذَا أَمَهَلْتَنَاهُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ لِيَأْتِي بِالْبَيِّنَةِ عَلَى الأَدَاءِ، فَأَخْضَرَ شَاهِدًا بَعْدَ الثَّلَاثَةِ، وَاسْتَنْظَرَ لِيَأْتِي بِالشَّاهِدِ، يُنْظَرُ ثَلَاثَةَ أُخْرَى.

قَالَ الْعَرَالِيُّ: (الثَّانِيَةُ): إِذَا تَنَازَعَا فِي قَدْرِ النُّجُومِ أَوْ الأَجَلِ أَوْ جِنْسِ النُّجُومِ تَحَالَفًا وَتَفَاسُخًا، وَإِنْ كَانَ الْعِتْقُ قَدْ حَصَلَ بِالإِتْفَاقِ فَفَائِدَةُ الْمَسْخِ الرَّجُوعِ إِلَى قِيَمَةِ الرِّقَبَةِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا اخْتَلَفَا فِي قَدْرِ النُّجُومِ، أَوْ عَدَدِهَا، أَوْ جِنْسِهَا، أَوْ صِفَتِهَا أَوْ فِي قَدْرِ الأَجَلِ وَلَا بَيِّنَةً لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا تَحَالَفًا؛ لِأَنَّهَا اخْتَلَفَا فِي عَوَظِ الْعَقْدِ الْقَائِمِ بَيْنَهُمَا، أَوْ فِي كَيْفِيَّتِهِ، فَيَتَحَالَفَانِ كَمَا فِي الْبَيْعِ وَغَيْرِهِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمُكَاتَبِ.

وَعَنْ أَحْمَدَ ثَلَاثَ رَوَايَاتٍ:

إِحْدَاهَا: كَقَوْلِنَا.

وَالثَّانِيَةُ: كَقَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ.

وَالثَّلَاثَةُ: أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ السَّيِّدِ، ثُمَّ الْقَوْلُ فِيمَنْ يُبَدَأُ بِهِ عِنْدَ التَّحَالُفِ، وَفِي كَيْفِيَّةِ الْيَمِينِ، عَلَى مَا مَرَّ فِي «الْبَيْعِ».

وَإِذَا تَحَالَفَا؛ نُظِرَ، إِنْ لَمْ يَخْضَلِ الْعِتْقُ بِاتِّفَاقِهِمَا، بَأَنَّ لَمْ يَقْبِضِ السَّيِّدُ شَيْئًا، أَوْ لَمْ يَقْبِضِ جَمِيعَ مَا يَدَّعِيهِ [أَوْ كَانَ الْاِخْتِلَافُ فِي الْجِنْسِ، وَقَدْ قَبِضَ الْجِنْسَ الَّذِي يَدَّعِيهِ]<sup>(٢)</sup> الْعَبْدُ دُونَ مَا يَدَّعِيهِ، فَتَنْفَسَخُ الْكِتَابَةُ، أَوْ يَفْسَخُهَا الْحَاكِمُ، إِنْ لَمْ يَتَرَاضِيَ عَلَى شَيْءٍ، فِيهِ مَا سَبَقَ فِي الْبَيْعِ.

وَالظَّاهِرُ الثَّانِي؛ فَإِنَّ حَصَلَ الْعِتْقُ بِاتِّفَاقِهِمَا، بَأَنَّ قَبْضَ السَّيِّدِ مَا يَدَّعِيهِ بِتَمَامِهِ، وَزَعَمَ الْعَبْدُ أَنَّ الزِّيَادَةَ عَلَى الْقَدْرِ الَّذِي يَعْتَرَفُ بِهِ أَوْدَعَهَا عِنْدَهُ فَلَا مَرَدَّ لَهُ، وَلَكِنْ يَتَرَاجَعَانِ، فَيَرْجِعُ السَّيِّدُ عَلَى الْمُكَاتَبِ بِقِيَمَةِ الْمُكَاتَبِ بِمَا أَدَّى، وَقَدْ يَقَعُ فِي التَّقَاصِ.

وَلَوْ قَالَ السَّيِّدُ: كَاتَبْتُكَ عَلَى نَجْمٍ وَاحِدٍ، وَقَالَ الْعَبْدُ: بَلْ عَلَى نَجْمَيْنِ. قَالَ فِي

(٢) سَقَطَ فِي: ز.

(١) فِي: أ: وَتَبِعَهُ.

«التهذيب»: القول قول السيد مع يمينه؛ لأنه يدعي فسَادَ العقد<sup>(١)</sup> ولو أقام العبد بيّنة على أنه كاتبه في رَمَضَانَ سَنَةَ كَذَا على ألف، وأقام السيد بيّنة أنه كاتبه في شوال ذلك السَنَةِ على ألفين، فإن اتَّفَقَا على أن الكتابة كانت واحدة، وكل واحد منهما تكذبه الأخرى، فَتَسْقُطُ الْبَيِّنَاتِ، وَيَتَحَالَفَانِ، فإن لم يتَّفَقَا على الاتِّحَادِ، فالبيّنة المتأخرة أولى، لأنه ربما كانت في رَمَضَانَ، ثم ارتفعت تلك الكتابة فأخذت كتابته أخرى.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: (الثالثة) لَوْ مَاتَ مُكَاتِبُهُ وَلَهُ وَلَدٌ مِنْ مُعْتَقَةٍ فَقَالَ عَتَقَ قَبْلَ الْمَوْتِ وَجَرَّ إِلَيَّ وِلَاءً وَلَدِهِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ مَوْلَى الْأُمِّ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ الْوِلَاءِ لَهُمْ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: وَلَدَ الْمُكَاتِبِ مِنْ زَوْجَتِهِ الْمُعْتَقَةِ حُرٌّ، وَوِلَاؤُهُ لِمَوْلِيَّهَا، فَإِنْ عَتَقَ الْمُكَاتِبَ [انجراً]<sup>(٢)</sup> الْوِلَاءُ إِلَى مَوْلِيَّهِ، كَمَا سَبَقَ فِي جَرِّ الْوِلَاءِ فَإِنْ مَاتَ الْمُكَاتِبُ، واختلف مَوْلَاهُ وموالي أم أولاده، فقال مَوْلَاهُ: عَتِقَ بِأَدَاءِ النُّجُومِ، ثم مات وجرَّ ولاء أولاده إلي وأنكر مَوْلِيَّهَا فهم الْمُصَدِّقُونَ باليمين، وعليه البيّنة.

وهل يكفي شاهد وامرأتان، أو شاهد ويمين؟

فيه خلاف في أن النجم الآخر؛ هل يثبت بذلك.

ويدفع مال المكاتب إلى ورثته الأحرار؛ لإقرار السيد بأنه مات حراً.

ولو أقر السيد في حياة المكاتب بأنه أدى النجوم، عتق، وجر إليه [ولاء] ولده. والله أعلم.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: الرَّابِعَةُ: كَاتَبَ عَبْدَيْنِ وَأَقْرَبَهُمَا قَبْضَ نُجُومٍ أَحَدِهِمَا وَنَكَلَ عَنْ دَعْوَى الثَّانِي حَتَّى حَلَفَ الثَّانِي عَتَقَ الْعَبْدَانِ جَمِيعاً، وَإِنْ مَاتَ قَبْلَ الْبَيَانِ حَلَفَ الْوَارِثُ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ بِمَا عَمَاهُ الْمَوْرُثُ ثُمَّ بَعْدَ ذَلِكَ يُفْرَعُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَوْلٍ، وَلَا يُفْرَعُ عَلَى قَوْلٍ؛ لِأَنَّهُ اسْتَبْهَمَ فِي دِينٍ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا كَاتَبَ عَبْدَيْنِ فِي صَفَقَتَيْنِ، أَوْ فِي صَفَقَةٍ وَاحِدَةٍ، وَجَوَزَنَاهَا، ثُمَّ أَقْرَبَهُمَا اسْتَوْفَى نُجُومَ أَحَدِهِمَا، أَوْ أَنَّهُ أَبْرَأَ أَحَدَهُمَا عَمَّا عَلَيْهِ؛ فَيُؤَمَّرُ بِالْبَيَانِ، فَإِنْ قَالَ: نَسِيْتُه، أمر بالتذكير، ولا يُفْرَعُ بينهما ما دام حياً؛ لأن الإنسان قد يتذكر ما نسي، ويتبين له ما اشتبه عليه، وذلك أقرب إلى الحق من القرعة.

وفي كتاب القاضي ابن كجّ وجه: أنه يُفْرَعُ بينهما، وإن كان حياً، كما سنذكر أنه

(١) قال النووي في زياداته: ينبغي أن يكون على الخلاف فيما لو اختلف المتبايعان في مفسد للبيع.

(٢) في ز: الحر.

يُفْرَعُ بعد موته. والصحيح الأول. وإن<sup>(١)</sup> بَيْنَ أحدهما، فإن صَدَقَهُ الآخر فذاك، وإن كَذَبَهُ، وقال: اسْتَوْفَيْتَ مني أو أَبْرَأْتَنِي، فله تحليف السيد، فإن حَلَفَ، بَقِيَ على الكتابة إلى أداءِ النجوم، وإن نَكَلَ حَلَفَ المُكذَّبُ، وعتق أيضاً.

قال الروياني في «الكافي»: وإن لم يتذكر، حلف لهما إذا ادَّعاهُ، وإذا حلف، ففيه وجهان:

أحدهما: أنهما يَبَيِّنَانِ على الكتابة، ولا يُعْتَقُ وَاحِدٌ منهما إلا بأداء النجوم. والثاني: أن الدَّعْوَى تَتَحَوَّلُ إلى المُكَاتِبِينَ، فإن حَلَفَا على الأداء، أو نَكَلَا تَبَيَّنَا على الكتابة. وإن حلف أحدهما دُونَ الآخرِ، حكم بِعِتْقِ الحالف، وبقي التَّائِكِلُ على الكتابة. ولو أنه لما بين أحدهما قال الآخرُ: عَنَيْتَنِي بالإفْرَارِ الذي أبهمته، ولم يقل: استوفيت أو أبرأت، فقد قال الإمام: الأَصْحَحُ أن دَعْوَاهُ مَرْدُودَةٌ على هذا الوجه؛ لأنه ليس يَدْعِي حقاً ثابِتاً، وإنما يَدْعِي إخباراً، وقد يكون صدقاً وقد يكون كَذِباً. وقد سَبَقَ نَظَرُ هذا في «الدَّعَاوَى»<sup>(٢)</sup>.

وإن مات قبل البيان: فما الحكم؟

ساق الإمام وصاحب الكتاب طَرِيقَةً [أخرى]<sup>(٣)</sup>، والأكثرُونَ - رحمهم الله - طريقة أخرى، وبين الطَرِيقَتَيْنِ بَعْضُ الاتِّفَاقِ، وَبَعْضُ الاختلاف. أما طريقتهما فهي: أن لكل واحدٍ من المكاتبين أن يَدْعِي على الوارثِ تَوْفِيَةَ النجوم على المورث، أو إبراءه، وأن يُحَلِّفَهُ على نَفْيِ العلم، فإذا حلف؛ فهل يُفْرَعُ بينهما؟ فيه قولان.

أحدهما: لا؛ لأنه استبهم دين، فهو كما لو قال: استوفيت كذا من أحد غريمي، ومات قبل البيان، ولم يَبَيِّنِ الوارث، لا يُفْرَعُ بينهما.

وأشهرهما وأصحهما: على ما ذكر الإمام: أنه يُفْرَعُ لِحَقِّ العِتْقِ، الذي يتضمنه الاستيفاء، فهو كما لو أبهم العتق بين عبيدين. ثم إنه مع تَرْجِيحِهِ هذا القول، ذكر إشكالاً عليه: أن المُسْتَوْفَى منه حُرٌّ على التعيين، ومن أَعْتَقَ أَحَدَ العَبْدَيْنِ بعينه، ثم أشكل الحال فلا إفْرَاعَ، وإنما الإفْرَاعُ فيما إذا أعتق المريض عبيداً، واقتضى الشَّرْعُ قَضْرَ العِتْقِ على بعضهم.

وفيما إذا أَعْتَقَ أَحَدَ العَبْدَيْنِ - أو العَبِيدَ - ولم يُعَيِّنْ واحداً بِلَفْظِهِ، ولا بقلبه، وانفصل عن الإشكالِ بتخريجه على قَوْلَيْنِ سبق ذكرهما، فيما إذا أَعْتَقَ المَرِيضُ عَبْدًا بعد عبد [واستبهم]<sup>(٤)</sup> المتقدم منهما، وهما كالقولين في نَظِيرِ المسألة من الجُمُعَتَيْنِ،

(١) في أ: وإذا.

(٢) سقط في: ز.

(٣) في ز: واستهم.

والتَّكَاخِينِ، وأجريا حيث علم التعيين، وليس عن الوُصُولِ إِلَى دَرْكِهِ، فالإِقْرَاعُ هَا هُنَا تَفْرِيعٌ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ.

ولك أن تمنع قوله: إنه لا إقراع فيما إذا أعتق عبداً بغيره، وأشكل الحال.

وتقول: قد سَبَقَ فِي «العِتْقِ» أَنَّهُ إِذَا أَعْتَقَ أَحَدَ عَبْدَيْهِ، وَأَرَادَ مُعَيَّنًا، وَمَاتَ قَبْلَ الْبَيَانِ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ، أَوْ قَالَ الْوَارِثُ: لَا أَعْلَمُ، فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يُفْرَعُ.

فإن قلنا: يُفْرَعُ؛ فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْفُرْعَةُ فَهُوَ حُرٌّ، وَعَلَى الْآخِرِ آدَاءُ النُّجُومِ.

وإن قلنا: لَا يُفْرَعُ؛ قَالَ الْإِمَامُ: الَّذِي يُفْتَضِيهِ الْقِيَاسُ التَّوَقُّفُ إِلَى اصْطِلَاحِ<sup>(١)</sup> أَوْ بَيَانِ، أَوْ قِيَامِ بَيِّنَةٍ، وَيَتَّقِدُحُ أَنْ يُقَالَ: لِلْوَارِثِ أَنْ يُعَجِّزَهُمَا، فَإِنَهُمَا مُتَمَتِّعَانِ مِنَ الْآدَاءِ، وَأَحَدُهُمَا مُكَاتَّبٌ، فَيُنْفِذُ التَّعْجِيزَ فِيهِ، وَحِينَئِذٍ فَأَحَدُهُمَا حُرٌّ، وَالْآخَرُ رَقِيقٌ، فَيُفْرَعُ.

وَأَمَّا طَرِيقَةُ الْأَكْثَرِينَ فَقَدْ قَالُوا: إِذَا مَاتَ قَبْلَ الْبَيَانِ، فَفِيهِ قَوْلَانِ:

أَنْ الْوَارِثُ لَا يَقُومُ مَقَامَهُ فِي الْبَيَانِ؛ بَلْ يُفْرَعُ؛ فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْفُرْعَةُ فَهُوَ حُرٌّ، وَعَلَى الْآخِرِ آدَاءُ النُّجُومِ، وَلَهُ تَخْلِيفُ الْوَارِثِ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ.

والثاني: أَنْ الْوَارِثُ يَقُومُ مَقَامَهُ، وَلَا فُرْعَةَ، وَإِذَا تَبَيَّنَ، فَالْحَكْمُ كَمَا سَبَقَ فِي بَيَانِ الْوَارِثِ؛ إِلَّا أَنْ الْوَارِثَ يَخْلِفُ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ، وَهَذَا أَشْبَهَ بِالْتَّرْجِيحِ عَلَى قِيَاسِ مَا تَقَدَّمَ، فِيمَا إِذَا أَعْتَقَ أَحَدَ عَبْدَيْهِ، وَأَرَادَ مُعَيَّنًا، وَمَاتَ قَبْلَ الْبَيَانِ، فَإِنْ قَالَ الْوَارِثُ: لَا أَعْلَمُ مِنْ أَدَى مِنْهُمَا، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ تَخْلِيفُهُ عَلَى أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ أَنَّهُ أَدَى، فَإِذَا حَلَفَ لِهَمَا، فَوَجْهَانِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يَسْتَوْفِي مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مَا عَلَيْهِ، كَمَا إِذَا أَقْرَبَانَ أَحَدَ غَرِيمِيهِ بَرِيءٌ مِمَّا كَانَ عَلَيْهِ، وَمَاتَ قَبْلَ الْبَيَانِ وَحَلَفَ الْوَارِثُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، فَإِنَّهُ يَسْتَوْفِي الدَّيْنَيْنِ جَمِيعًا.

وحكى ابن الصَّبَّاحِ وَفَقَّ الْعِتْقُ عَلَى أَنْ يُؤَدِّيَ كُلَّ وَاحِدٍ جَمِيعَ مَا عَلَيْهِ. قَالَ: وَعِنْدِي: إِنْ اسْتَوَى الْمَالَانِ، فَقَالَ: نُؤَدِّي مَا عَلَى أَحَدِنَا. أَوْ اخْتَلَفَا، فَقَالَ: نُؤَدِّي الْأَكْثَرَ لِعِتْقِ<sup>(٢)</sup>، كَانَ لِهَمَا ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُمَا بِأَدَائِهِمَا أَدْيَا جَمِيعَ مَا عَلَيْهِمَا.

وَالْوَجْهَ الثَّانِي؛ وَبِهِ قَالَ الْقَاضِي أَبُو الطَّيِّبِ: إِنَّهُ إِذَا قَالَ الْوَارِثُ: لَا أَعْلَمُ. يُفْرَعُ بَيْنَهُمَا.

قَالَ الرَّوْيَانِيُّ: وَهَذَا أَصَحُّ، وَلَوْ أَقْرَبَ بِاسْتِيفَاءِ بَعْضِ نُجُومِ أَحَدِهِمَا، وَلَمْ يَبِينْ، فَلَا فُرْعَةَ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ لَا يَحْصُلُ بِهِ، بَلْ يَوْقِفُ الْأَمْرَ.

(٢) فِي ز: لَعْتَقُ.

(١) فِي أ: إِصْلَاحُ.

ولو ادعى أَحَدُ الْمُكَاتِبِينَ عَلَى الْوَرْتَةِ الْأَذَاءَ، أَوْ الْإِبْرَاءَ، فَأَنْكَرَ، حَصَلَ بِإِنْكَارِهِ الْإِفْرَازُ لِلْآخِرِ. قَالَ الصَّيْدَلَانِيُّ. وَقَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ: «وَنُكِلَ عَنْ دَعْوَى الثَّانِي» فِي بَعْضِ النُّسخِ «عَنْ يَمِينٍ». الثَّانِي، وَهُوَ الْأَوَّلَى وَالْأَوَّلُ مُؤَوَّلٌ.

وقوله: «حتى حلف الثاني» في بعض النسخ «حتى حلف المدعى» وهما صحيحان. وقوله: «بما عماء المورث» في بعضها «بما عناه المورث»، وهما صحيحان أيضاً.

«فروع عن التهذيب»:

لو قال السيد: اسْتَوْفَيْتُهُ، أَوْ قَالَ الْعَبْدُ: أَلَيْسَ قَدْ وَفَيْتَكَ؟ فَقَالَ: نَعَمْ. ثُمَّ قَالَ الْمُكَاتِبُ: وَفَيْتُ النُّجُومَ. وَقَالَ السَّيِّدُ: الْبَغْضُ. فَالْمُصَدِّقُ السَّيِّدُ، وَاللَّفْظُ يَحْتَمِلُهُمَا جَمِيعاً وَلَوْ وَضَعَ مِنَ الْمُكَاتِبِ شَيْئاً مِنَ النُّجُومِ، وَاخْتَلَفَا، فَقَالَ السَّيِّدُ: وَضَعْتَ مِنِّي النُّجُومَ الْأَوَّلَ. وَقَالَ الْمُكَاتِبُ: مِنَ الْآخِرِ. أَوْ قَالَ: وَضَعْتَ بَعْضَ النُّجُومِ. وَقَالَ الْمُكَاتِبُ: بَلْ جَمِيعَهَا. فَالْمُصَدِّقُ يَمِينُهُ السَّيِّدُ، وَإِذَا كَاتَبَهُ عَلَى أَلْفِ دِرْهَمٍ، فَوَضَعَ عَنْهُ عَشْرَةَ دَنَانِيرٍ، لَمْ يَصِحْ.

فإن قال: أَرَدْتُ قِيمَةَ عَشْرَةِ دَنَانِيرٍ مِنَ الدَّرَاهِمِ؛ صَحْ.

فلو اختلفا؛ فقال المُكَاتِبُ: أَرَدْتُ الْمَعْنَى الثَّانِي، وَأَنْكَرَ السَّيِّدُ، فَهُوَ الْمُصَدِّقُ؛ لِأَنَّهُ أَعْرَفَ بِنَيْتِهِ. وَلَوْ وَضَعَ عَنْهُ مِنَ الدَّرَاهِمِ مَا يُقَابِلُ عَشْرَةَ دَنَانِيرٍ، وَهُوَ مَجْهُولٌ عِنْدَهُمَا، فَفِي صِحَّتِهِ وَجْهَانٍ؛ بِنَاءٍ عَلَى الْخِلَافِ فِيمَا إِذَا أَوْضَى بِالزِّيَادَةِ عَلَى الثَّلَاثِ، وَأَجَازِ الْوَارِثِ، وَهُوَ جَاهِلٌ بِالزِّيَادَةِ؛ فَفِي وَجْهِهِ: لَا تَصِحُّ.

وفي وجهه: تَصِحُّ، وَيَحْمَلُ عَلَى أَقْلٍ مَا يَتَيَقَّنُ.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: الْحُكْمُ الثَّلَاثُ: حُكْمُ التَّصَرُّفَاتِ إِذَا مِنَ السَّيِّدِ أَوْ مِنَ الْعَبْدِ، أَمَّا السَّيِّدُ فَلَا يَصِحُّ بَيْعُهُ رَقَبَةَ الْمُكَاتِبِ عَلَى الْجَدِيدِ، وَفِي الْقَدِيمِ بَيْعُهُ وَيَبْقَى مَكَاتِباً، وَلَا يَبِيعُ النُّجُومَ لِأَنَّهُ يَبِيعُ دَيْنَ غَيْرِ لَازِمٍ، وَفِي الْأَسْتِئْذَالِ عَنْهُ وَجْهَانٍ، فَلَوْ قَبِضَ مُشْتَرِي النُّجُومِ النُّجُومَ فَهَلْ يُعْتَقُ فِيهِ وَجْهَانٍ، فَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ يُعْتَقُ وَكَانَ الْمُشْتَرِي وَكَيْلَهُ فَيَرُدُّ عَلَيْهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: الْغَرَضُ الْآنَ فِي تَصَرُّفَاتِ السَّيِّدِ فِي الْمُكَاتِبِ، وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ، وَفِي تَصَرُّفَاتِ الْمُكَاتِبِ.

أما القسم الأول، ففي الفِضْلِ مِنْهُ مَسْأَلَتَانِ:

إحداهما: فِي بَيْعِ السَّيِّدِ رَقَبَةَ الْمُكَاتِبِ قَوْلَانِ:

الجديد: مَنْعُهُ، وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَمَالِكٌ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ عَقْدٌ يَمْنَعُ مِنْ اسْتِحْقَاقِ

الكَسْبِ، وَأَزْشِ الْجِنَائِيَّةِ، فَيَمْنَعُ<sup>(١)</sup> الْبَيْعَ، كَمَا لَوْ بَاعَ عَبْدًا مِنْ إِنْسَانٍ لَا يَجُوزُ لَهُ بَيْعُهُ، وَلِأَنَّ الْبَيْعَ إِمَّا أَنْ يَرْفَعَ الْكِتَابَةَ؛ وَهُوَ بَاطِلٌ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ لِأَزْمَةٍ مِنْ جِهَةِ السَّيِّدِ، أَوْ لَا يَرْفَعُ، فَيَقْبِي مُسْتَحِقَّ الْعِتَاقَةِ، فَوَجِبَ أَلَّا يَصْحَ بَيْعُهُ كَالْمُسْتَوْلَدَةِ.

والقديم: الجواز؛ وبه قال أحمد، كَبَيْعِ الْمُعْلَنِي عِتْقُهُ بِصَفَةِ، وَيَحْتَجُّ لَهُ بِحَدِيثِ بَرِيرَةَ، فَإِنَّهَا اسْتَعَانَتْ بِعَائِشَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - فِي كِتَابَتِهَا فَقَالَتْ: إِنْ بَاعُوكَ صَبَّيْتُ لَهُمْ ثَمَنَكَ صَبًّا فَرَجَعْتَهُمْ، فَأَبَوْا أَنْ يَبِيعُوهَا، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْوَلَاءُ لَهُمْ<sup>(٢)</sup> - الْحَدِيثُ.

ومن قال بالجديد؛ قال: إنها عَجَزَتْ نَفْسَهَا، ثُمَّ اشْتَرَتْهَا عَائِشَةُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا -.

وفي «جمع الجوامع» للقاضي الرُّوماني: أَنْ مِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ قَطَعَ بِالْمَنْعِ، وَأَنْكَرَ الْقَوْلَ الْآخَرَ، فَلْيُعَلِّمْ لِدَلَالَةِ قَوْلِهِ فِي الْكِتَابِ: «وَفِي الْقَدِيمِ» بِالْوَاوِ. وَقَوْلُهُ: «بِيبِعُهُ» بِالْحَاءِ وَالْمِيمِ، وَقَوْلُهُ: «فَلَا يَصْحَ» بِالْأَلْفِ.

وهيَّةُ الْمَكَاتِبِ كَبَيْعِهِ، فَإِنْ قُلْنَا بِالْجَدِيدِ؛ فَلَوْ دَفَعَ النُّجُومَ إِلَى الْمُشْتَرِي بَعْدَ الْبَيْعِ؛ فَهَلْ يَعْتَقُ؟ فِيهِ الْخِلَافُ الَّذِي نَذَكُرُهُ فِيمَا لَوْ دَفَعَ النُّجُومَ إِلَى مُشْتَرِي النُّجُومِ فِي الْمَسْأَلَةِ الثَّانِيَةِ. وَإِذَا اسْتَعْدَمَهُ الْمُشْتَرِي مَدَّةَ لَزْمَتِهِ أُجْرَةُ الْمِثْلِ لِلْمَكَاتِبِ.

وهل على السيد أن يُمهله المدة التي كانت في يد المشتري؟

فيه قولان، كما في استخدام السيد وحبيبه.

وإن قلنا بالقديم؛ فهل ترتفع الكتابة؟

نقل في «التهذيب» وجهاً: أنها ترتفع.

والظاهر: أنها لا ترتفع.

وينتقل إلى المشتري مكاتباً، وعلى هذا فوجهان:

أحدهما: إنه إذا عتق بأداء النجوم إلى المشتري، كان الولاء للبائع، ويكون انتقاله بالشراء، كانتقاله بالإرث إلى الوارث.

وأظهرهما: أنه يكون الولاء للمشتري، إذا عتق بالأداء إليه، بخلاف الوارث، فإنه يثوب عن المورث ويحلفه.

ولو كاتب كتابة فاسدة، ثم باع المكاتب فسندكر حكمه من بعد إن شاء الله تعالى.

(١) في أ: فيمنع.

(٢) متفق عليه من حديث عائشة، ورواه النسائي من حديث بريدة نفسها.

ولو قال أَجْنَبِيَّ لِسِيدِ الْمُكَاتِبِ: أَعْتَقَ مُكَاتِبَكَ عَلَى كَذَا، أَوْ: أَعْتَقَهُ عَنِّي عَلَى كَذَا أَوْ مَجَانًا<sup>(١)</sup>، فَهُوَ كَمَا قَالَ: أَعْتَقَ مُسْتَوْلِدَتَكَ، وَقَدْ مَرَّ فِي «الْكَفَّارَاتِ».

وَلَا يَجُوزُ لِلسَّيِّدِ بَيْعُ مَا فِي يَدِ الْمُكَاتِبِ، وَلَا إِعْتَاقُ عَبِيدِهِ، وَلَا تَرْوِيجُ إِمَائِهِ.

الثانية: لَيْسَ لِلسَّيِّدِ بَيْعُ نُجُومِ الْكِتَابَةِ عَلَى الْمُكَاتِبِ؛ لِأَنَّهُ بَيْعُ مَا لَمْ يَقْبِضْ، وَلِأَنَّهُ بَيْعُ الدُّيْنِ مِنْ غَيْرِ مَنْ عَلَيْهِ الدُّيْنُ، وَلِأَنَّ النُّجُومَ غَيْرَ مُسْتَقَرَّةٍ، وَإِذَا لَمْ يَصِحَّ بَيْعُ الْمِيعِ قَبْلَ الْقَبْضِ، فَبِيعَ مَا لَا يَلْزَمُ الْمَلِكُ فِيهِ أَوْلَى. هَذَا هُوَ الْمَذْهَبُ الْمَنْصُوصُ.

وَعَنْ مَالِكٍ<sup>(٢)</sup> يَصِحُّ بَيْعُهَا. وَحَكَى مِثْلَهُ قَوْلُ أَوْ وَجْهٌ آخَرُ:

وَإِخْتَلَفَ فِي كَيْفِيَّتِهِ؛ فَذَكَرَ ابْنُ كَعْبٍ أَنَّهُ جَوَّزَهُ فِي الْقَدِيمِ.

وَأَنَّ الرَّعْفَرَانِيَّ حَكَى أَنَّهُ رَجَعَ عَنْهُ فِي الْجَدِيدِ فِي مَسَائِلَ عَدَدِهَا<sup>(٣)</sup>.

وَمِنْهُمْ مَنْ أَخَذَ مِنْ قَوْلَيْنِ يُحْكِيَانِ عَنْ تَخْرِيجِ<sup>(٤)</sup> ابْنِ سُرَيْجٍ فِي بَيْعِ سَائِرِ الدِّيُونِ، وَاعْتَرَضَ عَلَيْهِ بِأَنَّ ذَلِكَ فِي الدِّيُونِ الْمُسْتَقَرَّةِ، وَالنُّجُومِ بِخِلَافِهَا، وَمِنْهُمْ مَنْ أَخَذَهُ مِنْ تَجْوِيزِهِ بَيْعَ الْمُكَاتِبِ فِي الْقَدِيمِ. وَقَدْ يُوجِّهُ بِأَنَّهُ عَلَى ذَلِكَ الْقَوْلِ يَنْتَقِلُ<sup>(٥)</sup> مُكَاتِبًا، وَالْحَاصِلُ لِلسَّيِّدِ النُّجُومَ، وَكَأَنَّهُ اشْتَرَى النُّجُومَ.

وَهَلْ يَجُوزُ الِاسْتِئْذَالُ عَنْهَا، يُرْتَّبُ ذَلِكَ عَلَى جَوَازِ بَيْعِ النُّجُومِ؛ فَإِنْ جُوزَ بَيْعُهَا؛ جُوزَ الِاسْتِئْذَالُ عَنْهَا، وَإِلَّا فَبِئْسَ الِاسْتِئْذَالُ وَجِهَانُ:

قَالَ الْإِمَامُ: وَسَبَبُ التَّرْتِيبِ أَنَّ الْمِيعَ مَقْصُودٌ بِالتَّمْلِكِ، وَمَا يَسْتَبَدَلُ عَنْهُ، فَالْمَقْصُودُ عَوْضُهُ، وَسَقُوطُ الْمُسْتَبَدَلِ عَنْهُ، وَلِذَلِكَ جَازَ الِاسْتِئْذَالُ عَنِ الدِّيُونِ اللَّازِمَةِ بِلَا خِلَافٍ، وَإِخْتَلَفَ الْقَوْلُ فِي بَيْعِهَا.

وَالْأَظْهَرُ: مَنَعُ الِاسْتِئْذَالِ أَيْضًا، وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي «التَّهْدِيبِ».

وَإِذَا قَلْنَا بظَاهِرِ الْمَذْهَبِ؛ وَهُوَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُ النُّجُومِ، فَلَوْ بَاعَ لَمْ يَجْزُ لِلْمُكَاتِبِ تَسْلِيمُهَا إِلَى الْمُشْتَرِي، وَلَا لِلْمُشْتَرِي مُطَالَبَتُهُ بِهَا، وَيَحْصُلُ الْعِتْقُ بِدَفْعِهَا إِلَى السَّيِّدِ الْبَائِعِ. وَهَلْ يَحْصُلُ بِتَسْلِيمِهَا إِلَى الْمُشْتَرِي؟

قَالَ فِي «الْمَخْتَصَرِ»: يَحْصُلُ. وَعَنْ «الْأَمِّ»: مَنَعَهُ، وَفِيهِمَا طَرِيقَانُ:

أَظْهَرُهُمَا: عِنْدَ الْأَكْثَرِينَ - وَبِهِ قَالَ ابْنُ سُرَيْجٍ - أَنَّ فِيهِ قَوْلَيْنِ:

(٢) فِي ز: مَلِك.

(٤) سَقَطَ فِي: ز.

(١) فِي أ: مَحَابَاة.

(٣) فِي ز: عَدَا.

(٥) سَقَطَ فِي: ز.



أحدهما: يَخْصُلُ لأن للسيد سلطنة<sup>(١)</sup> على القَبْضِ، فهو كما لو وكل بالقبض وكَيْلاً.

وأصحهما: المَنْعُ؛ لأنه يَقْبِضُ لنفسه، حتى لو تَلَفَ في يَدِهِ يَضْمَنُهُ، بخلاف الوكيل، فإنه يقبض للموكل.

والثاني؛ وبه قال أبو إسحاق: أنهما مَحْمُولَانِ على خَالَتَيْنِ؛ فإن قال بعد البيع: خُذْهَا مِنْهُ. أو قال لِلْمُكَاتَبِ: ادفعها إليه؛ صار وكَيْلاً، وحصل العِتْقُ بِقَبْضِهِ.

وإن اقتصر على البيع فلا؛ فإنه فاسِدٌ فلا عِبْرَةٌ بما يَتَضَمَّنُهُ. ويقال: إن أبا إسحاق عَرَضَ هذا الفَرْقَ على ابن سُرَيْجٍ، فلم يَعْباَ به، وقال: إنه وإن صرح بالإذْنِ، فإنما يَأْذُنُ بحكم المَعَاوَضَةِ، إلا أنه بينه. فإن قلنا: يُعْتَقُ؛ فما أَخَذَهُ المُشْتَرِي يَدْفَعُهُ إلى السيد؛ لأننا جعلناه كالوكيل له. وإن قلنا: لا يُعْتَقُ؛ فالسيد يُطَالِبُ المُكَاتَبِ، والمكاتب يَسْتَرِدُّ ما دفع إلى المشتري<sup>(٢)</sup>.

وأطلق صاحب الكتاب في قَبْضِ مشتري النجوم وَجْهَيْنِ في أنه هل يُعْتَقُ؟ والمشهور من الخلاف فيه القولان على ما بيَّنا. والله أعلم.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَلَهُ مُعَامَلَةٌ الْعَبْدِ بِالْبَيْعِ أَوْ الشَّرَاءِ وَأَخِذِ الشُّفْعَةِ مِنْهُ، وَكَذَلِكَ أَخَذَ الْعَبْدَ مِنْهُ فَإِنْ ثَبَتَ لَهُ عَلَى السَّيِّدِ دَيْنٌ مِثْلُ التُّجُومِ قَدْرًا وَجِنْسًا وَقُلْنَا: يَقَعُ التَّقَاصُ فَيُعْتَقُ، لَكِنْ فِي تَقَاصِ الدَّيْنَيْنِ الْمُتَسَاوِيَيْنِ أَرْبَعَةٌ أَقْوَالٌ: (أَحَدُهَا): أَنَّهُ لَا يَخْصُلُ وَإِنْ رَضِيَاهُ (وَالثَّانِي): أَنَّهُ يَخْصُلُ إِنْ رَضِيَ أَحَدُهُمَا (وَالثَّالِثُ): أَنَّهُ لَا يَخْصُلُ إِلَّا بِرِضَاهُمَا (وَالرَّابِعُ): أَنَّ التَّقَاصَ يَقَعُ بِنَفْسِهِ دُونَ الرِّضَا، فَإِنْ أَجْرَيْنَا التَّقَاصَ فِي التُّقْدِينِ فِي ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ وَجْهَانِ، وَفِي الْعُرُوضِ وَجْهَانِ مُرْتَبَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: السَّيِّدُ فِي الْمُعَامَلَةِ مَعَ الْمُكَاتَبِ كَالْأَجْنَبِيِّ مَعَ الْأَجْنَبِيِّ، فَيَبِيعُ مِنْهُ وَيَشْتَرِي<sup>(٣)</sup>، فَإِذَا بَاعَ السَّيِّدُ شَيْئًا مِنْ رِبْعٍ وَالْمُكَاتَبُ شَرِيكَ فِيهِ؛ فَلَهُ الْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ.

(١) في ز: السيد سلطنة.

(٢) قيل ينبغي أن يتأمل هذا مع ما سبق في البيوع أنه لو كان لِبَكَرٍ على زيد طعام ولعمرو على بكر مثله فقال بكر لعمرو: اقبض من زيد ما لي عليه لنفسك ففعل فالقبض لعمرو فاسد قطعاً ولكن يحصل القبض لبكر في الأصح، ويبرى زيد من دين بكر. قاله الزركشي في خادمه.

(٣) قضية إطلاقه أنه يجري بينه وبين سيده الربا لكن في البويطي في باب المكاتب كان الشافعي لا يرى بين المكاتب وبين سيده ربا. انتهى وهو غريب فإن جرى في بقية المعاملات لزم ألا يأخذ بالشفعة فيكون في ذلك قولان وإلا فيحتاج للفرق.

وإن باع المُكَاتَبَ، فللسيد الأخذُ بالشفعة، وإنما كان كذلك؛ لأن العَرَضَ من الكتابة تَحْصِيلُ العِتْقِ، والعِتْقُ يَحْصُلُ بِأداءِ المَالِ؛ فِينبغي أن يُمَكَّنَ من التصرف الذي يستعين<sup>(١)</sup> به على العِتْقِ.

وعن أبي إسحاق توجيهه بأن المُكَاتَبَ هو المَالِكُ لما في يَدِهِ، دون السيد؛ إلا أنه يُنَمَّعُ من تَفْوِيَتِ المالِ كَيْلًا يَعْجَزُ، فيفوت العِتْقُ، فلو ثبت لِلْمُكَاتَبِ دَيْنٌ على سَيِّدِهِ عن مُعَامَلَةٍ، وكان للسيد عليه النجوم، أو دَيْنٌ معاملة، ففي التَّقَاصُ تَفْصِيلٌ، واختلاف لا يَخْتَصُّ بالسيد والمكاتب.

وجملة القول فيه: أنه إذا ثَبَتَ لِشَخْصٍ دين على آخر، وللآخر دَيْنٌ على الأول، إما عن جِهَةٍ واحدة، أو عن جهتين، كَسَلَّمَ وَقَرَضَ، أو قَرَضَ وَتَمَّنَ؛ فإما أن يكون الدَّيْتَانِ نَقْدَيْنِ، أو لا يكونا كذلك؛ فإن كَانَا نَقْدَيْنِ؛ فَيُنْظَرُ: أهما من جِنْسٍ وَاحِدٍ، أو من جِنْسَيْنِ، إن كانا من جِنْسٍ واحد، واثقفاً في الحُلُولِ، وفي سائر الصِّفَاتِ، ففيه أربعة أقوال:

أحدها: ويحكى عن نَصِهِ - رضي الله عنه - في «الصَّرْفِ»: أنهما لا يَتَقَاصَانِ وإن رَضِيَا به؛ لأنه إِبْدَالُ دَيْنٍ بِدَيْنٍ، وَيَبِيعُ الدَّيْنِ بالدَيْنِ مَنْهِيٌّ عنه، فلا بد وأن يأخذ أَحَدُهُمَا ما على الآخر، ثم إن شاء دَفَعَهُ إليه، بما عليه ليخرج عن صورة بَيْعِ الدَّيْنِ بالدَيْنِ.

والثاني: إنه إذا رَضِيَ أَحَدُهُمَا بِالْمُقَاصَةِ، كفى وَسَقَطَ الدَّيْتَانِ، لأن مَنْ عليه الدَّيْنُ يُؤَدِّيهِ من حَيْثُ يشاء.

وإذا رَضِيَ أَحَدُهُمَا، وقد أَدَّى ما عليه بما له في ذِمَّةِ الآخر، ويخالف ما إذا أراد أن يَفْضِيَهُ بِدَيْنٍ على الغَيْرِ، فإنه قد لا يرضى المُسْتَحِقُّ بِذِمَّةِ ذلك الغير.

وأيضاً: فإن أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ إذا دَعَا إلى فَضْلِ الأَمْرِ بالقسمة يُجَبِّرُ الآخرُ عليه؛ فكذلك ها هنا.

والثالث: أنه لا بد من رِضَاهُمَا، وإلَّا فَلِكُلِّ واحدٍ منهما مُطَابَلَةٌ الآخر بما عليه؛ لأن المُقَاصَةَ كالجَوَالَةِ في إِبْدَالِ ذِمَّةِ بِذِمَّةِ، وفي الجَوَالَةِ لا بُدَّ من رضا المَجِيعِ والمُخْتَالِ.

والرابع: أن التَّقَاصَ يحصل بنفس ثُبُوتِ الدَّيْنَيْنِ، ولا حَاجَةَ إلى الرضا؛ لأن مُطَابَلَةَ أَحَدُهُمَا الآخرَ، بِمِثْلِ ما عليه عَنَاءً، ولا فائدة فيه. وكذلك نقول: لو كان على وَاوِيهِ دَيْنٌ، فمات سَقَطَ، ولا يُؤْمَرُ بِتَسْلِيمِهِ. وأشار في «الوسيط» إلى تَرْجِيحِ هذا القَوْلِ الأخير.

(١) في ز: ليستعين.

وفي «تعليق الشيخ أبي حامد»: أنه المنصوص.

وذكر أبو الفرج الزاز أنه المشهور، وأن الأصح حصول التقاص بتراضيهما.

إن اختلفا في الصفات كالصحة، والتكسير، والحلول، والتأجيل، أو مقدار الأجل، فلا يصير أحدهما قصاصاً بالآخر، لاختلاف الأغراض، ولصاحب الحال أن يستوفيه، ويتنفع به إلى أن يحل ما عليه. ولو تراضيا على جعل الحال قصاصاً بالمؤجل لم يجز، كما في الحوالة. وحكى أبو الفرج فيهما وجهاً آخر.

ولو كانا مؤجلين بأجل واحد، فقد قيل: هما كما لو كانا حاليين. وهذا أوجه عند الإمام<sup>(١)</sup>، لكنه تردّد في مجيء القول الرابع.

وقال في «التهذيب»: الصحيح أنهما كالمؤجلين بأجلين مختلفين. وإن كانا من جنسين بأن كان أحدهما ذراهم، والآخر دنانير فلا مقاصة، والطريق أن يأخذ أحدهما ما على الآخر، ثم إن شاء جعل المقبوض عوضاً عما على الآخر.

قال الروياني: لأن دفع العوض عن الدنانير في الذمة يجوز، ولا حاجة إلى قبض الحقيين معاً. وإن لم يكن الدنانير نقدين؛ فإن كانا من جنس واحد:

فعن صاحب «التقريب» أن التقاص على الاختلاف المذكور إذا أجريناه في النقدين، ففي ذوات الأمتال وجهان؛ لأن ما سوى النقدين يظهر فيه التفاوت، وأنا إذا أجريناه في ذوات الأمتال ففي العرضين الموصوفين في الذمة وجهان بالترتيب؛ لأن التفاوت فيها أكثر. والذي أوردته العراقيون [وغيرهم من الأصحاب]<sup>(٢)</sup> أن التقاص لا يجري في غير الأثمان من العروض وغيرها.

وقرّق الشيخ أبو حامد بأن العقد على الأثمان [ليس عقد]<sup>(٣)</sup> معابته ومرابحة؛ لقلة الاختلاف فيها، فالتقاص فيها قريب؛ بخلاف سائر الأموال.

وإن كانا من جنسين فلا مقاصة.

وإن تراضيا - بل إن كان عرضين - فينبغي أن يقبض كل واحد منهما ما على الآخر، فإن قبض أحدهما لم يجز رده عوضاً عن المستحق المزدود عليه؛ لأنه يبع عرض قبل القبض، إلا أن يكون ذلك العرض مستحقاً بقرض، أو إنلاف لا بعقد.

(١) ما حكاه عن الإمام ليس كذلك، ولم يرجح الإمام في ذلك شيئاً وعبارته في النهاية ولو فرضنا دينين مؤجلين فهذا فيه احتمال عندي والوجه إجراء ثلاثة أقوال فأما القول بالتساقط من غير رضى فلست أرى له وجهاً.

(٢) سقط في: ز.

(٣) سقط في: ز.

وإن كان أحدهما تُقَدَّأ، والآخر عَرَضاً؛ فَإِنْ قَبِضَ مُسْتَحِقُّ الْعَرَضِ، وَرَدَّهُ عَوَضاً  
عن النقد المستحق عليه، جاز.

وإن قبض مُسْتَحِقُّ التُّقَدِّدِ [التُّقَدِّد] (١) ورده عَوَضاً عن العَرَضِ المستحق عليه، لم  
يجز إلا أن يكون العَرَضُ مُسْتَحِقاً بِالْقَرَضِ أو الإِثْلَافِ.

هكذا فصل ابن الصَّبَّاحِ والرُّوْيَانِيُّ وغيرهما - رحمهم الله - .

إذا عرف ذلك حصل التَّقَاصُّ من السيد، والمُكَاتَبِ، ويرى ذِمَّةُ المُكَاتَبِ عن  
النجوم وَعُتِقَ كما لو أَدَّى (٢).

قَالَ الْعَرَالِيُّ: وَلَوْ أَوْصَى بِرَقَبَةِ الْمُكَاتَبِ لَمْ يَجْزُ إِلَّا أَنْ يُضَيَّفَ إِلَى حَالَةِ الْعَجْزِ  
فَيَصِحَّ عَلَى أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ، وَلَوْ أَوْصَى بِالنُّجُومِ جَازَ مِنَ الثُّلُثِ، وَلِلْوَارِثِ تَعْجِيزُهُ وَإِنْ  
أَنْظَرَ الْمُوصَى لَهُ، وَإِنْ أَوْصَى بِرَقَبَتِهِ فَلِلْمُوصَى لَهُ تَعْجِيزُهُ عَنِ الْعَجْزِ وَإِنْ أَنْظَرَ الْوَارِثَ،  
وَلَوْ قَالَ: ضَعُوا عَنِ الْمُكَاتَبِ مَا شَاءَ فَنِشَاءَ الْكُلِّ لَمْ يَوْضِعِ الْكُلُّ عَلَى الْأَصْحِ بَلْ يَبْنَى  
شَيْءٌ كَمَا لَوْ قَالَ: صَنَعُوا مِنْ كِتَابَتِهِ مَا شَاءَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِي الْفَصْلِ مَسْأَلَتَانِ:

إحدهما: فِي الْوَصِيَّةِ بِالْمُكَاتَبِ وَالنُّجُومِ؛ أَمَا الْوَصِيَّةُ بِالْمُكَاتَبِ، فَهِيَ جَائِزَةٌ عَلَى  
الْقَدِيمِ الَّذِي يَجُوزُ فِيهِ الْبَيْعُ.

وعلى الجديد - وهو المذكور في الكتاب -: هِيَ بَاطِلَةٌ؛ لِأَنَّهُ مَمْنُوعٌ مِنَ التَّصَرُّفِ  
فِي رَقَبَتِهِ وَمَنْفَعَتِهِ، فَأشبهه ما إذا أَوْصَى بِعَبْدٍ الْغَيْرِ، فَإِنْ قَالَ: إِنْ عَجَزَ مُكَاتَبِي هَذَا، وَعَادَ  
إِلَى الرَّقِّ، فَقَدْ أَوْصَيْتُ بِهِ لِفُلَانٍ؛ فَقَدْ حَكَى الْإِمَامُ وَجْهًا أَنَّهُ لَا تَصِحُّ أَيْضًا اغْتِيَابًا  
بِحَالِ التَّغْلِيْقِ، وَقِيَاسًا عَلَى مَا لَوْ قَالَ: إِنْ مَلَكَتُ عَبْدًا فُلَانًا، فَهُوَ حَرٌّ.

والأصح وهو الذي أوردَهُ الْجُمْهُورُ: أَنَّهَا صَحِيحَةٌ، كَمَا لَوْ أَوْصَى بِشِمْرَةٍ تَخْلَتِهِ،  
وَحَمَلِ جَارِيَتِهِ، وَكَمَا لَوْ قَالَ: إِنْ مَلَكَتُ عَبْدًا فُلَانًا، فَقَدْ أَوْصَيْتُ بِهِ. وَلِلْإِمَامِ طَرْدُ  
الْخِلَافِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ، وَجَعَلَهَا أَوْلَى بِالْمَنْعِ، لِأَنَّ لَهُ تَعَلُّقًا بِالْمُكَاتَبِ فِي الْحَالِ.

وإذا قلنا بالأصح، فلو عَجَزَ، وأراد الْوَارِثُ إِنْظَارَهُ، فَلِلْمُوصَى لَهُ تَعْجِيزُهُ لِأَخْذِهِ،  
وإنما يعجز بالرَّفْعِ إِلَى الْحَاكِمِ، كَمَا ذَكَرْنَا فِي الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ، وَأَمَا الْوَصِيَّةُ بِالنُّجُومِ عَلَى

(١) سقط في: ز.

(٢) قال النووي: فإذا قلنا: لا يتقاصن، ولم يبدأ أحدهما بتسليم ما عليه، حبس حتى يسلمنا، ذكره  
صاحب «الشامل» وغيره.

المُكَاتَبِ فِيهَا صَحِيحَةٌ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ مُسْتَقَرَّةً، كَمَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِالْحَنْلِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَمْلُوكًا فِي الْحَالِ، فَإِنْ أَدَّاهَا فِيهِ لِلْمَوْصِي لَهُ، وَوَلَاءُ الْمُكَاتَبِ لِلسَّيِّدِ، وَإِنْ عَجَزَ، فَلِلْوَارِثِ تَعْجِيزُهُ، وَفَسَخَ الْكِتَابَةُ، وَإِنْ أَنْظَرَهُ الْمَوْصِي لَهُ<sup>(١)</sup>.

وَهَلْ لِلْمَوْصِي لَهُ إِبْرَؤُهُ عَنِ النُّجُومِ؟

أَبْدَى الْقَاضِي ابْنُ كَجَّ فِيهِ اخْتِمَالَيْنِ - وَيُرْوَى عَنِ الْقَاضِي الْحُسَيْنِ :-

أَحَدُهُمَا: نَعَمْ، لِأَنَّهُ يَمْلِكُ الْاِسْتِيفَاءَ، فَيَمْلِكُ الْإِبْرَاءَ.

وَالثَّانِي: لَا، لِأَنَّهُ مَلَكُهُ اسْتِيفَاءَ النُّجُومِ، وَلَمْ يَمْلِكْهُ تَقْوِيَتِ الرِّقَبَةِ عَلَى الْوَرِثَةِ.

وَلَوْ أَوْصَى لِوَاحِدٍ بِرَقَبَتِهِ إِنْ عَجَزَ، وَآخِرُ النُّجُومِ، صَحَّتِ الْوَصِيَّتَانِ، ثُمَّ إِنْ أَدَّى الْمَالَ بَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ الْأُولَى، وَإِنْ رُقُّ بَطَلَتْ الثَّانِيَّةُ.

وَلَوْ أَوْصَى لِإِنْسَانٍ بِمَا يُعَجِّلُهُ مَكَاتَبَهُ، فَلَمْ يُعَجَّلْ شَيْئًا، وَأَدَّى النُّجُومَ فِي مَحَلِّهَا بَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ، وَلَا يُجْبَرُ عَلَى التَّعْجِيلِ لِتَنْفِذِ الْوَصِيَّةِ.

هَذَا فِي الْكِتَابَةِ الصَّحِيحَةِ.

أَمَّا إِذَا كَاتَبَ عَبْدُهُ كِتَابَةً فَاسِدَةً ثُمَّ أَوْصَى بِرَقَبَتِهِ؛ فَإِنْ كَانَ عَالِمًا بِفَسَادِ الْكِتَابَةِ صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ.

قَالَ الصَّيْدَلَانِيُّ وَغَيْرُهُ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - وَتَتَضَمَّنُ الْوَصِيَّةُ فَسَخَ الْكِتَابَةِ.

وَإِنْ كَانَ يَنْظُرُ صِحَّتَهَا، فِيهِ الْوَصِيَّةُ قَوْلَانِ:

أَحَدُهُمَا: لَا تَصِحُّ؛ لِأَنَّهُ أَوْصَى، وَعِنْدَهُ أَنْ مَا يَأْتِي بِهِ لَفُؤٌ.

وَالثَّانِي: أَنَّهَا صَحِيحَةٌ اِغْتِيَارًا بِحَقِيقَةِ الْحَالِ. وَهَذَا أَشْبَهَ عِنْدَ الْمُزَنِّيِّ وَغَيْرِهِ.

وَمِنْهُمْ مَنْ طَرَدَ الْقَوْلَيْنِ فِيمَا إِذَا كَانَ عَالِمًا بِفَسَادِ الْكِتَابَةِ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ الْفَاسِدَةَ كَالصَّحِيحَةِ، فِي حُصُولِ الْعِتْقِ وَغَيْرِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ بَيْعًا فَاسِدًا، ثُمَّ أَوْصَى بِالْمَيْبِعِ، وَهُوَ عَالِمٌ بِفَسَادِ الْبَيْعِ تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ قَوْلًا وَاحِدًا؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ الْفَاسِدَ لَيْسَ كَالصَّحِيحِ.

وَأَمَّا إِذَا أَوْصَى بِالْمَيْبِعِ جَاهِلًا بِفَسَادِ الْبَيْعِ، فَهُوَ عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِي الْوَصِيَّةِ.

وَلَوْ بَاعَ الْمُكَاتَبَ كِتَابَةً فَاسِدَةً، أَوْ الْمَيْبِعَ بَيْعًا فَاسِدًا، أَوْ وَهَبَ أَوْ رَهَنَ وَهُوَ جَاهِلٌ بِالْفَسَادِ فَطَرِيقَانِ:

(١) وَعَلَّلَهُ فِي الْبَيَانِ فِي بَابِ الْوَصَايَا بِأَنَّ حَقَّ الْوَرِثَةِ مُتَعَلِّقٌ بِعَيْنِهِ وَحَقَّ الْمَوْصِي لَهُ بِمَا فِي ذِمَّتِهِ فَكَانَ حَقَّ الْوَرِثَةِ آكِدًا. قَالَ ابْنُ الصَّبَّاحِ: وَهَذَا فِيهِ نَظَرٌ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لِلْمَوْصِي لَهُ بِدَلِيلِ أَنَّهُ إِذَا أَبْرَاهُ عَتَقَ وَلَا حَقَّ لِصَاحِبِ الرِّقَبَةِ.

أحدهما: طرد القولين.

والثاني: القَطْعُ بالفساد، بخلاف الوَصِيَّةِ؛ لأنها تَحْتَمِلُ من الحَظَرِ ما لا يحتمله البَيْعُ والرَّهْنُ، والخلاف في هذه الصورة كالجِلاَفِ فيما إذا باع مَالُ أَبِيهِ على ظَنِّ أَنَّهُ حَيٌّ فَبَانَ أَنَّهُ مَيِّتٌ.

وفي معناه ما إذا وَكَّلَ وَكِيلاً بِشِرَاءِ عَبْدٍ، ثم باعه، وهو لا يدري أن الوَكِيلَ قد اشْتَرَاهُ. أو باع مَالَ يَتِيمٍ، وهو لا يدري أن أَبَاهُ جعله وَصِيًّا لَهُ، فَبَانَ أَنَّهُ جَعَلَهُ وَصِيًّا.

«المسألة الثانية»: الوصية بوضع النجوم عن المكاتبِ صَحِيحَةٌ، معتبرة من الثلث.

فلو قال: ضَعُوا عنه مَا عَلَيْهِ من النجوم، أو كتابته فقضيته وضع الكل. ولو قال: نَجْمًا من نجومه، فالاختيار لِلْوَارِثِ، يضع ما شاء من القليل والكثير، والأول والآخر.

وكذا لو قال: ضَعُوا عنه ما قَلَّ أو كَثُرَ، وما خَفَّ أو ثَقُلَ، فالقِلَّةُ والكثرة، والخِفَّةُ والثقل أَمُورٌ إِضَافِيَّةٌ.

ولو قال: ضَعُوا عنه ما شاء من نُجُومِ الكِتابَةِ، فشاء وَضَعَ الكل؛ لا يوضع الكُلُّ، بل يبقى أَقَلُّ ما يتمول؛ لأن «من» للتَّبَعِيضِ، فلو اقتصر على قوله: ضَعُوا عنه ما شاء، نقل المُزْنِيُّ أَنَّهُ يبقى شَيْءٌ، ولا يوضع الكُلُّ وإن شاء؛ لأن المَعْنَى: ضَعُوا من كِتَابَتِهِ ما شاء، وإلا لَقَالَ: ضَعُوا عنه النجوم.

وإذا كان هذا مُضْمَرًا كان كالصُورَةِ السابقة ومنهم من قال: يَجُوزُ وَضْعُ الكل، إذا شاء، كما لو قال: ضَعُوا عنه ما عليه إن شاء، فَحَصَلَ وجهان، والأظْهَرُ على ما ذكر<sup>(١)</sup> في الكتاب الأول.

ولو قال: ضَعُوا عنه أَكْثَرَ ما عليه، أو أَكْثَرَ ما بَقِيَ عليه، يوضع عنه نِصْفٌ ما عليه وَزِيَادَةٌ، وتقدير الزِّيَادَةِ إلى اختيار الوَارِثِ.

وذكر الصَّيْدِ لَأَبِي أَنَّهُ إِذَا [كانت]<sup>(٢)</sup> الزيادة فَوْقَ الأَقَلِّ المُجْزِئِ، فما زَادَ على ما يجزئ ابتداءً عَطِيَّةً من قبل الوارث؛ لأن اللَّفْظَ يَتَنَاوَلُ القليل والكثير.

قال الإمام: هذا مأخوذٌ عليه، بل هو تَفْصِيلٌ منهم

ألا ترى أَنَّهُم لو اقْتَصَرُوا على الأَقَلِّ المُجْزِئِ لم يَجْزُ أن يقال: إنهم نقصوا من الوصية. ولو قال: ضَعُوا عنه أَكْثَرَ ما عليه، أو أَكْثَرَ ما بقي عليه، ومثل نصفه فَيُوضَعُ عنه ثلاثة أرباع ما عليه وَزِيَادَةٌ شيء.

(٢) في ز: كاتب.

(١) في ز: ذكرنا.

ولو قال: أكثر مما عليه، أو: ما عليه وأكثر. وضع عنه الكلّ ولَعَا ذِكْرُ الزيادة.  
ولو كانت عليه نجوم مُخْتَلِفَةٌ الْمَقَادِيرِ وَالْأَجَالِ، فقال: ضَعُوا عَنْهُ أَكْثَرَ النُّجُومِ،  
أو أَكْثَرَهَا، رُوِيَ الْقَدْرُ، فَإِنْ كَانَ أَطْوَلَهَا أَوْ أَقْصَرَهَا، رُوِيَ الْمُدَّةُ.

وإن قال: ضَعُوا عَنْهُ أَوْسَطَ النُّجُومِ، فهذا محتمل للأوسط في القدر، وفي  
الأجل، وفي العَدَدِ، فإن اختلفت النُّجُومُ فِيهَا جَمِيعاً، فللورثة [تعيين] (١) ما شاءوا، فإن  
رَعِمَ الْمُكَاتَبُ أَنَّهُ أَرَادَ غَيْرَهُ حَلَفَهُمْ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ، وإذا تساوت النجوم في القدر  
والأجل، حُمِلَتِ الْوَصِيَّةُ عَلَى الْعَدَدِ، وإذا كان العَدَدُ وَتَرَأَ، كالثلاثة والخمسة، فالأوسط  
وَاحِدٌ، وإن كان شَفَعاً، فالأوسط اثنان، كالثاني والثالث من الأربعة، فيعين الوارث  
أَحَدَهُمَا، هكذا أَطْلَقَ ابْنُ الصَّبَاغِ وغيره.

ويجوز أن يقال: الأوسط كلاهما، فيوضعان، وهذا قِصِيَّةٌ ما في «التهذيب» (٢).

«فرع»:

إذا أوصى بكتابة عَبيد بعد موته، فلم يرغب العبد في الكتابة، تَعَدَّرَ تَنْفِيذَ الْوَصِيَّةِ،  
بخلاف ما إذا أوصى بِعَتِقِ عَبيدٍ لا يحتاج فيه إلى رضاه، ولا يكاتب بدله آخر، كما لو  
أوصى بِمَالٍ لِزَيْدٍ، فلم يقبل لا يصرف إلى غيره.

وإن رَغِبَ، فإن خرج كُله من الثلث كُوتِبَ، ثم إن عَيَّنَ مَالَ الْكِتَابَةِ كُوتِبَ عَلَى  
مَا عَيَّنَهُ، وإلا فعلى ما جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ، وَالْعَادَةُ أَنْ يَكْتَابَ الْعَبْدُ عَلَى مَا فَوْقَ قِيَمَتِهِ وَإِنْ  
لَمْ يَخْرُجْ كُله من الثلث، ولم يجز الوارث، فقد قيل: كتابة القدر الذي يخرج من الثلث  
على الْخِلَافِ فِي كِتَابَةِ بَعْضِ الْعَبْدِ.

والصحيح أنه يَكْتَابُ ذَلِكَ الْقَدْرَ.

ويصح قولاً واحداً، ولا يُبَالَى بِالتَّبْعِيضِ، إذا أدت الوصية إليه.

فإذا كُوتِبَ بَعْضُهُ، وأدى النجوم عَتِيقٌ، وَوَلَاؤُهُ لِلْمَوْصِي، والباقي رَقِيقٌ. وإن  
أجاز الوارث كِتَابَةَ كَلِهِ، وعتق بأداء النجوم، فَوَلَاءُ الْكَلِّ لِلْمَوْصِي إِنْ جَعَلْنَا إِجَارَةَ الْوَرِثَةِ  
تَنْفِيذاً، وإلا فَوَلَاءُ مَا يَزِيدُ عَلَى الْقَدْرِ الْخَارِجِ فِي الثَّلَاثِ لَهُمْ.

ولو قال: كَاتَبُوا أَحَدَ عِبِيدِي، لم تُكَاتَبْ أُمَّتُهُ، ولا مُشْكِلٌ.

وهل يَكْتَابُ الْجَنِينُ الَّذِي ظَهَرَتْ ذُكُورَتُهُ؟

(١) في ز: يعتبر.

(٢) وما نقله عن ابن الصباغ نقله ابن أبي الدم عن العراقيين وجرى عليه الماوردي والرويانى وغيرهما  
ونص عليه الشافعي في الأم.

فيه طريقان :

أظهرهما : نعم .

والثاني : أن فيه قَوْلَيْنِ لِيُعِدَّهُ عَنِ الْفَهْمِ وَالْإِطْلَاقِ .

ولو قال : كَاتِبُوا إِحْدَى إِمَائِي لَا يَكْتُبُ عَبْدٌ ، وَلَا مُشْكِلٌ ، فَإِنْ ظَهَرَتْ أَثْوَتُهُ ، فَعَلَى الْخِلَافِ . ولو قال : أَحَدٌ رَقِيقِي جَازَ الْعَبْدُ وَالْأَمَةُ . وهل يجوز المُشْكِلُ ؟

قال المزني : نعم .

وعن رواية الرَّبِيعِ : المنع ، فقيل : فيه قولان ، أو وَجْهَانِ ، والصحيح الأول . هذا تمام الكلام <sup>(١)</sup> في تَصَرُّفَاتِ السَّيِّدِ .

قَالَ الْغَزَالِيُّ : أَمَّا تَصَرُّفَاتُ الْمُكَاتَبِ فَهِيَ فِيهِ كَالْحُرِّ إِلَّا مَا فِيهِ تَبَرُّعٌ أَوْ خَطَرٌ فَلَا يَنْفَعُ عِتْقُهُ وَهَبَتُهُ وَشِرَاؤُهُ قَرِيبَهُ بِالْمَحَابَةِ وَيَنْعُهُ بِالْغِنِ ، وَلَا يَبِيعُ بِالنِّسْبَةِ ، وَلَا يَرْفَعُ الْيَدَ عَنِ الْمَبِيعِ قَبْلَ قَبْضِ الثَّمَنِ ، وَلَا يَكْتُبُ ، وَلَا يَتَزَوَّجُ وَلَا يَزُوجُ عَبْدَهُ ، وَلَا يَتَسَرَّى خَوْفًا مِنْ طَلَاقِ الْجَارِيَةِ ، وَلَا يَتَّهَبُ مَنْ يُعْتَقُ عَلَيْهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ كَسُوبًا خَوْفًا مِنَ النِّقْفَةِ ، وَالْمُكَاتَبَةُ لَا تَتَزَوَّجُ وَلَا تُكْفَرُ إِلَّا بِالصِّيَامِ .

قَالَ الرَّافِعِيُّ : الْقِسْمُ الثَّانِي : الْكَلَامُ فِي تَصَرُّفَاتِ الْمُكَاتَبِ :

وهو كالحُرِّ في مُعْظَمِ التَّصَرُّفَاتِ ؛ فَيَبِيعُ وَيَشْتَرِي ، وَيُؤَجِّرُ وَيَسْتَأْجِرُ ، وَيَأْخُذُ بِالشُّفْعَةِ ، وَيَقْبَلُ الْهَبَةَ وَالصَّدَقَةَ ، وَيَضْطَاطُ وَيَحْتَطِبُ وَيُؤَدِّبُ عِيْدَهُ إِضْلَاحًا لِلْمَالِ كَمَا يَقْصِدُهُمْ وَيَحْتَنُهُمْ <sup>(٢)</sup> .

وفي إقامة الحدِّ عليهم خِلافٌ مذكور في الحُدُودِ .

وإذا أُجِرَ نَفْسَهُ أَوْ عَبْدَهُ ، أَوْ أَمْوَالَهُ فَعَجَّزَهُ السَّيِّدُ فِي الْمُدَّةِ انْفَسَخَ الْعَقْدُ . وفي كتاب القاضي ابْنِ كَيْجٍ وجه : أنه لا يجوز أن تزيد مُدَّةُ الْإِجَارَةِ عَلَى أَجْلِ النُّجُومِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَرِقُّ ، وَتَكُونُ الْمَنَافِعُ فِيمَا زَادَ السَّيِّدُ ، وَلَا تَصَحُّ مِنْهُ التَّصَرُّفَاتُ الَّتِي فِيهَا تَبَرُّعٌ ، أَوْ خَطَرٌ ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ تَحْصِيلَ الْعِتْقِ ، فَيُخْتِاطُ لَهُ ، وَلِأَنَّ حَقَّ السَّيِّدِ غَيْرُ مُنْقَطِعٍ عَمَّا فِي يَدِهِ ، فَإِنَّهُ قَدْ يَعْجِزُ ، فَيَعُودُ إِلَى الرَّقِّ . هذا هُوَ الْقَوْلُ الْجَمَلِيُّ ، وَفِي التَّفْصِيلِ صُورٌ :

إحداها : لَا يَصِحُّ إِعْتَاقُهُ وَلَا إِبْرَاؤُهُ عَنِ الدُّيُونِ ، وَلَا هِبَتُهُ مَجَانًا ، وَلَا بِشَرَطِ

الثَّوَابِ .

(٢) سقط في : ز .

(١) في ز : القول .



وإن صححنا الهبة بشرط الثواب؛ لأن في قَدْر الثواب اختلافاً بين العلماء؛ فقد يحكم الحاكمُ بشيء قليل، ولأن الثواب إنما يُسْتَحَقُّ بِإِقْبَاضِ الموهوب، وفيه خطر، وسنذكر أنه لا يسلم مبيعاً<sup>(١)</sup> قبل قبْضِ الثمن على الظاهر.

فإن كان الثواب معلوماً، وكان فيه غبطةً، فقد قال الإمام: إن قلنا: هذه الهبةُ بَيْعٌ، ولا يشترط في ثبوت الملك فيها إقباضٌ، فهي مُجْرَأَةٌ على قياس البيوع.

وإن شرطنا الإقباضَ، فمن يَشْتَرِطُهُ لا يوجبُه، فلا يمتنع أن يصحح الهبة، ويمنع من الابتداء بالإقباضِ، حتى يسبق قبض العوضِ، بخلاف البيع [نسيئةً]<sup>(٢)</sup> فإنه يوجب تسليم المبيع قبل قبض الثمن.

وعن الشيخ أبي مُحَمَّدٍ أنه لا يحلُّ له التَّبَسُّطُ في المَلَايسِ<sup>(٣)</sup> والمَأْكَلِ، ولا يكلف فيها التَّغْيِيرَ المُفْرِطَ أيضاً.

وليس له أن يَدْفَعَ المَالَ إلى غيره قِراضاً، فإنه قد يَحُونُ أو يَمُوتُ، فيَصْبِغُ، وله أن يأخذه قِراضاً، لأنه نوع يكسب، ولذلك ليس له أن يُقْرِضَ، وله أن يَسْتَقْرِضَ، وليس له تَعْجِيلُ الديون المَوْجَلَةِ؛ لما فيه من تَقْوِيَةِ الانتِفَاعِ بالمال من غير ضرورة.

الثانية: لا يشتري أحداً من أصوله وفروعه، لِيَتَّصُمِيهِ العِتْقُ، وفَوَاتِ المال، خلافاً لأبي حنيفةً وأحمد - رحمهما الله - .

ولو وهب منه قريبه، أو أوصى له به؛ فإن لم يَقْدِرْ على الكَسْبِ لهرمه أو لزمانه وعجزه، وكان يَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ، لم يَجْزُ له قَبُولُهُ.

وقيل: يجوز قبول<sup>(٤)</sup> الزمن، فقد يكتسب من غير عَمَلٍ. وهذا ما اختاره الصَّيْمَرِيُّ فيما نقل القاضي الرُّوْيَانِيُّ في «الكافي».

وإن كان كَسُوباً يقوم بِكِفَايَةِ نفسه، جاز قَبُولُهُ، بل يستحب؛ لأنه لا ضَرَرَ عليه في القَبُولِ، ثم لا يُعْتَقُّ عليه؛ لأن ملكه ضعيف<sup>(٥)</sup>، ولكن يكتب عليه، فيعتق بِعِتْقِهِ، ويرقُّ بِرِقِّهِ، وليس له بَيْعُهُ.

(١) في أ: مبيعاً.

(٢) في ز: نسيئة.

(٣) وقربت منه قول الماوردي لا اعتراض للسيد عليه فيما يحتاج السيد من مأكوله وملبوسه ممن تلزمه نفقته من زوجة وولد ما لم يخرج فيها إلى حد السرف فأما نفقته في ماله فما كان منها معهوداً بمثل لم يمنع منه وما خرج عن المعهود منع عنه. انتهى.

(٤) في أ: له القبول.

(٥) في ز: ضعف.

وحكى الشيخ أبو علي في «شرح الفروع» وجهاً بديعاً، وبعيداً عن ابن أبي هريرة أن له تبعه، ثم قال: وهذا فاسدٌ، ولا يجوز لأحد أن يملك أباه، فبيعه، وتكون نَفَقَتُهُ في كَسْبِهِ، وما يُفْضَلُ يكون لِلْمُكَاتِبِ يستعين به في أداء النجوم، فإن مَرَضَ أو عَجَزَ أَنْفَقَ الْمُكَاتِبُ عليه؛ لأنه من صلاحِ مِلْكِهِ، وليس هذا كالإِنْفَاقِ على أَقَارِبِهِ الْأَخْرَارِ، حيث يمنع منه؛ لأن ذلك مَبْنِيٌّ على الْمُوَاسَاةِ.

فإن جنى القريب على إنسان بيع في الجِنَايَةِ، وليس لِلْمُكَاتِبِ أن يُفْدِيَهُ، بخلاف ما إذا جنى عَبْدُهُ؛ يجوز له أن يُفْدِيَهُ، لأن الرُّقْبَةَ تبقى له، فيصرفها إلى النجوم.

الثالثة: ليس له الشراء بالمُحَابَاةِ، ولا النَّيْعُ بِالْعَبْنِ؛ لما فيه من التَّبَرُّعِ، وَتَقْوِيَةِ الْمَالِ. وعن أبي حنيفة أن له أن يبيعَ بما عَزَّ وهَانَ، كما ذكر في الْوَكِيلِ، ولا يبيع بالنسيئة؛ لأن إخراجَ الْمَالِ عن الْيَدِ، بلا عِوَضٍ في الْحَالِ تَبَرُّعٌ، وأيضاً ففيه خَطَرٌ، وسواء باع بِمِثْلِ قِيَمَتِهِ، أو أكثر، ولا فرق بين أن يَسْتَوْثِقَ بِالرَّهْنِ وَالْكَفِيلِ، أو لا يَسْتَوْثِقُ، وكذا لا يقرض، وإن استوثق، لأن الْكَفِيلَ قد يُفْلِسُ، وَالرَّهْنَ قد يَتَلَفُ، ويحكم الحاكم المرفوع إليه بِسُقُوطِ الدَّيْنِ.

ويجوز أن يبيع ما يَسَاوِي مائة بمائة نُقْدًا، وبمائة نسيئة، ولو اشترى نسيئة بثمان التُّغْدِ يجوز، ولا يرهن به؛ فإنه قد يَتَلَفُ، وإن اشترأ بثمان [النسيئة]<sup>(١)</sup> لم يَجُزْ؛ لما فيه من التَّبَرُّعِ. كذلك ذكره في «التهذيب».

وفي «جمع الجوامع» للرويانى: أنه يَجُوزُ، إذ لا عَبْنٌ فيه، وفرقوا بين<sup>(٢)</sup> الْمُكَاتِبِ، وبين الْوَلِيِّ، حيث يبيع مالَ الْوَلِيِّ نسيئةً، وَيَرْهَنُ، وَيَرْتَهِنُ لِلْحَاجَةِ، أو الْمَضْلِحَةِ الظاهرة، وبأن المرعي هناك مَضْلِحَةُ الْوَلِيِّ، والولي مَنْصُوبٌ لينظر له [وها هنا المطلوب العِثْقُ والمرعي مصلحة السيد، والمكاتب غير منصوب لينظر له]<sup>(٣)</sup> وقد ذكرنا في «كتاب الرهن» أن بعضهم سَوَّى بينه وبين الْوَلِيِّ في البيع نسيئةً، وفي الرهن والارتهان، فيجوز أن يَعْلَمَ لذلك قوله ها هنا: «ولا يبيع [بالنسيئة]»<sup>(٤)</sup> بالواو.

وَأَلْحَقَ صَاحِبُ الْكِتَابِ هُنَاكَ الْمُكَاتِبَ بِالْوَلِيِّ فِي جَوَازِ الرَّهْنِ، لکن الَّذِي أُطْلِقَ عَلَيْهِ عَامَّةُ الْأَصْحَابِ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - وَأَوْرَدَهُ هَا هُنَا: الْمَنْعُ، وَيُشَبَّهُ أَنْ يَتَوَسَّطَ، فيقال: إن دَعَتْ ضَرُورَةٌ إِلَى الْبَيْعِ وَالرَّهْنِ، كما في وقتِ النَّهْبِ فَلهُ ذَلِكَ حِفْظًا لِلْمَالِ. وإن كان يَرَى فِيهِ مَضْلِحَةً لَمْ يَمَكُنْ مِنْهُ؛ لأنه ليس نَاطِرًا لِلسَّيِّدِ، حتى يَتَحَمَّلَ الْخَطَرَ لِمَضْلِحَةِ يَرَاهَا، بخلاف الْوَلِيِّ، والله أعلم. وإذا باع أو اشترى لم يسلم ما في يده، حتى يتسلم

(١) في ز: النسبة.

(٢) سقط في: ز.

(٣) سقط في: ز.

(٤) في ز: بالنسيئة.

الِعَوَضِ؛ لأن رفع اليد عن المال بلا عَوَضٍ، لا يَخْلُو عن غَرَرٍ، وكذلك ليس له السَّلْمُ؛ لأن مُقْتَضَاهُ تَسْلِيمُ رَأْسِ الْمَالِ فِي الْمَجْلِسِ، وانتظار المسلم فيه سِيِّمًا إذا كان السَّلْمُ مُؤَجَّلًا.

وفيه وجه: أنه يجوز التَّسْلِيمُ ليتسلم في الحال، أو في المَجْلِسِ، ويحتمل هذا القدر. وهذا ما أوردَهُ الصَّيْدَلَانِيُّ. وعلى هذا فَيَجُوزُ له السَّلْمُ الْحَالُ.

وأطلق الإمام وَجْهًا فِي السَّلْمِ بشرط الغِنْطَةِ أنه يَجُوزُ.

الرابعة: لا يكتاب المَكَاتِبُ عَبْدَهُ، كما لا يعتقه، خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ ولو أَدَّى مَكَاتِبَهُ إِلَيْهِ الْمَالِ، لم يُعْتَقَ؛ لأن تَغْلِيْقَهُ غير صحيح.

الخامسة: لا يَتَزَوَّجُ الْمَكَاتِبُ، ولا يُزَوِّجُ مِنْ [عبد] (١)؛ لما فيه من المُوْنِ، ولا [ينكح] (٢) المكاتبه أيضاً؛ لأنه تنتقص قيمتها، وأيضاً فلخطر الطُّلُقِ، وله شِرَاءُ الْجَوَارِي لِلتَّجَارَةِ، ولكن لا يجوز له التَّسْرِي خَوْفًا مِنْ هَلَاكِ الْجَارِيَةِ فِي الطُّلُقِ.

قال الإمام: وهو بِمَثَابَةِ مَنْعِ الرَّهْنِ مِنْ وَطْءِ الْجَارِيَةِ الْمَرْهُونَةِ.

وكان شَيْخِي لا يبعد إِجْرَاءَ الْوَجْهَيْنِ فِي وَطْءِ الْجَارِيَةِ الَّتِي يُؤْمَنُ حَبْلُهَا (٣) ها هنا، وهو غير مَرَضِيٍّ؛ لأن الْمَكَاتِبَ عَبْدٌ، وَالْوَطْءُ يَضَعُفُهُ، وَلا ضَبْطٌ يَجْعَلُ مَرْجُوعاً فِيمَا يَجُوزُ، وَيَمْنَعُ مِنْهُ، فَالْوَجْهَ حَسَمَ الْبَابَ، وَلِلْمَنْعِ مِنَ الْوَطْءِ مَعْنَى آخَرُ، وَهُوَ ضَعْفُ الْمَلِكِ، عَلَى مَا سَنَذَكُرُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

السادسة: إِذَا لَزِمَ الْمَكَاتِبَ كَفَّارَةُ قَتْلِ، أَوْ ظَهَارٍ، أَوْ يَمِينٍ، فَيَكْفُرُ بِالصُّومِ دُونَ الْمَالِ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ لَيْسَ بِتَامٍ، وَهُوَ مُسْتَحَقُّ الصَّرْفِ إِلَى جِهَةِ أُخْرَى.

واعلم أن الصَّوْرَ جَمِيعاً مَفْرُوضَةٌ فِيمَا إِذَا لَمْ يَأْذَنْ لَهُ السَّيِّدُ.

فأما إِذَا أذن له السيد في التَّصَرُّفَاتِ الْمَذْكُورَةِ، فسنذكر حكمه (٤) إِنْ شَاءَ اللَّهُ - تعالى - فِي الْفَضْلِ التَّالِي لِهُذَا الْفَضْلِ.

«فِرْعٌ عَنِ الْقُقَالِ»:

إِنْ وَصِيَّةُ الْمَكَاتِبِ غَيْرُ صَحِيحَةٍ، سِوَاءِ أَوْصَى بِعَيْنٍ مِنْ أَعْيَانِ مَالِهِ، أَوْ بثلث ماله؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ غَيْرُ تَامٍ عَلَى مَا فِي يَدِهِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهَا تَصِحُّ إِنْ أَضَافَ إِلَى الْمَوْتِ وَالْحَرِيَةِ، وَإِلَّا لَمْ تَصِحَّ.

(٢) سقط في: ز.

(٤) في أ: حكمها.

(١) في ز: عند.

(٣) في أ: حملها.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: وَكُلُّ ذَلِكَ إِنْ جَرَى بِإِذْنِ السَّيِّدِ فَمِنِ التَّفْوِذِ قَوْلَانِ، إِلَّا الْعِتْقَ فِيهِ طَرِيقَانِ: (أَحَدُهُمَا): طَرُذُ الْقَوْلَيْنِ (وَالثَّانِي): الْقَطْعُ بِالْمَنْعِ لِإِشْكَالِ الْوَلَاءِ، فَإِنْ تَفَذَّنَا فِيهِ الْوَلَاءُ قَوْلَانِ: (أَحَدُهُمَا): أَنَّهُ لِلْسَّيِّدِ (وَالثَّانِي): أَنَّهُ مَوْثُوفٌ حَتَّى يُغْتَقَ الْمَكَاتِبَ يَوْمًا فَيَكُونُ لَهُ، فَإِنْ مَاتَ رَقِيقًا اسْتَقَرَّ عَلَى السَّيِّدِ، وَلَوْ مَاتَ الْعَتِيقُ فِي مُدَّةِ التَّوَقُّفِ فَمِيرَاثُهُ لِلْسَّيِّدِ فِي قَوْلٍ، وَلَبَّيْتُ الْمَالَ فِي قَوْلٍ، وَكِتَابَةُ عَبْدِهِ كِبَاعَتَاهُ فِي التَّفْوِذِ وَفِي الْوَلَاءِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: تَبَرُّعَاتُ الْمَكَاتِبِ وَتَصَرُّفَاتُهُ الْمُخْطَرَةُ كَالْهَبَةِ، وَالْإِبْرَاءُ، وَالْإِقْرَاضُ، وَالْقِرَاضُ، وَالْإِنْفَاقُ عَلَى الْأَقَارِبِ، وَالْبَيْعُ بِالْمَحَابَاةِ، وَبِالنَّسِئَةِ وَتَعْجِيلِ الدَّيْنِ الْمُؤَجَّلِ وَنَحْوِهَا، إِنْ جَرَتْ بِإِذْنِ السَّيِّدِ؛ فَمَنْقُولٌ<sup>(١)</sup> الْمَزْنِي، وَالْمَنْصُوصُ فِي «الْأَمِّ» أَنَّهَا تَصِحُّ.

وَعَنِ الرَّبِيعِ فِيهِ قَوْلٌ آخَرٌ؛ وَنَصَّ عَلَى أَنَّ الْمَكَاتِبَةَ إِذَا اخْتَلَعَتْ بِإِذْنِ السَّيِّدِ عَلَى مَالٍ لَمْ يَجُزْ، وَالْخُلْعُ كَالْهَبَةِ، فِي أَنَّهُ بَدَلُ مَالٍ مِنْ غَيْرِ عَوَاضٍ مَالِيٍّ.

وَاخْتَلَفَ الْأَصْحَابُ عَلَى طَرِيقَيْنِ: قَالَ أَكْثَرُهُمْ - مِنْهُمْ ابْنُ سُرَيْجٍ، وَابْنُ خَيْرَانَ، وَأَبُو إِسْحَاقَ - فِي جَمِيعِ هَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ قَوْلَانِ إِذَا لَمَّا رَوَاهُ الرَّبِيعُ، وَإِنَّمَا لِلنُّصَيْنِ فِي الْهَبَةِ، وَالتَّصَرُّفِ فِيهِمَا بِالنَّقْلِ وَالتَّخْرِيجِ. وَمِنْهُمْ مَنْ نَقَلَ الْمَنْعَ عَنْ نَصِّهِ فِي «الْإِمْلَاءِ»:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهَا غَيْرُ صَاحِبَةٍ؛ لِأَنَّ مِلْكَ الْمَكَاتِبِ نَاقِصٌ، وَالسَّيِّدُ غَيْرُ مَالِكٍ لَمَّا فِي يَدَيْهِ، فَلَا أَثَرَ لِإِجَازَتِهِ، كَمَا لَوْ وَهَبَ الْمَرِيضُ جَمِيعَ مَالِهِ، وَأَجَازَ الْوَارِثُ، وَأَيْضًا فَإِنَّهُ يَفُوتُ عَرَضُ الْعِتْقِ.

وَأَصْحَبُهُمَا: الصَّحَّةُ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَا يَغْدُوهُمَا، فَإِذَا تَوَافَقَا عَلَيْهِ صَحَّ؛ كَمَا لَوْ وَهَبَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ بِإِذْنِ الْآخَرِ.

وَالثَّانِي: تَقْرِيرُ النُّصَيْنِ، وَالْقَطْعُ بِصِحَّةِ هَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ، وَيَبْطُلَانِ الْخُلْعُ وَقَدْ ذَكَرْنَا الطَّرِيقَيْنِ فِي «الْخُلْعِ» فِي كِتَابِهِ.

وَعَنِ أَبِي الطَّيِّبِ بْنِ سَلْمَةَ طَرِيقَةٌ قَاطِعَةٌ بِصِحَّةِ الْخُلْعِ أَيْضًا.

فَإِنْ وَهَبَ مِنَ السَّيِّدِ أَوْ مِنْ ابْنِهِ الصَّغِيرِ، فَقَبْلَ أَوْ أَقْرَضَهُ، أَوْ بَاعَهُ نَسِئَةً أَوْ بِالْمَحَابَاةِ، أَوْ عَجَّلَ دَيْنًا مُؤَجَّلًا لَهُ عَنِ التُّجُومِ، فَطَرِيقَانِ:

أَظْهَرُهُمَا: أَنَّهُ عَلَى الْقَوْلَيْنِ فِيمَا إِذَا وَهَبَ مِنْ غَيْرِهِ بِإِذْنِهِ.

وَالثَّانِي: - وَاخْتَارَهُ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ - الْقَطْعُ بِالصَّحَّةِ؛ لِأَنَّ لِلْمَكَاتِبِ أَنْ يُعَجَّزَ نَفْسَهُ، فَيَجْعَلُ جَمِيعَ مَا فِي يَدِهِ لِلْسَّيِّدِ، وَإِذَا تَمَكَّنَ مِنْ جَعْلِ الْجَمِيعِ لِلْسَّيِّدِ بِالتَّعْجِيزِ، لَمْ

(١) فِي أ: لِنَقُولِ.

يبعد أن يجعل بَعْضُهُ له بالهَبَةِ. ولو وهب بإذْنِ السيد فرجع السيد عن الإذْنِ، قبل إقباضِ المَوْهُوبِ لم يكن له إقباضُهُ.

ولو اشْتَرَى قَرِيْبَهُ بإذْنِ السَّيِّدِ، ففي صِحَّتِهِ القولان، فإن صححناه؛ يكتاب عليه.  
وعن أبي إسحاق المَرْزُوبِيِّ: طَرِيقَةٌ قَاطِعَةٌ بِالصَّحَّةِ؛ لأنه قد يَسْتَفِيدُ من أَكْسَابِهِ، وفيه صِلَةُ الرَّجْمِ. وإعتاق المَكَاتِبِ بإذن السيد مُرْتَبٌ على سَائِرِ التَّبَرُّعَاتِ، إذا جرت بإذنه. إن لم نُصَحِّحْهَا، فالعتق أَوْلَى، وإن صححناها، ففيها قولان:

أصحهما: المنع أيضاً؛ لأنهما يعقبان الولاءَ، والمكاتب ليس أهلاً لِثُبُوتِ الْوَلَاءِ له كالقن. ويحصل من هذا الترتيب طَرِيقَانِ، كما ذكر في الكتاب:

أظهرهما: أن فيه قولين؛ وقد نصَّ عليهما في «المختصر».

والثاني: القَطْعُ بالمنع.

ولو أعتق عن سيده، أو عن غيره بإذنه، فهو كسائر التَّبَرُّعَاتِ بالإذْنِ، ولا يجيء فيه الطريقة القاطعة؛ لأن المعتق عنه من أهل الولاء. فإن قلنا بنفوذ العتق، فلمن يكون ولاء المعتق؟ فيه قولان:

أحدهما: أنه للسيد، وبه قال أبو حنيفة؛ لأن المكاتب ليس بأهل للولاء، وتوقيف الولاء بعيد.

ولاء المكاتب إذا عتق للسيد، فلا يبعد أن يكون ولاءً مُعْتَقِهِ له أيضاً.

وأظهرهما: أنه يوقف؛ لأن الولاء لمن أعتق، والسيد لم يعتق، فإن عتق [المكاتب]<sup>(١)</sup> كان الولاء له، وإن مات رقيقاً، كان الولاء للسيد، وإن عجز ورك، حكى الإمام أنه يبقى التوقف؛ لأنه يرتقب عتقه من وجوه آخر.

واغترض عليه، وقال: إذا رُقَّ ينبغي أن يكون الولاء للسيد، ولا يرتقب عتقه من وجه آخر، لأنه إذا رُقَّ تبين أن تصرفه على حكم استقلال الكتابة قد انقطع، فالعتق من وجه آخر لا يتعلّق بما سبق، والذي اغترض به<sup>(٢)</sup> هو الذي يوجد لعامة الأصحاب لا غير. فإن جعلنا الولاء للسيد؛ فلو عتق المكاتب بعد ذلك، ففي انجرار الولاء إليه وجهان، عن رواية أبي علي الطبري، وصاحب «التقريب»:

أظهرهما: المنع، وكان السيد هو الذي أعتقه.

والثاني: وحكاة الموفق بن طاهر عن تخرّيج ابن سريج أنه ينجر، لأنه الذي باشر

(٢) في أ: عليه.

(١) سقط في: ز.

العِتْقُ. وإن قلنا بالتَوْقُفِ؛ فلو مات المُعْتَقُ قبل عِتْقِ المُكَاتِبِ، وَعَوْدِهِ إلى الرِّقِّ، ففي المِيرَاثِ قَوْلَانِ عن رواية الشيخ أبي حَامِدٍ:  
أظهرهما: أن المِيرَاثَ مَوْقُوفٌ أيضاً.

والثاني: أنه للسيد، ولا يُوقَفُ المِيرَاثُ؛ وإن وَقَفَ الوَلَاءُ؛ لأن الوَلَاءَ قد يثبت لِلشَّخْصِ، ثم يَنْتَقِلُ إلى غَيْرِهِ، فلا يبعد فيه التَّوَقُّفُ، بخلاف المِيرَاثِ.

ومنهم من نقل بَدَلَ الثَّانِي أنه يُضَرَفُ إلى بَيْتِ المَالِ، كما إذا كَاتَبَ الذَّمِيَّ عَبْدًا، وَلِحَقِّ بَدَارِ الحَزْبِ، فاستَرْقَى، وَعَتِقَ مكاتبه، ومات يُضَرَفُ مَالُهُ إلى بيت المال.

وهذا والثاني ما أوردته في الكتاب، وأهمل الأول الذي هو الأظهر.

وقوله: «حتى يعتق المكاتب يوماً...» إلى آخره أتباع<sup>(١)</sup> لما نقله الإمام. ويجوز أن يُعَلِّمَ قوله: «يوماً» بالواو إشارةً إلى ما هو الأظهر، وهو أنه لا يُوقَفُ حتى يُعْتَقَ يوماً من الدهر، أو يَمُوتَ رَقِيْقًا، بل يُوقَفُ إلى أن يُعْتَقَ بموجب الكِتَابَةِ، أو يظهر رِقُّهُ بالعَجْزِ، أو المَوْتِ.

ولو كَاتَبَ المُكَاتِبُ عَبْدَهُ بإذن السَّيِّدِ؛ قال الإمام: يحتمل أن يُلْحَقَ بِهِبَاتِهِ، ويحتمل أن يُلْحَقَ بِتَنْجِيزِ العِتْقِ.

وهذا الثاني هو الذي أوردته الأصحاب - رحمهم الله - ونَصَّ - رضي الله عنه - عليه في «المختصر» فيعود الطَّرِيقَانِ في صِحَّةِ الكِتَابَةِ، والقولان في الوَلَاءِ تَفْرِيعاً على الصَّحَّةِ، إذا عتق المكاتب الثاني يحتمل أن يُعْتَقَ الأول، وإن عَتِقَ الأول، ثم الثاني، قَوْلَاءُ الثاني للأول. وفي نِكَاحِ المُكَاتِبِ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ طَرِيقَانِ:

أحدهما: أن في صِحَّةِ القولين في تَبَرُّعَاتِهِ بالإِذْنِ؛ لأنه يلزمه المَهْرُ والتَّفَقُّهُ، وفيه بَدَلُ مَالٍ لا في مُقَابَلَةِ مَالٍ.

وهذا ما رَجَّحَهُ الإمام، ويوافقه مُطَلَّقُ لفظ الكتاب، فإنه قال: «وكل ذلك إن جرى بِإِذْنِ السَّيِّدِ، ففي نفوذه قولان» ومن جملة ذلك الزواج.

وأظهرهما: عند الأكثرين: القَطْعُ بالصَّحَّةِ؛ لأن المُكَاتِبَ أَحْسَنُ حَالًا من العبد القِنِّ، والعبد القِنُّ يَنْكَحُ بالإِذْنِ، فالمُكَاتِبُ أَوْلَى.

والمعنى فيه أن النِّكَاحَ يَخْتِاجُ إليه لِلتَّخْصِينِ، وسائر المصالح المتعلقة به والهبة وما في معناها لا يُلْحَقُ به.

(١) في ز: اتباع.

وتزويج المُكَاتِبَةِ صَحِيحَةٌ عَلَى الظَّهَرِ، وَلَا بَدَّ مِنْ إِذْنِهَا.

وعن القفال: أنها لا تُزَوِّجُ أَضْلًا؛ لِأَنَّ مِلْكَ السَّيِّدِ فِيهَا نَاقِصٌ، وَهِيَ أَيْضًا نَاقِصَةٌ فَلَا يَصِحُّ إِذْنُهَا، وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ فِي النِّكَاحِ.

وَإِذَا أُذِنَ السَّيِّدُ لِلْمُكَاتِبِ فِي وَطْءِ الْجَارِيَةِ وَتَسْرِيَّتِهَا، فَقَدْ يَبْتَنِي ذَلِكَ عَلَى أَنَّ الْعَبْدَ؛ هَلْ يَمْلِكُ بِالتَّمْلِيكِ؟

إِنْ قُلْنَا: لَا، [لَمْ] <sup>(١)</sup> يَجِلُّ لَهُ الْوَطْءُ وَالتَّسْرِي، وَهُوَ الْأَصْحَحُ.

وَإِنْ قُلْنَا: نَعَمْ؛ قِيلَ: يَجِلُّ.

وقيل: يَنْبَغِي عَلَى الْخِلَافِ فِي تَبَرُّعَاتِهِ بِالْإِذْنِ وَعَنْ ابْنِ أَبِي هُرَيْرَةَ طَرِيقَةً بِالْمَنْعِ؛ لضعف الملك.

وَلَوْ <sup>(٢)</sup> أُذِنَ السَّيِّدُ لِلْمُكَاتِبِ فِي التَّكْفِيرِ <sup>(٣)</sup> بِالْإِطْعَامِ أَوْ بِالْكُسُوفَةِ، فَبِهِ قَوْلَانِ بَيْنَانِ تَارَةً عَلَى أَنَّ الْعَبْدَ هَلْ يَمْلِكُ بِالتَّمْلِيكِ؟

وَمِنْهُمْ مَنْ بَنَاهَا عَلَى أَنَّهُ: هَلْ يَتَبَرَّعُ بِإِذْنِ السَّيِّدِ؟

وَإِنْ أُذِنَ فِي الْإِعْتَاقِ، وَصَحَحْنَا إِعْتَاقَهُ بِالْإِذْنِ، وَتَوَقَّفْنَا فِي الْوَلَاءِ، فَتَتَوَقَّفُ فِي الْإِجْزَاءِ أَيْضًا، فَإِنَّ عَجَزَ بَانَ أَنَّهُ لَمْ يُجْزِهِ، وَعَلَيْهِ أَنْ يُكْفَرَ بِالصَّوْمِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ تَكْفِيرُهُ بِالْإِعْتَاقِ. وَعَنْ الْقَفَالِ: أَنَّهُ إِذَا عُتِقَ بِإِذْنِ السَّيِّدِ؛ وَجَعَلْنَا الْوَلَاءَ لِلْسَّيِّدِ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَجْزِيَهُ عَنْ كَفَّارَتِهِ إِذَا نَوَى.

قَالَ الرَّغَالِيُّ: وَلَوْ اشْتَرَى الْمُكَاتِبُ مَنْ يُعْتَقُ عَلَى سَيِّدِهِ صَحَّ، فَإِنَّ عَجَزَ رَجَعَ إِلَى السَّيِّدِ وَعُتِقَ عَلَيْهِ، وَالْقِرْنُ لَوْ قَبِلَ مَنْ يُعْتَقُ عَلَى سَيِّدِهِ وَقُلْنَا يَنْفَعُ قَبُولُهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ لَمْ يَنْفَعْ هَهُنَا إِنْ خِيفَ وَجُوبُ النَّفَقَةِ فِي الْحَالِ، وَإِنْ لَمْ يَخَفْ بَانَ كَانَ كَسُوبًا نَفَدَ وَلَمْ يَكُنْ لِلْسَّيِّدِ رَدُّهُ، وَهَلْ لَهُ رَدُّ غَيْرِهِ مِمَّنْ يَقْبَلُهُ عَبْدُهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، فَإِنْ قُلْنَا: لَهُ رَدُّهُ فَيَنْدَفِعُ الْمِلْكُ مِنَ الْأَضَلِّ أَوْ يَنْقَطِعُ مِنْ حَيْثُ فِيهِ وَجْهَانِ:

قَالَ الرَّافِعِيُّ: إِذَا اشْتَرَى الْمُكَاتِبُ مَنْ يُعْتَقُ عَلَى سَيِّدِهِ، كَأَبِيهِ وَابْنِهِ، أَوْ أُمَّهُ، أَوْ أُوصَى لَهُ بِهِ فَقَبِلَ، صَحَّ، وَكَانَ الْمِلْكُ فِيهِ لِلْمُكَاتِبِ، فَإِنْ رُقَّ الْمُكَاتِبُ صَارَ الْقَرِيبُ لِلْسَّيِّدِ، وَعُتِقَ عَلَيْهِ.

وَلَمْ يَقُولُوا: إِنَّهُ يَمْنَعُ مِنْ صَرْفِ الْمَالِ إِلَى غَرَضٍ مَنِ عَسَاهُ يُعْتَقُهُ عَلَى السَّيِّدِ، وَلَا

(١) سقط في: ز.

(٢) في أ: فإن.

(٣) في ز: التلقين.

نَظَرُوا إِلَى لُزُومِ التَّفَقُّهِ إِذَا عَتَقَ عَلَيْهِ [وإنما اعتبروا الحال]<sup>(١)</sup> ولو اشترى بعض من يعتق على سيده<sup>(٢)</sup> أو اتَّهَبَهُ، أو قَبِلَ الوَصِيَّةَ بِهِ [صح أيضاً، وعاد الأعتق على السيد]<sup>(٣)</sup> وهل يَسْرِي إلى الباقي؟

إذا كان السيد مُوسِراً؛ ينظر، إن عَجَزَ المُكَاتَّبُ من غير اخْتِيَارِ السيد، فلا يَسْرِي كما لو وِرثَ بَعْضَ قَرِيْبِهِ، وإن عَجَزَهُ السَّيِّدُ، فوجهان<sup>(٤)</sup>:

أحدهما: يَسْرِي؛ لأنه ملك باختيار التَّعْجِيزِ، فصار كما لو مَلَكَ بِالشَّرَاءِ.

والثاني: المَنْعُ؛ لأن قَصْدَهُ فُسْخُ الكِتَابَةِ، ودخوله في مِلْكِهِ ضَمْنِي قَهْرِي.

ولو اتَّهَبَ العَبْدُ القِرْنَ مَنْ يعتق على سَيِّدِهِ بغير إِذْنِهِ، فيبني على أن اتَّهَابَهُ بغير إِذْنِ السَّيِّدِ؛ هل يَنْفَذُ؟ وفيه خلاف قد سَبَقَ إن قلنا: لا، فلا كَلَامَ.

وإن قلنا: نعم؛ وهو الأظْهَرُ - فإن خِيفَ وُجُوبُ التَّفَقُّهِ في الحال، بأن اتَّهَبَ أَبَاهُ الرِّمْنَ، والسَّيِّدُ مُوسِراً، لم يَنْفَذْ قَبُولُهُ؛ لأن فيه إِضْرَاراً بالسيد، وإن لم تجب التَّفَقُّهُ في الحال، لكون<sup>(٥)</sup> القريب كَسُوباً، أو لكون السَّيِّدِ فقيراً، نفذ القَبُولُ، وعَتَقَ المَوْهُوبُ على السيد.

ولو اتَّهَبَ بعض من يعتق على السيد بغير إِذْنِهِ، وصححنا اتَّهَابَهُ بغير إِذْنِ السيد ولم يَتَعَلَّقْ بِهِ لُزُومُ التَّفَقُّهِ فِي صِحَّةِ القَبُولِ قولان:

أحدهما: لا يصح؛ لأنه يعتق عليه ذلك البَعْضُ، وَيَسْرِي، وفي التَّقْوِيمِ على السيد إِضْرَارٌ بِهِ.

وأظهرهما: أنه يَصِحُّ؛ ولا يَسْرِي لحصول المِلْكِ بغير اخْتِيَارِهِ، كما لو وِرثَ.

قال الشيخ أبو عَلِيٍّ: وَخَرَجَ ابن سُرَيْجٍ على هذين القولين ما إذا اشترى المَرِيضُ أَبَاهُ بِأَلْفٍ، وهو لا يملك غَيْرَ الألف، وعليه دَيْنٌ مستغرق، ففي قول: لا يصح الشَّرَاءُ؛ لأنه لو صَحَّ لعتق فتلف حق الغُرْمَاءِ.

(٢) في ز: السيد.

(١) سقط في: ز.

(٣) سقط في: ز.

(٤) قال الشيخ البلقيني: لم يصح المصنف هنا شيئاً ولكنه صحح في الشرط الثاني من شروط السراية أنه لا يسري، والأصح عندي أنه يسري، لأن فسح السيد الكتابة صدر باختياره ويترتب على ذلك أنه مختار لكن يعود إليه ما في يد المكاتب ومن جملة ذلك الشقص المذكور فيعتق ذلك الشقص على السيد، ويسري ما صححه هو مقتضى نص الشافعي في الأم ومختصر الحزني في باب من يعتق.

(٥) في أ: لكن.



والثاني: لا يصح ولا يعتق، وَيَبَاعُ فِي دُيُونِهِمْ.

وفي «الوسيط» وَجْهٌ آخَرُ: أَنَّهُ يَصِحُّ، وَيُعْتَقُ، وَيَسْرِي، وَيَجْعَلُ اخْتِيَارَ الْعَبْدِ كاخْتِيَارِهِ، كَمَا جُعِلَ قَبُولُهُ كَقَبُولِهِ.

ولم أجد هذا الوجه في «النهاية»<sup>(١)</sup>، ثم ذكرها هنا فزعاً في اتِّهَابِ الْعَبْدِ، بغير إِذْنِ السَّيِّدِ لا يَخْتَصُّ بِمَا نَحْنُ فِيهِ، وَهُوَ أَنَا إِذَا صَحَّحْتَاهُ فَيَدْخُلُ الْمَوْهُوبُ فِي مَلِكِ السَّيِّدِ قَهْرًا، كَمَا يَدْخُلُ مَا اخْتَطَبَهُ وَاضْطَّادَهُ. وهل للسيد الرَّدُّ بعد قَبُولِ الْعَبْدِ؟

فيه وجهان، ذكرهما صاحب «التلخيص»:

أحدهما: نعم؛ لأن تَمْلِيكَ الْعَاقِلِ الْبَالِغِ قَهْرًا بَعِيدٌ.

وأقيسهما: المنع؛ كما في الْمَلِكِ الْحَاصِلِ بِالْاِخْتِطَابِ.

فإن قلنا بالأوَّلِ، فينقطع مَلِكُهُ مِنْ وَفِّ الرَّدِّ، أَوْ يَتَبَيَّنُ أَنَّهُ لَمْ يَدْخُلْ فِي مَلِكِهِ.

ذكر صاحب «التلخيص» فيه وَجْهَيْنِ أَيْضًا، وَيُظْهِرُ أَثَرَهُمَا فِيمَا إِذَا كَانَ الْمَوْهُوبُ عَبْدًا، وَوَقَعَ هِلَالٌ شَوَالٍ بَيْنَ قَبُولِ الْعَبْدِ، وَرَدِّ السَّيِّدِ فِي رِزَاةِ الْفِطْرِ.

وقوله في الكتاب: «ولم يكن للسيد رَدُّه»، يعني أن الْقَرِيبَ يُعْتَقُ إِذَا نَفَذَ الْقَبُولَ، وَلَمْ يَكُنْ لِلْسَّيِّدِ رَدُّ الْهَيْبَةِ، وَلَا دَفْعُ الْعِتْقِ.

وهذا لا ذَكَرَ لَهُ فِي «الوسيط» وَلَا غَيْرِهِ. وَلَكِ أَنْ تُخَرِّجَهُ عَلَى الْوَجْهَيْنِ الْآخَرَيْنِ عَنْ صَاحِبِ «التلخيص». وَقَوْلُهُ: وَهَلْ لَهُ رَدٌّ<sup>(٢)</sup> غَيْرُهُ مِمَّنْ يَقْبَلُهُ عَبْدُهُ؟ لَوْ قَالَ: «مِمَّا يَقْبَلُهُ عَبْدُهُ» لَكَانَ أَحْسَنَ.

فرعان لابن الحَدَّادِ:

[أحدهما]<sup>(٣)</sup>: إِذَا وَهَبَ مِنَ الْمَكَاتِبِ بَعْضَ أَبِيهِ، أَوْ ابْنَهُ، وَقَبْلَهُ وَصَحَّحْنَا الْقَبُولَ عَلَى مَا مَرَّ التَّفْصِيلَ فِيهِ؛ فَإِذَا عُنِقَ الْمَكَاتِبُ، عُنِقَ عَلَيْهِ ذَلِكَ [الشَّقْصُ]<sup>(٤)</sup>.

قال ابن الحَدَّادِ: وَيَقْوَمُ عَلَيْهِ الْبَاقِي إِنْ كَانَ مُوسِرًا.

وعن الْقَفَّالِ: أَنَّهُ لَا يَقْوَمُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَسْرِ فِي الْإِبْتِدَاءِ، فَلَا يَسْرِي بَعْدَهُ، كَمَعْسَرِ

(١) وهذا عجيب فإنه قد جزم به في كتاب العتق وقد حكاه القاضي الحسين في كتاب اللقيط من تعليقه واقتصر عليه البغوي في باب العتق كما نقله الراجعي وحكاه في البسيط وقال: إنه فاسد لا وجه له.

(٢) في ز: أن يرد.

(٣) سقط في: ز.

(٤) في ز: التقص.

أعتق شِقْصاً له في عَبْدٍ لم يسر<sup>(١)</sup>.

قال الشيخ أبو علي: والأصح الأول. وذلك الشَّقْصُ أيضاً لم يعتق في الابتداء، وإنما عَتِقَ عند عِتْقِ الْمُكَاتَبِ، فليست السَّرَايَةُ مُتَأَخَّرَةً عَنِ الْعِتْقِ.

والثاني: اشترى الْمُكَاتَبُ ابْنَ سَيِّدِهِ، ثم باعه بأبي السَّيِّدِ، يصح، ويصير الأب مِلْكَاً، فإن رُقِيَ الْمُكَاتَبُ صار الأب مِلْكَاً للسَّيِّدِ وَعُتِقَ عليه، فإن وجد به عَيْباً بعد ذلك، فلا سَبِيلَ إلى الرَّدِّ، ولكن له الأَرْضُ والأَرْضُ جُزْءٌ مِنَ الثَّمَنِ، فإن نَقَصَ الْعَيْبُ عَشْرَ قِيَمَةِ الأب، فيرجع إلى عَشْرِ الْإِبْنِ الذي هو الثَّمَنُ، وإذا ملك عشر الابن، عَتِقَ عليه وهل يَقُومُ عليه الباقي؟

قال الشيخ أبو علي: إن عَجَزَ الْمُكَاتَبُ نَفْسَهُ بلا اختيار للسَّيِّدِ لا يَقُومُ عليه الباقي، وإن عَجَزَهُ بِنَفْسِهِ؛ ففيه وجهان، قد سبق نظيرهما قال: والأظهر: المَنعُ.

وزاد الإمام، فقال: القِسْطُ مِنَ الْإِبْنِ - الذي هو الأَرْضُ - يَنْقَلِبُ إِلَيْهِ قَهْرًا، أم لا يرجع إلَّا باختياره؟  
فيه وجهان:

فإن قلنا بالأوَّلِ، ففي تَقْوِيمِ الباقي عليه الوجهان.  
فإن قلنا بالثاني؛ فالظَّاهِرُ السَّرَايَةُ.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَلَوْ اسْتَوْلَدَ الْمُكَاتَبُ جَارِيَتَهُ فَوَلَدَهُ مُكَاتَبٌ عَلَيْهِ أُنِي يُعْتَقُ بِعِتْقِهِ وَيُرْقَى بِرِقِّهِ، وَهَلْ تَصِيرُ أُمُّ الْوَلَدِ مُسْتَوْلَدَتَهُ إِذَا عَتِقَ فِيهِ قَوْلَانِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: عرفت أن المكاتب لا يَطَأُ جَارِيَتَهُ بغير إِذْنِ سَيِّدِهِ، وكذا بِإِذْنِهِ على الأظهر، فلو خالف وَوَطِئَ، فلا حَدَّ عليه للشُّبُهَةِ، ولا مَهْرٌ؛ لأن مَهْرَ جَارِيَتِهِ لو نَبَتْ لثبت له، فإن أَوْلَدَهَا، فالوَلَدُ نَسِيبٌ بِشُبُهَةِ الْمَلِكِ. ثم لا يخلو إما أن يأتي بالوَلَدِ، وهو مُكَاتَبٌ [بعداً]<sup>(٢)</sup>، فيكون مِلْكَاً له؛ لأنه وَلَدٌ جَارِيَتِهِ، لكن لا يملك بَيْعَهُ؛ لأنه وَلَدُهُ، ولا يعتق عليه؛ لأن مِلْكَهُ ليس بتام، بل يَتَوَقَّفُ عِتْقُهُ على عِتْقِهِ؛ إن عَتِقَ عَتِقَ، وإلَّا رُقِيَ، وصار للسَّيِّدِ وهذا معنى قولهم: «إن ولده يتكاتب عليه».

وهل تصير الجَارِيَةُ مُسْتَوْلَدَةً له؟

منهم من يَقُولُ: لا تَصِيرُ مُسْتَوْلَدَةً في الحال، فإن عَتِقَ، ففيه قولان. ومنهم من يطلق القولين في ثُبُوتِ حُرْمَةِ الاسْتِبْدَادِ في الحال.

(٢) في ز: بعد.

(١) في ز: ثم يسر.

أحدهما: الثبوت؛ ويُحكى هذا عن أبي حنيفة وأحمد، واختيار المزي؛ لأنه ثبت للولد حق الحرية، حيث يُكاتب عليه، وامتنع بينه، فثبت لها حُرْمَةُ الاستيلاء.

وأصحهما: المنع؛ لأنها علق بملك، فأشبهت<sup>(١)</sup> الأمة الموطوءة بالنكاح، وحق الحرية للولد لم يثبت بالاستيلاء في الملك، وإنما يثبت لصيرورته<sup>(٢)</sup> ملكاً لأبيه، كما لو ملك ولده بهية وغيرها.

فإن قلنا: ثبت حُرْمَةُ الاستيلاء في الحال، فإن عُتِقَ المَكَاتِبُ استقر الاستيلاء، وإن عجز رقت مع الولد للسيد، فإن عُتِقَ المَكَاتِبُ بعد ذلك وملكها لم تُصِرْ مُسْتَوْلَدَةً [لأن بالعجز يتبين أنها علق بقيق، وأنه لا استيلاء، وإن قلنا: لا يثبت فإن عجز ثم عُتِقَ وملكها لم تُصِرْ مُسْتَوْلَدَةً له]<sup>(٣)</sup>، وإن عُتِقَ بأداء النجوم، فكذلك على ظاهر المذهب.

وعن أبي إسحاق تخريج قول مما إذا أُولِدَ الرَّاهِنُ الجارية المزهونة، وقلنا: لا تصير مُسْتَوْلَدَةً له، فبيعت، ثم ملكها، حيث نقول بثبوت الاستيلاء على رأي، لكن العلوq هناك بحر، وها هنا بملك هذا إذا أتت بالولد، وهو مكاتب.

أما إذا أتت به بعد العتق؛ فإن كان لِمَا دون سنة أشهر من وقت العتق، فكذلك الجواب؛ لأن العلوq وَقَعَ في الرق. وإن كان لِسِتَّةِ أشهر، فصاعداً من يومئذ؛ فقد أطلق الشافعي - رضي الله عنه - أنها تُصِرُ مُسْتَوْلَدَةً له.

واختلف الأصحاب؛ فقال قائلون: هذا إذا وُطِئَ بعد الحرية، وولدت لِسِتَّةِ أشهر، فصاعداً من يوم الوطء لظهور العلوq بعد الحرية، والولد والحالة هذه حر [لا ولاء]<sup>(٤)</sup> عليه إلا بالولاء على أبيه، ولا ينظر إلى احتمال العلوq في الرق تغليبا للحرية.

فأما إذا لم يطأها بعد الحرية، فيكون الاستيلاء على الخلاف.

وقال آخرون: يثبت الاستيلاء وُطِئَ بعد الحرية أو لم يطأ؛ لأنها كانت فِرَاشاً قبل الحرية، وذلك الفِرَاشُ مُسْتَدَامٌ بعدها، وإمكان العلوq بعد الحرية قائم فيكتفي به لِثُبُوتِ الاستيلاء. والأول أصح على ما ذكره صاحب «التهذيب». والله أعلم.

قَالَ النَّزَّالِيُّ: الْحُكْمُ الرَّابِعُ: حُكْمُ الْوَلَدِ: وَفِي سِرَايَةِ الْكِتَابَةِ مِنَ الْمَكَاتِبِ إِلَى وَلَدِهَا الَّتِي تَلِدُ بَعْدَ الْكِتَابَةِ مِنْ زِنَا أَوْ نِكَاحٍ قَوْلَانِ كَمَا فِي سِرَايَةِ التَّنْذِيرِ إِلَّا أَنَّ هَذَا يُعْتَقُ بِعِتْقِ الْأُمِّ، وَوَلَدُ الْمُدْبِرَةِ لَا يُعْتَقُ بِعِتْقِهَا بَلْ بِمَوْتِ السَّيِّدِ، وَهَذَا يُعْتَقُ بِعِتْقِ الْأُمِّ فِي دَوَامِ الْكِتَابَةِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَسْرِي فَحَقُّ الْمَلِكِ فِيهِ لِلْسَّيِّدِ فِي قَوْلِ فَكَانَتْهُ مَكَاتِبَةٌ حَتَّى يُضْرَفَ إِلَيْهِ

(١) في ز: لملك فأشهدت.

(٢) في ز: لضرورته.

(٣) سقط في: ز.

(٤) في ز: ولا.

بَدَلُهُ إِذَا قُتِلَ، وَيَنْفُذُ إِغْتَاثَهُ، وَيُضْرَفُ إِلَيْهِ كَسْبُهُ مَهْمَا رُقِيَ، وَيَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ كَسْبٌ، وَفِي قَوْلٍ هُوَ مِنْ كَسْبِ الْمُكَاتَبَةِ فَيَكُونُ كَسَائِرَ عَيْبِهَا، وَأَمَّا وَلَدُ الْمُكَاتَبِ مِنْ جَارِيَتِهِ فَهُوَ كَسْبٌ لَهُ قَوْلًا وَاحِدًا لَا يَنْفُذُ فِيهِ إِغْتَاقُ السَّيِّدِ، وَلَكِنْ لَوْ جَنَى لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَفْدِيَهُ؛ لِأَنَّ فِدَاءَهُ كَشِرَائِهِ فَإِنَّهُ لَا يَنْفُذُ تَصْرُفُهُ فِي وَلَدِهِ بَلْ يَكَاتَبُ عَلَيْهِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: كِتَابَةُ الْأَمَةِ صَحِيحَةٌ لِكِتَابَةِ الْعَبْدِ، وَإِذَا كَاتَبَ أُمَّةً لَهَا وَلَدٌ، فَلَا يَخْفَى بَقَاءُ الْوَلَدِ عَلَى مَلِكِ السَّيِّدِ، فَإِنْ شَرَطَا أَنْ يَكُونَ الْوَلَدُ مَعَهَا فِي عَقْدِ الْكِتَابَةِ، فَالْكِتَابَةُ فَاسِدَةٌ، لَكِنْ إِذَا أَدَّتْ، عُتِقَ الْوَلَدُ أَيْضًا بِمُوجِبِ التَّعْلِيْقِ.

وَإِنْ كَانَ فِي يَدِهَا مَالٌ، وَشَرَطَا أَنْ يَكُونَ الْمَالُ لَهَا، فَقَدْ حَكَى الْقَاضِي ابْنَ كَجَّحٍ أَنَّ الشَّافِعِيَّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - نَصَّ عَلَى فَسَادِ الْكِتَابَةِ، وَفَرَّقَ بَيْنَ الْوَلَدِ وَالْمَالِ، عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ؛ بِأَنَّ الْمَالَ مِنْ جِنْسِ كَسْبِهَا، الَّذِي يَكُونُ لَهَا بِالْكِتَابَةِ، فَجَازَ أَنْ تَصِيرَ لَهَا بِالشَّرْطِ. وَلَكِنْ أَنْ تَقُولَ: هَذِهِ صُورَةٌ كِتَابَةِ الرَّقِيقِ، وَالْبَيْعُ مِنْهُ بِعَوَضٍ وَاحِدٍ<sup>(١)</sup>، وَقَدْ سَبَقَ الْقَوْلُ فِيهِ.

وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا عِنْدَ الْكِتَابَةِ، وَتَيَقَّنَ ذَلِكَ بِأَنْ يَنْفَصَلَ لَهَا دُونَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ الْكِتَابَةِ<sup>(٢)</sup>؛ فَقَدْ ذَكَرْنَا إِذَا قُلْنَا: إِنْ الْحَمْلُ لَا يَعْرِفُ، فَهُوَ كَالْوَلَدِ الْحَادِثِ بَعْدَ الْكِتَابَةِ. وَسَنَذَكُرُ حُكْمَهُ عَلَى الْأَثَرِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى.

وَإِنْ قُلْنَا: يَعْرِفُ، فَحِكَايَةُ الْقَاضِي ابْنَ كَجَّحٍ أَنَّ عِنْدَ الْكِتَابَةِ يَصِيرُ كَأَنَّهُ تَوَجَّهَ نَحْوَهَا وَنَحْوَهُ، فَإِذَا عُتِقَتْ عُتِقَ الْوَلَدُ.

وَنَقَلَ صَاحِبُ «التَّهْذِيبِ»: أَنَّهُ لَا تُثَبَّتُ الْكِتَابَةُ لِلْوَلَدِ؛ لِأَنَّ الصَّغِيرَ لَا يَكَاتَبُ، بِخِلَافِ مِثْلِهِ مِنَ التَّدْبِيرِ، وَالصَّغِيرَ يُدَبِّرُ. ثُمَّ قَالَ:

مِنْ عِنْدِهِ وَجِبَ أَنْ يُثَبَّتَ حُكْمُ الْكِتَابَةِ لَهُ، لَا عَلَى سَبِيلِ السَّرَايَةِ، بَلْ عَلَى وَجْهِ الِاسْتِثْبَاحِ، كَمَا يَتَّبَعُ الْحَمْلُ الْجَارِيَةَ فِي الْبَيْعِ، وَإِنْ كَانَ لَا يَقْبَلُ الْبَيْعَ وَحْدَهُ. هَذَا مَا نَقَلَهُ ابْنُ كَجَّحٍ. وَإِنْ حَدَثَ الْوَلَدُ بَعْدَ الْكِتَابَةِ؛ فَهَذَا الْوَلَدُ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مِنَ السَّيِّدِ، أَوْ مِنْ غَيْرِهِ، إِنْ كَانَ مِنَ السَّيِّدِ، فَالْحُكْمُ كَمَا سَيَأْتِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ - تَعَالَى - فِي الْفَرْعِ الْمَذْكُورِ عَقِيبَ هَذَا الْفَضْلِ.

وَإِنْ كَانَ مِنْ غَيْرِهِ، إِمَّا مِنْ زَنَا أَوْ نِكَاحٍ، ففِيهِ قَوْلَانِ؛ أَحْبَبُهُمَا إِلَى الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -، وَهُوَ الْمَنْصُوصُ فِي «المَخْتَصَرِ»: أَنَّهُ يُثَبَّتُ لَهُ حُكْمُ الْكِتَابَةِ حَتَّى يُعْتَقَ [بِعْتَقَ] الْأُمُّ، إِمَّا بِالْأَدَاءِ، أَوْ الْإِبْرَاءِ، أَوْ الْإِغْتَاقِ؛ لِأَنَّ سَبَبَ الْحُرِّيَّةِ كَحَقِيقَتِهَا فِي اسْتِثْبَاحِ

(٢) فِي ز: الْوَلَادَةِ.

(١) فِي ز: وَأَخَذَ.

الأولاد؛ ألا ترى أن أولادَ المُستَوْلَدَةِ يتبعونها، ولأن الولد كَسَبَهَا فيتوقف أمرُهُ على رَقِّهَا وحرّيتها، كسائر أكَسَابِهَا.

والثاني: لا تثبت لأن الكتابة عَقْدٌ يقبلُ الفَسْخَ، فلا يثبت حُكْمُهُ في الولدِ، كما أن ولد المَرْهُونَةِ لا يكون مَرْهُوناً، ويحكى هذا عن نَصِّه - رضي الله عنه - في بعض أماليه.

وعن أبي إسحاق: أنه قطع بالقول الأول، وقال: إذا اختاره الشافعي - رضي الله عنه - وجب أن يكون القول الآخر ساقطاً.

وقوله في الكتاب: «ففي سِرَايَةِ الكتابة إليه قولان»، ليس المقصودُ نَصْبَ الخلاف في أنه: هل يصيرُ الولدُ مَكَاتِباً؟

فقد نَصَّ الأَصْحَابُ على أنه لا يدخل في الكتابة، ولا يُطالب بشيء من النجوم، وكيف ولم يوجد منه قبول<sup>(١)</sup> ولا ينجري معه عَقْدٌ؟

قالوا: ويخالف التَّدْبِيرُ، حيث يسري على أحد القولين؛ لأن التدبير يتعلّق بقول السيد، ولا يعتبر فيه رضا العبد، ولذلك إذا عجزت المَكَاتِبَةُ أو ماتت بطلت الكتابة، وكان الولد رَقِيقاً للسيد، بلا خلاف. وفي التَّدْبِيرِ إذا ماتت المُدَبَّرَةُ قبل السيد، يبقى التدبير في الولد، على أحد القولين، فإذا في اللفظ توسّع، والمقصود أنه: هل يتبعها في العتق بعثتها، والرُقُّ برقها، أم لا؟

ويوضحه ما ذكر في الكتاب أن ولد المُدَبَّرَةِ لا يُعتَقُ بعثت الأم بالاستتباع<sup>(٢)</sup> بل يعتق بما تعتق به الأم [وهو موت السيد بالسراية في التدبير، وولد المكاتبه بعثت الأم بالتبعية من غير أداء منه، ولا إبراء، ولا إعتاق].

وقوله: «تعتق الأم في دوام الكتابة» يشير إلى أنه إنما يُعتَقُ بعثت الأم<sup>(٣)</sup>. إذا عتقت عن جهة الكتابة، حتى لو فسخت الكتابة، ثم عتقت الأم، لا يُعتَقُ الولد.

وفي لفظ الكتاب زيادةً، فإنه قال: «إلا أن هذا يُعتَقُ بعثت الأم». ثم قال آخراً: «وهذا يعتق بعثت الأم في دوام الكتابة».

والثاني مُغْنٍ عن الأول.

التفريع: إن قلنا: لا يثبت للولد حُكْمُ الكتابة، فهو قنٌ للسيد، له بيعه، وإعتاقه عن الكفارة والوطء إن كان الولد جاريةً، ولا يعتق بعثت الأم.

وإن قلنا: يثبت، فحق المِلْكِ فيه لمن هو؟

(١) في أ: قول.

(٢) سقط في: ز.

(٣) سقط في: ز.

فيه قولان:

أشبههما: عند الشافعي - رضي الله عنه -: أنه للسَّيِّدِ، كما أن حَقَّ الْمَلِكِ فِي الْأُمِّ له، وكما أن حَقَّ الْمَلِكِ فِي وِلْدِ أُمِّ الْوَلَدِ لِلْسَّيِّدِ.

والثاني: وهو اختيار الْمُزَنِّي -: إنه لِلْمُكَاتِبَةِ؛ لأنه يتكاتب عليها، فيكون حَقَّ الْمَلِكِ فِيهَا، كما أن حَقَّ الْمَلِكِ فِي الْمَكَاتِبِ لِلْسَّيِّدِ، ولأنه لو كان لِلْسَّيِّدِ لما عتق بعثتها.

وَيَتَفَرَّغُ عَلَى الْقَوْلَيْنِ صُورٌ:

منها: إِذَا قُتِلَ الْوَالِدُ، فعلى القول الأول تكون الْقِيَمَةُ لِلْسَّيِّدِ كَقِيَمَةِ الْأُمِّ [لَو قُتِلَتْ] <sup>(١)</sup>، وعلى الثاني تكون لِلْمُكَاتِبَةِ تَسْتَعِينُ بِهَا فِي أَدَاءِ النُّجُومِ. وحكى الصَّيْدِ لَانِي وَجْهًا: أَنِهَا تَكُونُ لِلْسَّيِّدِ أَيْضًا؛ لِأَنَّ الْقَتْلَ يَقْطَعُ أَثْرَ الْكِتَابَةِ، فَيَمُوتُ رَقِيقًا لَهُ.

والأظهر: الأول.

ومنها: كَسَبُ الْوَلَدِ، وَأَزْشُ الْجَنَابَةِ عَلَيْهِ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ، وَمَهْرُ الْوَطْءِ بِالشُّبْهَةِ إِذَا وُلِدَتْ الْمُكَاتِبَةُ جَارِيَةً؛ مَا حَكَمَهَا؟

إن قلنا بالقول الأول؛ فقد قيل: إنها تُضَرَفُ إِلَى السَّيِّدِ، بَلَا تُؤَقَّفُ، كَمَا تُضَرَفُ إِلَيْهِ الْقِيَمَةُ إِذَا قُبِلَ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ.

والصحيح: أَنِهَا تُؤَقَّفُ، فَإِنَّ عُنُقَتِ الْمُكَاتِبَةُ، وَعُنُقَ الْوَالِدِ، فَهِيَ لَهُ وَإِلَّا فَهِيَ لِلْسَّيِّدِ <sup>(٢)</sup>، كَمَا أَنَّ كَسَبَ الْأُمِّ إِذَا عُنُقَتْ يَكُونُ لَهَا، وَإِلَّا فَلِلْسَّيِّدِ.

وأيضاً؛ فإننا - وإن جعلنا حَقَّ الْمَلِكِ فِيهِ لِلْسَّيِّدِ - فليس له التَّضَرُّفُ فِيهِ بِالْبَيْعِ وَغَيْرِهِ، بَلْ يَتَوَقَّفُ إِلَى أَنْ يَتَبَيَّنَ أَمْرُهُ فِي الْحُرِّيَّةِ وَالرَّقِّ، فَلْيَكُنْ كَسَبُهُ كَتَفْسِيهِ.

ثم إن أَرَقَّتْ الْأُمُّ نَفْسَهَا مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى أَدَاءِ النُّجُومِ؛ فَقَالَ الْوَالِدُ: أُوْدِي نَجُومَ أُمِّي مِنْ كَسْبِي لِتُعْتَقَ فَأَعْتَقَ.

قال في «النهاية»: لَا يُمْكِنُ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ تَابِعٌ لَا اخْتِيَارَ لَهُ فِي الْعِتْقِ.

وإن عَجَزَتْ وَأَزَادَتْ أَنْ تَأْخُذَ مِنْ كَسْبِ وَلَدِهَا الْمَوْقُوفِ، وَتَسْتَعِينُ بِهِ فِي أَدَاءِ النُّجُومِ؛ فَهَلْ تَجَابَ؟

فيه قولان:

أحدهما: نعم؛ لأنها إِذَا رُقَّتْ رُقُّ الْوَالِدِ، وَأَخَذَ السَّيِّدُ كَسَبَهُ، وَإِذَا عُنُقَتْ عَتَقَ،

(٢) في ز: فللسيد.

(١) سقط في: ز.

وقد يُفْضَلُ شيء من الكَسْبِ، ففي إيجابتها حَطُّ للولد.

وأصحهما: على ما ذكر الإمام: المَنْعُ؛ لأنه لا حَقَّ لها في كَسْبِهِ على هذا القول، فإن مات الوَلَدُ في دَوَامِ التَّوَقُّفِ، ارتفع الوَقْفُ، وصرف الموقوف إلى السَّيِّدِ على هذا القول.

وإن قلنا بأن حَقَّ المِلْكِ فيه للأُمِّ؛ فالكَسْبُ والأرْشُ والمَهْرُ لها تَسْتَعِينُ بهما في أداءِ النُّجُومِ، وتصرف ما يحصل إليها يوماً بيوم، بلا تَوَقُّفٍ.

ومنها: نَفَقَةُ الوَلَدِ على<sup>(١)</sup> السيد، إن قلنا: يُصْرَفُ الكَسْبُ إليه في الحال وإن قلنا: يُوقَفُ فينفق عليه من كَسْبِهِ، ويعالج جرحه، ويكفي مؤناته فما فضل فهو الذي يُوقَفُ. فإن لم يَكُنْ له كَسْبٌ أو لم يف بالثَّقَّةِ؛ ففيه وجهان:

أصحهما: أنها على السَّيِّدِ؛ لأن حَقَّ الملك له.

والثاني: ينفق عليه من بَيْتِ المال؛ لأن تَكْلِيفَةَ الثَّقَّةِ من غَيْرِ أن يصرف إليه الكَسْبُ في الحال إِنْجَافٌ به.

وإن قلنا: إنه يصرف الكسب إلى الأُمِّ، فالثَّقَّةُ عليها.

ومنها: لو أَعْتَقَ السَّيِّدُ الوَلَدَ؛ فإن قلنا: حَقُّ الملك له، وقلنا: إن الكَسْبَ يُصْرَفُ إليه في الحال، أو قلنا: يوقف، وَمَنْعَاتُهَا من أَخْذِهِ لأداء النجوم، فَيَنْفَعُ إِعْتَاقَهُ.

وإن جَوَزْنَا لها الاستِيعَانَةَ بالموقوف؛ فوجهان:

أظهرهما: أنه لا يَنْفَعُ؛ لثلا يقطع حقها من كَسْبِهِ.

وإن قلنا: إن حَقَّ المِلْكِ في الولد للأُمِّ لم يَنْفَعُ إِعْتَاقَهُ.

وقوله في الكتاب: «وينفذ إعتاقه»؛ يجوز أن يَعْلَمَ بالواو؛ لما ذكرنا من الوجهين في نُفُوزِ العِتْقِ، إن جَوَزْنَا لها الاستِيعَانَةَ بالكَسْبِ الموقوف، مع التفرغ على أن حَقَّ المِلْكِ فيه للسَّيِّدِ، بل إذا رُقَّ بِرِقِّ الأُمِّ<sup>(٢)</sup>، فَكَسْبُهُ مَضْرُوفٌ للسَّيِّدِ، سواء قلنا: إن حَقَّ المِلْكِ فيه للسَّيِّدِ، أو للأُمِّ.

وقوله: «أما ولد المكاتب من جاريته...» إلى آخره، فاعلم أنه لما ذَكَرَ القَوْلَيْنِ في وِلْدِ المُكَاتِبَةِ، أراد أن يبيِّنَ أن وِلْدَ المُكَاتِبِ من جَارِيَتِهِ يُفَارِقُ حُكْمَهُ حُكْمَ وِلْدِ المُكَاتِبَةِ، فَحَقُّ المِلْكِ فيه لِلْمُكَاتِبِ، بلا خلاف، حتى يصرف كَسْبُهُ إلى المُكَاتِبِ، بلا خلاف، ولا يَنْفَعُ إِعْتَاقُ السَّيِّدِ فيه، ونفقته على المُكَاتِبِ، وإنما كان كذلك؛ لأن هذا

(٢) في أ: الولد.

(١) في أ: إلى.

الْوَلَدَ وَوَلَدَتَهُ أُمَّتُهُ، وَهِيَ مَلَكَ لَهُ، وَإِذَا وُلِدَتْ أُمَّةُ الْمُكَاتِبِ مِنْ زِنَا أَوْ نِكَاحٍ، فَهَمَّ عَيْدُهُ، نَازِلُونَ مَنَزِلَتَهُ، كَسَائِرِ أَكْسَابِهِ، وَهَذَا بِمَثَابَتِهِمْ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَتَّبَعُهُ، وَيَتَكَاتَبُ عَلَيْهِ بِسَبَبِ الْقَرَابَةِ، فَيَعْتَقُ بِعَيْتِهِ، وَيُرْقُ بِرِقِّهِ.

فَإِذَا عَتَقَ الْمُكَاتِبَ، وَتَبِعَهُ هَذَا الْوَلَدُ، وَفِي يَدِهِ كَسْبٌ، فَالْكَسْبُ لِلْمُكَاتِبِ لَا لِلْوَلَدِ. وَلَوْ كَانَ لِلْوَلَدِ تَوَقُّفٌ؛ فَلَوْ جَنَى هَذَا الْوَلَدُ جِنَايَةً، وَتَعَلَّقَ الْأَرْضَ بِرَقَبَتِهِ، فَقَدْ حَكَى الْإِمَامُ عَنِ الْعِرَاقِيِّينَ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - أَنَّهُ إِنْ كَانَ لَهُ كَسْبٌ فَلَهُ أَنْ يَفْدِيَهُ مِنْ كَسْبِهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ كَسْبٌ، وَأَرَادَ بَيْعَهُ، فَلَهُ أَنْ يَبِيعَ كُلَّهُ - وَإِنْ زَادَ عَلَى قَدْرِ الْأَرْضِ - ثُمَّ يَضْرِبُ قَدْرَ الْأَرْضِ إِلَى الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ، وَيَأْخُذُ الْبَاقِي.

ثُمَّ غَلَطَ مَنْ صَارَ إِلَيْهِ، وَقَالَ: الصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَفْدِي وَوَلَدَهُ - وَإِنْ كَانَ يَفْدِيهِ مِنْ كَسْبِهِ - لِأَنَّ كَسْبَ الْوَلَدِ كَسَائِرِ أَمْوَالِ الْمُكَاتِبِ، وَالْفِدَاءُ كَالشِّرَاءِ، فَلَيْسَ لَهُ صَرْفُ الْمَالِ الَّذِي يَمْلِكُ التَّصْرُفَ فِيهِ إِلَى غَرَضٍ وَوَلَدِهِ، الَّذِي لَا يَمْلِكُ التَّصْرُفَ فِيهِ، فَإِنَّهُ بِمَثَابَةِ التَّبْرِعِ.

قَالَ: وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ إِذَا بَاعَ لَا يَبِيعُ مِنْهُ إِلَّا قَدْرَ الْأَرْضِ، كَمَا أَنَّ الْعَبْدَ الْمَرْهُونَ إِذَا جَنَى يَبِيعُ مِنْهُ بِقَدْرِ الْجِنَايَةِ، وَلَا يَزَادُ.

وَلْيَعْلَمْ لِمَا بَيَّنَّا قَوْلَهُ فِي الْكِتَابِ: «لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَفْدِيَهُ»، بِالْوَاوِ، وَقَوْلُهُ: «فَإِنَّهُ لَا يَنْفَذُ تَصْرُفَهُ فِي وَلَدِهِ». هَذَا تَوْجِيهُهُ الْخَاقِ الْفِدَاءِ بِالشِّرَاءِ الْمَعْنَى أَنَّهُ لَا يَنْفُذُ تَصْرُفَهُ فِي الْوَلَدِ إِذَا فَدَاهُ، بَلْ يَتَكَاتَبُ عَلَيْهِ كَمَا لَا يَنْفَذُ إِذَا اشْتَرَاهُ، وَكَمَا لَا يَضْرِبُ الْمَالِ الَّذِي يَمْلِكُ التَّصْرُفَ فِيهِ بِالْبَيْعِ وَنَحْوِهِ إِلَى شِرَاءِ الْوَلَدِ، لَا يَضْرِبُهُ إِلَى فِدَائِهِ.

وَفِي بَعْضِ النُّسخِ: «وَلَا يَنْفَذُ تَصْرُفَهُ فِي مَسْتَوْلَدِهِ»<sup>(١)</sup> وَهُوَ صَحِيحٌ أَيْضًا؛ الْمَعْنَى: أَنَّ وَلَدَهُ مِنْ جَارِيَتِهِ، كَسَائِرِ عَبِيدِهِ وَأَكْسَابِهِ؛ إِلَّا أَنَّهُ إِذَا جَنَى لَمْ يَكُنْ لَهُ فِدَاؤُهُ، وَإِلَّا إِنَّهُ لَا يَنْفُذُ تَصْرُفَهُ فِيهِ بِالْبَيْعِ وَنَحْوِهِ، بَلْ يَتَكَاتَبُ عَلَيْهِ. وَوَلَدَ الْمُكَاتِبَةِ مِنْ عَبْدِهَا يُشْبَهُ أَنْ يَكُونَ كَوْلَدِ الْمُكَاتِبِ مِنْ جَارِيَتِهِ، وَأَوْلَادُ بَنَاتِ الْمُكَاتِبَةِ كَأَوْلَادِهَا.

فرعان:

أحدهما: إِذَا اخْتَلَفَ السَّيِّدُ وَالْمُكَاتِبَةُ فِي وَلَدِهَا؛ فَقَالَ السَّيِّدُ: وَوَلَدَتُهُ قَبْلَ الْكِتَابَةِ فَهُوَ رَقِيقٌ. وَقَالَتْ: بَعْدَ الْكِتَابَةِ. وَقَدْ يَكَاتِبُ تَفْرِيعًا عَلَى الْقَوْلِ الْأَظْهَرِ، وَكَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْأَمْرَيْنِ مُحْتَمَلًا، فَإِنْ أَقَامَ أَحَدُهُمَا بَيِّنَةً قَضَى بِهَا.

قَالَ فِي «التَّهْدِيدِ»: وَإِذَا أَقَامَ السَّيِّدُ أَزْرَعَ نِسْوَةَ عَلَى مَا يَقُولُهُ، قُبِلَتْ شَهَادَتُهُنَّ؛ لِأَنَّهَا شَهَادَةٌ عَلَى الْوِلَادَةِ، وَالْمَلِكُ يَثْبِتُ ضِمْنًا. وَإِنْ أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً عَلَى مَا

(١) فِي ز: وَلَدِهِ.



يقوله؛ فالصورة من صور التفاضل، وإن لم تكن بيّنة، فيصدق بيمينه؛ لأنه اختلاف في وقت الكتابة، فيصدق فيه السيد، كالاختلاف في أصل الكتابة.

ولأن الأصل جواز التصرف فيما يحدث من ملكه، وهي تدعي حدوث مانع منه.

والثاني: زوج أمته من عبده، ثم كاتب العبد، ثم باع منه زوجته، وأتت بولد، واختلف السيد والمكاتب:

فقال السيد: ولدت قبل الكتابة، فهو قن لي.

وقال المكاتب: بل بعد الكتابة والشراء.

وقد تكاتب فيصدق المكاتب بيمينه، بخلاف ما ذكرنا في الفرع السابق؛ لأن المكاتب هناك يدعي ملك الولد؛ لما مر أن ولد أمته ملكه، ويذعه مفرقة على هذا الولد، واليد تدل على الملك، فصار كما لو كان في يده مال، وادعاه السيد، والمكاتب هناك لا تدعي الملك، ولا تقر يدها على الولد، وإنما تدعي توقف أمره، وثبوت حكم الكتابة فيه، ولا دلالة لليد على ما يدعيه.

آخر: حكى الصنيدلاني أن الشافعي - رضي الله عنه - قال: لو أتت بولدين؛ أحدهما قبل الكتابة، والآخر بعدها؛ فهما للسيد، لأنهما حمل واحد، وكذا لو أتت بأحدهما من يوم ملك الأم، لأقل من ستة أشهر، وبالأخر لأكثر فهما للسيد.

وإن الشيخ أبا زيد أفتى بذلك.

والصحيح أن كلام الشافعي - رضي الله عنه - [مؤول]، وأن الحمل يتبع الأم في البيع؛ كيف كان، حتى لو وضعت ولداً، وفي بطنها آخر فبيعت، فالولد الثاني مبيع معها، وإن كان الأول للبائع.

هذا ما أوردّه صاحب «التهذيب»<sup>(١)</sup>.

(١) قال الشيخ البلقيني: الذي رأيت في الأم في باب ولد المكاتب من أمته ولو أقام السيد البينة على ولدين ولد المكاتب في بطن أحدهما ولو قبل الكتابة والآخر بعدها كانا مملوكين للسيد؛ لأنه إذا رق له أحدهما رق الآخر؛ لأن حكم الولدين في البطن حكم واحد، انتهى وهو صريح في مسألة من باع أمة قد وضعت عنده ولداً ثم وضعت آخر لدون ستة أشهر من وضع الحمل من أن الحمل الثاني يكون للبائع، انتهى. وقال الخادم: قضيته أنا إذا حكمنا بكون الثاني للبائع تصحيح البيع، وقال الإمام ثم إذا حكمنا بأن الحمل للبائع فيجب أن يحكم بفساد البيع في الأم على ظاهر المذهب كما لو باع جارية حاملاً بولد حر وكما لو باع جارية حاملاً، واستثنى حملها وخالفه ابن الرفعة في كتاب البيع وقال لم يصح على ظاهر المذهب لأنه يشبه بيع الجارية الحامل بحر من حيث إن البائع لم يستثنه وإنما الشرع استثناه وقد اختلف في المرجح.

قَالَ الْغَزَالِيُّ: فَرَعٌ: إِذَا وَطِئَ السَّيِّدُ مَكَاتِبَتَهُ فَقَدْ تَعَدَّى وَلَكِنْ لَا حَدَّ، وَيَجِبُ الْمَهْرُ (و م) وَقِيمَةُ الْوَلَدِ إِنْ قُلْنَا: إِنْ وَلَدَهَا كَسْبَهَا، فَإِنْ وَلَدَتْ مِنْ بَعْدِ الْعَجْزِ وَالرِّقِّ أَوْ بَعْدَ الْعِتْقِ فَلَا شَيْءَ لَهَا ثُمَّ هِيَ مُسْتَوْلِدَةٌ وَمَكَاتِبَةٌ، فَإِنْ آدَتِ النُّجُومَ عِتِقَتْ وَإِلَّا عِتِقَتْ بِمَوْتِ السَّيِّدِ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: مَمْنُوعٌ مِنْ وَطْءِ مَكَاتِبَتِهِ لِاخْتِلَالِ مِلْكِهِ فِيهَا، وَلَوْ شَرَطَ فِي الْكِتَابَةِ أَنْ يَطَّأَهَا، فَسَدَّ الْعَقْدُ؛ خِلَافًا لِمَالِكٍ، حَيْثُ قَالَ: يَصِحُّ الْعَقْدُ وَيُلْغَوُ الشَّرْطُ.

ولأحمد حيث قال بصحتها.

ثم إن خالف ما ذكرناه ووطئ مكاتبته، فلا حد عليه، سواء كان عالماً بالتحريم، أو جاهلاً؛ لأن له فيه ملكاً. وإن كان ضعيفاً؛ ألا ترى أنه يتفقد إعتاقه فيها، ويحيى قول قديم في وجوب الحد، ذكرناه في كتاب «حد الزنا» وقد أشار إليه أبو الفرج السرخسي ها هنا، فيجوز أن يعلم قوله: «ولكن لا حد» بالواو ويعذر إن كان عالماً بالتحريم. وكذلك المكاتبه. وفي كتاب القاضي ابن كج حكاية وجه: أنه يعزُر، وإن كان عالماً للشبهة في المحل، وحق هذا أن يطرد في نظائره.

ويجب المهر في صورتَي العلم والجهل، إن كانت هي مكرهه، وإن طارعه.

ففي وجه: لا يجب المهر؛ لأنها هدرت نفسها بلا عوض وعن «المنهاج»: ترجيح هذا الوجه. والصحيح؛ وهو المنصوص في «الأم» أنه يجب مع الطواعية؛ لأن المسقط للحد شبهة الملك، وهي تقتضي وجوب المهر، مع الطواعية، كشبهة الملك. وعن مالك: أنه لا حد بحال.

لنا: أن منافع بضعها لها؛ ألا ترى أنه لو وطئها غيره بشبهة، كان المهر لها، وإذا وجب المهر، فلها أخذه في الحال، وإن حل عليها نجوم وهما من جنس واحد، فعلى الخلاف في التقاص. وإن عجزت قبل أخذه سقط، وإن عتقت بأداء النجوم، فلها المطالبة به، ولو أن السيد أولدها، فالولد حر؛ لأنها علقته به في ملكه، وتصير هي مستولدة له. وهل عليه قيمة الولد؟

إن قلنا: إن ولد المكاتبه قن للسيد، أو قلنا: يتكاتب [عليه]<sup>(١)</sup>، لكن حق الملك فيه للسيد، فلا شيء عليه، كما لو قتل ولد المكاتبه.

وإن قلنا: الحق لها؛ فعليه القيمة، وتستنعي المكاتبه بها، فإن عجزت قبل الأخذ

(١) سقط في: ز.

سقطت، وإن عُتِقَتْ أخذ بها. وإن وُلِدَتْ بعدما عَجَزَتْ، ورُقِّتْ، فلا شيء لها، وكذا لو وُلِدَتْ بعد ما عُتِقَتْ؛ لأن حين يقدر تقومه ليس بكسب مكاتبه.

وقوله في الكتاب: «أو بعد العتق» في بعض النسخ: «أو<sup>(١)</sup> بعد موت السيد»؛ فإنها تعتق بموته من جهة أنها مُسْتَوْلِدَةٌ، ثم لا ترتفع الكِتَابَةُ بِإِيلَادِهَا، بل هي مُسْتَوْلِدَةٌ ومُكَاتِبَةٌ. فإن عَجَزَتْ ثم مات السيد، عتقت عن الاستيلاء، والأولاد الحَادِثُونَ بعد الاستيلاء بالنكاح أو الرُّنَا يَتَّبِعُونَهَا، والحَاصِلُونَ قبل الاستيلاء أَرْقَاءُ للسيد. فإن<sup>(٢)</sup> مات السيد قبل عَجَزِهَا عُتِقَتْ.

قال في «التهذيب»: ويتبعها أكسابها، ويُعْتَقُ عن الكتابة أو الاستيلاء فيه وجهان: أحدهما: عن الكتابة؛ كما لو أعتق السيد المُكَاتِبَ، أو أْبْرَأَهُ عن النجوم وعلى هذا: فالأولاد الحَادِثُونَ بعد الكِتَابَةِ، وقبل الاستيلاء؛ هل يَتَّبِعُونَهَا؟ فيه الخلاف السابق.

والثاني: أنها تُعْتَقُ عن الاستيلاء؛ لأنه آكَدٌ. وأجرى هذا الخلاف فيما إذا عَلِقَ عِتْقُ المُكَاتِبِ بِصِفَةٍ، ووجدت [الصفة]<sup>(٣)</sup> قبل أداء النجوم، وفيما إذا تَقَدَّمَ الاستيلاء على الكتابة.

قال في «التهذيب»: وإذا اسْتَوْلَدَ، ثم كاتب، وأدت النجوم، فالأكساب الحاصلة بعد الكتابة تَتَّبِعُهَا، والحاصلة قبل الكِتَابَةِ للسيد، والأولاد الحَاصِلُونَ بعد الاستيلاء يَتَّبِعُونَهَا، وهذا مَبْنِيٌّ على أن كتابة المُسْتَوْلِدَةِ جائزة، وفيه خِلافٌ قد تَقَدَّمَ. «فرعان»:

أحدهما: ليس للسيد وطء أمة مُكَاتِبِهِ، أو مكاتبته، فإن وَطِئَهَا فلا حَدَّ عليه؛ للشُّبُهَةِ؛ فإنه يملك سيدها، ويلزمه المَهْرُ للمكاتب أو المكاتبه، فإن أكَسَبَهَا لِسَيِّدِهَا وَالْمَهْرُ مِنْ أكَسَابِهَا.

وإن أَوْلَدَهَا فَالْوَلَدُ حُرٌّ نَسِيبٌ، وتصير الأمة مُسْتَوْلِدَةً له.

قال في «الشامل»: ويجب عليه قِيمَتُهَا لِسَيِّدِهَا؛ لأنها ملكه، ولا يجب عليه قِيمَةُ الْوَلَدِ؛ لأنها وَضَعَتْهُ فِي مَلِكِهِ. ويجيء فيه الخِلافُ الذي<sup>(٤)</sup> سبق.

والثاني: للسيد وطء بنت المُكَاتِبَةِ، إن لم يثبت حُكْمُ الكتابة في ولد المُكَاتِبَةِ،

(٢) في ز: وإن.

(١) في أ: أي.

(٣) سقط في: ز.

(٤) وهذا الذي نقله عن صاحب الشامل قد قاله الشيخ أبو حامد وغيره من العراقيين وما حاوله من مجيء الخلاف هنا ممنوع.

وإن أثبتناه، فليس له وطؤها، ولكن لا حدَّ عليه، والمهرُ يُبنى على الخلاف الذي سبق<sup>(١)</sup> في الكسب؛ إن قلنا: إنه يُصرفُ إلى السَّيد في الحال؛ فلا مهرَ عليه.

وإن قلنا: إنه لِلأُم فكذلك المهرُ، وإن قلنا بالتَّوقُّف؛ فينق من عليها ويوقَّف الباقي، فإن عتقت بعثتِ الأُم، فهو لها؛ وإن عجزت، فهو للسَّيد.

وإن أولدها صارت مُستولدةً، والولد حُرٌّ نسيبٌ، ولا يجب عليه قيمة المُستولدةِ لأُمها؛ لأن الأُم لا تملكها، وإنما يثبتُ لها حقُّ العنقِ بعثتِ الأُم، وقد تأكَّد ذلك بالاستيلاء. هكذا ذكر ابنُ الصَّبَّاح، وقد سبق<sup>(٢)</sup> في مثلها قولان، في أنه: هل تجب القيمةُ لِلأُم؟ فيبغى أن يكون ها هنا كذلك.

قال في «التهديب»: ويبقى حُكْمُ الكِتَابَةِ فيها حتى تعتق بعثتِ الأُم، ويكون الكسبُ لها إذا<sup>(٣)</sup> جعلنا حقَّ العينِ فيها لِلأُم.

فإن مات السَّيدُ، عتقت البنتُ بِمَوْتِهِ، وتتوخذ القيمةُ من تَرَكْتِهِ لِلأُم، إذا جعلنا الحقَّ لها، كما في القتل، وقيمةُ الولدِ على ما ذكرنا في ولدِ المكاتبِ ويتعلَّقُ بالفضلِ مسألةٌ طويلةٌ الدَّيْل، أفرد لها في «المختصر» باباً صالحاً، وهي: القولُ في الأُمِّ المُشترَكةِ، إذا كاتبها مالِكاها معاً، ثم وطَّئها أحدهما، فحكم الحدِّ، والتَّغْزِيرِ، ولزومُ المهرِ على الواطئِ، كما ذكرنا في المالكِ الواحدِ.

ثم إن لم يحلَّ عليها نَجْمٌ، فلها المهرُ في الحال، وإن حلَّ فإن كان معها مثلُ المهرِ فیدفعه إلى الذي لم يطأ، وفي المهرِ، ونصيبِ الواطئِ من النَجْمِ الذي حلَّ الخِلافُ في التَّقاصُّ. وإن لم يكن معها شيءٌ آخر، فنصف النَجْمِ لِلواطئِ، مع المهرِ، على الخلاف في التَّقاصُّ، والنَّصفُ الآخرُ يُدفعُ إلى الذي لم يطأ.

وإن عُيِّتِ المَكاتِبَةُ قبل أخذ المهرِ، وصيرورته قِصاصاً، أخذته. وإن عجزت بعد أخذه، فإن بقي فهو للسَّيد، وإن تَلَفَ، فقد تَلَفَ في<sup>(٤)</sup> ملكهما.

وإن عجزت قبل أخذه؛ فإن كان في يدها بِقَدْرِ المهرِ، مال أخذه الذي لم يطأها، ويرثت ذمَّةُ الواطئِ، وإن لم يكن معها شيءٌ، فللذي لم يطأ أن يأخذ نصفَ المهرِ من الواطئِ؛ لأنه وطئَ حَاريةً مشتركةً بينهما، فإن أخبَلها نُظِرَ: إن ادَّعى الاستبراء، وحلَّفَ عليه، وأتت بولدٍ لِسِتَّةِ أشهرٍ، فصاعداً من وقت الاستبراء لم يَلْحَقْهُ، وهو كولدِ المكاتبَةِ من الزوج، أو الزَّنا، وقد مرَّ حُكْمُهُ.

(١) في ز: السابق.

(٢) في أ: ذكر.

(٣) في ز: إن.

(٤) في ز: من.

وإن لم يَدْع الاستبراء وأتت بالولد لما دون ستة أشهر، فالولد ملحق به، ويثبت الاستيلاء في نصيبه من الأمة، مع بقاء الكتابة فيه، ثم هو: إما مُعِيرٌ أو مُوسِرٌ.

إن كان مُعِيراً، فلا يسري الاستيلاء إلى نصيب الشريك، وليس فيه إلا الكتابة به، فإن أدت النجوم إليهما، عُتِقَت بالكتابة، وبطل حُكْم الاستيلاء، وإن عَجَزَت وفسخا الكتابة، فنصفها قِنْ، والنصف الآخر على حُكْم الاستيلاء. وإن مات الواطيء قبل الأداء والفسخ، عُتِقَ نصفها، وبقيت الكتابة في النصف الآخر، فإن مات بعد الفسخ، عُتِقَ النصف، والباقي قِنْ، وفي الولد وجهان:

أحدهما: - وبه قال ابن أبي هريرة -: أنه ينعقد كله حرّاً، لشبهة الملك؛ لأن الرق لا يتبعض ابتداءً.

والثاني: وبه قال أبو إسحاق -: نصفه حرّاً، ونصفه رقيق؛ لأن أحد نصفي الجارية ليس له، ولو لم تكن كلها له لكان الولد رقيقاً، فإذا لم يكن نصفها له، كان بعضه<sup>(١)</sup> رقيقاً. وفي «التهذيب»: أن هذا أصح. وقد سبق للصورة نظائر.

فإن قلنا: إنه ينعقد كله حرّاً، وفرعنا على أن ولد المكاتبه قِنْ للسيد؛ فعلى الواطيء نصف قيمة الولد للشريك الآخر، ويسقط قسطه منها.

وإن قلنا: يثبت فيه حُكْم الكتابة، وجعلنا الحق فيه للسيد، فكذلك الجواب، وإن جعلنا الحق للمكاتبه، فعليه جميع قيمة الولد [لها]<sup>(٢)</sup> تستعين بها في أداء النجوم. فإن عتقت قبل [أخذها]<sup>(٣)</sup> أخذتها، وإن عجزت قبل الأخذ، أخذ الشريك الآخر نصفها، وسقط النصف.

وإن قلنا: ينعقد نصفه حرّاً، ونصفه رقيقاً؛ فإن جعلنا ولد المكاتبه قِناً للسيد، فالنصف الرقيق للشريك، ولا يجب شيء من قيمة الولد على الواطيء.

وإن أثبتنا حُكْم الكتابة في ولد المكاتبه؛ فالنصف الرقيق يتكاتب عليها؛ إن عُتِقَت عُتِقَ، وإلا رُق للشريك الآخر. وقيمة النصف الحر؛ هل تجب على الواطيء؟ يُبنى على أن الحق في ولد المكاتبه للسيد [أو لها]<sup>(٤)</sup>.

إن قلنا بالأول لم يجب، وإلا وجب، ثم إن عُتِقَت، عُتِقَ الولد، وسلّم لها نصف القيمة، فتأخذه إن لم تكن أخذت.

وإن عجزت سقط عنه، فإن كان قد وقّع استردّه إن كان باقياً فإن كان موسراً سرى

(٢) سقط في: ز.

(١) في أ: كله.

(٤) سقط في: ز.

(٣) في ز: أحدهما.

الاستيلاء إلى نصيب الشريك، وكان الولد كله حراً، ومتى يسري؟ فيه طريقتان:

قال الأكثرون: فيه قولان، كما لو أعتق أحد الشريكين نصيبه من المكاتب؛ ففي أحد القولين: يسري في الحال.

وفي الثاني: عند العجز، وعن أبي علي بن أبي هريرة وغيره: القطع بأنه يسري عند العجز، والفرق أن السراية في الحال تتضمن نقل الملك في المكاتب، وفسخ الكتابة.

وإنما احتملنا<sup>(١)</sup> ذلك لحصول العتق التاجز، والاستيلاء [ولا ينجز العتق، فلا يحتمل رفع الكتابة به، ومن نصر القول الأول قال: كما أن الإعتاق التاجز أقوى من الكتابة، فالاستيلاء]<sup>(٢)</sup> أقوى وأثبت فيها، فجاز أن يوقع به.

فإن قلنا بالسراية في الحال، فتفسخ الكتابة في نصيب الشريك، ويبقى في نصيب الواطيء، ويثبت الاستيلاء في جميع الجارية، فعلى الواطيء للشريك نصف مهرها، ونصف قيمتها.

وأما نصف قيمة الولد؛ فقد قال الإمام: هو كما لو استولد أحد الشريكين الجارية القينة، وانعقد الولد حراً، وفي وجوب قيمته قولان؛ بناء على أن العلوق على الحرية، وانتقال الملك؛ هل يفترقان أم لا؟

وفي «التهذيب»: أنا إن قلنا: إن السراية تحصل بنفس العلوق، فلا يجب.

وإن قلنا: يحصل بأداء القيمة، فيجب، لتقدم العلوق على الملك، وعلى الواطيء أيضاً نصف المهر للمكاتب؛ لبقاء الكتابة في نصيبه. وهل يجب نصف قيمة الولد؟

يبنى على أن الملك في ولد المكاتب لمن هو؟

ولو أدت نصيب الواطيء من مال الكتابة، عتق نصيبه، وسرى إلى الباقي. وإن عجزت وفسخ الكتابة، بقيت مستولدة مخصنة.

وإن قلنا بالسراية عند العجز؛ فإن أدت النجوم، عتقت عن الكتابة، ولأولها بينهما، ويبطل حكم الاستيلاء، ولها المهر على الواطيء فتأخذه إن لم تأخذه ويجب نصف قيمة الولد للشريك.

إن قلنا: ولد المكاتب قن للسيد، أو قلنا: يثبت فيه حكم الكتابة، وحق الملك فيه للسيد. وإن قلنا: الحق فيه للمكاتب؛ فيجب جميع القيمة لها.

وإن لم تؤد النجوم وعجزت؛ فعلى الواطيء للشريك نصف مهرها، ونصف

(١) في أ: أجملنا.

(٢) سقط في: ز.

قيمتها، ونُصِفَ قيمة الولد. هذا تَمَامُ الكَلَامِ فيما إذا وَطِءَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ.

وإن وَطِئَاهَا جَمِيعاً، نُظِرَ: إن لم يَخْضُلْ عُلُوقٌ، فحُكِمَ الحَدُّ والتَّغْزِيرُ كما سبق، ويجب على كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَهْرٌ كَامِلٌ.

وإذا عَجَزَتْ وَرُقَّتْ بعد قَبْضِ [المهْرين] <sup>(١)</sup> لم يُطَالَبَ أَحَدُهُمَا الآخرَ بشيءٍ، وَيَقْتَسِمَانِ المَهْرَيْنِ إن كانا بَاقِيَيْنِ.

وإن عَجَزَتْ قبل قَبْضِهِمَا سَقَطَ عن كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُ ما لَزِمَهُ، وَيَجِيءُ في النُّصْفِ الآخرِ التَّقَاصُ.

وقد يكون أَحَدُ المَهْرَيْنِ أَكْثَرَ من الآخر؛ إما لكونها بِكْرًا عند وَطِءِ أَحَدِهِمَا، ثَبِيًّا عند وَطِءِ الآخرِ، أو لاختلاف حالها <sup>(٢)</sup> في الصُّحَّةِ والمرضِ، وغيرهما من الأحوَالِ؛ فيأخذ مُسْتَحِقُّ الفَضْلِ الفَضْلَ.

وإن أَفْضَاها أَحَدُهُمَا؛ فعليه نِصْفُ القِيَمَةِ للشريك، وإن افْتَضَّها فعليه نصف أرش الأفتِضَّاضِ مع المَهْرِ.

وإن ادَّعَى كُلُّ واحدٍ مِنْهُمَا على الآخرِ أنه الذي أَفْضَى، أو افْتَضَّ، حلف كُلُّ واحدٍ مِنْهُمَا للآخر، فإن حَلَفَا فَذَلِكَ.

وإن حَلَفَ أَحَدُهُمَا، دون الآخرِ، قُضِيَ للحالف، وإن حَصَلَ عُلُوقٌ، فينظر: أأْتَتْ بِوَلَدٍ واحدٍ، أو أَتَتْ بِوَلَدٍ من كل واحدٍ مِنْهُمَا.

الحالة الأولى: إذا أَتَتْ [بِوَلَدٍ] <sup>(٣)</sup> واحدٍ؛ فينظر: إن ادَّعِيَ الاستِيزاءَ، وحَلَفَا عليه، لم يُلْحَقْ بِواحدٍ مِنْهُمَا، وهو كَوَلَدٍ تَأْتِي به المُكَاتِبَةُ من زَوْجٍ أو زِنًا.

وإن لم يَدَّعِيَ الاستِيزاءَ؛ فإما ألا يمكن أن يَكُونَ من [كل] <sup>(٤)</sup> واحدٍ مِنْهُمَا، وإما أن يمكن أن يَكُونَ من الأوَّلِ؛ دون الثاني.

وأما أن يكون بالعكس، وإما أن يكون من كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا.

فهذه أربعة أقسام:

الأول: إذا لم يُمكن أن يكون مِنْ وَاحِدٍ مِنْهُمَا؛ بأن وَلَدَتْهُ لأكثر من أربع سنين من وطء الأول، ولما دُونَ ستة أشهر من وطء الثاني، أو لأكثر من أربع سنين من وطء آخِرِهِمَا وَطِئًا، فهو كما لو ادَّعِيَ الاستِيزاءَ.

(١) في أ: حالهما.

(٢) سقط في: ز.

(٣) في ز: المهْر.

(٤) سقط في: ز.

وحكم المهر في الحاليتين كما إذا لم يكن علوق.

**الثاني:** إذا أمكن أن يكون من الأول دون الثاني؛ بأن ولدته لما بين أقل من مدة الحمل، وأكثرها من وطء الأول، ولما دون أقل مدة الحمل من وطء الثاني؛ فالولد ملحق بالأول، ويثبت الاستيلاء في نصيبه.

ثم هو: إما مُعَسِّرٌ فلا سِرَايَةَ وتبقى الكتابة في جميعها.

وإن أدت النجوم، وعُتِقَتْ، فلها على كُلِّ واحد منهما كَمَالُ المَهْرِ، وإن رُقَّتْ، فنصفها قِنٌّ للثاني، ونصيب الأول يَبْقَى على حُكْمِ الاستيلاء، ولكل واحد منهما على الآخر نِصْفُ المَهْرِ وهو من صَوْرِ التَّقَاصُّ والخلاف فيه، [وأما الولدُ فكله حُرٌّ، أو يَتَبَعُضُ فيه الرِّقُّ والحرية؟ فيه الخلاف الذي سبق<sup>(١)</sup>] وإما مُوسِرٌ؛ فالولد حُرٌّ كله، وسرى الاستيلاء من نصيبه إلى نصيب الشريك، ويعود الخِلافُ في أنه يسري في الحال، أو عند العجز؟

فإن قلنا: يسري في الحال؛ انْفَسَخَتْ الكِتَابَةُ في نصيب الثاني، وتبقى في نصيب الأول.

وإن قلنا: عند العجز؛ فإذا عَجَزَتْ وَرُقَّتْ، ارتفعت الكتابة، وهي مُسْتَوْلَدَةٌ له على القولين.

والحكم فيما إذا أدت النجوم، وعُتِقَتْ على ما سبق فيما إذا وَطَّئَهَا أحدهما، وأولدها، وكذا الحُكْمُ لو عُتِقَتْ بالموت، وما ذكرنا أنه يجب للشريك الآخر على الذي أولدها من المهر، وقيمة الجارية، وقيمة الولد تجبها هنا للثاني على الأول.

ووطء الثاني إن كان بعدما حَكَمْنَا بِمَصِيرِ جميعها، أم ولد للأول يوجب جميع المهر؛ فإن [بقيت]<sup>(٢)</sup> الكتابة في نصيب الأول، فهو بينه وبين المُكَاتِبَةِ، وإن ارتفعت في نصيبه أيضاً، فجميعه له وإن كان قبل الحكم بِمَصِيرِ جميعها، أم ولد له لم يَلْزَمُهُ إلا نِصْفُ المَهْرِ؛ لأن السِرَايَةَ إذا حَصَلَتْ أخيراً، انْفَسَخَتْ الكِتَابَةُ، وعاد نِصْفُهُ رَقِيقاً، فتكون الأَكْسَابُ له، والمهرُ من الأَكْسَابِ، تم ذلك النِصْفُ للمُكَاتِبَةِ، إن بقيت الكِتَابَةُ في نصيب الأول، وإلا فهو للأول.

هكذا صَبَطَ القول فيما يَجِبُ على الثاني جَمَاعَةً؛ منهم صاحب «الشامل».

واعلم أن وطء الثاني إذا وقع بَعْدَ الحُكْمِ بِمَصِيرِ جميعها، أم ولد للأول، فقد وقع بعد ارتفَاعِ شُبْهَةِ المَلِكِ، وانقطاع عُلُقَتِهِ عنها، وحينئذ فيكون زناً، والذي أُطْلِقَ من

(١) سقط في: ز.

(٢) في ز: نصيب.



وجوب جميع المهر موصوّر فيما إذا فرضت شبهة أخرى.

وأطلق في «المختصر» قولين في أنه يجب على الثاني بوطئه جميع المهر، أو نصفه، وبنى ذلك على أن السراية تتعجل، أو تتوقف على أداء القيمة.

إن قلنا: تتعجل؛ فعليه جميع المهر؛ لأنه وطئها والمك خالص للأول.

وإن قلنا: تتوقف على أداء القيمة؛ فعليه النصف؛ لأن الجارية مشتركة بعد.

وعن أبي إسحاق: أن الصحيح وجوب الجميع، وأنه اختيار المزي والشافعي -

رضي الله عنهما -.

والقسم الثالث: إذا أمكن أن يكون من الأول دون الثاني، بأن ولدته لأكثر من

أربع سنين من وطء الأول، ولما بين أربع سنين وستة أشهر من وطء الثاني؛ فالولد ملحق بالثاني، ويثبت الاستيلاء في نصيبه، ولا سراية إن كان مغسراً.

وفي تبويض الحرّة في الولد الخلاف السابق.

وإن كان موصراً سرى الاستيلاء، إما في الحال، أو عند العجز على ما سبق،

ويجب على الثاني في هذا القسم ما ذكرنا أنه يجب على الأول في القسم الثاني.

وأما الأول: ففي «التهذيب»: أنه إن كان الثاني مغسراً، فعلى الأول كمال المهر

للمكاتبه تستعين به في أداء النجوم.

وإن كان موصراً؛ فإن قلنا: السراية تحصل بعد العجز، فذلك الجواب وإن

قلنا: تحصل في الحال، فتفسخ الكتابة في نصيب الأول، ولا يجب إلا نصف المهر

لها تستعين به في أداء نصيب الشريك من النجوم وأطلق العراقيون والرؤيائي وغيرهم -

رحمهم الله - أنه لا يجب على الأول عند يسار الثاني إلا نصف المهر.

والقسم الرابع: إذا أمكن أن يكون الولد من كل واحد منهما، بأن ولدته لما بين

سته أشهر وأربع سنين من وطء كل واحد منهما، وأدعيا الولد، أو ادعاه أحدهما،

فيعرض على [القائف]<sup>(١)</sup>؛ فمن ألحقه به منهما كان الحكم كما لو تعين اللحوق به،

وإن تعدت الاستفادة من القائف، فيعتمد اثتسابه بعد البلوغ، ويكون الحكم على ما

بيئناه. قال الإمام: ولو فرض ذلك من الأمة القينة، وعرض الولد على القائف، فألحقه

بأحدهما، يلحقه الولد يثبت<sup>(٢)</sup> الاستيلاء في نصيبه، ولا يسري إن كان مغسراً، لكن

يثبت الاستيلاء في نصيب الآخر أيضاً بإقراره أنها مستولدة.

(١) في ز: الغائب.

(٢) في ز: وثبت.

وإن كان مُوسراً سَرَى، ولا يلزمه للشريك قِيمَةٌ نَصِيْبِهِ؛ لأنه يَدْعِي أن الجَارِيَةَ مُسْتَوْلَدَةٌ، فَيُؤَاخِذُ بِمُوجِبِ إِقْرَارِهِ.

فإذا لم يجد القَائِفُ، والمُتَدَاعِيَانِ مُوسِرَانِ، فيحكم بأن الجَارِيَةَ مُسْتَوْلَدَةٌ بينهما؛ ونُصْفُهَا لهذا، ونُصْفُهَا لهذا، إذ ليس أحدهما بِأَزْلَى من السَّرَايَةِ لِلآخِرِ.

ولو أقر بالوَطْءِ وَسَكَنًا عن دَعْوَى الْوَالِدِ، وَالْحَقُّهَ الْقَائِفُ بِأَحَدِهِمَا، ثَبِتَ الْاِسْتِيْلَادُ فِي نَصِيْبِهِ، وَسَرَى، وَعَلِيهِ أَنْ يَغْرَمَ لِلشَّرِيكِ؛ لأنه لم يُوجَدْ هَا هُنَا إِقْرَارٌ يَنَافِي الْغُرْمَ.

ولو لم يوجد قَائِفٌ، واعتمدنا<sup>(١)</sup> انتسابه بعد الْبُلُوغِ؛ فَهَلْ يَثْبُتُ الْغُرْمُ وَالصُّورَةُ هَذِهِ؟ فِيهِ تَرَدُّدٌ مَفْهُومٌ مِنْ كَلَامِ الْأَصْحَابِ.

الحَالَةُ الثَّانِيَةُ: إِذَا آتَتْ بِوَالِدَيْنِ، وَعَرَفَا حَالَهُمَا، وَاتَّفَقَا عَلَى أَنْ هَذَا مِنْ هَذَا، وَهَذَا مِنْ هَذَا، وَفِيهَا مَسْأَلَتَانِ:

إِحْدَاهُمَا: إِذَا اتَّفَقَا عَلَى السَّابِقِ مِنْهُمَا، فَيَنْظُرُ: إِنْ كَانَ مُوسِرَيْنِ، أَوْ كَانَ الْأَوَّلُ مُوسِراً، فَتَصِيرُ الْجَارِيَةُ مُسْتَوْلَدَةً لِلأَوَّلِ، وَعَلَيْهِ لِلثَّانِي نِصْفُ مَهْرِهَا، وَنِصْفُ قِيمَتِهَا، وَفِي وَجُوبِ نِصْفِ قِيمَةِ الْوَالِدِ خِلَافٌ.

قَالَ فِي «التَّهْذِيبِ»: إِنْ قَلْنَا: تَحْصُلُ السَّرَايَةُ بِنَفْسِ الْعُلُوقِ، فَلَا يَجِبُ. وَإِنْ قَلْنَا: يَتَوَقَّفُ الْعَجْزُ، أَوْ قَلْنَا: لَا يَخْضَلُ إِلَّا بِأَدَاءِ الْقِيَمَةِ، فَيَجِبُ.

وَأَمَّا الثَّانِي فِإِنْ وَطَّئَهَا بَعْدَ مَا صَارَ جَمِيعُهَا مُسْتَوْلَدَةً لِلأَوَّلِ، وَهُوَ عَالِمٌ بِالحَالِ، فَعَلِيهِ الْحَدُّ، وَوَالِدُهُ رَقِيقٌ لِلأَوَّلِ، وَإِنْ كَانَ جَاهِلاً، فَالْوَالِدُ حُرٌّ، وَعَلَيْهِ تَمَامُ الْمَهْرِ، وَتَمَامُ قِيمَةِ الْوَالِدِ، يَوْمَ الْوَضْعِ، وَتَكُونُ جَمِيعُهَا لِلأَوَّلِ، إِنْ ارْتَفَعَتِ الْكِتَابَةُ فِي نَصِيْبِهِ أَيْضاً، وَإِنْ بَقِيَ، فَنِصْفُ الْمَهْرِ لَهُ، وَنِصْفُهُ لِلْمُكَاتَبَةِ، وَنِصْفُ قِيمَةِ الْوَالِدِ [لَهُ]<sup>(٢)</sup>، وَنِصْفُهَا عَلَى الْخِلَافِ فِي وَلَدِ الْمُكَاتَبَةِ.

وَإِنْ وَطَّئَهَا قَبْلَ أَنْ تَصِيرَ جَمِيعُهَا مُسْتَوْلَدَةً لِلأَوَّلِ، فَلَا يَلْزَمُهُ إِلَّا نِصْفُ الْمَهْرِ؛ لِأَنَّ نِصْفَهَا لَهُ بَعْدُ، وَفِي تَبَعُضِ حُرِيَةِ الْوَالِدِ مَا سَبَقَ، فَإِنْ لَمْ يَتَّبِعْهُ، فَعَلِيهِ نِصْفُ قِيمَةِ الْوَالِدِ، وَلَا يَثْبُتُ الْاِسْتِيْلَادُ فِي نَصِيْبِ الثَّانِي، وَإِنْ بَقِيَ نَصِيْبُهُ لَهُ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ اسْتَحَقَّ السَّرَايَةَ، فَلَا يَجُوزُ إِبْطَالُ حَقِّهِ عَلَيْهِ.

وَعَنِ الْقَفَالِ: أَنْ فِيهِ وَجْهَيْنِ، كَمَا لَوْ أَعْتَقَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ نَصِيْبَهُ وَهُوَ مُوسِرٌ.

وَقَلْنَا: إِنْ السَّرَايَةُ تَتَوَقَّفُ عَلَى آدَاءِ الْقِيَمَةِ، فَأَعْتَقَ الْآخَرَ نَصِيْبَهُ قَبْلَ آدَائِهَا.

(٢) سقط في: ز.

(١) في أ: واعتبرنا.

وإن كانا مُغسِرَيْنِ، أو كان الأول مُغسِراً، ثَبَّتَ الاستِيْلَادُ في نَصِيْبِ الأولِ، ولم يَسِرْ.

فإذا أَخْبَلَهَا الثاني، ثَبَّتَ في نَصِيْبِهِ أيضاً، وعلى كُلِّ واحدٍ منهما تَمَامُ المَهْرِ للمكاتبَةِ، فإن عَجَزَتْ قبل الأَخْذِ، فعلى كل واحدٍ منهما نِصْفُ المهرِ للشريكِ الآخرِ، ومن مَاتَ منهما عُتِقَ نَصِيْبُهُ بحكم الاستِيْلَادِ وذكر في «التهذيب»: أن في تَبْعِيضِ الحَرِيَةِ في وُلْدِ كل واحدٍ منهما الخِلَافُ السابق، وأما إذا لم تَخْكُمَ بالحَرِيَةِ في نِصْفِهِ، فهو قِنٌّ للآخر، أو يتكاتب؟ فيه الخِلَافُ، وأنه لا يَجِبُ على واحدٍ منهما شَيْءٌ من قِيَمَةِ الولدِ.

وفي «أمالي» أبي الفرج السَّرْحَسِيُّ أنا إذا قُلْنَا بالتَّبْعِيضِ، فالجواب كذلك. أما إذا قلنا بِحَرِيَةِ الجميع، فعلى كُلِّ واحدٍ منهما للآخر نِصْفُ قِيَمَةِ ولده.

ولم يُجْرِ العراقيون وغيرهم الخِلَافَ في تَبْعِيضِ الحَرِيَةِ في وُلْدِ كل واحدٍ منهما إذا كان الأول مُغسِراً، والثاني مُوسِراً، [وحكموا]<sup>(١)</sup> بأن ولد المَوسِرِ حُرٌّ كُلهُ، والخلاف مَخْصُوصٌ بالمُغسِرِ.

المسألة الثانية: إذا اِخْتَلَفَا في السَّابِقِ منهما فقال كل واحدٍ منهما: أنا أَوْلَدْتُهَا أولاً [ولدي]<sup>(٢)</sup> هذا. وكان كل واحدٍ من القَوْلَيْنِ محتملاً، فهما إما مُوسِرَانِ، أو مُغسِرَانِ، أو أحدهما مُوسِرٌ دون الآخر. والاعتبار في اليَسَارِ والإِغْسَارِ بحالَةِ الإِخْبَالِ:

الحالَةُ الأولى: إذا كانا مُوسِرَيْنِ، كل واحدٍ منهما يَدَّعِي على الآخر جَمِيعَ المَهْرِ، وجميع قِيَمَةَ وُلْدِهِ؛ لأنه يَقُولُ: وَطَّئْتُهَا - وهي مُسْتَوْلَدَةٌ لي. أو يَدَّعِي نِصْفَهَا على ما فصلنا في المسألة السَّابِقَةِ، وكل واحدٍ يَقِرُّ للآخر بِنِصْفِ المَهْرِ، ونِصْفِ قِيَمَةِ الجَارِيَةِ، فإنه يقول: أَوْلَدْتُهَا، وهي مُشْتَرَكَةٌ، فصارت مُسْتَوْلَدَةٌ لي، وَيَقِرُّ أيضاً بِنِصْفِ قِيَمَةِ الولدِ على اِخْتِلَافِ فيه، وما يَقِرُّ به كُلُّ واحدٍ للآخر من نِصْفِ قِيَمَةِ الجَارِيَةِ يُكْذِبُهُ الآخر فيه، ومن أَقْرَبَ بِحَقِّ لغيره، فَكُذِّبَهُ سَقَطَ إِقْرَاؤُهُ به، فتبقى دَعْوَى كل واحدٍ على الآخر في المَهْرِ، وقِيَمَةِ الولدِ، فإن اقتضى الحَالُ التَّسْوِيَةَ بينهما لم يَعْظُمَ أَثَرُ الاختلافِ، وجاء الكلام في التَّقَاصِ.

وإن تَقَاوَرَا حَلَفَ كُلُّ وَاحِدٍ منهما على نَفْيِ ما يَدَّعِيهِ الآخرُ.

وفي «التهذيب» وَجْهٌ: أنهما يَتَحَالَفَانِ على التَّفْيِ والإِثْبَاتِ، وإذا حَلَفَا، فلا شَيْءَ لواحدٍ منهما على الآخر، وهي مُسْتَوْلَدَةٌ أحدهما لا على التَّعْيِينِ، وَنَفَقَتْهَا عليهما، فإذا ماتا فهي حُرَّةٌ، والوَلَاءُ مَوْقُوفٌ بينهما، وإن مَاتَ أَحَدُهُمَا؛ فَالْأَظْهَرُ أنه لا يُعْتَقُ منها شَيْءٌ؛ لَجَوَازِ أنها مُسْتَوْلَدَةٌ الآخرِ.

(٢) في أ: وكذا.

(١) في ز: وحملوا.

وعن [أبوي]<sup>(١)</sup> علي بن أبي هريرة والطبري أنه يُعْتَقُ نَصْفَهَا بموت أحدهما، واختاره القَاضِيَانِ: أبو الطيب، والرُّوْيَانِيُّ، وحكى ذلك عن نَصِّهِ - رضي الله عنه - في «الأم»، ووجه بأنه كان يملك نَصْفَهَا، وقد أَوْلَدَهَا وَشَكَّكْنَا فِي أَنْ إِخْبَالَ شَرِيكِهِ؛ هل يَسْرِي إِلَى نَصِيْبِهِ، فيعتق نصيبه بالظاهر.

الثانية: إذا كَانَا مُعْسِرَيْنِ، فلا ثَمَرَةَ للاختلاف، والحكم كما لو عرف السابق، وهما مُعْسِرَانِ.

وإذا مات أَحَدُهُمَا، عُتِقَ نَصِيْبِهِ، وَوَلَاؤُهُ لِعَصْبَاتِهِ. وإن ماتا، فالوَلَاءُ لِلْعَصَبَتَيْنِ بالسوية.

وروى الرُّبَيْعُ فِي «الأم» أن الوَلَاءَ يُوقَفُ، وإن كانا مُعْسِرَيْنِ، وذكر عَامَّةُ الأصحاب أن هذا سَهْوٌ وَعَاطُ، إما من الربيع، أو من غيره.

وقيل: أراد حَالَةَ المَوْتِ، فلا فَرْقَ حينئذ بين أن يكونا مُوسِرَيْنِ أو مُعْسِرَيْنِ؛ لما ذَكَرْنَا أن الاغْتِيَارَ فِي اليَسَارِ والإِغْسَارِ بحالة الإِخْبَالِ.

الحالة الثالثة: إذا كان أحدهما [موسراً]<sup>(٢)</sup> والآخر [معسراً]<sup>(٣)</sup>، فَيُخْلِفُ كل واحد منهما على نَفْسِي ما يَدْعِيهِ الآخَرُ عليه، ويثبت الاستيلاءَ لِلْمُوسِرِ فِي نَصِيْبِهِ، لا يُنَازِعُهُ الْمُعْسِرُ فِيهِ، ويتنازعان فِي نَصِيْبِ الْمُعْسِرِ، فنصف [تفقتها]<sup>(٤)</sup> على الموسر، والنَّصْفُ بينهما. ثم إن مات المُوسِرُ أولاً، عُتِقَ نَصِيْبِهِ، وَوَلَاؤُهُ لَوَرَثَتِهِ.

فإذا مات المُعْسِرُ بعده، عُتِقَ نَصِيْبِهِ الآخر، وَوَلَاؤُهُ مَوْقُوفٌ بينهما. وإن مات المُعْسِرُ أولاً، لم يعتق منه شيءٌ، فإذا مات المُعْسِرُ بعده عُتِقَ كلها، وَوَلَاءُ نَصْفِهَا لَوَرَثَتِهِ، وَوَلَاءُ النَّصْفِ الآخر مَوْقُوفٌ.

قال الصَّيْدَلَانِيُّ: هذا إذا قلنا: لا تَتَوَقَّفُ سِرَايَةُ الاستيلاءِ على أداءِ القِيَمَةِ، فإن قلنا: على أداءِ القِيَمَةِ فما هنا لا أداءٌ، فتكون الجاريةُ مُسْتَوْلَدَتَهُمَا، ويكون الوَلَاءُ بينهما ولا تَوَقَّفَ.

ولو كان الاختلافُ على عَكْسِهِ؛ فقال كُلُّ واحد منهما للآخر: أنت وَطِئْتَ أولاً، فَسَرَى إِلَى نَصِيْبِي، وهما مُوسِرَانِ.

قال فِي «التهديب»: يَتَحَالَفَانِ، ثم نَفَقَتَهَا عليهما، وإذا مات أَحَدُهُمَا، لم يعتق نصيبه؛ لاحتمال أن الآخرَ سَبَقَهُ بالاستيلاءِ، وَيُعْتَقُ نَصِيْبَ الحَيِّ؛ لأنه أَقْرَبُ بَأْنِ المَيِّتِ

(٢) فِي ز: معسراً.

(١) فِي ز: أبي.

(٤) فِي ز: بعضها.

(٣) فِي ز: موسراً.

أَوْلَدَ أَوْلَى، وَسَرَى إِلَى نَصِيبِي، وَعَتَقَ بِمَوْتِهِ، وَوَلَاءَ ذَلِكَ التُّصْفِ مَوْقُوفٌ، فَإِذَا مَاتَ  
الْآخِرَ عَتَقْتَ كُلَّهُمَا، وَوَلَاءَ الْكُلِّ مَوْقُوفٌ.

وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُوسِرًا، وَالْآخَرَ مُغْسِرًا، فَقَالَ الْمُغْسِرُ: سَرَى إِلَيْكَ إِلَى  
نَصِيبِي، وَقَالَ الْمُوسِرُ: أَنْتَ [أَجَلْتِ] (١) أَوْلَى، وَلَمْ يَسِرْ إِلَى نَصِيبِي، فَيَتَحَالَفَانِ ثُمَّ  
الثَّقَفَةُ عَلَيْهِمَا. [فَإِنْ مَاتَ الْمُوسِرُ أَوْلَى، عَتَقْتَ كُلَّهُمَا.

أَمَّا نَصِيبُ الْمُوسِرِ فَمَوْتُهُ، وَوَلَاؤُهُ لِعَصْبَتِهِ، وَأَمَّا نَصِيبُ الْمُغْسِرِ فَبِإِقْرَارِهِ، وَوَلَاءُ  
نَصِيبِهِ مَوْقُوفٌ (٢) وَإِنْ مَاتَ الْمَعْسَرُ أَوْلَى لَمْ يُعْتَقْ مِنْهَا شَيْءٌ؛ لِاحْتِمَالِ أَنْ الْمُوسِرَ سَبَقَهُ  
بِالإِخْبَالِ، فَإِذَا مَاتَ الْمُوسِرُ بَعْدَهُ، عَتَقْتَ كُلَّهُمَا، وَوَلَاءُ نَصِيبِ الْمُوسِرِ لَهُ، وَوَلَاءُ نَصِيبِ  
الْمُغْسِرِ مَوْقُوفٌ.

قَالَ الْعَزَلِيُّ: الْحُكْمُ الْخَامِسُ: حُكْمُ الْجِنَايَةِ فَإِذَا جَنَى عَلَى أَجْنَبِيٍّ أَوْ عَلَى سَيِّدِهِ  
يَلْزَمُهُ الْأَرْضُ، فَإِنْ زَادَ الْأَرْضُ عَلَى رَقَبَتِهِ، فَفِي وُجُوبِ الزِّيَادَةِ قَوْلَانِ؛ لِأَنَّهُ يَقْدِرُ عَلَى أَنْ  
يُعَجِّرَ نَفْسَهُ، فَلَا يَبْقَى مُتَعَلِّقٌ سِوَى الرَّقَبَةِ، وَلَوْ جَنَى عَبْدٌ مِنْ عِبِيدِ الْمُكَاتِبِ، فَلَيْسَ لَهُ  
فِدَاؤُهُ بِأَكْثَرَ مِنْ قِيَمَتِهِ، وَلَوْ أَعْتَقَ السَّيِّدُ مُكَاتِبَهُ بَعْدَ الْجِنَايَةِ لَزِمَهُ الْفِدَاءُ، كَمَا لَوْ قَتَلَهُ، وَلَوْ  
جَنَى عَلَى السَّيِّدِ فَأَعْتَقَهُ، فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُطَالِبُهُ بِالْأَرْضِ بَعْدَ الْعِتْقِ، وَلَوْ جَنَى ابْنُ  
الْمُكَاتِبِ، فَلَا يَفْدِيهِ، وَلَوْ جَنَى ابْنُهُ عَلَى عَبْدِهِ، فَهَلْ يَبِيعُهُ؟ فِيهِ وَجْهَانِ، وَلَوْ اسْتَحَقَّ  
الْمُكَاتِبُ قِصَاصًا عَلَى عَبْدِهِ أَوْ عَبْدٍ غَيْرِهِ، جَازَ لَهُ الْإِسْتِيفَاءُ، وَقِيلَ: يَجِبُ أَخْذُ الْأَرْضِ،  
وَإِنْ لَمْ يَرْضَ السَّيِّدُ بِالْقِصَاصِ، وَلَوْ جَنَى عَلَى سَيِّدِهِ، أَوْ عَلَى عَبْدِهِ، فَلِلسَّيِّدِ الْقِصَاصُ،  
وَلَوْ قِيلَ الْمُكَاتِبُ أَنْفَسَحَتِ الْكِتَابَةَ، وَلِلسَّيِّدِ الْقِيَمَةَ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: فِيهِ صَوْرٌ نَذَرَهَا، وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهَا، وَلَا تُرَاعِي تَرْتِيبَ الْكِتَابِ:

إِحْدَاهَا: إِذَا جَنَى الْمُكَاتِبُ عَلَى أَجْنَبِيٍّ بِمَا يُوجِبُ الْقِصَاصَ فِي النَّفْسِ أَوْ  
الطَّرْفِ، فَلِمُسْتَحَقِّهِ اسْتِيفَاؤُهُ؛ فَإِنْ عَفَا عَلَى مَالٍ أَوْ كَانَتِ الْجِنَايَةُ مُوجِبَةً لِلْمَالِ، فَيَنْظَرُ إِنْ  
كَانَ فِي يَدِهِ مَالٌ، وَكَانَ الْوَاجِبُ بِمِثْلِ قِيَمَتِهِ، أَوْ أَقَلُّ، طُولِبَ بِهِ مِمَّا فِي يَدِهِ، وَإِنْ كَانَ  
أَكْثَرَ، فَفِيهِ قَوْلَانِ، عَنْ رِوَايَةِ صَاحِبِ «التَّقْرِيبِ» وَغَيْرِهِ:

أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يُطَالِبُ بِتَمَامِ الْأَرْضِ؛ لِأَنَّهُ كَالْحَيِّ فِي الْمُطَالَبَةِ مَا دَامَتِ الْكِتَابَةُ بَاقِيَةً.

وَأُصْحَهُمَا: أَنَّهُ لَا يُطَالِبُ إِلَّا بِقَدْرِ قِيَمَتِهِ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ تَعْجِيزَ نَفْسِهِ، وَإِذَا عَجَّرَ  
نَفْسَهُ، فَلَا مُتَعَلِّقٌ، وَلَا مَرْجُوعٌ إِلَيْهِ، سِوَى الرَّقَبَةِ.

(٢) سقط في: ز.

(١) في ز: أجلت.

[ويعبر<sup>(١)</sup>] عن الغرض على هذا القول بأنه يُطالَبُ بأقل الأمرين من قيمته وأرض الجِنائِيَّةِ. ويُعبَّرُ عن القولين أيضاً بأن يُقالَ: إنَّ لِلْمُكَاتِبِ أَنْ يَفْدِيَ نَفْسَهُ فِي الْجِنَائِيَّةِ، وبكم يَفْدِيهَا؟ فيه قولان:

أحدهما: بأقل الأمرين من أرض الجِنائِيَّةِ والقيمة.

والثاني: بأرض الجِنائِيَّةِ بالغاً ما بَلَغَ، لأنه لو عَجَزَ نَفْسَهُ ربما اشترى بذلك القَدْرَ.

فإن قلنا: [يَفْدِي نَفْسَهُ بأقل الأمرين، فله ذلك، وإن لم يَرْضَ السيد، وإن قلنا]<sup>(٢)</sup>: بالأرض، وزاد الأرض على القيمة لم يستقلَّ به، فإن أَدِنَ السَّيِّدُ، فهو على القولين في تَبَرُّعَاتِهِ بِالْإِذْنِ.

وإن لم يكن في يَدِهِ مَالٌ، وطلب مُسْتَحِقُّ الأَرْضِ تَعَجِيرَهُ، عَجَزَهُ الْحَاكِمُ، ثم يباع كُلهُ في الجِنائِيَّةِ، إن استغرقَّ الأَرْضُ قِيَمَتَهُ، وإلَّا فَيَبَّاعُ منه بقدر الأَرْضِ، وتبقى الكِتَابَةُ في الباقي، فإذا أدى حِصَّتَهُ في النجوم، عُتِقَ ذلك القَدْرُ.

ولو أراد السَّيِّدُ أَنْ يَفْدِيَهُ مِنْ مَالِهِ، ويستديم الكتابة، فله ذلك، وعلى مُسْتَحِقِّ الأَرْضِ قَبُولَهُ. هذا هو الظَّاهِرُ، وفيه شيءٌ قد سبق، يَفْدِيهِ؟ الجديد: أنه يَفْدِيهِ بِالْأَقْلِ مِنْ قِيَمَتِهِ وَأَرْضِ الْجِنَائِيَّةِ.

والقديم: أنه يَفْدِيهِ بِالْأَرْضِ، وله أن يرجع عن اخْتِيَارِ الْفِدَاءِ، ويسلمه للبيع، إلا إذا مَاتَ الْعَبْدُ بَعْدَ اخْتِيَارِ الْفِدَاءِ، أو باعه بِإِذْنِ الْمُجْنِي عَلَيْهِ، بشرط الْفِدَاءِ، ويسلمه للبيع، إلا إذا مَاتَ الْعَبْدُ بَعْدَ اخْتِيَارِ الْفِدَاءِ فَيَلْزَمُهُ الْفِدَاءُ.

قال الرُّوْيَانِيُّ: وإنما شَرَطَ إِذْنَ الْمُجْنِي عَلَيْهِ فِي الْبَيْعِ؛ لأنَّ قَوْلَهُ: اخْتَرْتُ الْفِدَاءَ؛ لَا يُسْقِطُ حَقَّهُ مِنْ رَقَبَتِ الْعَبْدِ مَا لَمْ يُؤَدِّ الْمَالَ وَلَوْ أَبْرَأَهُ السَّيِّدُ عَنِ النُّجُومِ، أو أَعْتَقَهُ، فعليه أَنْ يَفْدِيَهُ؛ لأنه قَوَّتْ بِالْإِعْتَاقِ مُتَعَلِّقٌ حَقُّ الْمُجْنِي عَلَيْهِ، فهو كما لو [قتله]<sup>(٣)</sup>. وهذا بِنَاءٌ عَلَى نُفُوذِ الْإِعْتَاقِ، وهو الْمَشْهُورُ.

وأشار القاضي ابنُ كَجَّحٍ إِلَى أَنَّ فِيهِ خِلَافاً، كإعتاق الْعَبْدِ الْقِرْنَ إِذَا جَنَى.

ويمكن أن نُفَرِّقَ بَأَنَّ الْمُكَاتِبَ قَدْ صَارَ مُسْتَحِقُّ الْعِتْقِ بِالْكِتَابَةِ قَبْلَ الْجِنَائِيَّةِ، وَإِذَا أَعْتَقَهُ وَقَعَ الْعِتْقُ عَنِ الْجِهَةِ الْمُسْتَحَقَّةِ، وَالْقِرْنَ بِخِلَافِهِ.

وبم يَفْدِيهِ السَّيِّدُ؟ فِيهِ طَرِيقَانِ:

أحدهما: أَنَّهُ عَلَى الْقَوْلَيْنِ: الْجَدِيدِ وَالْقَدِيمِ.

(٢) سقط في: ز.

(١) في ز: وغير.

(٣) في ز: قبله.

والثاني: القَطْعُ بأنه يُفْدِيه بالأقل، بخلاف حالِ بقاءِ الكتابة؛ فإن الرِّقَ باقٍ هناك، ولو بيعَ فربما رَغِبَ فيه رَاغِبٌ بأكثر من قِيمَتِهِ، وبعد العِتقِ قَاتَ هذا التَّوَقُّعُ.

وكما يلزم السيدُ فداءَ المُكَاتِبِ الجَانِي بِإِعْتاقِهِ، يلزمه بِإِعْتاقِهِ فِدَاءُ ابنِ المُكَاتِبِ وأبيه، وإذا تَكَاتَبَا عليه وَجِئَا؛ لأنهما يُعْتَقَانِ بِإِعْتاقِهِ.

ولو عُتِقَ المُكَاتِبُ بأداءِ النجوم، فعليه ضَمَانُ الجِنَايَةِ، ولا يلزم السيدُ فِدَاؤُهُ، وإن كان هو القَابِضُ للنجوم؛ لأنه مُجَبَّرٌ على قَبُولِهَا فالحِوَالَةُ على المُكَاتِبِ أَوْلَى، وفيما يلزمه الطَّرِيقَانِ.

ولو جَنَى المُكَاتِبُ جِنَايَاتٍ، وأَعْتَقَهُ السيدُ، أَوْ أَرَاهُ عن النجوم، فعليه أن يُفْدِيَهُ، وإن أَدَّى النجوم، وَعُتِقَ، فضممانِ الجِنَايَةِ على المُكَاتِبِ.

وما الذي يَلْزِمُهُمَا إن كانتِ الجِنَايَاتُ مَعاً بِأَنْ قَتَلَ اثْنين، فصاعداً بضربةٍ وَاحِدَةٍ، أَوْ هَدَمَ عَلَيْهِم جِدَاراً؛ فعلى القولين المذكورين في الجِنَايَةِ الواحدة:

فعلى الجديد: يَلْزِمُ الأَقْلَ من أَرَشِ الجِنَايَاتِ كلها، ومن قِيمَتِهِ. وفي القديم: يلزم الأُرُوشَ بِالْعَةِ ما بَلَغَتْ.

وإن كانتِ الجِنَايَاتُ مُتَّفَرِّقَةً، فالقديم بحاله، وفي الجديد قولان:

أصحهما: وهو اختيار المُرْنَبِيِّ: أن الحكم كذلك، يَلْزِمُ الأَقْلَ من أُرُوشِ الجِنَايَاتِ، ومن القيمة؛ لأن الجِنَايَاتِ جميعاً تَعَلَّقَتْ بِالرُّقْبَةِ، فإذا أَتَلَفَهَا بِالْعِتقِ لم يضمن إلا ما أَتَلَفَ. ولأن المَنعَ من البَيعِ حَصَلَ بِالإِعْتاقِ، والإِعْتاقُ شيء واحد، فلم يوجد إلا مَنعٌ<sup>(١)</sup> واحد.

والثاني: يجب لكل جِنَايَةِ أَقْلُ الأمرين من أَرَشِهَا، ومن القيمة؛ لأن البيع كان مُمَكِّناً عَقِيبَ كل جِنَايَةٍ وبالإِعْتاقِ، قوت ذلك، وكأنه أحدث لكل جِنَايَةٍ مَنعاً.

والقولان كالقولين في جِنَايَاتِ أُمِّ الوالد، ولو أراد المُكَاتِبُ أن يُفْدِيَ نَفْسَهُ مما في يَدِهِ عن الجِنَايَاتِ؛ ففيه طريقتان:

أحدهما: أن فيما يُفْدِي نَفْسَهُ به القولين المَثْبُوتَيْنِ عن الجَدِيدِ؛ لأن البيع مُمْتَنِعٌ مهما بقيت الكتابة، فينزل إدامة<sup>(٢)</sup> الكتابة مَثْرَلَةَ العِتقِ بأداء النجوم.

والثاني: القَطْعُ<sup>(٣)</sup> بأنه يُفْدِي بالأقل من أَرَشِ كُلِّ جِنَايَةٍ، ومن القيمة.

(٢) في ز: إدامته.

(١) في أ: شيء.

(٣) في ز: القول.

وفرق بأن العتق يُفوت محلّ الأرش، ويبطل إمكان البيع. وها هنا: الرقبة باقية، وإمكان البيع مستمر.

والذي أورده في «التهذيب»: أنه يُؤخذ مما في يده الأقل من أرش الجنائيات كلها، ومن قيمته. ويشبه أن يكون هو الأظهر.

ولو لم يكن في يده مال، وسأل المستحقون تعجيزه، عجزه الحاكم، وبيع، ويُقسّم الثمن على أقدار الأرش، وإن أبرأ بعضهم قسّم على الباقي.

وإذا اختار السيد فداءه بعد التعجيز لم يبع وفيما يقديه فيه القولان.

الثانية: إذا جنى المكاتب على طرف سيده، فله القصاص وكذا لو جنى على عبد السيد، وإن قتل السيد، فللورثة القصاص فإن عفا المستحق على مال، أو كانت الجنائية موجبة للمال، تعلق الواجب بما في يده؛ لأن السيد مع المكاتب في المعاملات كالأجنبي مع الأجنبي، فكذلك في الجنائية. وما الذي يلزم المكاتب؟ أيلزمه الأرش بالغاً ما بلغ، أو الأقل؟ فيه القولان المذكوران في الجنائية على الأجنبي.

فإن قلنا: يلزم الأرش بالغاً ما بلغ، وكان<sup>(١)</sup> أكثر من قيمته، فعن الشيخ أبي حامد أن له أن يقدي نفسه به.

وعن القاضي أبي الطيب أن فيه الخلاف في هيبته من سيده. قال ابن الصباغ، وهذا يقتضي أن يقال للسيد: أن يمتنع من القبول؛ لأنه لا يلزمه قبول الهبة.

وعندي: أنه يلزمه القبول إذا أمكنه أداءه، وأداء مال الكتابة، ولا يجوز له الامتناع، وإن لم يكن في يده شيء، أو كان لا يفي بالأرش؛ فهل للسيد تعجيزه بسبب الأرش؟

فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه إذا عجزه يسقط الأرش، إذ لا تثبت للسيد على عبده دين، بخلاف ما إذا عجزه الأجنبي، فإن الأرش يتعلق [برقبته]<sup>(٢)</sup> وينسب هذا إلى القفال.

وأصحهما على ما ذكر في «التهذيب»: نعم؛ وهو الذي أورده الشيخ أبو حامد وغيره، ويستفيد به رده إلى الرق المخض. . وإذا عجز بسبب الأرش أو النجوم ورق، فهل يسقط الأرش، أو يكون في ذمته إلى أن يعتق؟ فيه وجهان:

أظهرهما: الأول، وهما كالوجهين فيما لو كان له على عبد غيره دين فملكه، هل يسقط وجنائة المكاتب على طرف ابن سيده كجنائته على الأجنبي، وجنائته على نفسه

(٢) سقط في: ز.

(١) في أ: فكان.



تُثَبِّتُ الْقِصَاصَ لِلسَّيِّدِ، فَإِنْ عَفَا أَوْ كَانَ الْقَتْلُ خَطَأً، فَهُوَ كَمَا لَوْ جَنَى عَلَى السَّيِّدِ.

ولو أَعْتَقَ السَّيِّدَ الْمُكَاتَبَ بَعْدَ جِنَايَتِهِ عَلَيْهِ، أَوْ أَبْرَأَهُ عَنِ النُّجُومِ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِهِ شَيْءٌ سَقَطَ الْأَرْضُ؛ لِأَنَّهُ أزالَ الْمَلِكَ عَنِ الرَّقَبَةِ الَّتِي كَانَتْ مُتَعَلِّقَةً بِالْأَرْضِ بِاخْتِيَارِهِ، وَلَا مَالٌ غَيْرُهَا.

قال الإمام: وفيه اخْتِمَالٌ أَخَذَ مِنْ اسْتِثْلَالِ الْمُكَاتَبِ، وَثَبُوتِ حَقُوقِ السَّيِّدِ فِي ذِمَّتِهِ. وَإِنْ كَانَ فِي يَدِهِ مَالٌ؛ فَفِي تَعَلُّقِ الْأَرْضِ بِمَا فِي يَدِهِ وَجِهَانٌ:

أحدهما: المنع؛ لِأَنَّ الْأَرْضَ كَانَتْ مُتَعَلِّقَةً بِالرَّقَبَةِ، وَقَدْ تَلَفَتْ.

وأظهرهما: التعلُّقُ، وَالتَّوَجُّهُ الْمَذْكُورُ مَمْنُوعٌ، بَلِ الْأَرْضُ مُتَعَلِّقَةٌ بِالرَّقَبَةِ، وَبِمَا فِي يَدِهِ. وَذَكَرَ فِي «التَّهْدِيبِ» أَنَّهُ يُطَالَبُ بِالْأَرْضِ مِنْ غَيْرِ تَفْصِيلٍ، وَفَرَقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ فِي يَدِهِ شَيْءٌ، أَوْ لَا يَكُونَ، وَيَقْرُبُ مِنْهُ قَوْلُهُ فِي الْكِتَابِ «فَالصَّحِيحُ أَنْ يُطَالِبَهُ بِالْأَرْضِ بَعْدَ الْعِتْقِ»، وَإِلَّا تَبَّتْ مَا قَدَّمْتَاهُ.

ولو أَدَّى النُّجُومَ فَعِتَقَ، فَالْأَجُوبَةُ مُتَّفِقَةٌ عَلَى أَنَّ الْوَاجِبَ لَا يَسْقُطُ كَمَا لَا يَسْقُطُ فِيمَا إِذَا جَنَى عَلَى أَجْنَبِيٍّ، وَأَدَّى النُّجُومَ، عِتَقَ.

ثم [ظاهر ما] <sup>(١)</sup> رَدُّوهُ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ أَنَّهُ يَجِبُ بِالْأَرْضِ بِالْعَاقِبَةِ مَا بَلَغَ وَقَدْ نَصَّ عَلَيْهِ الشَّافِعِيُّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فَذَكَرَ فِيمَا لَوْ قَطَعَ الْمُكَاتَبُ يَدَ سَيِّدِهِ قَطْعًا يُوجِبُ الْمَالَ، أَوْ عَادَ بِالْعَفْوِ إِلَى الْمَالِ.

وقلنا: لَا بُدَّ مِنَ الصَّبْرِ إِلَى الْإِنْدِمَالِ، فَإِنْدَمَلَ بَعْدَمَا أَدَّى الْمَالَ وَعِتَقَ، أَنَّ عَلَيْهِ أَرْضَ الْيَدِ بِتَمَامِهِ؛ وَهُوَ نِصْفُ الدِّيَةِ.

وفرق بين ما نحن فيه وبين ما إِذَا جَنَى عَلَى أَجْنَبِيٍّ، ثُمَّ أَدَّى النُّجُومَ، وَعِتَقَ حَيْثُ ذَكَرْنَا اخْتِلَافًا فِيمَا <sup>(٢)</sup> يَجِبُ عَلَيْهِ أَنَّ الْوَاجِبَ فِي الْجِنَايَةِ عَلَى السَّيِّدِ لَا يَتَعَلَّقُ بِذِمَّةِ الْمُكَاتَبِ، وَإِنَّمَا هُوَ فِي ذِمَّتِهِ، فَيَجِبُ بِكَمَالِهِ، كَمَا لَوْ جَنَى حُرٌّ عَلَى حُرٍّ، وَأَرْضُ الْجِنَايَةِ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ يَتَعَلَّقُ بِالرَّقَبَةِ، فَجَازَ أَلَّا يَزَادَ عَلَيْهَا.

ومنهم مَنْ طَرَدَ الْقَوْلَ الْآخَرَ؛ وَهُوَ وَجُوبُ أَقْلِ الْأَمْرَيْنِ. وَقَالَ: الْعِتْقُ لَا يُغَيِّرُ مَا تَقَدَّمَ وَجُوبَهُ.

الثالثة: عبد الْمُكَاتَبِ إِذَا جَنَى؛ فِيمَا أَنَّ يَجْنِي عَلَى أَجْنَبِيٍّ، أَوْ عَلَى سَيِّدِهِ وَهُوَ الْمُكَاتَبُ، أَوْ عَلَى سَيِّدِ سَيِّدِهِ:

(٢) في أ: فما.

(١) سقط في: ز.

الحالة الأولى: إذا جنى على أجنبي؛ فله القصاص، فإن عفا المستحق على المال، أو كانت الجناية موجبة للمال، تعلق برقبته تباع فيه، إلا أن [يفديه]<sup>(١)</sup> المكاتب ويم يفديه؟ أيفديه بالأرض بكَمَالِهِ، أو يفديه بالأقل منه ومن قيمته؟

فيه قولان:

فإن قلنا بالأول فإن كان الأرض قدر قيمته، أو أقل؛ فَلِلْمُكَاتِبِ الاستقلال به، وإن كان أكثر لم يستقل به.

وفي جوارزه بإذن السيد الخلاف في تبرعاته بالإذن. ومنهم من قطع بأنه يفديه بالأقل. ثم ظاهر لفظ «المختصر» أنه يعتبر قيمة العبد يوم الجناية؛ لأنه يوم تعلق الأرض بالرقيبة. وعن ابن خيران [أنه يجيء قول آخر]<sup>(٢)</sup> أنه يعتبر قيمة يوم الاندمال؛ بناء على أنه وقت المطالبة بالمال. وحكى القفال أنه ينبغي أن يختبر قيمة يوم الفداء؛ لأن المكاتب إنما يمنع من بيعه، ويستدِيمُ المَلِكُ فيه يومئذ.

وذكر القاضي ابن كج أن المذهب اختيار أقل القيمتين من قيمة يوم الجناية، وقيمة يوم الفداء؛ احتياطاً للمكاتب، وإتقاء للملك عليه.

ونسب هذا إلى نَصِهِ - رضي الله عنه - في «الأم». قال: وعندي أن الحكم في جنائية المكاتب بنفسه إذا اعتبرنا قيمته كذلك هذا في عبد المكاتب الذي لم يكتب عليه. فأما من يكتب عليه كولد المكاتب من أمته، وكما لو وهب منه ولده، أو والده - حيث يعوز له القبول - فليس له أن يفديه بغير إذن السيد، وإن أذن فهو على الخلاف في تبرعاته بالإذن؛ وذلك لأن فداءه كثيرائه.

وقد قدمنا هذا، وذكرنا أن الإمام حكي عن العراقيين - رحمهم الله - أنه لو كان له كسب، فله أن يضرقه إلى الأرض، ويفديه به وأنه استبعد ذلك، وقال: كسبه كسائر أموال المكاتب، وأنه حكي عنهم أن له أن يبيع كله، وإن زاد على الأرض.

ولا يوجد هذا في كتبهم على هذا الإطلاق، ولكن قالوا<sup>(٣)</sup>: يُباع منه بقدر الأرض، فإن لم يتيسر بيع كله، وأدى من ثمنه الأرض، والفاضل للسيد، وهذا ليس ببعيد. وكذلك القول في المزهون إذا زاد على قدر الدين. ولو جنى بعض عبيد المكاتب على بعض، أو جنى عبد غيره على عبد له، فله أن يقتص؛ لأنه من مصالح الملك، فلا يحتاج فيه إلى إذن السيد. وفيه قول: أنه لا يقتص إلا بإذن السيد، وعليه

(١) في ز: يؤذيه.

(٢) سقط في: ز.

(٣) في أ: لو قال.

تحصيل الأرش من عبد الأجنبي، ويُنسبُ هذا إلى تخرِيج الربيع، وهذا قوله في الكتاب: وقيل: والظاهرُ الأول، إلا أن يكون القاتِلُ والدُ المقتول، ولو كان في عبيده أبوه، فقتل عبداً له، فكذلك لا يقتص منه.

ولو كان فيهم ابنه، فقتل عبداً له، فله أن يقتص منه. وهل له أن يبيع ابنه وأباه إذا<sup>(١)</sup> كانا في ملكه، وجنيتاً على عبده آخر، أو جناتية موجهها المال؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأنه لا يثبت له على عبده مال، والأصلُ منع بيع الوالد والولد.

والثاني: نعم؛ لأنه يستفيدُ به حصولُ أرش الجناتية، ويخالف غير أبيه وابنه من عبيده، فإن تعلق الأرش به لا يفيدُه شيئاً، فإنه كان يملك بيعة قبل الجناتية.

والأولُ أصحُّ عند الإمام والشيخ أبي حامد، وحكاه القاضي الطبري عن نَصبه - رضي الله عنه - في «الأم». وبالثاني أجاب في «التهذيب».

وعند أبي حنيفة لا يجب القصاصُ إذا قتلَ بعضُ عبيد المكاتب بعضاً [وكذا لو]<sup>(٢)</sup> قتل بعضُ عبيد الحر بعضاً.

والحالة الثانية: إذا جنى على سيده، فله القصاص، ولا يحتاج إلى إذن السيد على ما ذكرنا، فإن كانت الجناتية خطأ، أو عفاً على مال لم يجب؛ إذ لا يثبت للسيد على عبده مال.

الثالثة: إذا جنى على سيد سيده، فهو كما لو جنى على أجنبي، فيباع في الأرش، إلا أن يفديه المكاتب.

واعلم أن الصورتين الأوليتين من صور القصاص في جناتية المكاتب، والثالثة في جناتية عبده، وقد فرغنا فيها والصورة الرابعة<sup>(٣)</sup> في الجناتية على المكاتب، وهي إما أن تفرض على طرفه أو نفسه:

إن كانت على طرفه، فله القصاصُ إن كانت بحيث تُوجبُ القصاص، وليس للسيد منعه كالمريض يقتص، ولا يعترض عليه الورثة، والمفلس يقتص، ولا يعترض عليه الثرماء. وفيه القول المحكي عن تخرِيج الربيع ووجه بأنه يعجزُ نفسه، فيعود إلى السيد مقطوع اليد بلا جابر، وإذا قلنا بالظاهر؛ فإن اقتص فذاك، وإن عفا على مال ثبت المال، لكن لو كان المال دون أرش الجناتية، فقدّر المحاباة حكمه حكم الجميع إذا عفا مجاناً، وإن عفا مطلقاً، فإن قلنا: موجب العمد أحد الأمرين، أو قلنا: موجب

(١) في ز: إن.

(٢) سقط في: ز.

(٣) في أ: وكذلك إذا.

القِصَاصُ، ولكن مُطَلَّقَ العَفْوِ يوجب المَالَ، ثبت الأَرَشُ وإن قلنا: مُطَلَّقُ العَفْوِ لا يُوجبُ المَالَ، لم يجب شَيْءٌ، وإن عَفَا مَجَاناً سقط القِصَاصُ.

ثم إن قلنا: مُوجبُ العَمْدِ القِصَاصُ لم يجب شَيْءٌ؛ إن قلنا: مُطَلَّقُ العَفْوِ لا يُوجبُ المَالَ، وإن قلنا: يوجبُه، فوجهان:

يجب المال إن كان العَفْوُ بغيرِ إِذْنِ السَّيِّدِ، وإن كان بإذنه فعلى قولين؛ كما لو عَفَا عن المَالِ في الجِنَايَةِ المُوجِبَةِ لِلْمَالِ.

والثاني: لا يَجِبُ، وإن كان العَفْوُ بغيرِ إِذْنِهِ، لأن الجِنَايَةَ على هذا القول غير مُوجِبَةٍ للمال، وإنما يَثْبُتُ المَالَ بالعفو المُطَلَّقِ، وإذا عَفَا مَجَاناً، فقد امتَنَعَ من الاكْتِسَابِ بالعفو المُطَلَّقِ. والمُكَاتَبُ إذا امتَنَعَ من الاكْتِسَابِ لا يُجَبَّرُ عليه.

وإن كانت الجِنَايَةُ مُوجِبَةً للمال، فلا يَصِحُّ عَفْوُهُ عنه بغيرِ إِذْنِ السيد، وإن عَفَا. بِإِذْنِهِ، ففيه القولان في التَّبَرُّعَاتِ بالإذْنِ، وحيث ثَبِتَ المَالَ بالجِنَايَةِ على طَرَفِهِ، فهو للمُكَاتَبِ، يَسْتَعِينُ به على أداءِ النجوم؛ لأنه يَتَعَلَّقُ بَعْضِهِ مِنْ أَعْضَائِهِ، فهو كالمَهْرِ، تَسْتَحِقُّهُ المُكَاتِبَةُ، ولأن كَسْبَهُ له، وهو عَوْضٌ ما تَعَطَّلَ من كَسْبِهِ بقطع ذلك العُضْوِ هكذا وَجْهُهُ. وهل يستحق أخذَهُ في الحال، أم يتوقَّفُ على الاندِمَالِ؟ فيه قولان، كما في الجِنَايَةِ على الحُرِّ.

ومنهم من قَطَعَ بجواز الأَخْذِ في الحَالِ ها هنا، سَعِيّاً في تَخْصِيلِ العِتْقِ. فإن قلنا: يتوقَّفُ الأَخْذُ على الاندِمَالِ، وقد قطعت يَدُهُ، فينظر إن سَرَتِ الجِنَايَةُ إلى النَّفْسِ، انْفَسَخَتِ الكِتَابَةُ على مَا سَنَدَّكُرُّ في الجِنَايَةِ على النَّفْسِ، وعلى الجاني الكَفَّارَةَ.

وإذا كان أَجْنَبِيّاً، فعليه القِيمَةُ لِلسَّيِّدِ. وإن اندَمَلَتْ؛ فإن كان الجاني أَجْنَبِيّاً أخذ المُكَاتَبُ نِصْفَ قِيمَتِهِ، وَيَسْتَعِينُ به على أداءِ النجوم.

وإن كان الجاني السَّيِّدُ، فيستحقُّ المُكَاتَبُ عليه نِصْفَ القِيمَةِ، وهو يَسْتَحِقُّ النُّجُومَ على المُكَاتَبِ، فإن حَلَّ نَجْمٌ وَأَتَّخَذَ الوَاجِبَانِ جِنْساً وَصِفَةً، ففيه الخلاف في التَّقَاصُّ، ويأخذ من له الفضلُ الفضلَ، وإن اِخْتَلَفَا أخذ كُلُّ واحدٍ منهما حَقَّهُ.

وإن قلنا: له أخذُ الأَرَشِ في الحال؛ ففي «جمع الجوامع» للقاضي الروياني أنه إن كان الأَرَشُ مِثْلَ دِيَّةٍ حر، أو أقل، فله أخذُ جميعه، وإلا فلا يأخذُ أَكْثَرَ من قَدْرِ الدِّيَةِ، لأن الجِنَايَةَ قد تَسْرِي إلى نفسه، ويعود كالواجب إلى الدِّيَةِ لِعِتْقِهِ.

وإذا أخذ ما لَهُ أخذَهُ، ثم اندَمَلَتِ الجِرَاحَةُ، فقد اسْتَقَرَّ الأَرَشُ، وليأخذ الباقي إن لم يأخذ كُلَّهُ.

وإن سَرَتِ إلى النَّفْسِ، نُظِرَ، إن سَرَتِ قبل أن يعتق، انْفَسَخَتِ الكتابة، فإن كان

الجاني أجنبياً، فللسيد مطالبة بِتَمَامِ القِيمَةِ، وإن كان الجاني السُّيْدَ سَقَطَ عنه الضَّمَانُ، وأخذ كَسْبَهُ. وإن كانت السُّرَايَةُ بعدما عُتِقَ بأداء النجوم، فإن كان الجاني أجنبياً، فَعَلَيْهِ تَمَامُ الدِّيَةِ؛ لأن الاغْتِبَارَ في الضَّمَانِ بحالة الاستِقْرَارِ، ويكون ذلك لمن [يرثه] (١) من أَقَارِبِهِ، فإن لم يكونوا، فللسيد بالوَلَاءِ. وإن كان الجاني السُّيْدَ، فعليه تَمَامُ الدِّيَةِ أيضاً، بخلاف ما لو جَرَحَ عَبْدَهُ القِرْنَ، ثم أَعْتَقَهُ، ومات بالسُّرَايَةَ، حيث لا ضَمَانَ؛ لأن ابتداء الجِنَايَةِ غير مضمونٍ هناك، وها هنا ابتداء الجِنَايَةِ مضمونٌ.

ولو حصل العتق بالتقاص، فالحكم كما لو حصل بالأداء، ولا يمنع من التقاص كون الدية إبلاً، فإن الجواب في الابتداء بنصف القيمة، والتقاص حينئذ يحصل.

ثم إذا سرت الجناية بعد العتق، فيجب الفاضل من الإبل.

وإذا عفا المكاتب عن المال، ولم نصح عفوهُ على ما فصلنا، ثم عتق قبل أخذ المال؛ فهل له أخذه؟ فيه قولان:

أصحهما: وهو المنصوص: نعم، وذلك العفو كان لأغياً، وربما بُني القولان على أن تصرفات المفلِسِ باطلة، أو موقوفة أو منتظرة. ولو جنى على طرف المكاتب عبده فله القصاص، فإن كانت الجناية خطأ، أو عفاً، فلا يثبت له على عبده مال. وهل له أن يبيع منه (٢) بقدر الأرش؟ فيه الوجهان المذكوران؛ فيما إذا جنى ابن المكاتب الذي يكاتب عليه على عبده آخر له؛ هذا تمام القول في الجناية على طرف المكاتب.

وإن كانت الجناية على نفسه، فتنسخ الكتابة، ويموت رقيقاً.

ثم إن قتل السيد، فليس عليه إلا الكفارة، وإن قتل أجنبي، فللسيد القصاص، أو القيمة، وله أخذ أكسابه أيضاً، ويأخذ ذلك بحكم الملك، لا بطريق الإرث.

وفي طريقة الصيدلاني أن عند أبي حنيفة: إذا كان الأرش وإفياً بالنجوم، وزائداً عليها حكماً بأنه مات حراً، وأخذ من سيده باقي قيمته. والله أعلم.

وقد انتهى الكلام فيما يتعلق بالفضل. وعليك أن تتأمل صورته في الكتاب وتترنل كل شيء منها مترنلة.

فروع مشورة نختم بها الكتاب:

عن «الأم» أنه إذا جنى السيد على طرف المكاتب، وكان الأرش مثل النجوم، وحكمنا بالتقاص، وحصول العتق، ثم عاد السيد وجنى عليه جنابة أخرى توجب القصاص، فهي جنابة على حر، فإن قال: لم أعلم بأنه يحصل التقاص والعتق، لم

(٢) في ز: فيه.

(١) سقط في: ز.

يُقْبَلُ منه، كما لو قتل من كان [عبداً]<sup>(١)</sup> فعتق، وقال: لم أعلم أنه عتق.

قال الربيع: وفيه قول آخر أنه يُؤْخَذُ منه دِيَةٌ حُرٌّ ولا قِصَاصَ لِلشُّبْهَةِ. إذا قال المُكَاتَبُ: إن عَجَزْتُ عن التُّجُومِ بعد وَفَاتِي، فأنت حُرٌّ صَحَّ التَّغْلِيْقُ، ثم إن قال المُكَاتَبُ قبل الحُلُولِ: عَجَزْتُ لم يعتبر قوله. وإن كان بعد الحُلُولِ ووجد في يده ما يقي بالواجب، فلا عَجَزَ أيضاً، وإن لم يوجد صُدِّقَ بِيَمِينِهِ.

عن «الأم» أنه إذا عَتَقَ المُكَاتَبُ، واختلف هو ومن جَنَى عليه، فقال المُكَاتَبُ: كنت حُرّاً عند الجَنَائَةِ. وقال الجاني: بل مُكَاتَباً، فَيُصَدِّقُ الجاني مع يَمِينِهِ، فإن شَهِدَ السَّيِّدُ لِلْمُكَاتَبِ، قبلت شَهِادَتُهُ، ويأتي بِشَاهِدٍ آخر. يقبل إقرار المكاتب بِدُيُونِ المُعَامَلَاتِ، وبِالْبَيْعِ، وما يَقْدِرُ على إِنْشَائِهِ وفي كتاب القاضي ابن كَجَّ أنه إن قال: بَعْتُ هذه السُّلْتَةَ، وهذا ثَمَنُهَا يُقْبَلُ إقْرَارُهُ. وإن قال: بَعْتُهَا، وتَلَفَ الثَّمَنُ في يَدِي. ففي القَبُولِ قولان. وإن أقر بِدَيْنِ جَنَائَةٍ؛ فهل يُقْبَلُ على السَّيِّدِ؟ فيه قولان:

قال في «التهديب»: أصحهما: أنه يقبل، ويؤدِّي مما في يده كدَيْنِ المُعَامَلَةِ، لكن لو كان ما أقر به أَكْثَرَ من قِيمَتِهِ لا يلزم إلا قَدْرَ قِيمَتِهِ، بخلاف دَيْنِ المُعَامَلَةِ، فإن لم يَكُنْ في يده شيء، بيع في دَيْنِ الجَنَائَةِ.

والثاني: وهو الذي أوردَهُ جَمَاعَةٌ؛ أنه لا يقبل في حَقِّ السَّيِّدِ، فإنه لم يسلط عليه بعقد الكتابة [فإن قبلنا إقْرَارَهُ، فعجز قبل أن يُؤْخَذَ دَيْنُ الجَنَائَةِ، فقولان:

أحدهما: ببيع<sup>(٢)</sup> فيه؛ لأنه أقر في وقت كان إقْرَارُهُ مَقْبُولاً. والثاني: لا يباع، ويكون في ذِمَّتِهِ إلى أن يعتق؛ لأنه بالعَجَزِ صارت رَقَبَتُهُ لِلسَّيِّدِ، فصار كما لو أقر بعد العَجَزِ، ولا يقبل إقرار السيد على المُكَاتَبِ بِالجَنَائَةِ، لكن لو عَجَزَ أَخَذَ السَّيِّدُ بِإقْرَارِهِ.

ولو قال: كان قد جَنَى قبل الكِتَابَةِ، لم يقبل على المُكَاتَبِ أيضاً؛ لخروجه عن يده بِالكِتَابَةِ، كما لو خَرَجَ عن يده بِالْبَيْعِ.

إذا مات سَيِّدُ المُكَاتَبِ؛ فقد عَرَفَتْ أن الكِتَابَةَ لا تَرْتَفِعُ، ويحصل العِتْقُ بِالْأَدَاءِ إلى الوَارِثِ، فإن كان له وَاِثْنَانِ، لم يُعْتَقَ، إلا بالدَّفْعِ إِلَيْهِمَا حَقَّهُمَا.

وإن كان الوَارِثُ صَغِيرًا، أو مَجْنُونًا، لم يُعْتَقَ، إلا بالدَّفْعِ إلى الأب، أو الجد، أو الوَصِيِّ، أو القَائِمِ. فإن كان قد أوصى إلى ابْنَيْنِ، لم يُعْتَقَ إلا بالدَّفْعِ إِلَيْهِمَا، إلا إذا تَبَيَّنَ لكل واحد منهما الاستِثْلَالُ. وإذا كان على المَيِّتِ دَيْنٌ أو أَوْصَى بِوَصَايَا [متفرقة]<sup>(٣)</sup> فإن كان الوَارِثُ وَصِيًّا في قضاء الدَّيْنِ، وتَنْفِيذِ الوَصَايَا، عَتِقَ بالدَّفْعِ إِلَيْهِمَا،

(٢) سقط في: ز.

(١) في ز: عبيداً.

(٣) سقط في: ز.

والأ قد أوصى إلى غيره فيجمع بينه وبين الورثة، ويدفعها إليهم.

وإن لم يُوصى إلى أحد، قام القاضي مقام الوصي، ولو دَفَع إلى الغريم لم يُعْتَق، وإن دَفَع إلى الوارث، فإن قَضَى الدَّيْنَ والوَصَايَا، عُتِقَ، وإلا وجب الضَّمَانُ على المُكَاتَبِ، ولم يُعْتَق. هكذا ذكر صاحب «التهذيب».

وعن القاضي أبي الطيب أنه إذا كان الدَّيْنُ مُسْتَعْرِقاً لِلتَّرِكَةِ، بَرَىءَ المُكَاتَبُ بالدَّفْعِ إلى الغريم<sup>(١)</sup>. وإن كان قد أوصى بالثُّجُومِ لِإِنْسَانٍ، فَيُعْتَقُ بالدفع إليه. وإن أوصى بها لِلْفُقَرَاءِ، أو الْمَسَاكِينِ، فَيَدْفَعُهَا إلى مَنْ أوصى إليه بِتَفْرِيقِهَا، أو إلى الْحَاكِمِ.

وإن أوصى بِقَضَاءِ الدَّيْنِ منها، تَعَيَّنَ صرفها<sup>(٢)</sup> إليه؛ فهو كما لو أوصى بها لِإِنْسَانٍ. إذا مات السَّيِّدُ والمُكَاتَبُ، ممن يعتق على الوارث، عُتِقَ عليه، خِلافاً لِأَبِي حَنِيفَةَ. ولو نكح الابن مُكَاتَبَةً أَبِيهِ، ثم مات الأب، والابن وارث، انْفَسَخَ النِّكَاحُ؛ لأنه مِلْكٌ زَوْجَتُهُ. وكذا لو مات السَّيِّدُ، وَبَنَتْهُ تحت مُكَاتَبَتِهِ، فورثت زَوْجَهَا، خِلافاً لِأَبِي حَنِيفَةَ، وسَلِمَ أنه لو مات وله بِنْتُ وَمُكَاتَبٌ، لا يجوز لِلْمُكَاتَبِ أن يَنْكِحَهَا، وذلك يَدُلُّ على أنها تَمْلِكُهُ.

ولو اشترى المُكَاتَبُ زَوْجَتَهُ الأُمَّةَ من السَّيِّدِ، أو غيره، أو اشترت المُكَاتَبَةُ زَوْجَهَا يَنْفَسِخُ النِّكَاحُ، خِلافاً لِأَبِي حَنِيفَةَ - رحمه الله تَعَالَى -.

(١). سكت المصنف عن الترجيح، قال الشيخ البلقيني: ما نقله عن القاضي أبي الطيب قد نص الشافعي عليه في الأم في باب ميراث سيد المكاتب، ولفظه: وإذا دفع المكاتب كتابته إلى قوم أثبتوا على سيده ديونهم عتق إن لم يكن في كتابته فضل عن دينهم، لكن هذا النص لا يشترط استغراق الدين للتركة بل للكتابة ولكن الأول هو المراد.

قال في الخادم بعد حكايته هذا النص: ولعل مأخذ الخلاف أن الدين ما يمنع انتقال التركة إلى الوارث بقدر الدين أم بالجميع، والصحيح بالجميع كما سبق في الرهن، ثم هذا كله إذا دفعه إلى الغريم لا بإذن الوارث، فإن دفعه بإذنه فلا شك في الإعتاق.

وقال الشيخ البلقيني ما ذكره البغوي يقال عليه إن كان قبض الوارث صحيحاً في الابتداء فكيف قال آخر ألا يعتق المكاتب وإن كان في الابتداء غير صحيح، فإذا قضى الوارث الدين والوصايا لم قلت يعتق المكاتب بقبض غير صحيح وجوابه أنا نقول هو صحيح في الابتداء وليس كبيع الوارث مع وجود الدين المقارن لأن ذلك تفويت ولكنه إذا لم يقض الدين بان أن المكاتب لم يعتق لأن الدين الذي عليه كان مرهوناً عند أصحاب الديون وهنا بالشرع نظراً للميت فلما قبض الوارث كان قد قبض بالملك، فلما لم يحصل المقصود لم يعتق المكاتب كما لو بيع المرهون بإذن المرتهن للوفاء فتلف الثمن المعين قبل القبض يعود الرهن. انتهى.

(٢) في أ: تفرقها.

## كِتَابُ عِتْقِ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ

قَالَ الْعَزَلِيُّ: وَمَنْ اسْتَوْلَدَ جَارِيَتَهُ فَأَنْتَ بِوَلَدِ ظَهَرَ عَلَيْهِ خِلْفَةُ الْأَدَمِيِّ إِمَّا حَيًّا وَإِمَّا مَيِّتًا عِتَقَتْ عَلَيْهِ إِذَا مَاتَ، وَلَا يَجُوزُ بَيْنُهَا قَبْلَ الْمَوْتِ عَلَى الْجَدِيدِ، وَكَذَا لَا يَبِيعُ وَلَدَهَا مِنْ زَنًا أَوْ نِكَاحٍ إِذَا حَصَلَ بَعْدَ الْأَسْتِيلَادِ وَيُعْتَقُونَ أَيْضًا بِمَوْتِهِ، وَلَهُ إِجَارَتُهَا وَأَسْتِخْدَامُهَا وَوَطْؤُهَا، وَلَهُ أَنْ يُزَوِّجَهَا بِغَيْرِ رِضَاهَا، وَقِيلَ: لَا يَجُوزُ إِلَّا بِرِضَاهَا، وَقِيلَ: لَا يَجُوزُ بِرِضَاهَا أَيْضًا إِلَّا بِمَرَاةِ الْقَاضِي، وَلَهُ أَرْضُ الْجَنَائِبِ عَلَيْهَا وَعَلَى أَوْلَادِهَا، وَمَنْ غَصَبَهَا فَتَلَفَتْ فِي يَدِهِ ضَمِنَهُ لِأَنَّهَا كَالرَّقِيقَةِ إِلَّا فِي الْبَيْعِ، وَلَوْ شَهِدَ رَجُلَانِ عَلَى إِفْرَارِهِ بِالْأَسْتِيلَادِ وَحَكَمَ بِهِ فَرَجَمَا غُرْمًا بَعْدَ مَوْتِهِ لِلْوَرْتَةِ عِنْدَ عِتْقِهَا وَلَمْ يُغْرَمَا فِي الْحَالِ لِأَنَّهَا مَا أَرَا إِلَّا سُلْطَنَةَ الْبَيْعِ وَلَا قِيمَةَ لَهُ.

قَالَ الرَّافِعِيُّ: عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «أَيُّمَا أُمَّةٍ وَلَدَتْ مِنْ سَيِّدِهَا فَهِيَ حُرَّةٌ عَنْ دَبْرِ مِنْهُ»<sup>(١)</sup>. وَعَنْ ابْنِ عَمْرٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا - أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «إِذَا أَوْلَدَ الرَّجُلُ أُمَّتَهُ، وَمَاتَ عَنْهَا فَهِيَ»<sup>(٢)</sup> حُرَّةٌ.

وَلَدُ الرَّجُلِ مِنْ أُمَّتِهِ يَنْعَقِدُ حُرًّا، وَتَصِيرُ الْأُمَّةُ بِالْوِلَادَةِ مُسْتَوْلَدَةً تُعْتَقُ إِذَا مَاتَ السَّيِّدُ<sup>(٣)</sup>، وَيَكُونُ عِتْقُهَا مُقَدَّمًا عَلَى حُقُوقِ الْغُرْمَاءِ فَضْلًا عَنِ الْوَصَايَا، وَحُقُوقِ الْوَرَثَةِ،

(١) رواه أحمد وابن ماجه [٢٥١٥] والدارقطني [١٣٢/٤ - ١٣٣] والحاكم [١٩/٢] والبيهقي، وله طرق، وفي إسناده الحسين بن عبد الله الهاشمي وهو ضعيف جداً، وفي رواية للدارقطني والبيهقي من حديث ابن عباس أيضاً: أم الولد حرة، وإن كان سقطاً، وإسناده ضعيف أيضاً، والصحيح أنه من قول ابن عمر.

(٢) رواه الدارقطني والبيهقي [٣٤٢/١٠ - ٣٤٣] مرفوعاً وموقوفاً، قال الدارقطني [١٣٥/٤]: الصحيح وقفه عن ابن عمر عن عمر، وكذا قال البيهقي وعبد الحق، وكذا رواه مالك في الموطأ موقوفاً على عمر، وقال صاحب الإلمام، المعروف فيه الوقف، والذي رفعه ثقة، قيل: ولا يصح مسنداً. قاله الحافظ مع التلخيص.

(٣) تعبيره «بولد الرجل» يتناول بإطلاقه ما لو استدخلت ذكره وهو نائم أو مغمى عليه أو سكران أو استدخلت ماءه المحترم أنه ينعقد الولد حراً وتصير الأمة بالولادة أم ولد، وقال الأذرعى: إنه الذي يظهر.



وينزل الاستيلاء منزلة الاستيلاء، حتى أن استيلاء المريض مَرَضَ المَوْتِ، كاستيلاء الصَّحِيحِ فِي التُّفُوذِ مِنْ رَأْسِ المَالِ، كإفراق المَالِ، فِي الكَفَّارَاتِ<sup>(١)</sup> والشَّهَوَاتِ.

وكما يَثْبُتُ الاستيلاءُ بِانْفِصَالِ الوَلَدِ الكَامِلِ، يَثْبُتُ بِإِلْقَاءِ المُضْعَةِ الَّتِي ظَهَرَتْ فِيهَا خِلْقَةُ الأَدَمِيِّينَ، أَوْ ظَهَرَ فِيهَا التَّخْطِيطُ لِكُلِّ أَحَدٍ، أَوْ لِلْقَوَائِلِ، وَأَهْلِ الخُبْرَةِ مِنَ النِّسَاءِ.

وإن لم يظهر وَقَلْنَ: إن ما أَلَقْتَهُ أَضَلُّ الأَدَمِيِّ، ولو بقي لتصور فالأصح أنه لا يثبت به الاستيلاء، وقد ذَكَرْنَا فِيهِ مِنَ الطَّرِيقِ فِي «كِتَابِ العِدَّةِ» وَغَيْرِهِ.

ثم الكَلَامُ فِي صُورِ تَعَلُّقِ بِأَحْكَامِ المُسْتَوْلَدَةِ:

منها: لا يَجُوزُ بَيْعُ المُسْتَوْلَدَةِ، وَلَا رَهْنُهَا، وَلَا هِبَتُهَا، وَلَا الوَصِيَّةُ بِهَا؛ لِمَا رَوَى عَنْ ابْنِ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا - أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «أُمُّ الوَلَدِ لَا تُبَاعُ، وَتُعْتَقُ بِمَوْتِ سَيِّدِهَا»<sup>(٢)</sup> وَيُقَالُ: إِنَّ الصَّحَابَةَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ - اتَّفَقَتْ عَلَيْهِ فِي عَهْدِ عُمَرَ، وَعِثْمَانَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا - وَمَشْهُورٌ عَنْ عَلِيٍّ - كَرَّمَ اللهُ وَجْهَهُ - أَنَّهُ قَالَ: اجْتَمَعَ رَأْيِي وَرَأْيُ عُمَرَ عَلَى أَنَّ أُمَّهَاتِ الأَوْلَادِ لَا يَبْعَنَ.

ويروى على عتق أمهات الأولاد، ثم رأيت بعد ذلك أن أفضي ببنيهن، فقال عبيدة السلماني رأيت مع رأي عمر أحب إلينا من رأيك وحدك. فيقال: إنه رجع عن ذلك. وعن الشافعي - رضي الله عنه - ميل القول في بيعهن في مواضع واختلف فيه الأَصْحَابُ - رَحِمَهُمُ اللهُ - فَذَهَبَ مُعْظَمُهُمْ إِلَى أَنَّهُ لَيْسَ لِلشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - فِيهِ اخْتِلَافٌ قَوْلٍ، وَأَسَارَ بِمِيلِ القَوْلِ إِلَى مَا رُوِيَ فِي تَجْوِيزِهِ عَنْ عَلِيٍّ وَابْنِ الزُّبَيْرِ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا -

= وقال الشيخ البلقيني في تصحيح المنهاج: يستثنى منه المكاتب إذا أحبل أمته والراهن المعسر إذا أحبل أمته المرهونة الرهن اللازم بالقبض ومالك الجانية المعسر الجانية جناية توجب مالا متعلقا برقبته، والوارث إذا أحبل أمة التركة التي انتقلت إليه وحده وهو معسر، والجارية المنذور التصدق بها أو قيمتها والجارية الموصى بإعتاقها الخارجة من الثلث، ثم قال: وأما المبعوض إذا ملك أمة ببعضه الحر ثم وطئها فأحبلها وأنت بولد فنص الشافعي في الأم أنها لا تصير أم ولد، ثم حكى قولاً آخر ثم اختار أنه يثبت الاستيلاء وأن الماوردي جزم بذلك ثم قال ويستثنى من كلامه يعني المنهاج الصبي إذا استكمل تسع سنين إذا وطئ أمته فولدت لأكثر من ستة أشهر لحقه ولا يحكم ببلوغه مع أنه يختار ثبوت الاستيلاء، وقول المصنف «أتمته» أي وكذا المشتركة إذا استولدها الشريك وكان موسراً بحصة الشريك فإن كان معسراً فيثبت الاستيلاء في حصته خاصة وأفهم كلامه أيضاً أنه لا يثبت الاستيلاء بإحبال أمة غيره ويستثنى منه إذا أحبل السيد أمة مكاتبه وكذا إذا أحبل الأب الحر أمة فرعه ولم تكن مستولدة فرعه فإنه يثبت الاستيلاء.

(١) في الروضة: اللذات.

(٢) أخرجه الدارقطني بمعناه، وقد سبق إسناده.

الله عنهم - ومنهم من قال جَوَزَهُ فِي الْقَدِيمِ<sup>(١)</sup>، وقد يُوَجِّهُ ذَلِكَ بِمَا رُوِيَ عَنْ جَابِرٍ قَالَ: كُنَّا نَبِيعُ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ فِي عَهْدِ النَّبِيِّ ﷺ لَا نَرَى بِذَلِكَ بَأْسًا، وَعَلَى هَذِهِ الطَّرِيقَةِ جَرَى فِي الْكِتَابِ فَقَالَ: «وَلَا يَجُوزُ بَيْعُهَا قَبْلَ الْمَوْتِ عَلَى الْجَدِيدِ».

ويجوز إغلامُ قوله: «على الجديد» بالواو للطريقة الأولى، بما حكى الإمام في التفریع على القديم وجهين:

فمن صاحب «التقريب»، والشيخ أبي علي - رحمهما الله - أنها اشتملت على ولده ونقضته وهي رقيقة، كما كانت، ولا تُعتق بموت السيد وعن الشيخ أبي محمد والصيدلاني - رحمهم الله - أنها تُعتق بالموت، وإن جَوَزْنَا بَيْعَهَا فِي الْحَيَاةِ كَالْمُدَبِّرِ.

وقال: ويجوز أن يقول هو: لا تُعتق من رأس المال، ويجوز أن يجعلوا عتقها كعتق المدبر. والوجه الأول يُرخص في إغلامِ قوله في الكتاب: «عتقت عليه إذا مات» بالواو.

ولو قلنا: بالصحيح، فلو قَضِيَ قَاضٍ بِجَوَازِ بَيْعِهَا؛ فَحِكَايَةُ الرُّوْيَانِيِّ عِنْدَ الْأَصْحَابِ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - أَنَّهُ يُنْقَضُ قَضَاؤُهُ، وَمَا كَانَ فِيهِ مِنْ خِلَافٍ، فَقَدْ انْقَطَعَ، وَصَارَ مَهْجُورًا. وَبِهَذَا أَجَابَ الدَّارِكِيُّ. وَنَقَلَ الْإِمَامُ فِيهِ اخْتِلَافًا لِلْأَصْحَابِ، وَذَكَرَ أَنَّ الشَّيْخَ أَبِي عَلِيٍّ بَنَاهُ عَلَى أَنَّ مَخَالَفَةَ عَلِيٍّ - كَرَّمَ اللَّهُ وَجْهَهُ - كَانَتْ قَبْلَ انْتِقَاضِ الْعَصْرِ، وَلِلْأَصُولِيِّينَ خِلَافٌ فِي أَنَّهُ: هَلْ يُشْتَرَطُ لِحُصُولِ الْإِجْمَاعِ انْتِقَاضُ الْعَصْرِ؟ فَإِنْ قُلْنَا: لَا يُشْتَرَطُ؛ نُقِضَ الْقَضَاءُ بِجَوَازِ الْبَيْعِ.

وإن قلنا: يُشْتَرَطُ؛ لَمْ يُنْقَضْ. وَيَجُوزُ أَنْ يَبْنَى الْخِلَافُ عَلَى مَا ذَكَرَ الصَّيْدَلَانِيُّ أَنَّ لِأَصْحَابِنَا وَجْهَيْنِ فِي أَنَّهُ إِذَا اخْتَلَفَ الصَّحَابَةُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ فِي مَسْأَلَةٍ، ثُمَّ أَجْمَعَ الْبَاقُونَ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ؛ هَلْ يَرْفَعُ بِهِ الْخِلَافَ الْأَوَّلَ، وَيَبِيعُ الْمَسْتَوْلَدَةَ - وَإِنْ اخْتَلَفَ فِيهِ الصُّدُرُ الْأَوَّلُ - فَقَدْ أَجْمَعَ أَهْلُ الْعَصْرِ الثَّانِي عَلَى مَنْعِهِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - أَجْمَعِينَ.

ومنها: أولاد المستولدة من السيد لا تخفى حرثتهم، والذين حَدَثُوا مِنَ النِّكَاحِ أَوْ

(١) قال في الخادم: محل الخلاف في البيع إنما هو بعد الوضع وكذا قاله ابن حزم في كتاب الأحكام فقال وأجمعوا على منع بيعهن إذا حملن من ساداتهن وإنما اختلفوا في بيعهن بعد الوضع وقد احتج أبو العباس بن سريج في كتاب الودائع على منع البيع باتفاق الأمة على أنها لا تباع في حال الحمل فدلالة اتفاقهم قاضية على حكم ما اختلفوا فيه في حال الولادة وقد ينقض هذا بالحامل بحد من وطء شبهة لا تباع قبل وضعه وتباع بعده ويحكى أن أبا بكر محمد بن داود ناظر ابن سريج في هذه المسألة فقال أجمعنا على أنها كانت أمة تباع فمن ادعى أن هذا الحكم يزول بولادتها فعليه الدليل.

فقال ابن سريج أجمعنا على أنها إذا كانت حاملاً لا تباع فمن ادعى أنها تباع إذا انفصل الحمل فعليه الدليل فهت أبو بكر.

الزنا حكمهم حُكْمُ الأُمِّ؛ لأن الولد يتبع الأُمِّ في الحرِّيَّةِ، فكذلك في حَقِّ الحرِّيَّةِ، ولا يجيء فيهم الخِلافُ المذکورُ في وَلَدِ المُدَبِّرَةِ والمكاتبَةِ، فإن الاستيلاءَ أقوى؛ لأنه لا يُرْفَعُ بِحَالٍ. والتدبيرُ والكِتابَةُ يُقْبَلَانِ الرِّفْعَ، فليس للسَّيِّدِ بِيَعُوهُمْ، وَيُعْتَقُونَ بِمَوْتِهِ وإن كانت الأُمُّ قد ماتت في حَيَاةِ السَّيِّدِ.

ولو أعتق السَّيِّدُ الأُمِّ، لم يعتق الولدُ، وكذا حكم العكس، كما في التدبير، بخلاف ما إذا أعتق المُكاتبَةَ، يعتق وَلَدُهَا؛ لما سَبَقَ. ولو ولدت (١) المُستَوْلَدَةَ من وطء شُبْهَةٍ، فإن كان الواطئُ يَعْتَقِدُ أنها زَوْجَتُهُ الأُمُّ، فالولدُ رَقِيقٌ للسَّيِّدِ كالأُمِّ، وهو كما لو أتت به من نِكَاحٍ أو زِنَا، وإن كان يَعْتَقِدُ أنها زَوْجَتُهُ الحرَّةُ، أو أُمَّتُهُ، فينعتق الولدُ حرًّا، وعليه قِيمَتُهُ للسَّيِّدِ.

وأما الأولاد الحاصِلُونَ قبل الاستيلاءِ من النِكَاحِ أو الزِنَا، فليس لهم حُكْمُ الأُمِّ، وللسَّيِّدِ بِيَعُوهُمْ إذا ولدوا في مَلِكِهِ، ولا يُعْتَقُونَ بِمَوْتِهِ؛ لِحُدُوثِهِ قبل أن يَثْبُتَ للأُمِّ حَقُّ الحرِّيَّةِ. ومنها: المُستَوْلَدَةُ فيما سِوَى نَقْلِ المَلِكِ فيها كَالقِتَّةِ، فله إِجَارَتُهَا واستِخْدَامُهَا وَوَطُؤُهَا.

وعن مالك: المَنعُ من إِجَارَتِهَا. واحتج الأَصْحَابُ بأنه يملك استِخْدَامُهَا، فيملك إِجَارَتِهَا كالمُدَبِّرَةِ، وله أَرْشُ الجِنَايَةِ عَلَيْهَا، وعلى أولادها [التابعين] (٢) لها، وقِيمَتُهَا إذا قتلوا ومن غَضِبَ المُستَوْلَدَةَ [قتلت] (٣) من يَدِهِ ضَمِنَهَا كَالقِتَّةِ.

ومسألةُ العَضْبِ مُكْرَرَةٌ أَوْزَدَهَا في «العَضْبِ» مَرَّةً، [وقد ذكرنا] (٤) هناك خِلافَ أَبِي حَنِيفَةَ - رحمه الله - فيها. ولو شَهِدَ شاهِدَانِ على إِقْرَارِ السَّيِّدِ بالاستيلاءِ، وحكم القاضي بِشَهَادَتَيْهِمَا، ثم رجعا.

فعن الشيخ أَبِي عَلِيٍّ أَنَّهُمَا لا يُعْرَمَانِ شَيْئاً؛ لأن المَلِكَ باقٍ في المُستَوْلَدَةِ، ولو لم ينويا إِلا سُلْطَنَةَ التَّبِعِ، ولا قِيمَةَ لها على تَجَرُّدِهَا وليس هذا كِبَاقِي العَبْدِ من يَدِ الغَاصِبِ، في أنه في عَهْدِهِ ضَمَانٌ يَدِهِ حتى يَعودَ المَعْضُوبُ إلى مُسْتَحَقِّهِ.

قال الإمامُ: وإذا مات السَّيِّدُ، ومات المَلِكُ، فالذي نَرَاهُ أن عليهما العُرْمُ لِلوَرَثَةِ؛ لأن هذه الشَّهَادَةَ لا تَنحَطُّ عن الشَّهَادَةِ على تعليق العِتْقِ. ولو شَهِدَ على التَّغْلِيْقِ فوجدت الصِّفَّةُ، وحكمنا بِشَهَادَتَيْهِمَا، ثم رَجَعَا لزمهما العُرْمُ (٥).

(١) في أ: أولدت.

(٢) في ز: البالغين.

(٣) في ز: فبلغت.

(٤) في ز: فذكرنا.

(٥) قال في الخادم: هذا مخالف لما نقله في باب الرجوع عن الشهادة حيث قال ومن الفرع الثاني العتق فإذا شهدا على عتق عبد وقضى القاضي ثم رجعا غرما قيمة العبد ولم يرد العتق ولا فرق بين أن يكون المشهود بعته قناً أو مدبراً أو مكاتباً أو أم ولد، هذا لفظه، انتهى.

ومنها: في تزويج المُستولدة ثلاثة أقوال:

أصحهما: وبه قال أبو حنيفة، واختاره المُزني -: أن للسيد الاستقلال به، كما في القِئّة؛ لأنه يملك إجارتها، فيملك تزويجها، ولأنه يحل له الاستمتاع بها؛ فيجوز له التزويج كالمُدبرة.

والثاني: قال في القديم: لا يزوجه إلا برضاها؛ لأنه يثبت لها حق حرية لا يملك إبطالها، فلا يزوجه إلا برضاها كالمكاتبة.

والثالث: ليس له تزويجها، وإن رضيت؛ لأن ملك السيد فيها ضعيف وهي ناقصة في نفسها، فصار كتزويج الأخ والعم الصغير.

وعلى هذا؛ فهل يزوجه القاضي؟ فيه وجهان:

عن أبي إسحاق والإضطخري: نعم، ولا بد من رضا السيد؛ لأن المهر له، ومن رضاها؛ لأن الاستمتاع بها.

وعن ابن أبي هريرة: المنع؛ فإن الحاكم يدل عن السيد، فإذا لم يملك السيد، فالحاكم أولى. ويجري الخلاف في تزويج بنت المُستولدة؛ فإذا جوزنا، فلا حاجة إلى الاستبراء، بخلاف ما في المُستولدة، فإنها كانت فرأشاً له.

وابن المُستولدة لا يجبره السيد على النكاح، وليس له أن ينكح بغير إذن السيد، فإن أذن؛ ففيه وجهان<sup>(١)</sup> تخريجاً من الخلاف في تزويج المُستولدة ذكره الروياني في «الكافي»، وقد عرفت بما ذكرنا أن قوله في الكتاب: «وقيل لا يجوز إلا برضاها».

وقوله: «وقيل يجوز برضاها» أيضاً، يجوز إعلامهما بالحاء، وهما قولان لا وجهان، ويقال: إن الآخر مُخرَج. وقوله: «إلا بمراجعة القاضي»؛ يوافق المنقول عن أبي إسحاق والإضطخري - رحمهما الله -.

قال العزالي: (فرعان: أحدهما:) لو نكح جارية فولدت ولداً رقيقاً ثم اشتراها لم تصر أم ولد له، ولو ولدت منه ولداً آخر في نكاح غرور أو وطء شبهة ثم اشتراها فهل تعتبر مُستولدة عليه؟ فيه قولان.

قال الرافعي: إذا زنا إنسان بأمه، وأنت بولد من الزنا، ثم ملكها لم تصر أم ولد له، ولو ملك ذلك الولد، لم يعتق عليه. وعند أبي حنيفة: يعتق عليه؛ لأنه مُنعقد من مائه.

ولو أَوْلَدَ أُمَّةً الْغَيْرِ بِالنِّكَاحِ، ثُمَّ مَلَكَهَا بِشِرَاءٍ، أَوْ غَيْرِهِ، لَمْ تَصِيرَ أُمٌّ وَلَدَ لَهُ أَيْضاً<sup>(١)</sup>؛ لأنها علقت منه برقيق، والاستيلاء إنما يثبت تبعاً لحرية الولد، وإلى ذلك أشار بقوله ﷺ في مارية: «أَعْتَقَهَا وَلَدَهَا»<sup>(٢)</sup>، ولو ملكها وهي حاملة منه، فكذلك الحكم.

وقال أبو حنيفة - رحمه الله - : تَصِيرُ أُمٌّ وَلَدَ لَهُ فِي الصُّورَتَيْنِ. ويروى تخصيص الاستيلاء بما إذا مَلَكَهَا حَامِلاً، وَوَلَدَتْ عِنْدَهُ، وبه قال مالك والمُزَنِّي - رحمهما الله - ولا شك أن الولد يعتق عليه ملكه حملاً أو بعد الانفصال.

قال الصَّيْدَلَانِيُّ: وصورة ملكها حاملاً، أن تَضَعَ قَبْلَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ مَلَكَهَا، أَوْ الْأَيَّامَ بَعْدَ الْمَلِكِ، وتلد لِمَا دُونَ أَرْبَعِ سَنِينَ فَأَمَّا إِذَا وَطَّئَهَا بَعْدَ الْمَلِكِ، وَوَلَدَتْ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ الْوَطْءِ؛ فَيُحْكَمُ بِحُضُورِ الْعُلُوقِ فِي مَلِكِ الْيَمِينِ، وَيُثْبِتُ الْاِسْتِيْلَادَ، وَحُرْمَةَ الْوَلَدِ، وَإِنْ أَمَكُنَ أَنْ يَكُونَ سَابِقاً عَلَيْهِ.

ولو اسْتَوْلَدَ أُمَّةً الْغَيْرِ بِالشُّبْهَةِ، ثُمَّ مَلَكَهَا، يَنْظُرُ؛ إِنْ وَطَّئَهَا عَلَى ظَنِّ أَنَّهَا زَوْجَتُهُ الْمَمْلُوكَةَ، فَالْوَلَدُ رَقِيقٌ، وَلَا يَثْبِتُ الْاِسْتِيْلَادَ. وَإِنْ وَطَّئَهَا عَنْ ظَنِّ أَنَّهَا زَوْجَتُهُ الْحُرَّةَ، أَوْ أُمَّتَهُ، فَالْوَلَدُ حُرٌّ. وَفِي ثُبُوتِ الْاِسْتِيْلَادِ قَوْلَانِ، وَكَذَا لَوْ نَكَحَ أُمَّةً غُرٌّ بِحَرِيَّتِهَا، فَأَوْلَدَهَا فَالْوَلَدُ حُرٌّ، وَفِي ثُبُوتِ الْاِسْتِيْلَادِ إِذَا مَلَكَهَا إِذَا مَلَكَهَا قَوْلَانِ.

[ويجريان]<sup>(٣)</sup> فيما لو اشترى أُمَّةً شِرَاءً فَاسْتَبَدَّ وَأَوْلَدَهَا عَلَى ظَنِّ الصَّحَّةِ:

(١) يستثنى من ذلك من غر بحرية أمة فنكحها فإن الولد حر كما ذكره الشيخ هنا وفي باب الخيار في النكاح.

واستثنى الشيخ البلقيني ما إذا نكح حر جارية أجنبي ثم ملكها ابنه فإنه لا ينفسخ النكاح على الأصح، فلو أَوْلَدَهَا فَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ يَثْبِتُ الْاِسْتِيْلَادَ وَيَنْفَسَخُ النِّكَاحَ وَمَالَ إِلَيْهِ الْإِمَامُ وَقَالَ الشَّيْخُ أَبُو حَامِدٍ وَمَنْ تَبِعَهُ وَالشَّيْخُ أَبُو عَلِيٍّ لَا يَثْبِتُ الْاِسْتِيْلَادَ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِرَقِّ وَلَدِهِ حِينَ نَكَحَهَا وَالْأَرْجَحُ عِنْدَنَا مَا قَالَهُ الشَّيْخُ أَبُو مُحَمَّدٍ.

(٢) رواه ابن ماجه [٢٥١٦] من حديث ابن عباس بلفظ: ذكرت أم إبراهيم عند رسول الله ﷺ، فقال أعتقها ولدها، وفي إسناده حسين بن عبد الله وهو ضعيف جداً، قال البيهقي: وروى عن ابن عباس من قوله، قال وله علة، رواه مسروق عن عكرمة عن عمرو عن خفيف عن عكرمة عن ابن عمر عن عمر، قال فعاد الحديث إلى عمر، وله طريق آخر رواه البيهقي من حديث ابن لهيعة عن عبيد الله بن أبي جعفر: أن رسول الله ﷺ قال لأم إبراهيم: أعتقتك ولدك، وهو معضل، وقال ابن حزم، صح هذا مسند رواه ثقات عن ابن عباس، ثم ذكره من طريق قاسم بن أصبغ عن محمد بن مصعب عن عبيد الله بن عمرو وهو الرقي، عن عبد الكريم الجزري عن عكرمة عن ابن عباس، وتعقبه ابن القطان بأن قوله عن محمد بن مصعب خطأ، وإنما هو عن محمد وهو ابن وضاح، عن مصعب وهو ابن سعيد المصيصي وفيه ضعف.

(٣) في ز: ويحرمان.

أحدهما: أنه يثبت؛ لأنها عَلِقَتْ منه بِحُرٍّ، فصار كما لو عَلِقَتْ منه في مِلْكِهِ .  
والثاني: لا يَثْبُتُ؛ لأنها عَلِقَتْ منه في غير مِلْكِ اليمين، فهو كما لو عَلِقَتْ منه  
في النِّكَاحِ، أو بالزنا، ولأن الاستيلاءَ لم يَثْبُتْ في الحال، فلا يَثْبُتُ من بَعْدُ، كما لو  
أَعْتَقَ عَبْدَ الْغَيْرِ، ثم مَلَكَهُ .

ولأن الكِتَابَةَ والتَّذْيِيرَ لا يَثْبُتَانِ في مِلْكِ الْغَيْرِ حَالاً ولا مَالاً، فكذلك الاستيلاءُ .  
وهذا<sup>(١)</sup> أظهر القَوْلَيْنِ على ما ذكر الإمام، والموفق ابن طَاهِرٍ في «شرح مختصر  
الجويني» - رحمهم الله - . ورأيت في «تغليقِ الشيخ أبي حَامِدٍ» - رحمه الله - أنه القَوْلُ  
الجديدُ والأوَّلُ القديم .

التفريع: إن أثبتنا الاستيلاءَ إذا مَلَكَهَا، فأولادَهَا الحَادِثُونَ [بعد ذلك من النكاح أو  
الزنا حكمهم حكم الأم حتى يعتقدوا بموت السيد]<sup>(٢)</sup> والحاصلون قبل أن يَمْلِكَهَا ليس  
لهم حُكْمُ الأم، وإن حَصَلُوا بعد الاستيلاءِ؛ لأنهم حَصَلُوا قَبْلَ ثُبُوتِ الْحَقِّ لِلْأُمِّ .

ولو ملكها وهي حَامِلٌ من زَوْجٍ أو زِنَا؛ ففي «فتاوى القاضي الحُسَيْنِ»: أنه لا  
يَثْبُتُ لذلك الوَلَدِ حُكْمُ الأم، بل يكون قِتًا للمشتري؛ اغتیاراً بحالة العلوق .

واعترض عليه بأنه لو اشترى أمة حَامِلاً، يعتق الحَمْلُ الذي هو أخُ المشتري تَبَعاً  
للأُمِّ، وإن كان الأَخُ لا يعتق على الأَخ، فلذلك<sup>(٣)</sup> جَازَ أن يقال: إذا كان الوَلَدُ مُتَّصِلاً،  
يثبت له حُكْمُ الأم. فأجاب بأن هناك تَثْبُتُ حَقِيقَةُ الحَرِيَّةِ، فَيَسْرِي إلى الجَنِينِ،  
والاستيلاءُ حَقُّ الحَرِيَّةِ، فلا يَلْزَمُ أن يَسْرِيَ إلى الجَنِينِ، واستشهد عليه بأن ولد المكاتب  
من أمته يتبعه، لأنه يَثْبُتُ له حَقِيقَةُ المِلْكِ فيه .

وولد المَكَاتِبَةِ لا يَتَّبِعُهَا في قول؛ لأنه لا يَثْبُتُ لها حَقِيقَةُ المِلْكِ فيه، ويجوز أن  
يُعْلَمَ قوله في الكتاب: «لم تصر أم ولد له» مع الحاء بالواو ولأن أبا الفرج الزاز ذكر في  
«أماليه» أن بَعْضَ الْأَصْحَابِ - رحمهم الله - فَرَّجَ فيه قَوْلًا مِثْلَ مذهب أبي حَنِيْفَةَ - رحمه  
الله - أَخَذًا مما إذا أُولَدَ جَارِيَتُهُ المَرْهُونَةَ، وقلنا: لا يثبت الاستيلاءُ، ويبتع في الدين،  
ثم ملكها يوماً من الدهر .

قَالَ الْغَزَالِيُّ: (الثَّانِي: ) مُسْتَوْلَدَةٌ أَسْتَوْلَدَهَا شَرِيكَانِ ثُمَّ قَالَ كُلُّ وَاحِدٍ: وَلَدَتْ أَوْلَادًا  
مِنِّْي فَهِيَ مُسْتَوْلَدَتِي فَقَدْ صَارَتْ مُسْتَوْلَدَةٌ فَإِنْ مَاتَا عُنِقَتْ وَالْوَلَاءُ مُوقُوفٌ، وَإِنْ كَانَا  
مُغْسِرَيْنِ فَيَنْصَفُ الْوَلَاءُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، وَاللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ، وَإِلَيْهِ  
الْمَرْجِعُ وَالْمَأْبُتُ .

(٢) سقط في: ز .

(١) في ز: وهو .

(٣) في ز: فكذلك .

قَالَ الرَّافِعِيُّ: ذَكَرْنَا الْفَرْعَ مُصَوَّرًا فِيمَا إِذَا أَوْلَدَ الشَّرِيكَانِ مُكَاتَبَتَهُمَا، وَالْقِيَّةُ فِي مَعْنَاهَا، فَإِذَا أَتَتِ الْجَارِيَةُ الْمَشْرُوكَةَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الشَّرِيكَيْنِ بِوَلَدٍ، ثُمَّ اخْتَلَفَا، وَهِيَ مُوسِرَانِ، فَقَالَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا: أَنَا أَوْلَدْتُهَا وَلَيْدِي هَذَا أَوْلًا، وَهِيَ مُسْتَوْلِدَتِي، تَفْرِيحًا عَلَى أَنَّ السَّرَايَةَ لَا تَتَوَقَّفُ عَلَى أَذَاءِ الْقِيَمَةِ، فَالْجَارِيَةُ مُسْتَوْلِدَةٌ بِاتِّفَاقِهِمَا لَكِنْ لَيْسَ أَحَدُهُمَا بِالتَّضْيِيقِ بِأَوْلَى مِنَ الْآخَرِ، وَالْقَوْلَانِ مَجْمَلَانِ، فَإِنِ الْفُرْصُ فِيمَا إِذَا تَقَارَبَ الْوَلَدَانِ فِي السَّنِّ، فَيُؤَخِّدَانِ مَعًا بِالْإِتِّفَاقِ عَلَيْهِمَا وَإِذَا مَاتَ أَحَدُهُمَا عَتِقَ نِصْفَهَا مُوَآخَذَةً لِلْآخَرِ بِإِفْرَاقِهِ وَإِذَا مَاتَا عَتِقَ كُلُّهُمَا، وَالْوَلَاءُ مُؤَقَّوفٌ بَيْنَ عَصَبَيْهِمَا.

ولو كانا مُعْسِرَيْنِ، فَهِيَ مُسْتَوْلِدَتُهُمَا، وَإِذَا مَاتَ، فَالْوَلَاءُ بَيْنَ الْعَصَبَيْنِ بِالسُّوْبَةِ. وَفِيهِ مَا سَبَقَ أَنَّ الرَّبِيعَ رَوَاهُ، وَأَنَّ الْأَصْحَابَ - رَحِمَهُمُ اللَّهُ - غَلَطُوا أَوْ أَوْلَوْهُ.

فروع مَثْوُورَةٌ:

إِذَا اسْتَوْلَدَ الْمُرْتَدُ أُمَّتَهُ، صَارَتْ مُسْتَوْلِدَةً<sup>(١)</sup> إِنْ قَلْنَا بِبِقَاءِ مَلِكِهِ، وَإِنْ قَلْنَا بِزَوَالِهِ، لَمْ يَثْبُتِ الْاسْتِيْلَادُ فِي الْحَالِ، فَإِنِ اسْلَمَ فَعَلَى الْقَوْلَيْنِ فِيمَا إِذَا اسْتَوْلَدَ جَارِيَةَ الْغَيْرِ بِالشُّبْهَةِ، ثُمَّ مَلَكَهَا، وَإِنْ تَوَقَّفْنَا فِي الْمَلِكِ تَوَقَّفْنَا فِي الْاسْتِيْلَادِ أَيْضًا.

إِذَا اسْلَمْتَ مُسْتَوْلِدَةَ الْكَافِرِ، أَوْ اسْتَوْلَدَ جَارِيَتَهُ بَعْدَمَا اسْلَمْتَ، فَقَدْ ذَكَرْنَا فِي «الْبَيْعِ» أَنَّهُ لَا سَبِيلَ إِلَى بَيْعِهَا، وَأَنَّهُ لَا يُجْبَرُ عَلَى إِعْتَاقِهَا عَلَى<sup>(٢)</sup> الْأَصْحَحِ، لَكِنْ يُحَالُ بَيْنَهُمَا، وَتَجْعَلُ عِنْدَ امْرَأَةٍ ثَقَّةً، وَكَسْبُهَا لَهُ، وَنَفَقَتُهَا عَلَيْهِ، فَإِنِ اسْلَمَ رُفِعَتْ الْحَيْلُولَةُ، وَإِنِ مَاتَ عَتِقَتْ وَعَنْ مَالِكٍ: أَنَّهَا تُعْتَقُ بِإِسْلَامِهَا.

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: تَسْتَسْعِي بِقَدْرِ قِيَمَتِهَا، فَإِذَا أَذَتْ عَتِقَتْ. وَهَلْ لِلْكَافِرِ تَزْوِيجُهَا؟

إِذَا جَوَزْنَا تَزْوِيجَ الْمُسْتَوْلِدَةِ؛ فِيهِ وَجْهَانِ، حَكَاهُمَا الصَّيْدَلَائِيُّ - رَحِمَهُ اللَّهُ -: أَحَدُهُمَا: وَهُوَ الَّذِي أَجَابَ بِهِ الْقَفَالُ - رَحِمَهُ اللَّهُ -: لَا؛ لِانْقِطَاعِ الْمُوَالَاةِ بِاخْتِلَافِ الدِّينِ.

وَالثَّانِي: نَعَمْ؛ بِنَاءٍ عَلَى أَنَّهُ تَصَرَّفَ بِالْمَلِكِ.

وَذَكَرَ عَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ أَنَّ الْقَاضِي لَا يَزُوجُهَا أَيْضًا.

وَعَنْ أَبِي إِسْحَاقَ: أَنَّ الْحَاكِمَ يَزُوجُهَا إِذَا أَرَادَتْهُ، وَيَكُونُ الْمَهْرُ لَهُ. وَكَذَلِكَ يَزُوجُهَا الْحَاكِمُ إِذَا اخْتَارَ السَّيِّدُ تَزْوِيجَهَا، وَكَرِهَتْ هِيَ، وَتَصِيرُ الثَّقَفَةُ عَلَى الزَّوْجِ.

وَعَنْهُ أَيْضًا: أَنَّهَا أَحَقُّ بِحَضَانَةِ الْوَلَدِ مَا لَمْ تَتَزَوَّجْ، فَإِذَا تَزَوَّجَتْ صَارَ الْأَبُ أَحَقُّ

(٢) فِي أ: وَهُوَ.

(١) فِي أ: مُسْتَوْلِدَتَهُ.

بالولد. إلا أن يكون الولد مُمَيَّرًا، ويخاف أن تُفْتَنَهُ عن دينه، فلا يترك عنده<sup>(١)</sup>.

في «فتاوى القفال»: أن العبد إذا أُولِدَ جَارِيَةَ ابنه الحرَّ لا حَدَّ عليه، ويثبت النَّسَبُ، ولا يثبت الاستيلاء؛ لأنه ليس من أهل الملك، وأن المُكَاتَبَ إذا أُولِدَ جَارِيَةَ ابنه الحرَّ، فيحتمل أن يبنى ثبوت الاستيلاء [على الخلاف في أنه إذا أُولِدَ جَارِيَةَ نَفْسِهِ، هل يثبت الاستيلاء]<sup>(٢)</sup>.

وأن من وَطِئَ جَارِيَةَ يَبِيتُ المالُ يُحَدُّ، فإن أُولِدَهَا، فلا نَسَبَ ولا استيلاءً، ولا فَرْقَ في ذلك بين الغني والفقير؛ لأنه لا يجب الإعتاقُ من بيت المال.

وأنه لو أَعْتَقَ مُسْتَوْلَدَتَهُ على مال يَجُوزُ، ولو بَاعَ نَفْسَهَا منها، فكذلك على الظاهر؛ لأن يَبِيعَ العبدُ من نَفْسِهِ إِعْتَاقًا على الحَقِيقَةِ<sup>(٣)</sup> فقيل: أليس يثبت الخِيَارُ للسَّيِّدِ في بيع العبد من نفسه على وجه، وفيه اعتبارُ حُكْمِ المُعَاوَضَةِ.

فقال: ذَلِكَ وَجْهٌ بَعِيدٌ إذا أُولِدَ جَارِيَتَهُ المُحْرَمَةَ عَلَيْهِ بِرِضَاعٍ أو مُصَاهَرَةٍ أو نَسَبٍ، فعليه الحدُّ في قولٍ، والتَّغْزِيرُ على الأَظْهَرِ.

وعلى القولين: لَوْ أُولِدَهَا، فالولدُ حرٌّ نَسَبًا، وَتَصْيِيرُ هي مُسْتَوْلَدَةٌ قال الأصحاب: ولا يتصور اجتماع هذه الأرحام مع وجوب الحدِّ إلا في هذه الصورة على أحد القولين.

واعلم أن الكلام في أحكام المستولدة قد مرَّ مقدماً على الأبواب السالفة، فلذلك<sup>(٤)</sup> كانت مُؤَنَّةُ البابِ<sup>(٥)</sup> حَقِيقَةً نَسَأَ اللهُ تعالى أن يُخَفِّفَ عَنَّا بِحَسَنِ المَعُونَةِ كُلِّ

(١) قال النووي الصحيح الذي عليه الجمهور: أنه لا حضانة لكافر على مسلم، كما سبق في الحضانة، ولا حضانة هنا للأب.

(٢) سقط في: ز.

(٣) هذا مستثنى من بيع المستولدة ويستثنى من ذلك مسائل:

منها مستولدة الراهن المعسر كما قرره في باب الرهن.

ومنها إذا استولد جاريته الجانية وهو معسر فتباع المرهونة لجهة دين الرهن خاصة والجانية لدين الجانية.

(٤) اعترض صاحب المهمات على الشيخين بأن لنا صوراً أخرى تجيء فيها هذه الأحكام وأن الرافعي ذكرها في باب حد الزنا.

قال في الخادم: ولا يرد على الرافعي؛ لأن طريقة القولين عنده مرجوحة في ذلك كله وذلك لأنه حكى القولين في المحرمة عليهم نسب أو رضاع أو مصاهرة وأصحهما لا يجب الحد، ثم قال ولو وطئ مشتركة بينه وبين غيره أو المزوجة أو المعتدة عن غيره أو المجوسية أو الوثنية أو أسلمت أمة الذمي فوطئها قبل أن تباع فطريقان:

أحدهما: طرد القولين وأقواهما القطع بالمنع لأن تحريمهن لا يتأبد فشه وطء الحائض، وقال في =



تعِبَ ومؤنَةٌ وأن يرحمَ ضَعْفَنَا كما علم، وأن يحشرنا في زُمْرَةٍ مَن رَحِمَهُ. نختم الكتاب بما بدأناه به، وهي: حمداً لله ذِي الْجَلَالِ وَالْإِكْرَامِ، وولي الطَّوْلِ وَالْإِنْعَامِ، ونقول: الحمد لله الذي هَدَانَا لهذا، وَمَا كُنَّا لِنَهْتَدِيَ، لَوْلَا أَنْ هَدَانَا اللهُ. اللهم صَلِّ عَلَى مُحَمَّدٍ، وَعَلَى آلِ مُحَمَّدٍ، كلما ذكره الذَّاكِرُونَ، وَعَقَّلَ عَن ذِكْرِه الغافلون واغفر لنا ولإِخْوَانِنَا الَّذِينَ سَبَقُونَا بِالْإِيمَانِ، وَلَا تَجْعَلْ فِي قُلُوبِنَا غِلًّا لِلَّذِينَ آمَنُوا إِنَّكَ رَؤُوفٌ رَحِيمٌ.

قال المصنف - رحمه الله -: تَبَسَّرَ الْفَرَاغُ مِنْهُ فِي ذِي الْقَعْدَةِ الْحَرَامِ الثَّلَاثِ عَشْرَةَ بَعْدَ سِتْمِائَةِ عَامٍ.

كَمَلَّ كِتَابَ فَتْحِ الْعَرِيزِ فِي شَرْحِ الْوَجِيزِ، وَالْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ<sup>(١)</sup>.

= الروضة؛ فلا حد على المذهب، وقيل: فيه قولان، فإن قلنا: لا حد يثبت النسب والمصاهرة وإلا فلا. انتهى.

وحينئذ فإنما يصح الاعتراض أن لو كان الصحيح عنده في هذه الصور إثبات قول بوجود الحد وليس كذلك بل الصحيح عنده أنه لا خلاف في نفي الحد، انتهى.

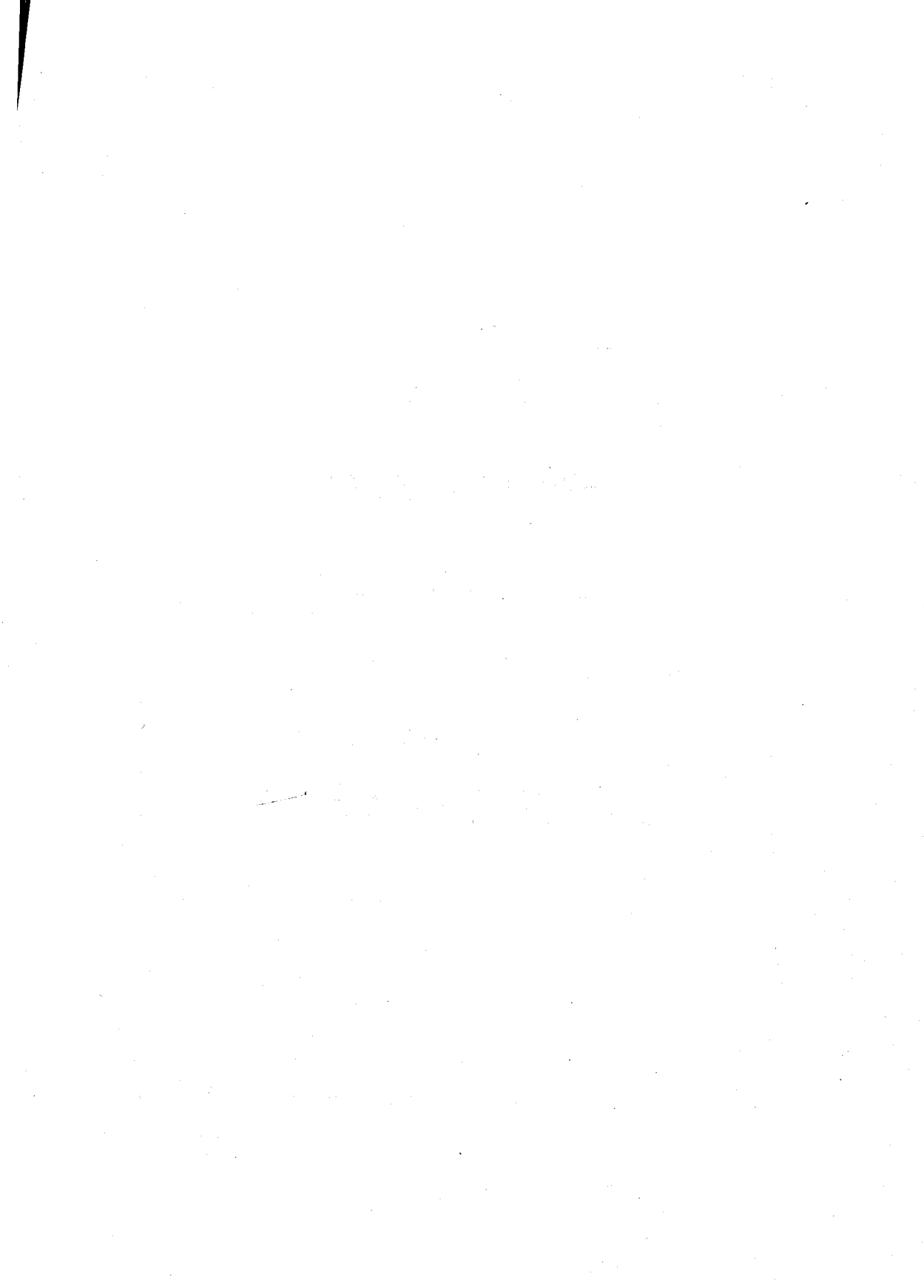
(٥) في أ: الأبواب.

(١) قال النووي في زيادته: قد أحسن الإمام الرافعي - رضي الله عنه - فيما حققه، ولخصه، وأتقنه، واستوعبه في هذا الكتاب، ويسر الاحتواء على متفرقات المذهب، ونفائس وخفاياه على المفتين والطلاب.

واعلم أيها الراغب في الخيرات، والحريص على معرفة النفائس المحققات، وحل الغوامض والمشكلات، والتبحر في معرفة المذهب والوقوف على ما تعتمده من المصنفات، وتعتمد إليه عند نزول الفتاوى الغامضات، وتثق به عند تعارض الآراء المضطربات، وتحث على تحصيله من أردت نصحه من أولي الرغبات، أنه لم يصنف في مذهب الشافعي - رضي الله عنه -، ما يحصل لك مجموع ما ذكرته، أكمل من كتاب الرافعي ذي التحقيقات، بل اعتقادي واعتقاد كل مصنف، أنه لم يوجد مثله في الكتب السابقة ولا المتأخرات، فيما ذكرته من هذه المقاصد المهمات، وقد يسر الله الكريم، وله الحمد في هذا المختصر مع ذلك، جملاً متكاثرات من الزوائد المتممات، والنوادر المستجدات، وغير ذلك من المحاسن المطلوبة، وأسأل الله الكريم أن يكثر النفع به لي ولوالدي ومشايخي وسائر أحبائنا المسلمين والمسلمات، وحسبنا الله ونعم الوكيل، لا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم. وقد رأيت ختمه بما ختم به الإمام أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري صحيحه، أن رسول الله ﷺ قال: «سبحان الله ويحمده سبحان الله العظيم خفيفتان على اللسان، ثقيلتان في الميزان، سبحان الله ويحمده سبحان الله العظيم». والحمد لله باطناً وظاهراً، وأولاً وآخر، اللهم صل على محمد عبدك ورسولك، النبي الأمي، وعلى آل محمد، وأزواجه، وذريته، كما صليت على إبراهيم، وعلى آل إبراهيم، وبارك على محمد، وعلى آل محمد، وأزواجه وذريته، كما باركت على إبراهيم، وعلى آل إبراهيم، في العالمين إنك حميد مجيد.



**فهرس محتويات**  
**الجزء الثالث عشر**  
**من**  
**العزیز شرح الوجیز**



## الفهرس

### كتاب الشهادات

٣	الباب الأول: فيما يفيد أهلية الشهادة
٤٥	الباب الثاني: في العدد والذكورة
٥٦	الباب الثالث: في مستند علم الشاهد
٨٤	الباب الرابع: في الشاهد واليمين
١٠٩	الباب الخامس: في الشهادة على الشهادة
١٢٢	الباب السادس: في الرجوع

### كتاب الدعوى والبيّنات

١٤٤	الركن الأول: الدعوى
١٧٣	الركن الثاني: جواب المدعى عليه
١٨٩	الركن الثالث: الحلف
٢٠٨	الركن الرابع: النكول
٢١٨	الركن الخامس: البيّنة
٢٩٣	باب دعوى النسب وإلحاق القائف
٢٩٣	الركن الأول: المستلحق
٢٩٥	الركن الثاني: الملحق
٢٩٧	الركن الثالث: محلّ العرض على القائف

### كتاب العتق

٣١١	خواصّ العتق
-----	-------------

٣١١	.....	الخاصية الأولى: السراية
٣٤٢	.....	الخاصية الثانية: عتق القرابة
٣٤٧	.....	الخاصية الثالثة: امتناع العتق بالمرض
٣٥١	.....	الخاصية الرابعة: القرعة
٣٨٣	.....	الخاصية الخامسة: الولاء

### كتاب التدبير

٤٠٧	.....	أركانه
٤٠٨	.....	الصيغة
٤١٥	.....	الأهل
٤١٩	.....	أحكامه
٤١٩	.....	ارتفاعه
٤٣٣	.....	السراية

### كتاب الكتابة

٤٤٣	.....	أركانها
٤٤٣	.....	الركن الأول: الصيغة
٤٤٦	.....	الركن الثاني: العوض
٤٥٦	.....	الركن الثالث: السيد
٤٨٣	.....	أحكامها
٤٨٣	.....	الحكم الأول: ما يحصل به العتق
٥٠٠	.....	الحكم الثاني: حكم الأداء
٥٣٤	.....	الحكم الثالث: حكم التصرفات إما من السيد أو من العبد
٥٥٥	.....	الحكم الرابع: حكم الولد
٥٧٣	.....	الحكم الخامس: حكم الجناية

### كتاب عتق أمهات الأولاد

٥٨٤	.....	مسألة
٥٨٨	.....	فرعان